

תוד"ה המפקיד - "אית דלא גרסי או שאבדו משום דבאבידה ליכא כפל". מבואר בדבריהם שאין חיוב כפל בגונב אבידה. ולכאורה הטעם בזה הוא משום שאבידה לא מיקרי מבית האיש כמש"כ גבי גונב מן הגנב. ויעוין לעי' דף כ"ו ע"ב שהבאנו ד' הריטב"א שכי' שאבידה חשיב ברשותו. וכ"מ בד' הריטב"א כאן בסמוך שכי' דמש"כ בגמ' שמקנה כאן את גוף הבהמה לפני הגניבה, היינו משום שגנב ואינו ברשותו להקנותו אחרי זה, אבל אם נאבד שפיר חשיב ברשותו ויכול להקנותו גם בשעת תשלומין.

ולעי' שם הבאנו עוד ד' אחרונים (עי' דבר"י סי' נ"ד ואב"ה פי"ד ה"ו ופר"י סי' מ"ז ואו"ש פ"ג גניבה ה"ב וקה"י סי' כ"ח) שדנו בזה אם אבידה חשיב ברשותו, ותולים ד"ז בחקירה הידועה במה שגזילה חשיב אינו ברשותו אם זה משום קניני הגזילה או מצד מציאות הדבר שאינו בשליטתו. ובד' התוס' הנ"ל שכי' שאין כפל כה"ג, לכאורה צ"ל דס"ל דל"ח ברשותו ולכן ממועט מבית האיש כנ"ל, אמנם ע"ע באמר"מ סי' ל"ד סק"ד שכי' עוד טעמים במה שאין כפל כה"ג. וע"ע בסמוך מש"כ בעצם ד' הריטב"א.

שם - במהרש"א הק' דעדיין משכח"ל בכה"ג שמוצא האבידה יטעון טענת גנב ונמצא שהוא גנבו שחייב כפל, ע"ש תי'. וע"ע ברעק"א ובתו"ח ובאמר"מ שם מש"כ לתרץ בזה. וע"ע בראשונים מהלך אחר בעצם גי' הנ"ל "או שאבדו" שכי' משום שבח יוקרא, שג"ז מקנים הבעלים כשמשלם (כדמבואר בגמ' להלן דף ל"ה ע"א גבי כיפי).

בא"ד - "א"נ אנו יודעים שנגנבו מתוך ביתו אך אין אנו יודעים אם פשע או שאבדו שאנו יודעים וכו' אם ע"י גניבה או ע"י דבר אחר". כוונתם מבואר דמשכח"ל "שאבדו" באבידה שהוא גניבה. אבל מש"כ תוס' גבי גניבה שאין אנו יודעים אם היה ע"י פשיעה צ"ב למ"ל ד"ז. ויל"פ עפ"ד הרשב"א שכי' שאם היו עדים שנגנב והשומר פטור ואעפ"כ שילם, אין הבעלים מקנים לו כפל כה"ג מכיון שא"צ אפי' לישיבע, וכה"ג לא מסיק מפקיד אדעת"י מעיקרא שישלם ולכן אינו מקנה לו כפל ע"ש. ולפ"ז א"ש ד' התוס' הנ"ל שנקט דוקא שאין אנו יודעים אם היה ע"י פשיעה, משום דכה"ג עדיין צריכים לישיבע.

ובריטב"א ובעוד ראשונים מבואר דלא כד' הרשב"א הנ"ל, אלא ס"ל שבעלים מקנים כפל גם כה"ג שיש עדים לפטור. וע"ע בדבריהם שחולקים גם להיפך אם יש עדים לחיובא והשומר משלם, שהריטב"א כי דכה"ג אין הבעלים מקנים כיון שהוכרח לשלם, ובמתני' כי שהרי אמרו ש"ח נשבע הרי שהבעלים מקנים כפל רק משום שהיה יכול ליפטר, וכ"מ בגמ' בסמוך שכי' אי בעי מיפטר נפשי וכו'. ואילו הרשב"א כי שגם כה"ג הבעלים מקנים הכפל כיון שלא הטריחו לבית דין, שהרי ג"ז סיבה להקנאת כפל כדמבואר בגמ' להלן דף ל"ה ע"א גבי כיפי, וכן מביאים בשם הירושלמי.

ולענין דיוק לשון המשנה שהרי אמרו וכו' כנ"ל, דחה הרשב"א שם שא"ז נתינת טעם לדין הכפל, דא"כ הול"ל כן אחרי שכי' הדין שמשלם לשומר. אלא הכוונה הוא לפרש מש"כ ברישא לא רצה לישיבע. ומה שנקטה המשנה דוקא כה"ג, היינו לאפוקי אם יש עדים לפטור דכה"ג אין מקנים כפל כשי' הרשב"א עצמו הנ"ל. ולענין מש"כ הגמ' אי בעי פטר נפשי, מפרש הרשב"א שם על דרכו שלעולם אין הבעלים מקנים כפל כ"א כה"ג שיש אפשרות ליפטר, אלא שאחרי שכבר מקנה כדי שיהא הקרן בטוח אינו מדקדק בדבר והוא מקנה גם לכל מי שיתן לו ההנאה שלא להטריחו לב"ד ע"ש. וע"ע שע"מ רסי' רצ"ה וחי' ר' ראובן סי' כ'.

בד"ה נגנבו - "ה"ה אם אמר פשעתי שהכפל שלו". עי' מהר"ם שהק' מנין להתוס' דמיירי שלא אמר

הערות ומראה מקומות פרק המפקיד

פשעתי, ומפרש שכוונתם כאן לפי לשון הראשון בדיבור הקודם שפי' התוס' שטוען כך שנגנב או שאבד, אבל לפי לשון השני בתוס' שם שכך אמרו העדים שנגנב אבל אין אנו יודעים אם ע"י פשיעה, אולי השומר אומר ג"כ שפשע ע"ש. אבל במהר"ם שיף כ' שגם לל"ב בתוס' י"ל דמשמע במתני' שטוען פטור, ממש"כ שהרי אמרו ש"ח נשבע, הרי שיכול ליפטר. ולד' הרשב"א הנ"ל אי"ז רא"י, שהרי כוונת המשנה בזה אינו נתינת טעם כנ"ל.

בד"ה כגון - "וא"ת והכא אפי' אי עבידי דאתו וכו' והלא מעות אינן קונות". מבואר שהתוס' נקטו שהבעלים מקנים את הפרה בשעת התשלומין ולכן הק' שבשעה זו יש רק קנין כסף שאינו קונה במטלטלין. ומתרגמים התוס' שגם בהו"א ידעו שהמפקיד מקנה את הכפל בשעת משיכה, אלא שלא הקנה מעכשיו כ"א לכשישלים. וכבר הבאנו למעלה ד' הריטב"א כאן שכו' שקו' הגמ' כאן שזה דבר שלא בא לעולם הוא רק לענין מש"כ במתני' נגנבו, אבל לענין מש"כ או אבדו א"צ לומר שמקנה מעיקרא כ"א בשעת התשלומין, ולפ"ד הדרא קו' התוס' לדוכתא שאין קנין בשעת התשלומין.

ועי' בפנ"י שכו' לתרץ קו' התוס' באו"א, דכיון דקי"ל כר"י שמעות קונות מדאורייתא ורבנן הוא שגזרו שמא יאמרו נשרפו חיטיך בעליי' כדמבואר בגמ' להלן דף מ"ג, לכן במקום שלא שייך גזירה זו מעות קונות גם מדרבנן (ויסוד זה כ' הפנ"י גם להלן שם ובקידושין דף כ"ח ע"א ובב"ק צ"ו ע"ב, אבל רעק"א להלן ובב"ק שם ובתשוי' קל"ד חולק עליו שחכמים תקנו שמעות אינם קונות בכ"מ משום לא פלוג, וכ"כ בנתיבות בסי' קצ"ח סק"ה וע"ע בדבריו בסי' ש"ו וצ"ל"ע), ולכן כאן שכבר נגנב ואינו קונה כ"א לכפל ל"ש גזירה זו ומעות קונות.

אלא שעדיין הוקשה לו שם שלא שייך מכירה בשעת תשלומין אחר הגניבה, שהרי אין הנגזל יכול למכור כיון שאינו ברשותו. ובד' הריטב"א הנ"ל ל"ק ד"ז דמיירי שם באבידה שהוא ברשותו כדמבואר בדבריו הנ"ל שם. וע"ע בקו' זו בקצוה"ח סי' רצ"ה סק"ג ובפר"י שם ובדבר"י סי' נ"ט אותו ו'. וע"ע רעק"א בב"ב דף מ"ג.

שם - וע"ע מש"כ בפנ"י לפרש לפ"ז שקו' הגמ' כאן אינו על המשנה בלבד (כמו שפרש"י בד"ה מתקיף), שהרי המשנה עצמה יל"פ שקונה בשעת תשלומין דכה"ג מעות קונות לכו"ע כנ"ל, ומה שהק' שאינו ברשותו י"ל דס"ל כתנא דצנועין בב"ק דף ס"ט ע"ב שאדם מקדיש ומקנה דבר שאינו ברשותו. אלא קו' הגמ' הוא דוקא על מש"כ בגמ' מיד לפני זה צריכותא שמתוך הצריכותא משמע שמקנה מעיקרא (וצ"ב כוונתו, אבל כדבריו משמע גם ברש"י שהביא המסקנא בצריכותא ע"ש). ובזה מיושב ג"כ קו' הריטב"א (וכ"ה בסי' הליכות עולם הובא בהג' הגר"ב רנשבורג) שלשון מתקיף לא משמע כקו' על משנה שמוסכם על הכל כ"א על אמורא שמחדש עכשיו.

בא"ד - "ועוד דמאי פריך בסמוך מי יימר דמיגנבא וכו' הול"ל מי יימר דנגנבה כלומר פי' שכבר נגנבה שמא נאבדה". וכ"פ רש"י בגמ' שם שלכן כ"כ משום שע"כ צריך לפרש שכבר קנה בשעת מסירה (ויל"פ כוונתו משום שאינו ברשותו אחר הגניבה או משום שמעות אינן קונות כנ"ל). אמנם התוס' הוסיפו בדבריהם דהול"ל מי יימר דנגנבה, וצ"ע שאם כלפי שמיא נגנבה א"כ הו"ל עבידי דאתי ואיך מצרפת הגמ' ד"ז לוי' שמכח זה הו"ל דבר שלא בא לעולם שגם ר"מ מודה שאינו קונה. ונר' לבאר עפ"ד הקו"ש בב"ב אות ת"צ שכו' שחסרון דבשלב"ל הוא מצד חסרון סמיכות דעת כמו שמשמע לעי' בדף ט"ז ע"ב), וא"כ לכאורה צריכים שידע הקונה שבא לעולם ושפיר כ' התוס' מי יימר כזה שאין ידוע לו שהוא נגנב.

הערות ומראה מקומות פרק המפקיד

בא"ד - "ואע"ג דבפ' מי שמת אמרי דבדקל לפירות אפי' רבנן מודו דקני היינו משום דעבידי דאתו אבל הכא דלא עבידי דאתא אפי' לר"מ לא קני". משמע מדי התוס' שגם חכמים מודו לחסרון זה של לא עבידי דאתי בכה"ג שקנה הגוף לפירות, כמו דס"ל לר"מ בכל דבר שלב"ל. ויל"ע אם חסרון זה של לא עבידי דאתי הוא ג"כ כעין דבר שלא בא לעולם או חסרון אחר. ולכאורה ממש"כ הגמ' דהוי דבר שלא בא לעולם ושוב כ' שאפי' לר"מ לא קנה משום דלא עבידי דאתי, משמע שזה חסרון א'. ולפ"ד הקו"ש הנ"ל יל"פ בפשיטות שחכמים ור"מ חולקים אם יש סמיכות דעת בכל דבשלב"ל דעבידי דאתי אבל בלא עבידי דאתי לכו"ע אין סמיכות דעת, וה"ה דקל לפירות י"ל שחכמים מודו משום שיש סמיכות דעת וג"ז רק כשעבידי דאתי.

וע"ע ברעק"א שהביא ד' התוס' בגיטין דף מ"ב ע"ב שכו' כע"ז גבי עבד שמכרו רבו לקנס (הובא בתוס' כאן בהמשך), ומבארים שאלת הגמ' שם אם כה"ג כו"ע מודו כיון שזה כמו דקל לפירות או דלמא כיון דלא עבידי דאתי ואינו יוצא מגופו ל"ח דקל לפירות. ומדיוק בדבריהם שם דעבידי דאתי הוא סיבה שיהא דומה לדקל לפירות אע"פ שאינו יוצא מגוף הדבר ע"ש. ולכאורה לפ"ז אינו דומה חסרון לא עבידי דאתי לר"מ כמו לרבנן. [ואולי י"ל גם לר"מ דעבידי דאתי הוא זכות בגוף דבר, וע"ע בסמוך].

בא"ד - "וק' דבפ' השולח מיבעי לן בעבד שמכרו רבו לקנס וכו' והכא פשיטא לי' דל"מ פרה לכפילא וכו' א"נ הכא פריך את"ל בעבד וכו' ומשני נעשה כאומר לו וכו' דהשתא הכפל שלו ממילא". נר' מדבריהם שדנים אם מכירת עבד לקנס ופרה לכפילא הוא זכות בעלמא שאח"כ כשיבא הכפל והקנס יהא שלו, או שזה קנין כמו דקל לפירות ממש שהם שלו ממילא כיון שהוא בעלים של הפרה והעבד לענין זה. ונ"מ לנו בזה אם שייך לדון בזה משום דבר שלב"ל. ובתי' הגמ' קנה את גוף הפרה ממש חוץ מגיזותי וולדותי, וממילא הכפל שלו כיון שהוא האדון (וכ"מ קצת בלשון רש"י להלן בסמוך בד"ה נעשה).

ובקצוה"ח סי' ר"ט סק"ג הביא ד' מהר"ם אלשיך שקנין מעות לסחורה אינו כקנין גוף לפירות, כיון שבשעה שנהנה ממנו אינו בעולם. והק' עליו שם מדי' התוס' כאן שמבואר שגם בפרה לכפילא שייך קנין גוף לפירות. וע"ע בזה במחנ"א סי' ל"ד מהל' זכיי ומתנה ובחי' ר' ראובן סי' י"ט.

והנה ברמב"ם רפ"ח שאלה פסק שגוף הפרה חוזרת לבעלי' ואינו מקנה כ"א שבח דאתי מעלמא. ומק' בזה האחרונים שלפ"ז הדרא קו' התוס' כאן, שהרי הרמב"ם פסק שעבד לקנסו אינו קונה, עי' במל"מ ואו"ש ואב"ה שם ובפנ"י ורעק"א וחי' אנ"ש ומהרצ"ח כאן ובפוסקים סי' קצ"ה ובדבר"י שם סי' נ"ט. ועי' חי' הגר"ח בפכ"ג מהל' מכירה ה"ג שכו' שהרמב"ם ס"ל לחלק בין הזכות בכפל ע"י קנין הפרה שהכפל שלו ממילא משום שדינו כבעלים לענין הכפל (אע"פ שאינו קונה כ"א לענין כפל אפי' למסקנא), משא"כ גבי עבד לקנס שאינו אלא זכות תשלומין לבעלים וקנינו בעבד אינו עושה דין אדון כ"א קנין בזכות האדון, ע"ש הביאור בזה וצל"ע.

רש"י ד"ה נעשה כאומר לו (שני) - "בשעה שמסרה לו " ע"י מהרש"א שהק' למה נקט רש"י גם בלישנא בתרא נעשה כאומר משעת מסירה נימא נעשה כאומר לו סמוך לגניבתה. ובפנ"י תי' שבעצם ד"ז שקונה מכח האומדנא הוא חידוש, ועכצ"ל דאמדינן שכך היה דעתו מעיקרא (וכ"מ בריטב"א כאן). ולכן כ' רש"י משעת מסירה דוקא. וע"ע בנתיבות בסי' קצ"ג סק"ד שדן בזה בגדרי דעת מקנה דכהת"כ. אמנם ברשב"א בע"ב כ' תו"ד לשון "לב ב"ד מתנה" שירדו לסוף דעתו של אדם דניחא ל' ותקנו להקנות לו הכפל.

וע"ע בקצוה"ח ריש סי' קפ"ט שתי עפ"ד הרשב"ם בב"ב דף פ"ה ע"ב שאין חצר הנפקד קונה לו את הפקדון משום שזה נדון כחצר המפקיד, ולפ"ז מה שקונה כאן עכצ"ל דכיון שתם השמירה שוב הו"ל חצר הנפקד, ולכן פרש"י שמשך מתחילה ע"מ שיגמור השמירה ויקנה הפרה ע"ש לשונו. ובשטמ"ק כאן הובא שיי"מ גם לל"ב נעשה כאומר לו סמוך לגניבה ודלא כדי רש"י הנ"ל, וע"י בקצוה"ח סוף סי' ס"א שהוכיח כדבריהם וע"ע בסמוך.

רד"ה א"נ דקימא באגם - "וא"ת תיקני לו משיכה ראשונה שמשכה לו ע"מ לקנותה שעה הסמוכה לגניבתה הא אמרי' בכתובות דף פ"ב ע"א האומר לחבירו משוך פרה זו ולא תיקני אלא לאחר ל' יום לא קנה". כוונתו מבואר שני"מ בין שתי הלשונות בגמ' שלל"ב הו"ל כאומר תקנה לאחר ל' יום ולכן צריך שיעמוד בחצירו דאל"ה אמרי' כלתה קנינו כידוע, ואילו לל"ק הוי כאומר מעכשיו שקונה למפרע ול"ש בזה כלתה ול"צ עומדת בחצירו.

וידועים ד' הר"ן בכתובות שם שגם בלאחר ל' יום מהני עומדת באגם וא"צ עומדת בחצירו ממש. ובקצוה"ח רסי' ק"צ הק' בזה מסוגיין, למה ל"מ בעומדת באגם לל"ב כיון שא"צ מעכשיו לזה לד' הר"ן הנ"ל. וכ' שם שאם נפרש כדי השטמ"ק הנ"ל שלפי לשון שני אינו נעשה כאומר משעת משיכה כ"א משעה הסמוך לגניבה א"ש, דא"כ לא היה משיכה מעיקרא אדעתא דהכי כלל. ולפ"ז רש"י שהק' כאן דתהני משיכה הראשונה, א"ש לשי' שפי' גם בל"ב שאומר בשעת משיכה כנ"ל. וע"ע בנתיבות ובחת"ס בכתובות שם משי"כ לתרץ בזה.

וראיתי מתרצים בשם הגר"ח דמש"כ הר"ן שגם עומדת באגם מהני משיכה לאחר ל' כנ"ל, היינו משום שע"י שהכניסו לאגם נקנה לו האגם לשימוש, כידוע מד' התוס' בקידושין דף כ"ה ע"ג לענין קנין משיכה בסימטא, ולכן כאן בשומר שהיה אצלו מעיקרא בתורת פקדון אין כניסתו לאגם קונה לו את האגם כ"א למפקיד.

שם - ועוד כ' הר"ן שם שבמעכשיו ל"צ עומדת באגם כלל, אלא אפי' עומדת ברה"ר מהני. וכ' שכן מבואר כאן בר"פ המפקיד. והק' ע"ז הקצות שם שאין זכר לדבר זה כאן, ואדרבה משמע מכאן דדוקא בעומדת באגם מהני לל"ק דאמר מעכשיו. וכ' ליישב שם דע"כ עומדת באגם לאו דוקא, שהרי לא ימלט שהבהמה לא יצא מרשות שומר כל הזמן משעת מסירה ועד הקנאה סמוך לגניבה, וא"כ באותו שעה הו"ל כלתה קנינו. וע"ש שהביא שכ"מ השטמ"ק בסוגיין, במשי"כ לתרץ בזה קו' התוס' בסמוך דנימא כאומר מעכשיו וסמוך לגניבה. וכ' שם שהתוס' שלכ"כ בסמוך א"ש לשי' כדבריהם ביבמות דף צ"ג שכי' ע"ז דהעיקר הוא שעת גמר הקנין ע"ש.

תוד"ה א"נ - "תימה דנימא נעשה כאומר לו לכשתגנב ותשלמני הרי פרתי קנוי לך מעכשיו סמוך

הערות ומראה מקומות פרק המפקיד

לגניבה וכו' גיזותי וולותי לא קני אע"פ שאומר מעכשיו שאני הקנין נגמר עד סמוך לגניבה כדאמר ר"י בפ' האומר בא וכו' אפי' הן מאה כולם תופסין בה דכל חד וחד רווחא לחברי שבק ושמא י"ל דקידושין אלימי וכו' אבל הכא גיזות וולות לכה"פ הנהו דאיתנהו בשעת מסירה אהני מעכשיו לקנותה למפרע". פשטות כוונתם שמתחילה הק' שקנין מעכשיו ולאחר ל' לר' יוחנן הוא קנין לאחר זמן שלכן קידושי אחרים תופסין בה, ולכן אין הגיזות וולדות שלו. ומת' שקונה למפרע ולכן הגיזות וולדות שלו ואע"כ קידושין תופסים משום דאלימי. אלא שכמובן אין לפרש כפשוטו, דא"כ ק' למה לא יקנה כל הגיזות וולדות גם לאחר שעת מסירה וגם למה חל קידושי אחרים.

ויעוין בקה"י סי' ל"א שכ' לפרש תי' התוס' ע"ד שי' הרמב"ם, שמכאן ולאחר ל' לר' יוחנן הוא קנין שחל מיד לענין הזמן שלאחר ל', ולכן עדיין יש רווח לקידושי אחרים, ולכן חל קנין השומר עכ"פ לגיזות שעל הפרה ע"ש. ובחי' הגרש"ש סי' כ"ד כי לבאר ע"ד התוס' בקידושין שכ' דכה"ג מתחיל הקידושין מיד ונגמר לאחר ל' ע"ש, ולכן כאן בקו' התוס' ס"ל דכיון שהחלות צריך לגמור אחר זמן סמוך לגניבה לכן לא נכלל בקנין כ"א מה שעליו בשעת הגניבה, ובתי' חידשו שמעשה הקנין וההקנאה נגמרים מיד רק שהחלות מתעכב ונגמר מעצמו סמוך לגניבה, ולכן דין הוא שיחול לכה"פ על הגיזות שהיו עלי' בשעת הקנין שהוא שעת מסירה, ע"ש וצ"ע.

דף ל"ד ע"ב

רש"י ד"ה שלמו בנים - "והאב לא הספיק לו' הריני משלם עד שמת". במהרש"א מדייק בד' רש"י שלמד ספק הגמ' כאן כשנגנבה בחיי האב רק שלא הספיק לו' הריני משלם, ואילו בסמוך גבי שילם לבנים למד רש"י שהגניבה היתה אחר מיתת האב. וכ' שהחילוק הוא דכאן המקנה שהוא הבעלים עדיין בחיים, לכן י"ל שאם הוא מקנה את הכפל לאב ה"ה גם לבנים (כדמבואר מד' הגמ' למעלה שאם הבנים אינם חוזרים בהם קונים הכפל), משא"כ אח"כ גבי שילם לבנים אם הגניבה היתה בחיי האב נמצא שהאב הוא המקנה, ובגמ' מבואר השאלה רק על הצד שהבנים מקנים את הכפל, וכדמבואר באריכות בד' התוס' ד"ה שאל שנדון זה תלוי בב' הלשונות בגמ' לעי' בע"א. ע"ש בתוס' ובמהרש"א שם.

ועי' רשב"א שהביא ד' הראב"ד שמפרש ספק הגמ' רק בכה"ג שנגנבה בחיי האב. והביא שם שרש"י ס"ל להיפך כנ"ל ע"ש. ועי' רעק"א שביאר באריכות. ובאב"ה פ"ח שאלה ה"ה מבאר עפ"י הנ"ל שלכן לא הביא הרמב"ם דין זה, שאין ספק הגמ' כאן כ"א לל"ב בגמ' בע"א כנ"ל, והרמב"ם פסק כל"ק כדי הרא"ש לעי' בע"א.

ובפנ"י כי שלכן פרש"י כאן דשאלה דשלמו בנים מיירי כשנגנבה בחיי האב, דאילו נגנבה לאחר מיתתו אין על הבנים שום חיוב שומרים והו"ל כאילו שילם השומר כשיש עדים שנאנסה ופטור דכה"ג שאינו קונה כפל כנ"ל בע"א בשם הרשב"א. ובשטמ"ק כי בשם הראב"ד דלא כזה, אלא שקונה כפל גם כה"ג שמת ונגנב אח"כ, ויל"פ בזה דס"ל כשי' ש"ר (הובא לעי' בע"א) שחולקים על הרשב"א בדין הנ"ל וס"ל שחייב כשיש עדים שנאנסה.

בד"ה שאל שתי פרות - "ונגנבו ואמר הריני משלם". ברש"ש ומלו"ה העירו דלדא דק בלשונו, שהרי לעי' בע"א מסקינן שאין כפל בשואל עד שישלם.

בד"ה ושילם לא' מהם - "חלקו חצי דמי' שעליו וכו' מי אמרי' כל הקרן שלו שילם א"ד בעינן עד ששילם כל הפרה". מבואר שלמד ספק הגמ' דכיון ששותף א' קיבל כל חלקו הרי הוא מקנה לו את חלקו

הערות ומראה מקומות פרק המפקיד

בכפל א"ד אמרי שאינו קונה עד שמשלם כולו. וצ"ע דלמה שלא יקנה חלק כל שותף לעצמו, ובפרט לפמשי"כ רש"י לעי' בע"א שהיטבה להקנות הכפל הוא משום דניחא לי להיות בטוח בקרן, שלכאורה כאו"א מהשותפין עושה חשבון זה.

ובחי' המיוחסים לריטב"א כ' לפרש הספק כאן אם חצי דמי' הוא חלקו של שותף א', שהרי כל א' מהשותפין יש להם תביעה על כל הדמים האלו, רק שבגלל זה מחלקים חצי לכל שותף, ולכן לא חשיב ששילם הכל לשותף זה. ועי' ברעק"א שהק' דכיון ששותפות הוא קנין לכאו"א בכולו, א"כ מה ששילם הולך חצי לכאו"א (ועי' מש"כ בזה בשער"י ש"ז פכ"ב), ותי' דכאן מיירי בשותף לדבר הזה בלבד דכיון דמת הפרה בטל השותפות ע"ש.

