

## שליחות ביד בנו ועבדו דמשאיל

**צ"ח ב' מתני'** השואל את הפרה כו או שאמר לו המשאיל כו' **נחלקו** הראשונים בטעמא דמתחייב השואל ע"י אמירת שלח למשאיל, אע"ג דהשליח לא מינה אותם לשליחות, הראב"ד בשטמ"ק פ"י דהוא מתורת זכ"י כיון דהשואל גילה דעתו דניחא ליה בשאלה וכ"כ הריטב"א ומאירי, ונתבאר בראב"ד דגדר הזכ"י דמזכין בהמה עבור השואל והוא כשי' לעי' פ' ב' [הביאו השטמ"ק שם] בדין הנח לפני דאין השואל מתחייב באונסין אלא ע"י קנין הלכך לא סגי בקבלת הבהמה עבורו אלא בעי' לזכותו ויבוא' עוד להלן, **ועוד** פ"י דהוא מתורת מינוי שליחות, **אמנם** הר"ן ונמוק"י פ"י דא"יז מדין שליחות אלא מדין ערב דכיון דאמר לו לשלחה והוציא הוצאות ע"פ נתחייב מדין ערב, וכ' הנתיה"מ סי' ש"מ סק"י"א דנפק"מ בין הדרכים בשלח גוי או קטן דלאו בר שליחות, וכן אי יכול המשלח לחזור אחר שהגיע ליד השליח, ויל"ד נמי לענין חיובא דשבועת השומרים אי שייך חיוב שבועה כשנתחייב מדין ערב ועי' חזו"א חו"מ ליקוטס סו"ס י"ז, [ניתכן דתלוי בנדון האחרונים אי מצי השומר להשתעבד בקנין כסף ואכ"מ], ויש להאריך טובא בטעם חיובא דערב, דהנה נחלקו קמאי בקידושין ז' א' ח' ב' ביסוד חיובא דערב אי גדרו דע"י דהוציא הוצאות על פיו דנים כקיבל הערב כל המעות לידו, או דכל חיובא דהערב אינו עבור המנה אלא קנין התחייבות בההיא הנאה דהוציא המעות על פיו, ומצינו בזה ג' שיטות, שי' הרשב"א ח' ב' דדנים דקיבל הערב כל המעות ומה"ט ס"ל דה"מ בנתן לכן דעת אבל בזרוק מנה לים ובתנתם ע"ג סלע אין שייך לדון כאילו קיבלו הערב, שי' הרמב"ן ח' ב' ע"ד הרשב"א דחשיב כקיבל כל המנה אמנם ס"ל דאף בזרוק מנה לים חייב וה"מ כשזרקן לאיבוד אבל בהניחם ע"ג סלע וכן בנתן לחרש דלא אזיל לאיבוד דיכול לקחתן פטור, [ונתבאר הגדר בחזו"א ליקוטס סו"ס י"ז סק"י"א דס"ל להרמב"ן דע"י דזרקן לאיבוד חישב דמשתמש בכל המעות ולכך ה"מ כשאזיל לאיבוד אבל כ"ז שיכול לקחתן אין שייך לדון דנשתמש במעות], שי' הריטב"א קידושין ז' א' ח' ב' דאין דנים דקיבל המנה אלא דהוי קנין התחייבות בההיא הנאה דהוציא המעות ומה"ט ס"ל שם דבזרוק מנה לים ואף בהניחן ע"ג הסלע דעדיין לא הלך לאיבוד חייב דסו"ס אית ליה הנאה שעשה ציווי, ועי' מחנ"א ריבית סו"א וחזו"א חו"מ ליקוטס סו"ס י"ז בשי' הריטב"א, ומעתה בשמעתין דבנתינתו לשלוחו עדיין לא הוציאן לאיבוד לכא' לא שייך לדון בזה דקיבל הבהמה כקבלת המנה כזרוק מנה לים, [וביותר דהרי לבסוף לא מתה הבהמה מחמתו אלא ע"י אונס והו"ל כזרוק מנה לים ותפסו לאחר הזריקה דלכא' לא שייך לדון בזה דקיבל הערב המנה] וכן לא שייך לדון ליה כתן מנה לפלוני כיון דאין נותן לשליח אלא עבור השואל ואין השליח זוכה בזה לעצמו ובע"כ דכל מאי דשייך חיובא דערב הוא רק משום ההיא הנאה וכשי' הריטב"א, ואולי דיש לדנו נמי מדין תן מנה לפלוני דכיון דבנתינתו לשליח אית ליה הנאה דהשליח יוליך אליו הבהמה חשבי קבלת השליח כקבלה ידידה ועי', **ויותר** מסתבר דאין המכוון בדברי הר"ן דחיובו מפי' ערב ואינו מפי' שומרים כלל, אלא עיקר דבריו דכי היכי דאשכחנא בדין ערב דיכול אדם להתחייב עבטר נתינת ממון לחבירו ה"נ יכול אדם להתחייב בחיובי שמירה עבור נתינת החפץ לשמירה לחבירו, ולפי"ז אין חיובו מחמת נתינת החפץ במתנה לחבירו אלא מחמת נתינת החפץ לשמירה לחבירו וא"ש דנהי דהשליח לא קיבלו אלא בתורת שמירה להעביר לשומר שפיר מתחייב השומר בדיני שמירה מפי' ערב, אמנם יל"ב לפי"ז אמאי ל"י דינא דבעליו עמו כמבוא' ב"ר"ן הרי חיובו הוא בתורת שומר ויש לישב. **ובנתינה"מ סי' ש"מ** סק"י"א תמה מאי שייך הכא לחייבו על אונסין משום ערב הרי מיתת הבהמה לא נעשה בגרמתו ומלאך המות מ"ל הכא מ"ל התם, וס"ל לנתינה"מ דכל חיובא דערב הוא על ההפסד שגרם לחבירו, [נצינו להנתינה"מ סי' ר"ז סק"ח דברוק מנה לים ואתחייב ר' אין חייב אלא ק' דלא הפסידו אלא ק', ותי' דכיון דחייל עליה חיובי שמירה לענין גו"א כשהוציא על פיו וסילק שמירתו הימנו מצי להתחייב באונסין כדין שואל מדין מתנה ש"ח להיות כשואל, ועי' בחזו"א ליקוטס סי' י"ז סק"י"ב דהא דהוצרך הנתינה"מ להא דחייל עליה דין ש"ש משום דס"ל דכל דין מתנה הוא רק בשומרים וכת"י הא' בתוס' לעי' נ"ח א' ד"ה אמר, אמנם הק' החזו"א דלת"י הא' בתוס' שם דכל דין מתנה כשחייב שבועה לא שייך הכא דין מתנה כיון דבתורת ש"ש לא יחא חייב שבועת השומרין דכל חיובו לדיני השמירה הוא מתורת ערבות ולא מדיני השמירה, **ובעיקר** קו' הנתינה"מ תי' החזו"א דערב חשיב כקנין כסף לכל דבר ושפיר מצי להשתעבד ע"י קנין כסף לחיוב אונסין.

**עי' תוס' להלן ד"ה באומר דהק' אמאי שלחה ביד או עבדו ל"ח לשאלה בבעלים עיי"ש תי', ובראב"ד הנ"ל כ' דלדבריו לק"מ** כיון דהכא אי"ז מתורת שליחות דמשאיל אלא בתורת זכ"י דנעשה לשלוחו דהשואל, ובר"ן כ' ליישב עפ"י דבריו דחיובו מדין ערב ואי"ז משום קנין שאלה, [ומשמעות לשונו דכל חיובא דערב הוא רק כ"ז שלא הגיע ליד שואל אבל לאחר שהגיע ליד שואל פקע מיניה תורת ערב וחייל עליה דין שואל לכל דיניו], ובאמרי בינה טו"נ סו"ד הק' ע"ד הנתינה"מ הנ"ל דנעשה לשואל מדין מתנה ש"ח להיות כשואל דהדר תקשי אמאי ל"ח בעליו עמו, ובאמת דמלשוננו דהר"ן נראה דל"ה מדין ערב לחוד עישה"ט, אלא הגדר ד"י דין ערב חייל עליה דיני השמירה ומ"מ כיון דל"ה בדרך קנין לא נאמר בזה פטורא דבעליו עמו, ועדיין צל"ב.

## שליחות עבד כנעני

**צ"ט א' גמ'** ביד עבדו חייב כו' מבוא' דאין השליח זוכה עבור השומר אלא לפי גדר זכ"י דמקח, [ואף לרב למסק' לא מהני אלא באומר הכיסה במקל אבל באומר שלח לא מהני שליחות דעבד כנעני], והנה אי דינא דשליחות דמתני' מתורת שליחות או זכ"י אי"ש דלא מהני שליחות וזכ"י ע"י עבד כנעני דידו כיד המשאיל [וכ"פ הראב"ד שם קו' הגמ'] אבל אי החיוב מתורת ערב צ"ב

אמאי תלי ליה בגדרי זכי וצ"ל דמ"מ כיון דלענין קנינים ידו כיד רבו ולא יצאה מרשות המשאיל ה"ה לענין חיובא דערב לא חל החיוב כ"ז שלא יצא מרשות המשאיל [וגרע מהניחן ע"ג הסלע דהשתא אינו ברשותו],

**עויל"ב** דנחלקו הראשונים להלן גבי תקנו משיכה בשומרים אי קאי אף על חיובי שמירה דאין השומר מתחייב אלא בקנין או דקאי רק על זכות חזרה דבעלים אבל חיובי שמירה דשומרים חל מיד שהסתלקו הבעלים בשמירתה, וכ"ה שי' הרא"ש, וילע"י

להרא"ש אמאי בעבד כנעני דידו כיד רבו לא מהני שליחות לחיובי שמירה הא מ"מ נסתלקו הבעלים משמירתה [ופשיטא דידו כיד רבו לא משוייה ליה תחת שמירת המשאיל טפי משליחות ביד בנו וע"ע וכל סברת ידו כיד רבו הוא בדיני קנינים לחוד], ובנתייה"מ סי' ש"מ סק"ג בתו"ד כי דאף להרא"ש דלא בעי משיכה מ"מ בעי' דיצא מתחת יד רבו והדברים צ"ב ויבוא' להלן בעז"ה.

**ע"ע** שטמ"ק דהא דלא אקשי' כן אף אעבדו דשואל דיחשב כבא לרשות שואל ויהא חייב דלא אמרי' יד עבד כיד רבו שלא מדעתו, וכ"כ בביהגר"א סי' שמ"ו סק"י י"א בשי' הר"מ ע"ש, [ולפ"ז ה"ה לענין חזרה בהחזירו לעבדו של משאיל לא אמרי' דידו כיד רבו והוי חזרה לרשות רבו].

### הכיסה במקל

**גמ'** רב אמר כו' נחלקו הראשונים בחיובא דהכיסה במקל ונשנו בזה ג' דרכים, א. רש"י פי' דבאומר הכיסה במקל השואל שעביד נפשיה להתחייב משתצא מרשותו, וכ' הריטב"א פי' לפירושו דאין חיובו מתורת שליחות אלא מתורת ערב דהו"ל כזרוק מנה לים ואע"ג דהתם אין חייב אלא באומר ואתחייב אני לך מ"מ כיון דלהנאתו הוא אומר לשלחם הו"ל כאומר ואתחייב אני לך, והוסיף הריטב"א דה"מ עבד כנעני דרובן רשעים והו"ל כאומר להוציאן לאיבוד אבל ביד בנו או ע"ע דאין מוציאן לאיבוד אין לחייבו מדין ערב, ולמסקנא בעי' לאמירת הכיסה דהוי כאומר ואתחייב אבל בלא אמירת והכיסה לא מהני דסו"ס כיון דשלח ע"י בן דעת ל"ח דהוציא לאיבוד, ומהמשך לשונו דהריטב"א מבוא' דבאומר ואתחייב אני לך חייב מדין ערב אף בשלחו ביד בנו ועבדו וכל מאי דהוצרך דעבדים רובן רשעים הוא בלא אמר ואתחייב אני לך דבכה"ג לא מפרשי' כונתו להתחייב אלא בעבדים דרובן רשעים, [וא"ש לשי' בקידושין דאף בהניחן ע"ג סלע דלא אזיל לאיבוד חייב מדין ערב], **עוד** מדוקדק מלשנו דהריטב"א דע"י דין ערב חשיב כאילו קיבלו ממש ממנו ודלא כדפי' בקידושין ז' דחיובא דערב הוא משום התחייבות בההיא הנאה ול"ח לקבלת החפץ כולו.

**העירו** לפרש"י וריטב"א דחיובא דעבדו משום ערב א"כ בסיפא דמתני' וכן בשעה שמחזירה כששלח השואל ביד עבדו עדיין לא חשיב דהגיע ליד משאיל ולא פקע תורת שואל מיניה אלא דמ"מ נתחייב המשאיל מתורת ערב לשלם כל האונסין, ונפק"מ במת המשאיל אחר שבא ליד השואל קודם שבא לידו ולא הניח אחריות נכסים דלי' חיוב ערבות על היורשים והשואל יהא חייב לשלם כל האונסים, אמנם בנתייה"מ סי' ש"מ סק"י דן דלענין חזרה יהני הכיסה לכו"ע מדין זרוק חובי ואפטר עי"ש.

**ב.** בתוס' בפ"י הא' פי' דקנאה במשיכה ואיירי ביצאה לסמטא או לצדי רה"ר, ובריטב"א הק' ע"ד דלא שייך הכא משיכה כיון דהשואל לא משך ולא קראה שתבא, ובביאור שי' התוס' ע"י שער המשפט סי' ר' סק"ד דס"ל דמהני משיכת המוכר עבור הלוקח, והוא כשי' המבי"ט ח"ב סי' קמ"ה [הובא בפ"י סי' ר' סק"ח], אמנם צ"ב אמאי אי"ז בכלל כללא דאין אדם זוכה בשלו לאחרים כמבוא' בעירובין ע"ט ב', ובביאור הדברים יעוי' חזו"א ליקוטים י"ז סק"ג דכל כללא דאין אדם זוכה בשלו לאחרים נאמר דוקא בהגבהה דהחפץ ברשות המוכר אבל במשיכה דמוציאה מרשותו שפיר מצי המוכר לשוייה שליח לזכות ללוקח, ובאמרי בינה קנינים ס"ח תלה לדינא דהמבי"ט בפלוגתת הקצוה"ח סי' ער"ה סק"ג ונתייה"מ שם באומר לחבירו לעדור בנכסי הגר וכסבור השליח דהוא של המשלח והמשלח היה דעתו לקנות אי מצרפים מעשה דהשליח לדעת המשלח [ונראה דפי' כונת המבי"ט דלא חשיב דזוכה בשלו לאחרים כיון דאינו שליח אלא על מעשה המשיכה אבל הדעת והחלות נפעל ע"י הקונה וכל דינא דאין אדם זוכה בשלו לאחרים נאמר היכא דעושה בעלים חלות המקח, מדין זכי' ולכך תלה ליה בדינא דהקצוה"ח אמנם למש"פ החזו"א אין לזה שייכות כלל לדינא דהקצוה"ח], והיה מקום לדון דכ"ד התוס' דמהני משיכה דהבעלים עבור השומר נאמר בשומרים לחוד דעיקרו דהמשיכה אינו ההכנסה לרשותו אלא ההוצאה משמירת הבעלים אבל במקח לא יהני משיכת המוכר עבור הלוקח, ויש מקום לחילוק זה בנמו"י פ' ב' דנקט שם דהכיסה במקל מהני מתורת משיכה ואילו בשמעתין הביא להרי"ף דקיי"ל הכיסה במקל פטור וצריך לחלק בין משיכה דש"ח למשיכה דלוקח ועד"ז יש לחלק בין משיכה שואל למשיכת לוקח ושי' הנמו"י יבוא' להלן בארוכה, וע"ע באמרי בינה שם דהזכיר חלילוקא דשומרים ממקח. ועי"ש עוד באמרי בינה מש"כ לחלק בין מקח לשומרים לענין דינא דהמבי"ט **ובעיקר** שי' התוס' דמהני משיכת המוכר עבור הלוקח יעוי' היטב בתוס' ב"ב פ"ד ב' ד"ה מדד דנראה דפשיטא להו דלא מהני משיכת המוכר ופי' סוגית הגמ' שם מדד והניח ע"ג סמטא משום קנין חצר לחוד עי"ש.

**ילע"י** לשי' התוס' אמאי למסקנא בעי' לאמירת הכישה ולא סגי במשיכת העבד מתורת זכי' דהמשאיל עבור השואל, ואמרו דיתכן דכ"ד המבי"ט הוא רק ע"י מינוי שליחות ואמירת הכישה חשיב למינוי השליחות אבל בלא מינוי לא מהני משיכת המוכר עבור הלוקח מתורת זכין דע"י זכין אין המעשה מתייחס ללוקח אלא חלות המקח ובמשיכת המוכר בעי' דמעשה הקנין יתייחס ללוקח [וכבר האריכו בזה האחרונים ואכ"מ].

**ג. עוד** פי' התוס' דאירי ביצאה לרה"ר וסגי בהכי לענין להתחייב באונסין, וכפשוטו אזלי בדרך תי' האי' דהכישה במקל מהני מתורת קנין משיכה אלא דחידשו דסגי אף במשיכה לרה"ר וכ"כ הקוב"ש ב"ק סי' פ"י ובי' דבריהם דס"ל כשי' הר"י בתוס' כתובות ל"א ב' דלענין חיובי אונסין דגנב סגי במשיכה לרה"ר ולא נאמר דין משיכה לסמטא אלא במו"מ, והביאור בזה כמשי"כ הקוב"ש ב"ב סי' ש"ח דחיובי אונסים דגנב ושומר נעשה ע"י ההוצאה מבית הבעלים ולזה סגי אף בהוצאה לרה"ר ול"ד למו"מ דלא חל הקנין אלא ע"י הכנסה לרשות הלוקח, אמנם בעיקר דמיון גנב לשואל ע"י שעה"מ פ"ג מגניבה ה"ב דהוכיח בשי' הטור דס"ל דלענין גניבה סגי במשיכה לרה"ר ולענין שומרים ס"ל דבעי' משיכה לסמטא כמקח, ובדברי יחזקאל סי' כה סק"ב האריך בסברת החילוק בין גנב לשומר עיי"ש, וילעיה"ט בסוגי' הגמ' ב"ק ע"ט ב' ויבוא' להלן בשמעתא דתקנו משיכה בשומרין, וכן תלוי ענין זה בנידון האחרונים אי חיוב תשלומין דשואל משום דמקבל ע"י חיובי שמירה או משום קבלת האחריות ועי' להלן, אמנם בביהגר"א סי' ש"מ סקט"ז מבוא' דפי' כונת התוס' ע"ד הרא"ש להלן דאינו מתורת שליחות על קנין משיכה אלא דע"י הוצאת הבעלים לרה"ר נסתלקו משמירתו, ומיד שנסתלק המשאיל משמירתו קמה ליה ברשות מוכר, [עיהי"ט בבהגר"א דפי' דהתוס' דס"ל דחלוק שואל משי"כ ובשואל לא סגי בסילוק אלא בעי' קנין משיכה אזלי לשי' דקיי"ל כשמואל ומשמע דלרב סגי בסילוק בלא משיכה והיינו כתי' הב', וכ"כ החזו"א סי"ז סק"ג.

**ד. שי' הרא"ש סי' ט"ו** דהכישה במקל איירי ביצאה לרה"ר ואי"ז מדין קנין אלא מדין סילוק בעלים דע"י דהוציאו מרשותו לרה"ר יצאה מרשותו וקמה ליה ברשות שואל, וצ"ל ענין חיובא דסילוק, ומצינו בזה כמה דרכים, [ולהלן בסוגי' דתקנו משיכה בשומרין יבוא' יותר בארוכה], הגרע"א בכו"ח סי"ב פי' דהוא מדין ערב [ועיי"ש דבתחילה צידד דאינו כלל מחיובי שומרים ודחה דא"כ אף בשטרות עבדים וקרקעות דנתמעטו מפרשת שומרים יתחייב מדין ערב], ובמחנ"א שומרים סי' ז' דחה דדאינו מטעם ערב דהרי הרא"ש ס"ל בקידושין דזרוק מנה לים פטור, [ולמש"כ הגרע"א דמתורת ערב מתחייב בדיני השומרים י"ל דנהי דזרוק מנה לים פטור היינו דאין יכול לחייב עצמו בממון בההיא הנאה דהוציא מעות על פיו אבל מצוי לשעבד נפשיה לדיני השמירה וממילא חלו עליה חיובי הממון מגזיה"כ דשומרים, אמנם אי"ז במשמעות הגרע"א עשה"ט, **הקצוה"ח** סי' ש"ז סק"א פי' דיסוד החיוב משום דבההיא שעתא דסילק הבעלים שמירתו חשיב לתחילת מלאכת שמירת הפועל וחייל חיובא דהשואל ע"י קנין דתחילת מלאכה, [וס"ל דשואל נמי מקבל ע"י דיני שמירה ובקוב"ש פסחים או' י"ז תלה ליה בפלוגתת ראשונים ונקט בשי' רש"י פ"א א' דס"ל דהשאייליני והשאיילך ל"ח שמירה בבעלים דמוכח דשואל אין מקבל ע"י חיובי שמירה אלא דין אחריות לחוד], ועי' להלן אריכות בדברי הקצוה"ח, **ובאמרי** בינה טו"ו סי"ד כ' פי' דאינו בתורת קנין אלא הלכה בדיני השומרים דהשומר משעבד עצמו להתחייב בשמירה וכמש"כ התוס' כתובות נ"ו ב' דהשומר משעבד עצמו לכל הכתוב בפרשה ושואל שכל הנאה שלו משעבד עצמו אף לחיבי אונסים, וחיובי השומר משעת סילוק הבעלים דבההיא שעתא גמר דעתיה להשתעבד, [ומצינו דוגמא לדבר שמתחייב אדם לחבירו בתשלומין בלא קנין ובלא דין ערב בחזרת בעה"ב בפועלים בדבר האבוד דמתחייב ע"י דיבור והן מדברים הנקנים באמירה וכמש"כ הרמב"ן ורא"ש ריש פ' האומנין], ובמחנ"א שומרים סי' ז' דן דאולי חיובו משום מזיק מדד"ג ודחה מהא דחייב שבועה מספק ואי חיובו מדין מזיק על הבעלים היה מוטל לברר הספק [וכן מבוא' מפטורא דבעלי עמו ומדינא דאומר לו הש"ל דכל הני הלכות לא שייכא במזיק, וכן מהא איצטריך קרא למעוטי שטרות, ועי' קה"י סי' ל"ח, ויש עוד להאריך בזה ויבוא' בהמשך הסוגיות]. והנה ילע"י להרא"ש דהחיוב תלוי בסילוק הבעלים מ"ש שליחות ע"י מעבד כנעני הרי בתרויהו הסיר הבעלים שמירתו בשעת השליחות ונהי דלענין קנינים ל"ח יציאה מרשותו מ"מ לענין חיובי שמירה לכא' אין תלוי ביציאה מרשותו כלל, וצ"ל דאף להרא"ש ל"ש לדון על סילוק שמירת הבעלים אלא לאחר שהוציאו הבעלים מרשותם [וכ"כ הנהי"מ סי' ש"מ סק"ג בתו"ד], והנה להקצוה"ח דחיוב השומר ע"י קנין דתחילת מלאכה שפיר י"ל דכ"ז דלא יצא מרשות הבעלים לא קנה השומר אבל אי סברת הרא"ש דהשומר משעבד נפשיה לאחר סילוק הבעלים צ"ל אמאי תלוי החיוב ביציאה מרשות, [ובעיקר חיובא דשומר כשהחפץ עדיין ברשות המשאיל בנתי"מ סי' ש"מ סק"ח נקט דחייב ודבריו יובאו להלן].

**עי' נתי"מ סי' ש"מ סק"ב** דכ' בדי' הרמ"א שם דפסק להרא"ש דחיוב השואל חל משעת סילוק הבעלים דה"מ כשהשואל לפנינו ויכול לשומרה אבל כשאינה לפנינו אינו מתחייב בסילוק הבעלים, [והוסיף בביאור הדברים דכל סברת הרא"ש משום דהשואל בסילוק הבעלים מקבל ע"י דיני שמירה ומשעבד נפשיה לאונסים מדין מתנה ש"ח הלכך ה"מ כשהשואל יכול לשומרה אבל כשאין יכול לשומרה ל"ח לקבלת שמירה] ומה"ט כ' דהכישה במקל כיון דאין השומר לפנינו אין השומר מתחייב מחמת סילוק הבעלים אלא מתורת ערב לחוד וכ"ד הם בשי' הרמ"א אבל ברא"ש מפורש דקאמר לדבריו אף בהכישה במקל דאין השואל יכול לשומרה, ולפי"ז כל עיקר ביאורו דהוא מדין מדין מתנה לא שייכא ברא"ש ונמצא דהרמ"א אינו כלל מיסודו דהרא"ש וצ"ב, ועי' אמרי בינה טו"ו פי"ד.

ה. הראב"ד בשטמ"ק פי' דכשאומר הכישה במקל מקבל ע"ע אחריותה וכההיא דמתנה שו"ח להיות כשואל, ור"ל דכי היכי דמתנה שו"ח בההיא הנאה דנפיק עליה קלא דאיניש מהימנא כדאמר' צ"ד א' ד"ה דיכול לקבל ע"ע תחילת החיוב בההיא הנאה, [ועי' במצוין לעי' דבתוס' נ"ח א' ד"ה אמר כ' בזה ב' דרכים וע"ע חזו"א ליקוטים ס"יז סק"יב], ואולי דיש לדחוק בכונת הראב"ד דברי הנתיחה"מ סי' ש"מ סק"יא [הובא לעי'], ובעיקר שי' הראב"ד העירו דסתר דבריו לעי' פ' ב' בשטמ"ק שם דפי' דינא דהנח לפני דהוא בקנין משיכה וכי היכי דאמר' בהכישה במקל, וצ"ל דס"ל דחלוק שי"ח משואל דבשי"ח דלא קונה גוף החפץ וכל ענין המשיכה להכניסו תחת שמירתו בהא סגי הכישה בתורת קנין ע"י משיכתו דהבעלים עבור השומר, משא"כ בשואל דקונה גוף החפץ ל"מ הכישה בתורת משיכה ועי'.

### פלוגת ר"ש

**נחלקו הראשונים** אי שמואל דאוקים מתני' בע"ע פליג ארב וס"ל דהכישה במקל פטור, **שי' תוס'** דשמואל פליג וקיי"ל כשמואל דהכישה במקל פטור וכ"ה שי' הרי"ף ור"מ פ"ג משאלה ה"ב, וביסוד פלוגתם, לשי' התוס' דהכישה הוא מתורת משיכה י"ל דנחלקו אי מהני משיכת המשאל עבור השואל [ובהיתה חצירו של שואל לפני מחצירו של משאל דמודה שמואל צ"ל דאירי בנכנסה לחצר השואל וקונה בקנין חצר ויבוא להלן], ולפי"ז למאי דקיי"ל כשמואל קיי"ל דלא מהני משיכת המשאל עבור השואל ודלא כהמב"ט, [וכ"ז נכלל בדברי השעה"מ דדינא דהמב"ט שנוי בפלוגת ראשונים בשמעתין], **והגר"א** סי' ש"מ סק"ט פי' דנחלקו אי בעי' משיכה בשומרין או דסגי בסילוק שמירה דמשאל, [ונתבאר לעי' דבריו דס"ל דלפי' ב' דהתוס' הכישה אינו מתורת קנין אלא מתורת סילוק אבל לפי' הא' דתוס' לא יתכן דבריו דהרי אף לרב בעי' קנין משיכה], ובחזו"א ליקוטים סי' י"ז סק"ד צידד דשמואל נמי אי"ל דינא דרב דמהני משיכת המשאל עבור השואל ועיקר פלוגתו דאין מפרשים לישנא דהכישה המקל לחיוב אונסין אבל באמר להדיא ואתחייב באונסין חייב, ולכך בהיתה חצירו של שואל לפני מחצירו של משאל קונה אפי' קודם שנכנסה לרשות שואל דאינה עוברת דרך רה"ר וסמכה דעתיה להתחייב באונסין, **שי' הרא"ש** סי"ב דשמואל לא פליג אדרב ומודה נמי דמתחייב השואל בסילוק המשאל, אלא דנח"ל לאוקמי בע"ע מלאוקמי באומר הכישה במקל דא"כ למה הזכיר עבד הו"ל או שא"ל הכישה במקל עיי"ש, ור"ל דהרי מסקינן דלרב לא חשיב לסילוק אלא באמירת הכישה אבל באמר שלח ביד עבדך ל"ח לסילוק ולפי"ז עיקר חיובא דמתני' משום אמירת הכישה ואין לזה שייכות כלל לשליחות ביד עבדו ומאי דקתני מתני' ושלח ביד עבדו היינו דהכי איירי דשלח עבדו להכישה במקל הלכך דוחק ליה לשמואל לאוקמי בהכי ואוקים בע"ע דבזה חיובו משום שליחות העבד מתורת קנין, ועולה לפי"ז דאיכא ב' אופני חיובי שומרים הא' ע"י קנין והב' ע"י סילוק, ויתכן דאף לרב אי נעשה קנין נתחייב אפי' בלא סילוק הבעלים, והדברים מפורשים בב"ח סי' ש"מ דכ' לישב קו' הב"י בבדק הבית ע"ד הרא"ש היכי קאמר דנתחייב השואל משעת סילוק הרי בכתובות ל"ד ב' אמר' דמשעת משיכה אתחייב במזונותיה ותי' הב"ח דהתם איירי דהבעלים לא נסתלקו משמירתה ובכה"ג אינו מתחייב אלא ע"י משיכה עיי"ש. **בנמוק"י** ובר"ן כ' דשמואל פליג אדרב ופי' עפ"י דרכם דטעמא דהכישה משום ערב, ושמואל ס"ל דאין לחייב משום ערב אלא באומר ואתחייב אני לך, והוסיף הר"ן דמתני' דאזיל השליח בהדי פרה סמכה דעתיה שואל ומתחייב מדין ערב, והריטב"א לא הוקשה לו ממתני' על שמואל משום דס"ל דמתני' זכ' ע"י השליח בקני משיכה וכמשמעות לשונו להלן ד"ה אר"ה], ועוד דכל דינא דערב שייך באזיל החפץ לאיבוד משא"כ הכא שמשעה שהכישה יכול להחזירה, וצ"ל אפ"י דמתני' שייך דין ערב לשמואל וצ"ל דבמתני' אין חיובא דערב מדין זרוק מנה לים אלא מדין תן מנה לפלוני ובכה"ג אף באינו הולך לאיבוד חייב דע"י נתינתו לפלוני על פיו חשיב כנתנו לשואל, וכצ"ל בדברי הנתיחה"מ סי' ש"מ סק"ח דהביא להר"ן דפי' טעמא דמתני' משום ערב ושם בסק"יב נקט לדינא דזרוק מנה לים פטור, ובע"כ דשלח ביד בנך אי"ז מדין זרוק מנה לים, אמנם ילה"ע הנתיחה"מ שם כ' דלהר"ן בא"ל שלח ביד חש"ו נמי חייב והתם אין לחייב אלא מדין זרוק מנה לים וכמש"כ הנתיחה"מ סק"ד ועי', ולמשנת"ב לעי' במתני' בדברי הר"ן דאין כונתו דמתחייב מדין ערב אלא דמפ' ערב ילפי' דיכול אדם להתחייב עבור נתינת מתנה לחבירו וה"ה דיכול אס להתחייב בחיובי שומרים עבור נתינת החפץ לשמירה לחבירו מיושב היטב כונת הר"ן דבמתני' מודה שמואל דחייב ע"י נתינת החפץ בתורת שמירה לחבירו, ומשא"כ הכישה במקל ל"ל גמ"ד להתחייב בתורת שמירה, אנם הוסיף הר"ן להק' אמאי לא התחייב מפ' ערב מדין זרוק מנה לים ועי' כ' ב' החילוקים.

### היתה חצירו של שואל לפני מחצירו של משאל

**גמ'** אמר ר"א הכא במאי עסקי' כו' שי' רש"י דכיון דאין הבהמה צריכה לעבור דרך רה"ר סמכא דעתיה דשואל ומשעבד נפשיה, ובאיכא גזייתא פי' שיש גזייתא בחצר המשאל וכי' הריטב"א דמשמעות דבריו דעדיין לא יצאה מחצר המשאל ומתה שם ומ"מ חייב כיון דשעביד נפשיה, והנה למש"פ הריטב"א שי' רש"י לעי' דהכישה במקל שעביד נפשיה מתורת ערב לכאוי בהיתה חצירו של שואל לפני מחצירו של משאל הנידון נמי מתורת ערב, ואף דבהכישה במקל אינו מתחייב משום ערב הכא סמכא דעתיה טפי ושעביד נפשיה, אמנם צ"ע טובא היכי שייך לחייבו כ"ז שלא יצא החפץ מחצירו של משאל [דאטו בזרוק מנה לים יתחייב קודם שהוציא המנה מרשותו], והימ"ל דשי' רש"י הוא ע"ד הרא"ש דהשואל שעביד נפשיה בשעתא דהמשאל מסלק שמירתו ובזה שו"ט אי סגי באמירת הכישה או דוקא בהיתה חצירו של שואל לפני מחצירו של משאל, [אמנם לפי"ז

מבוא' דשייך סילוק הבעלים כשהבהמה עדיין ברשותו, וצ"ב אמאי בשלחה ביד עבדו כנעני ל"ח לסילוק הבעלים ועי' במצוין לעי' בשי' הרא"ש],

**שי' תוס'** עי' מהרש"א על תוד"ה כיון דלתוס' דהכישא הוא מתורת משיכה צ"ל דבהיתה חצירו כו' נכנסה לרשות שואל וקני ליה בקנין חצר וקמ"ל דא"צ שתגיע לידו ממש אלא סגי בבאה לחצירו [ואף באי' גזייתא צ"ל דנכנסה לבסוף לחצר השואל], ובחזו"א צידד דקנה מתורת משיכה מיד שיצאה מרשות משאיל, וה"מ בהיתה חצירו לפניו מחצירו של משאיל אבל בהכישא במקל ס"ל לשמואל דאין מפרשים כונת השואל להתחייב באונסים בקנין משיכה, **הריטב"א** פי' עפ"י דרכו דכל נידון הסוגי' משום ערב דדוקא בהיתה חצירו לפניו מחצירו של משאיל סמכא דעתיה להתחייב משום ערב משא"כ בהיתה רה"ר מפסקת באמצע אין דעתו להתחייב משום ערב ובאי' גזייתא נחלק על רש"י דאין הכונה בחצירו של משאיל דודאי כ"ז דלא יצאה מחצירו של משאיל אין מתחייב משום ערב אלא הגזייתא בין חצירו של משאיל לשואל ברשות אחרים ואף דלא נכנסה עדיין לחצירו של שואל סמכא דעתיה להתחייב משום ערב עיי"ש.

## משיכה בשומרין

## שיטת ר"ה

**גמ'** אמר ר"ה כו' וברש"י דקסבר אין משיכה קונה בשומרים, ויעוי' ריטב"א בשמעתין ובקידושין מ"ז ב' דס"ל לר"ה דמשיכה לא מהני אלא במכר ומתנה שקונה גוף הדבר משא"כ שואל שאין קונה גוף הדבר אלא ההשתמשות, וכשוטו ר"ל דמה"ט אין הקנין כלל בכלי אלא שעבוד המשאל להעמיד הכלי ומה"ט לא מהני נמי שאר קנינים כחצר וכיוצא"ב אלא ביקוע שהוא תחילת מלאכה ומתורת קנין פועל, ועי' אבנ"ז חו"מ סי' כ"ה.

**ובעיקר** דברי הריטב"א משמעות לשונו בשמעתין דקאי רק למ"ד משיכה תקני"ח אבל למ"ד משיכה מדאורי"י מהני אף בשומרים, אמנם בריטב"א קידושין מ"ז ב' משמע דכלל הוא בקנין משיכה דלא מהני אלא כשקונה הדבר שמושך וכ"ה אף למ"ד משיכה דאורי"י, ועי' דב"א ח"א סי' י' סק"ד, ובחזו"א ליקוטים סי"ז סק"ט העיר דהריטב"א לעי' מ"ז הביא ד' התוס' דהיכא דא"צ ליתן דמים משיכה קונה מה"ט לכו"ע וא"כ שואל דא"צ ליתן דמים אמאי לא מהני גביה משיכה מדאורי"י, ועוד הק' אמאי אין קונה השואל לאחר שבא לרשותו בקנין חצר קודם תחילת מלאכה, ולכ"פ ד' ר"ה בע"א דס"ל דכיון דהמשאל אין לו הנאה מהאי שאלה אין דעתו לקנות במשיכה שלא יכול לחזור אלא לאחר תחילת מלאכה וכעין עסוקים באותו העין שיכול לחזור לאחר הקנין עיי"ש,

**עוד** כ' הריטב"א דבשכירות מהני משיכה אף לר"ה משום דשכירות ליומא ממכר, ובחזו"א ליקוטים סי"ז סק"ט תמה דשאלה ליומא נמי ממכר וכלשון לשון הריטב"א קידושין מ"ז ומ"ל נוטל שכר ומ"ל נותן במתנה את ההשתמשות, ומדברי תוד"ה כך מבוא' דלא מהני בשכירות משיכה דפי' דינא דתקנו משיכה בשומרים בשואל ושוכר, והרי מה דהוצרכו לתקנה לשי' התוס' ואי"ז מדאורי"י אינו משום דקנין משיכה מתקני"ח דהא תוס' שם נקטו דמשיכה בשוכר ושואל לאונסין דאורי"י אלא הוצרכו לתקנה משום סברת הריטב"א דלא שייך משיכה בשואל כיון דאין קונה גוף הכלי ומדהשוו שוכר לשואל מבוא' דאף בשואל אין קונה גוף הכלי ולר"ה לא יהני משיכה.

**וטעמא** דקונה בתחילת מלאכה עי' רש"י קידושין שם דהביקוע הוי חזקה להשתמש בו כל ימי שאלתו, ובריטב"א שם ביאר הענין דתקני"ח הוא שיהא קיום לדבריהם שלא יחזור בו בחצי מלאכתו של זה ויפסיד פעולתו ומבוא' דתחילת מלאכה אין קונה מדאורי"י ונמצא לפי"ז דאין קנין לשואל מדאורי"י ויכולין שניהם לחזור בהן וצ"ב, **עוד** משמע מדברי הריטב"א דכל קנין דתח"מ לא תקון אלא בכדי לא יכול לחזור בו ולפי"ז לר"ה דמהני משיכה בשומרין לחזרה לא תקון קנין דתח"מ וכ"כ באמרי בינה קנינים סי' ג'.

**עי'** דברי משפט סי' רצ"ב דהק' להריטב"א היכי שואל של"מ נעשה גזלו הריץ אין גזלן מתחייב אלא עי' קנין ובשל"מ שאין זוכה בגוף החפץ לא שייך ביה קנין, ועי' אמרי משה סי' ל"ד סק"ג.

**נחלקו** הראשונים אמאי מתחייב לר"ה על אונסים משעת שאלה, **בתוס'** סוד"ה כיון פי' דלענין אונסין לא בעי' קנין גמור הלכך סגי אף במשיכה וה"ה דמהני משיכה לרה"ר [ועי' במצוין לעי' דהגר"א וחזו"א פי' התוס' מדין הנח לפני ולפי"ז אי"ז מתורת קנין כלל], אמנם בריטב"א פי' דקני בקנין כסף בההיא הנאה דהוציא החפץ מרשותו, [וכפשוטו המכוון לדין ערב, וכן הבין בחי' רמ"ש ועפי"ז כ' דלי' לפטור דבעליו עמו אלא משעת ביקוע, אמנם הנתיה"מ סי' ש"מ סק"ח נקט דהוא מתורת קנין כסף [ולפי"ז יהא לדין בעליו עמו בשעת שאלה], ועפי"ז הוכיח דבההיא הנאה מהני בשומר אף בלא משיכה והוצאה מרשות הבעלים וה"ה למ"ד דתקנו משיכה בשומרים אף בלא משיכה סגי בההיא הנאה ונפק"מ לנשתמש בבית המשאל דחייל עליה דיני שמירה בההיא הנאה].

**בב"י** סי' ל"ט הביא פלוגת הרמב"ן ורשב"א במלוה שהבטיל להלות לחבירו ונותן לו הלוה עבור זה שט"ח אי יכול המלוה לחזור בו או דנשתעבד להלוה עי' השעבוד נכסים דהלוה, ובשי"ך שם סקמ"ט כ' להוכיח מדינא דר"ה דשעבוד נכסים ל"ה קנין דהרי בשואל נמי נשתעבד לאונסים משעת שאלה ומי"מ המשאל יכול לחזור, ועי' אמרי ברוך שם קצוה"ח סק"ח ותומים סקכ"ז.

## קנין שואל למעילה

**גמ'** ופליגא דר"א כו' מבוא' דדין מעילה תלוי בדין חזרה וכ"ז שהמשאל יכול לחזור בו לא מעל הלכך לר"ה דהמשאל קרדום של הקדש מעל ס"ל דמשיכה קונה בשומרין ולר"ה דאין משיכה קונה לא מעל אלא בשעת ביקוע, וצ"ב אמאי מעילה אין דינה כחיוב אונסין דתלוי לכו"ע בשעת שאלה דמההיא שעתא מצי להשתמש ביה, והנה לשי' הריטב"א דחיובא דאונסים משום

ההיא הנאה א"ש דההיא הנאה ל"ה קנין לזכות בגופו של חפץ אלא התחייבות לחיובי שמירה לחוד אבל לתוס' דקונה בקנין משיכה צ"ב, ובשטמ"ק מעילה י"ט ב' משמיה דהתור"פ מבוא' דלענין מעילה בעי' שינוי רשות ולהכי אינו חייב עד שביקע בו ונכנס לרשותו לגמרי, וכ"כ כע"ז בתוס' מעילה י"ט א' ד"ה אקשיה, ועי' אחיעזר ח"ב סי' מ"ז.

**עי'** תוס' ב"ק ע"ט א' ותורא"ש בשמעתין דלר"ה משיכה מהני מדאורי"י דאל"כ לא הוי מעילה ולפי"ז עולה לן ג' שיטות, לר"ה לא מהני משיכה כלל, לר"ה מהני מדאורי' ולרב אשי מדרבנן, אמנם בריטב"א כ' דר"ה ס"ל משיכה מדרבנן והפקר ב"ד הפקר, וכ"כ המתנ"א משיכה סי' ב' בשי' הר"מ דפסק כר' אלעזר ומאידך פסק כר"א דאיכא מעילה, ועי' בדב"א ח"א סי' א' ענף ה' ובהגה"ה שם בדברי הריטב"א ובאחיעזר ח"ב סי' מ"ז.

## משיכה לחיובי שמירה

**גמ'** ופליגא דר"א כו', הנה שמעתין איירי לענין חזרת משאל [וכדהוכיחו תוס' מהא דאמר' ופליגא כו' ור"ה הרי קאי על זכות חזרת משאל], ונחלקו הראשונים אי תקנת משיכה בשומרים קאי אף לענין חיובי שמירה, או דהנידון לענין חזרת המשאל אבל חיובי שמירה חיילי אף בלא משיכה, ונשנו בזה כמה שיטות, **א.** שי' רש"י בב"ק ע"ט א' ולעי' צ"ד א' ד"ה אפי' תימא כמשי"כ התניו"ט סו"פ הפועלים ומחנ"א שומרים סי' ז' וע"ע חזו"א ליקוטים סי"ז סק"ז, ור"מ שם בפיה"מ דהנידון אף לענין חיובי שמירה, וכ"מ בראב"ד שבשטמ"ק וברשב"א לעי' פי' ב' ובנמו"י שם ובמ"מ פ"ב משכירות ה"ח דפי' דהנח לפני מהני מתורת קנין ואיירי שהניחו ברשותו או בסמטא בתוך ד"א או שקנאו ע"י הכישה במקל, **ויל"ב** להנך ראשונים היכי מהני משיכה לש"י ושי"ש הרי ל"ל קנין כלל בגופו של כלי ומאי מהני משיכת הכלי לחיובי שמירה דהגבירא, וכבר הק' כן הגרע"א לעי' מ"ח א', לענין ש"ח, **ובקצוה"ח** סי' ש"ז סק"א ביאר בזה ב' דרכים, הא' הביא מהר"ן דאין המשיכה מהני מתורת קנין משיכה אלא מדין התחלת מלאכה [דשומר דינו כפועל], וס"ל להר"ן דכ"ז דלא סילקו הבעלים שמירתן אף להתחיל השואל במלאכתו ל"ח לתחילת מלאכת השמירה עד שימשוך ויכניסנו לרשותו, והנה יסודו דתח"מ נאמר בפועלים לענין דאין הבעה"ב ופועל [בקבלן] יכולין לחזור וחיובין בתשלומין אף לאחר חזרתן [וכפשוטו הגדר דאף לאחר חזרה עדיין משעובדין לעבודה, ובנתיב"מ סי' של"ג פי' דהחיוב מתורת מזיק ואכ"מ], ומעתה ילעי"י הרי הכא לא חזר השומר מפעולתו אלא דפשע בשמירה וחיוב בתשלומין מחיובי שומרין ומנ"ל דלהאי חיובא סגי נמי בקנין דתח"מ, וכפשוטו צ"ל דכיון דתח"מ האני לאשווי תורת שומר [וד"ז למדנו מפועלים דמשתעבדים למלאכתם ע"י תח"מ], תו חיילי עליה כל חיובי השומרים, אמנם עיקר חיובי תשלומין דשומר לא בריא אי הוי תוצאה מחיוב השמירה [ומדין מזיק] או דהוי התחייבות נוספת, ובקצוה"ח סי' ע"ד סק"א תלה ליה בפלוגתא הרשב"א והראב"ד קידושין י"ג אי שומר יכול לחזור בו באמצע שמירתו ונפטר מתשלומין כפועל שחזר באמצע היום או דחיובי תשלומין דפועל הוא התחייבות נוספת ול"מ ע"ז חזרת פועל וע"ע קה"י ב"מ סי' ל"ח, **עוילע"י** דבפועל בחינם יש נידון באחרונים אי שייך גביה קנין דתח"מ [עי' מחנ"א פועלים ד' ושי"ת הריב"ש סי' תפ"ט ומהר"ק קל"ג], ומעתה בשי"ח דדינו כפועל בחינם ה"ז תלוי באחרונים הנ"ל, **ובעיקר** משי"כ הקצוה"ח דבריו משמיה דהר"ן, עיי"ש בר"ן דאיירי לענין זכות חזרה דבעלים בשי"ש ויתכן דכ"ז לענין זכות חזרה ואין למילף דיהי תח"מ אף לענין חיובי שמירה, וכאמור.

**עוד** פי' הקצוה"ח דשי"ח ושי"ש אית להו נמי קנין בגופו של חפץ לענין אחריות גו"א ומהני ביה משיכה כי היכי דמהני בגניבה וגזילה, [וצ"ב דהתם קונה קניני גניבה], אלא דתלה ליה בפלוגתא הראשונים אי קיי"ל דשומר מתחייב משעת שאלה או משעת פשיעה דאי מתחייב משעת פשיעה ל"מ משיכה כיון דכלתה קנינו עיי"ש, ולכא"ו כ"ז שייך אי חיובי התשלומין אינו תולדה מחיוב האחריות אבל אי הוי תוצאת חיוב האחריות הרי האחריות חיילי מיד בשעת שאלה ותו לא שייך כלתה קנינו על התשלומין.

**עוד יל"פ** ענין הקנין משיכה למש"כ תוס' דמהני משיכה אף לרה"ר ונתבא' לעי' הגדר דמשיכת שומרין אין ענינה להכניס החפץ לרשותו אלא להוציא החפץ מרשות בעלים וע"י ההוצאה מרשות בעלים חייל עליה ממילא חיובי שמירה מגזיה"כ דפי' שומרין הלכך אף בשי"ח ושי"ש דאינו קונה גוף הכלי מהני משיכה להוציא החפץ מרשות הבעלים וע"ז חייל עליה דיני השמירה, ולהלן יבוא' בעכ"ז מהאמרי בינה.

**ב.** שי' תוס' ורא"ש דשמעתין איירי לענין זכות חזרה לחוד אבל לענין חיובי שמירה בשי"ח ושי"ש סגי בסילוק הבעלים משמירתן, ובשואל ושוכר חלוקים תוס' והרא"ש דלתוס' צריכין קנין ומהני מדאורי' ולהרא"ש א"צ קנין. **וסדר** דברי התוס' דאין לפרש דר"א קאי על חיובי שמירה דשואל ושוכר כיון דר"א איירי על תקנת משיכה מדרבנן ובשואל ושוכר מהני מדאורי', ואולי התוס' לשי' בע"ז ע"ב א' דבמקום דאין מעות משיכה קונה מדאורי', [וכדפי' החזו"א] וכן שוכר צריך קנין משיכה מדאורי' ואינו קונה בכסף דהרי אינו נותן המעות אלא לבסוף, ובאור"ש פ"ג ממכירה ה"ג הוסיף להמתיק דבריהם דכיון דשכירות אינה משלמת אלא לבסוף תו חשיב כמקח דאין בו מעות ובכה"ג מהני משיכה מאורי'. ומשמעות דבריהם דאי היה הדין דשוכר משלם בתחילת השכירות היה מתחייב בקנין כסף ול"מ תו משיכה וצ"ב היכי מהני נתינת מעות דהשוכר לחייבו בתשלומין, ול"ד למשיכה דמחייב ע"י שהוציא מרשות בעלים, וצ"ל דס"ל לתוס' דחיוב אחריות דשואל ושוכר הוא מחמת דקיבל זכות ההשתמשות ולזה שפיר מהני נמי קנין כסף, **והא** דתקנו משיכה בשומרים לדין חזרה ולא מהני מדאורי' לכא"ו משום סברת הריטב"א לעי' דשואל ל"ל קנין בגופו של כלי. **ובמחנ"א** שומרים סי' ז' הביא להב"י סי' ש"ז דכ' דלתוס' שואל א"צ משיכה ותמה עליו מדברי התוס' בשמעתין דמפורש דצריך קנין, ובחזו"א ליקוטים סי"ז סק"ג פי' דכ"ד התוס' הוא למאי דס"ד דר"א איירי בשואל וע"ז כ' דאי שואל צריך משיכה לחיוב אחריות ה"ז מדאורי' אבל לקושטא דר"א איירי לענין חזרה י"ל דאף שואל א"צ קנין לחיובי שמירה, ויש סיעתא לדבריו מדברי הבי"ה הנ"ל.

**ברא"ש** הוכיח כשי' דאף בשואל סגי בהנח לפני מדמהני הכישה במקל אף דאיירי בהוצאה לרה"ר ויעוי' ביהגרי"א סי' ש"מ סקט"ז דהתוס' ורא"ש דנחלקו אי שואל צריך משיכה אזלי לשיטתייהו בדין הכישה במקל דלתוס' קיי"ל כשמואל דהכישה במקל פטור והיינו משום דשואל צריך משיכה, והרא"ש ס"ל דרו"ש לא פליגי וקיי"ל הכישה במקל חייב הלכך ס"ל דא"צ קנין בשואל, ולמידין מדבריו דס"ל דאף לתוס' הכישה במקל לא מהני מתורת קנין ופלוגתא רו"ש אי צריך קנין וצ"ב דבתוס' מפורש דהכישה במקל הוא מתורת משיכה, ועי' במצוין לעי' דצ"ל דקאי אליבא דתי' הב' דתוס'.

**בנתיב"מ** סי' ש"מ סק"ב נקט דאף להרא"ש שואל לא מצי להתחייב אלא בקנין אלא דע"י הנח לפני נעשה לש"ח ומתנה ש"ח להיות כשואל ועפ"י כ' לחדש דכל חיובא דהנח לפני הוא רק כשהבעלים מזומנים שם ויכולים להתחיל השמירה אבל כשמניח שלא בפני הבעלים עדיין לא קיבלו השמירה ופטורין, אמנם מלבד דלשונו דהרא"ש מורה דנעשה לשואל ע"י אמירת הנח בלא דין מתנה, עיקר דינו נמי נסתר מהרא"ש דכ' דהכישה מתחייב מדין הנח לפני ולהנתיב"מ פטור בכה"ג, ואולי דכ"ד הנתיב"מ הוא בשי' הרמ"א שם וצ"ב, ועי' אמרי בינה טו"ו ס"ד.

**בעיקר** ש' התוס' ורא"ש דשומרים א"צ קנין ובחילוקא דש"ח וש"ש משוכר ושואל [לתוס'], מצינו באחרונים כמה דרכים, **א. הקצוה"ח** ס' ש"ז סק"א פ' דלתוס' והרא"ש נמי בעי' קנין לחיובי שמירה ולא סגי בדיבור לחוד, אלא דס"ל דהנח לפני מהני מדין תחיי"מ, ולפי"ז י"ל דה"מ ש"ח וש"ש דחייבין בשמירה אבל שואל אינו חייב בשמירה וכל חיוב התשלומין הוא מקבלת האחריות ואין תחילת שימוש חשיב לתחיי"מ, והרא"ש דס"ל דאף בשואל מהני הנח לפני ס"ל דבשואל איכא נמי חיובי שמירה, ולד' הקצוה"ח נמצא דיסוד חיובא דסילוק הבעלים אינו מחמת סילוק הבעלים אלא דבההיא שעתא מתחיל השומר בשמירתו, וה"ה אי יתחיל השומר בשמירה קודם סילוק הבעלים יל"ד דחייב מדין תחיי"מ, [אלא דיתכן דמפטר משום בעליו עמו, ועי' סמ"ע ס' רצ"א סק"ח].

**ב. הגרע"א** בכ"ח ס"י"ב [ונד' בר"מ פרנקל פ"ג משאלה] הבין דחיובו מדין ערב אמנם הק' אמאי בשטרות עבדים וקרקעות פטור נהי דנתמעטו מחיובי שמירה מ"מ יש לחייב מחמת שעבוד השומר ע"י סילוק שמירה דהבעלים, ותי' דאין מחייב עצמו בחיוב ממון בעלמא, אלא ע"י דין ערב מתחייב בחיובי השומרים ולכך ה"מ בדבר ששיך ביה חיובי שמירה אבל בעשוי"ק דאינם בחיובי שמירה לא חייל עליה חיוב כלל, ולפי"ז יל"פ ש' התוס' דה"מ בש"ח וש"ש אבל שוכר ושואל אינו מקבל דיני שמירה וכל חיובו משום קבלת אחריות דנעשה כדידיה ולזה שפיר בעי' קנין, ולדברי הגרע"א פשוט דכל החיוב נעשה ק' ע"י שסילקו הבעלים שמירתם ובההיא הנאה שהוציא הוצאות ע"פ מקבל ע"י חיובי השמירה, ודלא כהנתבא' לעי' בקצוה"ח.

**ג. במחנ"א** שומרים ס' ז' דן לפרש ב' אנפי' הא' דחיובו מדין ערב ודחה דהרא"ש ס"ל דזרוק מנה לים פטור, והב' דחייב בתורת מזיק מדד"ג ודחה מהא דחייבה התורה בספק שבועת השומרין ואי החיוב מדין מזיק על הבעלים היה לברר הספק, ובקה"י ס' ל"ח האריך להוכיח בראיות דחיובו מתורת מזיק, ולמש"כ המחנ"א לדון דחיובו מתורת מזיק יש ליישב קו' הב"י ס' ש"מ אמאי חיוב מזונות חייל בשעת משיכה ולא בשעת סילוק הבעלים, דחיוב מזונות הוא מחיובי השומרים ואינו מתורת מזיק ולזה שפיר בעי' קנין גמור, [העיר], **ובש"י** התוס' דחלוק שואל מש"ח וש"ש כ' המחנ"א לפרש דשאני שואל דחייב על אונסין דאתו ממילא ולזה לא סגי בהנח לפני אלא בעי' קנין ור"ל דחיוב פשיעה וגו"א הוא תוצאה מחיוב השמירה ולחיוב השמירה ל"ב קנין אלא סגי בהנח לפני משא"כ חיובי אונסין דשואל אינו מחמת השמירה אלא משום שנכנס לרשותו וע"ז בעי' קנין כמקח, ולפי"ז אף שואל מתחייב בפשיעה וגו"א בהנח לפני לא בעי' קנין אלא לחיוב אונסין, אמנם צ"ע דתינח שואל אבל שוכר דאין חייב באונסין אמאי בעי' קנין ולא מהני הנח לפני כש"ח וש"ש, ובתוס' מבוא' דשוכר דינו כשואל.

**ד. באמרי** בינה טו"נ ס"ד פ' דאינו התחייבות בעלמא אלא הלכה בדיני השומרים דהשומר משעבד עצמו להתחייב בשמירה וכמש"כ התוס' כתובות נ"ו ב' דהשומר משעבד עצמו לכל הכתוב בפרשה ושואל שכל הנאה שלו משעבד עצמו אף לחיבי אונסים, וחיובי השומר משעת סילוק הבעלים דבההיא שעתא גמר דעתיה להשתעבד, [ומצינו דוגמא לדבר שמתחייב אדם לחבירו בתשלומין בלא קנין ובלא דין ערב בחזרת בעה"ב בפועלים בדבר האבוד דמתחייב ע"י דיבור והן מדברים הנקנים באמירה וכמש"כ הרמב"ן ורא"ש ריש פ' האומנין], ויעוי' להלן בדברי התור"י ד"ב"ק ע"ט דמבוא' דנקט סילוק הבעלים הוא מתורת קנין, ויתכן דמתפרש ע"ד הנ"ל.

**יל"ב** להרא"ש דשעת החיוב בשואל בשעת סילוק הבעלים, אי שייך להתחייב קודם סילוק הבעלים ע"י קנין משיכה, ולכאוי' תלוי בהאמור ביסוד חיובא דסילוק הבעלים, ובב"ח ס' ש"מ נקט דמהני משיכה קודם סילוק הבעלים [עיי"ש דבזה יישב קו' הב"י ע"ד הרא"ש מדברי הגמ' לעי' דשואל מתחייב במזונות משעת משיכה, ותי' דהתם איירי בלא נסתלקו הבעלים משמירתם ובכה"ג בעי' לקנין משיכה].

**עו"ל"ב** אי שייך להתחייב כשסילקו הבעלים שמירתם כשהחפץ עדיין ברשותם, ולכאוי' מקו' הגמ' לעי' יד עבד כיד רבו חזי' דאף שבמסירתו לעבד נסתלקו הבעלים משמירתו מ"מ כיון דהוא עדיין ברשותו לא חייל דיני שמירה, וכן נקט המחנ"א שומרים ס' מ"א והביא דברי המכילתא דאינו חייב עד שיוציא חוץ לרשותו, וע"ע דב"א ח"א ס' מ'.

### משיכה לאיסור חזרה

**בשמעתין** מבוא' דלענין חזרת המשאל בעי' לקנין משיכה [ואף להראשונים דסגי בהנח לפני ה"מ לחיובי שמירה דהוא התחייבות בפ"ע אבל לענין חזרה דהוא מתורת קנין ליומא בעי' קנין גמור], ונחלקו הראשונים אי מהני משיכה אף לענין חזרה בש"ח בש"ש [ולכאוי' כל הנידון לענין ש"ש לחוד אי יכול לחזור מהשכר אבל בש"ח פשיטא דיכול לחזור], ויסוד הנידון דבש"ש דאין קונה גופו של כלי כל התחייבות השכר לשומר הוא בתורת פועל ולא שייך ע"ז קנין משיכה, ע"י לשונות תוס' והרא"ש ר"ן ונמו"י, ובר"ן הסיק דמהני משיכה מתורת קנין דתחיי"מ וס"ל דתחילת השמירה ל"ח לתחילת מלאכה עד המשיכה, ועי' קצוה"ח ס' ש"ז סק"א, ולכאוי' להראשונים דהנח לפני חשיב קנין לחיוב אונסין ה"ה דיחשב תחיי"מ לענין חזרה והר"ן אזיל בש"י הראשונים דהנח לפני ל"ח לקנין, אמנם בדרישה ס' ש"ז סק"א נקט דאף להרא"ש דחיובי השמירה חיילי בשעת סילוק הבעלים מ"מ הבעה"ב יכול לחזור בו עד המשיכה וצ"ע אמאי ל"ח ההיא שעתא לקנין מדין תחיי"מ וכפועלים דלאחר תחיי"מ אין הבעה"ב יכול לחזור בו.

**עוד** הביאו הר"ן ונמו"י פלוגתת ראשונים אי מהני משיכה אף לענין חזרת השואל ונהי דשואל יכול לחזור מ"מ אם חזר בו ונאנס בשעה שמחזירו חייב או דכיון דהשאלה לצרכו הלכך איהו מצי למיהדר וליפטר מאונסין בכל ענין, ויתכן דפלוגתתם בחיוב תשלומין דשואל אי יסודו מחמת דאוקים רחמנא ברשותיה ודידיה נאנס דלפי"ז לאחר חזרה דתו ל"ח ברשותיה פקע מיניה נמי חיוב תשלומין או דהתשלומין הוא קבלת אחריות בפ"ע ועי'.



## הנח לפני

**עי' מתני' פ' ב' שמור לי וא"ל הנח לפני ש"ח כו' וע"ע בגמ' שם פ"א ב' אר"ה כו' ונחלקו הראשונים בטעם חיובא דהנח לפני, התוס' ורא"ש בשמעתין פ"י דהוא מדין סילוק בעלים, אמנם הראב"ד בשטמ"ק ונמו"י שם פ"י דאיירי בקנין משיכה ע"י שהוציאו לרשותו או לסמטא וא"נ בהכרזה במקל, וכ"כ המ"מ פ"ב משכירות ה"ב בשי' הר"מ, וילע"י ל' הנמו"י דבשמעתין הביא לדברי הר"ף דקיי"ל הכרזה במקל פטור ובהנח לפני סתם דהוא מדין הנח לפני, וכיוצא ב"ה ילח"ק ע"ד המ"מ דפ"י כן בדי' הר"מ והרי' הר"מ פסק בפ"ג משאלה ה"ב דהכרזה במקל פטור, [ובש"ך ס"י רצ"א סק"ד רמז לזה], ויתכן ליישב בהקדם דהנה כבר הובא לעי' דלהראשונים דהכרזה במקל מהני מתורת משיכה נתחדש דמהני משיכת המשאל עבד השואל וא"י בכלל דאין אדם זוכה משלו עבור אחרים וכפשוטו מהני אף במקח וכשי' המב"ט [וכן הבין הדברי משפט ס"י ר' הובא לעי'], אמנם למש"כ תוס' בא"נ דמשיכה דשומרין אי"ז כמשיכה דמקח וסגי במשיכה לרה"ר י"ל דאף האי חידושא דמהני משיכת המשאל עבד השואל לא נאמר אלא בשומרים לחוד, ועפ"י י"ל דהראשונים הנ"ל ס"ל דלא מהני הכרזה במקל אלא בשומרים וכן ס"ל דחלוק שואל משאר ש"ח ושי"ש [וכשי' תוד"ה כך] ושואל צריך קנין מדאורי' כמקח הלכך בהשואל דאיירי בקנין שאלה קי"ל דלי"מ הכרזה במקל משא"כ הנח לפני דאיירי בש"ח, עוד יתכן לפרש דלא מהני הכרזה אלא כשנכנס מיד תחת שמירת הבעלים ולכך ה"מ הבנח לפני דהשומר מוזמן לשמירה. **ע"ע** דינא דשו"ת הרא"ש והובא בטושי"ע ס"י רצ"א ס"ב במי שהיה מהלך בדרך כו' וא"ל הניחם כאן על החמור כו' ובחי' הגרע"א שם והמחנ"א שומרים ס"ז תלו ליה בשי' הראשונים אי בעי קנין בהנח לפני דהרי התם לי' קנין דהוי חצר מהלכת וכן לי' משיכה דה"ל משוך פרה זו וקני כלים שעליה, [ועי' נתי"מ שם], ובדברי משפט שם חידש דלמשיכת שומרים מהני נמי משוך פרה זו וקני כלים שעליה. והוא יסוד לכל האמור דבמשיכת שומרין מהני משיכה דהבעלים עבור השואל, וכן מהני משיכה ברה"ר ואין ללמוד משומרים למו"מ.**

## ב"ק ע"ט א'

**עי' סוגי' הגמ' ב"ק ע"ט א' בעי' אמר תקנו משיכה כו' ת"ש נתנו לבכורות בנו כו' ונחלקו הראשונים בספיקא דהגמ' ובפשיטותא ממתני', שי' רש"י דהספק אי תקנו משיכה לחיובי שמירה או דחייב בשמירה אף בלא משיכה, ופשטין ממתני' דמהא דמתחייב גב' במשיכת שומר בע"כ דאהני המשיכה אף לשומר דאלי"כ לא הוי מהני המשיכה לגב', וצ"ב אמאי תלוי קנינו דהגב' בקנינו דהשומר, הרי השומר שלחו של הגב' וכיון דישלד"ע בשוגג [כדפי' תוס'] אף אי לא אהני המשיכה לשומר שפיר איכא משיכה עבור הגב', ובקצוה"ח ס"י שמ"ח סק"ד הכריח דס"ל לרש"י דאשלד"ע בשוגג והא דחייב הגב' במשיכת השומר משום מיגו דזכי לנפשיה וע"ז מיייתי' ממתני' דתקנו משיכה בשומרין דאי לא מהני המשיכה לשומר לי' מיגו דזכי לנפשיה, [ויש בדבריו חידוש דאמר' מיגו דזכי בתורת שמירה זכי לחבריה בתורת גניבה אע"ג דהוי ב' מיני זכויות ועי' דבר"י ס"י נ"ג], ויתכן דכיון דהשומר לא נתכוין להוציאו מרשות הבעלים אלא בתורת שמירה הלכך אי לא מהני משיכה בשומרין וע"י המשיכה לי' הוצאה מרשות הבעלים אין לחייב הגב' כיון דאף עבור חיובי גניבה בעי' הוצאה מרשות הבעלים, [ועי' מחנ"א גזילה ס"י ז'], **שי' תוס' דהספק לענין חזרת הבעלים בשואל ושוכר אבל לענין חיובי שמירה פשיטא דמהני משיכה, ומשמע דאף ש"ח ושי"ש אין מתחייבים אלא במשיכה וסתרו דבריהם בב"מ דכ' דש"ח ושי"ש מתחייבים בהנח לפני בלא קנין, ועי' דרישה ס"י ש"ז סק"א וביהגר"א רצ"ה ס"ה, ופשט"י ממתני' דמדמהני משיכת השומר לחייב הגב' בע"כ דמהני המשיכה אף עבור השומר, והנה לתוס' דמהני משיכת השומר עבור הגב' מדין ישלד"ע בשוגג ל"ל פשיטותא דהגמ' ע"ד הקצוה"ח לעי', וצ"ל כדנבא' דכיון דהשומר לא נתכוין להוציאו אלא בתורת שמירה אי לא מהני המשיכה עבורו לי' במעשיו הוצאה מרשות הבעלים ותו לא מהני אף עבור מעשה גניבה, ונתחדש בדבריהם דאף דמהני המשיכה לחיוב אונסים מ"מ כיון דלא מהני לדין חזרה ל"ח דיצא מרשות הבעלים, ועי' קוב"ש שם ודברי יחזקאל ס"י נ"ג, אמנם צ"ע דהרי בש"ח ושי"ש לי' אלא קנין לחיובי שמירה ולא לחזרה ומ"מ קתני במתני' שם דמתחייב הגב' ע"י משיכתם דש"ח ושי"ש, וצריך לחלק דבשואל דאי קנין לחזרה כ"ז שיכול הבעלים לחזור ל"ח דיצא מרשותו משא"כ בש"ח ושי"ש דכל הקנין הוא לחיוב אונסים שפיר חשיב יציאה מרשות הבעלים ע"י דנכנס לרשות השומר לחיובי שמירה, ועוד יתכן דנידון הגמ' אי משיכה בשומרים הוא בתורת קנין או דאינו אלא מעשה כל דהו לחיובים ונפק"מ אי מהני לחזרה, ולזה מיייתי' ממתני' דמדמהני לגב' חשיב למעשה קנין וה"ה דמשיכת ש"ח ושי"ש חשיב משיכה בתורת מעשה קנין, ועי' תי"ח. **שי' הר"מ בפיה"מ ובפ"ב מגניבה הט"ז דהספק אי תקנו משיכה בשומרים לחיובי שמירה ופשט"י ממתני' דהוציאו מרשות בעלים חייב השומר [וס"ל להר"מ דחייב דמתני' קאי אשומר ודלא כרש"י ותוס' וש"ר דפי' דקאי אגב], ומדמתחייב במשיכתו ש"מ דתקנו משיכה בשומרין ובראב"ד שם השיג ע"ד דכיון דלדידיה השומר חייב מדין גב' היכן מבוא' דאהני הקנין אף בתורת שומרין, ובמחנ"א גזילה ס"י ז' פ"י דכיון דהשומר נתכוין להוציאו מרשות הבעלים בתורת שמירה אי לא מהני משיכה בשומרין להוציאו מרשות הבעלים לא יהי' המשיכה לחייבו בתורת גב', דאף לחיובי גניבה בעי' הוצאה מרשות הבעלים, ובתור"י ס"י נ"ג פ"י בדרך נוספת עיי"ש, **בתור"י** דבשטמ"ק משמיה דהר"י פ"י דהספק אי בעי' משיכה לחיובי שמירה או דחל לחיוב אף בלא קנין ומיייתי' ממתני' דאין הגב' מתחייב אלא ע"י משיכה מרשות הבעלים ואי חיובו דהשומר חל קודם המשיכה היה צריך הגב' להתחייב בעודו בית הבעלים, ונהי דהבעלים לא סילקו שמירתן מ"מ נעשה לשומר עבור הגב' ע"י סילוק שמירתו דהגב', אמנם עיקר פירושו צע"ט איך מצי הגב' להתחייב בעודו בבית הבעלים ע"י סילוק שמירה הרי לענין גניבה בעי' מעשה קנין איך יתחייב הגב' בלא משיכה, וכן צ"ב איך מתחייב השומר בעודו בבית הבעלים קודם שסילקו הבעלים שמירתם, וצ"ל דהא פשיטא דקודם דהתחיל השומר במשיכה אף דאיהו נתחייב ע"י סילוק הבעלים אין הגב' מתחייב ועיקר קו' הגמ' דכשהתחיל השומר במשיכתו בעודו בבית הבעלים כיון כבר יצא משמירת הבעלים וכנס לשמירת השומר חשיב נמי לענין גניבה חשיב כיצא מרשות הבעלים וצ"ב, ולמדנו מדבריהם דלחך גיסא דלא תקנו משיכה בשומרים וחל החיוב בשעת סילוק הבעלים ה"ז נמי בתורת קנין וא"י משום חיובא ערב או מוזיק [וכדהובא לעי' מהאחרונים] דאי ל"ה מתורת קנין ודאי דלא הוי חשיב מעשה קנין עבור הגב', וע"ע דברי יחזקאל ס"י נ"ג.******

**ברשב"א** הביא לקו' הראב"ד איך מתחייב הגנב במשיכת השומר הרי השומר לא נתכוין לקנות הבהמה עבור הגנב, ולכ"פ דמתני' דנתנו לבכורות בנו כו' אשמעי' תרתי חדא דגנב במוסר לבכורות בנו אין מתחייב בדו"ה קודם שהוצאיו מרשות בעלים, וכן דאדם המוסר לשומר אין מתחייב השומר קודם שהוציאו מרשות ולפי"ז שפיר מייתי' ממתני' דתקנו משיכה בשומרין, ובש"י רש"י וש"ר דפי' דהגנב מתחייב במשיכת השומר מבוא' דלקניני גניבה ל"ב מעשה זכי' אלא סגי בהוצאה מרשות בעלים [וואף בלא כונה לזכי'] ולכך סגי בהוצאה דהשומר אף דלא נתכוין לזכות עבור הגנב, [העירו].

