הלכה · משנה תורה · מפרשים · אבן האזל · ספר משפטים

אבן האזל על משנה תורה, הלכות שאלה ופיקדון

הרב איסר זלמן מלצר

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

אבן האזל על משנה תורה, הלכות שאלה ופיקדון

הרב איסר זלמן מלצר

מקור הטקסט: ספריא · רישיון: לפי המהדורה: נחלת הכלל או Creative Commons

התכנים שלפניכם נאספו, מוינו, סוננו ונערכו בעמל רב ובמסירות על ידי צוות פרויקט 'אוצריא' (otzaria.org).

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/אבן-האזל-על-משנה-תורה-הלכות-שאלה-ופיקדון/
הקובץ נוצר ב־20 בנובמבר 2026 מגרסה v39-202611200317 של הספרייה.

תוכן העניינים

פרק א 5
הלכה א 5
הלכה ב 8
הלכה ד 12
הלכה ה 16
הלכה ח 19
פרק ב 20
הלכה א 20
הלכה ד 22
הלכה יא 24
פרק ג 31
הלכה ג 31
הלכה ד 43
פרק ד 45
הלכה א 45
הלכה ח 50
פרק ה 53
הלכה א 53
הלכה ב 55
הלכה ד 58
הלכה ו 63
הלכה ז 68
פרק ו 76
הלכה ב 76
הלכה ד 81
פרק ז 86
הלכה ה 86
הלכה יא 87
פרק ח 89
הלכה א 89
הלכה ג 93

הלכה ה 95

פרק א

הלכה א

השואל כלים או בהמה וכיוצא בהן משאר מטלטלין מחבירו ואבד או נגנב אפילו נאנס אונס גדול כגון שנשברה הבהמה או נשבית או מתה חייב לשלם הכל, שנאמר וכי ישאל איש מעם רעהו וגו' ונשבר או מת בעליו אין עמו שלם ישלם, בד"א כשנאנס שלא בשעת מלאכה, אבל אם שאל בהמה מחבירו לחרוש בה ומתה כשהיא חורשת ה"ז פטור, אבל אם מתה קודם שיחרוש בה, או שרכב עליה או דש בה ומתה כשהיא דשה או בשעת רכיבה ה"ז חייב לשלם וכן כל כיוצא בזה וכן השואל בהמה מחבירו לילך בה למקום פלוני ומתה תחתיו באותו הדרך, או ששאל דלי למלאות בו ונקרע בבור בשעת מלוי או ששאל קרדום לפצל בו עצים ונשבר בעת שפצל בו מחמת הבקוע וכל כיוצא בזה הרי זה פטור שלא שאל אלא לעשות בו מלאכה זו והרי לא שינה.

אבל אם שאל וכו' ומתה כשהיא חורשת. כתב המ"מ וז"ל זה הנמצא בספרי הרב ז"ל שהחילוק הוא בין נאנסה בשעת מלאכה לנאנסה שלא בשעת מלאכה הוא דבר מתמיה שלא נזכר בגמ' שעת המלאכה אלא מחמת מלאכה ושלא מחמת מלאכה, והכונה שכל שלא שינה בה מהמלאכה ששאלה והיא נתיגעה מחמת שעשה בה ומתה אפי' שלא בשעת המלאכה פטור, וכבר השיגוהו בזה הרמב"ן והרשב"א ז"ל עכ"ל, והכ"מ כתב בשם הריב"ש שלכן פירש הרמב"ם מחמת מלאכה בשעת מלאכה שהוקשה לו איך נדע מחמת מה מתה הבהמה ומי מפיס ולכך פי' כן שכל שמתה בשעת מלאכה נתלה ונאמר מחמת מלאכה מתה, וכשמתה שלא בשעת מלאכה נאמר שלא מחמת מלאכה מתה, ואפשר ג"כ שזה שכתב ומתה תחתיו, לא שמתה ונפלה שדודה בין רגליו אלא שהתחיל לה החולי שמתה בעוד שהוא רוכב עליה כמו ומת תחת ידו שלא מת ממש בין ידיו אלא תוך יום שהוא כיומים, ועדיין אין דבריו מחוורים וכבר השיגוהו הרמב"ן והרשב"א ז"ל עכ"ל הריב"ש והכ"מ, והנה גדולי מפרשי הרמב"ם המ"מ והכ"מ נשארו בתימה על דברי הרמב"ם וצריכים אנו לבאר שיטתו.

והנה זה ודאי שאין כונת הרמב"ם דוקא שעשתה הבהמה מלאכה עד שמתה דאי אפשר הדבר שתחרוש עד שמתה ממש וכן שירכוב עליה עד שמתה ממש דתמיד קדם נפילה קרוב למיתה אם לא במיתה פתאומית שאינה מצויה, ובודאי כונתו במה שכתב שמתה בשעת המלאכה כדרך מיתה שנפלה לארץ ומתה אח"כ, ואין נ"מ כמה נמשך עד המיתה אם נפילתה הי' כבר קרוב למיתה, אלא שאנו צריכים לבאר למה לא פי' כדברי הרמב"ן והרשב"א שראינו שנתייגעה מהמלאכה ומתה אח"כ.

ונראה דזה תלוי בעיקר ביאור פטור דמתה מחמת מלאכה שהרמב"ן כתב דטעמא הוא שלא חייבה תורה בשואל אלא היכי שהמיתה לא היתה בפשיעת המשאיל, אבל אם מתה מחמת מלאכה הרי היתה בפשיעת המשאיל שלא היתה הבהמה או הכלי ראויה לעשות מלאכה זו שהשאילה לכך, והרשב"א בש"מ כתב דכמו שלא הקפיד בהכחשה שודאי יודע שתכחש הבהמה ע"י מלאכה ה"נ לא הקפיד על מתה מחמת מלאכה דמה לי קטלה כולה מה לי קטלה פלגא, ומלשון הגמ' לא משמע כן דהא בעי בגמ' על כחש מחמת מלאכה וע"ז אמר מכלל דכי מתה מחמת מלאכה חייב נימא לאו לאוקמא בכילתה שאילתא, דמשמע דמתה יש טעם לפטור גם בלא פטורא דכחש.

ונראה דיש לומר לדעת הרמב"ם עוד באופן ג' לפי"מ דאמר בגמ' בדף ק"ג שואל אדם בטובו לעולם ומהדר ליה קתיה, והיינו שזהו תשמישו שיעשו בו מלאכה עד שישבר, ולכן אם הבהמה או הכלי השאולה מתה או נשברה מחמת מלאכה, א"כ נמצא דזה היה עיקר השאלה שישתמש בה עד שתמות הבהמה או שישבר הכלי כיון שלכך היו עומדין ולא חייבה תורה בשואל אלא באונס שאירע כמו בשבורה ומתה, ולא היכי שלכך היו עומדים וזהו עיקר תשמישם.

והנה נ"מ לדינא בין הטעמים דלטעם הרמב"ן דפטור משום דפשעו הבעלים לכן שפיר אם נתייגעה במלאכתה ואח"כ מתה אף דאינו דבר מצוי שבשביל זה שתתייגע תמות מ"מ כיון דעכ"פ חזינן שעכשיו היא מתה בשביל שנתייגעה אמרינן דהיא חלושה ולא היתה יכולה לעשות מלאכה, ולכן פשעו הבעלים, וכן לפי"מ שכתב הרשב"א דהטעם הוא משום שהבעלים לא הקפידו ונתרצו באופן זה שכשתמות מחמת מלאכה יפטר השואל, אבל לפימש"כ דהטעם הוא שהתורה לא חייבה אלא היכי דהוי אונס, אבל היכי שעומדת לכך למות מחמת מלאכתה אינו אונס אלא המיתה או השבירה הוי כגמר תשמישה, לפי"ז לא נוכל לפטור בנתייגעה ואח"כ מתה דהא עכ"פ היתה מקרה שמתה מזה דלא כל המתייגעות מתות [ולטעמי הרמב"ן והרשב"א מיושב דאף דהיא מקרה שמתה מחמת שנתייגעה מ"מ כיון שיש בה חסרון חלישות זה שאפשר שתמות מזה פשע המשאיל לד' הרמב"ן, ולד' הרשב"א נתרצה המשאיל שיפטר השואל], ולכן סובר הרמב"ם דדוקא אם מתה בשעת מלאכה ממש, ואף דגם בזה אפשר לומר דעכ"פ היא רק מקרה ולא שעיקר הבהמה עומדת לכך מ"מ בזה נאמר בגדר כאן נמצא וכאן היה, כיון דלפנינו מתה במלאכתה אמרינן דמלאכתה היא שגמרה מיתתה ולזה היתה עומדת, לכן סובר הרמב"ם דדוקא מתה בשעת מלאכה הוי מחמת מלאכה.

והנה הלח"מ העיר דבהל' ג' גבי כחש כתב הרמב"ם כחש בשרה מחמת המלאכה

פטור, אלא דגבי כחש הוא פשוט דכן דרך הבהמה ליכחש מחמת המלאכה, וכשרואים שהוכחשה אחר מלאכתה תלינן דבודאי מחמת מלאכה הוכחשה, אכן קשה לפי"ז כיון דדרך הבהמה ליכחש מחמת מלאכה יותר משלא בשעת מלאכה, א"כ מנ"ל שצריך לישבע שבוה"ש שמחמת מלאכה מתה דהא לא אשכחן שבועת התורה אלא באונס וגנבה ואבדה דאינם מצויים, ולמה כתב הרמב"ם שצריך השומר לישבע שבועת השומרין שמחמת מלאכה כחשה, אכן ע"פ דברי המ"מ פ"ב מהל' שכירות יתיישב זה דבהל' י"א י"ב במה שכתב הרמב"ם דאם יש ביניהם טענה בעיקר הפקדון או שטוען החזרתי ליכא שבועת השומרים כתב המ"מ וז"ל זה פשוט שאין שבועת השומרים בכופר אלא בטוען נאנסו, אבל בטוען לא הפקדתני או לא נעשיתי שומר או החזרתי שכל אלו טענות שהמפקיד יודע בהן כמו הנפקד אין שם שבועת התורה אלא במודה במקצת עכ"ל, ומה שהקשה שם הכ"מ על דבריו יבואר בעז"ה בפ"ו מהלכות אלו הל' ד' ומבואר מדבריו דאף שטענת אונס אינו מצוי והחזרתי היא טענה מצויה ומ"מ כתב החלוק משום שבטענת החזרתי יודע המפקיד כמו הנפקד, ואף דבטענות בעיקר הפקדון ודאי לא הי' צריך לטעם זה אפשר שמשום טענת החזרתי כתב כן, ולפי"ז מיושב דגם בטענת כחש מחמת מלאכה כיון שאין המפקיד יודע נשבע השומר שבועת השומרין.

והנה הסמ"ע בסי' ש"מ הקשה דלמה חייב כששינה למלאכה קלה דהא מבואר בסי' ש"ח דשוכר מותר לשנות לקלה, ועדיפא היה לו להקשות דתנן בב"מ דף פ' להוליכה בהר והוליכה בבקעה ושבר הקנקן פטור, וכתב הסמ"ע דמיירי באופן שיש לתלות דמחמת השינוי מתה, והוא תימה שהרי סתם הרמב"ם ומוכח דבכל גווני חייב, אך התי' פשוט דבשוכר דפטור באונס כיון שהיה לו רשות לשנות ונאנס פטור אבל בשואל דפטור במתה מחמת מלאכה לא נפטר אלא כשמתה מחמת מלאכה זו שהשאילה על זה, ודמי למש"כ המ"מ בפ"ה מהל' שכירות הל' ג' גבי ספינה סתם ויין זה דאף דלכתחלה יכול לשנות, כאן מצאה קפידא מקום לנוח, וראיתי אח"כ שכתב כן הט"ז ותמה שהסמ"ע בעצמו בסי' שמ"א ס"ק כ' כתב כן, אך כל זה צריך לדברי הסמ"ע דמדמי שואל לשוכר אך באמת לא דמי כלל כדמוכח מהך דינא שעל זה כתב הסמ"ע בסי' שמ"א דאם שאל קרדום לעדור בו פרדס זה אינו רשאי לעדור בו פרדס אחר, והסמ"ע כתב שם דנ"מ רק דלא נפטר במתה מחמת מלאכה והוא תימה דהא כתבו הרמב"ם והטור ומחבר שאינו רשאי לעדור בו פרדס אחר, וע"כ דאיכא נ"מ בין שוכר לשואל ולק"מ.

הלכה ב

השואל בהמה מחבירו ומתה וטען השואל שבשעת מלאכה מתה, אם היה המקום ששאלה ליל בה מקום שבני אדם מצויין שם יביא ראיה שמתה או נאנסה בשעת מלאכה ושלא שינה בה ויפטר ואם לא הביא ראיה משלם, שאלה ממנו למלאות בה עפר שבחורבתו שאין העדים מצויין שם, או ששאל ממנו דלי למלאות בו הבור בתוך ביתו ונקרע בבור, אם הביא ראיה יפטר אף משבועה ואם לאו ישבע השואל שבועת השומרים שמתה בשעת מלאכה, ויפטר וכן כל כיוצא בזה.

ושלא שינה בה ויפטר הלח"מ כתב וז"ל וא"ת נימא ניחוש שמא שלח בה יד וי"ל דהרא"ש כתב בפ' המפקיד דאחזוקי אינשי ברשיעי ששלחו יד בממון חבריהם לא מחזיקינן, אבל ראיתי לה"ה שכתב לקמן בפ"ו גבי ש"ח שהביא ראיה שלא פשע פטור משבועה, כתב שם אחר שנתבאר למעלה פ"ד שעיקר השבועה היא שנגנב שלא בפשיעה ופטור מן השבועה בדין הוא שיפטר אף משבועה שלא שלח בה יד, ע"כ, וקשה דהא בפ"ד לא כתב רבינו שהוא מן התורה אלא שבועה שנגנבה, אבל שלא פשע ושלא שלח בה יד הוי ע"י גלגול, וא"כ למה לו להביא עדים שלא פשע אפי' שיביא עדים שנגנב לבד סגי כיון שעיקר השבועה שהוא מן התורה נפטר ממנה, ואולי נצרף עם טעמו של המ"מ טעמו של הרא"ש ונאמר דכונת המ"מ לומר דאע"ג דשבועה דשליחות יד היא רחוקה משום דאחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזיקינן מ"מ אילו היה עיקרה מפורשת בכתוב היה חייב בה. אבל כיון שאינה מפורשת וכבר נפטר מן המפורשת בכתוב ראוי לפוטרו מזו, אבל שבועה שלא פשע ראוי לעשותה חייב אע"פ שאינה מפורשת אלא דלא היו כאן עדים שלא פשע, דתרתי בעינן לפטרו חדא שלא תהא השבועה מפורשת. שנית שהשבועה תהי' בדבר רחוק כשליחות יד עכ"ל.

והנה ד' הלח"מ תמוהים דמה חידש בדבריו דאם היתה שבועת שליחות יד מפורשת בכתוב היה חייב בה. וכיון דעיקר טעם זה אינו מספיק וגם שבועה שלא פשעתי בה אף שאינה מפורשת בכתוב חייב לישבע אם אין עדים שלא פשע. א"כ לא תירץ המ"מ כלום ומה שייך לומר שסמך על סברת הרא"ש. ובפרט שהמ"מ אינו מזכיר בשום מקום את הרא"ש ואולי לא ראה אותו כלל. והתימה נשארת במקומה דכיון דודאי כונת המ"מ דאם יש עדים על עיקר השבועה המפורשת אינו חייב עוד על הגלגולים. א"כ למה צריך הש"ח להביא ראיה שלא פשע כיון שבפ' ד' כתב הרמב"ם דגם שלא פשע הוא רק ע"י גלגול.

ונראה דבשבועה שלא פשעתי בה יש שני גדרים דעיקר השבועה שלא פשעתי היא ודאי השבועה העיקרית דאם נגנבה או נאבדה בפשיעה הא אין ע"ז דין גנבה ואבדה וכן

במתה או נשברה בש"ש דאם פשע בהמיתה או בהשבירה אין ע"ז שם אונס וש"ש אינו פטור אלא באונסין. אלא דעיקר השבועה מן התורה בש"ח היתה ראויה להיות שנגנבה כדכתיב בקרא בפרשה ראשונה וגונב מבית האיש וע"ז כתיב ונקרא בעל הבית וגו'. ובכלל נגנבה ודאי הוא שלא פשע והניח הדלת פתוחה ובא אחר ולקח שזה אינו בדרך גניבה אלא בדרך פשיעה. וה"נ אם טוען נאבדה וישבע שנאבדה גם כן יש בלשון זה שלא פשע והניח הפקדון בלא שמירה. אכן יש אופן ב' של פשיעה שיתכן שעכשיו באמת נגנבה. אבל מקודם פשע בזה שידעו הגנבים שנמצא אצלו הפקדון וכענין שאמרו בגמ' בב"מ דף ל' שאם נזדמנו לו אורחים ושטחה מיקלי קלי לה אי משום עינא אי משום גנבי. ופירש"י שלא יגנבוה האורחים ובודאי אין הכונה שיגנבוה עכשיו בעת שהיא שטוחה דבודאי חייב לשמרה וישמרנה ולא שייך ע"ז דמקלי קלי לה. וע"כ דהכונה דכיון שהאורחים ידעו שיש לו מפה כזו יגנבו אותה אח"כ. וצריך להוסיף דלאו דוקא שהאורחים יגנבו דאפי' אם הם ודאי כשרים אסור משום שאין עליו לפרסם מהפקדון שלא יגנבו אותו וכן איתא בדף צ"ג א"ל אביי לרבא אשכחיה רועה ואמר לו גנבא סריא בדוכתא פלניא יתיבנן וכו' א"ל הרי הוליכן למקום גדודי חיה וליסטים. וגדר פשיעה כזו יש לומר שאינה מעיקר חיובא דקרא כי למה לנו לחוש למעשה קודמת שפשע באמירתו כיון שבאותה שעה נגנב הפקדון בדרך גנבה. אלא דמ"מ מדין גלגול שבועה צריך לישבע גם על זה שלא פשע כלל בהפקדון בין בשעת הגנבה בין קודם הגניבה. ולכן תיקנו חז"ל בשבועת השומרים לשון שלא פשעתי בה שהוא כולל בין שלא פשע בשעת ההיזק. בין שלא פשע מקודם.

והנה הרמב"ם בפ"ו הל' א' כתב נמצא כל שומר שנשבע שבועת השומרין כולל בשבועתו שלשה דברים ששמר כדרך השומרין, ושארעו כך וכך ואינו ברשותו, ושלא שלח בו יד, קודם שארעו המאורע הפוטר אותו, ומבואר שלבד השבועה שלא פשעתי בה דהוא ששמר כדרך השומרין, והשבועה שאינה ברשותו, צריך לישבע שארעו כך וכך דאף שאם נשבע שאינה ברשותו ולא פשע בה הרי ע"כ נגנבה או נאבדה, מ"מ צריך לפרש עיקר המאורע, ולכאורה הן ד' שבועות אלא דעיקר השבועה היא נגנבה או נאבדה או מתה, אלא שצריך לפרש שכ"ז היה שלא בפשיעה, והך פירושא דשלא בפשיעה חלוקין הן לפי"מ שבארנו דמה דצריך לישבע שלא פשע בשעת המאורע הפוטר אותו זהו ודאי מעיקר השבועה של תורה, וכבר כתבנו דעיקר לשון נגנבה מבאר דאינו שהניח הדלת פתוחה ובא אחד ונטל הפקדון, אלא שהדלת היתה סגורה והגנב גנבו בדרך גנבה, וכן הוא בנאבדה, אלא דמ"מ צריך לפרש את שבועתו, ושבועת הפשיעה הב' שמעולם

לא פשע ועשה סבה שיבוא לידי המאורע הפוטר אותו זהו ע"י גלגול.

ומבואר בזה דמה שכתב הרמב"ם בפ"ד הל' א' המפקיד אצל חבירו בחנם ונגנב או נאבד הרי זה נשבע ונפטר שנאמר וגונב מבית האיש וגו' ונקרב בעל הבית אל האלקים אם לא שלח ידו במלאכת רעהו ומגלגלין עליו בתוך השבועה שלא פשע אלא שמר כדרך השומרין ולא שלח בו יד, וכתב שם המ"מ דעיקר השבועה המפורשת בכתוב הוא שנגנב ופי' הכתוב ונקרב בעל הבית לישבע שכן הוא שנגנב כמו שהוא טוען הא דשלא פשע הוא הפשיעה הב' שכל העת שמר כדרך השומרין, ולא הניח הפקדון בשום פעם בלא שמירה אם אפשר שע"י הפשיעה הקודמת בא אח"כ הגניבה, וזה חמור מדין תחלתו בפשיעה וסופו באונס דזהו אם לבסוף היה אופן האבדה באונס, אבל כאן אנו חוששין שמא הפשיעה הקודמת היתה גורמת להגנבה.

ועכשיו מיושב דמה שכתב הרמב"ם הל' ג' ש"ח שהביא ראיה שלא פשע בה פטור משבועה ואין אומרים שמא שלח בו יד קודם שנאבד, כונת הרמב"ם על הפשיעה הא' שזו היא עיקר השבועה של תורה שהגנבה או האבדה היתה שלא בדרך פשיעה, וע"כ כונתו כן דהא לא היו עמו העדים כל זמן השמירה ולא זזה ידם מתוך ידו, וע"כ דהעדים יודעים רק על שעה שנאבד הפקדון שאז היה הפקדון משומר, ובזה ודאי הוא עיקר שבועה שמן התורה, אלא שצריך עוד לבאר דמדברי הרמב"ם בפ"ד דשלא פשע הוא ע"י גלגול, וכן שלא שלח בו יד משמע דשבועה שאינה ברשותו הוא עיקר שבועת התורה, וכן כתב שם המ"מ דעיקר השבועה המפורשת בכתוב הוא שנגנב וזה מפרש על שבועה שאינה ברשותו, וקשה ע"ז ממה שכתב המ"מ בפ"ה מהל' טוען הל' ו' דשבועה שאינה ברשותו היא ע"י גלגול, וביאר שם הלח"מ דאף שנשבע שנגנבה מ"מ משביעינן ליה שאינה ברשותו דשמא אחר שנגנבה הוציא השומר הפקדון מהגנב, וכבר הקשה זה שם הלח"מ ולבאר הדברים נביא ד' המ"מ והלח"מ שם.

והנה שם כתב הרמב"ם שטר מסרתי לך וכו' ואם אמר הנתבע אמת מסרת לי ואבד הרי זה פטור אף משבועת היסת שאפי' פשע בו פטור כמו שבארנו בהל' חובל, וכתב ע"ז הראב"ד תימה גדול הוא זה ואולי ברשותו הוא וכופר הוא בו, ואם פטרוהו משבועת התורה משבועת פשיעה, משבועת שאינה ברשותי לא פטרוהו (כן הגיה הלח"מ בד' הראב"ד ע"ש,) ובמה דסותר הרמב"ם שיטתו בפ"א מהל' שכירות דבפשיעה חייב אף בקרקעות ועבדים ושטרות כתב בזה המ"מ דהוא בשאינו מאמינו שמחמת אבידתו הוא מפסיד מה שהי' בו, ועל השגת הראב"ד כתב המ"מ דדעת הרמב"ם דתקנת שבועה שאינה ברשותו לא נתקנה אלא בשומר ששילם, אבל שומר שנשבע ונפטר נשבע שבועה

שאינה ברשותו מדין גלגול, ולכן שומר שטרות שהוא פטור משבועה מדין תורה לא תיקנו בו שבועה שאינה ברשותו, וכתב ע"ז הלח"מ תימה דבפ"ד מהל' שאלה כתב רבינו ז"ל ומגלגלין עליו בתוך השבועה שלא פשע אלא שמר כדרך השומרין ולא שלח בו יד ואח"כ נגנב, ופי' שם המ"מ דעיקר השבועה היא לרבינו שנגנב ומשמע דזו היא שבועה שאינה ברשותו וא"כ איך כתב כאן דהאי שאינה ברשותו הוא מטעם גלגול, ויש לומר דנהי דעיקר השבועה היא שנגנב מ"מ שמא החזירוה הגנבים לכך נשבע שאינה ברשותו וזו היא מדין גלגול, ואף דא"כ איכא ד' שבועות אלא דהך שבועה זו היא שנגנב אלא שהיא מפורשת יותר שמן התורה הוא שנגנב לבד, וחכמים האריכו ואמרו שנשבע שאינה ברשותו, וכן כתב רבינו בפ"ו בשבועה זו שאירעו כך וכך ואינה ברשותו, ומ"מ קשה דאין זה דין גלגול, ועוד דשם פ"ד לא ביארו כלל מזה ואיך כתב דנתבאר בפ"ד ועדיין צ"ע ע"כ ד' הלח"מ.

והנה לפי ד' הלח"מ שכתב דשבועה שאינה ברשותו היא מדברי חכמים שהאריכו השבועה שנגנבה, אינו מיושב עיקר שיטת הרמב"ם שם דכיון דעכ"פ הך שבועה הוא מדברי חכמים וגם מצינו שתיקנו שבועה שאינה ברשותו היכי שהשומר משלם, וא"כ למה נאמר דהיכי דליכא שבועת שומרים מן התורה כמו בשטרות שלא נשבע גם שאינה ברשותו עכ"פ מדבריהם, ועוד שהרי כתב המ"מ דשבועה זו היא מדין גלגול.

ונראה דכמו שכתבתי בגדר שבועה שלא פשעתי בה דיש בזה מה שהוא עיקר השבועה ומה שהוא מדין גלגול ה"נ הוא בגדר שבועה שאינה ברשותי דסברת הלח"מ דשייך שבועה שאינה ברשותי אפי' לאחר שנשבע שנגנב דשמא החזירה מן הגנב דזה לא שייך אלא בטענת גנבה דזהו דבר מסויים ושייך גם עדים על זה כדאמר בגמ' בהמפקיד דף ל"ה שיש עדים שנגנבה, ולכן שייך לגלגל דשמא טרח ואייתי לה כדאמר שם בגמ', אבל טענת אבדה ודאי הוא שהפקדון נאבד ואינו בידו, ולכן בפ"ד מהל' שאלה ופקדון הל' א' כשבא הרמב"ם לבאר עיקר דין התורה בש"ח, כיון דבכלל זה בין נגנב בין אבד וכמו שכתב המפקיד אצל חבירו בחנם ונגנב או אבד הרי זה נשבע ונפטר שנאמר וגונב מבית האיש וגו' ונקרב בעל הבית אל האלקים אם לא שלח ידו במלאכת רעהו, וכיון דבאבד לא שייך לכתוב שמגלגלין עליו שאינה ברשותו דזהו עיקר השבועה, לכן לא הזכיר הא דנשבע שאינה ברשותו וכתב רק ומגלגלין עליו בתוך השבועה שלא פשע אלא שמר כדרך השומרין ולא שלח בו יד ואחר כך נגנב, ובא גם להשמיענו דלא נימא דשלא שלח ידו הוא עיקר השבועה כדמשמע לכאורה פשטיה דקרא דכתיב ונקרב וגו' אם לא שלח ידו וגו' דמשמע שהשבועה אם לא שלח ידו, אכן חז"ל מפרשים דהא דאם

לא שלח ידו הוא דמתי מהני שבועתו שנגנבה אם לא שלח ידו, אבל לא הזכיר הרמב"ם שבועה שאינה ברשותו כאן וסמך על מה שכתב בפ"ו הל' א' דכל שומר שנשבע שבועת השומרין כולל בשבועתו שלשה דברים ששמר כדרך השומרין ושארעו כך וכך ואינו ברשותו, ושלא שלח יד קודם שארעו המאורע הפוטר אותו, וזהו שכתב המ"מ בריש פ"ד דעיקר השבועה הוא שנגנב, ומשום דשאינה ברשותו גבי טענת גנבה הוא רק מדין גלגול, וזה כתב המ"מ לבאר מה שכתב הרמב"ם דמגלגלין עליו שלא פשע לומר דיש גדר פשיעה שהשבועה ע"ז שלא פשע הוא רק מדין גלגול וכמו שכתבנו.

ועכשיו מבואר דמה דכתב הרמב"ם בפ"ו הל' ג' ש"ח שהביא ראיה שלא פשע בה פטור משבועה ואין אומרים שמא שלח בו יד קודם שיאבד דכמו שכבר כתבנו דלא מיירי כאן מהפשיעה הב' דמנין ידעו העדים אטו היו עמו כל ימי הפקדון וע"כ דהוא רק על שעת ההיזק, ה"נ על זה דשאינה ברשותו לא הביא ראיה שאינה ברשותו דאם נגנבה מנין ידעו העדים שלא טרח והוציאה מן הגנב, אלא דהך שבועה שאינה ברשותו אינה אלא מגדר גלגול, וכיון שהביא ראיה שלא פשע והיינו שנגנבה פטור משבועת גלגול, ומיושב שפיר מה שכתב המ"מ פ"ה מהל' טוען דבפ"ד מהל' שאלה ופקדון מבואר דשבועת שאינה ברשותו הוא מדין גלגול שתמה הלח"מ דשם אינו מבואר זה, אבל לפימש"כ מבואר שפיר דכיון שכתב הרמב"ם דאין אומרים שמא שלח בו יד קודם שיאבד, ואם היה עליו עוד שבועה שאינה ברשותו הא ודאי יש עליו לגלגל גם זה שלא שלח בו יד, וע"כ דאין עליו שבועה שאינה ברשותו אף שאינו יכול להביא ראיה על זה, וע"כ דאינו אלא מדין גלגול וכיון שהביא ראיה ליכא גלגול.

הלכה ד

השואל בהמה חייב במזונותיה משעה שמשכה עד סוף ימי שאלתה, ואם כחש בשרה חייב לשלם מה שפחתה בדמיה, כחש בשרה מחמת מלאכה פטור וישבע שבועת השומרים שמחמת מלאכה כחשה.

משעה שמשכה, הרמ"א בסי' ש"מ הגיה על דברי המחבר שכתב כדברי הרמב"ם וז"ל ויש אומרים דלא בעינן משיכה אלא מיד שנסתלקו הבעלים וציין ע"ז טור כדעת הר"י והרא"ש וע"ל ריש סי' רצ"א וש"ז עכ"ל, והנה בסי' רצ"א סעיף ה' כתב המחבר יש מי שאומר שהשומר הזה מיד כשקבל עליו לשמור או שאמר הנח לפני ונסתלקו הבעלים משמירה חייב עליו אם פשע אע"פ שלא משך ויש מי שאומר שאינו חייב עד שימשוך ובמקום שמשיכה קונה, והנה היש מי שאומר הא' הוא דעת הטור בשם הר"י והרא"ש מדין הנח לפני, והימש"א הב' הוא דעת הרמב"ם בפ"ב מהל' שכירות הל' ח' שכתב כדרך

שתיקנו משיכה בלקוחות כך תיקנו משיכה בשומרים, ומדכתב זה בדין שומרים א"א לפרש בשיטתו כדברי התוס' בב"ק דף ע"ט דהוא לדין שלא יוכל המשאיל והמשכיר לחזור בו, אבל לאונסין כל חד כדיניה נתחייבו תיכף משקבלו עליו לשמור, וע"כ דעד משיכה לא נתחייבו באונסין ובדין הנח לפני כתב שם המ"מ דהוא דווקא בהניח לפניו בסמטא ובד"א שלו או שהניח לפניו ברשות השומר, וכתב שם הגר"א על הימש"א הא' תוס' דב"מ צ"ט והרא"ש שם, אבל תוס' דב"ק ע"ט ד"ה תיקנו לא כתבו כן וכן הרא"ש שם וכן משמע בגמ' מדאייתי ראיה ממתני' שם וצ"ע עכ"ל, וכונת הגר"א הוא דבב"מ צ"ט כתבו על מה דאמר בגמ' כדרך שתיקנו משיכה בלקוחות כך תיקנו משיכה בשומרים וז"ל לא להתחייב באונסין קאמר דהא ש"ח בלא משיכה חייב בפשיעה ובב"ק ע"ט כתבו התוס' על מה דבעי בגמ' שם אם תיקנו משיכה בשומרים וז"ל הא לא מיבעיא ליה אי משעת משיכה או משעת מלאכה מתחייבים כל חד כדיניה ש"ח בפשיעה וש"ש בגנבה ואבדה ושואל באונסין דפשיטא דמשעת משיכה מתחייבים דאם לא כן מאימתי דבהשואל תנן אם אמר לו השואל שלח ושלחה ומתה חייב ובגמ' אמר פרה במשיכה עכ"ל, וכן הרא"ש בב"ק כתב כד' התוס' שם ובב"מ במתני' דהנח לפני כד' התוס' בדף צ"ט שם, והוא באמת תימה רבה וכבר עמד על זה הפ"ח שם וכתב שכבר עמד בזה הש"ג וכתב שהוא סתירה.

ונראה דיש לומר דאין כאן סתירה בעיקר ההלכה אלא בפי' דברי הגמ' דרש"י בב"ק דף ע"ט במה דבעי אי תיקנו משיכה בשומרים פי' שלא יתחייב שומר במשיכה עד שימשוך, וע"ז כתבו שם התוס' דא"א לפרש דהאבעיא אי מהני משיכה להתחייב באונסין דפשיטא דמתחייבים משעת משיכה, ומשום דלא ניחא לתוס' לפרש כפירש"י דמיבעי ליה אי תיקנו לקולא שלא יתחייבו עד משיכה דעל זה לא היה שייך מה דאמר ר"א כדרך שתיקנו משיכה בלקוחות כך תיקנו משיכה בשומרים, דמה ענין זה לזה דבלקוחות תיקנו שלא יקנו בכסף שלא יאמר לו נשרפו חטיך בעליה ומה שייך זה לשומרים, וע"כ דהתקנה היא גם בזה דמהני משיכה לקנות היכי דלא נתן מעות דמדאורייתא לא מהני אלא קנין יד או חצר וחכמים תיקנו דמשיכה נמי מהני, וע"ז היה צריך לפרש כאן שתועיל משיכה בשומרים שיתחייבו במשיכה, ואף דמשעה שקבל עליו השומר לשמור נתחייב הא זהו דוקא משעה שנסתלקו הבעלים משמירת הפקדון כמו שכתבו הטור והמחבר, וא"כ כ"ז שהמפקיד והנפקד עומדים ביחד והנפקד מקבל עליו לשמור והכישה במקל ועקרה יד ורגל שהמפקיד לא נסתלק עוד משמירת הבהמה, בזה צריך שיתחייב דוקא ע"י קנין משיכה.

ובזה מיושב מה שהוכיח הגר"א דלא כהשיטות דלא צריך משיכה מדמביא הגמ' דב"ק ראיה דתיקנו משיכה בשומרים ממתני' דהיה מושכו ויוצא דנתחייב הגנב במשיכת שומר והיינו דאם בקבלת שמירה לחוד סגי להתחייב, א"כ איך נתחייב הגנב במשיכת שומר, אבל לדברינו מיושב דבמתני' הא תנן הגביהו או שהוציאו מרשות בעלים ומת חייב ובהגביהו הא לא נסתלקו הבעלים משמירת הפקדון, וכן כאן הגנב שהוא במקום הבעלים, וע"כ דנתחייב השומר ע"י ההגבהה או המשיכה ובזה מתחייב גם הגנב ושפיר פשיט דנתחייב הגנב במשיכת שומר, ודברי התוס' צריכים ביאור שכתבו דמיבעי ליה לענין חזרה, וקשה לדבריהם דאיך נתחייב הגנב במשיכת שומר שאינו שוכר ושואל דלא שייך בהם קנין שלא יוכלו הבעלים לחזור, וצ"ל דאם המשיכה מועלת לגבי שוכר ושואל לענין חזרה ממילא מועלת גם היכי שהשומר מושך שיתחייב הגנב משום דנעשה ברשות השומר, ונ"מ אם יש לשומר קנין בהפקדון לתבוע בלא הרשאה אם יגזול אחד הפקדון ועמש"כ בריש הל' נזקי ממון.

ומיושב ג"כ מה שהוכיחו התוס' ממתני' דאמר לו השואל שלח ושלחה ביד בנו וכו' דמהני משיכה דהראיה היא משלח לו ביד בנו של משאיל דבזה יש לומר דאין כאן סילוק שמירה דבנו של המשאיל כמו ששומרה בשביל השואל ודאי שומרה ג"כ בשביל אביו המשאיל, וא"כ מצד סילוק שמירה א"א להשומר להתחייב, וע"כ דההתחייבות הוא מצד קנין משיכה דנעשה שלוחו של שואל לעשות בשבילו קנין משיכה ומוכח דבמשיכה נתחייבו השומרים.

ולפי"מ שבארנו בדברי התוס' בב"ק צ"ל דמה שכתבו התוס' בב"מ על כך תיקנו משיכה בשומרים לא להתחייב באונסין קאמר דהא ש"ח בלא משיכה חייב בפשיעה היינו שסוברים דאם נפרש דתיקנו משיכה הוא להתחייב באונסין היינו דבלא משיכה אינו חייב, ואף דא"א לפרש דזה תיקנו שלא יתחייב השומר עד המשיכה דהא א"א לפרש כן מה דאמר בגמ' כדרך שתיקנו משיכה בלקוחות כך תיקנו משיכה בשומרים דלא שייך זה לזה דבלקוחות הטעם דכסף אינו קונה שלא יאמר לו נשרפו חטיך בעליה מה דלא שייך בשומרים, וע"כ דזה ודאי דהתקנה הוא דמשיכה תועיל לחייב את השומר ולא נחתו התוס' בב"מ לזה לומר דמשכחת לה דצריך משיכה היכי שלא סילקו עוד הבעלים את עצמם משמירת הפקדון, ולכן כתבו דצריך לפרש לדין חזרה, אבל בעיקר ההלכה אין מחלוקת בדבריהם וכמו שבארנו.

עתה נבוא לבאר הגהת הרמ"א בסי' ש"מ על ד' המחבר שכתב כדברי הרמב"ם כאן דהשואל בהמה חייב במזונותיה משעה שמשכה, וכתב ע"ז הרמ"א ויש אומרים דלא

בעינן משיכה אלא מיד שנסתלקו הבעלים, וציין ע"ז טור כדעת הר"י והרא"ש וכתב ע"ז הגר"א וז"ל הרא"ש שם צ"ט ע"א ממש"כ דאתמר השאילני פרתך כיון וכו' ועמ"ש בסי' רצ"א ס"ב וסי' ש"ז ס"ב דכן דעת תוס' שם ד"ה כך אלא שדעת תוס' כך בש"ח וש"ש דוקא כמ"ש תוס' שם ואזלי לשיטתייהו שפ' שם בד"ה אמר דלא כרב והרא"ש אזיל לשיטתו שפסק שם כרב ועס"ז ודברי הרב צ"ע עכ"ל וכונת הגר"א הוא דזה תלוי אי קיי"ל כרב דאמר שם דאם אמר שואל למשאיל הכישה במקל והיא תבוא ושלחה משאיל נתחייב השואל, והתוס' כתבו שם בשם הר"ת דשמואל דלא ניחא ליה להעמיד מתני' בעבד כנעני וכה"ג לא סבר כרב דנתחייב בזה השואל וקיי"ל כשמואל, והרא"ש שם פסק כרב וכתב דאין ראיה דשמואל חולק אלא דמוקים בעבד עברי וזהו דכתב הגר"א דהך דינא אי מהני סילוק שמירה של המשאיל להתחייב תליא בהך דינא אי מהני הכישה במקל והיא תבוא, ולכן צ"ע על הרמ"א שגבי הכישה במקל והיא תבוא שפסק המחבר בסעיף ז' דלא מהני לא הגיה על המחבר, וכאן הביא דעת הרא"ש ודברי הגר"א הם ד' הש"ך שכתב כן בסעיף ז' דהנך תרי דיני תליי זה בזה ועמד בצ"ע על הרמ"א.

ולפי משכ"כ נראה דיש ליישב ד' הרמ"א דסובר דהנך תרי דיני לא תליי זה בזה וגם לשיטת הרא"ש דבסילוק שמירה נתחייבו השומרים, וסובר עוד יותר דלא כדעת התוס' שמחלקים בין שומרים לשואל, וגם בשואל מתחייב ע"י סילוק שמירה מ"מ זה דוקא היכי שהבעלים מסלקים עצמן משמירה בשביל שסומכים על שמירת השומר, ובשביל שהשומר מקבל עליו שמירת הפקדון והוא מגדר ערבות ועיין בדברי הר"ן בהלכות בקדושין פ"א בדין תנהו לכלב שדן שם הר"ן בדין זרוק מנה לים ואתחייב לך אם חייב מדין ערב שהביא מהא דהכישה במקל והיא תבוא דקיי"ל דפטור, וכתב ע"ז הר"נ דשאני התם דלא אמר לו ואתחייב אני לך, והרא"ש נסתפק שם בזה ומבואר לפי"ז דנוכל לסבור כדעת הרא"ש דכשסילקו הבעלים עצמם משמירת הפקדון חייב השומר, וזהו משום שסמך עצמו על שמירת השומר שקבל עליו השמירה וזהו היכי דיכול השומר לשמרו אבל בהכישה במקל והיא תבוא שגם השומר אינו יכול לשמור, וא"כ א"א להשואל להתחייב אלא אם אמר ואתחייב אני לך וכאן לא אמר ואתחייב לך, ושיטת הרא"ש דפוסק כרב דמהני הכישה במקל והיא תבוא ע"כ דאינו מדין סילוק שמירה של המשאיל, אלא משום קנין שמירה, וכן מבואר להדיא בד' התוס' בב"מ דף צ"ט שכתבו לכאורה נראה דמיירי שיצאה מיד לסימטא או לצדי רה"ר דחשיב כאילו משכה שואל וכו', אח"כ כתבו דמיירי אפי' יצאה מיד לרה"ר דלענין להתחייב באונסין קניא משיכה ברה"ר, עכ"פ מוכח מד' התוס' דרב דמחייב הוא מדין משיכה דהוי כמו

שמשכה השואל, ובזה הוא דפליג שמואל לשיטת הר"ח והתוס' דלא מהני הכישה במקל של הבעלים שיתחייב בזה השואל, ובזה סובר הרמ"א כשיטת הר"ח והרמב"ם והתוס' והרא"ש, אבל בדין סילוק שמירה היכי שהשומר קבל עליו לשמור והבעלים סמכו על שמירת השומר בזה שפיר סובר הרמ"א כהרא"ש וכנ"ל.

הלכה ה

השואל כלי מחבירו או בהמה סתם הרי המשאיל מחבירו בכל עת שירצה שאלו לזמן קצוב כיון שמשך וזכה אין הבעלים יכולין להחזירו מתחת ידו עד סוף ימי השאלה, ואפי' מת השואל הרי היורשין משתמשין בשאלה עד סוף הזמן, ודין הוא הלוקח קונה הגוף קנין עולם בדמים שנתן, ומקבל מתנה קונה הגוף קנין עולם ולא נתן כלום, והשוכר קנה הגוף ופירותיו בדמים שנתן. והשואל קנה הגוף ופירותיו עד זמן קצוב ולא נתן כלום, כשם שהנותן כמוכר שאינו יכול לחזור בו לעולם, כך המשאיל כמשכיר שאינו יכול לחזור בתוך הזמן, הניח להם אביהם פרה שאולה ומתה אין חייבין באונסיה חשבו שהיא של אביהם טבחוה ואכלוה משלמין דמי בשר בזול, ואם הניח להם אביהם נכסים ומתה או שטבחוה משלמין את דמיה מנכסיו.

הניח להם אביהם, כתב המ"מ וז"ל דוקא באונסיה אין חייבין אבל כשומרי שכר הן עליה להתחייב בגנבה ואבדה, והטעם שאפי' נשתמשו בה פטורין מאונסין כיון שהם עצמם לא שאלוה והיא חוזרת בעינה, ואפי' לא נשתמשו בה חייבין עליה כשומר שכר הואיל ויש להן הנאה שבידן להשתמש בה כל ימי שאלתה, דומה למה שנתבאר פ' ז' המפקיד מעות אצל שולחני ויכול להשתמש בהן שהוא עליהן כש"ש, כן כתב הרשב"א ואע"פ ששם אם נשתמש חייב באונסין זהו כשהוא היה הלוה והם מעות שאינם חוזרין בעינן, אבל כאן אע"פ שנשתמשו הם לא היו שואלין ועוד שהיא חוזרת בעינה, ובפ"ב אעורר על סברת רבינו עכ"ל המ"מ ומה שכתב בפ"ב זהו במה דסובר הרמב"ם דאשה ששאלה ונשאת דאם הודיעה לבעלה שהדבר שאול ה"ז נכנס תחתיה, אף שהבעל אינו חייב לאשה דהוא כלוקח וכתב ע"ז המ"מ שם ואינו דומה ליורשין שאמרנו למעלה שאפי' נשתמשו בה אין חייבין באונסין וכפי דעת הרשב"א ז"ל דהתם ירושה שהיא ממילא ויכולין לומר זכות אב אנו יורשין להשתמש בה שלא בקבלת חיוב באונסין, ואפשר ג"כ שרבינו חלוק על הדין הנזכר למעלה, אלא שהי' לו לבאר שם עכ"ל והנה מסתפק המ"מ דאפשר חולק הרמב"ם כאן על דינו של הרשב"א ומחייב ביורשין אם נשתמשו, רק שכתב דא"כ הי' לו לבאר שם, ומזה מוכיח דצריך לחלק בין יורשין ללוקח.

אכן הרמב"ן בב"מ דף צ"ו בהך סוגיא דאשה ששכרה ונשאת כתב דדין הבעל הוא כדין

היורשים בהניח להם אביהם פרה שאולה, ואינו מחלק כחילוקו של המ"מ, ובעיקר החילוק אף דיש מקום להבין דהאשה שהיא כמוכרת אין לה רשות למכור הדבר השאול באופן שהבעל לא יקבל דין שואל ולא יתחייב באונסין, מ"מ אינו מבורר דגם ביורשין יטעון המשאיל אנכי השאלתי להשואל באופן שיתחייב באונסין ולא שישתמשו בהפרה ולא יהי' לו ממי להשתלם אם יהי' אונס, והרא"ש בב"ק ר"פ הגוזל ומאכיל כתב דבסתם מיירי אבל אם יאמר המשאיל ליתומים החזירוה לי או קבלו עליכם אונסין כדין שואל הדין עם המשאיל, אבל לפי"ז קשה דגם בסתם אם המשאיל אינו יודע שמת אביהם למה ישתמשו בלא קבלת אונסין, ומדברי הרמב"ן שהבאנו לא משמע כן אלא דמעיקר הדין אינו תלוי זכות השתמשות בקבלת אונסין, ובאמת יש מקום לומר להיפוך דהכא גבי האשה והבעל כיון דהמשאיל או המשכיר השאיל או השכיר להאשה א"כ קבל אחריותה שאם יהי' גנבה או אונס בשאלה תשלם האשה, וכן כתב הרמב"ן דהאשה ששכרה חייבת לשמור כל ימי שכירותה ובעל שלקח זכותה משתמש בפרה כל אותם הימים אבל בהניח להם אביהם פרה שאולה אם לא הניח נכסים הרי אין להבעלים ממי להשתלם ואף דגם אם לא מת הא לא הי' להם ממי להשתלם כיון שלא הי' לו נכסים, אבל זה אינו דאם הי' חי היה משלם עצמו ממה שירויח מדין חיוב ושעבוד הגוף, וכיון דחזינן דמ"מ יש זכות להיורשין להשתמש ומוכח דזכות ההשתמשות אינו תלוי בדין האחריות, א"כ ה"נ גבי בעל כיון דע"כ צ"ל דאין כאן דין אין השואל רשאי להשאיל אף דנשאת אח"כ משום דסתם אשה עומדת להנשא ועל דעת זה השאילו או השכירו לה והוי כמו כל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד, א"כ שפיר מובנים דברי הרמב"ן דלא גרע בעל מיורשים.

ומה שכתב המ"מ להוכיח דהרמב"ם אינו חולק על הרשב"א גבי יורשין שאם הי' סובר דאם נשתמשו חייבין הי' לו לבאר, יש לומר דבאמת הרמב"ם מבואר שפיר מסדר דבריו בהלכה זו, דבגמ' איתא הניח להם אביהם פרה שאולה משתמשין בה כל ימי שאלתה, מתה אין חייבין באונסיה, ומלשון הגמ' משמע דאפי' אם נשתמשו בה ומתה אין חייבין, אבל הרמב"ם הא כתב דין זה בפני עצמו שהיורשין יכולין להשתמש בדבר השאול עד סוף הזמן ולא כתב ע"ז דין מתה אין חייבין באונסיה, ואח"כ כתב הניח להם אביהם פרה שאולה ומתה אין חייבין באונסיה, ובזה שפיר יש לפרש שהוא כל זמן שלא נשתמשו בה דהא גבי שליחות יד אמר בגמ' בב"מ דף מ"א דמסברא חייב דלא גרע משואל, ומוכח דחיובו דשואל אינו דוקא בשביל שקבל עליו אונסין דהא שולח יד לא קבל עליו אלא דכיון שמשתמש בהפקדון וכל הנאה שלו שאינו משלם שכירות חייב באונסין, וא"כ

אדרבא יש להוכיח מזה שסדר הרמב"ם דין הגמ' לשני דינים דמפרש בד' הגמ' מתה אין חייבין באונסיה דלא קאי על משתמשין בה כל ימי שאלתה.

ואפשר לומר דהרמב"ן דסובר דאם נשתמשו בה ג"כ פטורים הולך בזה לשיטתו במה דחולק על הרשב"א גם בזה במה דסובר הרשב"א וכן הוא בתוס' דדוקא נאנסה פטורין אבל נגנבה חייבין, וכתב הרמב"ן דהתוס' נשתבשו בזה, והיינו דהא קשה אם נפרש מתה אין חייבין באונסיה דוקא אם לא נשתמשו בה א"כ מאי קמ"ל דמתה אין חייבין באונסיה דהא פשיטא ומהיכי תיתי לחייבם אם לא הניח אביהם נכסים, אבל לדברי התוס' והרשב"א דבגנבה ואבדה חייבין ומדמי לה הרשב"א לדמי אבדה, א"כ התם נמי איכא מ"ד דאפי' נאנסו חייבין ושפיר קמ"ל דנאנסו אינם חייבין, אבל אם נימא דגם בגנבה ואבדה פטורין דלא הוו שומרים כלל כ"ז שלא נשתמשו ולא דמי לדמי אבדה דע"כ הוא שומר, אבל הכא לא ניחא להו כלל להיות שומרים על פקדון של אביהם, א"כ מאי קמ"ל דמתה אין חייבין באונסיה, ולכן ע"כ דקאי על נשתמשו בה ושפיר קמ"ל דאף דנשתמשו בה מ"מ מתה אין חייבין באונסיה, והנה הרשב"א סובר דבגנבה ואבדה חייבין, ומ"מ סובר דגם אם נשתמשו בה פטורין דצד זה אינו מוכרח, וכתבתי רק דאם בגנבה ואבדה ג"כ פטורין מוכרח דמה דאשמעינן מתה אין חייבין קאי על נשתמשו, ולכן הרמב"ם שכתב מתה אין חייבין ופ' המ"מ שיטתו דדוקא מתה, אבל נגנבה או נאבדה חייבין, לשיטתו שפיר אפשר לומר דאם נשתמשו בה חייבין, ומה דאשמעינן דמתה אין חייבין באונסיה היינו דאף דניחא להו בההיתר תשמיש לא הוו שואל וכדקיי"ל גבי דמי אבדה כר"נ דנאנסו לא.

והנה הרשב"א בש"מ מביא מקודם דעת הראב"ד דאע"פ שנשתמשו בה וכן כתב שם הריטב"א בשם הראב"ד ובסוף דבריו כתב הרשב"א שהראב"ד פירש דוקא בלא נשתמשו בה ועומדת באגם והוא פלא וצ"ל שהראב"ד שהביא אח"כ הוא הרב אב"ד וזה מתאים עם ד' המאירי שהרב אב"ד היה מנרבונה והמאירי בב"ק ריש הגוזל ומאכיל הובא בש"מ כתב ג"כ שגדולי קדמונינו שבנרבונה פירשו דוקא בלא נשתמשו בה, וא"כ שפיר יש לפרש שיטת הרמב"ם דוקא בלא נשתמשו בה וא"צ לחלק מיורשין לבעל וכמו שבארנו.

ב) **ואם** הניח להם אביהם נכסים ומתה כתב המ"מ שהרמב"ן והרשב"א השיגו על הרמב"ם בזה שפסק דגם אם מתה משלמים את דמיה מנכסיו דהא בגמ' פליגי בזה תרי איכא דאמרי דחד מתני אירשא על מתה, וחד מתני אסיפא על טבחוה ואכלוה ואמר שם דלא"ד קמא פליג רבא על רב פפא דאמר היתה לו פרה שאולה וטבחה בשבת פטור וא"ד בתרא סבר כרב פפא, ולכן השיגוהו דמהא דר"פ, מוכח דהלכה כא"ד בתרא והמ"מ

הוסיף לתמוה דהרמב"ם פסק בפ"ג מהל' גנבה כר"פ וא"כ היאך פסק כאן כלשון ראשון כנגד רב פפא וסיים וצ"ע, וכתב ע"ז הכ"מ דהרמב"ם אינו גורס ופליגא דר"פ, ולא היינו דר"פ, דאף דמשעת שאלה נתחייב באונסיה לענין זה שיהא גובין מנכסיו אפי' לאחר מיתתו, מ"מ החיוב בפועל הא לא נעשה אלא בשעת האונס, וכיון דבאותה שעה קלב"מ פטור ולא מהני הא דמשעת שאלה נתחייב אלא לענין לגבות מנכסיו לאחר מיתתו, ודברי הכ"מ אינם מובנים בסברא דאם נתחייב משעת שאלה אפי' על אונס שיהי' לאחר מיתתו כ"ש דלא שייך על זה קלב"מ דאין לך פטור יותר גדול ממיתה, ובודאי אין עליו שום חיוב במה שיארע לאחר מיתתו וע"כ דאם נאמר דמשעת שאלה נתחייב באונסיה היינו דמשעת שאלה נתחייב להחזיר החפץ שלם או דמיו אם יאנס, וא"כ לא מהני קלב"מ בשעת האונס.

והנה הלח"מ כתב דיש מי שרצה לתרץ דמש"כ הרמב"ם פטור אף מן הכפל אין הכונה דמקרן נמי פטור, אלא דלא רק מדו"ה דבכפל נמי פטור אבל בקרן חייב משעת שאלה ולא משום שטבחה, ומשום דבהל' ג' כתב דגנב וטבח בשבת דפטור מדו"ה משום דבקרן וכפל חייב לכן כתב כאן דגם מכפל פטור, וכתב הלח"מ דא"א לפרש כן שהרי כתב ואם אין גנבה אין טביחה ומכירה דמשמע דליכא גם קרן דכן הוא פי' לשון זה בגמ', אבל תימה הוא דהא הרמב"ם אינו סובר דבקנס לא אמרינן קלב"מ כמש"כ שם המ"מ [וביחוד כתב כן הרמב"ם מפורש בפ"א מהל' נערה בתולה הל' י"א] וא"כ למה הוצרך לטעמא דאם אין גנבה אין טביחה ומכירה וסיים וצ"ע וכבר כתבתי בפ"ג מהל' גנבה לדייק מד' הרמב"ם שלא כתב כלשון הגמ' שאם אין גנבה אלא ואם אין גנבה, ויש חילוק בלשון דלשון שאם הוא טעמא דמילתא אבל ואם הוא אינו טעם אלא הוספה וא"כ יש לומר דנ"מ אפי' אם הטביחה היה אחר השבת או במכירה אפי' בשבת אם לא הי' שם חיוב הוצאה, וא"כ שפיר יש לפרש דמה שכתב פטור אף מן הכפל היינו דלא רק מדו"ה, ומה שכתב ואם אין גנבה אין טביחה ומכירה היינו דשוב לא משכחת חיוב דו"ה אפי' אם הטביחה ומכירה יהי' בלא חיוב מיתה, ועיין מש"כ שם עוד מדברי גיסי הגאון מו"ה ברוך הורביץ זצ"ל. ומה שכתב המ"מ דמשו"ה כתב הרמב"ם נכסים ולא אחריות נכסים כלשון הגמ' לפי שמתקנת הגאונים גובין גם ממטלטלים עיין בריטב"א שכתב בשם הרמב"ן שהגאונים לא תיקנו אלא בבע"ח ומוכח דהרמב"ם אינו סובר כן.

הלכה ח

השואל כלי מחבירו להשתמש בו ואומר לו השאילני דבר פלוני בטובתך כלומר אין אתה משאיל לי דבר זה כדרך כל המשאילין אלא כפי טובת לבך ונדבותיך שאינך

מקפיד על הזמן אם ארך אם קנו מיד המשאיל על זה הרי השואל משתמש בו לעולם עד שיתבטל הכלי מלעשות מלאכתו ויחזיר שבריו או שיריו. ואין השואל רשאי לחזור ולתקן הכלי או לעשותו פעם אחרת.

הלח"מ הביא דברי הרא"ש שהקשה על הרי"ף דלמה לא סגי במשיכה כיון דלשון בטובתך משמע כן, ובפ"ז מהל' מכירה הל' ד' בארתי הדברים דעיקר דין קנין שאלה ילפינן מקרא דוכי ישאל, אבל בלא קרא לא הוי ידעינן קנין שאלה משום דאינו קנין הגוף ולא קנין לזמן ואינו אלא זכות תשמיש, ובלא קרא לא הוי ידעינן דמהני משיכת הכלי לזכות תשמיש כיון דאינו קנין בגוף החפץ, ולכן סוברים הרי"ף והרמב"ם דגדר שאלה לא מצינו אלא בשואל לזמן מסוים דזהו שם שאלה, אבל זכות להשתמש בו לעולם כיון דאינו גדר שאלה וגם אינו גדר מכירה לזמן דהא לא נתן לו החפץ לזמן אלא נתן לו זכות תשמיש, וזכות זה לעולם כיון דאין ע"ז שם שאלה אינו קונה במשיכת הכלי, ומה שהקשה הרא"ש דאם משיכת הכלי לא מהני איך מהני קנין יש לומר דלא דמי דמשיכת הכלי לא מהני כיון שאינו נותן לו זכות בעיקר הכלי אלא בתשמישו דאין התשמיש חלק מהכלי אבל קנין מהני גם על זכות וקנה בקנין זכות זה להשתמש בהכלי ולא דמי לקנין אתן דסובר הטור בשם הרמ"ה בסי' רמ"ה דלא מהני ומבואר שם דכן דעת הרי"ף, זהו על אתן דאינו זכות בהחפץ כלל.

פרק ב

הלכה א

השואל בבעלים אפי' נגנב או אבד בפשיעה פטור שנאמר אם בעליו עמו לא ישלם, ובלבד ששאל הבעלים תחלה עם החפץ כמו שבארנו ואחד השואל את הבעלים או ששכרן ואחד ששואל את הבעלים לאותה מלאכה או ששאלן ושכרן למלאכה אחרת אפי' אמר לחבירו השקיני מים ושאל ממנו בהמתו והשקהו ונתן לו את הבהמה הרי זה שאלה בבעלים ופטור, משך את הבהמה בתחלה ואח"כ השקהו אינה שאלה בבעלים וכן כל כיוצא בזה.

אפי' אמר לחבירו השקיני מים, כתב הלח"מ הטור כתב דאע"ג דלא התחיל במלאכה אלא כיון שהכין עצמו ללכת או הלך סגי. קשה לזה טובא דבפ' האומנין דאמרינן סתם בהנהו אהלוי דאזלי לאפות ומ"מ לא הוי פשיעה בבעלים משום דההיא שעתא דנאבדה הגלימא הוי שתי שיכרא, ולדברי הטור מאי איכפת לן דהוה שתי שיכרא כיון שהלך לאפות סגי, והביא הלח"מ מחלוקת הרמ"ה והרא"ש דלהרמ"ה דסובר דאם היתה

מלאכה שאין השואל יכול לומר לו עשה אותה עתה אינה שאלה בבעלים מיושב, אבל להרא"ש דאינו מחלק בכך קשה, וכתב הלח"מ דיש ליישב בדוחק דכיון דההיא שעתא שיכרא הוי שתי אמרינן דמתחלה לא הלך לאפות אלא לשתות שכר וסיים הלח"מ והדבר רחוק וצ"ע.

והנה מה שכתב הלח"מ דההיא שעתא דנאבדה הגלימא דבריו תמוהים דהא היה עמו בשעת שבורה ומתה לא מהני, והעיקר הוא בשעת שאלה, והפי' בגמ' דבשעה שקבלו הגלימא לשומרה הוה שתי שיכרא ובודאי ט"ס בדבריו, וכונתו דאף דשתי שיכרא באותה שעה אבל הא קבל על עצמו מתחלה לאפות בשבילם אבל באמת לא קשה כלל דאף שקבל על עצמו לאפות ואפי' הלך לאפות כיון דבשעה שקבלו הגלימא הוה שתי שיכרא א"כ הפסיק באותה שעה מלאכתו להשומרים ולא הוי בבעלים ודוקא כשאינו עושה דבר אחר לעצמו אלא הוא מכין עצמו או הולך למלאכתו של השומר אז הוי בבעלים, וכן מבואר להדיא בד' הריטב"א בש"מ שכתב כיון שהלך לעשות מלאכתם מיד בלא הפסק.

והנה בחו"מ בסי' שמ"ו ס"א במש"כ המחבר אפי' א"ל השקני מים והשקהו והשאיל לו פרתו בעוד שהוא משקהו הוי שאלה בבעלים, כתב ע"ז הגר"א בס"ק ג' בליקוט וז"ל בעוד שהוא משקהו, לאפוקי אח"כ כמו השאילני היום ואשאילך למחר בס"ח וקאמר והשקהו כו' דס"ל להרמב"ם דוקא אחר שהתחיל במלאכה וכמ"ש בעידן עבידתייהו, אבל לתוס' ורא"ש אפי' קודם לכן בשעה שהלך וכמ"ש בס"ג עכ"ל, ודברי הגר"א ז"ל תמוהים מאוד שכתב דס"ל להרמב"ם ובאמת לשון זה בעוד שהוא משקהו לא נמצא ברמב"ם והוא לשון הטור. והטור הרי סובר כתוס' ורא"ש כמו בס"ג דבעוד שהוא מכין ומזמין עצמו ללכת חשיב במלאכתו, ולכן ע"כ צ"ל דמה שכתב בעוד שהוא משקהו לא בא לאפוקי אם הזמין עצמו להשקות דבזה סמך על מה שכתב אח"כ דמזמין למלאכה הוי במלאכתו אלא בא לאפוקי אם השואל לא גמר שאלתו וכבר גמר להשקותו. והיינו שאם שאל הפרה מחצר המשאיל אף שכבר מסר המשאיל הפרה להשואל כל זמן שלא הוציא הפרה מרשות המשאיל הרי עוד לא נתחייב באונסין ועיקר חיובו מתחיל כשמוציא הפרה מרשותו, ולא מיבעי לדעת הרמב"ם דשומרין לא נתחייבו אלא במשיכה אלא אפי' לפי דעת הטור שהוא מדברי התוס' והרא"ש דמיד שנסתלקו הבעלים משמירתו נתחייב השומר, זה לא שייך אלא ברה"ר או בסימטא, אבל בחצר המשאיל שהיא משתמרת ודאי גם הטור יודה שכ"ז שלא הוציאה מרשותו לא נתחייב. וא"כ ע"כ צריך לאוקמי שהשקהו באותו זמן שמתחייב השואל באונסין על הבהמה ולכן דייק שפיר הטור לכתוב בעוד

שהוא משקהו. והיינו שהוציאה מהחצר ע"י הכשה במקל בשעת שתיה כשהבהמה עומדת בסימטא כשעקרה יד ורגל עי"ז דהוי משיכה א"צ לאוקמי דבשעת שתיה נסתלקו הבעלים דזה דוחק, כיון שבאותה שעה עומד המשאיל ומשקהו.

צריך להוסיף דנראה בדעת הרמב"ם דסובר כפירש"י דבעלים באמירה הוא כפשוטו, וכמו שמביא הש"ך מדברי התוס' בב"ב דף מ"ג וזהו שכתב הרמב"ם כמו שבארנו והיינו בפ"א מהל' שכירות ושם לא הזכיר מלאכת הבעלים אלא שאלם, וכיון דליכא גדר קנין בשאלת אדם, וע"כ דבזה שנשאלו באמירתם לעשות מלאכת השואל מיד זה נקרא שאלן והוי בבעלים וכדי התוס' בב"ב. -השמטות ומלואים-

הלכה ד

הרב שהוא מקריא ברצונו לתלמידים בכל עת שירצה ואיזה מסכתא שירצה והם היו קבועים לבוא תמיד ונשמט להן ממסכתא למסכתא הרי הן שאולין אצלו ואין הוא שאול להם, וביום הפרק שהכל באין לשמוע ענין אותו מועד הרי הוא שאול להם והם אינם שאולים לו.

וביום הפרק שהכל באין לשמוע, המקור חיים בהל' פסח סי' תכ"ט ס"ק א' הקשה בזה ממה דמבואר בחו"מ סי' שמ"ו סעיף י"ג דאם אין הרב יכול לשנות שלא מדעת התלמידים ולא התלמידים בלא דעת הרב, דאינן שאולין זה לזה א"כ ביומי דכלה הא גם התלמידים אין יכולין לשנות ולמה הרב שאול להם [ובלא דברי הרא"ש ג"כ קשה דא"כ למה אינם שאולים זה לזה] וכתב לפי"מ שכתב הר"ן על שואלין ודורשין בהלכות הפסח דהוא נ"מ לשואל כענין, א"כ בזה שאול רק הרב לתלמידים ולא התלמידים להרב, ומדברי הרמב"ם כאן מבואר דביומי דכלה אינו כדין שואל כענין דהא כתב שהכל באין לשמוע ענין אותו מועד, וגם הר"ן לא כתב כן אלא על שלשים יום ולא על יומי דכלה, ולפי"ז אינו מוכרח מה שכתב הט"ז דבהני ל' יום הרב שאול להתלמידים לדברי הר"ן דאינו אלא לשואל כענין ואינו דבר קבוע.

אלא דבאמת בעיקר קושייתו לפי המבואר בד' הרמב"ם מיושב בפשיטות דביום הפרק אינם משועבדים התלמידים להרב כלל, רק הרב משועבד משום דבכל הימים הרב לומד עם תלמידים והרב צריך להתלמידים כמו התלמידים להרב, וכמאחז"ל ומתלמידי יותר מכולם וכיון שהשתעבדו עצמם לבוא וללמוד אצלו הרי הם שאולים לו והוא אינו שאול להם כיון דיכול לשנות ממסכתא למסכתא, וכל זה הוא כשלומדים אצלו ונושאים ונותנים עמו אז הוא צריך להתלמידים, אבל ביומי דכלה אינו בגדר למוד עם תלמידים לפי שאז באים רוב עם לשמוע הלכות המועד ואין נ"מ להרב כמה יבואו לשמוע, א"כ

אין שום אחד שאול להרב דהרשות בידו שלא לבוא לשמוע רק הרב משועבד לדרוש לכן הוא שאול להם כיון דכל אחד יכול לבוא לשמוע.

עוד כתב המקו"ח במה דהרב אינו שאול להתלמידים בשביל זה דיכול לשנות ממסכתא למסכתא אף דשאר פועל שהשכיר או שהשאיל עצמו לעשות איזה מלאכה שירצה הפועל דמצי לאישתמוטי ממלאכה למלאכה מיקרי הפועל שאול להבעה"ב, דמיירי כאן בהרב ותלמידים שהתנדבו ללמוד זה עם זה בחנם כיון דכל אחד צריך לחבירו שניהם הם משועבדים זל"ז והנאת שניהם בשוה, ולכן כיון שהרב מצי לאישתמוטי ממס' למס' בעל כרחן והמה מחוייבין לעשות בהכרח שלא כרצונם מיקרי התלמידים שאולים, והנה עוד אינו מיושב דהא כתב גבי השאיל עצמו אף שהוא ג"כ בחנם וגם יכול לשנות למלאכה שהוא רוצה, מ"מ הוי בבעלים וכיון ששניהם משועבדים זל"ז רק שהנאת שניהם בשוה ומה מהני זה הא גבי שותפין ששומרין שניהם חפצי השותפות הוו בבעלים אף דהנאת שניהם בשוה, איברא דיש לחלק משותפין דהתם כשראובן שומר חפצי השותפות רק הוא עוסק במלאכת שניהם ולכן אף שגם שמעון שומר חפצי השותפות זו היא פעולה אחרת, אבל עכ"פ במלאכה שראובן עושה אין שמעון משתתף בה, וכן במלאכה ששמעון עושה, אבל כאן ברב ותלמידים שניהם עושים מלאכה אחת ששניהם נהנים מזה, ומ"מ עוד אינו מיושב דעכ"פ הרב משועבד להתלמידים כמו התלמידים להרב בעיקר הלמוד, ומה מהני מה שיכול להשמט ממס' למס' אם נימא כמש"כ המקו"ח דבשאר פועל אינו כן.

ונראה דהחלוק הוא דבשאר פועל אין היזק להבעלים במה שאין הפועל רוצה מלאכה זו אלא מלאכה זו דעכ"פ עושה בשבילו מלאכה, אבל גבי למוד כיון שהתלמיד רוצה ללמוד מס' אחרת רק שהוא משועבד להרב ללמוד המס' שרוצה הרב, א"כ יתכן שיהי' תועלת הרב ולא של התלמיד כמו אם התלמיד יכול ללמוד קצת בעצמו או שיש כאן גם רב אחר והוא משועבד לרב זה, ואף שלא מצינו חילוק בזה ואפי' אם אין רב אחר והתלמידים אין יכולין ללמוד בעצמם נמי דינא הכי, מ"מ כיון דעכ"פ התלמידים אין מרוצים ללמוד זו המס' והרב כשלומד עושה מלאכת עצמו שהוא רוצה ללמוד עם תלמידים והתלמידים מוכרחים ע"פ השתעבדות שהשתעבדו ללמוד אצלו אף המס' שאין רוצים, לכן נקרא זה מלאכת הרב ולא של התלמידים.

ובזה נוכל לבאר דברי הרא"ש שחידש דין זה מעצמו ואינו מבואר בגמ' דאם הרב אינו יכול לשנות והתלמידים אין יכולים לשנות אינם שאולים זה לזה דצריך טעם ואמאי לא יהיו שאולים זה לזה כיון שגם הרב וגם התלמידים משועבדים ללמוד אותה המס',

אלא דסובר הרא"ש דרב הלומד עם התלמידים וכן התלמידים אצל הרב הרי הם עושים מלאכת עצמם דהא רוצים ללמוד וגם נהנים מזה ולכן לא נקרא זה כלל במלאכתו של המשאיל ורק אם מוכרחים לשנות ממס' למס' שמצד עצמו לא הי' לומד זו המס' אלא שמשועבד לחבירו, זה נקרא מלאכת חבירו, ולכן אם לומדים מס' קבועה ושניהם אינם יכולים לשנות לא נקראו כל אחד עוסק במלאכת חבירו אלא במלאכת עצמו כיון דאינו לומד המס' שאינו רוצה וששינה השני אלא המס' הקבועה, וסובר הרא"ש דכל עיקר מה דמיקרי שאול גבי למוד הוא מה שצריך כל אחד לשנות מלמוד הקבוע בשביל חבירו. ולפ"ז יהיה הרא"ש לשיטתו מה שהבאנו בהל' א' דמשמזמין עצמו למלאכה הוי בבעלים כיון דלא הוי בבעלים רק משום שיכול הרב לשנות.

הלכה יא

אשה ששאלה ואח"כ נשאת הרי הבעל כלוקח ממנה ואינו ש"ש ולא שואל, לפיכך אם היתה דבר השאלה בהמה ומתה הבעל פטור אע"פ שהוא משתמש בה כל ימי שאלתה אפי' פשע מפני שהוא כלוקח, והאשה חייבת לשלם כשיהיה לה ממון, ואם הודיעה את בעלה שהיא שאולה ה"ז נכנס תחתיה.

השגת הראב"ד. אשה ששאלה וכו' עד נכנס תחתיה. א"א והוא שקיבל אותה על עצמו בשאלה עכ"ל.

המ"מ כתב דכונת הרמב"ם הוא אם נשתמש בה אחר ידיעתו וצ"ל דדעת הראב"ד הוא דאפי' נשתמש בה פטור, וכן כתב הרמב"ן בחידושיו לב"מ דדמי ליורשין שמשתמשין בה כל ימי שאלתה, ואם מתה אין חייבין באונסיה ושם כתב הרשב"א בש"מ בשם הראב"ד דאפי' נשתמשו פטורים, והמ"מ כתב כאן לחלק בין הבעל ליורשין, וכבר כתבתי מזה בפ"א הל' ה' וכתבתי דדעת הרמב"ם הוא דגם גבי יורשין אם נשתמשו בה חייבין, וכדעת הרב אב"ד שהביא הרשב"א.

ובמה שכתב הרמב"ם דהבעל פטור אע"פ שהוא משתמש בה מפני שהוא כלוקח מוכח דסובר דאם היה הבעל שומר היה חייב אף שלא הודיעה אותו, וכמו דאמר הג"מ בדף צ"ו דלר' יוסי דתחזור פרה לבעלים הראשונים לא מהני מה שהאשה היא בבעלים עם הבעל כיון דהחיוב אינו לגבי האשה אלא לגבי המשאיל. אכן על מה שכתבו שם התוס' דאף אם הבעל בנכסי אשתו לוקח הוי מ"מ הוי ש"ח וחייב בפשיעה, ובפשוטו כונת התוס' הוא לדין בעל בנכסי אשתו, כתב שם הרא"ש על זה דגבי בעל בנכסי אשתו לא נפקא מינה מידי דפשיעה בבעלים פטור, אלא נפקא מינה ללוקח בהמה לשלשים יום דלא שואל הוי ולא שוכר הוי. ומסתבר דש"ח הוי. וכבר תמה הש"ך דהא מפורש בגמ'

דלא מהני לגבי המשאיל מה דהאשה היא בבעלים. וכתב ליישב ובעצמו כתב שאין זה עיקר וגם הגר"א כתב שדברי הרא"ש והטור צע"ג.

ונראה ליישב דברי הרא"ש ע"פ ד' רש"י בהמפקיד דף מ"ב גבי בקרא דמסיק ומשלם בקרא דמי בשר בזול שכתב רש"י וז"ל ותמיה אני מנין לרמב"ח דין זה מה לו לספסירא עם הרועה לא שומר שלו הוא. ונראה לי דמתני' דהשוכר הפרה וכו' דקאמר ר' יוסי תחזור פרה לבעלים הראשונים אלמא אע"פ שאין הבעלים בעלי דברים של שואל והשוכר שהוא לו בעל דברים אינו חסר כלום שהרי פטור באונסין אפ"ה הואיל ויש לו דין על השואל לגבות יעמדו הבעלים הראשונים במקומו וגובין מן השואל, ה"נ הואיל ויש ליתומים לגבות מן הרועה שהוא ש"ש שלהם יעמדו בעלים במקום היתומים וגובין עכ"ל. ודברי רש"י תמוהים חדא במה שהתחיל בתימה וכתב ונראה לי כאלו זהו חידוש שחידש מדעתו בעת שהוא משנה מפורשת ועוד מה שכתב הואיל ויש לו דין על השואל לגבות, וגם אח"כ כתב הואיל ויש ליתומים לגבות מן הרועה דהא מפורש בדף צ"ו דאפי' היה השוכר עם השואל בבעלים ואין לו דין לגבות מ"מ מהני הא דתחזור פרה לבעלים הראשונים שהבעלים הם בע"ד של השואל. ולכן מוכח מד' רש"י לחלק בין שואל לשומר דלא מצינו דינא דר' יוסי דתחזור פרה לבעלים הראשונים אלא בשואל שנשתמש בהבהמה של הבעלים דרבנן סברי דכיון שהי' להשוכר רשות להשאיל חייב השואל לשלם להשוכר, ור' יוסי סבר דכיון דאין הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו, לכן חייב השואל לבעלים דאף שלא נתחייב להם מ"מ הא עכ"פ נשתמש בשלהם דהא אמר בגמ' בדף מ"א ע"ב לא תאמר שליחות יד בש"ח ובש"ש ותיתי משואל ומה שואל דלדעת בעלים קא עביד שלח בה יד חייב, ש"ח וש"ש לא כ"ש וחזינן דפשיטא לגמ' דאף שלא נתחייבו כדין שואל מ"מ צריכים להיות חייבין מסברא כדין שואל, ועוד ראיה ממ"ד שואל שלא מדעת שואל הוי, וחזינן דמתחייב בדין שואל אף שלא נתחייב, וא"כ כאן כיון שהשואל אינו חייב להשוכר נעשה השואל בעל דין של הבעלים מצד עצמו כיון שהוא נשתמש בבהמתו, ולכן שפיר דאפי' אם אין השואל שייך להיות חייב להשוכר כגון שהוא בבעלים, מ"מ שפיר מחוייב להבעלים כיון שהוא בע"ד שלו מצד עצמו, אבל בש"ח כיון שהוא לא נתחייב להבעלים בשמירה איזה דין יש לו עם הבעלים להתחייב כשלא שמר, ולכן שפיר תמה רש"י מנין לרמב"ח דין זה, אלא דלפי"ז צריך לבאר תירוצו של רש"י.

והנה התוס' במתני' דתחזור פרה לבעלים הראשונים כתבו דאין לפרש משום דא"ל משכיר לשוכר פרתי גבך דהשואל שילם דמיה דהא בדף צ"ו אמר דאף דהבעל פטור מן

האשה משום דהוא שאלה בבעלים, מ"מ הי' חייב להבעלים אם היה שואל או שוכר, אלא טעמא משום דהמשכיר אומר לשוכר דל אנת ודל שבועתך, ולפי"ז כתבו התוס' דאם המשכיר עצמו היה שם בשעה שמתה ביד שואל מודה ר' יוסי לדברי רבנן דהתם ודאי קני לה במיתה גרידא דהשתא אין השוכר צריך לעשות כלום, וכבר כתבו הסמ"ע והש"ך שהטור והמ"מ והנ"י כתבו דאפי' אם המשכיר יודע מ"מ משלם השואל לבעלים, והש"ך הוכיח כן שהרי"ף והרמב"ם אינם סוברים כהתוס' מדהשמיטו הך דפעמים שהבעלים משלמים כמה פרות לשוכר משום דהוא אליבא דרבנן, ולד' התוס' משכחת לה גם אליבא דר' יוסי דמסתמא כי מתה ברשותו יודע הוא שמתה כדרכו, ועיקר ד' התוס' ג"כ לא משמע כן במה שכתבו דר' יוסי ורבנן פליגי בדברי המקשה והמתרץ שבגמ' ולדבריהם ר' יוסי סבר כדברי המקשה דאמר ליה המשכיר דל אנת ודל שבועתך, ובגמ' לא משמע כן דהא אמר לו אביי לרב אידי בר אבין מי סברת שוכר בשבועה הוא דקני לה משעת מיתה הוא דקני ושבועה כדי להפיס דעתו של בעה"ב ומוכח דאביי אמר לו דכן הסברא פשוטה וא"כ איך נימא דלהלכה אינו כאביי, ע"כ מבואר דעת החולקין על התוס' דסוברים דסברא דר' יוסי דכיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו הוא סברא מצד עצמה, וסברא דאביי אינו אלא לבאר דעת חכמים, אבל ר' יוסי סבר דאין השוכר יכול להשתלם מן השואל כיון שאין לו היזק.

ועכשיו נוכל לומר דסובר רש"י דעיקר טעמא דר' יוסי הוא כפשוטו דתחזור פרה לבעלים הראשונים דמה שצריך השואל לשלם לשוכר צריך לשלם זה לבעלים, והבעלים עומדים במקום השוכר כיון שמדין שואל חייב הוא לשלם בעד אונס של הבהמה, ואף דיש בזה ע"כ עוד דין לחייב את השואל שישלם להבעלים מדין שואל שלא מדעת למ"ד שואל הוי וכמו שכתבנו דפשיטא לגמ' דכיון שנשתמש בשל חבירו חייב אף שלא קבל עליו לגבי הבעלים דיני שואל, ורק לרבנן דסברי דשואל משלם לשוכר מבואר מה דאינו חייב לשלם לבעלים כיון דהשוכר הוא בעלים שלו, והשוכר היה לו רשות להשאיל, אבל לר' יוסי דלגבי השוכר פטור משום דאין הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו צריך לשלם לבעלים, לא בשביל זה שהיה מחוייב לשלם, ושוכר והבעלים עומדים במקום השוכר דהא אמר בגמ' בדף צ"ו דאפי' היכי דהשוכר היה בבעלים עם השואל חייב השואל לשלם לבעלים, מ"מ סובר רש"י דיש בד' ר' יוסי גם טעם זה דהשואל עומד במקום השוכר היכי שהיה מן הדין חייב לשלם לשוכר, והוכחה לזה הוא לשון ר' יוסי אלא תחזור פרה לבעלים הראשונים והשואל משלם לבעלים ולשון תחזור פרה מוכרח דהכונה מה שרבנן סוברים שישלם לשוכר תחזור הפרה לבעלים הראשונים, ותחזור

מהשוכר להבעלים, ומה דצריך ר' יוסי לטעם זה אף דגם בלא זה צריך השואל לשלם להבעלים כיון דאינו משלם לשוכר, ילפינן מינה שהוצרך לטעם זה בשביל היכי שהשני הוא שומר ולא שואל, ונמצא דמדברי ר' יוסי ידעינן שני דברים א' דאינו משלם לשוכר וממילא גבי שואל צריך לשלם לבעלים בלא טעמא דתחזור פרה, ועוד דאפי' אם השני הוא שומר יש כאן סברא דתחזור פרה.

ומבואר עכשיו מה שתמה רש"י על דינא דרמב"ח וכתב על זה ונראה דהוא משום דינא דר' יוסי שתחזור פרה לבעלים הראשונים שכבר כתבנו דהוא תימה גדולה שחידש כאן רש"י טעמא דר' יוסי דהוא משנה מפורשת ונפסק בגמ' הלכה כר' יוסי, אבל לפי"ז מיושב דעיקר בא רש"י לומר דגם בהאי עובדא דבקרא דהוא ש"ח שייך לחייב משום טעמא דר' יוסי כיון דכאן מן הדין היה חייב הבקרא להיתומים.

ועתה מיושבים דברי הרא"ש שהבאנו שכתב דלענין בעל בנכסי אשתו אין נ"מ אם במה דהוי הבעל לוקח הוא ש"ח כיון דהאשה היא בבעלים עם הבעל שתמהו ע"ז הש"ך והגר"א דהוא היפוך מהמבואר בסוגיא דלר' יוסי דתחזור פרה לבעלים הראשונים לא מהני מה דהאשה היא בבעלים עם הבעל, אבל לפימש"כ מיושב דבגמ' מבואר היכי שאנו באין לחייב להבעל מדין שואל, ואפשר לפרש דהנ"מ בהאבעיא הוא באמת אם נשתמש הבעל בהפרה, ומ"מ אם שוכר הוי אינו מחוייב לשלם להבעלים מדין שואל כיון דהוא כמו שמשלם שכר לאשה והאשה יש לה רשות להשאיל, אבל התוס' הא נחתו לדין אם יש להלוקח דין ש"ח להתחייב בפשיעה ובזה שפיר כתב הרא"ש דאין נ"מ לדין בעל בנכסי אשתו שהיא בבעלים עם הבעל דאפי' לגבי הבעלים אם שאלה האשה פרה אין נ"מ דמצד עצמו ודאי אין הבעל ש"ח לגבי הבעלים כיון שלא התחייב להם בשמירה ולגבי אשתו הא פטור משום דהוא בבעלים ואין אנו יכולים לחייב להבעל לשלם להבעלים מכח חיובו לגבי האשה וכמו שנתבאר, ואם הבעל נשתמש בהפרה וידע שהיא שאולה אפשר דסובר הרא"ש כהרמב"ם דחייב שואל, ואם לא ידע שהיא שאולה סובר הרא"ש כמש"כ התוס' בקדושין דף נ"ה דנהנה מדבר שסבור שהוא שלו פטור, וה"נ כיון שהבעל כלוקח הרי סבור שהוא שלו, וא"כ אין לחייבו מדין שואל לגבי הבעלים, והרא"ש אינו דן אלא לחייבו בפשיעה משום דהוי ש"ח לגבי האשה, ובזה שפיר כתב דהוי פשיעה בבעלים.

והנה לפי דברי הרמב"ם ושכתבנו דאפשר גם הרא"ש סובר כן דבהודיעתו שהיא שאולה, אף שהבעל כלוקח חייב א"כ סוגיית הגמ' שם ע"כ אזלא בלא הודיעתו שהיא שאולה, ומ"מ הוי סבר לחייב להבעל מדינא דר' יוסי אף שלגבי האשה פטור משום

שהיא בבעלים, וע"כ דהוא משום שהבעל מתחייב בעצמו לגבי הבעלים כיון שנשתמש בפרה שלהם, ואף שהבעל סבור שהפרה של האשה צריך לומר דמקודם דמסיק דבעל הוי לוקח והוי סבר דהוי או שואל או שוכר שייך לחייבו גם מצד עצמו להבעלים, דלא מיקרי סבור שהוא שלו דעכ"פ ידע דהוא שואל או שוכר ולכן מסברא מתחייב להבעלים כיון שהפרה שלהם, אבל לפי"מ דמסיק דהוי לוקח שפיר כתבנו דהוי נהנה מדבר שסבור שהוא שלו דעכ"פ הקנין פירות של הבהמה של אשתו הוא שלו.

אכן הגר"א כתב במה דסובר הרמב"ם דאם הודיעתו שהיא שאולה ה"ז נכנס תחתיה וז"ל כמ"ש בב"מ מ"ב ע"ב במפקיד נימא לה לאימא כו' וה"ה כאן, ובמה שכתב הרמ"א ודוקא שנשתמש בה לאחר שהודיעתו או שקבל עליו להיות הוא השואל כתב הגר"א וז"ל דא"כ צ"ל הסוגיא דשם צ"ו ב' בלא הודיעתו מאי קמיבעי להו שואל הוי כו' אמאי יהי' חייב כיון שלא הודיעתו וכמש"ש בגמ' הנ"ל נימא לה לאימא זילי שלימי אמרה לא כו' עכ"ל, ומוכח דסובר הגר"א דהגמ' דבדף צ"ו איירי בהודיעתו שהיא שאולה ומה דמסיק דפטור איירי שלא נשתמש בה וקשה טובא דא"כ מה כתב הרמב"ם ואם הודיעתו דהא גם סוגיית הגמ' מקודם אזיל בהודיעתו ורק שלא נשתמש בה, והו"ל להרמב"ם לפרש עיקר החילוק ולכתוב בד"א שלא נשתמש בה אבל נשתמש בה חייב, ואם נימא דאף דבהגמ' נפרש דמיירי בהודיעתו והא דפטור הוא משום שלא נשתמש בה הרמב"ם העמיד ההלכה בנשתמש בה וטעמא דפטור משום שלא הודיעתו, ודאי אין זה דרך הרמב"ם לכתוב ההלכה שלא כפי המבואר בגמ'. ומה שכתב הגר"א ראיה לדברי הרמב"ם שאם הודיעתו שהיא שאולה חייב, ממה דאמר בגמ' בדף מ"ב נימא לאימא זילי שלימי אמרה לא אמר לי דלאו דידיה נינהו דאקברינהו דמוכח דאם היה אומר לה שהוא פקדון היתה חייבת אין ראייתו מובנה דהא הבן לא היה בבעלים עם אמו ושפיר דאם הי' הבן אומר לה שהוא פקדון ואז היתה חייבת לשמרם בקרקע וכשלא שמרתם בקרקע חייבת להבעלים מדינא דר' יוסי ע"י זה שהיא שומרת להבן, ומה שלא היתה מחוייבת לשמרם בקרקע כשחשבה שהם של בנה כבר עמד על זה הרמב"ן בחדושיו, וכתב דאין לומר שהבן לא היה דרכו לשמור בקרקע דא"כ היכי אמר דכי אמינא לה דדידי הוא מזדהרא בהו טפי. וכתב הרמב"ן שהאם חשבה שהבן צריך להמעות להוצאה, והבן חשב שבודאי תבין שאינם צריכים לו להוצאה, שאם היו צריכים לו לא היה נותן לה לשמרם, ובטעות כזה פטור ש"ח.

עכ"פ לפי"מ שנתבאר מדברי הרמב"ן אין מקום להביא ראיה מכאן לשיטת הרמב"ם דבהודיעתו שהיא שאולה חייב הבעל להבעלים אף שלגבי אשתו פטור שהיא בבעלים,

ובפרט לפי"מ שבארנו ד' הרא"ש ע"פ ד' רש"י שם באמת לא דיינינן דינא דר' יוסי היכי שהוא פטור. והסוגיא דב"מ דף צ"ו מיירי ע"כ לשיטת הרמב"ם בלא הודיעתו וכמש"כ. אכן בפ"ד הל' ח' נבאר דראיית הגר"א היא נכונה ע"ש.

וראיתי להנתיבות בסי' שמ"ו על ד' הרמ"א שכתב שם דמטעם שמירה בבעלים לא הוי מיפטר כיון דאין החפץ שלה. ולכן כתבו הרמב"ם והמחבר הפטור משום דהוי לוקח והיינו דלא הוי אפי' ש"ח, וכתב הנתיבות דלכאורה קשה כיון דע"כ מיירי הכא שלא הודיעתו דאי הודיעתו הא כתב לקמן דחייב באונסין. א"כ מה בכך שהחפץ אינו שלה הא לא נכנס אדעתא דחיוב דהא קסבר שהוא שלה והוי בבעלים דפטור. ודמי לסי' רצ"א ס"ד דיכול לומר לא קבלתי עלי אלא שמירת כסף, ותי' דמה שכתב המחבר דאם הודיעתו חייב היינו שהודיעתו בשעת נשואין דהוי כהתנית עמו שאין רצונה להנשא לו ולהכניס לו הפירות אלא אם יקבל עליו אונסין ולכן מפרש דגם מקודם מיירי בהודיעתו, ודבריו תמוהים דאיך אפשר לפרש דברי הרמב"ם שכתב בסתם אם הודיעתו, דהיינו דוקא שהודיעתו בשעת נשואין, ועיקר קושייתו אינה קושיא דלא דמי כלל לנתנה לו ואמרה של כסף הוא דלא קבל עליו עיקר השמירה אלא על של כסף, אבל דין בבעלים אינו אלא פטור מתשלומין ואינו גרעון בעיקר חיוב השמירה וכיון דאינו אלא פטור שפטרתו תורה מתשלומין לא נפטר אלא אם הוא בבעלים לגבי בעל החפץ, אבל כאן שמתחייב בדין שומר לגבי הבעלים, לא נפטר משום שהוא בבעלים לגבי האשה זהו דעת הרמ"א אכן כבר כתבתי ליישב דעת הרא"ש דכאן לא נעשה כלל שומר לגבי הבעלים היכי שאינו חייב לגבי האשה וכנ"ל.

והנה במה דסוברים התוס' דבעל בנכסי אשתו אף שהוא לוקח מ"מ הוי ש"ח וכן לוקח בהמה לשלושים יום הוי ש"ח כתב הקצוה"ח ע"ז דלפי"מ שכתב הרמב"ם פ' כ"ב מהל' מכירה וז"ל ומה הפרש יש בין המוכר קרקע לזמן קצוב ובין המקנה אותו לפירות, שהקונה לפירות אינו יכול לשנות צורת הקרקע ולא יהרוס ולא יבנה, אבל הקונה לזמן קצוב הוא בונה והורס ועושה בכל זמנו הקצוב כמו שעושה הקונה קנין עולם לעולם עכ"ל, וכיון דקונה לזמן רשאי ועושה בזמנו כמו שעושה קנין עולם א"כ מזיק ממש פטור ומכ"ש בפשיעה, והתוס' שכתבו דהוי ש"ח אפשר דס"ל כשיטת הראב"ד דקונה לזמן אינו רשאי לקלקל ע"ש, ותמה בזה על המחבר שבסי' רי"ב כתב כד' הרמב"ם וכן כתב דלוקח בהמה לשלשים יום הוי ש"ח ונשאר בצ"ע.

אכן בהך סוגיא כתב בש"מ הראב"ד וז"ל אלא לוקח הוי ומיהו לא מחייב ולא מידי לבעלים הראשונים הא דאמרינן לוקח הוי לוקח לפירות הוי דאי כלוקח הגוף הוי לא

הוה מיחייב בנזקי ממונה וקיי"ל שאם חפר בה בורות שיחין ומערות חייב. (ומיסתברא לי דאע"ג דלוקח הוי אם נגנבה או נאבדה שהוא חייב לבעלים שלא לקח אלא השכירות שיש לה וכמו ששכרה ממנה הוא והוא נכנס תחתיה לבעלים), עכ"ל הראב"ד ומבואר לדברי הראב"ד דבעל בנכסי אשתו לא הוי אלא כלוקח הגוף לפירות ולא כלוקח לזמן, וראייתו ממה דאמר בגמ' בפ' חז"ה דף נ' אהא דתנן ואין לאיש חזקה בנכסי אשתו, והאמר רב אשת איש צריכה למחות ומשני כגון שחפר בה בורות שיחין ומערו' ומוכח דאין לו רשות לחפור ואף דהראב"ד הא חולק בהלכותיו על הרמב"ם הא כתב שם דבמוכר לארבעים שנה מודה להרמב"ם, ולכן איש בנכסי אשתו שהוא לכל ימי חייה הוי כמו לארבעים שנה ומוכיח מזה דבעל הוא רק כלוקח לפירות. וא"כ בהא דסוגיין אין סתירה לדברי התוס' משיטת הרמב"ם. ונראה דגם בלוקח פרה לשלשים יום אין סתירה משיטת הרמב"ם לדברי התוס' דודאי כונת הרמב"ם רק במוכר קרקע לזמן קצוב דלזמן זה הוא כמו קונה קנין עולם לעולם, ומשום דהארץ לעולם עומדת ואף דיש בנינים על הקרקע הם טפלים להקרקע, ולכן בונה והורס אבל איך אפשר שיסבור הרמב"ם כן בקונה פרה לשלשים יום, דאם נאמר שדינו כמו קנין עולם לזמן זה א"כ ודאי ישחוט הפרה ויאכלנה ולאיזה תכלית התנו שאינו קונה אלא לשלשים, וע"כ דבמטלטלין שיכול לכלותם לגמרי ודאי אין מכירה לזמן כמו מכירה לעולם לזמן זה והוי כמו קנין לפירות, ולכן ודאי דשפיר שייך שיהי' ש"ח על הגוף. אלא דמ"מ אין זה מוכרח ושפיר אפשר דאינו ש"ח כיון שלא קבל על עצמו חיוב שמירה.

אלא דמה דפשוט להמפרשים דדעת הרמב"ם דאינו ש"ח ושמטעם בבעלים אין כאן פטור משום דלגבי הבעלים אין כאן פטור בבעלים כדמוכח בסוגיא, אבל לפי"מ שביארתי בדעת הרא"ש דאם באנו לחייבו מדין שואל וכשנשתמש בה שפיר דלא מהני פטור בבעלים, אבל מדין ש"ח אינו חייב לבעלים אלא כשנתחייב לאשתו, וכיון דלאשתו פטור משום בבעלים, פטור גם לגבי הבעלים, א"כ אינו מוכח דהרמב"ם ג"כ אינו סובר כהרא"ש ויש לומר דהרמב"ם ג"כ סובר דהוי ש"ח ומ"מ פטור אפי' אם פשע כיון דלגבי אשתו אינו חייב וכנ"ל.

והנה מה שהוכיח הראב"ד מב"ב דף נ' דבעל בנכסי אשתו אינו אלא לוקח לפירות לכאורה הוא גמ' מפורשת בכתובות ריש האשה שנפלו דף ע"ח בהא דתנן נפלו לה משנשאת אלו ואלו מודים שאם מכרה ונתנה שהבעל מוציא מיד הלקוחות ואמר בגמ' לימא תנינא לתקנת אושא דאמר ריב"ח באושא התקינו וכו' מתני' בחייה ולפירות תקנת אושא בגופה של קרקע ולאחר מיתה ומשמע דבחייה אינו כלוקח לגופה אלא לפירות,

ותקנת אושא אינו אלא על לאחר מיתה, וצ"ל דהראב"ד מוכיח מהגמ' דב"ב משום דמהגמ' דכתובות הי' אפשר לפרש דאחר תקנת אושא הוי כלוקח לכל ימי חייה גם על הגוף מחיים והגמ' קאמר דממתני' לא שמעינן אלא על בחייה ולפירות ולא על לאחר מיתה, אבל עכשיו דהוי כלוקח לענין לאחר מיתה הו"א דגם מחיים הוא כלוקח גופם לזמן כל ימי חייה, ויש להוכיח כן דהא קשה מה דאמר בב"מ אמר רבא בעל בנכסי אשתו לא שואל הוי ולא שוכר הוי אלא לוקח הוי מדריב"ח דאמר באושא התקינו וכו', וקשה דהא אמר בכתובות דתקנת אושא לאחר מיתה, ובחייה לפירות הוא ממתני' וא"כ למה מייתי רבא הא דתקנת אושא על דין לוקח בחייה, וע"כ צ"ל דממתני' לא הוי שמעינן דיש להבעל דין לוקח לאכול פירות כל ימי חייה דאפי' אם קנה זכות שאלה או זכות שכירות ג"כ אינה יכולה למכור ולכן מייתי רבא מהא דאושא דמוציא הבעל מיד הלקוחות לאחר מיתה דזה ע"כ משום דין לוקח על לאחר מיתה, ולכן סובר דאחר תקנת אושא ודאי מה שיש להבעל זכות בחייה לאכול פירות כל ימי חייה הוא ג"כ משום דין לוקח, ולכן שפיר הוצרך הראב"ד להוכיח דאינו אלא כלוקח לפירות ולא כלוקח הגוף לזמן כל ימי חייו בחייה.

פרק ג

הלכה ג

השואל פרה מחבירו שאלה חצי היום ושכרה חצי היום, שאלה היום ושכרה למחר שאל אחת ושכר אחת ומתה אחת מהן, המשאיל אומר שאולה מתה ביום שהיתה שאולה מתה בשעה שהיתה שאולה מתה והשומר אומר איני יודע, או שאמר השואל שכורה מתה ביום שהיתה שכורה מתה בשעה שהיתה שכורה מתה והמשאיל אומר איני יודע המע"ה, לא היתה שם ראיה ישבע השוכר על השכורה שמתה או שאינו יודע ויפטר, זה אומר שאולה וזה אומר שכורה ישבע השומר על השכורה שמתה כדרכה ויגלגל עליו שהשכורה היא שמתה.

המשאיל אומר וכו'. הלח"מ הביא דברי הנמוק"י שהקשה במה דאמר בגמ' ש"מ מנה לי בידך והלה אומר איני יודע חייב דהא הוי איני יודע אם פרעתיך ותירץ דלא פריך אלא מסיפא, או מרישא אם שכרה ואח"כ שאלה, וכתב דזה צריך לדעת הרמב"ם שפסק כל"ק דרבא בכתובות דף ל"ד דשואל נתחייב משעת משיכה, והקשה הלח"מ לפי"ז על דברי הרמב"ם שפסק דבכל גווני פטור ונשאר בצ"ע, והנה עיקר קושיית הנמוק"י כבר תירץ הריטב"א הובא בש"מ בהך סוגיא שכתב על קושיית הגמ' דאפי' למ"ד דחיוב

שואל מתחיל משעת משיכה לאו דמחייב חיוב גמור לאלתר דהא ודאי כל כמה שהוא בחיים כל היכי דאיתא ברשותא דמרא איתא וליכא על השומר שום חיוב אלא לומר דכי נגנבה או נאבדה משתעבדי נכסי למפרע משעת משיכה ונ"מ למי שמכר נכסים בינתיים או לענין ההיא דהניח להם אביהם פרה שאולה עכ"ל, [ומה שכתב ונ"מ למי שמכר נכסים בינתיים קשה דהא אינו אלא מלוה ע"פ, ואולי כונתו אם השאיל לו בשטר] וא"כ אף שדברי הנמוק"י הם מד' הרמב"ן שם מ"מ לא קשה על הרמב"ם שיסבור כשיטת הריטב"א דגם אם שואל משתעבד משעת משיכה מ"מ הוי איני יודע אם הלויתני.

ובמה שכתב הרמב"ם לא היה שם ראיה ישבע השוכר על השכורה שמתה או שאינו יודע ויפטר, זה אומר שאולה וזה אומר שכורה ישבע השומר על השכורה שמתה כדרכה כמו שטען ויגלגל עליו שהשכורה היא שמתה ומוכח מדבריו דבבבא קמא נשבע בלא גלגול ואינו מובן, וכתב הכ"מ דהוא שבועת היסת ואיירי במאמינו או שיש עדים שמתה דליכא גלגול וכן כתבו הש"ך והגר"א, והקשה הלח"מ דהא בבבא קמא איתא גם שהמשאיל אומר איני יודע ואין נשבעין על טענת שמא, ותי' דשמא דהכא עדיף שלא היה לו לידע אם מתה בשעת שאלה, וכן כתב הגר"א בחו"מ סי' שמ"ד [והמחבר בשו"ע אינו סובר כן וסובר דבטוען המשאיל איני יודע ליכא היסת ועיין מש"כ הש"ך שם] אבל דבריהם תמוהים דהא כתב הרמב"ם פ"ח הל' ז' אין משביעין היסת אלא על טענת ודאי, אבל על טענת ספק פטור כיצד וכו' אמר לי אבא וכו' דבר פלוני נגנב וכו', ובהנהו לא הי' לו לידע ובודאי פשוטן של ד' הרמב"ם דדוקא טענת ודאי צריך להשביע היסת. וגם מש"כ הש"ך דמה שצריך בבבא קמייתא לשבועת היסת היינו אם יאמינו או שיש עדים שמתה, וכן כתב הגר"א בליקוט גם זה אינו מיושב בדברי הרמב"ם דלא היה לו לסתום דבריו וגם עיקר הפי' בדברי הרמב"ם שכונתו שבועת היסת דחוק שדרכו לפרש בכל מקום בפי' שבועת היסת כמו שיראה המעיין וע"כ צריך לכתוב כן כיון דאיכא נ"מ בדין השבועה בין שבועה דאורייתא לשבועת היסת.

והנראה בזה עפ"מ שכתב המ"מ בפ"ב מהל' שכירות הל' י"א בטעמא דליכא שבועת שומרין אלא על טענת נאנסו, אבל בטוען שהי' תנאי בשמירה או שטוען החזרתי ליכא שבועת השומרין משום שכל אלו טענות שהמפקיד יודע בהן כמו הנפקד אין שם חיוב שבועת התורה אלא במודה במקצת, והש"ך בסי' הנ"ל בס"ק ד' השיג בזה על הע"ש שכתב דאיכא שבועת השומרין בטוען המפקיד שבודאי פשעת, וכתב ע"פ דברי המ"מ דאינו חייב שבועת השומרים רק בטוען התובע ספק דרמי רחמנא שבועה עליה דשמא מעיז הוא כיון דהלה אינו יודע אם טוען אמת או לא. ולפי דברי המ"מ יש לבאר דעת

הרמב"ם דגם הכא היכי דהוי ספק מתה כשהיא שאולה או שכורה. שפיר יש לומר דבשני האופנים בין שטוען המשאיל ודאי כשהיא שאולה והשומר טוען שמא, ובין כשהמשאיל אומר שאינו יודע והשומר טוען ודאי ששכורה מתה כיון דעכ"פ יש כאן ספק בדיני חיוב שמירה. וליכא כאן מצד השומר טענת ברי של העזה דכשהמשאיל טוען שמא הא ליכא העזה וכשהשואל טוען שמא ודאי ליכא העזה לכן נשבע מדין תורה שבועת השומרים אף דטענת שכורה מתה הוי כמו טענת החזרתי השאולה. ואף בטוען השומר איני יודע אם שאולה או שכורה כיון שבטענת איני יודע נפטר, וכמו שכתבנו לכן נשבע שאינו יודע אם מתה כשהיא שאולה. אבל בזה אומר שאולה וזה אומר שכורה דהוי ברי וברי שפיר כתב הרמב"ם דנשבע מדין גלגול דליכא שבועת השומרים.

והנה אף דלא מצינו שבועה מדאורייתא על איני יודע ובחמשין ידענא וחמשין לא ידענא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם, וא"כ איך אפשר שמצריך הרמב"ם מדאורייתא מדיני שבועת השומרים שבועה שאינו יודע אם שאולה מתה או שכורה מתה, אלא שכבר נחלקו הראשונים בזה אם בשבועת השומרים היכי דהוי ספק באופן האונס אם השומר מחוייב לשלם משום משואי"ל, וכבר האריך בזה בקצוה"ח בסי' ש"מ סק"ד במחלוקת הרא"ש והרמ"ה, וא"כ אפשר דהרמב"ם סובר בזה כהרמ"ה ע"ש בד' הקצוה"ח ומשו"ה שייך כאן שבועה שאינו יודע, כיון דאם יודע לא הוי כאן ספק בעיקר המיתה דשמא יודע בעצמו האמת וצריך לברר פטורו אבל אם נשבע שאינו יודע אז הוי הספק גם לפנינו ובספק מבורר לב"ד לא אמרינן גבי שומרים משואי"מ. ואף דבודאי כל שומר מחוייב לישבע בודאי שנאנס ולא פשע ומספק חייב דהא זהו שחייבתו תורה שיפרש פטורו, אבל זהו בטענה שאינו מבורר הספק בעצם לב"ד והוי כמו שהשומר ירצה לפטור עצמו בטענת שמא נאנס, אבל היכי שיש ספק לב"ד שעצם המעשה מטיל ספק ומצד ספק דינו להיות פטור אינו חייב משום שאינו יכול לישבע.

אח"כ ראיתי דהך דינא אם בשבועת שומרים אמרינן משואי"מ חולקין בזה ראשונים בעיקר ההלכה לבד מה שהביא הקצוה"ח ואף שכבר כתבתי מזה בפ"ב מהל' שכירות אני מוצא לנחוץ לחזור כאן על אותם הדברים ביתר הרחבה. דבדין שטר כיס היוצא על היתומים בב"ב דף ע' דנשבע וגובה מחצה משום דבפלגא דפקדון טענינן ליתמי נאנסו כתב הרמב"ן בחידושיו איכא דקשיא לי' ונימא גבי יתמי דמחייבי שבועת הפקדון ואין יכולין לישבע ולאו מילתא הוא דתניא במס' שבועות שבועת ד' תהי' בין שניהם ולא בין היורשים ואוקימנא התם דא"ל מנה לאבא ביד אביך וא"ל אידך חמשין ידענא וחמשין לא ידענא דהוי לי' מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם ויורשין פטורים אלמא

לא אמרינן ביורשין מתוך שאינו יכול לישבע משלם וקרא כתיב ולא בין היורשין ואף בשבועת השומרין כתיב עכ"ל, והבעל המאור שם כתב על מ"ד נשבע וגובה כולו, ואיכא דשאיל הכא מ"ט לא טענינן ליתמי נאנסו כי היכי דאבוהן הוי מצי טעין וכו', והביא דיש מי שסובר דמשום הכי לא טענינן ליתמי נאנסו משום דאין יכולין לישבע שנאנסו, והרב ר' אברהם ז"ל דחה זו הסברא ואמר דלא אמרינן הוי משואיל"מ אלא בענין היו שניהם חשודים דאיכא גבי לוה ריעותא דחשדא א"נ גבי חמשין ידענא וחמשין לא ידענא דריעא נמי טענתיה מ"ש דידע בהני ולא ידע בהני, אבל הכא דאבוהון לא הוי גביה ריעותא דאילו הוא קיים הוה משתבע ופטר נפשיה לא אמרינן הכי והביא ראיה לדבריו מדברי ר"ח ז"ל ולא היה צריך לטעם שאמר ולא לראיה שהביא כי הטעם והראיה מפורסם מן הכתוב ומן ההלכה דתני ר' אמי שבועת ד' תהי' בין שניהם ולא בין היורשים וכו' עכ"ל.

ודברי הרר"א דלכאורה הוא הראב"ד צריכים ביאור דלמה הוצרך באמת להאריך כיון דהוא גמ' מפורשת דביורשים לא אמרינן משואיל"מ, ועוד דמדבריו מוכח דכל טעמא דאמרינן משואיל"מ הוא דוקא היכי דאיכא ריעותא בטענותיו של הנתבע, ולפי דבריו גבי שומרים הא ליכא ריעותא ולא שייך גביה משואיל"מ, וא"כ אמאי לא יהי' נפטר שומר עצמו בטענת איני יודע אם נאנסה וצ"ל דשומר שצריך לשמור צריך לידע וטענת איני יודע הוי ג"כ ריעותא בטענותיו ואם טוען נאנסו הצריכתו התורה לישבע, ואם אינו נשבע הוא ג"כ ריעותא וצריך לשלם, אבל גבי יורשין ליכא ריעותא אלא דקשה דלמה הוצרך לבאר טעמא דמילתא וגם דעת יש מי שסובר שהביאו הבעה"מ והרמב"ן ג"כ צריך להבין דאיך עלה על דעתם נגד גמ' מפורשת.

ונראה דיש סברא לומר דגבי שומרים לא נתמעטו יורשים שלא יהיו חייבים בשביל שאינם יכולים לישבע, דדוקא גבי מודה במקצת שהטענה מחייבת שבועה ובירור על טענתו וכשאינו יודע ואינו יכול לברר חייב, וכמש"כ הראב"ד מדידע בהני ולא ידע בהני, ולכן ביורשים שמה שאינם יודעים לא הורעה בשביל זה טענתם לא אמרינן בהו משואיל"מ, אבל בשומרים מה שחייב לשלם כשאינו נשבע שנאנסו יש לומר דאינו משום דריע טענתיה בשביל זה שאינו נשבע. אלא שטענת אונס בעצמה היא טענה שצריכה בירור של שבועה, וא"כ יש לומר דבזה לא אמרינן ולא בין היורשים, ובאמת יש להוכיח כן מהא דמוקים רבא הא דולא בין היורשים בטענת מודה במקצת ולא בטענת נאנסו של שומרים דהא קרא דשבועת ד' תהי' בין שניהם בשבועת השומרים כתיב, והרמב"ן כתב דקרא אף בשבועת השומרים, ובאמת עיקר קרא בשבועת השומרים בפ' שניה בש"ס וכוונת הרמב"ן בודאי משום דעירוב פרשיות כתיב כאן, והוא על כי הוא זה

דפרשה ראשונה, אלא דלפירש"י בב"ק דף ק"ז קאי דוקא על טענת כפירה ולא על שבועת השומרים, ור"ת בתוס' סובר דגם על שבועת השומרים קאי ובעינן מודה במקצת. ועל שיטתו קשה מהרבה סוגיות דמפורש דבטענת נאנסו דשומרים לא צריך הודאה במקצת, וכתב ר"ת דזהו שבועה מדרבנן וקשה לומר שהרמב"ן יסבור כן ובכל הפסקים ליתא לשיטה זו, וא"כ לפירש"י וכמו שביאר הרשב"א שם דבטענת מלוה היינו טענה דשייך במלוה וגם בפקדון בטענת כפירה צריך מודה במקצת, לא מצינו עירוב פרשיות אלא בפ' ראשונה דכתיב כי הוא זה ולא בפ' שניה, ואפי' אם נימא דמ"מ כיון דבפ' ראשונה דכתיב כי הוא זה קאי בטענת מלוה. ולכן גם דרשא דולא בין היורשים דבפ' שניה נוכל לומר דקאי גם במודה במקצת, מ"מ קשה דלמה הוצרך רבא להעמיד במלוה כיון דבפשטה מתוקמה בשבועת שומרים, ולכן היה מוכח מזה דבשבועת שומרים באמת לא אמרינן ולא בין היורשים, כיון דעיקר הטענה דנאנסו צריכה בירור משום שהוא טענה דלא שכיחא, ולא משום דריע טענתיה, וא"כ גבי יורשים שייך שפיר לומר דכיון דאין נשבעין ואינם מבררים אין נפטרים בטענת נאנסו. וזהו דעת היש מי שסובר שהביא הבעה"מ והאיכא דקשיא ליה שהביא הרמב"ן.

ולזה בא הראב"ד לחדש להיפוך דגם טענת נאנסו היא טענה מצד עצמה אלא דגבי השומר חייבתו התורה בשבועה וטענת איני יודע לגבי השומר נמי לאו טענה היא דכיון שהוא שומר צריך לידע והוי ג"כ ריעא טענתיה, אבל לגבי יורשים לא שייך זה כלל דאין צריכים לידע, ומה דתני ר' אמי שבועת ד' תהי' בין שניהם ולא בין היורשים ע"כ אוקמא רבא בטענת מודה במקצת דאמר חמשין ידענא וחמשין לא ידענא, וגם ביורשים יש להעמיד שבאים בטענת אביהם שחמשין ידעי וחמשין לא ידעי דמצד טענת אביהם ג"כ ריעא טענתיה דמ"ש דבהני ידעי ובהני לא ידעי, מ"מ איכא גזיה"כ דולא בין היורשים דיורשים פטירי, אבל בשבועת שומרים לא צריך קרא דודאי פטורים כיון דלא ריעא טענתם כלל ואפי' אם אמר להם אביהם שנאנס הפקדון אפשר הי' נשבע, ולכן לא מוקים רבא הא דולא בין היורשים בשבועת השומרים, וע"כ מוקים לה בשבועת מודה במקצת וגם בזה הוי עירוב פרשיות בהא דכי הוא זה ועמש"כ בזה עוד בפ"ב מהל' שכירות.

ובזה מבואר דגם בהך פלוגתא דהרא"ש והרמ"ה היכי שהספק לפנינו לב"ד והב"ד יודעים שהשומר אינו יודע והספק בעצם המעשה לדעת הראב"ד פטור השומר, וכשיטת הרמ"ה דהא גבי שומרים בכה"ג לא אמרינן משואיל"מ, אבל לדעת הרמב"ן דגם גבי שומרין אמרינן משואיל"מ אלא דיורשים פטורים מגזה"כ א"כ גם היכי שהספק בעצם צריך השומר לשלם, אלא דתליא בדין לא הוי ליה למידע דלהשיטות דלא הוי ליה

למידע לא אמרינן משואיל"מ כמו גבי יורשים א"כ גם בזה פטור השומר, וזו היא שיטת התוס' וכן סובר הראב"ד בפ"ה הל' ו', וכבר כתב שם המ"מ שהרמב"ן אינו סובר כן. וא"כ לשיטת הרמב"ן בהא דהרמ"ה חייב. ושיטת הרא"ש בפ"ו דשבועות סי' כ"ז ג"כ דלא כדעת הראב"ד והתוס' בדין לא הוי ליה למידע, וסובר כשיטת הרמב"ם דאמרינן בזה משואיל"מ ולכן שפיר סובר דגבי שומרים גם כשהספק בעצם המעשה חייב משום משואי"ל דסובר דגם בשבועת שומרים אמרינן כן ולא כהראב"ד.

ונמצא מבואר מזה דהראב"ד והרמב"ן חולקין ג"כ בהך מחלוקת שבין הרמ"ה והרא"ש אם בשבועת שומרים אמרינן משואיל"מ, ובדעת הרמב"ם צריכים אנו לומר דבזה סובר כדעת הראב"ד, דכיון שנפרש שיטתו דכונתו כאן לדין שבועה דאורייתא וא"כ אמאי פטור בטענת איני יודע דהא אינו סובר דלא הוי ליה למידע פטור וע"כ כשיטת הראב"ד בזה דגבי שומרים לא אמרינן משואיל"מ, אלא דמ"מ צריך לישבע שאינו יודע דכ"ז שלא נשבע שאינו יודע אין כאן ספק בעצם ואין כאן טענת החזרתי, אבל אם נשבע שאינו יודע הוי כאן ספק החזרתי וגם בזה נפטר השומר, ואף דגבי ש"ש שחייב על אבדה ופטור על אונסין אם יאמר השומר איני יודע שמא נאנסה ודאי אינו פטור, שאני התם דאין כאן טענת אונס לפנינו, אבל הכא דהמיתה מבוררה ובטענת המיתה מתי היתה תלויה טענת החזרה, וכיון שאינו יודע מתי מתה הוי ספק בעצם המעשה, ומטיל ספק גם לב"ד ובזה שומר פטור בלא שבועה, אלא שכל זה לאחר שנשבע שאינו יודע וכנ"ל. והנה כאן כתבתי דהרב ר' אברהם שהביא הבעה"מ זהו הראב"ד אכן בפ"ה נבאר שיש חילוק ביניהם ושצ"ל דזהו ר' אברהם אב"ד בעל האשכול ע"ש.

איברא דיש סתירה למה שכתבתי מהלכה מפורשת בחו"מ סי' רצ"ד סעיף ד' מי שהפקידו אצלו גלימא וטוען שנאנסה והביא עדים שנאנס לו גלימא אע"פ שלא ידעו אם היתה גלימת המפקיד פטור כאן שאילו היתה גלימא בידו ומפקיד אומר לא זו היא, ונפקד אומר זו היא נאמן בשבועת היסת ואם המפקיד אומר שמא והנפקד אומר ברי אפי' היסת ליכא, והא כיון דמפקיד לא ידע האי גלימא דאיתניס אי דידיה הוא אי לא נפקד מהימן, והוא מדברי הטור בשם הרמ"ה, וא"כ למה ישבע כאן השומר ששכורה מתה כיון שזה מודה גם המשאיל שאחת מהן מתה, ולא עדיף טענת החזרתי מטענת נאנסו כיון דאחת ודאי מתה.

והנה הב"ח והגר"א הראו מקור לד' הרמ"ה מבכורות דף י"ח באחד שהפקיד בהמה אצל בעה"ב ויש לבעה"ב בהמה משלו ומתה אחת מהן שהמוציא מחבירו עליו הראיה, אכן הרמב"ם בפ"ה מה' בכורות הל' ו' כתב הפקיד בכור אצל בעה"ב והניחו בעה"ב

עם פשוט שלו, ומת אחד מהן ואינו יודע איזהו המוציא מחבירו עליו הראיה והרי הוא ספק בכור, ואפי' רועה כהן שהניח בכורו בחצר בעה"ב עם פשוט של בעה"ב ומת אחד מהן המע"ה ואין מוציאין מחצר בעה"ב אלא בראיה שהרי מדעת בעל הבכור הניחו עמו הפשוט של בעה"ב, ודברי הרמב"ם קשים בתרתי, הא' מה שהוסיף טעם שהרי מדעת בעל הבכור דלא הוזכר טעם זה בגמ' אלא דפליגי ר"ט ור"ע אם אקנויי אקני ליה מקום בחצר, ועוד קשה דהא מקודם כתב הפקיד בכור אצל בעה"ב והניחו בעה"ב עם פשוט שלו, ולא הזכיר שהוא מדעת המפקיד ורק אח"כ גבי רועה כתב שהרועה הניח הבכור עם הפשוט של בעה"ב, וא"כ קשה מה נ"מ בין רישא לסיפא דגבי סתם מפקיד לא הצריך שיהי' מדעתו להניחו עם הפשוט וגבי רועה הצריך זה, וגם עיקר הטעם צריך ביאור.

לכן נראה מדברי הרמב"ם דלא כדברי הרמ"ה והיכי שהפקיד איזה דבר ונאנס צריך הנפקד לישבע או להביא עדים שהפקדון נאנס ולא מהני מה שיביאו עדים שחפץ כמו הפקדון נאנס, אבל זה אם המפקיד לא הפקיד מדעתו במקום אחד עם עוד דבר שהוא כמו הפקדון אבל אם היה מדעת המפקיד כמו הכא שהניח הרועה הבכור שלו עם הפשוט של בעה"ב דלא פשע בעה"ב כלל בזה שנמצאים ביחד והרי הם שניהם שוים. וכיון שמת אחד מהם וא"א להכיר אינו חייב מדין שומר וממילא מספק המע"ה, אבל אם עירב אותם בעה"ב שלא מדעת המפקיד אומר המפקיד מה לי עם הפשוט שלך אני נתתי לך הבכור ועליך לברר שמת, וכל זמן שלא נתברר חייב הבעה"ב מדין שומר ולכן כל זה בסיפא שהרועה כהן והבכור שלו. אבל ברישא שישראל הפקיד בכור קודם שנתנו לכהן, וכיון דהוי ממון שאין לו תובעין אין בזה דיני חיוב שומר רק דהוי ספק של מי הוא הטלה החי וע"ז אנו אומרים המע"ה.

איברא דגם כאן הפקיד אצל השומר השאולה והשכורה מדעתו ומ"מ אמרינן שישבע השומר ששכורה מתה או שאינו יודע, אבל זה לא קשה דהכא עסקינן בדיני חיוב שומרים ודנין בכל החיובים שלו, ולכן אם המפקיד טוען אפשר אתה יודע איזו מהן מתה, אז מחוייב השומר לישבע שאינו יודע ומכש"כ דהכא גם אינו יודע הוי טענת פטור. אבל כל זמן שאינו מברר שאינו יודע הוא חייב שבועה שלא השאולה מתה כיון דחזרת השאולה תלוי במיתת השכורה וכמש"כ, אבל התם מיירי מדין תערובות בכור ופשוט ומדין המע"ה ומיירי ששני הטלאים שוים והרועה אינו חושד להבעה"ב דשמא יודע רק שדנין מעיקר דינא אם יחלוקו או המע"ה, ולכן שפיר כתב הרמב"ם בסתם כלשון הגמ' דהמע"ה.

והנה בארתי שיטת הרמב"ם ע"פ שיטת המ"מ דגם בשבועת החזרתי שייך שבועת

השומרים. אכן מפשטות דברי הראשונים משמע דגבי החזרתי לא שייך כלל שבועת השומרים ולא מצינו אלא גבי נאנסו דהוי פטור בחיוב הפקדון, אבל חזרה אינו פטור אלא כפירה בעיקר הפקדון דטוען שכבר החזיר, אך ביותר קשה לי שיטת המ"מ מדברי הרמב"ם בפ"ו הל' ה' וז"ל שאין כל שומר נשבע שבועת השומרין האמורה בתורה אלא בזמן שמודה בעצמו של פקדון כמו שהמפקיד אומר וטוען נגנב או מת או נשבה, כללו של דבר טוען לפטור עצמו מן התשלומין נשבע שבועת שומרין, אבל אם אמר זהו שהשאלתני או שהשכרת לי או שנטלתי שכר על שמירתו, והבעלים אומרים אינו זה אלא אחר או נשתנה מכמות שהיה השוכר נשבע היסת או שבועת התורה אם הודה במקצת כיצד מאה סאה הפקדתי אצלך, והשומר אומר לא הפקדת אצלי אלא חמשים נשבע שבועת התורה מפני שהודה במקצת לא משום שבועת השומרים מאה כור של חטים הפקדתי, והוא אומר לא הפקדת אצלי אלא מאה של שעורים נשבע היסת כשאר כל הנשבעין בטענה כזו עכ"ל, וקשה מדברי הרמב"ם אלו על עיקר יסודו של המ"מ ושהש"ך תקע יתדותיו בזה והשיג בסי' שמ"ד על הלבוש שכתב דבטוען המפקיד פשעת איכא שבועת התורה מד' המ"מ שכתב דטעמא דבהחזרתי ליכא שבועת התורה משום שיש כאן הכחשה ושבועת השומרים הוא דוקא בטוען נאנסה שאין המפקיד יודע.

והנה מד' הרמב"ם אלו מוכח להדיא דאינו כן דלפי דברי המ"מ למה הוצרך לחלק בין טענת נגנבה ובין טענת זהו שהשאלתני כיון דאיכא נ"מ אחרת שיש כאן הכחשה, והמפקיד טוען אינו זה אלא אחר. ומוכח מד' הרמב"ם דבשביל זה שהכחישו לא היה נפטר משבועת השומרים, אלא משום דאין כאן טענה על פטור מתשלומין, והיינו שההיזק והחסרון ברור אלא שטוען טענה דבשבילה הוא פטור מתשלומין, אבל בטוען זהו שהשאלתני וזה אני מחזיר לך והמפקיד טוען אינו זה אלא אחר מסרתי לך או שנשתנה מכמות שהיה. א"כ אי כאן הודאה על היזקו חסרון אלא הכחשה על זה שטוען שמסר לו אחר או בצורה אחרת, א"כ הנפקד מכחישו בעצם קבלת הפקדון בצורה אחרת ובאופן אחר וטוען שזה שמסר לו זהו מחזירו, ולפי ד' הרמב"ם מבואר דגם בטענת החזרתי ליכא שבועת השומרים מטעם זה גופא דהא אינו מודה בהיזק וחסרון וטוען שנגנב או נאבד, אלא שהפקדון שמסר לו החזיר לו ואין כאן חסרון כלל ובכגון זה ליכא שבועת השומרים, וכיון שנסתר היסוד ע"פ דברי המ"מ נפל הבנין שבניתי ע"פ דבריו ובאור דברי הרמב"ם כאן דכונתו שבועת התורה ולא שבועת היסת.

לעיל הבאתי ד' הש"ך שבנה יסוד על דברי המ"מ וסובר דכשהמפקיד טוען ברי ליכא שבועת התורה, והוכחתי מדברי הרמב"ם פ"ו מהל' שאלה ופקדון הל' ה' דלא כדבריו

ע"ש, יש עוד להוכיח מד' הרמב"ם פ"ב מהל' טוען ונטען הל' ד' שכתב דשייך שבועת השומרים אם טוען המפקיד בפני שלח יד בפקדוני או פשע בו, ע"ש. -השמטות ומלואים-

אכן מכיון דפשוט אצלי דאין כונת הרמב"ם לשבועת היסת שמלבד שאר הטעמים שכתבתי העיקר הוא דהרמב"ם אינו כותב סתם שבועה ואינו מזכיר שישבע היסת ובפרט גבי שומרים, לכן נראה ליישב דברי הרמב"ם אף שלא ע"פ דעת המ"מ והוא ע"פ דברי הרמב"ם שהבאנו עתה דעיקר שבועת השומרים הוא כשיש היזק בהפקדון, ויסבור הרמב"ם דאף דיש כאן שני אופנים גבי שאלה ושכרה היינו אם כבר יצאה משאלה לשכירות או לא יצאה והוא כמו ספק אם החזיר או לא, וכמו שכתבנו ובפרט גבי שתי פרות אחת שאולה ואחת שכורה הא מחזיר עתה ואומר שהשאולה הוא שמחזיר והוי כמו שכתב הרמב"ם דבזה ליכא שבועת השומרים מ"מ יש לחלק מדברי הרמב"ם שהבאנו ובין הך דינא בהלכה שלפנינו, דבמה שכתב הרמב"ם דכשאומר זהו שהשאלתני וזהו שאני מחזיר לך הא ע"פ דברי השומר אין כאן היזק כלל, אבל כאן סובר הרמב"ם דעכ"פ הוא פקדון אחד בין כששאלה ושכרה ובין כששאל שתי פרות הוו ביחד פקדון אחד, וכיון דעכ"פ טענת כשהיא שכורה מתה או בשתי פרות טענת שכורה מתה תלויים טענות אלו במעשה היזק וחסרון של המשאיל דבשביל זה שנאמין להשואל יהי' לו הפסד ממון מהפקדון בזה איכא שבועת השומרים גם באופן זה כיון דעכ"פ טענת השומר גורם לו הפסד ממון.

אלא שעלינו לבאר למה כתב בזה אומר שאולה וזה אומר שכורה שישבע רק ע"י גלגול ונראה דאיכא נ"מ דכשטוען השומר שכורה מתה והמשאיל טוען איני יודע מכיון שהספק שהוא לפנינו הוא בשביל שיש כאן שתי פרות, ונאמנות השואל גורם היזק להמשאיל וחסרון בהפקדון של שתי הפרות. לכן כתבנו דיש כאן שבועת השומרים. וכן כשהמשאיל טוען שודאי שאולה מתה והשואל טוען איני יודע הא כל צד פטורו של השואל הוא בשביל שהספק לפנינו בשביל שיש כאן שתי פרות, ולכן שפיר כתבנו דגם על איני יודע צריך לישבע דכאן האיני יודע פוטרו ושמא יודע הוא שהשאולה מתה לכן צריך שבועה, אבל בזה אומר שאולה מתה וזה אומר שכורה מתה כיון דאיכא הכחשה מפורשת בבהמה שמחזיר לו עתה, שהשואל אומר זו היא השאולה והמשאיל אומר אינה השאולה אין כאן מקום לצרף הספק ע"ד השכורה כלל כיון דאין השכורה ומיתתה גורמין ההכחשה, אלא שמכחישין זה את זה בעיקר החזרה של השאולה, שהשואל אומר זו היא והמשאיל אומר אינה השאולה, ובזה הא כתב הרמב"ם בהלכה שהבאנו

דבכה"ג ליכא שבועת השומרים, לכן שפיר דבזה אומר שכורה ישבע רק ע"י גלגול. אלא דמ"מ צריך לכל מה שבארנו בדין משואיל"מ גבי שומרים, ומדין הרמ"ה בסי' רצ"ד דאם יש עדים שנאנס חפץ כמו הפקדון פטור השומר משבועה דע"כ הרמב"ם חולק עליו וכמו שבארנו.

-השמטות ומלואים-

במה שכתבתי לבאר דברי היש מי שכתב שהביא הבעה"מ בטעמא דנשבע וגובה מחצה ולא טענינן ליתמי נאנסו משום דאין יכולים לישבע שנאנסו והרב ר' אברהם דחה דבריהם מן הסברא והוכיח מדברי הר"ח ותמהו הבעה"מ והרמב"ן דהא מפורש הוא בגמ' שבועת ד' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים דביורשים לא אמרינן משואיל"מ. וכתבתי דסוברים דלא אמרינן ולא בין היורשים אלא בשבועת מודה במקצת שטענת התובע מחייב שבועה, אבל בשומרים יש לומר שעיקר טענת נאנסו בעצמה צריכה שבועה ובלא שבועה אינו נאמן על טענת אונס. כתב על זה דא"כ לפי סברתם יוצא דאפי' לרב ושמואל דלא סברי משואיל"מ מ"מ בשבועת השומרים יודו וזהו חידוש. לדעתי אינו מוכרח מזה דא"א לומר כן דפלוגתייהו דרב ושמואל ור' אבא הא מצינו רק בשבועה הבאה ע"י טענה וכפירה וכן הא דתני ר' אמי דשבועת ה' תהי' בין שניהם ולא בין היורשים מוקי הגמ' בשבועת מוב"מ. וכבר כתבתי שם דקשה אמאי לא מוקי הגמ' כפשוטו בשבועת השומרים דבהכי מיירי קרא. ואף שיישבתי שם דהגמ' אזיל למ"ד שעל"ד מ"מ אין התי' מרווח. אבל לפי היש מי שכתב מיושב דבזה לא אמרינן ולא בין היורשים משום דאינו מדין משואיל"מ אלא דדין שומרים שטוענים נאנסו כיון שהיא טענה דלא שכיחא לא האמינתו תורה אלא בשבועה ובזה הכל מודים ולא פליגי אלא בשבועה שבאה ע"י טענה שהיא רק חיוב שבועה. ולכן שפיר דגם ליתומים לא טענינן נאנסו כיון שאינם יכולים לישבע.

ומה שכתב ועוד מגוף דבריהם מוכח דלא כן דהלא היש מי שכתב מתרץ שלכן לא טענינן נאנסו משום משואיל"מ. ולכך טענינן בעדם רק החזרתי. ושבועת החזרתי אינה של תורה ולא אמרינן בה משואיל"מ. ואי נימא שטענת נאנסו מצד עצמה אינה טענה, רק צריך בירור ושבועה על טענת נאנסו איך שייך לומר שנאמן עכ"פ לטעון החזרתי אף בלא שבועה כיון שכל הנאמנות על החזרתי הוא ע"י מיגו דנאנסו. הנה בזה ההוכחה לא ידעתי מנין פשוט לו הסברא כ"כ עד כדי לדחות דברי. דהא הפי' הפשוט בדין מיגו הוא מגדר הוכחה. וא"כ אין נ"מ איך הי' הנאמנות בטענת נאנסו כיון דעכ"פ אביהם הי' נאמן לטעון החזרתי במיגו שהי' טוען נאנסו. ומטעם זה כתבו התוס' דטענינן ליתומים

החזרתי אף שאין להם מיגו, והוכחתו אפשר רק להמחדשים שמפרשים גדר מיגו שיש לו בטענה שטוען עכשיו אותו הכח שהי' לו בהטענה שהי' יכול לטעון. וחדוש זה כתב הגאון ר' אלחנן ווסרמן שיחי' במאסף אוהל תורה א' וכתב לתלות בזה ב' תירוצי הר"נ אם מיגו הוא מטעם מה לו לשקר או גדר נאמנות. ולפי אופן זה אפשר קצת הוכחתו וגם זה אינו מוכרח דהא איך שנפרש קשה דכיון דעכ"פ אזלינן עכשיו למאן דסובר משואיל"מ ואם אינו נשבע על נאנסו אינו נאמן למה יהי' נאמן בטענת החזרתי בלא מיגו. ושנאמר דמשום זה טענינן ליתומים החזרתי אף שאין יכולים לישבע. וזהו באמת תימה וגם לפי"מ שכתב בעצמו לפרש דברי היש מי שכתב והראב"ד משום דבשבועת שומרים חשבינן השבועה כמו שאביהם כבר טען וכפר ונתחייב בה. ובזה לא אמרינן ולא בין היורשים. דגם לפי זה קשה איך נאמר דמשום זה טענינן ליורשים אף שאין יכולים לישבע. דעכ"פ האב הי' לו ראיית המיגו והיורשים אין להם ראיה. ובפשוטו עיקר דין מיגו הוא משום ראיה וכנ"ל.

אמנם התוס' הניחו יסוד זה דכיון שאביהם הי' לו מיגו טענינן ליתומים אף שאין להם מיגו. וכתבו כן גם בריש גיטין גבי פרוע במיגו דמזוייף. וכן כתבו זה בב"ב דף ל' ע"א אבל בסברא הוא באמת קשה מאוד אם נאמר כמו שמפרשים בפשיטות דהוא מגדר הוכחה. וכן מבואר בדברי הרשב"ם בב"ב דף ע' ע"א בהא דבעי רב עמרם מרב חסדא המפקיד אצל חבירו בשטר אם נאמן לומר החזרתי במיגו דאי בעי אמר נאנסו שכתב להדיא דהוא משום מה לו לשקר.

אכן הרשב"ם שם בד"ה וליטעמיך כתב הילכך לא מצי למיטען מפקיד שטרך בידי מאי בעי ולמה לי לשקר במקום עדים לא דמי דהא עביד אינש למדחי ואמר אבדתי את שטרי ונפקד נמי לא חייש לשטרא משום דהוי מצי למיפטר נפשיה בטענת אונס ודברי הרשב"ם תמוהים דאם נימא דמטעם זה לא הוי ראיית שטרך בידי מאי בעי ראיה משום דלא חייש לשטרא כיון דיכול להפטר בטענת נאנסו. א"כ מה אמר ליה סוף סוף אילו אמר נאנסו לאו שבועה בעי ואמר ליה מאי נאמן בשבועה דהא לדברי הרשב"ם מטעם זה שיכול לטעון נאנסו ליכא ההוכחה דשטרך בידי מאי בעי. וא"כ הוי כמו מפקיד אצל חבירו בעדים דנאמן לומר החזרתי בלא שבועה. וצריך לומר בכונתו דהך טעמא לא מהני לחוד אלא בצירוף ההוכחה דמיגו דאי בעי אמר נאנסו רק שלא נאמר דהוי מיגו במקום עדים דשטרך בידי מאי בעי. על זה כתב דלא הוי חזקה ברורה כמו עדים דאיכא טעמא לומר דלא חייש לשטרא כיון שיכול לטעון נאנסו. אבל עיקר ההוכחה הוא משום מיגו ומשו"ה כיון שבנאנסו צריך לישבע צריך נמי לישבע בהחזרתי דבלא זה ליכא

מיגו, ובדברי הרשב"ם יש ליישב דברי התוס' בדף ה' ע"ב בד"ה מי אמרינן שכתבו אך קשה דמ"מ תיפשוט דלא אמרינן מיגו במקום חזקה מדרמב"ח דאמר בפ' כל הנשבעים המפקיד אצל חבירו בשטר צריך להחזיר לו בעדים ולא מהימן לומר החזרתי לך במיגו דאי בעי אמר נאנסו משום דמצי א"ל שטרך בידי מאי בעי וכ"ש דלא אמר במקום חזקה דחזקה עדיפא דא"צ שבועה. וטעמא דשטרך בידי מאי בעי לא מהני לפטרו משבועה. וקשה דמה הקשו ליפשוט מדרמב"ח הא רב חסדא סבר דנאמן וקי"ל כרב חסדא. אבל לדברי הרשב"ם מיושב דטעמו דרב חסדא משום דיש לומר דלא אלים החזקה דלא חייש אשטרא כיון דיכול לומר נאנסו.

והנה בד' הרשב"ם יש לבאר טעמא דטענינן ליתמי החזרתי במיגו דנאנסו אף שאין להם מיגו וגם אינם נשבעים על החזרתי. והוא באופן שנאמר באופן אחר מדבריו. דלגבי טענת החזרתי שנאמר דמשו"ה ליכא חזקה דשטרך בידי מאי בעי דלא חייש אשטר שיכול לומר נאנסו. זה באמת קשה לומר דהא אם יטעון נאנסו צריך לישבע שנאנסו וזהו שבועת שקר כיון דבאמת החזיר ולא נאנסו. ולכן שפיר דדוקא ע"י מיגו דנאנסו נוכל לפטרו אבל עכשיו שאנו פוטרים אותו משום דיכול לומר החזרתי. א"כ עכשיו נוכל לומר דליכא חזקה דשטרך בידי מאי בעי כיון שנאמן בטענת החזרתי ויכול לטעון האמת וגם ישבע על זה. ונמצא דעכשיו אין לנו לכאורה טעם לחייבו שבועה על החזרתי כיון דכבר ליכא טענת שטרך בידי מאי בעי. אלא דמ"מ לא נוכל לומר כן דאם נפטור אותו בלא שבועה א"כ בטל המיגו דהא בנאנסו צריך שבועה. וממילא אין לנו טעם להאמינו בטענת החזרתי ולומר דמשום זה לא חייש על השטר. אך יצא לנו נ"מ לגבי יתומים דמשום הך טענה נוכל לטעון ליתומים שאביהם החזיר אף דליכא מיגו וגם לא יוכלו לישבע. כיון שאביהם הי' נאמן לטעון החזרתי במיגו דנאנסו והי' יכול לישבע ומשום זה לא חייש על השטר. וממילא לגבי היתומים הוי החזרתי טענה מצד עצמה.

ומה שכתב עוד דבין לסברתי בין לסברתו קשה מהא דאיתא בתו"כ בברייתא דר' ישמעאל בי"ג מדות התורה נדרשת. מגז"ש כיצד נאמר בשומר שכר אם לא שלח ידו במלאכת רעהו ונאמר בש"ח אם לא שלח ידו מה בש"ש פטר את היורשים אף בש"ח פטר בו את היורשים. ומבואר בפי' הראב"ד ובר"ש משאנץ דזהו מדין שבועת ד' תהי' בין שניהם ולא בין היורשים. ובודאי אין הפי' לדין שבועה דלא שלחתי בה יד שהוא רק על ידי גלגול ובגלגול הרבה ראשונים סוברים דאין בה דין משואיל"מ. וע"כ לענין שבועה דלא פשעתי בה או שאינה ברשותי. וכתב ע"ז ונסתר כל דברינו וצ"ע עכ"ד. ולא ידעתי למה סתר מטעם זה שיש מחלוקת הראשונים אם בשבועת גלגול אמרינן משואיל"מ

ושיהיו מופרכין דברי היש מי שאומר והרב ר' אברהם שהביא הבעה"מ והלא בפשיטות נוכל לומר דמזה מוכח דהם סוברים דגם בשבועה הבא ע"י גלגול אמרינן משואיל"מ.

אלא דבאמת גם לזה אינו צריך דהא הרא"ש בפ' המפקיד הוכיח בדעת הרי"ף דסובר דגם שבועת שלא שלחתי בה יד הוא מדאורייתא בלא דין גלגול. ועיין מה שכתבתי בזה בפ"ד מהל' שאלה ופקדון הל' א' א"כ בפשיטות נוכל לומר דדעתם בזה כשיטת הרי"ף וגם שבועת שלא שלחתי בה יד הוא מה"ת אלא דמ"מ יש לומר בפשטות דגם לדעת הרי"ף איכא נ"מ בין הג' שבועות אף שכולם מן התורה. דעל שבועה שאינה ברשותו נוכל לומר דלא אמרינן בזה ולא מן היורשים דגם הוא אינו נאמן מעיקר טענתו משום דאונס אינו מצוי וצריך שבועה לברר עיקר טענתו. וכן יש לומר על שבועה שלא פשעתי בה משום דאונס יותר אינו מצוי מאם פשע בה. ועמש"כ שם דאיכא ב' עניני פשיעה אבל שלא שלחתי בה יד דודאי אינו עומד שישלח בה יד ושמשום זה סוברים התוס' דאינו אלא ע"י גלגול. וכן דעת הרמב"ם ומה דסובר הרי"ף דגם שבועה שלא שלחתי בה יד הוא בלא גלגול כתבתי שם בפ' הנ"ל דהוא מפרש דקרא דאם לא שלח ידו אינו תנאי דנפטר בשבועה אם לא שלח ידו אלא דקאי על ונקרב בעה"ב דגם על זה צריך לישבע שלא שלח ידו. וכתבתי שם שכן מבואר בפי' רש"י בב"מ דף צ"ד ע"ב בד"ה פרשה ראשונה פירש"י דכתיב ונקרב בעה"ב ואוקימנא לשבועה שלא שלח בה ידו. ונמצא דשבועת שליחות יד הוא גזה"כ לחייב השומר בשבועה זו. ובזה שפיר נוכל לומר דעל זה דרשינן ולא בין היורשין כיון דזה הוא רק חיוב שבועה ולא דמסברא צריך לברר טענתו. ולכן שפיר למד הברייתא ש"ח מש"ש בדין שבועה שלא שלחתי בה יד לפטור את היורשים.

הלכה ד

השאילו שתי פרות חצי היום בשאלה וחצי היום בשכירות המשאיל אומר בזמן השאלה מתה, והלה אומר אחת מתה בזמן השאלה והאחרת איני יודע מתוך שאינו יכול לישבע ישלם השתים וכן אם מסר לו שלש פרות שתים שאולות ואחת שכורה. המשאיל אומר שתים השאולות הן שמתו והשואל אומר אחת השאולה מתה ודאי, אבל השניה שמתה איני יודע אם השאולה האחרת או השכורה מתוך שאינו יכול לישבע שהרי אומר איני יודע ישלם השתים. ובהלכות טוען ונטען יתבאר דין זה וכיוצא בו מכל הטוענים שאינם יכולין לישבע וכיצד משלמים ומאיזה טעם משלמים.

מתוך שאינו יכול לישבע, המ"מ הקשה דא"כ בהל' ג' כשהשואל אומר איני יודע יהי' מחויב שבועה שמתה כדרכה ולא פשע בה ויגלגל עליו ששכורה מתה ומשואיל"מ ותי' דכיון דעיקר השבועה שלא פשע בה היא שמא למשאיל לא אמרינן בזה משואיל"מ והנה

בפ"ה מהל' טוען הל' י"ג כתב הרמב"ם מי שנתחייב שבועה אפי' היסת והתחיל התובע לגלגל עליו דברים אחרים שלא טען אותם, וראה הנתבע כך ואומר איני רוצה להשבע אלא הריני משלם הטענה הראשונה שנתחייבתי על כפירתה שבועה, אין שומעין לו. אלא אומרים לנתבע או תן כל מה שגלגל עליך מטענות הודאות או השבע והפטר, וכתב המ"מ דמה שכתב הרמב"ם מטענות הודאות כלומר שאם טען עליו התובע טענת ספק ורצה הלה לשלם עיקר תביעתו אינו חייב על הגלגולים לשלם. ולזה הסכימו הרמב"ן והרשב"א ז"ל פ' השואל עכ"ל, וצריך לבאר טעמא דמילתא דכיון דדין גלגול הוא אפי' אם מגלגל עליו טענת ספק. וכיון דחזינן דלא מהני מה שרוצה לשלם כשעיקר התביעה היא טענת ברי, א"כ למה מהני כשעיקר התביעה שמגלגל ממנה היא בטענת ספק, עוד צריך לבאר בטענת ברי שהמ"מ כתב שאם רצה לשלם עיקר תביעתו אינו חייב על הגלגולים לשלם, והיה משמע מדבריו שרק לשלם אינו צריך. אבל שבועה שאינו יודע צריך לישבע, וכן כתב הרמב"ן בב"מ דף צ"ח על דברי הראב"ד שכתב דלא אמרינן בגלגול שבועה משואיל"מ, וכשטוען איני יודע פטור. וע"ז כתב דאינו כן דאפי' אם נימא דלא אמרינן בגלגול משואיל"מ, אבל עכ"פ צריך שבועה חמורה שאינו יודע, אבל מדברי הרמב"ם משמע דדוקא מטענות הודאות אבל אם מגלגל עליו טענות ספיקות והוא משלם על עיקר הטענה א"צ לישבע על הגלגולים.

ונראה דשני דינים יש בגלגול, א' אם טוען טענת ברי יש דין גלגול שחייב שבועה על טענת הגלגול, והיינו שכמו שהטענה שטען בעיקר השבועה יש לה כח לחייב שבועה כן גם הטענה שטוען ומגלגל אף שאין לה כח לחייב שבועה שהוא כופר הכל או שהוא בקרקע מ"מ ע"י גלגול יש בכח הטענה לחייב שבועה, וזהו אם טוען התובע ברי, ב' בטענת שמא לא שייך לומר שטענת העיקר שמחייבין עליו שבועה יש בכחה לחזק טענת הספק שמגלגל בה לחייב שבועה דכיון שטוען ספק אין שם טענה עליה, אלא בטענת ספק דין הגלגול הוא רק ע"י השבועה, שבשעה שנשבע על עיקר הטענה מגלגל עליו שישבע גם על טענות הספיקות שלו, ולכן שפיר מיושב דהיכי דרוצה לשלם על עיקר הטענה א"כ אין כאן שבועה שתגלגל עוד שבועה, ולכן פטור גם משבועה כשטוען בטענת הגלגול רק טענת ספק, אבל כשטוען ודאי כיון דאמרינן שהטענה שמחייבת שבועה גוררת שגם הטענה השניה תחייב שבועה, א"כ לא מהני מה שמשלם על עיקר הטענה כיון דהטענה גוררת ומחזקת הטענה שמגלגל וצריך ע"כ לישבע על הגלגול, ומבואר דאף שעל הראב"ד חולק הרמב"ן וסובר דאפי' אם נימא דלא אמרינן בשבועת גלגול משואיל"מ כשהנתבע טוען איני יודע מ"מ עכ"פ צריך ודאי לישבע על האיני יודע

שבועה חמורה מדין גלגול, ומ"מ הביא דברי הרמב"ם דהיכי שמשלם על עיקר התביעה א"צ לישבע על טענות ספיקות והוא כמו שבארנו.

אכן המקור לדברינו לחלק בין שני גדרי הגלגול נראה מהא דאמרינן בקדושין דף כ"ח אחר שלמדו דין גלגול שבועה משבועת סוטה, אשכחן בודאי ספק מנלן תניא רשב"י אומר נאמרה שבועה בחוץ ונאמרה שבועה בפנים, מה שבועה האמורה בפנים עשה בה ספק כודאי, אף שבועה האמורה בחוץ עשה בה ספק כודאי, והנה מעיקרא דפריך ספק מנלן פירש"י דא"א ללמוד מסוטה שכל דין שבועה שלה בספק וע"ז ילפינן שבועה משבועה, ואפשר לומר דגם למסקנא יש חילוק משבועה על טענת ודאי לשבועה על טענת ספק, דשבועה על טענת ודאי שפיר יש לגלגל בעיקר הטענה, אבל שבועה על טענת ספק דמסוטה א"א ללמוד דכל שבועתה ספק, והיינו שגם על טענת ספק הצריכה התורה שבועה ואפשר עוד משום דהוי רגלים לדבר שקינא לה ונסתרה לכן יש חשד גם על איש אחר אפי' אם לא זינתה עם זה דשמא היה עיכוב אחר, אבל היא חשודה על זנות, אבל בממון שעל טענת ספק אינו חייב שבועה אימא שגם ע"י גלגול אינו יכול לחייב שבועה וע"ז ילפינן שבועה שבועה ואפשר לומר דאין הלמוד שטענת ספק ג"כ אפשר לחייב שבועה ע"י גלגול דבודאי טענת שמא אינה טענה אלא דעיקר השבועה יש בכחה לגלגל דכשהוא נשבע על דבר אחד מגלגל עליו שישבע גם על השני, וזהו דוקא אם נשבע על העיקר אבל הטענה לבד אין בכחה לחייב שבועה, ונ"מ דהיכי שמשלם על עיקר התביעה אין כאן שבועה לגלגל ממנה לחייב שבועה על טענות ספק.

ומבואר לפימש"כ מה שכתב המ"מ כאן דכיון דעיקר שבועתו הוא שבועת השומרים שהיא בספק אין אומרים שיהי' משואיל"מ על הגלגול, דכיון דעיקר השבועה היא על שמא א"כ אין הגלגול כאן שטענת העיקר מחזקת טענת הגלגול, ולכן אפי' אם בטענת הגלגול טוען המגלגל ברי מ"מ לא אמרינן משואיל"מ כיון שטענת העיקר היא שמא ואין הגלגול אלא על השבועה דשבועה גוררת שבועה, ולכן שפיר דאינו משלם כשאינו יכול לישבע.

פרק ד

הלכה א

המפקיד אצל חבירו בחנם ונגנב או אבד הרי זה נשבע ונפטר שנאמר וגונב מבית האיש וגו' ונקרב בעל הבית אל האלקים אם לא שלח ידו במלאכת רעהו. ומגלגלין עליו בתוך השבועה שלא פשע אלא שמר כדרך השומרין, ולא שלח בו יד ואחר נגנב,

שאם נגנב אחר ששלח בו יד חייב באחריותו.

הלח"מ הקשה דבפ"ו הל' ג' כתב הרמב"ם ש"ח שהביא ראיה שלא פשע פטור משבועה ואין אומרים שמא שלח בו יד קודם שיאבד, וכתב על זה שם המ"מ אחר שנתבאר למעלה פ"ד שעיקר השבועה היא שנגנב, וזה הביא ראיה שנגנב שלא בפשיעה ופטור מן השבועה בדין הוא שיפטר אף משבועת שליחות יד וקשה דכאן כתב הרמב"ם דגם שבועת שלא פשע הוא רק ע"י גלגול, וכבר כתבתי בפ"א הל' ב' דיש שני אופני פשיעה דפשיעה בשעת עיקר הגנבה והאבדה ודאי על זה צריך לישבע עיקר השבועה, דאם פשע ולא שמר כראוי וע"י זה נגנבה לא נקרא זה גנבה דגנבה הוא מקצת אונס ש"ח פטור וש"ש חייב, ולא אם נגנבה ע"י שלא שמר דגם ש"ח חייב, ומה דכתב הרמב"ם כאן שמגלגלין עליו שלא פשע היינו דאף דבשעת הגנבה היה כדרך גנבה והפקדון היה באותה שעה משומר, אבל שמא פשע מקודם שגרם ע"י זה שיבואו הגנבים, וזהו רק חששא בעלמא שאינו חייב לישבע אלא ע"י גלגול.

אכן הלח"מ הקשה עוד על הרא"ש שכתב בסוגיא דשומר שמסר לשומר דמדברי הרי"ף משמע דכל הג' שבועות הם עיקר שבועה ואפי' הביא עדים שלא פשע צריך לישבע שלא שלח בו יד, ובסי' כ' שם הביא הרא"ש ירושלמי דאם יש עדים שלא פשע פטור מהשבועה שלא שלח בו יד, ולפי ביאור הרא"ש בדברי הרי"ף יקשה דבריו מדידיה אדידיה, וכתב ע"ז הלח"מ דיש לחלק דוקא גבי שומר שמסר לשומר למד הרא"ש בד' הרי"ף דצריך להביא עדים גם על זה שלא שלח בו יד דכיון שנשאר עליו שום שבועה ופשע במה שמסר בידו מצי א"ל לא מהימן לי בשבועה וד' הלח"מ אינם מיושבים דהא כתב הרא"ש על מה שלמד בדעת הרי"ף דצריך להביא עדים על כל הג' שבועות וז"ל, ולפום מאי דאיכא דבעי למימר דעיקר שבועות שומרים היא לש"ח שנגנבה ולש"ש שמתה כדרכה ולשואל שמתה מחמת מלאכה ואינך שבועות כולהו אגב אתו מצינו למימר אי איכא עדים שנאנסה אין כאן עוד שבועה דמצי למימר היאך לא מהימן לי, ולפי ד' הלח"מ הא גם הרי"ף מודה דשבועה שלא שלח בו יד הוא רק ע"י גלגול ורק בשומר שמסר לשומר שאני, ועוד דעיקר תירוצו אינו מיושב כלל דהא למאי דקי"ל דטעמא הוא משום לא מהימן לי בשבועה הא לא ס"ל דהוי פשיעה מה שמסר לשומר אחר משום דמסרה לבן דעת, וכיון שיש עדים שנגנבה ולא פשע בה למה מתחייב, וזהו שכתב הרא"ש דלפי"ז א"צ עדים אלא שנגנבה.

לכן נראה דהרא"ש מפרש באמת בדעת הרי"ף דכל הג' שבועות הם עיקר ולא מדין גלגול, ומה שהביא הרי"ף במשנה דהמפקיד מעות אצל חברו דברי הירושלמי דאם יש

עדים שלא פשע פטור משבועה, נראה לבאר לפי"מ שנבאר מקודם דעת הרי"ף לפי דיוקו של הרא"ש בשיטתו, ומשום דדין גלגול לא מצינו שב"ד מגלגלין, ומצינו רק שהתובע שחייב לו הנתבע שבועה יכול לגלגל עליו עוד שבועה על טענה אחרת שעליה לא היה חייב שבועה, וכמובא בד' הרמב"ם בהל' ג' ויגלגל עליו וכו', וכן הוא בד' הרמב"ם פ"א מהל' טוען הל' י"ב וז"ל כל מי שנתחייב שבועה בין של תורה בין של דבריהם מגלגל עליו המשביע כל מה שירצה מדבריהם שאם יודה בהן יתחייב ממון, וכן הוא בעיקר דין גלגול דילפינן מסוטה כתב הרמב"ם פ"ד מהל' סוטה הל' י"ז יש לבעל לגלגל בשבועה עליה שלא זינתה עם איש זה שקנא לה בו ולא עם איש אחר, ומקור לזה הוא מה דתנן בסוטה דף י"ח גבי דיני גלגול הכל שוין שאין מתנה עמה לא על קודם שתתארס ולא על אחר שתתגרש וכו' זה הכלל כל שתבעל ולא היתה אסורה עליו לא הי' מתנה עמה, ולהדיא דאף דכתיב בקרא אמן אמן מ"מ זה רק רשות לבעל לגלגל ולא שהדין על ב"ד לגלגל, וא"כ אם נימא דגבי שבועת שומרים עיקר השבועה הוא רק שנגנבה או שנאנסה, ושאר הב' שבועות שלא פשעתי בה ולא שלחתי בה יד הם רק ע"י גלגול, אמאי אמר ר"נ שלש שבועות משביעין אותו דמשמע שב"ד משביעין בעצמן כל הג' שבועות, וא"צ שבעל הפקדון יגלגל, ומוכח מזה דכל הג' שבועות הם מדינא ומעיקר חיוב שבועה מה"ת.

אלא דצריכים אנו ליישב שיטת הרמב"ם שכתב כאן ומגלגלין עליו בתוך השבועה ומוכח דהב"ד מגלגלין, וקשה דהא לא מצינו בשאר דיני גלגול, וצריך לומר דהרמב"ם סובר דכאן תיקנו חכמים שהב"ד יגלגלו הב' שבועות כיון דאמר ר"נ שלש שבועות משביעין אותו, וטעמא הוא דבכל דיני גלגול אין צריכין הב"ד מעצמן לחדש טענות וחשדות אחרות מה שאינו טוען התובע אבל כאן גבי שלא פשעתו בה לפי"מ שביארתי דאינו על זה שלא הניח הפקדון בלא שמירה דזה נכלל בשבועת נגנבה או נאנסה, דאם היתה פשיעה בשעת ההיזק אין זה פשיעה, אלא דהכונה אם לא גרם מקודם וכמו שהבאתי למעלה בפ"א וזה אפשר שאין בעל הפקדון יודע דבאופן זה יהי' חייב וכדמצינו דאביי שאל מרבא אשכחיה רועה וכו' כמו שהבאתי שם. וכן דין שאם שלח בו יד חייב אפי' אם נאנס אח"כ זה אפשר דאין המפקיד יודע, לכן תיקנו חכמים שב"ד יגלגלו השני שבועות, ואפשר דהוא מגדר טענינן ומגדר פתח פיך לאלם.

במה שכתבתי כאן בד"ה לכן ובד"ה אלא, דעיקר דין גלגול הוא רק שהבעל דבר מגלגל ולא שהב"ד מגלגלים בעצמם, ועל זה בניתי יסוד באורי, והנה הרמב"ם בפ"ה מהל' שאלה ופקדון הל' ז' כתב ויכלול בשבועתו. וכן בפי"ג מהל' מלוה הל' ד' כתב וכולל בשבועתו, וכן אח"כ כתב ויכלול שאינו יודע, והנה בחו"מ בסי' צ"ד ס"א בדין גלגול

שבועה כתב המחבר אפי' לא תבע התובע לגלגל ב"ד מעצמם מגלגלים וזהו לפירש"י בשבועות דף מ"ט ע"א במה דאמר שם איכא בינייהו לפתוח לו, אבל הרמב"ם בפי"א מהל' שכירות הל' ט' מפרש דקאי על השכיר שפותחים לו לישבע, והב"י בסי' צ"ד הביא מד' הר"נ בריש ב"מ שהוכיח דב"ד מגלגלים מקרא דואמרה האשה אמן אמן אע"פ שאין בעלה תובעה, אבל כבר הבאנו ד' הרמב"ם בפ"ד מהל' סוטה שכתב ויש לבעל לגלגל, ומוכח דאינו סובר כהר"נ דב"ד בעצמם מגלגלים בסוטה, אלא דבאמת קשה לפי"ז דברי הרמב"ם שהבאתי שכתב ויכלול בשבועתו דמשמע שב"ד אומרים לו שיכלול בשבועתו.

והנה שתי ההלכות בהרמב"ם שכתב ויכלול הם בדין שבועה שאינה ברשותו שיכלול כמה הי' שוה, ויש יסוד לדברי הרמב"ם מהא דפריך הגמ' בב"מ דף ל"ה על הא דאמר רב הונא משביעים אותו שבועה שאינו ברשותו ממתני' דהמלוה את חבירו על המשכון דתנן פטור, ואם איתא לדרב הונא מיגו דמשתבע מלוה שאינה ברשותו לישתבע נמי אגלגול שבועה כמה הי' שוה, ואם היינו אומרים דדין גלגול הוא שהתובע יוכל לגלגל א"כ מה מקשה על מה דתנן פטור דהא שפיר תנן דמעיקר הדין פטור, ומה שיכול התובע לגלגל זהו כמו שיכול לגלגל גם על שאר טענות שיש לו, ומוכח דבזה כיון שהוא בעיקר הד"ת ב"ד בעצמם צריכים לגלגל.

ונראה דיש לומר דהרמב"ם מחלק בין טענות אחרות ובין שומת התשלומים, דבשומת התשלומים כיון שב"ד צריכים לפסוק כמה לשלם סבר הגמ' דהב"ד בעצמם יש להם רשות לגלגל ולברר כמה הי' שוה, אבל בפ"ג בהא דזה אומר שאולה וזה אומר שכורה אינם שייכים זה לזה, ולכן דוקא כשהתובע מגלגל ולפי"ז יהיו נכונים דברי. -השמטות ומלואים-

אכן הרי"ף אפשר דלא ניחא ליה בזה ומוכיח מלשון ג' שבועות משביעין אותו דכל הג' שבועות מה"ת, ולפי"ז נוכל לומר דהירושלמי לא מיירי כאן מהשבועה שלא שלח בו יד, אלא מהשבועה שלא פשעתי בה, ומה דקשה דשלא פשעתי בה הא פשיטא דהא מביא עדים שלא פשע ולפימש"כ מבואר דלהביא עדים שלא פשע בה לא שייך אלא על שעת האונס או הגנבה דבאותה שעה הי' משומר כדין, אבל אופן זה שכתבנו דאפשר פשע עי"ז אם הגיד לאחד שנמצא אצלו בפקדון חפץ כזה על זה א"א להביא עדים דאטו לא זזו ידם מתוך ידו כל זמן הפקדון אלא דאם נשבע שלא פשע בהפקדון ע"כ יש בזה שלא פשע בכל זמן הפקדון, וסובר הירוש' דמ"מ עיקר החיוב הוא לברר שבשעת ההיזק היה הפקדון שמור. אבל לחוש שמא פשע בפעם אחר הוא רק חששא ואינו מעיקר

חיוב השבועה שלא פשע, וזהו דאמר דאם הביא עדים שלא פשע בעיקר שמירת הפקדון א"צ לישבע שלא פשע בשום פשיעה, אבל משבועת שלא שלח בה יד לא מיירי הירוש' כלל דזה שפיר משביעין אותו, וזה לא קשה דאם צריך לישבע שלא שלח בה יד א"כ ממילא איכא גלגול על שלא פשעתי בה, דבזה יסבור הרי"ף כמו שכתבנו דדין גלגול הוא דוקא אם יגלגל התובע, ובזה לא מיירי הירוש' אלא מדין שבועת ב"ד שב"ד אינם צריכים להשביעו שלא פשע בה.

איברא דבאנו ליישב בזה דברי הרא"ש במה שמפרש כן דברי הרי"ף, והרא"ש הרי מפרש להדיא ד' הירוש' דפטור משבועת שלא שלח בו יד, אבל זה לא קשה דהרא"ש פירש ד' הירוש' לשיטתו דשבועת שלא שלח בו יד אינו אלא ע"י גלגול, אבל בדעת הרי"ף נוכל לפרש דגם שלא שלח בו יד הוא מה"ת וכנ"ל.

והנה לכאורה היה בדעתי ליישב באופן פשוט יותר דהרי"ף ג"כ מפרש ד' הירוש' כפי' הרא"ש, ומ"מ כיון דמפרש הא דר"נ דג' שבועות משביעין אותו שכולם עיקרם מה"ת, א"כ הבבלי פליג על הירוש', ומה שהביא ד' הירוש' הוא רק משום סיפא שהביא דאם יש עדים שפשע חייב לשלם, דע"כ בא לחדש איזה דין דהא פשיטא, וביאר זה לנכון הלח"מ דאשמעינן דלא נפטר אם יטעון תנאי הי' בינינו ושמכאן מקור לד' הרמב"ם פ"ו הל' ג', אכן אח"כ ראיתי דא"א ליישב כן דבאמת לא הביא הרי"ף הא דר"נ דשלש שבועות משביעין אותו לא במקום שהובא מימרא זו בגמ' בב"מ פ"א ובב"ק בפ' הגוזל, וא"א לפרש השמטתו דבאמת חולק על זה, דהא לא נמצא שום חולק בגמ' על זה, והוא באמת תימה על מפרשי הרי"ף שלא העירו בזה ומצאתי שבעל ההשלמה הביא מימרא זו בב"ק, ונראה דמזה גופא מוכח דשיטת הרי"ף כמו שמפרש הרא"ש בשיטתו דכל ג' שבועות הם מה"ת, ודברי רב נחמן הם רק פירושא דמתני' דש"ח נשבע על הכל דאי הוי סבר שהב' שבועות הם מדין גלגול ואשמעינן רב נחמן דא"צ שהמפקיד יגלגל, אלא הב"ד משביעין ודאי הי' להרי"ף להביא חידוש זה, כיון דגם בגמ' לא הובא מימרא דר"נ על המשנה במקומה לא בב"מ במשנה דארבעה שומרין הן ולא בשבועות, אלא אגב סוגיא אחרינא בב"ק ובריש ב"מ, ולפי"ז צ"ל דהרי"ף מפרש הא דאם לא שלח ידו דגם זה קאי על ונקרב בעל הבית היינו דגם זה נשבע, וכפשטיה דקרא ולא דאם לא שלח ידו הוא רק תנאי דאם שלח ידו אז לא נפטר משבועתו שלא פשע, דכן הוא לדעת הרמב"ם והראשונים דסוברים דשבועה דשליחות יד הוא רק מדין גלגול, אלא דבקרא כתיב עיקר השבועה שישבע שנאנס ולא פשע ולא שלח בו יד.

וראיתי שכן מבואר בד' רש"י בפ' השואל דף צ"ד ע"ב בד"ה נשבע על הכל פירש"י

שכן הוה שלא פשעו בה ולא שלחו בה יד, ובד"ה פרשה ראשונה פירש"י דכתיב ונקרב בעה"ב ואוקימנא לשבועה שנשבע שלא שלח בה ידו, והא דשלא פשע בה פירש"י בדף צ"ה בפלוגתא דפשיעה בבעלים בד"ה אש"ח דחיוב פשיעה נלמד מעל כל דבר פשע, ויש לומר דגם זה קאי על השבועה, אבל הרמב"ם לא הזכיר כלל חיוב פשיעה בש"ח ולא קרא דעל כל דבר פשע אלא פטור גנבה ואבדה, וכבר כתבתי מזה בפ"א מהל' שכירות. ונמצא מבואר דגם לפירש"י ע"כ ב' השבועות הן העיקריות, ושאינה ברשותו ע"כ צריך לישבע כמו שכתבו התוס' בב"ק דף ק"ז ע"ב ד"ה והלא ג' שבועות וז"ל וצריך כולהו דאי נשבע שלא פשעתי אכתי חיישינן שמא ברשותו הוא ובאמת נשבע, וכיון דהרי"ף סובר דהא דאמר ר"נ ג' שבועות משביעין אותו הוא רק פירושא דקרא ומפורשין הן בכתוב, וגם הגמ' לא הביא זה רק בדרך אגב בסוגיא לכן לא הביא זה, וממילא כבר א"א לפרש דהרי"ף מפרש בירוש' כד' הרא"ש דלפי"ז היה לו להביא הא דר"נ דלא סבר כהירוש', כיון דלא הביא בשום מקום הא דר"נ.

הלכה ח

כל המפקיד אצל בעל הבית בין כלים בין מעות על דעת אשתו ובניו ובני ביתו הגדולים הוא מפקיד. אבל אם מסרן לבניו ובני ביתו הקטנים או לעבדיו בין גדולים בין קטנים. או לאחד מקרוביו שאינן שרויים עמו בבית ואין סומכין על שלחנו ואצ"ל אם מסרם לאחר הרי זה פשע וחייב לשלם אלא א"כ הביא השומר השני ראיה שלא פשע כמו שביארנו, מעשה באחד שהפקיד מעות אצל חבירו ונתנם השומר לאמו והחביאה אותן ולא טמנה אותן ונגנבו. ואמרו חכמים אין השומר חייב לשלם מפני שנתנם לאמו שכל המפקיד על דעת בניו ובני ביתו מפקיד. ואע"פ שלא אמר לה פקדון הם יש לו לטעון כל שכן שהיא נזהרת בהן אם היתה סבורה שהן שלי, וכן אין אמו חייבת לשלם שהרי לא אמר שהן פקדון. ואמרו חכמים ישבע השומר שאותן המעות עצמן הן שנתנן לאמו ותשבע האם שהחביאה אותן ונגנבו ויפטרו שניהם, וכן כל כיוצא בזה. מכאן אתה למד שהשומר שמסר הפקדון לאשתו ובני ביתו והודיען שהן פקדון ולא שמרו כדרך השומרין שהן חייבין לשלם לבעל הפקדון ובעל הבית פטור שכל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד.

בפ"ב הל' י"א בארתי דהסוגיא דדף צ"ו בהא דבעל בנכסי אשתו ע"כ צריך לפרש דמיירי שם בלא הודיעתו לבעל שהפרה שאולה, ומ"מ אם בעל בנכסי אשתו הוי שואל חייב לשלם לבעלים אף שאשתו היא הבעלים לגבי הבעל, והבאתי שם ד' הגר"א שמפרש הסוגיא בהודיעתו שהיא שאולה, ומה דפטור הבעל אם הוא כלוקח מיירי בלא נשתמש

בה, ומוכיח הגר"א מהך סוגיא דדף מ"ב שמביא הרמב"ם כאן דאמר נימא לאימיה זילי שלימי אמרה לא אמר לי דלאו דידיה נינהו, ומוכח הנ"מ בין הודיעתו ללא הודיעתו והיינו משום שלא נשתמשה בהמעות אלא מדין שמירה וכשלא ידעה שאינם של הבן אינה חייבת לבעלים, והקשיתי על דבריו דהא הבן לא היה בבעלים עם אמו כשמסר לה המעות, וא"כ אמאי אינה מחוייבת להבן וממילא מדינא דר' יוסי דתחזור פרה לבעלים הראשונים תהא צריכה לשלם להבעלים והבאתי שם מד' הרמב"ן בחדושיו דטעמא דפטורה אמיה כשלא אמר לה דלאו דידיה נינהו משום שחשבה שהבן צריך להמעות ואינה צריכה להטמינם בקרקע, אכן שבתי וראיתי דמדברי הרמב"ם כאן מוכח דאינו מפרש כדברי הרמב"ן דהא כתב מכאן אתה למד וכו' והודיען שהן פקדון ומוכח דאם לא הודיען פטורים בכל אופן, וא"כ אין צריך לטעם של הרמב"ן משום שחשבה שהבן צריך להמעות אלא דקשה למה אינה חייבת להבן, וכן כאן בד' הרמב"ם למה אין בני ביתו חייבין להשומר, וממילא היו חייבין להבעלים מדינא דר' יוסי דתחזור פרה לבעלים הראשונים.

ונראה לפי"מ שביארתי שם דיש חילוק בין שואל לשומר, דשואל השני חייב אפי' אם הי' השואל הראשון בבעלים משום דלא גרע משואל שלא מדעת, ורק דבעל פטור מכיון שהוא כלוקח וכסבור שהוא שלו, אבל שומר שני אינו חייב לבעלים אא"כ הוא חייב לשומר ראשון ומדין תחזור פרה לבעלים הראשונים, ולפי"ז נוכל לומר דכל דינא דשומר הראשון יכול לתבוע משומר שני, ומשום זה חזר החיוב לבעלים, אינו אלא משום דשומר הראשון נמי איתא בדין חיוב שמירה ומחוייב הוא לבעלים אם יהי' פשיעה אצל השומר השני, וכדאמר בגמ' בדף ל"ה אמתני' דהשוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר דא"ל רב אידי בר אבין לאביי מכדי שוכר במאי קני להאי פרה בשבועה, נימא ליה משכיר לשוכר דל אנת ודל שבועתך ואנא משתעינא דינא בהדי שואל, א"ל מי סברת שוכר בשבועה הוא דקני לה משעת מיתה הוא דקני לה ושבועה כדי להפיס דעתו של בעה"ב, ונראה דאף דאמר אביי משעת מיתה הוא דקני לה מ"מ זהו אם יש חיובי שמירה על השוכר דהא חיובי שומרים הם מדיני נזיקין שהבעלים יש להם היזק וכדמתני להו ר' חייא בריש ב"ק בכ"ד אבות נזיקין, וא"כ מאיזה טעם סברי רבנן דהשואל משלם לשוכר, דאיזה תביעה יש לשוכר אל השואל כיון דאין לו היזק, וע"כ דטעמא הוא דכיון שהשוכר יש לו דין חיוב שמירה על הפרה ואם יהי' גנבה ואבדה אצל השואל חייב הוא לשלם, לכן מתחלה נתחייב השואל להשוכר כיון שהוא יש לו דין עם הבעלים, וזהו מה דס"ד דרב אידי בר אבין דשוכר בשבועה הוא דקני לה דצריך ביאור וכי איזה קנין היא השבועה

לקנות בזה הפרה של המשכיר, אלא דסבר דכל טענת השוכר להשואל הוא דכיון שהוא צריך לישבע ואם לא ישבע ישלם א"כ מה שהוא נשבע לא ירויח מזה השואל והשואל צריך לשלם לו כי השבועה אצלו חשובה כמו היזק ממון, ולכן פריך ולימא ליה המשכיר דל שבועתך ואין לך טעם במה לתבוע מהשואל, וע"ז אמר לו אביי דלא רק בשבועה הוא דקני לה אלא משעת מיתה כבר נתחייב השואל להשוכר משום דמעיקרא נתחייב לו בשביל שמוטל עליו חיובי השמירה, לכן בשעת מיתה כבר נגמר חיובו וכמש"כ הריטב"א הביאו הקצוה"ח בסי' רצ"א דאפי' למ"ד משעת משיכה, מ"מ בשעת אונסין נגמר חיובו למפרע ואמר דשבועה להפיס דעתו של בעה"ב לאשמעינן דאפי' אם הי' השוכר נאמן בטענתו ולא הי' צריך שבועה כגון אם התנה שיהי' נאמן, מ"מ עכ"פ הרי חיובי השמירה מוטל עליו ואם יגנב ישלם לכן הוא בעלים לתבוע מהשואל, ואף דעכשיו כשמתה כדרכה לא הי' פשיעה ואין על השוכר חיוב מ"מ כבר נעשה בעלים על הבהמה בשביל חיובו.

ועכשיו נוכל לומר דכיון דסובר הרמב"ם דבמפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד, אם פשעו אשתו ובניו פטור השומר, וזה ע"כ צ"ל דאין טעם הפטור של השומר משום שהם נעשו אחראים לשמירת הפקדון ואם יפשעו ישלמו הם דהא אפי' אין להם לשלם הוא פטור, וכיון דמעיקרא ידע שאין להם לשלם איזה טעם הוא שיפטר בשביל שיתחייבו הם, וע"כ דעיקר טעם הפטור הוא משום דמסרה לבן דעת ובודאי ישמרו, אלא דלאחר אינו רשאי למסור, ועל דעת אשתו ובניו דעת המפקיד שימסור להם, וכיון דכשמוסר השומר לאשתו ובניו נפטר השומר מחיובי אחריות של הפקדון ואפי' אם יפשעו לא ישלם, א"כ איזה טענה יש להשומר על אשתו ובניו לתבוע מהם שישלמו לו, וכיון דדין שומר אינו כדין שואל ובשומר א"א לחייב השומר השני להבעלים מדינא דר' יוסי אא"כ חייב הוא מעיקר הדין לשומר הראשון דאז אנו אומרים תחזור פרה לבעלים הראשונים, וכיון דהשומר הראשון כבר נפטר מהבעלים ומשום זה אינו חייב לו השומר השני וממילא לא יוכל לומר תחזור פרה לבעלים הראשונים ואף שצריך הבן השומר לישבע שאותם המעות מסר לאמו זה אינו חיוב על שמירת אמו, אלא שנשבע שמסר לאמו דבזה נפטר משמירתו, וזה אינו דומה לטענת החזרתי דא"צ לישבע דעכ"פ אינו חזרה, ובפרט לפימש"כ המ"מ פ"א מהל' שכירות דגם בטענת החזרתי אם אין המפקיד יודע צריך השומר לישבע, או לפימש"כ דהיכי דהחזרה תלויה בטענת אונס צריך לישבע עמש"כ פ' ג' הל' ג' אבל משמסר לאמו כבר אין עליו חיובי שמירה, ולכן אינו יכול לתבוע לאמו כיון שאינו חייב לבעלים.

ולכן שפיר מבוארים ד' הרמב"ם דדוקא בהודיעם שהוא פקדון נתחייבו מצד עצמם להבעלים אבל לא הודיען שהוא פקדון אין כאן טעם שיתחייבו להבעלים, דהא לא נתחייבו להבעלים להיות שומר שלהם, וכבר כתבתי דלא קשה דא"כ איך יכול השומר למסור להם כיון דלא יתחייבו לשלם דהא אין טעם פטורו בשביל שיתחייבו לשלם דהא אפי' אין להם מתחילה שום דבר הוא פטור.

ומבואר עכשיו דמה שתמהתי על ד' הגר"א שהביא ראיה לדברי הרמב"ם בפ"ב הל' י"א דאם הודיעה את בעלה שהיא שאולה נכנס תחתיה מהסוגיא הזאת דהא האם אינה פטורה לגבי בנה דאין הבן בבעלים, וממילא חייבת להמפקיד מדינא דר' יוסי, אבל עכשיו דבריו נכונים ומוצדקים דלשיטתו של הרמב"ם גם האם אינה חייבת לבנה כיון שהוא פטור מלשלם להמפקיד אפי' פשעה, ואינו צריך הרמב"ם לטעמו של הרמב"ן בשביל שחשבה שהבן צריך להמעות, ומ"מ בלא אמר לה דלאו דידיה נינהו פטורה, וע"כ דמה דחייבת כשאמר לה דלאו דידיה נינהו זהו משום שנעשית בעצמה שומרת להמפקיד, ולכן גם בבעל בנכסי אשתו דינא הכי, ואם הודיעה את בעלה הבעל חייב, אלא דמ"מ הסוגיא דדף צ"ו מיירי בלא הודיעתו ומ"מ אי לאו דבעל לוקח הוי חייב ומשום דבשואל שני חייב גם אם הראשון שאל בבעלים, ופטור לגבי המשאיל וכמש"כ שם, ובמש"כ המל"מ אם גם ברגיל להפקיד פטור השומר אם פשע השני עמש"כ בפ"ד מהל' נזקי ממון הל' י"א ע"ש.

פרק ה

הלכה א

מי שהפקיד אצלו מעות של עניים או של פדיון שבויים ופשע בהם ונגנבו פטור שנאמר לשמור ולא לחלק לעניים, והרי הוא ממון שאין לו תובעים, אפי' באו עליו גנבים וקדם והציל עצמו בממון שבויים פטור אין לך פדיון שבויים גדול מזה, בד"א בשאין זה הממון מופקד לעניי מקום זה או לשבויים אלו, אבל אם היו לעניים אלו או לשבויים אלו והרי הוא קצוץ להן הרי זה הממון שיש לו תובעין וישלם אם פשע, או ישבע שלא פשע כדרך כל השומרים.

אין לך פדיון שבויים גדול מזה, הכ"מ הביא קושיית הרשב"א דלמה לן הך טעמא תיפוק ליה דהו"ל ממון שאין עליו תובעים, ותי' הנמוק"י בשם הרא"ש דדוקא היכא דנתן לשומר לחלק לעניים פטור השומר, אבל אם נתן לו לשמור ושיחזיר לו והמפקיד יחלק חייב השומר דהוא מחוייב למפקיד, וכתב הלח"מ דע"כ גם הרמב"ם יתרץ כן

משום דא"א לאוקמי בשבויים ידועים, דמוכח מדבריו דבזה לא מהני טעמא דאין לך פדיון שבויים גדול מזה דאין לשנות מממון שבוי אחד לשני, אבל קשה דבדברי הרמב"ם א"א לפרש כן דא"כ היה לו לכתוב מי שהפקידו אצלו מעות של עניים לחלק, ולמה כתב בסתם מעות של עניים, ומוכח דבכל גווני פטור ומפרש לשמור ולא לחלק לעניים דהכונה לשמור בעד הבעלים ולא שהממון הוא בעד עניים שאינם ידועים דהו"ל ממון שאין להם תובעים, וכיון דהשומר ע"כ צריך לחלקם לעניים שאינם ידועים לא מיקרי לשמור בעד בעלים, וטעמו של הרמב"ם ברור דמפרש הא דרב יוסף דאפקיד ארנקי דצדקה גבי ההוא גברא כפשוטו שלא הפקיד אצלו ע"מ שהוא יחלק ומ"מ פריך אביי מלשמור ולא לחלק לעניים ולהרא"ש צריך לפרש שהפקיד אצלו ע"מ שהוא יחלק וזהו דוחק. לכן מוכיח דבכל גווני פטור, וממילא קשה ל"ל טעמא דאין לך פדיון שבויים גדול מזה.

ונראה דהנה הלח"מ כתב דאין לחלק דפטורא דלשמור ולא לחלק לעניים הוא רק שלא לחייב להשומר אם פשע, אבל אם נתנם לאחר בעד עצמו חייב דהא מזיק מתנות כהונה או שאכלן פטור משום דהו"ל ממון שאין לו תובעים, אלמא דאפי' אכלן פטור, אך יש לומר דאיכא נ"מ בין דינו דשומר ובין היכא שנטלם לעצמו דאף דגבי שומר אפי' לא נתן לשומר ע"מ שיחלק לעניים ואף שנתן לו בסתם לשמור כיון דהמעות עומדות לחלקם לעניים פטור זהו רק דין בשומר דנתמעט מקרא דלשמור, אבל אם נטלם ואכלם אף דגבי מתנות כהונה פטור אפי' אכלם זהו משום שאין כאן כלל בעלים לתבוע, אבל בשומר שהמפקיד נתן לו ע"מ שיחזירם לו ויש לו בעלות על המעות לזה שיוכל לתבוע ממי שנטלם, לכן אם אכלם חייב וכן אם נתנם לאחר בשביל עצמו.

איברא דהמל"מ בפ' ד' מהל' מלוה הל' י"ד הוכיח דהך דינא דלשמור ולא לחלק לעניים מהני לפטור אפי' מזיק דהא הרמב"ם סובר בפ"ב מהל' שכירות דאם פשע בקרקעות ועבדים ושטרות חייב משום דפושע הוא מזיק, וכיון דכאן פושע פטור ע"כ גם מזיק פטור, אכן יש לחלק מדין קרקעות ועבדים ושטרות לדין לשמור ולא לחלק לעניים עפ"מ שכתבתי בפ"ב מהל' שכירות בטעמו של הרמב"ם דסובר שם דפושע חייב, משום דסובר דכל השומרים נתחייבו משעת משיכה, והיינו שנתחייבו לשמור הפקדון ולהחזיר לבעלים, ומשום זה לא כתב הרמב"ם כלל דפושע חייב, אלא דאם נגנבה או נאבדה פטור בש"ח, ונאנסה פטור בש"ש וחייב לישבע שלא פשע, וממילא אפי' הני דנתמעטו מדין חיובי תשלומין בשומרים זהו רק בש"ש אם נגנבה או נאבדה, ובש"ח פטור משבועה אבל אם פשע חיובו אינו מדיני חיובי תשלומין דשומרים, אלא מעיקר דין התחייבותו

שקבל הפקדון ע"מ להחזיר לבעלים וכשאינו מחזיר אינו מקיים תנאו, ובארתי דזהו שכתב דפושע מזיק הוא בזה שקבל לשמור ופשע ולא החזיר, וכל זה הוא בדין קרקעות ועבדים ושטרות שנתמעטו מכלל ופרט וכלל מקרא דכי יתן איש אל רעהו דהוא רק מיעוט דבהנהו ליכא דיני חיובי תשלומין ושבועת שומרים דעכ"פ לא נתמעטו דלא שייך בהם עיקר קבלת שמירה, אבל לאבד ולקרוע ולחלק לעניים דנתמעטו מלשמור בזה גלי קרא דליכא בהו דין שמירה, וממילא ליכא טעמא לומר דאם פשע חייב דפושע הוא כמזיק דהא דין זה נמשך מחיוב שמירה ואם לא קבל עליו שמירה או אפי' קבל עליו אלא שלא משך הפקדון לא נתחייב בשמירה ואפי' פשע פטור, וכיון דמיעטה תורה הני מדין לשמור דבכה"ג ליכא דין שמירה ממילא פטור אפי' אם פשע.

אמנם דהרמב"ן במלחמות בהך סוגיא כתב דהמיעוט מלשמור הוא ע"כ דאפי' אם הזיק פטור דאם מדין שמירה פטור ל"צ קרא כיון דאמר לו לאבד או לקרוע הא לא אמר לו לשמור וממילא פטור, ועוד דומיא דלחלק לעניים דאפי' זרקו לים פטור דליכא דתבע ליה, וזהו דלא כמש"כ בדעת הרמב"ם, אבל בדעת הרמב"ם ע"כ צ"ל כמש"כ, ומה שכתב הרמב"ן דלחלק לעניים כיון דליכא דתבע ליה פטור אפי' הזיק אינו מוכרח דלא מיבעי היכי שלא אמר להשומר לחלק דודאי שייך לומר שהמפקיד הוא בעלים ויכול לתבוע וכמש"כ, אלא אפי' אם אמר להשומר שהוא יחלק כיון שעכ"פ המפקיד מסר לו שיחלק לעניים וכשלא קיים תנאו יש להמפקיד רשות לתבוע להשומר שעל מנת זה מסר לו, אלא דמ"מ נתמעט מקרא דלשמור דמפרשינן לשמור עבורו ולא היכי דאין לו בעצמו זכות בהפקדון וגם אינו חייב המפקיד לשלם אם יאבד משום דהוי ממון שאין לו תובעין.

ובמה שהוכיח הרמב"ן דאם לא נתמעט אלא מדין שמירה א"כ ל"ל מיעוטא תיפוק ליה דלא קבל עליו לשמור כיון שנתן לו לאבד ולקרוע נראה דיש לומר דצריך קרא למעט אפי' היכי שקבל עליו השומר שמירה על זה שישמור הפקדון היום כדי לאבד אותו למחר והמפקיד רוצה בזה למרמי אימתא אאינשי ביתיה כדאמר בשבת בדף ק"ה ומ"מ כיון דעכ"פ לא נתן לו ע"מ שיחזיר לו הפקדון לא קרינן ביה לשמור, ומיושב שפיר דהמיעוט מלשמור הוא כפשוטו דלא נתמעט אלא מדין שמירה וכדעת הרמב"ם.

הלכה ב

המפקיד אצל חבירו ממון או כלים חשובין ובאו עליו גנבים וקדם ונתן להם הפקדון להציל עצמו, אם היה אמוד שהוא בעל ממון חייב שחזקתו שבגללו באו הגנבים ונמצא זה מציל עצמו בממון חבירו. ואם אינו אמוד חזקתו שלא באו אלא לשם הפקדון ופטור וכן כל כיוצא בזה.

ואם אינו אמוד כתב המ"מ דהרשב"א כתב דאינו פטור אלא כשהגנבים היו יכולים למצוא בעצמם הא לאו הכי חייב דלא גרע מאנס שאנסו להביא ממון וכו' ולדברי רבינו שלא חילק י"ל דשאני הכא דכיון שהממון הוא ברשות הנפקד ומחמת הפקדון באו לו הגנבים אינו בדין שיתחייב זה משלו לשלם, כיון שלא נאבד הפקדון מחמת פשיעתו וזה הוא ש"ח שאינו חייב אלא בפשיעה, אבל מי שאנסוהו להביא ממון חבירו שהוא ברשות חבירו וכו' בדין הוא שיתחייב שהרי ממון זה ברשות בעליו הוא והרי זה מציל עצמו בממון חבירו ואין אנו יכולין לומר בכאן מחמת מעשיו של בעל הממון בא האונס לזה עכ"ל, ודברי המ"מ תמוהים דמה הזכיר כאן פשיעה וכתב דאינו פשיעה הרי נתן להם בידו, ובזה חולקים הרי"ף עם הגאון סוף ב"ק אם אנסוהו להביא ממון זה דהגאון סובר דפטור, והרי"ף סובר דחייב והראב"ד חולק שם, והמ"מ כתב כאן עוד חילוק שכאן הפקדון ברשות הנפקד ושם הוא ברשות בעליו, אבל לא ביאר טעמא במה דמהני חילוק זה דהא עכ"פ הפקדון הוא של הבעלים אכן הנמוק"י שם בסוגיא הביא דברי הרמב"ן שם בארוכה וכתב שם וז"ל, אבל אם היה פקדון אצלו ואנסוהו עכו"ם לתת להם אותו פקדון שהרי בא לו האונס מחמת אותו ממון פטור לפי שידו כיד הבעלים ואדעתא דהכי הפקידו גביה ואדעתא דהכי קבל ממון מיניה, שאין אדם משים עצמו בממון חבירו יותר מבממונו עכ"ל, וטעמו של הרמב"ן הוא חדוש גדול דנימא דאדעתא דהכי נתן לו המפקיד ואנו מוכרחים לקבל חידושו כיון שמוכרח לומר כן לדעת הרי"ף.

אכן נראה דאפשר לומר בזה טעם אחר לפי"מ שפסק הרמב"ם בפ"ח מהל' חובל ומזיק הל' ט' ספינה שחשבה להשבר מכובד המשוי ועמד אחד מהן והקל ממשאה והשליך בים פטור שהמשא שבה כמו רודף אחריהם והרגם, והוא ממעשה דחמרא בב"ק דף קי"ז והראב"ד השיג על הרמב"ם שאין דין רודף כלל, ואין זה דומה למעשה דחמרא והוא משום שהראב"ד מפרש כפירש"י שם שבעל החמור הכניס החמור אח"כ כשכבר היתה הספינה מלאה והוי רודף, אבל הכא לא חילק בין המשא שהיה מקודם ובין המשא שהיה אח"כ, וביארתי שם דגירסת הרמב"ם היא כגירסתנו בהא דחמרא שהעלה החמור קודם שבאו האנשים ומ"מ יש להחמור דין רודף.

והנה שם כתבתי דמדברי הרמב"ם שכתב דפטור ולא כתב שמחשבין על כל בעלי המשא מוכח דמחלק בין הא דספינה ובזה השיגו הראב"ד וכתב ודין זה שהטיל איש אחד מחשבין על כולם כדאיתא בגמ' והסמ"ע בסי' ש"פ כתב דהרמב"ם ג"כ מודה לזה, ורק אם המשא שהשליך בא באחרונה אז אין מחשבין שהוא הרודף, אבל אם בא בראשונה מחשבין על כולם, וכבר כתב שם הש"ך דמהרמב"ם משמע דבכל ענין פטור

ולא כתב דמחשבין, וכתבתי שם בטעמו של הרמב"ם דבברייתא דבעלי הספינה השליכו והיה בדין להשליך מכל אחד מקצת, אלא לפי שא"א לכן מחשבין על כולם אבל כאן שאחר השליך והוא פטור מדין רודף גם בעלי המשא פטורין, והנה יש מקום לעיין בזה מדין מבריח ארי דמבואר בב"ק דף נ"ו דהיכי דאינו מדעתו או אית ליה פסידא חייב ואולי יש מקום לחלק כיון שבדין השליכו, אלא דנראה לי עכשיו דעיקר החילוק לא משמע בדברי הרמב"ם דגם בברייתא גבי ספינה וכן בד' הרמב"ם פ"ח מהל' חובל ומזיק קתני והקילו ממשאה ולא קתני חילוקים מי הקל ולאו דוקא אם באו מקודם לדון משל מי ישליכו, אלא דבלא ישוב לקחו משא ממקום אחד והשליכו, וא"כ איזה חילוק יש משם לכאן דנימא שם נמי דהשליכו בדין מדין רודף וממילא האחרים פטורים.

לכן נראה דמחלוקת הרמב"ם והראב"ד הוא בזה דהראב"ד דאינו סובר טעמא דרודף משום דלא בא באחרונה, א"כ גם האנשים שבספינה צריכים ליתן חלקם כפי כובדם וכמו שאר משא, ולכן כתב הראב"ד מחשבין על כולם והיינו שגם על האנשים מחשבין והרמב"ם כתב דהוא פטור, ובאמת לא שייך לפוטרו דאף דאין על המשא דין הא בדין משליכין ומשלמים לבעל המשא כל הזיקו דמחשבין על כולם, אבל הרמב"ם הא סובר דהמשא הוא רודף ואין נ"מ אימתי בא, ולכן כל האנשים פטורים וגם הוא פטור מדין מזיק, ויתכן שבעל המשא יהי' לו היזק כל הממון אם שאר המשא הוא רק מאנשים, ואם יש שם עוד משא כבר כתב בפ"ח מהל' חובל ומזיק דמחשבין על כולם כדקתני בברייתא, וסמך כאן לענין דין המשא על מה שכבר כתב בהל' חובל ומזיק.

וכיון שנתבאר דגם משא יש לה דין רודף א"כ נוכל לומר דגם כאן בהלכה שלפנינו כיון שהגנבים באו עליו בשביל זה שנמצא אצלו הממון הנפקד, א"כ הממון הזה הוא רודף עליו כמו דגם משא חשיב רודף, ואף דיש לחלק דמשא כיון שהוא מכביד על הספינה הוא בפועל רודף, אבל הכא הממון אינו עושה שום דבר, מ"מ יש לומר דכיון דממון זה הוא סבה שיבואו הגנבים ולעשות סכנה הוא ג"כ רודף, אבל זה דוקא בהך עובדא שהממון מונח בבית הנפקד אמרינן דעיקר מה שהוא נמצא ברשותו בזה הוא רודף, אבל אנס שאנס לאחד ואומר לו הבא לי ממון של פלוני לא נוכל לומר שהממון הוא רודף דהממון לא עשה שום דבר והוא מונח ברשות הבעלים במקום שהוא צריך להיות, ורק האנס אונס לאיש אחר שיביא לו אלו המעות, בזה לא שייך לומר שהממון הוא רודף, וכיון דאם נו"נ ביד אפי' באונס חייב כדעת הרי"ף לכן שפיר חייב לשלם.

הלכה ד

שנים שהפקידו אצל אחד זה מאה וזה מאתים וכל אחד משניהם אומר אני הוא שהפקדתי המאתים והשומר אומר איני יודע. ישבע כל אחד מהן שהפקיד מאתים ונוטל כדין כל נשבע ונוטל ויתן מאתים לזה ומאתים לזה ומפסיד מאה מביתו. שהרי הוא פושע שהיה לו לכתוב שם כל אחד על כיס שלו. לפיכך אם הביאו לו השנים כאחד שלש מאות בכרך אחד ובאו ותבעו וכל אחד אומר המאתים שלי, נותן מנה לזה ומנה לזה והשאר יהיה מונח אצלו עד לעולם, או עד שיודה האחד לחבירו, שהרי הוא אומר להם כיון שראיתי שאין אתם מקפידין זה על זה והבאתם בכרך אחד לא הטרחתי עצמי לידע ולזכור תמיד מי בעל המאה ומי בעל המאתים.

כתב המ"מ ומה שכתב ישבע כל אחד מהם אע"פ שהם טוענים כל אחד מאתים, והוא אומר לכל אחד מנה ודאי יש לך בידי והמנה השאר איני יודע, ונתבאר פ"ד מהל' טוען שהאומר לחבירו מנה לי בידך והלה משיבו חמשים אני יודע ודאי שיש לך בידי וחמשים איני יודע משלם מנה בלא שבועה כאן יש לומר שכיון שהדבר ידוע שלא הפקידו בין שניהם אלא שלש מאות והוא מודה בהן, ומחמת פשיעתו הדבר ברור שהוא מפסיד מנה שלא כדין, בדין הוא שישבעו הנוטלין כן כתב הרשב"א עכ"ל והש"ך בסי' ע"ו סק"ד כתב על מש"כ המחבר שם אחר שישבע כ"א וכו' וז"ל ולא אמרינן דהו"ל הלוה מודה במקצת שחייב לכל אחד ק' ועל ק' אינו יודע וישלם בלא שבועה דכיון דמ"מ ברי לו שאינו חייב לבין שניהם רק ש' הו"ל כטוען ברי לענין זה כ"כ בעה"ת בשם הרמב"ן, וכה"ג כתב הנ"י פ' המפקיד והרב המגיד פ"ה מהל' שאלה בשם הרשב"א עכ"ל.

והנה הש"ך צירף כאן שני ענינים ושני תירוצים נפרדים דהתי' שכתב הוא דלא אמרינן כאן דין מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם, וזה כתבו הרמב"ן בבעה"ת וכן הנמוק"י על מה דאמרינן דכשהפקידו לו בכרך אחד אינו משלם אלא ק' לכל אחד וק' יהי' מונח דאמאי לא נימא משואיל"מ, והרמב"ן סובר שם דאפי' בשני כריכות דפשע והו"ל למידק, מה דמשלם לכל אחד אינו אלא משום קנסא, לכן קושייתו הוא אפי' לשיטת התוס' דבלא הוי ליה למידע לא אמרינן משואיל"מ, אך הרמב"ן בעצמו משמע בפ' שבועת הדיינין דאינו סובר כהתוס' ולכן קושיתו הוא גם על בכרך אחד, ותי' שם הרמב"ן וז"ל אלא שהטעם בשאלה זו בין בפקדון בין במלוה ליכא הכא דין שבועה כלל, דכיון שהוא אומר איני יודע אלא מה שהפקדתם אתם נוטלין ולא מעכב לנפשיה כלום ליכא הכא דין שבועה כלל דמודה בחיובו הוא, ומה נפשך אי דינא הוא דמניח ביניהם ומסתלק דהיינו חזרה דרמיא עליה בפקדון זה, הא קא מודה בכוליה חיוביה ולא כפר ביה כלום,

ואי דינא דמשלם לכל אחד הא קא מודה ולימא ליה מר שלם, ואפי' למ"ד מנה לי בידך והלה אומר איני יודע חייב הכא פטור דהא ברי הוא אצל עצמו שאינו מעכב אצל עצמו כלום, ולדידהו נמי מודה בחיובו הוא ועשה ע"פ ב"ד מה שב"ד מחייבין אותו, וזה הדין תפוס בידינו מדין שליש שהאומר לחבירו כלי זה שבידך שלי הוא שהפקדתיך, והלה אומר של איש פלוני הוא, יבוא הוא ויטול את שלו ואין על זה חיוב שבועה כלל וכמו שכתבו הגאונים, הילכך בין בכופר בין במוב"מ בין באומר במקצת איני יודע שלך הוא או של פלוני אין כאן חיוב שבועה ולא שבועה שאינו יכול לישבע עכ"ל.

אכן הגדולי תרומה הקשה שם על ד' הרמב"ן במה שדימה לדין שליש הא תינח בפקדון, אבל במלוה למה לא יטעון ראובן מה לי עם שמעון אני טוען שנתתי לך מאתים ואתה מודה לי במנה ונשאר בקושיא, ונראה דכונת הרמב"ן דכיון דע"כ מיירי ששניהם מודים שלא לוה אלא שלש מאות וכמש"כ הבעה"ת בתחלת השאלה שהלוו לו ביחד, ומ"מ כתב דאם אמרו של זה ר' ושל זה ק' הו"ל למידק והו"ל כשתי כריכות, לכן אפי' להרמב"ן דסובר דגם בשתי כריכות אינו חייב לשלם לכל אחד אלא משום קנס, מ"מ בטוען ברי אינו יכול כל אחד להשביעו, כיון שיודעין שניהם בודאי שאצלו לא נשאר ממון והוא מחזיר כל הממון שיש בידו הו"ל בהלואה ג"כ כדין שליש שכתב הרמב"ן בשם הגאונים דליכא שבועה, וכיון דכשהלוה טוען ברי ליכא שבועה ממילא בטוען איני יודע ליכא משואיל"מ ואינו חייב מדינא אלא משום קנס וכמש"כ הרמב"ן, עוד י"ל דמש"כ הרמב"ן דבב' כריכות אין החיוב אלא משום קנס כתב בפקדון ומה שכתב דגם במלוה לא שייך שבועה ולא משואיל"מ הא זה ודאי בכרך אחד דבב' כריכות עכ"פ חייב, ובכרך אחד ודאי שפיר דדמי לשליש. ובדרך הרמב"ן כתב הנמוק"י בקצרה דמשו"ה לא הוי משואיל"מ דהתם רמא רחמנא שבועה עליה שלא יעכב ממון חבירו ברשותו, אבל הכא הרי מודה הג' מאות שתובעין בין שניהם ואין הכפירה וההודאה אלא בין המפקידין.

נמצא דדברי הרמב"ן והנמוק"י הוא טעם על עיקר הדין שפוטרין אותו בכרך אחד, ובשתי כריכות להרמב"ן דאינו משלם מדינא, אבל הרשב"א אינו סובר כהרמב"ן דעל קושיא זו למה נפטר תירץ הרשב"א בש"מ משום דלא אמרינן משואיל"מ, אלא היכי דהו"ל למידע ובכרך אחד לא הו"ל למידע, ומה שכתב הרשב"א כאן שהביא המ"מ הוא רק טעם על מה דאמרינן בשני כריכות שישבעו שניהם, דלמא צריכין לישבע ואמאי אינו צריך לשלם מדינא לכל אחד מדין משואיל"מ ועל זה הוא שהעמיד המ"מ כאן דברי הרשב"א, ובדבריו אצ"ל דהוא טעם דלא שייך כאן דין משואיל"מ, אלא דאפי' אם הוא חייב לשלם מדין תורה מ"מ כיון דעכ"פ משלם שני תשלומין של ר' והוא אינו חייב

אלא אחד של ר' מצינו דבזה תיקנו חכמים שבועת המשנה דהא גבי חנוני על פנקסו כתב הרמב"ן בשבועות ר"פ כל הנשבעין דפועלים שקלי מדינא משום דהו"ל בעה"ב איני יודע אם פרעתיך, ומ"מ גם פועלים נשבעין, ושיטת הרמב"ם פט"ז מהל' מלוה הל' ה' דגם חנוני נוטל מדינא, וכמו שביאר הש"ך בסי' צ"א ס"ק י"ב שיטתו, ומה דנשבעין שניהם כתב שם הרמב"ם משום דמשלם שני תשלומין, ומשום זה סובר הרמב"ם דהיכי דאינו משלם אלא תשלום אחד כגון במת החנוני או מתו הפועלים נוטל התובע בלא שבועה ועיין שם במ"מ, וממילא כאן כיון דעכ"פ משלם שני תשלומין מה שבודאי אינו חייב אלא אחד צריכים שניהם לישבע, וכן משמע מלשון הרשב"א שהביא המ"מ שכתב הדבר ברור שהוא מפסיד מנה שלא כדין בדין הוא שישבעו הנוטלין, אלא שמה שכתב המ"מ בעצמו עוד שדין זה אפי' באומר הילך זהו בודאי טעם דלא שייך משואיל"מ אבל אינו מובן דעכ"פ צריך טעם היכי דאינו אומר הילך, ונראה דכונתו להוכיח דע"כ גם בשני כריכות אינו משלם מדינא משום משואיל"מ כיון דהוא אפי' באומר הילך, ולכן יש לומר דלא שייך כאן משואיל"מ ואינו משלם מדינא ובודאי כונתו כדברי הרמב"ן וממילא מיושב מה דצריכים שניהם לישבע אכן לפנינו נבאר דהרמב"ם אינו סובר כהרמב"ן וסובר דגבי פקדון משלם מדינא, וחילק מגזילה דשם כתב קנס הוא שקנסוהו חכמים.

ב) **והשאר** יהיה מונח אצלו, הלח"מ הביא מה שכתב המ"מ פ' כ' הל' ב' שכתב הרמב"ם לקח מקח מחמשה בנ"א וכל אחד מהן תובע אותו אני הוא בעל המקח והוא אינו יודע ממי מהם לקח, מניח דמי המקח ביניהם ומסתלק ויהיו הדמים מונחים עד שיודו או עד שיבוא אליהו, וכתב ע"ז המ"מ שם ופירשו שמניחן ביד ב"ד, וזה שכתב ויהיו הדמים מונחים הכונה בב"ד והקשה על זה דהא כאן כתב הרמב"ם שיהיו הדמים מונחים אצלו, ואע"ג דאפשר דתרווייהו איתנהו דאפשר דיניחם בידו או ביד ב"ד מ"מ מנ"ל לפרש בדברי רבינו היפוך מה שהוזכר כאן בדבריו עכ"ל, וכן תמה הש"ך על דברי המחבר בסי' רכ"ב סק"ה שכתב מונחים בב"ד, והביא הש"ך ד' המ"מ וכתב ע"ז ותימה שהרי בפ"ה מהל' שאלה כתב הרמב"ם יהיו מונחים אצלו, וכן הגר"א בסי' ש' סק"ה במש"כ שם המחבר מונח אצלו כתב ודברי המ"מ וש"ע סי' רכ"ב ס"ב צ"ע שכתב מונחים בב"ד.

והנה כולם בדעה אחת שהדין דלקח מאחד מחמשה והדין דשנים שהפקידו צריכים להיות שוין בפירושא דיהא מונח, ומשום זה תמהו על המ"מ והמחבר, ואני תמה על תמיהתם דבין בסברא בין בלשון הרמב"ם מוכח כפירושו של המ"מ, בסברא הוא מבואר דאיך אפשר גבי לקח מחמשה בני אדם שצריך הוא לשלם לבעל המקח דנימא שיהיו הדמים מונחים אצלו עד שיבא אליהו, דא"כ לא קיים תשלומין כלל דהא אין אדם זוכה

בשלו לחבירו, ואפי' אם יניח במקום מסויים ברשותו דמים שיהיו מונחים בעד המוכר, במה זכה המוכר בהדמים ולמה לא יוכל אח"כ להשתמש בהם דהא בין כך ובין כך החוב מוטל עליו ואם יאבדו המעות אפי' באונס לא נפטר מחיובו כיון שלא זכה המוכר בהמעות, וכיון שכן הרי לא יקיים שום תשלומין ויהיו הדמים רק חוב עליו ולא זהו לשון ויניח דמשמע שיהיו הדמים מונחים, וע"כ דגבי מקח ודאי הפי' ויניח שיניח ביד ב"ד ויזכו ב"ד בשביל המוכר, ולא דמי לשנים שהפקידו שהפקדון אינו שלו והוא שומר על הפקדון ושייך שיהא מונח אצלו, וכיון שמתחלה עשה המפקיד אותו לשומר צריך להיות מונח אצלו גם אחרי הספק עד שיתברר או עד שיבא אליהו.

ובלשון הרמב"ם בפ' כ' מהל' מכירה ג"כ ודאי מוכח כדברי המ"מ שכתב מניח דמי המקח ביניהם ומסתלק ויהיו הדמים מונחים עד שיודו וכו' ולדבריהם שהכונה שיהיו הדמים מונחים אצלו למה כפל הלשון מניח וכו' ויהיו הדמים מונחים, ואף דבברייתא קתני כן בדברי ר' טרפון מניח גזילה ביניהם ומסתלק, אבל זה הא אמר ר' טרפון דלא קיי"ל כוותיה אלא כר"ע דאין לו תקנה עד שישלם לכל אחד ואחד, אלא שהגמ' מפרש דמה דאמר ר"ט מניח וכו' ומסתלק היינו דיניח, אבל הרמב"ם למה צריך לכפול הלשון וע"כ דכאן בין בגזל לר' טרפון בין במקח לדידן לשון מניח ביניהם ומסתלק הוא כפשוטו דהוא מחוייב להוציא הממון לקיים השבת גזילה לר"ט, ופרעון מקח לדידן אלא דאין הכונה שאח"כ יהי' כל דאלים גבר ומי שיחטוף יחטוף, אלא ויניח היינו שיניח לפניהם בב"ד ויהיו מונחים בב"ד, ודברי המ"מ והמחבר נכונים וברורים.

ג) **ובמה** שכתב כאן הרמב"ם שהרי הוא פושע דמוכח דסובר דחייב לשלם מדינא ובפ"ד מהל' גזילה הל' ט' גבי גזל מאחד מחמשה דמשלם לכל או"א כתב אף דבר זה קנס הוא שקנסוהו חכמים, בארתי שם דבגזלן אין עליו אלא חיוב השבה. אבל אין עליו חיוב שמירה להחזיר ליד הבעלים, ולכן גזלן פוטר עצמו בהרי שלך לפניך אף שיש עיכוב שאינו יכול הנגזל ליטול שאינו יודע הגזלן מי הוא, ואף שיש בזה פשיעה במה ששכח הגזלן אין הגזלן חייב על פשיעה, אבל שומר חייב על פשיעה, וזהו פשיעה מה שאינו מחזיר ליד הבעלים, וכבר כתבו התוס' בב"ק דף נ"ו ע"ב ד"ה פשיטא דגזלן פטור בכחשא דהדרא בפירות שהרקיבו מקצתן משום דלא חשיב שינוי ופטור אפי' בפשיעה דלא קבל עליו שמירה ושומר חייב ע"ש שבארתי בארוכה.

ובזה בארתי שם מה שכתב הרמב"ם בסוף ההלכה וכן מי שתבעוהו שנים זה אומר אני הוא והשומר אומר אחד מכם הוא ואיני יודע מי הוא ישלם לשניהם, ולא הזכיר אחר שישבעו שניהם, איברא דהסמ"ע בסי' ש' כתב דהוא אחר שישבעו דכן כתב שם

הטור וכן כתב הש"ך שם, ובסי' ע"ו ס"ב גבי הלואה, אבל מלשון הרמב"ם לא משמע כן ששינה דבריו באותה ההלכה, דמקודם כתב ב' פעמים אחר שישבעו ואח"כ ב' פעמים משלם לשניהם, ובהל' גזילה כתב שישבעו, ולכן נראה דיש חילוק בין אם חייב מדינא ובין אם אינו חייב מדינא, וזהו החילוק בין גזל לכאן, ומה דשינה כאן זהו משום דכאן חייב מדינא, ומה דצריכין לישבע הוא משום דצריך לשלם ב' תשלומין ומדין חנוני על פנקסו, וזה לא שייך אלא היכא שגם התובעין יודעין שהם שייכים זה לזה וכמו בחנוני על פנקסו.

וכן הוא כאן בתחלת ההלכה ששניהם דנים על המאתים דלדעת הרמב"ם גם ברישא מיירי שהפקידו זה בפני זה, דהא סובר דדוקא בכרך אחד ממש פטור מלשלם לכל א' מאתים ומה דאיתא בגמ' כגון דאפקידו תרוייהו בהדי הדדי בחד זימנא הרמב"ם אינו גורס כן יעוין בדק"ס שכתב דבכת"י ה' ליתא ובכת"י ר' א' איתא פי' כגון וכו' והיינו שהוא רק פירוש ואינו מגוף הגמ' ולכן מפרש דגם בשנים שהפקידו הוא זה בפני זה, וכן משמע לשון אני הוא בעל המאתים, דאם אינו יודע מחבירו כלום צריך לטעון נתתי לך מאתים, ולכן שפיר דמי לחנוני על פנקסו ושייך בזה שני תשלומין, אבל בהפקיד אחד ואינו יודע מי הוא אינם שייכים זה לזה כלל, וכל אחד טוענו בברי נתתי לך פקדון והוא טוען שמא, וכבר כתבו דכאן ברי עדיף משום דליכא גביה חזקת ממון כיון דודאי חייב, ומשו"ה אין צריכין לישבע.

והנה מה שכתבתי דבחנוני על פנקסו יודעים שהם שייכים זה לזה אינו מבורר דהא לא מיירי שם באמר לחנוני בפני הפועלים דא"כ היינו המחהו אצל חנוני ובזה פליגי רבה ורב ששת דרבה סבר דחוזר עליו ורב ששת סבר דאינו חוזר עליו, ואף דקיי"ל כרבה מ"מ ע"כ לרב ששת הא דחנוני על פנקסו ע"כ דאמר לחנוני שלא בפני פועלים, וא"כ לכאורה אין חילוק בין שנים שטוענין על פקדון אחד, אכן באמת יש חילוק מחנוני על פנקסו לשנים שטוענין על פקדון אחד, דחנוני על פנקסו כיון דידעינן שהבעה"ב אמר להחנוני שיתן להפועלים, אם בשביל שהיו עדים על זה או שהפועלים מאמינים אותו, אבל עכ"פ בזה אין ספק א"כ תיכף באמירת הבעה"ב להחנוני כבר נעשה שייכות הפועלים עם החנוני, והבעה"ב לא פשע בזה שאמר להחנוני ליתן להפועלים וכשאנו מצריכים להבעה"ב לשלם לשניהם הוי שני תשלומין, אבל בשנים שטוענין על פקדון אחד אין להם קודם טענתם שום שייכות זה לזה, והמפקיד אין לו שייכות עם הרמאי שתובע הפקדון, והנפקד הוא פושע בזה שאינו זוכר מי הוא המפקיד ופשיעתו זו היא

המחייבת אותו כמו שכתב הרמב"ם בזה אין המפקיד מחוייב לישבע בשביל שפשע השומר ואינו זוכר מי הוא המפקיד.

הלכה ו

הפקיד אצלו פירות שאינן מדודין ועירבן עם פירותיו ולא מדדן ה"ז פושע, בעל הפקדון אומר כך וכך היו והשומר אומר איני יודע ישלם בלא שבועה שהרי חייב עצמו בתשלומין ואינו יודע כמה הוא חייב, ונמצא חייב שבועה שאינו יכול להשבע, וכזה הורו רבותי הרב ר' יוסף הלוי ז"ל ורבו ז"ל וכן כל שומר שנתחייב לשלם ואמר איני יודע כמה דמים אני חייב לשלם והבעלים אומרים אנו יודעין וכך וכך היה שוה יטלו בלא שבועה והוא שיטענו דבר שהן אמודין בו, ויש לשומר להחרים על מי שלקח ממנו יתר מן הראוי לו, ומנין שהדין כך הוא הגע עצמך שהפקיד אצלו כיס מלא זהובים ופשע בו הבעלים אומרים מאתים דינר היו והשומר אומר ודאי שהיו בו דינרין אבל איני יודע כמה היו, נמצא זה כטוען מאתים והודה לו במקצת ואמר השאר איני יודע, שהוא מחויב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם כמו שיתבאר.

השגת הראב"ד. נמצא מחוייב שבועה וכו' עד וכזה הורו רבותי. א"א ורבותי אין מורין כן לפי שאינו דומה לחמשין ידענא וחמשין לא ידענא דהתם הוה ליה למידע ואערומי הוא דמערים, ותובע נמי טוען עליה ואמר מידע ידעת ודבר שבמנין קא טעין ליה ודבר שבמנין קא כפר ליה והוה ליה מחוייב שבועה שאינו יכול לישבע ומשלם, אבל הני לאו הכי הוא והיינו טעמא דשק צרור דאמרינן עלה ישבע זה ויטול ולא אמרו יטול בלא שבועה עכ"ל.

הנה הראב"ד כתב שני טעמים לפטור, הא' דלא אמרינן משואיל"מ אלא היכי דהוי ליה למידע, והב' דלא כפר לו בדבר שבמנין, והמ"מ כתב על הטעם הא' דכשעבר ועירבן היה לו לידע שהיה לו למודדן, וכתב המ"מ דמ"מ יש לטענה הא' מקום כשלא עירבן ונאבדו בפשיעה שישבע הלה ויטול, ואפשר שכן הדין וגם הרשב"א ז"ל כתב כן בהכונס שלא יטול הלה בלא שבועה כלל, שלא היה לו לנתבע לידע אע"פ שהוא מודה במקצת ואינו יכול לישבע על השאר עכ"ל, ולכאורה משמע מדברי המ"מ דכשלא עירבן ונאבדו בפשיעה, גם הרמב"ם מודה דכיון דלא הוי ליה למידע לא אמרינן משואיל"מ, והוא תימה דבודאי הרמב"ם אינו מחלק בין הו"ל למידע או לא הו"ל למידע כמו שכתב כאן וכן כל שומר שנתחייב לשלם שהוא בפשע השומר וכן בפי"ג מהל' מלוה הל' ד' בהמלוה את חבירו על המשכון ואבד המשכון, והמשכון שוה יתר על החוב דאם המלוה אינו יודע כמה שוה יותר הו"ל משואיל"מ, והראב"ד השיג שם וכתב על שיטתו הוא הולך

ואין אנו נסכמים עמו לפי שלא בא איני יודע של זה על ברי של זה שאינו אומר אתה יודע ששנים היה שוה, והמ"מ שם ציין לדבריו כאן וכתב ודעת הרמב"ן נוטה לדברי רבינו, ולכן ע"כ מה שכתב המ"מ כאן דבאבד בפשיעה יש מקום לדברי הראב"ד ואפשר שכן הוא הדין, היינו שבזה מסכים המ"מ בעצמו לשיטת הראב"ד בשביל שכן סובר הרשב"א, וכבר כתבתי למעלה בהל' ד' דהרמב"ן והרשב"א חולקים גם שם בדין לא הו"ל למידע אי דייניגן משואיל"מ.

ובעיקר מה שכתב המ"מ דבהלכה זו שעירב הנפקד הפירות אין להשגת הראב"ד מקום דכשעבר ועירבן היה לו לידע שהיה לו למודדן, נראה בדעת הראב"ד דטענת המ"מ שהיה לו למודדן לא שייך אלא אם אנו באין לדון מדין פשיעה ואונס, דאם היה לו לידע ואינו יודע חייב, ואם לא היה לו לידע פטור וזהו לפי דברי התוס' שכתבו בב"ק דף מ"ו דילפינן זה ממה דילפינן מקרא דבין שניהם ולא בין היורשים, דביורשים לא אמרינן משואיל"מ וזהו מהך טעמא, אבל הראב"ד הא כתב כאן משום דהיכי דהו"ל למידע לא מהימנינן ליה שאינו יודע, וזהו כמו דברי הרב ר' אברהם שהביא הבעה"מ בב"ב דף ע', וכבר כתבתי שמדבריו מוכח דפטורא דיורשים אינו מהך טעמא אלא מגזה"כ וא"כ לא תליא בזה אם פשע או לא, ומשכחת לה גם בעירבן עם פירותיו כשראו עדים שעירב הפירות לפניהם אחר שהפקידו אצלו פירות שאינם מדודים דבזה בודאי לא ידע והרמב"ם בכל גווני מחייב.

אכן דברי הראב"ד צריכים ביאור דמדבריו משמע דדוקא משום דתובע טעין עליה מידע ידעת, וא"כ אמאי חייב בחמשין ידענא וחמשין לא ידענא דמנ"ל להתובע שלא שכח הנתבע, והא זה ודאי דאפי' תובע לו הנתבע שהלוהו ק' בב' פעמים והנתבע משיב נ' ידענא ונ' לא ידענא נמי חייב, ואף דכאן אפשר לפרש דכונת הראב"ד לא שטענו בברי מידע ידעת אלא שאני חושד אותך שאתה יודע לכן אתה צריך ליתבע, אבל בדבריו בפי"ג מהל' מלוה שכתב שאינו בא איני יודע של זה על ברי של זה שאינו אומר אתה יודע ששנים היה שוה, מוכח דסובר דבאמת צריך טענת ברי של התובע, וזה קשה מעיקר דין משואיל"מ בנ' ידענא ונ' לא ידענא.

ונראה בכונת הראב"ד דגבי חמשין ידענא וחמשין לא ידענא הרי טוען התובע בודאי שידע הנתבע שהוא חייב לו ק' ומה שטוען הנתבע עכשיו שאיני יודע הוא רק טענת שכחתי שזהו טענה שאינה מצויה, ומשום זה יכול התובע לטעון שאתה יודע אף שאינו ברי גמור דעכ"פ צריך לבאר טענתו שאינו יודע ולא מצינו שבועה על איני יודע, ומשום הכי חייב אבל היכי שאנו יודעין שהתובע אינו יכול לטעון שהנתבע יודע בזה לא שייך

חיוב שבועה וממילא לא אמרינן בזה משואיל"מ, אכן בדברי הרב ר' אברהם שהביא הבעה"מ שהבאתי בפ"ג הל' ג' מוכח דאפי' היכי דאיכא רק ריעותא בטענת הנתבע חשיב הוי ליה למידע, וגם ביורשים שאומרים חמשין ידענא וחמשין לא ידענא איכא ריעותא ופטור רק מגזה"כ ורק ביורשים דשומרים פטורין מסברא שאם היה אביהם חי היה נשבע וצ"ל דהרב ר' אברהם זהו ר' אברהם אב"ד בעל האשכול חותנו של הראב"ד.

עתה עלינו לבאר הטעם הב' של הראב"ד, והנה כדבריו הביא הרמב"ן בשבועות פ"ו גבי המלוה על המשכון על דינו של הר"י הלוי שאם נאבד המשכון בפשיעה והמלוה טוען שאינו יודע כמה היה שוה יותר על החוב שכתב הר"י הלוי דהו"ל משואיל"מ, וע"ז כתב הרמב"ן וז"ל ואחד מרבותי שמעתי מקשה כיון דהאי אמר לא ידענא כמה היה שוה לא מחויב שבועה הוא דהא לא מודה בדבר שבמנין כדתנן איני יודע אלא מה שהנחת אתה נוטל פטור והיכי דמי משואיל"מ כגון מנה לי בידך וא"ל חמשין אית לך וחמשין לא ידענא, ועוד שהרי אינו כופר בשתי כסף שהרי הוא אומר שאינו יודע כמה שוה, ודברי הראב"ד וכן האחד מרבותיו של הרמב"ן צריכים ביאור דאם איני יודע לא הוי כפירה אמאי הוי מחוייב שבועה בחמשין ידענא וחמשין לא ידענא, והרמב"ן כתב על זה דילמא שאני התם דאמר ברי לי שלא הנחת אצלי אלא אותו סך שהנחת בבית ואיני יודע כמה הוא דהאי לאו דבר שבמדה הוא שהרי הודה במה שבבית ואין אנו יודעין כמה הוא, אבל טענו בית זה מלא הפקדתי אצלך, והלה אומר יודע אני שהפקדת פירות ואיני יודע כמה היו, אין בכלל הודאה זו אלא פחות שבממון והיינו פרוטה וכו' שהרי כשאומר חמשין ידענא וחמשין לא ידענא לאו דבר שבמנין גמור הוא שהרי אינו אומר ברי אין לך בידי אלא חמשין ואפשר שיש לו בידו יותר מחמשין וכו', אלא שכך הוא הדין שכל מי שמודה יש לי בידך ממון ואיני יודע כמה, רואין מה שאמר איני יודע כאלו כפר בו שהרי הוא פטור ואלו כפר היה מוב"מ והוא מתחייב שבועה, ולפיכך משלם הואיל והודה בשו"פ וכו' עכ"ל, ודעת הראב"ד צריך ביאור.

ונראה דהראב"ד סובר דמה דתנן בית מלא מסרתי לך והלה אומר מה שהנחת אתה נוטל דלא הוי דבר שבמדה זהו משום דכיון שזה צריך להתברר ועתיד להתברר כמה נמצא בבית, א"כ אכתי אין כאן כפירה ועוד לא נתברר כמה כפר לו ואין הטעם משום דאמר סתם בית דגם סתם בית יש לו שיעור והוא פחות שבבתים והוא ד"א על ד"א בגובה י"ט. וע"כ דעיקר הפטור הוא משום דאמר מה שהנחת אתה נוטל, ואף דכשיראו ב"ד שיש רק חצי בית הוי כפירה והודאה במקצת כבר יצאה הודאה בפטור ולפי דעת הראב"ד גם אם יטעון התובע בית זה מלא מסרתי לך, והנתבע משיב מה שהנחת אתה

נוטל נמי פטור ובודאי דאם כבר נאבדו הפירות ואי אפשר לברר כמה היו הוי מודה במקצת, ובמתני' תנן רק מה שהנחת אתה נוטל, ובאמת ד' הרמב"ן אינם מבוררים שכתב דאם טענו בית זה מלא הפקדתי אצלך, והלה אומר יודע אני שהפקדת פירות ואיני יודע כמה היו דלשון כמה היו משמע שעכשיו כבר נאבדו, ובזה אפשר שיודה גם הראב"ד דחייב שבועה וכמו שנבאר.

ולפי"ז נוכל לבאר טעמו של הראב"ד וכן טעם אחד מרבותיו של הרמב"ן דגבי משכון שמודה המלוה שפשע והיה שוה יותר מהחוב ואינו יודע כמה כיון שאפשר שיתברר כמה היה שוה או ע"י שיביאו חפץ כזה ויודה גם המלוה שהמשכון היה שוה כמו זה החפץ, ונמצא דבזה שאמר איני יודע כמה היה שוה לא כפר כל שיווי המשכון היותר על החוב חוץ מפרוטה כיון שאפשר להתברר איזה שיווי, ואף שלא יתברר לגמרי מ"מ כבר אין ההודאה והכפירה בדבר שבמנין כיון שאין אנו יודעין עכשיו כמה הודה וכמה כפר מטענת הלוה, ולכן לא דמי לחמשין ידענא וחמשין לא ידענא, דהתם על החמשין שאינו יודע הרי הוא כופר שבודאי לא ישלם כיון שאינו יודע, אבל במשכון זה כיון שמודה בגוף המשכון ואפשר לברר ע"י עדים שידעו וראו את המשכון, ואפי' אם לא היו עדים בעת ההלואה אבל יהיו עדים שידעו מהמשכון של הלוה, ואפשר לברר ע"י סימנים מובהקים שזהו המשכון או שיביאו חפץ כזה וכנ"ל, ומבוארים בזה דברי אחד מרבותיו של הרמב"ן שנתן עוד טעם דאין כאן כפירה בשתי כסף, וקשה דממ"נ אם הוי כפירה הא איכא שתי כסף, ואי לא הוי כפירה הא לא הוי כפירה כלל, אלא דכונתו לאופן הב' שכתבנו דאפשר להביא חפץ כזה והמלוה יודה שהוא כמו המשכון, אלא דא"א לצמצם ועל חפץ שהוא שוה יותר מהמשכון לא יאמר שהוא דומה להמשכון, וע"כ יהי' החפץ שוה פחות, וע"ז אומר דעכ"פ אין כאן בודאי כפירת שתי כסף.

ובמה שכתב הרמב"ן דאם טענו בית זה מלא הפקדתי אצלך והלה אומר יודע אני שהפקדת פירות ואיני יודע כמה היו דחייב שבועה, ראיתי בפי' הר"ח במתני' דשבועות וז"ל זה אומר עד הזיז וזה אומר עד החלון היה בית זה מלאה תבואה חייב, ומוכח מדבריו דמפרש מתני' דבית מלא מסרתי לך והלה אומר איני יודע אלא מה שהנחת אתה נוטל דהכונה על בית זה מלא ופטור משום שלא כפר לו במדה, אלא מה שהנחת אתה נוטל ואפשר דגם כונת הרמב"ן אינו לחלק מבית מלא לבית זה מלא דעיקר חילוקו הוא ג"כ בין אמר מה שהנחת אתה נוטל והיינו שהפירות הם בעין [ולהשיטות דפקדון הוי הילך צריך לאוקמי כגון שהרקיבו כמו שכתב שם הרשב"א] ובין מה שכתב הרמב"ן כשאמר הנתבע איני יודע כמה היו והיינו שאינם עכשיו בעין, והרמב"ן מחלק בין מה שהנחת

אתה נוטל שאפשר עתה לב"ד לברר, ובין משכון שעכשיו אין בירור לב"ד, ומה שאפשר שימצאו עדים או המלוה בעצמו יודה זה אינו שייך להודאה של עכשיו דעכשיו אינו מודה אלא פחות שבממון, ועיין מה שכתב הרא"ש במתני' דהמלוה על המשכון על זה וגם מדבריו מוכח שאינו מחלק בין בית מלא לבית זה מלא.

אכן עלינו לבאר לפי"ז במה חולק הראב"ד כאן על הרמב"ם בהפקיד אצלו פירות שאין מדודין ועירבן הנפקד, דהכא לכאורה כבר א"א לברר כיון שעירבן, אכן כבר כתבתי ע"ד הטעם הא' שכתב הראב"ד משום דלא הוי ליה למידע שכתב המ"מ דכיון שעירבן היה לו למודדן קודם שעירבן, וכתבתי דהשגת הראב"ד הוא דמסתימת דברי הרמב"ם מוכח דאפי' אם ראו עדים כשהפקיד הפירות שאין מדודין שתיכף עירבן הנפקד ולא מדדן, וא"כ אפי' לא ידעו העדים כמה פירות היו מ"מ יוכלו לשער על כרי פירות כזה כמה היה שם לפחות, ואף שבודאי לא יוכלו לכוין וממילא יהי' היזק להמפקיד אבל עכ"פ אין ההודאה והכפירה בדבר קצוב, וגם לענין זה אפי' אם לא ראו עדים כיון שאפשר להביא פירות שאין מדודין והמלוה יודה שכרי כזה היה, א"כ לא מיקרי עתה כפירה גמורה על כל הפירות חוץ משו"פ, ולכן שפיר סובר הראב"ד דדמי לבית מלא מסרתי לך דגם שם הטעם בשביל שאפשר הדבר להתברר ואין כאן עכשיו כפירה בב"ד.

ובדעת הרמב"ם כבר כתבתי בדברי הרמב"ן שאינו סובר דמהני מה שאפשר שיש עדים או שיודה המלוה שכך וכך היה שוה כיון שעתה אומר איני יודע ומכלל הודאתו אינו מתחייב אלא פרוטה ודוקא במה שהנחת אתה נוטל שאפשר לב"ד לברר, אכן קשה לי על דעת הרמב"ם מדברי הר"י מיגש במתני' דשבועות שכתב וז"ל אינו חייב עד שיטעננו התובע בדבר שבמדה ושבמשקל ושבמנין וכו', כללו של דבר אינו חייב עד שיטעננו התובע שנתן לו מדה ידועה או משקל ידוע ויאמר לו מדדתי לך כך וכך ויודה לו הנתבע שנתן לו מדה ידועה פחותה ממנה, אבל אם אמר לו לא נתת לי כלום במדה ולא במשקל ולא במנין אלא זהו שנתת לי ואיני יודע מה יש בה אם הרבה או מעט כגון הא לאו מודה במקצת טענה הוא ופטור עכ"ל.

והנה מסוף דבריו לא קשה דהא כבר כתבנו דיש חילוק בין אמר זהו שנתת לי ואיני יודע מה יש בה דאפשר לב"ד לברר ולא נוכל לומר דהודאתו קצובה ואינו מתחייב אלא בפרוטה ובין דינו של הרמב"ם כשעירבן עם פירותיו דא"א לב"ד לברר וכיון שטוען שאינו יודע אינו מתחייב אלא בפרוטה, אבל מתחלת ד' הר"י מיגש הוא סתירה לדעת הרמב"ם דהא כתב דאינו חייב שבועה אא"כ טוען מדדתי לך כך וכך או שקלתי לך כך וכך, ומוכח דבהפקיד אצלו פירות שאינם מדודין אף שהמפקיד טוען שכך וכך היו אינו

חייב שבועה, ואין לומר שהרמב"ם חולק על הר"י מיגש דהא כל דינו בהלכה זו הוא מדבריו בסוגיא דהמלוה על המשכון, וכמו שכתב כאן מפורש וכזה הורו רבותי הרב ר' יוסף הלוי ז"ל ורבו ז"ל וא"כ הוא תימה גדולה על הרמב"ם כיון שמדברי הר"י הלוי במתני' הוא סתירה לדבריו בדין פירות שאין מדודין.

ונראה בזה דיש חילוק בין דינו של הרמב"ם בהפקיד אצלו פירות שאינם מדודין ועירבן הנפקד, ובין אם הפירות בעין ואומר לו מה שהנחת אתה נוטל דבהא דמתני' שהפירות בעין והפקידן שאינם מדודין אף שטוען המפקיד שק' סאין היו והנפקד אומר נ' סאין יש בהם לא הוי מודה במקצת דהא לא היה צריך להשיב לו כמה יש בהם כיון שמשיב לו שהם בעין ומה שהנחת אתה נוטל ואין כאן כפירה על טענותיו כיון שלא מדדן לו ואינו צריך לידע, לכן אפי' משיב יודע אני שאין בהם אלא נ' לא הוי כפירה ודוקא במדדן לו והמפקיד טוען מדדתי לך ק' והנפקד אומר לא מדדת לי אלא נ' בזה שפיר הוי כופר ומודה במקצת דאף שאם היה אומר איני יודע ומה שהנחת אתה נוטל הוא פטור זהו בשביל שלא גמר הודאתו וצריך למדוד ולידע ויצאה הודאה בפטור. אבל כשמשיב וכופר לא מדדת לי אלא נ' שפיר הוי כפירה, אבל כאן שלא מדד לו ואינו צריך לידע לא היה צריך להשיב לו כלל אלא שהפירות בעין.

ואפשר דיש לצרף לזה הא דאיתא בשבועות דף ל"ד ודף מ"א דכל מילתא דלא רמיא עליה לאו אדעתיה ובדף מ"א יש חילוק בין פירש"י להרמב"ם דרש"י מפרש על הלוה והרמב"ם מפרש על העדים, ומשמע דהרמב"ם אינו רוצה לפרש כפירש"י דכיון שאמר והרי העדים בכונה אמר כן, מ"מ כאן יש לומר דהרמב"ם ג"כ יודה דאינו מחוייב כלל להשיב כמה יש בהם ואף דאיכא נ"מ אם יהי' פשיעה אבל הא אמר שהם בעין ואין בדעתו על פשיעה, ולשיטת הרמב"ם דפקדון לא הוי הילך הא אין צריך לאוקמי בהרקיבו, ולכן כתב הר"י מיגש דאינו חייב אלא כשטוען מדדתי לך וכנ"ל, אבל בהא דהפקיד פירות שאינם מדודין ועירבן הנפקד וטוען המפקיד שהיו ק' סאין דע"כ צריך להשיב לו כמה הוא חייב לו, וכיון דסובר הרמב"ם דכשאומר איני יודע הוי כפירה על כל השאר חוץ מפרוטה שפיר חייב שבועה דיש כאן כפירה והודאה על טענת המפקיד.

הלכה ז

מת אביו והניח לו שק צרור והפקידו אצל חבירו ופשע בו. המפקיד אומר איני יודע מה היו בו שמא מרגליות היו בו. וכן השומר אומר איני יודע כמה אני חייב לשלם שמא זכוכית היה מלא, שורת הדין שאני אומר בטענה זו שישבע השומר בתקנת חכמים שאינו ברשותו. ויכלול בשבועתו שאינו יודע בודאי שהיה שוה יתר על שוה כך וכך

וישלם מה שהודה בו וכן כל כיוצא בזה. מעשה באחד שהפקיד שק צרור אצל חבירו ופשע בו. המפקיד אומר חלי זהב ומרגליות וכיוצא בהן היו בו. והשומר אומר איני יודע שמא סיגים או חול היו בו. ואמרו חכמים ישבע בעל הפקדון ויטול. והוא שיטעון דבר שהוא אמוד בו או אמוד להפקידו אצלו. ולמה נשבע כאן בעל הפקדון לפי שאין השומר מחוייב שבועה שאפי' הודה ואמר ברי לי שהיה מלא סיגים והמפקיד אומר מרגליות היו השומר נשבע היסת ונפטר. כמו שטענו חטים והודה לו בשעורים. וכן כל כיוצא בזה. ובהלכות טוען ונטען יתבארו עיקרי הדברים.

השגת הראב"ד. מעשה באחד שהפקיד שק צרור אצל חבירו וכו' עד בהל' טוען ונטען יתבארו עיקרי הדברים. א"א אין זה כלום שהרי היה שם שק ומטכסין והודה בשק וכפר במטכסין, ועוד בדבריו בשק צרור למה נשבע בעל השק ונוטל, לאו היינו דאמרינן לגבי שוורים דקאמר ניזק ברי ומזיק שמא, אכתי היינו דרבה בר נתן ותו לא מידי עכ"ל.

המ"מ והכ"מ כתבו בביאור שיטות הרמב"ם והראב"ד, אבל לא כתבו כלום ליישב השגת הראב"ד על מה שכתב הרמב"ם בטעמא דלא הוי משואיל"מ משום דהוא טענו חטים והודה לו בשעורים דהא כאן טענו חטים ושעורים והודה לו באחד מהם והוא תימה גדולה, ויש לבאר דעת הרמב"ם דמפרש ד' הירוש' דעכשיו בעת הד"ת לפני ב"ד לא טענו על המעשה של הפקדון שכבר נתברר מקודם שהפקיד אצלו שק צרור ופשע בו, וכמש"כ הרמב"ם מעשה באחד שהפקיד וכו' המפקיד אומר וכו' וכן הוא לשון הירוש' ומבואר שהד"ת לפני ב"ד היה רק מה היה מונח בהשק, ואפי' אם הי' תביעת המפקיד והודאת הנפקד בעיקר מעשה הפקדון בשעת הד"ת מ"מ כיון שבשעה שהתחיל התביעה בב"ד תבע לו רק זה שהפקיד אצלו שק צרור והודה לו הנפקד שפשע ונאנס, א"כ כשתבעו אח"כ מטכסין היה מלא היתה תביעת המטכסין אחר הודאתו בשק, אלא דקשה דא"כ לא היה צריך הרמב"ם לומר משום דהוי טענו חטים והודה לו בשעורים. דהא כבר הודה בהשק צרור קודם שתבעו במרגליות, ולפי לשון הירוש' דלא הוזכר אלא סיגים יש לומר דזה ג"כ הודאה שאינו מסתפק אלא בסיגים ולא בדבר פחות מזה, אך הרמב"ם כתב סיגים או חול ובאמת הוא תימה למה הזכיר חול דלא הוזכר בירוש', ואח"כ כתב שאפי' הודה ואמר ברי לי שהיה מלא סיגים ולא הזכיר חול, וכן המ"מ לא הזכיר אלא סיגים, ואולי התיבות או חול מיותר.

ובדעת הראב"ד אף דודאי משמע מלשון הרמב"ם והירוש' שהטענה היה עכשיו רק במה שמונח בשק, וע"כ שזה כבר נתברר קודם תביעת המפקיד שהיו שם מטכסין, שהפקיד אצלו שק צרור, וא"כ צריך טעם על מה שסובר הראב"ד דההודאה בשק היא

הודאה במקצת, ונראה דיש לומר דסובר דכיון דלזה היה עומד שיתברר בהד"ת גם מה היה מונח בהשק, לכן ההודאה שהיה שק נחשבת כהודאה במקצת. ואף דבתבעו חטים וקדם והודה לו בשעורים אם כמערים חייב, ואם במתכוין פטור כדאיתא בשבועות דף מ' ע"ב וכאן לא מיירי שהיה כמערים, מ"מ יש לחלק דהתם חטים ושעורים הם שתי תביעות, וכיון שהודה בשעורים שלא כמערים קודם שתבעו השעורים לא הוי הודאה במקצת, אבל הכא שתיכף כשתבעו שק צרור הפקדתי בידך היה בודאי עומד שיתבע מה שהיה מונח בשק לכן נחשב לתביעה אחת והרמב"ם יסבור דכיון דעכ"פ ההודאה בשק היתה קודם תביעתו של המפקיד על מה שהיה מונח בתוכו, וגם לא היתה ההודאה כמערים לכן לא הוי הודאה במקצת.

והנה במה שדן כאן הרמב"ם לומר דאין השומר מחוייב שבועה משום שאפי' הודה ואמר ברי לי שהיה מלא סיגים והמפקיד אומר מרגליות היו השומר נשבע היסת ונפטר כמו שטענו חטים והודה לו בשעורים, יש לעיין דהתם הא פטור לגמרי אפי' מדמי שעורים, אבל בטוען איני יודע שמא חטים ושמא שעורים הא פסק בפ"א מהל' טוען הל' ח' שנשבע היסת שאינו יודע ומשלם שעורים, ואף דבאמת גם באומר איני יודע נשבע היסת ולא שבועת התורה משום דאין מודה במקצת חייב שבועה, אלא אם הודה ממין הטענה וכמו שכתב שם בפ"ב הל' ח' שמטעם זה טענו חטים והודה לו בשעורים פטור משבועת התורה, ובטעמא דאינו פטור מדין כופר הכל יש לומר דמצד הודאתו של הנתבע הא יש כאן הודאה, אלא שהוא פטור משום דהוי כמו שהנתבע אומר אין לי בידך שעורים. ולכן הפטור הוא רק משום דאינו הודאה ממין הטענה, ומ"מ קשה קצת דלמה הוכיח כאן לומר דאין כאן שבועת התורה משום דאם היה כופר היה פטור כיון דיש חילוק דשם היה פטור לגמרי וכאן חייב בדמי שעורים, והיה אפשר לומר כן בלא ההוכחה שאם היה כופר, אלא דההודאה שמא סיגים אינה מחייבת שבועה משום דאין ההודאה ממין הטענה.

ונראה דהנה צריך ביאור מה דסובר הרמב"ם דאם אמר איני יודע שמא חטים שמא שעורים חייב בשעורים כיון שכתב בפ"ג מהל' טוען הל' י' בטעמא דטענו חיטים והודה לו בשעורים דפטור אף מן השעורים וז"ל. שהרי אומר אין לי בידך שעורים ונמצא זה דומה למי שאמר לחבירו בב"ד מנה לך בידי ואומר לו האחר אין לי בידך שאין בית דין מחייבין אותו ליתן לו כלום, וא"כ מה מהני דאמר איני יודע שמא חטים ושמא שעורים דהא על שעורים אין צד לחייבו ומצד חטים הא הוי ברי ושמא דפטור, וצריך לומר דטעמו משום דאף דאמרינן דפטור אף מן השעורים אין הטעם דהנתבע מצד עצמו פטור

דהא אם תפס התובע דמי שעורים אין מוציאין מידו, וע"כ דהטעם הוא משום דהנתבע הא הודה בשעורים ולגבי עצמו הוא חייב אלא שב"ד אין נזקקין להוציא מן הנתבע כיון דהתובע בעצמו אומר שאין לו בידו שעורים, ולכן אם תפס התובע שעורים אין ב"ד מוציאין מידו דהא הנתבע אינו יכול לתבעו כיון שבעצמו מודה שהוא חייב, וכיון שכן מבואר מה דפסק הרמב"ם דבאמר איני יודע אם חטים אם שעורים חייב לשלם שעורים, דיש לומר דאינו משום חיוב השעורים, אלא משום דכנגד דמי השעורים חייב לשלם על תביעת החטים ומשום דבברי ושמא הא איכא מ"ד דסבר ברי ושמא ברי עדיף, ומ"ד לאו ברי עדיף הוא משום דאמרינן אוקי ממונא בחזקת מאריה, וכיון דהנתבע מודה בשעורים לכן לגבי הנתבע בדמי שעורים לא נפטרו משום חזקת ממון כיון דהוא בעצמו מודה שחייב, והתובע שפיר גובה ממנו בשביל שהוא הרי טוען שמגיע לו חטים.

ועכשיו מיושב מה שעמדנו בדברי הרמב"ם במה שמוכיח הדין באומר איני יודע אם סיגין או מרגליות מדין אם היה אומר לא מרגליות אלא סיגים שהקשינו דהתם הא פטור גם מדמי סיגים, ובאיני יודע חייב בדמי סיגים, אבל עכשיו מיושב דמה דצריך לשלם דמי שעורים בטוען איני יודע הא אינו בשביל הודאת השעורים אלא משום תביעת החטים דבזה אמרינן ברי עדיף, וא"כ מטעם זה א"א לחייבו שבועה כיון דאינו משום הודאתו ואי משום שהנתבע בעצמו מודה שחייב לפחות שעורים הא גם באומר יודע אני הא מודה בשעורים, וא"כ אין שום טעם לחלק אלא דמ"מ טעם מה דפטור מן השבועה אינו משום דפטור מן השעורים כיון דהנתבע מודה שחייב שעורים היה אפשר לחייבו שבועה, ורק משום שאין ההודאה ממין הטענה וכמו שכתבנו.

עתה נבוא לסוף דברי הראב"ד שכתב ועוד לדבריו למה נשבע בעל השק ונוטל לאו היינו דאמרינן לגבי שוורים דקאמר ניזק ברי ומזיק שמא אכתי היינו דרבה בר נתן, וכוונתו דהטעם דנשבע המפקיד ונוטל כתבו הראשונים דהוא משום תקנת נגזל, ולא מצינו דנאמן נגזל אלא היכי דגזלו בודאי מקצת ולא ידענו כמה, אבל היכי דלדברי הנתבע פטור לגמרי לא מצינו שעשו בזה תקנת נגזל, והנה מהך גמ' השיג הראב"ד על הרמב"ם בפ"א מהל' טוען במה שפסק דאם אמר איני יודע אם חטים או שעורים שמשלם שעורים. ומביאו כאן המ"מ, אבל כאן השגתו צריכה ביאור דמה יועיל הראב"ד לתרץ זה במה שכתב שיש כאן גם תביעת שק ועל השק ודאי חייב ושייך תקנת נגזל, דמן הסברא אין טענת השק מועלת לגבי זה דאם נדמה זה לתקנת נגזל או במסור או באשו דמיבעי לגמ' דהתם ידענו שגזלו איזה סכום ממון ולא ידענו בכמה ותיקנו חז"ל שהנגזל נאמן, אבל זהו היכי שמא שגזלו או שהזיקו הוא כלול בכל הממון שאנו מסתפקין ושהנגזל

טוען על זה, אבל כאן תביעת השק היא מיוחדה ואין ע"ז ספק והספק הוא מה היה מונח בתוך השק, וא"כ אין עלינו לדון אלא אם יש ודאי חיוב על מקצת שבתוך השק שמשום זה נחייבו על כולו.

ונראה דאין השגת הראב"ד דכיון דהוא פטור גם מן סיגים אין כאן תקנת נגזל משום דאין כאן מקצת ודאי בטענתו של המפקיד אלא דלחייב משום תקנת נגזל הא צריך שיהיה עכ"פ ודאי נגזל, וכן כאן שיהיה ודאי נפקד, וכיון שגם על הסיגים הוא פטור אינו נפקד כלל, ולזה מיישב בדבריו דיש כאן גם שק שעל השק הוא ודאי נפקד, וממילא ע"י השק נאמן המפקיד בשבועתו גם על המרגליות, ועל הרמב"ם לא קשה קושיית הראב"ד כיון דסובר דהיכי דאמר איני יודע שמא חטים ושמא שעורים חייב לשלם שעורים, א"כ שפיר הוי נפקד בודאי ולפימש"כ למעלה באופן א' גם דעת הרמב"ם שחייב על השק אפי' בטוען ודאי סיגים רק דלא הוי מוב"מ כיון דכשהודה על השק צרור עוד לא תבע המרגליות מיושב גם אם היה סובר כהראב"ד בדין איני יודע, דהא מדין תקנת נגזל שפיר דייקינן כיון דעכ"פ הוי נפקד על השק, וכמו לדעת הראב"ד.

והנה המ"מ מפרש בדעת הראב"ד דהשגתו מפ' המניח דלמה לא אמרינן התם דישבע המזיק ויטול, וכתב המ"מ דבנזקי ממונו גם הרמב"ם יודה. וכבר כתבתי בפ"ז מהל' חובל ומזיק הל' י"ט דבנזקי ממונו גם הראב"ד יודה דלא עשו תקנת נגזל, והראב"ד לא נתכוין להוכיח משם דלמה לא עשו תקנת נגזל, והוכחתו הוא רק דבאינו יודע שמא חטים שמא שעורים פטור אף מדמי שעורים, ולכן הקשה כאן דאיך שייך תקנת נגזל וכמו שבארנו.

ובעיקר השגתו כאן ובפ"א מהל' טוען שמוכיח מהא דקאמר ניזק ברי ומזיק שמא דבאמר שמא חטים ושמא שעורים ג"כ אמרינן דפטור אף מן השעורים יש לומר לפי"מ שבארתי דמה דחייב בדמי שעורים לשיטת הרמב"ם אינו מצד חיוב השעורים אלא מצד תביעת החטים, דבזה אמרינן דברי ושמא ברי עדיף. א"כ לא שייך זה אלא היכי דהוא תביעה על הנתבע שהוא חייב לשלם, אבל בפ' המניח דמיירי בשניהם תמין דמשלם מגופו א"כ לא שייך היזק זה לזה כלל, ולא שייך לומר דבשביל דהניזק מודה על הקטן, לכן אין לו כבר חזקת ממון על הגדול כנגד דמי הקטן כיון דאין התשלומין חיוב גופו של הניזק ולכן שפיר דגם באומר איני יודע איכא בזה דינא דטענו חטים והודה לו בשעורים, ואף דבמתני' תנן היה אחד גדול ואחד קטן וכו' אחד תם ואחד מועד וכו' ר"פ אלא דקאמר ניזק ברי ומזיק שמא וכו', ועל תם ומועד שייך ג"כ לומר דלגבות חוב המועד מן התם לא שייך חזקת ממון כיון שהמזיק מודה בתם, מ"מ לא קשה דר"פ שפיר פריך מאחד

גדול ואחד קטן דהוו שניהם תמים ועמש"כ בזה עוד בפ"ח מהל' נז"מ הל' י' וה"ל י"א ובפ"ז מהל' חובל ומזיק הל' י"ט.

והנה למעלה כתבתי דעיקר טעמא דפטור משבועה אינו משום דפטור אף מן השעורים דהא אמר בגמ' דהוא משום שאין ההודאה ממין הטענה, ויליף זה מקרא וכן כתבו התוס' בב"ק דף ל"ה דר"ג דמחייב שבועה סבר נמי כרבה בר נתן דפטור מן השעורים, אלא שהתוס' כתבו בטעמא דפטור משום שמחל לו וסוברים התוס' דכיון שמודה שנטל שעורים הוי מודה במקצת, ובאמת קשה הדבר דפשטיה דקרא דכי הוא זה שמודה בחיוב תשלומין וכאן המחילה היתה קודם ההודאה, אכן יש לומר דהרא"ש כתב דהא דפטור מן השעורים הוא דוקא כשתבעו באותו יום באותה שעה נטל ממנו חטים, והוא משיב שאז נטל ממנו שעורים, אבל אם תובעו סתם חטים אין כאן לא הודאה ולא מחילה שלא נטל ממנו גם שעורים שעתה תובעו חטים ודעתו לתבעו אח"כ שעורים, והיש"ש כתב דיש להעמיד גם בתבעו סתם כפשטה, אלא כשעומד התובע בטענתו שכשהודה הלה בשעורים משיב התובע חטים אתה חייב לי, אך גם דברי היש"ש קשה לפרש בלשון הגמ' דלא אמר אלא תבעו חטים והודה לו בשעורים ולא קאמר שהשיב התובע חטים אתה חייב לי, ונראה דלא צריך לאוקמי שהתובע השיב עוד פעם חטים אתה חייב לי, אלא דאם לא השיב תיכף זה אמת שגם שעורים אתה חייב לי אלא שאני תובע עכשיו החטים, מזה מוכח שמודה או שמוחל השעורים, וכן מבואר להדיא בחו"מ סי' פ"ח סעיף י"ד מדברי הטור בשם הסמ"ג דאם אמר התובע לאחר שהודה בשעורים ודאי כדברך כן הוא שיש לי בידך שעורים אבל איני שואלם עתה, חייב לשלם לו דמי שעורים.

ולפי"ז יהיה מיושב כדברי התוס' דכיון דמוכח מדברי התוס' שכתבו בד"ה לימא דסברא הוא שהוא פטור כיון שהודה לו שאין חייב לו שעורים ומחל לו, וכן כתב רש"י דהא אמר לו תובע לאו שעורים יהבי לך ואחולי מחול גבך, ומדהוצרכו לטעם מחילה מוכח דסוברים דמשום הודאה לחוד לא הוי אמר רבה בר נתן פטור דהא הנתבע מודה שחייב והי' לב"ד לומר לנתבע לדבריך חייב אתה. וכיון דנחתו עלה מדין מחילה וכיון דנימא דהמחילה הי' ממה שלא אמר לו דבאמת אתה חייב לי גם שעורין, א"כ המחילה נתבררה רק אחר שהודה הנתבע ולכן שפיר חשיב מודה במקצת כיון שבשעת ההודאה נתחייב שעורין, ולכן הוצרכו רבנן לטעמא דלא הוי ממין הטענה ושפיר ר"ג מחייב אף דסבר כרבה בר עולא דפטור מן השעורין.

ולדעת הרמב"ם שכתב שהפטור הוא משום הודאה ולא משום מחילה, וסובר דכיון שהתובע הודה שאינו חייב לו שעורים אמרינן דפטור והיינו שאין ב"ד נזקקין לחייב

להנתבע ומשום זה פסק דאם תפס התובע אין מוציאין מידו והיינו אפי' תפס אחר הד"ת וכן כתב הגר"א בדעתו, ולא כדברי רש"י שפירש שקדם ניזק ותפס השור, וכן מפרשים הראשונים דדוקא אם תפס קודם הד"ת מהני תפיסה, אבל הרמב"ם סובר דאפי' אח"כ מהני תפיסה והיינו דגם הנתבע אינו יכול להוציא מהתובע התופס כיון דאינו סובר טעם מחילה א"כ הנתבע לגבי עצמו הוא חייב לכן אינו יכול להוציא מהתובע, ולפי דברי הרמב"ם כתבתי דמשו"ה צריך לטעמא דממין הטענה דכיון דאינו סובר טעמא דמחילה, וכיון שהנתבע מצד עצמו הודה שהוא חייב לכן לגבי שבועה היה חייב אי לאו טעמא דהוא הודאה שלא ממין הטענה דהתובע הא תובע שחייב לו חטים והוא שכופר צריך לברר בשבועה כיון שהוא מודה ששעורים חייב לו.

אכן בפ"ט מהל' נזקי ממון הל' ט' כתב היו שני השוורים הרודפין אחד גדול ואחד קטן, הניזק אומר גדול הזיק והמזיק אומר קטן הזיק, היה אחד תם ואחד מועד וכו' המע"ה לא היתה שם ראיה ברורה שזה הזיק אלא עדים מעידים שאחד משני אלו הזיק משלם המזיק כמו שאומר, ואם טען הניזק שאתה יודע ודאי שזה הזיק בפניך הרי המזיק נשבע שבועת התורה ומשלם כמו שהודה שהרי הודה במקצת, וכתב הראב"ד אתם ואמועד קאי ופי' המ"מ דברי הראב"ד דבתם ומועד הרי התם בכלל תביעת המועד שכל הנכסים משועבדים לו, אבל כששניהם תמים הרי הם כחטים ושעורים, וכתב ע"ז המ"מ ויש לחלוק שאפי' כששניהם תמים כיון שיש שם עדים חייב שבועת התורה, ודברי המ"מ צריכים באור דמה מהני שם עדים דעכ"פ הא אינו חייב שבועת התורה אלא כשההודאה ממין הטענה, וכתבתי שם דיש חילוק בין דין טענו חטים והודה לו בשעורים לגבי לפטור משעורים ובין לפטור משבועה, דלפטור משעורים אפי' אם עכשיו החיוב הוא בתשלומין של ממון, כיון דמעיקר התביעה הוא בחטים ושעורים דכיון שהודה התובע שלא נתן לו שעורים אין לו במה לתבעו בעד שעורים, אבל בדין לפטור משבועה כיון שעכשיו התביעה הוא על תשלומין של ממון נקראת ההודאה ממין הטענה, ואח"כ ראיתי בביאור הגר"א סי' ת' שכתב חילוק זה.

ובזה בארתי דברי המ"מ דאם אין עדים כלל דאז פטור משעורים ממילא אינו חייב שבועה אף דההודאה הוי ממין הטענה, אבל אם יש עדים שחייב לו אחד מהם דחייב בדמי שעורים חייב שבועה כיון דההודאה היא בתשלומין, והרמב"ם לשיטתו שם בפ"ז הל' י"ב דדין תם קודם העב"ד הוי חיוב ממון, אלא שאינו גובה אלא מגופו, ולכן לגבי דין מודה במקצת לא הוי כשני מינים משום דבעיקר אנו דנין על חיוב ממון, ולפי"ז קשה מד' הרמב"ם כאן שכתב דאינו חייב שבועה משום דהוי טענו חטים והודה לו בשעורים

אף דכאן כשנאבד השק צרור אין על השומר אלא חיוב תשלומין, ומ"מ פטור משבועה משום דאין ההודאה ממין הטענה.

לכן נראה לומר דלא כמו שכתבתי בדעת הרמב"ם דסובר ג"כ כדעת התוס' דמה דפטור מן השעורים אינו גורם פטור מן השבועה, אלא דלדעת הרמב"ם היכי דפטור מן השעורים לא צריך לטעמא דההודאה היא שלא ממין הטענה, כיון דלגבי התובע לא מהני הודאתו, ומה דצריך לטעמא דשלא ממין הטענה זהו כמו שכתבתי ע"פ ד' הסמ"ג שהביאו בטוש"ע דאם אמר התובע תיכף כשהודה הנתבע בשעורים דכן הוא שיש לי בידך גם שעורים אלא שאיני תובעם עתה דבזה חייב לשלם שעורים, ומ"מ משבועה פטור דאין ההודאה ממין הטענה, וכן כתב שם הש"ך א"כ שפיר איצטריך קרא דצריך הודאה ממין הטענה, ובדעת הרמב"ם א"א לפרש כדברי הרא"ש דאינו פטור אלא כשאומר באותו יום באותה שעה כיון שסתם וכתב כור חטים יש לי בידך אין לך בידי אלא כור שעורים, וכן כד' הישו"ש א"א לפרש דהא לא הזכיר שחזר ואמר חטים אתה חייב לי, אבל כמו שכתבתי אפשר לפרש, דאף דגם בזה יקשה ממה שסתם דבריו מ"מ מסוף דבריו שכתב שהרי אומר לו אין לי בידך אלא חטים דאף דודאי דאין כונתו דוקא באופן שאומר לו עוד פעם רק חטים אתה חייב לי וכד' הישו"ש, שלא שייך בזה לשון שהרי אלא אם אמר לו וע"כ שאנו מפרשים דבריו דהוי כאומר לו אין לי בידך אלא חטים, מ"מ זה שייך דוקא אם לא השיב לו תיכף גם שעורים אתה חייב לי, וזהו כונתו במה שכתב שהרי אומר לו והיינו כיון שעומד בטענתו ואינו מוסיף לתבוע שעורים.

ויש להוכיח כן בכונת הרמב"ם ממה שכתב הדין דפטור משבועה והדין דפטור משעורים בשתי הלכות, דבפ"ג מהל' טוען הל' ח' כתב אין מודה במקצת חייב עד שתהי' הודיה ממין הטענה כיצד כור חטים יש לי בידך, אין לך בידי אלא כור של שעורים פטור שהמין שטענו לא הודה לו והמין שהודה בו לא טענו, ובהל' י' כתב כור חטים יש לי בידך אין לך בידי אלא כור שעורים פטור אף מדמי שעורים שהרי אומר אין לי בידך שעורים, וקשה למה חלק אותם לשתי הלכות ולמה לא כתב בהל' ח' דפטור משבועה ופטור אף מן השעורים, ומוכח כדברינו דגבי פטור מן השעורים שסיים שהרי אומר לו הוא תנאי דוקא באופן זה דהוי כאומר לו, אבל גבי לפטור משבועה לא צריך לתנאי זה ואפי' אמר התובע תיכף שבודאי אתה חייב לי גם שעורים אינו חייב שבועה משום דהוי הודאה שלא ממין הטענה.

והנה בפ"ט מהל' נזקי ממון הל' ט' כתבתי שם לבאר גירסת הרי"ף דגורס לימא מסיע ליה דתניא טענו חטים וכו' וקשה דהוא משנה מפורשת ואפי' אם נגרוס דתנן ג"כ לא

שייך לומר לימא מסייע ליה על משנה, ולכן גירסת הש"ס מאי קמ"ל תנינא, וכתבתי ע"פ ד' הרא"ש דכשלא אמר באותו יום באותה שעה חייב לשלם שעורים, והרי"ף מפרש דמתני' ודאי לא מיירי באופן דפטור משעורים דא"כ איך אפשר דר"ג מחייב שבועה וע"כ בגוונא דחייב בשעורים, לכן גורס הרי"ף דתניא ולא מייתי הגמ' ממתני' דבמתני' מיירי ודאי לדין שבועה, אבל הברייתא דלא קתני ור"ג מחייב הוי סבר דמיירי לדין ממון דפטור מן השעורים, וע"ז דחה דאפשר גם הברייתא מיירי לדין שבועה, ולפימש"כ עכשיו בדעת הרמב"ם דהאופן דחייב בשעורים ופטור משבועה הוא כשאמר התובע תיכף כן אתה חייב לי גם שעורים, אפשר ג"כ לפרש ד' הרי"ף והוכחתי שם דע"כ כן מפרש הרי"ף דיש אופן דחייב לשלם שעורים, דאל"כ למה מביא את הלימא מסייע לו ומה שדחו בגמ' דהא אין נ"מ להלכה, אבל לפי"ז יש נ"מ להלכה דיש אופן דפטור משבועה וחייב בשעורים ובזה הוא מתני' וכנ"ל.

ועכשיו מיושב הסתירה בד' הרמב"ם במה שכתב דכשהמזיק אומר גדול הזיק והניזק אומר קטן הזיק נשבע הניזק שבועת התורה, וכתב המ"מ דכיון שיש עדים שאחד הזיק איכא שבועה וכתבנו משום דלגבי החיוב תשלומין הוי הודאה ממין הטענה, וקשה דהא כאן ג"כ אינו אלא חיוב תשלומין ומ"מ הוי טענו חטים והודה לו בשעורים, אכן לפימש"כ עכשיו מיושב דבאמת כאן אינו פטור משום דלא הוי ממין הטענה אלא משום דפטור גם מן השעורים, ולכן שם דאיכא עדים שאחד משניהם הזיק דשיטת הרמב"ם דבזה אינו פטור מן השעורים, לכן כתב שפיר דחייב שבועת התורה, ואף דכאן הא מיירי בשאינו יודע אם מרגליות או סיגים ובזה צריך לשלם סיגים כבר כתבתי דמה דמשלם סיגים אינו בשביל הודאתו בסיגים, אלא משום דבכה"ג לא אמרינן אוקי ממונא בחזקת מאריה ואמרינן ברי ושמא ברי עדיף, ונמצא דמשלם על תביעת חטים בשביל דמי השעורים, ומבואר ביותר מה שכתב הרמב"ם שאפי' הודה ואמר ברי לי שהיה מלא סיגים ולא כתב משום שלא הודה ממין הטענה, משום דכאן אין הפטור משום שאין ההודאה ממין הטענה, אלא משום דאם היה אומר לו ברי שהיה מלא סיגים היה פטור מן הסיגים וכמו שנתבאר.

פרק ו

הלכה ב

יש לשומר להתנות שאינו שומר כדרך השומרין, אלא מעות אלו שהפקיד אצלי בזוית ביתי אני מניח אותן וכיוצא בזה, טען השומר שתנאי היה בינינו ובעל הפקדון אומר

שלא היה שם תנאי אע"פ שהפקיד אצלו בעדים מתוך שיכול לומר שמרתי כדרך השומרין ונאנסתי נאמן לומר שהיה ביניהן תנאי לפיכך ישבע שלא שלח בו יד ושאינו ברשותו ושהיה ביניהן תנאי. שומר חנם שהביא ראיה שלא פשע בה פטור משבועה ואין אומרים שמא שלח בו יד קודם שיאבד, ובעל הפקדון שהביא ראיה שפשע השומר משלם ואם טען ואמר תנאי היה בינינו אינו נאמן שהרי יש עדים שפשע.

השגת הראב"ד. טען השומר שתנאי וכו' עד ושהיה ביניהם תנאי. א"א זהו תימה וכי העדים לא שמעו התנאי ואיך נאמן לומר תנאי היה בינינו, וכיון שהפקיד סתם בפניהם הרי נעשה שומר גמור והוא מודה שפשע, ומה לי לשקר במקום עדים לא אמרינן עכ"ל.

שומר חנם שהביא ראיה וכו', ואם טען ואמר תנאי היה בינינו וכו' א"א תימה גדול יש בזה, ואם טען ואמר לא הייתי שומר אלא הא ביתא קמך אמרתי כי יש עדים שפשע מאי הוי אלא נשבע היסת שלא היה שומר, ואם בשהפקיד אצלו בעדים קאמר דאינו יכול לומר תנאי היה קשיא רישא דמה לי לשקר במקום עדים כמו שכתבתי עכ"ל.

המ"מ כתב על השגת הראב"ד דהעדים מעידים שהדבר הזה הוא פקדון ולא ידעו אם בתנאי או שלא בתנאי ולפיכך הוא נאמן מדין מיגו אבל קצת תימה מפ"ב מהל' שכירות שכתב טען שהפקיד אצלו, וזה אומר לא אמרתי אלא הנח לפניך נשבע היסת, וכאן הדברים מראין שנשבע שבועת התורה שהרי כתב שמדין מיגו הוא ובודאי אם היה טוען נאנסו היה לו לישבע שבועת התורה, ואפשר משום שיש כאן עדים ואינו יכול לומר להד"ם מ"מ הרי יכול לומר החזרתי, ואם כגון שלא זזה יד העדים מידו היה לו לבאר, וכתב ע"ז הכ"מ שאין זה דומה לשם, דהתם טוען שלא נעשה לו שומר כלל אבל הכא מודה שהוא שומר אלא שהתנה עמו לשמור שלא כדרך השומרים שהפקיד אצלו מעות שדרך שמירתן בקרקע והתנה עמו שיניחם בזוית ביתו דכיון דשמירה כל דהוא קיבל עליו שומר מיקרי וחלה עליו שבועה דאורייתא, ולכן כתב שמה שמעידים שהפקיד סתם אינו סותר למה שטוען שתנאי היה ביניהם שהרי אפשר שהתנו מקודם ואח"כ מסר לו בפני עדים סתם על סמך התנאי והמל"מ כתב דכונת המ"מ להקשות דכיון דיש לו מיגו דאי בעי אמר הנח לפניך, א"כ למה לא יהי' נאמן דתנאי היה בינינו בלא מיגו דנאנסו, דבשביל מיגו דנאנסו צריך לישבע בנק"ח, ובשביל מיגו דהנח לפניך א"צ לישבע אלא היסת.

והנה מה שכתב המל"מ דכונת המ"מ הוא שנאמין לו שתנאי היה מדין מיגו שהיה אומר הנח לפניך לא משמע כן בדברי המ"מ שהיה לו להזכיר זה, ורק אח"כ בתירוצו כתב דאפשר דכאן ליכא מיגו דלהד"ם שיש עדים ומוכח שרוצה לפרש דשם נאמן מדין

מיגו, וע"ז הקשה דכאן נמי יש לו מיגו דהחזרתי אך באמת אין כונת המ"מ להקשות מדין מיגו אלא פשוט שדימה טענת תנאי היה בינינו לטענת הנח לפניך, והיינו דלא נימא דכיון דלא שכיח שיסכים המפקיד להפקיד בזה התנאי שיניח הנפקד המעות בזוית ביתו אינו נאמן בטענה זו מצד עצמה אם לאו במיגו של טענת נאנסו, דא"כ אמאי נאמן שם בטענת אמרתי הנח לפניך, וע"ז רצה לפרש דמה שנאמן שם בטענת הנח לפניך הוא במיגו דלהד"ם דשם לא מיירי שהפקיד בעדים, אבל כאן שהפקיד בעדים אין לו מיגו, וע"ז הקשה דגם כאן יש לו מיגו דהחזרתי.

והנה בפ"ב מהל' שכירות הל' י"א על מה שכתב הרמב"ם דאם טוען שאמרתי הנח לפניך נשבע היסת כתב המ"מ וז"ל גם זה פשוט שאין שבועת השומרין בכופר אלא בטוען נאנסו, אבל בטוען לא הפקדתני או לא נעשיתי שומר או החזרתי שכל אלו טענות שהמפקיד יודע בהן כמו הנפקד אין שם חיוב שבועת התורה עכ"ל, ולכאורה דבריו כאן סותרים לדבריו שם, אלא דבאמת אין סתירה דאם היה שייך שבועת התורה על טענת הנח לפניך לא הוי מהני מה שאין עדים שהפקיד ויש לו מיגו דלהד"ם דהא קיי"ל דלא מהני מיגו לפטור משבועה, וכמו שכתב שם הרמב"ם בהל' ח', וא"כ שם הוצרך לומר דמדין התורה ליכא שבועת השומרין על טענה זו, וכאן רוצה לומר דעיקר דבריו שם הוא דטענת הנח לפניך היא טענה טובה מצד עצמה וגם ליכא ע"ז שבועת השומרים.

ומה שכתב הכ"מ על ד' המ"מ לחלק בין טענת הנח לפניך לטענת תנאי היה בינינו דהתם טוען שלא נעשה לו שומר אבל הכא מודה שהוא שומר אלא שהתנה עמו לשמור שלא כדרך השומרים וכו' דכיון דשמירה כל דהו קיבל עליו שומר מיקרי וחלה עליו שבועה דאורייתא, הנה לפי ד' המ"מ פ"ב מהל' שכירות שהבאתי גם באופן זה ליכא שבועת התורה דליכא שבועת השומרים, אלא בטענה שאין המפקיד יודע כמו הנפקד וא"כ בטענת תנאי היה בינינו נמי ליכא שבועת השומרים, אלא שהכ"מ חולק שם על המ"מ וכתב שם דבטענת החזרתי איכא שבועת השומרים וכבר תמהו עליו הלח"מ והמל"מ דמפורש שם דבהחזרתי ליכא אלא שבועת היסת, אך אפי' לשיטתו אין דבריו מבוררין דהא כאן אנו דנין אם טענת תנאי היה בינינו היא טענה שנאמן עליה או אינו נאמן כלל אלא מדין מיגו. וע"ז הוא שהקשה המ"מ מטענת הנח לפניך לטענת תנאי היה בינינו, ומה תירץ דהכא איכא שבועה כיון שקיבל עליו שמירה דהא בד' הרמב"ם מפורש שלא היה נאמן כלל בטענת תנאי אלא משום מיגו דנאנסו.

אכן מה שכתב הכ"מ לפרש ד' הרמב"ם שמודה שהוא שומר אלא שהתנה עמו לשמור שלא כדרך השומרים שהפקיד אצלו מעות כדרך שמירתן בקרקע והתנה עמו שיניחם

בזוית ביתו, ומשמע שכן רוצה לפרש גם בסוף דבריו והוא תימה דא"כ הוא צריך לישבע עכ"פ גם שלא פשע בו, ולמה כתב הרמב"ם שישבע שלא שלח בו יד ושאינו ברשותו ושהיה ביניהן תנאי, וכן מבואר דצריך לפרש ד' הרמב"ם במה שכתב מעות אלו שהפקיד אצלי בזוית ביתי אני מניח אותן דהכונה דאיני מקבל שמירה כלל. אלא דמ"מ יש נ"מ מטענה זו לטענת הנח לפניך דאם טוען שאמר הנח לפניך היא טענה שלא קבל הפקדון כלל אלא נתן לו רשות להניח הפקדון בביתו, וכן הוא כשאמר הנח סתם, אבל כשאמר מעות אלו שהפקיד אצלי בזוית ביתי אני מניח אותן היינו שהוא מקבל הפקדון אלא שהתנה שאינו מקבל שמירה, ויש כאן חידוש בד' הרמב"ם דאפשר קבלת פקדון למחצה דבקרא כתיב כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמור, וא"כ ליכא בקרא חיוב פקדון כזה שאין בו חיוב שמירה ויש עליו דין פקדון שצריך השומר לישבע שאין אצלו הפקדון, ומ"מ סובר הרמב"ם דאפשר דין פקדון כזה דכיון שקבל הפקדון אלא שהתנה שאינו מתחייב שמירה, התחייב בזה שכל זמן שהפקדון בעין שעליו להחזירו להמפקיד, ויש כאן דין כי יתן איש אל רעהו, ולכן חייב לישבע שלא שלח בו יד ושאינו ברשותו.

ובמה שהקשה המ"מ לפי מה שרצה לומר כאן דהא דבפ"ב דאינו חייב שבועה כשטוען לא אמרתי אלא הנח לפניך הוא משום דיש לו מיגו דלהד"ם, וע"ז הקשה דגם כאן יש לו מיגו שהיה טוען החזרתי וזה קשה גם לפי האמת דשם בטענת הנח לפניך הא טוען שלא נעשה שומר כלל, אבל הכא יש עדים שאמר לו הנח לפני, מ"מ קשה הא עכ"פ יש לו מיגו שהיה טוען החזרתי דאינו צריך שבועה ולמה פסק הרמב"ם שצריך שבועה, ולהעמיד כגון שלא זזה ידם מתוך ידו כמש"כ המ"מ זהו בודאי דוחק והיה לו להרמב"ם לפרש, ונראה דא"צ לאוקמי דוקא כגון שלא זזה ידם מתוך ידו, דאפשר שראו העדים בשעה שמסר לידו הפקדון הכיס עם המעות, וכן ראו כשנאבד הפקדון כגון שבא אנס ולקח הכיס עם המעות, וכיון שלא הטמינו בקרקע זהו פשיעה אם לא התנה עמו, והכירו העדים בטביעת עין ובסימני הקשר של הכיס שזהו הכיס שהפקיד אצלו ושלא הוציאו המעות מהכיס, ובהל' ד' נבאר דלהוציא מטענת החזרתי מועיל גם סימנים וממילא ליכא כאן מיגו דההחזרתי.

ובעיקר ד' הרמב"ם צריך לומר דזה ודאי ששמעו העדים שאמר הנפקד הנח לפני, ומה שכתב הראב"ד וכיון שהפקיד סתם היינו שאמר הנח לפני בלא תנאי, אבל ודאי אמר הנח לפני דאל"כ לא הוי פקדון דאפי' אם אמר הנח סתם אינו חייב כלל בשמירה ואין עליו שם נפקד שהרשהו רק להניח בביתו, וכיון שכתב הרמב"ם שהפקיד אצלו בעדים ע"כ שהעדים שמעו שאמר הנח לפני, וזהו שלא כדברי הכ"מ והמל"מ שמפרשים שהיה

אפשר לו לומר שאמר הנח לפניך, שגם הכ"מ כתב כיון שמודה שהוא שומר, אלא שמ"מ יש לומר בזה כד' הכ"מ שאף שאמר לו בפני עדים הנח לפני יכול לטעון שמקודם התנה עמו תנאי זה ואח"כ כשהביא הפקדון אמר לו הנח לפני, אבל דעתו היה על התנאי שהתנו מקודם, אלא דמ"מ בלא מיגו אינו נאמן שהרי בפני עדים אמר הנח לפני וזהו קבלת שמירה, אבל במיגו נאמן ולא הוי מה לי לשקר במקום עדים כמש"כ הכ"מ.

והנה בפ"ב מהל' שכירות הל' ט' כתב הרמב"ם מתנה שומר חנם להיות פטור משבועה והשואל להיות פטור מלשלם, וכן מתנה בעל הפקדון על ש"ח או נושא שכר ושוכר להיות חייבין בכל כשואל שכל תנאי בממון או בשבועות של ממון קיים וא"צ קנין ולא עדים, ובהל' ט' כתב טען זה שהיה שם תנאי והשומר אומר לא היה שם תנאי, נשבע השומר שבועת השומרין ומגלגל בה שלא היה שם תנאי, ובהל' י"א טען שהפקיד אצלו, וזה אומר לא אמרתי אלא הנח לפניך ולא נעשיתי לו שומר נשבע היסת שלא קבלו אלא בדרך זו וכו', ודברי הרמב"ם צריכים ביאור דלמה בטענת תנאי כתב רק על סוף דבריו שהתנאי הוא לחייב להשומר יותר מדין חיובו, ועל ראש דבריו דמתנה ש"ח להיות פטור משבועה ושואל להיות פטור מלשלם לא הזכיר בהל' י"א אלא שאמר לא אמרתי אלא הנח לפניך ולא נעשיתי שומר כלל דנאמן בשבועת היסת, ואמאי לא כתב בטען השומר שהתנה להיות פטור משבועה והשואל להיות פטור מלשלם, והנה בשואל יש לומר דאם שאל בפני עדים כיון שכתב כאן דדוקא ע"י מיגו דנאנסו ובשואל אין לו מיגו דנאנסו, ולכן ודאי אינו נאמן ואם בשאין עדים ששאל ממנו ודאי נאמן במיגו דלהד"ם, ומה שכתב בטען שלא אמר אלא הנח לפניך שהוא פטור בשבועת היסת לפי דברי המ"מ שם דאין הפטור מדין מיגו אפשר שהוא לומר אפי' אם יש עדים ששמעו שבא אליו להפקיד בידו, אלא שלא שמעו מה אמר לו הנפקד אם הנח לפני או הנח לפניך, ובזה הוצרך להודיענו דנאמן שלא אמר אלא הנח לפניך שלא נאמר דאין אדם עשוי להניח פקדונו בלא שמירה אבל כל זה מיושב בשואל אבל בשומר חנם אף שלא הפקידו בעדים כיון דזה ודאי דאינו נאמן לומר תנאי היה בינינו במיגו דלהד"ם דהא אין אומרים מיגו לפטור משבועה, ולפי"מ שכתבנו דקושיית המ"מ כאן הוא שנאמינו תנאי היה בינינו בלא מיגו דנאנסו כמו שנאמן לומר שאמרתי הנח לפניך, א"כ למה כתב הרמב"ם אופן הפטור בטען שאמר הנח לפניך ולא באמר תנאי היה בינינו, דזהו בודאי חדוש יותר שהיה שומר אלא שהתנה להיות פטור משבועה, ושנאמן בלא מיגו.

ונראה לחדש דסובר הרמב"ם דגבי ש"ח באמת אינו נאמן לומר תנאי היה בינינו אפי' לפי סברת המ"מ משום דלדין לפטור משבועה כיון דמצינו דלא אמרינן מיגו לפטור

משבועה אף דמיגו הוא בירור טוב ומ"מ אמרינן כיון דעכ"פ יש בדין זה חיוב שבועה דאורייתא כבר אינו נאמן לפטור את עצמו במיגו, אלא חייב לברר טענתו בשבועה, לכן גם בטוען תנאי היה בינינו אף שהטענה מצד עצמה ראוי להאמינו מ"מ כיון שאין הטענה להפטר מממון אלא להפטר משבועה שהתנה להיות פטור לא עדיף מטענה שיש בה מיגו, ויש לומר דהוא גם ק"ו ומה בטענה שיש בה מיגו שהוא בירור אינו נאמן להפטר משבועה, כ"ש שהוא טוען טענה שאינו בירור אלא שיש להאמינו בטענה כזו לא מהני טענה כזו אלא היכי שהוא טוען להפטר מממון שהוא נאמן מדין מוחזק והמע"ה, אבל אינו יכול לפטור את עצמו בטענה כזו משבועה ומשום זה כתב הרמב"ם שם רק טענת הנח לפניך דבזה טוען שלא היה שומר כלל, ובזה ודאי נאמן ופטור גם משבועה כיון שהוא כופר בעיקר דין הפקדון.

ובמה שכתבנו מבואר דכונת הראב"ד בהשגתו הא' במה שכתב וכיון שהפקיד סתם בפניהם וכן בהשגתו הב' במה שכתב ואם בשהפקיד אצלו בעדים, כונתו שאמר לו בפני עדים הנח לפני וזהו הפקיד סתם בפניהם דכל זמן שלא שמעו העדים שאמר הנח לפני אין זה פקדון, ולפי"ז צ"ל דמה שכתב בהשגה הב' ואם טען ואמר לא הייתי שומר אלא הא ביתא קמך אמרתי זהו רק לרווחא דמילתא דאם לא שמעו העדים מה אמר יכול לטעון גם זה, אבל אם אמר הנח סתם נמי לא הוי שומר, וכן הוא בדברי הרמב"ם בפ"ב מהל' שכירות הל' י"א שכתב טען שהפקיד אצלו וזה אומר לא אמרתי אלא הנח לפניך ולא נעשיתי שומר. וזה ע"כ לאו דוקא דהא פסק שם בהל' ח' דהנח סתם ג"כ אינו שומר, וזה אין לומר דהראב"ד סובר כדעת הרא"ש דהנח סתם חייב דהא לא השיג הראב"ד שם על הרמב"ם וע"כ דכונתו כמש"כ, אלא דדעת הרמב"ם דאפי' אם אמר הנח לפני יכול לטעון במיגו דנאנסו שמקודם התנה עמו על פקדון זה שיביא לו אח"כ שהוא מקבלו על תנאי זה, ועל התנאי הקודם אמר אח"כ הנח לפני וסובר הרמב"ם דזה לא הוי מיגו במקום עדים, והראב"ד סובר דכיון דבלשון הנח לפני משמע הנח לפני ואשמרנו כדרך השומרים הוי מיגו במקום עדים.

הלכה ד

הפקיד אצל חבירו בעדים ובאו עדים ואמרו שזה החפץ בפנינו הפקידו אצלו אין השומר יכול לטעון חזרתי ולקחתיו ממנו או נתנו לי במתנה, לפיכך אם מת השומר מוציאין הפקדון עצמו מן היתומים בלא שבועה. ולא עוד אלא מי שבא ואמר כך וכך הפקדתי אצל אביכם ונתן סימנים מובהקים ונמצא הפקדון כמו שאמר והיה יודע הדיין שלא היה המת אמוד שזה הפקדון שלו. יש לו לדיין הזה לתת הפקדון לזה שנתן סימניו,

והוא שלא יהיה זה המפקיד רגיל להכנס אצל זה שמת, אבל אם היה רגיל ליכנס אצלו שמא של אחר היא והכיר הסימנים שלו, באו עדים והעידו לדיין שאין זה אמוד אין מוציאין מיד היתומים בעדותן שאין זה ראיה ברורה ואומדן דעתן אינו אמוד דעתו ואין לו לדיין אלא מה שדעתו סומכת עליו כמו שיתבאר בהל' סנהדרין, מעשה באחד שהפקיד שומשמין אצל חבירו בעדים ובא ותבעו ואמר לו החזרתים. אמר לו המפקיד והלא כך וכך הוא מדתם והרי הם מונחים אצלך בחביותך. אמר לו שלך החזרתי. ואלו אחרים הם ואמרו חכמים אין מוציאין מידו שמא אלו השומשמין של שומר הן אלא ישבע השומר בנקיטת חפץ שהחזיר כמו שבארנו.

השגת הראב"ד. מעשה באחד שהפקיד שומשמין וכו' עד כמו שבארנו. א"א למה בנקיטת חפץ והלא המפקיד אצל חבירו בעדים אינו צריך להחזיר לו בעדים עכ"ל.

המ"מ כתב על ד' הראב"ד וז"ל ובודאי כן הוא וכבר כתבתי כן בפ"ב מהל' שכירות ואולי מפני שנתן כאן סימנים אמר רבינו שישבע בנקיטת חפץ וצ"ע, והכ"מ כתב ע"ז שכבר כתב שם טעמו של רבינו, והוא שכתב שם דבאמת על טענת החזרתי צריך לישבע בנק"ח דכיון שהיה שומר הוי שבועת השומרים, ודבריו תמוהים כמו שכבר תמהו שם הלח"מ והמל"מ דהרמב"ם שם בהל' י"ב כתב להדיא זה אומר שאלתיך או השכרתיך או הפקדתיך, והלה אומר לא היו דברים מעולם, או שאמר כן היה אבל החזרתי לך ונסתלקה השמירה ולא נשאר בינינו תביעה הרי הנתבע נשבע שבועת היסת ונפטר, וזה אין לומר דזהו משום שאין שם עדים על הפקדון, דהא בהל' ח' שם כתב להדיא דאין חילוק בדין שבועת השומרין בין הפקידו בעדים או שלא בעדים שאין אומרים מיגו לפוטרו משבועה, ולפלא על המ"מ שהביא רק את ד' עצמו ולא הביא שהרמב"ם בעצמו כתב כן, ולכן ע"כ אנו צריכים לתירוצו של המ"מ שמה שהוא צריך כאן לישבע בנק"ח הוא מפני שנתן סימנים אבל לא כתב טעמא דמילתא דממ"נ אם סימנים מועילים יוציאו השומשמין, ואם אינם מועילים למה יתחייב לישבע בנק"ח.

והנראה בזה דהנה המ"מ הביא כאן ד' הרמב"ן והרשב"א דבהפקיד בעדים מהני סימנים להוציא, וכן כתבו התוס' ביבמות דף קט"ז בהך סוגיא דשומשמין, והאריך בזה הש"ך בסי' רצ"ז, ובטעמא דמילתא כתב הקצוה"ח בסי' רנ"ט דמעיקר דינא לא מהני סימנים להוציא ממון דלא מהני אלא באבדה, אבל היכי שהפקיד אצלו בעדים אלא שטוען הנפקד שלך החזרתי ואלו אחרים בזה מועיל סימנים דמסתבר יותר שאלו הן שהפקיד, כיון שיש בהם הסימנים, והסברו עוד אינו מספיק דמנלן שע"י הך אומד דמסתבר יותר נוציא ממון כיון שאין מוציאין ממון בסימנים וצריך ראיה ברורה, ונראה דמה דאין

מוציאין ממון בסימנים אינו משום דאין מוציאין מן המוחזק, אלא משום חזקה דכל מה שביד אדם הוא שלו והוא מדין בירור, וכיון שלא מצינו דין סימנים אלא באבדה דהוי ספק לכן לא מהני סימנים להוציא מדין ודאי.

ויש להביא סמך לזה מד' הרמב"ן ריש ב"ב שכתב בטעמא דלא מהני חזית למעלה מד' אמות שכיון שהמקום והכותל עד חציו של שניהם נמצא הלה מוציא מרשות חבירו דבר המוחזק לו ולא סגי אלא בראיה גמורה ולא בחזית, וקשה דהא עיקר דין חזית הוא שמא יפול לרשות אחד ויאמר שלי הן. אלא דהטעם הוא דראיה דחזית הוא כמו ראיה של סימן, וכלשון הרא"ש בסי' ו' לענין חזית בחצר במה שחולק על הר"י הלוי שכתב וז"ל, ולא ידענא מהיכן אית ליה דלא תיקון חכמים חזית בחצר, כיון דסימן טוב הוא וכו' סימן שאמרו חכמים וכו' ולכן מה שכתב הרמב"ן דלא מהני חזית להוציא מרשות חבירו היינו במה שיש בזה חזקה שכל מה שברשותו הוא שלו, אבל היכי דנפל לרשות אחד מהם דאין כאן חזקת ראיה אלא חזקת תפיסה שהשני הוא מוציא בזה שפיר מהני חזית.

ועכשיו יש לומר עפ"מ שמצינו בב"מ דף ק' גבי המחליף פרה בחמור דאמר שם בגמ' דסומכוס דסבר ממון המוטל בספק חולקין, מודה היכי דאיכא שבועה דאורייתא דלא אמרינן חולקין ועיין במלחמות ריש ב"מ במה שהשיג שם על הבעה"מ, והארכתי בזה פ"כ מהל' מכירה הל' ד' ומבואר שם דכיון דאיכא שבועה דאורייתא אין כאן ממון המוטל בספק דכיון דאם לא נשבע הרי הוא מחוייב לשלם כולו, ואם נשבע התורה האמינתו לברר טענתו וממילא אין כאן ספק, ולכן גם כאן בדין הפקיד אצלו בעדים ונתן סימנים דמן הדין לא הי' נאמן לטעון החזרתי כיון דע"י זה שהפקיד אצלו בעדים כבר אין לו חזקת בירור שמה שתחת ידו הוא שלו, אבל כל זה אם הוא טוען החזרתי, אבל אם היה טוען נאנסו והתורה האמינתו לשומר בשבועה על טענת נאנסו ממילא בטל טענת הפקדון ושוב נעשה מוחזק במה שתחת ידו ואינו נאמן בסי' להוציא, ואף שהתובע יטעון כיון שעכ"פ הפקדתי אצלך בעדים ואין לך ראיה של חזקה למה לא אהיה נאמן בסימנים כיון שאיני מבקש ממך שבועה אלא אני טוען שהחפץ שבידך שלי הוא, אבל אין זה טענה דהא ה"נ גבי ממון המוטל בספק היכי שהמוכר מודה במקצת דאמר בגמ' דפטור בשבועה גם לסומכוס הא יכול הלוקח ג"כ לומר איני מבקש ממך שבועה אלא זכותי בדבר המוטל בספק שיחלוקו, וע"כ מוכח דכיון דיש כאן שבועה דאורייתא ואפשר להמוכר לברר הוא נפטר בשבועה וא"כ ה"נ כאן בטענת נאנסו כיון דכל כחו של המפקיד שבא לבטל חזקתו של הנפקד על החפץ שתחת ידו הוא ע"י זה שהפקיד אצלו חפץ כזה וכיון שטוען הנפקד נאנסו ויכול לברר טענתו בשבועה דאורייתא ממילא כבר

אינו דבר המוטל בספק שיועיל להוציא בסימנים דע"י שבועת השומרים נתבטל טענת הפקדון, ולכן שפיר נאמר שאם היה טוען נאנסו לא הי' המפקיד מוציא החפץ בסימנים, וכשטוען החזרתי הרי יש לו מיגו דנאנסו וכיון דבטענת נאנסו היה צריך לישבע גם בטענת החזרתי נשבע בנק"ח וכדין המפקיד אצל חבירו בשטר שנאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו ונשבע בנק"ח כדאיתא בב"ב דף ע' ובד' הרמב"ם פ"ב מהל' שכירות ודברי הרמב"ם נכונים וברורים.

איברא דיסוד זה שכתבתי לבאר דעת הרמב"ם דמעיקר הדין אינו נאמן לטעון החזרתי בלא מיגו דנאנסו, כיון שהמפקיד אומר סימנים ע"פ ד' הראשונים דביש עדים שהפקיד ונותן סימנים מוציאים ממון, עוד צריך באור דהראשונים כתבו זה בנתן סימנים מובהקים ובגמ' בסוגיא דשומשמין הא אמר הכא שומשמין מאי סימנא אית להו, ודקאמר כן וכן הוין אימא חושבנא איתרמי, והתוס' הקשו דהא מדה הוי סימן, וכתבו דהכא מיירי במדה שדרך בני אדם להצניע כך ובדברי הרמב"ם קשה לפרש כן והריטב"א והנמוק"י כתבו דסי' דמדה לא מהני אלא לדין חזרת אבדה, וא"כ אין לי ראיה מד' הראשונים דבסימן מדה דגבי שומשמין הוי מהני לדין טענת החזרתי שאינו נאמן אי לאו דיש לו מיגו דנאנסו, אכן באמת דעת הרמב"ם דמדה ומנין הם סימנים מובהקים וכמו שכתב בפי"ג מהל' גזלה ואבדה הל' ח' וז"ל הסימנים המובהקים סומכין עליהם ודנין על פיהם דין תורה, והמדה או המשקל או המנין או מקום אבדה סימנים מובהקים הם, וא"כ מה דאמר בהך סוגיא דיבמות דלא מהני סימן מנין, ומחלק משני ת"ח דמהני סימנים להשיא אשה זהו בנתנו סימן מובהק ביותר כמו נקב יש בצד אות פלונית בגט, וכמש"כ המ"מ והכ"מ בפי"ג מהל' גירושין הל' כ"א, וא"כ נכונים הדברים דכיון דגבי חזרת אבדה מהני מדאורייתא גם סימן מדה והוי סימן מובהק, מה דלא מהני סימנים להוציא זהו דוקא היכי דיש לבעל החפץ חזקה גמורה וכמש"כ, ולכן מהני טענת נאנסו או החזרתי במיגו שאז נתבטל ראיית הפקדון והוי חזקה גמורה דלא מהני סימנים.

והנה במה שכתב בדין מי שבא ואמר כך וכך הפקדתי אצל אביכם ונתן סימנים מובהקין דמוציאין מן היתומים אם לא היה אביהם אמוד ואינו רגיל להכנס אצל המת, כתב המ"מ בשם הרמב"ן והרשב"א דמיירי בשיש שם עדי פקדון וביחד עם סימנים מוציאין והא דלא אמוד אינו אלא לסעד בעלמא, אבל בדעת הרמב"ם כתב המ"מ דהוא בשאין עדים, וכן מוכח לשונו שכתב מי שבא ואמר, והסימנים והא דלא אמוד ביחד מועילין להוציא, וצריך לבאר מאיזה טעם באמת מצטרפין שתי ההוכחות, אכן לפימש"כ מיושב שפיר דבפ' כ"ד מהל' סנהדרין הל' א' כתב הרמב"ם יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים

שדעתם נוטה להן שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן אע"פ שאין שם ראיה ברורה, וכתב ע"ז כיצד הרי שנתחייב אדם שבועה בב"ד ואמר לדיין אדם נאמן אצלו ושדעתו סומכת על דבריו שזה האיש חשוד על השבועה יש לדיין להפוך השבועה על שכנגדו וישבע ויטול וכו', וכן אם יצא שט"ח לפניו ואמר לו אדם שסמך עליו אפי' אשה או קרוב זה פרוע הוא וכו' יש לומר לזה לא תפרע אלא בשבועה או אם היה עליו שט"ח לאחר תן לזה שלא נפגם שטרו כלל, ואח"כ מביא הא דכאן במי שבא וטען שיש לו פקדון אצל פלוני שמת וכו' והנה ממה שכתב הרמב"ם השלשה אופנים מוכח דלהוציא ממון ע"פ אומד אינו יכול הדיין מדכתב אלו השלשה אופנים, ועוד דהא ביצא שט"ח לפניו ואמר לו אחד שסמך דעתו עליו שהוא פרוע, החדוש רק דמחייב להמלוה שבועה אף שהאומר הוא קרוב, אלא דכתב עוד דאפשר לו שלא ידון בהשטר וגם שיאמר להמלוה שישלם לאחר שאינו פגום וגבי אמר לו אחד על המחוייב שבועה שהוא חשוד, זה ג"כ אינו הוצאת ממון בפי' דכיון שהוא מאמין שהוא חשוד א"א לו להשביעו דאין מוסרין שבועה לחשוד.

ולכן הבאור בהא דכאן שכתב שם במה שמצרף סימנים לאינו אמוד, הטעם הוא דהא דאינו אמוד מגרע מדין חזקה שכל מה שביד אדם הוא שלו ולכן מהני סימנים להוציא, אלא דזה מוכח דהסברא דלא אמוד לא מהני אלא לגבי יתומים שאין טוענין ברי, אבל אם הנתבע חי וטוען שזהו שלו לא מהני הא דלא אמוד לעשות ספק דליהוי סימנים להוציא, וזה מוכח גם מכאן שכתב הך דינא דוקא גבי יתומים אלא דשם עוד הוסיף הרמב"ם וכתב אצל פלוני שמת בלא צואה. ומוכח דאם מסר צואה לא מהני הסברא דלא אמוד. ומשום דאם היה זה פקדון היה מצוה והיינו דהא דלא אמוד אינו מועיל אלא היכי שאינו טוען מפורש שהוא שלו, ואף דקיי"ל טוענין ליורש היינו היכי שמספק ג"כ אין להוציא.

ומכאן יש סתירה למש"כ הקצוה"ח בסי' ע"ה סעיף ט"ז ס"ק ט"ז במה שכתב המחבר דיורשים אינם חייבים אם טוענים אין אנו יודעים אם פרע אבינו או לא שהביא ד' הראנ"ח דגם אם לא הו"ל למידע הוא פטור באינו יודע אם פרעתיך, וכתב ע"ז הקצוה"ח דזה תליא במחלוקת התוס' והרא"ש עם הרמב"ם דלהתוס' והרא"ש שסוברים דבמשואיל"מ בלא הו"ל למידע פטור גם בדידיה ולמדו דין זה מדין יורשים, א"כ גם לדין איני יודע אם פרעתיך נלמוד מיורשים לדידיה, אבל לדעת הרמב"ם דסובר דדוקא יורשין פטורין בלא הו"ל למידע אבל הוא עצמו חייב, וטעמא דיורשין פטורים משום דהב"ד טוענים ליורש וה"ל כמו טענת ברי, א"כ גם לענין איני יודע אם פרעתיך אין

למדין מיורשין.

והנה מד' הרמב"ם כאן מוכח דמה דב"ד טוענין ליורשין אינו כמו טענת ברי דהא מחלק בין טענת ברי ליורשין, ובעיקר דבריו בטעמא דאין היורשין חייבין מדין משואיל"מ משום דהב"ד טוענין ליורש והו"ל כמו טענת ברי אינם מובנים כלל, דהא דין משואיל"מ אינו שייך לטענת שמא וטענת ברי דאפי' בטענת ברי אם אינו יכול לישבע משלם, ומה דיורשין אינם חייבים משום משואיל"מ הא נלמד מקרא דשבועת ד' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים ואין אנו צריכים לומר טעמא דקרא לדעת הרמב"ם, אלא דאם באנו לומר טעמא יש לומר דעל יורשין אינו חל מעיקרא דין חיוב שבועה שהוא דין של אביהם ולא שלהם, ואין עליהם חיוב הגוף לשלם, לכן ליכא עליהם דין שבועה ולא משואיל"מ.

פרק ז

הלכה ה

כל המוכר פקדון ע"פ ב"ד ה"ז מוכר לאחרים ואינו מוכר לעצמו מפני החשד, והדמים יהיו מונחים אצלו ויש לו להשתמש בהן, לפיכך הרי הוא עליהן שומר שכר אע"פ שעדיין לא נשתמש בהן.

כתב המ"מ דאף שמי שמצא אבדה ומכרה חייב באונסי הדמים כשואל אע"פ שלא נשתמש בהן כיון שיכול להשתמש כמבואר בפ' י"ג מהל' גזלה ואבדה, כבר תירצו זה שבאבדה כיון שהוא ש"ש ממילא אפי' באבדה עצמה אע"פ שאינו יכול להשתמש בה, בדמים שהוא יכול להשתמש אנו מעלין אותו מדרגה אחת וחייב באונסין עכ"ד, והנה התוס' בב"מ דף כ"ט ד"ה והוי שואל כתבו דכיון דבשביל היתר תשמיש לבד לא הוי אלא ש"ש א"כ בשביל זה שיש לו עוד פרוטה דרב יוסף משום שמירת אבדה אין סברא שיהא לו דין שואל, דאטו אם מוסיפין שכר לשומר יהיה לו דין שואל, והוכיחו מכאן דקיי"ל כרבה דשומר אבדה כש"ח וסברת התוס' ברורה, וא"כ צריך ישוב שיטת הרמב"ם דפסק דשומר אבדה כש"ש, ומוכח לפי"ז ממתני' שם דע"י היתר תשמיש נעשה שואל ואמאי כאן לא הוי אלא ש"ש ע"י היתר תשמיש.

אכן בפי"ג מהל' גזלה ואבדה בארתי דלא שייך לחייבו כשואל אלא אם רוצה לקנות המעות בדין שאלה, ולכן איכא נ"מ דגבי מעות אבדה יש מציאות שיהי' לו נ"מ במה שיקנה המעות בדין שאלה. והיינו אם יבוא האובד ויהיה ספק להמוצא אם צריך ליתן לו המעות כגון שאחד נותן מדת ארכו ואחד מדת רחבו וכה"ג כדאיתא בדף כ"ח ויהיה צריך לילך לב"ד, או שיהי' צריך לברר שאינו רמאי, ואז אפי' אם האובד יאמר

להמוצא שמעכשיו לא ישתמש בהמעות אינו מחוייב לשמוע לו, כיון דעכ"פ דין קנה המעות להשתמש בהם עד זמן החזרה, אבל במפקיד מעות או במוכר פקדון כיון דתיכף כשיבואו הבעלים צריך להחזיר המעות וקודם שיבואו יכול להשתמש גם בלא קנין שאלה, א"כ למה יתרצה הנפקד לקנות המעות בדין שאלה ולהתחייב באונסין לכן אינו אלא ש"ש, ושם הארכתי בזה ויישבתי קושיית התוס' במה דהוי שואל, והוכיחו דבאמת הוי לוה, והרמב"ם פסק שם שהמעות הן בשאלה ע"ש.

הלכה יא

הפקדון והאבדה לא ניתנו ליתבע אלא במקומם כיצד הפקיד אצלו בירושלים אינו יכול לתבעו בנוב ואם החזיר לו בנוב מקבלו ממנו, הפקיד אצלו בישוב והביא פקדונו במדבר אינו מקבלו ממנו אלא יאמר לו הרי הוא באחריותך עד שתחזירו לי בישוב כדרך שהפקדתי אצלך בישוב.

כתב המ"מ וז"ל ונ"ל שאם הפקיד אצלו לזמן ידוע שאינו יכול להכריחו לקבלו ממנו תוך הזמן שיכול לומר לו קבלת עליך שמירת הזמן הקצוב, והנה ד' המ"מ צריכים באור דאפי' קבל הפקדון לזמן ידוע במה נתחייב, ופועל יכול לחזור בו אפי' בחצי היום, וראיתי בחו"מ סי' רצ"ג סעיף א' שהמחבר מביא דין זה להלכה, וכתב ע"ז הגר"א בס"ק ג' וז"ל, ואם הפקידו כו' כן פי' הראב"ד מ"ש בפ"ק דקדושין י"ג א' סברה אי שדינא כו' בהפקיד לזמן ידוע וערשב"א שחולק עליו וכ' מי עדיף מפועל שחוזר בחצי היום עכ"ל, ואבאר הדברים, דשם מיירי בדין שתיקה לאחר מתן מעות, ומחלק בגמ' בין נתן לה שלא בתורת פקדון ובין נתן לה בפקדון, דאם נתן שלא בתורת פקדון אי איתא דלא ניחא לה בקדושין לישדינהו, אבל אם נתן בתורת פקדון סברה אי שדינא מיחייבנא בהו, וכתב ע"ז הרשב"א ויש לדקדק לישדינהו ולימא ליה הרי שלך לפניך, ותי' הראב"ד דהכא באפקיד לזמן ידוע, וכתב ע"ז הרשב"א דמי עדיף מפועל שחוזר בחצי היום, והביא שהרמב"ן כתב דבפקדון לא נפטר עד דמחזיר ליה מיד ליד, אלא דאם אמר לו שיקבל הפקדון והוא אינו רוצה יכול לומר הרי שלך לפניך ולזרוק לפניו, ומה דלא הוי קדושין משום זה הוא משום שאינה מחוייבת לומר כן דבלא זה הא יכולה לומר לא בעינא בקדושין, וע"כ שאינה צריכה לומר שום דבר, ואנן דייקינן להוכחה רק מזה שמחזקת המעות ואינה זורקת, וכתב הרשב"א גם בדינו של רבינו אני מסתפק במה שאמר דבפקדון חייבת עד דמהדרא ליה מיד ליד, דכיון דשדיא קמיה תוך ד' אמות אמאי לא מיפטרא, והרשב"א לא סיים לתרץ ד' הגמ' דאמר אי שדינא מיחייבא בהו לשיטתו דיכולה לזרוק תוך ד' אמות, וצ"ל דבזה מסכים להרמב"ן שצריכה עכ"פ לומר הרי שלך לפניך דבלא זה אפשר דלא

הוי סילוק שמירה ומה שהיא זורקת הוא באחריותה, ובזה שפיר כתב הרמב"ן שאינה מחוייבת לומר כן.

ולפי המבואר קשה ביותר ד' המ"מ שבכל מקום מביא ד' הרמב"ן והרשב"א וכאן לא הביא דבריהם ועוד אם הוא סומך על ד' הראב"ד למה כתב ונ"ל ולא הביא דבריו, ונראה דזה ודאי דאין כונת המ"מ דאם הפקיד לזמן אינו יכול לחזור תוך הזמן דא"כ אין לזה שייכות לדין זה דאם החזיר לו שלא במקום שהפקיד אצלו מקבלו ממנו, וע"כ דכונתו דרק באופן זה מהני הא דהפקיד אצלו לזמן שאינו צריך לקבל ממנו במקום אחר וממילא אינו חולק על הרמב"ן והרשב"א ואין מקור דבריו מד' הראב"ד אלא מדעת עצמו כתב כן וזהו שכתב ונ"ל, אבל בטעמא דמילתא במה דמחלק בהפקידו לזמן בין החזירו במקום שהפקידו להחזירו במקום אחר, נראה דהנה דעת התוס' בב"מ דף מ"ח דמה דפועל יכול לחזור בו זה דוקא בשכירות יום ולא בקבלנות, ולפי"ז נוכל לבאר ד' המ"מ במה שכתב שיכול לומר לו קבלת עליך שמירת הזמן הקצוב דאין הכונה לשמור הזמן הקצוב דזהו שכירות יום ויכול לחזור בו אלא דכונתו שקבל עליו שמירת הזמן הקצוב, והיינו שיהי' הפקדון משומר עד סוף הזמן הקצוב וזהו קבלנות שקבל עליו שעד זמן זה יהיה הפקדון בשלימותו, ומה דסוברים הרמב"ן והרשב"א דבהפקידו לזמן יכול להחזירו תוך הזמן הטעם דכיון דעל עצם פעולת השמירה יכול לחזור ורק דזה הוי כקבלנות שיהיה משומר עד זמן זה, בזה מהני כשמחזירו להמפקיד דאין לך שומר יותר טוב מהבעלים ולא גרע משומר שמסר לשומר דבלאו דינא דאת מהימנת או אין רצוני הוי שמירה טובה, ואף שהמפקיד טוען אין רצוני לשמור ואתה קבלת עליך שיהי' משומר לא מהני טענתו, כיון דודאי שאם יהי' הפקדון אצלו יהיה משומר, ונ"מ בזה שהפקידו לזמן אם ירצה להחזירו להמפקיד בזמן שאינו יכול לשמור הפקדון כגון שהוא חולה או בורח מחמת נפשות דאז אינו יכול להחזירו תוך הזמן.

ובזה נוכל לבאר טעמו של המ"מ דזה שיכול להחזירו תוך הזמן משום דכשיהי' אצל הבעלים הרי הוא משומר זהו דוקא אם מחזירו במקום שקבל ממנו, אבל כשמחזירו במקום אחר והמפקיד צריך להוליכו למקומו ודרכים הם בחזקת סכנה, ולכן אינו מחוייב המפקיד לקבלו במקום אחר להוליכו למקומו כיון שקבל עליו הנפקד שיהי' הפקדון משומר עד הזמן.

ונראה דלפי"ז יש לבאר גם ד' הראב"ד שכתב דהגמ' בקדושין מיירי בהפקיד לזמן דקשה הא פועל יכול לחזור בו וכמו שהקשה הרשב"א, ובזה לא נוכל לומר כמש"כ על ד' המ"מ דהא מחזירה במקום שנטלה, ונראה דיש לומר דבזה ג"כ איכא נ"מ בין הפקיד

סתם להפקיד לזמן, דבהפקיד סתם יכול גם לזרוק הפקדון לפניו כיון דכל שעה יכול לבטל התחייבות שמירת הפקדון, ואינו סובר דצריך הוא לומר הרי שלך לפניך, אבל בהפקיד לזמן כיון דזה שיהי' הפקדון משומר עד הזמן מזה אינו יכול לחזור ורק דאמרינן דכשמחזיר לבעלים כבר הוי משומר, לכן סובר הראב"ד דבזה צריך להחזיר מיד ליד, אבל אם יזרוק ויתפזרו המעות אינו מחוייב המפקיד לקבצם מעל הקרקע, ונמצא דבמה שחולקים הרמב"ן והרשב"א אם יכול לזרוק לפניו ואם מחוייב להחזיר מיד ליד בזה מחלק הראב"ד דהיכי שקבל לזמן מחוייב למסרם חזרה מיד ליד כדרך שמירה, אבל אם קבלם סתם כיון שיכול כל שעה לבטל חיוב הפקדון יכול אפי' לזרוק לפניו ולכן העמיד כשהפקיד לזמן.

פרק ח

הלכה א

המפקיד אצל חבירו בהמה או כלים ונגנבו או אבדו אמר הריני משלם ואיני נשבע ונמצא הגנב משלם תשלומי כפל, טבח או מכר משלם תשלומי ארבעה וחמשה למי משלם למי שהיה הפקדון אצלו שהרי אמר אשלם חזרה הבהמה עצמה חוזרת לבעליה היא וגיזותיה וולדותיה שאין זה השומר קונה שבח הבא מגופה אלא שבח הבא מאליו וכבר בארנו שאין הגנב מחזיר גיזות וולדות אלא לפני יאוש, נשבע השומר ולא רצה לשלם ואחר כך נמצא הגנב משלם תשלומי כפל, טבח או מכר משלם תשלומי ארבעה וחמשה למי משלם לבעל הפקדון, וכן השוכר פרה מחבירו ונגנבה ואמר הריני משלם ואיני נשבע, ואח"כ הוכר הגנב משלם תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמשה לשוכר שאילו רצה השוכר היה נשבע שנגנבה באונס ונפטר.

חזרה הבהמה עצמה חוזרת לבעליה, עיין מ"מ וכ"מ ובעיקר צריך לבאר דא"כ איך קנה השומר הכפל הא הוי פרה לכפילא דלא מהני היכי דלא עבידי דאתו כמו שהביאו בתוס', ונ"ל דביאור דבריו הוא עפ"י מה דאמרינן ביבמות פ' אלמנה לכהן גדול דכהן ששם פרה מישראל יאכילנה כרשיני תרומה והוא משום דכיון דחייב באונסי' ובכחשה ובנפחת דמיה לכן חשיב קנין כספו אלמא דאף דגוף הבהמה לבעלים מ"מ כיון דזכות הממון לכהן חשיב קנין כספו, א"כ ה"נ הכא אף דלשי' הרמב"ם גוף הבהמה חוזרת לבעלים, מ"מ כיון דדין הממון הוא לשומר דאם הוזלה הבהמה או מתה ההיזק לשומר לכן שייך הכפל לשומר. וכן מצינו בדף ע' גבי אין מקבלין נכסי צאן ברזל דכתבו התוס' בשם ר"ת דמיירי דפסק דמים על הצאן וגם פסק דמי השבח, והנה התם ג"כ כל זמן שהבהמה

בעין היא לבעלים ומ"מ כיון דאם תופחת או תוזל חייב דמי' כבר נקראת הלואה אלמא דעיקר מילתא משגחינן בדין הדמים של הבהמה לא בדין גופה. והנה לכאורה ממה דפריך הגמ' א"ה אפי' גיזותיה וולדותיה נמי מוכח לכאורה דגם גוף הבהמה לשומר אך זה מבואר בפשיטות דאין ה"נ מעיקרא הוי סבר הגמ' דלגמרי הקנה לו פרתו אבל לבתר דמשני דשבחא דגופה לא עביד אינש דמקני א"כ מסתבר דגוף הפרה בודאי לא הקנה לו ורק הקנה לו הבהמה לדמי' כמו צאן ברזל וממילא הכפל לשומר.

והנה בירושלמי יליף דינא דמתני' מקרא דחיים שנים ישלם למי שהקרן מהלך שם הכפל מהלך, וד' הירוש' צריכים ביאור דלמה נימא דבשילם ולא רצה לישבע ונמצא הגנב דהקרן מהלך לשומר הא כיון דלא קנה השומר להגנבה יחזירו הגנבה להבעלים והבעלים יחזירו המעות להשומר, ולבאר זה נבאר ד' הגמ' דידן בהא דכיפי דאייקור כיפי דאמר ר"נ הדרי כיפי למרייהו והדרא אפדנא למריה, ופריך ממתני' דשילם ולא רצה לישבע ומשני דהכא אטרחיה לבי דינא וקאמר בגמ' למימרא דסבר ר"נ שומא הדר שאני התם דשומא בטעות הוה דקא הוה כיפי מעיקרא, ודברי הגמ' צריכים באור דכיון דכבר אמר טעמא במה דהדרי כיפי להמפקיד משום דאטרחיה לבי דינא, א"כ ע"כ הדר אפדנא להשומר, ומצאתי שהקשה כן הרשב"א בש"מ אלא שהקשה באופן אחר דהא אפי' אי שומא הדרא לא הדרא אלא מדעת הבעלים והכא ריעא למרי אפדנא כי הדרא, וכונתו דאם לא הדרא אפדנא ישארו הכיפי להבעלים והכיפי נתייקרו, ותי' הרשב"א דכיון דלא מקנין ליה רווחא משום דאטרחיה לבי דינא, א"כ ניחא ליה דמהדר ליה אפדנא ואי לא ניחא ליה דתיהדר ליה אפדנא מהדר איהו יוקרא דכיפי ויהיב ליה למרי כיפי ואפדנא כדקיימא קיימא בידא דמרי כיפי, ואילו הוא ס"ל דשומא לא הדרא ה"נ הו"ל למימר אפדנא בידא דמרי כיפי ליקום ומהדר ליה אידך יוקרא דכיפי עכ"ל.

ומבואר דבתירוצו מיושב גם קושייתנו דכדפריך לימא סבר ר"נ שומא הדרא זהו גם אחר דמשני דמשום דאטרחיה לבי דינא לא קנה היוקרא ומ"מ סבר דכיון דבעת שומת האפדנא היה חייב השומר לשלם וקנו הבעלים את האפדנא, לכן אם הבעלים רוצים שישארו האפדנא בידם יתנו הכיפי להשומר, אלא שהשומר יחזיר להם היוקרא, והר"ח בפירושו כתב באופן דסבר הגמ' דאי שומא לא הדרא וקנה בעל הכיפי את האפדנא ממילא נעשו הכיפי של השומר וכי אייקור ברשותו אייקור, וכונתו דאף דמשום דין שילם ולא רצה לישבע לא מקנה ליה כפילא, וכן יוקרא זהו שיקנה השומר משום זה הבהמה משעת משיכה חוץ מגיזותיה וולדותיה או שיקנה סמוך לגנבתה; אבל אחר ששילם השומר ודאי דנקנה לו הפקדון, אלא דמטעם זה לא יוכל לזכות בהכפל או

בהיוקרא שנתייקר קודם ששילם, ובין לד' הר"ח בין לד' הרשב"א צריך ביאור דאיך יקנה השומר הפקדון ע"י ששילם, דהא אין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו, וצ"ל דכיון דהתורה חייבה להשומר לשלם וזה א"א שבין הפקדון בין התשלומין יהיו של הבעלים וע"כ דמכיון ששילם נקנה לו הפקדון מדין התורה וזהו דין השומר ועל אופן זה משך הפקדון וקנה בדיני שומרים שאם יתחייב לשלם נעשה ממילא הפקדון שלו, ויש לומר עוד דהר"ח והרשב"א אינם חולקים. אלא דהר"ח מפרש שהוקרו הכיפי אחר ששילם. והרשב"א מפרש שהוקרו קודם ששילם.

ולפי"מ שנתבאר מבוארים דברי הירוש' במה דאמר למקום שהקרן מהלך שם הכפל מהלך. דלפי"ז גם הבבלי סובר שלאחר ששילם קנה השומר הגנבה והקרן מהלך להשומר. אלא דצריך קרא דבלא קרא ודאי לא היינו אומרים דבשביל זה יהי' הכפל להשומר. דהא בעת שגנב היה הפקדון של הבעלים. אלא דהירוש' למד זה מקרא דחיים שנים ישלם. שלמקום שהקרן מהלך שם הכפל מהלך.

ונראה דבזה מבואר שיטת הרמב"ם דהרשב"א הובא בשיטה הביא ד' הירוש' דאם היו לו עדים שנגנבה באונס לא קנה הכפל. ואם היו לו עדים שנגנבה בפשיעה קנה הכפל. והרמב"ם כפי שביאר המ"מ סובר להיפוך דאם היו לו עדים שנגנבה באונס קנה הכפל ובגנבה ופשיעה לא קנה הכפל. ובאמת הדברים מבוארים בפשיטות דשיטת הירוש' נכונה שפיר עפ"י שיטת הירוש' דלא ס"ל הא דנעשה כאומר. אלא דמדינא הוי הכפל להשומר. משום דלמקום שהקרן מהלך שם הכפל מהלך, א"כ זהו דוקא היכי שעפ"י דין שומרים צריך השומר לשלם או לישבע. אבל בהיו לו עדים שנגנבה באונס א"כ כבר נפטר מהבעלים ואין עליו דין חיובי שומרים. וא"כ כשמשלם אח"כ להבעלים הוי כמו שהבעלים ירצו למכור לו הבהמה הגנבה או למכור לו הכפל וזה א"א, דבתורת מכירה אין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו וכן א"א למכור הכפל. ולכן אמר שפיר הירוש' ע"ז המוכר קנסיו לאחר לא עשה ולא כלום. אבל היו לו עדים שנגנבה בפשיעה בודאי הכפל לשומר דזהו עיקר דינא דקרא דכשיפשע יהי' צריך השומר לשלם להבעלים דמי הפקדון. וממילא שייך הפקדון להשומר. ולכן שפיר אמרינן למקום שהקרן מהלך שם הכפל מהלך. אבל לשיטת הגמ' דידן דהוא משום שהבעלים מקנה להשומר דנעשה כאומר לכשתגנב ותרצה ותשלימני ולשיטת הרמב"ם הוא משום דאי בעי פטר נפשיה א"כ סובר שפיר דבנגנבה בפשיעה דליכא בזה אי בעי פטר נפשיה לא קנה הכפל ובנגנבה באונס דאי בעי פטר נפשיה מקנה לו הבהמה וקנה הכפל.

-השמטות ומלואים-

בפ"ח מהל' שאלה הל' א' במש"כ לבאר שיטת הרמב"ם דהבהמה עצמה חוזרת לבעליה דמה דשייך לו הכפל אף שהבהמה עצמה אינה שלו מ"מ הממון הוא שלו, ע"פ הא דתניא ביבמות דף ס"ו דכהן ששם פרה מישראל יאכילנה כרשיני תרומה, הביא דברי התוס' שחלקו על רש"י שפי' כהן ששם פרה מישראל בשוכר שקבל אחריות אם תכחש או תאנס או תוזל, והקשו התוס' דהא הוי רבית וכתבו אלא איירי בשואל, ולמד כת"ר שסוברים דכהן שואל יכול להאכיל להפרה תרומה, וכן הביא דברי רש"י שכתב על מה שהי' גירסאות הישנות ותסברא נהי נמי דחייב באונסין, וכתב רש"י ה"ג נהי נמי דחייב בגנבה ואבדה, והרי"ף גורס כגירסאות הישנות, וכתב הרמב"ן ליישב זה משום דפשיטא לגמ' דגם שואל לא יוכל להאכיל תרומה, והנה בראשית ההשקפה תמהתי על דבריו דבודאי אין כונת התוס' לזה אך עיינתי בהקרן אורה וראיתי שגם הוא מפרש כפירושו ותמה על התוס' דבודאי אין כהן השואל יכול להאכיל תרומה וכמש"כ הרי"ף, אבל גם אחרי שראיתי דברי הקרן אורה ברור אצלי שאין כונת התוס' כלל לזה, ולהדיא אמר הגמ' דצריך שיהי' ברשותו לאונסין ולכחשא ולנפחת דמיה, ומה שכתבו התוס' אלא איירי בשואל ודאי אין כונתם בשואל לחוד דהא כהן ששם תנן ושואל לאו היינו שם, ואפי' אם מתה אינו חייב השואל משעת שאלה אלא משעת מיתה ובפרט דבעינן דוקא אחריות לכחשא ונפחת דמיה, וכונת התוס' הוא רק להקשות על רש"י שפירש כגון כהן ששכר וכו', וכתבו דזה הוי רבית לכן כתבו אלא איירי בשואל, וכונתם דהיה שואל ושם הפרה לאונסין וכחשא ונפחת דמיה לשלם כשומא של עכשיו, אבל לא עלה על דעתם דשואל יוכל להאכיל תרומה מה שמפורש בגמ' להיפוך, וכן רש"י שכתב ה"ג נהי נמי דמחייב בגנבה ואבדה זהו משום דבשוכר תנן, ואף שהרמב"ן דחק ליישב דקים להגמ' דשואל נמי אינו מאכיל, וכתב על הגהת רש"י ולאו דוקא לא בשביל זה נדייק דרש"י סובר דלא כמפורש בגמ', אלא דרש"י אינו רוצה לדחוק בזה והגיה, והרמב"ן דרכו ליישב הגירסאות הקדומות ובפרט שכן גורס הרי"ף, אבל זה מפורש בגמ' דבעינן דוקא כל הג' תנאים שיתחייב באונס ובכחש ובפחת דמים.

ובמה שיישבתי ע"פ דין דשם פרה שיטתו של הרמב"ם דפרה עצמה חוזרת לבעליה היינו דהא אמר לו לכשתגנב ותרצה ותשלימני וכו' והקנה לו הפרה, אלא דכיון דשבחא דגופא לא מקני ליה ה"נ גוף הפרה לא הקנה לו ולא הקנהו אלא הממון שלה והיינו כמו בשם פרה, ובזה מקרייא הפרה שלו לענין דין ממון ולכן הכפל שלו, ובודאי גם בשואל אינו שייך לו הכפל, אלא בשילם ולא רצה לישבע ושואל עד שישלם.

הלכה ג

כל הקונה הכפל קונה השבח הבא מאליו, כיצד הפקיד ארבע סאין אצל חבירו והרי הן שוין סלע ונגנבו או אבדו ואמר הריני משלם סלע ואיני נשבע ואח"כ נמצאו והרי הן שוין ארבע סלעים הרי הן של שומר ואינו משלם אלא סלע, בד"א בשלא הטריחן לבעלים בדין אבל אם הודה שפשע וחייבוהו ב"ד ליתן ולא נתן ברצונו עד שכפוהו ב"ד על כרחו ונטלו ממנו, ואח"כ הוכר הגנב או נמצא הפקדון יחזיר לבעלים כמות שהוא ומחזירין לשומר הדמים שלקח ממנו, ואם כלים או קרקע גבו ממנו בשומא מחזיר לשומר כליו או שדהו.

השגת הראב"ד. כל הקונה הכפל וכו' עד ואינו משלם אלא סלע. א"א דוקא שבא השבח אחר ששלם או שאמר הריני משלם עכ"ל.

המ"מ כתב על ד' הראב"ד וז"ל ולי נראה דכל שבא השבח אחר גנבה הוא של שומר לפי שמאותה שעה נקנה לו הפקדון וכלשון אחרון דרבא, וגנב עצמו אם נאבד הפקדון מאליו הדבר שגנב אינו משלם אלא כשעת הגנבה, ודעת רבינו שהוא אפי' במה שנתייקרו בין פקדון לגנבה וכלישנא קמא דרבא, ודוקא אם הי' יכול ליפטר באמת, אבל בחייב על דרך האמת ודאי כששילם כשעת גנבה שילם שהרי מן הדין הוא חייב וב"ד היו מכריחין אותו בהודאת האמת, עכ"ל, וכתב ע"ז הש"ך בסי' רצ"ה וז"ל, ולענ"ד עיקר כהראב"ד דנהי דקנה למפרע משעת פקדון מ"מ הא קאמר דנעשה כאומר לכשתגנב ותרצה ותשלימני ופשיטא אלו תבע לנפקד לבי דינא היה מוכרח לשלם לו כפי שעת התביעה אם לא היה רוצה לישבע דדילמא השתא פשע וכל השומרין משלמים כשעת הפשיעה, א"כ ה"ק כשתגנב ותרצה ותשלימני מה שמגיע לי ע"פ הדין עכ"ל, ע"ש, וכתב ע"ז הקצוה"ח דודאי שבועת השומרין אינו אלא שאינו ברשותו ושנאנס, אבל אם השומר רוצה לשלם ואומר כך וכך היה שוה ובעה"ב אומר כך וכך אין זה משבועת השומרין, וא"כ השומר שטען שנגנב בשעת הזול אין משביעין אותו שמא פשע בשעת היוקר, וכדברי הקצוה"ח כתב הגרעק"א בחדושיו.

אכן לדעתי נראה דאינו פשוט כלל כדבריהם ובודאי יש כאן שבועת השומרין ולא דמי למחולקים כמה היה שוה הפקדון בשעת הגנבה דזהו כשמחולקים בשומת הפקדון, אבל כאן הדו"ד מתי נגנב הפקדון, וזה אנו יודעים ודאי שאם נגנב בזמן מאוחר היה שוה יותר, וא"כ אם רוצה לפטור את עצמו ולומר שנגנב קודם הרי צריך לישבע ע"ז דעל טענת גנבה הרי צריך לישבע. וא"כ לא מהני מה שרוצה לשלם כמה שהיה שוה בזמן המוקדם כל זמן שאינו מברר או נשבע שנגנב באותו זמן. ומה שהוכיח הגרעק"א מדין

ביום שהיתה שכורה מתה דליכא ע"ז שבועת השומרין אין ראיה כלל דבשכרה היום ושאלה למחר כיון שטוען שמתה כשהיתה שכורה. א"כ טוען שלא היה כלל שואל על הבהמה. וע"ז ליכא שבועת השומרים אפי' כשטוען כן ע"י טענת מיתת הבהמה קודם כיון דעכ"פ טוען שלא היה שואל על הבהמה. וכן בשאלה ואח"כ שכרה כיון שטוען שלא מתה כשהיתה שאולה לא שייך שבועת השומרים דשבועה זו אינה אלא כשטוען השומר טענת אונס ולא כשטוען שלא נאנסה, ובפרט דהוי כמו טענת החזרה כיון שטוען שיצאה מגדר שאלה ונכנסה לגדר שכירות.

אבל הכא כל זמן שלא נשבע שנגנבה בזמן המוקדם הרי חייב הוא בה ובדמיה עד זמן שמברר שנגנבה, וכיון שאינו נשבע כלל עליו לשלם כשעת התביעה בב"ד, ועוד יותר דהא אין על המפקיד להאמינו כלל שנגנבה ותובעו גוף הפרה רק שאם משלם דמיה כמו שהיא שוה כשעת התביעה אין כאן דין שבועת השומרים מן התורה אפי' אם אין הפקדון מצוי בשוק, שאין כח בב"ד להשביעו על מה שלא יוכלו לכופו לשלם אם אינו נשבע ויוכל לטעון איני רוצה לישבע ואני רוצה לשלם, רק מדרבנן חייב לישבע שאינה ברשותו אפי' אם הוא משלם. אבל כל זמן שאינו משלם כשעת התביעה ואינו נשבע חשבינן כאילו הבהמה ברשותו וחייב להחזירה או לשלם דמיה.

ובדעת הרמב"ם נראה דאינו חולק כלל על זה ובודאי צריך לשלם כשעת התביעה, ומה שכתב ואח"כ נמצאו והרי הן שוין ארבעה היינו שנתייקרו אחר שאמר הריני משלם שכבר נתחייב בדמיהן ובעד זה הקנה לו למפרע את הבהמה לדמיה וכמו שבארנו, והש"ך לפי"מ שהעלה דצריך לשלם כשעת התביעה כתב וז"ל וליכא לאקשויי א"כ מאי פריך אי הכי אפי' גיזותי' וולדותי' נמי דהכי פריך דגוף הגיזות וולדות יהיו לנפקד, ולכאורה לדעת הרמב"ם א"א לומר כן דהא כתב דגוף הבהמה חוזרת לבעלים, אך זה לא קשה דיש לומר דזה אחר דמסקינן דשבחא דגופא לא מקני לכן גוף הבהמה נמי לא מקני, אבל באמת א"צ לזה דקושיית הגמ' שפיר הוא מגיזות וולדות שנעשו אחר הגנבה.

ונראה דיש לדייק כן מדברי הרמב"ם שכתב בהל' א' וכבר בארנו שאין הגנב מחזיר גיזות וולדות אלא לפני יאוש ולדעת המ"מ והסמ"ע בשיטת הרמב"ם שהיוקר משעת הפקדון הוא לנפקד, קשה למה הוצרך הרמב"ם כאן לכפול ולהזכיר דין הגנב עם הבעלים שכבר כתבו בהל' גנבה, ואף שיש לומר דכיון שכתב חזרה הבהמה וגזותיה וולדותיה הוצרך להוסיף זה, אבל אין זה מיושב לגמרי אכן לפי"מ שכתבנו שהנפקד אינו קונה היוקר שעד התביעה, וא"כ אם היה קונה הנפקד גם הגיזות וולדות לא הי' לו נ"מ בזה דהא צריך לשלם כמו שהי' בשעת התביעה, ולענין הנ"מ של גוף הגיזות באמת לא נ"מ

אף שהש"ך כתב כן דדוקא בבהמה עצמה שייך נ"מ משום כושרא דחיותא, ולכן ע"כ כל החידוש שהגיזות וולדות אינו קונה הנפקד הוא רק מהגיזות וולדות שלאחר תשלומין שכבר הוא לאחר הגנבה, ולכן זהו שהוצרך הרמב"ם לומר דזה ע"כ מיירי בלא הי' יאוש בגנבה ומשום דקיי"ל סתם גנבה יאוש בעלים, וע"כ דהכא מיירי בידוע שלא נתייאשו הבעלים כגון שהיו עדים שראו מי שגנב והוי כמו גזלה דלא הוי יאוש בעלים, וזהו טעם נכון במה שהוצרך הרמב"ם לכפול כאן לבאר הך דינא דמיירי לפני יאוש.

הלכה ה

אמר הריני משלם וחזר ואמר איני משלם או שאמר הריני משלם ומת ואמרו הבנים אין אנו משלמים או שלא הספיק לתבוע את השומר ומת, ותבע הבנים ושלמו בני השומר או ששלמו הבנים לבנים, או ששלם השומר מחצה שאל שתי פרות ושלם אחת מהן, שאל מהשותפין ושלם לאחד מהן, שותפין ששאלו ושלם אחד מהן, שאל מן האשה ושלם לבעלה, אשה ששאלה ושלם בעלה כל אלו ספק והרי הכפל מוטל בספק ואינו תחת יד אחד מהן לפיכך חולקין הכפל או השבח בין בעל הפקדון ובין השומר, ואם קדם אחד מהן ותפס הכל אין מוציאין מידו ואפי' בח"ל.

אמר הריני משלם וכו' כתב המ"מ אע"פ שאם אמר בב"ד הריני משלם אפי' שלא מן הדין אינו יכול לחזור בו וב"ד יכפוהו לקיים דברו, מ"מ נסתפק לנו בגמ' אם קנה הכפל, והנה ד' המ"מ מבוארים בתוס' דר"ת מוכיח מקודם מכאן דבהא דב"ב דף קכ"ח דאמר לו רצונך השבע וטול גרסינן ונשבע, אבל כל זמן שלא נשבע יכול לחזור בו מדאמר כאן מיהדר קא הדר ביה אח"כ חזר ר"ת וגורס שם נשבע, ומ"מ בעי כאן דאף דאינו יכול לחזור מ"מ כיון שרוצה לחזור לא מקנה ליה כפילא, והרא"ש מוכיח מעיקר דינא דאמר הריני משלם מקנה לו הכפל ואם היה יכול לחזור למה מקנה לו והוכיח דגרסינן נשבע, ולפי המבואר יש לתמוה על ד' המ"מ דכיון דעכ"פ לפי ד' התוס' תליא דין זה אם יכול לחזור בו כאן בדין אמר לו השבע וטול דאם שם יכול לחזור גם כאן יכול לחזור. וא"כ קשה במה שכתב זה על ד' הרמב"ם לומר שבאמת אינו יכול לחזור דהא הרמב"ם בפ"ז מהל' סנהדרין הל' ג' כתב נגמר הדין ונשבע אינו יכול לחזור בו. וכתב הלח"מ שם דגורס ונשבע ואף שיש לחלק דהרמב"ם קאי שם על פלוגתא דר"מ וחכמים באמר לו דור בחיי ראשך דאין זה שבועה: אבל באומר השבע וטול אפשר דסובר דאינו יכול לחזור. אבל א"א לומר כן ובוודאי ד' הלח"מ שם נכונים דגם בהא דהשבע וטול גורס ונשבע. דאל"כ הי' לו להרמב"ם להביא הך דינא דבאמר לו השבע וטול קודם שנשבע אינו יכול לחזור בו וכיון שכן ד' המ"מ תמוהים במה שכתב שיטת ר"ת לפי שיטת הרמב"ם.

אכן נראה דאף שהתוס' והרא"ש תלו זה בזה אבל הרמב"ם יסבור דלא תליא זה בזה. ואף דהכא כשאמר הריני משלם ודאי אינו יכול לחזור. וכמו שהוכיח הרא"ש דאל"כ למה מקנה לו תיכף הפקדון וזוכה בכפל כשנמצא הגנב אף שעוד לא שלם דשמא היה חוזר. אבל זה אינו אלא כאן דחייב שבועת השומרים מדין תורה וכשאינו רוצה לישבע צריך ע"פ דין לשלם. וכיון שאמר הריני משלם כבר נגמר בזה הדין וחייב בתשלומין אבל שם בעבדי גנבת כיון דאינו חייב אלא שבועת היסת ואפי' אם אינו נשבע אין מוציאין ממנו. א"כ שפיר סובר הרמב"ם דכשכבר נשבע התובע נתחייב לשלם. אבל קודם שנשבע לא נתחייב כיון שלא היה על הנשבע חיוב כלל מן התורה. ומשום שבועת היסת הא אין מוציאין ממון. ובזה מבואר דגם הרמב"ם יסבור כד' התוס' דף ל"ד ע"א ד"ה אלא במה שיישבו דלא תיקשי סיפא לרישא וכתבו דלרבא תנן שילם לאשמעינן דאם נשבע ואח"כ שילם קנה כפל, אבל אמר הריני משלם לא קנה, וזהו בשביל שכבר נפטר בשבועתו לא מהני אמירתו ואינו חייב לשלם.

ב) **בהא** דשילמו בנים כתב הרמב"ם שלא הספיק לתבוע את השומר עד שמת ושלמו בני השומר. וכן פירש"י ומוכח דבנגנבה אחר מיתת השומר ודאי לא קנו הבנים את הכפל. והיה אפשר לכאורה להוכיח מכאן דלא כד' המ"מ דהרמב"ם סובר כלישנא קמא דרבא דא"כ גם בנגנבה אחר מיתתו כיון דנימא דגם בשלמו בנים מקנה המפקיד. א"כ למה לא יקנה הבהמה מעכשיו בנגנבה אחר מיתתו. אבל אם מקנה סמוך לגנבתה מיושב דכיון דכבר מת אינו מקנה לו. ואף דלפי"ז לא הוי קשה קושיא דר' זירא דאיכא למימר דמה דתניא חוץ מגיזותיה וולדותיה היינו גיזות וולדות שלפני הגנבה וכדאמר בגמ'. ומ"מ כתב הרמב"ם דגם גיזות וולדות שלאחר הגנבה הם לבעלים. יש לומר דכיון דאמר בגמ' סתמא דמילתא שבחא דגופא לא עביד דמקני לכן פסק הרמב"ם כן משום דנ"ל כן גם לאיכא דאמרי. ואף דא"כ יקשה דהיה להרמב"ם לפסוק הך נ"מ דקיימא באגם סמוך לגנבה יש לומר לפימש"כ התוס' בד"ה אי נמי דקיימא באגם בתירוצם דכל הנ"מ בדקיימא באגם אינו אלא לדין גיזות וולדות אי לא נימא הא דשבחא דגופא לא מקני, ומ"מ קשה לבאר כן דעת הרמב"ם ובפשוטו דעתו כדעת הרא"ש דקיי"ל כלישנא קמא דרבא וכר' זירא וא"כ צריך באור אמאי דוקא בשנגנבה קודם שמת השומר ויש לומר דאם נגנבה אחר שמת השומר כיון דהבנים אינם שומרים ולא שייכי כלל לדין הפקדון בודאי אינם שייכים בכל הך דינא לומר שאם ישלמו יקנו הכפל כיון שלא היה עומד לכך כלל שישלמו ובוודאי לא סליק אדעתא דמפקיד להקנות להשומר הבהמה באופן זה וכמש"כ הרשב"א הביאו המ"מ בהל' ב' מד' הירוש' דאם יש עדים שנאנסה אינו מקנה

לו הכפל ואפי' אם נאמר שם שגם בכגון זה קנה וכמו שרציתי לומר למעלה לסוגיית הגמ' שלנו מ"מ יש לחלק דשם הוא עכ"פ שומר, ובשעה שנאנסה היה עליו דין שבועה ושייך שישלם, אבל כאן דאינם שומרים כלל ודאי אינו מקנה להם.

ג) **והאבעיא** דשילם לבנים לא כתב הרמב"ם כלל רק שילמו בנים לבנים, והמ"מ כתב דבנוסחאות שלנו איתא שילם לבנים מהו ופירש"י בשמתו הבעלים וכתב הרשב"א דנראה מתוך דבריו שאם נגנבה בחיי האב ושלם שומר לבניו דפשיטא שזכה בכפל עכ"ל, ותמה ע"ז הכ"מ דא"כ בשלמו בנים נמי בשעה שנגנב כבר נקנה לו הכפל, ועוד דהא לא מקנה לו הכפל עד שישלם, וכתב הכ"מ דמה שפירש"י כשמתו ואח"כ נגנבה דאי נגנבה קודם אין אדם מוריש קנס לבניו, ואני תמה על ד' הכ"מ דהא התוס' בב"ק דף ע"ב כתבו שני תירוצים או דגבי כפל אדם מוריש קנס לבניו ודוקא גבי קנס דאונס ופתוי אין אדם מוריש, או דמתני' מיירי כשעמד בדין, וכיון שהרמב"ם בפ"ב מהל' גנבה סתם מוכח דדעתו דאפי' לא עמד בדין אדם מוריש גבי כפל כתי' א' בתוס', שוב ראיתי בד' הרשב"א שהביא מד' התוס' דכאן דמיירי בעמד בדין, ותמה הרשב"א ע"ז והוכיח מהא דב"ק דגבי כפל אדם מוריש קנס, וגם מה שכתב הכ"מ לפי דבריו דלא תיקשי משלמו בנים דשאני התם שבעל הפקדון קיים והגנב חייב לשלם לו הכפל ובני שומר מבעל הפקדון זכו הוא תמוה דאטו בעל הפקדון מקנה הכפל הא פריך ע"ז בגמ' דזה א"א וע"כ דבעל הפקדון מקנה הבהמה להשומר, וכיון דנגנבה בחיי האב א"כ השומר קנה הבהמה והבנים יורשים, ובעיקר קושיית הכ"מ כתב הגרעק"א בחדושיו דלא דמי דלהקנות באופן שיהי' הכפל לבנים אפשר דאינו מקנה, אבל כשהקונה הוא השומר אין נ"מ במה שמשלם לבניו, וקיצר בדבריו דלכאורה תליא אם אמרינן לי ואפי' ליורשי, ובאמת קיי"ל בגיטין דף ע"ד דלי ולא ליורשי, אך הרשב"א כתב דכאן לא שייך להך פלוגתא כיון דלא אמר בהדיא לי רק דאמדינן דעתיה ובודאי ניחא ליה אפי' כשישלם ליורשיו, אך יש להעיר מכאן על דברי האבני מלואים בסי' ל"ח דדוקא בנתינה אמרינן לי ולא ליורשים משום דאינם יורשים ע"ז, אבל היכי שיש להם זכות בזה לכו"ע אמרינן אפי' ליורשי, ומדברי הרשב"א מוכח לכאורה דלא כדבריו דהא כאן הם יורשים על התשלומין, ואולי כיון שהי' יכול לפטור עצמו בשבועה גם בזה נימא ולא ליורשי ודחוק.

והנה הרשב"א כתב דהאבעיא של שילם לבנים הוא רק לאיכא דאמרי דרבא אמר סמוך לגנבתה ולכן הקנין תלוי בהבנים ולכן אמר כי אקני לך אבונא כפילא, וא"כ מיושב מה שלא הביא הרמב"ם האבעיא דשילם לבנים, כיון דלדברי המ"מ פסק כלישנא קמא דרבא, ומה דבעי בגמ' שלמו בנים לבנים צ"ל דהוא כמו את"ל דשלמו בנים מקני להו

כפילא ומ"מ לא פסק כן הרמב"ם כיון דאינו מפורש בגמ' בלשון את"ל, וכמש"כ הלח"מ בפ' ב' הל' ט' וכן מבואר ביד מלאכי בכללי הרמב"ם אות ט"ז והביא מד' הר"נ פ"א בקדושין גבי בתך וקרקעך בפרוטה ומד' הב"י באה"ע סי' קכ"ב ובכ"מ ספ"ב מהל' מתנות עניים ע"ש.

ד) **ובמה** דפסק הרמב"ם דבכל הספיקות האלו חולקין הכפל או השבח בין בעל הפקדון ובין השומר, והרא"ש פסק שהוא בחזקת הבעלים דכיון דמספקא לן אי אקני בהמה לכפילא אוקי בהמה בחזקת בעליה, וצריך לבאר דעת הרמב"ם ועוד יותר הקשו דהא בפכ"ג מהל' מכירה הל' ג' בדין מוכר עבדו לקנס דהוא אבעיא דלא איפשטא פסק דלא קנה הלוקח וגם שם אין הקנס בחזקת המוכר, והנראה בזה ורק צריך להקדים דמה דאנו מעמידים בחזקת הבעלים בספיקא דדינא אינו מדין חזקה דמעיקרא דבספיקא דדינא לא אזלינן בתר חזקה דמעיקרא, אלא דזהו דין חזקת מוחזק דאין אנו מוציאין מחזקתו, ויסוד דבר זה הוא מדברי המל"מ פ"ו מהל' עדות דבספיקא דדינא לא שייך לאוקמי אחזקה דמעיקרא שהחזקה לא תכריע הספק בדין, ובקונטרס הספיקות לאחיו של הקצוה"ח בכלל ד' אות ה' מביא דברי הר"ן בריש קדושין גבי נתן הוא ואמרה היא שכתב הר"ן ולפיכך אני מסתפק בכל ספק קדושין אי צריכה גט מדאורייתא או לא דאפשר דמדאורייתא שרי משום דאיכא למימר העמד אשה על חזקתה דמאי שנא מכל תיקו דממונא דאמרינן ביה העמד ממון על חזקתו והסכימו כל גדולי האחרונים שאפי' תקפו תובע מוציאין אותו מידו ה"נ מדינא אית לן למימר הכא שתהא מותרת לינשא וכו' ודברי הר"נ צריכים ביאור דמה נסתפק ואיזה חדוש הוא דהרבה מצינו דאמרינן בספק קדושין העמידנה בחזקת פנויה, ולכן מפרש הקונה"ס דהספק הוא בספיקא דדינא, ומביא ראיה מזה דאמרינן אם תפס מוציאין מידו דמזה מוכח דאינו רק משום חזקת מוחזק דמשום זה הוי מהני תפיסה, וע"כ דהוא משום שמעמידין על חזקה דמעיקרא עכ"ד.

והנה כדבריו מבואר במהרי"ט סי' קל"ח אבל לדעתי אין הבאור בדברי הר"נ כן דלפי"ז הוא רק בגדר הוכחה מדין תיקו דממונא לפי ההנחה דמטעם מוחזק צריך שתועיל תפיסת התובע ואין נופל ע"ז לשון דמאי שנא, והיה לו לבאר זה דבפשוטו לא שייך להוכיח מחזקת ממון לחזקת איסור, ועוד דשיטות הסוברים דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא הוא ודאי אפי' היכי דלא שייך חזקה דמעיקרא כגון בתבעו לאחר זמנו ואמר לו פרעתיך בתוך זמנו דהוא אבעיא דלא איפשטא, ואף דהתם טוען התובע ברי, אבל דעת הר"נ בחדושיו בריש ב"מ בסוגיא דתקפו כהן דאפי' בטוען ברי לא מהני תפיסה, ועוד דעיקר לשונו של הר"נ שכתב העמד אשה על חזקתה הוא לשון חדש ותמיד אמרינן בזה

העמידנה בחזקת פנויה.

לכן נראה דלהר"ן ג"כ פשוט דבספיקא דדינא לא שייך להעמיד על חזקה דמעיקרא שהחזקה לא תכריע הדין וספיקו וראייתו מתיקו דממונא הוא רק מחזקת ממון והוא מסתפק דאפשר דכמו דבממון מעמידין הממון בחזקת הבעלים אף בספיקא דדינא דלא שייך לדון מדין חזקה דמעיקרא ה"נ נימא בקדושין העמד אשה על חזקתה דאף דאין האשה נמכרת לבעל בדין עבדות מ"מ זה הדין בעצמו שהיא נעשית קנויה אליו שתהא אסורה לאחרים, ע"ז ג"כ שייך לומר העמד אשה על חזקתה שהיא ברשותה ואין רשות אחרים עליה, איברא שהר"נ בהלכות בפ"א דגיטין במתני' דהמביא גט בא"י כתב דאין ראיה דאין טוענין מזוייף בשטרות ממתני' לפי שאין אשה זו ממונו של בעל אלא ברשותה היא להנשא ואנן לא מנעינן לה, מ"מ לא קשה דאף דכשאשה מביאה גט לא דמי למי שיוציא שטר על חבירו דהתם צריך מעשה ב"ד לגבות, אבל האשה אינה צריכה מעשה ב"ד דכיון שמביאה גיטה ברשות עצמה היא להנשא, אבל מ"מ בספק קדושין יש לומר דזהו ג"כ כמו הוצאה שמוציאין ממנה רשותה להנשא לכל מי שתרצה, ולכן בספק קדושין מעמידין אותה בחזקתה, וזהו שהביא הר"נ מכל תיקו דממונא והוסיף שהסכימו כל גדולי האחרונים שאפי' תקפו תובע מוציאין מידו והיינו שמוקמינן בחזקתו מדין ודאי.

וזה מבואר בב"מ דף ו' בשמעתא דתקפו כהן דהוי בעי בגמ' לומר דממה דאסורין בגיזה ועבודה מוכח דתקפו כהן אין מוציאין מידו אלא דדחי דקדושה הבאה מאליה שאני, אבל עכ"פ מוכח דאם הי' האיסור בגיזה ועבודה נמשך מדין ממון כהן אי הוי ס"ל דתקפו כהן מוציאין מידו, והספק הוא של הבעלים מדין ודאי לא היו אסורין בגיזה ועבודה, וזהו שהוסיף הר"נ שהסכימו כל גדולי האחרונים שאפי' תקפו תובע מוציאין מידו וממילא דין חזקת ממון הוא מדין ודאי ומהני גם לענין איסור וה"נ נימא העמד אשה על חזקתה וממילא ליכא גם איסורא דאשת איש.

וכיון שבארנו דבספיקא דדינא דיינינן רק מדין מוחזק נוכל לבאר דעת הרמב"ם דכיון דסובר דגוף הבהמה חוזרת לבעליה נמצא דאין עכשיו על הבהמה ספק כלל והספק הוא רק על הכפל דאינו בחזקת המוכר, ואפי' השבח דיוקר דלכאורה הוא בגוף הבהמה מ"מ כיון דעכשיו אנו דנין על ממון של היוקר שלא הי' בחזקת בעל הפקדון לא הוי בזה מוחזק, ואף שכתבנו בהל' א' בטעמו של הרמב"ם דסובר דגוף הבהמה חוזרת לבעליה ומ"מ הכפל שייך לשומר, משום דממון הבהמה שייך לשומר שהקנה לו הבהמה לממונה, וכדין כהן ששם פרה מישראל יאכילנה כרשיני תרומה, וא"כ גם לדעת

הרמב"ם נעמיד הממון של הבהמה בחזקת המפקיד, מ"מ יש לומר דזה היה שייך אם הספק היה נופל בתחילת המכירה דאז היינו צריכים ודאי להעמיד הממון של הבהמה בחזקת בעל הפקדון וממילא הי' הכפל והיוקר שייך לו, אבל כאן הא נולד הספק עכשיו, ואין שום נ"מ עכשיו גם בדין הממון של הבהמה להבא כיון שהבהמה עצמה חוזרת לבעליה, ולכן אף דמעכשיו קמה הבהמה וממונה ברשות המפקיד אבל הספק שנולד על הכפל והיוקר הרי לא זכה המפקיד בהם קודם הספק ולכן אינם בחזקתו ומשום זה פסק הרמב"ם דיחלוקו ומיושב גם הסתירה מדין מוכר עבדו לקנס שפסק דלא קנה הלוקח דהתם נעשה הספק בדין קיום הקנין תיכף בשעת המכר ולכן פסק דמוקמינן העבד לקנסו בחזקת הבעלים.

ובאופן אחר נראה לומר משום דמ"מ יש מקום לפקפק בדברינו לגבי היוקר דמה דמוקמינן גבי ממון בחזקת הבעלים היינו ברשות הבעלים דאין מוציאין הממון מרשותו ואפי' עומד הממון ברה"ר מ"מ הוא תמיד ברשות הבעלים וזהו בכל ספיקא דדינא, אבל כאן גבי גנבה כיון דאמרינן זה לפי שאינו שלו, וזה לפי שאינו ברשותו א"כ אין הגנבה ברשות הבעלים, ועל מה שהיא שלו שנעמיד אותה בחזקתה הקודמת הא בארנו דבספיקא דדינא לא מוקמינן בחזקה דמעיקרא, ולכן כאן סובר הרמב"ם דלא מוקמינן בחזקת הבעלים ולכן יחלוקו.

אח"כ ראיתי שאדמו"ר בספרו חדושי רבנו חיים הלוי עמד על הסתירה מכאן לדין מוכר עבדו לקנס בפכ"ג מהל' מכירה ויישב שם ברחבה ע"ש בדבריו העמוקים.