

דף לד

'נעשה כאומר לו, לכשתגנב ותרצה ותשלמני הרי פרתי קנויה לך מעכשיו... סמוך לגניבתה' — ואין לדון כאן בשאלת 'ברירה' — שכבר כתב הרמב"ן (בגטין כה) שהמחלוקת בדין 'ברירה' אמורה רק כשהדבר עצמו שעליו חלים הדינים, אינו מבורר, שמה הוא זה שמה אינו זה אלא אחר, כגון: כתב גט לאשה שתצא ראשונה מן הפתח; 'שני לוגין שאני עתיד להפריש'; 'אם בא חכם מכאן — עירובי למזרח, ואם לאו — למערב', אבל בדבר אחד שהוא עצמו מבורר אלא שמותנה בתנאי, אפילו תנאי עתידי שאינו מבורר כעת — מועיל.

ואולם לפי הלשון השניה, שמקנה לו הבהמה סמוך לגניבתה, יש לשאול הלא אותה שעה אינה מבוררת כעת איווהי, ודומה זה ל'שעה אחת קודם מיתתי' (ע' מהרש"א בגטין שם), ויש מקום לדון על כך בשאלת 'ברירה'.

וצריך לומר לדעת האומרים אין ברירה, כמו שכתב המהרש"א כאן [ודלא כרש"י], שאינו מקנה לו כעת על העתיד, לאותה שעה הסמוכה לגניבה, אלא נעשה כאומר לו סמוך לגניבתו, והרי זה ככל תנאים דעלמא (עפ"י רעק"א ג:).

ובחזון איש (דמאי טו, ג) כתב: 'היה נראה מתוך זה דלא אמרינן 'אין ברירה' לענין קניית ממון, וכל תנאי שבממון — קיים, אפילו תנאי שיש בו משום ברירה'.

וע' בספר זכר יצחק (ח"א לא ד"ה ובמק"א), שכתב שדברי רש"י בגטין (שם), שתנאי עתידי שאינו בידו ואינו ידוע הרי הוא נכנס בגדר 'ברירה' [וקשה על כך מסוגיתנו, כנ"ל], אמורים רק בגט שיש דין מיוחד של 'רצון' הבעל, אבל במקח וממכר אין זה אלא כתנאי בעלמא.

'נעשה כאומר לו... דקיימא באגם' — יש לשאול: כיון שאומדין את דעתו של המפקיד שחפץ להקנות לשומר את הכפל אם ימצא הגנב, כדי שישלם לו את הקרן, והרי ודאי לאו כולי עלמא דינא גמירי, לדעת פרטי דיני הקנינים מתי וכיצד הם חלים ומתי אינם חלים, אלא די לנו באומדנא כללית שחפץ להקנות לו את הכפל באופן המועיל, אם מעכשו, אם בסמוך לגניבה. [וע' בנתיבות המשפט קצו, ג על תוקפה של אומדנא כגון זו בקנינים, הגם שאין כאן 'דעת' בפועל]. ואם כן, מדוע כשעומדת באגם אינו קונה, ואין אומרים דעתו להקנות בסמוך ליציאתה לאגם. או דעתו להקנות מעתה חוץ מוולדותיה, כדברי ר' זירא, והלא מה אכפת לו כיצד יחול הקנין, ובלבד שיחול?

ויש לומר, כיון שברוב המקרים אין אדם חושב כלל בעת מסירת פקדון, על הקנאת הכפל לכשייגנב וירצה לשלם — אין כאן הקנאה ממשית מצידו, אלא שחכמים הם שתקנו וקבעו [על סמך סתם דעתו של אדם, אילו היו שואלים אותו] גדר קנין זה (ע' בלשון הרשב"א רע"ב), וממילא כל אדם בעת הפקדתו, על דעת הוראת ההלכה שיוורו החכמים הוא מפקיד, וכאילו אמר במפורש את כל הדינים והתנאים שנקבעו בהלכה. וכיון שאמדו חכמים דעתו של אדם בדרך כלל, שרוצה להקנות סמוך לגניבה (לפי האיכא דאמרי'), לכך קבעו לדון כאילו אמר לו כן בפירוש. ועל כן, אם היתה באגם באותה שעה — לא מועיל. שאין אנו דנים על כל מקרה פרטי מה היתה דעתו אילו ידע, אלא קבעו חכמים את גדר הקנין על פי דעת האדם באופן כללי. [ומה ששאלו המפרשים, הרי ישנם לשונות ואופנים מסוימים שיועילו גם כשהיא באגם — כוונתם להקשות מדוע חכמים לא תקנו שכאילו אמר לשונות אלו].

'איכא בינייהו קושיא דרבי זירא' — נראה הכוונה לומר ש'איכא בינייהו' לדינא; לפי לישנא קמא צריכים אנו לומר ששבח שמגופה לא הקנה, אם כן גם גיזות וולדות שלאחר גניבה לא קנה. אולם ללישנא בתרא אין מחלקין בין שבח לשבח, שלא שייר כלום בקנינו, הלכך קנה השומר את הגיזות

שלאחר גניבה (רעק"א). ומחלוקת היא בין הראשונים — ע' רמב"ם (שאלה ה,א) ובמ"מ שם; רי"ד ורא"ש; חו"מ רצה,ב).

'כיון שאמר פשעתי מקנה ליה כפילא, דאי בעי פטר נפשיה...' — לדעת הרמב"ן, אם יש עדים שפשע [או בשומר שכר — שנגנבה ואבדה], כיון שאינו יכול לפטור עצמו — אינו מקנה לו הכפל. [ובזה פרש מדוע שנינו במשנתנו 'שהרי אמרו שומר חנם נשבע ויוצא' והלא הדין כן אף בשומר שכר שחייב בגניבה, הואיל והיה יכול לשקר ולהיפטר בטענת אונס — אלא רצה התנא להשמיענו שאפילו שומר חנם שעשה לו טובה, אינו קונה הכפל אלא באופן שיכול להיפטר, ולא כשיש עדים שפשע].

והרשב"א חולק וסובר שמראש הוא מקנה לו אם ישלם ולא יטריחנו לב"ד, ומה שאמרו כאן 'דאי בעי פטר...' — זהו טעם לעיקר הדבר, שלכך מקנה. אך אין חילוק בין מקרה למקרה, אלא מקנה לו בכל אופן. לאפוקי שואל שהוא חייב ברוב המקרים — אינו מקנה לו.

(ע"ב) 'וחזר ואמר איני משלם, מאי...' — שיטת התוס' הרא"ש והרמב"ן ועוד ראשונים [וכן דייקו מלשון הרי"ף], שכיון שכבר אמר בבית-דין 'הריני משלם', שוב אין יכול לחזור בו [עכ"פ כאשר פסקו לעסוק באותו ענין. ער"ן]. ואף על פי כן הפסיד את הכפל, מפני שמסרב לשלם ומטריחו, ובאופן זה אין המפקיד חפץ להקנות לו אותו. וכתבו הראשונים (ערמב"ן ורשב"א) שאילו היה הדין שיכול לחזור, לא היה מקנה את הכפל בדיבור בעלמא, שהרי אינו סמוך בדעתו, כי שמא יחזור ולא ישלם. ועוד, אילו יכול לחזור בו, מדוע אנו מסופקים לומר כשאומר 'איני משלם' שאינו חוזר אלא מדההו, ולמה לא נקבל דבריו כפשטם — אלא משמע שאין יכול לחזור בו (עפ"י רמב"ן). ובשלחן ערוך (חו"מ כג,ג) פסק [עפ"י ד' הרמב"ם]. וכן נקט רבנו תם בתחילה אלא שנתשובה חזר בו. וע"ע בשו"ת רשב"ש ש[ח], שכל עוד לא קנו מידו ולא נגמר הדין — יכול לחזור בו.

'אמר הריני משלם ומת, ואמרו בניו אין אנו משלמין, מאי... שלמו בנים מאי...' — המהרי"ק (מובא בקצות החשן סט סק"ז) הוכיח מכאן שאדם שנתחייב שבועה בבית-דין, ומת קודם שנשבע — יורשיו פטורים, שהרי משמע כאן שהבנים יכולים לחזור מדברי אביהם שאמר 'הריני משלם', כל שכן כאשר לא נתרצה לשלם אלא להשבע.

והקצוה"ח (שם) כתב שדין זה שנוי במחלוקת הראשונים. ואת הראיה מסוגיתנו כתב לדחות, שאף אם לפי האמת אין היורשים יכולים לחזור, אך כיון שבאים לחזור שוב אינו מקנה להם הכפל, וכמו שנסתפקו בגמרא כשהוא עצמו חזר ואמר 'איני משלם' שאינו מקנה הכפל, הגם שאין יכול לחזור (לשיטת התוס' והרא"ש. ואולם לפירוש הראשון שצדדו בתוס', מוכח שיכולים לחזור — חזו"א חו"מ ה,יז. וע"ש עוד). אדרבה, כתב, מוכח מכאן שאין יכולים לחזור, שאם כן, ודאי אינו מקנה להם את הכפל שהרי אין עליהם חיוב שבועה, ודומה זה לשומר שיש עדים שנאנסה שפסק בשו"ע (רצה) שאינו קונה הכפל. וראייתו צריכה עיון, שהרי נסתפקו בגמרא כששילמו בנים לפני שהספיק לתבוע את אביהם [כמוש"כ הרא"ש], והלא היורשים ודאי פטורים מלשלם — אלא נראה שביורשים הוא מקנה להם הכפל הגם שפטורים, ואין זה דומה לאופן שיש עדים שנאנסה, מפני שהיורשים אין פטורם מוחלט, שאפשר שאביהם פשע ופעמים שיתברר הדבר, הלכך כששילמו ולא רצו לירד לדין — יש מקום לומר שמקנה להם (חזון איש חו"מ ה,יז).

וע' בספר אמת ליעקב, שתלה שאלה זו, אם מן הדין היורשים חייבים, במחלוקת הרמב"ן והרשב"א.

'תיקן' — ע' לעיל ו: בהערת הגר"א נבנצל שליט"א אודות מחלוקת הר"ף והרא"ש כיצד לפסוק ב'תיקן' לענין תשלום הכפל. (וע"ע או"ש ואבי עזרי — סוף הל' שאלה; חדושי הגר"ח הלוי — מכירה כג,ג).

'אמר רב הונא: משביעין אותו שבועה שאינה ברשותו' — ובין אם אמר לשלם ולא שילם, בין אם שילם בפועל, לעולם אינו נפטר מן השבועה שאינה ברשותו. ואין קבלת התשלומין מורה על מחילת השבועה. אלא שאם אמר ולא שילם, אינו מקנה לו את הכפל עד שנשבע שאינה ברשותו (רא"ש וטור חו"מ רצה).

והב"ח (שם) דייק מהר"ף ומהרמב"ם שדוקא ב'אמר' צריך לישבע שאינה ברשותו, אבל אם שילם הרי זה כמי שמחל על שבועתו, שאילו היה נחשד בעיניו, לא היה מקבל התשלומין מידו. והש"ך חלק על כך, ודעתו שאין הראשונים חולקים בזה על הרא"ש. וכן פסק להלכה, דלא כהב"ח. ועל מה שכתב הרא"ש שאינו מקנה לו הכפל עד שישבע — הבית-יוסף והש"ך (שם) חולקים.

— כתב הרמב"ם (שאלה ו,א) שחייב שבועה שאינה ברשותו קיים רק בדבר שאין כמותו מצוי בשוק לקנות, אבל דבר המצוי בשוק וכל מינו שוה לו — אין לחשדו בכך ואינו נשבע. — 'החילוק הזה שכתב רבנו, אע"פ שלא נתבאר בגמרא, נראה נכון, דודאי כל זמן שהדבר מינו שוה, למה יחשד הלה שיתן דמיו ויקח הדבר שלא ברשות בעליו' (לשון המ"מ שם, וכן פסק בשו"ע רצה,א. וע"ש סי' עב סעיף טו).

א. הא דפריך מברייתא דהמלוה על המשכון — כי משמע שבכל משכון תקנו כן שישבע המלוה ולא הלוה, גם כשאינו מצוי כמותו בשוק, לכך פריך אם איתא לד"ה, שהמלוה נשבע שאינה ברשותו, היכי מצי מפיק לה.
ב. מדברי הרמב"ם הללו, הוכיח הגר"א הרצוג (ב'פסקים וכתבים' — חו"מ צט) ששומר משלם כפי שיווי החפץ בשוק ולא לפי הערך שבעל החפץ היה מוכרו אילו היה נצרך למעות, שאם תאמר כן א"כ גם בחפץ המצוי בשוק נצטרך להשיבוע שאינה ברשותו, שמא עיניו נתן בו ואם יקנהו בשוק יצטרך לשלם יותר ממה שמשלם עתה. ועל כרחק ששומת התשלומין לפי השיווי שבשוק. 'וכך הסברא נותנת'.

בגדר שבועה זו, אם כשנשבע לסקר הוויא שבועת ביטוי או שבועת הפקדון — ע' במובא לעיל ה: מהגר"א נבנצל שליט"א.

'מי נשבע? מי שהפקדון אצלו, שמא ישבע זה ויציא הלה את הפקדון' — פרש רש"י: תקנו כדי שלא יפסלנו לעדות ולשבועה. ותמהו בתוס': וכי עושים תקנה לרמאי, אדרבה, מוטב שידקדק בדבריו יותר, ואם אכן יתברר שקרו, הרי הוא באמת רשע ופסול?
והסבירו בתוספות משום שגנאי להשבע במקום שהדבר מתברר אחר כך, כשיוציא את פקדונו. ויש לפרש דברי רש"י, שיתכן מפני שהוא בהול על ממונו, טועה וחושב שהמשכון שוה יותר, וגם סובר שהמשכון אבד והמלוה כבר לא ימצאנו ולא יתברר לעולם, ולפיכך הוא נשבע בקלות דעתו ולא משום שמרמה ביודעין. כיון שכך, חסו חכמים עליו והעבירו ממנו את השבועה והטילוה על המלוה.

[ובזה מתיישב כיצד — לפי שיטת רש"י — משביעים את המודה במקצת כאשר שנים תובעים

אותו, והלא ודאי יש לחוש שיפסלוהו אח"כ לעדות ולשבועה (שהרי לכמה שיטות הינם נאמנים להעיד אח"כ) — אלא שם שונה, כיון שיודע שיכולים להכחישו ואעפ"כ נשבע — מניחין אותו להשבע] (עפ"י מנחת שלמה סו"ס פד. ויסוד הפירוש מבואר ברשב"א ובריטב"א).

ומובן בזה מדוע [לפרש"י] אין יכול הלווה לומר כיון שתקנו חכמים לטובתי, שלא אפסל, לא ניחא לי בתקנת חכמים — דלא דמי לכל שאר תקנ"ח שלטובתו, כי כאן חששו שעושה כן מתוך פזיזות ולא בדעת שלמה, הלכך לא אדון הוא בדבר זה.

ואולם לפי מסקנת רב אשי שהנידון הוא רק על מי שנשבע תחילה, אין הכרח לומר ששונה משאר תקנות חכמים שתקנו לטובתו, ואם אכן מאמינו שאינה ברשותו ואינו חפץ להשביעו — הלווה נשבע לבדו. וכן מבואר בראשונים בסמוך.

דף לה

'שיש עדים שנשרפה. אי הכי מהיכא מיייתי לה?' — וכוונת רבא היתה שזיהו את הפקדון על פי סימנים, אך אפשר שאינו אותו פקדון. ויש מפרשים שהחל המשכון להשרף, וכבר בטל החשש שמא עיניו נתן בו, הלכך אין מקום לשבועת אינה ברשותו, אבל עדיין אפשר לשער את שוויו על פי החלק שלא שלטה בו האור (עפ"י ריטב"א, חתם סופר).

'אביי אומר: גזירה שמא יטעון ויאמר לו אחר שבועה מצאתיה' — ואם תאמר, אם אתה חושש שנשבע לשקר שאינה ברשותו, הלא לפי אותו צד אין לך להשביעו כלל, ואם כן מדוע תקנו שבועה למלוה במקום הלווה?

ואפשר שאין כוונת אביי שנשבע לשקר אלא חוששים שמא באמת אינו יודע איפה הוא, ולא יחזור אחריו כלאות ויישבע שאינו יודע אם הוא ברשותו, ולאחר זמן יחפש ויוציא את הפקדון. (וכן משמע קצת מדברי הריטב"א).

'כל לא ידענא פשיעותא היא' — ע' בראשית ד, ט' לא ידעתי השמר אחי אנכי', דמשמע דאי הוה שומר, שפיר מחייב על לא ידעתי (הערת הגר"א נבנצל שליט"א. וכ"כ הגר"ח קניבסקי שליט"א בספרו 'טעמא דקרא').

— כתב בספר נתיבות המשפט (רצא סק"ד): אין חיובו מדיני שומרים, משום פשיעה [גרידא], שאם כן היה לו להפטר כשבעליו עמו, ואין הדין כן [והוכיח זאת] — אלא חיובו מדין 'מזיק', שאפילו לא היה כלל שומר, מאחר ולקח חפץ חבירו והטמינו, אפילו על מנת לשמרו לחבירו, ועל ידי מעשיו בחפץ הפסיד לבעלים, שהניחו במקום שאי אפשר למצאו — מזיק גמור הוא. (וע"ע בענין זה בנתי"מ רלב סק"י; שא סק"ב, ובמש"כ בב"ק כ).

בספר בית ישי (צב, הערה ב) פקפק על סברא זו, וגם הביא מאחרונים שתמהו מסוגיתנו שמשמע שמדין פשיעה נגעו בה, כי אם חיובו משום 'מזיק', מה ענין זה אצל משנתנו, לדין 'שילם' ולא רצה להשבע.

ולכאורה י"ל שדעתו של המפקיד להקנות הכפל לשומר בכל גווני שמשלם, מה לו אם משלם מדין 'שומר' או מדין 'מזיק'. וע"ע בחזו"א (חו"מ ה, ו יח יט) על סברת 'כל לא ידענא...' — אי ידיעת השומר מחייבתו, גם כאשר המפקיד מאמינו

ששגגותיהם נעשות להם כזדונות, שהיה להם ליתן לב בטעמי משנתם שיבררו להם העיקר ולא יורו הלכה מתוך משנתם. ולבית יעקב חטאתם — אלו עמי הארץ שזדונות נעשות להם כשגגות. וכדברי רבי יהודה: הוי זהיר בתלמוד ששגגת תלמוד עולה זדון]. עזבו הכל את המשנה והלכו אחר גמרא. חזר ודרש להם: לעולם הוי רץ למשנה יותר מן הגמרא (שירא פן ישתכחו המשניות ויחליפו שמות החכמים והאסור והמותר).

פירש רבנו תם, בכל מקום שאמרו 'בימי רבי נשנית משנה זו' — לדורו בלבד אמר ותיקן ולא לדורות הבאים (מובא בתוס' ב"ק צד:).

פרק שלישי

דפים לג — לד

עה. המפקיד אצל חברו בהמה או כלים ונגנבו, ונמצא הגנב —

א. מי זכאי בתשלומי כפל ובתשלומי ארבעה וחמשה?

ב. למי שייכים הגיזות והולדות [ושאר סוגי השבת?]

ג. כיצד הדין בשוכר ובשואל?

א. המפקיד אצל חברו פקדון, בין בחנם בין בשכר, ונגנב; אם שילם לו השומר ולא רצה להישבע ולהיפטר, או אפילו רק אמר (בבית דין. ר"ן) לשלם ולא שילם (רבי יוחנן, ותניא כוותיה), [ואפילו בתחילה לא רצה לשלם ואחר כך אמר הריני משלם], ונמצא הגנב — משלם תשלומי כפל ותשלומי ד' וה' לשומר, שכך אמדו דעתו של המפקיד, להקנות לו את הכפל אם ירצה לשלם. ואין הפרש אם טוען טענת אונס ורוצה לשלם, או מודה שפשע — הואיל והיה יכול לטעון טענת פטור ולהשבע, לכך קונה הכפל. לא רצה השומר לשלם ונמצא הגנב — משלם לבעל הפקדון.

א. היו עדים שפשע, ושילם מיד ולא הטריחו לבית דין — לדברי הרמב"ן והריטב"א לא קנה

הכפל, שהרי לא יכול היה להיפטר. ואין כן דעת הרשב"א.

היו עדים שנאנס [או בשומר חנם, שנגנב שלא בפשיעה], ואעפ"כ שילם השומר — כתב הרשב"א (וכן הביאו מהירושלמי): לא קנה הכפל מעיקרא, כי לא העלה המפקיד בדעתו ולא הקנה לו אלא כשאין מטריחו לבית דין, ולא באופן שפטור לגמרי. והריטב"א חולק וסובר שקנה.

ב. הטריח השומר את הבעלים לעמוד בדין; אם גבו ממנו בית דין בעל כרחו — לא קנה הכפל (לה. ובתוס'). ואם נשבע ונפטר ואחר כך שילם — מחלוקת אביי ורבא (בב"ק קח) והלכה כרבא שזכה השומר בכפל. אלא שבאופן זה לא קנה עד ששילם בפועל, לא באמירה לבד (תוס').

ג. הרא"ש כתב שאין המפקיד מקנה את הכפל עד שישבע השומר שבועה שאינה ברשותו (כדלהלן) או עד שישלם. ויש חולקים. (עבי' וש"ך חו"מ רצה).

ד. יש צד גדול לומר שלא קנה השומר כשהדבר לחובתו, שהרי לא תקנו אלא לטובתו, הלכך

אם רוצה לשלם ואינו רוצה לקנות הפקדון אפשר שלא קנה (ע' חדושי ר' שלמה היימן — 'כתבים ותשובות' יא).

לפי לשון אחת בדברי רבא, אם בשעת הגניבה היתה הפרה המופקדת עומדת באגם — לא זכה השומר בכפל, כי הקנין שמקנה לו המפקיד לשומר אינו חל אלא סמוך לגניבה והרי באותה שעה לא היתה ברשותו. ואולם לפי הלשון הראשונה בגמרא אין חילוק בדבר. וכן דעת רבי זירא.

הרא"ש כתב שהלכה כלשון ראשונה (וכ"ה בטור). ואילו מדברי הראב"ד בהמשך הסוגיא לכאורה נראה שנקט לעיקר כלשנא בתרא. וכן מהרשב"א נראה שסתמא דגמרא נקטה כל"ב — ע"ש בד"ה שלם לבנים).

רבי יוסי (לו-לו) חולק על עיקר דין זה, ולדבריו אין הכפל שייך לשומר. וכן פסקו שמואל ורבי אלעזר (שם), דלא כרבי יוחנן.

האור-זרוע (מובא בהג"א) פסק כשמואל ור"א, דלא כשאר פוסקים.

ישנם אופנים שנסתפקו בגמרא האם קנה השומר את הכפל אם לאו; — אמר 'הריני משלם' וחזר ואמר 'איני משלם' ונמצא הגנב — האם חזר בו באמת או שמא אינו אלא מדחהו;

נחלקו דעות הראשונים האם כשחזרו ואינו רוצה לשלם — חזרתו חזרה, או שמא אי אפשר לחזור ובכל זאת אין מקנהו הכפל מפני שמטריחו לדון עמו.

אמר 'הריני משלם' ומת ואמרו בניו אין אנו משלמים — האם הם חוזרים מדבריו או שמא עומדים בדברי אביהם אלא מדחים אותו לאחר זמן;

לא הספיק לומר הריני משלם (רש"י ועוד) ומת ושלמו הבנים — האם יכול לומר, לא הקנאתי אלא לאבא שהיה עושה לי נחת רוח, ולא לכם;

מת המפקיד ושילם השומר לבנים — שמא יכולים לטעון לו, לנו לא עשית נחת רוח כלאבינו, אין אנו מקנים לך;

הראב"ד פרש שהספק אמור רק כשנגנבה קודם שמת האב, אבל לאחר מכן — ודאי לא קנה הכפל (ונראה שדבריו אמורים לפי לשנא בתרא דרבא, שהקנין נעשה סמוך לגנבה).

ואילו הרשב"א כתב [עפ"י פרש"י] שאם נגנבה בחיי האב, פשוט שקנה. לא נסתפקו אלא כשנגנבה לאחר מיתה ולפי לשנא בתרא דרבא, אבל ללשון ראשונה כבר קנה הכפל בשעת פקדון אם שילם לבסוף.

והריטב"א פרש בדעת רש"י שהספק אמור רק ללשון ראשונה, אבל ללשון אחרונה ודאי לא קנה שהרי אינו בעולם בשעת הגניבה.

מתו המפקיד והנפקד ושלמו בנים לבנים;

שילם מחצה;

שאל שתי פרות ושילם אחת מהן;

שאל מן השותפים ושילם לאחד מהם;

הר"ן מפרש ששילם את חלקו מדעת חברו, אבל בלא"ה אינו רשאי. ולכאורה נראה שדבריו

אמורים בכגון שהודה שפשע, שלכך אינו רשאי לשלם לאחד מן השותפים בלא חברו, אבל אם אומר שפטור

ואעפ"כ משלם, מה מונעו מלשלם לאחד.

שותפים ששאלו ושילם אחד מהם;

הספק הוא האם קנה את הכפל על החלק ששילם (רש"י). ואמנם אם לא ישלם חברו השותף, לא נפטר במה ששילם חלקו, כי השותפים אחראים וערבים זה לזה. ומכל מקום כיון שהוא שילם מיד וגם חברו אפשר שישלם, שמא מיד מקנה לו המפקיד את הכפל על חלקו. (רא"ש עפ"י הירושלמי שבועות ה,א). ויש אומרים שזה שהשותף אחראי עבור שותפו, אינו חיוב ישיר אלא שערב הוא לשותפו, הלכך אם יש לאחד נכסים להיפרע חלקו, אין נפרעים מהשותף האחר (כן נראים דברי הרמב"ם שאלה ה,ה. וכן צדד הרמב"ן להוכיח מ"מ. וכ"כ הרשב"א הריטב"א והר"ן. וע"ע אבי עזרי (מהדו"ד ומהדו"ו) — מלוה כה,י).

שאל מן האשה ושילם לבעלה;

רש"י פרש, שאל מנכסי מלוג שהקרן שלה והפירות של הבעל. ופרשו התוס' דבריו שהספק הוא כששילם לבעל את חלקו בלבד, כפי שוויות החפץ לפירותיו ולא שילם הקרן, אבל אם שילם הכל — ודאי קנה הכפל. (והרשב"א פרש דברי רש"י באופן אחר).

פרוש נוסף כתבו התוס' והרמב"ן, ששאל מהאשה כשהיתה פנויה וניסת ועתה משלם הפירות לבעל. [ועל דרך זו פרשו הבעיא שלפנינו].

והריב"ן פירש ששאל מהאשה ומתה ושילם לבעל, שאף את"ל שילם לבנים קנה הכפל משום ניהותא של אביהם, שמא בבעל אין אומרים כן.

אשה ששאלה ושילם בעלה.

כל הספקות הללו עלו ב'תיקו'. ונחלקו הראשונים ז"ל האם יחלוקו המפקיד והנפקד בכפל (רי"ף רמב"ם (שאלה ה,ה) ורשב"א. ואף ללא הרשאה זה מזה חייב הגנב ליתן לשניהם. ע' אור שמח ואבי עזרי), או שמא הבעלים זוכה מפני שהוא מרא קמא של הבהמה (רא"ש). ואף עתה שאין בית דין דנים דיני קנסות, יש נפקותא בכל זה שאם תפס הכפל אין מוציאים ממנו (עפ"י רי"ף ורא"ש).

ב. אפילו שילם השומר באופן שקנה הכפל, לא קנה את הגיזות והולדות שבאו לאחר שבאה הבהמה לביתו לשמור, אם משום שהשומר שייר אותם ואינו מקנה לשומר שבח שמגופה (רבי זירא; ל"ק דרבא), או משום שמעיקרא אינו מקנה לשומר אלא סמוך לגניבה (לשנא בתרא דרבא).

א. יש אומרים שאפילו גיזות וולדות שבאו בבית הגנב, שייכים לבעלים (ע' מ"מ שאלה ח בדעת הרמב"ם). ויש חולקים וסוברים ששייכים לשומר, ועכ"פ לפי לשון אחרונה שבגמרא. (ע"ש, וברא"ש ובחו"מ רצה,ב).

ב. נחלקו הראשונים האם גוף הפרה נקנית לשומר (וכן דעת רוב הראשונים) או שמא חזרת לבעלים (ע' בראשונים כאן; רמב"ם שאלה ח ומ"מ. והש"ך כתב שאף להרמב"ם קונה השומר אם רצה. ואולם בתורי"ד מפורש שגוף הפרה שייך לבעלים).

וכן אם נתייקרה הפרה — כתבו ראשונים עפ"י הגמרא דלהלן, שריות היוקר דינו ככפל. ויש חולקים. (וערמב"ן רשב"א ור"ן כאן ולהלן לה. ותוס' ורא"ש; רמב"ם וראב"ד — שאלה ח, ובמ"מ).

ג. השוכר שרצה לשלם ולא רצה לישבע — קנה הכפל כשאר שומרים.

השואל; לפי לשון אחת בדברי רב פפא — לא קנה, כי אעפ"י שהיה יכול לפטור עצמו בטענת 'מיתה מחמת מלאכה', אך הואיל ואין הדבר שכיח, אין הלה מקנה לו הכפל בגלל שלא טען זאת. ואולם אם שילם בפועל — קנה, כפי שמבואר בברייתא. (ולגרסת ר"ח ורי"ף הרי זו תיבתא על דברי רב פפא, שלדבריו

אפילו שילם לא קנה). ולפי לשון אחרת בדברי רב פפא, קונה השואל את הכפל כשאומר הריני משלם. והשיבו על לשון זו מהברייתא.

וכן אמר רב זביד בשם אביי: שואל אינו קונה הכפל עד שישלם.

א. שואל שהתנה להיות דינו כשומר חנם — לפי הטעם שאמר רב פפא, שמתה מחמת מלאכה לא שכית, כאן הלא יכול לטעון נגנבה ולהיפטר, הלכך קנה הכפל. אבל לטעמו של רב זביד, משום שכל ההנאה שלו, גם בזה אינו קונה הכפל עד שישלם. (עפ"י תוס' ור"ן).

ב. שואל שלא מדעת, ודאי אינו קונה הכפל (עפ"י ריטב"א).

עו. האם יכול אדם למכור את חפציו לאחר, לענין זה שאם ייגנבו יהיו תשלומי הכפל שייכים ללוקח?

מבואר מדברי הגמרא שאפילו לרבי מאיר שאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, אי אפשר להקנות הכפל העתיד, כי אין הדבר עומד לבוא, כי מי יאמר שייגנב, ואם ייגנב מי אומר שיימצא הגנב, ואפילו יימצא מי אומר שישלם, שמא יודה ויפטר. ועל כן כדי להקנות את הכפל צריך שיקנה את גוף הדבר לגמרי.

ואפילו מוכר את הבהמה מיד לענין הכפל המעותה [גוף לפירותיו] — אין מועיל, דלא עבידי דאתו. ושמא תלוי הדבר בספק הגמרא במקום אחר לענין מכירת עבד לקנס (ע' בתוס' שני תירוצים. ועריטב"א ועוד).

ואולם בתורי"ד מפרש שלפי האמת אינו מוכר את גוף הבהמה אלא מכרה רק לענין הכפל, כדקל לפירותיו (ולכאורה כצ"ל לדעת הרמב"ם. וכן כתב באבי עזרי (קמא. נ"מ ח,א). ע"ש. אך צ"ע שלענין מכירת עבד לקנס פסק (מכירה כג,ג) שהרי זה ספק. ושמא י"ל שזהו משום חסרון בסמיכות דעת (משום תרתי 'מי יימר'. ע' מ"מ שם), אבל כאן הלא אמדו חכמים בהחלט שדעתו להקנות לו הכפל).

דף לד

עו. המפקיד אצל חברו פקדון ונגנב או שאבד, ורוצה השומר לשלם — האם חייב לישבע שבועה שאינה ברשותו?

גם אם השומר רוצה לשלם, צריך להישבע שאין הפקדון ברשותו, כי שמא עיניו נתן בו. כן אמר רב הונא. והקשו על דבריו מהמשנה בשבועות ותרצו.

א. יש מי שכתב בדעת הרי"ף והרמב"ם [דלא כהרא"ש והרמב"ן] שאם כבר שילם, שוב אינו נשבע שאינה ברשותו, כי בקבלת התשלומין יש משום מחילה על השבועה (עפ"י ב"ח). והש"ך חולק.

ב. כתב הרמב"ם (שאלה ו,א), דבר המצוי לקנות כמותו בשוק, אין נשבע עליו שבועה שאינה ברשותו.

ג. יש מפרשים ששבועה זו שנויה במחלוקת תנאים בירושלמי, לחכמים משביעים אותו שאינה ברשותו. ולרבי יוסי אין משביעים אותו (ערשב"א ועוד).

ד. יש מי שאומר ששבועה זו חידוש היא ואין מגלגלים עליו בגללה שבועות אחרות שאינן מאותו עסק. והרמב"ן חולק. ובשו"ת מהרי"ל (החדשות קל,ב) כתב שהיא שבועה דאורייתא,