בד"ה מהו (באשה) - מי אמרי' כיון דקרן לאו דבעל הוא לאו תשלומין מעלי' נינהו ולא קני כפילא א"ד כיון דאפוטרופוס הוא על הנכסים ואוכל פירות בעלים הוי עלייהו ותשלומין הן". מבואר מדבריו שהאשה מקנה את הכפל, ושאלת הגמ' הוא אם כה"ג חשיב תשלום לענין לקנות כפל, כיון שלא החזיר לאשה עצמה. ובתורה"ש פי' עוד דמיירי שהחזיר שלא מדעת האשה, ולכן הסתפקו אם כה"ג הוא תשלום מעלי' ע"ש.

ובחי' המיוחסים לריטב"א כ' לפרש להיפך מזה, שכפל של פרת מלוג הוא לבעל, וא"כ הבעל צריך להקנות את הכפל לשומר, ומסתפקת הגמ' אם הבעל מקנה כה"ג. אלא שהק' ע"ז שהבעל לא השאיל את הפרה מראש, ולא שייך לו' שהוא יקנה את הכפל במשיכה ראשונה, ומת' שצ"ל שהאשה השאילה את הפרה ברשות הבעל, ולכן חשיב כאילו הוא השאילו הבעל.

ועי' ברעק"א שכ' ג"כ שאשה צריכה רשות מהבעל להשאיל ובלי זה אינה יכולה להקנות את הפרה. ותלה שם ד"ז במחלו' הראשונים למי שייך כפל פרת מלוג, עיי' תוס' בב"ק דף פ"ט ע"א ובכתובות דף ע"ט ע"ב ובריי"ף שם. והביא ראיי' שתוס' כאן סוברים דכפל לבעל, ממש"כ לפרש דמיירי ששילם לבעל חלקו הרי שהוא מקנה את הכפל, אלא שתמה שאינו יכול להקנות את הפרה עצמה כ"א הכפל, וכה"ג הוי דבשלב"ל כדמבואר לעי' בר"פ.

תוד"ה הריני - "תימה האיך ישלם לבני הנפקד כפל הא אין אדם מוריש קנס לבניו". ברעק"א הובא ד' תוס' בכתובות דף ל"ח ע"ב בד"ה יש בגר ובב"ק דף ע"ב ע"א בד"ה סיפא שדוקא קנס הבת אמרו שאינו מוריש כיון שאינו מוריש גם את גוף הבת, משא"כ שאר קנסות וא"כ לק"מ. וכ"כ גם ברשב"א כאן בשם התוס' (ועי' בתוס' שם בשם הר"י הלבן שגם קנס הבת מורשים). והביא שם ד' הכס"מ ליישב קו' התוס' הנ"ל, דכאן אין הכפל בא לו מכח ירושת האב, אלא היורש מקבלו מהמפקיד. וברעק"א תמה ע"ז דע"כ האב קונה את גוף הפרה בחייו משעת מסירה, דאל"כ הוי דבר שלא בא לעולם כדמבואר לעי' בסוגיא ראשונה בפירקין.

אר"ה משביעין אותו שבועה שאינו ברשותו - שבועה זו נזכרה גם לעי' דף ו' ע"א, שכ' שם דשומר שנאנס ונפטר נשבע ג' שבועות שלא פשעתי שלא שלחתי יד ושאינה ברשותי. וע"ש בתוס' שכ' שעיקר השבועה הוא רק שבועת נאנסה, ואילו שלא שלחתי בה יד הוא רק גלגול. וברא"ש להלן בסמוך דף ל"ו ע"ב מבואר שגם שבועת שלא פשעתי בה הוא רק אגב שבועת נאנסה. וע"ש דנ"מ בזה לענין כשיש עדים שנאנסה ואינם יודעים שלא פשע ושלא שלח בה יד, שאם אינו אלא אגב שבועת נאנסה א"צ לישבע כה"ג.

הערות ומראה מקומות פרק המפקיד

ועיי ש"ך סי' ע"ב ס"ק מ"ד שכי לחלק בין השבועות, ששם הוא נשבע ונפטר וכה"ג הוא שבועה מן התורה, משא"כ בסוגיין שמשלם דמים ואעפ"כ אמר ר"ה שצריך לישבע, וכה"ג אי"ז כ"א מדרבנן בעלמא. וכ"מ בריטב"א כאן וברא"ש ר"פ כל הנשבעין. ועיי קצוה"ח סי' ע"ג סק"ב שהוכיח מזה דשבועת התורה אינו אלא במקום שיוורדים לנכסיו ע"ז ע"ש. וברמב"ם רפ"ו שאלה כי שזה שבועה חמורה דהיינו שבועת המשנה, ובב"י שם כי שמקורו ממה שפ"י כאן מתני' עד"ז.

דף ל"ה ע"א

א"ר שיש עדים שנשרפה אי הכי מהיכי מייתי לה - צ"ב הו"א דגמ'. ועיי בחי' המיוחסים לריטב"א שכי לפרש שעדים ראו רק שנשרף בגד עם סימנים כמו של זה, ועדיין יתכן שיש בגד אחר כמותו, וע"ז כי הגמ' דלא חיישינן דלמא איתרמוי איתרמי. וכבר הארכנו בנדון זה לעיי דף כ"ז בסוגיא דסימנים ע"ש.

והנה מפשטות הסוגיא מבואר שאין חוששין שמא נשבע לשקר. אלא דא"כ צ"ב מש"כ אח"כ שמא יטעון אחר שבועה מצאתי דמשמע קצת שכך הוא אומר אבל האמת אינו כן. ואולי י"ל שאין חוששין שיעיז אדם לוי שנשבע לשקר, אבל כל שיש לו אמתלא חוששין. עיי חת"ס.

ופירקין המפקיד הוה וא"ל שילם ולא רצה לישבע - צ"ב הו"א דרבא כיון שהטריחו לב"ד כמו שתי הגמ'. ועיי בריטב"א שכי שרבא לשי' שסובר בב"ק דף ק"ח שקונה גם כשמשלם אחר שבועה ולא חייש למה שהטריחו לב"ד. וכבר עמדו בזה התוס' כאן להקי' על מסקנת הגמ' שאינו מקנה כאן בגלל הטירחא ומ"ש מד' רבא עצמו שם שהטריחו לשבועה ואעפ"כ מקבל את הכפל, ומת' דמ"מ כאן לא שילם מדעתו.

תוד"ה ואותבניני - ו"צ"ל דיוקרא דכיפי הוי שבחא דעלמא כמו כפילא ול"ד לגיזות וולדות דאותו שבח ניכר בגוף הבהמה. ובתוהרא"ש כי עוד שלפי ל"ק דרבא לעיי דף ל"ד ע"א אין לחלק בין שבחא דמעלמא לבין שבחא דמגופא, ולפ"ז א"ש כאן אפי' אם יוקרא הוא כמו גיזות וולדות, דמ"מ הר"ה קונה למפרע משעת הגניבה. וע"ע מש"כ בחי' המיוחסים לריטב"א בשם התוס' דכאן מיירי כשנתייקר אחר התשלום וכה"ג לכו"ע קונים גם שבחא דמגופא. וע"ע מש"כ בקצוה"ח סי' רצ"ה סק"ב גי' שלמד עד"ז בד' הראב"ד בהשגות בפ"ח ה"ג דהוי כקונה גוף היום ופירות לאחר מיתה, ע"ש עוד. וע"ע במ"מ ובאב"ה שם.

בד"ה לוקח הוי - "אפי' אי הוי יורש לא מהדר כדאמר זבנה אורתה וכו'". מבואר שלמדו דמש"כ אורתה היינו ירושה רגילה, וטעמא משום דאדעתא דארעא נחית, ול"ד לבע"ח דאדעתא דזוזי נחית. אבל רש"י בד"ה לוקח משמע דאילו היה הבעל יורש היה מחזיר, וכ"ד במהרמ"ש, ומבאר שם דרש"י ס"ל כהרא"ש והרשב"א כאן שכי דמש"כ אורתה היינו דוקא כה"ג שחילק נכסיו בחייו או מתנת שכי"מ, אבל יורש ממש לא עדיף ממורישו שהיה לו דין להחזיר (וצ"ל שאי"ז נחית אדעתא דארעא וצ"ב), ולכן כי רש"י שהבעל מחזיר דוקא משום שהוא לוקח. וע"ע מש"כ שם ובקצוה"ח סי' ק"ג סק"ח בד' התוס'.

רש"י ד"ה אגבי איהו בחובו - "כלומר אם לא שמוה ב"ד למלוה ע"כ של לוח". בב"י שם דייק מד' רש"י אלו שאם הטריחו לבוא לב"ד ולשלם הו"ל שומא והדרה, וכ"פ בשו"ע שם סעי' י'. אבל בש"ך שם מדייק להיפך בד' רש"י, דאילו שילם מרצונו אי"ז שומא אפי' אם הטריחו לב"ד. וע"ש שם לדמותו למש"כ לעי' בע"א גבי כיפי שקונה כפל אע"פ שהטריחו לב"ד כיון שמשלם ברצון, וגם לד' רבא בב"ק הנ"ל שקונה אחר שבועה.

שוכר במאי קני להאי פרה בשבועה - כבר העירו בזה שד' הגמ' צ"ב רב מה שיך קנין לשוכר ע"י שבועתו שנאנסה. ועוד ק' להבין בזה ד' הגמ' להלן פ' השואל (הובא בתוס' כאן) דנ"מ בין ר"י לרבנן לענין דין שמירה בבעלים, וע"כ דמהני קנין זה למפרע וצ"ב. ועי' רש"ש שם שלעולם אין דין זה כ"א בשוכר פרה ומצד דשכירות ליומי' ממכר הוי והו"ל כאילו הפרה שלו ולכן הוא יכול להעמיד שומר אחר, אבל בש"ח או ש"ש ל"ש ד"ז.

אמנם לכאורה ד"ז נסתר מד' הגמ' להלן דף מ"ב ע"ב גבי ספסירא שמכר ליתומים ונמצא מקח טעות שיכול הספסירא לתבוע את השומר של היתומים, אע"פ שאין ליתומים בה כלום אלא שיש להם דין שומר ע"י שנמצא אצלם כדמבואר בריטב"א ובתוס' וברא"ש שם. ועי' תוס' שם שזה גופא ספק הגמ' שם, ומבואר שם דאילו אין ליתומים בה כולם ודאי אין לחייבו, ע"ש מש"כ בזה.

ועי' קה"י סי' ל"ג שם מהלך בזה, שלעולם תחילת דינו של שואל הוא שנתחייב לשוכר, אלא שסוף דינו הוא דכיון שהשוכר מתחייב ג"כ לבעלים ממילא גם חיוב השואל הוא לבעלים, ולכן כה"ג דנאנסו אילו נפטר שוכר מבעלים מיד בשעת אונס נמצא שאין חיובו של שואל כ"א לשוכר שנתחייב לו מתחילה, אלא דהו"א לגמ' כאן שאין השוכר נפטר מחיובו למשכיר מיד בשעת אונס כ"א בשבועה, ולכן המשכיר יכול לו' לו שאינו רוצה שישבע ויפטר ממנו, ואע"פ שיש לו זכות לישבע כדינו וליפטר מחיובו, מ"מ יכול הבעלים לפוטרו מלשלם בפועל ורק שישאר בשם חיוב כדי לתבוע את השואל, ומסקנת הגמ' הוא שמיד בשעת מיתה נפטר השוכר מהבעלים ע"ש. [וע"ע רעק"א ופנ"י שדנו גם לקנות הכפל בזה, ולהנ"ל ל"ק כלל].

שם - והנה בתוס' מבואר דבנדון זה גופא פליגי ר"י ורבנן ע"ש. אמנם ברא"ש וש"ר מבואר שטעמו של ר"י הוא שהשואל הוא שומר של הבעלים מתחילה. ויש בראשונים לשון שהשוכר הו"ל שלוחו של בעלים. ועי' קה"י שם שם דע"כ אי"ז כפשוטו, שהרי בסוגיא דלהלן הנ"ל מבואר שהשומר של היתומים הוא שומר של הספסירא אע"פ שלא ידעו מזה מעיקרא שהרי היה מק"ט ע"ש, אלא כוונתם ע"ד הנ"ל שתחילת דינו הוא שהוא שומר של השוכר, אלא שסוף הדין הוא שנעשה שומר של בעלים מעיקרא.

[ואין הכוונה בזה כהנ"ל בטענת דל אנת וכו', שהרי שם ביארנו שחיובו של שואל לשוכר הוא חיוב לבעלים ע"י שגם השוכר חייב לבעלים, ואילו כאן הכוונה הוא שעצם השם שומר של שואל לשוכר, מחייב שיהא שומר של הבעלים. וצ"ע בזה עפ"י מחלו' הראשונים להלן בסמוך בסוגיא דשומר שמסר לשומר אם שומר הראשון נפטר מהבעלים ע"י טענת גברא אוקי בחריקאי.]

א"ר"ז פעמים שהבעלים משלמים כמה פרות - עי' רא"ש שהרי"ף והרמב"ם לא הביאו ד' ר"ז להלכה, משום שאין נ"מ בזה כ"א לשי' רבנן אבל אנן דקי"ל כר"י אין נ"מ בדבר. אלא שם שעדיין יש נ"מ בכה"ג שהבעלים נתנו לשוכר רשות להדיא להשאיל לדעתו, דאז לכו"ע אין חיובו לבעלים כ"א

הערות ומראה מקומות פרק המפקיד

לשוכר. וע"ע בקצוה"ח סי' ש"ז סק"ב. וברשב"א כ' עוד נ"מ בדבר לפ"ד התוס' הנ"ל שטעמו של ר"י הוא משום דל אנת וכו', ולכן בכה"ג שהבעלים היו שם בשעת אונס א"צ לישיבע כלל ול"ש טענת דל אנת.

רד"ה כיצד - "הר"ה בחזקת שאילתו על שמעון כאילו השכירה לאחר שהרי נוטל שכרו וכל הנאה שלו". נראה לפרש כוונתו ע"ד שכ' התוס' לדון אם השכירות מבטל את השאלה בכה"ג ששאלה לאותו אורך זמן. וע"ז כ' רש"י דכיון שנוטל שכר ע"ז הו"ל כל הנאה שלו. ולכאורה מד' התוס' מבואר שאם אין נ"מ בעצם חיובי השאלה הר"ז מבטל את חיוב השואל, ולכן נקטו נ"מ בכגון שהיה פטור בחיוב השוכר ע"ש וצ"ע.

אר"י פעמים ששניהם באשם - מבואר בגמ' דשניהם באשם בכה"ג שנגנבה והשוכר והשואל אמרו שמתה מחמת מלאכה דכה"ג כפרו ממון. ומק' בתורה"ש דכיון שהשוכר עצמו טוען שמתה מחמת מלאכה אין שבועת השואל חשיב כפירת ממון כלל כיון שאינו תובעו כלל, ומת' שכוונת הגמ' הוא שאו השואל או השוכר טוען כך ולא שניהם ביחד.

וע"ע באו"ש פ"ד שאלה שתי' שד' הגמ' הם אליבא דר"י, דלדידי' אין חיוב השואל לשוכר כ"א לבעלים ולכן אין הודאת השוכר פוטרתו. וכ"כ ברעק"א כאן, והוסיף שלד' התוס' הנ"ל שטעמו של ר"י הוא משום דל אנת ל"ש תי' הנ"ל, שהרי כאן גם השוכר נשבע, ע"ש מה שתי'. וע"ע בזה במהר"ם שיף.

דף ל"ו ע"א

רש"י ד"ה רב אמר פטור - "מכל מה שהיה נפטר אם שמרה הוא עצמו". מדייקים בדבריו שנקט דוקא במקום טענת פטור אצל הראשון, אבל אם נתחייבו ואין השני יכול לשלם או שאינו רוצה לישיבע, חייב הראשון. ועי' פנ"י שמדייק כע"ז בד' רש"י להלן בסמוך בד"ה ולא מיבעי' שכ' "פטור מן האונסין", הרי ששבגניבה ואבידה אינו פטור כיון שהשני הוא ש"ש וחייב בגו"א ולכן אין נ"מ בפטורו של ראשון ע"ש. וכ"ה דעת ר"ת הובא בראשונים כאן ובתוס' להלן דף מ"ב ע"ב לענין אשתו ובניו שאינו יכול לו' אין רצוני וכו'. [ולפ"ז מבואר דל"א שהראשון נפטר ע"י עצם מסירתו להשני, והפטור של הראשון במקום אונס הוא רק משום ששמירת השומר השני חשיב שמירה גם לראשון].

ואילו בש"ר כאן מבואר דלא כזה, שהראשון נפטר אפי' אם אין השני יכול לשלם או שאינו רוצה לישיבע, משום שאומר לו גברא אוקי בחריקאי. וגם ש"ר מודו בש"ש שמסר לש"ח ונגנב או שאבד שהשני פטור ומתחייב הראשון במקומו. וצ"ל הטעם בזה שלענין זה לא אוקים גברא בחריקאי. ושני דעות האלו הובאו בשו"ע בסי' רצ"א, ועי' בקצוה"ח שם סק"א ובנתיבות סקכ"ד. וע"ע מחנ"א שומרים סי' ל"א.

שם - ועי' מחלו' רמב"ם וראב"ד בפ"ד נז"מ ה"ט ובנו"כ שם, וע"ע באו"ש שם בביאור דבריהם עפ"י סוגיין. וע"ע בגר"ח שם שתלה מחלו' רמב"ם וראב"ד שם בחקירה בדין שומר שמסר לשומר אם הראשון נפטר מעיקר דין שומר ע"י מסירתו לשני או שפטור רק מתשלומין משום אוקי גברא בחריקאי. ומבאר בזה ד' הגמ' כאן שמערב ענין גרועי גרע בשמירתו וענין את מהימנית לי (בד' רבא כאן ולא מיבעי' וכו'), דשניהם תלויים בנדון א' הנ"ל, שאם הראשון הסתלק משמירתו אין חילוק אם השני מהימן לו או אם גרעי', משא"כ מצד אוקי גברא וכו' ש"ש שהעמיד ש"ח במקומו חייב ע"ש. וע"ע מש"כ שם לפ"ז לענין שומר שמסר לשומר בדיני נזקין. וע"ע בגליונות החזו"א שם.

ועי' במערכא לרעק"א כאן אות י"ט שעמד ג"כ בכעין הערת הגר"ח הנ"ל בלשון הגמ' שכ' ולא מיבעי'

הערות ומראה מקומות פרק המפקיד

וכו' דגרועי גרע וכו' דמשמע שחולקים גם אם ד"ז חשיב פשיעה (גם בד' רבא וגם בד' אביי). וע"ש שהוכיח מכאן שאין הגרועי גרע פשיעה ממש (כמש"כ גם ברא"ש הו"ד להלן) כ"א סיבה לוי' אין רצוני או לא מהימן לי.

ועי' בנו"כ ברמב"ם פ"א שכירות ה"ד וה"ה שפסק שאם גרע לשמירתו חייב אפי' אם היה רגיל להפקיד אצלו, ומפרשים בדבריו משום שזה נחשב פשיעה. ועי' בגר"ח שם שכו' הטעם בחיוב זה בש"ש שמסר לש"ח משום שאין השני נאמן בשבועה כיון שאינו בחריקאי לענין זה ע"ש. וע"ע בזה בקה"י סי' ל"ה ול"ו.

עוד שם - ועי' תוהרא"ש והריטב"א כאן שבאים לאפוקי מלפרש גרועי גרע לשמירתו שאם מסר ש"ש לש"ח הבעלים מפסידים במה שהראשון נפטר, ועילויי עיילי לשמירתו היינו להיפך דש"ח שמסר לש"ש שהבעלים מרווחים חיוב הש"ש, שהרי לרבנן דר"י אין הדין של השני עם בעה"ב. ולהנ"ל י"ל שהמפרש כן יאמר שמ"ד פטור משום שנסתלק מדין שומר כלל כד' הגר"ח הנ"ל.

וראשונים הנ"ל פי' ענין עיילי וגרעי' משום שש"ש מוסר נפשו לשמור יותר מש"ח. ואולי יל"פ הכוונה עפ"ד האחרונים הידועים שאין חיוב לש"ח לשמור אלא שמתחייב בפשיעה, משא"כ ש"ש שהוא חייב לשמור ממש. וצ"ל שאין כוונתם שע"ז חשיב פושע ממש כדמבואר ברא"ש כאן (וכ"מ בתוס' להלן דף צ"ג ע"ב), אלא שע"ז חייב משום אין רצוני או איהו לא מהימן לי וכו' כמש"כ למעלה בשם אחרונים.

תוד"ה אין רצוני - "אלא י"ל דהטעם הוא דחשיב כאילו פירש לו שאם ישנה מדעתו כגון שימסרנה לאחר שיהיה כאילו פשע בה וכו' אבל אם נעל בפניה שלא כראוי אע"פ שפשע אם מתה שם פטור כיון דאפילו נעל בפניה כראוי היתה מתה שם ואפילו למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב היינו דוקא כמו צריפא דאורבני דאפשר אם לא פשע מתחילה לא היה נארע אונס של גניבה". וכ"כ התוס' להלן דף ע"ח ע"א, וע"ש שהביא בשם הרי"ף דלא כזה שלמ"ד תחילתו בפשיעה חייב אפי' באונס שלא מחמת הפשיעה, והתוס' שם חולקים עליו ע"ש. וכמו"כ כאן במשנה מדעתו שזה כמו פשיעה, ומש"כ התוס' כאן "וכל אונסין שיארעו לה שנוכל לתלות שאם לא מסרה לאחר שלא היו נארעים חייב בה", אין כוונתם שג"ז ההסכמה שלהם אלא שזהו דינו של פשיעה, ומשנה מדעתו הוא כמו פשיעה.

ומבאר רעק"א כאן שדבר תלוי בחקירה בגדר החיוב בתחילתו בפשיעה וסופו באונס, אם הפשט הוא שמכיון שפשע בה נתחייב לשלם אא"כ יחזירנו לו כמות שהיה, ולכן ס"ל להרי"ף שאביי מחייב בכל אונס שיהא מכיון שמ"מ לא החזירו, או הפשט הוא שאונס הבא מחמת פשיעה חשיב כולו אונס א', וס"ל להתוס' דדוקא כה"ג אביי מחייב. וע"ש שתלה בזה ג"כ ד' התוס' להלן דף צ"ג ע"ב דל"א שחייב בתחילתו בגניבה ואבידה וסופו באונס, שהרי בזה א"א לו' שהפשיעה מחייב. וע"ע בקו"ש כאן.

ועי' בחי' ר' ראובן סי' כ"א שכו' לדמות ד"ז לד' הנמו"י בפי' הגוזל בתרא שבמקום ספק חיוב בשואל כגון שמסופק אם מתה מחמת מלאכה הו"ל כא"י אם נתחייבתי, אבל אם פשע בה ומסופק אם מתה אח"כ מחמת זה או מחמת מלאכה חייב משום דהו"ל כא"י אם פרעתיך. הרי שעצם הפשיעה מחייב, ורק אם מחזירתו הוא שנפטר מזה ולכן הו"ל כמו ספק פרעון. ומבאר עוד בזה שלכן אם יש ספק כה"ג אם מתה מחמת הפשיעה א"ל, יש לתלות לחיוב כיון שיש כאן ודאי חיוב וספק אם נפטר ממנו כנ"ל. וכן מדויק בד' התוס' כאן ולהלן פדף ע"ח ובד' רש"י בע"ב. וע"ש שכו' עוד מהלך של פשרה בכ"ז.

דף ל"ו ע"ב

דאמר ליה את מהימנת לי בשבועה האיד לא מהימן לי בשבועה - ברא"ש ורמב"ן לעי' ריש מכילתין מבואר שכוונת הגמ' הוא שמכיון שאין השני נאמן עליו לישבע וגם שומר הראשון אינו יודע, הו"ל ככל שבועה שא"י לישבע דמשלם, ע"ש מש"כ בזה לענין פטור של עד המסייע.

וכ"כ בקצוה"ח סי' ש"מ סק"ד בשם תרוה"ד סי' של"ג. אלא שהביא שם ד' הנמו"י בפרק בתרא דב"ק (הובא למעלה בסמוך) שכי' שם בכה"ג שמסרו לאחר ויש ספק אם מתה באונס או מחמת מלאכה, דחייב מדין א"י אם פערתיך מטעם אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר כנ"ל. ובזה מבואר טעם אחר בחיוב זה, דאחרי שא"א לפטור עצמו בשבועה הו"ל ספק וחייב מטעם א"י אם פרעתיך.

וע"ע בנתיבות סי' ש"א סק"ב שכי' מהלך אחר בחיוב דאת מהימנת לי וכו' דלעולם שומר השני חשוד שהדבר ברשותו, ולכן מכיון שאינה יכולה לישבע חשיב שומר הראשון כמזיק שנתן את הפקדון לחשוד ע"ש. ובקה"י סי' ל"ז מביא את כל המהלכים הנ"ל, וע"ש שכי' לחייב בזה מטעם אחר, ע"ד דין מי שאינו רוצה לישבע דנחתינן לנשכ"י. וכמו"כ כאן שהפסיד את השבועה בידיים במה שמסרו למי שאינו יכול לישבע. וע"ש שהוסיף בזה עפ"ד החזו"א שחלק מחיובי השומר הוא שישמור באופן שיוכל לישבע ע"ז אחרי זה, ולכן כשמסרו לאחר הרי הוא אומר שאינו רוצה לשמור כך, ולכן הו"ל כאומר איני רוצה לישבע וצ"ע.

דף ל"ז ע"א

רד"ה ולא אמרינן - "כשזה תובע וזה אומר איני יודע אם לך אם לחברך אוקי ממונא בחזקת נתבע זה שלא נפסידנו ממונו ויהא מונח עד שיבא אליהו". מבואר ברש"י שהנדון כאן הוא בדין ברי ושמא להוציא, ובזה פליגי ר"ה ור"י בכ"מ בש"ס. ובתוס' כי' לחלק דכאן כו"ע מודו שיש לחייב את השמא משום שידוע בודאי שחייב לאי מהם. ועי' בברכת שמואל בריש מכילתין ובקו"ש כאן שכי' לבאר הטעם בזה דא"י חזקת ממון כה"ג שידוע שחייב לאי משנים. והתוס' מחלקים גם לצד השני דכו"ע מודו כאן לפטור כיון ידוע שאינו חייב לשניהם וא"י שמא.

בד"ה סיפא - "ואף על גב דלא כרך אחד הוה, מיהו כיון שהפקידו זה בפני זה גילו דעתן שלא חשדו זה את זה לומר שמא חבירו יתבע המאיתים". אמנם ברי"ף וברמב"ם מבואר שמדובר בכרך אי' ממש, וכ"כ ברשב"א כאן בשם הגאונים. ובתוס' דנים אם ד"ז נשאר למסקנא.

וכ"מ בתוס' לעי' דף ב' ע"א בד"ה יחלוקו שכי' שחלוקת שנים אוחזים הוא משום אנ"ס דמאי דתפיס האי ידידי הוא ומאי דתפיס האי ידידי הוא, ולענין מנה שלישי כתבו שהנפקד תופס עבור שניהם, ועי' באחרונים שם (קה"י וחי' ר' שלמה) שכי' דע"כ תוס' מפרשים שם כד' הרי"ף והרמב"ם הנ"ל דאל"כ הרי"ה תופס רק למי שנתנו לו ולא שייך לומר שהוא תופס לשניהם.

תוד"ה הכא - "אך מדלא קאמר אלא התם דקא תבעי ליה משמע דלא הדר משנוייא קמא". מבואר בדבריהם שחייב לצאת ידי"ש כאן הוא רק בצירוף דהו"ל למידק. אלא שבהו"א כוונתם היתה מעיקר הדין דכיון שפשע בשתי כריכות חייב לשלם ע"ז, וכ"מ ברשב"א (ועי' אב"ה פ"ד גו"א ה"ח שביאר בזה שזה חלק בחיוב השומר לשמור באופן שיוכל להחזירו). ובעה"ת (שער ל"ט ח"ב) כי' בשם תשוי' הרמב"ן שזה רק קנס.

הערות ומראה מקומות פרק המפקיד

שם - וע"ע ברשב"א שכי' דכמו"כ צ"ל דעדין קיים ת"י הראשון בגמ' שכי' לחלק בין גזל לפקדון, ולכן כי' שבגזל גם בכריכה אחת חייב משום דעבד איסורא. וע"ע מש"כ שבגזל לא שייך לתרץ ג"כ כאן בכריכה א' וכו' שהרי הוא חושב שיתבועה מיד ויזכור. ועי' תוהרא"ש שכי' טעם הפוך בזה דכיון שלא היה חושב להחזירו לא היה צריך למידק, ואע"פ שלא היה צריך לגזול כלל מ"מ כיון שבא לעשות תשובה אין לדקדק.

דף ל"ח ע"א

מתני' - רשב"ג או' מוכרן בפני בית דין מפני שהוא כמשיב אבידה לבעלים - לכאורה אין ההיתר למכור משום השבת אבידה אלא משום דניחא ל"י למפקיד שימכור כדמבואר בגמ'. ומשום השבת אבידה מחויב לעשות כן. ועי' מחנ"א סי' ל"ה בהל' שומרים שכי' לדון אם לא מכרו השומר ונתקלקל אם חייב לשלם. ותלה ד"ז בספק אם החיוב כאן הוא רק משום השבת אבידה או שמצד חיוב שומרים חייב לעשות כן, שהרי לא קיבל על עצמו פשיעה דמעלמא כ"א פשיעה של שמירה. וע"ע בזה בפוסקים סי' תמ"ג.

דף ל"ח ע"ב

מדרבן שמעון בן גמליאל נשמע דמורידין קרוב לנכסי שבוי - עי' בראשונים שהק' דטעמא דמ"ד אין מורידין הוא משום חשש שיפסידנו כדמבואר להלן בסמוך, ואילו בד' רשב"ג במתני' לא שייך ענין זה כלל. ע"ש מש"כ לתרץ בזה שהדמיון הוא שעושין תקנה במקום ודאי הפסד אע"פ שיש צד הפסד בשניהם. [וע"ע מש"כ שאין רא"י מכאן שאין מורידין אריס אחר כ"א לעצם הדבר שעושין תקנה, ע"ש שהאריכו].

רד"ה כיון דאמר מר - "אם יבאו הבעלים שמין לזה חלקו בכל שנה שעבד בה כמנהג אריסי העיר". לכאורה משמע בד' רש"י שגם בלא שמעו בו שמת אוכל כל הפירות, ורק שאם יבוא השבוי מחזיר לו הכל ונוטל כאריס (ועי' בסמוך בתוס' בד"ה וכולם שחולקים בזה וס"ל דכה"ג אינו מחזיר כלום). ועי' בר"ן שכי' הכרח לזה שמתחילה אוכל הכל, שהרי טעמא דרב שאין מורידין הוא מחשש פסידא כנ"ל, וכה"ג שמחשבין עמו כל שנה אין שייך חשש הפסד. אמנם בתוס' להלן שם מבואר שרב חושש לפסידא רק משום דלא ס"ל שמין כאריס ע"ש. וע"ע במפרשים שם שהתוס' הוכרחו לו' כן לשי' שם ע"ש.

אמנם בד' רש"י בסמוך בד"ה דאילו כי' "אבל הכא דלא שמעו שמת לאו אדעתא דכולה נחית אלא ליטול כאריס בכל שנה ושאר פירות יהא מונחין", משמע שאינו נוטל הכל מתחילה, וכן דייק הרשב"א בדבריו שם. ויל"פ הטעם בזה שהדבר תלוי בחשש מיתה, והרי להלן בדף ל"ט ע"ב מבואר בתוס' שיש חזקת חי ולא חששו למיתה כ"א ביתומים שהחמירו, וא"כ אין סיבה להורידו לכל.

דף ל"ט ע"א

תוד"ה וכולם - "פרש"י וכו' ובנטושים דלא שמע שמת לא יאכל כל הפירות אלא שמין הפירות שיאכל כשאר אריסין למחצה לשליש ולרביע ולא יאכל כלום בחנם וקשה וכו' לכך נראה דודאי שכל הפירות אוכל בחנם ואם זבל וחרש וזרע ובעלים באו קודם שקצר יטול כאריס שכר טרחו ועמלו וכו' והא דקאמר ואילו התם זריז ונשכר פ"י כששמע הבעלים ממשמשים ובאין מניחין אותו לקדם ולתלוש אע"פ שהפירות ישוו הרבה מעמלו כיון שאם לא יקדם אין משלמין טרחו אבל הכא בנטושים אם באו

הערות ומראה מקומות פרק המפקיד

בעלים אין מניחין אותו לתלוש כיון דלא מפסיד מידי דשיימי' להו כאריס". מבואר בדבריהם שחולקים על רש"י בנטושים, וס"ל בזה שהפירות שאכל אין שמין כאריס אלא אוכל הכל כנ"ל.

ועוד מבואר בדבריהם אלו דבשמעו בו שמת והגיע השבוי אין שמין לו כלל כיון דסמכא דעתא. ואילו ברש"י לעי' בד"ה בששמעו בו שמת כי "דאם יבאו הבעלים קודם שיאכל זה הפירות יטול זה כשאר אריסין ויחזיר השאר". אלא שבאמת כן מבואר בגמ' למעלה כאן שהק' דפשיטא דשמין כאריס בנכסי שבוי ד'השתא זריז ונשכר הוי מאי דאשבת מיבעיא", ועי' רא"ש שכי שזה רק בהו"א אבל אחרי שתי הגמ' שאינו כשבוי משום דסמכא דעתא שוב אינו נוטל כאריס כלל. ועי' במהר"ם שיף שכי שלפ"ז ה"ה די"ל שגם רש"י מודה בזה למסקנא, ולכ"כ לעי' שם כי"א בהו"א דגמ'.

שם - הנה בין קו' התוס' הק' מד' הגמ' בסמוך שכי "שבוי שהניח קמה לקצור מעמידין אפטרופוס וקוצר ובוצר ואח"כ מורידין קרוב לנכסיו", ולד' רש"י ק' למה אין מורידין קרוב כיון שלא יאכל כל הפירות בחינם, ומכח זה הכריחו כדבריהם הנ"ל שבנטושים ג"כ מה שאכל אכל. ורש"י עצמו נשמר מזה בסמוך שכי שרק קרוב אוכל כאריס אבל אפטרופוס עושה בחינם, ואילו מקו' התוס' מבואר דס"ל שבזה אפטרופוס כקרוב וקרוב עדיף רק במה שאכל אכל.

דף ל"ט ע"ב

מגו דמוקמינן אפטרופא לפלגא מוקמינן ליה אפטרופא לאידך פלגא - עי' רא"ש שכי "אע"ג דבעלמא אין מוטל על ב"ד להעמיד אפטרופוס לתקנת השבוי הכא שהיה מוטל על ב"ד לטרוח ולהעמיד אפטרופוס לתועלת חלק הראוי לקטן יוסיפו מעט טורח ויעמידו אפטרופוס לכל נכסי השבוי". ועי' רשב"א שהביא רא"י מכאן שמש"כ בע"א אפטרופוס לדיקנני לא מוקמינן אינו קפידא, אלא שאין ב"ד מטריחים את עצמם לעשות כן (וכי"מ ברש"י בע"א שם), ולכן כאן שזה טירחא פחותה מוקמינן.

אמנם בריטב"א בע"א שם כי בשם הרמב"ן "שירדו חכמים לסוף דעתן שלא יטרחו בנכסים כראוי כיון שאינם של יתומים", וק' לפ"ז מד' הגמ' כאן שאמרו מיגו דמוקמינן וכו' דלהנ"ל לא שייך ד' הרא"ש הנ"ל. אלא דיעוין בריטב"א כאן שמפרש "דכיון דלא הוברר חלקו של קטן בכל חד וחד אפשר לאחותיה בתורת קטן וליכא אפטרופא לדיקנני כלל", ולדבריו הנ"ל יל"פ כוונתו כאן דכה"ג יטריחו כראוי.

רש"י ד"ה אתא ליה - "שהלך אביו לבי חוזאי ונשא שם אשה וילדה לו את זה וחזר מרי לכאן". מבארים הראשונים שרש"י כ"כ משום שכי בגמ' שפיר קא"ל וכו' ויכר יוסף את אחיו וכו' מלמד שיצא וכו', הרי שהכירו קודם. אלא שהק' לפ"ז ממש"כ בגמ' הכא מי ידע דמחיל, והרי ידע שיש לו אח. ומתי בזה שלא ידע אולי מת או יתבענו, וברא"ש הוסיף שמא ישאר שם על נחלת אבותיו.

והנה בתוס' כאן הק' דלמ"ל טעמא דויכר יוסף את אחיו וכו' והרי אין אדם נאמן לו' אחיך אני דא"כ לא שבקת חיי והמוציא מחבירו עליו הראי' ע"ש תי' התוס'. וכ' הריטב"א דלהנ"ל מיושב דמכיון שהודה שיש לו אח רק שאמר שאינו מכירו הו"א מחזי כמשקר, לולי הטעם דויכר יוסף את אחיו.

לצורכו חייב לצורכה פטור - יל"ע איך הדין אם טלטלה שלא לצורך כלל אוא לצורך מקומו וכדו', שלכאורה כיון שאין בזה משום שליחות יד אין בזה חיוב אונסין, אלא שצ"ע דא"כ למה כ' המשנה לצורכה (ופרש"י שהיתה במקום שקרובה להשבר). ונראה לומר בזה עפ"ד הרמ"ה הובא בפוסקים סי' רצ"ב שכו' שאם יחד לה הבעלים מקום וטלטלה ממקומה אפי' למקום אחר הראוי לה, ונאנס מחמת שינוי המקום חייב, כיון שעבר על דעת בעלים. וי"ל שלכן נקטה המשנה שהזיזה לצורכה דכה"ג א"צ השבה למקומה כלל, דאילו שלא לצורך כלל לפעמים יש חיוב כל זמן שלא החזירה אם נאנס בגלל שטלטלה כדי הרמ"ה הנ"ל וצ"ע.

ובעצם ד' הרמ"ה הנ"ל, עי' סמ"ע שם שכו' שאפי' אם מקום השני ראוי לה יותר ממקום הראשון חייב משום משנה מדעת בעה"ב דחשיב כפושע, ואמרי' תחילתו בפשיעה וסופו באונס מחמת הפשיעה חייב כדמבואר בתוס' לעי' דף ל"ו ע"א גבי אין רצוני ע"ש. ובנתיבות שם סק"ב הק' ע"ז דכ"ז הוא לד' אביי בגמ' שם, אבל לד' רב ורבא שם דקי"ל כוותי' אין לחייב משום כך. וע"ש שכו' שלכן אין לחייבו אא"כ מקום השני אינו ראוי כ"כ כמו הראשון, די"ל דכה"ג הו"ל כאילו התנה מראש שישמור שמירה מעולה.

רש"י ד"ה צריך דעת בעלים - "והשבה בלא ידיעה לאו השבה היא". משמע מדבריו שהחסרון כאן הוא שצריך דעת בהשבת גזילה. אבל בראשונים כאן הובא ד' הגמ' בב"ק דף קי"ח ע"ב דמשמע שלמסקנא לא פליגי ר"ע ור"י שבכל גנב צריך דעת בעלים, אלא פליגי דוקא בשומר שגנב מרשותו, דר"י סבר ששומר במקום בעלים ומהני השבה לרשותו כהשבה לרשות בעלים, ור"ע סבר דכיון ששלח בו יד כלתה שמירתו ואינו במקום בעלים.

וכ"כ הרי"ף כאן ושם, ומפ' כן בד' הגמ' כאן דמיירי דוקא לענין שומר ופליגי אם כלתה שמירתו ואי"כ השבה לרשות בעלים. ובבעה"מ שם חולק על הרי"ף, והק' עליו מלשון הברייתא שכו' צריך דעת בעלים, שהרי לד' הרי"ף אין החסרון רק משום דעת הבעלים אלא דאי"כ השבה לרשות הבעלים כלל, ולכן כ' שהחסרון בזה הוא משום דעת ממש וכמחלו' רב ור"י בגמ' שם. והרמב"ן במלחמות שם כ' שהרי"ף מפרש צריך דעת בעלים דכשנותן מדעת בעלים הו"ל כאילו נתנו לרשותו. וע"ע בסוגיא שם, וברעק"א בתשו' קנ"ה הובא בחידושים שם.

תוד"ה אי ר"י - "וא"ת מנ"ל י"ל מדנקט טלה וסלע וכו' ולכן פריך נמי בסמוך אי ר"ע אפי' לא יחדו נמי". מבואר בד' התוס' שלולי ד' הגמ' א"ש מתני' כפשוטו כר"י וכו', שהרי יש סברא לחלק דרק ביחדו לו מקום צריך דעת בעלים. ומבאר המהרש"א שאם יחדו מקום והוציאו ממקומה חמור יותר כיון שהוא גזילה גמורה. [ויל"פ הכוונה בזה שבמקום שיחדו לו מקום אמרי' שהנפקד השאיל למפקיד מקום בחצירו כמו שמצינו בכ"מ בש"ס, ולכן כיון שהוציאה משם הו"ל גזילה מרשותו ממש, משא"כ בלא יחדו שכל רשות שומר הוא כרשות הבעלים ול"ש בזה גזילה כ"כ. וע"ע בסמוך בשם תרוה"כ דמה"ט אין גזילה בשומר.]

הערות ומראה מקומות פרק המפקיד

ועי' תוהרא"ש וריטב"א שתי' קו' התוס' באו"א, דכיון דמיירי כאן אליבא דר"י דס"ל לא כלתה שמירתו לכן פשיטא דסגי בדעת השומר לבד כיון שהוא במקום בעלים כדי הרי"ף הנ"ל. ובדעת התוס' שלכ"כ, נראה דס"ל כדי הבעה"מ שם שלעולם השומר במקום בעלים ולא חסר כ"א בדעת בעלים, שאע"פ שרשותו של שומר הוא כרשות בעלים אבל דעת השומר אינו כדעת הבעלים ע"ש, ולכן עדיין יש מקום לחלק בין יחדו ללא יחדו.

ובמסקנת הגמ' מחלקים להיפך שיחדו הוא סיבה לפטור. ויל"פ שביחדו לו מקום והחזירה למקומה אפי' אם כלתה שמירתו עדיין חשיב מקום זה רשות בעלים והוי השבה, ולכן יש חידוש יותר בזה שר"י פטר גם בלי יחדו. והטעם בזה י"ל כמש"כ ברש"י כאן שכל מקום שהניחה הוא מקומה וס"ל לר"י לא כלתה שמירתו ולכן חשיב השבה בכך. וכן בר"ע יש חידוש דל"מ אפי' ביחדו שזה מקומה, דמ"מ כיון שכלתה שמירתו אין דעתו כדעת בעלים (וזה כדי רש"י הנ"ל ודלא כדי הרי"ף דס"ל שאין חסרון כאן משום דעת כ"א משום מקום). וצ"ע בכ"ז.

רש"י ד"ה תרגמה - "דהא דמסקינן וסיפא דהניחה במקום שאינה מקומה אתרצתא דכולהו קאי אדר"י ואדר"י ואדר"י וכו' וכגון שנטלה מתחילה ע"מ לגזלה וכו' דאילו לשאלה בעלמא ולתשמיש כיון דלאו גזילה הוא סגי לה בהשבה כל דהוא וכו' ובגזילה כ' והשיב וזה שהניחה למקום שלא יחד לה בעלים ל"ה השבה". עי' מהר"ם שיף ופנ"י שהק' שלכאורה תני' ר"י ור"י ור"ש בגמ' הוא רק דסיפא מיירי שלא החזירה למקומה כמש"כ רש"י, וא"כ ק' למה כ' רק בתי' הגמ' שיש כאן גזילה ואלי"כ ל"צ השבה כדפרש"י, דגם בהו"א צ"ל כן.

ובפנ"י תני' שלפי ההו"א (וכן סבר ר' יוחנן) סיפא מיירי אליבא דר"ע בלבד, ולדידי' אמרי' כלתה שמירתו ע"י ששלח יד בפקדון כנ"ל, וכיון שכן אם לא החזירה למקומה המיוחד לה אין השבתו השבה כלל, ולכן ל"צ שיהא עליו דין גזלן ממש כ"א שואל ע"י ההשתמשות, ורק למקסנא דמיירי אליבא דר"י דס"ל לא כלתה שמירתו סגי בהשבה לכל רשות השומר (אפי' מקום שאינו מיוחד) אא"כ גזל, דהשבה כל דהו דסגי בשואל כדפרש"י.

שם - וע"ע בבהגר"א סי' רצ"ב סק"ב שכ' בזה באו"א, שבהו"א דגמ' מדובר שכבר עשה מעשה הגזילה מיד, משא"כ למסקנא שהעמידו בנוטלה ע"מ לגזלה או לשלוח יד או להביא עלי' גוזלות ע"ש. וע"ע בתרוה"כ שם שדייק באוקימתא דר"ש שכ' להביא עלי' גוזלות ולא כ' ע"מ להביא עלי' גוזלות, ומשמע שבאמת אינו חייב עד שישתמש בה בפועל, וכ"כ בטוש"ע שם. וע"ע במחנ"א הל' שומרים סי' י"ח שמבאר בזה עפ"י המבואר בסמוך בשם התרוה"כ עצמו (הו"ד לעי') שאין שייך גזילה בהגבהת שומר, כיון שכל רשותו כרשות בעלים, ולכן י"ל דל"ח גזילה עד שישתמש בפועל. ועוד מבאר בזה שם עפ"ד התוס' בע"ב בד"ה חדא שמחלק כע"ז בין שואל מדעת לבין שואל שלא מדעת ע"ש.

רש"י ד"ה והא לא חסרה - "ואי קשיא דלמא הא דהניח מקלו וכו' לא היא דכי אמרי' שאלה שלא מדעת בשומר וכו' אבל בע"ח המכחישים מחמת מלאכה תחילתו שליחות יד היא". וברמב"ן כ' ע"ז ששאלה שאל ואינו מבין טעם תירוצו. ועי' מש"כ בראשונים בזה. והרמב"ן כ' בזה שכיון שהפרה רועה בעפר עם הפרות כמו שהוא דעת בעלים ורצונם אי"ז כל הנאה שלו ולא חשיב שאלה בכך. וע"ע בר"ן שהק' ע"ז דא"כ למה חשיב גם שח"י, ומת' דמ"מ הוי גזלן במקצת ע"י שמשמש בו, וזה החידוש של שליחות יד דגזילת מצקת כגזילת כולו כדמבואר להלן בסמוך בשמו.

הערות ומראה מקומות פרק המפקיד

וכע"ז כי בנמו"י שהק' על מש"כ בגמ' דטלטלה להביא עלי' גוזלות הוי שואל של"מ וחייב עלי, אע"פ שעדיין שומר אותו ולא הוציאו ממקום רצון הבעלים, ומת' ע"ז שכיון שכלתה שמירתו ע"י שמשמש בו שוב הו"ל כל הנאה שלו. ובמחנ"א שומרים סי' כ"ח כי לחלק בזה דשם בד' הר"ן יש תועלת לבעלים בעצם השתמשותו שרועה באפר עם שאר פרות כדי הרמב"ן הנ"ל, אבל בחבית אין תועלת בעצם ההשתמשות.

תוד"ה שנטלה (קמא) - "והיינו חסרון שהכל גוזל ונטל לצורך עצמו". מבואר בד' תוס' שגם לריב"א שאמר ע"מ לגזלה אין החיוב כ"א מדין שליחות יד, ולכן צ"ל שד"ז נחשב חסרון. ועי' תרוה"כ שם סי' רצ"ב שכי' לבאר בזה שאין שומר נעשה גזלן ע"י הגבהה ע"מ לגזול, משום דחשיב רשותו כרשות הבעלים (וכ"מ בחגיגה דף י"א ע"א דמה"ט אין מעילה בגזבר ע"י הגבהה בעלמא עד שיוציאו ע"ש). ועי' גרני"ט.

ולכאורה יש לתלות ד"ז במש"כ למעלה דבשלמא לר"י דס"ל לא כלתה שמירתו עדיין הוי רשותו כרשות הבעלים, אבל לר"ע ע"י שנטלו כלתה שמירתו וא"כ שפיר הוי ההגבהה כגזילה. ועי' בקה"י סי' מ' שכי' בזה שגם לר"ע שסובר כלתה שמירתו אי"ז כ"א לענין דל"ח דעתו כדעת הבעלים, אבל גם לדידי' עדיין חשיב רשותו כרשות בעלים דלא נפטר ע"י מחיובי השמירה (וכע"ז הבעה"מ הנ"ל שם בדעת ר' ישמעאל) ע"ש וצ"ע. ולא כן מבואר בנמו"י בסוגיין שכי' שלעולם כלתה שמירתו לגמרי, ואעפ"כ חייבים משום גזילה. וע"ע אמר"מ סי' ל"ה אות ו' ואבי עזרי פ"ג הי"א.

שם - והנה ר' ששת תי' בגמ' שטלטלה להביא עלי' גוזלות דהוי שואל של"מ וגזלן הוא, וע"ש בתרוה"כ שלהנ"ל עכצ"ל שג"ז הוא מדין שח"י שאילו גזילה ממש ל"ש בשומר כנ"ל. ועד"ז מבואר ברשב"ד בשטמ"ק ובבעה"מ בסוגיין, שהביאו קו' רש"י הנ"ל דלמא חיוב מקלו ותרמילו הוי משום שואל של"מ ולא משום שח"י, ומתמצים שבשומר ע"כ הוי מדין שח"י דל"ש גזילה בשומר. ומד' רש"י שהק' כן ע"כ דס"ל דלא כהנ"ל.

ובראשונים כאן הק' למ"ל פרשת שליחות יד תיפול"ל דהו"ל גזילה, ובתרוה"כ שם כי עפ"י הנ"ל שאין שומר נעשה גזלן כלל ולכן הוצרכו לחדש דין שח"י. והביא שם עוד ד' ר"ן הנ"ל שכי' שבפרשת שח"י נתחדש שאפי' גזל מקצת מתחייב באונסי כולו, וכי שזהו טעמא דמ"ד צריכה חסרון שכיון שגזילה זו היא חידוש, אין לך בו אלא חידושו כשיש בו חסרון. ולפי דבריו בנוטל ע"מ לגזול שהוא מעשה בכולו ל"צ חידוש של פרשת שח"י, ודלא כדי התוס' הנ"ל שנוטל ע"מ לגזול חייב ג"כ רק משום שח"י.

והריטב"א כי בזה באו"א, שגזלן אחר אינו מתחייב בגזול ע"מ לשלם, משא"כ שח"י נתחדש בו שמתחייב גם ע"מ לשלם, וכע"ז מבואר ברשב"א. ובעצם הנדון אם ע"מ לשלם חייב או לא, ע"ע בתרוה"כ שם ובקצוה"ח רסי' שמ"ח. וע"ע בכ"ז בחזו"א ליקוטים סי' כ'.

רש"י ד"ה בשומר חנם - "הא אם שלח נתחייב בדברים שהוא פטור עליהם כגון שומר חנם בין בגניבה בין באונסין דמדשלח בו יד קנאה וקמה ברשותו". נר' לפרש כוונתו ע"ד מש"כ הרש"ש כאן שהק' מנא להו להגמ' ללמוד גם חיוב אונסין מדרשא זו גבי שומר חנם דלמא אין הדיוק בא לחייב כ"א בגניבה ואבידה, ותי' שם דזיל בתר טעמא והרי אין לחייב שולח יד בגניבה ואבידה כ"א משום דאוקמה רחמנא ברשותו להתחייב וא"כ ע"כ יתחייב גם באונסין (וכידוע ד' הגמ' בסנהדרין דף ע"ב ע"א הידועים, וכבר כ' רש"י בע"א לדמות שליחות יד לגזילה לענין שצריך מעשה משיכה). וכ"נ לפרש באריכות לשון רש"י הנ"ל.

בד"ה ותייתי משואל - "שחייבו באונסין בשביל שכל הנאה שלו ושולח יד נמי כל הנאה שלו". מבואר מדבריו שלמד בכוונת רבא שיש לחייב שליחות יד מדין שואל ממש, ולכאורה זה דלא כדי הראשונים הנ"ל בע"א שכי' שחידושו של פרשת שח"י הוא משום שאין דין גזילה נוהג בשומר כלל, דלכאורה לפ"ז ה"ה בשאלה שאם שומר נוטלו ע"מ להשתמש ל"ח יציאה מרשות משאיל בכך, ושפיר צריך קרא להכי. אלא שכבר כתבנו למעלה שע"כ רש"י לא ס"ל הכי. וגם למהלכים האחרים שהבאנו למעלה בשם הראשונים בענין מה שנתחדש בפרשת שח"י (לד' הר"ן דין מקצת ככולו ולד' הריטב"א דין ע"מ להחזיר), גם לפ"ז ק' כנ"ל שצריכים קרא דשח"י לכך. וכע"ז הק' רעק"א כאן ובחזו"א בליקוטים שם.

ובנתיבות סי' רצ"ב סק"ד הק' שיש עוד נ"מ במה שנאמר שח"י בתורה ולא נלמד משואל, דאילו למד משואל היה דינו לשלם כשעת אונסין כדין שואל משא"כ גזלן משלם כשעת הגזילה, ומתי' שכ"ז כלול במש"כ הגמ' אח"כ דאיצטרך שלא נימא דיו דהיינו שאינו שואל כ"א גזלן. אמנם ע"ע מש"כ הנתיבות בסי' רצ"א ס"ק ל"ד שלמד מהו"א דגמ' כאן שדין בעליו עמו היינו שאינו נעשה שומר כלל ולכן הו"א שגם שח"י אינו נוהג בו, ומשמע שלא למד בהו"א דגמ' שהוא כשואל ממש רק שתלוי בדיני שומר וצ"ע. וע"ש שכי' דקמ"ל קרא שפטור בעלים הוא רק פטור תשלומין ולא שאינו שומר כלל כנ"ל.

[והביא עוד שם בשם הב"י שבקרקעות אין חיוב שח"י. וכ' לחלק בין פטור קרקעות שמופקעים מפרשת שמירה לגמרי לבין פטור בעליו עמו שאינו אלא פטור תשלומין. וידועים ד' הש"ך בסי' ס"ו ס"ק קכ"ו שכי' להיפך בדעת הרמב"ם פ"ב מהל' שכירות ה"ג שמחייב בפשיעה בקרקעות, והק' הראב"ד מ"ש מפשיעה בבעלים שפטור, ומתי' הש"ך שם לחלק בהיפך הנ"ל שפטור בעלים היינו שאינו שומר כלל משא"כ פטור קרקעות. וע"ע בקצוה"ח בסי' שמ"ו ובקה"י סי' ל"ד ובחזו"א בליקוטים שם.]

תוד"ה חדא (קמא) - "וי"ל דבשואל דין הוא דכיון שמשך לדעת בעלים חשוב כאילו נשתמש בה דלדעת כן שאלה אבל שלא לדעת אינו חשיב כאילו כבר נשתמש בשביל משיכה לבדה". נר' לפרש שבשואל משעת משיכה קונה בו קנין שאלה שיש לו בו זכות השתמשות (עי' להלן דף צ"ט ע"א), ומטעם זה חשיב כל הנאה שלו מיד. וע"ע בתוהרא"ש ובריטב"א. ועי' ברעק"א שהק' שגם שואל של"מ חייב לפני שמשמש כדמבואר לעי' בע"א.

אמר שמואל כספים אין להם שמירה אלא בקרקע - מק' הראשונים שבמשנה ובגמ' עד כאן מבואר שגם שאר שמירות מועילים, ממש"כ שרק כשהפשילן לאחריו או לא נעל בפניהם כראוי חייב הא לאו הכי פטור, ותי' שלא אמר שמואל אלא לבני דורו שהיו פרוצים בגניבה אבל בזמן המשנה שפיר מהני כל שמירה כראוי. ומביאים שי' הרמב"ם בפ"ד שאלה ה"ד שהביא דיני המשנה כפשטן ומשמע שאין חילוק לפי הזמנים, ומפרשים דמיירי כגון שפירשו כן בשעת מסירת הפקדון שא"צ לשמור בקרקע. וע"ע בד' הרמב"ם שם שפי' דמיירי שהפקיד בדרך. ועי' בתוהרא"ש ש"כ דגבי מסרן לקטנים א"צ שמירה בקרקע כיון שגנבים מפחדים שיצעקו.

תוד"ה אמר שמואל - "צ"ע אם שמרם בקרקע ק' אמה ונגנבו משם אם ש"ש חייב ובפ' הכונס משמע דחייב וכו' אך תמהון גדול הוא למה לא יהא אונס אם העמיק בקרקע ק' אמות דמאי הו"ל תו למעבד או אם תקפתו שינה או חולי גדול ואיך יתכן ששום גניבה לא נמצא שיהא אונס גמור כמו בליסטים מזויין". בדברי התוס' כאן משמע דס"ל שגניבת אונס פטור, אמנם בפ' הכונס שם כ' לחייב בזה מטעם ש"כ התוס' כאן שכל גניבה קרובה לאונס ואעפ"כ חייבתו תורה, ומה שפטור בליסטים מזויין היינו גזה"כ שהוא בכלל נשבה. וכ"כ בש"ר כאן.

ונר' לבאר עפ"ד הרמב"ן כאן ש"כ שאין לפטור בשום גניבה באונס כ"א במקום שעמד ושמר ונאנס כמו בליסטים מזוינים. וטעמא דמילתא משום שחייב שומר שכר הוא לשמור כל צורכו ולכן כל שלא שמר כל אשר בידו לעשות חייב, ע"ד ש"כ בגמ' להלן דף צ"ג דלהכי יהב ל"י שכר כדי שישמור שמירה מעולה ע"ש. וע"ע או"ש רפ"י שכירות שמבאר החילוק בין ש"ח לש"ש בזה, שש"ח אין חיובו כ"א לשלם אם לא שמר כראוי, משא"כ ש"ש שיש חיוב הגוף לשמור ע"ש.

וכ' הראשונים לחלק בין אונס לאונס שאם אירע לו אונס בגוף השומר פטור כיון שאינו שומר כלל. ומה שדנו התוס' כאן דא"כ משכח"ל טוען טענת גנב בגניבה באונס שפטור בש"ש, כ' הראשונים דל"ש חיוב טוט"ג כה"ג כיון שאינו שומר כלל. וע"ע מש"כ במהרמ"ש ובקצוה"ח רס"י ש"ג דדוקא בגניבה אמרו כן מטעם שדחו התוס' כאן שחיוב גניבה באונס בשומר שכר הוא משום שמצינו שחייבו הכתוב בגניבה שקרובה לאונס, אבל שאר אונס פטור ואין חילוק בין אונס גדול לבין אונס קטן. וע"ע ברשב"א וברעק"א ובמהר"ם שיף בב"ק שם, וע"ש שהק' ע"ז שמד' הראשונים שם מבואר דלא כזה.

בא"ד - "תמצא ש"ש משלם כפל בבעלים". עי' בתוס' בב"ק שם ש"כ ע"ז ושם ל"ש כפל בטוט"ג בענין זה". ובאו"ש פ"ד גניבה ה"י ביאר הספק בתוס' שם עפ"י הנדון שהזכרנו למעלה אם פטור שמירה בבעלים הוא הפקעה של השם שומר או פטור תשלומין בעלמא. ועוד פ"י שם לתלות ד"ז אם חיוב כפל הוא על השבועת שקר (כד' רש"י בב"ק שם) או על עצם כפירת הממון שנחשב כגניבה ע"ש (וע"ע מש"כ בזה להלן ר"פ השואל). וע"ע בקו"ש ב"ב ס"י תרנ"ט ובפנ"י ובקצוה"ח ס"י רצ"א סק"י"ח ובקה"י ב"ק ס"י ל"ו. וע"ע בשטמ"ק בב"ק שם ש"כ הטעם משום שבכה"ג אין הגניבה פוטרנו כ"א דין בבעלים ע"ש.

א"ל כל לא ידענא פשיעותא היא - הק' בהג' פור"י דתיפו"ל שאינו יודע אם פשע או לא ואינו יכול ליטע ע"ז הו"ל מחויב שבועה וא"י ליטע דמשלם. ומת' שם עפ"ד הנמו"י בר"פ הגוזל ומאכיל בא' שמסר לאחר ולא ידע איך נאבד לו אם בחיוב או בפטור דהו"ל כאומר א"י אם נתחייבתי שאינו חייב.

וע"ע בקצוה"ח ס"י פ"ז סק"ט ש"כ שלפ"ד הנמו"י הנ"ל החיוב לשלם בשומר שאינו נשבע הוא מדין

הערות ומראה מקומות פרק המפקיד

א"י אם פרעתיך ובב"ש. וע"ש מש"כ לפ"ז בד' הרא"ש בריש מכילתין בסוגיא דעד המסייע ע"ש. וע"ע מש"כ בזה רעק"א לעי' דף ל"ו ע"ב ובאב"ה ריש ה' טוען ונטען ובחי' ר' ראובן בריש מכילתין.

דף מ"ב ע"ב

תוד"ה כל המפקיד - "אור"ת וכו' ולכך נמי הכא משתבע אימ"י וכו' והא דקאמר נימא לי' לאימ"י דלישלמא וכו' אלא תשלם לבנה כשיהי' לה". בפנ"י ביאר דבריהם שלולי ד' ר"ת שאין השומר נפטר ע"י חיוב בני הבית ק' למה נשבעה אמו והרי אין חיוב על הבן כלל, ולפ"ד ר"ת א"ש שנשבעה בשבילו. והק' רעק"א (בס' וזאת ליהודה) שגם להחולקים על ר"ת (דהיינו שי' הראשונים לעי' דף ל"ו ע"א דס"ל ששומר ראשון נפטר מכח סברת גברא אוקי בחריקאי ע"ש, וכ"ד הרמב"ם פ"ד שאלה ה"ט), אי"ז כ"א מכח מה שהשני מתחייב תחתיו, אבל כאן שאין בני הבית מתחייבים לא נפטר השומר כלל.

ומש"כ שאין בני הבית מתחייבים כלל, כ"כ הפנ"י. וכ"מ בנתיבות סי' רצ"א סקכ"ב שהם פטורים ואינו דומה לשאר שומר שמסר לשומר. וכבר תמהו בדבריהם שמפורש להדיא בסיום ד' התוס' כאן הנ"ל שהאמא חייבת לשלם לבנה. ונר' ליישב שד' התוס' שם הם רק בקו' הגמ' שנקטו שהאמא קבלה לשם פקדון, דכה"ג גם הנתיבות כ' שם שהאמא מתחייבת. [ע"ע מש"כ שם בס"ק ל"א לענין המפקיד אצל מי שבעה"ב רגיל להפקיד אצלו].

שם - והנה בראשונים הק' למ"ל שבועת השומר שמסר לאמו, תסגי בשבועת האמה שאומרת שמסר לה, ע"ש מש"כ לתרץ. ובריטב"א תי' בזה שצריכים שבועת שומר, ואין האמה שומר של ראשון כנ"ל. וצ"ע דמ"ש משבועת נאנסה דמבואר דמהני שבועת האמא בזה כיון שאין טענת לא מהימנת לי בבני בית. ועי' קצוה"ח שם סק"ח שכי' לפרש שע"י שבועת השומר עוברת הכח לישיבע לבני הבית וצ"ב.

ועוד כי הקצות שם שבד' ש"ר שהק' כהריטב"א ולא תי' כמותו, עכצ"ל דס"ל ששבועת מסרתי לבני הבית אינו שבועת השומרים כ"א כעין שבועת החזרתי. וכי' שם לתלות ד"ז במחלו' הראשונים הנ"ל אם שומר ראשון נפטר ע"י הפקדתו לשומר אחר, דא"כ הו"ל כטענת החזרתי כיון שפוטר עצמו לגמרי בזה, או שאינו נפטר בכך ואין המסירה לבני בית כ"א אופן של שמירת השומר, דא"כ הו"ל רק כטענת נאנסה. [וכבר הק' בזה דלא א"ש חשבון זה בד' הריטב"א עצמו שכי' שהשומר נפטר ע"י המסירה לבני הבית, ואעפ"כ כי שצריך שבועת השומרים. ויש ליישב שאע"פ שנפטר בכך אינו דומה להחזרתי דעדיין הוא שומר. וע"ע בחי' הגרש"ש סי' כ"ה].

הלכך משתבע איהו ולא הוי ידע ומשלם בקרא דמי בשר בזול - מק' הראשונים למה מתחייב השומר לשלם עפ"י שבועתו של ספסירא שלא ידע, דבמה נאמן הספסירא לוי' שלא ידע ולא פשע כשמכרו ליתומים. ומת' שם שהבקרא מחויב מעיקר הדין לשלם ליתומים, רק שהספסירא בא במקום יתומים מכח דינא דר"י דלעי' דף ל"ה ע"ב כיצד הלה עושה שכורה כדמבואר ברש"י, וכיון שהיתומים לא פשעו אין פשיעת הספסירא פוטרת את הבקרא. ולכאורה יש לתלות ד"ז בביאור עצם דין של ר"י לעי' שם, שהרי לפ"ד הרא"ש שם המשכיר הוא המשאיל וצ"ל.

[וע"ע בראשונים שכי' עוד מהלך דאפי' נימא שפשיעת ספסירא פוטרת את הבקרא, מ"מ הספסירא נאמן מדין ברי ושמא באיני יודע אם פרעתיך, שהרי יש ודאי חיוב על הבקרא דהו"ל לעיוני אלא שפשיעת המפקיד פוטרתו מחיובו ע"ש].

הערות ומראה מקומות פרק המפקיד

מאי פסידא איכא והא קמשתרשי לי - האחרונים הק' מכאן על ד' התוס' הידועים בב"ק דף ק"א ע"א שכי' שאין חיוב נהנה כ"א ע"י מעשה ידי' ולא ע"י מעשה בהמתו, ומת' בזה שכאן החיוב הוא מדין משתרשי לי שזה נחשב כאילו הרוויח ממון בעין, ובזה ל"צ מעשה לקיחה. ע"י בזה באו"ש פ"ג נזק"מ ומחנ"א שם סי' ב' ובשער"י ש"ג פכ"ה.

תוד"ה הכא - "א"ד ל"ד דהתם ודאי משכיר קאי במקום שוכר דשוכר שייך בגוף הפרה שהרי שכרה אבל גבי יתמי כיון דמקח"ט הוא אין להם בגוף השור מאומא ואיך יעמוד הספסירא במקומם". כוונתם צ"ב שלכאורה מבואר בסו"ד התוס' כאן שאם הבקרא פשע ממש היתומים מתחייבים לשלם והבקרא משלם להם, הרי דכה"ג היתומים הם שומר חנם אע"פ שזה מק"ט (וכ"מ בריטב"א, וע"ע ברא"ש שכי' שכאן במק"ט הו"ל ש"ש), וא"כ צ"ב מש"כ בביאור הספק כאן שאין להם ליתומים בגוף הפרה. ואולי כוונתם כד' הרש"ש במתני' לעי' דף ל"ה ע"ב דדינא דר"י הוא רק בשוכר פרה אבל בשומר חנם או ש"ש לכו"ע אין לבעלים כלום בדבר, וע"י מש"כ בזה לעי' שם.

דף מ"ג ע"א

אר"ה ואפי' נאנסו וכו' ור"נ אמר נאנסו לא - ע"י בתוס' לעי' דף כ"ט ע"א שכי' שהלכה כרבה שסובר שם גבי דמי אבידה שע"י היתר השתמשות הו"ל שומר שכר בלבד ולא חשיב מלוה בכך, והביאו רא"י שם מד' ר"נ דס"ל כאן שלא נתחייב באונסין ול"ח כ"א ש"ש. ובריטב"א לעי' שם כי' לחלק בין שומר אבידה לבין מוסר לשולחני, שבשולחני אמדי' דעתו של בעלים דניחא להו בכך שישתמש בהם, אבל בשומר אבידה הוא רק תקנה וי"ל דלא תקנו כ"כ, וע"ע פנ"י שם.

ועוד כי' בראשונים כאן ושם לחלק שסברת ר"נ כאן הוא משום ששולחני נמנע ולא משתמש שמא יבואו הבעלים, משא"כ בשומר אבידה שאינו חושש לכך. ועוד מחלקים להיפך כע"ד רבינו אפרים הובא בראשונים ע"ש. וכבר כתבנו לעי' שם שהנדון בכ"ז הוא אם חשיב כאילו בא לידו מיד בתורת מלוה, וכע"ז מבואר בנתיבות סי' רצ"ב סק"ט.

[וע"ע ברא"ש שכי' בדעת הרי"ף שאם השתמש בהם אפי' במקצת נתחייב בכולו דכה"ג לכו"ע הוי מלוה. וע"ע בנתיבות שם סק"י שכי' שאפי' החזירה ל"מ משום שחייבים להחזיר מלוה ליד בעלים ממש, וכ"כ במחנ"א סי' כ"ה מהל' שומרים. וצל"ע למה אין יד השומר כיד הבעלים לזה, ובפרט לפ"ד הנתיבות הידועים שיחוד כלי מהני במלוה.]

רש"י ד"ה ואי' שואל לא הוי - "ושאלה היא זו שהרי כל הנאה שלו". מבואר מדבריו שמש"כ שואל הוי דוקא נקטו כן ואינו הלואה, ובתוס' לעי' דף כ"ט ע"א כי' דל"ד נקטו שואל. וע"ע בנתיבות שם מש"כ בד' הש"ך לענין אם יבואו הבעלים אם חייבים להחזיר אותן המעות שנתן לו כד' התוס' לעי' שם. וע"ע במרדכי שכי' דכה"ג אם שלם לו יותר ל"ח ריבית כיון שזה שאלה ולא הלואה. וע"ע בתומים סי' ע"ג סק"כ שכי' שם שתחילתו שאלה וסופו הלואה ע"ש.

בד"ה מותרין - "דהו"ל כנותן רשות והו"ל שלוחו". צל"ע בכוונתו, דלמה הו"ל שליח כה"ג והלא אינו עושה כ"א לטובת עצמו. וראיתי לפרש עפ"ד האחרונים הידועים (עי' קצות ונתיבות סי' רצ"ב) ששליחות גבי שח"י ומעילה וטביחה אינו שליחות ממש אלא שהתורה מחייבת כשנעשה על ידו, ולפי"ז א"ש דכה"ג שמקנה לאחר חשיב שלוחו.

הערות ומראה מקומות פרק המפקיד

בד"ה דאי איתא - "דכי אמרי" כשעת הגזילה היכא דליתא בעין אבל ישנה בעין בין שהוקרה בין שהוזלה חוזרת כמות שהיא". משמע שבא לבאר כוונת הגמ' באריכות לשונם כאן בטעמא דרבה בדין תברה או שתייה משלם ד', דכיון דאי איתא בעין הדרה למרה כמות שהיא גם עם היוקר שהוקר, לכן שפיר מתחייב בכך ע"י מה ששברה אח"כ. ומבואר דאילו ד' רבה הו"א שאין היוקר שלו, והטעם בזה משום שחייב השבה אינו אלא משעת גזילה וא"כ י"ל דלא מתחייב כ"א מה שהיה בשעת גזילה.

ובגמ' בסמוך כ' הו"א שב"ה חולק על רבה בזה וס"ל שגם היקר שלו, ולהנ"ל יל"פ שהגזלן קנאו להתחייב ולכן היוקר שלו. וכ"מ ברשב"א שכי' שחידושו של רבה הוא שהיוקר הוא של הבעלים אע"פ שגזלן קונה להתחייב באונסין.

תוד"ה והתנן - "וא"ת רב דאמר במרובה קרן כעין שגנב וכו' וי"ל דרב קמ"ל דאע"ג דקרן כעין שגנב כפל ל"ה כקרן". משמע מדבריהם שאין חידוש בדין קרן כעין שגנב כה"ג דחסר ואיתבר ממילא. אמנם ברש"י שם פ"י שזה דרשא גמורה, וצ"ב דפשיטא מאי קמ"ל למה שלא יתחייב כשעת המחייב דהיינו שעת הגזילה.

ויל"פ עפ"ד הראשונים בסוגיין שהק' למה אינו משלם כדהשתא כה"ג דחסר, דמ"ש משואל שמשלם כשעת האונס. ומתמצים בזה שבגזל אין החפץ ברשות בעלים מתחילה אבל בשואל אינו יוצא מרשותו כ"א משעת אונס עש"ה. והאחרונים פ"י הנדון אם גזלן מתחייב גם כשואל, ודלא כדמבואר בתוס' בב"ק דף נ"ו ע"ב, ועי' רש"י בסנהדרין דף ע"ב ע"א. ובזה א"ש ד' רש"י שם, די"ל דזה גופא קמ"ל קרא דקרן כעין שגנב ואינו כשואל לשלם משעת האונס. [ועוד האריכו אחרונים בענין זה, עי' קצוה"ח ונתיבות רסי' רצ"א ואו"ש פ"ב גניבה ה"א וברכ"ש ס"י דו"ה ופר"י ח"ב ס"י ס"ו ובקו"ש שם וב"ב אות ט"ו].

דף מ"ג ע"ב

רש"י ד"ה כי פליגי - "אבל הכא דבהיתירא אתי לידי ומשום שח"י קמחייבת לי' בהא פליגי". משמע מתוך דבריו כעין ד' התירו"כ הובא למעלה בע"א שאין שומר מתחייב משום גזילה כ"א משום שח"י, ומבואר בדבריו הטעם בזה דבהיתירא אתי לידי. ויש מפרשים בזה עפ"ד רש"י לעי' דף כ"ו ע"ב שכי' שאין גזילה כה"ג שהגב"ה האבידה ע"מ להשיבה וחישב עלי' לגזלה משום שאי"ז דומיא ד"ויגזול את החנית מיד המצרי".

בד"ה החושב לשלוח יד - "אמר בפני עדים אטול פקדוני של פלוני לעצמו". צל"ע מה טיבו של אמירה זו, אם זה דין חלות ע"י דיבור או מחשבה כמו תרומה, או שזה דין נחותא וכוונה בעלמא. ועי' ברמב"ן בריש פסחים שהאריך בענין ב' סוגי דינים בדיבור הנ"ל. ועוד צ"ב למה צריך עדים, ואם זה דין חלות י"ל שבלי זה הו"ל כדברים שבלב (וכע"ז מבואר בתוס' בר"פ השולח שכי' שצריך לבטל בפני עדים ע"ש), ועי' בזה בריטב"א וברש"ש. ובתוס' כי' שצריכים דיבור כמו בפיגול, ושם אינו אלא דין כוונה. ובהג' הב"ח ובגלהש"ס הביאו ד' רש"י והרא"ש במק"א שכי' שא"צ דיבור.

והנה ברמב"ן כאן כי' שב"ש מחייבים בדיבור משום שמחשבה זו חשיב כמעשה, ולכאורה אי"ז שייך כ"א במחשבת חלות כמו תרומה וצל"ע. ועוד כי' הרמב"ן שגם לב"ש צריכים חסרון רק שא"צ חסרון בפועל כיון שמחשבה כמעשה. אמנם בתוס' למעלה מק' למ"ל שני המשניות שהרי גם מהסיפא קמ"ל ב"ש שא"צ חסרון, ולד' הרמב"ן לק"מ שצריכים הרישא לוי' שצריכים עכ"פ מחשבת חסרון, וכע"ז תי' בתורה"ש שם.

הערות ומראה מקומות פרק המפקיד

שם - ובאחרונים הק' למה אינו חייב לכו"ע ע"י מחשבה מדין קנין חצר כמו דמהני לענין גזל. ועי' בקצוה"ח סי' שמ"ח סק"ב שכי' ליישב בזה עפ"י יסוד הידוע שכי' שם שגזילה צריך מעשה. ובסי' קפ"ט כי הקצות ליישב בזה באופ"א דלא שייך כאן קנין חצר כיון שהמפקיד כבר קנה מקום החפץ ע"ש. וע"ע באמר"מ סי' ל"ב שכי' שיש לחלק בזה בין גזילה לש"י. וע"ע מחנ"א סי' י"ב גזילה, ובחזו"א ליקוטים סי' כ'. [ולכאורה קו' הנ"ל תלוי' בנדון קנין המועיל לקנין שאינו מועיל ואיכמ"ל. ועוד יל"ע שלכאורה ג"ז ל"ש אא"כ מדובר במחשבה של חלות אבל בכוונה בעלמא לא וצל"ע].

תוד"ה לימא - "וא"ת לוקי פלוגתייהו באיתבר ממילא ורבה כב"ה וי"ל דא"כ לא הוי פליגי ב"ש". כוונתם שאין לחייב שולח יד כשעת יציאה מן העולם אם לא הוציאו בידים. ורעק"א הק' בזה (במשניות) ע"ד ד' הראשונים הנ"ל שכי' לדמות חיוב אונסין בגזלן לחיוב בשואל שחייב כשעת האונס, אלא שחילקו בזה שבגזלן כבר יצא הדבר מרשותו משא"כ בשואל שהוא שומר, ולפ"ז הו"ל לדמות שולח יד לשואל, ומת' שם דכיון ששלח יד שוב אינו שומר ודומה לגזלן. וע"ע לעי' דף מ"א ע"א שהבאנו ד' הגמ' בב"ק ובראשונים כאן ושם שלפי ר"ע כלתה שמירתו, אמנם יעוין בקה"י סי' מ' (הו"ד לעי' שם) שכי' דמ"מ י"ל שלא נפטר מחיובי השמירה, ע"ש ואיכמ"ל עוד.

דף מ"ד ע"א

רש"י ד"ה דניחא לי' - "הו"ל כמי שנטל והניחו עם השאר להשתמר ונעשה שואל על כל שאר החבית". יעוין בריטב"א שדייק מד' רש"י אלו דשליחות יד במקצת ל"ח שליחות יד בכולו, שהרי לכאורה יש כאן שליחות יד במקצת כיון דחשיב כאילו נטל והחזיר, ואעפ"כ ראה רש"י צורך לפרש דחייב על שאר החבית משום שנעשה שואל, וזה דלא כד' הר"ן שכי' (הו"ד לעי' שם) שחידוש התורה בשח"י הוא שע"י גזילת המקצת נתחייב בכולו ע"ש. ומק' סתירה בזה מד' רש"י לעי' שם וצל"ע.

ובתרוה"כ שם כי לדחות דכאן ל"ח חסרון ע"י מה שנחשב כאילו נטלו והחזירו, ולכן למ"ד צריכה חסרון אי"כ שח"י כלל ואין החיוב כ"א מדין גזלן, וע"כ כי רש"י שהוא שואל על השאר. וע"ע באב"ה פ"ג גזו"א הי"ב בדעת הראב"ד שם שאינו מחייב בכולו משום מקצתו, וע"ע בקה"י שם.