הלכה · משנה תורה · מפרשים · שורשי הים · ספר משפטים

שורשי הים על משנה תורה, הלכות שאלה ופיקדון

רבי יצחק מאיו

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

שורשי הים על משנה תורה, הלכות שאלה ופיקדון

רבי יצחק מאיו

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

תוכן העניינים

פרק ד 4
הלכה ט 4
פרק ה 8
הלכה ו 8
פרק ו 10
הלכה א 10
הלכה ה 15
פרק ז 30
הלכה יא 30

פרק ד

הלכה ט

שורש כל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד מכאן **אתה למד ששומר שמסר הפקדון לאשתו ובני ביתו והודיעין שהוא פקדון ולא שמרו כדרך השומרים שהם חייבים לשלם לבעל הפקדון וב"הב פטור שכל המפקיד ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד**: וכתב ה"ה ועוד כתבו הרמב"ן והרשב"א שאפי' אין להם לשלם שהשומר פטור וכן עיקר וגם זה בכלל דברי רבינו עכ"ל. ור"ת והרא"ש פליגי עלייהו וס"ל דכי אין להם לשלם הבעל חייב לשלם:

ולכאורה ק"ל על שיטת רבינו מאותה ששנינו בפ' השואל דצ"ח ע"ב השואל את הפר' ושלחה לו ביד בנו ביד עבדו ביד שלוחו כו' וכן בחזרה ופי' רש"י וכן בשעה שמחזירה אם שלח השואל ביד בנו ועבדו או שלוחו או ביד עבדו ושלוחו של משאיל לא יצאה מרשותו של שואל עד שתבא ליד המשאיל ואם מתה בדרך חייב א"ל המשאיל שלחה או שא"ל השואל הריני משלחה כו' וא"ל המשאיל שלח ושלחה ומתה פטור יע"ש. והשתא לשיטת רבינו דס"ל דכי מסרה ביד אנשי ביתו או ביד שומר שיש בו דעת ורגיל המפקיד להפקיד אצלו אפילו פשעו פטור השומר הא' א"כ כי מסרה השואל ביד בנו או ביד עבדו שלו או של משאיל אפילו בלי רשות המשאיל אמאי חייב השואל לימא ליה אנא ביד מי שרגיל אתה להפקיד אצלם מסרתיה לשמור ואם פשעו או נתחייבו זיל אשתעי דינא בהדייהו. והנה מחלוקת דעבדו לא קשיא שהרי כתב רבינו בפ"ד מה' שאלה ופקדון ה"ח דאע"פ דכל המפקיד ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד אם מסרם ביד עבדיו בין גדולים בין קטנים חייב וכתב ה"ה ז"ל דטעמו שאין אדם מוסר את שלו לעבדו יע"ש ואע"פ שהסמ"ע בסימן רצ"א סקל"ג כתב דדוקא בעבדים כנעניים הוא דמיחייב רבינו אבל לא בעבד עברי וכ"כ מרן החבי"ב שם הג"הט אות מ"ז ואלו בגמ' התם קאמר שמואל דשלחה ביד עבדו של משאיל דקתני מתני' דחייב היינו בע"ע אכתי אפשר לידחק דהאי עבדו דוקא הוא דקאמר שמואל דמיירי בע"ע ומינה ליכא תברא כמובן אבל שאר עבדו דמתני' מיירי בעבדים כנענים ועיין ברפ"ג מה' אלו אמנם מחלוקת בנו דקתני מתני' קשיא דדוחק לומר דבנו דקתני מתני' מיירי בבנו קטן דוקא דמסתמיות דברי הפוסקים לא משמע הכי יע"ש עיין בסימן ש"מ ס"ט יע"ש אלא דמעיקרא לק"מ ע"ד רבינו ממתני' דהשואל שהרי כתב הוא ז"ל בהדיא בפ"א מהל' שכירות ה"ד דאם מיעט השומר הב' בשמירתו שמסרה לשומר הב' חייב השומר הראשון אפילו היה רגיל בע"הב להפקיד אצלו כיצד כגון שהיה מופקד אצלו בשכר והפקידו אצל השני בחינם או שהיה שאול

אצלו והפקידו אצל הב' בשכר הואיל ומיעט בשמירתו פושע הוא ומשלם עכ"ל: והשתא מש"ה מיחייב השואל כששלחה ביד בנו בלי רשות המשאיל משו' דבני ביתו של אדם דין ש"ח יש להם כמו שנראה מדברי מוהרש"ך ח"ב סימן פ"א הביא דבריו הרב מח"א בה' שומרים סי' ל' יע"ש. ומה שיש לעמוד עוד בתשו' הש"ך עיין להרב בני אהרן דקמ"ח ע"ב הילכך אפילו נאנסה מידם מיחייב השואל שהרי מיעט בשמירתו כשמסרה ביד בנו ולפ"ז עכ"ל דההיא דכל המפקיד ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד דכתב רבינו כאן ליתיה אלא בש"ח דוקא ולא בש"ש ושואל וכמ"ש מוהרש"ך בתשו' הנז' ועיין במ"ש על דבריו הרב מח"א שם בסי' הנז' ועיין במה שאכתוב לקמן בס"ד:

שורש כל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד מכאן **אתה למד ששומר שמסר הפקדון לאשתו ובני ביתו והודיען שהוא פקדון ולא שמרו כדרך השומרים שהם חייבים לשלם לבעל הפקדון וב"הב פטור שכל המפקיד ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד**. וכתב ה"ה ועוד כתבו הרמב"ן והרשב"א שאפי' אין להם לשלם שהשומר פטור וכן עיקר וגם זה בכלל דברי רבינו עכ"ל. ור"ת והרא"ש פליגי עלייהו וס"ל דכי אין להם לשלם הבעל חייב לשלם:

ולכאורה ק"ל על שיטת רבינו מאותה ששנינו בפ' השואל דצ"ח ע"ב השואל את הפר' ושלחה לו ביד בנו ביד עבדו ביד שלוחו כו' וכן בחזרה ופי' רש"י וכן בשעה שמחזירה אם שלח השואל ביד בנו ועבדו או שלוחו או ביד עבדו ושלוחו של משאיל לא יצאה מרשותו של שואל עד שתבא לידי המשאיל ואם מתה בדרך חייב א"ל המשאיל שלחה או שא"ל השואל הריני משלחה כו' וא"ל המשאיל שלח ושלחה ומתה פטור יע"ש. והשתא לשיטת רבינו דס"ל דכי מסרה ביד אנשי ביתו או ביד שומר שיש בו דעת ורגיל המפקיד להפקיד אצלו אפילו פשעו פטור השומר הא' א"כ כי מסרה השואל ביד בנו או ביד עבדו שלו או של משאיל אפילו בלי רשות המשאיל אמאי חייב השואל לימא ליה אנא ביד מי שרגיל אתה להפקיד אצלם מסרתיה לשמור ואם פשעו או נתחייבו זיל אשתעי דינא בהדייהו. והנה מחלוקת דעבדו לא קשיא שהרי כתב רבינו בפ"ד מה' שאלה ופקדון ה"ח דאע"פ דכל המפקיד ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד אם מסרם ביד עבדיו בין גדולים בין קטנים חייב וכתב ה"ה ז"ל דטעמו שאין אדם מוסר את שלו לעבדו יע"ש ואע"פ שהסמ"ע בסימן רצ"א סקל"ג כתב דדוקא בעבדים כנעניים הוא דמיחייב רבינו אבל לא בעבד עברי וכ"כ מרן החבי"ב שם הג"הט אות מ"ז ואלו בגמ' התם קאמר שמואל דשלחה ביד עבדו של משאיל דקתני מתני' דחייב היינו בע"ע אכתי אפשר לידחק דהאי עבדו דוקא הוא דקאמר שמואל דמיירי בע"ע ומינה ליכא תברא כמובן אבל שאר עבדו

דמתני' מיירי בעבדים כנענים ועיין ברפ"ג מה' אלו אמנם מחלוקת בנו דקתני מתני' קשיא דדוחק לומר דבנו דקתני מתני' מיירי בבנו קטן דוקא דמסתמיות דברי הפוסקים לא משמע הכי יע"ש עיין בסימן ש"מ ס"ט יע"ש אלא דמעיקרא לק"מ ע"ד רבינו ממתני' דהשואל שהרי כתב הוא ז"ל בהדיא בפ"א מהל' שכירות ה"ד דאם מיעט השומר הב' בשמירתו שמסרה לשומר הב' חייב השומר הראשון אפילו היה רגיל בע"הב להפקיד אצלו כיצד כגון שהיה מופקד אצלו בשכר והפקידו אצל השני בחינם או שהיה שאול אצלו והפקידו אצל הב' בשכר הואיל ומיעט בשמירתו פושע הוא ומשלם עכ"ל: והשתא מש"ה מיחייב השואל כששלחה ביד בנו בלי רשות המשאיל משו' דבני ביתו של אדם דין ש"ח יש להם כמו שנראה מדברי מוהרש"ך ח"ב סימן פ"א הביא דבריו הרב מח"א בה' שומרים סי' ל' יע"ש. ומה שיש לעמוד עוד בתשו' הש"ך עיין להרב בני אהרן דקמ"ח ע"ב הילכך אפילו נאנסה מידם מיחייב השואל שהרי מיעט בשמירתו כשמסרה ביד בנו ולפ"ז עכ"ל דההיא דכל המפקיד ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד דכתב רבינו כאן ליתיה אלא בש"ח דוקא ולא בש"ש ושואל וכמ"ש מוהרש"ך בתשו' הנז' ועיין במ"ש על דבריו הרב מח"א שם בסי' הנז' ועיין במה שאכתוב לקמן בס"ד:

ולענין הלכה מאחר דאיכא פלוגתא דרבוותא יכול המוחזק לומר קי"ל לבד משואל שמסר הדבר מושאל לשומר בין לש"ש בין לש"ח דאפילו היה רגיל לשמור ב"הב ביד השומר הב' דחייב השואל מטעם דמיעט בשמירתו ומחייב השואל לכ"ע ועיין בתשו' מהרשד"ם בח"מ סי' ק"מ יע"ש:

ודע דבהך מילתא דכתבנו לעיל דכל המפקיד ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד. ראיתי להסמ"ע בח"מ סימן ע"ב סקצ"ח והש"ך שם ס"ק קל"ו העלו לענין דינא דאין חילוק בין נפקד לשואל דכי היכי דלענין נפקד אמרינן כל המפקיד ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד ה"נ בשאלה כל זמן שהדבר מושאל ביד השואל ע"ד אשתו ובניו של שואל הוא משאילו אמנם בחזרה אם החזירו ביד אשתו ובני ביתו של בע"ה לא מפטר הנפקד או השואל עד שיחזירנו בידו של בע"ה ובכי הא לא אמרינן ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד או משאיל ולא מפטר אא"כ אשתו נושאת ונותנת בתוך הבית או אחד מבני ביתו ושכ"כ מרן בבדק הבית ורש"ל יע"ש ועיין למרן החבי"ב שם הג"הט אות מ"ט ובתשו' מהרשד"ם סי' קל"ג ובדברי הרב ראש יוסף אות פ"ז דקפ"א ע"א שהעלה לענין הדין וז"ל ונראה לי לענין הדין של נדון זה שאם ראובן מודה ששלח לבנו הקטן והאמין שמעון ונתן לו ונאבד פטור שמעון כיון שברשות ראובן שלח לו ואם ראובן כפר ואומ' שהוא לא שלח בעבור המשכון ושמעון שנתנו ביד בנו בין קטן בין גדול הוא חייב באחריותו בין שיהיה משכון

בין שיהיה פקדון חייב שמעון באחריותו עד שיגיע ליד המפקיד ואפילו שיאמר זה שהוליכו שזה שלחו מ"מ אינו נאמן להפסיד לראובן כל זמן שלא יאמר ראובן שהוא שלחו ואפילו שבועה אין עליו דאין שמעון טוען עליו בריא אלא שאם שליח זה שנאבד מידו הוא פטור על מה שנאבד מידו ואמר שראובן שלחו צריך לישבע להכחיש כנ"ל ואם שמעון יאמר לראובן אתה אמרת לי שאשלחהו ע"י בנך הקטן ועשיתי על פיך וראובן מכחישו ישבע שמעון שהוא כדבריו ופטור הרי שהסכים לענין דינא כמ"ש הש"ך ז"ל:

ומשמע מדבריהם שאם בתוך ימי השאלה לקחו בני ביתו של שואל דבר המושאל ונאנס מידם או אבדוהו בפשיעה באנו למחלוקת רבינו ודעימיה עם ר"ת ודעימיה אי מיחייב השואל או לא וכמ"ש לעיל מזה כיון שלפי דבריהם אין חילוק בין נפקד לשואל דכי היכי דבנפקד אמרינן כל המפקיד ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד ה"נ בשואל אמרינן הכי דע"ד אשתו ובניו הוא משאיל ולדעת רבינו אם אשתו ובניו של שואל אבדו או נאנס מידם דבר הנשאל דינו של משאיל עמהם ולא עם השואל ולדעת ר"ת כל שאין להם לשלם מיחייב השואל לשלם מיהו לפי מ"ש לעיל מזה בשם מהרש"ך בתשו' אפילו לדעת רבינו לא מפטר שואל דהו"ל כש"ש שמסר לש"ח דחייב הנפקד הראשון אפילו רגיל בע"ה להפקיד ביד השומר הב' ואפשר דאף הש"ך לא נחלק עם הסמ"ע אלא דוקא לענין נפקד דהחזיר ליד אשתו וב"ב של משאיל דלדעת הסמ"ע הויא חזרה ופטור הנפקד משא"כ בשואל דאם החזיר ביד אשתו וב"ב של משאיל חייב ולא הויא חזרה וע"ז נחלק הש"ך דאין חילוק ביניהם לענין זה ובין בנפקד ובין בשואל לא הויא חזרה עד שיחזיר ביד הנפקד או ביד המשאיל עצמו אמנם לענין תוך ימי השאלה ודאי דיש חילוק בין שואל לנפקד דאע"פ דבנפקד אמרינן כל המפקיד ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד ולדעת רבינו אין למפקיד על הנפקד כלום אלא דינו של מפקיד אינו אלא עם אשתו וב"ב לגבי שואל ודאי דינו עם השואל עצמו כמ"ש בתשו' מהרש"ך כמדובר כנלע"ד ועיין להרב בני אהרן בביאורו לה' פקדון דקמ"ה ע"ב וג' שהעלה דבר זה במחלוקת דלדעת מהר"ם ז"ל בתשו' בין בנפקד ובין בשואל ולוה כל שהחזיר ליד אשתו וב"ב של מפקיד ומשאיל ומלוה פטור ולדעת הרא"ש ורבינו והרשב"א בכל גוונא חייב עד שיחזיר ליד המפקיד או המשאיל או המלוה בעצמו ועיין במה שהקשה ע"ד מוהר"ם ממתני' דפרק השואל יע"ש ועיין להרב מח"א בה' שומרים סימן ל"ד ויש לעמוד קצת בדבריו וכעת אין הפנאי מסכים:

ולענין הלכה אפילו למ"ש הרב בני אהרן ז"ל הנה מוהר"ם ז"ל יחיד הוא בדבר ואין המוחזק יכול לומר קי"ל ובין נפקד ושואל ולוה שהחזירו ליד אשתו וב"ב של בע"ה

כל שאינן נושאים ונותנים בבית בע"ה לא מפטרי עד שיחזירו לידו של בע"ה עצמו כמ"ש הש"ך ומרן בבד"ה והרשד"ם כנלע"ד ועיין בהסמ"ע סימן קכ"א סקח"י מ"ש בשם מוהרי"ל ז"ל שנראה מדבריו דאף לוה שהחזיר לב"ב של מלוה נפטר מחיובו יע"ש :

פרק ה

הלכה ו

בעל הפקדון אומר כך וכך היו והשומר אומר אינו ידע ישלם בלא שבועה. כתב הרשב"א בתשו' הביאה מרן ב"י בסי' ע"ב מח' כ"ד השואל כלי מחברו ונאבד המשאיל אומר סלע היה שוה והשואל אומר איני יודע וע"א מעידו שאינו שוה אלא שקל אלו לא היה כאן ע"א היה המשאיל נוטל בלא שבועה משום דהו"ל מחוייב שבועה ש"י לישבע אבל עכשיו שיש ע"א המכחיש את המשאיל אם רצה השואל משביעו שבועת המשנ' כענין ע"א מעידה שהיא פרועה ואם רצה נותן לו סלע בפני עד זה ואח"כ מביאו לידי שבועה דאורייתא וכההיא דפ' הכותב וזה לדברי הרי"ף שכתב בפ' כל הנשבעי' ששבועת ע"א באה אפי' במקום שאינו תובע בריא אלא ע"פ העד שאומר לו כן וכמ"ש בפ' כל הנשבעין אבל יש מהגדולים שחלקו עליו ומ"מ אינו נוטל אלא בשבועת המשנה עכ"ל: ומתשו' הרשב"א הלזו למד הרב המפה בסי' ע"ב סי"ד בלוה שאמר למלוה על המשכון פרעתיך כך וכך והמלוה אומר אמת פרעתני אבל איני יודע כמה כו' ואם ע"א מעיד שלא כדברי הלוה נשבע הלוה נגד העד ונוטל המשכון במה שאומר הואיל והמלוה אינו יודע יע"ש. ומה שיש לדקדק על תשו' הרשב"א הלזו במ"ש אבל עכשיו שיש ע"א אם רצה השואל משביעו שבועת המשנה כו' דלפי סברת הרי"ף ודעימיה דס"ל דעד המסייע לנתבע פוטרו אפי' משבועת דאורייתא וכמ"ש הטור ומרן בסי' ע"ה סכ"ה א"כ ה"נ כיון דיש ע"א המסייע לשואל שאינו שוה אלא שקל לא יהא השואל משאי"ל ויטול המשאיל שקל כדברי העד וכמו שהק' הרב ראש יוסף שם בסוף אות ז' עיין להרב מ"ל בפ"ה מה' שאלה ופקדון ד"מ ע"ג ובמה שכתבתי אנן יד עניי בה' ט"ון בשורש ע"א המסייעו אי פוטרו משבועה ד"ה ולענין משאי"למ ויש ע"א המסייעו ובמה שהעלינו שם הלכה למעשה יע"ש:

גם במ"ש עוד הרשב"א בסוף לשונו ומ"מ אינו נוטל אלא בשבועת המשנה כו' ק' דלמאן דאית ליה דבטענת ספק אינו משביעו ע"פ ע"א שבועה דאורייתא נראה דה"ה שבוע' המשנה דכל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון וא"כ יטול הלה בלא שבועה וכבר הוקשה לו כן להרב ראש יוסף שם. והרב מ"ל שם ד"ע ע"ד כתב דהרשב"א ספוקי מספ"ל

הלכתא כמאן ומש"ה היכא דנתן לו הסלע ומביאו לידי שבועת דאורייתא דאז השואל מוציא מחברו יכול לומר המשאיל קי"ל כמ"ד דבטענת ספק א"י להשביע ע"פ העד אבל כשלא נתן לו הסלע דאז משביעו שבועת המשנה דא"כ המשאיל מוציא מחבירו מצי למימר השואל קי"ל כמ"ד דאף בטענת איני יודע ע"א מביאו לידי שבוע' ולא תטול אלא בשבועה וזהו שכתב אינו נוטל אלא בשבועת המשנה. הכונה שאם זה לא נתן הסלע לא יטול אלא בשבועת המשנה דמצי למימר השואל קי"ל כהרי"ף ודעימיה דלא יטול אלא בשבועה. והיותר נכון מ"ש עוד הרב דס"ל להרשב"א דע"כ ל"פ רבוותא אי בטענת איני יודע יכול להשביע ע"פ העד אלא דוקא בשבועת דאוריית' אבל בשבועת המשנה דמצינו דבא על הספק כגון שבוע' השותפים ה"ה כשטען איני יודע דמשבעינן ליה שבועת המשנ' עכ"ל ועיין במה שתמה עוד הרב עמ"ש עוד מרן בכ"מ בפכ"ד מה' אישות הי"ו דהא דתני ע"א מעידה שהוא פרועה לא תפרע אלא בשבועה דוקא כשהבעל טוען בריא יע"ש. שזה היפך דברי הרשב"א בתשו' הלזו והיפך דברי רבינו דס"ל כדעת הרי"ף דמשביעינן שבועת התורה בטענת שמא ע"פ ע"א והניחה בצ"ע יע"ש וכבר קדמו בקושייא זו הרב ש"ך בסי' פ"ד סק"ז כיע"ש:

ודע דזה שכתב הרשב"א בתשו' הלזו דשבועה ע"א מעידה שהיא פרועה אינו אלא מדרבנן ולא מדאוריית' הכי איתא בהדיא פרק הכותב דפ"ז ע"ב ודלא כדסבר רמי בר חמא למימר שהיא שבועת דאוריית' חדא דכל הנשבעי' שבתורה נשבעין ולא משלמין והיא נשבעת ונוטלת. ועוד דאין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות והכי נמי אמרינן התם הפוגמת כתובתה לא תתפרע אלא בשבועה: ומהתימא על הרדב"ז סי' ר' ד"ע ע"ד שכתב וז"ל והוי יודע דלא אמרי' אין אדם מוריש שבועה לבניו אלא דוקא בבא ליפרע מנכסי יתומים כו' אבל שבועה פוגם שטרו או ע"א מעידו שהוא פרוע אדם מורישו לבניו אלא דק"ל בשלמא פוגם את שטרו הוי דרבנן אבל ע"א מעידו שהוא פרוע הוי מחוייב שבועה דאוריית' ואין היורשי' יכולים לישבע שבועתו. ואמאי נוטלים אפי' מלוה וכ"ש מיורשי לוה ויש לישב כו' יע"ש והוא פליא דנר' דאשתמיט מיניה גמ' ערוכה דאמרו בהדייא דבין פוגמת כתובת' ובין ע"א מעידה שהיא פרועה דאינו אלא מדרבנן וצ"ע ועיין בתשו' מוהרי"ט חח"מ סי' פ"ד דצ"ו ע"ד ד"ה וכ"ת כו' ודוק:

פרק ו

הלכה א

שורש דין שבועת השומר שאינה ברשותו שומר **חנם שאמר הריני משלם ואיני נשבע כו' ואם היה דבר שמינו שוה כו' הר"ז משלם ואינו נשבע**. וכתב ה"ה שחילוק זה לא נתבאר בגמ' מ"מ נר' נכון דכל זמן שהדבר מצוי למה יחשד הלוה שעיניו נתן בה עכ"ל יע"ש ועיין לרבינו בפי' המשנה בפ' שבועת הדייני' עלה דקתני מי נשבע מי שהפקדון אצלו דלפי הטעם שכתב שם למה שלא ביאר הטעם תנא דמתני' למה נשבע המלוה שבועה שאינה ברשותו וביאר הטעם למה שנשבע תחילה מפני שזה הטעם כולל אפי' לדבר מצוי לקנות בשוק כו' יע"ש איכא למימר דמשם נתבאר לו עיקר חילוק זה ושוב מצאתי כן להתי"ט שם יע"ש ועיין להב"ח בסי' רצ"ה ס"ב ובמ"ש בסי' ע' סק"ג. ודברי רבינו הללו שבפירוש המשנה נר' דאשתמיט מיניה דהרב בני שמואל שכתב בדק"א ע"א וז"ל ונ"ל דהרמב"ם יודה לסברת בע"הת דכשהלוה צריך לישבע אפי' בדבר המצוי לקנות ישבע המלוה שאינו ברשותו עכ"ל ולא זכר ש"ד דברי רבינו הללו שכתב כן להדיא כמדובר:

גם דבריו הללו אשתמיט מיניה דהרב גד"ת ז"ל בדרע"ד ע"ג דעל מה שהוקש' לו על דברי רבנו הללו דפרקין במה שחילק בין דבר המצוי לשאינו מצוי מההיא דפרכינן בפ' המפקיד דל"ד ע"ב לר"ה דאמר משביעין אותו שבועה שאינה ברשותו ממתני' דפ' ש"ה דקתני שמא ישבע זה ויוציא הלה את הפקדון ודחיק ר"י למימר בשיש עדים שנשרפה או נגנבה ולאביי שמא יטעון אחר שבועה מצאתיה ולר' אשי שפי' מי נשבע תחילה כו' וכן כי הדר פריך לר"ה מרישא דסיפא לא כי אלא סלע הלויתיך כו' וסלע היה שוה פטור דמוקי לה רב אשי במאמינו כו' ולפי דברי הרמב"ם למה לן כולי האי נימא דמעיקרא קושיא ליתא דכי אמ"ר הונא נשבע שאינו ברשותו היינו בדאיכ' למיחש שמא עיניו נתן בה וכולה מתני' דשבועות מיירי בדבר שמינו שוה ומצוי בשוק דליכא הך חששא. ותריץ הרב דאין מקום לאוקומי מתני' בהכי כיון דמחלוקת הלו' והמלוה הוא בשווי המשכון כמה היה שוה אבל במהות המשכון וכמותו ב' שוין ואם היו מדברים שמינם שוה ומצוי א"כ לא היו מדייני' בשווייו וערכו אם היה שוה שקל או סלע או ב' סלעים וזה פשוט עכ"ל. ואחד הרואה דברי רבינו שבפי' המשנה שכתבנו יראה ביטול דברי הרב דלפי דברי הרב א"א לפרש מתני' אלא בדבר שאינו מצוי בשוק ואלו רבינו ז"ל כתב בהיפך דמתני' בדבר המצוי מיירי נמי ולהכי הוצרך תנא למיהב טעמא שמא יוציא הלה את הפקדון דאיתיה להאי טעמא אפי' בדבר המצוי ועיין עוד במה שהוקשה לו מדברי

הר"ב התרומות ובמ"ש עליו הש"ך בסי' ע' סק"ס יע"ש:

והנה בעיקר קושית הרב מההיא דפריך הש"ס בפ' המפקיד לר"ה לכאורה היה אפשר לומר מהא דפריך לר"ה מרישא דמתני' דאם איתא לדר"ה כיון דמשתבע מלוה שאינה ברשותו היכי מצי מפיק לה ודחיק ר"י לאוקומא בשיש עדים שנשרפה כו' ל"ק לרבינו ובע"הת משום דלדידהו לא מצי תריץ דמתני' בדבר המצוי דהא לדידהו אפי' בדבר המצוי משביעין אותו מטעמא דשמא יוציא הלה את הפקדון ונמצא שבועת הלוה לבטלה ולהכי הוצרך לשנויי ר"י בשנשרפה כו' וכן ראיתי להר"ב שמואל בד"ק סע"ד שכתב דמהא לא תברא לדידהו ואדרבא כתב שהיא ראיה מוכרחת לדבריהם אמנם אי קשיא לדבריהם הוא ממאי דפריך התם ממתני' דסלע הלויתני וב' היה שוה והלה אומר סלע הלויתיך וסלע היה שוה פטור ואם איתא לדר"ה מיגו דמשתבע מלוה שאינה ברשותו לישתבע נמי אגלגול ותריץ תהא במאמינו ואם איתא לדברי רבינו בע"הת לוקמא בדבר המצוי לקנות דליכא שבועה שאינה ברשותו והניחה בצ"ע יע"ש :

ולע"ד אף מההיא דפריך נמי מרישא קשיא לדידהו ז"ל שהם ז"ל לא כתבו דכי איכא שבועה גבי לוה משתבע מלוה אפי' בדבר מצוה אלא לבתר דמשני רב אשי דמתניתין הכי קאמר זה נשבע וזה נשבע ומי נשבע תחילה כו' ומשמע להו דלדידיה מתניתין אפילו בדבר המצוי קמיירי ואפ"ה קתני שזה נשבע וזה נשבע אמנם למאי דקאמר שמואל דמתניתין אסיפא דרישא קאי והכי קאמר אע"פ דשבועה גבי לוה היא אמור רבנן דלישתבע מלוה שמא ישבע זה ויוציא הלה את הפקדון לפ"ז מצינן למימר שפיר דלדידיה לא משביעינן ליה למלוה בדבר המצוי כי היכי דלשתבע לוה כמה שוה משום דלא ניחא להו לרבנן לתקוני שבועה שאינה צריכה למלוה משו' תקנת שבועת הלוה וטפי ניחא להו לאפוכי שבועת הלוה על המלוה מלתקוני למלוה שבועה שאינה צריכה וא"כ מאי קפריך תלמו' דאם איתא לדר"ה כיון דמשתבע מלוה שבועה שאינה ברשותו היכי מצי מפיק לה ומאי קו' הא לר"ה לא משתבע הך שבועה אלא בדבר שאינו מצוי אבל בדבר המצוי לא משתבע ואי הקושיא היא דלתקנו רבנן דלשתבע מלוה אפילו בדבר המצוי מלבד דאין זה במשמע לישנא דתלמודא והעיקר חסר מעיקרא נמי הא לא קשיא כלל דלא ניחא להו לרבנן לתקוני שבועה שא"צ אלא ודאי דמשמע ליה לתלמודא דכי משתבע לרב הונא שבועה שאינ' ברשותו אף בדבר המצוי נמי משתבע ומש"ה פריך בפשיטות כיון דמשתבע מלוה שאינה ברשותו היכי מצי מפיק לה ושלא כדברי רבינו ובע"הת ז"ל ומצאתי בחי' מציעא המכונין להריטב"א ז"ל בדי"ט ע"ב שהביא שם דברי רבינו ובע"הת וכת' וז"ל וליכא לאוקומי לדידיה אמאי לא משני הא דמלוה על המשכון

בדבר שמוצא לקנות כמותו בשוק דליכא שבועה שאינה ברשותו משום דסתמא בכל דבר מיירי ועוד כיון דאיכא ביניהן כמה שוה משמע דלאו דבר קצוב הוא עכ"ל והתי' השני הוא תי' הגד"ת ז"ל וכבר דחינו תי' זה מתוך דברי רבינו בפירוש המשנה והנכון כתי' ראשון ודוק ועיין להרב ראש יוסף בדקע"ג ע"ג שתי' כן ולמרן החבי"ב סימן רצ"ה הגב"י אות ב' יע"ש:

וע"פ מ"ש הרב"ח ז"ל בסימן רצ"ה ס"ג דחילוק זה דדבר המצוי לקנות לשאינו מצוי לקנות נפ"ל לרבינו והגאונים ז"ל מההיא דפרק אלו מציאות דכ"ט ע"ב דאמר שמואל המוצא תפילין בשוק שם דמיהן ומניחן ואותיב עליה ר"ה מדתנן מצא ס' קורא בהם אחת לל' יום ואם אינו יודע לקרות גוללן כו' גוללן אין שם דמיהן ומניחן לא ומשני אמר אביי תפילין בבר חבו משכח שכיחי יע"ש. לפ"ז אפשר לומר דתלמודא בסוגיין כי שקיל וטרי עליה דר"ה ממתניתין דמלוה על המשכון לא הוה ידע ההיא דשמואל דהתם והוה ס"ד דאפילו בדבר המצוי נמי מצי טעין בעל דבר שלי אני רוצה ולכך דחיק לאוקומי מתני' בשנגנבה ובמאמינו אמנם לפום קושטא דאותה סוגיא אין צורך לזה ובהכי ניחא מה שלא הביא רבינו והרע"ב בפירוש המשנה אוקמתא דמאמינו דמשני רב אשי ודוק:

ומצאתי כתוב בענין זה וכנר' שהוא למרן מלכא הר"ב בתי כהונה וז"ל ובס' גד"ת ריש שער מ"ט הק' ע"ז מההיא דהמפקיד דל"ה כו' והרב הנז' תירץ קושיא זו דחוי הוא מפי כהן גדול הש"ך סי' ע"ב ומ"מ קושית הרב צודקת ולעד"ן דמאי דפריך אם איתא לדרב כו' היכי מצי מפיק לה בדרך כולל קפריך דאי אין מינו שוה כפשטן דמתני' הא משבעינן ליה ואי מינו שוה מ"מ כיון דהא מיהא באין מינו שוה רמו רבנן על מלוה שבועה השתא נמי שמינו שוה לשתבע כי היכי שישבע הלוה ונוקי דינא דאורייתא ושבועת התורה במקומה ולא לצטרך לעוקרה וגם שיפסיד הלוה ויש מקום לשבועה זו אע"פ שמינו שוה כדי שישבע הלוה שמא ישבע לוה ויוציא מלוה את הפקדון וכמו שהוא היום הדין שהביאו שם בע"הת והיינו מאי דקפריך דאם איתא לדרב הונא כו' ירצה אא"ב ליתא מעולם לא נחשד מלוה משום תומת ישרים תנחם ולא רמו רבנן שבועה עליה אין סברא לחדש דבר מעתה לישבע שבועה בפרט זה. מיהו אם איתא לדרב הונא הא כל מלוה רמיא עליה שבועה אלא שזה מינו שוה מ"מ לישתבע משום שמא יוציא ונוקי לשבועה דאורייתא אדינא במקומה ולזה משני שפיר אכן נשאר לנו ליישב קושיא רישא דסיפא דהתם קאי בשיעור שאין שבוע' ללוה ודחיקו לאוקומה במאמינו. וי"ל כמ"ש התוס' דלאביי ורב אשי פריך והוא מוכרח והכונה דרב אשי מוקי לה בכל גוונא שכן פי' מי נשבע תחילה ואם איתא דדוקא במינו שוה מה שייך לומר מי נשבע לכתחילה

והלא עיקר שבועה זו במלוה משום יוציא הא לא"ה אין שבועה שהרי מינו שוה אלא ע"כ אוקמה בכל גונא אפי' במקום שיש שבוע' כגון שאין מינו שוה ועלה קאמר מי נשבע וא"כ כולה מתני' במציאות אחד ומש"ה פריך שפיר דאם אית' לדר"ה כו' ואוקמא במאמינו והוי הכל במציאות אחד במה שחושדו אלא שלענין שאינה ברשותו מאמינו ודוק ועיין בתוס' וש"ך והר"ן עכ"ל ובתשו' הח' צבי סימן כ"ט. ובמ"ש עוד רבינו ואם אמרו בעלים יותר היה שוה כו' כולל בשבועתו כו' הנה הטור ז"ל בסימן ע"ב כתב דבזמן שהלוה נשבע כו' כדי ליטול כו' ועיין במ"ש הסמ"ע שם סקמ"ה והש"ך סקס"א דלענין דינא דברי הסמ"ע הם אמת וא"כ מוכח מזה דמשאי"ל שיש לו ע"א מסייעו אפי"ה אינו פוטרו משבועה וחייב לשלם וכן מוכח לכאורה בהרא"ש פ"ק דמציעא כו' ותרומת הדשן ס"ס של"ג דלא כדמשמ' בב"י סי' כ"ח ס"ב עכ"ל וע' מש"ל ד"ה ולענין משואי"ל דמשלם ויש לו ע"א המסייעו ובמה שהעלינו שם הלכה למעשה:

והנה הר"ן ז"ל כתב בהאי דינא דצריך לישבע שאינו ברשותו דאפילו כשהאמין הלוה למלוה צריך לישבע ועיין להש"ך בס"ק ס"ב שכתב שהב"ח חלק על זה מתוך דברי התוס' דפרק המפקיד ופרק שבועת הדיינים ולדעתו גם התוס' סוברים כן כיע"ש ועיין להרב בני שמואל ז"ל ד"ק ע"ג ד"ה אמר כו' שכתב כדברי הרבב"ח ז"ל שהתוס' חולקים בזה על הר"ן והרמב"ן וכת' שמדברי הטור ליכא למידק כלל כמאן ס"ל דאפשר דלא כתב כאן חילוק דמאמינו משום דלא ירצה הלוה להאמינו כמ"ש התוס' או אפשר דס"ל כדעת הר"ן והרמב"ן ז"ל דאפילו במאמינו נמי צריך שישבע יע"ש. ולא ידעתי מה מקום הי"ל להרב להסתפק בזה בדעת הטור מאחר שהוא ז"ל שם בד"ה במד"א כתב וז"ל אבל נ"ל דהרמב"ם יודה לסברת בע"הת דכשהמלוה צריך לישבע אפי' בדבר המצוי לקנות ישבע המלוה שאינה ברשותו וזהו דעת הרמב"ן והר"ן שסוברים שהיכא שהמלוה צריך לישבע אפילו מאמינו למלוה ישבע שאינו ברשותו ואם כן דבר דמצוי לקנות הוה ליה כמאמינו ואפשר דשאני מאמינו דכיון דמן הדין היה חייב שבועה שאינה ברשותו אלא דהלוה פטרו ומשום הכי הוא דאינו נשבע הילכך כשהלוה חייב שבועה ישבע המלוה אע"פ שפטרו הלוה אמנם בדבר המצוי לקנות כיון דמן הדין אינו חייב לישבע משום חיוב שבועת הלוה לא אמרינן דישבע זה היה נראה לחלק אבל אפשר דכ"ע מודו בין הר"ן בין הרמב"ן לדברי בע"הת עכ"ל והשתא כיון שהטור ז"ל כתב דאפילו בדבר המצוי לקנות כל שהלוה צריך לישבע צריך ג"כ המלוה לישבע שבועה שאינה ברשותו א"כ כל שכן כשמאמינו הלוה נמי דצריך לישבע המלוה ומה מקום להסתפק בדברי הטור ז"ל לפי דבריו ז"ל וצ"ע:

ולפי האמור ומדובר בדעת הטור אפשר שזה ג"כ דעת רבינו ז"ל דמאחר שגילה דעתו בפירוש המשנה דהיכא דיש ללוה לישבע אף המלוה נמי צריך לישבע ואפילו בדבר המצוי מינה נמי מוכח דס"ל דאפילו במאמינו נמי כל שיש ללוה לישבע אף המלוה נמי צריך לישבע וכ"ש הוא לפי דברי הרב שמואל ז"ל:

ואם כנים הדברים מעתה אין מקום למ"ש התיו"ט בפרק ש"ה וכתבנו דבריו לעיל דרבינו ז"ל למד חילוק זה דדבר המצוי לקנות לכשאינו מצוי ממה שלא ביאר התנא במתני' הטעם למה שצריך המלוה לישבע שבועה שאינו ברשותו ועכ"ל דהיינו משום דתנא לא נחית לבאר אלא הטעם הכולל דצריך לישבע שבועה זו אפילו היכא דלא שייכא טעמא דשבועה זו דהיינו בדבר המצוי וכמ"ש רבינו בפירוש המשנה כיע"ש. ולפי האמור דאף במאמינו נמי דינא הכי אכתי אין ממתניתין שום ראיה לומר דבדבר המצוי אין משביעין אותו דשפיר א"ל דמשביעין אותו ומה שלא ביאר התנא הטע' לשבועה זו הוא משום דכיון דבמאמינו נמי צריך לישבע שבועה זו נקט תנא הטעם הכולל אפילו היכא דלא שייכא שבועה זו כיון שהאמינו ודוק ועיין בתשו' החי' צבי סימן כ"ט:

ומ"מ אע"פ שלפי דברי הש"ך ז"ל אזלי ומודו אף התוס' ז"ל לדברי הר"ן והרמב"ן ז"ל דלמאי דקי"ל כרב אשי דזה ישבע וזה ישבע אפילו במאמינו נמי משביעין למלוה שבועה שאינה ברשותו כל שהלוה צריך לישבע ואף רבינו והטור ז"ל הכי ס"ל כמדובר: מיהו מדברי הר"ן והריטב"א והרשב"א שהביא הרב ז"ל בשיטת המקובצת שם בפרק המפקיד דל"ד מבואר דס"ל דלפי פרש"י ז"ל שפי' דטעמא שמשביעין אותו שבועה שאינה ברשותו הוא משו' תקנת הלוה שלא יפסלנו המלוה לעדות ולשבועה כל שהאמינו הלוה למלוה איהו הוא דאפסיד אנפשיה ואין משביעין את המלוה שבועה שאינה ברשותו ונשבע הלוה לבד כמה שוה מיהו לענין הלכה נראה דלית דחש לפרש"י ז"ל ולפ"ז אף בהאמינו נמי משביעין את המלוה ולא מצי טעין קי"ל כרש"י ועיין בחי' הרשב"א ז"ל לשבועות וכמ"ש לענין הלכה כן העלה בס' מנחה חדשה בתשו' סי' ל"ו דכ"ז ע"א:

ודע שיש להסתפק כשאין הלוה צריך שבועה כגון ששניהם מודים שהמשכון שוה כ"וכ או כשהלוה תובע מהמלוה ששוה יותר והמלוה אומר ששוה כנגד הלואתו שאז המלוה נשבע שבועה שאינה ברשותו ונפטר ואין על הלוה שום שבועה אם שבועה זו דשאינה ברשותו משביעין אותו ב"ד למלוה אפילו בדלא טעין הלוה אשתבע לי או דילמא דוקא בדטעין איהו משביעין ליה אבל בדלא טעין לא משבעינן ליה. וראיתי בחי' מציעא המכונין להריטב"א בדי"ט ע"ב ד"ה שם א"ר הונא כו' שנסתפק בזה וכתב ונראה מדקאמר ומשביעין אותו שבועה כו' דטענינן ליה ורבינו חזר בו דלא טעני' ליה

וצ"ע עכ"ל ועיין עוד שם ד"ך סע"ג ד"ה אמר רב הונא כו' שכתב לשון רבינו הראשון שהיה סובר דאפילו בדלא טעין טענינן ליה יע"ש. ואת זה ראיתי בכללי הגמ' אשר למרן ב"י ז"ל בס' יבין שמועה דק"ד ע"א שכת' וז"ל תהא במאמינו פי' הר"ן לאו דוקא שא"ל כן בפי' אלא סתמו כפירושו ורש"י לא פי' כן עכ"ל יע"ש ואע"פ שרש"י והר"ן ז"ל לא מצינו דנחלקו בסוגיין דפרק המפקיד דל"ד בהא דקאמר רב אשי תהא במאמינו ועיקר פלוגתייהו הוא בההיא דקאמר הש"ס בפ"ק דמציעא די"ו ע"א עלה דמתקיף רמי בר חמא עליה דרב דאמר מה מכר ראשון לב' כל זכות שתבא לידו כו' מכדי האי לוקח במאי קני להאי ארעא בהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא הוא א"ל רבא תהא במאמינו ועיין שם בפרש"י ובדברי הר"ן שהביא בספר אסיפת זקנים יע"ש מדהביא מחלוקת זה מרן ז"ל בכללי הגמ' משמע דס"ל דה"נ בסוגיין דאיתמר כי האי לישנא דתהא במאמינו פליגי נמי רש"י והר"ן דלרש"י ז"ל כל שלא האמינו בפי' אע"ג דלא טעין אשתבע לי אנן משבעינן ליה אמנם לפי פי' הר"ן ז"ל סתמא נמי חשיב כמאמינו עד שיאמר אשתבע לי ואפשר דמה"ט הדר ביה רבינו שכתב בסי' הנז' משום דס"ל כפירו' הר"ן ז"ל בההיא דקאמר הש"ס תהא במאמינו וזו היא שיטת רוב המפרשים כמ"ש שם בספר אסיפת זקנים יע"ש. ונמצא לפי זה דלדעת רוב המפרשים כל דלא טעין ליה איהו אנן לא טענינן ליה ודוק:

הלכה ה

שורש דין שבועת השומרים בעל **הפקדון שתבע פקדונו כו' או חדש היה ונשתמשת בו כו' הרי השומר נשבע שבועת היסת כו'**. וכ"כ הטור בסי' רצ"ו ומרן ב"י שם ס"ד וז"ל אם טוען המפקיד אין זה פקדוני אלא אחר הוא או שלם היה ושברתו או חדש היה ונשתמשת בו והנפקד אומר זהו שהפקדת בעצמך וזה שנתת אתה נוטל הרי השומר נשבע היסת כשאר כל הנשבעין שאין כל שומר נשבע שבועת השומרים האמורה בתורה אלא בזמן שמודה בעצמו של פקדון כמו שאמר המפקיד אלא שטוען שנגנב או נאבד או נשבה אבל אם אמר זהו שהשאלתני כו' והבעלים אומרים אינו זה אלא אחר או נשתנה מכמות שהיה הרי השומר נשבע או שבועת התורה אם הודה במקצת ומכאן ק"ל לכאורה למ"ש הש"ך בסימן ע"ב בסקט"ו בשם הסמ"ע והב"ח דהטעם שאינו נשבע מלוה שבועה דאורייתא שלא פשע בו כיון דמלוה על המשכון דינו כשומר שכר או כשומר חנם דשבועת השומרים היא אפי' בשטוען התובע שמא הוא משום דלא חייבה תורה שבועת השומרים אלא כשטוען השומר שנגנבו או נאבדו או מיתה או שבירה דומיא דמיתה דכלה הפקדון לגמרי משא"כ בשנפחת הפקדון שהוא עדיין בעין אלא

שנפחת ועדיין שם הבעלים הראשונים עליו כל שאין הלוה טוען טענת בריא שפשע המלוה בו לא חייבתו התורה לישבע בכה"ג למלוה על הספק א"ד ז"ל והש"ך ז"ל דחה תירוץ זה דמה טעם יש לחלק בין נאבד לנשבר לנפחת ולקמן סל"ב גבי נפחת חשבינן ליה משום משואיל"מ ואם לא חייב שבועה דאורייתא לא הוי משאי"ל עכ"ל ולפי מ"ש הטור בסי' רצ"ו הנז"ל ק"ט בין על הסמ"ע בין על הש"ך דמבואר יוצא מדבריו ומדברי מרן ב"י שהביא בסי' הנז"ל אחר שהביא דברי ה"ה שדין זה הוא משנה וגמרא פרק ש"ה ולשון המשנה פטור אבל ודאי שיש שם שבוע' היסת כדין כל הנשבעין יע"ש כתב שם דמ"ש ה"ה דאיתא בפרק ש"ה היינו דתנן אין נשבעין אלא על דבר שבמדה ושבמשקל ושבמנין כו' יע"ש. הרי מבואר דאין משביעין שבועת השומרים בטוען נשתמשת בפקדון ונפחת מכמות שהיה ונפקד טוען מה שהפקדת אתה נוטל ואיך כתב הש"ך ז"ל דאין טעם לחלק בין נאבד לנפחת וגם על הסמ"ע ז"ל קשה דמשמ' מדבריו דבנפחת אם טוען המפקיד בריא שנפחת בפשיעתו של נפקד חייב הנפקד לישבע שבועת השומרים שלא פשע ואלו מההיא דסימן רצ"ו מבואר דאפילו בטוען המפקיד בריא אין כאן חיוב שבועה דאורייתא כיון דאין כאן טענה בדבר שבמדה ומשקל ומנין ונראה דההיא דסימן רצ"ו מיירי בטוען המפקיד סתם נשתמשת בפקדוני ואינו מזכיר בתביעתו כמה נפחת ואין כאן דבר שבמדה ומשקל ומנין וגם הנפקד משיב סתם מה שהנחת אתה נוטל ואין כאן הודאה שבמדה ומשקל ומנין הילכך אין כאן שבועת השומרים אבל בדין שלפנינו משמע להו להסמ"ע והש"ך דמיירי בשהלוה תובע מהמלוה שנפחת משכונו על ידי פשיעתו של מלוה כ"וכ והמלוה ג"כ מודה ללוה שנפחת משכונו כ"וכ אלא שטוען שהיה באונס ע"י אכיל' עכברים ורקבון אע"פ ששמרו במקום הראוי ושניערו כראוי הילכך כיון דיש כאן תביעה בדבר שבמנין וכן בהודאה אלא שרוצה לפטור עצמו בטענת אונס שפיר איכא למימר דיש כאן שבועה דאורייתא כשבועת נגנב או נאבד וזהו דעת הש"ך אמנם הסמ"ע משמע ליה דכל כה"ג בעינן טענת בריא של התובע כדי שיתחייב שבועה שלא פשע אבל לא בטענת שמא ויפה השיג עליו הש"ך ז"ל מההיא דלקמן ס"ל ומה שהיה מקום לכאורה לדחוק לזה להההיא דס"ל עיין בספר כהונת עולם בתשו' סימן פ"ה דפ"ז ע"ב יע"ש:

והנה לעיקר קושית הסמ"ע תריץ יתיב הש"ך באומרו דשבועת השומרים לא חייבה תורה אלא בשטוען המפקיד שמא אבל בשטוען בריא לי שפשעת והנפקד מכחישו ואומר שנאנס הו"ל כשאר כל הנשבעים דלא חייבה תורה שבועה אלא במודה מקצת ולא בכופר בכל ודקדק כן מדברי הרא"ש והר"ן בר"פ כל הנשבעי' שכתבו דבשבועת

השומרים ליכא למימר מיגו לאפטורינהו משבו' משום דהוי מגו דהעזה דהשתא דטעין נאנסו אינו מעיז פניו וכי טעין להד"מ מעיז פניו יע"ש. ואם איתא דאפילו בדטעין המפקיד בריא לי שפשעת חייב הנפקד לישבע שבועת השומרי' איך כתבו דמשום דהוי מגו דהעזה הוא דל"א מגו לאפטורינהו משבוע' הרי בטוען בריא דלא הוי מיגו דהעזה דבין הכי ובין הכי איכא העזה ול"א מגו לאפטורי משבועה אלא ודאי דמשמע להו דבטעין בריא לא מיחייב בשבועת השומרים את"ד ועיין עוד בדברי הש"ך סי' כ"ב ס"ח ס"ק י"ב ובסי' שמ"ד ס"ד ס"ק ד' יע"ש ומלבד מה שיש לדחות לזה וכמו שדחה הש"ך עוד זאת איכא למידחי דאפי' בטוען בריא המפקיד שלא נאנס אלא שפשע והנפקד מכחישו וטוען שנאנס אכתי אין בטענה זו העזה והכחשה כ"כ כמו בטוען להד"מ משום דכי טעין בריא המפקיד שפשע הנפקד אע"ג דלגבי דידיה איכא העזה שמכיר בשקרו לגבי כ"ע ליכא העזה דמילתא דלא שכיח הוא שידע המפקיד בבריא שפשע הנפקד שאין דרכו לישב אצל הנפקד לדעת פשיעתו הילכך כי טעין הנפקד נאנס ואתה משקר שלא נמצאת אצלי ולא ידעת בבריא כלום ליכא העזה וחוצפה בטענה זו דכ"ע ידעי דלאו אורחיה דמפקיד בכך אבל בטענת להד"מ דחזקה אין אדם תובע אא"כ יש לו כי טעין להד"מ או החזרתי איכא העזה וחוצפה טפי וכעין זה כתב מהרימ"ט בתשו' בח"א סי' קי"ב דקל"ח ע"ג ובח"המ דצ"ה ע"ד יע"ש ועיין בחידו' לקמן בה' ט"ון פ"ו ה"ג בשורת מיגו דהעזה ואין ספק שלזה כוונו בהג"מ פ"ב מה' שכירות אות ו' במ"ש דבטענת אונס מחייב אפי' כי חבירו יודע בשקרו יע"ש ונעתיק לשונו לקמן בע"ה ועיין להר"ן בפ' שבועת הדיינים עלה דמתני' דאין נשבעין על טענת חש"ו שכתב וז"ל וכתב הר"י הלוי דכי ממעטינן קטן כו' אבל שבועת השומרים שישנה אפילו בטענת שמא כו' ומדכתב שישנה אפי' בטענת שמא מבואר דס"ל דאיתיה בטענת בריא היפך מ"ש הש"ך בדעתו דליתיה בבריא:

איברא שבחידושי הרשב"א לשבועות שם הביא דברי הר"י הלוי הללו בסגנון זה אבל בשבו' השומרי' שאינה באה על טענת המפקיד אלא בשמא נשבעין לקטן כו' יע"ש משמע מלשון זה שאין שבועת השומרים אלא בשמא ולא בבריא וכדברי הש"ך: וחפשתי ומצאתי למהר"י הלוי עצמו בשיטתו לשבועות שנדפס מחדש וז"ל והאי דאמרינן אין נשבעין על טענת קטן מסתברא לן דוקא שבו' מודה במקצת הטענה וע"א דאתיין מחמת טענה אבל שבוע' השומ' דליתא מחמת טענה דהא טענ' שמא היא אלא מחמת שמירה היא כיון דשמא לקטן נתחייב לו בשבועת השומרים דלא גרע מגדול ודייקא נמי דקתני אין נשבעין על טענת קטן שבועה דאתייא מחמת טענה הוא דאין נשבעין משום דעיקר ההיא שבועה מחמ' טענת התובע והודאת הנתבע במקצת א"נ העדת ע"א הוא דאיחייב

בה כו' אבל שבועת שומרים ומאי דדמי ליה דחיובא לאו מחמת טענה הוא אלא מחמת שמירה ואפילו לקטן נשבעין עליה כו' יע"ש וע"פ דבריו הללו יש לפרש ג"כ כונת דברי הרשב"א דכונתו לומר דשבועת השומרים אפי' כי טעין המפקיד בריא לא מחייבינן שבועה לשומר משום טענתו דטעין בבריא אלא עיקר חיוב שבועתו הוא כאלו טעין עליו בשמא דמשום שמירתו הוא דנתחייב בשבוע' זו ולא מחמת טענתו של תובע שהרי אנו מחייבים אותו אפי' בכופר בכל ואלו היה חייב בשבועה זו משום טענת התובע והודאתו לא היה חייב אלא במודה מקצת דוקא ומדחייביה רחמנא שבועת השומרים בלא הודאה במקצת ואפי' בשמא ש"מ דלאו משום טענתו של תובע הוא אלא מחמת שמירתו נתחייב בה וכי טעין התובע בריא נמי לא מחייב השומר בשבועה אלא כאלו טעין ליה בשמא ומש"ה מחייב בלי הודאה במקצת זה נ"ל כונת דברי הרשב"א ז"ל ובהכי אתו דברי הר"ן והרשב"א והר"י ן' מיגאש כולם שוין ושפה אחת ודברים אחדים לומר דשבועת השומרים איתיה בין בבריא ובין בשמא ושלא כדברי הש"ך ז"ל:

עוד הביא הש"ך ראיה לדבריו ממ"ש התוס' פ' הגוזל עצים דק"ז בשם הריב"א גבי חזקה אין אדם מעיז פניו בפני ב"ח שיודע שהוא משקר וה"ה נמי בפני המפקיד לכפור הכל ובמלוה פירוש טענה דלא שייכא אלא במלוה דהיינו כפירה והודאה הוא דאינו מעיז לפי שכנגדו יודע שהוא משקר אבל בטענה דלא שייכא אלא בפקדון כגון נאנסו מעיז ומעיז הילכך אפי' כופר בכל חייב עכ"ל וכ"כ הר"ן פ' ש"ה ורי"ו והסמ"ג וה"ה פ"ב מה' שכירות יע"ש ואין מכל זה ראיה לע"ד דשפיר איכא למימ' דבטוען המפקיד בריא שפשעת והנפקד טוען נאנסו אע"ג דהשתא איכא העזה שהרי שכנגדו יודע שהוא משקר אפי"ה מחייב השומר בשבועת השומרים לדעת ריב"א והני רבוותא ז"ל וע"כ לא כתבו הני רבוותא וריב"א דבטענה ששכנגדו יודע שהוא משקר לא מחייב אלא במודה מקצת ולא בכופר בכל אלא בטענת כפירה והודאה שאינה בטענת נאנסו כגון לא הפקדתני או לא נעשתי שומר וכיוצא דכל כה"ג לא מצינו שחייבה תורה שבועה לשומר בטענת שמא של המפקיד וכמ"ש רבינו פ"ו מה' שאלה ה"ז אבל בטענ' נאנסו שחייבה תורה לשומר שבועה אפי' בשמא של המפקיד כי טעין נמי המפקיד בריא שלא נאנס לא יגרע כחו בזה לפוטרו לנפקד משבועת שומרים שהרי שבועה זו לא חייבה תורה לשומר מחמת טענה אלא מחמת שמירה וכמ"ש בשם מהר"י ן' מיגש וא"כ כי טעין בריא נמי מחייב בשבועה זו דחשבינן ליה כשמא ומ"ש ריב"א אבל בטענה דלא שייכא אלא בפקדון כגון נאנסו מעיז ומעיז הילכך אפי' כופר בכל חייב דמשמ' דהיכא דלא מצי מעיז כגון בבריא שחבירו יודע כמותו אפי' בפקדון לא מיחייב בכופר בכל. אי מהא לא אירייא דכונת

ריב"א להכריח דבטענ' נאנסו לא בעינן הודאה במקצת וכי הוא זה לאו אטענת נאנסו דפקדון כתיב שהרי כשחייבה תורה שבועה בטענת נאנסו הוא אפי' בטענת שמא של המפקיד דבהא מצי שפיר נפקד להעיז פניו כנגד המפקיד וכיון שכן איך אפשר לומר דכי הוא זה קאי נמי אטענת נאנסו בפקדון כיון דעיקר טעמא דמודה מקצת חייב ולא מפטר במיגו דכופר בכל הוא משום טעמא דאין אדם מעיז פניו בפני בע"ח לכפור בכל והו"ל מגו דהעזה וכיון דבפקדון אפי' כופר הכל ליכ' העזה כגון היכא דלא ידע חבירו איך הפה יכולה לומר דבמודה מקצת דוקא חייביה רחמנא וכי הוא זה אפקדון נמי כתיב הא גבי פקדון בטענת נאנסו דלא ידע ביה חבריה איכא מיגו דכופר הכל ולית ביה העזה ואי כופר הכל פטור מודה מקצת נמי הי"ל לפטור אלא ודאי דכי הוא זה לאו אפקדון קאי אלא אטענא דשייכא במלוה דוקא ומפני דהמיגו הוי דהעזה מש"ה מחייב במ"מ ופטור בכופר הכל ובכן כיון דעכ"ל דבטענת נאנסו לא נאמר כי זה ואפילו בכופר הכל ובשמא חייביה רחמנא שבועה לשומר עכ"ל השבועה זו לא משום טענה היא אלא משום שמיר' א"כ כי טעין התובע בריא נמי מחייב בשבועה משום שמירה דדל מהכא טענת בריא של התובע הרי הוא חייב משום שמירה ואפי' בשמא: והעד ע"ז שזאת היתה כונת ריב"א מ"ש בהגמ"י פ"ב מה' שכירות אות ו' וז"ל פ' הגוזל עירוב פרשיות וכי כתיב כי הוא זה אמלוה כתיב ופר"ת וריב"א לדברי האומר וכי הוא זה אמלוה הוא דכתיב פי' גם המלוה הוא דכתיב כי מלוה ופקדון דין א' להם לפיכך אין להעמיד כי הוא זה אלא בדבר השייך לשניהם במלוה ופקדון כגון להד"מ או החזרתי לך בזה לא יתחייב לא במלוה ולא בפקדון אא"כ הודה במקצת דאינו מעיז פניו לומר לא הלויתני או לא הפקדת אצלי מאומה אבל בטענת אונס שאינה פוטרת במלוה היה מתחייב בפקדון בלא הודאה במקצת דאין שייך לומר כאן חזקה דאין אדם מעיז פניו כי בטענת אונס מעיז ואפי' כי חבירו יודע בשקרו כו' עכ"ל הרי דכתב בשם ריב"א דבטענת אונס מחייב אפי' כי חבירו יודע בשקרו כו' היפך מ"ש הש"ך ז"ל:

איברא כי זה שכתב ההגהות דבטענת אונס מעיז אפי' כי חבירו יודע בשקרו ומעיז ומה"ט מחייב בטענת אונס ואפי' בלא הודא' במקצת כו' דמשמע מדבריו דטעמא דכופר הכל פטור הוא משום חזקה זו דאין אדם מעיז פניו בפני בע"ח והיכא דמצי מעיז מחייב בכופר בכל. הוא תמוה שהרי התוס' הכריחו שם בשם ריב"א דטעמא דכופר הכל פטור הוא מגזרת הכתוב ומה"ט אפי' לגבי בנו דמצי מעיז פטור בכופר בכל יע"ש וצ"ע. וכבר עמדנו בעניותי' לקמן בפ"ו מה' טוען ה"ג שורש מיגו דהעזה ע"ד השלטי הגבורים שכת' בשם התו' כדברי ההגהות הללו יע"ש. ואיך שיהיה הנה מדברי ריב"א ושאר הני רבוותא

שהביא הש"ך אין ראיה לדבריו דס"ל דבבריא לא מחייב השומר שבועת השומרים כמדובר. ועיין להרב בני דוד בפ"ב מה' שכירות די"א שכתב בשם מהר"י רוזאניס שמה שדקדקו מדברי ה"ה דאפי' בפשיעה אם מכחישו המפקיד בבריא נשבע היסת ליתא שהרי בפי' כתב רבינו דטעם בטוען נאנסו אינו פטור ונשבע השומר משום דבא ליפטר מהתשלומים עכ"ל ומ"ש בשם רבי' היינו ההיא דפ"ו מה' שאלה הלכה ה' וכיון שכן עכ"ל דמה שתלה הטעם ה"ה משני שכל אלו טענות שהמפקיד יודע בהם כמו הנפקד הכונה לומר דוק' באומר לא הפקדתני או לא נעשתי שומר או החזרתי שטענות אלו לעולם יודע בהם המפקיד כמו הנפקד ומשום טענתו של מפקיד הוא דמתחייב הנפקד ולא משום שמירתו כמו בטענת נאנסו הילכך כיון דמשום טענתו של מפקיד הוא דבא להתחייב הנפקד אין כאן חיוב שבועה אלא במודה מקצת אבל בטענת נאנסו שעל הרוב אינו יודע בהם המפקיד ואפ"ה חייבה התורה שבועה לנפקד אפילו בשמא א"כ אפילו בכופר בכל נמי איתיה כמדובר ועיין להרב מחנה אפרים בהגהותיו פ"ו מה' שאלה הל' ה' יע"ש ואדרבא מדברי הר"ן ז"ל דפרק שבועת הדיינים שכתבנו ומדברי ההג"מיי הנז' מבואר הפך דבריו ז"ל כמדובר לעיל :

וראיתי להרב דברי אמת בקונטריס החמישי דל"ג סע"ד שתמה על הש"כ ממ"ש המרדכי בפ' אלו מציאות והביאו דבריו הרב המפה והסמ"ע והש"ך בריש סימן ע"ב וז"ל פסק ראב"ן בראובן שמשכן ספר לשמעון וכשבא לפדותו טען ראובן נשתמשת בספרי וטשטשתו ושמעון טוען קריתי ושניתי בו אבל לא חסרתיו כלום אם יש עדים שקרא שמעון בו הו"ל שולח יד בפקדון והו"ל גזלן ופסול לשבועה וישבע ראובן כמה חסרו ויטול וראבי"ה נחלק עליו מטעם דלא נפסל בשביל זה דאיהו סבר מצוה קא עביד כו' יע"ש ומדברי כולם משמע בהדייא דשבועת השומרים איתא אפי' בטוען בריא את"ד ז"ל : ואין ספק דמה דמשמע ליה להרב הנזכר דשבועה זו שכתבו ראב"ן וראבי"ה שנפסל בה בעל המשכון או לא נפסל היינו שבועת השומ' שלא פשע בו וטשטשו ולא שבועת היסת ככל כופר בכל הוא משום מאי דסיים ראב"ן וכתב דאי איכא עדים שקרא בו נפסל לשבועה וישבע ראובן כמה חסרו ויטול ואם איתא דשבועת היסת הוא דקאמר דמחייב בעל המשכון לישבע אם לא היו עדים שקרא בו ג"כ השתא דאיכא עדים שקרא בו ונעשה גזלן ונפסל לשבועה היאך נשבע שכנגדו ונוטל הא שבוע' היסת לא עבדינן תקנתא זו דתקנתא לתקנה לא עבדינן אלא הרי החשוד נפטר בלי שבועה עד שיבי' עדים וראיה שכנגדו כמבואר לקמן סי' פ"ז הי"ג וסי' צ"ב סי"א אלא ודאי שבועת השומרים שלא פשע בו קאמ' ראב"ן וראבי"ה דהוי שבועה דאורייתא ומשו"ה כי איכא עדים שקרא בו

ונעשה גזלן קאמר ראב"ן דנשבע שכנגדו ונוטל דומיא דמ"ש הש"ע סי' צ"ב ס"ח:

ובזה שפיר קמתמה הרב ד"א ז"ל על הש"ך ז"ל דאפילו בטוען בריא קאמרי ראב"ן וראבי"ה דמחיי' השומר לישבע שבועת השומרים כמדובר:

אלא דלענ"ד אכתי שפיר איכ' למדחי ולמימר דבנדון ראב"ן וראבי"ה ליכא טענת בריא דע"ג דטען ר' נשתמשת בספרי וטשטשתו לאו דאיהו ידע בבריא הכי אלא מפני שראה עכשיו ספרו מטושׁ קטעין ואמ' דבודאי לא נטשטש אלא מפני שקרית' בו וע"י הקריאה נטשטש שאילו ראהו שהיה קורא בו לא היה מניחו שיקרא בו ויטשטשו אלא ודאי אין כאן אלא טענת שמא ומשו"ה קאמרי דחייב לישבע שבועת השומ' ואכתי אין מכאן סתירה לדברי הש"ך ז"ל ועוד היה אפשר לומר דשבועה זו דקאמרי ראב"ן וראבי"ה לאו היינו שבועת השומרים שלא פשע בה אלא שבועת מודה מקצת הוא דקאמרי דכיון שזה טוענו שנשתמש בו וטשטשו הרי הוא תובע ממנו שכר מה שנשתמש במשכונו וכמ"ש הש"ך ריש סימן ע"ב דאסור להשתמש במשכון בלי שכר משום ריבית וגם תובע ממנו כ"כ בשביל מה שנפחת ממנו בטשטושו והמלוה כיון שהודה שקרא בו ונשתמש בו הרי הודה בפרוטה וכפר בטשטוש שלא טשטשו הילכך היכא דליכא עדים שקרא בו שלא נעשה פסול לשבועה היה חייב לישבע שבו' מודה מקצת וכי איכא עדים נשבע שכנגדו כמה חסרו ונוטל אמנם נראה דהא ודאי ליתא מתרי טעמא חדא דכיון דהלוה הזה בעל הספר היה חייב כשהודה המלוה בפרוטה שקרא בו הרי פרוטה זו מנכה מחובו והוה ליה הילך ואכתי אין כאן שבועת מודה מקצת דאורייתא' ועוד דאפילו לא יהיה כאן הילך אכתי אין כאן מודה מקצת דאורייתא כיון דחיוב פרוטה זו שנתחייב בשביל מה שקרא בספרו אינו אלא משום דמחזי כרבית ואפי' אבק רבית וכמו שביארנו בה' מלוה וכל כה"ג שהחיוב אינו אלא מדרבנן בעלמא אין כאן שבועת מודה מקצת דאורייתא וכמתבאר מדברי רש"ל ביש"ש פרק הכונס סימן ל' הביא דבריו מרן החבי"ב ז"ל בסימן שפ"ח הגהות ב"י אות י"ט יע"ש:

ומ"מ לפי דברי הרב דברי אמת ז"ל דשבו' השומרים הוא דקאמר ראב"ן ז"ל צ"ל דס"ל לראב"ן וראבי"ה כשיטת הרא"ש ודעימיה שכתב הטור סי' רצ"ד ס"ה דאפילו היכא שאין השומ' נשבע שבועה שאינה ברשותו כגון דאיכא עדים שנגנבה או נאנסה צריך לישבע שבועה שלא פשע בה דאילו לשיטת החולקים דשבועה שלא פשע בה אינו נשבע אלא ע"י גלגול דשאינה ברשותו א"כ הכא בנדון ראב"ן וראבי"ה שהמשכון לפנינו וליכא שבועה דשאינה ברשותו היאך כתבו דחייב המלוה שבועת השומרים וכשיש עדים שקרא בו נשבע שכנגדו הא לפי שיטה זו אין כאן חיוב שבו' השומרים כיון דהמשכון

לפנינו ואפשר דכל כה"ג שנטשטש הספר ונפחת משויו ויש לחוש שנפחת ע"י שקרא בו עכשיו חשיב כטוען טענת נגנב ונאבד הפקדון ושאינו ברשותו דצריך לישבע שאינו ברשותו ושנגנב באונס ה"נ צריך לישבע שזה הפחת של הפקדון הוא לא פחתו ושנפחת באונס דדוקא כשיש עדים שהפחת נעשה ע"י אחרים שגנבוהו אז אינו צריך לישבע כיון שיש עדים שנפחת ע"י אחרים אבל כשאין עדים שנפחת ע"י אחרים אז צריך הוא לישבע שהוא לא פחתו וכנשבע שהוא לא גנב הפקדון דמי וסמנים מצאתי לחילוק זה ממ"ש הש"ך בס"ל מסימן ע"ב דאם נפחת המשכון ויש מחלוקת ביניהם כמה שיעור פחיתתו ומודה שמעון שנפחת ואינו יודע אם היה באונס או לא הו"ל משואי"למ יע"ש: ולכאורה ק' כיון דלדעת מרן סי' רצ"ד ס"ב אין משביעין שבועה שלא פשע בה אלא ע"י גלגול שבועה דשאינה ברשותו א"כ במשכון שנפח' שהמשכון לפנינו ואין כאן שבועה שאינה ברשותו אף שבועה דשל' פשע נמי לא מחייב וא"כ איך כת' דכשאינו יודע שהיה באונס או לא הוי משואי"למ אלא ודאי דכל כה"ג שנפחת המשכון ויש לחוש שנשתמש בו השומר וע"י תשמישו נפחת צריך לישבע שלא נפחת ע"י תשמישו וכאלו נשבע שבועה שאינה ברשותו דמי ומ"ה כשאינו יודע אם נפחת באונס או לא הוי משואי"למ ודוק:

אלא דאכתי לא נתקררה דעתי במ"ש בדעת ראב"ן וראבי"ה ז"ל דהחיוב שבועה שכתבו ז"ל היינו שבועת השומרים שלא פשע בה דממ"ש שראובן טוען קריתי ושניתי ולא טשטשתי ממנו כלום משמע דטענתו היא מה שהנחת אתה נוטל ולא שנטשטש באונ' דכל כה"ג הו"ל לפרש וכיון שכן אין כאן הודאה בדבר שבמדה ומשקל ומניין ואין כאן שבועה דאורייי' וכההיא דסי' רצ"ו שכתבנו ואיך כתבו דיש כאן חיוב שבוע' וכשאינו יכול לישבע ישבע שכנגדו כיון דאין כאן חיוב שבועה דאורייי' אין כאן תקנה דכשכנגדו נשבע דתקנתא לתקנתא לא עבדינן:

וכבר ראיתי להרב דברי אמת שם דל"ד הוק' לו ע"ד ראב"ן הללו מדברי הרמ"ה שהביא הטור בסימן רצ"ד ופסקו מרן שם בש"ע דהמפקיד גלימא לחביריו ובחזרתו הנפקד אומר זהו מה שהפקדת אצלי והמפקיד אומר לא זה הוא דנשבע הנפקד שבועת היסת ומה בין זו לראב"ן שנשבע שבועת התורה ועלה לחלק דשאני נדון הרמ"ה דהמפקיד והנפקד מחולקים שזה אומ' אין זה מה שהפקדתי אצלך וזה אומ' זהו מה שהפקדת והו"ל כאומר לא הפקדת בידי דבר אחר דאינו חייב אלא היסת וכמו שיראה הרואה בדברי התוס' פ' השואל דף צ"ז ד"ה השוכר משא"כ בנדון ראב"ן דשניהם מודים שבמשכון זה נעשה שומר אלא שזה טוען נשתמשת בו וזה טוען לא נשתמשתי בו את"ד יע"ש ואתמהא דנראה דאשתמי' מיניה דמר דברי רבינו בפרקין ודברי הטור ומרן בסי' רצ"ו שכתבו

בהדיא דבין בטוען זהו מה שהפקדת אצלי כנדון הרמ"ה ובין בטוען לא נשתמשתי בו כנדון ראב"ן ז"ל בשניהם אין נשבעין אלא היסת ולא היה צריך הרב ז"ל לפרש טעמו של הרמ"ה ע"פי דברי התוס' דפרק השואל כי טעמו מפורש בההיא דסימן רצ"ו דהו"ל כטוענו חטים והודה לו בשעורים ומה שהנחת אתה נוטל וכמ"ש ה"ה ומרן בב"י ז"ל וכמדובר לעיל וצ"ע ואיך שיהיה אכתי דברי ראב"ן וראבי"ה ז"ל מוקשין ועומדים אצלי מההיא דסי' רצ"ו:

והנלע"ד שהחיוב שבועה זו שכתבו ראב"ן וראבי"ה ז"ל לאו היינו שבועת השומרים אלא שבועת נגזל היא דתיקנו רבנן שהנגזל ישבע ויטול כמו ששנינו בפרק כל הנשבעין ואלו נשבעין ונוטלין השכיר והנגזל כו' ומפורש דינו לקמן סימן צ' דכל דאיכא עדים שראוהו שגזל אע"פ שלא ידעו כמה גזל נשבע בע"הב ונוטל בין כשהנגזל כופר בכל ובין במודה במקצת כיע"ש א"כ הכא נמי בנדון ראב"ן וראבי"ה שזה טוען נשתמשת בספרי וטשטשתו ונפחת כ"וכ כל שיש עדים שקרא בו ונעשה גזלן בקריאתו שוב לא מהימן לומר שלא חסרו כלום אלא נשבע בעל הספר שכך וכך חסרו ונוטל ככל נגזל בעלמא דנשבע ונוטל כנלע"ד ומ"מ בין שנאמר ששבועה זו שכתבו ראב"ן וראבי"ה היא שבועת השומרים בין אם היא שבועת נגזל כמדובר אין מקום לתמיהת הרב דברי אמת מדבריהם על הש"ך ז"ל כאמור ועיין עוד בדברי הרב הנז' שם במה שהוק' לו ע"ד הש"ך ממ"ש הרב התרומות בשער מ"ט ח"ב והם דברי מרן ז"ל בסי' כ"ט ומדברי התוס' דפרק השואל דצ"ז ד"ה השוכר כו' שכתבו אפילו המשאיל אומר בריא כו' והם טענות מספקות:

איברא כי לפי מ"ש לעיל דטענת הלוה כשטוען מכרת את המשכון ולקח' דמיו היא טענה גרועה ומש"ה אפילו כי טעין בריא לא מהימן אם לא היכא דלית ליה מיגו מהימן יע"ש א"כ מדברי הר"ב התרומות הללו נמי לא קשיא על הש"ך מה"ט דאמרן דכיון דטענה גמורה היא הו"ל כטענת שמא ולדידיה אפי' אית ליה מיגו נמי הוי טענה גרועה ולכן כתב דנשבע המלוה אלא דבנדון הש"ך נמי נראה דטענת הלוה היא טענה גרועה ואפי"ה כתב דכיון דטוען הלוה בריא לא מחייב מלוה שבועה וצ"ע ועיין עוד בדברי הש"ך בסי' צ"ב ס"ח סקי"א ובמ"ש שם הרב הנז' שם דל"ג ע"ב וע"ג יעש"ב:

וראיתי להרב צבי ז"ל בהגה שלו בספר ט"ז שעלה לישב עיקר תמיהת הסמ"ע והש"ך בדברי מרן וז"ל ולע"ד נראין דברי הסמ"ע עיקר ולאו מטעמיה אלא דס"ל לב"הת כמ"ש המחבר בסי' רצ"ד דביש עדים אינו נשבע אפילו שבועה שלא פשעתי בה וכיון שאכלו עש או עכברים וכיוצא אנן סהדי שנעשה באונס אלא דלא ידעינן אי פשע או לא ומש"ה אינו נשבע אלא היסת וצריך טענת בריא שנפחת ודברי הש"ך כאן אין לשון בע"הת

סובלם כלל גם עיקר דינו צ"ע עכ"ל ואע"פ שכתבנו לעיל דבנפחת המשכון איכא למימר דצריך לישבע השומר לכ"ע שלא פשע בה ולא נפחת מפשיעתו אפי' שהמשכון לפנינו מפני שהפחת הוי כנגנב קצתו של פקדון וכנשבע שאינו ברשותו הפחת דמי וכדמשמע בסימן ע"ב ס"ל כיע"ש אין מזה סתירה לדברינו דדוקא כשהפחת שנפחת מהמשכון או מהפקדון הוא מחמת שנשתמש בו ונתבלה ונפחת משויו ויש לחוש שהשומר נשתמש בו אז איכא למימר דחייב השומר לישבע שבועה שנפחת מאליו באונס ושהוא לא פחתו וכנשבע שאינו ברשותו דמי והיינו ההיא דסעיף ל' כנז' אמנם כשנפחת ע"י אכילת עכברים או שאכלו עש כנדון שלפנינו כל כה"ג דמי ממש להיכ' דאיכא עדים שנגנב הפקדון או נאנס ע"י אחרים דאין צריך לישבע עוד שלא פשע בו וכדברי הרב הנז' ומ"מ אכתי לא הועיל הרב הנז' בתי' זה זולת לדעת מרן בסימן רצ"ד אמנם עדיין קושיית הסמ"ע והש"ך ז"ל עומדת במקומה על הטור והר"ב המפה דס"ל בסי' רצ"ד דאפילו איכא עדים שנגנבה או נאבדה או נאנסה צריך השומר לישבע שבועה שלא פשע מדאורייתא איך כתבו כאן דברי הר"ב התרומות דישבע היסת דלשיטתם הוה ליה לישבע שבועה דאורייתא ואפשר ליישב גם כן דדעת הטור והרב המפה דהם אזלי לשיטתם דס"ל בר"ס רצ"ו דטעמא דלא מהימן השומר בטענת נאנסו בלי שבועה במיגו דלא הד"מ משום דהוי מגו דהעזה ולא משום דמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן כמ"ש מרן שם דאינהו ס"ל דמגו לאפטורי משבועה אמרינן כיע"ש וכיון שכן הכא דהלוה טוען בריא שמחמת פשיעתו של מלוה נרקב ונפחת המשכון והלוה מכחישו ואיכא העזה בטענתו שפיר איכא למימר דמהימן במיגו דלא היו דברים מעולם דהו"ל מיגו ממעיז למעיז ולכך כתבו דנשבע היסת ונפטר ובהכי אין צורך למה שנדחק הסמ"ע בס"ק פ' למה לא כתב הרב התרומות שגובה המלוה חובו מאחר שנפחת המשכון באונס יע"ש דלפי האמור ניחא דודאי לגבות חובו לא מהימן דלית ליה מיגו ולא כתב בע"הת אלא דוקא היכא שטעה היא לפטר שלא יתבע ממנו הלוה היתרון של המשכון ודוק:

ועוד אפשר לישב עיקר קושית הסמ"ע והש"ך ז"ל דהכא מיירי הרב התרומו' בשאינו תובע הלוה בפירוש כ"וכ נפחת המשכון בפשיעתך אלא טוען סתמא המשכון נפחת בפשיעתך והמלוה משיב לו סתמא לא נפחת בפשיעתי אלא אם נפחת כדבריך היה באונס דכל כה"ג דמי להיא דסימן רצ"ו דליכא תביעה בדבר שבמדה ומשקל ומנין דפטור משבועה דאורייתא וכההיא דמה שהנחת אתה נוטל ומ"ש א"כ אנוס הוא הכונה דאלו לא היה אנוס אע"ג דליכא תביעה בדבר שבמדה ומשקל היה חייב לשלם לו משום מזיק ממון חבירו והיו שמים ב"ד הפחת ונותנים ללוה היתרון אבל השתא דטעין ששמרו

כראוי ואנוס הוא וחייב לישבע כיון דלא הוי דבר שבמדה ומשקל ומנין ליכא שבועה דאורייתא ונשבע היסת ונפטר וכעין זה תירץ הרב ט"ז ז"ל יעויין שם:

זאת תורת העולה מכל האמור ומדובר דשבועת נאנסו איתא בין בשטענת השומ' היא בבריא בין בשמא ודלא כהש"ך שכתב דבבריא לא מחייב בטענה דנאנסו אלא במודה מקצת או בע"א דליתא כמדובר.

ובטענת נאנס המשכון ונפחת חייב המלוה לישבע שלא פשע בו ולא נשתמש ודוקא כשנפחת הוא מחמת שנשתמש והיה חדש ונתיישן ושואל בפי' הלוה כ"וכ נפחת והמלוה מודה שנפח' כ"וכ אבל היה באונס כגון שגנבוהו ונשתמשו בו והחזרוהו וכיוצא אבל אם נפחת ניכר שהוא מחמת אכילת עכברי' או עש או ריקבון כל כה"ג באנו למחלוקת הראשונים אם כשיש עדים שנגנב הפקדון אם צרי' לישבע השומר מדאורייתא שלא פשע ושלא שלח בו יד כדאיתא בסימן רצ"ד הילכך אם המלוה בא להוציא מן הלוה דמי חובו בטענת נאנס המשכון ששמרתיו כראוי ובמקום הראוי ואעפ"כ נרקב ואכלו עש או עכברים יכול הלוה לומר קי"ל כמ"ד דצריך המלוה לישבע שלא פשע ושלא שלח בו יד ואשלם דמי חובי ואם הלוה בא להוציא מיד המלוה יכול המלוה לומר קי"ל כמ"ד דכל היכא דאיכא עדים שנגנב אין צריך לישבע שבוע' שלא פשע מדאורייתא ונשבע היסת ונפטר ולכ"ע אינו חייב לישבע מדאורייתא שלא פשע אלא כשטוען הלוה כ"וכ נפחת והמלוה מודה כך נפחת אבל היה באונס אבל אם תובע סתם בפני ב"ד נפחת המשכון וזה משיב לא נפחת בפשיעתי כיון דליכא תביעה בדבר שבמדה ושבמשקל ומנין אע"פ שיכולי' לשומו ולעמוד על שיעור התביעה ליכא שבועה דאורייתא וכמתבאר מדברי הש"ך בסק"ן יע"ש וכן אם נשתנה המשכון והלוה אומר אין זה משכוני שנתתי לך והמלוה אומר זהו משכונך שנתת ונשתנה באונס אין כאן שבועה דאורייתא על המלוה דהו"ל מה שטענו לא הודה לו והיינו ההיא דסימן רצ"ו ס"ד והן הן דברי הרמ"ה דסימן רצ"ד ודברי התוס' דפרק השואל דצ"ז ד"ה השוכר יע"ש וההיא דראב"ן שהביא המרדכי בפרק אלו מציאות שחייב שבועה למלוה שלא פשע ושלא טשטש הספר בקריאתו מירי בשבועת היסת שהרי לא טען התובע כך וכך נפחת ואין כאן דבר שבמנין ומ"ש דכשיש עדים שלמד בו נשבע שכנגדו היינו משום דכיון דאיכא עדים שגזל ונעשה שולח יד בפקדון נשבע הנגזל ונוטל כן נראה לע"ד:

ודע דהיכא דנחלקו על פחת הפקדון דזה אומר כך וכך נפחת וזה אומר כ"וכ נפחת כתב מרן בש"ע סימן ע"ב וז"ל ואם מתחילה היה שוה יותר מכדי החוב כגון שטוען הלוה שהיה שוה ל' והלואו ך' ועתה אינו שוה אלא ט"ו ושואל ממנו עשרה והמלוה

אומר שלא היה שוה אלא כ"ה ואין לו ליתן אלא חמשה נשבע המלוה שלא נפחת אלא עשרה ומנכה לו ה' מתוכו והשאר גובה מן המשכון ע"כ. ולע"ד גירסא זו אין לה שחר דנכוי לא שייך בתוכו של משכון אלא בחוב גם והשאר גובה מתוכו הול"ל וגם גירסת הסמ"ע דגריס מחובו לא מתיישבת שפיר דחמשה שחייב לתת ללוה כשגובה השאר המלוה מהמשכון לא שייך לשון ניכוי גם גירסת הש"ך דגריס ומגבה לו ה' מתוכו דחוק שלשון והשאר גובה מהמשכון דמאחר דמתוכו היינו מהמשכון הו"ל למימר והשאר גובה מהנשאר ממנו ובספר תפארת שמואל כתב בשם רבו שקיבל מרבו דכצ"ל ומנכה לו מחובו ולא גריס תיבת חמשה ולא מתוכו אלא מהמשכון והיא גירסא נכונה והכונה מבוארת שמנכה המלוה תחילה מהחוב עשרה שהזיקו ונמצא שאינו חייב לו הלוה אלא עשרה וגובה אותם מהמשכון אם הלוה אינו רוצה המשכון ואם הלוה רוצה המשכון נותן למלוה עשרה ולוקח המשכון מידו ואם המלוה רוצה להחזיר המשכון ושיחזיר לו במעות עשרה לכ"ע אין כופין את הלוה בכך כיון דלפי טענתו אינו חייב להחזיר לו אלא חמשה ולזה כתבו הטור ומרן וגובה אותם מהמשכון כלומר ואינו יכו' לכופו שיחזיר לו במעות עשרה ויקח משכונו אם טוען המלוה שיחזיר לו חמשה לפי טענתו ויקח משכונו לפי דברי הש"ך לעיל ס"ק קי"ז יכולים אנו לכופו שיפרע חמשה ממזומני' ושיקח משכונו ובס' תפארת שמואל כתב כן בדרך אפשר יע"ש אמנם לפי מ"ש אנן יד עניי במקום אחר דל"ד הא דהכא דאין שמין למזיק ולשואל שהביא הש"ך ראיה לדבריו נראה דה"ה הכא אין אנו יכולים לכופו ללוה בכך כנלע"ד:

עוד סיים וכתב מרן שם והשאר גובה מן המשכון שהוא נאמן עליו עד כדי דמיו וכ"ש כו' שנשבע המלוה היסת ונפטר כו' ע"כ הנה מדברי הסמ"ע ס"ק כ"ז מבואר דס"ל דבשתי החלוקות הללו שכתב מרן בין כשהמשכון נפחת מכדי שיעור ההלוא' שהיה שוה מעיקרא כ"ה לפי דברי המלוה והשתא שוה ט"ו שהוא פחות מך' שהוא שיעור ההלואה בין בחלוקת שלא נפחת משיעור ההלואה דהיינו שהיה שוה כ"ה והשתא עשרים לפי דברי המלוה בשתי החלוקות הללו המלוה נשבע היסת ואינו נשבע כעין דאורייתא אפילו לדברי הגאונים דסי' ז' ושאני הכא שבעיקר ההלואה אינן מחולקים המלוה והלוה אלא בפחת יע"ש:

אמנם בפרישה ודרישה שלו ס"ך וכן הב"ח משמע להו דבחלוקת שנפחת המשכון משיעו' ההלואה אע"פ שחלוקים בפחת צריך לישבע המלוה כעין דאורייי' וכסברת הגאונים ז"ל אמנם בחלוקת שניה שלא נפחת המשכון משיעור הלואה כיון שחלוקים בפחת אין צריך המלוה לישבע כעין דאורייתא ונתנו טעם לחילוק זה דכשנפחת המשכון

