**דף ל"ג ע"ב**

**א. ביאור המשנה.**

המשנה אומרת המפקיד אצל חבירו בהמה או כלים ונגנבו או שאבדו שילם ולא רצה להישבע וכו', נמצא הגנב משלם תשלומי כפל וד' וה' למי שהפקדון אצלו, נשבע ולא רצה לשלם נמצא הגנב משלם תשלומי כפל ותשלומי ד' וה' לבעל הפקדון.

והקשה הפנ"י מה המשנה באה לחדש לנו בסיפא, הרי זה דין פשוט שאם נשבע כדינו, הכפל והד' וה' יקבל בעל הפקדון, ובשלמא לרבא הסובר במסכת בב"ק נשבע ושילם ג"כ קונה הכפל דדייק מסיפא שפיר, [כמבואר בתוס' לקמן דף ל"ד ע"א ד"ה אלא וכו'], אלא לאביי קשיא. ותירץ שבא להשמיענו דאפילו שגנב מבית השומר משלם כפל לבעלים ולא יכול לומר לאו בע"ד דידי את.

עוד כתב לתרץ דהריטב"א הקשה מדוע הגנב משלם כפל הרי כתוב "וגונב מבית האיש" ולא מבית הגנב ושומר לא הוי בית הבעלים. ותירץ הריטב"א דפיקדון רשותיה דמריה הוי, דכל היכא דאיתיה ברשותיה דמריה איתא, וחשיב "מבית האיש", וא"כ כתב הפנ"י שזה גופא המשנה בא להשמיענו דהוי מבית הבעלים.

עוד כתב לתרץ דלא מהני הודאת הגנב לשומר אלא דווקא לבעלים.

ועיין בחידושי הרי"ם שכתב דהרישא אתיא לאשמועינן שהגנב לא יכול לטעון אולי השומר שלח בה יד ופטור מתשלומין של כפל ותשלומי ד' וה', מדין "וגונב מבית האיש" ולא מבית הגנב, וחייב לשלם.

**ב. ברש"י ד"ה ולא רצה להישבע.**

רש"י כתב שבועת השומרים שלא פשע בה ושלא שלח בה יד וכו'. וכתב המהרש"א דאה"נ הוא פטור מב' השבועות, אבל השבועה שאינו ברשותו חייב להישבע שמא עיניו נתן בה, וכדרב הונא בדף ל"ד ע"ב.

והנה התוד"ה המפקיד כתבו אית דלא גרסי אבדו, דבאבידה אין כפל. וכתבו התוס' ויש ליישב שכך טוען הנפקד ואח"כ נמצא הגנב.

אי נמי אנו יודעים שנגנבו מתוך ביתו אך אין אנו יודעים אם פשע. או שאבדו, אנו יודעים שנאבד ממנו אך לא יודעים אם ע"י גניבה או ע"י דבר אחר.

ולכאורה יש נ"מ בין ב' התירוצים דלפי תירוץ קמא יצטרך להישבע שבועה שאינו ברשותו וכמ"ש בשם המהרש"א, אולם לתירוץ בתרא כיון שאנו יודעים שנגנבה א"כ לא יצטרך להישבע שבועה שאינו ברשותו, וכן כתב הפנ"י.

ועיין בריטב"א שכתב אגב דקתני נגנבה קתני נאבדו.

אולם הנמוקי יוסף כתב דבאבידה איכא נמי נפקא מינה היכא דנתייקרה הבהמה, דאם נשבע הנפקד הרי היא של הנפקד כיון דלא אטרחיה לבי דינא והוי שבחא דאתי מעלמא. ועיין מש"כ במהרש"א מש"כ לבאר בזה.

והנה בתוס' לקמן ד"ה נגנבו, הקשו מדוע לא כתוב במשנה אופן שהשומר חינם אומר פשעתי ואני רוצה לשלם וקונה הכפל.

ותירצו דאה"נ היה אפשר לומר דאיירי בכה"ג והכפל שלו מיגו דאי בעי פטר נפשיה בגניבה אלא אורחא דמילתא נקט נגנבו שאדם רוצה לטעון דבר שהוא פטור עליו אפילו שרוצה לשלם.

וריב"ן פירש שבאמת הנפקד אומר שנגנבו בפשיעה, ומש"כ ולא רצה להישבע, אף שלא יועיל השבועה הכוונה לשקר.

ועיין במהר"ם שכתב לכאורה התוס' אזיל לשיטתו בתוס' לעיל בתירוצו הראשון שכך טוען הנפקד, ולכן שאלו מדוע לא נאמר שאומר פשעתי.

אולם אפשר לומר שזה גם הולך לפי תירוץ ב' של תוס' לעיל שנעמיד באופן שאנו יודעים שפשע והודה שפשעתי ולכן הכפל שלו. ולכאורה משמע שהריב"ן סובר כמו הפירוש ב' בתוס' לעיל, ודו"ק.

והנה בשיטמק הביא מחלוקת הראשונים היכא דאיכא עדים דפשע ושילם האם מקנה לו את הכפל או לא. שיטת הרמב"ן שלא מקנה לו את הכפל, והרשב"א סובר היות ושילם ולא אטרחיה לבי דינא משלם לו את הכפל, וכן הביאו הנמוק"י.

ולכאורה מזה שתוס' כתבו בד"ה המפקיד אין אנו יודעים אם פשע א"כ משמע אם יודעים שפשע לא מקנים לו את הכפל, וכשיטת הרמב"ן.

אולם מתוס' ד"ה נגנבו משמע אפילו יודעים שפשע, היינו שמודה שפשע ג"כ יקבל את הכפל, ומשמע כהרשב"א. ואולי יש לחלק דדווקא היכא דאיכא עדים דלא בעינן ליה אמרינן דהוא לא מקנה לו את הכפל, אבל אם הוא מודה גם הרמב"ן מודה שהוא מקנה לו את הכפל, עיי"ש.

**ג. בצריכותא דבהמה וכלים.**

הגמ' מביאה צריכותא מדוע צריך לכתוב גם בהמה וגם כלים. והקשו בגמ' מתקיף ליה רמי בר חמא והא אין אדם מקנה דשלב"ל, ואפילו לר"מ דאמר אדם מקנה דשלב"ל ה"מ כגון פירות דקל דעבידי דאתו אבל הכא מי יימר דמיגנבא, ואת"ל דמיגנבא מי יימר דמישתכח גנב, ואי משתכח גנב מי יימר דמשלם דלמא מודה ומיפטר.

והקשו התוס' אפילו עבידי דאתו איך מעות יקנו מעות, ועוד הול"ל מי יימר דנגנבה, שמא נאבדה. ותוס' הבינו בקושיא שהוא קונה את הכפל בשעת התשלום של הגניבה. ולכאורה גם כאן קושיית התוס' זה לפי פירוש א' בד"ה המפקיד, דלפירוש ב' הלא איירי דידעינן דנגנבה, אלא איירי שהנפקד מסתפק אם נגנבו או נאבדו. ותירצו התוס' דהכא איירי דבשעת משיכה הקנה לו את הפרה לקנות את הכפל כשיבא ולא הוי קנין מעות אלא קנין משיכה.

ועיין בפנ"י שהקשה על קושיית התוס' הרי הדין שמעות אינן קונות הוי מדרבנן שמא יאמרו חיטך נשרפו בעליה, וזה לא שיך כאן. ועוד דהוי מילתא דלא שכיחא ולא גזרו.

עוד הקשה שהגמ' היתה יכולה להקשות קושיא יותר חזקה הרי לאחר שנגנבה בשעת שבועה אין הבהמה ברשותו של המוכר ואין יכול להקנותה דהרי גזל ולא נתיאשו הבעלים שניהם אינן יכולים להקדישו וכ"ש שאינו יכול להקנותה.

ובפנ"י נדחק לומר דקושית הגמ' היא על הצריכותא של הגמ' וכצנועין ס"ל.

ועיין ברש"ש שכתב דקס"ד שמקנה לו בשעת שילום הכפל לכשיבוא לידי גוביינא, עיי"ש.

והנה בתירוץ התוס' דאיירי בשעת משיכה, הקשו הרי כל המחלוקת של רבנן ור"מ הוי בפירות דקל, דלר"מ אי עבידי דאתו לא קונה ולרבנן אפילו עבידי דאתו לא קונה כיון שאינן בעולם, אבל בדקל לפירותיו גם לרבנן קונה בעבידי דאתו, והכא הוי כדקל לפירותיו דהפרה קיימת.

ותירצו דאה"נ הוי כדקל לפירות אבל היות ולא עבידי דאתו אז בין לרבנן בין לר"מ לא קונה, ובאמת הגמ' היתה יכולה להקשות גם לרבנן אלא רצו להקשות שאפילו לר"מ ג"כ לא מהני להקנות כיון דלא עבידי דאתו, וכ"כ בחידושי הרע"א.

והנה בהמשך דברי התוס' הקשו מפרק השולח ששם יש צד לומר בעבד שמכרו רבו לקנס מועיל אפילו לפי רבנן היות והוי כדקל לפירותיו, ומ"ש עבד מפרה דחשיב לא עבידי דאתו.

ותירצו דשמא התם שכיח טפי מהכא. א"נ דהכא פריך לפי המ"ד שלר"מ דלא מהני.

ולכאורה תירוצם הראשון תמוה דמ"ש עבד מפרה. ואפשר לומר דבעבד איכא פחות מי יימר מאשר פרה, דמי יימר דמשלם דילמא מודה ומיפטר ליכא בעבד דהרי הכל קנס ורב הרי סובר דאם פטר עצמו מכלום, ובאו עדים חייב, ודחה פירוש זה.

והנה התוס' הרא"ש הקשה איך הגמ' אומרת אצלנו דלר"מ היכא דלא עבידי דאתו אין אדם מקנה דשלב"ל הרי אם אומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר שאשתחרר מקודשת אף דלא הוי עבידי דאתו דמי יימר שרבו ישחררו.

ותירץ בשם ה"ר אליעזר משזנא דלא בעינן עבידי דאתו אלא היכא שאין הגוף בעולם, אבל היכא שהגוף בעולם אלא דבעינן תיקון בעלמא לא בעינן עבידי דאתו. עוד תירץ דהכא איירי ששמע מרבו שרוצה לשחררו. עוד תירץ דדוקא בכפל דאיכא ג' מי יימר לא עבידי דאתו, אבל בעבד שיש רק אחד מי יימר חשיב עבידי דאתו. ועיין בתוס' במסכת בב"ב דף ע"ט ע"ב דכתב עוד לתרץ בשם ריב"ן דהתם איירי בחצי עבד וחצי בן חורין שכופין את רבו לשחררו.

**דף ל"ד ע"א**

**ד'. בתוד"ה דלמא מודה ומפטר.**

לתוס' היה קשה הרי הגמ' אומרת ואי משתכח גנב, ואם כן מדובר שהיו עדים, ואם כן מה שייך להודות כשיש עדים.

ועל זה תירצו דלמא מודה קודם שיבואו עדים, דרב סובר מודה בקנס ואחר כך באו עדים פטור. וכן כתבו לבאר המהרש"א והמהר"ם שיף.

וביאור דברי התוס' הם כך, דלכאורה יש לעיין מדוע מודה בקנס פטור, האם היות ועשה תשובה ולכן פטור, או בגלל שאין עדים ואם כן אי אפשר לחייבו על פי הודאתו. ובזה חלקו רב ושמואל, דרב סובר היות ועשה תשובה לכן פטור אפילו אם באו אח"כ עדים, ושמואל סובר היות ואין עדים ואי אפשר לחייבו, אבל אם באו עדים חייב. ולפי רב מתי אנו אומרים שחזר בתשובה רק אם בא לחייב עצמו לכל הפחות בקרן, אבל אם רק מודה בקנס, כגון שיש עדים שגנב והוא מודה שטבח ומכר, בכה"ג מודה רב שאם יבואו עדים שטבח הוא יתחייב, דהיכא דפטר עצמו מכלום רב לא אומר את דינו.

והקשו התוס' הרי הגמ' רוצה להוכיח במסכת בב"ק דלא כרב דקתני במתני' על פי עצמו דומיא דעל פי עד אחד, וכמו שעל פי עד אחד אם באו אח"כ עדים חייב, ה"ה על פי עצמו אם באו אח"כ עדים חייב ודלא כרב. ותירצו דהוי כרב, דהיכא דפטר עצמו מכלום גם רב מודה דמודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב, ור"י גם כן חולק על שמואל והלכה כרב ור"י.

**ה'. ב' הלשונות של רבא.**

הגמ' אומרת לפי לשון א' של רבא דהכא נעשה כאומר לו לכשתגנב ותרצה ותשלמני הרי פרתי קנויה לך מעכשיו. [ועיין ברש"י ובמהרש"א, ובפנ"י]. ולפי לשון זה איירי שאומר לו חוץ מגיזותיה וולדותיה, דסתמא דמילתא שבחא דאתי מעלמא עביד איניש דמקני ושבחא דאתי מגופה לא מקני. ולפי לשון ב' של רבא נעשה כאומר לו לכשתגנב ותרצה ותשלמני סמוך לגניבתה קנויה לך. ואיכא בהא ב' נ"מ, א' קושיה דר' זירא. ב'דקיימא באגם. לפי לשון א' איכא קושיא דר' זירא ובאגם מהני. ולפי לשון ב' ליכא קושיא דר' זירא, ובאגם לא מהני דבעינן דבשעת הקנין שיהיה בחצירו והיא באגם.

והקשה התורת חיים לפי הנ"מ הראשונה הרי אין כלל נ"מ לדינא ביניהם דלפי שניהם הוולדות הם שייכים לבעה"ב או בגלל שאמר סמוך לגניבתה או בגלל שאמר חוץ מגיזותיה וולדותיה, ואם כן מה נ"מ לדינא.

ותירץ דאיכא ב' זמנים משעת מסירת הבהמה עד הגניבה, משעת הגניבה עד מציאת הגנב. לפי לשון א' כשאומר חוץ מגיזותיה וולדותיה הוא מתכוון שזה יהיה שלו גם בין הגניבה למציאת הגנב. אבל לפי לשון ב' חוץ מגיזותיה וולדותיה הכוונה רק משעת מסירת הבהמה עד הגניבה אבל משעת הגניבה עד מציאת הגנב הוי של הנפקד.

וכן כתב המהר"ם שיף, וכן כתב הפלפולא חריפתא אות א', וכן כתב המגיד משנה בפרק ח' מהלכות שאלה ופקדון הלכה א' בדעת הרמב"ם. והרמב"ם סובר כלשון א' של רבא, ולאחר שנמצא בגניבה מחזיר את הבהמה והגיזות והוולדות לבעלים, ולשיטתו אינו מקנה את גוף הפרה רק לכפילא. והרא"ש דפוסק כלישנא קמא והוי מדין אומדנא.

ועיין בפנ"י דהקשה על ר' זירא דהיה יכול להקשות קושיה טובה יותר דאפילו גוף הפרה לא ישלם אלא כשעת הגניבה, ומה שהשביחה אח"כ ברשות הנפקד השביחה, וכאן לא יוכלו לתרץ נעשה כאומר לו דהרי הנפקד מקבל כפל כנגד השבח של הבהמה, עיין שם.

**ו'. בתוד"ה אי נמי.**

הקשו התוס' תימה נימא נעשה כאומר לו לכשתגנב ותשלמני הרי פרתי קנויה לך מעכשיו סמוך לגניבה דהשתא קני אפילו עומדת באגם, והגיזות והוולדות לא קונה אפילו שאומר מעכשיו כיון שאין הקנין נגמר רק בסוף סמוך לגניבתה, וכמ"ש במסכת קידושין פרק האומר בא אחר וקידשה וכו' קידושי כולן תופסין.

ותירצו התוס' דשמא קידושין אלימי ותו לא פקעי, משא"כ גיזות וולדות לכל הפחות הנהו דאיתנהו בשעת מסירה אהני מעכשיו לקנותה סמוך לגניבתה למפרע.

ובספר קהילות יעקב סימן ל"א תמה על דברי התוס' דלכאורה משמע דבקושיה הבינו התוס' שהקנין נעשה לאחר לאחר ל' יום ולכן קידושי כולן תופסין, ולכן הגיזות והוולדות שייכים למפקיד. ובתירוץ לומדים התוס' דהקנין חל למפרע אלא דקידושין אלימי. ותמוה הוא אי אחר ל' קונה הגיזות למפרע אם כן מדוע כתבו התוס' שקונה רק הגיזות של שעת מסירה הרי גם הגיזות שגדלו אח"כ קונה אותם למפרע. ועוד מה שייך לומר קידושין אלימי הרי היא מקודשת למפרע.

ולכן לומד הקה"י פשט בתוס' דאה"נ הוא עושה קנין גמור עכשיו אלא שהוא שיור לזמן ועכשיו הקונה נעשה בעלים על זמן של עוד ל' יום ועל הזמן של עד שלשים יום שייר בעלות לעצמו, ולכן מה שגודל זה שייך למפקיד, אבל לכל הפחות מה שהיה בשעת הקנין על הבהמה היינו שעת המסירה יקנה הנפקד למפרע, ואין הכי נמי בקידושין היה מקום לומר דקידושי שני פקעי אלא היות ובתוך ל' יום נתפסו קידושי שני תו לא פקעי דקדושת הגוף לא פקעי בכדי, עיי"ש.

**ז'. א"ר חייא בר אבא א"ר יוחנן לא שילם שילם ממש וכו'.**

הגמ' אומרת א"ר חייא בר אבא א"ר יוחנן לא שילם שילם ממש אלא כיון שאמר הריני משלם אע"פ שלא שילם. וכתב הרא""ש שאם אמר הריני משלם הוא אינו קונה את הכפל עד שישבע שאינה ברשותו. אבל אם שילם מקנה לו את הכפל קודם השבועה.

והקשה הפנ"י אם כן מה הגמ' מקשה מהמשנה שילם אין לא שילם לא, אולי אפילו לא שילם גם מקנה לו הכפל, ומש"כ שילם כדי להקנות קודם השבועה. ותירץ דאם כן היה צריך לכתוב במשנה שילם ולא נשבע מאי ולא רצה לישבע הכוונה השבועה הרגילה שלא פשע. ועיין מש"כ לקמן [אות ט"ו].

והנה למסקנת הגמ' אין ראיה מהרישא ומהסיפא דלא דוקא קתני. ובתוס' הקשו אולי נגיד נעשה ובעינן שילם ותקשי לר' יוחנן. ותירצו התוס' דנעשה אמרינן רק היכא שיש ראיה ברורה שהרישא לא כהסיפא, אבל איפה שאפשר לתרץ את הרישא או הסיפא לא אמרינן נעשה. והרישא אפשר לומר דכתב שילם לומר לנו לפי אביי דוקא לא רצה לישבע ושילם מקנה לו כפילא, אבל נשבע ושילם לא מקנה לו הכפילא. ולרבא אתא לאשמעינן ששילם אפילו נשבע קודם לכן מקנה לו כפילא, אבל אמר הריני משלם לא, ומש"כ לא רצה לישבע הכוונה שלא רצה לעמוד בשבועתו אלא לשלם.

ואביי מוכיח את דינו מהרישא שילם ולא רצה לישבע, הא נשבע אפילו שילם לא מקנה לו כפילא, ורבא סובר שהכוונה שלא רצה לעמוד בשבועתו. ורבא הוכיח את דינו מהסיפא נשבע ולא רצה לשלם הא אם שילם מקנה לו כפילא אפילו נשבע, ואביי סובר דמהסיפא אין ראיה ולומד נשבע ולא רצה לשלם קודם

השבועה, אלא לאחר השבועה לא מקנה לו כפילא כמבואר במסכת בבא קמא וכמ"ש המהרש"א, עיי"ש.

**ח'. תניא כוותיה דר"י וכו'.**

תניא כוותיה דר"י וכו' אמר רב פפא וכו'. כתב הקצוה"ח בסימן רצ"ה ס"ק א' בשם הב"ח דאם שומר חנם אומר פשעתי אפילו שמחייבו בתשלום אינו מקנה לו את הכפל עד שיאמר הריני משלם. וכן כתוב בסוגייתנו תניא כוותיה דר"י השוכר פרה מחבירו ונגנבה ואמר הלה הריני משלם וכו' משלם תשלומי כפל לשוכר. רואים שאפילו שמחייבו בגניבה אינו מקנה לו הכפל עד שיאמר הריני משלם. ודחה זאת הקצוה"ח דשומר שכר שטוען נגנבה הוי טענת פטור ולא טענת חיוב, כמבואר בפרק הכונס, דנגנבה בלסטים מזוין ולכן דוקא באומר הריני משלם מקנה לו, אבל אם טוען טענת חיוב אפילו לא אמר הריני משלם גם כן חייב ומקנה לו הכפל. [ומרש"י משמע דהוי לשון חיוב].

והנה הריטב"א הקשה על רב פפא שאומר שומר חינם כיון שאמר פשעתי מקנה לו הכפל דאי בעי פטר נפשיה בגניבה מה הוסיף לחדש על המשנה, הרי במשנה כבר אנו לומדים שמקנה לשומר חינם כפילא.

ותירץ הקצוה"ח דלפי הנ"ל אתי שפיר דדוקא אם טוען טענה הפוטרת בעינן שיאמר הריני משלם וכמו בשוכר שטוען נגנבה בלסטים מזוין, אבל אם טוען טענה המחייבת לא בעי לומר הריני משלם, ואם כן המשנה איירי שהש"ח אומר נגנבה והוי טענה הפוטרת ולכן בעי לומר הריני משלם, ובא רב פפא לומר שאם השומר חינם טוען טענה המחייבת היינו פשעתי, מקנה לו הכפל ולא בעי לומר הריני משלם ומדוייקים היטב דברי רב פפא, עיי"ש.

**ט'. במחלוקת רב פפא ורב זביד בדין שואל.**

בדין שואל איתא בגמ' שלפי רב פפא אם אומר הריני משלם לא מקני ליה כפילא, במאי הוה ליה למפטר נפשיה במתה מחמת מלאכה, מתה מחמת מלאכה לא שכיח.

ולפי לשון ב' לרב פפא גם שואל יכול לפטור עצמו במתה מחמת מלאכה ואם אמר הריני משלם מקנה לו הכפל. ורב זביד סובר שואל שאמר הריני משלם לא מקני ליה כפילא עד שישלם הואיל וכל הנאה שלו בדיבורא לא מקני ליה כפילא.

ולכאורה יש לעיין דמאי נפקא מינה בין לשון ראשון של רב פפא לבין רב זביד, הרי גם ללשון א' של רב פפא לא מקנה ליה כפילא רק באומר הריני משלם, אבל אם ישלם קונה כפילא כמבואר ברש"י ד"ה ללישנא קמא דרב פפא. וכתבו התוס' בד"ה שואל, דהנפקא מינה ביניהם אם התנה להיות כשומר חינם, לרב פפא בלישנא קמא מקנה לו כפילא במיגו דאי בעי פטר נפשיה בגניבה ואבידה, ולרב זביד לא מקנה ליה כפילא, וכן כתב הנמוק"י.

ובתוד"ה ללישנא קמא כתבו, דלגירסת רש"י דוקא בהריני משלם לא מקנה לו כפילא אבל בשילם מקנה לו כפילא, ולכן לא קשה עליו מהברייתא של רב זביד.

אולם הר"ח לומד שללישנא קמא ודאי קשיא דכיון שהטעם הוא משום דלא שכיח אם כן מאי שנא אם אמר הריני משלם או שילם, תמיד לא קנה. ולכן גורס ללישנא קמא קשיא. וצריך להבין שיטת רש"י.

והנמוק"י כתב דבשילם לא אטרחיה לבי דינא לכן הוא מקנה לו את הכפל, עיי"ש.

והנה בעיקר הדין של שואל, הקשה הרש"ש דלכאורה היה אפשר לומר דהשואל היה פוטר עצמו בטענת בעליו עמו. ותירץ דזה נמי לא שכיח. עוד כתב דאינו מעיז לשקר בפניו שיודע שלא היה עמו.

והרי"ף גורס בדברי רב פפא ששואל אפילו שילם לא מקנה ליה כפילא. ולדבריו ודאי שהוא גורס כמו הר"ח דמהברייתא של רב זביד ודאי הוי תיובתא דקתני שילם משלם הכפל לשואל. והרי"ף פסק כמו רב זביד שאם שילם מקני ליה כפילא, עיי"ש.

**דף ל"ד ע"ב**

**י'. אמר איני משלם וחזר ואמר וכו'**

הגמ' אומרת אמר איני משלם וחזר ואמר הריני משלם הא קאמר הריני משלם. אלא אמר הריני משלם וחזר ואמר איני משלם מאי, מי אמרינן מהדר קא הדר ביה, או דילמא במילתיה קאי ודחויי הוא דקא מדחי ליה.

וכתבו התוס' בריש דבריהם בשם ר"ת דאם אמר לחבירו השבע וטול כל עוד שלא נשבע יכול לחזור בו ולומר אני אשבע ולא אשלם.

ולפ"ז גורסים במסכת בב"ב עבדי גנבת וכו' רצונך השבע וטול ונשבע עם ו' אינו יכול לחזור בו. דאם גורסים בלי ו' משמע שהוא חייב להשבע ולא יכול הנתבע לחזור בו, אבל אם גורסים עם ו' הכוונה שאם נשבע לא יכול חזור בו אבל אם לא נשבע יכול לחזור בו. ולפ"ז ספיקת הגמ' כפשוטה האם אמרינן שחוזר בו או לא.

אולם בהמשך התוס' הביאו דברי ר"ת שחזר בו וסובר דאי אפשר לחזור בו וגורסים נשבע בלי ו', והטעם שלא יכול לחזור בו דכיון שאמר לחבירו שהוא יכול להשבע הוי כלאחר גמר דין.

ולפ"ז ספיקת הגמ' היא, דודאי אם ירצה לחזור בו לא יוכל לחזור בו, אלא הוא רוצה לחזור בו ואינו יכול ומכיון שמטריחו לבי"ד הוא אינו רצה להקנות לו את הכפל, וזה הספק של הגמ' האם אמרינן שהוא רוצה לחזור בו ולהביאו לבי"ד ואפילו שהבי"ד יגידו לו שאי אפשר לחזור בו מכל מקום כיון שהטריחו לבי"ד שוב אינו רוצה להקנות לו את הכפל, או דילמא דחויי בעלמא הוא ואינו רוצה להטריחו לבי"ד ומקנה לו את הכפל, וכן פסק הרי"ף דאינו יכול לחזור בו.

**י"א. הריני משלם ומת.**

הגמ' אומרת הריני משלם ומת ולא הספיק לשלם ובניו אמרו אין אנו משלמין מאי וכו' האם הם חזרו בהם והכפל ילך למפקיד, או דילמא דחויי קא מדחי להו והכסף ילך ליורשים.

והקשו התוס' איך היורשים יקבלו את הכסף הרי הכסף מגיע להם מכח אביהם ואין אדם מוריש קנס לבניו. ונשארו בקושיה. והמהרש"א כתב דאולי אפשר לתרץ דזה גופא ספיקת הגמ' האם אמרינן שהם חזרו בהם והמפקיד יקבל את הכפל, או דילמא לא הדרי בהו וכיון שאין אדם מוריש קנס לבניו ישאר הכפל אצל גנב. ותירץ דזה ודאי אי אפשר לומר, דהרי כל הטעם שהוא מקנה לו את הכפל היות ועשה לו ניחותא, ובשלמא שהוא יקבל או בניו שפיר אבל שהכסף ישאר אצל הגנב ודאי לא אמרינן. וכן כתב המהר"ם שיף.

ובפנ"י כתב דהתוס' במרובה דף ע"ב ע"א כתבו בשם ר"י הלבן דמ"ש אין אדם מוריש קנס לבניו זה רק לגבי שבועה אבל הקנס הוא מוריש. עוד כתבו לתרץ דדוקא קנס של בתו אונס ומפותה אינו מוריש לבניו אבל שאר קנסות הוא מוריש.

והפנ"י כתב לתרץ קושית התוס' דמשכחת לה שפיר באופן שאמר האב הריני משלם והוכר הגנב ועמד בדין ונתחייב כפל, ואח"כ מת האב קודם ששילם הגנב, ובני הנפקד אומרים אין אנו משלמים, האם אמרינן שחזרו בהם והכסף ילך למפקיד, או דילמא דחויי קא מדחי ליה והם יקבלו הכסף, דלא חשיב קנס כיון שכבר עמד בדין.

עוד כתב לתרץ בשם הכסף משנה דהכא לאו מכח אביהם זכו אלא מכח התשלומין שהם שילמו והוי כאילו התנה מעיקרא לכשתשלם אתה או בניך אחריך יקנו למפרע סמוך לגנבתה.

ועיין עוד ברע"א דכתב ליישב קושית התוס' דאיירי בטוען טענת גנב לאחר מיתת האב ונתחייב כפל לבנים, כיון שהאבא אמר הריני משלם כשנאבדה.

**י"ב. שלמו בנים וכו'.**

הגמ' מסתפקת שלמו בנים והאב לא הספיק לומר הריני משלם עד שמת, האם אמרינן שהמפקיד מקנה את הכפל רק לאביהם דעבד לי ניחא דנפשאי, או דילמא לא שנא. וכן מת המפקיד ושילם השומר לבנים האם רק המפקיד מקנה כיון שעשו לו טובות אבל הבנים לא, או דילמא לא שנא.

וכתב השיטמ"ק דכל ספיקות הגמ' הם באת"ל, ומש"כ דעבד לי נייח נפשאי הכוונה במילי אחרינא ולא בשמירה דוקא, דהא הכא איירי אפילו בשואל, והרי שואל כל הנאה שלו, אלא הכוונה הנאות אחרות. ולכן כתב רש"י פעמים רבות עשה לי קורת רוח ולכן השאיל לו את הפרה.

והנה בספק של שילם לבנים, כתב המהר"ם דהספק הוא רק לפי הלישנא בתרא דמקני ליה סמוך לגניבתה, דלפי הלישנא קמא דהאבא הקנה את זה מעכשיו אם כן אין מקום לבעית הגמ' דאפילו הם אינם רוצים להקנות מכל מקום האבא כבר הקנה לו. וכתב דלפי הלישנא קמא צריך לומר שהספק הוא האם האבא מקנה לשומר את הכפל כדי שהוא יהיה בטוח בקרן אבל כדי שבניו יהיו בטוחים בקרן לא, או דילמא אפילו כדי שבניו יהיו בטוחים בקרן גם כן מקנה זאת לשומר, וכן כתב המהרש"א, ועיין במהר"ם שיף.

והנה רש"י כתב בד"ה שילם לבנים, מתו הבעלים ונגנבה ואמר השומר לבנים הריני משלם או שילם מהו.

וכתב הרשב"א דחייבים לומר שנגנבה אחר שמתו הבעלים דאם נגנבה בחיי המפקיד ושילם השומר לבניו ודאי שהוא זכה בכפל בחייו.

והקשה עליו הכסף משנה **א'.** דהרי בבעיא לעיל שלמו בנים איירי שנגנבה בחייו ומדוע לא יקנה הכפל. **ב'.** הרי הוא לא מקנה לו את הכפל עד שישלם כמ"ש לכשתרצה תשלמני.

ולכן כתב הכסף משנה דהטעם שרש"י כתב דאיירי שנגנבה לאחר מיתת הבעלים דאם נגנבה בחייו הא אין אדם מוריש קנס לבניו ואיך יזכו בזה בני המפקיד. ומש"כ בבעיא לעיל שלמו בנים דאיירי שנגנבה בחייו האב. התם הלא המפקיד מקנה את הכפל ובני השומר זוכים מבעל הפיקדון ולדידיה לא הוי קנס.

וכן כתב המהרש"א לחלק בין ב' הציורים וכתב שרק שילם לבנים איירי שנגנבה אחר מיתת הבעלים אבל שילמו בנים איירי בנגנבה קודם שמת דהתם המפקיד קיים ושפיר מקנה להו כפילא. ולכן גם כתב רש"י בשילמו בנים שלא הספיק לומר הריני משלם דאי אמר הריני משלם פשיטא שהכפל שלהם.

אמנם מלשון הרמב"ם בפרק ח' מהלכות שאלה ופקדון הלכה ה' מוכח דלא לומד כרש"י ובשילם לבנים איירי שנגנבה בחיי המפקיד אלא שלא הספיק לתבוע את השומר.

וכן הביא השיטמ"ק שיטת הראב"ד דאיירי שנגנבה בחייו ואח"כ מת האב שהיה מקנה בשעת הגניבה, אבל אם מת הבנים לא מקנים לו.

והריטב"א כתב בשם הרמב"ן דב' הבעיות איירי בין שנגנבה קודם מיתת הבעלים בין שנגנבה לאחר מיתת הבעלים.

ולכאורה יש לעיין לפי השיטות דשילם לבנים איירי שנגנבה בחיי הבעלים, קשה קושית הכסף משנה הרי אין אדם מוריש קנס לבניו. ואפשר לתרץ כמ"ש לעיל [אות י"א] בשם הפנ"י ליישב את התוס' דאיירי שעמד בדין עם הגנב מחיים ובכה"ג אדם מוריש לבניו. וכן כתב לתרץ השיטמ"ק בשם התוס' חיצוניות.

ובעיקר קושיותיו של הכסף משנה על הרשב"א תירץ בחידושי רע"א על קושיה א' דאולי דוקא בשילמו בנים אפילו נגנבה בחייו אינו מקנה להם את הכפל דדוקא לשומר דעביד ליה ניחא דנפשיה הוא מקנה את הכפל אבל כשבניו רוצים לקנותו לא, משא"כ בשילם לבניו שהשומר קונה הכפל הוא מוכן להקנותו אף כשמשלם לבניו, ולכן העמידו את זה שנגנבה לאחר מיתת הבעלים.

ועל קושיה ב' כתב לתרץ דמחמת התשלום הוא קנה את זה למפרע סמוך לגניבה. ועיין מה שהקשה על הפשט של הכסף משנה ברש"י.

**י"ג. בדין שותפין ששאלו.**

הגמ' אומרת שותפין ששאלו ושילם אחד מהן האם קונה חצי הכפל כיון ששילם כל חלקו או לא.

וכתב הרא"ש דרש"י לא בא לומר שאם השותף השני לא ישלם אז השותף הראשון פטור כיון דשילם חלקו שבשותפות, דהרי הדין הוא שאם שותף אחד לא משלם חייב לשלם השותף השני מדין ערב. אלא הספק הוא כיון ששילם כל חלקו אז הוא מקנה לו את הכפל, או דילמא כיון שחייב לשלם לחבירו אם אין לו נכסים מדין ערב הוי כשילם מחצה ולא מקנה לו את הכפל. ובנמוק"י הביא שיטות הראשונים בזה.

והנה בעיקר הדין הקשה הרע"א הרי גם כששילם מחצה לא שילם כל חלקו דכיון שהם שותפין אם כן כל פרוטה ופרוטה הוי בשותפות וכשפרע לזה החצי הך חציה גופא הוי בשותפות. ותירץ שהם שותפין רק על השור וכשהשור נגנב הם כבר לא שותפין והוי כשני בעלי חובות.

עוד כתב לתרץ דדוקא כשמלוה משותפין אז הדין שעל כל פרוטה הוי שותפות, משא"כ כשהוא מזיק דבר של שותפות בכה"ג אין שעבוד בשותפות והוי בע"ח לכל אחד בנפרד, וכן בשאלה הוי תמיד הדרא בעיניה ועכשיו שפשע בה הוי כמזיק ולא הוי שותפות.

**י"ד. בתוד"ה שאל מן האשה.**

התוס' הקשו על רש"י הרי כששואל מן האשה הוי כשואל מן הבעל וכשמחזיר לבעל הוי כמו ששילם לאשה.

ותירצו ששילם לבעל את החלק של הפירות בלבד. וזה יותר גרוע משותפין ששילם לכל שותף גם את הקרן.

וכתבו התוס' דזה דוחק דפשטות משמע ששילם לבעל את הכל ולא רק את הפירות.

ולכן תירצו התוס' דאיירי ששאלה כשהיא פנויה ומחזיר כשהיא נשואה ואז הפירות לבעל, וכ"כ שאר הראשונים.

עוד תירצו התוס' בשם הריב"ן דאיירי ששאל מן האשה ומתה ומחזיר לבעל דאולי דוקא שילם לבנים קנה כפילא משום ניחותא דאבוהון משא"כ בעל לא חייש לניחותא דאשתו.

וכתב המהר"ם לבאר המשך דברי התוס' ואפילו למ"ד דהקנין נעשה מעכשיו הרי הקנתה האשה את הכפל. זה אינו, דדוקא האבא רוצה להיות בטוח בקרן עבור השומר, אבל האשה לא חסה על בעלה ולא מקנה הכפל כדי שבעלה יהיה לו את הקרן. ועיין ברע"א מש"כ בדברי התוס'.

והנה בעיקר ספיקות הגמ' לכאורה יש לעיין הרי הגמ' לקמן בדף צ"ו ע"א מסתפקת בספיקות אלו האם קנין פירות כקנין הגוף דמי או לא. שאל מהאשה ונשאל בעלה וכו' ופשטו דהוי פלוגתא דר"י ור"ל דלפי ר' יוחנן קנין הפירות כקנין הגוף דמי ולכן מביא וקורא, ולפי ריש לקיש קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי ולכן מביא ואינו קורא, ואם כן גם פה נפשוט את הספק.

ותירץ התורת חיים דלענין שאלה בבעלים שהתורה פטרה את השואל לכן זה תלוי בקנין פירות אי כקנין הגוף דמי או לא, משא"כ הכא דהוי תקנתא דרבנן דניחא ליה להקנות הכפל כדי לזכות בקרן לא שייך זה לפלוגתא דהתם.

ולהלכה פסק הרי"ף בכל הספיקות הנ"ל דממון המוטל בספק יחלוקו, ואי תפס לא מפקינן.

והקשה הרא"ש דבשור שנגח את הפרה פסקינן כרבנן דהמוציא מחבירו עליו הראיה. ואפשר דכפל ליכא חזקה ולכן הדין הוא שחולקין. והקשה על זה הרא"ש דהרי כאן הספק אם הקנה הכפל לשומר ואם כן אוקי בהמה בהמה בחזקת בעליה ולא הקנה.

**ט"ו. בדברי רב הונא משביעין אותו שבועה שאינה ברשותו.**

הגמ' אומרת אמר רב הונא משביעין אותו שבועה שאינה ברשותו מאי טעמא חיישינן שמא עיניו נתן בה. וכתב רש"י קאי אמתני' שילם ולא רצה לישבע משביעין אותו שבועה שאינה ברשותו.

אולם הרא"ש כתב בשם הרי"ף אמר רב הונא אמר הריני משלם משביעין אותו שבועה שאינה ברשותו.

וכתב הרא"ש דאין כוונת הרי"ף שאם שילם שלא צריך לישבע דהא מלתא בלא טעמא הוא. דכל מה שקיבל התשלומין הוא כדי שלא יחזור בו, אלא בא לאשמעינן דאם אמר הריני משלם לא מקנה לו את הכפל עד שישבע שאינה ברשותו אבל אם שילם מקנה לו הכפל קודם שנשבע.

והנה הרמב"ם בפרק ו' מהלכות שאלה ופקדון הלכה א' כתב שומר חינם שאמר הריני משלם ואיני נשבע אם הפקדון דבר שכל מינו שוה ומצוי בשוק לקנותו כמותו כגון פירות או יריעות של צמר ושל פשתן השוות בכל ענינם או קורות שאינן מצויירות וכל כיוצא בהן הרי זה משלם ואינו נשבע אבל אם היה פקדון וכו' שאינו מוצא לקנותו בשוק חוששין שמא עיניו נתן בו ומשביעין אותו בתקנת חכמים וכו'. והוא הדין לשאר השומרין וכו' משביעין אותו שבועה שאינה ברשותו ואח"כ משלמין וכו'.

ודייק הריטב"א מדברי הרמב"ם דדוקא משביעין אותו ואח"כ משלמין אבל אם שילם קודם לכן אינו חיב לשלם. וכן הוא דעת הגאונים דרב הונא אמר את דינו על ר"י דדוקא אמר הריני משלם משביעין אותו אבל אם שילם אין משביעין אותו, ודלא כהרא"ש והרי"ף.

עוד הקשה הריטב"א על הרמב"ם מדוע אם זה דבר מצוי לא צריך לישבע הרי אולי נחשוש שאינו רוצה לטרוח או שזה שנמצא אצלו יותר חשוב בעיניו מזה שהוא יכול לקנותו.

עוד הקשה על קושית הגמ' מהמלוה על המשכון, לפי הרמב"ם היה אפשר לתרץ דהתם איירי במצוי לקנותו ולכן אין משביעין אותו שבועה שאינה ברשותו. ותירץ דהא לא קשיא היות וקתני סתמא. ובעיקר הדין שבועה חלקו הראשונים בזה אי הוי שבועה דאורייתא או דרבנן, ועיין בריטב"א ובשיטמ"ק מש"כ לבאר בזה.

**ט"ז. מיתיבי המלוה את חבירו על המשכון וכו'.**

מיתיבי המלוה את חבירו על המשכון וכו' מי נשבע מי שהפקדון אצלו שמא ישבע זה ויוציא הלה את הפקדון. ולמסקנא זה הולך על הדין השני סלע הלויתיך שקל היה שוה והלה אומר לא כי אלא סלע הלויתני שלשה דינרים היה שוה חייב. דלכאורה הלוה היה חייב שבועה היות והוא מודה במקצת, אבל חשו חכמים שמא יוציא המלוה את הפקדון. וכתב רש"י ויפסול את הלוה לעדות ולשבועה.

והקשו בגמ' ואי איתא לדרב הונא איך המלוה יוציא הפקדון הרי הוא נשבע שאינה ברשותו. רבה תירץ שיש עדים שנשרפה. ורב יוסף תירץ שיש עדים שנגנבה וטרח מלוה ומייתי לה. אביי אמר גזירה שמא יטעון ויאמר לו אחר שבועה מצאתיה. ורב אשי אמר ששניהם נשבעים, עיין בסוגית הגמ'.

והקשו התוס' על רש"י מדוע צריך לרחם על הלווה, אדרבה שידייק שלא יפסלנו המלוה וכי עבדינן תקנה לרמאי, ואם נאמר שמא המשכון יתקלקל ויהיה לעז על הלוה, אם כן מה הגמ' מקשה לקמן כי משתבע מלוה נמי לטרח לוה, אדרבה שיטרח, ולא מסתברשהמשכון יתייקר.

ולכן לומדים התוס' בשם הר"ח דהוי כמו שבועה לבטלה וגנאי הוא שהלוה ישבע בדבר שיוכלו לבררו אחרי כן כשיוציא המלוה הפקדון. אבל כי רמינן שבועה על המלוה הוא לא ישבע עד שלא יוכל למצאה.

ועיין בריטב"א דכתב שחשש חילול ה' הוא כשיתגלה שנשבע על שקר והמשכון שוה יותר. ולפי גירסת הר"ח כתב התוס' הרא"ש דנגרוס לקמן בקושית הגמ' לוה נמי ליטרח ולייתי. ול"ג כי משתבע מלוה נמי. וקושית הגמ' גם כשנטיל שבועה על הלוה יחפש הגנב למצוא כדי לפטור עצמו משבועה. ועיין מש"כ לבאר תירוצו של אביי לפי פרוש הר"ח.

**דף ל"ה ע"א**

**י"ז. תהא במאמינו.**

הגמ' אומרת רב הונא בר תחליפא משמיה דרבא אמר רישא דסיפא תיובתא לרב הונא וכו' מגו דמשתבע מלוה שאינה ברשותו לישתבע נמי אגלגול שבועה כמה היה שוה ולמה כתוב שפטור. ותירץ רב אשי תהא במאמינו, והטעם שלא תירצו שיש עדים שנגנבה.

כתבו התוס' הרא"ש והריטב"א דאשינויא דאביי ורב אשי קאי, וכן כתבו התוס' בסוגיין בד"ה מגו, ועיין במהרש"א.

עוד הקשו תוס' בד"ה תהא וכו' רב אשי עצמו שתירץ את הרישא שהסיפא במאמינו, מדוע לא תירץ כך את הסיפא דרישא במאמינו ולכן מעבירין את השבועה על המלוה.

ותירצו דלעיל הלוה לא רוצה להאמינו שהרי אם יאמין לו הוא לא יוכל לישבע כיון שהמלוה יכול להוציא את הפקדון, ואם לא מאמינו אז הוא נשבע שאינה ברשותו ויכול הלוה לישבע ששוה שלשה דינרים ויצטרך להחזיר רק דינר אחד, ואם המלוה ישבע יצטרך להחזיר ב' דינרים ויפסיד, לכן לא מאמינו, משא"כ ברישא דסיפא שאין כאן שבועה אינו חושש במה שמפסידו את הגלגול שבועה. ועיין בריטב"א שכתב דבסיפא דרישא סתמא דמילתא אם המלוה לא מאמין ללוה אז גם הלוה לא מאמין למלוה ומביאו לידי שבועה, משא"כ בסיפא אין שבועה כלל, עיי"ש.

והנה הגמ' מקשה ונהמניה לוה למלוה נמי בהא כמה שוה. ולכאורה יש לעיין למה שיאמין לו בשלמא אינה ברשותו שפיר שבקי המלוה בזה, אבל שווי החפץ למה שיאמין לו, ומה היתה ההו"א של הגמ'. עוד יש לעיין בקושיית הגמ' ונהמניה מלוה ללוה, מדוע שהמלוה יאמין ללוה וישלם ב' וכי בשופטני עסקינן.

וכתב הפנ"י לבאר בדרך נפלאה, שקושיית הגמ' היא כך, דהרי כאן לכאורה רואים שהלוה מאמין למלוה דאל"כ לא היה ממשכן אצלו משכון ששוה יותר מההלואה, ולכן לא רצה להשביעו שבועה שאינו ברשותו, ואם הוא מאמין לו כ"כ, אז שיאמין לו בשווי המשכון ואולי הלוה טעה, אלא מה אמרינן שהוא סובר שהוא שקרן ולכן לא מאמין לו על המשכון אם כן שלא יאמין לו גם על השבועה שאינה ברשותו דהא מאן דחשיד אממונא חשיד אשבועתא, ואם העיז לכפור בדבר שיודע היינו שווי המשכון, ודאי שיעיז לשקר בדבר שהלוה אינו יודע היינו אם ברשותו או לא.

ותירצו בגמ' דבאמת מחזיקו לנאמן אלא דלענין ממון חושב שלא קים ליה בגויה. והקשו בגמ' אם כן מדוע בדין השני היינו בסיפא דרישא הלוה חייב שבועה ואמאי הרי המלוה מאמין ללוה, שהרי היה מוכן לקבל משכון שפחות משווי ההלואה, וא"כ שיאמין לו ששווה ג' דינרים ולא יצטרך הלוה לישבע. ותירצו בגמ' שהמלוה חושב אפילו שהלוה היה כשר אבל אולי עכשיו מסלף דרכו.

ועיין ברש"ש שגם כן כתב כדרכו של הפנ"י, ולפי הפנ"י לא קשה קושיית הרש"ש שהניח בצ"ע. והדברים ראויים למי שאמרם.

**י"ח. ההוא גברא דאפקיד כיפי וכו'.**

הגמ' אומרת ההוא גברא דאפקיד כיפי גביה חברא וכו' כל לא ידענא פשיעותא הוא. וכתב בשיטמ"ק לקמן בדף מ"ב ע"א בד"ה לא ידענא דמחייב מטעם פשיעה. ובנתיה"מ סימן רצ"א ס"ק י"ד כתב דלא הוי פושע גרידא אלא חייב גם מדין מזיק, ועיין בדרכי דוד מה שתמה עליו בזה.

ובהמשך הגמ' א"ל ר"נ זיל שלים, וכשלא רצה לשלם גבה את האפנדא מיניה, לסוף אישתכח כיפי ואיקור, אמר ר"נ אהדרה כיפי למרייהו ואהדרא אפנדא למרה, והכא לא דמי למשנה שילם ולא רצה לישבע, דהכא אטרחיא לבי דינא ולא מקנה את הרווחים, ויוקרא הוי ככפל ולא כשבח וולדות דשבח וולדות ניכר בגוף הפרה, משא"כ יוקרא הוי ככפל וכן כתבו התוס'.

ובתוס' הרא"ש כתב דהכא הגמ' אזיל לפי הלישנא בתרא של רבא דהקנה לו סמוך לגניבתה, ולל"ב אין הבדל בין שבחא דממילא לבין שבחא דמעלמא. [ועיין קצוה"ח סימן רצ"ה ס"ק ב' ג'.]

והנה הגמ' מוכיחה למימרא דסבר ר"נ שומא הדר ולכן מחזירים את הכיפי ואת האפנדא למרייהו, ודוחה הגמ' שאני התם דשומא בטעות הוי דקא הוי כיפי מעיקרא. וכתבו רש"י והר"ח דסבור שאבדו הנזמים והרי לא אבדו ופקדון כל היכא דאיתיה דמריה איתיה, משמע אם אבדו שומא לא הדר.

אולם הרמב"ן וכן הרמב"ם בפרק ח' מהלכות שאלה ופקדון הלכה ג' כתבו דאפילו נגנבו גם כן הוי שומא בטעות כיון שלא חייב לו כלום שנמצאו הכיפי, ולפי רש"י והר"ח גורסים דהוו כיפי מעיקרא, ולפי הרמב"ן והרמב"ם לא גרסינן.

והנה בעיקר ראיית הגמ' ש"מ שומא הדרא, הקשה הרשב"א וכן בתוס' הרא"ש הרי כל הדין ששומא הדר זהו תקנת חכמים לטובת הלוה, והכא הרי הנפקד לא רוצה בחזרה את האפנדא כיון דהכיפי התייקרו, וא"כ לא שייך לתקן לרעתו שומא הדר, ואולי באמת שומא לא הדר וכאן יש סיבה אחרת. ותירץ הרשב"א בשם איכא דמתרץ דלומדים את זה מכ"ש דאם הכא שזה לרעתו אמרינן שומא הדר, כ"ש כשזה לטובתו אמרינן שומא הדר.

עוד תירץ שהרי הדין הוא אם התייקרו הכיפי אז הוא מחזיר את היוקר לבעלים כיון שהוא לא הקנה לו את הרווחים משום דאטרחיא לבי"ד וממילא בעל האפנדא רוצה את האפנדא בחזרה, כיון שאין שום רווח בכיפי, ובאמת אם היה רוצה את הכיפי היה צריך להחזיר לבעלים את הרווח והאפנדא היכא דקיימא קיימא. ולפ"ז ראיית הגמ' היא כך מזה שכתוב שהדרא אפנדא למריה חזינן ששומא הדר, דאם שומא לא הדר היה צריך לכתוב שהאפנדא נשאר אצל המפקיד והנפקד יתן למפקיד את הרווחים של הכיפי, אלא ראיה ששומא הדרא, וכ"כ בתוס' הרא"ש, עיי"ש.

אמנם הריטבא התקשה בדברי הרשב"א והקשה מדוע אם שומא לא הדרא צריך להחזיר לו את הרווחים בחזרה הרי זה כמכר גמור, ואם לא צריך להחזיר הרווחים שוב הדרא קושיא לדוכתא של הרשב"א שזה לרעתו. ולכן כתב הריטב"א דראיית הגמ' היא לא מזה שהמפקיד צריך להחזיר את האפנדא וכרש"י, אלא הראייה מזה שהנפקד צריך להחזיר את הכיפי למפקיד שהוא רוצה אותם בחזרה, רואים ששומא הדר.

וכתב עוד להוכיח דמהכא משמע דשומא הדר אמרינן אפילו במטלטלי דהא כיפי מטלטלי נינהו. אולם הרא"ש כתב דהדין ששומא הדר הוי דוקא בקרקעות ולא במטלטלי.

עוד כתב הריטב"א דהדין דשומא הדר הוי אפילו התייקרו אצל המלוה שהרי כאן התייקרו הכיפי ואמרינן שומא הדר. אולם הרא"ש גם בזה חולק על הריטב"א וכתב ובמקרקעי דוקא שלא השביח המלוה או שלא נתייקרו הקרקעות אבל אם נתייקרו לא מסתבר כלל שיצפה הלוה כל ימיו אם יתייקרו הקרקעות שיפדה קרקעו ואיכא נעילת דלת בפני לווין, ודלא כהמ"מ בפרק כ"ב מהלכות מלוה ולוה הלכה י"ז.

ולכאורה קשה על הרא"ש מסוגיין דמשמע שאפילו במטלטלי אמרינן שומא הדר ואפילו נתיקרו אצל המלוה.

וצריך לומר דהרא"ש לומד כרש"י שכל ראיית הגמ' ששומא הדר היא לא מהכיפי אלא מהאפנדא וזה דוקא בקרקעות ולא בנתייקרו.

ובעיקר סברת הרא"ש דבמטלטלי לא אמרינן שומא הדר כתב התומים סימן ק"ג ס"ק ט', היות ומטלטלי שכיחי למצוא לכן שומא לא הדר, משא"כ קרקעות שומא הדר. אולם הריטב"א כתב דאולי דוקא במטלטלי שקשה לקנותן כגון כיפי, אמרינן שומא הדר אבל שאר מטלטלי לא. אבל רוב הראשונים לא חילקו בין מטלטלי דשכיחי למטלטלי דלא שכיחי, והם לומדים שבמטלטלי לא אמרינן שומא הדר וכל ראיית הגמ' היא מהאפנדא כרש"י והרא"ש, אלא הריטב"א לשיטתו שלומד שראיית הגמ' מהכיפי הוצרך לחילוק זה, וכמ"ש לעיל.

**י"ט. בדין שמו לבעל חוב וכו'.**

הגמ' אומרת שמו לבע"ח ואזל איהו ושמה לבע"ח דידיה אמרינן ליה את לא עדיף מגברא דאתי מיניה.

וכתב הרא"ש אם שמו לבע"ח שני יותר מהראשון אינו חייב להחזיר אלא במחיר ששמו לו, דמשום "ועשית הישר והטוב" אינו חייב להחזיר. וכן אם שמו לראשון יותר מהשני יוכל הבע"ח השני לומר שאני רוצה את המחיר ששמו לראשון דכיון דזבינא מעליא הוא, אלא משום "ועשית הישר והטוב" אמרינן ליה למיהדר ידו על העליונה.

ובדין שמו לה לאשה ואינסיבא או ששמו מינה דאישה ואינסיבא ומתה בעל בנכסי אשתו לוקח הוי, לא מיהדר ולא מהדרינן ליה. וכתבו התוס' בד"ה לוקח, דבחלק של לא מיהדר אין נ"מ אם הוא יורש או לוקח, דאפילו הוא יורש לא מחזיר כמ"ש אורתה וכו', וכן בלוקח זבנה, ומ"ש לחלק בין לוקח ליורש זה בחלק של לא מהדרינן ליה דזה דוקא אם הוא לוקח, אבל אם הוא יורש מהדרינן ליה כיון שהבן פודה קרקע של אביו. והטעם שאמרינן שהוא לוקח דזה לרעתו של הבעל, הרי כתוב דטבא ליה עבדו ליה. תירצו התוס' דזה דוקא כשאין פסידא לאחריני, אבל כאן אם הוא יורש הוי פסידא למלוה ולכן אמרינן שהוא לוקח.

אולם הרא"ש חולק על תוס' וסובר שבלא מיהדר גם כן הוי דוקא אי הוי לוקח אבל אי הוי יורש מיהדר. ואין להקשות מהגמ' שלנו אורתה וכו', דהתם כתבה לאחד מיורשיו בחייו דומיא דזבנה ויהבה במתנה. והנמוק"י כתב דהתם הוי מתנת שכ"מ אבל בירושה דממילא הדר.

והנה השיטמ"ק הביא בשם הראשונים דלגבי דינא דבר מצרא נמי אמרינן שאם מכר או הוריש או נתן במתנה בטל הדין דבר מצרא, דכל דינא דבר מצרא הוא משום "ועשית הישר והטוב" וכמו שכאן לא שייך הדין של "ועשית הישר והטוב" אחרי שמכר וכו', ה"ה בבר מצרא לא שייך.

וכתב בשם הראב"ד לדחות ששם הראשון ירד אדעתא דארעא ואפ"ה מסתלק, משא"כ הכא הראשון ירד אדעתא דמעות והקונה אדעתא דארעא, וכן כתב בתוס' הרא"ש.

**דף ל"ה ע"ב**

**כ'. אגביה איהו בחובו.**

הגמ' אומרת אגביה איהו בחובו חלקו רב אחא ורבינא. וכתב הרא"ש וקיי"ל להלכה דכל היכא דפליגי רב אחא ורבינא הלכה כדברי המיקל הלכך לא הדרא ולא מפקינן מיד המחזיק והוי כקנין גמור.

ובדין היכא ששמו לו בי"ד הקרקע מאימת אכיל פירי. רבה אומר מכי מטיא אדרכתא לידיה. אביי אומר עדיו בחתומיו זכין לו. ורבא אומר מכי שלמו ימי אכרזתא. ובתוס' הביאו גירסא אחרת שרבא אומר מכי מטיא אדרכתא לידיה, ולא הוי סתירה ממסכת כתובות, והקדים את רבא לרבה כיון דאדרכתא הוי קודם אכרזתא.

ומה שהקדים את רבא לאביי אף שעדיו בחתומיו זכין לו הוי קודם, מכל מקום כתב את דברי רבא כדי שלא נטעה לומר שאביי מתכוון לחתימת השטר חוב, ולכן אחרי דברי רבא מבינים שכוונתו של אביי לעדי החתימה של אדרכתא.

**כ"א. במשנה השוכר פרה מחבירו וכו'**

המשנה אומרת השוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר ומתה כדרכה ישבע השוכר שמתה כדרכה והשואל ישלם לשוכר. א"ר יוסי כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו אלא תחזור פרה לבעלים.

והקשה הפנ"י מדוע המשנה נוקטת דינא בשומר שכר ושואל ולא במפקיד ונפקד שהוא שומר חינם שמסרה לשומר שכר ונגנבה וחלקו האם השומר שכר מחזיר לשומר חינם והוא נשבע לבעלים או שמחזיר לבעלים.

ותירץ דדוקא אם הבהמה מתה אז חלקו רבנן ור' יוסי אם הנפקד זוכה בזה או לא, אבל אם הבהמה נמצאת אצל הגנב ודאי שצריך להחזירה לבעלים דכל היכא דאיתיה דמריה איתיה ושם בעלים ראשונים עליה.

ולפ"ז כתב דלא יקשה מדוע במשנתינו השוכר נשבע וזוכה בפרה, ואילו במשנה בריש המפקיד קתני שאם נשבע ולא רצה לשלם הכפל הולך לבעלים הראשונים. דלכאורה הוי ק"ו אם הכפל הולך לבעלים ודאי שגוף הבהמה צריכה ללכת לבעלים.

ולפי הנ"ל אתי שפיר דהתם היות ונמצא הגנב ודאי שהבהמה שייכת לבעלים והם יכולים לתבוע את זה מהגנב, משא"כ הכא שהבהמה מתה ודאי שהבעלים לא יכולים לתבוע מהשואל את הבהמה וכל החיובים של השואל הם על השוכר. ולכן חשבה הגמ' בהו"א שהשוכר זוכה בזה על ידי שבועה.

עוד כתב לתרץ דבשלמא אצלנו אפשר להעמיד שהמשכיר נתן רשות לשוכר להשאילה, משא"כ בש"ח אם הוא קיבל רשות מהמפקיד להשכירה אם כן הוי שומר שכר, ואולי אפילו הוי שואל כיון שכאילו נותן לו רשות להשתמש בזה.

והנה התוס' הרא"ש הקשה למ"ד עד אחד פוטר בשבועה אם כן מדוע השוכר צריך לישבע הרי השואל ג"כ טוען שהיא מתה כדרכה ויש לו עד המסייע. [וכן הקשה הרא"ש בפרק א' סימן ג'].

ותירץ דהמשנה באה רק להשמיע לנו את הדין של רבנן שהשוכר נשבע ונפטר מהבעלים ודלא כר' יוסי, ואה"נ אם יש לו עד המסייע לו יהיה פטור, ולא רצו לכתוב סתמא שהשוכר פטור משבועה כיון שהשואל מסייע לו, דיש פעמים שהשואל אינו יודע אם מתה כדרכה או לא. ועיין בחידושי רע"א מש"כ לבאר בדברי הרא"ש.

ובשיטמ"ק כתב ליישב קושית הרא"ש דשמא איירי שהשואל קרוב לשוכר ולא יכול להעיד עבורו. עוד כתב לתרץ כגון שיש עסק שבועה ביניהם.

עוד כתב בהמשך דבריו היכא דלא הוי השוכר בשעה שמתה אי איכא עדים יביא עדים ואי ליכא עדים כתב הרמב"ן נשבע השוכר שאינו יודע אם מתה כדרכה או אם נגנבה ויפטר, והו"ל כאומר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע אם הלויתני שהוא פטור.

אולם הראב"ד סובר דאי ליכא עדים ואינו יכול לישבע משלם השוכר דהו"ל כאומר איני יודע אם פרעתיך ומתוך שאינו יכול לישבע משלם.

והרע"א הסתפק בדין שואל בבעלים והשאיל לאחר ומתה דהראשון פטור משבועה אי נימא דהראשון קנה והשני משלם לשואל אפילו לר"י דהכא לא יכול לומר לו דל אנת וכו' כיון שאינו מחויב שבועה או נימא דלא קנה, ונשאר לדינא בצריך עיון.

והקשה הריטב"א מדוע השוכר נשבע רק שמתה הרי הוא צריך לישבע גם שהשואל לא שלח בה יד, וסברא הוא שהשואל נכנס תחתיו של השוכר ואם לא נשבע יהא חייב השוכר כאילו הוא עצמו פשע בה.

ותירץ דבשלמא פשיעה כיון שנאבדה הבהמה בפשיעה חייב בה השומר הראשון כיון שמסרה לאדם לא אחראי, אבל שליחות יד למה שיתחייב השומר הראשון בשליחות יד של השני הרי זה כמו שאחד אומר לחבירו צא וגזול שהמשלח פטור מדין אשלד"ע.

**כ"ב. בקושית רב אידי בר אבין לאביי.**

הגמ' מקשה אמר ליה רב אידי בר אבין לאביי מכדי שוכר במאי קני להאי פרה בשבועה, ונימא ליה משכיר לשוכר דל אנת ודל שבועתך ואנא משתעינא דינא בהדי שואל. א"ל מי סברת שוכר בשבועה הוא דקני לה, משעת מיתה הוא דקני לה ושבועה כדי להפיס דעתו של בעה"ב. ובספר קהילות יעקב סימן ל"ג הקשה דמהגמ' לקמן פרק השואל משמע דלרבנן השואל הוא שומר של השוכר ולא של המשכיר, ולכן אם השוכר היה עם השואל נפטר השואל מדין שמירה בבעלים, ולפי ר"י השואל הוא שומר של הבעלים. ולפ"ז קשה מה הגמ' מקשה כאן לרבנן ונימא ליה וכו' וכי איך יוכל לגבות המשכיר מהשוכר שהוא כלל לא שומר שלו, ואפילו מדין שעבודא דר"נ הרי השוכר יכול לומר אני כן רוצה לישבע וכי יכול המשכיר לומר לו אל תשבע ואני אגבה ממונך.

וכתב לתרץ דאה"נ גם רבנן מודים לר"י שכל מה שהיה חייב השומר הראשון לבעלים כגון פשיעה וגניבה ואבידה חייב גם השומר השני לבעלים, אלא הם סוברים שאם השומר הראשון היה שוכר והשני שואל, אז החיובים החדשים היינו אונסים חייב השואל רק לשוכר ולא לבעלים, וזה דוקא כשהשוכר נשבע שנאנסה אבל אם השוכר לא נשבע שנאנסה א"כ כמו שהשוכר חייב למשכיר כן השואל יתחייב לבעלים הראשונים, דכל החיובים שהיו לשוכר בהתחלה חלים על השואל לשלם לבעלים, ולכן אומר המשכיר לשוכר דל אנת ודל שבועתך והשואל ישלם לי על האונס.

והנה התוס' כתבו שהמחלוקת של רבנן ור' יוסי הוא בסברות של ההו"א והמסקנא של הגמ', דרבנן סברי שהשואל קונה את זה במיתה, ור' יוסי סובר שקונה את זה משעת שבועה ולכן המשכיר אומר לו דל אנת וכו' ואפילו אם יש עדים יכול לומר לו אני פוטרך מהבאת עדים. ועיין בקה"י שמבאר את מחלוקתם לפי מש"כ לעיל. והוסיפו התוס' בסוף דבריהם שאם המשכיר עצמו היה שם בשעה שמתה ביד השואל ר' יוסי מודה לרבנן דהתם ודאי קני לה במיתה גרידא, כיון דאין השוכר צריך לישבע ולהביא עדים כלל.

אולם השיטמ"ק כתב בשם הרשב"א והר"ן, וכן הוא דעת הרמב"ם בפרק א' מהלכות שכירות דלא נראה להם הטעם של תוס' דמהגמ' משמע שאביי אומר מי סברת שוכר בשבועה הוא דקני לה וכו' שזה אליבא דכו"ע, וכל השבועה אינה אלא להפיס דעתו של הבעה"ב אפילו לר' יוסי. אלא טעמו של ר' יוסי שהשואל נכנס תחת השוכר והוי שומר של הבעלים. ובשם התוס' שאנץ כתב דהשוכר הוי שלוחו של בעה"ב, וכ"כ בתוס' הרא"ש ואפילו אם המשכיר יהיה בשעת מיתה יתחייב השואל למשכיר.

והנה הגמ' אומרת א"ר זירא פעמים שבעלים משלמים כמה פרות לשוכר וכו'. וכתב רש"י לפי דברי משנתינו. והקשה הפנ"י הרי זה יכול להיות רק אליבא דרבנן אבל לר' יוסי שתמיד מחזירה לבעלים לא שייך דינו של ר' זירא, ואנן קיי"ל כר' יוסי, ואם כן יש להקשות על הני אמוראי דסברי לכאורה כרבן ולא כר' יוסי, ומדוע אנן פסקינן כר' יוסי.

וכתב הפנ"י דלפי התוס' יש אופן שזה יכול ללכת כר' יוסי כשהמשכיר היה בשעת מיתת הבהמה דאז הוא מודה לרבנן דישלם לשוכר אולם לשאר ראשונים דפליגי על תוס' הדרא קושיא לדוכתא. וכתב הרא"ש בסוגיין דנפקא מינה לר' יוסי באופן שהמשכיר אומר לשוכר אם תרצה תשאילנה ויהיה דינך עם השואל ודיני עמך כאילו לא יצאה מרשותך.

**כ"ג. א"ר זירא וכו'.**

הגמ' אומרת א"ר זירא וכו', וכתב רש"י בד"ה כיצד אגרה מיניה וכו' אם מתה אצל שואל הרי שוכר פטור בשבועה והשואל משלם לשוכר.

והקשה הפנ"י ולא ידענא שבועה זו מה טיבה כיון שמתה אצל השואל גופא. ונשאר בקושיה.

ובמהר"ם שיף כתב שצריך לגרוס פטור משבועה. דהא בבית השואל מתה. אלא שכתב בהמשך דבריו דצריך השואל לישבע שמתה כדרכה ולא נגבה או נאבדה, דאולי איירי שהשואל לא יודע ממה מתה, או אפילו אם השואל יגיד שנגנבה או נאבדה והשוכר ישבע שמתה כדרכה הוא יהיה פטור.

ובהמשך דברי רש"י כתב שאם ראובן שכר משמעון פרה למאה יום, ושמעון השאילה מראובן צ' יום, ושמעון שכרה מראובן לפ' יום, אם מתה אצל ראובן הוא היה פטור בשבועה. ושמעון צריך לשלם לו פרה אחת ששאל ממנו והוא חייב באונסים ופרה אחת לעשרה ימים להשלים את המאה יום.

ולכאורה יש לעיין מדוע לא יצטרך לתת לו עוד פרה להשלים את הפ' יום של השכירות האחרונה.

ותירץ המהרש"א דאיירי דאמר לו פרה זו ולכן את השמונים יום לא צריך להשלים היות וזה נמצא אצל השוכר, משא"כ להשלים את העשרה ימים חייב להשלים היות וזה היה אצל השואל וחייב להשלים אפילו כשאומר פרה זו.

ובקרני ראם הקשה עליו מדוע צריך להשלים את העשרה ימים כשזה היה אצל השואל כשאומר לו פרה זו. ועוד דהריטב"א כתב דאיירי בפרה סתם, עיי"ש. ועיין עוד במהר"ם שיף וברש"ש מש"כ בדברי המהרש"א. וכן ברע"א.

**כ"ד. בתוד"ה אגרה וכו'.**

כתבו התוס' אבל אי שיילוה ק' יום לא יתחייב לו רק אחת של שאלה. ובתוס' לקמן כתבו הוי מצי למימר אגרה צ' יום אלא לפי שבשאלה הוצרך לפחות פוחת גם בשכירות. ועוי"ל דאי אגרה כל צ' יום היינו כל ימי שאלה הוי כאילו שנתן לו מעות כדי לבטל השאלה ואי הדר שייליה פ' יום לא יתחייב לו רק אחת דשאלה ודשכירות כ' יום. ועיין במהר"ם, ובמהר"ם שיף.

והוסיפו התוס' וכן י"ל ברישא דאי שייליה ק' יום בימי השכירות כאילו ביטל השכירות ולא יתחייב כלום ודלא כמ"ש לעיל, [בתוס' הקודם].

ובמשנה שהשוכר הוא הבעלים של השואל איירי או שהוא לא שאל כל ימי השכירות, ואפילו אם כן שאל כל ימי השכירות אפשר לומר כיון שהיא באחריות השוכר אם השאילה בבעלים כשנגנבה ואז השואל פטור והשוכר חייב ולכן נקראת על שמו והוי בעלים, משא"כ בברייתא אם שאלה לק' יום השוכר פטור מכל דבר, וטעם החילוק עיין במהר"ם שיף.

**דף ל"ו ע"א**

**כ"ה. פעמים ששניהם בחטאת וכו'.**

הגמ' אומרת פעמים ששניהם בחטאת וכו' ששוכר בחטאת ושואל באשם כגון שמתה כדרכה ואמרו מתה מחמת מלאכה שוכר דבין כך ובין כך מיפטר פטור, שואל דמחייב במתה כדרכה ורוצה לפטור עצמו במתה מחמת מלאכה חייב.

והקשה הגרע"א לגבי מי הוא כפר, אם לגבי המשכיר הרי ודאי הוא אינו יכול לתבוע כיון שהשוכר נשבע לו, ואם לגבי השוכר הרי הוא עצמו נשבע שמתה מחמת מלאכה ומדוע הוי כופר.

ותירץ דבהתחלה תבעו הבעלים את השואל וכשנשבע שמתה תבעו את השוכר מדין את מהימנת ואם השואל לא היה נשבע והיה מודה שמתה כדרכה היו הבעלים אומרים לשוכר אל תישבע והשואל היה משלם להם, ואם כן יוצא שהוא מפסיד לבעלים בשבועתו.

ודחה את זה דהרי אחר שהשוכר נשבע איגלאי מילתא למפרע דלא הוי כפירת ממון אצל השואל, והניח בצ"ע.

והמהר"ם שיף כתב בדין שניהם באשם דאיירי שנשבע קודם השואל ואח"כ השוכר סומך על שבועתו, דאל"כ לאחר שנשבע השוכר לא חייב השואל שבועה. ועיין בתוס' הרא"ש שתירץ שהכא איירי שאחד מהם אמר מתה מחמת מלאכה והגמ' מסבירה מה יהיה דינו של כל אחד כשנשבע לבד.

ובדין שניהם בחטאת הקשה הריטב"א דאיכא כפירת ממון דבמתה כדרכה הנבילה והעור לבעלים ובנאנסה לא. ותירץ דאיירי שאין הנבילה שוה כלום, או שנפלה בנהר, או שנאנסה והרגו הלסטים ושיקח את הנבילה.

**כ"ו. בדין שומר שמסר לשומר.**

איתמר שומר שמסר לשומר רב אמר פטור ור' יוחנן אמר חייב, ואמר אביי לרב שאומר פטור לא מיבעיא שומר חינם שמסר לשומר שכר דעלויי עלייה לשמירתו, אלא אפילו שומר שכר שמסר לשומר חינם דגרועי גרעה לשמירתו נמי פטור, מאי טעמא דהא מסרה לבן דעת.

וכתב התוס' הרא"ש דמש"כ בגמ' עילויי עלייה לשמירתו אין הכוונה דשומר שכר חייב בגניבה ואבידה, דאם כן מה שייך לומר גרועי גרעה לשמירתו, הרי אם שומר שכר מסר לשומר חינם ונגנבה או נאבדה חייב השומר הראשון לשלם, וכמ"ש רש"י דאינו נפטר אלא ממה שהיה נפטר אם הוא היה שומרה.

אלא הכוונה ששומר שכר שמירתו טובה יותר משומר חינם. וכן כתבו התוס' במסכת בב"ק דף י"א ע"ב בד"ה דעלויי וכו', וכן כתב הנמוק"י.

ובדברי ר' יוחנן חלקו אביי ורבא, אביי סובר אפילו שומר חינם שמסר לשומר שכר נמי חייב משום דאמר ליה אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר. ורבא סובר [בע"ב] דטעמו של ר' יוחנן משום דאמר ליה את מיהמנת לי בשבועה והאיך לא נאמן לי בשבועה. והנפקא מינה יהיה היכא שהשומר הראשון יכול לישבע, או שיש עדים בדבר, לפי רבא יהיה פטור ולאביי יהיה חייב.

וכתב הרא"ש דמדברי הרי"ף משמע שלא מספיק שיש עדים שנאנסה אלא צריך עדים גם כן שלא שלח בה יד ושמר עליה כראוי. יוצא דלפי אביי הטעם של אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר מחייב משום תחילתו בפשיעה וסופו באונס וחייב. ולהלכה פוסק הרא"ש כרבא ולא חשיב הכא תחילתו בפשיעה היות ומסרה לבן דעת. וכן הרי"ף פוסק כרבא. והדין של תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב הוי דוקא בצריפי דאורבנא, דאם היה שומר בקרקע ולא פושע לגבי נורא אולי לא היה נגנב משא"כ הכא מלאך המות מה לי הכא מה לי התם.

והנה בדין אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר חלקו הראשונים. הריטב"א כתב בשם ה"ר אחא משבחא ז"ל דכל המשנה מדעתו של בעה"ב נקרא גזלן.

ובתוס' כאן כתבו דאי אפשר לומר כן דאם כן מה הקשה אביי על רבא לימא ליה ר' אמי לר' אבא בר ממל מלאך המות מה לי הכא מה לי התם, הרי אם שינה מדעתו של בעה"ב הוא צריך להיות חייב בכל האונסים שיבואו, ולכן הגמ' היתה צריכה לתרץ שנתנו לו רשות. ולכן כתבו התוס' דטעם דבר של אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר הוא משום שכאילו הבעלים התנו עם השומר שאם ישנה דעתו יחשב לפושע, אם נוכל לתלות שהאונסין לא היו קורים אילו לא היה מוסרה לאחר, ולכן אם מסרה לשומר אחר יכול לומר שבבית השומר השני יש הבל יותר מהראשון ולכן חייב. ורבא חולק על סברא זו וסובר דמלאך המות מה לי הכא מה לי התם, ואפילו למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, הוי דוקא אם הגיע האונס מחמת הפשיעה כמו בצריפא דאורבני, אבל אם האונס היה מגיע אפילו בלי הפשיעה כגון שלא נעל בפניה כראוי ומתה שנעילת הדלת לא היתה מונעת את מיתת הבהמה בכה"ג פטור. ומש"כ התוס' בסוף דבריהם ואפילו למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור הכא לאביי חייב, כתב הבית אהרן לבאר דהתם לא ברור שלא יהיה אונס בקרקע והוי ספק אונס ולכן פטור, משא"כ בבהמה אגלאי מילתא למפרע שאותו מקום היה מסוכן לה ולכן חייב. והתוס' לא חילקו כרש"י בע"ב ד"ה אלא אפילו וכו', ועיין במהרש"א.

והנה בדינו של רבא את מיהמנת לי בשבועה האיך לא מיהמן לי בשבועה, חלקו הראשונים והאחרונים בטעם הדבר. הרא"ש כתב בפרק א' סימן ג' שהטעם הוא מתוך שאינו יכול לישבע משלם, וכן כתב שם הרמב"ן במלחמת ה'.

והקצוה"ח בסימן ש"מ כתב דהטעם הוא דהיות ושבועת השני אינו מברר את הדין אם כן הוי כאילו שהשומר הראשון אומר איני יודע אם פרעתי.

אולם הנתיה"מ בסימן ש"א ס"ק ב' כתב דהטעם הוא דכל זמן דלא הוכח בברור שהפקדון נאבד מחזקינן ליה שהוא עדיין נמצא אצל השומר ומעכבו בגזילה ולכן הוא חייב מדין מזיק. והכוונה של את מיהמנת לי בשבועה האיך לא נאמן לי בשבועה הוא מדין מזיק.

וכן כתב הכסף משנה בפרק א' מהלכת שכירות הלכה ד'. ועיין בקהילות יעקב סימן ל"ז מה שפלפל בדברי מפרשים אלו.

**כ"ז. אמר רב חסדא הא דרב וכו'.**

אמר רב חסדא הא דרב לאו בפירוש איתמר אלא מכללא דהנהו גינאי וכו', ולא היא שאני התם דכל יומא נמי אינהו גופייהו גבה דההיא דסבתא הוו מפקדי להו, ואם כן אולי רב סובר שומר שמסר לשומר חייב אבל היכא שרגיל למסור לשומר אחר פטור.

וכתב הרמב"ם בפרק א' מהלכות שכירות הלכה ד' לפיכך אם היה דרך הבעלים להפקיד תמיד דבר זה אצל השומר השני הרי זה השומר הראשון פטור מלשלם וכו', והוא שלא ימעט שמירתו וכו'.

וכתב הכסף משנה בשם מהר"י ווייל דדוקא שמאמינו תמיד וכדברי הרמב"ם אבל אם האמינו לפרקים לא.

אולם הכסף משנה חולק על זה וסובר דמש"כ הרמב"ם תמיד כי זה לשון הגמ', דהנהו גינאי דכל יומא וכו'. עוד כתב שבא לאפוקי אם הפקידו בשעת חירום דלא מהני, אבל בסתמא אפילו אינו תדיר גם כן פטור, עיי"ש.

והנה הרמב"ם הוסיף דזה דוקא כשלא מיעט בשמירתו אבל אם שומר שכר מסר לשומר חינם או שואל לשומר שכר פושע הוא ומשלם, ואם הביא הדשומר השני ראיה שהיא מתה כדרכה אפילו השומר הראשון שומר שכר והשני שומר חינם פטור השומר הראשון.

והקשה המשנה למלך מדוע השומר השני צריך להביא ראיה שמתה כדרכה הרי כאן מדובר שהבעלים רגילים להפקיד אצלו ולא שייך לומר את מיהמנת לי בשבועה והאיך לא מיהמן לי בשבועה, ואם כן שישבע השומר השני.

וכתב המשנה למלך דאה"נ אם השומר השני ישבע מהני אלא שלא ירצה לישבע שנאנסה אלא שלא פשע בה.

והנה הקצוה"ח בסימן רצ"א ס"ק י"ב כתב ליישב קושית המשנה למלך דודאי אם שומר חייב שבועה שנאנסה לא יכול אדם אחר לבא ולישבע במקומו שנאנסה, דדוקא שבועת השומרין פוטרת אותו, ולכן אם השומר שכר מסר לשומר שכר דגם השני צריך לישבע שבועת השומרין אם כן יכול בשבועה זו לפטור את השומר הראשון כיון שכבר נשבעו כאן שבועת השומרין, משא"כ אם מסר לשומר חינם שהוא פטור מלישבע שנאנסה אלא רק צריך לישבע שלא פשע בה אם כן אם ישבע השומר חינם שנאנסה לא הוי שבועת השומרין ולא יכול בשבועתו לפטור את השומר הראשון, ולכן כתב הרמב"ם דצריך להביא עדים שנאנסה, וכן כתב לתרץ הרע"א.

ובחידושי הגר"ח הלוי בפרק א' מהלכות שכירות הלכה ד' כתב בתחילת דבריו לתרץ כתירוצם של הקצוה"ח והרע"א, אלא שדחה דמלשון הרמב"ם משמע שהוא פושע בזה שמיעט שמירת החפץ, ולפי הנ"ל היה הרמב"ם צריך לומר פשט אחר דלא הוי שבועת השומרין.

ולכן כתב ליישב את הרמב"ם דמבואר במסכת בב"ק דף ק"ח דאם בעה"ב מסר שורו לשני בני אדם ונגנב שניהם חייבים לישבע שנגנב ואין אחד פוטר את השני. אולם בשומר שמסר לשומר לא חייב שבועה רק השומר השני דהוא עומד במקומו של השומר הראשון. וכל זה שייך רק כשהשומר השני הוא כמו השומר הראשון אבל אם השומר הראשון הוא שומר שכר והשומר השני הוא שומר חינם אם כן הוי כשני שומרים של בעה"ב, דהרי הראשון פשע בזה שמסר לשומר שפחות ממנו והוי כמו שני שומרין, ולכן אין השומר הראשון נפטר בשבועתו של השומר השני. ועיין מש"כ בזה בקה"י סימן ל"ו.

והנה הרמב"ם פוסק להלכה כמו רבא ששומר שמסר לשומר חייב מדין את מיהמנת לי בשבועה האיך לא מיהמן לי בשבועה. ולפ"ז אי איכא עדים שהשומר השני שמר כדרך השומרים ונאנס פטור השומר הראשון כיון דאין כאן חיוב שבועה. והוא הדין אם השומר הראשון יכול לישבע, כמבואר בתוס', וכן כתב המגיד משנה.

והקשה הלחם משנה מדוע אם יש עדים הוא פטור הרי תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב. וכאן הוי תחילתו בפשיעה אולי לא יהיה לו עדים וסופו שהיו לו עדים.

ותירץ דזה שמסר לשומר אחר לא הוי תחילתו בפשיעה כיון שלא מיעט בשמירתו. והקשה דהרמב"ם כתב בהלכה ה' דאם מיעט בשמירתו והוא פושע והביא עדים לפטור את השומר הראשון פטור אף דהוי תחילתו בפשיעה וסופו באונס דאולי לא יביא עדים וכאן זה הוי תחילתו בפשיעה שמיעט בשמירה.

וכתב הלחם משנה דאי האונס הוי מתה אתי שפיר דמלאך המות מה לי הכא מה לי התם ולא הוי פשיעה. עוד כתב לתרץ דתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב רק אם האונס הגיע מחמת הפשיעה כגון צריפא דאורבני דאילו היה שומרם בקרקע ומצילם מהנורא אולי לא היה נגנב והפשיעה הוא מחמת האונס, אבל הכא גם אם המפקיד היה נותן לשוכר כסף והיה נאנס היה פטור אם כן אין האונס מחמת הפשיעה.

והקה"י בסימן ל"ה כתב ליישב את קושית הלחם משנה דשומר שכר שלא שומר מגניבה ואבידה הוי פשיעה גמורה אבל זה אינו נחשב לאבוד לגמרי, ורק פשיעה שאינה שמורה אפילו שמירה פחותה חשיב החפץ כאבוד לגמרי. והדין של תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב הוי רק כשאינו שומר אפילו שמירה פחותה דנחשב כאבוד, משא"כ אם מסר לשומר אחר אין את הדין של תחילתו בפשיעה וסופו באונס. ומש"כ הרמב"ם שומר שכר שמסר לשומר חינם דהוא פושע, הכוונה רק לגבי מה שמיעט משמירתו אבל לגבי שמירה פחותה שגם השני חייב עליה ושומר בחריקאו לא פשע. ולכן אם הביא עדים שאומרים שיעידו שהשומר הראשון פטור מהני ולא הוי תחילתו בפשיעה וסופו באונס ופטור.

**כ"ח. איתיביה ר' אבא בר ממל וכו'.**

הגמ' מקשה איתיביה ר' אבא בר ממל וכו' ואם איתא לימא ליה אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר.

ולכאורה היה אפשר לתרץ דהתם איירי שמסר לאשתו ובניו שהבעלים יודעים שהשומר מוסר להם. וצ"ל דלאשתו ובניו יכול למסור רק לשמירה בעלמא ולא להשתמש בזה. ואפילו אם יש להם רשות להשתמש בזה הם כמו השומר ולא הוי כשואל על הבהמה ומסר לאדם אחר.

ולכאורה יש לעיין דאולי איירי שמסר לאדם שהבעה"ב רגיל למסור להם. ובספר כוס ישועות כתב לתרץ דמהגמ' משמע דרק השוכר נשבע ולא השואל ואם זה אדם שהבעה"ב רגיל להשאיל להם והוא נאמן על הבעה"ב מדוע שלא ישבע השואל, אלא ודאי איירי באדם שאין הבעה"ב רגיל להשאיל להם.

ולכאורה יש לעיין לתירוץ הגמ' דנתנו לו הבעלים רשות להשאיל מדוע הקשתה הגמ' אי הכי לבעלים בעי שלומי, שהגמ' תקשה שהשואל ישבע.

ויש שתירצו שהשוכר חייב לישבע שמתה כדרכה דשמא קודם שמסרה לשואל פשע בה ומחמת פשיעה זו מתה בבית השואל. עוד תירצו שהשבועה כדי להפיס דעתו של המשכיר.

והרש"ש הקשה עוד הרי אין המשכיר יכול להשאיל את הבהמה ללא רשותו של השוכר ואם כן הגמ' היתה צריכה לשאול שיחלקו ביניהם.

ותירץ שהשאיל לכל ימי השכירות וממילא פקע השכירות לגמרי ולא חייב השוכר בשמירתה, ועל זה תירצה הגמ' לדעתך של השוכר והחיובים של השוכר נשארו.

**כ"ט. מתיב רמי בר חמא וכו'.**

הגמ' מקשה מתיב רמי בר חמא המפקיד מעות וכו' ונעל בפניהם כראוי. לפי גירסת הרא"ש והרי"ף או נעל בפניהם שלא כראוי וזה הולך על המעות, עיין לקמן דף מ"ב ע"א. וגירסת רש"י ונעל בפניהם זה קאי על בניו הקטנים. ובתו"ח הקשה מדוע הגמ' לא הקשתה טעמא דלא נעל כראוי הא נעל כראוי פטור, ואמאי לימא וכו'. ותירץ דנעל כראוי הוי כלא מסר לידם וכמונח בקופסא.

**דף ל"ו ע"ב**

**ל'. כל המפקיד על דעת אשתו וכו'.**

הגמ' אומרת כל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד, דיקא נמי דקתני וכו' מכלל דלאחרים לא שנא גדולים ולא שנא קטנים. והקשו התוס' דקשה לרב הסובר שומר שמסר לשומר פטור. ותירצו דנקט התנא בניו להשמיע לנו שאפילו הם בניו בקטנים חייב.

עוד תירצו שבניו הגדולים מותר לכתחילה. ובספר נחלת ישראל כתב דכל המחלוקת של רב ור"י הוי באונס שלא מחמת הפשיעה, אבל אם מחמת הפשיעה גם רב מודה שחייב, ולכן באחרים גדולים חייב אם בא מחמת הפשיעה, ובבנו גדול פטור.

**ל"א. פשע בה ויצאה לאגם.**

אתמר פשע בה ויצאה לאגם אביי אומר חייב ורבא אומר פטור. וחלקו הראשונים בדברי אביי. שיטת התוס' בע"א דוקא אם יצאה לאגם חייב אבל אם הוליכה לאגם פטור, ודוקא שהאונס הגיע מחמת הפשיעה חייב הא לאו הכי פטור, ומש"כ הבלא דאגמא קטלא זה רק למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב.

אולם הרי"ף לומד דכל מה שהגמ' אומרת הבלא דאגמא קטלא זה רק למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור, אבל למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב אפילו אם האונס אינו מחמת הפשיעה גם כן חייב. וכ"כ המאירי, והוסיף דלאביי אפילו הוליכה לאגם חייב. וכ"כ התוס' הרא"ש דלאביי באונס שלא מחמת הפשיעה חייב.

ולקמן מבואר דמודה אביי היכא דהדרה לבי מרה ומתה דפטור. מאי טעמא דהא הדרה לה.

וכתב הריטב"א בשם הראב"ד דכוונת הגמ' שהשומר פשע והיא יצאה וחזרה לבית הבעלים ומשם יצאה לאגם ומתה כדרכה, ולכן פטור היות ושומר אינו צריך דעת בעלים אלא רק גנב וגזלן, והיות וחזרה לבית הבעלים כלתה לו שמירתו.

והריטב"א דחה את דבריו דהרי לדעת רוב הפוסקים גם שומר צריך דעת בעלים. ולכן הביא את הפשט של הרי"ף שהשומר החזירה לבית הבעלים ואח"כ מתה ופטור דנסתלק מן הפשיעה, ולא אמרינן הבלא דאגמא קטלה והשומר פטור.

**ל"ב. העלה לראשי צוקין וכו'.**

מתיב רמי בר חמא העלה לראשי צוקין וכו' ואמאי לימא אוירא דהר קטלא וקשה על אביי. ותירצו בגמ' הב"ע שהעלה למרעה שמן וטוב. וכתבו התוס' דהשתא לא הוי פשיעה בהעלאה.

וכתב המהר"ם להסביר דבעינן ב' דברים גם שתחילתו תהיה על ידי פשיעה וגם צריך שהאונס יהיה מחמת הפשיעה. ולכאורה קשה מה הרווחנו שהעלה למרעה שמן וטוב הרי התוס' כתבו לעיל שגם במקום כזה שייך הבלא דאגמא קטלה.

ועל זה תירצו התוס' דמכל מקום תחילתו בפשיעה לא הוי ולכן פטור. והקשו בגמ' אי הכי נפלה נמי, ותירצו שהיה לו לתקפה ולא תקפה. והקשו אי הכי עלתה לראשי צוקין וכו' ועיין בביאור הגמ' במהר"ם ובמהרש"א.

**ל"ז ע"א**

**ל"ג. בדברי המשנה.**

המשנה מביאה מחלוקת בין רבנן לר"י בדין שנים שהפקידו אצל אחד זה מנה וזה מאתים זה אומר שלי מאתים וזה אומר שלי מאתים נותן לזה מנה ולזה מנה והשאר יהא מונח עד שיבא אליהו. ר' יוסי אומר אם כן מה הפסיד הרמאי, אלא הכל יהא מונח עד שיבא אליהו, וכן בב' כלים וכמו שיתבאר לקמן. והקשו בגמ' אלמא מספיקא מפקינן ממונא לפי ת"ק ולא אמרינן אוקי ממונא בחזקת מריה. ורמינהו שנים שהפקידו וכו' רואים שלת"ק המנה השלישי יהא מונח, ומדוע כתוב ברישא אמר לשנים גזלתי לאחד מכם מנה ואיני יודע איזה הוא נותן לזה מנה ולזה מנה. ותירצו בגמ' דדוקא בגזל קנסוהו רבנן משא"כ בפקדון יהא מונח. והקשו בגמ' מפקדון על פקדון, אמר רבא רישא נעשה כמי שהפקידו לו בשני כריכות דהוה ליה למידק, סיפא נעשה כמי שהפקידו לו בכרך אחד וכו'. והקשו בגמ' מגזל על גזל, ותירצו דאם בא לצאת ידי שמים נותן לכל אחד ואחד, אבל מצד הדין מניח גזילה ביניהם ומסתלק.

והקשה הריטב"א מדוע בגזל נקטה המשנה גזלתי לאחד מכם, ואילו בפקדון כתוב או אביו של אחד מכם.

ותירץ היות והגמ' בע"ב אומרת דמתני' בשמא ושמא לכן נקט אביכם דהם הוי בריא. אבל בגזילה אפילו גזל מהם איכא למימר דנתיאשו הבעלים מהם ושכחום.

עוד הקשה הריטב"א מדוע בסיפא נותן מנה לזה ומנה לזה והשאר יהא מונח עד שיבא אליהו, מאי שנא מחמשין ידענא וחמשין לא ידענא דאמרינן מתוך דאינו יכול לישבע משלם, הכא נמי שישלם מאתים לכל אחד.

ותירץ היות ושניהם מודים שלא הפקידו אצלו יותר משלש מאות והויכוח אינו אלא ביניהם ושניהם מודים לנפקד שאינו חייב אלא מנה אחד לשניהם לכן פטור.

וברמב"ן כתב לתרץ דדוקא כשהוא מעכב אצלו את הכסף אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם אבל כאן שמוציא מכיסו כל מה שחייב אין כאן דין שבועה כלל כיון דמודה בחיובו הוא. ועיין ברשב"א מה שהקשה על תירוצו של הרמב"ן.

והנה בתירוץ הגמ' מגזל על פקדון לכאורה יש לעיין, מנין הגמ' לוקחת דקושית הגמ' היתה מגזל על פקדון, אולי אה"נ גם בהו"א הגמ' הקשתה מפקדון על פקדון.

ותירץ הפנ"י דהגמ' הבינה בהו"א שאי אפשר לשאול מפקדון על פקדון, דהיה אפשר לתרץ דבסיפא בפקדון שכל אחד אומר אני הפקדתי מאתים אם כן יש בודאי אחד רמאי, ולכן אמרו שיהא מונח. משא"כ ברישא שהם לא יודעים כיון שאביהם הפקיד אם כן אין בודאי רמאי ולא שייך לקנסם ולכן נותן לכל אחד מנה. ולכן הקשו מגזילה דשם מסתמא כל אחד יודע שגזלו אותו ואיכא רמאי ואמאי נותן לכל אחד מנה, ועל זה תירצו דבגזל דעבד איסורא קנסוהו רבנן.

**ל"ד. בתוד"ה גזל מחמשה.**

כתבו התוס' שהמחלוקת של ר"ט ור"ע בגזל אחד מחמשה ואינו יודע איזה מהן גזל, דהדין הוא דלר"ט מניח ביניהם ומסתלק, ולר"ע לא זו הדרך מוציאתו מידי עבירה אלא עד שישלם גזילה לכל אחד ואחד, אינו קשור למחלוקת של רב הונא ור"י לקמן בדף צ"ו ע"ב בברי ושמא. אולם הרי"ף לומד שמחלוקת ר"ט ור"ע תלוי במחלוקת רב הונא ור"י ודלא כתוס'. ולהלכה הרי"ף פוסק כמו ר"ע. וכן פסק הרמב"ם בפרק ד' מהלכות גזילה ואבידה הלכה ט'. והטעם דפסקינן כר"ע היות ועבד איסורא לכך קנסינן ליה. אבל בלוקח מודה ר"ע לר"ט שמניח דמי המקח ביניהם ומסזתלק. ועיין בלחם משנה פרק ה' מהלכות שאלה ופקדון הלכה ד' מש"כ לבאר בדברי הרי"ף והתוס'.

**ל"ה. בתוד"ה התם דקא תבעי וכו'.**

כתבו התוס' דלפי מסקנת הגמ' לא צריך להגיע לתירוץ של הגמ' לחלק בין ב' כריכות לכרך אחד, אלא ברישא איירי לצאת ידי שמים ולכן נותן מנה לכל אחד ואחד ובסיפא דקא תבעי ליה ולכן יהא מונח.

וכתב המהרש"א לבאר דבשלמא בתירוצו של רבא לא משמע שחזר בו מהחילוק שבין גזל לפיקדון ואפשר לומר שאם בפקדון במקום שהוי ליה למידק היינו בב' כריכות נותן מנה לכל אחד, כ"ש בגזל דקנסינן ליה ויתן לכל אחד ואחד. ולכן לא כתוב אצל רבא "אלא". אבל למסקנת הגמ' שחילקו בין בא לצאת ידי שמים או לא, אם כן לא צריך להגיע לתירוצו של רבא וכן לא צריך להגיע לחילוק של פקדון וגזל, אלא ברישא כולו איירי בבא לצאת ידי שמים ובסיפא לא. אלא דמכל מקום כתבו התוס' דמהגמ' לקמן בע"ב משמע שלא חזרו מתירוץ זה. ולכן כתבו התוס' דאה"נ כל המשנה איירי לצאת ידי שמים, ולכן ברישא דהוה ליה למידק לכן נותן לזה מנה ולזה מנה, משא"כ בסיפא דלא הוי ליה למידק אז אפילו לצאת ידי שמים לא צריך. ולר"ט נקט אביו ברישא לומר לנו דאפילו בשמא ושמא צריך לצאת ידי שמים.

וברא"ש כתב דבאחד מכם אפילו לצאת ידי שמים לא צריך כיון דהוי ליה למידק, ולר"ע נקט אביו לומר לנו דבשמא ושמא אינו חייב אלא כדי לצאת ידי שמים. יוצא דלר"ע אי הוי ליה למידק חייב מדינא רק היכא דהוי ברי ושמא, אבל בשמא ושמא אינו אלא כדי לצאת ידי שמים, והיכא דלא הוי ליה למידק אפילו בברי ושמא לא בעי אפילו לצאת ידי שמים.

והנה מדברי המהרש"א יוצא היות והגמ' לא חזרה בה מתירוצו של רבא, הוא הדין נשאר החילוק שבין גזל לפקדון. ולכאורה קשה לפ"ז מה הגמ' מקשה בע"ב מגזל על נפל בית, הרי יש חילוק בין גזל דעביד איסורא לבין בית דלא עביד איסורא. והמהרש"א כתב בהמשך דבריו דהוא הדין היה אפשר לומר תירוץ זה, אלא הגמ' לא אסיק אדעתיה לחלק חילוק זה.

אולם המהר"ם מכח קושיה זו חולק על המהרש"א וסובר שאפילו הגמ' נשארה בחילוק של רבא, מכל מקום בחילוק בין גזל לפקדון חזרה הגמ' בה. והריטב"א גם כן הקשה קושית המהר"ם וכתב לתרץ בשם ה"ר אשר דהא חזינן שלפי ר"ע מפקינן ממונא אפילו היכא דלא עבד איסורא גבי ההוא עובדא דחסיד שלקח מאחד מחמשה שר"ע אומר אין לך תקנה עד שתשלם לכל אחד ואחד, ואפילו למ"ד דלא נחלקו במקח הגמ' רוצה להשמיע לנו חידוש גדול יותר דאפילו במקום דעבד איסורא בשמא ושמא לא קנסינן ליה. ועיין בפנ"י דכתב לצדד דהגמ' נשארת בחילוק בים פקדון לגזל.

והנה התוס' הקשו בסוף דבריהם מדוע במעשה בחסיד אחד ר"ט אמר לו הנח

דמי מקחך ביניהם וכי לא היה צריך לצאת ידי שמים. ותירצו דר"ט אמר לו דכך הדין.

ובתוס' במסכת בב"ק תירצו דר"ט לא היה מחייב לצאת ידי שמים רק בגזל ולא בפקדון, דבפקדון ומקח לא עביד איסורא.

והקשה המהרש"א הרי ברישא כתוב מפורש דגם בפקדון נותן מנה לכל אחד ואחד כדי לצאת ידי שמים.

ותירץ דשם התוס' סוברים שהרישא של גזילה אתיא כר"ט והדין של פקדון אתיא כר"ע, משא"כ התוס' כאן סברי דהכל אזיל כר"ט ולכן לא תירצו תירוצם שם.

**ל"ו. במתני' בדברי רבנן.**

המשנה אומרת דלפי רבנן נותן לזה מנה ולזה מנה והשאר יהא מונח עד שיבא אליהו. והיכן יהא מונח. וכתב רש"י בע"ב ד"ה אמר רב ספרא דמניח בידו עד שיבא אליהו. ובתוס' במסכת בב"ק דף ק"ג ע"א ד"ה אבל, כתבו דמניח בבי"ד עד שיבא אליהו. וברמב"ם בפרק ה' מהלכות שאלה ופקדון הלכה ד' כתב כרש"י והשאר יהא מונח אצלו עד לעולם.

ובתירוצו של רבא רישא נעשה כמי שהפקידו לו בשני כריכות דהוה ליה למידק סיפא נעשה כמי שהפקידו אצלו בכרך אחד, חלקו בזה הראשונים, לרש"י

לומד שאפילו הפקידו כל אחד בכריכה אחרת מכל מקום היות והביאו את זה ביחד ולא הקפידו נעשה ככרך אחד, וכן כתב הר"ח.

אולם הרשב"א הביא דעת הגאונים שלומדים דדוקא בכרך אחד.

ועיין ברמב"ם פרק ה' מהלכות שאלה ופקדון הלכה ד' דכתב כשיטת הגאונים דדוקא בכרך אחד פטור מלשלם לכל אחד מאתים אבל אם כל אחד הכניס את כספו לחוד חייב לתת לכל אחד מאתים דהרי הוא פושע שהיה לו לכתוב על כל אחד, וכן כתב הלחם משנה.

**דף ל"ז ע"ב**

**ל"ז. בדין גזל מחמשה.**

הגמ' אומרת אחד שגזל מחמשה ואינו יודע איזה מהן גזל זה אומר אותי גזל וזה אומר אותי גזל, מדובר לפי מ"ד אחד שהוא צווח ולפי מ"ד אחד שהוא שותק, והנ"מ ביניהם דלמ"ד שהוא צווח אבל אם הוא שותק יצטרך לשלם לכל אחד ואחד, ולפי המ"ד שהוא שותק מניח גזילה ביניהם ומסתלק.

והקשו בגמ' איך מניח גזילה ביניהם ומסתלק ושקלי לה לכולהו, והאמר רבי אבא בר זבדא אמר רב כל ספק הינוח לא יטול ואם נטל לא יחזיר. אמר רב ספרא ויניח. היינו שהוא מסתלק מן הדין ומניח הגזילה.

והקשה המהרש"א מדוע הגמ' לא הקשתה מהמשנה שלנו שכתוב שהמנה השלישי מניח עד שיבא אליהו, ומדוע לר"ט מניח גזילה ביניהם ומסתלק.

ותירץ דמהמשנה לא קשיא דכיון דבהיתרא אתא לידיה ואינהו הוה להו למידק לכן יהא מונח אצלו, משא"כ הכא דבאיסורא אתא לידיה ובכל אופן כתוב שמניח גזילה ביניהם, לכן הקשו מרב שאומר שאם נטל ובאיסורא אתא לידיה וכתוב שלא יחזיר. ועל זה תירצה הגמ' דאה"נ מש"כ מסתלק הכוונה מן הדין, ומניח גזילה בידו או ביד בי"ד. וכן כתב הריטב"א.

והנה מרש"י משמע דקושית הגמ' למה הגזלן מוציאה מידו הרי הוא מפסיד את הנגזל. אולם הראב"ד כתב דקושית הגמ' היא איך הם מתחלקים בגזילה הרי בשעתו היה להניח כדי שיבא לידיו של הנגזל הבעה"ב ולא לידי כולם. וכן משמע לשון הגמ' ושקלי להו כולהו ואזלי, משמע שהקושיה היא עליהם למה מתחלקים בגזילה.

ובעיקר הדין דיניח, כתב רש"י דיניח בידו של הגזלן, וכמ"ש לעיל [אות ל"ו] גבי פקדון שהמנה השלישי יהיה מונח אצל הנפקד. אולם השיטמ"ק כתב בשם הראב"ד שכולם יניחוהו בבי"ד עד שיודו לאחד מהן. וכן כתב הרמב"ם בפרק כ' מהלכות מכירה הלכה ב' שאם לקח מאחד מחמשה ואינו יודע ממי, מניח דמי המקח ביניהם ומסתלק ויהיו הדמים מונחים עד שיודו או עד שיבא אליהו. אף דכתבנו לעיל [אות ל"ו] דהרמב"ם סובר כרש"י שיהא מונח בידו, שאני גזילה ומקח מפקדון, דבפקדון הם הניחו את הפקדון אצלו והאמינו לו, משא"כ בגזילה צריך להוציאה מתחת ידו, וכן במקח. אולם רש"י סובר דבין בפקדון ובין בגזילה יהא מונח בידו וכמ"ש לעיל.

**ל"ח. ומי אמר רבא וכו'.**

הגמ' מקשה ומי אמר רבא כל בשתי כריכות הוה ליה למידק והאמר רבא הכל מודים בשנים שהפקידו אצל רועה שמניח רועה ביניהם ומסתלק. ועיין ברש"י ותוס' מש"כ בזה.

והריטב"א הביא שיטת הראב"ד שלומד שהכא איירי שרק אחד הפקיד ושני אנשים רבים וכל אחד אומר אני הפקדתי. ומש"כ שנים שהפקידו היינו אחד מהשנים הפקיד. והא ודאי הוי כשתי כריכות והו"ל למידק.

ורש"י בבכורות דף י"ח ע"ב ד"ה לשנים שהפקידו, כתב ששנים הפקידו אצל רועה ובהמה אחת מתה והויכוח של מי מתה עיי"ש.

ובתירוץ הגמ' התם כשהפקידו אצל הרועה שלא מדעתו, כתבו התוס' לאו דוקא שלא מדעתו אלא שלא בראייתו של רועה דהשתא לא הוה ליה למידק, דאי שלא מדעתו ממש ודאי שלא חייב להם כלום ומניח ביניהם ומסתלק.

ובעיקר הדין שמניח רועה ביניהם ומסתלק, הקשה הריטב"א מדוע לא נגיד שיהא מונח כמו במנה שלישי דאמרינן יהא מונח עד שיבא אליהו הוא הדין הכא.

ותירץ דבהמה נפיש טירחא ואפילו למכור ושהדמים יהיו אצלו גם כן הוי טירחא, ולכן הרועה מניח ביניהם ומסתלק.

**ל"ט. וכן שני כלים וכו'.**

כתב רש"י לפי ת"ק נותן את הקטן לאחד מהם ומתוך הגדול נותן דמי הקטן לשני והשאר יהא מונח עד שיבא אליהו. והכוונה שנותן לשני שהוא שובר את הכלי. אולם הנמוק"י כתב דאין הכוונה שהוא שובר את הכלי, אלא ימכרנו ודמי קטן יתן מתוך הגדול.

וזה ברור דגם לפי רש"י איירי באופן דאחר שהוא ישבור את הכלי ראוי הוא לשימוש ואינו מאבדו דאל"כ למה יפסיד את כל הכלי. אלא שכאן סובר רש"י דיש יתרון בשבירת הכלי שיוכל הבעל הבית להביא ראיה שהכלי שייך לו, אבל אם ימכרו את הכלי לא יוכל הבעה"ב להביא ראיה.

והנה הגמ' אומרת מדוע כתבו את מחלוקת ת"ק ור"י גם במעות וגם בכלי, דאי אשמעינן הך קמייתא בההיא קאמרי רבנן משום דליכא פסידא, אבל הכא דאיכא פסידא דגדול אימא מודו לרבנן, ובשלמא לרש"י שצריך לשוברו שפיר הוי פסידא, אולם לפי הנמוק"י קשה מהו הפסידא. וברשב"א כתב דהפסידא הוא היות והכלי לא נמצא אצלו ולא יוכל להשתמש בו.

והרמב"ם בפרק ה' מהלכות שאלה הלכה ד' כתב כמו הנמוק"י שמוכרים את הכלי. וכתב הלחם משנה לבאר את שיטת הרמב"ם כמ"ש לעיל שהפסידא הוא שאולי לא ימצא כלי אחר כמותו, עיי"ש.

-----------------------------