

2	סימן א' ביסוד דינא ד"רשות שומר", ששומר "מחזיק" את הפקדון לענין השמירה.
16	סימן ב' הערות בפשט במשנה ובתחילת הגמרא.
24	סימן ג' בגדר חסרון של דבר שלא בא לעולם, ובביאור הסוגי' בכתובות [נ"ט], ובגדר המעלה של עבידי דאתי.
31	סימן ד' ביאורים בשו"ט בדברי התוס' במעות קונות או משיכה קונה.
35	סימן ה' דקל לפירות ופרה לכפילא.
49	סימן ו' שיטות הראשונים בשו"ט בסוגיין, פרה לכפלא או כפל עצמו, ובביאור הספק בסוגי' בגיטין.
55	סימן ז' בגדר האומדנא ב"נעשה כאומר לו".
63	סימן ח' קונטרס בסוגי' דחוק מגיזותיה, ובפלוגתת הפוסקים בשבח דעלמא ויוקר, לפני ואחרי הגניבה.
75	סימן ט' בגדר הדין - מעכשיו ולאחר ל', [דברי התוס' - ד"ה אי נמי].
82	סימן י' עדי פשיעה ועדי אונס [רמב"ן רשב"א ריטב"א].
94	סימן י"א ביאור בירושלמי שהקנאת הכפל מגזה"כ, וישוב בדעת הרשב"א.
98	סימן י"ב הקנאת הכפל בהריני משלם ופשעתי ובפלוגתת הר"ח ורש"י בשואל.
106	סימן י"ג בגדר 'קם דינא' בהריני משלם, וב'השבע וטול', ובגדרי הודאת בע"ד בנידון זה.
112	סימן י"ד הערות בספקות.
122	סימן ט"ו שבועת אינו ברשותו, במשלם וגם באינו משלם, ובעיקר גדרי שבועת השומרים, ובגדר פטור קרקע בכל הנ"ל.
133	סימן ט"ז בדברי הקצוה"ח בשבועה דאורייתא בלי נחתין לנכסי', והמסתעף לגבי שבועת אינו ברשותו.
137	סימן י"ז סוגי' דכיפי.
149	סימן י"ח בגדר יוקר ושווי וערך, אי עומד מחוץ לחפץ - בשוק או דהוי כחלק מהמציאות של החפץ.
160	סימן י"ט המשכיר פרה והשאלה לאחר, "קניא במיתה".
174	סימן כ' שיטת התוס' בטענת רבי יוסי, ד"כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו", וביאור פלוגתת רב אידי ואבבי. ...
179	סימן כ"א שיטת הרא"ש ורש"י ב"כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו".
188	סימן כ"ב סוגי' דר' זירא, משלם כמה פרות.
195	סימן כ"ג שומר שמסר לשומר פטור, ובטעמא דמסרה לבן דעת.
208	סימן כ"ד עוד בענין הנ"ל, ובדין א"י אם נתחייבתי או פרעתיך.
213	סימן כ"ה שיטת ר' יוחנן, בגדרי 'רגילים להפקיד', ועל דעת אשתו ובניו.
219	סימן כ"ו "את מהימנת לי בשבועה".
224	סימן כ"ז בדברי הגר"ח בביאורו לרמב"ם ברגילין להפקיד בש"ש שמסר לשו"ת.
226	סימן כ"ח תחילתו בפשיעה וסופו באונס.
238	סימן כ"ט הבלא דאגמא קטלה.
244	סימן ל' השבה שלא מדעת בעלים.
253	סימן ל"א בחידוש בשליחות יד ובדין צריכה חסרון, ובדין יד שומר כיד בעה"ב לעכב דין גזילה.
263	סימן ל"ב פלוגתת הרמב"ם וראב"ד בגונב טלה מן העדר, ועוד בגדר יד שומר כיד בעה"ב לעכב דין גניבה.
271	סימן ל"ג בגדרי שואל שלא מדעת והמשך סוגי' שליחות יד.

מפתח מפורט בסוף

סימן א'

**ביסוד דינא ד"רשות שומר",
ששומר "מחזיק" את הפקדון לענין השמירה.**

פרק א' ביסוד דינא ד"רשות שומר", ששומר "מחזיק" את הפקדון לענין השמירה, וביאור החידוש בסיפא. < מביא מהפנ"י בחידוש של הסיפא של המשנה "נשבע ולא רצה לשלם", דקס"ד דפטור בכפל מצד "וגונב מבית האיש" ולא מבית השומר, וכן מבואר נמי בריטב"א. < מביא מהירושלמי ומהתוס' דקס"ד דבית השומר לא מקרי "בית האיש", אך דגונב מהאגם מקרי "בית האיש". < מתמה בעיקר האי קס"ד דבית השומר לאו "בית האיש" קרינן ליה. < מביא יסוד גדול מהגר"ח ומהגר"ז, דשומר אינו חיובים גרידא, אלא דאיכא "רשות שומר", והיינו דהשומר "מחזיק" את הפקדון אצלו לענין החיוב שמירה, ומביא בזה את ראיותיהם של הגר"ח הגרי"ז הברכ"ש והאהא"ז. < הוכחות נוספות ליסוד זה, ומבאר בזה את הקס"ד במשנה דליכא כפל דלא חשיב כבית האיש מחמת ה"רשות שומר" דרכיב עליו. < סיכום היסוד והראיות. < ביאור החידוש במשנה כאן דקס"ד דחשיב אינו ברשותו, ומבואר על פי הנ"ל. < דן בזה על פי פלוגתת הרמב"ן והר"ה באינו ברשותו. < הוכחה נוספת דאיכא רשות שומר מהמאירי בב"ק דמביא שיטה דאין להקדיש פקדון דחשיב אינו ברשותו, [וביאור דעת הראשונים שמחלקים דין כפל להקדש בפקדון]. <

פרק ב' תוספת דברים, וביאור הקס"ד דבית השומר אינו בית האיש ושאינו בזה טוט"ג. < מתמה טובא בכל הקס"ד למעט בית שומר מלהיות בית האיש, הא קרא קאי בבית שומר. < מבאר דיסוד דינא דטוט"ג שהכל תלוי בדין 'כי יתן' שיש נתינה לשומר בתורת קרקע ובתורת קטן וזה פוטר את הדין טוט"ג גם אח"כ. < ונראה שהביאור על פי הנ"ל, שכמו ש'כי יתן' של קטן מגדיר את כל הטוט"ג שהוא כנגד קטן ולכן נתמעט מדין 'כי יתן' בעצם זה שקטן נתן, ולא דנים בזמן הטוט"ג עצמו אלא בזמן ה'כי יתן', כיון שכל הטוט"ג נעשה מכח ה'כי יתן', ואז הוא היה קטן, כמו כן ה'כי יתן' של קרקע מגדיר את כל הטוט"ג שהוא בקרקע אף שהטוט"ג מצד עצמו היה בקרקע, שהטוט"ג הוא גניבה רק מכח ועל ידי ה'כי יתן', וכאילו שה'כי יתן' מצטרף לגניבה שבטוט"ג לקבוע את הדינים שלו. < ביאור למה יש מקום לדון למה הגזילה של טוט"ג היא גזילה מבית הבעלים ולא מבית השומר. < ה'כי יתן' מחיל כאן רשות והחזקה וזכויות של שומר, והגניבה נעשה מכח הנך זכויות להשוותם לזכויות וקנינים של גנב, וזה הביאור והגדר ב'בהיתירא אתי' ליד' – ודברי הגר"ח בזה.

פרק א'

**ביסוד דינא ד"רשות שומר",
ששומר "מחזיק" את הפקדון לענין השמירה,
וביאור החידוש בסיפא.**

מביא מהפנ"י בחידוש של הסיפא של המשנה "נשבע ולא רצה לשלם", דקס"ד דפטור בכפל מצד "וגונב מבית האיש" ולא מבית השומר, וכן מבואר נמי בריטב"א.

במשנה מבואר שיש כפל בפקדון שנגנב מבית השומר וכל הדיון במשנה הוא מי זכאי בכפל.

אולם בעיקר הנחה זו שיש כפל יש להעיר – דיעויין בריטב"א הישנים שהק' דלמה באמת חייבים בכפל בגוונא זו הא דרשינן בקרא וגונב מבית האיש ולא מבית הגנב, ומהאי טעמא מי שגנב מגנב לא חייב כפל לבעלים הראשונים דגניבה מבית הגנב לא חשיב כגניבה מ"בית האיש" וא"כ ה"ה דנימא כן בגונב מבית השומר דלא חשיב כגניבה מ"בית האיש", ותי' דכל היכא דאיתא ברשות בעלים הוא, והיינו משום שיד שומר כיד בעה"ב.

וע"ד זו עיין בפנ"י - שהקשה על המשנה דמה באו לחדש בסיפא של המשנה בדין "נשבע ולא רצה לשלם", דבשלמא ברישא דמתני' באו לחדש את עיקר הדין שהכפל שייך לשומר, דאף דפרה דבעלים נגנב וממילא שהכפל שייך לבעלים משורת הדין, אכן נתחדש הכא במשנה דבאופן שהשומר שילם הכפל שלו, אף דלאו פרה דידיה הוא, וזה משום שיש אומדנא שהקנה לו הבעלים את פרתו באופן ששילם, ועל זה דנו בגמ' איך [באיזה קנין] ומתי [למפרע לפני הגניבה או למפרע בתחילת השמירה], ובאיזה אופנים ובאיזה שומרים חיילא הך הקנאה, ולענין מה הקנה לו את הפרה, וזו כל הסוגי'.

אכן בסיפא דלא שילם, הרי אז פשיטא דהכפל שייך לבעלים, דזה עיקר הדין שהרי פרה דידיה נגנבה, ותירץ הפנ"י ע"ד הריטב"א, שהחידוש של הסיפא הוא דמיקרי מבית האיש ואיכא חיוב כפל.

ולהלן [סימן ב'] הבאנו מהלכים אחרים ליישב קושי' זו – ודחינו.

מביא מהירושלמי ומהתוס' דקס"ד דבית השומר לא מיקרי "בית האיש", אך דגונב מהאגם מקרי "בית האיש".

ע"ד זו מצאנו בירושלמי – דהנה, יעויין בקצוה"ח [סימן שמ"ט ס"ק א'] שהביא ירושלמי דבאמת קס"ד כן, דקס"ד התם למעט מקרא ד"מבית האיש" בגונב משואל או מש"ש או משוכר, ותי' "מכיון ששמירתו עליו כמי שהוא עליו", וביאר בקצוה"ח דמה שמוטל עליו לשומרו נעשה כמי שהוא ברשותו, הרי לן בהדי' דהשו"ט בירושלמי הוא כהריטב"א ופנ"י.

והנה, מצאנו בסוגי' דצנועין במרובה [ב"ק ס"ט / ע'] שיש שני דינים נפרדים שתלויים בדין אינו ברשותו, א' בקרא ד"איש כי יקדיש את ביתו" ילפינן דא"א להקדיש ממון שלו שנמצא ברשות הגזלן, שאין זה דומי' ד"ביתו", דביתו הוא ברשותו וחפץ שבבית הגנב לאו ברשותו הוא, הלכך אינו מקדישו אף דשלו הוא, ב' מקרא ד"וגונב מבית האיש" דרשינן דליכא חיובא דכפל כשגונבים חפץ מהבעלים באופן שהחפץ היה בבית הגנב, שאין זה מיקרי "וגונב מבית האיש", ודו"ק, ואע"ג דשני דינים נפרדים ניהו, אכן בשניהם יש דין "ברשותו", ובשניהם נתמעט "בית הגנב", דבית הגנב לאו ברשותו הוא.

ועיין בקצוה"ח [שם] שהביא מהתוס' בב"מ [ו']. שדן בדין מקדיש חפץ שלו דנמצא בבית שומר האם זה מיקרי ברשותו או לא, [והיינו האם נתמעט מדין איש כי יקדיש את ביתו כמו דהקדש על חפץ שנמצא בבית הגנב נתמעט], והוכיחו התוס' דזה כבר מיקרי ברשותו ושפיר חל ההקדש, שהרי מצאנו במשנה הכא שיש חיוב כפל כשגונב מבית השומר, ומוכרח דבית השומר מיקרי בית האיש לגבי כפל, וממילא דה"ה דלענין הקדש הדין כן דשני הנך דינים תלויים זה בזה, ועיין בהערה ¹ שיש חילוקים בין דברי התוס' האם מוכיחים ממשנה זו או לא, ודברי הקצוה"ח אינם מדוקדקים.

עכ"פ מהתוס' מבואר דהיה קס"ד דבית השומר מיקרי אינו ברשותו, וזהו מה דחידש לנו המשנה דשפיר מיקרי בית האיש דיד שומר כיד בעה"ב.

הרי לנו ירושלמי וריטב"א ותוס' דקס"ד דבית השומר לא מיקרי בית האיש לגבי חיובא דכפל ולגבי חלות הקדש, ולמדו מהמשנה דמיקרי בית האיש, והפנ"י הוסיף דזה גופא החידוש של הסיפא של המשנה.

מתמה בעיקר האי קס"ד דבית השומר לאו "בית האיש" קרינן ליה.

ויש לעיין דמהו הך קס"ד דחשיב אינו ברשותו ב"בית השומר" דהא פשוט דשומרו ומחזיקו עבור הבעלים, והיה אפשר לומר דקס"ד דבית האיש היינו ביתו ממש, וכיון שבמציאות אין זה בביתו, שוב קס"ד דלא חשיב בית האיש.

אולם זה אינו, דהנה, בירושלמי, מובא בקצוה"ח [שם], מבואר דגניבה מגג שאינו מבוצר מיקרי אינו ברשותו וליכא כפל, והיינו דבעינן גניבה מחצר המשתמרת ואל"כ לא חשיב כ"בית האיש", והקצוה"ח הוכיח דע"כ דהבבלי חולק, דמפורש בסוגי' [להלן עמוד א' בשני הלישנות] דגם בגונב מהאגם אכתי חייב כפל, וע"כ דגם באגם אכתי מיקרי בית האיש, ומוכרח עכ"פ דהבבלי למד דפשיטא דא"צ בית האיש ממש, וא"כ שוב קשה דאיך קס"ד דבית השומר לא מיקרי בית האיש ².

[ועיין בדברינו באמרות אברהם [שנים אוחזין סימן מ"ד פרק ב'] שהוכחנו שהתוס' לעיל [ו']. דדן מצד אינו ברשותו בפקדון, דע"כ למד שיש דרגא מסויימת של 'חסרון שליטה' גם בשומר – אף שהשומר מחזיק עבור הבעלים – וזה אמנם חידוש – ועיי"ש בביאור הדברים – אולם הכא נראה לפרש את הדברים בדרך אחרת].

¹ ובאמת דאין הדברים מדוקדקים, דבאמת בתוס' ב"מ לא הביאו הך דין של המשנה לגבי חיובא דכפל, אכן בתוס' בב"ק [ע']. ובתוס' בשבועות [ל"ג: ד"ה היכא] הביאו הוכחה זו, [ויש לעיין למה לא הביאו תוס' בב"מ ראייה מהך משנה, ובעזה"ל יבואר בהמשך].

² ואין לומר דזה גופא יליף ממתני' ולולי מתני' לא היינו יודעים דינא דגניבה מאגם, דזה אינו, שהרי נראה דיד שומר כיד בעה"ב עדיף טפי להחשב כבית הבעלים טפי מאגם, וא"כ איך יליף דינא דאגם מיניה, וע"כ דדינא דאגם פשיטא לבבלי גם לולי המשנה, ושוב קשה דמה החידוש של המשנה.

מביא יסוד גדול מהגר"ח ומהגר"ז, דשומר אינו חיובים גרידא, אלא דאיכא "רשות שומר", והיינו דהשומר "מחזיק" את הפקדון אצלו לענין החיוב שמירה, ומביא בזה את ראיותיהם של הגר"ח הגרי"ז הברכ"ש והאהא"ז.

ובביאור הסוגי' נראה להקדים ביסוד החיוב שמירה בשומרים, ונקדים בתרתי, א] שומר אינו "חברת ביטוח" בעלמא שיש לו חיובי תשלומין, אלא שצריך גם לשמור את הפקדון, ב] רגילים להבין ששומר הוא 'חברת ביטוח' אלא דבנוסף הוא צריך לשמור את הפקדון, והגדר בחיוב שמירה שלו הוא כפועל בעלמא, שפעולתו ועבודתו הוא לשמור את הפקדון, והיינו דתרתי אית ביה, גם חיוב אחריות לשלם וגם חיוב על הגברא לשמור כפועל.

איברא דאינו כן, אלא דהגדר בחיוב שומר הוא כך:

יש יסוד גדול בעיקר הגדר בפקדון ויסוד זה מפורסם בשם הגרי"ז והוא, שפקדון 'נכנס לרשותו' ויש לו 'זכויות' בפקדון להחזיקו בתורת שמירה.

ביאור דבריו - הפקדון הוא "אצלו" לענין דין שמירתו [ודלא כפועל שאין לו כלום בחפץ], ונתחדש בזה שיש מציאות וחפצא של "רשות שומר" שהוא מחזיקו לענין שמירתו, וכמו דפשיטא לן שיש "רשות גזלן" אף דאינו של הגזלן אלא שיש לו זכויות בגזילה, כמו כן יש "רשות שומר" מחמת החזקתו בתורת שומר - [והגדרים בזה יבוארו], ולהלן המקורות.

א] יעוין בזה בברכ"ש [גיטין סי' כ"ה ס"ק ב'], דהק' הגרב"ד על מה שמבואר שם בגמ' דשומר שאמר לשליח "הולך פיקדון זה למפקיד" [להחזירו לו], וחזר בו השומר וביקשו מהשליח, דהדין הוא דצריך הלה להחזיר לשומר את הפיקדון ואין לו להעבירו למפקיד, וכל זה דוקא אי 'הולך' לאו כזכי, דאי 'הולך' כזכי דמי, אז כבר זכה בו המפקיד וכאילו הוא החזירו כבר למפקיד, וכעת השליח כבר מחזיקו עבור המפקיד.

ולכא' דין זה צ"ב, דהאיך יכול השומר לחייבו להחזירו לו, דאיזה זכויות יש לו בפיקדון ולמה אין הלה יכול להחזיר לבעלים, הרי לשומר איכא "חיובים" ולא "זכויות", ונמצא שתמיד כשמחזירים את הפיקדון לבעלים הרי לא 'לוקחים' ממנו את זכויותיו בפיקדון, אלא אדרבא, 'מפסיקים' את חובותיו, ומה התביעה שלו להשיבו אליו ולא להחזירו לבעליו, ומה שייך על זה הולך כזכי, [ורק בשואל ובשוכר איכא זכויות של השתמשות בחפץ מלבד החיוב שומרים, אבל בסתם שומר ליכא זכות, רק חובה], וצ"ע.

והשיב לו הגרי"ז דע"כ דמוכרח מהכא דלשומר יש זכויות, דהחובת שמירה אינה חובת שמירה גרידא, אלא שמחזיק ומעכב את הפיקדון אצלו בתורת שומר, והיינו שזה אצלו לענין השמירה, ועל זה אמרו בגמ' דאי חזר בו שפיר מחזירו לשומר.

ב] על פי זה ביאר בברכ"ש את דברי התוס' במעמד שלושתן שתיקנו חז"ל שהמפקיד יכול להקנות פקדון לאדם מן השוק ודנו התוס' אי מהני בע"כ של שומר, והקשה בברכ"ש דאיזה דין יש להתחשב בדעתו של השומר, ומוכרח מהכא שיש זכויות ודינים לשומר בפקדון.

ג] הגרי"ז הוכיח דין זה גם מהרמב"ם, דהנה הרמב"ם [שלוחין ושותפין ריש פ"ג] כתב ששני מיני שלוחים נינהו, שליח עם הרשאה ושליח בלי הרשאה, וע"י הרשאה יש לו זכות לשליח לדון עם כל א' וא' כאילו הוא הבעל דין עצמו, אבל בלי הרשאה יכול הבע"ד לומר לשליח שאתה לא הבע"ד, ואין רצונו לדון איתך ד"לאו בע"ד ידי את", [והיינו דדין שלוחו של אדם 'כמותו' רק נאמר להחיל חלויות עבור הבעלים, אבל אינו 'כמותו' לענין זה שנצטרך לדון עמו בלי שיש לו הרשאה].

ובהמשך לדין זה כתב הרמב"ם [שלוחין ושותפין פ"ג ה"ה] שמפקיד שמינה שליח בעדים להחזיר פקדונו מהשומר, והוא לא כתב לו הרשאה, אז יכול השומר לומר לשליח "לאו בע"ד ידי את" וא"צ להשיבו לו, אכן אם הוא רוצה אז שפיר יכול להחזירו לו אם הוא רוצה להפטר בזה מהחיוב שמירה, דסו"ס שליח הוא וכאילו קיבלו המפקיד.

והק' הגרי"ז דאיזה "בע"ד" הוא השומר, הרי בשלמא כשבאים לגבות חוב מלוה אז הלוה הוא בע"ד על מעותיו ושפיר מצי למימר דהשליח של המלוה שאינו בע"ד ידיה ואינו חייב לשלם לו, אכן בשומר שמחזיר פיקדון, הרי לא מחייבים אותו בכלום, והיינו שלא 'לוקחים' ממנו את

זכויותיו בפיקדון, אלא אדרבא, 'מפסיקים את חובותיו', ואיך הוא יכול לטעון "לאו בע"ד ידידי את", הרי לא דנים איתו לחייבו בכלום אלא להפסיק את חיובי השמירה שלו.

וע"כ דמוכרח מהכא שיש תורת "בע"ד" לשומר, שיש לו זכויות בפיקדון לעכבם אצלו עד שיבא הבעלים, וממילא דכלפי זה שפיר חשיב כבע"ד על הנך זכויות, וממילא דא"צ לדון עמו אלא עם הבעלים.

וה"ה דבסוגי' דגיטין י"ל שזכות זה היה מזכה לבעלים אי הולך כזכי, ואי לאו כזכי דמי אז הוא יכול לחזור בו מזה, ולמדנו מהכא דהך זכות לעכבו בתורת שומר חשיב כזכויות וקנינים ובעלות מסוימת בפיקדון שיש לשומר לענין החיוב שמירה.

ד' יסוד זה כבר אמר הגר"ח, דהנה, להלן [ל"ה:] מבואר במשנה דאפשר לשומר למנות עוד שומר שחייב יותר ממנו [שוכר ממנה שואל שחייב גם על אונסים] ובזה הוא זוכה בתשלומין של השומר השני באופן שהראשון פטור [אונסים], וזהו הדין "קניא" דמבואר בסוגי' שם³ - [ועיין להלן עוד ב' ראיות לזה בשם הגר"ח, מהסוגי' בב"ק ק"ח:], ומהירושלמי מעש"ש].

וראיתי בחו"ש מרן הגר"ד להלן [ריש סי' מ"ט] שאמר בזה בשם הגר"ח שרואים מהכא ששומרים הוא גם זכויות ולא רק חיובים, דאל"כ מהיכי תיתי שיזכה בהך זכות, וע"כ שהפיקדון הוא 'אצלו' לענין השמירה.

ה' יסוד זה מבואר גם באהא"ז [ריש נז"מ], דהנה, שיטת הרמב"ם היא שכל שומר מחוייב על נזקי השורר בלי קבלת אחריות מיוחדת לענין נזיקין, [והראב"ד פליג בזה], וזה מתבאר עפ"י הרמב"ם [ריש נז"מ] דיסוד החיוב של נזקי ממון לא תלוי בבעלות ממש, אלא "כל נפש חיה שהוא ברשותו של אדם" מחייב שמירת נזיקין, וגם "רשות שומר" איכלל וחשיב כרשותו, ודומה לגנב שחייב על נזקי השורר כיון שזה ברשותו, [ועצם הדין יליף מריבוי במכילתא וכדהביא שם], עכ"פ כל זה רק אחרי דנתבאר שיש דין "רשות שומר", ודו"ק.

ו' ע"ד זה הוסיף באהא"ז [זכיה ומתנה פ"ג ה"ב] לבאר את שיטת הרמב"ם [שם] דיכול להקנות את הפיקדון לשומר כמתנה באמירה בלי קנין חצר, וכלשון הרמב"ם, "הרי"ז מתנה הנקנית בדברים בלבד וא"צ דבר אחר", וקשה דאיך קונים בלי מעשה קנין, וביאר [שם ד"ה ונראה] דהיסוד של קנין חצר אינו ע"י גוף החצר עצמו אלא דחצר מיקרי רשותו, וממילא י"ל דגם פיקדון ממילא מיקרי ברשותו של שומר גם בלי שהוא בחצירו וממילא קני גם בלי גדרי חצר.

אלא דלכא' דרך זו נסתר מהגמ' בריש המפקיד דמבואר דבקימא באגם לא קונה בחצר, וכן למד רש"י שם, אכן עיין בהשמטות באהא"ז [שם] שהביא מהר"ח דבאמת למד איפכא דמהני באגם מסברא הנ"ל, הרי לנו ראייה ברורה לכל הך יסוד מדברי הר"ח, וע"כ דכן ילמד הרמב"ם סוגי' זו, ודו"ק.

ז' עוד הוכיח כן באהא"ז [חו"מ ד' - ג' ד"ה אכן הסברא וד"ה ונראה לבאר] דבשומרים איכא "רשות שומרים", וזה סוג בעלות מסוימת בפיקדון, וכתב שזה יסוד החידוש בריבוי של "לא ימצא" בחמץ שקיבל עליו אחריות שבזה מתחייב בב"י, והוסיף בזה חידוש נוסף, דלפי"ז העיקר הוא השמירה ולא בעי אחריות כלל מעיקר הדין, ואף דמבואר בסוגי' דבעי קבלת אחריות, צ"ל דהא דבעי קבלת אחריות הוא רק כדי שתהיה "הוכחה" שהוא באמת מכניסו לרשותו לענין שמירה, שאם לא יתחייב בכלום, שוב אין "הוכחה" שבאמת הכניסו לרשותו לשמירה, ועיי"ש עוד שהוסיף בזה לבאר את שיטת הרמב"ם באנס, וע"ע בהערה⁴ הוספת דברים בזה.

³ וזה לא רק בשוכר ושואל [שממילא יש להם זכויות בפיקדון] אלא גם בש"ח שמסר לש"ש, ועיין בזה בתוס' בב"ק [י"א:].

⁴ דהנה, בפסחים [ה':] ילפינו מקרא דלא ימצא דאף המקבל פקדונות מן העכו"ם איתרכי בב"י, ובאו"ש [חמץ ומצה פ"ד ה"ג - בריש דבריו על הרמב"ם הואיל וקיבל אחריות] העיר דא"כ ה"ה בשל הקדש, אף דלא מפורש כן בגמ', ושוב הביא דמהירושלמי משמע שבהקדש אינו כן - [והיינו דבמסקנת הסוגי' נתחדש דגם בלי לבוא לחידושו של ר"ש דדבר הגורם לממון כממון חייב בלא ימצא, אבל בירושלמי מבואר דבהקדש חייבים דוקא לר"ש דדבר הגורם לממון כממון הוא, ואז חייב בב"י], והק' דילפינו מלא ימצא דקבלת אחריות סגי לחייבו ומאי שנא הקדש מעכו"ם.

ועפ"י"ז יישב את קושי' האו"ש, דבהקדש איכא קבלת אחריות אבל ליכא דיני שומר, הילכך לא סגי להתחייב משום ב"י, ורק בנכרי שהוא גם שומר עליו התם הוא חייב בב"י.

הוכחות נוספות ליסוד זה.

ח] עוד יש להוכיח כן מהסוגי' להלן [ק"ח: - אתמר נגנבה באונס, אביי וכו'] דמבואר שם דש"ש שנשבע ונפטר והוכר הגנב דהש"ש צריך להעמיד את הגנב לדין, וש"ה אינו חייב להעמידו לדין, ויכול להעמידו בדין ויכול לעמוד בשבועתו, ועיין בשטמ"ק בשם הרמ"ה דמדיני שומרים הוא דלא כלתה השמירה ולכן השו"ש חייב, דכשנגנב הדין הוא דשו"ש חייב למצא את הגנב והשבועה היא רק לפוטרו מלשלם מיד, אבל זה לא מסלק ממנו את הדין שומר לגמרי.

ובשו"ה שאינו חייב לטרוח למצא את הגנב, בדידיה מהני שבועתו לגמרי, ונראה דהא מיהת דנשאר עליו תורת שומר גם בשו"ה לענין זה שאין הגנב יכול לומר לשומר חנם דלאו בע"ד ידידי את אם השו"ה מעמידו לדין, וכן נראה מדברי הגר"ה מטעלז [עמוד קנ"ח] שביאר כן, [אף דהמשמעות ברמ"ה הוא דבשו"ה באמת כבר כלתה השמירה].

ומכאן מוכח יסודו של הגרי"ז בגדר הדין שומר, דשומר 'מחזיק' את החפץ לענין השמירה, והוא בע"ד על החפץ לענין השמירה, ולהכי הוא ממשיך להיות שומר גם אח"כ לענין תביעת הגזלן, וכן העירני תלמיד אחד, ודו"ק.

ט] ע"ד זה יש להוכיח מהסוגי' לעיל מיניה [שם] בדין מודה בקנס פטור, דמבואר התם דמהני הודאת בע"ד של הגנב שגנב מבית שומר באופן שהוא מודה או לשומר או לבעלים ולא באופן שהוא מודה לאחר, עיי"ש בתוס', ומוכרח מהכא ששומר כבע"ד, ודו"ק, ועיין בקונטרסי השיעורים על ב"ק [עמוד נ"ד] שהביא ראיה זו, שוב יצא לאור הגר"ה החדש [הוצאת מישור] ומצאתי בב"ק [ק"ו:] שהביא ראיה זו.

י] שמעתי מידידי הגאון ר' עמנואל רייניץ שליט"א להוכיח יסוד זה מכל הנדון בפתחי תשובה [סי' רצ"ג ס"ק ב'] שהוצרך לחדש [בשם הגלי' מסכת] שהמפקיד יכול לתבוע את הפיקדון באמצע הזמן, וצ"ע דמהיכי תיתי שאינו יכול לעשות כן וע"כ משום שיש לו זכויות.

וצ"ל דהא דבאמת אינו מעכבו מלהשיבו הוא משום שכל ההגדרה של הזכויות הללו הוא להחזיקו עבור בעלים, וממילא שכשתובעו הבעלים ע"כ הוא מבטל להנך זכויות.

יא] מהגאון הרב ר' יצחק עהרנפלד שליט"א שמעתי להוכיח כן מקושי' רעק"א להלן [מ"ח: על תוד"ה והא בעי' למימשך] שביאר שמיכה אינה מעשה קנין גרידא שמחייבת תשלומין רק שעל ידי המשיכה מכניסים את החפץ לרשות הקונה וממילא בעי' לשלם תמורת החפץ, [וכוונתו דלא הוי כחליפין דחשיב כמעשה קנין גם על החפץ וגם על ההתחייבות לשלם, אלא שהמשיכה רק מתיחסת לחפץ להכנסיו אצלו ושוב ממילא חייבים תשלומין עליה], אלא דהק' ע"ז רעק"א דבשומרים מוכרח דאינו כן דהתם המשיכה רק מחייבו בחיובי שמירה ותו לא, והשומר לא זוכה בפקדון, וע"כ דאינו מצד הכנסה ברשותו, אולם לפי הנ"ל א"ש.

ועצם האי חידוש דלגבי ב"י לא סגי בחיוב אחריות, ובעי' גם שיבא לתוך רשותו של השומר, כן כ' שם בביאור הגר"א או"ח [ריש סי' ת"מ ד"ה ואפי' חזר] שדייק דלא סגי בקבלת אחריות גרידא אלא דבעינן ביחד עם הקבלת אחריות שיקבל עליו שמירה, ודייק כן מלשון הברייטא שכתוב "שיקבל פקדונות מן העכו"ם" עיי"ש ה.

אולם עיקר דברי האהא"ז אכתי תמוהין דכמו דבהקדש ליכא פ' שומרים ה"ה דבעכו"ם ליכא פרשת שומרים, עיין בתוס' שבועות [מ"ד. סוף העמוד] ורבינו דוד פסחים [ו']. וע"כ צ"ל דהתם קיבלו ע"ע מפורש, וכ"כ שם בביאור הגר"א [סי' ת"מ] ובח' רעק"א [שם], והדרא הקושי' לדוכתא, דה"ה דאפ"ל גם בהקדש שקיבלו ע"ע, ומ"ש הקדש מעכו"ם לדעת הירושלמי, ועיין נמי במחנ"א [שומרים סי' ח'] שהביא מהר"ן וב"י שכ' שא"צ לקבל ע"ע, ותמה, הרי ליכא שומרים בעכו"ם.

והנראה בזה די"ל דכמו דקרקע ועבדים נתמעטו משמירה ואפי"ה איתנהו בכלל פשיעה דפשיעה כמזיק, וע"כ דאיתנהו נמי בכלל עצם חובת שמירה ורק נתמעטו מהחיוב תשלומין, [כן מבואר בברכ"ש בשם גר"ה בב"ק], כמו"כ יש לדון בעכו"ם והקדש, ומצאתי מחלוקת אחרונים בזה, דהמנ"ח מצוה [י"א] הביא מהשאגת ארי' [פ"ח] שנקט שיש דין פשיעה, והמנ"ח נחלק עליו.

ובדעת הירושלמי אולי יש לחלק בין הקדש לעכו"ם, דבעכו"ם יש לומר שהוא רק מיעוט בחובת תשלומין ולא בדין לשמור, אבל בהקדש י"ל שלא שייך חיוב לשמור, והסברא בזה עפ"י עיקר האי חידוש של "רשות שומר", די"ל דכל החיוב לשמור הוא רק בזה שהוא בתוך "רשות השומר" לענין החיוב שמירה, והיינו שצריך לקבל זכויות בחפץ, וזכויות הללו נתמעטו בחפץ של הקדש, דבי גזא דרחמנא איכא ואין להדיט לזכות בשום זכויות בממון של גבוה, ודו"ק.

י"ב] עוד נראה שהדברים מפורשים בקצוה"ח ושם מבואר גם את גדר ה'רשות שומר', עיין בזה בקצוה"ח [סי' ש"ז ס"ק א'] שביאר באופן אחר מדברינו הכא האיד מהני משיכה בשומרים, ועיין בהערה⁵ הרחבה בדבריו ובמה שכתב בשיטת הרא"ש והרמב"ם.

י"ג] בעיקר דברינו ברמב"ם העירני בזה ידידי הגאון ר' אברהם שטיינפלד שליט"א לדברי הרמב"ם בפירוש המשנה במרובה [ע"ט] שביאר את הדין משיכה בשומרים, וכתב בזה"ל, "ארבע שומרים אינם קונים אותו הדבר הניתן להם לשמור לענין שיהיה חייבים בשמירתו ויתחייב כל אחד מהם בדינים המיוחדים להם וכו', אם לא קנו את אותן המטלטלין באחד מן הדרכים שהמטלטלין נקנים בהם", עכ"ל, הרי לנו דחיוב אחריות של כל השומרים שחל ע"י משיכה מוגדר ברמב"ם כקנין בפקדון וכלשונו "קונים אותו הדבר הניתן להם לשמור לענין שיהיה חייבים בשמירתו" ודו"ק, וע"ע בהערה⁶ מה שיש להוסיף בזה.

⁵ דיעויין שם שהביא את הסוג' בפרק השואל להלן [צ"ט]. שאמרו כשם שתיקנו משיכה בלקוחות כך תיקנו משיכה בשומרים, ושיטת הרמב"ם [פ"ב משכירות ה"ח] דמשיכה מהני בין לחזרה דמשכיר ומשאל ובין לאחריות ולחייב גנבה ואבידה וחייב שמירה, אבל דעת תוס' [שם ד"ה כך תקנו] והרא"ש [שם פ"ה ס' ט"ו] דמשיכה בשומרים אינו אלא לענין לעכב את החזרה דמשאל ומשכיר, אבל באחריות השמירה נתחייבו שומרים תיכף משנסתלקו הבעלים משמירה, והיינו כמבואר במשנה לעיל מיניה [פ'י]: דבהנח לפני' כבר נהיה לשומר חנם, [דאל"כ המשנה סותרת את התקנה שקונים ע"י משיכה, והמ"מ הביא מהרשב"א בשם הראב"ד דלמד ברמב"ם דהך משנה דבהנח לפני' כבר נהיה לשומר חנם, דמירי בסימטא דאיכא ממילא משיכה, דבלי משיכה לא נתחייב].

וביאר הקצוה"ח את שיטת תוס' והרא"ש וז"ל, דהא "דנתחייבו השומרים תיכף משנסתלקו הבעלים משמירה דהו"ל דין פועל דמשהתחילו במלאכה הו"ל קנין וכמבואר ריש פרק האומנין [שם ע"ו]: ובטור וש"ע [סימן של"ג סעיף ד']", אלא דשוב הביא את שיטת הרמב"ם [הובא בנימוקי יוסף פרק השואל [נ"ו. בדפי הרי"ף] דהרמב"ם סובר דמהני משיכה משום דהו"ל משיכה כמו התחילו במלאכה דהו"ל קנין אצל הפועלים ומש"ה בשומר חנם ושומר שכר מהני משיכה ע"ש, ועל זה הקשה הקצוה"ח "דא"כ למה לי משיכה הא פועלים משהתחילו במלאכה אינן צריכים לשום קנין וא"כ ה"נ משהתחילו לשמור ונסתלקו הבעלים משמירה ליהו התחלה וכמ"ש בשיטת תוספות והרא"ש", ותירץ בזה קצוה"ח ש"אפשר דס"ל להרמב"ם דעיקר התחלה בשמירה מבי משכו לרשותו אבל כל זמן שלא משכו לרשותו לא הו"ל התחלת השמירה", ודבריו נפלאים, דמה שייכא משיכה עם כל גדר משיכה להתחלת מלאכה של שומר במעשה שמירה שלו, הא פשיטא דהנח לפני' בלי המשיכה איכא כבר התחלה מציאותית של המלאכה, דאז הבעלים מפסיק לשמור והשומר מתחיל, ולמה לי משיכה, ומאידך גיסא קשה דלא רק דקשה דלמה לי משיכה אלא דגם קשה דמה מהני משיכה, אטו דווקא ע"י משיכה עם הלכות משיכה [והיינו לסימטא] הוא מתחיל את המלאכה של שמירה, וצ"ע.

וברור דכוונתו כנ"ל, דכל המעשה שמירה היא פרט בדין "רשות שומר", והיינו דאחרי שהוא מושך לרשותו לזכות בו בתורת שומר אז הוא דהתחלת המלאכה מתחילה לחייבו בתורת פועל, דכל הפעולה שלו הוא רק בתורת הרשות שומר ולא כפועל בעלמא, הרי דלמדנו מהקצוה"ח דה'רשות שומר' חיילא לענין החיוב שמירה.

ומהמשך דברי הקצוה"ח למדנו דבדעת הרמב"ם נקט דה'רשות שומר' חיילא לענין החיוב אונסים ממש כרשות גנב דחיילא לענין החיוב אונסים, ולפי הרמב"ם חיילא ה'רשות שומר' לענין החיוב שמירה, [דביאר שם, דפליגי הרמב"ם והרמב"ם, דהרמב"ם למד דמשיכה היא כפשוטו ממש כמו בגנב, דבתרומתו איכא רשות שומר ורשות גנב לענין החיוב אונסים וחייב תשלומין, וזה משום ש"דעת הרמב"ם [פ"א משאלה ה"ה] דס"ל כלישנא קמא דריש פרק אלו נערות דשומרים משעת משיכה הוא דנתחייבו, א"כ שפיר מצינו למימר טעמא דמשיכה בשומרים להתחייב בדין כמו גנב וגזלן דקנו במשיכה להתחייב באונסין", אבל הרמב"ם הוצרך להכניס ענינא דשמירה והתחלת מלאכה, דהרמב"ם אזיל שליטתו דפסק כל"ב שחייב רק משעת אונסים ופשיעה, וכבר לא דומה לגנב, דאף דהפשטות הוא כהרמב"ם "דמשיכה מהני בשומר חנם ושומר שכר אע"ג דלא קנו שום דבר, דהו"ל קנין להתחייב על החפץ באחריות כל שומר כדינו וכמו גנב וגזלן דקנו להתחייב באונסין מבי משכו אע"ג דלא קנו שום דבר", אבל "הרמב"ם לטעמיה [בב"מ צ"ז: ד"ה גמ'] דסובר כלישנא בתרא דפרק אלו נערות [כתובות ל"ד:] דשומרים משעת פשיעה הוא דמחייבי, וא"כ לא דמי לגנב וגזלן דחייבי כשעת הגזילה וא"כ שפיר מהני משיכה להתחייב באונסין על שעת משיכה, אבל שומרים דלא מחייבי אלא משעת פשיעה א"כ הו"ל כמשוך פרה ולא תקנה אלא לאחר שלושם [כתובות פ"ב]. דכלתה משיכה קמא, ומש"ה צריך לומר בטעמא דמשיכה דהו"ל כמו התחילו במלאכה" – עיי"ש].

עכ"פ למדנו מדבריו דלפי הרמב"ם ה'רשות שומר' והרשות גנב דומין זה לזה דתרווייהו חיילא לענין החיוב ממון וחייב אונסים ועל זה איכא משיכה, אבל לפי הרמב"ם אהני לן המשיכה לענין החיוב שמירה דהחיוב ממון רק חיילא אח"כ, וכלתה קנינו.

והיינו דרעק"א לא הקשה על משיכה של גנב שזה הבין רעק"א שמשכח גנב היא משיכה לענין הכנסה לרשותו כלפי כל הזכויות של גנב, לא כן משיכת שומר, ובנקודה זו מבואר שהקצוה"ח הבין דגם בשומר איכא הכנסה לרשותו לענין החיובים, ורק דנחלקו הראשונים כלפי איזה חיובים, [ומש"כ [שם] בשם הנימו"י דלא מהני בש"ח וש"ש משיכה כיון שלא קונה את גוף החפץ ודלא כשואל, י"ל דאף דיש זכויות בש"ח וש"ש, אכן שאני זכויות מצד שומר שכולם הם 'בשביל' הבעלים, משואל ושוכר שהא כדי להוציא השתמשות לעצמו, ודו"ק].

⁶ ועיין עוד בזה באמרות אברהם פסחים [סימן כ"ג פרק א' ס"ק ה'] דביארנו דמשכח לה נפ"מ אם ה'רשות שומר' שייכא לחיוב אונסים או לחיוב שמירה באופן שחזר בו מדין פועל יכול לחזור בו ואיכא חיוב אחריות בלי שמירה ובלי רשות שומר, עיי"ש.

י"ד] יעויין בקצוה"ח [סימן שמ"ח ס"ק ג'] שייסד שבדין מיגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחבר' נתחדש שיש שליח לדבר עבירה באופן שהוא משתף אחרים בשליחות ובזכייה, אכן זה רק במידי דזכייה ולא בכל מעשים אחרים, ולכן שליחות על מעשה טביחה לו ולחבירו, לא מהני, ושליחות על מעשה גניבה לו ולחבירו מהני, שיש זכויות של גנב משא"כ במעשה טביחה.

ובקצוה"ח [שם ס"ק ד'] ממשיך לחדש עוד, שיש לדון דמה הדין בשליח שעושה משיכה לעצמו ולחבירו, אבל לעצמו הוא נעשה שומר ומתחייב בחיוב שומרים ע"י המשיכה, אבל באותה משיכה הוא שליח גם לחבירו [בשוגג] לגנוב עבור חבירו, והוכיח בשיטת רש"י שבכה"ג אמרינן מיגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחבר', הרי לנו דמבואר בדבריו שיצירת רשות שומר ויצירת רשות גנב משתלבים כהדדי בזכייה אחת בדין מיגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחבר', ודו"ק.

ומוכרח שיש רשות שומר ומוכרח נמי שדומה לרשות גנב, ונראה שהגדר בזה הוא שבשניהם יש 'החזקה' על ה'רשות' של חבירו, שתמיד ה'רשות' של הממון שייכת לבעלות על הממון, אכן הכא ה'רשות' של החפץ נמצא אצל אחרים ע"י החזקתם, [וכל החילוק ביניהם הוא שבשומר איכא החזקה 'בעד' חבירו וגנב איכא החזקה 'כנגד' חבירו, ולכן הרשות שומר אינה הפקעה מהרשות של הבעלים, ודו"ק].

ט"ו] העירני תלמיד אחד לדברי הגר"ח על הרמב"ם [נז"מ פ"ד ה"ד] בביאור לדין ששור תם משלם מגופו גם באופן שהשומר חייב על נזקי השור, ורואים שיש זכות לשומר במזיק לענין התשלומין שהוא חייב בתורת שומר, ובזה הוא זכה בפקדון לתשלומין.

ט"ז] בסוגיין מבואר שהשומר ששילם על הגניבה זוכה בכפל כשימצאו את הגנב, וביארו בגמרא שהמפקיד מקנה לו את הפרה לענין זה כיון שיכל לסמוך עליו, וזה אומדנא פשוטה שכך דעתו, אולם בירושלמי מבואר דילפינן דין זכות הכפל מגז"כ מקרא ד'חיים שנים ישלם', והק' בירושלמי דה"ה בנשבע ולא שילם שיזכה בכפל, ותי' "למקום שהקדן הולך שם הולך הכפל", ורק בשילם יש לו קרן, וממילא שיש לו גם כפל – ולהלן נאריך במהלך זה של הירושלמי.

עכ"פ מבואר דבקושי' למדו שמהזכויות של השומר הוא שזוכה בכפל, ומ"ל נשבע מ"ל שילם, ובסוף תירצו, דהזכות שלו בכפל היא רק עד כמה שזכה בקרן, וזכייתו בקרן הוא רק בשילם.

ולכאן ק' דלמה זכה בקרן ע"י תשלומין למסקנה ולמה בקס"ד סברו שהוא זוכה על ידי השבועה, דאי הקנה לו את הפרה עכשיו בשעת השבועה והתשלומין, הא אינו מקנה דבר שאינו ברשותו, ואי כהבלי שדעתו להקנות למפרע, א"כ שוב זכה ממילא בכפל, דהא פרה ידיה נגנבה, ואי"צ גזה"כ שיזכה בכפל.

וביאר בזה באהא"ז שו"פ [פרק ח' ה"א] דע"כ שמהזכויות של השומר הוא שזוכה בקרן דגניבה, וזה דוקא בשילם, ולא בנשבע, דע"כ אין הבעלים זוכה גם בקרן וגם בתשלומי הקרן מהשומר, וע"כ שזיכוהו בתשלומין שלו, ומדיני זכויות השומר הוא, ושוב בא הגזה"כ דחיים שנים ישלם לחדש רק דכפל עצמו, אף דאינו של השומר, אף דבשעת הגניבה לא נגנבה פרה ידיה, אפי"ה זוכה בכפל.

י"ז] עיין בירושלמי מעש"ש [פ"ד ה"ג] שלמדנו שמתנת איש מתנה ומתנת קטן אינה מתנה, ודין זה למדנו מקרא דכי יתן איש, ויש לתמוה הרי הפסוק איירי בדיני פקדון שאין הפקדתו הפקדה לחייב בדיני שומרים ומה זה ענין למתנה של הקנאת ממונו לחבירו במתנה, ולמדנו מהכא שהפקדה פירושו הקנאת זכויות בפקדון לחייב את השומר, ודו"ק, שוב יצא לאור הגר"ח החדש [הוצאת מישור] ומצאתי בב"ק [ק"ו:] שהביא ראיה זו, ושמתני שכיוונתי לדבריו – וע"ע להלן [פרק ב'] שהרחבנו בגדרים בדרשה זו.

י"ח] העירני תלמיד אחד לסוגי' בכתובות [פ"ד]. דמבואר בשיטת ר"ט במשנה דמהני תפיסה של ממון יתומים אי הוי פקדון אצל אחרים, והיינו טעמא דמיקרי אינו ברשותו של היתומים לגבי דין זה דממונם שהוא ברשותם לא מהני בו תפיסה, עיי"ש ברש"י.

ומהסוגי' בב"ק [ק"ח] למדנו עוד דגם כשכלתה השמירה ע"י שבועה ואין לו חיובים כלל לא חיובים של שמירה [כרמב"ן] ולא של אחריות אונסים [כרמב"ם] דגם בכה"ג אכתי נשאר עליו תורת בע"ד לענין זה שיכול עדיין לתבוע את הגנב.

ומאידך מצאנו דנחלקו בגמרא [ריש העמוד ב'] דדעת רב ושמואל בשיטת ר"ט הוא דלא מהני תפיסה בסימטא דזה מיקרי ברשותו של היתומים לגבי דין זה של תפיסה מיתומים, ולדבריהם מבואר דסימטא חשיב יותר ברשותם מפקדון ולמדנו מכאן שהזכויות של השומר מפקיעות את הפקדון מלהיות תחת ידי הבעלים.

י"ט] העירני תלמיד אחד לדברי הגר"א במשלי [פרק ו' פסוק ל"א] דמצאנו כמה סוגים שונים של גנב, וביניהם הוא מנה מי שגנב מביתו של שומר וכן שומר שגנב, עכ"פ כל מה שיש לדון שבגניבות הללו יש הבדל מגניבות אחרות אינו אלא משום שיש זכויות מסוימות של פרשת שומרים והם משנים את הדרגות השונות שיש בגניבה.

כ'] העירני ידידי הגאון ר' עמנואל רייניץ שליט"א לדברי החזו"א [ב"ק ק"ח: ד"ה יש לעיין] שצידד לומר א"א למנות שומר ושיחול שעבוד של שומר על חפץ ביד הגזלן דהוי אינו ברשותו לענין מכירה "שהרי שעבוד שומרים הוא על החפץ ולא חיוב ממון בעלמא", ומוכרח שיש כאן נתינת זכויות ודומה לכל הקנאה על חפץ ביד הגזלן.

כ"א] העירני תלמיד אחד שיש לעיין דלפי מה שמבואר בריטב"א להלן [מ"ב] שא"א לעשות שומר על חפץ חבירו, וקשה דלמה שומר עושה שומר, וע"כ שאינו זר ויש לו דינים בחפץ של הפקדון לענין העמדת שומר אחר.

כ"ב] העירני תלמיד אחד נ"י לדברי הקצוה"ח [סימן רנ"ט ס"ק א'] שביאר למה לא מהני יאוש אצל שומר, ומבואר בדבריו שאין הטעם בזה משום שזה 'ברשותו' על ידי שמירתו של השומר - ואין יאוש 'ברשות' - אלא הטעם בזה משום שהשומר יש לו זכויות בפקדון והוא זה שאמור להתייחס - וז"ל - "דכיון שהשומר אינו מתייחס שהרי הוא תחת ידו, וידו כידי בעלים - א"כ יאוש בעלים לא מהני".

כג] גדולה מזו מצאנו בדברי המהרי"ל דיסקין זצ"ל [קפ"ט] ששומר שמתייחס שמותר לזכות בחפץ, והביא על זה את דברי רעק"א ריש ב"מ.

כ"ד] העירני תלמיד אחד לדברי המחנ"א על הרמב"ם [פ"א גו"א ה"ב] שהוכיח מתוס' בפרק אלו מציאות דמי שלא מחזיר פקדון של עכו"ם יש לו דין של 'הפקעת הלוואתו', ואי 'הפקעת הלוואתו' מותר - א"כ ה"ה דמותר בפקדון - וזו ראייה גדולה, [עד כדי כך דמדמה לזכויות של מלוה].

סיכום היסוד והראיות.

עכ"פ מכל הנ"ל למדנו דאין הגדר בשומר שיש בו תרתי, א] חיוב אחריות לשלם, ב] חיוב על הגברא לשמור כפועל, אלא הגדר בזה הוא שהפקדון 'נכנס לרשותו' והיינו שיש לו 'קנינים' בפקדון להחזיקו בתורת שמירה, ובתורת החזקה זו הוא חייב אחריות ושמירה על הפקדון.⁷

הביטוי והנפ"מ של הזכויות הוא בזה שהוא לא צריך להחזיר לשליח בלי הרשאה [גרי"ז], ודווקא בהולך כזכי הוא לא מחייבו להחזירו לו [גרי"ז], ודנו האם מתחשבים בדעתו בהקנאה של מעמד שלשתן [ברכ"ש], וכשהוא מעמיד שומר אחר במקומו השומר חייב לו ד'קניא במיתה' [גר"ח], ושאפשר להקנות לו את הפקדון באמירה בעלמא [אהא"ז], והוא חייב על נזקי הפקדון כבעלים [אהא"ז], ולכן יש בל יראה בחמץ [אהא"ז] ומה"ט מהני ביה משיכה להתחייב בשמירה [עפ"י רעק"א וקצוה"ח], וזה נמי הדין בע"ד שמצאנו בשומר לענין הודאת בע"ד אליו ולענין זכותו [שו"ח] וחובתו [שו"ש] לתבוע את הגנב [ב"ק ק"ח], ולהכי הוא זוכה בקרן וכפל כשהוא משלם על הגניבה [אהא"ז בירושלמי], ולכן הוא זוכה בשור תם להשתלם מגופו [הגר"ח], וזה הנתינה של קטן שממנו למדנו לכל מתנות אחרות של קטן [ירושלמי מעש"ש], ומה"ט יש דיון שא"א להעמיד שומר על דבר שאינו ברשותו [חזו"א] וכן על אינו שלו אף ששומר יכול להעמיד שומר אף שאינו שלו, ויאוש של שומר [קצוה"ח ומהרי"ל דיסקין] והפקעת הלוואתו בפקדון של עכו"ם [מחנ"א].

⁷ ויתכן דגוף החיוב לשמור הוא כפועל, אבל תחילת המחייב מתחיל בזה שהוא ברשותו לדין זה ולא כפועל שאין לו כלום בחפץ שהתחייב בו לעשות פעולה.

ביאור החידוש במשנה כאן דקס"ד דחשיב אינו ברשותו, ומבואר על פי הנ"ל.

אחרי כל הראיות יש להוסיף ולבאר שזה גם הביאור כאן במשנה – ואדרבה, מהכא איכא הוכחה לכל הנ"ל, דמזה שיש דיון האם בית השומר נקרא בית האיש או לא דהוי כעין בית הגנב, ועפ"י הנ"ל י"ל דקס"ד במשנה דהנך קנינים וזכויות שיש לשומר, הם עושים את החפץ לחפץ שאינו ברשותו, ושוב יש לפוטרו מהדין כפל לגמרי דדרשינן מבית האיש ולא בית השומר כמו דדרשינן כן בחפץ גנוב, ובזה א"ש הירושלמי והריטב"א והתוס' והפנ"י, ודו"ק

וצ"ל דקמ"ל המשנה דמחלקינן בין רשות שומר לרשות גנב, דרק ע"י קניני גזילה נעשה החפץ לאינו ברשותו ולא בקניני שומר, דכל היכא דאיתא ברשותא איתא וכדביאר הריטב"א, וכוונתו, להיות וכל הנך קנינים הם בתורת החזקה ורשות של השומר 'עבור' הבעלים, שוב פשיטא שזה אינו מגרע בכל הדין ברשותו, [ועיין כעין זה בדברי האהא"ז זכיה ומתנה שם], ודו"ק.

הרי לנו ב' ראיות נוספות לכלל הך יסוד, גם מהשו"ט לענין כפל על פקדון וגם מהשו"ט לענין האם אפשר להקדיש פקדון – כ"ו ראיות ומקורות ליסוד זה.

מלבד כל זה יש גם דברים נוספים – עיין בזה להלן [פרק ב'] – שביארנו דינים נוספים בהלכות טוט"ג שמוסברים על פי הך יסוד שיש זכויות לשומר בפקדון.

חידוש גדול בדברי הראב"ד בעיקר הך זכות של רשות שומר.

וצריכים להוסיף בכל הנ"ל את דברי הראב"ד בשטמ"ק ששם מבואר חידוש נוסף בכל הנ"ל, דקס"ד דבית השומר הוא המחייב את הכפל מחמת הזכויות שיש לשומר בפקדון – עיין בזה בהערה ⁸.

דן בזה על פי פלוגתת הרמב"ן והר"ז"ה באינו ברשותו.

אולם נראה דאם כנים הדברים, שוב אפשר להכריע בזה בפלוגתת הר"ז"ה והמלחמות בעיקר הגדר של אינו ברשותו, דנחלקו הר"ז"ה והמלחמות למה בגזלן מיקרי אינו ברשותו, דלדעת הר"ז"ה עצם ה"שליטת אחרים" מגרע ב"ברשותו" לדונו כאינו ברשותו, לא הקניני גזילה עצמן, אבל הרמב"ן

⁸ וצריכים להוסיף בכל הנ"ל חידוש עצום בדברי הראב"ד בשטמ"ק – וז"ל – "נעשה כאומר לו לכשתגנב וכו'. פירוש, אומדן דעתא הוא, דניחא ליה דליקני כפילא, משום דמשלם ליה מדעתו, מיהו קשיא לן הכא, מדאמרינן דבעל הבהמה מקני ליה כפילא לשומר, אלמא לשומר לא קרינן ביה מבית האיש, אם כן לבעלים אמאי משלם, והא הוה ליה כגונב אחר הגנב דלא משלם לא לבעלים כפל ולא לגנב. וניחא לן, שאני אומר, דפקדון דכל היכא דאיתיה ברשותא דמריה איתיה, ומבית הבעלים קרינן ביה", עכ"ל.

ויש להעיר – הרי הראב"ד מקשה את קושי' הראשונים ואחרונים מבית האיש אלא שהוא מקשה כן דווקא בגמרא – ולמה קושי' זו לא קשה על הסיפא של המשנה ששם מפורש שהכפל לבעלים, וצע"ג.

ושמעתי בזה בשם ידידי הגאון הרב ר' שמואל ברון שליט"א לפרש את הדברים כך, שיש לדייק בלשון הראב"ד שהוסיף בהעמדת הקושי' – "אלמא לשומר לא קרינן ביה מבית האיש" – ולמדנו מדבריו שהיה קס"ד לראב"ד שלשומר עצמו קרינן ביה מבית האיש – ולמדנו מהכא חידוש גדול, שאף שהגניבה היא גניבה דממונא דמפקיד אכתי חייב כפל אף דלא קרינן ביה 'בית המפקיד', ואהני לן מה דקרינן ליה 'בית השומר' לחייב כפל על גניבה שנעשה בממון של המפקיד אף שהגניבה אינה מבית המפקיד.

והביאור בזה הוא – דעד כדי כך למד הראב"ד שיש זכויות לשומר, ו'רשות' של השומר מתייחסת לחפץ, שהשלמת הגניבה של ממון המפקיד הוא בזה שהגניבה נעשה מביתו של השומר – ואהני לן הך רשות והך 'בית' לחייב כפל אף דאינו ממון – והדין שהממון של הכפל ישולם למפקיד מכח הגניבה שנעשה מבית השומר ובית השומר הוא המחייב את הגניבה הזו.

ולפי"ז לא קשה כלל למה איכא כפל בשומר – דלא דמי למיעוט של בית הגנב, שכאן בית השומר עצמו מחייב את הכפל ואיך הוא יגרע בחיוב, וגם בסיפא שהכפל שייך למפקיד – היינו טעמא דהמפקיד זוכה בכפל מכח השומר כמו שהשומר חייב את גוף הפקדון למפקיד.

ולפי"ז הביאור ברישא שהשומר זוכה בכפל – היינו מעיקר הדין, והיינו דאחרי הלשתומין של השומר נסתלק מעליו דיני שמירה ובוהו הוא זוכה את בתשולמי הכפל מדין שלו – לא דרל הבעלים, דתמיד הבעלים זכה מכחו והכא נסתלק המפקיד וכעתה וא זוכה מכח עצמו.

אולם הראב"ד הקשה קושי' דווקא בסוגי' הגמרא דהתם מבואר איפכא – והיינו שמבואר שם שאדרבה, השומר טפל לבעלים וצריך לזכות ממנו – וכעת מוכרח דליתא לכל הנ"ל, וע"כ שזכותו של המפקיד בכפל היא זכות אליו מעיקר הדין – ומעתה קשה דלמה לא יפטר מחיוב כפל ע"י בית השומר כמו שבית הגנב פוטרו – ודו"ק.

למד ד"הקניני גזילה" עצמן מחשיבים את הגניבה כאינו ברשותו⁹, ולדעת הרז"ה שוב ק' דא"כ ה"ה דבשומר ליכא קס"ד, דלכא' פשיטא דליכא כאן שליטת אחרים¹⁰, וע"כ צ"ל דהריטב"א והפנ"י אזלי כהמלחמות, דלפי הרז"ה פשיטא דליכא קס"ד, דברור דבשומר אין מציאות של שליטת אחרים, ודו"ק.

איברא, דא"כ הירושלמי סותר משנתו בזה, דלכא' מהירושלמי יש להוכיח כהרז"ה, דכבר הבאנו דמבואר בירושלמי דבגג שאינו מבוצר מיקרי אינו ברשותו, והבאנו שבקצוה"ה הוכיח דהבבלי חולק דסובר דבגניבה מאגם חייב כפל, עכ"פ הירושלמי סובר שצריך "שליטתו" בחפץ באופן חיובי, ואף דאין כאן "שליטת אחרים" ברשה"ר ובגג שאינו מבוצר, הרי סו"ס שליטת עצמו נמי חסר, עכ"פ חזינו בירושלמי דודאי הענין הוא ענין של שליטה ודלא כהרמב"ן דסובר שזה נדון מצד הקניני גזילה¹¹.

ולפי"ז תמוה הירושלמי דמצד א' מבואר כהרמב"ן מדקס"ד דגם בשומר חשיב אינו ברשותו כמו בגנב, שהרי ליכא חיסרון שליטה בשומר, ורק מצד הקניני שומר יש לדון וכעין קניני גזילה של הגזלן, אכן מאידך הוכחנו ששיטת הירושלמי מבואר דוקא עפ"י הרז"ה, דלכן ליכא חיובא דכפל בגג שאינו מבוצר, וצ"ע.

ולפימש"כ האחרונים [קובש"ע ב"ק אות ט', וגרשש"ק שם] דמוכרח מהסוגי' בב"ק [קט"ו] דע"כ דגם הרמב"ן מודה שיש אופן של אינו ברשותו מצד חיסרון שליטה בלי קניני גזילה, וכל פלוגתתם הוא רק האם קניני גזילה גרידא מהני להחשיבו כאינו ברשותו¹², א"כ ה"ה די"ל דבירושלמי נמי איכא ב' דינים, דין שליטה ודין קנינים, וגג אינו מבוצר הוא מדין שליטה, ובדין שומר קס"ד דלא חשיב ברשותו מצד הדין קניני גזילה, ודו"ק, וע"ע בזה בהערה¹³.

אולם כאמור בדברינו באמרות אברהם [שנים אוחזין סימן מ"ד פרק ב'] הוכחנו דאדרבה שהתוס' לעיל [ו']. דדן מצד אינו ברשותו בפקדון ע"כ למד שזה ענין של חסרון שליטה אף דשומר מחזיק עבור הבעלים – וזה חידוש, וי"ל כן בשיטת הירושלמי.

אולם אכתי לא מבואר למה קס"ד בירושלמי דוקא בש"ש שוכר ושואל, ולא קס"ד כן בש"ח, דלכא' גם מצד הקניני שומר וגם מצד שליטת השומר אין לחלק ביניהם, ואכתי צ"ע.

הוכחה נוספת דאיכא רשות שומר מהמאירי בב"ק דמביא שיטה דאין להקדיש פקדון דחשיב אינו ברשותו, [וביאור דעת הראשונים שמחלקים דין כפל להקדש בפיקדון].

והנה, עיין במאירי [ב"ק ס"ט ד"ה ובפיקדון] שהביא שיטה שסוברת דלר"י דא"י להקדיש דבר שאינו ברשותו, דכמו"כ א"י להקדיש פיקדון דאינו ברשותו, ומשיטה זו מוכרח שוב יסוד הנ"ל דאיכא דין "רשות שומר" מדחשיב הפקדון "אינו ברשותו" כשהוא בבית השומר, והיינו דהקס"ד בירושלמי ובריטב"א הוא המסקנה במאירי לגבי אינו ברשותו בדין הקדש.

אולם עיי"ש במאירי שהקשה מסוגי' בהספינה שאפשר להקדיש, עיי"ש, ויש להעיר טובא, דגם על המאירי וגם על הך שיטה תמוה טובא ממתני' דידן, דמבואר במשנה דבפיקדון איכא כפל, והרי הסוגי' בב"ק תלאם זה בזה, דהדין אינו ברשותו דנתחדש בקרא ד"וגונב מבית האיש" תלוי בדין

⁹ ופלוגתתם בגנב שמוכן להחזיר את הגזילה האם יכול הבעלים כבר להקדישו דכבר אינו ברשותו או לא, דלדעת הרמב"ן אינו יכול להקדיש כיון דסו"ס איכא קניני גזילה בחפץ הגזול עד ששייכו בהדי', אבל הרז"ה חולק כיון דכבר חשיב תחת שליטתו של הבעלים, ושוב חשיב ברשותו דלדעת הרז"ה רק שליטת אחרים מגרע, לא הקניני גזילה עצמן.

¹⁰ והיינו דודאי עדיף טפי מגנב שמוכן להחזיר דלא מיקרי דחשיב כבר שיש שליטת אחרים.

¹¹ רק דלפי הרז"ה אכתי חולקים הבבלי וירושלמי האם שליטת אחרים מגרע או שצריך שליטת עצמו באופן חיובי, אכן כו"ע מודי דמישך שייכא לגדרי שליטה ולא לקניני גזילה.

¹² ועיין בדברינו באמרות אברהם – זרעא קיימא מעש"ש [פרק א' משנה ב' ענף ד'] שדחינו את הראיה של האחרונים עפ"י דברי האו"ש [גו"א פ"ו הלכה י"ד] שלמד שזה דין מסויים בפדיון מעשר שני דבעינן שיהיה תחת שליטתו.

¹³ ובאופ"א יש לבאר את הירושלמי דלשיטתו מוכרח דלא סגי בזה שאין רשות אחרים עליו אלא דבעינן גם שליטת עצמו, וכדחזינו בגג שאינו מבוצר [דליכא דשליטת אחרים ורק חסר בשליטת עצמו], דאז שפיר איכא למימר דקס"ד דגם בדין שליטה חסר בשומר, שהרי סו"ס חסר בשליטת עצמו לגמרי, וזהו שתי' בירושלמי שכיון שהוא שומר עבור הבעלים, הרי"ז כשליטת עצמו, דלא דנים את השומר כמישהו אחר ששומרו, אלא דידי כיד בעה"ב, ודו"ק.

אינו ברשותו דנתחדש בקרא ד"ואיש כי יקדיש את ביתו" ולמה לא הק' המאירי מכאן, וכמו"כ ק' על הק' שיטה מכאן, וע"ד זה יש לתמוה נמי בדברי התוס' [ב"מ ו']. דלא הביאו הוכחה מהמשנה כאן בריש המפקיד, וכבר הבאנו דהתוס' בשאר מקומות דימו את שני הנדונים, וצ"ע.

וע"ד זה יש לתמוה עוד על היש"ש בב"ק, שסובר דבשואל אין המשאיל יכול להקדיש, דזכות השואל עושה שהחפץ יהיה אינו ברשותו, וכאן בסוגי' מבואר דשואל נמי זוכה בכפל, וכבר הק' כן בקצוה"ח [סי' רי"א ס"ק ב'], דמבואר מהסוגי' דקני כפילה¹⁴, ומכל הנ"ל נראה מוכרח שיש לחלק בין שני הנדונים, ועיין בזה בהערה¹⁵ שיישבנו את הדברים, ועיי"ש שהוכחנו עוד דאיכא שני דינים של אינו ברשותו, [מצד שליטה ומצד קנינים], וכנתבאר לעיל בירושלמי וברמב"ן.

פרק ב'

תוספת דברים,

וביאור הקס"ד דבית השומר אינו בית האיש

ושאני בזה טוט"ג.

מתמה טובא בכל הקס"ד למעט בית שומר מלהיות בית האיש, הא קרא קאי בבית שומר.

הדרנא לקס"ד דרשות שומר אינו בית האיש, דלכא' זה תמוה מאד, שהרי מפורש בקרא דאיכא חיובא דכפל מבית השומר, דקרא מיירי בטוען טענת גנב, וקשה על התוס' דאיך קס"ד דבית השומר אינו בית האיש, ובאמת דכן הוכיחו התוס' שם במרובה, ולפי"ז איך אפ"ל דזהו החידוש במשנה דמקרא מלא הוא, ואף שהרבה משניות מביאות דינים שמקורם בתורה אכן הכא היה קס"ד למשנה שבית השומר אינו בית האיש – וזה לא יתכן דמיניה וביה מוכרח שאינו כן – דהא עד כמה דידעינן שיש פסוק וגו' כ"ד בית האיש' הא מיניה וביה מבואר בקרא דקאי בשומר, וצ"ע עיקר הק' קס"ד דין ודברים של התוס', ומה שייך שמשנה יבא להוציא מטעות כזו.

ועוד דתמוהין דברי הירושלמי וכן דברי הפנ"י, [אכן בריטב"א הי' לא קשה כ"כ דעיקר קושיתו הוא מ"ש שומר מגנב, והיינו דשוב נוכיח דגם גנב מיקרי בית האיש, אכן לירושלמי ופנ"י צ"ע] – ועיין בהערה¹⁶ במה שיש לצדד בזה.

¹⁴ והקצוה"ח הוכיח זאת מה'תיקו', וכתבו ברי"ף ורמב"ם שחולקים הבעלים והשואל, ולא הוכיח כן מהסוגי' [ל"ד]. דכתוב מפורש שיש נידון אי מקנה כפילה לשואל או לא, וצ"ל דעל הצד שאינו מקנה אינו ראי' שהכפל לבעלים, שאה"נ אפ"ל שפטור, וממה ששואל מקבל אינו ק', דכלפיו ודאי חשיב כגונב מבית האיש אחרי שהקנו לו שעה לפני הגניבה.

¹⁵ והיינו כך, דאף דהגמ' מוכיחה במרובה דנתמעט בית הגונב מגניב ה"ה דנתמעט מהקדש ומכרה, אכן להיפך מדלא נתמעט בית השומר מגניבה אינו ראי' דלא נתמעט מהקדש ומכירה, ובביאור הדברים נראה עפ"י מה שביארנו דלרמב"ן איכא ב' דינים של אינו ברשותו, וכן הוכחנו נמי מהירושלמי, דין שליטה ודין קנינים, ויש מקום לחדש דשני דינים נפרדים נינהו, וי"ל עוד דבפטור כפל דוקא חיסרון שליטה מעכב ואין דין דקניני גזילה מעכב, ורק בדין אינו ברשותו בהקדש איכא שני דינים, וכל הדמיון בסוגי' בב"ק הוא בדין אינו ברשותו מצד חיסרון שליטה, ולא מצד קניני גזילה, כן היה אפ"ל לשי' המאירי והיש"ש והתוס' בב"מ.

ולדבריהם יתחדש דגנב שרצה להחזיר, דיש קנינים אכן לא חסר בשליטה, שאז אין חלות הקדש [דקנינים מעכב], אבל אכתי יש חיוב כפל [דהכא העיקר הוא השליטה].

והסברא בזה י"ל כך, דהנה יש ג' דרכים ביסוד הדין פטור כפל, א' הקצוה"ח למד שפטור לגמרי מכל חיובא דגנב וגזלן, וחיוב רק משום מזיק, ב' האו"ש גניבה [ג' - ב'] למד שהוא פטור כפל גרידא, וקרן חייב מצד גנב וגזלן, ג' הגרי"ז [שיעורי הגרש"ר ב"מ סי' ל"ח ששמע מגרי"ז] והחזו"א [ריש מרובה] למדו דקרן חייב משום גזלן ולא מצד גנב, והביאור בזה דחסר במעשה גניבה, ובגזילה לא חייבים על המעשה גזילה, ומעתה י"ל דרק חשיב מעשה גניבה כשגונב חפץ שיש אפשרות לבעלים לשלוט בהם והגניבה לוקח ממנו גם את שליטה, אבל דבר שבלאו הכי לא שולטים בו אין כאן מעשה גניבה, אבל קניני גזילה דאחרים לא מעכבים את המעשה גניבה.

ולפי"ז בשומר, י"ל דקניני שומר מעכבים אבל שליטה יש כאן הילכך מצד א' יתכן דלא שייך להקדיש ואעפ"כ יש כפל, דקנינים רק מעכבים את החלות הקדש ולא את החיוב כפל, וא"ש הכל, והיש"ש ס"ל דשאני קניני שומר שלא מעכבים מקניני שוכר ושואל, שקניני שומר הם קניני שומר שסופם רק עבור הבעלים, אכן שוכר ושואל, יסודם אינם עבור הבעלים שיש לו זכויות שלו עבור עצמו להשתמש בהם, וזה מגרע.

¹⁶ וחשבתי לומר דכיון דקרא מיירי בטוט"ג והיינו שהוא עצמו גנב, שוב י"ל דאף דהוא גנב מבית שומר וזו אמנם סיבה שלא יתחייב כפל, אכן י"ל דכיון דפרשה מחודשת היא בלאו הכי שהרי מהני בלי מעשה גניבה, וא"כ י"ל דדוקא כשצריכים מעשה גניבה איכא חיסרון שאינו מבית האיש אבל טוט"ג שבלאו הכי א"צ מעשה גניבה, שוב ליתא להך חיסרון, אכן נראה לבאר את הדברים בתוספת ביאור.

מבאר דיסוד דינא דטוט"ג שהכל תלוי בדין 'כי יתן' שיש נתינה לשומר בתורת קרקע ובתורת קטן וזה פוטר את הדין טוט"ג גם אח"כ.

ונקדים, שיש לעיין, דמה שורש הדין של טוט"ג, האם נתחדש תשלומין נוספים בפרשת שומר או לא אלא שזה דין גנב ועוד אופן של גנב, ועיין בדברינו באמרות אברהם [מרובה סימן ג'] שהבאנו ראיות לכאן ולכאן.

והבאנו בזה את דברי הברכ"ש [ב"ק סימן מ'] בשם הגר"ח שהגדר בזה הוא שהוא גנב מחודש מפרשת שומרים, הבאנו לשונו בהערה ¹⁷, והברכ"ש ביאר בזה דין מחודש ברמב"ם.

דמבואר ברמב"ם גניבה [פרק ד' הלכה ט'] דקטן שנתן פיקדון ונתגדל ותבע וטען השומר טענת גניבה, דפטור, דממעטינן נתינה דקטן מתורת שמירה, ד"כי יתן איש כתיב", ומכאן מוכח שאינו גנב פשוט, דאי היה גנב פשוט א"כ ודאי דאיכא גניבה ויש כפל, שהרי כעת בשעת הכפירה ותביעה שהיא שעת הגניבה הרי הוא גדול, וע"כ דמדיני שומרים הוא, וחסר בדיני שמירה בחפץ של קטן, והעיר בברכ"ש [שם] דאיכא סתירה ברמב"ם מיניה וביה, דמצד אחד מבואר שהמיעוט הוא מהלכות שמירה ולכן מיעוטו קטן, וקשה דבהלכות שמירה מפורש ברמב"ם [שכירות פ"ד הל' ז'] דקטן יכול להיות מפקיד, והרי הוא שומר לקטן וחייב לו שבועה וחייב לו את כל ההלכות שמירה, ומאי שנא דין טוט"ג משאר דיני שמירה, וע"כ דמדיני גניבה הוא, וצ"ע.

ומכאן הוכיח הברכ"ש שטוט"ג הוא גנב מחודש מפרשת שומרים, ולכן קראו הרמב"ם גנב אף דמצד שני יש לו פטור מצד הלכות פקדון, אלא שהוסיף בזה, שבפקדון עצמו יש דין הפקדה במסויים כלפי הך דין טוט"ג, ועיין היטב בלשון הברכ"ש שכתב שעיקר האי דינא חיילא על ידי 'נתינה מסוימת' לענין הך דין מסויים של טוט"ג - עיין לעיל בהערה שהבאנו לשונו - והכא איכא מיעוט לקטן, דאף דקטן אית ליה נתינה והפקדה לכל שאר דיני שומרים - [עכ"פ לדעת הרמב"ם, ורבותיו חולקים] - אכן בדין זה יש נתינה לגבי טוט"ג ובנתינה הזו נתמעטה טוט"ג.

ובביאור דבריו נראה שמלבד מה שה'כי יתן' מחילה כל דיני הפקדון ע"י נתינה, עוד נאמר דין מיוחד ב'כי יתן', שהדין טוט"ג מתייחס להך 'כי יתן', ועל ידו ומכחו חיילא הגניבה שבטוט"ג, וה'כי יתן' קובע את הדינים והגדרים של הטוט"ג שכל הגניבה של הטוט"ג רק חשיבי כגניבה עד כמה שנעשה מכח ה'כי יתן' ועד כמה שהוא מתייחס ל'כי יתן', וכן היה נראה יותר מדברי הברכ"ש שכותב - "דהיינו ד'דין נתינתו' אם טוט"ג חשובה זו גניבה" ודו"ק - ועיין בהערה ¹⁸ במה שיש להעיר בזה על הירושלמי.

ונראה עוד - דיעויין בדברי התוס' בריש מרובה שקבלת שמירה על מחובר לקרקע ושוב תלוש וטוט"ג בתלוש, שזה מיקרי גנב במחובר לקרקע, ויש פטור של מחובר לקרקע, וזה תמוה, הרי כל הדין גניבה שלו מתחיל בטענת גניבה, וזה בתלוש, ועיין בקובש"ע [שם].

ונראה שהביאור על פי הנ"ל, שכמו ש'כי יתן' של קטן מגדיר את כל הטוט"ג שהוא כנגד קטן ולכן נתמעט מדין 'כי יתן' בעצם זה שקטן נתן, ולא דנים בזמן הטוט"ג עצמו אלא בזמן ה'כי יתן', כיון שכל הטוט"ג נעשה מכח ה'כי יתן', ואז הוא היה קטן, כמו כן ה'כי יתן' של קרקע מגדיר את כל

¹⁷ וז"ל הברכ"ש "דהנה גניבה זו דטוט"ג הרי היא גניבה מחודשת, וצוללים באוזני דברי מו"ר בשיעוריו שאמר דגניבה זו היא גניבה מחודשת, ונראה בעז"ה דגניבה זו היא דין בשומרים, משום דגניבה הוא דוקא ע"י איסורא אתי ליד' והכא הא בהיתירא אתי ליד' וליכא גניבה, אלא דגז"ה הוא שתהיה זו גניבה אם טוט"ג, ונראה דהוא דין בשומרים, דמה דהוי זה גניבה הוא גז"ה דע"י דיני שמירה דהיינו דדין נתינתו אם טוט"ג חשובה זו גניבה, ונמצא דיש בדיני שומרים שני דיני חיובים א' דין חיוב שומרים בעצם ב' דין חיוב שומרים שחל לעניין [זה] שאם נעשה שומר וטוט"ג נעשה גנב לענין שבועה וכפל, וע"כ באה התורה למעט קטן מדין זה של שמירה, נהי דעדיין לא נתמעט כלל וכלל מדין השמירה לעניין התשלומין, מ"מ נתמעט מזה הדין של שמירה שהידיעה התורה דשמירה מחייבת שבועה וכפל, וזהו שהרמב"ם סובר שבא הגז"ה כ"ל למעט קטן מדין נתינתו שמחייבת שבועת השומרים וכו' וממילא הוי כלא נתנו וליכא הך חידושא דיתחייב שבועה וכפל וממילא אינו גנב דהא בהיתירא אתא לידיה ואינו גנב כלל", עכ"ל.

¹⁸ והעירני תלמיד אחד דלפי הרמב"ם שיש הפקדה על ידי קטן לענין כל דיני שומרים, א"כ אדרבא מוכרח שמתנתו מתנה והיינו שיש לו כח נתינה על הזכויות הללו, וזה נגד הירושלמי שחידש שאין מתנתו מתנה ממה שאינו יכול להפקיד - וזו טענה אלימתא.

הטוט"ג שהוא בקרקע אף שהטוט"ג מצד עצמו היה בקרקע, שהטוט"ג הוא גניבה רק מכח ועל ידי ה'כי יתן', וכאילו שה'כי יתן' מצטרף לגניבה שבטוט"ג לקבוע את הדינים שלו.

ביאור למה יש מקום לדון למה הגזילה של טוט"ג היא גזילה מבית הבעלים ולא מבית השומר.

ועל פי כל הנ"ל נראה שמובן נמי למה היה שייך טעות לומר שבית שומר אינו בית האיש ושאינו טוט"ג שיתכן שדנים את הגזילה כאילו שהיא מתייחסת לבית של האיש שמהבית ההוא נלקחה לפקדון.

והיינו שאחרי דברי הברכ"ש יש מקום לדון האם הגניבה של טוט"ג היא גניבה שמתייחסת לבית השומר או גניבה שמתייחסת לבית המפקיד, שאף שהטוט"ג עצמו היה מבית השומר ולא מבית המפקיד, אבל ה'כי יתן' היה מבית המפקיד [לבית השומר ולא היה כאן 'כי יתן' מבית השומר] ויש להסתפק האם דנים את הגניבה כגניבה מהך בית שבו נעשה הטוט"ג עצמו או מהבית שממנו נעשה ה'כי יתן', ובזה הסתפקו הירושלמי והתוס' וכו', ודומה למחובר לקרקע ולקטן, ודו"ק.

והעירני תלמיד אחד דלפי"ז בטוען טענת גנב באבידה – והיינו שמכח היותו שומר באבידה טוט"ג, ע"כ צ"ל שכל הך 'כי יתן' נתחדש במינוי של התורה להיות שומר על אבידת חבירו, אכן אי אבידה מיקרי אינו ברשותו, [וכבר דנו בזה], אז נמצא שהטוט"ג היה מכח הך 'כי יתן' שחידשה התורה וזה מתייחס למצב של אינו ברשותו – ודו"ק.

אולם נראה שאינו כן שהרי יש מינוי שמתחדש כל רגע וממילא שהדין 'כי יתן' מתחדש כל רגע – וכידוע מהגאון ר' מאיר שמחה שדחה את ספקת הגר"ח בבעליו עימו בשומר אבידה [ביחס לסוגי' בהשואל] כיון שהמינוי מתחדש כל רגע ואז לא היה בעליו עימו – וה"ה הכא איכא הפקדה של התורה מכח הרגע הקודם שאז היה שומר עליו והיה ברשותו – ואדרבה – הכא פשוט דמיקרי בבית האיש.

וע"ע בהערה ¹⁹ תוספת ביאור בכל הנ"ל על פי מה שנתבאר שיש מושג של רשות שומר שזה עצמו נהיה לרשות גנב בטוט"ג.

¹⁹ ונראה לבאר את הדברים ביותר עומק:

והוא – דנתחדש בטוט"ג גניבה מחודשת שהתוכן שלה הוא שהוא עוקר את כל הרשות שומר, דבטוט"ג התורה מתייחסת שכל ההחזקה מהיום דיינינן ליה כאילו דמתחילתה היתה כהחזקה בתורת גנב, והיינו שהרשות שומר נהפכה לרשות גנב, ועד כמה שהרשות שומר היא רשות של מחובר לקרקע כמו כן הרשות גנב.

ונסיף בזה ביאור – הרשות שומר נהפכה לרשות גנב – וביאורו כך: הרי הברכ"ש הוכיח ברמב"ם שיש מיעוט של נתינה של קטן לשמירה [איש כי יתן] שאינו מיעוט בעיקר הפרשה של נתינה לשמירה, והיינו שגם קטן שמוסר לשמירה חל דין שמירה, אבל המיעוט הוא מיעוט במסויים כלפי הדין הזה, והיינו שלא נהיה לגנב ע"י פרשת שומרים לחיובא דכפל במסירה כזו, הרי לנו שיש חלות דין מסירה לשמירה כלפי הדין המסויים של טוט"ג, והביאור, שכל הרשות גנב היא רשות מחודשת של גנב שחלה כאן ע"י פרשת שומרים, ויש לומר שהרשות גנב היא מיתלי תלי ברשות שומר, ובאותה דרגא ועד כמה – שיש כאן רשות שומר הוא דאיכא הכא רשות גנב מחודשת מפרשת שומרים, ולכן אי היתה כאן רשות שומר שחלה על ידי מסירה לקטן שוב גם הרשות שומר שחלה מכח היא גם רשות גנב שחלה מכח מסירה לקטן, דמיתלי תלי זב"ז, ועל זה קאי המיעוט.

ודברי התוס' במחובר מתבארים ע"ד זה, שכיון שהמסירה לשמירה היתה מסירה בתורת קרקע, וכך חלה הרשות שומר, א"כ גם הרשות גנב שחלה מכח חלה מכח מסירה של קרקע, וחל בגניבה המחודשת הזו דין גניבת קרקע, ודו"ק.

למדנו שהגדר של הגניבה הזו הוא שהרשות שומר נהפכה לרשות גנב – ומעתה יש לומר, דמתי אפ"ל שקניני גזילה וקניני שומר מעכבים את המעשה גניבה, היינו דוקא כשראובן גונב חפץ של שמעון שיש עליו קניני גזילה או קניני שומר של לוי, אבל כשהגנב קניני שומר עצמם הם הם שנהפכו לגניבה עצמו, שוב ליכא חיסרון, והכא הקניני שומר עצמן נהפכו לגזילה, ודו"ק.

ובתוספת עומק: כמו שהרשות גנב מתייחסת לרשות שומר כלפי המסירה לשמירה, ולכן חשיבא כגנב קרקע וכגנב מקטן, אף דבזמן הגניבה עצמה כבר היה גדול וכבר היה מטלטלין, דהכל נמדד כלפי המסירה בתורת שומר, כמו כן הכא דיינינן לגניבה כאילו היתה מרשות של הבית של המפקיד כמו שהמסירה לשמירה היתה מבית זו, ודו"ק היטב כי עמוק הוא.

[ויש להעיר, דכל זה אי ננקוט דהקניני גזילה מעכבים, אבל אי יש דין חיובי דבעינן גניבה משלו וברשותו צ"ע].

ה'כי יתן' מחיל כאן רשות והחזקה וזכויות של שומר, והגניבה נעשה מכח הנך זכויות להשוותם לזכויות וקנינים של גנב, וזה הביאור והגדר ב'בהיתירא אתי' ליד' – ודברי הגר"ח בזה.

ונראה שכתוב כאן דבר עמוק – הרי הבאנו מהירושלמי במעש"ש [פ"ד ה"ג] שמתנת איש מתנה ומתנת קטן אינה מתנה, ודין זה למדנו מקרא דכי יתן איש, והוכחנו מהכא שאף שהפסוק איירי בדיני פקדון שאין הפקדתו הפקדה לחייב בדיני שומרים ומה זה ענין למתנה של הקנאת ממונו לחבירו במתנה, אכן למדנו מהכא ש'הפקדה' פירושו הקנאת זכויות בפקדון לחייב בהם את השומר, ודו"ק.

למדנו א"כ דהך 'כי יתן' שזה עיקר ההפקדה מתייחס לכל דיני שומר, אכן לעיל למדנו חידוש בדין 'כי יתן', שהדין טוט"ג מתייחס להך 'כי יתן', ועל ידו ומכחו חיילא הגניבה שבטוט"ג, וה'כי יתן' קובע את הדינים והגדרים של הטוט"ג שכל הגניבה של הטוט"ג רק חשיבא כגניבה עד כמה שנעשה מכח ה'כי יתן' ועד כמה שהוא מתייחס ל'כי יתן'.

ואחרי כל הנ"ל למדנו את גדר הדברים – והביאור כך:

ה'כי יתן' מחיל כאן רשות והחזקה וזכויות של שומר, והגניבה נעשה וחלה מכח הנך זכויות להשוותם לזכויות וקנינים של גנב – ונמצא שכעת הוא ממשיך את ה'מצב' הקודם, הוא ממשיך את ה'החזקה' הקודמת, הוא ממשיך את ה'רשות' הקודמת – אלא שהוא ממשיך את הכל בצורה אחרת ובגדרים אחרים, מקודם הוא החזיק בתורת שומר וכעת הוא מחזיק בתורת גנב.

אין זו התייחסות בעלמא ל'כי יתן', אלא שה'כי יתן' מחיל את הזכויות וההחזקה שמכחם חיילא כל הגניבה שבטוט"ג, ולכן דיני הגניבה שיש בטוט"ג נקבעים כפי ה'כי יתן'.

שוב יצא לאור הגר"ח החדש [הוצאת מישור] ומצאתי בב"ק [ק"ו:] שג"כ הביא את הירושלמי במעש"ש ב'כי יתן' שמחיל רשות שומר וזכויות של שומר, וג"כ ביאר דרך מכח הנך זכויות חיילא דינא דטוט"ג, אלא שהוסיף בביאור הדברים דבאמת חסר בקניני גזילה בזה שהוא לא עשה מעשה קנין ולזה מהני ה'כי יתן' להשלים בזה, ושמחתי שכיוונתי לעיקר דבריו, אלא שהשלמת הדברים השלים באופן אחר קצת עיי"ש היטב.

ועיין עוד בהערה ²⁰ מה שנתבאר בזה בדין היתרא אתי' ליד', שממש מוכרח שכל היסוד כתוב בדברי הגמרא שאמרו שחלוק טוט"ג מכל גנב לגבי בהיתירא אתי' ליד'.

²⁰ דהנה עיין בדברינו במרובה שנתבאר שהחידוש בטוט"ג הוא דבהיתירא אתי' ליד' וקשה דאיזה נפ"מ איכא במה שהיה אצלו פקדון בהיתירא להגניבה של הטוט"ג, דגניבה זו היא גנבה של איסורא מתחילתה ומה שהיה שומר בהיתירא על הפקדון לא שייך להחזקה של גניבה שבו שהיא באיסורא, והוספנו – שהרי פשוט שמי שהניח ממונו בחצר חבירו שלא בתורת שומר – שאם בעל החצר יגנוב את הממון ההוא דפשוט דלא מיקרי גניבה של בהיתירא אתי' ליד', דסו"ס מתחילת הגנבה היה איסור, ומה אכפת לן מה שהיה קודם, ומאי שנא שומר שאינו כן.

והתשובה – כל הגניבה וכל ההחזקה של גנב בטוט"ג היא מכח ההחזקה הקודמת, מכח הקנינים הקודמים ומכח הרשות הקודמת, הוי אומר שהך "אתי' ליד'ה" של שומר היא היא הך "אתי' ליד'ה" עצמו של גנב – 'החזקה' – 'קנינים' – 'רשות' – זה התוכן והגדרה של הך "אתי' ליד'ה", וזה ממשיך ומשתנה ומתהפך בטוט"ג, ובזה הוא גנב, הרי לנו 'כי יתן' שמתחיל את הרשות שומר ונגמר ברשות גנב.

סימן ב'

הערות בפשט במשנה

ובתחילת הגמרא.

פרק א' הערות בפשט במשנה ובתוס' < ביאור החידוש בלשון התנא "נמצא הגנב משלם תשלומי כפל". < ברש"י בד"ה ולא רצה לישבע, [בדין שבועת אינו ברשותו]. < הערה ברש"י בד"ה למי שהפיקדון אצלו. < בדברי הפנ"י בחידוש הסיפא "דנשבע ולא רצה לשלם", דתלוי אי הוי בע"ד או לא. < בדברי הפנ"י שיש לדון הכא מצד חידושו של רב [ב"ק ק"ו] בדין "ולקח בעליו ולא ישלם" דשומר שנשבע על פיקדון בשקר, דקנאו בשבועה אף כשיבואו עדים. < הערות בתוס' ובמהרש"א בדין טוט"ג באבידה. < ב' דרכים בביאור כוונת התנא בלשונו "ונגנבו או שאבדו". < הערה בתוס' באוקימתא דהמשנה מיירי בבאו עדים. <

פרק ב' הערות בגמ' וברש"י. < הערה בסברא ד"משום דנפיש טירחיהו". < הערה בלשון הגמ' "נפיש כיפלייהו", וביאור הקס"ד דכיון דמשלם דו"ה דשוב לא מקני כפילא, ולמדנו דדו"ה הוא הגדלת התשלומי של 'כפל'. < כמה הערות בדברי רש"י בתחילת הגמ'. < בגמ': "מי יימר". < ברש"י ד"ה והא אא"מ דבשלב"ל, ובסתירה ברש"י אי מקנה לו המעות או החוב של הכפל, ואי שייך הקנאת פרה למעות דכפילא. <

פרק א'

הערות בפשט במשנה ובתוס'

ביאור החידוש בלשון התנא "נמצא הגנב משלם תשלומי כפל".

החידוש של המשנה הוא שהכפל שייכת לשומר היכא דשילם אף דלאו פרה ידידה הוא, וע"כ משום דהקנה לו פרתו, ועל זה דנו בגמ' איך [באיזה קנין] ומתי [למפרע לפני הגניבה או למפרע בתחילת השמירה], ובאיזה אופנים ובאיזה שומרים חיילא דהך הקנאה, ולענין מה הקנה לו את הפרה, וזו כל הסוגי'.

אכן מהפשטות בלשון התנא "נמצא הגנב משלם תשלומי כפל" היה משמע שאגב חידוש דין זה שמענו חידוש נוסף, והוא שעצם זה שהגנב חייב כפל הוא גם חידוש, וזה תמוה, דמהיכי תיתי לפוטרו.

ושמעתי מבארים שיש חידוש בחיוב כפל על חפץ שנגנב מבית השומר שהרי בחפץ שנגנב מבית הגנב ליכא כפל דדרשינן "וגונב מבית האיש, ולא מבית הגנב", והיה מקום לומר דגם בגונב מבית השומר לא חשיב מ"בית האיש", וליכא כפל כלל [ושוב אין כפל להקנות לשומר], וזהו החידוש כאן במשנה דיד שומר כי כד בעל הבית ושוב חשיב כבית האיש, והיינו ממש כדהבאנו לעיל [סימן א'] בשם הפנ"י לבאר את עיקר החידוש של הסיפא.

אולם זו טעות, [ורק בסיפא ניתן לפרש כן כהפנ"י, ולא ברישא], דהנה, מבואר בסוגי' דהשומר לא קנה את הכפל עצמו מבעל הבית בזמן ששילם עליו, אלא שכששילם עליו אז אמרינן שבאמת הוא כבר קנה את הפרה עצמה למפרע לפני הגניבה, [דאמדינן דעתם בזה], וא"כ איתברר דהגניבה עצמה היתה גניבה מהשומר, ושוב לא שייך מיעוטא דבית האיש ולא מבית השומר, דאדרבא השומר עצמו הוא האיש, וביתו הוא "בית האיש", דכלפיו הגניבה היתה שלו וברשותו בשעת הגניבה, ושוב ליכא חידוש דבית שומר חשיב כבית האיש, ופשוט.

ובאופן אחר שמעתי, דקמ"ל התנא דאין הגנב יכול לטעון שמא השומר שלח בה יד לפני הגניבה, ושוב הו"ל גזלן, ושוב הדרא לן הפטור של "וגונב מבית הגנב ולא מבית האיש", וזה חידוש התנא דליכא טענה כזו, והסברא בזה [למה באמת ליכא טענה כזו] הוא משום דאף דהבעלים עצמם יכולים לתבוע מהשומר שבועה שלא שלח בה יד, אכן סו"ס אין כאן ספק אמיתי [אולי הוא באמת שלח בה יד], דרק בהלכות שומרים יש דין לברר ספק זה כלפי המפקיד, ולולי חיוב זה למה לחשוש לזה, ונמצא דכלפי הגזלן ליכא סיבה לחשוש לזה, ושוב א"י הגזלן לטעון אולי השומר שלח בה יד, וע' נתה"מ [סי' רצ"ד ס"ק ב'] שביאר למה שבועת שליחות יד היא רק גילגול שבועה, והיינו משום שהיא טענה רחוקה.

והיה מקום לדחות דפשיטא, ולמה ליה לתנא לחדש דין זה, שהרי באמת אין כאן סיבה להסתפק, דמהיכי תיתי להסתפק אולי הוא גנב או שלח בה יד, אכן נראה שבאמת יש כאן סיבה להסתפק, שהרי הקשה הסמ"ע [סי' רצ"ה ס"ק ב'] דלמה אינו רוצה לישבע, הא ממילא חייב לישבע שבועת אינו ברשותו, וביאר הסמ"ע דהסיבה שהוא באמת לא רוצה לישבע הוא משום שהשומר חושש

על עצמו שמא שלח בה יד, ואחרי דברי הסמ"ע א"ש טפי למה יש קס"ד להסתפק שמא שלח בה יד, שהרי יש לנו סמוכין לזה ממה דלא נשבע שמא שלח בה יד, ושוב א"ש חידוש התנא.

אולם גם מהלך זה הוא טעות מאותה סיבה, דכיון שהוא קנה את הפרה למפרע לפני הגניבה, א"כ איתברר שהוא הבעלים שממנו גנבו, ואף אי שלח בה יד לפני כן והיה גנב על זה לפני כן, אכן זה ברור דבשעת הגניבה הפרה היתה כבר של השומר, וגנבו את הפרה מהשומר, ולא שייך בזה שום פטור, [ורק אי לא היה משלם אז לא היה קונה ואז היה חשיב כשולח יד והיה ירא לישבע על זה, ופשוט]²¹.

אולם האמת הוא דכל זה תלוי בפלוגתת הראשונים האם למסקנה הוא הקנה לו את הפרה עצמה או שהוא רק הקנה לו את הפרה לכפילא [וכדיבואר להלן סוף סימן ב' דנחלקו בזה הרמב"ם והתוס'], דאי נימא שהוא רק הקנה לו את הפרה לכפילא [כהרמב"ם], ועוד נוסף בזה דהגדר בפרה לכפילא אינו שהוא מקנה לו את כל הפרה לגמרי לענין חיובא דכפילא [וכדנקט רעק"א וכן הפשטות], אלא דהגדר בזה הוא שהוא מקנה לו את הכפילא ע"י הפרה, [וכדיבואר כל זה להלן], אז הוא דאיכא למימר דלפי הך צד יש מקום לדון וליישב כנ"ל.

ברש"י בד"ה ולא רצה לישבע, בדין שבועת אינו ברשותו.

עיין ברש"י [ד"ה ולא רצה לישבע] שהשמיט דין שבועת אינו ברשותו, וע' במהרש"א דשבועת אינו ברשותו ודאי ישבע, וכ"ה בנימו"י, וכן מפורש ברש"י להלן [ל"ד: ד"ה משביעין] דכתב דאמתני' קאי, ועיין בפנ"י שרצה לפרש את דברי רש"י עפ"י התוס' דמירי הכא שיש עדים על עיקר הגניבה, ושוב פשיטא דא"צ לישבע שא"ב, ודבריו נסתרינן מרש"י להלן, שו"ר בריטב"א הח' שבתוך דבריו משמע שלמד את שיטת רש"י עפ"י התוס', ולהלן [ל"ד: ד"ה] פ"י דמתני' קאי גם בעדים וגם בלי עדים, וכשיש עדים א"צ שבועת אינו ברשותו.

עכ"פ – איך שנפרש את הדברים – אבל זה הרי ראינו שיש אופן ברש"י במשנה שמשלם ונשבע שאינו ברשותו, וא"כ צ"ב דמה מרויח אי בלאו הכי צריך לישבע, ונקדים בזה דבאמת צריכים לדעת דמה"ת איכא ג' שבועות, ע' לעיל [ו']. ואחד מינייהו הוא שבועת אינו ברשותו, אבל כשמשלם אז מה שנשבע שא"ב הוא כבר מדרבנן, ויש רק שיטה א' בראשונים [הובא שם במאירי] שזה עדיין מה"ת.

ולפי"ז להנך דס"ל שהוא מדרבנן י"ל שאינו רוצה שבועה דאורייתא, וכן הוא במאירי כאן [בד"ה ונשוב], ובאופ"א פ"י שרוצה למעט בשבועות²².

ויש לעיין דלמה אינו רוצה שבועה מה"ת דהא להלן כ' המאירי דהך שבועה אף אי הוי מדרבנן אכתי איתא בנקיטת חפץ, וכ' דכל הנפ"מ בלא רצה לישבע אי נחתינן לנכסיו או לא, ולפי"ז הכא שבלאו הכי משלם, הרי אין על מה לרדת לנכסיו, וצ"ע כעת.

ובאופ"א הבאנו כבר מהסמ"ע [סי' רצ"ה ס"ק ב'] שת"י דכלפי פשיעה ושליחות יד הוא בעצמו חושש שאולי סו"ס פשע ושלח בה יד, ורק בשבועת אינו ברשותו הוא יודע בבירור, ולכן לא אכפת ליה לישבע.

הערה ברש"י בד"ה למי שהפיקדון אצלו.

כתב רש"י שקנה "כל תשלומיה", ויש לעיין, דהא מבואר להלן [ל"ה] שהוא קונה גם יוקר שאינו "תשלומיה", ויותר הול"ל שהוא קונה "שבחא דאתי מעלמא", ועוד יש לעיין דאיזה תשלומין נוסף איכא חוץ מכפל, ואולי כוונתו לדו"ה.

בדברי הפנ"י בחידוש הסיפא "דנשבע ולא רצה לשלם", דתלוי אי הוי בע"ד או לא.

ע' פנ"י שהק' דמהו החידוש בסיפא, ולעיל הבאנו מהלך עפ"י מה שיש להסתפק דאולי לא מיקרי בית האיש וליכא חיובא דכפל כלל, והארכנו בזה.

²¹ עוד יש להעיר דלולי כל זאת אכתי קשה, דלמה צריכים להדגיש דאיכא כפל, הא זה ידעינן מעצם הדין במשנה שיש כפל.

²² ונראה דהוצרך לזה לפי השיטה שזה מה"ת גם באופן שיש עדים.

עוד תירץ הפנ"י דקס"ד דאין הבעלים בע"ד בכלל לתבוע מגנב, דלאו בע"ד ידידי הוא, וזה צ"ב דמהיכי תיתי לומר כן, הא ממון ידידיה הוא ומה אכפת לן שלא היה ברשותו רק ברשות אחר, וכ' דנעשה השומר לבע"ד.

ועצם זה שהשומר יהיה בע"ד, כן נ' דמתבאר מהסוג' ב"ק [ק"ח:] שאחרי השבועה תביעת השומר לגנב היא תביעה לגבי הדין מודה בקנס וחזינן דאכתי שומר הוא לגבי חיובו למצוא את הגניבה, וה"ה כאן י"ל שהוא הבע"ד, אכן לא מבואר למה זה מגרע בבעלים שהוא כבר לא יהיה בע"ד, וצ"ע.

בדברי הפנ"י שיש לדון הכא מצד חידושו של רב [ב"ק ק"ו] בדין "ולקח בעליו ולא ישלם" דשומר שנשבע על פיקדון בשקר, דקנאו בשבועה אף כשיבואו עדים.

עוד כתב שם הפנ"י, דלפי מה שס"ל לרב [ב"ק ק"ו] דיליף מקרא ד"ולקח בעליו ולא ישלם" דשומר שנשבע על פיקדון בשקר, דשוב א"א להוציאו ממנו, דקנאו בשבועה, דשוב י"ל דקס"ד דה"ה כאן ישלם הכפל לשומר כיון שנשבע, וקמ"ל דלא קונים את הכפל רק את הקרן, וגם קמ"ל דגם קרן לא קונה רק כשהיה ברשותו ונשבע לשקר, לא כשהיה נאבד ממנו²³, וא"ש החידוש בסיפא.

אולם אין זה פשוט, דיעויין בדברי הגר"ש היימאן [ח"ב סי' כ"ב] שהעיר דדינו דרב לכאן תמוה, דהא יקנה ממון חבירו שהוא בעין ע"י שבועה, ותי' דודאי שאינו קונה את גוף החפץ כלל, רק שבי"ד אינם יכולים להוציאו עפ"י עדים הואיל וכבר קיבל שבועה ממנו, ושוב לא נאמנים העדים נגדו דזהו הגזה"כ בשבועה, ולפי"ז רק באופן שמיירי שם רב שנשבע שאין לו פקדון והעדים מעידין שיש לו, אז מהני השבועה שלא יוציאו ממנו, אבל הוא עצמו חייב להביאו לו דלא קנה את גוף החפץ, וא"כ, בנד"ד שאין שום נידון בין השומר לבעלים על החפץ בעין דלא דנים כלל אי הוי הפיקדון של הבעלים או לא, ורק נשבע להיפטר מחיובי תשלומין, [ולכתחילה לא נשבע לעכב את החפץ אצלו ולזכות בכפל], א"כ פשיטא שלא יקנה הכפל, וצ"ב דברי הפנ"י.

וע"כ נראה דכוונת המשנה לחדש דאיכא בית האיש, וכדלעיל [סימן א'] מהפנ"י, וכדהארכנו בזה.

הערות בתוס' ובמהרש"א בדין טוט"ג באבידה.

תוס' מחקו לשון אבידה "משום דבאבידה ליכא כפל", והק' המהרש"א דשומר אבידה דטוט"ג חייב כפל, ונמצא דמשכחת לה כפל באבידה, ותי' דהלשון "נמצא הגנב" לא א"ש בטוט"ג, והנה כבר חקרו אי טוט"ג דמשלם כפל, אי תשלומי גנב הם או תשלומי שומרים נינהו, ואי תשלומי גנב נינהו אז הדרא קושי המהרש"א לדוכתא, ויש להוכיח א"כ דמדיני שומרים הוא.

אולם לפמש"כ בברכ"ש [ב"ק סי' מ'] – מובא לעיל [סימן א' פרק ב'] – בגדר הדין טוט"ג בשם רבו הגר"ח ["וצוללים באזני דברי מו"ר הגר"ח שאמר בשיעוריו"] דאף אי תשלומי גנב נינהו, אכן אין הטוט"ג גנב פשוט, אלא דע"י פ' שומרים הוא נעשה לגנב מחודש מפ' שומרים שהרי סו"ס בהיתירא אתיא לידיה ולא שייך גניבה פשוטה באופן זה, אלא דשוב מה שמשלם כפל היינו כפל של פרשת גניבה, נמצא שהוא עצמו אינו גנב מפרשת גניבה רק דהתשלומין מפרשת גניבה נינהו, ושוב א"ש תירוצו של המהרש"א דאין זה בכלל "נמצא הגנב".

והיה מקום ליישב קושי המהרש"א אף לאידך גיסא אי טוט"ג הוא גנב פשוט, דלשון המשנה הוא "ונגנבו או שאבדו", ואי טוט"ג הוא גנב ממש, א"כ הרי"ז ב' אופנים של נגנבו, ואין זה בכלל גניבה ואבידה.

וע"ד זה יש לדחות את ראיית האמרי משה [סי' ל"ד ס"ק ד'] מדברי התוס' דאבידה חשיב אינו ברשותו כמו גניבה [והיינו דחסר בתנאי של "וגונב מבית האיש"], דאל"כ משכחת לה אבידה בכפל, שהרי אחרי שנאבד באו וגנבו, וע"כ דאבידה אינו ברשותו, ויש לדחות דא"כ הרי זה תרי גוונא דגניבה ולא גו"א.

²³ ובזה יישב הגר"ש היימאן [ח"ב סי' כ"ב] הא דליכא דינא דרב להלן בשוכר שמשאילה לאחר, כיון דאינו אצלו.

ב' דרכים בביאור כוונת התנא בלשון "ונגנבו או שאבדו".

אולם נראה דזה דדחיה זו תלויה בביאור דברי התנא, דצריכים להבין את כוונת התנא "ונגנבו או שאבדו", ופשוט דנחלקו בזה שני התירוצים של התוס' הכא האם קאי ב"טענת השומר" דכך הוא טוען או דקאי בסיפור דברים, והיינו דעל ידי ה"נגנבו או שאבדו" הגיע הכפל, דאי קאי בטענת השומר א"כ הא סו"ס השומר טוען אבידה, ומה אכפת לן מה שאח"כ היה גניבה הא אין זה ענין לטענתו שהוא וען אבידה דכלפיו היה אבידה וזה פטרו.

ולפי תירוץ התוס' דקאי בידיעה שלנו ע"י עדים, היינו דקאי על הסיפור דברים, א"כ סו"ס הסיפור דברים שהביא בסוף את הכפל היה גניבה, ומה לי דהתחיל באבידה הא סופו הגיע לידי גניבה ומזה הגיע כפל, ולכא' גם לדרך זה בכלל "גניבה" הוא.

אכן זה טעות, שהרי תוס' בתירוץ השני אמרו דכיון דהידיעה היתה אבידה אלא דבסוף נתברר לנו שהיה באמת גניבה דסו"ס זה בכלל אבידה דזה הסיפור דברים שהגיע לידיעת הבי"ד, א"כ ק"ו הוא, דאי היכא דבסוף מתברר שהיה כאן גניבה אכתי מיקרי אבידה א"כ כש"כ כשבאמת התחיל באבידה ורק אח"כ נהיה כאן גניבה דבכלל אבידה היא.

והנה בתוס' ד"ה ונגנבו הקשו דיותר הו"ל לאשמועינן החידוש דאי בעי פטר נפשיה, ונחלקו התירוצים אי זה כוונת התנא או לא, ולת' שני "לא רצה לישבע" היינו לשקר, וכבר נחלקו הרמב"ן והריטב"א בפלוגתא זו, ומדבריהם למדנו דאין כאן ביניהם משמעות דורשים בעלמא [האם לשון נגנבו כולל פשיעה או לא].

דהנה, הריטב"א דחה את הריב"ן דאין לומר דקאי בגניבה בפשיעה דלשון נגנבה לא משמע אלא בלי פשיעה, אולם עיין ברמב"ן שהביא תי' זה והוסיף דמש"כ נגנבה, היינו לומר שיש כפל, ובסוף דבריו הוסיף ואבידה דכתבו משום יוקר, ויישב בזה את קושית התוס' דלעיל דלמה נקטו אבידה דליכא כפל באבידה.

וברור דהתוס' והריטב"א למדו דהתנא קאי בטענת השומר [בלשון "נגנבו או אבדו"], והן הן דברי התוס' שכתבו דהתנא נקט טענת נגנבו או אבדו כיון דרגילין לטעון טענת הפוטרת, ולפי טענתם שפיר טוען הריטב"א דטענת גניבה היינו טענת פטור וע"כ דזה בלי פשיעה, והרמב"ן חולק בזה כיון שהוא למד דהכוונה של התנא לגבי ה"סיפור דברים" והיינו לגבי האפשרות שיהיה שבח דאתי מעלמא ככפל ויוקרא ודו"ק, ולשיטתו פשיטא ליה דכלפי הסיפור דברים שפיר איכללו גם פשיעה²⁴.

והנה יעויין במהר"ם שיף דע"כ דהתוס' בתירוץ א' בד"ה נגנבו קאי כתירוץ א' בתוד"ה המפקיד, דלתירוץ א' מיירי מתני' בטענתו ולת' ב' מיירי בעדות העדים, והנה, לתירוץ ב' באמת י"ל דטוען פשעתי שהרי במשנה לא איירי כלל בטענתו, וע"כ דכל קושי' התוס' מלשון פשעתי רק קאי לפי התירוץ א' דקאי בטענת השומר.

הערה בתוס' באוקימתא דהמשנה מיירי בבאו עדים.

לדרך האחרונה בתוס' איכא חידוש במשנה, דגם כשיש עדים על נגנבה אכתי שייך שבועה דלא היה פשיעה, ודין זה אינו פשוט, דהנה עיין לעיל [ו']. דג' שבועות משביעין אותו מה"ת, לא פשע בה לא שלח בה יד ואינו ברשותו, ואינו ברשותו הכוונה שאינו ברשותו ע"י גניבה, ואידך ב' שבועות שלא פשע ושלא שלח בה יד לומד הרמב"ם [פ"ד ה"א] שהם בגילגול, ולפי"ז כשפטור משבועת אינו ברשותו, שהרי יש עדים שנגנבה, שוב פטור מאידך תרתי שבועות, וע"כ שתוס' ס"ל דג' שבועות כולם אינם ע"י גילגול, וכ"ה שי' רש"י בחומש ד"ונקרב" קאי על שליחות יד, ולא על רישא דקרא, שהר"מ למד דקאי על רישא דקרא דנשבע שנגנב, וכ"ה ברמב"ן שם עה"ת, ודין זה דלרמב"ם פטור בשיש עדים, כן פסק הרמב"ם [פ"ו שו"פ הלכה ג'], וכתב המ"מ דאזיל לשיטתו.

²⁴ ואכתי יש להעיר מלשון הריב"ן בתוס' שכתב "דהנפקד אומר שנגנבו בפשיעה" דמזה נראה דאזיל כתי' א' בתוס' דלעיל דנגנבו ונאבדו קאי בטענת שומר, ודו"ק.

אולם אין מכאן ראיה, שהרי ברמב"ם שם מבאר שיש עדים שלא פשע, והק' הלח"מ [פ"ד ה"א] דפשיעה עצמו הוא רק בגילגול, וסגי בעדים שנגנבה, וא"צ עדים על פשיעה, וביאר בזה בנתה"מ [סי' רצ"ד ס"ק ב'], וכן כתב נמי באהא"ז [פ"א ה"ב ד"ה ונראה], דשבועת א"ב הוא שנגנבה בגניבה הפוטרת, היינו גניבה בלי פשיעה והיא עיקר שבועה, ושבועת שלא פשעתי שאמר הר"מ שמגלגל היינו כלפי פשיעה קדומה שגרמה לגניבה בעקיפין, ורק פשיעה בשעת הגניבה ממש נכללת בעיקר השבועה שנשבע שבאו עליו גנבים אף דהיה שמור, ולא שהכל היתה פתוחה ולקחוה, ומגלגלין עוד דלא היתה פשיעה קדומה שגרמה בעקיפין, והיינו טעמא, דפשיעה קדומה שגרמה הוא חשש יותר רחוקה, וכמו שליחות יד, ותרוייהו מדין גילגול.

לא כן פשיעה בשעת גניבה, שזה צריכים לברר, שזה חלק מעיקר מהמאורע, ונמצא שמש"כ הרמב"ם מגלגלין פשיעה, היינו פשיעה רחוקה, ומ"ש עדים שפשע, היינו הפשיעה העיקרית, עכתו"ד, הרי לנו דלפי הנתה"מ בג' שבועות דר"ה פשיעה היא הפשיעה הצדדית.²⁵

לפי"ז שוב ליכא ראיה מהתוס' נגד הרמב"ם, שהרי כתבו התוס' שיש עדים שנגנבה ולא ידעינן אי פשעו או לא, ולדעת הרמב"ם אכתי חסר בעיקר השבועה, רק כשיבואו עדים שפשע ליכא גילגול, וע' תוס' לעיל [ו']. דמבואר נמי דשבועת פשיעה מגלגלין שליחות יד, וי"ל ששי' כנ"ל.

פרק ב

הערות בגמ' וברש"י.

הערה בסברא ד"משום דנפיש טרחייהו".

הגמ' חילקה דבבהמה נפיש טרחייהו ולכן יש סברא שהוא מקנה את הכפל, וכפשוטו נראה דסברא זו היא דוקא בעשה לו טובה בתורת שומר, ולא בכל טובה צדדית שבמקרה הוא עשה לו, אכן להלן [ל"ד:] מבואר בגמ' דגם מה דאבוהון עשה לו טובה צדדית, בלי שייכות לשמירה, דגם בזה שייך הקנאת הכפל, [עיי"ש ברשב"א לגבי שואל], וצ"ל כך, דאין הסברות הללו "סיבות" להקנאה, שהרי רק בשילם לו הקרן הוא דמקנה לו הכפל, והנך סברות הם רק סיבות שבלעדיהם הוא לא היה חושב להקנות, אבל פשיטא שהוא לא מקנה את הכפל 'תמורת' הנך טובות, [והיינו דרך תמורת מה דלא טרחיה לבי דינא ושילם לו מיד הוא דמקנה לו, והנך סברות צדדיות רק גורמות שהוא ירצה להקנות לו].

ויש להעיר דלפום הך קס"ד, דדוקא בהמה הוא מקנה, א"כ בשואל ובשוכר הוא לא מקנה, דבשואל ובשוכר הוא טורח לעצמו, כן נראה פשוט, ובש"ש יש לעיין דמצד א' הרי משלמים לו בהתאם לשכר שלו, אכן מצד שני הוא טורח טפי עבור הבעלים, ודו"ק.

הערה בלשון הגמ' "נפיש כיפלייהו", וביאור הקס"ד דכיון דמשלם דו"ה דשוב לא מקני כפילא, ולמדנו דדו"ה הוא הגדלת התשלומי של 'כפל'.

"נפיש כיפלייהו", מבואר הכא דקס"ד דמחמת הדו"ה הוא לא מקנה את הכפל, ויש לעיין, דאטו זו סיבה שלא יקנה גם את הכפל, ולמה לא יקנה את הכפל וישאיר את הדו"ה לעצמו.

אלא שקושי' זו תלויה בשו"ט בסוגי', והיינו דלמסקנה באמת דלא יתכן כן, שהרי הוא מקנה את 'כל הפרה' סמוך לגניבה, ואז פשיטא דא"א לחלק בין הכפל לדו"ה שהרי ממילא הוא מקנה את גוף הפרה עצמה וכיון שמהפרה יכול לצאת דו"ה לכן הוא לא מקנה כלל, אכן סו"ס לקס"ד שהוא מקנה רק את הכפל עצמו, אז הו"ל להקנות כפל בלי להקנות את הדו"ה.

ועוד, דלפי מה שיבואר בשיטת הרמב"ם דגם למסקנה הוא רק מקנה את הפרה לכפילא, הרי שפיר מצי מקנה פרה לכפילא בלי להקנות פרה לדו"ה.

²⁵ ונראה דכן מוכרח מהתוס' רא"ש מובא בשטמ"ק [ו]. שלמד שא"ב כולל מתה מחמת מלאכה בשואל ואונס בש"ש, ודאינו ברשותו הוא רק קיצור לפטור של כל שומר ושומר, וחוז' מזה נשבע על פשיעה ושליחות יד, וצ"ב, דמהו ההבדל בין פטור אונס ומתה מחמת מלאכה בשבועת א"ב לשבועת לא פשעתי, שהרי אם פשע שוב ליכא פטור מתה מחמת מלאכה ואונס, וע"כ דשני פשיעות נינהו, פשיעה בשעת מעשה וזה שבועת א"ב, ועוד שבועה שלא היתה פשיעה קדומה.

ובישוב קושי' זו נראה להקדים, דנראה דדו"ה וכפל חדא חיוב נינהו, וכן באמת מדויק בלשון הגמ' דאמרו "דנפיש כפליהו", דמשמע שיש כאן כפל מוגדל, והכוונה בזה היא דדו"ה אינו תשלום נפרד מהכפל לקונסו על הטביחה ומכירה, אלא שהדו"ה הוא "כפל מוגדל" להמשיך לחיבו על הגניבה, [ואין לומר דפשיטא שהרי בלי כפל ליכא דו"ה ד"דו"ה אמר רחמנא ולא ג' וד"ו" וכמבואר בב"מ [נ"ז] לגבי הקדש, דאכתי היה מקום לומר דשני תשלומין נינהו שתלויים זב"ז, אולם הכא מדויק דתשלום א' נינהו].

והגדר בזה הוא עפ"י מה דמבואר בב"ק [ס"ח]. דחייב דו"ה משום שאישתרש בחטא ושנה בחטא, ונראה דהכוונה בזה הוא דכמו שהוא "המשיך והעמיק" בעבירה דגניבה ע"י הטו"מ, כמו"כ הקנס דגניבה "ממשיך ומתעמק", ולא שיש חיוב חדש נפרד של כפל עם עוד ב' וג', ועיין בתוס' מרובה [ס"ז. ד"ה טלאים] דמפורש דגם הגניבה הוא חלק מהמחייב דדו"ה, והוא כנ"ל²⁶, וע"ע באמרות אברהם מרובה [סימן ב'] שהבאנו הרבה ראיות ליסוד הזה, ואכמ"ל.

ואחרי דאתינן להכא נראה, דכיון שזו זכות א' - שוב אינו מתחלק כלל גם בדעתו לחלקו, אולם זה אינו שהרי מצאנו כעין זה ברש"י בב"ק [ס"ח:] דשפיר מתחלק כפל ודו"ה בין שני אנשים, וכן דקדק בדברי יחזקאל [סי' נ"ט ס"ק ב'] בדברי רש"י שם.

וע"כ צ"ל דהיות וזכות א' נינהו הכפל והדו"ה, שוב אמרינן דאין דעתו להקנות חצי מהזכות²⁷, הלכך כיון דלא מקנה את הדו"ה שוב אין דעתו להקנות אפילו חלק מהך זכות.

אולם אכתי קשה - הרי איירי בדעת בנ"א - ובדעת בנ"א יש ב' מעשים שונים שמחילים ב' חיובים, גניבה וטביחה - ומה שייך לומר דעת בנ"א מוגבל לגדרים המסויימים שיש בהנך תשלומין - וצ"ע.

כמה הערות בדברי רש"י בתחילת הגמ' - דמתבאר בדברי רש"י שחידש בתחילת הגמרא דאינו קנין מגזה"כ אלא על פי אומדנא.

עיין רש"י בד"ה דמקני ליה כפילא, וז"ל, "הבעלים מקנים לשומר את הכפל העתיד להשתלם כדאמר לקמן", ויש לדקדק טובא בדבריו, א' מה שכתב רש"י "הבעלים מקנים לשומר", מה בא לחדש בזה, ועוד דהול"ל כן כבר במשנה, ולשון רש"י במשנה הוא ד"קנה כל תשלומיה", ולא הוסיף שהוא המקנה, ב' מה שכתב רש"י "כפל העתיד להשתלם" גם זה הו"ל לפרש במשנה ולמה שינה מהלשון שכתב במשנה שכתב "כל תשלומיה", ג' גם מה שהוסיף "כדאמר לקמן" צ"ב דלקמן מבואר שמקנה את הפרה ולא את גוף הכפל.

ומכל הנ"ל מוכרח דלרש"י היה קס"ד במשנה דדין הקנאת הכפל הוא דין תורה או תקנ"ח דמאליו הוא קנוי לו, ולהלן יבואר דכן הוא שיטת הירושלמי דקונה מגזה"כ דחיים שנים ישלם, אכן מהך קס"ד בגמ' [דתלוי על נפיש טרחייהו וכדומה] מבואר דהבבלי חולק על הירושלמי [מלבד מה דמוכרח בהדי' בהמשך הסוגי'], ומוכרח כבר כאן בצריכותא שהוא המקנה, וזהו שפירש רש"י הכא ש"הבעלים מקנין לשומר".

וזה גם ההמשך בדבריו שכתב "כפל העתיד להשתלם", דאי הוי דין דאורי', אז רק אחרי שיחול חוב כפל יחול הקנין, אכן היות והוא מקנה לו, והוא צריך להקנות בהתחלה, שהרי לקנות אח"כ א"א שהרי מעות לא קונות מעות, [וכמו שהק' התוס' וכדיבואר], שוב צ"ל שמקנה את הכפל אף שאינו בעולם ורק "עתיד לבא", וזהו הדגש ברש"י ש"עתיד להשתלם".

ומה שכתב רש"י "כדאמר לקמן", כוונתו הוא להק' שאם הוא המקנה ולא התורה א"כ היכן ה"דעת מקנה", וע"ז תי' דמתחילת מסירתו בתורת שומר אז היה כבר דעת הקנאה, וזה מבואר להלן בגמ' לגבי פרה, אכן ה"ה דכאן צ"ל ע"ד זה שיש לו דעת מקנה.

²⁶ אכן בקובש"ע שם למד באופן א' דהגניבה הוא כל המחייב, והטו"מ הוא תנאי בעלמא, ודוחק.

²⁷ אכן אכתי צ"ע, שהרי גם הקרן והכפל חדא נינהו, ואפ"ה מקנה את הכפל גרידא בלי הקרן, וצ"ל דאדרבא כיון ששילם את קרן הרי פשיטא דהקרן שלו הוא, והוא רק מוסיף להקנות לו את הכפל.

והיינו שברש"י מבואר כאן שאם הוא המקנה, שוב צ"ל שהוא מקנה בהתחלה, וכ"כ רש"י להלן [תחילת ל"ד]. וכלשונו "דעל כרחק משעת מסירה בעי לאקנוי".

עוד יש להעיר ברש"י בביאור ל"מתקיף לה רמב"ח" דפירש"י "אמתני' קא מתמה", והק' הריטב"א בשטמ"ק שלא מצאנו לשון "מתקיף" על המשנה, וביאר שהקושי' הוא רק על הצריכותא בגמ', דלולי זאת היינו מפרשים שתקנ"ח הוא, ואז לא קשה מידי מצד הקנאת דבר שלא בא לעולם, ודו"ק.

ובאמת דלפי מה שנתבאר לעיל שזהו כל האריכות ברש"י לעיל, שבא לבאר דבמשנה קס"ד דדין תורה או תקנ"ח הוא, ורק בצריכותא נתחדש דהקנאה ידידה הוא, א"כ יותר קשה, שרש"י בעצמו ביאר דבצריכותא נתחדש דהוי הקנאה ידידה, וצ"ע.

בגמ': "מי יימר".

נראה דכל הנך "מי יימר" הם ביצירת החוב, דמי יימר דמשתכח כדי להעמידו בדין, והעמב"ד הוא יצירת החוב, וזהו נמי הכוונה במודה ומיפטר, שמה שאפשר להיפטר מהחוב אינו סיבה שיהיה דבשלב"ל, רק שהיות וכל החוב נוצר ע"י העמד"ד ויכול להפטר שלא יחול כלל ההעמב"ד, שוב א"ש ד"מי יימר" שיחול החוב בכלל.

וכל זה הוא אי נימא דההקנאה היא על החוב של הכפל, אכן יש לעיין בזה, דיתכן דבאמת הוא מקנה את החוב של הכפל, אכן יש לצדד דאינו כן, אלא שהוא מקנה את המעות שהגב ישלם בעד החוב של הכפל, ולהלן בביאור דברי התוס' נדון בזה, אבל מלשון הגמ' "ומי יימר דמשתלם" משמע דהכוונה למעות עצמן, וי"ל דהכוונה בזה היא דמי יימר שיתחייב להשתלם.

אולם אי נימא כהפשטות בלשון הגמ' דהכוונה בזה דמי יימר דמשתלם דמיירי במעות, א"כ קשה דלמה לא הוסיפו עוד "מי יימר", דשמא לא יתחייב ושמא לא ישלם גם כשהוא חייב, [והרי ברשב"א בגיטין [מ"ב בסוף] מבואר דהתם דוקא שני [מי יימר] והכא דוקא שלש [מי יימר] ומבואר דאין מי יימר נוסף], וע"כ צ"ל שזה פשיטא שישלם כיון שהוא חייב ונחתין לנכסיו, וזה כבר בכלל עבידי דאתי, [ולהלן הבאנו מהריב"ן דכופין לשחרר מיקרי עבידי דאתי], וכל ה"מי יימר" של התשלומין עצמו הוא שאולי לא יתחייב כלל, ונראה דבהערה זו יתיישב סתירה בדברי רש"י, וכדיבואר בהמשך הדברים.

ברש"י ד"ה והא אא"מ דבשלב"ל, ובסתירה ברש"י אי מקנה לו המעות או החוב של הכפל, ואי שייך הקנאת פרה למעות דכפילא.

כתב רש"י [ד"ה והא אא"מ דבשלב"ל], "כפל זה שעדיין לא נתחייב", והיינו דעדיין לא התחייב בחיובא דחוב של הכפל, ומדויק ברש"י שאם היה כבר 'חייב' אז הוי דבר הבא לעולם, ותמוה, שהרי גוף המעות [שהגב משלם אח"כ לשומר] הם עדיין אינם שלו והו"ל לא בא לעולם, ומה מהני החיוב, וע"כ צ"ל דלא מיירי כלל במעות, והכוונה הכא הוא שהוא מקנה את "גוף החוב" של הכפל [לא המעות שמשלמים], וא"ש שגוף החוב אחר שיתחייב כבר נמצא בעולם.

אכן ק' מרש"י בתחילת הגמ' שכ' "כפל העתיד להשתלם", ולא כתב "כפל העתיד להתחייב", ומשמע דקאי במעות ולא בחוב, וסותר משנתו.

אכן לנתבאר בגמ' א"ש, די"ל דרש"י קאי במעות, אכן הכא בא רש"י לבאר למה 'אינו יכול להקנות' דבשלב"ל והיינו למה לא חשיב עבידי דאתי ולכן לא מקנה אף לר"מ, [ולא בא לפרש למה בכלל 'הוי' דבשלב"ל], וע"ז כתב רש"י דעדיין לא נתחייב, והיינו דלפי מה שדייקנו בגמ' שכל ה"מי יימר" כאן הוא רק שאולי הוא לא יתחייב, שהרי על הצד שיתחייב כבר אמרינן ד"עבידי דאתי" שישלם כיון דנחתין לנכסיו, שוב י"ל שהסיבה למה אינו מקנה כאן דבשלב"ל גם לר"מ הוא משום שעדיין לא נתחייב, ואז לא עבידי דאתי.

אכן יש לעיין, דרש"י קאי כאן לפני המשך הגמ' [דאף לר"מ לא קנה], והרי רק בר"מ בעינן 'עבידי דאתי', והדרא הקושי' לדוכתא, וצ"ל דרש"י למד ע"ד התוס' דמקנה פרה לכפילא, וא"כ

שוב בעיני עבידי דאתי גם לרבנן, וכמבואר בתוס', וקצת ראייה לזה מדס"ל לרש"י שקונה ע"י משיכה, וע"כ שהוא קונה פרה לכפילא²⁸.

אולם עיקר מהלך זה אינו פשוט, שהרי נתבאר ברש"י דמקנה את המעות, וא"כ קשה, דאף אי מצאנו קנין של "פרה לכפילא", אכן לכא' לא שייך קנין על ה"פרה למעות דכפילא", כן היה נראה בפשיטות, ואכתי יש לעיין בזה, דאף דהבאנו להלן [סימן ד' ועיי"ש בהערה] דרעק"א נקט דודאי לא שייך קנין על ה"פרה למעות דכפילא" שהרי אין קשר בין הפרה למעות, אכן זהו רק לשיטתו בגדר הדין פרה לכפילא ודקל לפירותיו.

אכן לפי מה שהבאנו להלן [סימן ד'] מהלך אחר אכתי יש מקום עיון בזה, ועיין במה שנתבאר בנדון זה להלן [סימן ד'], ודו"ק.

אולם להלן [ריש סימן ג'] ביארנו מהלך נוסף למה ליכא למימר "מי יימר דמשתלם" אחרי שכבר נתחייב לשלם, כדיבואר, ויתיישב סתירת רש"י באופן אחר, וזה תלוי בעיקר הגדר של עבידי דאתי, ותלוי בפלוגתת הראשונים בגדר האי דינא, וכדיבואר.

²⁸ ואינו ראייה ברורה די"ל שקונה את הכפל בהדי הפרה וכמוש"כ רעק"א בקס"ד בתוס', וכדיבואר, וזה מהני במשיכת הפרה, אכן כבר נתבאר שם בדברינו בתוס' למה לא מהני במשיכה בהך דין של רע"א, ולפי"ז הדרא ראייה לדוכתא.

סימן ג'

**בגדר החסרון של דבר שלא בא לעולם,
ובביאור הסוגי' בכתובות [נ"ט],
ובגדר המעלה של עבידי דאתי.**

פרק א' בגדר החסרון של דבר שלא בא לעולם. < מקורות דאיכא ב' דרכים בגדר החסרון של דבר שלא בא לעולם, כח הקנאה או גמ"ד. > פלוגתת הראשונים בסיטומתא, וראיה ממקנה לעובר. < מתמה דמה החסרון של מי שאין לו כח לפעול חלות בתרומה וקידושין ממי שאין לו כח לפעול חלות בקונם על עצמו. > הגדר בזה שאי בעינן חפץ להשלמת הכח חלות אז איכא חסרון של דבשלב"ל, אבל אי בעי חפץ להיכי תימצא בעלמא אז ליכא חסרון. < מתמה על הראשונים דלמדו מדין גמ"ד מהסוגי' בכתובות [נ"ט]. > מבאר שיסוד הסוגי' בכתובות [נ"ט] מתבסס על הגדר החדש של קונם דמתייחס ל"חובת ניהוג" של הגברא, ושוב ליכא ראייה נגד המהלך של גמ"ד. / יש לדון בקנין של פירות דקל, דבאיזה מעשה קנין הוא קונה, האם מהני קנין חזקה באילן.

פרק ב' בגדרי 'עבידי דאתי' < מחלוקת אי העבידי דאתי מתייחס ל"אפשרות לחלות קנין" או ל"חפצא שחל עליו הקנין", כמה היא עצמה רחוקה מהעולם. < מבאר את הדין עבידי דאתי בכסף של הכפל דמהני להחשב כלפנינו מחמת השעבוד שעליהם. > בפלוגתת הראשונים בגדר המעלה של "עבידי דאתי", וישוב נוסף לסתירת רש"י אי מקנה לו המעות או החוב של הכפל. < מתמה בעיקר מעלת עבידי דאתי לפי הצד דאיכא חסרון בדבשלב"ל מצד כח חלות.

פרק א'

בגדר החסרון

של דבר שלא בא לעולם.

הקדמה.

יש להקדים דבשלב"ל אין הכוונה כפשוטו דדווקא כשאינו בעולם ממש יש חסרון כזה, אלא דכל חלות שלא יכול לחול עכשיו משום שחסר את התנאים של החפץ, מיקרי אינו בעולם לגבי זה, וכגון שדה זו לכשאקנה ממך יהא קנויה לך – דכה"ג מיקרי דבשלב"ל, וכן תרומה על מחובר דלא חל אלא בתלוש וכן קידושין לפני גירות, הרי מה שמחוסר תלישה וגירות משווה את החלות לחלות על דבשלב"ל – וכל זה פשוט.

מקורות דאיכא ב' דרכים בגדר החסרון של דבר שלא בא לעולם, כח הקנאה או גמ"ד.

בגדר החסרון של דבר שלא בא לעולם מצאנו סתירה, ונחלקו בזה הסוגיות והראשונים בטעמא דלא מהני, האם הוי חסרון מצד גמ"ד או דהוי חסרון מצד בעלות, דאין לו בעלות על חפץ שאינו עדיין בעולם – וכדיבואר:

דהנה, עיין בנמו"י באיזהו נשך [ל"ז: דפי הרי"ף "כתב ר"ת בספר הישר"] דיסוד החסרון בדבר שלא בא לעולם הוא משום שחסר בגמ"ד, וכן הוכיח בשטמ"ק בשם התוס' הרא"ש בב"ב [קמ"ב:]: דמבואר שם דאף אי אין מזכה לעובר, אבל לבנו עובר יכול לזכות דאדם קרוב אצל בנו, וע"כ שהטעם משום גמ"ד, וליכא חסרון גמ"ד בבנו, ואף דהתם מיירי במקנה לדשלב"ל, אכן רעק"א בשו"ע [סי' ר"י סעיף א'] מדמה דה"ה להקנות דשלב"ל לבנו דשפיר יהני מה"ט, אולם ראייה זו יש לדחות לפימ"ש"כ הרמב"ן ביבמות [ס"ז] דהתם תקנה היא בשכיב מרע שמא תיטרף עליו דעתו הואיל ודעתו קרוב אצל בנו.

וכפשוטו, סוגי' מפורשת היא בב"מ [ט"ז:], שגזלן שמכר שדה שאינו שלו ושוב קנאו מהנגזל דממילא כבר קונה הלוקח, ואף דשדה זו לכשאקנהו מכורה לך תלוי בקנין בדשלב"ל, אולם הכא מהני כיון דסמכה דעתו דלוקח שודאי ילך המוכר ויקנה כי היכי דלא ליקרו גנב, כן מבואר בתוס' ובמהרש"א [שם] עיי"שה, והיינו דבכה"ג אית ליה כבר גמ"ד ושוב ליכא חסרון של דבשלב"ל, אולם גם ראייה זו יש לדחות לפימ"ש"כ הריטב"א [שם] שלמד דבההיא הנאה דסומך לוקח על מוכר שיקנה השדה להביאו ללוקח, אז כבר סומך דעתו דמוכר בשעה שהוא קונה ואז הוא כבר קונה בשליחות הלוקח, וזוכה לו מדין זכין, ושוב אין כאן קנין על דבשלב"ל, וכן מבואר ברש"י [שם] שלא קנאו מקודם רק עכשיו, שו"ר דיחוי זה מהנו"ב אעה"ז [תנינא תשו' נ"ד ס"ק י"ב].

אולם יש גמ' מפורשת בכתו' [נ"ט] לאידך גיסא, דנראה דאין החסרון מצד גמ"ד, שהרי מבואר שם דיכול לאסור דבשלב"ל על עצמו בקונם כמו שיכול לאסור דבר של חבירו על עצמו, וחזינן שהחסרון של דשלב"ל מישך שייכי לכח הקנאה וכח חלות, והיינו דאי אית ליה כח הקנאה וכח

חלות גם בלי שיהיה לו בעלות בחפץ א"כ גם כשהחפץ איננו בעולם יש לו כח הקנאה וכח חלות, אבל אי לית ליה כח הקנאה וכח חלות בלי הבעלות בחפץ א"כ כשהחפץ איננו בעולם חסר לו בכח הקנאה ובכח חלות.

פלוגתת הראשונים בסיטומתא, וראיה ממקנה לעובר.

ועיין בקובש"ע בב"ב [ס"ק רע"ו] שהביא הנך ב' סוגיות בדין דבשלב"ל, והביא דנחלקו בזה הראשונים, דהתשב"ץ [סי' שצ"ח] הביא מהמהר"ם מרוטנבורג דבמקום שהמנהג הוא לקנות דבשלב"ל אז שפיר מהני, וכעין סיטומתא דהמנהג קובע דיני הקנין, ובהגהות ר' פרץ [שם] בשם ר' יחיאל מפריז חולק, וס"ל דסיטומתא הוא דוקא בדבר שבא לעולם, והמנהג רק מחשיבו כמעשה קנין, אבל בדבר שלא מועיל בו קנין כלל לא יהני המנהג כעין סיטומתא.

ופלוגתתם תלוי בהנ"ל, דמנהג דסיטומתא הוא ליצור גמ"ד, וזה מהני גם בדבשלב"ל שיש חסרון גמ"ד, וזה שי' המהר"ם מרוטנבורג, ולרבינו פרץ שהחסרון הוא בעצם כחו לפעול מעשה קנין, התם לא נתחדש דין סיטומתא, ולא יהני בזה מנהג.

והגר"ש רוזובסקי זצ"ל בשיעוריו [ב"מ ט"ו – ס"ק רל"ב] הוכיח עוד דהתוס' סוברים שהחסרון של דבשלב"ל הוא מצד גמ"ד – דהנה, בתוס' בכתובות [ז'] הקשו על שמואל דסובר שהמזכה לעובר קונה העובר, דלמה ליכא חסרון של דבשלב"ל, דהקנאה לדבשלב"ל גרע טפי מהקנאה על חפץ שהוא דבשלב"ל – ותירצו התוס' דשמואל סובר שעובר חשיב בא לעולם.

ויש לעיין – הא ברור שהקנין חל מיד בזמן שהוא עובר – ומה כל השו"ט של התוס' – הא היכן החסרון של דבשלב"ל, ומוכרח שהחסרון בדבשלב"ל הוא חסרון מצד הגמ"ד וכיון שאינו בעולם חסר לו בגמ"ד אף אי החלות יהיה עכשיו.

וכנראה שהגדר בדבריו הוא שאין שום משמעות למעשים שלו עכשיו – וכל המשמעות של מעשיו תלוי בדבר לא בעולם, וכל כה"ג חסר בגמ"ד

מתמה דמה החסרון של מי שאין לו כח לפעול חלות בתרומה וקידושין ממי שאין לו כח לפעול חלות בקונם על עצמו.

והנה הבאנו את הסוגי' בכתובות [נ"ט] ששם מבואר שהכל קשור לכח הקנאה וכח בעלות, והמודד לזה הוא האם צריכים בעלות או לא, ואי לא בעי בעלות אז ליכא חסרון של דבשלב"ל.

ויש לעיין בעיקר דברי הגמרא – הרי סו"ס בקונם יש הלכה שצריכים חפץ להחיל את החלות קונם עליו, וכל שחסר לנו את החפץ לפעול את החלות חסר בכח חלות – ולמשל בתרו"מ יש חסרון של דבר שלא בא לעולם, ומיירי גם בפירות שהוא בעלים גמורים עליהם ואכתי שייך חסרון דבשלב"ל בזה שהם מחוברים לקרקע שהרי תרומה לא חיילא במחובר, ואף שהוא בעלים על הנך פירות, אכתי חשיבי דבשלב"ל, וא"י להפריש כדי שתחול בתלוש – ומוכרח שכשיש חסרון בכח לפעול חלות איכא חסרון של דבשלב"ל בלי שייכות לבעלות, והשאלה נשאלת בב' נוסחאות:

א] מאי שנא קונם מתרומה, בתרומה יש דין שצריכים חפץ שהוא תלוש ולכן בלי חפץ תלוש לית ליה כח חלות אף שיבא לעולם אח"כ, וא"כ מאי שנא קונם דבעי חפץ בעולם ומאי שנא תרומה דבעי חפץ תלוש.

ב] והך קושי' בנוסח אחר – הרי מה המעלה של קונם דלא בעי בעלות בחפץ, הרי גם בתרומה דבעי בעלות אבל כשיש בעלות כבר לא חסר לנו בבעלות – ומאי שנא קונם דלא בעי בעלות מתרומה דלא חסר לו בעלות – הא בשניהם יש חסרון שא"א לפעול חלות, זה מחמת מחובר זה מחמת שהחפץ לא בעולם.

וע"ד זה יש להקשות נמי במקדש אשה לאחר שתגזיר דא"י לקדשה, הרי א"צ בעלות באישה כדי לקדשה, והאיך אפ"ל שחסר לו בעלות באישה, או שאין לה בעלות בעצמה להסכים לקידושין – ובנוסח אחר – מאי שנא מה שחסר באשה דין 'בת קידושין' ומאי שנא מה שחסר חפץ לקונם.

עוד גדר מצאנו בלבוש [סי' ר"ט סעיף ד'] שהחסרון בדבשלב"ל הוא שאין על מה לחול, ובתרומה במחובר מיקרי שאין על מה לחול כיון שתרומה לא חלה על מחובר, וכן בנתגירה שהרי אין על

מה לחול, אולם זה עדיין תמוה מהסוגי' בכתובות [נ"ט], שהרי גם בקונם על עצמו אין שום חפץ על מה לחול, ואין אפשרות שהחלות תחול עכשיו לפני שהחפץ בעולם.

הגדר בזה שאי בעינן חפץ להשלמת הכח חלות אז איכא חסרון של דבשלב"ל, אבל אי בעי חפץ להיכי תימצי בעלמא אז ליכא חסרון.

ונראה שצריכים לבאר את דברי הגמרא כך:

בכל מעשה שמחילה חלות, המהלך הוא שהמעשה יוצר כח שממנו יחול הך דין, וכגון בהפרשת תרומה, המעשה יוצר כח שפועל דיני הפרשת לתרומה בתבואה, ואי ליכא כח לבעל המעשה שוב אין משמעות למעשה, ואי יהיה כח לבעל המעשה לאחר מכן, וכעת עדיין אין לו כח, בזה נחלקו ר"מ ורבנן האם יש משמעות למעשה היום מחמת הכח שיכול לחול מכח מעשיו מחר או לא, ונמצא שהחסרון של דבשלב"ל הוא דווקא היכא דמחמת זה שהחפץ אינו בעולם דאז ליכא כח למעשה, אבל אי חסר ב'היכי תימצי' לחול אבל לא חסר ב'כח' לחול, אז לא אכפת לן מה שאינו בעולם.

ומעתה – יש לומר שיש נפ"מ במה דבעינן 'חפץ' לחלות קונם ממה דבעינן 'תלוש' בתרומה וגירות בקידושין – והביאור – שחסר בכח קידושין וחסר בכח הפרשת תרומה בלי שהתבואה והאשה ראויים לקידושין ולתרומה, שרק בישראלית יכול חלות קידושין לחול, ורק טבל כזה שהוא תלוש יחול חלות תרומה – וזה מדיני החלות, ובלי המציאות של מחובר וישראלית חסר בעיקר הכח לפעול הך חלות.

וה"ה בקונם על אחרים – הרי אי מצאנו דבעינן בעלות בחפץ – א"כ לולי החפץ חסר לו ב'כח לחלות' שהרי בלי החפץ אין לו בעלות בחפץ, ודווקא בקונם על עצמו שחל על חפץ שאין לו בו שום בעלות, א"כ נמצא דכל מה דבעינן חפץ בעולם הוא 'היכי תימצי בעלמא' שיחול החלות – דבלי חפץ אין מקום לחול, ולא שלולי החפץ יש חסר בעיקר כחו להחיל החלות.

ומעתה פלוגתא ר"מ וחכמים היא כך – דשיטת חכמים דא"א מקנה דבשלב"ל – והיינו דכיון שכחו לפעול הך חלות 'נשלם' רק אח"כ כשיבא לעולם, שוב אין למעשה קנין דין מעשה קנין, שהרי המעשה יוצר כח להחיל חלות, וכיון שבשעת עשיית המעשה אין לו כח להחיל את החלות, א"כ מעשה כזה אינו מעשה – אף דכל החלות תחול רק אח"כ כשבא לעולם ואז יש לו כבר כח לחלות, אכן כעת אין במעשה כח לחלות ולכן אין המעשה מעשה.

וכ"ה בתרו"מ, והיינו דכיון דמדיני התרומה הוא דרק חיילא בתלוש ונמצא דכחו לפעול בתבואה חלות תרומה איננו לגמרי בעולם, דכחו 'נשלם' רק אח"כ כשיתלש, וכן בקידושין, כחו לקדשה נשלם רק כשהיא תהיה בת תפיסת קידושין, ונמצא שלא 'הושלם' כחו עד שהיא לא תהיה בעולם, משא"כ בקונם ע"ע וכו"ל.

ושיטת ר"מ היא, דאף דאין לו כח לפעול הך חלות, אבל סו"ס מעשה קידושין ומעשה הפרשה אית ליה, וכשיבא הדבר לעולם אז יושלם במעשיו כח לפעול ואז יחול הקידושין, אבל לרבנן אינו כן, דס"ל דכיון דמעשה הקידושין לא היה לו כח לפעול מתחילתו, שוב לא מהני גם אח"כ כשיבא לעולם, ושוב אמרינן דהמעשה בטל.

והחידוש בקונם על עצמו הוא דכיון דאפשר להחיל חלות קונם על חפץ חבירו – הרי למדנו שלא חסר לו בכח חלות בלי שיש חפץ, וראיה לכך ממה שא"צ בעלות בחפץ ודו"ק.

מתמה על הראשונים דלמדו מדין גמ"ד מהסוגי' בכתובות [נ"ט].

אולם מעתה תמוה – הרי יש ראשונים שלמדו שהכל שייך לנידון של גמ"ד – ויש שלמדו כן מהסוגי' בב"מ [ט"ו], וקשה דבסוגי' בכתובות מבואר שאינו כן, והרי למה בקונם על עצמו ליכא חסרון של גמ"ד ומה לי מה דלא בעינן בעלות בחפץ הא סו"ס בלי שיהיה חפץ ליכא חלות ולמה ליכא חסרון של דבשלב"ל, וצ"ע.

עוד יש להעיר דבקונה פירות דקל של הפקר – הרי התם א"צ שום דינים בחפצא להחיל עליהם בעלות, ומאי שנא מקונם על עצמו – הא אין זה דומה לתלוש שהדיני תלוש וטבל קובעים את החלות תרומה, משא"כ הכא שהחפץ היא היכי תימצי שיחול בעלותו עליו.

מבאר שיסוד הסוגי' בכתובות [נ"ט] מתבסס על הגדר החדש של קונם דמתייחס ל'חובת ניהוג' של הגברא, ושוב ליכא ראייה נגד המהלך של גמ"ד.

והנראה בזה – דע"כ שבסוגי' בכתובות נתחדש חידוש נוסף בעיקר גדר נדר – ולכן מהני גם בדבשלב"ל.

ונקדים ביסוד גדול מתורתו של הגר"ש רוזנבסקי זצ"ל בחידושיו בנדרים [סימן ג' ס"ק ג'] שאף שנדר הוא איסור חפצא אכן תחילת דינו של נדרים – היינו 'קבלה על עצמו' שכך תהיה ההנהגה שלו בחפצא – ומכאן זה חל החלות איסור חפצא – וביאר בזה כמה דברים, עיין בזה בהערה 29 – והעירוני בזה לדברי הרא"ש [ריש פרק קמא דקנים] 30 דמפורש שהיסוד של נדר היינו "הרי עלי" וכדמצאנו בנדר הקדש – והרא"ש דקדק כן מהפסוק שכתבו "ונדריה עליה" וכן כתוב "איסור על נפשו".

אלא שהקשה דמה שייך לאסור חפצא שלו על אחרים – הרי מה שייך קבלה על אחרים, ובשלמא אי תחילתו חלות איסור חפצא א"ש, אכן אי תחילתו קבלה על הגברא הא היאך מקבל על אחרים, ותירץ הגר"ש רוזנבסקי זצ"ל שזה הביאור בדברי הגר"ח [על הש"ס] שיש ריבוי מיוחד בספרי לאסור על אחרים, והיינו מטעמא הנ"ל – ונדחק בגדר הדברים, וצ"ל שיש קבלת ניהוג שכך תהיה ההנהגה של החפצא – ודו"ק.

ומעתה נראה דזה באמת היסוד באיסור חפצא לאסור חפץ חבירו על עצמו, הא אין אדם אוסר דבר שאינו שלו – ולפי הנ"ל א"ש, שתחילתו ניהוג וסופו חלות איסור, [ודומה לדברי הר"ן בנדרים [ס"ג] – מובא בהערה לעיל], ודו"ק.

ונראה דהן הן דברי הגמרא בכתובות [נ"ט] – דזה פשוט שאין חסרון של דבשלב"ל בשבועה לאסור עצמו לאכול דבשלב"ל – דליכא חסרון לא מצד החלות ולא מצד הגמ"ד – דסו"ס כל החלות והעשייה היא על דבר בעולם אלא שהנפ"מ והמשמעות שבעשייה היא בלא בא לעולם, ונראה דע"ד זה חידשה הגמרא לחלק בין קונם על עצמו לקונם על חבירו, דחלוק ה'חובת ניהוג' שיש בנדר על עצמו מה'חובת ניהוג' שיש באוסר חבירו, דבאוסר חבירו שהוא קובע את הניהוג של החפצא – הכא צריכים בעלות בחפצא לקבוע את החובת ניהוג שלו, אכן באוסר על עצמו – הכא החובת ניהוג קיים גם בלי החפצא – ודומה קצת לשבועה ואיסור גברא – אלא דסופו לחול מעצמו על החפצא אבל תחילת עשייתו בו בעצמו – ולכן לא בעינן בעלות.

והדברים מדוקדקין בריטב"א [שם] שכתב דמהני בקונם כיון דיש צד אחד ברשותו, והיינו שבאוסר חבירו החפצא ברשותו ובאוסר עצמו הוא ברשות עצמו, ומוכרח שהמעלה כאן הוא בזה שחלק מהחלות חיילא על הגברא עצמו – והיינו כנ"ל.

29 א] יעייין בדברי הר"ן בנדרים [ס"ג] דמי שאסר על עצמו הנאה מסויימת בתוך זמן מסויים, והוא עדיין לא החליט איזה חודש יהיה החודש האסור – הדין בזה הוא שעליו לסיים ולייחד את החודש המסויים כדי שיחול האיסור בצורה מוחלטת, וזה כבר חידוש שהוא מחייב מחמת הנדר לעשות כן, ובנוסף לזה אי לא ייחד חודש הוא עובר על בל תאחר – ומוכרח מזה שיש 'חובת ניהוג' עוד לפני שחל החלות איסור חפצא, חוזה החלק של הנדר שקיים לפני החפצא, שמחייבו לייחד את החפצא.

ב] בדרך זו ביאר נמי את גדר הקבלת נזירות בלא אפטר מן העולם, שחל חלות לא מבוררת בחובת ניהוג שלו – וזה מחייבו לייחד ימים כדי להחיל חלות נזירות על עצמו.

ג] המהרש"ם כתב שכמו שיכול לחזור בו מקידושין לאחר ל', כמו כן חוזר בו מנזירות לאחר ל', והמחנ"א [נדרים סימן י"ב] חולק עליו, דהא בנזירות איכא נמי נדר שקיבל על עצמו, וביאר שהמהרש"ם למד שקבלת נזירות היינו "הרי זו" והמחנ"א למד שיש כאן התחלה להרי זו שמתחיל ב"הרי עלי" – ומזה אינו חוזר בו דרמי עליו חיוב נדר.

ועיין בדברינו באמרות אברהם [נדרים סימן י"ג] שיש שם הוספות בחידוש זה, וכדלהלן:

ה] בדברינו למדנו שזה עומק כוונת הרמב"ן על התורה – למה כל 'הרי עלי' מסתיים ב'הרי זו' – והיינו דגם הרי עלי חל בחפצא בסוף – וכמו דתחילתו בגברא וסופו בחפצא כך גם בקונם מצאנו כן.

ו] הבאנו תוספת דברים בזה מר' אברהם מן ההר.

ז] בר"ן מבואר שיש חלות איסור חפצא בנדר בשבועה בלשון נדר [לשון חפצא], וביאר הר"ן שכך השבועה היינו לאמת ולקיים בשמו יתברך, ומה לי חפצא ומה לי גברא, והעירני תלמיד אחד שהדברים מתבארים עפ"י הנ"ל שכשם שאיסור חפצא בנדרים תחילתו 'קבלה על עצמו' כמו כן איסור חפצא שחל על ידי שבועה תחילתו לאמת ולקיים ככל שבועה.

30 משנת אליהו [נדרים סימן א'].

ומעתה נראה דמהאי טעמא נמי ליכא חסרון של דבשלב"ל, שכל החלות בקונם על עצמו 'פחות' מתייחס לחפצא, ועיקר החלות והעשייה נגמרה בחובת ניהוג על עצמו - אלא דשוב ממילא יחול כשהחפצא יבא לעולם - ובזה ליכא כבר חסרון של גמ"ד כיון שהוא מתעסק בחובה ידידה - ובזה דומה לשבועה שאסר עצמו בפירות שאינם בעולם שפשוט דיש גמ"ד כיון שהחלות היא על עצמו.

יש לדון בקנין של פירות דקל, דבאיזה מעשה קנין הוא קונה, האם מהני קנין חזקה באילן.
יש לדון בקונה פירות דקל - דאיזה מעשה קנין הוא עושה, דבשלמא בדקל לפירות הוא קונה ע"י המעשה קנין שנעשה בדקל, אכן באיזה מעשה קנין קונים פירות דקל, ובנדון זה יש כמה וכמה חידושים - וכדיבואר.

והיינו דלכא' לא שייך לקנות במעשה חזקה שנעשה בדקל וצריכים מעשה קנין בפירות עצמן, ודווקא בדקל לפירות מהני קנין חזקה בדקל, וכן נראה מהמהרש"א מהדו"ב שהק' כאן, דלא מצאנו ידינו ורגלינו, דהאיך יקנה פירות דקל לר"מ, הרי חזקה לא מהני, ומעות לא קני מטלטלין.
וע"ז דאמר הגר"ח שמאולביץ זצ"ל "שהיה מגאוני הדור ולכאו' טעה", שהרי קונה כשבא לעולם כשעדיין מחובר, ואז דינו כקרקע דנקנה בכסף, וכן אמר הגרש"ק [סי' כ"ד ס"ק ב'].
אולם בתוס' הרא"ש מצאנו חידוש דבאמת מהני ע"י קנין שנעשה בדקל והיינו בחזקה בדקל, וכ"ה בהגהות מרדכי איזהו נשך [עמוד פ"ד למטה בסוף], וזה צ"ב.

וצ"ל להיות ופירות טפילין לדקל, שוב מהני מעשה קנין בדקל לקנות את הפירות, וזה כמו דמצאנו בב"ב [נ"ג:] דהחזיק בבית הפנימי קנה את החצר מבחוץ אף דתרתני נינהו, דחצר טפל לבית שמשועבד לו לדריסת רגל, וה"ה בנד"ד, אולם אדרבה, משם מוכרח דווקא כשיקנה גם את הבית הפנימי אז הוא יקנה את החיצון דכל מה דמהני בזה שהוא טפל היינו רק כשבאמת הוא קונה את הבית, אבל החזיק בבית הפנימי לקנות רק את החצר החיצונה, שוב אינו קונה, וה"ה בנד"ד.

אולם יש לחלק, דמה שצריך לקנות גם את הבית הוא משום שהבית והחצר תרתני נינהו, ורק נהיו אחד ע"י הטפילות בקנין, אבל עד כמה שלא קונים כלל את הבית, א"כ אין לו לחצר את הך ענין שהוא טפל לבית, שכל הטפילות שלו הוא במה שישתמש בחצר עבור הבית, וזה איננו, אולם בפירות אינו כן דמצד עצמם הפירות שייכי לאילן דטפילין לו גם כשאינו קונה את האילן.

אולם אכתי נאמר כאן חידוש, דבשדה א', יכול להחזיק בצד א' גם כשכוונתו רק לקנות את הצד השני, כיון דחפץ א' הוא, ועוד נתחדש דאילן שרוצה לקנות דוקא ענפים שעייין יגדלו היינו חלק השני של ההחפץ שעדיין לא נמצא מהני המעשה קנין כלפי זה.

אולם, לכאו' יש כאן חסרון מצד כלתה קנינו, וצ"ל כמוש"כ תוס' יבמות [צ"ג. ד"ה קנויה] דאומר מעכשיו, וזה מהני בדבשלב"ל להוריד את החסרון של כלתה, דאל"כ ק' האיך קונה שדה זו לכשאקנה מחברו דכלתה החזקה, וע"כ דאומר מעכשיו³¹.

פרק ב'

בגדרי 'עבידי דאתי'

מחלוקת אי העבידי דאתי מתייחס ל"אפשרות לחלות קנין" או ל"חפצא שחל עליו הקנין", כמה היא עצמה רחוקה מהעולם.

מצאנו דנחלקו הראשונים בעיקר הגדר במעלה של עבידי דאתי, דהנה, ברש"י בסוגיין [ד"ה ואפי' לר"מ] הביא גוונא בדבשלב"ל דמהני לר"מ, והיינו ב"הרי את מקודשת לי ע"מ שאתגייר", וק' דהתם לא נתקיים תנאה דעבידי דאתי וע"כ דר"מ לא בעי תנאה זו, וקשה מסוגי' זו דמבואר דגם לר"מ בעינן תנאה דעבידי דאתי, וע' בתוס' בב"ב [ע"ט: ד"ה אימור - הובא גם ברמב"ן וברשב"א כאן] שתי' דאירי באופן דעבידי דאתי בגוססין או בכופין לשחרר [ריב"ן].

³¹ אכן התם מדויק בתוס' דבכל דבשלב"ל א"צ לבא לזה, וע"כ שלמד כהגרש"ק, שקונה הפירות דקל ע"י כסף דמחבר לקרקע הוא או ע"י חליפין ולא מחזיר הסודר, אבל לפי התוס' רא"ש שקונה ע"י חזקה, אז תמיד נצטרך לומר מעכשיו גם בפירות דקל דאל"כ כלתה חזקה.

עוד תירצו דחלוק דבר שלא בעולם כלל, דבזה בעינן עבידי דאתי כגון פירות דקל, ודלא כאשה לאחר שאשתחרר דגופה בעולם, והוסיף דדבר שאינו בפנינו הוא כאינו בעולם כלל [הר"א אליעזר].

ונראה דהנך שני תירוצים פליגי ביסוד החסרון של "לא עבידי דאתי", דלדעת הריב"ן הכל תלוי כמה רחוק ה"אפשרות לחלות קנין", ובלא עבידי דאתי הרי ה"אפשרות לחלות קנין" רחוקה, ואין שום מעלה מה שהחפצא מצד עצמה הוא בעולם, כיון דעל הך חפצא ליכא "אפשרות לחלות קנין", אכן כשיש דברים מבחוץ שיכולים להביאו, וכגון שיחרור ומיתה וכו', אז שפיר מיקרי כבר עבידי דאתי, דאז ה"אפשרות לחלות קנין" כבר אינו רחוקה כ"כ.

כל זה בשיטת הריב"ן דהכל תלוי ב"אפשרות לחלות קנין", אכן הר"ר אלעזר ס"ל דלא דנים מצד ה"אפשרות לחלות קנין", רק דנים מצד "החפצא שחל עליו הקנין" כמה היא עצמה רחוקה מהעולם, ועבידי דאתי פירושו ש"החפצא שחל עליו הקנין" יותר קרוב לעולם, ולהכי כשעיקר החפצא כבר נמצאת בעולם רק שאין על החפצא דינים שיחול החלות, זה כבר סגי לן במקום "עבידי דאתי"³².

מבאר את הדין עבידי דאתי בכסף של הכפל דמהני להחשב כלפנינו מחמת השעבוד שעליהם.

והנה הסתפקנו לעיל [סימן ב'] האם הקנין הוא ב'כסף' של הכפל [המטבעות] שישלם הגנב או ב'חוב' של הכפל, ויש לעיין דלכא' המטבעות עצמן הם בעולם, ולפי הר"ר אליעזר א"צ עבידי דאתי, וי"ל דלפיש"כ שם דדבר שאינו בפנינו מיקרי לא בעולם כלל, א"כ ה"ה דהנך מטבעות אינם בפנינו, ושפיר חשיב דבשל"ל.

אולם י"ל עוד, דדבר שאינו בפנינו אף דאינו חשיב בעולם כלל, אכן אם הוא משועבד לו שפיר מיקרי בפנינו לענין זה, והו"ל כבר בעולם רק דאינו ברשותו, ושוב א"צ שיהיה עבידי דאתי.

ועפ"ז יש לבאר, למה בגמ' לא כתב "מי יימר דישלם" אף אם יתחייב, וכבר כתבנו דאי ההקנאה הוא בגוף החוב א"ש, אבל גם אי ההקנאה היא במטבעות אז אכתי י"ל דפשיטא שישלם הואיל וחייב ונחתין לנכסיו, וכדיארנו, אכן לפי הנ"ל א"ש טפי, דאחרי שיש כבר חוב, שוב א"צ שהמטבעות יהיו עבידי דאתי, שהרי הם כבר בעולם ומה שאינם לפנינו לא אכפת לן כיון שהם כבר משועבדים, ודו"ק.

בפולגת הראשונים בגדר המעלה של "עבידי דאתי", וישוב נוסף לסתירת רש"י אי מקנה לו המעות או החוב של הכפל.

לעיל [סימן ב'] הבאנו סתירת רש"י, דמצד א' כתב רש"י "כפל זה שעדיין לא נתחייב", ומדויק ברש"י שאי היה חייב הוי דבר הבא לעולם, ותמוה, שהרי ה'מעות' עדיין אינם שלו והו"ל לא בא לעולם, וע"כ צ"ל דהכוונה שמקנה את גוף החוב, והחוב אחר שיתחייב כבר נמצא בעולם, אכן ק' מרש"י בתחילת הגמ' שכ' "כפל העתיד להשתלם", ולא כתב "כפל העתיד להתחייב", ומשמע דקאי במעות ולא בחוב, וסותר משנתו, ולעיל יישבנו את הסתירה, וכעת ניישב את הסתירה באופן אחר.

ועל פי מה שנתבאר לעיל א"ש הסתירה ברש"י, דמצד א' כתב רש"י בתחילת הגמ' "כפל העתיד להשתלם", ומשמע דקאי במעות, אכן כשבא לבאר למה מיקרי לא עבידי דאתי כתב "כפל זה שעדיין לא נתחייב", ומשמע דאחרי שנתחייב אף לפני ששילם הוי כבר עבידי דאתי, ולפי הנ"ל

³² ויתכן לומר בזה עוד, דאי דנים מצד "החפצא שחל עליו הקנין", אז לא מהני כלל עבידי דאתי מצד דבר צדדי כגון שיחרור או גירות, דרק עבידי דאתי כגידול פירות מהני, שאז אמרינן שהפירות מצד עצמם שיהיו אח"כ כבר התחילו במהלך הטיבעי שלהם וזה כבר תחילת יצירתם של הפירות עצמם, משא"כ בשפחה ועכו"ם ששם אין 'מהלך' בתוך מציאותם שגורם ושמיא לשיחרורה, אז באמת לא מהני, ורק מצד זה שהם עצמם בעלם אתינן עלה, ורק לריב"ן שכל הנדון הוא מצד ה"אפשרות לחלות קנין", שדנים כמה הך אפשרות היא רחוקה, שוב לא אכפת לן אי הוי סיבה צדדית או לא.

כן היה אפשר לפרש, אולם מהסוגי' כאן מבואר לא כן, דמבואר, דלו ציויר והיה 'עבידי דאתי' שגונבים ושמוצאים את הגנב ומחייבים אותו, אז הרי"ז סגי להיות 'עבידי דאתי', אף דכל הנך סיבות הם סיבות מבחוץ לגוף הכפל, ודו"ק.

א"ש, דאחרי שיש כבר חוב, שוב א"צ שהמטבעות יהיו עבידי דאתי, שהרי הם כבר בעולם ומה שאינם לפנינו לא אכפת לן כיון שהם כבר משועבדים, ודו"ק.

מתמה בעיקר מעלת עבידי דאתי לפי הצד דאיכא חסרון בדבשלב"ל מצד כח חלות.

והנה למדנו בסוגי' שיש מעלה בעבידי אתי לגרע החסרון של דבשלב"ל, ויש להעיר, דבשלמא אי החסרון הוא מצד גמ"ד שוב א"ש, דאיכא ג' דרגות בגמ"ד:

א] כשיש דבר הבא לעולם יש גמ"ד גמורה, ב] בדבשלב"ל יש גריעותא בגמ"ד, ג] בעבידי דאתי הגריעותא אינו כ"כ אלים, ובזה פליגי ר"מ ורבנן איזה גמ"ד נפסל מלהחיל קנין.

אכן לפי המבואר בסוגי' דכתו' שיש חסרון שא"י לעשות מעשה קנין כיון שאין לו את הכח לפעול את החלות, א"כ מהו המעלה של עבידי דאתי, וע"כ דר"מ דס"ל דאיכא מעלה של עבידי דאתי חולק בזה, ויש לעיין א"כ דמהו המעלה בעבידי דאתי, וצ"ע, וכן לפי לבוש ג"כ צ"ע, דסו"ס אין על מה לחול, וצ"ע.

סימן ד'

ביאורים בשו"ט בדברי התוס'
במעוות קונות או משיכה קונה.

"והלא מעות אינן קונות" – קושיות האחרונים על סברת התוס' בקושי'. < ב' קושיות נוספות דבלאו הכי לא שייך הכא קנין מעות > ביאורו של רעק"א בקושית התוס' עפ"י המרדכי דקונה את החוב של הכפל ביחד עם הפרה. < ביאור בסברת המרדכי דלא מהני במשיכה רק בחליפין וכסף, ולכן בתירוץ כבר מיירי התוס' בפרה לכפילא. > מביא כמה הוכחות לחילוק הנ"ל. < בהמשך קושית התוס' – "ועוד מאי קפריך וכו' הול"ל מי יימר דנגנבה". > "וי"ל דהמקשה סבר" – הוכחה מהתירוץ בתוס' דתוס' למדו בקושי' ע"ד רעק"א.

"והלא מעות אינן קונות" – קושיות האחרונים על סברת התוס' בקושי'.

כפשוטו השו"ט בתוס' הוא שהוא קונה את החוב של הכפל או את המעות של הכפל ע"י המעות ששילם, ועל זה הקשה תוס' תרתי, א' [מעות אינם קונות, ב' הו"ל למימר מי יימר דנגנבה, ועל זה תירצו התוס' דע"כ דקנה ע"י משיכה למפרע בהתחלה, ומיושב הנך ב' קושיות, אלא דזה קשה שהרי אין שייכות בין משיכת הפרה לקניית הכפל, וע"כ צריכים לחדש עוד דמקנה את הפרה לענין הכפל ולא את הכפל עצמו, ועל זה התחדש עוד קושיות, דפרה לכפילא אינו דבשלב"ל [וקשה מדקל לפירות ומעבד לקנס], והיינו דעיקר תירוץ התוס' הוא שהקנין היה ע"י משיכה אלא דממילא הוצרך לחדש דגם דבר הנקנה אינו כפל אלא פרה לכפילא.

אולם לפי"ז יצא דהקס"ד בתוס' קשה, דכבר כתב שם הגרעק"א [בד"ה ובזה נלע"ד מה דק' לכאור'] דפשיטא דא"א לקנות מעות במעות [גם בלי לבא לכללא דמעות אינם קונות], וכוונתו פשוט, דכסף לא קנה כסף אף למי שפרע, וכן כתב רעק"א בהדי' בכו"ח [ח"ב סי' י' בד"ה דבריד היקרים], והיינו דהיסוד של קנין כסף בנוי על זה שיש 'כסף' שעומד לקנייה ויש 'חפץ' שעומד לשימוש, ותרתי נינהו, ו'כסף' קונה 'חפץ', ולא שכסף קונה את הכסף.

הרי דמוכרח בסברת התוס' בקושי', דע"כ דאינו קונה את המעות של הכפל דכסף אינו קונה כסף, וממילא דמוכרח שהוא קונה את החוב של הכפל עצמו, אכן גם זה ק' דהא חוב נקנה רק במעמד שלשתו, וכבר העיר בזה הגר"ח מטעלז, [ועיין בשיעורי הגר"ש רובסקי זצ"ל דדן בזה דתלוי בפלוגת הראשונים].

ולכן למדו המפרשים [פנ"י רעק"א ורש"ש] דהתוס' הבין בקושי' שהוא קונה את הפרה לכפילא ע"י המעות שהוא משלם עכשיו, ותירצו התוס' דקונה פרה לכפילא כבר מתחילת השמירה במשיכה, [וכל השינוי בתוס' אינו אלא באיזה מעשה קנין הוא קונה].

אולם גם בדרך זו קשה כמה קושיות, דיעויין בפנ"י שהק' דהא דמעות לא קונות הוא משום דאי היו קונות אז היה יכול לומר לו נשרפו חטך בעליה, ולכן תיקנו שהוא קונה רק אחרי שהוא משך את החטים, וא"כ קשה דהכא לא שייך חשש זה, [שהכפל אינו אצל המוכר כלל], ועוד דמבואר בפרק הזהב דבמילתא דלא שכיח לא תיקנו כלל, וכאן אינו שכיח, וצ"ע.

אולם תמה בזה יותר, שהרי הפרה אינו ברשותו של המפקיד, והאיך יקנה המפקיד את הפרה לשומר עכשיו ע"י הנך מעות, ולמה הקשו התוס' רק מצד מעות אינם קונות, ות' דאולי אזלינן הכא כצנועין דס"ל דאפשר להקנות דבר שאינו ברשותו.

אכן בעיקר תמהו בזה דלא יתכן כלל לקנות פרה לכפילא במעות הללו, שהרי כל קנין בפרה עכשיו [כששילם השומר] לא יהני לקנות את הכפל מקודם לכן, דפשיטא שנגזל שמקנה את הפרה הגזולה אחרי הגזילה [לצנועין] דלא קנה חבירו את הכפל, דהכפל תלוי בבעלים בשעת הגזילה, ולא מהני מה שהשומר נהיה בעלים אח"כ לפי העמב"ד, וא"כ למה הקשו בתוס' מצד מעות קונות, הא יותר הו"ל להקשות דאין אפשרות כלל לקנות את הכפל שמקודם לכן, ונשאר בצ"ע, וכן הק' הגרעק"א [בד"ה ובזה נלע"ד מה דק' לכאור].

וע' נמי ברש"ש שהק' דהפרה אינו ברשותו, דג"כ למד שההקנאה הוא עכשיו על הפרה לכפילא במעות ששילם, ואין לתרץ דקני פרה לכפילא דכבר תמהו בזה רעק"א והפנ"י, וכנתבאר, ות'.

הרש"ש דס"ל לתוס' דלא מקנה את גוף הפרה או פרה לכפילא, אלא שהוא מקנה את המעות של הכפל שיהיו לאחר גוביינא, [ובאמת דלהלן יבואר דמוכרח מהתוס' דלא למדו בקושיתם מצד פרה לכפילא], אולם גם זה לא יתכן, דכבר הבאנו מרעק"א דפשיטא דא"א לקנות מעות במעות.

הרי דמוכרח תלת, א] ע"כ דאינו קונה פרה לכפילא, דבזה הוא לא יקנה את הכפל למפרע, ב] ע"כ דאינו קונה את המעות של הכפל דכסף אינו קונה כסף, ג] ע"כ דאינו קונה את החוב עצמו של הכפל, דהא חוב נקנה רק במעמד שלשתן.

הרי לנו דא"א לקנות לא את החוב של הכפל ולא את הכסף שישלמו אח"כ ולא את הפרה לכפילא עכשיו, וכל זה בלי לבא לקושי' התוס' מצד מעות קונות רק למי שפרע, וצ"ע סברת התוס' בקושי' שלו, דלמה הקשה רק מצד מעות קונות למי שפרע.

ב' קושיות נוספות דבלאו הכי לא שייך הכא קנין מעות.

מלבד כל זה איכא הכא ב' קושיות דלא מצאתי עליהם תשובה:

א] הגר"ש רוזובסקי זצ"ל תמה תמיהא רבתי, והוא, דמטעם אחר לא מהני לקנות ע"י הנך מעות, שהרי מעות הללו חייבים ממילא מצד הלכות שומרים, שחייב לשלם מצד ההתחייבות שלו בתורת שומר, ואיך מעות הללו יהני גם לקנות כפל או מעות או פרה לכפילא, אם ממילא חייבים בהם בלי שייכות לקנין של הכפל, וצ"ע ג.

ב] עוד הק' הגר"ח מטעלו דיתירא מזה תמוה, דהרי כשנמצא הגנב הוא חייב קרן לבעלים, והוא משלם לו, ואז הנך מעות ששילם השומר לבעלים ע"כ חוזרים לשומר, שהרי כבר קיבל דמי פרתו, וגם אם הפרה בעין הפרה חוזרת לבעלים והדמים לשומר, ומעתה, איך מעות כאלו שחוזרים לבעלים יכולים לקנות לו, והרי כל מה שהמעות באים לקנות לו הוא רק על הצד שהגנב משלם ואז הרי המעות האלו חוזרים אליו, צ"ע ג.

ביאורו של רעק"א בקושית התוס' עפ"י המרדכי דקונה את החוב של הכפל ביחד עם הפרה.

ותי' רעק"א³³ עפ"י המרדכי דסובר דקונה מטבע ופירות בחליפין, דאף דמטבע לא נקנה בחליפין, אבל ביחד עם פירות שפיר נקנה, וזה חידוש המרדכי, וה"ה די"ל דאף דמעות וחוב של הכפל אינם נקנים ע"י מעות, וכנ"ל, [דחוב בעי מעמד שלשתן וכסף אינו קונה כסף], אכן ביחד עם הפרה שפיר נקנים גם החוב וגם המעות, ולכך נקטו התוס' בקושי' שכל החסרון הוא "מעות קונות", שאין קונות את הפרה, אבל אי קונות את הפרה שוב קונות גם מעות או כפל ביחד עם הפרה³⁴.

אכן לפי"ז לא מובן קושי' הגמ' דהו"ל דבשלב"ל, דגם כלפי הך חסרון יהני סברת המרדכי, ויקנה את החוב והכסף של הכפל שאינם בעולם ביחד עם הפרה שהיא בעולם, וצ"ע.

וע"ז כתב רעק"א, דסברת המרדכי נאמרה רק באופן שהדבר שלא נקנה חסר לו במעשה קנין רק בגוונא זו, אבל הך דבר עצמו נקנה במק"א ע"י קנין אחר, אבל דבשלב"ל שלא נקנה כלל בשום קנין, התם לא מהני סברת המרדכי לקנותו ביחד עם דבר שבא לעולם, עכתו"ד, ויש לזה מקור, וכמבואר בהערה³⁵.

³³ את עיקר קושיות האחרונים, אבל קושי' הגר"ש רוזובסקי זצ"ל והגר"ח מטעלו זצ"ל אכתי לא מתיישבות בזה.

³⁴ והגר"ח מטעלו חילק דאולי גרע הא דאין כסף קונה את הכסף, דלא שייכי זה לזה, וגרע מחליפין על מעות, עיי"ש, וצ"ע.

³⁵ והנה מצאנו סתירה בשו"ע, דהרמ"א בשו"ע [סי' ר"ג סעיף י'] מביא ג' דיעות בקונה פירות ומעות בחליפין, או דלא קונה כלום או דקונה רק את הפירות או דקונה הכל, והיינו כדינו של המרדכי, ואולם להלן [סי' ר"ט סוף סעיף ד'] לא הביא הרמ"א דיעה להקנות דבשלב"ל ביחד עם דבשב"ל, והסמ"ע [סי' ר"ג ס"ק י"ט] כבר עמד בזה וחילק כנ"ל, דבדבשב"ל לא נתפס קנין כלל וכלל, הילכך לא מהני גם ביחד עם קנין אחר.

אכן י"ל בזה באופן בישוב הסתירה ברמ"א, דכל הסברא בדין זה הוא שאחרי שמצטרפין תרומיהו להקנאה, דכחדא ניהו כלפי הקנאה זו, ושוב אמרינן דמהני מעשה קנין א' לכל ההקנאה אחרי דהמעשה קנין שייכא לחלק מדבר הנקנה, ובסברא זו יש לחלק בין דבשלב"ל שלכתחילה לא מצטרף עם דבר שבא לעולם להיות אחד להקנאה א', וא"ש מה שלא הביאו השו"ע, וסברא זו ראיתי בפתחי תשובה [סי' ר"ג שם] בשם הגמ"ב.

ולפי"ז, בסוגי' דידן לא א"ש, דאכתי ק' דלמה ליה לגמ' להק' מצד א"א מקנה דבשלב"ל, שהרי גם אי מקנה דבר שלא בא לעולם, אכן הכא חסר במעשה הקנין, דלא מצטרפין להקנאה אחת ולא מתיחס המעשה קנין על הפרה לכפל.

ביאור בסברת המרדכי דלא מהני במשיכה רק בחליפין וכסף, ולכן בתירוץ כבר מיירי התוס' בפרה לכפילא.

אולם יש להעיר בעיקר דרכו של רעק"א, דלכא"ק' דלמה בתירוץ התוס' שתירצו שקונה ע"י משיכה, למה הוצרכו להוסיף דקונה "פרה לכפילא", דלמה לא תירצו דקונה במשיכת הפרה [ולא במעות], וביחד עם משיכת הפרה הוא קונה את הכפל או את המעות, ומיושב בזה ב' הקושיות של התוס', ולמה להו' לתוס' לחדש דקונה "פרה לכפילא".

ומוכרחין אנו לומר דאחרי שכבר קונה במשיכה דאז כבר לא מהני סברת המרדכי, והביאור בזה הוא, דהך חידוש של המרדכי נאמר רק באופן שעושה את המעשה קנין בשני החפצים, רק שהקנין לא מהני לא' מהשנים, דע"ז נאמר דמיגו דמהני לא' דכבר מהני לחבירו, אבל כשרק עושה את הקנין באחד מהם, אז פשיטא דלא אמרינן מיגו דמהני לחד דמהני נמי לחבירו, שהרי אין המעשה קנין מתיחס כלל וכלל לשני, וזה החילוק בין קונה במעות לקונה במשיכה.

דהנה, כשקונה במעות את הפרה ביחד עם החוב של הכפל [כגוונא של התוס'] או כשקונה בחליפין פירות ומעות [בשו"ע במרדכי], אז נעשה המעשה חליפין והמעשה קנין של מעות בשניהם, [דקנין כסף וחליפין מתיחסים לכל מה שקצצו תמורת הך כסף וחליפין], אבל כשעושה משיכה, הרי המשיכה היא רק בפרה [שבה נעשה המשיכה במציאות], ולא בחוב של הכפל, ופשוט, וא"ש למה הוצרכו התוס' כבר לחדש דמיירי במושך פרה לכפילא.

מביא כמה הוכחות לחילוק הנ"ל.

ויש להוכיח חילוק זה מדין קנין אגב שקונה מטלטלין אגב קנין הקרקע, וזה דוקא משום דמטלטלין בטילי לקרקע, ולמה לי לדין קנין אגב, תיפוק ליה מדין הנ"ל של המרדכי, וע"כ דהקנין חזקה והקנין שטר נעשים רק בקרקע, הילכך צריך לבא לגזה"כ של קנין אגב דמהני כיון דמטלטלין בטילי לקרקע.

ולפי"ז בקנין אגב היכא שהוא יעשה מעשה קנין בקרקע ע"י חליפין וע"י כסף והקנין מתיחס גם למטלטלין, שוב א"צ לחדוש של קנין אגב.

ויש להביא ראיה נמי מהסוגי' בב"ב [נ"ג]: בקונה ב' שדות ומיצר ביניהם דהחזיק באחד דלא קנה בזה את השדה השני³⁶, וקשה דתיפוק ליה מדין הנ"ל של המרדכי, וע"כ דהחזקה נעשה רק בשדה א', ודומה למשיכה הכא.

וכן יש להביא ראיה משטרות דנקנים בכתיבה ומסירה, ולמה לא מהני מסירה לחודי', דבלאו הכי מהני המסירה כלפי הנייר לצור עפ"י דצלוחיתו [ב"ב ע"ו:]: וא"כ יהני גם על החוב, ול"ל כתיבה ומסירה, וצ"ל דהמסירה לא נעשה כלל בחוב רק בנייר, ומה"ט לא מהני מדין הנ"ל³⁷.

בהמשך קושית התוס' - "ועוד מאי קפריך וכו' הול"ל מי יימר דנגנבה".

כתבו התוס' דהול"ל מי יימר דנגנבה לשעבר, ולכא"ו ספק זה אינו ספק שעושה את הכפל ל"יותר לא בעולם", רק כל הספק הוא אי השתא הכפל קיים או לא קיים, ודומה למי שהקנה פרה לחברו ויש ספק אם הפרה קיימת או לא, דזה לא שייך לחסרון של דבשלב"ל, דכפשוטו, כל החסרון בלא עבידי דאתי הוא כך, דהגם דלר"מ דבשלב"ל הוא כבא לעולם, אכן בלא בא לעולם שא"צ לבא לעולם, בזה מודה ר"מ דאין זה כבא לעולם, אולם הכא הספק האם היה גניבה או לא לא מרחיק את הכפל מלבוא לעולם, וא"כ ק' דלמה יודה בזה ר"מ.

וצ"ל, ושו"מ כן בקובש"ע, דאי נימא דהחסרון של דבר שלא בא לעולם הוא מצד גמ"ד, שוב י"ל שגם ספק כזה מגרע בגמ"ד, וכאן מודה ר"מ דחסר בגמ"ד, ונצטרך להוסיף, דהספק על קיומו של

ויש להביא ראיה להפתחי תשובה מהסוגי' בב"ב [ע"ז:]: דמהני חליפין לקנות כסף וקרקע מדין אגב, ומביא שם בגמ' שזה דוקא מדין אגב, וק' דל"ל אגב, תיפוק ליה מדין הנ"ל במרדכי, ולפי הנ"ב א"ש, שהרי התם מיירי במעות שאינם בפנינו כלל, עיי"ש בסוגי', ושוב לא מצטרפין להקנאה חדא, ודו"ק.

³⁶ ולא אמרינן הכא דסדנא דארעא חד הוא ויקנה דמיירי בלי שיעבוד מעות.

³⁷ והביאור בכתיבה הוא, דע"י הכתיבה נעשה החוב כחלק מהשטר, וממילא נעשה בו המסירה ג"כ.

דבר תמיד מגרע גרע בגמ"ד, וגם דבשלב"ל תמיד מגרע, גם לר"מ ואין דבשלב"ל כדבר הבא לעולם לר"מ, רק דר"מ ס"ל דהך גריעותא של גמ"ד לא פוסל לגמרי את הגמ"ד, דסגי בגמ"ד קלוש, ורק כשיש תרתי לריעותא ס"ל לר"מ דליכא גמ"ד, אבל לא עבידי דאתי אינו יותר לא בעולם מעבידי דאתי.

ולפי"ז לו יצוייר ועל הצד שהיה נגנבה היה ודאי משתכח גנב, והיה ודאי דלא מודי ומיפטר, אפי"ה הו"ל לא עבידי דאתי לר"מ, ודו"ק.

אכן אין זה פשוט לומר שכל גריעותא בגמ"ד מצטרף לחסרון של דבשלב"ל, דהסוג חסרון גמ"ד שיש בדבר שלא בעולם אינו הך סוג חסרון גמ"ד של ספיקות, ובתוס' נתחדש שמצטרפות כהדדי.

"וי"ל דהמקשה סבר" – הוכחה מהתירוצ' בתוס' דתוס' למדו בקושי' ע"ד רעק"א.

הבאנו לעיל ב' דרכים באחרונים בביאור סברת התוס' בדעת המקשן, או שמקנה פרה לכפילא או שמקנה את הכפל עצמו בלי לבא לדין פרה לכפילא, אלא דלהך צד דמקנה בלי פרה לכפילא היה ב' מהלכים, או כפל לבד [ועל זה תמהו האחרונים טובא], או כפל ביחד עם הפרה [רעק"א].

ולכא' הכא בתירוצ' התוס' מוכרח כהדרך השני והיינו דלא הקנה פרה לכפילא שהרי זה גופא מה שנתחדש בתירוצ' התוס' דמיירי בפרה לכפילא, ואיך קס"ד לאחרונים ללמוד דהקנה פרה לכפילא כבר בקושית התוס', אולם אין זה קשה די"ל דעיקר החידוש בתירוצ' התוס' הוא רק דהקנה פרה לכפילא ע"י משיכה ולא משעת התשלומין, ודו"ק.

אולם זה תמוה, דא"כ למה תוס' צריכים להוכיח עכשיו דפרה לכפילא הו"ל דבשלב"ל, והרי גם בקושי' נקטו כן, וזה לא נתחדש כאן, ומוכרח דאין זה הפשט בתוס' בקושי', וע"כ כרעק"א דמקנה את הכפל עצמו אלא דהמעשה קנין הוא ביחד עם הפרה ועפ"י המרדכי.

סימן ה' דקל לפירות ופרה לכפילא.

פרק א' ביאור שיטת התוס' דאיכא ב' דרכים בגדר "עבידי דאתי". < > תמיהא רבתי בדברי התוס', דלמה בעינן תנאה דעבידי דאתי בדקל לפירותיו, הא הקנין הוא בדקל שקונה את הדקל לגמרי לגבי הפירות. < > מהלך של רעק"א דמהני עבידי דאתי להחשיב את הפירות כמונחים בדקל, ואת הכפל כמונח בפרה. < > דוחה מהלך זה דלא שייך לעיקר סדר הגמרא דדנו מצד דבר שלא בא לעולם. < >

פרק ב' ב' דרכים בגדר דקל לפירות, וג' שיטות בזה. < > מהלך חדש בגדר דין דקל לפירותיו, דאינו קונה את הדקל לגמרי לגבי הפירות אלא שהוא קונה את הפירות ע"י הדקל. < > מדייק מלשון התוס' בסוגיין דג"כ למדו בדרך זו, ומביא דיסוד זה מבואר בתוך דברי רעק"א בביאורו לדברי התוס' בגיטין שצירף סברת "אינו יוצא מגופו" בהדי' סברת "לא עבידי דאתי", וביאר דחלוק קנס מפירות, דבקנס רק קנה "אגב גריא". < > מביא דכבר חקר בזה הגר"ח, וחילק בזה בין עבד לקנס לפרה לכפילא. < > ביאור שורש פלוגתתם דפליגי אי שייכא בעלות בדקל לגבי פירות, אבל לכא' יודו בדקל לגבי הענפים < >

פרק ג' מקורות נוספים לחידוש זה בראשונים. < > מביא כן מהרשב"א בכתובות [נ"ט] ומהרשב"א בגיטין [מ"ב]. < > הוכחות נוספות ליסוד זה דקונה את הפירות ע"י הדקל ולא קונה את הדקל לענין הפירות < > סיכום כמה נפ"מ בין הדרכים. < > דן בדברי המהר"ם אלשיך וקצוה"ח במוכר מעות לרווח שיעשו ע"י המעות < > ראה מהאו"ש שלומד פרה לכפילא ע"ד מה שנתבאר בכס"מ, ומבאר פלוגתת האו"ש ורמ"א עפ"י פלוגתת רעק"א ורס"מ הנ"ל.

פרק ד' סיכום כל השיטות, וביאור בגדר חדש בדקל לפירות, וכמה נפ"מ לדינא בין הנך דרכים. < > הקדמה. < > סיכום השיטות שמחלקות בין הסוגים השונים של בעלות בדבר אחד לגבי המסתעף ממנו. < > סיכום ט' נפ"מ וחילוקי דינים בין הנך ב' דרכים בדקל לפירות ותלוי במחלוקות השונות בין השיטות. < > נפ"מ גדולה בביאור הסוג' בגיטין [מ"ב]. < > שורש הנידון הוא שבעלות שמסתעפת מבעלות צריכה חלות קנין בבעלות החדשה עצמה, ורק בעלות שהיא חלק מבעלות הראשונה חיילא בראשונה לענין השניה. < > מביא מהמרדכי ששכירות קרקע הוא מטלטלין, ומבאר שכאן מצאנו קנין בקרקע להעמיד בעלות של מטלטלין מתוך בעלות בקרקע בגדר בעלות שמסתעפת מבעלות, ע"י מעשה קנין בקרקע. < > בדקל לפירות וכן בכולם באגב גריא – בכולהו איכא בעלות שמסתעפת מבעלות – והקנין בבעלות הראשונה להחליפה.

פרק א'

ביאור שיטת התוס'

דאיכא ב' דרכים בגדר "עבידי דאתי".

ביאור הגדר של דקל לפירות ופרה לכפילא שהוא בעלים בכל הדקל לענין הפירות.

בביאור עיקר הגדר בדקל לפירות נראה להקדים שהפשטות בזה היא שמקנים את כל הדקל לגבי הפירות, ולגבי שאר דברים הוא לא מקנה את הדקל כלל, ונמצא דכל הקנין חיילא רק על הדקל, ומה שהפירות הם שלו הוא ממילא, וזה כמו בעלים אמיתי על דקל דהפירות הם 'ממילא' שלו כיון שהדקל הוא שלו, כמו כן הכא, לגבי הפירות הדקל הוא לגמרי שלו ונמצא דכל הקנין חיילא אך ורק בדקל שהוא בעולם.

דוגמא לדבר, דכמו שמצאנו גירושין באשת כהן שמגרשה חוץ מתרומה ויכולה עדיין לאכול תרומה, שהכוונה בזה הוא, שהכהן גירש את אשתו לגמרי לגבי הכל, ואין ביניהם שום אישות כלל, אכן כלפי הדין אכילת תרומה [שהוא דין אחד שנובע מהאישות] לגבי פרט זה אנחנו אומרים שהוא לא גירשה כלל וכלל, וכל האישות קיימת לגבי פרט זה.

ולכא' זה נמי הגדר בדקל לפירותיו, שמקנה כל הדקל כלפי הפירות שיצאו ממנו, וכלפי דברים אחרים הוא לא מקנה את הדקל כלל, וזה כמין 'שותפות' בדקל, שהבעלים של הגוף הוא בעלים על ה'חתיכת עץ' שבדקל, והוא בעלים על הדקל לענין פירותיו.

ולפי"ז כל הקנין נעשה וחל על דבר שבעולם, והיינו על הדקל, והפירות נקנים ממילא אח"כ כמו בבעלים גמור על דקל שהפירות נקנים לו ממילא אח"כ בלי שתחול בעלות חדשה אלא הכל בכלל בעלות הראשונה.

כדרך זו מפורש בכמה מקומות בדברי רעק"א – עיין בדבריו להלן [ל"ד: ד"ה ומ"ש עוד הכ"מ] בביאור הגדר בפרה לכפילא ודקל לפירותיו, שכתב – "היינו שקונה הדקל לענין זה שיהיו הפירות גדילים על דקל שלו, וכן פרה לכפילא, דלענין כפל הפרה שלך שהגנב גנב פרה שלו", עיין כל

לשונו בהערה ³⁸, וכ"ה בלשון הגר"ח – מובא להלן – שכתב "דבקנייתו את החפץ לכפילו, שנעשה איהו בעלים של החפץ לגבי גנבה", שו"ר שגם ר' ראובן [סי' כ' ריש ס"ק ב'] דימה לגירושין חוץ מאכילת תרומה.

מבאר דגם בפרה לכפילא שייך לומר כן.

אלא דלכאור' לגבי פרה לכפילה יותר קשה לומר שדנים שכאילו הפרה שלו נגנבה – דהא כל בעלותו אינו אלא לענין תביעת וגביית הכפל ובעלות זו אינה שווה כל דמי הכפל וממילא דאך אמרינן שנגנב ממנו ממון בשווי של הכפל ומה שייך לומר שהוא בעלים לדון שכאילו ממנו נגנב ממנו.

אכן כד נתבונן בדבר נראה שההסתכלות הנכונה בזה היא על פי דברי הגר"ח הלוי על הרמב"ם בהלכות מכירה [פרק כ"ג] שכתב "דחיובא דכפל כיון דכל דין גנבה וחיוב כפילא הרי הוא מחמת דין בעלים וזכות ממון שלהם בהחפץ, והכפל הוא תשלומי הגנבה, א"כ ממילא דבקנייתו את החפץ לכפילו, שנעשה איהו בעלים של החפץ לגבי גנבה, וזה שהגנב מתחייב בחיוב כפל מחמתו ומחמת דין בעלים שלו הוא".

הרי שכתב שזה 'תשלומי הגניבה', ונראה שכל תשלומין על חפץ מישך שייכא בגוף החפץ, ואינו ממון חיצוני, וכמו דדמי חפץ הוא חלק מהחפץ ושייך להיות בעלים על דמי החפץ כמו על גוף החפץ, וזו בעלות בגוף החפץ לענין דמיו – עיין בהערה ³⁹ תוספת ביאור בזה – וכמו כן נראה דאי כפל הוי תשלומי גניבה, אף דהוי קנס אכן בקנס נתחדש תשלומין חדשים שחייבים על החפץ, ודמי הקנס מישך שייכי בחפץ, ונמצא שהתהליך של גניבה והעמדה בדין ותשלומי הקנס הוא תהליך שמחדש ממון חדש מכח ממון – ודומה לחפץ ש'מצמיח' שווי נוסף של ממון על ידי תהליך מסויים, ואין הבדל בין חלב של פרה ופירות של דקל לכפל מפרה – כל דבר בתהליך שלה, אלא שכולם יוצאים מגופו וזה לא יוצא מגופו אבל סו"ס הרי זה תלוי בבעלות ההיא – וכעת הלוקח קנה את החפץ לענין זה, כמו שלוקחים דקל לענין פירות.

תמיהא רבתי בדברי התוס', דלמה בעינן תנאה דעבידי דאתי בדקל לפירותיו, הא הקנין הוא בדקל שקונה את הדקל לגמרי לגבי הפירות.

והנה התוס' חידשו דגם בדקל לפירות בעינן עבידי דאתי, [ואגב יש להעיר, דלכאור' תמוה, דלמה כתוב בגמ' ד"פירות דקל" בעי עבידי דאתי, הא הכא מיירי בדקל לפירות, ואולי שאני דקל

³⁸ וז"ל רבי עקיבא איגר [שם], "לכאורה כל עיקר פרה לכפילא או דקל לפירותיו דמהני, ולא הוי דבר שלב"ל היינו שקונה הדקל לענין זה שיהיו הפירות גדילים על דקל שלו, וכן פרה לכפילא, דלענין כפל הפרה שלך שהגנב גנב פרה שלו, אבל פשיטא אם נימא שהגנב נתחייב לבעלים רק שהוא קנה הפרה לענין זה הזכות שיבוא להבעלים ממנה דהיינו שיגבו הכפל יהיה הזכות שלו דמה שייכות זה להפרה שיקנה הוא המעות מהבעלים, וגם הי' בעי' שיגבו הבעלים תחלה הכפל, ואף אם הבעלים מתו מקודם הגביל' לא היה קונה הפירות דקל וקנס דפרה, אע"כ הפשוט דעיקר מעלה דדקל לפירותיו וכיוצא, דלענין זה הזכות הדקל שלו שהפירות גדילים באילן שלו, וביותר מבואר כן בהרשב"א בסוגיא דכתובות [נ"ח] בסוגיא דהמקדש מע"י אשתו הובא בשיטה מקובצת בארוכה שהקשה מה מהני יקדשו ידיו לעושיהם מה שייכות יש מע"י לידים, בשלמא דקל לפירותיו היינו שיהא הדקל לענין זה הקדש שיהא הפירות הקדש כאלו הקדש כל הדקל ע"ש שמבואר כנ"ל עכ"ל.

³⁹ והיינו דחוץ ממה שאפשר לחלק בעלות לכמה חלקים, לגוף פירות ותשמישים, אכן יש עוד חלוקה נוספת, שמחלק את הבעלות בין השווי וערך וממון של החפץ לגוף החפץ, דאף שהערך ושווי הוא הערך ושווי של גופו של חפץ, אבל סו"ס חלוקין ניהו, ומצאנו בזה כמה דוגמאות, דבמעשר שני למ"ד דממון גבוה, הרי דאיכא ממונות לגבוה, אף דגופו שייך לו, ויכול להוריש ליוורשיו, ואיכא מ"ד דחשיב "לכס", ועי' בזה בקובש"ע [פסחים אות י"ח], וכן הוא בדבר הגורם לממון דכממונו וכשלו חשיב רק כלפי הממון של החפץ ולא כלפי גופו, עיין בקובש"ע [שם], וגם באיסורי הנאה דאין בהם דין ממון ואעפ"כ יש לו בעלות בגופו.

וכעין זה מתבאר נמי בדברי הקצוה"ח [סי' שנ"ג ס"ק א'] לגבי קניני גזילה ע"י יאוש וש"ר, וז"ל, "אלא צ"ל שקנין שקנה ביאוש וש"ר אינו קנין גמור, אלא שיוור בקנינו, דאינו קונה אלא גוף החפץ, אבל הדמים צריך להחזיר, וכו', וכיון שהיו שיוור בקנינו, לזה הוכיח הראב"ד וכו', ע"כ אינו קונה קנין גמור ושייר בקנינו וא"כ לא הוי לכס", עייש"ה, וע"ע באמרות אברהם קידושין [סימן ג'] בנידון זה.

ונראה דבדין דמי שביעית כבר חקרו אי הוי דין חליפי שביעית או דין דמי שביעית, ואי הוי דין דמי שביעית, יש לחקור בגנב שביעית ומשלם עליו כפל אי כל הכפל תופס דמיו או אפילו הקרן לא תופס, ולהלן הבאנו מהגר"ח דחלוק קנס של עבד שאינו דמיו, ומה הדין בעבד שקנאו בשביעית דתופס את דמיו, והרגו אחד האם הקנס הוא דמי שביעית, ואי אינו דמיו וכמבואר בדברי הגר"ח אלא קנס בעלמא דשוב לא חשיב דמיו גם לענין חליפי שביעית.

לפירותיו דלא בעי עבידי דאתי, וכמו דס"ל לרשב"א לפי האמת, וצע"ג] - ובעיקר החידוש בתוס' גם בדקל לפירות בעינן עבידי דאתי תמוה, דלכא' לפי מה שנתבאר מרעק"א והגר"ח שיש בעלות בדקל לענין הפירות וכן בפרה לענין הכפל - וכל המעשה והחלות קנין הוא דבר שבעולם - והכפל והפירות אינם אלא 'ביטוי' של בעלותו - אבל אין חלות קנין על הדבר שלא בעולם - א"כ תמוה מאד - דלמה צריך תנאה דעבידי דאתי, שהרי הקנין חיילא בדבר הבא לעולם, ובדבר הבא לעולם לא אכפת לנו בספיקות ובמי יימר - ודווקא בקונה פירות דקל דמהני לר"מ - הרי התם המעשה קנין והחלות קנין תרומייהו נעשו וחיילו על הפירות ולכן בעינן עבידי דאתי אכן הכא הכל נעשה וחל בדקל שהוא בעולם, ול"ל תנאים של עבידי דאתי - וצ"ע.

מהלך של רעק"א דמהני עבידי דאתי להחשיב את הפירות כמונחים בדקל, ואת הכפל כמונח בפרה.

והיה אפשר לומר בזה דעיקר התנאי של עבידי דאתי בא לומר דלכן שייך בעלות של דקל לפירות, והיינו דדקל שיעשה פירות באופן דלא עבידי דאתי שיש כמה סיבות שלא יעשה פירות, אז לא שייך בעלות בדקל לענין הפירות דאינן עומדים לצאת מהדקל ובמקרה הם הגיעו - ואף שהבעלים על הדקל הוא ממילא בעלים על הפירות אכן לא שייך להיות בעלים בדקל אך ורק לענין זה - דבלא עבידי דאתי אנו דנים את הבעלות בפירות כבעלות שמסתעפת מהבעלות בדקל, ואינה חלק מהבעלות הראשונה ולכן אינו יכול להיות בעלים בדקל לענין זה - שכמו שלא שייך לקנות דקל א' כלפי פירות של דקל חברו, דלא שייכי אהדדי, כמו"כ אי בעלות בפירות לא קיימת בבעלותו בדקל, אז היינו דנים אותם כתרתי - בעלות שיוצאת מבעלות - ושוב לא שייך כל הך קנין להיות בעלים בדקל לגבי הפירות.

ונסיף ביאור - הרי ודאי שטלה ונעשה איל - הבעלות בתוספת שיש באיל יותר מהטלה היא בעלות אחת עם הטלה - ואין כאן בעלות שיוצאת מבעלות - אלא הכל בעלות אחת - אולם הכא יש לדון דאולי פירות היא בגדר בעלות שיוצאת מבעלות - ועיין להלן [פרק ה] הסברא בזה.

בדרך זו למד הגרעק"א בביאור דברי התוס' בסוגיין בדרך השני [בד"ה אמנם נלע"ד - "לזה היה נראה לומר"], וז"ל, "היינו דמה דעבידי דאתי כיון דבודאי אתי הוי כמו יוצא מגופו, והוי כאילו כח השבח ההוא בגוף העבד אף שאינו יוצא מגופו, מ"מ כיון דעבידי דאתי כאילו יוצא מגופו הוא, מש"ה נקט הש"ס דקנס וכפל כיון דהוי לא עבידי דאתי וגם א"י מגופו דלא קנה", והיינו כנ"ל, דמעלה דעבידי דאתי הוא דבזה אמרינן דהפירות מונחים בדקל, ושפיר שייכי הדקל והפירות כהדדי, ועיין ברשב"א דג"כ משמע כן - עיין בהערה ⁴⁰ שהבאנו לשונו.

למדנו מזה שיש ב' מעלות נפרדות בעבידי דאתי:

א] בפירות דקל וחדא בדקל לפירותיו, והיינו דעבידי דאתי מהני בקונה "פירות דקל" לר"מ לענין מה שחסר בגמ"ד על הפירות שאינם בעולם כיון דסו"ס עבידי דאתי - ולהכי קונה לר"מ אף שהם אינם בעולם.

ב] עבידי דאתי מהני גם ב"דקל לפירותיו" לרבנן לדון את הפירות כאילו שהם בדקל, דאל"כ לא שייכי כלל לדקל כדי שיוכל לקנות את הדקל לענין הפירות, ואהני לן עבידי דאתי להחשיב את הבעלות בפירות כבעלות בדקל לענין קנין זה.

וכפשוטו לא שייכי אהדדי הנך ב' דינים בעבידי דאתי - אולם אכתי יש מקום לומר דשורשם אחד - דיתכן דתנאה דעבידי דאתי לדעת ר"מ אינה מעלה צדדית לענין גמ"ד - אלא שהמהלך בזה הוא דר"מ חשיב ליה לדבר שלא בא לעולם כבא לעולם, משום שמונח ב'בכח' בדבר שבעולם, והיינו דדנים שהפירות כבר מונחים בדקל לענין הקנין כיון שהם עבידי דאתי, לעומת כפל דלא מונח בפרה כיון דלא עבידי דאתי, ולכן ליכא חסרון גמ"ד, דדנים שהקנין חל על פירות שהם כאילו כבר כאן בדקל והרי הוא כקונה דבר בעולם - ונמצא דהך סברא עצמה דדיינינן להו כאילו שהם

⁴⁰ שיש לשון ברשב"א [כתובות נ"ט] דמשמע כן, שכתב וז"ל, "דעבידי דאתי מיניה דמגופו של דקל הן", ומשמע דעבידי דאתי ויוצא מגופו חד ענין הוא, ועיין נמי ברשב"א בגיטין [מ"ב:] שכתב "פירות דקל דמגופיה נינהו, ובחזקת הדקל קני להו לפירי דעבידי דאתי מיניה", הרי דשוב משמע דעבידי דאתי ויוצא מגופו חד ענין הוא.

כבר נמצאים בדקל וממילא נמצא שהם בעולם, ולהכי קונה לר"מ אף דבמציאות הם אינם בעולם – היא היא הסברה דלכן מהני עבידי דאתי ב"דקל לפירותיו" לרבנן לדון את הפירות כאילו שהם בדקל, דאל"כ לא שייכי כלל לדקל כדי שיוכל לקנות את הדקל לענין הפירות.

דוחה מהלך זה דלא שייך לעיקר סדר הגמרא דדנו מצד דבר שלא בא לעולם.

איברא דכל זה תמוה מאד, שהרי בסדר דברי התוס' מבואר דאחרי שחידשו שקונה במשיכה ולא במעות שוב חידשו דאירי בפרה לכפילא ולא בכפל לחודי' – היינו טעמא דמשיכה לא יכולה להתייחס לכפל, [ורק מעות מתייחסים גם לפרה וגם לכפל], ומשיכה שייכת רק לפרה, ולכן חידשו שהמשיכה קונה את הפרה עצמה לענין הכפל – ואז הוכרחו לחדש חידוש עצום [שעל זה נתקשו מסוגיות אחרות] דגם דקל לפירות בעי עבידי דאתי – הרי לנו דדבר פשוט דבלי עבידי דאתי ליכא קנין על כפל עצמו אלא על פרה לכפילא.

ומעתה אי נפרש דבעינן עבידי דאתי כדי שיחשבו את הפירות כחלק מהדקל, ובלא זה אינם חלק מהדקל ולא שייך בהם כל הקנין של דקל לפירותיו, שוב ק' לשון הגמ', דלמה כתוב בגמ' שיש חסרון בלא עבידי דאתי מצד זה דאין אדם מקנה דבשלב"ל, הא גם אי אדם מקנה דבשלב"ל אכתי לא יהני שהרי אין כאן מעשה קנין כלל, דחסר בעצם מעשה המשיכה, דמשיכה מהני רק ב"פרה לכפילא" ומשיכה לא מהני ב"כפל פרה", ובלא עבידי דאתי לעולם חשיב ככפל פרה, דלא מתייחס המשיכה לכפל, ומה שייך לדון שיש חסרון של שבר שלא בעולם באופן שלא היה מעשה קנין כל עיקר – אתמהה.

הרי לנו דלדרך זו ליכא חסרון מצד ה'דבר שלא בא לעולם' שבקנין – אלא מצד זה שאין כאן קנין משיכה,⁴¹ וזה פלא על דרך זו של רעק"א, וצ"ע.

וע"כ נראה שרעק"א למד דהגמ' מק' ב' קושיות נפרדות, א' אין אדם מקנה דבשלב"ל, ב' גם לר"מ דמקנה דבר שלא בא לעולם, אכן הכא חסר במעשה קנין עצמו, דבלי עבידי דאתי ליכא מציאות של דקל לפירות, וכיון שכן חסר בכל הקנין בכפל, דמעשה קנין בפרה לא מתייחס לכפל כלל, והיינו דהקושי' לר"מ אינו מצד דבר שלא בא לעולם, ודו"ק, אולם אין הדברים פשוטים ועיין בזה בהערה⁴².

פרק ב'

ב' דרכים בגדר הדין דקל לפירות,

וג' שיטות בזה.

מהלך חדש בגדר דין דקל לפירותיו, דאינו קונה את הדקל לגמרי לגבי הפירות אלא שהוא קונה את הפירות ע"י הדקל.

אולם לכא' צ"ל באופ"א בעיקר הגדר בדין דקל לפירותיו, ודלא כרעק"א, והיינו שאין החלות קנין בדקל לענין הפירות, אלא שהחלות קנין הוא בפירות עצמם, אלא שקונה את הפירות ע"י הדקל, ולהלן הבאנו הגדרה כזו מהגרעק"א [אלא שכתב כן בשיטת ר"מ] – ולשונו בזה הוא שהוא קונה את הפירות "אגב גרירא דדקל", וכן בפרה לכפילא, ועיין בדבר אברהם [ח"ג סימן י"ד ד"ה תמצית דבריו] שכתב כעין זה שאף שהקנאה חיילא בפירות אבל הדקל 'נשתתפה בהקנאה' לסלק את החסרון של דבשלב"ל.

ואולי נוסיף בזה הגדרה והבנה מועטת, והיינו שהוא עושה את ה'מעשה' קנין בדקל, ונגמר ונתפס ה'מעשה' קנין בדקל, והך מעשה קנין מהני לקנות את פירותיו, והיינו דנתחדש כאן חידוש בהלכות

⁴¹ ורק יהני בזה קנין מעות, ומעות לא קונות וכקושי' התוס'.

⁴² והיינו דמהלך זה לא משמע בגמ', דבשלמא בכפל א"ש, אבל בפירות דקל עצמו שפיר שייכא מעשה קנין בנפרד על הפירות, והיינו כגון שהוא קונה את הדקל והפירות בחליפין, ולא בעינן לזה עבידי דאתי, ומהגמ' משמע דגם בפירות דקל בעינן עבידי דאתי, וצ"ע.

ויש כאן קושי' נוספת, דכל המהלך הזה לא מתאים לנתבאר לעיל בתוס', דנתבאר לעיל דעבידי דאתי הוא רק מעלה בגמ"ד, שהרי גם בספק על דבר הבא לעולם יש מעלה בעבידי דאתי, שוב א"א לומר כדרך זה, דאי כל המעלה של עבידי דאתי הוא רק להחשיבו בעולם הרי גם בדבר שהוא בעולם ממש איכא חסרון של גמ"ד ואיך יהני על זה עבידי דאתי.

מעשה קנין, דכיון דשייכי הדקל והפירות אהדדי, שוב אהני לן מעשה קנין בדקל להחיל חלות קנין בפירות אף דהמעשה נעשה בדקל, ודו"ק, ומעשה פשוט, דהואיל והחלות קנין חיילא בפירות והם אינם בעולם, שוב שייך לנדון של קנין בדבשלב"ל, ובזה בעינן נמי תנאה דעבידי דאתי, והכא מודי רבנן לר"מ, דסו"ס המעשה קנין נתפס ונגמר בדבר שהוא בעולם – וכבר מטו משמי' דהגר"נ פרצוביץ זצ"ל הגדרה כעין זו.

[ויש להעיר דמהלך זה לא עולה יפה עם המבואר בתוס' הרא"ש שכל פירות דקל קונים לר"מ על ידי מעשה חזקה בדקל, עיין בזה לעיל [סימן ג' סוף פרק א'] – דלפי מהלך זה זה גופא דקל לפירותיו].

ונוסיף בזה תוספת ביאור, דהנה, כבר נתבאר לעיל [סימן ג'] דעיקר החסרון של דבשלב"ל הוא מצד הגמ"ד, ונראה דהחסרון גמ"ד בדשלב"ל הוא מזה דגם המעשה קנין וגם החלות קנין מתייחסים לדבשלב"ל, לעומת דקל לפירות דהכל נעשה ונגמר בדקל, גם המעשה וגם החלות, אכן הכא נתחדש חידוש במעשה קנין דשפיר נעשה ונתפס בדקל שהוא בעולם, וכל החסרון גמ"ד הוא רק מצד זה שהחלות קנין צריך לחול בפירות שהם דבשלב"ל, ולהכי מודי חכמים לר"מ דבדרגא כזו של חסרון גמ"ד כבר מהני עבידי אתי, ודו"ק.

ועיקר הדברים אכתי צ"ב – דמה שייך קנין בדקל עבור הפירות ומה זה שייך לדבשלב"ל – ועיין להלן [פרק ד'] הביאור בזה.

עכ"פ למדנו שיש ג' דרכים בלקנות פירות שאינם בעולם:

א] לר"מ המעשה והחלות נעשו בפירות, תרווייהו בלא בא לעולם, ובזה איכא תנאי של עבידי דאתי.

ב] תוס' חידשו דלרבנן דר"מ לא מהני עבידי דאתי באופן שיש חסרון של גמ"ד גם מצד המעשה קנין, אכן יש אופן של דבשלב"ל שעכ"פ המעשה קנין נעשה בבא לעולם [דקל] ורק החלות קנין חיילא בלא בא לעולם [פירות] ובדרגא כזו של דבשלב"ל מודי רבנן לר"מ אהני לן עבידי דאתי להשלים את החסרון של גמ"ד, ותוס' חידשו דזה הגדר תמיד בדקל לפירות.

ג] הדרגא השלישית היא הגדר של דקל לפירות שמבואר ברעק"א – מובא לעיל – שהוא קונה את הדקל לענין הפירות והרי הוא כשותף בדקל לגבי הפירות, דאז המעשה קנין והחלות קנין – תרווייהו נעשו וחיילו בדבר שבעולם [דקל] ורק שהביטוי של הבעלות הוא בפירות, וכיון שהמעשה והחלות חיילו בדקל שהוא בעולם, בזה לא שייך לדון מצד דבשלב"ל ולא מצד עבידי דאתי, ועיקר חידושו של התוס' כאן הוא לחדש שאין הגדר בדקל לפירות כמבואר ברעק"א אלא כדרך החדשה.

גוף הדברים דאיכא מהלך נוסף בדין דקל לפירות [בלי דברינו להוסיף לחלק בין המעשה לחלות], מוכרח מהרבה מקומות ומצאנו כן בדברי רבותינו, אלא שיש כמה דרגות בזה, והיינו ששייך לומר דבכל דקל לפירות הגדר כן, וכדמוכרח בתוס', אולם שייך נמי לחלק ולומר דדווקא בכפל וקנס של עבד הגדר כן, אבל בדקל לפירות הגדר כדנקט רעק"א – וזה יבואר בביאור דברי התוס' בגיטין, ויש לחלק עוד בדקל וכפל הגדר כמבואר ברעק"א, ובקנס של עבד הגדר כהתוס', וזה יבואר בדברי הגר"ח בביאורו לשיטת הרמב"ם – ולהלן נביא הרבה מקורות לעיקר הגדר הזה, וכן לדרגות והשיטות השונות שמחלקות ביניהם, פירות – כפל – וקנס.

[עוד נוסיף דבעיקר הגדר של המהלך החדש היה מקום לומר שיש סוג מסויים של חלות בדקל – ואינו מעשה קנין גרידא – אכן לפי מה שיבואר להלן [פרק ג'] ברשב"א לגבי קדושה במעש"י יהיה מוכרח שאין שום חלות בדקל רק מעשה בדקל].

מדדיק מלשון התוס' בסוגיין דג"כ למדו בדרך זו, ומביא דיסוד זה מבואר בתוך דברי רעק"א בביאורו לדברי התוס' בגיטין שצירף סברת "אינו יוצא מגופו" בהדי' סברת "לא עבידי דאתי", וביאר דחלוק קנס מפירות, דבקנס רק קנה "אגב גרירא".

נראה דעיקר מהלך זו מדוייק בלשון התוס' כאן, שכתב "שהקנה לו הפרה לקנות הכפל", ולא כתב דקני את הפרה לגבי הכפל, וכן מדוייק נמי בסוף התוס' שכ' דלמסקנה שמקנה את הפרה עצמה

ולא פרה לכפלא, דאז אמרינן "דנקנה הכפל ממילא", ואי כדרכו של רעק"א הרי גם בפרה לכפילא הפרה הוא שלו לענין הגניבה ולענין הכפל, א"כ גם בקס"ד הוי הכפל "ממילא שלו", אכן לדרך החדשה של חלות קנין חיילא בכפל עצמו – אין זה קנין ממילא אלא קנין דחיילא עליו.

ונראה עוד דיסוד זה מפורש בדברי רבינו עקיבא איגר עצמו, ונקדים בזה דהנה, התוס' בגיטין [שם] ביארו דהצד דלא מהני עבד לקנס, היינו משום דגרע מדקל לפירות בתרתי, א] קנס אינו יוצא מגופו של העבד כפירות שיוצאים מגוף הדקל, ב], קנס אינו עבידי דאתי ודלא כפירות דעבידי דאתי, ויש כמה מהלכים ברעק"א לבאר הנך תרי חסרונות.

ובדרך השלישית [בד"ה אמנם נלע"ד - ולזה בהכרח מוכרחני לדחוק] ביאר רעק"א דאיכא חילוק גדול בין הגדר בדקל לפירות כשיוצא מגופו לגדר בדקל לפירות כשאינו יוצא מגופו, דביוצא מגופו אז הגדר בזה הוא "דקל לפירותיו" כפשוטו, והיינו שמקנה את הדקל לענין הפירות וכל החלות הוא רק בדקל וממילא קונה את הפירות, ומהלך זה לא שייך לגבי עבד כיון שהקנס אינו יוצא מגופו, אכן אכתי שייך עוד אופן של דקל לפירות, והוא שמעשה הקנין בדקל מהני לפירות, וכלשון רעק"א דקונה "בדרך גררא ע"י גוף החפץ כעין דקל לפירותיו וכו', דכיון דשייך בו התפסת קנין נגרר הוא בתר קנין דגוף החפץ", הרי דנגרר הקנין בפירות אגב קנינו של הדקל.

אכן בזה כתב רעק"א דאיכא תנאי דבעי שהפירות יהיו בפרשת קנינים, וכלשון רעק"א, ד"אם הוא בעצמותו לאו בר הקנאה הוא כלל, א"י להקנותו בדרך גררא ע"י גוף החפץ", ולכן בדשלב"ל דלא עבידי דאתי לא מהני הך מהלך, דבלא עבידי דאתי אז "הוא בעצמותו לאו בר הקנאה הוא כלל", וביאור האי חילוק, דבאופן הראשון [שיוצא מגופו] כיון דהחלות קנין חיילא בדקל א"כ מה אכפת לן מה שהפירות "לאו בר הקנאה", אבל באופן השני הרי הקנין חיילא בגוף הפירות, ושוב בעינן תנאה דעבידי דאתי, וא"ש הצירוף של הנך תרי חסרונות בעבד לקנס, דאחרי שהקנס אינו יוצא מגופו שוב בעינן מהלך חדש מדין גרירא, וממילא דכבר הדרא החסרון של "לא עבידי דאתי", ודו"ק, ועיין בהערה ⁴³ שהבאנו את כל הלשון של רעק"א.

ונראה דהאופן השני דמבואר ברעק"א ד"קונה בדרך גררא ע"י גוף החפץ", הגדר בזה הוא דומה למה שנתבאר כאן בתוס', ודו"ק, ובוזה מבואר למה בעינן תנאה דעבידי דאתי אצלינו בתוס' בפרה לכפילא דגם הכא אינו יוצא מגופו, ודו"ק, והיינו ממש כדברי רעק"א בעבד לקנס דלכן בעינן שיהיה "בר קנין" כיון דהחלות קנין חיילא ביה.

אולם יש חידוש בדברינו בביאור דברי התוס' שם – שהרי רעק"א פירש כן בשיטת ר"מ – והיינו דכמו דלר"מ מהני קנין סודר בפירות דקל – מעשה קנין בפירות עצמם, כמו כן מהני לר"מ קנין בפירות אגב גרירא דקל והיינו בעושה מעשה קנין בדקל כיון דממילא הפירות הם בר קנין גם בלי מעשה בדקל, אולם נראה לחדש דאחרי מה שנתבאר בתוס' דידן, ואחרי מה שיבואר להלן עוד – דגם בשיטת רבנן איכא מהלך של דקל לפירות שקונה אגב גרירא דקל, שוב יש לחדש דהתוס' פירשו כן גם ברבנן דר"מ.

והכוונה של התוס' היא – דאי מצאנו בשיטת ר"מ דמהני עבידי דאתי בקונה פירות דקל, כמו כן בסוג המחודש של דשלב"ל לרבנן דר"מ דמהני אגב גרירא דקל, שהמעשה בדקל והחלות בפירות, דמסתברא דמהני גם הכא דווקא בעבידי דאתי, דווקא במעשה קנין בדבר שלא בא

⁴³ וז"ל רעק"א שם, "ולזה בהכרח הוכרחנו לדחוק דעיקר היסוד כך הוא בדבר שא"י מגופו אם הוא בעצמותו לאו בר הקנאה הוא כלל א"י להקנותו בדרך גררא ע"י גוף החפץ כעין דקל לפירותיו, אבל אם הוא בעצמותו בר הקנאה יכול להיות ג"כ בלא קנין המיוחד לו ע"י הקנאת גוף החפץ שיקנה לשבח' דכיון דשייך בו התפסת קנין נגרר הוא בתר קנין דגוף החפץ, ולזה נקטו תרווייהו דא"י מגופו ולא עבידי דאתי, והיינו דבדקל לפירותיו ואף דלרבנן דר"מ הפירות לחודייהו אין נתפס בהם קנין כלל כיון דאין בעולם, מ"מ יכול להקנות ע"י הדקל כיון דיוצא מגופו וכן בהיפוך בקנס ובכפל אם ה' הדין דלר"מ יכול להקנות הכפל והקנס בעצמותו ע"י קנין אג"ק וה' יכול להקנותם ג"כ ע"י העבד והפרה דמקנה העבד והפרה לקנס, ומש"ה הוצרך הש"ס למנקט בדרך זה כיון דלא עבידי דאתי גם לר"מ אין להם קנין בעצמותו, ול"ש בהו התפסת קנין מש"ה לא מהני עבד לקנס וגרע מדקל לפירות דלרבנן דהתם יוצא מגופו משא"כ בקנס ומדוקדק שפיר לישנא דהש"ס ואפילו לר"מ דהיינו דלרבנן אף אם היה הקנס עבידי דאתי לא מהני כיון דאינו בר התפסת קנין א"י להקנות ע"י עבד ופרה לקנס, אלא דאפי' לר"מ ג"כ בעצמותו לאו בר קנין הוא כיון דלא עבידי דאתי, ולזה הקשה הרשב"א שפיר מחורב' דהא התם ג"כ אויר לאו בר הקנאה כיון דאין בו ממש, וגם אינו יוצא מגופו ואעפ"כ מהני", עכ"ל.

לעולם לא מהני כלל לדידן אף בעבידי דאתי, ודו"ק, ונמצא שהתוס' שם הוא ע"ד התוס' דידן - אלא דחלוקין ניהו ביוצא מגופו - והיינו האם מהני בלי עבידי דאתי או לא מהני.

הרי לנו ב' שיטות בחידוש זה:

א] התוס' כאן סובר שכל דקל לפירות הוא בגדר 'אגב גרירא' ולכן תמיד איכא דין עבידי דאתי.
 ב] התוס' בגיטין לומד דמתחלקים בזה דקל לפירות ופרה לכפלא, והיינו דבדבר שאינו יוצא מגופו לא שייך שהבעלות על הכפל נמצאת וקיימת בתוך הבעלות ההיא - אלא שהיא יוצאת ממנו, ולכן לא שייך להיות בעלות בפרה לענין זה וע"כ דדוקא התם קונים 'באגב גרירא', וכן בעבד לקנס, ובכל כה"ג איכא תנאה דעבידי דאתי, ודו"ק.

[ונוסיף דזה ברור ופשוט שהתוס' בסוגיין ע"כ פליגי על תוס' התם, שהרי התוס' הכא הקשו מההיא דב"ב דמבואר שם דמודי כו"ע בדקל לפירות דמהני לקנות, ולמה לא תירצו את הקושי' דשאני דקל כיון דיוצא מגופו, ולמה הוצרכו לבא לדין עבידי דאתי בדקל לפירות, ומזה מוכרח שתוס' דידן חולקים על התוס' שם, ולשיטתם צ"ל דס"ל דגם בדקל לפירות שיוצא מגופו אכתי לא קונה את הדקל לענין הפירות, אלא דגם התם מהני אגב גרירא].

מביא דכבר חקר בזה הגר"ח, וחילק בזה בין עבד לקנס לפרה לכפילא.

ונראה שמצאנו בזה שיטה שלישית, וזו שיטתו של הרמב"ם לפי דרכו של רבינו חיים הלוי [מכירה כ"ג ג'] בביאור דבריו:

וז"ל, "דהנה בעיקר הך דינא דעבד שמכרו רבו לקנס או בהמה לכפילה, אם נימא דמכירתו קיימת, צ"ע, אם הדין הוא דהלוקח הוא נעשה בעלים ממש, ועיקר חיובא של שלשים שקלים וכפל הוא להלוקח בעצמו, ומשום דלגבי קנס זה הרי העבד והבהמה קנויים לו ואיהו גופיה הוי הבעלים של זה הקנס", והיינו ממש כהך צד של רעק"א.

וממשיך הגר"ח לאידך גיסא, "או דנימא דאף אם מכירתו קיימת מ"מ עיקר חיובא של שלשים שקלים של עבד וכפל של גנבה הוא להבעלים המוכרים, כיון דהם הבעלים של העבד והבהמה לכל מילי, ורק דזכות זה שיש להבעלים בהעבד והבהמה לשלשים שקלים וכפל הוא דקונה הלוקח, ונמצא דחלות החיוב של המתחייב הוא להבעלים המוכרים ואך שזה קנוי ללוקח, וצ"ע בזה", עכ"ל.

הרי דהגר"ח באמת חקר בהנך ב' צדדים, דלפי הצד השני לא חיילא החלות קנין בעבד ובפרה כלל רק בקנס ובכפל, אלא דהגר"ח לא ביאר לנו איך מהני המעשה קנין בפרה לגבי הכפל.

והגר"ח יצא לחדש בשיטת הרמב"ם דחלוק בזה עבד לקנס מפרה לכפילא, דדוקא בכפל שזה חיוב תשלומין על הפרה, הכא אמרינן דשייך קנין בפרה לענין הך כפל, אבל חלוק בזה קנס של עבד שאינו תשלומין בעלמא על העבד, אלא דתשלומי כפרה הוא, וכמבואר ברמב"ם שהביאו בהדי' דין כופר דהוי דין כופר העבדים, דשוב תלוי בבעלים על הקנין איסור ולא שייך קנין בעבד לגבי הקנס⁴⁴, ודו"ק - ועיין להלן שנבאר דבריו היטב.

הרי לנו דהך חלוקה שחילקו התוס' בגיטין בין יוצאת מגופו ללא יוצאת מגופו, כך חילק הגר"ח ברמב"ם בין קנס שהוא כפרה לכפל שהוא תשלומין של החפץ.

⁴⁴ וזה לשון הגר"ח שם, "ולא מהניא כלל מכירתו לענין זה שיהא עיקר החיוב לו ממילא, כיון דאין זכיותו שייכת כלל לעיקר החיוב שבא על הריגת האדם מדין כופר, ולא מחמת זכות ממונו, ודין אדון האמור בשלשים של עבד נראה ג"כ דתלוי בקניית איסור עבדות שבו ובקניית גופו לכל דבר, לפי מה שנתבאר דהויא רק כפרה שבאה על הריגתו, שזה שייך רק לעיקר קנין גופו ואיסוריה, אשר לפ"ז בעבד שמכרו רבו לקנס עיקר חיוב הקנס הוא להבעלים המוכר, שהוא אדונו לכל מילי, וזכות הלוקח בחיוב זה הוא רק מכח הבעלים", עכ"ל.

ביאור שורש פלוגתתם דפליגי אי שייכא בעלות בדקל לגבי פירות בלי עבידי דאתי, ומהלך נוסף בזה.

אלא שצריכים לבאר את שיטת התוס' כאן – דלמה לא שייך להיות בעלים ממש בדקל לענין הפירות, הא בשלמא ברעק"א בתוס' בגיטין מובן שדווקא בקנס שיש חסרון באינו יצא מגופו אז אמרינן כן, אכן בתוס' כאן מבואר דגם בדקל לפירות אמרינן כן.

והיה אפשר לחדש בזה כך: דהיות והפירות אף דיוצאין מגופו, סו"ס חפצא אחרת נינהו, שנוצרו ונולדו מהדקל, וכל שימושם הוא בתלוש בנפרד מהדקל, בכה"ג ס"ל להתוס' דידן דלא שייך להיות בעלים בדקל רק לענין הנך פירות, וע"כ דמוכרח דרק קונה את הפירות עצמן אלא דקונה אגב גררא ע"י הדקל – ועיין בהערה ⁴⁵.

ולפי"ז יתחדש דהיכא שהוא מקנה לו את הענפים שיגדלו באילן, ושימושן של הענפים הוא במחובר [לשטוח עליהם את הכביסה], אז כו"ע מודי דאפשר לקנות את האילן לגבי הנך ענפים, ודו"ק מה שיש לצדד בזה.

והעירני תלמיד אחד שהביאור כך – שהתוס' כאן סברי דאהני לן עבידי דאתי בתרתי, דכמו שהבאנו לעיל [פרק א'] מרעק"א דלולי עבידי דאתי לא דנים את הפירות בתוך הדקל, [אלא שדחינו בפשט הסוגי'], שוב יש לומר דאהני לן עבידי דאתי בתרתי, א' לולי עבידי דאתי לא דנים גם מה שיוצא מגופו כחלק מהבעלות עצמה – שלא מונח בבעלות עצמה, ולכן לא שייך בעלות בדקל לענין הפירות, אלא דאחרי דנתקיים תנאה דעבידי דאתי מהני גם מטעם אחר, והיינו דשוב מהני לחלות קנין בפירות אגב גררא דדקל, ודו"ק.

פרק ג'

מקורות נוספים

לחידוש זה בראשונים.

מביא כן מהרשב"א בכתובות [נ"ט] ומהרשב"א בגיטין [מ"ב].

עצם יסוד זה כבר אמר הגר"נ פרצוביץ זצ"ל בשם הגרב"ד זצ"ל והביא כן מהראשונים, עיין בזה בשיעוריו בגיטין [י"ב; ס"ק רצ"ה].

ועיי"ש שביאר שיסוד זה מבואר בדברי הרשב"א בכתובות [נ"ט: בהשמטות], שהק' ב' קושיות במקדיש ידי אשתו למעש"י, דמעש"י עצמם מיקרי דבשלב"ל ומקדיש ידיה למעש"י מהני מדין דקל לפירות והקשה תרתי, א' הא בבן חורין לא חיילא קדושה, ב' אין המעש"י צומחים מהידים עד שנימא שידיים שקדושים שגם המעש"י קדושים, ורק בדקל הוא כן, שהרי"ז כאילו שיש קדושה בדקל וממילא נתקדשו גם הפירות, אכן במעש"י א"א לומר כן, דגם בעלים על ידיים לא יזכה במעש"י.

ותי' הרשב"א, וז"ל, "דלקנות לשעה כדי לקנות דבר אחר, כגון דקל לפירותיו וחצר לאוירה וידיים לעושיהן, שאין עיקר דעת ההקנאה לקנות גוף הדבר שהוא בעולם, אלא כדי לקנות על ידיהם דבר שאינו בעולם, או האויר [בחצר] שאינו גוף, בכל דהו סגי, ואעפ"י שאינו יוצא מגופו לגמרי כפירות דקל, דהא אפי' פירות דקל אין יוצאין מן הדקל שלו, שאין הדקל קנוי לו ממש, והילכך כל שבאין ממנה קצת כגון המלאכה שהיא באה מן הידים בטרחן ובתנועתן, וכן האויר שנראה שהוא חלק מן החצר קנה", עכ"ל.

והכוונה בזה היא, דאין שום חלות דחיילא בידים, שהרי חלות קדושה ליתא בבן חורין, ורק דהיות ושני הדברים הללו שייכי אהדדי, דהמעש"י קצת מגיעים מהידים, שוב יכול להיתפס מעשה קנין בתוך הידים להתייחס למעש"י, ויכול לחול בו, ואף דהמעש"י עדיין אינם בעולם, כשיבואו לעולם יתפסו בהם המעשה קנין ויחול – וזה חידוש גדול.

⁴⁵ והיינו, דכמו דחילק הגר"ח דבקנס של עבד דתלוי בבעלים האמיתי, ולא שייך בעלות בעבד לענין זה, כמו כן ס"ל להתוס' דידן דבכל פירות דקל הדין כן, כיון דענין אחר הוא, ודו"ק.

וכבר הבאנו מהדבר אברהם [ח"ג סימן י"ד ד"ה תמצית דבריו] שכתב שאף שהקנאה חיילא בפירות אבל הדקל נשתתפה בהקנאה לסלק את החסרון של דבשלב"ל – וצ"ב.

[אולם הדברים אינם מוסברים כל הצורך, וממו"ר הגר"א גורביץ שליט"א שמעתי בשם אביו הגר"א גורביץ זצ"ל ששמע בצעירותו מהגאון ר' אליהו קרמרמן זצ"ל שביאר את דברי הרשב"א הללו, שהקדש באמת חיילא על הידים עד שיבואו המעש"י, ואז עוברת החלות למעש"י, וצ"ע, הרי גם לרגע לא יחול קדושה בבן חורין.

ובחידושי ר' ראובן [סי' כ' ס"ק א' ד"ה ויש לחקור] וכן בדברי הגר"נ פרצוביץ זצ"ל תמהו דמה הסברא ומה הגדר בעיקר מהלך זה, ובחידושי ר' ראובן הלך בזה בדרך אחרת בביאור הרשב"א⁴⁶].

ונראה לדייק כן נמי מהרשב"א בגיטין [מ"ב:]: שכתב שעבד לקנס אינו כדקל לפירותיו הואיל ואינו יוצא מגופו [לפי צד א' בגמ' שם], וז"ל "דלאו פירות דגופי' קמזבין דליקני במשיכה דגופיה", ומאידך לגבי דקל לפירותיו כתב דהמעלה היא ד"בחזקת הדקל קני להו לפירי דעבידי דאתי מיניה", ומפורש כנ"ל, דהמעשה קנין בדקל מהני לקנות את הפירות וזהו דלא כרעק"א שהפירות לא ניקנים כלל רק הדקל, אלא דממילא הפירות נקנים, [ואגב נראה, דמדוייק בדבריו דלא חיילא שום חלות קנין בדקל, ורק דמשיכת הדקל מהני לפירות, עייש"ה, וכ"כ להלן שם לענין פרה לכפילא].

הרשב"א בגיטין [מ"ב] דן בב' הדרכים הללו בדקל לפירות.

ונראה דהנך שני דרכים בגדר דקל לפירות [דרכו של רעק"א, והדרך החדשה בשם הגר"ד] מבוארים ברשב"א [גיטין מ"ב בסוף, בד"ה הא קאי עבד], דאחרי שביאר דלא מהני "עבד לקנס" [כיון דאינו יוצא מגופו], שוב הק' דלמה א"א לקנות עבד לקנס "בתורת שותפות", וכן הק' דלמה לא העמידו כן בהמפקיד שקונה את הפרה לכפילא "בתורת שותפות", והגדר בהאי שותפות כתב הרשב"א "ועשאו שותף עמו בעבד שיהא שלו ממש לענין קנסיו, ולשאר דברים כגון למלאכתו יהיה של חברו" – עיי"ש.

וכל זה תמוה מאד – הרי זה גופא הגדר בפרה לכפילא ועבד לקנס כפי הגדרת רעק"א להלן [ל"ד:]: ועל זה הסתפקה הגמ' האם מהני או לא, ומה הקשה הרשב"א, וכבר תמה בזה הגרשש"ק [גיטין סי' ו' סוד"ה והנה לשיטת הרמב"ן]⁴⁷.

וע"כ דמוכרח מזה דעבד לקנס ופרה לכפילא ע"כ הוא ענין אחר, והיינו שאינו קנין בעבד לענין הקנס, [ואדרבא דזה גופא המהלך בתורת שותפות], וע"כ כמהלך החדש שהבאנו לעיל, ודו"ק, וע' בקצוה"ח [סי' רצ"ה בסוף] שהק' את עיקר קושי' הרשב"א משותפות, וע"ע בהערה⁴⁸.

הוכחות נוספות ליסוד זה דקונה את הפירות ע"י הדקל ולא קונה את הדקל לענין הפירות

ואיכא הוכחות נוספות ליסוד זה דקונה את הפירות ע"י הדקל ולא שהוא קונה את הדקל לענין הפירות, דהנה, ברש"י בגיטין [י"ב:]: מבואר דביקדשו ידי לעושיהן דהיכא דעושה מעש"י פחות פחות מש"פ דלא קדשי שאין הקדש חיילא על פחות מש"פ, והתוס' חולקים, ורק מצד דעת המקדיש אתינן עלה, והיינו דאין לו דעת להקדיש פחות מש"פ, והעיר הגר"נ פרצוביץ זצ"ל [שם]

⁴⁶ ויש להעיר דהבאנו מרעק"א [להלן ל"ד:]: דלית ליה מהלך זה, אלא דקונה את הדקל לענין הפירות, ורעק"א גם הביא את הרשב"א הנ"ל, אלא דהביא את תחילת דברי הרשב"א בקושי' לפני הך יסוד שחידש הכא.

⁴⁷ והסיק בזה "ומה שכתב הרשב"א וכו' לא אדע עתה, וצ"ע לעת הפנאי בס"ד".

⁴⁸ ובאמת שיש שו"ט ברשב"א בכתו' [שם], דבתחילת דבריו נקט דמקנה את הדקל לענין הפירות, והק' דזה לא שייך בדבר שאינו יוצא מגופו, והסיק דהענין בזה הוא שהוא קונה את הפירות ע"י הדקל, ובזה מהני כבר כשיש שייכות ביניהם אף דלא יוצא מגופו, וספיקת הגמ' בגיטין הוא באופן שהשייכות הוא רק בעשיית אחרים, והרשב"א בגיטין למד כמסקנה בכתובות דמהני גם בלי יוצא מגופו.

אולם אכתי יש לתמוה, דהבאנו מהרשב"א בגיטין [סוף ד"ה הא קאי עבד] שהק' דנימא דאיכא ביניהם שותפות, וכוונתו כנראה דנימא שהוא קונה את העבד לענין קנס, וזה נגד סברתו בתחילת דבריו בכתובות דנקט כדבר פשוט שלא שייך דבר כזה, דכל שאינו יוצא מגופו לא שייך קנין בדבר לענין דבר אחר שלא יוצא ממנו, וצ"ע.

בשיעוריו, דתמוה, שהרי ההקדש חיילא רק בידים והמעש"י קדשי מאליהן, ומה שייך הכא הנך כללים של דעת מקדיש וחלות הקדש על פחות מש"פ, הרי כל ההקדש דמעש"י הוא הקדש דממילא, והוכיח מהכא כגדר הנ"ל.

עוד ראיה, דהנה, יעויין בתוס' בב"ב [קמ"ח. ד"ה שכיב מרע שאמר], שכ' שאף שכל מה שאפשר בברי אפשר בשכ"מ, אכן מה שברי קונה ע"י קנין אגב אין שכיב מרע קונה, דא"כ ה"ה דשכ"מ יקנה פירות דקל הואיל ואפשר בברי לקנותם אגב הדקל, והק' שם רעק"א, דשאני דקל לפירותיו שהוא קנין בדקל עצמו, ומה זה שייך לאגב.

והעירני בזה ידידי הרה"ג ירוחם דגני שליט"א דמוכרח מכאן שהתוס' למדו שמקנה את גוף הפירות, רק שע"י הדקל הוא מקנה את הפירות, ויש להעיר שיש קצת סתירה בדברי רעק"א, דבב"ב נקט דאין קנין לפירות בעצמן, והכא למד דשייך הקנין לפירות עצמן, דקונה את הפירות ע"י הדקל, וזה הצד דהיה מהני בעבד לקנס, ושם בב"ב הביא הך דעבד לקנס, עיי"ש.

ונראה שיש מקור נוסף לחידוש זה, דהנה, לקמן [ל"ד:] כתב רעק"א דלא שייך להקנות פרה לכפילא באופן שהחוב של הכפל יהיה לבעלים והדמים של הכפל יהיה לשומר, דמה שייך הפרה להנך דמים, וביאר רעק"א, שהרי פרה לכפילא הכוונה דלענין חגיבה חשיב שגנב פרה דידיה, ואז ממילא הכפל שלו, אכן הדמים עצמן לא שייכי לפרה, ונראה דלדרך הנ"ל, דקונה את הכפל ע"י הפרה, שוב י"ל דקונה נמי את דמי הכפל אגב גרירא ע"י הפרה, שגם היא שייכת לפרה, ודו"ק, ועיין להלן שהבאנו שזו שיטת הכס"מ והיינו דעיקר הכפל אכתי שייך למוכר, עיי"ש היטב, וי"ל דלמד ע"ד זה, עיי"ש.

ונראה שיש קצת מקור לזה, שהרי רש"י למד גם בקס"ד בגמ' דקונה ע"י משיכת הפרה, וכמפורש בדבריו שם [בד"ה דמקני ליה כפילא - ל"ג; וכן בד"ה מי יימר דמגנבא - ל"ד:], ומצד שני מדויק ברש"י [ד"ה דמקני ליה כפילא] דמקנה ליה דמי כפל עצמן, שכ' רש"י, כפל העתיד "להשתלם", ולא כתב כפל העתיד "להתחייב", הרי דמיירי בזווי עצמן שהוא משלם, ונראה כדרך הנ"ל, דאפשר ע"י משיכת הפרה לקנות את דמי הכפל⁴⁹.

דן בדברי המהר"ם אלשיך וקצוה"ח במוכר מעות לרווח שיעשו ע"י המעות

ונראה שיש בזה נפ"מ נוספת:

דהנה בתשו' מהר"ם אלשיך דן במי שמוכר כסף לדמיו, דהיינו לרווח שיעשו עם המעות, והכריע דא"א, דכל הך רווח נמצא רק אחרי שכבר אין לו בעלות במעות, ובזה לא נאמר קנין דדקל לפירות, והשיג עליו הקצוה"ח [סי' ר"א ס"ק ד'] מהך דעבד דנמכר לקנס, דכל הקנס דעבד שייך רק אחרי שכבר מת העבד ואין לו בעלות בעבד.

ונראה דסברת המהר"ם אלשיך היתה, דלמד דקונה את המעות לענין הרווח, וזה סברתו, דזה לא יתכן כשלא קיים עיקר המעות, אולם אי נלמוד דקונה את הרווח ע"י המעות אז שפיר שייך גם כשכבר אין כאן מעות, וזו נפ"מ נוספת בין הנך ב' דרכים.

אולם אכתי יש להעיר, דלפי"ז, למה כתבו התוס' סברא בעבד לקנס משום שאינו יוצא מגופו, ולכן לא שייך בעלות בעבד לענין הקנס, יותר הול"ל סברת המהר"ם אלשיך, ונראה דסברת התוס' הוא חידוש יותר, דנפ"מ לענין פרה לכפילא, דהתם ליתא לסברת המהר"ם אלשיך, שהרי הפרה וקנינו בפרה קיימים גם כשיבא הכפל, והתם איכא חסרון רק מצד אינו יוצא מגופו, ודו"ק⁵⁰.

⁴⁹ ולעיל נתבאר דגם לפי הצד דהקנין חיילא בחוב אכתי איכא חידוש דאהני לן הפרה לקנות את החוב אף דליכא מעשה קנין דנתפס בחוב.

⁵⁰ אולם נראה עוד, דגם בזה נתקשה המהר"ם אלשיך, שהוא למד שהמעשה קנין צריך להשאר ולהתפס בעבד עצמו עד שימות ואז חיילא בחיוב קנס, ובמעות ג"כ אמרינן דהקנין צריך להתפס במעות עד שיש רווח ורק אז זה יחול ברווח, אבל אי כבר אינו בעלים במעות, אז ע"כ דכבר אין כאן קנין במעות שיחול ברווח, ורק בדקל לפירות ופרה לכפילא שייך דבר זה, אכן הקצוה"ח הוכיח מעבד לקנס, דא"צ שהעבד יתקיים עד שעת הקנס, דסגי מה שנתפס שעה א', ומשם יתייחס לקנס כל היכא שיבוא.

ראיה מהאו"ש שלומד פרה לכפילא ע"ד מה שנתבאר בכס"מ, ומבאר פלוגתת האו"ש ורמ"א עפ"י פלוגתת רעק"א וכס"מ הנ"ל.

והנה, ע' או"ש [ריש פ"ח דשו"פ] דהביא מקור לשי' הרמב"ם דאיירי במסקנה בפרה לכפילא ולא בהקנתא הפרה עצמה, דבהכונס הביאו ברייתא דשוכר פרה ואמר שנגנבה, ופירשה ר' זירא שטוען לסטים מזויין [שפטור] ונמצא שאינו לסטים מזויין רק גנב [וחייב], והק' האו"ש דלדברי השומר אין כפל, ויש הודאת בע"ד שאין לו כפל, ואיך קא זכי אח"כ בכפל.

ומזה הוכיח האו"ש, שגוף הפרה שייך לבעלים, ולכן גם אם הוא מודה שפטור מכפל, לא מהני הודאתו להפסיד את הבעלים, ויתחייב לבעלים כפל עפ"י הנך עדים שראו שלא היו מזויין, "וכיון דחייב בתשלומי כפל לבעלים, תו הדר זכי ביה השוכר כמו כל שבחא דאתי מעלמא, דאקני ליה גוף הפרה לכל שבחא דעלמא וכו', וזו הערה חדשה בס"ד", עכ"ל האו"ש.

ויש לעיין, דאם פרה לכפילא היינו שאין לו זכות בכפל עצמו, רק דזכותו הוא בפרה עצמה לומר דהגניבה היתה ממנו לענין הכפל, א"כ ממנפ"ש אין לשומר כפל, שאם קנה את הפרה, הרי הודה שאין כפל, ואם נאמר דבכה"ג לא מקנה לו כפל כדי שיפסידו שניהם וירווח הגנב, א"כ הכפל לבעלים, ואין לשומר קנין, והדרא הקושי' לדוכתא.

ומוכרח כהדרך החדשה, והיינו שגוף הכפל וגוף הזכות הוא לבעל הפיקדון, והוא מעמידו לדין, ורק הודאתו היה מהני, והשומר קזכי בהך זכות הימנו, ועיין להלן סי' ח' דעפ"י סברא זו ביארנו דלהכי אין חיסרון של "א"א מוריש קנס לבניו" דבני השומר זכו מבעל הפיקדון, וא"ש.

ובהמשך הוסיף האו"ש, דלפי"ז י"ל דכשהשומר הוא עכו"ם, דהך בעלות שיש לו לשומר אינו בעלות בגוף הבהמה, ולא שייך לפטור מבכורה, ודלא כהרמ"א דפוטר, ונראה דפליגי בפלוגתת הנ"ל, וי"ל באופ"א, דהרמ"א כתוס' דלמסקנה מקנה גוף הפרה.

פרק ד'

סיכום כל השיטות,

וכמה נפ"מ לדינא בין הנך דרכים.

הקדמה.

אחרי כל מה שנתבאר שמצאנו כמה מחלוקות בדין דקל לפירות – שוב עלינו לבאר שורש הדברים, והיינו כך:

א [מה שורש כל המחלוקות, ב] האיך מהני קנין בדקל לגרור אחריו את הפירות, ג [איזה נפ"מ לדינא יתחדשו בין כל המהלכים.

סיכום השיטות שמחלקות בין הסוגים השונים של בעלות בדבר אחד לגבי המסתעף ממנו.

הרי יצאנו לדון בד' סוגים שונים של קנין בגוף אחד שהוא בעולם לקנות גוף שני שאינו בעולם – דקל לפירות ופרה לכפלא ועבד לקנס וידים למעשה ידים, ונחלקו השיטות בכל הנך דינים, ושורש הנידון בכולם הוא מתי שייך שותפות ובעלות לענין הבעלות שיוצאת ממנו ומתי לא שייך בעלות לענין הבעלות השניה אלא שעושים קנין אגב גרירא.

לפי התוס' בסוגיין, בלי עבידי דאתי לא מהני בכולם, והיינו בדקל לפירות ופרה לכפלא ועבד לקנס וידים למעשה ידים בלי עבידי דאתי לא קני כלום, והיינו דבכולם ליכא שותפות בגוף עצמו לענין הזכויות הללו.

ולשיטת התוס' בגיטין איכא חלוקה בהם, דבדקל לפירות מהני בלי עבידי דאתי, אבל בפרה לכפלא ועבד לקנס וידים למעשה ידים שאינו יוצא בגופו – בדידהו לא מהני בלי עבידי דאתי, דדווקא בדידהו לא שייך בעלות לענין הנך זכויות.

ולדרכו של הגר"ח ברמב"ם החלוקה היא אחרת, דבדקל לפירות ובפרה לכפלא מהני בלי עבידי דאתי, אבל בעבד לקנס לא מהני כיון שהיא כפרה ולא תשלומין, דדווקא בקנס לא שייך בעלות בעבד לענין הנך זכות.

ומדברי הרשב"א מבואר בדקל לפירות ופרה לכפלא ועבד לקנס – בכולהו מהני בלי עבידי דאחי, ודווקא בידים למעשה ידים לא מהני בלי עבידי דאחי, וזה שורש קושי' הרשב"א בגיטין [מ"ב] דלמה בעינן עבידי דאחי בעבד לקנס – הא תיפוק ליה מדין שותפות – והיינו כחילוק הנ"ל, דדווקא במעש"י הבין שלא שייך שותפות מהטעמים שהזכיר בכתובות [נ"ט], וכנתבאר.

סיכום ט' נפ"מ וחילוקי דינים בין הנך ב' דרכים בדקל לפירות ותלוי במחלוקות השונות בין השיטות.

ונראה לחדש דלפי"ז איכא הרבה מחלוקות שתלויות בפלוגתא זו – וכדלהלן:

א] כאמור עיקר הנפ"מ הוא אי בעינן עבידי דאחי בפירות, ונחלקו מתי צריך, ויש בזה ד' שיטות, וכנ"ל.

ב] הגר"ח חידש דבעבד לקנס המוכר מיקרי מוחזק בספק מכר, ובפרה לכפלא ליכא מוחזק, ותלוי בספק הנ"ל אי קונה אגב גרירא או לא, דבעבד לקנס שהוא קונה אגב גרירא – הכא תחילת החיוב לאדון של העבד, ולכן מיקרי מוחזק, אבל בכפל תחילת החיוב ללוקח, וליכא מוחזק, ולפי דברינו נחלקו בכל הנ"ל, דלתוס' דידן גם בדקל לפירות המוכר מיקרי מוחזק, ובתוס' בגיטין תלוי ביוצא מגופו וכו'.

ג] יש נפ"מ האם איכא חסרון של מקדיש פחות מש"פ במקדיש דקל לפירות וכל פרי פרי הוא פחות מש"פ, והיינו דכמו שחילקו התוס' לגבי ידים למעש"י על פי הביאור ברשב"א בכתובות, כמו כן נימא אנן לגבי כל השיטות האחרות – האם מיקרי חלות קדושה על פחמש"פ.

ד] יש לדון האם שייך לחזור בו מדקל לפירות, ועיין בחזו"א [ליקוטים חו"מ סימן ח' ס"ק ד'] שדן כן בדברי הרשב"א בכתובות [נ"ט] ביקדשו ידים לעושיהם אולי מצי חוזר בו, ומאידך מבואר בשו"ע דלא מהני לחזור בו בדקל לפירות, ונראה פשוט דתלוי בהנך ב' דרכים, ולפי התוס' הכא יש לומר שתמיד יכול לחזור בו [דלא כהשו"ע] ולפי התוס' בגיטין יהיה נפ"מ ביוצא מגופו ולפי הגר"ח יהיה חילק בין עבד לקנס לפרה לכפלא.

ה] העירני ידידי הגאון ר' מנחם כהן שליט"א דמה הדין בגזלו ממנו פרה – ושוב מכרו לחבירו לענין כפל על גניבות אחרות [וכמובן שהנפ"מ יהיה רק אחרי שיחזור לבית האיש] – האם איכא חסרון של אינו ברשותו על מכירה כזו וכפשוטו תלוי אי כל הקנין חיילא בפרה עצמה שהיא אינה ברשותו או בזכות כפל שהיא ברשותו, וכמו כן יש לדון בדקל לפירות ועבד לקנס כה"ג, וכפשוטו זה יהיה נפ"מ נוספת בכל השיטות הללו.

ו] העירני תלמיד אחד למוכר פרה לכפל לגוי, הרי הגוי אין לו זכות תביעה לתבוע כפל על גניבה שנעשה בממונו, אכן כל זה דווקא אי הפרה שלו לענין הגניבה, אבל אי הפרה של המוכר הישראל נגב והוא זוכה בזכות כפל – שוב מהני.

ז] שביעית תופסת את דמיה – ויש לדון בעבד ופרה של שביעית [והיינו שקנויים בפירות שביעית], ונתחייבו עליהם קנס של עבד וכפל של גניבה – ולכא' לפי הגר"ח שכפל הוא תשלומין וקנס אינו תשלומין, יש מקום לחלק ביניהם דבכפל תופס דמיו ובקנס אינו תופס דמיו.

וכמו כן יש לדון בקונה דקל לפירות והפירות הם של שביעית, ומה דינו של דמי המקח, והיינו האם חיילא קדושת שביעית בדמי המקח, ונראה שאם החפץ הנקנה הוא הדקל – יתכן דלא חיילא קדושת שביעית בהם כיון שהפירות אינם אלא ביטוי של הבעלות בדקל והמקח לא מתייחס להם בתורת פירות שביעית שהרי ובדקל עצמו ליכא דין תופס את דמיה, אבל אי קנה את הפירות אגב גרירא דדקל ועיקר החלות קנין ובעלות חיילא בפירות, א"כ הפירות עצמם במקח וממילא שהדמים הם דמים דפירות, ושפיר תופסים את דמיו, ודו"ק.

ח] עוד העירני תלמיד אחד לדין פטור לקוח, ונחלקו בזה הראשונים, עכ"פ לפי הראשונים דתלוי אי לקחו לפני 'שליש' או לא, דאז יש לדון, והיינו דבלוקח פירות דקל אז הקנין חל רק אחרי שהפירות בעולם, ויתכן שהם לקוח, ובדקל לפירות הרי הוא בעלים בדקל לענין הפירות, והקנין נגמר בדקל בלי שייכות לפירות, ולא הוי בכלל לקוח דגדלו אצלו והוי בכלל תבואת זרעך, אכן אי בדקל לפירות הקנין חל על הפירות עצמם – שוב דומה לפירות דקל – וזכינו לנפ"מ נוספת בין

הנך תרי דרכים, [אלא שאין זה פשוט שהרי יש לדון שהחלות קנין בפירות יהיה דווקא כשבאו לעולם, והיינו בחנטה, וזה הרי השיעור של שליש בפירות אלא שגם בזה נחלקו הרמב"ם והראשונים - ואכמ"ל].

ט] עוד נפ"מ – האם שייך בכלל להקדיש ידים למעש"י, דרך במהלך של 'אגב גרירא' מהני, שהרי א"א להקדיש ידים דבבן חורין לא חיילא קדושה⁵¹.

י] נפ"מ דרך במהלך של 'אגב גרירא' שייך להקנות פרה לענין 'דמי הכפל' בלי לקנות את הכפל עצמו.

נפ"מ גדולה בביאור הסוגי' בגיטין [מ"ב].

אחרי כל הנ"ל – יעויין להלן [סימן ו'] שנתחדש שיש מקום לומר שהספק בגמרא בגיטין [מ"ב] הוא אי איכא חסרון של עבידי דאתי בעבד לקנס – ונתחדש שיתכן שיש הרבה ספקות שתלויות בספק זה.

פרק ה

ביאור בגדר חדש בדקל לפירות,

איך עושים מעשה קנין בבעלות שמסתעפת מבעלות.

שורש הנידון הוא שבעלות שמסתעפת מבעלות צריכה חלות קנין בבעלות החדשה עצמה, ורק בעלות שהיא חלק מהבעלות הראשונה חיילא בראשונה לענין השניה.

אחרי שנתבאר כמה מחלוקת וכמה נפ"מ ביניהם – שוב עלינו לדון דמה שורש הנידון בכולם – ונראה כך:

הרי בהמה שגודלת וכן טלה שנעשה איל, הרי פשוט דלא חיילא בעלות חדשה בכל משהו ומשהו שגודל בה, אלא שהבעלות עצמה מתרחבת, וכמו כן הכא, היה מקום לומר שכל הזכויות הללו הם חלק מעיקר הבעלות, הבעלות עצמה מורכבת מכל הבעלויות והזכויות הללו, והבעלות עצמה מתבטאת בכל הנך זכויות.

אולם נתחדש בסוגיין שאינו פשוט, אלא שחלק מהזכויות הם באמת חלק מהבעלות עצמה, וחלק מהזכויות הם בגדר בעלות חדשה שמסתעפת מבעלות הראשונה, וכשיש בעלות שמסתעפת מבעלות אחרת, הכא א"א להיות בעלים בגוף עצמו לענין הבעלות החדשה שמסתעפת ממנה, שהשניה איננה ביטוי של הראשונה – וממילא דהכא צריכים קנין 'אגב גרירא' דגוף – והיינו שתחול בעלות חדשה מכח הבעלות הראשונה.

הרי לנו ששורש הנידון הכא הוא שבעלות שמסתעפת מבעלות צריכה חלות קנין בבעלות החדשה עצמה, ורק בעלות שהיא חלק מהבעלות הראשונה חיילא בראשונה לענין השניה, וסביב זה נחלקו כולם, דשיטת הגר"ח דקנס הוא בעלות שמסתעפת מבעלות כיון שאינה אלא כפרה ואיננה תשלומין בראשונה, אבל כפל הוא 'ביטוי' של הבעלות הראשונה כיון שהוא תשלומין עליו, וכנתבאר לעיל [פרק א'] שתשלומין מישך שייכא בגוף הממון, והתוס' הכא סוברים שבכולם הגדר הוא בעלות שמסתעפת מבעלות, והתוס' בגיטין מחלק דווקא באינו יוצא מגופו מיקרי בעלות שמסתעפת מבעלות.

מביא מהמרדכי ששכירות קרקע הוא מטלטלין, ומבאר שכאן מצאנו קנין בקרקע להעמיד בעלות של מטלטלין מתוך בעלות בקרקע בגדר בעלות שמסתעפת מבעלות, ע"י מעשה קנין בקרקע.

ובעיקר הגדר בהאי קנין 'אגב גרירא' נראה לבאר כך:

ונקדים בדברי המרדכי [ב"מ פרק הזהב סימן ש"ה] שכתב דשכירות קרקע יש לו אונאה, והיינו דאין דינו כקרקע דנתמעטה מאונאה אלא כמטלטלין, ותמה רבינו ברוך דקרקע עצמה התמעטה

⁵¹ וע' היטב בסוף ההשמטה ברשב"א שכל המהלך גם מיישב את הקושי "דבן חורין לא קדיש".

מאונאה, ושכירות קרקע כקרקע, והוכיח כן ממה שקונים שכירות קרקע בכסף שטר וחזקה – שהם קנינים של קרקע - ב"מ [צ"ט].

וביאר בזה בקה"י בב"מ [סימן ל"ז – מהדו"ק] שהתשלומין של שכירות הוא על השימושים והשימושים עצמם אינם קרקע רק מטלטלין ככל הנאות, ומדאינה משתלמת אלא בסוף מוכרח שהתשלומים בא על השימושים וכיון שהשימושים רק הושלמו בסוף לכן התשלומין עליהם רק הושלמו בסוף.

ונראה שנתחדש כאן חידוש – הרי קנינים ממוכר ללוקח הם מעשים שמחליפים בעלות אחת בשניה, בעלות דמוכר פקע וחיילא בעלות דלוקח על ידי הקנין שנעשה בחפץ שבו מתחלף הבעלות, וכאן בשכירות נתחדש שיוצרים צורה חדשה של בעלות מכח הבעלות הראשונה.

והיינו כך – הרי כל בעלים אינו שוכר בקרקע של עצמו שהרי אצלו השימושים הם חלק מהותי מעיקר בעלותו בגוף, וא"כ מה שייך שהוא ישכיר חפץ, הרי בזה הוא יוצר בעלות חדשה – סוג חדש של בעלות, הרי אצלו השימושים הם בכלל הבעלות של קרקע ואצל השוכר חיילא בעלות של מטלטלין.

אלא שכמו שבקנינים ממוכר ללוקח המעשה קנינים מחליפים בעלות אחת בשניה, והבעלות דמוכר פקע וחיילא בעלות דלוקח על ידי הקנין שנעשה בחפץ שבו מתחלף הבעלות, כמו כן בשכירות נתחדש שמעשה קנין שנעשה בבעלות של קרקע יכול להעמיד בעלות חדשה שמסתעפת ממנה ולהעמידה בצורה חדשה של בעלות – היא יוצרת בעלות של מטלטלין מתוך בעלות של קרקע, וכל זה על ידי הקנין שנעשה בחפץ שבו מתחלף הבעלות, הרי הקנין שינה בעלות דקרקע לבעלות במטלטלין.

ומעתה - כיון שהקנין פועל בקרקע להחליף בה את הצורה שבה עומדת הבעלות שבקרקע – לכן הקנין הוא קנין שעושים בקרקע, כסף שטר וחזקה, שהרי זה קנין שמעמיד את הבעלות של הקרקע בצורה אחרת בתור בעלות במטלטלין – ועיין במרדכי שם שיש חידוש בקנין הזה שהוא רק בא כנגד המוכר - והיינו להעמיד את הבעלות בצורתה החדשה, ודו"ק בזה.

בדקל לפירות וכן בכולם באגב גרירא – בכולהו איכא בעלות שמסתעפת מבעלות – והקנין בבעלות הראשונה להחליפה.

הרי לנו בעלות שמסתעפת מבעלות – והקנין בבעלות הראשונה מחדש בה את הבעלות שמסתעפת ממנה – בבעלות הראשונה צריכים לעשות קנין להעמיד ממנה בעלות חדשה – ונראה שזה נמי המעשה קנין של 'אגב גרירא' בפרה לכפלא ועבד לקנס וכולם.

עושים מעשה קנין בדקל להעמיד בעלות חדשה ממנה – בעלות שמסתעפת מבעלות בפירות מכח הדקל, וצריכים לעשות מעשה קנין בדקל ליצור את השינוי והתהליך הזה.

סימן ו

**שיטות הראשונים בשו"ט בסוגיין,
פרה לכפלא או כפל עצמו,
ובביאור הספק בסוגי' בגיטין.**

פרק א בשו"ט בתוס' ובפולוגת הראשונים בישוב הסתירה בין סוגי' דעבד לקנס [גיטין] לסוגיין בפרה לכפלא. < >
ביאור ספקת הגמרא בעבד לקנס לדרכו של התוס' כאן. < > ותירצו בתוס' "וי"ל דשמא התם שכיח טפ"י, עוד תירצו בתוס' "א"נ הכא פריך דאת"ל", והיינו דהסוגי' הכא תלוי בסוגי' שם. < > דרכם של התוס' בגיטין והרשב"א [שם] בביאור סוגי' דידן. < >

פרק ב' פולוגת הראשונים למסקנה, האם מיירי במקנה פרה או בפרה לכפלא < > בפולוגת הראשונים בשו"ט אי מיירי בכפל או בפרה לכפלא או בפרה עצמה. < > שיטת הרמב"ם בזה לחלק בין פרה לכפלא לעבד לקנס, ודברי הגר"ח בזה. < >
דרכו של הקצוה"ח ברמב"ם דדקל לפירות מהני בתורת שותפות, וזה רק למסקנה דאיכא נמי יוקר, ועפ"י היסוד בתוס' בגיטין דלא שייך הקנאת העבד לגמרי כשכל הנפ"מ הוא הקנס.

פרק א

בשו"ט בתוס' ובפולוגת הראשונים

בישוב הסתירה בין סוגי' דעבד לקנס [גיטין] לסוגיין בפרה לכפלא.

ביאור ספקת הגמרא בעבד לקנס לדרכו של התוס' כאן.

תוס' הביאו את ספקת הגמ' בדין עבד לקנס ובתירוץ השני חידשו דכל הסוגי' הכא הוא רק לפי צד א' בהאי ספק, אבל לפי הצד דבעבד לקנס מהני לקנות א"כ ה"ה דהכא מהני פרה לכפלא אף דלא עבידי דאתי.

ובביאור עיקר הספק בגמ' בגיטין לענין עבד לקנס י"ל בב' אופנים, באופן הראשון נקטינן דז"פ דדקל לפירות א"צ תנאה דעבידי דאתי, וגם ז"פ דקנס מיקרי לא עבידי דאתי, ומעתה ספקת הגמ' הוא האם עבד לקנס דומה לפירות דקל דיתכן לומר דכיון דאינו יוצא מגופו שוב ליכא למימר ביה דין עבד לקנס, וממילא דשוב איכא חסרון מצד עבידי דאתי, דחשיב כפירות דקל, או דעבד לקנס דמי לדקל לפירות ושוב לא אכפת לן מה דלא עבידי דאתי, וכ"כ הרשב"א בשם הרמב"ן [שם], וכן רצה רעק"א ללמוד שם בתוס', ודו"ק.⁵²

באופן השני נקטינן דז"פ דעבד לקנס חשיב כדקל לפירות אף דאינו יוצא מגופו, אלא דמספקא לן אי בכל דקל לפירות בעינן תנאה דעבידי דאתי או לא בעינן תנאה דעבידי דאתי, [וזה שכ' שם "הא קאי עבד" והו"ל דקל לפירותיו ולא בעי עבידי דאתי או דילמא דאכתי בעי עבידי דאתי כמו בכל דקל לפירות]⁵³.

והפשטות בתוס' הוא כאופן השני, והיינו דאף דמפורש בתוס' דגם בדקל לפירות בעי עבידי דאתי, אכן כעת תוס' חידשו דזה סברת הגמ' בצד א' בספק, ומה דפשיטא בסוגיין דדקל לפירות בעי עבידי דאתי, היינו להך צד בסוגי' בגיטין דסובר כן⁵⁴, אכן אכתי יש מקום לומר דהתוס' סוברים כאופן הראשון, ואז נצטרך לומר דהתוס' חזרו בהם לגמרי ממה דפשיטא ליה דדקל לפירות בעי תנאה דעבידי דאתי, דלאופן הראשון הרי לפי שני הצדדים בספקת הגמ' בגיטין פשיטא דלא בעינן תנאה דעבידי דאתי בדקל לפירות, ודלא כהתוס' לעיל, ודו"ק.

עכ"פ הפשטות הוא כאופן הראשון, וכנתבאר, וכן באמת נקט רעק"א, ונראה להוכיח כן מהמשך התוס', דבשני התירוצים מוכרח כן.

⁵² אלא דלדרך זו ק', דלמה כתבו התוס' [שם] דבדקל לפירות שיש מעלה מצד עבידי דאתי.

⁵³ אכן ק' לפי"ז מה אמרו בגמ' דלר"מ לא מהני פירות דקל בלי עבידי דאתי, ויותר הו"ל דקל לפירות, שהוא חידוש יותר, והרי זהו הנידון שם בגמ'.

⁵⁴ והיינו דחזרו בהם התוס' ממה דפשיטא להו דדקל לפירותיו בעי עבידי דאתי, דמעתה דין זה גופא תלוי בספיקת הגמ' בגיטין.

הרבה נפ"מ אחרות תלויים בספק זה.

והנה עיין לעיל [סימן ה' פרק ד'] שהבאנו הרבה נפ"מ בין הנך ב' גדרים של דקל לפירות, בעלות לענין הפירות וקנין של אגב גרירא - עיי"ש לגבי חזרה לגבי אינו ברשותו וכדומה.

ולפי כל הנ"ל יתחדש שלפי האופן הראשון בסוגי' שהסתפקו האם גם באינו יוצא מגופו חשיב כבעלים לענין הכפל והקנס וכו' - א"כ יתחדש חידוש גדול, שאף שהגמרא רק הסתפקה לגבי עבידי דאתי, אכן לפי הנ"ל יש הרבה ספקות אחרות שאפשר להסתפק בהם גם באופן שנתקיים תנאה דעבידי דאתי - וכולם תלויים בספק זה - והיינו בפרה לכפלא באינו ברשותו וכן בחזור בו לפני שבאו לעולם עיי"ש - והדברים נפלאים.

ותירצו בתוס' "וי"ל דשמא התם שכיח טפי", עוד תירצו בתוס' "א"נ הכא פריך דאת"ל", והיינו דהסוגי' הכא תלוי בסוגי' שם.

תוס' בתירוץ הראשון חילק בדרגת השכיחות, וע' רשב"א בגיטין [שם בסוף] דביאר בזה, דהכא איכא ג' מי יימר והתם איכא ב' מי יימר.

והנה, לדרך הראשון לא מובן הך תירוץ, דעל הך צד דגם מה שלא יוצא מגופו הוא כדקל לפירותיו, הרי ל"צ עבידי דאתי כלל, ומה"ט מהני בעבד לקנס, א"כ ה"ה דיהני נמי בפרה לכפילא, דמה אכפת לן מה דעבד הוא יותר שכיח, הא לא בעי עבידי דאתי כלל, ומכאן מוכרח כהצד השני דמספקא לן אי בדקל לפירותיו בעינן עבידי דאתי, וע"ז אמרו התוס' דעכ"פ עבידי דאתי כעבד ודאי בעינן, והכא בפרה דלא עבידי דאתי כלל ודאי לא מהני, ודו"ק⁵⁵.

עוד תירצו בתוס' "א"נ הכא פריך דאת"ל", והיינו דכל הסוגי' כאן תלוי בספק שם, והנה לדרך הראשון דלא מהני משום שאין כאן 'מציאות' של דקל לפירות כיון דלא יוצא מגופו, א"כ הרי ק' דכאן חסר בעיקר המעשה קנין, והיינו דהדרא קושי' התוס' דאיך יקנו את הכפל, שהרי מצד א' אין מעות קונות ומאיך מבואר בתוס' דמשיכה רק מהני בקונה פרה לכפילא, נמצא דלפי הך צד דלא מהני עבד לקנס הרי דכבר ליכא דין פרה לכפילא ושוב ליכא קנין כלל, ואין לומר דזה גופא קושי' הגמ', שהרי בגמ' מבואר שכל החסרון הוא רק מצד דבשלב"ל.

ומזה מוכרח שהתוס' למדו כהצד השני, שודאי שייך דקל לפירות בכפל, והספק הוא אי בעינן עבידי דאתי בדקל לפירות או לא, וזה סוגי' דידן.

דרכם של התוס' בגיטין והרשב"א [שם] בביאור סוגי' דידן.

אולם לכא' יש כאן תמיהא רבתי דאיך התוס' בגיטין והרשב"א [שם] ילמדו את הסוגי' כאן, ונבאר את הקושי' בזה, שהרי כבר הבאנו דהרשב"א בגיטין וכן התוס' [שם] לפי ביאורו של רעק"א למדו כאופן הראשון דהספק הוא האם באינו יוצא מגופו מיקרי דקל לפירות או לא, ומעתה הדרא הקושי' לדוכתא, דלכא' פלא דאיך למדו הך סוגי', דעל הצד שבעבד לא מהני, א"כ חסר שוב בעיקר המעשה קנין, וכדהקשינו לעיל דהדרא קושי' התוס' לדוכתא, ולא הוי חסרון רק בדבשלב"ל [ולפי הצד השני דמהני לקנות עבד לקנס, שוב פשיטא דגם הכא מהני, דמפורש דליכא חסרון מה שלא עבידי דאתי], וכבר תמה בזה רעק"א, [מובא להלן בהמשך]⁵⁶.

ובישוב הך קושי' מוכרח כעיקר היסוד דלעיל לחלק בין הנך תרי גווני של דקל לפירות, דיעויין בזה לעיל [סימן ה' פרק ב'] שהבאנו דרכו של רעק"א ביישוב האי קושי', וביארנו דדבריו בנויים עפ"י הנך תרי גווני בגדר הדין דקל לפירות, עיי"ש בארוכה, ובזה מתיישב שיטת התוס' בגיטין, והיינו, דספקת הגמ' מתפרש באופן שלישי, דמצד א' זה פשוט דדקל לפירות עצמו לא בעי עבידי דאתי כיון דיוצא מגופו ואז קונה את הדקל 'לענין' הפירות, אבל בעבד וכן בכל מה שלא יוצא

⁵⁵ ואכתי יש לעיין, דלפי"ז מבואר דעל הצד דגם דקל לפירותיו וגם פירות דקל בעי עבידי דאתי, נמצא דרק דחלוקין בשיעור של עבידי דאתי, דהשיעור של לא עבידי דאתי בכפל מגרע לגבי דין דקל לפירות, אבל השיעור של לא עבידי דאתי בקנס לא מגרע בדין דקל לפירותיו, וחשיב כעבידי דאתי לגבי עבד לקנס ולא לגבי קנס עבד, וזה צ"ע קצת.

⁵⁶ ובדעת התוס' לא ברור דשיטת התוס' לא מבואר על איזה מהם היה הספק, ושפיר י"ל דהספק היה אם בעי עבידי דאתי בדקל לפירות המחודש שקונה פירות ע"י הדקל או לא, וכהתוס' כאן.

מגופו איכא מהלך חדש של דקל לפירות, והיינו "אגב גררא דעבד", ובהך קנין "אגב אגררא דעבד" הסתפקו האם בעינן עבידי דאתי או לא, וא"ש סוגיין, דמצד א' לא חסר לנו במעשה הקנין עצמו, ורק חסר בגמ"ד של דבר שלא בא לעולם, [ויש לדון האם אפשר לומר כן בשיטת התוס' הכא, דמדלא כתבו התוס' סברא דיוצא מגופו היה משמע דלית ליה כל הך סברא], וע"ע בהערה ⁵⁷ מה שיש להוסיף בזה.

פרק ב'

פלוגתת הראשונים למסקנה,

האם מיירי במקנה פרה או בפרה לכפילא

בפלוגתת הראשונים בשו"ט אי מיירי בכפל או בפרה לכפילא או בפרה עצמה.

יש כמה דרכים בשו"ט בסוגיין, דהנה, בסוף התוס' מבואר דהתירצן למד דמקנה את גוף הפרה עצמה, שהרי בקס"ד נקטו פרה לכפילא, וזה חשיב דבשלב"ל לצד א' בגמ' בגיטין, וע"כ דלא מיירי בקושי' בכפילא לחודיה דאל"כ חסר בעיקר המעשה קנין, וע"כ דמיירי בפרה לכפילא וכהך צד בגיטין, ותי' דמקנה את הפרה עצמה וממילא דהכפל שלו.

וכן מבואר ברש"י [סוד"ה נעשה כאומר] שכתב "ונמצא למפרע כשגנב הגנב של שומר היה", והיינו דלמסקנה מקנה את הפרה עצמה, וגם בקס"ד נראה דלמד דקושי' הגמ' היא מפרה לכפילא, מדכ' בתחילת הגמ' וכן בריש [ל"ד.] דקנאה ע"י במשיכה, ונראה דההכרח של רש"י היה כמו התוס'.

אולם איכא ראשונים שלמדו דקושי' הגמ' היתה מכפילא גרידא, ואכתי למדו דהתירוצ' בגמ' הוא פרה ממש ולא פרה לכפילא, דע' בריטב"א הח' בסוף הסוגי' [סוד"ה מסתברא] שהק' דלמה לא תירצו "פרה לכפילא" ואז לא היה קשה מגיזות וולדות, ותירצ' שזה ספקת הגמ' שם בעבד לקנס, ומדבריו מוכרח דהקושי' לא היתה מפרה לכפילא [דאל"כ לא שייך שזה עצמו התירוצ'], וע"כ דקושי' הגמ' היתה מכפילא גרידא, והרי פשיטא ליה נמי דהתירוצ' בגמ' הוא שקונה את הפרה עצמה, וכן הוא ברשב"א גיטין [מ"ב:] שהק' ותי' כן, וכן הוא בדבריו בכתו' [נ"ט], וכן מבאר מהריטב"א הי' כאן.

⁵⁷ אכן באמת היה אפשר ליישב באופן אחר, והוא, די"ל דהתוס' והרשב"א [שם] למדו דכאן א"צ לבא לדין פרה לכפילא כלל, ובכפל דפרה עצמו מהני מצד המעשה קנין, ודו"ק, ודלא כהתוס' הכא, ולהלן הבאנו ראשונים דלמדו כן, ובאמת דכן מפורש שם ברשב"א שהקשה דלמה לא תי' הגמ' כאן דקונה פרה לכפילא [והיינו דלמה הוצרכה הגמ' לתירצ' דמקנה את הפרה גופא, ושוב נתקשו בגיזות וולדות], ותי' הרשב"א דזה הוי ספק בגמ' בגיטין לגבי עבד הלכך לא תירצו כן, עכ"פ למדנו מדבריו דע"כ פשיטא ליה דקושי' הגמ' לא היתה מצד פרה לכפילא [מדקשה הרשב"א דלמה לא תירצו כן], וע"כ דקושי' הגמ' הכא היתה מצד כפילא דפרה ולא מצד פרה לכפילא, ודו"ק, אלא דמעשה שוב הדרא קושי' התוס' לדוכתא, דאיך עשה את המעשה קנין, ועיין בזה להלן [פרק ב'], ודו"ק.

ובעיקר קושי' רעק"א על התוס' בגיטין, מצאנו ישוב נוסף בתחילת דברי רעק"א, דיתכן דבאמת הכא ליכא חסרון מצד דבשלב"ל, דיתכן לומר דגם תנאה דיוצא מגופו נצרך לדקל לפירות וגם תנאה דעבידי דאתי נצרך לדקל לפירותיו דחשיב כמונח בו - וכבר הבאנו כן לעיל [סימן ה' פרק א'], ולפי"ז שפיר אמרו דבעינן עבידי דאתי, דאל"כ אינו פרה לכפילא.

אולם אכתי קשה, דאף דבעי עבידי דאתי, אכן אין זה בגלל דבשלב"ל, רק דאל"כ חסר בעיקר המעשה קנין, ושוב צ"ע לשון הגמ' דמצד דבשלב"ל אתינן עלה, [וע"כ דמוכרח כמוש"כ לעיל בשם הרשב"א שלמד את הסוגי כאן בפירות דקל].

ואפשר אולי דרעק"א למד את הגמ' דמק' בממנפ"ש, א' מתחילה הקשה מצד דבשלב"ל, ב' שוב הוסיפו, דאף לר"מ דמהני בדבשלב"ל, הא סו"ס אין כאן מעשה קנין, כיון דחסר בעבידי דאתי, אבל צ"ע דכל זה בפרה, אבל בפירות דקל אין חסרון במעשה קנין גם בלא עבידי דאתי, ולא משמע כן מהגמ', ויש לדחות, ודו"ק.

[ויש להעיר דאיכא פלוגתא נוספת בין הרשב"א ותוס', דלתוס' דידן פשיטא דעבד לקנס הוא כדקל לפירותיו, והספק הוא אי דקל לפירות בעי עבידי דאתי או לא, ולרשב"א פשיטא דא"צ עבידי דאתי בדקל לפירות, ועיין בחידושי ר' ראובן שלמד שהרשב"א הבין דבדקל לפירות הוא קונה את הדקל ממש לענין הפירות, ומהני כיון שהדקל הוא בעולם, אכן כבר נתבאר דאין זה ש"י הרשב"א.

ונראה דס"ל לרשב"א דכל החסרון גמ"ד הוא רק באופן שגם המעשה קנין אין לו איפה להתיחס, אבל כשהמעשה יש לו דבר שבא לעולם שיכול להיתפס בו, שוב ליכא חסרון גמ"ד, ותוס' ס"ל שהחסרון גמ"ד הוא בזה שאין החלות יכול לחול עדיין, שהדבר אינו בעולם, והיות והחלות הוא על הפירות שיגדלו, שוב איכא חסרון גמ"ד].

ולדידהו הדרא קושי' התוס' ממעות קונות, ובישוב הקושי' יצטרכו לומר כרעק"א, דקנה את השעבוד נכסים וזה חשיב קרקע, וכסף קונה קרקע, או כמש"כ הפנ"י דאין כאן דין נשרפו חיטך בעליה והכא לא תיקנו דמעות אינם קונות.

אולם קושי' התוס' השני דמי יימר דמגנבא אכתי קשה, ועיין בהערה ⁵⁸ בדרך מחודש ליישב קושי' זו, דהתוס' והרשב"א לשיטתייהו אזלי ליישב קושי' זו עייש"ה.

שיטת הרמב"ם בזה לחלק בין פרה לכפילא לעבד לקנס, ודברי הגר"ח בזה.

אולם בדעת הרמב"ם [פ"ח שאילה ופיקדון ה"א] מבואר כאן מהלך שלישי, דמבואר דלמסקנה הפרה עצמה חוזרת, וביאר הגר"ח על הרמב"ם [מכירה פכ"ג ה"ג ד"ה ונראה] דלמד בקושי' דמיירי בכפילא עצמה [כשיטת הריטב"א והרשב"א], ובתירוץ למד דמיירי בפרה לכפילא [כשיטת התוס' בקושי'], ולכא' לשיטת הרמב"ם ק' מספקת הגמ' בעבד לקנס וצ"ע, וכל הראשונים מדמין את הסוגיות אהדדי, ושיטת הרמב"ם תמוה, וצ"ע.

וכבר הבאנו לעיל [סימן ה' פרק ב'] דביאר הגר"ח [שם] דחלוק כפילא מקנס, דכפילא תלוי בבעלים הממוני של החפץ וקנס תלוי בקנין איסור, והסברא בזה, דדוקא כפל שזה חיוב תשלומין על הפרה, הכא תלוי בבעלים הממוני של החפץ וממילא דהכא אמרינן דשייך קנין בפרה לענין הך כפל, אבל חלוק בזה קנס של עבד שאינו תשלומין הגוף העבד, אלא דתשלומי כפרה הוא, וכמבואר ברמב"ם שהביאו בהדי' דין כופר דהוי דין כופר העבדים, ושוב תלוי בבעלים על הקנין איסור, וממילא דלא שייך קנין בעבד לגבי הקנס, ודו"ק.

ולפי"ז חלוקין נינהו פרה לכפילא מעבד לקנס, דדוקא בכפל אפ"ל שהוא קונה לגמרי והוא הבעלים בפרה לענין זה דחשיב שפרתו נגנב והכפל ממילא ידידה הוא משא"כ בקנס, דאין זה תלוי על הקנין ממון א"כ אין כזה קנין כלל, ורק מי שהוא באמת האדון הוא מקבל הקנס, ולא שייך בזה עבד לקנס לומר שלענין הקנס נקטינן שעבדו הוא שנהרג, וע"כ שהסוגי' בגיטין [בקנס של עבד] למדו שבמוכר עבד לקנס, הבעלים של הקנס ועיקר החיוב של הקנס הוא עדיין לאדון שהוא הבעלים על הקנין איסור, והקונה רק מקבל זכות בקנס עצמו, [אלא דקונה הך זכות ע"י הקנין בעבד אבל לא שהעבד עצמו הוא שלו לענין הקנס], לא כן בכפילא דפרה דהפרה עצמה נמכר לענין זה, ולכן דוקא בההיא דעבד לקנס הסתפקו האם מהני, או דחשיב כדבר שלא בא לעולם.

ובביאור דברי הגר"ח כבר ביארנו דתלוי במה שביארנו לעיל ברשב"א בכתו' ובתוס' כאן דנאמר תנאה דעבידי דאתי גם בפרה לכפילא, ומבואר דבכה"ג אכתי חשיב דבשלב"ל והיי"ט דכיון שהוא רק מקנה את הכפל עצמו ע"י הפרה ולא את הפרה לענין הכפל דשוב מיקרי דבשלב"ל, וס"ל להגר"ח שהרמב"ם למד כן בקנס ולא בכפילא, וספקת הגמ' הוא באופן זה דחשיב הקנאת דבשלב"ל, אבל בכפילא מעולם לא מספקא לן.

וע' ברכ"ש יבמות [י"ט] שהוכיח כעיקר היסוד של הגר"ח, דבתוס' מבואר דאין ק"פ כקה"ג בקנס דהתם הכל תלוי בקנין איסור, וז"פ דבכפל יזכה בכפל כפי ערך קנינו.

⁵⁸ ובדרך מחודש י"ל דהגמ' הוסיפה את המי יימר דמגנבא לגבי אופן א' של גנב והוא בנאבד והשומר שילם, ואח"כ מי שמצא את האבידה טוט"ג, דבטוט"ג יכול להיות שעדיין לא נגנב בשעת התשלומין, ובזה שפיר שייך עוד "מי יימר דמגנבה", ומה שהתוס' לא תירץ כן והרשב"א תירץ כן הוא משום דאזלי לשיטתייהו, דהרשב"א גרס במשנה "אבדו" דסובר דמיירי ביוקר, והק' רעק"א דלפי"ז תמוה קושי' הגמ' מכפל, דקס"ד דמקנה רק כפל, הא מה עם היוקרא, שהרי לפי הרשב"א מפורש במשנה שיש יוקרא, וע"כ שמקנה את הפרה עצמה דאל"כ קשה מגיזות וולדות, ועיי"ש היטב באריכות הדברים, ות' דבקס"ד מיירי בטוט"ג.

הרי א"כ מפורש דלרשב"א דהגמ' למד ד"או שאבדו" בא לרבות טוט"ג, וע"ז הוסיפה להק' מי יימר דמגנבא, אכן התוס' מחקו הך גי' דאבדו, ופי' דאופ"א בלי טוט"ג, ושפיר הקשו לשיטתייהו, דלדידהו אין הגמ' יכולה להוסיף הך קושי' אם אין מקור במשנה לנגנבה בטוט"ג דאולי באמת באופן זה לא קונה, ויתרא מזו, הרי במהרש"א מבואר לעיל למה תוס' מחקו ומיאנו לאוקמיה בטוט"ג, ולשיטתו אזלי.

דרכו של הקצוה"ח ברמב"ם דדקל לפירות מהני בתורת שותפות, וזה רק למסקנה דאיכא נמי יוקר, ועפ"י היסוד בתוס' בגיטין דלא שייך הקנאת העבד לגמרי כשכל הנפ"מ הוא הקנס.

אולם איכא מהלך נוסף בשיטת הרמב"ם מהקצוה"ח [סי' רצ"ה ס"ק ד'], ולפי דרך זו לא קשה הקס"ד דמעוות לא קונות כפל, וגם לא קשה המסקנה דאיך מהני פרה לכפילא דמאי שנא מעבד לקנס, ונקדים לדרכו של הקצוה"ח י"ל דהקושי מפרה לכפילא והתירוצ' שהוא קנה פרה ממש, והיינו ממש כרש"י ותוס', ורק אח"כ כשאמרו שיש חילוק בין שבח דאתי מעלמא לשבח דגופא, אז חידשו דאיתרבי יוקר בכלל כל שבח' דעלמא, ואז מהני כבר פרה לכפילא, דאגב היוקרא הוא קונה את הכפל, [ומבואר דיוקר הוא בעולם, ועיין בהערה ⁵⁹], אלא דעיקר סברא זו צ"ב, דאיך מהני מה שמקנה יוקרא בהדי הכפל שהוא דבשלב"ל, וצ"ב.

ותי' בקצוה"ח [שם] ביסוד גדול, והקדים בזה בקושי' הרשב"א בגיטין שהקשה דלמה פרה לכפילא ועבד לקנס חשיבי כדבשלב"ל, הרי למה אינו קונה חלק עמו בעבד ופרה כשותף, והיינו שיהיה שותף עימו לענין קנס וכפל, ושוב הו"ל דבר הבא לעולם.

ותי' הקצוה"ח עפ"י מה שהק' התוס' בגיטין על המבואר בגמ' דאיכא עבד שלא שוה כלום, והקשו בגמ' דאי נמכר לקנס הרי שוה משהו, וע"כ דא"א להקנות עבד לקנס, והק' על זה התוס' דכל הספק בגמ' הוא אי נמכר לקנס אבל למה לא נמכר לגמרי, והשיווי היחיד בעבד במכירה הוא הקנס, ותי' בתוס' דאם הך זכות אינה נמכרת עם העבד כעבד לקנס, שוב לא מהני להחשב מכר בגלל הך זכות, וא"א למכור עבד שלא שוה כלום ע"י הקנס שמצד עצמו אינו נמכר.

ועפ"י יישוב הקצוה"ח נמי את קושי' הרשב"א, שא"א להיות עבד לקנס בתורת שותף אי אינו נמכר עבד לקנס, דכש"כ היא, דאי לא מהני למוכרו לעבד לגמרי, א"כ כש"כ דלא מהני להיות שותף לענין זה.

ולפי"ז הביאור ברמב"ם הוא, דלמסקנה דאיכא יוקרא אז אמרינן דכיון דלענין יוקר שפיר נמכר, אז שפיר חשיב שותף, ושוב מהני גם לענין כפל, וכסברת הרשב"א, דשותפין לענין כפל ודאי מהני, ורק לקס"ד דליכא יוקרא אז לא מהני, ואז הקשו הגמ' דפרה לכפילא הוא דבר שלא בא לעולם, עכתו"ד הקצוה"ח.

ואכתי צ"ב דמה הנך תרתי שייכי אהדדי, מה דעבד לא נמכר לקנס ומה דעבד לקנס אינו יכול להיות השיווי במקח על העבד, ובביאור הדברים נראה דעבד לקנס שהסוגי' בגיטין דן בו אינו בעלות בעבד לענין קנס, רק לקנות קנס ע"י מעשה קנין שנתפס בעבד, ואי אין שייכות בין העבד לקנס לא שייך לקנות על ידו.

וזהו ספקת הגמ' [שם], והק' הרשב"א דאף אי אין שייכות ולא נתפס בו המעשה קנין מעבד לקנס, אכן למה א"א להיות בעלים בעבד לענין הקנס, והמעשה קנין והחלות קנין תרוייהו יתפסו ויחולו בעבד עצמו.

ותי' הקצוה"ח דהיסוד בתוס' הוא, דאי לא שייכי העבד לקנס לענין זה דלא נתפס מעשה קנין בעבד לקנות את הקנס, שוב לא שייך שיחול שם בעלים בעבד לענין הקנס, דלא שייכי אהדדי, ומה"ט א"א לומר שקונה לגמרי את העבד לכל מילי, כשכל הנפ"מ בבעלות הוא לגבי זכות שאין לו שייכות בגוף הבעלות, וממילא דכש"כ הוא דלא שייך להעשות כשותף רק לענין זה.

⁵⁹ ואגב, מתבאר מזה דיוקרא הוי ליה דבר שבא לעולם אף דתלוי על כמה ספיקות וחשיב שבח דאתי מעלמא, ונראה דבאמת שווי הוא חלק מהחפץ ונמצא בו, ולכן בארי רכיב עליה לא איבד שווי, ולהכי אפשר לקדש אשה באיסוה"נ מדרבנן [לולי כל דמקדש וכו' וכמבואר ברש"י פסחים ז' ובשערי יושר, ואכמ"ל], ונראה דמה"ט נתקשו התוס' [להלן ל"ה] דלמה הוי שבח דאתי מעלמא, ותירץ דלא ניכר בגוף כמו גיזות, ומבואר, דרק בדעת בנ"א מתיחסים אליו כדבר מבחוץ אבל לי האמת הרי זה חלק מהחפץ, ולכן, אף דהשיווי בעולם אבל אין היוקר עדיין בעולם, אכן כמו שאם הוא מקנה את הפיטום של הבהמה דזה לא נקרא דבר שלא בא לעולם כיון שהבהמה עצמה מתפטמת ודלא כפירות שזה דבר נוסף שגודל בו, א"כ גם היוקר הוא הגידול של השיווי שישנו בעולם עכשיו, ודו"ק.

וע"ז כתב הקצוה"ח דבאופן שבלאו הכי חיילא לו שם בעלים בחפץ לענין יוקרא שוב מצטרפין כל הנפ"מ, דדין בבעלות חדא הוא.

אולם יש לעיין, דבשלמא לדעת התוס' והרשב"א בגיטין שסוברים שספקת הגמ' אי יש שייכות בין העבד לקנס לענין שנתפס המעשה קנין בעבד לקנס, אז א"ש הביאור הנ"ל, אכן לפי תוס' כאן דספקת הגמ' שם אינו אי יש שייכות, רק אי כשמתפס מעשה קנין בעבד לקנות הקנס אי בכל אופן איכא חיסרון דבשלב"ל או לא, אבל לשני הצדדים נקטינן שיש שייכות ביניהם, אז נראה דשוב לא א"ש הך יסוד בתוס' דהרי הך חיסרון דבשלב"ל כבר ליתא בדבר הבא לעולם, וסברת התוס' שם ע"כ הוא לשיטתם.

ולפי"ז לדעת התוס' דידן יחזור קושי' הרשב"א, דכבר ליתא להך יסוד לשיטת התוס', ונצטרך לומר דס"ל להתוס' דבכלל לא חיילא בעלות בעבד לענין קנס כיון דדבר נפרד הוא, וגם בפירות דקל ס"ל להתוס' כן, [דאין חילוק בין דקל לפירות ועבד לקנס חוץ מעבידי דאתי], ולא אהני לן סברת יוצאין מגופו כיון דסו"ס דבר בפנ"ע הוא.

ולפי"ז עדיין אפ"ל ע"ד זה שיוקר אינו דבר נפרד מהגוף, ושפיר שייך בעלות בפרה לענין היוקר, וכיון דחיילא שם בעלים בפרה, שוב הו"ל בעלים לענין הכל.

אולם רעק"א דייק בתוס' שתוס' חולק וס"ל דבעינן הקנאת הפרה עצמה, ומשמע דלא אהני לן יוקר, וכנראה דס"ל להתוס' דכל בעלות עומדת בפנ"ע, ואף אי הוי בעלים לגמרי לענין היוקר אין זה סיבה להיות בעלים לענין כפל אי כפל מצד עצמו אינו בעלות בחפץ.

אכן הוסיף רעק"א, שתוס' מודה באופן שהוא בעלים גמורים, רק ששייר גופו ושבח דגופו לעצמו, דשוב אהני לן יוקר לכפל, והסברא כאן הוא דשוב לא עומד כל בעלות בפנ"ע, דכמו דמי שהוא בעלים על הכל ודאי שהוא בעלים גם לענין כפל, אף דבעלות דכפל אינו כבעלות בפנ"ע, כמו כן מי שהוא בעלים על הכל רק שיש שיור על הכל חוץ מיוקר וכפל, דאז אמרינן דלגבי הכפל הוא בעלים גמורים, ולהכי חידשו התוס' דהקנה פרה עצמה והכפילא הוא ממילא ידיה.

סימן ז

בגדר האומדנא

ב"נעשה כאומר לו".

פרק א' ג' דרכים בגדר האומדנא, ובשיטת רש"י והמאירי. < ג' דרכים בגדר ה"נעשה כאומר לו", האם זה תקנ"ח או דאיכא אומדנא ממש שכך הוא חושב, או דסגי לו במה שהיה חושב כן אם היה חושב על זה [כעין יאוש שלא מדעת], [מביא את דברי הנתה"מ בזה שחידש סברא לחלק בין דעת קונה לדעת מקנה, והכא בסוגיין סגי בדעת קונה כיון דמייירי בקנין חצר]. < מעורר בלשון הגמרא - דמה נתחדש ב"נעשה כאומר לו" למסקנה, ומביא מהמאירי דנתחדש למסקנה שזה תקנ"ח, ומדקדק כן מרש"י. <

פרק ב חילוקים בגדר האומדנא בין הל"ק לל"ב < מדויק דגם הרשב"א למד דמדין לב ב"ד מתנה הוא, וזה באופן שיש נחותא, ומדיק ברש"י דמחלק בין הל"ק לל"ב, ומדיק נמי ברשב"א [גיטין י"ג \ ב"ק ק"ב] שיש שני אופנים של לב ב"ד מתנה, ויש בזה נפ"מ בין הל"ק לל"ב. < ביאור החילוק באומדנא בין הל"ק לל"ב. <

פרק ג "נעשה כאומר לו" סמוך לגנבה. < בפלוגתא רש"י והמהרש"א האם עצם ה"נעשה כאומר לו" בלישנא בתרא [דמקנה סמוך לגניבה] הוא כבר בשעת מסירה או רק בסמוך לגניבה. < ביאור חדש מהקצוה"ח בדברי רש"י למה בעינן "נעשה כאומר לו" כבר בשעת מסירה. < הערה על הקצוה"ח דלכא' שייך הכא חצירו וקנינו באין כאחת. < ביאורו של הקצוה"ח בשיטת המהרש"א דלא מהני מצד אין ברירה דהך שעה אינה מבוררת. < לכשתיגבב ותירצה ותשלמני. **פרק ד' הבהרה – הערה** < הערה גדולה.

פרק א'

ג' דרכים בגדר האומדנא,

ובשיטת רש"י והמאירי.

ג' דרכים בגדר ה"נעשה כאומר לו", האם זה תקנ"ח או דאיכא אומדנא ממש שכך הוא חושב, או דסגי לו במה שהיה חושב כן אם היה חושב על זה [כעין יאוש שלא מדעת], [מביא את דברי הנתה"מ בזה שחידש סברא לחלק בין דעת קונה לדעת מקנה, והכא בסוגיין סגי בדעת קונה כיון דמייירי בקנין חצר].

בגדר ה"נעשה כאומר לו" מדויק במאירי דתקנ"ח היא, "שמתוך 'שראו חכמים' שנוח להם לבעלים שיהיו בטוחים שלא להפסיד הקרן, 'עשו הדבר' כאילו מוסרה לו ע"מ כן, וברשב"א [ל"ד:] משמע דלב ב"ד מתנה ומשמע דתקנ"ח שכך דעתו, והיינו כך, דאחרי שהגמ' חידשה שיש אומדנא שיש 'ניחותא' מצד הבעלים שהשומר יקבל את הכפל, אכן סו"ס הוא לא נתכוין בהדי' להקנות לו, ועל זה אהני לן התקנ"ח דיחשב כדעת מקנה.

והיינו בדעת מקנה לא מהני ניחותא בעלמא – דצריך דעת שהוא כעת עושה פעולה של הקנאה – כעת הוא 'מקנה' – ולא סגי בזה שהוא מרוצה שהשומר יהיה בעלים, הלכך במקום 'ניחותא' עשו תקנה של הקנאה ממש.

אולם ע' בפנ"י להלן ברש"י [ד"ה נעשה] שכתב שזה אומדנא ממש שכך הוא דעתו באמת ונתכוין כן, והו"ל כאילו פירש, וכן המשמעות הפשוטה בשטמ"ק בשם הראב"ד.

אולם יעויין להלן שדייקנו שיש כמה סתירות בדברי רש"י עצמו – עוד דייקנו שהרשב"א סותר משנתו בזה אי הוי תקנ"ח או לא – ולהלן יבואר המהלך בזה.

איברא דיעויין בנתה"מ [סי' קצ"ז ס"ק ד' - ונ' ליישב דברי הר"ן דהנה יש לעיין וכו'] שכתב בזה חידוש גדול דנקט כהמאירי דאין דעתו כן בהדי' להקנות, אלא דאכתי מהני בלי תקנ"ח, כיון שלו יצויר והיה חושב על זה הוא היה מתכוין להקנות, ואי קשה לך, הא קי"ל דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, והיינו דאף שאם הוא היה יודע הוא היה מתייבאש אכתי לא מקרי יאוש עד שלא ידע ויתיבאש, ולמה מהני הכא, הרי גם הכא כל הדעת קנין הוא רק 'לו יצויר' והיה יודע שזה יגנב הוא ישלם וכו', ומאי שנא.

ותירץ דדעת הש"ך הוא דבאופן שמרצונו הוא, ולא כיאוש שהוא בע"כ, אז לכו"ע הוי יאוש שלא מדעת הוי יאוש, ומהני אף שהוא עדיין לא יודע דהחפץ נאבד ממנו, וממילא דא"ש, דבנד"ד יש כאן דעת קנין אף דבאמת אין אומדנא דכך דעתו מפורש, וסגי באומדנא דלו יצויר והיינו שואלים אותו דאז היה חושב כן.

אולם הרבה יש לדון בדברי הנתה"מ הללו - ועיין היטב בהערה ⁶⁰ במה שהערנו בדבריו.

מעורר בלשון הגמרא - דמה נתחדש ב"נעשה כאומר לו" למסקנה, ומביא מהמאירי דנתחדש למסקנה שזה תקנ"ח, ומדקדק כן מרש"י.

והנה, יש לעיין ולדקדק בגמ', דמהו כל האריכות כאן בתירוץ ד"נעשה כאומר לו לכשתגב ותשלמני וכו", הרי פשיטא דגם לקס"ד בסוגי' ידענו שהיה כאן "נעשה כאומר לו", וכל השינוי במסקנה הוא דבקושי' למדנו דמיירי בפרה לכפילא, ובתירוץ נתחדש דמיירי בפרה עצמה, והו"ל לתרצן לומר בקצרה דמקנה ליה גוף הפרה, דעצם ה"נעשה כאומר לו" נתחדש כבר לעיל, וע' ברש"י בתחילת הגמ' דמפורש דידענו כבר ד"נעשה כאומר לו".

⁶⁰ והק' הנתה"מ, דא"כ למה לא אמרינן כן בעודר בנכסי הגר וקסבר שהן שלו דהדין הוא דלא קני, וקשה דלו יצויר והיה יודע שהם של הגר דאז שפיר היה מתכוין לקנותם, וע"כ צ"ל דחלוקין נינהו דעת מקנה מדעת קונה, ובעודר בנכסי הגר הקונה עדיין צריך 'כוונת קנין', ולא מהני דעת כזה [בגדר 'אוש שלא מדעת'], ורק מהני בדעת מקנה להקנות ודו"ק, אלא דא"כ קשה דהכא נמי בסוגיין היכן הדעת קונה, ות' הנתה"מ דע"כ צ"ל דקונה בקנין חצר, וקנין חצר קונה בלי דעת קונה, עכ"ל.

אולם דבריו נסתרינן מדברי רש"י דכתב בהדי' דקונה במשיכה, ורק בלישנא בתרא הוא קונה בחצר, ולפי הנתה"מ נצטרך לחדש דגם בל"ק מיירי דוקא כשהשומר משכו לחצירו, עכ"פ לרש"י הדרא קוש' הנתה"מ לדוכתא, ונצטרך לומר כהפנ"י שיש אומדנא דכך הוא דעתו, והו"ל כאילו פירש.

והנה בעיקר היסוד בנתה"מ לחלק בין דעת מקנה לדעת קונה עיי"ש בדבריו דמבואר שיש דין מסוים של כוונת קנין במעשה הקנין עצמו והקונה עושה את המעשה קנין, והכוונה הזו במעשה הקנין חמיר טפי מהדין דעת בקנינים, ובזה הוא חילק בדין יאוש שלא מדעת, דרך לענין דעת מקנה מהני סברת הש"ך ביאוש שלא מדעת, לא כן בכוונה במעשה הקנין.

ונראה דסברתו תלויה במחלוק' ראשונים בעיקר דינא דדעת קנין, דהנה, כבר נחלקו הראשונים בקנין המועיל בשטמ"ק ב"מ [י'], דמיירי כשהיה דעתו לקנות ועשה קנין דלא מועיל אבל ביחד עם זה הוא עשה גם מעשה קנין דמהני אלא דלא היה לו דעת קנין על הקנין שמועיל, ונחלקו הראשונים האם הוא קונה עכ"פ בקנין השני.

ושורש פלוגתתם הוא, דלפי הצד דאינו קונה, ע"כ דנתחדש דלא סגי ב"דעתו לקנות", שהרי סו"ס "דעתו לקנות", ומה לי באיזה קנין הוא יקנה, אלא ע"כ דנתחדש דבעינן גם "כוונה" על גוף ה"מעשה קנין" עצמו, וכן מבואר בדברי יחזקאל [סי' נ"ג ס"ק ג'], ולכא' י"ל דזה נמי כוונת הנתה"מ, דלכן בעודר בנכסי הגר לא מהני, כיון דאין כאן כוונה להשוותו למעשה קנין, [והיינו דפשוט דכוונת קנין בדרגת 'אוש שלא מדעת' שלא יודע כלל שהוא עושה קנין אלא שהיה מתכוין אם היה יודע דזה גרע מקנין המועיל דסו"ס הוא יודע שהוא עושה כאן קנין], אכן לענין דעת מקנה אכתי מהני דעת ע"י האוש שלא מדעת, והיינו כסברת הש"ך דהכא כו"ע מודי, כיון דאינו בע"כ, ודו"ק.

אולם יש להעיר, דלפי"ז, לפי שיטות הראשונים דמהני בקנין המועיל, א"כ ע"כ דלדידהו סגי בדעת קנין בלי כוונה למעשה קנין, ומעתה הדרא הקושי' דלמה לא מהני הך דעת של "אוש שלא מדעת" להחשב כדעת קנין בעודר בנכסי הגר, וע"כ דכיון דקיי"ל דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש לכן לא מהני, ואף דכתב הנתה"מ דלא שייך הכא כיון דסו"ס אינו נגד רצונו, וכמבואר בש"ך, הא נצטרך לומר דהנך ראשונים ע"כ חולקים על הש"ך, והיינו דיצא לנו חידוש, דלדידהו איכא ראייה מעודר בנכסי הגר נגד הש"ך, וזו הערה גדולה על כל המהלך של הנתה"מ.

עוד יש להעיר דמהו עיקר הסברא לחלק בין דעת בקנינים לכוונה במעשה הקנין לגבי הדין של יאוש שלא מדעת, ואף דזה כוונה וזה דעת, אכן אכתי צ"ב דמהו הסברא לחלק בזה.

אולם בעיקר דבריו, כבר אמר בזה הגר"ח שמואלביץ זצ"ל בשם אביו על דברי הנתה"מ הללו דלא שייך הכא דינו של הש"ך, דדברי הש"ך רק שייכי בהיתר לקיחה, דחשיב שאינו מקפיד, והיינו דאז אמרינן דבדבר שהוא מרצונו גם רבא מודה לאבוי, אבל היכא דצריכים דעת קנין כמכירה ועודר בנכסי הגר, הכא צריך דעת ממש.

אכן אין זה ברור, וכבר נחלקו בזה גדולי אחרונים, דיעויין בזה בקצוה"ח [סי' רס"ב ס"ק א' ד"ה והנה לפי הש"ך] דס"ל דיכול לקנות תבואה כדי להפריש ממנו תרומה היכא דהבעה"ב היה רוצה שתקנה אם הוא יודע, והיינו עפ"י הש"ך, ומבואר דאפשר לקנות כך, אכן מאידך, שיטת הנו"ב [מהדו"ת אהע"ז סי' ע"ז] דלדעת הש"ך רק מהני שלא יהיה כאן איסור גזילה אבל לא מהני לקנות, ועיי' חמד"ש [ב"מ כ"ב] דבאמת נסתפק בזה, ועיין בברכ"ש [ב"מ סי' כ"א ס"ק ה'] שהביא ספק זה בשם החמד"ש [וגם בשם הגר"י מפוניבזע], והברכ"ש [שם ס"ק ו'] הוכיח דמהני מסוגיין הכא בריש המפקיד, והביא בזה את דברי הנתה"מ.

ובעיקר הך יסוד כבר האריך בקובש"ע [ח"ב סי' י"ז] שכל הסוגי' מיירי בהכשר זרעים וביאוש ובכל הדברים דסגי בניחותא בעלמא דאין דעתו פועלת כלום אלא דחיילא חלות ע"י התורה, אבל הסוגי' לא מיירי בדברים שצריכים "דעת לפעול".

ונראה דאיכא ראייה גדולה להך צד דלא מהני בקנינים מעודר בנכסי הגר לדעת הראשונים דקונים בקנין המועיל, דלמה אינו קונה בקנין זה, וע"כ דמוכרחים אנו לחלק בין דעת של קנינים לניחותא בעלמא בהכשר זרעים ויאוש, ודו"ק.

ולדידהו נצטרך לומר או כהמאירי שיש תקנ"ח היכא דאיכא ניחותא מצדו, או כהפנ"י שחידש שיש דעת מפורשת מצידו שרוצה להקנות במצב כזה, ודו"ק.

ועיקר פלוגתת האחרונים כבר שייך נמי לעיקר דינא דדעת מקנה בקנינים, הארכנו בזה בפלוגתת הקצוה"ח והנתה"מ והנו"ב באמרות אברהם ריש ב"ב [סימן ח' - בענין דעת מקנה בקנינים], ואכמ"ל.

ובשלמא לראשונים שקושי' הגמ' היתה דמקנה ליה כפילא, ולא פרה לכפילא, [והבאנו פלוגתתם לעיל סי' ו'], א"כ שפיר נתחדש שיש כבר אומדנא מתחילתו, בשעת המשיכה ולא רק בשעת תשלומין, וזה באמת חידוש, דיותר פשוט דבשעת תשלומין יחשוב על הכפל משעת המשיכה, שהרי כבר מיירי לאחר הגניבה, ושוב מובן מהו החידוש ומהו כל האריכות ברבא ב"נעשה כאומר לו", אכן לרש"י ותוס' צ"ע.

ונראה לדקדק במאירי שכתב בתחילת הסוגי' [במשנה ובתחילת הגמ'] "הואיל והמציא עצמו שלא להפסידו אף הוא הקנה לו הקנס מיד", ומהלשון "אף הוא הקנה לו" משמע שזה אומדנא שהבעלים עצמו מקנה לו, אבל בהמשך דבריו בתירוץ הגמ' יש שינוי, ששם כבר כתב המאירי "שמתוך 'שראו חכמים' שנוח להם לבעלים שיהיו בטוחים שלא להפסיד הקרן, 'עשו הדבר' כאילו מוסרה לו ע"מ כן, שתהא משיכתו מקנה לו גוף הפרה מעכשיו וכו', 'וכאילו' א"ל בפירוש וכו'".

ומשמע שהיה כאן שינוי, דמתחילה זה אומדנא פשוטה של הבעלים שרוצה להקנות, ועכשיו למסקנה זה כבר תקנ"ח שבנויה על הניחותא שלו, כן פשוט בשיטת המאירי.

ונראה לדייק כן גם ברש"י שכתב בתחילת הגמ' "ע"מ כן מסרה שאם תגנב", ובהמשך [ריש ל"ד]. כתב "שמסכה ממנו ע"מ כן", והיינו דעת מקנה ממש, אולם כאן ב"נעשה כאומר לו" כתב רש"י "דקים להו לרבנן דניחא להו לבעלים שיהא בטוח".

והנה, הך לשון אינו לשון של אומדן דעתו לומר 'שכך דעתו' והיינו שהוא מקנה ע"ד כן, רק כל האומדנא הוא אך ורק דניחא ליה בקרן יותר מכפל, וחילוק גדול איכא בין אומדנא שכך דעתו להקנות ובין מי שניחא ליה בזה, ופשוט.

עוד יש לדייק כמאירי מהמשך הרש"י דכתב "והרי היא כמסרה לו ע"מ כן", הרי דכאן בתירוץ דקדק רש"י ולא כתב "ומסרה ע"מ כן" רק כתב "הרי היא כמסרה", [והיינו כמסרה ולא מסרה ממש], וברור שהכוונה כאן הוא כמו שדייקנו במאירי, שאחרי שראו חכמים דניחא ליה, שוב עשאוהו כאילו שכך הוא דעתו.

וברור שהנפ"מ תלוי בזה, דאי בעי לקנות גוף הפרה, אז כבר בעינן לתקנ"ח, והיינו דאין כאן אומדנא שכך דעתו מפורש להקנות את גוף הפרה עצמה, ורק אי דעתו להקנות פרה לכפילא אז אפ"ל שיש כאן אומדנא, וזהו שהאריך רבא לומר "נעשה כאומר לו", דכאן איכא כבר "עשייה של חכמים כאילו", והיינו דאף דלא "אמר לו" אבל אכתי אמרינן ד"נעשה כאומר לו" ע"י חכמים, ודו"ק.

ועיין היטב בהערה ⁶¹ במה שהארכנו לבאר את הסברות בזה, ויש גם כמה הוספות חשובות בזה.

⁶¹ ובטעמא דמילתא נראה כך, דהנה להלן [ל"ד:] מבואר דהסברא דהקנאת הכפל הוא באביו דוקא משום שעשה לו טובה ולא בבנו שלא עשה לו טובה, ולכא' תמוה, דבשלמא אי כוונתו 'לעשות טובה' לשומר, והיינו דרצונו 'לשלם טובה תחת טובה', אז שפיר שייך סברות הנ"ל לחלק בין אב לבנו, אבל אם בא בזה להבטיח את הקרן לעצמו, וכמו דמשמע כאן מרש"י, שעושה כן לטובת עצמו, שוב ליכא נפ"מ מיהו השומר.

ואשר נראה מוכרח מזה, דעיקר אומדנא ידיה הוא אומדנא מצד הכרת הטוב, אבל בשביל זה הוא מקנה לו רק את הפרה לכפילא תחת קרן, ולא את הפרה עצמה, ובאמת דהך אומדנא שמצד הכרת הטוב הוא מקנה לו רק את הפרה לכפילא קיים גם למסקנה, רק דזה לא מהני כלום דסו"ס הו"ל דבשלב"ל, וכדק' כאן.

ותי' הגמ', שבאמת 'ניחא ליה' וכדאי לו שיקנה את הפרה עצמה ג"כ כדי להבטיח לעצמו את הקרן, ואף שאין כזה אומדנא שכך דעתו ממש אלא שנוח לו בכך, [ובפועל אינו עושה כך], אכן הכא כבר תיקנו מדין 'לב בי"ד מתנה' שכאילו הוא ג"כ מסרה ע"מ כן, והיינו דגם הקרן והפרה עצמה צריכים להגיע ללב בי"ד מתנה, וזהו סברת רש"י כאן, [ולהלן יבואר דלב בי"ד מתנה הוא רק באופן שנוח לו בכך].

והגמ' חידשה בזה עוד חידוש, דכל הך לב בי"ד מתנה על הפרה גופא הוא רק באופן שיש אומדנא דהכרת הטוב שהוא מקנה את הפרה לכפילא [רק דלא מהני האומדנא מצד עצמה מטעם דבשלב"ל], ודו"ק, וממילא דבשילמו בנים שאין אומדנא לענין הקנאת הפרה לכפילא, התם גם ליכא לב בי"ד מתנה לענין הפרה.

הרי שהשו"ט הגמ' אינו מהו אומדנא דבנ"א, דזה ודאי גם לקס"ד וגם למסקנה איכא אומדנא בהקנאת כפל או פרה לכפילא, ורק דהוסיפה הגמ' את הדין "לב בי"ד מתנה" כלפי הפרה עצמה, וזהו מה שחידש רבא, "נעשה כאומר לו", ומיושב כל הדיוקים ברש"י ובמאירי.

אולם אכתי ק' במאירי עצמו, שהרי הוא למד דמקנה פרה לכפילא גם למסקנה וכשיטת הרמב"ם, ודו"ק.

פרק ב

חילוקים בגדר האומדנא

בין הל"ק לל"ב

מדייק דגם הרשב"א למד דמדיין לב בי"ד מתנה הוא, וזה באופן שיש ניותא, ומדייק ברש"י דמחלק בין הל"ק לל"ב, ומדייק נמי ברשב"א [גיטין י"ג \ ב"ק ק"ב] שיש שני אופנים של לב בי"ד מתנה, ויש בזה נפ"מ בין הל"ק לל"ב.

והנה מש"כ לעיל ברש"י דבלב בי"ד מתנה, היינו כשיש כבר אומדנא דניחא ליה, אף שאינו עושה כן בפועל, [דבפועל יש אומדנא רק שמקנה הכפל, ולא את הפרה עצמה] ובלי נוחא ליה עכ"פ ליכא לב בי"ד מתנה לעשות כאילו שהוא רוצה, כן מבואר נמי ברשב"א [ל"ד] שכ' "לומר דלב בי"ד מתנה בכך משום דירדו חכמים לסוף דעתו של אדם דכל דאית ליה בהמה או כלים ביד שומר נוחא ליה דלא נטרחי' וכו'", והיינו דלא שדעתו להקנות, רק דניחא ליה בזה, ומה"ט עבדינן לב בי"ד מתנה, וכן כתב מפורש בחידושיו בגיטין [י"ג] דבמעמד שלשתן ג"כ אמרינן "נעשה כאומר לו", ופי' שם הרשב"א שלב בי"ד מתנה, ולא שירדו לסוף דעתו שהוא מתנה כך בליבו, אבל דוקא באופן שהוא רוצה כן בעצמו וזה תועלת בשבילן, דוקא בכה"ג אמרינן דלב בי"ד מתנה, עיי"ש.

ונראה לדייק עוד, דכל זה הוא בלישנא קמא, אבל בלישנא בתרא מצאנו שינוי בזה גם ברש"י וגם ברשב"א, דהנה, בהמשך הגמ' כתוב "נעשה כאומר לו - סמוך לגניבה", ושם פירש רש"י כפשוטו "ע"מ כן מסרה", ולא כתב "הרי"ז כאילו מסרה על מנת כן" וכלשונו בל"ק, ומשמע דכאן אינו מדין לב בי"ד מתנה, ורק לעיל בל"ק בעינן לבא ללב בי"ד מתנה.

ונראה להוכיח כן גם בשיטת הרשב"א, דאל"כ מצאנו סתירה בדבריו, דכבר הבאנו מהרשב"א בגיטין [י"ג] דמירי שם בלב בי"ד מתנה, וכתב דכל היכא דכתיב הך לשון ד"נעשה כאומר לו" היינו כשיש תועלת, והרשב"א הביא שם מקור מסוגיין בריש פרק המפקיד.

ולעומת זאת בב"ק [ק"ב ד"ה הא דאמר] כתב דאף דכתיב כל המקדיש "נעשה כמי" ומשמע שזה מדין לב בי"ד, אכן התם אין זה הפשט, אלא דהתם הכוונה דאמדינן דעת' בזה שהוא מקנה, והרשב"א הביא שם מקור מסוגיין בריש פרק המפקיד.

הרי לנו דסותר משנתו האם בריש פרק המפקיד איכא אומדנא דאמדינן דעת' בזה שהוא מקנה, או דלב בי"ד הוא, וכמו שכתב כאן בהדי' בעמוד ב', וצע"ג.

ונראה עוד, דלהנך ראשונים דבקס"ד היה האומדנא על הכפילא עצמו, וביארנו שהוא מקנה בשעת תשלומין, ואז הוא דאיכא אומדנא - ועיי' לעיל [ס' ו'] שיישבונו את קושית התוס' ממעות קונות, וכן את הקושי' מהמי ימר דמגבא - ולדידהו נראה דהך אומדנא אכתי קיימא למסקנה, אלא דחידשו שיש עוד אומדנא, וזה יסוד הדין "נעשה כאומר לו", שהוא מדין לב בי"ד מתנה.

ונראה דגם לראשונים שלמדו בקושי' כפילא רק פרה לכפילא, היינו משום שאין כאן מעשה קנין בשעת התשלומין וכקושי' התוס', אבל גם הם מודים שיש אומדנא בשעת התשלומין, וכדמוכרח מהתוס' דרק הקשה מצד מעות קונות, אכן מצד האומדנא אין נפ"מ בין שעת המעות לשעת המשיכה.

ונראה לדייק כן בירושלמי שהביא הרשב"א בריש פירקין לגבי הדין של עידי אונס, שהרשב"א ביאר שאין אומדנא לכתחילה במשיכה שיקנה לו את הכפל אם ישלם לו הקרן באופן שיש עידי אונס, דאז הוא פטור לגמרי ואין על זה שום אומדנא, והלשון בירושלמי בזה הוא דה"ל "כמוכר קנסיו דלא קנה".

ולכא' תמוה, דלנתבאר ברשב"א הרי אין כאן אומדנא כלל, ומאי קאמר הרשב"א דהוי "כמוכר קנסיו דלא קנה", הרי מוכר קנסיו לא קנה משום שזה דבשלב"ל, והכא מטעם אחר הוא שאין כאן אומדנא.

וע"כ צ"ל דרק בנוגע לאומדנא דלכתחילה אז הוא דאמרינן דלא אסיק אדעת' להקנות לו, אבל סו"ס בשעת תשלומין דאז הוא בא לשלם, אז ודאי דאסיק אדעת', ואז שפיר מקנה לו כדי שיהיה לו את הקרן, רק דאז אמרינן לו שהוא לא קנה כיון שזה "כמוכר קנסיו" דלא קנה, והביאור בזה הוא דכיון שהקנס עצמו הוא דבשלב"ל, לכן ע"כ שהוא היה צריך למשוך לפני כן את הפרה לקנות את הפרה לכפילא, ולא מהני שום קנין לקנות עכשיו, ודו"ק.

שו"מ בש"ך [ס' רצ"ה ס"ק ח'] שדייק כנ"ל בירושלמי ושמחתי, ועפי"ז חידש דין להלכה לגבי יוקר, דיוקר אינו דבשלב"ל כקנס, ואז שפיר יכול לקנות גם בעידי אונס שהרי קונה עכשיו, אכן הוסיף הש"ך שצריך לזה מעשה קנין, ויש לדון דאולי מעות קונות כאן, דאין כאן חשש דשמא יאמרו נשרפו חטיף בעליה, ודו"ק, וכדהק' כבר הפנ"י לעיל בתוס', אבל פשיטא דמעות לא יכול לקנות פרה לכפילא עכשיו, וכדהקשו כבר הפנ"י ורע"א, דהכפל שייכא לפרה משעת הגניבה.

ונראה דכשנדייק היטב בדבריו נראה דבגיטין הרשב"א הביא את הלישנא קמא דמקנה לו "מעכשיו", ובב"ק הרשב"א הביא את הלישנא בתרא ד"סמוך לגניבה", וזה ממש כמו שדייקנו ברש"י⁶².

איברא דאיכא בזה תוספת דברים, דיעויין ברשב"א להלן [ל"ד]: בדין שילמו לבנים מה שנחלקו שם הראב"ד והרשב"א, ומתוך הדברים מתבאר דנחלקו האם זה מדין לב ב"ד מתנה או מדין אומדנא, והראב"ד לשיטתו דמדין אומדנא הוא והרשב"א לשיטתו דמדין לב ב"ד מתנה אתינן עלה, אולם הרשב"א סותר משנתו, דכתב כן גם בל"ב דמדין לב ב"ד מתנה אתינן עלה, לא מצד אומדנא, ודלא כדבריו בב"ק, וצ"ע.

ביאור החילוק באומדנא בין הל"ק לל"ב.

ונראה לבאר את החילוק בזה בין הל"ק לל"ב, דהנה לעיל ביארנו דכל מה דליכא אומדנא בלישנא קמא הוא משום שהוא מקנה את הפרה עצמה לעומת סברת המקשן שלמד שהוא מקנה את הפרה לכפילא, ולולי לב ב"ד מתנה לא יתכן לנקוט דכך אמדינן דעתו.

אכן נראה הוסיף בזה עוד, דאי משום זה היה כאן עדיין אומדנא, אלא דדוקא משום שהוא מקנה את כל הפרה כבר בשעת המשיכה, דנמצא דאיגלאי מילתא דלא היה שומר שלו מעולם, דקנה את כל הפרה בשעת המשיכה במקום למשוך את הפרה להיות שומר עליו לחבירו, ורק בל"ב דמקנה את הפרה סמוך לגניבה שהיה שומר שלו עד שנגנב, בזה שפיר שייך אומדנא דכך היה דעתו להקנות, דהקנאה לא מבטלו מלהיות שומר לגמרי, רק דמשעת פטורו שבלאו הכי הוא משלם אז הוא דמקנה לו את הקרן.

ואיכא נפ"מ בזה, דאי מבטלו לגמרי למפרע, שוב נמצא דמה שהוא משלם לו אינו בתורת תשלומין, שהרי משלם לו כשעת משיכה, ולא כדינו בשעת הגניבה אבל אי רק מקנה סמוך לגניבה, שוב צ"ל שישלם לו כשעת הגניבה, וזה יבואר להלן בקצוה"ח, ונפ"מ לנתפסם ולגיוזות וולדות עד הגניבה אי צריך לשלם השומר עבור כל הפיקדון שיש לו בשעת הגניבה או לא, ודו"ק. ונראה עוד, דתחילת פלוגתתם הוא כך, דבלישנא בתרא נדחקו בלשון הבריי' "חוץ מגיוזתיה", דלפי לישנא זו אינו אלא רמז בעלמא על זה דמירי סמוך לגניבה, והטעם דהלישנא בתרא נדחקו ללמוד כן מבואר בשטמ"ק בשם הרא"ש, דלא מסתברא להו לחלק בין שבחא דגופה ולשבחא דעלמא.

ונראה בכוונתו דכו"ע מודי דאיכא סברא לחלק בין שבחא דגופה לשבחא דעלמא, ורק דפליגי אי יש אומדנא שהוא מקנה ואומדנא שהוא משייר לעצמו, דהל"ק ס"ל שהוא חושב על הכל, גם עיקר ההקנאה וגם על השיור, והל"ב ס"ל דדוחק הוא, וא"א לומר שחושב על הכל, וע"כ דכוונתו סמוך לגניבה.

וי"ל בזה עוד, דהל"ק ס"ל דאף דאינו חושב על הכל, סו"ס לב ב"ד מתנה, והל"ב ס"ל דאין כאן לב ב"ד מתנה, וע"כ שאינו חושב על הכל, הלכך צ"ל דאמדינן דעתו שרוצה להקנות סמוך לגניבה ושוב לא נצטרך לומר שהוא חושב על הכל, ודו"ק.

פרק ג

"נעשה כאומר לו"

סמוך לגניבה.

בפלוגת רש"י והמהרש"א האם עצם ה"נעשה כאומר לו" בלישנא בתרא [דמקנה סמוך לגניבה] הוא כבר בשעת מסירה או רק בסמוך לגניבה.

ברש"י מפורש דה"נעשה כאומר לו" היינו בשעה שמסרה לו, ועיין בזה במהרש"א שחולק, דה"נעשה כאומר לו" הוא בשעת הגניבה, ועיין בפנ"י דמפרש את שיטת רש"י, דאז סמוך לגניבה

⁶² ומש"כ הרשב"א שם "דאחרים איכא בגיטין", וזה סתירה, אכן עיי"ש בשטמ"ק שגרס "גמרא" ולא גרס "גיטין", וא"ש.

ודאי דליכא אומדנא דהבעלים לא קאי אז בהדי השומר, ורק בשעת מסירה איכא ביניהם דין דברים, וממילא דרך אז שייך לומר שהיה כאן אומדנא.

ובדעת המהרש"א ע"כ צ"ל דלב בי"ד מתנה, ואף דאינו חושב כן בהדי' אכן אי היה חושב ע"ז, היה מהני, וזהו הכוונה "נעשה כאומר לו".

ואולי דבזה גופא חולק רש"י, וס"ל שזה אומדנא ממש, ונמצא דרש"י א"ש לשיטתו, דכבר הבאנו לעיל דאף דברש"י מבואר דמהני הכא מצד לב בי"ד מתנה אכן כל זה נתחדש בתרצן בלישנא קמא, אבל בל"ב הדרינן כבר לסברת המקשן שזה אומדנא כפשוטו בלי לב בי"ד מתנה, וכן דייקנו נמי ברשב"א, ומעתה א"ש למה רש"י הוצרך לפרש שה"נעשה כאומר לו" הוא בשעת המסירה, אבל המהרש"א יצטרך ללמוד דגם לל"ב ע"כ אמרינן לב בי"ד מתנה.

ביאור חדש מהקצוה"ח בדברי רש"י למה בעינן "נעשה כאומר לו" כבר בשעת מסירה.

וע' קצוה"ח [סי' קפ"ט ס"ק א' בסוף] שביאר את דברי רש"י באופ"א, דהנה, לל"ב הוא קונה בחצר כיון דמשיכה לא מהני לאחר ל', וקשה, דאיך קונה בחצר, הרי חצר דנפקד קנוי למפקיד כיון שהוא מושאל לו לענין השימוש של הפיקדון שלו, וכמבואר כן בהדי' ברשב"ם בב"ב [פ"ה.], וא"כ אין הנפקד קונה מהמפקיד את הפרה בחצירו של שהנפקד, וקושי' זו היתה קשה לרש"י, דאיך הוא קונה ע"י חצר "סמוך לגניבה", הא אז לאו חצר דשומר הוא כדי שהשומר יקנה בו.

והביא הקצוה"ח מהמהרי"ט דדחה את עיקר דברי הרשב"ם, דלא יתכן לומר שהחצר קנוי למפקיד, דבאיזה קנין קנה המפקיד חלק בחצר, וביאר הקצוה"ח דקנה ע"י חזקת תשמישין במה שמשמש בחצירו לפיקדונו, אלא דזה קשה שהרי חזקת תשמישין אינו קנין חזקה, ורק לדעת הרמב"ם מהני, וא"כ איזה חזקה איכא הכא במה שמשמש בו לפיקדונו, ותירץ דצ"ל להיות ואינו זוכה בחצר רק לענין שיהא לו זכות השתמשות בו, בזה כו"ע מודי לרמב"ם דחזקת תשמישין סגי.

[והוכיח כן מדין סולם דאית ליה חזקה בלי טענה, וקשה דנהי דמחל לו להתשמשות הסולם אבל איך קנה את המקום לשימוש הסולם, וע"כ צ"ל דמהני לקנות את הזכות השתמשות בחצר בשביל הסולם ע"י הך השתמשות גופא, דחזקת השתמשות מהני לענין זכות השתמשות], ומעתה הדרא הקושי' דאיך הוא קונה ע"י החצר הרי חצר דמפקיד הוא.

והמהרי"ט דחה ממק"א, דאפשר לומר דחצירו ומתנתו באין כאחד, והיינו דהמפקיד מחזיר את החצר והפרה כאחד לשומר, והיינו כך, דהחצר קונה את הפרה ביחד עם קנינו בגוף החצר עצמו, שאם הוא יקנה את הפרה הרי הפרה כבר אינו פיקדון, ואז כבר אין למפקיד קנין בחצר, וחוזרת החצר להיות חצירו של השומר ושפיר יכול לקנות לו את הפרה, וזה כדמצאנו בגט שהוא נותן לה גט ובזה היא מקבלת את חצירה, וחצירה גופא קונה לה את הגט, לגרשה, ובאין כאחת.

ודחה הקצוה"ח, דרק בגט דסגי ב'נתינה' בעלמא התם מהני באין כאחד, לא כן בקנינים, וממילא דשוב לא מהני מה שאומר לו סמוך לגניבה שרוצה להקנות אז בחצר, דלאו חצר דשומר הוא לקנות על ידו.

ועפ"י זה ביאר הקצוה"ח את דברי רש"י, דמחמת קושי' זו חידש רש"י דע"כ צ"ל לו בשעה שמסרה, דאז אמרינן דלכתחילה הוא רק עושה אותו לשומר עד סמוך לגניבה, והוא שומר לזמן, וממילא דבזה הוא כבר מגביל את קנינו של השומר בחצירו, [דאינו חצירו אלא עד סמוך לגניבה], ושוב ממילא הדרא להיות חצירו דנפקד, ושפיר זוכה בו אז את הפרה, אבל אם ה"נעשה כאומר לו" היה אח"כ סמוך לגניבה, אז כבר לא היה מהני, דאז אין החצר יכול לקנות, עכתו"ד הקצוה"ח.

הערה על הקצוה"ח דלכא' שייך הכא חצירו וקנינו באין כאחת.

ונראה דאין דברי הקצוה"ח פשוטים, דלכא' שפיר שייך כאן חצירו וקנינו באין כאחת אף דתמיד לא אמרינן כן בקנינים דהכא שאני דלא בעינן הקנאה מפורשת על החצר מהמפקיד לשומר, דלכא' ז"פ, שאם הוא חזר בו באמצע מלהיות שומר, וכן אם מחל לו המפקיד על החובת שמירה

⁶³, דאז ודאי דממילא נפסק הקנין של המפקיד בחצר בלי הקנאה מפורשת והדרא החצר ממילא לשומר, וטעמא דמילתא, דכל קנינו של המפקיד בחצרו דשומר הוא אך ורק בשביל פקדונו, וממילא פשוט שאם הפיקדון יפסיק להיות פיקדון דאז ממילא יפסיק קנינו בחצירו.

וראיה לדבר, שהרי גם לדרכו של הקצוה"ח ברש"י ליכא אומדנא שהקנה לו מפורש את החצר בשעה שמסרה לו שיקנה בחזרה את החצר סמוך לגניבה, דכל האומדנא הוא רק שרוצה להקנות לו את הפרה סמוך לגניבה, ולא חשב על החצר כלל, אלא דע"כ אנו אומרים דממילא מונח בזה שהוא מגביל ומפסיק את שמירתו של השומר כדי שהשומר יקנה, ועשאו שומר לזמן, ואם אך הפסיק השמירה הרי ממילא דנקנה החצר בחזרה, הרי פשוט דא"צ דעת מפורש בהקנאת החצר בחזרה.

ומעתה למה לא אמרינן כן גם ב"נעשה כאומר לו" בסמוך לגניבה לדרכו של המהרש"א, דנימא, דבכל דעת מקנה על הפרה מונח אומדנא דממילא הוא רוצה שהוא כבר לא יהיה שומר, ומהני מחילתו לחיובי שמירה לפוטרו ולהפקיע את הדין פיקדון, ונמצא דהפקעת הדין שומר מחזיר לו קנינו בחצירו, וממילא שהוא כבר קונה את הפרה בחצר, שהרי כל מה שביאר הקצוה"ח דלא אמרינן חצירו ומתנתו באין כאחד, היינו משום דמצד א' צריכים שיקנה את הפרה כדי שיקנה את החצר, ומאיך אמרינן דחצירו קונה לו פרתו, ואין כאן התחלה לדין "באין כאחת", אבל לדברינו, הפסקת השומר ממילא מפסיק קנינו בחצירו להחזירו לשומר, שהרי כל קנינו בחצר היה מוגבל לכתחילה עד סוף זמן שמירתו, וכל שהוא מפסיק את השמירה אז ממילא הדרא החצר, ושפיר קנה לפרה.⁶⁴

ביאורו של הקצוה"ח בשיטת המהרש"א דלא מהני מצד אין ברירה דהך שעה אינה מבוררת.

וע' קצוה"ח [סוף סי' ס"א] דביאר את שי' המהרש"א לשיטתו בגיטין [ע"ג:], דס"ל למהרש"א דמי שמגרש את אשתו אם ימות מחולי זה, התם אמרינן יש ברירה, והיינו משום שודאי עומד להתברר אם ימות מחולי זה או לא שיש כאן שני צדדים ברורים, ואחד מן הצדדים מוכרחים ומבוררים, דאחרי דנתברר שימות שוב אמרינן דחיילא הגט דצד זה היתה מבוררת, וכן מי שמגרש אשה שעה א' סמוך למיתה, הרי הך שעה ודאי יתברר בסוף שהוא מוכרח למות, ושעה לפני מיתה דנמצא בין כל השעות מבוררת עומדת בתוך כל השעות, ולכן אמרינן בזה יש ברירה, אבל אם הוא מגרשה שעה א' קודם מיתתו מחולי זה, הרי הספק הוא על השעה א' שקודם מיתתו איזו שעה היא, אבל א"א לומר ששעה זו נמצאת בין כל השעות, שהרי אינו מבורר כלל אם יש כזה שעה שהרי יש גם צד שלעולם לא יהיה כזה שעה, דיתכן דלא ימות מחולי זה כלל, ובזה אמרינן אין ברירה.

והק' הקצוה"ח דא"כ ה"ה בנד"ד, דהרי שעה א' סמוך לגניבה מעורבת בין השעות, אבל כל זה אם היה ודאות שיגנב, אבל יש גם ספק אי יבא לידי גניבה כלל ונמצא דאין ברירה דמאן יימר שיש כזה שעה ודומה לשעה אחת קודם מיתה מחולי זה.

ותי' הקצוה"ח דמה"ט הוצרך המהרש"א כאן לתרץ שלא הקנה לו אלא בשעה הסמוך לגניבה, דאז אמרינן שבכל שעה הרי הוא כאומר לו אם זה השעה לפני הגניבה הרי היא קנוי' ואם לא אינו קנויה, וכל ספק מצד עצמו עתיד להתברר, וצ"ע שי' רש"י.

והגר"ח שמואלביץ אמר שגם רש"י מודה למהרש"א שעיקר ההקנאה הוא אז שעה אחת קודם הגניבה, ומה"ט אין חיסרון בברירה, ורש"י רק מבאר שאומר סמוך לגניבה שאינו אלא שומר לזמן כדי שיכול לקנות אח"כ בחצר.

⁶³ ולכאן מהני מחילה לפוטרו מחיובי שמירה ומהדין שומר, שהרי גם ע"ע היה מהני בו מחילה לולי הקנין איסור דגופו קנוי, כן נראה מסברא אף דלא ראתי דין זה מפורש.

⁶⁴ ואין לומר דסו"ס בשעת תחילת השמירה אכתי לא ידענו מתי יפסיק השמירה, דאף דלשמירה אין זמן, אבל לזכירתו בחצר יש זמן, ופשוט.

אולם דבריו נסתרין מהמשך דברי רש"י, שהק' דלמה לא מהני המשיכה קמייתא בעומד באגם, ותי' עפ"י הגמ' בכתו', וזה תמוה דתיפוק ליה דמשיכה קמייתא לא מהני מצד דאין ברירה.

לכשתיגנב ותרצה ותשלמני.

"לכשתיגנב ותרצה ותשלמני", ופירש"י "תשלם הקרן", ולעיל כתב רש"י "תשלם קרן", ונראה דלפי מש"כ רש"י "קרן" דאינו קרן מבורר, ורק לל"ב שמקנה בשעת גניבה שוב הו"ל קרן מבורר, דתמיד כשעת הגניבה, ושפיר כתב "הקרן".

פרק ד

הבהרה - והערה.

הערה גדולה.

העמדנו ב' צדדים אי הוי תקנת חכמים או אומדנא - וראיתי בדברי הגרש"ש ק"צ"ל [שיעורים החדשים מאת הרב שושן] דנקט שכל ההקנאה מדיני שומרים והיינו דדעתו עליהם כמו שדעתו על כל דיני שמירה שהוא לא חושב על כל הפרטים אלא על זה שהוא נכנס לפרשת שמירה כפי דיני התורה וכך נמי לגבי הקנאת הכפל - ונראה דכוונתו לתקנת חכמים וללב בי"ד מתנה אחרי האומדנא וכמבואר בראשונים הנ"ל.

ונראה שיש ב' סוגיות שהמשמעות הפשוטה בהם היא כנ"ל - והיינו שזה בגדר תקנת חכמים ולא בגדר אומדנא בעלמא - דלהלן [סימן י'] הבאנו את המחלוקת לגבי עדי חיוב ועדי פטור - ויש בזה הוספה מרעק"א בנתברר שהיה בעליו עימו או שהוא חשוד שיש בו חובת תשלומין בלי אפשרות להפטר בשבועה - ובכל כה"ג יש צדדים בעומק גדרי הפטור ובחילוקים שביניהם, ונפ"מ לגבי האומדנא בהקנאת הכפל.

ופשוט שלא יתכן לומר שנחלקו הראשונים והאחרונים בפרטים הללו מה דעתו הפרטית של המפקיד בכל כה"ג - וע"כ כנ"ל שיש לב בי"ד מתנה ותקנת חכמים שבנויה על האומדנא הכללית שרצונו להבטיח קרן תמורת הספק שבח דעלמא - וכעת נחלקו הראשונים בגדרים של התקנת חכמים ההיא מה נקרא להבטיח קרן וכדומה - ודו"ק.

בסוגי' נוספת מצאנו כעין הדבר הזה להלן [ל"ה.]. במחלוקת הראשונים בדין יוקרא אי הוי שבח דגופא או שבח דעלמא - ועיין מה שנתבאר בזה להלן [סימן י"ח], וגם התם לא נראה דנחלקו בדעת בני אדם אלא בגדרים על פי חז"ל שהחליטו מה נקרא מגופו ומה נקרא דעלמא - ודו"ק.

סימן ח

קונטרס

**בסוגי' דחוץ מגיזותיה,
ובפולגות הפוסקים בשבח דעלמא ויוקר,
לפני ואחרי הגניבה.**

פרק א בפולגות הראשונים בחוץ מגיזותיה לאחר גניבה > מביא פולגות הראשונים האם גיזות דלאחר גניבה משייר לעצמו או דנקנים לגנב. > מבאר סברת הראשונים דלא משייר לעצמו הנך גיזות, דדמי לשבח דעלמא, דעיקר החילוק בין שבח דעלמא לשבח דמגופה הוא דבשבח דעלמא איכא ספק, וה"ה בגיזות לאחר גניבה. > מבאר באופן אחר דפליגי הרמב"ם לשיטתו האם משייר לעצמו גוף הפרה או לא, דשבח דמגופה דלאחר הגניבה דומה לגוף הפרה עצמה. >

פרק ב' פולגות הפוסקים בגיזות וולדות בבית השומר שנגנבו עם הפקדון, האם משלם עליהם או לא. > פולגות הקצוה"ח והחידושי הרי"ם בגיזות דלא נגנבו כלל. > פולגות הש"ך והקצוה"ח ורעק"א בגיזות ששילם עליהם, האם גם עליהם חיילא שיו"ר ד"חוץ מגיזותיה וולדותיה". >

פרק ג' ביאור בשי' הראשונים למה יוקרא הוי שבחא דמגופה, וביאור החילוק דלאחרי תשלומין. > מביא פולגות הראשונים האם יוקרא הוא שבח דמגופה או שבח דעלמא, ומביא את השיטות דשבח דמגופה ד"לאחר תשלומין" אינו בכלל השיור ד"חוץ מגיזותיה". > מבאר דלדרכו של הקצוה"ח י"ל דכל שבח דצריך לנכות מהתשלומין כדי לזכותו לשומר מיקרי שבח דגופא, ומבאר בזה למה יוקר מיקרי שבח דמגופה ומאי שנא שבח דמגופה לאחר תשלומין. > מביא את ביאורו של הנתה"מ בדברי הרמ"א שהשמיט דינא דהריני משלם. > עפ"י דברינו מבאר דנחלקו הרמ"א והראב"ד האם הוא מקנה את השבח דגופא לאחר תשלומין ממש או גם לאחר הריני משלם, ותלוי בפולגות הראשונים האם הריני משלם מחייבו או לא. >

פרק ד' פולגות הש"ך והסמ"ע בהקנאת היוקר. > מביא ג' שיטות ביוקרא, שיטת הש"ך סמ"ע וקצוה"ח. > ביאור שיטת הסמ"ע דחולק בעיקר התנאי ד"תשלומי". > ביאור נוסף דס"ל דכיון דנעשה כמכירה למפרע שוב סגי ליה לשלם כשעת ההקנאה, דבאומדנא ד"נעשה כאומר לו" הוא דן את התשלומין כתשלומין על מכר ולא כתשלומי שומרים. >

פרק ה' שי' הקצוה"ח ומ"מ שמחלקים בין טענת חוב לטענת פטור לגבי הקנאת היוקר > דעת המ"מ וקצוה"ח דחלוקין תשלום דטענת פטור מתשלום דטענת חוב לגבי היוקר למפרע, וביאור שיטתם עפ"י הריטב"א ורעק"א ברש"י דהקנאה בטענת חוב חלוק מהקנאה בטענת פטור. > מבאר דפליגי המ"מ והש"ך לשיטתייהו בפולגות הראשונים בעידי פשיעה האם איכא שני דיני הקנאה בכפל או לא. > דיקדוק בדברי רש"י. >

פרק ו' פולגות הש"ך ומ"מ בטענת חוב, אי משלם כשעת תביעה או כשעת הגניבה > פולגות הש"ך ומ"מ אי משלם כשעת התביעה או כשעת הגניבה. > ביאור של הנתה"מ דהש"ך מודה שהוא פטור מדין הממע"ה, אלא דסו"ס הוא לא קיים את עיקר תנאי התשלומין. >

פרק ז' ביאור פולגות הש"ך והקצוה"ח בקושי' הגמ' "א"ה גיזותיה וולדותיה". > פולגות הש"ך והקצוה"ח למה הוא לא משייר את גוף הפקדון אם הוא משייר את השבח דמגופא, אי מצד ששילם או כדי שלא יחזור הקושי' דבשלב"ל. > מביא דלדעת הקצוה"ח איכא חילוק בין טענת פטור לטענת חוב, והשיור של "חוץ מגיזותיה" רק קאי על שיור הגיזות בתורת זכיה דשבח ולא בתורת זכיה כגוף הפקדון >

פרק ח' בדין גיזות שהיו בשעת ההפקדה, [נפ"מ בין ל"ק לל"ב] > מתמה בדין גיזות שהיו בשעת ההפקדה דמדוייק בתוס' דלא קני, וקשה שהרי שילם עבורם. > ביאור הדברים עפ"י יסודו של הגרשש"ק במעשה קנין על פרה שיש עליו גיזות. >

פרק א

בפולגות הראשונים בחוץ מגיזותיה לאחר גניבה

הקדמה

סוגי' זו של גיזות ושבח ויוקר מורכבת מהרבה פרטים ומחלוקות בראשונים, וחלק מהדברים שייכים לסוגיות דלהלן, ואעפ"כ לא נמנעתי לרכז את הכל בקונטרס אחד – לבנות את הדברים שלב אחרי שלב - להעמידם כאחד כשמעתתא אחת.

מביא פולגות הראשונים האם גיזות דלאחר גניבה משייר לעצמו או דנקנים לגנב.

כפשוטו נראה בסוגי' דליכא נפ"מ למעשה בין הנך ב' לישנות לגבי גיזות וולדות, דרק פליגי אי קשה קושי' ר' זירא מגיזות או לא, אכן תרוייהו מודי שהוא לא מקנה לו גיזות וולדות, ורק פליגי אי בעינן לבא לדין שיור ["חוץ מגיזותיה"] או לא, דממילא לא קני את הפרה עד סמוך לגניבה, וממילא דכל הגיזות וולדות לא שייכי ליה.

אולם אין זה פשוט דצריכים לעיין, דמה דינם של הגיזות וולדות שגדלו ונולדו בבית הגנב והוא מחזירם כעת, האם הבעלים משייר אותם לעצמו או לא, ועיין בזה במ"מ [ריש פ"ח דשאלה ופקדון] דדייק מהרמב"ם דאף גיזות וולדות אחר הגניבה הדרי לבעלים, שגם הם בכלל השיור של

"חוץ מגיזותיה וולדותיה", אולם העיר המ"מ דכל זה לל"ק, אבל לל"ב דאין כאן שיור בגיזות כלל, אז כל מה שאין לו גיזות היינו רק עד שעת הגניבה, אבל אח"כ אית ליה לשומר גיזות, שהרי הבעלים לא שייר לעצמו כלום, ונמצא דפליגי הל"ק והל"ב בהנך גיזות דלאחר גניבה, והרמב"ם פסק כהל"ק.

והוסיף המ"מ, דמה שאמרו בגמ' "איכא בינייהו קושי דר"ז", הכוונה בזה היא, דלל"ב לא צריכים לתרץ קושי ר"ז שיש שיור, וממילא דאיכא כבר נפ"מ למעשה בגיזות לאחר גניבה, ועיין נמי במהר"ם ש"ף שלמד כן.

ועיין נמי בחידושי רעק"א [ד"ה א"ב קושי דר"ז] שהוכיח כדברי המ"מ מהשטמ"ק, שהשטמ"ק הק' דמצאנו פלוגתא דרבנותא האם יוקר מיקרי שבח דאתי מעלמא או שבח דאתי מגופה, וקשה להנך דסברי דיוקרא הוא שבחא דמגופה, דא"כ למה מצאנו להלן [ל"ה] בסוגי' דכיפי דזכה בו, והתם באמת ביארו התוס' דע"כ שזה שבח דעלמא, ות' השטמ"ק דהסוגי' התם קאי ביוקרא דלאחר הגניבה, וקאי לל"ב, ומבואר דלל"ב שבח דמגופה שייכא לשומר ומבואר עוד דלל"ק אינו כן, נמצא דלל"ק כל שבח דמגופה [יוקרא וגיזות] דלאחר גניבה שייכא לבעלים, [דלדידיה דנקטינן דיוקרא כגיזות].

ועיי"ש שמ"מ הביא שהמפרשים חולקים, דס"ל דגם לל"ק הוא רק משייר לעצמו את הגיזות עד הגניבה, והש"ך [ס"ק ט'] כתב דליכא חולקים בזה.

אולם נראה להוכיח מהרשב"א והריטב"א הח' שחולקים על המ"מ, דהק' דלמה תירצו בגמ' "חוץ מגיזותיה", דיותר הו"ל לתרץ ד"נעשה כאומר לו גוף היום ופירות לאחר גניבה"⁶⁵, דאז הוא ג"כ לא יקבל גיזות וולדות, ות' "דא ודא אחת הוא", והיינו דזה גופא הת' ד"נעשה כאומר לו חוץ מגיזותיה", ותרומיהו חדא נינהו.

ולכא' קשה, דאי כהרמב"ם והשטמ"ק הרי חילוק גדול איכא ביניהם לענין גיזות דלאחרי הגניבה, דלרמב"ם הרי הם לבעלים ולראשונים הרי הם לשומר, הרי דמפורש כהמ"מ דהראשונים חולקים בזה על הרמב"ם, ולמדנו דאיכא שני דרכים בגדר השיור דגיזות וולדות.

אולם שי' הרשב"א וריטב"א הח' תמוה בתרתי, חדא, דאיזה סברא יש לחלק בין גיזות דלפני הגניבה לגיזות לאחר הגניבה, דאי משייר לעצמו את השבח דמגופה א"כ ה"ה שבח דמגופה לאחר הגניבה ומאי שנא, ועוד, דאי יש סברא לחלק ביניהם, הרי הך סברא עצמה תחלק גם בין שבח דכפילא לשבח דגיזות דשבח דכפילא היא תמיד לאחר הגניבה, וא"כ למה הק' "מאי פסקא" והוצרכו לחלק בין שבח דמגופה לשבח דעלמא, הרי החילוק הנכון הוא בין שבח לפני הגניבה לשבח לאחר הגניבה שהרי גם בשבח דמגופה עצמה לאחר גניבה אינו בכלל השיור, אבל בין שבח דעלמא לשבח דגוף באמת לא מצאנו שום חילוק, וצע"ג, ושו"ר שכבר קידמני בקושי' זו בש"ך הנ"ל.

מבאר סברת הראשונים דלא משייר לעצמו הנך גיזות, דדמי לשבח דעלמא, דעיקר החילוק בין שבח דעלמא לשבח דמגופה הוא דבשבח דעלמא איכא ספק, וה"ה בגיזות לאחר גניבה.

ואשר מוכרח מזה דס"ל לרשב"א ולריטב"א דבקושי' ד"מאי פסקא", אכתי לא ידעינן לחלק בין גיזות דלפני הגניבה לגיזות אחרי הגניבה, דתרווייהו הוא משייר לעצמו, וכל פלוגתת הראשונים הוא רק אחרי שהגמ' הביאה את החילוק בין שבח דעלמא לשבח דמגופה, דרק אז נתחדש החילוק בין גיזות לפני גניבה לגיזות אחרי גניבה, והיינו דדיינינן ליה לגיזות דלאחר הגניבה כשבח דעלמא, אולם הסברא בזה צ"ע דמהיכי תיתי לומר כן, וצע"ג.

וביאור הדברים נראה עפ"י מה דנחלקו הרא"ש והריטב"א הח' בטעמא דיוקרא דלמה חשיב שבח דעלמא, דבריטב"א הח' [ל"ד]. מבואר דהטעם משום דהוי ספק אי יתייקר, וברא"ש [ל"ה] מבואר דכיון דתלוי בשער שבשוק להכי אינו בגופה.

⁶⁵ עיי"ש בנוסח אחר קצת.

ומרש"י משמע כהריטב"א הח', דיעויין היטב בלשון רש"י שכתב שמקנה "ספק כפל" עבור הקרן, ומשמע כהריטב"א, וע' נמי בסמ"ע [ס"ק ח'] שהביא את דברי רש"י הנ"ל בשינוי לשון "ספק כפל ויוקר", ומשמע כנ"ל.

ונראה לחדש דלסברת רש"י והריטב"א א"צ שיהיה "ספק בעצם" דסגי מה שהוא ספק לגבי המפקיד, דכל שבח שהבעלים מסתפק שיגיע לו הוא מוכן להקנות תמורת הקרן, וא"כ גיזות דלאחר גניבה שלא נגזזו בבית השומר הרי ספק אם יחזרו לבעלים, דלא היו בכלל הגניבה, וכבר דומין בזה ליוקר, והו"ל כשבח דעלמא, ודוחק.

אולם יש להוסיף בזה סברא, דיסוד החסרון של "ספק יוקר" הוא שזה אינו בכלל "דעתו בהפקדה", והגדר בזה, דהגדר בשבח דמגופה הוא שזה כולל כל שבח שמצטרף למעשה ולדעת הפקדה, והיינו דכיון דברור לו למפקיד שיהיה גיזות בבית השומר, א"כ כמו שדעתו בהפקדה היתה על עצם הפקדון כמו כן הוא גם כלל את הנך גיזות בכלל הפקדון, ומתחילה דעתו היתה עליהם, ועליהם נתן המפקיד דעתו שהשומר ישמור אותם וישיב אותם אליו, אבל על ה"ספק יוקר" הוא לא חשב, הלכך שוב אינו בכלל "דעתו בהפקדה", ולא אכפת לו להקנותם לשומר כשיש בזה צורך⁶⁶.

ועל פי זה י"ל דגיזות שמצטרפות אח"כ כשהפקדון כבר לא היה בבית השומר, הרי המפקיד לא חושב עליהם, דלאחר הגניבה כבר אינו בכלל פקדון, וא"כ פשיטא שזה אינו בכלל "דעתו בהפקדה", ושפיר מצי מקנה אותם לשומר.

מבאר באופן אחר דפליגי הרמב"ם לשיטתו האם משייר לעצמו גוף הפרה או לא, דשבח דמגופה דלאחר הגניבה דומה לגוף הפרה עצמה.

ובאופ"א נראה לומר עפ"י מה שיש לעיין דלהרמב"ם מצאנו דגם הבהמה חוזרת לבעלים, ועיין בשלטי גיבורים שדייק מהרמב"ם דהטעם לזה הוא משום דמשייר גופו, וביאר, שיש בזה ק"ו שאם הוא משייר את שבח דגופו כש"כ שהוא משייר את גופו, [דגופו יותר חשוב לו משבח דגופו], ופשוט, וצ"ע שיטות הראשונים שחולקים על הרמב"ם דמשייר שבח דגופו ולא משייר גופו, ולהלן [פרק ז'] ביארנו בזה טעמים אחרים לפי הקצוה"ח ולפי הש"ך.

והנראה בזה, דהראשונים האלו ס"ל כהרשב"א וריטב"א דשבח דמגופה משייר רק עד הגניבה, וכל מה שאינו בעין, והיינו דנגנב או נאבד, שוב אין הבעלים משיירים לעצמם, ונמצא דשווין שבח דמגופה לאחר הגניבה לגוף הפקדון, דשבח דמגופה לאחר הגניבה אינו בעין ולכן אינו משיירו לעצמו, כמו שאינו משייר לעצמו גוף הפקדון שאינו בעין, והרמב"ם דס"ל דמשייר לעצמו גוף הפקדון, דלשיטתו משייר לעצמו גם שבח דמגופה שאינו בעין, דגם שבח דמגופה לאחר שנגנב משייר לעצמו, ועיין בהערה⁶⁷ שהוספנו סברא בזה.

ולפי"ז נראה דכבר לפני תל' דחלוקין שבח דמגופה משבח דעלמא, כבר אז ידעה הגמ' לחלק בין רצונו בפקדונו לפני הגניבה לאחר הגניבה, וכבר אז ידעה הגמ' דאינו משייר גוף הפקדון, הואיל וכבר נגנב, אכן הק' הגמ' דלמה משייר שבח דגופו יותר משבח דעלמא, ותל' הגמ' דשבח דגופו

⁶⁶ ומה שלא אכפת לו להקנות את גוף הפיקדון היינו משום שעל זה הוא שילם, ועיין בזה להלן [פרק ז']

⁶⁷ ובביאור הענין נראה, דמה שמשייר שבח דמגופה אינו משום שכל אדם רוצה את שלו משום שכבר מכיר, [וכמו ש"כ השלטי גיבורים], רק סברא מיוחדת היא בדעת המפקיד, שכל מפקיד עיקר דעתו בהפקדה הוא שרוצה פקדונו בחזרה, ומה"ט מפקידו ואינו מוכרו, דהמפקיד רוצה בפקדונו, וזה ברור שחל קלישות בהך רצון כשהפיקדון נגנב ונאבד, דשוב נוטה גם לקבל ממון תמורתו, ונראה דזהו האומדנא בשויר שבח דמגופה, דשבח דמגופה מישך שייכי לגוף הפיקדון, וכמו שרצונו בגוף הפיקדון כמו כן רצונו בשבח דמגופה, ודלא כשבח דעלמא, והיינו דעיקר רצונו בפקדונו כולל את גוף הפיקדון ואת שבח הפיקדון, וכמו שרצונו בפיקדון סותרת להקנאה, כמו"כ רצונו בשבח, ומה"ט משייר.

ומעתה נראה, דפלוגתת הראשונים באומדנא דשויר השבח הוא אי דוקא כשרצונו בפקדונו עדיין אלים והיינו שהפיקדון עדיין בעין, או דגם אחרי שחילא קלישות בפקדונו שנגנב, דהרמב"ם דסובר דתמיד רצונו בפקדונו גורם שישיר בהקנאה, גם אחרי הגניבה, ולכן משייר גוף הפיקדון וגם שבח דמגופה דלאחר גניבה, והראשונים חולקים וסוברים שדוקא רצונו בפקדונו עד שעת הגניבה גורם שישיר בהקנאה, ולכן אינו משייר את גופה ואינו משייר את שבח דמגופה דלאחר גניבה.

כגופו, וכשם שגופו היה משייר רק עד שנגנב, אבל אחרי שנגנב כבר אינו משייר כמו כן שבח דגופו הוא כך.

ויש נפ"מ בין הנך שני דרכים לגבי שבח שהיה לפני הגניבה ונגנב, ועיין בזה בהערה⁶⁸.

פרק ב'

פלוגתת הפוסקים בגיזות וולדות בבית השומר שנגנבו עם הפקדון,

האם משלם עליהם או לא.

פלוגתת הקצוה"ח והחידושי הרי"ם בגיזות דלא נגנבו כלל.

הבאנו פלוגתת הראשונים ביחס לגיזות וולדות דלאחר הגניבה, אכן אכתי יש לעיין בדינא דגיזות וולדות שגדלו בבית השומר וכבר נגזזו, ולבסוף לא נגנבו ביחד עם גניבת הפקדון, דעל זה טוען הקצוה"ח [סי' רצ"ה ס"ק ב'] דפשיטא דלא קונה אותם, וז"ל, "ואם הגיזות וולדות לא נאבדו כלל, אלא שהם בעין, לא שייך לאקשוויי מידי 'אפילו גיזות וולדות' כששילם דמיהן יקנה הגוף, כיון דלא מקנה הגוף בתשלומי דמיה אלא כשנגנב או נאבד".

אולם החידושי הרי"ם חולק בזה ולדעתו, התנאי לא היה שדוקא על מה שנגנב יחול הקנין רק שאם הפקדון שהוא קבל עליו שמירה יגנב והוא ישלם את מה שהוא חייב על הפקדון הזה, דאז הדין הוא שהוא קונה את הפקדון מזמן ההפקדה, ושוב נמצא דממילא השבח דמגופה שייכא לו, דגדלו בממון שלו, ודו"ק.

פלוגתת הש"ך והקצוה"ח ורעק"א בגיזות ששילם עליהם, האם גם עליהם חיילא שיור ד"חוי' מגיזותיה וולדותיה".

עכ"פ לדרכו של הקצוה"ח מוכרח דמיירי בגיזות שגדלו בביתו, ונגנבו ביחד עם הפקדון, [או לאחר שנגזזו או לפני שנגזזו], ויש לעיין, דלכא' כל הך שבח הוא חייב עליהם שמירה ביחד עם הפקדון, ואם הך שבח נגנב הוא חייב לשלם עליהם, ואי ישלם עליהם הרי פשיטא דלא אמרינן בזה חוי' מגיזותיה וולדותיה, דפשיטא שהם שלו אחרי שהוא שילם עליהם, דדמי לגוף הפקדון שכיון שהוא שילם עליו הרי הוא שלו, [דהסברא בזה הוא שלא משייר את מה ששילם עליו], ואין זה בכלל "שבח", ואין זה ענין לכפל, וכן העיר כאן רעק"א.

הרי דממנפ"ש קשה, דכלפי הגיזות שגדלו בביתו ולא נגנבו הרי בהם ליכא הקנאה כיון דלא נתקיים תנאה ד"נגנבו", וכלפי הגיזות שנגנבו הרי עליהם הוא משלם, ופשיטא שלא משיירם לעצמו.

והוכיח מכל זה הקצוה"ח דע"כ הך שומר משלם כשעת ההפקדה, וצ"ל דזה קולא מיוחדת בתשלומין שהוא התנה עמו בתנאי ד"תשלומי" דתשלום זה סגי להקנאת הפרה⁶⁹, ונמצא, דסגי לשלם על הפרה כמו שהיא בשעת הפקדון בלי גיזות וולדות, ואז שפיר שייך לומר שהוא משייר לעצמו ה"שבח" של גיזות דלאחר ההפקדה, שהרי הוא לא שילם עליהם, ועל זה אמרינן, "חוי' מגיזות וולדות", ודו"ק.

ולפי"ז חידש הקצוה"ח דביוקרא, סגי לשלם כשעת ההפקדה [אף דשאר שומרים משלמין כשעת הגניבה], ואז נמצא שהשומר מרויח את היוקר משעת ההפקדה, אבל אם הוא היה משלם כשעת הגניבה ככל שומר, אז לא היה כן, דאז ע"כ הוא רק מרויח את היוקרא משעת הגניבה והלאה.

אולם הקצוה"ח הביא מהש"ך דאינו כן, דכיון שכל שומר משלם כשעת הגניבה, א"כ גם הוא צריך לקיים התנאי ד"תשלומי" לשלם כשעת הגניבה, וא"כ הוא באמת לא יכול להרויח את היוקר

⁶⁸ והיינו דאיכא חילוק בין הנך שני דרכים לגבי שבח גיזות שגדלו בבית השומר ונגנבו, ולהלן יבואר מה הדין בזה, דלדרך הראשון הרי דעתו על כל מה שגדל בביתו ששייב לו וכוללם בכלל ההפקדה אף אי נגנבו אח"כ, ולכן מתחילה הוא שייירם לעצמו, אבל לדרך השני, רק גיזות שלא נגנבו הוא משייר, אבל אי נגנבו אז הרי הם כגוף הפקדון עצמו שכבר עדיף ליה דמיהן, ושפיר מצי מקנם

⁶⁹ והיינו דאף דעיקר חיובא דשומר הוא כשעת הגניבה, אכן הכא בתנאי ד"תשלומי" סגי בתשלום כשעת ההפקדה, וכן הוא נמי שיטת הסמ"ע, ולהלן [ס"ק י"ב] ביארנו את הסברא בזה, דדינו כדמי מקח.

שלפני הגניבה, אלא דא"כ קשה דמה קושי' הגמ' כלפי הגיזות דלמה אינו מרויח את הגיזות כמו שהוא מרויח את הכפל, הרי הוא שילם על הגיזות, ואין זה רווח, ואין זה ענין לרווח של הכפל, ותירץ הש"ך, דא"כ, דאין קושי' הגמ' שהוא ירויח את הגיזות [בלי לשלם עליהם] כמו שהוא מרויח את הכפל [בלי לשלם עליהם], אלא דקושי' הגמ' היא דעכ"פ הוא צריך לזכות בגופן של גיזות וולדות, [והיינו דאין כאן רווח ממוני דסו"ס הוא שילם על הנך גיזות].

ונחלקו עליו רעק"א והקצוה"ח, דא"כ מה תי' הגמ' דמשייר שבחא דמגופה, הא כיון דשילם עבור הנך גיזות, א"כ מ"ש מגוף הפקדון, וע"כ דבקושי' הגמ' נקטינן דאינו משלם עבור הגיזות, ואפי"ה יזכה בהם מדין שבח כמו כפילא, [ועל זה תירצה הגמ' שהוא משיירם לעצמו], ועיין בהערה ⁷⁰ שהבאנו בזה את לשון הקצוה"ח.

הרי דנחלקו הפוסקים בקיום התנאי ד"תשלמני", האם הוא חייב לשלם כשעת הגניבה או כשעת ההפקדה, ודו"ק, [ואף דכו"ע מודי דזה עיקר חיובו אכן פליגי האם מנכין לו בתנאה ד"תשלמני" ⁷¹], עכ"פ נראה דבזה נוכל לבאר מחלוקת אחרת בין הראשונים לגבי יוקר אי הוי שבח דמגופה או לא, וכדיבאר להלן [פרק ג'].

אכן עיין להלן [פרק ה'] שהבאנו מהקצוה"ח שסובר שלפעמים הוא משלם כשעת הגניבה ולפעמים הוא משלם כשעת ההפקדה, ושיטתו יבואר שם.

פרק ג'

ביאור בשי' הראשונים

למה יוקרא הוי שבחא דמגופה,

וביאור החילוק דלאחרי תשלומין.

מביא פלוגתת הראשונים האם יוקרא הוא שבח דמגופה או שבח דעלמא, ומביא את השיטות דשבח דמגופה ד"לאחר תשלומין" אינו בכלל השויר ד"חוץ מגיזותיה".

יעיין בריטב"א הישנים [ל"ה]. שהביא פלוגתת הראשונים בדין יוקר אי הוי שבחא דעלמא או שבחא דמגופה, ובטעמא דחשיב שבחא דעלמא עיי"ש ברא"ש דתלוי בשער שבשוק, וע' ריטב"א החדשים [ל"ד]. דאיכא ספק, עיי"ש"ה, וכבר נתבאר לעיל [פרק א'] שיטות הסוברים דבספק הוא לא משייר, שהוא רק משייר כל שבח שמצטרף להפקדה, וזה רק ב"ודאי שבח", אכן סברת החולקים דס"ל דחשיב שבחא מגופה לא נתברר עיקר טעמם, ושורש פלוגתתם ⁷².

עוד יש לעיין, דלדעת הנך ראשונים מבואר דאף דיוקרא חשיב שבח מגופה, אכן לאחר תשלומין השומר יזכה בשבח מגופה, וזה הביאור בסוגי דכיפ' דלכן הוא זוכה ביוקרא, ובקצוה"ח [סי' רצ"ה ס"ק ב'] כתב דזהו סברת הראב"ד ג"כ, ועיקר סברתם צ"ב, דבמה נשתנו שבחא דמגופה לפני תשלומין ואחרי תשלומין.

⁷⁰ ומה דמפרש לה הש"ך דפריך היכי דהוא רוצה לשלם דמי גיזות וולדות כו', לא יתכן לפי"ז מה דמשני לה שבחא דמגופה לא עביד איניש דמקני, דודאי כי היכי דגוף הפרה קונה ואינו חוזרת לבעלים לדעת החולקין על הרמב"ם, ודאי גוף גיזות וולדות לא גרע דכיון דמשלם דמיהן קונה הגוף כמו בשאר פיקדון, דהא הוא שומר עליהם כמו בפרה עצמה. ואם הגיזות וולדות לא נאבדו כלל אלא שהם בעין לא שייך לאקשוויי מידי אפילו גיזות וולדות כששילם דמיהן יקנה הגוף, כיון דלא מקנה הגוף בתשלומי דמיה אלא כשנגנב או נאבד, ואם ליתיה בעין והיינו שנגנבו או שאבדו ודאי לא גרעי גיזות מגוף הפרה דאינה חוזרת וכמ"ש.

⁷¹ והסברא בזה יבואר להלן [פרק ד'].

⁷² ואף דאיכא סברא לדון את השבח כשבח דמגופה כיון דשוויות הוא חלק מגוף החפץ, ולכן בארי רכיב עליה לא איבד שוויו, ולהכי אפשר לקדש אשה באיסוה"נ מדרבנן [לולי כל דמקדש וכו' וכמבואר ברש"י פסחים ז' ובשערי יושר ואכמ"ל], ובאמת נראה דמה"ט נתקשו התוס' [להלן ל"ה] דלמה הוי שבח דאתא מעלמא, ותירץ דלא ניכר בגוף כמו גיזות, ומבואר, דרק בדעת בנ"א מתיחסים אליו כדבר מבחוץ אבל לפי האמת הרי זה חלק מהחפץ, אולם סו"ס הכא הכל תלוי בהסתכלות של בנ"א מה הו' רוצה להקנות ומה לא.

מבאר דלדרכו של הקצוה"ח י"ל דכל שבח דצריך לנכות מהתשלומין כדי לזכותו לשומר מיקרי שבח דגופא, ומבאר בזה למה יוקר מיקרי שבח דמגופה ומאי שנא שבח דמגופה לאחר תשלומין.

והנראה בזה, דכבר הבאנו לעיל [פרק ב'] דנחלקו הקצוה"ח והש"ך בקושי' הגמ' "אי הכי גיזותיה וולדותיה", האם מיירי שצריך לשלם עליהם או לא, ונראה דלהנך ראשונים שלמדו שיוקר הוא שבחא דמגופה, הם למדו ע"ד הקצוה"ח דלא משלם על הגיזות אלא כשעת ההפקדה, אלא שלמדו דאף דמעיקר הדין הוא משלם כשעת הגניבה, אבל כיון שדעתו להקנות השבח אז דעתו לנכות לו מהחובת תשלומין כדי להקנות לו הך שבח, ולהכי סגי לשלם כשעת ההפקדה.

ועל זה תירצה הגמ', דמשייר לעצמו גיזות ושוב ממילא משלם כשעת הגניבה, והקשה הגמ' "מאי פסקא", ותירץ, שבחא דמגופה שאני.

ונראה לחדש, דלפי דרכו של הקצוה"ח איכא חילוק גדול בין שבח דמגופה לשבח דעלמא, דכל שבח דצריך לנכות לו מהתשלומין כדי שהוא ירויח את השבח הזה מיקרי שבח דמגופה, ודלא ככפל שא"צ לנכות לו כלום מעיקר חיובו כדי שיזכה בהך שבח, ועד כאן מצאנו בכפילא שהוא מקנה שבחא דעלמא הואיל וא"צ לנכות מהתשלומין כדי לזכותו בהך שבחא, אבל בשבחא דמגופה דצריך לנכות מהתשלומין, בזה הוא לא מקנה לו.

הרי דלפי דרך זו למדנו "גדר חדש" בעיקר החילוק ועיקר ההגדרה בין שבח דמגופה לשבח דעלמא, דאין זה שייך ל"מציאות" של השבח האם בא מעלמא או שזה בא מגוף הבהמה, אלא דהגדר בשבחא דמגופה הוא האם צריך לנכות הך שבח מהחיוב תשלומין דשומר כדי להקנות לו הך שבחא או לא.

ולפי"ז מבואר ע"כ דיוקר חשיב שבחא דמגופה, שהרי אינו יכול להקנות לו הך שבח רק אי ינכה לו לשלם כשעת הפקדון, וזה עיקר החילוק בין שבח דמגופה לשבח דעלמא, ודו"ק.

ומיושב נמי למה לאחר תשלומין הוא מקנה לו כל שבחא דמגופה, דאי כל הסברא לחלק בין שבחא דמגופה לשבחא דעלמא הוא דבשבחא דמגופה הוא צריך לנכות מהתשלומין, א"כ באופן ששילם כבר ליתא להך סברא ושפיר מקנה לו.

מביא את ביאורו של הנתה"מ בדברי הרמ"א שהשמיט דינא דהריני משלם.

והנה הרמ"א [סי' רצ"ה סעיף ב'] הביא דינא דבשילם הוא זוכה בשבח דעלמא ולא בשבח דמגופה, והשמיט דינא ד"הריני משלם", וכבר העירו בזה הסמ"ע וש"ך, וביאר בזה הנתה"מ [סי' רצ"ה ס"ק א'], דאזיל בשיטת השו"ע שלא הביא דינא דכפל דבזה"ז ליכא חיוב כפל, ונמצא דליכא שום חידוש בזה דזוכה בשבח דעלמא, דכלפי כפל ליכא חידוש כיון דליכא כפל בזה"ז, וכלפי יוקר י"ל דאזיל כשיטה הנ"ל דיוקר הוא שבח דמגופה, וזה הוי בכלל קנינו, ונמצא דכשחילק הרמ"א דשבח דמגופה לא קנה ושבח דעלמא קנה, הרי שבח דעלמא הוא כפל גרידא, וזה לא נוגע להלכה, ונמצא דכל מה שנוגע להלכה הוא רק דלא קני שבח דמגופה, שזה שהוא קונה שבח דעלמא לא נוגע להלכה, שהרי ליכא שום שבח דעלמא שנוגע להלכה בזה"ז.

ולפי"ז הוסיף הנתה"מ, דכשבאנו לומר את החידוש שהוא לא קונה שבח דמגופה, א"כ עיקר החידוש הוא דגם בשילם ממש הוא לא קונה, לא רק באמר הריני משלם, והגמ' חידשה דין הריני משלם לשיטתו דהיה נוהג כפל בזמן הגמרא, ואז עיקר החידוש היה דהריני משלם קונה, ואז "הריני משלם" היה חידוש, לא כן בפסקי השו"ע, ולהכי השמיטו הרמ"א, אבל הטור שהביא דיני כפל הביא נמי את החילוקי דינים בסוגי' זו, עכתו"ד הנתה"מ.

עפ"י דברינו מבאר דנחלקו הרמ"א והראב"ד האם הוא מקנה את השבח דגופא לאחר תשלומין ממש או גם לאחר הריני משלם, ותלוי בפלוגתת הראשונים האם הריני משלם מחייבו או לא.

אכן יש להעיר שהרי אף דבא לומר שלא קנה שבח דמגופה למפרע, רק מכאן ולהבא לאחר התשלומין, הא סו"ס במה דקנה מכאן ולהבא אז "הריני משלם" הוא יותר חדוש משילם, ושוב

הדרא הקושי' לדוכתא, דאף דלגבי הלמפרע עיקר החידוש הוא בשילם, הא לגבי המכאן ולהבא החידוש הוא בהריני משלם דמהני לשבח דמגופה לאחר הריני משלם.

ונראה דלמד דבזה חולקים הרמב"ם וראב"ד, דהרמ"א ס"ל דבדין זה לא מהני הריני משלם, ודלא כהראב"ד שאמר בהדי' דמהני בזה הריני משלם, הלכך שפיר השמיט הרמ"א דין הריני משלם, ודו"ק.

ונראה דשורש פלוגתתם תלוי במה דנחלקו הראשונים אי בהריני משלם חיילא פס"ד וא"י לחזור בו או לא, דאי חיילא פס"ד הרי החיוב תשלומין נקבע כפי אותו שעה שנתחייב, ואף אי נתייקר אח"כ הרי צריך לשלם כשעת הפס"ד, וא"ש מש"כ הראב"ד שגם בהריני משלם הוא מקנה שבח דמגופה, אכן אי הריני משלם אינו פס"ד ויכול לחזור בו, שוב אין היוקר נמדד רק כפי שעת התשלומין ממש, ואי יקנה לו כבר משעת הריני משלם הרי יצטרך לנכות מהתשלומין, וכלפי זה חשיב כשבח דמגופה, ואינו מקנה.

פרק ד'

פלוגתת הש"ך והסמ"ע בהקנאת היוקר.

מביא ג' שיטות ביוקרא, שיטת הש"ך סמ"ע וקצוה"ח.

הנה בדין יוקר מצאנו ג' שיטות בפוסקים באיזה יוקר הוא זוכה, שיטת הש"ך שיטת הסמ"ע ושיטת הקצוה"ח, ונבארם א' א' דבר דבור על אופניו.

שי' הש"ך [סי' רצ"ה ס"ק ז'] דאין לו שבח דיוקר עד ששילם, ושיטתו ברורה, דרק אחרי שקיים דינו והיינו שהוא קיים תנאה ד"תשלומי", שזה תשלום מלא, שוב הוא מקנה לו את הפרה לשבח, ולפי"ז הוא אינו יכול לזכות ביוקר משעת הפקדון.

והסמ"ע חולק, ולדעתו הוא תמיד זוכה בכל מה שנתייקר משעת הפקדון לל"ק, ובכל מה שנתייקר משעת הגניבה לל"ב, והיינו כל היוקרא דלאחר ההקנאה.

אכן דעת הקצוה"ח היא דעת שלישית, והיינו כהמ"מ, דתלוי בטענתו של השומר, שאם הוא טוען שהוא פטור ואעפ"כ הוא משלם, אז הוא קונה את כל היוקר למפרע משעת קנין הפרה, והיינו שבזה הוא מודה לסמ"ע, אבל בטענת חיוב שהוא מודה שפשע והוא חייב, התם הוא צריך לשלם כדינו, ושיטתו יבואר להלן [פרק ה'], ועיין בהערה ⁷³.

ביאור שיטת הסמ"ע דחולק בעיקר התנאי ד"תשלומי".

ובביאור שי' הסמ"ע במה דחולק על הש"ך, וס"ל דא"צ לקיים את הדין תשלומין כדינו לפני שיקנה לו הפרה, אלא אדרבה, משלם לו פחות מדינו ואז הוא זוכה בכל היוקר, [ולעיל פרק ג' למדנו כן נמי בשיטות דנקטו דיוקרא הוא שבח דמגופה, וביארנו בזה את החילוק בין לפני תשלומין ללאחר תשלומין], די"ל דפלוגתתם הוא בעיקר תנאה ד"תשלומי", דלדעת הסמ"ע כוונתו להקנות לו כל שבחא דעלמא, וכוונתו להוריד מהתשלום כדי לזכותו בזה, ואף דכל שומר משלם כשעת פשיעה וגניבה [לשני הלישנות בכתובות דבאלו נערו ע' בזה בקצוה"ח סי' רצ"א], אכן הכא הוא פוטר מחיוב זה כדי להקנות לו שבח זה.

אולם לפי"ז ק' קושי' הגמ' על גיזות וולדות, דהו"ל לחלק דגיזות שאני מכפילא, דבכפילא הוא מקנה את השבח בלי להוריד מהתשלומין, ובגיזות הוא צריך להוריד מהתשלומין לזכותו בהך שבח, ומה"ט הוא לא מקנה לו גיזות ⁷⁴.

⁷³ ואף דעיקר שיטתו כהש"ך בטענת חיוב, אכן בדבר א' הוא חולק על הש"ך גם בטענת חיוב, דפליגי האם עיקר דינו כשעת הגניבה או דעיקר דינו כשעת התשלומין.

⁷⁴ היה מקום לומר דהגמ' דייק את לשון הברי' דמדוייק דדוקא גיזות הוא לא מקנה, ומשמע ומשמע דכפל ויוקרא הוא מקנה ליה, ושוב מוכרח מייקרא שהוא מוריד מהתשלומין כדי לזכותו בשבח, ומזה הק' הגמ' לגיזות, אולם זה דוחק, שהרי בכל פלוגתת הראשונים אי יוקר הו"ל כשבח דמגופה או כשבח דעלמא, לא מצאנו שדייקו מהלשון גיזות וולדות דבריי, וע"כ דלהנך ראשונים דיוקר שבח דמגופה הרי הוא בכלל הך דגיזות וולדות, ודין יוקרא רק נתברר לכו"ע בתירוץ הגמ' דמחליקין בין שבחא דמגופה ושבחא דעלמא ובה פליגי מה דינו של יוקרא, אבל אין הוכחה לפני כן מדיוק בברייתא.

ביאור נוסף דס"ל דכיון דנעשה כמכירה למפרע שוב סגי ליה לשלם כשעת ההקנאה, דבאומדנא ד"נעשה כאומר לו" הוא דן את התשלומין כתשלומין על מכר ולא כתשלומי שומרים.

ונ' דסברת הסמ"ע היא כך, דבאמת בעיקר החיוב תשלומין יש לעיין, דהיות והוא מקנה לו את גוף הפרה משעת המשיכה, שוב הו"ל הך תשלומין למפרע כתשלומין על מכר, דאיגלאי מילתא דמעולם לא היה שומר, והיה כאן מכר בעלמא ותו לא, ויש לעיין דא"כ למה הוא משלם לו, הרי לא היה לו חיובי שומר, אטו נימא דהתשלומין היה תנאי בעלמא כדי שימכור לו, וצ"ל דכיון דלולי התשלומין לא היה מכר אלא שמירה הרי דעיקר דינם של תשלומין האלו הוא תשלומין של שומר.

אולם בזה חידש הסמ"ע דכיון דע"י התשלומין של שומר נעקרה השמירה, ונעשה כאן מכר, הרי בזה איכא כבר אומדנא לדון ולהתנות מעיקרא דתיסגי ליה ב"תשלומי" שהוא תשלומין על המכר, ותשלומין על מכר הוא כתחילה בזמן ההפקדה, ונמצא שאין זה נכיון בעלמא לשלם כשעת ההפקדה, אלא דהאומדנא הוא לדון אותו כמכר, ודו"ק.

ולפי"ז א"ש קושי' הגמ' בגיזות וולדות, דהיות ובלאו הכי הוא מקנה לו משעת מכירה, א"כ למה אינו זוכה ממילא בהך שבח דגיזות, ותי' דמשייר הך זכות לעצמו⁷⁵, ודו"ק.

אולם יש לדון לפי"ז דיהני תשלומין בבינונית, ואי"צ עידית כשאר שומרים ויש לחלק, עוד יש לדון לפי"ז דבהוזהל הרי השומר רק חייב כשעת הגניבה, ואי"צ לשלם כשעת המשיכה אם בכה"ג הוא מקנה לו הכפילא, וצ"ע.

ובעיקר נדון זה האם למפרע אכתי מיקרי תשלומי שומר או דחשיב כבר כתשלומי מכירה, עיין בזה להלן שהבאנו בזה כמה נפ"מ בספק זה.

פרק ה'

שי' הקצוה"ח ומ"מ

שמחלקים בין טענת חיוב לטענת פטור לגבי הקנאת היוקר

דעת המ"מ וקצוה"ח דחלוקין תשלום דטענת פטור מתשלום דטענת חיוב לגבי היוקר למפרע, וביאור שיטתם עפ"י הריטב"א ורעק"א ברש"י דהקנאה בטענת חיוב חלוק מהקנאה בטענת פטור.

הנה דעת הקצוה"ח [סי' רצ"ה ס"ק ב'] הוא ע"ד המ"מ והיא שיטה שלישית, דתלוי בטענתו של השומר, שאם הוא טוען שהוא פטור ואעפ"כ הוא משלם, אז הוא קונה את כל היוקר למפרע משעת קנין הפרה, והיינו שבזה הוא מודה לסמ"ע, אבל בטענת חיוב שהוא מודה שפשע ובי"ד מחייבים אותו לשלם, התם הוא צריך לשלם כדינו, והיינו שאז הוא משלם כשעת הגניבה ופשיעה.

ונראה דביאור שיטתם שמחלקים בין טענת פטור לטענת חיוב הוא עפ"י מש"כ רעק"א ריש פירקין דלרש"י בב"ק שאני תשלומין דלפנים משורת הדין דאז הוא מקנה לו את הכפל אף דאטרחי' לבי דינא מתשלומין דחיוב דאז הוא מקנה לו דוקא בלי אטרחי' לבי דינא, ובזה יישב את קושי' התוס' שם.

ובביאור שי' נראה עפ"י הריטב"א הישנים שהק' מהו החידוש בר"פ שמקנה לו הכפילא בטענת חיוב, ותי' דבטענת פטור הוא מקנה לו משום שעשה לו לפנים משורת הדין, ובטענת חיוב דלא עשה לפנים משורת הדין, התם הוא מקנה רק משום דלא אטרחי' והיינו דשני דינים נפרדים נינהו בעיקר ההקנאה⁷⁶.

⁷⁵ ואי משייר היוקר זה תלוי בפלוגתת הראשונים אי הוי מגופה או מעלמא, ואף דבין כך הוא משלם כשעת הפיקדון, אכן היוקר בפיקדון כשמחזירו הגנב ילך לבעלים אי הו"ל שבח דמגופה

⁷⁶ ועומק כוונתו, דע"כ שני דינים נפרדים נינהו, דבטענת פטור לא שייך לא אטרחי', דלו יצויר והיה פטור עצמו אין זה בכלל "אטרחיה", רק עיקר הדין הוא שנשבע ליפטר, ושוב ליכא למימר דכשאינו פטור עצמו "דלא אטרחיה", וע"כ דשני דיני הקנאה נינהו, ובטענת פטור הוא מקנה משום שהוא התנהג לפנים משורת הדין, וזה שי' רש"י הנ"ל.

ונראה דזה נמי שי' המ"מ והקצוה"ח, דרק כשמשלם משום לא אטרחיה אז הוא צריך לשלם כעיקר הדין, וזה כשעת הגניבה, אכן בתשלום דלפנים משורת הדין, התם סגי' בתשלומין בשעת ההקנאה.

נמצא דביסוד הדברים מודה הקצוה"ח לש"ך דעיקר התנאי "דתשלמני" היינו תשלום כדינו, רק דבאופן שעושה תשלומין דלפנים משורת הדין, התם הדין דשוב סגי' בתשלומי של הסמ"ע.

ולעיל [פרק ד'] נתבאר בשיטת הסמ"ע דכיון דע"י התשלומין של שומר השמירה נעקרה, ונעשה כאן מכר, הרי בזה איכא כבר אומדנא ב"נעשה כאומר לו" לדון ולהתנות מעיקרא דתיסגי ליה ב"תשלמני" שהוא תשלומין על המכר, ותשלומין על מכר הוא כתחילה בזמן ההפקדה, [ואין זה נכיון בעלמא לשלם כשעת ההפקדה, אלא דהאומדנא הוא לדון אותו כמכר], ובדעת המ"מ נקטינן סברא זו דוקא בתשלומין לפנים משורת הדין, לא כן בתשלומין מעיקר הדין.

מבאר דפליגי המ"מ והש"ך לשיטתייהו בפלוגתת הראשונים בעידי פשיעה האם איכא שני דיני הקנאה בכפל או לא.

ונראה דפלוגתת הש"ך והמ"מ הוא לשיטתייהו בפלוגתא אחרת, דהנה, נחלקו הרמב"ן ורשב"א בריש פירקין אי בעידי פשיעה הוא מקנה לו את הכפילא, וע' רמב"ן דהקס"ד שהוא מקנה לו בכה"ג הוא מחמת דלא אטרחיה לבי דינא, והקמ"ל הוא דלא מקני ליה עבור הלא אטרחי' רק עבור מה שהוא לא פטר נפשיה, ובעידי פשיעה הוא א"י לפטור נפשיה, וברשב"א באמת מבואר דסיבת ההקנאה הוא מה דלא אטרחיה, ומה"ט הוא מקנה גם בעידי פשיעה.

ובדעת הרשב"א צ"ל דבטענת פטור דהתם לא שייך לא אטרחי', ע"כ דדין אחר הוא, ואז הוא מקנה לו משום ששילם לפנים משורת הדין, וכדעת הריטב"א ורש"י הנ"ל.

וע' ש"ך [סוס"ק ח'] שדחה את דברי הרשב"א, וטענתו, דכל סיבת ההקנאה הוא משום שלא פטר נפשיה, וזה לא שייך בעידי פשיעה, ובמ"מ הביא את שי' הרשב"א, ולא דחאו, הרי דנחלקו בשיטת הרשב"א האם שייך תשלום והקנאה בעידי פשיעה.

ונראה דאזלי לשיטתייהו, דלדעת הש"ך דין א' נאמר בהקנאת הכפל, ולמ"מ דלא דחה את שי' הרשב"א, ע"כ דמודה לרשב"א דב' דינים איכא בהקנאה, ולשיטתו שפיר חילק.

דיקדוק בדברי רש"י.

והנה יש לדקדק, בדברי רש"י כ' בל"ק "שמשלם לו קרן", ולל"ב כתב "שמשלם לו הקרן", וצ"ב הך שינוי, ונראה דלנתבאר דרש"י ס"ל כהקצוה"ח א"ש, דבל"ק אין קרן א', דתלוי אם טוען טענת חיוב או טענת פטור, אבל לל"ב, הרי גם בטוען טענת פטור הוא חייב משעת הגניבה, והרי"ז קרן א', ומה"ט כתב "הקרן", ולעיל כ' "קרן".

אולם ע' היטב להלן [בסוף פרק ח'] דנבאר דשייך חילוק בין טענת פטור לטענת חיוב גם בל"ב לגבי גיזות שהיו בשעת המשיכה, עיש"ה.

פרק ו

פלוגתת הש"ך ומ"מ בטענת חיוב,

אי משלם כשעת תביעה או כשעת הגניבה

פלוגתת הש"ך ומ"מ אי משלם כשעת התביעה או כשעת הגניבה.

ע' מ"מ שבחייב ע"ד האמת דאז הוא משלם כשעת הגניבה, וגם בזה פליגי הש"ך שסובר שמשלם כשעת התביעה דדילמא השתא פשע.

ולכן באופן שיש עדים שכבר נאבד מזמן, רק דליכא עידי פשיעה, שוב ליכא להסתפק דדילמא השתא פשע, ושפיר משלם כשעת הגניבה, אכן בלי עדים צריך לשלם כדהשתא.

והקצוה"ח מבאר דעת המ"מ, דכשיש ספק אי פשע ונגנב בשעת היוקרא והזול, אין ע"ז שבועת השומרים, ונאמן השומר, דאין הבעה"ב יכול להוציא ממנו, וא"ש דעת המ"מ שמשלם כשעת הגניבה.

ביאור של הנתה"מ דהש"ך מודה שהוא פטור מדין הממע"ה, אלא דסו"ס הוא לא קיים את עיקר תנאי התשלומין.

והנתה"מ מבאר, דגם הש"ך יודה שיהיה פטור, אבל אכתי לא יזכה בכפל, דאף דאין הבעה"ב יכול להוציא כשעת התביעה, דהדין בזה הוא דהמע"ה, אכן בכה"ג אין השומר יכול לתבוע כפילא, מבעה"ב דהבעה"ב מוחזק, והשומר צריך להוכיח ששילם מה שמגיע לבעה"ב, ולא מהני מה שבי"ד פטרו, וכ"כ הגרעק"א בהגהות לשו"ע [שם], והיינו דפליגי אי צריך לשלם "חיובו בבי"ד" או שצריך לשלם "מה שמגיע לו לפי האמת".

