

קנר. ל"ה א', א"ל כל לא ידענא פשיעותא  
 הוא וכו' הכא אטרחי' לב"ד, כתבו  
 תו' והרבה ראשונים דהגם דשבחא דאתי  
 מגופא לא מקני ליי מ"מ יוקרא מקני דהוי  
 כאתי מעלמא, וכן מבואר בר"מ פ"ת  
 משאלה הלי"ג, אמנם הראב"ד כתב שם  
 דקונה רק יוקרא הבא אחר ששילם או  
 אמר <sup>למכור</sup> הריני משלם, ותמה עליו המ"מ  
 אמאי יהא כן והא מקני ליי סמוך לגניבתה  
 או משעת משיכה, ותי' הקצות בסי' רצה  
 דדעת הראב"ד דיוקרא הוי כשבחא  
 דמגופה ורק הטעם דקנה לפי דכיון  
 ששילם <sup>למכור</sup> ממילא קנה הפרה דכיון ששילם  
 עליו הריהו שלו וכיון שקנאה ממילא הוי  
 השבח שלו כי הוא שלו ואהכי רק כששילם  
 או אמר הריני משלם, וצ"ב דא"כ אמאי  
 באטרחי' לב"ד אינו כן והא סו"ס שילם  
 עליו, ועוד דא"כ מה הק' רבא ממתני' ומה  
 ענין זה למתני' והא דינא אחרינא הוא  
 דהוא שלו מחמת ששילם.

דאטרחי' לב"ד מקני ליי מיהת את הקרן  
 וקנאו בשעת התשלומין דאבידה הוי  
 ברשותי' לאקנויי ואלא דתליא בדינא  
 דשומא הדרא, והקצות הנ"ל מפרש בדעת  
 הריטב"א <sup>הריטב"א</sup> דהוא כהראב"ד הנ"ל דקונהו  
 מחמת ששילם אבל צ"ב דבלי הריטב"א  
 מבואר דהוא מטעם דבאבידה ליכא חסרון  
 דאינו ברשותו ולהנ"ל הא לא זה הטעם,  
 וגם צ"ב דהאיך יישבו שאר הראשונים קו'  
 זו דמה ענין שומא הדרא לכאן, ואמנם  
 באמת הא בהא תליא דהקנין הוא מחמת  
 ששילם וממילא אם התשלום הוא בטעות  
 אין כאן תשלום ולא קנה, אבל אם יהא  
 סברא דלא אטרחי' לב"ד אינו תשלום  
 בטעות כיון שהקנה ואז הדר דינא דיהא  
 שלו מחמת התשלום ותרואייהו משלימין  
 זא"ז.

והנה בהא דקאמר הש"ס דשומא בטעות  
 הוא נחלקו הראשונים דדעת  
 הרמב"ן דלא רק בנמצא בביתו כ"ה אלא  
 אפי' נאבד ממש הוי טעות כיון דאילו היינו  
 יודעים שימצא לא היינו יורדים לנכסיו,  
 וכן דעת הרבה ראשונים, אבל ר"ח ורש"י  
 ס"ל דדוקא בנמצא בביתו אבל אם באמת  
 אבד אינו שומא בטעות, וצ"ב מה בין זל"ז,  
 והרי גם בנמצא בביתו חייבי' ר"נ לשלומי  
 לאלתר ומוכח דגם אם הוא בביתו חייב

ובאמת דבהא דמק' הש"ס לימא קסבר  
 ר"נ שומא הדר הרי יל"ע דמה  
 ענין זל"ז דהתם הא בשעת תשלומין זכה  
 בהם ורק אח"כ אנו באים לבטל זכייתו,  
 אבל הכא הרי כיון שהכיפי קיימים א"כ  
 איתבריר לן שהם שלו לגמרי, וכבר עמד  
 בזה הריטב"א ותי' דס"ל להש"ס דנהי

לשלם ואפי"ה הוי טעות כיון שנמצא וא"כ גם באבד ממש יהא טעות, אבל הביאור בזה נראה בס"ד, דיש שני סוגי חיוב תשלומין, דיש שחייב להחזיר את החפץ וכשאינו מחזיר את החפץ מחזיר במקומו דמים ואז הוי החזרת החפץ עצמו דמ"ל הן ומ"ל דמיהן, ויש שעיקר חיובו מתחילה הוא רק נתינת תמורה לחפץ וכגון במקח וממכר דאינו חייב את החפץ אלא מעיקרא כל חיובו הוא על התמורה, והשתא בשומר הא שורש חיובו הוא החזרת הדבר עצמו <sup>אוצר החכמה</sup> וכשאינו הריחו מחזיר דמיו, והשתא ס"ל לרש"י ור"ח דכשאבד שוב אינו חייב החזרת החפץ כי הרי אינו בנמצא ול"ש חיוב על מה שאין, וממילא כל חיובו הוא רק תמורת הדבר ואין כאן טעות, אבל כשהחפץ הי' בביתו הרי באמת חיובו הוא החזרת החפץ עצמו שהרי החפץ ברשותו ועליו לבקשו עד שימצאו ורק דהלה א"צ להמתין לו עד שימצא ומשלם, אבל עכ"פ בכה"ג עיקר חיובו האמיתי הוא החזרת החפץ והדמים הם במקום החפץ, ואז ממילא כאשר נמצא החפץ עצמו הוי שומא בטעות, והחולקים ס"ל דגם כשהחפץ אבד הרי מאחר שנמצא לבסוף היינו דהחפץ עדיין קיים וממילא זה הי' חיובו האמיתי להחזיר החפץ והתשלומין היו במקום החפץ.

והנה בהא דקאמר כל לא ידענא פשיעותא מבואר בנתיבות סי' רצא דלא רק בשומר כ"ה אלא דהוי מזיק בידים בכה"ג וחייב גם אם אינו שומר, ואהכי אם נטל של חבירו ע"ד להצילו מדליקה וכיו"ב והניחו באיזה מקום ואינו זוכר היכן הניחו חייב, אמנם הר"ן הביא תשו' הרי"ף בנתן לחבירו חפץ למשכן ומשכנו בלא עדים והלה כפר בו הוי פשיעה וחייב והר"ן מפקפק בזה דהא בלא"ה יכול הלה לטעון נאנסו גם אם יפקיד לו בעדים, ע"ש, ולכאוי' להנתיבות דהוא גדר דמזיק יל"ע אם כאן זה שייך דלכאוי' אינו אלא גרמא בעלמא, ובש"מ כתב בשם הרמ"ך דבאיני יודע כמה הפקדתי חייב מדין מתוך שאי"ל משלם דאיבעי ל"י למידע דכל לא ידענא פשיעותא הוא, וגם בזה לכאוי' ודאי שאינו מזיק, אמנם אי"ז סתירה להנתיבות, משום דלולא חידושא דר"נ הו"א ששעת ההיזק הוא כששכח היכן הניחו וע"ז א"א לחייבו דשכחה אינה פשיעה ומכ"ש דאינו מזיק בידים דשר של שכחה שכח, ואמנם חידש ר"נ דהפשיעה היא בשעת ההנחה דכיון דידעת דאתה עלול לשכוח ממילא עצם ההנחה במקום מסויים בלא שתסמן לעצמך היכן הנחתו שתוכל לזכור אזי עצם ההנחה היא פשיעה, וכיון שכן שפיר כ' הנתיבות דגם

במזיק בידים כה"ג עצם ההנחה הוי מזיק  
 בידים כי הניחו במקום אבוד כשמניחו  
 באופן שאפשר שלא יזכרנו.

קנה. הש"ך כתב בסי' רצה דכשאינן ידוע  
 כמה הי' שוה בשעת פשיעה חייב  
 ליטע שבע שבועות השומרים שהי' שוה פחות,  
 ותמיהו עליו הקצות והגרע"א דזה אינו  
 שייך לשבועת השומרים וזה טענה בעלמא  
 של טוען ונטען, ומ"מ כתב הגרע"א דאפשר  
 דלגבי הקנאת הכפל דאם אינו משלם אינו  
 מקנה אפשר דבכה"ג הוי ספק הקנאה  
 ויהא לו דין מרא קמא עד שלא יברר, אבל  
 עכ"פ דעת הש"ך צ"ב, והנה דעת המ"מ  
 בפ"ב משכירות הלי"א דהא דליכא דין  
 שבועת השומרים כשטוען להד"ס או  
 החזרתי לפי שהמפקיד ברי וכל חיוב  
 שבועת השומרים הוא מחמת שהמפקיד  
 אינו יודע, ומה"ט כתבו הש"ך בסי' עב  
 ס"ק קט"ו והגר"א שם בס"ק קל"א דבכל  
 שבועת השומרים כשהמפקיד טוען ברי  
 הוא מפסיד ואינו נשבע שבועת התורה,  
 אכן הכס"מ כתב דטעמא דמילתא הוא  
 משום ששבועת השומרים הוא כשהוא  
 מודה שהוא שומר ופוסט עצמו אבל  
 כשטוען שאינו שומר אין עליו חיוב שבועת  
 השומרים, אמנם עכ"פ מבואר בדעת  
 הש"ך דלולא שהמפקיד ברי אזי גם טענת

החזרתי או להד"ס מחייב שבועה דאורי"י,  
 וא"כ הש"ך לטעמי' שפיר כתב דגם בספק  
 כמה הי' שוה כל שהמפקיד שמא הוי זה  
 בכלל טענת השומרים.

קנו. פשיטא שמו לי' לבע"ת וכו' זבנה  
 אורתא וכו' שמו לה לאשה  
 ואינסיבא בעל בנכסי אשתו לוקח וכו',  
 כתבו תו' דהא דנקט דלוקח הוי היינו  
 לענין דלא מהדרי' דבן פודה קרקע של  
 אביו ולוקח לא, אבל לענין שהוא יחזיר  
 הרי גם יורש אינו מחזיר ואין נ"מ אם הוא  
 יורש או לוקח, אמנם הרא"ש פליג בזה  
 וכתב דיורש דממילא אינו כאורתה  
 ומחזיר ורק באורתה אינו מחזיר, ועי'  
 ברא"ש בתשו' כלל פ' דברא כרעא דאבוה  
 והרמב"ן מספק"ל בזה וכתב דאפ"ל דשמו  
 לה לאשה מיירי בחיי' ואז ודאי אין הבעל  
 יורש, וצ"ב בביאור הפלוגתא, גם צ"ב  
 במש"כ הרמב"ן והרא"ש דבשמו מטלטלי  
 לא הדרא וערמב"ן דכל דיינא דלא דאין  
 הכי לאו דיינא הוא כלל, וצ"ב מ"ט  
 דמילתא.

והנה נחלקו הראשונים לעיל דט"ז ב'  
 ביסוד האי הלכתא דשומא הדר,  
 דאמרי' התם דליכא למיחש לפרעון  
 דאיבעי לי' למיכתב שטר זביני כיון דלא

מהדר ל" מעיקרא דדינא אלא משום ועשית הישר והטוב, ופירש"י דאם הוא דוחהו מלהחזיר לו השט"ח יכול לבקש שטר זביני ואינו טועה כי הוא הקנאה מחודשת, ומבואר דאם אינו דוחהו יכול להחזיר לו השט"ח ועיד"ז יהדר זביני, אמנם הרמב"ן שם חלק עליו וכי דבהחזרת השטר לא יחזור המכר כיון שכבר חל והשתא היא הקנאה מחודשת ובכל גווני עליו לכתוב לו שטר זביני מחודש, ואמנם הר"ן שם ביאר דעת רש"י דא"צ שטר זביני כיון דתיקון רבנן דשומא הדרא אף כשהגביהו מתחילה ע"ד כן הגביהו ועוד דכיון דבע"כ הדרא ולא בעי דעת המקנה או מהטעם הנ"ל או משום הפקר ב"ד אינו כתחילת קניי שיצטרך שטר אלא בביטול שומא ראשונה וכל שהחזיר שטר ראשון חזרה שומתו, והוכיח כן מלשון הרמב"ם, מבואר דנחלקו אי בעי הקנאה מחודשת או דהדר ממילא, וצ"ב לרש"י והר"ן דהדר ממילא א"כ מהו זה שכי רש"י דאם יכתוב לו שטר זביני אינו טועה, ואמאי אינו טועה, הא אם הדר ממילא אין לשטר מכירה זה שום משמעות, ומאידך צ"ב להרמב"ן היכי כפי ל" אי בעי הקנאה והא אינו רוצה, וצ"ל דהוי תליוהו וזבין, ובכס"מ פכ"ב ממלו"ל כתב בשם הרמב"ן דקטן לא מהדר דלאו בר הקנאה הוא

וכתב הש"ך בסי' קג דזה תליא בפלוגתא הנ"ל דלרש"י והר"ן הא א"צ הקנאה.

והנה באם השביח את הקרקע קיי"ל דאינו מחזיר דא"כ נעלת דלת - ועש"ך דהכוונה דמחזיר אך משלם לו כל השבח גם מעבר להוצאה-, ונחלקו הגאונים באם הוציא הוצאות ולא השביח אי משלם לו ההוצאות, ולהלכה דנו רבותינו בסי' קג כיון דהוא ספק מאי עבדי די"א דכיון דבעי הקנאה מחודשת ממילא מספק הוא מוחזק או דנימא דכיון דממ"נ עליו להחזיר רק דהנידון אם צריך לשלם ממילא הוי כההיא דספק אם העיר קדמה או האילן קדם דמספק קוצץ ואינו נותן דמים, ע"ש בקצות באורך, וצ"ב בצדדי הספק, וגם יל"ע אי לרש"י והר"ן דא"צ הקנאה מחודשת לא יהא הדין כן.

**הביאור** בזה נראה בס"ד, דיסוד הנ"מ בין מחזיר דמים לבין גובה קרקע הא הוא דהחזרת דמים הוי ביטול סיבת החוב לגמרי דהחזיר לו מה שנטל ממנו, ואילו גביית קרקע הוי פרעון ונתינת תמורה לחוב, ואהכי מעיקר הדין גם אחר ששילם לו קרקע מ"מ כאשר נותן לו מעות הא מבטל לגמרי את החוב ואת סיבת החוב ובטלה הגביה מלמפרע, אכן מאחר

שכבר גבה וכבר שילם וכבר פקע החוב שוב אין לו מה לשלם, ואתו רבנן ותקינו מחמת ועשית הישר והטוב דחוזר ומשלם, וגדר התקנה בזה הוא דמתבטל הגביה מלמפרע מחמת ששילם לו הדמים ופקע סיבת החוב, וממילא ס"ל לרש"י והר"ן דא"צ הקנאה מחודשת, אכן להרמב"ן ודעימי לא זו התקנה דהרי סו"ס כבר גבה וכבר פקע החוב ורק דיש לו זכות עליו לבטל עכשיו הגביה דהיינו לקנותו ממנו ולהחזירו לביטול סיבת החוב וזה רק מכאן ולהבא ואהכי בעי הקנאה, ולרש"י אפשר לעשותו באחד משני האופנים הנ"ל ואהכי רצה נותן לו שטר מכר רצה מחזיר לו השט"ח, והשתא הנידון ביורש הוא אם תשלום שלו או תשלום אליו הוי נמי ביטול סיבת החיוב או דהוא הוי כאדם אחר שמשלם שאינו ביטול סיבת החיוב דאצלו אין את דמי המלוה והוא רק תמורה בעלמא או דנימא דיורש עדיף לפי דברא כרעא דאבוה והוי כהאב עצמו, והיינו מש"כ הרמב"ן והרא"ש דמטלטלי ליכא בהו הדרא לפי דבב"ק די"ד ב' מבואר דמטלטלי הוי כסף ממש ואילו קרקע הוי שוה כסף, ונמצא דתשלום מטלטלי הוי כתשלום מעות שהוא החזרת הדבר עצמו דהוא ככסף ממש ול"ש בזה הדרא, ורק קרקע שאינו החזרת הדבר עצמו כ"א

תמורה בזה שייך דינא דהדרא וכנ"ל.  
קנז. ל"ה ב', השוכר פרה מחבירו והשאיילה לאחר וכו' אר"י כיצד וכו', א"ל ראב"א לאביי מכדי האי שוכר במאי קני ל"י להאי פרה בשבועה וכו' א"ל מי סברת שוכר בשבועה הוא דקני לה משעת שבועה הוא דקני לה ושבועה כדי להפיס דעתו של בעה"ב אר"ז פעמים שהבעלים משלמים כמה פרות לשוכר וכו', והנה נחלקו הראשונים בביאור פלוגתת ר"י ורבנן, דתו' ס"ל דנחלקו בפלוגתא דראב"א ואביי אי משעת מיתה קני לה או משעת שבועה, וממילא כ"ז רק כשצריך לישבע או אפי' כשיש עדים דאז ס"ל לר"י דא"ל דל עדים וכו' אבל כשהמשכיר עצמו ראה שנאנסה דליכא טענה דדל אנת אז גם לר"י קני לה שוכר והא דר"ז דפעמים שהבעלים משלמים הוא גם לר"י בכה"ג, אבל הרבה ראשונים ס"ל דכו"ע מודו לאביי דמשעת מיתה הוא דקני לה ורק דס"ל לר"י דלעולם הוי שואל של הבעלים, והא דר"ז דלא כר"י, ולפיכך השמיטוהו הר"ף והרמב"ם כיון דקיי"ל כר"י, והדברים צ"ב מהו פשר קנין זה, ואטו שוכר שנפטר מלשלם באונסים הוא מחמת שקנאו להיותו שלו, וגם א"כ מה יועיל מה שמשעת מיתה קני לה והא עכ"פ בעודה

קיימת היתה של הבעלים והי' שואל של הבעלים, אלא דהריטב"א כתב דשעת מיתה לאו דוקא אלא משעת משיכה ובא לאפוקי רק משעת שבועה וא"כ ניחא, אלא דא"כ צ"ב מה אמר אביי ושבועה להפיס דעתו של בעה"ב דלכאוי' בא לאפוקי בזה דנפטר מהמיתה ולא מהשבועה אבל אי בלא"ה קנאו משעת משיכה הא א"צ לכ"ז, וגם צ"ב הא דשבועה קונה דמוכח דאין הקנין במה שנפטר אלא מעשה השבועה פוטרו ואהכי מהני טענת דל אנת וכו' וזה ודאי צ"ב איזה קנין הוא מעשה השבועה.

עוד צ"ב בהא דמבואר בשילהי סוגיין דחלוק הי' ר"י אף בראשונה בשילם ולא רצה ליטבע, ואינו מובן מה ענינו לכאן הא התם כיון דמקני ל"י הפרה אי"ז פרת חבירו אלא פרת עצמו, והנה בנמוק"י פי' כיצד הרגל - בשמעתתא דזה נהנה וזה לא חסר - כתב דהשוכר פרה מחבירו והשכירה לאחר בדמים יקרים אם אין לו רשות להשכיר הריוח לבעלים דכיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו, אבל אם רשאי להשכיר או שהתנה עמו הריוח לשוכר, והא דאר"י כיצד הלה וכו' שאני התם דאין השוכר רשאי להשכיר וכ"ש להשאיל, וכבר תמהו עליו המחנ"א בהלי' שכירות ס"י יט והקצות בסי' שסג סק"ח דהא מבואר

בסוגיין לק' דמיירי בא"ל לדעתך, וגם אינו מובן מה ענינו להכא דהכא מיירי לגבי לשלם לו כל דמי הפרה ובזה אמרי' דאין הפרה שלו אבל התם הא מיירי לענין דמי השכירות ובזה ודאי דכיון דהוא קנוי לו לשימושי שכירות שפיר מצי מזבין מה שקנוי לו, עוד תמה הגרע"א בהא דאמרי' לק' דשוכר בחטאת ושואל באשם דהיינו היכא שמתה כדרכה ואמרו מתה מחמת מלאכה ותמה דהא כיון שנשבע אזי גם לר"י - לשי' תו' - קני לה כיון שלא א"ל דל אנת וא"כ השואל אינו חייב כלום לבעלים ואילו לשוכר אינו חייב ליטבע שהרי הודה בעצמו שהי' מתה מחמת מלאכה והשואל פטור, וא"כ אין כאן שום כפירת ממון, עוד נסתפק הגרע"א היכא דהראשון הי' שמירה בבעלים דממילא מיפטר מהבעלים בכל גווני דתו' ל"ש לומר דל אנת א"כ יזכה בו לכו"ע או דאינו קונה אלא בשמר כראוי ולא היכא דלא שמר כראוי והתורה פטרתו והניח בצ"ע.

הביאור בזה נראה בס"ד, דהרי חיוב השומר לשלם בכל דוכתא הוא דכיון שלקח חייב להחזיר ואהכי הוא מנוי בכלל הכ"ד אבות נזיקין שאינו לא התחייבות ולא פועל אלא שכיון שנטל עליו להחזיר, והרי דא הוי מילתא דפשיטא

שלקחה כזו המחייבת תשלום הוי הוצאה מרשות בעלים לגמרי, -ונהי דהוי ברשות בעלים להקדש וכיו"ב כיון שהשומר מחזיקו עבורו מ"מ לגבי חיובי תשלומים הא הוא נטילה גמורה, - וממילא פשוט דבמצב כזה של נטילה אילו יפטר מלשלם יפקע לגמרי בעלות הבעלים ממנו ויהא שלו, דהנוטל חפץ מחבירו באופן כזה וא"צ להחזיר הרי הוא ממילא שלו, ורק דכל שומר חייב לשלם וממילא בין כשהחפץ בעין ובין כשאינו בעין כל עוד שהוא חייב לשלם אכתי הוא דהבעלים, אבל בגוונא שאירע דבר הפוטרו מתשלומין כגון גניבה ואבידה בש"ח או אונס בש"ש וכיו"ב נמצא דקנאו השומר כיון שנטל ונפטר מלהחזיר, וממילא מעיקרא ה"י נטילה על הזמן הזה שיפטר מלשלם, והיינו מאי דאמר"י משעת מיתה קני לה וביאר הריטב"א דהיינו משעת משיכה והיינו דתחלת הנטילה היא בשעת משיכה והגמר שלה הוא במיתה ואהכי ס"ל לרבנן דמשלם לשוכר כיון שהוא שלו.

**ואמנם** ע"ז אראב"א דמשעת שבועה קני לה, וביאור הדבר דשבועה בשומרים אינה ככל השבועות דבכל השבועות אין השבועה אלא לברר לב"ד, ואילו יצויר דכלפי שמיא גליא שהוא

פטור אינו חייב אבל בשומרים אינו כן והוא חייב לבעלים עד שישלם או עד שישבע וכל עוד לא נשבע הוא מחוייב באמת, והרבה ראיות לדבר וכגון הא דדייני' בשילהי הפועלים אי במתנה ש"ח להיות פטור משבועה הוי מתנה על מש"כ בתורה, ואי נימא דהוא רק חיוב בירור למה אינו יכול למחול ע"ז, א"ו דהוא מכלל חיובי השמירה וממילא כשמתנה ליפטר משבועה הריהו רוצה לעשות סוג שמירה אחרת, וכן מוכח במה שהביא הש"ך בסי' רצא ס"ק מ"ט בשם המהר"א"ש שנסתפק בש"ח שהתנה להיות כש"ש אי צריך גם לישבע שנאנסה או שע"ז נאמן ללא שבועה דכולי האי לא קיבל ע"ע, ואינו מובן למ"ל קבלה ע"ז והא הוא שומר ושומר אינו נאמן עד שיברר וכיון שהוא חייב באונסין ממילא הוא צריך לברר, אע"כ דהוא חלק מחיובי השמירה וא"כ דייני' אם גם כלפי זה יש לו דין ש"ש, ואכ"מ יותר בזה, וממילא ס"ל לראב"א דכיון דעד שנשבע הוא מחוייב באמת ממילא לא קנה רק עד אז, ואהא א"ל אביי דכל השבועה היא להפיס דעתו וממילא כשמוותר לו ע"ז וא"ל דל אנת וכו' בכה"ג אינו חייב שבועה כלל.

**והשתא** לשי' התו' זה גופא פלוגתת ר"י ורבנן אי משעת שבועה קני או משעת מיתה, אבל לשאר הראשונים לכו"ע משעת מיתה קני ואפ"ה פליג ר"י משום דהרי רק כשמתה נגמר קנינו למפרע, אבל כשהיתה קיימת היתה של הבעלים וממילא הוי שומר של הבעלים, והן הן ד' הנמוק"י דודאי הכא מיירי בא"ל לדעתך אבל היא גופא סברתו דכיון דאינו בעלים להשאיל אא"כ הלה מסכים הוי זה השאלה שלו, ולפ"ז בשמירה בבעלים אי נימא דיסוד פטורו דאינו נחשב כלל שנטלו מהבעלים - וכדיתבאר בס"ד בפי' השואל - לא יהא כלל דינא דמתני' דבכה"ג דאינו נחשב שנטלו לא קנה, ואהכי גם בשוכר בחטאת הוי כפירת ממון דכל עוד לא נשבע הוא מחוייב באמת ועד אז הוא עדיין שומר.

**קנח. ל"ו א',** איתמר שומר שמסר לשומר רב אמר פטור רי"א חייב וכו' דא"ל אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר, וכו', אמר רבא כל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד וכו', אמר רבא וכו' דא"ל את מהימנת לי בשבועה האיך לא מהימן לי בשבועה, וכו' לדידכו דמתניתו וכו', כתבו תו' דבזה כו"ע מודו דלכתח"י אסור לו למסור לאחר ורק דנחלקו אי חייב בשביל

כן לפרוע, וכתבו תו' דליכא למימר דטעם המחייב דהוי כמעביר על דעתו של בעה"ב והוא גזלן דא"כ מאי מק' הגמ' לק' לימא ל"י מלאך המות מ"ל הכא ומ"ל התם, והא אם הוא גזלן הריהו חייב גם באונסים, א"ו דחיובו הוא דהוי כאילו פירש לו שאם ישנה מדעתו כגון שימסרנה לאחר שיהיה כאילו פשע בה וכל אונסין שנוכל לתלות שאירע מחמת זה יחוייב וכו', והדברים צ"ב דאם לכתח"י אסור לו ליתן לאחר אמאי באמת אינו גזלן ומשמע דהוא רק דינא דלכתח"י ואין כאן גזילה, האומנם דמבואר דהוא מחייב ממש, דהש"ך בסי' רצא ס"ק מ"ד הק' להסוברים דשומר שאינו יודע אם אירע עמו מאורע המחייבו פטור מספק דהוי כא"י אם נתחייבתי וא"כ מאי קאמר רבא איהו לא מהימן בשבועה הא אעפ"כ הראשון פטור מספק, ות"י הקצות בסי' ש"מ וכ"כ הגרע"א משמ"י דהנמוק"י דכיון דהא לכתח"י לכו"ע אסור לו למסור נמצא דכשמסרו לאלתר נתחייב דיש כאן פשיעה ורק דאם לבסוף אירע אונס נפטר וממילא ספק אונס הוי ספק סיבה הפוטרת והוי כאיני יודע אם פרעתיך, ומבואר דמאי דאסור לו לכתח"י ליתנו הוא סיבה מחייבת וא"כ הא צ"ב למה באמת ל"ה גזלן להתחייב.



והנה ש"י הרמב"ן והרשב"א והר"ן דחיבו הוא באמת מדין גזלן ולא מיבעיא לר"מ דמעביר ע"ד בעלים אלא אפי' לרבנן דפליגי עליי הכא מודו כיון שהוציאו מרשות לרשות, והיינו הא דא"ל רבא לק' דכיון שכן ל"ק הא דמה"מ מ"ל הכא לפי דהוי גזלן וחייב אפי' באונסים, והוא דבר פלא דהא אביי הוא מרא דשמעתתא ואיהו הק' דנימא מלאך המות מ"ל הכא וכו' ומוכח דאביי דחייב מטעם אין רצוני לא ס"ל דהוי גזלן, וגם אי נימא דרבא פליג עליי בזה גופא וס"ל דלשיטתך הוי גזלן אבל עכ"פ האיך אפשר לפרש כן בדעת אביי דפטר באונס הבא שלא מחמת הפשיעה, והרמ"א בסי' שא פסק דחייב גם בעבדים שטרות וקרקעות דאין בהם דין שמירה דהוי טפי מפשיעה אלא דהוי כמזיק בידים והוי כהשליכו לנהר, וחלק עליו הש"ך, וד' הרמ"א צ"ע דבפרט להלכה דקיי"ל כרבא דהטעם מצד איהו לא מהימן לי בשבועה אי"ז אלא חוסר בירור מה אירע וכדכ' תו' דהיכא דהשומר הראשון יכול לישבע שראה מה אירע או כשיש עדים פטור ומוכח דאינו מזיק ולא גזלן ואמאי חייב כמזיק.

והנה הרמב"ם בפ"א משכירות כתב דחייב מצד איהו לא מהימן לי

בשבועה וממילא היכא דדרך להפקיד אצלו פטור וה"מ היכא דלא גרעי לשמירתו אבל בגרעי לשמירתו לעולם חייב, ואפי' אם הי' הראשון שמירה בבעלים חייב, ותמה עליו המ"מ אמאי חייב וכתב דאולי נימא דאצל השני אינו בבעלים והראשון חייב על השני והניח בצ"ע, והכס"מ כתב בטעמו דהר"מ דבמסרה לאחר הוי מזיק בידים וחייב גם בבעלים והוי טפי מפשיעה דפטור בבעלים, ומבואר נמי כהנ"ל דזה הוי מזיק ממש וא"כ יחוייב גם באונס שאינו מחמת הפשיעה, ומאידך בפ"ד משאלה כתב הרמב"ם דהוי פושע ומשמע דאינו מזיק בידים, ואי נימא דהתם מיירי בלא גרעי נמי יקשה דהא הכא כתב דהטעם מחמת דלא מהימן לי בשבועה והתם כתב דהוי פושע, -ועוד תמה במחנ"א הל' שומרים סי' כט דא"כ מה יועיל שיביא עדים הא כיון דהוא פושע יחוייב מחמת תחלתו בפשיעה וסופו באונס, ועי' ש"ך סי' רצא סקמ"ו שפסק דבדרכו להפקיד אצלו פטור גם בגרעי-, ועוד תמה המל"מ על הר"מ דמשמע מיני' דגם בדרכו להפקיד היכא דגרעי בשמירתו איכא טענה דלא מהימן לי בשבועה ואמאי הא מהימן לי, ות"י הקצות בסי' רצא דכיון דגרעי הרי אינו רוצה שיתן לו וממילא אינו שומר והוי

כאדם זר בעלמא ואין שבועתו כלום ולא  
אוצר החכמה  
 מהימן בה רק כשהוא שומר.

והנה למאן דפטר בשומר שמסר לשומר  
 פירש"י דנפטר מכל מה שהי' נפטר  
דפטר  
 אם שמרה בעצמו, והיינו דרך אינו נחשב  
 פשיעה או גזילה אבל חיוביו מדין שומר  
 כדקיימן קיימן, אבל הרמב"ן והרשב"א  
 והר"ן כתבו דפטר לגמרי ואין הבעלים  
 יכול לתבעו גם אם אין לשני מה לשלם  
 דאוקי גברא בחריקאי אכן עד כמה שהשני  
 אינו חייב כהראשון דהיינו אם השני ש"ח  
 והראשון ש"ש אזי על גניבה ואבידה  
 הראשון חייב, -וערש"י ב"ק דנ"ו ב' ובש"מ  
 שם-, ומ"מ במתני' השואל משלם לשוכר  
 לפי דאם רצה הראשון עושה דין עם  
 הבעלים ואם רצה שולחו לשני, ואינו מובן  
 דאי אמרי' אוקי גברא בחריקאי ומיפטר  
 גם כשאין לו מה לשלם הרי ע"כ היינו  
 דפקעה שמירתו וא"כ איך אמרי' דאם  
 רוצה עושה דין עם הבעלים, גם נחלקו  
 הראשונים במפקיד אצל אשתו ובניו אי  
 אמרי' נמי דהבעלים פטור לגמרי או  
 דבכה"ג חייב כדכ' תו' לק' דמ"ב ב' בשם  
 ר"ת דא"כ כל שומר ימסור לאשתו ובניו  
 ויאכלו וחדו, וצ"ב בדעת הראשונים דאי  
 נימא דאוקי גברא בחריקאי ופקע דין  
 שמירתו א"כ מה אמר רבא איהו לא

מהימן לי בשבועה והא איני חייב שבועה  
 כלל כיון שאיני שומר, ובין אם הי' פשיעה  
 ובין אם הי' אונס אני פטור ועל מה יש לי  
 לברר ולישבע, והנתיבות בסי' רצא סקכ"ד  
 כתב דכל הסברא דאוקי גברא בחריקאי  
 הוא דממילא איני פושע והוי אפי' כאונס  
 וא"כ כ"ז בסתם שומרים אבל שואל דחייב  
 באונסים לית ב"י טענה זו דסו"ס לא גרע  
 מאונס ומבואר בדבריו דלא פקעה  
 השמירה אלא דהוי כאונס, ולדידי' ודאי  
 תיקשי נמי דא"כ מהו זה שכי הראשונים  
 דרצה עושה דין עם הבעלים והא אם אונס  
 לאו בר חיובא הוא כלל, גם יל"ע דמבואר  
 בראשונים דבגוונא דהשני ש"ח והראשון  
 ש"ש והי' אונס ונשבע הש"ח שלי"ה פשיעה  
 עדיין הראשון חייב לברר שהי' אונס אא"כ  
 נשבע הש"ח שהי' אונס, וצ"ב דהא אי"ז  
 השבועה המוטלת עליו ואינו נאמן בה  
 וכבר עמד בזה הנתיבות וכ' דמ"מ הוא  
 צריך לישבע האמת, אבל אכתי אינו מובן  
 דלגבי גניבה ואבידה ואונס דלגבי זה הא  
 הראשון גם נשאר שומר הא לגבי זה לא  
 עדיף מב' שומרים או ב' שותפין שכשנשבע  
 הא' אינו פוטר את חבירו כמבואר בסי'  
 פ"ז בסמ"ע סק"ק וש"ך ס"ק פ"ג ונתי'  
 סקכ"ה.

**הביאור** בזה נראה בס"ד, דהנה האי סברא דאוקי גברא בחריקאי יש בה תרתי, חדא דזה נחשב שמירה שלי דכמו שאם הנחתיו במקום המשומר הוי זה שמירה ה"נ כשמסרתיו לבן דעת הוי זה מקום המשומר וכסברת התיבות הנ"ל, ותו דזה נחשב כאילו החזרתיו לבעלים דכיון דנתתיו לבן דעת והלה נעשה לשומר עבור הבעלים ממילא הוי נתינה אליו כהחזרה לבעלים שנתתיו לשומר של הבעלים ופקע חיוב שמירתי, ועי' במש"כ רבינו <sup>אוצר החכמה</sup> חיים הלוי בספרו הגדול ברביעי מנזקי ממון, והנ"מ בזה אם הראשון נפטר לגמרי מדיני שמירה דאי הוי זה החזרה לבעלים פקע חיוב שמירתו, ועי' כי רבותינו דהדבר תלוי בדעתו שכשנדון אם הוי זה החזרה לבעלים הדבר תלוי עבור מי הוא שומר, דאם הוא נעשה שומר במקומו <sup>נתיב בינה</sup> הוי זה החזרה לבעלים ואם הוא שומר עבורו אינו החזרה לבעלים אלא דהוא פועל שלו והוי זה שמירה שלו, ואהכי אם רוצה הוא עושה עמו דין ונשבע לבעלים, אמנם אכתי לא יבואר בזה הנ"מ בין אם הוי גניבה לבין אם הוי פשיעה דהרי ל"ש במסרו לש"ח דכלפי פשיעה הוי החזרה לבעלים וכלפי גניבה לא.

**אבל** ביאור הדבר, דחיוב ההחזרה לבעלים הא כולל השבת החפץ ושיווי ואילו יצויר שיהא השבה באופן כזה שהוא משיב רק את גוף החפץ ולא את שיויו אינו השבה, ואהכי בש"ש שמסר לש"ח הרי אם הוי גניבה ואבידה נמצא דלא הוי השבה לבעלים לפי שאצל הש"ש גם אם הוי גניבה ואבידה עדיין הוי לבעלים את דמיו שהוא משלם אבל אצל ש"ח כשיש גניבה ואבידה אין לבעלים את דמיו שהוא פטור בה, ונמצא דשיווי זה שיש לו במצב של גניבה ואבידה לא הוחזר והלא ש"ש חייב גם בזה, ואהכי בכה"ג חייב, אבל זולת זאת הוי השבה לבעלים, ואמנם אמת נכון הדבר דכלפי זה אינו השבה לבעלים אבל ממילא כלפי זה הוי שומר של השומר, ובזה אינו נידון כשני שומרים אלא דהוא שמירה שלו והוא כקרקע שלו שמתביא בו ואינו ב' שומרים אלא דהוא יד שלו והוא שומר עבורו את שמירתו ואהכי מהני שבועת האחד לפטור את חבירו, והשתא לפי"ז כד אתי רבא וחדית טעמא דאיהו לא מהימן לי בשבועה אין ביאורו דמצד דיני השמירה הוי שמירה מעלייתא רק שהלה לא שמר, דאינו כן, אלא כיון דשומר חייב עד שישיב ויברר לבעלים שנאנס, וממילא כאשר הלה לא מהימן לי בשבועה ואין שבועתו עבורי

בירור, ממילא נמצא דכלפי מצב זה לא חזר לבעלים דאילו הי' אצלך היית משיב לי ולא היית נשבע לשקר ואילו כשהלה שומר אינו משיב לי ואיני מאמין לשבועתו, וממילא כלפי מצב כזה שיהא אבידה ויצטרכו לישבע אין כאן השבה, ונמצא <sup>אוצר החכמה</sup> דלבתר הטעם דלא מהימן לי הוי פשיעה בשמירה ממש.

ה'תש"ח

והשתא למאן דמחייב בשומר שמסר לשומר מצאנו בזה ג' לשונות או גזלן או מזיק או פושע וכנ"ל, והנה הנ"מ לענין אי הוא גזלן או מזיק הוא לגבי אם יהא אונס שלא מחמת הפשיעה דאם הוא גזלן חייב בכל אופן שהוא, אבל אם הוא מזיק הרי פשוט דכל עוד החפץ קיים והוא בעין אינו מזיק דהרי שלך לפניך ורק דאם לבסוף ייאבד החפץ מחמת זה הוי זה מלמפרע מעשה נזק שמחמת מעשה זה לבסוף נעשה נזק אבל אם הי' אונס שלא מחמת הפשיעה יפטור, ובזה נחלקו אב"י ור"ב להנ"ל אם הוא מזיק או גזלן והיינו מאי דקראו הר"מ פושע והגם דחייב כמזיק דכל מאי דהוא נזק הוא מחמת הפשיעה וכנ"ל דעצם המסירה אינה נזק אלא הוא פשיעה בחפץ שתגרום לו לינזק ואהכי בגרע"י להר"מ מכח הפשיעה הוי מזיק, ואהכי ס"ל לתו' דלכתח"י אסור לו

למסור אבל אינו חייב לפי שלא מחמתו אירע הנזק ולא תל"י ב"י ואהכי בספק עליו להוכיח, וז"ב.

קנ"ג. ל"ו ב', אתמר פשע בה ויצאה לאגס וכו', הנה להמבואר ברוב הראשונים לכו"ע בע"י שיהא האונס מחמת הפשיעה ורק דאע"ג דאינו ברור שהוא מחמת הפשיעה אפ"ה חייב, וצ"ב מ"ט חייב הא ספק הוא והמע"ה, והנה שי' ר"ח והר"י"ף הוא דלאב"י גם כשאין האונס בא מחמת הפשיעה חייב וכתב הגרע"א דכשנדון בתחלתו בגניבה ואבידה וסופו באונס אם חייב תלוי בהא דאי נימא דגם שלא מחמת <sup>אוצר החכמה</sup> הפשיעה חייב והיינו דעצם הפשיעה מחייבת אזי י"ל דבגניבה ואבידה אינו כן, אבל אם רק מחמת הפשיעה חייב והיינו דאז אינו נחשב אונס וכיון שהוא מחמת הפשיעה הוי כפשיעה עצמה א"כ גם בתחלתו בגניבה ואבידה יחוייב, ומבואר דהמחייב הוא דכיון שהוא מחמת הפשיעה הוי כהפשיעה עצמה וא"כ צ"ב אמאי בספק חייב הא הוי כספק פשיעה, ואמנם הרשב"א כ' דרק במתה באגס חייב דיש קצת ראיה וא"כ י"ל דאהכי מוציאין ממון, אמנם אכתי צ"ב הא דאיפליגו אב"י ור"ב אי גם למ"ד חייב הכא פטור ואי גם למ"ד פטור הכא חייב והרי למאן דמחייב

הוא דוקא בבא מחמת הפשיעה לרוב הראשונים ומאן דפטר גם בכה"ג פטר וא"כ מהו זה שאמר אביי דהכא לכו"ע חייב והא למאן דפטר גם בבא מחמת הפשיעה כ"ש דפטר בספק, אלא דהתו' לעיל כתבו דהתם האונס דגניבה ל"ה ראוי להיות עד שבאו הגנבים אבל הכא מיד התחיל החולי, ואינו מובן מה בכך סו"ס בתרווייהו אונס הוא ומאיכפ"ל אימת אירע זה האונס, ובנמוק"י ריש הגוזל ומאכיל כתב בשם הרא"ה דבמסר לשלוחו דפשע ואח"כ ספק אם מתה מחמת הפשיעה חייב דהוי איני יודע אם פרעתיך, והיינו דמשעה שפשע נתחייב ורק דאם אירע אונס שלא מחמת פשיעה הוא סיבה לפוטרו ובספק חייב, וצ"ב דאם נתחייב כבר משעת פשיעה מאיכפ"ל שאירע אונס שלא מחמת פשיעה והא סו"ס לא חזר לבעלים ומה פוטרו, ונהי דאונס אינו מחייבו, אבל הא הוא כבר נתחייב מעיקרא כשפשע.

**הביאור** בזה נראה בס"ד, דהנה כל שומר דחייב הא הוא דכיון שלקח עליו להחזיר, ואמנם הא דפטר מאונסין הוא מתרי טעמי, חדא כדכ' תו' בכתובות דנ"ו שירדה תורה לסוף דעתם של שומרים שש"ח רוצה להתחייב בפשיעה וכו' והיינו

שכשם שש"ח שיאמר להדיא בעת קבלת השמירה שהוא מקבל שמירה עד בוא הגנב לביתו אזי כשבא הגנב לביתו הוא נפטר כיון שכלתה שמירתו ונגנב לא בעת שמירתו וממילא כל ש"ח כשנגנבה הוא פטור כי אז כלתה שמירתו, וכן ש"ש באונסין וכיו"ב, הא חדא, ותו שכל מה שהוא חייב מחמת שלקח הוא רק אם לבסוף אכן לא חזר לבעלים מחמת לקיחתו אבל אם מחמת טעם אחר לא חזר לבעלים נמצא שלא לקיחתו גרמה שאין לבעלים את החפץ, וממילא ש"ח שכל לקיחתו לשמור הוא רק מפשיעה וש"ש שכל לקיחתו לשמור הוא רק מגניבה ואבידה אזי כשאירע אונס נמצא שלא מחמתו לא חזר אליו החפץ ואהכי מיפטר, וגדולה מזו תמהו הראב"ד והרשב"א בסוגיין אמאי שואל חייב במתה הא מה"מ מ"ל הכא ומ"ל התם ות"י דכיון דה"י קנוי לו כשמתה לדידי מתה, והיינו דהוקשה להם דהא גם שואל חיובו הוא אחד מכ"ד אבות נזיקין, כלו' דחיובו הוא דכיון שלקח ולא חזר לבעלים חייב וא"כ באונסין הא אינו מחמתו, ואהא ת"י דבשואל הלקיחה היא מה דקנוי לו וקנינו הוא לקיחתו וממילא כשמת בתוך זמן השאלה הרי שלו מת ונמצא שלקח ומעולם לא חזר לבעלים דקנינו ה"י קיים בעת המיתה והיתה

לקיחתו אז קיימת, אבל שאר השומרים שלקיחתם היא מחמת היותו אצליהם אזי כאשר לא מחמת זה לא חזר אינם חייבים, וה"נ שוכר דהגם דיש לו קנינים אבל ע"ז הא הוא משלם, ודוק.

[124567 תיקון]

והשתא כשנדון באונס הבא שלא מחמת הפשיעה הנה בבא מחמת הפשיעה אינו אונס כלל וכולו פשיעה הוא, אבל בספק אם בא מחמת הפשיעה הרי הוא ספק אונס ספק פשיעה וע"ז הא הוא חייב לישיבע, אכן הנידון בזה הוא כיון דהי ודאי אונס ומהיכ"ת שנעשה מחמת הפשיעה וממילא אין ספק מוציא מידי ודאי, וגם למש"כ הר"ח והר"ף דלאב"י חייב גם באינו מחמת הפשיעה אין המכוון דחייב גם כשאין שייכות בין האונס לפשיעה אלא הכוונה בזה דנעשה האונס כיון שפשע רק דגם אחר שפשע ל"ה ראוי שיארע אונס זה ונמצא דמחמתו נעשה האונס אך הוא אינו אשם בזה שנעשה האונס ובהא פליגי, ובההיא דצריפא דאורבני הנידון הוא דכיון דאינו מתחיל מיד ממילא אינו חלק מהפשיעה ודבר נפרד הוא ובהא אמרי' דאין ספק מוציא מידי ודאי ומהיכ"ת דזה שייך לפשיעה שלו, ודוק.

קס. ל"ז א', ב', גזל מאחד מחמשה וכו', כתבו תו' דסוגיא דידן לא שייכא לפלוגתא דברי ושמא ברי עדיף או לא עדיף, לפי דגם למ"ד לאו ברי עדיף הכא גרע דהרי יודע בודאי שחייב עכ"פ לאחד, ומאידך גם למ"ד ברי עדיף הא יודע בודאי שעכ"פ לחמשה אינו חייב, וצ"ב בכוונתם דמה בכך שיודע שאינו חייב לכולם דעכ"פ כל אחד מהם טוענו באופן פרטי לי גזלת וע"ז הוא שמא ומה בכך שיש עוד כמה הטוענים, ואם משום שהם מכחישים את הטענת ברי של זה, מה הם בע"ד להכחיש, וכלפי הנידון שבין טוען זה אליו הרי הם כסתם אינשי דעלמא שאין להם כלל נאמנות בטענותיהם, ומאידך צ"ב גם מש"כ תו' דהוא בודאי חייב לאחד מהם דמה בכך והא עכ"פ אחר ששילם לאחד מהם שוב אינו חייב בודאי כלל כי שמא לו הי' מחוייב ושוב הוי ככל ברי ושמא, והנה הראשונים הוסיפו להק' עוד במנה ומאתיים דלכא' אם הי' טוען ברי שחייב לזה מנה ולזה מאתיים הא הי' צריך לישיבע שבועת מודה במקצת לזה שטוענו שחייב לו מנה -ועכ"פ באין החפץ בעין דאינו הילך או עכ"פ למאן דמחייב בהילך- וא"כ השתא דאינו יודע ליהוי מחוייב שבועה שאינו יכול לישיבע וישלם, ות"י הרמב"ן ב' תי', חדא, דלא רמא רחמנא

שבועה אלא לכופר ומעכב ממון חבירו לעצמו דלישתבע כי היכי דלודי והאי מודה הוא והיכי רמית שבועה עלי, - וגם אם יטען ברי יפטר מלישבע כדביאר הרשב"א בכוונתו-<sup>דמא</sup> ואינו מובן לכאוי דמה ענין תובע אחד לשני, הגע עצמך התובע את חבירו מנה והודה לו בחמישים וא"ל נ' אחרים אני חייב לחבירך וכי יפטר משבועה דהא סו"ס לי אינך משלם ומאיכפ"ל שאתה נותנו לשני ובפרט במלוה כשאין כאן חפץ בעין דנימא שמוציא גזילה מתח"י.

**עוד** תי' הרמב"ן דהכא הדין ודברים הוא בין המפקידים וממ"נ אי דינא הוא דמניח מנה ביניהם ומסתלק היינו חזרה דמחוייב בה והוא מודה בחיובו, ואי דינא דיתן לכ"א הרי משלם, ותמה עליו הרשב"א דא"כ אפי' בשתי כריכות נמי יפטר כיון דהוא מוציא מתח"י, ואמאי אמרי' דבב' כריכות חייב מעיקר הדין, ואהכי תי' הרשב"א דליכא דינא דמתוך שאי"ל משלם רק בהו"ל למידע והכא בכרך אחד לא הו"ל למידע, וצ"ע דאכתי מה יענה לקוי של ברי ושמא, ובזה כתב הרמב"ן - הובא בבעה"ת שער לט- דליכא למימר דלא הו"ל למידע דבברי ושמא חייב גם בכה"ג דלאו משום פשיעותא וקנסא הוא, ואמנם בלא"ה ד' הרשב"א

בזה צ"ע לכאוי, דלקמ"י כתב דבב' כריכות חייב ולא אמרי' הילך הוא משום שהילך הוא רק במשלם כל חיובו והכא הא המנה השני שמודה בו אינו משלם, והיינו דס"ל דבב' כריכות חייב מעיקר הדין מצד משאי"ל משלם כיון דהו"ל למידע, אבל תמוה אמאי אינו הילך שהרי המנה השני הוא המנה של הכפירה וההודאה היא במנה שבו הוא מודה ובזה הא הוא הילך, ועוד תמהו דהתינח במנה ומאתיים אבל במתניי הא מיירי על מנה אחד וגם בו חייב בשני כריכות ושם אינו מודה במקצת כלל וע"כ דלאו מדין מודה במקצת חייב, ועוד דכבר תמה במרדכי בסוף המניח דמה שיידך כאן מודה במקצת והא הוי כטענו חיטים והודה לו בשעורים ובפרט בסיפא דמתניי דשני כלים, וע"כ דמתניי לאו מדין מודה במקצת הוא כ"א קנסא בעלמא.

**ועוד** תמוה לכאוי דבשילהי סוגיין הביא הרשב"א דעת הרי"ף והרמב"ם שכי' דנוטל בנקיטת חפץ ותמה הרשב"א דכיון דחייב מעיקר הדין מצד משאי"ל משלם למ"ל שבועת הנוטלין, ותי' דכיון שזה מודה בכל חיובו אלא דמשום דלא דק אתה דנו כפושע ומחייבו לשלם אין חבירו נוטל אלא בשבועה, ומוכח א"כ דאינו דין דמודה במקצת וסותר ד' עצמו, עוד צ"ב

מאי דמק' אביי מהא דאר"ע גבי נפל הבית עליו ועל אמו וכו' אלמא אוקי ממונא בחזקת מרי<sup>נאמר חסמא</sup>, ואינו מובן כלל לכא' דאטו כללא הוא דלית ל' לר"ע המע"ה והא הוא רק הכא מהטעמים דלעיל דמתוך שאי"ל משלם או קנס וכיו"ב ומה ענין זה להתם, והנה דעת תו' -ורוב הראשונים- דבכרך אחד פטור לגמרי הן בברי ושמא והן בשמא ושמא ואפי' לציי"ש פטור, ובב' כריכות בשמא ושמא חייב לציי"ש ובברי ושמא לר"ע חייב מעיקר הדין ולר"ט לצאת ידי שמים, ובשו"ע ס"י ש' הביא ב' דיעות בזה אי חייב בברי ושמא בכרך אחד עכ"פ לציי"ש, ואילו בסי' רכב גבי מקח פסק בסתמא דבכה"ג חייב לציי"ש, וביאר הקצות בסי' ש' דבפקדון ליכא חיוב השבה כשהוא בעין והוא הרי לא פשע ומשא"כ במקח דחייב בדמיו לאלתר, ומה בכך שלא פשע, וצ"ב א"כ מ"ט החולקים והוא הרא"ש דס"ל דגם בפקדון חייב לציי"ש.

**הביאור** בזה נראה בס"ד, דהנה בכל ספק בתערובת דקיי"ל דמדאורי"י חד בחד אסור יל"ע אמאי לא נוקי כל חד מיני"י בחזקת כשרות, וכגון שני בהמות שנולדו כשירות ואח"כ נטרפה אחת מהם ונתערבה בשניה ואיני יודע מי הכשירה דמדאורי"י תרווייהו אסירן, ואמאי, הא כל

חדא מיני"י אית לה חזקת כשרות שלא נטרפה וכמו שאם הי' נולד ספק על אחת אם נטרפה הוה מכשרי' לה מדין חזקה הי"נ הכא כל חדא אית לה חזקת כשרות לומר שהיא לא נטרפה, וכבר עמד בזה בקצות ס"י לד' וביאר דתערובת שאני, והטעם בזה הא הוא פשוט דמאחר דכל לידת הספק בזה הא הוא מחמת התערובת דכל מאי דלא ידעי' הוא רק מחמת שנתערב לנו כשירה בטריפה ולא ידעי' מי היא הכשירה ממילא אין הספק כאן על כל אחת מהם בפנ"ע האם נטרפה אלא הספק הוא על תרווייהו יחדיו מי נטרפה, ובכה"ג ל"ש חזקה, דלעולם אנו דנים בבירורי הספיקות על לידת הספק ושורשו, והכא סיבת הספק היא התערובת זממילא אין הספק על כ"א האם נטרפה אלא על שניהם יחדיו מי מהם נטרפה ועל כגון דא הא ל"ש כלל חזקה.

**ואמנם** מאידך הרי בשני שבילין מדאורי"י מוקמי' לכל חדא מיני"י בחזקתה -לדעת רוב הראשונים- ואמאי הא גם התם הוא ספק בתערובת, ומ"ש מכל ספק דתערובת, הוה אומר דבשני שבילין סיבת הספק אינה התערובת אלא דהתערובת גרמה לן שלא נוכל לפשוט את הספק, שהרי בשני שבילין סיבת הספק הוא לפי



שאין אנו רואים את הקבר ואין אנו יודעים היכן המת, ורק דאילו הי' לפנינו רק שביל אחד היינו פושטים את הספק, דכיון דאנו יודעים שהי' כאן מת ויש לפנינו רק שביל אחד בע"כ שהוא כאן, והשתא דאית לן שני שבילים שוב אין אנו יכולים לפשוט את הספק, ונמצא דלא התערובת גרמה את הספק אלא דמחמת התערובת אין אנו יכולים לפשוט את הספק, ובזה לא התערובת גרמה את הספק כ"א על כל שביל בפני"ע מספק"ל אם יש בה מת ומוקמי' אחזקה, אבל בטריפה הא כל סיבת לידת הספק היא התערובת והוי ספק אחד על שניהם, וז"פ, והשתא לפ"ז בסוגיא דידן שהוא ודאי חייב ואין אנו יודעים למי הוא חייב אזי כשנבוא לדון אם הוא נידון כספק אחד והוי כתערובת דמספק"ל למי הוא חייב או דהוי שני ספיקות נפרדים, אזי הוא תלוי אם פשע או לא פשע, דהיכא דלא פשע והיינו דלא הי' לו לידע ממילא מתחלת מסירת הממון אליו הי' מצב מסופק מעיקרא למי המנה ולמי המאתיים ומעיקרא כשמסר כל אחד מהם לא ידע מה מסר לו ממילא הוו שני ספיקות נפרדים דעל כל אחד מהם הי' ספק מה מסר וממילא הוו שני נידונים נפרדים, אבל היכא דפשע היינו דהי' לו לידע מצד עצם המסירה מה של כל אחד

מהם ורק דמאחר דלא השיש לבו נסתפק נמצא דכל הספק נולד מחמת התערובת וממילא הוי ספק אחד על תרומיהו למי <sup>אמר החכם</sup> המאתיים ולמי המנה, הא חדא.

ועוד איכא חילוקא בין פשע ללא פשע דהרי המחוייב ממון לחבירו ואין לו היכ"ת לשלם לו וא"כ יוציא מנה על מנה עד שישלם לו אזי כללא הוא דהיכא דהוצאות נעשו באשמת הלוח עליו להוציא אבל אם המלוה הלך למדי ומחמתו נעשו ההוצאות אין על הלוח להוציא הוצאות עבורו, והשתא הכא הרי ודאי שאחד מהחמשה הללו הוא המלוה והנגזל וחייב בודאי לשלם לו ורק דיש כאן עוד ארבע גזלנים העומדים בדרכו וההיכ"ת היחידה שיש לו לשלם לנגזל האמיתי הוא ע"י שישלם גם לארבעת הגזלנים הללו כי אז ודאי ישלם לנגזל האמיתי, וא"כ הי"ז כמי שהולך לשלם למלוה שלו ועומדים בדרכו ארבעה גזלנים ואינם נותנים לו לעבור עד שיתן להם גם דמים, אזי הא הוא תלוי בהנ"ל דאם אי"ז אשמתו שהגזלנים נמצאים כאן אינו חייב לשלם אבל אם הוא הביא הגזלנים לכאן ובאשמתו המה הכא חייב ליתן להם כדי שיתנו לו לעבור למלוה האמיתי, וממילא הי"נ הכא דהיכא דפשע הנה הוא הביא את

הגזלנים לכאן ואהכי עליו ליתן להם כדי שממילא ישלם ודאי לנגזל האמיתי אבל היכא דלא פשע אינו חייב להוציא ממון מכיסו כדי לשלם למלוה האמיתי.

וב"ן שכן מבואר בס"ד כול"י סוגיין בפשיטות, דזה ודאי דדינא דהמע"ה לא שייך הכא כלל כי הוא ודאי מחוייב והספק הוא למי הוא מחוייב וכנ"ל דהוי ספק בתערובת ומצד מה שאינו מחוייב להפסיד ממון <sup>אוצר החכמה</sup> עבור תשלום חוב אזי כיון דפשע ודאי מחוייב בזה, והיינו מש"כ תו' דאינו שייך לנידון דברי ושמא לא לכאן ולא לכאן כי יש כאן חיוב אחד שהוא ודאי מחוייב לאחד מהם ובודאי אינו מחוייב ליותר מאחד, אכן בזה הנידון האם בכה"ג חייב או דנימא דמספק אין לשום אחד זכות תביעה, דגם כשאין דין מוחזק מ"מ מספק הבא לחדש עליו להוכיח ומספק לית לך זכות תביעה, וממילא שום אחד מהחמשה אין בכתו לתבוע ואינו חייב כלום, והיינו מאי דדימהו הש"ס להא דר"ע בהוחזקה נחלה באותו השבט דגם שם ליכא שום מוחזקות לשום אחד ורק דהפשטות הוא דהנחלה צריכה להיות בשבט זה ולהפקיע מזה הוי כלהפקיע מוחזקות, וא"כ ה"נ הכא אף דמוחזק מש ל"ש הכא כלל מ"מ הבא לחדש עליו

להוכיח ומהיכ"ת דאני חייב לך, ולפ"ז ניתא ד' הרשב"א גבי שבועת מודה במקצת, דלפ"ז באמת תביעתו של כל אחד מהם היא שתוציא עוד ד' מנים כדי שתתן לי את המנה שלי ונמצא שכ"א מהם תובע שישלם לכולם כדי שישלם לו וממילא כאשר מודה במנה אחד הוי מודה במקצת לא מחמת ק' מתוך ר' אלא מחמת שאינו רוצה ליתן לכולם וזהו המקצת, ואהכי גם אינו הילך, ודוק.

קסא. ל"ח א', רשב"א מוכרן בפני ב"ד מפני שהוא כמשיב אבידה לבעלים, וכבר תמה במחנ"א שומרים ס"י לה דמוכח דמדן שומר אינו מחוייב למוכרם ובמג"א ס"י תמג כתב דשומר שלא מכר החמץ בערב פסח חייב כש"ח דה"י יכול לקדם ברועים ובמקלות, והיינו דמדן שומר חייב, וכבר נתבאר בס"ד לעיל באות קל עפ"ד המרדכי אות רצג דהביא מרב יהודה גאון דהמפקיד חפץ אצל חבירו אסור לו להעתיק ממנו אות אחת שלא ברשות משום דמרע ל"י לפקדון וה"מ בבור וע"ה אבל בחבר ות"ח מותר לו לקרות בו ולהעתיק ממנו כי אדעתא דהכי נתן לו ושמא הטעם מדכתי' לא יבזז לגנב כי ירעב זהו גונב ד"ת ומעתיקן, ועיי' ש"ך סי' רצב סקל"ה שכי' דזהו טעם בפנ"ע, והוא

צ"ב דאם מדיני השמירה אסור לו להעתיק  
 כי מרע לו איזה היתר הוא כי ירעב ואטו  
 מותר לגנוב ספרים מחמת זה, וזה אינו  
 היתר רק על עצם העתקת ד"ת אבל לא על  
 חיובי ממון ממש.

והיינו מש"כ רב יהודה גאון דכיון דאיכא  
 סברא דלא יבזו כי ירעב ממילא מצד  
 השבת אבידה אינו חייב וממילא שוב אינו  
 חייב גם מצד שמירה, וע"ש עוד בזה.

קסב. ל"ח ב', ל"ט א', אתמר שבוי  
 שנשבה רב אמר אין מורידין קרוב  
 לנכסיו ושמואל אמר מורידין קרוב לנכסיו  
 בששמעו בו שמת כו"ע לא פליגי דמורידין  
 כי פליגי בשלא שמעו בו שמת רב אמר אין  
 מורידין דילמא מפסיד להו ושמואל אמר  
 כיון דשיימי' להו כאריס לא מפסיד להו  
 וכו' אמר רבא לירד ולמכור תנן וכו' היורד  
 לנכסי שבוי אין מוציאין אותו מידו ולא  
 עוד אלא אפי' שמע שממשמשין הבעלים  
 ובאים וקדם ותלש ואכל ה"ז זריז ונשכר  
 ואלו הן נכסי שבויים וכו' ואלו הן נכסי  
 נטושים וכו' ואלו הם נכסי רטושים וכו',  
 וכולן שמין להם כאריס וכו' דאילו התם  
 זריז ונשכר ואילו הכא שיימי' להו כאריס  
 וכו', הנה שי' רש"י דבשמעו בו שמת אוכל  
 כל הפירות ואם בא הבעלים קודם שאכל  
 מחזיר הפירות ונוטל כאריס ובלא שמעו  
 שמת לעולם אינו אלא כאריס, אבל תו'  
 והרבה ראשונים ס"ל דהפירות לעולם  
 לגמרי שלו גם בלא שמעו בו שמת ולגבי  
 השבח אזי אם באו בעלים קודם שקצר  
 נוטל כאריס ומשא"כ בשמעו שמת אינו

הביאור בזה נראה בס"ד, דבאמת עצם  
 החיוב שחייב למוכרם כדי שלא  
 יופסדו יסודו הוא מחיובי השמירה דכשם  
 שהוא שומר על גוף החפץ כך הוא שומר על  
 שיווי החפץ וחייב להחזיר לבעליו השיווי  
 כמו שהי', אכן הרי ז"פ דכל חיובי שמירתו  
 הם רק עד כמה שנעשה הפסד מחמת  
 שהוא אצלו שלא שמר מפשיעה או מגניבה  
 ואבידה אבל הפסד שאינו מחמתו אינו  
 שייך לשמירתו, וממילא כשהפירות  
 מרקיבים וכיו"ב ואי"ז מחמתו כלל למה  
 יחוייב בו, ואכן לזה בעי' לחיוב דהשבת  
 אבידה דממילא מחמת זה הא עלי' רמיא  
 מכירתו כמו ראה מים שוטפין שדהו, וכיון  
 ששוב הוא מחמתו הדר דינא דהוא בכלל  
 חיוב השמירה, -ואמנם זולא בעלמא אינו  
 בכלל וגם שואל שחייב באונסין פטור  
 מזולא כיון שזהו צורת החפץ שלך ואינו  
 בגדר קלקול ואי החזרה אלא דזהו החפץ  
 שלך וזהו שיווי לפעמים מוקיר ולפעמים  
 מוזל אבל על קלקול שפיר חייב, ונמצא  
 דמכח החיוב השבת אבידה חייב כשומר,

נוטל כאריס ולפיכך הוא רשאי לקדם ולאכול אבל בלא שמעו שנוטל כאריס אינו רשאי לקדם ולאכול, ובטעמא דמילתא דבשמעו בו הוא זריז ונשכר לתו' כבר נתבאר בס"ד הטעם ולרש"י הטעם כיון דאדעתא דפירי נחית ותמהו הראשונים דאיזה בעלות יש לו בזה ואהכי פ"י הרמב"ן והרשב"א דבשמעו אינו בוש להפסיד כי סבורין שהוא שלו אהכי חיישי ב"י טפי להפסד, וצ"ב בדעת רש"י, והרא"ש כתב דלמסקנא דמפליג בין אשתו גדולה לקטנה דהכא סמכא דעתי' והכא לא אזי גם בשמעו בו כיון דסמכא דעתי' מה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל.

והרמב"ם בפ"ז מנחלות הל"י כתב דברטושין דשמעו בו אח"כ שמת נוטל רק כאריס ותמהו עליו הראשונים דא"כ למה לא תני לה הכא בהדי וכולן שמין להם כאריס, ותי' הנמוק"י דהכא נוטל מעיקרא רק כאריס והיינו לפי שאינו בדין הורדה כלל, וצ"ב דסו"ס אחר ששמעו ירד מעכשיו ומה בכך שכבר ירד קודם אטו קנסא הוא, עוד מבואר ברמב"ם שם הל"ד דבירדו למכור אזי בשמעו שמת או בנטושין אין מוציאים מידם וברטושין אף אם שמעו שמת מוציאין מידם, וע"ש במ"מ דס"ל דבירדו

למכור לעולם נחית חד דרגא והדברים צ"ב, ובכלל צ"ב דבטור ס"י רפה מבואר <sup>אוצר החכמה</sup> דרטושין הוי כאבידה מדעת, וא"כ לפ"מ דס"ל להטור גופי' בס"י רסא דאבידה מדעת הוי הפקר ממש א"כ יטלנו מי שירצה, ועוד דהרמ"א כתב דברטושין היכא דנפלו לו אח"כ נכסים שלא בידיעתו הריהו לגבי זה כשבוי, וצ"ב דסו"ס מצד האבידה מדעת הוא הרי אותו מדעת כי ידע שיתכן שיפלו לו אח"כ נכסים והפקיר הכל.

והנה הרמב"ן והרשב"א כתבו דהא דמורידין קרוב הוא לאו דוקא קרוב אלא דהקרובים אין מסכימים שיורידו רחוק דדילמא מיית והוא שלהם מדין ירושה והגם דלא חיישי למיתה מ"מ אין הנכסים בחזקת שום אדם ושומעין להם מחמת חשש הפסד, וכתב הרשב"א דבלא שמעו אם יש אדם זר שמסכים לירד לנכסים כאפוטרופוס בעלמא ללא רווחים הוא קודם - והרא"ה חולק דחיישי שיכסיף - אבל בשמעו בו שמת לא לפי דכירש ממש חשבי' ל"י, ומאידך כתב הרמב"ן ברטושין דגם אם שמעו בו אח"כ שמת אין מורידין ומיהו מורידין אז רחוק בתורת אריסות דחוששין לשמיעה וצ"ב אמאי לא נימא דכודאי יורש חשבי' להו.