

סי' רצ"א ס"ב ה', ש"ג ס"א, ש"ז ס"ב, ש"מ ס"ד - ז'

א. א"ל הנח לפני נעשה לשומר [סי' רצ"א ס"ב] ויעוי' בש"ך סק"ד דל"א המובא בס"ה דאין נעשה לשומר אלא בקנין אירי דהניח לפניו בסמטא ובתוך ד"א, ואין לומר דאירי בא"ל הכישה במקל [וכדפי' הנ"י והראב"ד] דלשו"ע סי' ש"מ ס"ז הכישה במקל פטור, ועי' במצוין לעי' דהנ"י נמי ס"ל הכישה במקל בשואל פטור ומ"מ פ"י דינא דהנח לפני בהכישה במקל, ויתכן לחלק לחלק בין שואל לשאר שומרים, דבשומרים סגי במשיכה כ"ד [ומה"ט מהני לתוס' משיכה לרה"ר] והלכך מהני נמי משיכת הבעלים עבור השומ משא"כ שואל דצריך קנין גמור ל"מ הכישה במקל כיון דנעשה המשיכה ע"י הבעלים לשי' ועד"ז יש ליישב נמי ד' השו"ע אמנם הש"ך לא נחית לחלק בין שומרים לשואל וכן הדישה הזכיר לחילוק זה ודחה, עוד דיש לחלק בין הכישה לפני השומר להכישה שלא בפניו [וכעין שכ' הנהי"מ סק"י בשי' הרא"ש].

ב. מי שהיה מהלך בדך וא"ל הנח על החמור הו"ל ש"ח וחייב בפשיעה, ויש חולקין [תשו' הרא"ש שו"ע ורמ"א שם] ובחי' הגרע"א ובמחנ"א שומרים סי' ז' כ' דכ"ז להסוברים להלן ס"ה דשומרים א"צ קנין אבל לה"י"א להלן דבעי' קנין [והנח לפני אירי בקנין כדלע"י] לא מהני הנח על החמור הרי ל"י קנין כלל דמדן חצר הו"ל חצר מהלכת ומדין משיכה הו"ל כמשוך בהמה זו וקני כלים שעליה דלא קנה, ומעתה צ"ע היכי סתם השו"ע דמהני הנח על החמור ובס"ה הביא לבי' השי' ולא הכריע, [ולחרא"ש ל"ק דאיהו אזיל לשי' דא"צ קנין], ובנתי"מ סק"ו ת"י דחיובו מדן מזיק ולאו מתורת שומר וצ"ע מלשונו דחרא"ש ושו"ע דנעשה ש"ח, ובדברי משפט סק"ג כ' ליישב דלא בעי' משיכה בשומרין אלא לשויה מוחזק דע"ז בההיא הנא דנפק עליה קלא דאניש מהימן גמר דעתיה ומשעבד נפשיה להתחייב, ובזה חצר מהכת נמי קונה כיוון מוחזק בזה עיי"ש.

ג. י"א שהשומר מתחייב מיד שסילקו הבעלים שמירתם בלא קנין וי"א דאין חייב אלא בקנין, [סי' רצ"א ס"ה וש"ג ס"א], ועי' סמ"ע סי' ש"ג סק"א דבש"ש סתם המחבר דצריך קנין ובסי' רצ"א כ' דעת שניהם ולא הכריע, והנה במקורו דהשו"ע בש"ך ובביהגר"א סי' רצ"א ציינו דה"י"א הוא שי' רש"י ב"ק ע"ט א' ופי"ה"מ שם ומ"מ פ"ב משכירות ונמו"י פ' האומנין, ובביהגר"א הוסיף דכ"ה שי' התו' ורא"ש ב"ק ע"ט א' ודלא כשי' בב"מ, והשו"ע בסי' רצ"א הביא ב' הדיעות וסי' ש"ג הביא ל"א בסתמא ועי' סמ"א שם, והנה בש"ך רצ"א סק"ד ובביהגר"א שם סק"י י"ד כ' דמסוגית הגמ' ב"ק ע"ט א' מוכח כה"י"א ור"ל דמבוא' שם דחיובא דגנב תלוי במשיכה המחייבת לשומר, וכפשוטו ה"ז תלוי במשיכה המחייבת באונסין ולפ"ז מבוא' דבעי' משיכה אף לחיוב אונסין, ויש להכריח דאירי במשיכה לחיובי שמירה דהרי במתני' קתני נמי ש"ח ובש"ח אין הקנין מועיל אלא לחיוב אונסין, אמנם התוס' שם פ"י דתל' ליה במשיכה המועלת לאיסור חזרה, ולפ"ז ל"י להכרח הנ"ל אמנם עדיין צ"ע מש"ח דמהני משיכתו לחייב הגנב אע"ג דאין זוכה לענין חזרה ועי' במצוין לעי'.

ד. אין משיכה מועלת אלא כשמושך לסמטא או רה"י, [שו"ע שם], והוא כשי' התוס' בתי' הא' והראשונים בדף פ' דהזכיו משיכה לסמטא, אבל לתי' הב' דתוס' משיכה מועלת אף לרה"ר, [ועי' במצוין לעי' דבדברי הגר"א סי' ש"מ סקט"ז עולה דתי' הב' דתוס' ס"ל דמהני משיכה לרה"ר מדן הנח לפני, ולפ"ז כו"ע מודו דאי בעי קנין בשומרים לא סגי במשיכה לרה"ר אלא בעי' משיכה למקום שמשכיכה קונה במקח, והנה נחלקו הראשונים אי משיכה דגנב קונה אף במשך לרה"ר או אף דוקא במשך לסמטא עי' ב' תירוצי התוס' כתובות ל"א ב' ד"ה וברשות ור"מ פ"ג מגניבה ה"ב, ובשו"ע סי' שני"א פסק כהר"מ דסגי במשיכה לרה"ר וכמשי"כ בביהגר"א שם, ומעתה יש לתמוה אמאי בשומר פ' השו"ע דבעי' משיכה לרה"י ובגנב פסק דסגי במשיכה לרה"י, וכבר תמה כע"ז השעה"מ פ"ג מגניבה, בשי' הטור, ובדבר"י סי' כ"ה סק"ב כ' לחלק בין משיכת גניבה דענינה להוציא החפץ מרדות הבעלים למשיכת שומר דענינה להכניס החפץ תחת שמירתו, אמנם יש לתמוה דכא' גמ' ערוכה היא בב"ק ע"ט א' דדין משיכת שומרים כמשיכת גניבה מדמייני' למפשט ספיקא דתקנו משיכה בשומרים ממתני' שם, וחז"י דקנינו דהגנב תלוי בקנינו דהשומר, ומעתה לרבינא כתובות ל"א ב' דמתני' אירי בהוציא לרה"ר [וכ"פ השו"ע] שם מפורש דמהני משיכת שומר לרה"ר, [ולפי' התורי והריו"י בשטמ"ק שם דפי' פשיטותא דהגמ' ממתני' מדחייב הגנב רק בהוצאה לרה"ר ולא בעודו בבית הבעלים, ואי לא תקנו משיכה בשומרים הו"ל להתחייב בעודו בבית הבעלים יש ליישב באמת אין משיכתו דשומר תלוי דגנב תלוי במשיכתו דשומר וכשהוציא השומר לרה"ר עיין לא התחייב בשמירה אלא דהגנב חייב כיון דהוצא השומר בשליחות, ועיקר קו' הגמ' דאי תקנו משיכה בשומרים ונתחייב השומר בעודו בבית הבעלים אף הגנב הו"ל להתחייב בעודו בבית הבעלים ע"י זכיתו דשומר, [ועי' במצוין לעי' בביאור שי' [העיר],

ה. הקדים שכר לש"ש נעשה לשומר ע"י קנין כסף, וא"צ משיכה, [נתי"מ סי' רצ"א סק"ב], ומהני אף מדרבנן אוינו בכלל גזירת חז"ל דמעות אגן קונות כיון דלא שייך ביה חששא דנשרפו חיטך כדאמר' בשכירות ובפועל, וכשי' הנתי"מ כ"כ המחנ"א שומרים סי' ז' והביא כן משו"ת הרשב"א, וכן יש להוכיח מד' הריטב"א דפי' הטעם דחייב באונסין לר"ה משעת שאלה דנשתעבד בההיא הנאה, והיינו בקנין כסף [ואולי דהוא מתורת ערב], וכן נקט החזו"א ב"ק סי' ז' סק"ח, אמנם האמרי בינה הלואה סי' פ"ב הביא דבתורי"ד וברמ"ה ב"ק ע"ט א' מפורש דאין שומר מתחייב בקנין כסף, וכ"כ המנחת פיתים סי' ש"ו,

[והעירו דאף להתוריי"ד י"ל דחייב בשמירה כדין פועל ומ"מ אינו חייב בפשיעה ובגו"א]... ויסוד הנידון יל"פ בתרתי, חדא אי מעות קונות בשומרים או דאינם קונות מדרבנן כמקח, [אבל מדאורי"י לכו"ע מתחייב הכסף] או דבשומר דכל ענינו קבלת השמירה כל צורת ההתחייבות ע"י המשיכה מרשות הבעלים, [והעירו להוכיח כהב' מדאמרי' ב"מ צ"ד דמתנה ש"ח להיות כשואל בההיא הנאה והיינו בתורת קנין כסף ואי חסרון קנין כסף משום דאין בזה הוצאה מרשות הבעלים י"ל דבמתנה ש"ח דמשכו מרשות הבעלים שפיר מהני המעות להשתעבד כחיובי שואל ועי'], וילה"ס אי מהני קנין כסף לחייב השומר אף שהחפץ ברשות הבעלים, ובדב"א ח"א סי' מ' הביא מהקנה קידושין דלענין שוכר מתחייב ע"י קנין כסף כשהחפץ ברשות הבעלים ונחלק עליו עיי"ש.

והנה כל נידון קנין כסף שייך כשנתן המפקיד כסף לשומר אבל כשנתן השומר למפקיד לכא' פשוט דאין מתחייב השומר דיון דאין קונה גופו של כלי אמנם לענין שוכר מבוא' בתוס' צ"ט א' ד"ה כך דמתחייב ע"י נתינת כסף למשכיר עשה"ט, וצריך לחלק בין וצריך לחלק בין שוכר דזוכה בגוף החפץ לשומר, ...ויל"ד להאמור בנתן השומר סודר למפקיד דאין מתחייב בק"ס כיון דאל"ל קנין בגופו של כלי, וציינו להגהות אמרי ברוך סי' צ"ה דנקט בפשיטות דמתחייב ובקה"י בהגה' לקצוה"ח נחלק עליו.

ו. נכנס החפץ לרשותו קונה בקנין חצר וא"צ משיכה, [נתינה"מ סי' צ"ה סק"א], וכן עולה מדברי הראשונים פ' א' דפי הנח לפני דהכניסה לחצירו, [והעירו דגמ' ערוכה היא בב"מ צ"ד ב' כגון דקיימא פרה בחצירו דשואל דלא מחסרא משיכה], ובדברי משפט סי' רצ"א סי"ה כ' לחדש דחצר שאינה משתמרת נמי קונה בשומרים, ופ' הטעם דבקניני שומרים לא בעי' דיעשה שלו אלא דיה אמוחזק בה ובקיימא בחצר שאינה משתמרת נמי חשיב למוחזק.

ז ... קיבל השומר החפץ בקנין אגב [וכגון בקנה קרקע והיו צבורין בתוכו המטלטלין שקיבל לשמירה], חשיב לקנין וחייב, [כן עולה מדברי הקצוה"ח סי' צ"ה סק"ד ונתינה"מ סק"א ומשובב שם]. ועיי"ש דנחלקו בקיבל קרקע ומטלטלין לשמירה לשי' הר"מ דחייב בפשיעה על קרקע אי חייב נמי על המטלטלין בקנין אגב, או דכיון דעל הקרקע ל"י חיובי שמירה אלא לפשיעה א"י להתחייב על המטלטלין יותר מהקרקע, ובקצוה"ח הוסיף דנהי דאשכחנא קנין אגב במקבל כלים במתנה אגב שכירות קרקע וחזי' דשייך לקנות הכלים יותר מקנין שיש לו בקרקע ה"מ באיכא דעת אחרת מקנה אבל בקנין שומר דלי' דעת אחרת מקנה [כיון דאין זוכה השומר בגוף החפץ], ולא מהני אלא בצבורין דבטל אגה הקרקע א"י לזכות בנטלטלין יותר מקנינו בקרקע, ונפק"מ בכ"ז במקבל שמירה על דירה ורהיטים שבתוכו ועשה קנין בדירה אי חייב אף על הרהיטים.

ח. י"א דאין השוכר מתחייב אלא בקנין וי"א דמתחייב מיד שסילקו הבעלים שמירתו, [שו"ע סי' ש"ז ס"ב], ובש"ך סי' ש"ג סק"ב כ' דהשו"ע לא הכריע בזה, [ועי' להלן סי' שלי"ח ס"ד דשוכר משעת משיכה נתחייב במזונות וצ"ע, ולמשי"כ המחנ"א סי"ב לצדד דחיובא דסילוק בעלים מדום דד"ג מטעם מזיק י"ל דה"מ חיובי שמירה אבל חיוב מזונות דאינו מחיובי שמירה אינו חל אלא בשעת משיכה אמנם המחנ"א דחה לסברא זו וכן מדברי הפוסקים סי' ש"מ חז"י דתלו חיוב המזונות בחיובי השמירה וכדלהלן], והנה במקור דינו דהשו"ע עי' סמ"ע סק"ב דהר"מ וסייע' ס"ל דבעי' קנין ותוס' וסייע' ס"ל דלא בעי' קנין, ונקט דלתוס' שוכר דינו כשי"ח ושי"ש דא"צ קנין, וכ"ה מפורש בב"י סי' ש"ז ובמחנ"א שומרים סי' ז' הק' דבתוס' מפורש דשוכר ושואל ושניהם צריכים קנין, וכ"כ בביהגר"א סי' ש"מ סק"ז, והנה בחזו"א ח"ו"מ ליקוטים סי"ז סק"ג, כ' דכ"ז התוס' דשוכר ושואל צריכים קנין הוא רק בתחילת דבריהם דר"ה איירי לענין חיוב אונסים אבל למאי דמסקו דר"ה איירי לענין חזרה יתכן דס"ל דשוכר ושואל א"צ קנין אמנם ד' הב"י אינו כן דלהדיא נקט דלתוס' שואל צריך קנין ולפ"ז ה"ה דשוכר צריך קנין, וכן תמוה מסברא לחלק בין שוכר לשואל, [ולמשי"כ המחנ"א שם לבאר סברת התוס' דשואל צריך קנין משום החיובי אונסים י"ל דה"מ שואל דחייב באונסים אבל לא שוכר, ועי' להלן בדין שואל],

בקצוה"ח שם סק"א פ' טעם הי"א דמתחייב משעת סילוק בעלים דמההיא שעתא מתחיל השומר בפעולתו ונתחייב ע"י קנין דתחיי"מ וכפועלים, ונתחדש דתחיי"מ מלבד דחייב הפועל שלא לחזור מעבודתו מתחייב השומר נמי בחיובי שמירה ותשלומין על פשיעה וגו"א, ועי' במצוין לעי' אריכות בדברי הקצוה"ח.

ט. אין השואל מתחייב באונסים ובמזונות אלא כשתכנס לרשותו בקנין, [שו"ע סי' ש"מ ס"ד ז'], וי"א דחייב מיד שנסתלקו הבעלים, [רמ"א שם ס"ד וש"ך סק"י], ויכול המוחזק לומר קי"ל כהר"מ, [ש"ך סק"ט], וילע"י דבשומרים הביא השו"ע לב' השיטות ולא הכריע ואמאי בשואל סתם כהר"מ דצריך משיכה, והיה מקום לומר דהכעת השו"ע בשואל מיוסדת על שי' התוס' דחלוק שואל משומרים אמנם עדיין צ"ע דלתוס' שוכר ידנו כשואל והשו"ע הביא בסי' ש"ז לענין שוכר ב' השי', וביותר צ"ע דהב"י בסי' ש"ז נקט דתוס' לא פליגי על הרא"ש וס"ל דאף שוכר ושואל א"צ וא"כ לדידיה ל"י מקור כלל לכל הנך חילוקים, והנה המחנ"א שומרים סי"ז פ' הטעם דשומרים צריכים קנין ושואל א"צ קנין דשואל חייב אף על אונסים דממילא ולזה לא סגי בלא קנין, ולפ"ז היה מקום לומר דמה"ט שוכר דאיי"ח באונסים דינו כשומר וא"צ קנין, אמנם לכא' לה"ט כל פטור דשואל הוא רק מאונסים אבל בפשיעה ובגו"א מצי להתחייב בלי קנין ומשמעות השו"ע דפטור לגמרי, ועוד צ"ע מהיכן מקורו דהשו"ע לחלק בין שוכר לשואל, ועי'.

י. א"ל השואל הכישה במקל אינו חייב עד שתבא לרשותו, [שו"ע ס' ש"מ ס"ז], ובש"ך סק"י כי דהשו"ע לשי' דפסק דבעי קנין לחיוב מזונות אבל להסוברים שואל מתחייב במזונות משעת סילוק הבעלים ה"ה דחייב כשהכישה במקל דחייב לסילוק בעלים, ותמה על הרמ"א דהביא בס"ד ד' ה"א דחייב משעת סילוק בעלים ולא השיג ע"ד השו"ע ובס"י בדין הכישה במקל, ואיברא דהיה מקום לחלק בין הנח לפני להכישה במקל דהנח לפני חשיב לקבלת שמירה משא"כ הכישה במקל, אמנם בביהגרי"א סקט"ז חידד הקו' דכל פלוגתת תוס' והרא"ש בדין הנח לפני בשואל הוא לשי' בהכישה במקל דתוס' ס"ל דשמואל פליג אדרב וס"ל דהכישה במקל פטור וקיי"ל כשמואל הלכך ס"ל נמי דל"מ הנח לפני בשואל, והרא"ש פליג וס"ל דשמואל מודה לרב דהכישה במקל חייב הלכך ה"ה הנח לפני, וא"כ למאי דפסק הרמ"א להרא"ש הו"ל למפסק נמי דינא דהכישה במקל, אולם למש"כ החזו"א דתוס' ס"ל כהרא"ש דשואל ושוכר נמי חייבים בהנח לפני, [וכ"כ הבי"י כדלע"ז], ומ"מ ס"ל לתוס' דלשמואל פטור בהכישה מבוא' דאין פלוגתתם לשי' ושפיר יש ליישב שי' הרמ"א דס"ל הנח לפני חייב והכישה פטור, [העיר]. ובנתיח"מ סק"י"ב תי' דהכישה במקל לכו"ע אי"ח משום סילוק בעלים, דעד כאן לא מחייבי בהנח לפני אלא משום בההיא שעתא איכא לקבלת שמירה דהשומר אבל בהכישה דבההיא שעתא אין השומר יכול לשומרה ל"י לקבלת שמירה ופטור וכל חיובא דהכישה הוא מדין ערב וכדין זרוק מנה לים, וכיון דבזרוק מנה לים קיי"ל דפטור לכך פסק הרמ"א דפטור בהכישה, אמנם בדברי הרא"ש מפורש דלא כדבריו חדא דכל חיליה דהרא"ש דחייב משעת סילוק בעלים הוא מדינא דהכישה, ועוד דהרא"ש פסק דהכישה חייב אע"ג דבזרוק מנה לים ס"ל דפטור וכבר תמה כן באמרי בינה טו"נ ס"ד, והגרע"א בכו"ח ס"י"ב כי ליישב לפי"מ דהעלה דחיובא דהנח לפני מדין ערב כיון דהוציא הוצאות ע"פ דלפי"ז אין לחייבו אלא בגו"א ומזונות דנעשו מחמתו אבל באונסין דלא נעשה מחמתו פטור הלכך הכישה במקל דמתה באונס פטור, ודחה עיי"ש.

יא. אמר למשאל לשלחו ביד שליח או ביד ע"ע חייב, אבל אמר לשלחו ביד עבד כנעני דהמשאל פטור, [שו"ע ס"ה ו'], ובטעם החיוב יעוי' בחי' הגרע"א דהביא להראב"ד דהשליח זיכה לשואל ואו דמינה המשאל לשליח בשליחות השואל, אמנם בנתיח"מ הביא להראב"ד וכן הביא לה"ן דפי' הטעם משום ערב, וכי דנפק"מ בין הטעמים אי יכול המשאל לחזור קודם בא ליד שואל, וכן בשלחו ביד חש"ו דלאו בני שליחות

א. מתנה ש"ח להיות כשואל בדברים בלא קנין, [סי' רצ"א סכ"ז], ונחלקו ב' תי' התוס' נ"ח א' אי ה"מ במקום שחייב שבועה או אפי' בעלמא בלי חיוב שבועה, [ונתבא' לעי' שי' בארוכה], והרבה נפק"מ בין הדרכים כדלהלן, והפוסקים פסקו כתי' הא' דל"מ התחייבות בלי קנין אלא במקום שחייב שבועה, [פ"ת סקכ"ב].

ב. ש"ח דהתנה להתחייב באונסים חייב משעת האונס ולא משעת ההתחייבות, ונפק"מ לשעבוד נכסים וליוקרא וזולא, [רי"ז הובא בד"מ ובסמ"ע סקנ"א וש"ך סק"נ]. וכ"ז אי הוי מחויבי שומרים כתי' הא' דתוס' אבל אי הוי התחייבות בעלמא חל חיובו מהשתא, ובחי' הגרע"א כתובות נ"ד ב' ע"ד תוד"ה אע"פ הכריח מהא דחיובו חל משעת אונסים דאין ההתחייבות חוב ממון בעלמא אלא משעבד גופו להיות כשואל, דאי הוי חוב ממון אי"כ בשעת האונס כלתה קנינו עיי"ש.

ג. התנה ש"ח להיות כש"ש וטוען שנאנס ילה"ס אי חייב שבועה כש"ש, [שו"ת תורת אמת למהר"ש סי' ע"ב], והכרעת המהר"א ש' דחייב [נתי"מ סי' ש"א סק"ה], ונאמרו באחרונים ב' דרכים בביאור ספיקו, הש"ך סי' רצ"א סקמ"ט פי' הספק אי מהימן למימר שלא נתחייב כש"ש אלא תשלומין ולא שבועה, אמנם הקצוה"ח סי' ס"ו סקמ"ז פי' הספק אי חייל הקנין על השבועה או דהוי קנין דברים לשי' הב"י סי' ס"ו דש"ח בעשו"ק דהתנה להיות כש"ש אין חייב שבועה, ומסקנת הקצוה"ח [משמיה דאחיו וכ"ה בתרו"כ סי' ס"ו ס"מ] דל"ח לקנין דברים כיון דאף בתורת ש"ח מחויב שבועה לברר חיוב הממון, וא"כ עתה דנתחייב בגו"א מחויב לברר חיוב הממון דגו"א, ולשי' הראשונים [עי' במצוין לעי'] דדין מתנה היינו דמשעבד גופו לשי"ש או לשואל נמי י"ל דל"ח לקנין דברים ע"י הקניו משעבד גופו לשואל וממילא חייל עליה חיובי ממון ושבועה, ול"ד לדינא דהב"י בהתנה בעשו"ק דהתם אינו בפרשת שומרים ולי"ה אלא חוב ממון בעלמא אמנם עדיין אי' לספיקו דהמהר"ש בלא אמר הריני כש"ש אלא התנה להתחייב בגו"א אי חייל עליה נמי חיוב שבועה, עוד כ' שם הקצוה"ח דכל הספק באי' עדים שאינו ברשותו אבל בלי' עדים וצריך לישבע מדין ש"ח מגלגלין עליו נמי שבועה שלא נאנס.

ד. ש"ח שהתנה להיות כש"ש חייב בלא קנין, [פ"ת סי' רצ"א סקכ"ב]. עיי"ש דתלה ליה בב' תי' התוס' נ"ח א' [וכ"כ המל"מ פ"ב משכירות], והפוסקים הכריעו כתי' הא'.

ה. ש"ח וש"ש בבעלים שהתנה להיות כשואל י"א דתלוי בב' תי' התוס' [חי' הגרע"א], וי"א דפטור לב' התי' [קצוה"ח סקי"ח], וי"א דאף לתי' הא' חייב [מנ"ח מ' נ"ז לשי' הנתי"מ דשומר בבעלים חיב שבועה]. והנה לתי' הא' יסוד הנידון אי שומר בבעלים חייב שבועה, אמנם לתי' הב' לכא' מבוא' דאף בהקדש מהני ההיא הנאה כשתחייב להיות כשואל, וצ"ל דס"ל להקצוה"ח כסברת המהר"ט המובא בהגרע"א דבעשו"ק כיון דשואל פטור אין סבורין העולם דהימניה כשואל וקיבל עליה דיני שואל אלא חוב ממון בעלמא, עוד כ' הגרע"א דכל הנידון לענין ש"ח וש"ש בבעלים דהתנה להיות כשואל אבל שואל בבעלים דקיבל ע"ע חיוב תשלומין פטור לב' התי' ור"ל דסברת ההיא הנאה לא שייכא בשואל דאף בלא תנאו לחיוב תשלומין משאיל ליה, [וכעין סברא זו נסתפק הגה"א בש"ש דהתנה להיות כשואל דלי' לקנין דההיא הנאה כיון דלא נחית לשמירה אדעתא דההנאה אלא אדעתא דשכר], וכ"ז למאי דנקט דשמירה בעלים פטור משבועה אבל להנתי"מ דחייב שבועה, יתכן דלתי' הא' דתוס' דלא בעי' המניה דשואל אלא הכל תלוי אי שם שומר עליו וחייב שבועה א"כ בשמירה בבעלים דחייב שבועה יהני תנאו וחייב.

ו. ש"ח שהתנה לאחר קבלת השמירה להיות כשואל מהני תנאו, אבל ש"ש ושוכר דהתנו לאחר קבלת השמירה להיות כשואל, ל"מ תנאם בלא קנין, [קצוה"ח סקי"ז ונתי"מ סקל"ג] ונתבא' שם הסברא דההנאה דשעת הפיקדון כבר אזדא ואין לדון אלא משום ההנאה דהשתא הלכך בש"ח שיכול המפקיד לחזור איכא הנאה לשומר בהארכת ימי השמירה ושפיר מתחייב בההיא הנאה כשואל, משא"כ בש"ש ושוכר שאין יכול המפקיד לחזור ל"י הנאה בהארכת השמירה והשכירות, וילה"ע דהתינח לתי' קמא דתוס' אבל לתי' הב' דההנאה הוא מחמת הקלא דנעשה לשואל ההיא הנאה אי' השתא אף בשוכר ושואל מכאן ולהבא, וצ"ל דס"ל דל"מ ההנאה לחייב אלא בשעת קבלת השמירה אבל לאחמ"כ אין חייב אלא למה שנשתעבד, והלכך בש"ח דמצוי המפקיד לחזור יל"ד הארכת ימי השמירה כשמירה חדשה ושפיר איכא ההיא הנאה בשעת קבלת השמירה, משא"כ בשוכר ושואל.

ז. מסר לו דינר של זהב והתנה שאם יאבד יפרע של זהב י"א דחייב של זהב [שם הגדולים הובא בחי' רעק"א] וי"א דיותר נוטה לפטור, [חי' הגרע"א], וכפשוטו שורש הנידון שנוי בב' תי' התוס' אי ההיא הנאה הוי קנין בפ"ע להתחייב אף בלא דיני שמירה דלפי"ז יל"ד דמצי להתחייב אף ביותר משיווי החפץ או דל"ה אלא קנין לחיובי שומרים ולא מצי להתחייב אלא כחיובי השומרים, ואף להרמב"ן דמצי להתחייב יותר מחיובי שואל ה"מ בחיובי שמירה [וכדנתבא' לעי' סברתו דהשומר חייב בהשבת החפץ אלא דפטרתו התורה כשאירע גו"א ואונסים ומצי להתנות דקאי בחיובו ולא נפטר בגו"א ואונסים] אבל ביותר משיווי החפץ לא מצי להתחייב, וכדברי הגרע"א מבוא' ברמב"ן ב"ב קס"ח דכ' דכל שומר שאמר אם לא אשמור כדיני אשלם אלפא זווי אסמכתא היא ולא קניא, [ואולי דדוקא אלפא זווי דלי' ע"ז סמיכות דעת אבל בפחות מהכי חייב ועי'].

ע"ע שער המשפט סי' ס"ו סקל"ד דלשי' הפסקים דשומר פטור על היזק שאינו ניכר ומצי למימר הש"ל אי התנה להתחייב בהיזק שאינו ניכר חייב, ובזכר יצחק ח"ב סי' מ"ז סק"כ נחלק עליו לא אמרי מתנה אלא בדבר שהחיסרון מצד שמירת השומר אבל לא מה שהוא חיסרון מצד הפעולה וההיזק כמו בהיזק שאינו ניכר דעל היזק כזה לא חייבתו תורה, ויל"ד לסברת החיד"א הנ"ל דיתחייב אף בכה"ג דלא גרע מחייב עצמו בדינר זהב דחייב, [ואף הגרע"א דפליג י"ל דמודה בזה כיון דאינו מתחייב ביותר משווי של החפץ ועי'].

ח. שואל שהתנה להתחייב במתנה מחמת מלאכה ילה"ס אי חייב בלא קנין, [קצוה"ח סי' ש"מ סק"א], וי"א דחייב, [נתיה"מ שם סק"ב], ונתבאר בקצוה"ח דיסוד הספק אי ע"י ההיא הנאה חייל עליה דיני שואל או דהוי חיוב בפ"ע, [ותלה ליה בב' תי' התוס'], אמנם בנתייה"מ פליג דכל מאי דבעי' קנין לת"י א' דהתוס' ה"מ בדברים שהם מחיובי שומרים ואיניש אחרינא פטור עליה אבל ממ"מ דחיובו מדין מזיק ואיניש אחרינא חייב עליה אלא דבשואל פטור משום דאדעתא דהכי השאיל שפיר מהני תנאו להתחייב דהו"ל כמתנה שאם הבהמה ניזוקה מ"מ לא יהא עליו דין שואל והדר חיובו כאיניש דעלמא, ולסברת המחנ"א הובא להלן דבמתנה להתחייב על גרמא חייב דל"ח לאסמכתא מסתבר דה"ה במתנה להתחייב מדין מזיק חייב דל"ח לאסמכתא ובעיקר ספיקו הקצוה"ח עי' מאירי במתני' דנסתפק בזה.

ט. שומר שהתנה להתחייב בעשו"ק אין חייב בלא בקנין, [סי' ש"א ס"ד], ונחלקו הפוסקים אמאי בעי' קנין ולא סגי בדיבור כדין מתנה ש"ח, הסמ"ע סק"ז פי' דלא מהני להתחייב בלא קנין אלא בשומרים דמחייב עצמו בדיני השומרים משא"כ בעשו"ק דאינו בכלל דין שומרים, אמנם הש"ך סק"ז פי' דדין מתנה להיות כשואל אינו חיובי שואל לחד אלא דדנים ליה דנעשה לשואל וקיבל לשימושי החפץ וכאומר הריני כאילו נתקבלתי, והלכך בעשו"ק דשואל גופיה פטור לא מהני תנאו בלא קנין, ויל"ד נפק"מ בין הדרכים במתחייב ביותר מחיובי שואל דלהסמ"ע חייב ולהש"ך פטור, [וכן נקט הקצוה"ח סי' ש"מ סק"א בשי' הש"ך], וכן נפק"מ אי מתחייב נמי בחיובי שמירה כשואל או דאין חייב אלא בחיובי ממון, ויל"ד עוד אי סגי בהנח לפני או דבעי' קנין משיכה, [לשי' השו"ע דבשומרים סגי בהנח לפני ובשואל בעי' משיכה ועי'].

ובעיקר הא דבעי' קנין בהקדש יעוי' קצוה"ח סק"ב דהק' אמאי לא סגי באמירה מדין אמירתו, ובנתייה"מ סק"ד תי' דאיירי במקבל ע"ע דין שומרים דבכה"ג לא מהני מדין אמירתו לגבוה דאינו מתחייב חיוב ממון, וכיון דהקדש אינו בגדר שמירה לא מהני בדיבור בלא קנין, ודבריו צ"ב היכי מאי שייך בהקדש קנין לחיובו בדין שומר כיון אינו בפרשת שומרים.

י. ש"ח וש"ש בעשו"ק שהתנה להיות כשואל י"א דתלוי בב' תי' התוס' [חי' רעק"א סי' רצ"א סכ"ז] וי"א דלב' התי' פטור, [דרשות מהרי"ט הובא בחי' רעק"א שם], וסברתו דכיון דשואל גופיה פטור בעשו"ק לא נפיק עליה קלא דנעשה לשואל ולי' ההיא הנאה, והנה לשי' הר"מ דשי"ח בקרקע חייב בפשיעה יל"ד דחשיב לשומר ויהי תנאו לת"י הא' דתוס' אמנם למאי דדקדקו התוס' בלשונם דבעי' חיוב שבועה א"כ ש"ח דפטור משבועה אף להר"מ ל"ש ביה תנאי דשומרים, ואכתי יל"ד להראשונים דלא תלוי ליה בחיוב שבועה אלא בחיוב השומרים, ויתכן דחיוב פשיעה להר"מ אינו כלל מפרשת שומרים ויל"ד מכמה דוכתי ואכ"מ, [העיר], ובמחנ"א סי' ח' [הביאו בחי' הגרע"א] כ' דכל הנידון בעשו"ק במתנה להתחייב בגו"א ובאונסים אבל במתנה להתחייב בפשיעה חייב, דהו"ל כמתנה להתחייב בגרמא, דלא הוי אסמכתא כיון דגרמא בניזקין אסור.

יא. מתנה ש"ח ליפטר משבועה והשואל ליפטר מתשלומין, [סי' רצ"ו ס"ה], אבל ש"ח לא מצי להתנות ליפטר מתשלומין, [רבינו ברוך הובא בפ"ת סק"ה], וי"א דש"ח מתנה נמי ליפטר מתשלומין, [ריו"נ בשטמ"ק וכן הכרעת הזכרון יוסף הובא בפ"ת]. ובפ"ת הביא בשם הזכרון יוסף דצידד דסברת רבינו ברוך דלא מצי להתנות משום דס"ל כהר"מ דפושע חייב מדין מזיק והו"ל כאומר קרע כסותי דחייב [ולא מיפטר אלא באומר ואפטר כדאי בב"ק צ"ג], ולפי"ז למאי דקיי"ל דלא כהר"מ ופושע אינו מחויב מזיק מצי להתנות אף על פשיעה, אמנם במחנ"א שאלה ס"א פי' די ר"ב דס"ל דקבלת שמירה מחייבת חיובי פשיעה והתנאי שאין מתחייב סותר למעשה ולפי"ז אף לדידן לא מהני התנאי, [ועי' להלן בד' הרמ"א].

יב. ש"ש שהתנה ע"מ שלא אתחייב באחריותו פטור אפי' מפשיעה, [רמ"א סי' ש"ה ס"ד], וכפשוטו יל"פ טעם הדין משום דמתנה דאינו מקבל עליו שמירה כלל ולפי"ז אף לשי' רבינו ברוך הני"ל יהני תנאו, אמנם במל"מ פ"ב משכירות ה"ט פי' דינו דהמרדכי דפליג אר"ב וס"ל דשומר מצי להתנות ליפטר מפשיעה, ולפי"ז איירי במקבל עליו תורת שומר ומתנה שלא יתחייב בחיובי שומר, וכ"כ התומים סי' ע"ב ס"ז, וכן הפ"ת סי' רצ"ו סק"ה הביא מהזכרון יוסף דסתימת הרמ"א דלא כר"ב. והנה השו"ע סי' ע"ב ס"ז הביא להמרדכי גבי משכון והכא בשומרים לא הביאו, ויתכן דס"ל דמפרשי' כונת תנאו שאין מקבל עליו שמירה כלל וה"מ במשכון דנתינת החפץ אין עיקרו לשמירה אבל בשומרים דעיקרו לשמירה מתפרש תנאו דאין מקבל עליו חיובי שמירה ול"מ תנאי לפטור מפשיעה ועי'.

יג. ש"ש שהתנה לאחר קבלת השמירה שאין מקבל אחריות י"א דלא מהני תנאו, [ש"ך סי' ש"ה סק"ג וט"ז ס"ה], וי"א דבאמר ע"מ תנאו קיים, [סמ"ע סק"ו], ובש"ך תמה ע"ד הסמ"ע מדברי המרדכי [הובא להלן] דשומר לאחר שקיבל שמירתו ל"מ ליפטר אלא בקנין, ובביאור ד' הסמ"ע דמהני ע"מ לאחר קבלת השמירה מצינו כמה דרכים, החכמ"ש פי' דאיירי באמר תוכ"ד ונהי דבשומרים לא אמרי' תוכ"ד כדיבור מ"מ בע"מ אמרי' תוכ"ד כדיבור, ובאולם המשפט פי' דבאמר ע"מ הו"ל כאומר קרע כסותי ואפטר דפטור אף בשומרים משא"כ בלא אמר ע"מ הו"ל כאומר קרע כסותי בלא אפטר דבאיניש דעלמא פטור ובשומרים חייב הלכך קודם שקיבל השמירה פטור אפי' בלא ע"מ משא"כ לאחר קבלת השמירה, ולדבריו מיפטר נמי אף בהזיק בידים, וכ"כ הגרע"א עיי"ש, אמנם עי' במצוין להלן לד' הנהי"מ לא מהני דנאי דמחילה בשומרים מדין קרע כסותי ובערך שי פי' דכ"ד הסמ"ע בש"ש דדינו כפועל ויכול לחזור באמצע השמירה, וכיון דיכול דיכול לחזור יכול נמי להתנות לאחר קבלת השמירה, ומשא"כ שואל דא"י לחזור לא מצי להתנות לאחר קבלת השמירה אלא בקנין, [וצי"ע דהסמ"ע איירי להדיא אף בשואל].

יד. ש"ש שהתנה להיות כש"ח ונגנב או אבד י"א דאין מקבל שכרו, [מהרא"ש הובא בש"ך סי' ש"ה סק"ב] וי"א דמקבל שכרו, [מחנ"א שומרים סי' כ"ב] ולכא"ו יסוד הפלוגתא אי בתנאי דליפטר פטר נפשיה אף מחיובי שמירה דש"ש ולפי"ז ודאי דאין השכר עבור השמירה אלא שכר טרחא או שכר המקום, או דאין התנאי אלא לפטור מתשלומין והשכר הוא עבור השמירה, ובמאירי ב"מ נ"ח א' מפורש כהמהרא"ש עיי"ש.

טו. שואל שהתנה ליפטר לאחר קבלת השמירה לא מהני תנאו בלא קנין, [רמ"א סי' שד"מ ס"א], וי"א דה"מ כשלא פטור להדיא מחיובו אבל בפטור להדיא מחיובו פטור, [קצוה"ח סק"א], וי"א דה"מ כשהתנה לפטור מחיוב הממון אבל כשהתנה לפטור מחובת השמירה מהני תנאו דהמפקיד לפטור השומר בלא קנין, [מחנ"א שומרים סי' כ"א] הנה מקור הדין מדברי המרדכי דכ' דשואל לאחר קבלת השאלה לא מצי לאתנויי ליפטר מאונסים דהו"ל כאומר קרע כסותי דלא מיפטר בבא לידו בתורת שמירה, והק' הקצוה"ח דהרי בקרע כסותי היכא דהתנה ואפטר מהני תנאו ואמאי בשומרים לא מהני ולכך נקט דכ"ד המרדכי בלא התנה ואפטר אבל בגונא דהרמ"א דהתנה שלא ישלם הו"ל כאומר ואפטר דפטור, ובנתי"מ פי' ד' המרדכי דס"ל דכיון דלא חל חיובא דשומרין אלא לאחר האונסין הו"ל השתא אסמכתא ומחילה בדשלבל"ע, והלכך אף באומר ואפטר לא חל תנאו ויליף ליה המרדכי מקרע כסותי דהתם נמי לא מהני תנאו משום דלא חל החיוב אלא לאחר שיקרע והו"ל השתא אסמכתא ותנאי בדשלבל"ע, אלא דהתם באומר ואפטר מהני תנאו מדין זרוק מנה לים והאי טעמא ל"ש במחילה על חיוב שומרין דאין מוציא הוצאות ע"פ, וצי"ע דלפי"ז למאי דקיי"ל דזרוק מנה לים פטור כמש"כ הנהי"מ סי' ש"מ בעי"כ דקרע כסותי ואפטר הוא מהל' תנאים וא"כ צריך להועיל אף בשומרים, ובמחנ"א שומרים סי' כ"א פי' ע"ד הנהי"מ דטעמא

דהמרדכי דהו"ל תנאי בדשלב"ע והוסיף דה"מ במתנה ליפטר מתשלומין אבל במתנה ליפטר מחיוב השמירה ל"ה דשלב"ע ומהני תנאו [וקרע כסותי ואפטר י"ל דמתנה לפטרו מחובת שמירה הלכך מהני תנאו], וה"מ כשמתנה המפקיד אבל השומר לא מצי להתנות לאחר קבלת השמירה כיון דכבר נתחייב לדיני השמירה, ובדברי חים שומרים סי' כ"ג הק' ע"ד הנתיחה"מ ומחנ"א ופי' כונת המרדכי בע"א עיי"ש.

ט"ז. ש"ח או ש"ש שהתנה ליפטר לאחר קבלת השמירה י"א דמהני תנאו [נתיחה"מ סק"א בד' הרמ"א], וי"א דדינו כשואל ולא מהני תנאו אלא בקנין, [ערוה"ש ס"ב], הנתיחה"מ הוכיח בד' הרמ"א דחלוק ש"ח וש"ש משואל, ופי' סברת החילוק דבשומרים המחילה הוא על חיוב השמירה וחל המחילה מיד, משא"כ שואל אין חיובו באונסין מחמת קבלת השמירה דהא מאונסין א"א לשמור אלא חיובו משום דעשאו רחמנא כשלו ואמר' דדידיה נאנס הלכך לא חל מחילתו מיד אלא לאחר האונסין והו"ל דשלב"ע, ובערוה"ש תמה עליו דבסי' ש"פ גבי קרע כסותי ואפטר לא מחלקי' בין שאלה לשכירות ולד' הנתיחה"מ הו"ל לחלק דבשומר מהני קרע כסותי דהוי מחילה לאלתר ובשואל לא מהני, ולמשי"כ הנתיחה"מ לעי' דקרע כסותי הוא מתורת ערב לק"מ, ויתכן עוד דכ"ד הנתיחה"מ דלא מהני תנאי בשואל הוא רק כשפוטרו מאונסין אבל כשפוטרו מחיוב השבה שפיר מהני תנאו דהוי מחילה לאלתר, ובקרע כסותי ואפטר הוי כפוטרו מחיוב השבה, [העירו].

א. אין השואל מיפטר מאחריות אלא כשהחזירו ליד הבעלים ממש, ועל כן אם שלחה ביד אחר או החזירה ליד אשת המשאיל חייב באחריות, [שו"ע ורמ"א סי' ש"מ סק"ח], ועי' בסמ"ע סק"ב דאע"ג דכל המפקיד ע"ד אשתו ובניו מפקיד וכדקיי"ל סי' רצ"א סכ"א ברמ"א דש"ח דהחזיר ליד אשת המפקיד פטור] שואל שאני דכל הנאה שלו ולכא"ר ר"ל דכיון דכל הנאה שלו חובת ההשבה מוטל על השואל ולא נתקיים ההשבה אלא במחזירו ליד המשאיל, ולפי"ז ש"ש דינו כש"ח כיון דלא מוטל טרחת ההשבה על השומר, אמנם הסמ"ע סי' ע"ב סקצ"ח פי' הטעם משום דבמסירתו לאשת המשאיל מגרע בשמירה, ולפי"ז כי דה"ה ש"ש לא מצי להחזיר לאשת המשאיל, ובש"ך סי' ע"ב ס"ק קל"ו כי דכל דינא דהרמ"א סי' רצ"א דמהני חזרה לאשת המפקיד הוא רק בנו"י בתוך ביתה, והביאו הנתיחה"מ סי' ש"מ סק"ג ופי' דבריו דבמסרה לאשת המשאיל דנו"י בתוך ביתו יל"ד דבקבלתה קנתה הדבר המושאל שיהיה ברשות הבעל להשתמש בו וכנגד זה רשאית לפוטרו מאחריות.

ב. שלח לו השואל ביד אחר חייב באחריות הדרך, ואם אמר לו המשאיל שלח, אם שלחה ביד בן דעת פטור, אבל אם שלחה ביד עבד כנעני או חש"ו אפי' אמר שלח ותפטר חייב, [שו"ע סי' ש"מ ס"ח ונתיחה"מ סק"ד]. ובנתיחה"מ ביאר הענין דכיון דשומרים בעי' קנין ל"מ ליפטר בדברים בלא קנין וכדינא דהמרדכי, [הובא ברמ"א סי' שד"מ ס"א], ועיי"ש דלמש"כ בסי' שד"מ סק"א דכל הכרעת הרמ"א לדינא דהמרדכי הוא בשואל לחוד דחיובו משום דהוי כדידיה ולא מצי להוציא מרשותו אלא בקנין, אבל בשאר שומרים מצו ליפטר בדברים בלא קנין, ה"ה דבאמר המפקיד לשומר הכישה במקל והיא תבא דפטור, וכ"כ משמיה הסמ"ע סי' רצ"ג סק"ג, ובעיקר דינא דהשו"ע דבשלחו ביד בן דעת חייב ילה"ע דלהראשונים דמשאיל ששלח ביד אחר לא נתחייב השואל בחיובי שמירה וכל חיובו מתורת ערב, ה"ה בחזרת שאלה כשאמר המשאיל שלח לא יצא עדיין מרשות שואל אלא דמיפטר השואל משום מחילתו דהמשאיל מתורת ערב, [וילע"י אמאי חזרת שאלה חשיב הוציא ממון על פיו].

ג. השואל חפץ או כל דבר לזמן, לאחר שכלו ימי השאלה אפי' עדיין בביתו פטור מאונסין וחייב בגו"א, [ש"מ ס"ח, שמ"ג ס"א], ויעוי' ביהגר"א סי' ש"מ דמקורו דהשו"ע לפטור אפי' בביתו הוא מרש"י פי' ע"ב ד"ה אבל, ומוכרח כן בגמ' מדפריך מגמרתיו, והתם איירי בביתו של שואל, ובלא לשון רש"י הימ"ל דכל דינא דרפרם הוא רק כששלחה ביד אחר והוציאו מרשותו דאע"ג דעדיין לא נתקיים השבה ליד משאיל מ"מ הוי מעשה סילוק לחיוב אונסים, וטעם הפטור משום דלאחר ימי השאלה כיון דלא שרי ליה להשתמש אין כל הנאה שלו, ומ"מ מתורת שומר לא נפיק, ונתבאר בריטב"א פ"א א' הטעם משום דחייב השואל בהשבת החפץ לבעלים וכ"ז דלא החזירו לבעלים עומד תחת אחריותו, והטעם דחייב בגו"א מבוא' בגמ' משום הואיל ונהנה מהנה, ויעוי' לשון הסמ"ע סי' ש"מ סק"ב דהואיל ונהנה מהנה תקנו שישאר עליה לפחות ש"ש עד שיבא ליד בעלים, ונתחדש דשואל מלבד דחייב באונסים ושאר חיובים מחמת דכל הנאה שלו והוי כדידיה מקבל ע"ע נמי חיובי שמירה מתורת שומר ולכך אף לאחר ימי השאלה דאין כל הנאה שלו חייב בחיובי שומר, וילה"ס אי חיובא דהואיל ונהנה מהנה הוא נמי מחיובי שואל או דהוי מחיובי ש"ש, ונפק"מ בשואל שאמר טול אי נפטר מגו"א ויבוא' להלן.

ד. השואל חפץ לעשות מלאכה מסוימת וגמר מלאכתו י"א דפטור מאונסים כדן שואל לאחר ימי מלאכתו, [מחנ"א שאלה ז' בשי' תוס' ושער משפט סי' קפ"ו סק"א], וי"א דלא מיפטר אלא לאחר שהודיע לבעלים שגמר לעשות מלאכתו, [מחנ"א שם בשי' רש"י ונתיחה"מ סי' קפ"ו סק"ב], ועיי"ש דהק' מ"ש מאומן דבלא אמר גמרתיו חייב, וכ' לחלק דבאומן הנידון לענין גו"א ובהא חייב להודיע כדי שישמרו הבעלים מגו"א ומשא"כ בשואל דהנידון לענין אונסים דלא מהני ע"ז שמירת הבעלים פטור אף בלא הודעה, וכ"כ בשער המשפט סי' קפ"ו סק"א והוסיף דאף באומן כל חיובו אי היה לו פנאי להודיע ולא הודיע דבכה"ג חשיב לפושע אבל בלא היה לו פנאי להודיע פטור, ועי' דברי משפט סי' קפ"ו ס"א משה"ק ע"ד, וע"ע ח"י רמ"ש ב"מ פ"א א'. ובעיקר נידון המחנ"א יל"ב להנתבא' לעי' טעם פטורא דשואל לאחר ימי שאילתו משום דאסור להשתמש בחפץ ואין כל הנאה שלו, אמאי בשאלו למלאכה פלוגית ולא הודיע חייב, הרי לאחר גמר המלאכה אסור בהשתמשות, [ול"ד לאומן דבעי' לומר גמרתיו דהתם חיובו מתורת ש"ש וכ"ז דלא הודיע חשיב תוך ימי שמירתו], וצ"ל דס"ל דיסוד חיובו שואל מחמת דחשיב כדידיה וכ"ז דלא דלא הודיע לבעלים על גמר השאלה עדיין עומד ברשותו ואף דאסור בהשתמשות, ועיי' ההודעה חשיב דהעמיד החפץ לבעלים, ומ"מ לא פקע מינה תורת שומר כיון דמחוייב בהשבת החפץ ליד הבעלים ועי'.

ה. שואל תוך ימי שאילתו לא מיפטר מאונסין אלא ע"י השבה ליד הבעלים, [ש"מ ס"ח], אבל בהודיע לבעלים גמרתיו לא נפקע חיובו וחייב באונסים, וכי המחנ"א שאלה ז' דהטעם משום דכ"ז דלא החזירו ליד בעלים אף דהודיע לבעלים על גמר השאלה עדיין יכול לחזור בו ולהשתמש וחשיב כל הנאה שלו, ולפי"ז כ' דבשואל סתם והודיע לבעלים על גמר השאלה כיון דא"י יותר להשתמש דינו כלאחר ימי שאילתו ופטור מאונסין, [וע"ע להלן בדין שואל סתם], ובעיקר דינא דהשו"ע דשואל תוך ימי שאילתה מיפטר לאחר שהחזיר לבעלים צ"ב מ"ש משומר דקיי"ל סי' רצ"ג ס"א [הובא להלן דלא מיפטר תוך ימי השמירה אף לאחר שהחזירה לבעלים, ויעוי' ר"ן ונמו"י צ"ט א' וריטב"א פ"א דפי' דשאני שואל דכל השאלה לטובתו משא"כ שומרים דהוא לטובת המפקיד.

ו. י"א דשואל לאחר משיכה קודם תחי"מ מיפטר בהודעה לחוד בלא חזרה ליד הבעלים, [חזו"א ב"ק כ"ג סקכ"ז בשי' הר"ן והי"א בנמו"י צ"ט]. ופי' החזו"א טעם דלא תקנו משיכה בשואל לענין דלא יהא מצי לחזור בדברים בלא השבה, אבל לאחר תחי"מ דהוי קנין גמור משתעבד שלא להחזיר החפץ אלא בהשבה ליד הבעלים, אמנם המחנ"א שאלה ז' פי' טעם הי"א דס"ל דשואל יכול לחזור אפי' תוך ימי שאילתו ותמה ע"ד מדינא דרפרס ולכך הכריע דלא כדבריהם ולעולם לא מצי השואל לחזור תוך ימי שאילתו אלא בהשבה ליד הבעלים, ולדבריו לי' מקור כלל לחזרת שואל במשיכה קודם תחי"מ.

ז. ש"ש לזמן קצוב לאחר ימי השמירה פטור מגו"א וחייב בפשיעה, [שו"ע סי' שמ"ג ס"ב], וי"א דחייב בגו"א כש"ש, [נתיה"מ סי' קפ"ו סק"ב בשם הריטב"א], וי"א דפטור לגמרי [מחנ"א שומרים י"ט בשי' התוס'], והנה מקורו דהשו"ע מאומן דלאחר שאמר גמרתיו חייב כש"ח וה"ה ש"ש לאחר זמנו דהו"ל כאומר גמרתיו לא מיפטר אלא מגו"א, ול"ד לשואל דחייב בגו"א דהתם הטעם משום הואיל ונהנה מהנה וה"ט לא שייכא בש"ש, [ביהג"ר א סק"ב], ובשטמ"ק פ"א הביא לקו' התור"פ אהא דאקשי' הא גמרתיו ש"ש ומאי קו' הא שואל לאחר ימי שאילתו נמי הוי ש"ש דהואיל ונהנה מהנה, ומשמעות דבריו דאף אומן חייב מדין הואיל ונהנה מהנה ולפי"ז ה"ה ש"ש, אלא דלתי' השטמ"ק שם הואיל ונהנה מהנה מוריד חד דרגא מחיובו ובאומן וש"ש דחייב בגו"א, לאח 4 ימי השמירה אין חייב מדין הואיל ונהנה אלא כש"ח וכדין הב"י. וברש"ש צידד דבאומן ושוכר אמרי' הואיל ונהנה מהנה אמנם כ' דלא כן תפסו הפוסקים ובטלה דעת. אמנם המחנ"א כ' דיל"ד דשומר שקבע זמן מתחילה הו"ל כאומר טול לאחר ימי השמירה ומיפטר לגמרי ול"ד לאומן דלא קבע זמן מתחילה, וכ"כ להוכיח בשי' התוס', והביא דבריטב"א פ"א מפורש כדברי הב"י דחייב בפשיעה כש"ח, ובנתיה"מ סי' קפ"ו סק"ב גרס בדברי הריטב"א בשמעתין דש"ש לאחר ימי השמירה עדיין תורת ש"ש עליו, ותמה ע"ד מ"ש משואל לאחר ימי שאילתו דפטור מאונסים, וכ' לחלק דשאני שואל דחיובו על ההשתמשות ולאחר ימי שאילתו אסור להשתמש, משא"כ ש"ש דחיובו על קבלת השכר כיון מקבל שכר על השמירה לאחר ימי שמירתו חייב בגו"א כש"ש, וצ"ע אמאי מקבל שכר על אחר ימי שמירתו הרי התנאי דמעיכא היה עד הזמן ההוא, ואמרו דאולי קבלת השכר הוא בתורת יורד וצ"ע, ויותר מסתבר דהוא אומדנא דכ"ז דלא בא המפקיד דעתו ליתן שכר אף על הזמן ההוא, ובעיקר ד' הנתיה"מ מבוא' דנקט דאי אין מקבל שכר לאחר ימי שמירתו פטור מגו"א, וכדבריו כן מבוא' ברבב"ד המובא בשו"ת הרשב"א ח"ג סי' נ"ב, אמנם הרשב"א שם פליג עליה ולפירושו דהש"ך סי' ע"ב סק"י ס"ל לרשב"א דש"ש חייב לשמור לעולם עבור הפרוטה שקיבל בתחילה עד שיחזירו לבעלים ולדבריו צ"ל דל"ד לשואל דחיובו עבור ההשתמשות ולאחר שכלה ימי שאילתו דאסור להשתמש תו' לי' לסיבת החיוב, משא"כ ש"ש דנתחייב עבור הפרוטה שבתחילה, ויל"ד בשוכר לאחר זמנו אי דינו כש"ש, ואמרו דתלוי בהאמור דלחנתי"מ דטעמא דש"ש משום דנוטל שכר אחר ימי השמירה א"כ בשוכר דאין מקבל שכר וכל חיובו בזמן השכירות משם ההיא הנאה דההשתמשות, לאחר ימי השכירות דינו כש"ח, משא"כ לסברת הרשב"א דש"ש מתחייב לעולם בהנאה דפרוטה ראשונה ה"ה דשוכר יהא חייב עבור ההנאה דמעיכא עד שיחזירנה לבעלים.

ח. ש"ח לזמן לאחר ימי השמירה י"א דפטור לגמרי, [מחנ"א שומרים י"ט], כן צידד בד' השו"ע ועיי"ש דאף דברי הריטב"א יל"פ דאייירי בש"ש לחוד, [ולג"ה הנתיה"מ הנ"ל בריטב"א דהוי ש"ש מפורש דאייירי בש"ש לחוד]. וסברת המחנ"א דש"ש שקבע זמן ודאי כונתו דאחר הזמן מסתלק מהשמירה דא"כ למאי קבע זמן, משא"כ ש"ש יל"פ קביעות הזמן דאין נוטל שכר לאחר הזמן, והעירו דלמש"פ השו"ע סי' רצ"ג ס"א דש"ח א"י לחזור תוך ימי שמירתו יל"פ קביעות הזמן דיהא יכול לחזור לאחר הזמן ואין מוכרח דכונתו ליפטר מהשמירה.

ט. ש"ש לאחר ימי שמירתו שאמר טול את שלך, י"א דפטור לגמרי [ש"ך סי' ש"ו סק"ב לפי' הנתיה"מ שם סק"ב, וסי' ע"ד סקט"ו], וי"א דחייב בפשיעה, [חי' רע"א סי' ק"כ ומחנ"א שומרים סי' כ' לשי' התוס' מ"ט א' וכ"פ התומים סי' ע"ד סק"ח], ושורש הדין דשו"ע סי' ש"ו ס"א פסק דאומן דדינו כש"ש שאמר טול את שלך פטור מגו"א וחייב בפשיעה, ומקורו

מב"מ פ"א ובראשונים הק' מב"מ מ"ט א' דמבוא' דמוכר שחזר מהמקח המעות שבידו הוי פיקדון ואם אמר טול את שלך פטור, ותי' ב' דרכים, תוס' פי' דשאני ש"ש מש"ח דש"ש שאומר טול את שלך מפרשי' כונתו ליפטר מגו"א ולא ליפטר לגמרי, משא"כ ש"ח שאומר טול כונתו ליפטר לגמרי, ובתורא"ש ונמו"י פי' דשאני אומן דתפיס אאגריה ובוה מפרשי' כונתו באמירת טול דאין רצונו ליפטר מהשמירה אלא דאינו תופס על שכרו ומשא"כ בשאר שומרים מפרשי' אמירת טול ליפטר מהשמירה לגמרי, וכ' הגרע"א סי' ק"כ דנפק"מ בין הדרכים לענין ש"ש שאמר טול דלתוס' חייב בפשיעה ולשאר ראשונים פטור, והש"ך בסי' ש"ו כדפי' הנתייה"מ שם פסק כסברת התורא"ש ולדבריו ש"ש שאמר טול פטור לגמרי, והתומים סי' ע"ד סק"כ פסק כתוס' והביא דכ"ה מפורש בשו"ע סי' קצ"ח סט"ו, וכן פי' הגר"א סי' קצ"ח סקכ"א ד' השו"ע שם, ובביהגר"א סי' ש"ו סק"א תי' קו' הראשונים דהתם איירי שאמר טול את שלך ואיני שומרו עוד דבכה"ג פטור לכו"ע, וע"ע היטב בביהגר"א סי' ק"כ סק"ו.

ע"ע ש"ך סי' ע"ב סק"י דהביא שו"ת הרשב"א ח"ג סי' נ"ב דשומר על המשכון דדינו כש"ש נעשה לש"ש כ"ז היותו אצלו אפי' אחר שפרעו עד שיחזירונו לבעליו, והביא קו' המהרשד"ם מ"ש מאומן דמהני אמירת טול ליפטר, וכ' לחלק בין אומן לש"ש, ונחלקו הקצוה"ח סק"ד והנתייה"מ סק"ז בביאור דבריו, הקצוה"ח הבין דקו' המהרשד"ם אמאי לא מהני טול במשכון, וע"ז כ' הש"ך לחלק דבש"ש לא מהני טול, והקצוה"ח נחלק עליו דאף בש"ש מהני טול אלא דה"מ היכא דהיה ביד המפקיד ליטול הפיקדון והרשב"א איירי דלא היה ביד בלוה ליטול המשכון דדחאו הלוה למחר, אולם הנתייה"מ פי' הקו' מ"ש מאומן דמהני גמרתיו וע"ז תי' הש"ך דבחזרת המעות ל"ח לגמרתיו ולעולם אמירת טול מהני אף להש"ך בש"ש.

י. ש"ש שאמר טול את שלך ואיני שומרו עוד פטור לכו"ע אפי' מפשיעה, [רמ"א סי' ש"ו ס"א וסמ"ע שם סק"ד], ובקצוה"ח סי' קצ"ח סק"ה פי' משום דבפיקדון אין הנפקד חייב בהשבה כגזלן אלא כל היכא דאיתיה ביד בעלים הוא והמפקיד הוא שהולך לבית השומר לקבל פיקדונו הלכך יכול לומר לו בא וטול את שלך, [והדברים מפורשים ברמב"ן ר"ן וריטב"א מ"ח א'], ובנתייה"מ שם סק"ו פי' דטול חשיב לנתינה ונתינה בע"כ בפיקדון שמה נתינה, והנה יעוי' רמ"א סי' רצ"ג ס"א באמר לו להביא הפיקדון למקום מסויים והמפקיד הלך לו ה"ז באחריות הנפקד, ונחלקו שם הע"ש והסמ"ע סק"ג והקצוה"ח שם אי איירי דהמפקיד אמר לנפקד או דהנפקד אמר למפקיד, וילע"י להסמ"ע דאיירי דהנפקד אמר להמפקיד אמאי לא מיפטר מדין טול את שלך, ויעוי' מרדכי גיטין [דהוא מקור האי דינא], דמפורש בדבריו דלא מהני טול אלא כשהנפקד מזומן בידו החפץ ליתן לבעלים אבל התם שלא היה מזומן בידו אלא היה צריך לילך לביתו להביאו לא סגי באמירת טול, וע"ע פ"ת סי' שמ"ג סק"א.

בהאי ענינא דחיוב השבה בפיקדון יש להוסיף בזה דברים דהנה הקצוה"ח שנה משנתו בסי' פ"ו סק"ד ובמשובב דכ' דלי' שעבודא דר"נ גבי פיקדון כיון דברשות בעלים הוא ולי' עליה חיוב השבה, וכ"כ בסי' ש"מ סק"ד דבספק מתה מ"מ ספק מחמת אונס כיון דלי' חיוב השבה הו"ל א"י אם נתחייבתי, אמנם הנתייה"מ סי' פ"ו סק"א נחלק ע"ד דאי' חיוב השבה, ושייך ע"ז שעבודא דר"נ [וה"מ כשהחפץ בעין אבל כשאינו בעין אין חובת התשלומין משום חיוב ההשבה ומדין מ"ל הן מ"ל דמיהן אלא חיוב חדש ובוה יישב קו' הקצוה"ח מכתובות ע"י], והנה פשוט דאף להנתייה"מ אין טרחת ההשבה מוטלת על השומר אלא דס"ל דכשהחפץ בעין מחיובי השמירה להעמיד החפץ עבור הבעלים לחזרה והלכך שייך ע"ז שעבודא דר"נ, [ומה"ט מהני נמי אמירת טול דחשיב כנתינה וכדפי' הנתייה"מ קצ"ח ו' כיון דלי' חיוב נתינה ליד הבעלים], והקצוה"ח פליג דלי' חיוב על השומר להעמדת החפץ, ובאחרונים על הקצוה"ח ממשה ערוכה ב"ק קי"ח א' האומר לחבירו כו' הלוינני כו' וא"י אם החזרתי לך חייב לשלם ומבוא' דאי' חיוב השבה עלה שומר ולכן באיני יודע הו"ל א"י אם נתחייבתי וצ"ל דכשהחפץ בעין כיון דאסור לו לעכב החפץ לעצמו הלכך כשהספק אי מעכבו לעצמו או שהחזירו ודאי דחשיב א"י אם פרעתיך וכל דברי הקצוה"ח כשהחפץ אינו בעין וחייבו בתורת תשלומין בזה כשהנידון לסיבת המיתה הו"ל א"י אם נתחייבתי, ומה דתלה ליה הקצוה"ח בהא דכשהחפץ בעין לי' חיוב השבה היינו משום דאם חיובו בעין היה מדיני השבה אף לאח"מ יסוד חיובו הוא מדיני השבה ותו הו"ל א"י אם פרעתיך, והנתייה"מ דפליג ס"ל דנהי דמחיים חיובו הוא מתרת השבה וכגזלן, מ"מ לאח"מ פקע חיוב השבה ואינו אלא חיוב תשלומין לחוד.

יא. שואל לאחר ימי השאלה שאמר טול פטור, [מחנ"א שומרים סי' כ' וביהגר"א סי' ק"כ סק"ו], ובד' המחנ"א משמע דאין כונתו דפטור לגמרי אפי' מפשיעה אלא דפטור מגו"א לחוד, דלענין חיוב גו"א דיסודו חיובו משום הואיל ונהנה מהנה דינו כדין אומן וש"ש דבאמירת טול נעשה לש"ח משא"כ חיוב פשיעה דיסודו משום חובת השבת החפץ וכמש"כ הריטב"א פ"א לא מצי ליפטר אלא בהשבה ליד הבעלים ועי', אמנם בביהגר"א מפורש דפטור לגמרי אפי' מפשיעה ול"ל לסברת הריטב"א דחיוב השבה

שואל מחייב בפשיעה, [וכמבוא' מראיתו משמעתין דהונא מר בר מרימר רמי מתני' אהדי ולא מפרקי דשאני שואל דחייב בהשבה].

יב. שואל ושומרים לזמן שאינו קצוב י"א דאף באמר טול חייב בגו"א [פ"ת סי' שמ"ג סק"א בשם הר"ר משה רוטנבורג], וי"א דפטור, [ערך שי שם משמיה דהריטב"א], ובפ"ת פי' סברת הרמ"ר דס"ל דכשם שאינה נכנסת לרשות השומר עד שיעשה בה קנין ה"ה שא"י מרשותו אלא בחזרה ליד בעלים, ול"ד לשומר שקבע זמן דהתם הקנין היה מתחילה עד הזמן ההוא, ואע"ג דבאומן נמי מהני אמירת טול אף דלי' קביעות זמן צ"ל דהתם חשיב קביעות הזמן עד לגמר המלאכה, ולפי"ז ה"ה בשואל למלאכה מסויימת חשיב קביעות הזמן עד לגמר המלאכה ויהני אמירת טול ליפטר מאונסים וכמשי"כ המחנ"א שאלה ז', אמנם ילע"י מ"ש מחזרת מקח דמהני אמירת טול אע"ג דלא היה קביעות זמן, ואולי דהתם שאני דמתחילה לא נחית אדעתא דשמירה, ובעיקר ד' הרמ"ר ילע"י למאי דקיי"ל דמהני הנח לפני בשומרים אמאי לא יהני נמי אמירת טול מידן סילוק, ועי'.

יג. הפקיד אצלו לזמן ידוע א"י הנפקד להכריחו ולקבלו תוך הזמן, [שו"ע סי' רצ"ג ס"א], וי"א דיכול השומר לחזור באמצע הזמן, [חי' רע"א בשם הרשב"א קידושין י"ג, ובחזו"א ב"ק סי' כ"ג סקכ"ו כ' דהוא ספיקא דדינא], וברשב"א הק' לשי' הראב"ד [דהוא מקורו דהשו"ע], מ"ש מפועל שחוזר באמצע היום, ונאמרו באחרונים כמה דרכים בשוב שי' הראב"ד, א. הקצוה"ח סק"ב ובסי' ע"ד סק"א והחת"ס סי' רצ"ג פי' דחייב האחריות אינו מחמת חובת השמירה אלא חיוב בפ"ע ונהי דמצי לחזור מחיוב השמירה וכפועל מ"מ לא מצי לחזור מחיוב האחריות, ולפי"ז בשמירה בבעלים וכיוצ"ב דפטור מתשלומין מצי לחזור תוך הזמן מחיובי השמירה, [והעירו לשי' הר"מ דפשיעה חיובו מתורת מזיק מחמת קבלת השמירה, א"כ כשחוזר משמירתו יפטר מפשיעה ועי'], ב. המחנ"א שומרים י"ח והתומים סי' ע"ד סק"ו [ציינו הגרע"א סי' רצ"ג], כ' לחלק בין שי"ח לשי"ש דשי"ש דצריך לישב ולשמר דינו כפועל, משא"כ שי"ח דא"צ לישב ולשמר ל"ח לפועל וכל דינא דהראב"ד בשי"ח לחוד, [והעירו דלפי"ז שוכר ושואל דלא נשתעבדו לשמירה נהי דחייבין השמירה מחמת קבלת החפץ להשתמשות מ"מ אין גופן משועבד כעבד ויכולין לחזור], ג. בנחל יצחק סי' ע"ד ס"ג פי' דס"ל לראב"ד דשומר דינו כקבלן וקבלן בקנין א"י לחזור, [ועיי"ש דלהסוברים דשומר א"צ משיכה וחיובו מדין ערב יכול לחזור קודם משיכה], ובחזו"א ב"ק סי' כ"ג סקכ"ו נקט דהרשב"א נמי ס"ל דשומר דינו כקבלן ופי' קושיתו דהרשב"א דקבלן נמי חוזר בו אלא דידו עה"ת ובשי"ח לי' נפקותא בדין ידו עה"ת ולפי"ז בשי"ש אף להרשב"א מנכה לו משכרו [והעירו דכל דבריו שייכא קודם משיכה אבל לאחר משיכה ד' רוב ראשונים דקבלן בקנין א"י לחזור כמשי"כ הש"ך סי' של"ג סק"ד].

ע"ע סמ"ע סי' ע"ד סק"ח במוסגר דיתכן דכ"ד המחבר לא מהני חזרה תוך הזמן הוא רק לענין חיובי פשיעה אבל לענין ליפטר מגו"א מהני חזרה, אמנם בסי' כ' סק"י חזר בו דלא מהני חזרה כלל.

יד. המפקיד יכול לתבוע פקדונו אפי' תוך הזמן, [פ"ת רצ"ג סק"ב בשם הגליא מסכת סי"ג], והעירו דמראיתו מדברי הסמ"ע סי' רצ"ב סקט"ז מבוא' דאירי אף בשי"ש, וצ"ע היכי מצי לחזור תוך הזמן, [ונהי דשי"ש י"א דחוזר היינו משום דדינו כפועל אבל בעה"ב דינו כקבלן כמבוא' ברמ"א של"ג ס"ד], ובר"ן ונמו"י צ"ט הביאו פלוגתת ראשונים אי בשי"ש מצי הבעה"ב לחזור אחר משיכה, אמנם משמע דכל הנידון קודם תח"מ אבל לאחר תח"מ לכו"ע נשתעבד הבעה"ב לשכרו וא"י לחזור, וצ"ע.

א. השוכר פרה מחבירו והשאלה לאחר ומתה, אפי' ראו הבעלים למיתה השואל משלם לבעלים הראשונים שאין הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו, [סי' ש"ז ס"ה]. הנה נחלקו הראשונים בטעם האי דינא, שי' תוס' דהטעם משום דמחלי הבעלים לשוכר על השבועה והבאת העדים ונשאר השוכר מחויב לבעלים וכיון דחייב לא מצי לגבות מהשואל, וכדאמר' ונימא ליה משכיר לשוכר דל אנת כו', ולפי' בראו הבעלים המיתה דא"צ השוכר שבועה והבאת עדים השואל משלם לשוכר, אולם שי' הרי"ף ורא"ש ורוב ראשונים דטעמא דר"י משום דהשוכר שלוחו של הבעלים להשאל, ולפי' אפי' בראו הבעלים המיתה השוכר משלם לשואל, וכ"פ הטור והובא בסמ"ע סק"ו וכ' הש"ך סק"ג דכן עיקר. והנה יעוי' חי' הגרע"א ל"ה ב' דנסתפק בשואל בבעלים והשאל שלא בבעלים דהראשון פטור אי משלם השני לראשון או לבעלים וספיקו שם אף לר"י דכיון דמיפטר הראשון משבועה לא מצי הבעלים למימר דל אנת ודל שבועתך והדר דינא כחכמים דהשני משלם לראשון, ופשוט דכל ספיקו לתוס' אבל לשאר ראשונים דטעמא דר"י משום דהראשון שלוחו של הבעלים להשאל, בכל ענין משלם השני לבעלים, ולמשי"כ הש"ך דקיי"ל כהראשונים ודלא כתו' ל"ש ספיקו דהגרע"א.

ב. אמרו הבעלים לשוכר אם תרצה תשאלנה ויהיה דיני עמך ונאנסה השוכר פטור והשואל משלם לשוכר, [שו"ע שם]. כ"כ הרא"ש ובביהגר"א ציין להרשב"א ור"ן ומקורם מהא דשו"ט ר"ז ושאר אמוראי בדין פעמים משלם כמה פרות כו' ולא מסתבר דשו"ט אליבא דחכמים לחוד דקיי"ל דלא כותיהו אלא אף לר"י ובע"כ דאף לר"י משכח"ל שהשואל משלם לשוכר והיינו באופן הנ"ל, [והתוס' לשי' פי' דר"ז איירי בראו הבעלים המיתה שהרי היה ברשותם], אמנם הרי"ף השמיט לדינא דר"ז וכ' הראשונים דס"ל דאפי' בראו הבעלים המיתה פטור הלכך לא מתקמא דינא דר"ז אלא כרבנן, אבל להל' דקיי"ל כר"י ל"י נפק"מ בדין זה, וצ"ע דעדיין נפק"מ בא"ל אם תרצה תשאלנה כו' ומשמע דהרי"ף פליג וס"ל אף בכה"ג פטור, וס"ל להרי"ף דטעמא דר"י דהשוכר ל"ק כלל לחפץ ול"ל כוח להשאלו עברו הלכך אף בנתן לו הבע"ב רשות להשאלו לא אהני לאשווי השוכר למשאל, וכ"מ בהגהות אמרי ברוך, אמנם מסתימת הש"ך והגר"א משמע דאף להרי"ף מהני כה"ג.

וטעמא דהשו"ע דמהני תנאי דהבעלים יעוי' בקצוה"ח סק"ב דהו"ל כאומר קני פרה זו להשאלנה לאחרים דקני כדקל לפירותיו, וצ"ב אי בתנאי דהבעלים חשיב השוכר לבעלים לענין בעלי עמו, ומד' חכמים דס"ל דהשוכר חשיב בעלי דהשואל כמבוא' צ"ו ב' ל"י למשמע לר"י דיתכן דלרבנן קני השוכר לגמרי וכ"ד הקצוה"ח הוא לר"י דלא קני השוכר החפץ לגמרי **ובעיקר** פירושא דהקצוה"ח כן פי' החזו"א ב"ק סי' ח' סק"ה סברת חכמים, אבל הגרע"א והפנ"י פי' סברת חכמים דקני השוכר לפרה בשעת מיתה לגמרי ולדבריהם יתכן דהוא נמי גדר התנאי לר"י

ג. אמרו הבעלים לשוכר אם תרצה תשאלנה ויהיה דיני עמך, וחזר והשאלו לבעלים חייב הבעלים לשלם לו ולהעמיד לו בהמה אחרת לכל ימי השכירות, ופעמים שמשלם בהמות הרבה, [ש"ך סק"ד], ויעוי' נתיב"מ סק"ג דה"מ בהשכיר לו פרה סתם אבל פרה זו א"צ להעמיד לו עבור ימי השכירות פרה אחרת אלא מנכה לו דמי השכירות, אמנם המהרש"א ל"ה ב' נקט דאף בפרה זו חייב להעמיד לו פרה אחרת עבור השכירות ועי' קרני ראם שם.

ד. י"א דבנתנו הבעלים רשות לשוכר להשאל השואל משלם לשוכר, [נמו"י ב"ק ט' א' מדפי הרי"ף ורמ"א סי' שס"ג ס"י], וי"א דאפי' בנתנו רשות השואל משלם לשוכר, [ש"ך סי' ש"ז סק"ב, וביהגר"א סי' שס"ג סק"ל וקצוה"ח שם סק"ח ומחנ"א שכירות י"ט], הנמו"י נקט דכ"ד דר"י בהשאל שלא ברשות אבל ברשות חשיב בעלים על השאלה, ועפ"י כתב דהשוכר בית והשכירו לאחרים ביותר משכרו אם היה לו רשות להשכירו המותר שלו ואם לאו המותר למשכיר, ובקצוה"ח ובביהגר"א סי' שס"ג הק' דבשמעתין ל"ו א' מפורש דר"י איירי אף בנתנו לו הבעלים רשות ולכך כ' הקצוה"ח לחלק דשאעני משכרי בית דהריוח אינו על גוף הבית אלא על השימושים וכיון דהשימושים שייכא לשוכר שפיר הריוח שלו כשנתנו רשות להשכיר משא"כ בשמעתין דהנידון על גוף הפרה בזה ס"ל לר"י דכיון דל"ל קנין בגויה השואל משלם לבעלים, והנה בסמ"ע סי' ש"ז סק"ה פי' כונת השו"ע שם בשוכר שעבר על ציווי חכמים והשאל לאחרים, ובמנחת פיתים שם הביא לשו"ת מהרי"א הלוי ח"ב סי' ע"ז דנקט בד' הסמ"ע דפסק להנמו"י דכ"ד דהשו"ע בהשאל שלא ברשות אבל ברשות השואל משלם לשוכר, אמנם המנחת פיתים שם נחלק ע"ד עיי"ש.

ע"ע מחנ"א שכירות י"ט דצידד דכל דברי הנמו"י בשכר מהבעלים בפחות משויו והשכיר לאחרים בשויו אבל בשכר מהבעלים בשויו והשכיר לאחרים ביותר משויו הריוח לשוכר.

ה. שוכר שמסר לשואל ואירע פשיעה רצה מזה גובה רמ"ג, [ש"ך סי' רצ"א סקמ"א בשם היש"ש ונתייה"מ שם סקכ"ז], וי"א דהשוכר גובה מהשואל והבעלים גובים מהשוכר [פ"ח ב"מ פ"ח סי' ג' או' ו' בשי' הרא"ש], ביש"ש מבוא' דטעם הדין משום דינא דר"ח דהגוזל ובא אחר ואכלו רמ"ג רמ"ג, ומשמע דבלא האי דינא ל"ה מצו הבעלים לגבות מהשואל, אמנם הנתייה"מ פליג דדינא דר"ח לא שייך כלל לנ"ד דשאני התם דהשני שאכלו חייב לבעלים מדין מזיק משא"כ הכא דהחיוב משום קבלת השמירה אין השני נתחייב בשמירה לראשון אינו חייב לראשון ומצי למימר לבעלים לאו בע"ד ידי את, אלא פי' דהבעלים גובין מהשואל מדינא דר"י דכיון דס"ל דהשואל משלם לבעלים משום דחשבי' ליה כשאל מהבעלים הלכך אף כשהראשון חייב עדיין אית ליה זכות תביעה מהשואל, ובד' היש"ש מבוא' דפליג בתרתי אנתיה"מ חדא דלא מהני לגבות מדינא דר"י בלאו הלכתא דרמ"ג, ותו דשייך דינא דרמ"ג אף בשומרים, ובאמת דהדברים מפורשים במרדכי ריש פ' הגוזל ומאכיל דהוא מקורו דהיש"ש ונתבא' לעי' דס"ל למרדכי דכל יסוד דינו דר"י הוא משום דינא דרמ"ג, וכ"ה בריטב"א ועי' במצוין לעי' בביאור דבריהם, והנה הגרע"א בדו"ח מכת"י סי' ע"ב ס"ג נקט נמי להאי דינא דרמ"ג רמ"ג, והוסיף לחדש דדין בעליו עמו יקבע נמי לפי תביעת הבעלים דאי תובע הראשון חשיב ה' בעלים דהשואל ואי תובע השואל חשיב ה' בעלים לבעליו דהשואל, ובה' כ' ליישב שי' ה"ט"ז סי' רצ"א סכ"ג דשי"ש שמסר לבעלים בתורת ש"ח כיון דהשי"ש עדיין חייב בגו"א חשיב מסייע לבעלים בשמירה ומיפטר הבעלים מדין בעליו עמו ואם יארע פשיעה השי"ש חייב, והק' הגרע"א מדינא דר"י דהשוכר ל"ח לבעליו עמו וא"כ בנידון ה"ט"ז נמי ל"ש לדון דהשי"ש חשיב לבעלים דהש"ח, ותי' עפ"ד דתביעת הבעלים קובעת אי השני שומר דהראשון או דהבעלים, ודבריו צ"ב להנתבא' בראשונים דטעמא דר"י משום דהראשון שלוחו דהבעלים להשאל היכי תביעת הבעלים מצי לשנות דין בעליו עמו, ולהמבוא' ברשי"מ מ"ב ב' דעיקר חיובו דהשואל הוא להשוכר אלא דהבעלים עומדים לתבוע במקום השוכר יש מקום לחילוקו דהגרע"א, [העירו].

הפ"ח הנ"ל הוכיח מדברי הרא"ש שם דכשהראשון חייב לבעלים אף לר"י השני ישלם לראשון והראשון לבעלים, ונפק"מ דהראשון חשיב בעליו דהשני לענין בעליו עמו, ופי' הטעם דעיקר פלוגתתו של ר"י משום כיצד הלה עודה סחורה כו' וה"ט לא שייכא אלא כשהראשון מרויח אבל כשהראשון תובע השני בכדי לשלם לבעלים ל"ח דעושה סחורה בשל חבירו, אמנם הק' דהראש סתר דבריו במש"פ ב' המפקיד טעמא דר"י משום דהראשון שלוחו דהבעלים דלהאי טעמא בכל ענין נידון השואל כשואל דהבעלים, [ועי' במצוין לעי' דבראש בסוגי' דבקרא מדוקדק כדבריו ב' השואל].

ו. גוי שהפקיד אצל ישראל ומסרו הראשון לישראל אחר הראשון פטור והשני ישלם לראשון [כן העלה הערך שי' ע"ב ס"ח מדברי השו"ע שם], וטעמו דכיון דאין שמירה לעכו"ם הראשון פטור והשני משלם לראשון דהוי שומר דישלם ועד כאן לא פליג ר"י דמשלם לבעלים אלא כשהבעלים מצו לגבות מהשני אבל הכא דהבעלים גוי ולא מצי לגבות מהשני שפיר חשיב שומר דהאי, ועי' ישועות ישראל סי' ע"ב ס"ח וחזו"א ב"ק סי' י' סק"ד.

ז. ש"ח שמסר לש"ש ונגנב או נאבד י"א דהשי"ש משלם לבעלים, תוס' ב"ק י"א ב' ד"ה לא מבעיא ושתמ"ק שם, רש"י ותוס' ב"מ מ"ב ב', ריטב"א ל"ה ב', וי"א דהשי"ש משלם לש"ח, [שבוי' ח"ג סי' קמ"ח הובא בפ"ת שם וחת"ס ב"מ ל"ה ב'], וטעמם דהראשונים הנ"ל דכה"ג הוא נמי בכלל דר"י דאין אדם עושה סחורה בפרתו של חבירו, [ולחכמים אף בכה"ג משלם השי"ש לש"ח, אמנם הרש"ש במתני' ל"ה ב' נקט דאף חכמים מודו בשי"ש שמסר לש"ח עיי"ש טעמו ועי' ח"י רמ"ש ל"ה א'], והשבוי"י ס"ל דלא אמרי' לכלל דאין אדם עושה סחורה אלא היכא דריוח השוכר הוא מגוף הפיקדון אבל בשי"ש שמסר לש"ש דשי"ח משלם מכיסו ל"ח דהריוח מגוף הפיקדון ואינו עושה סחורה בשל חבירו אלא בדידיה, [ועיי"ש בשבוי"י דהוכיח כן מהא דלר"י ל"ז א' מודה ר"י אף בראשונה שכבר שילם והיינו דבכה"ג חשיב עושה סחורה בשל], עוד נחלקו הראשונים בשי"ח שמסר לש"ש להסוברים דמשלם לבעלים אי הבעלים משלמים דמי השמירה לש"ח כדן יורד, ועי' פ"ת שם.

ח. שוכר שביטח הדירה ונשרף הבית צריך לעשות פשרה על דמי ביטוח, [שו"ת שו"מ מהד"ת ח"ג סי' קכ"א ואו"ש פ"ה משכירות ה"ו]. ונתבא' שם שורש הדין דלר"י דאין אדם עושה סחורה בשל חבירו שורת הדין דהמשכיר יקבל כל דמי הביטוח אלא די"ל דכ"ד דר"י הוא רק כשריוח השוכר הוא מגוף השמירה אבל הכא שהשוכר שילם מכיסו הוי חוב ממון בפ"ע, ולכך יש לעשות פשרה [ועי' ד' רש"י מ"ב ב'], ויש להוסיף דאף להראשונים דשי"ח שמסר לש"ש השי"ש משלם לבעלים ולא אמרי' דהוא סחורה דהשי"ח כיון דמשלם מכיסו, שאני התם דתשלום השי"ש הוא מחיובי השמירה משא"כ בביטוח דאין התשלום שייך כלל לחיובי השמירה אלא חוב ממון בפ"ע, ובמנחת פיתים סי' ש"ז ס"ה האריך דהביטוח לשוכר לחוד, עיי"ש.

סי' רצ"א סכ"א - כ"ו, סי' ש"א ס"א, סי' ע"ב ס"ל ל"א

א. כל המפקיד ע"ד אשתו ובניו ומפקיד ואם אירע אונס נשבעים ופטור, ולענין פשיעה יבוא' להלן, [סי' רצ"א סכ"א]. ומשמעות הדברים דרשאי נמי למוסרם לכתחילה דהוי כאילו התנה מתחילה דהוא ע"ד למסור לאשתו וב"ב, ונחלקו הראשונים והאחרונים בגדר המסירה לאשתו ובניו אי גדרו דמשמרים עבורו ולפי"ז אינו מסתלק כלל משמירתו וכן אינהו לא נעשים שומרים כלל עבור הבעלים אלא עבור השומר או"ד גדרו דמסתלק משמירתו וחיובו, והשני נעשה בע"ד של הבעלים, [ויש דרך נוספת דמתחילה לא נעשה לשומר אלא עד שיעבירו אליהם וכדינא דברזילאי להלן], ונפק"מ לענין פשיעה כדלהלן סכ"ד, וכן לענין אונס אי מצו למימר לבעלים לאו בע"ד ידידי את לענין שבועה, וכן נפק"מ בהחזירו החפץ לראשון אי חייב לקבלו, וכן בראה הראשון שפושעים בשמירה אי חייב להציל החפץ, ועוד נפק"מ בקיבלו החפץ שלא בתורת שמירה, ויבוא' כ"ז להלן.

ב. ש"ש שמסר לאשתו ובניו י"א דחייב [ב"י בשם הריטב"א, וש"ך סקכ"ז בשם מהרש"ך], וי"א דפטור [ש"ך שם בשם מהר"י הלוי, ובסי' ע"ב ס"ק קל"ו בשם הנמו"י ותלמידי הרשב"א ונתיה"מ סי' שמ"ו סק"ג], ויעוי' בש"ך ובקצוה"ח סק"ו דנידון זה תלוי בפלוגתת הר"מ ורי"ו בדין ש"ש שמסר לש"ח שרגיל להפקיד אצלו דלהר"מ פושע הוא וחייב ולפי"ז ה"ה באשתו וב"ב, ולהר"י פטור אפי' בממעט בשמירתו וה"ה באשתו וב"ב, אולם הביא הקצוה"ח לריטב"א דיתכן דאשתו וב"ב עדיפי דאימתו מוטל עליהם ושומרים כש"ש ולפי"ז אף להר"מ פטור, ובסקי"ב כ' הקצוה"ח דלפמ"ש שם סי' הר"מ דברועיה גרעיה לא מצי השני לברר בשבועתו עבור הראשון כיון דהשני אין חייב אלא בשבועה שלא פשע, ה"ה דבמסר לאשתו וב"ב לא יהני שבועתם לפטור, ומשמע דלפוס האי סברא לא יהני סברת הריטב"א דחשיבי לש"ש דאימתו מוטלת עליהם, והיינו דנהי דשומרים כש"ש מ"מ כיון דלא קיבלו ע"ע שמירה מגו"א לא מצי ליטבע ע"ז ובעיקר ד' הריטב"א הק' הקצוה"ח דהריטב"א לא קאמר דבריו אלא לס"ד, [והריטב"א שם הוא במיוחס והריטב"א שהביא הבי"י הוא ריטב"א החדשים], ובחזו"א סי' ה' סק"א הק' ע"ד דהריטב"א איירי למסקנא, וכפשוטו כל נידון הנ"ל הוא לענין לחייב הראשון בפשיעת השני אבל לענין גו"א כיון שהשני לא נתחייב בזה לכו"ע הראשון חייב, וכ"כ הנחלת צבי בסוף השו"ע והביא כן משו"ת דברי ריב"ז סי' ר"ז [המצויין בש"ך] ומשו"ת ושב הכהן סי' ט"ז ומשו"ת חת"ס סי' קס"ח ונתיה"מ סקכ"ג, אמנם ברשב"א ל"ו א' מבוא' דבמסר לאשתו וב"ב פטור אפי' מגו"א [ועדיפא מש"ש שמסר לש"ח אליבא דרב] ולפי"ז יל"ד דאף הרי"ו קאי בהאי שיטתא וס"ל דפטור לגמרי אפי' מגו"א, [אמנם בדברי הש"ך סי' ע"ב ס"ק קל"ו מבוא' דדן לענין חיוב פשיעה לחוד דהביא לתלמידי הרשב"א המובא בב"י סי' רצ"א דס"ל דרשאי ש"ש למסור לאשתו וב"ב ובדבריהם מפורש דהראשון חייב בגו"א].

ע"ע קצוה"ח שם דבנידון המהרש"ך במסרו למשרת חשיב כש"ש שמסרו לבני ביתו ש"ש כיון דהמשרת בא בשכרו ומהני לכו"ע, ובד' המהרש"ך דס"ל דחשיב לש"ח ע"י בפ"ת סי' ש"ג סק"א בשם המחנ"א שומרים סי' ל"א דמשרת חשיב לש"ח כיון דלא נקיט שכרו בשביל השמירה אלא בשביל שירות הבית.

ג. מסרו לבניו הקטנים חייב אפי' באירע אונס לבסוף דתחילתו בפשיעה וסופו באונס [שו"ע ונתיה"מ סק"ז] ואם מסרו המפקיד בשוקא רשאי למוסרו לבניו הקטנים שאני אומר שלא עלתה ע"ד שישמרם בעצמו כ"ז היותו בשוק, [קצוה"ח סק"ז מהירושלמי], ונהי דמסירתו לקטנים חשיב לפשיעה מ"מ הוי כמתנה דפטור במסירתו לקטנים, ובקצוה"ח הביא מהריטב"א דכ"ד הירושלמי בש"ח אבל בש"ש אמרי' דלהכי יהביה אגרא דלינטרינהו שפיר. והנה השו"ע כ"ל מסירה לבניו הקטנים בהדי מסירה לאחר, דבתריויהו פושע הוא וחייב, והק' הגרע"א בזאת ליהודה מ"ב ב' דל"ד כלל קטנים לאחר דבקטנים הוי פשיעה בעצם המסירה ולכך חייב אף על אונסים מדין תחילתו בפשיעה, משא"כ מסירה לאחר לא חשיבה המסירה עצמה לפשיעה ואינו חייב מדין תח"ב וסופו באונס.

ד. החזיר הנפקד הפיקדון לאשת המפקיד י"א דפטור [מרדכי ורמ"א סי' רצ"א סכ"א], וי"א דה"מ בהחזיר לאשה הנו"נ בתוך הבית [ש"ך סקכ"ח וסי' ע"ב ס"ק קל"ו ומקורו מתשו' הרשב"א] וי"א דחייב בכל ענין, [ביהגר"א סי' ק"כ סק"ז], ושורש הדין דברמ"א סכ"א פס' לת' מהר"ם במרדכי דכי היכי דאמרי' כל המפקיד ע"ד אשתו ובניו ומפקיד ה"ה לענין חזרה מהני חזרה לאשת המפקיד, אמנם בסי' ש"מ ס"ח פ' הרמ"א לשו"ת הרשב"א דשואל שהחזיר לאשת המשאיל חייב, וכן בסי' ע"ב סל"א פ' השו"ע דבהחזיר המשכון לבנו של הבעלים חייב, והק' הפוסקים בסתירת ההלכות ונאמרו כמה חילוקים, הסמ"ע סי' רצ"א סקל"ב ובסי' ע"ב סקצ"ח כ' לחלק בין ש"ח למשכון ושואל דשאני שואל שכל הנאה שלו וחייב בשמירה מעולה וכן

משכון דדינו כש"ש וחייב בשמירה מעולה ובכח"ג לא מהני השבה אלא ליד המשאיל, משא"כ ש"ח דאין חייב אלא בשמירה מפשיעה, ועוד כ' לחלק שם בין שואל ומשכון דקני ליה וכשמחזיר החפץ צריך להקנותו לבעלים ולזה לא סגי בחזרה ליד אשתו ובניו דאין להם יד לקנותו, משא"כ ש"ח דא"צ להקנות החפץ בחזרתו לבעלים מהני חזרה אף ליד אשתו ובניו, ונפק"מ בין הדרכים בש"ש, דלדרך הא' ש"ש דינו כשואל כיון דחייב בשמירה מעולה וכשמחזיר ליד אשתו ובניו מגרע בשמירה משא"כ לדרך הב' ש"ש דינו כש"ח כיון דאינו קונה החפץ וא"צ להקנותו לבעלים בחזרתו, והעירו דכל מקורו דמהר"ם דמהני חזרה לאשתו ובניו הוא מדינא דכל המפקיד כו' והתם הרי מצי למוסרם אף בש"ש דמגרע לשמירתו וכמש"כ הש"ך סק"ז, וצ"ל דשא"ה דמוסרם לאשתו ובניו לשמירה ובה אף בש"ש אמדי' דעתו דמפקיד ע"ד אשתו ובניו, משא"כ כשמחזיר לאשת המפקיד דאינו בתורת שמירה אלא בתורת חזרה ובכח"ג פשוט דלא אמרי' דע"ד אשתו הוא מפקיד אלא בש"ח דכשמוסרו לאשתו אינו מגרע בשמירתו ועי', **ובתומים** סי' ע"ב סקמ"ח ובנתיח"מ סי' ש"מ סק"ג כ' לחלק ע"ד הסמ"ע בין ש"ח ושואל אמנם פי' החילוק בע"א דחזרה לאשת מפקיד מהני מדין שומר שמסר לשומר שרגיל להפקיד אצלו והלכך ה"מ ש"ח דלא מגרע לשמירתו אבל ש"ש ושואל דמוסר לאשת המשאיל מגרע בשמירתו פושע הוא וחייב, [וס"ל דבגרועי גרעיה חייב אפי' בפשיעה ועי' להלן ד' הרמ"א בזה], וצריך להוסיף דנהי דכשמוסר לאשת המשאיל אינה מקבלת שמירה מ"מ כיון דמסרה למי שמהימן על המפקיד ס"ל דמהני נמי בדין שש"ש, וכן מבוא' בד' הנתיח"מ סי' רצ"א סק"ב, אמנם הב"ח סי' ע"ב כ' דאין חילוק בין ש"ח לשואל וכ"ד הרמ"א דמהני חזרה לאשת המפקיד הוא דוקא בנו"נ בתוך ביתה וכ"פ הש"ך שם ס"ק קל"ו.

והנה ברמ"א סי' ק"כ ס"ב כ' דאם מסרו הלואה לאשת המלוה כאילו נתנו למלוה עצמו, והק' הפוסקים מ"ש משואל דפסק הרמ"א דלא מהני חזרה לאשת המשאיל, ובסמ"ע שם פי' דהרמ"א איירי בנו"נ בתוך הבית ובכח"ג אף בשואל מהני חזרה, [ובש"ך שם הביא למהרש"ל דפליג דבהלואה לא מהני חזרה אפי' בנו"נ עיי"ש], אמנם בביהגר"א שם סק"ז כ' דלי' חילוק כלל בין הלואה לשואל וש"ח ודברי הרמ"א שם ובסי' רצ"א מקורו מתשו' מהר"ם ודברי הרמ"א סי' ש"מ מקורו משו"ת הרשב"א ופליגי אהדדי ולהרשב"א לא מהני חזרה כלל לאשת המפקיד והמשאיל והעיקר כדברי הרשב"א עיי"ש.

ה. מי שידוע שאינו רגיל לשמור בעצמו אלא רגיל למסור לאחרים דינו כמוסר לבני ביתו ואפי' מסרו לאחרים פטור, [שו"ע סכ"ב]. ויעוי' ביהגר"א דמקור הדין מב"ק נ"ו ב' דבמסרו לברזיליה פטור, והנה כ' הש"ך סק"ב דברגיל למסור לאחרים ופשע השני פטור הראשון לכו"ע אפי' להחולקים להלן סכ"ד ומקורו מההגה"א ומרדכי דהק' לשי' ר"ת דבמסרו לאשתו וב"ב ופשעו חייב הראשון מההיא דברזיליה, ות"י דשא"ה דכיון שידוע דהנפקד אינו משמר בעצמו כלל אלא מסרו לברזיליה הו"ל כאילו המפקיד עצמו מסרו ביד מי שרגיל הנפקד למוסרו, ולכא' גדר הדברים דאין הראשון קיבל ע"ע שמירה כלל אלא הוי שליח למוסרו לשני, והנה ברא"ש סכ"ג הק' על ר"ת מברזיליה וכ' דברזיליה נמי לא מיפטר לגמרי ואם פשע חייב הראשון ולדבריו ב' השיטות ברמ"א סכ"ד שייכא אף בדין הנ"ל, וצ"ע על הש"ך דלא הזכיר להרא"ש, ועי' מל"מ פ"ד משאלה ה"ח. יל"ב אי דינא דברזיליה הוא אף בגרועי גרעיה או דאמדי' דוקא לעשותו ש"ש שלא יגרע למוסרו לש"ח.

ו. שומר שמסר מעות פיקדון לאמו ולא הודיעה שהוא פיקדון והחביאה המעות ולא טמנתם בקרקע ונגנבו דינו כמוסר לאשתו וב"ב וישבע הבן שבועת שומרים דאורי' שמסרו לאמו ופטור והאם תשבע שהחביאה המעות ונגנבו ופטורה, [סי' רצ"א סכ"ג]. ונתחדש בהלכה זו ב' חידושים חדא דאע"ג דהאם פשעה בשמירה שלא הטמינתם בקרקע מ"מ כיון דהיתה סבורה דאינה צריכה להטמינם בקרקע ל"ח לפשיעה ומיפטר תרוייהו, והנה הא דמיפטר האם הוא פשוט דכיון דהיתה סבורה שהמעות של בנה ורוצה לעסוק בהם א"צ להטמינם בקרקע וכמבוא' לעי' סי"ט, אבל לענין הבן צ"ב אמאי פטור הא איחו נתחייב להטמינם בקרקע ולא קיים חיובו, ולא מבעיא להי"א ברמ"א סכ"ד דחייב על פשיעת האם דה"ה הכא יש לחייב הבן על פשיעת האם אלא אף לשי' השו"ע והי"א ברמ"א סכ"ד דבמסר לאשתו וב"ב ופשעו פטור מ"מ הכא הוי כגרועיה גרעיה לשמירתו כיון דהוברר דהאם קיבלה שמירה פחותה מהאם ובכח"ג לכו"ע חייב הראשון על מה שלא נתחייב השני, וצ"ל דכיון דהראשון היה סבור דבמסירתו להאם עבד שמירה מעולה חשיב מסירתו להשלמת השמירה ולא אכפ"ל תו במאי דהוברר אח"כ דטעה בצורת השמירה, ואף להי"א דחייב על פשיעת השני ה"מ כשאף לטענת השני חשיב לפשיעה והוברר דמסירתו לשני לא הוי שמירה מעולה, אבל הכא שלטענת האם לא פשעה בשמירה שפיר חשיב מסירתו להאם לשמירה מעולה ופטור, [ובנוס"א י"ל דאף להי"א ברמ"א דחייב על פשיעת האם אין חיובו מחמת קבלת השמירה אלא דבמסירתו לאם מחייב עצמו בתשלומי האם וכעין דין ערב והלכך כשהאם אינה חייבת הבן נמי פטור ולהלן יבוא' גדר זה],

עוד נתחדש בה' זו דהאם חייבת לישבע ששמרה כראוי ובלאו השבועה איכא חיוב תשלומין, וצ"ב אמאי חייבת האם השבועה כיון דלא קיבלה ע"ע תורת שמירה, ונתבאר בנתיח"מ סקכ"ב ב' דרכים בזה, הא' דבאמת האם ל' עליה תורת שומר כלל ואין עליה שבועת השומרין אלא דכיון דאילו פשעה חייב הבן על פשיעתה נשבעת האם לפטור הבן, ונהי דשבועת אדם מהשוק לא מהני לפטור השומר בדין שבועת השומרין וכמבוא' בנתיח"מ סקל"א, מ"מ הכא דהימניה בשבועתה כדין המפקיד ע"ד אשתו ובניו כו' מהני שבועתה לפטור הבן, [ופשוט לפי' דאינה חייבת לישבע דמדין שבועת השומרים אין להשביעה כיון דאינה שומר ומדין שבועת היסט נמי אין להשביעה כיון דאין המפקיד והבן טוענים ברי שפשעה, וענין השבועה תלוי ברצונה, וקו' הגמ' נימא ליה לאימיה זילי שלימיה היינו למאי דסי"ד דהבן הודיע שהוא פיקדון ובכח"ג פשוט דנכנסה תחת הבן לשמירה וכמשי"כ הנתיח"מ בסו"ד], אמנם עיקר דבריו צ"ב דכיון דהאם אינה חייבת שבועה הדר דינו כששלי"ש למי אינו רגיל להפקיד אצלו דחייב הראשון וא"כ היכי שייך לפטור הראשון מדין כל המפקיד ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד, וכה"ק כע"ז בדברי חיים שומרים סי' א', וע"ע בקצוה"ח סק"ח דנקט דלא מהני שבועת האם אלא בנעשית שומר תחתיו ודלא כהנתיח"מ.

ועוד פי' הנתיח"מ דאיירי באמר לאמו שמור לי וקיבלה שמירה, והכריח הנתיח"מ דרך זו בשי' הראשונים דבמסר לאשתו ובניו ופשעו פטור הראשון דלפי"ז ל"ל דשבועת האם בכדי לפטור הבן דהבן פטור בכל ענין אלא שבועתה לפטור עצמה, ודבריו צ"ב דהרי כל פטורא דהראשון להנך ראשונים יסודו משום דהעמיד גברא בחריקאי וע"ז נסתלק בשמירתו ואו דחשיב לשמירה מעולה וכ"ז שייך כשהשני נכנס לשמירה תחתיו אבל כשהשני לא קיבל ע"ע דין שומר פשוט דאינו עומד תחתיו בחריקאי והראשון עדיין עומד בחיובו ושפיר יש לחייבו בפשיעת האם, וביותר דהרי כיון דלפי טענה זו האם תפטר משבועה הו"ל כמוסר למי שאינו מהימן עליה בשבועה דחייב הראשון כמבוא' סכ"ו ויש ליישב, ומ"מ עולה מדברי הנתיח"מ דהמוסר פיקדון לאשתו וב"ב בלא קבלת שמירה פטור, [ומצוי הוא במניח הפיקדון בביתו ועוזב הבית תחת שמירת אשתו], אמנם הגרע"א בוזאת ליהודה מ"ב ב' פליג דלא מפטר במסירה לאשתו בלא קבלת שמירה, דל"ח בחריקאי [והק' קו' כעין הנ"ל על הפני"ל להלן].

בנתיח"מ הוכיח כדרך הא' מדברי התוס' מ"ב ב' ד"ה כל דהביאו לשי' ר"ת דחייב הבן על פשיעת האם והוסיפו ולכך נמי כו' ומשמע דהוקשה להם אמאי חייבת האם בשבועה והיינו משום דסי"ל דהאם לא נעשית לשומר, וע"ז כ' דלר"ת דהבן חייב בתשלומין א"ש דשבועת האם אתא לפטור הבן, וצ"ע דא"כ אמאי כ' התו' דכל חיובו דהבן הוא רק כשאין להאם מעות הרי אף כשיש לה היא פטורה, ובעיקר פירושו בדברי התוס' מצינו באחרונים לפרש דברי התוס' באנפי אחרינ', **בניהגרא** סי' ע"ב סקנ"א פי' דמשמעות הגמ' דשבועת האם הוא גם בשביל לפטור הבן דאמרי' משתבע איהו כו' ומשתבע אימיה כו' ופטור, ולכך כ' דלשי' ר"ת א"ש [וכן מבוא' ברמב"ן וברשב"א ל"ו דזו הוכחת ר"ת מהגמ' שם והביאו בזה חילופי גירסאות], **במהרמ"ש** [ובביאור שם] ובפני"י פי' דכיון דלא ידעה שזה פיקדון לא נעשית שומר בעלים אלא לבן וקשיא להו דא"כ אמאי חייבת שבועה הרי הבעלים לא מצו להשביעה דאינם בע"ד דידה [ואף דחייבת בתשלומין לבעלים מדינא דר"י מ"מ לא שייך להשביעה] והבן אין יכול להשביעה כיון דפטור וע"ז כ' דלר"ת דהבן חייב לשלם א"ש דהבן משביעה, והגרע"א בוזאת ליהודה הק' ע"ד דכיון דלא נעשית שומר לבעלים לכו"ע לא מסתלק הבן וחייב ואף להחולקים על ר"ת, **ובאו"ש** פ"ד משאלה ה"ט פי' דהוקשה לתוס' אמאי חייבת האם שבועה הרי המפקיד אינו ברי שהיא נעשית לשומר [ואין להשביע על טענת שמא וכמשי"כ הרא"ש דמה"ט אינה נשבעת שלא ידעה שהוא פיקדון], ועפ"י הודאתה אין לחייבה כיון שאומרת ששמרה כראוי, וע"ז כ' דלר"ת דהבן חייב א"ש דהבן תובעה בטענת ברי שנעשית לשומר שלו וצריכה לישבע כנגד הבן.

ז. אין המפקיד יכול להשביע האם שלא ידעה שהוא פיקדון כיון דטוען שמא ואין נשבעין על טענת ספק, [סמ"ע סקל"ה], ומקורו מדברי הרא"ש, ונחלקו האחרונים בכונת הרא"ש דאין נשבעין על טענת ספק, הש"ך סקל"ד פי' דאין נשבעין שבועת השומרין אלא על טענת ברי וכיון דהמפקיד אינו טוען ברי שידעה מהפיקדון אין יכול להשביעה ולפי"ז כ' דה"מ כשיש עדים שנאנסה אבל כשנשבעת שנאנסה יכול להשביעה שלא ידעה שהוא פיקדון בגלגול [וס"ל דמשבעין בגלגול על טענת שמא, ועי' נתיח"מ סק"כ], אמנם הגרע"א פי' כונת הרא"ש דכיון דהמפקיד אינו טוען ברי שהבן מסרה לו מצי למיטען ליה לאו בע"ד ידי את ואינך יכול להשביעני כלל, ולפי"ז ה"ה דא"י להשביעה בגלגול וכל שבועת נאנסה הוא כנגד הבן, אמנם הק' הגרע"א דלפי"ז הו"ל לבן לישבע בגלגול שלא אמר לה שהוא פיקדון כיון דאם אמר לה ופשעה חייב בתשלומין לשי' המ"מ דחייב הבן בפשיעת אשתו ובניו.

ח. אם הבן טוען שא"ל שהוא פיקדון והאם מכחשתה ל"ח הבן לנוגע שהרי אף אם לא אמר לה פטור וצריכה לישבע היסט כנגד הבן, [ש"ך סקל"ד], וכ' הנתיח"מ סק"כ דכ"ד הש"ך להסוברים דהבן פטור על פשיעת האם אבל להסוברים דהבן חייב על פשיעת האם כשאין לה מעות א"כ כיון דלפי טענת הבן האם פשעה ואינה משלמת [דלפי טענתה היא פטורה] נשבעת לבן בשבועה דאורי"י והבן חייב בתשלומין, וכ"כ הגרע"א בוזאת ליהודה מ"ב ב' ועיי"ש תוספת דברים.

ט. היה הבן ש"ש ומסרה לאמו ולא הודיע שהוא פיקדון ונגנבה חייב. [ש"ך סקל"ד ונתיה"מ סקי"ט], ויש חולקין, [הגרע"א בוזאת ליהודה מ"ב ב'] וסברת הש"ך מבוא' דבש"ש אמרי דהו"ל לפרש ומדלא פי' חשיב לפשיעה אמנם הגרע"א הק' דמה"ט דש"ח לא חשיב לפושע כיון דהיה סבור דתשמור שמירה מעולה טפי ה"ה בש"ש, ובקצוה"ח סי' ש"ג סקי"ג כ' דס"ל לש"ך דמ"מ בש"ש הו"ל למידק טפי, ובפ"ת סקי"י הביא מהנוב"י דפי' הטעם משום דש"ש צריך להציל הפיקדון במקום דליקה קודם שמציל את שלו ולכך היה לו להודיע שהוא פיקדון וחשיב פשיעה שלא הודיע ועי"ש עוד תשו' בן הנו"ב, ועי"ע ערוה"ש סני"ד.

בנתיה"מ הק' ע"ד הש"ך אמאי הוצרך לפרש הטעם דש"ש הו"ל לפרש טפי תיפו"ל דגרועי גרעיה לשמירתו ודינו כש"ש שמסר לש"ח דחייב בגו"א, ותי' דהש"ך איירי בש"ש שמסר לאמו ש"ש, ובדברי משפט סקי"ד תי' דכל חיובא דש"ש שמסר לש"ח הוא רק על הנך חיובים דלא קיבל ע"ע השני וא"כ בני"ד דהאם קיבלה ע"ע לשמור הכספים בתורת ש"ח וכספים אין להם שמירה אלא בקרקע נמצא דהגניבה נעשה מחמת פשיעתה ונהי דאין לחייבה כיון דלא ידעה מהפיקדון מ"מ אין לחייב נמי להראשון כיון דהעביר חיובי שמירה דש"ח להשני, [ונהי דהאם לא קיבלה ע"ע לשמור בקרקע מ"מ כיון דקיבלה עליה תורת שמירה דש"ח נסתלק הבן מחיובי ש"ח ועי"].

י. מסר הבן לאמו חפץ מסוים י"א דא"צ הבן לישבע שמסרו לאמו אלא האם נשבעת שהבן מסר לה החפץ ונגנב, [רשב"א ומ"מ ונ"י בשם הר"ן ורמ"א] וי"א דלא סגי בשבועת האם אלא הבן צריך לישבע שהניח במקום משתמר ומסרו לאמו, [ריטב"א והובא בקצוה"ח סק"ח, ומהרי"ל הובא בש"ך סי' קכ"א סקמ"ג]. ונתבא' בקצוה"ח דיסוד פלוגתתם אי במסירתו לאמו חשיב דהחזיר החפץ לבעלים ע"י שנתנו למי שמהימן עליו ונסתלק הראשון משמירתו או דלא חשיב להשבה ועדיין תורת שומר עליה, דהמ"מ וסיע' ס"ל דנסתלק הראשון וא"כ כי היכי דמצי לטעון החזרתי ואין ע"ז שבועת השומרים ה"ה דיכול לטעון מסרתי לאם, והריטב"א ס"ל דלא נסתלק הבן וחייב לברר בשבועה דלא פשע והלכך צריך לישבע דמסרה לו דכ"ז דלא נתברר דהאם נעשה לשומר א"י לישבע עבור הבן דהוי כשבועת א' מהשוק דלא מהני שבועתו לפטור השומר, ותלה ליה הקצוה"ח בפלוגתת הראשונים בפשעה האם אי חייב הראשון בתשלומים דלהר"מ וסיעתו דפטור הראשון גדרו דנסתלק הראשון במסירתו לשני ולר"ת דחייב הראשון לא נסתלק מהשמירה, וצ"ב דלפ"ז ס"ל להריטב"א דחייב הראשון בפשיעת השני ולעי' ל"ו א' פליג על ר"ת וס"ל דהראשון פטור לגמרי, אמנם הק' הקצוה"ח דא"כ אמאי בדבר המסויים צריך לישבע הא אף אי לא ידעה שהוא הפיקדון מ"מ לא גרע מהיכא דפשעה דנמי פטור, וכפשוטו י"ל דכל מה דחשיב מסירה לאשתו וב"ב להשבה הוא רק כשיכולים לברר המאורע בשבועה אבל כשאינם יכולים לברר בשבועה דינו כמסירה למי שאינו רגיל להפקיד אצלו דחייב, ובחזו"א חו"מ סי' ה' סקי"א משום האי קו' נחלק על הקצוה"ח דאף להר"מ דפטור הראשון על פשיעה לא נסתלק הראשון לגמרי אלא שפטרו במה שאירע אצל השני והימניה לראשון בזמן שהשני מודה ולכך בדבר המסויים דהשני מודה הראשון פטור משא"כ בדבר שאינו מסויים דאין השני יודע בברי שזהו הפיקדון חייב השני בשבועה, וכ' החזו"א דלפ"ז אף להי"א דהראשון חייב על פשיעת השני מ"מ כשהשני מודה שפשע א"צ הראשון שבועה, עוד נתבא' בחזו"א שם דלפי דרכו דאין הראשון מסתלק אם לא רצה השני לשמרו והחזיר הפיקדון לראשון חייב הראשון לטפל בו וכן אם ראה הראשון שהשני הניח הפיקדון במקום התורף חייב להצילו, [ומשא"כ להקצוה"ח בהני תרי גונא פטור הראשון], וכן עולה מדברי הנתייה"מ סקכ"ד ויבוא' להלן, ובדברי חיים שומרים סי' א' הסכים לעיקר דברי הקצוה"ח דלהראשונים דהראשון פטור על פשיעה נסתלק מהשמירה [וכ' דלפ"ז א"צ לישבע אפי' על דבר שאינו מסויים], אמנם ה"מ כשהודיע הראשון שהוא פיקדון אבל כשלא הודיע שהוא פיקדון לא נסתלק הראשון משמירתו והלכך בני"ד דלא הודיע הבן שהוא פיקדון חייב הבן בשבועה, [ועי"ש מש"כ לפרש בחילוקא דדבר המסויים ואינו מסויים], והוכיח כן מדברי הטור דהעתיק להר"מ שאם הודיע שהוא פיקדון פטור ומשמע דבלא הודיע לא נסתלק משמירתו וחייב אמנם ציין להלח"מ [וכ"ה בסמ"ע סקל"ט] דלהר"מ אף בלא הודיע שהוא פיקדון פטור לגמרי ודלא כדבריו, ובחי' הגרש"ש סי' כ"ה כ' לבאר הטעם דלא מהני האם בשבועתה לברר שהבן מסר לה דכל חיוב שבועת השומרים המוטל על האם הוא לברר המאורע של החפץ שנאבד באונס אבל הבירור שנמסר לידה אינו מוטל על האם והו"ל שבועה זו כשבועת א' מהשוק, עיי"ש בכ"ד.

ובשער המשפט סי' רצ"א סק"ג הביא ד' בעל העיטור או' פ' פיקדון דכ' דאיכא מ"ד דמדינא אין חייב הבן בשבועת השומרים ואין נשבע אלא שבועת היסת לחוד, והבעה"ע נחלק עליו דהוא שבועת השומרים, ופי' השעה"מ ד' האיכא מ"ד דס"ל דמדינא אין הבן חייב בשבועה כיון דכל המפקיד כו' ומהימן בלא שבועה דמסר לאשתו.

יא. שומר שמסר הפיקדון לאשתו וב"ב והודיעם שהוא פיקדון ופשעו, אם יש להם לשלם חייבים והראשון פטור, [שו"ע רצ"א כ"ד], יסוד הדין מהר"מ פ"ד משאלה דס"ל דששלי"ש שרגיל להפקיד אצלו הראשון פטור אפי' מפשיעה, וכ"ה שי' רוב ראשונים ודלא כשי' רש"י ל"ו א' ותוס' ב"ק י"א דחייב בפשיעה, וטעם הדין נתבאר באחרונים בב' דרכים, הנתיחה"מ סק"ד פ"י דמסירה לבן דעת חשיב לשמירה מעולה, ועפ"י כ' דאפי' מסרו לעני פטור, ומאידך בשואל שמסר לשואל חייב הראשון באונסים דחיובא דאונסים אינו מחמת חיסרון שמירה, אולם בקצוה"ח סק"ח פ"י הטעם דמסירה לבן דעת חשיב להשבה, וכ"כ הדברי משפט סק"ה, ועפ"י כ' הדב"מ לחלוק על הנתיחה"מ ובשואל שמסר לשואל פטור הראשון, וכן יל"ד לדבריהם דבמסירה לעני חייב הראשון, וכ"ה מפורש בריטב"א ל"ו [הובא בב"י ובקצוה"ח ס"ק"י], וכ"כ בחי' רמ"ש ל"ו לדקדק מלשון הרמב"ן שם, [אמנם הרמב"ן כ' דבריו אף לרב דששלי"ש פטור ואילו בדברי הריטב"א מבוא' דכ"ד לריו"ח דששלי"ש חייב אבל לרב פטור אפי' במסרו לשומר עני, וע"ע בחי' רח"ה נז"מ], **ובחזו"א** חו"מ סי' ה' סק"י נתבאר דאינו בתורת גמר שמירה או השבה אלא דבזמן שמסר הראשון לשני מתרצה הבעלים לפטור הראשון דהרי הראשון לא עדיף ליה משני ומקרה שלא יהיה ממה לגבות אפשר להקרה בראשון כמו בשני, ולדבריו במסרו לעני פשוט דחייב, וכן נתבאר בחזו"א שם דבראה הראשון דהשני פושע בשמירה חייב הראשון בהצלת החפץ וכ"ז לשי' וכ"ה לסברת הנתיחה"מ אבל להקצוה"ח לכאן פטור אף בכה"ג.

במש"כ השו"ע והודיעם שהוא פיקדון, ע"י סמ"ע סק"ט [וכ"ה בלח"מ פ"ד משאלה] דאין ר"ל דבלא הודיעם חייב הראשון, אלא דבלא הודיעם פטור השני וכדינא דסכ"ג אבל הראשון פטור בכל ענין, אמנם בדברי חיים שומרים סי' א' פ"י עפ"י לשון הטור דבלא הודיעם חייב הראשון, והטעם דעד כאן לא מיפטר הראשון בפשיעת השני אלא משום דבמסירה לשני חשיב להשבה ומסתלק מהשמירה וכ"ז שייך בהודיעם אבל בלא הודיעם ל"ח המסירה להשבה ועומד הראשון בחיובו.

יב. מסר הפיקדון לאשתו וב"ב ופשעו ואין להם לשלם י"א דהראשון פטור, וי"א דחייב, [שו"ע ורמ"א, וע"י ערוה"ש סנ"ה שנוהגין כל בתי הדין שחייב כר"ת], ואם ידוע שאינו משמרו בעצמו אלא מסרו לאשתו ובניו פטור לכו"ע, [ש"ך סק"ל], והנה ד' הר"מ וסיעתו דהראשון פטור מבוארת היטב לכל הדרכים לעי', אמנם בד' ר"ת הרא"ש וסיע' דחייב הראשון כפשוטו הטעם דס"ל דששלי"ש חייב הראשון על פשיעת השני אלא דלפ"י צ"ב אמאי אין חייב אלא כשאין לשני ולא אמרי' דלכתחילה רמ"ג רמ"ג, ובאמת דברמב"ן רשב"א ונמו"י פ"י שי' ר"ת דבאשתו וב"ב אינם משמרים עבור הבעלים אלא לדעתו דהשומר לחוד, ולדבריהם לכאן פשיטא דמצו הבעלים לגבות לכתחילה מהראשון, אמנם בתוס' והרא"ש ובסה"ת שמ"ט ח"ג נקטו דכ"ד ר"ת באין להם מעות לחוד וכן פסק הרמ"א, ומצינו בזה ב' דרכים, במל"מ פ"ד משאלה ה"ח הביא להיש"ש דעיקר חיובא דהראשון הוא מתקנת חכמים דאלי"כ כל פיקדון המופקד ביד אדם יאכלו אשתו ובניו ויפטר, ולא חייבוהו אלא כשאין להם מה לשלם, וכן נראה מהסמ"ע סק"מ, ובמהרשד"ם סי' נ' [ציינו הש"ך סק"ח] פ"י דחיובא דהראשון הוא מתורת ערב והינו דבמסירתו לאשתו וב"ב מתחייב לשלם כשאין להם לשלם, אמנם מדברי הגרע"א ע"ד הש"ך סק"ד מבוא' דחיובא דהבן הוא מדינא ממש"כ דכשמודה הבן שהאם פשעה אע"פ שהיא טוענת שלא פשעה חייב ואי חיובו מדין ערב או מתקנת חכמים פשיטא דלא שייך לחייבו אי לדברי האם אינה חייבת, וצ"ל לדבריו ל"ח דהאם עומדת בחריקאי דהבן אלא כשהבן נשאר בחיובו כשאין להם לשלם ולפ"י חייב הבן מדינא.

והנה ברמ"א סי' ע"ב ס"ל סתם דבמסר למי שרגיל להפקיד אצלו ופשע השני ואין לו לשלם הראשון חייב, והק' הפוסקים בסתירת ההלכות דהכא הביא בזה פלוגתא והתם סתם בזה לחיובא, ונאמרו בזה כמה ישובים, הסמ"ע שם סקצ"ז פ"י דכ"ד הר"מ וסיע' דהראשון פטור הוא דוקא במסרו לאשתו וב"ב דשרי ליה המסירה לכתחילה אבל במסר לאיש אחר אף דדרך הבעלים להפקיד אצלו פושע הוא במסירה וחייב, ובש"ך שם ס"ק קל"ה נחלק ע"ד הסמ"ע ומסיק דהרמ"א שם סמך ע"ד בסי' רצ"א, וכפלוגתא דהכא נחלקו נמי במסר למי שרגיל להפקיד אצלו, ובסי' רצ"א סק"ל כ' דהכרעת הרמ"א בסי' ע"ב כהרא"ש דחייב, במל"מ פ"ד משאלה ה"ח והגרע"א סי' רצ"א ע"ד הש"ך סק"ב תי' דכ"ד הר"מ במסרו לאשתו וב"ב דהתם דנים ליה כידוע שלא ישמור בעצמו אלא ימסור לאשתו וב"ב אבל במסר לאיש אחר אף להר"מ חייב, [אמנם להקצוה"ח הנ"ל דפ"י סברת הר"מ משום השבה וכן להנתיחה"מ דפ"י סברת הר"מ דהמסירה חשיב לשמירה מעולה לכאן ל"ש לחלק בין אשתו וב"ב לאיש אחר].

ע"ע שו"ע סי' רצ"ג ס"ד דמשמע דבמסר למי שרגיל להפקיד ופשע נשאר הראשון חייב באחריות, ובקצוה"ח שם סק"ג הק' דהדברים סותרים לסתימת השו"ע הכא דהראשון פטור, [ויעיי"ש דתלי ליה בפלוגתת הש"ך וסמ"ע הנ"ל, והעירו דאף להסמ"ע יש לדמות דינא דהשו"ע רצ"ג למוסר לאשתו וב"ב כיון דאין מוסר שם הפיקדון לשמירה אלא לשליחות להחזירו לבעלים ובכה"ג לכאוי דעת הבעלים דיכול למסרו ביד אחר ול"ח לפשיעה], וע"ע נתיה"מ סי' קכ"ה סק"ד.

בשו"ת או"י שו"מ סי' ט"ו נסתפק במסר למי שרגיל להפקיד ואינו זכור למי מסר ונמצא דאין השני משלם אי חייב הראשון ותלה ליה בפלוגתת הר"מ ורא"ש, ויל"ד בזה טובא דיתכן דאף להר"מ חייב להסוברים לעי' דהראשון תורת שומר עליה וכל לא ידענא פשיעותא היא, וכן יתכן לאידך דאף להרא"ש פטור להאמור לעי' דאף להרא"ש לי' תורת שומר עליה ועי'.

יג. שואל שמסר לאשתו וב"ב י"א דהראשון חייב לכו"ע, [נתיה"מ סקכ"ד], וי"א דלהר"מ הראשון פטור, [דברי משפט סק"ה], הנתיה"מ פי' לפי"ד דיסוד פטורא דששלי"ש משום דהמסירה לבן דעת חשיב לשמירה מעולה דלפי"ז ה"מ בשומר דחיובו מחמת חיסרון השמירה אבל שואל דחיובו לאו משום חיסרון שמירה וחייב אפי' על אונסין לא מהני מסירה לבן דעת לפוטרו, והוסיף הנתיה"מ דכ"ש במוסר לאשתו וב"ב דודאי לא היה דעת המשאל על חיוב הגוף של אשתו וב"ב רק על חיובא דגוף השואל, ור"ל דבאשתו וב"ב דכל הפטור משום דהמפקיד ע"ד אשתו וב"ב מפקיד ה"ט לא שייכא בשואל, ויש קצת משמעות לפי"ז דבאשתו וב"ב לא חל עליהו חיוב הגוף כלל כלפי הבעלים ומצו למימר לבעלים לאו בע"ד ידי את, ולפי"ז יהא חלוק שואל שמסר לשואל שרגיל הבעלים להשאל משואל שמסר לאשתו וב"ב דבמסר לשואל יהא הדין רמ"ג ובמסר לאשתו וב"ב לא מצי לגבות אלא משואל ראשון לחוד ועי', **והנה** יעוי' בנתיה"מ חידושים סי' שמ"ב סקמ"ב דשואל שמסר לשואל דרגיל הבעלים להשאל ומתה מ"מ נפטר הראשון בשבועת השני, [ומקורו מהש"ך שם], ומבוא' בנתיה"מ דבר חידוש דנהי דלענין תשלומין לא נפטר הראשון מ"מ מהני שבועת השני לפטרו והדברים צ"ב דלכאוי לשי' הר"מ דבששלי"ש נפטר הראשון ל"ל מקור כלל דשבועת השני מהני לפטור הראשון ומהיכ"ת דיהני שבועת השואל השני לפטור הראשון, [ונפרט להנתיה"מ דבששלי"ש לא נתחדש דהשני עומד תחתיו אלא דהשני שמור שמירה מעולה], וצ"ל דס"ל להנתיה"מ דב' שומרים מהני שבועת הא' לפטור חברו, [וכי"כ הנתיה"מ סקכ"ג], ומ"מ מסתבר דכ"ד הנתיה"מ בשואל שמסר לשואל דרגיל להשאל אבל במסר לאשתו וב"ב כיון דלא חל עליהו חיוב הגוף לבעלים וכנ"ל לא יהני שבועתם לפטור הראשון ועי'.

הדברי משפט נחלק על הנתיה"מ וס"ל דבשואל שמסר לשואל נפטר הראשון והוכיח כן מלשון הר"מ פ"א משכירות ה"ד והשו"ע סכ"ו דכ' כיצד כו' או שהיה שואל אצלו והפקידו אצל אותו השני בשכר כו' ומשמע דבלא גרעיה אלא מסרו לשואל אחר פטור, וביאר הטעם דמסירה לבן דעת חשיב השבה להבעלים הלכך אף בשואל שמסר לשואל חשיב להשבה ופטור, והימ"ל כונת הר"מ להנתיה"מ דבגרעיה הראשון חייב לחוד משא"כ בלא גרעיה שניהם חייבין ורמ"ג, ואמרו ליישב עוד לפמ"ש"כ הנתיה"מ דבשואל שמסר לשואל נפטר הראשון בשבועת השני, דיל"פ כונת הר"מ לענין שבועה דבגרעיה לא נפטר השואל בשבועת השוכר.

בערוה"ש סי"ג כ' דשוכר שמסר לשוכר דינו כשואל שמסר לשואל וחייב הראשון להנתיה"מ, וצ"ע דשוכר חיובו מחמת חיסרון שמירה וא"כ צריך להיות דינו כשומר דמסירתו לאחר חשיב לשמירה מעולה ופטור.

יד. שומר שמסר לשומר חייב דא"ל את מהימן לי בשבועה היאך לא מהימן לי בשבועה, והלכך אם יש עדים ששומר השני כראוי או שהראשון ראה האונס ה"ז נשבע ונפטר. וכפשוטו יסוד הדין, דשומר שמסר לשומר השני עומד תחתיו דראשון אלא דלי' לשני נאמנות על השבועה ולזה בעי' לשבועת הראשון או לבירור עדים, אמנם יש בזה תמיה גדולה לשי' השו"ע והי"א ברמ"א לעי' ס"ד דבמסר לאשתו וב"ב או למי שרגיל להפקיד אצלו נפטר הראשון אפי' מפשיעה, א"כ מאי שייך בששלי"ש לטענת את מהימנת לי הא אף לו יהא דהשני פשע הראשון פטור, ובחזו"א סי' ה' סק"א עמד ע"ז ופי' לפי"ד דכל פטורא דששלי"ש משום התרצות הבעלים למוסרו לשני דה"ט לא שיכא כשמוסרו למי שלא מהימן בשבועה, אמנם עדיין ילעי' לסברת הקצוה"ח ונתיה"מ לעי' דפי' פטורא דששלי"ש בע"א, והנה להקצוה"ח דפי' הפטור משום דמסירה לבן דעת חשיב להשבה והסתלקות מהשמירה י"ל דכל מאי דהשני עומד תחתיו דראשון הוא רק כשהשני ממלא חיוביו דהראשון אבל כשהשני אינו נאמן בשבועה, ל"ח דעומד תחתיו דראשון כיון דהשבועה הוא חלק מחיובי השומר, וכ"ז ניחא להקצוה"ח אבל להנתיה"מ דפטורא דראשון משום דמסירה לבן דעת חשיב לשמירה מעולה צ"ת אמאי מסירה למי שאינו נאמן בשבועה ל"ח לשמירה ועי'.

בערוה"ש סמ"ה צידד דששלי"ש וקיבל הראשון ע"ע אחריות לשלם אם לא יכול לברר בשבועה או עדים דשרי למסור לכתחילה, אמנם כ' דמשעמעות רבותינו העלי השו"ע אינה מורה כן ולכתחילה אסור למסור לאחר בכל ענין.

טו. שומר שמסר לשומר ופשע השני רמ"ג רמ"ג, [ש"ך סקמ"א ונתיה"מ סקכ"ז], ונחלקו הש"ך ונתיה"מ בטעם הדין, הש"ך פי' דהוא מדינא דר"ח דגזל ולא נתיאשו הבעלים רמ"ג ובנתיה"מ נחלק עליו דלי"ש כלל לדר"ח דשאני התם דהחפץ של הבעלים והשני שהזיקו הזיק ממון הבעלים משא"כ הכא דחיובא דהשני משום קבלת השמירה כיון דלא קיבל שמירה אלא עבור הראשון לא שייך לחייבו לבעלים, אלא משעבודא דר"ג, אמנם הוסיף הנתיה"מ דיש לדמותו לדינא השוכר פרה והשאילה לאחר דלחכמים נעשה השני שואל דהראשון ולר"י נעשה שואל דבעלים, ולפי"ז למאי דקיי"ל כר"י שפיר נעשה השני שומר דבעלים

ומסתבר דאמרי' בזה רמ"ג ולא נסתלק הראשון לגמרי, [ואולי דס"ל להנתיחה"מ דדינא דר"י הוא נמי מדינא דר"נ ועי'], והנה הש"ך מקור דינו מהיש"ש דהביא כן מהמרדכי ריש הגוזל ומאכיל, ובדברי המרדכי מבואר דדינא דר"י הוא נמי מהלכתא דר"ח דרמ"ג עיישה"ט בדבריו, אמנם טעמא בעי אמאי בעי' בר"י לדינא דרמ"ג, וכן מאי שיאטיה לדר"ח וכדק' הנתיחה"מ, ועי' במצוין לעי' בסוגיא דהשוכר והשאלה לאחר, והנה יעוי' בדו"ח להגרע"א ל"ה ב' דמה שתלה הש"ך לדינו בדר"ח אין ר"ל דלרמב"ח דפליג אדר"ח וס"ל דבגזל ובא אחר ואכלו אין גובה מהשני ה"ה דהכא השני פטור דהרי שאני התם גבי גניבה דאין

החפץ ברשות בעלים לענין הקדש הלכך השני ל"ח מזיק של הבעלים, משא"כ הכא דהחף חשיב ברשות הבעלים פשיטא דהשומר השני נמי חייב לבעלים, אלא הכא אף לר"ח רמ"ג והש"ך לרוחא דמילתא נקט, והעירו דהריטב"א הישנים ל"ה ב' נמי כ' כדברי הריטב"א דדינא דר"י הוא מדינא דר"מ אמנם הוסיף דכ"ז למאי דקיי"ל כר"ח, ומשמע דלרמב"ח ל"ל כן. **ובעיקר** דינא דהש"ך ילע"י דמשמע דאיירי כשמודה השני שפשע ולכא"ו בכה"ג הדר דינו כשומר שמסר לאשתו וב"ב דמיפטר הראשון לגמרי להשו"ע ולהי"א ברמ"א, ואמאי אמרי' רמ"ג, ולהמבאו' לעי' דטענת את מהימנת יסודו דל"ח השני בחריקאי דראשון א"ש דבשש"ש אף להר"מ לא נסתלק הראשון מחיובו ושפיר אמרי' רמ"ג, והדברים מדוקדקים בלשונו דהר"מ פ"א משכירות ה"ד דכ' דהראשון ישלם לבעלים והשני יעשה דין עם השני, וילה"ס בשילם השני לראשון והראשון אינו לפנינו אי מצו הבעלים לתבוע לשני, ולכא"ו להנתיחה"מ דחיובו דהשני הוא משעבודא דר"נ השני פטור, [ולמאי דימה הנתיחה"מ לדינא דהשוכר והשאלה לאחר מסתברא דהשני חייב], ולהש"ך דחיובו מדינא דר"ח מסתברא דהשני חייב וכדקיי"ל ס"י שס"א דבהחזיר גזלן השני לראשון עדיין חייב השני לבעלים].

טז. שומר שמסר לשומר והיה הראשון עם השני בבעלים חייב השני לבעלים ולא נפטר מדין בעליו עמו, [ש"ך סקמ"א כג' הפ"ת סקי"ג, וכע"ז ברמ"א ס"י שמ"ו ס"ז], ופשוט דלפ"ז אף בדינא דר"י בהשוכר והשאלה לאחר בבעלים ופשע השואל דהשני חייב, אמנם בדברי התוס' ל"ה ב' ד"ה אגרה בסוה"ד יש משמעות דהשואל פטור ולפ"ז ה"ה בשש"ש בבעלים פטור השני, ואולי דכ"ד התוס' כשגבו הבעלים מהראשון דבכה"ג לא מצי הראשון לחזור ולעשות דין עם השני כיון דביחס לראשון אי' פטור דבעליו, אבל הבעלים מצו לגבות מתרוייהו, ובעיקר הדין כשגבו הבעלים מהראשון דלא מצי הראשון לחזור ולגבות מהשני משום פטור בעליו, כן עולה מדברי ה"ט"ז ס"י רצ"א סכ"ג ועי' בדו"ח מכת"י ס"י ע"ב ס"ג, בביאור הדברים. **ילע"י** להש"ך בשש"ש והיה הבעלים עם השני בתחילת השמירה דמסתבר דהבעלים אי' לגבות מהשני אמנם יל"ה"ס כשגבו הבעלים מהראשון אי' חוזר הראשון ועושה דין עם השני, ומדברי הגרע"א בדו"ח שם עולה דכשגבו הבעלים מהראשון השני נעשה שומר של הראשון ולפ"ז שפיר מצי הראשון לגבות מהשני.

יז. שומר שמסר לשומר וידוע שהשני טוב וכשר יותר מהראשון הראשון חייב [רא"ש ושו"ע] וי"א דפטור, [ביהגר"א סקמ"ה בשם התוס' בב"ק י"א ב' ד"ה את], ועי' בסמ"ע סקמ"ה דהטעם משום דמצי א"ל דלא היה לך להאמינו למי שאין לי עסק עמו, והדברים צ"ב דמ"מ לא שייך הכא לטענת את מהימנת לי כיון דהשני מהימן לכל, ולכא"ו עולה בזה גדר חדש בסברת את מהימנת לי, דעיקר פטורא דשש"ש יסודו דהשני עומד תחתיו דראשון לשמירה וחיוב שבועה ותשלומין, וכ"ז שייך כשהבעלים רגילים להפקיד אצלו דבזה דנים המסירה לשני כמסרו הבעלים לשני, אבל כשאין הבעלים רגילים להפקיד אצלו לא שייך לדון דהבעלים מסרו לשני והראשון עדיין עומד בחיובו ואין השני יכול לישבע עבור הראשון דבירור שבועת השומרים לא ניתן אלא לשומר עצמו, ולפ"ז טענת את מהימנת אינו חיסרון נאמנות לשני אלא דאין בכוח שבועת השני לפטור הראשון, ויסוד הדברים מבוא' בחי' רח"ה שכירות, [ובשיעורי הגר"ח ב"מ פ"י בזה שי' הרא"ש ושו"ע הנ"ל], ויש להוסיף דלכא"ו התייחס להשו"ע והי"א ברמ"א דבמסרו לאשתו וב"ב נסתלק הראשון לגמרי אבל להי"א ברמ"א דהראשון עומד בחיובו ומ"מ מהני שבועת השני לראשון אמאי לא יהיני שבועת השני כשידוע שהשני טוב וכשר מהראשון, ולמשנ"ת לעי' דאף להי"א אין חיובו דהראשון מעיקר הדין אלא מתקנת חכמים ואו מדין ערבות שפיר נפטר ע"י שבועת השני, ובשי"ש ב"ק סל"ב פ"י דהרא"ש לא פליג ע"ד התוס' בב"ק אלא הרא"ש איירי כשהשני ידוע לכל ומ"מ אינו נאמן על הבעלים ומשא"כ תוס' איירי כשהשני נאמן על הבעלים וכלשונם שם שהשני נאמן יותר מן הראשון ובכה"ג אף להרא"ש הראשון פטור.

בנחלת צבי נסתפק בהודה הבעלים בפני ב"ד דהיה מאמינו לשני אי מהני לפטור לראשון ועי"ש דהביא מהמהרי"ק דלא מיפטר ותמה ע"ד, ולהאמור הדברים מבוארים היטב.

יח. שומר שמסר לשומר בפני המפקיד ולא מיחה פטור, [מרדכי ורמ"א], וה"ה במסרו שלא בפני המפקיד ואח"כ הסכים עמו המפקיד, פטור, אבל אם אח"כ הודיעו ושתק לא אמרי' שתיקה כהודאה וחייב [פ"ת סקט"ו בשם הסמ"ע ס"י קע"ו סקל"ד וערוה"ש סמ"ז], וילה"ס אי' מסרו לפני המפקיד דינו כמי שרגילין להפקיד אצלו או כמי שידוע שאין רגיל לשמור אצלו אלא למסרו לאחר ונפק"מ בפשע השני להי"א ברמ"א [וכן להר"מ להסוברים דמודה הר"מ דבמי שרגיל להפקיד אצלו חייב בפשיעה וכדלהלן] אי' פטור הראשון, והנה יעוי' בט"ז ס"י רצ"א סכ"ג דעולה מדבריו [כפי שביארו הגרע"א בדו"ח מכת"י ס"י ע"ב ס"ג] דש"ש שחזר ומסרו לבעלים בתורת ש"ח ופשעו הבעלים חייב השומר הראשון על פשיעתם, ולכא"ו כה"ג ודאי לא גרע ממסרו

בפני המפקיד וביותר דלא שייכא התם כלל טעמא דאת לא מהימנת ומ"מ ס"ל דהראשון חייב בפשיעה ואולי דשא"ה דעדיין תורת שומר עליה לענין גו"א וע"י.

יט. שומר שמסר לשומר שדרך הבעלים להפקיד אצלו מהימן השני בשבועה ופטור הראשון [סי' רצ"א סכ"ו], ובקצוה"ח הביא לקו' הח"צ סי' קכ"ו מ"ש מחנוני על פנקסו דאמר' לעי' ג' א' דרשאי השכיר שלא להאמין לחנוני בשבועה ואפי' רגיל להפקיד אצלו, [וכבר הק' כן בריטב"א הישנים ל"ו ב'] ותי' דשאני ששלי"ש דע"י דרגיל להפקיד אצלו דנים כאילו המפקיד עצמו הפקיד גביה משא"כ גבי חנוני אע"ג דמהימן גביה פועלים מ"מ מצו אמרי לאו בע"ד ידידי את, ועדיין ילע"י להסוברים דכשפשע השני הראשון חייב לשלם וכדלהלן ונמצא דשבועת השני אתא לפטור נמי חיובא דראשון אמאי לא מצי למיטען דלענין חיובא דראשון השני לאו בע"ד אמנם הביאור כדלע"י דכל חיובא דראשון מתלא תלי בחיובא דשני ולכך אין חייב אלא כשאין לשני מעות, הלכך כשנשבע השני ונפטר תו לא שייך לחייב הראשון.

נחלקו הפוסקים אי ששלי"ש שדרך הבעלים להפקיד שרי המסירה לכתחילה או דאסור למסור לכתחילה וכל הנידון לענין פטור מתשלומין, דהסמ"ע סי' ע"ב סקצ"ו נקט דאסור למסור לכתחילה והקצוה"ח סי' ש"מ סק"ד פליג וע"ע להלן.

כ. י"א דלא מקרי רגיל להפקיד אלא ברגיל רוב פעמים [סמ"ע סקמ"ו], וי"א דאין תלוי בפ"א ורוב פעמים אלא אפי' בפ"א אם משהפקיד לאותו אחר לא הפסיק בנתיים להפקיד ביד אחר חשיב רגיל להפקיד אצלו [חי' רע"א בשם הב"ח], וע"ע קצוה"ח סק"י מהריטב"א דלא מקרי דרך הבעלים להפקיד אלא בלא נעשה עני או חשוד על השבועה, ובפ"ת סקט"ז כ' דלאו דוקא חשוד אלא כל שאיתרע חזקתו מצי למימר איהו לאו מהימן לי.

ילה"ס במסר לשומר דלא מסרוהו הבעלים מעולם אולם הבעלים מאמינו בשבועה, אי שייך לטענת את מהימנת לי ויסוד הספק עפ"י הנתבא' לעי' דעיקר טענת את מהימנת לי דאין השני בע"ד על השבועה דראשון [ודוקא ברגי להפקיד גביה דייני' ליה כמסרו המפקיד עצמו], דלפ"ז י"ל דאף אי מאמינו הבעלים בשבועה מ"מ כיון דלא מסרו מעולם אין שייך לדון במסירת הראשון כמסרו הבעלים, ובחכ"ש סכ"ו נקט בפשיטות דפטור בכה"ג.

כא. שומר שמסר לשומר שדרך הבעלים להפקיד אצלו ופשע י"א דהראשון חייב לכו"ע, [סמ"ע סי' ע"ב סקצ"ו וחי' רע"א סי' רצ"א ע"ד הש"ך סקל"ב] וי"א דדינו כמוסר לאשתו וב"ב ותלוי בב' השי' ברמ"א סכ"ד, [ש"ך סי' ע"ב קל"ד ומל"מ פ"ד משאלה ה"ט קצוה"ח סי' רצ"ג סק"ג ונתי"מ סי' קכ"ה סק"ד] וי"א דלכו"ע פטור הראשון, [ש"ך שם בשם היש"ש], הסמ"ע הוכיח מדברי הרמ"א שם דבמוסר למי שדרך הבעלים להפקיד חייב הראשון לכו"ע והטעם דאע"ג דדרך הבעלים להפקיד מ"מ פשיעוהו הוא למסור לשני והלכך נהי דנאמן השני בשבועתו לפטור הראשון מ"מ כשפשע הראשון לא נסתלק ועומד בחיוביו ומשא"כ באשתו וב"ב דשרי המסירה לכתחילה, אמנם היש"ש [כדהובא בש"ך] נקט להיפוך דכל חומרת ר"ת דהראשון חייב הוא דוקא באשתו וב"ב משום דאלי"כ תאכל הלה וחדאי אבל במי שרגיל להפקיד אצלו דלא שייך האי סברא פטור הראשון, [ובמל"מ הביא מהיש"ש דבמי שרגיל להפקיד חייב לר"ת], וחילוקא דהיש"ש מוזכר ברמב"ן אמנם מטעמא אחרינא דבאשתו וב"ב אינם משמרין לדעת הבעלים אלא לדעת השומר הלכך לא נסתלק הראשון לגמרי משא"כ במסר לאחר השני שומר עבור הבעלים ונסתלק הראשון לגמרי, בש"ך ובמל"מ הביאו ד' בעה"ת ומרדכי דהשוו אשתו וב"ב למי שרגיל להפקיד ועפ"י נקטו דדינם שוה ותלוי בב' השי' שברמ"א סכ"ד], ובפ"ת סקט"ז הביא בשם ושב הכהן דהוא ספיקא דדינא, ועיי"ש עוד מהמשאת בנימין.

כב. ש"ש שמסר לש"ח שרגיל הבעלים להפקיד אצלו ואין רוצה השני ליטבע או שהשני אינו לפניו והראשון טוען דשמא נאנסה י"א דהראשון חייב [ש"ך סקמ"ד בשם תלמידי הרשב"א ותה"ד וכ"פ הש"ך], וי"א דפטור [שם בשם רבינו ונ"י בשם הרא"ה, וכ"פ הקצוה"ח סי' ש"מ סק"ד], וי"א דאם טען המפקיד ברי הראשון חייב ואם טען שמא פטור, [ש"ך שם בשם היש"ש], בביאור פלוגתת הרמב"ן ורבינו מצינו באחרונים כמה דרכים, בש"ך ובנתי"מ סקכ"ח ובקצוה"ח סי' ש"מ סק"ד מבוא' דאיכא בזה ב' נידונים הא' בטוען המפקיד ברי והשומר ראשון שמא אי חייב השומר מדין א"י אם פרעתיק, ומדברי הש"ך והקצוה"ח סי' ש"מ סק"ד עולה דפלוגתתם אי חייל על הנפקד בשעת משיכה חיוב השבה וכשאין החפץ בעין התשלומין הוא מתורת השבה, או דלי' על על השומר חיוב השבה אלא חיוב תשלומין לחוד וכשיש ספק במאורע אי נתחייב בתשלומין הו"ל א"י אם נתחייבתי, ובנתי"מ סקכ"ח פי' דנחלקו בדין א"י אם פרעתיק בלא הו"ל למידע אי חייב או פטור, וצ"ע דהרא"ה תלי ליה לדינו אי שומר מתחייב משעת משיכה או משעת אונסין, ולהנתי"מ אין שייך זה כלל ולכו"ע פטור כיון דלא הו"ל למידע, ונידון נוסף בטוען המפקיד שמא דאין לחייבו מדין א"י אם פרעתיק אי חייב השומר מדין משא"ל, ויסוד הנידון נתבא' בנתי"מ אי אמרי' מתוך בלא הו"ל למידע, והגרע"א במערכה או י"ב פי' דהנידון אי שבועה שלא פשע הוא מעיקר השבועה או מתורת גלגול ולא אמרי' מתוך בשבועת גלגול, ובקצוה"ח סי' ש"מ סק"ד נקט דבשומרים יש לחייב אף בטענת שמא מדין א"י אם פרעתיק, [היכא דחל חיוב השבה], ולדבריו אף בשמא החיוב הוא מדין א"י אם פרעתיק, ועיי"ש בנתי"מ נפק"מ אי החיוב משום א"י אם פרעתיק או משום משא"ל לענין יורשין דמדין משא"ל אין גובין מהיורשין, [והא דבתובע ברי דנו משום א"י אם פרעתיק ולא משום מתוך דבתובע ברי לי' לשבועת השומרין וכדפי' החו"א סי' ה' סק"ה ד"ה שם ואפי', ונקט הש"ך דפלוגתת הראשונים הוא בתרתי דלרמב"ן חשיב א"י אם פרעתיק, וה"ה דאמר' מתוך,

ורבינו פליג דל"א מתוך וכן דחשיב א"י אם נתחייבתי, והרא"ה ס"ל כרבינו, אמנם הביא הש"ך להשי"ש דס"ל דלכו"ע לא אמרי' מתוך ואין לחייב אלא מדין א"י פרעתיך דאין חייב אלא בברי, ובחזו"א סי' ה' סק"ה פי' דפלוגתת הרמב"ן ורבינו כשהשני אינו נשבע ועדיין עומד בחיובו אי דנים ליה כפשע השני ופטור הראשון או שכ"ז דלא ידעי' דלא פשע השני אף דעומד בחיובו כ"ז דלא נשבע מ"מ אין דינו כפשע ואפשר לתבוע נמי לראשון מדין גניבה, ולפי"ז היכא דנשבע השני שלא פשע לכו"ע חייב הראשון ולא מצי ליפטר בטענת שמא נאנסה.

והנה הש"ך הק' להוכיח כהרמב"ן דהראשון חייב, מהא דששלי"ש שאין רגיל להפקיד אצלו חייב הראשון מספיקא אפי' כשנשבע השני מטעם את מהימנת לי, ועיי"ש דצייד לחלק בין ספק ברשותו לספק נגנבה, ובחזו"א שם פי' כונתו דס"ל דעיקר השבועה הוא שבועת אינו ברשותי הלכך בספק אינה ברשותו יש לחייבו מדין משאיל"מ משא"כ בספק נגנבה דאינה עיקר השבועה אין לחייבו מדין משאיל"מ, ובחזו"א שם תי' לפי"ד דיסוד פלוגתתם אי כשהשני חייב מספק דינו כפשע ופטור הראשון או לאו, דלפי"ז י"ל דה"מ במסר למי שרגיל להפקיד דנפטר הראשון מחיובו בפשיעת השני אבל בששלי"ש שאין רגיל להפקיד אצלו לא נסתלק הראשון וחייב על פשיעת השני וכ"ש דחייב כשלא נשבע השני, [ובחזו"א סי' ה' סק"ט יש תוספת דברים בטעם חיוב הראשון בששלי"ש דלא בעי' לדין מתוך אלא דמעיקר חיובי השומרין הוא לברר המאורע וכל שמבטל דין זה הרי הוא חייב], בנתיחה"מ סק"ח ובסי' ש"א סק"ב תי' דבששלי"ש דאין רגיל להפקיד אצלו כיון דאיכא ספק שמא החפץ ברשותו של שני חייב הראשון מדין מזיק, ועפי"ז כי דאף בשומר על שטרות דל"ל דיני שמירה או כשהראשון היה בבבעלים דל"ל חיובי שומר חייב מדין מזיק, והנתיחה"מ אויל לשי' בכמה דוכתי דהמניח חפץ של חבירו במקום שסופו לינוק חייב מדין מזיק, עי' סי' רצ"א סק"ז י"ד, ובקצוה"ח סי' ש"מ סק"ד דרך דרך חדשה דלעולם ספק חיוב הראשון חשיב לא"י אם נתחייבתי ומדין מתוך אין לחייב כיון ששבועת נאנסה הוא מתורת גלגול ול"א מתוך בגלגול, ובששלי"ש שאין רגיל להפקיד חייב הראשון משום דפשע במסירתו לשני ומההיא שעתא נתחייב בתשלומין עיי"ש בכ"ד, ועי' חזו"א סי' ה' סק"י משה"ק ע"ד, **בשער** המשפט סי' רצ"א סק"ה תי' דששלי"ש באיסור חשיב הו"ל למידע וחייב מדין מתוך, משא"כ במסר למי שרגיל להפקיד אצלו דהמסירה בהיתר לא הו"ל למידע ולא אמרי' מתוך בלא הו"ל למידע, והנה יסוד הדין דלא אמרי' מתוך בלא הו"ל למידע הוא מדברי התוס' ר"פ הפרה והתם מבוא' הטעם דבהו"ל למידע אי' רגיל' דמשקר ולפי"ז בששלי"ש אף במסר באיסור לא שייך ה"ט דסו"ס לאחר שמסר לא הו"ל למידע, ועי' קה"י סי' ל"ז.

מסקנת הדברים - ששלי"ש שאין רגיל להפקיד אצלו, להש"ך כשהמפקיד ברי חיובו מדין א"י אם פרעתיך וכשטוען שמא חיובו מדין משאיל"מ, להקצוה"ח בכל ענין חיובו מדין א"י אם פרעתיך [ול"א משאיל"מ כיון דשבועה שלא פשע הוא שבועת גלגול], ולהנתיחה"מ כשהספק שמא החפץ ברשות השני חיובו מדין מזיק וכשברור שאין החפץ ברשות השני והספק אי נאנסה חיובו מדין משאיל"מ, ונפק"מ בכ"ז לענין יורשין דאי חיובו מדין משאיל"מ היורשין פטורין ואי חיובו מדין א"י אם פרעתיך או מדין מזיק יורשין חייבין. - **ש"ש שמסר לש"ח שרגילין להפקיד אצלו ולא נשבע השני** - הש"ך פסק לדינא כהרמב"ן דהראשון חייב, אמנם בתובע ברי חיובו מדין א"י אם פרעתיך ובשמא חיובו מדין משאיל"מ, והקצוה"ח סי' ש"מ סק"ד פסק כרבינו וכהרא"ה דהראשון פטור כל ענין, וביש"ש פסק דבבריא הראשון חייב מדין א"י אם פרעתיך ובשמא פטור, ובחזו"א סי' ה' סק"ו העלה דכל הנידון לחייב הראשון הוא רק במקום דאי' שבועת השומרין אבל במקום דלי' שבועת השומרין [וכגון בתובע המפקיד ברי' הראשון פטור, ועוד מבוא' בדבריו שם סק"ה דכל הנידון במקום שלא נשבע השני אבל כשנשבע השני שלא פשע לכו"ע הראשון חייב ולא מצי ליפטר בטענת שמא נאנסה.

כג. ש"ש שמסר לש"ח שרגיל להפקיד אצלו, אם יש עדים שנאנס או שראה הראשון שנאנס ה"ז נשבע ונפטר אבל בלי' עדים לא מהני שבועת השני לפטורו וחייב. [ר"מ ושו"ע סכ"ן], וי"א דמהני שבועת השני לפטור הראשון [רי"ו הובא בש"ך סקמ"ו וכ"פ הש"ך שם, ומחנ"א שומרים סי' ל"א], ונחלקו האחרונים בביאור שי' הר"מ ושו"ע אמאי לא מהני שבועת השני לפטור הראשון, ונאמרו בזה כמה דרכים, א. היש"ש הובא בש"ך סקמ"ו ובביהגר"א סקמ"ו [וכן מסקנת הש"ך שם] דכיון דגרעיה לשמירתו פושע הוא וחייב אפי' על אונסין שלבסוף מדין תח"ב וסופו באונס, [ועי' בביהגר"א דהוא מדין תחילתו בגו"א וסי"ב דודלא כתוס' צ"ג ב' דתחילתו בגו"א פטור לכו"ע] ומה דמהני עדים או שבועה לפטורו הוא רק במתה שלא מחמת הפשיעה, [ועיקר דברי היש"ש שייכא בלש' הר"מ דכ' אם יש עדים שמעידים שמתה כדרכה אכן בלי' השו"ע דכ' ואם יש עדים ששמר השני כראוי משמע דהראשון מפטר בכל ענין של אונס], והנה בביהגר"א שם כי דמקורו דהשו"ע דגרועי גרעיה חשיב לפשיעה מדקאמר רבא רבא לא מבעיא כו' דמשמע דבגרועיה גרעי לא בעי' לטעמא דאת מהימנת לי וס"ל לאביי ורבא דלריו"ח לית ליה טעמא דמסרה לבן דעת אלא דלריו"ח מסירה לאחר חשיב לפשיעה גמורה ולרב אף דהוי פשיעה מ"מ ל"ח לפשיעה גמורה לענין תח"ב אלא בגרועיה גרעי, ולדבריו נמצא דרב וריו"ח נחלקו בתרתי והגרעי"א במערכה תמה דלא מסתבר דנחלקו בתרתי עיי"ש בכ"ד, ובערוה"ש סמ"ט כ' דדברי הגר"א צע"ג ב. בקצוה"ח סק"ב פי' דהמסירה ל"ח לפשיעה כיון דמסרו לבן דעת ופטור על אונסין שלבסוף והטעם דלא מהני שבועת השני כיון דהשני לא נכנס תחתיו אלא לפשיעה ואין יכול לברר בשבועתו שנאנס דע"ז אינו עומד תחתיו דראשון ונהי דנשבע שמתה בכדי לברר שלא פשע מ"מ אין נאמן בשבועתו אלא לענין הפשיעה ולא על גו"א, וכיון דאין שבועת השני פוטרתו הדר דינא דחייב מדין א"י אם פרעתיך וכן מדין משאיל"מ, ובנתיחה"מ סק"א תמה ע"ד, **ובחי' רח"ה** הלי' שכירות פי' בתחילה כהקצוה"ח והק' ע"ז מלשון הר"מ דפושע הוא ולהנ"ל אין

הטעם משום פושע אלא דלא מהני שבועת השני לפוטרו וחייב מחמת הספק, ולכ"פ דכיון דהראשון פושע אין השני עומד תחתיו לשבועה ונהי דנעשה לשומר מ"מ דינו כב' שומרים דלא מהני שבועת הא' לפטור חבירו וכמבוא' בב"ק ק"ח א' דבמסר שורו לב' בני"א שניהם חייבים בשבועה, ומשא"כ בלא גרעיה לשמירתו נכנס השני תחתיו דראשון להיות שומר של הבעלים, ובגליונות חזו"א שם נחלק עליו דבב' שומרים מהני שבועת הא' לפטור חבירו והתם בב"ק איירי שהחפץ שומר תחת שניהם והלכך כ"א צריך לברר

בשבועה שלא גנבו, ומדברי הנתיה"מ רצ"א סקכ"ג נמי מבוא' דבב' שומרים מהני שבועת הא' לפטור חבירו עיי"ש, ובפ"ת סקכ"א הביא בשם תשו' ושב הכהן כעין הקצוה"ח והוסיף לפרש דאין נאמן השני על הבעלים אלא בשבועת כפירת ממון דחמור משבועת ביטוי וכיון דבהיה גו"א ונשבע השני שנאנסה הוי שבועת ביטוי דהרי השני פטור על גו"א תו אין נאמן בשבועתו לברר הגו"א, ועי' חזו"א סי' ה' סק"א, ג. הנתיה"מ סקל"א פי' דכל הסכמת הבעלים למוסרו למי שרגיל בשמירתו הוא רק כשאינו מגרע בשמירה אבל כשמגרע אינם מתרצים בשמירת השני ולא חל עליה תורת שומר ודינו כאדם מהשוק דא"י לפטור השומר בשבועתו, והנתיה"מ סתר דבריו בסקכ"ב דנקט שם דמהני שבועת האם לפטור הון אע"ג דלא קיבלה ע"ע שמירה ועי' במצוין שם. ולדברי הנתיה"מ לכאז' אף בפשע השני הראשון חייב לכו"ע ודינו כששליש דאין רגיל להפקיד דרמ"ג, אמנם להקצוה"ח השני חייב בפשיעה, והעירו דמ"מ מסתבר דאף להקצוה"ח כשאין לשני מעות הראשון משלם לכו"ע ואף להר"מ לעי' סכ"ד ועפ"מ ש"כ הקצוה"ח סק"ח דיסוד דינו דהר"מ דהראשון פטור על פשיעה משום דמסירתו למי שרגיל להפקיד חשיב להשבה ומסתלק הראשון משמירתו דלפי"ז מסתבר דה"מ בלא גרעיה אבל בגרעיה כיון דעדיין חייב בגו"א ל"ח להשבה ויהא חייב נמי בפשיעה ועי', ועוד נפק"מ עולה בין הקצוה"ח לנתיה"מ, דלנתיה"מ כל דינא דהשו"ע שייכא במסר לאחרים אבל במסר לאשתו וב"ב כיון דאינו פושע במסירתו יהני שבועתם לפוטרו, [וכן מפורש בנתיה"מ סי' שמ"א סק"ג, ועי' נתיה"מ סי' שמ"ו סק"ז], אמנם הקצוה"ח שם כ' להדיא דאף באשתו וב"ב לא מהני שבועתם ואזיל לשי' בפ"י ד' הר"מ וכנ"ל, ומשמע מהקצוה"ח דסברת הריטב"א שהביא בסק"ו דב"ב חשיבי לש"ש כיון דאימתו מוטלת עליהם נמי לא יהני להר"מ והיינו דאף דשומרים כש"ש ולא גרע במסירתו להם מ"מ כיון דלא קיבלו ע"ע חיובי ש"ש לא מצו לישבע על גו"א,

והנה כל האמור הוא בש"ש שמסר לש"ח שרגיל להפקיד אצלו, ויל"ב איך הדין בששליש שמסר לש"ח שאין רגיל להפקיד דיתכן דבכה"ג לכו"ע חשיב המסירה לפשיעה גמורה וחייב מדין תח"ב, ועד כאן לא נחלקו אלא במסר למי שרגיל להפקיד דיש לו רשות למוסרו ומדברי הש"ך סקמ"ו מבוא' דלא שנה, אמנם במבי"ט סי' קצ"ו [ציינו הש"ך סקמ"ח] נקט דבמסר למי שאין רגיל להפקיד וגרע לכו"ע חייב מדין תח"ב עיי"ש, ולכאז' הוא שנוי בפלוגתת ראשונים דברא"ש וברשב"א ל"ו מבוא' דלי' נפקותא בששליש שאין רגיל להפקיד בין גרועה גרעיה ללא גרע, ועיי"ש ברשב"א בביאור דברי הגמ' לא מבעיא כו' דגרועה גרעיה כו', אמנם בריטב"א הישנים פי' דברי הגמ' דבגרועה גרעיה חייב מדין תח"ב, [אלא דיתכן דהריטב"א ס"ל כן אף ברגילין להפקיד אצלו.

כד. ששל"ש אם הביא הראשון עדים שנאנסה פטור, וי"א דסגי בהבאת ע"א ומצטרף בהדי שני לב' עדים, [ש"ך סקמ"ה], ותלוי בשי' הראשונים ריש מכילתין בטעמא דהשני אין פוטר הראשון מדין עד המסיע אי משום דחשיב לנוגע או דאינו פוטר מממון.

כה. ששל"ש ונשבע הראשון י"א דצריך לישבע נמי שלא פשע השני ושלא שלח יד, [סמ"ע סקמ"ט], וי"א דא"צ לישבע אלא שנגנבה, [ש"ך סקמ"ח], וי"א דצריך לישבע שלא פשע וא"צ לישבע שלא שלח יד, [קצוה"ח סק"ד, ונתיה"מ סקל"ב], והנה לענין שבועה שלא פשע נתבא' בש"ך ובקצוה"ח סק"ד דהנידון דכיון דאינו מעיקר השבועה אלא בדרך גלגול אי אמרי' מתוך על ג"ש ועל טענת שמא, והוסיף הקצוה"ח דלפמ"ש כ"ס בסי' ש"מ סק"ד דששליש חייב מדין א"י אם פרעתין יש לחייב הראשון מה"ט כשא"י שלא פשע, [ולפי"ז ברגיל להפקיד אצלו דחשיב א"י אם נתחייבתי כמש"כ הקצוה"ח שם ל"י לחייב מה"ט אלא מדין מתוך לחוד], ועי' בקצוה"ח שם דהש"ך סתר דבריו בדין מתוך בגלגול, וצריך לחלק דכ"ד הש"ך דאמרי' מתוך בגלגול הוא רק אצל השומר עצמו אבל הכא דהחייב רמא על השני וכל חיובא דראשון הוא רק לברר שבועתו של שני מדין את מהימנת לי בזה סגי במאי דנשבע עיקר שבועת השומר, ועי' חזו"א חו"מ סי' ה' סק"ט,

ולענין שבועה שלא שלח יד נתבא' בפוסקים הנ"ל דיש בזה ב' נידונים, הא' אם הראשון חייב בשליחות יד של השני, דברא"ש בשמעתין הובא בש"ך ובקצוה"ח מבוא' דחייב, אמנם בריטב"א ל"ה ב' הובא בקצוה"ח נקט דפטור דאין שלד"ע, וא"כ להריטב"א פשיטא דא"צ לישבע על ש"י של השני וכל הנידון לשי' הרא"ש, ובקצוה"ח תמה ע"ד הריטב"א דהרי בשלח"י נמי אתרבי שליחות כמבוא' בסו"פ המפקיד ואמאי אין הראשון יכול להתחייב על שלח"י דהשני, ולכ"פ כונתו דודאי בדאי עדים שהשני שלח יד חייב הראשון וכ"ד הריטב"א דבלי' עדים א"צ לישבע מספק ול"א ע"ז מתוך כיון דהוא בתורת גלגול כדלהלן, וכן אין חייב מדים א"י אם פרעתין [דהוא טעם החיוב דששליש כדנתבא' בקצוה"ח סי' ש"מ סק"ד] דלענין השלח"י אין החיוב חל בשעת מסירה אלא בשעה ששלח יד והו"ל א"י אם נתחייבתי, ובחזו"א סי' ה' סק"ט פי' כונת הריטב"א דאף דיש שליחות בשלח"י ובששליש שלחו להיות שומר מ"מ כיון דאין שלד"ע אמרי' דלא נתכוין לשלחו לשלח"י ולפי"ז הדר דינא דאף אם באו

עדים שהשני שלח יד פטור הראשון, והעירו מלשונן דהריטב"א דכ' הא לא דמיא אלא לאומר לשלוחו כו' דמשמע דאיירי בעשאו לשלח, ובאו"ש פ"ג מגניבה ה"ו פי' ד' הריטב"א דאף דשלח"י אתרבי ע"י שליח ה"מ בעשאו שליח שישלח יד עבורו, ומשא"כ בטביחה ומכירה ישלד"ע אף בלא ציוהו

שיעשה עבורו, ובנתייה"מ סקל"ב נקט בפשיטות דחייב הראשון על שלח"י דשני ומטעם דלא גרע מגניבה גנב ומתה ברשותו דחייב, ומה לי שגנבה מבית השומר הראשון או מביתו, והעירו דשאיני גנב שבגניבתו החפץ אבוד מהבעלים ונחייב השומר על אבידת החפץ, משא"כ בשלח"י דאין החפץ אבוד לבעלים מהיכ"ת לחייב הראשון ע"ז. ונידון ב' אי אמרי' מתוך על שלח"י, ובקצוה"ח תלה ליה בדין מתוך בגלגול ובשמא, אמנם הנתייה"מ נקט דאף להסוברים דאמרי' מתוך בגלגול מ"מ שבועה שלא שלח יד דאינו מענין שבועת השומרין ל"א בזה מתוך,

כו. ש"ש שמסר לש"ח וכן שואל שמסר לש"ש אעפ"י שהיה הראשון בבעלים חייב, [ר"מ ושו"ע סכ"ו], ונחלקו האחרונים בטעם הדין, בסמ"ע סקמ"ח הביא מהמ"מ לפי הטעם דאין בעלים פטור אלא לראשון שלקח מבעלים וכיון דנגנבה מרשות השני מתחייב הראשון על רשות השני, ובאבה"ז פ"א משכירות ביאר דאין כונתו דהראשון משלם חיובי השני דא"כ בגו"א דהשני פטור הראשון נמי הו"ל ליפטור אלא כונת המ"מ דכיון דמסרו לרשות השני תו ל"ח בעליו עמו, וע"י תוספת דברים בברכ"ש ב"ק סי' ל"ב, ובבאה"ג או' ר' ציין לכ"מ פ"א משכירות דפי' טעם החיוב משום דהראשון במסירתו לשני חשיב למזיק בידים וע"ז לי' לפטורא דבעליו עמו, ולפי"ז צ"ל דס"ל דגריעה חייב אפי' על אונסים שאח"כ מדין תח"ב, אמנם בנתייה"מ סי' ש"א סק"ב פי' כונת הכ"מ דחשיב למזיק כיון דחיישי' דהחפץ ברשותו של השני, ולפי"ז במתה לפנינו אין לחייבו מדין מזיק, ובחזו"א סי' ה' סק"ב כ' דאפשר דכונת הכ"מ דכל מה שאירע אח"כ כעשאו בידים בשעת מסירה, ובמאירי ב"ק י"א ב' פי' נמי ד' הר"מ דחייב מוטעם מזיק ונסמך ע"ד הר"מ דפושע חייב מטעם מזיק ואפי' בעשוי"ק, ובתרוה"כ הכא תמה ע"ד דלה"ל קיי"ל דפושע בבעלים פטור, ובעיקר סברת הכ"מ דחיובו מדין מזיק א"כ עולה לפי"ז דאין חיובו מפי' שומרים אלא מדין אדם המזיק ולפי"ז בספק ברשותו פטור כדן ספק מזיק דהבירור מוטל על הבעלים והמע"ה, וצ"ע לפמשי"פ הנתייה"מ דחשיב למזיק משום דדלמא החפץ לעולם א"כ לא הו"ל מזיק בודאי ונימא המע"ה, [העירו].

בנתייה"מ סק"ל ביאר טעם החיוב [ונראה דלמד כן בדברי המ"מ], עפמשי"כ הטי"ז דשואל שעושה משיכה תוך הזמן להאריך ימי השאלה מפקיע קנין הראשון, ולפי"ז ה"ה שואל שלא היה לו זכות בשאלה להשאיל או להשכיר לאחרים ועשה משיכה לקנות הזכות להשאיל לאחרים חשיב כשאלה חדשה, וא"כ בשלש"ש כיון דהראשון לא היה לו בקנינו זכות להשאיל לאחרים נמצא דהשתא דמסרו לאחר שלא ברשות ה"ז כעשה קנין חדש ע"י קנינו דהשני והאי קנין הו"ל שלא בבעלים, ולפי"ז כ' בסי' ש"א סק"ב דכל האי דינא לא שייכא אלא במסרו לשוכר או שואל דעושה קנין חדש אבל במסרו לש"ח או ש"ח אין לחייבו אלא מסברת הכ"מ דחשיב למזיק והאי סברא לא שייכא אלא כשיש ספק שהחפץ ברשות השני, אמנם עורר הנתייה"מ ע"ז ב' הערות חדא דקיי"ל בסי' שמ"ו דשאלה שלא בבעלים אינו מפקיע אלה בבעלים וא"כ אמאי שאלה דהשני מפקיע שאלה בבעלים דהראשון, וכ' לחלק בין משיכה לקנין חצר [וצ"ב בסברת החילוק], עוד העיר הנתייה"מ דאף אי משיכה שני מבטלת קנין הראשון ה"מ כשהשני היה מדעת אבל הכא היה משיכת השני שלי"מ, ותי' דאשכחנא גבי שלח"י דילפי' ליה משואל מדעת וחזי' דמדמי' שלא מדעת למדעת וא"כ יש ללמוד נמי של"מ משואל מדעת לענין ביטול קנין הראשון, והעיר דהתם לא ילפי' אלא לחיוב אונסין לחוד ומנ"ל למילף דשל"מ עושה קנין חדש, ובפרט להנתייה"מ סקל"א דגרועי גריעה ל"ק השני כלל.

כז. שואל שמסר לש"ש פושע הוא וחייב, [שו"ע שם], ובנתייה"מ סקכ"ט הק' במאי מיירי אי במתה באונסין הרי שואל חייב באונסין ואי במתה מ"מ הא לי' פטור מ"מ בש"ש, והימ"ל דאיירי באמת בגו"א דהשני נמי חייב ועיקר כונת השו"ע דבגרע לשמירה לא נסתלק הראשון ולכו"ע עומד בחיובו ורמ"ג, אמנם אי"ז במשמעות השו"ע דמשמע דאתא לחדש נמי דלא מהני שבועת השני לפטור הראשון ובע"כ דאיירי באופן דנפטור השני, ולכך כ' הנתייה"מ להגיה בשו"ע שואל שמסר לשוכר ואיירי במתה מ"מ דשייך אף בשוכר, ובדברי חיים שומרים סי' ד' כ' שזה דוחק, ולכ"פ דאיירי בשואל שהתנה ליפטור מאונסין ומ"מ בגרועי גריעה חייב כיון דינב מעת בעה"ב עיי"ש, והנה יעוי' במצוין לעי' הדברי משפט הוכיח מהאי דינא דשואל שמסר לשוכר דמשמע דשואל שמסר לשואל פטור, ודלא כהנתייה"מ, והעירו דלדבר"ח דאייר בהתנה ליפטור מאונסים לא מוכח מיד, דלעולם שואל שחייב באונסין לא נפטור במסירתו לשואל אחר וכדברי הנתייה"מ, ובעיקר דינא דשואל שמסר לשוכר או ש"ש הק' הנתייה"מ סק"ל אמאי חשיב לגירעון שמירה הא אין הפרש ביניהם אלא לענין אונסים ומאונסים א"א לשמור, ותי' דשואל חייב בשמירה מלסטים מזויין ושוכר וש"ש פטורין, והגרע"א במערכה ל"ו ב' או' י"ב תי' דהר"מ ס"ל דש"ש פטור על גניבת אונס וא"כ נפק"מ לגניבת אונס,

כח. ש"ש שמסר לש"ש שדרך הבעלים להפקיד אם היה הראשון בבעלים י"א דפטור, [נתייה"מ סי' ע"ז סק"א ודלא כמשמעות הקצוה"ח שם דחייב], ופי' הטעם דכל חיובא דראשון בבעלים לא נאמר אלא במקום דהראשון חייב על פשיעת השני אבל בש"ש שמסר לש"ש שדרך הבעלים להפקיד כיון דהראשון פטור במסירתו לשני פשיטא דבעלים נמי פטור, ואפי' לשי' ר"ת וסייע' דהראשון חייב כשאין לשני לשלם ה"מ במקום שאם היה ברשות הראשון היה חייב דבה אי' לסברא דכ"א ימסור

לאשתו וב"ב ויפטר אבל במקום דאילו היה ברשותו היה פטור ליכא להאי חששא ופטור על פשיעת השני, [ועי' במצוין לעי' שי' האחרונים בטעמא דר"ת דל"ח השני בחריקאי דראשון אלא כשמתחייב לשלם עבור השני ולדבריהם לכאוי ה"ה דבעלים חייב].

כט . שומר שמסר לשומר שאין רגיל להפקיד אצלו ולא גרעיה, והיה הראשון בבעלים י"א דחייב, [פ"ת סק"כ בשם השב יעקב], וי"א דפטור, [חזו"א סי' ה' סק"ב], בשב יעקב כ' דכיון דחיובו מטעם פושע כ"ש כשמסרו למי שאין רגיל להפקיד אצלו דחשיב לפושע אפי' לא גרעיה וחייב, אמנם בחזו"א פליג דכיון דכל פשיעותא דששלי"ש משום סברת את מהימנת האי סברא לא שייכא אלא כשהראשון חייב שבועה אבל שומר בבעלים דאין חייב שבועה ל"ש לסברת את מהימנת ושרי למסור לכתחילה לאחר והדר דינו כששלי"ש שרגיל להפקיד אצלו דפטור בלא גרע, ובד' השב יעקב צ"ל עפ"י הנתבא' לעי' דטענת את מהימנת יסודו משום דהראשון פושע במסירתו לאחר משום אין רצוני, [אלא דל"ח פשיעותא לענין תח"ב וסופו באונס], הלכך אף כשפטור משבועה אסור למסור לאחרים ופושע במסירתו ועי', ומסתבר דאף להחזו"א במסרו למי שרגיל להפקיד ולא גרע בשמירתו ופושע השני ואין לו לשלם, דלהסוברים דהראשון חייב ה"ה דיהא חייב כשהיה בבעלים.

ל . שומר בעשוי"ק שמסר לשומר י"א דגרע מפשיעה וחייב הראשון לכו"ע ויש חולקין [שו"ת הרא"ש ומהרי"ק ורמ"א סי' ש"א ס"א]. ובש"ך שם סק"ד תמה דהא עיקר טעמא דששלי"ש חייב משום את מהימנת לי וה"ט לא שייכא בעשוי"ק דלי שבועה ואמאי חייב, ונאמרו בזה ב' דרכים, הנתיה"מ שם סק"ב פי' דטעם חיובא דששלי"ש מדין מזיק דכיון דהשני אינו נאמן בשבועה חיישי' שמא הוא ברשותו והראשון מזיק במאי דמסרו לו ולפי"ז באי' עדים דהחפץ אינו ברשותו פטור הראשון [ואין לחייבו מדין תח"ב דאינו פושע בשמירה], ובשעה"מ ובערוה"ש שם פי' דחלוק ששלי"ש במקום דאי' שבועה לששלי"ש בעשוי"ק דבמקום דאיכא שבועה אין לדון המסירה לפשיעה כיון דמסרו לאדם שחייב על פשיעה וכן צריך לברר בשבועה שלא פשע ונהי דאינו נאמן בשבועה מ"מ המסירה אליו ל"ח לפשיעה, משא"כ בעשוי"ק דאם יפשע השני פטור [להרא"ש] וא"צ לברר בשבועה שלא פשע בכה"ג המסירה חשיבא לפשיעה וחייב הראשון מדין פשיעה [אפי' נאנסה לבסוף], וילע"י מדברי התוס' צ"ג ב' [הובא בקצוה"ח סק"יג], דכ' דאפי' מסרו לש"ח ופטור מפשיעה פטור דל"ח תח"ב בהכ"י.

תחילתו בפשיעה וסופו באונס

סי' רצ"א סעי' ו' ט' - י"ב, סי' ש"ג סעי' י' י"א י"ד טו, סי' ש"ט, סי' שצ"ו ס"א ו' סי' ת"י סכ"ג

א. פשע בו לענין אחד ולבסוף נאבד באונס בענין אחר אם היה האונס מחמת הפשיעה אפי' אם התלי' באונס מחמת הפשיעה הוא צד רחוק חשיב פושע וחייב לשלם, [סי' רצ"א ס"ו וסמ"ע סק"י]. ובביאור האי דינא נאמרו באחרונים ב' דרכים, הגרע"א ב"מ ל"ו ב' וב"ק נ"ו א' פי' דבתח"ב וס"ב חשיב האונס מחמת הפשיעה דהו"ל לאסוקי אדעתיה על האונס ולכך ה"מ באונס מחמת הפשיעה אבל שלא מחמת הפשיעה ל"ח האונס לפשיעה, אמנם בקצוה"ח סי' ש"מ סק"ד פי' דמשעת פשיעה נתחייב בתשלומין ולא נפטר אלא ע"י אונס שלא מחמת הפשיעה דנידון כהשבה, [וכ"כ הגרע"א ל"ו ב' במערכה בד' אבין], ויש דרך נוספת לבאר דכל פטורא דאונס משום דמאי הו"ל למעבד ובתח"ב היכא דהאונס מחמת הפשיעה לא שייך להא פטורא ודרך זו מבוא' ברמב"ן צ"ג ב', [עי' באבי עזרי סוף שופטים מכתב א' ובמגנזי הגר"ח]. ויש כמה נפק"מ בין הדרכים כדלהלן.

ב. הניח המעות במחיצה של קנים ולבסוף נגנבו חייב משום תח"ב לענין שריפה. ויעוי' סמ"ע סק"י דאף דאין ברור דהוא מחמת הפשיעה דדלמא אם היה במחיצה של בנין נמי היה נגנב מ"מ כיון שאם לא היה מניחו כאן אפשר שלא היה נגנב תלי' האונס מחמת הפשיעה וצל"ב אמאי לא נפטר מחמת הספק כדן ספק פשיעה, והנה בקצוה"ח שם פי' לפי"ד דכבר נתחייב בהשבה בשעת הפשיעה והשתא דמספקי' אי האונס מחמת הפשיעה הו"ל א"י אם פרעתיך, ועיי"ש בקצוה"ח דהוסיף עוד דדינא הוא בתחבוס"ב דחייב כ"ז דלא איברר שאינו מחמת האונס ומשמע אפי' בלא טעמא דא"י אם פרעתיך ולא איברר כונתו, אמנם לדרכו דהגרע"א דהאונס חשיב לפשיעה צל"ב אמאי ספק אונס מחמת הפשיעה ל"ח לספק פשיעה, ועי' להלן.

ג. היה יוקרא וזולא בין שעת הפשיעה לשעת האונס משלם כשעת האונס דהוא זמן ההוצאה מן העולם, [נתיה"מ סק"י ג]. והנה אי חיובו תח"ב הוא על האונס הדין פשוט אבל אי חיובו על הפשיעה צל"ב אמאי אין משלם כשעת פשיעה, וצ"ל דשעת פשיעה אינה אלא סיבת החיוב וחייל מההיא שעתא שעבוד נכסים ומ"מ חיובו בפועל לא חייל אלא בשעת הוצאה מהעולם, [ומסתבר דלהרי"ף אליבא דאביי דחייב אף על אונס שלא מחמת הפשיעה ומההיא שעתא קם ליה ברשותיה כמש"כ הגרע"א משלם כשעת פשיעה [וכנגב וגזלן דמשלם כשעת ההוצאה מבית הבעלים], ובאשר לשלמה ח"ג סי' מ"ב העלה לפרש לפי"מ הראשונים סו"פ המפקיד דחילוקא דגזלן משואל דגזלן השעת הגזילה הוציא החפץ מרשות הבעלים הלכך משלם כשעת הגזילה משא"כ שואל דלא הוציא החפץ אלא בשעת יציאה מן העולם דלפי"ז שומר בשעת פשיעה אף דנתחייב בתשלומין מ"מ כיון דלא יצא החפץ מרשות הבעלים אלא בשעת הוצאה מן העולם אינו משלם אלא כשעת יציאה מן העולם.

ג. י"א דתח"ב וסופו באונס דלא שכיח פטור, [ש"ך סק"ד בשם מהרש"ך וחי' רע"א בשם מהריק"ש], וי"א דחייב. וכשי' המהרש"ך כ"כ בעיטור או' פ' פיקדון [הובא בחי' הגרע"א ב"ק נ"ו א'] והוכיח כן מב' סוגיות האי' מסוגי' הגמ' ב"ק ס"ב ב' דכיסהו כראוי לגמלים ולא לשוורים והתלע מתוכו דנו שם לחייב מדין מיגו ולא דנו מדין תחבוס"ב וכן מסוגי' הגמ' ב"ק כ"א ב' הכלב והגדי' שקפצו מראש הגג דבמקרי חייב על קפיצה ולא על נפילה ולא מחייבי' על נפילה מדין תח"ב אמנם בב' הסוגי' כל הראשונים פליגי ומישבים בע"א וצוין לעי', ועיקר הסברא לפטור באונס דלא שכיח שייכא אי חיובא דתחבוס"ב הוא על האונס אבל אי חיובו על הפשיעה לכאוי' ל"ש.

ד. אין חייב בתחילתו בפשיעה אלא בפשיעה גמורה אבל לא בשינוי כל דהו, [חי' רעק"א בשם נ"י], הנמו"י אירי אהא דאמרי' בב"ק כ"א ב' דהכלב והגדי' שנפלו מראש הגג דפטור במקרי חייב כלים ואע"ג דחייב על קפיצה ח"י כדן משונה מ"מ ל"א תח"ב לענין קפיצה במשונה וס"ב לענין נפילה דהפשיעה אינה גמורה ולכאוי' גדר הדברים דהו"ל כתחילתו בגו"א דכ' הראשונים דשי"ש פטור ע"ז, וכ"פ הרמ"א סי' ש"ג ס"י וסמ"ע שם סק"י"ב. וצ"ע אמאי הגרע"א לא ציין לשי' הראשונים בתחילתו בגו"א, [וציינים להלן בסי' ש"ג], והנה מדברי הרמב"ן ע"ח א' עולה דבר חדש דהמשנה מהר לבקעה אף דחשיב לחיסרון שמירה ושי"ח חייב עליה מ"מ ל"ח כפשיעה לענין דין תח"ב, ולכאוי' גדר הדברים דכל דין תח"ב דוקא היכא דהפשיעה בעצם השמירה אבל היכא דהפשיעה משום דמשנה מדעת בעה"ב אינו פשיעה לענין תח"ב והדברים מבוארים יותר אי חיובא דתח"ב הוא על האונס דחשיב לפשיעה ועי'.

ה. פשע השומר בשמירתה ויצאה לאגם ומתה כדרכה פטור, דמה"מ מ"ל הכא ומ"ל התם, ואין לתלות המיתה מחמת הפשיעה, [שו"ע ס"ט וסמ"ע סקט"ו]. ול"ד לס"ו דשם אי סיבה לתלות האונס בפשיעה, וכן"ז דלא כהשטמ"ק ב"מ ל"ו ב' דפי' בשם השיטה דאף דיתכן דמתה מחמת הבלא דאגמא מ"מ לא תלי' בספיקא ול"ד לצריפא דאורבני דהגניבה נעשית מחמת הנחתו שם.

ו. יצאה לאגם ונגנבה ומתה בבית גנב חייב, [שו"ע שם]. ולא מיפטר משום תח"ב כיון דכבר נתחייב בבית גנב, [סמ"ע סקט"ז], ויל"ד במשכה הגנב באגם ולא הספיק לקחתה ומתה אי חייב דיתכן דכל החיוב דוקא אי אבודה מהבעלים מחמת הגניבה אבל כ"ז דלא אבודה לא נתחייב השומר, ויש לזה ראוי מדברי הריטב"א ל"ו ב' דכ' דבששליש ומתה חייב הראשון כדין מתה בבית גנב ואע"ג דהתם כ"ז דהיתה בבית השומר לא היתה אבודה מהבעלים, וע"ע נתיב"מ סי' רצ"א סקל"ב.

ז. העלה הבהמה לראש ההר ונפלה ה"ז פשיעה וחייב, ואם מתה מאליה פטור שאין האונס מחמת הפשיעה, עלתה מאליה ועלתה ונפלה פטור, ואם יצאה לאגם ועלתה ונפלה חייב, וי"א דעלתה מאליה חייב בכל ענין, [שו"ע ס"י י"א וסמ"ע סק"ח וחי' רעק"א בשם המהרש"א], שורש הנידון בעלתה מאליה תלוי בשי' הראשונים אי רבא מודי לאביי דעלתה מאליה חשיב לפשיעה וענין זה יבוא' בסוגיות דלהלן, ובמש"כ הסמ"ע דביצאה לאגם חייב ר"ל מדין תח"ב וחשיב האונס מחמת הפשיעה ואף דא"צ לתקופה שלא תעלה מ"מ אילו היה יוצא עמה היה שומרה שלא תעלה.

ח. רועה ש"ח שנכנס לעיר ובא ארי וטרפו אם נכנס בשעה שדרך בני"א ליכנס פטור, ואם נכנס בשעה שאין דרך בני"א ליכנס אם היה יכול להציל חייב ואם לאו פטור, וי"א דאף אם לא היה יכול להציל חייב, וכיון דהוי ספיקא דדינא המע"ה, [שו"ע ס"א, רמ"א סי' ש"ג ס"י, סמ"ע סק"כ, וש"ך סק"ח], שורש הדין בדברי הגמ' צ"ג ב' דאמרי' דבעל בעידנא דעיילי אינשי פטור [ונתבא' בתוס' דלי' לחיובא משום תח"ב כיון דל"ח לפשיעה אלא לגו"א], ובעל בעידנא דלא עיילי אינשי חייב אפי' באין יכול להציל משום תחבוס"ב, ונח' הראשונים אי האי אונס חשיב מחמת הפשיעה וקאי אף לרבא או דחשיב שלא מחמת הפשיעה וקאי לאביי לחוד, דהרי"ף פי' הסוגי' דחשיב שלא מחמת הפשיעה וקאי אליבא דאביי לחוד [ואזיל לשי' דלאביי חיב אף על אונס שלא מחמת הפשיעה], והתוס' ע"ח א' והראב"ד פי' דחשיב אונס מחמת הפשיעה דדלמא אי היה שם היה הולך למק"א ואו דהארי היה בורח מפניו וחייב אף לרבא, [ותוס' לשי' דאף לאביי בעי' האונס מחמת הפשיעה], והשו"ע פסק כהרי"ף הלכך למאי דקיי"ל כרבא דבעי' אונס מחמת הפשיעה אין חייב אלא ביכול להציל והרמ"א פסק כהראב"ד, ויש להוסיף דהרמב"ן ל"ו ב' הביא מהראב"ד סברא נוספת לדון האונס מחמת הפשיעה דאין הפשיעה במה שהניחם בלי שמירה אלא במה שלא לקחם עמו שהכניסם לעיר, ולדבריו לא משכח"ל אונס שלא מחמת הפשיעה אלא היכא דהיה נעשה האונס בכל מקום ועי' במצוין לעי' אריכות בדבריו. והנה הרמ"א לא השיג על השו"ע בסי' רצ"א ויעוי' בש"ך סק"ח במסקנת דבריו דהרמ"א בסי' ש"ג ציין לס"י רצ"א לאורווי דפליג נמי התם, אולם בערוה"ש סמ"א כ' דהרמ"א בש"ח פסק כהרי"ף ובש"ש כהראב"ד, וצ"ב סברת החילוק [והש"ך הזכיר לחילוק זה ודחה].

ט. ש"ש שנכנס לעיר בין בשעה שדרך בני"א ליכנס ובין בשעה שאין דרך בני"א אם היה יכול להציל חייב ואם לאו פטור ובספק אם יכול להציל חייב, וי"א דבנכנס בשעה שדרך ליכנס וא"י להציל פטור, ובשעה שאין דרך ליכנס חייב אפי' אין יכול להציל, [שו"ע ורמ"א סי' ש"ג ס"י], שורש פלוגתת השו"ע ורמ"א נתבא' לעי', והטעם דחלוק להרמ"א שעה שדרך ליכנס משעה שאין דרך ליכנס, יעוי' בסמ"ע סק"ב בשם התוס' דבשעה שדרך ליכנס ל"ח לפשיעה אלא לגו"א ותחלתו בגניבה ואבידה וסופו באונס חייב ועי' במצוין לעי' בסברת הדין.

ובמש"כ השו"ע דבספק חייב נחלקו הפוסקים בטעמא דמילתא, בב"י ובסמ"ע סק"א פי' דבסתמא אמרי' דהיה יכול להציל עיי' רועים ומקלות שהיה שוכרן להצילו ועפ"ז כ' דה"מ בש"ש אבל ש"ח דאין חייב להציל ברועים ומקלות לא אמרי' דמסתמא היו טורחים רועים להצילו בחינם ופטור בספק, אמנם הש"ך סק"י והט"ז חלקו ע"ד דלא אמרי' דבסתמא היה יכול להציל, [והט"ז הוסיף להק' דאין הולכין בממון אחר הרוב] וילה"ע עוד על הסמ"ע דבש"ח אין חייב מספק מ"ש מצריפא דאורבני דאף דאין ברור דהאונס מחמת הפשיעה מ"מ כל היכא דאפשר לתלות דהוא מחמת הפשיעה תלי' וכמש"כ הסמ"ע שם ואולי דכ"ד הסמ"ע בעל בעידנא דעיילי אינשי דחשיב

לגוי"א, ויתכן לחלק עוד דהתם ודאי דשייך דיארע האונס דוקא במקום הזה הלכך הוי האונס בכלל הפשיעה וחייב אף בספק אינעשה מחמת הפשיעה, משא"כ הכא דלא ברירא כלל אי שייך דיהא האונס מחמת

הפשיעה, ולכ"פ הש"ך וט"ז הטעם משום דמחויב שבועה ומתוך שאיל"מ וה"ה דש"ח חייב בספק, וציין הש"ך להסמ"ע סי' רצ"א סק"יב דס"ל נמי דאמרי משאיל"מ בשבועת השומרים וצ"ע אמאי לא פ"י הסמ"ע הכא מה"ט, ואמרו דאולי אין כונת הסמ"ע הכא דאיי"ז ספק אלא עיקר כונתו דלא תלי' דהיה יכול להציל אלא ע"י רועים ומקלות ולכך בש"ח דאין חייב להציל ברועים ומקלות פטור, ולעולם אף בש"ש הוי ספק וחייבו מדון משאיל"מ, **והקצוה"ח** סי' ש"מ סק"ד פ"י דמעידן פשיעה נתחייב בתשלומין אלא דהאונס שלא מחמת הפשיעה חשיב לחזרה ובספק אונס מחמת הפשיעה הו"ל א"י אם פרעתין וחייב, [והקצוה"ח לא פ"י הטעם משום משאיל"מ דאזיל לשי' שם בסו"ד דל"א משאיל"מ בשבועת השומרים], וכל דבריו שייכא אי בשמא ושמא א"י אם פרעתין חייב, אולם הש"ך סי' רצ"א סקמ"ד ונתייה"מ שם סקכ"ח נקטו דבשמא ושמא א"י אם פרעתין פטור, ולכך הש"ך לשי' פ"י מטעם משאיל"מ, **ויל"ד** נפק"מ בין הדרכים היכא דהאונס ודאי מחמת הפשיעה אמנם ספק אי היה תחלתו בפשיעה [וכגון ספק אי על בעידנא דעיילי אינש] דלהסמ"ע פטור וכן להקצוה"ח הו"ל א"י אם נתחייבתי אבל להט"ז והש"ך חייב מדין משאיל"מ, אמנם יעוי' נתייה"מ סי' ש"ג סק"ז דדן דבכה"ג אין השבועה שלא פשעתי מעיקר הדין אלא מדין גלגול ול"א משאיל"מ בגלגול.

י. תחילתו בגוי"א וסופו באונס פטור, [סמ"ע סי' ש"ג סק"יב וחי' רע"א ס"י], וה"מ שאין ברור שהאונס מחמת הגוי"א אבל כשידוע שהאונס מחמת הגוי"א חייב, [נתייה"מ סי' ש"ג סק"יב], מקור הדין דתחילתו בגוי"א וס"ב פטור עולה מסוגי' הגמ' ב"מ צ"ג ב' דבעל בעינא דעיילי אינשי אם לא היה יכול להציל פטור אע"ג דתחילתו בגוי"א וכמש"כ התוס' שם, וכן עולה מסוגי' הגמ' ב"ק כ"א ב' גבי הכלב והגדי שנפלו מראש הגג כמש"כ הרשב"א ונמו"י שם, ונתבא' לעי' מהגרע"א טעם הדבר דכל עיקר חיובו דתח"ב הוא על עידן הפשיעה וה"ט לא שייכא בתחילתו בגוי"א דאינו אלא חיוב שמירה לחוד וחיוב הממון חל בזמן אבידת החפץ, והנה בנתייה"מ סק"יב הק' מדינא דהשו"ע שם ס"ד בעלתה מאליה לראשי צוקין ולא מנעה ונפלה דחייב מדין תחבוס"ב, והרי עלתה מאליה ל"ח לפשיעה אלא לגוי"א [וכמבוא' בסי' רצ"א דש"ח פטור ע"ז] וא"כ אמאי חייב כשסופו באונס הא הו"ל תחילתו בגוי"א, ותי' הנתייה"מ דכל פטורא דתחילתו דגוי"א רק כשאינו ברור שהאונס מחמת הפשיעה אבל כשודאי האונס מחמת הפשיעה חייב אף בתחילתו בגוי"א, ויל"ב להאמור דתחילתו בפשיעה יל"ד החיוב מב' פנים, הא' מחמת הפשיעה והב' מחמת האונס דחשיב לפשיעה ובספק אי האונס מחמת הפשיעה אין לחייבו אלא מחמת הפשיעה דמעידן פשיעותא חל החיוב וספק שאח"כ הו"ל א"י אם פרעתין אבל מטעם האונס דחשיב לפשיעה אין לחייבו מספק דהו"ל א"י אם נתחייבתי ומעתה בתחילתו בגוי"א דאין לחייב על האונס שאח"כ אלא משום דנגרר בתר הגוי"א ול"ח לאונס אין לחייבו אלא כשהאונס ודאי מחמת הגוי"א, ודברי הנתייה"מ מוכרחים נמי בדברי השו"ע שם ס"י דש"ש דהעביר הבהמות על הגשר ודחפה אחת לחברתה ונפלה חייב מדין תחבוס"ב, ואע"ג דמה שלא העביר אחת אחת לגוי"א כמש"כ תוס' צ"ג ב', [העיר], ובריטב"א ע"ח א' יש לשון דבתחילתו בגוי"א וס"ב כשאין האונס מחמת הגוי"א פטור ומשמע דאתא לאפוקי מתח"פ דחייב אף על אונש שלא מחמת הגניבה והוא סיוע לסברת הנתייה"מ, [אמנם הריטב"א ל"ו א' סתר דבריו בדין תח"פ שאין האונס מחמת הפשיעה ואכ"מ].

ובעיקר הכרעת הפוסקים דתחילתו בגוי"א וס"ב פטור, יש לציין לדברי הגר"א סי' רצ"א סקמ"ז דפ"י ד' הר"מ ושו"ע שם דש"ש שמסר לש"ח חייב מדין תחבוס"ב וחייב אף על אונסים, ונהי דל"ה תחילתו בפשיעה אלא בגוי"א [דהרי השומר השני קיבל עליו שמירה מפשיעה] ס"ל להר"מ ושו"ע דתחילתו בגוי"א חייב ולדבריו צריך לדעת אי איכא להאי כללא דלא אמרי' תח"ב בפשיעה שאינה גמורה.

יא. ש"ש שהעמידה בחמה ומתה אפי' לאח"ז חייב, [ש"ג ס"יב]. ועי' נתייה"מ סק"י דחיובו מין תחבוס"ב [כהבלא דאקמא לאבינ], ועפ"י כ' הנתייה"מ לדון במתה לאחר שהחזירה לבעלים אי תלי' למיתה מחמת הפשיעה, ותלה ליה בב' הדרכים בדין הדרא לבי מרא אי יסודו דלאחר שהחזירה לבעלים בטלה פשיעותא דמעיקרא ותו אין לחייבו מדין תח"ב או דלאחר חזרה לבעלים תלי' דלא מתה מחמת ההבלא ולפ"י בסיגפא דיש לתלות המיתה מחמת הסיגוף חייב, וכן נפק"מ בכ"ז בחזרה לבית שומר ונתבא' לעי' שי' הראשונים בזה.

יב. שומר על קרקעות לשי' הר"מ דחייב בפשיעה י"א דחייב נמי בתח"ב וסופו באונס, [נתיה"מ סי' ש"א], וי"א דבחבוס"ב פטור, [ב"י סי' צ"ה בשם המרשים, ופרישה סי' ס"ו סק"מ וצ"ה סק"ג ואמרי בינה הלואה סי' ל"ט], ויש בזה ב' נידונים חדא אי חיוב פשיעה בקרקעות הוא מתורת שומר או מדין אדם המזיק ומדד"ג, [כמבוא' בנתיה"מ שם], וכן אי חיובו דתח"ב הוא על הפשיעה או על האונס, וע"ע בחידושי ר"ש פסחים ה' ב' או' ק"ב.

א. ש"ש חייב בגו"א אפי' בנם בעידנא דניימי אינשי. [שו"ע ס"ב], דקיי"ל כר"ח ורברר"ה צ"ג ב' דלא סגי בש"ש בשמירה כדנטרי אינשי דאמרי' להכי יהבי לך אגרא לנטורי נטירותא יתירתא [נתייה"מ סק"א], ועיי"ש בנתייה"מ דהעיר ע"ד השו"ע דכ' האי דינא בשם וי"א ומשמע דדין זה תלוי בפלוגתא דגניבת אונס והרי גמ' ערוכה היא להלן צ"ג ב' דהחולקים על רבה מחייבי בכה"ג וקיי"ל כותיהו, [והטעם דלא תלוי בגניבת אונס כיון דהלך לישון מדעתו ומחויב לדאוג לשמירה בזמן השינה], ובדברי משפט סי' ש"ג סק"א תי' דהשו"ע איירי אף באופן דלא היה אפשר לו להעמיד שומר אחר דחשיב לאונס הגוף וכה"ג ה"ז תלוי בפלוגתא הראשונים בדין גניבת אונס כשנאנס השומר עיי"ש.

ב. י"א דשומר על המשכון אע"ג דדינו כש"ש אינו חייב אלא בשמירה כדנטרי אינשי, [שו"ת מהרש"ך סי' קס"ט והובא במל"מ פ"י משכירות ה"א], ויש חולקין, [מל"מ שם ורע"א סי' ע"ב וקצוה"ח שם סק"ה]. המהרש"ך נקט דכל פלוגתא אמוראי צ"ג ב' הוא רק בש"ש שירד אדעתא דשכר דבזה אמרי' להכי יהבי לך אגרא יתירתא אבל במשכון דלא ירד מתחילה אדעתא דשכר אף דיש לו ריוח ממילא לי' להאי אומדנא וסגי בשמירה כדנטרי אינשי, ויעוי' מנ"ח מ' נ"ט דלדבריו ה"ה אומן אע"ג דחייב בגו"א מ"מ לא שייך למימר להכי יהבי לך אגרא יתירתא וסגי בשמירה כדנטרי אינשי וכ"כ החת"ס חו"מ סי' ט"ו לענין שוכר, אמנם הגרע"א סי' ע"ב פליג והוכיח מדי' התוס' ב"ק נ"ז א' דשומר אבידה דינו כש"ש לכל דיניו, והנה כל נידון האחרונים הוא לענין שמירה כדנטרי אינשי אבל לענין גניבת אונס י"ל דלכו"ע חייב לש"י התוס' להלן דטעם חיובא דגניבת אונס מגזיה"כ וא"כ אינו מחמת אומדנא דלהכי יהבי לך אגרא, וכן צידד לחלק בקצוה"ח סי' ע"ב סק"ה, אמנם בשו"ת גינת ורדים חו"מ ס"א הביא למהר"ם חביב דנקט דאף לענין גניבת אונס אינו חייב אלא בקיבל שכר מתחילה ואדעתא דהכי שמר אבל במשכון ואומן פטורין על גניבת אונס, וילה"ע דאי באבידה ומשכון סגי בשמירה כדנטרי אינשי ופטור על גניבת אונס מה חילוק אי' בין חיוב השמירה דש"ח לש"ש וצ"ל דכל דינא דנטרי אינשי הוא על זמני השמירה אבל בצורת השמירה חייב ש"ש בשמירה מעולה ואף דנטרי אינשי בשמירה פחותה, וצ"ל מ"ש מהחולקה לאגם דפטור עליה לרבה דסגי כדנטרי אינשי ואף דהוי בכלל שמירה פחותה, ויש לחלק.

ג. י"א דחייב על גניבת אונס ולכך אם הטמינם עמוק בקרקע או קפץ עליו חולי ולא יכול לשמרה חייב, [שו"ע, ורע"א בשם הרשב"א רא"ש טור ותוס' ב"ק, וכ"פ הפרח שושן ציינו הגרע"א והגליא מסכת ס"ג], וי"א דפטור על גניבת אונס ואין חייב אלא בלא שימר שמירה מרוח שא"מ, [יש"ש ב"ק פ"ו סי"א וכ"פ הש"ך סק"ד והגר"א סק"ד, וחיוב השמירה מרוח שא"מ מבוא' בהגרע"א], וי"א דבהטמין בקרקע חייב ובאירע אונס בגופו כגון בתקפה חולי פטור, [רע"א בשם נ"י רי"ו ורמב"ן], ולדינא יכול לומר קים לי כהשיטות דפטור [גינת ורדים כלל א' ס"א וכע"ז בערוה"ש סי' ש"ג ס"ז]. בטעם השו"ע דחייב בכל ענין של גניבה יעוי' בסמ"ע סק"ב דגזיה"כ דחייב אפי' בגניבת אונס ולא פטרתה תורה אלא בישוב ושימר ואירע אונס בגופו של חפץ דהוי כשבורה, ומקורו מהתוס' ב"ק ורא"ש, וכ"פ הקצוה"ח סק"א, אמנם בנתייה"מ סק"ה פ"י דש"ש שיעבד עצמו מעיקרא לשלם כל שלא יגיע האונס לגופו של חפץ ומקורו מהרשב"א, וכ"כ הדברי משפט סק"א, והרבה נפק"מ בין הדרכים כדלהלן, [ובד' הרמב"ן דחייב על גניבת אונס ופטור באונס הגוף מבוא' דס"ל דיסוד החיוב משום שצריך לישוב ולשמר והלכך בהטמין בקרקע ונגב דחייב ע"ז דלא ישוב ושימר משא"כ באירע אונס הגוף כיון דהיה אונס על השמירה פטור], ובנתייה"מ סק"ב החמיר לסברת התוס' ולסברת הרשב"א עיי"ש בדבריו.

והנה לבי' הדרכים לא מצינו דיהא ש"ש חייב להיות יושב ומשמר בפועל וכל חיובו הוא חיוב תשלומים, אמנם בנתייה"מ סי' רצ"א סק"ד הביא להמחנ"א סי' ל"א דלהשי' דש"ש חייב על גניבת אונס ס"ל דצריך להיות יושב ומשמר בפועל ומה"ט כ' שם דבחזר השומר והשאל חפץ אחר לבעלים דחשיב שאלה בבעלים, ולפי"ז נתחדש בחיובא דש"ש ב' הלכות חדא בחיוב השמירה וכן בחיוב האחריות, ולכך אף בהיה אונס על השמירה חייב משום האחריות וצ"ע המקור לבי' החיובים.

ברש"ל ב"ק פ"ו סי"א נקט לדינא דש"ש פטור על גניבת אונס וראיתו מדינא דרבה צ"ג ב' דנטר כדנטרי אינשי פטור, ובקצוה"ח סק"א ובגליא מסכת ס"ג דחו לראי' [ויבוא' להלן], ובפרח שושן חו"מ כלל א' סי' א הרבה לתמוה ע"ד היש"ש.

ד. אם לא ישוב ושימר ואירע אונס שלא היה יכול להציל י"א דחייב, [שו"ע שם]. ונחלקו הפוסקים בטעם הדין, הסמ"ע סק"ג פ"י דאיירי בגנב שאינו מזויין דשם גניבה עליה הלכך חייב כדין גיבת אונס ומ"מ אילו היה שם ולא היה יכול להציל פטור

דחשיב כה"ג ללסטים מזויין [ונהי דלא היה הגנב מזויין מ"מ לקיחה בפני השומר דנים ליה כלסטים מזויין אבל כשנעשה הגניבה שלא בפניו שם גניבה עליה ול"ד ללסטים מזויין דאף שלא בפני השומר ל"ח לגניבה וכדלהלן ועי' נתיה"מ סק"ד], ומה דהוצרך הסמ"ע לבאר דחשיב לגניבה הוא לשי' התוס' דחיבו משום גזיה"כ דגניבת אונס אבל להרשב"א דמקבל עליו אחריות כ"ז שלא ישב ושימר פשוט דחייב בכל ענין שלא ישב ושימר אף אילו היה שם לא היה יכול להציל, וילה"ס להרשב"א דיסוד החיוב הוא על מה שלא שימר ולכך באונס הגוף שהיה אונס על השמירה פטור איך יהא הדין באופן הנ"ל בגנב שאינו מזויין שאינו יכול להציל ולא ישב ושימר ומסתברא דיהא פטור דלא שייך לתבעו עבור חיסרון השמירה דאף אילו היה שומר היה נגב, אמנם בט"ז נקט דבגנב שאינו מזויין חייב אפי' בפניו ואינו יכול להציל, והכא איירי לענין שאר אונסין ומדין תחבוסב"א דאמרי' אילו היה שם אולי היה יכול להציל וכדינא דהרמ"א ס"י אמנם כ' דא"י במשמעות השו"ע.

ה. י"א דפטור על אבידת אונס, [קצוה"ח סק"א ומהרמ"ש ב"ק נ"ז א'] וי"א דאבידה דינה כגניבה וחייב, [חי' הגרע"א ב"ק נ"ז א'] סברת הקצוה"ח לחלק בין גניבה לאבידה הוא עפ"י שי' התוס' דטעם החיוב משום גזיה"כ דגניבה והוכיח כדבריו מדינא דרבה דפטור בדנטר כדנטרי אינשי, אמנם הגרע"א הוכיח דחייב אף על אבידת אונס מדברי הרשב"א דהק' דלרבה משכח"ל טוט"ג בגניבה בטוען דנטר כדנטרי אינשי ונגבה [ועיי"ש תי' דהרשב"א והובא לעי' וחזי' דס"ל להרשב"א דל"ש אבידה מגניבה ולכך נקט שם הגרע"א דחייב אף על אבידת אונס, [וכן נקט בב"מ ל"ו א' במערכה עיי"ש דלהסוברים דש"ש חייב על גניבת אונס ש"ש שמסר לשואל ל"ח גרועי גרעיה לשמירתו והיינו משום דחייב נמי על אבידה אבל אי פטור באבידת אונס חשיב גרועי גרעיה לענין אבידת אונס], והנה כל חיליה דהגרע"א הוא מהרשב"א ולכאוי' הרשב"א לשי' דטעם החיוב משום דלא נפטר אלא ביושב ומשמר וא"כ לא שייך לחלק בין גניבה לאבידה, אמנם הקצוה"ח תמך דבריו בדברי התוס' דלדבריהם שפיר יש לחלק בין גניבה לאבידה וכנ"ל, אמנם עיקר ד' הקצוה"ח צ"ע מלשון השו"ע ואפי' אם אילו היה שם כו' חייב בגו"א, ובגליא מסכת ס"יג כ' לפי ד' הקצוה"ח דאין החילוק בין גניבה לאבידה אלא בין מאורע שהחפץ אבוד מהשומר וקיים בעולם דנידון כאבידה לבין שהחפץ אבוד לגמרי ופי' הטעם דנהי דגניבת אונס הוא מגזיה"כ דגניבה מ"מ הרי ילפי' אבידה מגניבה כדאי' להלן צ"ה א', אמנם ל"ח לגניבה ואבידה אלא כשהחפץ בעולם וכמבוא' בגמ' שם.

ו. תקפתו חולי ואכלו ארי י"א דחייב, [חי' הגרע"א ב"ק נ"ז א'] וי"א דפטור, [נתיה"מ סק"ב], וטעמו דהגרע"א עפ"י המבוא' ברשב"א הנ"ל דאין חילוק בין גניבה לאבידה ובכל ענין דלא ישב ושימר חייב א"כ בתקפו חולי ואכלו ארי כיון דלולי החולי היה יכול להציל נמצא דהאונס מחמת גופו וחייב אמנם הנתיה"מ סק"ב כ' דכה"ג נידון כאונס מחמת החפץ.

ז. אם דרכי השמירה בעיר שלא לישוב ולשמור ואירע אונס י"א דפטור לכו"ע [שו"ת גינת ורדים חו"מ ס"א וערוה"ש ס"ז], וי"א דחייב, [פרח שושן חו"מ כלל א' ס"ב] בגו"ר ובערוה"ש נתבא' טעמם דהו"ל כמתנה ע"מ שלא יהא יושב ומשמר, אמנם הפר"ש נחלק דכולהו שומרים נמי לוקחים אדעתא דילכו לישון כדניימי אינשי ומ"מ חייבים וטעמא דמזלו דש"ש גרם לו להתחייב, ולכאוי' שורש הנידון בגדר חיובא דיושב ומשמר אי הוי חיוב שמירה בפועל או חיוב אחריות לתשלומין דאי הוי חיוב שמירה א"כ כשמתנה ע"מ שלא ישב וישמור פשוט דאין לחייב בשמירה מעולה ולא ישב ושימר אבל אי הוי חיוב אחריות א"כ לא מהני תנאו אלא לפוטרו מחיוב שמירה בפועל אבל עיין אי"ח חובת אחריות.

עו"כ הערוה"ש שם דאף אם אם המנהג לישוב ולשמר מ"מ אם יודע הבע"ב דאין השומר יושב אצל הפיקדון הו"ל כהתנה ופטור, [ומצינו בכנה"ג סי' רצ"א הגה"ט או' קי"ט גדולה מזו דאם השומר הראה לבעה"ב מקום השמירה פטור אפי' שעשה שמירה פחותה דהוי כהתנה עם המפקיד שיעשה שמירה פחותה, ולפי"ז ל"ד דאף בלא הראהו מקום השמירה אלא דמכיר הבעה"ב לשומר דאין לו מקום לשמירה מעולה מרוח שא"מ נמי יהא פטור, והוא פתחון דין לפטור בהרבה מאופני הגניבות], אמנם בפרח שושן חלק ע"ז ונקט דאף בשמירה לשומר דאין יושב ומשמר לא אמרי' בזה כל המפקיד כו' וציין בזה לשי' הפוסקים סי' רצ"א דלא אמרי' בש"ש כל המפקיד ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד.

ח. ש"ש פטור מאונסים ועל כן אם בא עליו לסטים מזויין אפי' אם גם הרועה מזויין פטור, [שו"ע ס"ג], ול"ד לגניבת אונס דחייב דשאני לסטים מזויין דשם נשבה עליו, [סמ"ע סק"ג] ויעוי' בנתיה"מ סק"ב ד' דלפי"ז אפי' בלא ישב ושימר פטור, [והיה מקום לדון לסברת הרשב"א דמקבל ע"ע אחריות בכל ענין של אונס דלא נפטר אלא ביושב ומשמר בפועל אמנם הנתיה"מ ס"ל דכיון דאף אם היה יושב ומשמר לא אהני שמירתו תו אין לחייבו משום דלא שימר].

ט. נפלה דליקה ולא היה יכול להציל ע"י עצמו וע"י אחרים פטור, [רמ"א ס"ג]. ומשמעות הדברים דפטור אפי' בלא ישב ושימר, דכיון דאף אי היה יושב ומשמר לא היה יכול להציל אין לחייבו משום דלא ישב ושימר וכדינא דלסטים מזויין המבואר לעי'.

י. נפלה דליקה ויכול להציל ע"י אחרים בשכר חייב להציל בשכר, [סמ"ע סק"ה], ואם יכול להציל בעצמו והיה עסוק בהצלת ממון שלו ל"ח לאונס וחייב, [שו"ת הרמ"א סי' ק"ו וש"ך סק"ז], מקור הדין בשו"ת הרמ"א ויעו"ש בתוה"ד דהשואל היה סבור דאינו חייב להפסיד ממון עבור השמירה והוכיח כן מהגמ' צ"ג ב' דאין חייב לקדם ברועים ומקלות אלא בשכר וא"כ כשהחפצים שלו שוים יותר מהפיקדון א"צ להפסיד ממון עבור הצלת הפיקדון והרמ"א השיב דל"ד לרועים ומקלות דשא"ה דבאו חיות רעות וכלתה שמירתו ומשו"ה אין חייב להציל אם מפסיד את שלו משא"כ הכא דאין האונס בגופו של פיקדון אלא בשומר ונחלקו הפוסקים בכונתו, הש"ך פי' דס"ל דאונס ממון ל"ח לאונס והוי פשיעה גמורה ועפ"י צידד דה"ה דש"ח חייב בכח"ג, [ואף דש"ח אין חייב לקדם ברועים ומקלות בשכר שאני התם דאין יכול להציל בעצמו ואין מחוייב לטרוח להביא אחרים משא"כ הכא דיכול להציל בעצמו, ועי' אולם המשפט], אולם הנתיחה"מ סק"ה והקצוה"ח סק"ג והנו"ב ושב יעקב וחת"ס הובא בפ"ת סק"ד נקטו דאונס ממון חשיב אונס [וכמש"פ הש"ך סי' שפ"ח סקכ"ב], וש"ח פטור ע"י והרמ"א לא חייב אלא בש"ש דלא גרע מגניבת אונס דחייב, וכמבואר בדבריו דהוכיח הך דינא מדברי הרשב"א דש"ש חייב באונס המגיע לגופו, ובדברי משפט סק"ד הק' ע"ד הש"ך דפסק בסק"ד כהפוסקים דפטור על גניבת אונס היכי פסק לתשו' הרמ"א הא הדר קו' השואל למקומו אמנם להאמור ס"ל להש"ך דכונת הרמ"א דאונס ממון ל"ח לאונס [והא דהביא לדברי הרשב"א דאונס בגופו של שומר אינו פוטר צריך לדחוק דר"ל דאפי' אונס בגופו של שומר אשכחנא דאינו פוטר בש"ש וכ"ש אונס ממון דל"ח אונס כלל].

ע"ע פ"ת שם בשם השב יעקב מש"כ עפ"י הנ"ל בשותף שהציל ממון השותפות ומחמת זה הפסיד ממון אי דינו כש"ש שצריך להפסיד ממון עבוד הצלת הפיקדון וכ' בזה ב' חילוקים.

יא. נפלה דליקה ואין יכול להציל ובאו גנבים וגנבוהו חייב ואם היו לסטים מזוינים פטור, [מרדכי ורמ"א ס"ד], וי"א דדוקא ביכול להציל חייב אבל בא"י להציל וגנבוהו פטור, [נתיחה"מ סק"ו]. הנתיחה"מ הק' ע"ד הרמ"א אמאי חייב הא כיון דבלאו הגנבים היה נשרף אבודה היא מהבעלים והפקירא הוא והגנבים זכו בו מן הדין, ולכ"פ דהמרדכי איירי ביכול להציל מהדליקה אלא דאונס על ההצלה מפחד שהנכרים יפילוהו לאש הלכך אם נשרף לבסוף חשיב לאונס בגופו של חפץ ופטור אבל אם גנב כיון ששם גניבה עליו וחייב וה"מ שלא ישב שם אבל בישב שם דינו כגנב שאינו מזויין שכי' הסמ"ע סק"ג דפטור, [והנתיחה"מ אזיל לשי' דבתקפתו חולי ואכלו ארי פטור אבל להגרע"א דחייב ה"ה דיהא חייב בגונא דהנתיחה"מ], ובא"ל המפט תמה ע"ד הנתיחה"מ אמאי בנגב לבסוף חייב הרי כיון שהיה אונס על ההצלה מפחד השריפה הוי כלסטים מזויין, וצ"ל כהאמור דס"ל לנתיחה"מ דלסטים מזויין שאני דכיון דבא ע"ד להרוג ל"ל שם גניבה אלא שם שבוייה משא"כ גנב שאינו מזויין אף חשוד על ההריגה מ"מ כיון דאינו בא ע"ד להרוג כשגונב שלא בפני השומר חשיב לגניבה ולא לשבוייה.

יב. נפלה דליקה וספק אם נשרף או נגנב חייב, [רמ"א שם], וה"מ בשכיחי גנבים המחזרים לגנוב בשעת גניבה, [פ"ת סק"ה בשם חוט השני], ועיקר דינא דהרמ"א תלוי בנידון הפוסקים אי אמרי' משאיל"מ בספק אונס ספק פשיעה ומצי למימר קי"ל כהפוסקים דלא אמרי' משאיל"מ, [פ"ת סק"ה].

יג. זאב אחד אינו אונס ושני זאבים ה"ז אונס, וי"א דה"מ בלא השתדל להציל אבל בהשתדל להציל פטור [שו"ע ס"ד ה'], ויעו"ש פ"ת בשם הנו"ב סו"ס ל"ו דאפשר דה"מ ש"ש אבל ש"ח בכל ענין פטור דל"ח לפשיעה וכ"כ הקצוה"ח סק"ג אמנם עיי"ש דה"מ ביש לו איזה נזק בגופו.

יד. הולכין למקום גדודי חיה ולסטים חייב, ובזה אף ש"ח חייב דחשיב לפשיעה, [ערוה"ש סי"י].

טו. רועה שהתחיל להתגרות בלסטים ולקח הלסטים הבהמה, הרועה חייב [שו"ע ס"ז], ואפי' היתה כונת הרועה לטובה, [סמ"ע סק"ז בשם מהרי"ק], ועי' קצוה"ח סק"ב ונתייה"מ סק"ז דה"מ שיש אבל ש"ח אם היה כונתו לטובה פטור והקצוה"ח הוכיח כן מדברי הנמו"י המובא בש"י סי' רצ"א סק"ד דדינא דהמפקיד אצל אמו ולא אמר לה שהוא פיקדון ונגנב דפטור ה"מ ש"ח דמצי למימר לטובה נתכונתי אבל ש"ח הו"ל למידק טפי, ובפ"י סי' רצ"א סק"י הביא מבן הנו"ב תנינא סי' נ"ה דפי' טעמא דהנמו"י משום דש"ח צריך לשמור טפי מש"ח ולא מבעיא להשי' דש"ח יושב ומשמר אלא אף להשי' דש"ח אינו יושב ומשמר מ"מ ש"ח חייב להציל הפיקדון קודם הצלת חפצים שלו ומשאי"כ ש"ח אינו חייב בזה, ולדבריו האי טעמא לא שייכא בני"ד.

עוד כ' הקצוה"ח משמיה דמהרי"ק דדוקא בידעני דבלא דיבורו לא היה בא ומשמע דבספיקא נמי פטור, ול"ד לדליקה, אמנם בנתייה"מ סק"ד נחלק ע"ד דבספיקא נמי חייב דאמרי' משאיל"מ והמהרי"ק איירי בהיה גניבת אונס והספק אי היה תח"ב ובספק תח"ב לא אמרי' משאיל"מ דשבועה שלא פשעתי הוא רק כשהנידון אי פשע בשעת גניבה ואונסין אבל בתח"ב דברור דבשעת האונס לא היה פשיעה אין השבועה אלא מדין גלגול ול"א משאיל"מ בגי'ש, [ואף להסוברים דתחבוס"ב החיוב על שעת האונס דחשיב לפשיעה מ"מ כיון דהאונס קמן ואין הפשיעה אלא בגרמת הפשיעה דבתחילה לי' חיוב שבועה מדינא].

טז. רועה ש"ח חייב להציל ברועים ומקלות בחינם ואין חייב בשכר, עבר ולא ולא הציל בחינם ה"ז פושע וחייב, וכ' הש"י סק"ח דאף ש"ח אם קידם והציל בשכר נוטל כמבוא' בתוס' ורא"ש ב"ק נ"א דמבריה ארי בברי הזיקא חייב, והנה בריטב"א צ"ג הק' אמאי ש"ח חוזר ונוטל שכר ולא מיפטר בעה"ב כדון מבריה ארי ותי' דשאני ש"ח דאינו מבריה ארי מרצונו אלא מחמת חיובי השמירה, וילה"ס לדידיה איך הדין בש"ח וכפשוטו חשיב מבריה ארי מרצונו אמנם יתכן דכיון דחייב להבריה בחינם אף כשעושה בשכר חשיב מבריה מחמת חיובי השמירה ונוטל שכרו.

ע"י חי' רע"א דש"ח שהציל בשכר י"ל דכיון דחשיב עוסק במצוה במה שקדם להציל בשכר נעשה מההיא שעתא ש"ח משום פרוטה דר"י לשי' הרשב"א דמשום פרוטה אי נעשה לש"ח ובסו"ד תלה לי בבי' תי' הריטב"א ב"מ פ"ב א' ושבועות מ"ד א' אמאי ש"ח לא נעשה לש"ח מחמת השיטוח דהו"ל ע"י כשומר אבידה, דבב"מ תי' דש"ח כיון דלא קיבלו מתחילה אלא לשמירה אנו סהדי דלא נחת אלא להיות ש"ח, ובשבועת תי' דש"ח אינו חייב בשיטוח, אמנם באחיעזר ח"ג ס"ו נחלק ע"ד דלא נעשה לש"ח מבי' טעמי חדא דלא עביד קנין [וס"ל דהקנין דעשה בתחילה עבור ש"ח לא מהני לאשוויי תורת ש"ח], ותו דאף באבידה אינו חייב להוציא הוצאות עבור ההשבה ול"ח לעוסק במצוה.

ע"י פ"ת סק"ז בשם שו"ת בית אפרים סי' ל"ה שש"ש שלא קידם חייב אף אם הודיע לבעלים שהם יקדמו כיון דהטורח מוטל על השומר ואין הבעלים חייבין לטורח.

יז. ש"ח חייב להציל ברועים ומקלות בחינם ובשכר עד כדי הבהמה וחוזר ונוטל השכר מבעה"ב, עבר ולא הציל ה"ז פושע וחייב, ובבאה"ג או' פ' ציין להראב"ד פ"ג משכירות ה"ו שאינו משלם דמי כל הבהמה אלא מנכין לו השכר שהיה צריך לשכור הרועים להציל ובמ"מ שם כ' דכ"ה ד' הר"מ [ולאפוקי מהנמו"י סו"פ הפועלים דהבין דהר"מ והראב"ד נחלקו בדין זה], עוד כ' הראב"ד דבלא שכר ברועים ומקלות צריך לשלם נמי דמי הטרחא וכושרא דחיותא וכ"כ הטור [ובשטמ"ק בשם השיטה], והנתייה"מ סק"ח תמה ע"י מ"ש מגולן שאינו משלם אלא דמי שיוויי החפץ וא"צ לשלם הכושרא דחיותא, ובאולם המשפט כ' חידוש גדול דכושרא דחיותא חשיב גורם לממון הלכך גולן דאין חייב על גרמא פטור מלשלם דמי הכושרא משא"כ שומר דנתחייב בהשבת החפץ חייב בגרמא וכ"כ כע"י בערך שי, וע"ע שו"ת חת"ס חו"מ סי' ק"מ, אמנם במהריל"ד ובדב"א ח"א סי' ט' ביארו הענין באופ"א דפשיטא דאין לחייב השומר אלא בהיזק החפץ ולא בכושרא דהוא גורם לממון לחוד אלא דמדינא היה צריך השומר לשלם דמי כל הבהמה והטעם דמנכין לו שכר רועים ומקלות משום דהרויח לבעה"ב דמי הרועים ומקלות וחייב הבעלים לשלם ההוא דמים מדין משתרשי וע"ז אמרי' דכיון דדמי הכושרא לא הרויח שאילו היה מציל ברועים ומקלות היה מרויח כושרא דחיותא הלכך כשמשלם הבעלים לשומר הדמים שהרויח מנכה דמי הכושרא, [ובמהריל"ד פ"י דמנכין לשומר משכרו שהיה צריך לקבל והדב"א פ"י דמנכין לשומר מהשכר ששילם עבור הבהמה וצינו להריטב"א ב"מ צ"ג ב' דמבוא' כהמהריל"ד].

ע"ע נתיה"מ סק"ט דאין חייב השומר להציל בשכר אלא כששוכרם ע"ד שיתן להם רק אם יצילו אבל אין חייב לשוכרם לשלם להם בכל ענין דדלמא לא יצילו ולא יקבל שכרו מבעה"ב וכן דבכה"ג אין לו משכון עבור השכר דדלמא לא יצילו ולא יוכל להחזיק הבהמה במשכון עבור השכר, וילע"י אמאי אין דנים השי"ש כשליח הבעלים לדאוג להצלה ויהא דינו כשליח שעשה שליחותו דנוטל השכר אף אם לא הציל לבסוף כמבוא' בסי' שלי"ה ועי' נתיה"מ שם סק"ב, [ולמשי"פ הנתיה"מ סי' רס"ד סק"ג דהטעם דבשלחו בעה"ב משלם אף בלא הציל משום שאכתי הרויחו במה של שכר אחרים ל"ק דשא"ה שהחפץ בשמירת אחרים והבעלים לא ראה האונס ולא היה שוכר אחרים, [העירו].

יח. רועה שטען הצלתי ע"י אחרים בשכר נשבע ונוטל עד כדי דמיהן [שו"ע ס"ט], ונתבא' בר"מ ובשו"ע הטעם דנאמן במיגו שנטרפה, והנה המ"מ פי' דזה כלל לכל המוציאין ברשות הן נשבעין ונוטלין, והק האחרונים אמאי הותרך לזה הא הכא הטעם משום מיגו ובנתיה"מ סק"ט פי' דטעם הנאמנות משום מיגו והטעם דיש לו זכות לתבוע הממון משום דהוציא ברשות, ולפי"ז כ' הנתיה"מ דבראה שלא נטרפה ל"ל מיגו ואינו נאמן ומ"מ עדיין יש להאמינו במיגו דהחזרתי אלא דנפק"מ להפקיד בשטר דל"ל מיגו דהחזרתי, עוד כ' הנתיה"מ וכ"ה בחי' רע"א דבידוע שהציל ולא ידוע בכמה לא בעי' למיגו אלא נשבע ונוטל מדין מוציא הוצאת ברשות, ונפק"מ דנאמן אף במקום דלי' מיגו וכגון שהפיקדון בפנינו או שהוזל החפץ וטוען שהציל בשעת היוקר כפי דמיהן של יוקר דנאמן ונוטל שכרו, אמנם המהרי"ט חו"מ ח"ב סי' פ"ג [ציינו הגרע"א] פי' כונת המ"מ דס"ל דהטעם אינו משום מיגו אלא דבזה שנתן לו לשמור האמינו המפקיד, ומש"כומש"כ הר"מ ויכול לומר נטרפה ר"ל דהרי האמינו בתחילה אף על טענת נטרפה ולפי"ז נאמן בכל ענין אף כשהוזל וכן כשהפיקדון בפנינו.

יט. רועה ש"ש שהעביר הבהמות על הגשר ודחפה אחת לחברתה לשיבולת נהר אעפ"י שנאנס בעת הנפילה חייב כיון שפשע בתחילה בשמירתן, ומשמעות השו"ע דחיובו מדין תחבוס"ב וצ"ע דהו"ל תחילתו בגו"א כיון דהרי הפשיעה שבתחילה ל"ח פשיעה גמורה וכמש"כ התוס' צ"ג ב' ולמשי"כ הנתיה"מ סק"א שכשהאונס ודאי מחמת הפשיעה חייב אף בתחילתו בגו"א א"ש, [העירו].

כ. סיגפה ומתה אפי' לא מתה מיד אלא לאחר שנה חייב [שו"ע סי"ב ונתיה"מ סק"י בשם המ"מ], ובנתיה"מ צידד דבמתה לאחר שנה חיובו מדין תחבוס"ב ועפ"י כ' דגזלן שסיגפה בחמה כיון דלא שייך ביה דין תחבוס"ב יהא פטור במתה אחר שנה, וכן דן הנתיה"מ לפי"ז בהחזירה לבית בעלים ומתה דלא שייך ביה דין תח"ב כיון דכלתה פשיעתו ע"י חזרה לבעלים דיהא פטור, [אמנם הביא לש"מ דחזרה לבעלים לא מבטל לפשיעותא ועי' במצוין לעי' בסוגי' דתח"ב], והעירו דבפרישה כ' דסיגפה בחמה חשיב לגו"א וש"ח פטור עליה ולדבריו לא שייך לחייב בש"ש אלא כשודאי מתה מחמת הסיגוף אבל בספק פטור כיון תחילתו בגו"א וס"ב דפטור.

כא. העלה לראשי צוקין או שעלתה מאליה והוא יכול ולא מנעה אע"פ דתקפתו ונפלה חייב כדין תחבוס"ב, ובנתיה"מ הק' דהו"ל תחילתו בגו"א דהרי ש"ח פטור ע"ז כמבוא' בסי' רצ"א, ותי' דבתחילתו בגו"א כשברור שהאונס מחמת הגו"א חייב ודבריו נתבארו לעי'.

בעיקר הכרעת השו"ע דעלתה מאליה ולא תקפתה חשיב לפשיעה הק' בביהגר"א סק"י דהאי אוקימתא אוקמי' לעי' ל"ו ב' אליבא דאביי אבל למאי דיי"ל כרבא ל"י הכרח להאי אוקי' ומנ"ל דעלתה מאליה חשיב לפשיעה, והביא בזה ב' דרכים חדא שי' הרמב"ן דכל פלוגתא אביי ורבא לעי' הוא אליבא דרבה דסגי בשמירה כדנטרי אינשי אבל להחולקם דש"ש חייב אף בדלא נטרי אינשי ה"ה דחייב בעלתה מאליה, והתו' ל"ו ב' נקטו בפשיטות דאל לרבה עלתה מאליה חשיב לפשיעה ועי"ש בבאור השו"ט דהגמ', ועי' במהרש"א ע"ד התוס' שם ובחי' רע"א לעי' סי' רצ"א ס"י.

א. שומר בעשוי"ק פטור משבועה ואפי' משבועה שאינה ברשותו [ש"א ס"א] ויעווי' בביהגרי"א דהמקור לפטור משבועה שא"ב מהא מפרקי' ברייתא דבני העיר דנשבעין שבועה שא"ב [והוא מהרשב"א ורמב"ן] אמנם ד' הראב"ד פ.. מטו"ט דחייב בשבועה שא"ב, ובמ"מ שם כ' דכונתו לשבועה דרבנן אמנם הש"ך סי' ס"ו ס"ק קכ"ד האריך דכונת הראב"ד לשבועה דאורייתא ומסיק שם דאף החולקים על הראב"ד מודו דחייב בשבועה שא"ב מדרבנן, ועי' בזה עוד בתומים.. ובשער המשפט סי' ש"א סק"א, ובפניי וחי' הגרע"א ב"מ נ"ז ב'.

ב. ש"ח וש"ש בעשוי"ק פטורין מתשלומין, [שו"ע ורמ"א] ויש מחייבין בפשיעה, [ר"מ ושו"ע וש"ך סק"ג, וסי' ס"ו ס"ק קכ"ו], וי"א דש"ח פטור וש"ש חייב בפשיעה, [מהרי"ק שורש ו' בשם הסמ"ג, וכ"מ הרא"ש שבועות].. ומצי למימר קי"ל כרמ"א, [פ"ת סק"ד]. שורש הנידון אי חייב על הפשיעה כדן מזיק נתבא' באחרונים בב' דרכים במרומינן שדה שבועות מ"ב ובמשובב נתיבות בהג"ה פי' דדחייב מדד"ג דכיון דקיבל עליו לשמור והבעלים סמך עליו לא גרע ממראה דינר לשולחני דחייב ועפ"י כ' דחייב אף בלא קנין אמנם בנתיב"מ סי' ש"א סק"א נקט דאין חיובו מדד"ג אלא מדיני השמירה ועפ"י כ' דלהר"מ דשומרים בעי' קנין אין חייב בעשוי"ק אלא בעשה קנין, וכ"כ הקצוה"ח סי' רצ"א סק"ה וכן משמעות הש"ך סי' ס"ו ס"ק קס"ו דכ' ליישב קו' הראב"ד מפשיעה בבעליו עמו דפטור דשאני עשוי"ק דתורת שומר עליו משא"כ שמירה בבעלים דנתמעט משמירה לגמרי, ובנתיב"מ סי' רצ"א סק"ד כי היפוך דברי הש"ך דבעליו עמו דין שומר עליו ומשא"כ בעשוי"ק ל"ה שומר כלל ונפק"מ לשליחות יד דחייב בבעלים ופטור בעשוי"ק עי"ש וצ"ב ממשי"כ בסי' ש"א סק"א דין פושע כמזיק הוא רק בקבלת שמירה. ואולי ע"י קבלת השמירה חשיב דהשליכו ממקום המשומר למקום שאינו משומר ועי"ל עוד עפ"י הגר"ח [בשיעורה רח"ה ב"מ וכע"ז בברכ"ש ב"מ דב' חיובים נאמרו בשומרים הא' עבור חיסרון השמירה וכמזיק והב' חיוב השבה בחפץ או בדמי, ועשוי"ק נתמעט מחיוב השבה ולא מחיוב עבור חיסרון השמירה דלפי"ז י"ל בד' הנתיב"מ דס"ל דבעליו עמו נפטר מתשלומין ולא נפטר מחיוב השבה והלכך שלח"י דמסתבר דתלוי בחיוב השבה חייב אף בבעלים, משא"כ עשוי"ק נתמעט מתות שומר לענין חיוב השבה ולא נתמעט מחיוב עבור חיסרון שמירה הלכך חייב על פשיעה ופטור על שלח"י. ויש נפק"מ נוסף בנידון הנ"ל בדין תחבוב"ס בעשוי"ק דהב"י סי' צ"ה הביא בשם המרשים להסתפק בזה ועי' בפרישה שם ובדברי משפט שם, ובנתיב"מ שם נקט דחייב, והנה אי חיובו דפושע כמזיק הוא מדד"ג לכא' פשוט דלא שייך לחייב אלא דשההיזק מחמת הפשיעה לחוד אבל אי חיובו מדיני השמירה יל"ד לחייב אף בסב"א ככל תחבוב"ס בשומרים ועי"ע במצוין לעי' בסוגי' דתח"ב דיש לתלות נידון זה בגדר תח"ב אי חיובו על הפשיעה או על האונס.

ובמהרי"ק הביא בשם הסמ"ג לחלק בין ש"ח לש"ש וכן יש לזה משמעות בדברי הרא"ש שבועות, והגר"א.. בסי' ס"ו הביא מהמהר"א ששון דהעלה נמי בדברי התוס' דפשיטא להו פטורא דש"ח טפי מש"ש מד' להוכיח פטורא דש"ש מברייתא דהשוכר תא הפועל וכבר תמהו ע"ד דלי' לאוקמא ברייתא בשפשע דא"כ אמאי פטור ברישא ונהי דל"ה ש"ש מ"מ לחייב כדן ש"ח ובע"כ בש"ח פשיטא להו דפטור וכל דבריהם הוא להוכיח דש"ש נמי פטור].

ג. י"א דחייב בעשוי"ק על שליחות יד, [מל"מ פ"ה מטוען ה"ו בשם שו"ת הרשב"א], וי"א דפטור, [נתיב"מ סי' רצ"א סק"ד בשם הב"י סי' רצ"ו]. ובקה"י סי' ל"ד הק דלא מצא כן בב"י וביארו דכונת הנתיב"מ לד' הב"י דהביא להר"ן בשבועות בשם הרשב"א בשם רבותינו מקצת הצרפתים דש"ח פטור משבועה שלא שלח יד כו דמכל שבועות פטור הכתוב, אמנם יתכן דוכנת הרשב"א לפטור משבועה אבל חייב בתשלומין, [כי היכי דפטור משבועה שלא פשעתי אף דחייב בתשלומין להר"מ], ובטעם האחרונים לפטור משלח"י יש בזה ב' סבות הא' כמשי"כ הנתיב"מ דשלח"י הוא מחיובי השומרים ובעשוי"ק אינו שומר כלל ובקצוה"ח סי' ס"ו סקמ"ד ובקה"י סי' ל"ד כ' דכיון דעשוי"ק ושתרות נתמעטו מגזילה ל"ש נמי בשלח"י, ועי"ע קצוה"ח סי' שפ"ו סק"ד בישוב ד' שו"ת הרשב"א.

ד. שומר על הקדשות פטור משבועה ומתשלומין, [שו"ע], ויעווי' ביהגרי"א סק"ד דלפמשי"כ התו' בב"ק דמזיק בהקדש פטור ה"ה דשומר בהקדשות פטור על פשיעה אפי' להר"מ דפושע כמזיק בעשוי"ק, אמנם במנ"ח מ' נ"ז או' ו' נקט דלהר"מ חייב על פשיעה ויסוד הנידון תלוי בדין פושע כמזיק אי הוי מדד"ג או מחיובי שמירה יל"ד האי חיובא אף בהקדש, וצינו לשו"ת הרדב"ז ח"א סי' תע"ה דשומר על הקדש חייב בפשיעה להר"מ.

ה. שומר על נכסי עכו"ם פטור ואפי' מפשיעה, [שו"ע ומנ"ח מ' נ"ז] וי"א דחייב להר"מ בפשיעה [שאג"א סי' פ"ח וחק יעקב או"ח סי' ת"מ סק"א], עיי"ש במנ"ח דפטור אף להר"מ כיון דהוי הפקעת הלואתו ופטור בעכו"ם וכ"כ האבני"ז או"ח סי' שכ"ו וצ"ב אמאי לא פי' מטעם מזיק פטור בעכו"ם, נחלקו האחרונים אי כל מיעוטא דעכו"ם הוא רק בישראל השומר נכסי עכו"ם אבל עכו"ם השומר נכסי עכו"ם חייב או"ד דנתמטעו בכל ענין, עי' תומים סי' ע"ב סק"ס ושעה"מ שם סקל"ח קצוה"ח שם סקמ"ח ומחנ"א שומרים ל"ג, עוד נחלקו האחרונים בדין משכון של גוי אצל ישראל ועי' פ"ת סק"א.

ו. ש"ש בעשו"ק שלא שמר כראוי ואבד החפץ הפסיד שכרו, ונאמן בשבועה ששמר כראוי. ובשעה"מ סי' ס"ו סקל"ג תמה אמאי סגי בשבועה ולא בעי' בירור של עדים עיי"ש, וכפשוטו י"ל דהסוברים דאף דעשו"ק נתמטעו מתורת שומרים מ"מ לא נתמטעו מעיקר חיובי השמירה ושפיר שייך דביה שבועת השומרים ששמר כראוי וככל שומרים דמהימנא בשבועה ליטול שכרם, ועי' אבי עזרי פ"ג ממלוה ה"ד.

ז. ש"ש במטלטלין שלא שמר כראוי ואבד החפץ י"א דהפסיד שכרו, [קצוה"ח סי' רכ"ז סק"א], וי"א דנוטל שכרו, [חזו"א סי' ז' סק"ח], ועיי"ש בחזו"א דאף דזה פשיטא דמנכה לו דמי שכירותו מדמי היזקו מ"מ במת השומר ולא הניח אחריות נכסים בניו גובים דמי כל השכירות וא"צ לשלם ההיזק, או עבור ההתחייבות בגו"א דלהקצוה"ח הוא עבור השמירה הלכך בלא שמר ונגנב כיון דלא עשה פעולתו אינו נוטל שכר ולהחזו"א השכר הוא עבור ההתחייבות לתשלומין וה"מ במטלטלין אבל בעשו"ק דאין מתחייב לתשלומין השכר הוא עבור השמירה, אולם יתכן דלכו"ע השכר הוא עבור העמדת החפץ ופלוגתאם אי תשלומי החפץ חשיב להשבת החפץ דמ"ל הן ומ"ל דמיהן או לאו, ולפ"ז החילוק בין עשו"ק למטלטלין דבמטלטלין דמשלם לבעלים הרי השיב החפץ משא"כ בעשו"ק אינו משלם לא החזיר החפץ ודינו כפועל שלא עשה פעולו אין נוטל שכרו, וסברא זו מבוא' בכו"ח להגרע"א ח"א פי"ד דכ' דש"ש דלא שמר ונגנב או אבד אם השומר משלם לבעלים נוטל שכרו ואם לאו אינו נוטל שכרו, והנה בח"י הגרע"א החדש סוף מס' שבועות [ונד' בדו"ח הגרע"א עה"ת פ' משפטים], נסתפק נמי בהאמור אי ש"ש נוטל השכר עבור השמירה או עבור התשלומין והעלה שם חידוש דאי נוטל עבור השמירה אף אי לא שמר כראוי והחפץ לא נגנב אינו נוטל שכרו.

במהר"ל דקו"א או'.. נסתפק בהנ"ל אי ש"ש נוטל שכרו בגו"א אמנם עיי"ש דפשיטא ליה דאי מפסיד שכרו א"צ לשלם כל דמי הבהמה אלא מנכה לו שכרו שהיה צריך הבעה"ב לשלם דהשתא עיי' שאבד החפץ קא משתרשי לבעה"ב דמי שכרו אלא דלפ"ז ל"י נפק"מ במאי דאין נוטל שכרו דמ"מ מנכה השכר מדמי הבהמה ועיי"ש דנפק"מ לכושרא דחיותא, [ודבריו מפורשים בריטב"א צ"ג ב' בדברי הגמ' שם דנפק"מ לכושרא דחיותא עיי"ש].

ח.

ז. שומר שמסר לשומר בעשו"ק י"א דגרע מפשיעה וחייב, [רמ"א בשם שו"ת הרא"ש], ויש חולקין, [רמ"א שם בשם מהרי"ק וכ"פ הש"ך סק"ד], ובש"ך האריך להק' דלמאי דקיי"ל כרבא דשש"ש חייב מטעמא דאת מהימנת לי אפי' פיעהלא הוי ופטור לכו"ע הורא"ש איירי בנתנו לשני לגמרי, וכ"כ בביהגר"א סק"ז, ובשוב ד' הרמ"א נאמרו כמה דרכים, עי' נתיה"מ פי' דחיישי' שמא הוא ברשות השני וחייב הראשון דחשיב למזיק כיון דעיי' מעשיו נאבד החפץ, ולפ"ז כ' דבידוע בעדים שנאנס ברשות השני פטור, ובשעה"מ ופרוה"ש פי' דהטעם דשש"ש ל"ח לפשיעה כיון דמסרו למי שיכול לישבע אלא דמ"מ כיון דאינו מנאמן בשבועה חייב הראשון אבל בעשו"ק דלא שייך ע"ז שבועה חשיב כמסרו לאדם שלא מצי לישבע ונידון כמזיק, ולדבריהם ה"ה בנאנס אצל השני חייב מדין תח"ב, וע"ע שו"ת חת"ס חו"מ סי' ק"מ.

א. השואל חפץ והיה המשאיל עמו במלאכתו בין שהשאיל עצמו למלאכה בדבר השאול ובין שהשאיל עצמו למלאכה אחרת פטור השואל. ובטעם הפטור בתוס' להלן צ"ו א' כ' דהוא גזיה"כ ובחינוך מ' ס' פ"י דכיון דהמשאיל נמצא יחד אם השואל הרי הוא יכול לשמור על שלו ואע"פ שהשואל פטור אף לאחר שהלכו הבעלים לא רצתה התורה לתת הדבר לשיעורים וציותה התורה דרך כלל שכל שהבעלים לשם בשעת שאלה יהא פטור וכ"כ הגר"א באדרת אליהו פ' משפטים, ועי' במש"ח משה"ק ע"ד, ולטעם זה פטורא דבעליו עמו אינו מתשלומין לחוד אלא אף מחיוב שמירה, וכן עולה מדברי השי"ך סי' ס"ו ס"ק כ"ו דנקט דשומר בבעלים ל"ל תורת שומר כלל והרי הוא כאדם מהשוק, [ובזה יושב שי' הר"מ דפושע בעש"ק חייב ובעלים פטור דשאני עש"ק דתורת שומר עליה משא"כ בבעלים דלאו תורת שומר עליה כלל], אמנם הדב"א ח"א סי' מ' והחזו"א סי' ה' סק"ב.. כ' להוכיח מדברי הר"מ פ"א משכירות ה"ד דכ' דשואל בבעלים שמסר לש"ש גרועיה גרעי לשמירתו וחייב דמבוא' דבעלים איכא חיוב שמירה דאל"כ אמאי חשיב גרועיה גרעי, ולפי"ז בע"כ דלא נתמעט בעלים מתורת שומר אלא מחיוב תשלומין, וע"ע להלן כמה פרטים בזה.

ובמש"כ השו"ע בין שהשאיל עצמו למלאכה זו ובין למלאכה אחרת יעוי' ביהגר"א דמקורו מהגמ' צ"ה ב' ולאפורי מרב המנונא דאינו חייב עד שתהא פרה וחורש בה חמור ומחמר אחריה, ויעוי' משך חכמה פר' משפטים דלסברת החינוך והגר"א דפטורא דבעליו עמו משום דהבעלים סילקו שמירתם כ"ז לא שייכא אלא לסברת ר"ה אבל לדין דפטור אפי' כשעוסק במלאכה אחרת צ"ב אמאי לא סילקו הבעלים שמירתן.

ב. דין בעליו עמו נאמר בין בשואל ובין בשוכר ושאר שומרים, [שו"ע סי' רצ"א סכ"ח]. והנה פשוט דבש"ח וש"ש בבעלים לא מיפטר מחיוב שמירה דהרי כל ענין לקיחת החפץ הוא עבור השמירה וכל דינא דבעלים הוא לפטור מתשלומין וצ"ב לדי' השי"ך לעי' דשואל פטור משמירה דא"כ דין בעליו עמו דשואל חלוק משומרים וכפשוטו צ"ל דאף בשומרים לי' חיוב שמירה מפרשת שומרים אלא דמ"מ חייב בשמירה מתורת פועל, אמנם יתכם דבאמת חלוקין שואל ושומרים בגדר פטורם דשואל דכל חיוב שמירתו הוא מחמת דנעשה כדידיה שייך לטעם החינוך דבעליו עמו עדיין נשאר באחרית הבעלים ותו לי' לסיבת חיובו בשמירה משא"כ בשומרים דחיובם הוא מחמת קבלת השמירה לא יהני ע"ז לפוטרים מחמת דהבעלים עימם אלא דדהתם כל הפטור הוא מתשלומין לחוד ועי'.

ב. פטורא דבעליו עמו הוא אפי' מפשיעה [שו"ע], בגמ' צ"ה א' איפליגו בה ר"נ ורבינא אי מקרא נדרש לפני פניו ולפי' לפטור אף מפשיעה או דאין מקרא נדרש לפני פניו וקיי"ל כמאן דפוטרי, ובאחרונים הק' לשי' הר"מ דפושע כמזיק וחייב אף בעש"ק דנתמעט מחיובי שמירה אמאי אין חייב על מפשיעה בשאלה בבעלים, [וכה"ק הראב"ד פ"ב משכירות ה"ג], ונאמרו בזה כמה דרכים, השי"ך בסי' ס"ו ס"ק כ"ו פ"י דעש"קלא נתמעט מתורת שומר הלכך נהי דנתמעט מחיובי תשלומין דשומרין מ"מ פשיעה מוקמי' להו אסברא מבחוץ וחייב מדין פושע כמזיק משא"כ שאלה בבעלים נתמעט מתורת שומר והו"ל כאיניש דעלמא ולא שייך ביה חיוב שומר כמזיק, ובקה"י ב"מ סי' ל"ד ביאר כונתו דנהי דפשיעה חיובו מסברא מ"מ לא מקרי פושע אלא כשמחוייב בשמירה משא"כ בבעלים ל"ל חיוב שמירה הלכך לא שייך לדונו כפושע, [וצריך להוסיף דנהי דש"ח וש"ש מסתבר דחייבין בשמירה אף בבעלים דהיר כל לקיחתן לחפץ הוא עבור שמירה מ"מ אין שמירתן בתורת שמירה אלא בתורת פועל וכשפשע השמירה דינו כפועל שלא עשה פעולתו ואין לדונו כמזיק], אמנם בנתיב"מ סי' ש"א סק"א נקט דפושע כמזיק הוי נמי מחוייב שומרים ועפ"י כ' דאינו חייב אלא בקנין כשומרים ולפי"ז כ' לבאר החילוק בין שאלה בבעלים דבעש"ק יש להעמיד המיעוט אמסתבר והיינו מחיוב שבועה וכן ש"ש מגו"א דאינו מחמת חיסרון שמירה ומשא"כ שאלה בבעלים לי' לאוקמא המיעוט אשבועה כיון דבעלים חיהב בשבועה וכן דמיעוטא דקרא קאי להדיא אתשלומין, ובשיעורי רח"ה ב"מ נ"ו א' [וכע"י צ"ה א'] פ"י דנאמרו בשומרים ב' מיני חיובים הא' עבור חיסרון השמירה והב' מדין חיוב השבה, ומיעטא דעש"ק דנתמעט מקרא דוכי יתן קאי אחיוב השבה דנתמעט מקרא דוכי יתן דנתינת עש"ק ל"ח לנתינה ולאמ יצא מרשות הבעלים [ונוכעין דינא דקרקע אינה נגזלת] הלכך לא נתמעט אלא משבועה וגו"א דיבודם מחמת ההשבה משא"כ פשיעה דחיובו על חיסרון השמירה חייב בעש"ק משא"כ שאלה בבעלים דנתמעט מתשלומין לא נתמעט מדין ההשבה ומ"מ נתמעט מתשלומים אף מחיוב פשיעה, [והובאו הדברים בברכ"ש ב"ק סי' ל"ב עיי"ש] ובאמת דגדר זה צ"ל אף בנתיב"מ לפי"מ דנתבא' בדבריו סי' רצ"א ס"ק.. דשאלה בבעלים חייב על שלח"י דתורת שומר עליה ובעש"ק פטור על פשיעה והוא סתיה לדריו בסי' ש"א, וצ"ל כהאמור דעש"ק נתמעט מחיוב התלויין בדין ההשבה ובעלים דנתמעט מחיוב תשלומין ולא מחיוב השבה, והנה יעוי' בר"מ פ"ב

משאלה ה"ח דבספק בעליו עמו חייב על הפשיעה מספק ופטור על גוי"א ויעוי' במ"מ דאע"ג דפטור בבעלים על הפשיעה מ"מ כיון דהפושע כמזיק ואין ראוי לפוטרו חייב והדברים צ"ב מ"ש מספק גוי"א דפטור, ובקוב"ש ב"ב או' תרנ"ח תרנ"ט פ"י דכיון דפושע כמזיק אף בבעלים אי' לסיבת החיוב אלא דהתורה פטרתו והלכן בספק כיון דאי' לסיבת החיוב אין ספק מוציא מידי דאי' ומשא"כ גוי"א דחיובו מפי' שומרים הו"ל ספק בעיקר החיוב ופטור, והדברים תואמים לדרכו דהש"ך הנ"ל ועי'.

ג. א"ל השקיני מים והשאל לו פרתו בעוד שהוא משקיהו הוי שאלה בבעלים אבל אם משך ואח"כ השקהו לא הוי שאלה בבעלים [שו"ע] ויעוי' ביהגר"א סק"ג דהוא כשי' הר"מ דצריך להשאלו דוקא לאחר שהתחיל במלאכה ואיירי דבדודו משקיהו השאל החפץ [ויש מהראשונים דפי' דהשקהו בכלי שהשאלו] אבל לתוס' והרא"ש [להלן ס"ג] דבשעה שהלך למלאכה נמי חשיב עמו במלאכתו אף אי' בשעה שהלך להשקותו השאל החפץ חשיב לבעליו עמו, [וצ"ע דהשו"ע פסק להלן ס"ג להרא"ש וטור], ובשיטה קדמונית צ"ז א' הביא מתלמיד הרשב"א דפי' דברי הגמ' שם דהשאל לו לאחר שהשקהו ואף דנמרה מלאכתו מ"מ כיון שקודם השאלה ממש נשאלו לו הבעלים משיב נמי עמו במלאכתו והוא חידוש גדול, ומ"מ הכרע"ת הר"מ ושו"ע דל"ח בעליו עמו אלא בשעה שעושה מלאכתו לחוד.

במש"כ השו"ע דאם משך ואח"כ השקהו ל"ה בבעלים עי' בהגה' חכמת שלמה דהעיר דכ"ז לשי' השו"ע דאין השומר מתחייב באונסין רק משעת משיכה אבל להרמ"א דחייב משעה שנסתלקו הבעלים א"כ אף בנסתלקו הבעלים ואח"כ השקהו ל"ח בעליו עמו, וכ"כ הדברי משפט סי' ש"ה סוסק"א, [ובאמת דהמרדכי בר"פ הוכיח מהא דאמרי' פרה במיכה דאף שואל לא קני אלא במשיכה], אמנם הובא משמיה דהראשי בשמים סי' צ"ח דפליג וס"ל דאף אי' בשעת סילוק הבעלים לא היה בעליו עמו אי' בשעת משיכה היה בעליו עמו פטור ויסד דבריו ע"ד ה"ט"ז סי' קע"ו ס"ח דבשכר סוס לחוד ווא"כ שכר את בעלים עם כל הסוסים לבי' חדשים שכירות השני' מפקעת לראשונה וחשיב עף הראשון לבעליו עמו, וא"כ ה"ה אי' בשעת סילוק הבעלים לא היה בעליו עמו ובשעת משיכה היה בעלים אתי המשיכה ומפקעא לקנין הראשון והדברים צ"ב דשאני בנידון ה"ט"ז דהוסיף בשכירות השני' לבי' חדשים משא"כ הכא דלא הוסיף במשיכה מידי, ואמרו דאולי אף להרא"ש דחייב באונסין משעת סילוק מ"מ ל"ח ברשותו של השואל אלא במשיכה ועי'.

שיחות יד ושבועה שאינה ברשותו קצוה"ח ונתייה"מ...

ד. שאל את הבעלים ונתרצה להיות שאל לו כיון שמזמין ומכין עצמו חשיב עמו במלאכתו אע"פ שלא התחיל במלאכת השואל אבל באמירה לחוד לא הוי שאלה בבעלים, [שו"ע ס"ג] וי"א דבאמירה בלא הכנה נמי חשיב שאלה בבעלים, [ש"ך סק"א], ויש מחלקים בין קבע לו השואל זמן ללא קבע זמן ובין שכרו למלאכה מסוימת לשכרו לכל מלאכה [טור בשם הרמ"ה ושנוי בפזוגתת הב"י וב"ח]. מקור הדין בדברי הגמ' צ"ה ב' דאמרי' בעלים באמירה, והק' הראשונים מהמבוא צ"ז א' דל"ח בעליו עמו אלא בעידן עבדיתיהו, ותי' בכמה דרכים התו' צ"ד א' ד"ה פרה ורא"ש סי' ו' תי' דבעלים באמירה היינו משעה שמכין ומזמין עצמו למלאכה והינו נמי בעידן עבדיתיהו, בתור"פ פי' דעידן עבדיתיהו היינו דהם משועבדים לעסוק במלאכה ואפי' אינם עסוקים חשיב בבעלים, וה"ה אמירה דמהני היינו כשמשעבד עצמו לעסוק במלאכה מיד ואינו פונה למלאכה אחרת, וכ"כ כע"ז הריטב"א לעי' פ"א א' ותוס' ב"ב מ"ג ב' ד"ה דאמר ולדבריהם ה"ה דמהני אמירה לחוד, וכ"כ הנמו"י נ"ד ב' ועיי"ש דאף דאינו משתעבד באמירה ויכול לחזור בו מ"מ שארית ישראל לא יעשו בעולה וסגי בהכי לדונו עמו במלאכתו ועיי"ש עוד נ"ו ב' דהביא להראב"ד דעידן עבדיתיהו היינו כ"ז דמשועבדים למלאכה, ובטור הביא לרמ"ה דפי' בע"א וחלוקין הב"ח וב"י בכונתו הב"י בבד"ה הגיה בלשונו דהרמ"ה ופי' דבעלים באמירה איירי בלא קבע לו זמן אלא מיד משתעבד למלאכתו ומשא"כ בעידן עבדיתיהו איירי בקבע לו זמן דהתם קודם תחילת המלאכה ל"ח בעליו עמו [ונתבא' בב"י דאף בהגיע הזמן שקבע ל"ח עמו במלאכתו ותמה הב"י ע"ז], אמנם הב"ח פי' דכונת הרמ"ה לחלק בין שאלו למלאכה מסוימת לשאלו למלאכה סתם דבמלאכה מסוימת כ"ז שלא התחיל לעשותה ל"ח עמו במלאכתו משא"כ מלאכה סתם מיד הוא שאלו לו למלאכתו, וה"מ בלא קבע לו זמן אבל בקבע זמן אף במלאכה סתם ל"ח עמו במלאכתו כ"ז שלא הגיע הזמן, והנה הטור סיים דהרא"ש פליג על הרמ"ה וס"ל דכל שזימן עצמו למלאכה חשיב בעליו עמו וילע"י דבשלמא להב"ח כונת הטור דהרא"ש ס"ל דאף במלאכה מסוימת סגי בהזמין עצמו לכך, אבל להב"י דהנידון אף בקבע זמן ודאי דאף הרא"ש מודי דקודם הזמן ל"ח בעליו עמו והיינו דינא דהשאלינו והשאלך למחר [סי' ש"ה] וצ"ל דכונת ודמ"מ להרא"ש כשהגיע הזמן שקבע חשיב לבעליו עמו משא"כ

להרמיה ל"ח בעליו עמו אלא כשהגיע הזמן והתחיל במלאכה וכמש"כ הב"י, [ויש שי' נוספת באו"ז הובא בהגה"א דבעלים באמירה הוא דוקא בדבר האבד דא"י לחזור בו [ויש שפי דאין כונתו לאוקמא בהכי אלא דהוכיח מהא בדבר האבד א"י לחזור באמירה חשיב מקצת קנן ולכך לענין בעליו עמו סגי באמירה לחוד אף בלא דבר האבד], ובשמה דה"ר ברוך מריגנשפור"ג כי באמירה מהני דוקא בנדר להיות עמו בשעת שאלת הפרה וכצ"ל בשי' הר"מ להלן], ולהל' השו"ע פסק כתוס' והרא"ש דבאמירה לחוד ל"ח עמו במלאכתו ומשעה שמזמין עצמו ללכת חשיב עמו במלאכתו, ובסמ"ע סק"ד פסק להרמיה דה"מ בלא קבע זמן אבל בקבע זמן אע"פ שהוא מוכן לא מקרי שאלה בבעלים ואף הרא"ש מודי לזה אמנם הט"ז נחלק עליו דלהרא"ש אף בקבע זמן חשיב עמו במלאכתו וראי' מדלא פי' הרא"ש דעידן עבדתייהו היינו בקבע זמן, [וצ"ל בכונתו כהב"י לעי' דהנידון בקבע זמן בהגיע הזמן ולא התחיל במלאכה], ובש"ך סק"א פסק להראשונים דסגי באמירה לחוד בלא הכנה למלאכה, וכי' הנתיחה"מ סק"א דאף להש"ך לא מהני אמירה אלא באומר לו שיעשה עמו מלאכה מיד אבל במלאכה לאח"י לא סגי באמירה [ור"ל דאף כשיגיע הזמן בעי' לתחילת מלאכה], ובביהגר"א סק"ג ציין להר"מ דבכל ענין לא מהני אלא בהתחיל עמו במלאכה ממש.

ה. השאל בהמתו או השכירה למשא והלך הבעלים מעצמו לסעדה ולהטעינה הוי שאלה בבעלים, [שו"ע ס"ד] ויש חולקין דל"ח בעליו עמו אלא כשביקש השואל מהמשאיל לסעדו, מרדכי הובא ברמ"א], ואם לא הלך לראות אלא שלא יוסיף על המשאוי או להניח כלי ע"ג הבהמה לתקנת הבהמה לכו"ע ל"ח לבעליו עמו, [שו"ע]. ויעוי' ביהגר"א סק"ח דחולקין בעובדא דמרימר בר חנינא צ"ז א' אי איירי בנשאל מעצמו ומבוא' דבלא טעמא דלמיסר טעונה הוא דנפק חשיב לשאלה בבעלים או דאיירי ביקשו השואל ומ"מ בחמיסר טעונה ל"ח בעליו עמו אבל בלא ביקשו בכל ענין ל"ח לבעליו עמו, וכשי' המרדכי כ"כ השטמ"ק צ"ז א' משמיה דהרריו"נ ועיי"ש דביאר דלא מקרי שאלה בבעלים אלא כשהתנה עמהן וכדכתיב שארית ישראל כו' ור"ל דדוקא כשנשתעבד לשואל אף דשנשתעבד בדיבור מ"מ כיון דשארית ישראל לא יעשו עולה חשיב חשיב כמשועבד למלאכת השואל משא"כ בנאשל מעצמו כיון דיכול לחזור כל שעה ול"י משום שארית ישראל לא חשיב משועבד לשואל, והנה אף הטור דפליג מודה דבנשתעבד עבור השואל אף דעדיין לא התחיל במלאכה חשיב לבעליו עמו וכדהביא לשי' הרא"ש אלא דס"ל דמשכח"ל בלעיו עמו אף בלא שעבוד בעושה עימו העבודה בפועל, [ומסתבר דבזה לכו"ע לא סגי במאי דהכין עצמו לכך אלא צריך לעשות עמו בפועל].

יש לציין עוד בנידון הנ"ל לפלוגתת הראשונים פ"א ב' גבי הנהו בי תרי דהוו קא מסגו באורחא כו' וחד מינייהו פשט לסרבליה והניחו ע"ג חמורו דהשני וכמו"כ שאל מיניה סדינא ושטפיה מיא דשו"ט אי פטור משום שאלה בבעלים כיון דהמשאיל שומר לו על הסדין ומסקי דחייב דבלא דעתיה שקלא לסדינא ובלא דעתיה אותבא לסרבלא, ונחלקו הראשונים בפירוקא דהגמ', המאירי שם פי' דכיון דל"ח שאלה בבעלים אלא כשהבעלים נתרמו מדעתם להשתעבד לשני אבל שלא מדעתם ל"ח עמו במלאכתו ועפ"י כ' שם דה"ה בניה השואל חפץ בחצר המשאיל לשמירה בלא דעתו דל"ח שאלה בבעלים, [ולכא"ו הניח בחצירו שלא מדעתו הוא פשוט דכיון דלא נחית לקבלת שמירה ל"ח בעלים כלל ועיקר חידושה דהגמ' הוא באופן דהמשאיל עשה פעולת משא עבור השואל דכה"ג אי היה מדעתו אף בלא קבלת שמירה חשיב בבעלים וקמ"ל דכיון דעשה הפעולה שלא מדעתו ל"ח בבעלים, [העירו], אמנם הריטב"א הישנים פי' דכיון דנשתמש שלא מדעתיה הו"ל שואל שלא מדעת וחייב באונסים כדין גולן, ומסתבר דדינו דהמאירי דפעולה שלא מדעת ל"ח עמו במלאכתו הוא אף לדי' השו"ע דבנשאל מדעת עצמו הו"ל שאלה בבעלים ועי'.

ו. אמר לשלוחו צא והשאל עם פרתי י"א דלא אמרי' שלוחו של אדם כמותו ול"ה שאלה בבעלים, [שו"ע ס"ו], ויש חולקין, [רמ"א שם]. ויעוי' בש"ך דטעם החולקין משום דהוי ספיקא דדינא ולפי"ז אם תפס לא מפקי' מיניה אמנם בביהגר"א סק"י פי' משום דקיי"ל בכ"מ שלוחו של אדם כמותו, ויל"ב באמר לשלוחו אי אי בעי' תחיי"מ בפועל וכ"ז דלא התחיל במלאכתו ל"ש ללדון שלוחו של אדם כמותו במאי דהשליח זימן עצמו למלאכה או דאף בזה סגי בזימן עצמו או באמירה לחוד, ועי' שער"י ש"ז פ"ז.

ע"ע ביהגר"א סק"י דכ' להוכיח כהר"מ דלא מהני שליחות מדאקשי' להלן צ"ט א"ק יד עבד כו' ומפרקי' בע"ע ואי מהני שליחות עדיין תיקשי דליפטר משום שאלה בבעלים אמנם כי דכל ראי' זו הוא לשי' הר"מ להלן דאף בלא השאיל עצמו אלא שלוחו לחוד מיפטר משום בעלים אבל לשי' התוס' צ"ט דלא מיפטר אלא בהשאיל עצמו ושלח עבדו תחתיו לי' לדון שם משום שאלה בבעלים דלא השאילו הבעלים עצמם כמש"כ תוס' שם, [וס"ל להגר"א דשליחות דינו כעבד דלא מיחייב אלא בשלוחו תחתיו,

אמנם בפ"ת סק"א הביא מהפ"ת להיפוך דבשלחו תחתי לכו"ע שלוחו כמותו וכל נידון שליחות בלא שלחו תחתיו, והוסיף הגר"א דהר"מ יל"פ קו' הגימ שם יד עבד כו' אמאי לא מיפטר משום שאלה בבעלים ועי"ז פריק שמואל בעי"ע, [ומבוא' דבעי"ע לא אמרי' יד עבד כיד רב] אמנם צ"ע לפי"ז פירוקא דרב שם באומר הכישה כו' דמ"מ אמאי לא מיפטר משום שאלה בבעלים [ועי' להלן שי' הראשונים דלא שייך התם כלל ענין שאלה בבעלים אמנם להגר"א דפי' השו"ט משום שאלה בבעלים צ"ע, [העירון].

ז. **שלח לבנו הסמוך על שולחנו דינו כשליח, ולא אמרי' דידו כיד אביו ודינו כעבד להלן, [פ"ת סק"א משמיה דהנוב"י], ועי"ש** דשאני עבד דחשיב כגופו משא"כ בבנו הסמוך על שולחנו דל"ח כגופו.

ח. **שלח אביו שילך וישגיח על החפץ בשכר ל"ח בבעלים, [פ"ת סק"ב בשם שבו"י], ועי"ש הטעם דהשליח בא בשכרו ובסתמא אינו שולח את אביו בתורת שליחות.**

ה. **אמר לעבדו הכנעני צא והשאל עם פרתי חשיב לשאלה בבעלים שיד עבד כיד רבו, ויעוי' סמ"ע סק"ד דאע"ג דלאו בר מצוות ור"ל דלא שייך לדון בו מתורת שליחות מ"מ מהני מדין עבד כיד רבו והוא עפ"י רש"י צ"ו א' וכ"כ הגרע"א ועפ"י כ' דאם ראבון שאל משמעון עבדו ואח"כ השאיל שמעון פרתו ללוי יחד עם העבדכיון דלא שייך ביה יד עבד כיד רבו ל"ח שאלה בבעלים, וכ"כ הרמב"ן בשי' רש"י, אמנם עי"ש ברמב"ן דלמ"ד דמהני בשאלה שלוחו של אדם כמותו ה"ה דמהני שליחות בעבד וכל מאי דבעי' לסברת יד עבד הוא להך גיסא דל"מ שליחות ולפי"ז להרמ"א דשליחות נידון כספיקא דדינא ה"ה דעבד בכלל ספק זה [אף באופן דלא שייך לדון משום יד עבד כיד רבו].**

ו. **נשאל העבד שלא מדעת האדון ל"ח לשאלה בבעלים [שו"ע שם], ויעוי' במ"מ הטעם דאין בידו לחוב לרבו, וילה"ס בנשאל האדון והשאיל העבד עצמו שלא דעת האדון ומסתבר דאף בזה אין יכול לחוב לרבו ולי"ה שאלה בבעלים, והנה לסברת המאירי לעי' דבעשה המשאיל פעולה לשואל שלא מדעתו ל"ח שאלה בבעלים י"ל דמה"ט עבד הנשאל שלא מדעת הבעלים אף דידו כיד רבו מ"מ הו"ל כעשה רבו הפעולה שלא מדעתו, ולפי"ז יתכן דבנשאל האדון מדעתו ונשאל העבד במקום בו שלא דעת חשיב לשאלה בבעלים.**

ו. **י"א דכל דינא דהשאיל עבדו הוא רק שנשאל האדון ושלח עבדו תחתיו אבל השאיל עבדו ופרתו חשיב לב' שאלות ולא הוי שאלה בבעלים, [חי' הגרע"א ונתייה"מ סק"ב בשם התוס' צ"ט א'], ויש חולקין דבכל ענין נידון לשליחות בבעלים, [ביהגר"א סק"י בשי' הר"מ ורמ"א].** ממש"כ הר"מ והרמ"א דבנשאל העבד שלא מדעת רבו ל"ה שאלה בבעלים והרי איירי בנשאל מדעת עצמו ומשמע דבלאו חסרונא דהוא שלא מדעת הבעלים היה חשיב בבעלים אע"ג דהאדון לא משאל ובנתייה"מ כ' לדחות דהאייר בנשאל האדון ונשאל העבד תחת האדון מעצמו, והוסיף הנתייה"מ להוכיח מדברי השו"ע סי' ש"מ ס"ו כדבריו דכ' שם דבשלח ביד עבדו כנעני ומתה פטור השואל דיד עבד כיד רבו ועדיין לא יצאה מרשות המשאיל ומשמע דבלאו האי טעמא חייב ולא פטרי' ליה משום שאלה בבעלים...

והנה התוס' צ"ט א' הוכיחו דבריהם מדברי הגמ' שם דבשלח ביד עבדו הכנעני וא"ל הכישה במקל חייב השואל ולא פטרי' ליה משום שאלה בבעלים, ובשי' הר"מ כ' הלח"מ ליישב דס"ל דלא שלחו האדון אלא לשמור על הבהמה וכיון דהוי לצורך הבהמה ל"ח כה"ג בבעלים כמבוא' לעי' ובר"ן שם פי' דבהכישה במקל חיובו מדין ערב ולא שייך בזה פטורא דבעלים.

ז. **י"א דפועל עכו"ם דינו כעבד דידיו כיד בעה"ב ובבשאל פרות עם הפועל הוי שאלה בבעלים, [מחנ"א שלוחין סי"א הבוא בחי' הגרע"א].** והגרע"א סיים כדבריו צע"ג, ובהגהות הגרע"א למחנ"א שם השיג ע"ד שם דכ' עפ"י דה"ה לענין שליחות במצוות אי שלחו לפועל עכו"ם אף דאין שליחות לגוי מהני מדין יד עבד כיד רבו והשיג עליו הגרע"א דלא אמרי' בפועל יד עבד כו' אלא בממונא ולא באיסורא, ומשמעות דבריו דלענין שאלה בבעלים מודי להמחנ"א, אמנם העירו מדבר הגע"א כאן [והובא לעי'] בשאל עבד והשאילו לאחר יחד עם פרתו ל"ח בעליו עמו כיון דלא הוי אדונו ולי' משום יד עבד וצ"ע דמ"מ נימא יד עבד מדין פועל ועי'.

ח. שלח שליח לגבות חוב עבורו ואמר לו שיקח עמו עוד אחד לשמרו בדרך ואבד המעות ל"ח ההשליח שמור בבעלים ע"י השני שבא עמו בשליחות הבעלים כיון דאין הבעלים שלחו, [פ"ת שם בשם שבו"י], ובערך שי ס"ו תלה ליה בדין אומר אמרו אי הוי מינוי דהבעלים או דהשליח.

ט. שותפין ששאל אחד מחבירו אפי' שלא לצורך השותפות הוי שאלה בבעלים, [שו"ע ס"ז וסמ"ע סק"ב], ויעוי' ביהגר"א סק"ב דהמקור מב"ב מ"ג ב' דאי' דשותפין השומרין זל"ז חלק מהשותפות אף דנעשים לשומרים פטורין מדין שמירה בבעלים, וא"כ יש ללמוד מהתם דאך במשאל מהשותפין לצורכו פטור משום שאלה בבעלים, אמנם ב"מ פ"ב ה"ז פי' דינא דשאלה בשותפין בשאלו תרוייהו זמ"ז ומדין השאיליני והשאילך ומשמע דבאי' ששאל לא מיפטר ובכ"מ ובמ"ע סק"ב נחלקו ע"ד ולכאוי' מפורש כדבריהם בגמ' ב"ב הנ"ל.

י. שאל מהאשה פרת נכסי מילוג ונשאל לו בעלה ל"ה שאלה בבעלים דק"פ לאו כקנין הגוף, [שו"ע ס"ט], ונחלקו הראשונים אי רשאית האשה להשאל שלא מדעת הבעל או דאין רשאית ועברה והשאילה שלא מדעתו, דמדברי התוס' צ"ו א' מבוא' דאין רשאית להשאל שלא מדעתה ועברה והשאילה [כ"פ המהר"ם דבריהם בתי' הא'] וכ"כ התור"י ד במסקנת דבריו והוסיף דבהשאילה האשה מדעת הבעל הו"ל השאל הבעל ונשאל הבעל דתלוי בפלוגתת ריב"ח וחכמים להלן צ"ו ע"ב אי השואל משלם לבעל או לאשה וצ"ב דא"כ בהשאילה האשה שלא מדעת בעלה דלכו"ע התשלומין לאשה דהיא בעלת הגוף פשיטא דל"ח הבעל לבעליו עמו ואולי דאי ק"פ כקה"ג התשלומין אזלי אף לבעל ובאמת דצריך למידע אין הדין בשכר פרה והשאיל לאחר ונשאל משכיר הראשון לשואל אי חשיב שאלה בבעלים ולכאוי' תלוי בהאמור, אמנם בהגה"א הביא מהא"ז דהוכיח מסוגיין דאשה רשאית להשאל שלא מדעת הבעל, ויל"ב איך הדין בהשאילה מדעת בעלה ונשאל לו בעלה ולכאוי' פשיטא דבכה"ג חשיב שאלה בבעלים, אמנם התור"י ד תלה ליה בפלוגתת ריב"ח ורבנן בדין השוכר והשאילה לאחר וכמבוא' להלן ע"ב וא"כ למאי דקיי"ל כריב"ח אף בכה"ג ל"מ הבעל לאשוויי שאלה בבעלים.

עוד כ' התור"י ד לדון בגזל פרה והשאילה לאחר ונשאל הגזלן לשואל אי חשיב שאלה בבעלים

יא. שאל מהאשה ונשאל לאשה חשיב שאלה בבעלים, [תור"י צ"ו א' במסקנת דבריו], ועיי"ש טעמו דכיון דהאשה אית לה קה"ג פשיטא דשאלה דידה הוי .

יא. שאל מהבעל ונשאלה האשה או בעל ששאל ונשאל לאשה י"א דהוי שאלה בבעלים ויש חולקין [שטמ"ק ותור"י צ"ו א'], ושורש הנידון אי כיון דאיכא לאשה קה"ג פשיטא דחשיבי בבעלים [וכל ספיקא דהגמ' הוא לענין ק"פ], דכיון השואל מקבל הפירות אין האשה משאלת משלה מידי ול"ח כלל בעלים על השאלה,

יב. אשה ששאלה פרה לצורך נכסי מילוג ונשאל בעל הפרה לבעלה ל"ח שאלה בבעלים דק"פ לאו כקה"ג, [שו"ע שם], ובנשאל לאשה יל"ב אי תלוי בפלוגתת הראשונים הנ"ל או דבזה פשיטא דחשיבה שאלה בעלים בתור"י ד בסו"ד דימה ד"ז להשוכר פרה והשאילה לאחר דמבוא' בדין זה

ומצינו בזה ג' שי' א. התוס' צ"ו א' בתי' הא' נקטו דהאשה אין לה רשות להשאל כלל פירות דהבעל ואיירי בעברה והשאילה [כ"פ המהר"ם דבריהם] ועי' אמרי' דאי ק"פ כקה"ג חשיב הבעל בעלים על השאלה ואי לאו ל"ח הבעלים וכ"פ התור"י ד בסו"ד וכ"כ בתורא"ש [אמנם בתורא"ש אין מפורש אי אין האשה רשאית להשאל בלא רשות בעלה], ב. הא"ז [הובא בהגה"א] פי' ע"ד הנ"ל דהאשה השאילה הפרה אמנם הוכיח מסוגיין דרשאית האשה להשאל נכסי מילוג שלא מדעת בעלה ג. התוס' ותורא"ש בתי' הב' פי' דאיירי בשאל מהאיש ומ"מ אי ק"פ לאו כקה"ג ל"ח הבעל בעלים לענין בעליו עמו, ולפי"ז נאמר בהאי דינא דאי ק"פ כקה"ג אף דהבעל אינו משאל כלל מ"מ כיון דהוי בעלים על החפץ חשיב נמי בעלים על השאלה לענין בעליו עמו [וילעה"ט מסוגית הגמ' שם בע"ב מבוא' דבעליו עמו תלוי במקבל התשלומין ולא בבעלים על החפץ ולכך בשוכר שהשאל לאחר תלוי בפלוגת ריב"ח ורבנן], ובתי' הב' תי' דאיירי דהבעל השאל הפרה ומ"מ אי ק"פ לאו כקה"ג ל"ח בעלים לענין בעליו עמו ובתור"י ד האריך בזה ומסיק דהאשה השאילה הפרה שלא מדעת הבעל ואף דחשיב כגזילה מ"מ אזלי' בתר קנין הגוף והלכך למאי דקיי"ל ק"פ לאו כקה"ג ל"ח הבעל בעלים לענין בעליו עמו, ועיי"ש דל"ד לגזלן שהשאל ונשאל לשואל דל"ח בעליו עמו כיון דהתם אינו בעלים כלל והשואל משלם האונסים לבעלים משא"כ הכא דאיכא להאשה קה"ג, עוי' להלן נפק"מ בין הדרכים.

. שאל מהאשה ונשאלה האשה הו"ל שאלה בבעלים אף למ"ד ק"פ כקה"ג ומפני ב' טעמי חדא דאי"ל קה"ג ותו דכיון דהבעל ל"ל דו"ד בהדי שואל הלכך אף בלא קה"ג חשיבי האשה בעלים על השאלה לכל דבר, ולמסקנא חזר בו דלהלן צ"ז ב' מבוא 'דבעליו עמו אינו תלוי כלל מיהו השואל אלא מי משקבל התשלומין והלכך בלא קה"ג דהאשה פשיטא דהבעל היה מקבל התשלומין [וכדין השוכר והאילה לאחר דלריב"ח משלם לראשון וע"כ לא פליגי רבנן אלא בשוכר שהשאל דנסתלקו הבעלים לזמן השכירות] והלכך לא חשיב בעליו עמו אלא משום דאית לה קנין הגוף וגובה התשלומין. גנב והשאל לאחרים ונשאל אליו חשיב שאלה בעלים כיון שדינו של השואל אם הגנב. חזר בו דל"ח בבעלים כיון דהתשלומין לבעלים.

שאל והשאל לאחר ונשאל עמו ל"ה שאלה בבעלים כיון דהתשלומין לראשון. שאל מהאיש ונשאלה האשה ל"ה שאלה בעלים אפ' למ"ד לאו כקה"ג דאין כוח ביד האשה להפקיע שאלת הבעל. שכר פרה והכירה לאחר ונשאל משכיר הראשון ל"ה שאלה בבעלים דאין בכוחו להפקיע שאלה דהשוכר. שאל מהאשה שלא מדעת בעלה ונשאל האיש לכו"ע ל"ה שאלה בבעלים דאין דין השואל אלא עם האשה. חזר בו דכיון דהגוף שלה תלוי בפלוגתת ק"פ כקה"ג. גנב והשאל לאחר ונשאל הנגנב ל"ח שאלה בבעלים שאין דין השואל אלא אם הגנב. שאל מהאשה מדעת הבעל ונשאל הבעל תלוי בפלוגתת ק"פ כקה"ג. וחזר בו דהו"ל כהשאל הבעל ונשאל הבעל דתלוי בפלוגתת ריב"ח וחכמים. שאל מהאיש ונשאל הבעל תלוי בפלוגתת ריב"ח וחכמים.

א. השולח יד בפיקדון אפי' אינו מכון לגזלו אלא להשתמש בתשמיש שמחסרו קם ליה ברשותיה וחייב באונסין כגזלן, ובראשונים נחלקו אמאי בעי לפי שלח"י ואינו חייב מפ' גזילה, ונשנו בזה ג' שיטות, בראב"ד [בשטמ"ק בפי' האי] ובר"ן מבוא' דהחידוש בשלח"י דאף בנוטל מקצתה חייב על כולה, ברשב"א ריטב"א ורמב"ן פי' דחייב אף בנוטל ע"מ לשלם, בתוס' ובבבב"מ מבוא' [כדפי' התרוה"כ רצ"ב סק"ב] דאין שומר נעשה גזלן כיון דידיו כיד הבעלים ואין הגבהתו מוציאו ברשות הבעלים, וילה"ס לכל השי' אי לבתר ילפוטא דשלח"י נתחדש דכה"ג נמי חשיב לגזילה או דהוא חיוב מחיובי השמירה, ונפק"מ אי אית ליה לדיני גניבה וכגון דחשיב אינו ברשותו דהמפקיד וכן דין אין שמין לגנב, ולהיפוך במקום דלא שייך גניבה ושייך דיני שמירה כגון בעש"ק לשי' הר"מ. ובדין זה נחלקו הקצוה"ח סי' ס"ו סקמ"ד ונתיב"מ רצ"א סקל"ד, אמנם בנתיב"מ פי' הטעם דלי' שלח"י בעש"ק כיון דמיעטיה רחמנא בשמירה ולפי"ז לשי' הר"מ דאי תורת שומר בעש"ק אלא דפטור מתשלומין בעכצ"ל דהטעם דלי' שלח"י בעש"ק משום דאינם בתורת גזילה, ויש בזה דקדוקי לשונות בראשונים, וכן יל"ד מד' ב"ש דחייב על המחשבה אע"ג דלי' קנינים [וכמבוא' ברמב"ן דטעמיהו דב"ש משום דמחשבה כמעשה], ולשי' הר"ן דחידושא דשלח"י דחייב על מקצתו ככולו לכא' לענין המקצת חשיב גזילה גמורה ואית ליה כל חומרת גזילה וכל הנדון לענין כולו, [אמנם ילע"י מד' הגמ' מ"א ב' דאמר' דיו ולא יהא חייב בבעלים ולשי' הר"ן אמאי לא יהא חייב על המקצת ואולי דהתם נמי הנידון רק על כולו].

ב. השולח יד להשתמש תשמיש המחסרו אע"פ דלא חיסרו חייב, אבל הנוטל ע"מ להשתמש תשמיש שאינו מחסרו אינו חייב מדין שלח"י, בגמ' איפלגו אמוראי אי שלח"י צריכה חיסרון או דילפי' מיתורא דא"צ חיסרון, ונחלקו הראשונים למ"ד א"צ חיסרון אי בעי נטילה ע"מ לחסרו דהנ"י והטור נקטו דצריך מחשבה ע"מ לחסר אמנם הר"ן נקט בד' הרמב"ן דא"צ ע"מ לחסר, [וכן מבוא' בשי' הבעה"מ דנקט דשש"מ בשומרים חיובו מדין שלח"י ומ"מ אמרי' דבנטלה להביא עליה גוזלות חייב למ"ד שש"מ גזלן וחיובו מדין שלח"י וכמ"ד א"צ חיסרון ואע"פ שאינו ע"ד לחסרו], וכן יש משמעות בדברי תוס' מ"א ב' ד"ה חדא דהק' דגילף דשלח"י א"צ חיסרון משואל ומשמע דא"צ חיסרון דשלח"י הוא כא"צ חיסרון דשואל והרי בשואל חייב אף באין דעתו לחסרו, ושורשם בהא דאמר' מ"א א' דרועה שהניח מקלו ותרמילו חייב למ"ד א"צ חיסרון אף בלא הכחשה דהנמו"י פי' דחשיב על מנת לחסרה כיון דסופו להכחשה אמנם הר"ן פי' דל"ח על מנת לחסרה אלא דלמ"ד א"צ חיסרון נתחדש דחייב בגזילת מקצתה על כולה אפי' בלא חיסרון כלל, והיה מקום לדון בכונת הר"ן דס"ל דלכו"ע בעי ע"מ לחסרה ובהקדם דמשמעות הר"ן דקו' סובב ע"ד הרמב"ן דפי' דאין לחייב ברועה משום שואל של"מ כיון דמשתמש אף עבור הבעלים ולי' כל הנאה שלו, וכל חיובו הוא רק מדין שלח"י דחייב על מקצתו ככולו ועי' הק' דמשום מקצתו ככולו אין לחיב אלא בנוטל ע"מ לחסר, [ור"ל דלבהע"מ דרועה חשיב לשואל אלא דאין לחיבו מדין שש"מ גזלן כיון דלא שייך גזילה בשומרים שפיר אי למימר דלאחר פי' שלח"י חייב אף בלא נתכוין לחסר כשואל דעלמא אבל להרמב"ן דכה"ג לא חשיב שואל אין לחיבו על מקצתו ככולו אלא כמגביה ע"מ לחסר], ועי' תי' הר"ן דלמ"ד א"צ חיסרון סגי בשימוש במקצת להתחייב על כולו ויל"פ כונתו בתרתי, בחזו"א חו"מ ליקוטים סי' כ' [עמ' רמ"ה ד"ה והרמב"ן] פי' דאי' ב' מיני שליחות יד הא' כשגזול מקצת ע"מ להשתמש בדבר המחסרו והב' כששתמש בפועל במקצת בדבר שאינו מחסרו דנמי חשיב כלקחת כולו [ומבוא' בחזו"א דהא פשיטא דבמגביה ע"מ להשתמש במקצת שאינו מחסרו לא חשיב לשלח"י כיון דאין משמעות לגניבת תשמיש החפץ בהגבהה לחוד], ולהאי פירושא מבוא' בר"ן דלא כהנמו"י והטור דלדידהו שימוש במקצת ל"ח לשלח"י כלל ואין חייב אלא ע"י החיסרון, אמנם יתכן לפרש כונתו דבאמת לא הדר ביה מהבנת קושיתו ובעי' הגבהה ע"מ לחסר אלא דחידש הר"ן בתי' דכיון דמשתמש בכל הבהמה אף דהוי יחד עם הבעלים מ"מ אית ליה תורת שואל שלא מדעת על חציה וכיון דנעשה גזלן על חציה תו שייך לחיבו בכולו מדין שלח"י, ויש להאי פירושא משמעות בדברי הר"ן דכ' כל דבריו למ"ד שש"מ גזלן וכלשונו בתירוצו, ואילו לפירושא דחזו"א אף למ"ד שש"מ שואל מ"מ איכא השתמשות בחציה ואמאי אינו חייב מדין שלח"י על כולה, ועי' בדומה לזה בברכ"ש סי' כ"ד, וכן החזו"א שם בסו"ד צידד דלהר"ן בעי ע"מ לחסר.

בביהגר"א סק"ד כ' דמקורו דהטוש"ע דבעי' ע"מ לחסר מהא דאמר' מ"א א' מ"ג ב' דטלטלה להביא גוזלות חייב מדין שש"מ, ובחזו"א שם כ' דלשי' הר"ן צריך ליישב דחלוק בע"ח מכלים ובבע"ח חייב אף באין דעתו לחסרו עי"ש הטעם, והנה למש"כ החזו"א לעי' דאין חייב להר"ן אלא בנשתמש בפועל יש ליישב בפשיטות דשאני חבית דעדיין לא נשתמש בה אלא טלטלה לחוד [וכמש"כ הגר"א הובא להלן].

ג. נטלה ע"מ להשתמש בו תשמיש שאינו מחסרו אינו חייב משעת הגבהה אלא משעה שמשמש ומדין שואל שלא מדעת, [שו"ע], וי"א דחייב משעת הגבהה, [רע"א ונתייה"מ סק"א בשם נ"י וכ"מ הריטב"א], וי"א דשומר שהגביה להשתמש לא נעשה שואל עד השימוש, אבל בנוטל מרשות הבעלים בדרך שאלה חייב מיד בהגבהה, [מחנ"א שומרים סי"ח הובא בחי' רע"א שם], וי"א דכ"ד המחבר בדבר שאין הבעלים מקפידים. [נתייה"מ סק"א ג'], שורש הנידון דבשואל מדעת קיי"ל דמתחייב באונסין מיד במשיכת החפץ קודם שמשמש ונחלקו הראשונים אי כן הוא הדין אף בשל"מ, דהנ"י והריטב"א ס"ל דשל"מ מתחייב נמי מיד במשיכת החפץ, אמנם הטור פליג דאינו מתחייב אלא בשעת השימוש ובטעם הדבר יעוי' בסמ"ע סק"ג עפ"י דתוס' מ"א ב' ד"ה דשאני שואל מדעת דכיון דמושך לדעת בעלים חשיב כאילו השתמש בה בשעת משיכה משא"כ של"מ כיון שעומד ברשותו עבור הבעלים ולא לשימוש כ"ז שלא נשתמש אין דנים כאילו נשתמש, ומשמעות דבריו דכל דינא דהטור בשל"מ דשומרים אבל בעלמא במוציא מרשות הבעלים חייב מיד במשיכה אמנם המחנ"א גזילה סי"ח כ' דלסברת התוס' אף בשל"מ דעלמא אינו חייב משעת משיכה, אלא דבעיקר ד' הטור הק' המחנ"א דכל דברי התוס' שייכא קודם פ' שלח"י אבל לאחר פ' שלח"י אי' למילף של"מ משלח"י דחייב מיד בשעת משיכה, ובדברי משפט תי' דלי' למילף משלח"י אלא של"מ שדעתו לחסרו, ועפ"י מסיק שם דכל דברי הטור בשל"מ שאין בדעתו לחסרו אבל בדעתו לחסרו אפי' באיניש דעלמא דאינו חייב מפ' שלח"י יהא חייב בשעת משיכה מדין של"מ עיי"ש. ובנתייה"מ מיצע ביו השיטות דבדבר שהבעלים מקפידים דנעשה לגזול חייב בהגבהה ובדבר שאין הבעלים מקפידים אין שייך לחיבו בשעת משיכה לא נעשה לגזול ואין שייך לחיבו בשעת משיכה, ומ"מ בשעת שימוש חייב כיון שכל הנאה שלו ומתחייב מדעת עצמו וכשואל מדעת דמתחייב בשעת שימוש אף בלא משיכה, ובדברי חים שומרים סי' ח' תמה עליו דברמא סי' קפ"ח ס"ב מבוא' דאף בדר שהבעלים מקפידים אינו חייב במשיכה בלא שימוש עיי"ש, עוד העירו ע"ד הנתייה"מ מלשונו דהרמ"א דאינו חייב משום שלח"י כיון שלא חסרו ואי איירי בדבר שאין הבעלים מקפידים הול"ל בפשיטות דאי"ח משום שלח"י דאין הבעלים מקפידים.

במחנ"א שומרים סי"ח צידד לחלק בין שומר שהוציא הכלי דאינו מתחייב אלא משעת שימש לבין מוציא הכלי מרשות הבעלים דחייב משעת משיכה, ומד' הגר"א סק"ב ה' דציין בשי' הטור להרשב"ם ב"ב פ"ח א' ד"ה למוד' מבוא' דנקט דבכל ענין אינו חייב משעת משיכה דהא הרשב"ם לא איירי בשומר.

בביהג"א סק"ב כ' דמקורו דהטור מדינא דרועה שהניח מקלו דמבוא' בגמ' דחייב משום שלח"י ולא מדין של"מ והוקשה להטור קו' הראשונים אמאי אינו חייב מדין של"מ ותי' רש"י הוא דחוק הלכך פ' הטור דמשום של"מ אין חייב אלא משעת שימוש והתם איירי במשכה ועדיין לא נשתמש ומה דאמר' דהניח מקלו היינו שאותו מקל שרצה להניח הכישה בו וקודם שהניח מתה ולכך אין שייך לחיבו אלא מדין שלח"י, אמנם הק' ע"ז כמה קו' א. אמאי לא מפרקי' דכבר הניח מקל וחייב מדין של"מ, ב. מדינא דר"ש שטלטלה להביא עליה גוזלות דחייב מדין של"מ ומשמע דעדיין לא נשתמש ולדברי הטור צריך לדחוק דכבר נשתמש אמנם תמוה לפי' אמאי הוצרכה הגמ' להאריך תרגמה כו' הא אף לר"י בעי' לכל הני אוקימתות ועיקר התי' דסיפא אירי בהחזירה לשאינה מקומה, וכפשוטו צ"ל דלר"י דאיירי דכבר נשתמש מסתמא החזירה היינו למקומה ולכך לא העמיד הסיפא בשאינה מקומה, משא"כ לאידך אמוראי איירי בלא נשתמש ושפיר י"ל דהחזירה היינו לאינה מקומה ולכך הוצרכה הגמ' להאריך בכל הני אוקימתות דאיירי באופנים דלא נשתמש עדיין אמנם להגר"א דר"ש איירי בנשתמש לי' למימר הכי, ובעיקר קושיתו אמאי הוצרכה המ' להאריך בהני אוקימתות עי' בפנ"י ובחזו"א ליקוטים סי' כ' [עמ' רמ"ה ב' ד"ה ומה], ובחזו"א שם פ' מקורו דהטור ע"ד הגר"א מהא דרועה אינו חייב מדין של"מ אמנם פ' דאיירי בהניח מקלו וכמשמעות הסוגי' ומ"מ אינו חייב משום האי שימוש כיון דהוא שימוש מועט ואין הבעלים מקפידים וכמש"כ התורא"ש עיי"ש, וחייב מדין שלח"י כיון דהניח ע"ד להשתמש לזמן מרובה דהוי ע"מ לחסרו עיי"ש, ועי' תרוה"כ דהאריך בדברי הטר ושו"ע

ד. **השתמש בתשמיש שאינו מחסרו והחזירה למקום שנטלה פקע מיניה דין שואל**, [רמ"א] וי"א **דלא מיפטר אלא בדבר שאין הבעלים מקפידים**, [סמ"ע סק"ד ונתייה"מ סק"ג], וי"א **דלא מיפטר אלא בשואל מדעת**, [ש"ך סק"א וט"ז]. מקור הדין בדברי המרדכי פ' הגזול דכ' דאם שאל חפץ מפיקדון שבידו והחזירו למקום שהיה מונח מתחילה פקע מיניה דין שואל ואפי' לר"ע שכלתה שמירתו ה"מ בגונב הפיקדון דתו לא מהימן ליה אבל שואל מהימן ליה, ונחלקו האחרונים בכונתו, הרמ"א פ' דאיירי אפי' בשואל של"מ שנעשה לגזול דמ"מ כיון דמהימן ליה לא כלתה שמירתו, [ולפ"ז דינא דכלתה שמירתו אינו מחמת דקניני גניבה מפקעא לדין שמירה אלא הוי אומדנא דלא ניח"ל לבעלים השמירתו ולכך בשל"מ דלי' להאי אומדנא לא פקע

שמירתו ובראשונים בב"ק יש בזה חילוקי לשונות], ובש"ך תמה ע"ז מסוגיין דמבוא' דבטלטלה להביא גוזלות למ"ד ששל"מ גזלן כלתה שמירתו ולא מהני השבה למקומה, ולכך נחלק ע"ד הרמ"א ופי' כונת המרדכי דאיירי בשואל מדעת וקמ"ל דא"צ להחזיר לרשות הבעלים אלא סגי להחזירה למקומה שהיה מונח, ובדברי חיים שומרים סי' ט' הק' ע"ד הש"ך דא"כ תסגי אף בהשבה חוץ למקומה וכמבוא' בסוגיין דשל"מ למ"ד שואל סגי בהשבה כ"ד וכ' לחלק דכ"ד הגמ' בשל"מ אבל שואל מדעת גרע ובעי' השבה למקומה, [ובקוב"ש ב"ב או' ש"א ביאר בזה בשל"מ ל"י דין השבה כיון דכל שעה הוי כשואל מחדש משא"כ בואל מדעת אי' דין השבה ול"ח השבה אלא כשמחזיר למקומה].

ובישוב ד' הרמ"א יעוי' בנתיה"מ סק"ג דפי' דאיירי בשואל דבר שאין הבעלים מקפידים דלא נעשה ע"ז גזלן במשיכה ולא כלתה שמירתו ומ"מ בשעה שמשמש קנאו בשימוש ודין שואל עליה, ומש"כ השו"ע דהוי כגזלן אינו גזלן גמור אלא דאסור לכתחילה להשתמש בלא דעתו, והנתיה"מ הוכיח דבריו בדבר שאין הבעלים מקפידים לא כלתה שמירתו לר"ע מהא דפרכי' גבי הניח מקלו ותרמילו הא שקלינהו ולא פרכי' הא מני ר"ע ובע"כ דאף לר"ע לא כלתה קנינו כיון דאיירי בדבר שאינו מקפיד כמבוא' בשטמ"ק שם בשם הראב"ד וצ"ע דהא התם חיובו מדין שלח"י ובשלח"י דהוי כגזילה לכא' כלתה קנינו בכל ענין לר"ע ודוחק לומר בדבר שאינו מקפיד אף דחשיב לשלח"י מ"מ ניחא לבעלים בשמירתו ולא כלתה קנינו, עוילע"י בעיקר חידושו דהנתיה"מ דאף לר"ע לא כלתה קנינו ככה"ג דא"כ הו"ל למקני בשימוש ומאי פרכי' התם והא לא משכה, ובע"כ דכיון דחיובו התם מתורת שלח"י דהוי כגזילה לא סגי בשימוש בלא קנין וכל דברי הנתיה"מ דשימוש קונה הוא רק קניני שאלה, והדברים מפורשים בנחלת יעקב להנתיה"מ מ"א א' עיי"ש, [אמנם פי' שם ענין הקנין השתמשות מדין תח"מ והאי סברא פשיטא דלא שייכא בגזלן דאין המלאכה קנויה לו כלל], ולפי"ז יהא הדין דשל"מ בדבר שהבעלים מקפידים דחשיב גזלן אי' נשתמש בלא קנין יהני השימוש לאשווי שואל ולא יהא גזלן, אמנם בריטב"א מ"א א' משמע דפי' קו' הגמ' והא לא משך דלי' לחיובא כלל אף בתורת שואל עוילה"ע ע"ד הנתיה"מ דבדבר שאין הבעלים מקפידים חייל עליה חיוב אונסים מתורת שואל דבתורא"ש מ"א א' מפורש דבדבר דלא קפדי בעלים ל"ל חיוב אחריות כלל עיי"ש. ובחידושו דהנתיה"מ דשל"מ קונה בשימוש כשואל מדעת עי' דברי חיים שומרים סי' ט' דפליג ונתבא' שם ב' סברות לחלק בין שואל מעת לשל"מ חדא דשואל מדעת ע"י השימוש קונה לכל זמן השימוש שקבע המשאל הלכך חשיב השימוש כתחילת מלאכה לחייב באונסין משא"כ בשל"מ דאין קונה ע"י השימוש לכל זמן השימוש ל"ח קנין לחיוב אונסין, ותו דכל קנין דתח"מ הוי תקנתא דרבנן שלא יחזיר המשאל כמבוא' בריטב"א קידושן ולא תקון כן אלא בשואל מדעת.

וכדינא דהנתיה"מ דבדבר שאין הבעלים מקפידים לא נעשה לגזלן ודינו כשואל מדעת כ"כ הסמ"ע [הביאו הנתיה"מ] בד' המרדכי, אמנם בש"ך נחלק ע"ד דאף בדבר שאין הבעלים מקפידים חשיב כשל"מ וכלתה קנינו לר"ע, והנה הנתיה"מ תמך דבריו בדברי התוס' ב"מ ל' א' ד"ה לצרכו, אמנם במחנ"א גזילה סי' כ' הוכיח מהתוס' היפוך ד' הנתיה"מ, ובד' הש"ך העירו דסתור דבריו בסי' שני"ח סק"א דנקט דשרי לאדם ליקח מחבירו חפץ שאלו היה חבירו היה יודע היה מתרצה ול"ד לישל"מ ודלא כשי' התוס' ב"מ כ"ב א' וצ"ע,

בלבוש [הובא בש"ך] מבוא' כונת הרמ"א דס"ל דריו"ח דלא אוקים מתני' בטלטלה להביא גוזלות פליג אר"ש וס"ל דבשל"מ לא כלתה שמירתו וכל דינא דהשו"ע להלן ס"י דכלתה שמירתו הוא רק בנטלה ע"מ לחסר דחשיב לשלח"י, [והטעם דלי' כלתה שמירתו בשל"מ אף דנעשה לגזלן יל"פ בתרתי הא' דכל דין כלתה שמירתו הוא משום אומדנא דלא ניח"ל בעלים במשירתו הלכך בשל"מ דדעתו להחזיר נחיא לבעלים בהמשך שמירתו, ועוד יתכן דס"ל דהקניני גזילה מפקעא לדין שמירה ובשל"מ ל"י קניני גניבה וע"ע להלן.

ובשו"ת ברית אברהם סי' ל"א [הובא בפ"ת] כ' ליישב ד' הרמ"א עפ"מ"ש לייסד דבדינא דכלתה שמירתו איכא ב' ענינים הא' דשומר בעודו משתמש פקע מיניה תורת שומר והשבתו למקומו הראשון ל"ח השבה לרשות בעלים, והב' דלאחר שמשמש תו לא ניחא לבעלים בשמירתו ובעי' לב' הטעמים דגבי של"מ כיון דלא נתכוין לגזול ניחא לבעלים בשמירתו והא דלא מהניא השבתו הוא רק מטעמא דפקע מיניה דין שומר וטעמא דלא ניחא לבעלים בעי' להיכא דמשמש במקצת מהחפץ [כגונב טלה מן העדר וסלע מהכיס דהוא מקצת מכל שמירתו] דאף דפקע מיניה דין שומר מ"מ כיון דעדיין תורת שומר עליה על המקצת שנותר חשיב השבתו השבה לרשות הבעלים וכל עיקר הטעם דל"ח רשות הבעלים משום דלא ניחא לבעלים בשמירתו, ולפי"ז שואל במקצת דניחא לבעלים בשמירתו ורשותו חשיב עדיין רשות הבעלים מחמת הנותר שלא נשתמש מהני השבה למקומו הראשון, וא"כ י"ל דשמעתין דנטל החבית להביא גוזלות איירי בנשתמש בכל החביות דבזה כלתה שמירתו וכנ"ל, והמרדכי והרמ"א איירי בנשתמש במקצת מהחפץ, ועיקר דבריו דבשעה שמשמש פקע מיניה תורת שומר כ"מ הגרע"א עה"מ בסו"פ ועי' בהגהות תפארת ירושלים שם וע"ע פרי יצחק ח"ב סי' ס"ב ושיעורי הגר"ש או' רפ"ג.

ה. יחדו הבעלים מקום ונשתמש במקומה בדבר שאין הבעלים מקפידים לא נעשה לשואל ופטור מאונסים [נתייה"מ סק"ב ומחנ"א שומרים סי' כ"ח], ויש חולקין, [דברי חיים שומרים סי' ט'] יסוד דבריו עפ"י המלחמות דבהניח מקלו ותרמילו לא נעשה לשואל דאין כל הנאה שלו כיון דשומר אף עבור הבעלים וכ"כ הנמו"י כע"ז לענין חבית דבטלטה להביא גוזלות חשיב נעשה לשואל כיון דכלתה שמירתו וכל הנאה שלו ומבוא' דבלא כלתה שמירתו ל"ח כל הנאה שלו ולא נעשה שואל ולפי"ז בנשתמש בדבר שאין הבעלים מקפידים דלא כלתה שמירתו ול"י כל הנאה שלו דניחא להו לבעלים בשמירת החפץ במקום הזה לא נעשה לשואל ופטור מאונסים וה"מ במשתמש במקומו דומיא דבהמה שהיתה רועה באפר דלקחה לצורך הבעלים אבל בטלטלו ממקומו תו לא ניחא לבעלים בשמירה במק"א ונעשה לשואל דכל הנאה שלו. ודברי הנתייה"מ דכ"ד הרמב"ן דוקא בלקחו לאפר או יחדו הבעלים מקום מוכרחים דאל"כ כל שואל ל"ח כל הנאה שלו כיון דחייב בשמירה, ולהסוברים דשואל ל"י חייב שמירה אלא בתורת שאלה חשיב כל ל"ק [ע"י קוב"ש פסחים או"י] אמנם הימ"ל בע"א דאף אי שואל חייב בשמירה מ"מ כיון דלא הופקד אצלו בתורת שמירה אלא בתורת שאלה חשיב כל הנאה שלו וכ"ד הרמב"ן בהפוקד אצלו מתחילה בתורת שמירה וכ"כ במגיה לתרוה"כ סי' רצ"ב סק"ב, ולפי"ז י"ל דאף בלא יחדו הבעלים מקום ל"ח כל הנאה שלו וכל דינא דשלי"מ הוא רק בכלתה שמירתו אמנם הנתייה"מ הכריח מדברי הרמ"א כדבריו, ובמחנ"א שומרים סי' כ"ח נקט לדינא כהנתייה"מ, אמנם מבוא' בדבריו דתלה ליה בפלוגת המלחמות והנמו"י, דלהמלחמות שפיר י"ל דכל דבריו במשתמש במקומו דומיא דבהמה שהיתה רועה באפר דניחא ליה לבעלים בהליכתו שם אבל הנמו"י איירי בטלטה ממקומה ומ"מ ס"ל דלא חשיב כל הנאה שלו ובע"כ דלדידה כל דשומר לבעלים בזמן שימוש ל"ח כל הנאה שלו ומיניה יש ללמוד לשומר ששאל החפץ מהבעלים דל"ח כל הנאה שלו, אמנם אף הנמו"י לא אמר דבריו בכל ענין אלא בלא יחדו הבעלים מקום או ביחדו ומחזיר למקומו דהנה במש"כ ליישב הטעם דנעשה לשואל בחבית משום דכלתה שמירתו איכא תימה רבתי דהתינח לר"ע אבל לר"י הרי לא כלתה שמירתו וסוגיין דמוקמי בטלטה להביא גולות הוא אליבא דר"י ובעכצ"ל דר"י לא הוקשה לו כלל כיון דאירי במחזירו לאינו מקומו דבכה"ג כיון דא"י קפידת הבעלים לא שייך למימר דא"י הנאה לבעלים בשעה שמשמש משא"כ לר"ע דהחזירה למקומה הוקשה לו שפיר דל"י כל הנאה שלו ויסוד זה כ' המגיה להתרוה"כ רצ"ב סק"ב וחי' רמ"ש.

בדברי חיים שומרים סי' ט' צידד דאף להרמב"ן יהא חייב במשתמש במקומו דעד כאן לא קאמר הרמב"ן דל"ח כל הנאה שלו אלא שבשעה שמשמש עושה הפרה מלאכת הבעלים אבל ככשהחפץ מונח במקומו ול"י לבעלים תועלת כלל בהשתמשות השואל שפיר חשיב כל הנאה שלו.

בדברי משפט סי' ש"מ סק"ג כ' דכ"ד הרמב"ן כשלא אירע האונס מחמת שימוש אבל כשאירע מחמת שימוש חייב ובהכי איירי הרמ"א.

סעי' ב' ג'

א. הטה את החבית ונטל הימנה רביעית אינו חייב אלא על הרביעית, דאין חייב על מקצתו ככולו אלא בעשה מעשה קנין ככולו, ולענין המקצת נחלקו הראשונים אי חיובו משום שלח"י או מפ' גזילה ונתבא' לעיל.

ב. הגביה החבית ליטול ממנה רביעית חייב על כולו אע"פ שלא נטלה, דחשבי' ליה כנטל הרביעית וניחא ליה דתיהוי החבית בסיס לכולו, ונחלקו הראשונים אי חיובו על כל החבית מדין שלח"י או מדין שואל ע"י רש"י וריטב"א, ובסמ"ע העתיק ללשון רש"י, ויש נפקותא בינייהו לענין השבה ביחדו מקום והחזיר לאינה מקומה דאי חיובו משום שואל חשיב השבה ואי משום שלח"י ל"ח השבה, ודנו עוד נפק"מ לב"ש דחייב על המחשבה איך הדין בחשב ליטול רביעית דאי חיובו על השאר משום שואל לכאוי' לא שייך לחיבו במחשבה דלא נאמר דין מחשבה אלא בפ' שלח"י אבל שואל צריך קנין ואי חיובו מדין שלח"י חייב על כולה, ובש"י רש"י, הריטב"א הבין דס"ל דלא נאמר בשלח"י דין מקצתו ככולו וע"י משה"ק ע"ד, ובתרוה"כ סי' רצ"ב פי' דבעלמא אף לרש"י אמרי' מקצתו ככולו ושאני חבית דלא חיסרו וכל חיובו משום דניחא ליה דתהא בסיס לרביעית וע"ז אין לחייבו אלא מדין שואל.

ג. משך החבית לרשותו דינו כהגביה וחייב על כולה באונסים, [סמ"ע סק"ז] אבל בלא"ה אף שהוא בחצירו ומכוין לחסרו והחזיק לעצמו פטור, [חי' הגרע"א ס"ג], ובטעמא דלא מתחייב בקנין חצר נתבא' באחרונים כמה דרכים, הקצוה"ח סי' קפ"ט פי' ב' דרכים חדא דמקום הפיקדון שייך למפקיד אפי' בלא יחד לו מקום עי"ש, וכן דלגזילה בע"י מעשה ולא סגי בחצר בלא מעשה, ובחזו"א חו"מ ליקוטים סי' כ' עמ' רמ"ה ב' תמה עליו אמאי בהטה את החבית אינו חייב הא איכא בזה מעשה, [ונסגי במעשה כ"ד וכמש"כ רש"י גיטין ע"ז א' דמהני מעשה דנעילת דלת, ואולי בע"י מעשה המועיל לשמירת הגניבה והטית החבית

לא מהני מידי לגניבה], **במחנ"א** גזילה סייב ואמר"מ סיי לייב סק"ב כ' דשלח"י חידוש הוא ואינו חייב אלא במעשה ועיי' חזו"א שם, [ולפיי"ז על הרביעית דחייב מדין גניבה יהי קנין חצר], ויל"ד במשכו תוך חצירו אי מתחייב בכולו, והנה לב' דרכים דהקצוה"ח לכאוי מתחייב בכולו אבל לשאר אחרונים יתכן דבעי מעשה קנין ומשיכה תוך רשותו ל"ה מעשה קנין.

ד. הגביה את החבית ליטול רביעית ולשופכה ל"ח לשלח"י ואינו חייב על הרביעית אלא כששופכה מדין מזיק. [חי' רע"א בשם נמו"י]. ונהי דגזלן חייב אף בגזול ע"מ לאבד [עי' שייך סיי שצ"ו סק"א ובדבר"י סיי נ"ב האריך בזה] מ"מ שלח"י דחידוש ל"ח לגזילה אלא בלוקחה להנאתו.

ה. הגביה ארנקי ליטול ממנה דינר ה"ז ספק אי חייב על כולו. ויסוד הספק אי אמרי' דכיס מלא מעות יותר נוח לשמירה ודנים כל הארנק כבסיס לדינר וכיין או דשאני יין דהוא גוף א' משא"כ ארנק, [סמ"ע סק"ח] והנה מקור הדין מהר"מ פ"ג מגזילה ה"ב והראב"ד שם השיג ע"ד דכל ספק הגמ' למ"ד שלח"י צריכה חיסרון אבל למ"ד דאצ"ח חייב אף בלא נעשה בסיס לדינר וא"כ להל' דקיי"ל דאצ"ח פשיטא דחייב על כולה, ובישוב שי' הר"מ והכרעת השו"ע נאמרו באחרונים כמה דרכים, **המ"מ** פ"י דלמסקנת הגמ' דאמר' דניחא ליה דתהוי חבית כולה בסיס כו' הדרי' דאף למ"ד אינה צריכה חיסרון אין חייב על כולה אלא כשנעשה בסיס אבל בלא"ה חייב רק על המקצת שלקח, ויעוי' בנתיה"מ סק"ד בשם מהרא"ש [שו"ת תורת אמת סיי ק"ב] דפיי"ז צ"ל דלא נתחדש בש"י דין מקצתו ככולו ועיקר חידושו דש"י דחייב אף בגונב ע"מ לשלם ובהא איפלגו אי חיובו אף בלא חיסרון או רק ע"י חיסרון אבל כ"ז שלא חיסר אמרי' דמיהדר קהדר ביה, ובהאי סברא דמיהדר קהדר האריך הנתיה"מ להק' מדינא דהניח מקלו ותרמילו ועיי"ש במסקנת דבריו דאף בנטל כולו אי החזירו בעין אמרי' מיהדר קהדר, [וכל קו' הנתיה"מ מרועה משום דנקט דמשתמש בכולו אמנם בר"ן מבוא' דברועה ל"ח משתמש בכל הבהמה, אלא דהנתיה"מ הו"מ להק' קו' אף אי משתמש במקצתו דמ"מ לא שייך שם ענין מיהדר קא הדר שהרי קיים מחשבתו והשתמש במה שחשב במשיכה], **ועיקר** סברת מיהדר קהדר מבוא' בריטב"א מ"ד א' אמנם ברש"י מ"ג ב' מבוא' הטעם דצריכה חיסרון משום דבהיתרא אתא לידיה ויש להאריך בזה ובד' רש"י כ"ו ב' לענין שומר אבידה ואכ"מ.

ובעיקר דברי מהרא"ש דלא אמרי' מקצתו ככולו רק ביין דנעשה בסיס כ"כ במאירי מ"ד א' ופי' בזה כל השו"ט דהגמ' שם אמנם תמה ע"ז דלפיי"ז בהוציא הרביעית דתו לא משתמש בשאר היין לבסיס לא יתחייב אלא על הרביעית ולא מסתברא כלל, ובנתיה"מ יישב קו' זו דבהוציא הרביעית חייב על השאר מדין מעות מותרים עיי"ש, ודבריו צע"ט דשאני מעות מותרים דאי' נחותא דהבעלים שישתמש בשאר וחשיב להלואה משא"כ הכא דלי' גילוי דעת מהבעלים דמצי להשתמש בשאר.

במחנ"א גזילה סיי כ"ב ובנתיה"מ שם בתחילת דבריו פ"י כונת הר"מ דאף דאמר' מקצתו ככולו ה"מ בגוף א' אבל בב' גופים [וכגון ב' חביות] ל"ש למימר מקצתו ככולו ולפיי"ז ספיקא דהגמ' בארנקי אי חשיבי כל המעות לגוף א' או לאו, **בתורה"כ** פ"י דאף דקיי"ל ש"י אצ"ח מ"מ אי' נפק"מ בספיקא דארנקי באיניש אחר שאינו שומר ואינו חייב משום שלח"י אי מ"מ חייב על שאר החבית משום סבר בסיס ועפ"י"מ רש"י דסברת בסיס משוייה שואל על שאר היין עיי"ש.

ו. נטל דינר אחד מתוך הארנקי י"א דחייב על כולו [מהרא"ש בשו"ת תורת אמת סיי ק"ב הובא במחנ"א גזילה סיי כ"ב, וביהגר"א סק"י], ויש חולקין [מחנ"א שם]. המהרא"ש לשי' דארנקי ל"ח לגופים מוחלקים ועיקר הנידון אי חשיב משתמש בכולו או במקצת ולא אמרי' מקצתו ככולו דלפיי"ז י"ל דה"מ בלא נטל אבל בנטל אמרי' מקצתו ככולו ותו שוה דינו דארנקי לחבית אמנם המחנ"א פליג דספיקא דארנקי אי חשיב לגופים מוחלקים ותו לי' נפקותא אי נטל או לאו.

ז. הגביה חבית של שמן ע"מ ליטול רביעית י"א דדינו כיון [נתיה"מ סק"ד]. הנתיה"מ לשי' דבדבר שהוא גוף א' להל' חייב על כולו אע"פ שלא חיסרו דלפיי"ז שמן דהוי גוף א' חשיב כיון, אמנם למהרא"ש דאין חייב על כולו אלא בדהוי בסיס למקצת א"כ שמן דאינו בסיס לרביעית אין חייב אלא על המקצת, וכן מבוא' בתוס' מ"א א'.

ח. השולח יד בפירות במקצתן ולא הגביהן חייב רק על המקצת ואם הגביהן דינו כארנקי וכדלע"י ועיי' סמ"ע סק"ט לענין מי פירות.

א. **אמר שרוצה לשלוח יד בפיקדון אפי' אמר בפני עדים אינו חייב עד שישלח יד.** וקרא דעל כל דבר פשע דמשמע דמתחייב בדיבור אתא לש"י ע"י שליח [סמ"ע סק"י], וע"י במצוין לע"י אמאי כשמונת בחצירו אינו מתחייב ביבורו בקנין חצר.

ב. **המעכב הפיקדון בידו מחמת חוב ילה"ס אי חשיב שלח"י [ש"ך סק"ה בשם מהר"ש],** עיי"ש דכל ספיקו היכא דלקחם לעצמו עבור החוב וכיון דאם יבורר שאינו חייב לו יחזירם יתכן דכה"ג ל"ח ש"י אבל כ"ז שלא לקחם אפי' שבדעתו לעכבם ל"ח עדיין לש"י.

ג. **אמר לשלוחו לשלוח יד בפיקדון חייב המשלח,** דש"י אתרבי מקרא דישלד"ע, [סמ"ע], ויעוי' סמ"ע סק"י דאירי באופנים דלא ידע השליח או שאינו בר חיובא או שאין לו מה לשלם, אבל בלא"ה פטור המשלח ובאחרונים תמהו עליו דהא ש"י אתרבי מקרא דישלד"ע וא"כ חייב בכל ענין, ובביאור דבריו מצינו כמה דרכים, א. הש"ך סק"ד פי' בשם אביו דס"ל דריבויא דשלד"ע בש"י לא אתא לפטור השליח אלא לחייב המשלח וא"כ בע"כ לא איצטריך ריבויא אלא באופנים הנ"ל דאין השליח חייב, אבל כשהשליח חייב ויש לו לשלם לא אתרבי שלד"ע, וכדברי הש"ך כ"מ בתורי"ד קידושין מ"ב ב' ד"ה שילח אמנם ברש"י שם ד"ה נימא יש משמעות דהשליח פטור לגמרי וע"י הגה' חת"ס, **ובקצוה"ח סק"א הק' ע"ד הש"ך** ממעילה דאתרבי ישלד"ע והשליח פטור, וע"י נתיה"מ סק"ה משכ"ל, ובדברי יחזקאל סי' נ"ז תמה ע"ד עיי"ש וע"ה הגה' אמרי ברוך סי' שמ"ח וקה"י ע"ז סי' ח'. בעיקר דברי הש"ך דהשליח חייב כפשוטו חיובו הוא רק על המקצת שנטל אבל על השאר אין לחייבו, ואף דבש"י דעלמא נתחדש שמקצתו ככולו הכא דהשליח אינו שומר לא שייך האי האי חידושא ויל"ד היכא שאין לשלם לשלם דהמשלח חייב אי חייב בכולו ומסתבר דכיון דבכה"ג מתייחס המעשה למשלח והמשלח חייב מפי' ש"י יהא חייב בכולו כשלח"י דעלמא אמנם א"כ יש כאן דבר תימה מה הוקשה להש"ך אמאי איצטריך לרביא שלד"ע בשלח"י הא איצטריך לענין לחייבו בכולו דהשליח אינו משלם אלא המקצת והמשלח ישלם הנותן [וכמשי"כ בחי' הפלאה להלן], ואולי דבאופן דההמעשה מתייחס לשליח ולדידה ל"ח אלא מעשה גניבה בעלמא ולכך אינו וחייב אלא על המקצת תו לא שייך לדון דלענין המשלח חשיב מעשה דשלח"י ויהא חייב בכולו, ועוד יתכן דס"ל לש"ך דהשליח נמי חייב בכולו ודין מקצתו ככולו נאמר אף בגזלן בעלמא וע"י.

ב. **הקצוה"ח סק"א והגרע"א פי' בשם מהר"ט דריבויא דשלח"י אינו מתורת שליחות אלא מדין פשיעה הלכך ל"י לחיובא למשלח אלא בג' אופנים הנ"ל דהשליח פטור אבל בלא"ה כיון דאין שלד"ע שליח חייב, ולפי"ז בשמירה בבעלים יהא פטור [משא"כ להש"ך דחיובו מדין שלח"י חייב כדן שלח"י דעלמא],** ובעיקר ד' הסמ"ע הק' הקצוה"ח בסו"ד אמי שייך דלון לחייב השליח הרי חיובא דשלח"י לא שייכא אלא בשומרים והשליח אינו שומר ובדברי חיים שומרים ס"א נדחק דאירי בשומר שמסר לשומר ושלח הראשון לשני, וכפשוטו הימ"ל לכל הדרכים בחידושא דש"י דאי נתחדש דחייב בע"מ לשלם א"כ השליח דאינו לוקח ע"מ לשלם חייב מדין גזילה ואי נתחדש דין מקצתו ככולו י"ל דהנידון לענין המקצת ולהבעה"מ דנתחדש דין גניבה בשומרים א"כ השליח דאינו שומר פשיטא דחייב מתורת גזילה אף בלא פי' שומרים. ג. בנתיה"מ סק"ה פי' דבעלמא כשלח שליח לש"י המשלח חייב והשליח פטור כיון דהקנין נעשה עבור המשלח ואין לשליח קנין כלל והסמ"ע אירי כשמינהו לשליח לאכול ובכה"ג מצי לגבות מהשליח כדן גזל ולא נתיאשו הבעלים דרמ"ג וע"ז קאמר דחיובו דהשליח הוא בג' אופנים הנ"ל, ובדברי חיים שומרים ס"א נחלק עליו דאף בשלחו לשלוח יד חייב השליח דהקנין מתייחס לשניהם והו"ל כשותפין שגבנו, ובאמר"מ סי' ל"ג סק"ו נחלק ע"ד הנתיה"מ דבגנב ל"ב קניני גניבה אלא סגי במעשה גניבה וכיון דעשה השליח מעשה גניבה המועיל בתורת קנין עבור המשלח חשיב אף לדידה מעשה קנין עיי"ש. ובעיקר ד' הנתיה"מ העירו דאמאי הוצרך הסמ"ע להעמיד בהנך ג' אופנים נימא דאירי כשלחו לשלוח יד דבכה"ג השליח פטור דל"ל קנין והמשלח חייב וצ"ע, **ובמש"כ הנתיה"מ** דבשלחו לאכול שניהם חייבין יעוי' או"ש פי"ג מגניבה ה"ו דנקט להיפוך דכל שליחות דש"י דוקא בשלחו עבור הנאת המשלח עיי"י. ד. בחי' הפלאה פי' דלא אתרבי שלד"ע בש"י אלא לענין מקצתו ככולו אבל לענין המקצת דהוי גזלה גמורה דינו ככל גזילה דעלמא דאשלד"ע וחייב השליח ולא המשלח וע"ז הוקשה להסמ"ע אמאי חייב המשלח אף על המקצת ותי' דמשכח"ל באין השליח בר חיובא או אין לו מה לשלם דחייב המשלח מדין פשיעה, ובמש"כ ההפלאה בתו"ד דדין מקצתו ככולו הוא אף בגזילה בעלמא כבר נתבאר לע"י דהוא פלוגתת ראשונים ומשמעות הריטב"א כותיה. וע"ד ההפלאה היה מקום לפרש כונת הסמ"ע בפשיטות דהוקשה להסמ"ע דהרי השליח חייב בתורת גניבה [ולא שייך אצלו כל הני חידושים דנתחדשו בפי' שלח"י וכדלע"י] ועל גניבה אשלד"ע וע"ז תי' דאירי באופנים דהשליח פטור דע"ז נתחדש בקרא דהמשלח חייב מדין ש"י, [העירו].

ד. אמר לקטן או לנכרי לשלוח יד חייב המשלח [קצוה"ח ונתיה"מ שם] וחלוקין בטעמם דהקצוה"ח פי' טעם החיוב משום פשיעה והנתייה"מ פי' מתורת שליחות ואף דאין שליחות לחש"ו היינו לענין דאין המעשה קיים אבל חיובא מיהא איכא, ואף דליובא גניבה בעי' קנין וכמשי"כ הנתייה"מ מ"מ חלות הקנין נעשה ע"י מעשה גרידא ויש שליחות בקטן ונכרי על מעשה.

סעי' ה'

א. השולח יד בפקדון דינו כגזלן ומשלם כשעת הגזילה בין הוקרה ובין הוזלה, ובנתעברה או נטענה קנה השבח שאחר הש"י, [שו"ע וש"ך סק"ו], ובחידושי הגהות על הטור צידד דהטור פסק כר"ע דמשלם כשעת תביעה וכהכרעת המרדכי בשם הראב"ה, [ולכאוי' היינו כשי' הבעה"מ בד' ר"ע דקודם התביעה לא קנה בשינוי ומשלם הגזילה שגזז והולד שילדה דאילו להר"ף בגזזה או ילדה קנה בשינוי ואינו משלם הגזילה והולד, אמנם לפי"ז היוקרא וזולא צריך להיות נמי כשעת התביעה [וכמשי"כ בעה"מ] ואילו בטור מבוא' דהיוקרא וזולא כשעת שלח"י וצ"ב.

ב. ילה"ס בשל"מ בהיה שוה דינר בשעת השימוש ובשעת אונסין נתייקר לב' אי משלם כשעת הגזילה או כשעת האונסין, [הגהות אמרי ברוך ס"א], ותלה הספק בשי' הראשונים בטעמא דגזלן אינו משלם כשעת האונסין וכשואל, דהרמב"ן וריטב"א מ"ג א' פי' דשאני גזלן דמשעת גזילה אפקה מרשות בעלים להקדש ומכירה משא"כ שואל, ולפי"ז ששל"מ דלא הוציא מרשות בעלים יש לחייבו ביוקרא כשעת אונסין, אמנם הרא"ש פי' מרובה סי' ב' פי' דשאני גזלן דאין מתחייב באונסים משא"כ שואל ולפי"ז ששל"מ דינו כגזלן דאינו מקבל עליו שמירה, ולכאוי' כל ספיקו בשל"מ אבל בשלח"י כיון דאי' קניני גניבה אף להרמב"ן וריטב"א אפקה מרשות בעלים בשעת השלח"י אבל ששל"מ ס"ל דלי' קניני גניבה, [ודנו בזה האחרונים עי' חי' רח"ה פי"ב מגזילה הטי' קוב"ש ב"ק או' קכ"ד ואמר"מ סי' ל"ד סק"יג וע"ע בד' האמ"ב בחי' הגר"ש ב"ק סי' י"ב]. ובעיקר ספיקו לכאוי' גמ' ערוכה היא מ"ג ב' דלמ"ד ששל"מ גזלן כי חסר ברשותיה ברשותא דידיה חסר, ואולי דה"מ לענין זולא, ועי' ריטב"א שם.

סעי' ו'

א. המפקיד חבית אצל חבירו וטלטלה לצרכו בין יחדו הבעלים מקום ובין לא יחדו בין החזירה ובין לא החזירה בין נטלה ע"מ לחסר ובין נטלה שלא ע"מ לחסר חייב באונסים, [שו"ע וסמ"ע סק"י א], וי"א דה"מ בנטלה ע"מ לחסר אבל נטלה ע"מ להשתמש ושלא לחסר והחזירה פטור מאונסין [עיר שושן הובא בסמ"ע סק"י א ובש"ך סק"א]. ד' הסמ"ע והש"ך מבוא' דלמאי דקיי"ל כר"ע דכלתה שמירתו ל"ש אי נעשה גזלן ע"י שלח"י ול"ש אי נעשה גזלן ע"י ששל"מ בכל ענין כלתה שמירתו וכמבוא' בגמ' מ"א א' דלר"ש טלטלה להביא גזלות נעשה לשל"מ וכלתה שמירתו לר"ע, אמנם הלבוש פליג דלא אמרי' כלתה שמירתו אלא ע"י שלח"י ויעוי' בש"ך סק"א דס"ל דריו"ח פליג אר"ש וקיי"ל כריו"ח וכן הביא שם מהגה"מ, ולכאוי' יסוד פלוגתתם אי דין כלתה שמירתו הוא מחמת הגזילה דדינא הוא דהקניני גניבה מפקעא לשמירה או דהוא משום אומדנא דלא ניח"ל לבעלים בשמירתו, ואולי דתלוי נמי בדין שש"מ אי אית ליה קניני גניבה [עי' במצוין לעי' ועי' קה"י סי' מ' ויש בזה עוד דקדוקי לשונות בראשונים בב"מ ובב"ק ואכ"מ].

ב. טלטלה לצורכה ממקום התורפה למקום השמור בין שנשברה מתוך ידו באונס בין אחר שהניחה פטור, [שו"ע סמ"ע סק"י ב וש"ך סק"ז ונתיה"מ סק"ו]. ומשמעות הסמ"ע דדוקא משום שהעבירה ממקום התורפה אבל אי היה במקום השמור אף אי עליה לשמירתו במקום השני ל"ח לצורכה וכ"מ הסמ"ע סק"יג והטעם דכיון שיחדו הבעלים מקום גילוי דעתם דניח"ל במקום זה לחוד.

ג. טלטלה לצורך מקומה חייב בפשיעה דלא כלתה שמירתו [ביהגר"א] ופטור באונסי' ואם היה האונס מחמת שינוי המקום חייב אף על האונס אם יחדו הבעלים מקום חייב אף משהניחה ובלא יחדו פטור משהניחה. ובנתייה"מ סק"ט דקדק לשון הרמ"א דאף בלא יחדו חייב כ"ז שלא הניחה ופי' טעם הדין דתלי' הקלקול מחמת טלטולו והוי כפשיעה ומ"מ אחר שהניחה פטור על האנים וא"ח מדין תח"ב כיון שנסתלק הפשיעה, ועי' במצוין לעי' בסוגי' דתח"ב בדין הוליכה לאגם והחזירה ומתה בבית שומר אי אמרי' אזדא ליה פשיעותא ואכמ"ל.

ד. י"א דאפי' אם המקום השני שמור יותר מהראשון חשיב פשיעה וחייב על האונסי' [סמ"ע סקי"ג] וי"א דה"מ כשהמקום השני משומר פחות מהראשון, [נתי"ה"מ סק"ז ומחנ"א שומרים סו"ס כ"ט], הסמ"ע ס"ל דכיון דיחדו הבעלים מקום חשיב טלטולו ממקומו לפשיעה דמקומו המיוחד חשיב רשות הבעלים וע"י הוצאתו ממקומו נידון כמוציא מרשות הבעלים אמנם בנתי"ה"מ הק' ע"ד משומר שמסר לשומר דקיי"ל דהמסירה לאחר ל"ח לפשיעה וסתימת הדברים דאף ביחדו מקום בבית הראשון ל"ח לפשיעה וכן הק' מדינא דהמשנה ממקום למקום דל"ח פשיעה וכמשי"כ תוס' ע"ח א' דדוקא המשנה מהר לבקעה דאין המקומות שוין נידון לפשיעה, [אמנם ע"ז י"ל דיחדו מקום גרע וכנ"ל דחשיב מוציא מרשות הבעלים].

