

קנס אלא ממון ובר ירושה הוא וכו' זו בניו, כהג"ל. [והתוס' שלא חירטו כמו הכ"מ, הוא משום דהתוס' לשיטתם שפירשו שמקנה לו גם גוף הפרה לגמרי ורק שמשיר הגזוז והולדות גרידא, ולפי"ז הרי השומר הוא הצעלים הגמור ואין זה עוד שייך להמפקיד כלל].

ו. לפי"ז יש ליישב קושית הרא"ש על הרמב"ם והרי"ף - אמאי לא מוקמינן אחזקת מר"ק, דלפי"מ שכתבנו דכל עיקר קנין פרה לכפילא הוא רק בתורת קנין פירות בשל חזירו כדברי הכ"מ הנ"ל, ומעשה הרי"ל לפי"מ שכתבנו דשיטת הרמב"ם דחזקת מר"ק מטעם חזקת איסורין, א"כ כ"ז שייך אם הספק הוא בגוף החפץ אם נשחטה הצעלים או לא, משא"כ הכא דאין הספק אם נשחטה הצעלים בהחפץ אלא דהספק הוא אם יש לו זכות בפירות של הפרה לא מיקרי שמוציא מחזקת מר"ק, מכיון שאין לו רק זכות בשל חזירו, ולכן שפיר פסקו דיחלוקה, משא"כ במוכר עבדו לקנס המוכר הוא מוחזק דהא נולד הספק בעת מכירת העבד לקנס אי קנה או לא, דאז היה העבד ברשות המוכר, ואם יש ספק אם מכר הזכות לקנס או לא, חשיב הלוקח המוציא, לכן שפיר גובה הקנס, משא"כ בספיקות אם אמר הריני משלם וחזר ואמר אינו משלם וכו' דהתם נשעת שנוולד הספק כבר הפרה גנוזה ולא הוי ברשות המפקיד א"כ ליכא מוחזק, ורק דאחינן עלה מטעם חזקת מר"ק, ע"ז אמרינן דאם הספק הוא אם קנה הזכות או לא ל"ש חזקת מר"ק, כהג"ל.

[והנה בקצוה"ח הקשה ע"ד הרמב"ם מ"ש דגבי פרה לכפילא פסק דמהני וגבי עבד לקנס הוי צעיר דלא איפשיטא, וז"ע. ובנתיבות ח"י לפי"מ שכתבו התוס' בסוגיין דדין פרה לכפילא חלוי בספק דעבד לקנס, וכיון שהוא איבעיא דלא איפשיטא לא זכה בגוף הפרה רק בכפל, עיי"ש, והיינו דכיון שהספק נולד בשעה שהפרה נגנזה כבר ואין השומר מוחזק בה לכן אוקמינן הפרה בחזקת מר"ק, אבל בכפל זוכה השומר ממנ"פ דאי לא מהני פרה לכפילא אז האומדנא היא שמקנה לו גוף הפרה].

אבל לר"ן צאמת הגדר הוא כמו שכתב הכס"מ הנ"ל, כדעת הרמב"ם דהכא מקנה לו הפרה לכפילא גרידא וגוף הפרה חוזרת לבעלים, ומעשה נראה, דכיון דהפרה עצמה היא למפקיד יש לומר צאמת שענס הדקל והארעי אשנח של המפקיד הוא, וממילא כל החיוב הוא להמפקיד שהוא עיקר בעל הפרה, והשומר רק זוכה בפועל בחוב הממון, היינו דיש זכות לשומר בפרה דכשיצא הכפל לעולם דישראל הגנב הכפל לנפקד יזכה הנפקד בכפל (לכאורה כ"ז שייך בדקל לפירות ממש דיש לו זכות בדקל לגבי פירות, אבל פרה לכפילא דהוי קנס ואינו זוכה קודם העמדה בדיון מה שייך דיש לו זכות בגוף הפרה לגבי קנס, וז"ע. וז"ל כיון דענס חיוב הקרן והכפל הרי הם תשלום עבור גניבת הפרה ודמי תשלומי בהמה הם, הרי דמים אלו חשיבי פירות ושנח שצא מהבהמה, והוה שבה דאמי מעלמא והוי כמו ממון שהרויח מעבודת הפרה דחשיב פירות דפרה), וממילא בשילמו צנים אף דנגנזה בחיי האב אין חסרון של אין אדם מוריש קנס לבניו, כיון דלא הוי חיוב כפל לאב, אלא הוי לאב קנין בכפל כשיצא וזה צודאי יכול להוריש. והיינו דנגדר פרה לכפילא יש לפרש בג' אופנים, א) דהפרה שלו לגבי מעשה הגניבה דחשיב כנעשה מעשה הגניבה מהשומר. ב) דענס מעשה הגניבה הוי מהצעלים, דסוכ"ס ענס הפרה לכל חשמישי שייכת לבעלים, ולכן חשיב מעשה הגניבה מהצעלים, אלא דהפרה שלו לגבי כפל, היינו דחלות המסלומין לשומר, דענס חיוב תשלומין לשומר. ג) דענס חיוב תשלומין למפקיד ורק דהשומר זוכה ממנו, היינו דיש להשומר זכות בזכות של המפקיד, והכ"מ סובר כאופן הג' לכן הוי לגבי השומר ממון ולא קנס].

הרי מוכח להדיא מדברי הכ"מ והתוס' הרא"ש דקנין פרה לכפילא אינו שהשומר נעשה צעלים לגבי כפל, דענין זה צאמת שייך להמפקיד, ורק שהשומר זוכה הכפל מתורת קנין פירות בשל חזירו, היינו דעיקר חיוב הכפל הוא להמפקיד שהוא הצעלים על הפרה. ולגבי שלמו צנים - כיון שהמפקיד קיים לא איכפת לן כלל מה שמת השומר, דאע"ג דבגוף החוב זכה השומר והוא מת, מ"מ גוף זכות הקנס לגבי השומר לאו

סימן כ

בענין דל אנת ודל שבועתך וכו'

לשוכר דל אנת ודל שבועתך ואנא משמענא דינא צהדי שאל א"ל מי סברת שוכר בשבועה הוא דקני ליה משעת מימא הוא דקני ושבועה כדי להפיק דעתו של בע"ה.

והקשה הגרע"א [דף ל"ו ב' במערכה אומ ג'] ח"ל, וזה תמוה לי למאי צריכין לומר ושבועה כדי להפיק

א. ב"מ ל"ה ב' ממניחין - השוכר פרה מחזירו והשאלה לאחר ומתה כדרכה ישבע השוכר שמתה כדרכה והשואל ישלם לשוכר אמר ר' יוסי כיצד הלה עושה סחורה בפרטו של חזירו אלא תחזור פרה לבעלים, ע"כ. ובגמ' שם, מכדי שוכר צמאי קני להאי פרה בשבועה ונימא לי משכיר

הא בפשטו השבועה מדין שבועת השומרים וכי צריכים לתן טעם לכל שבועת השומרים מטעם להפיס, והא בפשטו גזה"כ היא, דלרין השומר לישבע שכדנריו כן הוא, והניח צ"ע.

ועוד צ"צ לפי שיטת הרמב"ן הוצא צ"מ וכן הוא שיטת הרא"ה דשבועת השומרים אם השוכר אומר אינו יודע הוי כמו אומר א"י אם הלוייתי וכו', א"כ מה פריך הגמרא - נימא ל"י וכו' דל אנת וכו', הא לא גרע מאמר א"י דפטור [היינו דהרי אין השבועה הסיבה לפטור, דהא צ"י ליכא שבועה כלל, ומ"מ פטור], וכבר הקשה בעין זה הגרע"א בסוגיין, וצ"ע.

ועוד צ"צ עיקר טענת דל אנת ודל שבועתך, דהא אליבא דרבנן דשואל משלם לשוכר הוי השואל שומר של השוכר ולא שומר של משכיר כדליתא לקמן דף צ"ו ב' דלרבנן היכא דהשוכר במלאכת השואל מפטר השואל דהו"ל שמירה צבעלים, וא"כ כיון דלרבנן אין השואל כלל שומרו של המשכיר ולא נחייב כלל לגבי המשכיר, איך יכול המשכיר לתבוע את השואל שלא נתחייב לדידי כלל, ונימא ל"י שואל לאו צע"ד ידידי את. [לכאורה אפשר לומר דהא דליתא בדף צ"ו דאליבא דרבנן השואל הוי שומר של השוכר, הוא דוקא אי מיתה קני לה, אבל אי שבועה קני לה יש לומר דהוי שומר של משכיר וכן איתא בש"מ בשם הריטב"א עי"ש. אבל זה לכאורה אינו דמהתוס' סוף ד"ה אגרה פ' יום וכו' מבואר דאליבא דרבנן הא דהשואל הוי שומר של שוכר אינו תלוי אי קני לה, והיינו דאפילו אי לא קני לה מ"מ חשיב השואל שומר של שוכר כמו שנבאר לקמן, והנה באמת עיקר דברי התוס' תמוה, דאיך שייך כאן פטור דבעליו עמו, הא מכיון דפשע השואל גם השוכר חייב לשלם וממילא ל"ש קניא דאין השוכר קונה רק היכא דנפטר במיתה, כדלית' בתוס' לעיל בד"ה תחזור וכו', וכיון דאין השוכר קונה חייב השואל לשלם להמשכיר, ומה זה נוגע אם ה' עם השוכר במלאכתו כיון דעכשיו חייב לשוכר וכבר העירו בזה, אולם עדיין צ"צ לפי שיטת התוס' גם לר"י עדיין השואל שומר דשוכר אלא מנז טענת דל אנת וכו' נעשה מחויב השואל למשכיר וצ"צ מאי מעליותא טענת דל אנת. ואמאי אין יכול השואל לטעון לאו צע"ד ידידי את]. והנה כבר הקשה זאת הריטב"א, וכתב למחך וז"ל, וי"ל דמ"מ מצי למימר ליה אי הוה אותה פרה בעין הוית חייב לשלם לי מר' נתן, השתא נמי אע"ג דמחה בעל דברים ידידי את וכו', והיינו כיון שהשוכר עדיין לא נשבע יש למשכיר תביעה על השוכר, והשוכר יש לו תביעה על השואל ומשו"ה חוזר המשכיר על השואל מדין שעבודא דר"ג.

אמנם עדיין דברי הריטב"א גופא צ"ב, הלא תמורה זיכתה לשוכר שישבע שנאנסה ולא ישלם, ונמצא דבאמת אם כלפי שמיא גליא דמחה כדרכה הוא פטור, ואיך שייך שיאמר דל שבועתך [וכמו שלא שייך שיאמר אינו רוצה שמשבע אלא שתשלם] ולתבוע ממון של השוכר, ול"ד לכל שעבודא דר"ג דהתם מכיון שהשלישי חייב לשני אמרינן דע"י דין שעבודא דר"ג יכול הראשון לתבוע מהשלישי, משא"כ הכא דהשוכר אינו

חייב כלום למשכיר, ומה שהמשכיר גובה מהשואל הלא זה גביית ממנו של השוכר וא"כ איך שייך שיאמר דל אנת ודל שבועתך, ול"ד להיכא דהפרה איתא בעין, דהתם אחינן מטעם ממנו גבן, משא"כ הכא דהפרה כבר ממה ומבוע דמים, א"כ מה שייך כאן דין שעבודא דר"ג, וצ"ע.

והנראה בזה, בהקדם ביאור עיקר דינא דקני ליה, דלכאורה צ"ע למה יקנה הבהמה של חצירו, דהא לא מצינו גזה"כ מיוחדת לזה, ומה שייך מיתה קני ליה, הא הבהמה כבר ממה ואין מה לקנות, וכבר הקשו זאת המפרשים, וצ"ע.

והנה מדברי הגרע"א מבואר דנקט כפשטו דקני ממנו, היינו דהגדר דקני ליה הוא זכות השומרים, שבאופן שפטור, התורה נתנה זכות ובעלות בפקדון, כלומר דהא דפטרה התורה ש"ח צג"א וכדומה לאו חלות דין פטור בעלמא הוא, אלא בגוונא שהשומר פטור נעשה החפץ של השומר בשעת משיכה, דמיד משעת משיכה נקנית לו הפרה אם יארע אח"כ דבר הפטור, משום דלפרט זה של אונס או גו"א חשיבא הפרה של השומר [וכן לכאורה משמע מדברי הריטב"א - הוצא צ"מ - דהקנין משעת משיכה, היינו דכיון שמתה קונה הבהמה משעת משיכה]. לפי"ז הקשו הפנ"י והגרע"א צריש פירקין, אמאי צנשבע ולא רצה לשלם הכפל לבעלים, למה לא ישלם הגנב לשומר את הכפל צנשבע כיון דקנה למפרע צבועה, וגם לר' יוסי דס"ל דאין הלה עושה סחורה בפרטו של חצירו, הא מבואר בתוס' בסוגיין ד"ה תחזור פרה וכו' דר' יוסי קסבר דבאמת משעת שבועה קני לה ושפיר יכול המפקיד לטעון דל אנת ודל שבועתך, דנמצא לפי"ז דהיכא שחבצו ונשבע יודה גם ר"י דהשומר קונה צבועה וא"כ יהי' שייך הכפל לשומר, וצ"ע. וחירך הגרע"א דכיון דע"י הגנבה מופקע מהבעלים ונעשה השוכר בעלים, שפיר נחשב גניבה מהמפקיד, דע"י גניבה זו לא הפסיד כלום לשומר אלא למפקיד, עי"ש.

אבל דבריו צ"ע, דהא אי ע"י מיתה או שבועה קונה למפרע, הא נמצא דבשעה שגונב הוא גונב בהמה של השומר, ומה שהגנב גורם שפסקיד לבעלים זה הוי גרמא או גרמי, וע"ז ליכא כפל. ועוד אמאי לא הוי גנב לגבי שומר ג"כ דהוא עיקר הבעלים מטעם קני לה, וצ"ע.

והנה עיקר פירושו של הגרע"א בגדר דקני לה צ"ע, דהא לא מצינו דאם אחד זיקק בהמה ציד שומר באופן דלא פשע השומר שיזכה השומר בדמי הנזק אחרי שישבע שלא פשע, וא"כ למה יזכה בדמים שהשואל מחויב באונסין, וכבר העירו בזה. [לכאורה זה כבר חירך הגרע"א גופא דע"י מה שמוזק מפסיד לבעלים דע"י זה מופקע מהבעלים ונעשה השוכר בעלים ולכן חייב לשלם לבעלים, אבל תירוטו קשה מטביחה ומכירה דאז כבר השומר בעלים, ומה שמירך שם רע"א דחוק מאד, וצ"ע]. ועוד צ"ע, לפי"מ שכתב הגרע"א דבגוונא שהשומר פטור נקנה לו גוף הפרה א"כ ילא דאם ממה קונה

תביעה ל"ש החפץא לשבועה]. וכן לגבי עדים דכ"ז שלא צירר השוכר ע"י שבועה או עדים, הוא באמת חייב עפ"י דין אפילו אי כלפי שמיא גליא דמחה כדרכה, וכמו דאיתא בחוס' ד"ה תחזור וכו', אני פוטרך מהבאת עדים, היינו לכיון דמ"מ לר"ך לצירור הלכך קודם צירור ל"ש קני לה היינו דאונס קודם שנפטר עליו חשבו חיוצ לשוכר כמו גניבה ואבידה וא"כ לר"י דס"ל לשבועה קני לה ורק אז נפטר, תרי גוונא אונס איכא, א' באונס שחייב עליו השוכר שלא נשבע עדיין, ב' אונס שפטר עליו השוכר שכבר נשבע [ואין מקבלים עדים שלא בפני בע"ד ואף להני שיטות הראשונים דדין אין מקבלים עדים שלא בפני בע"ד הוי רק דרבנן יש לומר דהכא שאני דהיכא דליכא בכלל תביעה ל"ש הבאת עדים].

[והנה בקהלות יעקב סי' ל"ג כתב לבאר הגדר לשבועה הוא דקני ליה במקצת כדבריו שכתב שיסוד החיוב של השואל כלפי הבעלים שהוא עד כמה שהשוכר שעשאו שומר מחייב כלפי הבעלים, ושזהו יסוד טענת דל אה דל שבועתך שתשאר חייב לי לאונסין כיון שלא תשבע וממילא השואל יהיה שומר שלו גם לענין חיוב אונסין - היינו דיש כאן התחייבות כפולה מנד השואל, ככל מה ששומר ראשון היה חייב עליו למפקיד, שומר שני דקאי בחריקאי נחייב ג"כ כלפי מפקיד, אבל בחיוב נוסף לאונסים ששומר ראשון היה פטור עליו, חיוב השני הוי כלפי השוכר, אך חיוב זה כלפי השומר שייך רק אחרי שכבר נפטר שומר הראשון מהבעלים דכל עוד שהראשון עומד בחיובו למפקיד - חייב השני ג"כ למפקיד, עיי"ש. לכאורה לפי ביאור הקה"י השואל אינו חייב כלפי בעלים רק עד כמה שהשוכר חייב כלפיהם, וא"כ מדוע לא יפטר השואל אם הביא העדים שנאנסה כדן שוכר - [דהא עכשיו המשכיר מוצע מהשואל ושפיר יכול השואל להביא העדים שנאנסה] הרי רק חיובי שוכר הוא דמוטלים עליו כלפי הבעלים, ונהי דשבועה לא מני השואל פטר נפשיה מהבעלים משום דלא מהימן ליה בשבועה מכ"מ בעדים אמאי לא יפטר עמו וכבר העירו בזה וי"ע].

וע"ז מתרצת הגמ' - מי סברת שוכר בשבועה הוא דקני, היינו שהפטור הוא רק ע"י שבועה שאין טענת נאנסו טענה, אדרבה - משעת מיתה הוא דקני, היינו דטענת נאנסו היא טענה להפטר אלא שיש עליו חיוב שבועה כמו כל חיובי שבועה [כלומר, דין צירור בעלמא, אבל כלפי שמיא גליא אם נאנסה פטור אפילו בלא שבועה], ואם אין הבעלים רואים שישבע הוא נפטר בטענתו לבד, וא"כ שוב ל"ש טענת דל אנה וכו'.

לפי"ז מיושבת קושיית הגרע"א למה לא ישלם הגנב לשומר אה הכפל בנשבע כיון דקנה הפרה בשבועה כנ"ל, דהא המיתה או השבועה לא הוי קנין לקנות ע"י, אלא דין פטור מחלומין, ולכן בנשבע ולא רצה לשלם הכפל לבעלים, דעאם הפרה שייכת לבעלים.

למפרע, וגם הנזלה תהיה שייך לשומר וזה לא שמענו, וי"ע. ועוד מדברי החוס' בסוגי' ד"ה תחזור פרה וכו' ג"כ לא משמע כרע"א דכתבו לפי ס"ד דסברת ר"י מטעם ממוני גבן עיי"ש, וי"ע לפי רע"א הא כבר קניא לי' השומר ומה טענה יש לבעלים עכשיו להשומר, וי"ע.

ב. והנה הרש"ש בסוגיין כתב לחלק בין שוכר לשומר חינוס, דהא דשואל משלם לשוכר, הוא משום דשכירות ליומי מכירה היא, והוא כמו מכירה על הנאי שיחזירנה אחר משך השכירות או שחמות, ומשום"ה שייך דקני ליה, עיי"ש. אמנם דבריו הם נגד דברי החוס' בנ"ק דף י"א ב' ד"ה לא וכו' שכתבו וז"ל, ומיהו ש"ש כי משלם משלם לבעלים כדלמרינן בהמפקיד דהלכה כר"י דאמר אין הלה עושה סחורה בפרטו של חזירו עכ"ל, הרי להדיא דאף בש"ח שמסר לש"ש הותרו להא דר"י אבל לרבנן הוה משלם לש"ח. ועוד, אטו קנין דשוכר דהוה מכירה ליומא הוי קנין על הנאי שישבע או יחזיר, הא דין זה - מכירה ליומא - הוא גדר זכות של השוכר ואינו חלוי בשום הנאי, וי"ע. [ועוד לפי דברי הרש"ש דהא דמשלם לשוכר הוא מטעם קנין שכירות שיש לו א"כ אמאי ישלם דמי כל הבהמה כולה הא השוכר לא קנה באותה הבהמה רק ימי שכירותו].

ג. והנראה צביאור דברי הגמ' דשבועה קנה לה או מיתה קנה לה דבדאי שבועה או מיתה לא הוי קנין לקנות קנינים, דהלל ליכא גזה"כ מיוחדת ע"י, אלא כוונת הגמ' שקונה לגבי תשלומין [כלומר, שפטור לשלם, או שקונה זכות תשלומי הפרה שנאנסה לגבות הדמים מהשואל], היינו דסברת הה"א הוא דשבועת השומרים הוי קולא, דמחה כדרכה לא הוי טענה לפטור, דהשומר מיד שקיבל עליו לשמור קיבל עליו אחריות לשלם על איבוד פקדון, אלא דאם שמרו כדינן ונאנסו חידשה החורה שיוכלו להיפטר בשבועה ולטעון נאנסה, וזה זכותו של שומר להפטר בשבועה [היינו דשבועה היא פרט מדיני שמירה, וכ"ז שלא נשבע לא השלים דין שמירה שלו]. אמנם כל זה דוקא באופן שהבעלים מוצעים אותו שאז פטור עמו בשבועה, וממילא איתברר שהי' אונס ופטור הוא, אבל אם אין הבעלים מוצעים אותו אלא אומרים דל אנה דל שבועתך, אין על תביעה זו חיוב שבועה, וממילא אין לשוכר זכות לפטור ע"י שבועה. וזהו דקאמר ראב"א, מכדי שוכר במאי קנה להאי פרה בשבועה וכו', ואין הכוונה שקונה ממש הפרה שנאנסה, אלא שקונה זכות תשלומי הפרה שנאנסה לגבות הדמים מהשואל, וא"כ נימא ליה משכיר לשוכר דל אנה דל שבועתך, כלומר אין אנוחנו מוצעין אותך כלל, ולא שייך שבועת השומרים בלי תביעת הבעלים [דקפך ונשבע לאו כלום הוא. לכאורה יש פלוג' בראשונים אם קפך ונשבע בעצמו טרם שצ"ד חייבוהו אי נר"ך לחזור ולישבע או לא עיין בר"ן גיטין ל"ה, אמנם היכא דליכא תביעת הבעל דבר שאני דאז לכ"ע שבועתו לאו כלום היא דהא הוי שבועת הטענה ואי ליכא

בפרה בעין מסתבר דהוי החיוב מטעם חיובי שמירה, דהא ל"ש חיוב תשלומין, וכמו"כ היכא שמתה הפרה חובע המשכיר מכח חיוב שמירה, דנעתק חיוב שמירה דשאל למשכיר כנ"ל.

והבה לפי"מ שזידדנו דדין קני לה אין הכוונה דקונה ממש אלא שקונה לגבי תשלומין, לפי"מ הא דאיתא לקמן דף ז' ב' דלרבנן האי שאל לאו שומר דבעל הפרה הוא כלל אלא שומר דשוכר, בע"כ ז"ל דלחיוב שמירה לא בעינן שיהא המפקיד בעלים גמורים אלא דחלוי צמי שקיבל השמירה, וסגי בבעלים דכי יתן לשומר, והוא מטעם דבשומרים אין חיובו מנד הפסד הבעלים אלא מנד ההתחייבות שלו, ונחשיב לזה שנתן לו החפץ לשומר, ומוכן לפי זה שאין התחייבות להבעלים של החפץ, רק להמפקיד או להמשכיר. [וכן מוכח מהא דאמר ר' זירא פעמים שהבעלים משלמין כמה פרות, והיינו ב' פעמים עבור שמי השאלות, דלכאורה ז"ע דהא זה לא מנינו דאם יזיק דבר אחד פעמיים שישלם פעמיים, דהא בר"פ הגזול ומאכיל אמרינן דנגבג ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלו דרזא מזה גובה רזא מזה גובה, ולמה לא יגבה פעמיים, ובע"כ דרק בשומרים דאין חיובו מנד ההפסד של הבעלים אלא מנד שקיבל עליו אחריות, ולכן אם קיבל עליו ב' פעמים אחריות חייב לשלם ב' פעמים, משא"כ גבי מזיק או גנב דחיובו הוא רק משום החסרון וההפסד שגרם להבעלים, א"כ ל"ש לחייבו אלא פעם אחת, דהעיקר הוא להשלים מה שחסר, לא מחמת קבלת אחריות, ולכן ל"ש לחייבו פעמיים. (וסברת החולקים על ר' זירא, ז"ל דסברי אע"ג דהוי רק חיוב אחריות מ"מ התשלומין הוא הפסד החפץ אע"ג דלא הפסיד להשומר הא, מ"מ להשואל יש חיוב לשלם הפסד החפץ, ורק למי צריך לשלם, ע"ז אמרינן דצריך לשלם אליבא דרבנן להשוכר, ולכן אין צריך לשלם רק פרה אחת, א"כ דהוי חיוב אחריות בעלמא, ורק דהשומא הוי שיעור דמי הפרה הלכך שפיר שייך לשלם כמה פרות.) לפי"מ יש לבאר גם שיטת התוס' דבאם המשכיר עצמו הי' שם בשעה שמתה ציד השואל שר' יוסי יודה, עיי"ש, דלכאורה ז"ע אמאי ליכא התם טענת פרמי גבך דהא השואל שילם דמי' כמו שכתבו התוס' שם לפי הס"ד, וז"ע. ובע"כ צריך לומר דתשלומי שומרים הוא בעד האחריות ולא בעד ההפסד, וא"כ השואל אינו נותן דמים בשביל חלופי הפרה להשלים ההיזק אלא בעד האחריות שקיבל עליו, וממילא ל"ש טענת פרמי גבך].

ד. והבה לפי"מ שכתבנו דדין קני לה אין הכוונה דקונה ממש אלא שקונה לגבי תשלומין, לפי"מ הא דאיתא לקמן דף ז' ב' דלרבנן האי שאל לאו שומר דבעל הפרה הוא כלל אלא שומר דשוכר, בע"כ ז"ל דלחיוב שמירה לא בעינן שיהא המפקיד בעלים גמורים אלא דחלוי צמי שקיבל השמירה, וסגי בבעלים דכי יתן לשומר, והוא מטעם דבשומרים אין חיובו מנד הפסד הבעלים אלא מנד ההתחייבות שלו, ונחשיב לזה שנתן לו החפץ לשומר, ומוכן לפי זה שאין התחייבות להבעלים של החפץ, רק להמפקיד או להמשכיר. [וכן מוכח מהא דאמר ר' זירא פעמים שהבעלים משלמין כמה פרות, והיינו ב' פעמים עבור שמי השאלות, דלכאורה ז"ע דהא זה לא מנינו דאם יזיק דבר אחד פעמיים שישלם פעמיים, דהא בר"פ הגזול ומאכיל אמרינן דנגבג ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלו דרזא מזה גובה רזא מזה גובה, ולמה לא יגבה פעמיים, ובע"כ דרק בשומרים דאין חיובו מנד ההפסד של הבעלים אלא מנד שקיבל עליו אחריות, ולכן אם קיבל עליו ב' פעמים אחריות חייב לשלם ב' פעמים, משא"כ גבי מזיק או גנב דחיובו הוא רק משום החסרון וההפסד שגרם להבעלים, א"כ ל"ש לחייבו אלא פעם אחת, דהעיקר הוא להשלים מה שחסר, לא מחמת קבלת אחריות, ולכן ל"ש לחייבו פעמיים. (וסברת החולקים על ר' זירא, ז"ל דסברי אע"ג דהוי רק חיוב אחריות מ"מ התשלומין הוא הפסד החפץ אע"ג דלא הפסיד להשומר הא, מ"מ להשואל יש חיוב לשלם הפסד החפץ, ורק למי צריך לשלם, ע"ז אמרינן דצריך לשלם אליבא דרבנן להשוכר, ולכן אין צריך לשלם רק פרה אחת, א"כ דהוי חיוב אחריות בעלמא, ורק דהשומא הוי שיעור דמי הפרה הלכך שפיר שייך לשלם כמה פרות.) לפי"מ יש לבאר גם שיטת התוס' דבאם המשכיר עצמו הי' שם בשעה שמתה ציד השואל שר' יוסי יודה, עיי"ש, דלכאורה ז"ע אמאי ליכא התם טענת פרמי גבך דהא השואל שילם דמי' כמו שכתבו התוס' שם לפי הס"ד, וז"ע. ובע"כ צריך לומר דתשלומי שומרים הוא בעד האחריות ולא בעד ההפסד, וא"כ השואל אינו נותן דמים בשביל חלופי הפרה להשלים ההיזק אלא בעד האחריות שקיבל עליו, וממילא ל"ש טענת פרמי גבך].

ד. והבה לפי"מ שכתבנו דדין קני לה אין הכוונה דקונה ממש אלא שקונה לגבי תשלומין, לפי"מ הא דאיתא לקמן דף ז' ב' דלרבנן האי שאל לאו שומר דבעל הפרה הוא כלל אלא שומר דשוכר, בע"כ ז"ל דלחיוב שמירה לא בעינן שיהא המפקיד בעלים גמורים אלא דחלוי צמי שקיבל השמירה, וסגי בבעלים דכי יתן לשומר, והוא מטעם דבשומרים אין חיובו מנד הפסד הבעלים אלא מנד ההתחייבות שלו, ונחשיב לזה שנתן לו החפץ לשומר, ומוכן לפי זה שאין התחייבות להבעלים של החפץ, רק להמפקיד או להמשכיר. [וכן מוכח מהא דאמר ר' זירא פעמים שהבעלים משלמין כמה פרות, והיינו ב' פעמים עבור שמי השאלות, דלכאורה ז"ע דהא זה לא מנינו דאם יזיק דבר אחד פעמיים שישלם פעמיים, דהא בר"פ הגזול ומאכיל אמרינן דנגבג ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלו דרזא מזה גובה רזא מזה גובה, ולמה לא יגבה פעמיים, ובע"כ דרק בשומרים דאין חיובו מנד ההפסד של הבעלים אלא מנד שקיבל עליו אחריות, ולכן אם קיבל עליו ב' פעמים אחריות חייב לשלם ב' פעמים, משא"כ גבי מזיק או גנב דחיובו הוא רק משום החסרון וההפסד שגרם להבעלים, א"כ ל"ש לחייבו אלא פעם אחת, דהעיקר הוא להשלים מה שחסר, לא מחמת קבלת אחריות, ולכן ל"ש לחייבו פעמיים. (וסברת החולקים על ר' זירא, ז"ל דסברי אע"ג דהוי רק חיוב אחריות מ"מ התשלומין הוא הפסד החפץ אע"ג דלא הפסיד להשומר הא, מ"מ להשואל יש חיוב לשלם הפסד החפץ, ורק למי צריך לשלם, ע"ז אמרינן דצריך לשלם אליבא דרבנן להשוכר, ולכן אין צריך לשלם רק פרה אחת, א"כ דהוי חיוב אחריות בעלמא, ורק דהשומא הוי שיעור דמי הפרה הלכך שפיר שייך לשלם כמה פרות.) לפי"מ יש לבאר גם שיטת התוס' דבאם המשכיר עצמו הי' שם בשעה שמתה ציד השואל שר' יוסי יודה, עיי"ש, דלכאורה ז"ע אמאי ליכא התם טענת פרמי גבך דהא השואל שילם דמי' כמו שכתבו התוס' שם לפי הס"ד, וז"ע. ובע"כ צריך לומר דתשלומי שומרים הוא בעד האחריות ולא בעד ההפסד, וא"כ השואל אינו נותן דמים בשביל חלופי הפרה להשלים ההיזק אלא בעד האחריות שקיבל עליו, וממילא ל"ש טענת פרמי גבך].

לפי"מ שכתבנו מבואר תירוצ הריטב"א שכתב דהא דאין השואל יכול לומר למשכיר לאו בע"ד ידי את הוא משום דין דשעבודא דר"ג, והק' הא השוכר טוען בעינא לאשתכובעי ולא לשלם, ואין יכול המשכיר לחבוע ממון של שוכר, כנ"ל. אבל לפי"מ שציארנו מיושב שפיר, דכל זמן שלא נשבע אכתי השוכר מחויב כלפי הבעלים, ומשו"ה חוזר המשכיר על השואל מדין שעבודא דר"ג, וע"ז השיב לו אבי דצמיחה קני לה, ומה שחייב שבעה הוא רק לצורכי, כנ"ל.

ד. אמנם עדיין יש לדון בזה, דהא שיטת התוס' בסוגיין דפלוגתא ר' יוסי ורבנן תלוי בקושיא דראב"א ומירוצא דאבי, היינו דר' יוסי קסבר משעת שבעה קני לה ושפיר יכול המפקיד לטעון דל אנת ודל שבעתך, עיי"ש. ולכאורה תמוה, הא בדף ז"ל מבואר דלרבנן דשואל משלם לשוכר הוי השואל שומר של השוכר ולכן היכא דהשוכר במלאכת השואל מפטר השואל מטעם בעליו עמו, ולר"י דהשואל משלם למשכיר הוי השואל שומר של משכיר, ומשו"ה אפילו כשהשוכר במלאכת השואל אינו פוטר מדין שמירה בבעלים, ועיי"ש. ולכאורה ז"ע, דאי נימא דטענת דל אנת וכו' אחיך עלה מדין שעבודא דר"ג, הא דין שעבודא דר"ג הוי רק דין בתשלומין - ונתן לאחר אשם לו, היינו דיש למשכיר תביעה על השוכר והשוכר יש לו תביעה על השואל ומשו"ה חוזר המשכיר וחובע מהשואל מכח חיובו של השואל לשוכר, אבל בנוגע חלות דין שמירה הרי השואל הוא שומר של השוכר, וא"כ מה שייך כאן פטור בעליו עמו כשהמשכיר במלאכת השואל, הא דין בעליו עמו תלוי בחלות דין שומר ולא בדין תשלומין גרידא, וז"ע.

לכאורה אפשר ליישב דהריטב"א אזיל לשיטתו דפליג על התוס' וסובר כדברי שאר הראשונים - הובאו בחי' הר"ן ובנימו"י - דטעמא דר' יוסי לאו משום דל אנת וכו' אלא משום דחשיב שוכר כשלוחו של משכיר, היינו דהשואל נעשה שומר לבעלים הראשונים, עיי"ש. ולפי"ז פשוט דאליבא דר"י אפילו כשהשוכר במלאכת השואל אינו פוטר את השואל בדין שמירה בבעלים, דלאו שומרו של השוכר הוא אלא שומרו של משכיר. אבל לפי"מ שכתבנו לבאר דגם שיטת התוס' היא דדין דל אנת וכו' אחיך עלה מדין שעבודא דר"ג, קשה אמאי אליבא דר"י כשהשוכר במלאכת השואל אינו פוטר את השואל בדין שמירה בבעלים, וז"ע.

והבראה בזה, ד"ל דהתוס' סברי דהחידוש דשעבודא דר"ג הוא לאו דוקא רק בנוגע להתשלומין, אלא גם בחלות דין שומר, היינו דמנד דין שעבודא דר"ג יש למשכיר זכות לחבוע דיני שמירה מהשואל מכח חיוב שמירה של שואל לשוכר, ונעתק חיובי שמירה מהשואל למשכיר, ולכן חשיב עיקר חיוב שמירה של שואל לגבי המשכיר, ושפיר תלוי דין בעליו עמו עם המשכיר. וכן משמע מדברי הריטב"א שם שכתב, אי הוה אותה פרה בעין הוי חייב לשלם לי' מר"ג, עיי"ש. והנה

והנה באמת מצינו בזה פלוגתא, דהנה תוס' בסוגיין ד"ה אגרא וכו' באמה"ד כתבו וז"ל, אי מיירי שלא שאל כל ימי שפירות א"ש וכו' ואפילו אם השאילה כל ימי שפירות מכ"מ כיון שהיא באחריות השוכר מגניבה ואצידה ופשיעה אם הי' עם השואל במלאכתו דלא השואל פטור והשוכר חייב מקרי בעלים וכו' עכ"ל. לכאורה נ"ע, דהא מכיון דאיירי דנגנבה או פשע זה הרי לא קנה השוכר הפרה, ואמאי פטור השואל אם השוכר הי' במלאכתו, הא אין הממון של השוכר ואמאי מיקרי שאלה צבעלים, וכבר העירו בזה, וז"ע. ובע"כ נ"ל, דהתוס' פליגי על המהרש"ל וסברי דלענין צעליו עמו תלוי במי שיש לו בעלות לענין זה שיוכל להשאיל ולהשכיר, ולא צעין כלל בעל הממון ממש [עיי"ש בדרישה ופרישה שכתבו כן].

ועוד נראה דאפילו אם נימא דלדין צעליו עמו צעין צעל הממון ממש, מ"מ יש לומר דשוכר שאני, דהרי לשוכר יש קצת קנין בגוף הפרה, כדאיחא לקמן נ"ו ב' דשכירות מימכר ליומא, אבל הרמ"א והמהרש"ל איירי בשואל שהשאיל, דהוי זכות בעלמא, כמו דאיחא בריטב"א קידושין דף מ"ז דחלוק שואל משוכר, דשוכר הוי כמו דקל לפירות, משא"כ שואל יש לו זכות חשמיש בעלמא, עיי"ש, וכעין זה איחא בתוס' לקמן דף מ"ב ב' ד"ה הכא בספסירא וכו' דשוכר שייך בגוף הפרה שהרי שכרה וכו', עיי"ש. לפי"ז יש לומר דדוקא שואל לא חשיב צעליו עמו, משא"כ שוכר די' לו קנין בגוף הפרה גם הרמ"א והמהרש"ל יודו דחשיב שמירה צבעלים.

ו. והנה מש"כ דדין קני לה אין הכוונה דקונה ממש אלא שקונה לגבי החשלומין, לכאורה מדברי הריטב"א בש"מ בסוגיין לא משמע כן, שכתב בד"ה לימא ליה וכו', ולא דוקא בשעת מיתה אלא בשעת משיכה נמי זכה, עיי"ש, ולפי"ד דדין קני לה הוא רק פטור בעלמא, א"כ המיתה דוקא, ומדברי הריטב"א מבואר דהקנין משעת משיכה והמיתה הוא תנאי בעלמא ונכשלמא לפי הגרע"א א"ש, דזה מדיני השומרים שנאספן שפטרה החורה או הבהמה של שומר בשעת משיכה כהנ"ל, אבל לפי"ד ל"ל להוסיף דקנה בשעת משיכה, וז"ע. ויש ליישב, דהנה דעת הריטב"א הוצא בש"מ לקמן דף נ"ז דגם למ"ד בשעת משיכה איחייב באונסין לא הוי אלא בגדר אינו יודע אם נתחייב, עיי"ש. ולכאורה, אי נימא דמיתה קני לה, כלומר, דסיבת הפטור הוא המיתה, היינו דבאמת בשעת קבלת השמירה חל עליו דין קבלת אחריות לשלם על איבוד הפקדון ולפי שיטת תוס' בכחוצות דף נ"ו נכלל בקבלתו, או דנאמר דהוי חיובי החורה, אלא דאם שמרו כדינם ונאנס, או האונס הוא ענין הפטור אותם מהאחריות, א"כ הוי זה א"י אם פרעתיך, ע"ז כתב הריטב"א דמשעת מיתה לא דוקא, אלא משעת משיכה, היינו דקבלת אחריות בשעת משיכה, על ד' של אונס לא קבלו אחריות כלל, ולא מטעם דאונס הוי סיבה הפוטרת, ולכן הוי זה א"י אם נתחייבתי [היינו דכוונת הריטב"א לאו מטעם דקונה למפרע אלא לאשמעינן אי בשעת מיתה קני לה חשיב א"י אם נתחייבתי. ולפי"ז מדויק מה שכתב

דמיתה לאו דוקא, אלא בשעת משיכה, דדוקא אי מיתה קני לה הוי לאו דוקא, אבל אי שבועה קני לה הוי א"י אם פרעתיך, אבל לפי"ד הגרע"א גם למ"ד שבועה קני לה ג"כ קונה בשעת משיכה ולשון הריטב"א משמע דדוקא למ"ד מיתה קני לה הוי לאו דוקא, אבל לפי"ד מדויק היטב]. לפי"ז ג"כ מיושב דלכאורה לפי"ד דכוונת מיתה קנה דפטור לשלם אבל לא דקנה למפרע גוף הבהמה, קשה הא דמבואר בדף נ"ו דלרבנן הוי השואל שומרו של השוכר ולכן פטור מה שהוא צבעלים עם השוכר, הא הפטור דצעליו עמו חלה בשעת שאלה ולא בשעת מיתה, והיכי מועיל הפטור דשוכר כלפי המפקיד שנעשה בשעת מיתה לשוי למפרע את השואל שומרו של השוכר, ולפמ"כ מבואר דבשעת מיתה לאו דוקא אלא בשעת משיכה, היינו דקבלת אחריות בשעת משיכה, על ד' של אונס לא קבלו אחריות כלל כהנ"ל, וממילא נחשב שומר של השוכר מתחילת השמירה.

והנה לפי"מ שזידדנו, דסברת דל אנת וכו' הוא מטעם דכ"ז שלא נשבע עדיין לא נשלם דין שמירה שלו, ומה"ט שייך כאן שעבודא דר"נ כהנ"ל, לפי"ז איני יודע אם מתה כדרכה בשומרין הוי א"י אם פרעתיך, דהא השבועה הוי סיבה הפוטרת, אבל לפי אב"י דסובר דמיתה קני לה, עדיין יש להסתפק אי מיתה ממש הוי סיבה לפטור, דהא השומר נתחייב לשלם על איבוד החפץ צעת קבלת השמירה, אלא דאם שמרו ואירע אונס פטרתו החורה, וא"כ הוי א"י אם פרעתיך כמו דאיחא בש"מ בסוגיין בשם הראב"ד, או"ד דמיתה קני לה, היינו דעל ד' של אונס לא קבלו אחריות כלל. ולפי"ז מיתה לאו דוקא אלא בשעת משיכה לא נתחייב אם יארע אונס.

לפי"ז מיושב מה שהק' לפי שיטת הרמב"ן והרא"ה דאם השומר אומר איני יודע הוי כמו אומר א"י אם נתחייבתי דא"כ מה פריך הגמ' דל אנת וכו' הא לא גרע מאמר א"י דפטור, אבל לפי"מ שכתבו מיושב, דלפי ר"א ב"א דשבועה קנה לה גם הרמב"ן והרא"ה מודים דא"י אם נאנסה חייב דהוי כמו שא"י אם פרעתיך, ורק לפי שיטת הרמב"ן דטעמא דר"י לאו משום דל אנת וכו' אלא מטעם דהשואל נעשה שומר של הצעלים, וא"כ להלכה פסקינן דמיתה קני לה שפיר י"ל דא"י בשומרים הוי א"י אם נתחייבתי.

לפי"ז מיושבת ג"כ קושית הגרע"א מדוע צריכים לומר ושבועה כדי להפיק, וכי צריכין ליתן טעם לכל שבועת השומרים וכו'. אבל לפי"מ שביארנו מיושב היטב, דהא השו"ט צין ההו"א להמסקנא הוא בגדר דשבועת השומרים, דההו"א סברה דקודם שבועה עדיין לא נשלם דין שמירתו ואפילו כלפי שמיא גליא באונס ג"כ עדיין לא קני לה וא"כ השבועה גופא הוי הסיבה הפוטרת, משא"כ אי נימא דמיתה קני לה אז השבועה אינה אלא לברורי דטענת אונס גופא פוטרת וקני לה ע"י מיתה, ושבועה רק להפיק דעתו, היינו לברורי. ולפי"ז נמצא דאין כוונת הגמרא ליתן טעם לגוה"כ דשבועה אלא לברר הגדר דשבועת השומרים, כהנ"ל.

סימן כ"א

בענין שומר שמסר לשומר

דש"ס איבער ליה לראות אם אינו אוכל השור [עין במחנה] אל' שומרים סי' י"ח ול"ח ע"י"ש. ואם הי' ש"ס ועשה רק שמירה פחותה כמו ש"ח ואח"כ אירע אונס לא חשיב מחילתו בפשיעה וכו'. ביאור הדברים [היינו דלכאורה ל"ב דהא חסרון שמירת גו"א דש"ס הויא כמו פשיעה דש"ח], דהא דמחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב הויא מטעם דהיכא דבא אונס מחמת הפשיעה משוי דלא חשיב אונס, א"כ כ"ו שייך בפשיעה גמורה, משא"כ פשיעה כעין גו"א דבאמת עשה שמירה רק דעשה שמירה פחותה לא חשיב פשיעה כדי לסלק שם אונס [וכעין זה איתא ברשב"א ב"ק דף כ"א ד"ה נפלו וכו'] שאף בחילתו בפשיעה אם אינה פשיעה גמורה אינו חייב על אונס שבה מחמתה, ע"י"ש].

והנה המוס' שם ר"ו להוכיח מהא דלרב דש"ס שמסר לש"ח פטור מאונסין אע"ג דכיון דמוסרו לש"ח הרי אינו שומרו גו"א וא"כ הרי מחילתו בפשיעה לגבי גו"א וסופו באונס, ולמה אינו חייב על האונס, הרי דמחילתו בפשיעה לגבי גו"א וסופו באונס פטור. ודמו דהתם לא מקרי פושע לגבי גו"א משום דתם בן דעת רגיל לשמור אפי' מדברים שאינו חייב, ע"י"ש.

ולפי"ז יש ליישב דברי הרמב"ם מקושים הלח"מ, דהא דכתב הרמב"ם הו"ל ומיעט שמירתו פושע הוא - אין כוונתו דהוי פשיעה גמורה, אלא דהוי פשיעה כעין מחילתו בגו"א וסופו באונס, [היינו דהרמב"ם לית ליה סברת המוס' דתם בני אדם רגילים לשמור יותר ממה שמחייב, וא"כ לא הוי פשיעה גמורה, ולכן ל"ש הכא דינא דמח"פ וכו'] דליכא הכא דין תח"פ וסופו באונס חייב כהנ"ל.

אמנם עדיין יש לדון בזה, דהנה ברמב"ם דפ"ד מהל' שאלה הל"ח מצואר שגם בלא גרועי גרעי לשמירתו אלא ע"ס המסירה לאחר הוי פשיעה, דכתב שם, אבל אם מסרן לבניו וב"ב הקטנים וכו' או לאחד מקרוביו שאין שריון עמו וכו' ואז"ל אם מסרן לאחר הרי זה פושע וחייב לשלם אלא"כ הביא השומר השני רא"י שלא פשע כמו שביארנו עכ"ל, והרי התם איירי אפילו בש"ח שמסר לש"ח [כמצואר בנימו"י בשם הר"ן דף מ"ב דזה דוקא משום דהוי שו"ת, דבשו"ש הו"ל לפרש, ע"י"ש] דאינו חייב אלא על פשיעה גמורה, ומ"מ כתב הרמב"ם דמסרן לאחר הוי פשיעה, ובע"כ דחשיב פשיעה גמורה, ומ"מ כתב הרמב"ם שם שאם הביא רא"י שלא פשע פטור, וא"כ הדרא קושיא הלח"מ למקומה, למה לא יתחייב מדין תח"פ וסופו באונס, וי"ע. [והכא ל"ש חירון הש"ך הנ"ל דאיירי באונס לא בזה מחמת הפשיעה דהא כתב - אלא"כ הביא השומר השני רא"י שלא פשע - היינו דליכא עדים

א. כתב הרמב"ם פ"א מהל' שכירות הל"ד וז"ל, עבר השומר ומסר לשומר השני אם יש עדים ששמרה השומר השני כדרך השומרים ונאנס פטור השומר הראשון וכו' ואם אין שם עדים חייב השומר הראשון לשלם לבעלים וכו' שהרי יש לבעל החפץ לומר לו אמת נאמן אצלי להשבע וזה אינו נאמן לפיכך אם היה דרך הבעלים להפקיד תמיד דבר זה אצל השומר השני ה"ו השומר הראשון פטור מלשלם וכו' והוא שלא ימנע שמירתו כיצד ימנע שמירתו כגון שהיה מופקד אצלו בשכר והפקידו אצל אותו השני בחנם וכו' הו"ל ומיעט שמירתו פושע הוא ומשלם וכו'. ושם בהל"ה כתב וז"ל, ואם הביא השומר השני הראיה שיפטר זה שומר הראשון כדין שמירתו הרי זה פטור וכו' עכ"ל.

והנה במל"מ שם הקשה דלמאי אינטריך שיביא רא"י, הא כיון שדרך הבעלים להפקיד אצלו לא שייך לומר אם מהימנת לי בשבועה וכו', ודי שיסבע השומר השני שנאנסה, דמה לי שהאמינו לשבועת ש"ח או לשבועת ש"ס, וא"כ תהני גם שבועתו של השני לפוטרו, וי"ע.

והלח"מ שם הקשה דכיון דאית ליה להרמב"ם דאם מיעט בשמירתו, ואפילו כשמסרו למי שהבעלים רגילים להפקיד אצלו, דפושע הוא, וקי"ל מחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, א"כ אמאי כתב הרמב"ם שם שאם הביא רא"י ששמרה השני באופן שיפטר זה השומר הראשון הרי הראשון פטור, ולמה לא יתחייב מדין מחילתו בפשיעה וסופו באונס [והנה באמת איתא בש"מ ב"ק דף י"א בשם רבינו ישעי' בגרועי גרעי לשמירתו ונאנס ג"כ חייב מטעם מחילתו בפשיעה]. וכתב לחרץ דבאמת לא פטר הרמב"ם אלא היכא שמתה כדרכה, דכנה"ג לא מחייב מדין תח"פ וסופו באונס דמלאך המות מ"ל הכא מ"ל התם, וכן כתב הש"ך בס"י רנ"א ס"ק מ"ו ע"י"ש. אבל מלשון הרמב"ם שם אינו משמע כן, שכתב שם, ואם הביא השומר השני רא"י שיפטר זה שומר הראשון כדין שמירתו הרי זה פטור, וכן מה שמסיים שם, וכן כל כיו"ב, הרי משמע דפטור בכל גווי אפילו בא האונס מחמת הפשיעה, וכן הק' בחזון איש, וא"כ הדרא קושיא הלח"מ למקומה, וי"ע.

לכאורה היה אפשר ליישב קושיא הלח"מ עפ"י דברי המוס' לקמן דף נ"ג ב' ד"ה א"ה וכו' דכתבו לענין דינא דמחילתו בפשיעה וסופו באונס דחייב, דהיכא דהוי מחלמו כעין גניבה ואבידה וסופו באונס לא מחייב, היינו דהא ש"ס יש עליו חיוב שמירה יותר מש"ח כדאיתא לקמן בהשוכר את הפועלים, דש"ס מחויב לקדם צרועים ומקלות בשכר עד דמיהן וש"ח פטור, ע"י"ש. וכן איתא דף מ"ב ב' לגבי בקרא

הבעלים, כמו כן בגרועי גרעי לשמירתו הוי פשיעה רק מלד קפידת הבעלים, היינו דכיון דהב' לא קיבל עליו כל דיני שמירה, אינו רואה שהב' יהא במקום הא' ושוב המסירה ציד הב' הוי פשיעה וכל כה"ג לית ב' דינא דמחצ"פ וסב"א חייב, ומשום"ה אי איכא עדים שהשני לא פשע דלא פקע חיוב שבועה מהראשון, שפיר פטור. [ביאור הדברים, לפי"מ שביארנו דכל דין דמחצ"פ וסופו בלונג דחייב הוא משום דהוי פושע גם לגבי האונס כיון דכלי פשיעתו לא ה' קורה האונס, א"כ המינה איכא דה' ממש פשיעה, אבל אם זה רק קבלת המחייבות כאילו זה פשיעה, אבל אין זה פשיעה באמת, א"כ ל"ש לומר שע"י פשיעה כזו חשיב האונס כפשיעה. (וסברת המוס' דמחצ"פ דאין רלונו וכו' מטעם קפידת הבעלים ומ"מ שי"ן דינא דמחצ"פ וכו' ז"ל דסברי דגם זה בכלל - כאילו התנה שיהא כמו תחילתו בפשיעה וכו' לכל דיניו, היינו דלומדנא הוא שמהא כמו פשיעה בשמירה גופא)].

אמנם עיקר דברי הרמב"ם עדיין ז"ע, דלמה הוצרך לטעמא דפושע הוא, הא אין בזה נפ"מ לדינא, דהא אם ליכא עדים שנאנסה חייב לשלם מטעם דאח מהימנת לי וכו' אפילו בלא טעמא דפושע הוא, וא"כ ז"ל למה הזכיר טעם דפושע הוא הא לדינא אין זה לא מעלה ולא מוריד, וז"ע. ועוד ז"ב, דאמאי בזה' שאלה הזכיר רק הטעם משום פושע, ובהלכות שכירות כתב הטעם דאח מהימנת לי, וז"ע.

ג. וזהנראה בזה, בהקדס ביאור עיקר טענה דאח מהימנת לי וכו', דהנה כבר הקשו הראשונים דבסוגיין משמע דאליבא דרבא פלוגתא רב ור' יוחנן הוא אי אמרינן טענה דאח מהימנת לי, היינו דבאמת גם ר' יוחנן מודה להטעם דהא מסרה לנן דעת, דענא המסירה לא הוי פשיעה, רק דפליג מטעם חסרון בנאמנות ולכן לרי"ך שבועת הא' או עדים לפטור כדמשמע מחוס' ד"ה אח מהימנת לי בשבועה וכו', וכן מבואר להדי' ברא"ש דאע"פ שאקור למקור לו לא הוי פשיעה, ולר"י הסיבה היא רק מלד שאינו נאמן לו בשבועה, וע"ז פליג רב וס"ל דטענה דהאיך לא מהימן לו בשבועה לאו טענה היא. וז"ע, דלעיל בדף ג' א' גבי חנוני על פנקסו מבואר דכו"ע מודי דיכול לטעון האיך לא מהימן לי בשבועה, דאיתא שם - אע"ג דמשתבע לי לא מהימן לי, וברש"י שם ד"ה לא מהימן לי כתב ח"ל, איני מאמינו בשבועה וכו' ואין לי להאמין אדם בשבועה על כרחי אלא אם כן האמנתיו מתחילה להפקיד אליו וכו', הרי מבואר דכו"ע סברי דיכול לטעון האיך לא מהימן לי בשבועה אפילו לגבי שבועת ביטוי, ובסוגיין סובר רב דטענה דאח מהימנת לי וכו' לאו טענה היא. וכבר העיר בזה בש"מ בדף ג' בשם מהר"י כ"ך, ומירץ ח"ל, שהרי מ"מ לא פשע שהרי מסרה לנן דעת, עיי"ש, ודבריו ז"ב.

וזהנראה לכאורה היה אפשר ליישב עפ"י דברי הגר"ח פ"ד מנוקי ממון הלי"א שנסתפק להך מ"ד דשומר שמסר

שנגנבה או נאבדה אלל השני הא ודאי הוי בגדר אונס הבא מחמת הפשיעה].

ב. וזהנראה בזה, דהנה כבר הקשו ע"ד הרמב"ם הנ"ל שכתב הטעם דשומר שמסר לשומר חייב משום דהוי פושע, והרי לא קי"ל כאב"י דהטעם הוא משום אין רלוני וכו' דחשיב על ידי זה פשיעה גמורה, אלא כדברא דטעמא משום שא"ל אח מהימנת לי וכו', [היינו דהרי מבואר שם בדף ל"ו, - דאמר רבא לאב"י - לדידכו דמתניתו אין רלוני וכו' איכא לאותבה להאיא, לדידי דאמינא אנת מהימנת לי בשבועה וכו' ליכא לאותבה כלל, ופירש"י לדידי דאמר לעיל טעמא משום דלא מהימן ליה בשבועה ליכא לאותביה כלל, שהרי שוכר ענמו נשבע לו דמתן ישבע השוכר שממה כדרכה, - הרי מבואר דלרבא דאמר הטעם אנת מהימנת לי בשבועה וכו' לא ס"ל הטעם של אין רלוני וכו', דאם סובר שיש טענה של אין רלוני וכו', ואם מסר לאחר הוא נקרא פושע וחייב לשלם כמש"כ הרמב"ם, א"כ גם היכא שהשוכר נשבע שממה כדרכה, מ"מ הוא לרי"ך להיות חייב משום שמסר אח הפקדון ליד אחר. וכן פסק הרמב"ם בפ"א דשכירות כרבא, א"כ אמאי אמר הטעם משום דהוי פושע, וז"ע.

לכאורה אפשר ליישב, דהנה המוס' בסוגיין ד"ה אין רלוני וכו' כתבו באמה"ד ח"ל, אלא י"ל דהטעם הוא דחשיב כאילו פירש לו שאם ישנה מדעתו כגון שימסרנה לאחר שיהי' כאילו פשע זה וכו'. והקשה הפנ"י, דלמה הוצרכו המוס' לומר דהוי כאילו התנה שיחשוב כפשיעה אם ימסור לאחר, ואמאי לא כתבו דהוי תחילתו בפשיעה ממש, ותי' דמשום דאין רלונו וכו' לנד לא הוי פשיעה בגוף השמירה, כיון שמסרה לנן דעת, והוי פשיעה רק ע"י קפידתן של המפקיד שרואה שהשומר הא' ישמור בענמו, לכן הוצרכו המוס' לומר דהוי כהתנה שאם יעשה כך וכך ימחייב לשלם, ממילא כל היכא דאינו שומר כדינו הוי פשיעה מלד קפידת הבעלים.

לפי"ז יש לומר דהרמב"ם סובר דהטעם דאח מהימנת הוא ג"כ כעין זה, היינו משום דהבעלים מקפידים דהשבועה יהי' ע"י מי שנאמן לו, לכן אם מסר למי שאינו נאמן לו ג"כ דינו כמוסר למי שאין שמירתו כשמירת הראשון ודינו כפשיעה מלד קפידת הבעלים, והנפ"מ בין אב"י לרבא הוא בזה, דאליבא דאב"י הוי פשיעה בגוף השמירה ממש [ולא כהמוס' דהוי רק מטעם קפידת הבעלים], משא"כ אליבא דרבא הוי הפשיעה רק מלד קפידת הבעלים, והנפ"מ ג"כ דאליבא דרבא דהסיבה הוא רק מלד שאינו נאמן לו, ולכן אם השני נאמן יותר מן הראשון פטור, כמו דאיתא במוס' ב"ק דף י"א ד"ה אח וכו' עיי"ש, משא"כ לאב"י אפילו אם השני נאמן יותר מן הראשון מ"מ חשיב פשיעה אם ימסור לאחר.

לפי"ז מיושנת קושית הלח"מ, שהקשה הא הוי תחילתו בפשיעה וסופו בלונג, דאין כוונת הרמב"ם דמסירתו הוי פשיעה ממש, אלא דהוי פשיעה מלד קפידת

לשומר פטור משום טעמא דמסרה לזן דעת, אם פירשו הוא
לזן יכול להסתלק בזה מעיקר חיוב שמירה שלו ובטל דין
שומר שלו לגמרי, או דמיא דזה ודאי דכיון דנכנס בשמירה
שוב אינו יכול להסתלק מזה, ורק דכיון דיהיב לי גבירא בחריקין
ע"כ מיפטר בזה, אבל לא דבטל עיקר דין שומר שלו. וכתב
דיסוד המחלוקת שבין רב ור' יוחנן הוא בחקירה הג"ל, דלרב
מסתלק לגמרי מחיובי השמירה, ועי"ז שמסר לזן דעת ל"ה
פשיעה, ושוב לא איכפת לן בגרועי גרעי לשמירתו, ולר' יוחנן
נשאר בחיובו, ולא מהני מידי מה שמסר לאחר, דכל זמן שלא
נסתלק משמירתו א"א לשנות מדעת הבעלים, עיי"ש.

והנה לפי"ד הגר"ח נמצא דאין פלוגתא רב ור"י אליבא
דבבא אי אמרינן טעמא דהאיך לא מהימן לי, דבאמת
גם רב מודה דטעמא את מהימנות לי וכו' הוי טענה, רק דסובר
דע"י מסירתו לשומר אחר מסתלק הראשון מכל תורת שומר
בזה, וכמו שהחזיר לבית בעלים, וזהו דמהני טעמא דמסרה לזן
דעת שיכול הוא להסתלק משמירתו באופן זה ול"ח פשיעה,
ומעתה אינו עוד שומר כלל, וא"כ שוב ל"ש טעמא דאת
מהימנות לי וכו' שהרי שוב אין לו חיובי שמירה כלל, משא"כ
ר"י סובר דאינו יכול להסתלק כלל מחובת שומר וממילא דשוב
יכול לומר את מהימנות וכו'.

ד. אלא דבעיקר דברי הגר"ח דאליבא דרב ע"י מסירתו
לשומר אחר מסתלק הראשון מכל תורת שומר
וכמו שהחזיר לבית בעלים, יש לדון בזה טובא, חדא דאיך אפשר
להסתלק בלא ידיעת הבעלים והסכמתו, היינו או דבעינן השנה
ליד בעלים, או להודיע לבעלים, וכבר העיר בזה החזון איש
בהגהותיו לחידושי הגר"ח. [לכאורה יש לעיין דלפי"ד הרשב"א
קידושין דף י"ג א' דשומר יכול לחזור כמו פועל עיי"ש, הרי
דיכול לחזור, אבל זה ל"ק דהיה"נ דיכול לחזור תוך הזמן - וכגון
שקבע שמירה לל' יום יכול לחזור באמצע - אבל מ"מ צריך
להודיע לבעלים או להחזיר החפץ].

לכאורה יש להביא ראיה לדברי הגר"ח משיטת קנא
מפרשים הוצא במאירי ב"ק דף י"א דלרב דס"ל
שומר שמסר לשומר פטור אף בש"ש שמסר לש"ח פטור
הראשון אף מגניבה, עיי"ש. ולכאורה סברתם היא כמו דברי
הגר"ח הנ"ל דע"י מסירתו לשומר אחר מסתלק הראשון,
ומעתה אינו עוד שומר כלל, ולכן פטור הוא אף היכא שאין
השני חייב במקומו ע"ז כלל. אבל באמת אין זה מוכרח דהקנא
מפרשים סברי כהגר"ח, דיש לבאר דבריהם כמו שנבאר לקמן,
דהנה על שיטת קנא מפרשים הנ"ל הקשה הריטב"א הוצא
בש"מ בסוגיין [דף ל"ו א'] וז"ל, דגרוע גרע לשמירתו, יש
שפירש דגרעה לגמרי שאלו נגנבה או נאבדה הרי הראשון גם
כן פטור, וליחא דא"כ נמצא ש"ש יכול לפטור עצמו ולחזור
כש"ח וזה א"א כי מי פטור ומי מחל לו וכו' עיי"ש, והיינו
דהריטב"א הקשה כעין קושית החזון איש הנ"ל, וז"ע.

ה. ובראה ליישב, דלכאורה עוד קשה על שיטת קנא
המפרשים דע"י מסירתו לשומר אחר מסתלק
הראשון לגמרי, מהא דליחא דבמחנות דף ל"ה ב' דהשוכר
פרה מחזירו והשאלה לאחר ומתה כדרכה ישבע השוכר שמתה
והשואל ישלם לשוכר, הרי מצוה להראשון יש לו דין שומר,
ומשו"ה משעת מיתת קני ליה, אבל אם נאמר דאין לו דין
שומר ל"ש לומר דמשעת מיתת קני ליה, ולפי שיטת הפוס' שם
בד"ה מחזור וכו' אפילו ר"י דאמר כי"ד הלה עושה סחורה
בפרתו של חבירו, מודה דאם יש עדים שנאנסה דהשואל משלם
לשוכר, עיי"ש, ואם אין לו דין שומר למה השואל משלם לשוכר,
וז"ע.

והנה כעין זה הקשה הרשב"א - הוצא בש"מ - על שיטת
הרמב"ן, וכ"ה ג"כ דעת הרשב"א שם, דאליבא דרב
דשומר שמסר לשומר פטור, הרי אם פשע השני אינו חייב
הראשון אלא השני בלבד ואפילו הלך השני למדינת הים או
העני, וכן בש"ש שמסר לש"ש פטור הראשון לגמרי כשנגנבה
או שנאבדה והשני חייב. והקשה הרשב"א שם וז"ל, ואי קשיא
לה מחני' דקמני ישבע השוכר שמתה כדרכה והשואל משלם
לשוכר, ואם איחא לבעלים בעי שלומי דשואל שומר דבעלים
הוא [היינו דהא דשומר הראשון פטור לגמרי, לכאורה הטעם
משום דע"י דאוקי גבירא בחריקין נסתלק הראשון לגמרי, וא"כ
אחאי השואל משלם לשוכר וכו']. ומירן וז"ל, י"ל דכל היכא
דבעי שומר ראשון לאשטעווי דינא כהדי מפקיד הרשות בידו
לדעת רבנן משום דמפקיד לדידיה אפקיד והיכי אמר לו השתא
דלא משחעי דינא כהדיה וכו' עכ"ל. ביאור הדברים, דלרבנן
באמת לא נסתלק שומר ראשון לגמרי, אלא מדין אוקי גבירא.
בחריקאי אין חלים עליו חיובי ממון של שומרים [היינו דמסתלקה
לא נחסייב השומר לשמור בעצמו, וכל שמעמיד אחר מקיים
את חיובו שנחסייב רק להעמיד ענין השמירה], ולכן לפי"ז
בשומר שגר שמסר לש"ח ונגנבה חייב השומר הראשון כיון
שלענין זה לא העמיד שומר צר חיובא במקומו, ושוב חייב
הראשון, דלא פקע מיני תורת שומר כלל, ומשו"ה אם בשעת
מיתת קני ליה יש לשוכר זכויות דקני ליה שיהא חייב השואל
לשוכר.

והנה כ"ז מיושב לפי שיטת הרשב"א והרמב"ן דסברי בש"ש
שמסר לש"ח ונגנבה חייב השומר הראשון כנ"ל, אבל
לפי שיטת הקנא מפרשים דסברי דאף בש"ש שמסר לש"ח
פטור הראשון אף מגניבה, בע"כ משום דסברי דמהני טעמא
דמסרה לזן דעת שיכול הוא להסתלק משמירתו לגמרי ולא הוי
שומר כלל, א"כ הדרא קושית הרשב"א הנ"ל למקומה, וז"ע.
ו. ובראה לומר צביאור שיטת הקנא מפרשים הנ"ל, עפ"י
דברי הפוס' לקמן ז"ג ב' דנסתפקו היכא דהוי
תחילתו כעין גניבה ואבדה וסופו באונס אי חייב, ורצו להוכיח
מהא דאמר רב ש"ש שמסר לש"ח פטור דהא מסרה לזן דעת,
היינו כיון דש"ח אינו מחויב אלא בפשיעה אינו שומר יותר,

ולאוי כעין תחילתו בגו"א וכו', ודחו דסתם בן דעת רגיל לשמור הרבה והוי שמירה מעולה. לפי"ז יש לומר דשיטת הקצת מפרשים המובאת במאירי הנ"ל, סוברת דכיון דשו"מ רגיל לשמור מגו"א א"כ הוי כמו שעשה שמירה מגו"א ופטור, דלא הוי ליה לאסוקי אדעתיה שלא ישמור, והוי כמו נעל בפניה כראוי [וכסברת הנתיבות בס' ר"א הנ"ל], ולכן הראשון פטור אם יהי' גו"א אלל השני. וסברת הרמב"ן והרשב"א דפליגי, יש לומר דליה להו סברת הנתיבות, דעלם סברת הנתיבות ז"ע, דא"כ היכי מחייב ליה רבא אליבא דר"י משום טענת את מהימנת לי בשבועה וכו', הא על שומר א' מוטל רק להשבע שהוא שמר כראוי, והרי בעלם העמדת שומר שני בן דעת הוא שומר כראוי, וא"כ אינו צריך להשבע אלא שהעמיד שומר בן דעת, אבל שהשומר הב' לא פשע לא יצטרך להשבע כיון שאפילו פשע שומר שני איהו מיהת לא פשע, וא"כ מאי טעין ליה הבעלים את מהימנת וכו' הא אינו חייב כלל להשבע על מה שנשבע שומר שני, אלא שמסרה לכן דעת ואת זה שפיר יכול להשבע, וז"ע. אבל הרמב"ן יפרש דהא דפטור השומר הא' לאו מטעם קיום שמירתו אלא לעולם עליו לשמור אלא אם מעמיד גברא בחריקאי זה יסוד הפטור כמו שביארנו, לפי"ז אם ש"ס מסר לש"ס דלגבי גניבה ואבידה ליכא גברא בחריקאי שוב חייב הראשון. אמנם לפי"מ שיסד הגר"ח דאליבא דרב שומר הא' נסתלק לגמרי מחיובי השמירה א"כ קשה קושיית הרשב"א ממחיתין כהנ"ל, וז"ע.

ז. והנראה בזה, דהנה דין שבועה הא לא הוי בירור רק דין נאמנות, היינו דמחויב להאמינו בשבועה, כדאימא לקמן דף פ"ג א' דבאין רואה שבועת ה' תהי' בין שניהם, וחכות זו נמנה המורה דוקא לבע"ד ולא לאיש אחר. ולפי"ז יש לחלק בין הסוגי' דבדף ג' א' לסוגיין, דהתם בחנוני על פנקסו לא הוי הטו"ג בין החנוני לפועלים אלא כל אחד מהן חובע שלו מצעה"ב, כדאימא שם בש"מ בשם הריטב"א בביאור דברי הגמ', עיי"ש, לכן אין הפועלים מחויבים לקבל שבועת החנוני דאינו בע"ד שלהם והוי כמו איש אחר, משא"כ בסוגיין בדינא דשומר שמסר לשומר סובר רב דע"י טעמא דמסר לכן דעת חשיב השני גם שומר בעד הבעלים [ואע"ג דרבנן סברי דהשואל משלם לשוכר, זה דוקא משום דהשוכר פטור על אונס, אבל במה שחייב השוכר כגון שנגנבה גם רבנן מודים דהמשכיר יכול לחבוע מהשואל מטעם שעבדא דר"נ כמו שביארנו במק"א], וכ"ש אליבא דר' יוסי דהוי ממש שומר של המשכיר כמו דאימא ברא"ש ובנמוק"י [ואפילו לפי שיטת החוס' דסברת ר' יוסי מטעם דל אנת וכו' ג"כ הוי שומר של משכיר כמו שביארנו לעיל בשעור בענין "דל אנת ודל שבועתך", עיי"ש], וממילא מוכרחים הבעלים לטעון את מהימנת לי וכו'.

ומעתה י"ל דיסוד המחלוקת שבין רב ור' יוחנן אליבא דרבא אין זה מנד דיני שבועה, היינו על עלם הנאמנות בשבועה, אלא מנד דיני שומרים, היינו דאין יכול למסור חובת שמירתו להשומר ולהפטר על ידו, מכיון דהאיך לא מהימנ' לי בשבועה. ביאור הדברים, דהנה יש להסתפק בגדר שבועת השומרים, אם ענין שבועת השומרים הוא רק דין להפסיד דעתו של בעה"ב, או דלמא דהוא בגדר השלמת השמירה, היינו דהוי פרט מדיני השמירה, דבעת קבלת השמירה נכללת גם שבועה, וכמו דאימא ברש"י דף ז"ד א' ד"ה אפילו תימא וכו' וז"ל, והאי כי משיך כבר פירש ע"מ שאין לו עליו שבועה וכו' עיי"ש, ומבואר דנכלל בקבלתו גם חייב שבועה, וא"כ כמו שצריך לשמור את החפץ כמו"כ צריך להפסיד דעתו של בעה"ב לברר בשבועה שהשלים חובו בשמירתו [ואע"ג דמסקינן דמימיה קני לה, מ"מ יש חנאי דבעינן שבועה להשלים שמירתו ואח"כ נפטר למפרע]. וי"ל דבזה הוא דפליגי, דמ"ד שומר שמסר לשומר חייב הוא משום דק"ל דשבועת השומרים הוי פרט

ולאוי כעין תחילתו בגו"א וכו', ודחו דסתם בן דעת רגיל לשמור הרבה והוי שמירה מעולה. לפי"ז יש לומר דשיטת הקצת מפרשים המובאת במאירי הנ"ל, סוברת דכיון דשו"מ רגיל לשמור מגו"א א"כ הוי כמו שעשה שמירה מגו"א ופטור, דלא הוי ליה לאסוקי אדעתיה שלא ישמור, והוי כמו נעל בפניה כראוי [וכסברת הנתיבות בס' ר"א הנ"ל], ולכן הראשון פטור אם יהי' גו"א אלל השני. וסברת הרמב"ן והרשב"א דפליגי, יש לומר דליה להו סברת הנתיבות, דעלם סברת הנתיבות ז"ע, דא"כ היכי מחייב ליה רבא אליבא דר"י משום טענת את מהימנת לי בשבועה וכו', הא על שומר א' מוטל רק להשבע שהוא שמר כראוי, והרי בעלם העמדת שומר שני בן דעת הוא שומר כראוי, וא"כ אינו צריך להשבע אלא שהעמיד שומר בן דעת, אבל שהשומר הב' לא פשע לא יצטרך להשבע כיון שאפילו פשע שומר שני איהו מיהת לא פשע, וא"כ מאי טעין ליה הבעלים את מהימנת וכו' הא אינו חייב כלל להשבע על מה שנשבע שומר שני, אלא שמסרה לכן דעת ואת זה שפיר יכול להשבע, וז"ע. אבל הרמב"ן יפרש דהא דפטור השומר הא' לאו מטעם קיום שמירתו אלא לעולם עליו לשמור אלא אם מעמיד גברא בחריקאי זה יסוד הפטור כמו שביארנו, לפי"ז אם ש"ס מסר לש"ס דלגבי גניבה ואבידה ליכא גברא בחריקאי שוב חייב הראשון. אמנם לפי"מ שיסד הגר"ח דאליבא דרב שומר הא' נסתלק לגמרי מחיובי השמירה א"כ קשה קושיית הרשב"א ממחיתין כהנ"ל, וז"ע.

ויליישב דברי הגר"ח בע"כ ז"ל דהגר"ח קאי לבאר שיטת הרמב"ם, והנה שיטת הרמב"ם היא, דפלוגמא דרבנן ור"י הוא, דרבנן סברי דהשואל נעשה שומר להשוכר, ור"י סובר דנעשה שומר של בעל הממון, כמו שיטת הרא"ש. וכן אית' במ"מ שם פ"א משכירות הל' ו'. וא"כ י"ל בדינא דרב דשומר שמסר לשומר פטור אפילו לפי"מ דפסקינן כר"י דהשואל הוי שומר של משכיר, ופלוגמא דרב ור' יוחנן אליבא דרבא הוא דרב סובר דהשומר הראשון נסתלק לגמרי ור"י סובר דהשומר הראשון נשאר בחיובו וגם השומר השני הוי שומר לבעלים [ולפי"ז נמצא דאליבא דרבא לפי ר' יוחנן יש לבעלים ב' שומרים]. לפי"ז מיושבת קושיית החזון איש הנ"ל, דהגר"ח הא קאזיל ליישב שיטת הרמב"ם, וע"ז כתב לבאר דהפלוגמא שבין רב ור' יוחנן קאי אליבא דר' יוסי, משו"ה י"ל שהשומר הא' ע"י שמסר לשומר הב' חשיב כאילו החזיר לבעלים דיד שומר כיד בעלים וחשיב השבה לבעלים [וגם ז"ל דסובר דדוקא גנב וגזלן צריכים דעת בעלים משא"כ שומרים וכן משמע מדברי הנימו"י בדף ל"א], ושזב לא איכפ"ל בגרועי גרעי לשמירתו כהנ"ל.

והנה לפי"מ שצידדנו נמצא דליכא ראי' מדברי הראשונים לדברי הגר"ח דכתב דיסוד המחלוקת שבין רב ור' יוחנן הוא אם אפשר להסתלק מחיובי שמירה, דלרב מסתלק לגמרי מחיובי השמירה ושזב לא איכפת לן בגרועי גרעי

ומיפטר בשבועה של השני ג"כ, אבל היכא דאין דרכו להפקיד
הוי פשיעה, לכן לא מיפטר הראשון במסירתו לשומר השני
מתורת שמירה וחובת שבועה שעליו [והא דלא הזכיר הטעם
דאם מהימנת לי וכו', י"ל דזה נכלל במה שכתב - כמו שביארנו
- היינו כוונתו כמו שביארנו בהל' שכירות הטעם דאם מהימנת
לי], וכמו"כ היכא דגרעי לשמירתו, הוי פשיעה ולא מיפטר
הראשון במסירתו לשומר השני מחובת שמירה וחובת שבועה
שעליו וממילא דאין שבעת השומר הב' מועילה לפטור חבירו
משבעתו, דשומר הב' לא נעשה שומר של בעלים, והראשון
חייב בכל גווני אף היכא דכל יומא גבי' הוי מפקדי, וא"כ
הטעם דפושע והטעם דאם מהימנת וכו' תלויים זכ"ו, ולכן
הוצרך הרמב"ם להזכיר טעמא דפושע הוא, דהא בלאו הכי
טעמא דפושע שפיר ה' מיפטר הראשון בשבעתו של השני,
כהג"ל. [לפי"ד היכא דגרעי לשמירתו א"ל להטעם דאם
מהימנת וכו' אלא דזה גופא דגרעי לשמירתו לא חשיב גבירא
בחקיקאי וא"כ השומר השני נעשה שומר של בעלים].

[לכאורה] לפי"מ שכתבנו דלפי שיטת הרמב"ם אין השומר
הב' נעשה שומר של בעלים, ז"ע מה שכתב
הרמב"ם שם בפ"א משכירות הל"ד, ואם אין שם עדים חייב
השומר הראשון לשלם לבעלים מפני שמסר לשומר אחר ויעשה
הוא דין עם השומר השני וכו' עכ"ל. וז"ל, הא הרמב"ם פסק
כר' יוסי דכילד הלה עושה סחורה וכו' ואין השומר הב' שומר
לשומר הראשון אלא לבעלים, וא"כ הכא דלא נעשה שומר
לבעלים א"כ השני לא נעשה שומר כלל, וא"כ איך תובע שומר
הראשון לשני הא לאו שומר ידי' הוא, וז"ע. ובהכרח צריך
לומר דבאמת דגם מי שאינו בעלים יכול לעשות שומר על של
חבירו, וכן איחא ברמב"ן ז"ק דף ע"ט, אלא דשיטת הרמב"ם
הוא דאע"ג דיכול למנות שומר מ"מ חלות החיוב נעשה
לבעלים מטעם כיילד הלה וכו', ממילא נעשה שומר לבעלים,
אבל היכא דלא נעשה שומר לבעלים שוב הדר דינא דהשומר
השני נעשה שומר לשומר הראשון, לכן שפיר כתב הרמב"ם,
ויעשה הוא דין עם השומר השני].

לפי"מ שכתבנו מיושבת גם קושית המל"מ הג"ל שהקשה
דמאחר שאם הביא עדים שנאנסה פטור א"כ תהני
גם שבעתו של השני לפטורו, כיון דכל יומא גבי' הוי מפקדי
ומהימן הוא בשבעתו, אמנם לפי"מ שכתבנו מיושבת היטב,
דודאי היכא דגרעי לשמירתו לא הוי פשיעה גמורה, אלא דלא
חשיב השני שומר של בעלים, ועל כן זהו שכתב הרמב"ם דהיכא
דגרועי גרעי לשמירתו הואיל ופושע הוא על כן שוב לא מהניא
שבעתו של השני לפטורו, והראשון חייב בכל גווני אף היכא
דכל יומא גבי' הוי מפקדי. לפי"ז ג"כ א"ש קושית הלח"מ
שהקשה אמאי לא הוי מחלכ"פ וסופו באונס דחייב, דגרועי
גרעי לא חשיב פשיעה ממש, וכל כה"ג לית זי' דינא דמחלכ"פ
וקוב"א חייב.

מדיני שמירה, לכן היכא דהשומר הא' מוסר להשני שאין דרכו
להפקיד דל"ש לומר דהשומר השני משלים כל דיני שומרין
בחקיקאי דשומר קמאי, כיון דהאיך לא מהימן לי בשבועה,
ויכול לומר לו אין לי עסק עמו אלא עמך, ואינו יכול להעמידו
במקומו [היינו דאליבא דר' יוחנן דשבועה הוי חלק משמירה
לא נעשה שני בחרקאי ממילא אין השומר השני נעשה שומר
של בעלים, משא"כ לרב דשבועת השומרים הוי דבר דדי, ולכן
הוי בחרקאי והוי השני שומר של בעלים ממילא מהני שבעת
השני], וממילא דחזר הדין דאין שבעת שומר השני פטורו כלל,
דלגבי הבעלים הוי כאיש אחר. אבל מ"ד שומר שמסר לשומר
פטור ס"ל דדין שבועה הוי דין פטור בעלמא ולא פרט בדיני
שמירה, ולכן יכול השומר הא' להשלים חיובו ע"י אחר ג"כ,
והשני במקומו לכל דבר. [לפי"ז הגדר דגבירא בחקיקאי, לאו
מטעם דחשיב כאילו קיים שמירתו כמו שהבין הנתיבות, אלא
הטעם הוא כיון דכל חיובא דשומרים הוא להעמיד אצל הבעלים
שמירה על החפץ יכול הוא להעמיד גם אחר במקומו, היינו
דמתחילה לא נתחייב השומר לשמור בעצמו, וכל שמעמיד אחר
מקיים את חיובו שנתחייב רק להעמיד ענין שמירה, ולכן השני
עומד במקומו להשלים חיוביו, ודבר זה הוא שפוטור את
הראשון]. ולפי"ז שוב מהני בזה ג"כ שבעתו של השני לפטור
את הראשון, ול"ש טענת האיך לא מהימן לי בשבועה, דאם
הוא שומר שלו, שפיר מיפטר מחובת השומרים בשמירת
ושבועת השני.

לפי"ז אחי שפיר גם מה שהק' דמסוגיין משמע דרב לית
לי טענה דהאיך לא מהימן לי בשבועה, ולעיל דף ג'
מבואר דלכו"ע יכול לטעון האיך לא מהימן לי בשבועה, אמנם
לפי"מ שביארנו מיושב, דבאמת לכו"ע דין נאמנות דשבועה
נאמר בבב"ד או בשומר, ורק בסוגיין פליגי רב ור"י אי השומר
הב' הוי שומר של בעלים, היינו דהטעם דאם מהימנת לי
בשבועה בסוגי, לאו מטעם דיני שבועה, כי אם מדיני שומרין
הוא דהוי דינא הכי, דאינו יכול למסור חובת שבעתו להשומר
השני בחקיקאי דשומר קמא, ולכן אין השומר השני נעשה שומר
של בעלים, וממילא דחזר הדין שהשומר הראשון צריך להשבע
ואינו נפטור ע"י שבועת השני, אבל רב סובר דשבועת שומרים
הוי דין דדי, ולא פרט מדיני שומרים, לכן יכול השומר הא'
להשלים חיובו ע"י שומר אחר אע"ג דאין דרכו להפקיד,
ממילא מיפטר גמי ע"י שבועת השומר השני כהג"ל.

לפי"מ שביארנו מבוארים היטב דברי הרמב"ם למה צריך
להטעם דפושע הוא, דודאי אין כוונתו דהוי פושע
ממש, אלא כוונתו דכיון דאין דרכו להפקיד אלאו ויכול לטעון
אם מהימנת לי וכו' א"כ אין השומר השני במקומו של הראשון
להשלים חיובו בכל מה שצריך, ולא חשיב דהעמיד גבירא
בחקיקאי, וא"כ אין השני נעשה שומר של בעלים. ואשר על כן
זהו שכתב הרמב"ם, דכ"ו דדרכו להפקיד נעשה גבירא בחקיקאי