ונראה להוסיף בביאור הנתה"מ, דכמו דמי שהוא פטור עפ"י דין, והוא בא לפטור את עצמו ע"י שבועה דאז פשיטא דאינו זוכה בכפל, אף דבי"ד לא מחייבים אותו, אכן סו"ס הוא לא שילם, כמו כן אמרינן דמי שמשלם רק מה שבי"ד מחייבים אותו, א"כ הרי הוא פטור את עצמו בפטור דהמע"ה, ומ"ל "פטור שבועה" ומה לי "פטור הממע"ה", רק דהקצוה"ח ס"ל דבעיקר תנאה דתשלומי לא התנה רק שישלם תשלומין של בי"ד, ודו"ק.

פרק ז

ביאור פלוגתת הש"ך והקצוה"ח

בקושי' הגמ' "א"ה גיזותיה וולדותיה".

פלוגתת הש"ך והקצוה"ח למה הוא לא משייר את גוף הפקדון אם הוא משייר את השבח דמגופא, אי מצד ששילם או כדי שלא יחזור הקושי' דדשלב"ל.

הש"ך הק' על שיטתו דתמיד משלם כשעת הגניבה ותביעה, דמהו קושי' הגמ' דיקנה גיזותיה וולדותיה, הרי בשלמא הכפל הוא מרויח, אבל גיזות שנגנבו או נאבדו הרי יצטרך לשלם עבורם כמו לחלק מהפקדון, ושוב אינו מרויח כלום בגיזות, ותי' דאה"נ, וקושי' הגמ' דעכ"פ הוא יזכה בגופן, ותי' הגמ' שבעלים משייר את גוף הגיזות לעצמו.

והק' הקצוה"ח דמהו התירוץ בגמ', הרי למה משייר הגיזות, והיינו דאף דמצד גדרי "שבח" שפיר יש לחלק בין שבח דמגופא לשבח דעלמא, אכן זה היה פשוט לגמ' דגוף הפקדון הוא אינו משייר לעצמו, [והיינו דלחולקים על הרמב"ם], וזה טעמא בעי דלמה משייר גיזות ולא את גוף הפקדון.

וע"כ דהטעם דפשיטא דלא משייר מה שהשומר שילם עבורו, והיינו דאף דבכל שומר ששילם ונמצא הגנב, דאז חוזר המעות לשומר והבעלים לוקח את החפץ, וכמבואר ברעק"א במשנה, אכן הכא שהוא מקנה לו מצד האומדנא, אז הנדון הוא מה משייר לעצמו, ושוב אמרינן דמה שמשלם עבורם הוא לא משייר, וקושי' הגמ' היתה, דגיזות וכפל הוא לא משלם עבורם, ולא משייר גיזות ולא כפל, אבל לש"ך שמשלם עבור הגיזות, שוב פשיטא דדינם כגוף הפקדון.

ובדעת הש"ך צ"ל שהסיבה למה לא משייר גוף הפקדון צ"ל, דאל"כ לא יכול להקנות הכפל, דשוב הו"ל פרה לכפילא, משא"כ גיזות אף אי משלם עבורם, הרי א"צ להקנותם כדי שיקבל כפל על גוף הפרה, ושפיר יכול לשייר אף דשילם עבורם.⁷⁷

והקצוה"ח [ס"ק ד'] אזיל לשיטתו דאהני ליה יוקר כדי ש"פרה לכפילא" לא יהיה דבשלב"ל, וע"כ מה שמקנה את גוף הפרה הוא מסברא אחרת, ודו"ק.

מביא דלדעת הקצוה"ח איכא חילוק בין טענת פטור לטענת חיוב, והשיור של "חוץ מגיזותיה" רק קאי על שיור הגיזות בתורת זכייה דשבח ולא בתורת זכייה כגוף הפקדון

והקצוה"ח למד, דקושי' הגמ' על גיזות הוא רק באופן שהוא פטור לשלם על הגיזות, והיינו בטענת פטור, אבל בטענת חיוב מסיק הקצוה"ח כהמ"מ דמשלם כשעת הגניבה, וסובר הקצוה"ח דע"ז לא מק' הגמ' כלל דיזכה בגיזות, וממילא דלא תירצו שאינו זוכה, שהרי זה חלק מהפקדון שהוא שילם עבורם, ודו"ק.

⁷⁷ ופשיטא דכפל על הנך גיזות לא יקבל.

ונמצא דכל החידוש דנעשה כאומר "חוץ מגזותיה" הוא דוקא בטענת פטור, דבטענת חיוב א"צ לכל זה.

אולם לפי"ז ק' הבריי' שכ' "חוץ מגזותיה וולדותיה", ולא חילק בין טענת חיוב לטענת פטור, ועו"ק ללישנא בתרא שמשלם כשעת הגניבה, הרי גזות עד הגניבה משלם עבורם, וכל מה שמשלם עבורם שפיר זוכה בהם לדעת הקצוה"ח, והאיך אמרינן חוץ מגזותיה וולדותיה.

וצ"ל דלקצוה"ח שזוכה בגזות בגלל ששילם עבורם כגוף הפקדון, לפי זה נתחדש דבאמת איכא ב' דינים נפרדים בזכיות הגזות, א' מדין שבח דמגופה באופן שלא שילם עבורם, ב' מדין גוף הפקדון כששילם עבורם, וכוונת הבריי' "חוץ מגזותיה וולדותיה", היינו דבא לומר שאינו זוכה בהם בתורת שבח דמגופה, ולא מיירי בזה שהוא זוכה בגזותיה בתורת גוף הפקדון.

ולפי"ז בכל גוונא דלית ליה "שבח דגזותיה", לא בטענת פטור שהרי אז הוא עושה בהם "שיו"ר לעצמו, ולא בטענת חיוב דאז הוא ממילא משלם עבורם, ואינו זוכה בהם בתורת שבח, וא"ש הבריי'תא בכל האופנים.

פרק ח'

בדין גזות שהיו בשעת ההפקדה,

[נפ"מ בין ל"ק לל"ב]

מתמה בדין גזות שהיו בשעת ההפקדה דמדוייק בתוס' דלא קני, וקשה שהרי שילם עבורם.

בסוף התוס' [ד"ה א"נ דקיימא] מבואר דל"ב דלא אמרינן מעכשיו, דלא קני גזותיה אפילו הנך שהיו בשעת משיכה, ומה"ט לא אמרינן דנעשה כאומר לו מעכשיו וסמוך לגניבה, דא"כ יקנה עכ"פ הנך גזות.

ולכא' טעמא בעי, דהא לכו"ע צריך לשלם עבור הנך גזות, בין לסמ"ע דרק משלם כשעת הקנין, ובין לש"ך שמשלם כשעת התשלומין, ולפי"ז לכא' הוא יזכה בהם, שהרי הוא שלם עבורם.

וגם הש"ך דס"ל דלא מהני מה ששילם, התם דוקא בל"ק שיש "שיו"ר", לא כן בל"ב שאינו משייר, וא"כ איזה טעם איכא שלא יזכה בהנך גזות, ואי מיירי שלא נגנבו, אז ודאי שצריך להחזירם כמו שצריך להחזיר חלק מהפקדון שלא נגנב גם אי אמר מעכשיו.

סוף דבר, האיך איכא חילוק בין משיכה "מעכשיו וסמוך לגניבה" למשיכה ד"סמוך לגניבה" גרידא, הרי אי נגנבו ושילם יזכה בהם, ואי לא נגנבו יצטרך להחזירם, וצ"ע.

ביאור הדברים עפ"י יסודו של הגרש"ש"ק במעשה קנין על פרה שיש עליו גזות.

והנראה בזה, דהגרש"ש"ק ביאר דחלוקין גזות שהיו בשעת מעשה הקנין, ושוב נפרדו, מהיכא דלא נפרדו, דמי שיעשה קנין משיכה על בהמה עם גזות ונפרדו הגזות לפני גמר המעשה קנין, לא יקנה הנך גזות, דכל המעשה קנין מתיחס לגזות עד כמה שהם "חלק מהפרה", כשענשו לגזות, שוב אין עליהם מעשה הקנין, ורק כשנגמר בהם מעשה הקנין, דהחלות צריך לחול מעצמו, א"כ אף אי החלות נמשך כיון שהתחיל בהם לא אכפת לן מה שנעשו לגזות באמצע, וזה השו"ט בתוס'.

והנה בסוגי' דידן, הרי לא היה משיכה, רק חצר, וגם כאן צריכים לומר ע"ד הגרש"ש"ק, דהדעת מקנה היה בשעת מסירת הפקדון, והמעשה קנין היה סמוך לגניבה, ואם הדעת מקנה היה על בהמה וגזות ושוב נפרדו לפני המעשה קנין, א"כ אף שהם היו בחצר בשעת הקנין על הבהמה ונגנבו ביחד, אכן הדעת מקנה היה עליהם רק עד כמה שהם חלק מהבהמה, והיכא דנפרדו לפני המעשה קנין לא נקנים בכלל לשומר.

ולפי"ז י"ל עוד דהנה, סברת הסמ"ע דבל"ק משלם כשעת המשיכה הוא משום שרק מחייבו לשלם עבור מה שמקנה לו, אף דבחוב שומרים היה כבר יוקר ממשיכה לגניבה, והיה צריך לשלם עבור היוקר, וכן הוא סברת המ"מ וקצוה"ח עכ"פ בטענת פטור, ובזה חלוקין טענת פטור מטענת חיוב, אי משלם כשעת משיכה או כגניבה.

ולפי"ז ה"ה בל"ב צ"ל כן דרק משלם מה שמקנה לו, אכן הואיל והוא רק מקנה את הפקדון בשעת הגניבה, שוב שוין טענת פטור לטענת חיוב, דשעת החיוב שומרים ושעת הקנין שוין.

אולם בגוונא חדא לא שוין באופן שהיו גיזות בשעת המשיכה, ונגזזו לפני הגניבה, דלפי הנ"ל הרי לא מקנה לו הנך גיזות דלא חיילא בהו מעשה קנין, שוב לא יצטרך לשלם עבורם כמו דל"ק לא משלם עבור יוקר, ונמצא דכשחזרו הנך גיזות מהגנב יזכה בהם הבעלים, וזה שהק' התוס', דאי קני במעכשיו סמוך לגניבה, הרי הם בכלל הקנין ושוב ישלם ושוב יזכה בהם, וכל זה לל"ב, אבל לל"ק, ודאי דחיילא בהו מעשה קנין, שהקנין נגמר בתחילה, וודאי יזכה בהם, וזה חידוש.

סימן ט'

בגדר הדין - מעכשיו ולאחר ל',
[דברי התוס' - ד"ה אי נמי].

פרק א' דרכם של האחרונים בתירוצי התוס'. < ביאור עיקר השו"ט בתוס' דתלויים אהדדי קידושין וגיזות, ומתמה בעיקר דבריהם. < ביאור התירוצי בתוס' – דרכו של הקה"י בזה, בעלים היום על הזמן של לאחר ל'. < במה שיש לתמוה עליו ממה שאפשר לחזור בו וממה דאיכא חסרון כלתה במצבים מסויימים. < דרכו של הברכ"ש והגר"ח ש דחיילא מעכשיו למפרע. < חידוש מסויים במכאן ולהבא למפרע בקנינים – שיש כאן שיור בכח המעשה לחול עד יום לא וכלפי אותו יום מעיקרא לא היה שיור. >

פרק ב' ביאור בדברי הגרש"ק בשו"ט בתוס'. < סברת הגרש"ק למה גיזות שהיו עליה בשעת המשיכה לא קנה בקנין לאחר ל' בלי מעכשיו. < ביאור של הגרש"ק בקס"ד של התוס': במעכשיו ולאחר ל' גם החלות התחיל ועדיין לא נגמר, וגם המעשה צריך להמשיך להחיל את החלות עד יום הל', הלכך ליכא חסרון מצד "כלתה" [כיון דכבר התחיל החלות], וגם ליכא גיזות כלל [דלא נגמר המעשה], וגם יש מקום לקידושי שני [דלא נגמר החלות], וזה לא מעכב את קידושי ראשון [דכבר התחיל החלות של הראשון מקודם]. < למה לא מצאנו מושג של ק' תופסין בה בגיזות שגזזו באמצע הזמן. < ביאור בדברי הגרש"ק בתירוצי התוס'. >

פרק א'

דרכם של האחרונים בתירוצי התוס'.

ביאור עיקר השו"ט בתוס' דתלויים אהדדי קידושין וגיזות, ומתמה בעיקר דבריהם.

שורש קושי' התוס' היא כך: כל הסיבה שהלישנא בתרא חולקת על הל"ק [להקנותו סמוך לגניבה] הוא משום שמצד א' רוצים שלא יקנה את הגיזות, ומאידך לא רוצים שיצטרך לבא לשיור מיוחד מצד "חוץ מגיזותיה", ולהכי אוקמינן בהקנאה סמוך לגניבה, אלא דמעתי איכא חסרון אחרת, דכבר לא מהני בנגב מהאגם, דע"כ הוא קונה בחצר, דלא מהני משיכה מעיקרא כיון דכבר כלתה קנינו, ותוס' מקשה שיש אופן דיהני גם באגם בלי לבא לשיור, והיינו במעכשיו וסמוך לגניבה, דאז לא כלתה קנינו.

ותוס' הוצרכו להוכיח דמהני כה"ג, והיינו, א] דליכא חסרון של כלתה קנינו במשיכה, וזה הוכיחו מהסוגי' בכתובות, ב] עוד צריכים לחדש דבכה"ג ליכא גיזות לקונה, ובדין זה אין גמרא מפורשת, וזה הוכיחו התוס' מקידושין, דר"י חידש דחיילא קידושין דשני אף דהראשון כבר קידשה במעכשיו לאחר ל'.

וכל השו"ט בתוס' הוא סביב החידוש השני, דבקושי' נקטו דכמו דחיילא קידושין של השני אף דהראשון קידש במעכשיו ולאחר ל', הרי דמזה מוכרח דע"כ דאין כאן קנין גמור לראשון ב"קנין מעכשיו", וממילא דה"ה דאין גיזות בקונה מעכשיו ולאחר ל', והיינו משום שכה"ג אין לו קנין גמור, ובתירוצי חילקו התוס' בין קידושין לגיזות, דרק מחמת האלימות שיש בקידושין הוא דחיילא.

עוד למדנו בתירוצי התוס' דאף דסברי דקונה גיזות אכן אין זה אלא הגיזות שהיו עליו בשעת המשיכה ולא אלו שגדלו אח"כ ונגזזו, עכתו"ד התוס'.

ועלינו לבאר תרתי, א] מהו השייכות בין החלות קידושין של השני לגיזות של הראשון, ב] מהו השו"ט בתוס' בקושי' ובתירוצי בגדר הדין מעכשיו ולאחר ל'.

ביאור התירוצי בתוס' – דרכו של הקה"י בזה, בעלים היום על הזמן של לאחר ל'.

ונקדים בביאור דברי התוס' בתירוצי שחידשו דאף דקונה את הגיזות, אכן אין זה אלא גיזות שהיו עליו בשעת המשיכה ולא אלו שגדלו אח"כ ונגזזו – וקשה דהאיך מחלקינן בין הנך גיזות.

ועיין בקה"י בסוגיין שביאר כך:

מצאנו קנין לא' ואחריו לפלוני, והגדר בזה מבואר בדברי הגרש"ק במערכת הקנינים – שהוא מקנה את החפץ לאחד ואת הזמן של אח"כ כבר קנוי לשני עכשיו, וכן בקנין לל' יום, הוא מקנה לו את הל' יום בחפץ, וכלפי הזמן שלאחר מכן גם עכשיו אינו בעלים, ולא שהבעלות מסתלקת אז ביום ל', אלא שמתחילה לא היתה בעלות אלא על הזמן ההוא.

והיה אפשר לומר שהגדר בזה ש'בעלות' מחולקת לזמנים – וכבר היום יש לדון על הבעלות של מחר – אולם ממרן הרב שך הבנתי שהחפץ עצמו מחולק – וכדיבואר – וכך הלשון נמי בדברי הגרש"ק שם שהחפץ עצמו מחולק לזמנים.

שמעתי ממרן הרב שך זצ"ל שאמר – מה בין שכירות לקנין לזמן, וביאר, שבשכירות הזמן הוא בקנין הלכך הקנין עצמו קלוש, אבל במכירה לזמן הזמן הוא בחפץ, אבל הקנין על החלק המסויים הזה של זמן הוא מוחלט ועל החלק שלאחר מכן ליכא בעלות כלל.

הרי לנו שבעלות מחולקת לזמנים מצאנו בשכירות אבל מכירה לזמן הוא חפץ מחולק לזמנים – ופשוט שכל זה מובן רק עד כמה ש'זמן' מתייחס לגוף החפץ, ולכן בעלות יכולה להיות נמדדת כלפי זמן מסויים שבחפץ, כמו שבעלות יכולה להתייחס למקום מסויים בחפץ.

והקה"י חידש דה"ה במעכשיו ולאחר ל' דכבר חיילא הקנין לגמרי עכשיו – אלא שזה חל על הזמן של אח"כ בחפץ, ובכה"ג אמרינן דלגבי כל השבח וגזירות בתוך הזמן – אלו הולכים לבעלים, דלגבי הזמן שבנתיים המוכר הוא הבעלים, אבל לגבי הגזירות שהיו עליה בשעת הקנין, הרי אלו הם חלק מהפרה, ואותם הוא קנה בתורת פרה, אלא שרק קנה את הזמן של אחר ל' בהם, הלכך אמרינן דלאחר ל' הרי הוא בעלים על הפרה ועל הנך גזירות דוקא, לא כן על הגזירות שהיו בנתיים, ודו"ק.

כאמור – נוסח זה ש'החפץ מחולק לזמנים' מצאנו בדברי הגרש"ק ובדברי האבי עזרי – אולם לכאן היה נראה שיש לפרש את הדברים בנוסח אחר קצת בלי לומר שהחפץ מחולק לזמנים – אלא שכמו שיש בעלות בכל הדקל שהביטוי של הבעלות הוא בפירות, אף שהביטוי הפועל של הבעלות הזו יהיה מחר כשיבואו לעולם, כמו כן יש לומר שיש לו בעלות היום בחפץ לענין הלאחר ל' של החפץ, וזה רק הביטוי של הבעלות של היום – ודו"ק.

[ונוסיף דכמו ששותפות עם עכו"ם בעיסה פוטרת את כל העיסה מחלה למ"ד אחד, ומכאן הוכיח ר' ראובן שבעלות היא בכל החפץ, ונראה שהגדר כך, שלשניהם יש בלעות מוחלטת בכל החפץ והביטוי לגבי חצי וכך בפירות וכך בלאחר ל'].

במה שיש לתמוה עליו ממה שאפשר לחזור בו וממה דאיכא חסרון כלתה במצבים מסויימים.

אולם המהלך בזה קשה – וכבר עמד בזה הקה"י שם – ונרחיב בקושי' – דהנה, מצאנו כמה חילוקים בין מעכשיו בדבשלב"ל למעכשיו בדבר הבא לעולם, דבכמה דינים עדיף דבשלב"ל במעכשיו, ובעיקר החילוק ביניהם עיין באריכות בגרש"ק [נדרים ס' כ"ב] דבלא בא לעולם שפיר שייך לגמור את כל המעשה קנין ואעפ"כ לא יחול החלות כיון שאינו בעולם ואין לו על מה לחול, אבל בדבר שבא לעולם לא שייך לומר כן דאי כבר נגמר המעשה אז המעשה היה צריך לחול לגמרי.

וזה ההסבר למה שמצאנו בשיטת התוס' דבלא בא לעולם מהני מעכשיו שלא יהיה בו חסרון מצד כלתה, שהרי נגמר המעשה לגמרי, ומה"ט באמת א"צ אגם, וגם מהני קנין שטר בנקרע השטר, וזה דלא כמעכשיו לר' יוחנן בבא לעולם דעדיין צריך עכ"פ אגם כיון שזה מקום הראוי לקנין משיכה, וגם לא מהני ביה בנקרע השטר, כן הוא שיטת התוס' – עיין בכל זה בתוס' ביבמות [צ"ג]⁷⁸ ובתוס' בכתובות [פ"ב], ובתוס' בקידושין [ס"ג], ובתוס' בב"מ [ט"ז].

⁷⁸ וז"ל התוס' שם: "ואר"י דלא קשה מידי דר' יוחנן לטעמיה דאית ליה בהאומר קדושין [ס.]. דמעכשיו ולאחר ל' לא הוי לא תנאה ולא חזרה אלא ה"ק דמעכשיו יתחיל הקנין ולאחר ל' יגמור ולהכי בעינן שתהא בסוף שלשים במקום הראוי לקנין ולמשיכה שאז נגמר הקנין ודין קנין אחר שלשים פר"י דהכי הוי דבכסף אפילו אינו בעין ובשטר כשהוא בעין ברשות קונה בסוף ל' קני בלא מעכשיו לכ"ע אבל משיכה וחזקה וחליפין ושטר שנקרע לא מהני לכ"ע. [ואם אמר מעכשיו ולא אמר ולאחר ל' מהני לכו"ע בכולם, אבל אם אמר מעכשיו ולאחר ל' – עפ"י הגהת הב"ח] שטר הנאבד וחזקה וחליפין לא מהני לקנות לגמרי לרבי יוחנן כיון דבשעת גמר הקנין אין שטר וחזקה וחליפין אבל משיכה קונה במעכשיו ולאחר ל' כיון דבסוף ל' הפרה עומדת באגם שהוא מקום הראוי לקנין דע"י תחלת משיכה שהותחל קנין נעשה האגם רשותו והוי לה כמשיכה אריכתא, ואפילו יצתה מן האגם תוך ל' או אפילו משכה המקנה לחצרו ושוב בתוך שלשים חזרה לאגם קני ולרב דמספקא ליה אי חזרה הוי לא מהני מידי מה שעומדת באגם ולשמאל דפשיטא ליה דתנאה הוי בכולהו קני כיון שלא חזר בו תוך הזמן וא"ת ואמאי לא קני לר' יוחנן פרה אפילו ברה"ר או ברשות המקנה כמו שקנה קרקע במהיום ולאחר מיתה דקני מהיום גוף ולאחר מיתה פירות ושמא במהיום ולאחר מיתה משמע טפי שרוצה להקנות גוף מהיום ומסתברא דכיון דאמר לאחר מיתה דלהבריה נכסים משאר יורשים קאתי ומקני ליה לגוף מהשתא, ר"י, עכ"ל.

ומעתה קשה מהכא – דאי ננקוט כהקה"י דבתירוץ התוס' נקטינן דכבר נגמר לגמרי החלות קנין, א"כ למה מצאנו בשיטת התוס' דאיכא עדיין חסרון כלתה כשאנו באגם – ומאי שנא מלא בא לעולם דלא בעי 'אגם' וגם ליכא בזה כלתה.

ומשמע מכל זה דבמעכשיו בבא לעולם אכתי לא נגמר לא המעשה קנין ולא החלות קנין, ומה"ט לא מהני בנקרע השטר, ומה"ט בעינן עכ"פ אגם, ואכתי צ"ע⁷⁹.

עוד קשה דלמה ליכא חסרון של חצי אשה בהך קידושין – הרי איכא חלק באשה דלא חיילא בה קידושין – וכבר עמד בזה התוס' בקידושין שם על דברי ר' יוחנן וביאר דהקידושין בכל האשה, ולכא' לדרכו של הקה"י אינו כן, ויש לדון בזה וצ"ע.

עוד יש להקשות מהתוס' בקידושין [ס"ג] שכתבו דבמעכשיו ולאחר ל' דיכול לחזור בו, וע"כ דאכתי לא התחיל לחול – וצ"ע.

דרכו של הברכ"ש והגר"ש דחיילא מעכשיו למפרע.

מצאנו דרך אחרת בתוס' – דיעויין בברכ"ש [ב"מ סי' כ"ז] שכתב שהתוס' חידשו דגם לר"י "אח"כ נגמרינן למפרע" – וביאור דבריו הוא כמו שביאר בזה הגר"ח שמואלביץ אמר [בשיעורו בשענחאי בשנת תש"ד]⁸⁰ וכן מובא נמי בשיעורי הגר"נ פרצוביץ זצ"ל בשם הגר"ד זצ"ל – שהמהלך בתוס' הוא כך:

זה ידעו התוס' דמהני קנין מעכשיו ולאחר ל' ונגמר המעשה קנין, ומה"ט אין חסרון כלתה, רק שהתוס' חשבו דחיילא מכאן ולהבא, ולא מהני לגבי הגיזות שנגזזו כבר.

ותי' התוס' דלאחר ל' חיילא למפרע, ואפ"ה, אף דחיילא למפרע לא פקעי הקידושין של השני דחיילא בנתיים, כיון דסו"ס אשכח מקום לחול, ומצד שני מצאנו דאף דחיילא למפרע, אכן הואיל ואינו ממש למפרע אלא מכאן ולהבא למפרע, דלכן לא אמרינן בזה 'ארעאי אשבח' לענין זה שיקנה את כל הגיזות, ורק אותם גיזות שהיו עליה אז הוא דקני, כיון דהקנין חיילא מעכשיו למפרע, וחיילא על מה שהיה על הנך גיזות שהיו עליהם תורת פרה, וזה נמדד בשעת הקנין.

ונסיף בזה ביאור על פי מה שמצאנו בקידושי מיאון, והיינו דמצד אחד בקידושי טעות איתברר דלא היה קידושין מעולם והמעש"י חוזרים, ובגירושין היה קידושין ורק מעכשיו נעקר והאיסור קרובות נשאר במקומו, אבל במיאון איכא "עקירה למפרע", ולכן הקרובות הותרו למפרע, ומאידך המעש"י לא חוזר.

וע"ד זה הדברים מתבארים כאן – שהמהלך ב"ארעאי אשבח" הוא כעין דברי הגר"ח במיאון, והיינו דכלפי המעש"י שהיא עשתה לו אין חזרה, וזה משום שזה היה נדון בשעתו למי זה שייך, וכבר פסקו את הנדון הזה אז בשעתו, ולא מעוררים את הנדון הזה שוב, וכן הוא בארעאי אשבח, דבשעתו הושבח למוכר ותו ליכא נדון בזה, אכן כלפי כל ה"תורת פרה" של תחילת הקנין שזה כולל הגיזות שהיו עליה, לגבי זה איכא קנין למפרע, וזה כבר דומה לקרובות שלה שהותרו לו ע"י המיאון.

ועיין היטב בדברי הברכ"ש שביאר דמחמת הך גדר דמכאן ולהבא חיילא למפרע ליכא דין "ארעאי אשבח", דעד סמוך לגניבה לא נגמר למפרע ורק אז הוא דנגמר למפרע, הלכך בנתיים אמרינן דשל מוכר אשבח, וגיזות ידיה נינהו, והוסיף בזה בברכ"ש, "אבל הנך גיזות דאיתנייהו בשעת מסירה ובהא נעשה המשיכה, עליהם חל עצם הקנין, כמו על הבהמה דנגמר קנינה, ה"נ בגיזות שהיו עליה בשעת מעשה, אבל הנך דלא היו עליה בשעת קנין, ורק מדין ידי אשבח לא זכי בהם, דהא עדיין חסר גמר קנין", עכ"ל.

ובברכ"ש שם ביאר דמה"ט איכא חסרון מצד נקרע השטר, וזה משום שעדיין לא נגמר המעשה קידושין, דרק אח"כ יחול למפרע, הלכך איכא בזה חסרון מצד כלתה.

וע"ד זה הוסיף בזה ידידי הגאון ר' דוד פריימן שליט"א שהתוס' בקידושין [ס"ג] כתבו דבמעכשיו ולאחר ל' דיכול לחזור בו, וע"כ כנ"ל דאכתי לא התחיל לחול, דאח"כ הוא דיחול למפרע, ודו"ק.

⁷⁹ ועיי"ש שנדחק שהתוס' הכא סובר כהר"ן דליכא חסרון מצד כלתה במעכשיו ולאחר ל' לפי ר' יוחנן, ודו"ק.

⁸⁰ והוסיף שלא זכה להבין את עומק דברי רבו הגרש"ש ק בביאורו לתוס' זה – ועיין להלן מה שהבאנו בזה.

חידוש מסויים במכאן ולהבא למפרע בקנינים – שיש כאן שיור בכח המעשה לחול עד יום לא וכלפי אותו יום מעיקרא לא היה שיור.

והנה עיין במה שנתבאר בעיקר הגדר של מכאן ולהבא למפרע בדברינו באמרות אברהם [נדריים – פרק נערה המאורסה סימן ז', וביבמות סימן מ"ט] – ושם הרחבנו בהרחבה גדולה והבאנו הרבה מקורות ונפ"מ בעיקר הגדרת האי ענינא – דמכאן ולהבא למפרע, לגבי שאלת חכם לגבי תשובה על חטא ולגבי מיאון ולגבי הפרה הבעל לפי צד אחד בסוגי' בנזיר, ושם דחינו הרבה הסברים לא נכונים שנאמרו בביאור הגדר של מכאן ולהבא למפרע – עיי"ש בארוכה.

והיוצא מהדברים שכאן יש נקודת חידוש מה שלא מצאנו בכל הנך גווני – הרי בשלמא בעקירת חכם או בתשובה וכדומה א"ש, דסו"ס פעולתו שנעשה היום פועלת על הזמן של אתמול לעקור את הדינים של אתמול – וזה משום שעל ידי הפתח וחרטה אנו משווים את הנדר והחטא לטעות – דאף דבכה"ג ליכא תורת טעות בכל הלכות מקח טעות, אבל נתחדש שאנו משווים את החרטה ופתח לטעות מעיקרא ואת עקירת הרצון כעקירת המעשה – עיי"ש מה שהבאנו מתוס' בנזיר, אכן הכא מאי איכא למימר – הרי האיך הוא פועל ביום הל' להחיל חלות בעלות למפרע – ואיך מהני בזה מכאן ולהבא למפרע.

ואסברא לי ידידי הגאון הרב ר' יוסף גד ויינברג שליט"א, דבאמת איכא מעשה גמור מיד, אלא דאיכא תורת שיור שמשייר בחלות המעשה, והרי זה מה שנתחדש בדברי ר"י שיש שיור – והך שיור והך עיכוב מעכב ומשייר עד יום הל', ויש לומר עוד – שכל הך שיור הוא שיור עד היום ל', וביום ל' מעולם לא היה שיור דכך היא הגדר של הך שיור, ונמצא דהמעשה מעיקרא היה יכול לפעול אחרי שמהיום ל' מעולם לא היה בו שיור, רק עד אותו היום היה בו שיור, ודו"ק.

ונוסיף עוד בביאור הדברים – כבר הרחבנו בגדר הדין שיור באמרות אברהם [יבמות סימן ל"ו / גיטין סימן סב] שהאחרונים ביארו שאין הכוונה ששיור הוא כעין 'העדר' בעשייה ידידי הראשונה – אלא אדרבה – יש כאן עשייה בתוך עשייה, עשייה 'למשוך' מהחלות קנין זכויות מסויימות שלא יחולו, וכגון חוץ מאכילת תרומה וכדומה.

והוספנו – שכמו ש'תנאי' הוא כח חיצוני ועשייה נוספת בעיקר העשייה של המעשה לבטל ולקיים את החלות כפי תנאו, כך 'שיור' הוא כח ועשייה חיצוני ונוספת 'למשוך' מהקנין זכויות מסויימות – ועיין בקובש"ע [ב"ב ס"ק רפ"א] ובחידושי הגרש"ש"ק [ב"ב סימן ל'] ובזה יישבנו את הלשון הקשה שמצאנו בדברי רעק"א בתשובותיו [תנינא פ"ח], וע"ע בהרחבה באמרות אברהם [יש נוחלין סימן מז / מח].

ומעתה נראה – דכמו שיש שיור בזכויות מסויימות שחלים לו מכח החלות – כמו כן יש שיור במעשה לא לתת למעשה לחול ל' יום, וזה כח ועשייה נוספת בעיקר המעשה, ונוסיף עוד דכמו שיש בעלות גמורה על חפץ אלא שהביטוי של הבעלות תהיה לגבי זמן מסויים, והיינו שהוא זכה בבעלות לענין זמן מסויים וכלפי הזמנים האחרים מעולם לא היה לו בעלות – עיין לעיל בדברים שהוספנו בביאור דברי הקה"י – כמו שייך לעשות כח שיור במעשה שלא יחול – וכל כחו הוא כח ביחס לזמן מסויים בחפץ, אבל כלפי הזמן של לאחר ל' מעולם לא היה כאן שיור – כבר מתחילה. וממילא יש לומר שהוא באמת עשה מעשה מוחלט היום שיש במעשה סיבה מוחלטת לחול היום – אלא שהשיור גורם שלא יחול עד יום ל', אכן ביום הל' שכלפיו מעיקרא לא היה שיור – הרי כלפי היום ל' החלות כבר היתה מעיקרא – ודו"ק.

זכינו בכל זה לחדש שאמנם הגדרים כאן הם ממש כמו הגדרים של מכאן ולהבא למפרע – אבל כל זה בלי צורך להשוות את האתמול לטעות וכדומה.

פרק ב'

ביאור בדברי הגרש"ש"ק בשו"ט בתוס'.

סברת הגרש"ש"ק למה גיזות שהיו עליה בשעת המשיכה לא קנה בקנין לאחר ל' בלי מעכשיו.

הדרנא לתחילת דברי התוס':

דהנה אחרי דמבואר בסוף התוס' דל"ב דלא מיירי במעכשיו ולאחר ל', דאי הוי קאי במעכשיו אז יש לו לשומר גיזות ואף אי לית ליה את כל הגיזות, אבל סו"ס הגיזות שהיו על הבהמה בשעת משיכה יש לו לשומר, ומשמע מהתוס' דלפי האמת דמיירי הסוגי' בלאחר ל' - בלי מעכשיו - דאז גם הנך גיזות שהיו על הבהמה בשעת משיכה אין לו, וצ"ב בטעמא דמילתא - שהרי מי שמקנה בהמה ע"י מעשה קנין, והמעשה קנין חיילא לאחר ל', הרי למה לא יקנה הנך גיזות שנמצאים על הבהמה בשעת המעשה קנין, והסברא בזה צ"ע.

וקושי' זו הקשה הגרשש"ק ותירץ, דכבר נגזזו מהפרה לפני החלות קנין, וכיון דהמעשה משיכה קמייתא נעשה ב"פרה" ולא נעשה ב"בגיזות", וחיילא המשיכה ב"פרה" ולא חיילא ב"גיזות", א"כ אף שאם הגיזות היו עדיין חלק מהפרה, דאז פשיטא דהיה חיילא בהו קנין, דאז ה"שם פרה" קאי גם על הנך גיזות, דאז שמם "פרה" ולא שםם "גיזות", אכן אחרי שנפרדו הגיזות, שוב אין להם שייכות לקנין, דהקנין נעשה בה רק עד כמה שהוא חלק מהפרה ורק עד כמה ששםם "פרה".

ואפשר להוסיף - דבאמת יש כאן מעשה אריכתא - ולכן יש כלתה, ונמצא שסוף המעשה ביום הל' מעולם לא התיחס לגיזות בתור גיזות שהמעשה נעשה לפרה בתור פרה - ונמצא שחסר בעיקר המעשה קנין על הגיזות שהיו עליו בתחילה.

ביאור של הגרשש"ק בקס"ד של התוס': במעכשיו ולאחר ל' גם החלות התחיל ועדיין לא נגמר, וגם המעשה צריך להמשיך להתחיל את החלות עד יום הל', הלכך ליכא חסרון מצד "כלתה" [כיון דכבר התחיל החלות], וגם ליכא גיזות כלל [דלא נגמר המעשה], וגם יש מקום לקידושי שני [דלא נגמר החלות], וזה לא מעכב את קידושי ראשון [דכבר התחיל החלות של הראשון מקודם].

והנה כל זה בלי מעכשיו, והיינו למסקנה דמקנה סמוך לגניבה בלי מעכשיו הדין שאין לו גיזות, אכן בתוס' בקס"ד סבר שגם במעכשיו הדין כן, [וזהו קושיתו דנימא דמיירי במעכשיו ולא יקנה שום גיזות], וזה צ"ב, דממנפ"ש קשה, דמה הגדר במעכשיו ולאחר ל', ובמה הוא שונה מלאחר ל' בלי מעכשיו⁸¹.

והקושי' בממנפ"ש - דמצד אחד - אי נימא שהתוס' סברי דבמעכשיו ולאחר ל' כבר נגמר המעשה בשלמותו וממילא דאיכא אתחלתא דחלות בעלות בבהמה ובגיזותיה שמתחילים לחול מכח המעשה המושלם, [ומה"ט ליכא כלתה כיון דאיכא כבר אתחלתא דחלות], אלא שלא נגמר הנך חלות בעלות עד יום השלושים, א"כ היינו צריכים לקנות הנך גיזות - שהרי אחרי שהקנין התחיל להתחיל בו את פעולתו לקנותו והתחיל כבר התהליך של החלות קנין, א"כ מה לי מה שהוא נגזז מהבהמה, הרי בו התחילה החלות לחול כבר בהך חפצא ולמה לא יגמר בהך חפצא.

מצד שני - אי המעשה עדיין ממשיך ולא נשלם, והיינו הכח שיש במעשה להתחיל חלות קנין התחיל ועדיין לא הגיע לשלמותו, ולכן זה החלות עדיין לא התחילה לחול [כיון שהמעשה עדיין מתחזק והולך] - והחלות רק תתחיל לחול אח"כ כשכבר נפרדו הגיזות ממנו, ומה"ט לא קני את הגיזות, א"כ קשה לאידך גיסא - דלמה לגבי קידושין אמרינן שכשתפסו השני אינו מעכב לקידושין של הראשון, שהרי קידושין של הראשון עוד לא התחיל לחול, וכבר חיילא לגמרי החלות קידושין של השני, ולמה אינו מעכב את הראשון, וע"כ דקידושי הראשון התחילו לחול, ולמה אין לו שום גיזות.

ובקצרה - אי איכא מעשה אריכתא [ולא התחיל החלות] למה השני לא מעכב אותו, ואי איכא חלות אריכתא [שכבר התחילה החלות] א"כ למה אין לו גיזות.

ועיין בזה בדברי הגרשש"ק שביאר את הדברים, ונראה דעומק כוונתו היא כך:

⁸¹ והיינו שהרי זה ברור שהוא לא קונה מכאן ולהבא למפרע כדברי הברכ"ש בתירוץ וגם ברור שהוא לא למד כדרכו של הקה"י בתירוץ - דלפי הנך דרכים פשוט שיש לו גיזות, והרי בקושי' ע"כ שתוס' סוברים שאין לו גיזות, וצ"ב דא"כ מה הגדר במעכשיו ולאחר ל' דליכא חסרון של כלתה ואעפ"כ ליכא גיזות.

תוס' סברי דאיכא מעשה אריכתא וחלות אריכתא – והיינו משום שהמשך החלות מה שהוא ממשיך לחול מיתלי תלי בהמשך המעשה – החלות ממשיכה לחול ומיתלי תלי בזה שהמעשה ממשיך לפעול את פעולתו.

והיינו דזה ודאי ש'התחיל' החלות, והחלות 'יגמר' ביום השלושים, ולכן השני לא מפקיע את הראשון, אלא שבנוסף לזה עדיין צריכים גם שהמעשה משיכה 'ימשיך להגמר', והיינו שה'כח במעשה' להתחיל חלות עדיין לא נגמר ולא הושלם, וכח המעשה משיכה נצרך עדיין להמשיך ולהחיל את החלות קנין עד סוף החלות קנין, והיינו ביום השלושים.

ומעתה י"ל דס"ל להתוס' שהיות והכח במעשה עדיין פועל עד הרגע אחרון, א"כ כמו דבלי 'מעכשיו' לא נקנו הגיזות כלל, שהרי ביום הל' לא שייכי הגיזות לפרה והמעשה הוא מעשה מושלם לפרה בלי הגיזות, א"כ ה"ה במעכשיו ולאחר ל' לא שייכא הך מעשה לגיזות, והרי המעשה צריך להמשיך להתחיל את החלות, וזה רק בגוף הפרה ולא בגיזות, הלכך לא קנה.

זה מצד א', אבל מצד שני מעכשיו עדיף מלאחר ל' [בלי מעכשיו] דאין בזה חיסרון מצד כלתה [כמו בלאחר ל'], דסו"ס המעשה קנין התחיל לחול, ודלא כלאחר ל' דהקנין עדיין לא התחיל לחול כלל, הלכך עד ל' יום כבר כלתה המעשה.

כך היא ההגדרה במעכשיו לאחר ל' לפי דעת התוס' בקס"ד, ותוס' הוכיחו שכך היא ההגדרה, והיינו דע"כ דהמעשה עדיין צריך להמשיך להתחיל את החלות, דאל"כ אלא שהחלות נגמר לבד, א"כ נמצא שכל החלות מונח וקיים כבר בתחילתו, רק שהחלות מתמשך והולך, וא"כ לא מסתבר דבכה"ג היה חייל עוד קידושין, אחרי שהחלות קידושין גמורים כבר מונח באשה, ואיך תחול בה עוד קידושין, וע"כ דמוכרח דעדיין לא נגמר כל החלות.

ולולי דבריו היה אפשר לומר בפשיטות, דאתחלתא דחלות לא מהני לגיזות אלא עד כמה שהם בתור חלק מהפרה, ולא בתור חפץ עצמאי.

למה לא מצאנו מושג של ק' תופסין בה בגיזות שגזזו באמצע הזמן.

ושאלוני – הרי בסוגי' שם מבואר שהחלות חיילא כשרגא דליבנא – ומהאי טעמא מצאנו מושג של ק' תופסין בה, וא"כ בהנך גיזות ג"כ נימא שיש לראשון עכ"פ הך דרגא של קנין שיש לכל הק' שתופסין בה, שהרי סו"ס עד שגזזו את הגיזות כבר התיל הקנין לחול בהם – ולהיכן נעלם הך תחילת חלות – הרי אם יש 'ביטוי' להך תחילת חלות בקידושין בתור זה שק' תופסין בה – כמו כן יהיה 'ביטוי' בבעלותו בגיזות ויהיה לקונה 'מעין תפיסה' שמצאנו בק' תופסין בה, ולמה לא קני כלל.

והעירוני התלמידים בב' אופנים:

א] לא שייך כל הדין של ק' תופסין בה אלא במקום שבסוף הגיע המעשה לידי גמר ואז אמרינן דמעיכרא היה כאן מעשה לכל אחד בתור מאה תופסין בה, אכן הכא כיון דלא נגמר על הגיזות שוב אין ביטוי למקצת של התחלת החלות.

אולם שוב דחו את הדברים – שהרי עכ"פ בפרה עצמה נגמרה המעשה, וא"כ למה לא היה מושג של שניהם תופסין בה בתוך הל' יום, ונמצא שהגיזות שהיו עליה לחלק מהזמן – הרי הם גדלו מתוך פרה שיש לשניהם תפיסה בה, וזה עצמו סיבה שנאמר 'ארעי אשבח' להך מקצת בתור ב' תופסין בה.

ב] הלכך נראה לומר שכל המושג של ק' תופסין בה לא קיים אלא לגבי איסורים ולגבי אישות, והיינו דמצאנו בקדושה ואיסורים מושגים ואופנים של חלויות שמצאנו בבעלות, והיינו דמצאנו בקדושה דכיון דחל דתו לא פקע, ומצאנו גם מושג של 'מקליש קליש', ובאישות איכא אישות גמורה ואישות שאינה גמורה כדמצאנו בזיקה, וע"ד זה נראה נמי שכל המושג שלכולם יש תפיסת אישות הוא חידוש באישות.

וכל הדמיון של התוס' לממונות אינו אלא לענין זה דאי כולם תופסים בה – אז יש ראייה שאין לראשון את הכל ולכן אין גיזות, ותוס' תירצו דאינו ראייה דקא שוין אלימי אבל לגבי הביטוי של כל אחד בחלות של ק' תופסין בה – כלפי זה מעולם לא היה דמיון בין ממון לאיסור.

ביאור בדברי הגרשש"ק בתירוץ התוס'.

כבר הבאנו את דברי האחרונים בתירוץ התוס' - ועיין בהערה ⁸² מה שהבאנו בזה מהגרשש"ק.

⁸² לדרכו של הגרשש"ק תירצו בתוס', דאדרבא, באמת כבר חיילא לבד, והיינו דהמעשה נעשה ונגמר כבר בהתחלה, ורק שהחלות עדיין ממשיכה לחול לבד, ואפי"ה קידושין אלימי ותפסי בה, וכיון דכבר נגמר המעשה על הגיזות כשהיו שמם פרה, שוב נגמר בהם החלות קנין ושפיר קנה גיזות וולדות.

אלא דעל זה כתבו התוס' עוד, דעל איזה גיזות חיילא הקנין, ותירצו דרק גיזות שבהם כבר התחיל החלות הם נקנו, דאף דנפרדו אח"כ, אפי"ה, הואיל והתחיל החלות בהם, וא"צ שמעשה ימשיך להחיל את החלות עליהם, שוב לא אכפת לן מה שהיה עליהם תורת פרה וכעת אינם חלק ממנה, דכיון דהתחיל בהם החלות קנין וא"צ שום מעשה, שוב חיילא בהם החלות קנין.

אבל הגיזות שגודלים רק אח"כ ונגזזו, בהם זוכה הקונה רק מטעמא ד"ארעאי אשבח", [והיינו שחפץ שלי השבית את השבח הזה הלכך השבח הוא שלי], ו"ארעאי אשבח" שייך רק בחפץ שכבר נגמרה לגמרי החלות קנין, אבל אם רק התחיל בו, אז נהי שיגמר הקנין על כל מה שכבר התחיל לחול, אכן אין זה מהני למה שעדיין לא התחיל, דלזה בעינן בעלות גמורה בגוף הפרה, ודו"ק.

הרי לנו, דכמו שבקידושין איכא שיוור לענין זה שנתפס בה עוד קידושין, כמו"כ בקנינים אהני לן הך שיוור לענין זה שלא שייך "ארעאי אשבח", אלא דלפי"ז עדיין קשה מה שהקשינו לעיל בדרכו של הקה"י בכלתה וחזרה, וצ"ע.

סימן י

עדי פשיעה ועדי אונס
[רמב"ן רשב"א ריטב"א].

פרק א פלוגתת הריטב"א ושני התירוצים בתוס', האם "אי בעי פטר נפשיה" הוא דין נוסף של הקנאה או לא. פלוגתת הראשונים האם מה דמצי פטר נפשיה היינו בשבועת שקר או דע"י האפשרות להפטר הוא היה מטריחו לבי"ד. פלוגתת שני התירוצים של התוס' האם מתני' ור"פ איירי בגוונא חזא או בתרי גווי, ומביא מקורות דטענת חיוב וטענת פטור הם שני דיני הקנאה, ונפ"מ לדין אטרחי' ונפ"מ אי משלם כזולא דמעיקרא או כיוקרא דהשתא.

פרק ב פלוגתת הרמב"ן והרשב"א בעדי פשיעה, האם מקנים עבור הבטחת הקרן או עבור הלא אטרחי' לבי דינא. פלוגתת הרמב"ן והרשב"א בעדי פשיעה, ונחלקו האם ההקנאה היא תמורת הבטחת הקרן או תמורת הלא אטרחי' לבי דינא. מביא מרעק"א דלרשב"א עיקר ההקנאה היא מצד דמעיקרא איכא צדדין "דאי בעי פטר נפשיה", אכן יש לדקדק ברשב"א דאין זו אלא טעמא דנחית מעיקרא להקנאה, אבל עצם ההקנאה היא מחמת הלא אטרחי' לבי דינא, ומביא תרי נפ"מ מכח סברת ה"אי בעי פטר נפשיה". כו"ע מודי דבעינן תנאה דלא אטרחי' לבי דינא, ורק נחלקו האם זו סיבת ההקנאה, ושורש פלוגתתם, דהרשב"א חידש דעיקר מהותו של שומר הוא "העמדת הפקדון או דמיו" בסוף השמירה, ובלי אטרחי' לבי דינא נעשה "העמדת הפקדון" בשלמותה, וזו כבר טובה בתורת שומר. מביא דלכא' לפי הרשב"א יש שני סיבות להקנאה, אכן לדברינו הכל אחד מצד "העמדת הפקדון" בשלמותה.

פרק ג בדברי הרשב"א בעדי אונס. בדברי הרשב"א דשבועה היא "תשלומין", והיינו דשבועת שומרים הוא מחיובי שמירה ולא ע"י טענה וכפירה כשאר שבועות, ויש לזה כמה הוכחות. ביאור סברת הרשב"א דלא מקנה אלא מחמת תשלומין, ולא מחמת מתנה בעלמא, ומביא את דברי רעק"א בעד המסייע שפוטרו, דאז לא הוי מתנה.

פרק ד שורש פלוגתת הרשב"א והריטב"א בעדי אונס. שי' הריטב"א בעדי אונס, ובישוב קושי' הריטב"א מנשבע ואח"כ שילם, דהרשב"א למד דשאני פטור שבועה מפטור עדים, והריטב"א לא חילק. מביא ג' חידושי דינים מרעק"א, דין חשוד ודין עד המסייע ודין בעליו עימו. מביא שורש פלוגתת הריטב"א ורשב"א האם מחלקינן בין שבועה לעדים או לא, ומביא את דברי הרמ"ה בשטמ"ק בב"ק [ק"ח] ואת דברי הש"ך, דגם לאחר שבועה אכתי "שם שומר" עליו לענין תביעת הגנב, משא"כ לאחר עדי פטור. מוכיח מהתירומת הדשן שחולק ולדידיה פקע הדין שומר אחרי שבועה לגמרי. מביא דפליגי הרשב"א והריטב"א בפלוגתת רש"י והרמ"ה נגד התירומת הדשן האם נשאר עליו תורת שומר גם אחרי שבועה, וממילא דחולקים האם סגי מה שהיה עליו תורת תשלומין לומר דאינו מתנה בעלמא, אבל בבעליו עמו מודה גם הריטב"א. הערה בשבועת שליחות יד, וביאור ברשב"א למה ליכא חשש לטענת החזרתי בשואל, ומה הדין בטענת בעליו עימו בשואל.

פרק ה ספק בדין הריני משלם ומת, או שבאו אח"כ עדי אונס או עדי פשיעה. מסתפק בהריני משלם ובאו עדי אונס ופשיעה. ספק בשילם ואח"כ באו עדי פטור. בהריני משלם ואח"כ באו עדי פטור דומה לטענת הקצוה"ח בשילמו בנים לאחר שאמר אביהם הריני משלם. ביאור פלוגתת המהרי"ק והקצוה"ח דסובר דמת האב דומה לעד המסייע דנקט רעק"א דלא דומה לעדי פטור. הוכחה מיניה וביה מהקצוה"ח בדין עדי פשיעה.

פרק א

פלוגתת הריטב"א ושני התירוצים בתוס',

האם "אי בעי פטר נפשיה" הוא דין נוסף של הקנאה או לא.

פלוגתת הראשונים האם מה דמצי פטר נפשיה היינו בשבועת שקר או דע"י האפשרות להפטר הוא היה מטריחו לבי"ד.

לעיל במשנה כתוב דטעמא דהקנאה הכפל הוא משום שאינו רוצה לישבע, ומשמע שהיה יכול לישבע ולהפטר, וכפשוטו היינו שהיה נשבע באמת, אכן בסוגיין חידש ר"פ דגם כשהוא אומר פשעתי שהוא חייב עצמו שהוא גם קונה את הכפל, וזה משום "דאי בעי פטר נפשיה", וזה אף דאינו יכול לישבע, כן הקשו בתוס' [ד"ה נגנבו].

והתוס' בתירוץ הראשון ס"ל דאורחא מילתא נקט, והיינו דלפי האמת תרי גווי נינהו, והמשנה נקט גוונא זו דכן רגילין, אכן בתירוץ השני נקטו התוס' דמתני' מיירי גם בפשיעה, ושוב אמרינן ד"לא רצה לישבע" היינו בשקר, "דאי בעי פטר נפשיה" ע"כ הכוונה הוא דהיה נשבע בשקר, ובאמת דכ"כ רש"י לקמן [ל"ד. ד"ה השוכר] שכתב "מ"מ אם רוצה לשקר ולישבע".

ומבואר מרש"י ותוס' דהוי מצי לשקר בשבועה, וזו כוונת ר"פ "דאי בעי פטר נפשיה", והיינו דהבטיח לו את הקרן במקום לגזולו ע"י שבועת שקר, אכן הריטב"א הי' חולק, ולדעתו לא חיישינן שהיה יכול לישבע בשקר, ולמד הריטב"א דמה שאמרו "אי בעי פטר נפשיה" הכוונה בזה שיש לו טענה שיכול לטעון בקלות, ועל ידו יטרחנו בקלות להביאו לבי"ד, ומחמת זה הוא מקנה לו כפילא מעיקרא, ודלא כשואל שאין לו שום טענה לכתחילה, דאינו מעיז לטעון מתה מחמת מלאכה, וקשה לו להטריחו לבי"ד, ורק באומר נגנבה הוא מקנה לו כפילא, משום שהיה יכול לישבע ולהפסידו.

פלוגתת שני התירוצים של התוס' האם מתני' ור"פ איירי בגוונא חדא או בתרי גוונא, ומביא מקורות דטענת חיוב וטענת פטור הם שני דיני הקנאה, ונפ"מ לדין אטרחי' ונפ"מ אי משלם כזולא דמעיקרא או כיוקרא דהשתא.

עכ"פ מבואר דפליגי שני התירוצים של התוס' האם המשנה מיירי בגוונא של טענת חיוב [פשעתי] כמו ר"פ [תירוצ' ב'], או דהמשנה ור"פ מיירי בתרי גוונא, המשנה בטענת פטור ור"פ בטענת חיוב.

ויתכן דנחלקו האם איכא שני דינים של הקנאת הכפל, חדא מצד לפנים משורת הדין וזה בטענת פטור, וחדא מצד הבטחת הקרן, וזה בטענת חיוב, דהתוס' בתירוצ' הראשון נקט דשני דיני הקנאה נינהו, ובתירוצ' השני נקט דכולה חדא הוא.

ויסוד לזה מדברי רעק"א [ריש פירקין] דכתב דלרש"י בב"ק שאני תשלומין דלפנים משורת הדין דאז הוא מקנה לו את הכפל אף דאטרחי' לבי דינא [וכגון נשבע ואח"כ שילם], מתשלומין דחיוב דאז הוא מקנה לו דוקא בלי אטרחי' לבי דינא, ובזה יישב את קושי' התוס' [שם], ויישב נמי את קושי' התוס' כאן⁸³.

ובביאור שיטתו נראה עפ"י הריטב"א הישנים שהק' דמהו החידוש בר"פ שמקנה לו הכפילא בטענת חיוב, הרי מאי שנא טענת פטור במשנה, ותל' דבטענת פטור [דעל זה קאי במשנה], התם הוא מקנה לו משום שעשה לו לפנים משורת הדין, ובטענת חיוב דלא עשה לפנים משורת הדין, התם הוא מקנה רק משום דלא אטרחי', וזה חידוש ר"פ, והיינו דשני דינים נפרדים נינהו בעיקר ההקנאה⁸⁴.

ונראה דזה נמי שי' המ"מ מובא בקצוה"ח [סי' רצ"ה ס"ק ב'], דס"ל דרק בטענת חיוב שהוא מקנה לו משום ש"לא אטרחיה" או משום שלא שיקר, התם הוא צריך לשלם כעיקר דינו, והיינו כיוקרא דשעת הגניבה [ולא כזולא דשעת ההפקדה] ורק אז הוא קונה את הפרה, [דכיון שהודה שהוא חייב שוב בי"ד מחייבין ליה לשלם כדינו, ובלי זה לא נתקיימה תנאה ד"ותשלמני"], אכן בתשלום דלפנים משורת הדין בטענת פטור, התם סגי בתשלומין כפי זולא דשעת ההפקדה, דתרי דיני הקנאה נינהו ונפ"מ בחיוב תשלומין ודו"ק, ועיין לעיל בכל זה [סימן ח' פרק ה'].
ועיין להלן [סימן י"ב] מה שביארנו בזה ברמב"ם דמחלק דין הריני משלם ודין פשעתי לתרתי, וביארנו את דבריו עפ"י הנך שני דינים, ודו"ק.

פרק ב

פלוגתת הרמב"ן והרשב"א בעדי פשיעה,

האם מקנים עבור הבטחת הקרן או עבור הלא אטרחי' לבי דינא

פלוגתת הרמב"ן והרשב"א בעדי פשיעה, ונחלקו האם ההקנאה הוא תמורת הבטחת הקרן או תמורת הלא אטרחי' לבי דינא.

עיין ברמב"ן במשנה שהקשה את קושי' התוס' דלמה רק הביאו במשנה את דין הקנאת הכפל כשהוא באמת פטור, ואעפ"כ הוא משלם, ולא הביאו דין הקנאת הכפל היכא שהוא חייב ומשלם במקום שבועת שקר, ותירץ כהתוס' דכוונת המשנה באמת לרבות גם גוונא זו, אלא שהוסיף דלפי"ז בעדי פשיעה לא קונה כפל, דלכן כתוב במשנה שהוא יכול לישבע להפטר, לומר דכשיש

⁸³ דיעויין ברש"י ב"ק [ק"ח] דכתב דלדעת רבא דנשבע ושילם הוא מקנה את הכפל, וכתב על זה רש"י דהיינו לפנים משורת הדין בש"ח, ודייק ר' לייב דיין, דדוקא באופן זה אבל במודה דנשבע לשקר ופשע, לא מקנה כפל, ובזה מיושב קושי' התוס' [שם] שהק' דאטרחי' לבי דינא, ותל' דאטרחי' הוא דוקא כשמצריכו לגבות בע"כ, אבל אי משלם מרצון אח"כ, א"ש.

והוסיף רעק"א, דמיושב קושי' התוס' ריש פירקין דהקשו דלמה לא מיירי המשנה באופן של פשיעה, דמיירי דוקא בלי פשיעה, דמתני' אתי לאשמועינן דין שילם אף דנשבע, [והיינו שילם ולא רצה לעמוד בשבועתו], וזה רק בלפנים משורת הדין, דאל"כ אלא דאמר דפשע הרי אטרחי', לא מקנה ליה בכה"ג, ורק בלפנים משורת הדין הוא מקנה אף דלא אטרחי', וכן לאביי קמ"ל דאף דאופן זה שס"ל לרבא דזכה קמ"ל מתני' דלא זכה.

⁸⁴ ועומק כוונתו, דע"כ שני דינים נפרדים נינהו, דבטענת פטור לא שייך לא אטרחי', דלו יצויר והיה פוטר עצמו אין זה בכלל "אטרחיה", רק עיקר הדין הוא שנשבע ליפטר, ושוב ליכא למימר דכשאינו פוטר עצמו "דלא אטרחיה", וע"כ דשני דיני הקנאה נינהו, ובטענת פטור הוא מקנה משום שהוא התנהג לפנים משורת הדין, וזה שי' רש"י הנ"ל.

עדים לחייבו דאז הוא לא יכול לישבע, ואז הוא באמת לא קנה את הכפל, ועיין בהערה ⁸⁵ מה שיש לדקדק בחילוקים בין הרמב"ן לתוס'.

ועיין ברשב"א דחולק וס"ל דבעדי פשיעה הוא קונה כפל, ודוחה הך דיוק ומיעוט של הרמב"ן, עיי"ש, דמתני' רק באה לפרש מהו השבועה, ולא טעמא דדינא ⁸⁶.

והנה בעיקר פלוגתת הרמב"ן ורשב"א אי בעדי פשיעה הוא מקנה לו את הכפל או לא, דעת הרמב"ן דלא מקנה, ודעת הרשב"א דמקנה, וי"ל דפליגי אי מקנה לו כפל ע"ז ד"לא אטרחי' לבי דינא" גרידא והיינו כדהבאנו לעיל מהריטב"א ה' דזהו הפשט ב"אי בעי פטר נפשיה", או דהכוונה באי בעי פטר נפשיה היינו כפשוטו, שהיה משקר בשבועתו, וכדהבאנו מרש"י ותוס'.

דלדעת הרשב"א, אף שא"י להפטר בשבועת שקר כשיש עדי פשיעה, אעפ"כ הוא מקנה לו את הכפל, וע"כ דעצם זה דשילם ולא אטרחי' לתובעו ולהעמידו לדין, עבור זה עצמו הוא מקנה לו את הכפל, ולדעת הרמב"ן אינו מקנה לו עבור זה, רק עבור מה שהבטיחו בקרן וראה שלא יפסיד את הקרן, ולכן באופן שיש עדים, שממילא הוא מובטח ועומד בקרן, שוב לא עשה לו שום טובה, כיון שממילא אינו יכול לפטור עצמו מהקרן, לא באמת ולא בשקר, ודו"ק.

[והיינו דכמו דמצאנו בדעת הריטב"א ה', דגם בטענת פשיעה אמרינן דא"י לישבע, דלא חיישינן שישבע לשקר, וממילא דאין זה סיבה להקנאה, וע"כ שגם שם הוא מקנה עבור מה דלא אטרחי' לבי דינא גרידא, וע"ד זה מפרש הרשב"א עכ"פ בעדי פשיעה ⁸⁷, והרמב"ן ס"ל דבעבור זה הוא לא מקנה את הכפל ⁸⁸].

מביא מרעק"א דלרשב"א עיקר ההקנאה היא מצד דמעיקרא איכא צדדין "דאי בעי פטר נפשיה", אכן יש לדקדק ברשב"א דאין זו אלא טעמא דנחית מעיקרא להקנאה, אבל עצם ההקנאה היא מחמת הלא אטרחי' לבי דינא, ומביא תרי נפ"מ מכח סברת ה"אי בעי פטר נפשיה".

אולם ברשב"א לא נראה כן, דמפורש בדבריו דהביאור ב"אי בעי פטר נפשיה" היינו דמעיקרא היה כאן צדדין של פטור וזו סיבת ההקנאה, וז"ל, "דכיון דשייכי בהו צדדין דאי בעי פטר נפשיה, הלכך גמר דעתיה לאקנויי ליה כל היכא דלא אטרחיה לבי דינא, בין שיאמר פשעתי בין שיאמר נגנבה, וה"ה היכא דאיכא עדים שפשע ביה ונגנבה, דמעיקרא גמר וקני ליה כל זמן דלא אטרחיה לבי דינא הואיל דאיכא בהו צד פטור דאי בעי פטר נפשיה, אבל שואל דלית ביה אנפי למפטר ביה נפשיה חוץ ממתה מחמת מלאכה דלא שכיחא, לא אסיק אדעתיהו לאקנויי ליה מעיקרא", עכ"ל.

ומתוך דברי רעק"א משמע דנקט דכוונת הרשב"א הוא כפשוטו, דאח"כ דהשתא אחרי שבאו העדים כבר ליכא סיבה להקנאה כלל, אכן כיון דמעיקרא בשעת ההפקדה היה כאן צד דאולי יוכל לפטור עצמו, שוב מקנה לו גם על הצד שמתברר אח"כ שממילא אינו יכול להפטר מחמת עדים,

⁸⁵ והיינו דהתוס' לא הוסיפו כן, וע"כ שתוס' לא הק' את קושי' הרמב"ן, שהתוס' רק הק' דלמה הושמט הך חידוש דטענת חיוב, שהרי זה חידוש יותר גדול, ובתי' השני תירצו דלא הושמט, אכן הרמב"ן הק' עוד, דמדהגיש במתני' "נגנבה ונאבדה", וע"ז אמרו ד"שו"ח נשבע ונפטר" מזה משמע שבאו למעט דדוקא בטענת פטור שיכול לישבע בדין ולא בטענת חיוב, והיינו שיש דיוק במשנה נגד הגמ', ושפיר הוצרך הרמב"ן לפרש דלא בא למעט "טענת חיוב" דזה דין מפורש בגמ' אלא דבא למעט אופן אחר של "עדי חיוב".

⁸⁶ והנה, יש לעיין, דלמה התוס' לא הק' קושי' הרמב"ן ולא תי' את תירוצו של הרמב"ן, וצ"ל כפשוטו שס"ל כהרשב"א שאין כאן דיוק ומיעוט כלל, ולכן רק הקשו דהושמט הדין, לא דממעט, ודלא כהרמב"ן שהק' דהמשנה ממעט.

⁸⁷ ובדעת הרשב"א אין לנו הכרח דגם בטענת פשיעה צריך לבא לזה, אבל עכ"פ בעדי פשיעה שפיר בעינן להך סברא.

⁸⁸ והנה אין הרמב"ן שולל לגמרי את סברת הרשב"א, דמודה דשייך קס"ד לפרש כן, ויש לזה ב' מקורות, א' הרמב"ן למד דלשון המשנה "שהרי אמרו ש"ח נשבע" בא למעט עדי פשיעה, וכתב הרמב"ן מפורש שהייתי מזכה בכפל עבור הלא אטרחי', ומפורש א"כ שהמשנה באה למעט מסברא זו, ב' מש"כ ש"ח במשנה, ביאר הרמב"ן דקס"ד דש"ח עכ"פ קונה בעדי פשיעה, דעביד ליה נייה נפשי, ומבואר ברמב"ן דקס"ד דאף דתמיד לא מקנה עבור אטרחי' לבי דינא, אכן בש"ח דעביד נייה נפשי שפיר מקנה עבור זה, ונפ"מ בעדי פשיעה.

והנה עצם זה שאפשר לחלק בין השומרים, לזה יש כבר מקור בגמ', דבשואל דכל הנאה שלו לא מקנה רק בשילם, וע"כ שכפי הנאת המפקיד מהנפקד, כך מתחלקים אופני וסיבות ההקנאה, וכתב הרמב"ן דזה כבר מרומז במשנה בחידוש בש"ח.

דכל הפקדה שיש בעצמותה "צד פטור", בזה הוא מקנה אי בסוף לא יגיע להך פטור וישלם, נמצא דביסוד הדברים הוא מודה לרמב"ן דהקנאת הכפל הוא רק מחמת זה שהיה יכול להפטר, אבל הרמב"ן נקט דהאומדנא תלוי בזמן השבת הפקדון והתשלומין, ואז אנו דנים האם הוא היה יכול להפטר אז או לא, והרשב"א למד דהאומדנא תלוי בזמן ההפקדה.

אולם נראה דאינו כן, וכן מצאתי בחי' ר' ראובן [סי' כ'] דג"כ הבין כמו דנקטנו לעיל, דלשיטת הרשב"א עיקר ההקנאה היא מחמת ה"לא אטרחיה לבי דינא", וביאר דכוונת הרשב"א היא כך, דבלי זה שהיה לו צד מעיקרא שהיה מפסיד לגמרי [ע"י הפטר נפשיה], אז הוא לא היה נחית להקנאה מעיקרא, אכן אחרי דכבר נחית להקנאה מחמת האי צד, שוב הוא החליט כבר להקנות תמורת ה"לא אטרחיה לבי דינא" עצמה.

ונראה דע"כ צ"ל כן, שהרי בכמה מקומות ברשב"א הביא תנאה ד"לא אטרחיה לבי דינא" בעיקר האומדנא, וכלשונו הכא שכתב "דמעיקרא גמר וקני ליה 'כל זמן דלא אטרחיה לבי דינא' הואיל דאיכא בהו צד פטור דאי בעי פטר נפשיהו", ועיין בהערה ⁸⁹ שהבאנו בזה את לשון הרשב"א בעוד מקומות, וע"כ דזה עיקר ההקנאה, ופשוט.

ונראה לדיוק כן גם מהש"ך [סי' רצ"ה ס"ק ח'], דהש"ך הקשה על הרשב"א מלשון הגמ' דמפורש טעמא "דאי בעי פטר נפשיה", וקשה שהרי הרשב"א עצמו כבר ביאר דכוונת הגמ' לצדדין, אכן לדרכו של ר' ראובן א"ש, די"ל דטענת הש"ך הוא דמלשון הגמ' משמע כהרמב"ן דזהו עיקר טעמא דהקנאה, דתמורת הפטר נפשיה הוא מקנה, אכן לפי הרשב"א אינו כן, דההקנאה היא תמורת מה "דלא אטרחיה לבי דינא", וטעמא "דאי בעי פטר נפשיה" הוא רק טעמא דמעיקרא נחית להקנאה, ודו"ק.

ונראה דגם מסברא צריכים לומר כן, דאיזה סברא איכא בזה לומר דמעיקרא הוא מקנה על כל הצדדים, הרי אם הוא מקנה רק מחמת ה"צד פטור", א"כ למה איכא אומדנא דעל כל הצדדים הוא מקנה מחמת הך צד, ולמה לא יגביל את ההקנאה, וצ"ע, וע"כ כנ"ל דאיכא בזה תרי טעמי.

עכ"פ איכא נפ"מ לדינא בטעמא דאי בעי פטר נפשיה, דאי כל ההקנאה היא רק מחמת הלא אטרחי' א"כ בשואל נמי איכא לא אטרחי', אבל כיון דבעינן טעמא דאי בעי פטר נפשיה דבלאו הכי לא נחית כלל להקנאה, שוב לא חייש לאי בעי פטר נפשי' בשואל ולא מקנה גם עבור הלא אטרחי', כן מבואר בדברי הרשב"א.

ואיכא נפ"מ נוספת, וכמבואר ברעק"א, דמה הדין בנמצא שומר חשוד דחייב שלם לשיטת הראב"ד דאמרינן בזה מתוך שא"י לישבע משלם, וכפשוטו היה אפשר לומר דכמו דבעדי פשיעה דחייב ולא מצי פטר נפשיה ואעפ"כ הוא מקנה לו את הכפל מחמת הלא אטרחי', א"כ ה"ה דבחשוד אע"ג דממילא חייב ולא מצי פטר נפשיה דה"ה דמקנה לא את הכפל, אולם רעק"א האיר בזה את עינינו, דכיון דמתחילת ההפקדה ליכא צדדין של פטור, שוב לא נחית מעיקרא להקנאה, דכל מה דנחית להקנאה היינו באופן שבאמת איכא צד פטור והשומר יכול להפטר באמת, ולהכי נחית להקנאה, אלא דאז כבר מקנה על כל הצדדין מחמת הלא אטרחי', אכן הכא איגלאי מילתא דליכא צד פטור, ומעיקרא לא נחית להקנאה באופן זה, ופשוט.

והנה, אף דנתבאר בכוונת הרשב"א דתרי טעמי איכא, דההקנאה עצמה היא תמורת מהא "דלא אטרחיה לבי דינא", ומאידך, טעמא "דאי בעי פטר נפשיה" הוא רק טעמא דמעיקרא נחית להקנאה, אכן צירוף הדברים לא ברור, דמה שייכי זה לזה כלל, והאיך משלימים זה את זה, והדברים צריכים ביאור, ובעזה"י יבואר.

⁸⁹ דו"ל הרשב"א להלן [ל"ה בד"ה שילם לבנים], "דירדו חכמים לסוף דעתן של בריות דכל דאית ליה בהמה או כלים ביד שומר ניחא ליה דלא נטרח בבי דינא וליקנו שומרים כפילא דאתי מעלמא", וכ"כ להלן [ל"ד. בד"ה הריני משלם] "לכשתגנב ותרצה ותשלמני מרצונך, ולא תטרחני לבי"ד, פרתי קנויה לך", הרי דמירי בעיקר האומדנא, לא בתנאים הצדדים, דמקנה עבור זה שאינו מטריחו, וכן מבואר ברשב"א בסוף דבריו כאן בעדי אונס דלא אסיק אדעת' מפקיד מעיקרא "ולא אקני ליה כשאין מטריחו לבי"ד, הא היכא שהוא פטור לא", והכא ברשב"א מבואר דאף בטענת פטור מיקרי "אין מטריחו לבי"ד", דרק כשאין מטריחו לבי"ד הוא דמקני ליה.

כו"ע מודי דבעינן תנאה דלא אטרחי' לבי דינא, ורק נחלקו האם זו סיבת ההקנאה, ושורש פלוגתתם, דהרשב"א חידש דעיקר מהותו של שומר הוא "העמדת הפקדון או דמיו" בסוף השמירה, ובלי אטרחי' לבי דינא נעשה "העמדת הפקדון" בשלמותה, וזו כבר טובה בתורת שומר.

ונקדים בהערה נוספת, דהנה, לכא' איכא גמ' מפורשת כהרשב"א שמקנה עבור זה דלא אטרחי' לבי דינא, דכתוב להלן [ל"ה]. שלא מקנה היכא דשילם ע"י גביית ב"ד דאז אטרחי' לבי דינא, וצ"ל דאיכא תרי סברות בהקנאה, א' תמורת מה מקנים את הכפל, ב' באיזה תנאים מקנים את הכפל, ופלוגתת הרמב"ן ורשב"א הוא "תמורת מה מקנים", והיינו האם מקנים גם תמורת עצם ה"אטרחי' לבי דינא", או דרך מקנים תמורת הבטחת הקרן, אכן גם הרמב"ן מודה דאף אי לא מקנים "תמורת" הלא אטרחי', אכן בלי תנאה דלא אטרחי' הוא לא מקנה.

ונראה להביא מקור דחוץ מגוף ההקנאה, איכא נמי תנאים שבהם הוא מקנה, דמצאנו כן בהדי' בגמ', דקס"ד בגמ' לחלק בין כלים לבהמה דנפיש טרחיה, וז"פ דנפיש טרחי' אינו הטובה בעצמה שתמורתה מקנים את הכפל, ולמד הרמב"ן דה"ה דלא אטרחי' לבי דינא הוא כן, וכן למסקנה מצאנו כן, דבשילמו בנים יש צד דלא עביד ניח נפשיה רק אבוהון, [ולא מיירי בשמירה זו רק דתמיד, ע' רשב"א שם לגבי שואל ופשוט].

ולכא' סברת הרמב"ן יותר ברורה, שהרי ז"פ דכל טובה שנעשה באותו זמן שהוא שומר, דאינו מקנה לו את הכפל עבורו, דרך בשביל טובה שנעשה בתוך תחום השמירה הוא מקנה לו כפל, ופשוט דטירחא צדדית אינה כלום אף אי טירחא יתירא הוא, וצודקים דברי הרמב"ן דאין זו סיבת ההקנאה, וע"כ דאינו אלא תנאי בעלמא.

ובביאור שיטת הרשב"א נראה דע"כ דהיה לו ביאור וגדר אחר בעיקר סברת "לא אטרחיה לבי דינא", ונקדים בזה בעיקר יסוד של שומר, דהנה, נחלקו הקצוה"ח והנתי"מ האם איכא דין השבה בשומר כמו שיש דין השבה בגזלן, אולם נראה פשוט דכו"ע מודי דאף אי ליכא בזה דין השבה, אכן עיקר מהותו של שומר הוא "העמדת הפקדון למפקיד" [והיינו דאינו יכול לומר לו ביום שבא לתובעו - שהחפץ שמור בשמירה מעולה כפי חיובו והוא נמצא בביתו במקום שמור - "הרי שלך לפניך" - תבדוק את הבית למצא את הפקדון], דפשוט דבלי העמדת הפקדון חסר בזה בעיקר השמירה, דעיקר ענינו של השמירה היא אך ורק כדי להעמידו לו בסוף ההפקדה, ופשוט מאד.

ומעתה נראה דבשומר איכא תרתי, שמירה לחפץ וזה כדי להגיע להעמדת הפקדון או עכ"פ את דמיו, וכל זה הוא עיקר מהותו של שומר, וכל תוספת חיזוק בדבר זה חשיב תוספת טובה בתורת שומר ובשביל תוספת חיזוק בזה הוא מוכן להקנות לו את הכפל.

ומעתה אם השומר מבטיח לו את הקרן, או שהוא נותן לו את הקרן לפנים משורת הדין, הרי"ז ודאי חשיב טובה בתורת שומר, וסברת הרמב"ן בלא אטרחי' הוא דתפקידו של שומר לא כולל חסכון בטירחא, ולכן ע"כ מה דלא אטרחי' לבי דינא הוא טובה צדדית, ואין זו טובה ב"תורת שומר", וע"ז גופא חולק הרשב"א, דהך טירחא אינה טובה צדדית, רק דמקיים בזה "העמדת הפקדון" בצורה מושלמת, דמעמיד לו את דמי הפקדון ואת התשלומין של הקרן בצורה הכי מושלמת, בלי צורך לבא לבי"ד, ומי שמערב את הבי"ד בהעמדת הפקדון, הרי חסר בעיקר תפקידו של שומר.

ובזה מבואר נמי צירוף שתי הסברות כהדדי, שתחילת מחשבתו הוא שיש צדדין שהוא יכול להפסיד לגמרי את הפקדון, והיינו, שמא יפטר נפשיה ולא יהיה עדים, ומחמת חשש זה הוא נחית כבר להקנאה, אכן שוב מחשבתו בפועל בהקנאה היא דלא רק עבור עיקר העמדת הפקדון [בלי הפסד גמור] הוא מקנה, אלא דעבור שלמות העמדתה, והיינו בלי אטרחיה, דגם עבור זה הוא מקנה, וממילא דגם בעדים הוא כבר מקנה.

מבאר דלכא' לפי הרשב"א יש שני סיבות להקנאה, אכן לדברינו הכל אחד מצד "העמדת הפקדון" בשלמותה.

ונראה להוסיף הוכחה לעיקר דרכינו הכא, דלכא' אי נימא כפשוטו דהרשב"א סובר דההקנאה היא מצד "לא אטרחי'" כפשוטו, א"כ יש ב' סיבות להקנאה, דבעדי פשיעה, הוא רק מקנה עבור "הלא אטרחי'", אכן בטוען טענת פטור ומשלם, התם הרי א"א לומר שמשלם עבור הלא אטרחי' לבי"ד, שהרי לא היה עליו חיוב גם אי היה מביאו לבי"ד, שהיה יוצא פטור מבי"ד, ונמצא שאין כאן "לא אטרחיה" כלל, [והיינו דרך באופן שאי-תשלומין מיקרי "אטרחי'", אז אפ"ל שתשלומין

מיקרי "לא אטרחי", אבל היכא ד"אי-תשלומין" אינו בכלל אטרחי' שהרי הוא פטור, שוב התשלומין לא מיקרי "לא אטרחי" רק הבטחת הקרן, ונמצא דכאן בהכרח הרשב"א מודה לרמב"ן דמקנה עבור הבטחת הקרן, ונמצא דאיכא ב' סיבות שונות להקנאה, בעדי פשיעה משום לא אטרחי', ובטענת פטור משום הבטחת הקרן, [שאז הוא היה יכול לישבע להפטר], ונמצא עוד, דבטענת חיוב הוא מקנה מצד שני סיבות, א' לא אטרחי' לבי דינא כמו בעדי חיוב, ב' גם מצד הבטחת הקרן, שהיה יכול לשקר.⁹⁰

איברא, דברשב"א עצמו איכא משמעות בדבריו דאין כאן ב' סיבות להקנאה, והכל משום "לא אטרחי' לבי דינא" ותו לא, דכן מדויק בכל דבריו, ועיין בזה בהערה⁹¹ שהבאנו לזה ג' ראיות, וצ"ב, ועיין בהערה⁹² מה שאפשר לומר בזה.

אכן לדברינו א"ש בפשיטות, דלא מיירי הכא מצד החסכון טירחא שיש ב"לא אטרחי' לבי דינא", דלא מצד 'עצלות' הוא מקנה לו, אלא דלא אטרחי' הוא אופן מעולה של העמדת הפקדון, וכש"כ העמדת הפקדון בלפנים משורת הדין דזה ודאי כלול בזה ודו"ק.

ועיין להלן [סי' י"ב] דהבאנו דפלוגתת הב"ח והקצוה"ח תלוי בפלוגתא זו של הרשב"א ורמב"ן.

פרק ג

בדברי הרשב"א בעדי אונס.

בדברי הרשב"א דשבועה היא "תשלומין", והיינו דשבועת שומרים הוא מחיובי שמירה ולא ע"י טענה וכפירה כשאר שבועות, ויש לזה כמה הוכחות.

ברשב"א הק' מהמשנה שכתוב "ולא רצה לישבע" והרי בעדי פשיעה א"א לומר לא רצה לישבע ומכאן הוכיח הרמב"ן שיטתו דבעדי פשיעה ליכא כפל, וקשה על הרשב"א, ות' הרשב"א דלשון זה רק בא למעט עדי אונס, דאין עליו תשלומין כלל, "לא תשלומי ממון ולא תשלומי שבועה", דבכה"ג הוא לא מקנה לו את הכפל, וזה משום שאין אומדנא, שהרי לא אסיק אדעת' שישלם לו היכא שהוא פטור, הלכך לא קני.

ואגב מתבאר מתוך דבריו דשבועה הוא דין "תשלומין", ויש לבאר את הגדר בזה בב' אופנים.

⁹⁰ ועצם זה ששייך ב' סיבות להקנאה, זה מפורש ברמב"ן עצמו שלמד שכלי שהיה כתוב "שו"ח" במשנה, היה קס"ד לחלק דבש"ח מהני בעדי פשיעה משום לא אטרחי', אף דאיך שומרים אינו מקנה ככה"ג, ומוכרח עכ"פ ששייך ב' סיבות להקנאה, דבכל שומרים מצד הבטחת הקרן ובש"ח יש סיבה נוספת מצד לא אטרחי', ולדעת הרשב"א גם למסקנה איכא שני סיבות.

וכן מוכרח בריטב"א ה' [מובא עיל פרק א'] דס"ל דבטענת פטור הסיבה משום לפנים משורת הדין, וממילא דבטענת חיוב הטעם משום לא אטרחי', וממילא יש בו ב' טעמים.

ובאמת, דמהריטב"א ה' יש להביא מקור לרשב"א לדין של עדי חיוב, דאי בטענת חיוב ע"כ הטעם משום לא אטרחי', א"כ ה"ה דעדי חיוב, וי"ל א"כ גם הרשב"א ס"ל כן, ובוהו הוא חולק על הרמב"ן, דהרמב"ן למד טענת פטור מצד הבטחת הקרן, וממילא דה"ה די"ל כן גם בטענת חיוב, אכן הרשב"א למד כהריטב"א דבטענת פטור משום לפנים משורת הדין, וממילא דבטענת חיוב הוצרך לבא לאטרחי', וזהו כבר מקור לעדי חיוב, ויש לדון בכל זה מהנמו"י, ואכמ"ל.

⁹¹ דז"ל הרשב"א להלן [ל"ה בד"ה שילם לבנים], "דירדו חכמים לסוף דעתן של בריות דכל דאית ליה בהמה או כלים ביד שומר ניחא ליה דלא נטרח בבי דינא וליקנו שומרים כפילא דאתי מעלמא", וכ"כ להלן [ל"ד. בד"ה הריני משלם] "לכשתגב ותרצה ותשלמני מרצונך, ולא תטרחני לבי"ד, פרתי קנויה לך", הרי דמיירי בעיקר האומדנא, לא בתנאים הצדדים, דמקנה עבור זה שאינו מטריחו, וכן מבואר ברשב"א בסוף דבריו כאן בעדי אונס דלא אסיק אדעת' מפקיד מעיקרא "ולא אקני ליה כשאין מטריחו לבי"ד, הא היכא שהוא פטור לא", ומבואר דבטענת פטור מיקרי "אין מטריחו לבי"ד", שרק באין מטריחו לבי"ד מקני ליה.

⁹² והיינו, דבשלמא בחייב למפקיד קרן, אז הוא יכול לומר שמקנה את הכפל בגלל שהגיע אליו בלי טירחא דבי"ד, אבל באופן שלא מגיע לו כלל, הרי אין לו על מה ליטרח בבי דינא, ולא זה מה שחסר לו, אלא עיקר הקרן חסר לו, ומקנה לו על מה שקיבל את הקרן והושלם והובטח הקרן, או בגלל שעשו עימו לפנים משורת הדין, אבל מאיזה טירחא דבי"ד הצילו וצ"ע.

וראיתי בחי' ר' ראובן [סי' כ' אות א'] גדר בזה, דלא להטריחו לבי"ד הוא לא רק דמשלם לפני שבי"ד כופין אותם באופן שבאמת חייבים, [שרק באין מטריחו לבי"ד מקני ליה], אלא הכוונה בזה היא, שיש שומר שלא רוצה ממון שצריכים לזה בי"ד [והביא לזה משל מב"ב [ל'] דעביד איניש דזבין דיניה, דא' קנה שדה שלו מחבירו שקנה מגזול, דעדיף לו להוציא ע"ז ממון, ולא לתבוע את השדה בבי"ד], והיינו דבשומר חנם שנגנבה ובש"ש שנאנסה, עדיף לו לשומר לשלם ולא לצאת זכאי בלי לשלם ע"י שבועת בבי"ד, והמפקיד מקנה לו את הכפל עבור זה שהוא העדיף לא לזכות בממונא דפיקדון ע"י שבועה, וגם זה בכלל "טירחא לבי דינא".

א] כל שבועה יסודה הוא חיוב ממון, רק שזה סוג מיוחד של חיוב ממון דהכא כבר אפשר להפטר ממנו ע"י שבועה, והיינו שזה חיוב ממון קלוש, וזה יסוד הדין דמתוך שאיל"מ, ועיין בהרחבה בזה בדברינו באמרות אברהם [שנים אוחזין].

ב] י"ל באופן אחר, דאין כוונתו לכל שבועה אלא לשבועת השומרים, דלהלן [ל"ה:]: מבואר דשאני שבועת השומרים שבא להפיס דעתו של בעה"ב, והגדר בזה הוא, שחלק מהחיובי תשלומין של השומר למפקיד הוא העמדת החפץ או בעין או תשלומי דמיו בכל המצבים שהוא התחייב בהם, ובנוסף לזה, נתחייב השומר למפקיד במצבים שהוא כבר פטור, דעדיין מחוייב לו "תשלומין של שבועה".

ובזה חלוק שבועת השומרים משאר שבועות, דבשאר שבועות הוא חייב לברר את הטענה, וזה רק כשבא השני בטענה אלימתא דזה כבר מחייבו לברר את טענתו, וזה בסיוע ע"א או במודה במקצת, דבזה נעשה טענתו לטענה אלימתא, וזה מחייבו לברר טענתו ע"י שבועה, וזהו הסברא דע"י טענה וכפירה הם באים, ועיין ב"מ [ד']. דכתבו התוס' [שם], דהכוונה בזה דע"י "טענה חשובה" הוא מתחייב, והיינו כנ"ל, משא"כ בשומרים, הרי אין לטוען שום טענה כלל, שהרי א"י, ורק דמחוייב השמירה הוא, וזה מיקרי "תשלומי שבועה".

ועיין להלן שהארכנו ביסוד זה והבאנו הרבה ראיות לזה, עיי"ש, הרי דנתבאר היטב דשבועת השומרים הוא שבועה בתורת חלק מהחיובי שמירה לחבירו, ועל זה אמרו במשנה דרך כשיש חיוב תשלומין הוא דמקנה לו כפילא, בין תשלומין דשבועה ובין תשלומין דממון, ועל זה הוסיף הרשב"א, דכשיש עדים שהוא פטור, בזה אמר הרשב"א שאין עליו דין תשלומין כלל, והיינו שאין עדי פטור כלולים בכלל התשלומין למפקיד, ואדרבא, רק באופן שלא נתברר הפטור ע"י העדים, אז הוא דרמי עליו תשלומין דשבועה, אבל כשיש עדי פטור אין כאן תשלומין להפיס דעתו – דאדרבה – דבכה"ג הוא לא נתחייב בלהפיס דעתו.

ביאור סברת הרשב"א דלא מקנה אלא מחמת תשלומין, ולא מחמת מתנה בעלמא, ומבאר את דברי רעק"א בעד המסייע שפוטרו, דאז לא הוי מתנה.

והנה הרשב"א הסביר למה בעדי אונס ליכא הקנאת הכפל, דבכה"ג דהיו עדי אונס ליכא אומדנא כלל, שהרי לא אסיק אדעת' שישלם לו היכא שהוא פטור, הלכך לא קני.

ולכא' קשה, דמאי שנא מעדי חיוב, שהרי גם בעדי חיוב לא אסיק אדעתיה שיגיעו עדים לחיבו, והוא רק הקנה לו על הספק, וביאר הרשב"א דמעיקרא בשעת הפקדה יש לו "צדדין" שמא לא יבואו עדים ויפטר, הלכך מעיקרא נחית להקנאה, ולבסוף הוא מקנה תמורת הלא אטרחי', וכל זה נתבאר לעיל בשיטת הרשב"א, וא"כ ה"ה דנימא כן בבאו עדי אונס.

ועיין ברעק"א בחי' [ד"ה בנ"י כתב] שמבאר את כוונת הרשב"א דבשלמא חייב לשלם ע"י עדי חיוב, התם חיילא תורת "תשלומין" שהרי יש לו חיוב תשלומין ומתחילה נחית להקנות את הכפל עבור תשלומין על הפקדון, אבל כשבאו עדי פטור, התם אין התשלום אלא בתורת "מתנה" בעלמא, ומה שבמתנה אינו מקנה לו את הכפל, היינו משום דלא אסיק אדעת' שיעשה כך, אכן בעדי חיוב, אף דלא אסיק אדעתיה שיגיע עדי חיוב, ואינו אלא ספק, סו"ס על כל הצדדין הרי זה תשלומי שומרים ולא מתנה בעלמא.

ונראה לבאר את הדברים יותר עפ"י מה שביארנו לעיל [פרק ב'] בסברת "אטרחי' לבי דינא", דמה שעושה לו טובה צדדית לא מהני, ועבור זה הוא לא מקנה לו זכויות בפקדון, ורק עד כמה שהוא עושה לו טובה ב"תורת שומר" בזה הוא מזכה אותו בכפל, וממילא דמתנה בעלמא אינו בכלל זה, ופשוט.

ולפי"ז כתב רעק"א דה"ה בשמירה בבעלים שפטור לגמרי מתשלומין דהרי"ז כבאו עדים לפוטרו, ולא אסיק אדעת' מעיקרא בכה"ג להקנות לו.

אלא דהוסיף רעק"א דבשמירה בבעלים גם החולקים על הרשב"א יודו, דכל מה שחולקים בעדי אונס, היינו משום דלפני שהם מעדים הרי הוא באמת חייב בתשלומין, וגם אחרי עדותן אם הוא

משלם הרי הוא כמודה על חיובו נגד עדים, אכן בשמירה בבעלים ליתא לכל זה, ואז לכו"ע הרי זה כמתנה בעלמא.

ורעק"א מסתפק, באופן שפטור משבועה מחמת עד א' המסייע, שמלשון הרשב"א מבואר שבאו 'עדים' דאז לא זוכה בכפל, ומדויק דאין הדין כן בע"א, וי"ל דאין זה בירור גמור כעדים, וא"כ י"ל דחיילא "שם תשלומין" ולא הוי כמתנה בעלמא, אלא דנכלל בתורת תשלומין, [אולם נראה דכל זה לענין האומדנא, אבל לענין תשלומין מעיקר הדין לפי הירושלמי, הרי פשיטא דאין זה תשלומין, ודו"ק].

וגם בזה צריכים ביאור הנ"ל, דסו"ס מה לי איזה פטור יש לו, דסו"ס בי"ד פטרוהו, ולא קס"ד שישלם לו אחרי שבי"ד פטרוהו, וע"כ כנ"ל, שאם רק אפשר להחיל עליו שם תשלומין ולא מתנה, שוב שייך להקנאת הכפל, ודו"ק.

פרק ד

שורש פלוגתת הרשב"א והריטב"א בעדי אונס

שי' הריטב"א בעדי אונס, ובישוב קושי' הריטב"א מנשבע ואח"כ שילם, דהרשב"א למד דשאני פטור שבועה מפטור עדים, והריטב"א לא חילק.

והנה בדין עדי אונס הבאנו שיש חולקים, ועיין בזה בריטב"א החדשים דס"ל דמקנה לו כפילא, וזה דלא כהרשב"א, וכפשוטו צ"ל דפליגי אי אסיק אדעת' בכה"ג או לא, וזה צ"ע דמה שורש פלוגתתם.

אכן לרעק"א י"ל דבלאו הכי הוא לא חושב על כל אופן ואופן והעיקר בזה הוא האם חיילא תורת תשלומי שומרים על התשלומין או לא, והיינו דרך אי מתקיים תשלומי שומרים לפנים משורת הדין אז הוא דמקנה, וי"ל דפליגי בזה, האם גם בכה"ג מיקרי "תשלומי שומרים" כיון דמעיקרא היה חייב לפני שהעדים הגיעו, או דאכתי מיקרי "מתנה" בעלמא.

אולם הריטב"א הוכיח כשיטתו משי' רבא בב"ק [ק"ח] דגם בנשבע ושוב שילם דשפיר זוכה בכפל אף דודאי פטור לגמרי אחרי השבועה, ולכאוי' זו ראי' ברורה, דמאי שנא עדים משבועה הרי בשניהם איכא פטור, ובשער המשפט [סי' רצ"ה ס"ק א'] תי' דלפי הרשב"א י"ל דמיירי שם שהוא מודה שהוא נשבע לשקר, וממילא שפשוט שיש בזה תורת תשלומין, ולא שבא לשלם לפנים משורת הדין, דאז באמת אינו אלא מתנה בעלמא.

והיינו דלדברי השער המשפט דינו של רבא הוא גם באופן שהביא עדות ונפטר, ושוב הודה שהעידו בשקר, דהודאת בע"ד מהני נגד עדים, והמשנה רק באה למעט כשבא לשלם לפנים משורת הדין כשאין על זה דין תשלומין כלל.

והוסיף השער המשפט, דלפי"ז רש"י שכ' [שם] בשיטת רבא דמיירי בשילם לפנים משורת הדין, והיינו שהוא לא הודה ששיקר אלא שמשלם אף שהוא פטור, דמזה מוכרח שהוא חולק על הרשב"א דלפי הרשב"א הרי לא אסיק אדעת' בכה"ג, והרי"ז מתנה בעלמא, וע"כ דס"ל כהריטב"א בשטמ"ק, דגם בעדים שנאנסה ומשלם אח"כ הוא זוכה, ודלא כהרשב"א, ושני המחלקות תלויות זו בזו.

אולם אין זה מוכרח לנתבאר לעיל ברעק"א בדין עד המסייע, [ולעולם י"ל דרש"י כהרשב"א], וסברת הרשב"א לחלק בין שבועה לעדים מוכן היטב עפ"י רעק"א הנ"ל בעד המסייע, דבדליכא בירור גמור לפוטרו אז מודה הרשב"א דאכתי איכא על זה "שם תשלומין", וה"ה די"ל כן בשבועה, דלא היה כאן הכרעה ברורה, ואי ננקוט כן הרי אית לן הכרעה בספיקת רעק"א בדין עד המסייע.

ושוב י"ל דגם באופן שאינו מודה שנשבע לשקר דלפנים משורת הדין, אפי"ה הוא זוכה בכפל, ושורש פלוגתת הרשב"א והריטב"א בעדי אונס הוא בזה, האם מיקרי תשלומין לאחר הפטור בין ע"י עדים בין ע"י שבועה או לא.

מביא עוד גווני דנחלקו הבבלי וירושלמי בהקנאת הכפל.

ונראה דצריכים להוסיף, דיש עוד אופן דלרבלי הוא מקנה ולירושלמי הוא לא מקנה, דבנשבע ואח"כ שילם דקיי"ל כרבא זכה בכפל, הרי ודאי דהירושלמי יחלוק שהרי פטור מלשלם ואין זה "תשלומי שומרים", וע"כ דהבבלי חולק בזה לשיטתו, וכן בעד המסייע שכתב רעק"א דאף אי בעדי אונס הוא לא זוכה בכפל, אכן שאני בזה עד המסייע הואיל ואין זה בירור גמור שהוא פטור שוב זוכה, אכן לדעת הירושלמי ודאי שלא יזכה, דהיכא דאין חיוב תשלומין, אין ע"ז דין תשלומי שומר כדי שיזכה בקרן, וממילא דליכא גזה"כ דלכל היכא שהקרן הולך ה"ה הכפל.

זה מצד א' אכן מאידך גיסא נראה פשוט דבדין כיפי דאטרחי' לבי' דינא, אף דלדעת הבבלי אינו מקנה כיון דאטרחי' לבי דינא, אכן לדעת הירושלמי ודאי קני, דמעיקר הדין הוא, ולא אכפת לן באומדנא דידה.

והוסיף לי תלמיד אחד נ"י, דה"ה דכל הספק להלן בשילמו בנים או שילמו לבנים דזה לא שייך לירושלמי, דמה אכפת לן בניחא נפשיה הא סו"ס הוא שילם תשלומי שומר, ודו"ק.

מביא ג' חידושי דינים מרעק"א, דין חשוד ודין עד המסייע ודין בעליו עימו.

הרי לנו כמה חידושי דינים מרעק"א, ונסכם אותם א' א', דהנה לכאור' הפשטות הוא דכיון דנחלקו הראשונים בעדי פטור ובעדי חיוב, א"כ ה"ה דנחלקו בעוד ג' גווני, א' נחלקו בבעליו עימו שזה כמו עדי פטור, ב' גם נחלקו בעד המסייע, שזה גם כמו עדי פטור, ג' גם לאידך גיסא נחלקו, דבאופן דאיגלאי מילתא שהשומר היה חשוד דאז אינו יכול לישבע, הרי אז לכאור' הדין תלוי בפלוגתא הראשונים בעדי חיוב, דלפי הראב"ד הדין בזה הוא דהשומר משלם, הלכך לא מצי לפטור עצמו כמו בעדי חיוב, ולכאור' תלוי בהנ"ל.

ורעק"א חידש לנו דאינו כן, א' בבעליו עמו כבר הבאנו את סברתו דהכא גם הריטב"א יודה לרשב"א דגרע מעדי אונס דהכא ודאי שזה מתנה בעלמא דגם מעיקרא היה פטור, ב' בעד המסייע הרשב"א יודה לריטב"א דהכא אינו מתנה כיון דאינו בירור כעדים, ודומה לשבועה, ג' בחשוד הרשב"א יודה לרמב"ן דלא מקנה דגרע מעדי חיוב, דבעדי חיוב הסביר הרשב"א דמעיקרא הוא מקנה לו כפל כיון דאיכא צדדים שיכול לפטור את עצמו כיון שאינו מוכרח שיהיו עדי חיוב, ורק אח"כ הגיעו העדים, אולם בחשוד איתברר דמעולם לא היה יכול לפטור את עצמו, ומעולם לא היה לפנינו הנך צדדים לפטור, ודו"ק, ולפי"ז נראה דהיכא דנהיה חשוד באמצע השמירה דאז הדרא לפלוגתא הרשב"א ורמב"ן, ופשוט.

מבאר שורש פלוגתא הריטב"א ורשב"א האם מחלקינן בין שבועה לעדים או לא, ומביא את דברי הרמ"ה בשטמ"ק בב"ק [ק"ח] ואת דברי הש"ך, דגם לאחר שבועה אכתי "שם שומר" עליו לענין תביעת הגנב, משא"כ לאחר עדי פטור.

הזרנא לפלוגתא הרשב"א וריטב"א בעדי אונס, דהנה, אכתי לא איתברר למה פשיטא ליה לריטב"א דלא מחלקינן בין שבועה לעדים, ומזה הוכיח משיטת רבא לדין עדים, ולדעת הרשב"א ליכא ראייה ושפיר מחלקינן ביניהם, ונראה לחדש דפלוגתתם תלוי בביאור הסוגי' בב"ק [ק"ח].

דהנה, מבואר בב"ק [ק"ח: - אתמר נגנבה באונס, אביי וכו'] דש"ש שנשבע ונפטר והוכר הגנב דהש"ש צריך להעמיד את הגנב לדין, וש"ח אינו חייב להעמידו לדין, ויכול לעמוד בשבועתו, ועיין בשטמ"ק בשם הרמ"ה דמדיני שומרים הוא דלא כלתה השמירה ולכן השו"ש חייב, דכשנגנב הדין הוא דשו"ש חייב למצא את הגנב והשבועה היא רק לפוטרו מלשלם מיד, אבל זה לא מסלק ממנו את הדין שומר לגמרי.

ובשו"ח שאינו חייב לטרוח למצא את הגנב, בדידיה מהני שבועתו לגמרי, ונראה דהא מיהת דנשאר עליו תורת שומר גם בשו"ח לענין זה שאין הגנב יכול לומר לשומר חנם דלאו בע"ד ידי את אם השו"ח מעמידו לדין, וכן נראה מדברי הגר"ח מטעלז [עמוד קנ"ח] שביאר כן, [אף דהמשמעות ברמ"ה הוא דבשו"ח באמת כבר כלתה השמירה].

ועיין ש"ך [סי' רצ"ד] שכתב נמי כהרמ"ה דדין בשומרים הוא, ועיין שם עוד בש"ך שרצה לחלק בזה בין נפטר ע"י עדים לנפטר ע"י שבועה, דרק בנפטר ע"י שבועה הדין כן.

עכ"פ בעיקר הדברים למדנו מכאן שוב את יסודו של הגרי"ז בגדר הדין שומר, דשומר 'מחזיק' את החפץ לענין השמירה, והוא בע"ד על החפץ לענין השמירה, ולהכי הוא ממשך להיות שומר גם אח"כ לענין תביעת הגזלן, וכן העירני הבחור החשוב אשר עהרנפעלד נ"י, ודו"ק.

ובביאור דברי הש"ך נראה כך, דאי שבועת השומרים היה דין בירור בעלמא, והך דרגת בירור סגי לענין הספק בשומרים, א"כ שוב ליכא לחלק בין עדים לשבועה, דסו"ס איתברר הספק בדרגת הבירור דבעינן לשומרים, אכן לדברינו אינו כן, דכבר נתבאר לעיל בדברי הרשב"א דיסוד דינא דשבועה הוא דין "תשלומין" בהלכות שומרים, ומחויבי השמירה הוא, וא"כ אכתי לא איתברר פטור, דכל מה שמהני שבועה הוא רק לענין זה דכבר א"א לחייבו אחרי השבועה, [דרך מוטל עליו להפסיד דעתו, והרי הפסיד דעתו של בעה"ב], אבל אכתי לא פקע ממנו שם שומר עד שיש עדים, דבדאיכא עדים התם כבר איתברר פטור, דאיתברר דאירע בפקדון דבר שהוא לא קיבל ע"ע שמירה כלל, ובזה פקע לגמרי הדין שמירה.

וע"ע ברש"י שם [ריש העמוד] בשו"ח שנשבע ותבע לגנב והודה דפטור, דתביעתו חשיב כתביעה כיון דלא פקע ממנו שם שומר⁹³.

מוכיח מהתרומת הדשן שחולק ולדידיה פקע הדין שומר אחרי שבועה לגמרי.

אולם עיין בתרומת הדשן [ח"א סי' שכ"ד] דחולק, וסובר דלא נתחדש כאן הלכה בהלכות שומרים כלל, רק דכל מי שקיבל שכר מוטל עליו לעזור לחפש את הגנב, ולעזור לו להוציא ממנו ממונו, עיי"ש בש"ך וברמ"א בשמו, והיינו ע"כ דהתרומת הדשן למד דכבר אין עליו תורת שומר אחרי שבועה, רק דמי שקיבל דמי שכר על חפץ דמוטל עליו לתקנו גם אח"כ.

ולפי התרומת הדשן קשה דא"כ למה מצאנו דבשו"ח הוא יכול להעמידו בדין, הרי כבר פקע ממנו דין שומר, ונראה דהתרומת הדשן אזיל בזה לשיטתו לעיל מיניה [סי' ש"ח], שהתרומת הדשן הוכיח מהך גמ' שכל ממון שיצא מתחת ידו הרי הוא בע"ד על התביעה, גם בשומר וגם בלי שומר, שהוא בע"ד על התביעה, וא"י לומר לאו בע"ד ידי את, ודלא כרש"י בסוגי'.

הרי דלמדנו מדברי התרומת הדשן שאחרי השבועה כבר פקע הימנו דין שומר, ואינו שומר כלל וכלל, ודלא כרש"י והרמ"ה, וברור.

מבאר דפליגי הרשב"א והריטב"א בפלוגתת רש"י והרמ"ה נגד התרומת הדשן האם נשאר עליו תורת שומר גם אחרי שבועה, וממילא דחולקים האם סגי מה שהיה עליו תורת תשלומין לומר דאינו מתנה בעלמא, אבל בבעליו עמו מודה גם הריטב"א.

ונראה דבזה יבואר פלוגתת הריטב"א ורשב"א בסוגיין, דנחלקו האם איכא הוכחה מנשבע ואח"כ שילם לשילם אחרי עדי אונס, שהריטב"א מדמה להו אהדדי, והרשב"א מחלק ביניהם, והיינו טעמא, דהרשב"א למד כרש"י דלומד דלא פקע ממנו הדין שומרים גם אחרי שבועה, והרשב"א מוסיף בזה עוד כחילוקו של הש"ך שמחלק בזה בין עדים לשבועה, אכן הריטב"א למד בזה כהתרומת הדשן, דבאמת גם אחרי שבועה כבר נגמר הדין שומר, וממילא דכבר אין לחלק בין שבועה לעדים, ודו"ק.

ומעתה מבואר נמי שורש פלוגתתם, דכו"ע מודי דלא מקנה לו עבור מתנה בעלמא, דרק על מה שנעשה לו בתורת שומר הוא דמקנה לו כפילא, דרק היכא דחיילא עליו תורת תשלומין הוא דמקנה לו כפילא, ודעת הרשב"א הוא, דרק חיילא תורת תשלומין אי אכתי לא פקע ממנו התורת שומר, אבל אחרי שכבר נפטר פקע ממנו שם שומר וכבר ליכא דין תשלומין, והריטב"א חולק, דהריטב"א הוכיח דכל שהיה עליו תורת תשלומין שומרים, אף דנפטר כבר, אכן אי בא עכשיו לשלם עבור מה שיהיה חייב, בהך תשלומין יחול שם תשלומין.

אולם כו"ע מודי דבשמירה בבעלים דאינו כן, דזה מתנה ממש, דמעולם לא היה עליו תורת תשלומין, וכן כתב רעק"א בדעת הריטב"א, ודו"ק.

⁹³ וברש"י משמע דמוטל עליו לחזור אחריו, ודלא כהמשמעות בסוגי' דמחלק בזה בין שו"ח לשו"ש, ומה שכתב רש"י אנן סהדי דניחא, אין זה סיבה להיות שומר מחדש רק שלא יפקיע כמו בנשבע לשקר.

ועיין בש"ך [סי' רצ"ה ס"ק ח'] שפסק כהרשב"א בעדי אונס, והא דלא קשה לו קושי' הריטב"א הוא משום שהוא הולך לשיטתו דחולק על התרומת הדשן, ודו"ק.

הערה בשבועת שליחות יד, וביאור ברשב"א למה ליכא חשש לטענת החזרתי בשואל, ומה הדין בטענת בעליו עימו בשואל.

הק' הגאון הרב ר' יצחק ערענפלד שליט"א דגם באופן שיש עדי אונס, הא סו"ס צריך לישבע על שליחות יד, ומה שמשלם ולא נשבע יקנה לו כפל, וכמו סברת הרשב"א, וכבר העיר בזה הריטב"א הח'.

ועוד העיר דברעק"א מבואר דשמירה בבעלים ליכא כפל לכו"ע, וצ"ב, הרי יש שבועת שליחות יד, דשליחות יד חייב בשמירה בבעלים [קצוה"ח סי' שמ"ו ס"ק א'] ולכן הך שבועה יצטרך לישבע, דבשבועת אינו ברשותו ישבע, [קצוה"ח סי' רצ"א ס"ק י"ח] וממילא דגם שליחות יד בגילגול, ולפימש"כ הקצוה"ח [שם] גם בלי גילגול דבכלל לא אתמעט משבועה.

ולפי"ז הרי מה שמשלם לו, זה עבור מה שלא נשבע על שליחות יד, ותי' דשליחות יד הוא תשלומין של גזילה, ועבור זה אינו מקנה לו כפל רק עבור תשלומין של שומר, ודו"ק כי נכון הוא.

ונראה דגדולה מזו מצאנו ברשב"א בשטמ"ק דהקשה דלמה ליכא חשש טענת החזרתי ולהד"ם בשואל, ומה אכפת לן דטענת מתה מחמת מלאכה אינה שכיחה, ותירץ שאינה טענה בטענת שומרים כאונס ואבידה, וקשה דמאי שנא, ונראה דאי כל הענין של הבטחת הקרן הוא לדאוג באופן כללי לממונו, שלא יפסיד, א"כ ה"ה דבעדי אונס וכן בבעליו עימו דג"כ היה מקנה לו הכפל, דסו"ס הוא דואג דלא יפסיד ומה אכפת לן שאין על זה תורת תשלומין רק תורת מתנה, אכן מזה מוכרח דאינו כן, אלא דכל המשא ומתן ביניהם הוא שהוא דורש ממנו שמירה מעולה מושלמת, ותמורת זה הוא מקנה לו כפל, ואם הוא חושש שבשמירה עצמה תהיה פטור ולא יעמיד לו את הפקדון, אז הוא כבר מוכן להקנות לו כפל בתנאי שישלם לו הך פקדונו או דמי פקדונו, אבל אם התשלום הוא מחוץ לדיני שמירה והוא בגדר מתנה אז אין על זה שום הקנאה, וכן אם החשש הפסד אינו בתורת שמירה, אלא דמן הצד הוא יפסיד, שהוא יכפור בכל השמירה או שהוא יטען שזה כבר נגמר, אז אין זה חלק מהמשא ומתן שביניהם, ופשוט.

ועיין היטב ברש"ש דהקשה דבשואל איכא אכתי טענת בעליו עימו, ועיין בזה בריטב"א הישנים מצד העזה, ויש לדון בזה מצד הסברות דלעיל.

פרק ה

ספק בדין הריני משלם ומת,

או שבאו אח"כ עדי אונס או עדי פשיעה

מסתפק בהריני משלם ובאו עדי אונס ופשיעה.

כבר ביארנו דנחלקו הראשונים בעדי פשיעה ועדי אונס, דלרמב"ן לא מקנה כפילא בעדי פשיעה ולרשב"א לא מקנה בעדי אונס, ויש לעיין מה הדין כשאמר הריני משלם ושוב באו עדי פשיעה או עדי אונס האם הוא מקנה לו כפילא מחמת הריני משלם או לא, וכמו"כ יש להסתפק בשילם קודם. ויסוד הספק הוא, דמבואר בסוגי' דאמר הריני משלם ושוב אמר איני משלם, דאי אמרין דחזר בו [לראשונים דמהני לחזור בו] דאינו קונה כפילא, דאף דמקנה כבר בהריני משלם, אכן זהו רק משום שלבסוף זה יבא לידי תשלומין אבל היכא דנתבטלה אח"כ כחו של ההריני משלם, אז לכתחילה ליכא דעת להקנות את הכפל באופן זה, ומעתה ה"ה דיש להסתפק האם ע"י עדי פשיעה ועדי אונס שבאו אח"כ האם נתבטלה הך תשלומין או הך הריני משלם.

ספק בשילם ואח"כ באו עדי פטור.

והנה, בעדי אונס, סברת הרשב"א דלא מקנה לו הוא משום דלא אסיק אדעתיה, וביאר רעק"א דהו"ל כמתנה, ורק מקנה כפילא עבור תשלומי שומרים, ולא עבור מתנה, דלא שייכי לשומרים, דכל כה"ג לא אסיק אדעתיה.

ומעתה נראה דבשילם ושוב באו עדי אונס, יש לעיין אי בכה"ג דיינינן ליה למעות למפרע כמעות מתנה דאיתברר שהיה פטור, או דילמא, דכמו ששילם לפני משורת הדין לפני שבאו העדים, וחשיבי כתשלומי שומרים לפני משורת הדין, א"כ ה"ה לאחר שבאו עדים אכתי חשיב כתשלומי שומרים לפני משורת הדין.

בהריני משלם ואח"כ באו עדי פטור דומה לטענת הקצוה"ח בשילמו בנים לאחר שאמר אביהם הריני משלם.

אכן נראה, דבהריני משלם, זה כבר פשוט שלא אסיק אדעת'י שישלם אחר שיבאו עדי אונס, ומה לי מה שאמר קודם הריני משלם, שהרי מה שאמר הריני משלם, הכוונה לתשלומי שומרים לפני משורת הדין ואחרי שיש עדים, כבר לא שייך תשלומין כאלו, רק מעות מתנה, וכיון שנתבטלה ההריני משלם, דנהיה מצב שכבר לא ישלם א"כ אף דכבר אמר הריני משלם, הרי"ז דומה לאמר שוב שלא ישלם, ואף אי ישלם בסוף הרי משלם מעות מתנה ולא שייך הך תשלומין לאמירה הקודמת שהיה אמירה לתשלומין בתורת שומר, ודו"ק.

ומצאתי דין זה בדברי הקצוה"ח [סי' ס"ט ס"ק ז'] שמסתפק בהריני משלם ומת, אי חייבים הבנים לשלם מדין מתוך או לא, וכתב דמוכרחים אנו לומר שחייבים מדין מתוך, או דאם פטורים מדין מתוך עכ"פ מוכרחין אנו לומר שהריני משלם מחייבם, וא"י לחזור בו מההריני משלם של אביהם, דאל"כ והבנים פטורים בין מצד מתוך ובין מצד הריני משלם, הרי מה שישלמו אח"כ דומה למשלם לאחר שבאו עדי אונס, ונחלקו הראשונים אי מקנה בכה"ג שהיו עדי אונס או לא, עכתו"ד.

והנה, הכא מיירי שכבר אמר הריני משלם ולפי הצד בגמ' שלא מקנה דדילמא הדרי בהו הבנים כשאמרו אין אנו משלמים, אבל אי לא הדרי בהו, אז שפיר מקנים את הכפל מחמת אמירת האב, ומה דחיילא פטור אח"כ במיתת האב, הרי"ז כמו שבאו עדי אונס אחרי אמירת הריני משלם, ומבואר בקצוה"ח כדברינו הנ"ל, דבבאו עדי אונס אחרי הריני משלם דכבר אינו מקנה כפילא.

ביאור פלוגתת המהרי"ק והקצוה"ח דסובר דמת האב דומה לעד המסייע דנקט רעק"א דלא דומה לעדי פטור.

ובדעת המהרי"ק דחולק וס"ל דגם בכה"ג הוא מקנה ליה כפילא, אף דחולק וס"ל דהבנים פטורים, אכתי אינו ראה שחולק על עיקר הסברא, [לומר דבבאו עדי אונס אח"כ אכתי מקנה כפילא], די"ל דס"ל דפטור היורשים לא דומה כלל לעדי אונס, דבעדי אונס איתברר דליכא חיוב בעולם, וביורשים, אך דהם לא נתחייבו, אכן אביהם שפיר נתחייב, וכלפי אביהם אין לתשלומין האלו שם תשלומי שומרים לפני משורת הדין ולא חשיב מעות מתנה, ודומה למש"כ רעק"א שהרשב"א מודה בעד המסייע שאף שפטור משבועה וא"צ לשלם, אכתי לא מקרי עדי אונס, דאכתי לא נתברר הפטור.

הוכחה מיניה וביה מהקצוה"ח בדין עדי פשיעה.

איברא דמצד שני מוכרח בקצוה"ח דבהריני משלם ובאו עדי פשיעה, דלכו"ע מקנה כפילא, ודלא כבאו עדי אונס אח"כ, שהרי דעת הקצוה"ח דבגוונא הנ"ל אמרינן "מתוך" לש"י הרמב"ם, ונראה פשוט ש"מתוך" דומה לעדי פשיעה, דכל סיבה חיצוני שמחייבו לשלם דומה לעדי פשיעה, וא"כ הרי"ז דומה לבאו עדי פשיעה במיתת האב, דאז חיילא דין "מתוך" שמחייבו, ומה אהני לן הריני משלם דאביהם.

ומוכרח מזה, דלא אכפת לן מה שבאו עדי פשיעה אח"כ, ואף דיש מקום לומר שנתבטל הדין הריני משלם, ששוב א"צ הך התחייבות דבלאו הכי צריכים לשלם מצד העדי פשיעה ושוב דומה להריני משלם ואמר איני משלם, אולם מצד שני אינו כן, דסו"ס משלם נמי מחמת אמירת הריני משלם, ולא דומה לעדי אונס שגם אם משלם עכשיו אין זה שייך להריני משלם שקדמה לו, שהריני משלם הקודם היה בתורת תשלומי שומרים ועכשיו הוא משלם בתורת מתנה, משא"כ כאן, הוא שפיר משלם גם מחמת הריני משלם.

סימן י"א

ביאור בירושלמי שהקנאת הכפל מגזה"כ,
וישוב בדעת הרשב"א.

מביא מהירושלמי דהקנאת הכפל הוא מגזה"כ דכפל תלוי בקרן, ומביא הוכחת האהא"ז דמזה מוכרח דבעדי פשיעה הוא זוכה בכפל, ובעדי אונס הוא לא זוכה בכפל, ומתמה על הרשב"א דהוכיח בבלי כשיטת הירושלמי. < מביא עוד גווי דנחלקו הבבלי וירושלמי בהקנאת הכפל. < מתמה טובא על הירושלמי, [1] מדו"ה [2] מיוקר [3] מהצריכותא בין בהמה לכלים [4] מדין הריני משלם. < מביא מהנתה"מ דחלוק שילם דמהני קנין הכפל מעיקר הדין, מהריני משלם דקני רק מצד אומדנא ונפ"מ בשואל לר"פ, ור"ז חולק, וי"ל דגם לירושלמי איכא הקנאה מגזה"כ והקנאה מאומדנא. < מבאר דפלוגתא אביי ורבא בנשבע ושוב שילם הוא רק בדין אומדנא, וגם דו"ה ויוקר וצריכותא דבהמה וכלים כולהו הם באופן דקני מצד האומדנא, ועדי פשיעה מיירי בהריני משלם ולא בשילם. < מיישב איך הכריע הרשב"א דין עדי פשיעה והירושלמי מסתפק, וצ"ל דתלוי בפלוגתא אביי ורבא בנשבע ואח"כ שילם.

מביא מהירושלמי דהקנאת הכפל הוא מגזה"כ דכפל תלוי בקרן, ומביא הוכחת האהא"ז דמזה מוכרח דבעדי פשיעה הוא זוכה בכפל, ובעדי אונס הוא לא זוכה בכפל, ומתמה על הרשב"א דהוכיח בבלי כשיטת הירושלמי.

לעיל [סימן י'] הבאנו את פלוגתת הרמב"ן והרשב"א בעדי פשיעה אי מקנה את הכפל או לא – ועיין ברשב"א שהביא את הירושלמי דבעדי פשיעה מצאנו שהוא זוכה בכפל, וזה דלא כהרמב"ן, ומכאן הוכיח שיטתו, וגם הביא ראיה מהירושלמי דבעדי פטור הוא לא זוכה בכפל, וראיית הרשב"א צ"ע, וכדיבואר.

דהנה, בירושלמי מבואר דילפינן דין זכות הכפל מגזה"כ מקרא ד"חיים שנים ישלם", והק' בירושלמי דה"ה בנשבע ולא שילם שיזכה בכפל, ותי' "למקום שהקן הולך שם הולך הכפל", ורק בשילם יש לו קרן, וממילא שיש לו גם כפל.

והיינו דבקושי' למדו שמהזכויות של השומר היא שזוכה בכפל, ומ"ל נשבע מ"ל שילם, ובסוף תירצו, דהזכות שלו בכפל היא רק עד כמה שזכה בקרן, וזכייתו בקרן הוא רק בשילם.

ולכאן ק' דלמה זכה בקרן ע"י תשלומין, דאי הקנה לו את הפרה עכשיו בשעת תשלומין, הא אינו מקנה דבר שאינו ברשותו, ואי כהבבלי שדעתו להקנות למפרע, א"כ שוב זכה ממילא בכפל, דהא פרה ידיה נגנבה, וא"צ גזה"כ שיזכה בכפל, וע"כ שזה מהזכויות של השומר – שזוכה בקרן דגניבה דוקא בשילם, ולא בנשבע, דע"כ אין הבעלים זוכה גם בקרן מהגנב וגם בתשלומי הקרן מהשומר, וע"כ שזיכוהו בתשלומין שלו, וזה מהזכויות של השומר, ושוב בא הגזה"כ דחיים שנים ישלם לחדש רק דכפל עצמו, אף דאינו של השומר, ואף דבשעת הגניבה לא נגנבה פרה ידיה, אפ"ה זוכה בכפל, וכ"כ באהא"ז [שאלה ופקדון פרק ח' ה"א].

ועפ"ז כתב עוד באהא"ז, דבעדים שנאנסו דפטור, דשוב מה ששילם לא יזכה בקרן, דאין זה תשלומי שומר, דרק עד כמה שחייב בתורת שומר לשלם אז הוא זוכה בקרן, לא כן כשהוא פטור, וכן לאידך גיסא בעדי פשיעה, דפשיטא שזוכה בכפל, ושוב צ"ע, דהאיך הוכיח הרשב"א שני הנך דינים מן הירושלמי, הא הירושלמי אזיל לשלם דזוכה בכפל מגזה"כ, אכן לדעת הבבלי דמקנה לו, אין ראיה כלל, וצ"ע, עכתו"ד.

מתמה טובא על הירושלמי, [1] מדו"ה [2] מיוקר [3] מהצריכותא בין בהמה לכלים [4] מדין הריני משלם.

אולם נראה שכל המהלך בירושלמי תמוה עד מאד – וכדלהלן:

א [הרי הך גזה"כ שהביאו בירושלמי הוא דוקא בכפל, ומנלן דבדו"ה הוא ג"כ כך, ואף דלא שייך דו"ה בלי כפל, אכן אין זה אלא דבפטור על הכפל פטור נמי על דו"ה, דג' וד' לא אמר רחמנא, אכן להתחייב לשני אנשים שפיר מצאנו כפל אחד ודו"ה לשני, [עי' דברי יחזקאל סי' ס"ח שהוכיח כן מרש"י במרובה], ולפי"ז לעולם י"ל דהשומר זוכה רק בכפל, אכן מנלן דדו"ה שייך לו, וצ"ע.

[ב] עוד יש לתמוה דהראשונים, והרשב"א בכללם, ביארו דכוונת המשנה "באבידה" לדין יוקר, ולכא' לדעת הירושלמי דזוכה מגזה"כ בכפל, הרי"ז ודאי לא שייך אלא בכפל, והאיך ילפינן מזה יוקר, וצע"ג.

[ג] עוד יש לתמוה, דהצריכותא במשנה בין בהמה לכלים, לא א"ש רק בסברות דהבעלים מקנה לשומר מרצונו, אכן אי מגזה"כ שוב ליכא צריכותא כלל, וצ"ע.

[ד] עוד צ"ע, דלנתבאר בירושלמי ע"ד האבהא"ז, שרק דין כפל באו להשמיענו, אבל קרן בלאו הכי דידיה הוא, דמדיני שומרים הוא זוכה בקרן כששילם הקרן שלו, ולכא' צ"ב, דא"כ בשאמר "הריני משלם", איך כתב הירושלמי [שם] שג"כ זוכה בכפל, הא אין לו זכות בקרן מדיני שומרים, דמה שאמר הריני משלם אינו כלום, וראיה לזה ממה דהראשונים הסתפקו אי חייב או שיכול לחזור בו, ולא הוכיחו מהירושלמי, ועוד, דאף אי א"י לחזור בו, זהו רק דין מצד קם דינא בבי"ד, אבל לא משום שבפרשת שומרים יש כאן חיובים, וא"כ תמוה דהאיך הוא זוכה.

מביא מהנתה"מ דחלוק שילם דמהני קנין הכפל מעיקר הדין, מהריני משלם דקני רק מצד אומדנא ונפ"מ בשואל לר"פ, ור"ז חולק, וי"ל דגם לירושלמי איכא הקנאה מגזה"כ והקנאה מאומדנא.

והנראה בזה, דעיין בנתה"מ [סי' רצ"ה סוס"ק ג'] שהביא מחלוקת רש"י והר"ה אי בשואל ששילם זוכה בכפילה, וביאר, שהרי בשואל מתה מחמת מלאכה הוא לא שכיח, ונמצא דליתא לסברא דאי בעי מצי פטר נפשיה, נמצא דנחלקו האם בשילם ממש כבר לא צריך לבא לסברא דאי בעי מצי פטר נפשיה או לא, ולרש"י זוכה גם בלי הסברא הזו ולכן גם השואל זוכה כששילם, והנתה"מ רצה לתלות את המחלוקת בין הרשב"א והרמב"ן בעדי פשיעה בפלוגתא זו דג"כ פליגי בסברת אי בעי פטר נפשיה, דלפי הרשב"א דאית ליה כפל בעדי פשיעה אף דא"א לפטור עצמו דמזה מוכרח דא"צ סברא זו, וא"כ ה"ה דבשואל זה מהני, ועיין בהערה ⁹⁴ מה שיש להעיר בזה.

והנה בריטב"א הח' שם ביאר את שי' רש"י דב"הריני משלם" בשואל איכא תרתי לריעותא, א] אמירה במקום תשלום, ב] מתה מחמת מלאכה אינה שכיחה, ובשילם מהני אף דלא שכיח, דסו"ס מצי פטר נפשיה.

אכן בנתה"מ הנ"ל מבואר דשאני שילם דא"צ בכלל סברת "אי בעי מצי מפטר נפשיה" וע"כ דס"ל דבשילם מהני מעיקר הדין לקנות הכפל גם בלי סברא זו, וע"כ דמבואר בנתה"מ דלרש"י והרשב"א מודי הבבלי לירושלמי באופן ששילם ⁹⁵, ודווקא בהריני משלם נצטרך לבוא לסברא דאי בעי מצי פטר נפשיה, דהתם ליתא לעיקר הדין, והסברא בזה הוא כדביארנו לעיל דכיון דלא שילם שוב אין לו דין לזכות בקרן וממילא דלא זוכה גם בכפל.

הרי דלדרכו של הנתה"מ בסוגי' למדנו חידוש, דגם הבבלי מודה לעיקר הגזה"כ של הירושלמי, אולם נראה דכל זה נתחדש רק בשיטת רב פפא – והמקור להאי חידוש הוא בברייתא של שואל, אבל לפי רב זביד שיש לו סברא אחרת בשואל, והיינו שכל הנאה שלו, לדידיה שפיר מתפרשת הך ברייתא בלי לחדש דבשילם איכא דין מחודש מגזה"כ, ונמצא דרק בשיטת ר"פ נתחדש כן – ויש לו מקור מהברייתא.

ושוב אפש"ל דה"ה דהירושלמי מודה לבבלי בשי' ר"פ דאיכא שני דינים, ובהריני משלם מודה הירושלמי דקני מדין אומדנא, ודו"ק, ויש לומר שהמקור לירושלמי הוא מהברייתא הנ"ל – והיינו שכמו שרש"י למד בבבלי שכך שיטת ר"פ, כמו כן למדו בירושלמי.

⁹⁴ ועיקר דבריו מה דנקט דכל הדין של הרשב"א הוא רק בשילם צ"ע מהרשב"א עצמו שאומר לא כך, ומה שרצה ליישב קושי' הש"ך ג"כ תמוה, שהרשב"א פי' הך גמ' דאי בעי מצי פטר נפשיה באופן"א, אולם עיין להלן [סוף סי' י"ב] מה שיישבנו וביארנו בכוונת הנתה"מ דאין כוונתו בשיטת הרשב"א עצמו.

⁹⁵ וזה חידוש, אולם עיין להלן [סוף סימן י"ב] שביארנו את שיטת הנתה"מ באופן אחר בלי לחדש כן.

מבאר דפלוגות אביי ורבא בנשבע ושוב שילם הוא רק בדין אומדנא, וגם דו"ה ויוקר וצריכותא דבהמה וכלים כוליהו הם באופן דקני מצד האומדנא, ועדי פשיעה מיירי בהריני משלם ולא בשילם.

ונראה להוסיף בזה עוד, דלכא' יש לתמוה בשיטת רש"י הנ"ל עפ"י הנתיב"מ, הרי מחלוקת אביי ורבא בב"ק [ק"ח] הוא בשילם, והתם פליגי אביי ורבא בסברות דאטרחי' לבי דינא, ואיך שייך להסתפק כן, הא בשילם הוא קונה מעיקר הדין.

וצ"ל דע"כ דמוכרח דאביי ורבא לית להו הך דין, וס"ל כרב זביד, אכן י"ל יותר פשוט דבאופן שנשבע כבר, הרי בזה ליתא לדינא של הירושלמי, וכנתבאר לעיל, ושוב רק מקנה מצד האומדנא, וא"ש.

אולם אי ק' לך, דלמה לי דין דאורי' שזוכה ע"י התשלומין, הרי תיפוק ליה שזוכה ע"י ההקנאה ואומדנא, אכן זה לק"מ, דבכיפי דאטרחי' לבי דינא התם בעינן להך סברא, וכן שואל נמי בעינן תשלומין ומהני דווקא על פי הגזה"כ, וכן בשילמו בנים ושילמו לבנים דיתכן דליכא אומדנא, וא"ש.

ולפי"ז י"ל דבאבידה הוא יזכה ביוקר מצד האומדנא, וגם בדו"ה ליכא גזה"כ ובעי אומדנא, וא"ש נמי הצריכותא במשנה בבהמה וכלים גם לדעת הירושלמי, שיש לומר שהמשנה איירי גם בנשבע ושילם [וכשיטת רבא] דבזה ליכא גזה"כ, הלכך בעי אומדנא ושפיר שייך בזה צריכותא, וממילא דה"ה דא"ש נמי דינא דדו"ה בכה"ג, דבכולהו איכא גם אומדנא.

אלא שיהיה נפ"מ בין כפל ליוקר ודו"ה, דבכפל לא אכפת לן אטרחי' ומהני גם בבנים, משא"כ ביוקר ובדו"ה, אכן זה דוקא בשילם אבל בהריני משלם דומה כפל לאידך דינים.

ולפי"ז י"ל דדין הירושלמי בעדי פשיעה הוא בהריני משלם, ושפיר הוכיח הרשב"א מהירושלמי, דבכה"ג גם הירושלמי מודה דמצד אומדנא אתינן עלה, וא"ש הכל.

והיה הכרח לרשב"א שדין זה קאי בהריני משלם ולא בשילם שהרי בשילם הדין פשוט ולמה הירושלמי צריך לחדש לי דין זה, ומוכרח מזה דקאי בהריני משלם ושוב ליכא גזה"כ – ועיין להלן.

מקור גדול מהתוספתא.

והעירני תלמיד אחד לדברי התוספתא [ריש פרק ג'] שהביא דין כפל ודו"ה בשואל ושוכר, ומחלקים ביניהם, דבשוכר איכא כפל ודו"ה, ובשואל הכפל לשואל והדו"ה לבעלים, וזה פלא גדול, ועיין במפרשים שתיקנו את הגירסא, אלא דבמג"א מבואר שהוא קיים את הגירסא, ולמד דקאי לפי סברת רב זביד דמחלקינן בשואל כיון שכל הנאה שלו – עיי"ש בטעמא דמילתא.

והעירני דלפי דרכינו בירושלמי י"ל דאזיל כסברת ר"פ על פי הנתיב"מ ברש"י, וא"ש טובא – והיינו דבשואל ליכא אומדנא – וליכא אלא גזה"כ, ולא מהני גזה"כ בדו"ה, ומהני דווקא בכפל, אכן בשוכר איכא אומדנא ולכן מהני נמי בדו"ה, ודו"ק.

מיישב איך הכריע הרשב"א דין עדי פשיעה והירושלמי מסתפק, וצ"ל דתלוי בפלוגתא אביי ורבא בנשבע ואח"כ שילם.

הרשב"א הביא ראיה מהירושלמי דבעדי פשיעה הוא זוכה בכפל, וצ"ע, דבלשון הירושלמי המובא ברשב"א, וכ"ה בירושלמי אצלינו, דמפורש שזה רק ספק, ואיך הוכיח הרשב"א דין זה אי אינו אלא ספק, וצ"ע.

והנראה בזה, ונקדים במה שראיתי בצמח דוד על תשו' רעק"א [תשובה רט"ו] דהקשה דלמה ס"ל לירושלמי דמקנה את הכפל גם כשהביא עדי פשיעה, הא סו"ס אטרחי' לבי דינא.

ותי' דלפי רבא דנשבע ואח"כ שילם לא מיקרי אטרחי', ודלא כאביי, ופי' התוס' דסו"ס שילם בלי שיצטרכו לגבות הימנו, ודלא ככיפי שגבו הימנו בע"כ, וא"כ ה"ה בעדים שפשע לא מיקרי אטרחי' כיון דשילם מעצמו אחר העדאת עדים, עכתו"ד.

ולפי"ז י"ל דספיקת הירושלמי הוא אי מיקרי אטרחי' לבי דינא בכה"ג, והיינו די"ל דזה פלוגתת אביי ורבא והירושלמי מסתפק בפלוגתא זו, אכן סו"ס בבבלי מבואר דזה מחלוק' אביי ורבא, והרי קיי"ל כרבא, וא"כ א"ש מה שהכריע הרשב"א דלא מהני עדי פשיעה, דזה תלוי בפלוגתת אביי ורבא אי מיקרי אטרחיה לבי דינא כה"ג או לא, וא"ש.

ובאמת דאחרי דמבואר שבירושלמי היה ספק וע"כ שהספק הוא ספק כלפי האומדנא – והרי לפי הגזזה"כ זה דין פשוט, שהרי אין שום ספקות לפי הגזזה"כ – דלמה לא יקנה על ידי תשלומין מכח עדים, ומזה היה הכרח לרשב"א דקאי באמדנא ובהריני משלם ולא בשילם.

סימן י"ב

הקנאת הכפל בהריני משלם ופשעתי
ובפלוגתת הר"ח ורש"י בשואל.

פרק א' פלוגתת הב"ח והקצוה"ח באמר פשעתי בלי הריני משלם < בפלוגתת הראשונים האם הוא מתחייב בהריני משלם או לא. > ביאור החילוק בין הריני משלם לפשעתי, וביאור פלוגתת הב"ח והקצוה"ח בזה. < ביאור הסוגי' לב"ח ולקצוה"ח, ומבואר דפליגי בפלוגתת הר"ח ורש"י בשואל אי מקנה לו בשילם. >

פרק ב' דרכו של הנתה"מ בשילם ובהריני משלם בשי' רש"י בשואל. < הנתה"מ מודה לקצוה"ח דפשעתי איכא רק התחייבות בלי סמיכות דעת, אלא דסובר דלא סגי בהריני משלם ובעי שילם ממש לענין הסמיכות דעת. > דרכו של הנתה"מ בשואל לרש"י דמחלק בין משלם להריני משלם ודעתו בדין עדי פשעתי לרשב"א. < מוכיח דלנתה"מ לייכא סמיכות דעת עד שישלם. > מהלך חדש בשיטת רש"י עפ"י הקצוה"ח והנתה"מ כהדדי. < הערה: בעיקר שיטת רש"י אין ללמוד כן, דרש"י עצמו למד כהב"ח, [הוכחה מרש"י והב"ח דסברי דבהריני משלם הוא חייב ואינו חוזר בו, ודלא כהמאירי]. >

פרק ג' ג' דרכים בשיטת הרמב"ם בהריני משלם ופשעתי < דברי הרמב"ם דמחלק בין הריני משלם לפשעתי, ומבאר עפ"י שיטת המאירי דמצי לחזור בו, ודוחה. > מבאר את הרמב"ם עפ"י רעק"א והקצוה"ח דלפנים משורת הדין וחייב מעיקר הדין הם שתי הלכות של הקנאת הכפל. < מבאר את דברי הרמב"ם באופן אחר עפ"י פלוגתת הב"ח והקצוה"ח בהריני משלם ופשעתי. > סיכום כל החידושים שנתחדשו בדברי רב פפא דמהני פשעתי. <

פרק ד' הערה בנשבע ואמר הריני משלם ביאור בתוד"ה "אלא מהא ליכא" < ביאורו של השער המשפט דתרי גווני 'הריני משלם' איכא, ונפ"מ בנשבע ואח"כ אמר הריני משלם, ואין מחלוקת בין הרא"ש לתוס'. > דרך אחרת בזה.

פרק א'

פלוגתת הב"ח והקצוה"ח

באמר פשעתי בלי הריני משלם

בפלוגתת הראשונים האם הוא מתחייב בהריני משלם או לא.

בדין הריני משלם, עיין ברא"ש [סי' ב'] דמבואר דלו יצייר והיה אפשר לחזור בו, אז לא הוי סמכא דעת' שישלם, וע"כ דמוכרח דא"א לחזור בו, ואף דאין זה הודאת בע"ד, אכן מדין 'קם דינא' הוא שמתחייב דהוי כפסק דין, והוסיף שצריך לומר כן בפני בי"ד.

ובתוס' בעמוד ב' הסתפקו אי יכול לחזור בו, ועיין רעק"א [ד"ה והנה ביסוד דינא] דביאר דע"כ צ"ל דסומך דעתו דלא יחזור בו, ובאופן דלא סומך דעתו אינו מקנה לו, וכדיבואר.

ויש להסתפק אי לתוס' בעי לפני בי"ד, וע' במאירי [ל"ד:]: דמצד א' משמע דיכול לחזור בו, ומאיידך במאירי במשנה כתב שצריך דוקא בי"ד, והסברא בזה צ"ל כמש"כ רעק"א, דצריך לסמוך עליו, וי"ל דרק סומך עליו כשאומר כן בבי"ד, ולהלן הוכחנו בשיטת רש"י ובשיטת הב"ח דסברי דמהני הריני משלם לחייבו ואינו יכול לחזור בו.

והנה הרמ"א [סי' רצ"ה סעיף ב'] הביא דינא דבשילם הוא זוכה בשבח דעלמא ולא בשבח דמגופה, והשמיט דינא ד"הריני משלם", וכבר העירו בזה הסמ"ע והש"ך, ועיין בנתה"מ [סי' רצ"ה ס"ק א'] במה שנתבאר בזה, וכבר הבאנו את דבריו לעיל [סי' ח'], והארכנו בביאור שיטתו, ונתבאר [שם] דאיכא נפ"מ גדולה נוספת בפלוגתא זו אם הוא מתחייב בהריני משלם או לא, דנפק"מ אי יוקר ששייך לשומר לאחר תשלומין, האם גם לאחר הריני משלם זה שייך לו או לא.

ביאור החילוק בין הריני משלם לפשעתי, וביאור פלוגתת הב"ח והקצוה"ח בזה.

והנה בסוגי' מבואר דאיכא גם אמירה של הריני משלם ואיכא נמי הודאה של פשעתי, ואף דהראשונים הסתפקו אם הריני משלם מחייבו מדין קם דינא או לא, ועל הצד דלא מחייבו הבאנו מרעק"א דע"כ דאינו אלא מדין סמיכת דעת, אכן זה פשוט דפשעתי מהני לחייבו, ויתכן דאין בזה סמיכת דעת, וא"כ תרתי נינהו.

והב"ח חידש בזה חידוש גדול, דבאמת תרתי נינהו וליכא סמיכת דעת בפשעתי, ומה"ט יצא לחדש דלא מהני פשעתי לבד, ובעינן בזה תוספת של הריני משלם, והיינו דלא סגי בהתחייבות של פשעתי אלא דבעינן גם סמיכת דעת ע"י הריני משלם.

והנה הקצוה"ח [סי' רצ"ה ס"ק א'] הביא את הב"ח וחולק עליו, ודוחה ראיתו מהברי' דשוכר, והוסיף לחדש דאדרבא, כל החידוש בדברי ר"פ הוא זה גופא דמהני פשעתי וא"צ הריני משלם, וזה מה שדיקדק ר"פ לומר "כיון שאמר פשעתי", והיינו דא"צ יותר מזה.

ונראה בביאור דבריהם, דפליגי בפלוגת הרמב"ן ורשב"א האם מקנה כפילא בעדי חיוב או לא, ועיין בזה לעיל [סימן י'] דביארנו דנחלקו האם מקנים כפל מחמת הבטחת הקרן וליכא הבטחת הקרן כשיש עדים שממילא הבטיחו כן, וזו שיטת הרמב"ן, או דמקנים מחמת ה"לא אטרחי' לבי דינא", וזו שיטת הרשב"א, והגדר בזה כדביארנו שם דאינו חסכון טירחא צדדית, אלא דמעמיד לו פקדונו בשלמות בלי טירחא, וזה הרי יסוד דינא דשומר להעמיד לו פקדונו או דמיו בסוף השמירה, ואז הוא מקנה לו גם אחרי ההתחייבות של העדים, דגם אחרי העדים הוא מוסיף לו "לא אטרחי' לבי דינא", דהיינו העמדת הפקדון.

ומעתה י"ל דלרשב"א, הרי גם אחרי ההתחייבות של הודאת בע"ד ע"י פשעתי הא סו"ס אכתי ליכא מצב של לא אטרחי' לבי דינא, וע"י הסמיכות דעת של הריני משלם נתחדש סמיכות דעת דלא יהיה כאן אטרחי' לבי דינא, והיינו שיש כבר דרגא מסויימת של "העמדת הפקדון" באמירתו, [דסומך עליו], וזו שיטת הב"ח, דכמו ד'מהני' שילם אחרי עדים, כמו"כ 'צריך' הריני משלם לאחר פשעתי, ודו"ק.

אכן לדרכו של הרמב"ן דהכל תלוי אך ורק ב'הבטחת הקרן' ותו לא, א"כ לזה כבר סגי בפשעתי, דסו"ס הוא ודאי חייב לו והוא מובטח בקרן, ולא הוסיף לו כלום בהבטחת הקרן ע"י הריני משלם, וע"כ כהקצוה"ח.

[שוב מצאתי בחי' ר' ראובן [סי' כ' ס"ק ג'] דג"כ תלה פלוגת הב"ח וקצוה"ח בפלוגתא הנ"ל, ושמתתי שכיוונתי לדעתו].

ונראה דגם מהרשב"א מוכרח דבהריני משלם מונח יותר מהודאתו וההתחייבות על פשיעה, שהרי בעדי פשיעה ס"ל לרשב"א דמהני גם שילם וגם הריני משלם, ואי הריני משלם הוא רק התחייבות גרידא, הרי הוא לא הוסיף כלל על העדים, דהעדים כבר חייבו אותו, וע"כ דמונח בו סמיכות דעת דלא יהיה הכא אטרחי' לבי דינא, ועבור זה הוא מקנה לו כפילא, ודו"ק⁹⁶.

ביאור הסוגי' לב"ח ולקצוה"ח, ומבואר דפליגי בפלוגת הר"ח ורש"י בשואל אי מקנה לו בשילם.

ולפי הב"ח קשה דא"כ מה חידש ר"פ, וצ"ל דלשיטתו חידושו של ר"פ הוא, דאף שאינו משלם 'לפנים משורת הדין' אלא שהוא חייב מעיקר הדין, אפ"ה הוא מקנה לו כפילא, וזה ע"ד הריטב"א הישנים שביאר כן בהדי', וע"כ דלשון ר"פ שאומר "פשעתי" לאו דוקא, והכוונה להריני משלם ג"כ, אלא דהוסיף פשעתי לומר דאף שהוא חייב מעיקר הדין אפ"ה הוא מקנה לו כפילא, [ולהלן הבאנו את הריטב"א והבאנו דלפי"ז נתחדשו שני דיני הקנאה, בלפנים משורת הדין ומעיקר הדין, ונפ"מ לכמה דינים].

ובחי' ר' מאיר שמחה תמה על הקצוה"ח, האיך דקדק דברי ר"פ, הרי בהמשך דבריו בשואל אמר ר"פ בהדי' לשון "הריני משלם", בין בל"ק ובין בל"ב, וחזינן דלא דיקדק בלשונו דוקא ללשון פשעתי, וכונתו באמת כהב"ח שאמר שניהם.

ובישוב דעת הקצוה"ח נראה פשוט דגם הקצוה"ח מודה לעצם החידוש של הרשב"א ולב"ח שבהריני משלם מונח יותר מפשעתי, ומוכרח כן, דמה"ט גופא ס"ל לקצוה"ח דר"פ היה צריך לחדש דאף דבהריני משלם מונח סמיכות דעת דלא אטרחי', אכן בפשעתי סגי בזה שחייב עצמו, וזה גופא החידוש, דבא לומר דא"צ להך תוספת דסמיכות דעת דלא אטרחי'.

⁹⁶ אכן אכתי אין ראיה מהרשב"א דפשעתי בפנ"ע לא סגי, דלמא סובר הרשב"א דבהודאת בע"ד איכא כבר סמיכת דעת, אבל לפי סברת הב"ח דהכל תלוי בלא אטרחי', ולא סגי בפשעתי, אז ע"כ דבפשעתי ליכא סמיכת דעת, ואז מוכרח עכ"פ דהב"ח למד כהרשב"א.

ובזה יתיישב קושי' הגאון ר' מאיר שמחה, למה ר"פ שינה הלשון, דר"פ הוסיף בל"ק, דבשואל לא רק בפשעתי אבל גם בהריני משלם שסומך דעתו באטרחי' גם בזה לא מהני, ולל"ב ס"ל לר"פ דבשואל אף דמתה מחמת מלאכה לא שכיח אכתי מקנה מחמת הק' צד, אכן כל זה באומר הריני משלם שהוא יותר מהודאת בע"ד, דאז מהני גם בשואל.

והיינו דפלוגתת הל"ק ול"ב אינו אי מתה מחמת מלאכה שכיח או לא, רק דכו"ע מודי דלא שכיח, רק דבל"ק ס"ל דצריך שילם ממש ואז הוא מקנה לו אע"ג דמתה מחמת מלאכה לא שכיח לדעת רש"י, [וכמו שביארו הריטב"א דתרת"א לגרעיותא לא מקנה], דמתה מחמת מלאכה לא שכיח וגם לא שילם, אז לא מקנה, הלכך צריך שילם ממש, ול"ב מודה רק דס"ל דאף דפשעתי לא סגי, אכן הריני משלם עכ"פ סגי, דהריני משלם עדיף דאית ביה סמיכת דעת, ורק בפשעתי איכא תרת"א לגרעיותא.

הרי דדרכו של הקצוה"ח א"ש דוקא לשיטת רש"י דמחלקינן בשואל מיניה וביה, לא כן לדרכו של הב"ח דשו"ח ושואל כהדדי נינהו, ונראה דהדברים מוכרחים מיניה וביה מטעם אחר.

דהנה לדעת הב"ח דלל"ק דר"פ לא מהני השילם הרי ק' למה לא אמר ר"פ מפורש גם באופן ששילם, ותי' בתוס' [סוף העמוד] דאגב ש"ח ושוכר נקטיה, ונראה דכל זה לפי הב"ח דהריני משלם ופשעתי שוין, והיינו דגם בפשעתי אכתי צ"ל הריני משלם ור"פ לא דקדק בלשונו, וא"כ שו"ח ושואל כהדדי נינהו, אכן לקצוה"ח שסבר שרב פפא דיקדק לחלק ביניהם, דפשעתי והריני משלם שני דינים נינהו, דאז שוב מוכרח כרש"י, דמדכבר הוסיף בשואל דלא רק פשעתי, אבל גם הריני משלם לא מהני, שוב מוכרח דשילם ממש מהני, וכבר א"א לומר דנקט שואל אגב שוכר אי בהדי' מחלק ביניהם.

עכ"פ נראה דעיקר דברינו בישוב דרכו של הקצוה"ח עפ"י שיטת רש"י בשואל הם חידוש, אבל מדברי הנתיה"מ למדתי שגם הוא הלך בדרך זה, ודבריו משלימים את דרכו של הקצוה"ח.

פרק ב'

דרכו של הנתה"מ

בשילם ובהריני משלם בשי' רש"י בשואל.

הנתה"מ מודה לקצוה"ח דבפשעתי איכא רק התחייבות בלי סמיכות דעת, אלא דסובר דלא סגי בהריני משלם ובעי שילם ממש לענין הסמיכת דעת.

והנה, נתבאר לעיל [פרק א'] בדעת הקצוה"ח דבפשעתי הוא רק מתחייב בקרן, אבל אינו סומך דעתו לענין אטרחי' לבי דינא, ורק בהריני משלם איכא סמיכות דעת לענין זה דלא יהיה אטרחיה לבי דינא, ונתחדש בדברי ר"פ דסגי בפשעתי, רק שהוספנו דסו"ס בהריני משלם איכא נמי סמיכות דעת דלא אטרחי', ויש בזה ב' נפ"מ לדינא, א' דוקא הריני משלם מהני לל"ב בר"פ בשואל ולא גניבה ושאר הודאת חיוב, ב' בעדי פשיעה לרשב"א מהני הריני משלם.

ונראה דבחידוש ראשון דבפשעתי ליכא סמיכות דעת לענין אטרחי' לבי דינא, לזה מודה גם הנתה"מ [סי' רצ"ה ס"ק ג'] לדעת הקצוה"ח, רק דהקצוה"ח למד דכבר בהריני משלם איכא סמיכות דעת לענין אטרחי', ויש בזה כבר סיבה נוספת להקנאה, והנתיה"מ ס"ל דשוין הריני משלם לפשעתי, ורק דבשילם ממש איכא מעליותא דסומך דעת' לענין אטרחי'.

ויתכן עוד, דבאמת גם הנתה"מ וגם הקצוה"ח למדו בדרך אחת, ודבריהם משלימים זה את זה, ומדבריהם למדנו מהלך חדש ברש"י בסוגי', כדיבואר.

דרכו של הנתה"מ בשואל לרש"י דמחלק בין משלם להריני משלם ודעתו בדין עדי פשעתי לרשב"א.

ומקור הדברים, דהנתה"מ [שם] הביא קושי' הש"ך על הרשב"א, דבעדי פשיעה ס"ל להרשב"א דמקנה כפילא, והק' הש"ך שהרי מבואר בגמ' דהטעם שמקנה לו כפילא הוא משום דאי בעי פטר נפשיה, וזה ליכא בעדי פשיעה, והק' הנתה"מ דבשילם ממש לא אמר ר"פ הק' טעמא, ויתכן דבשילם לא צריך טעם זה, והוסיף לתלות חידוש זה בפלוגתת רש"י והר"ח אי מודה ר"פ בשילם

דמקנה לו כפל בשואל אף לל"ק דמתה מחמת מלאכה לא שכיח, והיינו דלרש"י דמחלק בין שילם להריני משלם יתכן לחלק כן, עכתו"ד.

והנה זה ודאי דאין כוונת הנתה"מ לומר דהרשב"א עצמו אמר דינו רק באופן ששילם, שהרי מפורש ברשב"א, וכן הוא בש"ך בשם הרשב"א, שגם בהריני משלם הוא מקנה את הכפל, וגם מפורש ברשב"א שתי' הך קושי' מלשון ר"פ דאי בעי פטר נפשיה קאי מעיקרא שיש צדדין, ודלא כהנתה"מ, וע"כ שאין כוונת הנתה"מ לפרש את שיטת הרשב"א.

אלא דע"כ דכוונת הנתה"מ הוא לומר דאף אי נדחה כהש"ך את דברי הרשב"א בדין עדי פשיעה, ונאמר דסו"ס לא שייך הכא טעמא דאי בעי פטר נפשיה, ועל זה הוסיף הנתה"מ דשילם שאני והתם ע"כ נכונים דברי הרשב"א, דטעמא דאי בעי פטר נפשיה' לא נאמר בשילם, ושוב אין לדחות דינו של הרשב"א לגמרי מכח הך גמ', והנתה"מ הוכיח שיטתו מרש"י דס"ל דמודה ר"פ בשילם, אף דמתה מחמת מלאכה לא שכיח.

ולעיל הבאנו מהריטב"א בביאור שי' רש"י, דרק בתרתי לגרועותא לא מקנה לו כפילא, אכן הנתה"מ למד את רש"י באופ"א, דטעמא דמתה מחמת מלאכה לא שכיח רק שייך בהריני משלם, דאז הטעם משום דאי בעי פטר נפשיה, אבל בשילם אי"צ להך טעם, ושוב לא אכפת לן מה שמתה מחמת מלאכה לא שכיח.

מוכיח דלנתה"מ ליכא סמיכת דעת עד שישלם.

ויש לעיין, דלפי הנתה"מ איזה טעם איכא להקנאת הכפל בשילם יותר מהריני משלם, דבתרתי הרי הוא מבטיח את הקרן, ואי מתה מחמת מלאכה לא שכיח לגבי הריני משלם, ומה"ט אמרינן דלא חשיב שהבטיח לו את הקרן, דבלאו הכי הוא מובטח בזה, א"כ ה"ה לגבי שילם נימא דאינו שכיח, וע"כ צ"ל, דבהריני משלם איכא הבטחת הקרן אבל אין כאן סמיכות דעת לענין דלא אטרחי' לבי דינא, וזה לא מהני בשואל דממילא לא שכיח שיפטור עצמו, אבל בשילם איכא הקנאה מצד זה שהוא לא מטריחו לבי דינא, דכבר סומך בזה כיון דשילם ממש, [וזה חסר בהריני משלם ובפשעתי], ומה"ט בשואל הוא מקנה לו עכ"פ בשילם, דמהני נגד האטרחי' לבי דינא, דהעמדתו לו פקדונו, ומה"ט ס"ל לנתה"מ דאף דבעדי פשיעה לא מהני לענין דחייב עצמו, שהרי בלאו הכי הוא חייב, אכן בשילם עכ"פ מהני נגד החשש אטרחי', ולזה הוא מקנה לו כפילא כמו בשואל.

[הרי דהנתה"מ דיקדק את לשון הגמ' ד"אי בעי פטר נפשיה", דהכוונה שהיה יכול להפטר, ובמקום זה הוא נתחייב, אבל לא מהני לאטרחי' לבי דינא, ולזה בעי שילם].

ובזה נחלקו, דהקצוה"ח למד דעכ"פ הריני משלם כבר מהני לענין אטרחי' ובזה חולק הנתה"מ, דרק בשילם ממש מהני לאטרחי'.

[ועיין לעיל [סימן י'] שביארנו דכוונת הנתה"מ דלדעת ר"פ מודה הבבלי לירושלמי דהקנאת הכפל הוא מעיקר הדין בלי אומדנא, ועיי"ש מה שיישבנו בזה בדעת הירושלמי, ולדברינו הכא ליכא מקור לזה, דגם הכא מצד אומדנא הוא, אלא דהכא הכל תלוי בסמיכת דעת וזה סגי].

מהלך חדש בשיטת רש"י עפ"י הקצוה"ח והנתה"מ כהדדי.

אכן באמת נראה דהקצוה"ח והנתה"מ משלימים זה את זה בשיטת רש"י, דזה בל"ק וזה בל"ב, והיינו כך, דתרווייהו חידשו בשיטת רש"י דבפשעתי ליכא סמיכת דעת ואין כאן אלא התחייבות בעלמא, וממילא דגם לל"ק וגם לל"ב אין זה סגי בשואל, דליכא בשואל חשש דאי בעי פטר נפשיה, ורק היכא שהוא מעמיד לו את הפקדון בלי אטרחי' הוא דמהני לקנות את הכפל אף דליכא חשש דאי בעי פטר נפשיה.

ובל"ק נתחדש דסו"ס בשילם איכא כבר העמדת הפקדון ממש, בלי אטרחי' לבי דינא, וממילא דכבר לא אכפת לן מה דלא נתקיים תנאה דאי בעי פטר נפשיה, וזו כוונת הנתה"מ, ומהכא הוא למד דמהני שילם בעדי פשיעה אף דליכא סברא דאי בעי פטר נפשיה.

ובל"ב הוספנו ע"ד זה בשיטת הקצוה"ח, דהיכא דאיכא הריני משלם גם איכא סמיכת דעת, וזה חשיב כהעמדת הפקדון בלי אטרחי', וזה מהני בשואל אף דליכא חשש דאי בעי פטר נפשיה, והיינו ממש ע"ד הנתה"מ בל"ק בשילם, והכל מהלך אחד, ודו"ק.

הערה: בעיקר שיטת רש"י אין ללמוד כן, דרש"י עצמו למד כהב"ח, [הוכחה מרש"י והב"ח דסברי דבהריני משלם הוא חייב ואינו חוזר בו, ודלא כהמאירי].

אולם בעיקר שיטת רש"י אין ללמוד כן, דרש"י עצמו למד כהב"ח וכדיבואר, דהנה, עיין היטב ברש"י [ד"ה השוכר], דמייירי בסוגי' באמר הריני משלם, וברש"י מוקמינן ליה בהיה יכול לשקר ולהפטר, והיינו כהאוקימתא אחרונה בב"ק [נ"ז:], דלתרי האוקימתות הראשונות הוא פטור בגניבה, [או דגניבה הוא ליסטים מזויין, או דגניבה רגילה, ושוכר כשו"ח].

[אכן מה שהוסיף רש"י שהוא מחייב עצמו, זה אינו, דהתם הוא פטר עצמו בטענת פטור שנגנבה באונס, וכבר הק' בקצוה"ח [סי' רצ"ה ס"ק א] על הך רש"י, וכ"ה ברש"ש].

והב"ח למד כרש"י ודייק, דמבואר בדבריו דגם אחרי שאומר פשעתי וחייב עצמו, דאפי"ה אכתי צ"ל הריני משלם, דאל"כ לא סמכה דעתו שישלם, ולכאן' תמוה שהרי חייב עצמו לשלם, והבי"ד יגבו ממנו בע"כ, וע"כ צ"ל דחושש לאטרחי' לבי דינא, עכ"פ מוכרח דרש"י כהב"ח ולא כהקצוה"ח.

וע' רש"ש שהק' דלרש"י כבר ליכא ראייה לר"י דמהני הריני משלם גרידא, שהרי כאן חייב עצמו מדין הודאת בע"ד, וע"כ דצ"ל דמהכא מוכרח שרש"י והב"ח למדו שכבר בהריני משלם הוא מתחייב, ודלא כהמאירי דיכול לחזור בו, וצריכים להוסיף, דזה פשוט שהריני משלם מחייבו, ור"י רק בא לחדש שמי שמחייב עצמו דאכתי בעי סמיכת דעת.

פרק ג'

ג' דרכים בשיטת הרמב"ם

בהריני משלם ופשעתי.

דברי הרמב"ם דמחלק בין הריני משלם לפשעתי, ומבאר עפ"י שיטת המאירי דמצי לחזור בו, ודוחה.

כתב הרמב"ם [פ"ח שו"פ הל' א'] דבאומר הריני משלם הוא זוכה בכפל, וביאר הרמב"ם "שהרי אמר אשלם", ובהל' ב' כתב הרמב"ם ששו"ח שאמר פשעתי זכה בכפל, וביאר הרמב"ם "שהרי חייב עצמו לשלם, ואילו רצה אמר מתה והיה נפטר", הרי דהרמב"ם חילק בין הריני משלם מדין פשעתי לשתי הלכות, וגם כתב שני טעמים נפרדים.

ונראה שיש לבאר את דברי הרמב"ם בג' אופנים:

בדרך הראשונה יש לומר דשי' הרמב"ם כהמאירי, וכקס"ד בר"ת [ל"ד:] דבאומר הריני משלם הוא יכול לחזור בו, ונמצא שלא חייב עצמו כלל, ורק מקנה כפל בגלל עצם האמירה שסמכה דעתו שישלם, וכמש"כ רעק"א [ל"ד.] ודלא כאמירת פשעתי שחייב מדין הודאת בע"ד, ומה"ט כתב דטעמא דחייב עצמו רק בפשעתי.

אולם, במ"מ [פ"ח ה"ה] נקט בדעת הרמב"ם דדעתו כהרא"ש וכמסקנת ר"ת דבהריני משלם א"א לחזור בו, ונמצא דגם בהריני משלם חייב עצמו כמו בהודאת בע"ד, ולמה כתב הרמב"ם ע"ז טעם אחר, שהרי גם בהריני משלם איכא הך טעם דחייב עצמו ⁹⁷.

מבאר את הרמב"ם עפ"י רעק"א והקצוה"ח דלפנים משורת הדין וחייב מעיקר הדין הם שתי הלכות של הקנאת הכפל.

בדרך השניה יש לומר כך:

⁹⁷ ונ' דמוכרח כהמ"מ בדעת הרמב"ם, שהרי הקצוה"ח [סי' ס"ט ס"ק ז'] הוכיח דלדעת הרמב"ם במחוייב שבועה ומת, דאמרינן מתוך ליורשים, ולפי"ז ע"כ בהריני משלם ומת ואמרו בנים אין אנו משלמים, כוונת הגמ' שם שאינם יכולים לחזור רק שאומרים שרוצים לחזור, וכהרא"ש ור"ת, דאטרחי', וא"כ ה"ה דכך הוא הפירוש בספק הראשון ודו"ק.

ונקדים בזה, שיש שיטות שסוברים דתרי דיני הקנאה איכא, חדא בשילם מעיקר הדין וחדא בשילם לפני משורת הדין, ויסוד לזה מדברי רעק"א [ריש פירקין] דכתב דלרש"י בב"ק שאני תשלומין דלפנים משורת הדין דאז הוא מקנה לו את הכפל אף דאטרחי' לבי דינא [וכגון נשבע ואח"כ שילם], מתשלומין דחייב דאז הוא מקנה לו דוקא בלי אטרחי' לבי דינא, ובזה יישב את קושי' התוס' [שם], ויישב נמי את קושי' התוס' כאן.⁹⁸

ובביאור שי' נראה עפ"י הריטב"א הישנים שהק' מהו החידוש בר"פ שמקנה לו הכפילא בטענת חיוב, הרי מאי שנא מטענת פטור במשנה, ותי' דבטענת פטור [דעל זה קאי במשנה], התם הוא מקנה לו משום שעשה לו לפני משורת הדין, ובטענת חיוב דלא עשה לפני משורת הדין, התם הוא מקנה רק משום דלא אטרחי', וזה חידוש ר"פ, והיינו דשני דינים נפרדים נינהו בעיקר ההקנאה⁹⁹, [ולעיל למדנו בב"ח ע"ד הריטב"א].

ונראה דזה נמי שי' המ"מ מובא בקצוה"ח [סי' רצ"ה ס"ק ב'], דס"ל דרק בטענת חיוב שהוא מקנה לו משום ש"לא אטרחיה" או משום שלא שיקר, התם הוא צריך לשלם כעיקר דינו, והיינו כיוקר דשעת הגניבה [ולא כזולא דשעת ההפקדה] ורק אז הוא קונה את הפרה, [דכיון שהודה שהוא חייב שוב בי"ד מחייבין ליה לשלם כדינו, ובלי זה לא נתקיימה תנאה ד"ותשלמני"], אכן בתשלום דלפנים משורת הדין בטענת פטור, התם סגי בתשלומין כפי זולא דשעת ההפקדה, דתרי דיני הקנאה נינהו ונפ"מ בחיוב תשלומין ודו"ק.

ונראה דבזה מיושב דברי הרמב"ם, דבהל' א' הביא דין הריני משלם בטענת פטור, ובהל' ב' הביא טענת חיוב, וזה שכ' בהל' ב' "שהרי חייב עצמו", וכוונתו דחייב עצמו מעיקר הדין, ודלא כהל' א' שאינו חייב מעיקר הדין, ורק שחייב עצמו לפני משורת הדין, ונפ"מ אי משלם לו כשעת החיוב או כשעת ההקנאה.

מבאר את דברי הרמב"ם באופן אחר עפ"י פלוגתת הב"ח והקצוה"ח בהריני משלם ופשעתי.

בדרך שלישית נראה לבאר כך:

וזה עפ"י מה שהבאנו מהב"ח וקצוה"ח דנחלקו האם פשעתי בעי גם הריני משלם או דסגי בהודאה של פשעתי, דהנה, הרמב"ם חילק הריני משלם ופשעתי לשני דינים, ומפורש בהדי' דלא כהב"ח, ומפורש כהקצוה"ח דמהני פשעתי בלי הריני משלם, ודו"ק.

אכן נראה עוד, דהרמב"ם למד את הסוגי' כהקצוה"ח דזהו גופא חידושו של ר"פ, ולפי"ז, מבואר בסוגי' דהריני משלם ופשעתי שני דינים נפרדים נינהו [דאל"כ ק' קושי ר' מאיר שמחה וכנ"ל], ומה"ט חילק הרמב"ם הריני משלם ופשעתי לשתי הלכות עם שני טעמים, דבפשעתי כתב הטעם שחייב עצמו, ובהריני משלם הוסיף "שהרי אמר אשלם", שאף שגם חייב עצמו עכ"פ לפני משורת הדין, אכן סו"ס בפועל הרי הוא חייב, אולם בנוסף לזה גם מהני האמירה עצמו לסמיכות דעת דלא יהיה אטרחי' וזה סיבה בפנ"ע להקנאה.

ויש ב' נפ"מ לדינא בזה שהרמב"ם חילקם לשתי הלכות, א' פשעתי סגי בפנ"ע אף דלא סמך דעת' לענין אטרחי', ולאפוקי מהב"ח, ב' אי נימא שהר"מ מודה לרשב"א דבעדי פשיעה הוא מקנה לו כפילא [ודלא כהמ"מ], א"כ יהיה נפ"מ, דאף דפשעתי לא מהני כשיש עדי פשיעה, שמה

⁹⁸ דיעויין ברש"י ב"ק ק"ח דכתב דלדעת רבא דנשבע ושילם הוא מקנה את הכפל, וכתב על זה רש"י דהיינו לפני משורת הדין בש"ח, ודייק ר' לייב דיין, דדוקא באופן זה אבל במודה דנשבע לשקר ופשע, לא מקנה כפל, ובזה מיושב קושי' התוס' [שם] שהק' דאטרחי' לבי דינא, ותי' דאטרחי' הוא דוקא כשמצריכו לגבות בע"כ, אבל אי משלם מצוין אח"כ, א"ש.

והוסיף רעק"א, מיושב קושי' התוס' ריש פירקין דהקשו דלמה לא מיירי המשנה באופן של פשיעה, דמיירי דוקא בלי פשיעה, דמתני' אתי לאשמועינן דין שילם אף דנשבע, [והיינו שילם ולא רצה לעמוד בשבועתו], וזה רק בלפנים משורת הדין, דאל"כ אלא דאמר דפשע הרי אטרחי', לא מקנה ליה בכה"ג, ורק בלפנים משורת הדין הוא מקנה אף דלא אטרחי', וכן לאביי קמ"ל דאף דאופן זה שס"ל לרבא דזכה קמ"ל מתני' דלא זכה.

⁹⁹ ועומק כוונתו, דע"כ שני דינים נפרדים נינהו, דבטענת פטור לא שייך לא אטרחי', דלו יצויר והיה פטור עצמו אין זה בכלל "אטרחיה", רק עיקר הדין הוא שנשבע ליפטר, ושוב ליכא למימר דכשאינו פטור עצמו "דלא אטרחיה", וע"כ דשני דיני הקנאה נינהו, ובטענת פטור הוא מקנה משום שהוא התנהג לפני משורת הדין, וזה שי' רש"י הנ"ל.

שמחייב עצמו אינו כלום, דבלאו הכי הוא חייב ע"י העדים, אכן "הריני משלם" יהני, שבהריני משלם יש עוד סיבה להקנאה, וזה הסמיכות דעת דלא אטרחי, וזה נוסף לעדים.

והנה בדין שואל פסק הרמב"ם דבעי שילם, ולא מהני הריני משלם, ולא הביא טעמא דר' זביד והק' בושב הכהן [ס' נ'] דהו"ל להביא הק' טעם, דנפק"מ לדינא וכמו שכ' התוס', והוכיח מכאן שהר"מ לא הכריע בין ר"פ לר"ק לר"ז, דלמד הסוגי' כרש"י ולא כהר"ח, וליכא תיובתא לר"ק דר"פ, ולפי מה שנתבאר לעיל שהרמב"ם למד כהקצוה"ח, הרי לשיטתו א"י ללמוד כהר"ח ומוכרח ללמוד כרש"י, ודו"ק.

סיכום כל החידושים שנתחדשו בדברי רב פפא דמהני פשעתי.

ומעתה נסכם בזה את דברי ר"פ, דנראה דכמה וכמה חידושים נתחדשו בדבריו, דראשית כל איכא חידוש דהכל תלוי סברת "אי בעי פטר נפשיה", מכאן נתחדש דין שואל דאיכא כבר נדון האם הוא מקנה לו או לא, ולרמב"ן נתחדש בזה עוד דין שבעדי פשיעה לא מקנה לו כפילא, ודו"ק.

אולם ר"פ חידש עוד חידוש, דהמשנה ור' יוחנן אמרו שילם והריני משלם, ור"פ אמר פשעתי, ומה החידוש בזה, ויש בזה ב' דרכים.

הריטב"א למד דנאמר בזה דחוץ מההקנאה לפני משורת הדין במשנה, איכא גם הקנאה למי שחייב מעיקר הדין, וזה בהודאת בע"ד דפשע, ונפ"מ לגבי נשבע ושוב שילם וכדברי ר' לייב דיין ברש"י בב"ק, ועוד נפ"מ לגבי התשלומין האם משלם כשעת הקנאה או כשעת הגניבה.

הקצוה"ח חידש דר"פ מוסיף דמהני התחייבות בלי סמיכת דעת, ודלא כשילם או כהריני משלם דאיכא עכ"פ סמיכות דעת, אלא דחידוש זה לא נאמר בשואל, וגם לא מהני בעדי פשיעה לרשב"א, דרק הריני משלם יהני בעדי פשיעה, ודו"ק.

פרק ד'

הערה בנשבע ואמר הריני משלם

ביאור בתוד"ה "אלא מהא ליכא"

ביאורו של השער המשפט דתרי גווני 'הריני משלם' איכא, ונפ"מ בנשבע ואח"כ אמר הריני משלם, ואין מחלוקת בין הרא"ש לתוס'.

עיין היטב בדברי התוס' [ד"ה אלא מהא ליכא], ועיין בתוס' הרא"ש דכוונת הקושי' דשילם דוקא, ובסיפא אמרינן נעשה כאומר לו "איני רוצה" אף שאמר "שרוצה".

ויסוד התי' בתוס' הוא דשילם דוקא, בין לאביי ובין לרבא דמיירי לאחר שנשבע, [ואף דרבא דייק דינו מהסיפא, אכן למד את הרישא דלא רצה לעמוד בשבועתו, עיי"ש בפרק הגוזל].

ועי' רעק"א שרצה ללמוד דכוונת הגמ' דליכא למשמע מיניה היינו דמצד א' י"ל "נעשה" וכקושי' התוס', ומצד שני מיירי לאחר שנשבע ושילם דוקא וכתירוץ התוס'.

אלא שדחה דלפי"ז האיך אמר בגמ' "שילם" לאו ממש, הרי לשני הצדדין שילם היינו שילם ממש, וכל הנדון הוא אי המשנה מיירי לאחר שנשבע או לא, ועוד האיך אמרו בסוף הגמ' דשילם במשנה הכוונה ל'הריני משלם' וא"כ ה"ה בברייתא, הרי זה אינו נכון שהרי לשני הצדדים שילם הוא דוקא, סו"ס צ"ע דברי הגמ' שלא הסבירה את המשנה כדרך התוס', אף דלא הכריע את גוף הספק.

ועי' רעק"א ריש פירקין שכתב דבין לאביי ובין לרבא "ש"ח" במשנה הוא חדוש, דלאביי קס"ד דעכ"פ בשילם יהני בש"ח, ולרבא קס"ד דיהני בש"ח גם בלי הק' מעלה דשילם, וזהו דנקט ש"ח.

אולם עיקר דינו של התוס' נסתר מהגמ', שכ' בסיפא שרצה לשלם סגי, ומכאן דייק רבא את דינו, דבנשבע מהני רצה לשלם וא"צ שילם ממש, וכן הק' רעק"א כאן, ועי' רא"ש במשנה כאן שבאמת חולק על התוס', והשער המשפט [ריש סי' רצ"ה] דייק מהגמ' כוותי', ומצד שני, להרא"ש הדרא קושי' התוס'.

ותי' השער המשפט ששני הדברים נכונים, דבהריני משלם כתב הרא"ש שהסיבה שהוא מקנה את הכפל הוא בגלל שחייב את עצמו וא"י לחזור בו, והק' השער המשפט דבאופן שנשבע ודאי שאינו

יכול לחייב עצמו אם אמר שמחייב עצמו לפנים משורת הדין, דהריני משלם רק מחייב למי שבאמת חייב, ולא למי שכבר נפטר בשבועה.

וע"כ צ"ל שמה שכתב הרא"ש דחייב בהריני משלם, היינו שהוא מודה שנשבע לשקר, והודאת בע"ד כק' עדים, אכן אה"נ באופן שאמר הריני משלם בלי להודות ששיקר דודאי דלא מהני כלום להתחייב, ובאופן כזה ודאי דצריך לשלם כדי לזכות בכפל, והריני משלם אינו כלום, ועיקר סברא זו כבר כתב רעק"א בהדי'.

לפי"ז י"ל דמה שכתבו התוס' שצריך שילם, היינו דמיירי באופן דלפנים משורת הדין, שלא הודה, ואז צריך באמת שילם ממש, וזה הדיוק ברישא, והרא"ש מיירי שמודה ששיקר, ובזה סגי ב'הריני משלם' וזהו הדיוק בסיפא.

ונראה בדברי השער המשפט יתיישב נמי סתירת התוס' הרא"ש והרא"ש, שבתוס' רא"ש נקט כהתוס' דבעי שילם, וברא"ש נקט דסגי בהריני משלם, וע"כ כנ"ל.

דרך אחרת בזה.

והנה לדעת התוס' שהסתפקו אי בהריני משלם יכול לחזור בו, אין לנו כבר את סברת השער המשפט, ושוב הדרא קושי' השער המשפט שיש דיוק בגמ' נגד התוס'.

וצ"ל כמוש"כ רעק"א כאן, דתמיד סומך דעתו שישלם, אבל מי שכבר נפטר, ורק אומר שישלם לפנים משורת הדין, שוב אין לסמוך עליו שישלם, שרק סומכים על מישהו ששילם את עיקר דינו, ולא על מי שכבר נפטר, ומה"ט בעי שילם ממש.

וכתב רעק"א, דלפי"ז באומר שקרתי יהני גם להתוס', ולפי דברי רעק"א הדרא תירוצו של השער המשפט, דהסיפא דמדויק דמהני הריני משלם, היינו באופן שאומר שהוא חייב באמת, וששיקר בשבועתו, ודו"ק.

עכ"פ רעק"א עצמו נשאר בדינו בצ"ע, אכן לדברינו הנ"ל יש הוכחה לזה מהסיפא, ודו"ק.

אולם בעיקר דברי השער המשפט ורעק"א, ע' תוס' רא"ש שכתב סברא אחרת, שהואיל ואטרחי' הילכך בעי תשלומין, ולפום הך סברא, גם כשיודה ששיקר לא יהני, וממילא דהדרא קושי' השער המשפט לדוכתא, וצ"ע.

ונראה עוד דלפמש"כ רעק"א לעיל במשנה דקס"ד דשאני שומר חינו, ובזה סגי בהריני משלם, אף דכולהו בעי שילם, נראה דכ"ז ניחא לתוס' הרא"ש, אבל לשער המשפט ורעק"א הרי כל הדין "הריני משלם" חסר כאן, ומ"ש שו"ח, וצ"ע דרעק"א סותר משנתו, וצ"ע.

סימן י"ג

בגדר 'קם דינא' בהריני משלם,

וב'השבע וטול',

ובגדרי הודאת בע"ד בנידון זה.

פרק א' הערות בתוס' ובראשונים אי חוזר בו או לא. <> בדמיון התוס' מסוגיין לסוגי' ד"עבדי גנבת" דבתרווייהו אמרינן "קם דינא", ומחלק בשי' הרמב"ם בין שני הסוגיות דנפ"מ אי אכתי מחוסר שבועה. <> בפלוגתת הקצוה"ח והמהרי"ק בהוכחה מסוגיין לדין "מתוך". <> ישוב דעת רש"י בשבועות מסוגיין, ומחלק בין שבועת שומרים לאידך שבועות. <>

פרק ב' מהלך חדש בגדר "קם דינא", באומר "הריני משלם" ובאומר "השבע וטול", ובגדרי הודאת בע"ד על תנאי. <> מתמה טובא בעיקר הזכות לקבוע דינים כשאומר "השבע וטול", ומתמה בראשונים שחידשו שיש הודאה על תנאי. <> מביא ג' שיטות באחרונים בדין שול' אנפשיה, ומבאר את שיטת התרומת הכרי דאיכא נאמנות לאדם על הדין העצמי שלו. <> מביא מהתורומת הכרי שזה גם גדר הדין של הודאת בע"ד שלא בבי"ד. <> מבאר מכל הנ"ל דאיכא נאמנות בבי"ד דאינו מברר את הגדון כלפי הבי"ד, רק כלפי הדין העצמי של הגביר, וגם כלפי התחייבות מסוימת שהעמידו הבעלי דינים ביניהם, ומבאר דזה התחדש בדין הודאת בע"ד בפני שלא בבי"ד, ומבאר בזה את דברי הר"י מיגאש בביאור סברת הדין הודאת בע"ד. <> מבאר דדין השבע וטול אינו מדין הודאת בע"ד, דאין הודאה על תנאי, רק דפרשה החדשה של הודאת בע"ד התחדש דבעלי דינים יכולים להעמיד ביניהם נאמנות כלפי הדינים שלהם, וזה יסוד דינא דהשבע וטול ויסוד דינא ד"קם דינא" בהריני משלם. <> דין קם דינא בתחילת דין <> 'הבהרה' להוציא מליבם של טועים.

פרק א'

הערות בתוס' ובראשונים

אי חוזר בו או לא.

נתחדש מהלך של 'קם דינא' – והיינו שבאומר 'הריני משלם' – הרי זה כאילו נגמר הדין.

בדין הריני משלם וחזר ואמר איני משלם דנו התוס' האם יכול לחזור בו או לא – יש להקדים בזה ב' הקדמות:

א] עיקר הנידון בתוס' אם יכול לחזור בו או לא הוא נידון מצד "קם דינא" – עיין היטב בלשונות של הראשונים, והיינו האם נהיה כאן גמ"ד לענין זה ששוב אין להאמינו בשבועה, או לא, וזה מבואר בהמשך דברי התוס'.

ב] זה פשוט שכל הנידון בתוס' באומר "הריני משלם" האם יוכל לחזור בו מיירי בלי שמודה שפשע וכדו', דודאי דאין לחזור בו מהודאת בע"ד, וכל הנידון הוא רק שאפשר שויתר על זכות בירור דשבועה, והכא בעי לדון מצד "קם דינא".

ועין היטב בלשון הרשב"א שמבואר שכל מה שאינו חוזר בו – היינו משום דחשיב כגמר דין – וז"ל: לומר שאינו יכול לחזור בו משום דהו"ל כגמר דין שהוא גמר על עצמו דינו, והדין נותן, שהרי אילו ב"ד אמרו לו כך הו"ל גמר דין השתא נמי כך הוא דינו דבשעה שקיבל עליו הלה זהו שעת גמר דינו, וכ"ה בריטב"א שכתב "שאין לך גמר דין יוצר גדול מזה".

עכ"פ – כל הסוגיות שתוס' הביא דנים בנקודה אחת, האם יכולים לקבל על עצמם חושן משפט חדש, דמצד חו"מ אין דין שבועה ליטול בהך טוען ונטען, ואין אביו יכול להיות דיין, ואין דין תשלומין בשומר שיכול לישבע, והוא שינה את החו"מ והבירורים וקביעת הדינים לגבי עצמו, וזה דבר מחודש מאד ששייך לעשות כן – ועיין בהערה ¹⁰⁰ שכבר תמה בזה הגר"ח שמולביץ זצ"ל ותמה – דאיך שייך לשנות את החושן משפט'.

בדמיון התוס' מסוגיין לסוגי' ד"עבדי גנבת" דבתרווייהו אמרינן "קם דינא", ומחלק בשי' הרמב"ם בין שני הסוגיות דנפ"מ אי אכתי מחוסר שבועה.

והנה הדין 'קם דינא' בסוגיין דומה לסוגי' דשבועות שהרי גם שם הוא ויתר על הזכות שבועה, ובזה נגמר הדין, אבל בהך דב"ב דאמר השבע וטול, דחבירו אכתי צריך בירור דשבועה, וכן בההיא דר"ת דג"כ מיירי בכה"ג, הרי התם יש פחות סברא שיהיה כבר גמ"ד לענין זה שיוכלו לגמור את הדין בשבועה, דסו"ס אכתי לא נשבע, ופשוט שכוונת התוס' הוא ללמוד בק"ו, והיינו,

¹⁰⁰ ראיתי מובא בכתבים מהשיעור יומי מהגר"ח שמולביץ זצ"ל [שאמר לתקופה קצרה – בתור ממלא מקום של הגר"נ פרצוביץ זצ"ל] – שאמר לתלמידים בנוסח זה – "לי עולה בבריאיות כזה תוס', לא ישן בלילה, דאיך אפשר לשנות את דיני החושן משפט".

שאם בסוגיין ובהך דשבועות ליכא גמ"ד ויכול לחזור בו, א"כ כש"כ דבהך דב"ב ובהך דר"ת דליכא גמ"ד, ופשוט - כן נראה בשיטת התוס'.

אולם בדעת הרמב"ם איכא חילוק בין הנך תרי גווני, דהנה הרמב"ם [סנהדרין פ"ז – ה"ג] כ' "ונשבע", ומשמע דאין קם דינא, ומשמע כתחילת התוס' שיכול לחזור בו - אולם הקצוה"ח [סי' ס"ט ס"ק ז'] הוכיח דהרמב"ם למד דבסוגיין א"י לחזור בו, והכוונה בסוגיין הוא רק דסברת אטרחי' וכמסקנת ר"ת בתוס', ולכא' א"כ כבר איכא סתירה ברמב"ם – וכבר עמדו בזה.

ונראה, דלחילוק הנ"ל מיושב ואין כאן סתירה, דבהך דב"ב אכתי מחוסר שבועה, והתם סובר הרמב"ם דלא אמרינן קם דינא, אבל בסוגיין שאני דאינו מחוסר שבועה, וא"ש החילוק - וע' באהא"ז [שו"פ פ"ח ריש ה"ה] שחילק באופן אחר.

בפלוגתת הקצוה"ח והמהרי"ק בהוכחה מסוגיין לדין "מתוך".

ובעיקר הוכחת הקצוה"ח בדעת הרמב"ם, עי"ש שהסתפק בדין "מתוך" בנתחייב שבועה ומת, האם אמרינן "מתוך", [ואגב יש להעיר, דאין זה ענין לפטור יורשים מ"מתוך" מגזה"כ דשבועת ה' יהיה וכו' ולא בין היורשים, דהתם מיירי כשתבעו לכתחילה ליורשים ואינם יכולים לישבע], והקצוה"ח תלה נדון זה בפלוגתת הראשונים, דלראשונים שרק אמרינן "מתוך" בטענה גרועה, וכגון בחשוד או דאמר לא ידענה כשהיה יכול לדעת, א"כ הכא ליכא "מתוך", דפשיטא דבמת ולא נשבע דאינו טענה גרועה, אבל לרמב"ם דתמיד אמרינן "מתוך", דה"ה דהכא נמי אמרינן "מתוך".

אלא דהקצוה"ח הביא מהרי"ק שהוכיח מסוגיין שבאמר הריני משלם ומת דבנים יכולים לחזור בהם, והק', שיש לחייבם משני טעמים, א' אביהם חייב עצמו, ב' מדין "מתוך", וע"כ דליכא לשני הטעמים, וע"כ דשפיר חוזר מחיוב אביהם, וכן מוכרח נמי דליכא דין "מתוך" בכה"ג שמת.

ובישוב דעת הרמב"ם כ' הקצוה"ח, דכוונת הגמ' רק לאטרחי' לבי דינא, וכמ"ש"כ התוס' למסקנה, אבל לפי האמת א"י לחזור בו, ובדרך זו ילמד גם הרמב"ם, וע' מ"מ [שו"פ פ"ח ה"ה] שלמד כן ברמב"ם, וא"ש לשיטתו.

ויש לדייק מכל זה שהתוס' והרא"ש דלא הוכיחו מהך דבנים דע"כ דהכוונה בגמ' רק מצד סברת אטרחי', דמזה מוכרח דבדין "מתוך" סוברים כהחולקים על הרמב"ם, וסברי כהמהרי"ק.

והנה, הקצוה"ח הוכיח נגד המהרי"ק מסוגיין, דאם נאמר שהיורשים פטורים ואין עליהם דין "מתוך", הרי א"כ לא שייך שיקנו כפל, דמצאנו בעדי אונס שסובר הרשב"א שכיון שפטורים לשלם, דשוב לא יקנה כפל גם אם ישלם, שזה תשלומין כעין מתנה, ולא מדיני שומרים, ולכן לא מקנה תמורת זה כפל, וכעין זה בנד"ד, שאם נאמר שהיורשים פטורים, ואין עליהם חיוב שבועה, הרי מה שישלמו אינו אלא מתנה, ושוב אין להקנות להם כפל, ודו"ק, עכ"ד הקצוה"ח.

אולם נראה שיש לחלק, דרעק"א טען דבאופן שהוא פטור מצד עד המסייע אכתי י"ל דמקנה כפל, דלא 'איתברר' הפטור, ואינו כעדי אונס דהתם איתברר הפטור, והסברא בזה, דבכה"ג דלא איתברר הפטור אכתי יש מקום לשלם חיובא דאביהם, וה"ה בנד"ד דאכתי יש מקום לשלם חיובא דאביהם, דחיוב איכא כאן, רק שהם אינם חייבים בהך חיוב, ושפיר חיילא בתשלומין דידהו תורת תשלומין דשומרים, ודו"ק.

ישוב דעת רש"י בשבועות מסוגיין, ומחלק בין שבועת שומרים לאידך שבועות.

דעת רש"י בשבועות [מובא בתוס' כאן], דאחרי שאומר איני נשבע דכבר קם דינא ונפטר, וא"י לחזור בו, ותוס' הוכיחו מסוגיין שאפשר לחזור בו, [לדרך הראשונה בתוס'], וק' דאיך יפרש רש"י סוגי' דידן, וי"ל דסובר כתירוץ וכמסקנת התוס', דהכא אתינן עלה משום אטרחי' לבי דינא, ובאמת דא"י לחזור בו.

אולם, יתכן לומר שיש סברא דדוקא הכא סובר רש"י שחוזר בו, ואינו ראייה לשאר שבועות, דשאני סוגי' דידן דעסקינן בשבועת השומרים.

ויסוד הסברא עפ"י מה שמצאנו במ"מ [שכירות ב' – ח'] דמיגו לאפטורי משבועה ל"א בשומרים אף דאמרינן כן בכל השבועות, והביאור, דמיגו מהני לעשות טענה לטענה אלימתא, ויסוד החיוב בשבועה הוא בזה דהתובע בא כנגדו בטענה אלימתא, וכנגדו בעי הנתבע להפטר ע"י אלימות

דשבועה [וכמבואר בסוגי' דריש ב"מ דע"י טענה וכפירה], וכשיש מיגו לחזק הטענה שוב אינו מחוייב שבועה, אבל בשומרים אין לתובע שום טענה, והדין שבועה הוא מחיובי שומרים, וכמו שאמרו להלן "להפיס דעתו", וזה חלק מהחיוב לשמור ולהעמיד הפקדון שמעמיד לו שבועה להפיס דעתו על הפקדון, ובזה כבר לא מהני מיגו, ועי' כעין זה באו"ש טו"נ [א' – י"ב ד"ה ואחר שהעלינו כל זה].

וע' היטב בלשון הרשב"א ריש פירקין, [בענין עדי אונס], דכתב שם שכשיש עדי אונס "אין עליו תשלומין כלל, לא תשלומי ממון ולא תשלומי שבועה", הרי דקרי לה "תשלומי שבועה" בהדי התשלומי ממון, דכל זה חיובי דשומרים, וע"ע להלן שהבאנו כמה וכמה ראיות ליסוד הזה.

ומעתה י"ל, דיסוד דינא ד"קם דינא" בכל הסוגיות הללו הוא שיש "גמ"ד" בתחילת דין בנוגע לטענות ובירורים של הך דין, והיינו, שכשאחד ויתר על בירור או טענה מסוימת, אמרינן שכבר נקבע בתחילת הדין שבירורים וטענות כאלו לא יתקבלו ולא יכריעו בדין זה, אכן נראה, דכל זה לענין סוגים שונים של בירורים או טענות, אבל למשל אם תובעו ואומר שישלם עידית ושוב רוצה בזיבורית, הרי כלפי זה אין "קם דינא", ודו"ק, והיינו דזה כבר נוגע לגמ"ד עצמו, ולא רק לבירורים שיתקבלו בטוען ונטען, וכמו"כ הכא, דשבועה אינה בירור בעלמא, רק שיש עליו "תביעת" שבועה וממון, וכשאומר לו שישלם בדמים, ולא בשבועה, אכתי יכול לחזור בו לתשלומין בשבועה, ודו"ק.

פרק ב'

מהלך חדש בגדר "קם דינא",

באומר "הריני משלם" ובאומר "השבע וטול",

ובגדרי הודאת בע"ד על תנאי.

מתמה טובא בעיקר הזכות לקבוע דינים כשאומר "השבע וטול", ומתמה בראשונים שחידשו שיש הודאה על תנאי.

איברא - דנראה שצריכים להוסיף ביאור ועומק בסוגי' זו ד"קם דינא" בבאים לקבוע את החו"מ באופן אחר – ונקדים בכמה קושיות:

[א] יש לתמוה, הרי הבאנו לעיל לשונות של הראשונים דאתינן עלה מצד גמר דין ו'קם דינא', וזה תמוה - דאיך חשיבא כגמ"ד עוד לפני גוף הגמר דין, הרי סו"ס עדיין לא הגיע לגמר דין דבי"ד לא אמרו פלוני חייב, ומאי שנא מ'נאמן עלי אבא' להיות דיין שרק בשעת הגמר דין עצמו אז אינו יכול לחזור בו, ובלשון התוס' מבואר דראו בזה חידוש דבאו לחלק בזה בין נאמן עלי אבא דבעינן גמ"ד לכאן דחשיב כאילו היה גמ"ד – עיין בדבריהם - וכל זה צ"ב.

[ב] עוד צ"ב - וכדתמה בזה כבר הגר"ח שמולביץ [מובא לעיל בהערה בפרק א'], דמה שייך לשנות את החושן משפט, דאי שבועה לא מיקרי בירור בפסק דין זה א"כ מה שייך לחדש כן מעצמו – והיינו דכלפיו נפסק דשפיר חשיבא כבירור בפסק דין זה.

[ג] עוד צ"ב מהמבואר בלשון הרשב"ם בב"ב [קכ"א] דלמד דדין 'השבע וטול' מהני כמו הודאת בע"ד, והעירני בזה בני הרב ר' מאיר שמחה נ"י דמה שייך הודאת בע"ד על תנאי שתשבע, הרי הודאת בע"ד היא 'נאמנות' וכמו שייסד והוכיח הקצוה"ח [ס' ל"ד ס"ק ד'] בראיות שאין עליהם תשובות, והרי מה שייך עדות וכל נאמנות על תנאי, הרי או שהוא יודע או שהוא לא יודע, וכן בהודאת בע"ד דמדין נאמנות היא, ומה שייך בזה שיקבל על עצמו אי ההוא יודה, וצ"ע.

[ד] ע"ד זה מבואר נמי בר"ן בנדרים [כ"ז] דמי שמבטל ראיותיו אם לא יבא עד ל' יום, דמבואר בר"ן דמהני מדין הודאת בע"ד - אלא דאינה הודאה גמורה הלכך בעי גם קנין, ותמה בזה בקה"י [סימן כ'] דמה שייך הודאת בע"ד על תנאי שיבא תוך ל', הרי אם נאמנות הוא לא שייך בזה תנאים.

מביא ג' שיטות באחרונים בדין שו"י אנפשיה, ומבאר את שיטת התרומת הכרי דאיכא נאמנות לאדם על הדין העצמי שלו.

ונקדים בזה במה דנחלקו האחרונים בגדר הדין שו"י אנפשיה חתיכה דאיסורא, ונאמרו בזה ג' דרכים:

א] הקצוה"ח [סי' ל"ד ס"ק ד' בסוף] הביא שיטות דשו"י אנפשיה מהני מדין נדר, והיינו שאינו נאמן כלל, רק דמחדש על עצמו איסור.

ב] הקצוה"ח עצמו דחה דבריהם ולמד דמהני מדין "נאמנות" ממש כמו בממון בהודאת בע"ד, והוכיח דדין הודאת בע"ד מדין נאמנות היא מדברי רש"י בקידושין דיליף מגז"כ ד"כ כי הוא זה"במודה במקצת.

ג] התרומת הכרי [סי' א' בתנאי השני] למד באופן אחר מהקצוה"ח, דחידש דאדם חייב לנהוג עפ"י מה שהוא יודע איסור אף אי כל העולם מחזיקים דבר לחתיכה דהיתירא, הוא כיון שיודע האמת חייב להתנהג כפי ידיעותו.

אולם צריכים להוסיף – וכן שמעתי ממו"ר בעל הענפי ארז שליט"א – דפשוט דגם לדרכו של התרומת הכרי דע"כ דמדין "נאמנות" הוא, דאם אין לנו דין להאמינו שהוא יודע כן, א"כ אין אנו מחוייבים להפרישו, ופשוט, אלא דלפי התרומת הכרי מאמינים לו שהוא יודע שיש בו איסור, ורק לענין זה דכופין אותו לקיים דינו מאמינים לו שהוא יודע כן, ולא לענין החתיכה עצמה.

והיינו דלפי הקצוה"ח יש פסק בי"ד בחתיכה עצמה עפ"י נאמנות ידיה, דפוסקים שיש בה איסור כלפיו, אבל לפי התרומת הכרי אין כאן נאמנות לבי"ד לענין זה שיוכלו לפסוק איסור בחתיכה עצמה כלפיו, רק דבי"ד מאמינים לו שהוא יודע כן, ולכן מחוייבים להפרישו מאיסורו, דנאמן לנו לענין זה, ובקצרה, לפי הקצוה"ח הרי זה בכלל הדין "שופטים" [בירור דיני] ולפי התרומת הכרי זה רק שייך לדין "שוטרים" [כפיית הדין].

מביא מהתרומת הכרי שזה גם גדר הדין של הודאת בע"ד שלא בבי"ד.

התרומת הכרי הוסיף בזה דבר גדול – והוא שיש ב' דינים שונים בהודאת בע"ד, הודאת בע"ד בבי"ד והודאת בע"ד שלא בבי"ד – לפני עדים, וביאר שיסוד דינא דהודאת בע"ד בפני עדים שלא בפני בי"ד הוא ע"ד שו"י אנפשי חתיכה דאיסורא.

והיינו דאף דהקצוה"ח נקט דשני הדינים כלולים בכלל גז"כ ד"כ כי הוא זה", אבל התרומת הכרי חולק עליו בזה, והביא דגם הפנ"י בכתובות [ק"ב] חולק עליו בזה, דסו"ס קרא קאי דוקא בבי"ד ומנלן דגם חוץ לבי"ד בכלל הך גז"כ, וביאר התרומת הכרי, דהכא י"ל דאתינן עלה מדין שו"י אנפשיה, והיינו דמאמינים לו שכך הוא יודע, ולפי הידיעה שלו כך הוא חייב להתנהג, וגם בממון הדין כן, ונתחדש שיש כפייה של הוצאת ממון מדין אפרושי מאיסורא אחרי שמאמינים לו שהוא עובר על גזל בממון זה, אכן אין כפייה ממשועבדים כמו בכל הודאת בע"ד ששם הוא נאמן בגוף הממון, ושם יגבו ממשועבדים שהשתעבדו לאחר הודאתו [ואל"כ הוי חב לאחריא], אכן הכא גם לאחר מכן אינו אלא מדין כפייה על איסור גזילה, וכפייה זו לא שייכת למשועבדים.

ועיין בדברינו באמרות אברהם פרק שנים אוחזין [סימן כ"ג] שהארכנו בשיטת התרומת הכרי בהודאת בע"ד בממון בחוץ לבי"ד, וע"ע להלן [שם סימן כ"ד] ששיטת המהר"י בן לב בנויה על היסוד הזה.

מבואר מכל הנ"ל דאיכא נאמנות בבי"ד דאינו מברר את הנדון כלפי הבי"ד, רק כלפי הדין העצמי של הגברא, וגם כלפי התחייבות מסויימת שהעמידו הבעלי דינים ביניהם, ומבאר דזה התחדש בדין הודאת בע"ד בפני שלא בבי"ד, ומבאר בזה את דברי הר"י מיגאש בביאור סברת הדין הודאת בע"ד.

עכ"פ – מדברי התרומת הכרי למדנו יסוד גדול בנאמנות בבי"ד, דמצאנו שני גדרים שונים של נאמנות בבי"ד, דהנאמנות הפשוטה היא דמתקבלת הנאמנות לבי"ד להכריע את הנדון כלפי בי"ד, וכפי הכרעה זו הם מחייבים ופוטרים כל נדון לפי ענינו, שהרי הנדון התברר להם כפי הנאמנות הדרושה בהאי נדון, אכן יש גם נאמנות אחרת בהודאת בע"ד חוץ לבי"ד דאף שהעידו עדים על

ההודאה הזו, ובי"ד יכריעו על פי ההודאה הזו [שנעשה מחוץ לבי"ד], אכן כל ההכרעה שהתקבלה אינה בנדון עצמו, אלא דמתקבלת הנאמנות בבי"ד כלפי פלוני לומר שהוא מאמין שכך המציאות, וגם זה נאמנות בבי"ד, וגם זה מחייב את הבי"ד לפעול ולחייבו כפי ידיעתו.

ואחרי הקדמה זו למדנו שבפרשת הודאת בע"ד המחודש הזה התחדש ב' חידושים, א' נתחדש שיש מערכת של דיונים בבי"ד שמתייחסת אך ורק ל'הנהגה' של ה'בעלי הדינים' בלי להתייחס לנידון של גוף הממון, ב' מלבד זה נתחדש שיש לו 'נאמנות' והיינו שמאמינים לו שכך הוא סובר, ומכאן נאמנות זו כופין אותו – אולם בעיקר למדנו שלפני החידוש של הנאמנות נתחדש שיש מערכת כזו שקיימת 'בהנהגה של הגברא' – איך אנו דנים הנהגתו כלפי חבריו בנידון, בלי לדון את הממון עצמו – ונתחדש שחייבים להתייחס למערכת הזו.

והעירני בזה בני הרב ר' מאיר שמחה נ"י לבאר בזה את דברי הר"י מיגאש [תשובה קפ"ו] דביאר דליכא דין הודאת בע"ד בנפשות ובמלקות דאדם אינו ברשות עצמו לצער ולהרוג את עצמו, ורק בממונות אית ליה כח ושליטה על ממון, וי"ל דכלפי הדין הודאת בע"ד דילפינן מקרא ד"כי הוא זה" לא הקשה הר"י מיגאש, דהך גזה"כ כתוב בממון ולא בנפשות, ועוד, דהר"י מיגאש לא בא לפרש טעמא דקרא ד"כי הוא זה", אבל אכתי קשה ליה מהדין הודאת בע"ד שחידש התרומת הכרי, דזה דין דילפינן מסברא, ועל זה הקשה דה"ה דבנפשות נימא כן, ועל זה תירץ דדין זה רק שייך בממון דכיון דממון הוא ברשותו ובשליטתו, שוב מצינן למימר שהוא יכול לקבוע את הדין העצמי שלו, ועל זה האמינתו תורה שבי"ד יחייבו אותו על הדין העצמי שלו.

מבאר דדין השבע וטול אינו מדין הודאת בע"ד, דאין הודאה על תנאי, רק דבפרשה החדשה של הודאת בע"ד התחדש דבעלי דינים יכולים להעמיד ביניהם נאמנות כלפי הדינים שלהם, וזה יסוד דינא דהשבע וטול ויסוד דינא ד"קם דינא" בהריני משלם.

ומעתה נראה, דבדין השבע וטול דמדין קם דינא אינו יכול לחזור בו, וביאר הרשב"ם דמדין הודאת בע"ד היא, נראה לומר דאין הכוונה להודאת בע"ד כפשוטו, וכן מה שביאר הר"ן בנדרים דתתבטל ראיותיו דמדין הודאת בע"ד הוא, נראה לחדש דאין זה מדין הודאת בע"ד כפשוטו, אלא דהכוונה בזה היא, דבדין הודאת בע"ד שחידש התרומת הכרי נתחדש חידוש בדיני נאמנות של בי"ד, דמאמינים לו בחיוב העצמי שלו ובדין הנהגה ידיה – אף דהנדון עצמו לא התברר לבי"ד, וה"ה הכא, אין הכוונה שהבירור בהלכות חושן משפט נשתנה באמירתו "השבע וטול", הרי שבחושן משפט אין הכרעה של שבועה בנדון זה ואין בכחם של בעלי דברים לשנות את ההכרעות והבירורים בחושן משפט, אלא שהחידוש בזה מתייחס לחיוב העצמי שלו ולהנהגה ידיה דבזה נתחדש דבעלי דינים יכולים להעמיד לעצמם את אופני הנאמנויות והבירורים בדין העצמי שלהם.

ובתוספת ביאור – אין הכוונה בראשונים שהשבע וטול וביטול ראיותיו שייכים ל'נאמנות' של הודאת בע"ד – אלא כוונתם לעיקר האי חידוש שיש 'מערכת' של 'דין עצמי' והנהגה דגברא – והיינו דבמערכת הזו נתחדש שהאדם יכול להתחייב שידונו את ההנהגה ידיה בבירורים מסויימים, אבל אין כאן שינוי בגוף החו"מ – רק בחו"מ הפרטי שמתייחס להנהגה ידיה ודווקא שם נתחדש השינוי הזה, ועיקר חידוש זה נכלל ב'פרשת' הודאת בע"ד ה'מחודשת' של התרומת הכרי שחידשה תורה שיש התייחסות לחיוב של הגברא ביחס לעצמו האין צריך לנהוג בממון זה בלי להכריע את גוף הממון.

והן הן דברי הרשב"ם והר"ן, דבאמת אין כאן הודאה על תנאי, שהרי אין כאן הודאה כלל, רק דכמו דבהודאה נתחדש להם כח להעמיד לעצמו את הבירור ששייך להנהגה ידיה, כמו כן עבדינן כן בכל נאמנות אחרת, ויכול לקבוע שבדין זה אין לו עוד ראיות, ויכול גם לקבוע ששבועה תהיה בירור אף דכלפי בי"ד אינו בירור בנדון זה, ודו"ק.

דין קם דינא בתחילת דין.

ובזה מיושב עיקר התמיהא – דמה שייך קם דינא בתחילת דין – והתשובה שבאמת כאן א"צ גמ"ד ממש בהך "קם דינא", שבאמת בפסק דין המסויים הזה א"צ שהבי"ד יפסקו "פלוני חייב", דהכא אדרבה – ה"קם דינא" מתייחס לזה שנקבע שלא יהיה גמר דין בפסק הזה, דנקבע שהפסק דין יהיה

על פי הדין העצמי שלו – ועל זה גופא חל הפסק בי"ד – שפסקו שלא הולך להיות פסק דין שיתייחס לגוף הנידון כמו כל פסק דין דעלמא - ודו"ק.

אולם שאני בזה הדין של נאמן עלי אבא, שהרי הכא לא היה בי"ד שיפסקו עליהם שהולך להיות פסק דין שמתייחס להנהגה ודין עצמי ידיה – שהכל היה ביניהם שהם קיבלו על עצמם בי"ד חדש שבלי קבלתם אינו בי"ד – והכא הפסק דין של האב בעצמו יקבע את ההנהגה הזו - כמו בכל הודאת בע"ד מחוץ לבי"ד שהוא מחוייב להודאה ידיה בלי בי"ד.

'הבהרה' להוציא מליבם של טועים.

ונראה שצריכים להבהיר נקודה חשובה בהאי ענינא להוציא מליבם של טועים:

שמענו אומרים שכל הנאמנות של הודאת בע"ד היא נאמנות שמתייחסת להנהגה ידיה ולחיוב עצמי – בלי להתייחס לנידון עצמו, ובזה מיישבים את קושי' הקצוה"ח דמנלן דהודאת בע"ד עדיפא מעדים, דאף דבפסוק של 'כי הוא זה' כתוב שיש נאמנות של הודאת בע"ד אכן היכן מרומז דעדיפא מעדים, ולפי סברא הנ"ל א"ש שבמישור הפרטי של הנהגה שלו מובן מסברא דהודאה ידיה אלימי טפי.

אולם זו טעות – דלא יתכן שנאמנות שלא מתייחסת לגוף הנידון תוכל ליצור מצב של 'דררא' בממון עצמו לחייב שבועה של מודה במקצת – הרי השבועה ודאי שייכת למישור של הפסק של בי"ד בגוף הממון, והרי מי שלא נשבע יורדים לנכסיו – ואינה ענין של כפייה על הגזילה של הגברא, וזה תרתי דסתרי, ודו"ק.

סימן י"ד

הערות בספקות

פרק א בסוגי' דשילמו בנים ושילמו לבנים < ב' דרכים בספק – אי בהקנאה אי בלשומין, ונפ"מ מתי מתו השומר והמפקיד. < מביא סתירת רש"י אם האב קיים בזמן ההקנאה או לא. < דרכו של רעק"א ושל הכס"מ ביישוב הסתירה ברש"י. < ביאור בפלוגת רעק"א והכס"מ ביסוד דינא דפרה לכפילא, האם הפרה שלו לענין הגניבה, או שהוא קונה את הכפל ע"י הפרה. < באומדנא בבנים להקנות, אם בשעת גניבה אם בשעת מיתת אביהם. < מוכיח דמצד לב ב"ד מתנה אתינן עלה, דליכא אומדנא פשוטה. < פלוגתא הראב"ד ורש"י אי מיירי שהאב המקנה או שהבנים המקנים. >

פרק ב' שאל מן האשה < שי' התוס' בפירושו לשי' רש"י בשאל מן האשה ומביא בזה כמה הערות מרעק"א. < מתמה עוד בדרכו של התוס' בשיטת רש"י. < דרך נוספת ברש"י מהתוס' רא"ש, ומיושב לדבריו קושי' רעק"א, אלא דיש לתמוה טובא בדבריו. < מחדש, שאשה שמכרה נכסי מלוג בהסכמת הבעל, רק היא המוכרת ולא שניהם, ולעומת זאת, כשמשאלה בהסכמת הבעל, אז שניהם המשאלים, [ומביא מחלוק' ראשונים האם שניהם [בעל ואשה] מוכרים [בנכסי מלוג], דתלוי בגדר תקנת אושא, ומבאר ספקת רעק"א בסוגיין לענין זכות הבעל למפרע בכפל בנכסי מלוג כשמכרה ומתה]. < מבאר דהספק בגמ' הוא בגדר התשלומין של 'תשלמני', דהאם מיקרי תשלומי מכר או תשלומי שומרים, ונפ"מ אי שייך הבעל בהנך תשלומין, ומיישב בזה את דברי רש"י ותוה"ר. < מבאר עפ"י את פירושו של התוס' בסוגיין. < דברי הרשב"א בשי' רש"י. < דרכו של הריב"ן, לפי המהרש"א ולפי רעק"א. >

פרק ג' הערה בשאל מן השותפין < בדברי רעק"א, ובמה שיש לתמוה עליו. < ישוב חדש לקושי' רעק"א, דתלוי אי ע"י התנאי נהפך לתשלומי מכירה או דאכתי הוי תשלומי שומר. >

פרק ד' בדברי הרי"ף והרא"ש בספיקות < מביא את קושית הרא"ש על הרי"ף דלמה חולקין, ומביא את קושי' הקונטרס הספקות דלמה אין הגנב דוחה את שניהם מדין הממע"ה, כמו בכהן בפדיון הבן שדוחה את שני האבות. < מביא תירוצם של האחרונים ליישב הקושי' מכהן שדוחה את שני האבות. < ישובו של האבי עזרי למה הכא לא שייך דין חזקת מ"ק, ולמה אמרינן יחלוקו. >

פרק א

בסוגי' דשילמו בנים ושילמו לבנים

ב' דרכים בספק – אי בהקנאה אי בלשומין, ונפ"מ מתי מתו השומר והמפקיד.

בספק זה מיירי כשהבנים עומדים במקום אביהם המפקיד ואביהם השומר, רק דלא איתברר בסוגי' באיזה זמן נכנסו הבנים לעמוד תחת אביהם, דזה פשוט שההפקדה עצמה היתה בין המפקיד לשומר, אבל לא ברור אם כבר בזמן הגניבה מתו או דרק לפני התשלומין מתו.

ויש בזה נפ"מ, דזמן ההקנאה לל"ק הוא זמן ההפקדה, ואז פשיטא שעדיין לא מתו, אבל לל"ב זמן ההקנאה היה בזמן שסמוך לגניבה, ולא איתברר בסוגיין האם מיירי שהבנים נכנסו תחתיהם אחרי ההקנאה לגבי התשלומין, או דמיירי דנכנסו לעמוד תחתיהן כבר לגוף ההקנאה.

ושורש הנידון בזה הוא, האם הספק בסוגיין הוא בגוף ההקנאה, שהוא מהבנים או לבנים, והיינו האם יש הקנאה 'מבנים' או האם יש הקנאה 'לבנים', ואז ע"כ מיירי שמתו לפני הגניבה ואז ע"כ שהספק הוא רק לל"ב, או דבאמת ההקנאה היתה בין השומר למפקיד ובזה מעולם לא היה ספק, אלא שהספק הוא בקיום התנאי ד"תשלמני", האם תשלומין מהבנים או תשלומין לבנים חשיב כקיום התנאי של 'ותשלמני', ודו"ק, ואז נוכל לומר שהספק הוא גם לל"ק.

מביא סתירת רש"י אם האב קיים בזמן ההקנאה או לא.

ויש בנידון זה סתירה ברש"י, דבשילם לבנים פירש"י "מתו הבעלים ונגנבה ואמר השומר לבנים הריני משלם", ומבואר דהכא מיירי שכבר בהקנאה לל"ב היה של הבנים והם מקנים לשומר, אכן בשילמו בנים כ' רש"י "לא הספיק לשלם עד שמת", ומשמע שרק התשלומין היה ע"י הבנים, אבל ההקנאה לל"ק ולל"ב היה בין המפקיד ושומר, ודו"ק, וצ"ע מאי שנא שילמו לבנים משילמו בנים בענין זה – אטו יש ביניהם נפ"מ לגבי הספק אי קאי בהקנאה או בתשלומין.

דרכו של רעק"א ושל הכס"מ ביישוב הסתירה ברש"י.

ויש ב' דרכים ביישוב סתירה זו – וכדלהלן:

בדרך הראשונה – נקדים בדברי הרשב"א ש' לבאר למה פירש"י בשילם לבנים "שמתו הבעלים קודם שנגנבה", דז"פ לרש"י שכשיש תנאי שמקנה תמורת תשלומין, דהתשלומין מיקרי תשלומין בין אם משלם לו או שמשלם לבאי כחו, וכמפורש נמי בגיטין [ע"ד] בתנאי דע"מ שתתן לי מאתים זוז, וא"כ היה ק' לרש"י דמה היה הספק כאן, וע"כ דהספק אינו בקיום ה"תשלמני", וכל הספק

הוא רק בהקנאה עצמה, וא"כ הספק הוא דוקא לל"ב, והיינו, דהאם גם בנים עבדי הקנאה כמו אביהם או לא, ודו"ק.

והק' על זה הכס"מ [פ"ח משו"פ], דא"כ בשילמו בנים ק', דהא מיירי שמת רק אחרי שנגנבה, וכבר קנה האב, ומהו הספק כאן, ופ' רעק"א [ד"ה שילם לבנים מאי], דכל מה שאמר הרשב"א שמתקיים תנאה דתשלמני בבנים, היינו כששילמו לבאי כחו, אבל כשהבנים של השומר ישלמו, י"ל דזה לא מיקרי כלפיו קיום התנאי, דרק נתכוין להקנות תמורת תשלומין דשומר עצמו, דרק תשלומין של מי דקעביד ליה ניח נפשיה הוא דמקנה תמורתו, ודו"ק, ולהכי שפיר אפשר להסתפק גם כשהאב מקנה לאב, ורק מת אח"כ, ומיושב סתירת רש"י.

בדרך השניה – יעויין בכס"מ שפי' באופן אחר, ויש כמה הקדמות לדבריו – וכדלהלן:

א [הסוגי' איירי בהקנאת פרה לכפלא ולא בהקנאת פרה עצמה – והיינו כהרמב"ם במסקנת הסוגי' בריש פירקין, או דאזלינן לפי צד אחד בגמרא בגיטין דמספקא לן בעבד לקנס – ואז הספק הוא בגדר ספק ספקא – ומצאנו כה"ג להלן ברעק"א בשאל מן האשה.

ב [בהקנאת פרה לכפלא – הכפל הולך למוכר וממנו זוכה הלוקח.

ואחרי הנך ב' הקדמות יש לומר כך – דאם מת בעל הפקדון אחרי הגניבה, א"כ איכא חיסרון מצד "א"א מוריש קנס לבניו", והטעם לזה, שהרי הגניבה היתה מהמפקיד – וממילא שמוטל עליו לתבוע להעמדה לדין לחייב את הכפל, אלא דשוב מת ושוב נמצא הגנב, וכעת הבנים שלו הם אלו שמחייבים את הקנס בהעמדה בדין, והרי הם לא יכולים להיות יורשים על זכות זו – ושוב לא יכול השומר לזכות דרכם – שהרי כאמור – הקנס הולך דרך המוכר.

ומעתה א"ש – דלהכי בשילמו לבנים דייק רש"י שהאב מת קודם הוא כבר לא קיים בזמן הגניבה, והחיוב כפל חיילא לבנים, [דאל"כ אין אדם מוריש קנס לבניו], אבל בשילמו בנים לא אכפת לן מתי ימות השומר, דבלאו הכי בעל הפקדון חי, והקנס של הכפל הוא אליו, ובני השומר קזכי מיניה הקנס, ודו"ק, ושפיר מיושב סתירת רש"י.

ואיכא נפ"מ גדולה בין הנך שתי דרכים, דלדרכו של הרשב"א ורעק"א, הרי כל הספק רק שייד לל"ב, ולל"ק שהאב הוא המקנה אז פשיטא דבשילמו לבנים דקונה, וכ"כ הרשב"א, ולפי"ז תמוה האיך הביאו הרמב"ם והפוסקים ספק זה אחרי דקיי"ל כלישנא קמא, וכן הק' רעק"א.

אכן לפי הכס"מ, י"ל דהספק הוא גם באופן שהאב הוא המקנה, והיינו גם לל"ק, וכל מה דבעינן שהאב ימות לפני הגניבה הוא רק לענין צדדי של "א"א מוריש קנס לבניו", וא"כ הספק שפיר שייד גם לל"ק וגם לל"ב, וא"ש הרמב"ם והפוסקים שהביאוהו, ודו"ק.

ביאור בפלוגת רעק"א והכס"מ ביסוד דינא דפרה לכפילא, האם הפרה שלו לענין הגניבה, או שהוא קונה את הכפל ע"י הפרה.

אולם רעק"א הק' על הכס"מ, דהכא ההקנאה היא הקנאה של פרה לכפילא, וז"ל, "ולכאן, כל עיקר פרה לכפילא או דקל לפירותיו דמהני, היינו שקונה הדקל לענין זה שיהיו הפירות גדלים על דקל שלו, וכן פרה לכפילא דלענין כפל, הפרה שלו שהגנב גנב פרה שלו, אבל פשיטא אם נימא דהגנב נתחייב לבעלים [כפל], רק שהוא [השומר] קנה הפרה לענין זה הזכות שיבא לבעלים ממנה, דהיינו שכשיגבו הכפל יהיה הזכות שלו, דמה שייכות זה להפרה שיקנה הוא המעות מהבעלים, וגם היינו בעינן שייגבו הבעלים תחילה הכפל, ואף אם הבעלים מתו קודם הגבייה לא היה קונה הפירות דקל וקנס דפרה, אע"כ הפשוט, דעיקר מעלה דקל לפירותיו וכיוצא, דלענין זה הזכות, הדקל שלו, שהפירות גדלין באילן שלו", עכ"ל.

ולפי"ז תמה רעק"א על הכס"מ, דא"כ בשילמו בנים יקשה אין אדם מוריש קנס לבניו דהא מכח אביהן זכו, ומדברי הכס"מ נראה דמכח המפקיד זכו, וצ"ע, עכ"ל.

ובביאור דעת הכס"מ נראה, דמפורש כאן את מה שביארנו לעיל [סימן ה'] עפ"י דברי הרשב"א בכתובות [נ"ט], דנתבאר שם יסוד גדול בשם הגר"ד שיש שני אופנים של פרה לכפילא, שהפשטות בזה היא כמו שכתב רעק"א שקונה את הפרה לענין הכפל, והיינו דכלפי הגניבה דיינינן ליה כאילו שפרתו נגנבה.

אכן י"ל גם באופן אחר, דלעולם כל הקנין הוא רק בכפל, אלא שנתחדש מעשה קנין בפרה לקנות את הכפל, והיינו שאין הקנין חל כלל בפרה עצמה רק דתחילת החלות קנין הוא בכפל עצמו, אלא דקעביד מעשה קנין בפרה כדי שיחול הקנין בכפל.

ולפי"ז נראה, דא"צ שתהיה הפרה שלו לענין המעות, ודומה למעש"י וידים, דקעביד מעשה קנין בידים שיחול על המעש"י כיון דמעש"י שייכי לידים אף דאינם יוצאים הימנו, והכא פשיטא שאין הידים עצמם שלו לענין המעש"י, וה"ה בנד"ד, וכן צ"ל בדעת הכס"מ, וזה דומה לש"י הגר"ח בעבד לקנס, רק דהגר"ח חילק בזה בין פרה לכפילא לעבד לקנס, והכא חזינו בכס"מ שגם בפרה לכפילא זה כך, ודו"ק.

ולפי"ז מיושב קושי' רעק"א, דבאמת הקנס עצמו הוא לבעל הפקדון, ואם הוא חי שוב יכולים בני השומר לזכות בממונא דקנס, שזה כבר ממון, ובזה אין חיסרון של א"א מוריש קנס לבניו, ודו"ק, ועיין היטב בכל הנ"ל לעיל [סי' ה'] דעפי"ז יישבנו את שיטת רש"י

[ויש פלא בדברי רעק"א שהביא מהרשב"א בכתו' כדבריו, והביא לדברי הרשב"א בקושי', אכן במסקנת הרשב"א מבואר כדברינו בכס"מ, היפך מרעק"א, וצ"ע].

ובעיקר הדברים יש להעיר דלתוס' דמקנה פרה עצמו למסקנה [ולא פרה לכפילא], שוב ליתא לכל הך נידון, ודו"ק.

באומדנא בבנים להקנות, אם בשעת גניבה אם בשעת מיתת אביהם.

והנה, מבואר כאן ברש"י ששייך שהבנים יעשו הקנאה לל"ב, וזה גם לכס"מ וגם לרשב"א, ויש לעיין, דבשלמא לל"ק דהאב עשה את ההקנאה מיד, הרי גמר לכל ההקנאה בעצמו, אבל לל"ב, הרי מתי האומדנא של הבנים ומתי ההקנאה שלהם, וע' מהרש"א [בד"ה שאל מן האשה] שהביא שכל האומדנא וההקנאה הוא סמוך לגניבה [וקונה בחצר], וזה שייך בבנים עצמם, דגם בהם איכא אומדנא.

והבין מזה רעק"א [ד"ה שילם לבנים], דכוונת מהרש"א בזה לאפוקי דאם נלמד כרש"י לעיל [ל"ד]. דהאומדנא היה בזמן המשיכה גם לל"ב, רק דגמר אז בדעתו להקנות אח"כ סמוך לגניבה, דלפי"ז קשה סוגיין, ולכאו' כוונתו דאז האב גמר לגמרי את ההקנאה כמו לל"ק, ואם הספק הוא דוקא לל"ב [וכדלעיל מהרשב"א], והספק הוא דוקא משום שהבנים מקנים, א"כ ק' דאין הבנים מקנים כאן, כן צידד רעק"א בדעת רש"י, ודחה, דאם כן ודאי לא היה חל הקנאת האב, שהרי מי שמשך לקנות לאחר ל' ומת לפני ל', דודאי דבטל ההקנאה.

ופי' דכוונת מהרש"א להיפך, דהבין בדעת רש"י שיש אומדנא בשעת המשיכה כיון שאז עושה מעשה, ורק אז מכוין להקנות, אבל סמוך לגניבה שאין שום מעשה, אז ליכא אומדנא, ואיך מסתפקים כאן דילמא הבנים ג"כ עבדי הקנאה.

ותירץ רעק"א, דמה שרש"י למד בשעת הפקדה, אין הכוונה דבעי מעשה, רק דבעינן תחילת השמירה, ותחילת השמירה בבנים הוא בשעת מיתת האב, דאז נהיה השומר לשומר דבנים, ואז איכא אומדנא, עכתו"ד רעק"א.

אולם לא איתברר מדברי רעק"א מהו מעליותא דתחילת השמירה, ונראה, דלפי הקצוה"ח [סימן קפ"ט] דלרש"י היה ק' דאיך שייך קנין חצר, הא החצר קנוי למפקיד לדעת הרשב"ם בב"ב, ולכן בעינן כבר מתחילת השמירה שיגביל שמירתו עד הגניבה, ואז החצר הדרא לשומר ושפיר קונה, א"כ זהו נמי הסיבה בבנים שבשעת מיתת אביהם איכא אומדנא ודו"ק.

מוכיח דמצד לב בי"ד מתנה אתינן עלה, דליכא אומדנא פשוטה.

אלא דאכתי יש לעיין, דאיך משכחת לה כזה אומדנא בלי שעושים מעשה, והא יתכן דלא ידעו על הפקדון בשעת מיתת האב ואיך פשיטא לן שיש אומדנא.

ונראה דהרשב"א נתקשה בקושי' זו, וביאר דע"כ דמדין "לב בי"ד" אתינן עלה, וכ' בהדי' דצריכים לפרש כן בלישנא בתרא שהבנים הם המקנים, ולכאו' כוונתו כנ"ל דמשכחת לה בבנים דלא ידעי כלל על הפקדון, עיש"ה.

ומכאן יש להעיר עמש"כ לעיל בדעת רש"י והרשב"א "דהנעשה כאומר לו" משתנה מל"ק לל"ב, דלל"ק זה מדין "לב בי"ד מתנה" ובל"ב זה אומדנא ממש, ויישבנו בזה סתירת הדיוקים ברש"י וסתירת הרשב"א מב"ק לגיטין, ודברים הללו נסתרינן מהרשב"א כאן, דהכא מפורש דגם לל"ב אתינן עלה מצד "לב בי"ד מתנה".

וע"ע בהמשך רעק"א מה שדן עפ"י הנ"ל האם בשומר אבידה שג"כ חסר במסירה, ואין מעשה, דאפ"ה יהיה דין הקנאת הכפל, והוסיף שם סברות אחרות דגרע שומר אבידה מצד הנייה נפשיה, עיי"ש.

פלוגתת הראב"ד ורש"י אי מיירי שהאב המקנה או שהבנים המקנים.

והנה, הרשב"א הביא מהראב"ד שהאב היה קיים בשעת הגניבה ודלא כרש"י, ופי' הראב"ד דבעינן שהאב יקנה, דבבנים א"א לומר שיקנו כפל.

ולא איתברר בראב"ד טעמא דמילתא, דלמה א"א לומר בבנים שהם יהיו המקנים, ונ' פשוט, דבשטמ"ק [ריש ל"ד.] הביא מהראב"ד בביאור "הנעשה כאומר לו" – "אומדן דעת הוא", ומשמע דליכא "לב בי"ד", ונתקשה בקושי הנ"ל, ואין לו את התירוץ של הרשב"א, והיה מוכרח לפרש שהאב הוא המקנה, ומוכרח א"כ דהספק הוא בקיום דין ד"תשלמני", האם זה מתקיים בתשלומין לבאי כחו, ודלא כדפשיטא להו לרשב"א ורעק"א דזה ודאי מיקרי קיום ד"תשלמני", ודו"ק.

פרק ב'

שאל מן האשה

שי' התוס' בפירושו לשי' רש"י בשאל מן האשה ומביא בזה כמה הערות מרעק"א.

ע' היטב ברש"י בספק דשאל מן האשה, ומבואר דהספק הוא אי חשיב תשלומין אליו או לא, ולכא' תמוה דההשאלה היתה גם הימנו, שיש לו פירות, וכשמשלם לו הקרן לאשה ופירות ידיה, ופשוט שזה תשלומין, וכן הק' בתוס', וברשב"א הוסיף דהוי כשואל משניהם וכמשלם לשניהם.

עו"ק, דאם זה הספק, האם איכא תשלומין או לא, הא ספק זה לא שייך להקנאת הכפל וכשאר הספיקות, וזה ספק בעיקר דיני שומרים אם מתקיים בזה דין תשלומין דשומרים, והאיך הביאו כאן כלפי הקנאת הכפל, וצ"ע.

ותי' בתוס' ששילם רק חלק הבעל, והנידון אי מיקרי תשלומין לענין הקנאת הכפל, דגרע מחלק השותף, דזה רק חלק הפירות ולא חלק מהקרן.

והעיר כאן רעק"א כמה הערות, א] זה פשוט שהאשה לא תקנה כפל כששילמו רק חלק הבעל, ומוכרח שהבעל מקנה כפל, ומוכרח דתוס' הכא אזלי כשיטת הרי"ף דסובר דכפל שייך לבעל בנכסי מלוג, ודלא כשיטת התוס' דכפל דנכסי מלוג שייך לאשה, וכיון שהכפל לבעל שוב שייך לומר שהבעל הוא המקנה, ב] אף דנחלקו הרי"ף והתוס' בדין כפל, אבל ביוקר הדין מפורש דיוקר שייך לאשה, ולפי"ז נמצא דהכא בספק זה משכחת לה הקנאת כפל בלי הקנאת יוקר, ג] אף דהבעל אית ליה פרה לכפילא, וזה מתקנ"ח, אבל איך הבעל מקנה פרה לכפילא, הא אין אדם מקנה דבשלב"ל, וכקושי הגמ' לעיל, וזו קושי גדולה, ותי' רעק"א דע"כ אזלינן כהך צד בגיטין דפרה לכפילא ועבד לקנס חשיבי כדבר שבא לעולם, ושפיר מקנה, ודו"ק, עכתו"ד, ולפי"ז שאני ספק זו מכל הספיקות, דשאר הספיקות הם ספק א', וספק זו הוא ס"ס, דתלוי גם בספק בגיטין.

ובישוב קושי רעק"א י"ל דגיזות דלאחר גניבה שפיר מקנה לשי' א' במ"מ, ועכ"פ הנך דלאחר תשלומין מקנה לשי' הריטב"א הי', ובהדי זה שפיר מקנה כפל, ושפיר מיקרי כדבר שבא לעולם.

מתמה עוד בדרכו של התוס' בשיטת רש"י.

אולם עיקר דברי התוס' לא מובנים לי, דהאיך משלמים חלק הפירות לבעל, שכל מה שמשלם חשיב מן הקרן שהבעל מוציא מהך קרן פירות, וגם השווי לפירות בפרה הוא מהקרן דאשה, ואיך שייך תשלום כלפי הפירות עצמן, וצ"ע, וע' בהמשך התוס' דמפורש כן, דתשלומין דקרן לאשה הוא ממילא תשלומין דפירות לאיש, וצ"ע.

ועוד, דמדברי רש"י לא משמע כפירוש זה, דברש"י נראה דהיה "תשלומין גמורין", והספק הוא האם תשלומין לבעל שמי' תשלומין או לא, ויש צד שאינו תשלומין כלל, ובתוס' מבואר שודאי שלא היה תשלומין גמורין, ועד כמה ששילם הרי ודאי דהוי תשלומין מעלי', וכל הספק אי מקנה כפל עבור כזה תשלומין, ולא משמע כן מרש"י, וצ"ע.

דרך נוספת ברש"י מהתוס' רא"ש, ומיושב לדבריו קושי' רעק"א, אלא דיש לתמוה טובא בדבריו.

ובתוס' הרא"ש למד ברש"י באופן אחר, שבאמת רש"י מפרש דהכפל שייך לאשה, וממילא דלק"מ קושי' רעק"א מדבשל"ל, דמקנה את הפרה עצמה, וגם לא ק' מיוקר, דגם יוקר בכלל ההקנאה, וזה היה פשוט לרש"י דחשיב תשלומין, דכיון דפירות ידיה, והוא המוציא ומכניס, ופשיטא דידו כידה לתשלומין, ואפי"ה איכא ספק דדילמא לא חשיב כבעלים להנך תשלומין לענין קיום התנאי "דתשלמני", והטעם, "דלא ביה תלי' לאקנויי כפילא", עכ"ד.

ולא איתברר לנו שורש הספק מהו, שהרי סו"ס נתקיים דין "תשלמני" כדינו, ומה אכפת לן שהיא המקנה בכפל, דהרי סו"ס נתקיים התנאי, ושוב היא תקנה כפל, והרי מצאנו כבר בשילמו לבנים, דהאב היה המקנה [לל"ק] אף דשילמו לבנים, דתרתני נינהו, קיום התנאי "דתשלמני" והקנאת הפרה, זה בבנים וזה באב, וה"ה בנד"ד שהאשה מקנה את הפרה והתשלומין לבעל, ומהו הספק כאן, ומה אכפת לן דלא תלי' ביה הקנאת הכפל, וצ"ע ג.

מחדש, שאשה שמכרה נכסי מלוג בהסכמת הבעל, רק היא המוכרת ולא שניהם, ולעומת זאת, כשמשאלה בהסכמת הבעל, אז שניהם המשאילים, [ומביא מחלוק' ראשונים האם שניהם [בעל ואשה] מוכרים [בנכסי מלוג], דתלוי בגדר תקנת אושא, ומבאר ספקת רעק"א בסוגיין לענין זכות הבעל למפרע בכפל בנכסי מלוג כשמכרה ומתה].

והנראה בזה שיש לדון בנכסי מלוג שמכרה האשה, הרי בלי הסכמת הבעל אינה יכולה להשאיל או למכור דאיכא פירות לבעל, וכשהבעל נותן לה רשות להשאיל הבאנו מהרשב"א דאז מיקרי שניהם משאילים, והיינו משום דגוף דידה ופירות ידיה ותרוייהו בהשאלה.

ויש לדון במכירה, האם אמרינן דכשנותן לה הבעל רשות אז שניהם מוכרים, או דאמרינן דסגי בהקנאת האשה כשהבעל מסכים, ורק האשה היא המוכרת, ולא דומה לשאילה ששניהם המשאילים, ודו"ק.

ונראה כהצד השני, והביאור כך, די"ל דזכות הבעל בפירות הוא רק עד כמה שזה גוף דאשתו, אבל אחרי שהגוף נמכר, הרי ממילא דאין לו זכות פירות, ולכן אי"צ שגם הוא יקנה וימכור, וסגי בזה שלא מעכב, ושוב היא מוכרת הכל, ופירות ממילא נמכרו, ולא דמי בזה לשאלה, דהתם הגוף עדיין שלה וממילא גם הפירות שלו, וע"כ דגם הוא חשיב כמשאיל.

אולם לכא' אין הדברים נכונים, שהרי אחרי תקנת אושא שהבעל מעכב אותה מלהקנות את הגוף, הרי דגם מכירת הגוף צריך הקנאתו, דזיכוהו חכמים בגוף ג"כ.

אכן נראה דזה תלוי בדברי האבני מילואים [סי' צ' ס"ק י"ג], דהנה, כ' הרמ"א [שם בסעיף ט'] שאם מכרה האשה ומת הבעל מכרה קיים, והקשה הבית שמואל דכיון דבחייו לא יכלה למכור הרי"ז כמכירת דבשל"ל, וצ"ע.

ותי' האבנ"מ, דברש"י בב"ק מבואר דבתקנת אושא נאמר דק"פ כקה"ג, והיינו דהגוף עצמו אכתי שייך לאשה, ולא נתנו את הגוף לבעל, רק דאלמוהו לזכותו בפירות להיות כקה"ג, ובזה מעכב אותה מלהקנות, והנה, כשלאחד קה"ג ולשני איכא ק"פ דדינו כקה"ג, הרי מבואר בב"ב [קל"ו] דאם הקנה בעל הקה"ג ושוב מת בעל הק"פ, דלמפרע חשיב מכירתו כמכירה, וביאר שם הרמב"ן דאיגלאי מילתא דלא עיכבו לכתחילה כיון שמת, ועפי"ז יישב האבנ"מ, דה"ה דנימא כן באשה שמכרה ומת הבעל דאין חיסרון של הקנאת דבשל"ל, דאיגלאי מילתא דהבעל לא עיכבה, ודו"ק, עכתו"ד האבנ"מ.

ומבואר מתוך דבריו, דהאשה היא הבעלים על קנין הגוף, רק שהבעל מעכב אותה, וממילא נראה לחדש דהיכא שהוא נותן לה רשות להקנות ואינו מעכב אותה, דשוב היא המוכרת, וממילא דבטלה

קנינו וזכותו בפירות, ואין זה מכירת שניהם, [וע' בהערה ¹⁰¹ דהוכחנו דלאו כו"ע מודי לסברא זו, והבאנו עוד מרעק"א דאיכא נפ"מ בספק זה].

ומעתה נראה דבסוגיין, שהאשה מכרה פרה בהדי פירות דבעל, [דאף דלא מכרה גיזות וולדות דבעל, הוא סו"ס מכרה חרישה ושאר תשמישין דגם אלו פירות דבעל, וגם מכרה גיזות לאחר תשלומין] לפי הריטב"א הי' להלן ל"ה או לאחר גניבה לפי א' דמ"מ], הרי כיון דאיכא הסכמת הבעל, [וכמש"כ רעק"א בסוגיין, דכיון דזה לטובת הבעל שיהיה לו קרן, ממילא אמרינן דמסתמא מתרצה בכך], שוב היא המוכרת, אבל באופן שמשאילים, אז שניהם משאילים, וכדהבאנו מהרשב"א, דכיון דהגוף עדיין שלה הפירות עדיין שלו, וע"כ שגם הוא המשאיל, ודו"ק.

מבאר דהספק בגמ' הוא בגדר התשלומין של 'תשלומי', דהאם מיקרי תשלומי מכר או תשלומי שומרים, ונפ"מ אי שייך הבעל בהנך תשלומין, ומיישב בזה את דברי רש"י ותו"ר.

ומעתה נראה לבאר את ספקת הגמ' לפי התוס' הרא"ש ברש"י, דיש להסתפק טובא במהותם של הנך תשלומין דשומר שקונה פרה וכפילא, דמצד א' הרי"ז תשלומין מפרשת שומרים, שהרי שילם ולא נשבע, וחייב לשלם ככל שומר, ומצד שני, הרי אחרי ששילם, שוב אמרינן דנקנה לו למפרע כל הפרה, ולמפרע איתברר דמעולם לא היה שומר, ואז ע"כ דדיינינן לתשלומין כתשלומי מכר, שהרי אינו שומר ומעולם לא היה שומר, אולם מאידך, הרי כל קיום התנאי הוא כדי שהמשיכה תהיה משיכת קנינים, והיינו רק אחרי ששילם בתורת שומרים, ומצד זה י"ל שזה ע"כ תשלומי שומרים, ודו"ק.

הרי דאיכא ספק איך לדון את התשלומין, ונראה דאיכא נפ"מ בבעל ואשה, דאם זה תשלומי שומרים, הרי הוא כשואל משניהם, וע"כ דהתשלומין הוא לשניהם, אבל אם זה מכר, הרי רק היא המוכרת, וכלעיל, וע"כ דהתשלומין הוא רק לאשה, והכא מיירי ששילם לבעל ולא לאשה, ואין כאן תשלומין כלל, וי"ל דזהו גופא ספקת הגמ', ודו"ק.

וא"ש טובא לשון התוס' הרא"ש, "מי אמרינן כיון דקרן לאו דבעל הוא לאו תשלומין נינהו דלא ביה תלי' לאקנויי כפל", הרי דדנים כאן דהתשלומין הם תשלומי מכר, ואין הבעל חלק מהמכירה, וזהו שכ' "דלא תלי' ביה לאקנויי כפל", וזהו נמי שהוסיף "שהקרן אינו שלו", והיינו דגם אחרי תקנת אושא אינו שלו, ולכן אין הוא שייך להנך תשלומין, ומאידך "או דילמא כיון דאפטרופוס הוא על הנכסים, ואוכל הפירות, בעלים הוי עלייהו ותשלומין הם", והיינו דאם נדון כתשלומי שומרים, הרי גם הוא המפקיד והמשאיל מחמת הפירות, ומה שאפשר לשלם לו את כל התשלומין היינו משום שהוא אפטרופוס, ודו"ק.

¹⁰¹ ובעיקר מה שייסדנו דהמכר הוא מכירה דאשה כשיש הסכמת הבעל, ולא מכירת שניהם, נראה דאין זה דבר פשוט, וזה תלוי בפלוגתא ראשונים, דהנה, ז"ל השו"ע בס' צ' סעיף י', דהיכא דהבעל נתן רשות, שוב מהני המכירה, "דכשלוcho הוא", ומלשון זה מבואר דשניהם מוכרים.

ונראה דתלוי במה שנתבאר הכא, דהבאנו מהאבנ"מ שהבין מרש"י בהחובל שתקנת אושא היינו דאלמוהו לקנין פירות דליהוי כקה"ג, ולפי"ז, כשאין לבעל פירות בנכסי מלוג שאמר דין ודברים אין וכו', דאז נמי ליכא לתקנת אושא, אולם בקצוה"ה [ס' ק"ג ס"ק ט'] הביא מתוס' בכתו' [נ'] דגם באמר דין ודברים וכו' ואין לו פירות, דאכתי איכא תקנת אושא, וכן הביא מהמ"מ שבעל שנתן מתנה לאשתו שאין לו פירות ואפי"ה איכא לתקנת אושא, וכל זה דלא כרש"י הנ"ל.

[ומו"ר הגר"א גורביץ שליט"א בלקט הערות [פרק הכותב] דחה הראיה מהתוס' הנ"ל עפ"י דברי הרא"ש בשיטמ"ק [כתו' פ"ג]:] והמאירי [ריש הכותב במשנה], שגם בדו"ד אין לו בפירות אבל אכתי יש לו זכות לעכב אותה מלמכור קרקע לפירותיה, דבזה שיש לה פירות איכא פירות בבית בשבילה, וגם בשבילו אם תתן לו, עיי"ש, ולפי"ז גם זה מיקרי זכות בפירות, וגם בזה שייך תקנת אושא, ואין ראייה מתוס' דשייך תקנת אושא בלי שום זכות בפירות].

ולראשונים דיש תקנת אושא גם בלי פירות, לדידהו צ"ל שהקנו לו זכות בגוף הקרקע, ולדידהו גם הבעל חשיב כמוכר בהדי האשה, ולפי דבריהם מדוקדק לשון השו"ע שכ' "דכשלוcho הוא", ודו"ק.

והנה, ברעק"א בסוגיין הסתפק כשהאשה מכרה ומתה, דהבעל נעשה כלוקח למפרע, דאולי גם זוכה בכפל, או דילמא, דרק עשאוהו כלוקח לענין שלא יפסיד הפירות, אבל לא שיזכה בזה בכפל, ודו"ק.

ונראה, דהספק תלוי בהנ"ל, דאם כהאבנ"מ ברש"י, הרי הגוף שלה לגמרי, רק דיש לו כח לעכב אותה, ולכן אין לו שום זכות בכפל, גם כשתמות, אבל אם הקנו לו זכות בגוף, אז י"ל דכשתמה כל הגוף שלו למפרע, ויש לו כפל, ודו"ק.

ומיושב בזה קושי' עצומה, דשאלנו לעיל, דאם יש ספק אם זה מיקרי תשלומין או לא, א"כ אין זה ספק ששייך לסוגיין אלא לכל שומרים, ולהנ"ל ניהא, דרק בהקנאת הכפל יש ספק אם זה מיקרי תשלומין או לא, דמצד שומרים ודאי שזה תשלומין, וכל הספק מצד דאולי דנים שהוא תשלומין על המכירה.

ומיושב נמי מה ששאלנו, דמ"ש מבנים, דבבנים כבר ראינו דחשיב תשלומין אף שהם לא מקנים הכפל, ורק האב הוא המקנה, ולהנ"ל הביאור כך, דמי שמכר ומת, ודאי דהבנים הם הבעלים לתשלומין, ושפיר נתקיים התנאי ד"תשלומי", ורק באשה ובעל יש צד שאין הבעל שייך למכירה, ולא נתקיים הכא תנאי דתשלומי, ודו"ק.

וע' בהערה ¹⁰² שביארנו עוד נפ"מ עפ"י הספק הזה, האם לדנו כתשלומי מקח או שאנו דנים אותו כתשלומי שומרים, עיי"ש, וע' בזה עוד בשאל מן השותפין להלן [פרק ג'], ודו"ק.

ועיין לעיל בדברינו [סי' ח' פרק ד'] דכבר הבאנו שם את עיקר הספק בזה האין לדנו כתשלומי מכירה או כתשלומי שומרים, עיי"ש היטב.

מבאר עפ"י את פירושו של התוס' בסוגיין.

ותוס' פי' דמיירי ששאלו ממנה כשהיתה פנויה, ועכשיו שילמו ונמצא ששילמו לבעל את הפירות, והיינו, שהספק אי זה מיקרי קיום של התנאי ד"תשלומי", ולא איתברר מהו שורש הספק בזה.

ונראה שיש מקום לפרש שהנישואין היה אחרי ההקנאה [ופשוט דל"ק היה כן, וי"ל של"ב ג"כ הנישואין היה אחרי הסמוך לגניבה], ולפי"ז יש לפרש את הספק עפ"י דברינו בתוס' הרא"ש [ובסמ"ע וש"ך בהערה], דאם אנו דנים את התשלומין על הפרה בתורת דמי מקח, [וע"ד הסמ"ע], אז אנו דנים שיהא כשעת ההקנאה, והיינו בלי שהבעל יהיה לו פירות בגוויה, אבל אם אנו דנים כתשלומי שומרים, [וע"ד הש"ך], הרי הכל כדהשתא כשעת התשלומין, ויש לו פירות, ודו"ק ¹⁰³.

דברי הרשב"א בשי' רש"י.

וע' רשב"א שלמד ברש"י שהאשה היא המשאיל, ולא הבעל, ומיירי שהבעל נתן לה רשות להשאיל אבל היא המשאיל, ושילמו לבעל, והיינו משום שסו"ס יש לו חלק בפירות והתשלומין הוא גם כלפיו, אלא דלא איתברר מהו הספק.

ולכא' הספק הוא דשי' הרשב"א דכפל לבעל, דזה פירות, ונמצא שהמפקיד אינו בעל הכפל, ובעל הכפל אינו המפקיד, וזהו הספק.

דרכו של הריב"ן, לפי המהרש"א ולפי רעק"א.

הריב"ן למד דספקת הגמ' כשמתה האשה, ודומה לספק בבנים, רק דבבנים י"ל דקנה מחמת נישואין דאבוהון אבל בעל לא חייב לניחוחתא דאשה, וכוונתו, דל"ב מיירי שמתו לפני הגניבה, והבעל הוא המקנה כמו שהבנים מקנים, ויש אומדנא דבנים מקנים מחמת נישואין דאבוהון משא"כ בבעל.

¹⁰² והנה כבר נחלקו הסמ"ע וש"ך [סי' רצ"ה] אם משלם השומר כשעת הגניבה ופשעיה או כשעת ההפקדה, ודעת המ"מ כהסמ"ע דמשלם כשעת ההפקדה כיון דאז נמכר לו, ודעת הש"ך דצריך לשלם לו בתורת שומר, ושומר משלם כיוקרא דגניבה, ולכא' נראה דפלוגתתם בזה, דלפי המ"מ וסמ"ע, כיון דאחרי שישלם יחזור הכל להיות מקח, הרי דאיגלאי למפרע דאין כאן שומר, ורק משלם בתורת דמי המקח, וזה כולא דשעה המקח, אבל הש"ך למד דמתחילה אנו דנים דעליו לשלם את דינו כשומר, שזהו התנאי, ובלי זה אין התחלה למקח כלל, ולכן משלם כיוקרא דגניבה ופשעיה.

ולדברינו בביאור התוס' הרא"ש ברש"י, נמצא דזה ממש ספיקת הגמ', והו"ל להסתפק בפלוגתת הסמ"ע וש"ך, וצ"ע, ובדעת הש"ך יש ליישב, דהש"ך לומד דאיתנהו לשני הדינים, דזה גם תשלומי שומרים וזה גם תשלומי מקח, ומצד היותו תשלומי שומרים צריך כיוקרא דעכשיו, והכא הסתפקה הגמ' שיתכן שיש דין נוסף גם מדיני מקח, ומחמת הך דין נוסף אין תשלומין לבעל חשיב כתשלומין, וא"ש.

אולם לדעת הסמ"ע הרי פשוט שאין דין תשלומי שומרים רק דין תשלומי מכר, ולדידיה ק' מה ספיקת הגמ', וצ"ע.

¹⁰³ והספק השני, ששאלה האשה כשהיתה פנויה, ומיקרי שהבעל שילם שהרי הפירות ידידה, ולא איתברר לי מה שורש הספק הכא, וצ"ע, וע' בתוס' הרא"ש שהביא את ספיקת התוס', רק דשינה דמיירי שנשאה ואז הבעל שילם, ודלא כהתוס' שהאשה שילמה רק דפירות דבעל בכלל התשלומין, וצ"ע.

ולפי"ז ק' דמהו הספק לל"ק, וע"ז כ' התוס', "וללישנא דמעכשיו אשה אינה חסה על בעלה", וביארו המהר"ם ומהרש"א, דהכא צריכים לפרש ספק חדש, דהאשה ואב הם המקנים, והספק הוא האם מקנים כדי להבטיח את הבעל ובנים בקרן, וזה כבר ספק חדש שתלוי אם אשה חסה על בעלה ואב חס על בניו, ותמה רעק"א, דכיון שזה ספק חדש, א"כ אין שום הכרח לכזה ספק, ומגלן לכלול שני ספיקות שונות בתוך ספקת הגמ', וצ"ע.

ולכן פירש, "דודאי אשה אינה חסה", ואין כוונת התוס' דזהו הספק, רק אדרבה, זה ודאי שאינה חסה ואינה מקנה, רק דאיכא למימר דע"י מיתתה נהפך לשומר דבעל, ואז שייך אומדנא גם לל"ק, והיינו דהגם דליכא אומדנא בהפקדה ראשונה דאב ואשה כלפי הבעל ובנים, אבל יש אומדנא בהפקדה שניה, והיינו במיתת האשה ובנים, והספק הוא ממש כמו הספק לל"ב האם יש אומדנא מחמת נישואת דאשה ואב, עכתו"ד, וצריכים לומר שכאן יצטרכו קנין חצר בשעת המיתה, ובעומדת באגם בשעת מיתה לא יהני, ודו"ק.

ועוד העיר רעק"א, דלדרכו של המהרש"א מבואר דל"ק האשה היא המקנה, וקשה, דאשה שמכרה בנכסי מלוג ומתה, הבעל חשיב כלוקח ראשון למפרע, מתקנת אושא, וא"כ הכפל הוא של הבעל למפרע ואיך יכולה להקנות, והסתפק רעק"א דאולי אין הבעל זוכה בקרן למפרע לענין לזכות על ידה בכפל, וכל זכותו הוא רק לענין זה שאין בכחה להפסיד קרן, ולעיל ביארנו את דבריו עפ"י האבנ"מ דלעיל, דהכל רק לדנו לקנין פירות כקה"ג, ותו לא, וא"כ פשיטא שלא יזכה בכפל.

והוסיף רעק"א, דבאמת יתירא מזו ק', דגם אם הבעל לא יקנה כפל למפרע, הא אכתי ק' מתקנת אושא, דאם זוכה הבעל בקרן למפרע, הרי א"כ אין לאשה מכירה בקרן כלל, ויכולה רק למכור פרה לכפילא, וזה דבשלב"ל, וצ"ע, ומזה מוכרח שע"כ שהבעל נותן רשות, וזה לטובתו שהרי מקבל תשלומין, ודו"ק.

פרק ג'

הערה בשאל מן השותפין

בדברי רעק"א, ובמה שיש לתמוה עליו.

בשאל מן השותפין ושילם לא', הק' רעק"א דאין כאן תשלומין לאחד, דכל מה שיגבה ילך לשותפות וגם הוא רק קיבל מחצה, והוכיח דין זה מדברי הרא"ש, דהנה, שותף שטוען בדין על השותפות, יכול לדון על הכל ואינו דוחה אותו לחלקו דוקא, דיכול לטעון שרק יזכה בחלקו אחרי שידון על כולו וזה מבואר בהרא"ש בהכותב, ומפורש, שכל מה שגובה הולך לשותפות, ומעתה קשה סוגי' דידן.

ותי' רעק"א בב' אופנים, דבאופן הראשון תירץ, דאם כל השותפות הוא בשור זה, ונתבטלה השותפות, אז כל א' כבר תובע את חלקו בנפרד, אבל אם השותפות אכתי קיים בדברים אחרים, אז אמרינן דתובעין כהדדי.

ובאופן השני תירץ, דדוקא בהלואה, שעיקר השותפות הוא בזה, להוציא ולהכניס, דאז אמרינן דנשתתפו גם בש"נ בנתינת ההלואה, אבל במזיק, י"ל דכל א' הוזק ק' וזו בפנ"ע, ומי שגבה קודם גבה לעצמו, והכא בשואל י"ל דאף דכשנשתעבד נשתעבד לשניהם כהדדי להחזירו בעין, אבל כשפשע ומחוייב לשלם, י"ל דזה כבר כמזיק, וע"ז אינם שותפים, והסיק, "וכל זה צ"ע וחיפוש רב".

ובספר אילת השחר העיר בכל דברי רעק"א הנ"ל, דבתירוץ הראשון יש לעיין דממנפ"ש ק', דאם נאמר דכוונת רעק"א שדוקא כשכל נכסיהם בשותפות, דאז כל התשלומין אזלי לתרוייהו, דלפי"ז דברי הרא"ש בהכותב רק משכחת לה בגוונא זו, ורק בכה"ג דן איתו על כל השותפות, ולא משמע כן מסתימת הרא"ש, ואם נאמר דכוונת רעק"א דסגי כשיש פרה אחרת שיש בו שותפות, הרי גם זה ק', דמהיכי תיתי דממון זה דמשלמים לפרה ששאל דיתחסו הך תשלומין דווקא לשותפות שיש להם בפרה אחרת, דאיזה שייכות יש ביניהם, וצ"ע.

וגם בתירוץ השני תמה בספר הנ"ל, דמפורש בכתו' [נ"ו] בתוס' דהשומרים משעבדים עצמם לחיובים שכתוב בתורה, וא"כ גם זה בכלל הש"נ, ואינו כמזיק רק כהלואה, וגם על הש"נ לחיוב פשיעה ואונס נשתתפו, וצ"ע.

ישוב חדש לקושי' רעק"א, דתלוי אי ע"י התנאי נהפך לתשלומי מכירה או דאכתי הוי תשלומי שומר.

ובישוב עיקר קושי' רעק"א נראה לומר, דאף דבכל תשלומי שומרים הרי השותפים הם כהדדי, וכדברי הרא"ש בהכתוב, אבל דוקא בנידון דידן נראה ד"ל דהרי הם בנפרד.

והביאור, דהכא רוצה המפקיד לבטל כל השמירה מעיקרא ולהופכו למכירה, וזה כדי להבטיח לעצמו את הקרן, והכא הנידון בסוגי' הוא, שאולי האומדנא הוא לכל א' בנפרד, שחוץ ממה שרוצים להבטיח את הקרן של כל השותפות, ד"ל דבנוסף לזה איכא גם רצון לכא"א בנפרד להבטיח עכ"פ את חלקו בשותפות, ומוכן למכור בנפרד את חלקו כדי להבטיח את הקרן, ודו"ק.

פרק ד'

בדברי הרי"ף והרא"ש בספיקות

מביא את קושית הרא"ש על הרי"ף דלמה חולקין, ומביא את קושי' קונטרס הספיקות למה אין הגנב דוחה את שניהם מדין הממע"ה, כמו בכהן בפדיון הבן שדוחה את שני האבות.

בכל הספיקות דהסיקו בתיקו, מצאנו שנחלקו בזה הראשונים, דהרא"ש הביא מהרי"ף דקיי"ל ממון המוטל בספק חולקין, והק' עליו הרא"ש דנחלקו רבנן וסומכוס וקיי"ל כרבנן וכמו שפסק הרי"ף בעצמו, ותי' הרא"ש דאפשר דליכא חזקה גבי כפל, הילכך לכו"ע חולקין, ודחה הרא"ש דלא משמע כן מדאמר "דקי"ל חולקין", ועוד דודאי דיש חזקה, דכיון דאיכא ספק אי מכרו או לא, אוקי בהמה בחזקת בעליה ולא הקנה לו.

והקונטרס הספיקות [כלל א' סעיף ג'] הק' עוד, דבבכורות [מ"ח:] מובא ששנים נתנו ה' סלעים לכהן לפדיון הבן, ומת א' מהולדות תוך ל' ולא ידעינן איזה מת, דאין תביעה מהכהן, דתמיד יכול לדחותו דאימא דהשני מת, ולמה אין הגנב דוחה לשומר ובעלים כדהתם.

מביא תירוצם של האחרונים ליישב הקושי' מכהן שדוחה את שני האבות.

ותי' האחרונים [אבי עזרי מהדו"ק שו"פ פ"ח ה"ה, חזון יחזקאל ב"מ פ"ג – ה"ב, שיעורי הגר"ש רוזובסקי בסוגיין] דבסוגיין הספק חיילא בין שניהם, האם נמכר או לא, ובספק זו נפסק יחלוקו, ושוב באים כהדדי לגנב, והיינו דאין כאן ב' ספיקות נפרדות, א' בין השומר לגנב וא' בין המפקיד לגנב, רק דהספק נולד בין שניהם אי איכא בזה מכירה, ושפיר פסקינן יחלוקו, ושוב באים כהדדי בטענת ודאי, אבל בבכורות, כל א' נתן ה' סלעים ידידה, ובכל ה' סלעים איכא ספק בפנ"ע שמא אין בו חיוב פדיון הבן, ואין בין שניהם ספק ודין תורה לפני שבאים לכהן, ולכן כל א' נדחה ע"י כהן בטענת הממע"ה, וא"ש.

ובהגהות 'ברוך טעם' תי' עוד, דגם בלי זה שנפסוק קודם יחלוקו, אכתי לא שייך הממע"ה, דבכפל איכא ודאי חיוב כפל ע"י גניבה דגנב, וכל הספק הוא רק למי חיילא החיוב, ובכה"ג אין דין מוחזק, דמוחזק רק שייך באופן שיש צד שהממון שייך למוחזק, אבל הכא ממנפ"ש לא שייך אליו, דהספק הוא רק למי שייך הכפל, ובזה אין מוחזק.

אולם בנוגע לפדיון הבן, הרי יש ספק על כל ה' סלעים בפנ"ע, והספק אם אלו ניתנו בטעות או אלו, ובכל א' יש צד ששייך לכהן, ולכן פסקינן בזה דדוחה לכא"א ואומר הממע"ה.

ודימה לזה סוגי' להלן בהמפקיד דבגזל א' מחמשה מניח ביניהם ומסתלק, והיינו משום שיש ודאי מעשה גזילה שמחייבו בודאות, ולכן לא אמרינן בזה זיל הכא קמדחי ליה, וגם הגר"ח [ברכ"ש ב"מ א' ס"ה] ביאר ע"ד זה את דין גזל מחמשה, עיי"ש, כל זה ראיתי בזר זהב מיידי הרה"ג ר' ירוחם דגני שליט"א.

ישובו של האבי עזרי למה הכא לא שייך דין חזקת מ"ק, ולמה אמרינן יחלוקו.

ובדרך זה המשיך באבי עזרי ליישב קושי' הרא"ש על הרי"ף, דלמה אמרינן יחלוקו ולא אמרינן דאוקמי' בחזקת מ"ק, דהנה תמיד אמרינן דחזקת מ"ק קליש ממחזק, ורק בלי מוחזק דקיימא באגם אמרינן דהמוחזק עדיף, והכא בנד"ד במכירת הכפל, הרי חוץ ממה שיש ספק א' ביניהם, הרי יש גם ספק נפרד עם כאו"א בהדי הגנב, רק דבספק זו כל א' נדחה מהגנב שהוא המוחזק, ואף אם נטען שהמפקיד אית ליה מ"ק ובזה רוצה לגבות כל הכפל, וכטענת הרא"ש, הא סו"ס הגנב הוא מוחזק, וטוען שמחזיקו כלפי השומר, דאולי חיילא המכירה, ונמצא דכלפי תחילת הדין שכל א' הוא בספק עם הגנב, ע"ז באמת מדחה לשניהם, ורק אם נפסוק הדין שבין שניהם, שזה דין יחלוקו, בזה יוכלו לגבות כהדדי, ודו"ק.

ובתוספת ביאור, הרי עד כמה שכל א' יבא בפנ"ע, והיינו שהמפקיד יבוא בחזקת מ"ק, אז כלפי זה הגנב עדיף, דמדחה לשניהם, וע"כ דצריכים לפסוק את הספק שבין שניהם בלי שייכות לגנב, ובזה הדין הוא יחלוקו, ודו"ק.

סימן ט"ו

**שבועת אינו ברשותו,
במשלם וגם באינו משלם,
ובעיקר גדרי שבועת השומרים,
ובגדר פטור קרקע בכל הנ"ל.**

פרק א' כמה תמיהות בפלוגתת הראשונים אי הכא הוי שבועה דאורייתא או לא, ובמה דפליגי נמי בשומר שנשבע אי שבועת אינו ברשותו היא שבועה בפני עצמה. < > בעיקר הנידון והנפ"מ אי הוי שבועה מה"ת או מדרבנן. < > פלוגתת הראשונים אי הוי מה"ת או מדרבנן. < > כמה תמיהות על השיטות דהוי מה"ת. < > מחלוקת באינו משלם אי שבועת אינו ברשותו היא שבועה בפני עצמה או שהוא חלק מהתוכן של השבועה של נגנבה ונאבדה. < > ביאור טענת הרא"ש והרמב"ם דע"כ דנגנבה כוללת אינו ברשותו – ומה סברת החולקים דשבועת אינו ברשותו היא מה"ת בתור שבועה רביעית. < >

פרק ב' בגדר שבועת השומרים, ובגדר השבועה דאורייתא של שבועת אינו ברשותו < > כל 'ענינו' וכל ה'תוכן' וכל ה'מהות' של השמירה אינו אלא כדי להעמידו לו בסוף ההפקדה. < > מביא הרבה הוכחות שהגדר בשבועת השומרים שזו מחובת השמירה ולא שייך לטוען ונטען. < > מבאר דכו"ע מודי שזו השבועה העיקרית – אלא דנחלקו אי שייך בזה שבועה מהסוג הזה מה"ת. < > מבאר למה ליכא סברות הפוכות. < > מיישב את כל הקושיות. < > ביאור פלוגתת הראשונים אי איכא ג' שבועות או ד' שבועות, דתמיד משביעו שבועת אינו ברשותו לפני כל השבועות דחייב בה גם על הצד שישלם. < > נפ"מ נוספת בקרקע. < > מבאר את דברי המאירי שכאן יש אפשרות של 'יורדין לנכסיו'. < >

פרק ג' שיטת הראב"ד בשבועת אינו ברשותו בקרקע. < > מביא שיטת הראב"ד שיש שבועה מה"ת על שטרות בשבועת אינו ברשותו, ומתמה עליו. < > דברי הברכ"ש בגדר המיעוט של שבועת השומרים על קרקע, ומוכרח שבועת השומרים מדיני שומרים הוא. < > דברי הברכ"ש בביאור שיטת הראב"ד דאיכא שבועה מה"ת בשבועת אינו ברשותו, דשבועת השומרים לא שייכי לדררא של כל השבועות – וזה דין צדדי מצד לא שבקת חיי לכל ברי' – ומתמה בזה. < > מביא יסוד דברי הגר"ח בחילוק בין בעליו עימו לקרקע לגבי פושע כמזיק, ומוכרח דהוי שומר. < > מבאר דאי מצד הלכות שומרים חשיב כשומר על הקרקע כמו לענין פושע כמזיק, ממילא דשייך נמי שבועת אינו ברשותו – וזה עיקר הסברא של לא שבקת חי לכל ברי', אבל לא שבקת אינה 'מחייב' בפני עצמה. < > ישוב הסתירה בראב"ד. < > שורש פלוגתת הרמב"ם וראב"ד בקרקע בשבועת אינו ברשותו לשיטתייהו.

פרק א'

כמה תמיהות

**בפלוגתת הראשונים אי הכא הוי שבועה דאורייתא או לא,
ובמה דפליגי נמי בשומר שנשבע אי שבועת אינו ברשותו היא שבועה בפני עצמה.
בעיקר הנידון והנפ"מ אי הוי שבועה מה"ת או מדרבנן.**

יש לדון אי שבועה זו היא מה"ת או מדרבנן - והנפ"מ בזה מבואר בדברי המאירי שכתב – "ושמא תאמר מה לנו אם היא מן התורה אם מדברי סופרים אחר שאף היא בנקיטת חפץ - תדע שכל המחוייב שבועה מן התורה אם לא רצה לישבע בית דין יורדין לנכסיו עד שיגבו לזה כל מה שטען ממנו - שבועה מתקנת סופרים אין יורדין לנכסיו אלא מנדין אותו ולסוף מכין אותו מכת מרדות על שעמד בנדויו שלשים כמו שיתבאר במקומו".

והנה כפשוטו הוי שבועה מדרבנן, וכן מפורש בהרבה ראשונים, אף דבכל שומר איכא שבועה שאינה ברשותו מה"ת, אלא דזה באינו משלם, אבל במשלם הוי שבועה דרבנן – הלכך לא יורדין לנכסיו, ולגבי נקיטת חפץ מבואר ברמב"ם שיש נקיטת חפץ כיון דהוי שבועת המשנה וכן הוכיח הפנ"י ממה שהקשו בהמשך הסוגי' ממשניות על הדין הזה, וע"כ שאינה תקנה מאוחרת, [ודלא כהריטב"א שדן בזה].

פלוגתת הראשונים אי הוי מה"ת או מדרבנן.

ובעיקר האי נידון מצאנו דנחלקו הראשונים, דעיין בזה בלשון הרא"ש בסוף מסכת שבועות - וז"ל: "ואף על גב דבפרק קמא דמציעא [ו']. משמע דשבועה שאין ברשותו שבועה דאורייתא היא, דקאמר התם ג' שבועות משביעין אותו שלא פשע בה ושלא שלח בה יד ושאינו ברשותו דכתיב שבועת ה' תהיה בין שניהם אם לא שלח ידו וכן שלא פשע בה, דהיינו שבועת שומרין אגבן נשבע נמי שאינו ברשותו, אבל כשהוא משלם ואנו חושדין אותו שמא עיניו נתן בה ומשביעין אותו שבועה שאין ברשותו הך שבועה דרבנן היא".

הרי לנו ששבועת אינו ברשותו היא מדרבנן בשילם ומה"ת בלא שילם, וכ"כ הש"ך [סימן ס"ו ס"ק קכ"ד] – וז"ל: "בשבועה שאינה ברשותו דהוי מדאורייתא, וכדגרסינן בש"ס פרק הגזול [ק"ז:] וריש פרק שנים אוחזין [ו.], ג' שבועות משביעין אותו, שבועה שלא פשעתי בה, שבועה שלא שלחתי בה יד, שבועה שאינה ברשותי. והיינו כשיהא פטור בשבועה זו מתשלומין, צריך לישבע שבועה דאורייתא שאינה ברשותו וכו' אבל שבועה שאינה ברשותו דתקנת חכמים כשרוצה לשלם שחידש רב הונא בש"ס פרק המפקיד [ל"ד:] מטעם דחיישינן שמא עיניו נתן בה".

אולם המאירי הביא בזה מחלוקת אי הוי מה"ת או מדרבנן – וז"ל: "שבועה זו ר"ל שאינה ברשותו אינה שבועת התורה אלא משבועת התקנה ר"ל משבועות המשנה ובנקיטת חפץ וכך כתובה גדולי המחברים ויש פוסקים ששבועת התורה היא – ואף על פי שלא נפרטה במקרא" – הרי שהקשה דמה שייך לומר שזה מה"ת אי לא מצאו בזה פסוק ודרשה – ותירץ "דנכללת היא בדעת בית דין מן התורה אחר שאומר ששמרה כדרך השומרים ונאבדה וכשמפקיע עצמו מזו בתשלומין נשבע שאינה ברשותו שהוא חלק ממנה" – הרי לנו דמסברא אתינן עלה.

גם מדברי הרמב"ן בסוגיין יש לדייק שזו שבועה דאורייתא – דיעויין היטב בדבריו – וז"ל: "אמר רב הונא משביעין אותו שבועה שאינה ברשותו. פ"י אתא לאשמועינן שאע"פ ששילם מחייבין אותו שבועה ואין אומרים אילו ברשותו היתה ודעתו לגזלה לא היה משלם, אלא חוששין שמא עיניו נתן בה, ולא רצה לגזול לגמרי משום דחמיר עליה איסור גזלה מאיסור לא תחמוד דאיכא אינשי דמשמע להו בלא דמי כדאמרין בפ"ק [ה:]", ומכל השו"ט בדבריו מבואר שאין כאן שבועה חדשה מדרבנן – והכל מה"ת, וכסברת השיטה השניה במאירי, וע"ע בריטב"א שג"כ דן בזה אי הוי מה"ת או מדרבנן.

כמה תמיהות על השיטות דהוי מה"ת.

ויש לעיין טובא בשיטתם – דבמה נחלקו הראשונים, דאי באמת הוי סברא – א"כ ע"כ ששבועה זו היא שבועה כל כך פשוטה וברורה עד שלא בעינן בזה גזל, והראשונים שחולקים ס"ל דפטור מהך שבועה אף דבאידך חייבים, והיינו שזו שבועה יותר מחודשת עד כדי כך שהתורה לא חייבה את השבועה הזו כלל וכלל – וצ"ב דנמצא דפליגי בסברות הפוכות, אי איכא בזה סברא יותר מכל השבועות או איפכא.

עוד צ"ב דעיקר הך טעמא ד'שמא עיניו נתן בה' משמע שזו תקנה מדרבנן שבנוי על חשש דרבנן מה שייך לומר שזו שבועה מה"ת.

עוד צ"ב דכבר הבאנו מהראשונים דס"ל דהוי דאורייתא ופירש המאירי דלכן איכא בזה דין נחתינן לנכס'י וזה כל הנפ"מ בין דאורייתא לדרבנן כאן, וצ"ב דמה שייך בזה יורדין לנכסיו, הא כבר שילם וכבר עמדו בזה – וצ"ע.

מחלוקת באינו משלם אי שבועת אינו ברשותו היא שבועה בפני עצמה או שהוא חלק מהתוכן של השבועה של נגנבה ונאבדה.

והנה עיין בסוג'י דלעיל [ו.]. "אמר רב ששת, שלש שבועות משביעין אותו, שבועה שלא פשעתי בה, שבועה שלא שלחתי בה יד, שבועה שאינה ברשותי", ועיין בשטמ"ק לעיל [שם] בשם תוספי תוספות להרא"ש:

וז"ל: "שלש שבועות משביעין אותו וכו'. נראה לי דשבועה שאינה ברשותי היא שבועת השומרים. שומר חנם אינה ברשותי ונגנבה. שומר שכר אינה ברשותי ונאנסה. שואל אינה ברשותי ומתה מחמת מלאכה. וכלל שבועות כל השומרים בלשון אחד שלא להאריך. וקודם לשבועה זו צריך לישבע שלא פשע בשמירתה ושלא שלח בה יד לעשות מלאכה או לגזלה דאלו עשה בה אחת מכל אלו לא נפטר בשבועת השומרים כי נתחייב באונסיה כדכתיב שבועת ה' וגו' אם לא שלח וכתוב על כל דבר פשע וגו' ישלם" – למדנו מדבריו שאין שבועת אינו ברשותו שבועה בפני עצמה, וכל השבועה אינה אלא על מה אירע לחפץ.

והשטמ"ק מביא שיש חולקים – "וראיתי מפרשים שפירשו דשלוש שבועות הללו נשבע בלא שבועת השומרים. ולא נהירא לי דכיון דנשבע שבועת השומרים פשיטא דאינה ברשותו ולא שייך להשביעו שאינה ברשותו אלא היכא דמשלם דמים דחשדינן ליה שמא עיניו נתן בה".

הרי שנחלקו אי איכא ג' שבועות או ד' שבועות, והחולקים ס"ל דשבועת אינו ברשותו היא שבועה בפני עצמה, וטענת הרא"ש היא דלא שייך שבועה נוספת – שהרי כיון שנשבע שבועת השומרים פשיטא שאינה ברשותו.

ביאור טענת הרא"ש והרמב"ם דע"כ דנגנבה כוללת אינו ברשותו – ומה סברת החולקים דשבועת אינו ברשותו היא מה"ת בתור שבועה רביעית.

ויש לדון בזה – שהרי המאירי ריש פרק המפקיד מבאר ששייך שבועת אינו ברשותו גם אחרי שנשבע שנגזל דאולי חזרה לרשותו, וזה פלא גדול, הרי מה שייך שבועת נגנבה אי החפץ ברשותו, הרי גניבה כזו לא פוטרו ומה התוכן של השבועה הזו, הרי פשוט שהשבועה של נגנבה אינה שבועה על ה'סיפור דברים' של גניבה, דפשוט שכל כולה אינה אלא שבועה על זה שאינו אצלו מחמת הגניבה – והיינו 'פטור גניבה' ולא 'סיפור דברים על גניבה' – אטו ב"ד צריכים לשמוע ממנו סיפור דברים – ואף אי נשבע כן הא סו"ס כל הנשבע אדעת ב"ד הוא נשבע, ופשוט.

וממילא דדברי הרא"ש מוכרחים הם שהמצב של 'אינו ברשותו' הוא חלק מהותי מהשבועה של נגנבה – והגניבה מתפרשת על פי האינו ברשותו – וכלשון הרא"ש – 'שומר חנם – אינה ברשותו ונגנבה' ואל"כ אין שום תוכן לשבועת נגנבה – ולכן הסיק הרא"ש שלא שייך להשביעו שאינה ברשותו אלא היכא דמשלם דמים דאז חשדינן "שמא עיניו נתן בה".

ונראה דגם ברמב"ם [ריש פרק ו' דשאלה ופקדון] מבואר כהרא"ש – וז"ל – "נמצא כל שומר שנשבע שבועת השומרים כולל בשבועתו שלשה דברים, ששומר כדרך השומרים, ושארעו כך וכך, והרי אינו ברשותו, ושלא שלח בו יד קודם שארעו המאורע הפוטר אותו".

והכוונה "ששומר כדרך השומרים" היינו שלא פשע, "ושארעו כך וכך" היינו גניבה או אבידה, ויש עוד שבועה של "אינו ברשותו", וגם שבועת שליחות יד.

וכבר תמהו על הרמב"ם דהקדים דאיכא ג' דברים בשבועה וכעת מתברר שיש ד' דברים – וע"כ דמוכרח שכל התוכן של השבועה של גניבה ואבידה 'מושלם' דווקא אחרי התוספת פרט הזה שבאמת אינו ברשותו – ואל"כ חסר בעיקר התוכן של השבועה – והיינו כנ"ל – והדברים מדוקדקין – שהרי הרמב"ם לא כתב "ושאינו ברשותו" כמו שכתב אצל כולם אלא "והרי אינו ברשותו" – והיינו שזה הפירוש במה שאירע לחפץ – הרי לנו דברים מפורשים ברמב"ם.

ומעתה צ"ב שיטת החולקים שלמדו שבאמת איכא כאן שבועה נוספת בפני עצמה ולא כלולה בשבועת נגנבה ונאבדה, וצ"ע, ואין לומר שיש נפ"מ אי איכא ד' שבועות שאומר לשון שבועה ד' פעמים או ג' פעמים, ונפ"מ לכמה לאוין – דזה אינו שהרי כולם שבועה אחת, וכן יש הוכיח מהסמ"ע [סימן רצ"ה ס"ק ב']¹⁰⁴, וכן נמי לשון הרמב"ם דלעיל שכתב "כל שומר שנשבע שבועת השומרים כולל בשבועתו שלשה דברים".

ומתחילה חשבתי שיש נפ"מ בעדים שהעידו שנגנבה באופן שיש להסתפק עדיין דדילמא חזר הגניבה אליו [ואולי דווקא היכא שיש ריעותא לתלות כן], דלפי החולקים יש שבועה דאורייתא על החשש הזה שלא חזר לרשותו, ולפי הרא"ש אין על זה שבועה, כיון דליכא שבועת נגנבה כה"ג.

אולם זו טעות – הרי לפי הרא"ש שבועת אינו ברשותו היא 'השלמה' לשבועת נגנבה וחסר בשבועת נגנבה בלי השבועת אינו ברשותו – וממילא נמצא שהעדים שהעידו על גניבה בלי להעיד שאינו ברשותו והיינו שלא חזר אליו – לא העידו על הפטור המושלם של נגנבה – ודו"ק, ודומה לעדים שהעידו על זממה לגניבה, ופשיטא דאיכא בזה שבועה – ומעתה קשה דשורש פלוגתא זו צ"ב – וכנ"ל.

¹⁰⁴ והיינו שהקשה שלמה הוא משלם ואינו רוצה לישבע [במשנה] – הרי ממילא יש שבועה של אינו ברשותו, ועיי"ש מה שתירץ – ולמה לא תירץ בפשיטות שרוצה למעט בשבועות.

הערה בג' וד' שבועות בשומרים.

ואגב יש לדעת שיש הרבה סתירות בג' וד' שבועות איזה מה"ת מעיקר השבועה ואיזה מדין גילגול, וגם בשו"ח צריכים לדעת האריך שבועת נגנבה ושבועת לא פשעתי הם ב' שבועות, ועיין בכל זה בנתה"מ [סימן רצ"ב ס"ק ב'] ובאה"ז [שאו"פ פרק א' ה"ב].

פרק ב'**בגדר שבועת השומרים,****ובגדר השבועה דאורייתא של שבועת אינו ברשותו**

כל 'ענינו' וכל ה'תוכן' וכל ה'מהות' של השמירה אינו אלא כדי להעמידו לו בסוף ההפקדה.

ובישוב האי ענינא נראה להקדים ב' הקדמות:

ההקדמה הראשונה היא כך:

ידוע דכבר נחלקו הקצוה"ח והנתה"מ האם איכא דין השבה בשומר כמו שיש דין השבה בגזלן, אולם פשוט דכו"ע מודי דאף אי ליכא בזה דין השבה, אכן עיקר מהותו של שומר הוא "העמדת הפקדון למפקיד", והיינו דאינו יכול לומר לו ביום שבא לתובעו - שהחפץ שמור בשמירה מעולה כפי חיובו והוא נמצא בביתו במקום שמור - "הרי שלך לפניך" - תבדוק את הבית למצא את הפקדון - דפשוט דבלי 'העמדת הפקדון בפועל' דחסר בעיקר השמירה, דעיקר ענינו של השמירה היא אך ורק כדי להעמידו לו בסוף ההפקדה, ופשוט מאד.

הרי דאף שהתורה מפרטת את הפרטים של השמירה, שלא יהיה פשיעה ושליחות יד ופטור בגניבה, אכן על הפרט הזה של 'העמדת הפקדון' א"צ לפרט שהרי כל 'ענינו' וכל ה'תוכן' וכל ה'מהות' של השמירה אינו אלא לזה - ותו לא.

מביא הרבה הוכחות שהגדר בשבועת השומרים שזו מחובת השמירה ולא שייך לטוען ונטען.

ההקדמה השניה היא בגדר שבועת שומרים - והביאור כך, דכבר העירו רבותינו - עיין באו"ש [טו"נ, א' - י"ב ד"ה ואחרי שהעלנו] - דחלוק שבועת השומרים משאר שבועות, דתמיד שבועה בא לברר ולחזק טענתו נגד הטענה החשובה [שיש בו סיוע דע"א או סיוע דהודאת מקצת], וכסברת הגמ' [לעיל ד']. דע"י טענה וכפירה הם באים, ולעומת זאת, בשומרים אין כאן תובע ואין כאן טענה אלימתא, דהמפקיד לא יודע כלום, וע"כ שהשבועה היא מחיובי שומרים, שרק נפטר מחיובי השמירה אחרי שנשבע שנאנס, וזו עומק כוונת אביי להלן [ל"ו:]: דשבועה "כדי להפסיד דעתו של בעה"ב" - שאין הכוונה כפשוטו בתורת פיוס אלא שזו מחובת השמירה.

ויש כמה ראיות לעיקר יסוד זה בגדר שבועת השומרים, וכדיבואר:

א) ביסוד זה מבואר שי' המ"מ [שכירות פ"ב ה"ח] דמיגו לאפטורי משבועה אמרינן [דלא כהרמב"ם], אבל בשבועת השומרים לא מהני מיגו, וי"ל דמיגו הוא לאמת את הטענה, ולכן מהני תמיד במקום שבועה, דנגד "הטענה חשובה" הוא מעמיד מיגו לחזק טענתו, ושוב א"צ שבועה, אכן בשבועת השומרים, הרי אין כאן שום טענה כנגדו, ורק דחייב שבועה לבעלים דגוף החיובי שמירה שלו הוא, ומה יהני על זה מיגו במקום זה, ועיין באור שמח [שם] שכ' כנ"ל בנוסח שונה קצת, אבל כן הוא שורש הדברים - עיין בהערה¹⁰⁵ שהבאנו דבריו.

¹⁰⁵ ז"ל האור שמח [שם] "ואחרי שהעלינו כ"ז, נקדים מה דפרשתי מכבר בחידושי דהא דחייבה התורה שבועת שומרים אינו כשבועות דעלמא, רק הוא כדאמר הגמרא בב"מ [ל"ה:]: כדי להפסיד דעתו של בעה"ב, דמן הדין אינו חשוד כלל, דאטו מי קא טעין ליה ברי, רק התורה חששה להפסיד דעת בעה"ב שנתן ממונו לאחר לעשות בו כרצונו וישיבנו בלא כלום, [וכן הביא הריטב"א בשם הראב"ד], אבל אם אינו נשבע אינו חשוד כלל. ובזה בארתי מה דדחו קדמאי שנויא דחיקא דמתרץ בגמרא שבועות [מ"ה:]: על שבועת השומרים דיהא נאמן במיגו דהחזרתי, והקדמונים אמרו בזה טעמים שונים הביאם ר"ן בפרק כל הנשבעין [שבועות כ"ו. בדפי הרי"ף], ולפ"ז א"ש דלא שייך מיגו גבי שומרים, דלכית דין נאמן הוא בלא זה, רק להפסיד דעתו של בעה"ב, ולא יופס דעתו במיגו, וזה בעצם שנויא דגמרא פרק המפקיד [ל"ה:]: משעת מיתה הוא דקני ליה, ושבועה כדי להפסיד דעתו של בעה"ב, פירוש דאינו חשוד כלל, רק כדי להפסיד דעתו רמא רחמנא עליה לשבע, ולכן אם לא ירצה הבעלים לדון עם השוכר תו לית ליה מה לתבוע כלל, ואין לבעלים מה ליתבע מהשואל".

ב] נראה דביסוד זה מבואר נמי יסוד דברי הגמ' להלן [ל"ו:]: בשומר שמסר לשומר שאמר לו "את מהמנית לי בשבועה", דאינו מאמין שבועתו של חברו, ויש לעיין דמה שורש טענה זו, הרי התורה האמינה כל א' בשבועה אם רק אינו חשוד, ופשוט, שבמודה במקצת וע"א, דאין דין שיכול לומר לו כן, ורק בשומרים יש כזה טענה, דשבועת ע"א או מודה במקצת החיוב בא מצד טענה וכפירה, משא"כ בשומרים דמזכותי שומרים הוא שהוא תובע שבועה כהשלמה לשמירה, והיינו כנ"ל, וכ"כ הגר"ח בהדי' בסו"ד [שכירות א' – ד'] וז"ל, "דאין זה טעמא בדיני שבועה, כי אם בדיני שומרים הוא דהוי דינא הכי שא"י למסור חובת שבועה להשני ולהפטר על ידו", ומהך זכות הוא שתובע נמי שרוצה דוקא שבועה משומר זו ולא שבועת חברו.

ג] עיין לעיל [סימן י'] שהבאנו מהרשב"א דשבועת השומרים הוא תשלומין, ועל זה אמרו במשנה ריש מכילתין דרק כשיש חיוב תשלומין הוא דמקנה לו כפילא, בין תשלומין דשבועה ובין תשלומין דממון, וזה כנ"ל.

ד] וביסוד זה דשבועת שומרים שייך לדיני שומרים ולא לטו"נ כשאר שבועות, בזה ביאר הגרש"ש"ק [ב"מ ריש סי' כ"ה] דמצאנו בדין שומר שמסר לשומר דברגילים להפקיד נשבע השני במקומו, ופשוט דבשאר שבועות לא יתכן שמישהו ישבע במקומו, וע"כ דהכא שאני דמדיני שומרים הוא, ולכן נשבע במקומו כמו שהוא שומר במקומו.

ה] ראיתי במשנת ר"א [סימן ט"ז ס"ק א'] שהביא מהבעל המאור בב"ב [ע' – ל"ז בדפי הרי"ף] שהביא מחלוקת אי שייך מתוך ביורשים בשבועת השומרים, שהרי תמיד איכא גזה"כ למעט יורשים, והבעל המאור הקשה עליהם דכך מפורש במיעוט של יורשים, ובמשנת ר"א ביאר כנ"ל דדווקא בשומרים ס"ל הכי כיון דהכא אינו מדין 'מתוך' – ודו"ק.

ו] עיין בתרומת הדשן [סי' של"ד] שהביא מהראשונים דלא יהני עד המסייע בשומרים, והוכיח מהרא"ש [בשומר שמסר לשומר] שחולק, ועיין באמרות אברהם בשנים אוחזין [סימן י"ד] מה יש לבאר בזה שזה תלוי בגדרי הפטר בעד המסייע, עיי"ש, אולם אחרי מה שנתבאר הכא י"ל שזה חידוש מסויים בשבועת שומרים, וכנ"ל במיגו דלא מהני לפטור שבועה.

ז] להלן [פרק ג'] הבאנו יסוד זה מהברכ"ש בביאור שיטת הראב"ד שנשבעין על הקרקעות שבועת אינו ברשותו – מן התורה, ומשם מוכח דשאני שבועת השומרים מכל השבועות שזה מדיני השמירה, ולא מדיני הדררא הרגילה של כל שבועה.

ח] להלן [סימן ט"ז] חידשנו שדווקא בשבועת השומרים מצאנו שבועה שאינה בגדר שבע או שלים – אלא שנשבע על השמירה עצמה – עיי"ש דזה יסוד דינא דשמא עיניו נתן בה.

מבאר דכו"ע מודי שזו השבועה העיקרית – אלא דנחלקו אי שייך בזה שבועה מהסוג הזה מה"ת.

ומעתה נראה לומר – שכו"ע מודי דאף שהשבועה הזו לא כתובה בתורה – אכן מסברא יש שבועה על אינו ברשותו מה"ת – וכמו שמבואר במאירי, וכן מבואר בראב"ד ובש"ך מובא להלן [פרק ג'] – ונראה שהכוונה כך:

שכיון שעיקר השבועה כאן הוא שבועה לומר ששמר כדבעי, א"כ זה עיקרו של שומר שהוא מעמידו למפקיד – ולא מצניעו לעצמו, ולמדנו מכל השבועות שרצון התורה שישבע על כל הפרטים של השמירה וא"כ ודאי דגם על זה ישבע – שלא מצניעו אלא מעמידו לו.

ואין להקשות דלמה לא פירטה התורה גם שבועה זו, דנראה דאדרבה, דכמו שלא פירטה התורה הך פרט של שומר שהוא מעמידו ולא מצניעו – דזה כל מהותו של שומר וא"צ לפורטו ורק צריכים לפרט את הדין פשיעה ושליחות יד שהם חידושים מגזה"כ ששייכים לפרטי דינים של שומר, וכמו כן בשבועה, שהשבועה של שליחות יד ופשיעה הוזכרה, אכן א"צ לפרט את השבועה הזו של אינו ברשותו, כיון שזו השבועה הראשונה והעיקרית.

והן הן דברי המאירי שכתב שבועה זו "נכללת היא בדעת בית דין מן התורה אחר שאומר ששמרה כדרך השומרים ונאבדה וכשמפקיע עצמו מזו בתשלומין נשבע שאינה ברשותו שהוא חלק ממנה" – הרי לנו דמסברא אתינן עלה דהוי חלק מכל השמירה ופשוט שיש בזה שבועה –

ועיין להלן [פרק ג'] תוספת ביאור בסברא זו על פי דברי הש"ך בשטרות שהוסיף בזה סברא שלא שבקת חי' לכל ברי'.

מבאר למה ליכא סברות הפוכות.

והנה לעיל הקשינו שיש סברות הפוכות – אכן על פי כל הנ"ל היה נראה שסברא זו היתה פשוטה לכו"ע, והחולקים ס"ל דמטעם צדדי לא יתכן סוג כזה של שבועה מה"ת ולכן אינה אלא שבועה מדרבנן – והביאור כמבואר בקצוה"ח [סימן ע"ג ס"ק ב'] דליכא שבועה דאורייתא היכא דליכא נחתין לנכסי, והכא לא שייך נחתין לנכסי' כיון ששילם.

וע"כ שהחולקים דס"ל דהוי שבועה מה"ת ע"כ ס"ל דשייך שבועה מה"ת גם בלי אפשרות של נחתין לנכסי' – ומעתה א"ש שזה כל פלוגתא, אבל לעיקר הך סברא ששבועה זו היא השבועה העיקרית – לזה כו"ע מודי וכו"ע מודי גם דא"צ פסוק על זה, אלא דנחלקו אי שייך שבועה מהסוג הזה מה"ת, אכן זה פשיטא לכו"ע שעל הצד ששייך שבועה כזו שאז שפיר הוי שבועה מה"ת מסברא.

ועיין להלן [סימן ט"ז] ששם יבואר עיקר פלוגתא זו אי שייך שבועה דאורייתא בלי נחתין לנכסי' או לא ומה שורש פלוגתא.

מיישב את כל הקושיות.

וממילא דא"ש הכל:

א [נתבאר מה הסברא הפשוטה בזה.

ב] גם לא קשה למה לא כתוב שבועה כזו בתורה, דדומה לעיקר הדין העמדת החפץ.

ג] נתבאר נמי למה ליכא סברות הפוכות.

ד] מה שכתוב בגמרא 'שמא עיניו נתן בה' לא קשה מידי – דהביאור בזה - דלולי חשש זה ליכא סיבה לחשוש שקיבל על עצמו שמירה וכעת לא רוצה להיות שומר אלא לגנוב ולזה בעינן טעם זה שלכן יש לחשוש ויש מקום לשבועה, אכן אחרי שיש חשש שוב הוי ליה שבועה מה"ת ממש דזה עיקר השמירה.

ביאור פלוגתת הראשונים אי איכא ג' שבועות או ד' שבועות, דנפ"מ בשילם או בקרקעות.

ומעתה הדרין למחלוקת לעיל [ו']. באופן שלא שילם ונשבע, דמצאנו שם מחלוקת ראשונים אי איכא ד' שבועות או ג' שבועות, ונתבאר דגם באופן שהיה עדים שנגנבה – אי איכא חשש שמא חזר לרשותו צריך שבועת אינו ברשותו – דלא ידעינן דנגנבה בלי שבועת אינו ברשותו – וכן"ל – וא"כ מה המחלוקת אי איכא שבועת אינו ברשותו בתור שבועה בפני עצמה דבפועל תמיד נשבעין על זה, ואין בזה שום נפ"מ, והרי תמיד כוללים את כל השבועות ביחד ומה כל הנפ"מ אי איכא ג' או ד' שבועות.

ונראה שהנפ"מ אי איכא ג' או ד' בשומר שבא להשבע הוא מחמת הדין של שומר שבא לשלם, שמי שסובר שיש ד' שבועות כשבא לישבע על כולם, שזה משום שהוא סובר שגם כשמשלם יש לו שבועת אינו ברשותו – והיינו שכל הנפ"מ במחלוקת לעיל [ו']. הוא בסוגיין [ל"ד:].

ויסוד המחלוקת בזה הוא סביב נקודה זו – והיינו אי בלי נחתין איכא שבועה, ונפ"מ בהעמדת הפקדון באופן ששילם, ומחמת זה כבר מגדירים את השבועה כשבועה בפני עצמה בנידון של העמדת הפקדון, וזה גם באופן שהוא נשבע את כל השבועות.

והיינו שאף שממילא כולם שבועה אחת – אלא שיש כמה דברים שנכללים בשבועה אחת, וכלשון הרמב"ם – מובא לעיל [פרק א'] – וא"כ במה נחלקו – אלא שנחלקו אי הוא תובע את השומר בד' תביעות בהך שבועה אחת או בג' תביעות, ויהיה נפ"מ בד' תביעות באופן שישלם ולא נשבע כלל דאז יורדים כל הג' תביעות אבל התביעה הרביעית של אינו ברשותו במקומה עומדת – דהך תביעה תמיד היתה תביעה בפני עצמה.

הרי לנו שהנפ"מ אי איכא ג' או ד' בשומר שבא להשבע הוא בדין של שומר שבא לשלם, ובנוסח אחר נאמר - שהנפ"מ במחלוקת לעיל [ו']. הוא בסוגיין [ל"ד:].

ואיכא נמי נפ"מ נוספת לגבי שבועת אינו ברשותו בקרקע – דאי הוי שבועה בפני עצמה שוב משביעין אותו גם בקרקע, ואי אינו שבועה בפני עצמה לא משביעין מאותו בקרקע – ועיין בזה להלן [פרק ג'] – ועיין מה שנתבאר בסוף הדברים שם שיש סברא שדווקא התם כו"ע יודו שזו דאורייתא.

דן דאיכא נפ"מ גם בנשבע על הכל – דנפ"מ בסדר השבועות.

אולם סו"ס המשמעות הפשוטה היא דפלוגתתם לעיל [ו']. היא גם באופן שאינו קרקע וגם באופן שלא שילם, אלא שבא לישיבע את כל השבועות – ונראה שיש מקום לדון דמשכחת לה נפ"מ בסדר השבועות.

והיינו שאף שכולם שבועה אחת אלא שיש כמה תביעות – אכן סו"ס אינו נשבע אלא על פי בי"ד וכפי הסדר שבי"ד משביעין אותו, ומעתה יש לדון דמה הדין בשומר שבאים להשביעו – דלכאוי' אין עיכוב בסדר השבועות – ומה יהיה בבי"ד שרצו בסדר מסויים, ורצו דווקא להשביעו בשבועת אינו ברשותו כשבועה בפני עצמה לפני כל השבועות – לפני שמתייחסים לשבועת פשיעה וגניבה ושליחות יד – האם הבע"ד יכול לעכב ולומר שהוא לא רוצה לישיבע כן – ורק בתור פרט בנגנבה רוצה לישיבע – ונראה שזה מחלוקת ראשונים.

דנראה דלפי הרא"ש יש לו זכות לא לישיבע בתחילה שבועת אינו ברשותו כיון שיש צד שלא ישיבע את שאר השבועות ויצטרך לשלם, ואי ישלם שוב לא יהיה מקום להשביעו שבועה זו מה"ת, ושוב פשוט שא"א להשביעו לכתחילה מספק – שמא פטור משבועה זו, והיינו דאף דאי בסוף ישיבע כל השבועות דאז מתברר ששבועת אינו ברשותו חשיב כחלק מהשבועות ומהני להצטרף לכולם, ולא אכפת לן הסדר, אכן אי בסוף לא ישיבע על נגנבה ועל כולם, דאז יתברר שמעיקרא לא יכולנו להשביעו שבועה זו, ושוב ממילא אין להשביעו מתחילה מספק באופן זה.

אכן להנך שסוברים ששבועת אינו ברשותו היא שבועה דאורייתא גם באופן שמשלם ואין שום שבועות, והיינו טעמא דשבועה זו בנויה על המחייב הפשוטה של העמדת הפקדון, שוב יכול תמיד להשביעו שבועה נפרדת של שבועת אינו ברשותו לפני כל השבועות – בתור שבועה עצמאית, דגם על הצד שלא ישיבע אלא שישלם אכתי יש להשביעו שבועה דאורייתא.

מבאר את דברי המאירי שכאן יש אפשרות של 'יורדין לנכסיו'.

והנה הבאנו מהקצוה"ח דלא שייך כאן יורדים לנכסיו כיון שממילא שילם, ויש להעיר שבמאירי מבואר דלפי הראשונים דהכא זה מה"ת, דבאמת יורדין לנכסיו, וזה פלא – וכטענת הקצוה"ח, והעירוני לדברי השער המשפט [סימן רצ"ד] דבשילם ונתייקר משכחת לה שבועה דאורייתא בשבועת אינו ברשותו – והיינו דיורדין לנכסיו על היוקר.

אולם זה תמוה עד מאד – דאף דמשכחת לה בגוונא אחד שיש אפשרות של יורדין לנכסיו – הא סו"ס לא יתכן דבכה"ג הוי מה"ת ובלי יוקר זה רק מדרבנן.

ופשוט שכוונת המאירי היא כך:

שודאי דלא בעינן יורדין לנכסיו – וכתבאר לעיל ששבועה זו היינו מצד העמדת הפקדון – והעמדת הפקדון משכחת לה בלי נחתין לנכסיו, אכן המאירי הקשה דאיזה נפ"מ איכא הכא אי הוי שבועה מה"ת או מדרבנן, ועל זה תירץ דנפ"מ באופן שיהיה אפשרות לרדת לנכסיו – והיינו בגוונא הנ"ל, והיינו שהמאירי גם סובר דא"צ דתמיד יוכלו לרדת לנכסים בשבועה מה"ת, אכן בתור נפ"מ משכחת לה גוונא כזה.

פרק ג'

שיטת הראב"ד

בשבועת אינו ברשותו בקרקע.

מביא שיטת הראב"ד שיש שבועה מה"ת על שטרות בשבועת אינו ברשותו, ומתמה עליו.

על פי כל הנ"ל יבוארו דברי הראב"ד והש"ך בדין שבועת אינו ברשותו על הקרקעות.

דהנה בשיטת הראב"ד מצאנו חידוש גדול - דעיין בשו"ע [חושן משפט סימן ס"ו סעיף ל"ט] בדין אין נשבעין על שטרות, ועיי"ש בש"ך [ס"ק קכ"ד] שהביא ראשונים שהשבועה דרבנן של שמא עיניו נתן בה נשבעין על השטרות, אכן השבועה מה"ת בלא שילם לא נשבעים.

אלא שהוסיף דלפי הראב"ד בהשגות [פ"ה מהל' טוען] אף מדאורייתא צריך לישבע שאינה ברשותו - וביאר - וז"ל: "וטעם סברתו נראה לי, משום דודאי מפשיעה ושליחות יד פטור משום דאי לאו קרא אפילו שאר דברים לא היה צריך לישבע שלא פשע ושלא שלח בו יד, אלא דגלי לן קרא דישבע, והלכך שטרות וחבריהו דאימעטו משבועה, מהנך שבועות אימעטו, אבל שבועה שאינה ברשותו אפילו אי לאו קרא הוה מחייבין ליה מסברא, דהיאך יעלה על הדעת שיפטר בלא שבועה, דשמא ברשותו הוא ולא שבקת חיי לכל מפקידין".

ולמדנו מהש"ך מה הגדר של שבועת אינו ברשותו מה"ת דהוי שבועה צדדית מסברא "ולא שבקת חיי לכל מפקידין" - וצ"ע בזה.

ועיין לשון הראב"ד [טוען ונטען פרק ה' הלכה ו'] - "א"א - תימה גדול הוא זה, ואולי ברשותו הוא וכופר הוא בו ואם פטרוהו משבועת התורה משבועת פשיעה ומשבועה שאינה ברשותו לא פטרוהו", עכ"ל - וכל דבריו צ"ב דאיזה מין מחייב איכא הכא.

ובעיקר יש להקשות שיש כאן קושי גדולה - דמה שייך שבועה דאורייתא על קרקע, שאף שהש"ך ביאר דמצד הלכות שומרים חלוק שבועה זו [כיון שהיא סברא] אכן סו"ס אין נשבעין על הקרקעות ומצד הלכות שבועה ליכא שבועה בקרקע ומה שייך כל הסברות של הש"ך בזה - ובישוב קושי' זו צריכים להעמיד כמה יסודות - וכדיבואר.

דברי הברכ"ש בגדר המיעוט של שבועת השומרים על קרקע, ומוכרח ששבועת השומרים מדיני שומרים הוא.

וסדר הדברים כך:

היסוד הראשון הוא כך:

נקדים במה שיש לחקור בעיקר דין דקרקע נתמעטה משבועה - והיינו האם זה דין בחלות חיוב שבועה על הקרקע דליכא חיוב שבועה עלה קרקע, או לא, שהמיעוט הוא ב'מחייב', והיינו ב'דררא' שיוצרת את החיוב שבועה שאם יש בו קרקע ליכא חייב, והברכ"ש הוכיח כהצד השני.

והיינו דלעיל [ד':] מבואר בסוגי' דבטענו כלים וקרקע ומודה לו בקרקע וכופר בכלים שהוא פטור מן השבועה, ומזה מבואר שהפטור בקרקע משבועה אינו פטור בחלות שבועה בקרקע - דהכא ליכא שבועה על הקרקע, ומוכרח דבעיקר ה'דררא' שיוצרת את החיוב שבועה - התם נתמעטה קרקע, ולכן גם במודה בקרקע אין שבועה, דהקרקע הוא חלק מה'דררא' דעליו בנוי החיוב שבועה ופשוט, כן הוכיח הגר"ח - מובא בברכ"ש [ב"ק סי' ל"ב - ב'].

ועיין באמרות אברהם חזקת הבתים [סימן סח] באמרות אברהם שנים אוחזין [סימן לז] שהארכנו טובא ביסוד זה של הגר"ח לגבי שבועת גלגול ולגבי שבועת היסט - עיי"ש בארוכה.

היסוד השני הוא כך:

הגרב"ד [שם] ייסד בזה עוד, שיש מקום לומר ששבועת השומרים נתמעטה בקרקע משני טעמים, א] ליכא דיני שמירה בקרקע, ואי אינו שומר ליכא שבועה השומרים, ב] לא גרע משבועה מודה במקצת ושבועה עד אחד דנתמעטו.

אולם לפי הגר"ח ליתא לטעמא בתרא, שהרי שבועת השומרים לא מתחייב מצד ה'דררא', דליכא דררא כלל, וכל החיוב הוא מצד חיובא דשומרים, דנתחייב בכל החיובים של הפרשה כולל שבועה, הלכך מצד הדיני שבועה באמת היה חייב, ורק דפטורים מצד אחר, והיינו משום שקרקע נתמעטה מפרשת שמירה ושבועת שומרים היא בכלל פרשת שומרים, ודו"ק.

והנה לעיל הבאנו הרבה ראיות ששבועת השומרים שייכא לדיני שמירה ולא לדררא דשבועה דעלמא - ועכשיו למדנו שמעצם המיעוט של קרקעות בשבועת השומרים מוכרח כן - וכנ"ל.

דברי הברכ"ש בביאור שיטת הראב"ד דאיכא שבועה מה"ת בשבועת אינו ברשותו, דשבועת השומרים לא שייכי לדררא של כל השבועות – וזה דין צדדי מצד לא שבקת חיי לכל ברי' – ומתמה בזה.

אחרי הנך ב' יסודות למדנו חידוש גדול:

והוא – ששומר על קרקע שאין בו דיני שמירה, אבל יהיה לו שבועה בשמירה שלא שייכת לחובת שמירה, דאז שפיר שייך שבועה על הקרקע, דמצד הדין שאין שבועה על קרקע ליתא, דהכא ליכא דיני דררא לחייב שבועה זו, ומצד דיני שומרים אין למעטו שאינו שבועה מחיובי השומרים – והיינו דלא שייך בב' הנך מיעוטים.

וזה יסוד דינא דשבועת השומרים בשבועת אינו ברשותו בקרקע ושטרות – וזה עומק שיטת הראב"ד וזה הביאור בש"ך – והיינו – דמכאן איכא הוכחה נוספת דחלוק שבועת השומרים דלא שייך לכל הדיני דררא בכל הלכות שבועה – וכל דינו אינו אלא מצד הדיני שמירה, ולכן שייך בקרקע ושטרות.

וביאר הש"ך – וכן מבואר בברכ"ש בהרחבה – דשבועה זו מדין לא שבקת חיי לכל ברי' אתינן עלה, ולא שייך לחובת שמירה, ולמדנו שבועה זו מסברא, ולכן אינו שייך למיעוטים של קרקע, והכוונה כנ"ל, דאין בו שום דררא שמחייב אותה דסברא דלא שבקת חיי לכל ברי' אינה דררא כלל, ולכן לא נתמעטה בכלל כל המיעוטים, ועוד, דלא נתמעטה מדיני שומרים, דאדרבה – אינו שומר, ואין שבועה זו שייכת לדיני שומרים אי אינו שומר ממילא, וכל דינו הוא דין צדדי מצד לא שבקת חיי לכל ברי' – עכתו"ד.

והוסיף הברכ"ש שמה שמבואר כאן בסוגי' דשמא עיניו נתן בה ומה שמבואר בש"ך שיש סברא מה"ת מצד לא שבקת חיי לכל ברי' – תרומיהו חדא נינהו – עיי"ש בכל דבריו.

אולם נראה דודאי דאין ללמוד את הדברים כפשוטם – אטו באמת יש סברא דאורייתא דלא שבקת חיי לכל ברי' וסברא זו מחדשת שבועה חדשה ופרשה חדשה של שבועה מעצמה – אטו כל מצב של לא שבקת חיי לכל ברי' בלי שייכות לשומרים גם יתחייב שבועה – וזה תמיהא רבתי – והיינו דלמה לא נימא שכל גזלן שחייב בהשבה דנוכל להשביעו על הבעין כשטוען שאינו אצלו, ובא לשלם, דשמא עיניו נתן בה, ולא שבקת חיי וכו' – ומאי שנא גזלן משומר בזה.

מביא יסוד דברי הגר"ח בחילוק בין בעליו עימו לקרקע לגבי פושע כמזיק, ומוכרח דהוי שומר.

ונראה לבאר את הדברים על פי יסוד נוסף של הברכ"ש בשם הגר"ח בהמשך דבריו [שם ס"ק ד'] – בביאור דין פושע כמזיק שיסוד דינו הוא שאף שודאי שאינו מזיק כפשוטו – אלא שחובת שמירה מחדשת מצב של מזיק שכיון שמוטל עליו לשמור, שוב מגדירים את פשיעתו בשמירה כמזיק, וכעת הוא משלם מצד מזיק בזה שפרשת שומרים עשאו למזיק, והרמב"ם חידש מכח סברא זו דאף שבקרקע ליכא שום חיובים של שומר, שאין שום שבועה ואין שום תשלומין דפטור מכל וכל, אכן סו"ס הוא שומר והוא חייב לשמור, אבל אין חיובים מכח השמירה, אבל כיון שהוא חייב לשמור, שוב יתחייב בפשיעה לשלם מדין מזיק, דפושע כמזיק, ולכן פשיעה בקרקע חייב, שהחיוב שמירה עשאו למזיק ומשלם כמזיק דרק נפטר מתשלומי שומרים לא מתשלומי מזיק.

והגר"ח יישב בזה קושי' גדולה, דהגר"ח נקט דפטור דבעליו עימו הוא פוטר בעיקר הדין שמירה עצמה, ולא פטור תשלומין ופטור שבועה – אלא שאינו שומר כלל, ופשוט לכא' דלפי הגר"ח דליכא חיוב תשלומין וליכא שבועה וליכא שליחות יד – [וכל זה חידוש – ועיין בזה בהערה ¹⁰⁶ דנחלקו בזה על הגר"ח], ועיין בש"ך [סימן ס"ו ס"ק קכ"ו] שכתב נמי כסברת הגר"ח.

¹⁰⁶ דעיי' בנתה"מ [סימן רצ"א ס"ק ל"ד] דנקט דפטור בעליו עימו הוא רק פטור תשלומין, וממילא דחייב שבועה שאינו ברשותו, ולמ"ד פשיעה בבעלים חייב גם שבועה שלא פשעתי, וכן הביא מהב"י בשם הרמב"ן שיש חיוב שליחות יד בבעליו עימו, וממילא דאיכא גם שבועה שלא שלחתי בו יד, אכן הקצוה"ח [סימן רצ"א ס"ק י"ח] נסתפק בדין שבועה בבעליו עימו, אבל לענין שליחות יד מודה הקצוה"ח [סי' שמ"ו ס"ק א'] לנתה"מ שיש חיוב על השליחות יד.

ובזה יישבו את קושי' הראב"ד על הרמב"ם דכתב דפושע כמזיק ולכן פשיעה בקרקע חייב, ומאידיך פושע פטור בבעליו עימו, והקשה הראב"ד דמאי שנא הנך ב' פטורים.

וביאר הגר"ח דע"כ דשאני פטור בעליו עימו מפטור קרקע, דבעליו עימו אינו שומר כלל הלכך ליכא בזה דין פשיעה וממילא דליכא בזה דין פושע כמזיק, אכן בקרקע ושטרות שפיר הוי שומר – אבל פטור מכל התשלומין ומכל השבועות, ורק חיוב פושע אית ליה.

והיינו טעמא דאחרי שחייב לשמור – שוב דנים את פשיעתו כפשיעה – ואחרי שפושע דינו כמזיק ושוב משלם כמזיק ולא כשומר דבקרקעות פטור מכל החיובי תשלומין – אכן זה כבר אינו תשלומי שומרים, אכן בבעליו עימו חסר בעיקר הדין שומר ולא חייב לשמור – וממילא דליכא בזה דין פשיעה ומעיקרא לא חיילא ביה תורת מזיק.

מבאר דאי מצד הלכות שומרים חשיב כשומר על הקרקע כמו לענין פושע כמזיק, ממילא דשייך נמי שבועת אינו ברשותו – וזה עיקר הסברא של לא שבקת חי לכל ברי', אבל לא שבקת אינה 'מחייב' בפני עצמה.

ומעתה נראה דתחילת דברי הברכ"ש בביאור שיטת הראב"ד מיוסדים על סוף דבריו בביאור שיטת הרמב"ם [ולהלן יבואר למה ליכא סתירה בראב"ד] – ויתחדש כמה חידושים – וכדלהלן:

א] בברכ"ש מבואר שבקרקע הוא שומר בלי שום חיובים ושום תשלומין ושום שבועות של שומרים, אבל סו"ס חובת שמירה יש לו – ונפ"מ דלכן איכא דין פשיעה כמזיק, ומשלם תשלומי נזיקין, ועיין בהערה ¹⁰⁷.

ב] נתבאר לעיל [פרק ב'] שתחילת דינו של שומר – היינו העמדת החפץ, ודין זה אינו מהפרטים של חובת שמירה אלא דזה עיקר מהותו – 'העמדת החפץ', וממילא דפשוט דדין זה קאי גם בשטרות ועבדים.

ג] נתבאר לעיל [פרק ב'] דשבועת השומרים הוא מדיני שמירה, וממילא דחלוק שבועת אינו ברשותו מכל שבועת השומרים – שכולם מתייחסים לפרטי דינים בעיקר דיני השמירה, אבל שבועה זו ידעינן מסברא, דכמו שעיקר העמדת הפקדון היא סברא ואינו מהפרטי דינים של שמירה אלא זה מהותו של שומר – כמו כן השבועה על העמדת הפקדון היא גם סברא פשוטה – שזה מעיקר דיני שמירה, ואינה כלולה בפרטים של שומרים.

ד] ונראה דהן דברי הש"ך ששבועה זו לא נתמעטה במיעוט של קרקע כיון שהיא סברא והוא מטעם לא שבקת חי לכל ברי' – דודאי דאין הכוונה כפשוטו – שכל מצב בעלמא שיהיה בו טענה של – לא שבקת חי לכל ברי' – שאז יתחייבו שבועה דאורייתא, אלא הכוונה שזה שפרשת שומרים מחייבת שבועה על העמדת הפקדון הוא מטעם לא שבקת חי לכל ברי' – ולא שהטעם של לא שבקת חי לכל ברי' הוא הוא עצם המחייב, אלא דלולי טענה זו לא היינו אומרים שהעמדת הפקדון מחייבת שבועה זו – דלמה להשביעו – אכן אחרי שיש כזו טענה של לא שבקת, שוב הדרינן לעיקר הפרשה – וגוף הפרשה של שומרים כבר מחייבת שבועה זו, וזה ממש כדברינו לעיל בביאור השבועה מה"ת מצד שמא עיניו נתן בה שאינו מחייב בפני עצמו אלא טעם למה עיקר הפרשה מחייבת שבועה לשומר שמשלם, ומה"ט פשוט למה גזלן לא נשבע מצד השבועה של שמא עיניו נתן בה, ופשוט.

ונראה להוסיף בזה תוספת ביאור – דבאמת מאי שנא חיוב זה של שבועת אינו ברשותו מכל החיובים ופרטי דינים בשומר, הא אף דעצם העמדת הפקדון היא עצם המהות של שומר ובלא זה אינו שומר כלל ולכן לא נתמעטה – דרק הפרטי דינים של שבועות ותשלומין נתמעטו – וקשה דלמה השבועה של אינו ברשותו מיקרי גופא דשומר – הא העמדת הפקדון היא השמירה עצמה לא כן השבועה על זה.

¹⁰⁷ ואף דאיכא שבועת השומרים על פשיעה והרי ליכא שבועה על תשלומי נזיקין, וע"כ דאיכא ב' דינים בחיוב פושע, א] פשיעה לא גרע מש"ש שלא קיים דין שמירה שלו – דמשלם – וכן שו"ח שפשע לא גרע מיניה, ב] בנוסף לזה הפשיעה נהפכה למזיק ולכן משלם גם בלי שיש לו חיובים אחרים של שומרים ועיין נמי להלן [סימן כ"ג פרק א'] שהוכחנו כן, וכך הסברא הפשוטה, ופלא על המבואר במאירי – מובא בקושב"ע ריש פסחים – שאינו כן וחייב רק מצד פושע כמזיק.

והתשובה – דלכן סברת לא שבקת חי נצרכת – והיינו דבסברא זו למדנו דליכא חיוב העמדת הפקדון אי בקל יכול לא להעמיד את הפקדון ובקל יכול לשלם במקום להשיב – הרי הכל תלוי ברצונו הטוב ונמצא שחיוב העמדת הפקדון לאו שמיה חיוב – ולכן השבועה עצמה נכנסה להיות מעיקר הדין שמירה ולולי השבועה אין כאן כלום.

ישוב הסתירה בראב"ד.

אלא דמעתה איכא סתירה בראב"ד – דמצד אחד מוכח דס"ל כיסוד הגר"ח דבקרקות שפיר מיקרי שומר, ולכן ס"ל דאיכא שבועת אינו ברשותו בקרקע – ואפי"ה מצאנו בראב"ד שהקשה על הרמב"ם מקרקע לבעליו עימו בפשיעה.

ונראה פשוט שהראב"ד פליג בגדרי בעליו עימו ובזה למד כהנאה"מ [עיין בהערה לעיל], ומה"ט תמה על הרמב"ם דמאי שנא בעליו עימו מפשיעה.

שורש פלוגת הרמב"ם וראב"ד בקרקע בשבועת אינו ברשותו לשיטתייהו.

ומעתה נראה דשורש פלוגת הרמב"ם וראב"ד בקרקע בשבועת אינו ברשותו לשיטתייהו – דהנה לעיל [פרק א'] הבאנו שהרמב"ם ס"ל כהרא"ש ששבועת אינו ברשותו היא פרט בשבועת נגנבה ואינה שבועה בפני עצמה – ולפי זה אזיל לשיטתו בסוגיין שזה שבועה מדרבנן, ולכן לשיטתו ליכא שבועת אינו ברשותו בקרקע, אכן הראב"ד ע"כ ס"ל כהחולקים לעיל [ו.], ואיכא ד' שבועות, ואיכא נמי שבועה דאורייתא בכל שבועת אינו ברשותו גם בשילם בסוגיין, ולכן חידש דגם בקרקע איכא שבועה מה"ת בשבועת אינו ברשותו – ודו"ק.

ג' פלוגתות תלויות זב"ז.

לסיכום – ביסוד זה של העמדת הפקדון שדורשת שבועה מה"ת – בזה נתבארו השיטות לעיל [ו.]. דלכן איכא ד' שבועות, ובזה נתבארו נמי השיטות דשבועת אינו ברשותו היא מה"ת גם בשילם, ובזה נתבארו נמי דברי הראב"ד בקרקע ושטרות יש שבועה זו.

טענה אלימתא ודחייה בעיקר הדברים – דבשטרות וקרקע מסתבר דלכו"ע הוי שבועה דאורייתא מצד התשתלומין של מה לי הן דמיהן.

אולם העירוני התלמידים לטענה אלימתא – הרי אף אי נימא שאין חובת תשלומין בשטרות וקרקעות מצד הלכות שומרים, אכן סו"ס יש דין העמדת הפקדון – ומי שאינו מעמיד את הפקדון ב'בעין' ומחזיקו תחת ידו – הרי עכ"פ הוא מחוייב להעמידו ב'דמיו' לבעל הפקדון – והיינו שאין זה מדין תשלומין על האיני בעין כמו החיוב אחריות של גניבה ושליחות יד ופשיעה – אלא שהדין העמדת הפקדון מחייבו עכ"פ שיעמיד את דמיו שהרי דמיו כלולים עכ"פ בגופו.

ומעתה – אף לפי השיטות שאין דין שבועת אינו ברשותו מה"ת בשילם – כיון שאין כאן שבע או שלים – וכנתבאר בקצוה"ח, אכן הכא בקרקע ובשטרות יודו ששייך שבע או שלים עכ"פ מצד מה לי הן דמיהן בהעמדת הפקדון – וא"כ הכא כו"ע יצטרכו להודות שזו שבועה דאורייתא – וצ"ע דלמה מצאנו שיטות שגם כאן אינו אלא מדרבנן, וכמבואר בש"ך.

סימן ט"ז

בדברי הקצוה"ח

בשבועה דאורייתא בלי נחתינן לנכסיו,
והמסתעף לגבי שבועת אינו ברשותו.

הקדמה – בשורש פלוגתתם. < פלוגתת הקצוה"ח והפוסקים בכפירת ממון בחפץ בלי דמיו – האם איכא בזה שבועה. > בסברת הקצוה"ח דליכא נחתינן לנכסיו הכא הלכך אינה שבועה דאורייתא – ובדין תביעת חפץ באופן דמשלם ממון. < מבאר דאין כוונת הקצוה"ח ש'יורדין לנכסיו' הוא תנאי להיות שבועה דאורייתא – אלא שיסוד שבועה הוא חיוב ממון שיכול לסותרו על ידי שבועה. > ביאור דעת החולקים דחובת שבועה היינו 'כי היכי דלודי' – ומצאנו מהלך כזה בתוס' לעיל. < מסכם שיש ב' מחלוקות בפוסקים – ונפ"מ גם בעד אחד ובמודה במקצת. > מחדש דכו"ע מודי דשבועה אינה 'כי היכי דלודי' – אלא דווקא בשבועת השומרים משכחת לה שבועה בלי חיוב ממון שהשבועה מתייחסת לשמירה עצמה.

הקדמה – בשורש פלוגתתם.

לעיל [סימן ט"ו] נתבאר דנחלקו הראשונים האם שייך שבועת אינו ברשותו מה"ת או לא, דנתבאר שם דכו"ע מודי דאי שייך שבועת אינו ברשותו דאז הוי שבועה העיקרית, אכן זה גופא צריכים לדון האם שייך כזו שבועה או לא, ונחלקו בזה, ותחילת הביאור בשורש פלוגתתם למדנו מדברי הקצוה"ח.

פלוגתת הקצוה"ח והפוסקים בכפירת ממון בחפץ בלי דמיו – האם איכא בזה שבועה.

דהנה – מצאנו בקצות החושן [סימן ע"ג ס"ק ב'] דיון על סוגים שונים של תביעות של חפץ וממון או חפץ בלי ממון ובלי דמיו, ויש לדון מתי שייך בתביעות הללו חובת שבועה.

בתחילת דברי הקצוה"ח איירי בעד אחד שמעיד על חפץ מסויים דהוי של חבירו והלה טוען שקנאו ממנו ושילם, וחבירו מודה ששילם אלא שטענתו שלא היה כאן מקח מאיזה שהיא סיבה – והעד אחד מעיד שלא היה כאן מקח – ונמצא דלדברי העד חוזר החפץ וחוזר הדמים.

וחידש הקצוה"ח דמחייב שבועה אף ששילם על החפץ – והחידוש בזה הוא שלכאול' אין כאן נידון של כפירת ממון וכפירת שווה ממון, שהרי כל הדיון הוא על החפץ בלי הדמים, שהרי על דמי החפץ הוא ממילא שילם, ולא דומה לתביעה וכפירה על חמישים ששם הוא כופר את הממון עצמו, והכא ממנפ"ש ליכא כפירה בממון אלא בחפץ בלי ממון, [ועיי"ש היטב דאיירי נמי בלא שילם אלא שמוכן לשלם, עיי"ש].

והקצוה"ח הוכיח כן מתוס' לעיל פרק קמא – לעיל [ב': ד"ה וליחזי] גבי וליחזי זוזי ממאן נקט – דאותו שהמוכר מסייעו יצטרך האחר לישבע נגדו שבועה דעד אחד, והעיר בזה הקצוה"ח וזה לשונו:

"אף על גב דהתם אין תביעתם אלא ב'חפץ' דהא מוקי לה בקיבל זוזי מתרווייהו וכו', אלא דכיון דהתובע אומר זה החפץ שלי ואינו רוצה למוכרו לו – הבי"ד נזקקין ליתן לו החפץ, וכל היכא דהבי"ד נזקקין איכא שבועה, דאם לא היה זה שוה פרוטה היכי הבי"ד נזקקין להציל מיד החמסן כיון דנותן דמים של החפץ, אלא ודאי כיון שזה אומר כלי אני נוטל וזה רוצה ליתן דמים אין כופין את המוכר למכור והו"ל תביעה בכל הכלי וגם זה ברור. וא"כ הוא הדין הכא נהי דבדיעבד הו"ל מבטל כיסו ופטור, לכתחילה כשמעכב הו"ל דררא דממונא כל הפרוטה אף על גב שרוצה לסלקו אחר זמן ואין המתנה שוה פרוטה, כמו בכלי שאינו שוה פרוטה בין כלי לדמי הכלי אלא כיון שרוצה כליו צריך שבועת התורה".

ועיי"ש במילואי חושן שיש חולקים, דסו"ס אין כאן כפירת ממון – והגר"ח מטעלז דחה את הראיה מלעיל [ב':], ששם בב' אוחזין יש כפירה מוחלטת על כל הטלית וכל הדמים, אלא שהמוכר שעומד מן הצד יחזיר את המעות לשני, אבל השנים שאוחזין מעכבים זה מזה גם את החפץ וגם את דמיו, אכן בגוונא שכל הדין ודברים אינו אלא על חפץ בלי דמיו שוב ליתא לכל הנ"ל.

בסברת הקצוה"ח דליכא נחתנין לנכס' הכא הלכך אינה שבועה דאורייתא – ובדין תביעת חפץ באופן דמשלם ממון.

ובהמשך דברי הקצוה"ח הקשה על עצמו מסוגיין – וז"ל: "והא דאמרינן גבי שבועה שאינו ברשותו דצריך לישבע מדרב הונא [ב"מ ל"ד:] וכתבו הפוסקים דאינו שבועת התורה היכא דהוא מסלק מעותיו ולמה לא ישבע מן התורה על החפץ וכמ"ש גבי עד אחד דאע"ג דנותן לו דמי החפץ משתבע".

ותירץ וז"ל – "היינו משום דעיקר שבועה שאינו ברשותו לא משכחת בחפץ ידוע דהיינו שהמפקיד יאמר ברי לי שזהו כלי ותחזיר לי כמות שהוא והנפקד יאמר כליך נאבד ואשלם לך הדמים ואין זה כליך, דבכה"ג לא הוי שבועת השומריין וכו' דזה הוי תביעה אחרת שאינו מדין שומרים, ולא משכחת אלא בחפץ שאינו ידוע, אלא שהתורה אמרה שישבע השומר שבועה שאינו ברשותו דשמא החפץ הוא ברשותו, ומשום הכי כשרוצה לשלם תו ליכא שבועה דעיקר שבועת התורה הוא כדי שאם לא ירצה לישבע נחתנין לנכסיו וכדאמרינן פרק שבועת הדיינין [מ"א.] איכא בינייהו אחותי נכסי, וכיון דמשלם דמי החפץ לא שייך תו אחותי נכסי ומה יעשו לו עוד וכי ישלם שנים ואין לו לשלם רק דמי החפץ, אבל מדרבנן שפיר נשבע שאינו ברשותו ואם לא ירצה לישבע מנדין אותו כדי לישבע, ובדאורייתא לא שייך נדוי רק אחותי נכסי וכיון שמשלם דמים תו ליכא אחותי נכסי, אבל בחפץ ידוע אם אינו רוצה לישבע נזקקין להוציא החפץ הידוע שמתדיינים עליו ליתן לתובע", ודו"ק.

מבאר דאין כוונת הקצוה"ח ש'יורדין לנכסיו' הוא תנאי להיות שבועה דאורייתא – אלא שיסוד שבועה הוא חיוב ממון שיכול לסותרו על ידי שבועה.

הרי לנו שהקצוה"ח ביאר לנו את הסברא למה ליכא שבועה דאורייתא הכא והיינו טעמא דלא שייך בזה יורדים לנכסיו, דאף דלשיטתו לא בעינן תביעה על חפץ ודמים וסגי בתביעת חפץ בלי דמים וכדלעיל – אבל סו"ס התם יש אפשרות של יורדין לנכסיו, והכא ליכא כזו אפשרות שהרי הוא כבר שילם.

וצ"ב – דא"כ מה סברת החולקים דס"ל שזו שבועה דאורייתא – ויש לומר שחולקים על הנחה זו של הקצוה"ח שיש הלכה ותנאי בשבועה דאורייתא שיוכלו תמיד לרדת לנכסיו.

ובאמת שזה לא כתוב בגמרא בשבועות, אלא שכתוב ש'שייך' נחתנין לנכסי', ואה"נ דהיכא שלא משכחת לה נחתנין לנכסי' אכתי יכול להיות שבועה דאורייתא, ולכן ס"ל לחולקים דשפיר הוי דאורייתא אף דלא משכחת לה נחתנין לנכסי'.

ותירא מזה – שיש להעיר על הקצוה"ח דמה סברתו דמהיכי תיתי לומר שיש תנאי כזה בשבועה דאורייתא, הרי מה הדין באשה או עני שאין להם נכסים – אטו אין בהם שבועה דאורייתא כיון דליכא נחתנין לנכסי'.

ונראה לחדש שכוונת הקצוה"ח כך:

כבר נודע מה שייסדו רבותינו בגדר עיקר חובת שבועה – שאינה דרישה וחיוב על השבועה מצד עצמה אלא יסודו חובת ממון אלא שזה סוג חיוב ממון שיכול לפוטרו ולסלקו על ידי שבועה – ובנוסף אחר – ב' עדים מחייבים חיוב ממון 'מוחלט', אבל ע"א שמחייב שבועה פירושו שהוא מחייב חיוב ממון 'לא מוחלט' – והיינו סוג חיוב כזה שיכולים לבטלו על ידי שבועה.

ובאמת שכן מוכרח לפי שיטות הראשונים שלומדים ש'מתוך' אינו דין חדש וכן נקטו רעק"א והנתה"מ, ולכן ס"ל דשייך מתוך גם בחשוד וכדביארו בתירוץ א' בתוס' לעיל [ה.]. – וכבר הארכנו בכל זה לעיל באמרות אברהם שנים אוחזין [סימן ל"ו פרק א'], ועיין בכל זה בקובש"ע [ח"ב].

וגדולה מזה מצאנו ברא"ש בשבועות [מ"ה: – פ"ז סי' ג'] שהקשה על הר"י מיגאש ודעימיה דס"ל דלא מהני מיגו לאפטורי משבועה, שהרי אי מצאנו מיגו בממון ע"כ דמהני נמי בשבועה, והיינו טעמא ד"כל שבועה ממון הוא – דאי לא נשבע משלם", ויש לפרש דכוונתו דכל ענינו של השבועה אינה אלא כהיכי תימצא לברר את הנדון הממוני שביניהם, ולכן כשלא רוצה לישבע ישלם, אכן יש

לומר עוד כפשוטו ממש - "כל שבועה ממון הוא" – והיינו 'ממון לא מוחלט' – חיוב ממון שיכול לסתור על ידי שבועה, ומה שייך לחלק ביניהם.

וי"ל שזה עומק טענת הקצוה"ח – דשבועה היינו חיוב ממון כזה שב' עדים מחייבים ממון, ובאופן שאין כאן ממון ברור א"כ מה מחייבים, דמאן יימר שיש כזה חיוב ממון, הרי אי הפקדון אינו תחת ידו א"כ גם ב' לא מחייבים אותו כלום ובאופן כזה גם ע"א לא מחייב ממון לא מוחלט של שבועה, אכן בזה חלוק עני ואשה ששם באמת ב' עדים מחייבים אותם אלא שאין להם ממה לשלם, משא"כ הכא דאיכא חיוב - וא"כ ליכא נמי חיוב שבועה דכל שבועה ממון הוא.

ביאור דעת החולקים דחובת שבועה היינו 'כי היכי דלודי' – ומצאנו מהלך כזה בתוס' לעיל.

ובביאור שיטת החולקים יש לומר דנחלקו בעיקר הגדר של שבועה דאורייתא – דכבר הבאנו מלעיל בתוס' [ה'] דליכא דין מתוך בחשוד על השבועה, ובטעמא דמילתא כתבו התוס' בתירוץ השני "שהוא ברצון ישבע", ותירוץ זה מורכב מכמה חידושים, ונתבאר שם בדברינו באמרות אברהם פרק שנים אוחזין [סימן ל"ו פרק ב'] שמלבד מה שנתחדש חידוש בגדרי 'מתוך' – והיינו שמי שרוצה לישבע מופקע מהדין מתוך, אכן נתחדש עוד בטעמא דאין שבועה לחשוד דלכן מיקרי "יכול לישבע", והיינו שנתחדש גדר חדש בחיובא דשבועה, ומהאי טעמא חשוד מיקרי "יכול לישבע" – וביארו האחרונים¹⁰⁸ דע"כ דס"ל דשבועה אינה "בירור" בעלמא, דא"כ הרי החשוד אינו יכול לברר ופשוט דאין שבועתו שבועה, ופשוט דמיקרי אינו יכול לישבע, וע"כ צ"ל דהגדר בשבועה הוא דשבועה היא "חיוב" שהנתבע חייב לתובע – וגם חשוד יכול לקיים חיוב שבועה אף שאינו יכול לברר לבי"ד על ידי שבועה.

והגדר בזה ראיתי באבי עזרי [תניינא שם טו"נ פ"ב –ה"א מלוה ולוה י"ג – ג'] שלמד שהסברא והגדר בחיוב הזה הוא שזכותו להעמידו במצב של "אולי יודה", וזהו כחו של שבועה, וזה יסוד חיובו, דתובע ממנו שבועה "אולי יודה", וכמו דנתבע חייב לתובע ממון, כמו"כ חייב לו שבועה, ולא שבי"ד מחייבים 'בירור' מחמת המצב של ספיקות, אלא שהתובע מחייב את הנתבע שבועה – ולדרך זו השבועה באמת לא צריכה לברר, שהרי אין זה דינו של השבועה, וע"ע בהערה¹⁰⁹ דרך אחרת בזה.

ומעתה א"ש ש'חיוב' זה שייך גם בחשוד – וע"כ שכל הדין בחשוד שאינו נשבע הוא דין חדש, שנתחדש ש"אין מוסרין שבועה לחשוד" – אולי ישקר בשבועתו, והלכה זו היא כבר הלכה מדיני הבי"ד, ובאבי עזרי הביא הרבה הוכחות לזה – עיין בהערה¹¹⁰, ועל פי זה מבואר כוונת התוס',

¹⁰⁸ ע' בזה הקוה"ע [סי' כ"ב – ד'] ובחידושי הגר"ט ובחידושי ר' שמואל [שם] ובאבי עזרי [תניינא שם טו"נ פ"ב –ה"א מלוה ולוה י"ג – ג'].

¹⁰⁹ והגר"ש רוזובסקי צ"ל הגדירו כך דא"צ לחדש שאין שבועה שייכת לבירור של הממונות שביניהם – אלא דגם אי נימא דיסודו מדין בירור – אכן אכתי יש לומר שהתורה לא פסלה שבועתו מחמת החשש משקר ובעדות יש פסוק על זה והכא ליכא פסוק – וע"כ שהחיוב שלו הוא לברר בדרך שבועה ויותר מזה לא חייבתו תורה והתורה לא פסלה שבועתו – ואף אי מסברא לא התברר לנו מחמת החשש משקר, אכן סו"ס יותר מבירור כזה לא חייבה התורה ולכן זה נקרא שהוא קיים חיובו גם בחשוד.

¹¹⁰ ועיין בלשון הרמב"ן [ב"מ ג': ד"ה אבל עדים] שכתב "דאין מוסרין שבועה לחשוד" – ומיניה וביה בתוך הדברים מוכרח שכוונתו לדין דאורייתא.

ובאבי עזרי דייק, דחידוש זה מדויק בלשון הרמב"ם [טו"נ פ"ב] דמירי שם תמיד "בחשוד על השבועה" ולא קרי ליה "פסול לשבועה", וגם כשמיייר בפסול לעדות [בהל' ב'] קרי ליה "חשוד" לשבועה, והיינו 'פסול' לעדות הוא 'חשוד' לשבועה, והיינו משום שבשבועה אין פסול כזה ורק דכיון דחשוד לשקר שוב להשביעו, וזה כל דינו, וכל לשון הרמב"ם [שם הל' א'] הוא ד"אין משביעין אותו", וזה כנ"ל.

והביא בזה הוכחה נוספת, דהנה, לכא' איכא נפ"מ בזה במי שנשבע ולא ידעו שהיה חשוד ושוב נתברר אח"כ שהיה חשוד דאי מצד "דאין מוסרין שבועה לחשוד" אבל שבועתו מצד עצמו שבועה היא, א"כ הכא שכבר מסרו שבועה לחשוד אז שפיר הוי שבועה, אכן אי שבועתו אינו שבועה דפסולה היא, א"כ ה"ה דהיכא דנתברר דלמפרע אינה שבועה דג"כ נפסלה, ודמי לעדות שנתבררה אח"כ שהיתה פסולה.

ועיין בזה ברמב"ם [הל' ט'] שפסק בזה שאין שבועתו שבועה וישלם, אולם כ' המ"מ דדין זה דומה ל"טעה בדבר משנה", וקשה דדין פשוט הוא דמאי שנא מעדים שנמצאו אח"כ פסולים, ול"ל טעמא דטעה בדבר משנה, וע"כ דמוכרח דשבועתו היא באמת שבועה, רק דאנן לא מוסרין לו שבועה, ומה שמסרנו לו בטעות לא מיקרי מסירת שבועה לבע"ד, והוי כקפץ ונשבע, [ועיין להלן פרק ד' בהערה שהבאנו שיש מי שסובר שהשבועה היא באמת שבועה מה"ת, ולא מיקרי טעה בדבר משנה], ודו"ק.

שבאמת הוא מצידו מיקרי "יכול לישבע" שהרי שבועתו שבועה, רק דאנן לא מסרינן ליה שמא ישבע לשקר, ואין זה בכלל אינו יכול לישבע, ולא נאמרה בכה"ג דין 'מתוך' - ודו"ק.

ויש לומר דבזה גופא נחלקו – אי איכא שבועה גם בלי ממונות – והיינו כי היכי דלודי – וזה שייך גם בכה"ג דאיירי על דבר בעין שאינו מבורר ולא שייך להוציאו, ואה"נ דהכא אי לא ישבע יהיה בנידוי דלא גרע משבועה דרבנן, אכן סו"ס הוי שבועה דאורייתא גם בלי הצד ממונות שבו.

מסכם שיש ב' מחלוקות בפוסקים – ונפ"מ גם בעד אחד ובמודה במקצת.

ולפי"ז נראה דנתחדש לנו כמה חידושי דינים בהלכות תביעה על שבועות – וכדלהלן:

כבר הבאנו שנחלקו הפוסקים בחידוש הראשון של הקצוה"ח בעד אחד על חפץ בעין באופן שישלם – האם מיקרי כפירת ממון אף דממילא ישלם, וכעת מצאנו מחלוקת שניה דהקצוה"ח ביאר דהא דשבועה זו היא מדרבנן הוא משום דהכא גרע, שכשאר הממון בעין שוב ליכא שבועה דאורייתא כיון דלא משכחת לה נחתין לנכסי, והראשונים לומדים ששבועה היינו כי היכי דלודי – ולכן איכא שבועה מה"ת גם כה"ג.

ולפי"ז יתחדשו כמה חידושים בדין מודה במקצת ובעד אחד – וכדלהלן:

א] בתובעו שגזל ב' כלים ומודה באחד דפשוט דאיכא מודה במקצת, וה"ה בעד אחד.

ב] בתובעו שגזל ב' כלים ומודה בשניהם אלא שטוען על אחד שיש בו שינוי וליכא הוכחה אי מיקרי שינוי או לא, והנפ"מ אי ישלם דמים או חפץ, ובזה נחלקו הקצוה"ח והפוסקים – דזה כבר חפץ בעין ולכן לפי הקצוה"ח איכא שבועה אכן החולקים ס"ל דגם בזה לא מיקרי כפירת ממון.

ג] בתובעו שגזל ב' כלים ומודה בשניהם אלא שטוען שאחד נאנס – ואינו תחת ידו ומחוייב לשלם עליו, דזה כבר דומה לסוגיין דדנים על הבעין שאינו בפנינו – יהיה תלוי בסוגיין אי משכחת לה שבועה כה"ג – ותלוי בפלוגת הראשונים הנ"ל.

מחדש דכו"ע מודי דשבועה אינה 'כי היכי דלודי' – אלא דדווקא בשבועת השומרים משכחת לה שבועה בלי חיוב ממון שהשבועה מתייחסת לשמירה עצמה.

אולם נראה לדחות – דלעולם כו"ע מודי דשבועה אינה 'כי היכי דלודי' – אלא דדווקא בשבועת השומרים משכחת לה שבועה בלי חיוב ממון – וכדיבואר.

והיינו דאחר שנתבאר לעיל [סימן ט"ו] שעיקר החידוש ששבועת אינו ברשותו הוי דאורייתא אף דלא כתוב בתורה – היינו משום שהיסוד בשבועת שומרים היינו שבועה מדיני השמירה ולא מצד הטוען ונטען – וכיון שעיקרו של שמירה היינו העמדת הפקדון – א"כ גם השבועה מתייחסת להעמדת הפקדון.

ומעתה נראה דמיניה וביה יש לחדש דמהאי טעמא שאני שבועה זו מכל השבועות דאף שכל שבועה היינו ממון, אכן שאני בזה שבועת השומרים שאינה ממון, אלא יסודו היא חובת שמירה, ובא בזה לישבע שהוא שמר כדבעי, וממילא היה נראה דעד כמה שכל הנידון הוא 'העמדת הפקדון' – שוב שייך לומר ששבועתו שהוא מעמיד את הפקדון ולא מצניעו לעצמו היא שבועת השומרים בלי זה שהוא מחייב ממון, דאדרבה – כל התוכן של השבועה הוא שהוא נשבע ששמר – ולא מצניעו לעצמו.

וממילא דיש לומר דבעלמא כו"ע מודי דשבועה אינה 'כי היכי דלודי' – אלא דדווקא בשבועת השומרים משכחת לה שבועה בלי חיוב ממון – וממילא דכו"ע מודי דבתובעו שגזל ב' כלים ומודה בשניהם אלא שטוען שאחד נאנס – ואינו תחת ידו ומחוייב לשלם עליו, דבזה כו"ע מודי דלא דומה לסוגיין דסוגיין איירי דווקא בשבועת השומרים, אבל תמיד שבועה כזו לא מיקרי שבועה כיון שאינו חיוב ממון.

וכן מוכרח נמי מעיקר הדין ברמב"ם [פ"ב הל' א'] דגם כשהתובע רוצה לקבל שבועת החשוד דאין משביעין, ואי היה דין דאין שבועתו שבועה א"כ היכא דהתובע מקבל על עצמו הך בירור שיצא מהשבועה דשפיר מהני ודומה לכל קיבל עליהו, וע"כ דסברת הרמב"ם בזה הוא שזה כבר מדיני הבי"ד, והשבועה מצד עצמה היא שבועה, כל זה הוכיח שם באבי עזרי.

סימן י"ז סוגי דכיפי.

פרק א' הערות מרכזיות בסוגי' < הקדמה לסוגי'. < הערה – האם שכחה מיקרי פשיעה. < כמה שיטות אי יוקר מיקרי שבה דעלמא. < ב' דרכים נוספים למה מקנה יוקר אי אינו מעלמא – למדנו גדרים חדשים בחלוקה בין בעלמא למגופו בסוגי' דהקנאת הכפל. < בדין אטרחי' לבי דינא. < השבת האפדני' מדין שומא הדר או דממילא חוזר כיון שהכיפי חוזר. < בגדר הדין שומא בטעות – דלמה הוי טעות, ובפלוגתא רש"י והרמב"ן בזה. < מחלוקת בראשונים אי איכא שומא בטעות בתשלומין של דמים, ונפ"מ במשנה ריש פירקין. < דרכו של הריטב"א בסוגי'. <

פרק ב' בדברי הרשב"א והר"ח בדין זכייה בכיפי על ידי גוף התשלומין. < יסוד גדול שמבואר מדברי הר"ח בסוגיין – ששומר קונה את הפקדון על ידי תשלומין על הפקדון – מכאן ולהבא. < ג' נפ"מ בין הנך תרי דיני קנינים בקרן. < היסוד מוכרח נמי מדברי הירושלמי בגז"כ של הקנאת הכפל. < יסוד שמבואר מדברי הרשב"א בסוגיין – דשומר קונה את הפקדון על ידי תשלומין על הפקדון – מכאן ולהבא. < דרך אחרת דלא שייך לזכויות של שומר אלא לדיני תשלומין על חפץ. < ביאור החילוק בין הא דאין מעות קונות מטלטלין להא דמהני תשלומין לקנות חפץ. <

פרק ג' פלוגתא הראשונים בדין בגדר שומא בטעות, ופלוגתתם בקונה פקדון כששילם עליו. < מוכיח שהרמב"ם חולק – ולכן במשנה הדין הוא שהפרה חוזרת. < בפלוגתא המאירי והראב"ד ביוקר שלאחר התשלומין למדנו דנחלקו ביסוד הנ"ל. < מתוך פלוגתא הרמב"ן ורש"י בשומא בטעות מוכרח דפליגי אי קונים פקדון על ידי תשלומין. < שורש פלוגתא הראשונים בגדר שומא בטעות – דעיקר הנידון הוא האם החובת השבת הפקדון של 'מחר' כשיחזור הפקדון – האם זה חיילא מעיקרא – ונמצא דמעיקרא לא חיילא חיוב תשלומין ביחס למצב ההוא. < לפי הר"ח מבואר שוב דקונה פקדון בשילם עליו, וברמב"ן מבואר שזה השו"ט בסוגי'. < בביאור החילוק בנמצא בביתו דאז הוי שומא בטעות, ופלוגתא הרמב"ן ורש"י. < קושי' יסודית בסוגי' – למה הוי טעות אם באמת היה חייב – תשובה על פי כל הנ"ל. < ביאור המחלוקת ראשונים בשילם דמים אי איכא בזה שומא בטעות, והמאירי אזיל לשיטתו שקונים פקדון על ידי תשלומין. <

פרק ד דן לחלק בכל הנ"ל, בין פקדון לגזילה. < מסברא נראה דכל הנך דינים שייכים נמי בגזילה. < מדייק ברמב"ן ובר"ח דמחלקים בזה, ומתמה בזה. < מחלק בין חובת השבה שלה בעין בגזילה שזה בגדר חיוב תשלומין, לעומת חובת השבת פקדון, ונפ"מ בקלב"מ. < מחלק בסברא הנ"ל לגבי עיקר הסברא של שומא בטעות, דבגזילה לכו"ע ליכא דין שומא בטעות. < ברמב"ן מבואר שכל השו"ט בסוגי' היא סביב נקודה זו, ונפ"מ בין דרכו של האהא"ז לדרכו של הגר"נ פרצוביץ זצ"ל < ספק לגבי מזיק – ביצא ממים עכורים.

פרק א'

הערות מרכזיות בסוגי'

הקדמה לסוגי'.

בסוגי' מיירי במפקיד כיפי והניחם במקום מסויים ושכחם והוצרך לשלם עליהם, ובסוף הוא שילם על ידי גביית אפדני' בע"כ על ידי בי"ד והיה יוקרא בכיפי והיה דין ודברים מי זכה בהך יוקרא – ונתחדשו כמה דינים ונידונים בעובדה זו, א] כל לא ידענא יש לו דין פשיעה, ב] הקנאת היוקר כמו הקנאת הכפל, ג] באטרחי' לביד דינא ליכא הקנת היוקר וכפל, ד] דין כללי של שומא הדר בכל גביית חוב, ה] שומא בטעות באופן שהפקדון היה אצלו – ויש כמה הערות בכל הדינים הללו – וכדלהלן:

הערה – האם שכחה מיקרי פשיעה.

נתחדש בסוגי' שמה ששכחם מיקרי פשיעה וחייב לשלם, ויש לעיין האם למדו דין כללי שכל כה"ג חשיב כפשיעה, ובשיעורי אבי עזרי דן בזה לגבי תשלומין בתפלה שזה דווקא בשוגג ולא במזיד ומה הדין בפשיעה, שאינו מזיד ואינו שוגג, ואי גם בפשיעה ליכא תשלומין אז כל שכח הוי פשיעה ולא חוזר ומתפלל, והביא מהאגודה שמדמה פשיעה בדין 'אונס ביום אחרון' להלכות תשלומין בתפלה אף דאינו מזיד רק פשיעה – הרי דתלוי בהלכות פשיעה, ולפי"ז כל שכחה הוי פשיעה.

ויש לדון בדבריו ולחלק דדווקא היכא דאיכא דיני שמירה אז מיקרי פשיעה מה ששכח משא"כ בתפלה, אולם אי איירי שהניחם במקום שמור – וכמפורש בריטב"א – א"כ מצד הדיני שמירה ליכא חסרון דאדרבה שמור הוא, וע"כ ששכחה היא בעצמה פשיעה.

אכן נראה דודאי גם אחרי הריטב"א תלוי בדיני שמירה ואין כאן הלכה כללית של שכחה אי דחשיב כפשיעה, דהנה, יעויין בריטב"א שדייק את הלשון "כל לא ידענא" וביאר דבא לרבות דלא רק הנחה במקום אינו משומר אלא גם אי זוכר שהניחם במקום משומר אכתי מיקרי פשיעה, ויש לעיין בדבריו, דאי נימא דנתחדשה הלכה כללית, דשכחה חשיבא כפשיעה, א"כ מה הנפ"מ היכן

הניחם, הא הפשיעה הוא מטעם אחר – ומוכרח שיש דין מסויים בשמירה, והיסוד כך, שחפץ במקום שמור בלי שעל ידי השמירה הפקדון יגיע להעמדת הפקדון אינו כלום – שכל ענינו של שמירה היא היכי תימצא בעלמא להגיע להעמדת הפקדון – וכבר הרחבנו בזה לעיל [סימן ט"ז], וממילא שהנחת הפקדון ב'אופן' או ב'מקום' או ב'זמן' שיוכל לשכחו – זה עצמו מיקרי פשיעה בכל השמירה – וזהו שחילק הריטב"א דלא רק באופן שהניחו במקום לא שמור אלא גם הנחה במקום 'שמור' מיקרי הנחה במקום 'לא שמור' אי הנחה זו היתה באופן שלא יגיע לידי העמדת החפץ – שיכל לשכחה, אכן השכחה עצמה אינה פשיעה.

ונראה עוד דאי הנחה ב'אופן' או ב'מקום' או ב'זמן' שלא יוכל לשכחו – והתחדש אונס שמחמתו בסוף הגיע לשכחה, דשכחה זו היא אונס, ודווקא שכחה שהגיע מתוך הנחה ב'אופן' או ב'מקום' או ב'זמן' שיוכל לשכחו – זה בכלל כל לא ידענא פשיעותא היא – ופשוט א"כ שכל זה לא שייך הלכות תפלה.

כמה שיטות אי יוקר מיקרי שבח דעלמא.

בגמרא מבואר שמה ששילם בסוף על ידי גביית אפדני' בע"כ דומה לדין במשנה שבשילם הוא זוכה בכפל והכי נמי יזכה ביוקרא דיוקרא הוי כעין כפל, והיינו דשניהם הוו כעין שבח דעלמא, ויש להעיר דלמה מיקרי שבח דעלמא הרי השווי הנוסף הוא שווי בגוף החפץ, וכבר דנו בזה הראשונים, ונאמרו בזה כמה דרכים:

א] עיין ברא"ש דתלוי בשער שבשוק, ואינו יוצא מגוף החפץ.

ב] עיין בתוס' דלא ניכר בגוף הבהמה כמו וולדות וגזיות.

ג] עוד מצאנו בזה בריטב"א הישנים דאדרבה דמיקרי שבחא דגופא – ויש כמה דרכים בריטב"א ליישב את הסוגי' – עיין בזה להלן – עכ"פ היה נראה שיש כאן מחלוקת יסודית בהגדרת יוקר אי הוי שבח בגופו או לא, דלפי הרא"ש נראה שלפי האמת אינו מגופו – ודלא כהריטב"א הישנים, וגם לפי התוס' היה נראה דהוי מגופו – אלא שכיון דלא נראה מגופו שוב אין דינו בנידון דידן כגופו כיון שכאן כל הדין תלוי באומדנא – ופשוט, ולהלן [סימן י"ח] יבוארו הצדדים בזה.

ב' דרכים נוספים למה מקנה יוקר אי אינו מעלמא – למדנו גדרים חדשים בחלוקה בין בעלמא למגופו בסוגי' דהקנאת הכפל.

מצאנו דרך נוספת בריטב"א החדשים [ל"ד.] דיוקרא הוי ספק, ולכן מיקרי בעלמא – וכבר נתבאר לעיל [סימן ח' פרק א'] דכן שיטת רש"י וכן מבואר בסמ"ע, ושם ביארנו מה סברת השיטות הללו למה בספק הוא לא משייר לעצמו – והרי לכא' הגדרים הם גדרים של בעלמא או מגופו ומה זה ענין לספק, וביארנו שהיסוד לחלק בין מגופו לדעלמא הוא משום שהוא שיעקר דעתו בהפקדה הוא שהוא רוצה את הפקדון בחזרה והוא מוכן להקנות דברים מן הצד כדי להבטיח שהפקדון או לפחות דמיו יחזור אליו, דזה עיקר דעתו בהפקדה – לדאוג שהפקדון עצמו יחזור בשלמותו – וממילא שכל שבח שהוא שבח ודאי – כמו גזיות, אצלו כלול בעיקר דעתו בהפקדה – והיינו שמחמתם הוא הפקיד לקבלם בחזרה ביחד עם הפקדון – ופשוט א"כ שהוא לא מוכן למוכרם כמו שהוא לא מוכן למכור את חלק מהפקדון, אבל כל תוספת שהוא ספק לא כלולה בעיקר דעתו בהפקדה – ולא מצטייר אצלו כחלק מהקדן – ודו"ק.

ומעתה פשוט – שמי שהפקיד רואה את הגזיות של ודאות כחלק מההפקדה – ולא רואה ספק כפל או ספק יוקר כחלק מההפקדה – הלכך מוכן למוכרם.

עוד מצאנו בראשונים דאף דיוקרא חשיב שבח מגופו, אכן לאחר תשלומין השומר יזכה בשבח מגופה, וזה הביאור בסוגיין דלכן הוא זוכה ביוקרא, ובקצוה"ח [סי' רצ"ה ס"ק ב'] כתב דזהו סברת הראב"ד ג"כ, ועיקר סברתם צ"ב, דבמה נשתנו שבחא דמגופה לפני תשלומין ואחרי תשלומין.

והנראה בזה, דכבר הבאנו לעיל [סימן ח' פרק ב'] דנחלקו הקצוה"ח והש"ך בקושי' הגמ' "אי הכי גזיותיה וולדותיה", האם מיירי שצריך לשלם עליהם או לא, ונראה דלהנך ראשונים שלמדו שיוקר הוא שבחא דמגופה, הם למדו ע"ד הקצוה"ח דלא משלם על הגזיות אלא כשעת ההפקדה,

אלא שלמדו דאף דמעיקר הדין הוא משלם כשעת הגניבה, אבל כיון שדעתו להקנות השבח אז דעתו לנכות לו מהחובת תשלומין כדי להקנות לו הך שבח, ולהכי סגי לשלם כשעת ההפקדה.

ועל זה תירצה הגמ', דמשייר לעצמו גיזות ושוב ממילא משלם כשעת הגניבה, והקשה הגמ' "מאי פסקא", ותירץ, שבחא דמגופה שאני.

ונראה לחדש, דלפי דרכו של הקצוה"ח איכא חילוק גדול בין שבח דמגופה לשבח דעלמא, דכל שבח דצריך לנכות לו מהתשלומין כדי שהוא ירויח את השבח הזה מיקרי שבח דמגופה, ודלא ככפל שא"צ לנכות לו כלום מעיקר חיובו כדי שיזכה בהך שבח, ועד כאן מצאנו בכפילא שהוא מקנה שבחא דעלמא הואיל וא"צ לנכות מהתשלומין כדי לזכותו בהך שבחא, אבל בשבחא דמגופה דצריך לנכות מהתשלומין, בזה הוא לא מקנה לו.

הרי דלפי דרך זו למדנו "גדר חדש" בעיקר החילוק ועיקר ההגדרה בין שבח דמגופה לשבח דעלמא, דאין זה שייך ל"מציאות" של השבח האם בא מעלמא או שזה בא מגוף הבהמה, אלא דהגדר בשבחא דמגופה הוא האם צריך לנכות הך שבח מהחיוב תשלומין דשומר כדי להקנות לו הך שבחא או לא.

ולפי"ז מבואר ע"כ דיוקר חשיב שבחא דמגופה, שהרי אינו יכול להקנות לו הך שבח רק אי ינכה לו לשלם כשעת הפקדון, וזה עיקר החילוק בין שבח דמגופה לשבח דעלמא, ודו"ק.

ומיושב נמי למה לאחר תשלומין הוא מקנה לו כל שבחא דמגופה, דאי כל הסברא לחלק בין שבחא דמגופה לשבחא דעלמא הוא דבשבחא דמגופה הוא צריך לנכות מהתשלומין, א"כ באופן ששילם כבר ליתא להך סברא ושפיר מקנה לו.

בדין אטרחי' לבי דינא.

עוד נתחדש בסוגי' דליכא זכייה מצד הדין של המשנה כיון דאטרחיה לבי דינא – וזה חידוש גם לגבי כפל, דדווקא בלי אטרחי' הוא מקנה.

ויש לדון בזה אי הוי עיקר סיבת ההקנאה – ובאמת דלעיל [סימן י'] נתבאר דנחלקו הרשב"א והרמב"ן אי זו סיבת ההקנאה או שזה תנאי צדדי, ונפ"מ בעדי פשיעה דעדיין איכא סיבה של לא אטרחי' אבל לרמב"ן כל ההקנאה היא תמורת הבטחת הקרן וזה ליתא כשיש עדים, ולא אטרחי' אינו אלא תנאי צדדי.

ועוד דנו בתוס' מה נשבע ולא שילם ובסוף שילם ס"ל לרבא דמקנה לא כפל – ולמה לא מיקרי אטרחי' – ועיי"ש מה שתירצו, אכן שיטת רש"י בב"ק היא דבשילם לפני משורת הדין לא אכפת לנו תנאה דאטרחי' – כן ביאר רעק"א את שיטתו בריש פירקין בשם ר' לייב דיין.

השבת האפדני' מדין שומא הדר או דממילא חוזר כיון שהכיפי חוזר.

בהמשך הסוגי' מבואר שרב נחמן פסק ד"הדרי כיפי למרייהו, והדרא אפדנא למרה", וכבר נתבאר למה לא זכה השומר בכיפי מצד החידוש במשנה של הקנאת היוקרא שבהם.

אכן יש נידון נוסף – דלמה החזיר את האפדני' – הא כבר זכה בהם מדין גבייה ושומת ב"ד – ובזה יש דיון נוסף שאולי סובר רב נחמן ד"שומא הדר" וזה דין כללי בכל הלוואה ששמן את נכסי הלוה בבית דין לשלם לבעל חוב, ויש להסתפק דדילמא הוי כמכר ולכן לא חוזר וכמבואר בלשון רש"י, או דילמא שיש זכויות מסוימות להחזיר את השומת ב"ד – ורצו לחדש בסוגי' שלמדנו בשיטת ר' נחמן דכל שומא חוזר אליו אם הוא נותן מעות לבעל חוב, כמו דמצאנו הכא דהדר אפדנא למרה.

והקשה הריטב"א דהכא חלוק מכל בעל חוב שלבסוף יש לו מעות לשלם דיתכן דתמיד ליכא דין שומא הדר, והכא מה שהחזירו את האפדני' לא שייך לדין שומא הדר, דהא הכא מטעם אחר צריכים להחזיר את האפדני' – והוא – משום שהרי השומר לא זכה בכיפי כיון דאטרחי' לבי דינא – ואי הכיפי יחזור למפקיד א"כ פשוט שהאפדני' יחזור לשומר בלי הדין של שומא הדר שאין לו למפקיד זכות לקבל גם כיפי וגם תשלומין עליו – וזו קושי' מרכזית בסוגי' – ועיין בהמשך מה שנתבאר בזה, ולפי הרמב"ן יבואר שזה גופא החזרה בגמרא דלכן הוי שומא בטעות, אלא שצריכים לבאר את הקס"ד.

בגדר הדין שומא בטעות – דלמה הוי טעות, ובפלוגתא רש"י והרמב"ן בזה.

הגמרא חידשה שלעולם יתכן ששומא לא חוזרת, אבל הכא השומא היתה בטעות – דסבור היה שאבדו הנזמים, והרי לא אבדו, ופירש"י ד"ב בתחילת השומא היו הנזמים בידו, ולא היה יודע, דאילו היה יודע שכן לא שמו לו הטרקלין, אבל שומא שבית דין שמין על שאין לו מעות והוא חייב לו – הרי הוא כמכר גמור, ואינה חוזרת".

מבואר שהשומא היתה בטעות כיון שמתברר שהיה אצלו בבית – וזה תמוה מאד – הרי בשעתו כשהוא לא ידע היכן הם – הרי אז היה חייב מדין פשיעה לשלם – והדין הוא ששמין לגבות מנכסי לוח ושומר שחייב ואין לו ממה לשלם, וא"כ למה הוי שומא בטעות אם זה היה עיקר דינו – וכבר עמד בזה בשיעורי אבי עזרי – ולהלן [פרק ג'] יבואר.

גם הר"ח כתב כרש"י שזו הטעות אלא שהוסיף שכל היכא דאיתא ברשותי דמר' איתא – וצ"ב דמה מוסיף לן הפרט הזה – דאי הוי טעות משום שלא ידעו שהוא בבית א"כ מה הנפ"מ אי יש הלכה בשומר דיד שומר כיד בעה"ב – וצ"ע – ולהלן [פרק ד'] יבואר.

הרמב"ן למד את הסוגי' באופן אחר – והיינו שהטעות לא שייכת לזה שמצאו את הפקדון בביתו אלא לזה שהפקדון חוזר בעין – דאיגלאי מילתא דמעולם לא היה עליו שום תביעה, דפקדון תמיד היה בעולם לחזור אליו – ועיין בהערה ¹¹¹ שהבאנו לשוננו, ועיין במשנת ר"א [סימן י"ד סוס"ק ב'] שכתב שליטתו כוונת הגמרא "דשומא בטעות הוה, דקא הוה כיפי מעיקרא" – דאין הכוונה שהכיפי היו 'בביתו' מעיקרא, אלא הכוונה שהיו 'בעולם' מעיקרא.

למדנו שיש מחלוקת בין הרמב"ן והר"ח ורש"י בדין שומא בטעות – ושורש פלוגתתם יבואר להלן [פרק ג'], ועיין במ"מ [שאו"פ פרק ח' הלכה ג'] שגם הרמב"ם כהרמב"ן, ונחלקו על רש"י והר"ח – עיי"ש.

עוד יש להעיר שהרמב"ן בתוך דבריו כתב שסברא זו היא סברא דווקא בפקדון – עיין היטב בדבריו – וסברא זו יבואר להלן [פרק ד'].

מחלוקת בראשונים אי איכא שומא בטעות בתשלומין של דמים, ונפ"מ במשנה ריש פירקין.

עוד נחלקו הראשונים בדין שומא בטעות בשילם בדמים בלי שומא לגבות מנכסיו – דהאם גם כה"ג חשיב כשומא בטעות, וממילא שהפקדון חוזר או לא – דיעויין היטב במאירי בסוגיין שסובר שקונה על ידי התשלומין – ורק בשומא בגבייה מהנכסים יש דיון להחזיר את הכל מחמת שומא בטעות, אכן ברמב"ם [שאו"פ פרק ח' ה"ג] מפורש דגם כה"ג התשלומין חוזרים כיון שהפקדון חוזר – ומפורש ברמב"ם שאין הכוונה בגמרא שהשומא עצמה היתה בטעות אלא שכל התשלומין היה בטעות.

ומעתה יש לדון האם התשלומים במשנה ריש פירקין על הפקדון הוא בגדר שומא בטעות כשנמצא הגנב, והפקדון חוזר לבעלים מדין שומא בטעות [לולי הדין של הקנאת הפרה על ידי האומדנא] יחזור.

והיינו שמצד אחד לפי הר"ח ורש"י אין כאן שומא בטעות כיון שלא היה ברשותו אלא שנגנב, ולפי הרמב"ם והרמב"ן הוי טעות אף דנגנב כיון דסו"ס חזרה לרשותו.

ומאידך, התם לא היתה שומא של גביית נכסים, אלא תשלומין של דמים – ולפי המאירי ליכא בזה דין שמא בטעות ולפי הרמב"ם יש דין שומא בטעות כה"ג.

הרי לנו דלפי הרמב"ם יש במשנה דין שומא בטעות מצד שני הנידונים, והיינו דלשיטתו לא אכפת לן שהיה דמים, ולשיטתו גם לא אכפת לן שנגנב מרשותו, ודו"ק.

¹¹¹ וז"ל הרמב"ן – "והא דדחינן לא שאני הכא דמעיקרא שומא בטעות הוה. נראה לי שאע"פ שאבדו הכיפי ועכשו נמצאו הויא שומא בטעות, דאיהו לא הוה מחוייב ולא מידי כיון דהשתא הדר ליה ממונא בעיניה, ולא דמי לשומא דעלמא דאלו התם ודאי חייב הוא לפורעו ממונו וכבר פרעו, אבל הכא אלו היה מחזיר לו פקדונו אינו חייב לו כלום ועכשו הרי הוא מחזירו לו, ואיגלאי מילתא דלא הו"ל גביה כלום דפקדון כל היכא דאיתיה ממונא דבעלים הוא ואלו היו יודעים באותה שעה שימצאו הכיפין מי נחתין לנכסיה".

והנה במשנה יש הקנאה אחרת מצד האומדנא על ידי משיכה וחצר [ל"ק ול"ב] – וממילא דלא הדר הפרה מדין שומא הדר, אכן לפי הרמב"ם ההקנאה מצד האומדנא היא בפרה לכפלא ולא בגוף הפרה ושפיר יש לומר שהפרה חוזרת בין מצד ההקנאה ובין מצד השומא הדר – ודו"ק.

דרכו של הריטב"א בסוגי'.

ועיין בריטב"א שיש לו מהלך בסוגי' ליישב את ב' הקושיות האחרונות שחידש שיש הקנאת גוף החפץ בלי הקנאת היוקר וכלי הקנאת כפל אף באטרחי' – ואטרחי' היא רק סיבה לא להקנות יוקר וכפל – ודו"ק, וזה חידוש גדול, ולכן קס"ד דיזכה נמי באפדנ' לולי הדין של שומא הדר – ושוב חידשו שזה שומא בטעות, – ופירש דלא כרש"י שזו טעות מחמת זה שהיה בביתו אלא דבאטרחי' הוא לא מקנה לו גם את דגוף הפקדון – והיינו שהגמרא חזרה בה מהסברא הקודמת – ודו"ק.

ולפי הריטב"א לא גרסינן בגמרא – "שאני התם, דשומא בטעות הוה, דקא הוה כיפי מעיקרא" – דדווקא לדרכו של רש"י מיקרי טעות מחמת זה שהיה אז בביתו, אולם לפי הריטב"א אין לזה שייכות לזה שהיה בביתו ולכן לא גרסינן "דקא הוה כיפי מעיקרא".

פרק ב

בדברי הרשב"א והר"ח

בדין זכייה בכיפי על ידי גוף התשלומין.

יסוד גדול שמבואר מדברי הר"ח בסוגיין – ששומר קונה את הפקדון על ידי תשלומין על הפקדון – מכאן ולהבא.

בעיקר הסוגי' למדנו יסוד גדול מדברי הר"ח והרשב"א בדין תשלומין על פקדון שבזה הוא קונה את הפקדון מעיקר הדין, והדברים מבוארים בדברי האהא"ז¹¹² – והיינו – דמלבד ההקנאה של המשנה מדין אומדנא על ידי המשיכה ראשונה – וזה תלוי בב' לישנות – מלבד דין זה יש הלכה בהלכות שומרים שתשלומין על הפקדון הוא סיבה שיזכה בפקדון וגם זה נכלל בהלכות רשות וקניני שומרים – ודו"ק, ועיין לעיל [סימן א'] הרבה ראיות ליסוד זה.

יסוד זה למדנו בדברי הר"ח בסוגיין – ונרחיב בדבריו – שבאמת נתחדש שיש לר"ח מהלך חדש בסוגי' – וכבר עמד בזה הגר"נ פרצוביץ זצ"ל – והיינו דכפשוטו מצאנו ב' דיונים שונים בסוגי' – נידון בכיפי ונידון באפדנ' – והיינו דביחס לנידון בכיפי דנו אי קנה את היוקר מחמת הדין הקנאה במשנה, ודחו מחמת סברת אטרחי' – ושוב דנו בדין האפדנ' – והיינו דלמה אהדר ר"נ לנפקד את האפדנא.

אמנם מדברי הר"ח למדנו ביאור אחר בדברי הגמ' – וז"ל הר"ח – "מריה דכיפי אמר הב לי כיפאי וטול אפדנא, והלה אומר לא כי אלא מעידנא דשקלית לאפדנאי זכינא אנא בכיפי וברשותי אוקירו, ודן ר"נ כיון דהא שומא דשמו ליה לאפדנא שומא בטעות הואי דהא הוה כיפי ולא אבדו וקיי"ל פקדון כל היכא דאיתיה ברשותיה דמריה קאי לאו שומא הוא והדר אפדנא למריה והדרי כיפי למריהו" עכ"ל.

וחזינו מדברי הר"ח פ'י מחודש בסוגיין, דבהך עובדא לא היה הד"ת על האפדנא אלא על הכיפי, דהנפקד טען שזכה בכיפי ע"י התשלומים וברשותיה אייקור, והמפקיד אמר הב לי כיפאי וטול אפדנא, ונמצא שגם הדין השני הוא ביחס לכיפי, והיינו דאי יצטרך להחזיר את האפדנ' שוב לא יזכה ביוקר של הכיפי.

ודברי הר"ח צ"ב האיך זכה הנפקד בכיפי וביוקר של הכיפי, הא כבר מבואר בתחילת הסוגי' שלא היה בדעת המפקיד להקנותם לו הואיל ואטרחיה לב"ד, ומה"ת שיזכה הנפקד בכיפי.

והיינו – דאיכא ב' דינים שונים של הקנאה, דבתחילת הסוגי' דנו שיזכה בכיפי ביקור מדין ההקנאה של המשנה – והיינו ע"י אומדנא במשיכה ראשונה – וזה תלוי בב' לישנות – שוב דאעפ"כ יזכה ביוקר מצד הלכה מסוימת בהלכות שומרים, שתשלומין של שומר על הפקדון הוא

¹¹² הלכות שאלה ופקדון [פרק ח' הלכה א' ד"ה והנה וד"ה מבואר].

סיבה שיזכה בפקדון וגם זה נכלל בהלכות רשות וקניני שומרים, ובזה ממילא יזכה בוקר משעת התשלומין ואילך.

אולם העיר האהא"ז דא"כ למה לי כל הסוגי' דלעיל בהקנאת הכפל על ידי אומדנא – הא איירי בשילם – ומחמת התשלומין הוא אמור לזכות בכפל כמו דבסוגי' דידן הוא זוכה ביוקר על ידי התשלומין, וביאר שפשוט שמה שהוא קונה את הפרה לאחר הגניבה בשעת התשלומין לא יקנה לו את הכפל שזה תלוי בפרה בשעת הגניבה – ודו"ק.

ג' נפ"מ בין הנך תרי דיני קנינים בקרן.

הרי לנו ג' נפ"מ בין הנך תרי זכויות בקרן של הפקדון:

א] בתשלומין הוא זוכה מעיקר הדין ע"י גוף התשלומין, ובדין במשנה הוא זוכה מחמת אומדנא צדדית על ידי המשיכה הראשונה.

ב] ממילא שהתשלומין לא יהני לכפל כיון שבא אח"כ וההקנאה במשנה מהני לזה.

ג] לגבי יוקר – אהני לן במשנה לקנות משעת הקנין הראשון ויהיה תלוי בב' הלישנות אי מעת משיכה אי בסמוך לגניבה ואבידה, ובקנין שבא על ידי גוף התשלומין מעיקר הדין הוא יזכה ביוקר דווקא מתשלומין ואילך.

היסוד מוכרח נמי מדברי הירושלמי בגזה"כ של הקנאת הכפל.

על פי כל הנ"ל הוסיף האהא"ז – שזה הפירוש בירושלמי שאמרו שלמדנו מגזה"כ שיש לשומר כפל היכא דשילם, והקשו דלמה לא יקנה מגזה"כ גם בנשבע ולא שילם – הא הך גזה"כ לא תלוי באומדנא – ותירצו שזה משום שהפסוק מלמד "שלמקום שהולך הקרן הולך הכפל", והיינו דרק בשילם יש לו קרן ולכן הוא זוכה בכפל – לא כן בנשבע.

ולכא' תמוה – שמי קבע שהקרן הולך לשומר, שלא נראה מהירושלמי שגם על זה יש פסוק, והתשובה – היא שכאן למדנו שכל מי ששילם על פקדון זוכה בו אלא שאין זה סיבה לזכות בכפל – שהרי הוא רק זכה משעת התשלומין, וסיבת החיוב כפל היתה לפני כן, הלכך צריכים על זה פסוק לחדש שיש לו כפל אחרי שממילא יש לו כפל.

יסוד שמבואר מדברי הרשב"א בסוגיין – דשומר קונה את הפקדון על ידי תשלומין על הפקדון – מכאן ולהבא.

והוסיף שיש מקור שלישי ליסוד זה מדברי הרשב"א בסוגיין:

דהנה, הרשב"א הקשה על עיקר דברי הגמרא – "לימא קסבר רב נחמן שומא הדרא, וקשה שכל הנידון אי שומא הדרא או לא – היינו לטובת מן ששמו מיניה שיכול לתבוע בחזרה את השומא – אכן פשוט שבעל כרחו של בעל החפץ ובעל הקרקע לא הדרא השומא, שהרי כל הדין של שומא הדרא היינו ליפוי כחו והכא מרי דאפדנא מפסיד היכא שזה חוזר, שאז הוא מפסיד את היוקרא של הכיפי.

ותירץ הרשב"א כך – דהכא הסיקו כבר שממילא הוא לא ירוויח את היוקר משום דאטרחיה בב"ד ומעתה כבר ניחא ליה למרי' דאפדנא דמהדר ליה אפדנא, וזהו מה שאמר רב נחמן דכיון דבעלמא דשומא הדרא לכן גם הכא יכול מרי' דאפדנא לתבוע בחזרה את האפדנא ואז יחזירו את הכיפי, אבל אה"נ אי לא ירצה לתבוע את האפדנא – אז הוא יחזיר את היוקר של הכיפי למרי' דכיפי [שלא זכה ביוקר מחמת האטרחי'] ואז אה"נ דהאפדנא כדקיימא קיימא בידא דמפקיד וכיפי נמי בידו של השומר דשמו ליה מעיקרא.

למדנו חידוש גדול בדברי הרשב"א שלעולם היה מקום לומר שהשומר יזכה בכיפי בזה שהוא לא תובע בחזרה את השומא של האפדנא – וקשה שאיזה מעשה קנין עשה בהם – וכבר עמד בזה האהא"ז¹¹³ וחידש שע"כ שהוא קונה בזה שהוא שילם – והיינו ממש כיסוד הנ"ל שהוכחנו מהר"ח.

¹¹³ הלכות שאלה ופקדון [פרק ח' הלכה א' ד"ה והנה וד"ה מבואר].

אולם יש נפ"מ בפשט בין הר"ח לרשב"א – והוא – שהר"ח למד דבסוגי' איירי ביוקרא אחרי התשלומין הלכך שפיר הקשו שעדיין הוא אמור לזכות ביוקרא, אכן הרשב"א למד דאיירי ביוקרא מלפני כן, ולכן הוא פירש דממילא אין לו יוקרא גם אי יזכה בכיפי עצמם, דאיירי ביוקרא שלפני התשלומין.

דרך אחרת דלא שייך לזכויות של שומר אלא לדיני תשלומין על חפץ.

גם הגר"נ פרצוביץ זצ"ל עמד כאן בדברי הר"ח אלא שביאר את עיקר היסוד באופן אחר – והדברים מרומזים נמי בשיעורי אבי עזרי [בסוגיין].

והיינו שאינו דין מסויים בשומר שמשלם על פקדון, אלא שיש ללמוד מכאן יסוד גדול בכל תשלומין על חפץ, שבזה שהוא שילם דמי החפץ הרי בזה הוא זוכה בהם בלא קנין, שא"א שיהא ביד הבעלים גם החפץ וגם תשלומיו, ולכך כל היכא שקבלו הבעלים את דמי החפץ בתורת תשלומים נקנה החפץ לנפקד בכל מקום שהוא.

וזהו שטען הנפקד דאחר ששילם את דמי הכיפי הרי הוא זוכה בהם בכל מקום שהם וברשותי' אוקירו וכמש"כ הר"ח "ומעידנא דשקלית לאפדנאי זכינא אנא בכיפי בכל מקום שהם וברשותי' אוקירו" ודו"ק.

והסיק הגר"נ פרצוביץ זצ"ל שעצם היסוד הנ"ל הוא מילתא דמסתברא, ושכן מוכח בכמה דוכתי, אולם זכינו לדין שהדברים מבוארים להדיא בד' הר"ח.

ובאמת שכבר הביאו האחרונים יסוד זה מדברי רש"י [ב"ק י':] דכל היכא ששילם שור תחת השור הוי הנבילה ידיה, וכן הוכיח הגר"ש רוזנבסקי זצ"ל מדברי רש"י לקמן [נ"ז:]: שהטעם שע"י מעילה זכה המועל בחפץ "שהרי עליו לשלם להקדש קרן וחומש", אלא שכאן כתוב חידוש יותר גדול, שהקנין חייל ע"י עצם ההתחייבות שהמועל נתחייב להקדש, אכן מד' הר"ח נראה שכ"ז הוא רק ע"י התשלומים.

ביאור החילוק בין הא דאין מעות קונות מטלטלין להא דמהני תשלומין לקנות חפץ.

ויש לעיין בעיקר האי יסוד – הא מעות אינם קונות מטלטלין ולמה קונה בתשלומין את הכיפי וכן בנבילה למה קונה, ונראה שהביאור בזה כך:

זה ודאי שפרעון ותשלומין על חפץ קונה – אלא דא"א לקבוע שממונו יעמוד בתור פרעון על החפץ לפני שהוא חייב לשלם על החפץ מחמת דיני נזיקין או מעילה או שומרים, הלכך לפני שקנה את החפץ הוא עדיין לא חייב על החפץ, והאיך ישלם תשלומין עליו.

ולכן דווקא במזיק או בשומר שממילא הוא חייב את דמיו, וכן במעילה – אז חיילא קנין על ידי התשלומין כיון שיש לזה תורת דמים ופרעון – משא"כ בכל מעות קונות.

ובקנין כסף בקרקע – התם יש לומר שאין זה פרעון כלל אלא שחידשה תורה קנין בנתינת כסף בלי שייכות לפרעון על ידי הכסף, זו שיטת הט"ז דמהני נמי במתנה, אכן בסמ"ע נתחדש שדווקא דמי פרעון מהני לקנות קרקע, ולא מהני במתנה, [ושאני קידושין וכמו שידוע לבאר מהגר"ח ע' – מובא באפיקי ים], ובסמ"ע נתחדש חידוש שהתורה חידשה בעצם קנין קרקע על ידי כסף שהוא קונה בזה שהוא מעמיד את הכסף בתור פרעון על החפץ עוד לפני הקנין – ואדרבה – בזה גופא הוא קונה את החפץ.

פרק ג'

פלוגתת הראשונים בדין שומא בטעות,

ופלוגתתם בקונה פקדון כששילם עליו.

מוכיח שהרמב"ם חולק – ולכן במשנה הדין הוא שהפרה חוזרת.

הבאנו מהרשב"א והר"ח שכשמשלמים על פקדון דאז הדין שקונה – אולם יש חולקים – וכדיבואר:

דלכאו' מוכרח שהרמב"ם חולק ביסוד זה - שהרי הרמב"ם למד שכל הסוגי' של הקנאת הכפל היא הקנאה על פרה לכפלא, וכל הסוגי' של חוץ מגיזותיה היינו שקס"ד דמקנה גוף לענין כל השבח וקמ"ל דמקנה גוף לענין שבח דעלמא - ולכן סובר הרמב"ם שהפרה עצמה חוזרת.

ויש לתמוה דנהי דמצד הקנין של האומדנא הוא רק מקנה לו בשעת משיכה את הפרה לכפלא ולא מקנה לו את גוף הפרה ולכן היא חוזרת, אבל סו"ס למה היא חוזרת, הא שוב קנאו בתשלומין עצמם - וכנ"ל כאן לגבי כיפי, ויהיה מוכרח מהכא שחולק על הר"ח והרשב"א - והכא ליכא למימר דשומא בטעות דדווקא בכיפי שהיה ברשותו חשיבא כשומא בטעות, אכן בשמנה הרה באמת היתה במצב של גניבה - ודו"ק.

אולם אין ראיה מהרמב"ם, שהרי כבר נתבאר לעיל [פרק א'] שלפי הרמב"ם יש במשנה דין שומא בטעות מצד שני נידונים, והיינו דלשיטתו לא אכפת לן שהיה תשלומין של דמים, ולשיטתו גם לא אכפת לן שנגנב מרשותו, ודו"ק - וממילא דשפיר יש לומר שהפרה חוזרת - בין מצד ההקנאה ובין מצד השומא בטעות, דמצד ההקנאה מעולם לא הקנה לו פרה עצמה אלא פרה לכפלא, ומצד הקנין על ידי התשלומין - הרי בזה מיקרי שומא בטעות - ודו"ק.

ועיין במשנת ר"א [סימן י"ד ס"ק ב'] שמבואר דמצד שומא בטעות אתינן עלה - אלא דלהלן יבואר דהא בהא תלי' - שזה שסובר הרמב"ם שתמיד מיקרי שומא בטעות היינו משום שסובר שלא קונים את הפקדון בתשלומין.

בפלוגת המאירי והראב"ד ביוקר שלאחר התשלומין למדנו דנחלקו ביסוד הנ"ל.

והנה בראב"ד [שאו"פ פ"ח ה"ג] מבואר שלולי הדין אטרחי' היה קונה יוקר - דאז הדין שהיה קונה יוקר דווקא לאחר תשלומין ולא לפני כן, ועיין לעיל [פרק א'] מה שביארנו בשיטתו דלעולם הוי שבח דגופא, וקונה שבח דגופא לאחר תשלומין - ותמה בזה המאירי - דמצד היוקר שלאחר תשלומין הא את זה הוא קונה גם בלי הדין הקנאה במשנה מדין האומדנא - ולמה ליה להראב"ד לומר דין זה שזה דין פשוט [כן נראה בביאור קושיתו עלה ראב"ד - עיי"ש בדבריו] - ולמדנו מהמאירי כיסוד הר"ח שהוא קונה את הפקדון - ואכתי יש לדון בשיטת הראב"ד בזה דנראה דס"ל דלא קונים מצד התשלומין.

מתוך פלוגת הרמב"ן ורש"י בשומא בטעות מוכרח דפליגי אי קונים פקדון על ידי תשלומין.

ונראה דגם מתוך דברי הראשונים בביאור השו"ט בסוגי' מוכרח שנחלקו ביסוד זה - דהנה, בגמרא מבואר דלמסקנה הדרא האפדני' מחמת הדין שומא בטעות, והבאנו לעיל [פרק א'] דנחלקו בזה הרמב"ן ורש"י, דרש"י והר"ח למדו דהוי טעות כיון שבתחילת השומא היו הנזמים בידו - וכך משמעות הגמרא דהוי כיפי מעיקרא, אולם הרמב"ן למד באופן אחר, שהטעות לא שייכת לזה שמצאו את הפקדון בביתו אלא לזה שהפקדון חוזר בעין - דאיגלאי מילתא דמעולם לא היה עליו שום תביעה, דפקדון תמיד היה בעולם לחזור אליו, ובמשנת ר"א [סימן י"ד סו"ס"ק ב'] מבואר שלשיטתו כוונת הגמרא "דשומא בטעות הוה, דקא הוה כיפי מעיקרא" - דאין הכוונה שהכיפי היו בביתו מעיקרא, אלא הכוונה שהיו 'בעולם' מעיקרא.

ודייק במשנת ר"א [שם] שלמדנו חידוש בדברי הרמב"ן, והיינו דע"כ שהרמב"ן חולק על עיקר היסוד של הרשב"א והר"ח שתמיד הוא קונה על ידי תשלומין, שהרמב"ן סובר שגם אילו היה הפקדון בעולם - ונאבדו - אלא ששוב מצאו, שאז הדין שהוא חוזר לבעלים, ומהאי טעמא חשיב כל השומא כטעות כיון שהפקדון של המפקיד חוזר אליו - ומוכרח שהוא לא קונה את הפקדון כששילם עליו שאם היה קונה בשעת התשלומין, שוב לא היה אמור לחזור אליו ולמה חשיב כטעות - ומבואר עוד שכל התשלומין מעיקרא אינו אלא עד כמה שהפקדון לא יחזור אליו - אבל עד כמה שהפקדון יחזור אליו דאז מעיקרו לא היה כאן תשלומין - ולכן חשיב כטעות.

אולם ברש"י ובר"ח מבואר איפכא - דמזה דמיקרי שומא בטעות דווקא משום שהיה בביתו, מזה מוכרח דהכא שנאבד שאז אין הפקדון חוזר אליו - והטעם לזה משום שאז קנה את הכיפי ואינם צריכים לחזור אליו.

שורש פלוגתת הראשונים בגדר שומא בטעות – דעיקר הנידון הוא האם החובת השבת הפקדון של 'מחר' כשיחזור הפקדון – האם זה חיילא מעיקרא - ונמצא דמעיקרא לא חיילא חיוב תשלומין ביחס למצב ההוא.

אלא שצריכים לבאר הנך תרי דרכים בסוגי' בגדר שומא בטעות – ועיי"ש במשנת ר"א דפלוגתת הראשונים היא דמהיכן מתחיל כל הטעות בדין שומא בטעות - ונרחיב בזה.

והיינו דלפי הרמב"ן הטעות היתה מתחילה בזה שהתשלומין לא קונה את הפקדון בזה ששילמו עליו, ולכן מעיקרא לא היה כאן תשלומין על הצד שהפקדון יחזור.

אולם קשה לומר כן דא"כ תמיד יהיה ספק אולי הפקדון יחזור ומעיקרו יהיה ספק תשלומין ולא יוכלו להוציא ממנו מספק כיון שתמיד יש ספק אולי ימצאו את הגנב – ויש לדחות דזה חשיב כ'התחדשות' מה שזה ימצא הלכך לא חיישינן לזה – ויש לדון בזה.

ומתוך דברי המשנת ר"א מבואר דלמד שאינו טעות כפשוטו – אלא "דמכאן ולהבא הוי טעות" – ונראה לבאר דבריו, דהנה, לעיל [סימן ט'] הבאנו ששייך בעלות על הזמן של מחר בחפץ – והבעלות הזו קיימת כבר היום, ונראה דכעין זה מצאנו נמי בחובת העמדת הפקדון במצב של בעין – וכדיבואר.

דזה פשוט שאם הפקדון הוא בעין – אז חיילא דין העמדת גוף הפקדון ולא חיילא דין תשלומין של האינו בעין, אולם אם כעת הפקדון אינו בעין אז שפיר חיילא הדין תשלומין של האינו בעין, אכן כעת יש לדון, שיש לומר שכבר היום חיילא דין העמדת הפקדון ביחס לזמן ולמצב של מחר שימצאו [אם ימצאו] את הפקדון – והיינו דביחס לזמן ההוא כבר מהשתא חיילא דין השבת הפקדון – וממילא דהשתא לא יתכן שיחול חיוב תשלומין ביחס לזמן ולמצב שעליו להעמידו – וע"כ דרך חיילא עליו חובת 'תשלומין זמני' – דכלפי הזמן ההוא שהפקדון יחזור מעולם לא היה תשלומין ולא חובת תשלומין.

ונראה שזו כוונת הגר"א קוטלר זצ"ל שאמר 'טעות מכאן ולהבא' – דכלפי הזמן ההוא התשלומין מעיקרא לא היה צריך להיות וחשיבא כשומא בטעות.

וצ"ל דכוונת הרמב"ן שכתב – "ואיגלאי מילתא דלא הו"ל גביה כלום דפקדון כל היכא דאיתיה ממונא דבעלים הוא ואלו היו יודעים באותה שעה שימצאו הכיפין מי נחתין לנכסיה" – שאין הכוונה שבאמת 'מתברר' למפרע שכך היה, שזה ודאי שבשעתו היינו צריכים להוציא ממנו ממון דמי יכול לומר דמחמת אפשרות עתידית נפטור אותו היום אם היום הוא חייב – וכוונתו שביחס למצב כזה של 'השבת הפקדון' אמרינן דמעיקרא לא חיילא עליו חובת תשלומין – ונמצא דמעכשיו הוי כטעות.

אולם לפי רש"י והר"ח אמרינן דכיון שהפקדון אינו בעין ואינו בביתו עכשיו – א"כ כעת חיילא עליו דין תשלומין על האינו בעין בצורה מוחלטת, ואינו תשלומין שמיתלי תלי במצב של מחר – ואדרבה כיון שחיילא עליו חובת תשלומין מוחלטת, שוב קונה את הפקדון ושוב גם כשימצא הפקדון לא יחול חובת העמדת הפקדון – דאדרבה – הוא קנה את הפקדון.

ושורש פלוגתתם כך – דכו"ע מודי שפקדון ששילמו עליו הוא קונה – אכן לפי הרמב"ן מעולם לא שילמו עליו, ולכן הוא לא יקנה – דכיון דמעיקרא חיילא דין השבה של הבעין על הצד שיחזור, א"כ כלפי הזמן שיחזור מעיקרא ליכא תשלומין, וביחס לזמן של עכשיו אינו אלא תשלום זמני, ותשלום זמני לא יכול לקנות עכשיו אם כלפי הזמן של אח"כ שיחזור חיילא ביה לפני כן חובת העמדת והשבת הפקדון.

ולפי רש"י והר"ח המצב שהפקדון יחזור לרשותו הוא בגדר התחדשות – וממילא דתשלומין של עכשיו קובע עכשיו את הדין לשלם ועכשיו לא חיילא הדין העמדת הפקדון של מחר, וממילא שהתשלומין של היום חלים לגמרי והוא קונה את הפקדון ולכן גם מחר לא תחול חובת השבה על הפקדון בעין מחר.

לפי הר"ח מבואר שוב דקונה פקדון בשילם עליו, וברמב"ן מבואר שזה השו"ט בסוגי'.

הרי לנו שלפי הר"ח מתבאר ב' פעמים בסוגי' הך יסוד שזוכה בפקדון על ידי תשלומין – וכדלהלן:

א] הר"ח פירש כרש"י שכל הטעות היא מחמת זה שהיה בביתו ומוכרח שאילו לא היה בביתו דאז קנאו בתשלומין, ולכן אינו חוזר ולכן אין טעות אילו לא היה בבית, והיינו כיסוד הנ"ל.

ב] הר"ח פירש שעיקר הקושי של הגמרא היתה שלולי הדין שומא בטעות היה קונה את היוקרא שלאחר התשלומין – וכדהבאנו לעיל מהא"ז, ומוכרח שקנאו בתשלומין.

בביאור החילוק בנמצא בביתו דאז הוי שומא בטעות, ופלוגת הרמב"ן ורש"י.

והנה הבאנו מהרש"י והר"ח דדווקא בנמצא בביתו אז הדין שלא אמורים לשלם כלל – ולכן אף שיש דין שבתשלומין על הפקדון הוא קונה את הפקדון אבל בנמצא בביתו מעולם לא היה אמור להיות תשלומין ולכן אינו קונה – וצ"ב הסברא בזה דלמה אמרינן דאי הוי בביתו דאז מעולם לא היה צריך לשלם.

ונראה דגם הכא אין הפירוש שאם נמצא בביתו דאז 'מתברר' למפרע שמעולם לא היה עליו חובת תשלומין והוי טעות למפרע – דא"כ תמיד איכא ספק שמא הפקדון בביתו ויכול לפטור עצמו בטענה זו, אלא נראה דכמו שכתב במשנת ר"א בשיטת הרמב"ן דתמיד הטעות אינו אלא מכאן ולהבא, כך סובר רש"י הכא בנמצא בביתו שכאן הטעות הוא מכאן ולהבא – והסברא – דדווקא בלא יה בביתו וחוזר דאז הוי כהתחדשות אבל בהיה בביתו ומצאו מיקריש עמד להשבה מעיקרא – ומתחילה אנו דנים דאי הוי בביתו וימצאו אותו, אז לכתחילה כלפי מצב כזה רמי עליו העמדת הפקדון ולא חובת תשלומין – ושוב הוי כטעות כלפי המצב ההוא¹¹⁴.

קושי יסודית בסוגי' – למה הוי טעות אם באמת היה חייב – תשובה על פי כל הנ"ל.

שאלנו בתחילת דברינו לעיל [פרק א'] – למה הוי טעות – הרי בשעתו כשהוא לא ידע היכן הם – הרי אז היה חייב מדין פשיעה לשלם – והדין הוא ששמן לגבות מנכסי לוח בשומר שחייב ואין לו ממה לשלם – וכבר עמד בזה בשיעורי אבי עזרי.

ולפי הנ"ל הביאור פשוט שודאי שכלפי המצב של עכשיו יש חיוב אבל כלפי הזמן של מחר גם היום אין חיוב וגם היום הוי טעות – וא"ש.

דלפי הרמב"ן הכוונה שזו טעות מעכשיו שמצאו את הפקדון שביחס למצב שהפקדון חוזר מעולם לא התחייב כיון שהוא לא קונה את הפקדון ומה שהפקדון חוזר הוא סיבה שלכן לא יצטרך לשלם – ולכן דנים את השומא כטעות ביחס למצב הזה של השבת הפקדון.

ביאור המחלוקת ראשונים בשילם דמים אי איכא בזה שומא בטעות, והמאירי אזיל לשיטתו שקונים פקדון על ידי תשלומין.

על פי כל הנ"ל צריכים לעיין בפלוגתא נוספת:

דהנה, לעיל [פרק א'] הבאנו שנחלקו הראשונים בדין שומא בטעות בשילם בדמים ולא עשו שומא לגבות מנכסיו – דהאם גם כה"ג חשיב כשומא בטעות, וממילא שהפקדון חוזר או לא.

דיעוין היטב במאירי בסוגיין שסובר שקונה על ידי התשלומין – ורק בשומא בגבייה מהנכסים יש דיון להחזיר את הכל מחמת שומא בטעות, ולמדנו מדבריו שהוא קונה על ידי תשלומין הלכך אינו חוזר – אכן ברמב"ם [שאו"פ פרק ח' ה"ג] מפורש דגם כה"ג התשלומין חוזרים כיון שהפקדון חוזר – ומפורש ברמב"ם שאין הכוונה בגמרא שהשומא עצמה היתה בטעות אלא שכל התשלומין היה בטעות.

ולשיטתייהו אזלי שלפי הרמב"ם והרמב"ן דגם בלא היה ברשותו מיקרי טעות – והיינו משום שלא קנה את הפקדון על ידי התשלומין כיון שכבר מעכשיו חיילא ביה חובת העמדת הפקדון ביחס לזמן של אח"כ – וא"כ גם בתשלומין של דמים הוא לא היה אמור לשלם ביחס לזמן ולמצב ההוא – ולכן תמיד חשיב כטעות.

¹¹⁴ ויש להוסיף בביאור רש"י – דעצם זה שהפקדון בביתו אינו כלום – אכן זה שהפקדון בביתו ונמצאו – דאז דיינינן ליה כאחד שהיה לו עיכוב צדדי שמעכבו בהשבת הפקדון – שרואים שהפקדון עומד להשבה אלא שיש מניעה מן הצד שלא יוכל להשיבו – אולם על הצד שהיה בביתו ובפועל לא מצאוהו כלל – אז דינו כאינו בביתו, ורק בנמצא דנים כאן שעומד להשבה אלא שיש עיכוב צדדי – וכלפי מצב כזה מלכתחילה רמי עליו השבת הפקדון בעין.

אולם שיטת המאירי שהוא קונה את הפקדון – ולעיל הבאנו כן מהמאירי שהקשה על הראב"ד שיוקר אחרי ששילם פשיטא שיש לו, והיינו משום שהוא קונה את הפקדון – והכא אזיל לשיטתו דלכן בקנה על ידי תשלומין אין שומא חוזר.

אולם לא ברור דלמה לפי המאירי יש חילוק בין שומא של חפץ לתשלומין של דמים, ואכתי צ"ע.

פרק ד

דן לחלק בכל הנ"ל,

בין פקדון לגזילה, ובדין מזיק כה"ג.

מסברא נראה דכל הנך דינים שייכים נמי בגזילה.

והנה בעיקר הנידון דלעיל יש לעיין טובא – האם גם בגזילה שנאבד ממנו ומצאו בתוך ביתו או שנאבד מביתו וחזר אליו – האם גם הכא נאמרו הסברות הללו ופליגי גם שם כמו שנחלקו הכא בפקדון, דגם בגזילה איכא חיוב השבה של והשיב את הגזילה על הבעין ודין נוסף של ושילם על האיני בעין.

ומעתה דאחרי שלמדנו שיש כלל דהיכא שיש חיוב של השבת הבעין ויש גם חיוב תשלומין של אינו בעין, וכעת החפץ לא נמצא, דפליגי הרמב"ן ורש"י האם למצא את הפקדון מיקרי התחדשות או לא, ואי לא א"כ כעת חל הדין השבה של הבעין ולא קנה על ידי התשלומין של האיני בעין [רמב"ן] או איפכא דדווקא בנמצא בביתו הדין כן – דאי לא היה בביתו ושוב חוזר לביתו – זה מיקרי התחדשות ושוב הוי חיוב חדש – ולכן החיוב תשלומין הוא סיבה לקנות את האיני בעין – וכפשוטו היה נראה דעיקר הדין שומא בטעות קיים גם הכא, ונראה עוד – דנחלקו הרמב"ן ורש"י בהך פלוגתא עצמה גם בגזילה, כן היה נראה בפשיטות.

מדייק ברמב"ן ובר"ח דמחלקים בזה, ומתמה בזה.

אולם כד נעיין בדברי הראשונים היה נראה שאינו כן, דהנה בלשון הרמב"ן מפורש שעיקר סברתו בשומא בטעות תלויה בזה שבפקדון אמרינן יד שומר כיד בעה"ב, וכלשונו – "ואיגלאי מילתא דלא הו"ל גביה כלום – דפקדון כל היכא דאיתיה ממונא דבעלים הוא – ואלו היו יודעים באותה שעה שימצאו הכיפין מי נחתינן לנכסיה" – וההוספה הזו בתוך דבריו שכתב "דפקדון כל היכא דאיתיה ממונא דבעלים הוא" משמע דדווקא לגבי פקדון אמר כן.

וכן הבאנו לעיל בריש דברינו מלשון הר"ח שכתב כרש"י שהטעות היא רק בנמצא בביתו, אלא שהוסיף "דכל היכא דאיתא ברשותי דמרי איתא" – הרי לנו שהסברא היא דווקא בפקדון.

אלא דבאמת צ"ב דמה מוסיף לן סברא זו – דאי הוי טעות משום שלא ידעו שהוא בבית להר"ח ומה שלא ידעו שיחזור לפי הרמב"ן, א"כ מה הנפ"מ אי יש הלכה בשומר דיד שומר כיד בעה"ב, וצ"ע.

וצ"ל כנ"ל דמה שדנים שעת לא צריכים לשלם הוא משום שדנים שיש כאן השבה אלא שיש מניעה מן הצד, ויש לומר שדנים שהמפקיד כבר מחזיק את הפקדון מדין יד שומר כיד בעה"ב – ולכן דנים שיש השבה אלא שיש מניעה מן הצד שמעכבו בבפועל – ודו"ק.

מחלק בין חובת השבה של הבעין בגזילה שזה בגדר חיוב תשלומין, לעומת חובת השבת פקדון, ונפ"מ בקלב"מ.

והנראה בזה – דהנה, מצאנו דין קלב"מ לפטור חיוב ממון היכא דבא ביחד עם חיוב מיתה, אכן כל זה על חיוב תשלומין רגיל, אולם יש לדון מה הדין בחיוב השבה של הבעין בגזילה, ויעויין היטב בסוגי' בסנהדרין [ע"ב] דבזה גופא דנו האם יש קלב"מ בכה"ג, וברש"י מבואר שהנידון בזה הוא דילמא לא חשיב כ'חיוב תשלומין' – שהרי את שלו הוא נותן לו, או דילמא דסו"ס כיון שזה ברשותו של הגזלן לקניני גזילה ואונסין, ועוד שהגזל אינו מקדישו – שוב חשיב שהגזילה היא 'אצל הגזלן', ושוב מיקרי תשלומין – ואיכא בזה דין קלב"מ.

ובדברי רש"י מבואר דכל זה לא קיים בפקדון כיון דכל היכא דאיתא ביד המפקיד הוא דיד שומר כיד בעה"ב, הלכך כה"ג לא מיקרי תשלומין ולא היה שייך בזה קלב"מ.

מחלק בסברא הנ"ל לגבי עיקר הסברא של שומא בטעות, דבגזילה לכו"ע ליכא דין שומא בטעות.

ועל פי הנ"ל היה נראה לומר דזו כוונת הר"ח והרמב"ן – והיינו דתחילת דינו של שומא בטעות הוא משום שמצד אחד יש חובת העמדת הפקדון כבר היום ביחס למצב של מחר שבו יחזור הפקדון למצב של בעין, וממילא דכלפי המצב הזה לא מתחילה חובת תשלומין של האיני בעין, ונראה דבעיקר סברא זו יש לדון – דאדרבה – כעת אכתי אינו בעין וכעת נדון מצד החובת תשלומין של האיני בעין, אלא דכיון שבמצב שיש חובת העמדת הפקדון שוב לא מתחילה הסיבה לחובת תשלומין של האיני בעין, שהרי הפקדון עצמו חוזר – א"כ גם לא יתחיל היום ביחס למצב של מחר.

אכן בגזילה יש מקום לומר שאינו כן, והיינו דאף דליכא חיוב תשלומין של האיני בעין בו בזמן שיש השבת הבעין, אכן יש לומר שעכ"פ עדיין יש 'סיבה' לחובת תשלומין של האיני בעין, כיון שהחפץ אינו ברשותו של הבעלים וגם השבת הבעין הוא בגדר חובת תשלומין – כאילו שמשלו הוא משלם, עד כדי כך ששייך בזה קלב"מ, ויש לומר שיש ב' דינים של תשלומין, בעין ואינו בעין, ועיקר חיובו בבעין, ועל ידי הבעין מתקיימים ב' הדינים, אבל אין הבעין סיבה שלא יחול החיוב על הלא בעין.

ומעתה – במצב שכעת הגזילה אינו בעין – י"ל דשפיר חל התשלומין של אינו בעין לחלוטין והחובת השבה של מחר אינה סיבה דמעיקרא לא יחול – וא"כ לכו"ע יקנה את הגזילה בתשלומין על הגזילה, ולא נימא דהחלות השבה של הבעין כלפי מחר היא סיבה שמעיקרא לא יחול עיקר החיוב תשלומין מהיום כלפי מחר – ודו"ק, וממילא דלא שייך בזה דין שומא הדר לכו"ע.

ברמב"ן מבואר שכל השו"ט בסוגי' היא סביב נקודה זו, ונפ"מ בין דרכו של האהא"ז לדרכו של הגר"נ פרצוביץ זצ"ל.

והנה, צריכים לדעת שלפי הרמב"ן לפני שהגמרא חידשה שזה שומא בטעות – דאז לכאן סברו שהכיפי לא חוזר, ולפי"ז ע"כ צריכים לחדש הלכה חדשה של שומא הדר ורק מחמת החזרה של האפדנא יחזור הכיפי.

ועכ"פ מוכרח דלפי הך קס"ד ליכא קנין על ידי הנך תשלומין עבור הכיפי, ורק בתירוץ חידשו שודאי שהוא לא קנה את הכיפי דשומא בטעות – וכנראה שהגמרא דנה ממש בחידוש זה אי קונה על ידי תשלומין – וצ"ע.

והנה לעיל [פרק ג'] הבאנו ב' דרכים בעיקר הקנין על ידי תשלומין – דרכו של האהא"ז ודרכו של הגר"נ פרצוביץ זצ"ל – ובשלמא לפי האהא"ז שכל ההלכה הזו שקונים על ידי תשלומין היא הלכה בשומרים אז י"ל דבזה גופא דנו בסוגיין, אכן לפי הגר"נ פרצוביץ זצ"ל שזו הלכה כללית בכל התורה – דשוב קשה לומר שזה גופא השו"ט כאן – ודו"ק.

אולם לפי מה שנתחדש הכא דבגזילה באמת פשוט שהוא קונה על ידי תשלומין וליכא דין שומא בטעות, א"כ ע"כ דכל הנידון הכא הוא האם בפקדון יש סברא מסויימת לומר שזו שומא בטעות ושוב לא קונה – וא"ש הספק דווקא בכה"ג לגבי שומרים.

ספק לגבי מזיק – ביצא ממים עכורים.

לאחר כל הנ"ל יש לדיוק דמה הדין ביחס למזיק – והיינו בהפילו למים עכורים ודינו כהוזק – ושילם עליו, ושוב יצא מהמים דמה הדין בזה האם קנה או דהוי שומא בטעות – ויש לומר דאף דהכא ליכא הלכה של יד שומר כיד בעה"ב, אכן מאידך גיסא בהשבת הבעין ליכא סיבה מעיקרא לעיקר הדין של חובת תשלומין באינו בעין, ודו"ק.

סימן י"ח

**בגדר יוקר ושווי וערך,
אי עומד מחוץ לחפץ - בשוק
או דהוי כחלק מהמציאות של החפץ.**

פרק א' מתחלקים דמים ושווי החפץ מגוף החפץ עצמו, ומביא ראיות שהשווי עומד בגוף החפץ עצמו באופנים שונים של מזיק. \diamond בעיקר הדיון האם יוקר ושווי מיקרי דבר חיצוני או בגופו של חפץ. \diamond הקדמה – שווי וערך אינו דבר חיצוני אלא מציאות בתוך החפץ. \diamond מוכיח ממה דמחלקים בין איסורי הנאה דרבנן לדאורייתא אי הוי ממון או לא. \diamond מה שיש שוק אצל מומר על איסורי הנאה לא משנה את גוף החפץ. \diamond בזרק כלי יש לו דמים לולי הדין בתר מעיקרא אזלינן. \diamond מים עכורים מיקרי מצב בתוך חפץ דולא כזרק מראש הגג ואיסורי הנאה דרבנן. \diamond

פרק ב' חילוק בין גוף לשווי בבעלות, וכן בקידושין ועל ידי כסף. \diamond אופנים שונים שמתחלקים גוף החפץ וממונו בבעלות. \diamond מתמה בשיטת רש"י למה לא מהני חליפין ביותר משו"פ בקידושין. \diamond ביאור הדברים דמתחלקים השווי וגוף החפץ זה מזה. \diamond ביאור דברי הרשב"א דמחלק בין גוף הכלי לשווי שבכלי לענין נתינה לשם קידושין. \diamond

פרק ג' ב' דינים של שווי, בשוק ובחפץ, ונפ"מ בין קידושין ונזיקין. \diamond מעורר שיש לדון בכל הנ"ל באופן אחר. \diamond מחדש שיש ב' דיני ממון ושווי בחפץ – ונפ"מ בשמא שו"פ במדי, ונפ"מ בין נזיקין לקידושין. \diamond מחלק באיסורי הנאה דרבנן בין נזיקין לקידושין. \diamond חילוק אחר בין קידושין לנזיקין. \diamond שורש פלוגתת הראשונים אי הוי שבח דגופא או שבח דעלמא מתחיל בזה שלפי האמת יש לשבח ב' הסתכלויות, גם מצד החפץ וגם מצד השוק. \diamond

פרק ד' ראיות נוספות כל הנ"ל מדינים מחודשים בקביעת שווי השער בפדיון מעש"ש. \diamond מביא כמה חידושים של קביעת השער הזול לגבי פדיון מעש"ש. \diamond מוכרח מכל הנ"ל ששווי וערך ודמים קיימים בתוך החפץ ויש קולות מסוימות הא"ך מתיחסים לשער מסויים בפרי לפדותו מקדושתו. \diamond

פרק א'

**מתחלקים דמים ושווי החפץ מגוף החפץ עצמו,
ומביא ראיות שהשווי עומד בגוף החפץ עצמו באופנים שונים של מזיק.**

בעיקר הדיון האם יוקר ושווי מיקרי דבר חיצוני או בגופו של חפץ.

בעיקר דין יוקרא אי הוי שבחא דגופא או שבחא דעלמא – הבאנו מהרא"ש דכיון דתלוי בשער שבשוק הלכך הוי שבח דעלמא, אולם הריטב"א הישנים הביא מהראשונים דבאמת הוי שבחא דגופא – וכן היה נראה מהתוס' שכתבו שלא ניכר כחלק מהגוף, ומדבריהם נראה דאף דבעצם מיקרי חלק מהגוף והוי שבח מגופא אבל סו"ס לא ניכר בגוף ולכן אין דעתו עליו, אולם מדברי הריטב"א והרא"ש היה נראה שנחלקו בגדר יוקר ושווי אי הוי חלק מהחפץ או דבר חיצוני דתלוי בשוק כמה ישלמו עליו – וזה על פי מה שביארנו לעיל [סימן ז' פרק ד'] דגם אחרי האומדנא של נעשה כאומר לו אכתי צריכים לתקנת חכמים לקבוע את עיקר ההקנאה – ונחלקו הראשונים בגדרי התקנה כעין מה שנחלקו הראשונים בעדי אונס ועדי פשיעה ובעליו עימו וכדומה – וגם הכא הכל נגמר בגדרי חז"ל הא"ך מסתכלים על 'יוקר' – כחלק מהחפץ או דבר חיצוני, ודבר זה צ"ב.

עוד יש להעיר בזה ששיטת הרמב"ם בהקנאת הכפל שהפרה חוזרת, וע"כ דרק קנה פרה לכפלא, ולפי"ז ה"ה דביוקר אמרינן כן, דקנה חפץ ליוקרא, והמגן גבורים ביאר את הרמב"ם דכמו ששייר לעצמו שבחא דגופא כגזוזת וולדות דכש"כ דשייר לעצמו את גוף הפרה, ולפי"ז צ"ל דיכולים להקנות חפץ לדמיו ולשייר גופו – הרי דמתחלקים זה מזה בעלות בגוף ובעלות בדמיו – וצ"ע – שהרי כל דמיו אינם אלא דמי הגוף, וחזינן שכמו שחפץ מתחלק לשימושים שונים והבעלות בחפץ מתחלקת לענין כל הנך שימושים, דכמו כן שמתחלקת הבעלות לענין גוף ודמים – והדברים יבוארו.

הקדמה – שווי וערך אינו דבר חיצוני אלא מציאות בתוך החפץ.

ונקדים דכפשוטו היה נראה דכל הנידון של דמים וערך תלוי אך ורק בשוק – שכשיש שוק השוק קובע מה הערך ושווי, וכשהשוק לא קיים שוב אין ערך ואין שווי שהרי אין מי שישלם עליו – אולם נראה להוכיח מכמה דיני התורה ששווי וערך ודמים ויוקר הוא מציאות שנמצאת וקיימת בתוך החפץ עצמו – ואינו דבר חיצוני בשוק – והיינו שהשוק קובע את השווי של כל המין הזה

אבל סו"ס השווי עצמו קיים בתוך החפץ כפי המדידה בשוק – אין כאן מציאות שקיימת בשוק אלא מציאות שקיימת בגוף החפץ.

מוכיח ממה דמחלקים בין איסורי הנאה דרבנן לדאורייתא אי הוי ממון או לא.

מצאנו דבאיסורו"נ דיש נפ"מ בין איסורו"נ דאורייתא דאין בו דין ממון לאיסורו"נ דרבנן דיש בהם דין ממון, וכבר עמד בזה הגרשש"ק בשערי יושר [ש"א פ"י עמודים כ"ח כ"ט] שהוכיח כן מרש"י בפסחים דמעיקר הדין מהני קידושין באיסורי הנאה דרבנן ולא מהני באיסורי הנאה דאורייתא – דדוקא בדאורייתא ליכא דין ממון, ובדרבנן איכא דין ממון.

וקשה דמ"ש, הרי בתרומתו לית ליה שימוש ולא שוה לו כלום בשוק, וביאר הגרשש"ק [שם] דדוקא באיסור דחיילא בחפצא [ככל דיני דאורייתא] אז פקע ממנו דין ממון, דערך וממונות היא חלק מהחפץ אף דנקבע לפי המחיר בשוק, ולכן כדי להפקיע את הדין ממון צריך שבחפץ עצמו יתבטל הדין ממון ולא סגי מה שבשוק לא ישלמו על זה, ורק חלות איסור שחל בגוף החפצא ככל איסורי חפצא של תורה – הכא אנו רואים שהתורה מגדירה את החפץ כחפץ בלי שימושים – כעין 'רעל רוחני' שנשלל המציאות של 'אוכל' מגופו – ולכן כבר ליכא ביה דין ממון.

משא"כ כשיש רק איסור מן הצד [כדין דרבנן], דאז הרי"ז כארי דרכיב עליה ובזה לא אכפת לן מה שבשוק לא ישלמו לו, שכשיש מחסום שמפריד בין האדם לחפץ, בזה אין פגיעה בגוף החפץ לשלול ממנו את שימושו – שהרי הערך והדין ממון שלו אינו "בשוק" רק "בתוך החפץ", ובשוק נקבע רק כמה הוא הערך בתוך החפץ, ואיסורי דרבנן מוגדרים כחפץ שהוא בר שימוש אלא שרבנן באו להפריד בין החפץ לאדם – ולא נשתנה בחפץ כלום ולכן לא פקע ממנו הדין ממון שלו – ודו"ק.

וכעין החילוק הזה בין דאורייתא לדרבנן מצאנו במצוות, דיעוין בהערה ¹¹⁵ שהבאנו מהמשך חכמה חילוק לגבי ברכת המצוות על מצוה דרבנן – ובדבריו מבואר שמצוה דרבנן לא מוגדרת כדבר שחל בגוף המעשה עצמו שיהיה בו מצוה, אלא שהמעשה הוא כל כולו היכי תימצי בעלמא לקיים את הציווי של חכמים, ולא שגוף הנטילת לולב נהפכה למעשה מצוה, ורק בדאורייתא אמרינן כן – וזה גם החילוק שנתבאר כאן לגבי איסורים.

וצריכים להוסיף בזה ביאור:

הרי סו"ס אין מי שישלם על החפץ הזה של איסורו"נ מדרבנן ומה שייך בזה שוק, והביאור כך: השוק קובע השווי של ה'מין', וחפץ זה שייך למין מסויים ויש לו מחיר כפי המין, ולכן המצב בפועל שלו לא משנה את המחיר של השוק, ומהאי טעמא חכמה של רופא אין בו אונאה כיון שאין בו שוק שהרי החכמה של כל אחד היא יחודי, ופשוט א"כ שחפץ כזה שאין לו שוק וכל

¹¹⁵ דהנה יעוין במשך חכמה פ' שופטים [ע"פ עפ"י התורה אשר יורוך] דהאריך ליישב קושי' הרמב"ן על הרמב"ם, דלרמב"ם עוברים בכל איסור דרבנן בלאו "דלא תסור", והק' הרמב"ן דא"כ כל ספק דרבנן הוא ספק דאורייתא, ולמה מקילין, ומ"ש מכל דאורייתא, והוסיף להקשות טובא על שי' הרמב"ם.

וכתב בזה דמצאנו דין מורד במלכות דחייב מיתה, ואין הפשט דרצון התורה שנקיים את מצוותו ורצונו הפרטי של כל מצוה ומצוה של המלך, רק רצון התורה שיהיה "מורא מלכות", וכמו"כ במצוות דרבנן, רצון התורה הוא שנשמע בדברי חכמים, אבל אין רצון התורה במצוה הפרטית והמסוימת של רבנן, ומעתה א"ש, דעל המצוה הפרטית שייך ספק לקולא, ושוב בטלה הסיבה "לשמוע לדברי חכמים", ונפלה הדין דאורייתא מעיקרו, ודו"ק.

וביאר עוד, שבזה מובן היטב סברת ריב"ל בירושלמי בסוכה [פרק לולב הגזול] שסובר שביום הראשון מברכים "על נטילת לולב" ובשאר הימים מברכים "על מצות זקנים", דהמצוה עצמה הוא רק "שמיעה לדברי חכמים", אבל הנטילת לולב מצד עצמו אינו מצוה, והנטילה עצמה היא רק היכי תימצי שעל ידה שומע לדברי חכמים, והשמיעה לחכמים הוא המצוה.

והוסיף בזה עוד, שהגדרה זו מפורשת בדברי הרמב"ם עצמו, שהרמב"ם פירש כן את עיקר הדין "לא תסור", דזה לשון הרמב"ם בהל' ברכות [פ"א ה"ג] כשמבאר את נוסח הברכה במצוות דרבנן, וז"ל "אשר קדשנו במצוותיו וציוונו לעשות, והיכן ציוונו בתורה שכתוב בה אשר יאמרו לך תעשה, נמצא ענין הדברים והצדן כך הוא – אשר קדשנו במצוותיו, שצויה בהן לשמוע מאלו, שציוונו להדליק נר של חנוכה וכו' ", וכוונת הרמב"ם לחלק את הברכה במצוות דרבנן לתרתי, לדייק ש"בגוף הציווי" שציוונו חכמים ליכא "וציוונו" מהקב"ה, וכל מה שאנו אומרים "אשר קדשנו במצוותיו, הכוונה בזה רק למצוותיו של הקב"ה "לשמוע מאלו", וזה דין כללי לשמוע לחכמים, והמשך הברכה "וציוונו להדליק" כבר קאי על "אלו", דהיינו רבנן, דהציווי עצמו הוא כבר ציווי של רבנן, לא של הקב"ה, והיינו כהיסוד הנ"ל, ועייש"ה מה שהאריך בזה עוד נפ"מ בין דאורייתא ורבנן.

המחיר שלו הוא רק מה שאנשים מעריכים את החפץ המסויים הזה, שזה חפץ נדיר, א"כ הכא פשוט שאם יהיה איסורי הנאה דרבנן דשוב ירד המחיר, והכא הממון תלוי על המצב בפועל, שהרי אין לו שוק, אבל חפץ רגיל שייך ל'מין' מסויים ויש לו שווי בשוק, הכא רק דנים לפי השוק, שהרי דמי החפץ שייך לגוף החפץ.

מה שיש שוק אצל מומר על איסורי הנאה לא משנה את גוף החפץ.

שאלוני:

הרי יש שוק לאיסורי הנאה דאורייתא אצל מומר, והתשובה על פי משל – שזה הרי פשוט שר' חנינא בן דוסה שאמר שמי שאמר לשמן שידלוק יאמר לחומץ שידלוק, שהוא לא יגבה תשלומי נזיקין של שמן כשהזיקו לו את החומץ, וכן הוא בנד"ד.

והביאור, שהרי מה שפלוני 'ממציא המצאה' שלא מתאימה למציאות האמיתית של החפץ, הרי זה לא מגדיר את המחיר של החפץ עצמו, וכיון שהמציאות האמיתית של כל חפץ נקבע כדיני התורה ולפי ההסתכלות של התורה, א"כ המומר 'ממציא המצאה' שיש שימוש בחפץ שחפץ זה בעיני התורה הוא חפץ שאין בו שימוש, הוא יצר לעצמו מציאות חדשה שלא קיים במציאות האמיתית, [וזה דומה – להבדיל אלפי הבדלות – לאידך גיסא – לרחב"ד שחי במציאות האמיתית ממש – שהיא יותר גבוהה מהמציאות שקיימת לכל העולם בדרגות הפשוטות].

שו"ר בשערי יושר [ש"א פ"ט עמודים כ"ה כ"ו] שכתב שדומה לסם המוות ואין לישראל בהם שום שימוש, עד כדי כך שגם אם הישראל לא ידע מהאיסור אכתי מיקרי מזיק, ועיין עוד שדן שם לחדש דיתכן שגם באופן שהוא לא יצטרך להאמין שהדבר אסור דאעפ"כ מיקרי הוזק, עיי"ש שהוכיח כן, שהאיסור רכיב עליה אף שבפועל אינו מוזהר באיסור זה.

בזרק כלי יש לו דמים לולי הדין בתר מעיקרא אזלינן.

עוד יש להוכיח גדר זה ממה דמצאנו בריש כיצד הרגל:

דהנה, מצאנו שם שדנו בזרק כלי מראש הגג אי הוי כבר כשבור ולכן פוטרים את השני דבתר מעיקרא אזלינן, ויש טענה גדולה מהרמב"ן בעיקר הסוגי' – ששיטת הרמב"ן היא שפוטרים את השני בלי טעמא דבתר מעיקרא, ובלי טעמא דזוטו של ים, ובלי טעמא דאבידה מדעת, אלא מטעמא אחרינא והוא, שהרי אין לחפץ דין ממון ולא שווה כלום, שהרי אין מי שישלם עליו, וזו תימא גדולה בסוגי' דא"כ מה ההוכחה לדין בתר מעיקרא.

וכתב הברכ"ש [ב"ק סי' י"א ס"ק א'] בשם המשכנות יעקב דלפי החולקים על הרמב"ן צ"ל שצריך "מעשה בחפץ" לאשוויי ללאו בר דמים, וזהו רק אי אמרינן דבתר מעיקרא אזלינן, עכ"ד המשכנות יעקב.

ופשוט שהביאור כנ"ל – דלא אכפת לן מה שקורה בשוק בפועל – הא חפץ זה יש לו ערך עצמי מחמת השוק והוי כאיסורי הנאה דרבנן, ורק אי דנים שנעשה מעשה בגוף החפץ אמרינן דהוי כאין לו דמים, וזה כל הסוגי' של בתר מעיקרא אזלינן לחדש שדנים שנעשה מעשה בגופו ולכן רק אמרינן כן בזרק כלי ולא בזרק חץ, ודו"ק.

מים עכורים מיקרי מצב בתוך חפץ דולא כזרק מראש הגג ואיסורי הנאה דרבנן.

ויש כאן תוספת עומק וחלוקות שונות בגדר נזק בגוף החפץ ונזק מחוץ לחפץ – מתי בטל הדין ממון מגוף החפץ וחשיב כהוזק ומתי אין כאן אלא מחסום חיצוני – אף שבשניהם אין שוק שישלמו עליו.

והיינו שיש לדון דמה הגדר במים עכורים ומאי שנא הכא.

הרי מבואר בתוס' ב"ק [צ"ו] שכל ההבדל בין מים עכורים למים צלולים הוא אי שייך הצלה או לא, וקשה דמה הדין בארי רכיב עליהו באופן דליכא הצלה, וכן באיסורי הנאה דרבנן דאין בהם היתר – וכן בזרק כלי מראש הגג שהרבה למדו [ריב"ש ועוד] דאירי בלי אפשרות של הצלה – ולמה לא מיקרי שכבר הוזק בהיזק של 'מים עכורים' גם בלי להגיע להיזק של בתר מעיקרא.

ובתוספת ביאור - חפץ במצב של זריקה שסופו לנזק דומה לחפץ במים עכורים, שהמצב הזה הוא מצב לצמיתות בלי אפשרות של הצלה, ודומה לחפץ שנכנס למצב של זריקה לצמיתות שלעולם לא יהיה בו שימוש.

ואף ש'מצב של זריקה' מצד עצמו אינו מצב של מים עכורים - אבל הנזק שאחרי הזריקה משנה את הזריקה לזריקה של מים עכורים, כן העירוני התלמידים.

והחילוק בזה ברור - אחרי התבוננות - ונקדים בב' הקדמות:

א] 'נזק' אינו ניתוק 'בפועל' של ההשתמשויות של החפץ מ'בעל החפץ', ונוסף, ש'נזק' אינו ניתוק 'בפועל' של ההשתמשויות של החפץ מ'החפץ עצמו', והיינו שכל חפץ שא"א להגיע אליו מחמת מרחקים או מחיצות אחרות לא מיקרי במצב של היזק אף ש'בפועל' אין בו שימוש, אלא 'נזק' פירושו שינוי שהתרחש - לחפץ ובחפץ - והביטוי והמשמעות של השינוי הזה הוא שאין בו שימושים - ועיין בהערה ¹¹⁶.

ב] מהקדמה זו מוכרח שמים עכורים מיקרי מצב חדש בחפץ, וזה עצמו חידוש, שכפשוטו היה אפשר לדון שזה רק מחיצה בין כל העולם לחפץ, אבל רואים מהדין הזה שההסתכלות האמיתית אינה כן, אלא שיש מצב חדש בחפץ, והיינו שיש מצב מוגדר של מים עכורים שזה מצב שמצד עצמו מופקע משימושים - מצב שמגדיר את החפץ כחפץ שלא קיים בעולם - ה'תוכן' של ה'מצב' הזה הוא מצב שאין שום שימושים לחפץ, וזה מצב 'בחפץ' וממילא שיש כבר שינוי 'בחפץ' בזה שהוא במצב כזה.

כדי שחפץ במים עכורים יהיה מוגדר בחפץ שיש בו נזק, צריכים ב' תנאים, א] שיהיה כאן 'מצב אחד מוחלט' שיש 'תוכן' והגדרה למצב הזה, ב] שהמצב הזה יהיה מצב שמתייחס לגוף החפץ עצמו.

מה"ט פשוט ש'שרשרת של אירועים' שמונעים שימושים - זה אחר זה - לא מיקרי מים עכורים כיון שאין כאן מצב אחד מוגדר, והרי כל מצב ומצב כשלעצמו אינו מצב לצמיתות 'בחפץ' כיון שכל אירוע בפני עצמו לא שינה את החפץ ולא חל בחפץ, ועיין בהערה ¹¹⁷ משל לזה - וכל זה מיקרי ארי רכיב עלי' - וכדברי הגרש"ק לגבי איסורי הנאה דרבנן - דבר חיצוני.

מענה נתבונן ב'מצב של זריקה' - הרי פשוט שמצב של זריקה מצד עצמו אינו מצב ששולל לגמרי מהחפץ את שימושיו - ואין כאן מצב בחפץ שמוגדר כ'מצב בלי שימושים', הרי הכל תלוי במצב שיבוא אחרי הזריקה - אי ישבר או לא - והשבירה ההיא היא מצב חדש בפני עצמו - ונמצא שכל מצב בפני עצמו אינו מצב מוחלט של שלילת שימושים - ונמצא ששלילת השימושים באה כתוצאה מצירוף של ב' דברים - וזה כבר מוגדר כמצב חיצוני ולא בגופו.

וכל זה חוזר לחילוקים שהוזכרו לעיל שהדין ממון נמצא בחפץ עצמו רק בטל מהחפץ אחרי שחל שינוי בגוף החפץ - וזה במים עכורים ולא בארי רכיב עליהו, והיה נראה שגוב אריות שונה מארי רכיב עליהו שמפריד בינך לחפץ ואולי גוב אריות מיקרי מים עכורים.

אולם להלן [פרק ג'] נתחדשו כמה חידושים לחלק בין הדיני ממון של נזיקין וקידושין - ונפ"מ באיסורי הנאה דרבנן.

¹¹⁶ ראה לדבר: היזק שאינו ניכר אינו נזק כיון שהנזק עצמו אינו שינוי בחפץ, ומה"ט מצאנו בגיטין [נ"ג]: דכשם שחולקים בהיזק שאינו ניכר אי היזק או לא, כמו כן חולקים בהיזק שאינו ניכר אי הוי שינוי בחפץ או לא לגבי הדין שינוי קונה, ששניהם הם מצבים ושינויים בחפץ, עיין בזה בתוס' בגיטין [שם ד"ה גולן הוא], ועיין בזה בחידושי הגרי"ז על הרמב"ם [הלכות גזילה]. וזה לשון הרמב"ם [חובל ומזיק ריש פ"ז] בגדר היזק שאינו ניכר, "הואיל ולא נשתנה הדבר ולא הפסידה צורתו", והיינו כנ"ל.

¹¹⁷ והעירני תלמיד אחד שפצצה שמונת בחפץ ורק תזיק לאחר שעה, אבל עד הנזק היא מלכלכת את החפץ וכבר מעכשיו אין בו שימושים, הרי אין קשר בין ב' הנזיקין, אחד מכלי' קרנא ואחד לא מכלי' קרנא, ולא מצטרפים אהדדי, וכן הוא בכל שרשרת אירועים שכל אחד נשען על חברו.

ביאור בדברי הרמב"ן בביטול חמץ על פי כל הנ"ל.

והנה בסוגי' של ביטול חמץ מצאנו כמה דרכים בראשונים, ושיטת הרמב"ן בזה היא שיטה מורכבת מאד – ובתוך הדברים הזכיר הרמב"ן ג' סברות, וכבר תמהו טובא בשיטתו.

ועיין בדברינו באמרות אברהם [פסחים סימן ט"ו] מה שנתבאר בזה, ויסוד הדברים מתבסס על זה שחלק מהבעלות וחלק מההחזקה בכל חפץ הוא ההחזקה של השווי והערך של החפץ – והכל על פי הנ"ל.

גזילה ומוחזקות בערך של החפץ.

יש לדעת ששייך גזילה על ערך של החפץ בלי לגזול את גוף החפץ – ועוד – ששייך שחפץ יהיה מוחזק אצל האב לגבי הדין של פ"ש בבכור – אף שהערך של החפץ לא מוחזק אצלו – יעויין בזה בדברינו באמרות אברהם יש נוחלין [סימן מא].

פרק ב'

חילוק בין גוף לשווי בבעלות,

וכן בקידושין ע"י חליפין ועל ידי כסף.

אופנים שונים שמתחלקים גוף החפץ וממונו בבעלות.

הבאנו שמבואר בסוגיין בשיטת הרמב"ם בהקנאת הכפל דגוף הפרה שייר לעצמו והקנה את דמיו והיוקר – וחזינן דתרתני נינהו – בעלות בגוף החפץ ובעלות בשווי של החפץ, אף שהשווי הוא שווי של הגוף – וכל זה שייך אחרי שהערך והדין ממון אינו "בשוק" אלא דין "בתוך החפץ", [ובשוק נקבע רק כמה הוא הערך בתוך החפץ].

ודוגמא לדברי הרמב"ם דמתחלקים הגוף והדמים זה מזה בבעלות מצאנו בכמה דוכתי – וכדיבואר:

מצאנו בקובץ שעורים [פ"ק דפסחים ס"ק י"ח / ובה"ב בקונטרס דברי סופרים – סימן א' ס"ק ט'] שחידש כך, דחוץ ממה שאפשר לחלק בעלות לכמה חלקים, לגוף לפירות ולתשמישים, אכן יש חלוקה נוספת – והיא, שמתחלקת הבעלות ב'שווי' וב'ערך' וב'ממון' של החפץ לעומת הבעלות ב'גוף' החפץ, ויש בזה חידוש גדול, דאף שהערך והשווי הוא הערך והשווי של גופו של החפץ עצמו, אבל סו"ס חלוקין נינהו.

וביאר דחלוקה זו נתחדשה במעשר שני למ"ד דממון גבוה, הרי דמצד אחד איכא ממונות לגבוה ולכן אין בו דין שום ממון לקדש בו אשה, אף דגופו עדיין שייך לו, ולכן הוא יכול להורישו ליורשיו והם יצטרכו להעלותו לירושלים ולפדותו בתוספת חומש ככל בעלים, ולכן איכא נמי מ"ד דחשיב "לכם", אכן אינו מקדשה בו כיון שנתן גוף בלי ממון שהממון שבו שייך לגבוה, שאשה אינה מקודשת בטבעת אלא בכסף ושו"כ וכל מה ששו"כ מהני הוא משום שהוא עצמו דמים, ובכל חפץ מונח חפץ ומונח גם דמים, ורק בנתינת דמיו הוא מקדשה וזה הרי אינו שלו¹¹⁸.

וכעין זה ביאר נמי לגבי החידוש שדבר הגורם לממון כממונו וכשלו חשיב – והיינו דכל זה רק כלפי הממון של החפץ ולא כלפי גופו.

גם באיסורי הנאה ביאר כן דמצד אחד אין בהם דין ממון ואעפ"כ יש לו בעלות בגופן – ושייך בהם ירושה, והגדר כנ"ל, ודו"ק.

ובאמת דכבר קידמו בעיקר חלוקה זו בקצוה"ח [סי' שנ"ג ס"ק א'] לגבי קניני גזילה ע"י יאוש וש"ר, וז"ל, "אלא צ"ל שקנין שקנה ביאוש וש"ר אינו קנין גמור, אלא שיור בקנינו, דאינו קונה

¹¹⁸ אולם דרך זו קשה מהמבואר ברמב"ם לגבי גונב מעשר שני דפטור מן הכפל, ומשמע דבתשלומי קרן חייב וכן דייק הרדב"ז – הרי שאף לענין דמים הוא שלו, וכן מבואר במנחת שלמה [ב"ק י"ב]: דמזיק מעש"ש חייב בתשלומי נזיקין – וכל זה תמוה לדרכו של הקובש"ע.

אלא גוף החפץ, אבל הדמים צריך להחזיר, וכו', וכיון שהוי שויר בקנינו, לזה הוכיח הראב"ד וכו', ע"כ אינו קונה קנין גמור ושייר בקנינו וא"כ לא הוי לכם", עייש"ה.

וכנראה דזו נמי כוונת התוס' בגיטין [ס"ו.], שיכול למכור יין לדמיו, כלומר גוף היין נשאר שלו אלא שאם בא למכרו לעשות בו דמים, דמיו קנויים לאחר, ואין זה כמוכר דבר שלא בא לעולם שאפשר להפריד בין גוף החפץ לשוויותו והוא מוכר את 'שוויות החפץ' שהיא דבר שבעולם.

ובאמת מדברי הראב"ד הנ"ל מוכרח מיניה וביה עוד שזה חלק מגוף החפץ, שהרי סו"ס הדין בזה הוא דאין זה "לכם", ובאתרוג בכה"ג לא יצא ידי"ח, ומבואר דדמי החפץ הוא חלק מגוף החפץ, ואינו בשוק, ולכן מיקרי שחסר לו בגופו - ודו"ק.

מתמה בשיטת רש"י למה לא מהני חליפין ביותר משו"פ בקידושין.

מצאנו תוספת דברים בעיקר האי חידוש – והוא – שיש אפשרות להתייחס לשווי של החפץ בלי להתייחס לגוף החפץ – וכן איפכא – ונפ"מ בזה בין קנין וקידושי כסף לקנין חליפין – קובעים עיסקה על חפץ בנתינת דמי החפץ ולא ביחס לנתינה שקיימת בגופו.

דהנה, ברש"י בקידושין [ג'] מבואר דמה דלא מהני חליפין הוא משום שגנאי הוא לה, וצ"ב דלמה לא מהני ביותר משו"פ, ועיין בהערה ¹¹⁹ כמה דרכים בזה, אולם ברש"י מבואר "הלכך בטיל ליה לתורת קנין חליפין בקידושין, ואפילו בכלי שיש בה שו"פ", והק' הראשונים [רמב"ן ורשב"א], דבשלמא אי היה איזה פסול בקנין של פחמשו"פ, א"כ שפיר אמרינן דנפסל כל הקנין, אכן אי נימא דאית לה גנאי וחסר בהתרצות שלה, א"כ למה לא יהני היכא דאית לה התרצות, ולמה בטיל, וצ"ע.

וע' רשב"א [בסוף דבריו], דיש גנאי גם על פחמשו"פ וגם על יותר משו"פ, וע' היטב בדבריו, וז"ל, "דכיון דעיקר חליפין אפילו בפמשו"פ איתנהו, כי עביד להו בכלי שוה מנה לא יפה כחו, מכח כלי שאין בה שו"פ, דשם חליפין חדא הוא, וכו', וכיון דדין חליפין איתנהו בפחות משו"פ, לא חשיבא לה, וגנאי הוא לה להקנות את עצמה בקנייה פחותה כזאת שעיקרה בפחמשו"פ", ודבריו צ"ב, ועי' בהערה ¹²⁰ מה שהיה נראה בדבריו כפשוטם, וצ"ע.

ועיין בברכ"ש [קידושין סוף סי' ה'] שכתב בביאור הרשב"א, וז"ל, "דביאור דבריו הק', דאף דהכל נכנס בכלל הקנין, מ"מ הקנין הוא ע"י הדין כלי שבהם ולא ע"י שיווי של הכלים", וע"ע בחי' הגרשש"ק [שם סי' ג' ד"ה והנה הכא] שג"כ מבואר כן.

ביאור הדברים דמתחלקים השווי וגוף החפץ זה מזה.

ובביאור הדברים נקדים בכמה הקדמות:

א] אף שבקידושין לא בעינן דעת האשה דסגי בזה שמפקרת עצמה, אפי"ה אי מקדשה בשטר פסול, לא אמרינן דכיון שיש בה שו"פ בנייר והבעל נתכוין לקדשה גם בשו"פ דיהני עכ"פ מדין כסף, אלא דבעינן גם דעתה לכסף שיש בנייר, וצ"ע, הא סו"ס יש לה דעת להפקיר עצמה לו לקידושין בהך מעשה, כן הק' הגרשש"ק, ורעק"א [מהדו"ת תשו' נ"ו] הק' עוד מקנין המועיל עייש"ה ואכמ"ל, והביאור בזה כמבואר בקה"י [סוף סי' א'], דשאני קנין כסף מכל הקנינים דבלי דעת חסר בכל הקנין, שאם לא הקנה את עצמה תמורת ובמקום הך כסף, שוב חסר בכל הקנין, דזהו יסוד הקנין בקנין כסף, שמעמידים את החפץ הנקנה במקום הכסף.

¹¹⁹ וע' ר"י הזקן ד"ה הפקיעו", ומלשונו משמע שזה דין דרבנן, [וצ"ב למה הפקיעו וצ"ל דגזרו אטו פחות משו"פ דבכל חליפין לא מחלקינן ביניהם].

וע' ר"ן דכתב, דכיון דאינו לגמרי בדרשה דקיהה קיהה שוב אינו בדרשה כלל, וע' דבר אברהם [הנ"ל] דכיון דתלוי במנהג [וזאת לפנים בישראל, שזה היה המנהג] א"כ י"ל דזהו טעם דלא נתקבלה המנהג על זה, ולהכי לא מהני חליפין כלל.

¹²⁰ והיה נראה מדבריו כפשוטם, דאף בנותן לה כלי יקר אפי"ה היא מרגישה גנאי כיון דבהך קנין הבעל היה יכול לתת לה כלי זול, וזה תמוה, הא סו"ס בכלי היקר אין שום גנאי, אטו עדיף לה פרוטה של כסף יותר מאבן יקרה, ואולי נימא איפכא, דגם בכלי זול אין גנאי כיון דבהך קנין היה יכול לתת כלי יקר, וצ"ע, ועוד, מה כוונתו "שאין יפוי כח בכלי שיש בו שו"פ", דלמה בעינן לזה יפוי כח, הא זה עצמו שאין גנאי סגי לן, וצ"ע.

[ב] כבר חילקנו בין גוף החפץ לשווי של החפץ - דתירתי נינהו, ומעתה נראה לחדש, שאם יתן לה כלי שא"ב שו"פ לקדשה בו, ויש בתוך הכלי אבן יקרה ששוה ממון הרבה שנותן לה במתנה, הרי פשוט שאין לה גנאי במציאות אבל פשיטא שלא יחולו הקידושין, ולא יהני בזה מה שאין כאן גנאי במציאות, שהרי החליפין עצמן רק נעשה ע"י הכלי, ואף שהיא לא מרגישה גנאי בפועל מחמת שקיבלה ממון הרבה ביחד עם הכלי, אכתי לא יהני, שהיא צריכה להעמיד את עצמה במקום ותמורת הכלי, וסו"ס הכלי עצמו הוא גנאי ובמציאות היא אינה מעמידה את עצמה כנגדה, ומה שהיא מעמידה את עצמה נגד האבן היקרה לא מהני, שהרי הוא לא קידשה בזה.

[ג] וע"ד זה נראה עוד, שאם מקדשה במעש"ש שהוא ממון גבוה בתורת חליפין והיינו בתורת כלי ולא בתורת שו"כ, [באופן דמשכחת לה מעש"ש בכה"ג], הרי אף שרק הממון שבו שייך לגבוה, ואף שהיא קיבלה את החפץ והחפץ יש בו ערך ושווי ולכן היא לא מרגישה שום גנאי בפועל, אבל סו"ס מה שהיא לא מרגישה גנאי היינו מחמת השווי של הממון שבו, ואת השווי הזה היא לא קיבלה כלל, וכנגד הכלי בלי השווי היא לא היתה מעמידה את עצמה הלכך אין כאן חליפין אף דבפועל ליכא גנאי.

[ד] עוד פשוט שגביע של זהב אין בו גנאי וכוס חד פעמי שאין בו פרוטה יש בו גנאי, אבל לו יצוייר ויתחלפו המחירים, שוב יתחלפו גם הגנאי ובגביע של זהב יהיה גנאי ובכוס חד פעמי לא יהיה גנאי.

ועפ"י ההקדמות הנ"ל היה נראה דה"ה בנד"ד, והיינו שכשיש כלי שערכו שוה הרבה, הרי שעומד לפנינו גם גוף הכלי וגם השוה כסף שיש בכלי, והרי הם כשני דברים נפרדים שבאו לפונדק א', ומצד הכלי שבכלי אינה גומרת דעתה, שכלי בלי השווי שבו הוא גנאי, ואפילו גביע של זהב יש בו גנאי בלי השווי, ומוכרח שרק מחמת הערך ושווי שבכלי היא גומרת דעתה, הגע בעצמך, אטו מי שיתן לאשה אבן יקרה לקידושין, ולמחר הך אבן יקרה שוה פחות משו"פ, הרי כבר לא תקבל קידושין בעד הך אבן דהוי גנאי, וזה ראייה שכל הגמ"ד הוא מחמת הערך ושווי שבכלי ולא מחמת הכלי עצמה.

ביאור דברי הרשב"א דמחלק בין גוף הכלי לשווי שבכלי לענין נתינה לשם קידושין.

ומעתה נחזור לדברי הרשב"א, שיש להסתפק בקנין חליפין, האם כשהתורה קבעה שבדיני חליפין מהני כלי שאין בה שו"פ, האם נאמר בזה דע"כ שהכלי שבכלי עושה את הקנין והוא ניתן תמורתה, והשווי והערך והממון שבכלי לא מצטרפים לקנין והו"ו כחפץ אחר, וכאבן יקרה בתוך כלי שאין בה שווי, או דילמא לא אמרינן כן, דאף דלא בעינן לשווי ולממון הזה, אבל כשיש בכלי שווי וערך הרי גם הוא חלק מהכלי, [ולא גרע שווי וערך משאר חלקי הכלי שאינם נצרכים לכל כלי ואפי"ה כולם מצטרפים להיות חלק מהכלי], והקנין נעשה גם עם הערך והשווי ביחד עם כל הכלי.

ואלו דברי הרשב"א, "דכיון דעיקר חליפין אפילו בפמשו"פ איתנהו, כי עביד להו בכלי שוה מנה לא ייפה כחו, מכח כלי שאין בה שו"פ, דשם חליפין חדא הוא, וכו'", והיינו שהתורה קבעה שכל הכח קנין בחליפין מונח רק בכלי שבכלי, והשווי של הכלי כבר שייך לקנין כסף, דשו"כ ככסף, ושני קנינים נינהו, נמצא דבכל מסירת כלי לקנין, הכלי שבכלי ניתן לשם חליפין והערך והשווי ניתן לקנין כסף, ואם יאמר שעושה איתה קנין כסף, אז התורה קבעה שרק הערך ניתן לשם קנין ואם יאמר שנותן לה את הכלי לחליפין, אז התורה קבעה שרק הכלי שבכלי ניתן לקנין, וזהו שכתב ש"השווי מנה לא ייפה כחו", ועי' בהערה ¹²¹ ודו"ק.

¹²¹ ונראה עוד, דעיי' בדברינו באמרות אברהם בקידושין [סימן ט'] דמבואר דפליגי רש"י והמורה עם הרי"ד האם בכלי שיש בו שו"פ, לשונו שאמר לשון חליפין מקלקל וכבר לא יהני מדין כסף [רש"י], או שאינו מקלקל, ואדרבה, בדרך כלל מהני חליפין גם מדין כסף אם לא באופנים מסויימים [הרי"ד], ונראה דפולגתם הוא בזה, דלרש"י, הערך לא ניתן כלל לשם קנין ולא יהני בתורת כסף, ולהכי מקלקל בהך לשון, והרי"ד סובר שגם הערך והממון הוא חלק מהכלי וגם הוא בכלל הנתינה בתורת קנין, ושפיר מהני עכ"פ בתורת כסף, ודו"ק.

ומעתה פשוט, דסו"ס הכלי עצמו בלי הערך והשווי שבו הוא גנאי, [דהך כלי עצמו כשלא יהיה שו"פ יהפוך לגנאי, וא"כ גם כשיש בה שווי, כל מה שאין לה גנאי הוא רק מחמת הערך והשווי שבו], ולא יהני מה שבפועל היא לא תרגיש גנאי מחמת הממון שבו, שבממון שבו הוא לא קידשה כלל, וא"ש, דלהכי בטיל לה לתורת חליפין לגמרי גם ביותר משו"פ, ודו"ק, כן נראה בביאור דברי הברכ"ש בביאורו לדברי הרשב"א, ואלו דברי רש"י, וע"ד זה שמעתי גם בשם הגר"נ פרצוביץ זצ"ל בשם רבו הגרב"ד זצ"ל, וכנ"ל.

עכ"פ כל המהלך הנ"ל הוא ראייה גדולה דמתחלקים הממון והחפץ זה מזה – וכנ"ל – וכשנותנים כלי לשם קנין – דניתן בב' אופנים שונים, הכלי שבכלי יש בו נתינה א', והממון שבכלי יש בו נתינה אחרת – ובזה נקבעו החילוקים בין חליפין לכסף.

פרק ג'

ב' דינים של שווי, בשוק ובחפץ,

ונפ"מ בין קידושין ונזיקין.

מעורר שיש לדון בכל הנ"ל באופן אחר.

אחרי שהוכיח הגרשש"ק מרש"י בפסחים שיש דין ממון באיסורי הנאה דרבנן, ויכול לקדש בו אשה מה"ת, א"כ לכאן' יהיה מוכרח שגם חייבים על זה נזיקין, דסו"ס הרי זה ממון גמור – אמנם גם אחרי כל מה שנתבאר יש מקום לחלק בזה – וכדיבאר.

עוד יש לעיין, הרי הגרשש"ק ביאר למה איסורי הנאה דרבנן חשיב ממון והוא משום שזה כמו ארי רכיב עליהו, ולעיל הקשינו דלמה לא מיקרי ארי דרכיב עליהו באופן שזה מוכרח להיות לצמיתות – וחילקנו דדווקא בזרקו לגוב אריות חשיב כמים עכורים שזה מצב שמתייחס לגוף החפץ עצמו, משא"כ הכא שזה לא מתייחס לגוף החפץ – ונצטרך לומר דאיסורי הנאה דרבנן גרע ממים עכורים ולא מתייחס לגוף החפץ אף שזה לעולם – וצ"ב.

עוד יש לעיין – הרי מבואר דמי שמזיק באיסור הנאה דרבנן דמיקרי מזיק – דמצאנו 'מדמע' שהוא איסור מדרבנן ומיקרי מזיק של היזק שאינו ניכר – וכמבואר בריש ב"ק – ולכאן' מוכרח דהוי כעין מים עכורים – ואי הוי מזיק ע"כ שאין לו שווי ואעפ"כ יש לוש ווי לגבי קידושין – וכנ"ל וצ"ע – ולכן נראה שצריכים לבאר בזה במהלך אחר – וכדיבאר.

מחדש שיש ב' דיני ממון ושווי בחפץ – ונפ"מ בשמא שו"פ במדי, ונפ"מ בין נזיקין לקידושין.

דנראה דבאמת יש כאן תוספת דברים בכל הנ"ל – שבאמת יש ב' דיני ממון של חפץ, דבקידושין אמרינן שמא שוה פרוטה במדי, ונחלקו בזה אי הוי חומרא דרבנן – ועיין בזה בר"ן [דפי הרי"ף ו.], דלגבי גזל הגר אמרינן "דאין לממון אלא מקומו ושעתו", אכן יש אומרים דמהני מעיקר הדין בקידושין, וע"כ מטעמא דלדידי שוה לי והיינו דהיכא שיש דין ממון בעצם שוב מהני לדידי שוה לי להיות כממון אצלה.

ועיין בשערי חיים ריש קידושין [סימן ב'] דמהני רק לקידושין ולא לכסף של קנין קרקע, דאף אי חשיב ככסף להחיל קידושין אבל אינו כסף לחייב תמורה, "דאין לממון אלא מקומו ושעתו", ורק כסף שמחייב תמורה [כסף החוזר] מחיל קנין בקרקע ורק בקידושין לא בעינן כן, ונוסיף שזה פשוט שגם בנזיקין ליכא טענה של שוה פרוטה במדי.

למדנו מכל הנ"ל שיש ב' דיני ממון בחפץ, שניהם קיימים בגוף החפץ ושניהם נמדדים בשוק – אכן יש מדידה בשוק של 'מדי' ויש מדידה בשוק שהוא 'שעתו ומקומו', אלא שתלוי מה הנידון.

שאם הנידון הוא מיניה וביה בחפץ – האם הוא כסף או הוא לא כסף – דבר זה נמדד גם במדי וזה מהני לקידושין כיון דאצלה זה ממון מצד לדידי שוה לי – דסו"ס הוא נתן לה דבר שמצד עצמו הוא כסף, אבל יש דין שני של ממון בחפץ שמתייחס לבעל הממון, ורק מחמת התוספת דין הזה שהתורת ממון שייך לבעל החפץ לכן שייך תביעה של בעל הממון על ממונו, ובדין זה כו"ע מודי "דאין לממון אלא מקומו ושעתו", והממון הזה נמדד בשוק כאן אצלינו – ורק להחיל חלויות שתלויות אך ורק בדין ממון עצמי מהני מדי.

מחלק באיסורי הנאה דרבנן בין נזיקין לקידושין.

ועל פי הנ"ל נראה לחדש עוד שיש לחלק באיסורי הנאה דרבנן בין נזיקין לקידושין. הדנה לעיל נתבאר שאיסורי הנאה דרבנן דומה לארי רכיב עלייהו בקידושין ומיקרי ממון ולכן הסקנו שכבר יש לזה דין ממון, וממילא דגם לנזיקין יש לזה דין ממון ולא דומה למים עכורים. אולם כעת נראה לומר שדברי הגרשש"ק דמדמה לארי רכיב עלייהו נאמרו לגבי הדין ממון שדרוש בקדושין ולא לגבי הדין ממון שדרוש בנזיקין ואדרבה – בנזיקין לעולם איסור הנאה דרבנן דומה למים עכורים.

והיינו שבהלכות נזיקין דליכא תביעת ממון על ממון ששוה פרוטה במדי "דאין לממון אלא מקומו ושעתו", והכל נמדד בשוק כאן – דבעינן ממון ושווי אצל האדם, מה"ט נתחדש נמי שמי שיזיק לחבירו בממון כזה של איסורי הנאה דרבנן פטור – דאף שיכולים לקדש בו אשה אבל זה משום שהממון מצד עצמו חשיב כממון אף שהוא אסור מדרבנן, אבל לגבי נזיקין אינו ממון דדומה לממון שאין לו את התנאי של 'מקומו ושעתו', ושוב לא מיקרי ממון לגבי נזיקין.

והסתפקתי בדין ממון שצריכים בד' מינים שיתקיים התנאי של 'לכס' – לחד מ"ד – עיין סוכה [ל"ה], דיתכן דמהני בזה מדי, אכן מאידך אולי לא שייך בזה לדידי שוה לי.

ומעתה א"ש גם לאידך גיסא שמי שיזיק את חבירו להשוות את ממון חבירו להיות איסורי הנאה דרבנן, דיתכן דמיקרי מזיק ממש של הזיק שאינו ניכר, וכבר הבאנו הוכחה לזה מ'מדמע' שהוא איסור מדרבנן ומיקרי מזיק וכמבואר בריש ב"ק, וחזינן דאף דאיסור הנאה דרבנן הוא בגברא ולא בחפצא אבל אי הוי כמצב תמידי לצמיתות שוב חשיב כמים עכורים.

ויתחדש שאין כאן סתירה – דמצד אחד חל קידושין בממון של איסורי הנאה דרבנן וכביאורו של הגרשש"ק שרבנן אינם אלא בגדר ארי רכיב עלייהו והממון מצד עצמו ממשיך להיות ממון לקדש בו אשה, אכן מאידך במי שמדמע ממון חבירו אמרינן שהוא מזיק את הממון הזה, וכבר חשיב כחפץ שבטל ממנו הדין ממון – ומוכרח שלגבי נזיקין אין בו ממון, דאל"כ – כבר ליכא תביעת נזיקין – דכמה ומה ישלם לו אי החפץ עדיין עומד בשוויו.

שוב ראיתי שכבר האריך בזה הגרשש"ק בשערי יושר [ש"א פ"י עמודים ל"ב ל"ג], ויש בזה הרבה פרטים בסוגים השונים של איסורי הנאה דרבנן, ויש גם תוס' בב"ק [ע"ב: ד"ה דאי] שמבואר שם שיש חיוב דו"ה על איסורי הנאה דרבנן, ויש לדון אם מזיק דומה לזה, ועיין בכל זה בגרשש"ק שם, דדחה את הראיה מ'מדמע', אלא שהביא ממנסך, ועיי"ש שמדמה קידושין לנזיקין, ואי הוי ממון לקידושין גם הוי ממון לחייב עליו נזיקין ולא דמי למים עכורים – עיי"ש.

חילוק אחר בין קידושין לנזיקין.

ובשם הגאון הרב ר' דב לנדא שליט"א אמרו שיתכן שאין דין מזיק על איסורי הנאה דרבנן אף דמהני לקידושין, כיון שבמזיק לא סגי במה שהוא מזיק את ממון חבירו אלא שהוא צריך להפסיד את ממון חבירו מחבירו, וכיון שאין לחבירו כלום מממון של איסורי הנאה דרבנן, שוב ליכא בזה חיובא דמזיק.

אלא שהעיר ממי שמקנה ממון לחבירו מעכשיו על תנאי שישבר ויוזק, שמי ששבר לא הזיק את ממונא דראשון כיון שעל כך צד אינו ממונו מלפני כן, וגם לא הזיק לשני כיון שהשני רק יוכל להיות בעלים על הממון בפועל היכא שיהיה במצב של נזק, והרי לא החסירו כלום.

שורש פלוגתת הראשונים אי הוי שבח דגופא או שבח דעלמא מתחיל בזה שלפי האמת יש לשבח ב' הסתכלויות, גם מצד החפץ וגם מצד השוק.

למדנו עכ"פ שיש ב' דינים של יוקר ושווי – שווי בגוף החפץ ושווי בשוק ביחס לבעלים, ונראה פשוט ששורש פלוגתת הראשונים אי יוקר הוי שבח דגופא או שבח דעלמא מתחיל בזה שלפי האמת יש לשבח ב' הסתכלויות, גם מצד החפץ וגם מצד השוק.

ומהאי טעמא מצאנו דפליגי הראשונים האידך מגדירים אותו, והיינו דפשוט שכפל אינו שבח דגופו, ובגזירות וולדות פשוט דהוי שבח דגופו, אכן ביוקר יש באמת ב' צדדים, דמצד אחד אינו לגמרי

ככפל ומאידיך אינו לגמרי כגיזות וולדות – ובזה נחלקו האיך לדונו ולהגדירו כלפי הלכה זו של הקנאה לשומר – וכל זה אחרי מה שהקדמנו שהקנאת הכפל היא תקנה דרבנן.

פרק ד'

ראיות נוספות כל הנ"ל

מדינים מחודשים בקביעת שווי השער בפדיון מעש"ש.

מביא כמה חידושים של קביעת השער הזול לגבי פדיון מעש"ש.

ונראה שעצם יסוד זה שערך ושווי הוא חלק מהגוף החפץ – מוכרח עוד מכמה דינים שמצאנו בפדיון מעש"ש – וכדלהלן:

שנינו במשנה במעש"ש [פרק ד' משנה ב'] ד"פודין מעשר שני בשער הזול", והיינו שיש כמה שערים, שער הזול ושער היוקר וזה תלוי בחנוני ושולחני, ולפעמים יש שער מיוחד בערב שבת שממחרים ומוכרים יותר בזול, וכן בימות החמה – עיין בכל זה בר"ש בשם הירושלמי, וע"ע בדרך אמונה [ביאור ההלכה מעש"ש פרק ד' הלכה י"ח] שגם באמצע השבוע יוכל לפדות כפי הערך הזה, ועיין בירושלמי להלן [שם ה"ד] דילפינן לה להך קולא מקרא וגז"כ דכתיב בה ברכה – ומהתם לומדים שיכול 'לזלזל' בשער של השווי בפירות לגבי פדיון מעש"ש, וזה המקור לדין זה וכן לדין שמערימין להפטר מחומש.

ובתוך הדברים למדנו עוד דבולוקה ממקום יוקר למקום זול או איפכא – אזלינן בתר מקומו ושעתו ולא מה שהיה, אולם יש קולא מיוחדת בדמאי ללכת כפי המקום שהיה זול – כיון שהמעש"ש הזה 'נראה' להפדות כפי השער ההוא, והקולא הזה הוא גם באופן שהשער במקום הראשון כבר לא קיים.

ויתירא מזה למדנו, דגם במקום אחד שקודם היה בזול ושוב התייקר – דעדיין יכול לפדות את הדמאי כפי הזולא של אתמול כיון דנראה להך זולא – וכן נפסק ברמב"ם [מעש"ש פרק ד' הלכה כ"א] וע"ע בדרך אמונה [שם ס"ק קנ"ב].

חידוש נוסף מצאנו להלן במשנה [שם פרק ד' משנה ו'] דבמשך פירות מחבירו וכשבא לשלם התייקר או הזול דהכל בתר זמן הפדיון במעות עצמם, אכן בירושלמי מובא שיטת רשב"ג שחולק והולך בתר זמן המשיכה, וזה אינו להלכה אכן כך שיטתו, ולא ברור האם המשיכה עצמה פודה ולכן אזלינן כפי האתמול או שהכסף של היום מודה אלא שמודדים אתה שווי כפי אתמול, וכבר דנו בזה, ועיין בשערי יושר [שער ו' פרק ט"ז ד"ה ובמסכת] שהכריע כצד השני – והוכיח כן מהראב"ד שבאמת הפדיון הוא על ידי המעות שרק על ידם הוא יכול לפדות את הקדושה וכמפורש בקרא – וצרת הכסף – וליכא פדיון על ידי המשיכה, ואעפ"כ השער שנקבע לפדיון על ידי המעות הוא השער של שעת המשיכה.

מוכרח מכל הנ"ל ששווי וערך ודמים קיימים בתוך החפץ ויש קולות מסוימות האיך מתייחסים לשער מסויים בפרי לפדותו מקדושתו.

ולכא' יש לעיין בכל הדינים הללו – הא זה ודאי דלולי גז"כ דברכה אין לדון כלל בכל כה"ג, אכן כל מה שדנים כאן אינו קולא בעלמא לפדות בפחות, אלא שיש קביעת שער מחודשת כנגד שער מסויים אף שהשער הזה לא קיים עכשיו בנוגע אליו או שכל כולו מהאתמול.

ובמשך פירות מעש"ש שהכל נקבע כהשער של הזמן שהוא משך – גם הכא הביאור שיש שער מחודש שהוא התחייב כפי השער ההוא לשלם על הפירות הללו, ולכן כשהוא משלם יש התייחסות לשער ההוא ולכן מיקרי פדיון, והיינו דתמיד א"א לשלם היום ולהתייחס לשער של אתמול – שהרי היום כבר אין משמעות לשער של אתמול, אכן הכא כיון שהמחייב בתשלומין הוא המשיכה של אתמול – ונמצא שהיום הוא משלם את השווי של אתמול שהרי הוא משך והתחייב אתמול – א"כ משיכה זו גרמה שהתשלומין של היום יתייחס לשווי של אתמול, הלכך ס"ל לרשב"ג דשפיר עבדינן פדיון כפי השער של אתמול.

והנה – אי שווי וערך הוא מציאות שקיימת בשוק – והיינו שהשוק יוצר שווי בזה שמוכנים לשלם והשוק מבטלים שווי בזה שלא מוכנים לשלם, א"כ אין שום הבנה לכל הדינים הללו – הרי כל

ה'שערים' הללו של שווי לא קיימים היום ומה לי מה שהיו פעם קיימים דאיך הפירות הללו נפדים על פי שווי של פעם שלא קיים היום.

אולם אחרי שנתבאר ששווי וערך הוא מציאות שקיימת גוף הפרי עצמו – א"כ כל השערים שקיימים קיימים בפרי עצמו, ובכל השבוע יש שווי של ערב שבת ושווי של ימות החמה, והם סוגים שונים של שערים ומחירים שקיימים וכולם מתייחסים לחפץ, והכא מהני גזה"כ שיש להקל בהם בפדיון מעש"ש.

ולכן אך שער של אתמול שלא יחזור אבל אם הפרי הזה 'נראה לפדיון' בשער כזה, אז גם השער של אתמול מקילין בו עכ"פ בדמאי.

וכן צ"ל במשיכה – והיינו שכיון שהמשיכה של אתמול מחייבת תשלומין בפירות של אתמול, בזה יש דרך להתייחס לשווי ולערך של אתמול שיש בחפץ כיון שהיום השווי והערך של אתמול מחייבו לשלם, ואי נגדיר את הנתינת מעות כנתינה שמתייחסת לשווי של האתמול שבפרי, אז שפיר נוכל לפדות את הפרי מקדושתו בפדיון כזה – כיון שהוא שייך לערך ולשווי של אתמול.

ונוסיף – דכמו שכשדנים על החפץ האם הוא כלפי עצמו שמו ממון וכסף או לא – לגבי קידושין, ובזה אהני לן גם השוק במדי – כמו כן במעש"ש אהני לן גם השוק של אתמול במצבים מסויימים – אחרי הגזה"כ של 'ברכה'.

סימן י"ט

המשכיר פרה והשאלה לאחר,
"קניא במיתה".

פרק א' צורתא דשמעתתא בדין משכיר פרה והשאלה לאחר. < צורתא דשמעתתא: נחלקו רבנן ורבי יוסי אי 'קניא' במיתה או ד'קניא' בשבועה ואומר לו 'דל את ודל שבועתך'. < פלוגתא רבנן ורבי יוסי בדין בעליו עימו, דמוכר תרתי, [1] נחלקו בעיקר חיובא דשואל האם חייב למשכיר או לשוכר, ובריטב"א מבואר דנחלקו אי הוי שומר דבעלים או שומר דשוכר, [2] מבואר דהשוכר 'קני' ליה לתשלומין למפרע. < מבאר דאיכא ב' ספיקות בעיקר גדר הדין 'קניא'. < מהלך נוסף בסוגי בריטב"א. >

פרק ב' בגדר הדין 'קניא' דבזה השוכר קונה תשלומין דשואל ע"י המיתה. < בפלוגתא רעק"א והגר"ח והחזו"א האם דין הקנאה מגז"כ הוא, או הקנאה מאומדנא הוא. < מהלך נוסף בזה מהרש"ש, דדינא דמתניתין רק נתחדש בשוכר, ומביא מקורות מהראשונים שחולקים בחידוש זה, ומבאר את שורש פלוגתא הרש"ש והגר"ח בזה. < נפ"מ לפי דרכו של הגר"ח בספיקת רעק"א באופן שהשוכר פטור מצד בעליו עימו. < מבאר מהו המעשה קנין דשבועה ומיתה, ומוכיח דקונה למפרע משעת המשיכה. >

פרק ג' בישוב סתירת המשניות, ומוכר דכל ה'קניא' חיילא על זכות ההפקדה < מביא את קושי' הפנ"י בסתירת המשניות. < ישוב של הפנ"י, וחיידוש דין דרבנן מודי לרבי יוסי באופן שנגב באונס. < דרכו של רעק"א בזה, דמחלק בין תשלומי גנב לתשלומי שומרים בעצם יסוד דינא אי דינא להעמיד את הפקדון והגזילה, ומעיר בזה. < הקדמה - יסוד גדול מהגרש"ק - זכות ההפקדה היא המחייבת את התשלומין של שומר, וזה לא תלוי בבעל הממון, ודלא ככל חיובי ממון של מזיק וגזול ומלוה. < ביאורם של האחרונים בדין "קני" לרבנן, דקני ליה לזכות ההפקדה, וזכות ההפקדה היא המחייבת תשלומין ולא תלוי בבעל הממון, ומיושב קושי' הפנ"י, דהתם תלוי אך ורק בבעל הממון. < מוסיף בזה ב' סברות למה הוא רק זוכה בה לענין ההפקדה, ולא לשאר הדינים. < מביא נפ"מ לדינא בין הדרכים הנ"ל בישוב קושי' הפנ"י, דנפ"מ במזיק ונפ"מ בשומר אבידה. < פלא גדול - סתירת הסוגיות, סברת 'בעליו עימו' וסברת 'דל את ודל שבועתך'. >

פרק ד' שני הערות בתוס' א' ביאור ב'אין לפרש" בתוס', ב' ביאור בדברי התוס' שאשה חייבת מדין שוכר, וביאור דין המשנה באופן ששניהם חייבים, דהכא כו"ע מודי שהשוכר גובה מהשואל. < ביאור ה"אין לפרש" בתוס', והוכחה מכאן לדרכם של האחרונים בדין "קניא", דמוכר דרך קונה את הזכות הפקדה ולא את עצם הממון. < מבאר דגם רבנן דחולקים על רבי יוסי מודי דעיקר הגדר בתשלומי שומרים הוא שדמי פקדון כפקדון עצמו. < בישוב קושי' המהרש"א בדברי התוס' ד"אשה חייבת כדין שוכר", ומביא שיטות הראשונים שכשניהם חייבים, דשיטת התוס' והרא"ש דאז לכו"ע שואל שומר דשוכר הוא. < י"ז > מבאר שכשניהם חייבים, דאז פשיטא לכו"ע דשואל שומר דשוכר הוא, וזה גם בלי לבא לדין "קניא", דשומר יכול להעמיד שומר על ההפסדים של עצמו בפקדון.

פרק א'

צורתא דשמעתתא

בדין משכיר פרה והשאלה לאחר.

צורתא דשמעתתא: נחלקו רבנן ורבי יוסי אי 'קניא' במיתה או ד'קניא' בשבועה ואומר לו 'דל את ודל שבועתך'.

לפום ריהטא היה נראה דסברת רבנן במשנה היא הסברא הפשוטה, והיינו, שיש באמת ב' נידונים, חדא בין המשכיר לשוכר, וחדא בין השוכר לשואל, והנך שני נדונים לא שייכי אהדדי, וע"ז בא ר"י בטענה חדשה "דכיצד הלה עושה סחורה", ולכן זוכה המשכיר בתשלומין הללו אף דכל הדו"ד עם השואל שייך רק לשוכר, שהרי רק הוא דן איתו והוא העמידו שומר, כן היה נראה בפשיטות.

אולם מהסוגי' מבואר איפכא, דמבואר בסוגי' דדנו האם "קני" ע"י השבועה או ד"קני" ע"י המיתה, ומבואר דלרבנן השוכר זוכה בהנך תשלומין רק אחרי "דקני" מהמשכיר, ורק נחלקו איך "קני" [אי במיתה אי בשבועה], ולמדנו מזה דלכו"ע הסברא הפשוטה היא שיש דו"ד בין המשכיר לשואל, וכל מה דסברי רבנן דהשוכר זוכה הוא משום "דקני".

עוד מבואר כן בגמ' דאמרינן, דהמשכיר אומר לשוכר 'דל את ודל שבועתך', ואז הוא עושה דין בהדי השואל, ומבואר שיש דו"ד בין המשכיר לשואל, וע"כ מוכרח דלולי סברת "קני" באמת דין השואל עם המשכיר לכו"ע, וזו הסברא הפשוטה.

ובעיקר האי סברא, דלולי הך דין "קני" היה דין השואל עם המשכיר, הרי לכא' צריכים להבין דאיך שייכי אהדדי, וצריכים לומר שכיון שהוא בעל הממון ובעל החפץ, א"כ הרי ממילא שומר ידיה הוא, ושפיר דן עימו, ולזה בעי דין "קני", והיינו דע"כ דאף שהשוכר העמידו כשומר

דידיה, אכן כיון דאין לו זכויות בחפץ שוב לא נהיה לשומר דידיה, רק לשומר דבעל הפקדון, ושפיר דן עימו, ורק בסברת "קני" הוא דקני ליה לחפץ ושפיר ממנה שומר, ודו"ק.

ולמדנו מכל זה, דסברת ר"י ד'כיצד הלה עושה סחורה' לא בא לחדש שיש שייכות בין המשכיר לשואל, דלכו"ע יש ביניהם דו"ד, רק דלרבנן נתחדש הלכה של "קני", ומה"ט השוכר זוכה בממונא דשואל, וע"כ דסברא ד'כיצד הלה עושה סחורה' רק בא לאפוקי מסברת "קני", דלא קני ע"י שבועה או מיתה.

אולם תוס' הוסיפו לנו עוד פרט בחידוש זה, והיינו דכל פלוגתת רבנן ורבי יוסי הוא במה קני השוכר, דקני ע"י שבועה, הלכך שפיר קאמר ליה 'דל אנת ודל שבועתך', ונמצא ממש כסברת רבי אידי, והיינו דסברת רב אידי בקושי' על רבנן היא היא סברת רבי יוסי, הרי לנו דגם רבי יוסי וגם רבנן מודי בעיקר הדברים, ורק פליגי בסברא צדדית לגבי פטור שומרים, האם נפטרו במיתה עצמה או בשבועה.

ונתחדש בזה דבתרי גווי מודי רבי יוסי לרבנן:

א] כתבו התוס' דפשיטא דבגוונא שהמשכיר ראה את המיתה דבכה"ג מודי רבי יוסי לרבנן דשפיר קנה במיתה.

ב] כתב רעק"א ריש פירקין [תוד"ה המפקיד] דבגוונא דכבר נשבע השוכר, ושוב נודע לו שהיה שואל, דאז פשיטא דמודי רבי יוסי לרבנן דקנה דכבר נפטר.

ומהלך זו תמוה מאד מתרי טעמי:

א] מה זה שייך לדברי רבי יוסי שטוען כיצד הלה עושה סחורה, הא רבי יוסי עצמו מודה דמשכחת לה גווי דשפיר עושה סחורה בפרתו של חבירו.

ב] למה רב אידי לא אמר "בשלמא לרבי יוסי שפיר אמרינן ליה דל אנת ודל שבועתך אבל לרבנן קשה", הא מדלא קאמר כן משמע דכל כוונת רבי אידי הוא דגם לרבנן דרבי יוסי איכא סיבה לפטור, ולא שזה עצמו טעמא דרבי יוסי, ולהלן [סימן כ פרק ב] יישבנו את הדברים.

וע"ע להלן [סימן כ"א] דהבאנו שתי דרכים נוספים בביאור שיטת רבי יוסי, ולדידהו ליתא לכל הנך נפ"מ, ולדידהו רבי יוסי לא מודה לרבנן כלל, דרבי יוסי חידש דשוכר קעביד שליחותא דמשכיר בהשאלה, עיי"ש בשיטת הרא"ש, וממילא דהפקדה דמשכיר הוא, הלכך שפיר משלמים לו את דמי הפרה ובעזה"ת שיטתו יבואר להלן [סימן כ"א] ושיטת רש"י היא שיטה שלישית וכדיבואר [סימן כ"א].

פלוגתת רבנן ורבי יוסי בדין בעליו עימו, דמוכרח תרתי, 1] נחלקו בעיקר חיובא דשואל האם חייב למשכיר או לשוכר, ובריטב"א מבואר דנחלקו אי הוי שומר דבעלים או שומר דשוכר, 2] מבואר דהשוכר 'קני' ליה לתשלומין למפרע.

התוס' בסוגיין דנו בביאור סברת רבי יוסי ומתחילה סברו שהמהלך פשוט דאומר לו פרתי גבך ושוב הביאו פלוגתא נוספת בין רבי יוסי לרבנן להוכיח שאינו כן - דמבואר להלן [צ"ו] דנחלקו רבי יוסי ורבנן מי פוטר את השואל מדין בעליו עימו, דלרבי יוסי דהתשלומין למשכיר, א"כ בעינן משכיר במלאכתו של שואל, ולרבנן דהתשלומין לשוכר בעינן שוכר במלאכתו.

ובשו"ט כאן בתוס' דנים בנקודה יסודית בעיקר פלוגתתם, והיינו האם נחלקו בעיקר המחייב או דנחלקו בתשלומין בפועל והצדדים הם כך:

כך, דמתחילה סברו דלעולם מודי רבי יוסי לרבנן ד'עיקר החיוב' תשלומין הוא לשוכר, אלא דאחרי התשלום יש דין נוסף שחידש רבי יוסי לומר שהבעלים זוכים מהשוכר, והביאור בזה - דסברת רבי יוסי דתשלומין דשומרים דיינינן ליה כגוף הפרה עצמה, וממילא כמו שאם הפרה עצמה היתה חוזרת דאז ודאי שזה הולך למשכיר - כמו כן אמרינן הכא דהדרא התשלומין למשכיר דדינו כגוף הפרה - אבל סיבת התשלומין וסיבת המחייב עדיין מתייחסת לשוכר - ומשכיר משוכר קזכי.

ותוס' הוכיחו דאינו כן – והיינו דמוכרח דפליגי רבי יוסי ורבנן בעיקר חיובא דשואל האם 'עיקר חיובו' לשוכר או 'עיקר חיובו' למשכיר, ולא דפליגי בתשלומין בפועל – וראיה לזה דאי פליגי בתשלומין עצמו – א"כ איך פליגי בהלכות 'בעליו עימו', שהרי בעליו עימו מיתלי תלי בעיקר השמירה – דתלוי במפקיד ולא במי שזוכה בפועל בתשלומין, ואי כו"ע מודי דעיקר חיובא דשואל הוא לשוכר – והשוכר הוא המפקיד אלא דמשכיה מיניה קזכי – א"כ כו"ע יודו דהדין בעליו עימו נמדד כלפי השוכר ולמה פליגי רבי יוסי ורבנן בדין זה – ומדנחלקו בזה מוכרח דע"כ דפליגי בעיקר חיובא ומי נקרא המפקיד בהפקדה זו – הבעלים או השוכר, ונפ"מ לבעליו עימו ונפ"מ גם לזכייה בתשלומין.

למדנו חידוש בגדר "קניא" – והיינו דע"י הדין 'קניא' במיתה [שזה מהזכויות של השומר, וכדיבואר מהגר"ח] נתחדש דעיקר חיוב התשלומין שייכא לשוכר עד כדי כך שהוא המפקיד, ולר"י שאומר לו דל אנת ודל שבועתך, הרי לדידיה ליכא דין קניא, וממילא דעיקר חיוב התשלומין שייכא למשכיר והוא המפקיד.

וכן מתבאר מלשון הריטב"א הח' [ד"ה והשואל משלם וכן בד"ה לימא ליה] שחידש מכח הסוגי' [צ"ו], דאי חזינן דדין בעליו עימו תלוי בפלוגתא ר"י ורבנן א"כ כבר מוכרח דנחלקו אי הוי שומר של הבעלים או שומר של השוכר, והיינו דנקט שהדין בעליו עימו לא תלוי בזה שעיקר החיוב תשלומין הוא כלפיו, אלא דתלוי בעיקר החלות שומר – למי הוי שומר, ודו"ק ומוכרח דבזה פליגי רבי יוסי ורבנן.

וכן משמע ברא"ש [צ"ו] שכתב בדעת רבי יוסי דטעמא דפטור דבעליו עימו נקבע כלפי המשכיר, הוא משום "דכמאן דשאל מינייהו דמי", הרי דשומר ידיה הוא, ומה"ט הוא הפוטר בבעליו עימו, וזה באמת לשיטתו דסובר דטעמא דר"י מצד שליחות אתינן עלה.

ועיין להלן [סימן כ' פרק ב' בהערה] שהבאנו מהגר"נ פרצוביץ לדון בשיטת התוס' דאולי הדין בעליו עימו לא תלוי בדין מפקיד אלא במי שחייבים לו.

ויש כאן תוספת דברים, והיינו שיש להוכיח מסוגי' להלן [צ"ו] לגבי בעליו עימו דע"כ כל הקני הוא 'למפרע' מתחילת ההשכרה, והיינו כך:

הרי כפשוטו צריכים לומר דלשיטת רבנן דהשוכר קני לתשלומי השואל, הרי לכאורה קני הוא מכאן ולהבא משעת המיתה ומשעת השבועה, וקשה דא"כ עד המיתה גם רבנן מודי לרבי יוסי דהתשלומין שייכי למשכיר, ורק אח"כ במיתה הוא דקני, וקשה דדין בעליו עימו לא נמדד בשעת המיתה אלא דבעינן עימו במלאכתו בשעת ההפקדה וההשכרה, ואי קני ליה המשכיר רק אחרי ההפקדה א"כ לא מהני מה שהוא היה במלאכתו בשעת ההפקדה, ומכאן מוכרח דקני לרבנן למפרע משעת ההפקדה, ודו"ק, כן הוכיח הרש"ש.

והיינו דמוכרח דקונה למפרע על כך צד שיהיה פטור דמיתה ושבועה, דמשיכה ראשונה קונה לו על כך צד, וקנה מתחילת ההפקדה למפרע, וז"ל הריטב"א [בד"ה לימא ליה] "דקיי"ל דלרבנן משעת מיתה קני' שוכר, ולא דוקא משעת מיתה אלא משעת משיכה זכה בה, ולפי שהוא נפטר במיתה ונתחייב לו שואל, נקטינן משעת מיתה", ומפורש כנ"ל.

מבאר דאיכא ב' ספיקות בעיקר גדר הדין 'קניא'.

והנה, נתבאר הכא דהדין 'קניא' הוא דקני ליה השוכר לתשלומין של השואל, ויש לחקור:

א] איזה סוג דין נאמר הכא, האם זה הקנאה של התורה מגז"כ או שזה דין הקנאה מאומדנא.

ב] עוד צריכים להבין האם נתחדש הכא הקנאה בפרה למפרע לענין התשלומין, או לענין כל ההפקדה דנעשה השואל לשומר של המשכיר ע"י הדין 'קניא', ולהלן [פרק ב'] יבוארו הגדרים בזה.

מהלך נוסף בסוגי' בריטב"א.

ואגב יש להעיר דבעיקר הסוגי' איכא ב' דרכים, ע' בזה בריטב"א בריש סוגיין, ובתירוץ השני מבואר דאתינן עלה מצד שואל שלא מדעת, וע' חו"ש מרן הגרב"ד, ולדרך זו משתנה כל הסוגי', דנמצא דמה דפשיטא לן דכל הדין קניא הוא כדי לזכות בתשלומין להיות שומר שלו, דכל זה אינו

פשוט, דיתכן דגם בלי הך קניא שהרי הוא שומר שלו, ודין קניא נצרכת לסילוק תביעת הבעלים מדין שואל שלא מדעת, עיי"ש, והארכנו בזה בהערה ¹²².

¹²² דהנה, ה' הראשונים, דהאיך המשכיר הוא בע"ד לתבוע את השואל ולומר דל אנת ודל שבועתך ואנא אשתעי' דינא בהדי' דשואל, הרי להלן [צ"ו] מבואר דלאו שומר ידיה הוא, רק שומר דשוכר, ואיך המשכיר תובע את השואל.

ותי' הריטב"א ב' תירוצים, בתחילה יישב הריטב"א דסוגי' דהתם הוא רק למסקנה דהכא דס"ל לרבנן דבמיתה קניא, והביאור, דכל הך דין קני' כאן הוא רק על הצד שנפטר משמירתו, ועיי"ה הך קני' הוא דנעשה שומר ידיה, הילכך בקושי' הגמ' שתמיד חייב עד שישבע, ויכול להשאירו בחיובו ע"י טענת "דל אנת ודל שבועתך", שוב ממילא ליכא קני', ושוב אינו שומר דשוכר, ודלא כסוגי' להלן [צ"ו], ושוב יכול הבעלים לתובעו.

אכן אכתי יש לעיין, דסו"ס, הרי זה רק סיבה שאינו שומר דשוכר, דלא קניא, אבל אכתי קשה דלמה נעשה הבעלים לתובע בזה שהשוכר אינו תובע, וצ"ל דכו"ע מודי לסברת ר"י דיש כאן שליחות, או דכיון דהפקדון שייכא לבעל הפקדון שוב ממילא שכל שומר נעשה לשומר של בעל החפץ, [ובברכ"ש [כ"ח - ג'] למד בזה באופ"א, דצ"ל להך תירוצך, דכמו בגזל ובאחר ואכלו רמ"ג רמ"ג, כמו"כ בשומר שמסר לשומר, רק דתמיד איכא קני' לשומר א' כשהוא פטור, ושומר ידיה והוא תובע, ובקושי' שאינו שומר ידיה שפיר תובע].

והתירוצ' השני בריטב"א בשם התוס' הוא, דהכא תובע הבעה"ב מדין שואל שלא מדעת, וע' בחו"ש מרן הגר"ד דאינו ממש שואל שלא מדעת שהוא גזלן, רק שהוא שואל, והוא פטור במתה מחמת מלאכה, ועיי"ש עוד שהביא שבכל שואל איכא נמי חיובא דשואל שלא מדעת שהוא חיוב שנולד מעצם התביעה ד'השתמשות בפרת', הגם שאינו שומר כאיך שומרים, שלא היה קבלת שמירה.

והיינו דלדרך זו צ"ל דלעולם היה פשוט דשואל שומר דשוכר הוא לרבנן, וכמסקנה דלהלן [צ"ו], וכל השו"ט בסוגי' כאן אינו האיך נהיה שומר דשוכר, רק השו"ט הוא, שגם אחרי ששומר ידיה הוא, סו"ס אינו יכול לתבוע, דבעלים תובע מדין שואל שלא מדעת, וע"ז צריכים לבא לדין "קניא", והיינו שהוא יתבע ולא הבעלים.

אולם יש לעיין, דאי שומר דשוכר הוא, אף שיש לבעלים טענה דנשתמשת בפרתו, אכן גם לשוכר יש טענה דשומר ידיה הוא ולמה לא יתבע השומר ומאי אולמי' האי מהאי, ולמה פשיטא דא"ל הבעלים דל אנת ואני אתבע, הרי יאמר לו השוכר שאני אתבע כיון שהוא שומר שלי, וכשתתבע אותי אני אשבע.

וצ"ל שהכוונה כאן הוא, דאף דאיכא יסוד בשומרים שמשלמים למפקיד, אכן בשואל איכא דין מיוחד של כל הנאה שלו, והיינו דהכא החיוב תשלומין הוא למי שלקחת ממנו את הנאה, וזהו דינא דשואל שלא מדעת שנתחדש הכא שיש לו דין שואל, הילכך בזה אלימא בעלים משוכר, דהכא הכל נמדד כלפי בעל החפץ.

ומעתה א"ש קושי' רב אידי, דאף דפשיטא דשומר ידיה דשוכר הוא, אכן בשואל הדין תשלומין הוא כלפי חיובא ד"כל הנאה שלו", וזה כלפי הבעלים, וע"ז צריכים 'קניא' עד שיפטר להוציא את הבעלים מתביעתו, ושפיר תובעו הבעלים ואומר דל אנת ודל שבועתך, ותי' הגמ' שהוא באמת פטור כבר במיתה, וכבר ליתא לטענת הבעלים.

הרי דאיכא כמה נפ"מ בין שני הדרכים בגמ', לדרך הראשונה צ"ל דהשו"ט בסוגי' הוא בעיקר הדין של רבנן, דלמה נהיה שומר שלו, והך נידון הוא בין בש"ח שמסר לש"ש ונגנבה, ובין בשוכר ושואל, אכן לדרך השניה השו"ט בסוגי' הוא רק לגבי שוכר ושואל.

ועוד, הרי לדרך הראשונה הך דין "קניא" בסוגי' הוא רק לענין זה שהוא יכול להעמיד שומר, ולולי זאת א"י להעמיד שומר כלל, ואז ליכא פטור בעליו עימו כלפיו, רק כלפי הבעלים, אכן לדרך השניה, מה שהוא שומר ידיה הוא מילתא דפשיטא, שהרי הוא העמידו אותו כשומר, ואין סיבה שלא יהיה שומר ידיה.

ועומק החילוק בזה, דלדרך הראשונה תמיד יש שליחות, והמינוי שומר תמיד מתיחס לבעלים, לא כן לדרך השניה, דאז המינוי הוא מינוי ידיה והחיובים הם אליו, ור"י חולק דחידש שליחות.

לדרך הראשונה לא שנא שואל מכל שומרים, דהחיוב תשלומין הוא תמיד למפקיד, ולדרך השניה נתחדש דהחיוב תשלומין בשואל הוא לזה שכל הנאה שלו, ודו"ק.

[ובעיקר הסברא דשואל שלא מדעת, דתובעו ש'השתמשות בפרת', ויש לעיין בזה, דהכא בסוגי' יש לתמוה, דלכא' לא שייך, שהרי זכות ההשתמשות בפרה שייך לשוכר, והשתמשות ידיה הוא, וע"כ צ"ל דאין הכוונה ממש לשואל שלא מדעת, רק ליסוד של "כל הנאה שלו" וזה שייך לגוף עצמו ודו"ק].

עוד נפ"מ בין ב' הדרכים, הרי הבאנו לעיל את הוכחת הרש"ש דהקנין הוא למפרע דאל"כ לא יחול דין בעליו עימו מתחילת ההפקדה, וע"כ דמיתה קניא למפרע מהתחלה, והיינו דבשעת משיכה קני' על הצד שיהיה פטור אח"כ, ועל הצד שיהיה חיוב אח"כ לא קני', וכן מבואר בריטב"א דקניא במשיכה, אולם נראה דכל זה לפי דרך הראשונה, דלדרך השניה בריטב"א דרק קני' לענין סילוק תביעת המפקיד מדין שואל שלא מדעת, אבל מה שהוא שומר ידיה הוא מילתא דפשיטא, ולזה א"צ קני' כלל, ונראה דלפי"ז א"צ שיקנה למפרע כלל, ובאמת דכן מדוייק בריטב"א הח', שרק כתב 'משיכה' בדרך הראשונה, וראיתי בברכ"ש [שם] שכבר עמד בזה עיי"ש.

ונראה עוד, דכל מה שהקשה הרש"ש דאיך שייך קנין בפרה אחרי מיתתה, כל זה רק לדרך הראשונה הוא קונה לענין העמדת שומרים, אכן לדרך השניה אינו כן, שהרי בלאו הכי שומר ידיה הוא, ושפיר זוכה בתשלומין, וכל מה דבעינן קני' אינו קנין בפרה, רק זכות של השומר לסלק תביעת הבעלים, והך זכות חיילא בשעת פטורו ממילא, וא"צ לזה מעשה קנין כלל, וא"צ שגוף הפרה יהיה קיים.

וע"ע להלן [פרק ד] במה דהערנו בשיטת התוס', ושם בהערה יישבנו עפ"י דרכו של הריטב"א כאן.

פרק ב'

בגדר הדין 'קניא'

דבזה השוכר קונה תשלומין דשואל ע"י המיתה.

בפלוגת רעק"א והגר"ח והחזו"א האם דין הקנאה מגזה"כ הוא, או הקנאה מאומדנא הוא.

בגוף הדין "קניא", דהשוכר קני ליה לעיקר החיוב תשלומין של השואל, ונתבאר דקני ליה למפרע משעת ההפקדה, ויש להסתפק אי מדינא קני ליה או דמסברא הוא, והיינו דקני ליה ע"י אומדנא דמקנה ליה בשעת ההפקדה, ויש בזה ג' דרכים באחרונים.

דהנה, יעויין בחזו"א [חו"מ סי' ח' ס"ק ה'] דנקט דמזה שאמרו להלן [ל"ז] דר' יוסי חולק אף בראשונה, והיינו מתני' דריש פירקין, "דמבואר דב' המשניות בני ביקתא נינהו", ולמד מכאן זה דשני המשניות הם סוג אחד של הקנאה, והיינו דכמו דמפורש במשנה ראשונה דמדין אומדנא ו"נעשה כאומר לו" אתינן עלה, כמו כן במשנה השניה הגדר כן, והיינו דאיכא הכא הקנאת הבעלים ע"י "אומדנא", והכא לק"מ מדבשלכ"ל, דעבידי דאתי, עכתו"ד, והוסיף החזו"א דהכא ע"כ איכא אומדנא אחרת, שהרי כאן הוא נשבע ולא שילם, וע"כ דהכא מדיני השימוש של שוכר הוא, שנותן לו הנך זכויות ג"כ¹²³.

אולם מעצם הסוגי' דלא דנו כלל מהו האומדנא ומהו "הנעשה כאומר לו", וכמו שדנו בריש פירקין, ולא דנו מצד הקנאת דבר שלא בא לעולם, מכל זה היה משמע דהכא דין תורה והקנאת התורה היא, ואינו מדין אומדנא והקנאה דבעלים, וכן משמע מלשון רעק"א [במשנה] "דהתורה לא הקנה לו אא"כ וכו'", ומבואר שזה הקנאת התורה.

ובדרך זו של רעק"א הלך גם הגר"ח, דהקשה הגר"ח דמהיכי תיתי שהתורה תקנה לו הך תשלומין, ומה יש לו בפקדון שמחמתו הוא יזכה בו, וע"ז אמר הגר"ח [חו"ש מרן הגר"ד ריש סי' מ"ט] דמהכא מוכרח ששומר אינו 'חיובים' גרידא, רק דאית ביה נמי זכויות ג"כ, והיינו שזה "ברשותו" לשמירה, וזה כנתבאר בריש פירקין [סימן א'] מהברכ"ש בשם הגר"ז, והבאנו לזה כמה וכמה ראיות, עיי"ש, ומהכא ראייה ברורה לעיקר יסוד זה, והכא בסוגיין נתחדש דחלק מהזכויות של השומר הוא שכשהוא נפטר מחיובא דשומרים, דאז הוא זוכה בתשלומין של החפץ, הלכך השואל משלם לו, [ומבואר נמי שזוכה בזה מתחילת ההפקדה למפרע, וכנתבאר].

ולהלן בסוגי' דשומר שמסר לשומר [סי' כ"ג פרק ד'] נתבאר דכל דינא ד"קניא" שייכא לזכויות של שומר, וזה עומק קושי' הראשונים דלרב דהראשון מסתלק כשהוא מעמיד את השני דשוב ליכא זכויות והאיך מתיחסת ההפקדה אליו, וכל זה דלא כהחזו"א דלדידיה הקנאה בעלמא היא וא"צ לזה זכויות של שומר, ודו"ק.

מהלך נוסף בזה מהרש"ש, דדינא דמתניתין רק נתחדש בשוכר, ומביא מקורות מהראשונים שחולקים בחידוש זה, ומבאר את שורש פלוגת הרש"ש והגר"ח בזה.

אולם יעויין ברש"ש שלמד בזה בדרך שלישית, דיצא לחדש דמתני' רק מיירי בשוכר, ולא בשאר שומרים שהרי שכירות ליומי' ממכר הוא, אולם דבריו הם בהדי' דלא כתוס' ב"ק [י"א:] שמביא דין זה בשו"ח, וכ"ה ברש"י ותוס' להלן [מ"ב:], וכן מדויק במאירי [ב"ק שם] שכתב דדוקא בשוכר שמסר לשואל ולא בשומר חנם שמסר לשואל דאז חייב מצד שליחות יד, ומדויק דשומר חנם שמסר לשומר שגר דשפיר זוכה בתשלומין, וכל זה דלא כהרש"ש.

אולם עומק סברת הרש"ש הוא בנקודה זו, שמצד א' הרש"ש לא הבין כהחזו"א שיש כאן הקנאה מאומדנא, והוקשה לו דאיך נעשה הקנין, הא ליכא שום הקנאה, וע"כ שזה נכלל בתוך הזכויות של השוכר להשתמש, דדינו כממכר, ובזה הוא קונה את כל הפרה כולל הך זכות תשלומין של השואל.

¹²³ ויש לעיין, דנחלקו בגמ' אי איכא סברא דאין רצוני שיהיה פקדונו ביד אחר, ולמ"ד דאין רצוני ע"כ דמיירי בגוונא מסוימת "שא"ל לדעתך", והיינו דאין אומדנא שהוא מקנה לו שימוש של הפקדה לאחר, אלא דאחרי שהוא נותן לו רשות אז איכא אומדנא שהוא נותן לו זכות בגוף התשלומין עצמן.

ומצד שני הרש"ש לא הבין את עיקר יסודו של הגר"ח שיש זכויות לשומר, ורק בשוכר איכא זכות שימוש, ואז שייך לכלול זכות זה בהדי' זכויותיו של השוכר.

והיינו כך: דבאמת בשוכר איכא תרתי, א' [זכות השתמשות כשואל, ב'] דיני שומר שזה חיובים של תשלומין ושבועה והעמדת החפץ, והנך תרי דינים לא שייכי אהדדי, שהרי בשו"ח ובשו"ש איכא דיני שומרים בלי הזכות השתמשות, והזכות השתמשות הוא דין אחר לגמרי, והגר"ח חידש דגם בדין השני נאמר זכויות והחזקה בתורת שומר.

ובזה נחלקו הגר"ח והרש"ש, דהגר"ח נקט דהדין "קני" שייך לדין שני, שזה חלק מהזכויות של שומר, וממילא שזה שייך בכל השומרים, וכמבואר בתוס' בב"ק, ולרש"ש זה שייך לדין הראשון, וזה רק בשוכר.

ולכא' מוכרח דשייך לדיני שומר וכהגר"ח, דרק קונה על הצד שפטור בדיני שומר, ומשמע דשייך לדיני שמירה דידה, ולא לזכות השתמשות דידה, שהרי בזכות השתמשות אין נפ"מ אי נפטור מחיובי שומרים, ומהכא משמע שזה מיתלי תלי בדיני שומרים, וע"כ שזה מהזכויות של שומרים, ודו"ק.

נפ"מ לפי דרכו של הגר"ח בספיקת רעק"א באופן שהשוכר פטור מצד בעליו עימו.

ולפי"ז ביאר הגרב"ד, דלכא', כשהראשון פטור מצד בעליו עמו, די"ל דזוכה בתשלומין של השני לרבנן דר"י, דמ"ש פטור שוכר באונסים מפטור בעליו עימו, אכן לפי הנ"ל י"ל דבכה"ג אין לו דין שומר, ודלא כשוכר כלפי אונסים שהוא שומר רק שפטור, דהכא בבעליו עימו אינו שומר, ושוב אין לו זכויות בדין "קני", והביא מרעק"א [ל"ה: בד"ה משעת מיתה] שהסתפק בזה.

[והצד דמהני, היינו דאמרינן דאינו שומר רק לענין התשלומין, אבל י"ל דאכתי אית ליה זכויות, אכן ע' יונת אלם שהוכיח שאין זה ספיקת רעק"א].

מבאר מהו המעשה קנין דשבועה ומיתה, ומוכיח דקונה למפרע משעת המשיכה.

והנה, אכתי יש לעיין דאיך קונה ומתי קונה, וכפשוטו נראה דפליגי ר' אידי בר אבין ואבבי אי קונה בשבועה או מיתה, ולתרוייהו הוא קונה על הצד שהוא "פטור" ונחלקו מתי נפטור, והק' על זה הרש"ש ג' קושיות, א' [שבועה ומיתה אינם מעשה קנין, ב'] איך קונה אחרי שהחפץ איננו, וכלפי הנך ב' שאילות היה אפ"ל עפ"י דרכו של הגר"ח דמהזכויות של השומר ומדיני ה'רשות שומר' הוא דבאופן שהוא נפטור מחיובי שמירתו, דאז זכויותיו בחפץ מקנים לו את הפקדון ואת תשלומי הפקדון, וא"צ מעשה קנין חדש וא"צ חפץ בעין, ודו"ק, ועפ"י דרכו של הרש"ש נמי מיושב, דזה מתנאי הקנין של שכירות, שהוא קונה לגמרי על הצד שיפטור.

וכבר הבאנו מהרש"ש שהוכיח עוד, דמוכרח שאין הקנין במיתה ושבועה עצמה, דהתוס' הוכיחו מלהלן [צ"ו] דנחלקו רבנן ור' יוסי בדין בעליו עימו, ומזה הוכיח דע"כ דמתחילת ההפקדה אצל השואל כבר נחלקו רבנן ור' יוסי, ואי "קני" לרבנן רק אח"כ במיתה, א"כ בשעת ההפקדה לא פליג על ר' יוסי, ומוכרח מזה דקונה למפרע על הך צד שיהיה פטור דמיתה ושבועה, דמשיכה ראשונה קונה לו על הך צד, וכבר הבאנו כן מהריטב"א [בד"ה לימא ליה].

פרק ג'

בישוב סתירת המשניות,

ומוכרח דכל ה'קניא' חיילא על זכות ההפקדה

מביא את קושי' הפנ"י בסתירת המשניות.

הקשה הפנ"י, דבריש פירקין אמרינן דבנשבע ולא שילם דלא זכה בתשלומי כפל ודו"ה, והכא בנשבע זכה בתשלומי השואל, ומ"ש, ומתני' סתרי אהדדי, ואין לחלק דהכא בשוכר, וכסברת הרש"ש, דגם בשוכר כתוב בברייתא דרק קני בהריני משלם, ועומק הך שאלה הוא, דאי למדנו הכא במשנה של שוכר, שיש זכויות מיוחדות של שומר לקנות את התשלומין של הפרה, א"כ ע"י הנך זכויות הוא צריך לקנות גם את התשלומין דכפל של הגנב, דמאי שנא תשלומי שואל מתשלומי גנב, ולמה הוא רק מקנה את הפרה לכפילא ע"י אומדנא באופן ששילם, הא תיפוק ליה דבלי שום הקנאת הכפל צריך להיות שלו.

בישוב קושי' זו נאמרו ג' דרכים – ושורש החילוק ביניהם עומד בעיקר הגדר של 'קניא' – ובדרך השלישית נפתח פתח חדש בעיקר הגדר ב'קניא' – ולמדנו שזו הלכתא דווקא בשומרים.

ישוב של הפנ"י, וחידוש דין דרבנן מודי לרבי יוסי באופן שנגנב באונס.

הדרך הראשונה בזה – היא דרכו של הפנ"י – ונתחדש שביסוד הדברים שפיר שייך הלכה זו גם שם, אלא דשאני נגנבה ממתה, דבגניבה הרי הפקדון בעולם ושם בעליו עליו, וע"ז לא נתחדש דין "קני", ובמתני' דידן מיירי במתה דאין שם בעלים עליו, והכא הוא קונה למפרע את הפרה להיות תשלומין ידיה, דרק בכה"ג נתחדש דין "קני".

לדבריו נתחדש חידוש דין, דבשוכר פרה והשאלה לאחר ונגנבה באונס באופן שהשוכר פטור, דבכה"ג מודי רבנן לר' יוסי, וחידוש דין זה הוא נגד התוס' בב"ק [י"א], דמפורש שם דגם בכה"ג פליגי ר"י ורבנן, ודו"ק, וגם עצם סברתו צ"ב, דממילא הוא קונה את הזכויות בפרה בזמן למפרע בזמן שהפרה היתה עדיין קיימת, וכדהוכיח הרש"ש מהסוגי' להלן [צ"ו], וצ"ע.

והנה, במשנה הראשונה מיירי גם בטבח, ולמה לא נימא דעכשיו אין שמו עליו ושפיר יקנה דו"ה, ולכא' זה סתירה לפנ"י, וצ"ל דדוקא כשנפטר השומר ע"י מעשה שאין שמו עליו, אז הוא דקנה, שהרי קונה בזה שהוא נפטר, אבל אם נפטר ע"י גניבה, דאכתי שמו עליו, ושוב טבח, הרי הך מיתה דטביחה לא שייך לפטור השומר ואין כאן במיתה סיבה לקני', ופשוט.

דרכו של רעק"א בזה, דמחלק בין תשלומי גנב לתשלומי שומרים בעצם יסוד דינם אי דינם להעמיד את הפקדון והגזילה, ומעיר בזה.

הדרך השניה בזה היא דרכו של רעק"א – ועיין היטב בדברי רעק"א ריש פירקין [בתוד"ה המפקיד] – [ותירץ בב' אופנים, ועיין בהערה ¹²⁴ שהבאנו את הדרך הראשונה בזה, ובדברינו כאן נתעסק בתירוץ השני].

בדברי רעק"א מתבאר דחלוקין תשלומי שומרים מתשלומי גנב בעיקר יסוד דינם, וז"ל "היינו לגבי התשלומין דהש"ש שהוא בא על אבידת החפץ מהבעלים, בזה אנו דנים דכל זמן דהחפץ נאבד קנהו הש"ח בגניבה וש"ש נתחייב לש"ח [במשנה ב'], אבל לגבי חיובים דגנב הן בגניבתו הן בחיוב טו"מ כיון דעליו מוטל להחזיר את הבעין לבעלים הוי כטו"מ בהמה דבעלים כיון דאלו החזירו היה בטל למפרע קנין דשומר נמצא שפיר מיקרי חיובו דגנב לגבי הבעלים" [במשנה א'], עכ"ל, [כך הנוסח המתוקן בכו"ח].

ונראה בביאור דבריו, ובהקדם ב' הקדמות:

א [על חפץ בעין אין "קני", רק על חפץ שאינו בעין איכא "קני"] וזה דומה קצת לסברת הפנ"י דלעיל.

ב [בשומר אין "והשיב" [וכבר פליגי בזה הקצה"ח ונתה"מ], ובגנב יש "והשיב", וכשיש "והשיב", אז התשלומין בא במקום הך "והשיב" להעמיד את החפץ "בעין", ובשומר שאין "והשיב", התם התשלומין רק בא במקום מה שאין חפץ, ולא בא להעמיד את החפץ ולעשותו כמי שישנו.

ולפי"ז, במשנה א' כשבא לשלם תשלומי גנב, שוב אנו רואים את החפץ בעין, שהתשלומין בא במקום הבעין וכדין והשיב, וע"ז ליכא "קני", ולכן משלם לבעלים, אבל במשנה ב' שמשלם

¹²⁴ והיינו שיישב את הדברים כך:

דכיון דע"י הגניבה נקנה הפקדון לשומר, דומי' דמיתה קני', וכדחזינן בסוגיין, א"כ הרי דע"י המעשה הגניבה הפסיד הגנב לבעליו הראשונים, ולא לשומר, דלולי הגניבה בלאו הכי לא היה של השומר.

ומעתה, לא רק דאין שום סתירה בין המשניות, אלא אדרבה, הך דין "קני" במשנה ב' הוא סיבת התשלומי כפל לבעלים הראשונים במשנה א', דעל ידו הוא נעשה לגנב מהבעלים, ודו"ק.

והק' רעק"א ע"ע, דבטו"מ מיירי אחרי שכבר קנאו השומר והכא עכ"פ יצטרך לשלם לשומר, ולמה אמרין במשנה א' דמשלם דו"ה לבעלים.

תשלומי שומרים, התם התשלומין לא שייך לחפץ בעין, ואז שפיר שייך דין "קניא", ולכן משלם לשומר, וא"ש החילוק בין ב' המשניות.

בדרך זו צריכים להוסיף דזה גם הגדר בדו"ה וכפל, דהוגדל הקרן, ודו"ק, ויש להעיר שיש דרך אחרת ללמוד את עומק כוונת רעק"א - ועיין בהערה ¹²⁵ שביארנו את הדברים, ודברינו כאן אינם אלא תחילת דבריו – וגם הם כלולים מיניה וביה בתוך דברי רעק"א.

ויש להעיר על דבריו דבתוס' [בד"ה תחזור פרה] מבואר דע"י התשלומין אמרינן "פרתי גבך", [ועיין בהערה ¹²⁶ דגם למסקנה לא נסתרה עיקר סברא זו], ומבואר דשומרים פשוט שהתשלומין הם להעמיד את הפרה, והסברא בזה כנתבאר לעיל [סימן ו' ס"ק ה'], דשורש דין שומר הוא "העמדת הפקדון", דלזה הוא שומרו, וגם הקצוה"ח מודה דאין דין "והשיב" להביאו לביתו, אבל כשבא לתובעו חייב להעמידו לו, וממילא פשוט שהדמים באים להעמיד לו פקדונו עכ"פ בתורת מ"ל הן מ"ל דמיהן, ופשוט, וזה נגד חילוקו של רעק"א, ודו"ק.

עוד יש להעיר מרש"י בסנהדרין [ע"ב ד"ה אבל מקנה] דמבואר דחיוב אונסין דגזלן יליף משואל, וע"כ דחד דינא הוא, ותרומתו מדין העמדת החפץ, ודלא כרעק"א, אכן יש לדחות עפ"י מה שנתבאר בדברינו באמרות אברהם במרובה [סימן ח' פרק ב' – ולהלן [שם סימן כ"ג] בדברי ר' חיים מטעלז – ודו"ק].

הקדמה - יסוד גדול מהגרש"ש"ק - זכות ההפקדה היא המחייבת את התשלומין של שומר, וזה לא תלוי בבעל הממון, ודלא ככל חיובי ממון של מזיק וגזלן ומלוה.

הדרך השלישית היא דרך חדשה – וכאן למדנו עומק יסוד דינא ד'קניא' במיתה ושבועה – וכדיבואר, וזו דרכו של רבותינו כל גדולי ראשי הישיבות וצ"ל כל אחד לפי סגנונו וכולם פונים לדרך אחת – עיין בהערה ¹²⁷ – ונראה שצריכים להרחיב ולהוסיף עוד בביאור בדבריהם – וכדיבואר.

¹²⁵ אולם אין זה פשוט בכוונת רעק"א, שאם רעק"א היה כותב "כיון דעליו מוטל להחזיר הבעין לבעלים הוי כטו"מ בהמה דבעלים" ותו לא, אז הייתי מפרש דכוונתו דזה גם הגדר בתשלומי דו"ה, אכן רעק"א הוסיף עוד בטעמא דמילתא, ד"הוי כטו"מ בהמה דבעלים, כיון דאלו החזירו היה בטל למפרע קנין דשומר, נמצא שפיר מיקרי חיובו דגנב לגבי הבעלים".

ומלשון זה מבואר דהוקשה לו לרעק"א, דגם כלפי תשלומי גנב ודו"ה קס"ד דאיכא הקנאה לשומר, וממילא דקשה שהרי טו"מ של השומר, ולמה חייב לבעלים, [וזה דלא כדחילקנו לעיל בשם רעק"א דרק לגבי תשלומי שומרים נתחדש ההקנאה לשומר, ולא לגבי תשלומין אחרים].

עכ"פ רעק"א מיישב קושי' זו על טו"מ, דמדגנב חייב בהשבה לבעלים, והרי אם הוא באמת משיב את ה'בעין' לבעלים ולא היה טובח, דאז פשיטא דהשומר לא היה קונה [דקנינו היה מתבטל למפרע], וממילא דשפיר דיינינן ליה כטובח של בעלים כיון דמוטל עליו בטביחה לא לטובח אלא להשיבו לבעלים ולא לשומר.

ומכל זה היה משמע דהשומר היה צריך לזכות בכל תשלומין על הלא בעין, גם בתשלומי שומר [משנה ב'] וגם תשלומי כפל ודו"ה [משנה א'], [דתמיד אפשר לדון את התשלומין כתשלומין על מה שאין כאן חפץ ולא כתשלומין על העמדת החפץ], אלא דכיון דמוטל על הגנב השבת הבעין [במשנה א'], והשבת הבעין היתה מבטלת את כל הזכות של השומר בדו"ה, שוב אמרינן שמה שהוא לא משיב והוא טובח, דיינינן ליה למעשה טביחה כמעשה כלפי הבעלים, וממילא דהתשלומין הוא על מעשה שנעשה כלפי הבעלים, הלכך דיינינן ליה להך תשלומין כהעמדת הבעין, לא כן תשלומי שומר שהוא לא משלם להעמיד את הבעין, אלא על ההפסד ממון בעלמא, ודו"ק.

והיינו דאכתי נראה דיסוד החילוק ברעק"א הוא כנ"ל, דתשלומי שומרים הוא על ההפסד ותשלומי כפל ודו"ה באים להעמדת החפץ, אלא דאין הטעם כמוש"כ בפשיטות דגנב התשלומין בא במקום ה"והשיב" [שזה העמדת הבעין], אלא דהטעם הוא משום שכיון שלולי הגניבה וטביחה היה חייב להעמיד לו את החפץ מצד והשיב, א"כ דיינינן ליה כגנב וטבח של בעלים, ואכתי צ"ע].

¹²⁶ ואף דהתוס' סוברים דליתא לסברא זו ד'פרתי גבך' בשיטת רבנן, דא"כ התשלומין היו חוזרים לבעלים, וכן הוכיחו בתס' דרבי יוסי באמת חולק מטעם אחר על רבנן, והיה נראה דהתוס' חזרו בהם לגמרי מסברא זו, אכן להלן [פרק ד'] נתבאר דמעיקר סברא זו [בגדר התשלומי שומר שזה העמדת הפקדון] לא חזרו בהם התוס', ורק חזרו בהם שזה לא סיבה להחזיר לבעלים, ודו"ק.

¹²⁷ עיין בחי' הגרש"ש"ק [סי' כ"ה ד"ה ועד"ו וד"ה ולפי"ז] ובחי' ר' שלמה [ח"ב סי' כ"ב] ובחי' ר' חיים מטעלז ובחי' הגר"ט [סי' קנ"ה ד"ה והנה הא דאמרינן] ובשיעורי ר' שמואל [בסוגיין] ובשיעורי ר' נחום [סי' כ"ב ד"ה ובאמת] בשם הגר"ח שמואלביץ זצ"ל.

בתחילת הדברים נפתח ביסוד גדול של הגרשש"ק שעליו בנוי עיקר הדברים - והוא - דחלוקין חיובא דגניבה מחיובא דשומרים בעיקר יסוד דינא, דגניבה הוא חיוב לבעל הממון ושומרים הוא חיוב למפקיד, דשומרים בעינן "התחייבות" דשומר להך פרשה הכתובה בתורה, וה"התחייבות" הוא למפקיד, משא"כ בגניבה שהתורה מחייבתו לבעל הממון.

ראיה מוכרחת ליסוד זה - הרי מה"ט שייך דינו של ר' זירא שישלם ב' פרות, דכיון שיש ב' הפקדות שוב איכא ב' תשלומין, וזה לא שייך בגניבה דהתם החיוב הוא לבעל הממון, ואין כאן יותר מממון א', ותמיד בממון כגון בגנב והזיק אמרינן רמ"ג רמ"ג, ולא אמרינן דכל א' חייב כדינו ומה לי שיש שני חיובים, אלא רמ"ג רמ"ג, ועיין בקובש"ע [כתו' אות רי"ח] שבאמת הק' כן, דמ"ש סוגיין דגובה כמה פעמים, ולא אמרינן "רצה מזה גובה ורצה מזה גובה".

והטעם כנ"ל, דמשלם לבעל הממון, והרי קיבל ממנו, משא"כ בשומר שמשלם ל"מפקיד" ולא לבעל הממון, וממילא דאי איכא ב' הפקדות אז כבר משלם תרתי, ופשוט, וסברא זו הובא בשם הגרשש"ק [בשיעורי הגרש"ר אות רס"ט] ליישב קושי' זו, וע"ע בקונטרסי השיעורים - י"ט [ב' - ג'].

ובתוספת ביאור - כל חיובי ממון גזילה ומזיק והלוואה ומקח - בכולהו הממון עצמו מחייב תשלומין, ואף ששונים זה מזה, שחלקם מתייחסים להפסד ממון וחלקם מחזירים את הממון עצמו, אכן הצד השווה בין כולם הוא שהממון עצמו מחייב את התשלומין ולכן התשלומין לבעל הממון, אכן בשומרים התחדש זכות מכח בעלותו בממון ליצור תביעה חיצונית, ולכן הוא לא תובע את הממון עצמו אלא דמכח הממון הוא תובע תביעה צדדית על זה שהיתה הפקדה, וממילא דאי חלו ב' הפקדות אז איכא ב' תביעות - שאין כאן תביעת הממון עצמו אלא תביעה חיצונית מכח הממון.

[כמו דמצאנו בעלות על גוף הממון ובעלות חיצונית לממון - דקנין פירות הוא קנין של שימושים בגוף החפץ, וקנין שכירות הוא קנין של שימושים מחוץ לממון [ולכן אינו בדין ביכורים ודלא כקנין פירות דנחלקו בזה], הכא נמי איכא חיובים שתחילתם בגוף הממון ואיכא חיובים שנוצרו מכח בעלותו בממון ולא בממון עצמו].

ביאורם של האחרונים בדין "קני" לרבנן, דקני ליה לזכות ה'הפקדה', דזכות ההפקדה היא היא המחייבת תשלומין ולא תלוי בבעל הממון, ומיושב קושי' הפנ"י, דהתם תלוי אך ורק בבעל הממון.

אחרי הקדמה זו נפתח פתח חדש בשורש הדין "קני" - והיינו כך, דעד עכשיו ביארנו דהדין המיוחד של 'קניא' מקנה ומזכה לו את החיוב תשלומין דשואל, אכן עכשיו יתכן לפרש באופן חדש, ונבאר את הדברים.

כאמור החיובים בפקדון הם ל"מפקיד" ולא לבעל הממון, אכן הזכות להיות "מפקיד" שייך לבעל הממון, ולכן כשראובן מפקיד חפץ של שמעון, שמעון הוא המפקיד.

אולם הכא נתחדש שבבעלות הזו יש דין "קני", והיינו שהשוכר [או כל שומר ראשון] קונה את הזכות ואת הדינים בממון להיות "מפקיד" עליהם, ושוב ממילא חייבים אליו, דכיון שהוא המפקיד הרי ההתחייבות הוא אליו, וזהו דינא של רבנן בשוכר שתובע לשואל.

בזה מובן למה לרבנן הדין בעליו עימו תלוי בשוכר, דאף שהוא לא בעל החפץ אבל כיון שהוא נהיה למפקיד למפרע, אז שפיר תלוי בו דינא דבעליו עימו.

מעתה גם פשוט דליכא שום קושי' מהמשנה הראשונה דמיירי בגנב - ואין זה ענין לכאן, דכל הך סברא לא שייך בגנב, דחיובא דגנב תלוי בבעל הממון, וכיון דלא קני לגוף הממון להיות שלו, שוב לא שייך שיתבע תשלומין דגנב, ורק בהעמדת שומר שייך סברא זו, וא"ש סתירת המשניות.

ובאמת שהדברים מוכרחים מיניה וביה - דכבר הבאנו לעיל [פרק א'] דמדוייק בריטב"א דמדנחלקו רבנן ורבי יוסי בדין שבעליו עימו, דמזה מוכרח דאין תחילת פלוגתתם בגוף התשלומין עצמו אלא דנחלקו בעיקר החלות 'שם שומר' - אי הוי שומר של הבעלים או דהוי שומר של השוכר, וכל קושי' הפנ"י מתבססת על זה שנחלקו בזכיות גוף התשלומין עצמו, וממילא דקשה

דגם בתשלומי כפל הוא יזכה – ואחרי דכבר מוכרח דנחלקו בעצם העמדת השומר – שוב אין זה ענין לגנב, ודו"ק – וע"ע בהערה ¹²⁸ במה שיש להוסיף בזה.

מוסיף בזה ב' סברות למה הוא רק זוכה בה לענין ההפקדה, ולא לשאר הדינים.

ואכתי יש לעיין בכל זה, דלמה נתחדש זכות בממון רק לענין ה'הפקדה' ולא לענין זה שהוא נהיה לבעל החפץ לגמרי גם לגבי הכפל, דמאי שנא דדינא דקניא דרק מהני לענין זה, ומצאתי בזה ב' סברות שונות בזה.

דאיכא סברא לומר דכיון דהחפץ היה שמור עד עכשיו בדרגת שוכר, והשוכר הוסיף בחפץ יותר דיני שמירה עד דרגת שואל, לזה אנו אומרים שהדין הנוסף שהוסיף בחפץ שייך לו, ודו"ק, וממילא דרק על הצד שהוא פטור הוא דקניא דרק על הצד הזה הוא דחשיב מפקיד, אבל כלפי חיובו למשכיר הרי בזה הוא לא חידש כלום, ומה"ט רק במיתה 'קניא' לגבי הך תוספת הפקדה שהשואל חייב בה, ופשיטא דכל זה שייך רק בשומר ולא שייך בגנב, שהרי הדיני ממון לחייב גנב כבר היו לפני כן בחפץ, והשומר לא חידש ולא הוסיף בחפץ הנך דינים, ודו"ק, וסברא זו ראיתי בחידושי הגר"ט [שם] ובהרחבה בחידושי הגר"ח מטעלז, עיי"ש.

אולם הגרש"ק [סי' כ"ה בד"ה וע"ד זה] אמר בזה סברא אחרת, והקדים בזה בזה"ל, "ורק בגנב שמשלם כפל עבור הגניבה צריך דוקא שיהיה החפץ של הגנב, אבל לענין השלמת השמירה סגי לן רק אם נטל מיד מי שצריך להשלים השמירה, דלענין זה סגי לן בבעלים כאלו".

ואחרי הקדמה זו ביאר הגרש"ק למה לענין זה סגי בעלים כאלו, וז"ל, "דלפי ערך ענין השמירה מהני ערך שם הבעלים, דכמו שענין השמירה הוא דאם נטל תחת רשותו חפץ צריך להשלים חוקו, כ"כ אם נטל מיד השומר נקרא שנטל מרשותו", עכ"ל.

ביאור דבריו: דכל הך "רשות שומר" שזו הזכות והתפיסה שיש לשומר בחפץ לשומרו, וכנתבאר בריש פירקין [סימן א'], הך "רשות" היא בעלות מסוימת דמהני לענין העמדת עוד רשויות של שומרים, וזהו מה שקנה כאן לרבנן בדין "קניא" לדונו כשומר ידיה, אבל בגנב אינו כן, דהתם בעינן בעלות גמורה בחפץ כדי שהתשלומין יהיו אליו.

תוספת הערה בכל הנ"ל.

וע' להלן [סימן כ"א פרק ב'] דביארנו דשתי הסברות נכונות, גם של הגרש"ק וגם של הגר"ט והגר"ח מטעלז, ובזה יישבנו את הסתירה בשיטת הרא"ש, ובזה יישבנו גם את שי' רש"י להלן [מ"ב].

עפ"י ביארנו [סימן כ"א סוף פרק ב'] גם את דברי הריטב"א החדשים בסוגיין, דמבואר מתוך דבריו דסוגי' להלן [צ"ו] לגבי בעליו עימו נאמר ונתחדש רק אחרי סוגיין, ועכ"פ מבואר מתוך דבריו דנאמרו שני דינים ב"קניא" לפי רבנן, חד בזכות תביעה וחד בהפקדה עצמה, ודבריו מתבארים עפ"י הנך ב' סברות.

תוספת ביאור – הרי כל הזכות להעמיד שומר הוא על הצד שהוא פטור – ואעפ"כ יש לו דין שומר לגבי זכויות של שומר.

אולם צריכים להוסיף בזה עוד – והוא שמבואר בגמרא שכל זכותו של השומר להעמיד לעצמו שומר ידיה מדין קני' – זכות זו היא רק על הצד שהוא בעצמו פטור – וקני' בשבועה או במיתה, והביאור – דעד כמה שהוא בעצמו חייב להעמיד שמירה לבעלים, אף שיש לו זכות להעמיד שומר לבעלים – כיון שהוא בעצמו שומר, אכן בדרגא כזו שהוא עצמו חייב אינו מייחס לעצמו שמירה

¹²⁸ ויש להעיר, דלדרך השניה בריטב"א [מובא לעיל סוף פרק א' בהערה], הרי הך קני' כאן הוא על התביעה מדין "שואל שלא מדעת", שבו לא העמידו כשומר וזה חיילא מעצמו, ולדרך זו לא ניחא מה שתירצו האחרונים, שכל תירוצם הוא דרק שייך "קניא" לענין שיוכל להעמיד שומר, וממילא הוא דהחייב כלפיו, ודלא כגזלן ומזיק שהחייב הוא לבעל החפץ, והרי הכא הנידון הוא לענין חיוב שואל שלא מדעת, שהוא גם חייב לבעל החפץ.

אולם זו טעות – שהרי לדרך השניה בריטב"א, הרי עיקר תביעתו יש לו בלאו הכי מדין שומרים, ותביעה זו חלוק מגנב ומזיק כנתבאר, ולענין התביעה דשואל שלא מדעת, הרי א"צ לזכות בהך תביעה מהבעלים, ורק שהבעלים מסלק תביעתו, ופשוט.

עצמאית – והשמירה חיילא ומיוחסת לבעלים, ואין לו בזה קני', אבל בדרגא כזו שכבר אינו חייב בשמירה לבעלים, שוב מהני בזה הזכות בתור שומר להעמיד לעצמו שמירה עצמאית – וזה דין קני' – להעמיד לעצמו שמירה.

ומעתה – למדנו חידוש גדול בהלכות 'רשות שומר' ובזכויות של השומר בפקדון – דלמדנו הכא שמתחלקים הזכויות והחובות של שומר לגבי הדין קני', ויש מצב שבו השומר פטור, ואף על הצד הזה עדיין יש לו זכויות – והגדר בזה – שגם שומר שהוא פטור הוא שומר על כל הצדדים והיינו לגבי גוף החלות שמירה וזה כולל הזכויות בפקדון להחזיקו אצלו לענין שמירה, ומחמת הזכויות הללו הוא מעמיד שומר לעצמו – וכל זה מבואר בתוך דברי מרן הגר"ד זצ"ל – עיין בחידושו [ריש סימן מ"ט – וסימן מ"ח ד"ה ועיין בראשונים שתירצו].

וחידוש זה מוכרח מיניה וביה בעיקר הדין קני' – שהרי בכל שומר שמעמיד שומר לעצמו לרבנן דר"י, הרי נתבאר שכל זכותו להעמיד לעצמו שומר היא רק על הצד שהוא פטור – והרי על כך צד יש קני', ותמוה – שאם כל הזכות להעמיד לעצמו שומר הוא מכח הזכויות של שומר והרי על הצד שהוא פטור אינו שומר – א"כ איזה זכות יש לו על הצד שהוא פטור – ומזה מוכרח דאף על הצד שהוא פטור אבל הוא עדיין שומר על כל הצדדים לגבי גוף החלות שמירה ולגבי הזכויות בפקדון – ומחמת הזכויות הללו הוא מעמיד שומר לעצמו.

חידוש זה יוצא מתוך דברי הגר"ד זצ"ל בכמה גווני – שהרי מצאנו חידוש גדול לדעת רב בסוגי' של שומר שמסר לשומר להלן [ל"ו]. – שבשיטתו נתחדש שבשומר שמסר לשומר יש סילוק של השומר הראשון וזה פוטרו על הכל והשני חייב במקומו – ומעתה קשה – דלמה יש לשומר זכות להעמיד שומר אחר לעצמו מכח דינא דקני' במיתה, הרי הוא עצמו כבר אינו שומר אחרי שהעמיד שומר אחר במקומו – וכן הקשו הראשונים [שם], ומוכרח שאף שיש סילוק מכל החיובים, אכן אכתי הרי הוא שומר גמור על הכל לגבי החלות דין שומר – וזה כולל זכויות על כל המצבים, ושפיר מעמיד לעצמו שומר אף שהוא תמיד פטור – ועיין בזה להלן [סימן כ"ג פרק ג'].

נקודה זו מתחדדת עוד בדברי הגר"ד שביאר בזה את הצד ברעק"א שיש דין קני' גם בבעליו עימו – והיינו שיש לו זכויות של שומר גם במצב של בעליו עימו, בלי שום חיובים ולכן יש דין קני' – והצד השני של רעק"א הוא – דאדרבה – כל החלות 'שם שומר' בטל כולו ואין לו זכויות של קני', וע"ע בהערה ¹²⁹ בזה.

מביא נפ"מ לדינא בין הדרכים הנ"ל בישוב קושי' הפנ"י, דנפ"מ במזיק ונפ"מ בשומר אבידה.

והנה יש לדון מה הדין בפקדון דבא אחר והזיקו, האם דומה למשנה ראשונה שאין "קני" בגנב, או דומה למשנה שני' שיש "קני" כלפי תשלומין דשומר אחר, ולכאן זה תלוי בתירוצים דלעיל, דלפי הפנ"י ודאי דקני', שהרי אין החפץ בעולם, ודומה למתה.

ולפי רעק"א נראה דתלוי בספיקת המחנ"א [ריש הל' נז"מ], דהביא שם את פלוגתת הר"מ וראב"ד, ושורש הנידון בזה הוא האם הגדר בדמי מזיק דדינא להעמיד את חפץ הניזק, או שזה תשלומין בעלמא על ההפסד הממוני של הנזק, ונפ"מ ביוקר, ולפי דרכו של רעק"א זהו הנפ"מ בין שומרים לגנב, דלכן בשומרים אמרינן דקני', ודו"ק, וזה חידוש דין.

אולם לדרכם של האחרונים פשוט שאין בזה דין קני', דרק לענין העמדת שומרים ושיהיה לו תורת "מפקיד" הוא דקונה, ודו"ק, וכ"ה בהד"י בח"י הגרשש"ק ובח"י הגר"ח מטעלו [שם].

ויש לדון עוד בנאבד מהשומר ומצאו אחר ודינו להיות שומר אבידה, דהאם נחלקו בזה ר"י ורבנן אי הוי שומר דשומר או שומר דבעלים, ובח"י ר' שלמה [ח"ב סי' כ"ב] פשיטא ליה דלא נאמר בזה "קני" ומודי רבנן לר"י, והיינו עפ"י דרכם של האחרונים הנ"ל דרק לענין העמדת שומר קני',

¹²⁹ על פי הנ"ל מבואר נמי האיך מצאנו שומר שחייב על גו"א ופטור על פשיעה בשומר שמסר לשומר – הרי לא יתכן שומר כזה וע"כ כנ"ל – שלא חסר בחלות 'שם שומר' – ויש לו זכויות גמורות כלפי הכל, ורק בחיובים יש לו אפשרות להסתלק עד כמה שיש אחרים בחריקאי.

והכא שאינו מעמידו לשומר, רק דמדין השבת אבידה נהיה לשומר, א"כ כיון דהדין השבת אבידה היא כלפי הבעלים, א"כ גם הדין שומר הוא ממילא כלפיו, אכן לדרכו של רעק"א גם שומר אבידה הוא כלפי השומר, דקני' לענין תשלומי שומרים, וכ"ה בהדי' ברעק"א שם.

פלא גדול – סתירת הסוגיות, סברת 'בעליו עימו' וסברת 'דל אנת ודל שבועתך'.

לסיום הענין נעמיד כאן פלא גדול – שבאמת יש כאן סתירת הסוגיות, דמצד אחד מצאנו דסברת בעליו עימו נקבע כהשוכר מחמת הקני' – ומאידיך מסברת 'דל אנת ודל שבועתך' מוכרח שהמשכיר הוא תובע – וזה סתירה שאם כל החלות דין שמירה חיילא לשוכר – א"כ מה טענת המפקיד כאן – ובסתירה זו כבר עמד בריטב"א בסוגיין – ועיין להלן [סימן כ"א בסוף פרק ב'] במה שנתבאר בזה.

פרק ד'

שתי הערות בתוס'

א] ביאור ב"אין לפרש" בתוס', ב] ביאור בדברי התוס' שאשה חייבת מדין שוכר, [וביאור דין המשנה באופן ששניהם חייבים, דהכא כו"ע מודי שהשוכר גובה מהשואל].

ביאור ה"אין לפרש" בתוס', והוכחה מכאן לדרכם של האחרונים בדיון "קניא", דמוכרח דרק קונה את הזכות הפקדה ולא את עצם הממון.

נראה להוכיח עוד כדרכם של האחרונים שכל הדין 'קניא' הוא על ההפקדה ולא על גוף הפרה ותשלומין.

דהנה - התוס' רצו לפרש דסברת ר' יוסי הוא דאחרי שהשוכר תובע, שוב תובע המשכיר הימנו, והטעם, ד"פרתי גבך", ומבואר כאן דדמי פקדון הם להעמיד לפנינו את הפקדון עצמו, ודו"ק.

ויש לתמוה, דלמה יכול השוכר לכתחילה לתבוע מהשואל, וע"כ "דקני" להיות פרה ידידה כרבנן, ורק דבזה חולק ר' יוסי על רבנן, דאחרי שכבר תבע כדינו, שוב איכא תביעה דמשכיר על השוכר ד"פרתי גבך", וזה תמוה, שהרי אם "קני" השוכר לפרה, שוב שייכי דמי הפרה לשוכר ג"כ, ואין זה "פרתי גבך" אלא אדרבא, "פרתך גבך", ואין כאן שום תביעה וזכות, וזו הערה גדולה.

ונראה דמכאן מוכרח כדרכם של האחרונים, והיינו, שלא קנה "פרה" עצמה ולא קנה "פרה לתשלומין", רק דקנה פרה לענין ההפקדה, והיינו לענין זה שיהיה הפקדה ידידה, ומה שזוכה בתשלומין הוא כבר "ממילא", דזהו כבר מדיני ההפקדה שהתשלומין הם למפקיד.

ומעתה, לו יצויר והפרה עצמה תחזור, הרי ודאי שגוף הפרה שייכא לבעלים, וממון ידידה הוא, וא"כ שפיר קטעין ר' יוסי שגם אחרי הך דין "קני", אכתי יכול לתבוע את הממון ששילם, דבממון עצמו מונח "פרה", ופרה ממונא דבעלים היא, וא"ש.

מבאר דגם רבנן דחולקים על רבי יוסי מודי דעיקר הגדר בתשלומי שומרים הוא שדמי פקדון כפקדון עצמו.

ובדעת רבנן נראה, די"ל דפליגי ביסוד דינא דתשלומי שומרים אי מונח בו פקדון עצמו או לא, דלרבנן התשלומין הם רק במקום הפסד החפץ ואינם להעמיד את החפץ עצמו, וכבר הבאנו בזה מרעק"א לעיל.

אולם י"ל דרבנן מודי לעצם היסוד שדמי פקדון באים להעמיד את הפקדון עצמו, דזהו יסוד דינא דשומר, להעמיד את הפקדון והדמים במקום הפקדון קאי, רק דסברי דאין לדון את דמי הפקדון כפקדון כלפי המשכיר, ורק כלפי השוכר דנים את הדמים כדמי פקדון.

והחילוק כך, דבשלמא במוכר חפץ ומשלם את דמיו, דהתם הדמים מצד עצמם הם דמי החפץ, אבל בפקדון אינו כן, שהרי אף החפץ שייכא לבעלים, והשוכר רק זכי בו לענין ההפקדה, וא"כ, רק כלפי השוכר דיינינן את המעות כדמי הפקדון וכהעמדת הפקדון, אבל כלפי מישוהו אחר כבר אינם דמי החפץ, ולכן אין המשכיר יכול לתבוע הנך מעות, דהמעות אינם "פרה" כלפיו.

ונראה דמה דר' יוסי חולק בזה הוא משום שסובר שזה גופא מיקרי "עשיית סחורה" בפרתו של חבירו, דלדונו כדמי החפץ כלפיו ולא כלפי הבעלים האמיתית, זה גופא עשיית סחורה, כן היה נראה לפרש בקס"ד של התוס', ודו"ק, [וע"ע בברכ"ש ריש סי' כ"ט].

ולפי"ז נראה דאף דהתוס' הוכיחו שאין זה שורש פלוגתת רבנן ורבי יוסי, ורק דנחלקו אי קני במיתה או שבועה, ומשמע דחזרו בהם מעיקר סברא זו, אכן אכתי נראה דלא חזרו בהם מעיקר סברת תשלומי שומרים דיסוד דינו להעמיד את הפקדון, ודלא כדהבאנו לעיל [פרק ג'] מרעק"א שרצה לחלק בין שומר לגזולן בזה.

וע"ע להלן בסוגי' דר' זירא [סימן כ"ב] דביארנו ע"ד הנ"ל ליישב איך בעינן ד' פרות אף דהתשלומין של פקדון הוא בגדר העמדת פקדון, עיי"ש.

בישוב קושי' המהרש"א בדברי התוס' ד"אשה חייבת כדין שוכר", ומביא שיטות הראשונים שכששניהם חייבים, דשיטת התוס' והרא"ש דאז לכו"ע שואל שומר דשוכר הוא.

כתבו התוס' ש"האשה חייבת כדין שוכר", וע' מהרש"א שהעיר על התוס' דמירי במתה כדרכה, ובמתה כדרכה האשה פטורה כדין שוכר, ודלא כהתוס' שכתבו חייבת כדין שוכר, וע' בזה בחי' ר' מאיר שמחה [ל"ו ד"ה סוגי' דשומר שמסר לשומר - אות ב'] שביאר את כוונת התוס' כך:

דכוונתם לומר דלרבנן תמיד הבעל פטור מדין בעליו עימו, גם בנאנסה וגם בגו"א, והיינו דבנאנסה פטור מחמת הדין בעליו עימו דהאשה "קניא" במיתה, ובגניבה ואבידה הבעל פטור גם בלי לבא ל"קניא" דאשה, והיי"ט, דהיות "ואשה חייבת כדין שוכר" והיא משלמת למשכיר, א"כ מה"ט הבעל ע"כ הוא שומר של האשה גם בלי לבא לדין "קניא", ועוד, דבכה"ג גם ר"י מודה לרבנן דחייב דשואל לשוכר ולא לבעלים, ושפיר פטור הבעל מדין בעליו עימו, עיי"ש.

והיינו שיש לדון מה הדין כששני השומרים חייבים, דבמשנה מיירי רק כשהשני חייב והראשון פטור, ובזה נחלקו רבנן ורבי יוסי, אכן כששניהם חייבים אז אין הדין כן, ולשיטת התוס' פשיטא דהשוכר חייב לבעלים, והשואל חייב לשוכר, גם לרבנן וגם לרבי יוסי, אכן יש חולקים בזה.

דכבר דייק ר' מאיר שמחה מדברי רש"י [צ"ן] דחולק על התוס' בזה, וס"ל דאין פטור בעליו עימו בגו"א, דבגו"א דין המשכיר עם השואל גם לשיטת רבנן, ומאידך הוכיח [שם] מהרא"ש ג"כ כהתוס', דכתב הרא"ש דאי בעל שו"ח כבר אין נפ"מ לדינא, דבלאו הכי הבעל פטור מצד בעליו עמו, והק' עליו הפלפ"ח שהרי קיי"ל כר"י, ולרבי יוסי ש"ח שומר דמשכיר הוא וליכא בזה פטור בעליו עימו, ומוכרח שגם לרבי יוסי דין המשכיר עם השוכר, והיינו דבכה"ג ששניהם חייבים, אז דין המשכיר עם השוכר, ושפיר פטרינן ליה לבעל מצד בעליו עימו גם לשיטת רבי יוסי.

והסברא בזה דכאן מודה ר"י, מבאר בזה הפלפ"ח, דהכא כבר ליכא עשיית סחורה בפרתו של חבירו, ולהכי שפיר מודה ר"י, שהרי אם גם הוא צריך לשלם לבעלים, א"כ מה שגובה מהשואל כבר אינו עשיית סחורה.

ואגב למדנו מדבריו דאף דהראשונים כתבו טעמים וסברות בשיטת רבי יוסי, או מצד שליחות גרידא לדברי הרא"ש או מצד "דל אנת ודל שבועתך" גרידא לדעת התוס', אכן הכא מוכרח דלדעת הרא"ש והתוס' סברת ר"י תלוי דוקא בטענה ד"כיצד הלה עושה סחורה", והיכא דליכא טענה זו שוב ליתא לכל הסברות הנ"ל.

ועיין בזה להלן [סימן כ"ב פרק ב' בהערה] מה שהבאנו בזה מהקצוה"ח דהוכחנו דע"כ למד באופן אחר את כל דברי הרא"ש הכא בסברא דכיצד הלה.

מבאר שכששניהם חייבים, דאז פשיטא לכו"ע דשואל שומר דשוכר הוא, וזה גם בלי לבא לדין "קניא", דשומר יכול להעמיד שומר על ההפסדים של עצמו בפקדון.

אכן עיקר הדברים אכתי לא מובנים, דלכאורה טעמא בעי גם בשיטת רבנן, שהרי מבואר כאן בסוגיין דעל הצד שהשוכר חייב למשכיר, שוב אין דין "קניא" ואי אין "קניא" אז אין השוכר יכול לתבוע, שהרי אז הבעלים הראשונים הם התובעים, כמו שמצאנו בטענת "דל אנת ודל שבועתך" דאז הבעלים תובע, והוא מישתעי דינא בהדי' השואל, כמו"כ נימא הכא דהבעלים תובע באופן

שהשוכר חייב לו ממון, דכש"כ הוא, ואין כאן "קניא", ועיין בהערה דקושי' זו תלוי בשני הדרכים בסוגי' ¹³⁰.

והנראה בזה, דז"פ דעל הצד דשומר א' צריך לשלם, אז ברור שהוא יכול לעשות שומר לעצמו, דשומר הוא מישהו ששומר את הבעלים מהפסדים בממונו, וממילא פשוט שכל שומר יכול להעמיד שומר כלפי הנך הפסדים שיהיה לשומר עצמו מהפסד הפקדון, והיינו דכנגד הנך הפסדים עצמם שפיר יכול להעמיד שומר לעצמו, דכלפי הנך הפסדים הרי הוא ככל בעלים שמעמיד שומר נגד ההפסדים שלו, ונראה דז"פ לכו"ע.

וכל פלוגתת ר"י ורבנן הוא באופן שאין לו הפסד, דאז א"צ לשלם רק לישבע, ורוצה לעשות שומר לעצמו, דלזה מבואר בסוגי' דצריך סברא מיוחדת ל"קניא", והך סברא היא רק אחרי שנסתלק מהבעלים, וזהו שהק' דלא נסתלק עד שנשבע ולא חיילא עדיין "קניא", ות"י דנסתלק במיתה גרידא, אכן בצד שהוא חייב לשלם, לזה א"צ כלל "קניא", ודו"ק.

ועיין עוד בדברינו להלן [סוף סימן כ"א], ועיין גם בדברינו להלן [סוף סימן כ"ב] דזהבירים נתבאר עוד.

¹³⁰ והנה לפי הנתבאר בריטב"א הח' בדרך השניה א"ש, [הבאנו את דבריו בזה לעיל סוף פרק א' בהערה], שהרי לדבריו הך סוגי' דמיירי "בקניא", אין זה אלא לענין שהבעלים לא יתבע, אף דכל הנאה שלו, אכן מה שהשוכר הוא המפקיד ושואל שומר דשוכר הוא, כל זה לא שייך לסוגי', וזה איכא גם באופן של חיוב, ודו"ק, וממילא דלדרך זו א"ש טובא, דגם במצב של חיוב שפיר חשיב שומר דשוכר, ושפיר פוטרו בדין בעליו עימו, אף דתשלומין לשואל, וא"ש הרא"ש ותוס', דאף דאיכא תביעה מהדין שואל שלא מדעת, והסברנו שכל הנאה שלו הוא הקובע בתשלומין, וזה אזיל לבעלים, אכן זהו רק עד כמה שאין פטור בעליו עימו, והכא השוכר קובע את הפטור, וזה האשה, וא"ש הרא"ש ותוס', אולם כל זה תמוה, שהרי נתבאר לעיל [ס"ק ד' בהערה] דע"כ דהתוס' לית ליה הך דרך של הריטב"א, וצ"ע, והמהר"ם שי"ף רצה לגרוס בתוס' "אשה פטורה", וצ"ע.

סימן כ

**שיטת התוס' בטענת רבי יוסי,
ד"כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו",
וביאור פלוגתת רב אידי ואביי.**

פרק א' ג' דרכים בביאור שי' ר' יוסי בכיצד הלה עושה סחורה. <> מביא את שיטת התוס' בשיטת רבי יוסי. <> מביא את דרכו של הרא"ש בשיטת רבי יוסי, דעושה שליחותו של המשכיר. <> מביא את דרכו של רש"י בשיטת רבי יוסי. <> מתמה טובא בשיטת התוס' דמה שייך סברת "כיצד הלה עושה סחורה" לסברת דל אנת ודל שבועתך, [דן בדין בעליו עימו האם תלוי במפקיד או שזה תלוי במי שחייבים לו תשלומין]. <> דרכו של הגר"נ פרצוביץ זצ"ל בזה. <> מבאר את שורש פלוגתת ר' אידי ואביי, דתרווייהו מודי דשבועת השומרים מדיני השמירה היא, וחלוק משאר שבועות שבאים מצד עצם הטוען ונטען, ורק פליגי אי שייכא לשמירת הפקדון עצמו או שזה חיוב נוסף לבעל הפקדון, ומביא הרבה הוכחות לעיקר האי יסוד דחלוק שבועת השומרים משאר שבועות. <> מחדש דסברת רבי יוסי היינו כאביי, ורק מצד עשיית סחורה ס"ל דשפיר אומר לו "דל אנת ודל שבועתך". <> ישוב לשיטת התוס'.

פרק א

**ג' דרכים בביאור שי' ר' יוסי
ב'כיצד הלה עושה סחורה'.**

מביא את שיטת התוס' בשיטת רבי יוסי.

דעת התוס' בשי' ר' יוסי הוא דר"י מודה לרבנן "דקני", ורק דסובר "דקני" בשבועה כר' אידי, ואיכא טענת דל אנת ודל שבועתך, ולהכי לא קני, וסובר כן גם בעדים, שאומר לו אני פוטרך מלהביא עדים¹³¹.

ולכאור' תמוה, דלמה אינו מביא עדים נגד רצון התובע, והפשוט בזה, דכשאין תביעה ותובע, שוב לא שייך להביא עדים על פטורו, ודומה לדברי הרשב"א בב"ב בחזקת הבתים דכשיצא קול על א' שנפסל לכהונה דאז מקבלים עדות להכשירו, אבל אם לא הוחזק הקול אז אין ע"ז קבלת עדות כלל, וה"ה בנד"ד בעדים על פטורו, [וצריכים להוסיף שלא פטרו לגמרי דא"כ שפיר "קני", וכל הפטור הוא רק מהתביעה, ולא מהפקדון והתשלומין].

ואכתי תמוה, דכיון דהשוכר קני' ע"י פטורו, א"כ הוא התובע, ותובע זכותו בפקדון, שהרי על הצד שיפטר מהמשכיר, הרי הוא תובע מהמשכיר את זכות ההפקדה לשואל, ולמה אינו יכול להביא עדים על תביעה זו, ולמה לדונו כ"נתבע" כלפי חיובו למשכיר, אדרבה, נדונו כתובע כלפי זכותו בפרה להפקדה, וזו קושי גדולה - וצ"ע כעת.

עכ"פ התוס' חידשו שזה הפשט ברב יוסי וממילא נתחדש דכשהמשכיר רואה, ואין שום תביעה, התם נתחדש דרבי יוסי מודי לרבנן.

עוד כתב רעק"א ריש פירקין [תוד"ה המפקיד] דאיכא נפ"מ נוספת, דבגוונא דכבר נשבע השוכר, ושוב נודע לו שהיה שואל, דאז פשיטא דמודי רבי יוסי לרבנן דקנה דכבר נפטר.

וכל זה לפי האחרון בתוס' אבל לפי ה"אין לפרש" בתחילת התוס' ליתא לנפ"מ זו, ופשוט.

מביא את דרכו של הרא"ש בשיטת רבי יוסי, דעושה שליחותו של המשכיר.

וע' רא"ש שפי' פי' אחר בר' יוסי, דטעמא דר' יוסי משום שהוא 'שליח' דמשכיר להשאילו, וכ"ה בשטמ"ק בשם התוס' שאנץ, וע' קה"י [סי' כ"ט ס"ק ב'] שהוכיח ששליחות זו אינו בכוונה לעשות ולפעול עבור המשלח, וההוכחה לזה מלהלן [מ"ב: דאמרינן שם דאפוטרופוס שקנה פרה בלי שיניים, ומסרו לרועה, ומת מרעב, הרי זה מקח טעות ויתמי גבי ממוכר, ושוב בא המוכר וגובה

¹³¹ עכ"פ נתבאר כאן בתוס', דהמקשן דס"ל דאמרינן דל אנת ודל שבועתך, דס"ל דשומר דבעלים הוא, וזה שי' ר"י דחשיב בעליו עימו, והיינו כדרך הראשונה בריטב"א, דלפי דרך השניה בריטב"א, דגם המקשן ידע דשומר דראשון הוא, ורק דהבעלים יכולים לתבוע מדין שואל שלא מדעת, הרי אכתי ק', שהרי אין כאן שומר דראשון, ולמה אינו פטור מדין שואל שלא מדעת, וע"כ דס"ל כדרך הראשונה.

מהרועה שהוא ש"ש דאפטרופוס, וש"ש חייב כיון שלא בדק אם יש לו שיניים, ואינו תובע מאפטרופוס עצמו כיון שהוא ש"ח [דבמק"ט נהפך לשו"ח] ואין זו פשיעה.

והק' רש"י דאיך תובע מהרועה, הא המוכר לא שייך לו כלל, ולא בע"ד ידיה הוא, והביאו ע"ז כל הראשונים את דינו של ר' יוסי, דקיי"ל כוותי, ולהכי תובע המוכר מהרועה.

והנה, הכא מיירי שהאפטרופוס [שהוא במקום השוכר] לא ידע שהוא עצמו שומר דמוכר, והוא מינה את הרועה כש"ש ידיה בלי ידיעה על המינוי הזה, ורק דאיתברר לו אח"כ דהיה מק"ט והוא שומר למוכר, וע"כ שלא נתכוין לעשותו שליח עבור המשלח, ואין זה "מעשה שליח" כלל כשלא נעשה עבור המשלח, ומוכרח שאין השליחות הכא כשאר שליחות, ולהלן יבואר הגדר בזה.

ופשוט דלפי הרא"ש דליתא להך חידוש דין של תוס', דלדידיה עיקר הדין שמירה חיילא לכתחילה כלפי המשכיר, ואין שום היכי תימצא שהשוכר יתבע את השואל, ודו"ק.

מביא את דרכו של רש"י בשיטת רבי יוסי.

ומדברי רש"י להלן [מ"ב:] נראה שיש ביאור שלישי בשיטת ר' יוסי, שפי' שם רש"י, "הואיל ויש לו [לשוכר] דין על השואל לגבות, יעמדו הבעלים הראשונים במקומו וגובין מן השואל".

מלשון זה של רש"י משמע שעיקר התביעה היא של השוכר והחייב אליו, אלא שהמשכיר עומד במקום השוכר לתבוע, ואילו לפי הרא"ש אדרבה - הדין איפכא - שהעיקר הוא המשכיר, שהשוכר היה שליח בעלמא להעמיד שומר למשכיר, ודו"ק, ב' דרכים הפוכים.

ועיין להלן [סימן כ"א] ששם ביארנו את דרכם של הרא"ש ורש"י.

פרק ב'

דרכו של התוס' בביאור שיטת רבי יוסי,

וביאור פלוגתת רבי אידי ואביי בגדר שבועת השומרים.

מתמה טובא בשיטת התוס' דמה שייך סברת "כיצד הלה עושה סחורה" לסברת דל אנת ודל שבועתך, [דן בדין בעליו עימו האם תלוי במפקיד או שזה תלוי במי שחייבים לו תשלומין].

תוס' ביארו דפלוגתת ר' יוסי ורבנן תלוי בפלוגתת ר' אידי בר אבין ואביי, האם בשבועה קני' ושוב אומר לו "דל אנת וכו'" או דבמיתה קני', ונפ"מ כשהמשכיר היה שם, ודו"ק.

ויש לתמוה בזה טובא:

א] הרי זה ודאי דר' אידי בר אבין בא לבאר את שי' רבנן, שיש קני' והקני' הוא בשבועה, רק דהק' דיכול לדחותו ב"דל אנת", ואם נאמר דזה גופא סברת ר' יוסי, א"כ איך קס"ד ר' אידי לפרש כן את שי' רבנן, דא"כ במה נחלקו, וצע"ג, ויותר הול"ל ד"בשלמא לרבי יוסי שפיר אמרינן דל אנת וכו', אבל לרבנן קשה", ולמה הקשה מעצמו על רבנן בלי להביא שזה גופא שיטת רבי יוסי, וצ"ע גדול.

ב] עו"ק, הרי טענת ר' יוסי היא "דכיצד הלה עושה סחורה", ואיזה שייכות יש בין סברא זו לסברת ר' אידי בר אבין, וצע"ג.

ג] יתירא מזו, הרי איכא תרי גווני דמודי רבי יוסי לרבנן דשפיר עושה סחורה ומרויח עליו, וכדלעיל [פרק א'] והיינו כגון שראה או שכבר נשבע, ולהיכן נעלמה טענה עשיית סחורה בהנך גווני, וצע"ג.

דרכו של הגר"נ פרצוביץ זצ"ל בזה.

ועיין בהערה ¹³² שהבאנו את דרכו של הגר"נ פרצוביץ זצ"ל בביאור שיטת התוס' – ליישב חלק מהקושיות הללו, ונתחדש חידושים בגדר ה"קניא" ובגדר בעליו עימו.

¹³² הגר"נ פרצוביץ ביאר את שיטת התוס' ליישב קושי' זו עפ"י ב' הקדמות, א] שי' התוס' דפטור 'בעליו עימו' לא תלוי במפקיד, רק במי שהתשלומין שלו, ב] בין רבנן ובין ר"י מודים לעצם הטענה של כיצד הלה עושה סחורה, ומעתה הביאור בתוס' הוא, דכו"ע מודי לסברת הנתה"מ דמי שמעמיד שומר, שומר ידיה הוא וזוכה בתשלומין מעיקר הדין, רק שיש ע"ז טענת כיצד הלה עושה סחורה, ולקס"ד בתוס' מבואר דע"י 'כיצד הלה עושה סחורה' הוא רק זוכה בדמי התשלומין מהשוכר,

מבאר את שורש פלוגתת ר' אידי ואב"י, דתרווייהו מודי דשבועת השומרים מדיני השמירה היא, וחלוק משאר שבועות שבאים מצד עצם הטוען ונטען, ורק פליגי אי שייכא לשמירת הפקדון עצמו או שזה חיוב נוסף לבעל הפקדון, ומביא הרבה הוכחות לעיקר האי יסוד דחלוק שבועת השומרים משאר שבועות.

ונקדים בביאור פלוגתת ר' אידי בר אבין ואב"י, דנחלקו האם נפטר כבר במיתה או רק אחרי השבועה, ובסברת אב"י ביאר האו"ש [טו"נ, א' – י"ב] דחלוק שבועת השומרים משאר שבועות, דתמיד שבועה באה לברר ולחזק טענתו נגד הטענה החשובה [שיש בו סיוע דע"א או סיוע דהודאת מקצת], וכסברת הגמ' [לעיל ד.]. דע"י טענה וכפירה הם באים, ולעומת זאת, בשומרים אין כאן תובע ואין כאן טענה אלימתא, דהמפקיד לא יודע כלום, וע"כ שהשבועה היא מחיובי שומרים, שרק נפטר מחיובי השמירה אחרי שנשבע שנאנס, וזו עומק כוונת אב"י דשבועה "כדי להפסיק דעתו של בעה"ב".

ויש כמה ראיות לעיקר יסוד זה בגדר שבועת השומרים, ועיין לעיל [סימן ט"ו פרק ב'] שהבאנו את הראיות, ועל פי יסוד זה ביאר האור שמח את שורש פלוגתת רב אידי ואב"י.

דהנה, סברת רב אידי היא, דכיון דרק נפטר מחיובי השמירה ע"י השבועה, א"כ שפיר אומר לו "דל אנת", ואם אינו נשבע, שוב לא נפטר משמירתו ולא קני ליה כלל, דעד שלא נפטר לגמרי מהחיוב שומרים אין לו לקנות, שכל זכותו ב'קניא' לעשות הפקדה שתתייחס אליו היא רק על הצד שהוא בעצמו פטור – וכנתבאר לעיל [סימן י"ט], והרי עדיין אינו פטור הלכך שפיר מעכב את כל הזכות 'קניא' בטענה זו.

וע"ז טוען אב"י – דאדרבה – דאף שזה מחיובי השמירה, אבל יסודו "להפסיק דעת המפקיד", ואם אינו תובעו להך שבועה, הרי נתפייס דעתו ולא רמי עליו חיוב זה, וכבר אין סיבה המחייבת, וממילא דאין לו לומר דל אנת וכו' דאז בזה הוא נפטר מחיוב שבועה, ודו"ק.

והוסיף האו"ש, דלהכי גם לא מהני מיגו לאפטורי משבועת השומרים, שהרי לא נתפייס דעתו בהך מיגו, וממילא לא מהני, עכתו"ד¹³³.

אולם נראה דאפשר לבאר פלוגתתם בדרך אחרת, [ולא נצטרך להך הוספה של האו"ש שסו"ס נתפייס דעתו], שיש להגדיר את השבועה כחלק מחיובי שמירה בב' אופנים, די"ל שזה חלק מעצם השמירה, דכמו דכל חיובי שומר מתיחסים לגוף הפקדון, ששומרו ומחזירו ומעמידו לו ומשלם עליו, כמו"כ השבועה עצמה הוא גם חלק משמירת גוף הפקדון, שנשבע עליו לברר אם חייב או פטור כהשלמה לכל החיובים שלו על הפקדון, [ונמצא דהשמירה עצמה אלימתא בזה שנשבע ששמרו כדינו], ומאידך י"ל שכל החיובים בגוף הפקדון מסתיימים במיתה ובאונסים שפוטרים אותו, ודין השבועה ע"כ הוא דין נוסף ודין צדדי שחייב לבעל הפקדון, בגדר חיוב נוסף אחרי קיום עיקר דיני השמירה – והיינו שאין שבועתו כלולה בעיקר החובת שמירה, אלא דרמי עליו חיוב נוסף בתורת שומר לבעל הפקדון להפסיק דעתו.

[וכאילו שתמיד יש ב' חיובים בשומר, עיקר החיוב שמירה ובנוסף יש חיוב שבועה וזה עומד כחיוב מן הצד שמתחייב בו מחמת החיוב שמירה ולא שהשבועה היא פרט מהפרטים של עיקר חיוב שמירה].

הנפ"מ בהנך ב' צדדים הוא כך:

ומזה שיש פטור בעליו עימו הוכיחו התוס' דאף דלא נעשה שומר דבעלים, אכן הזכות תשלומין הוא לבעלים, והוא תובע מהשואל, וממילא שהוא כבר הקובע בדין בעליו עימו, רק דע"ז מהני "קניא" דמאחר שהשומר פטור לגמרי מחיובו, הדר הדין תשלומין אליו, וכבר ליכא טענת כיצד הלה עושה סחורה, ופלוגתת רבנן ור"י הוא א' קני' בשבועה או מיתה, ולפי"ז הקניא עצמה אינו למפרע, רק מכאן ולהבא, ועד כמה שהתביעה הוא מהבעלים בלי קני' הוא הקובע פטור בעליו עימו, ועד כמה שהוא מהשוכר הוא הקובע בפטור דבעליו עימו.

¹³³ וע' רעק"א במערכה להלן [ל"ו אות ט"ז] שביאר מהלך חדש בזה, דבדאמת השואל נשבע שאינו ברשותו, דמהימן, שהרי נתנו לו רשות וכמבואר להלן, ושוב א"צ השוכר לישבע פשיעה דאין אלא גילגול, ופטור מעיקר השבועה דא"ב, וזהו שאמר כאן שיש שבועה מנקנה דרבנן כדי להפסיק, דבאופן שזוכה השומר ע"י הפטור שלו בתשלומין, בזה יצר לב הבעלים שלא רק שנפטר אלא שזוכה בדמים, ותיקנו שבועה מיוחדת.

הרי נתבאר לעיל [סימן י"ט פרק ג'] שיש זכויות לשומר ויש חיובים לשומר, ובלי זכויות של שומר אין שום תוקף להפקדה דאדם זר הוא – ונמצא שמחמת הזכויות הוא יכול להעמיד שומר – אבל החובת שמירה מעכב את החלות שמירה ומייחס לבעלים ולא שומר ידיה הוא – דעד כמה שהוא חייב שמירה לבעלים השמירה ממילא מתייחס לבעלים – ורק כלפי מצב שהוא לא חייב שמירה, אז השמירה לא תתייחס לבעלים – ואז קני' לעצמו לענין זה שההפקדה תתייחס אליו ובזה הוא יזכה בתשלומי ההפקדה – וזה שורש הדין קני'.

ומעתה עלינו לדון בעיקר הכח של הבעלים לעכב את ההפקדה שתתייחס אליו – כיון שהוא חייב את השמירה אליו – דכל זה תלוי בגדר החיוב שמירה אליו – וטענת רב אידי היא שכיון שהוא לא נפטר מחיובו בפקדון עצמו עד שלא נשבע, שהשבועה היא חלק וגמר בגוף שמירת הפקדון, נמצא שהאונס אינו פוטר ושוב מעכבו הבעלים בהפקדה שלא יהני זכותו בפקדון לעשות בו הפקדות לעצמו.

ודחה אב"י, דאע"ג דצריך לישבע, אבל אין חיוב שבועתו חיוב בגוף השמירה, שהחיובים בגוף השמירה הסתיימו, ורק שיש חיוב נוסף צדדי לבעל הפקדון – בגדר "להפיס דעתו", ולכן שפיר קונה, דמה שנוגע לגוף השמירה הוא פטור, ולא אכפת לן מה שנשאר לו חיובים מן הצד כלפי בעל הפקדון, ושוב אהני ליה עיקר הזכויות שלו בפקדון להעמיד עוד שומר לעצמו¹³⁴.

מחדש דסברת רבי יוסי היינו כאב"י, ורק מצד עשיית סחורה ס"ל דשפיר אומר לו "דל אנת ודל שבועתך".

הרי דנתבאר לן שורש פלוגתא אב"י ורב אידי, ומעתה נחזור לסברת התוס' בביאור שיטת רבי יוסי:

ונראה לחדש – דאף דאמרו בתוס' דרב יוסי כרב אידי, אכן עפ"י דברינו נראה לומר דביסוד הדברים ר' יוסי סובר כאב"י שהשבועה היא צדדי, וזה להפיס דעתו, רק דאעפ"כ הדרא הך טענה דבשבועה קני' ודל אנת ודל שבועתך הלכך לא קנה, ובזה סובר רבי יוסי כר' אידי, אלא דהטעם לזה הוא משום ד"כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו".

והיינו דצורתא דשמעתתא היא – דרבי יוסי מודה לטענת רב אידי מחמת סברת 'עשיית סחורה' – אף דבגדר השבועה מודה לאב"י.

ונסביר את הדברים:

הרי נתבאר שיש זכויות לשומר ויש חיובים לשומר, ובלי זכויות של שומר אין שום תוקף להפקדה דאדם זר הוא – ונמצא שמחמת הזכויות הוא יכול להעמיד שומר – אבל החובת שמירה מעכב את החלות שמירה ומייחס לבעלים ולא שומר ידיה הוא – דעד כמה שהוא חייב שמירה לבעלים השמירה ממילא מתייחס לבעלים – ורק כלפי מצב שהוא לא חייב שמירה, אז השמירה לא תתייחס לבעלים – ואז קני' לעצמו לענין זה שההפקדה תתייחס אליו ובזה הוא יזכה בתשלומי ההפקדה – וזה שורש הדין קני'.

עוד נתבאר דנחלקו רב אידי ואב"י בגדר חובת שבועה – האם דיינינן ליה כשומר שעדיין עומד נמצא תחת חובת שמירה – וממילא דאיכא כח לבעלים לעכבו מלייחס לעצמו את ההפקדה – או דילמא דשאני שבועה שאינה אלא בגדר 'חיוב צדדי', וממילא שכעת במיתה עצמה כבר אין עליו חובת שמירה לבעלים גם בלי שהשבועה – ובטלה הכח של הבעלים לעכבו לקנות לעצמו.

וכעת נראה דפלוגתא ר' יוסי ורבנן היא כך – ר' יוסי סובר שיש סברא של סחורה בפרתו של חברו וסברא זו אינה אלא בגדר 'משל' לנידון שלנו, והיינו דכמו שמוכן שהבעלות שיש לראובן בפרתו היא סתירה לרווחים של סחורה לשמעון בהך פרה עצמה – הרווחים של שמעון נסתרים על ידי הבעלות של ראובן – כמו כן הכא, הבעלות של הבעלים בפרתו נותנת לו כח לעכב את ההפקדה לשואל שלא תתייחס ההפקדה לשוכר עצמו – אלא שאם אין שום ביטוי לבעלות זו

¹³⁴ ועיין להלן [סימן כ"ו] מה שנתבאר עוד עפ"י חילוק זה [בגדר השבועה] דבזה מבואר שיטת הגר"ח בדין "את מהימנת בשבועה".

בשמירה שוב לא תעכב כלום, אכן אי איכא ביטוי כל שהוא, הרי ששוב נאמר שבעלותו תעכב את ההפקדה מלהתייחס אליו.

וסובר ר' יוסי – שעד כמה שהשמירה הקודמת בין השוכר לבעלים מחייבת חיובים לבעלים, הרי שלא יצא מכלל השמירה לגמרי וזה כבר ביטוי של הבעלות של הבעלים בחיוב שמירה – כל עוד שיש איזה שהוא 'זיקה' לשמירה קמייתא אנחנו נדון כל שמירה אחרת כ"סחורה בפרתו של חבירו".

ונמצא שגם אי נודה לאביי ששבועה אינה אלא להפיס דעתו של בעה"ב – ועיקר חובת השמירה בטלה וממילא שאין בכחו של הבעלים לעכבו מלהעמיד לעצמו שומר חדש – אכן החובת שבועה שהיא בגדר 'זיקה' לשמירה הקודמת הוא 'ביטוי' לבעלותו הקודמת בשמירה – וזה מגדיר את העמדת שומר אחר כ"סחורה בפרתו של חבירו".

ובנוסף אחר – כמו שב"סחורה בפרתו של חבירו" יש סתירה בין הבעלות של ראובן לרווחים של שמעון, כמו כן בהאי גוונא איכא סתירה בין הזכויות של הבעלים בשמירה של השוכר להשביעו – להתייחסות השמירה לשוכר עצמו – השמירה עצמה היא בגדר סחורה כל עוד שלא יצא לגמרי מכלל שמירה ראשונה.

ישוב לשיטת התוס'.

ומעתה מתיישב שי' התוס', דמצד א' רב אידי עצמו ודאי בא לבאר את שי' רבנן ולא את שי' ר' יוסי, אבל רב יוסי סובר דאף אם נסבור כאביי בגדר השבועה עצמה, אבל אכתי איכא עשיית סחורה, והדרא תמיד טענת רב אידי, ודו"ק.

וכבר אין להקשות דנמצא דבאופנים מסויימים השוכר מרוויח ממונא דשואל, [והיינו כשאין חיוב שבועה וכגון שהבעלים ראה], ונמצא דהדרא לן ה"עשיית סחורה בפרתו של חבירו", דכל סברת רבי יוסי הוא דשומר שעדיין חייב בתורת שומר למפקיד שלו והולך ומעמיד עוד שומר לעצמו, דהרי זה בכלל עשיית סחורה בפרתו של חבירו, אבל אחרי שהוא נפטר דאז שפיר מצי מעמיד שומר לעצמו, והשומר שלו משלם לו, אין זה בכלל עשיית סחורה בפרתו של חבירו גם לרבי יוסי, ודו"ק.

סימן כ"א

שיטת הרא"ש ורש"י

ב"כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו".

פרק א הקדמה: ג' דרכים בביאור שי' ר' יוסי. <> מביא את דרכו של הרא"ש בשיטת רבי יוסי, דעושה שליחותו של המשכיר. <> מביא את דרכו של רש"י בשיטת רבי יוסי. <>

פרק ב ביאור דרכו של הרא"ש ורש"י בביאור שיטת רבי יוסי כיצד הלה עושה סחורה, <> מתמה טובא בעיקר דין שליחות שנתחדש ברא"ש. <> ביאור הגדר בשליחות לפי הרא"ש, דאינו שליחות כפשוטו, אלא דה"רשות שומר" שמכחו הוא זכה בזכות הפקדה [לרבנן דר"י], בזה סובר ר"י דכל הך רשות שומר הוא רשות שמחזיקה את החפץ עבור הבעלים, וממילא דגם השומרים הם שייכים לבעלים. <> מקשה על שי' רש"י [מ"ב] שפירש דמשכיר עומד במקום השוכר, ומביא סתירת הרא"ש בטעמא דרבי יוסי. <> מבאר דסברת הרא"ש [מ"ב] הוא סברא נוספת ברבי יוסי אחרי סברא דשליחות שפירש בסוגיין, ומבאר איך משלימים זה את זה. <> ביאור טענת ר' יוסי "דכיצד הלה עושה סחורה", לדרכו של הרא"ש. <> ביאור בדברי הריטב"א החדשים בסוגיין, והוכחה לכל הנ"ל, דמוכרח דברבנן איכא ב' סברות ב'קניא', ולכן גם ברבי יוסי ע"כ איכא ב' סברות להפקיע מהנך ב' סברות. <>

פרק ג' דרך נוספת בשיטת רש"י בדעת רבי יוסי, וחידוש בגדרי בעליו עימו. <> מתמה טובא בשיטת רש"י מהסוגי' להלן [צ"ו] בדין 'בעליו עימו'. <> דרך נוספת בשיטת רש"י בדעת רבי יוסי, די"ל דרש"י למד דדין בעליו עימו לא נקבע לפי המפקיד אלא כפי מי שמחייב את התשלומין, ופליגי הראשונים בשורש דין דבעליו עימו. <> מחדש ברש"י שבעליו עימו אינו פטור לומר שאינו שומר כלל, אלא אף שהוא שומר אכן חיילא פטור תשלומין <>

פרק ד' ב' דרכים בדין בעליו עימו <> תולה את הנ"ל בפלוגתא האחרונים האם בעליו עימו הוא הלכה בתשלומין או הלכה עיקר החלות דין שומר, ומביא דנחלקו בזה. <> מתמה דאיכא סתירה בשיטת רש"י, ומיישב דאף לדרכו של הגר"ח בבעליו עימו, אכתי חיילא חלות דין שומר אלא דחיילא בו פטור מצד בעליו עימו. <> מחדש דלפי הגר"ח בבעליו עימו אכתי איכא שבועה ושליחות יד. <> מוסיף בשיטת רש"י דבעליו עימו הוא פטור בתשלומין [על פי המרדכי ריש הגזול ומאכיל]. / /

פרק א

הקדמה:

ג' דרכים בביאור שי' ר' יוסי.

מביא את דרכו של הרא"ש בשיטת רבי יוסי, דעושה שליחותו של המשכיר.

לעיל [סימן כ'] נתבאר דעת התוס' בשי' ר' יוסי הוא דר"י מודה לרבנן "דקני", ורק דסובר "דקני" בשבועה כר' אידי, ואיכא טענת דל אנת ודל שבועתך, ולהכי לא קני, וסובר כן גם בעדים, שאומר לו אני פוטרך מלהביא עדים.

אולם הרא"ש חולק - ופירש פירוש אחר בדעת ר' יוסי, דטעמא דר' יוסי משום שהוא 'שליח' דמשכיר להשאילו, וכ"ה בשטמ"ק בשם התוס' שאנץ, וע' קה"י [סי' כ"ט ס"ק ב'] שהוכיח ששליחות זו אינו בכוונה לעשות ולפעול עבור המשלח, וההוכחה לזה מלהלן [מ"ב]: דאמרינן שם דאפוטרופוס שקנה פרה בלי שיניים, ומסרו לרועה, ומת מרעב, הרי זה מקח טעות ויתמי גבי ממוכר, ושוב בא המוכר וגובה מהרועה שהוא ש"ש דאפוטרופוס, וש"ש חייב כיון שלא בדק אם יש לו שיניים, ואינו תובע מאפוטרופוס עצמו כיון שהוא ש"ח [דבמק"ט נהפך לשו"ח] ואין זו פשיעה.

והק' רש"י דאיך תובע מהרועה, הא המוכר לא שייך לו כלל, ולא בע"ד ידיה הוא, והביאו ע"ז כל הראשונים את דינו של ר' יוסי, דקיי"ל כוותי', ולהכי תובע המוכר מהרועה.

והנה, הכא מיירי שהאפוטרופוס [שהוא במקום השוכר] לא ידע שהוא עצמו שומר דמוכר, והוא מינה את הרועה כש"ש ידיה בלי ידיעה על המינוי הזה, ורק דאיתברר לו אח"כ דהיה מק"ט והוא שומר למוכר, וע"כ שלא נתכוין לעשותו שליח עבור המשלח, ואין זה "מעשה שליח" כלל כשלא נעשה עבור המשלח, ומוכרח שאין השליחות הכא כשאר שליחות, ולהלן יבואר הגדר בזה.

ופשוט דלפי הרא"ש דליתא להך חידוש דין של תוס', דלדידיה עיקר הדין שמירה חיילא לכתחילה כלפי המשכיר, ואין שום היכי תימצוי שהשוכר יתבע את השואל, ודו"ק.

מביא את דרכו של רש"י בשיטת רבי יוסי.

ומדברי רש"י להלן [מ"ב]: נראה שיש ביאור שלישי בשיטת ר' יוסי, שפי' שם רש"י, "הואיל ויש לו [לשוכר] דין על השואל לגבות, יעמדו הבעלים הראשונים במקומו וגובין מן השואל".

מלשון זה של רש"י משמע שעיקר התביעה היא של השוכר והחייב אליו, אלא שהמשכיר עומד במקום השוכר לתבוע, ואילו לפי הרא"ש אדרבה - הדין איפכא - שהעיקר הוא המשכיר, שהשוכר היה שליח בעלמא להעמיד שומר למשכיר, ודו"ק, ב' דרכים הפוכים.

פרק ב

ביאור דרכו של הרא"ש ורש"י

בביאור שיטת רבי יוסי דכיצד הלה עושה סחורה.

מתמה טובא בעיקר דין שליחות שנתחדש ברא"ש.

והנה, הבאנו את שי' הרא"ש דמהני כאן מדין שליחות, והיינו שהשוכר הוא שליח של המשכיר למנות את השואל כשומר ידידה, ושיטתו צ"ב, דזה ודאי דאינו שליחות כפשוטו:

א] א"כ במה פליגי רבנן – אטו יש כאן מחלוקת בהלכות שליחות בכל התורה.

ב] כבר הבאנו להוכיח מההיא דאפוטרופוס דהשליח הכא אינו מתכוין לעשות שליחותו ולא יודע שהוא שליח.

ג] הרי לא היה כאן שום מינוי.

ד] בגמרא [ל"ו.] הקשו דאין רצוני שיהא פקדונו ביד אחר, ואם היה כאן שליחות הרי פשיטא דרצונו בכך.

ומעתה צ"ב דמה הכוונה ומה הגדר בהך שליחות מחודשת שאינה שליחות פשוטה – ומה שורש פלוגתת רבי יוסי ורבנן סביב שליחות זו.

ביאור הגדר בשליחות לפי הרא"ש, דאינו שליחות כפשוטו, אלא דה"רשות שומר" שמכחו הוא זכה בזכות הפקדה [לרבנן דר"י], בזה סובר ר"י דכל הך רשות שומר הוא רשות שמחזיקה את החפץ עבור הבעלים, וממילא דגם השומרים הם שייכים לבעלים.

והנראה בזה, דלעיל [סימן י"ט פרק ג'] הבאנו ב' יסודות בסברת רבנן [למה גובה מהשואל]:

א] כל הדין "קני" בשיטת רבנן אינו לעשות את הפקדון לממונא דשומר, דודאי שהפקדון הוא ממונא דבעלים וכל הדין "קניא" הוא רק לענין העמדת שומר לענין זה שההפקדה מתייחסת אליו, והיינו לעשות שהשואל יהיה שומר דשוכר, אבל גוף החפץ לא נקנה לו לשוכר, [ובזה נתיישב קושי' הפנ"י בסתירת המשניות], וממילא שהוא גובה מהשואל כיון דדינא דשומרים הוא שמשלמים למפקיד ולא לבעל הממון.

ב] עוד ביארנו מהגרשש"ק, דכיון דכל שומר הוא כבר "בעלים" לענין שמירה, ויש לו בחפץ 'החזקה' ו'תפיסה' לענין שמירתו, והיינו שזה "ברשותו לשמירה", מה"ט יכול לזכות בחפץ לענין שאר הפקדות ולמנות שומרים נוספים, דלענין זה הרי זה "ברשותו", להרחיב את ההפקדות והשמירה בפקדון, זו סברת רבנן.

ומעתה נראה כך: רבי יוסי בא לחלוק בסברא זו גופא, והיינו דסובר ר' יוסי דשאני "רשות שומר" מ"רשות גנב", דשני הפכים נינהו, דכבר ביארנו בריש פירקין דרשות גנב אינו "בית האיש" כיון שזה רשות וקנינים והחזקה "נגד" הבעלים, לעומת שומרים שיש בו גם החזקה ותפיסה ורשות, אבל הך רשות חשיב כ"בית האיש", שכל מהותו הוא רשות "בעד" הבעלים ולטובתו, שזהו כל המציאות של שומר.

ובקצרה - רשות שומר ורשות גנב הם שני הפכים – 'בעד' הבעלים או 'נגד' הבעלים.

ועפ"י זה יש לבאר סברא עמוקה בשי' ר' יוסי, דטענתו כך, דנהי דאיכא לשומר זכויות וקנינים ו"רשות שומר" לענין שומרים ולענין הוספת שמירה בחפץ, וכסברת הגרשש"ק, אבל כיון שכל עצמותו של הך רשות הוא רשות שמחזיקה את הפקדון "בעד" הבעלים ולטובתו, א"כ כל שומר נוסף שממנים אותו מכח הך רשות, נהיה המינוי וההפקדה "עבור" הבעלים ולטובתו, וממילא הוא שהשואל הוא שומר דבעלים הראשונים, ודו"ק.

ובקצרה, טענת רבי יוסי מושרשת מיניה וביה בתוך טענת רבנן – והיינו דעד שיש סברא לומר, שיש לשומר זכות ובעלות ורשות ושליטה לעניני השמירה ולכן טוענים רבנן שהוא שומר שלו,

הרי בזה גופא טוען ר' יוסי לאידך גיסא – שכיון שכל הרשות עומדת עבור הבעלים ומייצגת אותו, הלכך ע"כ דממילא שהשומר שנעשה מכח הך רשות הוא ממילא שומר לבעלים – ופשוט.

ונראה דזה עומק כוונת הרא"ש – ש'עשה שליחותו', שאין הכוונה שהיה מינוי שליחות והוא ממש שלוחו ויש כוונת שליח ומעשה שליח לעשות שומר עבור המשלח, דכל זה אינו, אלא דממילא הוא דההפקדה היא הפקדה עבור בעליו, ודומה לשליחות שעשייתו כעשייתו ועבורו – הלכך פשוט למה לא בעינן לא מינוי ולא כוונה.

וזה קצת דומה לכהני שלוחי' דרחמנא, והיינו דכל מציאותו של כהן במקדש הוא שהוא שליח דרחמנא, וכן הוא בשומר, שכל פעולה של הפקדה בתורת שומר מיקרי עשייה עבור המפקיד, ודו"ק.

מקשה על שי' רש"י [מ"ב] שפירש דמשכיר עומד במקום השוכר, ומביא סתירת הרא"ש בטעמא דרבי יוסי.

הבאנו מרש"י שמבאר איפכא מהרא"ש, דאין הכוונה דהשוכר הוא שלוחו דמשכיר להפקדה, והמשכיר הוא המפקיד, רק אדרבה, השוכר הוא המפקיד והוא התובע, רק שהמשכיר בא ועושה דין במקום השוכר, ואלו ב' סברות וב' דרכים הפוכים, וצ"ב שורש החילוק ביניהם.

עוד צ"ב, דלדרכו של רש"י קשה הסוגי' [צ"ו], שהרי מבואר שם דבעליו עימו נמדד כלפי הבעלים הראשונים לפי ר' יוסי, [והיינו דנחלקו ר"י ורבנן בתרתי, והמחלוקת תלויה זב"ז, דהכא במשנה נחלקו למי משלמים, והתם נחלקו מתי נפטר השואל בפטור בעליו עימו, לרבנן כשהשוכר עימו במלאכתו, ולר"י כשהמשכיר עימו במלאכתו], ומבואר א"כ דלר"י המשכיר הוא המשאיל, והכא ברש"י מבואר איפכא שבאמת השוכר הוא עיקר התובע, רק שהמשכיר בא במקומו לגבות¹³⁵, וצ"ג.

ויתירא מזו קשה טובא, הרי באופן שהשוכר עימו במלאכתו השואל חייב לרבי יוסי כיון דאזלינן בתר משכיר, וקשה דכיון דעיקר התובע הוא השוכר ורק דהמשכיר בא מכחו, הרי כיון דליכא תביעה לשוכר דכלפיו איכא פטור בעליו עימו, א"כ איך המשכיר תובע במקומו, וצ"ג¹³⁶.

ובעיקר קשה, דכד נעיין ברא"ש בסוגי' דאפוטרופוס [מ"ב:] נראה שהרא"ש עצמו פי' שם כדפי' רש"י, וז"ל, "אע"ג דספסירא לאו בע"ד דבקרא הוא, כיון שדינו של בקרא עם יתמי [והם אינם תובעין אותו כי גבו מספסירא], ספסירא עומד במקום יתומים לגבות מבקרא כל מה שמחוייב מן הדין ליתומים", וממשיך הרא"ש להביא ע"ז את שי' ר"י בתחזור פרה לבעלים הראשונים, ודו"ק, הרי דספסירא שהוא הבעלים, הוא עומד במקום הש"ח [יתומים] לתבוע מהש"ש [בקרא], ודו"ק, והיינו כרש"י, וכך ביאר את שי' ר' יוסי.

ומעתה איכא סתירה ברא"ש בסברת ר' יוסי, דבסוגיין כ' דמהני מדין שליחות ולהלן [מ"ב:] כ' דמהני מדין דהמשכיר עומד במקום השוכר, וזה תרתי דסתרי.

מבאר דסברת הרא"ש [מ"ב] הוא סברא נוספת ברבי יוסי אחרי סברא דשליחות שפירש בסוגיין, ומבאר איך משלימים זה את זה.

ובביאור שי' רש"י [מ"ב] ובישוב סתירת הרא"ש, נראה להקדים ב' הקדמות:
הקדמה א':

לעיל [סימן י"ט פרק ג'] ביארנו ב' סברות ברבנן לומר שההפקדה תתייחס לשוכר ולא למשכיר, [לכן קניא במיתה לענין זה], א' כיון שלשוכר יש זכויות ותפיסה בפקדון לענין השמירה, וב"רשות שומר" קאי לענין זה, ועניני השמירה ידיה נינהו, הלכך שפיר "קניא" ליה לענין ההפקדה והפקדה ידיה הוא [וסברא זו מרומזת בגרשש"ק], ב' יש גם סברא נוספת לומר שכיון שהשוכר הוסיף והעלה את דרגת השמירה מדרגת שוכר לדרגת שואל [ובאפוטרופוס מש"ח

¹³⁵ והיינו דכמו שדחו התוס' את ה"אין לפרש" מכח סוגי' זו, כמו"כ נדחה אנן בדרך זו את דברי רש"י.

¹³⁶ והנך תרי קושיות מבעליו עימו על שיטת רש"י יישבנו באופן אחר להלן [פרק ג'] דע"כ דרש"י חולק על הראשונים בעיקר גדר דינא ד'בעליו עימו'.

לשו"ש], לכן נאמר דהך תוספת תתייחס אליו, שהרי הוא עשאו והוא חידשו בחפץ, [סברת הגרנ"ט והגר"ח מטעלז].

הקדמה ב':

ידוע דבמוכר שט"ח לחבירו אף דחיילא המכירה אבל המוכר יכול למחול, והראשונים אמרו בזה כמה סברות, וי"ל בזה עוד, דשאני מכירת חפץ ממכירת חוב, דבחפץ, כשמוכרו ראובן לשמעון, בעלות דראובן מסתלקת ובמקומו באה בעלות דשמעון, אבל במכירת חוב, הרי עצם מהותו של החוב הוא שזה 'חוב למלוה', והיינו דאין המלוה בעלים בעלמא על החוב רק דזהו גוף החוב, שזה 'חוב אליו', וכשמוכרו, נשאר החוב אליו, רק שהלוקח הוא בעלים על חוב דמלוה, וא"כ שפיר מוחלו, דסו"ס חוב ידיה הוא, ודו"ק, וסברא זו שמעתי ממו"ר הגאון הרב ר' אברהם גורביץ שליט"א בביאור שיטת הראב"ד.

אחרי ההקדמות האלו נראה, דכמו דברבנן איכא ב' סברות לומר שהשמירה וההפקדה תתייחס לשוכר, כמו כן נימא הכי בשיטת רבי יוסי, והיינו דבעינן ב' סברות לומר שהשמירה לא תתייחס לשוכר אלא למשכיר, ואלו ב' הסברות שאמר הרא"ש בשיטת רבי יוסי, והיינו, שאין כאן ב' סברות שסותרות זו את זו אלא אדרבה – שתי הסברות משלימות זו את זו, ומהלך הדברים הוא כך:

דאף דביארנו לעיל את סברת ר' יוסי לפי הרא"ש שזה מדין שליחות, וביארנו שכוונתו לאפוקי מהסברא של רבנן שלמדו שכל עניני השמירה שייכי ל"רשות דשומר", ולכן הוא יכול למנות עוד שומר לעצמו, ובזה גופא חולק ר' יוסי וסובר דכל הך רשות שומר עומדת "בעד" המשכיר ולטובתו, ולכן אמרינן דהשמירה נעשה ממילא עבור הבעלים, ואלו דברי הרא"ש בסוגיין שביאר דשוכר שליח דמשכיר.

אולם אכתי איכא סברא נוספת בשיטת רבנן שהשמירה תתייחס דוקא לשוכר, דכיון שהוא עשאו והוא חידשו, שהרי הוא העלה את דרגת השמירה משוכר לשואל, להכי איכא סברא נוספת שהשמירה תתייחס אליו, וא"כ אף אם גוף השמירה היא "שמירה למשכיר", [דנעשה בשליחותו מכח הרשות שומר שמתייחס למשכיר], אבל השוכר צריך להיות 'בעלים' על הך שמירה שהיא למשכיר, שהרי הוא הוסיף וחידש בדרגת השמירה, וזה יהיה דומה לחוב של ראובן, ששמעון הוא הבעלים על החוב אף דאכתי מיקרי חוב דראובן [ונפ"מ למחילה], וכמו"כ הכא, למה לא נימא שהשוכר הוא התובע בתשלומין של הפקדון כיון שהוא הבעלים על הך דין שומר אף שגוף הדין שומר הוא למשכיר.

ובתוספת ביאור, גוף השמירה היא למשכיר, אבל אכתי נאמר שהשוכר הוא "הבעלים" על השמירה שהיא למשכיר, וא"כ השוכר יתבע את התשלומין דשמירה, ודו"ק, וזו טענה גם אחרי סברת שליחות של הרא"ש.

ונראה דכנגד טענה זו באים דברי רש"י והרא"ש [מ"ב:], שיש סברא נוספת ברבי יוסי, דמשכיר עומד במקום שוכר, והיינו, דגם אחרי שכבר פירש הרא"ש בסוגיין שגוף השמירה היא שמירה למשכיר, וזהו סברת הרא"ש בסוגיין שהוא "שליח", אכתי צריך הרא"ש להוסיף דלמה אין השוכר בעלים על הך דין שומר, והוא יתבענו, ובזה תירץ הרא"ש דמשכיר עומד במקום שוכר ותובע [ולהלן יבואר מהו באמת הסברא בזה], ומיושב היטב סתירת הרא"ש.

וצריכים להוסיף, דכל דברינו בנויים עפ"י מה שנתחדש לעיל בעיקר הגדר של שליחות לדעת הרא"ש, דאינו שליחות ממש, דאי הוי שליחות ממש אז פשיטא דכל השמירה היא שמירה של המשכיר ותו לא, שהרי עשה שליחותו ושלוcho כמותו, אכן כיון שנתבאר שאינו שליחות כפשוטו, רק דכיון דנעשה מכחו ומכח ה"רשות שומר" שמתייחס אל השוכר, שוב אמרינן דאף דשמירה דמשכיר היא, אכן השוכר הוא הבעלים על השמירה למשכיר, ודו"ק.

ונראה דמעשה מיושב נמי כל הקושי בדברי רש"י מהסוגי' [צ"ו] מבעליו עימו, שיש מקום לחדש שגם רש"י מודה לעיקר סברת הרא"ש בשליחות, וזה כמבואר בסוגי' להלן [צ"ו], והכא רש"י הוסיף סברא נוספת כלפי תביעת הממון, דבתביעת ממון אמרינן דהשוכר הוא העיקר, והמשכיר

בא במקומו, אבל כיון שהשמירה עצמה היא שמירה דחיילא למשכיר, שוב נמדד בעליו עימו ביחס למשכיר - ודו"ק.

ביאור טענת ר' יוסי "דכיצד הלה עושה סחורה", לדרכו של הרא"ש.

יש לתמוה: ר' יוסי אמר במשנה סברא ברורה, "דכיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו", ומזה היה משמע שבעצם נקטינן דהשוכר הוא התובע, רק דהמשכיר מסלקו בטענת "עושה סחורה", והבאנו מהרא"ש דטעמא דר' יוסי הוא משום שהשוכר הוא שלוחו דמשכיר, ואיך זה מתאים לטענת ר' יוסי עצמו.

ועפ"י מה שנתבאר לעיל א"ש, דביארנו, דאף אחרי שיש סברא דשליחות, ועיקר השמירה הוא שמירה למשכיר, אפי"ה יכול השוכר להיות התובע ולהיות הבעלים על כך שמירה, שהרי הוא העלה את דרגת השמירה משוכר לשואל, וע"ז הוסיפו הרא"ש ורש"י [מ"ב:] דסו"ס המשכיר עומד במקומו.

ותמוה דלמה באמת יעמוד המשכיר במקומו, ומהו שורש הסברא בזה, ונראה דע"ז מפרש ר' יוסי, "דכיצד הלה עושה סחורה", והיינו, שהעשיית סחורה הוא בזה שהשוכר הוא התובע בהך שמירה גם אחרי שהשמירה היא שמירה כלפי המשכיר, ודו"ק, ומה"ט עומד המשכיר במקומו לתבוע, כדי שלא יהיה כאן עשיית סחורה.

ביאור בדברי הריטב"א החדשים בסוגיין, והוכחה לכל הנ"ל, דמוכרח דברבנן איכא ב' סברות ב'קניא', ולכן גם ברבי יוסי ע"כ איכא ב' סברות להפקיע מהנך ב' סברות.

והעירני בכל זה בני הרב ר' מאיר שמחה נ"י לראיה נפלאה ליסוד הדברים, דעפ"י דברינו יבוארו דברי הריטב"א הח' בסוגיין, ונבאר את הדברים.

דהנה, הריטב"א הקשה דמאי קס"ד דרב אידי דאומר לו דל אנת ודל שבועתך, הא סו"ס השואל הוא שומר של השוכר, ואיך א"ל אנא אישתעי דינא בהדי' שואל, הא לאו שומר ידידה הוא, וכדמוכרח מלהלן [צ"ו] בדין בעליו עימו, ותירץ דא"נ דרב אידי בקושי' הוא דלא כהסוגי' להלן, ואה"נ דבקס"ד לרב אידי אכתי נקטינן דשומר דבעלים הוא, ורק למסקנה דמיתה קניא אז נתחדש גם שהוא שומר של השוכר, ואז נאמר הלכה דבעליו עימו כלפי הבעלים.

ומתבאר מתוך דברי הריטב"א דתרתני נאמר הכא, והיינו דלולי הסוגי' להלן, אז ה"קניא" רק חיילא על הזכות תביעה, אף דהחלות שמירה היא לבעלים הראשונים כלפי דינא דבעליו עימו [וגם כלפי זה שהוא תובע את הבעלים אחרי שהוא אומר דל אנת ודל שבועתך], ובמסקנה כתוב שיש גם קניא על כל ההפקדה, ובזה הוסיף הריטב"א במסקנה, דע"כ צ"ל דה"קניא" הוא ע"י משיכה, והיינו למפרע, והיינו דאל"כ לא שייך קניא גם כלפי ההפקדה, ורק "קניא" כלפי ההפקדה מהני לדין בעליו עימו, ודו"ק.

כן נראה בביאור הריטב"א, והעירני בזה בני שיחיה, דזה ע"כ מפורש בריטב"א שיש כאן ב' סברות של "קניא", א' לולי הסוגי' של בעליו עימו, וא' אחרי הסוגי' של בעליו עימו.

והיינו דזכות א' של "קניא" נאמר כלפי הזכות תביעה עצמה, וזכות זו בנויה על סברת הגר"ח מטעלז והגרנ"ט וכתבאר, והיינו דכיון שהוא חידש תביעה חדשה כלפי אונסים, לכן הוא זוכה בתביעה זו, וזכות א' של "קניא" כלפי גוף ההפקדה עצמה, וזכות זו בנויה על סברת הגרשש"ק, וכתבאר.

וכיון שמצאנו כן ברבנן, שוב ע"כ צ"ל דגם ברבי יוסי נאמרו ב' חידושים, והיינו דאחרי דמצד דינא דשליחות נאמר שהחלות הפקדה מתייחסת לבעלים, אכן עיקר התביעה אכתי מתייחסת לשוכר כיון שהוא חידשו, ועל זה בעי רבי יוסי סברא נוספת לחדש דמשכיר תובע במקום השוכר.

פרק ג'

**דרך נוספת בשיטת רש"י בדעת רבי יוסי,
והידוש בגדרי בעליו עימו.**

מתמה טובא בשיטת רש"י מהסוגי' להלן [צ"ו] בדין 'בעליו עימו'.

הבאנו את שיטת רש"י דביאר דדין השוכר עם השואל והמשכיר בא מכחו, והקשינו, דלכא' זה תמוה מהסוגי' להלן [צ"ו] דמבואר [שם] דלר"י כל הדין שמירה הוא כלפי המשכיר, ושומר ידיה הוא, וראיה לזה, ממה דהמשכיר קובע את הדין בעליו עימו ולא השוכר, ולרש"י קשה תרתי:

א] למה אמרינן דהמשכיר קובע את הדין בעליו עימו אם השמירה היא שמירה לשוכר.

ב] למה ליכא פטור בעליו עימו כשהשוכר עימו במלאכתו, הרי כל כחו של המשכיר הוא רק מכח השוכר, והרי השוכר עימו במלאכתו וכלפיו ע"כ איכא פטור, ואיך המשכיר תובע במקום השוכר.

ומכאן ע"כ מוכרח דלא כרש"י, אלא דעיקר השמירה היא שמירה למשכיר, וזה עפ"י סברת הרא"ש שהשוכר עביד שליחותו של המשכיר, וכן באמת משמע ברא"ש [צ"ו] שכ' בדברי ר"י שיש פטור בעליו עימו כלפי המשכיר "דכמאן דשאל מינייהו דמי", הרי דשומר ידיה הוא, ממש כשי' הרא"ש אצלינו שעושה בשליחותו, דלכן כל הדין שומר הוא כלפי הבעלים, וגם בריטב"א הח' מפורש דטעמא דר"י מצד שליחות, וכתב נמי דמוכרח בהשואל [צ"ו] דשואל שומר דבעלים הוא לדעת ר"י, וכוונתו כנ"ל, דבעליו עימו נמדד כלפי חיוב שומרים, וא"כ ע"כ מוכרח דלר"י שואל שומר דמשכיר הוא.

ולעיל [פרק ב'] חידשנו שיש מקום לומר שרש"י לא חולק בזה, ומודה לסברת הרא"ש וריטב"א, אלא דבא להוסיף בזה סברא נוספת בעיקר התביעה, אכן נראה שיש דרך אחרת ברש"י בזה, וכדיבואר.

דרך נוספת בשיטת רש"י בדעת רבי יוסי, די"ל דרש"י למד דדין בעליו עימו לא נקבע לפי המפקיד אלא כפי מי שמחייב את התשלומין, ופליגי הראשונים בשורש דין דבעליו עימו.

והיינו דכפשוטו היה משמע דרש"י חולק וסובר דהדין שמירה הוא באמת מהשוכר לשואל, ולכן כתב שהמשכיר תובע את השואל במקום השוכר, והיינו דהשוכר הוא העיקר, אלא דרש"י חולק בעיקר הדין בעליו עימו, דרש"י לומד דפטור דבעליו עימו לא נקבע כלפי המפקיד, רק כלפי מי שמחייב את התשלומין שומרים, ואף דהשוכר הוא המפקיד ושומר ידיה הוא, אבל החיוב תשלומין הוא למשכיר, וזו כוונתו שבא במקומו, ודו"ק.

נמצא דנחלקו הראשונים באופן שהחיוב שמירה הוא לראובן, והחיוב תשלומין הוא לשמעון, דהראשונים סוברים שהדין בעליו עימו נקבע ע"י ראובן, ולרש"י הדין בעליו עימו נקבע ע"י שמעון.

וממילא ס"ל לרש"י, שהפשט ברבי יוסי הוא דהגם שיש דין "קניא", והשואל הוא שומר דשוכר, אכן החיוב תשלומין הוא למשכיר, דאל"כ כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו, והיינו דבהך תביעה הוא זוכה בחיוב תשלומין דשומרין, והיות והחיוב תשלומין הוא כלפיו, ממילא הוא גם קובע את הדין בעליו עימו, וממילא דפשוט דלרש"י דליכא שליחות בר' יוסי, ודלא כהרא"ש וריטב"א.

אולם אכתי ק' מש"כ רש"י שביסוד הדברים הדין גבייה היא על השוכר שהוא הגובה – אלא שהמשכיר בא במקומו, הא לכא' ליכא שום דין על השוכר לגבות ומעיקרא הדין גבייה ותשלומין הוא למשכיר כדמוכרח ממה שהדין בעליו עימו נמדד כלפי המשכיר, וצ"ע.

וע"כ צ"ל דכוונת רש"י כך:

לעולם סיבת החיוב בשומרים הוא משום ששומר ידיה הוא, והך סיבה היא הסיבה לגביית תשלומין, והך סיבה הוא לשוכר כיון דשומר ידיה הוא, אכן החיוב תשלומין לא חיילא כלפיו, דאי היה החיוב חיילא לכתחילה כלפיו, אז היה חל בו פטור בעליו עימו, ולר"י נתחדש מדין "כיצד

הלה עושה סחורה" דלכתחילה חיילא החיוב תשלומין לבעלים במקום המשכיר [אף דסיבת החיוב תשלומין היא לשוכר], וממילא דהדין בעליו עימו נקבע כלפי המשכיר ולא כלפי השוכר, ודו"ק. ושורש פלוגתת הראשונים יבואר עפ"י הנתבאר לעיל [פרק ב'] בסברת שליחות בדעת הרא"ש, דאין כאן שליחות ממש, אלא דהכוונה בזה היא דכיון דכל ההפקדה בנויה על ה"רשות שומר" והרשות הזו אינה כרשות גנב שהיא 'נגד הבעלים' אלא כרשות שומר שהיא 'בעד הבעלים', שוב ממילא חיילא כל השמירה כלפי הבעלים, ובסברא זו סובר רש"י דלא נתחדש דכל השמירה חיילא כלפי הבעלים אלא דעכ"פ התוצאה של השמירה שהיא החובת אחריות ותשלומין חיילא כלפי הבעלים, ודו"ק.

מחדש ברש"י שבעליו עימו אינו פטור לומר שאינו שומר כלל, אלא אף שהוא שומר אכן חיילא פטור תשלומין

ויתחדש בכל זה חידוש נוסף, דהנה יש לחקור האם בבעליו עימו אינו שומר כלל, או דאף שהוא שומר אכן חיילא פטור תשלומין, ונרחיב בזה להלן [פרק ד'], ונראה דלדברינו ברש"י יהיה מוכרח, דע"כ דפטור בעליו עימו אינו פטור בכל השמירה לומר שאינו שומר כלל, אלא דגם בבעליו עימו אכתי שומר הוא, ויש כאן סיבה לתשלומין, וכל הפטור חיילא בגוף החיוב תשלומין, וממילא דשפיר י"ל דאף דבאופן שהוא עימו במלאכתו אצל השוכר, אכן אכתי אין זה פטור בעיקר השמירה, ושפיר חיילא השמירה כלפי השוכר, ושוב אמרינן דחיילא החיוב תשלומין למשכיר, דכלפיו לא היה בעליו עימו, ובעליו עימו לא ביטל את כל השמירה לשוכר כיון שאינו פטור בגוף השמירה.

אכן י"ל דזהו דוקא לרש"י דהקובע בבעליו עימו הוא למי שיש לו זכות תשלומין, אבל לרא"ש וריטב"א דהקובע בבעליו עימו הוא המפקיד, שוב י"ל דפטור בעליו עימו הוא פטור בשמירה.

פרק ד'

ב' דרכים בדין בעליו עימו

תולה את הנ"ל בפלוגתת האחרונים האם בעליו עימו הוא הלכה בתשלומין או הלכה עיקר החלות דין שומר, ומביא דנחלקו בזה.

ובעיקר הך נידון, האם פטור בעליו עימו הוא פטור בשמירה או פטור תשלומין בעלמא, כבר נחלקו בזה, דהנה, עיין בנתה"מ [סימן רצ"א ס"ק ל"ד] דנקט דפטור בעליו עימו הוא רק פטור תשלומין, וממילא דחייב שבועה שאינו ברשותו, ולמ"ד פשיעה בבעלים חייב גם שבועה שלא פשעתי, וכן הביא מהב"י בשם הרמב"ן שיש חיוב שליחות יד בבעליו עימו, וממילא דאיכא גם שבועה שלא שלחתי בו יד, אכן הקצוה"ח [סימן רצ"א ס"ק י"ח] נסתפק בדין שבועה בבעליו עימו, אבל לענין שליחות יד מודה הקצוה"ח [סי' שמ"ו ס"ק א'] לנתה"מ שיש חיוב על השליחות יד.

אכן הגר"ח חולק בזה ונקט דבעליו עימו פטור בעיקר הדין שמירה עצמה, לא רק בתשלומין, עיין בזה בברכ"ש ב"ק [סי' ל"ב ס"ק ד'] בשמו, ומסתבר דלפי הגר"ח ליכא חיוב תשלומין וליכא שבועה וליכא שליחות יד.

וע' ש"ך [סימן ס"ו ס"ק קכ"ו] שכ' נמי כסברת הגר"ח, ובזה יישבו את קושי' הראב"ד על הרמב"ם דכתב דפושע כמזיק לכן פשיעה בקרקע חייב, ומאידך פושע פטור בבעליו עימו, וקשה דמאי שנא, וע"כ דשאני פטור בעליו עימו מפטור קרקע, דבעליו עימו אינו שומר כלל הלכך ליכא בזה דין פושע כמזיק, ואפשר דבזה גופא פליג הראב"ד דלמד כהנתה"מ, ומה"ט תמה על הרמב"ם דמאי שנא.

ולכא' ברש"י כאן מפורש נגד הגר"ח, דלו יצויר דמה שאין תשלומין הוא בגלל שלא חיילא דין שומר, א"כ האיך חיילא דין תשלומין לבעלים, הא סיבת החיוב גם אצל השוכר ליתא.

מתמה דאיכא סתירה בשיטת רש"י, ומיישב דאף לדרכו של הגר"ח בבעליו עימו, אכתי חיילא חלות דין שומר אלא דחיילא בו פוטר מצד בעליו עימו.

אולם מעתה קשה דנמצא דרש"י סותר משנתו, דלכא' דברי הגר"ח שפי' כן ליישב את קושי' הראב"ד על הרמב"ם [דמ"ש דפשיעה בבעלים פטור מפשיעה בקרקע שחייב משום מזיק], ותי' כנ"ל, הרי הך תירוץ צריכים גם בשיטת רש"י, דגם רש"י ס"ל דפשיעה כמזיק בקרקע, וכמבואר בפנ"י [ב"מ נ"ז: ד"ה בתוד"ה שומר חנם], וכ"ה בנימו"י [שם] וכן הוכיח הש"ך הג"ל בדעת רש"י, וקשה דמאי שנא מפשיעה בבעלים דמבואר בריש השואל דפטור, וע"כ כנ"ל - והכא בסוגי' דמשכיר ושוכר מוכרח שרש"י לומד שזה דין בתשלומין.

והנראה בזה, דכבר הוכיח הגרב"ד [חו"ש מרן הגרב"ד ב"מ סי' מ"ט] מהסוגי' בהשואל [צ"ו] דאין כוונת הגר"ח דבעליו עימו לא חיילא חיוב שומר כלל, דבאמת חיילא דין שומר גם בבעליו עימו, אלא כוונת הגר"ח דחיילא בשמירה "חלות פטור" דבעליו עימו, וראיה לזה, דבאופן שהיה שכירות בבעלים ושוב שאלה בעלים, דנסתפקו אי מישך שייכא שאלה בשכירות, ושוב חיילא פטור בשאלה, והקשה דאי אינו שומר כלל בשכירות בבעליו עימו, א"כ חסר בכל החלות שמירה, וא"כ למה לא יחול הדין שאלה, הא מעתה מתחיל שמירה חדשה, וע"כ צ"ל דגם בבעליו עימו הרי הוא שומר, ורק דחיילא פטור בשכירות, וממשיך שוב הך פטור לשאלה.

והגר"ח עצמו הביא עוד נפ"מ [ברכ"ש שם במרובה] דדעת הרמב"ם [פ"א ה"ד משכירות] דבעליו עימו בשומר הראשון ומסרו לשומר שני ופשע, דהדין הוא דשניהם חייבים, וק' דמה מחייב את ראשון, הרי יש פטור בעליו עימו, וע"כ שגם בבעליו עימו איכא חלות שמירה, אלא שיש "פוטר", ונתחדש דהך "פוטר" רק פוטר ברשותו ולא ברשות השני, ועיי"ש במ"מ שזהו הביאור בדבריו.

ועפ"ז אפשר ליישב נמי את שיטת רש"י די"ל דרש"י מודה לדרכו של הגר"ח דחיילא פוטר בדין שמירה לענין תשלומין, אבל הך פוטר הוא רק עד כמה שהתשלומין צריך לחול כלפיו, אבל אי התשלומין צריך לחול כלפי הבעלים, כלפי זה לא חיילא פוטר בדין שמירה.

מחדש דלפי הגר"ח בבעליו עימו אכתי איכא שבועה ושליחות יד.

ולפי"ז י"ל נמי דהגר"ח מודה שיש שבועה ושליחות יד בשומר בבעליו עימו, וכדעת הקצוה"ח והנתה"מ, אלא שהגר"ח מסביר שהפטור תשלומין שיש בו אינו מתחיל בתשלומין עצמו, רק בעיקר הדין שומר כלפי התשלומין, אבל לעולם י"ל דכלפי השבועה שפיר חיילא הדין שומר.

וכל כוונת הגר"ח שם להסביר למה פושע כמזיק פטור בבעלים ולא בקרקע, וע"ז כתב דתשלומין מצד פושע כמזיק הן תשלומין מפרשת מזיק, רק דע"י פרשת שומרים נתחדש הך מעשה פשיעה למעשה שמחייב תשלומי מזיק, דבאיניש דעלמא אינו מעשה מזיק, ואין ע"ז תשלומי מזיק, הילכך בקרקע שהפטור הוא רק בתשלומין, שוב חייב בפשיעה שאין זה תשלומי שומרים, אכן בבעליו עימו שפטור בשמירה כלפי התשלומין, זה כבר כולל גם תשלומי מזיק שהם כתוצאה מהחוב שמירה.

אבל לזה מודה הגר"ח שיש חיוב שמירה, רק דחיילא פטור בשמירה לענין הדינים בתשלומין, הילכך אין ראיה שחולק על הקצוה"ח ונתה"מ.

ונראה דבלאו הכי צ"ל כן, שהרי הקצוה"ח דייק דבקרא כתוב מפורש "בעליו אין עימו שלם ישלם" ומפורש דפטור תשלומין הוא ולא פטור שבועה, ולהנ"ל י"ל דהגר"ח מודה.

מוסיף בשיטת רש"י דבעליו עימו הוא פוטר בתשלומין [על פי המרדכי ריש הגוזל ומאכיל].

והנה בעיקר מה שנתחדש כאן בשי' רש"י, דבעליו עימו ע"כ הוא פוטר בתשלומין, והפטור נקבע ע"י מי שהתשלומין שלו, דברים אלו מפורשים בשי' רש"י עצמו להלן [צ"ו].

דהנה יעויין במרדכי [ריש הגוזל ומאכיל], ומובא נמי ביש"ש [שם], שכתב שכמו שבגזל ולא נתיאשו ובא אחר ואכלו, דרמ"ג רמ"ג, כמו"כ וע"ד זו מצאנו בסוגי' דידן דא"ל דל אנת ודל

שבועתך, וכתב בשם הראב"ד דמזה חזינן דאף שהוא קיבל החפץ מהשני, בעל החפץ אכתי הוא הבע"ד לתבוע כמו בגזל ובא אחר ואכלו, דסו"ס בעל החפץ הוא.

והוסיף, דלפי"ז הדין בעליו עימו נקבע בזה שהוא התובע את התשלומין, אף דהפקידו הראשון, והוכיח כן מהסוגי' להלן [צ"ו], ודייק שכן מפורש ברש"י, והיינו שלמד שהמפקיד לכו"ע הוא השני, רק שהתשלומין שייכי לבעל החפץ לר", ולכן הוא הקובע בבעליו עימו, ואי היה לומד כהרא"ש שיש כאן שליחות במינוי השומר, שוב ליכא ראייה כלל, וע"כ כנ"ל.

וכשנעיין ברש"י [שם] מוכרח רק דלר"י ליכא בעליו עימו ע"י השוכר, והתשלומין אינם אליו, אבל אינו מוכרח שיהיה בעליו עימו לשואל מהמשכיר, ולפי הגר"ח יש מקום לחלק, דהיות והפטור תשלומין חיילא בשמירה, אז שמירה אינו למשכיר, ואינו קובע בעליו עימו, אכן לרא"ש וריטב"א שיש דין שומר למשכיר, ודאי שיהיה בעליו עימו בכה"ג.

סימן כ"ב סוגי' דר' זירא, משלם כמה פרות.

פרק א' ביאור הסוגי' <> השו"ט בין ר' אחא מדיפתי ומר בר רב אשי. <> דרכו של רש"י ודרכו של התורת חיים. <> ישוב שיטת רש"י. <> ביאור החילוק בין תשלומי גנב ומזיק לתשלומי שומרים דהכא לא אמרינן "רצה מזה גובה רצה מזה גובה". <> על פי זה מתבארים דברי ר"א מדיפתי. <>

פרק ב' בדברי הפנ"י אי סוגיין אזיל כר' יוסי <> דברי הפנ"י בביאור שי' הרא"ש ותוס' אי סוגיין אזיל גם כ' יוסי, ולהלכה. <> דן בדברי הפנ"י / /

פרק ג' הערות ברש"י בסוגיין. <> הערות ברש"י ד"ה "כיצד אגרא מיניה". <> בקושי המהרש"א ובדברי רעק"א בזה. <>
פרק ד' הערות בתוס' <> הערות בתוס' ד"ה אגרא פ', בביאור סברת ביטול השכירות ושאלה, ובביאור עיקר הגדר של שכירות וקנין שאלה ואם מהני השבה באמצע ימי השכירות בלי קנינים. <> בסוף התוס', דאז השואל פטור והשוכר חייב. <>

פרק א' ביאור הסוגי'

השו"ט בין ר' אחא מדיפתי ומר בר רב אשי.

בעיקר הסוגי' חידש ר"ז תרתי:

א] דשייך שבעלים של הפרה ישלם לשוכר על מיתת פרה דידיה, והיינו באופן שנהיה הבעלים לשואל של השוכר על פרה דידיה, וזה לשי' רבנן דשואל משלם לשוכר, והכא נמצא שהשואל הוא הבעלים שהשאלו אליו בחזרה תוך ימי השכירות, ובתור שואל הוא משלם לשוכר על הפרה שהיא שלו.

ב] עוד חידש ששייך גם שישלם לשוכר יותר מפרה א' על פרה א', והוא כששאל כמה פעמים פרה א', ועל החידוש השני דנו כאן בסוגי', האם שייך יותר מתשלום אחד על כך פרה.

ונחלקו עליו רב אחא מדיפתי ומר בר רב אשי, וטענת רב אחא מדיפתי היא – "מכדי חדא פרה היא, עיילה ואפקה, אפקה משכירות ועיילה לשאילה, אפקה משאילה ועיילה לשכירות".

וטענת מר בר רב אשי היא דליכא מחייב על יותר משתי פרות, "חדא דשאלה וחדא דשכירות, שום שאלה אחת היא, ושום שכירות אחת היא" אלא שפשוט שיש ב' דינים נפרדים להנך ב' פרות – "דשאלה קני לגמרי, דשכירות עבד בה ימי שכירותיה, ומיהדר ליה למרה".

כפשוטו היה נראה מהעמדת הסוגי' שיש כאן ב' טענות שונות נגד ר' זירא, וכנגד סברת רב אחא מדיפתי טוען רבינא – "ומי איתא לפרה בעינא, דנימא ליה הכי".

דרכו של רש"י ודרכו של התורת חיים.

והנה רש"י למד דר' אחא מדיפתי ומר בר רב אשי – תרומיהו סברי דישלם ב' פרות, חדא דשכירות וחדא דשאלה, ור"ז ורבינא תרומיהו סברי שישלמו ד' פרות, ב' דשאלה וב' דשכירות, אולם המהרמ"ש הביא מהתו"ח דלמד דר' אחא מדיפתי סבר דמשלם פרה א', וזה עולה גם לשכירות וגם לשאלה ולדידיה ר' אחא מדיפתי ומר בר רב אשי ב' שיטות שונות נינהו.

ומרהיטת הסוגי' משמע כהתו"ח, וזה מכמה טעמי:

א] לשונו דר' אחא מדיפתי שאני מלשונו של מר בר רב אשי, דמר בר רב אשי פי' ד"שום שאלה אחת" וכו' ור"א מדיפתי לא פי' כלום.

ב] מהו כל האריכות דר' אחא מדיפתי דעיילא ואפקא, ומר בר רב אשי השמיט כל זה.

ג] מה הדגיש ר"א מדיפתי דפרה א' היא, והא זה פשוט דעובדה כך היה.

ופי' התו"ח דדברי ר' אחא מדיפתי "דעיילא ואפקא" - אינו בגדר 'סיפור דברים' – והיינו שהיתה פעם פרה א' שנכנסה ויצאה, אלא כוונתו דזה דינו והיינו דאמרינן לו השתא שיביא פרה א', והפרה תכנס ותצא לכל הדרך דשאלה ושכירות, ולכן א' עולה לכל החיובים, גם לשכירות וגם לשאלה, כאילו הפרה לא מתה, ושפיר הקשה לו רבינא דכיון שאינה בעין א"א לעשות כן.

וע"ז בא מר בר רב אשי בטענה חדשה, שא' עולה לשתי שאילות וא' עולה לשתי שכירות והם שתי שיטות, וא"ש החילוקים, ודו"ק, וע' שטמ"ק בשם שיטה ובשם גליון שג"כ פ"י כן. איברא דדבריהם תמוהין, דמה באמת קס"ד לר"א מדיפתי, הרי אחרי ששילם לו פרה דשאלה ונחלט לו להיות שלו, הרי שוב לא שייך כלל לדון שישכיר לו פרה זו, וצע"ג.

ישוב שיטת רש"י.

וע"כ צריכים לפרש כרש"י, ובישוב שי' רש"י נראה לומר דר"א מדיפתי ומר בר רב אשי הם שי' א' בדין, אבל חולקים בסברא, וטענת רבינא ק' על ר"א מדיפתי ולא ק' על מר בר רב אשי. והביאור כך, דר"א מדיפתי סובר דכיון דדיני התשלומין בשומרים באים להעמיד את הפקדון, א"כ חזינן בתשלומין ידיה את גוף הפרה, ואף דאיכא שתי שאילות ושני חיובים, אכן אחרי שהפרה עומדת לפנינו, שוב א"א לתבוע אותה, ואחרי ששילם על שאלה א' והדרא פרה לפנינו, שוב א"א לתבוע עוד, וזו טענתו, דאף דמודה דביסוד הדברים איכא ב' דיני תשלומין, וכסברת ר' זירא, אכן סו"ס "פרה חדא היא", והיינו שע"י התשלומין הדרא הפרה עצמה, ואין כאן יותר מפרה חדא, ודו"ק.

וע"ז חולק רבינא, שאין בתשלומין את דמי הפרה עד כדי כך שרואים שהדרא פרה עצמה, ושפיר שייך ב' דיני תשלומין, והדרא סברת ר"ז.

אולם מר בר רב אשי בא בטענה אחרת, דאף אם נודה לרבינא ור"ז שכשיש ב' שאילות שיש גם ב' תשלומין, ופרה א' לא עולה לשני תשלומין, אבל עיקר ההנחה שיש ב' שאילות אינו נכון, דבאדם א' לא שייך ב' שאילות, והחיובים בשאלה השניה הדרי לתוך השאלה הראשונה, ותרוייהו חדא נינהו, דאין לאדם א' ב' זכותי שאלה וב' חיובי שאלה בחפץ א', וזהו טענתו, "שום שאלה אחת היא", וכיון שיש שאלה א', ממילא יש רק תשלומין א'.

ובאמת דכל דברינו מפורשים ברש"י שהרי בביאור דברי ר"א מדיפתי פירש"י [בד"ה מכדי] "ולענין תשלומין נמי לשלם ליה פרה א' ותעמוד במקום הראשונה תחת שתי השאילות", ומפורש דהחידוש כלפי תשלומין, ומפורש דאיכא באמת ב' שאילות, ומפורש גם שע"י התשלומין הדרא פרה לפנינו.

ובביאור דברי מר בר רב אשי פירש"י [בד"ה שום שאלה] "שתי שאילות פרה אחת אינן אלא אחת", ומפורש דאין הנידון בתשלומין רק בשאלה עצמה, שהן שאלה אחת.

אמנם אכתי לא נתבאר למה ליה לר' אחא מדיפתי להאריך "בעיילא ואפקא" וכו', ולהלן יבואר.

ביאור החילוק בין תשלומי גנב ומזיק לתשלומי שומרים דהכא לא אמרינן "רצה מזה גובה רצה מזה גובה".

בריש הגוזל ומאכיל מבואר שמי שגזל ובא אחר והזיק, דהדין, דרצה מזה גובה ורצה מזה גובה, אבל אינו גובה ב' גביות אף דב' החיובים לא שייכי זה לזה ויש לו ב' זכויות נפרדות, זה בתביעת נזיקין וזה בתביעת גזילה.

והק' בקובש"ע [כתו' אות רי"ח] דמ"ש מסוגיין דגובה כמה פעמים, וגם הכא נאמר "רצה מזה גובה ורצה מזה גובה", דממון א' אינו מחייב יותר מתשלומין א'.

ותי' הגרשש"ק [הובא בשיעורי הגרש"ר אות רס"ט], דשאני חיובי שומרים משאר החיובים, דחיובי גנב וגזלן ומזיק באים על גוף ה"בעלות" הממוני שניזוק ונגזל¹³⁷ ותרוייהו באים על גוף הממון, ולהכי תובע רק פעם א', דיש כאן רק בעלות וממון א', אבל בשומרים החיוב נוצר מחמת בעלות אבל אינה באה על הבעלות, להשלימו או להשיבו – אלא שמחמת הבעלות הוא יוצר "הפקדה" של שומרים – והפקדה היא חיוב וזכות חיצוני לחפץ, מכח הבעלות – ובזכות נתחדש

¹³⁷ אף דזה בא על השלמת חסרון הממון [נזיקין] וזה בא על השבת הממון [גזילה – במקום הוהשיב] – והארכנו בחילוקים שביניהם באמרות אברהם [פרק מרובה].

שכשמפקיד פקדון השומר מתחייב לשלם למפקיד, וממילא שאם הוא מפקיד פעמיים הוא גם מתחייב פעמיים, ודו"ק.

וע"ד זה נתבאר לעיל [סימן י"ט פרק ג'] בשי' דרבנן דר"י, דקני' במיתה לענין זה שיש לו "זכות ההפקדה", ותו לא, ולהכי לק"מ ממשנה ריש מכילתין לענין תשלומי גנב.

על פי זה מתבארים דברי ר"א מדיפתי.

ונראה, דבזה יבואר האריכות בדברי ר"א מדיפתי "דעיילא ואפקא", ויבואר נמי פלוגתת ר"א מדיפתי ורבינא, דלעיל ביארנו דלר"א מדיפתי תשלומין חדא מהני לתרתי כיון שמעמיד בחזרה את הפרה עצמה, ונראה דגם רבינא מודה דזהו שורש התשלומין דשומרים, דיסוד דינו להעמיד את הפקדון, רק דכיון דהתשלומין רק בא מההתחייבות למפקיד, ולא בא על עצם הממון, [דלכן אין כאן דין רמ"ג רמ"ג וכתבאר], א"כ רק כלפי הך הפקדה רואים את הפקדון כחוזרת בעינא, אבל כלפי הפקדה אחרת לא דיינינן דחזרה הפקדון בעינא, ודו"ק.

וכעין סברא זו ביארנו לעיל [סימן י"ט פרק ד'] בביאור דברי התוס' [ד"ה תחזור] למה רבנן חולקים על סברת ר"י ד"פרתי גבך", דרק כלפי השוכר חשיבי הדמים כפרה עצמה, לא כן כלפי המשכיר, דהכל כלפי ההפקדה.

ונראה דזהו האריכות בדברי ר"א מדיפתי, דבא לומר, שאם השאילות היו ב' שאילות נפרדות, שהשאל פעמיים בלי שום שייכות ביניהם, אז היה מודה דאין בתשלומין העמדת הפרה כלפי שני השאילות כהדדי, דכלפי כל הפקדה בפנ"ע איכא העמדת הפרה, אבל כיון דשתי השאילות שייכי אהדדי, דהפרה "אפקא" משאלה "ועיילא" לשכירות ו"הדרא" לשאלה, הרי דהשאילה השניה באה מכח השאלה הראשונה – וכלשונו "הדרא לשאילה", א"כ אף דב' שאילות נינהו [ודלא כמר בר רב אשי דדן אותם כשאלה א'], אבל סו"ס א' באה מ"כח" השני, ולהכי דיינינן לתשלומין דחדא כהעמדת הפקדון כלפי שני ההפקדות, ודו"ק.

פרק ב'

בדברי הפנ"י

אי סוגיין אזיל כר' יוסי

דברי הפנ"י בביאור שי' הרא"ש ותוס' אי סוגיין אזיל גם כ' יוסי, ולהלכה.

הקשה הרא"ש, דסוגיין אזיל רק כרבנן, וקיי"ל כר' יוסי, ואיך שו"ט דכל הנך אמוראי דלא כהילכתא, ות' הרא"ש, "דנפ"מ גם לר' יוסי כגון היכא דמשכיר אמר לשוכר אם תרצה תשאילנה ויהיה דינך עם השואל ויהיה דיני עימך כאילו לא יצאת מרשותך", עכ"ל.

וכ' הפנ"י דהרא"ש ותוס' אזלי לשיטתייהו, דלשי' הרא"ש דטעמא דר' יוסי משום שהוא שליח, א"כ לא משכחת לה גוונא דקני לר' יוסי חוץ מהיכא דא"ל מפורש, אבל לתוס' דפי' דלר' יוסי אמרינן "דל אנת וכו'", א"כ לדידיה אמרינן דכשהיה המשכיר שם דמודה ר"י, ובפשטות י"ל דהמשכיר היה שם [וידע גם שלא היה פשיעה] וא"צ השוכר לישבע, וממילא קני לר' יוסי.

והוסיף הפנ"י עוד, דתירוצו של הרא"ש לא מהני לדעת התוס', והיינו דלא היה מהני לר' יוסי מה דיאמר לו כן בשי' התוס' [וע"כ דמיירי דמשכיר ידע], דאף אם יאמר לו כן אכתי יכול לבא אח"כ ולומר דל אנת ודל שבועתך, ורק לרא"ש, שכשאמר לו כן לא עשה שליחותו מתחילתו, לדידיה מהני מה שיאמר כן, עכתו"ד.

דן בדברי הפנ"י

ונראה לדון בדברי הפנ"י, דבדעת התוס' ביארנו לעיל [סימן כ'] דק' מאי קאמר ר"י "כיצד הלה עושה סחורה", וביארנו דרק ע"י הך טענה ד"כיצד הלה" הוא דאפשר לטעון "דל אנת וכו'", עיי"ש שהארכנו, ולפי"ז י"ל דע"י שימחול לו על זכות טענה דכיצד הלה, בזה כבר לא יוכל לטעון אח"כ דל אנת וכו', ויודו התוס' שיכול לומר לו כן מתחילתו, ודו"ק.

ונראה עוד, דהקצוה"ח [סי' ש"ז] פי' הך דין של הרא"ש דמדין "הקנאה" אתינן עלה, שמקנה לו פרה לענין שיזכה בהנך תשלומין, ולפי"ז י"ל דמהני גם להתוס', ודו"ק.

ומה דדן שם הקצוה"ח שזה דבשלב"ל ודומה למקנה פרה לכפילא, וחילק דכאן זה עבידי דאתי, נראה דא"צ לומר כן, שהרי מקנה לו עכשיו זכויות בפקדון שזה שלו להפקדה, [דזה כל הדין "קני" לרבנן, וכתבאר, וזהו מה שעושה כאן לר' יוסי], והרי כעת יכול להפקידו, ומה שהתשלומין הם שלו זה כבר תוצאה בעלמא, ואינו בגוף ההקנאה, והקצות ע"כ למד שמקנה לו את הפרה לתשלומין עצמן, ולהכי הק' דהוי דבשלב"ל, [ועיין עוד בהערה 138].

[והפנ"י למד דאינו הקנאה כלל, וכונתו נראה דאז אינו עושה בשליחותו, וממילא הדרא הדין "קני" גם לשי' ר' יוסי, וכ"כ בברכ"ש סי' ל' סוס"ק א'].
פרק ג'

הערות ברש"י בסוגיין.

הערות ברש"י ד"ה "כיצד אגרא מיניה".

א [עיין בלשון רש"י שכתב "עשה עימי טובה והשאלני", וצ"ב מהו האריכות בלשון רש"י כאן, ונראה שבא לאפוקי שלא נאמר שהשואל שהוא הבעלים מוחלו על דמי השכירות של הנך תשעים יום, ואז היינו אומרים שהשוכר מקנה בחזרה לשואל כל זכות השכירות, ונמצא דבטל הנך תשעים, וליכא לא שאלה ולא שכירות, [וכסברת התוס' ר"פ], וזהו שהדגיש רש"י, "עשה עימי טובה", ור"פ כתב דמה"ט משאיל צ' ולא ק', דאי משאיל ק' אז באמת חוזר בו מהחיוב שמירה, ודו"ק].

ב [רש"י ממשיך "וטול שכרך, וכן עשה, הרי היא בחזקת שאילתו על שמעון" רש"י מדגיש שנתן מעות, דלולי זאת היה אפ"ל שמקנה בחזרה זכות שאלה להנך ימים, והדרא לו מהשכירות הראשונה, וזהו שא"ל רש"י שנוטל שכר, וגם מוסיף, שלפי"ז הרי"ז בחזקת שאלה של שמעון גם בהנך ימים].

ג [שהרי נוטל שכרו וכל הנאה שלו, כאן כבר משמע שכוונת רש"י באופ"א, והיינו דלו יצויר ולא היה לוקח מעות על השכירות, אז כבר אין כאן הנאה שלו, ולפי"ז אם משאילו שוב בטלה שאלה קמייתא, דחסר בכל הנאה שלו].

ולכא' ק' דהא סגי דבשעת שקיבלו היה כל הנאה שלו, אטו נימא דכל שואל שמשאיל שכבר אינו שואל, ויפטר באונסים, וצ"ל שכוונת רש"י לומר דדוקא כאן שאם משאילו שוב לזה שהשאילו לו, דרק אז מבטל את ה"כל הנאה שלו" וזהו שהדגיש "כאילו השכיר לאחר", דלאחר פשוט דחשיב כל הנאה שלו.

ד [וישבע הראשון שמתה כדרכה, ע' מהרש"א מהדו"ב שהק' הרי שואל מה אומר, אם אומר מתה מ"מ פטור לגמרי בשבועה שהשואל נשבע לפטור עצמו, ואי מודה שמתה כדרכה, למה

¹³⁸ עוד יש לדון בדברי הקצוה"ח, דנקט דאיכא כאן הקנאה, שהרי לעולם י"ל דאין כאן הקנאה כלל, רק דתמיד מה שיש לבעלים זכות תביעה היינו ע"י טענת "כיצד הלה", דע"י זה הוא מקבל זכות במינוי שומר דהך מינוי הוא עבורו, וזהו מש"כ הרא"ש שיש כאן שליחות, ובלי הך תביעה ד"כיצד הלה" נעשה ממילא שהשומר ממונה עבור השוכר מדין קני', ובאופן דליכא זכות ד"כיצד הלה" אינו כן, והיינו כמוש"כ הרא"ש להלן [צ"ו] ונתבאר בפלפ"ח [שם] דבאופן השומר הראשון חייב, אז אינו סחורה מה שתובע לשני, וממילא דשפיר תובע, וחזינן דאז גם לר"י שומר דשוכר הוא, ועיין בזה לעיל [סימן י"ט פרק ד'].
 ולפי"ז בנד"ד, אם מוחל המשכיר הך זכות ד"כיצד הלה", ממילא זוכה השוכר בהעמדת השומר לעצמו, וא"צ לזה הקנאה מיוחדת, וכמו שא"צ הקנאה מיוחדת באופן שהוא חייב, ודו"ק.

ומדברי הקצוה"ח היה נראה דנקט דלא כהפלפ"ח, ודלא כהדין הנ"ל בשוכר חייב, וביאר דברי הרא"ש באופ"א, דס"ל לרא"ש דמה שאינו יכול לעשות שומר לעצמו, זהו מחמת הטעם ד"כיצד הלה", דזהו סחורה להעמיד שומר על חפץ חבירו לעצמו, ובזה אין כח כלל לר"י בלי שיקנה לו כח מיוחד, ומש"כ הרא"ש שיש כאן שליחות הוא רק להסביר למה המשכיר תובע, וע"ז אמר ששומר שלו הוא

נמצא דר"י אמר תרתי, א [כיצד הלה" והיינו דאינו שומר לעצמו הואיל ואינו ממונן, ב] "תחזור פרה לבעלים", דשומר דבעלים הוא ע"י שליחות, ואף דק' דאחרי שיש טעמא דשליחות שוב א"צ לטעמא ד"כיצד הלה", אכתי י"ל דזהו טענה לרבנן דגם אי לית ליה סברא ד"תחזור פרה", סו"ס היה לו להודות דאינו שומר דשוכר ד"כיצד הלה".

ולפי"ז שפיר הק' הקצוה"ח, דכדי שיכול לעשות שומר לעצמו צריך הקנאה מיוחדת שיהיה בעל החפץ לענין השמירה.

ישבע, ואם אומר שנגנבה ונאבדה, ישבע לפטור עצמו במקום שהשוכר ישבע כנגדו וליטול, וכוונתו דכאן מצאנו שבועת הנוטלין, ואדרבה, זה שנפטר היה צריך לישבע ע"ז.

ולא הבנתי כלל הך קושי, שהרי אף דנתחייב השואל בשבועת השוכר, אכן אין הכוונה שע"י שבועתו הביא עליו חיוב שומרים שלא היה עליו [כדי שנאמר שיש כאן שבועת נוטלין], אלא דבלאו הכי השואל חייב גם אם זה גו"א, רק להיות ובכה"ג גם השוכר חייב לו, שוב פטורים שניהם, דאפוכי מטרתא ל"ל, ונמצא ששבועתו לא בא לחייב השואל, דגם לדבריו חייב השואל, ושבועתו הוא רק לפטור עצמו, וממילא כבר יצטרך השואל לשלם חיובו, דיסולק ממילא הך אפוכי מטרתא ל"ל.

ומה"ט פשוט נמי שאין השואל נשבע, דאין זה שבועת השומרים כלל לישבע על גו"א ולפטור, דרק אם פטור מפרשת שומרים יש ע"ז שבועה, אבל גו"א בשואל בכה"ג הוא רק פטור צדדי, דאפוכי מטרתא, ואין ע"ז שבועת השומרים, ודבריו צע"ג.

שו"ר באו"ש [בהשמטה במלוה ולוה - לפני ה' סנהדרין] שכ' כעין סברא זו לבאר דברי הגר"א [סי' ע"ב סעיף י"ב] עי"ש היטב.

וע' רעק"א שנקט דכאן מיירי דאין השואל יודע, וק' דלמה לא אמר דמיירי שהשואל אומר גו"א, וכנ"ל, ומשמע שס"ל כהמדו"ב וצ"ע כנ"ל.

ונראה דכוונת רעק"א כאן הוא כמו הש"ך [סי' ע"ב סעיף כ"ז] שאין שבועת השומרים בטענת ברי, דוקא בטענת שמא, וזהו כוונתו וע' נימוקי הגר"ב להלן [צ"ז]. שהוכיח כהש"ך מתוס' שם, אולם זה ק' מרעק"א עצמו להלן [צ"ח]: דחולק על הש"ך הנ"ל, וצ"ע.

בקושי' המהרש"א ובדברי רעק"א בזה.

המהרש"א הק' על רש"י דהו"ל לאוקמי' שמתה בתחילת פ' יום ואז יצטרך לתת לו מתחילת הפ', וע' תפארת שמואל שמבאר שקושי' המהרש"א היא רק באופן שראה המשכיר, אבל בלי ראה, א"צ לתת לשוכר אע"ג שישבע לו שמתה כדרכה, דשבועתו הוא רק להיפטר בדיני שומרים, אבל לא להיות נאמן כשוכר לתבוע עוד פרה מימי השכירות, ולרש"י מיירי באופן דלא ידע המשכיר, ומה"ט נשבע, הלכך לא זכה בעוד פרה לימים הללו עד סוף פ'.

אכן אכתי ק' דלמה נאמן על עוד פרה מצ' עד ק', דסו"ס גם ע"ז נשבע, וצ"ע.

וע' רעק"א שמבאר, דמהו הדין כשנמצא תוך צ' יום אצל השואל שחזר אליו ואז פשע השואל, האם זוכה בעוד פרה להשלים מצ' עד ק' או לא, וחידש רעק"א שזכה בו, דא"צ שיהיה "מתה כדרכה" כדי שיזכה, אלא כל שמיעוט שמירת השוכר המוטלת עליו גרמה, לא זכה, וכשאינו כן זכה, ופשיעתו דשוכר בבית שואל אינו מיעוט שמירה, שאז א"צ לשמור כלל.

אולם יש לעיין, דסו"ס אי בבית בעלים מת א"ש, דאין זה בגלל מיעוט שמירת השוכר, אכן הכא מיירי שמת לפני שאלה אחרונה, וגם בזה כתב רש"י שזוכה בי' ימים אחרונים והכא, בלי השבועה, הרי יתכן שהיה פשיעת שוכר ולא יזכה בו, ולא מהני שבועה כלל, וכנתבאר, ולמה זוכה בי' ימים מצ' ק'.

וצ"ל כך, דמיעוט שמירתו בשכירות שניה לא מתייחס רק לזכות שכירות עד פ', אבל זכות שכירות מצ' עד ק' הוא שכירות אחרת, ולא היה מיעוט שמירה שמתנייחסת להנך י' ימים שנוכל לומר שגרמה לו מיעוט שמירתו לזה שאין לו פרה להנך י' ימים דכלפי הך שכירות הרי זה כאיניש דעלמא, והרי"ז כפשע כשהיה בבית הבעלים, ורק עד פ' יום שזה חלק מהך שכירות עצמו שפיר זוכה¹³⁹.

ובאופן"א קצת א"ל ידידי הרה"ג ר' ירוחם דגני שליט"א דאחריות המשכיר הוא בכל האופנים, חוץ מהאופן שהוא רק בפשיעת השוכר, אבל בפשיעת שניהם אכתי אחראי, והכא ששכר אחרי ששאל, הרי גם שואל חשיב כפושע.

¹³⁹ וע' ברעק"א הח' שיש קצת שיבוש, ותוקן בכתב וחותם.

פרק ד'

הערות בתוס'

הערות בתוס' ד"ה אגרא פ', בביאור סברת ביטול השכירות ושאלה, ובביאור עיקר הגדר של שכירות וקנין שאלה ואם מהני השבה באמצע ימי השכירות בלי קנינים.

יש לעיין בעיקר סברת התוס' שכתב שאפשר לבטל את השכירות והשאלה, דצ"ב בזה, הרי שכירות ושאלה הם קנין בהשתמשות שיש בחפץ, וכשיש לא' קנין בחפץ של חברו הרי א"א לבטלה, דרק אפשר להקנותו בחזרה, וה"ה בשכירות ושאלה.

והנה בשכירות ושאלה איכא תרתי, א' [זכות השתמשות של השוכר והשואל, ב' חיוב השמירה כאידך שומרים, וי"ל שכל הביטול כאן הוא רק לגבי החיוב שמירה, וזה שייך לבטל, וכ"ה בלשון ר"פ "והוי כא"ל שוכר למשכיר הריני מחזיר פרתך ואיני חפץ בשמירתה", ולפי"ז א"ש.

ונראה עוד, דבאמת שאני קנין שאלה ושכירות מאידך קנינים, דבקנין פירות, שהרי עד כמה שקנוי לקונה כבר אינו של המקנה, משא"כ כאן בשואל שמשאיל, עדיין יש לו את הקנין שאלה, וכמוש"כ רש"י, דעדיין כל הנאה שלו, והאיך יתכן, הא או שהשאלה הוא של הראשון או של השני.

וחזינו מהכא שקנינים דשאלה ושכירות אינם קנינים "בתוך החפץ" כקנין פירות, רק קנין "דרכיב" על החפץ, ומה"ט שייך שיהיה לשניהם כהדדי - וכבר הארכנו בגדר זה בארות אברהם יש נוחלין [סימן ו'], ובזה מתבאר החילוק בין קנין פירות דחשיב כקנין הגוף לר"י ומביא ביכורים, משא"כ שכירות שאינו מביא ביכורים¹⁴⁰, וכבר האריך ביסוד זה בקובה"ע [סי' ג'] והביא לזה כמה הוכחות.

ולפי"ז הא דמשכיר שמשאיל הוא עדיין שומר, הוא משום שקניני השכירות יש לו גם עכשיו, ולא הקנה את ההשתמשות ידיה לשואל עד שכבר אין לו ההשתמשות לעצמו, ודו"ק.

ולפי"ז נראה, דהואיל והקנין "רכיב על החפץ", י"ל דשואל שהשיב תוך ימי שאלה, דאין הבעלים צריך לעשות בו קנין לקנות את קניני ההשתמשות, אלא דע"י ההשבה מתבטלים ממילא קנינים ידיה, וזהו הנידון כאן, דאולי משכיר עושה השבה, ובטלה כל קנינים ידיה וכן בשואל, ודו"ק.

שוב ראיתי בקוה"ע [שם] שהביא פלוגתת הראשונים [ריב"ש ור"ן] האם מהני מחילה על שכירות בלי לקנות בחזרה, והיינו ממש כדברי הנ"ל.

בסוף התוס', דאז השואל פטור והשוכר חייב.

ע' בחי' ר' מאיר שמחה [ל"ו. בסוגי' דשומר שמסר, אות ב'] שלמד פשט בתוס' דשוכר היה בשואל במלאכתו, ושואל שומר דשוכר, שוכר פטור לשואל דקני' במיתה, והוא משלם לבעלים, אבל לר"י דלא קני' במיתה, שואל שומר דבעלים וחייב, דאין פטור בעלים עימו, ושוב הביא דמתוס' ד"ה תחזור פרה מבואר דגם לר"י אמרינן כן, עיי"ש, ותלוי על הגירסאות שם, והמהר"ם שי"ף שינה שם את הגירסא.

אכן כל זה תמוה לי, הרי מפורש בגמ' דכל הדין קני' הוא רק על הצד שהוא פטור, ומה"ט דקס"ד שחייב ורק פטור בשבועה א"ל דל אנת, ועדיין חייב, ואז הבעלים תובע לשואל, דשומר ידיה הוא, וא"כ באופן שהשוכר חייב ודאי דלא קני', ולכא' זה פלא¹⁴¹.

וחשבתי דרך אחר בתוס', דכוונת התוס' דבעלים במלאכתו אצל השואל, ואין כאן קני' כלל בגניבה ואבידה, ובלי בעלים עימו שניהם חייבים ורמ"ג רמ"ג, דשניהם שומרים דבעלים נינהו, ורק

¹⁴⁰ ושם הבאנו דרך אחרת בזה ממרן הגרא"מ שך זצ"ל.

¹⁴¹ ורק לדרך השניה בריטב"א דתמיד שומר דשוכר היא, וקני' הוא רק לענין שלא יתבע הבעלים מדין שואל שלא מדעת, אז הוא דא"ש דברי התוס' כאן, דאי שומר ידיה הוא תמיד פטור, ולא יהני הזכות שואל שלא מדעת של משכיר, וכנתבאר בארוכה, אכן בברכ"ש כבר הוכיח דהתוס' ל"ל הך דרך של הריטב"א, דאל"כ האיך אפ"ל שס"ל לר"י כהמקשן, הא סו"ס יפטר מדין בעליו עימו להלן צ"ו, וצ"ע

הוסיפו התוס' דשוכר יהיה חייב לגמרי באופן ששואל פטור מדין בעליו עימו, וא"כ, שמצאנו אופן שהשוכר לגמרי חייב בו, ואין עוד א' לתובעו, זה מיקרי דלא נסתלק. שו"ר במגיה בתוה"ר כאן שרצה לחדש דאע"ג דאין קני', אבל עצם חיובו של שוכר הופכו לבעלים לענין פטור בעליו עימו, ולא הבנתי עומק הסברא בזה. אולם שוב נתברר לי הענין בעזה"ת באופן פשוט, וע' בזה בדברינו לעיל [סוף סימן י"ט] בדברינו בתוס' [ד"ה תחזור פרה], וכן עיין להלן [סוף סימן כ"ג] מה שהבאנו עוד בזה.

סימן כ"ג

שומר שמסר לשומר פטור,
ובטעמא דמסרה לבן דעת.

פרק א' שיטת רש"י ותוס' בגדר הדין "מסרה לבן דעת", שאין כאן פוטר חדש אלא דחסר בפשיעה. < ביאור שי' רש"י ותוס' בפטור שומר שמסר לשומר, דרק פטור ממה שתמיד היה פטור. < דן דהאיך פשיעת השני חשיב כפשיעת הראשון. < תולה בדין פושע כמזיק. <

פרק ב' ב' דרכים בשיטת הרשב"א והרמב"ן, דאוקי גברא בחריקאי. < שי' הרשב"א ורמב"ן בדין שומר שמסר לשומר פטור, ומביא את ביאורו של הנתה"מ בזה שדין השומר השני כ"תיבה סגורה", וזה חיילא בדין שמירה שיש לו לבעלים. < ביאור המחלוקת – האם דיינינן ליה כתיבה סגורה או לא – דהכל תלוי בהחלטתו. < דוחה – ומבאר שהחלטה של מחר לא קיימת היום הלכך ליכא מסירה לשמירה כלפי מחר. < ביאורו של הגר"ח בביאור שיטת הראשונים ד"אוקי גברא בחריקאי", שהראשון הסתלק מגוף השמירה וכבר אינו שומר. < ב' סוגים של סילוק. <

פרק ג' נפ"מ בין הנך ב' דרכים. < מבאר למה לדרכו של הנתה"מ שומר שכר שמסר לשומר חנם חייב כלפי גו"א, דכלפי חיוב זה אינו תיבה סגורה אף ששומר בפועל. < ב' דרכים ב'סילוק' – ונפ"מ בגוונא הנ"ל. < מביא נפ"מ נוספת בין הנך ב' דרכים בעני מעיקרא [חידושי ר' מאיר שמחה]. < ב' הערות על עצם חידושו של ר' מאיר שמחה. < נפ"מ גם בשואל שמסר לשואל ובשומר אבידה. < סיכום ג' הנפ"מ. <

פרק ד' בדברי הראשונים דמחלקים בין רבנן דקני' במיתה לדין סילוק, ובגדר ה'סילוק לחצאין' בגברא בחריקאי. < הוכחה מקושי הראשונים משוכר פרה והשאלה, דמוכרח כהגר"ח ולא כהנתה"מ. < ביאור תירוצם של הרשב"א ורמב"ן, דמבואר דהגדר בסילוק הוא דלא נסתלק הדין שומר ממנו, אלא דאית ליה טענה ש"זכותו להסתלק" מהשמירה, וביאור נוסף מהגר"ב ד"דמחלק בסילוק בין ה"רשות" של השומר ל"חיובים" של השומר – וביאור בדבריו. < בזה מבואר האיך ש"ש שמסר לשו"ח דנסתלק לגבי פשיעה ולא לגבי גו"א, ואלו דברי ר' מאיר שמחה בסילוק מהחובת תשלומין. < ב' הערות בחשבון הדברים. < מבאר למה שייך סילוק לחצאין בשומר שכר שמסרה לשומר חנם, ולא שייך כן ברבנן דרבי יוסי. < מביא נפ"מ בפשט בין הנתה"מ לגר"ח: האם נאמר ב' חידושים ב"אין רצוני" וב"מסרה לבן דעת" או חידוש א'. < מביא את קושיית התוס' מלא ישלחנו ביד אחר, ודן דלפי הגר"ח דאיכא סילוק דליתא לקושי' זו, ומקשה מהראשונים שהקשו כן. < מביא את פלוגתת התוס' ורמב"ן להלן [צ"ג]: האם איכא להוכיח בסוגיין דינא דתחילתו בגו"א וסופו באונס.

פרק א'

שיטת רש"י ותוס' בגדר הדין "מסרה לבן דעת",
שאין כאן פוטר חדש אלא דחסר בפשיעה.

הקדמה – ג' שיטות בדין פטור שלש ומר שמסר לשומר.

בדין שומר שמסר לשומר נחלקו רב ור' יוחנן אי חייב או פטור, ובטעמא דר"י דחייב נחלקו אביי ורבא, דלאביי טעמא משום שאומר לו "אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר", ויסוד דין זה מחייבו מצד פשיעה, ולהכי כבר מתחייב על האונסים ברשות חבירו כיון דפשע בעצם המסירה [או דמדון "מעביר על דעת בעה"ב אתינן עלה", ע' בזה בתוס' ובראשונים, ועוד יבואר בזה], ולרבא הטעם משום דא"ל "את מהימנת לי בשבועה האין לא מהימנת לי בשבועה", אולם ר' יוחנן מודה לרב ברגיל להפקיד אצלו בין לאביי ובין לרבא, דאז ליכא להנך תרי טעמי, ודו"ק.

ולדעת רב ליכא להנך טעמא וחולק על טעמא דאין רצוני וכן על טענה דאת מהימנתי, וסברתו בזה – "דהא מסרה לבן דעת", ויש כמה דרכים בראשונים בביאור דינו של רב וממילא דנפ"מ בעיקר טעמא דמסירה לבן דעת.

ובקצרה – הג' דרכים בראשונים בביאור שיטת רב הם כדלהלן:

א] רב פוטר רק על אונסים, אבל על כל מה שהיה חייב הוא ממשיך להיות חייב [רש"י ותוס'].]

ב] רב פוטר על כל מה שהוא העמיד שומר שני – והיינו שאם השומר השני הוא שו"ח אז הוא פוטר על פשיעה ואם השומר השני הוא שו"ש הוא פוטר גם על גו"א, אבל שו"ש שמסר לשו"ח חייב על גו"א ופטור על פשיעה [רוב ראשונים].]

ג] רב פוטר לגמרי גם בשו"ש שמסר לשו"ח – שפטור גם על גו"א [י"א בריטב"א ומאירי].]

ב' השיטות הראשונות ושורש פלוגתתם יבוארו כאן – והשיטה השלישית תבואר להלן [סימן כ"ד].]

ביאור שי' רש"י ותוס' בפטור שומר שמסר לשומר, דרק פטור ממה שתמיד היה פטור.

והנה – כפשוטו כוונת רב היא כך:

הרי ר' יוחנן אמר שהמסירה היא פשיעה לחייבו גם במצב של אונס ורב בא בזה לומר שכיון שהמסירה היא לבן דעת שוב לא חשיב כפשיעה במסירה, ודלא כרבי יוחנן שחידש שיש בזה פשיעה, ורב בא בזה לפוטרו על אונסים ועל כל מה שהיה תמיד פטור, דכעת כבר ליכא 'מחייב' בעצם המסירה, אבל אין כוונת רב להוסיף פטור חדש במסירה, דכל כוונתו לחלוק על החידוש של ר"י שיש מחייב חדש של פשיעה לחייבו גם על אונסים.

ויתחדש לפי"ז שרב מודה לר"י דעל מה שהיה חייב מקודם וכגון כשהשני פשע, דבזה לא נפטור את הראשון ע"י מסירה זו – דאין כאן פטור במסירה לבן דעת אלא דליכא פשיעה למחייב חדש, כן הפשטות בפלוגתתם.

ובאמת דכן למדו רש"י ותוס' בב"ק [י"א:], דז"ל רש"י [שם] "פטור הראשון בכל אותן הדינים שהיה פטור אם היתה אצלו פטור נמי השתא ולא אמרינן דפשיעה היא זו שמרה לאחר", ועיין באו"ש [פ"ד משאלה ד"ה וכן למדנו] שדייק כן מדבריהם, הרי דמדויק דטעמו בא לסלק את הפשיעה ותו לא, ומפורש עוד שהפטור אינו אלא ממה שממלא היה פטור בהם, וכן מדויק נמי ברש"י כאן בסוגיין, וכ"ה בתוס' ר"פ [ב"ק נ"ו:] ד"ה ושומר קמא, וכ"ה בריטב"א הישנים בסוגיין בשני מקומות [ל"ו:] ד"ה אמר הא, ולעיל ל"ה: [במשנה] עיי"ש.

[ורש"י סותר משנתו בב"ק [נ"ה] – ובישוב שיטתו עיין להלן [סימן כ"ד פרק ב'] מה שנתבאר בזה מהגר"נ פרצוביץ זצ"ל].

דן דהאיך פשיעת השני חשיב כפשיעת הראשון.

אולם יש לעיין בביאור שיטה זו, דבשלמא בשומר שכר שמסר לשומר שכר שרק פטור מאונס אבל מחייבים את הראשון באופן שהיה גו"א, אז הדין פשוט למה חייב, דלמה לפוטרו בזה שמסר לבן דעת, אבל בשומר חנם שמסר לשומר חנם והשני פשע, א"כ האיך יתחייב הראשון, הא בעצם המסירה הוא לא פשע [דהא מסרה לבן דעת], ואי תימא שנחייבו על הפשיעה של השני, הא זה קשה שהרי פשיעת השני כלפיו אינה פשיעה, שהרי הוא לא פשע – ורק השני פשע, וא"כ למה חייב, וע' בריטב"א הישנים [לעיל במשנה] דעמד בזה, ופי' דפשיעת השני כפשיעת הראשון, ודו"ק, וצ"ע הגדר בזה.

וע' בזה בגרש"ש"ק [ריש סי' כ"ה] שפי' דהגדר בחיוב "פשיעה" הוא שהוא לא מתחייב על מה שהוא עושה, אלא על מה שהוא לא עושה, והיינו שאינו מתחייב על ה"מעשה פשיעה" – על המעשה של "אי – נעילה כראוי", אלא שהוא מתחייב בזה שאינו מעמיד לו שמירתו שהתחייב להעמיד עבורו, והיינו שמה שאין כאן שמירה היא היא המחייבו בתשלומין, וממילא דכשהראשון מינה שומר שני, הרי שמירת השני עומד גם לראשון לקיים התחייבותו כלפי הבעלים, ומעתה דכשהשני לא שמר הרי ממילא דגם הראשון לא שמר, וחייב ע"ז גופא שהוא לא שמר, וזהו פשיעת הראשון.

ועיין להלן [סימן כ"ט סוף פרק ב'] ביאור נוסף בזה.

תולה בדין פושע כמזיק, ומחדש חידוש דין שנחלקו רב ור' יוחנן בשומר שמסר שומר בקרקע ופשע.

ונראה דלכא' זה תלוי אי פשיעה חייב מצד חסרון שמירה או משום שדנים את הפשיעה כמזיק דאי דנים את הפשיעה כמזיק א"כ הרי מה שייך לייחס מזיק דשני לראשון, ויהיה הוכחה שרש"י סובר שאין פושע כמזיק, אולם ברש"י [ב"מ נ"ז] מבואר שפושע כמזיק – וכן דייק הפנ"י בדבריו [שם].

ונראה דע"כ דאיכא ב' דינים בחיוב פושע:

א) פשיעה לא גרע מש"ש שלא קיים דין שמירה שלו – דמשלם – וכן שו"ח שפשע לא גרע מינה ולכן חייב בפשיעה.

ב) בנוסף לזה הפשיעה נהפכה למזיק ולכן משלם גם בלי שיש לו חיובים אחרים של שומרים וכדמצאנו בקרקע – והביאור בזה שמצד אחד ליכא שום תשלומי שומרים בקרקע ואעפ"כ יש לו תשלומין של פושע – וזה משום שפרשת שומרים והחיוב לשומר [שיש גם בקרקע] החילה על

הפשיעה שלו בקרקע דין מזיק – והרי אין לו פטור של תשלומי מזיק [ובעליו עימו שאין לו דין לשמור ליכא דין מזיק בפשיעה ולכן פטור גם בפשיעה], אבל ליתא לדין הראשון בקרקע שהרי בקרקע אין דיני חיובי תשלומין של שומרים.

ונראה דמוכרח מסברא דגם אי פושע כמזיק אכן לא חסר לו בחיוב של פשיעה מדיני שומרים, והסברא פשוטה דבמה גרע שו"ח מש"ש.

ונראה עוד שיש גם ראייה מוכרחת לזה, שהרי מצאנו שבועת השומרים על פשיעה והרי ליכא שבועה על תשלומי נזיקין, ושבועה פירושו 'שבע או שלים' ומה שייך שבועה מחובת שומרים שבא מול 'שלם' של תשלומי נזיקין, וע"כ כנ"ל.

אולם עיין בקובש"ע בפסחים [ה'] שהוכיח מהמאירי [שם] שאין ב' דינים, ויש רק את הדין של פושע כמזיק וצ"ע – אולם אדרבה – דיעויין בסוגי' [שם] שהמאירי בא לבאר את השיטה למה קבלת אחריות של פשיעה לא סגי לן לחיוב כל יראה בחמץ בפסח, וביאר דפושע כמזיק – ולכן ליכא בזה דין אחריות לחיוב כל יראה – והסברא בזה מוכרחת – עיי"ש.

ולפי"ז קשה – דמצד אחד שיטת רש"י היא שפושע כמזיק – ומאידיך שיטתו היא דקבלת אחריות של פשיעה מהני לחייבו בחיוב כל יראה בחמץ בפסח – וזה תרתי סתרי – והתשובה – דאזיל לשיטתו בסוגיין דס"ל דאיכא ב' דינים, ואף דמצד הדין פושע כמזיק מודה רש"י למאירי שאין לחייבו בחיוב כל יראה בחמץ בפסח, אכן מדצ הדין של שמירה יש לחייבו, וא"ש לשיטתו – ועיין עוד בדברינו באמרות אברהם [פסחים סימן כא] שהבאנו דרכים נוספים בישוב שיטת ר"י [שם]. וע"ע להלן [סימן כ"ח פרק א'] מה שיצאנו לדון בדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס מדין פושע כמזיק.

ומעתה – אחרי דאתינן עלה מצד ב' מחייבים, א"כ החסרון שמירה של השני מחייב את הראשון, ולא הדין פושע כמזיק, ויתחדש חידוש דין – ששומר של קרקע שמסר לשומר – לרב פטור גם אם השני פשע, ולר' יוחנן חייב על מה שהוא בעצמו פשע במסירה [מחמת הסברא של אין רצוני וכו'], ומסירה זו עצמה דינה כמזיק – ככל פושע בקרקע, ולכן יתחייב.

סיכום החלוקה בין ב' דינים של פשיעה.

ולסיכום – הנך ב' דינים בפושע, מדין שומר ומדין מזיק – מתחלקים בכמה גווני:

א] בקרקע יש רק דין מזיק, ב] השבועה מתייחסת רק לדין שומרים, ג] יש נפ"מ לגבי חיוב אחריות של חמץ דרק מחמת החיוב שמירה איכא ב"י, ולא מחמת הדין כמזיק, ד] בשומר שמסר לשומר הראשון חייב בפשיעה של השני רק מדין שומרים, ה] נפ"מ אי משעת פשיעה הוא חייב או משעת משיכה הוא חייב, ועיין בקובש"ע [שם].

והעירני ידידי הגאון ר' מנחם כהן שליט"א – שהרי כל הפשיעה של "אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר" היא פשיעה מחודשת, ויתכן שאין בו דין פושע כמזיק, וממילא דיתכן שאין נפ"מ לדינא בשומר שמסר לשומר בקרקע היכא דפשע – וכן"ל.

פרק ב'

ב' דרכים בשיטת הרשב"א והרמב"ן,

דאוקי גברא בחריקאי.

שי' הרשב"א ורמב"ן בדין שומר שמסר לשומר פטור, ומביא את ביאורו של הנתה"מ בזה שדין השומר השני כ"תיבה סגורה", וזה חיילא בדין שמירה שיש לו לבעלים.

אולם איכא שיטה אחרת בשיטת רב, והיא, דע"י מסירתו לבן דעת לא רק דחולק על רב יוחנן לומר שאין פשיעה בגוף המסירה, וכשי' רש"י ותוס', אלא שיש בזה דין נוסף של "פוטור", והיינו שהראשון נפטר בעצם המסירה, דא"ל "אוקי גברא בחריקאי", ולפי"ז יתחדש שהשומר הראשון פטור גם כשפשע השני, ואדרבה, השני חייב, וגם כשהעני השני או שהלך למדה"י – אכתי פטרינן ליה לראשון, שהרי העמידו להיות שומר דבעלים במקומו – וזה 'פוטור' על החיובים שלו.

ועיין בזה בנימו"י וברמב"ן ורשב"א דנקטו כן, והיינו דלרש"י ותוס' הדין "מסרה לבן דעת" אינו פוטר אלא סברא ששוללת את הפשיעה שיש בטענה של "אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר", אבל לא נאמר בזה דין "פוטר", אכן לראשונים בדין "מסרה לבן דעת" נאמר דין חיובי ודין חדש של 'פוטר', דנפטר בשמירתו ע"י העמדת שומר במקומו.

ונחלקו האחרונים בביאור שיטתם דמה הכוונה בזה ד"אוקי גברא בחריקאי", ואיכא בזה ב' דרכים, ואיכא נפ"מ לדינא בין הנך ב' דרכים וכדיבואר.

דהנה, יעויין בנתה"מ [סי' ע"ז ס"ק א' וסי' רצ"א ס"ק כ"ד] שהזכיר שם סברא דהשני חשיב כלפי הראשון כ"תיבה סגורה ומשמרת", וממילא, שגם אם השני פשע אכתי פטרינן ליה לראשון, שהרי פשיעתו של השני כאונס כלפי הראשון, שהרי הראשון סגרו בתיבה, אלא שהתיבה נפתחה אח"כ - מאליה, ומצד עצמה לא עמדה התיבה להפתח, הלכך פטור, ודו"ק.

ויש לעיין, הרי מבואר בדברי הראשונים דהבעלים אזיל לשומר השני, ונפטר הראשון כשהעני השני, עכ"פ מזה מבואר שהשני הוא "שומר" והשני חייב לבעלים - ולמדנו מדבריו שהשני אינו "תיבה משומרת" בעלמא, ואיך דברי הנתה"מ מתפרשים בדברי הראשונים.

אולם פשיטא דזה לק"מ, דאדרבה, הרי כל מה שדינו של השני כ"תיבה משומרת" כלפי רק מתחדש אחרי שכבר מוטל עליו לשמור, והיינו רק אחרי שהוא שומר דבעלים ואז נקטינן דממילא הוא ישמור - אז דיינינן ליה כתיבה שמורה, אבל לו יצויר והשני לא היה שומר כלל לבעלים, ולא היה מחוייב לשמור עבורו, אז פשיטא שאין לנו לדון את השני כמקום שמור כלפי הראשון, ודו"ק.

נמצא דסדר הדברים הם כך:

דכלפי הבעלים, השני הוא שומר ידידה והוא תובעו, ומכאן זה ממילא דיינינן ליה לשני כ"תיבה משומרת" כלפי הראשון, ושוב אין לחייב את הראשון כלפי הבעלים בפשיעת השני כיון דסגרו בתיבה משומרת, ודו"ק.

ביאור המחלוקת - האם דיינינן ליה כתיבה סגורה או לא - דהכל תלוי בהחלטתו.

ולדרכו של הנתה"מ צריכים לעיין דמה שורש פלוגתת הראשונים - ולמה מיאנו רש"י ותוס' בסברא זו, ועיין בקה"י [סי' ל"ז ס"ק ב'] מה שביאר בזה, ויסוד החילוק מתפרש בכמה אופנים.

א] כפשוטו יש לומר שלרש"י ותוס' א"א לסמוך ע"ז שיהא שומר ע"י השני, דאף שהוא חייב לשמור, אכן סו"ס השמירה בפועל תלויה בהחלטתו והחלטתו מתחדשת כל רגע ורגע, ולכן אין המסירה עצמה חשיבא כהכנסה לתיבה, ורק עד כמה שבפועל הוא שומר עבורו אז הוא דאמרינן שיש כאן שמירה, וממילא דבשעה שאין השני שומר עבורו - אז באמת אין לו לראשון שמירה, ושפיר חשיב כפושע, אכן לראשונים נתחדש דיכול לסמוך על השני [אף שהשמירה תלויה בהחלטתו שמתחדשת כל רגע ורגע], וממילא דכבר חשיב כאונס אם לא ישמרנו, דהמסירה לשומר היא כהכנסה לקופסא.

ב] בתוספת ביאור, כו"ע מודי שאפשר לסמוך על השמירה של השני ולכן זה מוגדר כתיבה סגורה, אכן נחלקו הראשונים מה השמירה שעליה הוא סומך - והיינו שהאם 'המציאות' של השמירה של השני מגדיר את הפקדון כשמור בתיבה סגורה - ואז זה תלוי אם הוא בפועל שמר או לא שמר - דאי לא שמר אז מתברר שבאותה שעה הפקדון לא היה בתיבה שמורה, או שלא דנים על פי ה'מציאות' של השמירה, אלא על פי ה'חובת' שמירה של השני - שחובתו לשמור מגדיר את הפקדון כשמור, ואז אף אי לא שמר אכתי מיקרי אונס כיון שהפקדון עמד תחת חובת שמירה וזה ה"תיבה הסגורה".

דוחה - ומבאר שההחלטה של מחר לא קיימת היום הלכך ליכא מסירה לשמירה כלפי מחר.

אולם ב' הדרכים תמוהין - דסו"ס כיון שאנו יודעים שזה דבר רחוק בדרגת 'רוח שאינה מצויה' שהוא לא ישמור, א"כ מה לי שזה תלוי בהחלטתו, הא סו"ס אנו יודעים מה הוא יחליט - שהרי אין חוששין לרוח שאינה מצויה, ונמצא שהוא הכניס את הפקדון למצב שבפועל הוא אמור להיות שמור - ומה לו להוסיף שמירה יותר מזה - ובמה גרע מתיבה סגורה.

וע"כ שהביאור כך – שמה שהשמירה תלויה בהחלטתו מגדיר את המסירה לשומר כמסירה אחרת מהכנסה לתוך תיבה, והיינו – שמי שמכניס פקדון לתיבה סגורה, אז הוא הכניסו כעת לכל הזמן העתידי שהפקדון אמור להיות סגור שם – ונמצא שברגע של מסירת הפקדון לתיבה הוא קיים והעמיד את כל השמירה בפקדון גם לגבי הזמנים שהתיבה נפתחה באונס, והפקדון מיקרי שמור עד שיהיה לו ידיעה הפוכה שהפקדון אינו שמור, אולם 'בר דעת' שהכל תלוי בהחלטתו שמתחדשת – הרי כעת אין עדיין את ההחלטה העתידית, ונמצא שהמסירה היום לא כוללת את המחר, אלא שכל רגע שבפועל הוא שומר יש שמירה – אכן מתחילה לא היתה מסירה לשמירה כלפי כל הזמן.

[והעירוני – הרי אם השני הכניסו לתיבה – הרי לא גרע מהוא שהכניסו לתיבה, והעירוני עוד – הרי מי שהחליט לשמור צריך החלטה חדשה לא לשמור – וההחלטה לא לשמור היא התחדשות שהרי אינו מחליט כל רגע לשמור, וממילא דלמה לא יוגדר כתיבה סגורה].

והראשונים חולקים – דאף דתלוי בהחלטתו – והתחלטתו מתחדשת – אכן סו"ס איכא 'חובת שמירה' וזו סיבה היום גם על המחר, הלכך שפיר דיינין ליה מסירה זו כמסירה גם על המחר – בדומה לתיבה סגורה.

ביאורו של הגר"ח בביאור שיטת הראשונים ד"אוקי גברא בחריקאי", שהראשון הסתלק מגוף השמירה וכבר אינו שומר.

אולם איכא דרך נוספת בדרכם של הראשונים, ועיין בזה בדברי הגר"ח [נזקי ממון פרק ד' – י"א - ד"ה והנה] שהביא בזה ב' צדדים.

וז"ל "והנה יש להסתפק, להך מ"ד ששומר שמסר לשומר פטור משום טעמא דמסרה לבן דעת, אם פירושו הוא דעל כן יכול בזה להסתלק מעיקר חיוב שמירה שלו, ובטל דין שומר שלו לגמרי, או דנימא, דזה ודאי דכיון דנכנס [הראשון] בשמירה, שוב אינו יכול להסתלק מזה, רק דכיון דאוקי גברא בחריקאי ע"כ מיפטר בהכי, אבל לא דבטל עיקר דין שומר שלו", עכ"ל.

והנה הצד השני דומה למה שהבאנו לעיל בשם הנתה"מ, אבל הגר"ח הזכיר כאן צד ראשון, והוא, שהראשון יכול "להסתלק" מדין שמירתו בזה שמעמיד גברא בחריקאי – ושורש החילוק בין ב' הדרכים הוא דלפי הנתה"מ הוא נפטר מדין 'אונס', ולדרכו של הגר"ח י"ל שאין כאן אונס ואינו דומה לתיבה סגורה, שהרי אינו שומר כלל, וממילא שהוא פטור.

והיינו, דלנתה"מ מודי רב ורבי יוחנן שהראשון הוא שומר, ורק נחלקו אם במסירה נהיה אנוס על כל מה שיקרה אצל השני או לא, אבל להגר"ח אינו כן, רק דנחלקו רב ורבי יוחנן האם יכול הראשון להסתלק משמירתו בזה דאוקי גברא בחריקאי.

ב' סוגים של סילוק.

ולהלן [סימן כ"ד פרק א'] נוכיח דגדר הסילוק לפי הגר"ח שונה מגדר הסילוק לראשונים, ונפ"מ בכמה פרטים, אכן עצם החידוש דמסתלק מפורש בדברי הגר"ח כאן.

לעיל נתבאר פלוגתת הראשונים האם השני כ'תיבה סגורה' או לא, ולהלן [סימן כ"ד פרק ב'] יבואר מה שורש פלוגתת הראשונים האם איכא סילוק או לא.

פרק ג'

נפ"מ בין הנך ב' דרכים.

מבאר למה לדרכו של הנתה"מ שומר שכר שמסר לשומר חנם חייב כלפי גו"א, דכלפי חיוב זה אינו תיבה סגורה אף ששומר בפועל.

ויש לדון בנפ"מ לדינא בין הנך שני דרכים, דהנה, בשלמא בשומר שכר שמסר לשומר שכר וכן בשומר חנם לשומר חנם, דהתם פשיטא דנפטר בהכל, אבל בשומר שכר שמסר לשומר חנם והיה גו"א, דהכא יש לדון מה הדין בזה, ועיין בראשונים דמפורש דבכה"ג חייב הראשון – עיין

בזה ברמב"ן וברשב"א¹⁴², ועיין עוד בריטב"א החדשים שהביא בזה מחלוקת, אבל פשוט לו גם כהראשונים הנ"ל דחייב.

ולכא' י"ל דלפי הנתה"מ הרי הניחו בסוג קופסא דמהני רק לפשיעה ולא לגו"א דכל א' שומר בדרגא וברמה אחרת, והיינו כמש"כ כאן הריטב"א הח' בביאור הגרועי גרעי לשמירתו "דלא יטרח שומר חנם לשמרו כמו שהיה עושה שומר שכר", וזה דלא כמשמעות התוס' בב"מ להלן [צ"ג:]: דשומר חנם דרכו נמי לשמור מגו"א, ולכן חייב בגו"א, אולם נראה עוד, דכל מה שנתחדש שהוא "תיבה משומרת" לפי הנתה"מ היינו דוקא משום שיש עליו דין וחיוב להיות שומר שהרי השמירה של מחר תלויה בהחלטתו, ורק בחובת שמירה מונח סיבה כלפי השמירה של מחר, וממילא מוכרח שרק אחרי שהוא שומר עם חיובי שמירה כלפי הבעלים, אז הוא דהוי כ"תיבה משומרת" כלפי השומר הראשון - גם על המחיר שהוא לא שמר בפועל, וממילא דאף אי נימא כהתוס' [צ"ג:]: דדרכו לשמור גם בגניבה ואבידה, אכתי לא יהני לדונו כ"תיבה משומרת", דרק דיינינן ליה כ"תיבה משומרת" עד כמה שהוא שומר עם חיובי שמירה, וכל זה כלפי פשיעה ולא כלפי גניבה ואבידה.

ב' דרכים ב'סילוק' – ונפ"מ בגוונא הנ"ל.

כל זה לדרכו של הנתה"מ, אבל לדרכו של הגר"ח דמסתלק מלהיות שומר בזה שהעמיד שומר חדש, הרי א"כ צריך להיות פטור לגמרי, גם בשומר שכר שמסר לשומר חנם והיה גו"א, ולכא' מוכרח מהראשונים כדרכו של הנתה"מ מדחייבוהו בכה"ג.

וע' בגר"ח שם שהזכיר סברא כזו, דלכא' צריכים לפוטרו לגמרי בכה"ג, אולם נראה שיש מקום לפרש בראשונים הנ"ל דהסילוק מלהיות שומר הוא רק עד כמה דאוקי שומר נוסף במקומו, והיינו דבשומר שכר שמסר לשומר חנם אמרינן דכלפי פשיעה נסתלק מלהיות שומר, וכלפי גו"א אכתי אית ביה דין שומר, ודו"ק.

והיינו שלמדנו שלפי הראשונים שייך סילוק מהפרטים בשמירה וכל פרט ופרט בחיוב שמירה שייך בה סילוק על ידי חריקאי – ושפיר מתחלקים גו"א מפשיעה – ולהלן [פרק ד'] יבואר עיקר הגדר בהך סילוק והאיך הוא מתחלק לחצאין – ובדברי הראשונים בזה, וזה צריכים להוסיף שהגר"ח עצמו למד את הדין סילוק באופן אחר – והיינו דמדין 'השבה' אתינן עלה – וזה מהלך אחר, וזה יבואר להלן [סימן כ"ד].

מביא נפ"מ נוספת בין הנך ב' דרכים בעני מעיקרא [חידושי ר' מאיר שמחה].

אולם נראה דאכתי איכא ב' נפ"מ בין הנך ב' דרכים, דהנה, הנתה"מ [רצ"א ס"ק כ"ד] כ' בהדי' דגם במסרו לשומר עני דפטור הראשון, אכן בחי' ר' מאיר שמחה [דף ל"ו]. בתחילת דבריו בנימו"י] דייק בראשונים שאמרו "העני", ומשמע שאין פטור במוסרו לעני מעיקרא, ולכא' הנתה"מ אזיל לשיטתו, ור' מאיר שמחה אזיל בזה בדרכו של הגר"ח.

והביאור בזה הוא שאם השני דומה לתיבה משומרת, א"כ מ"ל מה דאין לו כסף, דסו"ס הראשון אנוס, [והרי לכל תיבה משומרת אין כסף], וזו סברת הנתה"מ, אבל אם צריכים להסתלק בזה שהעמיד שומר במקומו, א"כ אם לא היה לו כסף בזמן שמסרו לו, הרי אינו "בחריקאי" לגמרי, דכלפי חיוב תשלומין דשומרים אינו עומד במקומו, דאין לו כסף, ולא נסתלק הראשון בכה"ג, וזו סברת ר' מאיר שמחה, ודו"ק.

וכל זה על פי הנ"ל שכל הפרטים בחיוב שמירה מיתלי תלי בהך סילוק, ואף אי מסתלק מגוף השמירה שהשני שומר במקום הראשון לפוטרו מלשומר – אכן הוא לא פטר את החובת תשלומין בזה שהוא העמיד שומר שאין לו במה לשלם.

ב' הערות על עצם חידושו של ר' מאיר שמחה.

אולם עצם חידושו של ר' מאיר שמחה אינו מוכרח גם להך צד של סילוק – ויש בזה ב' הערות:

¹⁴² עיין ברמב"ן [בתחילת דבריו] וברשב"א [בסוף דבריו] דמפורש שהראשון חייב, ומש"כ הרשב"א באמצע דבריו דבכה"ג פטור, היינו דוקא ברגילים להפקיד, וכדיבואר.

א] יש לדון בגדר דינא דתשלומי שומרים, האם מדיני השבת והעמדת הפקדון הוא וכחלק מדיני שמירת הפקדון ניהו, ודמי פקדון כפקדון ניהו וכהשבת גוף הפקדון דמי, או דדין נוסף הוא, והיינו דאחרי שכבר אין פקדון, אז הוא מתחייב על זה שהוא לא עמד בחיובי שומרים [ולא דבזה גופא הוא מקיים דיני השבת הפקדון].

ונראה דרק אי הוי חלק מהשבת גוף הפקדון אז איכא למימר כר' מאיר שמחה דחסר ב"חריקאי", דאי דין נוסף הוא אחרי השמירה, א"כ י"ל דלא חסר בהעמדת שומר במקומו, דרק לגוף השמירה בעינן העמדת שומר במקומו, ולא לדינים שאחרי השמירה, ודו"ק¹⁴³.

ב] עוד יש לדון בעיקר דברי ר' מאיר שמחה, דמה אכפת לן שאין לו ממון דסו"ס אכתי חייב בתשלומין, הרי פשיטא דפרשת שומרים חיילא לגמרי בשלמותה גם על מי שאין לו ממון, ופשוט שאפשר להעמיד שומר כשומר אף אי אין לו ממון, וממילא די"ל דשפיר חשיב שומר זה כשומר גמור בגדר "מסרה לבן דעת", דבמסרה לבן דעת נאמר דלא דנים על כל פרט ופרט – אם הוא רוצה את השומר השני או לא – דמסרה לבן דעת מתייחס לכל מי שהוא בכלל החובה של פרשת שומרים – ונוסיף עוד – הרי עיקר הטענה של "אין רצוני" היא גם כשיש לו 'הסברים' למה הוא לא רוצה את השני כשומר ועל זה גופא נתחדש סברא חדשה של 'מסרה לבן דעת' לומר שאינו כן, אלא דכיון דמסרה לבן דעת דעליו חיילא פרשת שומרים, בזה סגי, והרי חיוב השבה חיילא גם על מי שאין לו ממון.

נפ"מ גם בשואל שמסר לשואל ובשומר אבידה.

ויש לדון בשואל שמסר לשואל, דאם הפטור הוא מצד זה שזה חשיב כ"תיבה משומרת" והוי אונס, א"כ כל זה לא מהני בשואל, ששואל בלאו הכי חייב באונסים, אכן אם זה מדין סילוק, שנסתלק לגמרי משמירתו, אז היה מהני להפטר גם בשואל, וע' נתה"מ שם שמבואר שבשואל אין פטור, וא"ש לשיטתו – ועיין בהערה¹⁴⁴.

עוד העירני ידידי הגאון הרב ר' מנחם כהן שליט"א דנפ"מ בשומר אבידה שהוא לא קיבל על עצמו את השמירה אלא שהתורה מחייבת אותו לשמור – האם הוא יכול למוסרו לשומר אחר במקומו, דאי הוי כ'תיבה סגורה' שפיר מהני אבל אי מדין סילוק שמירה לא מהני, שהרי החובת השבת אבידה תמיד יחזיר את החובת שמירה [וכפשוטו אין לזה דין של השבת אבידה אף לפי הצד שחשוב כהשבת פקדון].

סיכום ג' הנפ"מ.

הרי לנו ג' נפ"מ בין הדרכים, א] במוסרו לעני מעיקרא, ב] בשואל שהשאל, ג] שומר אבידה. ועיין להלן [פרק ד'] שהוספנו בזה לבאר את דברי הראשונים דמחלקים בין רבנן במשנה דקני' במיתה לדין סילוק דהכא, ומבואר הכא כדרכו של הגר"ח, ובביאור דבריהם ביארנו את הגדר ב'סילוק לחצאין' בהך דין של 'גברא בחריקאי'.

¹⁴³ ועיין להלן [סימן כ"ד] דהבאנו מחלוקת האם התשלומין הוא חלק מהחיוב העמדת הפקדון או לא, ונפ"מ אי הוי א"י אם נתחייבתי או א"י אם פרעתיך, אכן הכא צריכים להוסיף בזה עוד, דהכא צ"ל דהחיוב תשלומין אינו מעיקר דיני השמירה אלא דין צדדי, ולכן י"ל דהחריקאי לא כולל הך דין.

¹⁴⁴ אולם עיין היטב בנתה"מ שהזכיר בזה סברא אחרת, שכיון ששואל הוא חיוב אחריות ולא חיוב שמירה [מדחייב באונסים], א"כ בשואל לא שייך "חריקאי", דרק בחיוב שמירה שייך "חריקאי", ודו"ק, וזו סברא ששייכת גם לדרכו של הגר"ח, ויש לדון בזה.

פרק ד'

בדברי הראשונים

דמחלקים בין רבנן דקני' במיתה לדין סילוק,

ובגדר ה'סילוק לחצאין' בגברא בחריקאי.

הוכחה מקושי' הראשונים משוכר פרה והשאלה, דמוכרח כהגר"ח ולא כהנתה"מ.

ונראה להוכיח כהגר"ח – ודלא כהנתה"מ – מהשו"ט של הראשונים לגבי פלוגתת רבי יוסי ורבנן – ובתוך הדברים יתחדש מה הגדר בהך סילוק והאיך הוא שייך לחצאין.

דהנה – הקשו הראשונים, דאיך אמרינן בשיטת רב דבשומר שמסר לשומר, הראשון פטור והבעלים דנים בהדי השני אף בהעני ובהלך למדה"י, הא רבנן דר"י ס"ל במשנה דנשבע השוכר, והשוכר גובה משואל, ודו"ק, והיינו ששני הדינים סותרים זה את זה, ועיין בהערה ¹⁴⁵ שהבאנו לשון הרשב"א.

ולכא' קושייתם תמוהה מאד, דהא הכא מיירי באופן שהראשון חייב ואז לא קניא, ושפיר דנים הבעלים עם השני, ובמשנה בשוכר ושואל מיירי שהשוכר פטור, ואז יש דין "קניא", [וכן מבואר בגמ' דנחלקו רב אידי ואביי אם נפטר בשבועה או במיתה, אכן כו"ע מודי דרק כשהוא נפטר אז הוא דקנה], וממילא דאחרי שהוא נפטר רק אז הוא דשוכר תובע לשואל, אבל הכא הוא לא נפטר, ומה הקשו הראשונים, וצ"ע.

והיה אפשר לומר דהקשו הראשונים דלמה נשבע השוכר לבעלים, הא כיון דאוקי גברא בחריקאי הוא תמיד פטור, [בין לנתה"מ ובין לגר"ח], ועל מה הוא צריך לישבע, אולם אין זה נכון, שהרי הדין קניא היינו ע"י מיתה, ורק ע"י מיתה הוא זוכה בתשלומי השואל, וא"כ שפיר בעי לישבע כדי להוכיח שהוא פטור מחמת מיתה לזכות בתשלומין הללו.

וע"כ דמוכרח דקושי' הראשונים אינו דדיני המשנה סותרים לרב, אלא דסותרים לסברת רב, דלפי הגר"ח רב חידש דהראשון מצי להסתלק מלהיות שומר, ועל זה הקשו הראשונים דא"כ ליתא לכל הדין "קניא", שהרי כבר למדנו ד"קניא" הוא מהזכויות של שומרים בפקדון – וכנתבאר לעיל במשנה [סימן י"ט] מהגר"ב ד בשם הגר"ח – וכיון דבשומר שמסר לשומר איסתלק הראשון לגמרי, ובטלה הימנו דין שומר, שוב לא שייך לדון בו דין "קניא" שיזכה בפקדון [לגבות תשלומין מהשואל] באופן שיפטר, שהרי נסתלק הימנו הזכויות של שומר.

זו קושיית הראשונים, והיינו דלא הקשו ששני הדינים סותרים זה את זה, אלא דסברת רב היא שנסתלק הראשון מגוף השמירה, וסברא זו סותרת את דברי הת"ק שהוא נשבע ונפטר ותובע את השני.

ונראה דמכאן מוכרח כהגר"ח ודלא כהנתה"מ, דאי כהנתה"מ, הרי הראשון הוא עדיין שומר ולא נסתלק משמירתו, רק שיש לו פטור אונסים דעשה את השני כ"תיבה משומרת", ולדידיה מה קושי' הראשונים, וע"כ כהגר"ח, דהראשון מסתלק לגמרי, וע"ע בהערה ¹⁴⁶ שהיה מקום לדון בדרך אחרת בביאור הראשונים.

¹⁴⁵ וז"ל הרשב"א שם "ואי קשיא לך מתני' דקתני ישבע השוכר שמתה כדרכה והשואל משלם לשוכר ואם איתא לבעלים איבעי ליה לשלומי דשואל שומר דבעלים הוא".

¹⁴⁶ ובאופן יותר פשוט היה אפשר לומר דאף אי דיני "קניא" לא בנויים על הזכויות של שומר, אכן הקושי' היא על השבועה, דאיך נשבע אי כבר אינו שומר דכבר נסתלק משמירתו [לדרכו של הגר"ח], והרי מי שאינו שומר אינו נשבע שבועת השומרים, אולם זה אינו, שהרי מלשון הראשונים נראה דלא הקשו מהשבועה אלא דלמה הוא משלם לשוכר הא שומר דבעלים הוא וצריך לשלם לו.

ביאור תירוצם של הרשב"א ורמב"ן, דמבואר בהגדר בסילוק הוא דלא נסתלק הדין שומר ממנו, אלא דאית ליה טענה ש"זכותו להסתלק" מהשמירה, וביאור נוסף מהגר"ד דמחלק בסילוק בין ה"רשות" של השומר ל"חובים" של השומר – וביאור בדבריו.

והנה, ז"ל הרשב"א שם בתירוץ לקושי הנ"ל, "י"ל דכל היכא דבעי שומר ראשון לאשתעווי דינא בהדי מפקיד הרשות בידו לדעת רבנן משום דמפקיד לדידיה אפקיד והיכי אמר ליה השתא דלא משתעי דינא בהדיה, וכ"ש דניחא לן לר' יוסי דאמר תחזור פרה לבעלים הראשונים וקי"ל כותיה", עכ"ל.

וז"ל הרמב"ן [שם] "לאו מילתא היא דכיון דראשון ניחא ליה לאשתעווי דינא בהדי בעלים מצי עביד הכי דלדידיה אפקיד וכיון שנפטר הראשון שהוא השוכר, השואל משלם לשוכר, אבל היכא דא"ל ראשון זיל אשתעי דינא בהדי שני לא מצו בעלים למימר ליה לאו בעל דברים ידי הוא, וכ"ש למאי דקי"ל כר' יוסי דאמר תחזור פרה לבעלים הראשונים דבעל דברים ידיה הוא וכדאמרי' לקמן [מ"ב:] בההוא בקרא דיתמי דמשלם דמי בשר בזול וכדכתב עלה רש"י ז"ל", עכ"ל.

ונראה דהביאור בתי' הראשונים הוא, דאין כאן "חלות סילוק דממילא" ע"י העמדת השומר, רק דזכותו "לטעון שמסתלק", ולכן כשהשוכר נפטר ורוצה לזכות בתשלומין של השואל, אז אינו מחוייב להסתלק לאבד זכותו, ואכתי שומר הוא, ושפיר "קניא" ליה לתשלומי השואל, ודו"ק, ועיין היטב דמשמע מדבריהם דאיכא בזה נפ"מ בין רבנן לר", והיינו דלר"י דליכא דין קניא כלל, לדידהו ליכא הוכחה שזה טענת סילוק ויתכן שיש כאן סילוק ממש, ודו"ק.

אולם אף דמשמעות דברי הראשונים הוא כנ"ל, אכן עיקר האי מילתא שיש לו זכות טענה להסתלק אינו מובן כל הצורך, וע"כ נראה לבאר את הדברים באופן אחר – שבאמת יש חלוקה בעיקר החלות שמירה עצמה.

וביאור הדברים מצאתי בחו"ש מרן הגר"ד [סי' מ"ח ד"ה ועיין בראשונים שתירצו] שביאר את דברי הראשונים כך שמתחלקת ב' חלקי השמירה, והיינו שעדיין יש לו תורת שומר לענין הזכויות של השומר, ורק נסתלק השומר מחיובי השומר כלפי המפקיד, ובדין "קניא" שבזה הוא זוכה להעמדת שומר נוסף לזכות בזה בתשלומי שומרים, לזה סגי לן בזכויות של השומר, ודו"ק.

ויש כאן תוספת דברים בחו"ש מרן הגר"ד [ריש סי' מ"ט] – שהביא מהגר"ח דכל עיקר הדין 'קני' תלוי בזכויות של שומר, ובזה ביאר הגר"ד ספקת רעק"א האם שואל שהשאליל לשואל, והראשון היה לו פטור של בעליו עימו – האם יש לו זכויות של קני' כמו בשוכר לשואל, וביאר שהספק הוא עד כמה חיילא ההפקעה מתורת שומר אצל השואל מחמת הדין בעליו עימו, דאי פקע הימנו לגמרי התורת שומר שוב ליכא זכויות של קני', אבל שוכר שפטור באונסים ויש לו קני' על האונסים, היינו משום שפטור על החיובים של שומר ולא פקע מיניה הזכויות והתורת שומר כלפי אונסים – והרי הוא כשומר לגבי הכל אלא שחסר לו בחיובים – הלכך קונה גם כלפי המצב של אונס.

הרי למדנו דבכל קני' של שוכר שהשאליל לגבי אונסים – הרי תמיד אנו אומרים שמתחלקים הזכויות של שומר והחיובים של שומר – וה"ה בהך סילוק מתחלקים זה מזה – וא"ש.

[אלא דאכתי צריכין לסברא קמייתא – דבדברי הראשונים מבואר שהכוונה כאן – "דכל היכא דבעי שומר ראשון לאשתעווי דינא בהדי מפקיד הרשות בידו" – ונראה דכוונתם דאכתי צריכים שבועה דשוכר וכמבואר במשנה – ואי לא ישבע לא יקנה אף דקני' במיתה דמאן יימר שבאמת היה כאן אונס – ובלי ידיעה שהיה אונס ליכא קני' במיתה, וע"כ שצריך לישבע, וכעת קשה דהאיך נשבע – הא סו"ס אין לו חיוב על הגניבה ועל מה נשבע שהיה אונס וע"כ דמחמת זה שהוא עדיין שומר על כל הדינים דלכן א"צ להסתלק וממשיך להיות מחוייב על הגניבה לענין שיוכל לישבע על זה].

בזה מבואר האיך ש"ש שמסר לשו"ח דנסתלק לגבי פשיעה ולא לגבי גו"א, ואלו דברי ר' מאיר שמחה בסילוק מהחובות תשלומין.

עפ"י העירני תלמיד אחד דא"ש טובא מה שמצאנו דאוקי גברא בחריקאי וחיילא סילוק דשומר ראשון בשומר שכר שמסרה לשומר חנם, ובאופן זה מבואר בראשונים שהוא רק מסתלק כלפי פשיעה, ועדיין דין שומר עליו כלפי גו"א, וקשה דאיך מתחלק עצם הדין שמירה, הרי לא מצאנו פרשה בתורה של שומר לגבי גניבה ואבידה ולא לגבי פשיעה, אלא דהביאור בזה הוא דודאי דדין שומר עליו כדמעיקרא, ובעיקר השם שומר שלו הרי הוא שומר של כל הפרשה, ורק נסתלק מהחובות של שומר, וא"כ שפיר י"ל דרק נסתלק מחיובי פשיעה ולא מחיובי גניבה ואבידה, דלא נגרע כלום מעיקר השם שומר' שלו, ודו"ק.

תוספת ביאור וסיכום בעיקר החלוקה בין הזכויות של שומר לחיובים של שומר לגבי קני' והמסתעף.

ובתוספת ביאור - ולסיכום - הרי מצאנו כמה גווני שמתחלקים הזכויות והחיובים של שומר לגבי הדין קני', ויש מצב שבו השומר פטור, ואף על הצד הזה עדיין יש לו זכויות - והיינו שגם שומר שהוא פטור הוא שומר על כל הצדדים והיינו לגבי גוף החלות שמירה וזה כולל הזכויות בפקדון להחזיקו אצלו לענין שמירה, ומחמת הזכויות הללו הוא מעמיד שומר לעצמו - ולהלן המקורות:

א] בכל שומר שמעמיד שומר לעצמו לרבנן דר"י, הרי מבואר בגמרא שכל זכותו להעמיד לעצמו שומר היא רק על הצד שהוא פטור - ועל כך צד יש קני', ותמוה - אם כל הזכות להעמיד לעצמו שומר הוא מכח הזכויות של שומר והרי על הצד שהוא פטור אינו שומר וא"כ איזה זכות יש לו על הצד שהוא פטור - ומזה מוכרח דאף על הצד שהוא פטור אבל הוא עדיין שומר על כל הצדדים לגבי גוף החלות שמירה ולגבי הזכויות בפקדון - ומחמת הזכויות הללו הוא מעמיד שומר לעצמו.

ב] יתירא מזה - הרי ברב הקושי הנ"ל קשה יותר - שהרי בשיטת רב נתחדש שבשומר שמסר לשומר יש סילוק של השומר הראשון וזה פוטרו על הכל - וא"כ למה תמיד יש לו זכות להעמיד שומר אחר לעצמו מכח דינא דקני' במיתה, הרי סו"ס אינו שומר - וכקושי הראשונים, ומוכרח שהוא שומר גמור על הכל לגבי החלות דין שומר - וזה כולל זכויות על כל המצבים, ושפיר מעמיד לעצמו שומר אף שהוא פטור.

ג] יש צד אחד ברעק"א שיש דין קני' גם בבעליו עימו - והיינו שיש לו זכויות של שומר גם במצב של בעליו עימו, בלי שום חיובים ולכן יש דין קני' - והצד השני של רעק"א הוא - דאדרבה - כל החלות 'שם שומר' בטל כולו ואין לו זכויות של קני'.

ד] זה גם ההסבר האיך מצאנו שומר שחייב על גו"א ופטור על פשיעה בשומר שמסר לשומר - הרי לא יתכן שומר כזה וע"כ כנ"ל - שלא חסר בחלות 'שם שומר' - ויש לו זכויות גמורות כלפי הכל, ורק בחיובים יש לו אפשרות להסתלק עד כמה שיש אחרים בחריקאי.

ב' הערות בחשבון הדברים.

ויש כאן ב' הערות בחשבון הדברים:

דהנה הקשינו לעיל דמקושי הראשונים איכא הוכחה נגד הנתה"מ, ויתכן לומר דאדרבה, דמכח הקושי' חדשו שאין כאן סילוק כלל, וכל הדין בזה הוא רק דדיינינן ליה כ"תיבה משומרת", וזה גופא תירוצם, ודוחק.

עוד יש להעיר - דלנתבאר הכא דכל דינא ד"קניא" שייכא לזכויות של שומר, וזה עומק קושי' הראשונים, מכאן קשה על החזו"א דלדידה הקנאה בעלמא היא, מצד "נעשה כאומר לו", וא"צ לזה זכויות של שומר, ודו"ק.

מבאר למה שייך סילוק לחצאין בשומר שכר שמסרה לשומר חנם, ולא שייך כן ברבנן דרבי יוסי.

ונראה דעפ"י הדברים הללו יבואר נקודה עמוקה, דהנה, בני הבחור החשוב מאיר שמחה נ"י העירני להערה גדולה, דמאי שנא דשייך "סילוק לחצאין" בשומר שכר שמסרה לשומר חנם, דמבואר בראשונים שהסילוק הוא רק מהדין פשיעה ולא כלפי הדין גניבה ואבידה, הרי דשייך

"סילוק לחצאין", וא"כ מאי שנא דלא אמרינן כן גם בשיטת רבנן דרבי יוסי, והיינו די"ל דכמו דשייך "סילוק לחצאין", כמו כן יהיה שייך העמדת שומר לחצאין בשוכר שהשאל, דהשוכר העמיד את השואל להיות שומר דבעלים הראשונים, אבל כל זה כלפי כל דיני שוכר דבזה אוקי גברא בחריקאי שהוא שוכר במקומו כלפי הבעלים, אבל מה שהוסיף עליו דיני שואל בזה אינו גברא בחריקאי, ובזה נימא שהוא שומר לשוכר, ותמוה דמעתה לא מובן מה קושיית הראשונים דהמשנה סותרת לרב, הרי אדרבה, הך "סילוק לחצאין" דמצאנו ברב [בשו"ש לשו"ח] מצאנו גם ברבנן דרבי יוסי.

והיה אפשר לומר דא"נ, וכל קושי' הראשונים הוא מהגמ', דבגמ' מבואר דמצד הלכתא ד"קניא" אתינן עלה, והיינו "קניא" ע"י המיתה ו"קניא" ע"י השבועה, [ומה"ט בקס"ד לא "קניא" כיון שהוא אומר לו 'דל אנת ודל שבועתך'], הרי דלולי הקניא ליכא שומר, וזה גופא קושי' הראשונים דגם בלי קניא נימא דאיכא העמדת השומר "לחצאין" עפ"י סברת "אוקי גברא בחריקאי".

אולם זה אינו, דא"כ מה תירצו הראשונים דאינו סילוק גמור, הא אכתי תיקשי דנימא דמעמיד שומר לחצאין כמו שעושה סילוק לחצאין, וצ"ע.

ובישוב השאלה י"ל בפשיטות דזה היה פשוט דהעמדת שומר לעצמו לא שייך בלי "קניא", הלכך דנו מיד מצד "קניא", דאף אי שייך לחצאין אבל איך הוא מעמיד את השומר השני להיות שומר שלו, ופשוט.

אולם נראה דבלאו הכי לא שייכא הכא כל ענינא דלחצאין כמו ששייך בסילוק, ונקדים בסברא אחת, והוא, דלא שייך חלות דין שומר לחצאין, שהרי בחלות דין שומר נאמר דחיילא עליו דין שומר לפרשה הכתובה, וכל פרשה היא פרשה לכל הלכותיה ואינה פרשה לחצאין, וממילא דכלפי כל הפרשה חיילא הדין שומר, לא כן בסילוק דהכא הסילוק אינו כלפי עיקר החלות דין שומר וכנתבאר מהגר"ד, רק כלפי החיובים בפועל, ודו"ק.

ומעתה י"ל דבשומר שכר שמסר לשומר חנם, התם חיילא הדין שומר של שני השומרים כלפי הבעלים הראשונים, ושניהם הם שומרים לכל הפרשה לבעלים, ובעיקר החלות אינה לחצאין, ורק בחלות חיוב פשיעה נסתלק השומר שכר מחיובו ע"י העמדת גברא בחריקאי על חיוב זה, אכן בשוכר ושואל אינו כן, דהכא הקשינו דלכתחילה תחול עליו הדין שומר לחצאין, דתחול עליו דין שוכר כלפי הבעלים הראשונים ותחול עליו חלות דין שומר לגבי אונסים כלפי השוכר, וזה אינו, דזה לא יתכן דפרשה אחת של שואל נאמרה, וליכא דין לחצאין בעיקר החלות, וקושי' מעיקרא ליתא.

מביא נפ"מ בפשט בין הנתה"מ לגר"ח: האם נאמר ב' חידושים ב' אין רצוני" וב' מסרה לבן דעת" או חידוש א'.

ונראה דאיכא נפ"מ בפשט הסוגי' בעצם פלוגתת רבי יוחנן ורב בין הגר"ח לנתה"מ, דהנה, לפי רבי יוחנן איכא פשיעה במסירה, שהרי "אין רצוני שיהא ביד אחר", ולפי רב ליכא פשיעה שהרי מסרה לבן דעת, אבל יש חידוש נוסף דפטור גם בעיקר חיובו דאוקי גברא בחריקאי, הרי שיש כאן ב' חידושים.

אולם נראה דלפי הגר"ח אין כאן ב' חידושים נפרדים, שהרי אי נימא שיש כאן סילוק מעצם השמירה ע"י המסירה, א"כ אף אי המסירה עצמה היא פשיעה אכתי לא אכפת לן בזה, שהרי כבר אינו שומר בשעת האונס, ופשוט ששומר שפשע והשיב את הפקדון ואח"כ נאנס דפשיטא דפטור, וא"כ ה"ה דלגר"ח דנסתלק מהשמירה כבר לא אכפת לן מה שהוא פשע בסילוק עצמו, וא"כ רב רק חולק בחדא, דאף אי איכא פשיעה אכן סו"ס נסתלק מהשמירה, ועיין בחידושי מרן הגר"ד [ריש סי' מ"ח] דכבר עמד בזה.

אכן לפי הנתה"מ דלא נסתלק מהשמירה עצמה הרי לדידיה אינו כן, דלדידיה ליכא סילוק מהשמירה, רק דדינו כ"תיבה סגורה", אז ע"כ ד"במסרה לבן דעת" כלול תרתי, א] אין המסירה עצמה פשיעה, ודלא כרבי יוחנן, ב] יתירא מזו, הרי זה במצב שמור עד כדי כך דדינו כבר כ"תיבה סגורה" עד כדי כך דאף אי פשע שני הרי זה אונס.

[והנה הבאנו בריש דברינו דברש"י מדויק דחולק על הראשונים שהרי רש"י רק פטרו ממה שממילא היה פטור, אכן לדרכו של הגר"ח איכא דיוק נוסף ברש"י שרש"י חולק על הראשונים, שהרי רש"י כתב דלפי רב אין כאן פשיעה, והרי רק לפי הנתה"מ יתכן לומר כן, שהרי לפי הגר"ח אף אי היה פשיעה אכתי היה פטור, ודו"ק].

מביא את קושית התוס' מלא ישלחנו ביד אחר, ודן דלפי הגר"ח דאיכא סילוק דליתא לקושי' זו, ומקשה מהראשונים שהקשו כן.

אולם יש להעיר בזה, דהנה הראשונים הקשו דמבואר במשנה בגיטין דלא ישלחנו ע"י אחר, ומבואר דאין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר, וקשה לרב וראיה לרבי יוחנן, ותוס' תירצו דהיינו לכתחילה אבל אינו פשיעה ע"י זה לענין שיתחייב.

ולכא' היינו לשיטתו דכל הנדון בין רב לרבי יוחנן הוא האם איכא קפידה ופשיעה או לא, אבל לפי הגר"ח לא קשה מידי, דע"כ רבי יוחנן תרתי קאמר ב"אין רצוני וכו'", [א] אין סילוק ע"י העמדת שומר נוסף, [ב] חוץ מזה איכא נמי פשיעה במסירה לאחר דאיכא בזה קפידה, ויתכן דמצד עצם הקפידה של "אין רצוני" לא חלק רב על רבי יוחנן וכדהוכיחו התוס' מההיא דגיטין, אכן אכתי פטור כיון דסו"ס נסתלק משמירתו, וממילא דקושית התוס' לא קשה מידי.

אולם כל זה לדרכו של הגר"ח, אבל לדרכו של הנתה"מ קשה, דאי איכא פשיעה במסירה לאחר א"כ לא יהי מה שעכשיו החפץ שמור בתיבה סגורה, דאכתי ליכא פטור אונס כיון שהיה כאן תחילתו בפשיעה, ודו"ק.

אלא דיעויין ברשב"א דהקשה קושי' התוס' ותירץ כמו התוס' והוסיף דרב סובר שזה רק לכתחילה "הלכך לאו פושע הוא", וקשה דלפי הגר"ח א"צ בכל זה והול"ל בפשיטות דאף אי הוי בדיעבד, אכן אכתי פושע הוא, ומשמע כהנתה"מ.

הרי דלעיל [ריש פרק ד'] הוכחנו מקושית הראשונים מרבנן דרבי יוסי דע"כ דס"ל כהגר"ח, והכא מוכרח מתירוצ' הרשב"א דסובר כהנתה"מ, וצ"ע¹⁴⁷.

מביא את פלוגת התוס' ורמב"ן להלן [צ"ג]: האם איכא להוכיח מסוגיין דינא דתחילתו בגו"א וסופו באונס.

ומאיידך איכא להוכיח כהגר"ח מפלוגת התוס' ורמב"ן להלן [צ"ג:], דהנה, התוס' כתבו דתחלתו בגו"א וסופו באונס פטור, והוכיחו כן משומר שכר שמסר לשומר חנם, דפטור אך דכלפי שמירה של גניבה ואבידה הוא לא העמיד שומר במקומו, אבל התוס' דחו דסו"ס השומר ישמור בהתנדבות גם בדרגת שומר שכר אף שהוא רק שומר חנם, אולם עיי"ש ברמב"ן שג"כ הוכיח כן ולא דחה כנ"ל.

ונראה פשוט דאזלי לשיטתייהו, דלתוס' ליכא סילוק משמירתו וכל החידוש של רב הוא רק דליכא פשיעה בעצם המסירה, א"כ הכל תלוי על הבפועל, ואי בפועל הוא ישמור מהני אף אם זה רק בהתנדבות, אבל לפי הרמב"ן לא מהני מה שהוא ישמור בהתנדבות, דלפי הרמב"ן החידוש של רב הוא חידוש דאוקי גברא בחריקאי ובזה הוא מסתלק, וזה רק בגברא דחייב לשמור, ופשוט, אלא שיש לדחות, שהרי דוקא כלפי הדין פטור על גו"א ופשיעה איכא דין סילוק אבל כלפי הפטור באונסים על זה בעינן לבא גם לחידוש של התוס', דליכא תחילתו בפשיעה, וכלפי חידוש זה סגי בבפועל, כמו לשיטת התוס', ודו"ק.

¹⁴⁷ והעירנו בזה תלמיד אחד שיש מקום לדון דגם לפי הגר"ח רק אחרי שאין פשיעה אז הוא דמצי לסלק, אבל ע"י פשיעה א"א לסלק, אלא דאינו ברור מה הסברא בזה, וביאר את הסברא בזה - דהכא לא מיירי בפשיעה רגילה שהחפץ הוא באמת במצב לא שמור, אלא דמיירי בפשיעה של אין רצוני ופשיעה זו היא פשיעה שמוגדרת כפשיעה רק מחמת הקפידה של הבעלים, ונראה דהגדר בהך פשיעה היא דכלפי הבעלים אין כאן שמירה [אף דהפקדון מצד עצמו הוא במצב שמור], ומעתה י"ל ד"אוקי גברא בחריקאי" רק מסלקו מהשמירה כשנתקיימו שני תנאים, [א] יש כאן שומר שני שמקיים חיובי שמירה במקומו לבעלים, [ב] גם כלפי הבעלים בעינן שכלפיו יחשב שיש כאן שומר, וממילא דאי חשיב פשיעה שוב א"א להחשב חריקאי, והיינו דה"אוקי גברא בחריקאי" צריך לחול גם כלפי הבעלים להיות בחריקאי, ומה"ט הדגיש הרשב"א דלא היה כאן פשיעה.

אולם לנתבאר לעיל דלפי הגר"ח גם אי איכא פשיעה אכתי פטור כיון דסו"ס נסתלק, וממילא דברב רק נתחדש חדא ותו לא, א"כ א"ש לשיטתו דלא דחה כהתוס' דבפועל הוא ישמור יותר דזה לא נוגע לסוגי' ודו"ק.

סימן כ"ד

עוד בענין הנ"ל,

ובדין א"י אם נתחייבתי או פרעתיך.

פרק א מהלך נוסף דמדין "השבה" אתינן עלה, וחילוק בין הגר"ח לגר"ד בגדר הסילוק. <ג' שיטות בראשונים בפטור שומר שמסר לשומר, ומביא שי' הראשונים דשומר שכר שמסר לשומר חנם דנפטר גם בגו"א. > הביאור בשיטה זו דע"כ דמדין "השבה" אתינן עלה – ומבאר כן את דברי הגר"ח. <מבאר דגדר הסילוק לפי הגר"ד חלוק מגדר הסילוק לפי הגר"ח, ומוסיף לתמוה, דלדידהו הדרא קושי' הראשונים [מרבנן דר"י] לדוכתא. >

פרק ב' בשורש פלוגתת הראשונים, האם שייך סילוק מהשמירה דתלוי בדין השבה בשומרים, ובפלוגתא אי שומרים הוי א"י אם נתחייבתי או א"י אם פרעתיך. <מביא את פלוגתת הראשונים האם איכא חיוב השבה בשומרים, ואולי בזה לשיטתייהו בדין א"י אם נתחייבתי. > ביאור שורש פלוגתת הראשונים, אי מסתלק בזה שמוסרו לשומר אחר, ופלוגתתם תלויה בפלוגתא דא"י אם נתחייבתי. <ישוב סתירת רש"י אי מסתלק לגמרי בדין השבה או לא. >

פרק ג' מסתפק לפי הראשונים שהראשון לא נסתלק האם השני הוא שומר דראשון או שומר דבעלים. <בדין שומר שמסר לשומר יש לדון האם השני הוא שומר דראשון [לפי הראשונים שהראשון לא נסתלק], ומביא הוכחות מרש"י ותוס' [סוף ל"ה:] דשומר דראשון הוא. > מבאר שהריטב"א הישנים חולק וסובר דשומר דבעלים הוא. <מבאר את שיטת רש"י ותוס' [ל"ה:] דלמה הכא יכול השומר הראשון לעשות שומר לעצמו בלי לבא לדין "קניא" ע"י פטור מיתה. > ביאור בדברי הריטב"א הישנים שתובע קודם את הראשון ואח"כ את השני.

פרק א

מהלך נוסף דמדין "השבה" אתינן עלה,

וחילוק בין הגר"ח לגר"ד בגדר הסילוק.

ג' שיטות בראשונים בפטור שומר שמסר לשומר, ומביא שי' הראשונים דשומר שכר שמסר לשומר חנם דנפטר גם בגו"א.

לעיל [סימן כ"ג] הבאנו ב' שיטות בפטור של שומר שמסר לשומר:

א) שיטת רש"י ותוס' שרק פטור על אונס שקרה אצל השני אבל עד כמה שהראשון היה חייב הוא ממשיך להיות חייב.

ב) שיטת הראשונים שפטור גם על מה שהיה חייב עד כמה שהעמיד גברא בחריקאי – והיינו ש"ש לש"ש וש"ח ש"ח, אבל ש"ש לש"ח רק נפטר מפשיעה ולא מגו"א דעל זה לא אוקי גברא בחריקאי – ושיטה זו מתבארת בתרי אנפי, דין תיבה סגורה ודין סילוק.

אולם הכא נדון בשיטה שלישית בדין שומר שמסר לשומר שפטור לרב, ושי' זו סוברת דגם שומר שכר שמסר לשומר חנם פטור גם בפשיעה וגם בגו"א אף דשומר חנם עצמו לא התחייב על זה וכלפי חיוב זה ליכא גברא בחריקאי, וזה חידוש גדול.

המקור לשיטה זו – עיין בריטב"א הח' שהביא שי' זו, וכ"ה במאירי ב"ק [י"א] בשם קצת מפרשים, והק' עליו הריטב"א דא"כ כל שומר שכר יפטר ויעשה עצמו שומר חנם דלמה עדיף דוקא ע"י אחר ¹⁴⁸.

הביאור בשיטה זו דע"כ דמדין "השבה" אתינן עלה – ומבאר כן את דברי הגר"ח.

ונראה דשורש פלוגתתם הוא בגדר הדין סילוק דראשון ע"י מסירה לשני, שהריטב"א למד דעד כמה שהעמיד שומר לבעלים במקומו, בזה הוא דנסתלק משמירתו, וכיון דכלפי גו"א לא העמיד במקומו אינו מסתלק כלפי זה, ואם אמרינן דאעפ"כ שפיר מסתלק גם בכה"ג, א"כ ה"ה דהשומר עצמו יכול להתחיל שמירה חדשה כלפי הבעלים במקום שמירתו של הראשון בלי להעמיד אחר במקומו ¹⁴⁹, וזו קושיתו על שי' זו.

¹⁴⁸ וע"ד זה תמה גם במאירי עליהם דא"כ הרויח בגרעון שמירתו.

¹⁴⁹ הרי דהאדם עצמו הוא ה"חריקאי" הכי טוב של עצמו, ולמה נחשוב שהוא גרע מאחרים להעמיד את עצמו במקום עצמו, והרי יתירא מזו, הרי שפיר מצי להפקיד אצל שומר חנם אחר ושוב האחר יחזירו אליו בתורת שומר חנם, וא"כ אפוכי מטרתא ל"ל.

אולם פשוט, דש' זו למד מהלך חדש בגדר המסירה לבן דעת, והיינו, דכיון דניחא ליה לבעלים לתת לאחר, שוב אמרינן דיכול גם "להשיבו לבעלים" בזה שמוסרו לשומר חדש שידו יהיה כיד בעלים, והיינו דבזה הוא משיבו לבעלים ובזה הוא סיים את שמירתו לגמרי, ומה"ט גם בשומר שכר שמסר לשומר חנם נפטר לגמרי, שהרי הפקדון הושב לבעליו, ובאמת דזהו הגדר בסילוק לגר"ח דג"כ נקט דאם נסתלק נפטר לגמרי.

וע' היטב דסברא זו באמת מרומזת בגר"ח [שם בנז"מ], אלא דעייש"ה דשינה קצת, דאין הסילוק עצמה מדין השבה אלא דבלי השבה אינו נפטר, ועיין בהערה ¹⁵⁰, עכ"פ כל זה דלא כהראשונים שלמדו דהסילוק הוא רק עד כמה שהשומר השני הוא "כחריקאי", ודו"ק, הרי לנו שתי דרכים בסילוק.

ובאמת דיעויין היטב בגר"ח דהביא ב' צדדים האם מדין סילוק או מדין שמירה בתיבה משמרת [נתה"מ], וכתב הגר"ח להוכיח דלא כהנאה"מ ממה דמבואר בגמ' דמהני גם בגרועי' גרעי' לשמירתו, וקשה דגם לנתה"מ מוכן האי גמרא, דבכה"ג איכא שמירה לחצאין ולכן הוא רק נפטר לחצאין, ומה קשה ליה, וכן תמה החזו"א על הגר"ח, אכן ברור דכוונת הגר"ח להאי שיטה שסוברת דשומר שכר שמסר לשומר חנם נפטר לגמרי גם מגניבה ואבידה, וזהו דהוכיח דלא כהנאה"מ, ופשוט דלשיטתו אזיל דהך סילוק אינו מצד חריקאי וע"כ דאינו סלוק לחצאין.

ועפ"ז ביארנו להלן [בסימן כ"ה] למה חולק הגר"ח על הראשונים בשיטת רבא דסובר ד"את מהימנת לי בשבועה" וסובר דע"כ ליכא סילוק לרבי יוחנן, ודלא כהראשונים, וזה לשיטתו דמצד השבה אתינן עלה, עייש"ה.

וע"ע בקצוה"ח [סי' רצ"א ס"ק ח'] דג"כ מרמז לסברא זו, ומדמה להחזרת, [אלא שהקצוה"ח מיירי ברגילים להפקיד], ועיין עוד להלן [סימן כ"ה סוף פרק א'] שנתבאר סברא זו דהשבה בדברי הרשב"א ברגילין להפקיד, עייש"ה, עכ"פ אף דבגר"ח אין הסילוק בנוי על ההשבה אבל בקצוה"ח משמע דזהו הסילוק עצמו.

מבאר דגדר הסילוק לפי הגר"ח דחלוק מגדר הסילוק לפי הגר"ח, ומוסיף לתמוה, דלדידהו הדרא קושי' הראשונים [מרבנן דר"י] לדוכתא.

ויש כאן הערה גדולה, דנראה דלש' זו ע"כ שאין זה "סילוק לחצאין", וכנתבאר לעיל [סימן כ"ג פרק ד'] בראשונים ליישב ש' רבנן, דהכא מדין השבה היא, וע"כ דנסתלק ממש, ושוב הדרא הקושי' משיטת רבנן דרבי יוסי, וזה צע"ג.

ובתוספת ביאור, הרי דלעיל [שם] הבאנו מהגר"ח דאין הסילוק אלא מהחויב שמירה אבל לא מעיקר ה"שם שומר", ואכתי דין שומר עליו, הלכך שפיר קניא ליה לתשלומין דשואל, אכן לפי הגר"ח ע"כ דהסתלק מכל וכל, וכן מפורש בלשון הגר"ח וז"ל "דעל כן יכול בזה להסתלק מעיקר חויב שמירה שלו ובטל דין שומר שלו לגמרי", והדרא הקושי' דאיך הוא זוכה בהנך תשלומין דשואל.

ובישוב שיטתם צריכים לחדש שהם למדו את כל הדין "קניא" כמו הרש"ש דמדיני שוכר אתינן עלה, דמצד השכירות ליומא ממכר הוא מהני לקנות תשלומי שומרים של השומר השני, וממילא דלק"מ מרב, דלפי"ז דינא ד"קניא" לא תלויה בזכויות של שומר, דרק על הזכויות של שומר איכא סילוק ע"י השבה, אבל י"ל דהזכות שימוש של השוכר לא נתבטלה כלל, ואכתי בכלל שכירות ליומא ממכר הוא, ודו"ק.

¹⁵⁰ וז"ל "משא"כ למ"ד שומר שמסר לשומר פטור, היינו משום דס"ל דיכול להסתלק עצמו משמירתו, ואין עליו רק חויב מה שנסתלק בלא השבה לבעלים וכו', ואם אך נסתלק משמירתו כו"ע מודים דלא איכפת לן במאי דגרעיה לשמירתו ובמאי דהאריך לא מהימן ליה בשבועה, כיון דאיהו מיהא נסתלק מחיוב שמירתו, והשבה איכא שהרי מסרה לבן דעת".

וכוונתו נראה דלמד דאיכא זכות סילוק בלי חריקאי, דמסתלק מחיובו, אלא דהא מיהת דיתחייב מצד זה שהוא לא השיבו לבעלים, ועל זה אמרינן דההפקדה אצל השומר השני היא היא ההשבה, והיינו דלפי דרכינו כל הסילוק בנוי על השבה, אבל לפי הגר"ח איכא דין סלוק בלי כלום, ורק דלולי ההשבה אכתי מחייבין ליה, ודו"ק.

עוד י"ל דלמדו ע"ד החזו"א [מובא לעיל סי' י"ט] דדינא ד"קניא" לאו מהלכתא היא ולא מדין זכויות של שומר אתינן עלה, אלא מדין אומדנא והקנאה ו"נעשה כאומר לו", ולפי"ז מה אכפת לן דאיכא השבה, הא סו"ס איכא אומדנא לשומר שנפטר ע"י העמדת שומר אחר תחתיו בתורת השבה, דמקנה לו באופן שהשומר השני מחוייב יותר מהראשון, ובאמת דמהכא תמוה על החזו"א, דלדבריו לא מובן קושי' הראשונים מהמשנה, וצ"ע.

פרק ב'

בשורש פלוגתת הראשונים,

האם שייך סילוק מהשמירה דתלוי בדין השבה בשומרים,

ובפלוגתא אי שומרים הוי א"י אם נתחייבתי או א"י אם פרעתיך.

מביא את פלוגתת הראשונים האם איכא חיוב השבה בשומרים, ואזלי בזה לשיטתייהו בדין א"י אם נתחייבתי.

נתבאר לעיל, דלרש"י ותוס' אין סילוק, ושומר ראשון אכתי מיקרי שומר, ולנמו"י ורמב"ן ורשב"א וריטב"א נסתלק הראשון בזה שמעמיד שומר אחר בחריקאי.

ונראה שיש מקום לבאר פלוגתא זו עפ"י מה שהביא הקצוה"ח [סי' ש"מ ס"ק ד'] מהראשונים בדין א"י אם נתחייבתי בשומרים.

דהנה, הקצוה"ח [שם] הביא נימו"י בב"ק דמי ששאל מאחר, ולא ידוע אם ממ"מ או מתה כדרכה, דחשיב א"י אם נתחייבתי, וכן הביא מהריטב"א הח' ב"מ [צ"ו], ועיי"ש דס"ל כן גם למ"ד משעת משיכה, דכל המשיכה היא רק לענין שעבוד נכסים ולא לחייבו מעיקרא, וע' רשב"א ב"מ [צ"ו] שג"כ ס"ל כן להלכה [דקיי"ל משעת אונסים], וע"ע ברמ"א [סוף סי' רצ"ח] בשם הרמב"ן, וכן הוא בריטב"א הח' במשנה [ל"ה]: בשם הרמב"ן.

זה מצד א', אכן מאידך, הקצוה"ח הביא מהיש"ש וש"ך דכל שומר חשיב א"י אם פרעתיך, וע' בריטב"א [הנ"ל ל"ה]: דגם הראב"ד סובר דהו"ל א"י אם פרעתיך, ודחאם הקצוה"ח, דרק בגזלן איכא חיוב השבה ובשומר אין חיוב השבה, ולכן החיוב מתחיל בשעת פשיעה ואונסים, והו"ל א"י אם נתחייבתי.

ונראה, דבדעת החולקים צ"ל דס"ל דיסוד דינא דשומרים הוא 'העמדת החפץ', וזה חיוב ממוני בפקדון להשיבו, וכשנאבד החפץ ממילא מתחייב להעמידו ע"י דמיו, וזה כשי' הנתה"מ שיש חיוב השבה.

ונוסיף בביאור פלוגתתם, דזה ודאי דלכו"ע השורש והיסוד של כל שומר הוא בזה שהוא שומר ושוב מעמיד את הפקדון בסוף השמירה, שהרי זה כל התכלית של השמירה, ולזה ע"כ כו"ע מודי, אכן י"ל דזה רק שייך עד כמה שהפקדון הוא בעין, ותחילת פלוגתת הראשונים הוא האם התשלום על הפקדון כשהפקדון הוא כבר לא בעין איכלל בכלל הך חיוב, והיינו דלכתחילה הוא נתחייב להעמידו בין בעין ובין ע"י דמיו, או דאינו כן, דכשהפקדון אינו בעין אז כבר בטלה דינא דהעמדת הפקדון, והכא חיילא חיוב נוסף של השומר לשלם על מה שהוא לא שמר כפי התחייבותו, ודו"ק - ועיין להלן [סימן כ"ה] דאיכא בזה נפ"מ לגבי הטענה דאת מהימנת לי בשבועה, עיי"ש היטב.

ביאור שורש פלוגתת הראשונים, אי מסתלק בזה שמוסרו לשומר אחר, ופלוגתתם תלויה בפלוגתא דא"י אם נתחייבתי.

ומעתה נראה די"ל דהרשב"א ונימו"י ורמב"ן אזלי לשיטתייהו, ורש"י ותוס' חולקים וסברי כהראב"ד ויש"ש, דהנה, זה פשוט שלא שייך סילוק מחיוב הלואה או השבת גזילה בזה שמעמיד משהו במקומו, וה"ה בפקדון לא שייך סילוק אם יש כבר חיוב השבה בגוף הפקדון מתחילת ההפקדה, וזה שי' הראב"ד, ובשיטתו אזלי רש"י ותוס' ולכן לדידהו ליכא סילוק, ורק לראשונים דסברי דאין חיוב השבה אחרי שהפקדון אינו בעין, דסברי דהוי בכלל א"י אם נתחייבתי, לדידהו י"ל דרק חייב לשמור ולהעמיד פקדון בעין, וכשנאבדה חיילא חיוב דמים חדש, ועל השמירה בפקדון בעין שפיר שייך סילוק ושפיר שייך בזה אוקי גברא בחריקאי, וא"ש

לשיטתייהו, והנימו"י [ב"ק] ורשב"א וריטב"א [ב"מ צ"ו] והרמ"א בשם הרמב"ן לגבי דין איני יודע אם נתחייבתי אזלי לשיטתייהו בסוגיין.

ישוב סתירת רש"י אי מסתלק לגמרי בדין השבה או לא.

בדרך זו יישב הגר"נ פרצוביץ זצ"ל את סתירת רש"י, דבב"ק [נ"ה:] כ' רש"י דפטור לגמרי, והיינו דנסתלק השומר הראשון, והיינו כהראשונים, ולעומת זאת מצאנו בב"ק [י"א:] ובסוגיין דכ' דרק פטור מאונסים, וכדהבאנו בריש דברינו.

ותי' דהתם בב"ק [נ"ה:] מיירי כלפי חיוב נזיקין שהשור הזיק, והשומר חייב על נזקי השור ובזה שייך אוקי גברא בחריקאי, ועל זה כתב רש"י דנסתלק הראשון, וזה משום דליכא בזה חיוב השבה כלפי הנזיק לפני שהזיק, וכל הדין הכא הוא רק חיוב שמירת המזיק מלהזיק, ורק החיוב שמירה מחייבו בנזקי השור¹⁵¹, אכן בב"ק [י"א:] ובסוגיין אינו כן, דהכא מיירי בנזק שנעשה לפקדון עצמו, ומיירי בחיובים של השומר כלפי הפקדון, ובזה איכא גם חיוב לשמור וגם חיוב השבה באינו בעין, וכלפי החיוב השבה לא שייך סילוק וחריקאי, וא"ש.

פרק ג'

מסתפק לפי הראשונים שהראשון לא נסתלק

האם השני הוא שומר דראשון או שומר דבעלים.

בדין שומר שמסר לשומר יש לדון האם השני הוא שומר דראשון [לפי הראשונים שהראשון לא נסתלק], ומביא הוכחות מרש"י ותוס' [סוף ל"ה:] דשומר דראשון הוא.

יש לעיין, האם השומר השני הוא שומר דראשון או שומר דבעלים.

והנה, ז"פ דלראשונים שהראשון מסתלק, דאוקי גברא בחריקאי, דודאי שהוא שומר דבעלים, דבזה גופא הסתלק בזה שהעמיד לבעלים שומר אחר במקומו, וכן מפורש בראשונים דבעלים מישתעי דינא בהדי שומר שני, אולם בשי' רש"י ותוס' דלא נסתלק, התם יש לדון האם הוא שומר דראשון או שהוא שומר דבעלים.

והנה, בתוס' [סוף ל"ה:] מבואר שיש אופנים בשוכר שהשאלו שהשוכר עדיין שומר והוא חייב השוכר בגו"א, והיינו באופן שהשואל פטור משום שהשוכר היה עם השואל במלאכתו, וזהו הנפ"מ שנשאר בשמירה דשוכר [אף אחרי שהשאלה], אף דאין ימים נוספים בין שכירות לשאלה, עיי"ש בתוס'.

והק' האו"ש פ"ד משאלה, דל"ל נפ"מ זו, הא י"ל דנפ"מ לענין "העני" השואל דאז השוכר ישלם, ומוכרח דבכה"ג השוכר פטור, ומוכרח דנסתלק, וע"ד הרשב"א ורמב"ן ודלא כרש"י ותוס' בב"ק. ודבריו צ"ע טובא, דאי נסתלק, ע"כ דאינו שומר ידיה רק שומר דבעלים, וא"כ איך פוטרו השוכר בזה שהוא עימו במלאכתו מדין בעליו עימו, ודבריו צ"ע, ואדרבה, מכאן מוכרח להיפך, דהתוס' אזלי לשיטתייהו וסברי דלא נסתלק.

אכן נראה עוד, דכבר מוכרח דשומר שני שומר דראשון הוא, דאחרי דנתבאר דהתוס' אזלי לשיטתייהו דגם הכא סברי דשומר שמסר לשומר לא הסתלק הראשון, וכשיטתו בב"ק, ולכן שואל הוא שומר ידיה מדפוטרו בבעליו עימו כשהוא עימו במלאכתו, א"כ כבר נפשט הספק מתחילת דברינו, והיינו דלרש"י ותוס', אחרי דלא מסתלק, כבר מעמיד שומר לעצמו.

וע"ע ברש"י לעיל [ל"ו. ד"ה כגון שנגנבה] בדברי ר' ירמיה דמפורש דשוכר משלם לבעלים ושואל משלם לשוכר, והיינו נמי כנ"ל, וע"ע בחי' ר' מאיר שמחה [ל"ו.] – מובא לעיל [סימן כ"ג פרק ב'] – שלמד גם בתוס' [ד"ה חוזר] כהך סברא, דשני חייב לראשון וראשון לבעלים, וכנ"ל.

¹⁵¹ ועיין בפנ"י ב"ק [נ"ה:] דאף דהתם הבעלים תובע לשומר, ולא לנזיק, אפי"ה מיירי לענין נזיקין.

מבאר שהריטב"א הישנים חולק וסובר דשומר דבעלים הוא.

אולם ע' בריטב"א הישנים [ל"ו: ד"ה אמר רבא] דג"כ למד דראשון לא נסתלק ואפי"ה סובר דגם בעלים יכולים לגבות הימנו, ורמ"ג רמ"ג, ומבואר שהעמידו כשומר לבעלים, ודלא כרש"י ותוס', [ועיי"ש עוד בריטב"א שיש תירוץ נוסף, ולהלן יבואר].

ויתחדש לפי"ז נפ"מ לדינא, דהיכא דשומר הראשון היה במלאכתו אצל השני, דרק לרש"י ותוס' פטור, לא כן לריטב"א, ורק כשהבעלים הראשון היה עימו במלאכתו הוא דפטור.

מבאר את שיטת רש"י ותוס' [ל"ה:]: דלמה הכא יכול השומר הראשון לעשות שומר לעצמו בלי לבא לדין "קניא" ע"י פטור מיתה.

ולכא' מוכרח כהריטב"א הישנים שהוא שומר דבעלים ולא שומר של הראשון, ודלא כמדוייק ברש"י ותוס', דהנה בסוגי' דשוכר את הפרה מבואר דלרבנן רק "קניא" באופן שהוא פטור [ושו"ט אי נפטר בשבועה או במיתה], אבל בצד שהוא חייב לא "קניא" כלל, וא"כ, איך זוכה השומר הראשון באופן של פשיעה וגו' א"א שיוכל לגבות מהשני, וצע"ג.

ואשר נראה בביאור שיטת רש"י ותוס', דאיך עושה שומר לעצמו בלי לבא לדין "קניא", והביאור בזה הוא כך:

דנראה דכל השו"ט ב"קניא" שצריך להיות 'בעלים' לענין הפקדה, כל זה רק נצרך באופן שהראשון פטור, דאז נצרך דין "קניא" ואז שייך דין "קניא", אבל כשהראשון חייב פשיטא דעביד ליה שומר.

והטעם, דכיון שיש לו הפסדים בפקדון אם יהיה בזה פשיעה או חיוב אחר, א"כ הרי הוא ככל בעלים שמעמיד שומר על הפסדים שלו שיש לו בחפץ, ורק כשהוא פטור ואין לו הפסדים, אז אין לו על מה להעמיד שומר, והתם בעינן לסוגי' "דקניא", ודו"ק.

אולם צריכים להוסיף בזה, דע' חזו"א [חו"מ סי' ח' ס"ק ה'] שהביא דקדשים שחייב באחריות משלם לבעלים רק מדין גורם לממון, וקשה דמה המחלוקת בזה בין ר"ש לרבנן, הוא גם בחפץ של הפקר יכול להעמיד שומר ולמה גרע קדשים, וכן ק' לדברינו ברבנן, דעל הפסדים יכול להעמיד שומר.

ונראה ליישב, דנתבאר לעיל דכל דין "קניא" שייך לזכויות של השומר בפקדון, שמחזיקו אצלו וברשות השומר ניהו, ולכן זוכה בו כשנפטר, ונראה לומר, דכשיש לשומר הפסדים בחפץ מחמת דיני שמירתו, בזה אית ליה גם זכויות בחפץ להעמיד על זה שומר, ורק בקדשים דנתמעטו לגמרי משמירה, ואינם ברשות שומר, התם אין לו זכויות, ורק משלם לו מדין דבר הגורם לממון.

ביאור בדברי הריטב"א הישנים שתובע קודם את הראשון ואח"כ את השני.

והנה הבאנו מהריטב"א דחולק על הראשונים, אולם עיי"ש עוד בריטב"א שיש תירוץ נוסף, שסובר שתובע אצל שניהם אלא שיש קדימה אצל הראשון, דיעויין שם שהקשה דנימא ליה שני לבעלים לאו בע"ד ידי את, [ודן שם לדברי ר"י דתחזור פרה ודחה עיי"ש], ומסיק דקודם אזיל לראשון ואח"כ לשני.

אלא דדבריו צ"ב, דהאיך אזיל קודם לראשון ושוב לשני, הרי אם השני א"ל לאו בע"ד ידי את, א"כ איך תובעו אחרי שתבע את הראשון, ואם לא א"ל לאו בע"ד ידי את, אז גם לפני כן הוא יכול לתובעו, ומה הסדר שקודם הוא תובע לראשון ואח"כ לשני.

וצ"ל דלהך תירוץ בריטב"א סובר כבר כדדייקנו מרש"י ותוס' דשומר שני שומר דראשון הוא, והביאור, שהוא שומר לראשון על הפסדים והחייבים של הראשון בחפץ, ומה"ט י"ל דלענין לתובעו ראשון שפיר אומר לו לאו בע"ד ידי את, דשומר דראשון הוא, אולם מצד שני אחרי שהוא תבע את הראשון אז שפיר תובעו, שהרי הוא השומר על הנך חייבים של הראשון כלפי הבעלים, ושפיר תובעו בעלים לקיים חיובו לשומר א' דביסודו הוא חיוב אליו.

סימן כ"ה

שיטת ר' יוחנן,

בגדרי רגילים להפקיד,

ועל דעת אשתו ובניו.

פרק א' שיטות הראשונים ב'רגילין להפקיד'. < מביא פלוגתת הראשונים אם ברגילים להפקיד מסתלק הראשון או דרך פטור באונסים. < מבאר פלוגתתם לפי השיטות דלרב שייך סילוק להפטר לגמרי. < סיכום המחלוקת. < עוד בביאור פלוגתתם גם לשיטות שאין סילוק לרב, ומבאר פלוגתת הראשונים בשומר שכר שמסר לשומר חנם ברגילין להפקיד אם נפטר לגמרי או לא. < מבאר דיוקן של הגרמ"ש בנמו"י בעני מעיקרא ברגילין להפקיד, ומבאר לשונות הרמב"ם בדין רגילין להפקיד. <

פרק ב' שיטות הראשונים במפקיד ע"ד אשתו ובניו. < מבאר דבמפקיד ע"ד אשתו ובניו יש ב' דרכים, או שהיא שומר ידידה, או שיש סילוק והשבה גמורה לבעלים. < מביא מהקצוה"ח עוד נפ"מ בין הנך ב' דרכים ברגילים להפקיד ובע"ד אשתו ובניו, דנפ"מ האם הראשון צריך לישבע שמסרו לשני או לא, דאי מדין השבה א"צ לישבע. < מוכיח מהתוס' שיש לו דרך שלישי בזה, לא כר"ת שהם שומרים של הבעל ולא כהראשונים דאיכא סילוק.

פרק א'

שיטות הראשונים ב'רגילין להפקיד'.

מביא פלוגתת הראשונים אם ברגילים להפקיד מסתלק הראשון או דרך פטור באונסים.

בדין רגילים להפקיד נתחדש דמודי ר' יוחנן לרב דשומר שמסר לשומר פטור, אלא דמצאנו פלוגתא האם גם הכא הראשון מסתלק ופטור גם באופן שהשני העני והלך למדה"י, או דכל הפטור אינו אלא מאונסים, אבל בפשיעה וגו"א שהיה חייב בו קודם הוא עדיין חייב, והיינו כעין מה דנחלקו הראשונים בשיטת רב בכל שומר שמסר לשומר.

וע' נמו"י ורשב"א ורמב"ן דמפורש, דכמו דמהני סילוק לרב להיפטר לגמרי גם בהעני, כמו"כ מהני סילוק בר' יוחנן ברגילין להפקיד, אולם עיין ברמ"א [סי' ע"ב סעיף ל'] שהראשון עדיין חייב, דלא סילק, וכן הביא הש"ך שם מבעל התרומות, ועיין בקצוה"ח [סי' רצ"א ס"ק י"א] שדייק מהגהות אשר"י בגיטין [בפ"ק] דהראשון חייב.

ובביאור פלוגתתם יש לפרש בג' אופנים:

א] י"ל בפשיטות דנחלקו בפלוגתת הראשונים עם רש"י ותוס' בשי' רב, דאם קיי"ל ברב דמסתלק, כמו"כ מסתלק בר' יוחנן ברגילין להפקיד, והנמו"י ורשב"א ורמב"ן דסברי דלרב מסתלק ונפטר, ה"ה דס"ל כן בר' יוחנן ברגילין להפקיד.

ב] יש לפרש פלוגתתם בעוד תרי אנפי, והיינו דגם אי כו"ע יודו דלרב מסתלק ונפטר, וכדעת הנמו"י והרמב"ן ודעימ'י, דאעפ"כ הכא נחלקו דהכא לא יהני סילוק.

ג] י"ל גם לאידך גיסא, דגם אי כו"ע מודי דלרב אינו מסתלק, וכשי' רש"י ותוס' – אכתי יש מקום לפרש דהכא עדיף ומהני סילוק, ובעזה"י נבאר את הדברים והצדדים בזה.

מבאר פלוגתתם לפי השיטות דלרב שייך סילוק להפטר לגמרי.

ונקדים – דהנה, זה פשוט דר' יוחנן חולק על רב בתרתי, א] לרב יכול להסתלק ולר' יוחנן א"י להסתלק, ב] גם אחרי שאינו מסתלק, אכתי מחייבים לו באונס, והיינו שחידש עוד ש"אין רצוני שיהא פקדוני" הוא פשיעה, ולרב אינו פשיעה.

ויש לדון מהו הגדר ברגילין להפקיד, דאולי יש הוכחה מהרגילות רק כלפי זה שהוא אינו מקפיד, ושוב אינו פשיעה, או דילמא שיש כאן הוכחה שנותן לו רשות להסתלק ולהעמידו כשומר במקומו, וי"ל דבזה פליגי הראשונים, ונפ"מ הוא האם יודה ר"י לגמרי לרב או לא, וזה פלוגתת הראשונים.

אולם אפשר לפרש דגם אם כו"ע מודי שיש רק הוכחה שאינו פשיעה, דאפי"ה יחלוקו אם איכא סילוק לר"י, דבעיקר שי' ר' יוחנן י"ל דרק פליג בחדא, דסובר דאיכא פשיעה במוסרו לשומר אחר, אבל מודה לעצם חידושו של רב ששייך סילוק בהעמדת שומר בחריקאי, אלא דסובר ר' יוחנן דכיון דהמסירה עצמה היא פשיעה וחסרון שמירה, שוב מעכבו הפשיעה מלהסתלק בהעמדת

השומר במקומו, וסובר ר' יוחנן דאם רק נוריד את הפשיעה שבמסירה, הרי דממילא דיוכל להסתלק בהעמדת שומר אחר, וזהו דינא דרגילים להפקיד, דאין פשיעה וממילא נסתלק, ודו"ק.

והראשונים שחולקים סוברים דר' יוחנן חולק בתרתי, ולדידיה איכא פשיעה, וחזן מזה סובר ר' יוחנן שאין מושג של סילוק בהעמדת גברא בחריקאי כמו שאין מושג של חריקאי בלווה שיעמיד אחרים על חיובו, וממילא דברגילין להפקיד רק מורידים את הפשיעה, ואכתי לא מסתלק.

אלא דקשה לומר כן דמה הסברא לומר שהפשיעה תעכב את הסילוק – הא אדרבה – עד כמה שהוא מסתלק אז גם אם הפשיעה אמורה לחייבו אבל כבר אין לחייבו מצד זה שאינו שומר או שאין לו חיובי שומרים – שהרי הסתלק, והאיך הפשיעה תעכב את הסילוק.

אולם הביאור כך – דחובת שמירה של כל שומר מחייבו לא לפשוע – ואי מסירה לשומר אחר מיקרי פשיעה א"כ גם זה כלול בחובת שמירה שלו לא למסור לשומר אחר, והשעבוד והחיוב של השומר למפקיד מעכבו מלהעמיד עוד שומר – נמצא דמדיני ההפקדה הרי הוא מעוכב מלעשות שומר אחרי שיהיה בחריקאי ובמקומו כיון שזכותו בתורת מפקיד לעכב מסירה זו.

ולפי רב טענת סברת 'מסירה לבן דעת' פוטרו משעבוד וחובה זו – ולכן ליכא פשיעה, וממילא דמהני כבר הסילוק, וברגילים להפקיד מודה ר' יוחנן דליכא פשיעה ממילא דיוכל נמי להסתלק, וא"ש.

והשיטות שחולקות סוברים דמה דסובר ר' יוחנן דליכא סילוק – היינו משום שלא נתחדש בדיני שומרים אפשרות כזה להסתלק – וחולק בזה על רב בעיקר דיני שומר – הלכך לא יהני בזה סברת רגילים להפקיד לחדש זכות חדשה שלא קיימת בדיני שומרים.

ועיין לעיל [סימן כ"ד פרק ב'] שביארנו שסברת רש"י למה לא מהני סילוק הוא משום דס"ל דכל שומר הוא בגדר א"י אם פרעתיך, וא"כ דומה ללווה דאינו מסתלק, אכן הכא אזלינן לראשונים דס"ל דמהני סילוק לרב, ולא יתכן לומר דנחלקו רב ור' יוחנן אי שומר חשיב א"י אם פרעתיך או לא, אלא דע"כ דנחלקו גם לי הצד דהוי כא"י אם נתחייבתי – ושורש פלוגתתם דאף אי לא נתחייב בתשלומין של החפצא, אבל סו"ס החובת שמירה כבר חיילא וכבר מחייבו – והאיך מסתלק מחיוב זה – וסברת רב דמסרה לבן דעת חידש שעד כדי כך אהני לן מסירה לאחרים דמצד להעמיד שומר נוסף במקומו כדי שיסתלק מחיובו.

סיכום המחלוקות.

ולסיכום – הרי דנתפרש פלוגתת הראשונים בתרי גווני, גם אי כולוהו מודי דבש"י רב מהני סילוק בהעמדת גברא בחריקאי, דיתכן דהכא גרוע טפי או דהכא עדיף טפי:

א) מצד אחד י"ל דנחלקו בגדרי 'רגילין' אי כחו לחדש לו זכות זו של סילוק – שזה כלול באומדנא ברגילין.

ב) או דילמא – דנחלקו בשורש סברת ר"י למה לא מהני סילוק – האם הוי חסרון בעצם דיני שומרים או דהוי תוצאה בעלמא מהפשיעה.

עוד בביאור פלוגתתם גם לשיטות שאין סילוק לרב, ומבאר פלוגתת הראשונים בשומר שכר שמסר לשומר חנם ברגילין להפקיד אם נפטר לגמרי או לא.

ונראה דגם אם כו"ע יודו לרש"י ותוס' דליכא סילוק בש"י רב, אבל אכתי יש מקום לומר דברגילין להפקיד שייך סילוק, דעדיפא רגילין להפקיד מכל שומר שמסר לשומר לרב.

דהנה, מצאנו מחלוקת נוספת בשומר שמסר לשומר "ברגילין להפקיד" באופן ששומר שכר מסר לשומר חנם, דהנה, דעת הרשב"א דלרב שומר שמסר לשומר פטור לגמרי, אבל בשומר שכר שמסר לשומר חנם והיה גו"א מודה דחייב וכמש"כ שם [בסוף דבריו], ולעומת זאת, בש"י ר' יוחנן ברגילין להפקיד כ' הרשב"א [בתחילת דבריו] אחרת, וז"ל "ומסתברא נמי דאילו הפקיד לבניו וכו' א"נ למי שהבעלים רגילין להפקיד אצלו ואפי' שומר שכר לשו"ח ונגנבה או נאבדה דשומר שני פטור, אף שומר ראשון פטור שהרי ע"ד אשתו ובניו וא"נ על דעת מי שרגיל להפקיד אצלו הוא מפקיד, וכמי שנתן לו רשות בכך הוא", עכ"ל, וכן הביא הב"י [סי' רצ"א] מר' ירוחם, עיי"ש.

ולעומת זאת, רהיטת לשון הרמב"ן ונמו"י שהביאו ברב שרק שומר חנם לשומר חנם ושומר שכר לשומר שכר דלגמרי אוקמי' בחריקאי, דה"ה דלר' יוחנן ברגילין להפקיד הוא כן, ומשמע דבשומר שכר לשומר חנם אינו כן, ודו"ק.

ונראה, דשורש פלוגתתם הוא, דהרשב"א מבאר סברא דרגילין להפקיד כך, "דכמי שנתן לו רשות בכך", והיינו שיש נתינת רשות בהדי', ולפי"ז י"ל שזה כבר "כהשבה" לבעלים – ונבאר את מהלך בזה בהקדמה אחת, והיא – דלעיל נתבאר דאיכא תרי אופנים ודרכים של סילוק – דרכו של הגר"ח ודרכו של הברכ"ש, ונתבאר דנחלקו בפלוגתת הראשונים בש"ש שסר לש"ח. וצורת הדברים כך:

לעיל [סימן כ"ג פרק ד'] הבאנו שלפי הראשונים דש"ש שמסר לש"ח עדיין מחוייב בחיובים שבין ש"ש לש"ח, והיינו על גו"א, התם המהלך הוא שהוא עדיין בגדר שומר אלא דנסתלק מהחיובים בפועל, ושייך סילוק מחיוב אחד שבשמירה עד כמה שיש 'חריקאי' שמקיים חיובו עבורו, ולכן שייך 'סילוק לחצאין' אף דלא מצאנו 'חצי שומר' שהשמירה קיימת בשלמותה אלא דחיילא פטור בחיוב מסויים באותה רמה שאחרים התחייבו תחתיו במקומו – וכך הבאנו מהגר"ד.

אולם לעיל [סימן כ"ד פרק א'] הבאנו מהלך אחר דהסילוק הוא בגדר השבה – וזה הבאנו מהגר"ח, והגר"ח שם אזיל לפי השיטות דש"ש שמסר לש"ח פטור לגמרי – והיינו דהוי כהשבה ממש – הלכך אין בזה לחצאין – שהרי השבה היינו ביטול גוף השמירה, וכמו שאין 'חצי שומר' – כמו כן אין חצי השבה.

והנה ברשב"א כתוב הכא דברגילין להפקיד כבר פטור לגמרי אף דתמיד בסילוק אין לו פטור גמור, והיינו דהכא איכא סברא מיוחדת לומר דהוי כהשבה אף דתמיד לא מהני מדין השבה – ולהלן נרחיב בסברא בזה – ולכן דוקא הכא ברגילין הוא פטור לגמרי, ודלא כסילוק דלעיל דרק פטור ברמה שהעמיד אחרים – הרי שהרשב"א מחלק בין רגילין לדעלמא – ויש לומר א"כ דגם אי נימא דתמיד ליכא סילוק – וכשיטת רש"י ברב דליכא סילוק בשומר שמסר לשומר, אכן ברגילין יתחדש שיש סילוק גם לר"י כיון דהכא יש סברא מיוחדת לדון מצד השבה – ותמיד בכל שומר שמסר לשומר ליכא סברא של השבה – [וכמו שהרשב"א בעצמו חילק ביניהם מיניה וביה בתוך סברת סילוק עצמו].

אולם החולקים סוברים כהרמב"ן ודעימיה דסברי דגם הכא ליכא סברא מיוחדת של סילוק מצד השבה – הלכך דין רגילין דומה לדין של רב.

ובמהלך הזה יתחדש עוד דגם בשיטת רב איכא חילוק בין רגילין ללא רגילין, דסברת מסרה לבן דעת מהני לסוג כזה של סילוק מצד 'קיום השמירה' במקומו ברמה כזו שהשני חייב במקומו בשמירה, אבל רגילין הוי כנתינת רשות מפורשת דלכן הוי כבר כהשבה.

ונמשיך לבאר את הסברא לחלק ביניהם ונוסיף בזה גם נפ"מ נוספות בין הנך תרי דיני סילוק.

מבאר דיוקו של הגרמ"ש בנמו"י בעני מעיקרא ברגילין להפקיד, ומבאר לשונות הרמב"ם בדין רגילין להפקיד.

דהנה, עיין בחי' ר' מאיר שמחה [תחלת ל"ו]. שיצא לדייק בדברי הנמו"י, דשאני סילוק לרב מסילוק לר' יוחנן ברגילין להפקיד, דלרב פטור הראשון רק אם העני אח"כ, ולר' יוחנן פטור גם בעני מעיקרא, כשרגילין להפקיד בכה"ג.

ונראה, דמה דבעינן דוקא שהעני אח"כ, נתבאר לעיל [סימן כ"ג פרק ד'] עפ"י סברא דסילוק דגברא בחריקאי, דכיון דמסתלק בהעמדת שומר אחר, א"כ בעינן שהשומר השני יעמוד במקומו על כל פרט ופרט – לקיים חיובו עבורו – גם בגוף השמירה וגם בגוף התשלומין, ובעני לכתחילה אינו כן.

ומעתה נראה – דאם מהני הסילוק מדין "השבה", דע"י שמעמיד עוד שומר הרי השיבו לבעליו, דידו כיד בעלים, א"כ כבר לא אכפת לן מה שהשומר הזה אין לו מה לשלם, ואפי' בעני מעיקרא מהני, דסו"ס דין שומר עליו בדיני התורה – וממילא דידו כיד בעלים, ושפיר מתקיים בזה דין השבה.

וי"ל דכך היא נמי שי' הנמו"י, דלכן ברגילין להפקיד מהני גם בעני מעיקרא, והביאור כנ"ל, דהכא מהני מדין השבה, ומה"ט שאני דין רגילין להפקיד משומר שמסר לשומר לרב, דברב זה מדין "גברא בחריקאי", וזה רק בהעני אח"כ, וברגילין להפקיד יש כבר נתינת רשות, וכסברת הרשב"א.

[אולם, דא"כ הנמו"י סותר משנתו, דמצד א' משמע מדבריו דברגילין להפקיד לא נפטר לגמרי בשומר שכר שמסר לשומר חנם, וע"כ שזה לא מדין השבה, ומאידך משמע שזה מדין השבה מדמהני גם בעני מעיקרא, ואכתי צ"ע].

ומעתה נוסיף עוד – דמלבד הנפ"מ דלעיל – איכא נמי נפ"מ שלישית – בנפ"מ הזה יבואר גם ההסבר בעיקר דינא ד'רגילין' למה הוי כהשבה אף דתמיד אינו כהשבה – [ובפרט למה שהוספנו דלפי רב שתמיד יש סברא של 'מסרה לבן דעת' אבל ברגילין עדיפא מיניה].

דהנה, בלשון הרמב"ם בשכירות [פ"א – ה"ד] מדויק דבעינן "שדרך הבעלים להפקיד תמיד דבר זה", ומשמע "תמיד" ומשמע דוקא "דבר זה", הרי דאיכא בזה שני תנאים, וע' בכס"מ ובבית יוסף דמבואר דלאו דוקא, אולם הביא מדברי המהר"י וי"ל שלמד שזה דוקא, ועיין במאירי ב"ק [י"א] דבב' פעמים לא סגי, ומשמע דבג' פעמים כבר סגי, ומשמע דא"צ "תמיד דבר זה".

ונראה, דהמהר"י וי"ל למד דבעינן "נתינת רשות" בהד"ל, וכסברת הרשב"א, וזה כהשבה לבעלים, ולהכי בעינן דוקא שזה דבר שתמיד מפקידו, ודו"ק.

הרי דאף דרב סובר דמסרה לבן דעת מהני לסילוק אבל אכתי לא חשיב כהשבה – שהרי אין אומדנא מפורשת על זה אבל הכא שתמיד מפקיד חפץ זה אצלו – הרי איכא נתינת רשות מפורשת ולכן שפיר חשיב כהשבה.

הרי לנו ג' נפ"מ בהאי חידוש דמדין השבה אתינן עלה:

א) בשומר שכר שמסר לשומר חנם דנפטר לגמרי, וכמבואר ברשב"א.

ב) דהכא גם בעני מעיקרא מהני להפקיד אצלו, וכמבואר בנמו"י.

ג) הכא שייך תנאה של הרמב"ם דרגילין להפקיד "תמיד דבר זה", דרק מצד השבה בעינן לזה, דהכא מצד "נתינת רשות מפורשת" אתינן עלה, וכדברי הרשב"א, וזה רק ברגילין להפקיד "תמיד דבר זה", ועיין להלן [פרק ב'] שהבאנו בזה נפ"מ נוספת מהקצוה"ח.

ומעתה י"ל דזה יהיה כבר מקור לומר דאף אי נקטינן דברב ליכא דין סילוק אבל ברגילין להפקיד אכתי איכא דין סילוק, והיי"ט דהכא מדין השבה אתינן עלה.

ולהלן [שם] הוכחנו עוד דשייך במפקיד ע"ד אשתו דהוי כנתינת רשות, ומדין השבה הוא.

פרק ב'

שיטות הראשונים

במפקיד ע"ד אשתו ובניו.

מבאר דבמפקיד ע"ד אשתו ובניו יש ב' דרכים, או שהיא שומר ידיה, או שיש סילוק והשבה גמורה לבעלים.

ע"כ ביארנו את הגדרים בדינא דרגילין להפקיד, אכן בסוגיין מבואר דמודה ר' יוחנן באופן אחר והוא במפקיד ע"ד אשתו ובניו דגם הכא פטור, וגם הכא יש לדון בדין סילוק, דכשאינן להם כסף האם נפטר השומר, דנסתלק, או דלא מהני בכה"ג סילוק.

וע' רמ"א [בסי' רצ"א סעיף כ"ד] שהביא ב' דעות, וע' נמו"י דנקט דמסתלק ופטור, והביא מר"ת דחייב, ואין סילוק, וביאר שם בטעמא דר"ת דכיון דאשה תמיד שומרת לבעל, הרי גם פקדונות שומרת לו ולא עבור הבעלים, וע' ברמב"ן שג"כ כ' סברא זו.

וביאר הסברא בזה הוא פשוט, דיסוד דינא דסילוק הוא בזה שהעמיד "גברא בחריקאי", והיינו שהוא שומר עבור ה"בעלים" במקום השומר הראשון, אבל אם הוא שומר עבור השומר הראשון, שוב פשוט שאינו ב"חריקאי", וממילא דכבר אינו מסתלק, ופשוט, וכיון דהאשה תמיד שומרת לבעלה, שוב אינה בחריקאי, ואין כאן סילוק.

ובדעת הנמו"י והחולקים על ר"ת צ"ל דמעמיד את האשה כשומר לבעלים, ולכן מסתלק, ומדין הרגיל של "גברא בחריקאי", ודו"ק.

אולם, יש להוכיח גם לאידך גיסא, דגם להנך דלית ליה הך סברא דגברא בחריקאי דמסתלק, דאפי"ה באשה ובניו מהני סילוק, וע"כ שיש בזה סברא בפני עצמה.

דהנה, דעת הרמ"א בסי' ע"ב [סעיף ל'] דברגיל להפקיד אין סילוק, וכנתבאר, ולעומת זאת באשה הביא ב' דעות אי מצי מסתלק או לא, וזו סברא הפוכה מר"ת, דלר"ת גרע אשה משאר רגילין להפקיד, [כיון שהיא שומרת לבעלה ולא לשומר הראשון], ולרמ"א אדרבה, גרע רגילין להפקיד מאשה, וצ"ב הסברא בזה.

וע' בזה בסמ"ע [סי' ע"ב] ובמשנה למלך [פ"ד משו"פ], והעולה מדבריהם דבאשתו ובניו הוא יודע שהשומר נותן להם, משא"כ ברגילים להפקיד שאינו יודע שהוא יפקיד אצלם.

והביאור בזה עפ"י מש"כ לעיל דברגילין להפקיד סובר הרשב"א דשומר שכר שמסר לשומר חנם פטור לגמרי, וסובר הנמו"י דגם בהעני מעיקרא מסתלק, וביארנו לעיל [פרק א'], דהיכא דאומר לו בהדי' חשיב כהשבה לבעלים, דחשיב כאומר לו דבהעמדת שומר זה יתקיים השבה דידו כיד, וע"ד זה י"ל גם ברמ"א, דאף אם ננקוט דברגילין להפקיד אין אמירה מפורשת, אבל באשתו ובניו איכא אמירה מפורשת, דפשיטא שיתן להם, ומיושב סתירת הרמ"א.

הרי לנו ב' סברות הפוכות באשה, א' אין כאן סילוק כלל, אפי' מדין גברא בחריקאי, שהרי היא שומר לבעל שלה, וממילא דליכא סילוק, ב' יש אמירה מפורשת, ויש כאן סילוק גמור ע"י השבה, ודו"ק.

מביא מהקצוה"ח עוד נפ"מ בין הנך ב' דרכים ברגילים להפקיד ובע"ד אשתו ובניו, דנפ"מ האם הראשון צריך לישבע שמסרו לשני או לא, דאי מדין השבה א"צ לישבע.

ויש עוד נפ"מ בין הנך ב' צדדים, דהנה, ע' קצוה"ח [סי' רצ"א ס"ק ח'] שמבאר פלוגתא הנ"ל עפ"י ב' הצדדים הנ"ל, האם יש השבה וסילוק, או שאין סילוק בכלל כיון שהיא שומרת לבעלה, ומוסיף לבאר בזה פלוגתא נוספת, דמצאנו בראשונים שנחלקו באופן שהשומר אומר שהפקיד אצל אשתו והמפקיד מכחישו, דנחלקו בזה הראשונים אי צריך לישבע ע"ז גופא שהפקיד אצל אשתו, [דדעת הריטב"א להלן [מ"ב]:] דבעי שבועה וכפשטיה דסוגי' שם, אבל דעת המ"מ [שאלה פ"ד ה"ח] דפטור, ורק במעות בעי שבועה דאל"כ אינו ברור דהנך מעות עצמן שהפקיד הם אלו שנתן לאימו, אבל בדבר המסויים א"צ שבועה, והביא דכן מפורש ברשב"א ורמב"ן בסוגיין שם].

ותלוי בנדון הנ"ל, שאם ננקוט שיש סילוק ע"י הדין השבה, א"כ א"צ לישבע כמו שלא נשבע על טענת החזרת, אבל אם האשה היא שומר ידיה, והוא מקיים על ידה את דיני השמירה שלו, א"כ שפיר בעי לישבע ע"ז גופא, דזהו דיני השמירה עצמם, דהוי כנשבע ששמרם במקום מוצנע, והיינו בידי אשתו ובניו, והן הן דברי הריטב"א [מ"ב]:] שכתב בהדי' דנשבע שנתנם לאימו "כדרך שהיה נשבע שהניחם במקום משתמר, שזו היא שבועת השומרים", הרי לנו עוד נפ"מ בספק הנ"ל, עכתו"ד.

ונראה עוד דבזה יש לבאר נמי את פלוגתת ר"ת והריטב"א [הח'], דר"ת טוען דלא יתכן שתמיד יפטר בזה שמוסר לאשתו 'ויאכל הלה וחדל', והריטב"א דחה, דאדרבה, בזה שלא התנה שלא ימסרנה לה, הרי בזה גופא אפסיד אנפשיה, דהרי הוא כמפרש בהדי' שימסרנו לה.

ונראה דתלוי בנדון הנ"ל, דלפי מה שנתבאר דבאשתו ובניו הוא מסתלק מדין השבה, אז צ"ל ע"כ דהוי כא"ל בהדי', א"כ פשוט שהוא מפסיד אנפשיה, אבל לפי ר"ת הרי אין כאן אמירה מפורשת, ואינו השבה, ושפיר טעין שנמצא שהפסיד¹⁵².

¹⁵² אלא דלפי"ז הריטב"א סותר משנתו, דלעיל הבאנו דס"ל דצריך שבועה, וזה ע"כ משום שאין כאן השבה, ודלא כהמ"מ וראשונים, ומאידך, רצינו לומר דס"ל דהוי כמפרש כיון דהוי השבה, הלכך איהו דאפסיד אנפשיה.

מוכיח מהתוס' שיש לו דרך שלישי בזה, לא כר"ת שהם שומרים של הבעל ולא כהראשונים דאיכא סילוק.

והנה, בתוס' [עמוד ב'] מבואר דקס"ד דבקטנים ג"כ מוסר להם ומהני, [ולא הכי הוצרכו לומר שאינו מפקיד ע"ד בניו הקטנים], והנה, ז"פ שקטנים לאו בני שמירה, ואינם שומרים בשביל הבעל כשי' ר"ת, ופשיטא נמי שאינם שומרים לענין שיהיה השבה, וכנתבאר ברמ"א, וא"כ קשה דאיך קס"ד דאיכא בהו הך דין.

ונראה דהתוס' אזלי לשיטתייהו, דדעת רש"י ותוס' בב"ק דברב ליכא סילוק, ורב קמ"ל רק דאינו פשיעה במסירה, ולר"י איכא פשיעה במסירה, ובאשתו ובניו קמ"ל נמי שאין פשיעה, ותו לא, וזהו שאמרו התוס' שקס"ד דאין פשיעה במסירה לקטנים, דאף דאינם שומרים, אכן כיון דמפקיד על דעתם שוב אינו פשיעה לתת להם, וקמ"ל שאינו מפקיד ע"ד הקטנים.

סימן כ"ו

"את מהימנת לי בשבועה".

ביאור הנפ"מ בין אביי לרבא כשיש עדים או שהראשון יודע ונשבע, ומביא פלוגתת הראשונים האם קושי' הגמ' ממומר ליד בניו הגדולים קשה גם על רבא, או דלרבא מיירי בנשבע, ונפ"מ בפלוגתת ר"ת והראשונים האם נסתלק במסרה לאשתו בניו. < ביאורו של הגר"ח בעיקר הגדר בטענת "את מהימנת לי בשבועה", דמדיני שמירה היא ולא מדיני שבועה. > מבאר מאי שנא שבועה משאר חיובי שמירה, [דשבועה אינו מוסר לשומר השני] כיון שזה אינו חיוב בגוף הפקדון רק חיוב בעל הפקדון, ומביא מר' מאיר שמחה דגם על החיוב תשלומין אומר לו "את מהמנית לי". < מעורר דמה סברת הראשונים דטענת את מהימנית מעכבת סברת סילוק – ולמה חולקים על סברת הגר"ח. > פלוגתת הראשונים והגר"ח האם ר' יוחנן חולק בעיקר הדין סילוק או דתחילת פלוגתתם הוא בדין "את מהמנת לי בשבועה", ושורש פלוגתתם האם סילוק מדין השבה או מדין גברא בחריקאי. <

ביאור הנפ"מ בין אביי לרבא כשיש עדים או שהראשון יודע ונשבע, ומביא פלוגתת הראשונים האם קושי' הגמ' ממומר ליד בניו הגדולים קשה גם על רבא, או דלרבא מיירי בנשבע, ונפ"מ בפלוגתת ר"ת והראשונים האם נסתלק במסרה לאשתו בניו.

לרבא איכא דרך חדשה בר' יוחנן, דחייב מצד זה דא"ל מפקיד לשומר הראשון "את מהימנת לי בשבועה", ושומר הראשון מתחייב כיון שאין לו שבועה להפטר על ידה, ואמרו בתוס' דממילא דאיכא בזה נפ"מ, דבאופן שהראשון יודע מה שהיה והוא עצמו נשבע למפקיד אז באמת מודה לרב יוחנן שהוא פטור, וכן כשיש עדים שנאנס דכבר אין סיבה לחייב את השומר הראשון, וכל זה לרבא דמטעמא ד"את מהימנת לי בשבועה" אתינן עלה, אבל אין כאן שום פשיעה במסירה, משא"כ לאביי דלדידיה איכא פשיעה במסירה, הרי פשיטא דלאביי דחייב בכה"ג גם באונסים.

ונתחדש עוד דברגילין להפקיד מודה רבא דמהימנת ליה, ופשוט, ועוד נתחדש דקושי' הגמ' משוכר פרה והשאלה לק"מ לדרך זו, דמיירי שנשבע הראשון, [וכן מבואר בהדי' בהמשך הסוגיא בפשע בה ויצא לאגם].

מיהו יש לעיין האם קושי' הגמ' מבניו ואשתו ק' גם לרבא, דיתכן דמיירי שנשבע הבעל, ודו"ק, וע' רשב"א שהוכיח שלא נשבע הבעל, וק' גם לרבא, דאל"כ ק' למה רבא עצמו הוצרך לתרץ "כל המפקיד ע"ד אשתו", וע"כ משום דגם לדידיה ק', דמיירי דלא נשבע, אולם הר"ח חולק, דהר"ח פ' דרבא אמר טעמא ד"כל המפקיד ע"ד אשתו וכו'" רק לדעת אביי, ומשמע דבאמת לדידיה לק"מ, והיינו ע"כ משום דמיירי דנשבע.

והרשב"א הוכיח מכאן נגד ר"ת, דכבר הבאנו לעיל [סימן כ"ה פרק ב'] דשיטת ר"ת דלא נסתלק במסרה לבני ביתו, [שהם שומרים בשביל הבעל ולא לראשון], ומהכא הוכיח הרשב"א דאינו כן, וע"כ דהשומר נסתלק, והוכיח כן מהא דחזינן מצד א' דהשומר לא נשבע, [דאל"כ לק"מ לרבא, וכדלעיל], ומצד שני גם מיירי באופן שלא נשבעו ולא שילמו הגדולים, שהרי דומי' דקטנים איירי, וא"כ איך פטרינן ליה, ומזה מוכרח דפטור לגמרי, וע"כ דמסתלק בדין מפקיד ע"ד אשתו ובניו, וזה דלא כר"ת.

אולם בדעת ר"ת י"ל דסובר כהר"ח, דמיירי דבאמת נשבע השומר, ורבא רק אמר כן בשל' אביי, ובלאו הכי משמע דהר"ח כר"ת, שפי' הך דמפקיד ע"ד אשתו דשומרת כל חפציו בשבילו, ומשמע שאין סילוק, ורק שהיא שומר דבעלה.

ביאורו של הגר"ח בעיקר הגדר בטענת "את מהימנת לי בשבועה", דמדיני שמירה היא ולא מדיני שבועה.

נקדים לבאר את עיקר הגדר בהאי טענה ד"את מהימנת לי בשבועה", ויעויין בזה בדברי הגר"ח בהל' שכירות [פ"א סוף ה"ד], וז"ל, "וזהו ג"כ יסוד הדין מה שיכולים הבעלים לומר 'את מהימנת לי בשבועה' האידך לא מהימן לי בשבועה, דאין זה טעמא בדיני שבועה, כי אם בדיני שומרין הוא דהוי דינא הכי, דאינו יכול למסור חובת שבועתו להשומר השני ולהפטר על ידו, כיון דהאיך לא מהימן ליה בשבועה, וכיון דלא נפטר מחובת השבועה ממילא דאין שבועת אחד מועילה לפטור לחבירו", עכ"ל.

ביאור הדברים: דחקר שם הגר"ח ביסוד דינא ד"את מהימנת לי בשבועה" האם הוי טענה בהל' שבועה או דהוי טענה בהל' שומרים, והכריע שם הגר"ח דטענת "את מהימנת לי בשבועה" אינה טענה בהל' שבועה רק טענה בהל' שומרים.

ונראה שההקדמה לספיקת הגר"ח בנויה על היסוד שייסדנו לעיל [סי' ט"ו פרק ב'] בארוכה בשם האחרונים דשבועת השומרים אינו כשאר שבועות שבאים ע"י טענה וכפירה, [ושייכי לדררא של גוף הטוען ונטען], אלא שהשבועה היא חלק מדיני השמירה, וזה למדנו מהסוגי' דמצד להפיס דעתו של בעה"ב אתינן עלה, ומה"ט לא מהני מיגו לפטור שבועת השומרים דוקא, דדיני השמירה מחייבים שמירה והעמדת הפקדון ותשלומין ושבועה, והארכנו בזה.

ועפ"י יסוד זה דהשבועה היא חלק מדיני השמירה, הסתפק הגר"ח האם תביעתו ד"את מהימנת לי בשבועה" היא מצד 'לתא' דשבועה שבו שלכן אינו נאמן לו ולכן אין שבועתו שבועה, או מצד 'לתא' דשמירה שבו, והיינו דאף דמצד דיני שבועה דינו כשבועה, אבל סו"ס מצד הלכות שמירה לא מתקיים שמירתו ע"י שבועה כזו, והגר"ח הכריע דכל החסרון של "את מהימנת לי בשבועה" הוא רק מצד הדיני שמירה.

ונראה דסברתו בזה היא, דאם אך יש לשבועה דין שבועה, הרי דממילא דמהני מצד הל' שבועה וליכא טענה שאינו נאמן לו, שהרי אם התורה האמינה לו ונתנה לשבועתו דין שבועה איך הוא טוען לו שאינו נאמן לו, וע"כ שמזה מוכרח שזה תביעה מדיני שומרים, והיינו שמצד הלכות שומרים לא מהני שבועה זו, ודו"ק.

והגדר בזה הוא שתובעו שיקיים דין "שמירתו" בשבועה 'דידיה' ולא בשבועת 'אחר', ורק ברגיל להפקיד שנאמן לו בשבועתו התם ליכא טענה זו, עד כאן תוכן דברי הגר"ח בתוספת ביאור.

מבאר מאי שנא שבועה משאר חיובי שמירה, [דשבועה אינו מוסר לשומר השני] כיון שזה אינו חיוב בגוף הפקדון רק חיוב בעל הפקדון, ומביא מר' מאיר שמחה דגם על החיוב תשלומין אומר לו "את מהמנית לי".

אולם אכתי צ"ב הגדר בזה, דאי כל פלוגתא רבי יוחנן ורב הוא רק מצד "את מהימנת לי בשבועה", אכן מצד הלכות שומר שמסר לשומר מודה רבי יוחנן דשפיר מצי להעמיד שומר אחר במקומו, א"כ מאי שנא דין זה של שבועה משאר הלכות שומרים, דבשלמא אי מצד לתא שבועה אתינן עלה א"ש, אכן אחרי דנתברר דמצד הלכות שומרים אתינן עלה, שוב קשה דמאי שנא דין שבועה משאר הלכות שומרים.

וי"ל דשאני שבועה מכולהו, דלעיל [סימן כ' פרק ב'] ביארנו יסוד דינא דשבועה להפיס דעתו דבעה"ב, וביארנו פלוגתא אב"י ורב אידי בר אבין בזה, דהכוונה בזה היא, דשאני שבועה משאר הלכות שומרים, ששאר הלכות שומרים הם חיובים שמתייחסים לגוף ה"פקדון", שהשמירה והעמדת הפקדון והחזרתו עושים את הפקדון לפקדון שמור – וזה גוף החובת שמירה, משא"כ שבועה שכל דינה מתחילה אחרי שהוא כבר פטור, והיינו כשהפקדון כבר איננו והוא נפטר משמירתו ע"י אונס וכדומה, וע"כ דדין זה הוא דין בפני עצמו וחיוב צדדי "למפקיד" שהתחייב בו בקבלת השמירה ואינו חלק מגוף השמירה עצמה, וזה גדר הדין "להפיס דעתו" שאמר אב"י, ועיי"ש מה שביארנו בזה, דלכן זה לא מעכב את הדין "קניא" דמצד עצם הפקדון כבר אין לו חיובים לבעל הפקדון.

ועפ"י נראה, דטענת רבא [בשיטת רבי יוחנן] היא כך, שהחיובים שהם גוף השמירה עצמה – בזה שפיר מעמיד גברא בחריקאי לעשות שהפקדון יהיה שמור ע"י אחר, דלגבי זה עיקר החיוב הוא שהפקדון יהא שמור, ומ"ל ע"י עצמו ומ"ל ע"י אחרים – הרי סו"ס הפקדון במצב שמור וזה כל החיוב וזה כל המחייב, אבל חובת השבועה אינה כן שהיא חיוב כלפי בעל הפקדון עצמו, ושפיר תובעו בעצמו, ובזה אינו מעמיד אחר במקומו, ודו"ק.

וסברא זו מבוארת נמי בחי' רמ"ש [ריש סוגיין] שהק', דאף אי מצי טעין "את מהימנת לי בשבועה", הא אכתי יסתלק משמירתו לענין התשלומין, ויעמיד את השומר השני במקומו

לתשלומין, ואם העני יהיה פטור, ותי' דאת מהימנת לי אינו טענה דוקא כלפי השבועה, אלא אף כלפי כל הדין ודברים איתו.

ומדבריו רואים כהגר"ח ד"א את מהימנת אינו הלכות שבועה, רק הלכות שומרים, ויתכן דמדבריו רואים גם כדברינו, שגם הדו"ד ותשלומין הם חיובים נוספים אחרי שנאבד הפקדון, ואינם חלק מהשמירה בפקדון עצמו, והנך חיובים הם למפקיד עצמו, ובזה ליכא דינא דגברא בחריקאי – ועיין תוספת דברים בזה בהערה ¹⁵³.

ובעיקר קושית ר' מאיר שמחה י"ל דאדרבה, דאחרי שנאמר דין שאינו מוסר את חיוב שמירה של שבועה לאחרים, שוב אינו מוסר את השמירה לאחרים כלל וכלל, והיינו דהדין "את מהימנת" מעכב לכל הדין סילוק, דשוב אינו מעמיד שומר אחר במקומו, ולא קשה קוש' ר' מאיר שמחה מהתשלומין, ודו"ק.

מעורר דמה סברת הראשונים דטענת את מהימנית מעכבת סברת סילוק – ולמה חולקים על סברת הגר"ח.

מפורש בראשונים, דלדעת ר' יוחנן ברגילין להפקיד דאז ליכא טענת "את מהימנת לי בשבועה" ושפיר מסתלק הראשון, וגם בהעני שני והלך למדה"י פטור, וכדבריהם ברב, ומבואר דבשומר שמסר לשומר דעלמא באמת מודה ר' יוחנן דאיכא סילוק, אלא דתמיד איכא טענה אחרת מצד "את מהימנת לי בשבועה", הלכך חייב ואינו מסתלק, ודו"ק ¹⁵⁴.

אולם ע' בחידושי הגר"ח [נז"מ ד' – י"א] דחולק ונקט דאינו כן, דביאר דלפי רב דמצי מסתלק, שוב ממילא דכבר ליכא טענה ד"את מהימנת", והיינו דאחרי שהשומר השני עומד במקום הראשון, והראשון מסתלק, שוב ממילא ליכא טענת "את מהימנת לי בשבועה", שהרי השני הוא הוא השומר, ואדרבה, רק משום שסובר ר' יוחנן שהראשון אינו מסתלק, ושניהם שומרים, להכי איכא טענה דהשני לא נאמן לו בשבועתו, ועיין בהערה ¹⁵⁵ שהבאנו את לשון הגר"ח שם.

¹⁵³ אכן זה תלוי בנתבאר לעיל [סימן כ"ד] דפליגי הראשונים האם ספק פשיעה או ספק גזילה ואבידה מיקרי א"י אם נתחייבתי או א"י אם פרעתיך, דתלי האם התשלומין של שומרים הוא מעיקר החיוב שמירה דהתחייב מעיקרא בהשבה ותשלומין, או דדין נוסף הוא, ודו"ק.

¹⁵⁴ ודברינו מבוארים בנמו"י דמדמה דין סילוק וגברא בחריקאי של רב בכל שומר לדין סילוק וגברא בחריקאי של רבי יוחנן בשומר שרגילין להפקיד, וע"כ מוכרח דביסוד הדברים מודה רבי יוחנן לרב דאיכא סילוק אלא דלא מהני כיון דסו"ס איכא סברת "את מהימנת לי בשבועה" ורק ברגילין להפקיד דליכא טענה זו שוב הדרא לן דינא דסילוק וחריקאי, אכן יתכן דלרשב"א אינו כן, דלפי הרשב"א יש דין מיוחד ברגילין להפקיד דמהני מצד השבה, וכנתבאר לעיל דלכן פטור לגמרי גם בשומר שכר שמוסר לשומר חנם, ולדידה י"ל דדין סילוק לרב ולרבי יוחנן תרתי נינהו, דרק מצאנו סילוק ברבי יוחנן באופן שזה השבה, אכן זה אינו, דיעויין היטב בסדר דברי הרשב"א דמתחילה כתב כהנמו"י, ושוב הוסיף חידוש נוסף מצד השבה, ודו"ק.

¹⁵⁵ וז"ל הגר"ח שם: "ולפי זה י"ל דזהו יסוד המחלוקת של שומר שמסר לשומר אם חייב אם לא, דהך מ"ד דחייב ס"ל דאינו יכול להסתלק מעיקר דין חיוב שמירתו, ופטורו הוא רק משום דיהיב ליה גברא בחריקאי, וע"כ מועיל הך טעמא דהאיך לא מהימן לי בשבועה דלא יהיב ליה גברא בחריקאי, דכל זמן שלא נסתלק משמירתו אי אפשר לו לשנות מדעת הבעלים, וע"כ מועיל הך טעמא דהאיך לא מהימן לי בשבועה לחייבו, משא"כ למ"ד שומר שמסר לשומר פטור, היינו משום דס"ל דיכול להסתלק עצמו משמירתו, ואין עליו רק חיוב מה שנסתלק בלא השבה לבעלים, וממילא דאינו יכול לטעון עוד דהאיך לא מהימן ליה בשבועה, דלענין חיוב השבה אין הדבר תלוי עוד בדעת בעלים, וכל שהוא מהימן שוב הויא השבה, ומהני הך טעמא דמסרה לכן דעת דמיפטר בהכי.

והכי נראה מבואר, מהא דכיל בגמ' הך פלוגתא דשומר שמסר לשומר כמותו עם הך פלוגתא בגרועי גרעיה לשמירתו ביחד, ואע"ג דהויין שני טעמים נפרדים ואין תלויין זה בזה כלל, אלא נראה משום דבזה כו"ע מודים דהיכא דלא נסתלק משמירתו ורק דבא למיפטר נפשי' משום דיהיב ליה גברא בחריקאי שפיר מועיל הך טעמא דגרועי גרעיה לשמירתו לחייבו, משום דלא יהיב ליה גברא בחריקאי על המותר שמירה, וגם מועיל הך טעמא דהאיך לא מהימן לי בשבועה לחייבו, משום דהנאמנות תלויה בדעת בעלים, ואם אך נסתלק משמירתו כו"ע מודים דלא איכפת לן במאי דגרעיה לשמירתו ובמאי דהאיך לא מהימן ליה בשבועה, כיון דאיהו מיהא נסתלק מחיוב שמירתו, והשבה איכא שהרי מסרה לכן דעת, וא"כ הרי נמצא דשני הדינים תלויין רק בהך דינא אם נסתלק משמירתו אם לא.

וממילא דמאן דס"ל שומר שמסר לשומר פטור משום דנסתלק משמירתו א"כ השומר הראשון פטור גם בגרועי גרעיה לשמירתו, ומאן דס"ל דשומר שמסר לשומר חייב ומשום דלא נסתלק משמירתו, ממילא חייב גם בלא גרעיה לשמירתו משום טעמא דהאיך לא מהימן לי בשבועה, ולהכי כיילינהו בגמ' ביחד בין היכא דגרעיה לשמירתו בין היכא דלא גרעיה לשמירתו, כיון דבעיקר הדין הויא חדא פלוגתא, אם נסתלק משמירתו אם לא, וכמו שנתבאר."

ומעתה סברת הראשונים צ"ב, דאם ר"י מודה דתמיד שייך סילוק, וכמבואר בדבריהם ברגילים להפקיד, א"כ איך שייך טענת "את מהימנת לי בשבועה" [בלא רגילים להפקיד], הרי תביעה זו היא תביעה בהלכות שומרים והוא נסתלק מלהיות שומר, וזו באמת טענת הגר"ח, וצ"ע.

פלוגתת הראשונים והגר"ח האם ר' יוחנן חולק בעיקר הדין סילוק או דתחילת פלוגתתם הוא בדין "את מהימנת לי בשבועה", ושורש פלוגתתם האם סילוק מדין השבה או מדין גברא בחריקאי.

ונקדים בזה – כבר נתבאר דאיכא תרי אופנים ודרכים של סילוק – דרכו של הגר"ח ודרכו של הברכ"ש, ונתבאר דנחלקו בפלוגתת הראשונים בש"ש שסר לש"ח.

וצורת הדברים כך:

לעיל [סימן כ"ג פרק ד'] הבאנו שלפי הראשונים דש"ש שמסר לש"ח עדיין מחוייב בחיובים שבין ש"ש לש"ח, והיינו על גו"א, התם המהלך הוא שהוא עדיין בגדר שומר אלא דנסתלק מהחיובים בפועל, ושייך סילוק מחיוב אחד שבשמירה עד כמה שיש 'חריקאי' שמקיים חיובו עבורו, ולכן שייך 'סילוק לחצאין' אף דלא מצאנו 'חצי שומר' שהשמירה קיימת בשלמותה אלא דחיללא פטור בחיוב מסויים באותה רמה שאחרים התחייבו תחתיו במקומו – וכך הבאנו מהגר"ח.

אולם לעיל [סימן כ"ד פרק א'] הבאנו מהלך אחר דהסילוק הוא בגדר השבה – וזה הבאנו מהגר"ח, והגר"ח שם אזיל לפי השיטות דש"ש שמסר לש"ח פטור לגמרי – והיינו דהוי כהשבה ממש – הלכך אין בזה לחצאין – שהרי השבה היינו ביטול גוף השמירה, וכמו שאין 'חצי שומר' – כמו כן אין חצי השבה.

ועל פי הנך ב' דרכים נתבאר לעיל [סימן כ"ה פרק א'] דבזה נחלקו הראשונים ברגילין להפקיד האם הכא כו"ע מודי דש"ש שמסר לש"ח שפטור לגמרי דיתכן דרגילין להפקיד מיקרי השבה אף אי כל מסירה לשומר אחר לא מיקרי

ונראה דהך נידון הוא שורש סברת הראשונים והגר"ח האם סברת את מהימנית לי בשבועה מעכבת את הסילוק או איפכא, דהסילוק מבטלת את סברת את מהימנית לי בשבועה, דאי הסילוק הוא מדין השבה – וכשיטת הגר"ח – אז לשיטתו ביאר הגר"ח דע"כ דר"י חולק בעיקר סברת סילוק – דאחרי הסילוק של השבה פשיטא דלא שייך סברת את מהימנית לי בשבועה, אכן הראשונים שלמדו שהגדר של סילוק היינו 'חריקאי', והיינו דכל מה שמסתלק הראשון הוא בזה שהעמיד שומר "בחריקאי" לקיים חיובו לבעלים במקומו – מעתה י"ל, דכיון שהבעלים טוען שאינו עומד במקומו לקיים חובתו לגבי השבועה, דהך חלק בשמירה הוא תובע דוקא מהשומר הראשון, שוב אינו מעמיד שומר נוסף "בחריקאי" כדי להסתלק, נמצא שהטענה ד"את מהימנת לי בשבועה" מעכבו מלהסתלק, ודווקא רב דליתא להך טענה שפיר יכול להסתלק, וכן ברגילים להפקיד דמודה רבי יוחנן דליכא טענת "את מהימנת לי בשבועה", דאז לכו"ע מהני כבר להסתלק לבד.

אולם כאמור – הגר"ח חולק לשיטתו דסובר שהסילוק הוא גם משומר שכר לשומר חנם ופטור לגמרי, עיי"ש, ולדידיה אין הסילוק מצד "גברא בחריקאי", רק משום דחשיב דהשבה לבעלים, ובזה ודאי דלא שייך שטענת "את מהימנת לי בשבועה" יעכבו מלעשות השבה בהעמדת שומר נוסף, דכל הטענה הוא שאינו עומד "במקום הך שומר" לפוטרו, [דתובעו שהוא יקיים דיני שמירתו בעצמו ולא ע"י שבועת אחרים] אבל להיות שומר דבעלים בלי שייכות לשומר הראשון לגבי דין השבה, על זה ליכא טענה כלל, דכל הטענה הוא בזה שמוסר חובת שמירתו במקומו, וכנתבאר, ודו"ק.

ולסיכום הדברים:

הרי דפליגי הראשונים והגר"ח ביסוד דינא דסילוק ומודי בגדר של את מהימנית לי בשבועה, והיינו דכו"ע מודי שסברת את מהימנית לי בשבועה היא סברא והלכה בהלכות שומרים וכנתבאר בגר"ח, שתובעו שיקיים דין "שמירתו" בשבועה 'דידיה' ולא בשבועת 'אחר', אלא דהראשונים סברי דמצי מסתלק גם לרבי יוחנן, ועל זה באה טענת "את מהימנת לי בשבועה" לומר דאינו

מסתלק, ולגר"ח אדרבה, דע"כ רבי יוחנן חולק בעיקר דינא דסילוק, ורק אחרי דממילא אינו מסתלק, אז הוא דהדרא לן טענת "את מהימנת לי בשבועה", ושורש פלוגתתם ביסוד דינא דסילוק אי מצד השבה [כהגר"ח] אי מצד גברא בחריקאי [כראשונים].

סימן כ"ז

**בדברי הגר"ח בביאורו לרמב"ם
ברגילין להפקיד בש"ש שמסר לשו"ת.**

ביאורם של האחרונים בדברי הרמב"ם בשומר שכר שמסר לשומר חנם ברגילין להפקיד. < ביאור של הגר"ח בהנ"ל, וביאר דשבעת שומר א' לא מהני לשומר חבירו וכמבואר בסוגי' בב"ק [ק"ח], אלא אם חבירו הוא חלק מהך שמירה עצמה, ולענין זה חלוק שומר שכר שמסר לשומר חנם, דלכן לא מהני ליה שבועתו. < י"ד [מבאר דהגר"ח לשיטתו דהא דמהני שבועת השומר חנם לשומר שכר בשיטת רב, היינו לשיטתו דלרב מדין השבה אתינן עלה, ומבאר עוד דע"כ דהגר"ח נקט דליכא דין מיוחד של סילוק מדין השבה ברגילין להפקיד.

ביאורם של האחרונים בדברי הרמב"ם בשומר שכר שמסר לשומר חנם ברגילין להפקיד.

כ' הרמב"ם בהל' שכירות [א' – ד'] דברגילין להפקיד פטור לגמרי כיון דלא אמרינן בזה "את מהימנת לי בשבועה", ושפיר פטור השני את הראשון בשבועתו, אולם שאני בזה שומר שכר שמסר לשומר חנם, דאז לא נאמן לו בשבועתו, ואז בעי עדים לפוטרו, והוסיף הרמב"ם בטעמא דמילתא דפשיעה היא בזה דגרע' לשמירתו, והק' המשנה למלך, דאם חשיב פשיעה היה חייב גם בעדים, וע"כ שאינו פשיעה, וא"כ למה אינו נאמן בשבועה, הא סו"ס רגילין להפקיד אצלו.

ותירצו גדולי האחרונים, עיין בזה בדברי הגר"ח [שם] ובקצוה"ח [סימן רצ"א ס"ק י"ב] וברעק"א [מערכה כ"ג], ובשב הכהן [מובא בפתחי תשובה סימן רצ"א ס"ק כ"א], דשבועת שומר חנם על אונסים מונח תרתי, א' אינו פשיעה, ב' אינו גו"א רק אונס, ועל הראשון חשיב שבועת שומרים, שהרי הוא חייב על פשיעה, אבל על השני אינו שבועת השומרים כלל, דאין נפ"מ לשומר חנם בדין זה, ושוב לא נפטר השומר הראשון ע"י הך שבועה [והוסיף בושב הכהן דכלפי גו"א זה רק שבועת ביטוי ולא כפירות ממון, ואין בו חומש ואשם].

שורש הדברים בזה ששבועה אינה כעדות שמבררת כפשוטו אלא דתלוי בבע"ד - ועד כדי כך דבבע"ד דנשבע שבועה על ענין מסויים, וכלול בשבועתו ב' פרטים, דכלפי הך פרט שאינו בע"ד עליו לא מתקבלת שבועתו - וע"כ ששבועה היינו חובת שבועה בגדר 'תשלומי שבועה' - ולא בירור בעלמא - וכבר הארכנו בזה באמרות אברהם [פרק שנים אוחזין סימן כ'] לבאר למה שבועה היא תשלומין ולכן לא מהני בו מיגו ולכן מהני בו השמטת כספים - ודו"ק - וזה למדנו גם הכא, דסיפור דברים של 'אונס' מתחלק בשבועה אחת מחמת סברא זו.

אולם עיקר המהלך רמב"ם קשה - וכבר עמד בזה הגר"ח - שמלשון הרמב"ם נראה שיש כאן 'פשיעה', ולדרך הנ"ל הרי אינו ענין לפשיעה.

ביאור של הגר"ח בהנ"ל, וביאר דשבועת שומר א' לא מהני לשומר חבירו וכמבואר בסוגי' בב"ק [ק"ח], אלא אם חבירו הוא חלק מהך שמירה עצמה, ולענין זה חלוק שומר שכר שמסר לשומר חנם, דלכן לא מהני ליה שבועתו.

וביאר הגר"ח עפ"י מה שיש לתמוה מסוגי' דב"ק [ק"ח] בהפקיד אצל שנים, דשניהם חייבים שבועה, ולא נפטרים א' בשבועת חבירו, והיי"ט, דשבועה אינה כעדות שהרי עדות היא נאמנות בפנ"ע, אבל בשבועה אינו כן, אלא דכל דינו הוא כלפי חיובו - וכדלעיל - תשלומי שבועה - שזו חובתו לבעלים, ולכן שניהם נשבעין, ולא פוטרים זה את זה, וז"ל, "אלא ודאי דאין אחד נפטר בשבועת חבירו, ומשום דכיון דכל אחד בפני עצמו חייב בשבועה על כן לא מהניא לגביה שבועת חבירו, דלא מהניא שבועה רק לגבי עצמו ולא לגבי חבריה".

ועפ"י ז' הק' הגר"ח, דמ"ש שני שומרים משומר שמסר לשומר ברגילים להפקיד דהשני נשבע והוא פוטור את הראשון, דמה מהני ליה שבועתו.

ויש להעיר על קושי' הגר"ח, דקושי' הגר"ח היא לשיטתו שאין הראשון נסתלק, דלפי הראשונים שהראשון נסתלק, [ורק מחמת טענת "את מהימנת לי בשבועה" הוא מתעכב מלהסתלק אבל ברגילים להפקיד ליתא לטענה זו ושפיר מסתלק], הרי דהראשון א"צ כבר לשבועת השני לפוטרו, ודו"ק.

ותי' הגר"ח וז"ל, "דהא דהכא בשומר שמסר לשומר היכא דכל יומא גביה הוה מפקדי מיפטר הראשון בשבועתו של השני, ואע"ג דבעלמא אין שומר פוטר חבירו בשבועתו, היינו משום דהכא הא נכנס השומר השני תחתיו דראשון, ונמסרה לו עיקר חובת השבועה, והרי הוא השומר השני משלים כל דיני שומרין בחריקיה דשומר קמא, ועל כן שפיר יכול השומר השני לפטור בשבועתו את השומר הראשון היכא דכל יומא גביה הוה מפקדי, כיון דהוא בחריקיה דשומר קמא להשלים כל דיני שומרין, ועל כן מהניא לגביה שבועתו של השני ג"כ, ולא דמי למסר שורו לשני בני אדם, דהתם שניהם חייבים, ועל כן אין אחד פוטר את חבירו, משא"כ הכא, דהשומר השני הוא תחתיו דראשון, על כן שפיר מיפטר מחובת השומרין בשמירתו ושבועתו השני", עכ"ל הגר"ח.

וכוונתו, דשאני שומר שמסר לשומר ששני הוא במקום הראשון ודינו למלא מקומו לכל דיני שמירתו, ומסר הראשון לשני חובת שמירתו וזה כולל דין שמירה ידיה, ולהכי יכול השני לפטור הראשון בשבועתו, "דמוסר לו חובת שבועתו", אבל בשני שומרים כהדדי, אין הא' פוטר את חבירו, ופשוט.

ופי' הגר"ח, דזהו מה דחדית לן הרמב"ם, שבשומר שכר שמסר לשומר חנם, כיון דגרעי' לשמירתו אין השני עומד במקום הראשון לגמרי, "ואינו יכול למסור לו חובת שבועתו", דכשני שומרים נפרדים ניהו, וזהו כוונתו שהוא "פושע", שאין זה מדין "פשיעה" המחייבת, רק הכוונה "שחסר בשמירה", וכלפי חיסרון זה לא עומד לגמרי במקומו, והכא גם בלי טענת "את מהימנת לי בשבועה" אינו מוסר לו חובת שבועתו, הלכך גם ברגילין להפקיד אצלו לא יהנו ליה שבועתו, ודו"ק, עכתו"ד.

ולדברי הגר"ח מבואר למה לא אמרינן בהך פשיעה דין תחילתו בפשיעה וסופו באונס, וע' בזה בלח"מ ואהא"ז, ולפי הנ"ל פשוט.

מבאר דהגר"ח לשיטתו דהא דמהני שבועת השומר חנם לשומר שכר בשיטת רב, היינו לשיטתו דלרב מדין השבה אתינן עלה, ומבאר עוד דע"כ דהגר"ח נקט דליכא דין מיוחד של סילוק מדין השבה ברגילין להפקיד.

אולם יש לתמוה, דגם לפי הגר"ח הרי ברב פשוט שהשומר חנם נשבע, ופוטר את השומר שכר בשבועתו כמו שהשומר שכר פוטר את השומר חנם בשבועתו, והיינו דתמיד נפטר בשבועת השומר השני, ומצאנו רק שרב חולק בסברת "את מהימנת", ולא מצאנו שרב חולק גם על סברת הגר"ח בר' יוחנן, וצע"ג.

ופשוט דהגר"ח אזיל בזה לשיטתו, דלעיל נתבאר דהגר"ח בנו"מ הסביר ברב דמסתלק מדין השבה, ולא משום שעומד במקומו, ולפי"ז פשוט שגם בשומר חנם מיקרי השבה ופטור לגמרי, וא"צ שישבע "במקומו", ורק לר"י שאין סילוק, התם צריך שישבע במקומו, והתם מחלקינן כנ"ל.

ובאמת דמהאי טעמא יש להעיר בעיקר דברי הגר"ח דאינם מוכרחים, דהנה, לעיל [סימן כ"ה] הבאנו את פלוגתת הראשונים האם ברגילים להפקיד נתחדש קיום דין השבה, והבאנו בזה ד' נפ"מ וכדהבאנו בהערה ¹⁵⁶, והביאור בזה הוא דברגיל להפקיד חשבינן ליה "כמפרש" ואומר לו שיכול להפקיד אצלו,

ומעתה י"ל דגם לדרכו של הגר"ח דנקטינן דליכא סילוק בשיטת רבי יוחנן, מדס"ל דסילוק מדין השבה, [ובהשבה הרי ליכא טענה ד"את מהימנת לי בשבועה"], אכן אכתי י"ל דעכ"פ ברגילים להפקיד דאז שפיר נתחדש דין סילוק ע"י השבה, ושוב לא בעינן שיעמוד ממש במקומו, וגם בשומר שכר שימסור לשומר חנם שפיר יהני הסילוק.

ובגר"ח מבואר דנקט בשיטת הרמב"ם דאינו כן, דנקט דגם ברגילין להפקיד לא נתחדש דין מיוחד של השבה, ולדידיה ליתא לכלל הד' נפ"מ, ודו"ק.

¹⁵⁶ א] האם הוא מסתלק גם בשומר שכר שמסר לשומר חנם, ב] האם מהני בהעמדת שומר שהוא עני מעיקרא ג] האם בעינן דוקא רגיל להפקיד "תמיד דבר זה", ד] האם בעינן שבועה על המסירה לזה שרגילין להפקיד אצלו או לא.

סימן כ"ח

תחילתו בפשיעה וסופו באונס

פרק א' פלוגתת הרי"ף ותוס' בפשט הסוגי', באונס שלא מחמת הפשיעה. < הקדמה. > הקדמה בעיקר סברא דהבלא דאגמא. < פלוגתת התוס' והרי"ף בשיטת אב"י בדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס שלא בא מחמת הפשיעה. > פלוגתתם בשו"ט בסוגיין. < שני דקדוקים בדברי רש"י דסובר כהרי"ף

פרק ב' שורש פלוגתת הרי"ף ותוס' בעיקר המחייב של פשיעה, וכמה נפ"מ ביניהם. < ביאורו של רעק"א בפלוגתת התוס' והרי"ף אי בעינן אונס שבא מחמת הפשיעה, או דחיילא תורת פשיעה באונס או דהפשיעה מצד עצמה מחייבת. > כמה נפ"מ בין הנך תרי דרכים. < דן בנפ"מ נוספת בדין פושע כמזיק, גם לפי הרי"ף וגם לפי תוס'. > ספק נוסף שאולי הרי"ף מודה לתוס' – ונפ"מ בדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס באונס שלא מחמת הפשיעה. < תוספת הבנה בעיקר דברי רעק"א שיש חובת השבה בפשיעה. > סיכום ח' נפ"מ. < מהלך חדש. >

פרק ג' דרך חדשה בפלוגתת הרי"ף והתוס', [חידושי ר' ראובן]. < דן בדין הוול – האם לשיטת הרי"ף כשעת הפשיעה או כשעת יציאתו מן העולם. > דרכו של ר' ראובן בשיטת הרי"ף, שיש להסתפק האם הוי חיוב השבה ממש, או רק דאוקמי' ברשותו לאונסים. < דרך חדשה של ר' ראובן בשיטת התוס' דמודה דחיילא חיוב מוחלט מכח הפשיעה – והנידון הוא איזה אונס מפקיע מהמצב הזה. > ליכא לכל נפ"מ בין הנך ב' דרכים, ומיושב הסתירה בתחילתו בגניבה ואבידה. < דן בדין הוול – האם לשיטת הרי"ף כשעת הפשיעה או כשעת יציאתו מן העולם. > דן לפי הנ"ל בא"י אם פרעתיך.

פרק ד' תחילתו בפשיעה וסופו באונס בממון המזיק. < מתמה מהדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס בממון שהזיק, דאיך תלוי בדין תחילתו בפשיעה בשומרים לדעת הרי"ף דהאונס מחייבו לגמרי. > דן בדברי ראובן במזיק על פי החקירה בחיוב של ממון המזיק. < מבאר את הצד השווה בין המצב של 'לא שמור' בממון המזיק למצב של 'לא שמור' בפקדון – בתור מחייב במצב של תחילתו בפשיעה וסופו באונס. > בגדר בממון המזיק הוא שעל ידי הפשיעה ידידה הוא נהיה ל'בעל המזיק', ונחלקו אי במצב של אונס בטל המצב של פשיעה או לא. > ישוב לעיקר הקושי' מה שייך תחילתו בפשיעה וסופו באונס בממון המזיק.

פרק א'

פלוגתת הרי"ף ותוס' בפשט הסוגי',

באונס שלא מחמת הפשיעה.

הקדמה.

נחלקו בגמ' האם תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור או חייב, וכגון בצריפא דאורבנא דפשע לענין שריפה ונאנס בגניבה, ומסברא היה צריך להיות שהוא פטור דמה לי מה שפשע בשריפה אם בסוף לא היתה שריפה – אלא שיש שתי סברות למה באמת חייב, וסביב הסברות הללו תלוי מה דנחלקו הראשונים בדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, והוא - האם בעינן אונס שבא מחמת הפשיעה כדי לחייבו או לא, ובצריפא דאורבנא חשיב אונס מחמת הפשיעה, שהרי לולי הפשיעה כלפי שריפה היה טומנו באדמה ולא היה אונס דגניבה, ונקדים בביאור השיטות בזה והנפ"מ בסוגיין, ושוב נחזור לעצם הסברות בזה.

הקדמה בעיקר סברא דהבלא דאגמא.

בסוגי' איירי בפשיעה שיצאה לאגם דהוי פשיעה לגבי זאבים וגנבים ולבסוף מתה, וכפשוטו תלוי במחלוקת לגבי תחילתו בפשיעה וסופו באונס – אלא דהכא נחלקו אב"י ורבא דאב"י חידש דכו"ע מחייבים דהכא איכא סברא מיוחדת דמחמת הבלא דאגמא מתה, ולרבא אדרבה - כו"ע פוטרים דהכא אמרינן דמלאך המוות מ"ל הכא מ"ל התם.

ובדעת אב"י צריכים לדון – דמה הכוונה בטענה זו דהבלא דאגמא – הא ודאי דאין כוונתו שזו ממש פשיעה, שהרי במולך בהמתו באגם פטור וכמפורש בתוס', וע"כ דלא שכיחא.

ולכא' כוונתו כך, דאף שאינו שכיח, אבל אי מתה – אז תלינן את המיתה בהבלא דאגמא הלכך מחייבין ליה לכו"ע על אונס כזו – וסברתו יבואר בהמשך - אכן עיקר הדבר צ"ב דמה הפשט דתלינן בהבלא אם חשיב אונס ולא שכיח – והתשובה - דודאי לא שכיח למות מחמת הבלא דאגמא, שרוב בהמות לא מתים מחמת זה שהיו באגם - אכן מתוך אלו שמתים כדרכם דווקא באגם, הרי מתוכם שכיחא טובא למות מחמת הבלא דאגמא, הלכך תלינן בזה, אכן סו"ס אין זה אלא בגדר תלייה, ולכן רבא חולק, דאף דמודה 'לגורם' של הבלא דאגמא, אולם הוא סובר דעיקר התלייה במיתה הוא המלאך המוות, אבל במתה בפשיעה ממש וכגון שהרגה זאבים באגם, דאז אינו בגדר 'תלייה' אז פשיטא דלא אמרינן דסו"ס המלאך המוות הרגה.

פלוגתת התוס' והרי"ף בשיטת אביו בדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס שלא בא מחמת הפשיעה.

והנה - בדברי רבא כבר מפורש דתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב רק באונס שבא מחמת הפשיעה, וזו כוונת רבא לגבי הפטור של אונס דמיתה, דכיון דאונס דמיתה שייך למלאך המות גרידא, הרי דהאונס לא שייך לפשיעה, וכיון שאינו מחמת הפשיעה שוב אין סיבה לחייב לכו"ע, זו דעת רבא.

לפי אביו האונס בא מחמת הפשיעה - שהרי איכא תלייה - אלא דזה לא סגי - דאביו בא לחייב גם למ"ד דפוטור בכל אונס שבא מחמת הפשיעה, וע"כ דהכא גרע מכל אונס שבא מחמת הפשיעה - וטעמא דמילתא מבואר בסוף התוס' [עמוד א'], דהבלא מתחילה מיד בתחילת היציאה לאגם, ודלא כצריפא דאורבנא דאכתי לא הגיע האונס עד שיגיעו גנבים, הלכך רק באגם אמרינן דהפשיעה הולידה את האונס - ולהלן יבואר עוד סברות בראשונים בדעת אביו.

אולם בדברי אביו דמחייב לכו"ע נחלקו הראשונים, וכמבואר להלן תוס' [ע"ח]. דהתוס' חולק שם עם הרי"ף.

לדעת הרי"ף נחלקו אביו ורבא בתרתי:

א] אביו חידש דהבלא דאגמא גרמא למיתה ושפיר שייכא האונס לפשיעה, ולכן הוא סובר דחייבים לכו"ע.

ב] עוד חידש אביו דלמ"ד דתחילתו בפשיעה וסופו באונס תמיד חייב, הדין הוא שהוא חייב גם בלי שהאונס יבא מחמת הפשיעה, כן דעת הרי"ף.

אבל התוס' חולקים בזה וסוברים דמודי אביו לרבא דבעינן אונס מחמת הפשיעה, אלא דסובר דבמיתה אמרינן דהבלא קטלה, וזה כבר אונס מחמת הפשיעה, וגרע מכל אונס מחמת הפשיעה, וכנתבאר - ולפי התוס' נחלקו אביו ורבא בחזא, ופשוט.

פלוגתתם בשו"ט בסוגיין.

תחילת פלוגתתם דנחלקו בפשט דברי אביו בסוגיין, האם טעמא דהבלא דאגמא נאמר גם למ"ד תחילתו בפשיעה חייב או רק למ"ד פטור, דלרי"ף טעמא זו רק נאמר למ"ד פטור, אבל למ"ד חייב יהיה חייב גם אי חשיב כאונסא דמלאך המוות, ופשוט, והתוס' הוכיחו כדבריהם ממשנה שם.

עוד נחלקו בפשט הסוגי' - דאביו הק' דלרבא לא מובן קושי' ר' אבא בר ממל משוכר פרה והשאלה על שי' ר' יוחנן, דהקשה דרבי יוחנן מחייב שומר שמסר לשומר מצד תחילתו בפשיעה [דאין רצוני שיהא פקדוני חשיב פשיעה], וקשה על המשנה, וקושי' זו לק"מ לרבא דס"ל דדין תחילתו בפשיעה לא מחייב באונס דמתה כדרכה, כן מבואר בסוגיין, ויש להעיר דלמה קושי' זו לא קשה לאביו, הרי לולי הבלא דאגמא מודה אביו, והתם במשנה מיירי בבית.

ובתוס' לעיל [ל"ו]. תירצו מכח קושי' זו, דע"כ צ"ל דאיכא הבלא דבית ג"כ, והבלא דכל בית שונה, ונמצא דאביו בא להוכיח הך סברא דהבלא דאגם ובית מקושית ר' אבא בר ממל משוכר פרה, אכן לדרכו של הרי"ף א"צ לומר כן, וא"צ לדחוק שיש הבלא דבית, דאפ"ל דאביו בא להוכיח את פלוגתתו השניה, דמוכיח את הדין דתחילתו בפשיעה חייב גם בלי שהאונס בא מחמת הפשיעה.

שני דקדוקים בדברי רש"י דסובר כהרי"ף

דרך זו מפורשת בדברי רש"י:

וז"ל "שמעינן למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב ל"ש אונס דמלאך המות משאר אונסים", ומבואר כהרי"ף בתרתי, א] דהקושי' הוא רק למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, ודלא כתוס' דהקושי' לכו"ע, ב] מדויק ברש"י דלאביו ג"כ אמרינן שמיתה בבית הוא "אונס דמלאך המות", ולא אונס דהבלא, והיינו כהרי"ף דסובר דרק נתחדש טעמא דהבלא ליישב מ"ד דתחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור, והכא קיימינן למ"ד חייב, ודו"ק, ולהלן הבאנו מקור נוסף מרש"י להלן [צ"ג].

פרק ב'

שורש פלוגתת הרי"ף ותוס'

בעיקר המחייב של פשיעה,

וכמה נפ"מ ביניהם.

ביאורו של רעק"א בפלוגתת התוס' והרי"ף אי בעינן אונס שבא מחמת הפשיעה, או דחיילא תורת פשיעה באונס או דהפשיעה מצד עצמה מחייבת.

כבר נתבאר דפליגי בדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס כשאין האונס בא מחמת הפשיעה האם חייב או לא, דלרבא פטור וכן לאביי בתוס', ולאביי ברי"ף חייב.

ובשורש הך פלוגתא עיין בחי' רעק"א [ל"ו: תוד"ה את מהימנת - בהמשך], וז"ל "דדוקא אביי לשיטתיה כיון דס"ל דאף אם אין האונס בא מכח הפשיעה חייב, א"כ אין הטעם כאן דבא מכח הפשיעה כולה פשיעה, אלא הטעם דמודה שפשע אשתעבד נכסיה ונתחייב לשלם עד שיסתלק הפשיעה, וכו', אבל למאי דקיי"ל כרבא דבעי אונס מכח הפשיעה, הטעם, דמה דבא מכח הפשיעה הוי כולה פשיעה, וכנאבד בפשיעה דמי, וכו'".

וביותר הרחבה – עיין בדברי רעק"א [ב"ק נ"ו.] דמדמה פשיעה לשליחות יד, "קי"ל דתחילתו בפשיעה וסופו באונס בעי שתבוא האונס מחמת הפשיעה אבל בלא"ה פטור, וע"כ אין החיוב דבעת שפשע קם ברשותו כמו שליחות ידו - דא"כ בכל מילי לחייב, אע"כ דשרש החיוב כיון דפשע חשבינן על הכל פשע דהו"ל לאסוקי דעת' גם על האונס", והכא ביאר גם טעמא דחשבינן הכל לפשיעה שזה משום דאז אמרינן ד"הו"ל לאסוקי דעת' גם על האונס", והנפ"מ יבואר בהמשך.

ומבואר מדברי רעק"א, דשורש הך פלוגתא תלוי אם פשיעה מחייבת את השומר גם בלי שהוזק והופסד הפקדון מכח הפשיעה, ואז אמרינן דמה דמחזיר את הפקדון היינו מדין "הרי שלך לפניך" ¹⁵⁷ ונמצא דכשנאנס אז ממילא חייב לשלם – ומדמה לשליחות יד דקם ברשותו לגמרי, וזהו שי' הרי"ף.

לפי הצד השני לעולם הפשיעה מחייבת רק אחרי שהוזק מכח הפשיעה, ולכן כשנאנס פטור, ורק באונס הבא מחמת הפשיעה אמרינן ד"שם פשיעה" על האונס ושפיר חייב, והכוונה בזה ביאר בב"ק [שם] "דשרש החיוב כיון דפשע חשבינן על הכל פשע דהו"ל לאסוקי דעת' גם על האונס" - זו סברת התוס', ודו"ק.

כמה נפ"מ בין הנך תרי דרכים.

ואיכא כמה נפ"מ בין הנך תרי מהלכים בגדר המחייב של פשיעה:

א [הנפ"מ הפשוטה היא עצם פלוגתת הרי"ף והתוס' על פשיעה שלא מחמת האונס.

ב [הנפ"מ השניה ביאר רעק"א בב"ק [שם] - שהש"ך [בחזו"מ סי' רצ"א ס"ק י"ד] הביא בשם הרש"ך דאף דתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב - היינו באונס דשכיח קצת אבל באונס דלא שכיח כלל לא, ורעק"א הביא כן מהבעל העיטור [אות פ'] שכתב ליישב דמה"ט בהתליע פטור ולא הוי תחילתו בפשיעה וסופו באונס דלא שכיח כלל, וביאר רעק"א דתלוי בהנ"ל, דלפי הרי"ף "דבעת שפשע קם ברשותו כמו שליחות ידו - א"כ בכל מילי לחייב" גם בלא שכיח כלל, אכן לפי התוס' "דשרש החיוב כיון דפשע חשבינן על הכל פשע - דהו"ל לאסוקי דעת' גם על האונס - משו"ה באונס דלא שכיח כלל פטור".

ג [רעק"א בב"מ מביא חילוק נוסף בחקירה זו דבתוס' להלן [צ"ג:] מבואר דבתחילתו גניבה ואבידה וסופו באונס פטור לכו"ע, ודוקא בתחילתו בפשיעה מחייבין ליה על האונס, ורעק"א תלאו בספק הנ"ל, דאם א"צ אונס מחמת הפשיעה ויש חיוב השבה וקם ברשותו על ידי הפשיעה, א"כ י"ל שאין הלכה כזו בגניבה ואבידה, דרק בפשיעה נתחדש חיוב תשלומין, אבל אם בעינן

¹⁵⁷ לשון זה לא כתוב ברעק"א אבל בחידושי ר' ראובן כתוב כך.

אונס מחמת הפשיעה, כיון ש"שם פשיעה" חיילא באונס, שוב י"ל דה"ה ד"שם גניבה ואבידה" באונס דמאי שנא.

[ד] בחידושי ר' ראובן [סימן כ"א ס"ק א'] הביא את דברי הנמו"י דבשואל שיש ספק אי היה מתה מחמת מלאכה או לא פטור דהוי כא"י אם נתחייבתי, דאף דמשעת משיכה הוא מתחייב אכן אין זה אלא בגדר שעבוד נכסים, הלכך גוף החיוב הוא א"י אם נתחייבתי אף שהשעבוד הוא מקודם, אבל אי פשע בה שוב הוי ליה א"י אם פרעתיך, ומבואר מהכא דלמד שהפשיעה בפני עצמה הוא המחייב, והביא שדבר זה תלוי במחלוקת הנ"ל – ועיין בהערה ¹⁵⁸ במה שיש להעיר בזה, וכ"ה מבואר בקצרה בדברי הגר"ד בברכ"ש [סימן ל"א ס"ק ז'] – עיי"ש.

[ה] עוד מצאנו בברכ"ש [סימן ל"א ס"ק ז'] שהסתפק האם אחרי הפשיעה וחזר לבית שומר ושוב מתה – האם פטור או חייב, ואף שכן מפורש בסוגי' בחזר לבית שומר [עיין שטמ"ק דקאי גם בבית שומר] – אכן זה דווקא למ"ד פטור וחייב מצד הבלא דאגמא – אבל למ"ד חייב יתכן שחייב גם אי חזר לבית שומר – וכנראה שהספק שלו הוא האם הוי כ'השבה' בזה שחזר להיות במצב שומר – הא מיהת – שכל הך צד שיש לחייב גם אחרי שחזר לבית שומר הוא רק לפי הרי"ף שיש חיוב השבה – אכן לפי התוס' פשוט דפטור – כיון שאין כאן אונס מחמת הפשיעה.

[ו] כהמשך לנפ"מ הקודמת יש לדון – הרי רעק"א מדמה לשליחות יד – והרי פשוט שאין כוונתו שזה ממש כשליחות יד לכל הפרטי דינים של שליחות יד, ויש לדון האם אחרי פשיעה אכתי מיקרי יד שומר כיד בעה"ב, והיינו דלפי מה שנתבאר בירושלמי – מובא בקצוה"ח [סימן שמ"ח] – שכל מה שמפקיד מקדיש את הפקדון הוא משום שיד השומר כיד המפקיד – א"כ יש לדון אחרי פשיעה לפני שנאבד הפקדון האם מצי מקדישו, אכן לפי התוס' פשיטא שיוכל להקדיש – ודו"ק.

[ז] יש לדון בהוזל בין פשיעה לאונס – האם חייבים כפי יוקר של שעת הפשיעה או כשעת זולא דאונס – והעירני ידידי הגאון הרב ר' מנחם כהן שליט"א דלכא' תלוי בהנ"ל, דאי "קם ברשותו" מיד – א"כ זולא דידיה הוא, וה"ה בכל פשיעה ובסוף הופסד מחמת הפשיעה עצמה – דגם כה"ג יהיה נפ"מ בהוזלא, אולם אף שזו הפשטות, אכן להלן [פרק ג'] יבואר בשם מרן הגר"ד זצ"ל דאינו כן – וע"כ שזה כבר פתח חדש להבנה אחרת בדברי רעק"א.

דן בנפ"מ נוספת בדין פושע כמזיק, גם לפי הרי"ף וגם לפי תוס'.

יש נפ"מ נוספת שיש בזה הרבה צדדים, ולעיקר נפ"מ זה העירני ידידי הגאון הרב ר' מנחם כהן שליט"א – וכדיבואר:

הרי שיטת הרמב"ם דפשיעה כמזיק לחייב גם בקרקע עבדים ושטרות אף דפטור מכל החיובי תשלומין של שומר, ועיין מה שנתבאר לעיל [סימן כ"ג פרק א'] דשני דינים של פשיעה איכא, חד מדין מזיק ובוזה התשלומין כבר אינם מפרשת שומרים אלא מפרשת מזיק, ומלבד זה שו"ח לא גרע מש"ש שחייב על גו"א בלי להגיע לדין מיוחד של פרשת מזיק, וכן שו"ח בפשיעה שחייב על מה שלא שמר – ועיי"ש שנפ"מ ביניהם לגבי שומר שמסר לשומר.

ויש לדון בדין זה של פושע כמזיק – האם נאמר בו דין תחלתו בפשיעה וסופו באונס, ונפ"מ בשומר על קרקע ושטרות ופשע ושוב היה אונס – האם נחייבו לפי הרמב"ם מדין תחלתו בפשיעה וסופו באונס או לא, דיתכן דדווקא בדין הרגיל של פשיעה – בלי הדין 'מזיק' שבו – הוא דנאמרה הלכה של תחלתו בפשיעה וסופו באונס ואז אין לחייבו, או דילמא גם בדין פושע כמזיק נאמר דין תחלתו בפשיעה וסופו באונס.

ומקודם צריכים לדון בזה ולומר כך:

¹⁵⁸ ויש להעיר בזה שהרי לפי הצד שהפשיעה עצמה מחייבת א"כ ע"כ שהוא חייב גם על הצד שהיה מתה מחמת מלאכה, שהרי כל הצד הזה שהפשיעה מחייבת היינו משום שתחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב, ואז לכא' חייב גם במתה מחמת מלאכה, וא"כ למה חשיב א"י אם פרעתיך, הרי ודאי חייב לשני הצדדים, אלא דיעויין בקצוה"ח [סימן שמ"מ ס"ק ד'] שהביא על זה את היש"ש שודאי פטור אי מתה מחמת מלאכה בלי שייכות לפשיעה – ועיין מה שביאר בדבריו בקצוה"ח שם, וגם בדברי הקצוה"ח [שם] מבואר דאיכא 'חובת השבה' ע"י הפשיעה, והאונס חשיב כ'השבה'.

הרי בעיקר הדין פושע כמזיק ע"כ דנתחדש תרתי, א] שאף שמעשיו אינם אלא בגדר גרמא אעפ"כ נתחדש בפרשת שומרים שמעשה כזה חשיב כמזיק, ב] עוד נתחדש שהגם שהפקדון נאבד – ואכתי קיים בעולם – ובכל התורה אין זה בגדר 'נזק' אכן בפרשת פשיעה נתחדש דין דחשיב כנזק כלפי הדין פושע כמזיק.

ומעתה יש לדון – במצב של פשיעה שהחפץ עדיין לפנינו בלי שנאבד ובלי הפסד – האם שייך לומר שזה בעצמו בכלל החידוש של פושע כמזיק – שהמצב של 'לא שמור' בעצמו מוגדר כמצב של 'נזק' עכ"פ לגבי האי דינא של פושע כמזיק – או דילמא דאינו כן, דדווקא לאחר שהחפץ הופסד – אז שייך לדון מצד פושע כמזיק – זה ספק אחד.

אלא שיש לדון בעיקר ספק זה דאי נימא דמצב של פשיעה הוא מצב של נזק – א"כ למה יש מ"ד שפוטר בתחילתו בפשיעה וסופו באונס – הא החפץ עומד במצב של היזק ומה פוטר.

עוד יש להסתפק – דאי נימא שאין בזה דין פושע כמזיק – א"כ לכאן לפי הרי"ף ליכא דין תחלתו בפשיעה וסופו באונס בשומר על שטר, אכן לפי התוס' בצד השני של רעק"א עדיין יש לדון שאולי יש דין תחלתו בפשיעה וסופו באונס בשטרות.

אכן גם בזה יש להסתפק – והיינו דיתכן דכל החידוש דחל 'שם פשיעה' באונס עצמו נאמר רק לגבי הדין הרגיל של פושע כמזיק אכן מאן יימר דנאמר חידוש זה גם לגבי הדין פושע כמזיק – דסו"ס עד כמה שאינו אלא 'שם פשיעה' שחל באונס אבל ה'מציאות' היא מציאות של אונס – הרי הכא לא נוכל לומר שמה שהוא 'לא שמר' מיקרי שהזיק – הרי תמיד בפושע כמזיק נתחדש שה'אי שמירה' חשיב כמזיק אכן הכא היכן ה'אי שמירה' – הרי אין כאן יותר מ'שם פשיעה' באונס.

אלא שעדיין יש להסתפק בזה – דלפי מה שהבאנו מסברת רעק"א דטעמא דחל פשיעה באונס הוא משום דכה"ג אמרינן דהוי ליה לאסוקי אדעת' – א"כ יתכן ד'אי שמירתו' ברמה של אונס גם מיקרי שהוא עושה היזק – ודו"ק.

ספק נוסף שאולי הרי"ף מודה לתוס' – ונפ"מ בדין תחלתו בפשיעה וסופו באונס באונס שלא מחמת הפשיעה.

אחרי שהעלנו צדדים בספק זה – שוב יש צד לומר שנחלקו הרי"ף והתוס' בדין תחלתו בפשיעה וסופו באונס בקרקע ושטרות – אולם יש צד לומר שאין כאן מחלוקת בזה מטעם אחר.

והוא – שבאמת יש לחקור – דבעיקר פלוגת הרי"ף והתוס' בתחלתו בפשיעה וסופו באונס – האם הכוונה שהתוס' חידשו שחל שם פשיעה על האונס והרי"ף חולק שאינו כן, והיינו דלית ליה סברא זו – אלא שחידש שיש חובת השבה וחיוב גמור לשלם, ופלוגתתם בתחלתו בפשיעה וסופו באונס היא מן הקצה אל הקצה.

איברא שיתכן לומר שאינו כן – והיינו שיש לומר שהרי"ף מודה גם לסברת התוס' – שהרי ממילא מוכרח דבשיטת רבא הוא סובר כן – וכנתבאר לעיל [פרק א'], וא"כ מנלן שאבוי חולק על עיקר הסברא – והיינו שיש מקום לומר שהוא בא להוסיף סברא נוספת אבל אין כוונתו לשלול את עיקר סברת רבא.

ויתחדש לפי"ז דאיכא ב' מחייבים של פשיעה בדין תחלתו בפשיעה וסופו באונס – לפי אב"י, גם מחמת סברת רבא, וגם מחמת סברת אב"י – והנפ"מ יהיה באונס שלא מחמת הפשיעה ששם יש רק את הסברא של אב"י, והתם נחלקו.

ולפי"ז באונס מחמת הפשיעה כו"ע מודי דאיכא דין פושע כמזיק, אכן באונס שלא מחמת הפשיעה דהכא כל המחייב אינו אלא מחמת סברת הרי"ף, הכא אכתי נימא דליכא דין פושע כמזיק.

תוספת הבנה בעיקר דברי רעק"א שיש חובת השבה בפשיעה.

ונראה שיש להוסיף תוספת הבנה בעיקר דברי רעק"א לפי הרי"ף כשבאים לחדש שיש חובת השבה בפשיעה, והיינו כך:

הרי נתבאר שיש ב' מחייבים בפשיעה, מדין פושע כמזיק ומדין פשוט שלא מדין מזיק, והיינו ככל שומר שלא קיים את המוטל עליו – וכעין גו"א בשומר שכר – וזה הרי לא שייך לדיני מזיק.

ע"ד זה יש להוסיף – שהחידוש בשיטת הרי"ף שחל חיוב תשלומין על ידי פשיעה הוא גם בגדר 'דין נוסף' על כל דיני שמירה, והיינו שכמו שבגו"א בש"ש אין צד שחל חובת השבה ותשלומין מיד בסילק שמירתו בדרגת שו"ש – כמו כן בכל פשיעה של שו"ח יש לדון דסו"ס לא גרע מש"ש שחייב בגו"א בלי התוס' חיוב שנתחדש בפשיעה – וממילא שיתכן שבכל פשיעה יהיה ב' מחייבים – גם בלי לבא לדין פושע כמזיק.

ומעתה יתחדש עוד – שבפשיעה מתחילה ועד סוף [בלי אונס בסוף] – והיה יוקרא או זולא בין שעת הפשיעה לשעת אבידת הפקדון – שתמיד יהיה מקום לחייב מצד ב' הזמנים של יוקרא, וכל זה חידוש.

סיכום ח' נפ"מ.

ולסיכום – הרי לנו ח' נפ"מ בין הנך ב' צדדים של רעק"א בגדר פשיעה, חלקם בתחילתו בפשיעה וסופו באונס וחלקם בכל פשיעה דעלמא, [אף שאין כולם מוכרחים לשני הצדדים], ויש צד שהרי"ף והתוס' חולקים בכל הח' דינים:

א] אונס שלא מחמת הפשיעה, ב] תחילתו גניבה ואבידה וסופו אונס, ג] אוס דלא שכיח כלל, ד] א"י אם פרעתך, ה] חזר לבית שומר, ו] זולא, ז] הקדיש מפקיד לאחר פשיעה לפני אבידה, ח] פושע כמזיק.

מהלך חדש.

אולם יש ב' קושיות מרכזיות בעיקר המהלך הזה – ויבוארו בהמשך [קושי' מהדין תחילתו בפשיעה בממון מזיק, וסתירת התוס' בדין תחילתו גו"א לאח"כ אונס], וע"כ שצריכים ללכת בדרך חדשה בביאור פלוגתתם – ולדרך זו ליתא לכל הנפ"מ – וכדיבואר.

פרק ג'

דרך חדשה

בפלוגתת הרי"ף והתוס',

[חידושי ר' ראובן].

דן בדין הוזל – האם לשיטת הרי"ף כשעת הפשיעה או כשעת יציאתו מן העולם.

לעיל הבאנו שיש לדון בהוזל בין פשיעה לאונס – האם חייבים כפי יוקר של שעת הפשיעה או כשעת זולא דאונס – וביארנו דתלוי בהנ"ל, דלפי הרי"ף דחייב בהשבה מיד – א"כ זולא דידיה הוא, וה"ה בכל פשיעה ובסוף הופסד מחמת הפשיעה עצמה – דגם כה"ג יהיה נפ"מ בהוזלא.

אולם ראיתי בחו"ש מרן הגרב"ד – בסוגיות לעיל [סימן מ"ו] – דנקט דכל כוונת רעק"א אינו אלא לשעבוד נכסים וסיבת המחייב – ולא שיש חיוב ממש – ולכן נקט ברור דלא אזלינן כיוקר של שעת הפשיעה עצמה – שהשבורה ומתה עצמה היא היא שעת החיוב – והביא שיש מהלך של הגרי"י מפוניבעז' בפשיעה שזה חיוב השבה ממש – ולדידיה אה"נ הדין יהיה דאזלינן בתר יוקר של שעת הפשיעה – אכן ברעק"א הבין דאזלינן כדהשתא.

למדנו מתורתו של הגרב"ד דרך חדשה בהבנת דברי רעק"א – ולא איתברר כוונתו.

ונראה שביאר דבריו יבוארו על פי דרך חדשה שמצאנו ברי"ף בחי' ר' ראובן [כ"א ס"ק ב'].

דרכו של ר' ראובן בשיטת הרי"ף, שיש להסתפק האם הוי חיוב השבה ממש, או רק דאוקמי' ברשותו לאונסים.

בחי' ר' ראובן מצאנו דרך חדשה – גם בשיטת הרי"ף – וגם בשיטת התוס' – והיינו שמכח מה שחידש בשיטת הרי"ף נתחדש מהלך חדש גם בעיקר הדין של אונס הבא מחמת הפשיעה.

והיינו דמתחילה למד ר' ראובן דבפשיעה עצמה חיילא חובת השבה ממש - עד כדי כך שאם החפץ עדיין קיים בסוף השמירה דאז נפטר מחיובו מדין דהוי כ"אומר לו הרי שלך לפניך"¹⁵⁹, וכן הבין בדברי רעק"א.

אלא ששוב הסיק שאינו כן - אלא שיש לומר שהחוב של הפשיעה הוא דדינו כעת כשואל, והיינו שכמו ששואל חייב באונסים כך פשיעתו חייבה אותו להתחייב באונסים - וזה הדין נוסף שחידשה תורה בכל פשיעה, דלא שהתורה חייבה פחות השבה אלא שעל ידי פשיעה "אוקמי" רחמנא ברשותו" לאונסים, אבל אין כאן מצב של חובת השבה ממש, [ונראה שאין זה סתירה ללשון רעק"א דמדמה לשליחות יד].

עיקר גדר זה נראה מאד בלשון הרשב"א בסוגיין שכתב - "כלומר דהא שומר שפשע בבהמה ויצאה לאגם הרי הוא כשומר שפשע ומסר לשומר אחר וכיון שפשע בה קמה ליה ברשותיה דשומר ואפילו לאונסין דכל שתחלתו בפשיעה אף על פי שסופו באונס חייב, ואפ"ה קא סברת דלאונסי מיתה' לא קמה ליה ברשותיה'.

עוד מתחדש בתוך דבריו שיש לומר שהמצב של חיוב אונסים הוא מצב שמתמשך כל עוד שהמצב של פשיעה מתמשך - אכן לפי הצד הראשון שכבר נתחייב בהשבה - א"כ במה נפטר אותו מחיובו - ודו"ק.

ויהיה בזה נפ"מ - דלעיל הבאנו מהברכ"ש [סימן ל"א ס"ק ז'] שהסתפק האם אחרי הפשיעה וחזר לבית שומר ושוב מתה - האם פטור או חייב, ולעיל למדנו שהספק היה לפי הרי"ף האם מתקימת בזה השבה, אכן למבואר הכא יש לומר שאין זה בגדר 'השבה' אלא שהמצב של פשיעה הפסיק - הלכך כבר אין לחייבו עוד באונסים.

תוספת ביאור בהנ"ל.

ונראה להוסיף ביאור בעיקר החידוש דאוקמי' ברשותו לאונסים כל זמן שהפשיעה מתמשכת: התורה אומרת שכל זמן שהפקדון מוגדר כעומד במצב של פשיעה - מצב לא שמור - הרי הוא במצב שעומד להנזק, ובמצב כזה מחייבים את בעל הפקדון על הנזק שקורה לפקדון כיון שמציידו הוא העמידו במצב שעומד לנזק.

ולהלן כשנדון על הדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס בממון המזיק - אז נראה את החשיבות של הנוסח הזה במסויים בדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס - ויבואר שורש המחלוקת על פי הנוסח הזה.

דרך חדשה של ר' ראובן בשיטת התוס' דמודה דחיילא חיוב מוחלט מכח הפשיעה - והנידון הוא איזה אונס מפקיע מהמצב הזה.

אחרי שנתחדש עיקר חידוש זה בשיטת הרי"ף - שוב חידש שם שי"ל דלמ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור, שגם הוא מודה שחל דין דאוקמי' ברשות' לאונסים, אלא שהוא סובר שאין משמעות לדין הזה, שהרי האונס הוא 'הפסק' והפקעה במצב של פשיעה, והיינו - שבזמן של האונס של גניבה אז ודאי שהפקדון כבר לא עומד במקום הפשיעה בצריפא לפשיעה של נורא, אלא שכעת הוא עומד למצב של גניבה שהרי באים לגנוב אותו - הרי שכל המשמעות של המצב של פשיעה של נורא הפסיק וכבר אין לחייב על האונסים.

ועצם דבריו עמוקים מאד - הרי מה שייך לומר שהפשיעה מחילה דין של אוקמי' ברשותו לאונסים והמצב של אונס בעצמו מפקיע מהך דין - הרי זה 'קיומו' של הדין והאיך הוא יכול 'להפקיע' את הדין, אלא שהביאור בדבריו - שלא האונס עצמו מפקיע אלא שזה שכעת הוא במצב שקורה לו המציאות של האונס - ע"כ שהמצב של הפשיעה הסתלקה וכבר אין לה משמעות שהרי הפקדון הוא כעת במצב אחר - וממילא שאין מקום לכל הדין של תחילתו בפשיעה וסופו באונס, ונמצא שהדין סותר את עצמו.

¹⁵⁹ כן כתב בריש דבריו.

ולמ"ד דתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב – ע"כ צ"ל שהמצב שבו הפקדון עומד לאונס לא מיקרי מצב אחר – והיינו שגם המצב הזה עדיין כלול בעיקר המצב המקורי של הפשיעה – הלכך לא הסתלקה הפשיעה.

אחרי חידוש זה י"ל עוד – דגם להתוס' – למ"ד דתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב אלא דבעינן אונס מחמת הפשיעה, דגם הוא מודה לעיקר סברת רעק"א ברי"ף דחייב כבר בחיוב אונסים ע"י הפשיעה, אלא דס"ל שהמצב של האונס מפקיע את המצב של הפשיעה, אלא דבזה הוא חולק, שהוא סובר, שכל זה באונס סתם, אבל באונס שבא מחמת הפשיעה התם אין הפשיעה מסתלקת ע"י האונס – דמישך שייכא ליה, ואין זה מצב חדש – ודו"ק.

הרי דלדרך הראשונה ברעק"א צ"ל דלדעת התוס' נתחדש ד"ש פשיעה" חיילא באונס לענין זה שהפשיעה שבאונס כבר מחייבו, ולדרכו של ר' ראובן י"ל דלא חיילא באונס תורת פשיעה לענין לחייבו, רק דאהני לן השייכות בין אונס לפשיעה עכ"פ לענין זה שלא יסתלק הפשיעה ראשונה, ואכתי נקטינן דהפשיעה ראשונה הוא דמחייבו, ולא שבפשיעה שבאונס איכא מחייב, ודו"ק.

וגוף האי חידוש דהאונס מפקיע את הפשיעה מפורש בדברי השטמ"ק בשם השיטה, וז"ל, "אלא כשברור לנו שסופו באונס גמור – הרי יצא מן הפשיעה" – בודאי ופטור".

ליכא לכל נפ"מ בין הנך ב' דרכים, ומיושב הסתירה בתחילתו בגניבה ואבידה.

לדרך זו כבר ליתא לכל הנפ"מ – דהתוס' מודי לעיקר סברת הרי"ף שהמחייב נמצא בפשיעה עצמה – ולא באונס אחרי שחל בו שם פשיעה.

ויישב בזה סתירה בתוס', דמצד אחד הבאנו מתוס' להלן [צ"ג:]: דבתחילתו גניבה ואבידה וסופו באונס פטור לכו"ע, ודוקא בתחילתו בפשיעה מחייבין ליה על האונס, ורעק"א תלאו בספק הנ"ל, דאם א"צ אונס מחמת הפשיעה ויש חיוב השבה בפשיעה, א"כ י"ל שאין הלכה כזו בגניבה ואבידה, דרק בפשיעה נתחדש חיוב תשלומין, אבל אם בעינן אונס מחמת הפשיעה, כיון ש"שם פשיעה" חיילא באונס, שוב י"ל דה"ה ד"שם גניבה ואבידה" באונס דמאי שנא.

ותמה בזה ר' ראובן, שהרי לדעת התוס' דבעינן אונס מחמת הפשיעה, הרי לדידהו הפשיעה חיילא באונס, וה"ה דנימא כן בגניבה ואבידה, ולשיטתייהו הול"ל דחייב בתחילתו בגניבה ואבידה, וסותרים משנתם.

ותירץ, דלפי דרכו, דגם לתוס' אמרינן דחל חיוב השבה ותשלומין בפשיעה, רק דאונס מפקיע, ואונס מחמת הפשיעה לא מפקיע, לפי"ז א"ש, די"ל בפשיטות דליכא חיוב השבה ותשלומין בגניבה ואבידה כמו בפשיעה, ולהכי פטור, ולומר דחיילא שם גניבה ואבידה באונס לחייב באונס, זו לא טענה, דגם בפשיעה לא אמרינן כן, וא"ש.

דן בדין הוזל – האם לשיטת הרי"ף כשעת הפשיעה או כשעת יציאתו מן העולם.

אולם נראה עוד דלדרך זו חלק מהחידושים שנתחדשו בשיטת הרי"ף כבר משתנים, והיינו דלעיל הבאנו שיש לדון בהוזל בין פשיעה לאונס – האם חייבים כפי יוקר של שעת הפשיעה או כשעת זולא דאונס – וביארנו דתלוי בהנ"ל, דלפי הרי"ף דחייב בהשבה מיד – א"כ זולא ידידה הוא, וה"ה בכל פשיעה ובסוף הופסד מחמת הפשיעה עצמה – דגם כה"ג יהיה נפ"מ בהוזלא.

אולם שוב הבאנו שבחו"ש מרן הגרב"ד מבואר דנקט ברור דלא אזלינן כיוקר של שעת הפשיעה עצמה – שהרי השבורה ומתה עצמה היא היא שעת החיוב – וברור שהבנתו ברעק"א הוא על פי מה שנתבאר הכא בר' ראובן, דודאי דאין כאן חיוב מוחלט של השבה אלא דאוקמי' ברשותו לאונסים, אבל חיובו יהיה בשעת אונסים, וברור.

דן לפי הנ"ל בא"י אם פרעתיק.

והנה – עיין לעיל מה שהבאנו מהברכ"ש לגבי א"י אם פרעתיק דסובר שיש דין א"י אם פרעתיק לרעק"א – ולכא' זה תלוי בהנ"ל, דאי נלמד כדרך הראשונה שיש חובת השבה ממש – א"כ היה צריך להיות חייב מספק, אכן להנ"ל דליכא חובת השבה ממש אלא דאוקמי' ברשותו לאונסים, א"כ לכא' ליכא בזה דין א"י אם פרעתיק, וא"כ צ"ב בסתירה דבריו.

אלא דבברכ"ש דקדק בדבריו ולא כתב שיש דין א"י אם פרעתין כיון שהוא כבר חייב לשלם אלא שכתב ש"חל שם מזיק עליה תיכף משפשע" – עיי"ש – ולא אתברר לי כוונתו, אכן ברור דבא לפוקי – שאין כאן חיוב תשלומין ממש ואעפ"כ שייך דין א"י אם פרעתין.

אלא דלכא' הדברים תלויים בנידון אי א"י אם פרעתין חייב מצד 'חזקת חיוב וברי' ושמא' או מצד אין ספק מוציא מידי ודאי, ועיין בזה בהערה ¹⁶⁰.

פרק ד'

תחלתו בפשיעה וסופו באונס בממון המזיק.

מתמה מהדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס בממון המזיק, דאין תלוי בדין תחילתו בפשיעה בשומרים לדעת הרי"ף דהאונס מחייבו לגמרי.

עיי"ש בדברי ר' ראובן שבא ליישב קושי' אחרת שלא מתיישבת לדרך הראשונה ברי"ף דנקטו דאיכא חובת תשלומין והשבה ממש.

דהנה – יש לעיין, דהך פלוגתא דתחילתו בפשיעה וסופו באונס מצאנו גם בב"ק [כ"א:] לענין ממון המזיק, ובשלמא אם נלמוד ע"ד רעק"א בשיטת התוס' ד'שם פשיעה' חיילא באונס, א"כ י"ל דה"ה דבנזיקין חייב דחשיב כפושע, אבל אם נלמד כרעק"א ברי"ף דחיילא חיוב השבה ותשלומין בפשיעה ושוב אין לפוטרו באונס, א"כ איך שייך כן בנזיקין, הא למי יתחייב כשפשע עוד לפני שהבהמה הזיקה, אטו נימא שיש לו חיוב לכל העולם, וכשהזיק לא' באונס לא נפטר הימנו, וכבר עמד בזה בחי' ר' ראובן [שם] דאין מדמינן להו אהדדי בב"ק [כ"א – נ"ו].

והביא שם עוד מהא"ש בנו"מ [פ"ט] דהק', דלמבואר בראשונים שכשיש ספק אחרי פשיעה, דאמרינן דחייב דא"י אם פרעתין, דיש ודאי חיוב בפשיעה וספק אם נפטר, דא"כ ה"ה בנזיקין נימא כן, והיינו כשודאי פשע ויש ספק בנזק וכגון שפשע בה וא"י אם היזק שמינה או כחושה דפטור מספק, ולמה לא נימא דחייב, דא"י אם פרעתין, וע"כ שאין הפשיעה מחייבת, דלמי יתחייב, וא"כ איך מדמינן לתחילתו בפשיעה וסופו באונס בשומרים שהפשיעה מחייבת.

¹⁶⁰ יש ב' דרכים [עיקריים] בשורש דינא ד"א"י אם פרעתין, עיין בזה בבית הלוי [ח"ב סי' מ' ס"ק י"ז].

ובסברא א' כתב דהו"ל חזקת חיוב בהדי' ברי' ושמא, ומהני כמו ברי' ושמא בהדי' חזקת הגוף, וכ' דא"כ זה רק לר"ג בכתובות [י"ב:], דלפי ר"י הרי לא מהני ברי' ושמא בהדי' חזקת הגוף, ובזה יישב קושי' התומים על תוס' [כתובות ט':] שהק' איך הוכיחו התוס' דס"ס מהני להוציא ממון, הא איכא התם א"י אם פרעתין [שיש ספק על המנה אי נבעלה ברצון תחתיו, וזה ספק פוטור], ותל' דהתם קאי לר"י, וא"י אם פרעתין הוא רק לר"ג.

ובסברא ב' כתב דמהני מדין אין ספק מוציא מידי ודאי, והיינו דלא חיילא הספק בודאי להשוות את הודאי כספק, ולפי המהלך הזה א"צ לחזקה כלל.

ויש ארבע נפ"מ בין הנך ב' סברות:

א) רק לסברא הראשונה תלוי בפלוגתא ר"ג ור"י, לא כן לסברא השניה, ועיין בדברינו באמרות אברהם כתובות [סימן י"ז] דנתבאר שם סברא לחלק בין ר"ג ור"י לא"י אם פרעתין שזה סוג אחר של צירוף, ושם מודה ר"י.

ב) הסברא השניה מהני גם בספק פירעון לפני ההלואה, לא כן לסברא הראשונה.

ג) הסברא השניה מהני גם בשמא ושמא, והסברא ראשונה בעי דוקא ברי' ושמא עם החזקה.

ד) הרשב"א [גיטין ע"ח] כתב דלא שייך א"י אם פרעתין בספק לפנינו, וכ' בקובש"ע [ב"ב תרנ"ז], דזה רק נגד הסברא דאין ספק מוציא מידי ודאי, והיינו דלא חיילא הספק בודאי כלל, ובספק לפנינו א"א לומר כן, אבל לפי המהלך של חזקת חיוב לא אכפת לן בספק לפנינו.

והנה, עי' רשב"א גיטין [ע"ח] דבזרק לו שט"ח ספק קרוב למלוה ספק קרוב ללוה, דהק' דהו"ל א"י אם פרעתין, ותירץ דאיכא ספק לפנינו.

והק' הקצוה"ח [סי' ע"ה סוס"ק ו'] דהתם הוי שמא ושמא, והוכיח דבא"י אם פרעתין א"צ ברי' ושמא, ויש לדחות דיתכן שיש היכי תימצא דהיה מהני הברי' ושמא, דהנה, הבאנו מהבית הלוי שהדין שמא ושמא הוא רק לפי הסברא דאין ספק מוציא מידי ודאי, והרי כבר הבאנו מהקובש"ע דהתירוץ של הרשב"א דקאי בספק לפנינו א"ש דווקא לפי הסברא שאין ספק מוציא מידי ודאי, וי"ל דלעולם הרשב"א מודה ששתי הסברות נכונות, ורק הק' לפי הסברא השניה דאף במקום שמא ושמא שייך א"י אם פרעתין, ולכן תירץ תירוץ דסגי דווקא לסברא זו, אבל אה"נ דבספק לפנינו ויש ברי' ושמא יודה הרשב"א דמהני בצירוף החזקת חיוב.

ונראה שפ"מ נוספת בדין א"י אם פרעתין במחייב של פשיעה כשעדיין לא חייבנו אותו בחובת השבה ממש.

דן בדברי ראובן במזיק על פי החקירה בחיוב של ממון המזיק.

ועיי"ש שביאר ר' ראובן על פי הנ"ל דאי נימא דגם בפקדון לא נתחייב לגמרי – אלא שנתחייב בכל האונסים – א"כ גם בממון המזיק יש לומר כן שנתחייב בכל האונסים.

אולם נראה שאין זה פשוט כלל וכלל – הרי כבר חקרו בעיקר המחייב בממונו המזיק – ויש בזה הרבה סתירות – ועיין בדברינו באמרות אברהם [ב"ק סימן א'] שהארכנו בזה – ונתבאר שם שהגדר בזה הוא, שודאי ש'אי שמירה' היא הסיבה שהבעלים אחראים לנזק של השור אכן החיוב עצמו הוא 'חיובא דשור המזיק', שעל ידי ה'אי שמירה' הם שייכים לנזק כיון שפשיעתם גרמה לכך, אבל אין בפשיעתם 'מעשה המחייב', רק ד'מעשה השור' הוא המעשה שמחייב שהרי הוא המזיק והוא עשה את הנזק – אלא דחיובא דשור רמי על מי שהכשיר את הנזק הזה על ידי 'אי שמירה' – והן הן דברי המשנה [ב"ק ט:]: "כל שחבתי בשמירתו הכשרתי את נזקו".

הא מיהת – דכל חיובו בחיוב השור מתחיל בזה שהוא הכשיר את הנזק בזה שהוא פשע – וקשה – דבאונס שלא מחמת הנזק א"א לחייבו שהרי א"א לומר שהוא 'הכשיר את הנזק' אי בסוף קרה אונס שלא מחמת הפשיעה – הרי שפתח את הדיר לצד אחד והבהמה חתרה מתחת למחיצה בצד השני – הרי הבעלים הכשיר את הנזק בצד של הפתח והוא לא שייך לנזק בצד השני ששם היה האונס, ומה זה שייך לשומרים שחייבוהו כעין שואל על כל אונסים שיקרה לפקדון – דבשלמא בשומרים דאיכא חיוב אחריות ברמות שונות – מפשיעה עד אונסים – הכא יש לומר דנתחדש דאוקמי' ברשותו לאונסים כשפשע – וזה חלק מהפרטי דינים של שומר, אכן בממון המזיק אינו כן, דהאיך דינא דתחלתו בפשיעה וסופו באונס יחדש חיוב חדש בממון המזיק – שיתחייב על ממונו שהזיק בלי שהוא הכשיר את הנזק ההוא כלל וכלל – ונמצא שיש 'מחייב' חדש וסיבת חיוב חדשה שלא כתובה בדיני מזיק דב"ק – וצ"ע.

מבאר את הצד השווה בין המצב של 'לא שמור' בממון המזיק למצב של 'לא שמור' בפקדון – בתור מחייב במצב של תחילתו בפשיעה וסופו באונס.

ואשר נראה בזה שצריכים להעמיד כמה כללים בדיני פשיעה בפקדון ובדיני פשיעה בממון המזיק. א] כאמור – עיקר החידוש דאוקמי' ברשותו לאונסים הוא שכל זמן שהפקדון מוגדר שעומד במצב של פשיעה – מצב לא שמור – הרי הפקדון במצב של 'עומד להנזק', במצב כזה מחייבים את בעל הפקדון על הנזק שקורה לפקדון כיון שמצידו הוא העמידו במצב שעומד לנזק, וגם בממון המזיק הכלל בזה הוא שחייבים על ממונו המזיק אם הוא העמידו במצב של פשיעה, והיינו שכל זמן שהוא במצב שעומד להזיק – במצב כזה מחייבים אותו על כל נזק שיעשה.

ב] גם בפקדון וגם בממון המזיק לא צריכים שהפשיעה תגרום לנזק – אלא שהוא אחראי על כל נזק שיקרה במצב שמצידו הוא עומד להזיק או עומד להנזק.

ג] ומעתה – כל המחלוקת אי תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב או פטור הוא – האם המצב של פשיעה עדיין קיים במצב של אונס – או דילמא שעצם זה שקורה לו אונס מיקרי 'הפקעה' והפסק למצב של פשיעה – וכנתבאר – וממילא שכבר אין לחייבו – גם בפקדון וגם בממון המזיק, והרי"ף והתוס' נחלקו עוד באונס שלא מחמת הפשיעה האם גם זה כלול במצב של הפשיעה.

אולם עלינו לבאר דבר אחד – דמה הסברא לחייב ממון המזיק באופן שהפשיעה לא גרמה לנזק – ולמה נימא שהוא אחראי על כל נזק שיעשה מחמת זה שהוא במצב של 'עומד להזיק' – ונראה שהסברא בזה יבואר על פי יסוד גדול מתורתו של הגר"ח.

בגדר בממון המזיק הוא שעל ידי הפשיעה ידידה הוא נהיה ל'בעל המזיק', ונחלקו אי במצב של אונס בטל המצב של פשיעה או לא.

דהנה – זה לשון הגר"ח [סוף שכנים] – "וכמו שאר כל המזיקים כגון שור ובור – דחייב משום עשיית המזיק", ומבואר דאין לשור 'שם מזיק' אלא ע"י הבעלים, והיינו שמה שהוא פושע ונותן לו אפשרות להזיק ומעמידו במצב שהוא יכול להזיק – בזה הוא מחדש בו 'שם מזיק' וזו הסיבה שיתחייב על מעשה שורו.

ולמדנו מדבריו - שהאחריות של בעל המזיק אינה אחריות בעלמא שאומרת שכיון שהוא פשע - לכן יש לו שייכות לנזק המסויים הזה שעשה שורו - ולכן הוא חייב על הנזק המסויים הזה, אלא דבפשיעה שלו הוא 'מגדיר' אותו כבעל 'המזיק', והיינו דבעל ה'בהמה' אינה סיבה לחייבו לשלם על מעשה 'בהמתו', וחידש הגר"ח שכאן כתוב שהוא נהיה ל'בעל המזיק' וזה כבר סיבה לחייבו על מעשה של המזיק שלו - ועיין בהערה ¹⁶¹ תוספת דברים בזה.

ומעתה נראה פשוט - דכמו דבפקדון לא צריכים שהפשיעה יגרום לנזק - אלא אומרים שהוא אחראי על כל נזק שיקרה כשהוא עומד לנזק, כמו כן בממון המזיק נימא שלא צריכים שהפשיעה יגרום לנזק - אלא אומרים שהוא אחראי על כל היזק שיעשה כל זמן שהוא עומד להזיק - כיון שה'שם מזיק' שיש בו חל על ידי הפשיעה שלו.

וכל המחלוקת אי תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב או פטור הוא - האם במצב שיזיק בלי שייכות לפשיעה אלא באונס - האם כלפי המצב הזה כבר לא מיקרי שהוא 'לא שמור' - שזה כבר מצב חדש וממילא שכלפי הזק שיעשה באונס בטל ממנו ה'שם מזיק' - ובטלה הסיבה לחייבו, ושוב דומים הנך תרי מחלוקת זל"ז.

למדנו כאן חידוש - שאין ה'שם מזיק' חל כלפי הנזק המסויים שהוא יכול לעשות בזמן הפשיעה - אלא שזה 'שם מזיק כללי' - וכעת הוא חייב על כל נזק שיעשה.

ישוב לעיקר הקושי' מה שייך תחילתו בפשיעה וסופו באונס בממון המזיק.

ובזה מיושב עיקר קושי' - דהאיך שייך תחילתו בפשיעה וסופו באונס לדעת הרי"ף - שאם לדעת הרי"ף חל כבר חיוב ממון בפקדון בזה שפשע, א"כ הכא בממון המזיק למי מתחייב לפני שהיה היזק, אטו מתחייב לכל העולם.

והתשובה, שבפשיעה הוא נהיה ל'בעל המזיק' כיון שעל ידי ה'אי שמירה' הוא יכול להזיק - וזה עצם חיובו - להגדירו כבעל המזיק, וממילא שהוא כבר יתחייב בחיובא דשור אח"כ בזמן שיזיק ואז יחול 'חיובא דשור'.

ולפי"ז כשפשע והשור עדיין לא הזיק, בזה אנו אומרים שהוא כבר נתחייב לענין זה שהוא מוגדר כעת כבעל המזיק וממילא שהוא יהיה כבר חייב על כל מעשה היזק שיעשה ממנו כל זמן שהוא במצב של הך פשיעה, וא"צ לחייבו למישהו מסויים, ורק אח"כ כשהשור יזיק, בין באונס בין בפשיעה, הרי ממילא יתחייב הבעלים בחיובא דשור הזה, דכבר נהיה לבעל המזיק בהך חיובא דשור, וזהו דין תחילתו בפשיעה וסופו באונס גם באונס שלא מחמת הפשיעה.

ומיושב נמי למה בספק מיהו הנזק דלא אמרינן א"י אם פרעתין כמו דאמרינן בשומרים, דהכא הפשיעה לא מחייבו בממון לחבירו, רק חיובא דשור, ומעשה דשור הוא לחבירו, וכיון שיש ספק במעשה דשור, ובזה חשיב א"י אם נתחייבתי, שוב לא יהני מה שיש לבעלים ודאי סיבה להיות

¹⁶¹ עיין בדברינו באמרות אברהם [ב"ק סימן כ"א] שנתחדש שעיקר המזיק של שור לרב הוא 'ממונו' בלי שום תכונות של קרן שן ורגל, וזה הדין אסו"מ מדין שור, וביארנו את המהלך בזה עפ"י הגר"ח.

ונראה דדבריו מוסברים על פי מה שמבואר בב"ק [נ"ו]: שמעמיד פרתו של חבירו על קמת חבירו חייב, ושיטת התוס' [שם] שמדין שן ורגל אתינן עלה, ופטור ברשה"ר, "דהוי ליה כדידה" על ידי זה שהוא מעמידו על ההיזק עצמו, ונראה שהביאור בזה הוא שיש "בעל הבהמה" ויש "בעל המזיק" ותרתי נינהו, והמעמיד חשיב כבעל המזיק לגבי ההיזק המסויים הזה כיון שהוא מעמידו על ההיזק עצמו, אבל אי שמירה אינו כן, ולכן מי שפותח קשר של בהמה של הפקר לשחררו להזיק לא חשיב כמעמיד אף שעל ידו הוא לא שמור, דלעשותו ללא שמור אינו מעשה שמגדירו כבעל המזיק, שהרי אין כאן 'ודאות' על ההיזק.

וחידשה תורה בחיובא דנזקי ממונו, שמוטל עליו אחריות של שורו עד כדי כך שמי שלא ישמור נתחדש אצלו שהוא "בעל המזיק" אף שאין כאן 'ודאות' על היזק מסויים, ולא דמי למי שגרם ששור של הפקר יהיה לא שמור, דהתם אין לו שום חיובים על השור, והכא נכלל בחובת שמירה הך דין שנעשה לבעל המזיק בזה שהוא לא שומרו, וזה מה שנאמר במשנה - הכשרתי את נקו - שהוא מכשיר את המזיק להיות מזיק בזה שהוא לא שומרו, [ועל זה נאמר אין 'עונשים' ממון מן הדין לחייבו בחיובא דשור על ידי האי שמירה שלו].

ואף דחלוק כרייה מפתחה שכרייה היינו עשיית המזיק ופתיחה היינו סילוק השמירה, וע"כ דתרתי נינהו וסילוק שמירה אינה עשיית מזיק, אלא דכוונת הגר"ח דאף דשור תמיד היה מזיק אבל הוא רק מזיק בכח [רדום], דמזיק שמור אינו מזיק בפועל, והוא עשאו למזיק בפועל ע"י הסילוק שמירה, ודלא ככרייה שזו עצם עשיית גוף המזיק עצמו.

אחראי על חיובו, אם בעיקר החיוב איכא עדיין ספק, ודו"ק - וע"ע בסוגי' זו במה שביארנו באמרות אברהם [כיצד הרגל סימן ל"ז].

סימן כ"ט הבלא דאגמא קטלה.

פרק א' שיטת רש"י ותוס' והרא"ש בביאור דברי אביי דהבלא דאגמא קטלה. < ביאור בש"י רש"י בסברת אביי בהבלא דאגמא דאיך מחייבנן ליה על ספק פשיעה. < ביאור בשיטת התוס' דהבלא מתחיל מיד, ובדברי תוס' ר"פ. < פלוגת רש"י ותוס' ברועה שהניח עדרו והלך לעיר ובא ארי ודרס [צ"ג:], דפליגי לשיטתייהו בפלוגת התוס' והרי"ף בדין אונס מחמת הפשיעה, והוכחה מהתוס' לדרכו של ר' ראובן. < ביאורו של הרא"ש בסברת אביי דהבלא דאגמא דחשיב פשיעה קצת. < ביאורים נוספים בדברי הרא"ש. >

פרק ב' דרך חדשה בזה בריטב"א בשיטת אביי, ותוספת ביאור במחלוקת בתחילתו בפשיעה וסופו באונס. < מתמה טובא בדרכו של הריטב"א < מהלך חדש בריטב"א בביאור שיטת אביי, דעיקר החידוש אינו מצד הבלא, רק חידוש בפשיעה דיציאה לאגם, ונתחדש שיש ב' סוגים של פשיעה, פשיעה שהושלמה ופשיעה שלא הושלמה. < דרך חדשה עפ"י הנ"ל בדין גניבה ואבידה ואח"כ אונס ליישב את סתירת התוס'. < דרך חדשה עפ"י הנ"ל בעיקר הפלוגתא דתחילתו בפשיעה וסופו באונס. >

פרק ג' הערות נוספות בסוגי' < בדברי הריטב"א בביאור הסברא ד"מלאך המות מ"ל הכא מ"ל התם" בשואל, וביאור חדש ברש"י דהבלא הוי ספק. < ביאור תירוצו של רבא מהקוש' דר' אבא בר ממל. >

פרק א' שיטת רש"י ותוס' והרא"ש בביאור דברי אביי דהבלא דאגמא קטלה.

ביאור בש"י רש"י בסברת אביי בהבלא דאגמא דאיך מחייבנן ליה על ספק פשיעה.

אביי מחייב ביצאה לאגם כיון דהבלא דאגמא קטלה, וכפשוטו משמע שזו פשיעה גמורה, וזה ק', דא"כ למה בעינן פשעה בה ויצאה לאגם, הא לקחה לאגם היא הפשיעה, ובתוס' מפורש דבלקחה לאגם אינו פשיעה – ונאמרו בזה כמה דרכים בראשונים:

עיין ברש"י שפי' שהבלא דאגמא הוא 'ספק פשיעה', ולפי"ז פשוט שאין לחייב על כך פשיעה בלקחה לאגם, ולהכי בעי דוקא פשעה בה ויצאה, והיינו דאיכא פשיעה לענין זאבים וגנבים וזה מחייבו, ודו"ק.

אולם אכתי קשה, דמה מהני 'ספק פשיעה' באונס דמיתה לחייבו למ"ד שפטור בתחילתו בפשיעה, הא סו"ס אין כאן יותר מספק, ועל הצד שלא היה פשיעה הדרא דינא דסופו באונס פטור, ואיך נחייבו¹⁶².

ותי' ר' ראובן עפ"י הנ"ל, דבתחילתו בפשיעה לכו"ע יש מחייב בהשבה, וזה גם למ"ד דתחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור, רק דלדידיה אהני לן אונס לאפקועי מהפשיעה ולסלקו, ומעתה י"ל דספק אונס חשיב "א"י אם פרעתיך", ולהכי חייב גם למ"ד דפטור, ומתה כדרכה הוא ספק פשיעה ספק אונס, וא"ש – ועיין לעיל [סימן כ"ח] שנתבאר שאין הכוונה שיש חיוב השבה ממש בחיוב של תחלתו בפשיעה, אלא שיש סיבה ודאית לחייבו אי יקרה נזק ותלוי בגדרים של א"י אם פרעתיך.

ביאור בשיטת התוס' דהבלא מתחיל מיד, ובדברי תוס' ר"פ.

בתוס' [סוף ל"ו.] ביארו דלמ"ד תחילתו בפשיעה פטור הא דמודה באונס דהבלא היינו משום דשאני אונס דמתה כדרכה שהאונס התחיל מיד ע"י ביאתו לאגם ע"י ההבל, לעומת אונס גנבים שרק מתחיל אח"כ כשיבואו הגנבים, והביאור בתירוץ זה הוא, דאף דלמ"ד תחילתו בפשיעה פטור גם באונס מחמת הפשיעה, היינו משום דלא שייכי אהדדי, דסו"ס אונס הוא והמצב של אונס מפקיע מהמצב של פשיעה – וכנתבאר לעיל [סימן כ"ח], אבל אונס כזה שהתחיל מיד בשעת הפשיעה, אונס כזה שפיר שייכא לפשיעה, ולא מפקיע הך אונס מידי פשיעה, ושפיר חייב.

¹⁶² ואין לומר דרש"י קאי בשיטת הרי"ף וכדהוכחנו לעיל, ולהכי ס"ל דכבר חייב השבה בפשיעה ושוב הוי חייב מצד איני יודע אם פרעתיך, שהרי כל זה רק באביי למ"ד דתחילתו בפשיעה תמיד חייב, אבל הכא רש"י קאי בסברת אביי דהבלא דאגמא קטלה ורש"י והרי"ף למדו דסברא זו הוסיף אביי דוקא למ"ד דתחילתו בפשיעה פטור, ולדידיה ודאי דליכא חיוב השבה גמורה בפשיעה, ודו"ק.

[וגם לדרכו של רעק"א בתוס' דבעינן שם פשיעה באונס, בכה"ג דהתחיל מיד שפיר חיילא בו מיד].

ועיין בתוס' ר"פ מהלך נוסף בזה דחלוקין צריפא דאורבני מפשיעה דאגם והבלא דאגם, דשריפה וגניבה תרתי גינהו, והיינו דתרי סוגים שונים של נזק גינהו הלכך לא מצטרפין דלא אסיק אדעתיה, אבל זאבים ומתה כדרכה דומין אהדדי דתרוייהו מיתה, ושפיר בעי לאסוקי אדעתיה.

פלוגתת רש"י ותוס' ברועה שהניח עדרו והלך לעיר ובא ארי ודרס [צ"ג:], דפליגי לשיטתייהו בפלוגתת התוס' והרי"ף בדין אונס מחמת הפשיעה, והוכחה מהתוס' לדרכו של ר' ראובן.

והעירני תלמיד אחד דרש"י ותוס' אזלי לשיטתייהו להלן [צ"ג:] בסוגי' דרועה שהניח עדרו והלך לעיר ובא ארי ודרס, דנחלקו בפלוגתת הרי"ף ותוס' בדין פשיעה מחמת האונס, ושם גם מוכרח דהתוס' אזלי דוקא כדרכו של ר' ראובן, ולא כדרכו של רעק"א.

דהנה, מקשינן התם דאף דדריסת הארי חשיב אונס היכא דאמדינן דאינו יכול להציל הא אכתי יתחייב מצד תחילתו בפשיעה וסופו באונס, ובתוס' לעיל מיניה [ע"ח.] מבואר דהוי ליה אונס מחמת הפשיעה כיון דסו"ס שמא היה יכול להציל כמו שדוד הציל או שמא הארי היה ירא לבא מחמתו, ומבואר שם בתוס' ובמהרש"א שזה ספק, [דאי אמדינן דבודאי היה יכול להציל אז באמת מבואר בברייתא דחשיב פשיעה וחייב].

ולכא' קשה דמאי אהני לן ספק, דנמצא דרך על הצד שהיה יכול להציל הוא דחשיב הפשיעה מחמת האונס, ורק על הצד הזה חיילא תורת פשיעה באונס, ורק על הצד הזה אפשר לחייבו, אכן כל זה לדרכו של רעק"א בתוס', אבל לדרכו של ר' ראובן א"ש, די"ל כדבריו בשיטת רש"י בהבלא, דאף אי בעינן אונס מחמת הפשיעה אין זה אלא לדון שהאונס לא הפקיע את הפשיעה, וממילא דגם ספק פשיעה אהני לן דשוב הוי ליה איני יודע אם פרעתיך, ופשוט.

ועיין בדברי רש"י להלן [צ"ג:] ד"ה תחילתו הוא בפשיעה] על סוגי' זו שכתב וז"ל, "שאם היה שם לא היה יכול להציל", ומפורש דחולק על התוס' ואין האונס מחמת הפשיעה, דגם לולי פשיעתו היה הארי דורס, ואזיל לשיטתו כהרי"ף, דגם באונס שלא מחמת הפשיעה חייבים לאביי.

ביאורו של הרא"ש בסברת אביי דהבלא דאגמא דחשיב פשיעה קצת.

ואיכא ביאור נוסף בהבלא דאגמא ברא"ש, שהרא"ש כ' שיש "פשיעה קצת" בהבלא דאגמא, ואין בו כדי לחייבו מצד פשיעה עצמה, ולכן בלקחה הוא לאגם ליכא לחייבו, רק דבהדי' פשיעת גנבים וזאבים באגם מחייבים בפשיעה, לעומת צריפא דאורבני שאין בזה שום פשיעה כלפי גנבים, דאין נפ"מ כלל בין קרקע לצריפא דאורבני כלפי גנבים, ודו"ק.

ולא איתברר לן מה אהני לן האי "פשיעה קצת", דאי לא סגי לענין חיובא דפשיעה עצמה, א"כ האיך אהני לן בדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור לחייבו, הא אי חשיב אונס למה חייב, ואי חשיב פשיעה א"כ נחייבו גם בלא פשיעה בהתחלה – ועיין בחו"ש מרן הגרב"ד דברים עמוקים.

והיה מקום לומר בזה בב' אופנים:

א] יש לומר עפ"י דברי רעק"א דהמהלך בתחילתו בפשיעה וסופו באונס הוא דחיילא 'שם פשיעה' על האונס דבא מחמתו, הלכך שפיר י"ל דעד כאן לא פליגי אלא באונס גמור אי חיילא עליו תורת פשיעה או לא, אבל כו"ע מודי דעל פשיעה קצת שפיר חיילא תורת פשיעה על ידי האונס שבא מחמתו, ודו"ק.

ב] באופן אחר י"ל עפ"י דרכו של ר' ראובן, דכו"ע מודי דבפשיעה איכא מחייב גמור לכל מה שיקרה במצב הזה – אלא דלמ"ד דבאונס פטור אהני לן האונס להפקיע ממצב של פשיעה, ובזה חידש הרא"ש דאף למ"ד דאונס מפקיע מידי פשיעה היינו באונס גמור, אבל בפשיעה קצת אף תורת אונס עליו לענין עיקר החיוב של פשיעה, אבל תורת פשיעה עליו לענין זה דלא מפקיע האונס מידי פשיעה. דסו"ס אית ביה פשיעה קצת.

ביאורים נוספים בדברי הרא"ש.

אולם כל זה לא סגי לן לבאר שורש דברי הרא"ש שבעצם יש כאן סתירה מיניה וביה בדבריו: שיש לשאול כך - דמה עיקר דינו של הך 'פשיעה קצת', האם חמיר מחיובא דגניבה ואבידה או קיל מחיובא דגניבה ואבידה, דמצד א' מוכרח דקיל מיניה דפשיטא דגם שומר שכר שחייב בגניבה ואבידה שכשהוא מוליך בהמה באגם דג"כ פטור, דהבלא דאגמא לא הוי פשיעה ולא גניבה ואבידה רק אונס ממש, והיינו דמצד א' חמיר מאונס ולכן חייב לכו"ע בתחילתו בפשיעה ומאידך קיל מגניבה ואבידה ולכן ש"ש פטור ביה, ומעתה תמוה, דזה פשוט דשומר חנם תחילתו בפשיעה וסופו בגניבה ואבידה פטור [למ"ד דפוטור בסופו באונס], ודלא כפושע קצת דס"ל לרא"ש דלאביי כו"ע מחייב, הרי לנו דע"כ דחמיר טפי מכל גניבה ואבידה, ודו"ק, הרי דלא איתברר לן גדר דהאי "פשיעה קצת", ולזה העירני תלמיד אחד.

הלכך נראה לבאר את הגדר בדברי הרא"ש באופן אחר:

לעולם נקטינן דקיל מגניבה ואבידה, דחשיב אונס, אלא דשאני הך אונס דבכחו להצטרף לפשיעה של אגם, ורק לענין האי כח מיוחד של צירוף לפשיעה של אגם הוא דדינו כפשיעה קצת, ולענין האי צירוף אית ביה סברא מיוחדת של צירוף, וסברא זו ליתא בגניבה ואבידה, אבל מצד עצמו באמת אינו אלא אונס גמור, וקיל טפי מגניבה ואבידה.

והגדר בזה הוא, דהאי אונס שייכא להבלא דאגמא, רק דכיון דלא שכיחא דימות מהאי הבלא שוב הוי ליה אונס מצד עצמו, אכן כיון דביציאה לאגמא היתה פשיעה והיינו שאז הוא לא שומר כלפי זאבים וגנבים, א"כ מצרפין לזה גם הבלא דאגמא לומר שגם הוא חלק מהאי אי שמירה, דכעת הוא לא שומר לא כלפי זאבים ולא כלפי גנבים ולא כלפי הבלא ודו"ק.

וע"ד זה מצאתי בחידושי ר' ראובן [סי' כ"ב] דבפשיעה דאגם כלפי גנבים יש לעיין, הרי אם הגנב שגנבו היה הגנב היחיד בעולם אז פשיטא דלא היה חשיב פשיעה, דלא שכיח, ועכשיו שיש הרבה גנבים מצרפין את כל הגנבים כהדדי להשוותו לפשיעה, וי"ל דאביי סובר דה"ה דאפשר לצרף פשיעה דלא שכיחא מהזיקות אחרים כהבלא דאגמא, דאף דמצד עצמו אינם שכיחי, אבל יש בו קצת פשיעה לענין זה דמצטרפת לפשיעה דגנבים וזאבים, ודו"ק.

פרק ב'**דרך חדשה בזה בריטב"א בשיטת אביי,****ותוספת ביאור במחלוקת בתחילתו בפשיעה וסופו באונס.****מתמה טובא בדרכו של הריטב"א**

הרי לנו דלדרכו של רש"י ותוס' והרא"ש - אביי חילק בין אונס דהבלא לשאר אונסים, דאונס דהבלא, דלרש"י איכא ספק פשיעה ולתוס' הוי אונס גמור אלא דהכא האונס שייך יותר לפשיעה, ולרא"ש הוי ליה פשיעה קצת.

אכן בריטב"א החדשים איכא ביאור אחר בש"י אביי, ולדידיה אין החילוק באונס של 'הבלא' אלא דהחילוק הוא בסוג הפשיעה, והיינו דשאני פשיעה דצריפא דאורבני כלפי שריפה [ששם יש מ"ד שפוטור בסופו באונס] מפשיעה דאגם כלפי זאבים וגנבים [ששם לכו"ע חייב], דפשיעה דאגם הוא "פשיעה גמורה", והוסיף שזה פשיעה "כלפי זאבים וגנבים וכל דבר" לעומת פשיעה דצריפא דאורבני "דאפי" מה שפשע לגבי נורא לא היתה פשיעה גמורה, דכמה זמנין דמצנעי בעלים התם ולא מיתלי ביה נורא, וכיון דבאגם יש פשיעה גמורה, שוב תלינן בהבל דהמיתה, משא"כ בצריפא דאורבני, עכתו"ד.

ולא איתברר לן עומק כוונתו:

א] במה חלוקין הנך תרי הפשעות זה מזה - ואיך זה שייך לטעמא דהבלא דאגמא, וצ"ע.

ב] עיקר דבריו דכלפי שריפה אינה פשיעה גמורה כיון שלא תמיד זה נשרף צ"ב, הא ה"ה דבאגם לא נגנב ולא נאכל תמיד, ומאי שנא, וצע"ג.

ג] מה זה שכתב שזו פשיעה "כלפי זאבים וגנבים וכל דבר" – מה הכל דבר שהוא בא לרבות – וצ"ע.

מהלך חדש בריטב"א בביאור שיטת אב"י, דעיקר החידוש אינו מצד הבלא, רק חידוש בפשיעה דיציאה לאגם, ונתחדש שיש ב' סוגים של פשיעה, פשיעה שהושלמה ופשיעה שלא הושלמה.

והנראה בזה, דאגם הוא פשיעה גמורה כיון שאינו שמור כלל, וזהו שכ' שזה פשיעה "לכל דבר", שאינו שמור כלל, לעומת צריפא דאורבני שרק חסר לו שמירה כלפי נורא, ולכן זה לא פשיעה גמורה, והנפ"מ בדין בין פשיעה גמורה לאינו גמורה, שפשיעה גמורה נגמר ונשלם מיד בשעת הפשיעה – פשיעה מוחלטת ומושלמת בפשיעה עצמה, לעומת פשיעה שאינה גמורה שהפשיעה עצמה לא נגמרה אלא כשהפשיעה עצמה תגיע ללמעשה.

ונוסיף ביאור – בצריפא דאורבני יש ב' מצבים הפוכים, יש מצב של פשיעה – מצב של 'לא שמור' כלפי שריפה, ומאידך הצריפא דאורבני עצמו הוא 'מקום שמור' כלפי גניבה, - ב' מצבים הפוכים ביחס לב' סוגים של הפסד, וזה אינו פשיעה גמורה – והיינו שהפשיעה לא הסתיימה ואינה מוחלטת כפשיעה עד שיגיע לשריפה ההיא שכלפי היא נחשבת כפשיעה.

הן הן דברי הריטב"א שכתב - "כלפי זאבים וגנבים וכל דבר", שאין הכוונה ב"כל דבר" דאיכא דבר נוסף חוץ מהנך תרתי, אלא כוונתו שכאן אין ב' מצבים הפוכים, דאדרבה - הכא אין בו שמירה 'כלל' – וזה הדגש בלשון 'לכל דבר'.

מחמת סברא זו נקטינן שבצריפא דאורבני שהפשיעה היא רק כלפי שריפה, וכלפי גניבה הוא מקום שמור, דלכן לא נגמר השם פשיעה עד גוף השריפה עצמה – אלא שבזה הוסיף הריטב"א - דבשלמא אם היתה 'ודאות' על זה שישרף, אז היינו אומרים שנגמרה הפשיעה מיד מחמת ה"ודאות" הזה – דאי ודאי יקרה הפסד א"כ בטלה המשמעות בהך 'צד שמור' שיש בו שהרי ודאי שעומד לצד הפסד של שריפה, אלא דהשתא שזה ספק, ולא תמיד זה נשרף, א"כ ע"כ דהפשיעה דשריפה נגמרה רק כשישרף בסוף, אבל ביצאה לאגם, התם הפשיעה היא פשיעה גמורה מצד עצמה, ואף אם לא יבא לידי גניבה וזאבים, אכתי הושלמה הפשיעה מיד, דכיון שאינו שמור כלל חשיב כבר כפשיעה גמורה ומושלמת.

ומעתה י"ל דכל זה למ"ד דתחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור, דסובר דפשיעה שאינה גמורה רק נגמרה כשיבא ללמעשה, ולכן כשנאנס בסוף הרי לא הושלמה הפשיעה כלל, דלעולם לא הגיע לידי גמר, אבל למ"ד דתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, לדעתו הושלמה הפשיעה מיד גם בפשיעה שאינה גמורה, ושפיר חיילא שם פשיעה באונס לחיובו בפשיעה, אבל בפשיעה גמורה כו"ע מודי דהושלמה הפשיעה מיד, ושפיר חייב כשיבא לידי אונס אח"כ, דהפשיעה חיילא באונס שבא מחמתו.

הרי לנו ב' דרכים בסוגי', דלרש"י ותוס' והרא"ש, עיקר החידוש באב"י היה באונס דמיתה, דמחמת ההבל חשיב האונס כספק פשיעה לרש"י, ולתוס' ההבל הוא סיבה שהאונס יותר שייך לפשיעה, ולרא"ש הרי"ז כפשיעה קצת, עכ"פ לכולהו החילוק הוא בהבל, ורבא חולק בהנך חידושים, ולדידיה זה אונס גמור דלא שייך לפשיעה, אבל לדעת הריטב"א, עיקר החילוק אינו באונס דמיתה אלא בפשיעה דיציאה לאגם.

ומעתה קשה טובא, דא"כ למה הדגיש אב"י סברא דהבלא, דע"כ דאין זה עיקר החילוק, דיותר הול"ל ד"פשיעה דאגמא שאני".

ונראה פשוט, דגם רבא מודה לאב"י בעיקר האי חידוש בגדר הפשיעה, רק דלדידיה דמלאך המות הוא סיבת המיתה, א"כ ממילא לא חיילא הפשיעה באונס, דאין האונס מחמתו, ושוב אין כבר נפ"מ בין פשיעה גמורה לפשיעה שאינה גמורה, וע"ז בא אב"י לומר דתולים בהבלא דאגמא, דשוב הו"ל אונס מחמת הפשיעה, וממילא הדרא לן מעליותא דפשיעה גמורה, וכנתבאר.

דרך חדשה עפ"י הנ"ל בדין גניבה ואבידה ואח"כ אונס ליישב את סתירת התוס'.

ונראה, דלדרכו של הריטב"א מוסבר נמי החילוק בין תחילתו בפשיעה לתחילתו בגניבה ואבידה, דהבאנו מרעק"א שהק' דמאי שנא, דבשלמא אי "בתחילתו בפשיעה" נתחדש דכל המחייב הוא הפשיעה א"כ שפיר י"ל דעל פשיעה הוא מתחייב ועל גניבה ואבידה הוא לא מתחייב, אבל אי נימא דבעינן אונס מחמת הפשיעה, וכשיטת התוס', א"כ מאי שנא דחיילא 'שם פשיעה' באונס ולא חיילא 'שם גניבה ואבידה' באונס, ולעיל [סימן כ"ח פרק ג'] הבאנו דלפי"ז נמצא דהתוס' סותרים משנתם – והבאנו את ישובו של ר' ראובן בזה.

אולם לפי הנ"ל ניחא, די"ל דכו"ע מודי דתחילתו בגניבה ואבידה לא נגמרה הגניבה ואבידה עד שיבא ללמעשה של האי גניבה ואבידה, שסו"ס יש מצב של רמה מסוימת של שמירה כלפי הכל – אלא שאינה ברמה של גניבה ואבידה – ורק בתחילתו בפשיעה נחלקו אי נגמר מיד בהתחלה או אח"כ כיון ששם המצב של לא שמור הוא מוחלט.

והיינו דבגניבה ואבידה הסברא איפכא מפשיעה גמורה דיציאה לאגם, דבפשיעה של יציאה לאגם נתחדש דלכו"ע נגמר והושלם הפשיעה מיד, ובגניבה ואבידה אמרינן דלכו"ע נגמר רק בשעת הגניבה ואבידה עצמה, ודו"ק.

דרך חדשה עפ"י הנ"ל בעיקר הפלוגתא דתחילתו בפשיעה וסופו באונס.

ונראה דעפ"י דרכינו בריטב"א זכינו לדרך חדשה בעיקר האי פלוגתא דתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב או פטור, דמרעק"א למדנו דאיכא בזה ב' דרכים, דלדעת הרי"ף באביי דלא בעינן אונס מחמת הפשיעה נחלקו האם הפשיעה מצד עצמה מחייבת או לא, ולדרכו של התוס' [וכן לדרכו של הרי"ף ברבא] דבעינן אונס מחמת הפשיעה נחלקו האם חיילא שם פשיעה באונס.

ולדרכינו בריטב"א נתחדש דכו"ע מודי דבעינן אונס מחמת הפשיעה, וכו"ע מודי דאין הפשיעה מחייב מצד עצמה, אכן נחלקו האם הושלם ה'שם פשיעה' כבר בהתחלה, או דרך הושלמה בשעה שהפשיעה מגיע ללמעשה, דאי רק הושלמה בסוף הרי נמצא דאין כאן תחילתו בפשיעה במקום שיש אונס בסוף, ודו"ק.

ע"ד זו העירני תלמיד אחד שיש לומר שבשומר שמסר לשומר ששיטת רש"י ותוס' ברב שמחייבים את הראשון על הפשיעה של השני אבל אין כאן דין תחילתו בפשיעה וסופו באונס – ועיין לעיל [סימן כ"ג] מה שנתבאר בזה שהפשיעה של השני מחייבת את הראשון.

ויש לומר באופן אחר – שהגדר בזה הוא כך, שהפשיעה למוסרה לאחר לא נגמרה אלא כשהלה פושע בו, ולפני זה אמרינן שמסרה לבן דעת ואין כאן פשיעה אלא כלפי המצב ההוא שפשע, ושוב א"צ לומר שהפשיעה של השני מחייבת את הראשון – אלא שהפשיעה של הראשון מחייבת את הראשון אלא שלא הושלמה בלי פשיעתו של השני.

פרק ג'**הערות נוספות בסוגי'**

בדברי הריטב"א בביאור הסברא ד"מלאך המות מ"ל הכא מ"ל התם" בשואל, וביאור חדש ברש"י דהבלא הוי ספק.

ע' ריטב"א הי' [ד"ה ועו"ק לי לרבא] שהק' דלהך טעמא דמלאך המות מ"ל הכא מ"ל התם, א"כ שואל יפטר על מתה כדרכה, ותי' דהואיל והוא משתמש בו מזלו גרם, משא"כ כאן דשומר הוא ולא משתמש בו.

ויש לעיין דסברת רבא מבואר בראשונים דבא לומר דבהלכות תחילתו בפשיעה וסופו באונס נאמר דבעינן פשיעה שמביא לאונס וליכא, דמלאך המות הוא הגורם היחיד, ושאני בזה שואל שגם בלי פשיעה כלל חייב, ומה שייך הכא סברת מלאך המות מ"ל הכא מ"ל התם.

והנראה בזה שהריטב"א למד דלעולם לא בעינן אונס מחמת הפשיעה, ודין תחילתו בפשיעה הוא מצד זה דחיילא אחריות גמורה על הפקדון, וזה דין השבה דשומרים, אכן רבא ס"ל דהיות ומיתת הפקדון תלוי במלאך המות, א"כ הרי"ז כאילו שלכתחילה הפקיד פקדון עד שיבא מלאך המות,

ועל יותר מזמן זה לא היתה הפקדה כלל, ושוב לא שייך בזה חיוב השבה, ובשלמא בשאר אונסים כליסטים מזויין וכו', אין לומר כן, דתמיד אפשר לתלות שלולי ההפקדה לא היה אונס, דאולי האונס תלוי במזלו או בסיבות אחרות ששייכות לו ולביתו, ויתכן שבעה"ב היה שומרו במק"א, וכל הנך סברות ליכא במלאך המוות.

ולפי"ז ה"ה בשואל שהחיוב אונסים הוא חיוב השבה גמורה, אז שפיר אמרינן דלא חיילא כל ההשאלה כלפי הך מיתה דמלאך המוות, וע"ז תירץ דמזלו גרם שהוא משתמש בו, ושוב אין לומר שלא היה הפקדה כלפי הך צד, דיתכן דכל הך מצב נגרם על ידו.

ונראה פשוט שהגם שא"א לומר דודאי מזלו גרם דספק הוא, אכן סו"ס כיון שיש צד שבלאו הכי לא היה מת, שוב הו"ל בכלל הך הפקדה, ורק בשומר שאינו תלוי במזלו כלל, אז אפ"ל שאין ע"ז הפקדה כלל¹⁶³.

ויש לעיין אם קושית הריטב"א הכא גם ק' על גזלן שחייב באונסים, ודו"ק.

עכ"פ נראה דעיקר האי חידוש דנתבאר בריטב"א מפורש בגמ' דמבואר בגמ' דאיכא חידוש דמודה רבא היכא דנגנב מהאגם ומתה בבי גנב, דאז חייב כיון דבלאו הכי היה אצל גנב, וצ"ב דמהו הקס"ד דיפטר הא סו"ס איכא חיובא דגניבה.

ולפי הריטב"א י"ל דעל הצד שימות תוך תקופת השמירה אז לא היה לכתחילה שום הפקדה, וקמ"ל שאינו כן¹⁶⁴.

ביאור תירוצו של רבא מהקושי דר' אבא בר ממל.

הקשו לרבא מקושית ר' אבא בר ממל דמוכרח מקושיתו דאי "אין רצוני" חשיב פשיעה שוב היינו מחייבים אותו על האונס של מתה כדרכה, ומוכרח מזה דאמרינן הבלא דאגמא והבלא דבית אחר, וכמבואר בתוס', ודלא כרבא דחידש דליתא לסברת הבלא דמלאך המוות מה לי הכא מה לי התם, ותירץ רבא דלדידיה קושי' מעיקרא ליתא, ואכתי קשה דלא איתברר מה תי' רבא, ופירש רש"י דהקושי' היתה רק לשי' אביי דס"ל כטעמא דאין רצוני, ולדידיה דליתא לסברא זו לא קשה מעיקרא, אולם אכתי ק' דסו"ס מוכרח דליכא סברת מלאך המוות מ"ל הכא וכו'.

וע' רשב"א שפי' דכוונת רבא לומר שרבא עצמו היה מפרש פירוש אחר בסברת אין רצוני שיהא פקדוני אם היה סובר כסברא זו, ואז היתה מובנת קושי' ר' אבא בר ממל גם בלי לחדש דהבלא דאגמא קטלא, והיינו שהוא היה סובר דאינו דין פשיעה רק דין מעביר ע"ד בעה"ב, ובזה דינו כגזלן, ובגזלן כבר אין נפ"מ בין אונס מחמת הפשיעה לאונס שאינו מחמת הפשיעה, וממילא דגם אונס למלאך המוות חייב, ולעולם י"ל דשפיר ס"ל לר' אבא בר ממל סברת אין רצוני וסברת מלאך המוות מה לי הכא, ואין שני הסברות סתירה כלל וכלל.

והנה, בתוס' לעיל [עמוד א'] קס"ד "דאין רצוני שיהא פקדוני וכו'" הוא מדין מעביר ע"ד בעה"ב, ודחאו מכח קושי' אביי ולמד שזה מדין פשיעה, רק שהוסיף שהרי"ז כמפרש שיהא כפשיעה, וביאר הפנ"י שבפשיטות אינו פשיעה דסו"ס שמור הוא, וי"ל דאדרבה, זהו גופא המקור לרבא ללמוד דלא שייך לדין תחילתו בפשיעה, וע"כ דשייך לדין מעביר ע"ד בעה"ב, ודו"ק.

ואי קשי' לך, הרי לא קיי"ל כר"מ דמעביר ע"ד בעה"ב גזלן, וע' ברמב"ן בסוגיין שכ' דהכא מודי רבנן לר"מ דאינו שינוי בדעתו גרידא, רק הוצאה מרשותו וחשיב כאבודה הימנו, והו"ל גזילה לכו"ע, [ובמק"א הארכנו בדברי הפנ"י ותוה"ר בתוס'].

¹⁶³ ולפי"ז י"ל בפשיטות כוונה חדשה ברש"י באביי דקיי"ל דהבלא דאגמא הוא ספק פשיעה, וזו סברא נגד הטענה של מלאך המוות הגם שאינו אלא ספק, אכן לפי"ז ק' למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור ה"ה דהוי פטור כאן, ואכתי ק' דסו"ס אינו אלא ספק פשיעה, וע"כ צ"ל כמו שתירצנו לעיל.

¹⁶⁴ , וגם לאלו שסוברים שרבא רק בא לומר שאין פשיעה מביא אונס, אפי"ה אפשר לומר כנ"ל.

סימן ל'

השבה שלא מדעת בעלים

פרק א' ביאור שיטות הראשונים בדין השבת גזילה מדעת בעלים. < פלוגת הרמב"ן וסמ"ע בטעמא דהשבה שלא מדעת בעלים בגזילה שלא מדעת. > דן בדין דעת בעלים בבעלי חיים – אי הוי דין חדש או לא < תמיהא רבתי בפלוגת ר"ע ור"י אי בעי דעת או לא, דאיך קיי"ל גם כרבי יוחנן דא"צ דעת בהשבת גזילה שלא מדעת וגם כר"ע דצריך דעת בהשבה בשומר שגנב שלא מדעת. > דרכו הרמב"ן ור"י ור"ן דנחלקו בעיקר הדין שמירה האם כלתה או לא, ואין זה שייך להלכתא דדעת בהשבה. < נחלקו ר"ע ור"י האם רשות גזלן מבטלת את הרשות שומר וכבר ליכא השבה כלל בלי דעת בעלים – או דדין יד שמור כיד בעה"ב מעולם לא בטל. > דרך נוספת בנמו"י בשם הרמב"ן, דהכא לר"ע מדין דעת בעלים בהשבה אתינן עלה. < ביאור פלוגת ר"ע ור"י דפליגי אי כלתה שמירתו או לא, ושורש פלוגתם אם איכא השבה [ובעי דעת] או דנתבטלה הגזילה [ולא בעי דעת]. >

פרק ב' שיטת רש"י בסוגיין. < מבאר את שיטת רש"י עפ"י דרכו של הרמב"ן. > מוכיח מרש"י שחולק על הראשונים בתרתי, דס"ל דגם בגזילה שלא מדעת איכא דין דעת בהשבה, ועוד, דלרש"י כו"ע מודי דלא נתבטלה הרשות בעלים מהשומר. < מתמה טובא בשיטת רש"י דחידש דדים דעת שומר תלוי אי כלתה שמירתו ותלוי נמי באומדנא אי מהימן ליה. > מבאר את שיטתו בביאור חדש בשיטת רש"י, דבטלה הדין דעת שומר כדעת בעה"ב. < מוכיח כן מפלוגת ר"י ור"ע דע"כ דלא פליגי באומדנא אי מהימן לו או לא, רק דפליגי אי אכתי דין שומר עליו לענין דעתו כדעת בעה"ב או לא. > תוספת ביאור בשורש פלוגת ר"ע ור"י עפ"י הסמ"ע דכל הדין דעת הוא שיהיה שמור לבעלים. < ביאור פלוגת הש"ך וסמ"ע האם מהני השבה שלא מדעת בעלים לר"ע היכא דשומר עשה תשובה, דנחלקו בפלוגת רש"י והראשונים. > מתמה טובא בשיטת רש"י דקאי לרב חסדא, וקשה דר"ח קאי בבע"ח. < מיישב עפ"י הנ"ל – דדרכו של רש"י עפ"י הסמ"ע למדנו משיטת ר' חסדא. >

פרק ג' גמ' "אלא אפילו לא יחדו". < ביאור החילוק בין יחדו לו מקום ללא יחדו לו מקום לדרכו של הר"י. > מתמה בזה בשיטת רש"י, ומבאר שיטתו בב' דרכים. < הערה בתוד"ה א"ר. >

פרק א'

ביאור שיטות הראשונים

בדין השבת גזילה מדעת בעלים.

פלוגת הרמב"ן וסמ"ע בטעמא דהשבה שלא מדעת בעלים בגזילה שלא מדעת.

צריכים להקדים בעיקר דין דעת בעלים בדין והשיב בסוגי' ערוכה בב"ק [ק"י:ח:], ושם נפסק כר' יוחנן [שלא בבעלי חיים ¹⁶⁵], שתלוי בגזילה האם בהשבה צריכים דעת, והיינו כך, דאי הוי גזילה שידעו בו בעלים אז באמת צריך השבה מדעתו, אלא דלזה סגי במנין דא"צ לראות את הממון עצמו שגזלו וסגי בזה שהוא מונה ויודע שהכל הושב, אבל בגזילה שלא מדעת – אז א"צ השבה מדעת בעלים.

ובביאור החילוק מצאנו ב' דרכים:

הדרך הראשונה מצאנו בנמו"י בשם הרמב"ן [מ"ה: בדפי הר"י] דבלא ידעו הבעלים אז "רואין אותו כאילו לא גנב מעולם", הלכך א"צ דעתו, והביאור בזה הוא, דנתחדש שני דיני השבה, א' השבת גזילה רגילה שלזה צריך דעת בעלים, ב' דין נוסף בהשבה שכאן אינו בגדר 'קיום' דין השבה בגזילה, אלא אדרבה על ידי ההשבה ליכא גזילה, והיינו שהיא באה בתור ביטול על הגזילה הראשונה, הלכך אין בו גדרי השבה, הילכך הכא א"צ דעת כיון שאין זה בגדר קיום דין השבה בגזילה.

אולם בזה יש תנאים דמתי כחו של השבה לבטל את הגזילה, דתלוי בגזילה, שסוג גזילה שהיא בלי דעת בעלים, גזילה זו מתבטלת ונעשית כמי שאינו, אלא שהתנה בזה הרמב"ן תנאי, דדוקא אי יחזיר לאותו מקום שגזל ממנו – אז מתבטלת הגזילה, אבל השבה למקום אחר וכגון מעדר לעדר לא מהני, והביאור ע"ד הנ"ל, דכה"ג הגזילה לא נתבטלה והיא קיימת לפנינו – שמצד אחד רואים גזילה ומאידך רואים השבה דתרתני נינהו, ולהכי חשיב גזילה עם השבה, וממילא דכבר צריך דעת, ורק בלי ידיעתו ובהשיב להך קמום – אז רואים שלא נעשה כלום – "רואין אותו כאילו לא גנב מעולם" – הגזילה נכנס יוציא ממקומו ותו לא.

זו דעת הרמב"ן בסוגי' זו – ועיין להלן שדייקנו בשיטת רש"י דג"כ ס"ל כהגדרה זו.

¹⁶⁵ ורק בבעלי חיים כרב חסדא וכדיבואר בהמשך.

הדרך השניה בסוגי' היא דרכו של הסמ"ע [סי' שנ"ה ס"ק א'] שמבאר שכל חפץ אצל הבעלים הוא בגדר 'שמור לבעלים', וכשהחפץ נגזל אז מתייחס הבעלים מלשומרו הילכך צריך להודיעו, ורק כשלא ידע מהגזילה אז הוא ממילא ממשיך לשמור את הפקדון כשיוחזר.

ובביאור דבריו נראה, דנתחדש דין ב"והשיב", דלא סגי בהשבה לרשותו, אלא שצריכים שיושב למצב שזה שמור לבעלים, וזה 'שיעור' עד כמה צריכים 'השבה לבעלים', והיינו להשיבו תחת רשותו ותחת 'שמירתו' של הבעלים, אלא דבגזילה שלא מדעת הבעלים – שוב ממילא מתקיימת הך דין דעת, דממילא ימשיך לשמור גם בלי להודיעו.

הרי דלפי הסמ"ע אין כאן שני דינים נפרדים בהשבה, ודלא כנתבאר לרמב"ן שיש שני דיני השבה, דלדעת הרמב"ן בגזילה שלא מדעת לא מתקיים הדין השבה מדעת, ואדרבה, לדידיה א"צ לקיים הך דין דהכא ליכא דין והשיב, רק דין ביטול הגזילה, אכן לסמ"ע שפיר מתקיים הך דין, אלא דמתקיים מאליו בלי להודיעו.

דן בדין דעת בעלים בבעלי חיים – אי הוי דין חדש או לא

והנה מבואר [שם] בסוגי' דשאני בע"ח משאר גזילה דבע"ח למדו ע"י הגניבה לצאת מהעדר הלכך צריך דעת בעלים בהשבה גם בגזילה שלא מדעת כדי שידע להשגיח עליו, אכן זה כבר דין דעת בפני עצמו, דהכא בעינן דעת ממש ולא סגי במנין, וזהו דינא דר' חסדא בסוגי' [שם].

והנה - לפי הסמ"ע נראה דאינו זה דין נוסף, אלא דהיות וכל הדין דעת בעלים הוא כדי שיהא שמור לבעליו, א"כ בבע"ח גם בגניבה שלא מדעת אינו שמור לבעליו בלי דעתו מפורשת, ונמצא שהכל דין א'.

אכן להרמב"ן – כפשוטו אינו כן דלדידיה ע"כ צ"ל דדין חדש הוא, שהרי בגניבה שלא מדעת אין דין דעת כלל, ורק בבע"ח נתחדש משום סברא חדשה שצריך שיהיה שמור לבעלים בהשבתה מחמת ההרגל שנתחדש בה.

אולם יש לדחות ולומר שאינו כן, אלא דכל מה דחשיב דע"י ההשבה נתבטלה עיקר הגזילה - דכל זה אינו בבע"ח, הואיל ואכתי אינם שמורים לו מחמת הגזילה, שהרי מחמת הגזילה למדו לצאת מהעדר, ושוב אמרינן דלא נתבטלה הגזילה בלי שיוודיעו לבעלים, ונמצא שהדין דעת כאן פועלת דממילא יתבטל הגזילה.

תמיהא רבתי בפלוגתא ר"ע ור"י אי בעי דעת או לא, דאיך קיי"ל גם כרבי יוחנן דא"צ דעת בהשבת גזילה שלא מדעת וגם כר"ע דצריך דעת בהשבה בשומר שגנב שלא מדעת.

והנה - בסוגי' כאן נחלקו בגונב טלה מן העדר וסלע מן הכיס – דדעת רבי ישמעאל "למקום שגנב יחזיר" ודעת רבי עקיבא "צריך דעת בעלים" – ונקטו בסוגי' דמירי בשומר שגנב מרשותו אי צריך השבה מדעת, ובזה נחלקו ר"ע ור"י, וכ"ה מסקנת הסוגי' [שם] דב"ק, אף דלא מפורש כן בדברי ר"ע ור"י דמירי בזה - אכן כן הסיקו בב"ק [שם], והכא נחלקו האם צריך דעת בעלים או לא.

וכפשוטו היה נראה מסברא דא"צ כיון דגזילה שלא מדעת היא, והרי כך נקטינן דבגזילה שלא מדעת א"צ דעת בעלים, [ובבע"ח יש להסתפק אי חשיב הכא שלמדו לצאת מהעדר או לא בגוונא דשומר, וכבר דן בזה הרשב"א בב"ק [שם ד"ה ור"ע] עייש"ה דמתחילה פשיטא ליה דלא למדו, אכן שוב דחה שתלוי מה עשה לו בזמן שגנבו, אכן הכא עכ"פ מירי גם בסלע שודאי לא צריך דעת], ולפי"ז צ"ע שיטת ר"ע שמצריך דעת בעלים בשומר שגזל.

ויותר מזה קשה, דר' יוחנן עצמו ס"ל דא"צ דעת בעלים והוא פסק כר"ע בסוף פירקין דצריך דעת בעלים, וכעין זה קשה נמי ברי"ף, דמצד אחד פסק כר"ע דצריך דעת בעלים ומאידך פסק כר' יוחנן דא"צ דעת בעלים, [ע' ביאור הגר"א סי' שנ"ה].

עו"ק דמבואר בסוגי' בב"ק [שם] דשורש פלוגתא ר"י ור"ע הוא האם כלתה שמירתו ע"י הגזילה או לא, ולא איתברר מה זה שייך לפלוגתתם האם בעינן דעת בעלים או לא, וצ"ב.

דרכו הרמב"ן ור"ף ור"ן דנחלקו בעיקר הדין שמירה האם כלתה או לא, ואין זה שייך להלכתא דדעת בהשבה.

וביאר הנמו"י בב"ק [שם] בשם הרמב"ן, דביאור שיטת ר"ע כמבואר שם בגמ' ד"כלתה שמירתו" - ולפי"ז כוונת ר"ע לומר שחסר בעיקר קיום הדין השבה, שהרי כל מה דמהני השבה לשומר הוא משום דרשות שומר כרשות בעלים, ושפיר חשיב השבה לבעלים בהשבה לרשותו של השומר, אבל אי כלתה שמירתו ע"י הגזילה, שוב ליכא השבה, זו שיטת ר"ע, ובזה גופא חולק ר"י דס"ל דלא כלתה השמירה הלכך שפיר חשיב השבה.

ונמצא, שמה שפי' ר"ע "צריך דעת בעלים", אין זה שייך כלל וכלל לדין דעת בעלים הכללי בהלכות השבה, אלא דהכא חסר בעיקר ההשבה בלי שיהיה כאן דין 'דעת בעלים', שהרי מעולם לא הוחזר ולא הושב לרשות הבעלים, ודו"ק, ועיין היטב ברי"ף כאן¹⁶⁶ שמפורש כן בדעת ר"ע, וכ"ה בחידושי הר"ן כאן בסוגיין, וכן הוא ברשב"א בב"ק [שם].

ואחרי דאתינן להכי – דפליגי אי חסר בעיקר ההשבה – שוב איכא נפ"מ למעשה באופן שיחזיר את זה לרשות עצמו שכבר אינו רשות הבעלים – האם מתקיימת השבה כשהוא מחזירו לרשות עצמו או לא, וכיון שלדעת ר"ע ליכא בזה השבה – שוב בעי דעת בעלים כדי שהבעלים יחשיב את ההשבה כהשבה על ידי דעתו, ודו"ק.

נחלקו ר"ע ור"י האם רשות גזלן מבטלת את הרשות שומר וכבר ליכא השבה כלל בלי דעת בעלים – או דדין יד שומר כיד בעה"ב מעולם לא בטל.

ובביאור שורש פלוגתת ר"ע ור"י י"ל דפליגי אי כשחיילא רשות גזילה עם קניני גזילה, ומחזיקו השומר בתורת גזילה, האם פקע בזה הדין יד שומר כיד בעה"ב או לא, דהדין יד שומר כיד בעה"ב אינו אלא מחמת זה שהוא מחזיקו עבור הבעלים, והרי השתא הוא גזלן, ופשוט שכעת הוא כבר לא מחזיקו עבור הבעלים, זו דעת ר"ע, ומאידיך י"ל דסו"ס אכתי חייב לשומר והחובת שמירה מחילה דין יד שומר כיד בעה"ב ונמצא דגוף הדין יד שומר כיד בעה"ב מעולם לא פקע – אף שהוא מחזיקו בפועל בתור גזלן, ונמצא שהוא גם גזלן וגם שומר כהדדי – זו שיטת ר"י – זה שורש פלוגתתם.

דרך נוספת בנמו"י בשם הרמב"ן, דהכא לר"ע מדין דעת בעלים בהשבה אתינן עלה.

אולם בנמו"י [שם] הביא דרך נוספת בביאור שיטת הרמב"ן, וביאר את דברי ר"ע באופ"א – וכדלהלן:

דזה ודאי דתחילת פלוגתתם הוא כנ"ל אי כלתה שמירה והדין יד שומר כיד בעה"ב או לא, אלא דאחרי דפליגי ר"ע ור"י אי רשותו כרשות שומר, ולפי ר"ע אין השבה כלל לבית השומר, ודלא כר"י דנקט דאיכא השבה לרשות הבעלים, שוב מוסיף ר"ע הלכה כללית בהלכות דעת בעלים בהשבה, והיא – דמעתי כבר צריך דעת בעלים מדין והשיב, דמעתי רק שייך קיום דין והשיב אם ישיב לבית בעלים עצמו, וממילא דאין זו השבה לאותו מקום שממנו גזלו – והוי כמו השבה מעדר לעדר – ובכה"ג גם ר' יוחנן מודה שלא נתבטלה הגזילה ע"י ההשבה, ובאופן כזה שפיר צריך דעת בעלים – שזה הריה דין כללי של דעת בהשבה, וא"ש דברי ר"ע, ודו"ק.

הרי לנו דאיכא נפ"מ טובא בין הנך ב' דרכים בביאור שיטת ר"ע, דלדרך הראשונה – ברי"ף ובר"ן – הרי אין הדין דעת בהשבה שייכת לעיקר הדין דעת בהשבה, אלא דדין בפני עצמו היא דלולי הדעת הוא באמת לא השיב כלל – והדעת אינה אלא כ'מין הסכמה' שהוא מוכן שישב כך, אכן לדרך השניה שמבואר ברמב"ן – הרי שפיר שייכא להך דין כללי של דעת בהשבה, ואדרבה, נתחדש הלכה בעיקר הדין השבה, דבמחזירו למקום אחר שוב לא הוי ביטול הגזילה, דהכא הגזילה במקומה עומדת, וההשבה מיקרי קיום דין השבה בגזילה אף שהגזילה היתה שלא מדעת –

¹⁶⁶ וז"ל הרי"ף "אלא מיהו כי קסבר ר"ע וכו'", ובהמשך כתב ד"לר"ע כלתה שמירתו ולפיכך צריך דעת בעלים, דהא איהו לאו במקום בעלים קאי, וכאילו לא החזיר דמי דעדיין ברשותיה קיימא, אבל גנבה מעלמא לא איפליגו בה ר"י ור"ע".

וכדלעיל בגזילה מעדר לעדר, והדרא לדוכתא ההלכה הכללית של דין דעת בהשבה – דנתחדש שכאן ההשבה שמה השבה.

ביאור פלוגתת ר"ע ור"י דפליגי אי כלתה שמירתו או לא, ושורש פלוגתתם אם איכא השבה [ובעי דעת] או דנתבטלה הגזילה [ולא בעי דעת].

ומעתה יבואר נמי שורש פלוגתת ר"י ור"ע, דלדעת ר"י מבואר דא"צ דעת בעלים, ומבואר בסוגי' בב"ק שם דס"ל דלא כלתה שמירתו, והביאור פשוט.

דלדעת ר"י דלא כלתה שמירה, א"כ מה שא"צ דעת בעלים הוא משום שיש ביטול בהגזילה, [דגזילה שלא מדעת בעלים הוא], ובביטול הגזילה אין הלכה של דעת בעלים כלל, דאי כל מה דבעי דעת בעלים לר"ע הוא משום שסובר שאין כאן השבה כלל כיון דרשות השומר כבר אינו רשות בעלים דיד שומר כיד בעה"ב, א"כ לרבי ישמעאל דס"ל דלא כלתה שמירתו, א"כ רשות השומר היא רשות בעלים, ושוב לא בעי דעת כלל, דאין זה השבה אלא ביטול הגזילה, ודו"ק.

פרק ב'

שיטת רש"י בסוגיין.

מבאר את שיטת רש"י עפ"י דרכו של הרמב"ן.

רש"י בסוגי' כתב בביאור שיטת ר"ע – "והשבה בלי ידיעה לאו השבה היא", ויש לעיין בביאור שיטתו.

דהנה, לעיל הבאנו ב' דרכים בביאור שיטת ר"ע, דרכו של הרי"ף והר"ן דאין כאן השבה כלל, דלא החזירו לרשות בעלים, והא דבעינן דעת היינו משום דבלאו הכי הוא לא השיב כלל, ודרכו של הרמב"ן הוא דמיירי שהוא השיב לרשות הבעלים, וכיון שהוא השיב לרשות הבעלים שוב בעי דעת, דמדיני השבה שצריך דעת כשלא השיב לאותו מקום שגזלו ממנו.

ומלשון רש"י שכתב "והשבה בלי ידיעה לאו השבה היא" – מלשון זה מבואר דהכא מיירי ר"ע בהלכה כללית של דעת בהשבה, ודלא כהרי"ף שחסר בעיקר הדין והשיב כיון דלא השיב לרשותו כלל.

ובביאור שיטת רש"י צ"ל דס"ל כהרמב"ן, וכוונתו דאם יחזירו לרשות הבעלים אכתי איצטרך דעת בעלים, דהשבה למקום אחר חשיבא השבה ואין בו ביטול הגזילה, וממילא דהשבה צריך דעת בעלים.

אכן סו"ס אכתי ק' דא"כ למה כתב רש"י שיש כאן 'כלל' – והוא – שהשבה צריכה דעת, הרי בהשבה לאותו מקום שממנו גנבו לא בעי דעת בהשבה, [שהרי מיירי בגזילה שלא מדעת], ורק הכא בעי דעת כיון שהשיבו למקום אחר, וא"כ איך כתב רש"י בפשיטות דאיכא הלכה פשוטה וברורה – "השבה בלי ידיעה לאו השבה היא", וצ"ע.

אכן לפי דברינו לעיל בביאור דברי הרמב"ן א"ש היטב – הרי ביארנו דלפי הרמב"ן נתחדש דהשבה שא"צ דעת חשיבא כביטול הגזילה וכמעולם לא נגזלה, וממילא דא"כ כבר אין בזה קיום דין של "והשיב", וזה בגדר "השבה מחודשת" – סוג השבה שמבטלת את גוף הגזילה.

וממילא דכוונת רש"י היא, דהיות ולר"ע כלתה השמירה – הרי שוב לא שייך ביטול הגזילה, וממילא דכבר בעי השבה וחיילא בהשבה זו 'תורת השבה', ושוב פשוט למה צריך דעת, דהשבה עצמה שיש בה קיום דין השבה תמיד בעי דעת, ודו"ק.

כן נראה בביאור רש"י – אלא דעדיין חידוש הוא – דסו"ס חסר בעיקר דברי רש"י – דלמה לא טרח להאריך לבאר עיקר חילוק זה – דדווקא הכא הגזילה היא שלא מדעתו – ודווקא הכא לא נעקרה הגזילה בהשבה אף דתמיד בגזילה שלא מדעת שפיר נעקרה ושפיר נתבטלה כל הגזילה ולכן תמיד ליכא דין דעת.

מוכיח מרש"י שחולק על הראשונים בתרתי, דס"ל דגם בגזילה שלא מדעת איכא דין דעת בהשבה, ועוד, דלרש"י כו"ע מודי דלא נתבטלה הרשות בעלים מהשומר.

ובאמת דיתירא מזה קשה, דכבר נתבאר לדרכם של הראשונים דעת ר"י דלא כלתה שמירה, וממילא דא"צ דעת בעלים משום שיש ביטול הגזילה, [דגזילה שלא מדעת בעלים הוא], ובהשבה מדין ביטול הגזילה אין הלכה של דעת בעלים כלל, והיינו דאי כל מה דבעי דעת בעלים לר"ע הוא משום שסובר שאין השבה כיון דרשותו אינו רשות בעלים, א"כ לרבי ישמעאל שזה רשות בעלים דלא כלתה השמירה, שוב לא בעי דעת כלל.

אכן ברש"י בב"ק [ק"ח: ד"ה ור"י סבר] כתוב מפורש לאידך גיסא, דכתב דלדעת ר"י הא דא"צ דעת בעלים הוא משום דאדרבה, דבאמת נתקיים הדין דעת בעלים דדעת השומר כדעת הבעה"ב, ונתקיים הדין דעת ע"י השומר עצמו.

הרי דמדבריו מבואר איפכא מדעת הרמב"ן והראשונים, דמדבריו מבואר שיש דין דעת בעלים, אלא דדין זה נתקיים ע"י דעתו של השומר, וכלשונו "אכתי שומר הוא וסגי בדעת ידיה", הרי בהדי' דחולק על הרמב"ן.

ומעתה ברור דכוונת רש"י בסוגיין דכתב דלר"ע "והשבה בלי ידיעה לאו השבה היא", דכללא היא, ולא דוקא משום דכלתה השמירה וליכא השבה.

ובאמת דכ"כ בהדי' ברש"י [שם ד"ה ה"ג אמר רב זביד] שמפורש דכו"ע ס"ל דבעינן דעת בעלים גם בר"ע, ועיין בהערה ¹⁶⁷ במה שיש לתמוה בדברי רש"י שם, עכ"פ מוכרח א"כ דרש"י פליג על הראשונים בתרתי.

א [הראשונים למדו דר"י ור"ע ס"ל דא"צ דעת בעלים בהשבה בגזילה זו כיון שהיא גזילה שלא מדעת, ורש"י ס"ל דאף דחשיב גזילה שלא מדעת, אכתי בעי דעת בעלים, [וא"א לומר שרש"י ס"ל כשלטי גיבורים דדעת שומר עושה דחשיב גזילה מדעת, הילכך צריך דעת בהשבה, שהרי רש"י כתב מפורש דהו"ל גזילה שלא מדעת ומהני דעתו רק להחשיבו כהשבה מדעת].

ב [הראשונים למדו דהנידון בסוגי' אי כלתה שמירה וממילא דאין כאן רשות בעלים, וממילא דליכא השבה כלל, ושוב ממילא דבעי דעת בעלים, אכן רש"י ביאר דשורש שיטתו מדבעינן דעת בעלים, וע"כ דלמד דודאי שיש כאן רשות בעלים, דרשות בעלים ודאי דלא כלתה ע"י הגניבה, ולכן כל הנדון הוא רק בדין דעת בעלים.

הרי לנו דלרש"י פלוגתת ר"ע ור"י אי כלתה שמירה רק נוגע לדעת בעלים, ולדידיה כל הנדון בסוגי' הוא רק בהלכות דעת בעלים, והיינו דהאם כלתה שמירה ולכן אין דעת השומר כדעת בעלים או דלא כלתה השמירה ודעת שומר כדעת בעלים.

מתמה טובא בשיטת רש"י דחידש דדים דעת שומר תלוי אי כלתה שמירתו ותלוי נמי באומדנא אי מהימן ליה.

אכן עיקר שיטת רש"י צ"ב, ואיכא בזה כמה וכמה תמיהות, ונבארם אחד אחד:

א [מה ענין כלתה שמירה לדין דעת בעלים, ומה שורש פלוגתתם בזה, הרי לכאור' דינא דדעת בעלים הוא דין כללי בכל גניבה, ומה זה שייך לשומרים ולכלתה שמירתו.

ב [למה בכלל בעי דעת בעלים הא הכא הגזילה היא גזילה שלא מדעת, ובגזילה שלא מדעת א"צ דעת, ואין לומר כראשונים דכבר בטלה כל הרשות בעה"ב, דרש"י חולק ולדידיה כל הנדון בסוגי' הוא רק מצד דעת בעלים.

ג [עיקר דברי רש"י בב"ק תמוהין דעיי"ש ברש"י [שם ד"ה ר"ע סבר] שכתב שהסיבה למה לא מהני דעת שומר לר"ע הוא משום, ש"כיון שנעשה גנב כלתה שמירתו ותו לא מהימן ליה", ודבריו

¹⁶⁷ דבאמת דברי רש"י קשין, שרש"י כתב דהא דבעי דעת בעלים הוא משום דס"ל כר' חסדא, וזה צ"ע דר"ח רק קאי בבב"ח, ועין בפנ"י דכוונתו לרב ושמואל, אכן כ"ז צ"ע דהא ר' יוחנן פוסק כר"ע, וצ"ע, אכן סו"ס מפורש ברש"י דבעי דעת בעלים גם לר"ע, וזה יבאר להלן בדרך חדש.

צ"ב דמה ענין 'כלתה שמירתו' לזה שאינו נאמן לו, אטו נאמנותו תלויה בזה שכלתה שמירה או לא.

ד] עוד קשה, אטו רבי ישמעאל ור"ע פליגי באומדנא אי נאמן לו או לא, ועיין היטב במגיה בתרוה"כ [סי' רצ"ב ס"ק ב'] שכבר נתעורר בזה, ויתירא מזה, הרי הפשטות כר"ע דאינו נאמן לו אחרי שגזלו.

ה] עוד תמוה טובא שיטת רש"י דהביא את שיטת רב חסדא, דס"ל דבעי דעת, ויש בזה כמה תמיהות, וכדיבואר בהמשך דברינו.

מבאר את שיטתו בביאור חדש בשיטת רש"י, דבטלה הדין דעת שומר כדעת בעה"ב.

והנראה בזה, ונקדים, דזה ודאי דרש"י למד כהסמ"ע דגם בגזילה שלא מדעת בעלים איכא דין דעת, אלא דתמיד דין זה מתקיימת מאליה, כיון דממילא ממשיך לשמור את החפץ, שהרי הוא לא ידע שנגנב, אלא דאכתי קשה דא"כ למה לא יתקיים הדין דעת בזה שהשומר עצמו ממשיך לשמור, ועיין בסמ"ע [שם ס"ק ה'] דלשיטתו נתקשה בקושי' זו, ולשיטתו יישב דתו לא מהימן ליה, והן הן דברי רש"י בב"ק דבאמת בעי דעת וכשיטתו דתמיד בעי דעת גם בגזילה שלא מדעת, אלא דתמיד איכא דעת ממילא והכא כבר לא מהני דעת השומר דלא מהימן ליה.

הרי דרש"י והסמ"ע קאי בשיטה אחת, אלא דאכתי לא נתיישב כל שיטת רש"י בזה, וכדהקשינו לעיל.

אלא דאחרי הקדמה זו נמשיך בביאור שיטתו, דהנה לדעת הראשונים דינו של ר"ע "הלכה היא", והיינו דע"י דחיילא רשות גנב שוב בטלה דיני שומר לגמרי, וממילא דכבר בטלה הדין יד שומר כיד בעה"ב לר"ע שהרי הוא מחזיקו כגנב.

אכן לרש"י אינו כן – דלא בטלה הדין שומר לגמרי אלא שהדין ביטול בשמירה בטלה לצדדין, והגדר כך, שכלפי עצם ההחזקה בתורת שומר לא בטלה – ונמצא שהרשות שומר בתור רשות בעלים עדיין במקומה עומדת ומעולם לא נתבטלה – ועצם ההחזקה בתורת שומר במקומה עומדת, אלא דלענין אחר נתבטלה הדין שומר כבעה"ב, והוא – דכבר לא אמרינן דדעתו כדעת בעה"ב, ולרש"י זהו כל הדין כלתה שמירתו.

והיינו – דבגזילה דעלמא – שגזלו 'אחר' מבית השומר והחזירו לשומר – הרי הכא אמרינן שדעת שומר כדעת בעה"ב לענין השבת הגזילה, ופשוט – שהרי זה חלק מהדין יד שומר כיד בעה"ב דממילא דגם דדעתו כדעת בעה"ב לגבי קיום דין השבה, אכן כל זה בגנבו אחר – אבל כשהוא עצמו הגנב אז בטל הדין שומר שלו לענין זה, וממילא דכל הנדון הוא שדעתו יהיה כדעת בעה"ב מצד עצמו, דיתכן דהבעה"ב יסמוך עליו לענין זה שדעתו יחשב כדעת בעה"ב – בלי דין שומר אלא בתור כעין שלוחו בזה – ועל זה הוצרך רש"י להוסיף דסו"ס לא מהימן ליה בזה כיון שגזלו.

והיינו דנאמר כאן ב' דינים ברש"י, דאחרי דפשיטא ליה כהסמ"ע דבעצם גם בגזילה שלא מדעת בעינן דעת בעלים, שוב ביאר דאיכא ב' דינים לר"ע למה לא מהני דעת השומר, דכלפי עצם הדין דדעת שומר כדעת בעה"ב, דין זה כבר אינו, דזה כבר נתבטלה מדין יד שומר כיד בעה"ב, וזהו שכתב רש"י דכבר כלתה שמירתו, וכמפורש בסוגי', וכלפי זה שדעתו יהני מצד עצמו, על זה הוסיף רש"י דכבר לא מהימן ליה, והן הן דברי הסמ"ע דג"כ כתב דלא מהימן ליה.

מוכיח כן מפלוגתת ר"י ור"ע דע"כ דלא פליגי באומדנא אי מהימן לו או לא, רק דפליגי אי אכתי דין שומר עליו לענין דעתו כדעת בעה"ב או לא.

וכל זה מוכרח מיניה וביה מגוף פלוגתת ר"י ור"ע, דכבר הבאנו להקשות, דבשלמא לדעת הרי"ף, הרי פליגי ר"ע ור"י אי כלתה רשות שומר או לא, אכן לרש"י קשה דאטו נימא דפליגי באומדנא.

ולהנ"ל ניחא, דיעויין היטב בדברי רש"י בדעת ר' ישמעאל [בב"ק שם] שכתב ד"עדיין הוא שומר עליו וסגי בדעת ידיה", והיינו דלא חולק על ר"ע לומר דמהימן, אלא דס"ל דסגי במה שלא נתבטלה הדיני שומרים כדי שנוכל לסמוך על דעתו שהחפץ חשיב כהושב לדעת הבעלים, והיינו כנ"ל, דלרש"י לא נחלקו באומדנא אלא בדין, דמודה דאינו סומך עליו, אכן אין נפ"מ אי סומך עליו או לא – דסו"ס הדיני שמירה קובעים שדעתו כדעת בעלים בהשבה.

תוספת ביאור בשורש פלוגתת ר"ע ור"י עפ"י הסמ"ע דכל הדין דעת הוא שיהיה שמור לבעלים.

ונראה להוסיף תוספת ביאור בזה, דלכא' אכתי קשה, שאם יש כאן דין דעת וידיעה של הבעלים על ממונם, א"כ בפשיטות נראה כר"ע דאינו נאמן לו אחרי הגזילה ואיך מהני בזה דעת השומר, ומה יהני בזה דין דעת שומר כדעת בעל הבית, הא סו"ס לא מהימן ליה.

ובביאור הדברים נראה להקדים ביסוד דברי הסמ"ע שהבאנו בתחילת דברינו, דביאר את עיקר הגדר בדין דעת בהשבה והוא דבעינן דממונו יהיה "שמור לבעלים", דכל בעלים שומר ממונו מדעתו והשבת הגזילה הוא להחזירו להך מצב להיות שוב "שמור לבעליו" - והסמ"ע למד דזהו החילוק בין גזילה מדעת לגזילה שלא מדעת - ומעתה נראה דס"ל לר' ישמעאל דכיון דלא בטלה מיניה דיני שומר כלל וכלל, והלכות שמירה מחייבים אותו לשומר, א"כ שוב חשיב הממון כשמור לבעלים ע"י דעת השומר - דדעתו לשומר לבעליו מחמת הדין שמירה.

והיינו דלולי דברי הסמ"ע היינו יכולים לומר שיש כאן דין דעת בעלמא דבעינן ידיעה של הבעלים על ממונם, ובפשיטות אינו נאמן לו אחרי הגזילה ואיך מהני דעת השומר, אכן כיון דכל הדין דעת הוא רק שיהיה שמור לו א"כ ודאי דשומר שחייב לשומר מהני לענין זה.

ור"ע חולק וסובר דבטלה לה דיני שומרים לגבי הדין דעת בעלים שיהא דעתו חשיב כדעתו, דזה נתבטלה ע"י הגזילה כמו שכל הדין יד שומר כיד בעה"ב נתבטלה לרמב"ן ורי"ף, וכל מה שיש לדון הוא דיתכן דסומך עליו ודעתו מהני מצד עצמו, ועל זה הוסיף רש"י דכבר איכא אומדנא דאינו סומך עליו, ודו"ק, ונמצא דר"י לא פליג בעיקר האומדנא, רק דלדידיה אכתי מהני הדין דעת מצד ההלכות שמירה.

ביאור פלוגתת הש"ך וסמ"ע האם מהני השבה שלא מדעת בעלים לר"ע היכא דשומר עשה תשובה, דנחלקו בפלוגתת רש"י והראשונים.

ונראה להוכיח עוד דהסמ"ע קאי בשיטת רש"י ואיכא בזה נפ"מ לדינא בשומר שעשה תשובה, דיעויין בש"ך ובסמ"ע [סוף סימן שנ"ה] דפליגי אי שומר שעשה תשובה אי מודה ר"ע דמהני להשיב לרשות עצמו שלא מדעת בעלים או לא, והש"ך ס"ל דכבר כלתה השמירה ולא מהני עוד.

וכפשוטו היה נראה דפליגי בזה, דהסמ"ע ס"ל כרש"י דכל הדין כלתה הוא רק לענין דעת בעה"ב דאין דעתו דשומר מהני, וע"ז מהני שפיר לחזור בו ע"י תשובה, דכבר הדרא לן האומדנא, ושוב איכא השבה מעלי' לרשות בעה"ב, דלגבי עצם ההשבה נקטינן דיד שומר כיד בעה"ב, דלענין זה מעולם לא כלתה השמירה, והיינו כרש"י, והש"ך חולק וס"ל כהרי"ף דבטל הדין רשות שומר, וכיון דבטלה תו לא הדרא, וליכא השבה כלל – ואי ליכא השבה כלל שוב לא יהני בלי דעת בעלים – ומה מהני בזה תשובה.

מתמה טובא בשיטת רש"י דקאי לרב חסדא, וקשה דר"ח קאי בבע"ח.

יש כאן תוספת דברים בביאור שיטת רש"י בסוגי':

הבאנו לעיל את דברי רש"י בב"ק שכתב בפלוגתת ר"ע ור"י דקאי בשומר שגנב, דקיי"ל כר' חסדא דגזילה שלא מדעת צריך דעת, הלכך כו"ע מודי הכא דבעי דעת, ורק נחלקו האם דעת השומר כדעת הבעלים, דאי כלתה שמירתו שוב אין דעתו כדעת בעלים, כן מבואר ברש"י.

ועיקר דבריו שכתב דבעי דעת מדרב חסדא צ"ב בתרתי:

א [ר"ח רק קאי בבע"ח, דבע"ח למדו לצאת מהעדר הלכך בעי דעת בהשבה, וזה מאד תמוה שהרי ר"ע ור"י קאי גם בסלע מן הכיס, ובכה"ג ליתא לרב חסדא – וצע"ג.

ב [א"א ליישב דבסלע קיי"ל כרב ושמואל דצריך דעת בעלים, וכמוש"כ הפנ"י [שם], דר' יוחנן בסוף המפקיד [מ"ג:] עצמו פסק כר"ע, ור' יוחנן כאן ביאר את פלוגתת ר"י ור"ע בשומר [כאן בסוגי'], וכקושי' הגר"א [סימן שצ"ה].

מיישב עפ"י הנ"ל – דרכו של רש"י עפ"י הסמ"ע למדנו משיטת ר' חסדא.

והנראה בזה, די"ל דרש"י למד דבר"ח נתחדש חידוש בעיקר הדין דעת בהשבה חוץ מהדין המסויים בבע"ח, וזה עפ"י פלוגתת הרמב"ן וסמ"ע בריש דברינו, ונבאר את הדברים בעזה"ת, ויבאר שוב דרש"י למד ע"ד הסמ"ע.

דכבר הבאנו את פלוגתת הרמב"ן וסמ"ע בהשבה שלא מדעת בעלים בגזילה שלא מדעת בעלים, וביארנו דלדעת הרמב"ן איכא שני דיני השבה, דבגזילה מדעת איכא קיום דין השבה ואיכא דין דעת בהשבה, ובגזילה שלא מדעת ליכא דין השבה כלל דהכא נתחדש דנתבטל כל הדין גזילה, וממילא דלא מתקיים הדין השבה מדעת, דא"צ דין דעת היכא דליכא דין והשיב, אכן לסמ"ע אדרבה, לדידיה שפיר איכא דין השבה גם בגזילה שלא מדעת, אלא דמתקיים הדין דעת בהשבה ממילא, דממילא נהיה החפץ שמור לבעלים.

ומעתה נראה לומר דרש"י הוכיח כדרכו של הסמ"ע דווקא משיטת רב חסדא, והיינו כך, דלולי ר' חסדא י"ל דהחילוק בין מדעת לשלא מדעת הוא כהרמב"ן דבגזילה שלא מדעת רואין כאילו לא היתה גזול, ומה"ט לא חילקו בבעלי חיים, דמה אכפת לן מה שיצא בע"ח ממקומו, הא סו"ס נתבטלה הדין גזילה, ורק כשיש גזילה ויש השבה אז נאמר דין שצריך להיות אחראי שלא יצא ממקומה, ודו"ק.

ורב חסדא שחידש את החילוק בבע"ח, ע"כ משום דס"ל דביסוד הדין ודאי דצריך השבה תמיד - ותמיד איכא דין דעת, גם בגזילה מדעת גם בגזילה שלא מדעת, אלא דהא דבפועל לא בעינן דעת בגזילה שלא מדעת היינו משום דס"ל כהסמ"ע דהדין דעת הוא רק כדי שיהא שמור לבעלים, וזה נתקיים ממילא ע"י השבה גם בלי להודיעו, וכנתבאר לעיל.

ולפי"ז בבע"ח שאינו שמור לבעלים אינו כן, והדרא דינא דבעינן דעת בפועל, ונמצא בדברי ר"ח למדנו דתמיד יש דין דעת, אלא דבסלע מתקיימת הך דין מאליו, והיינו כהסמ"ע.

[ולעיל [פרק א'] ביארנו למה באמת גם לרמב"ן לא קשה שיטת רב חסדא ומודה דבעינן דעת בבעלי חיים, אבל עכ"פ בדעת רש"י י"ל שהוא למד דלפי דרכו של הרמב"ן ליתא לדינא של רב חסדא, ודו"ק].

ומעתה מיושבים היטב דברי רש"י, דרק אחרי דלמדנו מרב חסדא דביסוד הדברים איכא דין השבה ואיכא דין דעת, שוב י"ל כדברי ר"ע בהשבה, דנתבאר לעיל בר"ע שיש אומדנא דלא מהימן, דכבר אינו שמור לבעליו ע"י השומר, ובטלה הדין דעת שומר כדעת בעה"ב, וזה מחייב דעת בעלים גם בסלע שלא מדעת, וכל זה נתחדש אחרי דקיי"ל כהסמ"ע, והיינו דביסודו נקטינן דיש דין דעת רק דתמיד מתקיימת מאליו, והשתא י"ל דבר"ע נתחדש דלא נתקיים הך דין דעת כיון דכלתה שמירתו לענין דעת הבעלים, והרי איכא אומדנא דלא מהימן כבר לבעלים לעשותו שמור עבורו, ואתי שפיר מה כתב רש"י דקיי"ל כר"ח דבעינן דעת בעלים, ודו"ק.

פרק ג'

גמ' "אלא אפילו לא ייחדו".

ביאור החילוק בין ייחדו לו מקום ללא ייחדו לו מקום לדרכו של הרי"ף.

מבואר כאן בגמ' דגם לר"י וגם לר"ע יש סברא לחלק בין פקדון שייחדו לו מקום לפקדון שלא ייחדו לו מקום, והיינו דלר"י דלא בעי דעת בעלים איכא חידוש דגם בלא ייחדו לו מקום דלאו מקומה היא דאכתי לא בעי דעת, ולר"ע דבעי דעת בעלים איכא חידוש דגם בייחדו דמקומו היא - אכתי בעי דעת בעלים.

ולכא' קשה, דמה שייך יחוד לכלתה הרי שורש פלוגתת ר"ע ור"י מבואר בב"ק דפליגי אי כלתה שמירתו או לא, ובזה ליכא נפ"מ בין ייחדו ללא ייחדו, ויתירא מזה קשה לדעת רש"י דהוסיף בזה את האומדנא דשוב לא מהימן, דמה כל זה שייך לדין ייחדו ולא ייחדו.

והנראה בזה דלדעת הרי"ף וראשונים דבדין כלתה שמירתו נאמר דבטלה לגמרי הדין רשות בעלים, א"כ יש מקום לומר דע"י היחוד מקום השאילו לו מקום, וא"כ גם אם אינו שומר אכתי חשיב השבה לרשות הבעלים, ולא אכפת לן בזה הדין כלתה שמירתו, וא"כ שפיר י"ל דלעולם ר"י

ס"ל כלתה ורק ביחדו לו מקום חולק על ר"ע דחשיב השבה לרשותו, וכן י"ל בר"ע דמודה בייחודו לו מקום לר"י אף דבעלמא ס"ל כלתה, ודו"ק, ומה דלפי האמת לא מהני השבה להך רשות, צ"ל בפשיטות דאין הבעלים רוצה שיעשו השבה לרשות שלו בתוך ביתו של שומר אי כלתה שמירתו.

מתמה בזה בשיטת רש"י, ומבאר שיטתו דגם בשיטת הסמ"ע יש מקום לומר שיש ב' סוגים של השבה.

אכן כל זה לשיטת הרי"ף, אכן לדעת רש"י דנחלקו בדין כלתה שמירתו רק לענין הדין דעת שומר כדעת בעה"ב, א"כ מה ענין זה לייחוד מקום.

ונראה דרש"י לשיטתו נתקשה בזה דיעויין שם בדבריו שביאר דאיכא חזרה גמורה כיון שהחזירו למקומו.

והיינו דרש"י למד דביחדו ולא יחדו, אין הנפ"מ אלא דבלא יחדו ליכא חזרה גמורה כיון דמיירי שהחזירו למק"א, דכך היא הרגלות היכא דלא יחדו לעשות כן, או דנימא באופן אחר - דבלא ייחדו לא שייך השבה למקומה הלכך השבה לכל מקום חשיבא כהשבה שאינה גמורה, ודווקא בהחזיר למקומו הו"ל השבה גמורה ומהני בלי דעת.

אולם אכתי לא איתברר החילוק למה בהשבה גמורה א"צ דעת בעלים, וכפשוטו היה נראה עפ"י סברת הרמב"ן דלאותו מקום נתבטלה הגזילה ואינו דין השבה רק ביטול הגזילה הלכך א"צ בזה דעת, וממילא דשפיר י"ל דאף אי אין דעתו כדעת הבעלים דאעפ"כ לא אכפת לן דסו"ס א"צ דעתו כלל כיון דאין כאן השבה, ודו"ק.

אולם כבר נתבאר דרש"י קאי בשיטת הסמ"ע דגם בגזילה שלא מדעת ליכא דין ביטול הגזילה, ותמיד בעי דעת, אלא דנתקיים הדין דעת מאליה, וזה לא קשה, דיתכן דביסוד הדברים מודה הסמ"ע לעיקר האי סברא דשייך ביטול הגזילה לענין זה דלא בעי דעת, אלא דס"ל דבכל גזילה שלא מדעת ליכא ביטול הגזילה בהשבה, [ובזה חולק על הרמב"ן], רק דהכא ס"ל לרש"י דקס"ד דבייחוד מקום איכא השבה גמורה לענין זה דדינו כביטול הגזילה, וממילא דשוב לא בעי דעת בעלים בהשבה.

דרך נוספת ברש"י בחילוק בין ייחד מקום ללא ייחד מקום.

אכן נראה דאיכא לבאר בזה באופן אחר, והביאור כך:

כבר נתבאר לעיל ברש"י דעיקר האי דינא דכלתה שמירתו היינו לענין דכבר לא אמרינן בזה דדעת שומר כדעת בעה"ב, ונראה דיתכן לומר דכל זה בלא ייחדו לו מקום דאז כל הדעת שמירה היא רק של השומר, אכן בייחדו לו מקום, הכא י"ל דגם הדעת בעה"ב מצטרפת לדעת של השומר להשוותו כפקדון שמור, שהרי הבעלים ייחדו לו מקום שמירה בבית השומר, הרי דדעתו מצטרפת להאי שמירה.

וי"ל דזו עומק כוונתו, דתמיד בעינן השבה למצב של שמירה, שיהא שמור לדעת בעה"ב, וזה תמיד מתקיים ע"י דעת השומר אי לא כלתה לו שמירתו לענין זה, והכא בהשבה למקום שהבעלים ייחדו לעצמם, הכא מצטרפת הדין דעת בעלים לזה, הלכך מהני.

אולם לשון רש"י לא משמע כן - דלמה כתב דהוי השבה גמורה, יותר הוי ליה למימר דנתקיימה הדין דעת בעלים, ואכתי צ"ע.

הערה בתוס' [ד"ה אי ר"י].

עיין במהרש"א, ומבאר שיש סברות הפוכות - דר"י אמר דינו דוקא בלא יחדו הואיל ולא שינה ממקום הבעלים, וצ"ב הסברא בזה.

ונראה ע"ד הרמב"ן הנ"ל דהואיל ושומר יכול לטלטלם בלי לגזול, דכל מקום מקומו הוא, שוב י"ל דאחרי ההשבה שפיר י"ל דרואין כאילו לא נגזל דלא רואים מעשה הגזילה כלל, רק טילטול דשומר, ודו"ק.

סימן ל"א

בחידוש בשליחות יד

ובדין צריכה חסרון,

ובדין יד שומר כיד בעה"ב לעכב דין גזילה.

פרק א' דרכו של התרומת הכרי בביאור פלוגתת הראשונים בעיקר חידוש בשליחות יד, אי מצד "מקצתה ככולה" אי מצד דשייך פרשת גזילה בשומרים, ומביא ה' נפ"מ בזה. < הקדמה. > בדברי רש"י דהחידוש בשליחות יד הוא רק דמקצתה ככולה, ובדברי התוס' מבואר דחולק, דגם עיקר דין גזילה בשומר נתחדש בפרשת שליחות יד. < מביא ב' נפ"מ בין הנך תרי דרכים, בגזול מקצת בלי חסרון האם חייב על המקצת, וכן שליח לדבר עבירה על השליחות יד. > עוד ב' נפ"מ – א] לגבי גונב טלה מן העדר אי חייב כפל, ב] האם שואל שלא מדעת בשומרים צריך חסרון. < נפ"מ חמישית לשיטתיהו – בסברת 'בסיס' בחבית להלן [מ"ד]. > הוכחת התרומת הכרי דהרמב"ם כרש"י דחייב על שאר החבית מדינא דשואל. < סיכום הנפ"מ בין הנך ב' דרכים. > מתמה דכל דרכו של התרומת הכרי נסתר מדברי רש"י [מ"ג] דביאר דטעמא דשליחות יד הוא חידוש הוא משום דבהיתרא אתיא לידה. >

פרק ב' דרך חדשה בכל הנ"ל, דתחילת פלוגתתם בטעמא דשליחות יד צריכה חסרון. < מביא את עיקר סברת הריטב"א למה שליחות יד צריכה חסרון דחיישנן שהוא חוזר בו. > שורש פלוגתת הראשונים האם ע"י סברת בסיס חשיב כחסרון וזה תלוי בפלוגתת הראשונים בטעמא דמילתא למה שליחות יד צריכה חסרון, ומבאר עפ"י זה למה בגזול את כולו חשיב כחסרון [תוס'] לתוס' למד ששייך לגמ"ד של הגזילה, ומחדש עוד דלפי"ז הדין חסרון הוא ע"כ גם כלפי הגזילת מקצת. < דוחה את עיקר תליית התרומת הכרי בספק אי שומר יכול לגזול או לא – ודן בשורש פלוגתתם בשואל שלא מדעת אי צריך חסרון. > סיכום הדברים – האם איכא חידוש ששומר יכול לגזול – ודן בדין שליחות לדבר עבירה בשליחות יד. >

פרק ג' בסברות של יד שומר כיד בעה"ב, ובהיתרא אתי' לידה. < ביאור סברת התרומת הכרי דלולי קרא ליכא גזילה בשומרים, דיד שומר כיד בעה"ב, ויש סברא נוספת מצד היתרא אתיא לידה. > תוספת עומק בנידון זה של יד שומר כיד בעה"ב – ודן אי שייך לחידושו של הגר"ח דלולי המיעוט של קרקע מגזילה היה גזילה ע"י קניני גזילה, דהקניני גזילה והגזילה באין כאחת, וי"ל דה"ה הכא יש לומר כן. < גונב טלה מן העדר. >

פרק ד' שיטת הריטב"א וראב"ד בדין שליחות יד < שיטת הראשונים דהחידוש בשליחות יד הוא דחייב גם בע"מ לשלם. > נחלקו הראשונים בחידוש דגזילת מקצת ככולו.

פרק א'

דרכו של התרומת הכרי

בביאור פלוגתת הראשונים בעיקר חידוש בשליחות יד,

אי מצד "מקצתה ככולה" אי מצד דשייך פרשת גזילה בשומרים,

ומביא ה' נפ"מ בזה.

הקדמה.

מבואר בסוגי' דנחלקו האם מתני' מיירי בנטלה ע"מ לגזול את כולה או בנטלה ע"מ לשלוח בו יד, וביארו בגמ' דנחלקו האם שליחות יד צריכה חסרון או לא, דלמ"ד דצריכה חסרון אין לאוקמי' מתני' בשליחות יד, דפשטיה דמתני' מיירי באופן שלא חסר, שהרי לא הוציא יין מהחבית ורק טלטלה ממקומה, ולדידיה ע"כ צריכים לאוקמי' בע"מ לגזולה, ולמ"ד דא"צ חסרון עדיפא ליה להעמידה בשולח בו יד, ויש לזה כמה טעמים למה עדיף ליה לאוקמי' בשליחות יד ולא בגזול וכמבואר בריטב"א [שם], עיי"ש ועיין בהערה ¹⁶⁸.

בדברי רש"י דהחידוש בשליחות יד הוא רק דמקצתה ככולה, ובדברי התוס' מבואר דחולק, דגם עיקר דין גזילה בשומר נתחדש בפרשת שליחות יד.

ועיין היטב ברש"י [ד"ה ר' נתן תרגמא] וז"ל, "דאפילו לא נטלה ע"מ לגזולה וכו' אלא ע"מ לשלוח בה יד וליטול מקצתה ולא נטל וכו'", ומתבאר מתוך דבריו דיסוד החילוק בין גזילה לשליחות יד, דבגזילה הוא בא ליטול את כולה ובשליחות יד הוא בא ליטול מקצתה, וכן מדויק ברש"י בסוף פירקין שכתב [ד"ה דניחא ליה] "לא נטלו ע"מ לגזול כולו אלא ע"מ לשלוח בו יד", וכן מבואר בתוס' [ד"ה שננטלה ע"מ לשלוח] דכתבו "פירוש, ליטול מקצת אעפ"י שלא נטל אותה המקצת וכו'", ומבואר כרש"י.

¹⁶⁸ וא' מהטעמים הוא דכל ישראל בחזקת כשרים, ומשע דבליחות יד לא יצא מחזקתו ורק בגזול יצא מחזקתו, וקשה דכלפי המקצת ממנפ"ש הוא גזול וממילא דיצא מחזקתו, וצ"ל דאזיל לטעמי' דשולח יד היינו ע"מ לשלם ואיכא חידוש גם כלפי המקצת, ויתכן דאין בזה תורת גזול להוציא מחזקתו, וסברא זו אכתי צריכה בדיקה.

וע' בתרוה"כ [סי' רצ"ב ס"ק ב'] שהוסיף דכל מה שהתורה חידשה פרשת שליחות יד, ולא סגי בפרשת גזילה, הוא לענין זה לחדש דמקצתה ככולה, דבכל גזילה שמגביה את כולה לגזול חלקה הוא רק חשיב גזלן על מקצתה, וממילא דהחידוש דשליחות יד צריכה חסרון הוא רק חידוש לגבי כולו, אבל לגבי אותו מקצת שפיר הוי גזילה גם בלי חידוש הקרא וממילא דכלפי זה א"צ חסרון, וממילא נמי דגם בגזול כולו ג"כ חשיב גנב בלי חסרון, [ולהלן יבואר מה שיישב בזה ברש"י להלן מ"ד].

וכן הביא מהר"ן [שטמ"ק] בארוכה, דכל החידוש של שליחות יד הוא דחייב במקצתה מחייבו בכולו, וממילא דכל הך דין דשליחות יד צריכה חסרון הוא מחמת האי חידוש מיוחד שנתחדש דמקצתה ככולה, "ואין לך בו אלא חידוש" הלכך בעי חסרון, עיי"ש היטב, ומדויק כהתרומת הכרי דרק כלפי כולו מעכב הדין חסרון לא כן כלפי המקצת עצמו, ודו"ק.

אולם עיין היטב בתוס' לעיל מיניה [ד"ה ע"מ לגזולה] שכתבו דבנטלה ע"מ לגזולה מיקרי חסרון כיון דלקח את הכל לצורך עצמו, ולכא' דבריו תמוהין דל"ל חסרון בנטלה לגזול כולה, הרי הדין חסרון הוא חידוש דוקא בפ' שליחות יד, והכא זה פרשת גזילה.

והוכיח בתרומת הכרי [שם ד"ה ויש לי לתמוה] דדעת התוס' דהחידוש דשליחות יד אינו רק שמקצתה ככולה, אלא דעצם זה ששייך גזילה בשומרים נתחדש בפרשת שליחות יד מלבד החידוש דמקצתה ככולה – דלולי האי חידוש אמרינן דיד שומר כיד בעה"ב ואינו יכול לגזול, וממילא דגם בגזול כולה צריכים לבא לחידוש המסויים דפרשת שליחות יד, הילכך הדין דצריך חסרון הוא גם בגזול את כולה, וזהו שהוצרכו התוס' לחדש דגם כה"ג חשיב חסרון – [ועיקר סברת התוס' למה מיקרי חסרון בכולו – יבואר בהמשך] – ועיין בהערה ¹⁶⁹.

הרי שיש כאן מחלוקת יסודית בין רש"י ותוס' בעיקר הדין שליחות יד – האם נתחדש תרתי, [א] שומר יכול להתחייב על גזילה, [ב] שומר שגזל מקצתה חייב על כולה, או דרק נתחדש ששומר שגזל מקצתה חייב על כולה – ותו לא, ונפ"מ אי שני החידושים צריכים את הדין חסרון או לא.

בהמשך הדברים הבאנו עוד מקורות של התרומת הכרי שזו שיטת רש"י, ויבואר שיש כמה מחלוקות וכמה נפ"מ בין הנך ב' דרכים.

מביא ב' נפ"מ בין הנך תרי דרכים, בגזול מקצת בלי חסרון האם חייב על המקצת, וכן שליח לדבר עבירה על השליחות יד.

וממילא שיהיה נפ"מ בזה למ"ד דשליחות יד צריכה חסרון ולא חסר, דמה הדין כלפי הך מקצת עצמו, דלרש"י דהך מקצת אינו בכלל החידוש של שליחות יד צריכה חסרון, דכל החידוש בזה הוא רק דמקצתה ככולה, וא"כ חייב גם בלי חסרון, אבל לתוס' דגם המקצת עצמו הוא בכלל החידוש של שליחות יד, ורק בגזול את כולה נתחדש בתוס' דמיקרי חסרון כיון דנתכווין ליטול את כולה, א"כ גם לגבי המקצת עצמה לא מהני בלי חסרון, וממילא דכבר אינו גזלן, ואינו חייב אף על הך מקצת.

ואיכא נפ"מ נוספת בין הנך שיטות, דיעויין בשיעורי הגרנ"ט [סוף ס' קנ"ח] שהביא שמה שחידשה תורה שיש שליח לדבר עבירה בשליחות יד – הכוונה בזה דדוקא בשליחות יד עצמה איכא חידוש זה ולא ולא בגזילה דעלמא בשומר, ומעתה בנוטל את כולה לשיטת התוס' יהני בזה שליחות ולרש"י לא יהני בזה שליחות, דאינו בכלל החידוש של שליחות יד.

אלא שיש לעיין בזה – הרי כל שולח יד לפי רש"י מיקרי גזלן פשוט על המקצת ושולח יד על השאר, והאיך שייך בזה שליח לדבר עבירה, הרי על המקצת אין שליחות שזה גזילה פשוטה, וע"כ פשוט דנהי דלפני פרשת שליחות יד חייב מדין גזלן אבל אחרי החידוש של פרשת שליחות יד גם רש"י מודה דלא גרע הך מקצת מכולה – ומחייבין ליה נמי מצד פרשת שליחות יד, הלכך השליח יחייב את המשלח מדין שליחות יד על הכל, ויחייב את עצמו על המקצת מדין גזלן – ועל

¹⁶⁹ ויש להעיר דעיקר החידוש בתוס' דבכולו חשיב כחסרון, גם זה צריך ביאור, ולהלן ביארנו את שיטתו בזה דזה תלוי בטעמא ד"שליחות יד צריכה חסרון", ושם נתבאר שיש מקום לחלוק על עיקר הנחת התרומת הכרי בביאור שיטת התוס'.

המקצת יהיה דין רצה מזה גובה רצה מזה גובה, אכן כל זה בגזול מקצת אבל בגזול את כולה – הכא מעולם לא נתחדש פרשת שליחות יד על האי מעשה – ונמצא שהמקצת שיש בשליחות יד גרע מגזול את כולה שבגזול את כולה ליכא מחייב נוסף של שליחות יד לחייבו מצד פרשה נוספת – וגזילה כדקיימא קיימא וליכא שליחות, אכן לתוס' שגזול את כולה הוי בכלל פרשת שליחות יד עצמה – הכא נתחדש דין שליחות.

עוד ב' נפ"מ – א] לגבי גונב טלה מן העדר אי חייב כפל, ב] האם שואל שלא מדעת בשומרים צריך חסרון.

ובהמשך דברינו [סימן ל"ב] יבואר דאיכא נמי נפ"מ שלישית, דהנה – נחלקו הרמב"ם והראב"ד האם שומר שגנב טלה מן העדר האם הוא חייב כפל או לא, והמ"מ מבאר דשיטת הראב"ד דליכא כפל כיון דרק בטוט"ג איכא כפל – והיינו דשומר אינו גנב וגזלן – וע"כ שטוט"ג הוא פרשה מחודשת דרק על ידי שבועה שומר נעשה לגנב – הלכך בגונב טלה בלי שבועה לא חשיב גנב – אכן הרמב"ם לומד דע"כ שיש חידוש מסויים בטוט"ג – ששם הוא גנב בלי מעשה – הלכך בעי שבועה, אבל הכא דעשה מעשה שפיר הוי גזלן – והיינו דנחלקו בהאי פלוגתא אי שומר נעשה גנב בלי חידוש התורה.

וגם זה תלוי בפלוגתת רש"י ותוס' – דלפי רש"י דשליחות יד הוי גזלן על המקצת בלי ידוש התורה – א"כ גונב טלה מן העדר הוא גנב בלי חידוש התורה אכן לפי התוס' ע"כ שצריכים לחידוש של התורה להיות גנב וגזלן – וממילא דשפיר י"ל כהראב"ד דליכא דין גנב בלי שבועה – וכדחזינו בטוט"ג – הרי לנו נפ"מ שלישית – ודו"ק.

בהמשך דברינו [סימן ל"ג] יבואר עוד דפליגי הרז"ה ורש"י בפלוגתא זו לגבי שואל שלא מדעת בשומרים אי בעי חסרון כמו שליחות יד, דלתוס' נתחדש חידוש בפרשת שליחות יד דשייך גזילה בשומרים, וא"כ הדין 'צריכה חסרון' בכל האופנים של גזילה כולל שואל שלא מדעת בשומרים, וזו סברת הרז"ה בשואל שלא מדעת, ורש"י חולק לשיטתו, ויבואר עוד שגם הראב"ד אזיל בזה לשיטתו, שהרי הראב"ד בשטמ"ק למד כהרז"ה – והיינו כשיטתו בגונב טלה מן העדר.

נפ"מ חמישית לשיטתייהו – בסברת 'בסיס' בחבית להלן [מ"ד].

ויש נפ"מ חמישית – שעל זה מתבסס כל המהלך של התרומת הכרי – ושם יבואר שרש"י והרמב"ם והתוס' אזלי לשיטתייהו.

דהנה, התוס' הביאו סוגי' דלהלן סוף פירקין – ששם מבואר דכו"ע מודי דבשליחות יד בחבית דא"צ חסרון, ואף דנטלה ע"מ להוציא ממנו קצת חשיב כשולח יד על כולה גם בלי להחסיר הק' מקצת, והחילוק בזה בין חבית לשאר פקדונות הוא, דבחבית אמרינן דניחא ליה דתהוי בסיס לשאר היין בחבית, וביאר הריטב"א בסוף פירקין דהכוונה בזה הוא, "דהוי כאילו נטל וחסר דשליחות יד צריכה חסרון, וכיון דשולח יד במקצתה נתחייב בכולה כדין שולח יד", עכ"ל.

ותירצו התוס' דע"כ צ"ל דמתני' מיירי בשמן, ובשמן לא מינטר פורתא אגב כולה, וממילא דליכא ניהותא כזה שיהיה כולו בסיס למקצתה ושוב ליכא חסרון, ושפיר איצטריכא לאוקמי' בע"מ לגזול את כולה.

אולם עיין ברש"י [שם] שמבואר שמה שהוא חייב על כל החבית הוא משום שנעשה שואל על הכל שכל החבית שומר על הרביעית שלו, והק' שם הריטב"א דבשליחות יד נתחדש דגזילת מקצת מחייבו על כולו בלי לבא דין שואל שלא מדעת, ולמה אצטריכא ליה לרש"י לחייבו מדין שואל, וצ"ע.

ותי' התרומת הכרי [שם] דרש"י למד דבאמת אין כאן חסרון ע"י הסברא דבסיס, ודלא כמש"כ מהריטב"א "דהוי כאילו נטל וחסר", אלא דס"ל דכוונת הגמ' דהיות וכל החידוש בשליחות יד דמקצתו ככולו, א"כ לגבי המקצת א"צ לחידוש של שליחות יד, וממילא דגם בלי חסרון חייב על אותו מקצת, והרי הוא גזלן על אותו מקצת, ובסברת הגמ' בבסיס רק נתבאר דאחרי שהוא גזלן במקצת אז ממילא הוא כבר שואל על השאר, וכמי שלוקח רביעית יין שלו ומכניסו לחבית חבירו

לשומרו, שחייב מדין שואל וה"ה דבמשנה שם חייב על כולו מדין שואל, כן למד רש"י בביאור הסוגי' שם.

והוסיף התרומת הכרי דלפי"ז לק"מ קושי' התוס' הכא, דאף דחייב באונסים על הכל, אכן כל זה רק מדין שואל, ומתנ' דהכא לאו מדין שואל רק מדין גזלן, וכדמוכרח ממה דבעינן השבה מדעת בעלים, וזה מוכרח נמי ממה דהכא אזלינן רק למ"ד דשואל שלא מדעת גזלן הוי ולא שואל, וכמבואר ברש"י [ד"ה תרגמא ר' יעקב], וי"ל דהכא מייירי גם ביין, עכתו"ד.

הרי לנו דרש"י לשיטתו היה יכול ללמוד כפשוטו – דבסברת בסיס לא נתחדש דהוי ליה כהחסיר – שהרי ממילא נחייב את המקצת מדין גזלן ואת הכל מדין שואל שלא מדעת, ותוס' לשיטתו היה צריך ללמוד כהריטב"א דבסברת 'בסיס' נתחדש עוד דהוי כהחסיר – ושוב לשיטתו נתקשה הכא בסוגי' – הרי לנו שהתוס' שחידש שגם בכולו מיקרי חסרון והתוס' שהקשו מחבית דהוי בסיס – אזלי לשיטתייהו.

הוכחת התרומת הכרי דהרמב"ם כרש"י דחייב על שאר החבית מדינא דשואל.

ובתרומת הכרי הוכיח כן בשיטת הרמב"ם – דגם הכא אזיל לשיטתו שלמד ע"ד רש"י דליכא חידוש בעיקר הדין גזלן בשומר – ולכן למד להלן [מ"ד] כרש"י.

דהנה, יעויין ברמב"ם [גזילה פ"ג ה"ב] שהביא הך דין של רב אשי דניחא ליה דכולה תיהוי בסיס להך רביעית, והביא נמי את ספיקת הגמ' האם בארנקי מלא מעות ג"כ נאמר סברא זו דהארנקי שומרת על כל דינר ודינר או לא, עייש"ה, והקשה המ"מ דלפי מה שפסק הרמב"ם לעיל מיניה דשליחות מיד א"צ חסרון א"כ ליתא לכל הנדון דממילא חייבים על כולו מדין שליחות יד אף דליכא חסרון, ומה"ט באמת השמיטו הרי"ף.

ויישב בזה התרומת הכרי דהרמב"ם למד כרש"י דהא דחייבים על כולו אינו מדין שליחות יד, דלעולם לא חשיב חסרון ולמ"ד צריכה חסרון חייב על כולו רק מדין שואל, וספיקת הגמ' לגבי ארנקי הוא האם במעות הוא ג"כ חשיב כשואל, ואף דליכא נפ"מ לדינא בשומרים לדידן דקיי"ל דשליחות יד אין צריכה חסרון, וממילא חייב על כולו מדין שליחות יד, אכן הא מיהת דאיכא נפ"מ לדינא באיניש דעלמא דלא נתחדש אצלו דינא דשליחות יד לומר דמקצתה ככולה, ולדידיה חייב בכולה עכ"פ מדין שואל, ודו"ק.

אולם כבר נדחק התרומת הכרי בדברי הרמב"ם דאכתי קשה דסו"ס למה הביא הרמב"ם להך ספק בכיס בהלכות שומרים, ועיין בהערה ¹⁷⁰ שהבאנו ישוב אחר בשיטת הרמב"ם מהנתה"מ.

סיכום הנפ"מ בין הנך ב' דרכים.

הרי לנו ה' נפ"מ שתלויים בהך ספק האם שומר יכול להיות גזלן מעיקר הדין או משגם זה נתחדש בפרשת שליחות יד:

- א] האם בלי חסרון יהיה פטור גם על המקצת.
- ב] האם יש שליח לדבר עבירה בגזל את כולו.
- ג] האם גם בשואל שלא מדעת בעינן חסרון.
- ד] האם איכא כפל בגונב טלה מן העדר.

¹⁷⁰ דיעויין בנתה"מ [סי' רצ"ב ס"ק ד'] שביאר את הרמב"ם באופן אחר, דנראה דאיכא חידוש מיוחד בעיקר ההלכה של שליחות יד במקצת מחייבו ככולו, דנראה פשוט דאם יעשה משיכה למאה צאן כדי להוציא מהם אחד לעצמו, התם נראה דליכא סברא לחייבו מדין מקצתו ככולו, דהתם גופין מוחלקין ניהו ואין רצון המפקיד שיהיו דוקא ביחד, ושוב אינו פקדון אחד, דהכל תלוי בקפידת הבעלים, והרי"ז כק' פקדונות.

ומעתה י"ל דכל זה מונח בסברת בסיס, דכל מה דכל החבית חשיב כפקדון אחד הוא משום שזה בסיס להכל, ובזה א"ש ספיקת הגמ' בענין מעות בארנקי גם להלכה דקיי"ל דשליחות יד אין צריכה חסרון, דבסברת בסיס נתחדש תרתי, א] שליחות יד במקצתה כגזילת כולה, ב] גם נתחדש דחשיב כחסרון, עכ"פ אכתי א"ש למה הרמב"ם הביא ספק זה גם אחרי דס"ל דשליחות יד א"צ חסרון, וא"ש נמי למה הביא בהלכות שומרים, וכל זה דלא כהתרומת הכרי דייסד דהרמב"ם כרש"י.

ה] האם בחבית שנתחדש סברת בסיס – האם נתחדש דדינו כשולח יד על כולו או דאינו אלא שואל שלא מדעת על כולו.

מתמה דכל דרכו של התרומת הכרי נסתר מדברי רש"י [מ"ג] דביאר דטעמא דשליחות יד הוא חידוש הוא משום דבהיתרא אתיא לידיה – ומיישב שיטתו.

אולם יש לתמוה בכל הנ"ל – הרי כל מה שביאר התרומת הכרי בשיטת רש"י להלן [מ"ד] ליישב את קושי' הראשונים עליו עומד בסתירה לדברי רש"י להלן [מ"ג]: שכתב שם דשליחות יד הוא חידוש כיון דבהיתרא אתי' לידיה, וביאר כן לפרש למה חלוק משאר גזלנים – ומבואר דאיכא חידוש בעיקר דין גזילה בשומרים, ולא רק בדין מקצתה ככולה, דגם המקצת הוא חידוש דסו"ס בהיתרא אתי' לידי', ודו"ק, אלא דעדיין היה מקום לומר דרש"י חולק על התוס' וס"ל דאיכא ב' חידושים בשליחות יד, גם כלפי המקצת וגם כלפי הכולל, ופליגי רש"י ותוס' האם סברת חסרון היא סברא רק כלפי הדין מקצתה ככולה, או גם כלפי עיקר חיובא דמקצתה, אכן זה אינו שהרי רש"י בא לבאר שם דינא דשליחות יד צריכה חסרון, דמה"ט בעי חסרון ומה"ט חייבים ומשלמים כשעת הגזילה למ"ד שליחות יד צריכה חסרון, הרי דסברא דבהיתרא אתיא לידיה היא סברא למה בעי חסרון, וסברא זו נכונה גם כלפי המקצת עצמו – צ"ע.

ואשר נראה בזה בפשיטות – שבהגבהה על כולה עבור מקצתה איכא ב' נטילות שונות, דמצד המקצת שרצונו לגזול – בזה יש לומר שיש כבר מעשה של באיסורא אתי' לידי' ורק כלפי השאר שאין רצונו ליטול אמרינן דלא חידש כלום – מלבד ההפקדה עצמה – והיינו דכמו דמשעת ההפקדה הוא מחזיק בה בהיתרא – גם האי הטילטול לגבי החלק שאין רצונו לגנוב כלול בכלל הך נטילה, אכן כלפי מה שנטל לעצמו אינו כן והכא איכא כבר סברא לומר דבאיסורא אתי' לידי' ושוב לא כלול בכלל החידוש של גזילה בשומרים, ושוב לא בעי חסרון – וא"ש.

פרק ב'

דרך חדשה בכל הנ"ל,

דתחילת פלוגתתם

בטעמא דשליחות יד צריכה חסרון.

מביא את עיקר סברת הריטב"א למה שליחות יד צריכה חסרון דחיישינן שהוא חוזר בו.

אולם יש לדון טובא בכל הנ"ל – דהנה הבאנו מחלוקת ראשונים בביאור הסוגי' להלן [מ"ד] לגבי הסברא של 'בסיס' – שהבאנו שנחלקו האם הוי כחסרון – וכדברי הריטב"א "דהוי כאילו נטל וחסר" – או דלא אמרינן כן – והתרומת הכרי תלה בנידון הנ"ל – אכן אחרי עיון בדברי הריטב"א יבואר שאין הדברים תלויים זב"ז.

והיינו דלעולם צריכים להבין מה תחילת סברת הריטב"א שנתחדש "דהוי כאילו נטל וחסר" – ובריטב"א מבואר טעמא דמילתא – והוא – דלעולם צריכים להבין עיקר הך דין דצריכה חסרון – וכבר הבאנו מהר"ן דכיון דשליחות יד הוא חידוש, הלכך אין לך בו אלא חידוש, אולם הריטב"א חולק, דיעויין בדבריו להלן עמוד ב' [ד"ה ומה שואל] שכתב דבלי חסר חיישינן שמא ימלך ולא גמר בדעתו לגזול, וכ"כ בסוף פירקין [ד"ה חבית בסיס] "דכל כמה דלא חסר אמרינן שלא גמר בדעתו לגזול, ומהדר הדרא ביה", והביאור פשוט – דבאמת כל הנטילה של החבית לא היתה אלא עבור גזילת מקצת – ואין לו רצון ליטול כולה – ונמצא שעדיין לא השלים הגזילה עד שיחסיר ויטול האי חלק מהכל – ויתכן שיחזור בו, וכנראה דסברא זו שייכת דווקא בשומר – שהרי באיניש דעלמא יש לומר דעצם לקיחתו מיתה שלא כדין, ומה אכפת לן כוונתו על חלק או על כולו, אכן הכא דבתור שומר ממילא לוקחו ומזיזו – א"כ רק עד כמה שרוצה לקחת חלק לעצמו איכא גזילה – והרי עדיין לא לקח – ודו"ק.

שורש פלוגתת הראשונים האם ע"י סברת בסיס חשיב כחסרון וזה תלוי בפלוגתת הראשונים בטעמא דמילתא למה שליחות יד צריכה חסרון, ומבאר עפ"י זה למה בגזל את כולו חשיב כחסרון [תוס'] שתוס' למד ששייך לגמ"ד של הגזילה, ומחדש עוד דלפי"ז הדין חסרון הוא ע"כ גם כלפי הגזילת מקצת.

ונראה דעל פי זה יבואר עיקר סברת הריטב"א למה אמרינן "דהוי כאילו נטל וחסר" – ולמה רש"י חולק – דמה שורש פלוגתתם אי הוי כחסר או לא, ובזה יבואר קוש' אחרת – דצריכים לבאר מה עיקר סברת התוס' – למה בגזל את כולו מיקרי חסרון – הא סו"ס לא היה כאן שום חסרון, ורק נתכוין להחסירו.

ובביאור עיקר סברת הריטב"א והתוס', למה מהני זה שהוא רוצה את שאר היין כבסיס, דלכן כבר חשיב כאילו החסיר, הא סו"ס הוא עדיין לא החסיר, והפשוט בזה דהריטב"א לשיטתו – דכבר הבאנו דעיקר דינא דשליחות יד צריכה חסרון הוא משום דחיישינן שמא יחזור בו – וכן"ל, וממילא דחסר בגמ"ד של הגניבה, והיינו דשומר שלא השלים את כל הגזילה חיישינן שמא יחזור בו, [דחלוק מכל גזלן כיון שלא היה כאן מעשה גזילה גמורה של לקיחה מהבעלים שלא ברשות], אולם זה פשוט דהיכא דאיכא סברא מיוחדת למה הוא רוצה להשאיר את היין שם בלי להחסירו, כיון שזה טובתו של היין, התם אמרינן דמצדו הוא כבר השלים את כל הגזילה, ולא חסר פרט בגזילה, וממילא דשוב ליכא חסרון מצד הגמ"ד, ודו"ק.

וכאמור – התוס' למדו כהריטב"א שם לגבי בסיס – ונראה א"כ דאזלי בסברתו – וממילא דהתוס' אזלי שוב לשיטתייהו דלכן פשוט למה בגזל את כולו הרי זה כבר מצב של חסרון, והיינו דהכא לא חסר כלום, שהרי השלים את כל הגזילה, ודלא כגזל את כולו ליטול מקצתו דהתם הוא עדיין לא השלים את כל הגזילה עד שיוצאנו, ודו"ק.

אולם בשיטת רש"י י"ל דחולק גם בזה, וס"ל כהר"ן דכל הדין ששליחות יד צריכה חסרון הוא רק משום "שאינ לך בו אלא חידוש", הלכך עד שאין בזה חסרון ממש לא מיקרי חסרון, ולא מהני בזה סברת בסיס, ומה"ט רש"י חולק בזה על התוס'.

ונראה עוד, דלפי התוס' והריטב"א דחסר בגמ"ד של הגזילה, אז פשיטא דגם הגזילת מקצת וגם הגזילת כולו צריכה חסרון, דחסר בגמ"ד של הגזילה, אכן לר"ן דכל הדין חסרון הוא רק מצד אין לך בו אלא חידוש, א"כ כיון דכל החידוש של שליחות יד הוא רק לענין הדין נוסף דמקצתה ככולה, א"כ רק כלפי חיובו של 'כולו' איכא דין חסרון אבל על המקצת עצמו הוא חייב, וכן הוא שיטת רש"י וכדהבאנו לעיל.

דוחה את עיקר תליית התרומת הכרי בספק אי שומר יכול לגזול או לא – ודן בשורש פלוגתתם בשואל שלא מדעת אי צריך חסרון.

ומעתה יתחדש דכבר בטלה כל המהלך של התרומת הכרי דתלה את כל המחלוקות הללו זב"ז – ולדידיה הכל תלוי אי שומר יכול לעשות גזילה או לא – דמעתי ליכא הוכחה לכל האי חידוש שחידש התרומת הכרי דע"כ דלדעת התוס' החידוש בשליחות יד הוא עצם הגזילה עצמה, והיינו דהתרומת הכרי דייק דמדכתבו התוס' דאיכא חסרון גם בגזל את כולו שוב מוכרח דגם בגזל את כולו איכא חידוש בפרשת שליחות יד, ולמד ששורש שיטתו הוא משום שאל"כ אמרינן דיד שומר כיד בעה"ב.

אולם לפי הנ"ל אינו כן, דלפי התוס' – ע"כ שהדין שליחות יד צריכה חסרון לא שייכא כלל וכלל ל"חידוש" של פרשת שליחות יד, [דבזה חולקים על הר"ן], דלדידהו לולי החסרון אין כאן גמ"ד של הגזילה, וחסרון זה הוא גם על המקצת וגם על הכולו – הרי דכל דברי התרומת הכרי בנויים על דברי הר"ן – אכן לדברינו אינו כן – דאדרבה – שורש פלוגתת הראשונים תלוי אי אזלינן כהר"ן דהדין חסרון תלי בחידוש של שליחות יד או דתלוי בנידון של חסרון גמ"ד בגזילה – וכל פלוגתתם מתחיל בזה ודו"ק.

ומעתה יש לדון בשורש פלוגת רש"י והרז"ה בשואל שלא מדעת אי צריך חסרון או לא – האם גם זה תלוי בפלוגתא הנ"ל – ותלוי אי איכא חסרון של גמ"ד בגזלה בהאי גזילה של שאול שלא מדעת – דלכא' תלוי אי צריך להתמש או סגי בכוונה להשתמש – ועיין בכל זה להלן [סימן ל"ב].

סיכום הדברים – האם איכא חידוש ששומר יכול לגזול – ודן בדין שליחות לדבר עבירה בשליחות יד.

ומעתה יש לומר – דלעולם יש לומר לשני הצדדים – דכו"ע מודי דאיכא חידוש בעיקר דינא דגזילה בשומרים דיד שומר כיד בעה"ב – או דכו"ע מודי דליכא חידוש בעיקר דינא דגזילה בשומרים דיד שומר כיד בעה"ב – ולהלן יבואר הצדדים בזה – וכל פלוגתתם שייכא אך ורק להלכות 'צריכה חסרון או לא' – וממילא דפלוגתת הרמב"ם והראב"ד בדין גונב טלה מן העדר לא שייכת לכל הנך מחלוקות – ודו"ק.

אלא שהיה מקום לשאול – דאי רש"י יסבור שיש חידוש גם בעיקר הגזילה וגם במקצתה ככולה – א"כ למה הדין צריכה חסרון דתלוי בחידוש של שליחות יד – למה דין זה קאי דווקא על הדין מקצתו ככולו ולא על עיקר הגזילה במקצת.

ויש לומר בפשיטות – דלעיל נתבאר למה טעמא דרש"י דבהיתרא אתי ליד' שייכא דווקא במקצתה ככולה ולא שייכא במקצת עצמה – עיי"ש לעיל [סוף פרק א'], וממילא שיש לומר שיש ב' חידושים בשומר:

א] יד שומר כיד בעה"ב וזה החידוש למה יכול להיות גזלן גם על המקצת – וכלפי האי חידוש יש גילוי מילתא בפרשת שליחות יד שיכול להיות גזלן – ובחידוש הזה ליכא תנאים של צריכה חסרון.

ב] עוד מצאנו סברא דבהיתרא אתי ליד' – וכבר נתבאר דסברא זו מתייחסת רק לתוספת חידוש דמקצתה ככולה, ורק בחידוש זה נאמר הדין צריכה חסרון – וא"ש.

ומעתה יש לדון בנפ"מ שנתבאר לעיל בין רש"י לתוס' – האם איכא דין שליחות לדבר עבירה בנוטל את כולה ע"י שליח, דלפי הנ"ל אין גילוי מפלוגתתם הנ"ל האם גזילת כולו מיקרי שליחות יד לענין האי גזה"כ – והיינו דגם אי נימא דברש"י גם עיקר החידוש של גזילת מקצת נתחדשה בפרשת שליחות יד – אכן יתכן שאין זה אלא בגדר גילוי מילתא אבל עיקר גדרי שליחות יד היינו במקצתה ככולה, ויתכן שהכל בכלל פרשת שליחות יד לענין זה.

וגם בתוס' יש לומר דאף אי בגזול את כולה יש דין חסרון – אכן אין זה מחמת גדרי שליחות יד אלא דזו סברא בכל שומר שגזול – דחסר בגמ"ד – ודו"ק.

תוספת דברים.

והנה להלן [סימן ל"ג פרק ד'] נתחדש בשיטת רש"י דרך חדשה בעיקר הדין שליחות יש של מקצתה ככולה – וזה מבוסס על מחלוקת ראשונים ברועה שהניח מקלו – ושם נתחדש דרך חדשה בגדר הדין צריכה חסרון או לא.

פרק ג'

בסברות של יד שומר כיד בעה"ב, ובהיתרא אתי ליד'.

ביאור סברת התרומת הכרי דלולי קרא ליכא גזילה בשומרים, דיד שומר כיד בעה"ב, ויש סברא נוספת מצד היתרא אתיא לידיה.

ובעיקר סברת הראשונים שלולי החידוש של שליחות יד לא היה פרשת גזילה בשומרים – כבר הבאנו בזה ב' סברות, מצד יש שומר כיד בעה"ב, ומצד בהיתרא אתי ליד' – ונדון בהם:

הרי בתרומת הכרי [שם] מובא סברא זו שיד שומר כיד בעה"ב, וכ"ה בחידושי הגרנ"ט, והיינו משום שרשות שומר כרשות בעה"ב, והביאור בזה דחסר בהוצאה מרשות בעלים, ודוגמא לזה מצאנו בגזבר שלא יכול להוציא מרשות הקדש.

עוד יש לדון ולומר דדומה לקרקע בחזקת בעליה עומדת ולהכי אין קרקע נגזלת, והיינו שרשות הבעלים הראשונים רכיב עליו גם כשמחזיק הגנב בקרקע, וממילא דחסר בהוצאה מרשות בעלים, ואין זה גזילה, וע"ד זה נימא גם בשומר דרשות המפקיד רכיב עליו גם כשהפקדון הוא בבית השומר, ונמצא דאין כאן הוצאה מרשות בעלים.

והסברא השניה שהבאנו מרש"י להלן [מ"ג] - סברא זו הביאו האחרונים - עיין בברכ"ש [ב"ק סוף סי' מ'] שהביא סברא זו מהגר"ח לענין שומר שטוט"ג, דאיכא ראיות שאינו גנב פשוט אלא גנב מחודש מגזה"כ, וביאר הגר"ח דהא דחשיב גנב מחודש מגזה"כ הוא משום דבהיתרא אתי' לידיה, והאמרי משה [סימן ל"ה ס"ק ו'] הביא סברא זו בכל שומר שעושה מעשה גניבה ¹⁷¹, דאינו גניבה הואיל ובהיתרא אתי' לידיה.

ולעיל רצינו לבאר דרש"י מחלק בין החידושים, דבהיתרא אתי' לידי' שייכא דווקא למקצתה ככולה דהמקצת עצמה אינה בהיתרא אלא שיש בזה מעשה חדש של נטילת איסור, רק החידוש של יד שומר כיד בעה"ב שייך בעיקר הנטילה עצמה - ודו"ק.

ובאמת דבריש מרובה הוזכרה סברא זו ביחס לטוט"ג - והרי התם ליכא מקצת וכולה, אלא שהתם מובן דגם עיקר הגזילה היא בלי נטילה חדשה וכל כולה אינו אלא כהמשך מההפקדה הראשונה - שדינה של ההפקדה להחזיקו בהיתרא - הלכך על כולה יש דין של בהיתרא אתי' - ודווקא בנוטל ממש כמו בשליחות יד - התם איכא למימר שכל הדין בהיתרא אתי' לידי' קאי על המקצת.

תוספת עומק בנידון זה של ישד שומר כיד בעה"ב - ודן אי שייך לחידושו של הגר"ח דלולי המיעוט של קרקע מגזילה היה גזילה ע"י קניני גזילה, דהקניני גזילה והגזילה באין כאחת, וי"ל דה"ה הכא יש לומר כן.

ונראה להוסיף עומק בביאור האי נידון אי אמרינן יד שומר כיד בעה"ב ולכן ליכא גזילה מסברא או לא - ונקדים בדברי הגר"ח [בהלכות גו"א].

הגר"ח הקשה דל"ל מיעוטא דגזילת קרקע, הא גם בלי המיעוט ליכא גזילה שהרי א"א לזוזה ולא שייך בה מעשה גזילה, וא"כ ל"ל קרא הרי לא שייך גזילה במציאות - וכמו שכתבו התוס' בריש איזהו נשך דא"א לזוזה ממקומה.

וביאר הגר"ח, דתחילת הדברים היא דקרא בא למעט דמי שגוזל קרקע לית ליה קניני גזילה בקרקע הגזולה, והיינו דאף דכל גזול זוכה בזכויות מסויימות בחפץ הגזול [לענין שינוי ויאוש וכו'] אבל בקרקע נתמעט דלית ליה הנך זכויות, ועפ"י הוסיף הגר"ח, דלו יצויר והיה לגזול קרקע קניני גזילה בקרקע, אז היתה הקרקע נחשבת כגזולה ע"י הקניני גזילה עצמן, וממילא דכבר אין להקשות דלמה לי מיעוטא הא במציאות ליכא גזילה, דאי היה לו קניני גזילה אז עצם ישיבתו בקרקע היתה נחשבת כהוצאת קרקע מיד בעלים מחמת הקניני גזילה שהוא מקבל בהך קרקע.

ובתוספת ביאור, הרי קרקע עומדת בחזקתה לבעל הקרקע, וזה מונע כל השתלטות על הקרקע להחשב כמעשה הוצאה מרשות בעלים כיון שהקרקע עומדת לו, אכן אם ע"י המעשה גזילה בקרקע הגזול יזכה בזכויות מסויימות שהם הקניני גזילה הרי א"כ עכ"פ כלפי הנך קנינים וזכויות אמרינן דהקרקע יצאה קצת מחזקת הבעלים וברמה מסויימת הקרקע גם עומדת לו, וזהו גופא המעשה גניבה.

ולכא' נראה דה"ה דבנד"ד אפ"ל כן, דכל הרשות מפקיד דרכיב עליהו כאן הוא רק עד כמה שהוא שלו, אבל עד כמה שיהיה לשומר קנינים בגוה, הרי כלפי הנך קנינים ליכא למימר דיד שומר כיד בעה"ב, ושוב חשיב שיש כאן מעשה גזילה, וא"כ גם לולי קרא דשליחות יד פשיטא דאיכא גזילה בשומרים.

ומדברי התרומת הכרי בביאור שיטת התוס' אנו רואים שהוא חולק על סברת הגר"ח, וביאור סברתו, דסובר דרק אחרי שהיה מעשה הוצאה של גזילה אז הוא דחילו קניני גזילה, והגר"ח חידש דאינו כן, אלא דעצם הקניני גזילה הן הן ההוצאה מרשות בעלים, ודו"ק.

¹⁷¹ וקאי שם בשיטת הראב"ד, וכדיבואר.

אולם יש לחלק, דלעולם י"ל כהגר"ח בקרקע וכתרומת הכרי ביד שומר כיד בעה"ב, דבקרקע כל חסרון הוא מצד הקרקע עצמה, שהיא עומדת ברשות בעלים - אבל מצד בגזולן ליכא חסרון, ולכן מצדו איכא למימר דחילת תחילת מעשה גזילה לענין זה שנוכל לחדש דהקניני גזילה מוציאין אותו מרשות בעלים והן הן גוף הגזילה, אולם ביד שומר כיד בעה"ב, הכא איכא חסרון מצד השומר עצמו, דידו אינו כלום דכל החזקתו אינו אלא החזקתו של בעה"ב, - שהוא מייצג את הבעלים - וממילא דאין כאן תחילת מעשה גזילה נגד הבעלים כיון שהוא עצמו כיד הבעלים, ואין לומר דהקניני גזילה עצמן הן הן הגזילה.

איברא דאכתי איכא למימר דכיון דע"כ גם הגר"ח מודה דהקנינים והגזילה באין כאחת, א"כ גם ביד שומר כיד בעה"ב איכא למימר הכא, ודו"ק.

גונב טלה מן העדר.

והנה - הבאנו לעיל את פלוגתת הרמב"ם והראב"ד בדין גונב טלה מן העדר - ואחרי מה שנתבאר הרבה יש לדון בעיקר פלוגתא זו - וכל זה יבואר להלן [סימן ל"ב].

פרק ד'

שיטת הריטב"א וראב"ד בדין שליחות יד

שיטת הראשונים דהחידוש בשליחות יד הוא דחייב גם בע"מ לשלם.

יש שיטה נוספת בגדרי שליחות יד - וכדלהלן:

הנה, יעויין בריטב"א ה'ח' דמבואר מדבריו דחולק על רש"י ותוס' ושאר ראשונים, שהם למדו דעיקר החידוש בשליחות יד הוא שגזילת מקצת חשיב כגזילת כולו, והריטב"א לומד דעיקר החידוש הוא דאף דבכל גזול ע"מ לשלם הדין שהוא פטור באונסים באיניש דעלמא, אבל בפרשת שליחות יד נתחדש דשומר חייב בגזול ע"מ לשלם, והיינו דבאיניש דעלמא כוונתו לשלם מגרעת בכוונתו בעיכוב ממון, ועפי"ז יבואר להלן [סימן ל"ג] מהגר"ב דדאיכא אופנים דאין העיכוב ממון תלוי בכוונתו, ואז הוא באמת חייב גם בגזול ע"מ לשלם, עכ"פ בשליחות יד נתחדש עיכוב ממון מחודשת, ובזה כבר לא אכפת לן מה שכוונתו לשלם.

והנה, עיין בקצוה"ח [סי' שמ"ח ס"ק א'] דגזול ע"מ להשיב אסור, וחקר אי חייב באונסים או לא, והסיק לפטור דק"ו מגזול ע"מ לשלם דפטור באיניש דעלמא, וכמבואר הכא בריטב"א¹⁷², ומעתה י"ל דכל זה באיניש דעלמא, אבל אחרי דבשומר נתחדש דין מיוחד של שליחות יד שמחייב גם בע"מ לשלם, א"כ ה"ה דגונב ע"מ להשיב חייב ודו"ק.

ובעיקר החידוש של הריטב"א יש לעיין דהיכן מרומז דין זה, דמגלן דקרא איירי בהכי שגזול ע"מ לשלם, וצ"ל כפשוטו דזו הרגילות, ששומר שגזול יודע שיתבענו מצד הדיני שמירה, והרגילות הוא שבנתיים הוא גזול וכשיתבעו אותו אז הוא ישלם, ולהכי סתמא חשבינן ליה לשליחות יד כגזילה ע"מ לשלם¹⁷³.

נחלקו הראשונים בחידוש דגזילת מקצת ככולו.

ולגבי החידוש הנוסף דגזילת מקצת כגזילת כולו, עיין בריטב"א להלן [מ"ד]. בסוף פירקין שמשמע שגם זה בכלל דיני שליחות יד שחייבים על כולו.

אולם יש קצת משמעות בלשונו שגם באיניש דעלמא הדין כן, וזה תמוה מאד, וכן נקט הגר"ש רוזובסקי זצ"ל [שיעוריו ס"ק רפ"ה], ועיין בזה בספר הזכרון נצר מטעי, ועיין להלן [סימן ל"ג בהערה למטה].

¹⁷² ועיין להלן [סימן ל"ג] מה שיש לדון בק"ו זה.

¹⁷³ ואין לומר דעצם זה שהוא חייב לשלם מגדיר את הגזילה כגזילה ע"מ לשלם, דא"כ לא משכחת לה שומר שגזול בלי גדרי שליחות יד, ובסוגי' מפורש דמשכחת לה גזילה כזה למ"ד ששליחות יד צריכה חסרון.

והנה שי' הראב"ד בהשגות [גו"א פ"ג הי"ב] דלא אמרינן מקצתו ככולו, וע"כ דס"ל כהריטב"א הח' דשליחות יד היינו בגזול ע"מ לשלם, ועיין במחנ"א [גזילה סי' כ"ב] שהביא שיטה נוספת דלית ליה האי חידוש דמקצתו ככולו.

ולשיטת הריטב"א וראב"ד מש"כ בגמ' בסוגיין שנטלה ע"מ לשלוח בה יד, היינו לשלם, ולראב"ד דדעימיה דלית להו האי חידוש שמקצתו ככולו, אז ע"כ צ"ל דגזול כולו ע"מ לשלם, ויהיה מוכרח מזה דגזילת כולו לא חשיב חסרון, ודלא כסברת התוס' דחידש דנוטל כולו חשיב חסרון, אם לא שנחלק דשאני ע"מ לשלם ודו"ק.

סימן ל"ב

פלוגת הרמב"ם וראב"ד

בגונב טלה מן העדר,

ועוד בגדר יד שומר כיד בעה"ב לעכב דין גניבה.

ביאור פלוגת הרמב"ם וראב"ד בגונב טלה מן העדר האם חייב כפל או לא, ומבאר דתלוי בעיקר הנידון בסוגיין לגבי שליחות יד, האם עיקר חיובא דגזילה וגניבה בשומרים חידוש. > דרכו של האור שמח בפלוגת הרמב"ם וראב"ד, דנחלקו אי שבועה מגזה"כ דשומר אינו גנב [ראב"ד] או ששומר יכול להיות גנב וכל השבועה היא היכי תימצא בעלמא להשלים גניבתו [רמב"ם], ונפ"מ בטלה מן העדר שהוא לא יכול לתבוע שבועה. > קוש' האמרי משה, שמוכח דשבועה בטוט"ג הוא גזה"כ בעלמא. > מבאר עפ"י הנ"ל שגם הרמב"ם מודה ששומר אינו יכול להיות גנב, ונחלקו באופן שהוא 'גונב' גם את הזכויות שמירה שיש למפקיד בפקדון, האם בזה הוא יכול להיות גנב, ומבאר את הדברים עפ"י האור שמח שבועת השומרים היא חלק מעצם החובת שמירה, ועד כמה שהוא מעכב ממנו את הזכות שבועה [בגונב טלה] בזה הוא גונב את הזכויות של שמירה. > דוחה גם את המהלך הזה. > ביאור חדש בביאור פלוגתם דפליגי ביסוד הגדר דבהיתרא אתי לידה האם שייך על ידי גונב טלה מן העדר שיחול כאן דין באיסורא אתי לידה. > תוספת ביאור בדברי הרמב"ם – דכל זמן שיש חיוב שבועה חשיב כיד בעה"ב ושוב חשיב כבהיתרא, ואהני לן הך אופן של האור שמח לפטור משבועה ושוב חשיב כבאיסורא אתי לידה. > מביא את סתירת הראב"ד בסברה דיד שומר כיד בעה"ב משליחות יד לטוט"ג, ומיישב עפ"י הנ"ל. > מביא כמה דרכים באחרונים בביאור פלוגת הרמב"ם וראב"ד דנחלקו בעיקר החידוש של טוט"ג, ומתמה עליהם.

ביאור פלוגת הרמב"ם וראב"ד בגונב טלה מן העדר האם חייב כפל או לא, ומבאר דתלוי בעיקר הנידון בסוגיין לגבי שליחות יד, האם עיקר חיובא דגזילה וגניבה בשומרים חידוש.

הבאנו לעיל [סימן ל"א] את פלוגת הרמב"ם והראב"ד בדין גונב טלה מן העדר – ואחרי מה שנתבאר [שם] נדון בעיקר פלוגתא זו.

דהנה, יעויין ברמב"ם [פ"ד גניבה ה"י] שכתב ששומר שגנב טלה מן העדר חייב כפל, וכתב הראב"ד דזה אינו כלום, ופי' המ"מ דכוונתו בזה הוא דכפל בשומר רק מצאנו בטוט"ג, וזה גזה"כ מיוחדת בטוט"ג כיון שנשבע לשקר, ולולי השבועה ליתא לדין טוט"ג, לא כן בכל גזילה בשומרים דהתם לא נתחדש דין כפל, והכס"מ ביאר את שיטת הרמב"ם דס"ל דשאני טוט"ג דחייב דוקא אחרי שנשבע, משום ששם יש חסרון מיוחדת שאינו מזיזו כלל ממקומו, הלכך לולי השבועה ליכא דין גניבה, אבל בגונב טלה מן העדר אינו כן, דהתם איכא מעשה גניבה גמורה, הלכך גם בלי שבועה נתחדשה פרשת כפל גם בשומר.

ובביאור פלוגתם מצאנו מהלך באחרונים, ושורש הדברים מבואר בחזון יחזקאל [ב"מ פ"ג ה"ו] בשם הגר"ח ונוסיף בזה ביאור.

דהנה, לדעת הרמב"ם הא דטוט"ג היא פרשה מחודשת הוא משום שלא עשה מעשה גניבה כלל, וגניבה צריך מעשה גניבה, ולא סגי בעיכוב ממון בלי המעשה גניבה עצמה, וכבר ייסדו כן האחרונים מדברי רש"י בב"מ [י:]: דגונב ע"י קנין חצר רק חייב אחרי שהוא עושה מעשה נעילה, דלולי המעשה נעילה חסר בעיקר המעשה גניבה ואין כאן כפל, והאריכו בזה האחרונים לחלק בין גניבה לגזילה דבגזילה הכל תלוי אך ורק בעיכוב ממון אבל בגניבה בעינן מעשה, ועיין מה שהארכנו בזה באמרות אברהם [ריש מרובה].

עכ"פ בזה מבואר דברי הרמב"ם שלמד דדוקא ע"י שבועה חיילא דין כפל בטוט"ג כיון דחסר בעיקר המעשה גניבה, אכן בגונב טלה מן העדר שעשה מעשה גמור, התם כבר חשיב כגניבה רגילה גם בלי הפרשה המיוחדת של טוט"ג הילכך חייב כפל גם בלי שבועה, ועיין באמרי משה [סי' ל"ב ס"ק ב'] שמדבריו מבואר שגם כן ביאר את הרמב"ם הנ"ל בדרך זה.

אכן דעת הראב"ד דטוט"ג היא פרשה מחודשת לא רק מחמת זה שחסר במעשה גניבה, אלא דחסר בעיקר העיכוב ממון, וזה מתרי טעמי, או משום שבהיתרא אתיא לידה, או משום דרשות שומר כרשות בעה"ב וחסר בהוצאת ממון, והיינו כשתי הדרכים באחרונים בטעמא למה שליחות יד מיקרי חידוש גם בעיקר הגזילה.

ולפי דרך זו ליכא פרשת גניבה וגזילה כלל בשומרים לולי הגזה"כ, ועל זה בעינן פרשת שליחות יד לחדש את עיקר הדין גזילה, דהכא נתחדש עיקר החידוש שיש מציאות של עיכוב ממון

בשומרים שמחייבו בתורת גזלן, אולם בפרשת שליחות יד נתחדש רק חיובא דגזילה, ולגבי כפל איתרבי פרשה מיוחדת של טוט"ג וזה דוקא ע"י שבועה, ודו"ק, הילכך בגונב טלה מן העדר, אף דעשה מעשה גניבה אכתי לא מהני, דתמיד צריכים לבא לפרשת שליחות יד גם לעיקר הגזילה, ולא נתחדש שם פרשת כפל.

ולדרכו של הרמב"ם ע"כ צ"ל דעיקר הדין גזילה ידעין גם בלי פרשת שליחות יד, וע"כ דפרשת שליחות יד רק נתחדשה לומר דחייבים על כולה בגונב מקצתה, אבל עיקר הדין גזילה ידעין מסברא, והיינו כרש"י.

הרי לנו דשורש פלוגתת הרמב"ם וראב"ד בדין כפל בגונב טלה מן העדר תלוי בנידון זה האם עיקר הדין גזילה נתחדשה בשליחות יד, או דרק הדין נוסף דמקצתה ככולה נתחדשה בפרשה זו.

אולם אכתי לא נתבאר למה ליכא כפל בכל שליחות יד, והיינו דלפי הרמב"ם דאיכא כפל בגונב טלה מן העדר, א"כ למה ליכא כפל בכל שליחות יד, הרי דתרווייהו נעשו בסתר מהבעלים, ומאי שנא זו מזו, ועיין בכס"מ שכתב דבגונב טלה מן העדר הוא עושה כן "דרך גניבה", וקשה דמאי שנא כל שליחות יד מזה.

וע' באהא"ז [שם] שביאר את כוונת הכס"מ דמיירי בדבר שלא ידוע לבעלים שאין להם מנין מסויים, ושפיר י"ל דהוי בדרך גניבה ורק בכה"ג חייב כפל, אכן בכל שומר שגונב באופן שהבעלים יתבענו אח"כ ויחשוש שאולי הוא גנבו, הרי אין זה דרך גניבה דרק בגונב באופן שאין ממילא חששות עליו הוא דחשיב דרך סתר כגנב, וממילא דה"ה דבכל שולח יד י"ל כן, ודו"ק.

דרכו של האור שמח בפלוגתת הרמב"ם וראב"ד, דנחלקו אי שבועה מגזה"כ דשומר אינו גנב [ראב"ד] או ששומר יכול להיות גנב וכל השבועה היא היכי תימצא בעלמא להשלים גניבתו [רמב"ם], ונפ"מ בטלה מן העדר שהוא לא יכול לתבוע שבועה.

אולם יש כאן תוספת דברים בעיקר פלוגתא זו – וכדיבואר:

דהנה - עיין באור שמח שמבאר את דברי הכס"מ דלעולם מודה הכס"מ לטענת הראב"ד ומ"מ, דשאני שומר שאין לו דין גניבה אלא בשבועה, אלא דהרמב"ם מיירי בגוונא מסויים, ורק באופן זה סובר הרמב"ם וכס"מ דאית ליה דין גנב גם בלי שבועה.

והאור שמח הקדים ודיקדק כמה דקדוקים בדברי הרמב"ם וכס"מ:

א] לשון הרמב"ם הוא, "טלה מן העדר", וק' דלמה אוקמי' בגוונא זו, הא גם במפקיד ב' טלאים ולקח א' מהם נאמר דין זה.

ב] למה הדגיש הכס"מ דלקח "קצת מהכל" ומשמע שוב שהוא "קצת" ולא חצי מהפיקדון.

ג] מהו הוספת הכס"מ "דרך גניבה".

ומפרש האור שמח דמיירי שהבעה"ב לא ידע המנין ודוקא לקח "קצת" באופן שהבעלים לא ירגיש ולא יוכל לתבוע שבועה, ובזה אמרין דזה "דרך גניבה", שהבעלים לעולם לא ירגיש, וזהו ההדגשה "קצת מהכל", ולכן אוקמי' הרמב"ם בגוונא זו – והיינו כנתבאר לעיל מהאהא"ז.

וחידש האור שמח, דדינא דשבועה בטוט"ג אינו גזה"כ בעלמא אלא דדינא דשבועה הוא משום שכיון שהמפקיד יכול לתבוע את החפץ, א"כ השומר לא השלים גניבתו עד שישבע, ונמצא דבכפירתו ליכא גניבה כלל, ולעולם חסר בגניבה בלי שיפטר בשבועה, אבל מי שע"י כפירתו יפטר מיד מהבעלים גם בלי השבועה, הרי הוא גנב מיד.

ולפי"ז כיון שהוא דבר שלא במנין, שהפקיד עדר וכיס, שוב לא יודע לתבועו ומיד בלקיחתו איכא גניבה גם על דמיו, ולכן אי"צ שבועה, וזהו שכ' "שלקח קצת", ודו"ק.

וי"ל, דהראב"ד חולק בזה גופא, וסובר דדינא דשבועה בטוט"ג הוא גזה"כ בכל גנב, ואינו הלכה בעלמא להשלים את גניבתו, ולהכי חולק על הרמב"ם בזה.

הרי שלפי הראב"ד שומר אינו גנב, וכלשון המ"מ בדעת הראב"ד, רק דמגזה"כ נעשה גנב והיינו דווקא ע"י שבועה, אכן הרמב"ם למד ששומר נעשה גנב, וממילא דכל מה דבעינן שבועה אינה

אלא להשלים את הגניבה, ולא מגזה"כ, ונפ"מ באופן שיוכל לגנוב בלי להתחייב בשבועה כגונב טלה מן העדר – ועיין בהערה ¹⁷⁴.

קושי' האמרי משה, שמוכיח דשבועה בטוט"ג הוא גזה"כ בעלמא.

איברא דדרך זו של האור שמח דחה באמרי משה [סי' ל"ה ס"ק ג'], שהביא כמה ראיות דמה דטוט"ג בעי שבועה היינו ע"כ מגזה"כ [כמבואר בדף ס"ג:], ואלו הן:

א) [מדקס"ד בריש מרובה [ס"ד]:] ללמוד מטוט"ג לגנב דבעי שבועה, והרי בגנב רגיל אין חיסרון שלא השלים גניבתו, ואין חסרון שהוא שומר עד שבועתו.

ב) ועוד דרש"י הק' [שם ס"ג]: דאיך ילפינן כפל מטוט"ג לגנב, מה לגנב דא"צ שבועה, ולדרכים הנ"ל דוקא טוט"ג צריך שבועה להיות גנב, וקושי' רש"י לק"מ, [ויש לומר דרש"י כהראב"ד והרמב"ם חולק על שניהם].

ג) ועוד דלהלן בב"ק [ק"ו] יש מ"ד דבעי דוקא שבועת מודה במקצת, אף דבלי שבועת מודה במקצת כבר נפטר.

ולפי"ז חידוש דלעולם כל טוט"ג צריך שבועה, גם טוט"ג שהבעלים האמינו או שהביא עדים צריך שבועה מגזה"כ.

ד) מלבד כל זה הרי טוען טענת אבידה אינו גנב, ולפי האור שמח לא גרע טוען טענת אבידה מגונב טלה מן העדר, דטוען טענת אבידה גם השלים את הגניבה אחרי שנשבע כמו שגונב טלה השלימו בלי לישבע ומאי שנא, וצ"ע.

ויש להוסיף עוד על הקושיות של האמרי משה, שנמצא דנחלקו הרמב"ם והראב"ד בעיקר יסודו של הברכ"ש שהוא גנב מחודש מפרשת שומרים, שלפי הרמב"ם הוא גנב פשוט, ורק לפי הראב"ד הוא גנב מחודש, שהרי שומר אינו גנב, וזה תימא גדולה לומר שטוט"ג הוא גנב פשוט, וכנתבאר בארוכה לעיל בדברינו באמרות אברהם – מרובה [סימן ג'], וע"כ צריכים לפרש את הדברים באופן אחר.

מבאר עפ"י הנ"ל שגם הרמב"ם מודה ששומר אינו יכול להיות גנב, ונחלקו באופן שהוא 'גונב' גם את הזכויות שמירה שיש למפקיד בפקדון, האם בזה הוא יכול להיות גנב, ומבאר את הדברים עפ"י האור שמח ששבועת השומרים היא חלק מעצם החובת שמירה, ועד כמה שהוא מעכב ממנו את הזכות שבועה [בגונב טלה] בזה הוא גונב את הזכויות של שמירה.

ובאופן אחר נראה לבאר את דברי הכס"מ לפי הדקדוקים באור שמח, דבאמת יש לומר דגם הרמב"ם מודה ששומר אינו גנב, ולכן הדין טוט"ג הוא גנב מחודש מפרשת שומרים, ורק בגונב טלה מהני בלי שבועה, וכדיבואר.

ונקדים ביסוד גדול והוא, דדין שבועת השומרים שאני מאידך שבועות, דאין זה שבועה ע"י טענה וכפירה, רק שבועה מדיני השמירה עצמן, שקיבל על עצמו שמירה ובכלל קבלת שמירה זו היא שישבע כשאין פקדון, וכבר הארכנו ביסוד זה לעיל [סימן ט"ו] והבאנו הרבה ראיות לעיקר יסוד זה.

ומעתה נראה דאה"נ כו"ע מודי דשומר לא נעשה לגנב, הלכך לא מצאנו דין טוט"ג אלא ע"י שבועה, וכטענת הראב"ד ומ"מ, אולם נראה, דשורת הדין היה דכל שומר שעושה מעשה גניבה, המעשה גניבה היה צריך להפקיע ממנו את הדין שומר, שהרי כעת הוא גנב ולא שומר, אלא דכיון דגם אחרי הגניבה יוכל המפקיד לתבוע ממנו שבועה לגמור את הדין שמירתו, [דשבועה מדיני שומרים היא], א"כ שוב ע"כ לא פקע ממנו הדין שומר ולהכי לא יחול בו שם גנב, והיינו, דכיון דשבועה מדיני שומרים הוא, ע"כ ממשיך הדיני שמירה גם לאחר המעשה גניבה, ואין אפשרות לסלק מעצמו את הדין שמירה.

¹⁷⁴ ובדרך זו הוסיף עוד בהמשך הדברים שנחלקו באופנים אחרים שאין דין שבועה מעיקרא, וביאר בזה את ספיקת התוס' בב"ק [נ"ז] בבעליו עימו שלמד שאין שבועה בבעליו עימו ולמד שנסתפקו בהנך ב' צדדים, [ונתקשה לפי"ז בדין חשוד].

אולם כל זה בסתם גניבה, אבל אם הגניבה יהיה באופן שבטלה התביעה על השבועה, שוב מפקיע המעשה גניבה מעליו את השם שומר, ואז הרי הוא גנב ולא שומר וא"צ שבועה, וכל קושי' המ"מ היתה דכיון דע"כ ישאר בו דין שומר כיון שחייב שבועה, שוב אין כאן מעשה גניבה.

ונראה דגם הראב"ד וגם הרמב"ם מודים ביסוד זה, אלא שלפי האמת אין היכי תימצי לסלק ולהפקיע את התביעה לישבע, וגם בגוונא זו של הכס"מ ואור שמח שבפועל הוא לא יכול לתבוע שבועה כיון שהוא לא יודע שנגנב והוא חושב שכל הפקדון חזר, אכן סו"ס כלפי האמת יש לו עליו תביעת שבועת שומרים רק שהוא לא יודע מזה, וע"כ שהוא עדיין שומר עד שישבע.

אלא שנקודת המחלוקת בין הרמב"ם לראב"ד הוא בזה, שהרמב"ם חידש שאף שא"א לסלק את החובת שבועה, ונמצא שעדיין חייב בחובת שמירה, אכן אכתי שייך לגנוב את עצם החובת שמירה הזו.

אלא שזה תמוה דמה שייך לומר שהוא גונב ממנו את החובת שמירה הזו – אטו חובת שמירה שייך בה גניבה.

והביאור כך – יש זכויות למפקיד בפקדון, שמלבד עצם בעלותו בפקדון כבעלותו בכל ממונו, הכא בפקדון ניתוספו לו זכויות של שומרים כנגד השומר, והיינו שזכותו של המפקיד בפקדון הוא לתבוע שמירה, וזכויות הללו קיימות בפקדון – מלבד עיקר בעלותו בפקדון ככל שאר ממונו.

ומעתה – 'פקדון' של ראובן אצל שמעון אינו כ'ממון' של ראובן אצל שמעון, ד'פקדון' של ראובן כולל את הזכויות של ראובן בפקדון כנגד שמעון, ויש גניבת 'ממון', ויש גניבת 'פקדון', והכא בשומר הוא גונב ממנו את ה'פקדון' ולא רק את ה'ממון', ודו"ק.

ובתוספת ביאור – כמו שגנב מעכב ממון חבירו, והיינו שהוא 'מעכב' ומשתלט על בעלותו של חבירו בלי 'להפקיע' את בעלותו, ובזה הוא מיקרי גנב וגזלן – כמו כן שומר שגונב את הפקדון לעצמו, הרי בזה הוא גם 'מעכב' ומשתלט על זכויותיו של המפקיד להחזיקו כפקדון גם בלי 'להפקיע' את בעלותו של המפקיד בזכויותיו הללו, דע"י הגניבה של הפקדון כבר אין אפשרות לתבוע ממנו לשמור שהרי כבר אין פקדון, ובזה הוא גנב ממנו את הזכויות הללו של שמירה בפקדון – נמצא שהוא גנב את הפקדון ואת הזכויות של שמירה שיש למפקיד בפקדון.

הדברים נשמעים כחידוש – ולאחר התבוננות הרי הם פשוטים – ועיין בהערה ¹⁷⁵ תוספת ביאור בזה.

אולם כיון שמזכויותיו של המפקיד להשביעו [וזה הרי מדיני שומרים וכלדעיל] – א"כ גם אחרי שהפקדון כבר לא קיים לפנינו, הרי נמצא שזכות זו עדיין קיימת אצלו גם אחרי שהגנב עצמו גנבו לעצמו, שהרי ישביעו ובכך יכריחו להחזירו, ונמצא שאין אפשרות לשומר לגנוב ולעכב את הפקדון עם הזכויות של שמירה בפקדון, שתמיד יצטרך לישבע.

¹⁷⁵ והיינו דגניבה וגזילה היינו עיכוב ממון חבירו והיה אפשר לשאול שהרי באמת הוא לא עיכב את הזכויות של המפקיד אצלו, אלא שהוא גרם שהמפקיד לא יוכל להשתמש בהנך זכויות, אבל הוא לקחם לעצמו בתורת עיכוב ממון של גזילה וגניבה, [ויותר היה מדויק לומר שהוא הזיק את הזכויות הללו ולא גנבם].

אכן נראה לבאר את הדברים בדרך משל, שכהן שיש לו בעלות על תרומה ובא ישראל וגנב את התרומה, הרי מלבד הממונות הוא גם גנב את הזכות אכילה שיש לכהן באוכל אף דלעצמו ליכא זכות אכילה כזו, והגדר בזה, שהוא גנב את ה'תרומה', ולא רק את ה'ממון' ו'חפץ' שבתרומה, והזכויות של אכילת כהן הם חלק מהתורת 'תרומה' שבממון.

ואף אנו נימא הכא, שכשהוא גונב את הפקדון, הרי שיש כאן את הממון הפשוט של הפקדון כמו כל ממון אחר, אלא שכאן יש לבעלים גם תורת 'פקדון' בממון, והתורת 'פקדון' היינו הממון שכולל גם את הזכויות הללו לתבוע על הממון שמירה ושבועה וכדומה, והגניבה מתייחסת לא רק לממון הפשוט אלא לתורת 'פקדון' שיש כאן, ובזה אנו כוללים את הזכויות של שומרים בכלל הגניבה, ודו"ק.

והעירני תלמיד אחד דגם אי לא נימא שיש כאן 'גניבה' על הזכות שומרים אלא שנאמר שהוא 'הזיק' את הזכות שומרים, [שהרי את הזכויות הללו הוא לא עיכב מהבעלים אלא שהוא עשה שלא יהיה לבעלים זכות שימוש בהם], אכן את עיקר היסוד עדיין ניתן לומר, שאם הזכויות הללו מעכבים אותו שלא יחול תורת גניבה בשומר א"כ באופן שגונב את הפקדון ובזה הוא גם מזיק את הזכויות הללו, באופן כזה שפיר חשיבא הגניבה כגניבה, ודו"ק.

הרי שהשומר גנב ממנו רק את ה'ממון' ולא את ה'פקדון', שהרי דיני השמירה של הפקדון וזכויותיו אכתי עומדים למפקיד.

אולם הרמב"ם מצא אופן שיוכל לגנוב גם את הזכויות הללו, והיינו שיגנוב באופן שלא יוכל להשביעו, שיעלים ויעכב את הפקדון באופן שאין לו שליטה ואפשרות להשביעו שהוא לא ידע להשביעו, הרי בזה הוא מעכב וגנוב ממנו גם את ה'ממון' וגם את התורת 'פקדון' של הממון, [והרי הוא כגנוב את הזכויות של פקדון מהמפקיד בהך גניבה], ועיין בהערה ¹⁷⁶.

ובזה נחלקו הרמב"ם וראב"ד - שיש לחקור בדין זה ששומר הוא לא גנב, האם עצם הזכות של המפקיד בפקדון לתבוע שמירה ושבועה מעכבו מלהיות גנב על פקדון כזה, וזו שיטת הראב"ד דלכן לעולם לא משכחת לה שומר שהוא גנב, ותמיד נאמר דין שבועה מגזה"כ, או דילמא דהיכא שהגנבה אינה גנבה על הממון של הפקדון גרידא, אלא שגם את התורת פקדון שבפקדון כלול בגניבה, הרי בכה"ג הנך זכויות של פקדון לא מעכבות את הגנבה עד כמה שהם בעצמם כלולות בתוך הגנבה עצמה – ודו"ק.

וזו שיטת הרמב"ם דכבר א"צ שבועה וחשיב גנב כגנוב טלה מן העדר אף שלא נשבע, שהשבועה רק נצרכת בכל שומר שגנב ובכל טוט"ג כיון שהוא עדיין שומר וגם לא גנב את הזכויות של שמירה ביחד עם הפקדון, דעצם זה שתובעו לישבע לא מאפשרת אותו להיות גנב שעד כמה שאפשר לתבוע שבועה ע"כ דאכתי אינו גנב, ודו"ק.

דוחה גם את המהלך הזה.

כפשוטו היה מקום לחשוב שכבר לא קשה הכא קושיות האמרי משה, שהרי לפי דרך זו דווקא בגנוב טלה הוא יכול לגנוב את הדין שמירה לעומת כל טוט"ג, ולכן רק בגנב טלה הוא גנב פשוט לעומת כל טוט"ג, ומה שהקשה האמרי משה דבטוט"ג יש גזה"כ ודינים [שהוכיח שהשבועה היא מגזה"כ וגם טוען טענת אבידה לא מהני מגזה"כ], ומכל זה מוכרח שאינו גנב פשוט, ויש לומר דאה"נ ורק בגנוב טלה מן העדר הרי הוא גנב פשוט, וכל הנך גזה"כ נאמרו בטוט"ג.

אולם אכתי קשה שסו"ס כל טוען טענת אבידה לא גרע מגנוב טלה מן העדר, שאף שהוא לא גנב את החיוב שומרים [ככל גנוב טלה מן העדר שגרם שהוא לא יכול להשביעו], אכן הכא אלים טפי, שהוא נשבע באמת שנאבד, ובזה הוא באמת השלים את שמירתו, והסתלקו ממנו הזכויות של שמירה בשבועתו, ואם כל מה ששומר אינו גנב היינו רק עד כמה שיש עדיין למפקיד זכויות של שומר בפקדון להכריחו לשמור ולישבע, הרי אחרי שבועתו בטלה ממנו זכויות הללו ולמה לא יהיה גנב.

וכמו כן יהיה קשה בטוט"ג דלמ"ד דרק חייב אחרי שבועת מודה במקצת, ולמה לא נימא שגם בלי שבועת מודה במקצת שיהיה עכ"פ גנב פשוט כגנוב טלה שהרי בטלה שמירתו, וצ"ע.

ומוכרחים אנו ללמוד מהלך חדש בשיטת הרמב"ם – וכדיבואר.

ביאור חדש בביאור פלוגתתם דפליגי ביסוד הגדר דבהיתרא אתי לידיה האם שייך על ידי גנוב טלה מן העדר שיחול כאן דין באיסורא אתי לידיה.

והנראה בזה, ונקדים בעיקר דברי המ"מ דטעמא דליכא דין גנב לפי הראב"ד הוא משום שאין שומר נעשה גנב, ויש להעיר, שהרי מפורש בגמ' להלן [ס"ג: ס"ד:] שהחילוק בין טוט"ג לכל גנב הוא ד"בהיתרא אתא לידיה", וכן הבאנו מהברכ"ש שזוה עיקר החידוש של טוט"ג, וקשה דלמה פירש המ"מ בטעמו של הראב"ד דמצד עצם היותו שומר אתינן עלה, הא מפורש בגמרא דמצד בהיתרא אתי לידי' אתינן עלה.

ועיין להלן [סוף הגזול ומאכיל] בשלטי גבורים [מ"ה: בדפי הרי"ף אות ב'] שהביא את הדין של הראב"ד בשם הרי"א ז', והרי"א ז' ביאר דמצד בהיתרא אתי לידיה אתינן עלה דלכן לא מיקרי גנב גם בכה"ג של גנוב טלה מן העדר.

¹⁷⁶ וזה למרות שהזכויות עדיין קיימות לו כלפי שמאי - שהרי לפי האמת הוא לא סילק את הזכויות אלא שהוא עיכבם ממנו, וזה ככל גניבה שהבעלות קיימת אלא שערכה מהבעלים.

הרי לנו הסבר פשוט בשיטת הראב"ד, ומעתה שיטת הרמב"ם צ"ב, אולם נראה דבסברא זו גופא פליג הרמב"ם, שהרמב"ם מודה דמטעמא דבהיתרא אתי' לידיה אתינן עלה, אלא דסובר דכל זה בטוט"ג רגיל, ולכן דווקא טוט"ג חשיב כגנב מחודש, ורק בגנב זה נאמרה הלכה מגזה"כ שיהיה הגניבה דוקא ע"י שבועה, ולהכי בעי שבועה.

אולם בגנב טלה ממקום שהופקד, הכא ס"ל לרמב"ם שזה כבר בא לידו באיסור, דלקיחתו ממקומו דרך גניבה הוא באיסור, שעצם זה שהוא מעבירו לעדר שלו באופן שהבעלים לא ימצא את פקדונו, זה עצמו הוא מעשה באיסור להעלים את ממנו ממנו, ומה אכפת לן מה דמעיקרא הגיע לידו בהיתר אם עכשיו הוא מעבירו ולוקחו משם באיסור, וממילא דהוי כבר כגנב רגיל, ושוב אי"צ את החידוש של טוט"ג, ושוב אי"צ שבועה, ויתכן שזהו כוונת הכס"מ בישוב לרמב"ם¹⁷⁷.

ומעתה נראה - דבזה יבואר למה כתב המ"מ דטעמא דהראב"ד דשומר אינו גנב ולא הביא את הטעם של בהיתרא אתי' לידי, ולמה הוצרך לחדש דהחידוש בכל טוט"ג הוא בעצם זה שהוא "שומר", וקשה אטו חולק הוא על הגמרא, וכבר הבאנו מהריא"ז שפירש כפשוטו.

ונראה דבא לפרש למה גם באופן זה של הרמב"ם אכתי מיקרי בהיתרא אתי' לידי, ובא לאפוקי מסברת הרמב"ם, והוא, שכיון שהוא שומר והרי יד שומר כיד בעה"ב, א"כ הרי ממילא חסר בכל הגניבה ובכל ההוצאה מרשות הבעלים, והוי זה כהעברה מיד שמאל ליד ימין, ונמצא שמשום שהוא שומר לכן זה עדיין בהיתרא אתי' לידיה גם אחרי שהוא גונב טלה מן העדר, דעצם זה שהוא מוציאו מן העדר עדיין הוא המשיך לקבלתו הראשונה אצלו בתחילת ההפקדה בתורת שומר, שכל עוד שאפשר לדון את המעשה של העברה מעדר של הפקדון לעדר שלו כהעברה מיד א' ליד השני, שוב הוי כולו בכלל ה"בהיתרא אתי' לידיה", ולכן צריך חידוש דטוט"ג גם בגוונא זו, ולולי השבועה אין כאן כלום, ודו"ק.

למדנו א"כ שגם הראב"ד למד כמבואר בריא"ז אלא שהוסיף המ"מ לבאר למה חולקים על הרמב"ם, דהרמב"ם וראב"ד פליגי בעיקר דינא דבהיתרא אתי' לידיה דלמה כל שומר דיינינן ליה דבהיתרא אתי' לידיה, שהרמב"ם למד שההיתרא אתי' לידיה תלוי בזה שהוא לא עשה שום מעשה איסור וכל כולו מעשה בהיתר הוא, והראב"ד למד דתלוי בזה שיד שומר כיד בעה"ב, ודו"ק.

תוספת ביאור בדברי הרמב"ם – דכל זמן שיש חיוב שבועה חשיב כיד בעה"ב ושוב חשיב כבהיתרא, ואהני לן הך אופן של האור שמח לפטור משבועה ושוב חשיב כבאיסורא אתי לידיה.

אולם נראה שצריכים תוספת דברים בביאור הרמב"ם, שהרי סו"ס טענת הראב"ד נכונה, דאיך אפשר לדון את המעשה של השומר כמעשה של באיסורא אתי' לידיה, הא סו"ס הרי ידו כיד בעה"ב, ומה שייך לדון את המעשה כמעשה גניבה של איסורא אם אינו אלא העברה מיד ימין ליד שמאל.

ולהכי נראה, דלעולם מודה הרמב"ם והכס"מ לעיקר סברת הראב"ד שמחמת זה שידו כיד בעה"ב לכן ע"כ הוא דלא חשיב באיסורא אתי' לידיה, אולם הרמב"ם מיירי דווקא בגוונא של האור שמח¹⁷⁸, וכבר ביארנו דע"י זה שהוא חייב שבועה הוא דע"כ ממשיך בו דין שמירה והזכויות של שומרים עדיין קיימים אצל המפקיד, וסובר הרמב"ם דכיון דמיירי בגוונא כזו שע"י הגניבה הוא לא יוכל להשביעו, שוב חיילא הגניבה גם על התורת 'פקדון' שבממון ולא רק על הממון עצמו, והרי זה כגונב גם את הזכויות של השמירה בפקדון בזה שהוא מעכבם אצלו בגניבה, וכתבאר לעיל, ומעשה גניבה כזה מיקרי מעשה גניבה של באיסורא אתי' לידיה, דמעשה זה עומד בעצמו בלי שייכות למצב הקודם של בהיתרא אתי' לידיה, שהרי עשה מעשה חדש נגד הפקדון בזה שהוא גונב ממנו את הזכויות של שומרים בפקדון בזה שלא יוכל להשביעו, ולכן חשיב באיסורא, וזו פלוגתת הרמב"ם וראב"ד.

¹⁷⁷ אלא דלפי"ז כבר ליתא לכל הדקדוקים של האור שמח בכס"מ, דשוב לא בעינן לאוקמיה בגוונא מסויים של האור שמח.

¹⁷⁸ וחזרו כל הדקדוקים של האור שמח בכס"מ, דשוב צריכים לאוקמיה בגוונא מסויים של האור שמח.

וכעת אין להקשות מטוט"ג, שבטוט"ג הוא לא עשה שום מעשה חדש של נטילת הפקדון לשם גניבה, ובמקומו הראשון קאי בהיתרא, אלא שכפר ונשבע עליו לשקר בתוך כך מצב של בהיתרא אתי' לידיה, אכן בגונב טלה מן העדר, הכא שורת הדין שיש כאן מעשה חדש של באיסורא אתי' לידיה, אלא דמחמת הדין שומרים [דיד שומר כיד בעה"ב] אנו אומרים שמעשה זה כלול בתוך שמירתו ולכן זה לא יצא מכלל המצב של בהיתרא אתי' לידיה, ולזה אנו אומרים שעד כמה שבמעשה הזה הוא גונב את הזכויות הללו בעצמם של שומרים, בזה הוא מוציא את המעשה הזה מתוך המצב של בהיתרא אתי' לידיה, ושפיר חייל דין באיסורא אתא לידיה, וא"ש.

ונמצא דלעולם השבועה היא שבועה מגזה"כ בכל שומר שגנב באופן של בהיתרא אתי' לידיה, אולם אי יעשה מעשה גניבה חדש באופן שאין הבעלים יכולים להשביעו, וכמו שהעמיד הכס"מ ואור שמח, בזה הוא דנהיה המעשה למעשה של באיסורא אתי' לידיה, ודו"ק.

מביא את סתירת הראב"ד בסברא דיד שומר כיד בעה"ב משליחות יד לטוט"ג, ומיישב עפ"י הנ"ל.

והנה יש דין שליחות יד שזה גם חידוש בשומרים שהוא גזלן, ועיין בתרומת הכרי [סי' רצ"ב סעיף ב', בד"ה ויש לי] דרק בגזה"כ דשליחות יד נעשה גזלן דאל"כ הרי יד שומר כיד בעה"ב, ואין כאן גזילה כלל, וכן הוכיח בשיטת התוס', ולעומת זאת מצאנו ברש"י בב"מ [מ"ג: ד"ה כי פליגי] דחידוש דשליחות יד הוא דבהיתרא אתא לידי'.

ומתחילה היה מקום לומר דפלוגתא זו בשליחות יד היא פלוגתת המ"מ וכס"מ והראב"ד והרמב"ם בטוט"ג, שהראב"ד למד דמצד יד שומר כיד בעה"ב אתינן עלה לכן לא מהני בגונב טלה, והרמב"ם למד מצד בהיתרא אתי' לידיה, ולכן הכא מיקרי באיסורא.

אולם קשה תרתי, א' בטוט"ג כתוב מפורש טעמא דבהיתרא אתא לידי', ב' בחידושי ר' שמואל [ב"מ סוף סימן כ"ה] הוכיח מהראב"ד דשליחות יד דחשיב גזלן אינו חידוש וליכא סברת יד שומר כיד בעה"ב כלל, ודלא כהתרומת הכרי בשיטת התוס', ולמדנו א"כ בשיטתו דליכא למימר שטעם זה של יד שומר כיד בעה"ב מעכב גזילה, ותמה הגר"ש רוזובסקי זצ"ל מדברי המ"מ הכא בדעת הראב"ד בגונב טלה מן העדר דמבאר דמדין שומר אתינן עלה, והניח בצ"ע.

ולדברינו הביאור פשוט שהדין בהיתרא אתי' לידי' רק נאמר לגבי גניבה ולא לגבי גזילה, וטעמא דשומר שאמר המ"מ אינו אלא לבאר למה במעשה של גונב טלה מן העדר אכתי חשיב בהיתרא אתי' לידיה, ולאפוקי מהרמב"ם, אבל אין כוונת המ"מ דיד שומר כיד בעה"ב מפקיע את כל הגניבה, ודו"ק.

מביא כמה דרכים באחרונים בביאור פלוגתת הרמב"ם וראב"ד דנחלקו בעיקר החידוש של טוט"ג, ומתמה עליהם.

כבר נתבאר עיקר פלוגתת הרמב"ם והראב"ד, אכן ראיתי באחרונים שביארו את הדברים באופן אחר.

דלמדו דפליגי בעיקר החידוש דטוט"ג, דתרווייהו מודי דטוט"ג הוא גנב, ותרווייהו מודי דבהלכות שומרים נתחדש הך גנב מחודש וכדהבאנו לעיל מהברכ"ש, רק דנחלקו מהו החיסרון בטוט"ג דבעי על זה חידוש, ורק בכה"ג בעי שבועה, ולפי"ז נחלקו האם האי חידוש נאמר בגונב טלה מן העדר, ומשכחת לה בכמה אופנים.

האמרי משה [ריש סימן ל"ה] והאהא"ז [גניבה פ"ד ה"י ד"ה ובדרך אחר] למדו ע"ד הגר"ח דהכופר בפקדון הוי גזלן כיון דחסר במעשה וגזלן לא בעי מעשה וגנב בעי מעשה, ולכן הא דטוט"ג חשיב כגנב הוא חידוש, ולכן בעי שבועה, אבל בגונב טלה מן העדר איכא מעשה ולכן ליכא חידוש ולכן לא בעי שבועה.

[אולם עיין באמרי משה שהקשה על זה, ועיי"ש שביאר בארוכה ליישב את שיטת הכס"מ דלעולם איכא ב' דינים בשבועה בטוט"ג, עיין בזה בהערה שהבאנו תמצית דבריו¹⁷⁹].

ובאופן אחר כתב שם האהא"ז [ד"ה ונראה וד"ה ולפי"ז] שאינו גנב כיון שהבעלים יודעים בזמן השבועה שהפקדון לא יחזור אליו ושחסר לו הך פקדון, ולא נתקיים כאן תנאה ד'סתר'¹⁸⁰, ואף דלא יודעים שבודאי הוא לקחו, אבל יודעים עכ"פ שלהם זה יחסר, לעומת כל גניבה שהם לא יודעים כלום, וגם בגונב טלה הם לא יודעים כלום ושפיר חשיב ב'סתר'.

ובאופן אחר ראיתי בצפנת פענח [תרומות בהשמות עמוד 103] שכתב שתמיד חסר בהוצאה מרשות בעלים כיון שהשומר מייחד ומקנה למפקיד מקום בחצירו, אבל בגונב טלה מן העדר הוא מוציא מהרשות הזו, עיי"ש.

ובדעת הראב"ד שחולק על כל הנ"ל, עיין באהא"ז שם שביאר שהראב"ד ע"כ חולק בעיקר החסרון של גונב מבית האיש, דלא דמי לגונב משומר, דבגונב משומר השומר הוא כבית האיש דידו כיד בעלים, אבל הכא שהוא עצמו הגנב הרי הוא מבטל את בית האיש, ולכן לא שנא טוט"ג לא שנא גונב טלה מן העדר הרי חסר בבית האיש.

אולם כאמור הדברים תמוהים לכאן – הרי בגמרא מפורש טעמא דבהיתרא אתי' לידלי, ולמה לחדש טעמים חדשים לפרש האי חידוש ולמה חלוקין גנב מטוט"ג, וע"כ כדברינו, ודבריהם צ"ע.

¹⁷⁹ והאמרי משה ביאר דברי הרמב"ם באופן דלעולם כל טוט"ג צריך שבועה, גם טוט"ג שהבעלים האמינו או שהביא עדים צריך שבועה מגזה"כ, ופי' דברי הרמב"ם כך, דלעולם טוט"ג אינו גניבה דאין מעשה, ולכן מגזה"כ בעי שבועה דגניבה צריך מעשה, לא כן גזילה, [ולא שהשבועה היא המעשה ורק דכיון דחסר מעשה הרי"ז גניבה מחודשת וכדברי הברכ"ש, ובחידוש זה נאמרה גזה"כ דשבועה].

והנה באוכל את הפקדון ושוב טוען טענת אבידה פטור ובעי דוקא טוט"ג, [ע' להלן - ק"ו], והק' דכאן יש מעשה והרי הוא גנב רגיל, ולמה לא מהני, ועל זה כ' האמרי משה, דהכא אנו באים לסברת האור שמח, דכיון שעדיין ישלם את הממון ככל שומר, שוב אינו גנב גמור, וצריך להיפטר מהממון ע"י שבועה להשלים גניבתו, וכל שומר שנפטר מהממון של החפץ צריך להיפטר דוקא בטוט"ג להתחייב דזה מיקרי "גונב" ממון דחפץ, ולא מתחייב בטוען טענת אבידה דזה מיקרי "מאבד" ממון דחפץ, וזהו ילפוטא דטוען טענת אבידה דלא חייב כפל וטוט"ג חייב, דאין זה הילכתא בעלמא בפרשה המחודשת דטוט"ג, אלא הילכתא היא בכל שומר שיגנוב חפץ ולא ממון, שרק חייב כשיגנוב ממון בטענת "גנב" ולא בטענת "אבד".

ובזה מבאר עפ"י האור שמח דין גונב טלה, דכאן אינו טוט"ג רק גנב פשוט כיון שיש מעשה וכמו באכלו, וא"צ שבועה דאין מפרשת טוט"ג שרק טוט"ג צריך שבועה מגזה"כ, וכאן יצטרך שבועה רק להיפטר מהממון וככל אכלו, והא דא"צ שבועה דמיירי שלא יודע המפקיד כמה היו שם.

הרי דייסד לנו האמרי משה דדין שבועה דטוט"ג יש בו ב' דינים, א' מגזה"כ צריך שבועה, וזה אף במקום שממילא היה פטור מהממון, וכגון בבעליו עמו או שהבעלים האמינו או שיש עדים, ב' בהך דין דטוען טענת אבידה פטור מכפל למדנו חידוש דבטוט"ג כתוב עוד דין, דצריך להיפטר בשבועה מהממון כדי לגמור את הגניבה, ודוקא טענת נגנב מיקרי גניבה על החיוב ממון, ולא טענת אבד.

ונפ"מ בין ב' הדינים, א' דין השני אינו סיבה לשבועה באופן שממילא פטור מהממון וזהו החידוש בדין הראשון, ב' דין השני הוא סיבה לחייב שבועה גם באכלו, לא כן דין הראשון, דאכלו אינו מפרשת טוט"ג דגניבה גמורה היא, ודין הראשון רק מחייבו בפרשת טוט"ג.

ולפי"ז משכחת לה שיפטר משני הדינים, והיינו בעשה מעשה כגון שגנב בידים או אכלו, באופן שממילא פטור משבועה של הבעלים כגון שמאמינו או כגון שיש הרבה מטבעות ואינו יודע לתובעו, ושוב פטור משני הדינים, ואלו דברי הרמב"ם בגונב טלה מן העדר.

¹⁸⁰ ועי' קובש"ע [ב"ק אות פ"ה] דטוט"ג לא חשיב כמסתתר.

סימן ל"ג

בגדרי שואל שלא מדעת
והמשך סוגי' שליחות יד.

פרק א' הערות וספקות בדין שואל שלא מדעת. < יש להסתפק האם הוא גזול או על גופו של הפקדון או רק על תשמישיו. < בדברי הגר"ח בראב"ד דליכא דין שינוי קונה בשואל שלא מדעת. < קוש' התרומת הכרי בש"י הריטב"א בגונב ע"מ לשלם, דקשה דלמה שוכר שלא מדעת פטור מאונסים, ותלוי בספק הנ"ל. < שו"ט בדרכו של הגר"ש רוזנבסקי בזה אי השבת החפץ מיקרי ע"מ לשלם. >

פרק ב' דרכו של הברכ"ש בב' מיני גזילות, ובדין גזול ע"מ לשלם – והשתמש בפועל. < ב' סתירות – סתירה בריטב"א בגזול ע"מ לשלם, וסתירה בשו"ע בשואל שלא מדעת – האם צריך להשתמש בו כדי להתחייב בו או לא. < יסוד גדול מהגר"ב ד' ביישוב קוש' זו, דתרי מיני גזילות ניהו, בכוונת עיכוב ממון, ובלי כוונת עיכוב בצירוף מעשה גזילה. < מחדש עוד – דבגזילה שנגמרה ע"י כוונה – דווקא התם איכא חסרון מצד ע"מ לשלם, לא כן בגזילה שנשלמה ע"י מעשה, ונמצא דע"מ לשלם חייב מדין גזול בתברא ושת', וכן יש לחדש במי שהשתמש בגזילה. < ישוב הסתירה בשו"ע ובריטב"א. < תוספת דברים. < ישוב נוסף לכל הסתירה – דתלוי בשומר ובאיניש דעלמא. >

פרק ג' בדברי הראשונים ליישוב קוש' רש"י ברועה שהניח מקלו, דלמה מחייבין מצד שליחות יד ולא מצד שואל שלא מדעת. < בקוש' רש"י דברועה שהניח מקלו דלמה אינו חייב מצד שואל שלא מדעת, ודברי הר"ז וראב"ד בזה דמבאר בדבריהם דאיכא חידוש בעיקר הדין גזילה בשומרים. < רש"י חולק על הר"ז לשיטתו דס"ל דליכא חידוש בעיקר הגזילה בשומרים. < דרכו של המלחמות ודרכו של הר"ן בזה. < סיכום ג' דרכים בסוגי' ליישוב קוש' רש"י, ומבאר דהראשונים נקטו דבאמת אין כאן שליחות יד כלל, רק שואל שלא מדעת, ורק רש"י נקט דאיכא הכא שליחות יד. >

פרק ד' ביאור בקוש' רש"י למה מיקרי שליחות יד, ודרך חדשה בעיקר הגדר של מקצתה ככולה, ובעיקר הפלוגתא אי שליחות יד צריכה חסרון. < מתמה טובא ברש"י דאיזה שליחות יד איכא הכא – הרי כחו אינו גזילה במקצת. < מבאר גדר חדש בחידוש דמקצתה ככולה, דסגי בגזילה ע"מ להחסיר ולא בעי גזילת מקצת שיתפשט בכולו. < דרך חדשה בעיקר הנידון אי שליחות יד בעי חסרון או לא. < מבאר דהראשונים שו"ט בגדר הנ"ל בדין מקצתו ככולו בשליחות יד. < מביא שו"ט בר"ן האם הדין 'חסרון' בשליחות יד הוא דין צדדי מצד אין לך בו אלא חידוש, או דין חסרון הוא מעיקר דינא דשליחות יד, וגם למ"ד א"צ חסרון אבל אכתי בעינן ע"מ לחסר. >

פרק ה' ביאור תירוצו של רש"י [ברועה שהניח מקלו], ד"תחילתו שליחות יד הוא" – וחידוש בדין צריכה חסרון בשליחות יד. < במה שיש לתמוה על תירוצו של רש"י. < וביאורם של הגר"א ופנ"י בדבריו – ובמה שיש לתמוה בדבריהם. < מבאר דכשיש לקחת גופו בשליחות יד – שוב אין לדון מצד לקיחת השתמשות. < מתמה דסו"ס ליכא הכא דין שליחות יד – דאין כאן חסרון. < הקדמה ביסוד הגר"ח שיש מצב ומציאו ומעשה גזילה – בלי שום חיובים – בעבדים. < מחדש שיש ב' חידושים בשליחות יד, גם מצד המצב של גזול וגם מצד החיובים, וחלוקין ניהו לגבי הדין צריכה חסרון. < מבאר שאין שואל שלא מדעת כל זמן שיש מציאות של גזילה בשליחות יד גם בלי החיובים. >

פרק ו' עוד הערות בסוגי' < בשיטת הטור דבעינן שישתמש בו כדי לחייבו מדין שואל שלא מדעת. < מסקנת הגמ' – "שהכישא במקל", "בעודן עליה", וביאור פלוגת הרמב"ן ור"ה האם מתקיימת השבה כשמתבטל החסרון למ"ד צריכה חסרון. >

פרק א'

הערות וספקות

בדין שואל שלא מדעת.

יש להסתפק האם הוא גזול או על גופו של הפקדון או רק על תשמישיו.

שואל שלא מדעת היינו שמגביה את כולו כדי לעשות בו שימוש שלא מחסיר את החפץ, ודין זה שונה משליחות יד ששם הוא מגביה ע"מ לעשות בו שימוש שמחסירו, ולהלן יבואר שיש לדון האם בשואל שלא מדעת הוא רק חייב אחרי שהוא השתמש בו או דסגי במגביה ע"מ להשתמש בו להתחייב, ולכא' זה ע"ד נחלקו בגמ' גם בדין שליחות יד האם צריכים גם שיחסירו או לא, ולהלן יבואר האם יש שייכות בין הנך שני דינים.

והנה, בגמ' מבואר דנחלקו אמוראי האם שואל שלא מדעת גזול הוא או שואל הוא, ויש לעיין האם הוא גזול על התשמישין לחודיהו או על גופו, והיינו דגזול את כל החפץ בזה שהוא מעמיד לעצמו את ההשתמשות, ואכתי אינו כגזול פשוט דהכא הוא לא נתכוין להעמיד לעצמו את גוף החפץ, והוא רק מעמיד לעצמו את ההשתמשות, הלכך הוי פרשה חדשה של גזילה באופן חדש של עיכוב ממון – ואגב יש להעיר דפשיטא לשני הצדדים דמירי בעשה קנין בכולו, דאל"כ ליכא דינא דשואל שלא מדעת גזול הוא.

ולכא' היה נראה פשוט שהוא גזול בגוף החפץ ולא רק בהשתמשות של החפץ, שהרי מצאנו שהוא חייב אונסים בגוף החפץ וחייב השבה בגוף החפץ, וע"כ שהוא גזול בגופו, אכן זה יש

לדחות, דיתכן דלעולם הוא גזלן רק בהשתמשות, אבל אחרי שהוא גזלן על ההשתמשות של החפץ שוב אוקמיה התורה ברשותו לגמרי לחייבו בגופו אף שהדין גזלן רק חיילא על ההשתמשות.

אולם מהריטב"א [סוד"ה תרגמא] מוכרח שהוא גזלן בגופו, דדינו כגזלן על גופו לענין ההשתמשות, דהנה, מבואר בריטב"א דשואל שלא מדעת שגזל את התשמישין באופן דלא יתכן שום נזק לגופו דאז פשיטא לכו"ע דאינו גזלן, כ"כ בשם הרמב"ן ורש"י, ועיין בזה במחנ"א [גזילה סי' כ'] מה שכתב בזה, ומבואר מזה דהגזילה מתייחס לחפץ, שנוטל וגזל את החפץ להשתמש בו, ולכן באופן דליכא שום נפ"מ בחפץ אין כאן כלום, וע"כ דכל החפץ גזול לענין ההשתמשות.

בדברי הגר"ח בראב"ד דליכא דין שינוי קונה בשואל שלא מדעת.

אולם ע' בחידושי הגר"ח [פ"ב גזילה ואבידה בסוף] שהביא מהראב"ד דלא אמרינן שינוי קונה בשואל שלא מדעת, וביאר בטעמא דמילתא שהוא רק גזלן בתשמישין ולא בגוף החפץ, ולא שייך בזה שינוי קונה, וז"ל הגר"ח שם "דמיירי הכא דלא גזל את גוף הספינה ורק תשמישה, דהוי שואל שלא מדעת דחייב משום גזלן, ולהכי לא שייך בזה הך דינא דאין שמין כיון דאין כאן שינוי קונה, דהרי לא נחית לה אדעתא דגזלנותא לקנותה כולה", וכ"כ נמי בקובש"ע [ב"ק אות קכ"ד] בקצרה, [אולם עיי"ש בקובש"ע שחקר דאולי כוונת הראב"ד דבאמת שינוי קונה, וכוונת הראב"ד רק לחומרא בדין והשיב דצריך לשלם שלמים ולא שברים ובזה יש קולא בשואל שלא מדעת].

אכן מיניה וביה מוכרח דגם לגר"ח ע"כ דכל החפץ גזול, וזה לשונו שם בהמשך דבריו, "דנהי דהך דינא דשינוי קונה לא שייך בשואל שלא מדעת, כיון שלא עשה בה קנין גזילה ע"מ לקנותה, אבל הך דינא דבעינן בהשבת גזילה כעין שגזל, הא הוי זה דין בעיקר חיובא דגזלן, ובעיקר חיובא דגזלן שואל שלא מדעת גזלן שוה בזה לגזלן גוף החפץ", ומתבאר מתוך דבריו דחיילא דין והשיב בכולו כיון דכולו גזול – וצ"ב הגדר בזה – ועיין בהערה ¹⁸¹.

אולם עיין במגיה לתרוה"כ [סי' רצ"ב ס"ק א'] שחולק וכתב בהדי' דהוי גזילה רק על הקנין פירות, ופליגי כאן אי גזילת קנין פירות מיקרי גזילה או לא.

קושי' התרומת הכרי בשי' הריטב"א בגונב ע"מ לשלם, דקשה דלמה שוכר שלא מדעת פטור מאונסים, ותלוי בספק הנ"ל.

ויש להוכיח כדרכו של הגר"ח שיש גזילה בגופו – ודלא כהתרומת הכרי – דהנה, בעיקר הגדר בשליחות יד לדעת הריטב"א דמיירי בע"מ לשלם, וזה חידוש בשומרים ולא באיניש דעלמא, עיין בזה בתרומת הכרי [סי' רצ"ב שם] שהקשה עליו משוכר שלא מדעת דחשיב גזלן בכל אדם וחייב באונסים כמבואר בהמשך דברי הריטב"א, וקשה דשוכר שלא מדעת הרי דעתו לשלם, והרי מיירי באיניש דעלמא, והריטב"א סותר משנתו, דמאי שנא כל החפץ ע"מ לשלם מהשתמשות החפץ בע"מ לשלם.

ותירץ הגר"ש רוזובסקי זצ"ל, דשואל שלא מדעת ושוכר שלא מדעת חשיבי גזלנים בגוף החפץ עצמו, אבל בשוכר אף דדעתו לשלם אבל אין דעתו לשלם על גוף החפץ אלא לשלם על ההשתמשות, ותו לא.

עכ"פ כן היה נראה להוכיח בשיטת הריטב"א – אכן להלן [פרק ב'] יבואר דרך אחרת בזה עפ"י יסוד גדול מהגר"ד.

שו"ט בדרכו של הגר"ש רוזובסקי בזה אי השבת החפץ מיקרי ע"מ לשלם.

ובעיקר דרכו של הגר"ש רוזובסקי זצ"ל בזה – כבר נודע העובדה שהק' לו בחור א' דע"כ שאינו כן, דהא השוכר מחזיר גם את הגוף, וזה השבת גוף הגניבה עצמה, ומלבד זה הוא גם משלם על ההשתמשות, ושוב קשה על הריטב"א, דהרי"ז כגזול ע"מ לשלם, דהשבת הגוף לא גרע מתשלומין

¹⁸¹ ותחילת המחשבה בזה היא – דבשואל שלא מדעת נתחדש דאף דהלקיחה עצמה היא רק בהשתמשות, אבל אכתי חיילא דין גזילה בגופו, לא רק בהשתמשות, וזה דלא ככל גזילה שהלקיחה עצמה היא בגופו, ולא רק דהדין גזלן חיילא בגופו, וי"ל דזהו סברת הגר"ח, דרק בכה"ג דגם הלקיחת גזילה היא בגופו אז הוא דאמרינן דשינוי קונה – אלא שהדברים אינם ברורים.

על הגוף, והכא הוא גם משלם על ההשתמשות, וא"כ למה חייב באונסים, וקושי' זו הקשה לו בחור א' באמצע השיעור, והגר"ש רוזובסקי זצ"ל והגאון הפסיק את השיעור באמצע מחמת קושי' זו.

למחרת - כתב אליו מכתב ליישב קושי' זו, עיין בזה בזכרון שמואל [עמוד תקי"ח, וכן הוא בשיעורים ס"ק רפ"ה ד"ה וראיתי], ויסוד הדברים בזה הוא, דע"כ צ"ל דהשבת גוף החפץ גרע מתשלומין דלו יצויר ויוזל החפץ הרי הוא לא יחזיר לו את דמיו, רק החפץ, וממילא דאין זה כגזול ע"מ לשלם.

והגר"ש רוזובסקי זצ"ל הוכיח יסוד זה דהשבת גוף החפץ גרע מתשלומין, שהרי איך כתב הריטב"א בעצמו דשואל שלא מדעת חייב בכל אדם, הרי כל שואל שלא מדעת דעתו להחזיר את גוף החפץ, ומאי שנא גזלן על גופו מגזלן על ההשתמשות, הרי בתרויהו מחזירים את גופו, וע"כ דאין זה בכלל ע"מ לשלם, וטעמא דמילתא כנ"ל, דבהזל החפץ הרי הוא לא יחזיר לו את דמיו, ודו"ק.

ואין לדחות דשואל שלא מדעת הוא רק יחזיר את החפץ ולא את התשמישים שהוציא הלכך אינו בכלל דינא דגזילה ע"מ לשלם, אבל בשוכר שלא מדעת הוא מתכוין לשלם גם על התשמישין, דזו טעות, שהרי בכל גזול ע"מ לשלם הרי אין דעתו לשלם בנפרד על התשמישים ואעפ"כ מיקרי ע"מ לשלם כיון שהוא משלם על כולו, וא"כ ה"ה בהשבת גוף החפץ נכללו התשמישין, וע"כ דלא גרע גזילת תשמישין מגזילת כולו דבזה נצטרך תשלומין גם על השימושין, ודו"ק.

ולפי' דרכו דחה הגר"ש זצ"ל את המקור בקצוה"ח [סי' שמ"ח ס"ק א'] לדין גזול ע"מ להשיב, דהקצוה"ח למד דפטור ממה דפטר הריטב"א בגונב ע"מ לשלם דכש"כ דיפטור גם בגזול ע"מ להשיב, ולפי' הנ"ל אינו ראיה, דגרע ע"מ להשיב דאינו משלם את הזולא, ודו"ק, ומוכרח משואל שלא מדעת.

פרק ב'

דרכו של הברכ"ש בב' מיני גזילות, ובדין גזול ע"מ לשלם – והשתמש בפועל.

ב' סתירות - סתירה בריטב"א בגזול ע"מ לשלם, וסתירה בשו"ע בשואל שלא מדעת - האם צריך להשתמש בו כדי להתחייב בו או לא.

בעיקר קושי' התרומת הכרי כבר יישב מרן הגר"ד זצ"ל ביסוד גדול בהלכתא דגניבה, עיין בזה בחו"ש מרן הגר"ד [סי' נ"ד - נ"ה], ונקדים בקושי' אחרת, והיא:

מצאנו סתירה בשו"ע בדין שואל שלא מדעת האם צריך להתחיל להשתמש בו או לא, אלא דסגי במה שעשה בו מעשה קנין ע"מ להשתמש בו, ועיין בנתה"מ [סי' רצ"ב ס"ק א'] שעמד בסתירה זו, וצ"ע¹⁸².

הרי לנו סתירה בדברי הריטב"א בגזול ע"מ לשלם דמאי שנא גזילת כל החפץ מגזילת השימושין, ואיכא נמי סתירה בשו"ע האם צריך להשתמש בו כדי להתחייב בו או לא, ולמד הגר"ד דהנך שני סתירות תלויות זו בזו ומתיישבים כהדדי, וכדיבואר.

יסוד גדול מהגר"ד בישוב קושי' זו, דתרי מיני גזילות נינהו, בכוונת עיכוב ממון, ובלי כוונת עיכוב בצירוף מעשה גזילה.

וייסד בזה שיש שני סוגים של גזלן, ועצם היסוד שיש תרי גזילות מבואר גם בברכ"ש [סימן ל"ה ס"ק ב'] - שיש גזלן שנגמר הדין גזילה שלו ע"י מעשה קנין גרידא בכוונה לגזול – ובזה הושלמה העיכוב ממון להשוותו לגזלן, אכן יש גזלן שני שצריך גם מעשה מיוחד של גזילה חוץ מהמעשה קנין בכוונה לגזול.

¹⁸² ובעיקר דין שימוש, עיין להלן [ס"ק כ"ט] מה שהבאנו מהטור ומהגר"א, ועיין בנמו"י בסוגיין דא" שימוש בפועל.

דוגמא לזה מצאנו במעביר ע"ד בעה"ב, דודאי דמתחילה בעינן מעשה קנין כמו כל גזלן, אלא דלא נגמר הגזילה בזה, שהרי פשוט שכל הקנין לא נעשה בתור עיכוב ממון אלא אדרבה בתור אומן – ואין כאן מעשה גזילה כלל וכלל בעצם הקנין – וע"כ שהעברה ע"ד בעה"ב שלאחר מכן מצטרפת לקנין הראשון ובזה נגמר ונשלם הגניבה.

ונראה שהגדר בזה הוא שכל מעשה קנין בממון חבירו שאין בו עיכוב ממון שלא נתכוין לזה – הכא נתחדש שיש סוגים שונים של מעשים שפוגעים בבעלותו של חבירו – והם משלימים את להשוותו להיות קנין של גזלן בלי כוונת גזילה ובלי העיכוב ממון המציאותי, ולכן גם בלי כוונה לגזול הוא מתחייב כיון דהמעשה של מעביר ע"ד בעה"ב הוא מעשה גניבה שמצטרף אח"כ למעשה קנין להשוותו לגניבה – ונחלקו תנאי אי אהני לן הך מעשה של מעביר ע"ד בעה"ב בתור פגיעה בממון חבירו להשלימו למעשה גזילה.

עוד הוסיף בזה דע"ד זה מצאנו נמי בתבארא ושתיא, דמי שגונב ושוב מזיק, דלמד הרמב"ם דהמעשה מזיק מצטרף אח"כ לגניבה הראשונה – ואי היה יוקרא חייב כפל על היוקרא – וזו דעת הרמב"ם שסובר שחייב בכפל על המעשה תבארא – וכבר ביאר הגר"ח שנתחדש כאן גניבה אריכתא – ולולי חידוש זה הגניבה היא על א' וכאן נתחדש גניבה על ד' – כפי היוקרא – וכבר דנו בזה שמה שייך מזיק לגניבה – הרי תרתי נינהו – אלא ע"כ כנ"ל שיש סוג גזילה שמשלימים אותה בסוף הגניבה במעשה שפגע בבעלות – ומזיק מהני לכו"ע.

והוסיף – שגזול משכון מיקרי גזלן אך ורק לגבי הלאו של גזילה ולא לגבי חיובים – אלא דעל ידי תבארא ושתי' יעשה לגזלן של חיובים – והיינו ע"ד הדין של מעביר ע"ד בעה"ב.

ונראה להוסיף על דברי הגר"ד דגזול ע"מ לאבד חידוש הגר"ח [חובל ומזיק] שחסר בעיקר העיכוב ממון של גזילה לכן איכא תנאי שדווקא אי יזיק בסוג מזיק שדינו כמזיק בהלכות מזיק שוב מיקרי גזלן – ונפ"מ בהיזק שאינו ניכר.

וצ"ע – דמה השייכות בין הנך תרי הלכות, וע"כ כנ"ל – שהקנין עצמו אין בו משום גזילה אלא דבעינן פגיעה בממונו לאחר מכן – ובזה נאמרו תנאים של הלכות מזיק.

מחדש עוד – דבגזילה שנגמרה ע"י כוונה – דווקא התם איכא חסרון מצד ע"מ לשלם, לא כן בגזילה שנשלמה ע"י מעשה, ונמצא דע"מ לשלם חייב מדין גזלן בתבארא ושתי', וכן יש לחדש במי שהשתמש בגזילה.

וחידוש בזה הגר"ד עוד בדין גזילה ע"מ לשלם – וכדלהלן:

דנהה יש לומר שעיקר החסרון של גזילה בע"מ לשלם הוא חסרון בגוף העיכוב ממון – והיינו שחסר בכוונת העיכוב ממון שבגזילה, דכוונה לשלם מגרעת בכוונת העיכוב ממון שבגזילה.

ולפי"ז יתחדש חידוש דין שבתבארא ושתי' וכדומה ליתא להך פטור דע"מ לשלם – והיינו דכל גזלן של ע"מ לשלם יתחייב בגניבה בתבארא ושתי'.

והביאור – דהכא אין הגזילה תלויה בכוונה בעיכוב ממון אלא במעשה גניבה של אח"כ, וממילא דליכא בזה פטור של ע"מ לשלם כיון דהכא אין הגזילה תלויה בכוונה ושוב אין כוונה לשלם מגרעת בהך גניבה – וזה מוכרח מיניה וביה ממעביר ע"ד בעה"ב שהוא באמת לא נתכוין לגזול – וגרע מע"מ לשלם, ואעפ"כ פשוט שבתבארא ושתי' יתחייב – כש"כ ממעביר על דעתו, וא"כ כל גזלן של ע"מ לשלם יתחייב בגניבה בתבארא ושתי'.

ומעתה יש לחדש עוד – דאיכא מעשה חדש של פגיעה בממון חבירו שמצטרף להשלים גניבה – לא תבארא ושתי' ולא מעביר ע"ד בעה"ב – אלא שימוש בחפץ חבירו – שגם השימוש הוא 'מין לקיחה' של ממונו לפגוע בבעלותו – וכל זה בלי הסוגי' של שואל שלא מדעת – ששם נתחדש שהקנין בהתחלה הוא הגזילה כיון שזה ע"מ להשתמש – ובזה הוא גזלן בכולו, והכא נתחדש דגם בלי המחייב של גזלן בקנין עצמו – אבל עצם הקנין להשתמש ושוב השתמש – בזה הוא מצרפים את השימוש להשלים את הגזילה.

ומעתה נתחדש עוד חידוש דין – שכמו שנתחדש שבתבארא ושתי' וכדומה ליתא להך פטור דע"מ לשלם – כמו כן נתחדש שאם הוא השתמש בסוף – אז ליתא להך פטור דע"מ לשלם.

ישוב הסתירה בשו"ע ובריטב"א.

עפ"י כל הנ"ל תי' הגרב"ד את סתירת השו"ע ואת סתירת הריטב"א: והיינו דבשו"ע איכא סתירה האם שואל שלא מדעת צריך להשתמש בו כדי להתחייב או לא, ובריטב"א איכא סתירה האם בע"מ לשלם חייב או לא.

וביאר דהנך תרי הלכות תלויות זב"ז - דאי נתכוין לשלם אז חייב דווקא באופן שהשתמש בסוף, ואי לא נתכוין לשלם אז חייב גם בלי שהשתמש - ולכן בשוכר שלא מדעת דחייב - היינו בהשתמש בסוף, ונצטרך לומר עוד דמה שכתב השו"ע שצריך להשתמש היינו דווקא באופן שנתכוין לשלם.

והביאר כנ"ל, דבנתכוין לשלם חייבים רק מצד הסוג גניבה שתלויה במעשה, ולזה בעינן הצטרפות המעשה השתמשות, דבע"מ להשתמש ליכא לחייבו כיון דכוונתו לגזול נגרע ע"י כוונתו לשלם, וע"כ דהיה כאן מעשה שימוש שהשלים את הגזילה, והא דמבואר בשו"ע דחייבים גם בלי מעשה שימוש, היינו בלי כוונה לשלם, וא"ש.

תוספת דברים.

בעיקר חידוש זה של הברכ"ש - נראה להוסיף עוד ב' גווני:

א] בהמשך דברינו כאן ביארנו את עיקר החסרון של שואל שלא מדעת בשומרים שלכן צריך שימוש.

ב] ע"ע להלן [פרק ד'] שעל פי יסוד זה ביארנו את שיטת רש"י בדין שליחות יד במקצת - דגם התם משכחת לה בלי עיכוב ממון.

ישוב נוסף לכל הסתירה - דתלוי בשומר ובאיניש דעלמא.

בעיקר סתירת השו"ע - האם בעינן שימוש בפועל או דסגי בע"מ להשתמש - שמעתי מתלמיד אחד ליישב דחלוק שומר מאיניש דעלמא ושוב אמרו לי דכעין זה מבואר במחנ"א [גזילה סימן י"ח].

והיסוד בזה - שבשו"ע בהלכות שומרים כתב דבעינן שישתמש בו כדי להתחייב בו מצד שואל שלא מדעת דהתם מיירי בשומר, ובהלכות גזילה בדיני שואל שלא מדעת מיירי באיניש דעלמא והתם לא בעינן שישתמש בו.

והחילוק מוסבר עפ"י מה שנתבאר לעיל [סימן ל"א] בטעמא דשליחות יד צריכה חסרון לשיטות דמצד גמ"ד אתינן עלה, ונתבאר שם דבשומר דליכא מעשה גזילה מרשותו של הבעלים דממילא דחסר נמי בגמירות דעת של העיכוב ממון דגזילה, ולהכי ס"ל לחד מ"ד דבעי חסרון להשלים את הגזילה, ונתבאר דמה"ט כו"ע מודי דבגזל את כולה דמיקרי חסרון, דהכא הוא השלים את המעשה גזילה.

ועפ"י י"ל ג"כ בנד"ד, דכו"ע מודי דהיכא דכל הלקיחה ועיכוב ממון לא היה בתורת שליחות יד [להחסיר חלקו בשימוש של חסרון], אלא דלקיחתו הוא לשימוש שאין בו חסרון וזה שימוש של שואל שלא מדעת, דבכה"ג חסר בכל העיכוב ממון - והיינו בדומה לסברת הברכ"ש בגזול ע"מ לשלם דגם התם חסר בעיכוב ממון וגם הכא בע"מ להשתמש נאמר דכו"ע מודי דחסר בכוונת עיכוב ממון.

וממילא שיש לומר - דלכן הכא כו"ע מודי דרק אי ישלים את הגניבה יתחייב, ולהכי בעינן שימוש בפועל - וכעין סברת הברכ"ש בגונב על מנת לשלם, והיינו דכו"ע מודי בגזילת כולו דממילא הושלם כל הגזילה ולהכי חשיב חסרון, ובשליחות יד על מקצתו דהתם איכא קלישות בעיכוב ממון הכא כבר נחלקו אי בעינן חסרון להשלים את הגזילה, ובשואל שלא מדעת דכל העיכוב ממון הוא קליש טפי דכל כולו אינו אלא להעמיד לעצמו שימושין בלי גוף, הכא כבר כו"ע מודי דבעי השלמת הגזילה, כעין מעביר על דעת בעה"ב ותברא ושת"י וכדומה - וזה ע"י השימוש - וכיסוד דברי הברכ"ש - אלא דבאיניש דעלמא ליתא לכל זה דהתם הלקיחה היא לקיחה ועיכוב מושלמת גם כשהיא על מנת להשתמש הלכך לא בעינן השלמת הגזילה בשימוש עצמו, ודו"ק.

פרק ג'

**בדברי הראשונים ליישב קושי' רש"י ברועה שהניח מקלו,
דלמה מחייבין מצד שליחות יד ולא מצד שואל שלא מדעת.**

**בקושי' רש"י ברועה שהניח מקלו דלמה אינו חייב מצד שואל שלא מדעת, ודברי הרז"ה
וראב"ד בזה דמבואר בדבריהם דאיכא חידוש בעיקר הדין גזילה בשומרים.**

מבואר בסוגי' ברועה שהניח מקלו ותרמילו על הבהמה ושוב נאנס ע"י ארי או זאב דחייב, והחייב
מצד שליחות יד, וממילא דמוכרח דשליחות יד א"צ חסרון, ודחו בגמ' דמיירי שהכישא במקל
ואיכא חסרון.

והק' רש"י דמנלן דשליחות יד א"צ חסרון, דילמא לעולם שליחות יד צריכה חסרון אבל הכא לאו
מדין שליחות יד אתינן עלה לחייבו, אלא דחייב מצד שואל שלא מדעת גזלן הוא, ותרין רש"י,
דהכא מיירי בב"ע"ח ובב"ע"ח לעולם החייב מצד שליחות יד אתינן עלה, דדוקא בחבית דלא כיחש
וחיסר מחמת מלאכה אז חיובא מצד שואל שלא מדעת, אבל הכא בבהמה דכיחש וחיסר מחמת
מלאכה "תחילתו שליחות יד היא", ועיין בראשונים שכתבו דלא נתבררו דבריו, ולהלן ביארנו
דבריו.

ובעיקר הקושי' כבר יישב הרז"ה דאף דהכא יש לחייבו מצד שואל שלא מדעת, אבל הכא מיירי
בשומרים למ"ד שליחות יד צריכה חסרון ולדידיה ה"ה דשואל שלא מדעת נמי צריכה חסרון.

ובביאור דבריו כתב התרומת הכרי דשואל שלא מדעת גזלן הוא, אכן בשומרים ליכא דין גזילה
כלל, וכל הדין גזילה בשומרים נתחדש בפרשת שליחות יד, וממילא דאם שליחות יד צריכה חסרון
אז פשיטא דשואל שלא מדעת בשומרים נמי צריכה חסרון, והיינו ממש ע"ד התוס' שכתבו דגם
בנטלה ע"מ לגזול את כולה אכתי בעינן חסרון, [אלא דתמיד חשיבא חסרון בליטול את כולה],
דלשיטתייהו ליכא פרשת גזילה כלל בשומרים הלכך גם ע"מ לגזול את כולה צריכה חסרון – וכל
זה נתבאר לעיל [סימן ל"א פרק א'], ודו"ק.

וע' ראב"ד בשטמ"ק שג"כ תי' כן, וזהו לשיטתו, דלעיל [שם] הבאנו את פלוגת הרמב"ם וראב"ד
בגנב טלה מן העדר דס"ל דליכא כפל, והיינו משום דס"ל לראב"ד דעיקר פרשת גזילה בשומרים
הוא חידוש, ומה"ט ליכא כפל רק בטוען טענת גנב וזה דוקא ע"י שבועה כמפורש בראב"ד, ומה"ט
ס"ל הכא דשאני שואל שלא מדעת בשומרים משואל שלא מדעת דעלמא דצריכה חסרון ככל
שליחות יד, [וכמו כן כפל בעי שבועה כמו כל טוען טענת גנב], וע"ע בהערה ¹⁸³ בשיטת הראב"ד.

רש"י חולק על הרז"ה לשיטתו דס"ל דליכא חידוש בעיקר הגזילה בשומרים.

והנה הבאנו לעיל [שם] ששיטת רש"י היא דגזול מקצת מיקרי גזילה גם בלי חסרון דבעיקר
הגזילה ליכא חידוש, ורק בדין נוסף דמקצתה ככולה איכא חידוש, וזהו הביאור בדברי רש"י להלן
[מ"ד]. דגם בלי חסרון הוא חייב על המקצת ועל השאר הוא מתחייב מדין שואל – והכא מבואר
ברש"י – דרש"י אזיל לשיטתו – דמבואר הכא ברש"י דלא כהרז"ה, דהרז"ה חידש דבעיקר
הגזילה דשואל שלא מדעת בעי חסרון [ובזה מיושב קושי' רש"י], ורש"י ע"כ סובר דליכא חידוש
בעיקר הגזילה הלכך לדידיה מהני גם בלי חסרון, ודו"ק ¹⁸⁴.

¹⁸³ ולפי"ז נצטרך לומר דגם לדעת הראב"ד בנטלה ע"מ ליטול את כולה דזה גופה חסרון, אכן אין זה פשוט, שיש לעיין
לשיטת הראב"ד דמה הגדר בכל שליחות יד, שהרי תמיד החילוק בין גזילה לשליחות יד הוא האם זה ליטול את כולה או
מקצתה, דבשליחות יד נתחדש דמקצתה ככולה.

אכן אין זו דעת הראב"ד, דדעת הראב"ד [פ"ג ג"א] דאין דין מקצתה ככולה, וע"כ צ"ל דלשיטתו הדין שליחות יד היינו ע"מ
לשלם ונצטרך א"כ לומר דכולה ע"מ לשלם לא מיקרי "חסרון", ורק שואל ע"מ לשלם, ובראב"ד עצמו בהשגות היה אפ"ל
דאף דס"ל דשליחות יד הוא חידוש גם בעיקר הגזילה וממילא דליכא כפל בשומרים, אכן גם הוא מודה שיש חידוש בגזילה ע"מ
לשלם – וכמבואר בסוגי' ששליחות יד וגזילה תרתי ניהו – והדין חסר רק צריך בדין השני, ושוב י"ל דחולק על התוס' בסברת
חסר [בנטייל כולן], אולם זה ק' מהראב"ד בשטמ"ק דחסר צריכים בכל גזלן בשואל שלא מדעת.

¹⁸⁴ ועיין במלחמות דדחה דהרז"ה לא יישב את קושי' רש"י, וע"כ דס"ל כרש"י ודלא תוס', או דס"ל דאף דעיקר הגזילה
בשומרים הוא חידוש, אולם הדין חסרון הוא רק תנאי במקצתו ככולו.

ואף שיש סתירה בדברי רש"י - דסותר את עצמו להלן [מ"ג:]: דמשמע דהא דצריכה חסרון היינו משום שבהיתירא אתיא לידיה, וסברא זו היא סברא כבר בעיקר הגזילה, ונמצא דגם לענין זה בעי חסרון, והיה נראה שיש כאן סתירה.

אולם כבר יישבנו דבריו לעיל [שם סוף פרק א'].

דרכו של המלחמות ודרכו של הר"ן בזה.

ובמלחמות ת"י את עיקר קושי' רש"י דהכא אין לדון מצד שואל שלא מדעת כיון שהבהמה ממשיכה לרעות כרצון הבעלים, ושוב לא חשיב שואל שלא מדעת, הלכך עדיין צריכים חידוש שליחות יד, ובביאור כוונתו נראה בר"ן [שטמ"ק בד"ה והא לא חסרה] דחיובא דשואל אינו אלא היכא דכל הנאה שלו, וכיון דגם עכשיו שמניח עליו תרמילו הא אכתי אינה עומדת לגמרי לשימושו הרי אין זה השתמשות גמורה בכולו לחייבו מצד שואל שלא מדעת, ועיין בפנ"י שג"כ ביאר את הדברים כך¹⁸⁵.

ועיין בר"ן [שטמ"ק] שמתוך דבריו מתיישב קושי' רש"י באופן אחר, דהכא באמת אין לחייב מצד שואל שלא מדעת בלי לבא לפרשת שליחות יד, דחלוק הך שימוש של מקלו ותרמילו על הבהמה מכל שימוש אחר שלא שואל שלא מדעת, דהכא ליכא השתמשות גמורה בכולו כיון דאף שהוא משתמש בו לתרמילו אבל סו"ס הוא עדיין רועה לרצונו של הבעה"ב, הרי שהבעלים והשומר משתמשים כהדדי, וביאר הר"ן דעל זה מהני ועל זה צריכים לחידוש של שליחות יד, שהרי בפרשת שליחות יד נתחדשה דגזילת מקצת חשיבא כגזילת כולו, נמצאנו למדים מפרשה זו, דכמו דגזילת רביעית יין מחבית מיקרי גזילת מקצת ודינו כגזילת כולו, א"כ ה"ה דגזילת השתמשות ע"י מקלו ותרמילו שהוא גם גזילת מקצת השתמשות דחשיבא שפיר כגזילת כולו להשתמשות, ומדין שליחות יד נתחדש כן.

סיכום ג' דרכים בסוגי' ליישב קושי' רש"י, ומבואר דהראשונים נקטו דבאמת אין כאן שליחות יד כלל, רק שואל שלא מדעת, ורק רש"י נקט דאיכא הכא שליחות יד.

הרי לנו ג' דרכים בגמ' ליישב קושי' רש"י למה לא מחייבין מצד פרשת שואל שלא מדעת, לדרכו של הרז"ה וראב"ד באמת מחייבין בהנחת תרמילו מצד שואל שלא מדעת, אבל שואל שלא מדעת בעי חסרון בשומרים כמו שליחות יד וכל גזילה, ושפיר מוכיחין משואל שלא מדעת לשליחות יד.

לדרכו של הר"ן אין לחייב מצד שואל שלא מדעת בגוונא זו כיון דאינו אלא שואל שלא מדעת במקצת, ובכה"ג צריכים לצרף פרשת שליחות יד לפרשת שואל שלא מדעת, דמצד שליחות יד אפשר להשוות את השואל שלא מדעת במקצת כשואל גמור, וממילא מתחייב מצד פרשת שואל שלא מדעת.

לדרכו של הרמב"ן אין לחייב מצד שואל שלא מדעת כיון דאין כאן השתמשות גמורה לשומר דתרווייהו משתמשים כהדדי, ועיין להלן דרך נוספת בסוגי' מהגר"א עפ"י הטור דג"כ למד דאין לחייב מצד שואל שלא מדעת, ולדידיה הטעם כיון דאכתי לא השתמש בו, ולהלן יבואר שיטתו בזה.

עכ"פ גם לדרכו של הר"ן וגם לדרכו של הרז"ה הנחת מקלו ותרמילו חייב מצד שואל שלא מדעת ולא מצד שליחות יד, אכן בדעת רש"י מבואר דחולק על סברות הראשונים בזה, [מדלא תירץ כמותם], ומבואר דס"ל דבעצם שפיר היה שייך כאן גם פרשת שואל שלא מדעת בפנ"ע וגם פרשת שליחות יד בפנ"ע - ושליחות יד צריכה חסרון ושואל שלא מדעת א"צ חסרון - וכל הנידון ברש"י הוא מצד מה לחייבו, ונקט רש"י דהיכא דאפשר לחייב מדין שליחות יד לא מיקרי כבר שואל שלא מדעת.

¹⁸⁵ ובאופן אחר היה אפשר לבאר דכוונתו בזה הוא דשואל שלא מדעת הוא גוזל את הבהמה לענין ההשתמשות ולא את ההשתמשות גרידא, ודו"ק, אכן אם הבהמה ממשיכה לרעות עבור הבעלים, הרי אין כאן גזילת הבהמה, שהבהמה נשארה עדיין לרשותו ולהשתמשותו של הבעלים ואז הגזילה מתייחסת להשתמשות גרידא, ובזה לא נאמרה דין שואל שלא מדעת גזלן הוא.

פרק ד'

**ביאור בקושי' רש"י למה מיקרי שליחות יד,
ודרך חדשה בעיקר הגדר של מקצתה ככולה,
ובעיקר הפלוגתא אי שליחות יד צריכה חסרון.**

מתמה טובא ברש"י דאיזה שליחות יד איכא הכא – הרי כחו אינו גזילה במקצת.

עכ"פ - נתחדש ברש"י ששייך כאן פרשת שליחות יד בלי לבא לפרשת שואל שלא מדעת, [וכן מבואר נמי בדרכו של הרמב"ן ודו"ק], ויש לתמוה, דהו"ל לרש"י לשאול שאלה אחרת דהיכן השליחות יד, הרי הוא משכו בדעת להשתמש בו, ורק במחסר רביעית יין [למ"ד צ"ח] או בהגבהה ע"מ להחסיר רביעית [למ"ד לצ"ח] מיקרי שליחות יד, והכא כל דעתו לא היה אלא לעשות בו שימוש, וזה ממש שואל שלא מדעת, ותו לא, ואין כאן שליחות יד כלל, וקושי' זו הקשה הר"ן בשטמ"ק ומה"ט הסיק דבאמת המחייב הוא מצד שואל שלא מדעת, ורק דבלי פרשת שליחות יד אין כאן שואל שלא מדעת, וכן תבאר, אכן לרש"י קשה טובא, וצ"ע.

ועיין היטב בריטב"א [סוף פירקין] דכתב דהכא הרי"ז מדין מקצת ככולו כמו בחבית, וקשה דבשלמא בחבית חיילא גזילה ברביעית וממילא דחיילא גם בחבית, משא"כ הכא, ועיין ברש"י שכתב דבע"ח מתחסרות.

והיה מקום לפרש דזה גופא הגזילת מקצת שהוא גזול את "כחו" של הבהמה עי"ז שמשמש שימוש המכחישו ומדין שליחות יד נעשה כגזילת כולו, אכן זה תמוה, דלא נעשה שום גזילה על "כחו", וכח אינו חפץ הגזול – שהרי 'הזיק' את הכח ולא היה בכח שום לקיחה ועיכוב וכל הלקיחה היתה לקיחת השתמשות וזה שואל שלא מדעת – הרי שהוא עשה עיכוב ממון אך ורק בהשתמשות שבבהמה אבל בכח שבבהמה הוא רק עשה היזק – דדווקא ברביעית יין שמגביהו ע"מ לקחת את הרביעית – אז נעשה העיכוב ממון בהך רביעית, והוא הוא החפץ הגזול – ובוזה שפיר אמרינן דגזילה במקצתו מחייבו בגזילה בכולו, אבל "כח" אינו גזול ואינו חפץ הגזול לומר עליו דמקצתו גזול וזה מחייבו כאילו כולו גזול, וצ"ע.

מבאר גדר חדש בחידוש דמקצתה ככולה, דסגי בגזילה ע"מ להחסיר ולא בעי גזילת מקצת שיתפשט בכולו.

ונראה לומר בזה גדר חדש בכל האי חידוש דמקצתה ככולה בשליחות יד: בדרך כלל מבינים שהגדר במקצתה ככולה בשליחות יד – פירושה - שגזילת מקצת מחייבו בכולו, או שלומדים שגזילת מקצת מתפשטת ונעשית לגזילת כולו. ונראה שהכא ברש"י למדנו דרך שלשית – וכדלהלן:

אין אנו מחפשים גזילת מקצת בתור תחילת המחייב – אלא שכאן בשליחות יד נתחדשה צורה חדשה של גזילה – וזה על פי דברי הברכ"ש שהבאנו לעיל [פרק ב'] – בגדר הגזילה של מעביר ע"ד בעה"ב - ששם נתחדש שגם כשחסר בגזילה ובעיכוב ממון שהרי נלקח לתיקון של אומן – אכן סו"ס יש צורה חדשה של גזילה גם בלי החפצא של העיכוב ממון - והוא דכשיש קנין של לקיחה בחפץ בלי שיש בלקיחה שום צד עיכוב ממון [על מנת לתקן כאומן] – אעפ"כ נתחדשו אופנים שונים שבהם חידשה התורה שאם על ידי הלקיחה ההיא תתחדש ותחול פגיעה בממון חבירו – אף שהפגיעה עצמה איננה מפרשת גזילה – דאעפ"כ יתחדש בזה תורת גזילה בכל הלקיחה ההיא – וזה הביאור בגזול ע"מ לשלם ושוב השתמש בו.

ונראה שרש"י למד שביסוד זה מתחיל עיקר דין גזילה דשליחות יד - דבגזילה ע"מ לחסר מקצת החפץ – אין זה שהגזילה של עיכוב ממון חיילא בחפצא של המקצת – והמקצת מתעכב מהבעלים – ובוזה מתפשטת העיכוב ממון בכולו – אלא שהתורה אמרה שיש לקיחה חדשה – לקיחה שאין בה עיכוב ממון כלל – והיא לקיחה על מנת לחסר מקצת' – וחידשה תורה שלקיחה זו היא היא לקיחת כל החפץ – וגם היא גזילה בכולה בלי לעכב כלום – דומי' ללקיחה ע"מ לשלם ולקיחת אומן למעביר על דעת בעה"ב.

הרי לנו כמה סוגים של לקיחה שחשובים כלקיחת גזילה:

א] לקיחה פשוטה של גזילה פשוטה שהיא העיכוב ממון הפשוט.
 ב] לקיחה ע"מ להשתמש בו והיינו שואל שלא מדעת שנחלקו בה אי הוי לקיחת גזילה [או לקיחת שואל].
 ג] לקיחה ע"מ לשלם שנחלקו הראשונים דאולי אינה לקיחה של עיכוב ממון ובזה יצטרכו שיהיה בו מעשה להשלים את הגזילה.
 ד] לקיחה ע"מ לאבד דבזה חידש הגר"ח דלולי התורת מזיק שבו ליכא בה לקיחת גזילה, וזה נמיה צירוף של תברא ושתי'.
 ה] גם לקיחה לשם תיקון הכלי שנגמר בתור מעביר ע"ד בעה"ב – גם בזה נחלקו אי נהיה בסוף ללקיחה של גזילה – ולדעת ר"מ שפיר חשיבא כה"ג כלקיחת גזילה.
 והכא בשליחות יד נתחדש סוג חדש של גזילה ולקיחה בשומרים בלי שיש בלקיחה עיכוב ממון, והוא, דלוקח פקדון ע"מ 'לחסרו קצת' – לא לעכב קצת אצלו אלא לחסרו – והיינו להחסיר ממנו 'כח' בלי לקחת לעצמו את ה'כח' – דגם זה מיקרי גזילה, ובאיניש עלמא אין זה גזילה דרק מה שיחסר ויקח לעצמו מיקרי גזילה – לא כן מה שלקח להחסיר – ובפקדון נתחדש דשומר שלוקח ע"מ להחסיר מיקרי גזילת כולו – ודו"ק.
 ומה"ט א"ש דשוב א"צ לומר דלכתחילה חיילא תורת גזילה במקצתו ושוב מתפשט בכולו, דסגי מה שגזילת כולו מוגדר כגזילה בה שדעתו להחסיר מקצתו ע"י הגזילה, וכלפי זה אהני לן הך חסר של "כח" דמחלישו, דאעפ"י ד"כח" מצד עצמו אינו "חפץ הגזול", אולם שפיר מתקיים ב"כח" תנאה דע"מ להחסירו, ודו"ק.

דרך חדשה בעיקר הנידון אי שליחות יד בעי חסרון או לא.

ונראה בדברינו אלו נתחדשה דרך חדשה בעיקר הנידון אי שליחות יד בעי חסרון או לא – והיינו דכמו דבמעביר ע"ד בעה"ב בעי השלמה – שבסוף יעביר על דעתו – וכן נתבאר בשואל שלא מדעת האם בעינן שבסוף ישתמש – וחילקנו בין שומר לאיניש דעלמא – וה"ה הכא – דבדברינו הכא נתחדשה שבשליחות יד נחלקו אי בעי חסרון או לא – והיינו האם הגזילה והלקיחה החדשה הזו של 'על מנת להחסיר מקצת' – האם חשיבא כלקיחה בלי החסרון בפועל של הך מקצת – או דבעי השלמה בעיכוב שיחסיר בסוף.

לדרך זו פשיטא למה ברביעית עצמה – כשיש לקיחה של עיכוב ממון בהך קרביעית דפשוט דחיילא בה תורת גזילה בלי הדין חסרון – וכמבואר ברש"י להלן [מ"ד] – שהרי התם בהך מקצת באמת חיילא תורת גזילה ועיכוב בפני עצמו – דבאמת נטלה לעכבו – וכל החידוש הוא כלפי השאר שדנים שיש עוד לקיחה בכולה – והיא לקיחת כולה ע"מ להחסיר מקצתו.

מבאר דהראשונים שו"ט בגדר הנ"ל בדין מקצתו ככולו בשליחות יד.

כל זה נתחדש בשיטת רש"י בגדר הדין מקצתו ככולו – ונראה דמיניה וביה יבואר בדברי הראשונים עיקר הך גדר חדש של מקצתו ככולו – ויבואר דשו"ט בזה ויבוארו פלוגתתם סביב חידוש זה:

דהנה, לדרכו של הרמב"ן לא מיירי בהשתמשות המחסרו, ואין כאן דעת לחסרו, והק' עליו הר"ן שצריך ע"מ לחסר גם למ"ד א"צ חסרון, שהרי הכלל בשליחות יד הוא דדיינינן ליה את הכוונת חסרון, ותירץ הר"ן דא"צ ע"מ לחסר, דעיקר הדין שליחות יד הוא דמקצתו ככולו, ולא בעי לזה לא חסרון ולא ע"מ לחסר – וצ"ב דמה השו"ט בדבריו.

ונראה דבזה גופא שו"ט הר"ן, דבקושי נקט הר"ן כדברינו, דכל הדין גזילה שחייב בכולו הוא ע"י לקיחה מחודשת בפקדון ע"מ לחסרו – והיינו כדרכו של רש"י – ולדרך זו פשיטא דבעי חסרון וע"מ לחסרו – ותירץ דאינו כן – ודלא כרש"י – אלא דגזילה רגילה איכא במקצת, והדין הוא שגזילה זו נעשית ומתפשטת להיות גזילת כולו, ושוב א"צ ע"מ לחסר, ודו"ק.

וזה באמת הנפ"מ בין הנך ב' דרכים, דלדרכו של רש"י ודאי שצריכים "ע"מ לחסר" דזהו כל החפצא של גזילה דשליחות יד, ולרמב"ן א"צ, רק דגזילת מקצת חשיב כגזילת כולו.

מביא שו"ט בר"ן האם הדין 'חסרון' בשליחות יד הוא דין צדדי מצד אין לך בו אלא חידוש, או דדין חסרון הוא מעיקר דינא דשליחות יד, וגם למ"ד א"צ חסרון אבל אכתי בעינן ע"מ לחסר.

עוד יש לדייק דבר"ן נקט בקושי' דע"מ לחסר כאילו חסר [למ"ד דא"צ חסרון] וכן יש לדייק ברי"ף סוף פירקין בחבית דהו"ל כאילו נטל וגם בלי סברת בסיס, ומבואר שיסוד הדין בשליחות יד הוא דין חסרון גם למ"ד א"צ חסרון, רק דע"מ לחסר כאילו חסר, אכן למסקנת הר"ן דא"צ ע"מ לחסר, א"כ ודאי דגם למ"ד צריכה חסרון אין החסרון אלא דין צדדי, ודו"ק.

ובאמת דכן מבואר בר"ן שכל הדין חסרון הוא רק מצד דאין לך בו אלא חידוש, וזה נתחדש רק בתירוק, דבקושי' היה פשוט למה בעינן חסרון, ואדרבה, החידוש במ"ד דא"צ חסרון הוא דהוי כאילו חסרו.

ועיין בשו"ע [סי' רצ"ב א'] שפסק כרש"י שצריך ע"מ להשתמש שימוש שמחסר - וג"כ כתב הך סברא דלמ"ד א"צ חסרון כאילו איכא חסרון - וא"ש לשיטתו.

פרק ה

ביאור תירוצו של רש"י [ברועה שהניח מקלן] ד"תחילתו שליחות יד הוא" וחיידוש בדין צריכה חסרון בשליחות יד.

במה שיש לתמוה על תירוצו של רש"י.

רש"י תירץ דהא דאין לחייב מצד שואל שלא מדעת, היינו משום דהכא מיירי בשימוש המחסר דמיירי בבהמה דכיהש וחסר, ובשומרים נקטינן דדינו של הך סוג של שימוש כשליחות יד הלכך דיינינן הכא רק מצד הלכות שליחות יד, ושפיר הוכיחו דשליחות יד א"צ חסרון כיון דהכא ליכא חסרון וחייב.

מתבאר מדבריו דבאיניש דעלמא גם בשימוש המחסר הוא חייב מצד שואל שלא מדעת, ורק בשומרים דאיכא פרשת שליחות יד הוא דמחייבנן ליה מצד שליחות יד¹⁸⁶, עוד מתבאר מדבריו דבשימוש שאינו מחסר חייב גם בשומרים מצד שואל שלא מדעת, ופשוט, וזה מבואר בהד"י בסוגי' בחבית להביא עליה גזלות, נמצא דרק בשומרים ורק בשימוש המחסר [כבהמה] אמרינן "תחילתו שליחות יד".

ועיין ברא"ש בשטמ"ק שתמה בדברי רש"י, דאיך גרע בהמה מחבית להביא עליה גזלות, והיינו דלמה אין לחייב בשימוש המחסר מצד שואל שלא מדעת, דדל מהכא מה דאיכא צד חסרון בשימוש, הא נחייבו עכ"פ מצד עצם השימוש שזה שייך לפרשת שואל שלא מדעת, והיה אפשר לדחות דאיכא הלכה בשומרים דהיכא דאיכא חיוב מצד שליחות יד אז מחייבנן מצד פרשה זו ולא מצד פרשת שואל שלא מדעת, וזו כוונת רש"י "תחילתו שליחות יד", אולם זה עצמו דבר מחודש – דסו"ס להיכן נעלמה גזילה זו של שואל שלא מדעת.

אכן יתירא מזה קשה - דהא הכא איירי רש"י לפי הצד דאין לחייב מצד שליחות יד, דשליחות יד צריכה חסרון ולא היה כאן חסרון, ולמה בכה"ג לא נחייב מצד שואל שלא מדעת, וכל זה מרומז בקושי' הרא"ש.

וביארם של הגר"א ופנ"י בדבריו – ובמה שיש לתמוה בדבריהם.

ועיין בפנ"י שתירץ דלעולם רש"י מודה לרז"ה, והיינו דס"ל לרש"י דלמ"ד דשליחות יד צריכה חסרון, א"כ ה"ה דשואל שלא מדעת נמי צריכה חסרון להיות חייב בתורת גזלן, וכל קושית רש"י היתה דעכ"פ נחייבו מצד פרשת שואל, ומצד דין זה ליכא חסרון, [והתרומת הכרי יישב

¹⁸⁶ ועיין היטב בריטב"א דמדויק דלמד ברש"י דלא מחלקינן בין איניש דעלמא לשומר, ונראה דאזיל בזה לשיטתו, דלהלן יבואר דעומק דברי רש"י הם דאחרי דבשליחות יד נאמר דין דמקצתו ככולו, שוב ליכא לחייב מצד שואל שלא מדעת, וממילא דלפי רש"י דרק בשומרים נתחדש דמקצתו ככולו, אז דוקא בשומרים לא מחייבנן ליה מצד שואל שלא מדעת, אבל לפי הריטב"א דדינא דמקצתו ככולו נאמר גם באיניש דעלמא - וזה משום דלשיטתו החידוש של שליחות יד הוא בדין גזילה ע"מ לשלם, וכנתבאר לעיל [סימן ל"א פרק ד'] – א"כ גם באיניש דעלמא נימא ד"תחילתו שליחות יד".

דלרז"ה הא דאינו חייב עכ"פ מצד דין שואל הוא משום דיד שומר כיד בעה"ב], ועל זה תירץ רש"י דהואיל והוא דבר שיש בו כחש שוב אין כוונתו לשאלה רק לגזילה, והיינו דלהתחייב כשואל צריך דעת לשאלה, ודבריו צ"ע דסו"ס קשה דלמה גרע מאיניש דעלמא דגם בכה"ג חייב מדין שואל, ולמה שומר גרע מיניה, וצ"ע.

ועיין בביאור הגר"א [סי' רצ"ב ס"ק ב'] שכתב שהואיל והוא דבר המחסרו, שוב לא נחית בה אדעתא דשאלה, והיינו כהפנ"י, אלא דדברי הגר"א צ"ב, דסו"ס יתחייב עכ"פ מדין שואל שלא מדעת 'גזלן', ומה אכפת לן מה דנחית לגזלנותא, וצ"ל דכוונתו כהפנ"י דכל הנדון הכא הוא מצד שואל שלא מדעת שואל הוי, דמצד גזילה באמת בעינן חסרון, וכדרכו של הרז"ה, אולם מדבריו לא משמע כן, ועוד דאכתי ק' מאיניש דעלמא דחייב מדין שואל שלא מדעת גזלן הוא במשתמש בבהמת חבירו, אף דנחית לגזילה ולא לשאלה, וצ"ע.

מבאר דכשיש לקיחת גופו בשליחות יד – שוב אין לדון מצד לקיחת השתמשות.

ואשר נראה בביאור שיטת רש"י – ונקדים ביסוד פשוט, והוא דמי שקונה את גוף החפץ – הוא לא קונה גם גוף וגם קנין פירות וגם קנין שכירות [שכירות וקנין פירות תרתי נינהו] וגם שעבוד על הקרקע, אלא שהוא קונה גוף ותו לא, ואף שמי שהוא בעלים על גוף הרי כלול בבעלותו את כל הזכויות והקנינים הללו – אבל סו"ס הוא לא קנה את כולם – אלא שהוא קונה אך ורק גוף וכתוצאה מקנינו הרי הוא בעלים על הכל.

כמו כן מי שגוזל גוף – הרי הוא לא גוזל גם גוף וגם פירות והשתמשות – אלא שהכל כלול בגזילה ובלקיחה ידידיה בלי שתתייחס לקיחה נפרדת לכל פרט ופרט.

והנה נתבאר לעיל [פרק א'] דנחלקו רבותינו אי שואל שלא מדעת הוי לקיחה וגזילה בגופו או דהוי לקיחה וגזילה בשימושים – ובדברי הגר"ח היה גדר אמצעי – [ואף שהגר"ש רוזובסקי זצ"ל הוכיח מהריטב"א בע"מ לשלם שזה גזילה בגופו אכן כבר הבאנו דרך אחרת בישוב הריטב"א על פי הברכ"ש – וממילא דכבר לא מוכרח], ובשיטת רש"י נאמר דנקט דשואל שלא מדעת הוי גזלן ולקיחה בשימושים עצמם ולא בגופו – הלכך פשוט למה ליכא גזילה של שואל שלא מדעת בשליחות יד, דשליחות יד הוי לקיחה בגופו.

אולם יש לתמוה – הרי כאן לא היתה לקיחת גופו כלל וכלל – הרי נעשה לקיחה על מנת להחסיר 'כחו' – וכדלעיל – ואין כאן לקיחה לא לעכב לעצמו את גופו ואפילו לא לעכב לעצמו את כחו – לא עיכוב כולו ולא עיכוב מקצתו – האיך לקיחה זו כוללת את ההשתמשות – הרי תרתי נינהו.

אולם אדרבה – דהן הן הדברים שנחתדשו בשליחות יד – וכדלעיל [פרק ד'] – והוא – שיש סוג חדש של לקיחת גזילה בלי עיכוב ממון – והוא שהתורה מחשיבה לקיחה ע"מ להחסיר כלקיחה של גזילה בכל גופו וכעין גזלן של מעביר ע"ד בעה"ב – ואחרי חידוש התורה – שוב ליכא מקום לדון מדין שואל שלא מדעת.

מתמה דסו"ס ליכא הכא דין שליחות יד – דאין כאן חסרון.

אולם כאמור – עיקר הקושי' היא – דהא הכא איירי רש"י לפי הצד דאין לחייב מצד שליחות יד, דשליחות יד צריכה חסרון ולא היה כאן חסרון, ולמה בכה"ג לא נחייב מצד שואל שלא מדעת, והבאנו שכל זה מרומז בקושי' הרא"ש – וזה פלא גדול מאד.

הקדמה ביסוד הגר"ח שיש מצב ומציאו ומעשה גזילה – בלי שום חיובים – בעבדים.

ונראה להקדים בדברי הגר"ח [פרק א' גזילה הלכה ט'] שייסד יסוד גדול, והוא – ששייך מעשה גניבה בעבדים ולא בקרקע – והיינו דאף ששניהם נתמעטו מוהשיב ומקניני גזילה מכלל ופרט, אכן מעשה גנבה אכתי שייך בעבד, וחיילא בגופם דין גזול, ובתוס' באיזהו נשך מבואר דלגבי הלאו שפיר שייך בעבדים לאו דלא תגזול אף שבקרקע לא שייך, כיון שאין בקרקע אפילו מעשה גזילה, ובזה חלוק עבד מקרקע – ומסתמא שיש בזה פסול עדות.

וחידוש הגר"ח עוד דלכן שייך גם יאוש בעבדים שיאוש לא תלוי בקניני גזילה אלא במציאות של אבוד – ואחרי המעשה גזילה הרי העבד בגדר 'אבוד'.

הגר"ח חידש עוד בדעת הרמב"ם, שאחרי שנתבאר בדעת הרמב"ם שיש ב' חיובים שונים בגנב – חיוב "ושילם" באינו בעין, וחיוב "והשיב" כשהחפץ בעין, והנך תרי חיובים חלוקין ביניהם לגבי ניתק לעשה, ואז יתכן לומר עוד – שיש "ושילם" בעבד שהרי "ושילם" תלוי במעשה גזילה ולא בקניני גזילה, ורק קניני גזילה ודין "והשיב" נתמעטו, אבל "ושילם" הוא דין אחר, ואינו בכלל המיעוט.

אולם החידוש הזה האחרון שיש גם חיוב תשלומין בעבד מדין "ושילם" – חידוש זה תלוי בפלוגת הראשונים אי ושילם ווהשיב פרשה חדא ביניהם או לא – ועיין בדברינו באמרות אברהם [מרובה סימן ח'] מה שנתבאר בזה – ועיין בהערה ¹⁸⁷ מה שיש להוסיף בזה עוד.

מחדש שיש ב' חידושים בשליחות יד, גם מצד המצב של גזול וגם מצד החיובים, וחלוקין ביניהם לגבי הדין צריכה חסרון.

אחרי הקדמה זו נראה לחדש – דהנה – נתחדש ששליחות יד היא פרשה מחודשת של גזילה ע"מ להחסיר – ונראה שיש בזה ב' חידושים נפרדים:

א] מתחילה נתחדש שהחפץ נהיה לגזול על ידי גזילה כזו – והיינו שהיה מקום לומר שאין זה גזול כלל וכלל – שהרי לא נטלו על מנת לגזול כולו ולא לעכב כולו וחידשה תורה שזה גזול.

ב] גם אחרי החידוש הזה עדיין היה מקום לומר דנהי דהוי כגזול – אבל אין זה אלא גזילה מחודשת ועיכוב ממון מחודש – ומאן יימר דכזה סוג עיכוב ממון חייבים עליו – וכמו שעבדים נתמעטו מהחיובים אכן סו"ס המציאות של הגזילה עדיין קיימת, כך היה מקום לומר גם הכא – דנהי שהגזה"כ של שליחות יד חידשה ששליחות יד מיקרי עיכוב ממון – אבל מאן יימר דמחייבים אותו על כזה עיכוב ממון בפרשת גזילה, וזה חידוש נוסף בפרשת שליחות יד.

והנה – למ"ד ששליחות יד צריכה חסרון – היינו טעמא שיש בו חידוש ואין לך אלא בו חידוש – או כנתבאר לעיל [פרק ד'] שעיקר הלקיחה בלי עיכוב ממון צריכה חסרון להחשב כגזילה.

ונראה שיש מקום לחלק בזה בין הנך תרי חידושים, והיינו דלעולם סגי לן ברמה ובדרגא של העיכוב ממון שיש בשליחות יד – גם בלי החסרון בפועל, שלעולם התורה חידשה שיש כאן עיכוב ממון מחודש בשלמות כלפי המצב של גזול שחל בפקדון לגבי יאוש ולגבי הלאו וכדומה, אבל כל זה לענין הגזול עצמו – אבל לגבי החיובים של והשיב או ושילם [לחולקים על הרמב"ם] לא חידשה התורה שום חיוב – דסו"ס גזילה מחודשת נתחדשה הכא, ובזה הצריכו 'חסרון' בפועל.

הרי לנו חידוש – שבשליחות יד בלי חסרון כו"ע מודי דאיכא לאו ופסול לעדות וגם מהני בו יאוש, וכל המחלוקת היא האם איכא בזה חיוב אונסים בלי חסרון – ועיין בזה בהערה ¹⁸⁸, ודו"ק.

מבאר שאין שואל שלא מדעת כל זמן שיש מציאות של גזילה בשליחות יד גם בלי החיובים.

לפי"ז הדרגא לדברי רש"י – ברש"י נתחדש שכל זמן שיש גזילה בגופו ליכא גזילה בהשתמשות, ולכן כל זמן שיש גזילה של שליחות יד ליכא גזילה של שואל שלא מדעת, והקשינו – דהא הכא איירי רש"י לפי הצד דאין לחייב מצד שליחות יד, דשליחות יד צריכה חסרון ולא היה כאן חסרון, ולמה בכה"ג לא נחייב מצד שואל שלא מדעת – וזה פלא גדול מאד.

אולם להג"ל ניחא – שהרי הלקיחה של שואל שלא מדעת כלולה 'במצב' ו'במציאות' של גזילת כולו – לא בחיובים של שליחות יד – ודו"ק, הלכך גם בלי חסרון הרי איכא לקיחה של שליחות יד – וממילא דבטלה כלה לקיחה של שואל שלא מדעת – וממילא דאין לחייבו מצד זה – ודו"ק.

¹⁸⁷ והוסיף בזה עוד בברכ"ש [ב"ק סימן ל"ג ס"ק ב'] – שהק', דלמה בעינן מיעוט דכפל בקרקע עבדים ושטרות, הא אין קרן דנתמעט מדין והשיב וא"א להזיזם, ות"י דבעבדים איכא מעשה גניבה, דיכול לזוזם, ואף דאין קניני גזילה ואין והשיב, אבל 'מזיק דגנב' איכא ויש בדין זה חיובא ד'ושילם', וכדברי הגר"ח [לעיל שם], ולפי"ז מוסיף הברכ"ש דהיה שייך על זה כפל אף דאין והשיב, ודו"ק.

¹⁸⁸ ואולי נחלקו הראשונים אי איכא בזה ושילם, כמו שחולקים בעבדים – ונוסיף עוד – דאולי הראב"ד בעבדים שחולק על הרמב"ם לגבי יאוש יחלוק גם הכא – ואינו מוכרח.

פרק ו'

עוד הערות בסוגי'

בשיטת הטור דבעינן שישתמש בו כדי לחייבו מדין שואל שלא מדעת.

עיין שו"ע [סי' רצ"ב] בשם הטור דהגביה ע"מ להשתמש שימוש המחסרו הרי"ז שליחות יד, ובשימוש שאינו מחסרו הרי זה דין שואל שלא מדעת, אבל זה רק אם נשתמש בו, ועיין בביאור הגר"א שהביא שי' כזו מהרשב"ם בב"ב.

והקשה הגר"א, דלעיל משמע שעדיין לא השתמש בו לעלות עליו, וכמו באידך 'תרגמא' דרק הגביה ע"מ לחסר ועדיין לא חיסר, אולם בתרומת הכרי [סי' רצ"ב] דיקדק דבכולהו 'תרגמא' כתיב לשון ע"מ וכאן לא כתוב לשון ע"מ, ודו"ק.

והוסיף הגר"א דבאמת היה נראה דעיקר שיטה זו מקורה מקושית רש"י דנתקשו למה אין לחייב מדין שואל שלא מדעת, ותירץ דשואל שלא מדעת צריך 'שימוש' והכא הוא רק משך ע"מ להשתמש ולא שימש עדיין, הילכך אין לחייבו משום שואל שלא מדעת, וזה מקור להך שיטה מהסוגי'.

אכן כתב הגר"א דלא משמע בסוגי' דעוד לא להניח, [ויש להוסיף, דלפי"ז מאי קאמר רב בעודן עליה, הא עדיין לא הניח, וכנראה שלמד שר"ש בר"י בדעת רב דהכיחשה חולק על רב בר אבהו בשם רב שאמר בעודן עליה, וצ"ע].

מסקנת הגמ' - "שהכישא במקל", "בעודן עליה", וביאור פלוגתת הרמב"ן ורז"ה האם מתקיימת השבה כשמתבטל החסרון למ"ד צריכה חסרון.

במסקנת הסוגי' מבואר דהיה כאן חסרון ע"י זה שהכישא במקל, וצ"ל דהך הכישא במקל הוא תחילת השימוש, ואינה הכחשה בעלמא דהזיקו קודם ושוב השתמש בו בהנחת מקלו, דא"כ החסרון לא שייך לגזילה.

והנה, הרז"ה מבאר דלמסקנה צ"ל ביאור אחר בלשון "בעודן עליה", והיינו שהחסרון של הכחשה עדיין בה, ואל"כ ובטלה חסרון שוב פטור לר' ישמעאל דא"צ דעת בעלים בהשבה, והרמב"ן חולק דגם אי בטלה החסרון אכתי לא קיים השבה, והביא הרמב"ן דוגמא לזה מרביעית יין שנטלו מהחבית והחזירו דלר' ישמעאל אכתי חייב עד שיחזיר את החבית.

והנה יש לדון לדעת ר' ישמעאל בגזול באופן שהוא מעביר ע"ד בעה"ב, שצובע צבע אחר, דמה הדין כשישנה את השינוי בחזרה, ומחזירו לצבע הקודם, די"ל דהיכא דנתבטל ה"מעביר ע"ד", דאז בטלה כל הגזילה כיון דיסוד הגזילה אינה הלקיחה מצד עצמה בלי המעשה "מעביר" בפועל, וממילא נראה דכשבטלה המעשה "מעביר" שוב בטלה נמי הגזילה, ונראה א"כ דה"ה דלענין חסר נמי נימא דכשגזול ע"מ לחסר וחיסר, אז כיון דכל הגזילה בנויה על החסרון שוב כשיתבטל החסרון יתבטל נמי הגזילה, וי"ל א"כ דמה"ט חולק הרז"ה בהכישא ובמחסר רביעית.

ובביאור שיטת הרמב"ן י"ל בפשיטות דחולק לשיטתו, דלדידיה כל הדין חסרון אינו חלק והשלמה בגזילה, רק דין צדדי מצד אין לך בו אלא חידוש, וכנתבאר בשיטת הר"ן, וממילא פשוט דאי רק נתקיים דינא דחסרון, שוב חיילא הדין גזילה ושוב לא יהני מה שנעקר אח"כ החסרון, ודו"ק.

סימן א' ביסוד דינא ד"רשות שומר", ששומר "מחזיק" את הפקדון לענין השמירה. <>

פרק א' ביסוד דינא ד"רשות שומר", ששומר "מחזיק" את הפקדון לענין השמירה, וביאור החידוש בסיפא. <> מביא מהפנ"י בחידוש של הסיפא של המשנה "נשבע ולא רצה לשלם", דקס"ד דפטור בכפל מצד "וגונב מבית האיש" ולא מבית השומר, וכן מבואר נמי בריטב"א. <> מביא מהירושלמי ומהתוס' דקס"ד דבית השומר לא מיקרי "בית האיש", אך דגונב מהאגם מקרי "בית האיש". <> מתמה בעיקר האי קס"ד דבית השומר לאו "בית האיש" קרינן ליה. <> מביא יסוד גדול מהגר"ח ומהגר"ז, דשומר אינו חיובים גרידא, אלא דאיכא "רשות שומר", והיינו דהשומר "מחזיק" את הפקדון אצלו לענין החיוב שמירה, ומביא בזה את ראיותיהם של הגר"ח הגרי"ז והאח"ז. <> הוכחות נוספות ליסוד זה. <> סיכום היסוד והראיות. <> ביאור החידוש במשנה כאן דקס"ד דחשיב אינו ברשותו, ומבואר על פי הנ"ל. <> חידוש גדול בדברי הראב"ד בעיקר הך זכות של רשות שומר. <> דן בזה על פי פלוגתת הרמב"ן והר"ז באינו ברשותו. <> הוכחה נוספת דאיכא רשות שומר מהמאירי בב"ק דמביא שיטה דאין להקדיש פקדון דחשיב אינו ברשותו, [וביאור דעת הראשונים שמחלקים דין כפל להקדיש בפקדון]. <>

פרק ב' תוספת דברים, וביאור הקס"ד דבית השומר אינו בית האיש ושאינו בזה טוט"ג. <> מתמה טובא בכל הקס"ד למעט בית שומר מלהיות בית האיש, הא קרא קאי בבית שומר. <> מבאר דיסוד דינא דטוט"ג שהכל תלוי בדין 'כי יתן' שיש נתינה לשומר בתורת קרקע ובתורת קטן וזה פטור את הדין טוט"ג גם אח"כ. <> ונראה שהביאור על פי הנ"ל, שכמו ש'כי יתן' של קטן מגדיר את כל הטוט"ג שהוא כנגד קטן ולכן נתמעט מדין 'כי יתן' בעצם זה שקטן נתן, ולא דנים בזמן הטוט"ג עצמו אלא בזמן ה'כי יתן', כיון שכל הטוט"ג נעשה מכח ה'כי יתן', ואז הוא היה קטן, כמו כן ה'כי יתן' של קרקע מגדיר את כל הטוט"ג שהוא בקרקע אף שהטוט"ג מצד עצמו היה בקרקע, שהטוט"ג הוא גניבה רק מכח ועל ידי ה'כי יתן', וכאילו שה'כי יתן' מצטרף לגניבה שבטוט"ג לקבוע את הדינים שלו. <> ביאור למה יש מקום לדון למה הגזילה של טוט"ג היא גזילה מבית הבעלים ולא מבית השומר. <> ה'כי יתן' מחיל כאן רשות והחזקה וזכויות של שומר, והגניבה נעשה מכח הנך זכויות להשוותם לזכויות וקנינים של גנב, וזה הביאור והגדר ב'בהיתירא אתי' ליד' – ודברי הגר"ח בזה. <>

סימן ב' הערות בפשט במשנה ובתחילת הגמרא. <>

פרק א' הערות בפשט במשנה ובתוס' <> ביאור החידוש בלשון התנא "נמצא הגנב משלם תשלומי כפל". <> ברש"י בד"ה ולא רצה לישבע, [בדין שבועת אינו ברשותו]. <> הערה ברש"י בד"ה למי שהפיקדון אצלו. <> בדברי הפנ"י בחידוש הסיפא "דנשבע ולא רצה לשלם", דתלוי אי הוי בע"ד או לא. <> בדברי הפנ"י שיש לדון הכא מצד חידושו של רב [ב"ק ק"ו] בדין "ולקח בעליו ולא ישלם" דשומר שנשבע על פיקדון בשקר, דקנאו בשבועה אף כשיבואו עדים. <> הערות בתוס' ובמהרש"א בדין טוט"ג באבידה. <> ב' דרכים בביאור כוונת התנא בלשונו "ונגנבו או שאבדו". <> הערה בתוס' באוקימתא דהמשנה מיירי בבאו עדים. <>

פרק ב' הערות בגמ' וברש"י. <> הערה בסברא ד"משום דנפיש טרחיהו". <> הערה בלשון הגמ' "נפיש כיפלייהו", וביאור הקס"ד דכיון דמשלם דו"ה דשוב לא מקני כפילא, ולמדנו דדו"ה הוא הגדלת התשלומי של 'כפל'. <> כמה הערות בדברי רש"י בתחילת הגמ' – דמתבאר בדברי רש"י שחידש בתחילת הגמרא דאינו קנין מגזה"כ אלא על פי אומדנא. <> בגמ': "מי יימר". <> ברש"י ד"ה והא"מ דבשלב"ל, ובסתירה ברש"י אי מקנה לו המעות או החוב של הכפל, ואי שייך הקנאת פרה למעות דכפילא. <>

סימן ג' בגדר החסרון של דבר שלא בא לעולם, וביאור הסוגי' בכתובות [נ"ט], ובגדר המעלה של עבידי דאתי. <>

פרק א' בגדר החסרון של דבר שלא בא לעולם. <> הקדמה. <> מקורות דאיכא ב' דרכים בגדר החסרון של דבר שלא בא לעולם, כח הקנאה או גמ"ד. <> פלוגתת הראשונים בסיטומתא, וראיה ממקנה לעובר. <> מתמה דמה החסרון של מי שאין לו כח לפעול חלות בתרומה וקידושין ממי שאין לו כח לפעול חלות בקונם על עצמו. <> הגדר בזה שאי בעינין חפץ להשלמת הכח חלות אז איכא חסרון של דבשלב"ל, אבל אי בעי חפץ להיכי תימצא בעלמא אז ליכא חסרון. <> מתמה על הראשונים דלמדו מדין גמ"ד מהסוגי' בכתובות [נ"ט]. <> מבאר שיסוד הסוגי' בכתובות [נ"ט] מתבסס על הגדר החדש של קונם דמתייחס ל'חובת ניהוג' של הגברא, ושוב ליכא ראייה נגד המהלך של גמ"ד. <> יש לדון בקנין של פירות דקל, דבאיזה מעשה קנין הוא קונה, האם מהני קנין חזקה באילן. <>

פרק ב' בגדרי 'עבידי דאתי' <> מחלוקת אי העבידי דאתי מתייחס ל"אפשרות לחלות קנין" או ל"חפצא שחל עליו הקנין", כמה היא עצמה רחוקה מהעולם. <> מבאר את הדין עבידי דאתי בכסף של הכפל דמהני להחשב כלפנינו מחמת השעבוד שעליהם. <> בפלוגתת הראשונים בגדר המעלה של "עבידי דאתי", וישב נוסף לסתירת

מפתח המפורט

רש"י אי מקנה לו המעות או החוב של הכפל. <> מתמה בעיקר מעלת עבידי דאתי לפי הצד דאיכא חסרון בדבשלב"ל מצד כח חלות. <>

סימן ד' ביאורים בשו"ט בדברי התוס' במעות קונות או משיכה קונה. <> "והלא מעות אינן קונות" – קושיות האחרונים על סברת התוס' בקושי'. <> ב' קושיות נוספות דבלאו הכי לא שייך הכא קנין מעות. <> ביאורו של רעק"א בקושית התוס' עפ"י המרדכי דקונה את החוב של הכפל ביחד עם הפרה. <> ביאור בסברת המרדכי דלא מהני במשיכה רק בחליפין וכסף, ולכן בתירוץ כבר מיירי התוס' בפרה לכפילא. <> מביא כמה הוכחות לחילוק הנ"ל. <> בהמשך קושית התוס' – "ועוד מאי קפריך וכו' הול"ל מי יימר דנגנבה". <> "וי"ל דהמקשה סבר" – הוכחה מהתירוץ בתוס' דתוס' למדו בקושי' ע"ד רעק"א.

סימן ה' דקל לפירות ופרה לכפילא. <>

פרק א' ביאור שיטת התוס' דאיכא ב' דרכים בגדר "עבידי דאתי". <> ביאור הגדר של דקל לפירות ופרה לכפילא שהוא בעלים בכל הדקל לענין הפירות. <> מבאר דגם בפרה לכפילא שייך לומר כן. <> תמיהא רבתי בדברי התוס', דלמה בעינן תנאה דעבידי דאתי בדקל לפירותיו, הא הקנין הוא בדקל שקונה את הדקל לגמרי לגבי הפירות. <> מהלך של רעק"א דמהני עבידי דאתי להחשיב את הפירות כמונחים בדקל, ואת הכפל כמונח בפרה. <> דוחה מהלך זה דלא שייך לעיקר סדר הגמרא דדנו מצד דבר שלא בא לעולם. <>

פרק ב' ב' דרכים בגדר הדין דקל לפירות, וג' שיטות בזה. <> מהלך חדש בגדר דין דקל לפירותיו, דאינו קונה את הדקל לגמרי לגבי הפירות אלא שהוא קונה את הפירות ע"י הדקל. <> מדייק מלשון התוס' בסוגיין דג"כ למדו בדרך זו, ומביא דיסוד זה מבואר בתוך דברי רעק"א בביאורו לדברי התוס' בגיטין שצירף סברת "אינו יוצא מגופו" בהדי' סברת "לא עבידי דאתי", וביאר דחלוק קנס מפירות, דבקנס רק קנה "אגב גרירא". <> מביא דכבר חקר בזה הגר"ח, וחילק בזה בין עבד לקנס לפרה לכפילא. <> ביאור שורש פלוגתתם דפליגי אי שייכא בעלות בדקל לגבי פירות בלי עבידי דאתי, ומהלך נוסף בזה. <>

פרק ג' מקורות נוספים לחידוש זה בראשונים. <> מביא כן מהרשב"א בכתובות [נ"ט] ומהרשב"א בגיטין [מ"ב]. <> הרשב"א בגיטין [מ"ב] דן בב' הדרכים הללו בדקל לפירות. <> הוכחות נוספות ליסוד זה דקונה את הפירות ע"י הדקל ולא קונה את הדקל לענין הפירות <> דן בדברי המהר"ם אלשיך וקצוה"ח במוכר מעות לרווח שיעשו ע"י המעות <> ראייה מהאו"ש שלומד פרה לכפילא ע"ד מה שנתבאר בכס"מ, ומבאר פלוגתת האו"ש ורמ"א עפ"י פלוגתת רעק"א וכס"מ הנ"ל. <>

פרק ד' סיכום כל השיטות, וביאור בגדר חדש בדקל לפירות, וכמה נפ"מ לדינא בין הנך דרכים. <> הקדמה. <> סיכום השיטות שמחלקות בין הסוגים השונים של בעלות בדבר אחד לגבי המסתעף ממנו. <> סיכום ט' נפ"מ וחילוקי דינים בין הנך ב' דרכים בדקל לפירות ותלוי במחלוקות השונות בין השיטות. <> נפ"מ גדולה בביאור הסוגי' בגיטין [מ"ב]. <> שורש הנידון הוא שבעלות שמסתעפת מבעלות צריכה חלות קנין בבעלות החדשה עצמה, ורק בעלות שהיא חלק מבעלות הראשונה חיילא בראשונה לענין השניה. <> מביא מהמרדכי ששכירות קרקע הוא מטלטלין, ומבאר שכאן מצאנו קנין בקרקע להעמיד בעלות של מטלטלין מתוך בעלות בקרקע בגדר בעלות שמסתעפת מבעלות, ע"י מעשה קנין בקרקע. <> בדקל לפירות וכן בכולם באגב גרירא – בכולהו איכא בעלות שמסתעפת מבעלות – והקנין בבעלות הראשונה להחליפה. <>

סימן ו' שיטות הראשונים בשו"ט בסוגיין, פרה לכפילא או כפל עצמו, וביאור הספק בסוגי' בגיטין. <>

פרק א' בשו"ט בתוס' ובפלוגתת הראשונים בישוב הסתירה בין סוגי' דעבד לקנס [גיטין] לסוגיין בפרה לכפילא. <> ביאור ספקת הגמרא בעבד לקנס לדרכו של התוס' כאן. <> הרבה נפ"מ אחרות תלויים בספק זה. <> ותירצו בתוס' "וי"ל דשמא התם שכיח טפי", עוד תירצו בתוס' "א"נ הכא פריך דאת"ל", והיינו דהסוגי' הכא תלוי בסוגי' שם. <> דרכם של התוס' בגיטין והרשב"א [שם] בביאור סוגי' דידן. <>

פרק ב' פלוגתת הראשונים למסקנה, האם מיירי במקנה פרה או בפרה לכפילא <> בפלוגתת הראשונים בשו"ט אי מיירי בכפל או בפרה לכפילא או בפרה עצמה. <> שיטת הרמב"ם בזה לחלק בין פרה לכפילא לעבד לקנס, ודברי הגר"ח בזה. <> דרכו של הקצוה"ח ברמב"ם דדקל לפירות מהני בתורת שותפות, וזה רק למסקנה דאיכא נמי יוקר, ועפ"י היסוד בתוס' בגיטין דלא שייך הקנאת העבד לגמרי כשכל הנפ"מ הוא הקנס. <>

סימן ז' בגדר האומדנא ב"נעשה כאומר לו". <>

פרק א' ג' דרכים בגדר האומדנא, ובשיטת רש"י והמאירי. <> ג' דרכים בגדר ה"נעשה כאומר לו", האם זה תקנ"ח או דאיכא אומדנא ממש שכך הוא חושב, או דסגי לו במה שהיה חושב כן אם היה חושב על זה [כעין יאוש שלא מדעת]. <> מביא את דברי הנתה"מ בזה שחידש סברא לחלק בין דעת קונה לדעת מקנה, והכא בסוגיין סגי בדעת

מפתח המפורט

קונה כיון דמיירי בקנין חצר]. <> מעורר בלשון הגמרא - דמה נתחדש ב"נעשה כאומר לו" למסקנה, ומביא מהמאירי דנתחדש למסקנה שזה תקנ"ח, ומדקדק כן מרש"י. <>

פרק ב חילוקים בגדר האומדנא בין הל"ק לל"ב <> מדויק דגם הרשב"א למד דמדין לב בי"ד מתנה הוא, וזה באופן שיש נוחותא, ומדייק ברש"י דמחלק בין הל"ק לל"ב, ומדייק נמי ברשב"א [גיטין י"ג \ ב"ק ק"ב] שיש שני אופנים של לב בי"ד מתנה, ויש בזה נפ"מ בין הל"ק לל"ב. <> ביאור החילוק באומדנא בין הל"ק לל"ב. <>

פרק ג "נעשה כאומר לו" סמוך לגניבה. <> בפלוגתא רש"י והמהרש"א האם עצם ה"נעשה כאומר לו" בלישנא בתרא [דמקנה סמוך לגניבה] הוא כבר בשעת מסירה או רק בסמוך לגניבה. <> ביאור חדש מהקצוה"ח בדברי רש"י למה בעינן "נעשה כאומר לו" כבר בשעת מסירה. <> הערה על הקצוה"ח דלכא' שייך הכא חצירו וקנינו באין כאחת. <> ביאורו של הקצוה"ח בשיטת המהרש"א דלא מהני מצד אין ברירה דהך שעה אינה מבוררת. <> לכשתיגנב ותירצה ותשלמני. <>

פרק ד הבהרה - והערה. <> הערה גדולה. <>

סימן ח קונטרס בסוגי' דחוץ מגיזותיה, ובפלוגתא הפוסקים בשבח דעלמא ויוקר, לפני ואחרי הגניבה. <>

פרק א בפלוגתא הראשונים בחוץ מגיזותיה לאחר גניבה <> הקדמה <> מביא פלוגתא הראשונים האם גיזות דלאחר גניבה משייר לעצמו או דנקנים לגנב. <> מבאר סברת הראשונים דלא משייר לעצמו הנך גיזות, דמדין לשבח דעלמא, דעיקר החילוק בין שבח דעלמא לשבח דמגופה הוא דבשבח דעלמא איכא ספק, וה"ה בגיזות לאחר גניבה. <> מבאר באופן אחר דפליגי הרמב"ם לשיטתו האם משייר לעצמו גוף הפרה או לא, דשבח דמגופה דלאחר הגניבה דומה לגוף הפרה עצמה. <>

פרק ב' פלוגתא הפוסקים בגיזות וולדות בבית השומר שנגנבו עם הפקדון, האם משלם עליהם או לא. <> פלוגתא הקצוה"ח והחידושי הרי"ם בגיזות דלא נגנבו כלל. <> פלוגתא הש"ך והקצוה"ח ורעק"א בגיזות ששילם עליהם, האם גם עליהם חיילא שיו"ר ד"חוץ מגיזותיה וולדותיה". <>

פרק ג' ביאור בשי' הראשונים למה יוקרא הוי שבחא דמגופה, וביאור החילוק דלאחרי תשלומין. <> מביא פלוגתא הראשונים האם יוקרא הוא שבח דמגופה או שבח דעלמא, ומביא את השיטות דשבח דמגופה ד"לאחר תשלומין" אינו בכלל השו"ר ד"חוץ מגיזותיה". <> מבאר דלדרכו של הקצוה"ח י"ל דכל שבח דצריך לנכות מהתשלומין כדי לזכותו לשומר מיקרי שבח דגופא, ומבאר בזה למה יוקר מיקרי שבח דמגופה ומאי שנא שבח דמגופה לאחר תשלומין. <> מביא את ביאורו של הנתה"מ בדברי הרמ"א שהשמיט דינא דהריני משלם. <> עפ"י דברינו מבאר דנחלקו הרמ"א והראב"ד האם הוא מקנה את השבח דגופא לאחר תשלומין ממש או גם לאחר הריני משלם, ותלוי בפלוגתא הראשונים האם הריני משלם מחייבו או לא. <>

פרק ד' פלוגתא הש"ך והסמ"ע בהקנאת היוקר. <> מביא ג' שיטות ביוקרא, שיטת הש"ך סמ"ע וקצוה"ח. <> ביאור שיטת הסמ"ע דחולק בעיקר התנאי ד"תשלמני". <> ביאור נוסף דס"ל דכיון דנעשה כמכירה למפרע שוב סגי ליה לשלם כשעת ההקנאה, דבאומדנא ד"נעשה כאומר לו" הוא דן את התשלומין כתשלומין על מכר ולא כתשלומי שומרים. <>

פרק ה' שי' הקצוה"ח ומ"מ שמחלקים בין טענת חיוב לטענת פטור לגבי הקנאת היוקר <> דעת המ"מ וקצוה"ח דחלוקין תשלום דטענת פטור מתשלום דטענת חיוב לגבי היוקר למפרע, וביאור שיטתם עפ"י הריטב"א ורעק"א ברש"י דהקנאה בטענת חיוב חלוק מהקנאה בטענת פטור. <> מבאר דפליגי המ"מ והש"ך לשיטתיהו בפלוגתא הראשונים בעידי פשיעה האם איכא שני דיני הקנאה בכפל או לא. <> דיקדוק בדברי רש"י. <>

פרק ו פלוגתא הש"ך ומ"מ בטענת חיוב, אי משלם כשעת תביעה או כשעת הגניבה <> פלוגתא הש"ך ומ"מ אי משלם כשעת התביעה או כשעת הגניבה. <> ביאור של הנתה"מ דהש"ך מודה שהוא פטור מדין הממע"ה, אלא דסו"ס הוא לא קיים את עיקר תנאי התשלומין. <>

פרק ז ביאור פלוגתא הש"ך והקצוה"ח בקושי' הגמ' "א"ה גיזותיה וולדותיה". <> פלוגתא הש"ך והקצוה"ח למה הוא לא משייר את גוף הפקדון אם הוא משייר את השבח דמגופא, אי מצד ששילם או כדי שלא יחזור הקושי' דדל"ב. <> מביא דלדעת הקצוה"ח איכא חילוק בין טענת פטור לטענת חיוב, והשו"ר של "חוץ מגיזותיה" רק קאי על שו"ר הגיזות בתורת זכייה דשבח ולא בתורת זכייה כגוף הפקדון <>

פרק ח' בדין גיזות שהיו בשעת ההפקדה, [נפ"מ בין ל"ק לל"ב] <> מתמה בדין גיזות שהיו בשעת ההפקדה דמדויק בתוס' דלא קני, וקשה שהרי שילם עבורם. <> ביאור הדברים עפ"י יסודו של הגרש"ק במעשה קנין על פרה שיש עליו גיזות. <>

סימן ט' בגדר הדין - מעכשיו ולאחר ל', [דברי התוס' - ד"ה אי נמי]. <>

פרק א' דרכם של האחרונים בתירוץ התוס'. <> ביאור עיקר השו"ט בתוס' דתלויים אהדי קידושין וגיזות, ומתמה בעיקר דבריהם. <> ביאור התירוץ בתוס' – דרכו של הקה"ב בזה, בעלים היום על הזמן של לאחר ל'. <> במה שיש לתמוה עליו ממה שאפשר לחזור בו וממה דאיכא חסרון כלתה במצבים מסויימים. <> דרכו של הברכ"ש

מפתח המפורט

והגרסה ש'דחילא מעכשיו למפרע. <> חידוש מסויים במכאן ולהבא למפרע בקנינים – שיש כאן שיור בכח המעשה לחול עד יום לא וכלפי אותו יום מעיקרא לא היה שיור. <>

פרק ב' ביאור בדברי הגרשש"ק בשו"ט בתוס'. <> סברת הגרשש"ק למה גיזות שהיו עליה בשעת המשיכה לא קנה בקנין לאחר ל' בלי מעכשיו. <> ביאור של הגרשש"ק בקס"ד של התוס': במעכשיו ולאחר ל' גם החלות התחיל ועדיין לא נגמר, וגם המעשה צריך להמשיך להחיל את החלות עד יום הל', הלכך ליכא חסרון מצד "כלתה" [כיון דכבר התחיל החלות], וגם ליכא גיזות כלל [דלא נגמר המעשה], וגם יש מקום לקידושי שני [דלא נגמר החלות], וזה לא מעכב את קידושי ראשון [דכבר התחיל החלות של הראשון מקודם]. <> למה לא מצאנו מושג של ק' תופסין בה בגיזות שגזזו באמצע הזמן. <> ביאור בדברי הגרשש"ק בתירוץ התוס'. <>

סימן י עדי פשיעה ועדי אונס [רמב"ן רשב"א ריטב"א]. <>

פרק א פלוגתת הריטב"א ושני התירוצים בתוס', האם "אי בעי פטר נפשיה" הוא דין נוסף של הקנאה או לא. <> פלוגתת הראשונים האם מה דמצי פטר נפשיה היינו בשבועת שקר או דע"י האפשרות להפטר הוא היה מטריחו לבי"ד. <> פלוגתת שני התירוצים של התוס' האם מתני' ור"פ איירי בגוונא חדא או בתרי גוונא, ומביא מקורות דטענת חיוב וטענת פטור הם שני דיני הקנאה, ונפ"מ לדין אטרחי' ונפ"מ אי משלם כזולא דמעיקרא או כיוקרא דהשתא. <>

פרק ב פלוגתת הרמב"ן והרשב"א בעדי פשיעה, האם מקנים עבור הבטחת הקרן או עבור הלא אטרחי' לבי דינא <> פלוגתת הרמב"ן והרשב"א בעדי פשיעה, ונחלקו האם ההקנאה היא תמורת הבטחת הקרן או תמורת הלא אטרחי' לבי דינא. <> מביא מרעק"א דלרשב"א עיקר ההקנאה היא מצד דמעיקרא איכא צדדין "דאי בעי פטר נפשיה", אכן יש לדקדק ברשב"א דאין זו אלא טעמא דנחית מעיקרא להקנאה, אבל עצם ההקנאה היא מחמת הלא אטרחי' לבי דינא, ומביא תרי נפ"מ מכח סברת ה"א אי בעי פטר נפשיה". <> כו"ע מודי דבעינן תנאה דלא אטרחי' לבי דינא, ורק נחלקו האם זו סיבת ההקנאה, ושורש פלוגתתם, דהרשב"א חידש דעיקר מהותו של שומר הוא "העמדת הפקדון או דמיו" בסוף השמירה, ובלי אטרחי' לבי דינא נעשה "העמדת הפקדון" בשלמותה, וזו כבר טובה בתורת שומר. <> מבאר דלכא' לפי הרשב"א יש שני סיבות להקנאה, אכן לדברינו הכל אחד מצד "העמדת הפקדון" בשלמותה. <>

פרק ג בדברי הרשב"א בעדי אונס. <> בדברי הרשב"א דשבועה היא "תשלומין", והיינו דשבועת שומרים הוא מחיובי שמירה ולא ע"י טענה וכפירה כשאר שבועות, ויש לזה כמה הוכחות. <> ביאור סברת הרשב"א דלא מקנה אלא מחמת תשלומין, ולא מחמת מתנה בעלמא, ומבאר את דברי רעק"א בעד המסייע שפוטרו, דאז לא הוי מתנה. <>

פרק ד שורש פלוגתת הרשב"א והריטב"א בעדי אונס <> שי' הריטב"א בעדי אונס, ובישוב קושי' הריטב"א מנשבע ואח"כ שילם, דהרשב"א למד דשאני פטור שבועה מפטור עדים, והריטב"א לא חילק. <> מביא עוד גוונא דנחלקו הבבלי וירושלמי בהקנאת הכפל. <> מביא ג' חידושי דינים מרעק"א, דין חשוד ודין עד המסייע ודין בעליו עימו. <> מבאר שורש פלוגתת הריטב"א ורשב"א האם מחלקינן בין שבועה לעדים או לא, ומביא את דברי הרמ"ה בשטמ"ק בב"ק [ק"ח] ואת דברי הש"ך, דגם לאחר שבועה אכתי "שם שומר" עליו לענין תביעת הגנב, משא"כ לאחר עדי פטור. <> מוכיח מהתרומת הדשן שחולק ולדידיה פקע הדין שומר אחרי שבועה לגמרי. <> מבאר דפליגי הרשב"א והריטב"א בפלוגתת רש"י והרמ"ה נגד התרומת הדשן האם נשאר עליו תורת שומר גם אחרי שבועה, וממילא דחולקים האם סגי מה שהיה עליו תורת תשלומין לומר דאינו מתנה בעלמא, אבל בבעליו עמו מודה גם הריטב"א. <> הערה בשבועת שליחות יד, וביאור ברשב"א למה ליכא חשש לטענת החזרתי בשואל, ומה הדין בטענת בעליו עימו בשואל. <>

פרק ה ספק בדין הריני משלם ומת, או שבאו אח"כ עדי אונס או עדי פשיעה <> מסתפק בהריני משלם ובאו עדי אונס ופשיעה. <> ספק בשילם ואח"כ באו עדי פטור. <> בהריני משלם ואח"כ באו עדי פטור דומה לטענת הקצוה"ח בשילמו בנים לאחר שאמר אביהם הריני משלם. <> ביאור פלוגתת המהרי"ק והקצוה"ח דסובר דמת האב דומה לעד המסייע דנקט רעק"א דלא דומה לעדי פטור. <> הוכחה מיניה וביה מהקצוה"ח בדין עדי פשיעה. <>

סימן י"א ביאור בירושלמי שהקנאת הכפל מגזה"כ, וישוב בדעת הרשב"א. <> מביא מהירושלמי דהקנאת הכפל הוא מגזה"כ דכפל תלוי בקרן, ומביא הוכחת האה"א דזמה מוכרח דבעדי פשיעה הוא זוכה בכפל, ובעדי אונס הוא לא זוכה בכפל, ומתמה על הרשב"א דהוכיח בבלי כשיטת הירושלמי. <> מתמה טובא על הירושלמי, [1] מדו"ה [2] מיוקר [3] מהצריכותא בין בהמה לכלים [4] מדין הריני משלם. <> מביא מהנתה"מ דחלוק שילם דמהני קנין הכפל מעיקר הדין, מהריני משלם דקני רק מצד אומדנא ונפ"מ בשואל לר"פ, ור"ז חולק, וי"ל דגם לירושלמי איכא הקנאה מגזה"כ והקנאה מאומדנא. <> מבאר דפלוגתת אב"י ורבא בנשבע ושוב שילם הוא רק בדין אומדנא, וגם דו"ה ויוקר וצריכותא דבהמה וכלים כולוהו הם באופן דקני מצד האומדנא, ועדי פשיעה מיירי בהריני משלם ולא

מפתח המפורט

בשילם. <> מקור גדול מהתוספתא. <> מיישב איך הכריע הרשב"א דין עדי פשיעה והירושלמי מסתפק, וצ"ל דתלוי בפלוגתא אביי ורבא בנשבע ואח"כ שילם. <>

סימן י"ב הקנאת הכפל בהריני משלם ופשעתי בפלוגתא הר"ח ורש"י בשואל. <>

פרק א' פלוגתא הב"ח והקצוה"ח באמר פשעתי בלי הריני משלם <> בפלוגתא הראשונים האם הוא מתחייב בהריני משלם או לא. <> ביאור החילוק בין הריני משלם לפשעתי, וביאור פלוגתא הב"ח והקצוה"ח בזה. <> ביאור הסוג' לב"ח ולקצוה"ח, ומבואר דפליגי בפלוגתא הר"ח ורש"י בשואל אי מקנה לו בשילם. <>

פרק ב' דרכו של הנתה"מ בשילם ובהריני משלם בשי"ר בשואל. <> הנתה"מ מודה לקצוה"ח דבפשעתי איכא רק התחייבות בלי סמיכות דעת, אלא דסובר דלא סגי בהריני משלם ובעי שילם ממש לענין הסמיכות דעת. <> דרכו של הנתה"מ בשואל לרש"י דמחלק בין משלם להריני משלם ודעתו בדין עדי פשעתי לרשב"א. <> מוכיח דלנתה"מ ליכא סמיכות דעת עד שישלם. <> מהלך חדש בשיטת רש"י עפ"י הקצוה"ח והנתה"מ כהדדי. <> הערה: בעיקר שיטת רש"י אין ללמוד כן, דרש"י עצמו למד כהב"ח, [הוכחה מרש"י והב"ח דסברי דבהריני משלם הוא חייב ואינו חוזר בו, ודלא כהמאירי]. <>

פרק ג' ג' דרכים בשיטת הרמב"ם בהריני משלם ופשעתי. <> דברי הרמב"ם דמחלק בין הריני משלם לפשעתי, ומבאר עפ"י שיטת המאירי דמצי לחזור בו, ודוחה. <> מבאר את הרמב"ם עפ"י רעק"א והקצוה"ח דלפנים משורת הדין וחייב מעיקר הדין הם שתי הלכות של הקנאת הכפל. <> מבאר את דברי הרמב"ם באופן אחר עפ"י פלוגתא הב"ח והקצוה"ח בהריני משלם ופשעתי. <> סיכום כל החידושים שנתחדשו בדברי רב פפא דמהני פשעתי. <>

פרק ד' הערה בנשבע ואמר הריני משלם ביאור בתוד"ה "אלא מהא ליכא" <> ביאורו של השער המשפט דתרי גוויי 'הריני משלם' איכא, ונפ"מ בנשבע ואח"כ אמר הריני משלם, ואין מחלוקת בין הרא"ש לתוס'. <> דרך אחרת בזה. <>

סימן י"ג בגדר 'קם דינא' בהריני משלם, וב'השבע וטול', ובגדרי הודאת בע"ד בנידון זה. <>

פרק א' הערות בתוס' ובראשונים אי חוזר בו או לא. <> נתחדש מהלך של 'קם דינא' – והיינו שבאומר 'הריני משלם' – הרי זה כאילו נגמר הדין. <> בדמיון התוס' מסוגיין לסוג' ד"עבדי גנבת" דבתרווייהו אמרינן "קם דינא", ומחלק בשי"ר הרמב"ם בין שני הסוגיות דנפ"מ אי אכתי מחוסר שבועה. <> בפלוגתא הקצוה"ח והמהרי"ק בהוכחה מסוגיין לדין "מתוך". <> ישוב דעת רש"י בשבועות מסוגיין, ומחלק בין שבועת שומרים לאידך שבועות. <>

פרק ב' מהלך חדש בגדר "קם דינא", באומר "הריני משלם" ובאומר "השבע וטול", ובגדרי הודאת בע"ד על תנאי. <> מתמה טובא בעיקר הזכות לקבוע דינים כשאומר "השבע וטול", ומתמה בראשונים שחידשו שיש הודאה על תנאי. <> מביא ג' שיטות באחרונים בדין שוי' אנפשיה, ומבאר את שיטת התרומת הכרי דאיכא נאמנות לאדם על הדין העצמי שלו. <> מביא מהתרומת הכרי שזה גם גדר הדין של הודאת בע"ד שלא בבי"ד. <> מבואר מכל הנ"ל דאיכא נאמנות בבי"ד דאינו מברר את הגדון כלפי הבי"ד, רק כלפי הדין העצמי של הגברא, וגם כלפי התחייבות מסוימת שהעמידו הבעלי דינים ביניהם, ומבאר דזה התחדש בדין הודאת בע"ד בפני שלא בבי"ד, ומבאר בזה את דברי הר"י מיגאש בביאור סברת הדין הודאת בע"ד. <> מבאר דדין השבע וטול אינו מדין הודאת בע"ד, דאין הודאה על תנאי, רק דבפרשה החדשה של הודאת בע"ד התחדש דבעלי דינים יכולים להעמיד ביניהם נאמנות כלפי הדינים שלהם, וזה יסוד דינא דהשבע וטול ויסוד דינא ד"קם דינא" בהריני משלם. <> דין קם דינא בתחילת דין. <> 'הבהרה' להוציא מליבם של טועים. <>

מפתח המפורט

סימן י"ד הערות בספקות <>

פרק א בסוגי' דשילמו בנים ושילמו לבנים <> ב' דרכים בספק – אי בהקנאה אי בלשומין, ונפ"מ מתי מתו השומר והמפקיד. <> מביא סתירת רש"י אם האב קיים בזמן ההקנאה או לא. <> דרכו של רעק"א ושל הכס"מ בשוב הסתירה ברש"י. <> ביאור בפלוגת רעק"א והכס"מ ביסוד דינא דפרה לכפילא, האם הפרה שלו לענין הגניבה, או שהוא קונה את הכפל ע"י הפרה. <> באומדנא בבנים להקנות, אם בשעת גניבה אם בשעת מיתת אביהם. <> מוכיח דמצד לב ב"ד מתנה אתינן עלה, דליכא אומדנא פשוטה. <> פלוגתא הראב"ד ורש"י אי מיירי שהאב המקנה או שהבנים המקנים. <>

פרק ב' שאל מן האשה <> ש' התוס' בפירושו לרש"י בשאל מן האשה ומביא בזה כמה הערות מרעק"א. <> מתמה עוד בדרכו של התוס' בשיטת רש"י. <> דרך נוספת ברש"י מהתוס' רא"ש, ומיושב לדבריו קוש' רעק"א, אלא דיש לתמוה טובא בדבריו. <> מחדש, שאשה שמכרה נכסי מלוג בהסכמת הבעל, רק היא המוכרת ולא שניהם, ולעומת זאת, כשמשאלה בהסכמת הבעל, אז שניהם המשאלים, [ומביא מחלוק' ראשונים האם שניהם] [בעל ואשה] מוכרים [בנכסי מלוג], דתלוי בגדר תקנת אושא, ומבאר ספקת רעק"א בסוגיין לענין זכות הבעל למפרע בכפל בנכסי מלוג כשמכרה ומתה. <> מבאר דהספק בגמ' הוא בגדר התשלומין של 'תשלמני', דהאם מיקרי תשלומי מכר או תשלומי שומרים, ונפ"מ אי שייך הבעל בהנך תשלומין, ומיישב בזה את דברי רש"י ותוה"ר. <> מבאר עפ"י את פירושו של התוס' בסוגיין. <> דברי הרשב"א בשי' רש"י. <> דרכו של הריב"ן, לפי המהרש"א ולפי רעק"א. <>

פרק ג' הערה בשאל מן השותפין <> בדברי רעק"א, ובמה שיש לתמוה עליו. <> ישוב חדש לקוש' רעק"א, דתלוי אי ע"י התנאי נהפך לתשלומי מכירה או דאכתי הוי תשלומי שומר. <>

פרק ד' בדברי הרי"ף והרא"ש בספיקות <> מביא את קושית הרא"ש על הרי"ף דלמה חולקין, ומביא את קוש' קונטרס הספקות למה אין הגב דוחה את שניהם מדין הממע"ה, כמו בכהן בפדיון הבן שדוחה את שני האבות. <> מביא תירוצם של האחרונים ליישב הקוש' מכהן שדוחה את שני האבות. <> ישובו של האבי עזרי למה הכא לא שייך דין חזקת מ"ק, ולמה אמרינן יחלוקו. <>

סימן ט"ו שבועת אינו ברשותו, במשלם וגם באינו משלם, ובעיקר גזרי שבועת השומרים, ובגדר פטור קרקע בכל הנ"ל. <>

פרק א' כמה תמיהות בפלוגת הראשונים אי הכא הוי שבועה דאורייתא או לא, ובמה דפליגי נמי בשומר שנשבע אי שבועת אינו ברשותו היא שבועה בפני עצמה. <> בעיקר הגידון והנפ"מ אי הוי שבועה מה"ת או מדרבנן. <> פלוגת הראשונים אי הוי מה"ת או מדרבנן. <> כמה תמיהות על השיטות דהוי מה"ת. <> מחלוקת באינו משלם אי שבועת אינו ברשותו היא שבועה בפני עצמה או שהוא חלק מהתוכן של השבועה של נגנבה ונאבדה. <> ביאור טענת הרא"ש והרמב"ם דע"כ דנגנבה כוללת אינו ברשותו – ומה סברת החולקים דשבועת אינו ברשותו היא מה"ת בתור שבועה רביעית. <> הערה בג' וד' שבועות בשומרים. <>

פרק ב' בגדר שבועת השומרים, ובגדר השבועה דאורייתא של שבועת אינו ברשותו <> כל 'ענינו' וכל ה'תוכן' וכל ה'מהות' של השמירה אינו אלא כדי להעמידו לו בסוף ההפקדה. <> מביא הרבה הוכחות שהגדר בשבועת השומרים שזו מחובת השמירה ולא שייך לטוען ונטען. <> מבאר דכו"ע מודי שזו השבועה העיקרית – אלא דנחלקו אי שייך בזה שבועה מהסוג הזה מה"ת. <> מבאר למה ליכא סברות הפוכות. <> מיישב את כל הקושיות. <> ביאור פלוגת הראשונים אי איכא ג' שבועות או ד' שבועות, דנפ"מ בשילם או בקרקעות. <> דן דאיכא נפ"מ גם בנשבע על הכל – דנפ"מ בסדר השבועות. <> מבאר את דברי המאירי שכאן יש אפשרות של 'יורדין לנכסיו'. <>

פרק ג' שיטת הראב"ד בשבועת אינו ברשותו בקרקע. <> מביא שיטת הראב"ד שיש שבועה מה"ת על שטרות בשבועת אינו ברשותו, ומתמה עליו. <> דברי הברכ"ש בגדר המיעוט של שבועת השומרים על קרקע, ומוכרח ששבועת השומרים מדיני שומרים הוא. <> דברי הברכ"ש בביאור שיטת הראב"ד דאיכא שבועה מה"ת בשבועת אינו ברשותו, דשבועת השומרים לא שייכי לדררא של כל השבועות – וזה דין צדדי מצד לא שבקת חיי לכל ברי' – ומתמה בזה. <> מביא יסוד דברי הגר"ח בחילוק בין בעליו עימו לקרקע לגבי פושע כמזיק, ומוכרח דהוי שומר. <> מבאר דאי מצד הלכות שומרים חשיב כשומר על הקרקע כמו לענין פושע כמזיק, ממילא דשייך נמי שבועת אינו ברשותו – וזה עיקר הסברא של לא שבקת חיי לכל ברי', אבל לא שבקת אינה 'מחייב' בפני עצמה. <> ישוב הסתירה בראב"ד. <> שורש פלוגת הרמב"ם וראב"ד בקרקע בשבועת אינו ברשותו לשיטתייהו. <> ג' פלוגות תלויות זב"ז. <> טענה אלימתא ודחייה בעיקר הדברים – דבשטרות וקרקע מסתבר דלכו"ע הוי שבועה דאורייתא מצד התשתלומין של מה לי הן מה לי דמיהן. <>

סימן ט"ז בדברי הקצוה"ח בשבועה דאורייתא בלי נחתין לנכסי', והמסתעף לגבי שבועת אינו ברשותו. <> הקדמה – בשורש פלוגתתם. <> פלוגת הקצוה"ח והפוסקים בכפירת ממון בחפץ בלי דמיו – האם איכא בזה שבועה. <> בסברת הקצוה"ח דליכא נחתין לנכסי' הכא הלכך אינה שבועה דאורייתא – ובדין תביעת חפץ באופן

מפתח המפורט

דמשלם ממון. <> מבאר דאין כוונת הקצוה"ח ש'יורדין לנכסיו' הוא תנאי להיות שבועה דאורייתא – אלא שיסוד שבועה הוא חיוב ממון שיכול לסותרו על ידי שבועה. <> ביאור דעת החולקים דחובת שבועה היינו 'כי היכי דלודי' – ומצאנו מהלך כזה בתוס' לעיל. <> מסכם שיש ב' מחלוקות בפוסקים – ונפ"מ גם בעד אחד ובמודה במקצת. <> מחדש דכו"ע מודי דשבועה אינה 'כי היכי דלודי' – אלא דדווקא בשבועת השומרים משכחת לה שבועה בלי חיוב ממון שהשבועה מתייחסת לשמירה עצמה. <>

סימן י"ז סוגי' דכיפי. <>

פרק א' הערות מרכזיות בסוגי' <> הקדמה לסוגי'. <> הערה – האם שכחה מיקרי פשיעה. <> כמה שיטות אי יוקר מיקרי שבח דעלמא. <> ב' דרכים נוספים למה מקנה יוקר אי אינו מעלמא – למדנו גדרים חדשים בחלוקה בין בעלמא למגופו בסוגי' דהקנאת הכפל. <> בדין אטרח' לבי דינא. <> השבת האפדני' מדין שומא הדר או דמילא חוזר כיון שהכיפי חוזר. <> בגדר הדין שומא בטעות – דלמה הוי טעות, ובפלוגתת רש"י והרמב"ן בזה. <> מחלוקת בראשונים אי איכא שומא בטעות בתשלומין של דמים, ונפ"מ במשנה ריש פירקין. <> דרכו של הריטב"א בסוגי'. <>

פרק ב בדברי הרשב"א והר"ח בדין זכייה בכיפי על ידי גוף התשלומין. <> יסוד גדול שמבואר מדברי הר"ח בסוגיין – ששומר קונה את הפקדון על ידי תשלומין על הפקדון – מכאן ולהבא. <> ג' נפ"מ בין הנך תרי דיני קנינים בקרן. <> היסוד מוכרח נמי מדברי הירושלמי בגזה"כ של הקנאת הכפל. <> יסוד שמבואר מדברי הרשב"א בסוגיין – דשומר קונה את הפקדון על ידי תשלומין על הפקדון – מכאן ולהבא. <> דרך אחרת דלא שייך לזכויות של שומר אלא לדיני תשלומין על חפץ. <> ביאור החילוק בין הא דאין מעות קונות מטלטלין להא דמהני תשלומין לקנות חפץ. <>

פרק ג' פלוגתת הראשונים בדין בגדר שומא בטעות, ופלוגתתם בקונה פקדון כששילם עליו. <> מוכיח שהרמב"ם חולק – ולכן במשנה הדין הוא שהפרה חוזרת. <> בפלוגתת המאירי והראב"ד ביוקר שלאחר התשלומין למדנו דנחלקו ביסוד הנ"ל. <> מתוך פלוגתת הרמב"ן ורש"י בשומא בטעות מוכרח דפליגי אי קונים פקדון על ידי תשלומין. <> שורש פלוגתת הראשונים בגדר שומא בטעות – דעיקר הנידון הוא האם החובת השבת הפקדון של 'מחר' כשיחזור הפקדון – האם זה חיילא מעיקרא – ונמצא דמעיקרא לא חיילא חיוב תשלומין ביחס למצב ההוא. <> לפי הר"ח מבואר שוב דקונה פקדון בשילם עליו, וברמב"ן מבואר שזה השו"ט בסוגי'. <> בביאור החילוק בנמצא בביתו דאז הוי שומא בטעות, ופלוגתת הרמב"ן ורש"י. <> קוש' יסודית בסוגי' – למה הוי טעות אם באמת היה חייב – תשובה על פי כל הנ"ל. <> ביאור המחלוקת ראשונים בשילם דמים אי איכא בזה שומא בטעות, והמאירי אזיל לשיטתו שקונים פקדון על ידי תשלומין. <>

פרק ד דן לחלק בכל הנ"ל, בין פקדון לגזילה, ובדין מזיק כה"ג. <> מסברא נראה דכל הנך דינים שייכים נמי בגזילה. <> מדייק ברמב"ן ובר"ח דמחלקים בזה, ומתמה בזה. <> מחלק בין חובת השבה שלה בעין בגזילה שזה בגדר חיוב תשלומין, לעומת חובת השבת פקדון, ונפ"מ בקלב"מ. <> מחלק בסברא הנ"ל לגבי עיקר הסברא של שומא בטעות, דבגזילה לכו"ע ליכא דין שומא בטעות. <> ברמב"ן מבואר שכל השו"ט בסוגי' היא סביב נקודה זו, ונפ"מ בין דרכו של האהא"ז לדרכו של הגר"נ פרצוביץ זצ"ל. <> ספק לגבי מזיק – ביצא ממים עכורים. <>

סימן י"ח בגדר יוקר ושווי וערך, אי עומד מחוץ לחפץ – בשוק או דהוי כחלק מהמציאות של החפץ. <>

פרק א' מתחלקים דמים ושווי החפץ מגוף החפץ עצמו, ומביא ראיות שהשווי עומד בגוף החפץ עצמו באופנים שונים של מזיק. <> בעיקר הדיון האם יוקר ושווי מיקרי דבר חיצוני או בגופו של חפץ. <> הקדמה – שווי וערך אינו דבר חיצוני אלא מציאות בתוך החפץ. <> מוכיח ממה דמחלקים בין איסורי הנאה דרבנן לדאורייתא אי הוי ממון או לא. <> מה שיש שוק אצל מומר על איסורי הנאה לא משנה את גוף החפץ. <> בזרק כלי יש לו דמים לולי הדין בתר מעיקרא אזלינן. <> מים עכורים מיקרי מצב בתוך חפץ דולא כזרק מראש הגג ואיסורי הנאה דרבנן. <> ביאור בדברי הרמב"ן בביטול חמץ על פי כל הנ"ל. <>

פרק ב' חילוק בין גוף לשווי בבעלות, וכן בקידושין וע"י חליפין ועל ידי כסף. <> אופנים שונים שמתחלקים גוף החפץ וממונו בבעלות. <> מתמה בשיטת רש"י למה לא מהני חליפין ביותר משו"פ בקידושין. <> ביאור הדברים דמתחלקים השווי וגוף החפץ זה מזה. <> ביאור דברי הרשב"א דמחלק בין גוף הכלי לשווי שבכלי לענין נתינה לשם קידושין. <>

פרק ג' ב' דינים של שווי, בשוק ובחפץ, ונפ"מ בין קידושין ונזיקין. <> מעורר שיש לדון בכל הנ"ל באופן אחר. <> מחדש שיש ב' דיני ממון ושווי בחפץ – ונפ"מ בשמא שו"פ במדי, ונפ"מ בין נזיקין לקידושין. <> מחלק באיסורי הנאה דרבנן בין נזיקין לקידושין. <> חילוק אחר בין קידושין ונזיקין. <> שורש פלוגתת הראשונים אי הוי שבח דגופא או שבח דעלמא מתחיל בזה שלפי האמת יש לשבח ב' הסתכלויות, גם מצד החפץ וגם מצד השוק. <>

מפתח המפורט

פרק ד' ראיות נוספות כל הנ"ל מדינים מחודשים בקביעת שווי השער בפדיון מעש"ש. <> מביא כמה חידושים של קביעת השער הזול לגבי פדיון מעש"ש. <> מוכרח מכל הנ"ל ששווי וערך ודמים קיימים בתוך החפץ ויש קולות מסוימות האך מתיחסים לשער מסויים בפרי לפדותו מקדושתו. <>

סימן י"ט המשכיר פרה והשאלה לאחר, "קניא במיתה". <>

פרק א' צורתא דשמעתא בדין משכיר פרה והשאלה לאחר. <> צורתא דשמעתא: נחלקו רבנן ורבי יוסי אי 'קניא' במיתה או ד'קניא' בשבועה ואומר לו 'דל' אנת ודל שבועתך'. <> פלוגתא רבנן ורבי יוסי בדין בעליו עימו, דמוכרח תרתי, [1] נחלקו בעיקר חיובא דשואל האם חייב למשכיר או לשוכר, ובריטב"א מבאר דנחלקו אי הוי שומר דבעלים או שומר דשוכר, [2] מבאר דהשוכר 'קני' ליה לתשלומין למפרע. <> מבאר דאיכא ב' ספיקות בעיקר גדר הדין 'קניא'. <> מהלך נוסף בסוגי' בריטב"א. <>

פרק ב' בגדר הדין 'קניא' דבזה השוכר קונה תשלומין דשואל ע"י המיתה. <> בפלוגתא רעק"א והגר"ח והחזו"א האם דין הקנאה מגז"כ הוא, או הקנאה מאומדנא הוא. <> מהלך נוסף בזה מהרש"ש, דדינא דמתניתין רק נתחדש בשוכר, ומביא מקורות מהראשונים שחולקים בחידוש זה, ומבאר את שורש פלוגתא הרש"ש והגר"ח בזה. <> נפ"מ לפי דרכו של הגר"ח בספיקת רעק"א באופן שהשוכר פטור מצד בעליו עימו. <> מבאר מהו המעשה קנין דשבועה ומיתה, ומוכיח דקונה למפרע משעת המשיכה. <>

פרק ג' בישוב סתירת המשניות, ומוכרח דכל ה'קניא' חיילא על זכות ההפקדה <> מביא את קושי' הפנ"י בסתירת המשניות. <> ישוב של הפנ"י, וחידוש דין דרבנן מודי לרבי יוסי באופן שנגנב באונס. <> דרכו של רעק"א בזה, דמחלק בין תשלומי גנב לתשלומי שומרים בעצם יסוד דינם אי דינם להעמיד את הפקדון והגזילה, ומעיר בזה. <> הקדמה - יסוד גדול מהגרש"ק - זכות ההפקדה היא היא המחייבת את התשלומין של שומר, וזה לא תלוי בבעל הממון, ודלא ככל חיובי ממון של מזיק וגזלן ומלוה. <> ביאורם של האחרונים בדין "קני" לרבנן, דקני ליה לזכות ה'הפקדה', דזכות ההפקדה היא המחייבת תשלומין ולא תלוי בבעל הממון, ומיושב קושי' הפנ"י, דהתם תלוי אך ורק בבעל הממון. <> מוסיף בזה ב' סברות למה הוא רק זוכה בה לענין ההפקדה, ולא לשאר הדינים. <> תוספת הערה בכל הנ"ל. <> תוספת ביאור - הרי כל הזכות להעמיד שומר הוא על הצד שהוא פטור - ואעפ"כ יש לו דין שומר לגבי זכויות של שומר. <> מביא נפ"מ לדינא בין הדרכים הנ"ל בישוב קושי' הפנ"י, דנפ"מ במזיק ונפ"מ בשומר אבידה. <> פלא גדול - סתירת הסוגיות, סברת 'בעליו עימו' וסברת 'דל' אנת ודל שבועתך'. <>

פרק ד' שתי הערות בתוס' א' ביאור ב'אין לפרש" בתוס', ב' ביאור בדברי התוס' שאשה חייבת מדין שוכר, [וביאור דין המשנה באופן ששניהם חייבים, דהכא כו"ע מודי שהשוכר גובה מהשואל]. <> ביאור ה"אין לפרש" בתוס', והוכחה מכאן לדרכם של האחרונים בדין "קניא", דמוכרח דרק קונה את הזכות הפקדה ולא את עצם הממון. <> מבאר דגם רבנן דחולקים על רבי יוסי מודי דעיקר הגדר בתשלומי שומרים הוא שדמי פקדון כפקדון עצמו. <> בישוב קושי' המהרש"א בדברי התוס' ד"אשה חייבת כדין שוכר", ומביא שיטות הראשונים שכששניהם חייבים, דשיטת התוס' והרא"ש דאז לכו"ע שואל שומר דשוכר הוא. <> מבאר שכששניהם חייבים, דאז פשיטא לכו"ע דשואל שומר דשוכר הוא, וזה גם בלי לבא לדין "קניא", דשומר יכול להעמיד שומר על ההפסדים של עצמו בפקדון. <>

סימן כ' שיטת התוס' בטענת רבי יוסי, ד"כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו", וביאור פלוגתא רב אידי ואביי. <>

פרק א' ג' דרכים בביאור שי' ר' יוסי ב'כיצד הלה עושה סחורה'. <> מביא את שיטת התוס' בשיטת רבי יוסי. <> מביא את דרכו של הרא"ש בשיטת רבי יוסי, דעושה שליחותו של המשכיר. <> מביא את דרכו של רש"י בשיטת רבי יוסי. <>

פרק ב' דרכו של התוס' בביאור שיטת רבי יוסי, וביאור פלוגתא רבי אידי ואביי בגדר שבועת השומרים. <> מתמה טובא בשיטת התוס' דמה שייך סברת "כיצד הלה עושה סחורה" לסברת דל אנת ודל שבועתך, [דן בדין בעליו עימו האם תלוי במפקיד או שזה תלוי במי שחייבים לו תשלומין]. <> דרכו של הגר"נ פרצוביץ זצ"ל בזה. <> מבאר את שורש פלוגתא ר' אידי ואביי, דתרווייהו מודי דשבועת השומרים מדיני השמירה היא, וחלוק משאר שבועות שבאים מצד עצם הטוען ונטען, ורק פליגי אי שייכא לשמירת הפקדון עצמו או שזה חיוב נוסף לבעל הפקדון, ומביא הרבה הוכחות לעיקר האי יסוד דחלוק שבועת השומרים משאר שבועות. <> מחדש דסברת רבי יוסי היינו כאביי, ורק מצד עשיית סחורה ס"ל דשפיר אומר לו "דל אנת ודל שבועתך". <> ישוב לשיטת התוס'. <>

סימן כ"א שיטת הרא"ש ורש"י ב'כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו'. <>

מפתח המפורט

פרק א הקדמה: ג' דרכים בביאור שי' ר' יוסי. <> מביא את דרכו של הרא"ש בשיטת רבי יוסי, דעושה שליחותו של המשכיר. <> מביא את דרכו של רש"י בשיטת רבי יוסי. <>

פרק ב ביאור דרכו של הרא"ש ורש"י בביאור שיטת רבי יוסי דכיצד הלה עושה סחורה. <> מתמה טובא בעיקר דין שליחות שנתחדש ברא"ש. <> ביאור הגדר בשליחות לפי הרא"ש, דאינו שליחות כפשוטו, אלא דה"רשות שומר" שמכחו הוא זכה בזכות הפקדה [לרבנן דר"י], בזה סובר ר"י דכל הך רשות שומר הוא רשות שמחזיקה את החפץ עבור הבעלים, וממילא דגם השומרים הם שייכים לבעלים. <> מקשה על שי' רש"י [מ"ב] שפירש דמשכיר עומד במקום השוכר, ומביא סתירת הרא"ש בטעמא דרבי יוסי. <> מבאר דסברת הרא"ש [מ"ב] הוא סברא נוספת ברבי יוסי אחרי סברא דשליחות שפירש בסוגיין, ומבאר איך משלימים זה את זה. <> ביאור טענת ר' יוסי "דכיצד הלה עושה סחורה", לדרכו של הרא"ש. <> ביאור בדברי הריטב"א החדשים בסוגיין, והוכחה לכל הנ"ל, דמוכרח דברבנן איכא ב' סברות ב'קניא', ולכן גם ברבי יוסי ע"כ איכא ב' סברות להפקיע מהנך ב' סברות. <>

פרק ג' דרך נוספת בשיטת רש"י בדעת רבי יוסי, וחיידוש בגדרי בעליו עימו. <> מתמה טובא בשיטת רש"י מהסוגי' להלן [צ"ו] בדין 'בעליו עימו'. <> דרך נוספת בשיטת רש"י בדעת רבי יוסי, די"ל דרש"י למד דדין בעליו עימו לא נקבע לפי המפקיד אלא כפי מי שמחייב את התשלומין, ופליגי הראשונים בשורש דין דבעליו עימו. <> מחדש ברש"י שבעליו עימו אינו פטור לומר שאינו שומר כלל, אלא אף שהוא שומר אכן חיילא פטור תשלומין <>

פרק ד' ב' דרכים בדין בעליו עימו <> תולה את הנ"ל בפלוגתא האחרונים האם בעליו עימו הוא הלכה בתשלומין או הלכה עיקר החלות דין שומר, ומביא דנחלקו בזה. <> מתמה דאיכא סתירה בשיטת רש"י, ומיישב דאף לדרכו של הגר"ח בבעליו עימו, אכתי חיילא חלות דין שומר אלא דחיילא בו פטור מצד בעליו עימו. <> מחדש דלפי הגר"ח בבעליו עימו אכתי איכא שבועה ושליחות יד. <> מוסיף בשיטת רש"י דבעליו עימו הוא פטור בתשלומין [על פי המרדכי ריש הגוזל ומאכיל]. <>

סימן כ"ב סוגי' דר' זירא, משלם כמה פרות. <>

פרק א' ביאור הסוגי' <> השו"ט בין ר' אחא מדיפתי ומר בר רב אשי. <> דרכו של רש"י ודרכו של התורת חיים. <> ישוב שיטת רש"י. <> ביאור החילוק בין תשלומי גנב ומזיק לתשלומי שומרים דהכא לא אמרינן "רצה מזה גובה רצה מזה גובה". <> על פי זה מתבארים דברי ר"א מדיפתי. <>

פרק ב' בדברי הפנ"י אי סוגיין אזיל כר' יוסי <> דברי הפנ"י בביאור שי' הרא"ש ותוס' אי סוגיין אזיל גם כ' יוסי, ולהלכה. <> דן בדברי הפנ"י <>

פרק ג' הערות ברש"י בסוגיין. <> הערות ברש"י ד"ה "כיצד אגרא מיניה". <> בקושי' המהרש"א ובדברי רעק"א בזה. <>

פרק ד' הערות בתוס' <> הערות בתוס' ד"ה אגרא פ', בביאור סברת ביטול השכירות ושאלה, ובביאור עיקר הגדר של שכירות וקנין שאלה ואם מהני השבה באמצע ימי השכירות בלי קנינים. <> בסוף התוס', דאז השואל פטור והשוכר חייב. <>

סימן כ"ג שומר שמסר לשומר פטור, ובטעמא דמסרה לבן דעת. <>

פרק א' שיטת רש"י ותוס' בגדר הדין "מסרה לבן דעת", שאין כאן פטור חדש אלא דחסר בפשיעה. <> הקדמה – ג' שיטות בדין פטור שלש ומר שמסר לשומר. <> ביאור שי' רש"י ותוס' בפטור שומר שמסר לשומר, דרך פטור ממה שתמיד היה פטור. <> דן דהאיך פשיעת השני חשיב כפשיעת הראשון. <> תולה בדין פושע כמזיק, ומחדש חידוש דין שנחלקו רב ור' יוחנן בשומר שמסר שומר בקרקע ופשע. <> סיכום החלוקה בין ב' דינים של פשיעה. <>

פרק ב' ב' דרכים בשיטת הרשב"א והרמב"ן, דאוקי גברא בחריקאי. <> שי' הרשב"א ורמב"ן בדין שומר שמסר לשומר פטור, ומביא את ביאורו של הנתה"מ בזה שדין השומר השני כ"תיבה סגורה", וזה חיילא בדין שמירה שיש לו לבעלים. <> ביאור המחלוקת – האם דיינינן ליה כתיבה סגורה או לא – דהכל תלוי בהחלטתו. <> דוחה – ומבאר שההחלטה של מחר לא קיימת היום הלכך ליכא מסירה לשמירה כלפי מחר. <> ביאורו של הגר"ח בביאור שיטת הראשונים ד"אוקי גברא בחריקאי", שהראשון הסתלק מגוף השמירה וכבר אינו שומר. <> ב' סוגים של סילוק. <>

פרק ג' נפ"מ בין הנך ב' דרכים. <> מבאר למה לדרכו של הנתה"מ שומר שכר שמסר לשומר חינוס חייב כלפי גו"א, דכלפי חינוס זה אינו תיבה סגורה אף ששומר בפועל. <> ב' דרכים ב'סילוק' – נפ"מ בגוונא הנ"ל. <> מביא נפ"מ נוספת בין הנך ב' דרכים בעני מעיקרא [חידושי ר' מאיר שמחה]. <> ב' הערות על עצם חידושו של ר' מאיר שמחה. <> נפ"מ גם בשואל שמסר לשואל ובשומר אבידה. <> סיכום ג' הנפ"מ. <>

פרק ד' בדברי הראשונים דמחלקים בין רבנן דקני' במיתה לדין סילוק, ובגדר ה'סילוק לחצאין' בגברא בחריקאי. <> הוכחה מקושי' הראשונים משוכר פרה והשאלה, דמוכרח כהגר"ח ולא כהנתה"מ. <> ביאור תירוצם

מפתח המפורט

של הרשב"א ורמב"ן, דמבואר בהגדר בסילוק הוא דלא נסתלק הדין שומר ממנו, אלא דאית ליה טענה ש"זכותו להסתלק" מהשמירה, וביאור נוסף מהגר"ב דמחלק בסילוק בין ה"רשות" של השומר ל"חובבים" של השומר – וביאור בדבריו. <> בזה מבואר האיך ש"ש שמסר לשו"ח דנסתלק לגבי פשיעה ולא לגבי גו"א, ואלו דברי ר' מאיר שמחה בסילוק מהחובת תשלומין. <> תוספת ביאור וסיכום בעיקר החלוקה בין הזכויות של שומר לחיובים של שומר לגבי קנ"י והמסתעף. <> ב' הערות בחשבון הדברים. <> מבאר למה שייך סילוק לחצאין בשומר שכר שמסרה לשומר חנם, ולא שייך כן ברבנן דרבי יוסי. <> מביא נפ"מ בפשט בין הנתה"מ לגר"ח: האם נאמר ב' חידושים ב"אין רצוני" וב"מסרה לבן דעת" או חידוש א'. <> מביא את קושית התוס' מלא ישלחנו ביד אחר, ודן דלפי הגר"ח דאיכא סילוק דליתא לקושי' זו, ומקשה מהראשונים שהקשו כן. <> מביא את פלוגת התוס' ורמב"ן להלן [צ"ג:] האם איכא להוכיח מסוגיין דינא דתחילתו בגו"א וסופו באונס. <>

סימן כ"ד עוד בענין הנ"ל, ובדין א"י אם נתחייבתי או פרעתיך. <>

פרק א מהלך נוסף דמדין "השבה" אתינן עלה, וחילוק בין הגר"ח לגר"ב דבגדר הסילוק. <> ג' שיטות בראשונים בפטור שומר שמסר לשומר, ומביא שי' הראשונים דשומר שכר שמסר לשומר חנם דנפטר גם בגו"א. <> הביאור בשיטה זו דע"כ דמדין "השבה" אתינן עלה – ומבאר כן את דברי הגר"ח. <> מבאר דגדר הסילוק לפי הגר"ב דחלוק מגדר הסילוק לפי הגר"ח, ומוסיף לתמוה, דלדידהו הדרא קושי' הראשונים [מרבנן דר"י] לדוכתא. <>

פרק ב' בשורש פלוגת הראשונים, האם שייך סילוק מהשמירה דתלוי בדין השבה בשומרים, ובפלוגתא אי שומרים הוי א"י אם נתחייבתי או א"י אם פרעתיך. <> מביא את פלוגת הראשונים האם איכא חיוב השבה בשומרים, ואולי בזה לשיטתייהו בדין א"י אם נתחייבתי. <> ביאור שורש פלוגת הראשונים, אי מסתלק בזה שמוסרו לשומר אחר, ופלוגתתם תלויה בפלוגתא דא"י אם נתחייבתי. <> ישוב סתירת רש"י אי מסתלק לגמרי בדין השבה או לא. <>

פרק ג' מסתפק לפי הראשונים שהראשון לא נסתלק האם השני הוא שומר דראשון או שומר דבעלים. <> בדין שומר שמסר לשומר יש לדון האם השני הוא שומר דראשון [לפי הראשונים שהראשון לא נסתלק], ומביא הוכחות מרש"י ותוס' [סוף ל"ה:] דשומר דראשון הוא. <> מבאר שהריטב"א הישנים חולק וסובר דשומר דבעלים הוא. <> מבאר את שיטת רש"י ותוס' [ל"ה:] דלמה הכא יכול השומר הראשון לעשות שומר לעצמו בלי לבא לדין "קניא" ע"י פטור מיתה. <> ביאור בדברי הריטב"א הישנים שתובע קודם את הראשון ואח"כ את השני. <>

סימן כ"ה שיטת ר' יוחנן, בגדרי 'רגילים להפקיד', ועל דעת אשתו ובניו. <>

פרק א' שיטות הראשונים ב'רגילין להפקיד'. <> מביא פלוגת הראשונים אם ברגילים להפקיד מסתלק הראשון או דרק פטור באונסים. <> מבאר פלוגתתם לפי השיטות דלרב שייך סילוק להפטר לגמרי. <> סיכום המחלוקות. <> עוד בביאור פלוגתתם גם לשיטות שאין סילוק לרב, ומבאר פלוגת הראשונים בשומר שכר שמסר לשומר חנם ברגילין להפקיד אם נפטר לגמרי או לא. <> מבאר דיוקו של הגר"מ ש"בנמו"ש בעני מעיקרא ברגילין להפקיד, ומבאר לשונות הרמב"ם בדין רגילין להפקיד. <>

פרק ב' שיטות הראשונים במפקיד ע"ד אשתו ובניו. <> מבאר דבמפקיד ע"ד אשתו ובניו יש ב' דרכים, או שהיא שומר ידידה, או שיש סילוק והשבה גמורה לבעלים. <> מביא מהקצוה"ח עוד נפ"מ בין הנך ב' דרכים ברגילים להפקיד ובע"ד אשתו ובניו, דנפ"מ האם הראשון צריך לישבע שמסרו לשני או לא, דאי מדין השבה א"צ לישבע. <> מוכיח מהתוס' שיש לו דרך שלישי בזה, לא כר"ת שהם שומרים של הבעל ולא כהראשונים דאיכא סילוק. <>

סימן כ"ו "את מהימנת לי בשבועה". <> ביאור הנפ"מ בין אביי לרבא כשיש עדים או שהראשון יודע ונשבע, ומביא פלוגת הראשונים האם קושי' הגמ' ממומר ליד בניו הגדולים קשה גם על רבא, או דלרבא מיירי בנשבע, ונפ"מ בפלוגת ר"ת והראשונים האם נסתלק במסרה לאשתו ובניו. <> ביאורו של הגר"ח בעיקר הגדר בטענת "את מהימנת לי בשבועה", דמדיני שמירה היא ולא מדיני שבועה. <> מבאר מאי שנא שבועה משאר חיובי שמירה, [דשבועה אינו מוסר לשומר השני] כיון שזה אינו חיוב בגוף הפקדון רק חיוב בעל הפקדון, ומביא מר' מאיר שמחה דגם על החיוב תשלומין אומר לו "את מהמנית לי". <> מעורר דמה סברת הראשונים דטענת את מהימנית מעכבת סברת סילוק – ולמה חולקים על סברת הגר"ח. <> פלוגת הראשונים והגר"ח האם ר' יוחנן חולק בעיקר הדין סילוק או דתחילת פלוגתתם הוא בדין "את מהמנת לי בשבועה", ושורש פלוגתתם האם סילוק מדין השבה או מדין גברא בחריקאי. <>

סימן כ"ז בדברי הגר"ח בביאורו לרמב"ם ברגילין להפקיד בש"ש שמסר לשו"ח. <> ביאורם של האחרונים בדברי הרמב"ם בשומר שכר שמסר לשומר חנם ברגילין להפקיד. <> ביאור של הגר"ח בהנ"ל, וביאור דשבועת

מפתח המפורט

שומר א' לא מהני לשומר חבירו וכמבואר בסוגי' בב"ק [ק"ח], אלא אם חבירו הוא חלק מהך שמירה עצמה, ולענין זה חלוק שומר שכר שמסר לשומר חנם, דלכך לא מהני ליה שבועתו. <> י"ד] מבאר דהגר"ח לשיטתו דהא דמהני שבועת השומר חנם לשומר שכר בשיטת רב, היינו לשיטתו דלרב מדין השבה אתינן עלה, ומבאר עוד דע"כ דהגר"ח נקט דליכא דין מיוחד של סילוק מדין השבה ברגילין להפקיד. <>

סימן כ"ח תחילתו בפשיעה וסופו באונס <>

פרק א' פלוגתת הרי"ף ותוס' בפשט הסוגי', באונס שלא מחמת הפשיעה. <> הקדמה. <> הקדמה בעיקר סברא דהבלא דאגמא. <> פלוגתת התוס' והרי"ף בשיטת אביי בדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס שלא בא מחמת הפשיעה. <> פלוגתתם בשו"ט בסוגיין. <> שני דקדוקים בדברי רש"י דסובר כהרי"ף <>

פרק ב' שורש פלוגתת הרי"ף ותוס' בעיקר המחייב של פשיעה, וכמה נפ"מ ביניהם. <> ביאורו של רעק"א בפלוגתת התוס' והרי"ף אי בעינן אונס שבא מחמת הפשיעה, או דחיילא תורת פשיעה באונס או דהפשיעה מצד עצמה מחייבת. <> כמה נפ"מ בין הנך תרי דרכים. <> דן בנפ"מ נוספת בדין פושע כמזיק, גם לפי הרי"ף וגם לפי תוס'. <> ספק נוסף שאולי הרי"ף מודה לתוס' – ונפ"מ בדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס באונס שלא מחמת הפשיעה. <> תוספת הבנה בעיקר דברי רעק"א שיש חובת השבה בפשיעה. <> סיכום ח' נפ"מ. <> מהלך חדש. <>

פרק ג' דרך חדשה בפלוגתת הרי"ף והתוס', [חידושי ר' ראובן]. <> דן בדין הוול – האם לשיטת הרי"ף כשעת הפשיעה או כשעת יציאתו מן העולם. <> דרכו של ר' ראובן בשיטת הרי"ף, שיש להסתפק האם הוי חיוב השבה ממש, או רק דאוקמי' ברשותו לאונסים. <> תוספת ביאור בהנ"ל. <> דרך חדשה של ר' ראובן בשיטת התוס' דמודה דחיילא חיוב מוחלט מכח הפשיעה – והנידון הוא איזה אונס מפקיע מהמצב הזה. <> ליכא לכל נפ"מ בין הנך ב' דרכים, ומיושב הסתירה בתחילתו בגניבה ואבידה. <> דן בדין הוול – האם לשיטת הרי"ף כשעת הפשיעה או כשעת יציאתו מן העולם. <> דן לפי הנ"ל בא"י אם פרעתין. <>

פרק ד' תחילתו בפשיעה וסופו באונס בממון המזיק. <> מתמה מהדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס בממון שהזיק, דאיך תלוי בדין תחילתו בפשיעה בשומרים לדעת הרי"ף דהאונס מחייבו לגמרי. <> דן בדברי ראובן במזיק על פי החקירה בחיוב של ממון המזיק. <> מבאר את הצד השווה בין המצב של 'לא שמור' בממון המזיק למצב של 'לא שמור' בפקדון – בתור מחייב במצב של תחילתו בפשיעה וסופו באונס. <> בגדר בממון המזיק הוא שעל ידי הפשיעה ידידה הוא נהיה ל'בעל המזיק', ונחלקו אי במצב של אונס בטל המצב של פשיעה או לא. <> ישוב לעיקר הקושי' מה שייך תחילתו בפשיעה וסופו באונס בממון המזיק. <>

סימן כ"ט הבלא דאגמא קטלה. <>

פרק א' שיטת רש"י ותוס' והרא"ש בביאור דברי אביי דהבלא דאגמא קטלה. <> ביאור בשי' רש"י בסברת אביי דהבלא דאגמא דאיך מחייבנן ליה על ספק פשיעה. <> ביאור בשיטת התוס' דהבלא מתחיל מיד, ובדברי תוס' ר"פ. <> פלוגתת רש"י ותוס' ברועה שהניח עדרו והלך לעיר ובא ארי ודרס [צ"ג:], דפליגי לשיטתייהו בפלוגתת התוס' והרי"ף בדין אונס מחמת הפשיעה, והוכחה מהתוס' לדרכו של ר' ראובן. <> ביאורו של הרא"ש בסברת אביי דהבלא דאגמא דחשיב פשיעה קצת. <> ביאורים נוספים בדברי הרא"ש. <>

פרק ב' דרך חדשה בזה בריטב"א בשיטת אביי, ותוספת ביאור במחלוקת בתחילתו בפשיעה וסופו באונס. <> מתמה טובא בדרכו של הריטב"א <> מהלך חדש בריטב"א בביאור שיטת אביי, דעיקר החידוש אינו מצד הבלא, רק חידוש בפשיעה דיציאה לאגם, ונתחדש שיש ב' סוגים של פשיעה, פשיעה שהושלמה ופשיעה שלא הושלמה. <> דרך חדשה עפ"י הנ"ל בדין גניבה ואבידה ואח"כ אונס ליישב את סתירת התוס'. <> דרך חדשה עפ"י הנ"ל בעיקר הפלוגתא דתחילתו בפשיעה וסופו באונס. <>

פרק ג' הערות נוספות בסוגי' <> בדברי הריטב"א בביאור הסברא ד"מלאך המות מ"ל הכא מ"ל התם" בשואל, וביאור חדש ברש"י דהבלא הוי ספק. <> ביאור תירוצו של רבא מהקושי' דר' אבא בר ממל. <>

סימן ל' השבה שלא מדעת בעלים <>

פרק א' ביאור שיטות הראשונים בדין השבת גזילה מדעת בעלים. <> פלוגתת הרמב"ן וסמ"ע בטעמא דהשבה שלא מדעת בעלים בגזילה שלא מדעת. <> דן בדין דעת בעלים בבעלי חיים – אי הוי דין חדש או לא <> תמיהא רבתי בפלוגתת ר"ע ור"י אי בעי דעת או לא, דאיך קי"ל גם כרבי יוחנן דא"צ דעת בהשבת גזילה שלא מדעת וגם כר"ע דצריך דעת בהשבה בשומר שגנב שלא מדעת. <> דרכו הרמב"ן ורי"ף ור"ן דנחלקו בעיקר הדין שמירה האם כלתה או לא, ואין זה שייך להלכתא דדעת בהשבה. <> נחלקו ר"ע ור"י האם רשות גזולן מבטלת את הרשות שומר וכבר ליכא השבה כלל בלי דעת בעלים – או דדין יד שמור כיד בעה"ב מעולם לא בטל. <> דרך נוספת בנמו"י בשם הרמב"ן, דהכא לר"ע מדין דעת בעלים בהשבה אתינן עלה. <> ביאור פלוגתת ר"ע ור"י דפליגי אי כלתה שמירתו או לא, ושורש פלוגתתם אם איכא השבה [ובעי דעת] או דנתבטלה הגזילה [ולא בעי דעת]. <>

פרק ב' שיטת רש"י בסוגיין. < > מבאר את שיטת רש"י עפ"י דרכו של הרמב"ן. < > מוכיח מרש"י שחולק על הראשונים בתרתי, דס"ל דגם בגזילה שלא מדעת איכא דין דעת בהשבה, ועוד, דלרש"י כו"ע מודי דלא נבטלה הרשות בעלים מהשומר. < > מתמה טובא בשיטת רש"י דחידש דדים דעת שומר תלוי אי כלתה שמירתו ותלוי נמי באומדנא אי מהימן ליה. < > מבאר את שיטתו בביאור חדש בשיטת רש"י, דבטלה הדין דעת שומר כדעת בעה"ב. < > מוכיח כן מפלוגתת ר"י ור"ע דע"כ דלא פליגי באומדנא אי מהימן לו או לא, רק דפליגי אי אכתי דין שומר עליו לענין דעתו כדעת בעה"ב או לא. < > תוספת ביאור בשורש פלוגתת ר"ע ור"י עפ"י הסמ"ע דכל הדין דעת הוא שיהיה שמור לבעלים. < > ביאור פלוגתת הש"ך וסמ"ע האם מהני השבה שלא מדעת בעלים לר"ע היכא דשומר עשה תשובה, דנחלקו בפלוגתת רש"י והראשונים. < > מתמה טובא בשיטת רש"י דקאי לרב חסדא, וקשה דר"ח קאי בבע"ח. < > מיישב עפ"י הנ"ל – דדרכו של רש"י עפ"י הסמ"ע למדנו משיטת ר' חסדא. < >

פרק ג' גמ' "אלא אפילו לא יחדו". < > ביאור החילוק בין ייחדו לו מקום ללא ייחדו לו מקום לדרכו של הרי"ף. < > מתמה בזה בשיטת רש"י, ומבאר שיטתו דגם בשיטת הסמ"ע יש מקום לומר שיש ב' סוגים של השבה. < > דרך נוספת ברש"י בחילוק בין ייחד מקום ללא ייחד מקום. < > הערה בתוס' [ד"ה אי ר"י]. < >

סימן ל"א בחידוש בשליחות יד ובדין צריכה חסרון, ובדין יד שומר כיד בעה"ב לעכב דין גזילה. < >

פרק א' דרכו של התרומת הכרי בביאור פלוגתת הראשונים בעיקר חידוש בשליחות יד, אי מצד "מקצתה ככולה" אי מצד דשייך פרשת גזילה בשומרים, ומביא ה' נפ"מ בזה. < > הקדמה. < > בדברי רש"י דהחידוש בשליחות יד הוא רק דמקצתה ככולה, ובדברי התוס' מבואר דחולק, דגם עיקר דין גזילה בשומר נתחדש בפרשת שליחות יד. < > מביא ב' נפ"מ בין הנך תרי דרכים, בגזול מקצת בלי חסרון האם חייב על המקצת, וכן שליח לדבר עבירה על השליחות יד. < > עוד ב' נפ"מ – א' לגבי גונב טלה מן העדר אי חייב כפל, ב' האם שואל שלא מדעת בשומרים צריך חסרון. < > נפ"מ חמישית לשיטתיהו – בסברת 'בסיס' בחבית להלן [מ"ד]. < > הוכחת התרומת הכרי דהרמב"ם כרש"י דחייב על שאר החבית מדינא דשואל. < > סיכום הנפ"מ בין הנך ב' דרכים. < > מתמה דכל דרכו של התרומת הכרי נסתר מדברי רש"י [מ"ג] דביאר דטעמא דשליחות יד הוא חידוש הוא משום דבהיתרא אתיא לידיה – ומיישב שיטתו. < >

פרק ב' דרך חדשה בכל הנ"ל, דתחילת פלוגתתם בטעמא דשליחות יד צריכה חסרון. < > מביא את עיקר סברת הריטב"א למה שליחות יד צריכה חסרון דחיישינן שהוא חוזר בו. < > שורש פלוגתת הראשונים האם ע"י סברת בסיס חשיב כחסרון וזה תלוי בפלוגתת הראשונים בטעמא דמילתא למה שליחות יד צריכה חסרון, ומבאר עפ"י זה למה בגזול את כולו חשיב כחסרון [תוס'] שתוס' למד ששייך לגמ"ד של הגזילה, ומחדש עוד דלפי"ז הדין חסרון הוא ע"כ גם כלפי הגזילת מקצת. < > דוחה את עיקר תליית התרומת הכרי בספק אי שומר יכול לגזול או לא – ודן בשורש פלוגתתם בשואל שלא מדעת אי צריך חסרון. < > סיכום הדברים – האם איכא חידוש ששומר יכול לגזול – ודן בדין שליחות לדבר עבירה בשליחות יד. < > תוספת דברים. < >

פרק ג' בסברות של יד שומר כיד בעה"ב, ובהיתרא אתי לידיה. < > ביאור סברת התרומת הכרי דלולי קרא ליכא גזילה בשומרים, דיד שומר כיד בעה"ב, ויש סברא נוספת מצד היתרא אתי לידיה. < > תוספת עומק בנידון זה של ישד שומר כיד בעה"ב – ודן אי שייך לחידושו של הגר"ח דלולי המיעוט של קרקע מגזילה היה גזילה ע"י קניני גזילה, דהקניני גזילה והגזילה באין כאחת, וי"ל דה"ה הכא יש לומר כן. < > גונב טלה מן העדר. < >

פרק ד' שיטת הריטב"א וראב"ד בדין שליחות יד < > שיטת הראשונים דהחידוש בשליחות יד הוא דחייב גם בע"מ לשלם. < > נחלקו הראשונים בחידוש דגזילת מקצת ככולו. < >

סימן ל"ב פלוגתת הרמב"ם וראב"ד בגונב טלה מן העדר, ועוד בגדר יד שומר כיד בעה"ב לעכב דין גניבה. < > ביאור פלוגתת הרמב"ם וראב"ד בגונב טלה מן העדר האם חייב כפל או לא, ומבאר דתלוי בעיקר הנידון בסוגיין לגבי שליחות יד, האם עיקר חיובא דגזילה וגניבה בשומרים חידוש. < > דרכו של האור שמח בפלוגתת הרמב"ם וראב"ד, דנחלקו אי שבועה מגזה"כ דשומר אינו גנב [ראב"ד] או ששומר יכול להיות גנב וכל השבועה היא היכי תימצא בעלמא להשלים גניבתו [רמב"ם], ונפ"מ בטלה מן העדר שהוא לא יכול לתבוע שבועה. < > קושי' האמרי משה, שמוכיח דשבועה בטוט"ג הוא גזה"כ בעלמא. < > מבאר עפ"י הנ"ל שגם הרמב"ם מודה ששומר אינו יכול להיות גנב, ונחלקו באופן שהוא 'גונב' גם את הזכויות שמירה שיש למפקיד בפקדון, האם בזה הוא יוכל להיות גנב, ומבאר את הדברים עפ"י האור שמח ששבועת השומרים היא חלק מעצם החובת שמירה, ועד כמה שהוא מעכב ממנו את הזכות שבועה [בגונב טלה] בזה הוא גונב את הזכויות של שמירה. < > דוחה גם את המהלך הזה. < >

ביאור חדש בביאור פלוגתתם דפליגי ביסוד הגדר דבהיתרא אתי לידיה האם שייך על ידי גונב טלה מן העדר שיחול כאן דין באיסורא אתי לידיה. < > תוספת ביאור בדברי הרמב"ם – דכל זמן שיש חיוב שבועה חשיב כיד בעה"ב ושוב חשיב כבהיתרא, ואהני לן הך אופן של האור שמח לפטור משבועה ושוב חשיב כבאיסורא אתי לידיה. < >

מביא את סתירת הראב"ד בסברא דיד שומר כיד בעה"ב משליחות יד לטוט"ג, ומיישב עפ"י הנ"ל. < > מביא כמה דרכים באחרונים בביאור פלוגתת הרמב"ם וראב"ד דנחלקו בעיקר החידוש של טוט"ג, ומתמה עליהם. < >

סימן ל"ג בגדרי שואל שלא מדעת והמשך סוגי' שליחות יד. <>

פרק א' הערות וספקות בדין שואל שלא מדעת. <> יש להסתפק האם הוא גזול או על גופו של הפקדון או רק על תשמישיו. <> בדברי הגר"ח בראב"ד דליכא דין שינוי קונה בשואל שלא מדעת. <> קוש' התרומת הכרי בשי' הריטב"א בגונב ע"מ לשלם, דקשה דלמה שוכר שלא מדעת פטור מאונסים, ותלוי בספק הנ"ל. <> שו"ט בדרכו של הגר"ש רוזובסקי בזה אי השבת החפץ מיקרי ע"מ לשלם. <>

פרק ב' דרכו של הברכ"ש בב' מיני גזילות, ובדין גזול ע"מ לשלם – והשתמש בפועל. <> ב' סתירות – סתירה בריטב"א בגזול ע"מ לשלם, וסתירה בשו"ע בשואל שלא מדעת – האם צריך להשתמש בו כדי להתחייב בו או לא. <> יסוד גדול מהגר"ד בשוב קוש' זו, דתרי מיני גזילות ניהו, בכוונת עיכוב ממון, ובלי כוונת עיכוב בצירוף מעשה גזילה. <> מחדש עוד – דבגזילה שנגמרה ע"י כוונה – דווקא התם איכא חסרון מצד ע"מ לשלם, לא כן בגזילה שנשלמה ע"י מעשה, ונמצא דע"מ לשלם חייב מדין גזול בתבא ושת'י, וכן יש לחדש במי שהשתמש בגזילה. <> ישוב הסתירה בשו"ע ובריטב"א. <> תוספת דברים. <> ישוב נוסף לכל הסתירה – דתלוי בשומר ובאיניש דעלמא. <>

פרק ג' בדברי הראשונים ליישוב קוש'י רש"י ברועה שהניח מקלו, דלמה מחייבין מצד שליחות יד ולא מצד שואל שלא מדעת. <> בקוש'י רש"י דברועה שהניח מקלו דלמה אינו חייב מצד שואל שלא מדעת, ודברי הרז"ה וראב"ד בזה דמבואר בדבריהם דאיכא חידוש בעיקר הדין גזילה בשומרים. <> רש"י חולק על הרז"ה לשיטתו דס"ל דליכא חידוש בעיקר הגזילה בשומרים. <> דרכו של המלחמות ודרכו של הר"ן בזה. <> סיכום ג' דרכים בסוגי' ליישוב קוש'י רש"י, ומבואר דהראשונים נקטו דבאמת אין כאן שליחות יד כלל, רק שואל שלא מדעת, ורק רש"י נקט דאיכא הכא שליחות יד. <>

פרק ד' ביאור בקוש'י רש"י למה מיקרי שליחות יד, ודרך חדשה בעיקר הגדר של מקצתה ככולה, ובעיקר הפלוגתא אי שליחות יד צריכה חסרון. <> מתמה טובא ברש"י דאיזה שליחות יד איכא הכא – הרי כחו אינו גזילה במקצת. <> מבאר גדר חדש בחידוש דמקצתה ככולה, דסגי בגזילה ע"מ להחסיר ולא בעי גזילת מקצת שיתפשט בכולו. <> דרך חדשה בעיקר הנידון אי שליחות יד בעי חסרון או לא. <> מבאר דהראשונים שו"ט בגדר הנ"ל בדין מקצתו ככולו בשליחות יד. <> מביא שו"ט בר"ן האם הדין 'חסרון' בשליחות יד הוא דין צדדי מצד אין לך בו אלא חידוש, או דדין חסרון הוא מעיקר דינא דשליחות יד, וגם למ"ד א"צ חסרון אבל אכתי בעינן ע"מ לחסר. <>

פרק ה' ביאור תירוצו של רש"י [ברועה שהניח מקלו] ד"תחילתו שליחות יד הוא" וחידוש בדין צריכה חסרון בשליחות יד. <> במה שיש לתמוה על תירוצו של רש"י. <> וביאורם של הגר"א ופנ"י בדבריו – ובמה שיש לתמוה בדבריהם. <> מבאר דכשיש לקיחת גופו בשליחות יד – שוב אין לדון מצד לקיחת השתמשות. <> מתמה דסו"ס ליכא הכא דין שליחות יד – דאין כאן חסרון. <> הקדמה ביסוד הגר"ח שיש מצב ומציאו ומעשה גזילה – בלי שום חיובים – בעבדים. <> מחדש שיש ב' חידושים בשליחות יד, גם מצד המצב של גזול וגם מצד החיובים, וחלוקין ניהו לגבי הדין צריכה חסרון. <> מבאר שאין שואל שלא מדעת כל זמן שיש מציאות של גזילה בשליחות יד גם בלי החיובים. <>

פרק ו' עוד הערות בסוגי' <> בשיטת הטור דבעינן שישתמש בו כדי לחייבו מדין שואל שלא מדעת. <> מסקנת הגמ' – "שהכישא במקל", "בעודן עליה", וביאור פלוגתת הרמב"ן ורז"ה האם מתקיימת השבה כשמתבטל החסרון למ"ד צריכה חסרון. <>