משיעור הלואה נקרא שם תובע ומוציא על המלוה וכשהן חלוקין בפחת הו"ל כאלו הן חלוקין בעיקר ההלואה כיון דלפי טענת הלוה צרי' המלוה להשתלם מהמשכון פחות יותר מטענת המלוה ומנכות מהמלוה טפי ממ"ש המלוה וכיון דס"ס אין כאן שיעור ההלואה מיחזי טפי מחלוקתם בפחת כאלו הן מחולקים בעיקר הלואה משא"כ כשיש במשכון שיעור הלואה כשהן חלוקים בפחת מיחזי מחלוקותם בתביעת שבע"פ לא לעיקר ההלואה יע"ש ומלבד שאין בטעם חילוק זה כדי שביעה וכמ"ש הש"ך בס"ק קכ"א גם מדברי הטור ומרן בריש סעיף זה שכתבו דאם טוען המלוה ששמרו כראוי נשבע היסת ונפטר כו' ומבואר בפרישה שם שאין במשכון עכשיו אחר הפחת כדי שיעור החוב ומתחילה היה שוה יותר יע"ש ואם איתא דכל כה"ג צריך לישבע כעין דאורייי' למה כתבו הטור ומרן דישבע היסת נהי דשבו' השומרים דאורייתא לא בעי לאשתבועי כמ"ש הפרישה שם אכתי הו"ל למימר דישבע כעין דאורייתא כיון דבא ליפרע מהמשכון וכסברת הגאונים דסי"ז. גם מ"ש הסמ"ע דבנפחת המשכון משיעור הלואה נמי נשבע היסת כיון דמחלוקותם הוא בפחת ולא בהלואה יפה השיגה עליו הרב ש"ך בס"ק קכ"א דמה טעם לחלק ביניהם כיע"ש:

והש"ך העלה דבין בחלוקת דהמשכון נפחת מכדי ההלואה ובין בחלוקת שלא נפחת משיעור ההלואה אם המשכון הוא ביד המלוה ובא לגבות חובו ממנו בין שמחלוקותם של מלוה ולוה הוא בעיקר החוב ובין בשמחלוקותם הוא בשיעור הפחת שנפחת בכל גוונא כשנתבע המלוה ליפטר מתביעת הלוה צריך לישבע כעין דאורייתא וכתקנת הגאונים דסי"ז אמנם אם כבר החזיר המשכון כמו שהוא ליד הלוה וחלוקים בפחת ותובע הלוה מהמלוה אם מודה במקצת ואותו מקצ' ביד הלוה שעיקר החוב דחייב הלוה לו ישבע היסת שהרי יש כאן הילך וכ"ש בכופר בכל ובהכי יישב דברי הטור והש"ע דבחלוקת ראשונה שנפחת המשכון משיעור דמיו ומסתמא מניחו הלוה ביד המלוה לגבות חובו כתבו סתמא והשאר גובה שהוא נאמן עליו עד כדי דמיו כלומר ונשבע כעין דאורייתא וכתקנת הגאונים אמנם בחלוקת ב' שכתבו וכ"ש אם המשכון שוה שיעור דמיו דמסתמא מחזירו ללוה ולוקח שיעור חובו כשהן מחולקים אחר כך בפחת כתבו דנשבע המלוה היסת ולא כתקנת הגאונים כיון דאינו בא ליפרע מהמשכון יע"ש ולפי דבריו ז"ל גם מ"ש הטור והש"ע בתחילת סעיף זה שאם טוען המלוה ששמרו כראוי נשבע היסת ונפטר כו' מיירי נמי באופן שהמשכון שוה לאחר שנפחת כדי שיעור החוב והחזירו המלוה ללוה ואחר זה נחלקו בפחיתתו אם היה באונס או בפשיעה ומה"ט כתבו דנשבע היסת ולא כתבו דנשבע כעין דאורייתא והן הן הדברים שכתבו כאן במחלוקת

וכ"ש אלא דשם מיירו בשנחלקו אם היה בפשיעה או באונס וכאן מיירו בשנחלקו בפחת אי נפחת או לאו או בשיעור הפחיתה ובהכי ניחא לי מה שלא כתבו שם דגם הלוה צריך לישבע שפשע המלוה כדי ליפטר מהחוב שלפי מ"ש הש"ך שם ס"ק קט"ו הלוה טוען נמי בריא שנפחת המשכון בפשיעת המלוה ולפי טענת המלוה דהיה באונס היה צריך הלוה לשלם החוב וכמ"ש הסמ"ע שם סק"פ כיע"ש אמנ' כיון דהטור ומרן איירו באופן שכבר החזי' המשכון תחילה ונפרע חובו ואח"ך נחלקו בפחיתתו מש"ה דגם הלוה צריך לישבע ודוק:

והנה הש"ך מלבד שדחה דברי הסמ"ע והב"ח מצד הסברא דאין טעם לחלק כשבא ליפרע המלוה מהמשכון שצריך לישבע כעין דאורייתא בין כשעיקר מחלוקתם הוא בעיקר ההלואה ובין כשנחלקו בפח' המשכון ובין כשעדיין שוה כשיעור החוב ובין כשאינו שוה עדיין כשיעור החוב:

עוד הכריח דבריו מדברי הרב בע"הת בשער מ"ט ח"ב סי' ג' כשנחלקו המלוה והלוה בפחת המשכון אם היה בפשיעה או באונס כתב שהמלוה נשבע היסת ששמר המשכון כראוי ושניערו כראוי וכשנחלקו בשיעור הפחיתה סיים וכת' ואם נפחת פחת שעדיין שוה כחובו נשבע המלוה שבוע' התורה וגובה חובו מן המשכון. ולכאורה קשה למה בטענת נפחת באונס כתב דנשבע היסת ובטענה לא נפחת אלא כך וכך כתב דנשבע שבועת התורה אלא עכ"ל דמעיקרא כשלא בא לגבות חובו מהמשכון ולכך כתב דנשבע היסת אמנם בסוף דבריו מיירי כשבא לגבות חובו מהמשכון ולכך כתב דנשבע שבועת התורה דהיינו כעין של תורה וכדברי הגאונים דסי"ז את"ד ז"ל ואף שיש לגמגם בזה למה לא השמיענו הרב בע"הת חילוק זה הכל באופן אחד או בבא לישבע שלא פשע או בבא לישבע על הפחת שהיה כ"וכ דכשהמשכון הוא תחת ידו נשבע כעין של תורה וכשאין המשכון תחת ידו נשבע היסת: גם למה בסוף דבריו נקט הדרך בשעדיין שוה המשכון כנגד חובו ובא לגבות ממנו דנשבע כעין של תורה: והלא לפי דברי הש"ך אפי' אין המשכון שוה כנגד החוב נמי כל שהמשכון בידו ובא לגבות ממנו אפי' פחות מחובו נמי צריך לישבע כעין של תורה אשר אין ספק כי גמגומים הללו הביאן להב"ח והסמ"ע להבין כונת אחרת בדברי הר"ב התרומות ככתוב בפרישה ודרישה וגם מדברי מרן ב"י משמע שהבין כדבריהם בדברי הטור והבע"הת דיש חילוק בין שוה המשכון כשיעור ההלואה לאינו שוה כשיעור ההלואה כיע"ש :

מ"מ לענין הדין נראין דברי הש"ך נכונים בטעמן וגם אין בגמגומים הללו כדאי לדחות פירושו בדברי הבע"הת ולפרש כמ"ש בפ"וד דדחיק ומפיק ואתי מרחיק טפי כיע"ש:

ואולם לפי מה שביאר בכונת הטור ומרן במ"ש וכ"ש אם אפי' אחר שנפחת עדיין שוה כשיעור החוב כו' דמיירו בשכב' החזיר המשכון ונפרע דמי החוב ואח"כ הם חלוקים בפחת ומש"ה כתבו דנשבע המלוה היסת קשה טובא דמדכתבו סתמא והם חלוקים בפחת משמע בכל גונא בין שחלוקי' אם נפחת או לא נפחת ובין שהם חלוקים בכמה נפחת שהלוה אומר כ"וכ נפחת והמלוה אומר לא כי אלא כ"וכ וא"כ הוא ק' דא"כ המלוה הו"ל לישבע שבועת דאורייתא ככל מודה מקצת דעלמא ולמה כתבו דישבע היסת וכמו כן ק' בטוען איני יודע כמה נפחת למה כתבו דישבע היסת הא הו"ל משואיל"מ ואם הוה מפרשינן דברי הטור והש"ע דמיירי בשעדיין המשכון ביד המלוה ודמי ההלואה ביד הלוה ניחא דאין כאן שבועה מ"מ ולא משואיל"מ כיון דבשמודה הלוה שנפחת מודה לו הלוה בחובו והו"ל הילך:

אמנם לפי מ"ש הש"ך דמיירי לשכבר החזיר הפקדון ונפרע דמי החוב ק' וראיתי להש"ך בס"ק קכ"א הוק' לו כן במ"ש הש"ע דבאומר איני יודע כמה נפחת דנשבע היסת ותירץ בשם מר אביו דקאי אאם אינו שוה כדי החוב כו' והוא ז"ל תירץ דכאן הו"ל הילך כו' כיע"ש. ולא ידעתי אמאי לא הוק' לו כן במ"ש הש"ע תחילה והם מחולקים בפחת ושם לא יתכן תירוץ אביו גם מ"ש הוא ז"ל דכאן הוי הילך כנר' שחזר בו ממ"ש בסעיף הקודם דמיירי הש"ע בשהחזיר המשכון המלוה ופרע הלוה את חובו גם מ"ש עוד שם וז"ל ולפ"ז צ"ל דמיירי שהמלוה אינו חפץ במשכון רק מניחו בב"ד ורוצה ליתנו ללוה שהלוה ישלם לו דאל"כ הרי אינו הלוה חייב לו כלום ואין כאן הילך עכ"ל מבוארים דבריו דכל עוד שהמשכון ביד המלוה אפי' דמי ההלואה עדיין ביד הלוה אין בהודאת המלוה צד הילך אע"פ שמיד בהודאת זו מנכה לו הלוה מחובו וכאלו קבל דמי הודאתו מידו דמי. לא היא דכיון דעדיין המשכון בידו של מלוה אכתי למחר וליומא אוחרי יכול לכפור בו או לומר שטעה בהודאתו ונאמן בשבועה במיגו דנאנס המשכון או במיגו דהחזרתי זה נראה דעתו ז"ל:

וראיתי להרב צבי בהגהתו אשר לו בס' ט"ז שכתב ע"ד הש"ך הללו וז"ל ואין נר' לע"ד אלא אפי' בסתם אפי' הביא המשכון לב"ד הוי הילך ופטור שהרי המשכון כ"ז שלא הגבוהו ב"ד למלוה הו"ל פקדון בעלמא אלא שהוא עליו כשומר שכר דהלא חייב לו מעותיו תדע דהרי אם נאנס צרי' הלוה לשלם לו חובו ובפקדון מוכח בהדיא בפ"ק דב"מ ד"ה ע"א גבי הא דאמר רב"ח ד' שומרי' צריכין כפירה כו' ואמרי' היכי דמי לאו דא"ל הילך ופרש"י קחנה בכל מקום שהיא ומוקי לה באמר מתה בפשיעה: ולפי דברי הש"ך לוקמה באינה לפנינו אלא ודאי דאף דליתא קמן כל היכ' דאיתיה ברשותיה דמריה

איתיה וכן משכון דכוותא עכ"ל:

ולע"ד אין דמיונו עולה יפה מההיא דפקדון להא דמשכון דהתם שאני שמיד שהודה השומר דהפקדון בעין יכול לכו

פרק ז

הלכה יא

שורש דין שומרים אם יכולים לחזור תוך ימי שמירתם הפקדון **ואבידה לא ניתנו ליתבע אלא במקומם כו'**. וכתב שם ה"ה בהגוזל ומאכיל אבידה ופקדון לא ניתנו ליתבע אלא במקומם ופירוש לא ניתנו ליתבע הא אם רצה להחזיר מחזיר בע"כ של מפקיד שלא אמרו לא יחזיר אלא במדבר ופשו' הוא ונראה לי שאם הפקיד אצלו לזמן ידוע שאינו יכול להכריחו לקבלו ממנו תוך הזמן שיכול לומר לו קבלת עליך שמירת זה הזמן קצוב עכ"ל: וכ"כ הרשב"א ע"ש הראב"ד דהמפקיד אצל חבירו לזמן אין השומר יכול לחזור בתוך הזמן והוא כתב דמספקא ליה לענין דינא. והריטב"א בחי' נר' דס"ל כשיט' הראב"ד יע"ש: גם הרב בעל התרומות בשער ן' ח"א סי' י"ד דרצ"ב ע"ב הביא לדברי הראב"ד ז"ל הללו וכתב עוד ואף אם נאמר שיכול לכופו לקבל' קודם הזמן הא אמרי' בשמעתין סברא אי שדינא מחייבינן בהו אפשר לפרש דה"ק דלימא אתי זיקא או כלבא ושדי להו מקמי דמצי ידא למרייהו למשלט בהו ומחייבינא ופי' זה כתבו ג"כ ע"ש הראב"ד כנראה דספוקי מספ"ל בהאי דינא יע"ש:

ועיין להרב מ"ל שתמה על מוהרח"ש בס' ת"ח ח"א סי' פ"ב שכתב שלא מצא חבר לה"ה בדין זה שהרי הראב"ד שהביא דברי' הר"ב התרומות חברו גדול יע"ש. ולענד"ן דאין מדברי הראב"ד שהביא הרב התרומות תיובתא דכיון שחזר הרב וכתב דאף אם נאמר שיכול לכופו לקבלם בתוך הזמן כו' הרי סתר דבריו הראשונים ומשמע דאכתי לדידיה בספיקא תלייא מילתא ואולם מה שהביא דברי הריטב"א בחי' לקי' דקאי בשיטת ה"ה היא מוכרחת. והנה מרן ב"י ח"מ סי' רצ"ג הביא דברי ה"ה הללו והסכים עמי ופסקו בשולחנו הטהור יע"ש:

וראיתי להרב מח"א ה' שומרים סי' ח"י עלה ונסתפק אי דין זה נאמר אף בש"ש דאפשר שלא כ"כ ה"ה ז"ל אלא גבי ש"ח דוקא משום דש"ח לא דמי לפועל שיכול לחזור דכל שהניח החפץ במקו' המשתמר תו לא רמי עליה מידי להטפל בפקדון אבל ש"ש דצריך למיתב בהדא ולנטורי יממא ולילי כמ"ש הטור סי' ש"ג ה"ז דומה לפועל דגרע מיניה דקי"ל פועל יכול לחזור אפי' בחצי היום והביא ראיות קצת מדברי הר"ן והמ' שהביא

הנ"י בפ' השואל דקכ"א ואינן ראיות מכריעות כאשר יראה הרואה. ועוד הביא ראיה מדברי התוס' בפ' מרובה דע"ט שכתבו גבי בעייא אי תקנו משיכה בשומרים או לאו דלא מבעייא ליה אלא לענין שוכר או שואל אי מצי המשאיל או המשכיר למיהדר ביה אפי' משך עד שיתחיל במלאכה או לאו. ופשי' ליה ממתני' דמחייב הגנב במשיכתן של אלו ש"מ דמשי' גמורה היא שאין יכול לחזור בו שאם היה יכול לחזור לא היה מתחייב בשמירתן ע"כ. ונראה מדבריהם דש"ח וש"ש יכולים לחזור תוך זמנן דאל"כ אמאי לא פי' דמבעייא ליה בש"ח ובש"ש אי תקנו משיכה לענין שאינן יכולים לחזור בהם בשמירתן עכ"ל וראיה זו אינה ראיה כלל דאפי אם נאמר דס"ל להתוס' דש"ח וש"ש אינן יכולים לחזו' תוך זמנם אכתי לא מצו לפרש דמיבעייא ליה בש"ח ובש"ש אי תקנו משיכה בהם לענין שאינן יכולים לחזו' בהם משמירתן דא"כ כי אתי למפשט הבעייא ממה ששנינו נתנו לש"ח לש"ש ולשואל ולשוכר והיה מושכו ומת ברשות בעלים פטור הוציאו מרשות בעלים חייב מאי לאו שומר וש"מ תקנו משיכה בשומרים ע"כ צריך לפר' דהראיה הוא מדמחייב גנב במשיכת השומרים ש"מ דהשומרים כולם אינן יכולים לחזור תוך זמנם והא ודאי ליתא דבכלל השומרים תני שואל ואיך אפשר לומר דהשואל אינו יכול לחזור תוך זמנו מאחר שכל ההנאה שלו וכמבואר אלא ודאי דאין הדבר תלוי בדעת השומרים שאפילו אם השומרי' יכול' לחזור בהן כל שאין הבעלים יכולים לחזור מחייב הגנב מיד במשיכת השומרים. ומשו"ה הוצרכו התוס' לומ' דעיקר הבעיא לענין משאיל ומשכיר שהן הבעלים אם יכולין הבעלים לחזור בהן מיד בשעת משיכה והשתא שפיר פשיט ליה ממתני' ולפום מאי דמשמע ליה להרב דהוו מצו התו' לפר' דעיקר הבעייא היא לענין ש"ש וש"ח אם יכולים לחזור בהן וע"כ דכי אתו למפשט ממתני' דנתנו לש"ח ולשואל ולשוכר ולש"ש הראיה היא מדמחייב גנב במשיכת שומר ש"מ דאין השומרים יכולין לחזור בהן ונמצא דהדבר תלוי בשומרים בדעתם אי מצו לחזור או לא מצו לחזור אם כן מה תקן הרב באומרו דהתוספות ס"ל דש"ח וש"ש יכולין לחזור בהן ומשו"ה לא פירשו הבעיא לענין ש"ח וש"ש אם יכולין לחזור בהן וע"כ דכי אתי למפשט ממתני' דנתנו לש"ח ולשואל לש"ש ולשוכר הראיה מדמחייב גנב במשיכת שומר ש"מ דאין השומרים יכולין לחזור בהן ונמצא דהדבר תלוי בדעת השומרים אי מצו לחזור או לא מצו לחזור א"כ מה תיקן הרב ז"ל באומרו דהתוס' ס"ל דש"ח וש"ש יכולין לחזור בהן ומש"ה לא פירשו הבעיא לענין אם יכולין ש"ח וש"ש לחזור תוך הזמן דהשתא תיקשי להו טפי לפום קושטא איך מחייב הגנב במשיכת השומרים הללו כיון דיכולים לחזור בהן השומרים אלא מאי אית לך למימר שאין הדבר תלוי בדעת השומרים

דאפילו אם השומרים יכולין לחזור כל שאין הבעלים יכולין לחזור מיחייב גנב מיד וכיון שכן הדרן לקמייתא שאין ראיה כלל מדברי התוס' דאפ' לומר דס"ל דש"ח וש"ש אינן יכולין לחזור בהן ומ"מ הוצרכו לפ' הבעיא לענין משאיל ומשכיר מטעמא דאמרן ואולם לכאורה אפשר להביא ראיה מדברי התוס' בפ' המקבל דק"ה ע"א ד"ה הני בי תרי שכתבו דהמקבל עיסק' מחבירו יכול לחזור תוך הזמן דפועל יכול לחזור אפילו בחצי היום יע"ש אע"ג דהאי עיסקא פלגא מלוה ופלגא פקדון היא ואיך יכול לחזור בו כיון שבפקדון אין לחזור תוך הזמן אלא ודאי דמשמע להו דכיון דהוי על פקדון זה ש"ש דמיחייב עליה בגניבה ואבידה לא מצי לחזור בו. וליכא למימר דכיון דבפלגא מלוה יכול לחזור מפני שכל ההנאה שלו ממילא יכול לחזור אף בפקדון דכי חזר בו בפלגא דמלוה מיד הנשאר בידו מפלגא דפקדון נעשה פלגא מלוה ופלגא בפקדון וחוז' בו בפלגא דמלוה הנשאר בידו עד שלא תשאר בידו כי אם פרוטה קטנה דהא ליתא דאם הדין נותן שאינו יכול לחזור בפלגא דפקדון ממילא בפלגא דמלוה נמי לא יוכל לחזור בו כיון דמטי ליה פסידא לפלגא דפקדון דמה"ט לא מצי למשתי ביה שכרא בפלגא דמלוה ולא נעשה מטלטלין אצל בניו משום דמטי ליה פסידא לפלגא דפקדון:

ברם אכתי אין מכאן ראיה כלל דשניא היא עיסקא דכיון דבעי לאעסוקי ביה בכל עת ורגע הו"ל כפועל ממש משא"כ בש"ש דלית עליה אלא שמירה מעליא דאע"ג דבעי לנטורי יממא ולילי כל דנטר ליה בגו ביתיה במקום המשתמר יפה הוא יכול לעשות מלאכתו דמילתא דלא שכיח היא שלא ימצא מקום הראוי לשמירה מעליא ולהתבטל ממלאכתו לנטורי יממא ולילי ולכן לא הוי כפועל שיכול לחזור בו בחצי היום משא"כ בעיסקא זו דצריך להתבטל ממלאכתו לאעסוקי בעסקא זו דהו"ל כפועל ממש ועיין למרן ב"י בח"מ סימן קע"ו שהביא דברי התוס' הללו לפסק הלכה וע"ע להרב מח"א שם בה' הנז' סי' י"ב מה שדקדק מתוך שמעתין דהמוכר חפץ לחבירו ונמצא מקח טעות שלא נעשה עליו אח"כ כי אם ש"ח יע"ש ועיקר ראייתו היא מדמפשט פשיטא ליה גבי צפייתא דאסא דאי שרי להו לא מיחייבא ולמאי דמסקינן דאינה מקודשת משום דלאו כ"ע דינא גמירי וסברא הוא דאי שדי להו מחייבא הילכך אינה מקודשת ש"מ דמעיקר דינא כי שדי להו לא מיחייבא משום דהו"ל כמקח טעות וברור:

עוד כתוב בחי' הרשב"א ע"ש הרמב"ן דבפקדון שדי להו מיחייב עד דמוכר ליה מיד ליד דלהכי קבילתיה אבל אי א"ל תא שקול דידך ולא בעי כי א"ל הרי שלך לפניך ושדתינהו קמיה מפטרא והרשב"א כתב דלדידיה ספוקי מספ"ל בהאי דינא דכיון דשדי ליה תוך ד' אמותיו בע"כ אמאי לא נפטר בכך ולדברי הרמב"ן הסכים גם הריטב"א ז"ל בשמעתין

ולעיל בד"ח ע"א עלה דת"ר נטלתו וזרקתו לים גם הרב התרומות בשער ן' סס"ד הביא דברי הרמב"ן ז"ל הללו יע"ש ועיין בשיטה המקובצת לבבא מציעא דמ"ט ודפ"א והטור ז"ל בח"מ סימן ק"ך לענין הלואה כתב דצריך שיאמר לו תחילה טול מעותיך ואם יסרב אז יוכל לזורקן לפניו ובסי' רצ"ג לענין פקדון כתב סתם דהנפקד יכול ליתן פקדונו בע"כ ולא ביאר אם צריך שיאמר לו תחילה טול פקדונך ואולי סמך אדין הלואה. והאחרונים לא דברו בזה ובסי' קצ"ח הביא הטור מחלוקת הראשונים בענין הנותן דמים על המקח וחזר בו הלוקח דלדעת הרי"ף והרמב"ן כל שקבל מי שפרע וא"ל טול מעותיך אינן יותר ברשות המוכר ואם נאנסו או נאבדו מפסיד הלוקח ולדעת הרמ"ה אפילו קבל מי שפרע וא"ל טול מעותיך חייב בכל האונסים עד שיעשה השבה שמועלת במלוה יע"ש וגם בזה לא ביארו האחרונים אם זרקן תוך ד' אמותיו אחר שקבל מי שפרע ונאנסו אי מפסיד הלוקח או המוכר. ולדעת הרמ"ה ז"ל הדבר מבואר שדינו כמלוה אבל להרי"ף ז"ל בספקא תליא מילתא לדעת הרשב"א ז"ל דמספ"ל גבי פקדון:

ודרך אגב ראיתי להב"ח בסימן ק"ך שהוקשה לו בדברי הטור דגבי מלוה כתב שאם א"ל לוה למלוה הנה מעותיך צרורים ומונחי' בביתי בא וטול אותן והלוה מסרב ונגנבו ונאבדו הלוה פטור אפילו שלא זרקן לפניו ואלו בסימן קצ"ח הסכים לדברי הרמ"ה ז"ל גבי נותן דמים על המקח וחזר הלוקח ממקחו שאם קבל מי שפרע וא"ל שמעותיו מונחים בביתו לא מפטר הלוקח מאחריותן עד שישבם השבה מעלייא יע"ש ותי' דהתם מיירי שהלוקח אינו מסרב מלקחת המעות אלא שא"ל שיביאם אליו ולכך לא מפטר עד שישבם השבה מעלייא ליד הלוקח יע"ש וי"ל דאם איתא דהתם מיירי כשהלוקח אינו מסרב מלקחת המעות א"כ מאי ק"ל להרמב"ן ז"ל שהביא הרב התרומות בשער ן' ח"א סס"ד מההי' עובדא דשומשמי שכתב הרי"ף בהלכות דאע"ג דא"ל תא שקול זוזך איתנהו ברשות מוכר ממ"ש הוא ז"ל דגבי לוה שא"ל למלוה טול מעותיך והמלוה מסרב דמצי לזורקן בפניו או להניחם בחיקו כו' ועלה לתרץ דהתם מיירי בשלא קבל מי שפרע כו' ומאי קושיא דהתם שאני שהלוקח אינו מסרב מלקחת מעותיו אלא שאינו רוצה לילך אחריו לביתו ודינא קבעי אלא ודאי דמשמע ליה להרמב"ן ז"ל דעובדא דשומשמי מיירי כשהלוקח מסרב לקחת מעותיו ואמטו"ל ק"ל להרמב"ן שפיר. ואפשר לומר דכיון דאף הרמב"ן הכי משמע ליה דהתם בעובדא דשומשמי מיירי כשהלוקח אינו מסרב מיהו לדידיה משמע ליה דכיון דגבי לוה ומלוה דינא יהיב דכי מסרב המלוה מצי למיהב להו לוה בע"כ של מלוה גבי לוקח ומוכר נמי אמאי לא מצי למפטר נפשיה מוכר באומרו בא וטול מעותיך אפי' כי לא מסרב לוקח אלא דבעי דתיהבינהו לדידיה דגבי לוה דוקא

כי לא מסרב לא מפטר באומרו בא וטול מעותיך אבל גבי לוקח ומוכר אם איתא דנתינה בע"כ שמה נתינה בעלמא ה"נ יכול ליפטר באומרו טול מעותיך וברור :

ודע שהר"ב התרומות בשער ן' ח"א סי' ד' האריך בענין זה דנתינה בע"כ אי שמה נתינה או לאו וכתב שם בתוך דבריו וז"ל ואף אם נאמר דהלכה כר"פ י"ל דלא דמי לחובו' דבתי ערי חומה שאני דודאי מכורות היו ממכר גמור דאלת"ה היאך לוקח אוכל פירות והא דמי לאומר כל זמן שתרצה הבא מעות וטול את שלך דאסור באכילת פירות אלא מכר גמור הוא ומדינא ארעא לא הדרא ורחמנא אמר דתיהדר והוי כחוזר ולוקח ממנו פעם אחרת ואינו יכול להתקיים אותו מקח אלא מדעתו ובפניו לולי תקנת הלל יע"ש:

והדברים תמוהים בעיני דאיך הכריח דבתי ערי חומה מכורות ממכר גמור מה"ט שכתב דדמי לאומר כ"ז שתרצה הבא מעות וטול את שלך דאסור שהרי שנינו בפ' בתרא דערכין דל"א ע"א דהמוכר בית בבתי ערי חומה ה"ז גואל מיד ה"ז כמין רבית ואינו רבית ה"ז כמין רבית שכשמחזיר מעותיו ואין זה מוכר לו כלום נמצא משתמש בביתו בשכר המתנ' מעותיו ואינה רבית גמור דהרבית לא הוי אלא ע"י הלואה לא ע"י מכר עכ"ל ובגמ' אמרינן עלה דרבנן דר"י פליגי בהכי דלר"י ה"ז רבית גמורה אלא דהתורה התירה דקסבר צד אחד ברבית אסור מן התורה ורבנן סברי דצד אחד ברבית מותר מן התורה ולהכי אמרי דה"ז כמין רבית ואינו רבית ורבא אמר דכ"ע צד אחד ברבית אסור היכא דמעיקרא בא לידו בתורת הלואה אלא היכא דבא לידו בתורת מכר פליגי דתנא מתני' סבר כיון שבא לידו בתורת מכר מתחי' אע"פ שהתנה עמו כ"ז שתרצה הבא מעות וטול את שלך אין זה רבית ותנא דברייתא סבר דאע"פ שבא לידו בתורת מכר הואיל ואתי לידי רבית כרבית גמור' הוא אלא שהתורה התירה יע"ש והשתא איך הכריח הרב ז"ל דבתי ערי חומה מכורות הן מכר גמור דאי לא הוי כאומר הבא מעות וטול את שלך דאי לתנא דמתני' כיון דצד אחד ברבית הוא מש"ה מותר ולרבא משום דלא באו לידו בתורת הלואה אלא בתורת מכר לא הוי רבית דאורייתא ולהכי שרא ליה רחמנא אע"פ שהתנה בפירוש בשעת המכר דכ"ז שיהיה לו מעות יטול את שלו ולתנא דברייתא הא קאמר דרבית גמור הוא אלא שהתורה התירו ונמצא דבין לתנא דמתני' ובין לתנא דברייתא אין צורך לומר דבתי ערי חומה מכורות הן ממכר גמור הפך דברי הרבע"הת וכעת צל"ע: