הלכה · משנה תורה · מפרשים · אור שמח · ספר משפטים

אור שמח על משנה תורה, הלכות שאלה ופיקדון

רבי מאיר שמחה הכהן מדווינסק

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

אור שמח על משנה תורה, הלכות שאלה ופיקדון

רבי מאיר שמחה הכהן מדווינסק

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/אור-שמח-על-משנה-תורה-הלכות-שאלה-ופיקדון/
הקובץ נוצר ב־17 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611162349 של הספרייה.

תוכן העניינים

פרק א 4
הלכה א 4
הלכה ד 5
פרק ד 5
הלכה ט 5
פרק ה 8
הלכה ד 8
פרק ו 8
הלכה ב 8
הלכה ד 9
פרק ז 10
הלכה ד 10
הלכה ה 11
הלכה ו 11
פרק ח 12
הלכה א 12
הלכה ג 14
הלכה ה 14

פרק א

הלכה א

השואל כלים או בהמה וכו' חייב לשלם הכל:

פירוש לא מבעיא כלים דכל הנאה שלו רק אפילו בהמה דבעי מזוני ונטירותא בכ"ז רוב הנאה שלו וכמפורש בגמרא, ורבינו נסים בתשובה כתב דשואל ספר מחבירו ללמוד בו לא הוי שואל משום דאין כל הנאה שלו דהמשאיל ספר מצוה עביד ומיפטר מלתת פרוטה לעניא ונמצא דגם איהו נהנה לכן אין השואל חייב באונסין, וביאור דבריו אף ע"ג דשואל בהמה אין כל הנאה שלו, דבשואל בהמה הוי לשעת השאלה כמו הבעלים ומה תאמר דנותן לה מזונות ומינטר לה אטו פרה דידיה מי לא בעו למיתב לה מזונות ולמה נותן לה השואל מזונות הלא אך בשביל מלאכת השואל ולא נשאר לבעלים שום הנאה לשעה זו בה דהוי כאילו היתה פרה של השואל עצמו וכי מתה איהו מפסיד, אבל בשואל ספר הלא הך הנאת פרוטה דרב יוסף הוי כאילו השואל פרע פרוטה להמשאיל והוי רק שומר שכר, והמחנ"א סימן ג' במחכתה"ג לא דק והנה דברי ר"ן הובא להלכה סי' ע"ב בסמ"ע ס"ק כ"א:

אמנם נ"ל דלא כוון לזה רבינו נסים וכבר הקשו עליו מהא דבפרק ב' דקדושין (דף מז) אמר לענין אונסין כו"ע לא פליגי דלא גרע משאלה ואמאי הא המלוה מצוה עביד ונהנה פרוטה דר"י, ולכן נראה דבתוספות נדרים (דף לג) הקשו דהא פרוטה דרב יוסף לא עדיפא ממבריח ארי היינו שמבריח העני מנכסיו ופטור וגם במודר הנאה שרי, ותירצו שמבריח ארי אינו רק שחבירו מבריח ארי ממנו אבל לשקול בנכסי חבירו ולהבריח ממנו ארי אסור, וכן פורע חובו של חבירו במודר הא שיטול המודר מנכסיו ויפרע חובו אסור, כן הכא הוא נוטל בחפץ חבירו האבוד ומבריח ארי מעצמו לכן ודאי דאסור ע"ש, וא"כ נחזי במלוה על המשכון הלא אינו רק מבריח ארי, וע"כ דבמה דנוטל משכונו של חבירו ומבריח ארי היינו עני, מנכסיו, זה הוה שכר, וא"כ במשאיל ספר או מלוה מעות לר' מאיר, האם הוא מבריח ארי עם נכסי חבירו אתמהה, ומה שמקבל חבירו הלא לא עדיפא מכל מבריח ארי וכו', ועל כרחין דאימת אמר לזה הר"ן דוקא בנידון דידיה שהשאיל ספר ונתן משכון, ע"ז אמר דהוי ממש כמלוה על המשכון, דבנכסי חבירו מבריח ארי מנכסיו הוא ושו"ש הוי, כן הכא אין כל הנאה שלו, אבל משאיל ספר בלא משכון ודאי הוה רק מבריח ארי ולא חשיבא שכר, יעוין בשו"ע סימן שמ"ב, וכן הכא במלוה מעות, האם הוא מבריח ארי עם נכסי חבירו מנכסיו, רק דבמה דמקבל הלוה המעות בזה המלוה מבריח ארי מנכסיו, א"כ למי נתייחס ההברחה להלוה, דאם מקבל

משכון הרי מצד השואל או הלוה עדיפא ליה בלא משכון. רק דהמשאיל או המלוה רוצה במשכון, א"כ המלוה עושה ההברחה בנכסי חבירו במה שמקבל מחבירו מנכסיו, אבל מלוה או משאיל לחודיה הלא תאמר דיהא כאילו נעשה מצוה זו שלא מדעתו של משאיל דלא הוי רק מבריח ארי מנכסי משאיל. כן נ"ל ברור דמשאיל ספר חייב באונסין דנעשה כמו שהשואל הבריח ארי מנכסי המשאיל, ומה דהמשאיל נותן רשות להשאלה בזה לא נעשה כאילו עביד המשאיל הך הברחה, רק מתיחס אל השואל, משא"כ במקבל משכון דבזה קא עביד מצוה שנוטל משכון כדי להלוותו או כדי להשאילו, נמצא דהוא מבריח ארי מעצמו עם נכסי חבירו דנטילת המשכון איהו קא עביד. וכן מבואר בתשובת רבינו גרשום מאוה"ג ז"ל הובאה בשיטה פרק איזהו נשך על משנה דלא ידור בחצירו שהשכין אצלו ספרים והוא נשתמש בהן יעו"ש. ודחוק לומר דרגמ"ה סבר כרבה דשו"ח הוי דלית ליה פרוטה דר"י, וטעמא כמו דפרישית. ובזה דכיחש מחמת מלאכה הארכתי בחידושי בפלפול רב, ודוק בכ"ז:

הלכה ד

השואל בהמה וכו', בההמ"ג, וה"ה לשואל כו':

נ"ב מפורש כתובות ל"ד גבי שואל עיי"ש:

פרק ד

הלכה ט

מכאן אתה למד שהשומר שמסר כו' ובעל הבית פטור כו':

רבינו תם בתוספות חולק ע"ז וז"ל שם בתוספות ד"ה כל המפקיד כו', אבל אם פשעו ואין להם לשלם כו' ישלם הנפקד כו' ולכך נמי משתבעא אימיה דהנהו זוזי אותבינהו בקרטליתא שלא פשעה כו', פירוש דסבר ר"ת דחזינא דאינה צריכה לשבע שלא אמר לה דלאו דידיה נינהו, וטעמיה כפמש"כ הרא"ש דהמפקיד אינו טוען ברי רק שמא אמר לה כו' יעו"ש, וא"כ אף ע"ג דכל שבועת שומרין עיקרו על ספק הוא רק בטוען ברי שנעשית שומר שלי ואיפה הפקדון שלי, אבל כאן איך נשביע אמו שבועת השומרין שלא פשעה ושאינה ברשותה כיון דעל הנך זוזי לא טעין ברי שהופקד אצלה רק ע"י טענת הבן, והבן הוא נוגע בזה וא"כ הוי טענת בעל הפקדון שמא נעשית שומר שלי, ואי משום הודאתה שקיבלה הנך זוזי מיד בנה הלא אמרה ששמרה כדרך השומרין ולא הוי טענתו ברי ע"פ טענת הבן [ולרבא דאיהו אמר להא מילתא ואיהו סבר בפרק יש נוחלין דף קל"ה דברי ע"י אחר הוי ברי, בכ"ז הכא הבן רוצה לפטור עצמו והוי נוגע ויעוין סימן ע"ה סעיף

כ"ג] ואי טעין לה הבן הלא איהו פטור כי טעין ומשתבע דמסר לה, וכיון שנשבע ופטור תו איך מצי טעין לה, ואיך מחוייבת לשבע לו שבועת השומרין דלאו שומר דיליה הוי [ובינותי בספרים ומצאתי בשו"ת עבודת הגרשוני סימן קי"ט שדרך בזה אבל באופן אחר יעו"ש], לכן ע"כ דהבן מחויב לשלם אם לא שמרה כדרך השומרין, א"כ כיון שהבן חייב לשלם תובע אותה הבן דהואי שומרת שלו ומחוייבת לו לשבע שבועת השומרין ששמרה כדרך השומרין, וז"ב בכוונת דבריהם, והחולקים על ר"ת אפשר דסברי כמש"כ התרומת הדשן הובא בש"ך סימן קכ"א ס"ק מ"ב שכיון שטוען שנתן מידו לידו הוי כבע"ד לענין שבועת היסת, כן יסבור לענין שבועת השומרין ודוק:

אמנם נראה לעיין מהא דאמר בדף ל"ו פעמים שוכר בחטאת ושואל באשם כגון שמתה כדרכה ואמרו מתה מחמת מלאכה כו' שואל דמחייב כו' וקא פטר נפשיה במתה מחמת מלאכה באשם, דנתבונן הלא לת"ק דמשנתנו צריך לשלם לשוכר, וכיון ששוכר בעצמו הודה שמתה מחמת מלאכה הלא מודה בעצמו דשואל לא מחויב לו לשלם, ותו אף אם יטעון השואל האמת שמתה כדרכה ג"כ יפטור מלשלם לשוכר כיון דאיהו בעצמו אמר שמתה ממלאכה דמיפטר פטור והוי כהודאה נגד הודאה ופטור השואל ומוקמינן לממונא בחזקתיה א"כ הוי תו כפירת דברים וחייב בחטאת, וצ"ל דסבר ר' ירמיה כר' יוסי כמו דקיי"ל כוותיה דמשלם שואל לבעלים א"כ תו אידך בבא דאמר, שוכר באשם ושואל בחטאת כגון שנגנבה ואמרו מתה כדרכה שוכר וכו' באשם שואל דבין כך ובין כך חיובי מחייב בחטאת, הלא כי הוה טעין נגנבה הלא הוי מחויב לשלם לשוכר, והשוכר הוי מחויב לשלם לבעלים ומדינא דר"נ הוי מחויב להראשון, אבל עיקר חיובו לשוכר, אבל כי טעין מתה כדרכה מחויב לשלם להבעלים, וא"כ כפר ממון בשבועתו. ואף שכתב הש"ך בסי רצ"א ס"ק מ"א, דרצה מזה גובה רצה מזה גובה ומחויב לשלם לבעלים כאילו הפקיד אצלו, בכ"ז להשוכר איכא הכחשת ממון. אך ז"א, דהשוכר אינו תובעו ואדרבא טעין דמתה מאליה ואמר שהשואל חייב לבעלים ממון, וא"כ לא שייך שכופר להשוכר, אבל השוכר אמאי חייב באשם, הא אם נגנבה ג"כ פטור לשלם לבעלים כי שאל לשואל אחר, והיה מזה ראיה לרבינו תם דאם אין השני משלם חייב הראשון א"כ כפר ממונא דהא אם נגנבה הלא איהו מחויב לשלם כי לא יהיה לשואל לשלם, אבל לדעת החולקים קשה טובא, דהא אף אם נגנבה ג"כ החיוב על השומר השני לשלם ואפילו למ"ד שומר שמסר לשומר חייב מוקי משנתנו בנתן לו הבעלים רשות להשאיל וא"כ השוכר פטור מגניבה, דהא אוקי גברא בחריקאי, ובין דנגנבה ובין דמתה החיוב על השני הוא השואל לשלם לבעלים, וא"כ השוכר לא כפר ממונא וא"כ שפיר מוכרח, דאם מסר השומר למי

שאינו רגיל להפקיד אם יש עדים דפשע השני ואין לשני לשלם חייב הראשון לשלם ולא יוקים רבי ירמיה משנתנו כשנתן רשות להשאיל וא"כ סבר כרבא דאמר אנת מהימנת לי בשבועה איהו לא מהימן לי בשבועה ודוק:

וכן למדנו מדברי הנמוק"י, דלרב דשומר שמסר לשומר פטור צריך הבעלים לדון עם השני אפילו העני השני או אין לו במה לשלם, הראשון פטור, דמצי למימר גברא אוחרינא אוקמית לך בחריקאי, ולר' יוחנן נמי היכי שדרכו להפקיד והשני אין לו לשלם הראשון פטור עכ"ד, ומתוך דבריו למדנו שני דברים, חדא דלרב אם מסר שומר שכר לשו"ש ונגנב אצל השני ואין לו במה לשלם שהעני, פטור השומר הראשון, ולר' יוחנן היכי שטוען השני שנגנב בכ"ז חייב הראשון לשלם, דהא דאמר לא מהימן לי בשבועה אין כוונתו דוקא על שבועה רק על כל הדינין למיקם עמו בדינא ודיינא ולהוציא ממנו ממון דאת מהימן לי לדון עמך. עוד למדנו דהא דפטור השומר הראשון לשלם לרב הוא רק אם העני אחר כך או הלך למדינת הים, אבל אם היה עני מעיקרא בשעה שמסר לו לשמור ונגנב אצל השני ודאי חייב הראשון לשלם דלא מצי לומר אוקימנא גברא עני בחריקאי אבל בשדרכו להפקיד אצלו או נתן רשות ודאי השני משלם ואם היה עני קודם הנה פטור לגמרי הראשון, כן נראה בירור דבריו. ובתוספות פרק המפקיד דף ל"ה סד"ה אגרה פרה פ' יום, ואפילו אם השאילה כל ימי השכירות, מ"מ כיון שהיא באחריות השוכר מגניבה ואבידה ופשיעה אם היה עם השואל במלאכתו כו', ולא כתבו בפשיטות כשאין לשומר השני לשלם דמחויב הראשון לשלם, דתוספות אזלי לפום מה דאוקימנא בנתנו הבעלים רשות להשאיל דאז פטור הראשון לגמרי אפילו אם היה עני השני וכפסק הנמוק"י, לכך הוצרכו לאשכוחי גוונא אחרינא דנשאר חיובו, אף דבמפקיד ע"ד אשתו סתמו דאם אין לו חייב הראשון לשלם, ועיין ש"ך סימן ע"ב ס"ק קל"ד ובמחנה אפרים. ומדברי רש"י ותוס' בבא קמא (דף יא) במימרא דעולא בשומר שמסר לשומר פטור כו' הראשון בכל אותן דינים שהיה פטור אם היתה אצלו פטור נמי השתא ולא אמרו פשיעה היא כו', ותוס' כתבו פטור אם נגנבה או נאבדה, מוכח דסברתם דלרב דפטור שומר שמסר לשומר בכ"ז אם נעשה ברשות השני לחיוב היינו בשו"ש שמסר לשו"ש ונגנבה ואין לשני לשלם דחייב הראשון לשלם, וא"כ מצי סבר ר' ירמיה כרב ג"כ, אך לעיל פרק ד' מנזקי ממון הלכה י"א הוכחתי דהעיקר שם בסוגיא כהנמוק"י יעו"ש:

ויתכן מה דאמר רב אידי בר אבין לאביי מכדי שוכר קני להאי פרה בשבועה כו' דל אנת ודל שבועתך ואנא משתעינא דינא בהדי שואל, דבשלמא לרבא דמיירי בלא נתן הבעלים רשות ואם היה פשיעה או גניבה ואבידה היה צריך הראשון לשלם אף אם אין

להשני או הלך למדינת הים, א"כ לא מצי לומר דל אנת ודל שבועתך כיון דעל כל מילי נשאר חיוב שמירתי וחיובי בתשלומין, א"כ אנא בעל דינא דילך ואשבע ואפטור, אבל לאביי דמוקי לקמן לטעמא דידיה לר' יוחנן כגון שנתנו הבעלים לו רשות להשאיל, וא"כ בפשיעה וגו"א אם אין לשומר השני לשלם הראשון פטור א"כ כל חיובו על השני, א"כ מצי אמר לשוכר דל אנת ודל שבועתך, פירוש דהא אם נגנב היית פטור והייתי מוכרח לדון עם השני, כן גם עכשיו אדון עם השני לבד, ודוק היטב בכ"ז:

פרק ה

הלכה ד

ואם הביאום בכרך אחד (כ"א) [כאחד] כו' והשאר יהא מונח אצלו:

ובפרק כ' ממכירה הל"ב כתב מניח דמי המקח ביניהם, וכתב ההמ"ג ופירשו ז"ל שמניחן בב"ד, וזה שכתב ויהיו הדמים מונחים הכוונה בב"ד, טעמא דמילתא ברור דבמקח שכל אחד אומר שמכר לו על האופן שיתן לו דמי החפץ ולא להניח הדמים אצלו [ובעייל ונפיק אזוזי אי לא יהיב ליה זוזי הדר זביני] וכן בגזל לר"ט שמניח ביניהן ומתחלק פירשו בגמרא שמניח בבית דין דאיהו לא מהימן להו ואין רצונם שיהיו המעות שהוא של אחד מהן אצל זה האיש, משא"כ כשהפקידו בכרך אחד דאיהו לא פשע מידי שלא היה לו ליזהר ודאי דאמרינן דכמו דהאמינתו ליה מעיקרא כן תאמינו לו עכשיו שלהיות מונח אצלו הפקדתם אצלו, ואין ב"ד צריכים להזדקק ויהא מונח אצלו כמו שהיה מונח קודם שעל דעת זה נתתם בידו ולא אבד נאמנותו אצלכם, וזה בריר בכוונת רבינו ובחידושי ריטב"א כתב דרך אחר בזה יע"ש:

פרק ו

הלכה ב

ראה משל"מ שפירש דברי הרב המגיד, משום דיהא נאמן במיגו דלא נעשיתי שומר יעו"ש, ואינו מובן דאם אמר תנאי היה שלא יהיו טמונים בקרקע רק שיניחם בגלוי אבל מלשמור לא סילק עצמו, א"כ חייב לשבע שלא פשע בדין שמירה שקיבל עליו או שאינה ברשותו, וא"כ הוי מיגו לפטור משבועה ולא אמרינן לשיטת רבינו, אם לא להפוסקים דחייב לשבע שנאנסו משום דלא מהימן במיגו דלהד"ם והחזרתי משום דהוי מיגו דהעזה לפטור משבועה בזה יתכנו דבריו דהא אם טעין תנאי ג"כ מעיז, אבל לשיטת

רבינו דבריו לא יתכנו, ועיין בש"ך סימן רצ"ו בזה, ובפרק ב' מהלכות שכירות ה"י לשון רבינו נשבע השומר שבועת השומרין כו' וצ"ע עוד:

הלכה ד

מעשה באחד שהפקיד שומשמין כו' אלא ישבע השומר בנקיטת חפץ שהחזיר כמו שבארנו:

נראה סברת רבינו, דכמו דבמפקיד בשטר אמרינן דלא החזיר לו דאילו החזיר חזקה שטרא בידיה דמפקיד מאי בעי, כן דומיא הכא דשומשמין בהאי חביתא ובזו המדה מאי בעי גביה הוא ראיה עצומה דחזקה דלא החזיר ולא היה מהימן לומר החזרתים, רק דמהימנינן ליה מיגו דאי הוי בעי אמר נאנסו ובנאנסו הלא הוי בעי לאישתבועי שבועה בנקיטת חפצא ככל שומר כן כי טעין החזרתי דלא מהימן רק במיגו דנאנסו בעי לאשתבועי שבועה דבר תורה, לכן ליתמי אין טוענין החזרתי בזה כמו דלא טענינן להו נאנסו דהוי מילתא דלא שכיחא וכמו שפרשו תוס' בב"ב שם, וזהו כמו שפסק רבינו בפרק ב' משכירות, דאם נאמן מחמת מיגו נשבע בנקיטת חפץ, והוא שכתב רבינו כמו שבארנו, ולעיל הלכה ב' ג"כ כתב דמהימן לומר תנאי במיגו דנאנסו לכן נשבע שבועה בנקיטת חפץ כאילו היה טוען נאנסו, ואלו הוי טעין נאנסו אף ע"ג דהני שומשמין בהך מדה באותו מספר מאי בעי גבך, מכל מקום לא עדיפא מאילו הלוהו בשטר והלוה טעין פרעתיך והמלוה אומר איני יודע אע"ג דאיכא חזקה דשטרא בידי מאי בעי בכ"ז ברי עדיף להוציא מחזקת שטרא ולאוקמי ממונא בחזקת מריה כמו שפסק בעל התרומות והובא בסימן נ"ט דכיון דחזקה דממונא מסייע לברי ברי עדיף משמא, וכמו דסבר רבן גמליאל דנאמנת לומר משארסתני נאנסתי משום דחזקת הגוף מסייע אע"ג דרוב ברצון דאונס קלא איתי לה, כן הכא נאמן לומר נאנסו דהוי שמא טענת המפקיד ואמרינן דברי עדיף אע"ג דהני שומשמין מאי בעי גבך הוי כמו ריעותא דשטרא, מכל מקום ברי עדיף ותו נאמן לטעון החזרתי במיגו דנאנסו ובעי לאשתבועי ואף דנאנסו הוי שמא דלא הוי ליה למפקיד לדעת אם נאנסו לא גרע מטענת נאנסתי גבי אשה להוציא ממון מחזקתו ואפילו הכי נאמנת כל היכי דחזקה מסייע לה כן הכא נאמן כיון דחזקת ממון מסייע לו ודוק:

פרק ז

הלכה ד

ואם פתח וקרא וגלל בגלל עצמו הרי שלח יד בפקדון ונתחייב באונסין:

מדברי רבינו למדנו דאף דמצוה קא עביד וכמו שאמרו בגמרא מה"ד ניחא ליה לאינש דתיעבד מצוה בממונו, וא"כ סד"א דמצות לאו ליהנות ניתנו, והוי כמו שגזל חפץ על מנת להחזירו ולעשות בו מצוה סד"א דלא מתקרי גזל קמ"ל דגזלן מקרי וחייב באונסין ומזה לגוזל אתרוג ביו"ט שני דשאול כשר ע"מ לצאת בו ולהחזירו לבעליו גזל הוי ואינו יוצא בו י"ח וחייב באונסין:

והנה ראיתי להאחרונים ובראשם המחנ"א שדנו בשואל ספר מחבירו ללמוד בו דכיון דמצות לאו ליהנות ניתנו, ומה שנהנה שאינו צריך לשלם שכר עבור הספר ללמוד בו זה הוי כמו שאלה לראות בה דלשיטת רש"י מספקא לן אם חייב בשאלה, דממונא דא"ל הנאה מיניה בעינן, ולדעתי לא נהירא דעיקרא דחייבה התורה לשואל היינו משום דכמו דבעלים אם מת מת לו וכל אונסיו שלו, כן לשעתא דא הוי כבעלים ופרה ברשותיה קיימא דהא אין לבעלים לזמן שאלה תועליות בפרתו כיון דהיא שאולה, ולכן חייביה רחמנא באונסין דהוי פסידא דיליה כמו בבעלים, וא"כ בשואל אותה לראות בה כיון דאף לשעה חדא לא הוי כבעלים דאין לו שום קנין לשעה בה, רק למידי דאינו מגוף החפץ ולאו להכי קיימא, וממאי דהוי ממון אצל הבעלים היינו משום דראויה היא למלאכה מזה אינה שאולה אפילו לשעה, דהגע נא בעצמך, האם מה דעביד אינש וקני לפרה האם הוי מפני שיתראה בה, הכי משום זה קיימא פרה בשוקא לתגרא, א"כ אין עליו דין בעלים אף לשעה חדא ופטור, אבל במשאיל ספר ללמוד הלא כל שויא של ספר משום דקאי ללמוד ומש"ה קאים בדמי בשוקא וזה גדר שויו, בודאי דהוי שואל וחייב דהוא כמו שאל פרה לחרוש, דגם הכא הוי בעלים לשעה, ומה דעביד הבעלים בספרו עביד השואל לעת השאלה, ונמצא ממה דהוי ממון היינו מלימוד דע"ז קאי גם לבעלים, מגדר הזה אית ליה הנאה לשואל ודאי דחייב באונסין ומיקרי ממונא דאית ליה הנאה מיניה היינו ממה שמיקרי ממון, וכן טעמא דרבינו דחשיב ליה שולח יד וחייב באונסין אף לאחר שגללו למקומו והחזירו גלול ומונח במקום שהיה מטעם שליחות יד, [דאילו מטעם דשואל שלא מדעת גזלן הוי פירשו במלחמות דהרועה לא מתחייב מטעם דכיון דעושה מלאכתו של בעה"ב ולא מתחייב במה שהניח מקלו ותרמילו ולא כוון להוציא מרשות הבעלים יעו"ש ובזה יש לדבר] משום דאף ע"ג דמצות לאו ליהנות ניתנו בכ"ז הלא ס"ת עיקר שויו הוא מטעם דקאי לקריאה, וא"כ עושה מה שהבעלים עושה לצורך עצמו, לכן הוי

שולח יד וחייב באונסין עד דמהדר למריה, כן אם אדם גוזל אתרוג מחבירו ביו"ט שני כיון דאתרוג קאי לצאת בו וזה הוי דמיו דאילו לאכילה אסור כל שבעה ודמיו פחותין כמש"כ תוספות בסוכה (דף לט), א"כ הוי גזל מעליא ואינו יוצא בו, ומה שפי' רש"י בפרק הניזקין בהא דאמרו מכי אגבה קניא גבי מנסך ע"מ לגוזלו, משמע דאילו לנסך לא איתחייב באונסין, משום דהתם אטו שווי היין הוא משום שעומד לנסך אתמהה, לכן לא הוה גזל בזה, משא"כ כאן דעושה ומשתמש בזה החפץ מה שהבעלים עושה, וממה דהוי דמי ושווי החפץ, ודאי הוי גזלן וחייב בהשבה ולא יצא בו י"ח ודוק:

הלכה ה

הרי הוא עליהן ש"ש:

יעוין ההמ"ג, והלכה מוסכמת היא, ועיין בשו"ת רשב"ש סי' של"ה ואישתמיט מיניה זה החילוק בין פקדון לאבידה ולכן כתב שם בהיפוך יעו"ש בד"ה הטעם השני, ודוק:

הלכה ו

המפקיד מעות אצל חנוני או השולחני כו' ואם נאנסו כגון שאבדו בלסטים מזויין ה"ז פטור כו', ובהלכה ח' המפקיד מעות אצל בעה"ב וכו' אינו חייב באחריותן והוא שיטמנם בקרקע וכו':

הזכיר כאן רבינו שיטמנם בקרקע, ואצל חנווני לענין פטור דלסטים מזויין לא הזכיר רבינו שיהיו טמונים בקרקע, מזה דקדקתי דסברת רבינו דדוקא במפקיד מעות שלא ישתמש בהן הנפקד אמרו כן, אבל באם יש לו רשות להשתמש בהן לא אמרו דאין להם שמירה אלא בקרקע כיון שיש לו רשות להשתמש בהן הלא צריך הנפקד להן שמא יקרה איזה עסק להתעסק בהן, והוי במה שנותן לו רשות להשתמש בהן כאילו פוטרו מלשמרן בקרקע, כן היה נ"ל לדקדק סברת רבינו, אמנם לא ידענא אם כוון רבינו לזה, דלכאורה אין סברא לפוטרו משמירה במה שיש לו רשות להשתמש, דאטו משום זה יפטור אותו מלטמנן בקרקע, או אולי כיון דעבור מה שנותן רשות להנפקד להשתמש בזה מתחייב על גניבה ואבידה, א"כ ההיתר תשמיש הוא תועלת ג"כ להמפקיד שעבור זה מתחייב בתשלומין בגו"א, ולכן נעשה כאילו התנה עמו שלא יטמינם בקרקע שאין סברא להטריחו שאם ירצה להלוותם יחפור אותן מן הקרקע וצ"ע. ויותר נראה דרבינו כון דחנווני או שולחני הוי כהתנה שיהא מונח במקום שמונח מעותיו שלו כיון דתדיר איכא אצלו מעות, אדעתא דא אפקיד גביה דלהוי מונח במקום שמונח שלו, ולא דמי למש"כ פרק ד' ה"ג יעו"ש היטב, ונכון:

ובאמת במהרי"ק שורש ו' הובא בשו"ע כתב, כי במפקיד מעות אצל חבירו כדי

להתעסק בהן וירויח פשיטא דהוי כאילו א"ל בפירוש שאינו מצריכו לקברן בקרקע. אך שם נראה מהמהרי"ק דעובדא הוי שעסק בהן לטובת המפקיד שהוא ירויח מהן או יהיה למחצה, ודאי דמסתברא דהוי כאילו פטרו משמירה, ועיין בסמ"ע ובאחרונים שהביאו ראיה ע"ז מהא שכתב הרא"ש גבי דאמרה אימיה לא א"ל דלאו דידיה הוא דאטמינהו, דפירש כי סברה שלא להפקידן הוא צריך רק להוצאה, ומעות כאלו אין רגילות לקוברן, ושם פירש כי המפקיד הוא צריך להן תדיר ויהא מוכן המעות לפניו, והמהרי"ק הביא ראיה מהא דאם המפקיד הוא ת"ח וצריך זוזי לאבדלתא, א"כ הראיה היכי שהפקידן להתעסק בהן עבור המפקיד, אבל גוונא דא במפקיד מעות אצל חנווני שיש לו רשות להשתמש בהן לצרכו זו לא שמענו. אמנם בשו"ת זכרון יוסף שטיינהארט בחלק חו"מ סימן א' במרוצת דבריו כתב בשם המהרי"ק שאם הפקיד מעות מותרין היכי שיש לו רשות להשתמש בהן אינו צריך לקוברן בקרקע, ולא הרגיש כי שם הכוונה בענין אחר כמש"כ, ומאי דפשיטא למר בזה מספקא לי טובא וצ"ע:

פרק ח

הלכה א

למי משלם למי שהיה הפקדון אצלו וכו' היא וגיזותיה וולדותיה וכו' אלא שבח הבא מאליו כו':

הנה לענין גיזות וולדות גמרא ובריייתא ערוכה היא, אבל לגוף הבהמה שתחזור לבעליה אין זה בגמרא, ועיין כסף משנה, והש"ך רצה להסב דעת רבינו ג"כ דאם השומר רוצה בגוף הבהמה ה"ה שלו יעו"ש כי אין זה כלל בכוונת רבינו, וכפי הנראה דרבינו סבר דכש"כ היא מגיזותיה וולדותיה, רק הוא קנין בגוף הפרה לקנות שבחא דאתי מעלמא וכופלא. והנראה לי סעד לדברי רבינו מהא דפרק הכונס (דף נז) פריך מהא דהשוכר פרה מחבירו ונגנבה כו' ואח"כ נמצא הגנב משלם תשלומי כפל לשוכר, מדאמר הריני משלם ואיני נשבע מכלל דאי בעי פטר נפשיה בשבועה ה"ד כגון דטעין טענת לסטים מזויין וקתני ואח"כ נמצא הגנב משלם תשלומי כפל ש"מ לסטים מזויין גנב הוא ודחי ר"ז דטוען לסטים מזויין ונמצא לסטים שאינו מזויין, הרי דטעין שהוא היה לסטים מזויין ונמצא אח"כ בעדים שהגנב היה לסטים שאינו מזויין ולפ"ז קשה הא הכפל שייך לשוכר והכא הוי כמי שהודה שפלוני הגנב אינו צריך לשלם לו כפל דהיה מזויין והיה גזלן ואף אם באים אח"כ עדים ואומרים שלא היה מזויין וצריך לשלם כפל הא הודאתו נגד עצמו כמאה עדים דמי, ואיהו מודה דאינו צריך לשלם לו הגנב כפל וצ"ע. ואין לומר דהודאתו

הוי שלא בפני עדים ומצי טעין משטה וכיו"ב, זה אינו דבטענת שפלוני אינו חייב לו לא שייך זה והוא כש"כ מטענת מחילה ופרעון בסימן פ"א סעיף כ"ט עיי"ש. ואולי כיון שלא ידע מי גנב גרע ההודאה ולא מהני ומצי לחזור בו. ולכאורה יש לומר דמצי טעין אמתלא הא שאמרתי שהוא היה לסטים מזויין היינו שרציתי לפטור עצמי דשוכר חייב בגו"א, ואם הודיתי שגנב לסטים שאינו מזויין אז הייתי מחויב בתשלומין, ואע"ג דגם השתא בעינא ליה לשלומי, בכ"ז רציתי לפטור עצמי משבועה שאינה ברשותי, ולכן אמרתי אם לא תטריח אותי בשבועה אשלם אם תרצה שאשבע שאינה ברשותי אשבע שנגנבה ע"י לסטים מזויין ואז תפחד פן אשבע כפי טענתי שנגנבה בלסטים מזויין, ולכן פטרתני משבועה לגמרי כדי שאשלם, אבל אם טענתי היה כהאמת שנגנבה ע"י גנב א"כ הייתי מחויב בתשלומין כדין שוכר והייתי מחויב לשבע שאינה ברשותי מדבריהם, לכן כיון דהוי אמתלא תו אינה הודאה לפטור הגנב מתשלומי כפל דמוכרח היה בטענתו. וזה דחוק, חדא דאמתלא רחוקה היא, ועוד נסתפקו האחרונים אם גבי ממון מועיל אמתלא, ועוד בדבר המצוי בשוק דליכא חשש שמא עיניו נתן בה ואין משביעין אותו שאינו ברשותו מאי איכא למימר:

ומזה מוכרח כפסק רבינו דגוף הפרה שייך לבעלים וחוזרת בעינא וא"כ אף אם הוא מודה שהוא היה מזויין וגזלן הוא ופטור מתשלומי כפל לא מהני הודאתו להפסיד את הבעלים ויתחייב לשלם תשלומי כפל לבעלים שגוף הפרה שלו עפ"י עדים דאמרי שהיה אינו מזויין, [דכיון דאיהו לא בעי למיקני כפל קני הבעלים ונשאר של הבעלים] וכיון דחייב בתשלומי כפל לבעלים תו הדר זכי בה השוכר כמו כל שבחא דאתי מעלמא דאקני ליה בעלים גוף הפרה לכל שבחא דמעלמא אתי וגם תשלומי כפל בכללן, וכפי מה שבארנו דזה מוכרח דלר"ז דנעשה כאומר לו חוץ מגיזותיה וולדותיה דשבחא דמגופא לא מקנה כש"כ הבהמה לעצמה רוצה שתחזור לו א"ש דר"ז לטעמיה משני בטוען לסטים מזויין כו', וזו הערה חדשה בס"ד:

ולפ"ז יש לדון גבי בכורה בעו"ג, כיון דגוף הפרה אינה של עו"ג לא מיפטר מבכורה ויעוין שו"ת רמ"א סימן פ"ז שדן דפטור, הן דלענין יוקרא וזולא קאי ברשותיה ויעוין יבמות ריש פרק אלמנה לכה"ג דאמר הא לא דמי אלא לשם ויעוין או"ח סימן רמ"ו, ובלא זה יש לדון כיון דבעו"ג דאשר פיהם דבר שוא וכו' אולי לא סמכא דעתו דישראל להקנות לו פרה באמירה בעלמא שאמר הריני משלם לחודא, וגדולה מזו אמרו גבי עו"ג בבכורות י"ג דכיון דלא קיימי בדבורייהו מצי הישראל לחזור בדברים יעו"ש, ואיך יסמוך דעתו להקנות לו הפרה על דבורא לחודא, ואכמ"ל מה שיש לדון בכל דברי הרמ"א ודוק.

[וגמרא דבכורות זו אשתמיט להר"ח כהן ראפאפרט בתשובותיו חלק או"ח סימן י"ב גבי מכר חמץ לעו"ג עיי"ש]:

וכבר בארנו שאין הגנב מחזיר גיזות וולדות אלא לפני יאוש:

נראה דנפק"מ דלפי מה דמשמע מתוספות וקדמונים, דגוף הפרה לא הדרא לבעלים וקנויה לשומר ששילם, א"כ תליא ביאוש דשומר, שאם הוא מתייאש קנהו הגנב לשבח משום תקנת השבים כדי שישיב הבהמה לשומר, משא"כ אם הבהמה גופא הדרא הרי יאוש דשומר לא מעלה ומוריד ותליא הכל ביאוש דבעלים, וכן כ"ז דלא ידע הבעלים הוי יאוש שלא מדעת, או אם נאמר דגוף הפרה קנויה לשומר אין סברא שמפני תקנתא דשבים שישיב הגניבה לשומר יקנו לו חכמים גיזות וולדות דבעלים כיון דלבעלים אין נפק"מ וצ"ע עוד:

הלכה ג

ואם כלים או קרקע גבו ב"ד ממנו בשומא כו':

נראה דדייק רבינו דאף ע"ג דבכל שומא דהדרא אינו רק במקרקעי אבל במטלטלין דשמו מיניה דלוה לא הדרא כדדייק רבינו בפרק כ"ב מהלכות מלוה מסלקין אותו מאותו קרקע ולא מטלטלין, שאני הכא דהוי שומא בטעות דנמצא הגנב והדרא החפץ לבעלים לכן מהדר הכלי הנגבה ליד השומר, אבל בלא נמצא בעין אצל הגנב ושלם הגנב ממון אז לא הדר הכלי והוי ככל שומא דעלמא דליכא במטלטלין דין חזרה רק במקרקעי, ולזה כוון רבינו וההמ"ג ופשוט, ויעוין חו"מ סוף סימן ק"ג בזה:

הלכה ה

כל אלו ספק והרי הכפל מוטל בספק ואינו תחת יד אחד מהן לפיכך חולקין הכפל או השבח בין בעל הפקדון ובין השומר:

הרא"ש הקשה על הרי"ף דהא קיי"ל הממע"ה, וזה דייק רבינו כל אלו ספק והרי הכפל מוטל בספק ואינו תחת יד אחד מהן כיון שאין אחד מוחזק ודאי דיחלוקו, ועוד הקשה דנוקמי אחזקת מרא קמא ונאמר דלא קנה אותה סמוך לגניבה. והנה לפי דברי רבינו לעיל שחוזרת הבהמה היא וגיזותיה וולדותיה להמפקיד, אם כן בין כך ובין כך לא מפקינן לה מחזקת מרא קמא, דאין זה קנין בגוף הפרה רק קנין בפרה לכפילא ולשבחא דאתי מעלמא, ומה"ט פירש בכס"מ דשלמו בנים אף כשנגנבה בחיי האב אקני להו כפילא משום שבעל הפקדון קיים והגנב חייב לשלם לו הכפל ובני שומר מבעל הפקדון זכו, ורבנן בתוספות דהקשו דהא אין אדם מוריש קנס לבניו משום דסברי דגוף הפרה שייך לנפקד כמו שמשמע בד"ה כגון פירות דקל כו' עיי"ש ומלבד זה לק"מ דשיטת רבינו

דהיכי דליכא חזקת ממון ובשמא ושמא גם לרבנן אמרינן יחלוקו כמו שפסק בפרק כ' מהלכות מכירה הלכה י"א זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע ולא מוקמינן אחזקת מ"ק ועיין מש"כ ההמ"ג, ובמש"כ שם:

אולם דא קשה איך חולקין הא לא מצי לכתוב הרשאה דאין הרשאה לקנסות, ובלא הרשאה הא מצי לדחות לכל א' ולומר לא שלך נגנב אלא של חבירך דומיא דפרק יש בכור שני אנשים כו' ומת אחד מהן בתוך שלשים יום, ובכתובות פרק מי שהיה נשוי גבי תרי שטרי דחד כתוב בחמשה בניסן ובחד בניסן סתם דבלא הרשאה לא מצי מגבו. וראיתי בקונטרס הספיקות להקצות שעמד בזה בכלל א' עי"ש. אמנם לדעתי לק"מ, דבלא הרשאה לא מצי גבי דמצי אמר ליה לאו בעל דברים דידי את ולית לי דין ודברים עמך ומש"ה אמרינן סוף הניזקין דבעל בנכסי אשתו אם נחית אפירי מיגו דמשתעי דינא אפירי משתעי דינא אגופא דכיון דמחויב לענות על דו"ד שיש לו על הפירות משתעי אגופא, וכן כתב רבינו בהלכות שלוחין ושותפין פרק ג' דאחד מן האחין שלא חלקו או מן השותפין שבא לתבוע תובע על הכל הואיל ויש לו חלק כו' א"צ הרשאה כו' א"כ חזינא כל היכי דמצי תבע ליה לא צריך הרשאה ולא מצי אמר לאו בעל דברים דידי את, ובפרק הגוזל עצים דף ק"ח גבי תבעוהו בעלים וכפר תבעו שומר והודה כו' אם באמת נשבע השומר נפטר הגנב בהודאת שומר, דכיון דנאמן הוא אנן סהדי דאי הוי משתכחא בהמה ניחא ליה למרא דתיהוי בידיה דהיאך, הלכך על שומר זה לחזור אחריה ותביעתו תביעה והודאת גנב הודאה עכ"ל רש"י, וכן פסק רבינו פרק ד' מהלכות גניבה, א"כ כיון דהשומר מצי טעין ליה תו טעין ליה ממנ"פ או לדידי כפילא הוי או לבעלים וב"כ וב"כ תביעתו תביעה ולכן א"צ הרשאה ונכון. וכן דייק רבינו חולקין הכפל בין בעל הפקדון ובין השומר, דייק השומר שתביעתו תביעה ואין צריך הרשאה, משא"כ בשלמו בנים, שאז לא מצי למיגבי בלא הרשאה ואין הרשאה לקנסות ודוק:

והא דתנן בתוספתא דמציעא פרק ג', המוכר פרה לחבירו ונגנבה זה אומר ברשותך נגנבה וז"א ברשותך נגנבה יחלוקו, [והוא כסומכוס דממון המוטל בספק חולקין] נמצא הגנב זה אומר ברשותי נגנבה וז"א ברשותי נגנבה [פירוש דמחולקים לענין תשלומי כפל] יחלוקו, כפי פשטא דתוספתא דקאי לענין כפל איך יכולים לתבוע הגנב הלא מצי מדחי לכל חדא לומר לאו בע"ד דידי את ואין הרשאה לקנסות, נראה דכבר כתבו הפוסקים דמקח שנשאר ביד מוכר אם לא נתן הדמים הלוקח, הוי המוכר שומר שכר דתפיס ליה אאגריה ואם נתן לו הדמים שומר חנם מיהא הוי ועיין מחנ"א הלכות שומרים סימן י"א, ועיין בנתיבות סוף סימן קצ"ח בחידושים מש"כ דאם לא נתן לו הדמים הוי שומר שכר

בזבינא מציעא, וא"כ כיון דהוי שומר אע"ג דלא נחית ליה בתורת שמירה היינו דאיהו לא מנהו לשומר בכ"ז תביעתו תביעה ומצי תבע לגנב או עבורו או עבור הלוקח שהוא שומר אצלו וא"צ הרשאה כלל. ואם נאמר דמיירי בשמא ושמא דמעיקרא שנגנב הוי קיי"ל דיחלוקו וכי נמצא גנב הלא מספקא לן שמא בשעת הקנין בק"ס או אגב כבר היתה גנובה ואין אדם מקנה מה שאינו ברשותו, הלא הבהמה שנמצאת הוי מספיקא של שניהם ומיגו דמצי תבע לקרנא מצי תבע לכפילא דהוי כמו מיגו דנחית אפירי נחית אגופא ואינם צריכים הרשאה ואף בברי וברי א"ש. ועיין ירושלמי ריש פ' המפקיד היו לו עדים שנגנבה בפשיעה כו' ה"ה בכלל ישלם ואח"כ נמצאת הגניבה למי משלם לראשון או לשני או לשניהן, הרי דחולקין והוא מטעם ספק ועיין במראה הפנים שם ודוק: