

אבל א"א לחלק כן דתא בלקיחה פי' הנ"י דלא הוי ליה למידק כמו שהביא

אין חיוב. ①

(פ) מא. תרגמא ר' יעקב בר אבא קמיה דרב שנטלה ע"מ לגחלה. ופי' תוס' וז"ל: והיינו חסרון שהכל גוזל, ונטל לצורך עצמו ע"כ. וצ"ע דאם כוונה לקחת לעצמו מיקרי חסרון (אף דאין גזילה, עי' קה"י סל"ה) א"כ מה הקשו לקמן 34 (ע"י תוס' דסוגייתנו ד"ה שנטלה) דאם לשמוראל לא בטל ממש, א"כ נימא דסבר דשליחות יד אינה צריכה חסרון, הא י"ל דודאי סובר דצריך חסרון, אלא בהא גופא דדעתו ליטול הוי כחסרון.

וגם קשה מה תירצו שם דשאני הכא דניחא ליה דתיתוי הא חבית כולה בסיס להא דביעית, סו"ס אין חסרון עדיין לבעל, ואם משום מחשבתו ליטול כתוס' לעיל, למה צריכים סברא דבסיס. ואף דרש"י ז"ל שם בא"ד דניחא, פי' דחיובו משום שואל שלא מדעת, א"א לפרש כן בר' יעקב בר אבא, מדלא תירץ כרב ששת לקמן, ותוס' מפרש אליבא דר' יעקב וכן פי' תלמיד הר"ף ז"ל בשיטה, דר' יעקב חולק אר' ששת בהא. וכן הוא ברש"י עצמו ד"ה תרגמא ר' יעקב. וכן הקשה הגרנ"ט ז"ל אשיטת הראב"ד ז"ל ע"ש.

ולכאורה י"ל דלתוס' העיקר הוא דכיון דשלח יד והוציא מחשבתו לקחתו למעשה (משא"כ בנטל ע"מ לגזול הכל, אף דמירי בשמן, אין הוכחה שחזור מכוונתו, דכיון דכוון לגזול הכל, הניח החבית ברשותו ככל גולן, ועדיין נשאר מפעולתו הראשונה), על זה מקפיד הבעל. דכל זמן שרק חושב לקחתו אין הבעל דואג על הרהוריו הרעים, אבל כיון שזה הגבירו לצורכו אם כן רואים שפועל להתחסיר לבעלים. אלא מזה שלא נטל יש לכאורה הוכחה שחזר מפעולתו הרעה דהא הניח הרביעית עם שאר היין של הבעלים. ועל זה אומרים דכיון דיש לשומר חשבון לתועלת עצמו (בסיס) אין בזה חזרה מפעולתו הרעה אלא המשך ישיר לה, ועדיין נשאר במצב של אדם שהוציא מחשבתו למעשה, והבעל ירא מהחסרון שעומד לבא ודינו כשלחות יד שיש בה חסרון, וגמצא דלולי סברת בסיס היינו אומרים דלא מקרי מחשבתו לקחת כחסרון כיון שחזר מפעולתו הרעה כשלא

[illegible]

בנטל. ועי' חז"א ליקוטין ס"כ בא"ד הקשו, דפי' דסברת מ"ד דצריך חסרון הוא  
ו"ל: כל זמן שלא הפריש לא נקבע עדיין החטא והדבר מקוה לתשובה ע"כ. ואילו  
מטעם בסיס לבד לא הוי הפסד כלל לבעלים. אבל בכוונתו לקחתו אחר שפעל  
למעשה ושלח בה יד, יש סברא דבסיס, שעדיין עומד במרדו, הוי שליחות יד  
בחסרון. ①  
אבל המהש"ף ז"ל (וכן המהרש"א ז"ל) לא כן פירש וז"ל: בנטלה  
והגביהה ע"מ לגזולה כולה אע"פ שעדיין הכל בעין מיקרי חסרון כיון שהכל  
גזל ונטל לעצמו הרי חסרה כולה מבעליו, משא"כ בנטלה ע"מ לשלוח בה יד  
אם הכל הוא בעין ליכא ליכא חסרון כיון שלא הגביהה אלא ליטול מקצת צריך  
לחסר האי מקצת ממנו ע"כ. וצ"ע דהא ודאי סובר תוס' דלא חל שם גזל כשנטלה  
ע"מ לגזול (דאל"כ מי בעי חסרון, הא גזל היא) וא"כ אין חילוק בין ע"מ לגזולה  
לשילוח יד אלא בכוונתו לבד אבל בעצם לא חסרה מבעלים גם בע"מ לגזול.  
וצ"ל דהבעל מקפיד על שליחות יד זו שכוונתה לחסרה, וכיון דלמתני' לקמו  
בכוונה ליטול מקצת סגי לחייב בכלול, שוב קשה דגם בלי סברא דבסיס יתחייב.  
ולכאורה בעינו לפרש כדלעיל. ודילמא לכך כוון המהש"ף.

(פא) מא. נטלה ע"מ לגזולה כו' קסבר שליחות יד צריכה חסרון. והנה הרמב"ם  
ז"ל פ"ג ה' גר"א ה"א פוסק דשליחות יד לא בעי חסרון, ומ"מ פסק שם ה"ב  
דבעינו טעם דבסיס (דהוי לכאורה נגד הסוגיא דדף מד. דרק למ"ד צריכה חסרון  
בעינו לסברא דבסיס ועי' מה"מ שם) והשיג הראב"ד ז"ל וז"ל: לא מיחזור גבז  
הא מילתא דאם לא חשב ליטול ממנה אלא רביעית שהיא חייב בכולה אפי' נטל  
אלא מפני שהגביהה לגזול את כולה ולא נטל עכשיו אלא רביעית שהוא חייב  
בכולה ע"כ. וצ"ע מה קשיא ליה לראב"ד הא הוא בעצמו בסוף דבריו מביא  
דק"ל דאין צריכה חסרון וא"כ פשוט הוא אמאי חייב בכולה אפי' כשלא כוון  
לגזול, דהא הגביהה כל החבית הווי שליחות יד וחייב אף דאין חסרון כ"ס. וצ"ע  
ו"ל דקשיא לראב"ד בה"א שם בדף מד. דחייבו רק אם נטל הרביעית,  
יש להבין אמאי חייב בכולה כיון דהוי שליחות יד שיש בה חסרון כ"ס, והא אף  
דנטל מ"מ אין חסרון אלא ברביעית ואמאי חייב בכולה (ולא סובר דע"י נטילת חסרון  
רביעית מקפיד הבעל על השליחות יד כולה, דכיון דבא איהו חסרון מהגבהה זו  
מקפיד על עצם ההגבהה), ולכן היה מוכרח לחדש דהגביהה ע"מ לגזולה ולכן  
חייב בכולה, ובאמת אפי' לא נטל רביעית חייב, ולא בא נטל אלא לרבותא  
כמ"ש הראב"ד שם.

(פב) מא. תוס' ד"ה שנטלה והגביהה ע"מ לגזולה וז"ל: והיינו חסרון שהכל  
גזל ונטל לצורך עצמו ע"כ.

הקשה הגרנ"ט ז"ל וז"ל: יש להעיר על התוס' למה להו לפרש סברות  
אחרות היכא דנטל לגזול את כולה דהרי גזולן גמור הוא אלא משמע מהתוס'  
דגם זה הוא דין שליחות יד, דהדין גזילה כמו בעלמא לא שייך גבי שומר כו'  
ואפשר דהסברא היא כיון דהוי ברשותו לענין שמירה אין שייך גביה דין גזילה  
דחשיב כמו ברשות הבעלים ע"כ. ②

וגם הקה"י סל"ה רצה לפרש כן (כדמצא בספר אגודת אזוב) דברי הראב"ד  
ל פ"ג ה' גו"א הי"ב דמעמיד דמייירי בהגביהה ע"מ לגזול כולה ואעפ"כ בעי  
סרונו. אלא דהקשה וז"ל: ואולם כ"ז לר' ישמעאל אבל לרע"ק דקסבר כלתה  
מירתו (ב"ק קיח:). לכאורה בפשוטו משעת שעושה מעשה הגזלה פסקה  
מירתו ושפיר יכול להתחייב מדין גזלן וא"כ להלכה דקיי"ל כרע"ק (רמב"ם ז"ל  
יד ה' גניבה ה"י), כו' שפיר איכא הוצאה מרשות בעלים, ונראה ד"ל דגם  
רע"ק לא כלתה שמירתו אלא לענין הא דדעת שומר כדעת בעה"ב דבזה אמרינן  
וזו דהשומר כבר לא מהימן ל"י לבעה"ב, אין דעתו כדעת בעה"ב, וגזלן צריך  
שבה לדעת בעלים ומש"ה קסבר רע"ק דלא מהני מה שהחזיר השומר לרשות  
צמו דהא חסר השבה לדעת בעלים, אבל מ"מ רשות השומר אכתי קנוי למפקד  
היות החפץ הזה שם כו' ומשו"ה אפי' לרע"ק א"א שהשומר יהא נעשה גזלן  
ע"כ.

וצ"ע דאיך ניישב לשון רבא בב"ק קיח: דלר"ע, „כלתה לו שמירתו" דלשון  
כלתה" משמעותה דנאבד ועבר מן העולם לגמרי כל דיני שמירה ולקה"י רק  
על בעלים חסר אבל עצם השמירה קיים, ואילו בקה"י הול"ל חסר או נפגם  
נחמטט לו שמירתו.

ולכאורה יש לפרש דלר"ע לא שייך דיני גזילה עד שכלתה לו שמירתו  
עד אז רשות שומר כבעלים), ולא תכלה שמירה עד שיחול דיני שליחות יד,  
וזן מציאות של שליחות יד עד שיהא חסרון (לר' יעקב בא אבא), ונמצא דאף  
ר"ע בעינן לדיני שליחות יד במילואם, ולא יכול לפעול חיוב מטעם גזילה,  
הא אין מצב שמתיר מציאות של גזילה עד שישלח מקדם יד, דרק אז נפקע  
מירתו ושייך גזילה. ועי' סימן תבא. ①

(ג) מא. ראב"ד ז"ל הנ"ל — והנה הקה"י סל"ה, ע"י סימן הקודם, הוסיף להקשות אראב"ד ז"ל: אולם אחתי קשה טובא מסוגיין דדמ"א דהא מבואר הדיא דבע"מ לגזול כולה מדה גם מד"א צריכה חסרון דחייב בלא חסרון וכל פלוגתא דצריכה חסרון הוא בע"מ לשלוח בה יד דהיינו ליטול מקצתה וכן בלא כדברי הראב"ד ז"ל (שכתב דבע"מ ליטול מקצתה לכו"ע פטור על השאר, נע"מ לגזול כולה הוא דנחלקו אי צריכה חסרון — לשון הקה"י לעיל), והגראה זה ע"פ שיטת הראב"ד ז"ל בב"ק דע"ט כו' דהיכא שעשה מעשה הקנין גנבה ועדו באויר רשות הבעלים יש חילוק, שאם נתכוין להוציא בהגבהה זו מרשות בעלים לגמרי שפיר מתחייב בהגבהה זו אע"פ שהוא עדיין באויר רשות בעה"ב ייש קנין בכוננה לגנוב והיינו להוציא סו"ס מרשות בעלים) אבל היכא שלא נתכוין בהגבהה זו להוציא מרשות בעלים אינו מתחייב אע"פ שעשה מעשה הקנין בגנבה (כי לא היתה כוונתו בקנין זה להוציא מרשות בעלים, וקנין יש אן גניבה אין כאן), ומעתה י"ל דגם בשומר שגנב מרשותו דינא הכי להראב"ד ליל דלפמשנ"ת דגם לרע"ק אחתי רשותו קנוי למפקד לשמירת דבר זה (ע"י סימן הקודם) א"כ כשהגבי ע"מ לגזולו כולו שפיר איכא מעשה הקנין כו' אלא הוא עדיין באויר הרשות המיוחד לבעלים לשמירת הפקדון ולכן היכא שמתכוין

[illegible]

בהגבהה זו להוציאה לגמרי מרשות בעלים כגון שהגב' החבית ע"מ לשותותה עכשיו כולה או למוכרה עכשיו כו' שפיר מתחייב בדין גולן ולכו"ע א"צ בזה חסרון כו' אבל היכא שהגב' ע"ד לגזולתה אבל דעתו להחזיקה עוד ברשותו כו' ולא נתכוין ליטול עכשיו רק רביעית, או א"א לחייבו מדין גולן ורק מדין שלח"י מתחייב ולמד"א צריכה חסרון אינו חייב עד שיטול הרביעית, ולפ"ז יתבאר היטב דברי הגמרא דדמ"א, דודאי כשאינו מכוין לגזול כולה שפיר י"ל כהראב"ד ז"ל דלכו"ע אינו מתחייב על כולה רק על מה שמכווין לגזול כו' אלא דר' יעקב ב"א דמוקי לה בשנוטלה ע"מ לגזולה היינו ע"מ לגזולה עכשיו כולה כגון לשותותה כולה כו' ע"כ.

וצ"ע דהא בהדיא חולק הראב"ד ארמב"ם פ"ד ה' גניבה ה"י וסובר דלא שייך מציאות של גניבה המחייבת כפל בשומר (עי' הה"מ שם) ואילו לקה"י במקום שכוון להוציא לגמרי מרשות בעלים, גם לראב"ד חל דיני גניבה, וא"כ אמאי לא יודה לרמב"ם דגם בלי שבועה וטוען טענת גנב, שייך דין כפל בשומר, וכן קשה הנ"ל לפירוש הגרנ"ט ז"ל בהראב"ד דבמקום שלא מתכוין לגזול ולהשלים הוי גנב גם לראב"ד. ועי' סימן הבא.

פד) מא. הנ"ל — ולכאורה יש לפרש הראב"ד בפ"ד ה' גניבה ה"י, כמ"ש לעיל ספ"ב דא"א שיהא גנב אלא א"כ תתבטל השמירה, וזה לא שייך אא"כ ישלח בו יד, וא"כ א"א שיהא מציאות של כפל בשומר, דבשעה שלקחו לגנוב הא עדיין ברשותו הוא אלא שמתחייב מטעם שליחות יד וממילא נתבטל שמירתו לכ"ע, אבל א"א להוסיף לו עכשיו גם חיוב מטעם גניבה, דהא בשעת פעולתו לא שייך גניבה ואחר פעולתו שוב לא עשה מעשה חדשה של גניבה, ולא שייך אף שיוסיף מעשה גניבה, אחר שכבר בידו בתורת גולן דשולח יד כגולן נחשב (רש"י בא"ד ור"נ) ומה שייך גניבה אחר גזילה. והא דחייב לר' יעקב בע"מ לגזולתה, מטעם שליחות יד חייב כדפי' תוס' דאין לך חסרון גדול מזה שבדעתו לקחתו כולה לעצמו. והא דפי' הראב"ד למ"ד דבעי חסרון דמיירי דנטל כולה ע"מ לגזולה, הא פי' בהדיא בהשגתו דכוונת שמואל לומר דאפי' למ"ד בעי חסרון, כיון שנטלה ע"מ לגזול כולה חייב אף דלא נטלה, ולא נקטה מתני', ונטל"א לא לרבותא דה"א דכיון דלמעשה נטל רק רביעית א"כ הוי כגילוי דעת דחזיר מגזילתו, קמ"ל דלא, ובאמת חיובו בא משום דנטלה ע"מ לגזול כולה והוי חסרון כתוס' ד"ה שנטלה, ולכן סובר דלא נטלה ממש (ולא בא שמואל לשנות לשון המשנה, אלא לפרש דהלשון נטל בא לרבותא כנ"ל, אבל עצם החיוב משום כוונתו לגזול ומשום כן חייב גם בלא נטל כלל). והא דכתב הראב"ד דאף בנטל רביעית אין סברא לחייבו על כולה בלא נטלה לגזול כולה, היינו למ"ד דבעינן חסרון כמ"ש לעיל ספ"א, דהא בה"א בדף מד. רצה לפרש דלמ"ד צריך חסרון בעינן נטל ממש, ואף דנטל רק רביעית חייב על הכל, וזה הוקשה לראב"ד דמ"מ אין חסרון בשאר, ולכן חידש דלשמואל דפי' גם כמ"ד דצריך חסרון, מיירי בנטל כולה ע"מ לגזולה, אבל להלכה דקיי"ל כמ"ד דלא בעינן חסרון גם בשלח יד ע"מ ליטול רק רביעית ולא כוון לגזול כולה מ"מ חייב על הכל, וזהו סברת ר' נתן דע"מ לשלוח יד אף דלא כוון לגזילה כו' יעקב, ולכן שפיר

[illegible]

יבא (מי) (עס)  
 צוהער אפגאנג  
 אלז שרוב גמור  
 (היא), ווער צו זאל  
 איבער אל ים  
 צאלן אפגאנג  
 אלז אל ים  
 (מי) צוהער הא  
 בערן, עס-געלע

[illegible]

1234567 תורת

זכרנו זמן רב לו  
 ביום שמינו אלקינו  
 בזמן הגדול  
 ע"י ואלו אלה  
 זכרנו אלקינו  
 ואלו אלה  
 ואלו אלה

כְּדֵי הַגָּדָה, יִשְׂרָאֵל  
 עֲשֵׂה, וְיִשְׂרָאֵל אֶת  
 אֱלֹהֵי אֲבוֹתָם  
 יִשְׂרָאֵל, אֱלֹהֵי אֲבוֹתָם  
 יִשְׂרָאֵל, אֱלֹהֵי אֲבוֹתָם  
 יִשְׂרָאֵל, אֱלֹהֵי אֲבוֹתָם.

להשתמש בה בביתו של שומר לא הוי כל הנאה שלו דהא לא מפקא מתשמיש בעלים שדעתם שתהיה בביתו והרי היא משתמרת שם כמו שהיתה קודם שישתמש בה וא"כ הרי יש הנאה לבעלים והנאה לזה שמשתמש בה ע"כ. וצ"ע דהא כל שואל שומר גם לבעלים ומ"מ מיקרי כל הנאה שלו, וא"כ גם הכא מיקרי כל הנאה שלו.

<sup>אוצר החכמה</sup> וי"ל דכוונת הג"י לשיטת המלחמת ה' (לחרץ קושית רש"י ז"ל אמאי לא חייב בהנחת מקלו מטעם שואל שלא מדעת) וז"ל: דשואל שלא מדעת לא שואל הוי ולא גולן הוי עד שיתכוין לשאול כגון שטלטלה ממקומה לצורך עצמו כו' אבל הרועה שהנחת מקלו ותרמילו עליה אינו מתכוין לשאול ולא הוציאה מרשות הבעלים כלל שהרי בהמה זו הולכת היא עם העדר ורועה באפר במקום שדעת הבעלים שתהא שם וכיון שאינו משנה ממלאכת הבעלים אלא שהוא משתמש בה עמהם כאחר לא נעשה עליה לא שואל ולא גולן אלא שולח יד כו' ע"כ. וסובר הג"י דבטלטול החבית לגזולות אינה סתירה לשמירת הבעל, שהרי היא משתמרת שם כמו שהיתה קודם שישתמש בה, וכיון דלא סותר שמירת הבעל בתשמישו אין כל הנאה שלו, דהיינו שלא ביטל שמירת הבעלים. ולא סובר הג"י כריטב"א ז"ל הובא בשיטת דעצם הטלטול הוי סתירה לשמירת הבעלים וז"ל דאידי דמטלטל לה תשבר או יארע בה נזק ע"כ. ועי' סימן הבא.

(פז) מא. נ"י הג"ל תירץ קושיתו וז"ל: י"ל דכיון דקיי"ל כר"ע מחבירו <sup>דברי חסד</sup> זר"ע סבר דכיון דמשתמש בה בענין שהבעלים מקפידים בו כלתה שמירתו וכדאמרן א"כ אין להם לבעלים שום הנאה בשמירתו ונמצא שכל הנאת של זה והוי שואל שלא מדעת וחייב, ע"כ.

והקשה התלמיד דוב ברקביץ נ"י דהלא בא הג"י לפרש דברי רב ששת דפי' מתני' דהוי שואל שלא מדעת, ובהדיא העמיד מתני' כר' ישמעאל, וא"כ איך מפרש דברי ר"ש אליבא דר"ע דכלתה שמירתו, הא לר"ש בעינן לפרש המשנה כר' ישמעאל דלא כלתה שמירתו ולדידיה לא הוי שואל שלא מדעת כיון דאין כל הנאה שלו כדפי' בסימן הקודם.

וי"ל דכוונת הג"י דעיקר תירוץ דרב ששת הוא להעמיד מתני' בשואל שלא מדעת וחידושו הוא דהוי גולן, ולא כר' יעקב דסובר דאפי' שואל שלא מדעת לאו גולן הוא כדהביא השיטה בשם תלמיד הרי"ף ז"ל. והא דנקט המשל של טלטול לצורך גזולות הוי משום דכיון דלהלכה פסקינן כר"ע, א"כ גם זה הוי שואל שלא מדעת כיון דכלתה שמירתו, ואה"נ במתני' אליבא דר' ישמעאל יפרש שטלטולו בחוץ ופיחת בשמירתו, דרק אז יקרא שואל שלא לדעת. דבאמת צ"ע מה צריך רב ששת להביא דוגמאות משואל שלא לדעת הא מאה ואחת דוגמאות יש, אלא ודאי הוסיף המשל כדי לחדש דאליבא דהלכתא כר"ע, גם זה הוא שואל שלא מדעת, ולא כריטב"א ז"ל עי' הלאה.

ולא סובר הג"י כרי"ף דאילו לרב ששת דמתני' כולה כר' ישמעאל, פסקינן כסתם מתני' ולא כר"ע, אלא סובר דלעולם הלכה כר"ע מחבירו. אבל צ"ע בתירוץ הג"י, דהא הריטב"א ז"ל ע"ל ספ"ה פי' בר"ע דדוקא אם

שואל שלא מדעת גולן הוי או כלה שמירתו, אבל מכיון דהשתמשות לגזילות לא מיקרי כל הנאה שלו ולא הוי גולן אם כן לא כלה שמירתו גם לר"ע, ושוב לא הוי כל הנאה שלו.

אלא מכאן מוכח דהנ"י חולק אריטב"א וסובה כפ"י דאף דשואל הוי מ"מ הקפדה יש מצד הבעלים ובכל אופן כלה שמירתו. אבל עדיין צ"ע קצת דבשלמא במציאות דהפ"י ע"ל ספ"ה דמיירי דהבעל מקפיד על השתמשותו אלא דמ"מ לא שייך שם גולן עליו כיון דלא מכוון להוציא מרשות בעלים, כיון דסו"ס יש הקפדה גדולה, כלתה שמירתו. משא"כ הכא, הא סברת הרמב"ן היא דכיון דאין בהשתמשותו סתירה לשמירתו של בעלים, אין כאן עיקר הקפדה, ואמאי כלתה שמירתו. וצ"ל דמ"מ הקפדה קצת יש, דהא חייב מטעם שליחות יד, ואילו אין הקפדה כלל מה שייך איסור שליחות יד כדהביא השיטה בא"ד וז"ל תלמיד הר"פ וז"ל אבל בדבר מועט כו' דלא קפדי בה בעלים ליכא לחיובי מטעם שאלה של מדעת וא"ת א"כ היכי מחייבין ליה מטעם שליחות יד ע"כ.

פח) מא. רש"י בא"ד והא לא חסרה וז"ל ואי קשיא דלמא הא דהניח מקלו ותרמילו חיוביה לאו משום שליחות יד הוא דליבעי חסרון אלא משום שואל שלא מדעת הוא כי ההוא דלעיל דחבית ע"כ.

וצ"ע דהא כאן רב הוא המתיר ומפרש הברייתא (אמר רב בעודן עליו, אמר רב שהכישו במקל), והא רב לעיל קיבל פירוש ר' יעקב ור' נתן דשניהם סברי דשואל שלא מדעת שואל הוי ומש"ה מוכרחים לפרש החיוב מטעם שליחות יד, וכמו שפי' תלמיד הר"פ וז"ל, הובא בשיטה, דר' יעקב סובר שואל שלא מדעת שואל הוי ומש"ה לא תירץ כו' ששת, וא"כ פשוט אמאי לא פי' דחיובו משום שואל שלא מדעת, דהא לשיטתו שואל הוי, ואין לתרץ כבנ"י, ע' סימן הקודם דלר"ע גם אם שואל הוי כלתה קנינו וחייב, דהא רש"י ד"ה הא שקלינהו העמיד דמפרשים הברייתא אליבא דר' ישמעאל. וצ"ע, וע"ל סצ"א דלפי שיטת הראשונים דכוונת רש"י להקשות גם למ"ד דשואל הוי, דכיון דעודן עליו חייב באונסין שפיר אין מקום לקושייתנו אבל לפי שיטת הראב"ד וז"ל והגליון שם דסברי דרק חייב אם כגולן הוי (וע"ש הסיבה) נשאר הקושיא במקומה.

פט) מא. רש"י וז"ל הג"ל תירץ קושייתו, ע' סימן הקודם וז"ל לא היא דכי אמרינן בשומרין שאלה שלא מדעת בדבר שאינו כיחש וחסר מחמת מלאכה אבל בעלי חיים המכחישים מחמת מלאכה תחלתו שליחות יד היא ע"כ.

ותמה הרא"ש וז"ל הובא בשיטה וז"ל וכי משום דבע"ח כחשי מחמת מלאכה גריעי משאר דברים דלא כחשי, ואם א"א לחייבם משום שליחות יד בלא חסרון, לא נחייב משום שואל שלא מדעת אתמהה?

ומביא השיטה פירוש הגליון ברש"י וז"ל ונראה דעתו דבדבר שאינו חסר מחמת מלאכה אתרי שאחר עשיית מלאכה אינו משתנה ואינו מתחסר או מיד כשנוטלו למלאכה הוי כאלו גמר כוונתו אבל בדבר המתחסר הוי מחוסר מעשה כל זמן שלא גמר כוונתו ולכך לא מחייב אלא א"כ גמר כוונתו ע"כ.

[illegible][illegible]



(צא) מא. רש"י ז"ל הנ"ל — גם הפ"י תמה בפ"י רש"י ותירץ וז"ל מיהו לכאורה יש ליישב כוונת רש"י עפ"י שיטת בעל המאור (דאין חייבין בשואל שלא מדעת אלא לפי גדרו של יחוח יד) ונאמר דבאמת לא כיון רש"י להקשות דנימא דטעמא משום שואל שלא מדעת גזלן הוא, אלא דאף אם נאמר דש"מ לא הוי גזלן מ"מ שואל מיהו הוי ומש"ה מחייב כיון דאוקימנא בעודן עליו, והיינו כדין שואל דחייב כ"ז שאילתו וא"כ לא נשמע כלל לענין שליחות יד א"צ חסרון וע"ז משגי שפיר דהכא לא שייך לחייבו מדין שואל כיון שמכחישו (וסובר דאילו לא בא הארי היה הכבש נפסד ע"י השתיית תרמילו עליו עד חזרתו מהעיר) וא"כ ודאי לא נתכוין לשם שאלה אלא לשם שליחות יד ואי ס"ד דשליחות יד בלא חסרון פטור אמאי חייב הכא אע"כ דא"צ חסרון כנ"ל ליישב ל' רש"י אלא דמסתימת לשונו לא משמע כן ע"כ.

ולכאורה א"א לפרש דרש"י כוון לחייבו משום שואל בשעת שאלתו דהא כתב רש"י וז"ל אלא משום שואל שלא מדעת הוא, כי ההוא דלעיל דחבית" ע"כ, והיינו שכוון לחייבו משום דינא דרב ששת דש"מ גזלן הוי, דאם לא כן למה הביא הדוגמא מזההוא דלעיל.

א"ח"ח 1234567 והנה בשיטה ד"ה והא לא מסיק, הובא כפ"י בקושיתו וז"ל קשיא ליה לרש"י ז"ל דידלמא הא דחייב, לאו משום דשליחות יד אינה צריכה חסרון אלא משום שהוא שואל שלא מדעת, ואי שואל הוי מחייב ואי גזלן הוי מחייב כו' שואל שלא מדעת או שואל הוי או גזלן הוי במה ששאל ע"כ. וכן הרמב"ן ז"ל במלחמת פ"י כן קושית רש"י. אבל בשם הראב"ד ז"ל הובא שם דהקשה וז"ל אי סבירא ליה דשואל שלא מדעת גזלן הוא ל"ל חסרון כו' ע"כ, משמע דדוקא משום גזלן נחייבו ולא משום שואל וכן הביא שם מהגליון.

וצ"ע אמאי באמת לא נחייבו משום שואל כשעודן עליו, וכדאיתא בהדיא בריטב"א ז"ל הובא בשיטה סד"ה מתקיף וז"ל דאלו לחיוב אונסין (בעודו בשאלתו) אפי' למ"ד שואל הוי חייב הוא בכל אונסין ואפילו במתה מחמת מלאכה דלא שייך לומר בהא לאו לאוקמוה בכילתא שייליה ע"כ.

וע' בחזו"א ב"מ ליקוטים ס"כ סד"ה הקשו שפירש דברי בעל המאור דלא מחייבו משום שואל וז"ל מיהו יש לעי' אכתי שואל הוי וליחייב באונסין מדין שואל, וצ"ל דהא דאמר בגמ' שואל הוי ר"ל שאינו גזלן (דחייבין באים בע"כ מן התורה) רק שואל, אבל אינו חייב מדין שואל כיון דלא קיבל עליו חיובים (ודיני שומרים חלים משום קבלתו ולא בע"כ) ע"כ. וא"כ הראב"ד והגליון ורש"י לפי דיוקנו בו סברי כבעל המאור וכפ"י החזו"א ביה, והשיטה האחרת והרמב"ן סברי דאף דבור ששאל לא נחייבו כלל אם לאו גזלן הוא כיון דלא קיבל על עצמו דיני שואל, מ"מ כאן בשומר, הוי כאנו סהדי דאומדין דעתו של בעה"ב דכשמסר לשומר הוי כאילו פירט דאם ישתמש בו יהא דינו לכה"פ כשואל, ועל דעת כן קבלו השומר. וראשונים האחרים סוברים דכיון דלא עלה במחשבתו שזה הגאמן יעשה שלא כרצונו ולכן לא חשב כן ולית אנו סהדי.

צב) מא. אלא ש"מ שליחות יד אינה צריכה חסרון, והנה המחבר (כהטור) פסק כן בסימן רצ"ב סק"א דהשולח יד בפקדון אעפ"י שאינו מכוין לגזולו אלא להשתמש בו תשמיש שמחסרו נתחייב משעת הגבהה דש"י אין צריכה חסרון, אבל אם הגביהו לעשות בו תשמיש שאינו מחסרו אינו חייב משעת הגבהה אלא משעת תשמיש ולא משום ש"י אלא משום שואל שלא מדעת גזול.

וצ"ע אם אינה צריכה חסרון אמאי פטור כשלא שייך בו חסרון, הא אין צורך לה. ואף דמלשון המשנה לקמן מג: משמע דבעינן נטילה או רצון ליטול כשמואל (מד.) אבל זה גופא צ"ע למה.

ויר"ל דסובר הטור כשיטת הראב"ד ז"ל ב"ק ע"ט דהגביה לגנוב ברשות בעלים, אם היתה כוונתו להוציא הוי גנב אף דעדיין לא הוציא (ויתחייב בדו"ה אם שחט שם), אבל כשלא היתה כוונתו להוציא לא הוי גנב ואינו אלא מזיק כששחט, והיינו דלא מיקרי מעשה גניבה אם לא שמתכוון בקנינו להרחיקו מהבעלים כדכתיב המצא תמצא בידו שנתרחק מהבעלים, וא"כ גם שליחות'דהוי דין גזילה בשומרים, לא יתחייב בהגבהתו אם לא שכוון להרחיקו מהבעלים ע"י זה שיחסירו, אבל אי הוי חפץ שלא שייך בו חסרון בתשמישו, א"א שיחול עליו דין גזילה דשליחות יד, וע' סימן הבא.

צג) מא. טור ומחבר הנ"ל-והביא הגרנ"ט ז"ל קושית האחרונים דמנין הוציא הטור לחלק בין שליחות יד דמחייב משעת הגבהה לשואל שלא מדעת בחפץ שאינו מחסרו בתשמישו דאינו חייב אלא בזמן התשמיש, וע"ש מה שהביא מהגר"א ז"ל. ופ"י הגרנ"ט ז"ל דהנה בש"מ הקשו ג"כ קושיא זו דדילמא מיירי משום דשל"מ ותירץ בשם הרא"ש ז"ל ותלמידיו משום שאין הבעלים מקפידים על תשמיש קל דליתוי ששל"מ ואין לחייבו אלא משום ש"י דחדוש הוא ע"כ (הרא"ש), וצריך להבין דכיון דאין הבעלים מקפידים גם ש"י לא ליתוי וצ"ל וכן מבואר בתלמידי הרא"ש (הר"פ) ז"ל דדאי אם יגיה זמן רב ויהיה חסרון בודאי הבעלים מקפידים ע"ז אלא דעתה בשעת שמניח דלא הוי חסרון אין הבעלים מקפידים כו' אך לכאורה קשה דלמה לא יתחייב משום ששל"מ על מה שישתמש אח"כ (דומיא דשלח"י) ויהיה בה אח"כ חסרון ויקפידו הבעלים וא"כ יתחייב משעת משיכה וא"כ נתחייב השתא על מה שישתמש בה אח"כ, אבל (והיינו „אלא ודאי") משום ששל"מ א"א לחייבו משעת משיכה אלא משעת תשמיש כו' וזוהי ראייה לדברי הטור ע"כ, וע"ש מה שהקשה על תירוצו מדברי המחנ"א.

וצ"ע דלכאורה א"א לטור לפרש כרא"ש בתירוצו לקושית רש"י, דאילו סובר דבמקום שאין חסרון אין הקפדה וממילא אין חיוב דששל"מ, א"כ אין מחייבים הטור והמחבר במקום שאין חסרון מטעם ששל"מ, הא אין הקפדה. אלא ודאי יתרץ הטור קושית רש"י בשאר אופנים כרש"י או כרמב"ן וכו', אבל לא כרא"ש.

ובעיקר קושית הגרנ"ט י"ל דלפמש"פ בסימן הקודם דאין לחייב משום

גניבה וגזילה וכן שלח"י דדינו כגזילה אם לא שכוון בשעת קנין להרחיקה מהבעלים, א"כ צ"ע איך שייך לחייבו מטעם שואל שלא מדעת גולן הוי במקום שאין חסרון, הא לא מכוון להרחיקו מן הבעלים, דהחפץ ישאר כמו שהיה מקודם. וע"כ צ"ל שהוא גולן הנאת החפץ, דכל היוצא מן דבר שלו הוי שלו, וכן הנאה המוצאת מהחפץ הוי של הבעלים, והשואל שלא מדעת לוקח הנאה זו ששייכת לבעלים, וא"כ המעשה גזילה מטעם שאלה במקום שאין חסרון שייך רק בשעה שנהנה, אבל מקודם כשמגביה החפץ הא אין ההנאה בעולם ולא שייך גזילה בה. משא"כ בשלח"י שהחפץ בעולם והגביה ע"מ לחסרה הא יש על מה לחול שם גזילה בשעת הגבהה כיון שמכוון אז להרחיקה מהבעלים.

(צד) מא. אימא שהכתישה במקל. ע' בבעל המאור דפי' וז"ל וזה הבהמה שהכחש נראה בה כיון שהכחש דבר הפושט בכולה הוא כמו ששלח יד בכולה דמי א"נ משום דרצה לפניו הויא לה משיכה ומש"ה מתחייב בכוליה באונסים שאלמלא כן לא היה מתחייב בשליחות יד במקצתה עד שיגביה את כולה כדאמרינן במתני' בהטה את החבית ע"כ.

ומשמע דבפירושו הראשון מחייבו גם בלי משיכה, ועל זה כתב הגר"ב ז"ל בברכת שמואל סס"ג וז"ל נראה באור דבריו הק' דכחש הפושט בכולה הוי גזילה אפילו בלא משיכה היינו כמו שכתב רבנו הגרע"א זיע"א בחי' על כתובות לד: דבשאל פרה בחול וטבחה בחול לשם גניבה דחייב דו"ה וכו', כיון דאיכא קנין שינוי מעשה הוי הטביחה ג"כ ענין גניבה וחייב גניבה וחייב טביחה בהדי הדדי אתיין כו'. הרי דשומר שטבחה אפי' בלא הגבהה חשוב גנב, ואפשר לומר על זה שני הסברים, או דהרשות של השמירה והמשיכה דמעיקרא נעשית גניבה כו' ע"כ.

והיינו דלא שייך להיות גנב בלי מעשה קנין, אבל אם היה כבר מעשה קנין, אף דהיה קנין שומר, מ"מ יכול לצרף מחשבת גניבה דאח"כ עם הקנין דמעיקרא. וצ"ע דקניני שומר לא דומין לקניני גנב וכמ"ש תוס' ב"ק ט. ד"ה אין, דלרב דהתם דסובר למסקנא דשמין לא קנה השואל כגנב ולכן שמין ע"ש, וא"כ אין קנין גניבה מקודם, לצרף אליה המחשבה דעכשיו.

עוד פירוש הוסיף הגר"ב ז"ל דע"י החצר שקונה בגניבה, דדוקא אם לא עשה כלום אלא מחשבה או פליגי ב"ה במתני' מג: וסוברים דעדיין לא נעשה שליחות יד ולא שייך לומר בזה דהחצר יקנה דהא לא נעשית עדיין מעשה גניבה כו' משא"כ כשעשה מעשה גניבה או הוי החצר קונה, וע"כ נראה לי דלהכי מהני משיכה ברשות המופקדין לענין שליחות יד דמשום דהוי מעשה שליחות יד שוב קונה גם החצר ע"כ.

וצ"ע דכאן מיירי בעדר הנמצא באפר ומה שייך התם קנין חצר, וגם אין לפרש דקונה בקנין ד' אמות דהא כתב ה"ר חיים כהן ז"ל בתוס' קידושין כה: סד"ה בהמה, דבמקום שבהמת המוכר שם מקודם הוי הד"א שלו ולא יכול הלוקח לקנות בד"א, וכן הכא עדר הבעלים כבר עומד שם קודם שבא לקנות בגניבה וע' סימן הבא.

ולכאורה יש לפרש כוונת בעל המאור דסובר דבאמת לא צריכים קנין בשליחות יד, דבפסוק לא נרמז כלל שקנהו אלא שלח ידו במלאכת רעהו בלבד, והא דתני לקמן מג: דחייב רק בהגביה, סובר בעל המאור בתירוץ א', דהוי רק כדי שיהא שייכות נטילת מקצת לכולו. דלכאורה כיון שאין בדעתו אלא ליטול רביעית אמאי חייב בכולו, הא בשאר לא שלח ידו כלל, ולכן בעינן להעמיד שהגביה כולו כדי ליטול מקצתו ובוזה נתקיים השליחות יד בכולה ולכן סובר בעה"מ במקום דמכתיש כל הבהמה א"כ בלא הגבהה ג"כ יש שליחות יד בכולו ודי בזה לחייבו, וגם נסביר דמחלוקת ב"ש וב"ה במחשבה היינו בחושב לקחת כולו, ולכן אין חסרון מצד העדר קנין אם רק מקרי שליחות יד.

(צו) מא. רש"י ד"ה משונה שליחות יד וז"ל כלומר אינה דומה לזו שזו נאמרה לצורך ולא משתמע אלא בחסרון, אבל של שומר שכר נאמרה שלא לצורך כו' ע"כ, וכוונתו כיון דע"כ בעינן לפרש כתוס' מא: סד"ה לומר וז"ל כיון דשליחות יד חייב בתרווייהו אין זה אלא גילוי מילתא למילף דין של זה בזה ע"כ, א"כ אינם משונים בדין במציאות, ולכן פי' רש"י דמשונים הם בהצטרפותם, דשל ש"ש מיותר.

צו) מא: לא תאמר שלחני בש"ש ותיתי מש"ח. והקשה הרש"ש ז"ל ח"ל  
לכאורה קשה דשל"י הנאמרה בש"ח הוא לחייבו בגניבה ומנא הוה ידעינן  
שתהא מחייבתו אף באונסין כו' ו"ל דכיון דמחייבתו בגניבה ע"כ משום דקם  
ליה ברשותי א"כ באונסים גמי ע"כ, וצ"ע דש"ש יוכיח דחייב בגו"א ואעפ"כ  
לא קם ליה ברשותיה להתחייב באונסין. וי"ל דשאני ש"ש שכך קיבל על עצמו  
להתחייב בגו"א, משא"כ השל"י שלא קיבל אחריות כלל בעינו חיובי תורה  
והתורה לא חייבה אלא מכח גולן, והיינו דקם ברשותיה. <sup>①</sup>ועדיין צ"ע דמחלוקת  
① מ"א ר"ק בג"ב ר"ג (מ"א) ח"א: ר' ק"ל ג"א.

כשואל, וא"כ גם באונסין חייב. ①

צח) מא: קרנא בלא שבועה עדיפא מכפילא בשבועה. ותמה הרש"ש ז"ל וז"ל ק"ל ל"ל להוכיח שבועה דכאן אפילו אם היה חייב כפל בלא שבועה מ"מ אין זה עד שיטעון בשקר ואח"כ יבואו עדים, וש"ש חייב בקרן אפילו אם טוען באמת ואף יש עדים כדבריו ע"כ.

וצ"ע בקושיתו דכיון דר"א סובר דדא ודא אחת היא, וסובר דאין ללמוד ש"ש מש"ח כיון דש"ח עדיף לענין כפל, על החולק להוכיח שמסברא ש"ש חמיר, וכל מה שיכול להוסיף בחומרתו עדיף, וממילא כיון שבאמת אין חיוב לש"ח עד שיטעון וגם ישבע לשקר ורק אז יתחייב אם יבואו עדים כנגדו, משא"כ בש"ש אף דלא נשבע בשקר וגם לא טען לשקר, ולהפך העדים באים לסייעו מ"מ חייב, א"כ ודאי טוב לחולק אר"א להביא כל דברים אלו להוכיח המרחק הגדול בין חיוב הש"ח הרחוק לחיוב הש"ש הקרוב. וצ"ע.

(צט) מא: תוס' בא"ד קרנא וז"ל א"נ דלכ"ע אית להו דקרנא עדיפא מכפילא בשבועה ומ"מ סבירא להו לר' יוחנן ולר"א דאין ללמוד ש"ש מש"ח הקל כיון שיש בו חומרא שמשלם כפל מה שאין כן בש"ש ואע"ג דש"ש ודאי חמור שחייב בגו"א ע"כ.

[illegible]

וי"ל דהמידה היא דאף דהלמד חמור, מ"מ כמו שהחמירה התורה במלמד הקל בפרט א' יותר מבלמד החמור, כ"כ שייך דגם לענין הגידון שלפנינו שהחמירה תורה יותר בקל מבחמור, וא"כ זה שייך דוקא במקום שיש לנו הוכחה דאף דהלמד חמור מ"מ הקילה התורה בה בחד פרט יותר מבקל, משא"כ הכא דהחמור שנמצא במלמד והחומרא שבלמד שני הפכים הם וסותרים זה את זה, דאם נחמיר לענין לחייבו קרן לא נוכל להחמיר לחייבו כפל (כיון שלא טען טענה שפסולתו) וגם להפך אם נחמיר לענין כפל מוכרחים להקל לענין קרן כנ"ל, א"כ מהא דהחמירה תורה בש"ש לענין קרן ולא החמירה ג"כ לענין כפל אינה הוכחה דהתורה באה להחמיר בש"ח הקל בפרט א' והקילה בענין זה בלמד (בש"ש). דלא כן הוא, דהתורה באה להחמיר עד התכלית בלמד, אלא מכיון

שא"א להחמיר בב' ענינים הסותרים זא"ו, נקטה התורה החמור ביותר לחייב בו ש"ש החמור, וממילא א"א היה להחמיר גם לענין כפל, וא"כ לא ראינו עדיין שהתורה באה להקל בחמור אפילו בפרט א', וממילא לענין הנידון לפננו בדין שלח"י אין מקום שלא להחמיר בחמור כיון דהחמירה התורה בקל, ובאמת צ"ע מה סברת תוס' ורבינו פרץ להשוות דיננו למידה שבתורה כשיש לחלק כנ"ל וצ"ע, וע' סימן הבא.

אחרית 1234567

(ק) מא: תוס' בא"ד קרנא וז"ל ומאן דלא פריך סבר דמכפל אפילו פירכא לא עבדינן משום דמה דמשלם כפל הוא מחמת קולא שהוא פוטר עצמו בגנבה כדמפרש בריש מכילתין גבי תורת הומה לא פריך ע"כ.

וצ"ע דאין הנידון דומה לראיה דהתם כיון דמקילין דאין הע"א מחייב ממון א"א לחייבו משום כאשר זמם דהא מחמת קולתו לא זמם כלל, משא"כ הכא אף דמחמת קולתו אינו חייב קרן בגניבה ואבידה מ"מ אין זה מביא ממילא שיתחייב כפל, דהא אילו לא חידשה תורה דין דטוען טענת גנב, הוי אמרינן דלא חייב קרן ולא כפל, וא"כ חומרא דכפל לאו חומרא ממילא בש"ח מחמת קולתו, אלא חומרא צדדי הוא (שלא היה שייך לולי הקולא, אבל לא שבאה ממילא מחמתה, משא"כ בעד א' החומרא דא"א להזימו הוי תוצאה ממילא מקולתו שאין יכול לחייב ולזמם נגד חבריו, ומש"ה לא מיקרי חומרא). וצ"ע.

ובאמת גם צ"ע למה לתוס' לפרש המחלוקת באופן חדש לגמרי, אמאי לא יאמר בטעמא דמאן דפליג כמו שפירש רבינו שמואל עד כה לשני הצדדים דסובר דלא שייך הכא המידה דחומרא א' בקל סותר ק"ו, וכמו שפירשנוהו בסימן הקודם.

(קא) מא: תוס' הנ"ל וז"ל והשתא תימה לפי מה דסבר דכפל הוי חומרא מאי פריך אדרבה כיון שהוא חמור הו"ל ליפטר מגנבה כדי שיתחייב כפל ע"כ, ולכאורה כוונתו דכיון דכפל חמור לכן פטרה התורה ש"ש מלסטים מזויין כדי לחייבו בכפל, משא"כ שואל דלאו חמור כש"ש (לפי המקשן) יש לחייבו בגניבה ואבידה כדי שלא יבוא לחומרא דכפל. ①

(קב) מא: רש"י ד"ה ותיתי משואל וז"ל שחייב הכתוב באונסין בשביל שכל הנאה שלו ושולח יד נמי כל הנאה שלו ע"כ. ופירשו הריטב"א וז"ל הובא בשיטה וז"ל פ"י מדין שואל שחייב באונסין מפני שמשחמש בה ואפי' בלא שליחות יד דאלו ש"י לא כתובא בשואל כלל וכן פירש"י ע"כ.

וצ"ע דהא הוכחנו לעיל סצ"א דמלשון רש"י בעמוד א' משמע דאין לחייבו משום שואל שלא מדעת שואל הוי דהא כתב בא"ד והא וז"ל אלא משום שואל שלא מדעת הוא כי ההוא דלעיל דחבית ע"כ, דהיינו דיש לחייבו רק אם גזלן הוי כרב ששת. וההסבר ע"כ הוא כבעל המאור כמו שפי' החזו"א ליקוטים ב"מ ס"כ לדף מא סד"ה הקשו, דדוקא שואל ממש חייב באונסין שע"ד כן נעשה לשואל לקבל חיובי אונסין, משא"כ השואל שלא מדעת דלא קיבל על עצמו חיובי אונסין אין לחייבו, וכוונת הגמרא דשואל הוי היינו לאפוקי דאינו כגזלן

① [ואג' צ"ע גמ' שכתבנו ז"ל] חלק על הניא"פ  
הכא גמ' דבבא מציעא, דא"כ ה"א, וא"י אומר. כשא"פ ככא  
אומר כ"ו נגז' ה"א, וא"י גמ' האמר וז"ל גמ' אומר  
כאמר כ"ו נגז' בין גמ' אומר.

[illegible]

אברהם  
זו דעס  
אין אים  
אין אים  
אויס  
דערמאלן  
ש' אין  
ב' ו. א.  
אויס  
צו אים  
היינט  
אויס  
צו אים  
כלל  
אין  
אויס  
ג' אויך

בתרא - ראש השנה, ב

אוצר החכמה

(קד) מא: ומה שואל דלדעת בעלים קא עביד שלח בה יד חייב, ש"ח וש"ש לא כ"ש.

ותמה הגרע"א ז"ל (בליקוטין הוצאת ירושלם) וז"ל ק"ל הא אצטריך דמשום מקצת יתחייב על כולו ע"כ. והיינו דלפי הר"ח ז"ל ע"י סימן הקודם, לא קשה, דפי' הגמרא היא דדין דשלח"י יאמר בהדיא בשואל לבד, וא"כ גם החידוש דמקצת ככולו נדרש שם, אלא עיקר קושיתו לפי' רש"י ז"ל, ע"ל סק"ב, דבאים ללמוד מהשתמשות הרגילה של שואל, ושם לא נתחדש האי דינא דמקצת ככולו.

והנה הריטב"א ז"ל פי' דכוונת רש"י היא ללמוד של"י מהשתמשות הרגילה של שואל, ומסתמא לא היה לו הגירסא ברש"י מא. בא"ד והא, דרק דומיא דחבית מחייבין דהיינו דרק אם שואל שלא מדעת גולן הוי נחייבו, אבל אי שואל הוי, לא חייב כיון דלא קיבל על עצמו חיובי אונסין. אבל לפי גירסתנו ברש"י א"א ללמוד שואל שלא מדעת דלא קיבל חיובי אונסין משואל מדעת שקיבל כדהקשינו לעיל סצ"ז, וע"כ בעינן למימר דגם רש"י כוון לפירוש הר"ח, וכוונת לשונו בד"ה ותיתי דלא רק שיותר טוב להעמיד דין שליחות יד בשואל משום דבאופן זה נוכל למעט בפסוקים ונלמד ש"ש וש"ח משואל, אלא גם עדיף להכניס דין של"י בשואל כיון שבין כך שואל מיירי בחיוב אונסין משום דכל הנאה שלו, ומתאים הוא להוסיף עוד דין דדמי לה, לחייב של"י ג"כ מאותה סיבה (ולהוסיף החידוש דכשכוון לשלוח יד רק במקצת, חייב בכולו). וזה שכתב רש"י דיתחייב בשואל, שבדעת בעליו שלח יד לעשות מלאכתו, כוונתו כמו שפי' בסימן הקודם אליבא הר"ח, דעצם הלקיחה בעד צרכי עצמו בדעת בעלים היא, ורק מחשבתו להחסיר, גורם דין שלח"י, וע"י סימן הבא.

(קד) מא: גרע"א ז"ל הנ"ל הוסיף להקשות וז"ל גם תמוה לי לפי האמת דקי"ל שואל שלא מדעת גולן, מהיכא נפקא לן, אם ילפי' משואל מדעת נימא דיו ויהי' פטור בבעלי' ואי דילפי' משלח"י הא סתם בעי' דוקא חסרון ועכ"פ ע"מ לחסר ובהכרח ידיע' זה מסברא וא"כ עדיין ק' למ"ל קרא בשליחות יד נילף משואל שלא מדעת וצע"ג ע"כ.

ודאי לא הקשה אליבא דבעל המאור והראב"ד ז"ל בשיטה דתירצו קושית רש"י ז"ל בא"ד והא, דא"א לחייב שומר מטעם שואל שלא מדעת אם לא בגדרי שלח"י. אלא כוונתו להקשות אליבא דרש"י ז"ל, דפי"ל ס"צ דלולי גזה"כ דשליחות יד היה חייב גם בבע"ח מטעם שואל שלא מדעת.

והנה בפשטות יש לתרץ דאילו נלמד משואל שלא מדעת לא הוי ידעינן לחייב בכולו כשלח יד במקצתו, אלא שהגרע"א הקשה לפי קושיתו דאף כשלמידין משואל לא נדע זאת, וא"כ לשיטת הגמרא אמאי לא נילף משואל שלא מדעת, אבל לפמש"כ בסימן הקודם דגם רש"י אויל בשיטת הר"ח, וכוונת הגמרא דדין של"י יכתב מפורש בשואל במקום לכותבו בש"ח וש"ש, וא"כ גם דין דמקצת ככולו הוי כתוב בשואל. אבל ללמוד משואל שלא מדעת א"א, דאז לא הוי ידעינן האי חידוש דמקצת ככולו. וכן הגם ור"ף ה"ז, וז"ל.



① וז"ל קשה ארבע  
והוא שם ארבע  
בבא מציעא  
אם כן - חסרון

שם ארבע  
הוא שם ארבע  
בבא מציעא  
אם כן - חסרון

הוא שם ארבע  
בבא מציעא  
אם כן - חסרון

הוא שם ארבע  
בבא מציעא  
אם כן - חסרון

הוא שם ארבע  
בבא מציעא  
אם כן - חסרון

② וז"ל קשה ארבע  
והוא שם ארבע  
בבא מציעא  
אם כן - חסרון

הוא שם ארבע  
בבא מציעא  
אם כן - חסרון

הוא שם ארבע  
בבא מציעא  
אם כן - חסרון

הוא שם ארבע  
בבא מציעא  
אם כן - חסרון

הוא שם ארבע  
בבא מציעא  
אם כן - חסרון

(קו) מא: תוס' ד"ה רבא וז"ל פרש"י דסבר אפי' כר"א ואין להקשות לפירושו  
הא דקאמר ואידך שלא תאמר דיו והא תרומיהו צריכי לאינה צריכה חסרון לר"א  
דהא לא יליף ש"ש מש"ח, דהא בתר הכי פריך ולמ"ד צריכה חסרון תרתי ל"ל  
ולדידה לא ילפינן חד מחבריה אפ"ה לא מוקמינן תרומיהו לדיו כו' ע"כ.

וכוונתו בקושיא ב' דאין עצה שלא לפרש כרש"י ולומר דרבא לא כוון  
דיבורו גם אליבא דר"א, דסו"ס עדיין ישאר קושיא לפי מה שהעמידה הגמרא  
למ"ד צריך חסרון דפסוק שגי בש"ש בא לדרשא אחרת, וכיון דהאי מ"ד ודאי  
סובר דלא למידין ש"ש מש"ח ולא הוי מיותר לדרשא א"כ גם של ש"ש דרש  
לענין דין, ומה הכרח למצוא דרשה אחרת ממנה, אלא ע"כ בעינן לתרץ כמו  
שתירץ, וזה יספיק גם לרש"י להעמיד דברי רבא גם כר"א.

(קו) מב. אין הברכה מצויה אלא בדבר הסמוי מן העין כו' אין הברכה מצויה  
אלא בדבר שאין העין שולטת בו, ופירושו הרא"ש וז"ל ותוס' שאנן הובאו בשיטה  
לאפוקי מידי דשלטא בהו עינא בישא, וכן פ' המהרש"א וז"ל.

וצ"ע דהא בבביתא תני דהתחיל למוד מצפה ומתפלל לברכה משא"כ אם  
כבר מוד הוי תפילת שוא כיון דאין הברכה מצויה לא בדבר השקול כו' המדוד  
כו' המנוי, והתם לא היה חילוק בין קודם מדידה לאחריו לענין עינא בישא דהא  
ממ"נ אם אחרים עומדים ורואים הא גם קודם מדידה אית כבר עינא בישא, אלא  
ע"כ מיירי דלא עומדין על קמת חבירו, כדינא, וא"כ איזה עינא בישא ניתוסף  
במדידתו, הא האדם לא מביא עין הרע על שלו.

ולכאורה בעינן לדייק לשון רש"י וז"ל ד"ה אין הברכה וז"ל שמתברך ורבה  
מאליו ע"כ. והיינו דכל זמן שלא מודד ולא ידוע לו כמותו, עושה מקור הנסים  
נס נסתר כמו שעושה כל ערב ובקר וצהרים, ומתרבים הפירות בלתי ידיעתו.  
משא"כ אחר שכבר מנה וידוע כמותו, אילו נתרבה אז, הוי נס גלוי, וזה לא  
עושים בדרך כלל. ①

(קח) מב. תוס' ד"ה אמר שמואל — לפי מסקנת תוס' דידן אין הש"ש חייב  
בגניבה ע"י אונס, אבל הר"י וז"ל בתוס' ב"ק נו. סד"ה כגון סובר ח"ל דכיון  
שחייב הכתוב ש"ש בגניבה וסתם גניבה קרובה לאונס כדאמרין בהשואל.  
סברא הוא דבכל ענין שתהיה הגניבה יתחייב גזע"כ אפי' באונס גמור ואע"ג  
דבלסטים מוזיין דהיינו שבויה דקרא פטר בו הכתוב אע"פ שאין אונס גדול  
יותר דחוק ע"כ, וכן הר"ח וז"ל לפנינו סובר דק בש"ח פטור בנגנב באונס,  
משמע דש"ש גם בגניבה באונס חייב, וכן רש"י וז"ל סד"ה וסופו באונס כתב  
וז"ל: וגניבה לש"ח אונס הוא ע"כ. משמע דבש"ש לאו אונס הוא וחייב מטעם  
שנגנב, וז"ל פ' כר"ס סד"ה ג"ה, דג"ו אונס כח' קריא.

וצ"ע איך שייך סברא לחייבו כשסו"ס על ידי אונס בא, והתורה בהדיא  
פטרתו כשלא הוי קרוב לאונס אלא אונס גמור.

וגם קשה דלרבה דסובר (צג:) דפטור ש"ש כשנטר כדנטרי אינש, דאי

נפטרו הכא אף דהוי גכ"ל בדין גניבה כיון דשמר כרגיל אלא דנתאנס. ואפי'  
נפטרו הכא אף דהוי גכ"ל בדין גניבה כיון דשמר כרגיל אלא דנתאנס. ואפי'  
נפטרו הכא אף דהוי גכ"ל בדין גניבה כיון דשמר כרגיל אלא דנתאנס. ואפי'  
נפטרו הכא אף דהוי גכ"ל בדין גניבה כיון דשמר כרגיל אלא דנתאנס. ואפי'  
נפטרו הכא אף דהוי גכ"ל בדין גניבה כיון דשמר כרגיל אלא דנתאנס. ואפי'  
נפטרו הכא אף דהוי גכ"ל בדין גניבה כיון דשמר כרגיל אלא דנתאנס. ואפי'  
נפטרו הכא אף דהוי גכ"ל בדין גניבה כיון דשמר כרגיל אלא דנתאנס. ואפי'  
נפטרו הכא אף דהוי גכ"ל בדין גניבה כיון דשמר כרגיל אלא דנתאנס. ואפי'  
נפטרו הכא אף דהוי גכ"ל בדין גניבה כיון דשמר כרגיל אלא דנתאנס. ואפי'  
נפטרו הכא אף דהוי גכ"ל בדין גניבה כיון דשמר כרגיל אלא דנתאנס. ואפי'

לרב חסדא ורבר"ה דלא סבירא לתו הא דרבה דאמרי להכי יהבי לך אגרא לנטורי לי נטירותא יתירתא, מ"מ כאן דגם יצא חיוב נטירותא יתירתא גם הם יודו דיפטור.

ונמצא דהקושיא מב' הצדדים, מקודם אמאי לא מיקרי זה אונס, ושנית אפי' אם גניבה מיקרי, מ"מ יפטור כיון שיצא ידי חיוב שמירה. ועי' סימן הבא.

קט) מב. הנ"ל — והנה הקובץ שעורים (פסחים סי"ז) כתב וז"ל: ובשומר שכר דחייב בגניבה ואבידה יש לחקור אם חיובו הוא מפני שלא שמר כמו ש"ח בפשיעה או שהוא מטעם חיוב אחריות כמו שואל, ומדברי הרמב"ם מוכח (ע"ש) דהוי מטעם אחריות ומשו"ה פטור בקרקעות, וכן מוכרח לדעת הסוברין דחייב על גניבה באונס גמור ע"כ, וצ"ע בפירושו דסו"ס אחריות דאונסין לא קיבל הש"ש על עצמו, ומאי שנא מלסטים מזוין דפטרותו קרא כשנשבה.

וי"ל דכוונת הגרא"ו ז"ל היא, דכשקיבל על עצמו התחייבות לגניבה ואבידה, הרי זה כשלו ממש לגו"א, ואילו היה הוא הבעלים היה מפסיד בגו"א אף בלא אשמתו, כ"כ כל מה שבשם גניבה יקרא, קיבל על עצמו שיפסיד כאילו גנב חפץ שלו. ולכן כשנגנב ע"י אונס, והיינו האונס הוא רק ההכשר לגניבה, אבל אחר שנאנס ע"י חולי או שינה וכדומה, היה הגניבה כרגיל, ולענין גניבה הוי כשלו ומפסיד. (אבל אילו היה חיובו ש"ש בגו"א מטעם חסרון שמירה הא כיון דהעדר שמירה ע"י אונס היה אי אפשר לחייבו דאונס רחמנא פטריה ולא אשמתו היתה). אבל כשהיתה הגניבה ע"י אונס דלסטים מזויין, דהיינו דעצם פעולת הגניבה מתהווה ע"י אונס, דמאנסים אותו ומאימים עליו להוציא החפץ, הא באונס דלא שכיח כלל לא אסיק אדעתיה (תוס' כתובות ב:). וכשקיבל על עצמו להתחייב בגניבה כוון לגניבה רגילה שמתגנבים מיניה שלא בידיעתו ולא עלה בלבו גניבה כזו, ולכן לא נכללת היא בקבלת חיובו. אבל כשהגניבה הוה כרגיל אלא שההכשר היתה ע"י אונס, סו"ס עלה על לבו לקבל אחריות של גניבה רגילה וזה נתקיים, אף דאינו אשם בזה וכשלו הוא. וליהפך, עצם הגניבה עלה במחשבתו וקיבלו, דההכשר של אונס לא עלה במחשבתו להתנות שלא מקבל אחריות אם יוכשר ע"י אונס וא"א לומר אמדינן דעתו דלא היה רוצה לקבל על עצמו אחריות גניבה רגילה שהוכשרה ע"י אונס, דכיון דלא אסיק אדעתיה שיבוא אונס, חסר במציאות תנאי זה דלא היה מקבל אילו ידע והוי דומיא דכל יאוש שלא מדעת. והא דחלקו רבה ור"ח ורבר"ה היינו אם מיקרי פושע וחייב בעד אונס הארי, ושם אם שמר שמירה יתירה לכל הדעות פטור דלא פשע, אבל אילו קרה גניבה, אף לרבה יתחייב להני ראשונים כיון דסו"ס נתקיים תנאו כנ"ל. וכן פי' המהש"ף ז"ל דמי יימר דרבה מיירי בגניבה.

ולכאורה הרמב"ן ז"ל והרשב"א ז"ל והר"ן ז"ל הובאו בשיטה כוונתו לנ"ל כשכתבו וז"ל ושמא כל שלא בא האונס בפקדון ממש כגון שמתה הבהמה או שנטלה בליסטים מזויין חייב, ואע"פ שאירע אונס את השומר שלא מחמת האבדה ממש שהרי לא נאנס הפקדון אלא הוא ע"כ.

אבל תוס' סובר דחייב ש"ש הוא משום דלא שמר כראוי ולכן תמה תוס' וז"ל: למה לא יהא אונס אם העמיק בקרקע ק' אמות, דמאי ה"ל תו למיעבד ע"כ.

(ק) מב. אתא לקמיה דרבא א"ל כל לא ידענא פשיעותא היא זיל שלים.  
 ותמה הפורת יוסף דאף אם לא הוי פשיעותא מ"מ יתחייב מטעם מתוך  
 שאין יכול לישבע מה קרה עם החפץ, ישלם.  
 וע' שיטה שהביא מה"ר יהונתן ז"ל וז"ל כלומר אינני זוכר באיזה מקום  
 קברתים ואיני מוצא אותם עכשיו ואבקש אותם היום או מחר ואמצאם ודן רבא  
 שישלם לו מיד ולא ימתין אותו עד שיחפש אחריו דאין לך פשיעה גדולה מזו  
 ע"כ, וכן פירשו המחבר סרצ"א סק"ו.  
 והיינו דלולי האי כללא דכל לא ידענא פשיעותא היא ה"א דיכול לאחר זמן  
 העמדה בדין ולכן לא יבוא עדיין לידי שבועה, קמ"ל דפשיעותא הוא וכבר  
 ראוי הוא להעמדה בדין ומיד ישלם. וע' סימן הבא, דלנתיבות יש חידוש גדול  
 במה שמתחייב מטעם פשיעותא, דגם בבעלים חייב מטעם מו"ק. (ק)  
 (קיא) מב. כל לא ידענא פשיעותא היא, וכתב הנתיבות סרצ"א סק"ד וז"ל  
 לפמ"ש המחבר הטעם דהוי פשיעה א"כ אם היה בבעלים פטור דפשיעה בבעלים  
 פטור, אמנם לפענ"ד נראה דפשיעה זו מטעם מו"ק הוא דאפילו בבעלים חייב,  
 ודמי להא דמבואר בס' ש' גבי מי שהפקידו אצלו בב' כריכות זה מאתים וזה  
 מנה דחייב ג"כ דהוי פושע וחייב אפילו בבעלים, וראה לזה דאלת"ה כשטוען  
 א"י אם החזירתי בפקדון ליפטר כשהי' הפקדון בבעלים דהא ע"כ אם טוען  
 שא"י אם החזיר אם לא החזיר והוא בביתו וא"י היכן הוא ואם נאמר דכשטוען  
 שא"י היכן הוא אינו חייב רק משום פושע, הא פשיעה בבעלים פטור, אלא ודאי  
 דפשיעה זו מטעם מו"ק הוא דאפילו בבעלים חייב והטעם נראה דאפילו מי  
 שאינו שומר כלל חייב בכח"ג כגון אם ילך ראובן לבית שמעון ויקח מעות  
 של שמעון ויקברם בקרקע ואף שיכוין לש"ש כדי שלא יגנב שלא נעשה עליו  
 גזלן וישכח באיזה מקום קברו, דודאי חייב ראובן לשלם, דכיון שעשה מעשה  
 בחפץ חבירו וע"י מעשיו נזק חפץ חבירו מו"ק גמור הוא וה"נ השומר הזה  
 שלקח החפץ ממקום המגולה והטמינו במקום שא"א להימצא וניזק ע"י מעשיו  
 חייב לשלם ע"כ.  
 והנה הטבעת החושן בא לסתור דברי הנתיבות מכמה טעמים, ונניישבם  
 א' א' וז"ל ע' נתיבות סק"ד דביאר דפשיעה זו מטעם מו"ק חייב כו' ואינו  
 במשמע וגם אינו מסתבר לכאורה דהנה לשון הגמ' בב"מ דמ"ב הוא כל לא  
 ידענא פשיעותא הוא וגם בדיני שומרין איירינן הכא ולא בדיני מו"ק ע"כ.  
 לכאורה אין הוכחה מלשון "פשיעותא" דהחוב הוא מטעם דין שומרין, דהא  
 בב"ק כט. אמרינן נתקל פושע הוא אף דכווננו לדין מו"ק.  
 ואף דדין דלא ידענא הוי מטעם מו"ק, מ"מ הביאורו כאן מכיון דאיירינן  
 בדין שמואל דאין שמירה אלא בקרקע, ולכן סמכו לה מעשה בא' שקיים דברי  
 שמואל ומחמת זה לא היה יכול למוצאן, דלא ידע אן קברו, וע"י סימן הבא.  
 (קלב) מב. נתיבות הנ"ל — טבעת החושן הוסיף להקשות וז"ל ומה שייך  
 מו"ק ע"י דהי' מחויב מדינא לעשות כן ואף דאח"כ שכח המקום זה הוי

פשיעה גרידא דהיינו השכחה אבל לא דהמעשה קבורה בקרקע הוי מויק דהא מחויב מדינא לעשות כן, ול"ד כלל למ"ש הנתיבות דאם ילך ראובן כו' דהתם דאין לו רשות ע"ז הוי שפיר מעשה היוק ע"כ.

לכאורה גם במעשה דנתיבות דעושהו לשם שמים שלא יגבוהו, מחויב לעשות כן, דהא מצא ממון חבירו מונח בגלוי במצב שאינו שמור והוי כמשיב אבידיה בזה שקברוהו להצילו מן הגנבים.

ועל עצם הקושיא דהא אין היוק במעשה קבורה אלא הוי רק פשיעה בשכחה, פ"י הטבעת החושן הלאה וז"ל ואפשר לומר שס"ל להנתיבות דכל לא ידענא הוי הפשיעה לא מעת ששכח אלא מעת שהניח שם המעות שאם היה מדקדק בעת הנחה לא ה"י שוכח לאח"כ ונמצא דהנחה היא המעשה שגרמה ההיזק והוי כשאר מעשה היוק. אבל עדיין קשה מהא שכ' הנתיבות דגם בסי' ש' בב' כריכות הוי החיוב משום מויק דמה מויק שייך בזה הא אין זה ודאי שיהא הכחשה ביניהם ואין זה אלא פשיעה גרידא לכאורה ע"כ.

ולכאורה עדיין יש צורך להוסיף הסבר בדברי הנתיבות, דלפי טבעת החושן אף דהחסרון הוי בשעת הקבורה, מ"מ עצם הקבורה לאו מעשה היוק היא, והעדר דקדוק לא הוי מויק, אלא הוי חסרון בשמירה בלבד. אלא כוונת הנתיבות היא דמילתא דלא רמיא אנפשיה לאו אדעתיה, ואם בסוף שכח, זו הוכחה שלא דקדק בשעת מעשה, וכבר בשעת קבורה, (כיון דלא דקדק ומסתמא ישכח) הוי זו קבורה לא לשומרו בעד הבעלים אלא לעכבו מהבעלים, ולא הוי מעשה שומר אלא פעולת מויק, וכן בב' כריכות, כיון דשכח, ודאי לא דקדק בשעה שלקחם, והוי מעשה לקיחה ע"מ שלא להחזירו לבעלים דמסתמא ישכח, והוי פעולת היוק ולא קבלת שמירה. ואף דאם לא יכחישו יצילוהו ממעשה היוק, מ"מ מעשיו לעולם הוו בגדר מעשה הרחקה מהבעלים. וע' סימן הבא.

קיג) מב. נתיבות הנ"ל, ע"ל סק"א, והוסיף טבעת החושן להקשות וז"ל וגם ל"ד לא"י אם תחזירתי דחייב דהכא היה מחויב לקברם בקרקע אלא שאח"כ שכחם, ודנינן על השכחה אם הוי פשיעה, בזה יכולים שפיר לומר דהוי רק פשיעה ולא מויק משא"כ בראית הנתיבות הוי ספק פרעון או מתוך שאינו יכול לישבע דמשלם ע"כ.

וצ"ע בקושייתו דהא כוונת הנתיבות היא דאפילו אם אמרינן בודאי חיוב, ספק פרעון דחייב, דהיינו דדנים כאילו ודאי לא החזיר, וגם אם פסקינן דמתוך שאין יכול לישבע שהחזיר מחויב ודאי להחזיר דדנינן כאילו לא החזיר, מ"מ הכא אף בודאי לא החזיר פטור, דכיון דלא החזיר ע"כ נמצא הפקדון ברשותו ואינו יודע היכן הוא ונידון כפושע, אבל מכיון דפושע בבעלים פטור, אמאי חיובהו לעולם כשטוען איני יודע אם החזירתי, הא כיון דאינו חייב אלא מטעם פושע, אם היתה מציאות של שמירה בבעלים, יפטר מטעם דפשיעה בבעלים פטור. אלא מדלעולם מחייבינן ליה כשטוען א"י אם החזירתי, הוכחה היא דלא ידענא מויק הוא, ולכן כיון דנפסק מטעם ספק פרעון, ומתוך שאינו יכול לישבע דהוי כאילו לא החזיר, ממילא נידון דודאי שכח ומויק הוא וחייב.

קיד) מב: אלא אמר רבא משתבע איהו דהנהו זוזי אשלמינהו לאימיה ומשתבעא אימיה דהנהו זוזי אתבינהו בקרטליתא ואיגנוב ופטור.

וכתב הג"י וז"ל משום דזוזי לאו דבר מסוים הוא ולא ידע אי הנהו זוזי ממש דאפקידו גביה אינהו דאפקיד לה איהו מ"ה משתבע דאינהו הוו אבל בדבר המסוים כגון כלים וכיוצא בהן שני נשבע ולא ראשון הרגב"ר ז"ל ע"כ. וכן סברי הרמב"ן ז"ל והרשב"א ז"ל הובאו בהה"מ פ"ד ה' שו"פ ה"ט.

אבל הריטב"א ז"ל הובא בשיטה כתב וז"ל דאע"ג דתשבע אימיה דאשלמינהו לה לא מהימנא ועדות ברורה צריך לזו או שישבע כדרך שהיה נשבע שהניחם במקום המשתמר שזו היא שבועת השומרים ע"כ.

ופי' הקצות סרצ"א סק"ח וז"ל וכן נראה (כריטב"א) דאע"ג דאשתו של שומר נמי מהימנא היינו בידוע שנתן לה אזי נכנסה היא תחתיו כו' אבל כל זמן שלא מסרו לשני אין השני נאמן בשבועתו אע"ג דמהימן ליה כיון שאינו בע"ד שלו אינו נאמן בשבועתו לפטור את הראשון, וא"כ ה"נ כל זמן שלא נשבע שמסר לאימי' לא מהימן לישתבע עבורו כיון דאינה בע"ד שלו כו', והה"מ דס"ל דנשבע השני נראה דסבירא ליה דזה שטען מסרתי למי שרגיל להפקיד או לבני ביתו דזה אינו משבועת השומרים אלא כמו טענת החזרתי למי שרצונו ה' למוסרם לו דכי היכא דהחזרתי לך אינו משבועת השומרים כן זה שאומר החזרתי למי שהרשות ליתנו בידו, אלא דתליא דבר זה לענ"ד במחלוקת שנחלקו במפקיד ע"ד אשתו ובניו אם נתחייב הנפקד בפשיעתו והוא בטור ב' דיעות, ולדעת הרמב"ם (פ"ד ה' שו"פ ה"ט) אפילו אם אין להם לשלם, וא"כ נסתלק הנפקד לגמרי במה שמסר לאשתו ובניו וה"ל כמו טענת החזרתי וכמ"ש, אבל לדעת הרא"ש (סכ"ג) והטור דחייב בשאין להם לשלם וא"כ אשתו ובניו כו' ה"ל שומרים דנפקד אלא דה"ל כמקום המשתמר ויכולין למוסרו לה ומש"ה כו' אין זה מטענת החזרתי אלא משבועת השומרים ממש כו' אבל הה"מ נראה דס"ל דנפטר הראשון לגמרי אפילו אין להם לשלם א"כ אין זה משבועת השומרים אלא טענת החזרתי כו' וא"כ דבר זה מידי ספיקא לא נפקא כיון דתליא בשני דיעות הנו' (היינו דקשה איך פסק הרמ"א סרצ"א סקכ"ג כג"י והה"מ, כשהוא לא הכריע בין הרמב"ם והרא"ש הנ"ל בס"ק כ"ד) ע"כ.

וצ"ע דהא הריטב"א עצמו דסובר דלא מועיל שבועתה אף בדבר מסויים הוא סובר בהדיא כשיטת הרמב"ם דהראשון פטור לגמרי, ע' דבריו לעיל לו. הובא בשיטה וז"ל דכל היכא דנגובה או נאבדה בפשיעת דש"ח חייב עליה הרי הראשון פטור לגמרי כו' ואע"פ שהשני הזה עני ואין לו מה לשלם ע"כ, ומוכח דלא תלויה מחלוקת אלו זב"ז. וקפ"ה עכ"ל דגו"ז בן זק"ך (יב) ע"כ. וע' באור שמח דפי' בג"י דרק אם העני אח"כ אמרינן דפטור משום דמסר לגברא חריקאי משא"כ אם היה עני מתחלה אין לפוטרו, וא"כ באם דמתחלה אין לה כסף לא יפטר לריטב"א. אבל ז"א דהג"י נקט לשון „העני" אבל הריטב"א נקט לשון „עני" משמע דאפילו אם מתחלתו הוי עני פטור הראשון כיון שמסרו לבן דעת, וע' סימן הבא.

קטו) מב: הנ"ל — הקצות סרצ"א סק"ח הוסיף להקשות וז"ל אמנם אכתי תקשי במ"ש הה"מ (פ"ד ה' שו"פ ה"ט) הא דמצרכינן לון שישבע משום דווי לאו דבר מסויים הוא, והאם לא היתה יודעת כו' לפיכך צריך הבן לישבע שהם הם, וכיון דס"ל לה"מ דאפילו פשעה נמי פטור הבן, וא"כ נעשה כאלו נתן רשות לתתן לאימיה וא"כ אפילו האם אינה יודעת מאומה כיון דאפילו פשעה פטור, א"כ זה שטוען כבר החזרתי פקדונך למי שהרשות ליתן הרי נפטר בטענה זו ואפילו אין האם יכולה לישבע לא גרע מהיכא דפשעה האם דפטור וצ"ע ע"כ. דאין לומר דנשבע שבועת היסט מדרבנן ככל כופר הכל, דז"א כיון דהמפקיד טוען שמא, ולכן אין לחייבו אלא מדין שבועת השומרין, ואם דומה להחזרתו גם זה אינו. ועי' בטבעת החושן מה שתירץ דלא ידוע לנו אם נשאר שומר או לא. וצ"ע דהא נאמן לומר החזרתיהו ונסתלקתי משמירתו.

והנה בסימן הקודם הוכחנו מריטב"א ז"ל מפורש דאף דסובר כרמב"ם דשומר הראשון פטור לגמרי כשמוסרו לשומר שני ופשע בה, מ"מ סובר דלא יכולה האם לישבע בעד שניהם, משמע דסובר דלא הוי דומיא דהחזרתי.

ולכאורה פירוש דבריו הוא דהא דשומר ראשון פטור לגמרי הוא משום שמסר חיוביו לשני ומעמיד גברא בחריקאי, אבל עצם השמירה נשאר לו אע"פ דחיובי שמירה ותשלומין נתקבלו על ידי אחר (ולמשל אם ימות שומר השני, על שומר הראשון לחזור ולשומרו כיון ששוב אין מי שישא חיוביו, אבל אילו נתפטר לגמרי אף משם שומר, אין עליו חיובים כלל אף כשמת האחר).

וזה מה שכתב הריטב"א בדף לו. וז"ל יש שפירש דגרעה לגמרי (לרב) שאלו נגנבה או נאבדה הרי הראשון ג"כ פטור, וליתא דא"כ נמצא ש"ש יכול לפטור עצמו ולחזור כש"ח וזה א"א כי מי פטור ומי מחל לו ע"כ. וי"ל דגם בשומר חנם שמסר לש"ח אף דפטור הוא אפשרי כיון שמסר חיוביו לאחר, מ"מ גם הוא נשאר שומר, ולכן לא שייך לומר דקיים החזרת החפץ כשמשרו לאחר, דהא נשאר בשמירתו, אלא שטוען שאינו חייב לשלם דמסר לאחר שקיבל החיובים, וא"כ שוב הוי טענת שומרין ועליו לברר בשבועה, ולכן אף במסויימים מוכרח הוא לישבע דגם הרמב"ם סובר כריטב"א דנשאר שומר (דמנ"ל לאפוש במחלוקת ובלתי זאת אין ליישב קושית הקצות), ובוה גתייבב קושיא ב' דהקצות. ועי' נתיבות שם סקכ"ד דפי' בהדיא דהוי רק כמעמיד גברא בחקיראי ומשום כן סובר דבשואל דמסר לשואל חייב הראשון באונסין דנשאר שומר אף שמשרו לשני והוי כברשותו להתחייב באונסין. ומה שתמה טבעת החרשן מהסמ"ע סקמ"א דפי' דשומר א' נסתלק לגמרי, הא מחמת קושית הקצות הנ"ל ידע הנתיבות דא"א לפרש כסמ"ע כנ"ל.

אבל קושיא א' נתחזקה, דאם גם הרמב"ם מודה דנשאר שומר, איך נקבל שבועתה קדם דידעינן דנעשית לשומר, ועי' סימן הבא.

קטז) מב: הנ"ל, ע"ל סק"ד דהקצות נקט לדבר פשוט דהריטב"א ז"ל חולק אדעת הה"מ וסובר דגם בדבר מסויים לא מקבלין שבועה משום וז"ל אע"ג דמהימן לי' כיון שאינו בע"ד שלו אינו נאמן בשבועתו לפטור את הראשון ע"כ.

וצ"ע דהא הריטב"א כתב וז"ל דאע"ג דתשבע אימ"י דאשלימנהו לה, לא מהימנא ועדות, ברורה צריך לזו ע"כ, ואילו כקצות מהימנא היא אלא שאינו מחויב לקבל שבועה ממי שאינו בעל דינו והול"ל דאין מקבלין שבועתה. וגם מה הוסיף דבעינן עדות, ברורה. הא כל עדים ברורים הם והול"ל דבעינן עדים, ומה הוסיף, ברורה אלא ודאי כוונתו כשיטת הה"מ והנ"י והר"ן וז"ל והרמב"ן וז"ל והרשב"א וז"ל, דודאי מועילה שבועתה לברר מה קרה עם הפקדון, אלא דכיון דמיירי בזווי דלא הוי דבר מסויים אינה נאמנת שזה הכסף שמסרו לבנה, דמנא תדע זאת, דילמא טועה היא וממון אחר הוא ולכן לא מהימנא עד שתעיד עדות ברורה, דהיינו דמעידה בדבר מסויים, ואז נאמנת גם בלי שבועת הבן.

אוצר החכמה

והא דסובר הקצות לדבר פשוט דאין לקבל שבועתה כל זמן דלא ידעינן דהיא נעשית לשומר, י"ל דכיון דעל דעת בניו ובני ביתו מוסר, הוי כאילו סומך הוא על נאמנותם לברר אם מסרם לא' מהם לשומר, דהא סומך על כל בני המשפחה, ועל עצם המסירה לא בעי שבועה אלא דיבור בלבד, ורק לברר מה קרה עם החפץ, גזרה התורה דבעינן שבועה דוקא לברר, ולכן אילו היה דבר מסויים, סמכין על דיבורם לבד שנעשית לשומר, וסומכין ממילא על שבועתה לברר מה קרה. אבל בדבר שאינו מסויים, כיון דלא ברורה היא אם זה באמת הממון שקיבל בנה, לכן ע"י שבועתה לא נוכל לברר מה קרה עם החפץ, ולכן בעינן שבועתו שמסר המעות לה, ואז ע"י צירוף שבועתה לשבועתו נברר מה קרה עם החפץ.

ק"ז) מב: בספסירא דובן מהכא ומזבין להכא הלכך מישתבע איהו דלא הוה ידע ומשלם בקרא דמי בשר בזול.

והקשה הר"ן וז"ל וא"ת ולמה נשבע ספסירא ונוטל והלא בקרא זה אינו יודע אם נתחייב לו אם לאו דשמא ידע בי' ספסירא מעיקרא ואי ידע בי' וודאי מפטר בקרא ואיהו דאפסיד אנפשי' וא"כ הו"ל כאומר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע דפטור, וי"ל דהב"ע במתה הבהמה קודם ששילם הספסירא ליתומים וכפרש"י וז"ל וכיון שכן כבר נתחייב בקרא ליתומים ומאחר ששלם הספסירא אין היתומים עושים סחורה בפרתו של זה והיא חוזרת לבעלים הראשונים, וכיון שכבר חל חיוב הבקרא אינו פוטר את עצמו בספק שמא ידע הספסירא דה"ל כאומר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע אם פרעתי דחייב ע"כ.

וצ"ע דסו"ס איגלאי למפרע דמקת טעות היה ולא היו היתומים בעלי דינו אלא המוכר ולגביה הוי ספק אם נתחייב כנ"ל.

וצ"ל דהר"ן כוון כפירוש הריטב"א וז"ל ברש"י הובא בשיטה וז"ל דכל מקת טעות כיון דחייב הלוקח לתת סחורתו למוכר כו' הרי נעשה לוקח שומר עליו כו' ע"כ. והוסיף תלמיד הר"פ וז"ל שם וז"ל והווי אינהו ש"ת דמריה תורא, ובקרא ש"ש דיתמי הוה, והו"ל שומר שמסר לשומר ולכך הוא מחזיר למאריה דתורא דהווי הבעלים הראשונים וכר' יוסי דאמר תחזור הפרה ע"כ. ונמצא דעדיין היתומים תובעין מבקרא דהווי הש"ש שלהם, ואח"כ באו בעלים

ראשונים וגובין מיתומים, וא"כ עיקר הדין עם הבקרא הוא ע"י היתומים, וע' סימן הבא.

ק"ח) מב: ר"ן ז"ל הנ"ל הוסיף לתרץ וז"ל א"ב י"ל דלא אמרינן דבאיני יודע פטור אלא כשהוא מסופק בעיקר הדבר שאינו יודע בו כלל אבל זה יודע הוא בחיובו שכבר פשע אלא שרוצה לפטור את עצמו בפשיעת הספסירא, ושמא הוא טוען עליו, וחיובו ברור לפניך הלכך הו"ל כיודע אני שנתחייבתי לך אבל איני יודע אם פרעתיך ע"כ.

וצ"ע דעדיין כיון דהוי ספק אם גם בעל התורא פשע, הוי ספק אם נתחייב, ויפטר,

וע"ל פ"ק סי"ט שפירשנו דברי הגר"ח ז"ל הובאו בברכת שמואל דגדר דאין ספק מוציא ודאי הוא, דכל זמן שב"ד שומע רק טענה ודאית מחד מהבעלי דברים (דגם אצלנו ודאי הוא, ולא רק שהוא טוען כן) אבל מהשני שומעים רק טענת ספק, הוי כאילו אין טענה החלושה בא לפנינו כלל, והוי כאילו רק שומעין טענת האחד ואין ספק לפנינו, ובמקום שאין ספק לא פועל חזקה, דכחה רק כשיש ספק ולכן לא מהני תפיסתו כלל.

ולפ"ז כיון דפשיעת השומר ודאי וברור לנו, ופשיעת הבעלים ספק, אמרינן דאין ספק מוציא מידי ודאי, והוי כאילו אין טענת הספק לפנינו, ומוציאים מחזקתו בטענת ודאי. וכן / גביה דה"ה פ"ק ח"ב וכו' / ,  
ז"ל ר"ב נ"ט ע"א אין ספק מוציא מידי ודאי.  
ק"ט) מב: בספסירא דזבן מהכא ומזבין להכא.

והנה הרמב"ם ז"ל פסק בפט"ו ה' מכירה הי"א דהיה המוכר סרסור שלוקח מזה ומוכר לזה ואינו משהה המקח עמו ולא ידע במום זה הרי הסרסור נשבע שבועת היסת שלא ידע במום זה ויפטר, מפני שהיה על הלוקח לבדוק השור בפני עצמו ולהחזירו לו קודם שימות ויהיה הסרסור מחזירו על המוכר הראשון הואיל ולא עשה הוא הלוקח הפסיד על עצמו.

ותמה הטור סרל"ב וז"ל ואינו נראה כן מהתוא עובדא דאפוטרופא דיתמי דזבין תורא כו' ואסקינן שהמוכר חייב לשלם ליתמי אע"פ שהיה סרסור ע"כ.

ועוד יש להקשות מה טענה היא זו שעל הלוקח לבדוק השור בפני עצמו, והא בסוגייתנו מוכח דלולי זה שהבקרא ש"ש (ולכן מחויב בגטירא יתירא כרבה דלקמן צג:) היה יכול לטעון אנא בהדי תורי אוקימתיה אוכלא שדאי ליה לא הוי ידעינן דלא אכל. וא"כ הרמב"ם שלא הזכיר כלל דמיירי בבקרא דהוא ש"ש, אלא הלוקח בעצמו שם בעדרן, א"כ אין חיוב עליו לבדוק ולברר, ואמאי אשם.

ועל קושיא ראשונה תירץ הכס"מ (וכן הב"י) וז"ל הוה סלקא דעתיה דבעו לפטור הבקרא מש"ה אקשינן דהא ש"ש דיתמי הוה כו' ומהדרינן סרסירא פשיטא דמיפטר, וא"כ לית לן לספוקי אלא אי משלם אפוטרופוס או בקרא כו' ע"כ.

וצ"ע דאם סרסירא פטור שוב הוי פסידא דיתמי, ופשוט הוא דעל הבקרא



לשלם כיון דש"ש דיתמי הוא, ומה מסתפק רמי בר חמא. וע' בריטב"א ז"ל (תלמיד הרשב"א ז"ל) שפי' ברמב"ם כהכס"מ, והקשה וז"ל מאי הוה מספק ליה לרמי בר חמא מעיקרא נימא ליה לאפוטרופוס כו' ע"כ, ולכאורה כוונתו דפשוט הוא דאם הוי פסידא דיתמי א"כ חייב הבקרא לשלם כנ"ל. וע' סימן הבא.

(קכ) מב: רמב"ם ז"ל הנ"ל — לכאורה יש לפרש כוונת הרמב"ם דאומדינן דעתו של כל לוקח דבזמן שקונה מהבעלים סומך שאם יש איזה מום בלתי נראה, על הבעלים להגיד לו כיון שמסתמא ידוע לו. משא"כ כשקונה מסרסור כיון דידוע לו שאין ביכולת הסרסור לגלות המומים הנסתרים, אמדינן דעתם שהלוקח מסרסור על דעת כן קונה שאחריות זו עליו נופל. ולכן אף דאין על הלוקח חיוב של נטירותא יתירה מ"מ קנייתו מהסרסור מחייבו לברר מום זה, ונופל קושיא ב' שהקשינו בסימן הקודם. וכן פירש הערוך השלחן סרל"ב סקכ"ז.

והא דבסוגייתנו חייב הסרסור, כקושיית הטור, י"ל דפטור רק כשיש לתלות הסרחון בלוקח, דכיון דידע דקנהו מהסרסור היה לו להבין דעליו חל חיוב גילוי המומין, משא"כ במקום שהבקרא קבלו מהאפוטרופוס, מנא ידע שקנהו מסרסור, ולא עלה בדעתו שחל עליו חיוב גילוי המומין, ולכן נשאר החיוב אצל הסרסור כיון דסו"ס קיבל כסף בטעות, וא"א לתלות האשמה באחר, (וגם האפוטרופוס פטור דלא אסיק אדעתיה דלא יכיר הבקרא המומין). וכנ"ל יש לפרש כוונת המגיה בריטב"א ז"ל (תלמיד הרשב"א ז"ל) וז"ל כל מה שכתב כאן על דברי הר"ר משה ז"ל הוא בחנם (מה שהקשה עליו מסוגייתנו) שהרב לא הזכיר זה המעשה כמו שהוא בגמרא שהדין עם הבקרא, אלא עם הלוקח עצמו, אבל ודאי אם הדין עם הלוקח עצמו עיקר הדין הוא כמו שכתב הרב (דהא ידע דקנהו ממי שאין מכיר המומין), אלא שיש לתמוה עליו למה לא הזכיר הדין הכתוב בש"ס ע"כ.

ויש לתרץ קושיא זו דהמגיה, דהרמב"ם סובר דספיקת רב"מ היתה רק לפי ססבר כרבה (צג:) דאף ש"ש לא מחויב בנטירותא יתירה וממילא איך נחייבו כששמר כדנטרי אינשי והושיב השור בתוך הבקר ולא עיין בו, אבל הגמרא הקשה לפי המסקנא דדף צג: כרב חסדא ורבר"ה דלהכי יהבי לך אגרא, לנטורי לי נטירותא יתירתא, ולכן איבעי ליה לעיוני. ולפי מסקנא זו פשיטא דחייב הבקרא, דממ"נ אם הוא ש"ש דיתמי או דסרסור (מדינא דשומר שמסר לשומר) סו"ס חייב הוא בנטירותא יתירתא וכיון דפשע בזה חייב לשלם. (ומשום כן אמרו כאן במסקנא „הלכך" כו' משלם בקרא, דהיינו דדבר פשוט הוא ואין מקום לספיקות). ולכן לא הביאו הרמב"ם דהא פסק כבר כרב חסדא בפ"ג ה' שכירות ה"ט. וע' סימן הבא.

(קכא) מב: רמב"ם ז"ל הנ"ל — הנתיבות סרל"ב סק"ו יישב דברי הרמב"ם ז"ל דהא בשיטה מקובצת ושאר פוסקים הקשו דלמ' הוצרך הספסר להחזיר הא יכול לומר לשחיטה מכרתיו וכמו גבי נגחן ותירצו דסתם יתומים לרדיא זביני' ולפ"ז הרמב"ם דלא מיירי ביתומים ע"כ צ"ל דמיירי שפי' לרדי' ולפ"ז לא קשה כלל, דבש"ס מיירי בסתמא שהיתומים אפי' בסתמא לרדיא זביני' משא"כ המוכר



עם הבקרן כחומר הדין לא ירצה שום איש להיות רועה כי ריבוי העסק והסתכלות בכל בהמה ימעט אפשרות לקבל הרבה בתמות לשמירה, ולא יהיה לו כדי פרנסתו) משום דמשלם בזול (דהיינו דהוכיח רש"י דע"כ הוי כעין פשרה מהא דמשלם בזול ולא כפי שוויותו), ולי נראה שהוא נלמד מדין נגזל שנשבע ונוטל ואף זה תורת נגזל עליו כיון דספסרא הוא וקא טעין ואמר מיבעי לך לאודוען והאי דמשלם ליה בקרא דמי בשר בזול משום דלשחיטה היה עומד ונגוד וכחוש היה דלא הוה ליה ככי ושיני ואין אדם לוקח בשרו אלא בזול מכל שאר הבשר ולא הות הכא פשרה כלל ע"כ.

וצ"ע דלמה לא הביא מיד סוף דבריו דאינו פשרה אלא מעיקר הדין הוא כמו שפירש, ומה שייכים דבריו לענין השבועה, למה שבא לפרש מאיזה טעם משלם דמי בשר בזול.

ולכאורה י"ל דכוונתו להוכיח דא"א לפרש דמטעם פשרה הוא דא"כ מה שבועת הנוטלין שייך כאן, וע"כ מדין נגזל נוטל ונשבע הוא, וא"כ שוב לא שייך פשרה, דלא עושים פשרה עם גנבים, ולכן מוכרחים לפרש דהאי דמים בזול לאו פשרה אלא מעיקר הדין הוא.

והקשה המלחמת וז"ל מה שכתב דהאי דמשלם דמי בשר בזול משום דלשחיטה היה עומד ונגוד וכחוש הוא ואין אדם לוקח בשרו אלא בזול מכל שאר הבשר, אין זה נכון דכל בזול, פחות ממה ששוה בשוק הוא, ואם נותן לו כמו שאדם לוקח בשרו של זה אין זה דמי בשר בזול אלא בשווי הוא ע"כ.

ודילמא י"ל דבעל המאור סובר דבעצם לא נשתנה הבשר לרע, אלא שאנשים חושדים שכן הוא, ומשלמים פחות ממה שבאמת שוה, ושייך לשון דמי בשר בזול משוויותה האמיתי (וגם סובר בעל המאור דכיון דעשה קנין שומר שלא ע"מ לשמור כהוגן הוי כגזול ממש).

קכד) מב: תוס' סד"ה מי אמר לי וז"ל וגבי הכא לי מן החלון והביא מן הדלוסקמא דשליח מעל אע"ג דמין אחד הוא כו' ע"כ. והיינו דמקשה דמאי שנא מהכא דאמרינן דלא אשם השליח מכיון שטוען דלא אמר לו שלא ליקח מן האחר. וצ"ע דיתא כן שאין השליח אשם בזה כטענתו, מ"מ גם בעה"ב לא כוון לצוותו לקחת מן האחר ד, אגא אמרי ליה מהאי רמי". וא"כ אינו שלוחו במה שלקח מן הדלוסקמא, וא"א לחייב בעה"ב דלא מעל בשליחות, וממילא נשאר החיוב אצל השליח כיון דסו"ס מעל בשוגג, וכדקתני בברייתא (מעילה כא. חגיגה י: ) דנזכר בעה"ב (ואנן סהדי דתו לא ניתא ליה בשליחותיה דתיאך, כדפי' רש"י ז"ל בחגיגה) ולא נזכר שליח, שליח מעל. וכן הקשה הש"ך ברמז בסרצ"א סקל"ט ז"ל: ומה שדחקו התוס' והג"א לזה ממעל השליח י"ל דלענן מעילה שאני דאפי' יאמר השליח ששגג (ואינו מוזק כדבסוגייתנו) שייך מעילה ודוק ע"כ.

וכן הקשה המעיני חכמה בהדיא. והמעיני חכמה תירץ דתוס' סובר כהג"י דכשבעה"ב ש"ש מחויב לפרט בהדיא, ולא מאלו, וכיון שלא עשה כן הרי זה

2023 10/11 ①  
11/12-11/13

ח'ב'ג'ד'ה'  
א'ב'ג'ד'

וְהָיָה כִּי יִשְׁמַע  
 הַכֹּהֵן הַגָּדוֹל  
 אֶת-הַקוֹל  
 הַזֶּה וְהִנֵּה  
 אֶת-הַלֵּוִי  
 וְהָיָה כִּי יִשְׁמַע  
 הַכֹּהֵן הַגָּדוֹל  
 אֶת-הַקוֹל  
 הַזֶּה וְהִנֵּה  
 אֶת-הַלֵּוִי

בש"ע לא הזכיר מזה כלל, ואם אעפ"י שג"ק שם סג"ט אין  
אמ"ק בין מקום א' לב' מקומות ע"י.

אוצר החכמה

234567 תח"ח

ו"ל דכל בקי יכול לברר כמה כישות יש בתערובות אלו, ואין ספק **כמה** שם, אלא **אין** קרה ולזה מהגני שבועת השומר דהיה בשוגג.

קכז) מג. א"ר הונא ואפי' נאנסו כו' ורב נחמן אמר נאנסו לא. וכתב בברכת שמואל סל"ה סק"א וז"ל בהמחלוקת אי ע"י היתר תשמיש נעשה שואל להתחייב באונסין או לא, הסבר הדבר דאע"ג דהמפקיד מכוין שיהיה שואל וגם הנפקד הא משך וא"כ אמאי לא הוי שואל ע"י היתר תשמיש, ואולם ההסבר ע"פ דברי התוס' מא: (ד"ה חדא) כו' דדוקא שואל דע"י המשיכה נעשית כאילו נשתמש והוי כל הנאה שלו משא"כ שואל שלא מדעת ע"י המשיכה עדיין לא נעשה כל הנאה שלו, הרי דדין דשואל עיקר הקנין שאלה תלוי דוקא ע"י, שע"י הקנין נעשה כל הנאה שלו וכיון שכל הנאה שלו הוי זה קנין שואל, ועיקר משיכתו הא דמהני הוא ע"י שהוא כאילו נשתמש והוי כל הנאה שלו, אבל ע"י היתר תשמיש לא חשיב כאילו נשתמש שיהא ע"י כל הנאה שלו וע"כ לא הוי זה קנין לענין שאלה ולא זכה בהשאלה לדעת כן שאלה ולא לאוקמה בכלתא אבל שלא לדעת אינו חשיב כאילו כבר נשתמש בשביל משיכה לבדה ע"כ.

ולכאורה כוונתו דמדדייק תוס' לכתוב וז"ל כיון „דמושך“ לדעת בעלים חשיב כאילו נשתמש בה ע"כ, (ולמה לו לדבר מהמשיכה כלל, דדי בחילוק זה דבשואל עומד הוא להשמש בזה ומקרי הנאה שלו משא"כ בשואל שלא מדעת, דעלול ושייר שיחזור בתשובה ולא ישתמש בה כמו שפי' תוס' הרא"ש ז"ל), אלא שמענין מתוס' דעיקר המחייב בשואל הוא הקנין לשם תשמיש כזו שכל הנאה שלו (דהיינו כמו שאדם עושה קנין בעלות גמורה ובזה הוא אחראי בעד האונסין ורק הוא מפסיד, כ"כ כשקונה זכות תשמיש כבעלים נכנסו האונסין באחריותו), משא"כ בשולחני אף דעשה קנין שומרין וגם יש לו זכות הנאה כשואל, מ"מ הקנין לא נעשה לשם תשמיש אלא לשם שמירה, ולכן סובר דאינו כשואל משום דהנאה לא מחייב דין שואל אלא הקנין לתשמיש מחייבו. [משא"כ חיובי ש"ש באים ע"י הנאה לבד כמ"ש הגר"ב ז"ל]. ועי' סימן הבא.

קכח) מג. הנ"ל — אבל הסמ"ע סרצ"ב סקט"ז חילק באופן אחר וז"ל: דכתב הראב"ד דשאני הכא (בשולחני) דתשמיש בדמי הפקדון הוא גריעי דירא לקנות בהן סחורה שמא יבא המפקיד פתאום ויתבע פקדונו משא"כ בדמי אבידה (לעיל כט.) דבטוח הוא שיששה אצלו זמן מרובה, ומה"ט ג"כ אינו דומה לשואל מדעת דנתחייב באונסין אפי' עדיין לא שימש בה (לקמן צט.) דשם ניתן להשתמש בו ברשות ואינו ירא דב"ה יבא פתאום לתבוע ממנו ע"כ.

ולכאורה צ"ע דהא גם בשואל מדעת יש ביד הבעל לחזור כל זמן שלא בקע בה לר"ה לקמן צט. ואעפ"כ מיד במשיכתו חייב בשאלה, ומאי שנא שולחני. וצ"ל דהסמ"ע יחלק דבשולחני לא ידוע לו מתי יבוא הבעל לתבוע מיניה, משא"כ בשואל מדעת כיון שנתן לו ע"מ להשתמש אין טעם לחשוש שיחזור המשאיל מדעתו אם לא מסיבה בלתי רגילה.

וי"ל דהברכת שמואל לא רצה לפרש כן, משום דסובר דבתוס' ליכא לפרש כן מדתלה לעיל מא: החילוק במשיכה, עי' סימן הקודם, ובאמת י"ל דתוס' לא ניחא ליה בחילוק הנ"ל של הסמ"ע בין שולחני לשואל ובשניהם יש לירא דהבעל יחזור, ולכן מוכרח לחלק באופן אחר דהכל תלוי אם קנה ע"מ להשתמש או לא.