**ע"ע** נמו"י דפי' ספיקא דהגמ' לענין ש"ש לחוד אי בעי' משיכה או דקונה בקנין כסף אבל בשאר שומרין דלי' קנין כסף פשיטא דתקנו משיכה, [ווילה"ס למסקנא דתקנו משיכה בש"ש אי מהני נמי כסף בלא משיכה ועי' להלן].

## תנאי בשומרים [א]

## תנאי דליפטר

**צ"ד א' מתני'** מתנה ש"ח כו' נחלקו הראשונים אי מצי ש"ח להתנות ליפטר מתשלומי פשיעה, עי' שטמ"ק משמיה דהר"י ורבינו ברוך, הגה"א ר"ן ומל"מ פ"ב משכירות ה"ט, [ובתפארת שמואל על הרא"ש צ"ג ב' ד"ה אין], ושורש הנידון נתבא' באחרונים בב' אנפי, במחנ"א שאלה ס"א פי' דעת רבינו ברוך דס"ל דקבלת שמירה מחייבת חיובי פשיעה ונמצא דהתנאי סותר למעשה, ור"ל דנהי דבש"ש ושוכר קבלת השמירה מחייבת חיובי גו"א ומ"מ מצי להתנות, היינו דמתנה דאין רוצה לקבל ע"י אלא דרגת שמירה דש"ח משא"כ ש"ח בלא חיובי פשיעה ל"ל תורת שומר וכיון דקביל ע"י תורת שמירה תנאי לפטור מפשיעה סותר לקבלת השמירה, ובד' החולקים י"ל דס"ל דחיובי תשלומין אינן מחמת קבלת השמירה אלא התחייבות בפ"ע הלכך שייך לקבל שמירה בלא חיוב תשלומין, [והובא לעי' דהקצוה"ח סי' ע"ד תלה לנידון זה אי חיובי השמירה ותשלומין הוי חד חיובא בפלוגתת הראב"ד והרשב"א ויבוא' עוד להלן], ובפ"ת סי' רצ"ו פי' דס"ל לר"ב כשי' הר"מ דחיוב פשיעה הוא מתורת מזיק [ומה"ט חייב אף בעשוי"ק] ולא שייך תנאי בשומרים אלא ליפטר מחיובי שמירה ולא מחיובי מזיק, וכ"כ התומים סי' ע"ב ס"ז וביאר הטעם דלא מהני תנאי ליפטר מחיובי מזיק דהו"ל כאומר לשומר קרע כסותי דמבוא' בב"ק צ"ג א' דלא מיפטר אלא באומר קרע כסותי ותפטר, ולפי"ז היכא דהתנה המפקיד דיפטר מחיובי פשיעה יהני תנאו כאומר קרע כסותי ואפטר וכ"ד הר"ב בלא התנה להדיא שיפטר, וכן מפורש באו"ז ב"מ צ"ד א' אות רצ"ז [אולם לסברת המחנ"א הנ"ל אף בהתנה להדיא שיפטר לא מהני תנאו כיון הוא סתירה לקבלת השמירה].

**ויתכן** עוד בפלוגתת הראשונים הנ"ל דנחלקו בב' תירוצי התוס' כתובות נ"ו ב' בטעמא דמתנה ש"ח ליפטר ול"ח מעשכ"ב אי משום דריבתה התורה שומרים הרבה או דכל חיובי השומרים הוא משום אומדנא דניח"ל בחיובים אלו ש"ש עבור השכר ושואל עבור שכל הנאה שלו דלתי' הא א"י להתחייב אלא כחיובי שומרים וכיון דלא אשכחנא שומר שפטור מפשיעה ל"מ לפטור עצמו מפשיעה משא"כ לתי' הב', אמנם צ"ב לפי"ז אמאי תנאי ליפטר משבועה ל"ח מעשכ"ב ויבוא' להלן.

**והנה** יעוי' מרדכי ב"מ סי' שס"א [והובא בשו"ע סי' ע"ב ס"ז וברמ"א סי' ש"ה ס"ד] דהמלוה את חבירו על המשכון דדינו כשי"ש מצי להתנות דאינו מקבל ע"י אחריות ופטור אפי' מפשיעה, ובסמ"ע סי' ש"ה סק"ו כ' דכ"ה בתשו' מיימוני משפטים סי"א לענין ש"ח וש"ש, ולכאוי' דינא דהמרדכי אינו שייך לפלוגתת רבינו ברוך והריו"נ דאינהו איירי במקבל ע"י תורת שמירה לענין חיובי שמירה ובה נחלקו אי שומר מצי לפטור עצמו מפשיעה, אבל המרדכי איירי במתנה שאינו מקבל ע"י אחריות שמירה ולא חל עליה כלל תורת שמירה ובכה"ג כו"ע מודו דפטור מפשיעה, והימ"ל דכ"ד המרדכי לענין משכון לחד דכיון דעיקר ענינו דמשכון אינו שמירת המשכון אלא הוי התחייבות נוספת, כשמתנה ע"מ שאיני מקבל אחריות מפרשי' דלא נחית לתורת שמירה כלל, משא"כ בשומרים דכל ענין לקיחת החפץ הוא בשביל לשומרו אין מפרשים תנאו ליפטר מקבלת שמירה אלא ליפטר מתשלומין לחד, וכן יש משמעות בד' השו"ע דבסי' ש"א הביא ב' הדיעות אי חיוב פשיעה מטעם מזיק ולהסוברים דהוא מטעם מזיק לא שייך תנאי דליפטר מפשיעה וכנ"ל ובסי' ע"ב ס"ז פסק להמרדכי דפטור במשכון אפי' מפשיעה ובע"כ דבתנאי דמשכון מפרשי' דאין כונתו לקבלת שמירה כלל, אמנם הרמ"א סי' ש"ה ס"ד העתיק דינא דהמרדכי אף לענין שומרים, [העירו]. ובמל"מ פ"ב משכירות ה"ט הביא מהמהריב"ל דאין חולק על סברת ר"ב, וכי' המל"מ דהמרדכי חולק ע"ד הר"ב ולהאמור הדברים צ"ב.

**נחלקו** המהר"א ששון [הובא בש"ך סי' ש"ב סק"ב] והמחנ"א שומרים סי' כ"ב בש"ש שהתנה להיות כש"ח ונגנב או נאבד אי נוטל שכרו, דהמהר"א נקט דהשכר על מה שקיבל ע"י לנטור נטירותא יתירתא וכיון דלא שמר כראוי אין נוטל שכרו, [והוכיח כן מש"ש להקדש ונגנב או נאבד דאין נוטל שכרו] והמחנ"א פליג דכיון דהתנה להיות כש"ח אין השכר שכר שמירה אלא שכר טרחא או שכר המקום, ולכאוי' חלוקין בתנאי דליפטר אי התנאי פוטרו אף מחיוב שמירה או דכל התנאי ליפטר מתשלומין [וענין זה שנוי לכאוי' בפלוגתת הראשונים להלן בדברי הגמ' מעיקרא לא שעבד נפשיה, והעירו דיל"ד ע"ד] במתנה שואל להיות כש"ח אי חייב בפשיעה מתורת שואל או מתורת ש"ח, ונפק"מ בקטן שהשאל לגדול לפמ"ש המחנ"א שומרים סי' דחייב באונסים ואילו קטן שהפקיד אצל גדול לי' חיובי שמירה כדאי' שבועות מ"ב, איך יהא הדין בקטן שהשאל לגדול והתנה דדינו כש"ח.

## מתנה עמשכ"ב בשומרים

**גמ'** אמאי מתנה כו' ושאיני הכא כו' נחלקו הראשונים בביאור ענין לא שעבד נפשיה, א. רש"י פי' דבשומר תנאו קודם המשכיה, ומשא"כ קידושין דהתנה לאחר הקידושין, ובראשונים הבינו כונתו דחלוק צורת התנאי שהתנה בשומרים מקידושין דבשומרים התנה קודם המשכיה ובקידושין לאחר הקידושין, והק' דאף בשומרים איירי בהתנה לאחר המשכיה ולהיפך בקידושין איירי בהתנה קודם הקידושין דהרי בעי' תנאי קודם למעשה, עי' רמב"ן ריטב"א ותוס' כתובות נ"ו ב', וברמב"ן כ' דאולי כונת רש"י לפירושו כלהלן וכפשוטו הימ"ל כונת רש"י דשאני קידושין דחיובא דשכ"ע הוא כתוצאה ממעשה הקידושין וכיון דאין קידושין לחצאין לא מהני תנאו

משא"כ קבלת אחריות דשומרים אינו תוצאה מקבלת השמירה אלא הוי ב' חיובים שונים ושפיר מצי לקבל ע"ע חיובי השמירה בלא קבלת אחריות, וילע"י דהתינוח ש"ח ושי"ש אבל שואל דחיובו עבור ההשתמשות לכא"ו דמי לקידושין דלא מצי ליפטר מחיובו, וצ"ל דס"ל לרש"י דאף חיוב אחריות דשואל הוי חיוב בפ"ע, ועי' מחנ"א שאלה ס"א.

**ב.** ברמב"ן ובר"ן ושמ"ק בשם הר"ח פ"י דבשומרים אינו משעבד עצמו בחיובי שמירה אלא מסלק מעליו השמירה וכאומר הנח לפניך ומשא"כ קידושין דאינו מסלק מעליו הקידושין אלא עושה קידושין לחצאין, ולדבריהם הא דחייב בשאר חיובים אינו מדיני השמירה אלא התחייבות בעלמא, וצ"ע דהרמב"ן סתר דבריו לעי' נ"ח א' דנקט שם דכל דינא דמתנה ש"ח להיות כשואל בלא קנין הוא רק במי שקיבל ע"ע חיובי שומרים וא"כ במתנה ליפטר דאין מקבל ע"ע חיובי שומרים היכי מהני תנאו להתחייב במקצת מהחיובים, ואולי אין כונת הרמב"ן דאין מקבל שמירה כלל אלא ר"ל דכי היכי דמצי לקבל הפיקדון בלא קבלת שמירה כלל כמו"כ מצי לקבל הפיקדון בקבלת שמירה לענין חיוב פשיעה לחוד ועי', [וכן יש משמעות ברמב"ן דלא נתכוין דלי' קבלת שמירה כלל מדצייד לפ' כונת רש"י עפ"י דרכו, וברש"י מבוא' דמשך החפץ לקבלת שמירה].

**ג.** התוס' בכתובות נ"ו ב' פ"י בתי' הא' דשאני שומרים דריבתה התורה שומרים הרבה, הלכך בתנאי ל"ח מתנה נגד התורה ומצי לקבל ע"ע דיני השמירה כאחד מהשומרים, [ועי' תוספת דברים בתוס' הרשב"א משאנץ], ולכא"ו להאי תירוצא לא מצי להתחייב אלא כחיוב השומרים אבל כשהתנה ליפטר יותר מכל השומרים הו"ל מעשכ"ב אמנם ילע"י א"כ במתנה ש"ח ליפטר משבועה אמאי מהני הא לא אשכחנא בשומרים פטור משבועה, ואולי דאשכחנא בשמירה בבעלים לשי' הפוסקים דפטור משבועה, עי' קצוה"ח סי' רצ"א סק"י"ח ונתי"מ רצ"א שם סק"י"ד ואכ"מ, ואמרו עוד דיתכן דחיוב שבועה כל ענינו לברר דברו ובתנאו מתנה שיאמנו דבריו בלי שבועה וכה"ג ל"ח לעקירת חיוב התורה כיון דאין עוקר עיקר חיובו ועי'. **ב.** התוס' בכתובות שם בפ"י הב' פ"י דשאני שומרים דהתורה חייבתם לפי הנאתם הלכך היכא דאינו חפץ בהאי חיובא מצי להתנות וליפטר, ומצינו ב' דרכים בביאור דבריהם, המחנ"א שאלה ס"א פ"י דס"ל דחיוב אחריות דשומרים אינו השתעבדות התורה וחל ממילא ע"י קבלת שמירה אלא התחייבות השומר דמתחייב עבור ההנאה שמקבל והלכך לא חייל חיובי השומר אלא כשרוצה בכך ומחייב עצמו ומשא"כ כשמתנה ליפטר, [וכן משמעות התורא"ש שם], אמנם בחזו"א אה"ע סי' נ"ו סק"י"ד כ' דאין כונתם דחיובי השומרים משום דמשעבד עצמו לכל הני תנאים דא"כ למה ניתן כלל דיני שומרים יפרטו תנאיהם כפי שירצו, וכן ילה"ק היכי מצי להתחייב בלי קנין [ואולי דס"ל דתקנו משיכה בשומרים אף לחיוב אונסים], ועי' לע"י אמאי ל"מ לחייב עצמו בשמירה על קרקעות, אלא כונתם שאין מצוות התורה שישתעבדו השומרים עד"ז דוקא, אלא דבסתמא המשתעבד להיות שומר מתחייב בדין התורה וכפי הנאתו אבל במתנה אין משעבד אלא לדברים שהתנה, וע"ע חי' הגרא"ל ח"א סי' ע"ח, ולכא"ו נפק"מ בין הדרכים אי צריך להתנות לפי משפטי התנאים דלהמחנ"א א"י בתורת תנאי אלא גילוי דעת דאין חפץ להתחייב דחיובי שומר משא"כ להחזו"א הוא מתורת תנאים, ובאמת דכן עולה מדברי המחנ"א שם דא"צ משפטי התנאים ממש"כ דלתי' ב' דהתוס' שואל שהיה סבור שבעליו עמו פטור ונתברר שלא היו בעליו עמו פטור כיון דלא נתכוין להתחייב בחיובי השמירה, ואף דלא התנה כפי משפטי התנאים.

**עוד** עולה נפק"מ בין תירוצי התוס' והראשונים אי מצי לקבל ע"ע חיוב שאינו מחיובי השומרים, וכדינא דשו"ת הרשב"א ח"ג סי' כ"ב במקבל ע"ע חיוב גניבה לחוד דהרשב"א נקט דמהני אולם לתי' קמא דהתוס' בכתובות לא מהני, אמנם הרשב"א איירי שם בנתחייב בקנין ולי' למילף מיניה דס"ל כן אף בלא קנין, וכן נפק"מ לנידון האחרונים בשואל שמתנה להתחייב במתה מחמת מלאכה, עי' קצוה"ח ונתי"מ ריש סי' ש"מ [ומאירי במתני'] ואולי דחלוק מתנה ליפטר ממתנה להתחייב, ובמתנה להתחייב לכו"ע אי"ז מתורת תנאים, [ולכא"ו נחלקו בזה הרשב"א וראב"ד וכדלהלן],

**עי'** הגה"א ומרדכי ב"ק סי' ק' ורמ"א סי' שד"מ ס"א דלא מהני תנאי דשומרין אלא במתנה קודם קבלת השמירה אבל לאחר קבלת השמירה ל"מ לאתנויי, ומשמעות הגה"א דהטעם משום דלא שייך טעמא דלא שעבד נפשיה לאחר קבלת השמירה, והו"ל מעשכ"ב, ולפ"י לא יהני לאתנויי אף בקנין, אמנם במרדכי משמע הטעם דלאחר קבלת השמירה לא מצי להתנות בדברים אלא בקנין, והנה המרדכי הוכיח דינו משמעתין דאמר' מעיקרא לא שעבד נפשיה ומשמע דאי שעבד נפשיה מעיקרא ל"מ לאתנויי, ובדבר ראיתו משמעתין ברור דאין כונתו דתנאי דלאחר קבלת השמירה הו"ל מעשכ"ב, חדא דדימה ד"ז לקרע כסותי והתם אין לזה שייכות כלל למעשכ"ב [כמש"כ התוס' כתובות נ"ו] ובנתי"מ שד"מ סק"א הכריח עוד דאין כונתו למעשכ"ב דא"כ כ"ז לר"מ אבל למאי דקיי"ל כר"י דבדבר שבממון בידע ומחיל תנאו קיים לי' לחסרונא דמעשכ"ב, ואמאי ל"מ תנאי דלאחר קבלת השמירה, אלא עיקר כונתו דמשמעות הגמ' דלכו"ע איירי דמעיקרא לא שעבד נפשיה, ובע"כ משום דלא מהני תנאי דלאחר קבלת השמירה, וכ"פ הנתי"מ שם והמחנ"א שומרים סכ"א, וכן הוכיח המרדכי מב"ק צ"ג א' דבאומר קרע כסותי אי מסרו בתורת שמירה אינו נפטר, ובקצוה"ח סי' שד"מ סק"א צידד דלהמבוא' בב"ק שם דבאומר קרע כסותי ותפטר מהני תנאו אף בשומרים בע"כ דכל דברי המרדכי בלא אמר ואפטר, והק' ע"ד הרמ"א שם דפסק להמרדכי אף בהתנה להדיא

שלא יתחייב, ובישוב ד' הרמ"א ע"י בנתייה"מ שם סק"א דס"ל להמרדכי דהטעם דלא מהני תנאי דקרע כסותי בשומרים משום דעדיין לא חל החיוב אלא לאחר הקריעה ונמצא דמתנה בדשלב"ע והו"ל אסמכתא בעלמא, ולכך ה"ה במתנה לאחר קבלת

השמירה שלא אתחייב הו"ל תנאי בדשלב"ע כיון דלא חל חיובו אלא בשעת אונסים, והא דבקרע כסותי ואפטר מהני התם הוא מדין ערב וכאומר זרוק מנה לים, והאי טעמא לא שייך בתנאי שלא אתחייב כיון דאין מוציא הוצאות ע"פ ולי' לדין ערב, וילה"ע דכל דברי הנתייה"מ להראשונים דזרוק מנה לים חייב אבל למאי דקיי"ל זרוק מנה לים פטור וכמש"כ הנתייה"מ סי' ש"מ בע"כ דדינא דקרע כסותי ואפטר הוא מתורת מחילה והדרא קו' הקצוה"ח דא"כ יהני אף בתנאי שלא אתחייב, עוד ילה"ע דכ"ד הנתייה"מ דהו"ל דשלב"ע שייך אי מתנה שלא אתחייב בתשלומין אבל אי מתנה שלא אתחייב בחיובי שמירה לא הוי תנאי בדשלב"ע וצריך להועיל תנאו, [וכן העלה המחנ"א שומרים כ"א], ואולי דס"ל להנתייה"מ דחיוב התשלומין אינו תוצאת חיוב השמירה אלא חיוב בפ"ע ולא יהני תנאי שלא אתחייב בשמירה לפטרו מחיוב תשלומין שכבר נתחייב בשעת קבלת השמירה אלא צריך להתנות ליפטר מתשלומין ותנאי זה הו"ל דשלב"ע, אמנם מסו"ד הנתייה"מ במש"כ לחלק בין שומרים לשואל מפורש דס"ל דתנאי שלא אתחייב בשמירה מהני אף לפטרו מתשלומין וצ"ב. ובעיקר פירושא דהנתייה"מ כ"כ המחנ"א שומרים סי' כ"א, ועי' דבדברי חיים שומרים סי' כ"א משה"ק ע"ד ופי' כונת המרדכי בע"א.

**עוד** כ' הנתייה"מ שם לדקדק בד' הרמ"א דכ"ד בשואל לחוד אבל לא בשומרים עיי"ש בסברת החילוק.

## תנאי בשומרים

## מתנה ש"ש להיות כשואל

**גמ'** מתנה ש"ש כו' במאי בדברים כו' עי' רשב"א דהביא לקו' הראב"ד אמאי בעי קנין הא כל תנאי שבשעת מעשה חל בלי קנין וקו' צ"ב דהא חיוב תשלומין דשומרים אינו חל ע"י קניני השמירה דהרי משיכה אינה משעבדת כלל חיוב ממון אלא עיקר הקנין להכניסו לרשותו לקבלת שמירה וחיוב הממון הוא מחיובי התורה וא"כ היכי מצי להשתעבד ע"י תנאי שבממון, ועי' ריטב"א שתי קו' הראב"ד ונראה דזו כונתו, ובביאור קו' הראב"ד יל"פ בב' אופנים חדא דס"ל דמתנה ש"ש להיות כשואל אין ענין התנאי להתחייב חיובי ממון דשואל אלא דמשעבד גופו לדיני שמירה דשואל ועי"ז הק' שפיר אמאי בעי קנין ולא מהני מהל' תנאים, עו"ל"פ דס"ל דכל חיובי השומרים יסודו דאי' חיוב השבה על החפץ ופטורא דגו"א ואונסים הוא פטור מחיוב השבה ונמצא דתנאו שמתנה להיות כשואל ענינו דקבלת השמירה יחייב בהשבה בכל ענין ואע"ז הק' שפיר אמאי בעי קנין ולא סגי מדין תנאי שבשעת מעשה.

**ותי' הרשב"א** דלא מצינו שיתחייב אדם לחבירו בלי קנין אלא כשקבל תמורה לחיובו והיינו בהלואה תמורת הכסף ובש"ש תמורת השכר ושואל תמורת ההנאה הלכך במתנה ש"ש ושי"ש להיות כשואל דלי' תמורה לחיובו לא מצי להתחייב בלי קנין ונהי דשי"ש מקבל שכר על שמירתו מ"מ כיון דדין התורה דשכר השומר אינו מחייב אלא בגו"א לא מצי להתחייב תמורת השכר אף באונסים ובעי' לזה קנין, [ויל"ד בהתנה שיוסיף שכר על שמירתו עבור קבלת האונסים], ומשמעות הרשב"א דחיובי השומרים אינו תוצאת חיובי השמירה אלא חיוב בפ"ע והאי חיוב לא חייל בקניני השמירה אלא ע"י הנאת השמירה בש"ש עבור שכרו ובשואל עבור הנאת השימושים [ונהי דהנאה ל"ח לקנין בפ"ע וכמבוא' ברשב"א נ"ח א' מ"מ בשומרים סגי בגמ"ד דהנאה להתחייב בממון], **ובמ"ש"כ** הרשב"א דחיוב פשיעה דש"ח הוא מתורת מזיק לכאוי' אזיל בשי"ה ר"מ פ"ב משכירות ה"ג דפשיעה חיובו מטעם מזיק ומה"ט חייב בפשיעה אף בעשו"ק דאינם בתורת שמירה, וצ"ע דהרשב"א לעי' נ"ח א' דחה לדברי הר"מ דפושע לאו מזיק הוא שהרי פשיעה בבעלים פטור ומזיק בידים חיב, ואמרו דכונת הרשב"א לדחות דפשיעה אינו מתורת מזיק גמור וחיובו מדיני נזקין מדד"ג אלא חשיב למזיק מפ' שומרים ואי"ז מזיק גמור דל"ה אלא גרמא, ולפי"ז לי' לחיוב פשיעה בעשו"ק דנתמעטו מפ' שומרים ועי'.

**בריטב"א** הישנים תי' לקו' הראב"ד דלא יהני תנאו בלא קנין כיון דאי' יעבור על התנאי ולא ישלם כשואל בטל שעבודו דמעיקרא ופקע מיניה חיובי שומרים ונמצא דהתנאי לא אהני לחיובו מיד, והראב"ד דלא תי' כן צ"ל דס"ל דבלא דיני תנאים מצי להשתעבד כשואל כי היכי דמתנה ש"ש ליפטר, וס"ל דמתנה ש"ש ליפטר אינו מהל' תנאים, אמנם בדברי הראב"ד המובא בשטמ"ק מבוא' דפי' דינא דמתנה ש"ש ליפטר ע"ד תי' הא' דהתוס' בכתובות דהתורה רבתה שומרים הרבה ולכאוי' להאי פירושא הוא מהל' תנאים וכדנתבא' לעי' וצ"ב.

## בשקנו מידו

**גמ'** אמר שמואל בשקנו מידו נחלקו הראשונים אי ע"י הקנין נתחייב כשואל מדיני השמירה או דהשמירה מחייבתו כש"ש וההתחייבות כשואל הוא חיוב נוסף, דבשטמ"ק בשם תלמיד הר"פ מבוא' דהוא מחיובי שמירה דפי' דל"ה קנין דברים כיון דחל הקנין על גופו דגופו משועבד כשואל, אמנם התוס' בכתובות נ"ד ב' ד"ה אע"פ והרא"ש שם [וכע"ז בתוס' ב"ב ג' א' ד"ה קנין הוכיחו משמעתיך דכל היכא דמשעבד גופו ל"ח לדשלב"ע ולקנין דברים ומשמע דלא נעשה כשואל, [ומדברי המהרש"א והגרע"א ע"ד התוס' בכתובות הנ"ל מבוא' דנקטו בשי' התוס' דמשעבד להיות כשואל], וכן עולה לכאוי' מדברי הרשב"א הנ"ל דנקט דחיובי השמירה לא מצו לחייב בתשלומין אלא תמורת השכר, [וכצ"ל לשי' הראשונים להלן דבההיא הנאה הוי קנין התחייבות ואינו בתורת שומרים דלפי"ז ה"ה לשמואל ל"ה קנין שומרים דלא מסתבר שמואל ור"י נחלקו בחיובו אי הוי מתורת שואל או חיוב חדש], ונפק"מ בכ"ז אי דינו כשואל אף לחיובי שמירה וכן לשבועה ולענין שעבוד נכסים אי חל משעת קנין או משעת אונסין וכן לענין תשלומי מיטב, ונחלקו בזה האחרונים ויבוא' להלן.

## קנין דההיא הנאה

**גמ'** וריו"ח אמר כו' בההיא הנאה כו' נחלקו הראשונים בקנין דההיא הנאה אי הוי מתורת קנין כסף ומהני אף בעלמא שלא בתורת שומרים או דלא מהני אלא לחיובי שומרים, ושורשם בדברי הגמ' לעי' נ"ח א' דמוקי ריו"ח לשומר בנכסי הקדש דחייב בשמירה ובאחריות בשקנו מידו ולא מוקי ליה דנתחייב בההיא הנאה ונאמרו בראשונים כמה דרכים, א. התוס' שם פי' בתי' הא' דל"מ להתחייב בההיא הנאה אלא כשמוחב שבועה, ויל"ס כונתם אי כשמוחב שבועה אי"ל יותר גמ"ד או דכונתם לדברי הראשונים להלן דההיא הנאה ל"ה קנין כסף אלא גמ"ד להתחייב בדיני השמירה כשואל, ועי' להלן תוספת דברים אמאי תלו ליה התוס' בחיוב שבועה, ב. בתי' הב' פי' התוס' דל"ח לההיא הנאה אלא כשמתחייב כשואל, ונפק"מ בין התי' בשומר על הקדש וקרקעות שמתחייב כשואל דלתי'

הא' אין מתחייב ולהב' מתחייב, אמנם הגרע"א סי' רצ"א סכ"ז הביא בשם המהרי"ט דלבי' התי' אין ש"ח דהקדש מתחייב כשואל ונתבא' בדרשות מהרי"ט הטעם דכיון דשואל בהקדש פטור לא נפיק עליה קלא דנעשה לשואל אלא מילתא יתירה הוא דעבד ול"ל הנאה, וכ"מ בקצוה"ח סי' רצ"א סק"ז, וכן נפק"מ בש"ח [דהדיוט] שמתחייב כש"ש, דלתי' הא' מתחייב ולהב' אין

מתחייב וכ"כ המל"מ פ"ב משכירות ה"ט, ובחזו"א חו"מ ליקוטים סי' סק"ב הק' לתי' ב' דהתוס' אמאי בהכ"ש במקל טרחו הראשונים לפרש חיובו ולא פי' בההיא הנאה דנעשה לשואל, וביותר תמוה אמאי תקנו משיכה לשואל הא משתעבד בהיא הנאה, וצ"ל דל"ש ההיא הנאה אלא בש"ח דמקבל ע"ע האונסים תמורת הנאה דנפיק עליה קלא משא"כ בשואל דקבלת האונסים משום ההשתמשות ל"י לההיא הנאה אלא בהשתמשות לחוד, [ובשעת ההשתמשות מצי לקנות אף בקנין דההיא הנאה וכמשי"כ התייה"מ סי' ש"מ סק"א], ועי' להלן בכע"ז ספיקא דההגה"א. ג. ברמב"ן רשב"א נמו"י ור"ן פי' דל"מ בההיא הנאה אלא בשומרים להתחייב ע"ז כפי תנאו אבל בהקדש דאינו חייב מדיני השומרים ל"מ להתחייב אלא בקנין, ור"ל דההיא הנאה ל"ה לקנין בפ"ע ול"מ אלא בשומרים להשתעבד בקניני השמירה לא' מחיובי השומרים, וכפשוטו לפי"ז ל"מ להתחייב אלא כחיובי השומרים, וכ"פ הקצוה"ח סי' ש"מ סק"א, והעירו דלפי"ז צ"ל דחיוב אונסים דשואל הוא נמי מחיובי השמירה ואינו מחמת דחשיב כדידיה דאי ל"ה מחיובי שמירה איך ש"ש מצי להתחייב מחמת השמירה בחיובי אונסים, ועי' להלן בדברי הרמב"ן ב"ב קס"ח, אמנם ברמב"ן מפורש דיכול להתחייב נמי יותר משואל, וצ"ב אמאי שומרים עדיפא מאיניש דעלמא להתחייב יותר מחיובי השומרים, ואמרו דיתכן דס"ל להראשונים דיסוד חיובי השומרים הוא חיוב השבה ופטורא דאונסים וגו"א הוא פטור מהשבה, דלפי"ז ענין התנאי דמתנה דנשאר בחיובו ולא מיפטר מהשבה באונסים, וע"ז שפיר מהני ההיא הנאה ולא בעי' קנין כיון דאין מחדש חיוב ומשא"כ בקרקע והקדש דלא חייל עליה חיוב השבה ומתחייב בחיוב חדש בעי' לזה קנין ולא חל בדברים ועי', ולפי"ז לא יוכל להתחייב אלא כפי שויו החפץ ולא אל יותר משויו ועי' להלן ד' הגרע"א, ויש להוסיף דלפי"ז א"ש ד' תי' א' דהתוס' אמאי תלו ליה בחיוב שבועה דהחיוב שבועה הוא ההוכחה לחיוב השבת החפץ, [ואולי נפק"מ לשמירה בבעלים דתורת שומר עליה ומ"מ כיון דמיפטר משבוע [לחלק מהפוסקים] ל"י עליה חיוב השבה ולא יהני ביה ההיא הנאה לחיובו ועי' להלן. ועיקר היסוד דחיובי שומרים הוא מתורת השבה יסדו כן רבותינו האחרונים והוכיחו מכמה דוכתי ויבוא' להלן בהמשך הסוגיות, ובעיקר ש' הרמב"ן ילה"ע דבב"ב קס"ח הכריח דחיוב אונסין דשואל אינו מחמת דהוי כדידיה דא"כ איך מתנה ש"ח להיות כשואל אלא בע"כ דהוי מחיובי השמירה דמחייב השואל ע"ע עיי"ש, ולהאמור בדברי הרמב"ן דמצי להתנות אף ביותר מחיוב שואל ואין גדרו דמתנה דחייל עליה חיובי שואל צ"ב מאי הכרח אי' דשואל אין מתחייב מחמת דהוי כדידיה. ובש"ך סי' ס"ו ס"ק קכ"ח וש"א סק"ו פי' חילוקא דהראשונים דשאני מתנה ש"ח דאמירתו הריני שואל הוי כאילו אמר הריני כאילו התקבלתי ומשא"כ בהקדש וקרקע דשואל גופא פטור, ור"ל דשואל חיובו משום קבלת החפץ דנעשה כשלו. ובמתנה ש"ח חייב כשואל עבור קבלת החפץ ואף דלא קיבלו נעשה כאומר כאילו התקבלתי ומשא"כ בקרקע והקדש דל"י חיובי שואל עבור קבלת החפץ ל"מ התחייבות אלא בתורת חיוב בפ"ע ולזה בעי' קנין, ולדבריו מתנה ש"ח לא יהני אלא במקבל חיובי שומרים ולא במוסיף על חיובי השומרים, ועיקר דבריו צ"ב מאי שייך כאילו התקבלתי לחיוב ולא אשכחנא בעלמא כאילו התקבלתי [וכן ביו"ד סי' רל"ב] אלא לפטור, והנה לשי' הראשונים הנ"ל דבעשוי"ק א"י להתחייב בחיובי שמירה א"כ בקנו מידו ל"ה חיובי שמירה אלא חוב ממון בעלמא, אמנם התייה"מ סי' ש"א סק"ד נקט דהקנין הוא התחייבות לדין שומר והכריח כן אי הוי חוב ממון בעלמא אמאי בעי' קנין בהקדש הרי אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, ובע"כ דהוי התחייבות לדין שומר וע"ז לא מהני אמירתו לגבוה כיון דל"ה חוב ממון, ועי' יחי' הגר"ש פסחים סי' ה' משמיה דהגר"ז. ג. בתורא"ש פי' דל"י הנאה דאיניש מהימן הוא אלא בהדיוט דאין רגיל לסמוך על אחר ומאמינו לזה משא"כ בהקדש דרך הוא לסמוך על אחר, ולדבריו בקרקעות ועבדים יהני תנאי בלי קנין, וכ"כ הגרע"א סי' רצ"א סכ"ז, וע"ע תרוה"כ סי' ס"ו ס"מ.

**ע"ע** ש' הר"מ פ"ב משכירות ה"ט דמתנה ש"ח להיות כשואל ככל תנאי שבממון וא"צ קנין, ותמהו עליו משמעתין דצריך קנין, ולכאוי' ס"ל כהראשונים דההיא הנאה אינו קנין ול"ה אלא גמ"ד להשתעבד בחיובי שומרים, ובמחנ"א ערב סי' א' נקט בד' הרי"מ דלא בעי' לההיא הנאה אלא בכדי דלא ליהוי אסמכתא, ולעולם משתעבד בדברים.

**מצינו** בפוסקים הרבה נפק"מ בפלוגתת הראשונים הנ"ל בחיובא דמתנה ובגדר בההיא הנאה, א. לענין תשלומין אי משלם ממטב כשומרים, ועי' מנ"ח מ' נ"ז או' ט"ו. ב. בקצוה"ח סי' ס"ו סקמ"ז וסי' ש"א סק"ג הביא לספיקו דהמהרא"ש במתנה ש"ח להיות כש"ש או כשואל אי חייב שבועה כש"ש ושואל או דל"מ קנין לחיובו בשבועה דהוי קנין דברים [וכמש"כ הבי"י סי' ס"ו דל"מ קנין בעשוי"ק לחיוב שבועה], ובתרוה"כ סי' ס"ו ס"מ [הובא בקצוה"ח שם] כ' לחלק בין קנין דעשוי"ק למתנה ש"ח דבש"ח אף בקבלת שמירה דש"ח מחויב שבועה לברר חיוב הממון, וא"כ עתה דנתחייב בגו"א מחויב לברר חיוב הממון דגו"א, ומשא"כ בעשוי"ק דאינו מחויב שבועה כלל, ויתכן לחלק עוד עפ"י האמור דבשומרים מתנה להתחייב מדיני שומרים ושפיר חייל עליה חיוב שבועה משא"כ בעשוי"ק דאינו בפי' שומרים והוי חיוב בפ"ע לא מהני להתחייב בשבועה דהוי קנין דברים, [אמנם בעיקר ד' הבי"י דקנין על שבועה חשיב לקנין דברים עי' נתייה"מ סי' ס"ו ח"י סקצ"ב דהק' דחיוב שבועה ל"ה חיוב בפ"ע אלא יסוד החיוב הוא ממון ומתנה דאם נשבע נפטר מחיובו ועי' בתרוה"כ שם ואכ"מ], ובש"ך סי' רצ"א סקמ"ט פי' ספיקו

דהמהרא"ש בע"א אי מהימן לומר שדעתו היה על חיוב ממון ולא על חיוב שבועה וספק זה שייך אף בקיבל עליו חיובי שמירה. ג. עי' מל"מ פ"ב משכירות ה"ט דש"ש דהתחייב כש"ש ה"ז תלוי בב' תי' התוס' ולתי' הב' לא חל חיובו בלי קנין דלי' בההיא

הנאה אלא במתחייב כשואל, ד. עי' קצוה"ח סי' רצ"א סק"ח דש"ח וש"ש בבעלים שנתחייבו בפשיעה ובגו"א פטורין לב' תי' התוס' דלתי' האי' ל"י הכא חיוב שבועה ולתי' הב' הו"ל כעשו"ק דל"מ להתנות כשואל בלי קנין, [ובמנ"ח נ"ז או' י"א צידד דלהפוסקים דאי' חיוב שבועה דאינה ברשותי בשומר בבעלים יהני תנאו לתי' האי'], והגרע"א שם סכ"ז נקט דלתי' הב' יהני תנאו, ובעיקר הנידון העירו דאי' שומר בבעלים חל עליה תורת שומר אלא דפטור מדין בעליו מצי להתנות דאין רוצה שיחול פטורא דבעליו ותו הו"ל כתנאי בשומרים דמהני. ה. נחלקו הקצוה"ח סי' ש"מ סק"א ונתי"מ שם סק"ב אי שואל מצי להתחייב בממ"מ ופלוגתתם תלוי' בהנ"ל בגדרי מתנה אי יסודו דמתחייב כא' מהשומרים דלפ"ז פשיטא דל"מ להתחייב ביותר מד' שומרים או דע"י ההיא הנאה חשיב ככסף ומצי להתחייב כפי רצונו.

ו. הגרע"א סי' רצ"א סכ"ז הביא ד' החיד"א דבשומר על דינר כסף והתחייב ליתן על גו"א דינר זהב דחייב בלא קנין, והגרע"א פליג עליה וכ' דיותר נוטה דפטור וד' החיד"א א"ש להמבוא' ברמב"ן דמצי להתחייב יותר משואל, [אולם למשנת"ב כונת הרמב"ן דחיובא דגו"א ואונסים הוא מתורת השבה ומתנה דלא יפטר מהשבה לא שייך האי טעמא אלא להתחייב על מה שקיבל ולא יותר מקבלתו וצ"ע].

ע"י הגה"א דנסתפק אי ש"ש ושוכר מצו להשתעבד בההיא הנאה דהא לאו משום דתיפוק עליהו קלא קעבדי אלא משום השכר או"ד בההיא הנאה דמשכיר ליה או דיהיב ליה שכר גמר ומשתעבד, ובר"מ פ"ב משכירות ה"ט, מפורש דמהני אף לש"ש, [ובראשונים בשמעתין ולעי' נ"ח א' איכא חילופי גירסאות אי גרס"י מתנה ש"ש או ש"ח].



### **ש"ח וש"ש לאחר ימי השמירה**

**פ' ב' גמ'** וכולן שאמרו כו' מתיב ר"נ כו' מבוא' דאומן לאחר גמר העבודה קודם שאמר גמרתיו תורת ש"ש עליה ולאחר אמירת גמרתיו עדיין הוי שומר וש"ש בגמ' אי דינו כש"ח או כש"ש, ויעוי' בריטב"א ד"ה ומסתברא דלפ"ז ה"ה בכל פיקדון לאחר ימי השמירה דין ש"ח עליה, ובקצוה"ח סי' שמ"ג סק"א ובנתיב"מ סי' קפ"ו סק"ב גרסו בדברי הריטב"א דלאחר ימי השמירה הוי ש"ש ובנתיב"מ תמה מ"ש משואל דלאחר ימי שאילתה ל"י דין שואל עליה, וכ' לחלק דאפשר דשאני ש"ש דכ"ז דהוא בידו חייב ליתן שכרו, [וס"ל דאי' אומדנא ליתן שכר אף לאחר ימי השמירה כ"ז דלא החזירה לבעלים], ולפ"ז כונת הריטב"א להוכיח מאומן דכי היכי דאומן קודם אמירת גמרתיו דינו כש"ש ה"ה ש"ש לאחר ימי השמירה קודם אמירת גמרתיו הוי ש"ש ונהי דש"ש לזמן קבוע אף בלא אמירת גמרתיו ידוע דגמר השמירה צ"ל דס"ל להריטב"א דענין אמירת גמרתיו באומן אינו להודיע שנגמרו ימי השמירה וכדפרש"י אלא להודיע על סילוקו מדין ש"ש ולכך אף בש"ש בעי' לאמירת גמרתיו להסתלק מחיוב ש"ש, אמנם בריטב"א שלפנינו הגי' ש"ח, וכן גרס בדבריו המחנ"א שומרים סי"ט, אמנם במחנ"א שומרים סי"ט דן דלאחר ימי השמירה לאו תורת שומר עליה כלל דכיון דקצב זמן לשמירתו הו"ל כמתנה דלאחר הזמן איני שומרם כלל, והנה בדברי ריטב"א אין מפורש אי איירי אף בש"ח לאחר ימי שמירתו או בש"ש לחוד, ונחלקו בזה האחרונים דהמחנ"א צידד דבש"ח לכו"ע אחר ימי השמירה פקע מיניה תורת שמירה דכיון דקבע זמן מתחילה הו"ל כאומר טול את שלך לאחר ימי השמירה, ומשא"כ בש"ש מפרשי קביעות הזמן דלאחר הזמן אינו נוטל שכר על השמירה אבל עדיין שומר עליה, והעירו דלשי' הראב"ד דש"ח א"י לחזור תוך הזמן אף בש"ח, יל"פ קביעות הזמן לענין דיכול לחזור לאחר הזמן ואין מוכרח לפרש כונתו דלאחר הזמן לאו תורת שומר עליה כלל, אמנם במחנ"א מ' נ"ז נקט דאף בש"ח לאחר ימי שמירתו דין שומר עליה עיי"ש.

**ובעיקר** חיובא דשומר אחר ימי שמירתו כפשוטו הוא משום אומדנא דאין כונתו להסתלק מהשמירה אלא מקבל ע"ע חיובי ש"ח, אמנם יל"ע דתינח ש"ח אבל ש"ש דכל קבלת האחריות משום השמירה בשכר א"כ כשגמר שמירתו ואין מקבל שכר במאי מתחייב בחיובי ש"ח, [ולא מסתבר דאחרי ימי השמירה מתחייב בחיוב חדש ובפרט אי בעי' קנין דלא הוזכר דצריך קנין חדש], וצ"ל דאף ש"ש יסוד חיובו כש"ח דע"י קבלת החפץ חל עליה תורת שומר אלא דנוסף בש"ש חיוב אחריות דגוי"א עבור השכר, והלכך אף לאחר ימי השמירה דאינו מקבל שכר עדיין שם שומר עליה כדין ש"ח, ויתכן לפרש עוד דאינו חיוב נוסף על הזמן ההוא אלא כיון דהשומר מחוייב בהשבת החפץ לבעלים כשהוא בעין א"כ עדיין לא קיים חיובו דמעיקרא להשיב החפץ לבעלים, ומ"מ אין חייב אלא כש"ח, דכל התחייבות הש"ש בגוי"א הוא עבור קבלת השכר, ולא שייך האי חיובא לאחר ימי שמירתה דאין מקבל שכר, [ולפ"ז יתכן דל"י עליה חובת שמירה אלא חיוב השבה לחוד וע"י], אמנם עיקר חיוב השבת החפץ כשהוא בעין לא בריא באחרונים ונחלקו בזה הקצוה"ח ונתיב"מ ויבוא' להלן.

### **טול את שלך**

**גמ'** טול את שלך כו' נחלקו הראשונים בטעמא דטול את שלך הוי ש"ח, רש"י פי' דכיון דעד עתה היה תופסו בשכרו אמרי' דבאמירת טול אין כונתו לסילוק השמירה אלא להודיעו שאינו תופס עוד בשכרו והו"ל ש"ח, וכ"כ תוהרא"ש לעי' מ"ט א' וריטב"א ונמו"י שם, [ובזה ישבו קו' התוס' מההיא עובדא דשומשי שם], אמנם בתוס' מ"ט א' ד"ה אלא פי' דכיון דמתחילה היה חייב בגוי"א מפרשי' אמירת טול לפטרו מגוי"א לחוד ולא להסתלק משמירה, וה"מ ש"ש אבל ש"ח שאמר טול נפטר משמירתו לגמרי, ובבעה"ת שער נ' ח"ד או' ד' [הובא במחנ"א סי' כ'] כ' לב' הסברות דה"מ ש"ש וה"מ אומן דתופס בשכרו עיי"ש, וכ' הגרע"א מ"ט א' ובגליון לשו"ע סי' ק"כ דנפק"מ בין הדרכים בש"ש שאמר טול דלרש"י כיון דש"ש אין תופס החפץ בשכרו מסתלק לגמרי מהשמירה, ולתוס' דינו כש"ח, ובסו"ד מסיק דאף רש"י מודה לתוס', ותו"ד דבס"ד דהגמ' דבגמרתיו הוי ש"ש ובטול נעשה לש"ח חזי' דטול לא הוי סילוק גמור אלא רק לענין להורידו מש"ש לש"ח ואף למסקנא לא הדרה ביה הגמ' וקאי דטול אינו סילוק גמור ומה דהוצרך רש"י לפרש הטעם דלא הוי סילוק גמור משום דתפיס אאגריה הוא לענין אומן לחוד דכיון דלמסק' בגמרתיו נעשה לש"ח א"כ כשאומר טול הרי מונח בדבריו גמרתיו וסילוק וה"ז כאומר גמרתיו ואח"כ טול דמסתלק לגמרי אלא דמטעם דתפיס אאגריה נשאר לש"ח אבל בש"ש דעלמא שאומר טול נשאר סברת הס"ד דאינו מסתלק לגמרי אלא נשאר לש"ח, ודבריו צ"ב דהרי ש"ש לאחר זמנו שאומר טול נמי חשיב כאומר גמרתיו ואח"כ טול [דקביעות הזמן מעיקרא חשיב לאמירת גמרתיו] וא"כ צריך להיות דינו כאומן דבאמירת טול מסתלק לגמרי [בלאו סברת תפיס אאגריה], ובמחנ"א סי' כ' בהגה"ה כ' נפק"מ באומן שהקדים לו שכרו ואמר טול דלרש"י מיפטר לגמרי, ולתוס' עדיין תורת ש"ח עליה [והימ"ל דאף

לתוס' עיקר הסברא משום דתופס בשכרו וס"ל דאף ש"ש רשאי לתפסו בשכרו ולפי"ז בהקדים שכרו מודו תוס' דפטור, ובעיקר דברי התוס' דנקטו דבההיא דשומשמי מתחילה היה תורת ש"ח עליה, הק' המהרמ"ש ופנ"י מדברי התוס' מ"ג א דלחד ת"י המוכר תורת ש"ש עליה, והגרע"א הק' מדבריהם בעירובין פ"א ב' ד"ה שמא, ועי' תומים סי' ע"ד סק"ח ומחנ"א שם, ואולי דס"ל לתוס' דגבי חזרת מקח כיון דלא נחית מתחילה אדעתא דפיקדון אף דבחזרתו תורת ש"ש עליה מ"מ כשאומר טול כונתו לסילוק שמירה לגמרי ול"ד לש"ש שאומר טול דאמדי דאין רצונו להסתלק מהשמירה לגמרי, ועי' בלשון סה"ת הנ"ל דיש קצת משמעות להאמור.

**בעיקר** המבוא' דבאמירת טול תורת ש"ח עליה, עי' רמב"ן ריטב"א ור"ן מ"ט א' [ור"טב"א בשמעתין] דה"מ בלא אמר להדיא דאיני שומר עליו, אבל באמר להדיא דאין רוצה לשמור פקע מיניה תורת שמירה לגמרי, ול"ד להלואה דלא מיפטר הלואה אלא בהשבת המעות לרשות המלוה, דשאני פיקדון דכל היכא דאיתיה ברשותא דמריה איתא ואין על הנפקד אלא שמירה בעלמא משא"כ מלוה דלהוצאה ניתנה, ובקצוה"ח סי' קצ"ח סק"ה ביאר הענין דבפיקדון אין השומר חייב בהשבה לבעלים אלא על המפקיד ללכת לבית השומר ליקח החפץ ולא נאמר דין השבה אלא בגזלן ובהלואה, והקצוה"ח שנה משנתו בסי' פ"ו סק"ד ובמשובב שם, וכ"כ בסי' קצ"ח סק"ה ובסי' ש"מ סק"ד ועיי"ש דלפי"ז ספק מתה באונס או מחמת מלאכה הו"ל איני יודע אם נתחייבתי, אמנם הנתייה"מ סי' פ"ו נחלק דאיכא חיוב השבה בשומרים, וצ"ל לדידה מ"ש פיקדון מהלואה, ויעוי' נתייה"מ סי' קצ"ח סק"ו דפי' דטול חשיב לנתינה והביאור דאף דאי' חובת השבה בפיקדון מ"מ אין טרחת ההשבה מוטלת על הנפקד הלכך עיי' אמירת טול כיון דהעמיד עבורו החפץ חשיב לנתינה [ומ"מ בגזלן והלואה לא מהני דהתם צריך להקנותו ולהשיבו ליד הבעלים], והנה הק' האחרונים לשי' הקצוה"ח ממתני' ב"ק ק"י א' האומר לחבירו כו' הפקדת אצלי כו' וא"י אם החזרתי לך חייב, דמבוא' דאי' חיוב השבה על החפץ ולכן בא"י אם החזרתי הו"ל א"י אם פרעתיך, [עי' חזו"א חו"מ סי' ה' סק"ו ואבי עזרי פ"א מטו"ט], וכפשוטו הביאור דאף להקצוה"ח חייב השומר בהעמדת החפץ לבעלים, [ובאמירת טול חשיב שמעמדה עבור הבעלים], הלכך כשהבהמה אינה לפנינו והספק אי החזירה או דעדיין עומדת ברשותו הו"ל א"י אם פרעתיך, משא"כ כשהבהמה מתה והספק בצורת המיתה כיון דאין השומר מעכב הבעלים מלקחתה הו"ל א"י אם נתחייבתי, ויסוד פלוגתת הקצוה"ח ונתייה"מ אי כשהחפץ בעין חייב בהשבה מתורת השבה כגזילה או דהוא מתורת תשלומין [וכחיובו כשהחפץ אינו בעין], ועי' במצוין בהארץ משפט.

**עי' פ"ת סי' שמ"ג סק"א** דהביא ד' הר"ר משה רוטנבורג דשומר שלא קבע זמן לשמירתו לא מצי להסתלק באמירת טול אלא בהשבה ליד הבעלים לחוד, וביאר שם הפ"ת טעמו דס"ל דכשם שאינה נכנסת לרשות שומר עד שיעשה איזה קנין ה"ה דאינה יוצאת מרשותו עד שיעשה קנין חזרה, וה"מ בשמירה בלא זמן אבל בשמירה בזמן מעיקרא לא הועיל הקנין אלא לזמן שקבעו, וילע"י להסוברים דסגי בשומרים בהנח לפני אמאי לא יהני סילוק השומר מדין הנח לפני, וצ"ל דכי היכי דבקבלת השמירה לא מהני הנח לפני בלא הסכמת השומר לשמירה ה"ה דבחזרת השמירה לא מהני סילוק מתורת הנח לפני בלא הסכמת המפקיד לקבלו, עוד ילע"י מ"ש מחזרת מקח דמבוא' לעי' מ"ח א' דמצי המוכר להסתלק עיי' אמירת טול, ואף דלא היה קביעות זמן, ואולי דחלוק חזרת מקח דמעיקרא לא נחית בתורת שמירה לשומר שלא קבע זמן דנחית לקבלת שמירה, [העירור], ובעיקר דבריו יעוי' ריטב"א בשמעתין דמפורש דאף בלא קבע זמן מצי להסתלק באמירת טול.

**עי' שו"ת הרשב"א ח"ג סי' נ"ב** דהביא ד' הראב"ד דשומר על משכון דדינו כש"ש משום פרוטה דר"י אין חייב באחריות אלא עד זמן פירעון ההלואה אבל לאחר הפירעון דל"ל תו פרוטה דר"י דינו כשומר לאחר זמן השמירה ופטור מגו"א, וברשב"א שם נחלק עליו דש"ש אחר ימי השמירה נמי חייב בגו"א משום השכר דמעיקרא וה"ה דבמשכון דינו כש"ש עד שיחזיר המשכון לבעלים, ובש"ך סי' ע"ב סק"י הביא קו' הרשד"ם אמאי לאחר פירעון אין דינו כאומר טול את שלך דפטור מגו"א, וכי' הש"ך ליישב דדוקא באומנין דליה ש"ש אלא מטעמא דתפיס ליה אאגרא כשאומר טול גלי דעתיה דלא תפיס ליה תו אאגרא והוי ש"ח משא"כ במשכון דהוי ש"ש משום פרוטה דר"י נעשה ש"ש לעולם, ובקצוה"ח סק"ד הק' ע"ד ויישב ד' הרשב"א בעי"א דהרשב"א איירי כשהלוה דחאו למלוה להחזיר המשכון ביום אחר דבכה"ג לא סגי באמירת טול כיון דלא מצי המלוה ליטלו, וה"ה בפיקדון כשדחאו הנפקד למפקיד לא מהני אמירת טול, ועי' נתייה"מ סק"ז שם בישב ד' הש"ך.

### סילוק שמירה בתוך ימי השמירה

**נחלקו** הראשונים אי רשאי ש"ח וש"ש להסתלק מחיוב אחריות בתוך ימי השמירה, ושורשם בדברי הגמ' קידושין י"ג א' בהא דאמרי' מי דמי התם בתורת פיקדון כו' דמשמע דא"י לומר טול ולהסתלק משמירתה, דהראב"ד [הובא ברשב"א שם] פי' דאיירי בהפקידו אצלה לזמן קצוב והוכיח מהתם דשומר א"י להסתלק בתוך ימי שמירתו והרשב"א וריטב"א פליגי עליה דלא גרע מפועל שחוזר בו באמצע היום ופי' הגמ' בע"א, וכן הרמב"ן שם ובב"מ מ"ט א' נחלק ע"ד הראב"ד, [אמנם לא הק' כקו' הרשב"א מפועל], ובביאור ש"י הראב"ד אמאי אין דינו כפועל מצינו כמה דרכים, הקצוה"ח סי' ע"ד סק"א ורצ"ג סק"א, וחת"ס שם, פי' דנהי דמצי לחזור מחובת השמירה כפועל מ"מ מחיוב האחריות שהוא חיוב בפ"ע ואינו מחמת השמירה א"י לחזור, ועיי' קוב"ש קידושין שם וחזו"א ב"ק סי' כ"ג סקכ"ו, וקה"י ב"מ סי' ל"ח, ובמחנ"א שומרים סי"ח ותומים סי' ע"ד סק"ו צידדו דכ"ד הראב"ד בשי"ח דא"צ לשמור ול"ה כפועל אבל ש"ש דצריך לשמור נטירותא יתירתא דינו כפועל ויכול לחזור בו, אמנם הביא המחנ"א לדברי הריטב"א בשמעתין דמשמע דבין ש"ח ובין ש"ש א"י לחזור תוך הזמן, ובנחל יצחק סי' ע"ד ס"ג פי' דס"ל להראב"ד דשומר דינו כקבלן וקבלן א"י לחזור לאחר קנין כמש"כ הש"ך סי' של"ג סק"ד, ולפי"ז כ"ד הראב"ד כשעשו קנין עיי"ש, אמנם בעיקר דבריו דשומר דינו כקבלן עי' חזו"א שם דאף הרשב"א מודה לזה ועיקר כונת הרשב"א דאף קבלן יכול לחזור בו אלא שידו עה"ת והכא דאיירי בשי"ח לא שייך ידו עה"ת, [ולפי"ז בחזרת ש"ש יהא דינו דידו עה"ת אף להרשב"א לענין לנכות משכרו], והעירו דכ"ד החזו"א יתכנו להסוברים דשומר לא בעי משיכה אבל להסוברים דשומר בעי משיכה הו"ל קבלן בקנין ובכ"ז ד' רוב ראשונים דקבלן א"י לחזור כמש"כ הש"ך סי' של"ג סק"ד, ובעיקר הערת החזו"א יתכן דהרשב"א ס"ל דקבלן בחינם לעולם דינו כפועל, [ועיי' אבני' חו"מ סי' נ"ב ואכ"מ].

### שואל לאחר ימי שאילתה

**גמ'** אבעיא להו כו' עי' ריטב"א דכל נידון הגמ' אי שואל לאחר ימי שאילתה ש"ש אבל פשיטא דהוי ש"ח כיון דחייב בהשבת החפץ וכ"ז דלא החזירה לא פקע מיניה חיוב שמירה, ולא מהני אמירת טול, והא דהוצרך הריטב"א לפרש הטעם משום חיוב השבה ולא פי' דשואל דינו כשאר שומרים דלאחר ימי השמירה עדיין הוי ש"ח כמש"כ הריטב"א שם בהמשך, דבשאר שומרים מהני טול להסתלק לגמרי ובשואל לא מהני טול ולזה הוצרך הריטב"א לפרש משום חיוב השבה, **ובעיקר** סברת הריטב"א הנה אי שואל חיובו משום קבלת אחריות א"ש דאף דפקע מיניה אחריות אונסים קיבל עליה אחריות פשיעה משום חיוב השבת החפץ, אבל אי שואל אין חיובו משום קבלת אחריות אלא משום דהוי כדדיה [עי' במצוין לעי' צ"ע אמאי חייב בפשיעה לאחר ימי השאלה הרי השתא אינו כדדיה ולא קביל אחריות, וצ"ל דודאי בשואל אי' נמי קבלת אחריות דשאר שומרים אלא דלענין חיובי אונסים לא סגי בהכי וחיובו הוא מחמת דהוי כדדיה ועי', **עוד** יש להוסיף דנחלקו הקצוה"ח והנתי"מ [צוין לעי'] אי איכא דין השבה בשומרים, ובד' הקצוה"ח סי' ש"מ סק"ד מבוא' בדבריו דלי' חיוב השבה בין השומרים ובין בשואל, אמנם אי"ז שייך לסברת הריטב"א דיתכן דאף להריטב"א לי' חיוב השבה ומ"מ כיון דבשואל טירחת ההשבה מוטלת על השואל [והקצוה"ח נמי מודה לזה] דין הוא שכ"ז דהחפץ מעוכב אצלו יש עליו תורת ש"ח, אמנם במחנ"א שאלה סי' ז' הביא לתלמידי הרשב"א דשואל החייב בהשבה חיב אף באונסים ואפי' לאחר ימי השאלה, וכ' שם דלדבריהם שמעתין איירי כשאין על השואל מוטל להחזיר החפץ לבעליהן, ולפי"ז יהני סילוק מהשמירה לגמרי אף בשואל, וכ"כ בביהגר"א סי' ק"כ סק"ו ועיי"ש דהוכיח כן משמעתין דהונא מר בר מרימר רמי מתני' אהדדי ולא משני דשאני שואל דחייב בהשבה.

**יל"ב** למסקנת הגמ' דשואל לאחר ימי שאילתה דינו כש"ש מדין הואיל ונהנה מהנה אי מצי להסתלק מחיובי ש"ש כדין ש"ש שאמר טול, או דחיובא דהואיל ונהנה מהנה הוא מחיובי שואל ולא מצי להסתלק כי היכי דלא מצי להסתלק מפשיעה, ובמחנ"א שומרים סי' כ' נקט בפשיטות דמצי להסתלק מגו"א, [והוכיח כן מדברי הגמ' מ"ח א' וכל ראיתו הוא לפמ"ש דברי הגמ' שם אמנם לפי' דהתוס' לי' ראי' כלל], ועיי' נתי"מ סי' קפ"ו סק"א ב'.

**במחנ"א** שאלה סי' ז' דן בשואל לעשות מלאכה פלונית וגמר מלאכתו אי צריך להודיע לבעלים גמרתיו כאומן וכ"ז דלא הודיע חייב באונסים, או דלאחר גמר מלאכתו דינו כלאחר ימי השאלה וא"צ להודיע, ול"ד לאומן דהתם ההודעה כדי שישמרו הבעלים מגו"א ומשא"כ בשואל דהנידון לענין אונסים ולי' נפקותא אי ידעו הבעלים או לאו, וכן יש לחלק דשאני אומן דתפיס אאגריה ומשא"כ שואל, ועיי"ש דתלה ליה בפלוגתת רש"י ותוס' ליפטר מגו"א, ובדברי משפט סי' קפ"ו תמה על כל דבריו

עיי"ש, ובעיקר ספיקו ילח"ע דלכא' עיקר הטעם דשואל לאחר ימי שאילתו מיפטר מאונסים משום דאסור בהשתמשות ואין כל הטאה שלו, וא"כ בשואל למלאכה פלונית כיון דאסור בהשתמשות לאחר גמר המלאכה מאי ס"ד לחייבו באונסין, וצ"ל דס"ל דיסוד חיובו שואל מחמת דחשיב כדדיה וכ"ז דלא הודיע לבעלים על גמר השאלה עדיין עומד ברשותו ואף דאסור בהשתמשות, ועיי' ההודעה חשיב דהעמיד החפץ לבעלים, ומ"מ לא פקע מיניה תורת שומר כיון דמחוייב בהשבת החפץ ליד הבעלים ועיי'.

### שואל תוך ימי שאילתה

**בדינא** דרפרם מבוא' דחלוק אחר ימי שאילתה מתוך ימי שאילתה, דלאחר ימי שאילתה אין חייב השואל באונסים ומשא"כ תוך ימי שאילתה לא מיפטר בלא הגיע ליד משאיל, ומ"מ בהגיע ליד משאיל מיפטר, ויעוי' ריטב"א בשמעתין דל"ד לשומרים דא"י לחזור תוך ימי השמירה דשאני שואל דכל הנאה לטובתו.

**נחלקו** הראשונים בשואל תוך ימי שאילתו שהודיע לבעלים על גמר השאלה אי מפטר מאחריות דבנמו"י הביא י"א [וכן העלה בדברי הר"ן] דאף תוך ימי שאילתה אי הודיע למשאיל על גמר השאלה אין חייב באחריות, ולדבריהם צ"ל דמתני' איירי בלא הודיע למשאיל על גמר השאלה], אמנם ד' הרא"ה דתוך ימי השאלה אף אי הודיע על גמר השאלה חייב באחריותה, ובמחנ"א שאלה סי' ז' פ' הטעם, דתוך ימי שאילתה כיון דאין הבעלים יכולין ליקחו מהשואל בע"כ דעדיין בידו לחזור ולהשתמש לא פקע חיוב אחריות עד שמחזיקו ליד הבעלים משא"כ לאחר ימי שאילתה דאין רשאי השואל להשתמש, ועפ"י העלה המחנ"א דבשואל סתם והודיע לבעלים שא"צ לה עוד כלתה שאלתו ופטור, ובחזו"א ב"ק סי' כ"ג סקכ"ז כ' דכל פלוגתת הרא"ה והראשונים הוא רק במשך ועדיין לא נשתמש אבל לאחר שנשתמש לכו"ע לא מצי לחזור תוך ימי שאילה קודם שהחזיר ליד בעלים.

## השואל משלם לשוכר

**ל"ה ב' מתני'** ישבע השוכר כו' והשואל כו' ובגמ' מבוא' סברת חכמים דהשוכר קני להאי פרה בשעת מיתה או בשעת שבועה, ונחלקו האחרונים בביאור ענין הקנין, א. הגרע"א ריש פרקין ע"ד תוד"ה המפקיד והפנ"י בשמעתין נקטו דהוי קנין גמור, ועפ"י הק' הגרע"א והפנ"י אמאי במתני' ר"פ שילם ולא רצה לישבע הכפל לבעלים הרי משעת גניבה זכה השומר בבהמה למפרע, ועי"ש דחלוקין בתירוצם אי בנגבה שהפיר בעין חשיב עדיין ברשות בעלים ומעכבא זכית השומר או דגניבה נמי חשיב לאינו בעין, ונתחדש דהשומר בלקיחת החפץ לרשותו קני גוף החפץ לחיובי שמירה ולהיות כשלו אלא דכ"ז דהוא בעין רשות הבעלים מעכבתו מלזכות לגמרי ולאחר מיתה דפקע זכות הבעלים אהני קנינו דמעיקרא לזכות להוי כדידיה לגמרי, [ולכא' חל הקנין למפרע דלא יתכן דיחול הקנין לאחר מיתה שאינו בעין, וכ"ה בלשון הריטב"א דקני משעת משיכה עי"ש], ויסוד הדברים דהשומר זוכה בגוף החפץ כ' בברכ"ש גיטין כ"ה סק"ב מהגר"י והוכיח בראיות, אמנם במשנת הגרע"א צ"ע בדפדף מ"ח תמה היכי מהני משיכה בש"ח כיון ל"ל קנין בגופו של חפץ, ולהאמור הרי ס"ל דהשומר קני החפץ לגמרי אף לענין כפילא ותשלומי השואל. **ולפ"ז** השו"ט דהגמ' אי קני משעת מיתה או משעת שבועה, היינו דכ"ז דהשומר עומד בחיובו עדיין מעוכב מזכית החפץ וזוה שו"ט אי פטורא דהשוכר ע"י השבועה, או ע"י המיתה והשבועה אינה אלא לברר המיתה, ב. ברש"ש נמי פ"י ע"ד הנ"ל דהשוכר קני לגוף הפרה למפרע משעת משיכה אמנם פ"י דהוא בשוכר לחוד ומשום שכירות ליומא ממכר, ג. החזו"א חו"מ סי' ח' סק"ה דן לפרש דס"ל לחכמים דראובן מצי לעשות שמעון שומר על חפץ לוי ולהתחייב לראובן כדן שומר, וה"ה דמצי לעשות שומר על חפץ הפקר, והלכך בשוכר שמסר לשואל הוי השואל שומר דהשוכר, ודחה בראיות דלא שייך לעשות שומר על חפץ שאינו ברשותו, אלא פ"י סברת חכמים דנתן לו הבעלים רשות לשמש בהמתו למסור לשואל ושיזכה בתשלומיו כעין פרה לכפילא, וה"מ בתשלומין שאין השוכר חייב אבל במה שהשוכר חייב לא הקנו לו הבעלים, וזוה שו"ט בגמ' אי נפטר משעת שבועה וכ"ז דלא נשבע עומד בחיובו ולא זכה בתשלומי השואל או דנפטר משעת מיתה, ובעיקר נידון החזו"א במינוי שומר על חפץ של אחר, ע"י רש"י וריטב"א מ"ב ב' בסוגי דבקרא ורמב"ן ב"ק ע"ט א' ודברי יחזקאל נ"ג ו.

**ד.** בחי' הגרש"ש סי' כ"ה ובקה"י סי' ל"ג ובשיעורי הגר"ש פ"י דפשיטא דהחפץ שייך לבעלים ונהי דאדם אחר אין רשאי למנות שומר על חפץ הבעלים מ"מ השומר דאית ליה חיובי שמירה בידו למנות אחר לשמרו, ולענין חיוב תשלומין דהשואל מה דמחוייב השוכר לבעלים הוי שואל דבעלים ועל מה שהשוכר פטור הוי שואל דהשוכר, ושו"ט דהגמ' אי השוכר נפטר בשבועה או במיתה, ונתפרש בדבריהם ב' נוסחאות אמאי לענין מה דהשוכר פטור משלם השואל לשוכר ומ"מ מאם הזיק השואל החפץ דחייב לבעלים, הגרש"ש פ"י עפ"י"מ דיסד דחיוב תשלומין דשומר אינו עבור חיסרון החפץ אלא מחיובי השמירה דכל דאירע מקרה דהשומר חייב חשיב דלא השלים שמירתו אלא בתשלומי החפץ, וכשאירע מקרה שהשומר פטור חשיב דהושלם שמירתו, ועפ"י פ"י סברת חכמים דכשמסר השוכר לשואל אי' על השואל ב' תביעות תביעת הבעלים מחמת שהחפץ שלהם ותביעת השוכר מחמת שהשואל הכניס עצמו להשלים שמירת השוכר, וכל תביעת הבעלים שייכא רק בזמן שהשוכר חייב אבל כשהשוכר פטור כיון דהשוכר השלים שמירתו תו דנים אף להשואל דהשלים שמירתו כלפי הבעלים אבל כלפי השוכר דלא השלים השואל שמירתו חייב בתשלומין, ובקה"י פ"י דלענין החיובים דהשוכר פטור עליהם התחייבות השואל לשוכר אינו בתורת שמירה אלא התחייבות בפ"ע ואין לבעלים שייכות כלל בהאי חיובא.

**והנה** יעוי' בגמרא להלן צ"ו ב' דלרבנן חשיב השוכר בעליו עמו ומבוא' דהשוכר יש לו בעלות לענין שאלה, וא"ש לשי' הגרע"א והאחרונים אבל להחזו"א דל"ל אלא זכות תביעת ממון צ"ע אמאי חשיב בעליו עמו, וצ"ל דקני ליה גוף הפרה לענין להשאלה לאחרים והוי בעליו על השאלה, ולמש"כ להלן שי' המרדכי דבעליו עמו תלוי במקבל התשלומין י"ל דאף אי לי' לשוכר קנין כלל בגויה מ"מ כיון דזכות התשלומין ידידה חשיב לבעליו עמו.

**עי'** שלטי גיבורים ב"ב ו' א' מדפי הרי"ף דהגונב מחבירו וא"י אחריות על הגניבה פטור הגנב כיון דלי' פסידא להגנב, ובשער המשפט סי' ע"ב סק"ו הק' ממתני' דהשואל משלם לשוכר, ולדרכו דהגרע"א דהשומר קני ליה למפרע וכן לדרכו דהחזו"א דהשומר קני כעין פרה לכפילא לק"מ, [אמנם להגרע"א יל"ד דסו"ס כיון דלי' פסידא לא קני ליה שוכר למפרע ועי'], ובעיקר קו' אמרו לחלק בין שומר למזיק דשאני שומר דחיובו מחמת קבלת השמירה משא"כ מזיק דחייב על ההפסד, [ויסוד זה מבוא' להלן בדברי הגמ' פעמים שמשלם כו' ועי' חי' הגרש"ש סי' כ"ה קוב"ש ב"ב או י"ז, וקה"י ב"ק סי' כ"ב].

ע"ע ח"י הגרע"א דנסתפק בשואל בבעלים דהשאל לאחר שלא בבעלים ומתה אי כיון דפטור הראשון חייב השני לראשון או דאינו קונה אלא בשמר שמירה כראוי, והעירו דספיקו דהגרע"א הוא לש"י דהיכא דפטור הראשון קנה החפץ למפרע אבל לש"י האחרונים הנ"ל דלא קנה השומר וכל זכותו להשאל לאחר הוא מחמת חיובי שמירה א"כ בשאלה בבעלים דל"ל חיובי שמירה דינו כאדם אחר ואין רשאי להשאלו אלא בשליחות הבעלים עבורם, ועדיין יל"ד דכיון דאית ליה תורת שומר סגי בהכי להעביר כוח השמירה לאחר, וע"י ברכ"ש ושיעורי הגר"ש, ובעיקר ספיקו דהגרע"א עיי"ש דנסתפק אפי' לר"י דכיון דהשומר הראשון פטור משבועה א"כ קני ליה בשעת מיתה והשני ישלם לראשון, [וספיקו הוא לש"י התוס' דטעמא דר"י משום דל אנת], והעירו דלהנתיח"מ ס"י רצ"א סקל"ד דשומר בבעלים חייב שבועת אינה ברשותי עדיין שייך לסברת דל אנת אף בשמירה בבעלים.

ע"י תוס' ב"ק י"א ב' ד"ה לא מבעיא, וריטב"א במתני', רש"י מ"ב ב' ד"ה ומשלם ותוס' שם ד"ה הכא, רא"ש וריטב"א שם דפלוגתת ר"י וחכמים הוא אף בש"ח שמסר לש"ש ונגנב או נאבד, אמנם ברש"ש צידד דמדלא תנן במתני' ש"ח שמסר לש"ש משמע דכל הנידון בשוכר לחוד ומשום דשכירות ליומא ממכר, אבל בש"ח אף רבנן מודו לר"י דישלם לבעלים, ובפ"ת ס"י ש"ז סק"א הביא מהשב"י דבש"ח שמסר לש"ש אף לר"י ישלם לש"ח כיון דהש"ח שילם מדידה וחשיב עושה סחורה בשלו וכ"כ בחי' חת"ס בשמעתין, וע"ע ח"י רמ"ש.

### דל אנת ודל שבועתך

גמ' א"ל רב אידי כו' מבוא' בקו' הגמ' דכ"ז דהשוכר לא נפטר מחיובו חייב השואל לשלם לבעלים, וכפשוטו גדר הדברים כדנתבא' לע"י דכל זכותו דהשוכר בפרה או בתשלומי הפרה הוא רק כשנפטר מחיובו, ולכך כ"ז דלא נשבע ולא נפטר מחיובו חשיב השואל שואל דהבעלים, וכן עולה מדברי התוס' דפי' טעמא דר"י משום דל אנת ולכן חשיב השואל שואל דבעלים ולא הו"ל שאלה דבעלים, וכ"כ בריטב"א, והוסף' לדס"ד דהגמ' אי היה השוכר יחד עם השואל ל"ח לבעלו עמו כיון דאינו בעלים דהשואל, [נועיי"ש דהתוס' פי' קו' הגמ' משום שואל שלא מדעת ובברכ"ש האריך בכונתו], אמנם בריטב"א הישנים הק' אמאי לא מצי השואל למימר לבעלים לאו בע"ד ידי את, ופי' בב' דרכים הא' דגבי ליה מדין שעבודא דר"נ, וצ"ב דא"כ אמאי מצי למימר דל אנת הרי כיון דתביעתו דהבעלים הוא דרך השוכר זכותו של השוכר לישבע וליפטור, ועוד פי' דגבי ליה מדרי"ח דגזל ולא נתיאשו הבעלים רצה מזה גובה רצה מזה גובה, ומסקי' דהשוכר פטור ושבועה הפיס דעתו הלכך ל"ד לדרי"ח דשא"ה דהראשון נמי חייב משא"כ הכא דהראשון פטור לא מצי לאשתעוויי בהדי השני, ומשמע דאף בגזילה אי משכח"ל דהראשון פטור ל"מ לתבוע השני ודבריו צ"ב מה הדמיון שומר לגזילה ומזיק, הרי בגזילה ודאי דהשני חשיב מזיק דהבעלים אלא דס"ד דכיון דהראשון חייב בהשבה לבעלים חל חיוב השבה דהשני לראשון וע"ז קארי"ח דרמ"ג וא"כ פשוט דכשהראשון פטור מהשבה השני משלם לבעלים, אבל בשמעתין דחיובא דשואל הוא מפי' שומרים והשואל לא נתחייב לבעלים מהיכ"ת שיוכל לתבועו מדין רצה מז"ג, ולכא' מבוא' בריטב"א דבין גזילה ובין שומרים דייני' ליה שנכנס החפץ לרשות הגזלן והשומר וחייב לבעלים הוא מתורת השבה וכשבא אחר והזיק חשיב מזיק דהגזלן והשומר אלא דנתחדש ברי"ח דכיון דהגזלן מחויב בהשבת החפץ מצי לתבוע השני בהשבת החפץ ועד"ז שומרים כיון דהשוכר מחויב בהשבה לבעלים מצי לתבוע השואל בהשבה, [ולפי"ז אף במזיק שהזיק חפץ המונח בבית השומר זכותו דהבעלים לתבוע המזיק הוא רק מדרי"ח, וכן מפורש בתוס' ב"ק מ"ז ב' ד"ה מאי], וצ"ב, ובמרדכי ריש פי' הגזל ומאכיל ס"י קמ"א פי' נמי קו' הגמ' מדינא דרי"ח דרמ"ג עישהי"ט וע"י בש"ך ס"י רצ"א סקמ"א דהביא ליש"ש דכ' לפי"ז דבש"ח שמסר לש"ש ואירע פשיעה רמ"ג רמ"ג, ובנתיח"מ שם סקכ"ז תמה עליו מה שייך דינא ד"ח לשומרים הרי שא"ה דהשני הזיק חפץ דבעלים משא"כ הכא דהשני נתחייב לראשון, [וע"י במצוין לע"י בדברי הריטב"א], וצ"ל דהא פשיטא ליה להמרדכי דהשואל נעשה שומר דהבעלים שהחפץ שלהם אלא דס"ד דכיון דהראשון חייב לבעלים תו לא חל חיובא דהשני אלא לראשון וע"ז הביא לדיר דרי"ח דרמ"ג ולא אמרי' דכיון דהראשון חייב לבעלים תו לא חל חיובא דהשני אלא לראשון וע"י.

נחלקו תוס' וריטב"א הישנים אי כי היכי דמצי לטעון דל שבועתך ה"ה דמצי לפוטרו מהבאת עדים או דלא מצי לפוטרו אלא משבועה לחוד, [ופלוגתתם בד' ר"י כדלהלן וה"ה לרבנן לס"ד], וסברת הריטב"א דרק שבועה דתלוי בתביעת המפקיד שייך למימר דל שבועתך ומסלקו מחיוב שבועה משא"כ עדים דאין תלויים כלל בתביעה ומצו להעיד אף בע"כ דמפקיד ל"ש ע"ז מחילה דהמפקיד, וע"ע במהרמ"ש להלן מ"ב ב' דדן דלש"י התוס' אף במקום דנאמן בלא עדים מצי למימר דל טענתך.

**ילה"ס** בקפץ ונשבע או לשי' התוס' בהביא עדים בע"כ אי אהני לפוטרו ולזכות בחפץ, ומקו' הגרע"א לעי' ריש פרקין דהק' אמאי בנשבע ולא רצה לשלם לא קני הכפל והוסיף דאף לר"י ק' כיון דל"ש לסברת דל אנת שהרי נשבע חזי' דנקט בעבר ונשבע אף לר"י השואל משלם לשוכר, ואולי דהיכא דנשבע מדעת בעלים חשיב דהבעלים קיבלו לשבועתו וקנה החפץ אבל בקפץ ונשבע דלא קיבלו הבעלים שבועתו לא אהני השבועה לזכות בחפץ.

### משעת מיתה הוא דקני

**גמ'** א"ל מי סברת כו' **נחלקו** הראשונים בביאור תי' דהגמ', הריטב"א הישנים פי' דלמסקנא השוכר נפטר מחיובו מיד בשעת מיתה והשבועה אינו אלא להפיס דעתו ולפ"י השו"ט דהגמ' בביאור חיוב השבועה, וכ"כ האו"ש פי'א מהלי טו"ט הי"ב ד"ה ואחרי ועיי"ש דלס"ד חיוב השבועה הוא משום דררא דהיה פשיעה וכ"ז דלא נשבע חייב בתשלומים משום הפשיעה, [ונהי דכלפי שמיא אי נאנס החפץ פטור מ"מ אן נקטי' משום דררא דהיה פשיעה], ומסקי' דל"ד שבועת השומרים לשבועת ע"א ומודה במקצת דהתם חיובם משום דררא משא"כ בשומרים דטוען שמא לי' דררא כלל אלא הוי חיוב שבועה מדיני השומרים להפיס דעתו של בעה"ב, ונהי דכ"ז דלא נשבע חייב בתשלומין אינו משום דפשע אלא משום דאין מפס דעתו של בעה"ב וכיון דבהל' חיובי השמירה דקיבל ע"ע תלי' דפטור תו קני לחפץ ואז דזוכה בזכות תשלומי החפץ וכדלע"י, והנה יעוי' בחי' הגרע"א במערכה אות ג' דהק' מדוע הוצרכה הגמ' לפ' סיבת השבועה משום להפיס דעתו הא סגי למימר דהוא מזה"כ דשבועת השומרים, ולהאמור י"ל דעיקר תי' דהגמ' דשבועת השומרים אינו גזיה"כ כשאר שבועות אלא מטעמא דלהפיס דעתו, ועי' שיעורי הגר"ש, **אמנם** הר"ן פי' דמסקינן דאע"פ שלא נפטר מן המשכיר משעת מיתה קונה, ומשמעות הדברים דאין השו"ט דהגמ' בגדר חיוב השבועה, אלא אי חיובא דהשוכר כ"ז דלא נשבע מעכבתו מלזכות בחפץ או דזכי' חיילא מיד בשעת מיתה, [ואולי כונתו דנהי דכ"ז דלא נשבע חייב מ"מ כיון דכלפי שמיא גליא דפטור קנה משעת מיתה], וכן נראה מדברי הריטב"א דכ' דלמסקנא דהגמ' דמשעת מיתה קני היינו למפרע משעת משיכה, ולכאוי' ר"ל כהאמור דלמסקנא אינו תלוי כלל במאי דנפטר מחיובא לא עיקר הטעם משום דקני לה.

**והנה** נחלקו הראשונים במתה הבהמה בפשיעת השואל אי בכה"ג חיובו דהשואל הוא לשוכר והשוכר ישלם לבעלים או דחיובו הוא לבעלים, ונפק"מ בשואל שהשוכר עמו אי נפטר משום בעליו עמו, דבתורי"ד להלן צ"ו א' כ' דמדרי"י נשמע לרבנן דכי היכי דלר"י דחיובו לבעלים ל"ח כה"ג לבעליו עמו כמבוא' שם בגמ' ה"ה לחכמים היכא דשאל פרה והשאילה לאחר בבעלים דכיון דהראשון חייב באונסים השני משלם לראשון ולא מיפטר משום בעליו דהראשון [וה"ה בשוכר ושואל ומתה בפשיעה], אמנם התוס' בשמעתין ד"ה אגרה בסוה"ד נקטו דאף בכה"ג חשיב השוכר לבעליו עמו והשואל פטור והשוכר חייב, **ולכאוי' ש**י התורי"ד מפורשת בשמעתין דאקשי' דל אנת כו' ומבוא' דכ"ז דהשוכר חייב לבעלים מצי הבעלים לתבוע לשואל, [ולפי' הריטב"א לעי' דהוא משעבודא דר"נ ואז מדין רמ"ג לא מוכח מיד], אמנם להאמור למסקנת הגמ' יתכן דהדרי' דאף דהשוכר עומד בחיובו קני ליה משעת מיתה, והעירו דהדברים מוכרחים בשי' התוס' דלמאי דנקטו דכשהשוכר היה יחד עם השואל ופשע חשיב לבעליו עמו ופטור השואל בע"כ דמדרי"י לי למשמע לרבנן ולכאוי' משום דס"ל דלרבנן לעולם נידון השואל כשואל מהשוכר ור"י הוא דחדית לן דהשואל ישלם לבעלים דחשיב כשואל דבעלים, אמנם צ"ע דלמאי דפי' התוס' ש' ר"י [הובא להלן] דס"ל דאמרי' דל אנת נמצא דלא פליג ר"י ביסוד דינו אחכמים אלא דנחלקו בסברת דל אנת אי"כ עדיין אי' למשמע מדרי"י לחכמים דהיכא דהשוכר חייב חשיב השואל שואל דבעלים, ובע"כ דס"ל לתוס' דלמסקנא דלא אמרי' דלחכמים דל אנת אינו משום דאין השבועה מעכב בפטורו דהשוכר, אלא דס"ל לחכמים דאף דהשוכר עומד בחיובו ל"ח השואל אלא שואל דהשוכר ולכך ה"ה כשפשע השואל וחייב השוכר אין לחייב השואל כשהיה השוכר עמו, ואולי יש לדחות כונת תוד"ה אגרא דמש"כ דבהיה השוכר עם השואל ואירע פשיעה או גו"א חשיב לבעליו עמו הוא דוקא כשהבעלים תבעו לשוכר [וס"ל לתוס' דהבעלים מצו לגבות מהשוכר או מהשואל מדין רמ"ג], אבל כשתבעו הבעלים השואל חשיבי הבעלים לבעליו וחייב השואל, ועיקרי הדברים דדין בעליו עמו תלוי בתביעת הבעלים דאי תובעים להשואל חשיבי בעליו דהשואל ואי תובעין השוכר ל"ח הבעלים לבעליו דהשואל, מבוא' בדו"ח מכת"י סי' ע"ב ס"ג, ואמרו ליישב עוד דברי התוס' דס"ל דכל מאי דחשיבי הבעלים לבעליו דהשואל

הוא רק כשהשוכר אין משלם לבעלים וכההיא דשמעתין דמתה כדרכה אבל כבפשיעה או בגו"א דהשוכר חייב לבעלים לכו"ע חשיב השוכר לבעלים דהשואל, וכמש"כ הפ"ח פ' השואל סי' ג' או' ו' בשי' הרא"ש ויבואר דבריו להלן.

### טעמא דר"י

**נחלקו** הראשונים בטעמא דר"י דמשלם השואל לבעלים, ש"י תוס' וריטב"א ישנים דס"ל לסברת הס"ד דקא"ל משכיר לשוכר דל אנת ודל שבעותך ולפי"ז כל פלוגתת ר"י רק כשצריך השוכר לברר המיתה אבל כשהמשכיר ראה המיתה השוכר משלם לשוכר, [ועיי"ש דחלוקין כשמביא עדים אי מצי לפוטרו מהבאת עדים ונתבא' לעי' פלוגתתם], והוסיפו דאין לפרש טעמא דר"י דהמשכיר תובע לשוכר דממוני גבד, דהא אמרי' להלן צ"ו ב' דלר"י כשהיה השוכר יחד עם השואל לא חשיב לבעליו עמו, וחז"י דעיקר טעמו דר"י משום דהשואל חשיב שואל מהבעלים, ולדבריהם צ"ל דסברת דל אנת משוייה לשואל תורת שאלה מהבעלים ונתבא' לעי', ובעיקר ש"י תוס' משמעות דבריהם דבתחילה סברו דאף לר"י השואל חשיב שואל דהשוכר והשוכר נותן הדמים לבעלים ודחו דהשואל חשיב שואל דהבעלים, אמנם לפי"ז צ"ב אמאי הוצרכו לפרש דר"י ס"ל לסברת דל אנת ולא פ"י כפשוטו דלר"י השואל מתחייב בשמירה לבעלים וכדפי' הראשונים להלן דהראשון שלוחו של העלים, ואין לומר ס"ל לתוס' דהשני אין מתחייב בשמירה אלא לראשון דא"כ אמאי לסברת דל אנת נעשה השואל שואל דבעלים, הנה לפי"ז נמצא דהשו"ט דתוס' אי השואל חשיב שואל דהשוכר ונותן הדמים לשוכר והבעלים גובים מהשוכר או דחשיב שוכר דבעלים ונותן הדמים לבעלים, **ויתכן** לפרש כונת התוס' בע"א, דפשיטא להו אף למסקנת דבריהם דהשוכר חשיב בעלים דהשואל ונידון התוס' אי מ"מ חיובא דהשואל הוא לשוכר או לבעלים וכדנתבא' לעי' דכיון דהשוכר מחויב לבעלים והשואל לשוכר איכא לבעלים זכות תביעה מהשואל מדין רצה מז"ג, והוכיחו התוס' דהשואל חייב הדמים לבעלים מהא דלא חשיב השוכר לבעליו עמו ונהי דהשוכר חשיב בעלים דהשואל מ"מ דין בעליו עמו תלוי במי שהתשלומין שלו, [ועיקרי הדברים דבעליו עמו תלוי במקבל התשלומין כן מפורש במרדכי ב"ק או' קמ"ג ודקדק כן מלשון רש"י צ"ו ב' ד"ה ואלבא עיי"ש].

**אמנם** ברא"ש, ובתור"פ, ריטב"א, ותוס' שאנץ בשיטמ"ק, פ"י טעמא דר"י משום דהשוכר שלוחו דהבעלים והשואל שואל מהבעלים, ולפי"ז אף בראו הבעלים המיתה השואל משלם לבעלים, וגדר הדברים דאף דהבעלים לא מינהו לשליח מ"מ כיון דאין השוכר בעלים על החפץ כל עיקר זכותו הוא להעביר כוח השמירה עבור הבעלים, ולפי"ז פלוגתת ר"י וחכמים אי השוכר אי"ל זכות וקנין להשאל הפרה לאחרים או לאו, אמנם בהמשך דברי הרא"ש מבוא' דאף לר"י אם המשכיר אמר לשוכר אם תרצה תשאלנה ויהיה דינך עם השואל ויהיה דיני עמך כאילו לא יצא מרשותך מודה ר"י לחכמים דהשואל משלם לשוכר, ומבוא' דאף לר"י אי זכות בפרה להשאלנה ולקבל הדמים ועיקר פלוגתתו דסתמא דעת הבעלים דלא ישאלנה אלא בתורת שליחות ועי', [ובד' הרי"ף דהשמיט דינא דר"י משמע דלר"י לא משכח"ל היכ"ת דישלם השוכר לשואל ואף כששנתן לו רשות ל"ל כוח להשאלנה עבורו, וכ"כ בהגה' אמרי ברוך סי' ש"ז ס"ה אמנם בש"ך ובביהגר"א מ' דנקטו דאף להרי"ף מהני תנאי כהרא"ש], **ובעיקר** ש"י הרא"ש דהשואל חשיב שואל דבעלים צ"ע דסתר דבריו להלן סי' כ"ד דבסוגי' דבקרא ובפ' השואל סי' ג' וכמש"כ בפ"ח שם או' ו' ויבוא' להלן.

**ובשי'** הרשב"א צ"ב בדבריו בגמ' הק' על תוס' ופי' כהראשונים דהשואל נעשה שומר דהבעלים לגמרי, אמנם בדבריו במתני' פ"י טעמא דר"י דשואל חשיב שומר דבעל פרה לגמרי ולא מצי א"ל לאו בע"ד ידידי את וכדאמרי' בגמ' ולימא ליה דל אנת כו', ומשמע דפי' טעמא דר"י דשואל חשיב שואל דבעלים משום סברת דל אנת ועי'.

**ש"י** רש"י מ"ב ב' ד"ה ומשלם דאף לר"י השוכר חשיב לבעלים דשואל ומ"מ משום סברת כיצד הלה עושה סחורה ס"ל דהבעלים עומדים במקום השוכר לגבות מן השואל, ועיי"ש בלשון השוכר שהוא לו בע"ד כו' ומשמע דאי היה השוכר נפסד יותר פשוט דינא דר"י, ואולי המכוון דאי תשלומי השואל עבור הפסד השוכר שפיר יש להבין דהבעלים דהפסידו הפרה עומדים במקומו לגבות הפסד אבל כיון דהשוכר אינו נפסד וחייבו השואל לשוכר הוא מהתחייבות השאלה להעמיד הפרה או דמיה שפיר י"ל דהאי חיובא שייך לשוכר לחוד דאיהו בעלים דהשואל, ולדבריו צ"ל דהא דלענין בעליו עמו חשיבי הבעלים בעליו דהשואל וכמבוא' להלן צ"ו ב' משום דדין בעליו עמו תלוי במי שהתשלומין שלו וכמש"כ המרדכי ב"ק או' קמ"ג לדקדק בלשון רש"י צ"ו ב', והנה הרא"ש בסוגי' דבקרא סי' כ"ד פ"י נמי כרש"י ועיי"ש בלשון דכיון דהיתומים אינם תובעים הבקרא הלכן זכותו של הספסירא לעמוד במקום היתומים לתובעו, ומשמעות דבריו דכל יסוד דינו דר"י הוא רק היכא דאין השוכר נפסד אבל בפשע השואל דהשוכר חייב אין הבעלים יכולים לעמוד במקום השואל, וכ"כ הפ"ח פ"ח סי' ג' או' ו' להוכיח מלשון הרא"ש שם, וגדר הדברים דאף לר"י השוכר חשיב לבעלים דהשואל אלא דלענין תשלומין כ"ז דהשוכר פטור וגובה מהשואל בתורת סחורה אמרי' כיצד הלה עושה סחורה כו' וזכותו

דהבעלים לעמוד במקום השואל אבל היכא דהשוכר נפסד וגובה מהשואל להשלים הפסידו ככה"ג הבעלים לאו בע"ד דשואל כלל, אמנם צ"ע דכ"ז סותר לדברי הרא"ש בשמעתין דפי' טעמא דר"י משום דהשוכר שלוחו דהבעלים והו"ל כשואל מהבעלים, וכה"ק בפ"ח שם.



**ע"י** רשב"א וריטב"א מ"ב ב' דהק' אמאי חייב הבקרא לספסירא הא הו"ל כא"י אם נתחייבתי, ותי" דלרש"י דהבקרא חייב ליתמי והספסירא תובע מדינא דר"י א"ש דלענין היתמי הו"ל א"י אם פרעתיד, וצריך להוסיף דהרי להרשב"א והריטב"א טעמא דר"י משום דהראשון שלוחו של הבעלים והשני שומר הבעלים וא"כ הדר אמאי ל"ה א"י אם נתחייבתי הרי הבקרא שומר

דהספסירא, אלא הביאור דכיון דכשהחפץ היה בעין היה הבקרא שומר דהיתומים, נהי דהשתא לאחר שנגנב ושילם הספסירא ליתומים חל חיובא דהבקרא לספסירא מ"מ בשעת הגניבה נתחייב הבקרא ליתומים ואיכא ודאי חיוב.

**יל"ב** בשוכר ששכר מעכו"ם והשאיל לישראל ונאנס אי לר"י רשאי השוכר לתבוע הדמים מהשואל, ולכאוי תלוי בשי' הראשונים הנ"ל, דלתוס' דטעמא דר"י משום סברת דל אנת א"כ בשוכר מעכו"ם דלי' דיני שמירה ואינו חייב שבועה רשאי השוכר לתבוע מהשואל, וכן לשי' רש"י מ"ב דהשוכר חשיב בעלים דשואל יל"ד דכל מאי דהבעלים עומדים במקום השוכר הוא רק כשנתחייב השוכר בשמירה לבעלים, אבל להראשונים דטעמא דר"י משום דהוי שלוחו לכאוי אף בכה"ג חשיב השואל כשואל מהעכו"ם ואין רשאי השוכר לתבוע, ועי' שו"ע סי' ע"ב ס"ח וערך שי שם וחזו"א ב"ק סי' י' סק"ד.

**ע"י** או"ש פ"ה משכירות דנסתפק לר"י בשוכר שביטח הבית אי תשלום הביטוח שייך לשוכר או למשכיר עיי"ש בדבריו ולכאוי צדדי הספק תלוי בראשונים כדלע"י דאי סברת ר"י משום דשואל חשיב לשואל דבעלים או משם סברת דל אנת ואו משום שליחות כ"ז שייך בחיובי שומרים ולא בדמי הביטוח דהוא עסק צדדי משא"כ אי יסודו ר"י דא"א לעשות סחורה בפרת חבירו ומשום ה"ט זכותו דהבעלים לעמוד במקום השוכר לגבות הדמים יל"ד דעסק הביטוח נמי חשיב לסחורה בשל חבירו, וע"ע בדומה לזה בפ"ת סי' ש"ז סק"א דהביא להשבו"י ח"ג סי' קמ"ח דשי"ח שמסר לש"ש ונגנב או נאבד מודה ר"י לחכמים דכיון דהשי"ח שילם משלו לש"ש מקרי עושה סחורה בשלו,

**בעיקר** דינא דר"י יש לציין עוד לדינא דהרמ"ה המובא בטור סי' של"ב בבעה"ב בג' ושליח בד' וההנהו ביותר מד' דאין נוטל מבעה"ב אלא ד' שלא יהא עושה סחורה בפרתו של זה, וחז"י דנקט דכללא דכיתד הלה עושה סחורה אינו בשומרים לחוד, וע"ע בנמו"י ב"ק ט' א' מדפי הרי"ף בשוכר שהשכיר הבית לאחרים ביותר מהדמים ששילם דאי השכיר שלא ברשות אמרי' כיצד הלה עושה סחורה והריוח למשכיר.

#### השוכר והשאלה לאחר [ב]

#### פעמים שהבעלים משלמין כמה פרות

**גמ'** א"ר זירא פעמים כו' בדינא דר"ז ובפלוגתא רב אחא ומר בר"א מצינו כמה נידונים והערות, **א.** נחלקו הראשונים אי דינא דר"ז קאי אף אליבא דר"י או אליבא דרבנן לחוד, שי' התוס' וריטב"א ישנים דקאי אף לר"י דכיון דראו הבעלים המיתה מודה ר"י דהשואל משלם לשוכר, וברא"ש חלק על תוס' דאף כשראו הבעלים המיתה משלם השואל לבעלים, אמנם פ"י דמשכח"ל דינא דר"ז אף לר"י בדהתנה הבעלים דרשאי השוכר להשאילנה לאחרים ויהיה דיני עמד, [ועי' קצוה"ח סי' ש"ז סק"ב בביאור התנאי], בשי' הר"י יעוי' בר"ן ובראשונים דמדהשמיט הר"י לדר"ז משמע דקאי אליבא דחכמים לחוד אבל לר"י בכל ענין השואל משלם לבעלים ולי' נפק"מ בדינא דר"ז, ומשמע דפליג דאף בדהתנה הבעלים משלם השואל לבעלים כיון דהשוכר ל"ל זכות וקנין כלל בגויה דהפרה לקבל דמי השאלה עבורה, אמנם בשי"ך סי' ש"ז סק"ג ובביהגר"א שם סק"ה מ' דנקטו דאף להר"י יחני תנאי כה"ג ועי' בהגה' אמרי ברוך שם, ועיקר פלוגתא הראשונים בד' ר"י נתבא' לעי' בארוכה.

**ב.** בעיקר דינא דר"ז דמשלם כמה פרות מבוא' דתשלומי שואל על אונסים אינו עבור חיסרון החפץ וכמזיק דבתורת מזיק פשיטא דסגי בתשלום פרה אחת להשלים חסרונה, אלא הוי חיוב ממון בפ"ע, ועי' או"ש פ"ז משכירות ה"א וחי' הגרש"ש סי' כ"ה ושיעורי הגר"ש, **ג.** עוד מבוא' דחיוב תשלומי השומר הוא מיד כשאירע האונס ואין יכול להמתין עד לגמר ימי השמירה דאל"כ ישלם ב' הפרות עבור השכירות ולאחר גמר השכירות ישלם עבור השאלה, [וא"ש להמבוא' דאין החיוב עבור החיסרון אלא התחייבות בפ"ע], **ד.** בקו' רב אחא נחלקו רש"י וגליון תוס' בשטמ"ק אי הקו' דיחזיר עבור ב' השאלות פרה אחת [כמר בר רב אשי] או דיעמיד לו פרה אחת במקום הפרה המתה עבור השאלות והשכירות ואח"כ תחזור לבעלים [ומשמע דבגמר השכירות תחזור לבעלים וא"צ להשאיר עבור השאלה וצ"ב, ואולי המכוון דכיון דאיירי בחמור סתם והפרה שמעמיד עבור ה שכירות הוי בכלל הקנין שכירות דייני לפרה בעינא ול"ד דלדינא דמתני' דשכר חמור זה, ועי' תו"ח ומהרמ"ש. ה. בד' מר בר רב אשי [וכ"ה ד' ר"א לפרש"י] נחלקו הראשונים אי ס"ל דחיוב השואל הוא על השלמת החיסרון והלכך בתשלום בהמה אחת הושלם חסרונה עבור כל השאלות או דאין החיוב עבור השלמת החסרונה אלא התחייבות השואל להעמיד בהמה תחתיה ומ"מ כיון דב' השאלות נעשו ע"י אדם אחד ע"י העמדת בהמה אחת חשיב דהעמיד בהמה עבור כל השאלות, אבל בחזר והשאל לאדם אחר כא מחויב בהמה בפ"ע. ה. עי' ריטב"א דשמעתין איירי בשכירות פרה סתם אבל בפרה זו אין חייב להשלים לו ימי השכירות, וכ"כ הנתיב"מ סי' ש"ז סק"ג, אמנם המהרש"א הכריח דאיירי בפרה זו דאי בפרה סתם אמאי לא מוקמי' דמתה הפרה בתחילת הפ' יום ובכה"ג חייב להעמיד לו פרה נוספת עבור הפ' יום ונמצא משלם ה' פרות אלא בע"כ איירי בשכירות פרה זו דבזה כשמתה אין חייב להעמיד פרה אחרת, ומ"מ הי' ימים צריך להשלים דהול כמתה בבית השואל ובקרני ראם תמה דאמאי במתה בבית השואל פשיטא ליה דצריך להשלים הא בפרה זו קי"ל שכשמתה באמצע הדרך א"צ להשלים כלל, ועי' מהרמ"ש ורש"ש, והגרע"א תי' קו' המהרש"א דכשמתה הפרה בבית השוכר אין נאמן בשבועה לברר שמתה כדרכה וליטול פרה אחרת [דלא מהני שבועה אלא ליפטר ולא לחייב המשכיר בפרה אחרת, וצ"ב אמאי כשאין ידעו הבעלים סיבת המיתה מהימן השוכר לישבע שמתה כדרכה וליטול מהבעלים דהיינו השואל, וכדפרשי דהשוכר נשבע לבעלים ובע"כ דאיירי כשאנים יודעים סיבת המיתה ועי'], ובעיקר הנידון אי איירי בפרה סתם הנה יעוי' בתוד"ה אגרא דנקט שייליה צ' יום דאי ק' יום אין חייב לו אחת של שכירות וצ"ע דאי מיירי בפרה סתם אמאי אין חייב להעמיד לו פרה אחרת להשלמת ימי השכירות, ואמרו דבתחילה שהשאל הפרה חשיב דנשתמש בכל ימי השכירות דשימוש הוא בנתינת זכות השימוש לכל הימים הלכך במתה א"צ להעמיד לו אחרת, ומשא"כ בשוכר דעלמא דמשתמש בתשמישי הפרה היכא דמתה הפרה חייב בהעמדת פרה אחרת כיון דלא נשתמש עדיין כל ימי השכירות, **ו.** במחנ"א שכירות ג' הק' כעין קו' המהרש"א אמאי לא מוקמי' כשמתה בבית השואל בתחילת הפ' יום דבמיתה פקע השאלה וחייב להעמיד לשוכר פרה אחרת להשלים השכירות, [ולזה לא יהני תי' הגרע"א הנ"ל כיון דמתה בבית השואל], ותי' דאיירי בהקדים לו שכו' דבכה"ג תשלום השכירות הוא עבור הקנין וכשחזר והשאל לבעלים פקע קנינו וא"צ להשלים ימי השכירות אלא י' ימים אחרונים ועי"ש מה שהעלה עפ"י לדינא, [ועי' דבדבריו מיושב קו' המהרש"א וצ"ב דהמהרש"א איירי כשמתה בבית השוכר בתחילת הפ' יום ובכה"ג עדיין לא פקעה השכירות], **ז.** יעוי' תוד"ה אגרא בתי' הב' דהטעם דנקט אגרא פ' ושייליה ע' דאי אגרא צ' כיון דהשאלה כימי השכירות מבטל

השאלה לשכירות ואי שייליה פ' והדר אגרא פ' השכירות מבטל לשאלה, ושייליה פ', ויל"ב דבשלמא שאלה כימי השכירות מבטל השאלה לשכירות כיון דבשאלה מסר לו השוכר כל תשמישיו בחפץ אבל שכירות כימי השאלה אמאי מבטל לשאלה הא השכירות הוא חלק משימושי השאלה שמקבל שכר עבור החפץ, [ובאמת בריטב"א נחלק על תוס' דשאלה מבטלת שכירות ושכירות אינה מבטלת שאלה, ועי' שיעורי הגר"ש דפ"י כונת הריטב"א ע"ד הנ"ל], ולכאוי' כונת התוס' דאי' אומדנא דכונתו בשכירות לבטל השאלה ובשאלה לבטל השכירות, אמנם צ"ב מסו"ד התוס' דהק' ממתני' והתם לא מהני אומדנא כלל כיון

דהשאילה לאדם אחר ואין יכול לבטל השכירות בלא הבעלים, [העירן], ועי' מהרמ"ש בסו"ד התוס', עוד מבוא' בתוס' דמהני מחילה דהשוכר תוך ימי השכירות אמנם במחנ"א שכירות ט' הביא מהריב"ש דלא מהני מחילה על שכירות ועי' שיעורי הגר"ש. ובעיקר תי' התוס' על מתני' דבמתני' כשהיה השוכר יחד עם השואל חשיב השוכר לבעליו עמו ומפטר השואל אפי' בפשיעה וגו"א, צ"ע דבפשיעה ובגו"א כיון דאף לחכמים השוכר חייב הדר דינו כר"י דל"ח השוכר לבעלים ולי' לפטורא דבעליו אלא ע"י הבעלים [ועיקר הקו' לשי' התוס' דפלוגת ר"י וחכמים הוא בסברת דל אנת וא"כ מדרי"א אי למשמע לחכמים, ועי' לעי' בישוב הדברים], **עוילע** בדבריהם אמאי הוצרכו לפרש אחריות דשוכר באופן דהיה בעליו עמו ולא פי' כפשוטו באופן דפשע השואל דבכה"ג מצי לגבות אף מהשוכר, [ונהי דהשוכר יחזור לגבות מהשואל מ"מ הדו"ד דהבעלים הוי בהדי שוכר], ועי' שיעורי הגר"ש. ו. בגידולי שמואל הק' אמאי כשחזר השוכר והשאל לבעלים ל"ח לשאלה לבעלים כיון דהשוכר משועבד לשמירה כשי"ש, וציין להנתיח"מ סי' ש"ה דהק' כע"ז ע"ד השו"ע סי' ע"ב ס"ג דהמלוה על המשכון וחזר והפקידו ללוה בתורת ש"ח אי אירע גו"א חייב המלוה אבל אי אירע פשיעה משמע דחייב הלוה וצ"ע אמאי לא מיפטר משום שמירה בבעלים כיון דבמזמן מדסרו ללוה עדיין משועבד המלוה לשומרו בתורת ש"ש ות"י הנתיח"מ בב' דרכים הא' דכה"ג ל"ח לשמירה בבעלים דנהי דאי חיוב שמירה על השומר הראשון מ"מ כיון דאין שומרו בפועל לא מקרי בעליו עמו, ועוד דכיון דהשני משלם לבעלים ל"ח הראשון לבעליו, ומעתה בשמעתין תי' הב' לא מהני כיון דהשואל משלם לשוכר אבל לתי' הא' א"ש דלח לבעליו עמו כיון דבפועל אינו שומרו, אכן בעיקר ד' הנתיח"מ יעוי' בט"ז סי' רצ"א סכ"א דנחלק ע"ד ונקט שם דשי"ש שמסר לבעלים בתורת ש"ח ואירע פשיעה הש"ח פטור כיון דהוי שמירה בבעלים דהרי השי"ש במסירתו לבעלים עדיין מוטל עליו השמירה מגו"א עיי"ש, וחז"ל דס"ל דאף דאינו שומרו בפועל מ"מ כיון דמוטל עליו השמירה חשיב לשמירה בבעלים, [אמנם אין להק' על הט"ז משמעתין, דמפורש בדבריו דדוקא בשי"ש שמסר לש"ח חשיב לשמירה בבעלים כיון דאף כשהוא תחת הש"ח מוטל על השי"ש השמירה מגו"א שאינה באחריות הש"ח, משא"כ בשמעתין בשוכר שמסר לשואל דהשואל מחויב בכל חיובי השוכר ל"ח דהוא נמי בשמירת השוכר].

### שומר שמסר לשומר [א]

#### ש"ח שמסר לש"ח או ש"ש

**גמ'** אתמר שומר שמסר לשומר כו' מבוא' בסוגיין ג' שי' בדין שומר שמסר לשומר לרב פטור משום שמסרו לבן דעת לריו"ח אליבא דאביי חייב משום אין רצוני ולפי"ז במסרו ביד מי שרגיל להפקיד אצלו פטור, ולרבא אליבא דריו"ח חייב משום את מהימנת לי ולפי"ז היכא דאי' עדים או דיכול הראשון לישבע פטור, ונחלקו הראשונים בפטורא דשומר שמסר לשומר, [לרב בכל ענין ולאביי במסרו לבני ביתו], בש"ח שמסר לש"ח או ש"ש אי פטור אף מפשיעה או דאין נפטר רק מחיובים שאילו היתה אצלו נמי היה מיפטר והיינו גו"א אבל מחיובים שהיה חייב כשהיה ברשותו לא נפטר וחייב בפשיעה, **שי'** רש"י בשמעתין ובב"ק י"א ב' ד"ה שומר וד"ה לא מבעיא ותוס' ב"ק שם ד"ה לא מבעיא, דלא מיפטר אלא מגו"א וס"ל דיסוד פטורא דשומר שמסר לשומר אינו דע"ז מסתלק מאחריות השמירה אלא דע"י מסירתו לבן דעת חשיב דהשני שומרו עבור הראשון ואין המסירה נחשבת כפשיעה לחיובו באונסים, אבל כשאירע פשיעה אצל השני ה"ז באחריות הראשון, ובחתי"ס נקט בשי' רש"י כהראשונים להלן דהראשון פטור לגמרי וכ"ד רש"י דלא מיפטר אלא ממה שהיה פטור כשהיה ברשותו קאי אשי"ש דמסר לש"ח דגרועה גרעיה לשמירתו דבזה ל"ש למימר

אוקי גברא בחריקאי אלא לענין מה שהיה נפטר וכמש"כ הראשונים, והכריח כן מדברי רש"י מ"ב א' ד"ה נימא דפי' קו' הגמ' שם למ"ד שומר שמסר לשומר חייב אבל למ"ד פטור ל"ק ואי ס"ל לרש"י דלא מיפטר הראשון מפשיעה א"כ התם דאירי בפשיעה ק' אף למ"ד ששליש פטור, וכן הביא מדברי רש"י ב"ק נ"ו ב' ד"ה אלא דמבוא' דפטור הראשון לגמרי, וכבר כ' התור"פ שם לדקדק כן בדברי רש"י ותמה עליו דהראשון לא מיפטר לגמרי עיי"ש, והעירו דאולי יש לדחוק כונת רש"י שם דלא אירי לענין חיובי השומר לבעלים אלא לענין נזקין [וכשי' הר"מ פ"ד מנ"מ ה"א] ומש"כ רש"י שם ואולי בעלים ומשתעי ר"ל דלאחר שתבעו הנזק לבעלים תובע הבעלים לשומר וע"ז אמרי דלענין נזקין השומר פטור לגמרי דחלוק חיובא דשמירת נזקין דאינו חיוב כלפי הבעלים אלא כלפי העולם ובוזה כשמוסרו לאחר שפיר נסתלק מהאי חיובא ומשא"כ חיובי שמירה לבעלים דאף במסירתו לאחר עדיין ל"ח להשבה לבעלים ותורת שומר עליה, [וכן נקט הגרע"א שם בשי' רש"י], **שי' הרמב"ן רשב"א ריטב"א ר"ן נמו"י ור"מ פ"ד משאלה ה"ט דהראשון פטור לגמרי אפי' מפשיעה, ונאמרו באחרונים ב' דרכים בביאור שיטתם, הנתיה"מ סי' רצ"א סק"ד ובסי' ע"ז סק"א פי' דבמסירתו לבן דעת הוי כמי שמסרו בתיבה מסוגרת ואין לך שמירה מעולה מזו, ובאמת דצ"ב אמאי רש"י ל"ל להאי סברא ונהי דבשי"ש י"ל דס"ל דכיון דצריך שיהא יושב ומשמר במסירתו לאחר ל"ח ליושב ומשמר מ"מ בשי"ח דא"צ להיות יושב ומשמר אלא סגי במאי דהניחו המקום המשתמר א"כ מסירתו לבן דעת כיון דחשיב להניחו במקום המשתמר אמאי פשיעת השני חשיב פשיעה דידיה, וכפשוטו צ"ל דס"ל דמסירה לבן דעת לא חשיב לשמירה כיון דיכול השני שלא לשמרו, אמנם העירו לפרש בע"א דאף אי מסירה לבן דעת חשיב לשמירה מ"מ בפשיעת השני איגלאי דל"ח להניחו במקום המשתמר, ויש סמך לזה בסוגי' הגמ' להלן מ"ב א' בעובדא דאשלמינהו לאימיה ואותבינהו בקרטליתא דמבוא' דאף דאימיה פשעה מ"מ כיון דלא ידעה דשל אחרים הוא תרוייהו פטורים וילה"ע לשי' רש"י דהראשון חייב בפשיעה אמאי הראשון פטור נהי דהאם אין לחייב כיון דלא ידעה מ"מ יש לחייב הראשון, ולהאמור י"ל דכל מה דיש לחייב הראשון בפשיעה ול"ח מסירתו לבן דעת כשמירה משום דאיגלאי דהמסירה לשני ל"ח שמירה אבל בעובדא דהתם דפשיעת האם היה מחמת חיסרון ידיעה ל"ל דאיגלאי דמסירתו ל"ח שמירה ושפיר יש לפטור אף הראשון, ויותר מסתבר דכיון דהאם שמרה כדינה ל"ח לפשיעה ולכך פטור נמי הראשון, **ויתכן** לפרש עוד בשי' רש"י דמדי דמסירה לבן דעת חשיב לשמירה מעולה אלא ס"ל דחיוב תשלומין דשומר אינו מחמת חיסרון השמירה אלא קבלת אחריות בפ"ע להשליס חיסרון החפץ מבלד אי יארע בע מאורע של אונס הלכך במסר לאחר נהי דלא פשע בשמירה מ"מ כיון דהחפץ נאבד במאורע של פשיעה חייב הראשון בשלומין, ובעובדא דקרטליתא כן דהאם לא פשעה שפיר יש לפטור נמי הן. **אמנם הקצוה"ח שם סק"ח ובחי' רח"ה פי"א מנז"מ ה"א פי' דבמסירתו לאחר מסתלק משמירתו וחשיב להשבה לבעלים, וחלוקים הקצוה"ח והגר"ח בגדרם דהקצוה"ח פי' דהסילוק נעשה ע"י מסירת לאחר חשיב להשבה, [ואף להסוברים דלא מהני השבה לבעלים בתוך ימי השמירה לפוטרו מאחריות מ"מ הכא דמעביר השמירה לאחר י"ל דלכו"ע מסתלק מהשמירה ונפטר מחיובו, והגר"ח פי' דהסילוק הוא ענין בפ"ע ונעשה ע"י חזרתו דהשומר מהשמירה אלא דמ"מ כ"ז דלא החזיר החפץ לבעלים חייב מחמת העדר ההשבה ולזה בעי' למסירה לבן דעת דחשיב להשבה, ועיי"ש דענין זה אי מצי שומר להסתלק מההשבה בלא הסכמת הבעלים תלוי בפלוגת ששליש, ופשוט דכ"ד הגר"ח דשייך להסתלק תוך ימי השמירה הוא רק להסוברים דמהני השבה בתוך ימי השמירה, ונפק"מ בין הדרכים בשואל שמסר לשואל דהנתיה"מ שם כ' דלפ"ד דהמסירה לאחר חשיב לשמירה מעולה א"כ בשואל דחייב אף באונסים לא מיפטר הראשון, [ועי' נתי"מ סי' שמ"ב חידושים סק"ב דמ"מ מיפטר ע"י שבועת השנן], משא"כ להקצוה"ח והגר"ח דחשיב להשבה אף בשואל יל"ד המסירה לאחר כהשבה ופטור, וכ"כ הדברי משפט סי' רצ"א סק"ד, **וילע"י** להקצוה"ח והגר"ח דהראשון נסתלק מהשמירה ולא תורת שומר עליה היכי קתני במתני' דהשוכר נשבע ולכא' מוכרח דבשואל ושוכר מודו דהראשון לא נסתלק כיון דהתם בעי' השבה ליד בעלים ולא סגי במסירתו לאחר וצ"ע, [ובד' הנתיה"מ דבשואל חייב מסתבר דה"מ שואל אבל שוכר דפטור מאונסין דינו כששליש אמנם בערוה"ש סי' רצ"א כ' דלהנתיה"מ ה"ה דשוכר שמסר לאחר חייב וצ"ע. וכן נפק"מ בהעמיד שומר עני דבנתיה"מ שם נקט לפ"ד דחשיב לשמירה מעולה, אמנם בחי' רמ"ש דקדק לשון הרמב"ן דכ' ואי אזיל למדה"י או שהעני כו' פטור דמשמע דדוקא בהעני אח"כ פטור אבל בעני מעיקרא לא חשיב השני בחריקאי דראשון וקצ"ב דהרמב"ן פטר מה"ט אף אשתו ובי"ב ואינהו דינן כהעני מעיקרא, וכ"ה בריטב"א ד"ה שאני ויל"ב לדרכו דהקצוה"ח דהמסירה לשני חשיב להשבה דראשון דה"מ כשהשני בחריקאי דראשון אף לתשלומין אבל כשהשני אין יכול לשלם לא חשיב דהעמיד שומר במקומו ואין מסירתו נידון כהשבה לבעלים,****

עויל"ד נפק"מ כשמחזירו השני לראשון אי חייב לקבלו דאי נסתלק מהשמירה והמסירה לבן דעת חשיב להשבה אין חייב הראשון לקבלו משא"כ אי לא נסתלק הראשון חייב לקבלו, וכ"כ בפשיטות החזו"א חו"מ סי' ה' סק"א, ועד"ז יל"ד במת השני אי חזר חיובי השמירה לראשון, ועוד נפק"מ מבוא' בחזו"א שם בראה הראשון שהשני פשע בשמירתו והניחו במקום התורף אי חייב הראשון להציל החפץ, והנה ברמב"ן ורשב"א הק' לשי' דהראשון מסתלק לגמרי מחכמים דהשואל משלם לשוכר, ותי' דהיכא דהראשון בעי לאשתעווי בהדי בעלים השני חשיב שומר דראשון וכל דינא דרב דכשלא בעי הראשון לאשתעווי בהדי בעלים לא מצי השני למימר לבעלים לאו בע"ז ידי את, ולכא' מבוא' דלא פקע מהשומר תורת שומר לגמרי דאי במסירתו מסתלק מהשמירה אמאי תלוי הדבר ברצונו דהראשון [ואולי דהראשון מצי לברר אי כונתו לסילוק שמירה או להעמיד השני תחתיו, **ויתכן** דאין הגדר דמסתלק מהשמירה ופקע תורת שומר מיניה אלא דע"י מסירת השמירה והחיובים לאחר פקע מיניה שעבודי השמירה ותשלומיו, ומ"מ תורת שומר עליה ועי', ולפ"ז בכל הני גווני דלע"י מת השני או דהחזיר החפץ לאשון פשיטא דהדר חייובי השמירה לראשון.

**והנה** בדברי רבא להלן ע"ב מבוא' טעם חיובא דהראשון משום את מהימנת לי וילע"י לשי' הרמב"ן וסיע' דהראשון נפטר לגמרי ואפי' אי פשע השני היכי אפשר לחייבו לראשון משום חיסרון שבועה דהשני הרי הראשון טוען דהשני פשע ואינו חייב בתשלומין, ובשלמא אי הגדר דהראשון נסתלק ע"י דהעמיד גברא בחריקאי י"ל דכיון דהשני אינו נאמן לא חשיב בחריקאי דראשון אבל להנתיח"מ דמסירה לבן דעת חשיב לשמירה מעולה אמאי חיסרון השבועה דהשני מגרע בשמירה, [ובספר ההשלמה ב"מ פ"ג ס"ב הק' כע"ז ודחה משו"כ לשי' הרמב"ן], ואולי דכיון דמחויבי השמירה שיהא יכול לברר דבריו בשבועה היכא דמסרו למי שאינו מהימן בשבועה ל"ח מסירתו לגמר פעולת השמירה, ובחזו"א חו"מ סי' ה' סק"א פי' משו"כ ענין ששל"ש דיסודו דהבעלים מתרצה למוסרו לשני כל דעומד בחריקאי והלכך ה"מ כשמהימן בשבועה אבל כשאינו מהימן אין מתרצה הבעלים דלמא יפשע שני ולעולם לא יתוודע הדבר, ור"ל דכל טענת הראשון דאוקי השני בחריקאי שייך כשהשני חייב בפשיעה אבל היכא דהשני יפטור עצמו בפשיעה ע"י שבועה ל"ח דהשני עומד תחתיו לחיובי פשיעה, ושפיר הראשון עומד בחיוביו.

### ש"ש שמסר לש"ח

**גמ'** לא מבעיא כו' ע"י רמב"ן, ורשב"א בשמעתין ובב"ק ק"ד א' ד"ה לתני ונמו", דש"ש שמסר לש"ח לא מיפטר אלא מפשיעה אבל מגו"א כיון דהשני פטור ל"ח דעומד תחתיו דראשון לענין זה והראשון חייב, אולם בריטב"א בשמעתין ובמאירי ב"ק י"א ב' הביאו י"א דהראשון פטור לגמרי דס"ל דמסירה לבן דעת חשיב להשבה אף דאינו עומד תחתיו בכל חיובי השמירה ודחו שם לשי' זו, ובאמת דילע"י לסברת הנתיח"מ לע"י דמסירה לבן דעת חשיב לשמירה אמאי בגרועיה גרעיה ל"ח מסירתו לשמירה מעולה, וכפשוטו הביאור משום דהשני לא נתחייב לשמירה מגו"א, אמנם בתוס' צ"ג ב' ד"ה אי' כ' דמסירה לבן דעת ל"ח לתחילתו בגו"א כיון דדרכו של בן דעת לשמור מגו"א וע"י. **והנה** בשי' הרמב"ן וסיע' כפשוטו הביאור דלענין גו"א ל"ח דהעמיד גברא בחריקאי ולא מבעי' אי גדר בחריקאי דחשיב דהשלים הראשון שמירתו דלפ"ז בגרועי גרעיה לא חשיב דהשלים לענין מה שהשני פטור אלא אף אי הגדר דמסתלק הראשון משמירתו ה"מ לענין מה דהעמיד השני תחתיו אבל לענין גו"א דלא העמידו תחתיו עדיין תורת שומר עליה, אמנם בחי' רח"ה הכריח מדינא דפטור השומר בגרועי גרעיה דבמסירתו לשני פקע מיניה תורת שומר, ולכא' כונתו דאי יהיב גברא בחריקאי הוא רק סברא לפוטרו מתשלומין לא שייך האי סברא בגרועי גרעיה דחשיב לפשיעה, אלא בע"כ דנסתלק משמירתו לגמרי והטעם דחייב בגו"א אינו מחמת חיובי השמירה אלא משום קבלת האחריות דקיבל ע"י בקבלת השמירה, [ובגליונות חזו"א הבין כונת הגר"ח בע"א ותמה ע"ד], ולפ"ז עולה דבגרועיה גרעיה אין הראשון חייב בשמירה מגו"א וכל חיובו הוא חיוב תשלומין לחוד, וא"ש הא דמצי למוסרו לאחר ואין חייב להיות יושב ומשמר כדן ש"ש, ויש לזה קצת משמעות בלשון הרשב"א דכ' דחייב בגו"א דנתחייב לזה משעת משיכה, וצ"ל אמאי הוצרך להוסיף דנתחייב משעת משיכה ואי הנידון לענין חיוב תשלומין לחוד א"ש.

**עוד** מבוא' ברמב"ן וברשב"א ונמו"י דבש"ש שמסר לש"ח כ"ז שלא נשבע השני שלא פשע השני חייב והראשון פטור ואם נשבע שלא פשע הראשון חייב, ובנשבע שנאנסה פטור אף הראשון, וילע"י אמאי כ"ז שלא נשבע השני שלא פשע הראשון פטור הרי כיון דאי אירע גו"א השני פטור והראשון חייב ומספקי' השתא אי אירע פשיעה או גו"א ואונס יש לחייב שניהם הב' משום הפשיעה והא' משום גו"א, ואולי דכיון דהשני עומד תחתיו אף לתשלומין לא שייך לחייב הראשון כ"ז דאפשר לחייב השני, ולהאמור בדברי הגר"ח דאף בגרועי גרעיה נסתלק משמירתו לגמרי וחיובו בגו"א הוא חובת תשלומין לחוד י"ל דכ"ז דהש"ח לא בירר דלא פשע אין לחייב להראשון כיון דפקע מיניה תורת שומר לגמרי, [העירו], עולע"י היכי מהני שבועת השני שלא פשע לחייב הראשון הרי כל נאמנות השבועה הוא ליפטר ומהיכ"ת לחייב הא' בשבועת השני, וצ"ל דכל פטורא דהראשון הוא במאי דהשני חייב ועומד תחתיו לתשלומין, וכיון דהשני נשבע ונפטר חזר החיוב על הראשון, עולע"י היכי מהני שבועת השני שנאנסה לפטור הראשון הרי כיון דהשני ש"ח ואין חייב אלא בשבועה שלא פשע א"כ כשנשבע שבועה דלא נאנסה ה"ז כשבועת אדם מהשוק דפשיטא דלא מהני לפטור השומר, [ובקצוה"ח סי' רצ"א סק"ב נקט בפשיטות בשי' הר"מ דאין השני יכול לברר בשבועת נאנסה עבור הראשון מסברא

הנ"ל, ועיי"ש בנתיח"מ סקל"א], ובחזו"א סי' ה' סק"א כ' דכיון דסו"ס נפטר השני ע"י שבועת נאנסה [והרי אי יבואו עדים ויכחישו שבועתו שלא נאנסה יהא חייב דלמא פשע], הלכך מהני השבועה אף לראשון, ועיי"ש דלפ"ז בנשבע שלא פשע אין יכול לחזור ולישבע שמתה לפטור הראשון, [אמנם ברמב"ן יש משמעות דאף בנשבע שלא פשע יכול לחזור ולישבע שנאנסה וצ"ב]. **ובב"י** הביא לתלמידי הרשב"א דנחלקן הרמב"ן ורבינו כשאין רוצה השני לשיבע אי חייב הראשון דהרמב"ן ס"ל דחייב ורבינו פליג דפטור ובאחרונים האריכו טובא בביאור פלוגתתם ונתבאר בהארת משפט, אמנם בשי' הרמב"ן ילה"ע דסותר ברי' למש"כ בשמעתין דכ"ז שהני לא נשבע הראשון פטור, וצריך לחלק בין ששל"ש לרב לבין ששל"ש רשגיל להפקיד אצלו לרבא וע"י.

**שי'** הר"מ פ"ד משכירות דש"ש שמסר לש"ח פושע הוא וחייב, ונחלקו האחרונים אי טעמו דגרועיה גרעיה חשיב לפשיעה או דחייב משום חיסרון שבועה, ע"י מ"מ וכס"מ שם וש"ך סי' רצ"א סקמ"ו וקצוה"ח שם סק"ב, נתיה"מ שם סקל"א, וחי' הגרע"א, וחי' רח"ה שכירות שם, ולהלן יבוא' שיטתו בארוכה.

### שומר שמסר לשומר [ב]

#### אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר

**גמ'** ולטעמיה דריו"ח כו' אין רצוני כו' נחלקו הראשונים בטעמא דאין רצוני, **שי'** תוס' דהוי כאילו התנה דמסירתו לאחר יחשב לפשיעה ואם יארע אונס אח"כ חייב מדין תח"ב וסופו באונס כיון דנעשה האונס מחמת הפשיעה, [וס"ל דבעי' לתנאי אבל בלאו התנאי אין חייב משום תח"ב דל"ח מסירה לבן דעת לפשיעה, ויתירה מזאת כ' התוס' צ"ג ב' ד"ה א"ה דאף בגרועיה גרעיה ל"ח המסירה לפשיעה] **שי'** תורא"ש ותוס' שאנץ בשטמ"ק דנעשה כאומר לו אם תמסור פקדוני ביד אחר תתחייב בכל אונס שאוכל לתלות שלא היה בא אם היתה בידך, ולדבריהם אין החיוב על האונסים מחמת תח"ב"פ אלא מחמת התנאי, [ובתורא"ש סתר משנתו להלן ל"ו ב' ויבוא בסוגי' דתח"ב], **שי'** הרמב"ן רשב"א ור"ן דחייב מדין גזלן כדן המשנה מדעת בעה"ב, [ועיי"ש בישב קו' התוס' מהגמ' בע"ב], **שי'** הר"ח [הובא ברא"ש] דהטעם משום תחילתו בפשיעה וסופו באונס, [ולכך פסק כריו"ח דק"ל תח"ב וסופו באונס חייב], וס"ל דמסירה לאחר חשיב לפשיעה אף בלא תנאי דהבעלים ונהי דלא הוי פשיעה בגוף החפץ מ"מ כיון דהבעלים אין רצונם בזה חשיב דאינו עומד בתנאי השמירה ודינו כפשיעה, במרדכי או' רע"א הביא תשו' מהר"ם דלריו"ח אפי' היה רגיל להפקיד אצל אחרים חייב, ומשמע דטעמא דאין רצוני אינו משום קפידת הבעלים שלא יהא ביד אחר אלא דכיון דקיבל ע"ע שמירת החפץ לא מצי להסתלק משמירתו ולהעבירו לאחר, [אמנם במרדכי שם או' ער"ב נקט דאף לריו"ח שרי למסור למי שרגיל], ויל"ב אי לריו"ח מצו הבעלים לגבות מהשני או דא"ל לאו בע"ד ידי את, ותלוי בשי' הראשונים הנ"ל, [ובריטב"א הישנים נסתפק כן בדי' רבא וע"ע ש"ך סי' רצ"א סקמ"א ויבוא' להלן].

#### כל המפקיד ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד

**גמ'** אמר רבא כל המפקיד כו', נחלקו הראשונים בדין כל המפקיד ע"ד אשתו ובניו אי מיפטר לגמרי אפי' בפשעו ואין להם מה לשלם או דלא נאמר האי דינא אלא לענין דמהימנו בשבועה וכן דלא מצי למיטען אין רצוני אבל בפשעו חייב הראשון, **שי'** ר"ת בתוס' מ"ב ב' וברא"ש שם דהראשון חייב בפשיעה דאל"כ כל מה שהופקד אצל בעה"ב תבא אשתו ותאכל, ובמל"מ פ"ד משאלה ה"ח נסתפק אי עיקר טעמו דר"ת משום דתבא אשתו ותאכל ולפי"ז במסר למי שרגיל להפקיד אצלו דלי' להאי טעמא פטור לגמרי או דעיקר טעמו משום דלא מצי למיפטר לגמרי [וכשי' רשי' בדין ששל"ש] אלא דהביא הוכחת הדין דאל"כ כו' ואף במי שרגיל להפקיד אצלו לא מיפטר מפשיעה והביא דהנמו"י בשמעתין נקט דכ"ד ר"ת באשתו ובניו לחוד אבל במי שרגיל להפקיד אצלו מיפטר לגמרי, אמנם בנמו"י משמע דעיקר החילוק משום דאשתו ובניו משמרין לדעת אביהן משא"כ במי שרגיל להפקיד אצלו דמשמר לדעת הבעלים, וכ"ה ברשב"א בשמעתין משמיה דר"ת, וכ"כ בשם היש"ש ב"ק פ"א דין ל"ב [אמנם כ' המל"מ דלהיש"ש במי שרגיל להפקיד אצלו פשיטא דהראשון לא מיפטר כיון דהוא הבע"ד דהבעלים וכל מאי דהוצרך ר"ת באשתו ובניו לסברת דאל"כ כו' משום דס"ד דכיון דכל המפקיד כו' מסתלק הבעל משמירתו לגמרי, והש"ך סי' ע"ב סי' ע"ב ס"ק קל"ה נקט בדי' היש"ש דבמי שרגיל להפקיד אצלו מיפטר לר"ת], אמנם הביא דהבעה"ת שער מ"ט ח"ג סי' ג' נקט דלר"ת אף במי שרגיל להפקיד אצלו לא מיפטר מפשיעה, וכ"כ הש"ך סי' ע"ב ס"ק קל"ו, וכן עולה מדברי הרא"ש סי' כ"ג דהק' לר"ת מבב"ק נ"ו ב' דבמסר לברזיליה מיפטר לגמרי עיי"ש, וחז"י דהשוה אשתו ובניו לברזיליה.

**והנה** בלשון התוס' ורא"ש מבוא' דכל האי דינא דחייב על פשיעת אשתו ובניו הוא דוקא באין להם מעות אבל ביש להם מעות גובה מהן, וכ"כ הרמ"א סכ"ד, וילע"י דאי סיבת הדין הוא תקנת חכמים דאל"כ כו' י"ל דלא תקון אלא כשאין להם מעות אבל אי סיבת הדין משום דס"ל דששל"ש לעולם לא מסתלק שומר קמא אמאי לא אמרי' רמ"ג רמ"ג, ואולי הגדר דביש לו מעות אף לר"ת אמרי' אוקי גברא בחריקאי וכ"ד באין לו מעות דלא מצי למימר דעומד בחריקאי לענין תשלומין, ובשו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' נ' [ציינו הש"ך סקל"ח] דפי' דבמסרו לאשתו ובניו הראשון מסתלק לגמרי מהשמירה וכל החיוב רמי על השני אלא

דהראשון מתחייב מדין לשלם מדין ערב והלכך כל חיובו הוא רק באין להם מעות. והנה כל האמור הוא בשי' התוס' אבל להמבוא ברשב"א ובנמו"י דטעמו דר"ת משום דאשתו ובני משמין עברו פשוט דחייב הראשון אף כשיש להם מה לשלם כיון דלא נעשו שומרין כלל לבעלים, ועי'. שי' הרשב"א דבמסרו לאשתו ובניו או למי שרגיל להפקיד אצלו מיפטר לגמרי ואפי' בשי"ש שמסר לשי"ח מיפטר מגו"א, וסי' דא"י אומדנא דמתחייב בשמירה ע"ד למסרו למי שרגיל להפקיד ואפי' בגרועיה גרעיה, וצי"ל דלי"ד לששלי"ש לרב דלא מיפטר מגו"א בגרועיה גרעיה דהתם אי"ז משום נחותא דהמפקיד אלא דרשאי השומר להעביר חיובו לאחר והלכך לא מצי למיפטר אלא במה שהשני עומד תחתיו], והנה במל"מ פ"א משכירות ה"ה הביא לרי"ז דשי"ש שמסר לשי"ח שרגיל להפקיד אצלו פטור הראשון, ובמל"מ תמה ע"ד. ולהאמור יתכן דסי' כהרשב"א דפטור לגמרי אף מגו"א וכדנתבא דא"י נחותא דהבעלים למסרו אפי' לשי"ח שרגיל אצלו.

שי' הרי"מ פ"ד משאלה ה"ט דבמסר לאשתו ובניו מיפטר לגמרי, ונחלקו האחרונים בשיטתו היכי ס"ל במי שרגיל להפקיד אצלו, הבי"י סי' ע"ב סכ"ד נקט דלדבריו ה"ה במי שרגיל להפקיד אצלו מיפטר לגמרי וכ"מ ברמב"ן בשמעתין, וכ"כ המ"מ פ"א משכירות ה"ד והש"ך סי' ע"ב ס"ק קל"ד, אמנם הסמ"ע סי' ע"ב סקצ"ו והמל"מ פ"ד משאלה נקטו דכ"ד הרי"מ באשתו ובניו אבל במי שרגיל להפקיד אצלו חייב על פשיעת השני ובמל"מ שם הכריח כן בדברי הרמ"א עיי"ש, ובעיקר שי' הרי"מ דהראשון פטור לגמרי נאמרו באחרונים כמה דרכים, הקצוה"ח רצ"א סק"א פ"י דסי' להר"מ דבמסירתו לשני חשיב להשבה ונסתלק הראשון משמירתו לגמרי, והגרע"א סי' רצ"א ע"ד הש"ך סקל"ב פ"י דכיון דע"ד אשתו הוא מפקיד דינו כמי שידוע שאינו משמרו בעצמו אלא מוסר לאחרים דפטור הראשון לגמרי, [והטעם דבכה"ג אין דנים הראשון כלל לשומר אלא לסרסור להעביר החפץ לשני וכמבוא' בראשונים לענין ברזיליה], ובחזו"א פ"י סי' ה' סק"א פ"י דבזמן שמוסר הראשון לשני מתרצה הבעלים לפטור הראשון דהרי הראשון לא עדיף משני ומקרה שלא יהיה ממה לגבות אפשר להקרה בראשון כמו בשני, ונפק"מ בין הדרכים ברוצה השני להחזירו לראשון אי חייב הראשון לקבלו, וכן ברואה האשון שהשני פושע בחפץ אי מחוייב בהצלתו וכדנתבא' בחזו"א שם וע"ע דרכו של הנתיב"מ סק"ד ונתבא' לעי'.

#### את מהימנת לי

ל"ו ב' גמ' אמר רבא כו' עי' תוס' דלרבא ריו"ח נמי מודה דשומר ששלי"ש ל"ח המסירה לפשיעה אלא עיקר פלוגתתו דהשני לא מהימן בשבועה והלכך היכא דהראשון יכול לישבע או דאיכא עדים דינו כרב דהראשון פטור, וכפשוטו יסוד הדין, דשומר שמסר לשומר השני עומד תחתיו דראשון אלא דלי' לשני נאמנות על השבועה ולזה בעי' לשבועת הראשון או לבירור עדים, אמנם יש בזה תמיה גדולה לשי' הראשונים לעי' דששלי"ש לרב מיפטר הראשון אפי' מפשיעה וה"ה לדין במסר לאשתו וב"ב או למי שרגיל להפקיד אצלו נפטר הראשון מפשיעה, א"כ מאי שייך בששלי"ש לטענת את מהימנת לי הא אף לו יהא דהשני פושע הראשון פטור, ובחזו"א סי' ה' סק"א עמד ע"ז ופי' דכל פטורא דששלי"ש משום התרצות הבעלים למסרו לשני וה"ט לא שיכא כשמוסרו למי שלא מהימן בשבועה, וכ"ז לשי' דששלי"ש לא נסתלק הראשון לגמרי אבל עדיין ילעי"י לסברת הקצוה"ח דפי' פטורא דששלי"ש משום דחשיב להשבה אמאי כשמוסר למי שאינן נאמן בשבועה ל"ח להשבה וצי"ל דכל מאי דהשני עומד תחתיו דראשון הוא רק כשהשני ממלא חיובו דהראשון אבל כשהשני אינו נאמן בשבועה, ל"ח דעומד תחתיו דראשון דהשבועה הוא חלק מחיובי השומר, ואכתי ילעי"י להנתיב"מ דפי' פטורא דראשון משום דמסירה לבן דעת חשיב לשמירה מעולה אמאי מסירה למי שאינו נאמן בשבועה ל"ח לשמירה ועי', ולהאמור עולה דששלי"ש לרבא אף כשהשני מודה שפשע הראשון חייב לכל הראשונים וכ"מ הרי"מ פ"א משכירות ה"ד, ובחי' רח"ה נז"מ פ"י דיסוד פלוגתת רב ורבא בגדר שומר שלי"ש דלרב מסתלק הראשון משמירתו שלא מרצון הבעלים ואין עליו חיוב אלא מה שנסתלק בלא השבה ולזה מהני מסירתו לבן דעת לדון כהשבה והלכך לא מצו הבעלים למיטען את מהימנת לי כיון דההשבה אינה תלויה בדעת הבעלים וכל דהוי השבה לבן דעת חשיב השבה מעליה, משא"כ לרבא אין הראשון מצי להסתלק מעיקר חיובו ופטורו משים דיהיב גברא בחריקאי ולזה מצי הבעלים לטעון את מהימנת לי ול"ח בחריקאי.

והנה יעוי' תוס' ב"ק י"א ב' ד"ה את דלרבא אם השני נאמן יותר מהראשון נראה דפטור הראשון, אמנם ברא"ש בשמעתין סוסי' כ' דאי לא רגיל להאמין אפי' ידעי כו"ע שהוא אדם טוב וכשר מהראשון יראה דמצי למימר את מהימנת לי בשבועה דאין לך להאמין עלי בשבועה כל מי שאין לי עסק עמו, והגר"א סי' רצ"א סקמ"ה כ' דהרא"ש פליג אתוס', וצ"ב טעמא דהרא"ש אמאי לא מיפטר הראשון בשבועת השני כיון דנאמן הוא, ולכא"ו עולה מדבריו גדר חדש דיסוד טענת את מהימנת לי אינו משום

חיסרון נאמנות אלא דכל זכות השבועה ניתנה לראשון ולא לאחר ונהי דהראשון נמי נעשה שומר לבעלים מ"מ הו"ל כב' שומרים דאין הא' פוטר שבועת השני [ובחי' הגר"ח שכירות כ' כע"ז דבגרועי גרעה הו"ל כב' שומרים דאין א' פוטר חבירו ועד"ז ס"ל להרא"ש דכל ששליש אין השני יכול לפטור הראשון בשבועתו, ובחי' הגר"ח ב"מ פי' כן שי' הרא"ש], ויל"ד לפי"ז במסרו לשומר שלא מסרוהו הבעלים לעולם אבל מהימן על הבעלים אי רשאים הבעלים לטעון את מהימנות לי, ועי' הגה' חכמת שלמה סי' רצ"א סכ"ו. והנה בריטב"א הישנים מבוא' נמי כהרא"ש ולכאוי' הביאור בדבריו כהנ"ל דאף דמהימן בשבועה לא מהני שבועתו לגבי הראשון אמנם בהמשך דבריו כ' הריטב"א דאי השביעו הבעלים לשני וקיבלו שבועתו תו לא מצו למיטען את מהימנות לי ופטור הראשון וצ"ב.

**נחלקו הראשונים בטעם חיובו דראשון אי חייב מחמת הספק משום חיסרון שבועה, או דהמסירה חשיב למקצת פשיעה [נוע"ד אין רצוני דאבי] אלא דאין לחייבו משו"כ אלא כשלא הוברר שמתה כדרכה, במלחמות ריש ב"מ וברא"ש שם ס"ג ונמו"י י"א בשם הרמ"ה בשם השאלתות פי' דחיובו מדין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, ובאחרונים דנו דהו"ל מתוך במקום דלא הו"ל למידע דפטור להרבה ראשונים, ועי' במערכה להגרע"א או י"ב ובשעה"מ סי' רצ"א סק"ה דכיון דאינו רשאי למסור חשיב הו"ל למידע, ועי' קה"י סי' ל"ז מה שדן בדבריהם, **אמנם** בנמו"י ב"ק ל"ט א' מדפי הרי"ף מבוא' דחיובו מדין איני יודע אם פרעתין ונתבא' שם דאפי' למ"ד דמשעת מיתה מתחייב ל"ח לא"י אם נתחייבתי כיון שפשע במסירתו לשני וחל חיובו משעת מסירה לאחר ונהי דאם יאנס לבסוף מיפטר מ"מ כ"ז דהוי ספק חייב כדין א"י אם פרעתין, [ועי' במערכה להגרע"א שם ובקה"י שם אמאי לא פי' הנמו"י טעם החיוב משום מתוך], אמנם צ"ב אמאי חשיב לרבא פשיעה במסירתו לאחר כיון דל"ל לטעמא דאין רצוני, ובקצוה"ח סי' ש"מ סק"ד פי' דהפשיעה משום דאסור לכתחילה למסור לאחר אף לרב וכמש"כ תוס' ע"א וע"ע להלן, וכ"כ הגרע"א במערכה או י"א ועי"ש מקורו דהנמו"י לזה וכדברי הנמו"י כן משמעות הר"מ פ"א משכירות ה"ד דכ' דבעבר השומר ומסרו לאחר אם אין שם עדים חייב הראשון לשלם מפני שמסר לשומר אחר כו' שהרי יש לבעל החפץ לומר לו אתה נאמן אצלי בשבועה כו' ומשמע דתחילת חיובו משום דמסרו לאחר ולכך הקדים הר"מ דהרי מסרו לאחר, [ולפי"ז יש להמתיק דברי הר"מ בתחילת דבריו דאין השואל רשאי להשאיל כו' שהרי זה אומר לו אין רצוני כו' וכבר העיר הלח"מ דלרבא אין הטעם משום אין רצוני ולהאמור י"ל דאף לרבא תחילת הדין משום אין רצוני אלא דס"ל דל"ח בהכי לפשיעה גמורה והלכך אין חייב הראשון אלא כשהשני אינו נאמן בשבועה], וע"ע קה"י סי' ל"ז דהוסיף לפרש ב' דרכים בחיובו דהראשון.**

שומר שמסר לשומר [ג]



## גרועיה גרעה לשמירתו

גמ' אמר רבא כו' ולא מבעיא כו' מבוא' דבגרועיה גרעה פשיטא טפי דפטור והק' הגרע"א במערכה או' כ"ג דבשלמא לאביי דהטעם משום אין רצוני י"ל דבגרועיה גרעה אי' טפי לסברת אין רצוני [עיי"ש או' י"ט כ"ב בכ"ד] אבל לרבא דהטעם משום את מהימנת לי אמאי בגרועיה גרעה איכא חיסרון טפי בנאמנות השבועה, ומצינו כמה דרכים בביאור חיובא בגרועיה גרעה, בריטב"א הישנים ובמאירי ב"ק י"א ב' ושטמ"ק שם בשם רבינו ישעי' וביש"ש ב"ק סי' ל"ב [הובא בש"ך רצ"א סקמ"ו] פי' דגרועיה גרעה חשיב לפשיעה ולפי"ז כ' דאפי' באי' עדים שנאנס ח"ב מדין תח"ב וסופו באונס, [ויש לזה קצת משמעות בדברי הר"מ דפתח בדין תחילתו בפשיעה ועבר לשש"ל ולהאמור מישך שייכא דאף ששלי"ש בגרועיה גרעה חיובו מדין תח"ב], אמנם לפי"ז עולה דרב וריו"ח נחלקו בתרתי, בגרועיה גרעה נחלקו אי חשיב לפשיעה ובש"ח שמסר לש"ח נחלקו בסברת את מהימנת, והגרע"א שם דחה דלא מסתבר דנחלקו בתרתי, ועי' ביהגר"א סקמ"ו, הגרע"א שם והקצוה"ח סי' רצ"א סק"ב פי' דבגרועיה גרעה פשיטא טפי דלא מהני שבועת השני שנאנסה כיון דאין חייב אלא בשבועת ש"ח דלא פשע, ושבועת נאנסה הוי כשבועת אחד מהשוק, ועפי"ז כ' לישב משמעות הר"מ דבגרועיה גרעה לא מהני שבועת השני לפטור הראשון אף ברגיל למסור אצלו ולי' לחסרונא דאת מהימן, והיינו מטעם הנ"ל דאין השני חייב בשבועת השומרים שלא נאנסה, [ועי' להלן שי' האחרונים בד' הר"מ], ובחי' רח"ה הלי' שכירות פי' עפי"ז לשון הר"מ שם דבגרועיה גרעה חשיב לפושע וכיון דפשע במסירה אין השני יכול לעמוד תחתיו לשבועה ודינו כב' שומרים דאין הא' יכול לפטור השני בשבועתו, [ובגליונות חזו"א שם נחלק ע"ד וכן מדברי הנתיה"מ סי' רצ"א סקמ"ג מבוא' דמהני בב' שומרים שבועת א' לחבירו ודלא כהגר"ח עיי"ש, ועי' קה"י סי' ל"ז מש"כ לחלק בין ב' שומרים לשש"ל], ויל"ב לב' דרכים אחרונים טעם פלוגתת רב, ועי' בהגרע"א שם, והנה לכל הדרכים האמורים עולה דגרועיה גרעה חלוק בדינו מהיכא דלא גרעא, דלהיש"ש בגרועיה גרעה חייב באונסים ובלא גרעה פטור, ולהגרע"א הקצוה"ח והגר"ח בד' הר"מ בגרועיה גרעה לא מהני שבועת השני לפטור הראשון ובלא גרעה מהני, אמנם ברשב"א וברא"ש מפורש דלי' נפקותא בין גרועיה גרעה ללא גרעה ובתרווייהו מהני שבועת השני וכן מיפטר מאונסין, וכן עולה מדברי הרמב"ן ונמו"י דכ' דמהני שבועת נאנסה דהשני לפטור הראשון, וצ"ל"ב לדידהו מאי מעליותא דגרועיה גרעה לרבא.

עי' ר"מ פ"א משכירות ה"ד, ומבוא' בדבריו כמה הלכות, חדא דבגרועיה גרעה חשיב לפושע ולא נפטר במסירתו לשני, ופי' המ"מ הטעם דכיון דהמפקיד גילה דעתו דחפץ בשמירה מעולה בזה שמסרו לשמירה פחותה אין לך פשיעה גדולה מזו, ולכאוי' לפי"ז הדר דינו כמי שאין רגיל להפקיד אצלו דחייב, ובמל"מ הביא לרי"ו דתמה על הר"מ אמאי לא יפטר הראשון כיון שמסרו למי שדרך הבעלים להפקיד אצלם, ויל"ב אי כונתו להק' דמ"מ יפטר מפשיעה כיון דלענין פשיעה עומד השני תחתיו, או דס"ל דנפטר הראשון אף מגוי"א וכשי' הרשב"א דבמסרו למי שרגיל להפקיד אצלו פטור הראשון לגמרי, והנה עי' במצוין לעי' קו' הגרע"א דאי בגרועי גרעה חיובו מטעם אין רצוני או משום פשיעה נמצא דרבא נחלק ארב בתרתי חדא בגרועי גרעה אי חשיב לפושע ועוד בלא גרעה נחלקו בסברת את מהימנת לי, אמנם בשי' הר"מ יש ליישב עפי"ז משמעות לשונו בפ"ד משאלה דטעמא דשש"ל חייב משום דהוי פושע וכבר העירו ע"ד דלהל' קי"ל כרבא דהטעם משום את מהימנת לי [עי' חי' רע"א שם], וצ"ל דכל טענת את מהימנת לי יסודו נמי משום דחשיב הראשון לפושע ואינו מסתלק משמירתו אבל בלא פשיעותא דראשון שפיר מצי הראשון להעמיד אחר תחתיו ואין יכולין הבעלים למנוע מלקבל שבועתו, [אלא דרבא פליג אאביי דלאביי הוי פשיעה גמורה וחייב אף אאונסין מדין תח"ב ולרבא ל"ח פשיעה גמורה לדין תח"ב], ולפי"ז שורש פלוגתת רב וריו"ח אי מסירה לבן דעת חשיב לפשיעה או לאו ושפיר קאמרי' דלא מבעיא בגרועיה גרעה דחשיב טפי לפשיעה אלא אפי' בלא גרע נידון לפשיעה ומצי לטעון את מהימנת לי.

**עוד** מבוא' בדברי הר"מ דבגרועי גרעה לא מהני שבועת השני לפטור הראשון אף כשמסרו למי שרגיל הבעלים להפקיד, ובמל"מ תמה דכיון דהשני מהימן עליו בשבועה אמאי לא יהא נאמן לברר בגרועיה גרעה, ולכך נקט דבמי שרגיל להפקיד אצלו מהימן

בשבועה אפי' בגרועיה גרעה ודחק בכונת הר"מ עיי"ש, וכן הש"ך סי' רצ"א סקמ"ו צידד בתחילה דמהני שבועה להר"מ בגרועיה גרעה ודחה מלשון הר"מ דה"ז פושע, ועי' מחנ"א שומרים סי' כ"ט, ונאמרו באחרונים כמה דרכים בישוב הר"מ אמאי לא מהני שבועה, א. הש"ך סי' רצ"א סקמ"ו כ' בסו"ד דס"ל להר"מ דבגרועיה גרעה חשיב לפשיעה וחייב מדין תח"ב וסופו באונס ומש"כ הר"מ בהל' ה' דפטור בהביא עדים היינו בהביא עדים שמתה דבזה לא שייך לחייבו מדין תח"ב כיון דאין האונס מחמת הפשיעה, [ופשוט דלפי"ז יהני נמי שבועה ומה דנקט הר"מ עדים ולא שבועה משום דקאי נמי אמי שאין רגיל

להפקיד אצלו וכמש"כ הש"ך בתחילת דבריו], וכדרך זו כן צידד בריטב"א הישנים, [ובקצוה"ח סק"ו כי דדברי הריטב"א אינם אלא לס"ד דהגמ' ותמה עליו החזו"א דהריטב"א איירי למסקנא], ב. בקצוה"ח שם סק"י"ב והגרע"א פי' דלא מהני שבועת נאנסה דהשני כיון דאין השני חייב אלא בשבועה שלא פשע, ושבועת נאנסה ה"ז כשבועת א' מהשוק, ועיי"ש בהגרע"א בביאור פלוגת רב, ובחי' רח"ה הק' ע"ז מלשון הר"מ דה"ז פושע ולהנ"ל סיבת החיוב אינו מחמת הפשיעה אלא מחמת חיסרון השבועה דהשני, ולכ"פ כונת הר"מ דכיון דהוי פושע לא מצי להעמיד השני תחתיו לשבועה והו"ל כב' שומרים דאין הא' פוטר בשבועתו שבועת חבירו, וצ"ע לדבריו בטעמא דהראשון פטור לרב אפי' בגרועה גרעה ע"י שבועת השני, ג. בנתיב"מ סי' רצ"א סקל"א פי' דכל ניותא דהבעלים למוסרו למי שרגיל אצלו הוא דוקא כשאינו מגרע בשמירתו אבל כשמגרע מהשמירה לא נוחא לבעלים בשמירת השני ואינו נעשה כלל שומר עבור הבעלים, ור"ל דנהי דרבא לא ס"ל דאין רצוני חשיב לפשיעה ולכך בלאו את מהימנת לי מהני שבועת השני, מ"מ כיון דלא נוחא ליה לבעלים בשני אינו נעשה כלל לשומר עבור הבעלים ושבועתו הוי כשבועת א' מהשוק [ולכאור' ה"ה לפי"ז בלא גרעיה ומסרו למי שאין הבעלים רגיל למוסרו דלבתר סברת את מהימנת לי לא נעשה השני שומר דהבעלים כלל], ולפי"ז אף במודה השני על הפשיעה לא מצו הבעלים לגבות אלא מהראשון וצ"ע מדינא דר"י דהשוכר נשבע והשואל משלם לבעלים, [ובאמת דהנתיב"מ סק"ז נחלק שם על הש"ך דכ' דבשש"ל רמ"ג אמנם מסיק דגובה מהשני מדינא דר"י] ובריטב"א הישנים נמי נסתפק אי מצי הבעלים לגבות מהשני וכ' דאין להוכיח מר"י דשא"ה דהשוכר נשבע אבל כשאין הראשון נשבע יתכן דאין השני בע"ד דהבעלים כלל, ד. הפ"ת סי' רצ"א סקכ"א הביא בשם ושב הכהן דבמי שרגיל להפקיד אינו מאמינו אלא על שבועת כפירת ממון שהוא שבועת חמורה טפי ולא על שבועת ביטוי, וכין דהשומר השני שהוא ש"ח אינו חייב על גו"א שבועת נאנסה לא הוי גביה אלא שבועת ביטוי וע"ז אינו מאמינו, ועי' חזו"א חו"מ סי' ה' סק"א.

**עוד** כי הר"מ דשואל בבעלים שגרע בשמירתו ומסרו לש"ש הואיל ופשע הראשון חייב אפי' היה שואל בבעלים, ובנו"כ תמהו דהרי פשיעה בבעלים פטור, ואמאי שומר בבעלים חייב במסירתו לאחר ונאמרו בזה כמה דרכים, המ"מ פי' דאין שאלה בבעלים פוטרת אלא כשמתה ברשות הראשון אבל כשמתה ברשות השני כיון דהשני שאל שלא בבעלים מתחייב הראשון על רשות השני, [ועי' חזו"א סי' ה' סק"א דמש"כ המ"מ אינו מובן], ובאהבא"ז כי דהיה מקום לפרש כונת המ"מ דכיון דלשני לי' פטורא דבעלים וחייב, חייב הראשון לשלם לבעלים חיובי השני כיון דפשע במסירתו לאחר ולא נסתלק משמירתו, אמנם כי דלפי"ז אין לחייב הראשון אלא כשפשע השני אבל בגו"א דהשני פטור הראשון נמי פטור, ובר"מ מפורש דלא מיפטר הראשון אלא במתה כדרכה, ולכ"פ כונת הר"מ דכל פטור בעליו שייך כשהחפץ ברשות הראשון יחד עם הבעלים אבל כשמסרו לאחר אין הבעלים ברשות החפץ ותו לא שייך פטורא דבעליו אף גבי ראשון, ולדבריו צ"ל דבשמירה בבעלים איכא קבלת שמירה אלא דפטור מתשלומין דאי לי' קבלת שמירה ולא נעשה לשומר היכי חל ביה חיובי שמירה כשמסרו לאחר הרי בשעת קבלת השמירה חל ביה שמירה בבעלים ולא נעשה לשומר, וכ"כ להוכיח בברכ"ש ב"ק סי' ל"ב עיי"ש.

**בכ"מ** פי' דכל פטורא דפשיעה בבעלים הוא דוקא כשאינו מזיק גמור אבל ששלי"ש דחשיב למזיק גמור לא מיפטר וחייב מדין מזיק, [והוסיף דאף דש"י הר"מ דפושע חייב מדין מזיק מ"מ אינו מזיק גמור אלא חיוב מחיובי השומרים אבל ששלי"ש הוי מזיק גמור], וכ"כ במאירי ב"ק י"א ב' ובמל"מ תמה ע"ד הכ"מ אמאי חשיב לפשיעה, [ועיי' תרוה"כ דתמה ע"ד המאירי ויעוי' נתיב"מ סי' ש"א סק"ב דהביא להכ"מ וביאר דבריו דחשיב לפשיעה דחשדי' שהפיקדון קיים ברשות השני וגזלו ונמצא דהראשון במסירתו לשני הזיק החפץ בידים כיון דהניחו במקום שלא יחזור לבעלים, [ולפי"ז פשוט דבמתה כדכה והבהמה קמן אין לחיב הראשון אף להסוברים דבעלמא חייב מדין תח"ב], אמנם צ"ע דכיון דאין החפץ ודאי ברשותו של השני הו"ל ספק מזיק ואיך אפשר לחייבו מספק, [וודאי דהבירור אינו מוטל על השומר אלא על הבעלים כדן כל ספק מזיק דעלמא, [העירו], ובחזו"א חו"מ סי' ה' סק"ב כי דאפשר דחשיב כל מה שאירע אח"כ כשעשאו בידים בשעת מסירה לשני, וע"ע נתיב"מ סי' רצ"א סק"ל דפי' כונת הר"מ בע"א.

**עי'** פ"ת סי' רצ"א סק"כ דשומר בבעלים שמסר לשומר ולא גרעיה לשמירה נמי חייב הראשון, ובחזו"א סי' ה' סק"ב פליג דכיון דכל חיובא דששלי"ש משום את מהימנת לי א"כ בשמירה בבעלים דאין הראשון חייב שבועה ל"ש האי טענה והדר דינו דהשני חייב ועיי"ש במוסגר, אמנם עדיין ילה"ס במסרו למי שרגיל להפקיד אצלו ולא גרעיה בשמירתו ופשע השני ואין לו לשלם להסוברים דהראשון חייב, [עי' במצוין לעי' השי' בזה] איך יהא הדין כשהראשון היה בבעלים ולכאור' בכה"ג אף להחזו"א הראשון חייב, [והעירו דכל הנידון שייך לסברת המ"מ אבל לסברת הכ"מ דהוא משום פשיעה ומתורת מזיק במסרו למי שרגיל להפקיד

אצלו ל"ח לפשיעה ופטור הראשון והחזו"א אזיל בדרך הכ"מ כמבוא' בדבריו שם], וע"ע היטב בנתיח"מ סי' ע"ז סק"ב ובקצוה"ח שם.

### תחילתו בפשיעה וסופו באונס

**סוגי'** דתחילתו בפשיעה מבוא' בש"ס בה' מקומות, א. מקור הדין בב"מ מ"ב א' לענין צריפא דאורבני דתחילתו בפשיעה לענין נורא וסופו באונס לענין גנבי ונתבא' ב' לישנות אי תח"פ וסב"א חייב, ב. ב"מ ל"ו ב' פשע בה ויצאת לאגס דתח"ב לענין זאבים וגנבים וס"ב לענין מיתה ונחלקו אביי ורבא בדינו, ג. ב"מ צ"ג ב' רועה שהניח עדרו ועל בעידנא דלא עיילי אינשי ובא ארי ודרס דחשיב ליה תחבוס"ב, [ונחלקו הראשונים אי אזיל כאביי או כרבא], ד. ב"ק כ"א ב' הכלב והגדי שנפלו מראש הגג ושברו את הכלים דתלי' בפלוגתת תחב"פ וסו"ב ונתחדש דנידון תח"ב שייך אף בדיני נזיקין ולא רק בחיוב שומרים, ה. ב"ק נ"ו א' פרצה בלילה כו' דתלי' ליה בפלוגתת תב"פ, ואשכחנא ליה בראשונים בעוד ב' מקומות, חדא בב"מ ע"ח א' בדינא דמתני' דהוחמה

בהר פטור, ובדינא דרבה שם בהכרעה נחש ובראשונים שם, וכן בב"ק נ"ב ב' לענין כיסוי בור בכיסה כראוי לשוורים ולא כראוי לגמלים ובתוס' שם, ויל"ב היטב כל האופנים לשי' הראשונים וחילוקי הדינים שביניהם.

### פשע בה ויצאת לאגס

**ל"ו ב' גמ'** אתמר פשעה בה כו' הנה דעת רבא מבוא' דס"ל דלא מחייבי' תח"ב אלא כשהאונס מחמת הפשיעה ופלוגתא תח"ב וס"ב באונס שמחמת הפשיעה והלכך פשע בה ויצאת לאגס שלא מתה מחמת האגס פטור לכו"ע, אמנם בדעת אב"י נחלקו הראשונים בטעמו, שי' הרי"ף והרא"ש [בפסקיו ובתוספותיו] וכ"מ רש"י [כמש"כ התורא"ש] דאב"י ס"ל דפלוגתא תחבוס"ב באונס שלא מחמת אבל באונס מחמת הפשיעה חייב לכו"ע ופליג בתרתי ארבא חדא דלמ"ד חייב הוא אפי' באונס שלא מחמת הפשיעה ותו דמיתה באגס חשיב לאונס מחמת הפשיעה וחייב לכו"ע ומקורו [כמש"כ תוס' ע"ח א' ד"ה הוחמה] מהא דקאמר אב"י לא מבעיא כו' ומשמע דלמ"ד חייב לא בעי' לטעמא דאורא דאגמא קטלה, וכן מהא דא"י להלן צ"ג ב' דרועה שעל בעידנא דלא עיילי אינשי ובא ארי ודרס חשיב לתח"ב וחייב אפי' דלא היה האונס מחמת הפשיעה כלל, אמנם בתוס' ל"ו א' ד"ה אין וע"ח א' ד"ה הוחמה ובתור"פ וריטב"א פ"י דאב"י נמי ס"ל דאונס שלא מחמת הפשיעה פטור ופלוגתא אב"י ורבא אי מיתה באגס חשיב לאונס מחמת הפשיעה או לאו והוכיחו התוס' שי' ממתני' להלן ע"ח א' דבהחליקה בבקעה פטור ולא מחייבי' ליה מדין תח"ב לענין הוחמה [ובתוס' ע"ח א' הוכיחו ליה מסיפא דהוחמה בהר פטור עיי"ש] וע"ח א' ד"ה ריב"ח מש"כ ליישב שם בע"א, ולשי' התוס' הא דקאמר אב"י לא מבעי' כו' סמך על סו"ד דהטעם משום הבלא דאגמא וכמש"כ תוס' ע"ח, ובתור"פ הוסיף לפ' דלא מבעי' למ"ד תחבוס"ב חייב דתל"י ליה באורא דאגמא כי היכי דתל"י בצריפא דאורבני הגניבה מחמת הפשיעה אלא אפי' למ"ד פטור מ"מ הכא תל"י ליה באורא דאגמא והוא עפ"י שי' בפ"י הבלא דאגמא ויבוא' להלן, ובתורא"ש סתר משנתו דלע"י ל"ו א' פ"י כתוס' ובע"ב פ"י כהרי"ף וצ"ל דכ"ד בע"ב הוא בשי' רש"י וכדהכריח שם דלרש"י הבלא דאגמא קטלה לא שייך בשלש"ש ובע"כ דמאי דמדמי' ששלש"ש לתח"ב הוא למ"ד חייב דלדידה לא בעי' להבלא דאגמא אלא חייב אף כשאין האונס מחמת הפשיעה, ויבוא' עוד להלן.

**ויסוד** הנידון אי בעי' דהאונס יהא מחמת הפשיעה ע"י בחי' הגרע"א במערכה או' כ"ט דתלוי בגדר חיובא דתח"ב אי גדרו דמעידן דפשע קם ליה ברשותיה ואשתעבד נכסיה ונתחייב לשלם [אלא דבנסתלק הפשיעה והחפץ בעין פורע חובו בהשבת החפץ, משא"כ בנאנס החפץ עומד בחיובו משעת פשיעה], וכ"כ הרמב"ן ע"ח א' עיי"ש לשונו דטעמא דאב"י משום דדכל שתח"ב משעה שפשע בה נעשית ברשותו להתחייב עליה בכל ענין אפי' במתה כדרכה, או"ד הגדר דהאונס נגרר אחר הפשיעה והוי כולו בפשיעה, [והגרע"א בכתובות נ"ו א' הוסיף דבתח"פ הו"ל לאסוקי אדעתיה אף על האונס], דלטעמא קמא דנתחייב משעת פשיעה ה"ה דחייב אף באונס שלא מחמת הפשיעה משא"כ לטעם השני דהאונס נגרר בתר הפשיעה אין לחיובו אלא על אונס הבא מחמת הפשיעה, והוסיף הגרע"א דנפק"מ בין הטעמים לענין תחילתו בגו"א וסופו באונס דלאב"י דחל חיובו משעת פשיעה ה"מ בפשיעה אבל בגו"א דלא חל חיובו אלא משעת גניבה בפועל פטור משא"כ לרבא דהאונס נגרר בתר הפשיעה ה"ה בגו"א אונס הבא מכוח גו"א דינו כגו"א, ועיי"ש דבזה כ' לדחות ראית התוס' צ"ג ב' דתחילתו בגו"א וסו"ב פטור דהתם איירי לאב"י ולאב"י באמת פטור כיון דלא התחיל החיוב משעת גניבה משא"כ לרבא י"ל דהאונס גריר בתר הגניבה וחייב, אמנם לפי"ז בשי' התוס' דהוכיחו מאב"י לרבא חז"י דלא כהגרע"א, ובאמת דהתוס' לשי' דאף לאב"י אין חייב באונס שלא מחמת הפשיעה ובע"כ דאי פטור לאב"י בתחילתו בגו"א ה"ה לרבא, ובעיקר ד' הגרע"א דלאב"י פטור בתחילתו בגו"א ולרבא חייב צ"ע דהרי אב"י קאמר דאף למ"ד דתח"ב פטור מ"מ באגמא חייב מחמת הבלא דאגמא והיינו משום דהאונס מחמת הפשיעה ומפורש דאף לאב"י אי יתרון לאונס הבא מחמת הפשיעה והיינו משום דהאונס נמי חשיב לפשיעה וא"כ מה"ט יש לחייב לדידה אף בתחילתו בגו"א, אמנם למשנת"ב להלן דהבלא דאגמא חיובו מחמת דחשיב לפשיעה ל"ק, וע"י אשר לשלמה ח"ג ס"י מ"ב וכן יל"ד נפק"מ בין הדרכים אי חיובו משעת הפשיעה או כשעת הוצאה מן העולם, ובנתיח"מ ס"י רצ"א סק"ג נקט בפשיטות דחיובו כשעת הוצאה מן העולם וע"ע חידושי ר"ש

פסחים ה' ב' או' ק"ב, ואמרו עוד נפק"מ בעשו"ק לשי' הר"מ דחייבים בפשיעה משום דפושע כמזיק איך יהא הדין בתח"ב וסו"ב ותלוי בדרכים דלע"י, [ונחלקו בזה הבי"י ס"י צ"ה ופרישה שם סק"ג ובסיס"י ס"ו סק"מ ונתיח"מ ס"י ש"א סק"א וע"ע אמ"ב הלואה ס"י ל"ט], והנה לדרכו דהגרע"א עולה דלרבא אין חיובו חל בשעת פשיעה אלא בעת האונס ובספק אי האונס מחמת הפשיעה הו"ל א"י אם נתחייבתי אמנם בקצוה"ח ס"י ש"מ סק"ד נקט בפשיטות דבספק אי האונס מחמת הפשיעה הו"ל א"י אם פרעתיך, וחז"י דס"ל דאף לרבא יסודו דתח"ב משום דנתחייב בשעת פשיעה אלא דס"ל דבאירע אונס דנים ליה כנגמר הפשיעה וכהחזיר החפץ [וכמש"כ הקצוה"ח שם], וה"מ באונס שלא מחמת הפשיעה אבל באונס שמחמת הפשיעה לא נגמר הפשיעה וחייב, ויש לזה זכר בדברי הרשב"א ד"ה אמר וד"ה ופריק דפ"י דכיון שפשע בה קמה ליה ברשותיה לענן אונסין וה"מ

לענין אונסין שבאו מחמת הפשיעה, וברשב"א שם נתבאר הענין דהרי בגנב וגזלן מצינו דאוקמיה רחמנא ברשותיה לכל מילי ועד"ז מצינו בשואל דחייב באונסין אע"פ דאינו מחמת חיסרון שמירתו כלל ואף בבית הבעלים היתה מותה, דמ"מ אוקמא רחמנא ברשותיה לגמרי כאילו היא שלו חוץ מממ"מ, והלכך אף בשומר שפשע אמרי' נמי דאוקמא רחמנא ברשותיה אלא דה"מ לענין אונסים הבאים מחמת הפשיעה ולהאמור בתחילתו בגו"א וסופו באונס י"ל דאף לרבא פטור, ולפ"ז י"ל דאף לתוס' וסיע' דאין חייב באונס שלא מחמת הפשיעה מודו דיסודו דתח"ב משום דנתחייב מחמת הפשיעה אלא דלכו"ע אי האונס לא שייך לפשיעה אזדא ליה הפשיעה ולפ"ז יש ליישב שי' התוס' דס"ל דתחילתו בגו"א וסופו באונס פטור ומאידך ס"ל באונס שלא מחמת הפשיעה פטור ולהאמור אי"ז סתירה כלל.

**אמנם** בעיקר דברי הגרע"א דלאב"י חיובא דתח"ב משום דנתחייב משעת פשיעה יש בזה תמיהה גדולה מהמבוא' בב"ק כ"א ונ"ו דדין תח"ב נאמר אף לגבי ממון המזיק והתם הרי לא חל חיובו כ"ז דלא הזיק, [והימ"ל דבנוקין מודה אב"י דאין חייב אלא על אונס הבא מחמת הפשיעה והא דמדמ"י שם דין תח"ב דנוקין לשומרים הוא לרבא אמנם הגרע"א בדו"ח חולין ונד' בחי' הגרע"א בב"ק נ"ו כ' דאף לענין נזקי ממון נאמרו דברי הרי"ף דלאב"י חייב אף באונס שלא מחמת הפשיעה ומטעם דבעידן הפשיעה קם ליה ברשותיה לתשלומין], וצ"ל דאף להגרע"א לא חל חיובו בשעת פשיעה אלא דמעידן הפשיעה נשתעבד לכל מאורע שיארע לחפץ ולכך אף בנוקין י"ל לפי"מ שישדו האחרונים דחיוב ממון המזיק הוא על מה שלא שמר דסיבת החיוב חיללא מעידן הפשיעה לשלם על כל נזק שיארע ע"י ממונו [ולפ"ז פשוט שאינו משלם אלא כשעת הוצאה מן העולם], וע"ע בכ"ז בחי' ר' ראובן סי' כ"א ובאב"י עזרי שופטים במכתב א' שבסוה"ס, ואשר לשלמה ח"ג סי' מ"ב.

### הבלא דאגמא קטלה

**גמ'** אב"י משמיה דרבה כו' מ"ט דאמרי' הבלא דאגמא קטלה, מבוא' דאף לאב"י חלוק יצאת לאגם מצריפא דאורבני דבאגם תלי' המיתה באגם ובצריפי דאורבני אין תולין הגניבה מחמתו ונחלקו הראשונים בסברת החילוק, שי' רש"י דאגמא אי' פשיעותא ביציאה לאגם דהבל המצוי באגם קטלא ומשא"כ בצריפא דאורבני דלי' פשיעותא כלל לענין גניבה, ולפ"ז אין החיוב משום תחבוס"ב אלא משום דסופו בפשיעה אמנם צ"ב אמאי אין חייב אלא ביציאה לאגם מאליה ולא בהוציאה לאגם [ועי' מהרש"א ל"ו א' ע"ד תוד"ה, ובדברי הריטב"א בתי' ה' יש משמעות דבאמת חיב אף בהוציאה לאגם ויש לדחות], ויעוי' תורא"ש דב"י שי' רש"י דס"ל דא"ז פשיעה גמורה כיון דא"ז ברור שמתה מחמת ההבל ומ"מ כיון שפשע קצת מצרפי' ליה לפשיעותא דפשע בתחילה לענין זאבים וגנבים, וכ"כ כע"ז בשיטה, [עיי"ש לשונו דכל שפשע מתחילה ומסופק אי סופו באונס או בפשיעה מוקמי' ליה אחזקתיה דפשיעת היציאה ולא מפטרינהו מספק], וילע"י אמאי מחייבי' ליה מספיקא ואין לומר דהו"ל אי"ז אם פרעתיך כיון דנתחייב מעידן פשיעה דהא הכא איירי למ"ד תחבוס"ב פטור ולדידיה לא שייך למימר חל החיוב מעידן הפשיעה, ועי' ח"י ר' ראובן סי' כ"ב, וכן מבוא' ברשב"א אמנם משמעות הרשב"א דלבתר דמתה תלי' דמתה בודאי מחמת ההבל ומ"מ לכתחילה שרי ליה להוציאה לאגם דלא חיישי' שתמות מחמת ההבל, **בתור"פ** פי' ע"ד רש"י והרא"ש דבאגמא תלי' המיתה מחמת ההבל ונהי דלא שכיח שתמות מחמת ההבל ולכך שרי ליה לצאת לכתחילה לאגם מ"מ בפשע בה מתחילה כל ריעותא דאי' למתלי' דמתה בפשיעתו תלי' וה"מ כשהפשיעה והאונס הוא משם אחד ולכך באגמא שהפשיעה היתה ממיתה והאונס ממיתה חשיב לפשיעותא משא"כ בצריפא אורבני דהפשיעה מנורא והאונס מגנבי ל"ח לפשיעותא, [וע"ע סברא כע"ז ביש"ש בב"ק נ"ב ב' ובחי' הגרע"א שם נ"ו א'], והנה לכל הני פי' מבוא' דהבלא דאגמא חשיב לפשיעה ובה חלוק מצריפא דאורבני דהתם ל"ח פשיעה לענין הגניבה, ולפ"ז בשש"ש דלא שייך לדון פשיעותא כלל במסירתו לאחר דינו כצריפא דאורבני [ועי' תורא"ש דקו' הגמ' להלן משש"ש] הוא למ"ד תח"ב חייב דלדידיה לא בעי' לטעמא דהבלא דאגמא, **אמנם** בתוס' ע"א מבוא' דהבלא דאגמא ל"ח כלל לפשיעה וכל סברת הבלא דאגמא הוא לבאר אמאי האונס הוא מחמת הפשיעה ומה"ט כ' התוס' דשש"ש ומתה בבית השני חשיב נמי

להבלא דאגמא דתלי' סיבת המיתה מחמת בית השני והטעם דצריפא דאורבני ל"ח לאונס מחמת הפשיעה, פי' התוס' דשא"ה דלא היה האונס ראוי להיות עד שבאו גנבים משא"כ הכא דמיד התחילה חול, ולכאוי' ר"ל דבצריפא דאורבני כיון דלא נעשה האונס מיד חשבי' ליה כנסתלקה הפשיעה משא"כ באגמא דנזק האגם נעשה מיד נגרר האונס בתר הפשיעה, ובחי' ר' ראובן סי' כ"ב פי' בע"א עיי"ש. **ובריטב"א** פי' דבאגמא כיון דפשע ביציאתה לאגם תלי' בה כל מידי ואמרי' דמתה מחמת ההבל משא"כ בצריפא דאורבני דאפי' מאי דפשע לגבי נורא ל"ה פשיעה גמורה דאף הבעלים מצנעי' שם לפעמים, ונהי דאי היה נורא היה חשיב לפשיעה מ"מ אין לתובעו מחמת האי פשיעה על האונס שלבסוף, [ואלי המכוון כמשמעות השיטה לעי' דבתח"ב אמרי' דהו"ל לאסוקי אדעתיה אף על אונס שלבסוף וה"מ בפשיעה גמורה ומשא"כ צריפא דאורבני דל"ה פשיעה גמורה]

### מלאך המות מל"ה ומל"ה

גמ' רבא משמיה דרבא אמר כו' מ"ט דאמר' מה"מ כו' ע"י ראב"ד בשטמ"ק דפלוגתת רבא דאין האויר מזיק לענין מיתה, אמנם בשיטה פי' דל"פ אביי ורבא במציאות אלא דלכו"ע יתכן דמתה מחמת ההבל ומ"מ א"י אלא ספק וכשלא פשע מתחילה לכו"ע אין לחייבו מספיקא ופלוגתתם הוא בתח"פ אי מחזקי' ליה דסופו היה נמי בפשיעה מחמת ההבל או לאו, וע"ע בדברי הריטב"א ע"ח א' דהק' ע"ד רש"י שם דפי' במתה מחמת אויר אובצנא דאע"ג דא"י ברור דמתה מחמת כך מ"מ כן דפשע אנו תולין בדבר לחייבו, והק' הריטב"א דכ"ז שיכא לאביי אבל לרבא לא תלי' ועוד דאף לאביי ל"ל למימר הכי אלא בפשע גמור בתחילתו, וכפשוטו צ"ל דלרש"י איירי התם אליבא דאביי וס"ל דתלי' אף בפשיעה שאינה גמורה, אמנם ברמב"ן פי' א' פי' כונת רש"י דאיירי בידוע שאין דרכה לילך בבקעה ולפ"י צ"ל דאף לרבא תולין המיתה מחמת הבקעה. ובעיקר פי' השיטה דפלוגתת אביי ורבא אי תלי' בספיקא דהוא מחמת הפשיעה לכא' יסודו בהנבא' לע"י אי בתח"ב חל החיוב בשעת פשיעה וספיקא שאח"כ הו"ל כא"י אם פרעתיך אן דלא חל החיוב אלא בשעת המיתה ואין לחייבו אלא כשהוא ברי דהוא מחמת הפשיעה, והנה בתוס' להלן ע"ח א' פי' דינא דתח"ב ברועה שנכנס לעיר [להלן צ"ג ב'] דתלי' האונס מחמת הפשיעה דשמא היה מברח ארי וכיוצ"ב ופשיטא דכל הני אופנים הוא תלי' רחוקה ומ"מ ס"ל דתלי' אף בכה"ג ואף לרבא [כמבוא' בראשונים] ולדבריהם בע"כ דסברת רבא במה"מ כהראב"ד דאין האויר מזיק לענין ההבל.

**יל"ב** אי מה דבעי רבא לסברת מה"מ הוא רק למ"ד תחבוס"ב חייב אבל למ"ד פטור, אף אי יש לתלות המיתה בהבלא דאגמא פטור, או"ד אף לדידה בעי' לסברת מה"מ ול"ד לצריפא דאורבני דאין האונס מתחיל מיד [וכמש"כ התוס'] וע"י ח"י הגרע"א ע"ח א' ע"ד תוד"ה ריב"ח.

**ע"י** רשב"א דהק' אמאי שואל חייב במתה כדרכה נימא ליה מה"מ כו' [וכה"ק הראב"ד בשטמ"ק ומשמע שם דכל קו' לרבא, והנה להראשונים דבששלי"ש נמי שייך סברת הבלא דאגמא ל"ק לאביי כי היכי דבתח"פ תלי' מחמת ההבל של השני ה"ה בשואל תלי' המיתה מחמת ההבל אבל להראשונים דבששלי"ש לא אמרי' הבלא דאגמא, ק' אף לאביי] ועיקר קו' צ"ב דהרי סברת מה"מ הוא בדיני שמירה לחוד דל"ח כה"ג פשיעה בשמירה אבל שואל דחייב אף באונסים לא שייך למפטריה מה"ט ויש ליישב, ותי' הרשב"א דחיובא דשואל משום דאוקמא רחמנא ברשותיה ואינו מחמת חיובי שמירה כלל, ובשטמ"ק בשם הראב"ד תי' דא"ל משאיל לשואל דא"י שבקה מלה"מ לדידך הוה משעבדא הלכך לדידך מתה ולדידך קיימא [ומשמעות דבריו דשואל נמי חוב מחמת קבלת אחריות אלא דחלוק משומרים דאינהו לא מקבלי אחריות אלא על מאורעות דאירעו ברשותם לחוד משא"כ שואל מקבל אחריות אף על מאורעות שהיו נעשים בבית הבעלים כיון דהשתא ברשותיה קיימא וע"י], ובריטב"א הישנים תי' דשאני שואל דקיבל ע"ע חיובי אונסים ואמרי' מזלו גרם.

### הדרא לבי מרא

גמ' ומודי אביי כו' נחלקו הראשונים בטעמא דהדרא לבי מרא פטור, הרשב"א פי' דכל חיובא דמתה באגם משום דברי דמתה מחמת האגם משא"כ בהדרא לבי מרא ה"ז ספק ואין לחייבו מספק, [וס"ל להרשב"א דנידון כא"י אם נתחייבתי ודלא כהרא"ה המבוא' בנמו"י, ואולי דכ"ד הרשב"א בספק דנתעורר לאחר השבה אבל בספק שקודם בשבה נידון לא"י אפ' פרעתיך, ויש לזה זכר בנידון האחרונים בלוח שפרע הלואתו ולאחר ההשבה נתעורר ספק שמא פרע במטבעות מזויפות אי חשיב לא"י אפ' פרעתיך וע"י ט"ז סי' ע"ה וקצוה"ח שם סק"ו ואכ"מ], אמנם בשיטה נקט דאף כשמתה באגם א"י ודאי מחמת ההבל אלא דמחמת

הפשיעה תלי' ליה דהוא מחמת ההבל והלכך ה"מ כשמתה באגם אבל בהדרא לבי מרא נסתלק מהפשיעה ותו הו"ל ספק ופטור מספיקא, וכצ"ל בשי' רש"י ותורא"ש לע"י דפי' חיובא דהבלא דאגמא הוא משום ספק פשיעה דה"מ כ"ז שפשיעה הראשונה קיימת אבל בהדרא לבי מרא אזדא פשיעותא קמיינתא אין לחייבו משום ספק פשיעה לחוד, וע"ע נתיב"מ סי' ש"ג סק"י. **עוד** כ' הרשב"א והשיטה דה"ה כשמתה בבית שומר פטור, [והנה להרשב"א ד"ז פשוט אמנם להשיטה היה מקום לומר דל"ח נסתלק מהפשיעה כשעודו תחת בבית השומר], ועי"ש בשטמ"ק דאתא לאפוקי דלא נימא דטעם הפטור משום היזק שאינו ניכר, וה"מ בהדרא לבעלים אבל הדרא לבית שומר חייב, וע"ע בחי' ר' ראובן סי' כ"ב.

## מתה בבית גנב

גמ' ומודי רבא כו' מ"ט כו' וברש"י, ור"ל דכיון בשעת גניבה אבודה מהבעלים חייב על שעת הגניבה, ולפי"ז יל"ד דאי גנבה גנב ועדין עומדת באגם [ולא החזירה הגנב] ומתה פטור כיון דבשעת גניבה עדיין לא היתה אבודה ועל המיתה אין לחייבו דמה"מ מלהמלי"ה אמנם בנתיב"מ סי' רצ"א סקל"ב מבוא' דחייב בכה"ג דכ' דששלי"ש ושלח השני ידו נהי דאין לחייב הראשון מחמת שלח"י דהשני [לשי' הריטב"א] מ"מ חייב מדין מתה בבית הגנב והתם הרי לא היתה אבודה מחמת הגניבה וצ"ע, וכן יש משמעות בדברי הריטב"א דפי' טעמא דאין רצוני לאבוי דבמסירתו ולשני חשיב לפשיעוהו וכשמתה בבית השני חייב מדין מתה בבית גנב, והתם נמי אין לחייבו משום הפשיעוהו לחוד דהרי לא מתה מחמת הפשיעה וצ"ב.

## שומר שמסר לשומר

גמ' א"ל אבוי לרבא כו' מבוא' דדינא דששלי"ש ומתה כדרכה [לריו"ח] מתלא תלי בדן תח"ב ונחלקו הראשונים אמאי שיד לתח"ב [ויש בזה ב' בירורים אמאי המסירה לאחר חשיב לפשיעה, וכן אמאי מיתה בבית השני דמי למיתה באגם], ועוד נחלקו הראשונים אי קאי כן אף למסקנא לבתר תירוצו דרבא, או דלמסקנא דינא דאין רצוני אינו מדין תח"ב, שי' רש"י עי' רד"ה ושני דששלי"ש ומתה כדרכה תלוי בפלוגתת תחבוס"ב ועי' בתורא"ש דפי' דבריו דבמתה בבית שומר שני לי' לסברת הבלא אגמא קטלה הלכך לי' לחיובא אלא למ"ד תחבוס"ב חייב דחייב אף על אונס שלא מחמת הפשיעה ולכך לאבוי לי' לאקשויי דמצי לאוקמא כמ"ד תחבוס"ב חייב ורבא פריק דלדידהו דהטעם משום אין רצוני מוכח דחייב אף במתה כדרכה אבל לדידי דהטעם משום את מהימנת לא מוכח מידי, ולפי"ז אף למסקנא קאי דטעמא דאין רצוני מתלא תלי בדן תח"ב, [והא דלא הק' אבוי ארבא מעיקר מימרא דריו"ח דששלי"ש חייב משום אין רצוני די"ל דאירי באונס שאירע מחמת הפשיעה ובכה"ג מודי

רבא דחייב וכ"כ המהרש"א ע"ד התוס' לעי' ע"א], ובמהרש"א ומהרמ"ש נקטו בכונת רש"י דאף למ"ד תחבוס"ב פטור חייב בששלי"ש לאבוי עיי"ש, ברשב"א נמי פי' קו' הגמ' ע"ד רש"י אמנם בתי' דרבא נחלק על רש"י ופי' דרבא קאמר דלדידהו דהטעם משום אין רצוני היינו דבמסירתו אחר משנה מדעת בעה"ב וחשיב לפושע גמור וקמה ליה ברשותיה לגמרי כגנב וכגזלן לא יהני מה"מ כי היכי דגנב חייב אף במתה כדרכה אלא בעי' לתי' שנתנו לו הבעלים רשות, וכל הקו' הוא רק לדידי דהטעם משום את מהימנת אמנם לדידי ל"ק כלל ממתני', וכ"כ הרמב"ן, והגרע"א תמה ע"ד דמאי ס"ד דאבוי למפרך לרבא דהא פשיטא דכל הקו' הוא רק לטעמא דאירי, וכי' ליישב עפ"י משמעות הנמו"י בב"ק דאף לרבא ששלי"ש חשיב לקצת פשיעה ואשתעבוד נכסיה וא"כ במתני' בשוכר שמסר לשואל אף שנשבע השוכר שמתה כדרכה עדיין אי' לספוקי שמא פשע בה השואל מתחילה וחייב מדין תחבוס"ב וא"כ יל"ק ממתני' אף לרבא אמאי מהני שבעת השוכר שמתה כדרכה ואבוי היה סבור דקו' ראב"מ ממתני' היה לרבא ועי' קאמר רבא דלדידי ל"ק ועיי"ש בהגרע"א אמאי ל"ק לרבא, שי' תוס' לעי' ע"א דששלי"ש חשיב כהבלא דאגמא דכי היכי דתלי המיתה בהבל האגם תלי' נמי בהבל בית השני וחייב אף למ"ד תחבוס"ב פטור, [ועיי"ש דעולה מדבריהם דלפי"ז בגנב מבית השני פטור כי היכי דפטרי' בצריפא דאורבנא], והוסיפו התוס' דהטעם דחשיב לתח"ב משום דהו"ל כאילו פירש הבעלים שאם ימסור לאחר חשיב כאילו פשע בה [ור"ל דבלאו התנאי אין לדון המסירה לאחר כפשיעה אף לריו"ח כיון דמסרה לבן דעת ועי' פנ"י], ובתוס' שאנ"ץ ורא"ש בשטמ"ק לעי' ל"ו א' פי' דחייב משום דהוי כמתנה עמו שיתחייב אפי' באונסין ואי"ז מדין תח"ב והכריחו כדבריהם מדלא מייתי סייעתא מרב רוריו"ח ללישנא דתחבוס"ב חייב, ומשמעות לשונם דלמ"ד תח"ב חייב לא בעי' לתנאי אלא עיקר המסירה לאחר חשיב לפשיעה, [וכ"מ בתורא"ש להלן ע"ב] ולפי"ז חלוקים על התוס' בתרתי חדא דלדידהו חייב אף למ"ד תחבוס"ב פטור ומשא"כ לתוס' לא קאי אלא כמ"ד חייב, וכן חלוקין דלדידהו מסירה לאחר חשיב לפשיעה ולתוס' ל"ח לפשיעה רק מחמת התנאי, ובריטב"א פי'

דלאבוי נמי אין לחייבו משום תח"ב כיון דאין האונס מחמת הפשיעה אלא דלאבוי חייב משום אין רצוני לחוד דהו"ל פשיעה וכשמתה לבסוף חייב כדן מתה בבית גנב ורבא פליג דל"ל לטעמא דאירי.

ע"ע שי' הר"ח הובא ברא"ש דפי' טעמא דאין רצוני משום תח"ב וכי' דלפי"ז למאי דקיי"ל דתחבוס"ב חייב קיי"ל כאבוי דהטעם משום אי"ר ואף באיכא עדים על המיתה חייב, וברא"ש תמה ע"ד דפלוגתת רבא אינו משום דתח"ב פטור אלא דס"ל דמסירה לבן דעת לא חשיב לפשיעה וא"כ מאי הכרח לפסוק כאבוי משום דין תח"ב חייב, ועי' במערכה להגרע"א או' י' י"ג ל"ג.

ע"ע פיה"מ להר"מ דפי' מתני דשואל שנתן לשוכר בשנתנו לו רשות והק' הגרע"א במערכה אמאי הוצרך לזה למאי דיי"ל כרבא ולדידיה אף בלא נתינת רשות פטור השוכר כמבוא' בשמעתין עיי"ש תי', ועי"ע חי' רמ"ש.

### השוכר את החמור להוליכו בהר והוליכו בבקעה

ע"ח א מתני' השוכר את החמור כו' ובגמ' מ"ש רישא כו', נחלקו הראשונים אי השינוי מהר לבקעה או מבקעה להר חשיב לפשיעויותא וכשאיירע אונס לבסוף נידון בדין תח"ב וסב"א או לאו, ונשנו בזה כמה שי', שיטת תוס' ד"ה הוחמה וד"ה ריב"ח בתחילת דבריהם דהשינוי חשיב לפשיעה, ולכך ברישא במתה מחמת נחש לרבה חייב מדין תחבוסב"א [וה"מ בשינה מבקעה להר אבל מבקעה לבקעה ל"ח האונס מחמת הפשיעה], ונתבא' בתוס' בתו"ד דרבה דאוקי בהכישו נחש ס"ל דתחבוסב"א חייב אבל למ"ד דפטור ה"ה דפטור בהכישו נחש, והק' הגרע"א דמנ"ל לתוס' לפטור בזה הא י"ל דכל טעמו לפטור הוא רק גבי צריפא דאורבני דאין האונס מזומן מיד וכמשי"כ התוס' ל"ו א', ונהי דמלשוננו דרבא ל"ו א' דאמר לא מבעי' משמע דלמ"ד פטור פשיטא דפטור באגמא י"ל דהוא נמי מטעמא דמה"מ עיי"ש. ולאביי דחייב אף במתה כדרכה איירי רישא דמתני' במתה כדרכה, וסיפא דהוחמה פטור משום דאיי"ז מחמת הפשיעה, אמנם התוס' בסו"ד מסקו דהשינוי ל"ח לפשיעה ואין חייב בהחלקה והוחמה אלא מחמת דסופו בפשיעה והכישו נחש חשיב נמי לפשיעה, ובמהרש"א פ' דבריהם דהוחלקה והוחמה חשיב לכעין גו"א וכשמתה לבסוף כדרכה הו"ל תחילתו בגו"א וסופו באונס דפטור לשי' התוס' [ועיי"ש בקרני ראם דלפיי"ז מתני' לא אתיא כר"מ דשוכר כשי"ח, אמנם היה מקום לפרש כונת התוס' דההליכה לבקעה או להר ל"ח לפשיעה אבל ההחלקה או כשהוחמה נידון לפשיעה גמורה מחמת חיסרון השמירה], ויעוי' בתוס' דכצ"ל בשי' הרי"ף דס"ל דלאביי חייב אף על אונס שלא מחמת הפשיעה דבע"כ הוחלקה והוחמה ל"ח לפשיעה ולכך בשינה מבקעה להר והוחמה אין חייב מדין תח"ב, והגרע"א במערכה או' כ"ט הק' ממשמעות הרי"ף דהכישו נחש חיובו מדין תחבוס"ב, ותי' עפ"משי"כ ביסוד פלוגתא אביי ורבא [לשי' הרי"ף] דנחלקו אי חיובא דתח"ב הוא על הפשיעה או על האונס דנגרר בתר הפשיעה, ולפיי"ז לאביי דחיובו על הפשיעה הי"מ בתחב"פ אבל בתחילתו בגו"א דלא התחיל חיובו בשעת חיסרון השמירה פטור, משא"כ לרבא אף בכה"ג נגרר האונס בתר הגו"א וחייב, ולפיי"ז י"ל דלעולם הכישו נחש חשיב לאונס ורבא דפריק בהכישו נחש אזיל לטעמיה דתחילתו בגו"א חייב, ומשא"כ לאביי דתחילתו בגו"א פטור א"ש דהוחמה בבקעה פטור, וכן בריטב"א פ' דהוחלקה והוחמה חשוב לגו"א ופטור על אונס שלבסוף, [ועיי"ש בלשוננו דפטור על אונס שאינו מחמת הגניבה וקצת יש משמעות דבאונס מחמת הגו"א חייב ויש לו זכר בדברי הנתיב"מ סי' שג סק"א, אמנם בד' הריטב"א ל"ל הכי דהרי ס"ל ל"ו א' דאף בפשיעה גמורה אינו חייב אלא מבאונס שמחמת הפשיעה וצריך לדחוק בכונתו], וברמב"ן נקט דהשינוי מבקעה להר ל"ח לפשיעה דאי היה חשיב לפשיעה היה חייב אף בשינה מהר לבקעה והוחמה ונהי דאין האונס מחמת הפשיעה מ"מ כיון דיסוד חיובו דתח"ב משום דמעידן פשיעה קם ליה ברשותיה חייב אף באונס שלא מחמת הפשיעה, וטעם חיובו כיון דמ"מ ל"ח לשמירה משום דשינה מדעת בעה"ב, ומבוא' דא"י ב' מיני חיובים בשומר חדא בפשע דעיי' פשיעתו קם ליה ברשותיה, וכן בשלא פשע אולם שינה מדעת בעה"ב דחייב על חיסרון השמירה, ונהי ברמב"ן הוסיף דאפי' ש"ח חייב בשינה מבקעה להר דמתני' סתמא כר"מ דשוכר כשי"ח, וצ"ב דאי חיסרון השמירה נידון לפשיעה אמאי ל"ח לתח"ב, ואולי דדין תח"ב לא שייך אלא כשהניח החפץ במקום האבוד אבל הכא ב' המקומות שוים וכל הפשיעה משום ששינה מדעת בעה"ב ככה"ג ל"ח לתח"ב, ועי"ע ברכ"ש סל"א וחי' הגרניט סי'

**ובעיקר** דברי הרמב"ן דל"ח לפשיעה וחיובו משום דשינה משמירת בעה"ב יש לציין בזה פלוגתת הראשונים להלן פ' א' בדין שוכר בהמה ליתן עליה משקל מסוים והוסיף על הבהמה אי מלי' ומתה ודרך הבהמה לשאת יותר ממה שהטעינה אי חייב משום פשיעויותא דשינה מתנאי בעה"ב, דבר"מ פ"ד משכירות ה"ו מבוא' דחייב אמנם ברמב"ן נקט דפטור וכ' לחלק בין שינה מהר לבקעה דשא"ה שידוע הוא שחמור זה אינו רגיל לילך בבקעה וא"נ דהתם ודאי מתה מחמת האויר של דרך זו משא"כ בהוסיף על המשווי אינו ודאי שמתה מחמת השינוי, ובב"י סי' ש"ח כ' דהרא"ש המובא בטור שם ס"ל נמי כהר"מ, [ועיי"ש בקצוה"ח

סק"א דדחה דהרא"ש איירי במתה ודאי מחמת השינוי ועי"ע נתיב"מ סק"א], וברמ"א סי' ש"ח ס"א הביא לב' השי', וצ"ל"ב שי' הר"מ והרא"ש אמאי חייב אף בספק [ול"ד לתחבוס"ב דחייב אף בתי' רחוקה דהתם אי' פשיעה ודאית משא"כ הכא דאין הפשיעה גמורה וכל חיובו משום דשינה מתנאי בעה"ב], ומצינו בזה ב' דרכים, הנתיב"מ סק"א פ' דכיון דלא שכרה להוסיף על המשווי וכן לא שכרה להוליך בבקעה דינו כתוקף ספינתו של חבירו דבעומד להשכיר קיי"ל דרצה נוטל פחתה, ועפיי"ז כ' הנתיב"מ דאינו חייב אלא במתה מחמת המלאכה אבל מתה כדרכה או מחמת נחש אינו חייב [דלא נעשה עיי' השינוי לגזלן ונהי דנשתמש שלא מדעת בעה"ב מ" לא גרע משוכר שלא מדעת דבעומד לשכור לא נעשה לגזלן כמשי"כ הרמ"א שם ס"ז], וכ"כ



בתורה"כ סי' ש"ח, ועוד כ' הנתיה"מ דכל האי דינא שייכא בשוכר אבל בשומר אי שינה מהר לבקעה פטור, אמנם הקצוה"ח סק"א נקט דחייב להר"מ אף במתה כדרכה ויעוי' באהבא"ז דפי' דחיובו מדין שלח"י [נועיי"ש דה"מ בהוסיף על המשווי אבל בשינה מהר לבקעה ל"ח לשלח"י ואין חייב אלא במתה ודאי מחמת השינוי], עוד דנו הב"י והנתיה"מ שם אי כל דברי הראשונים במשכיר שהתנה אבל שוכר שהתנה ושינה ל"ח השינוי שלא מדעת המשכיר או דל"ש דהב"י הביא לתלמידי הרשב"א דחלוק משכיר שהתנה משוכר שהתנה וצידד הב"י דאף הר"מ והרא"ש מודו לזה, אמנם הנתיה"מ נקט דהרא"ש פליג ולדידיה אף כשהשוכר התנה חשיב משנה מדעת בעה"ב וחייב, ועי' בחידושים סי' ש"ט סק"א דכל דינא דשינה מהר לבקעה איירי במשכיר שהתנה אבל שוכר שהתנה ללכת להר ושינה מהר לבקעה ה"ז שנוי בשיטות הראשונים בסי' ש"ח.

### רועה שהניח עדרו ובא לעיר

**צ"ג ב' גמ'** איתביה רועה שהיה רועה והניח עדרו כו' מבוא' דחלוק עייל בעידנא דעיילי אינשי מעידנא דלא עילי אינשי דבעידנא דעיילי אינשי פטור ובעידנא דלא עיילי אינשי אם היה יכול להציל חייב מדין תחבוס"ב, והק' הראשונים אמאי בעידנא דעיילי אינשי ויכול להציל אינו חייב מדין תחבוס"ב, ויעוי' תוס' ורמב"ן דתי' דבעידנא דעיילי אינשי ל"ח לפשיעה אלא לגו"א ותחילתו בגו"א וסופו בפשיעה פטור, וסברת החילוק נתבא' במערכה להגרע"א דיסודו דתחייב דמעידן הפשיעה קם ליה ברשותיה וכ"ז בפשיעה גמורה אבל בחיסרון שמירה כגו"א אינו מתחייב משעה שפשע בשמירה, ועי' במצוין לעי' דהגרע"א פי' סברא זו בשי' הר"ף דחייב על אונס שלא מחמת הפשיעה וכ' דלרבא דבעי' אונס מחמת הפשיעה בעי' יסודו דחייב על האונס משום דנגרר בתר הפשיעה ולפי"ז ה"ה דחייב בתחילתו בגו"א אמנם בשי' התוס' מבוא' דנקטו סברא זו לכו"ע והיינו דס"ל דאף לרבא יסודו דתחייב משום דנתחייב בשעת פשיעה אלא דה"מ באונס הבא מחמת הפשיעה אבל שלא מחמת הפשיעה אודא ליה פשיעותא, והנה בתוס' ורמב"ן כ' להוכיח דין זה מדינא דרב ל"ו א' דששלי"ש ומתה כדרכה פטור אפי' בגרועיה גרעיה ולא מחייבי ליה מדין תחילתו בגו"א וס"ב ואף רב מודי לזה לולי סברת את מהימנת לי, [ובתוס' דחו הרא"י דמסירה לבן דעת חשיב לשמירה אפי' מגו"א], אמנם בביהגר"א סי' רצ"א סקמ"ז נקט בשי' הר"מ דגרועיה גרעיה חייב מדין תחילתו בגו"א וס"ב ועיי' בבחגר"א דהוא דלא כתוס' וצל"ב לשי' מ"ש מעל בעידנא דעיילי אינשי, עוד כ' הרמב"ן להוכיח דתחילתו בגו"א פטור משלהי דו"ה דש"ח ששמרו שמירה פחותה ויצא והזיק פטור מלהחזיר דמי השור לבעליו ואף דהיה תחילתו בפשיעה לנויקין ובעי' כדיון דשמר שמירה פחותה ל"ח לפשיעה אלא לגו"א ותחילתו בגו"א וס"א פטור, ובהגהות הגרא"ז תמה מאי שייך לדון שם תחילתו בגו"א הרי לענין הבעלים שמר שמירה מעולה ומ"ל דלענין הניזק היה תחילתו בפשיעה ועי' במכתב שבסו"ס אבי עזרי שופטים.

**נחלקו** הראשונים אי בעל בעידנא דלא עיילי אינשי דחייב מדין תחייב חשיב האונס מחמת הפשיעה או לאו מחמת הפשיעה, שי' הר"ף [כ' א'] דחשיב שלא מחמת הפשיעה וקאי הסוגי' כאביי דמחייב אף באונס שלא מחמת הפשיעה, אבל לרבא פטור, אמנם בתוס' ע"ח א' ד"ה הוחמה פי' דחשיב האונס מחמת הפשיעה דשמה היה מוליכו למק"א או היה מבריה הארי וקאי אף לרבא [וס"ל לתוס' דתלי' מספיקא מחמת הפשיעה אף לרבא], ורמב"ן ל"ו א' הביא מהראב"ד דחשיב האונס מחמת הפשיעה דאין הפשיעה במאי דלא יתיב גביהו אלא משום דלא עיילניהו בהדיה ומשום ההיא פשיעה אירע האונס, [אבל אי היה הפשיעה במאי דלא יתיב גביהו לא חשיב מחמת הפשיעה דאף אילו יתיב שם היה נעשה האונס], ונתבא' בראב"ד גדר חדש בפשיעת השומר דאף שהיה רשאי להוליכו למרעה ואילו היה שם היה נעשה האונס מ"מ השתא דעל חשיב לפשיעה במאי שלא לקחם עמו, ולפי"ז לא אשכחנא אונס שלא מחמת הפשיעה אלא היכא דהיה נעשה האונס בכל מקום וכדוגמת מיתה דמלה"מ, וכן אשכחנא כסברא זו בשטמ"ק ב"ק נ"ו א' בשם הרא"ה גבי חתרה והפילה את הכותל דחשיב האונס מחמת הפשיעה כיון דאם לא היה מניחה שם לא היה נעשה ההיזק, ואולי דכ"ד הראב"ד ברועה שלקח הבהמות למרעה אבל בהניח בדיר כיון דזו מקומה ל"ח לפשיעה כלל, ובשי' התוס' והר"ף דנחלקו על הראב"ד לכאוי' יסוד פלוגתתם דאין דנין הפשיעה במה שלא לקחם עמו כיון

דרך הרועים לרעות במרעה אלא הפשיעה במאי שלא שמרם וההיא פשיעה ל"ח אונס מחמת הפשיעה, והנה יעוי' תוס' ב"ק נ"ב ב' ד"ה ושכיחי דכ' דבור שהיה מכוסה בכיסוי הראוי לשוורים ולא לגמלים ושכיחי גמלים התליע מתוכו אינו חייב מדין תחייב כיון דאין האונס מחמת הפשיעה אמנם הראב"ד בפ"ב מנז"מ ה"ה כ' דהריף השמיט להל' זו כיון דסמך אהא דקיי"ל תחבוס"ב חייב, וכבר תמהו הנו"כ דהא ההיא אונס אינו מחמת הפשיעה ולכאוי' צ"ל דהראב"ד לשי' דהפשיעה אינו בחיסרון השמירה אלא בהעמדת הנזק וה"נ בנ"ד הפשיעה אינו בחיסרון כיסוי הבור אלא בעשיית הבור ועי' שפיר חשיב האונס מחמת הפשיעה ועדיין צ"ע דהרי"ף הרי פליג על סברא זו, והעירו דיתכן דבזה אף הר"ף מודה כיון דעשיית הבור חשיב לדבר המזיק ול"ד לרועה שהלך לרעות במרעה דכן הוא דרך הרועים ועי', עוד אשכחנא כדוגמת סברת הראב"ד בתשו' המבי"ט סי' קצ"ה דצידד דבשלח פיקדון בספינה ונאנסה כיון

דפשו במאי דלא הלך בהדי ספינה חייב מדין תחבוס"א דחשיב האונס מחמת הפשיעה כיון דאם אס היה שולח כשהלך הוא לא היה נאנס, וכ"ז שייכא לש"י הראב"ד אבל לתוס' אין לדון הפשיעה במה שלא לקחם עמו אלא במה ששלחם לבדם והאי פשיעה לא גרמה לאונס כיון דאף אי היה נוסע בהדי ספינה היה נעשה האונס, **ביש"ש** ב"ק נ"ב ב' כ' דהיכא דהאונס היה מענין הפשיעה ל"ב אונס מחמת הפשיעה וכגון בההיא דהתם בכיסהו שלא כראוי והתליע דאף אין האונס מחמת הפשיעה חייב כיון דהאונס הוא מענין הפשיעה דהפשיעה בנפילה והאונס בנפילה, וכ' הגרע"א ב"ק נ"ו א' דלפ"ז אף ברועה י"ל דאף דהאונס אינו מחמת הפשיעה חייב לרבא כיון דהוא מענין הפשיעה, [וסברא כע"ז אי בתור"פ ל"ו ב' לחלק בין צריפא דאורבני לאגס ונתבא' לעי'].

### תחבוס"ב לענין נזיקין

**דין** תחבוס"ב לענין נזיקין מבוא' בב"ק כ"א ב' ונ"ו א' ותל"י בפלוגתת תחבוס"ב חייב או פטור, ויעוי' רש"י נ"ו א' דהיינו פלוגתת האמוראי גבי שמירה ומבוא' דתחבוס"ב דנזקין ודשמירה חד דינא הוא, **והנה** הובא לעי' נידון האחרונים אי חיובא דתחבוס"ב הוא על הפשיעה או על האונס, ומעתה לענין נזקין אי החיוב על האונס אי"ש דגבי נזקין נמי נידון לפושע על האונס, אבל אי חיובו על הפשיעה צ"ל כדסידו רבותינו האחרונים דחיוב נזקין הוא על ממונו המזיק והשמירה הוא סיבה לפטור דלפ"ז בתח"ב כיון דפשו בשמירתו אין לפוטרו מחמת השמירה, ואכתי ילע"י לסברת הגרע"א דלאב"י חיובא דתחבוס"ב הוא על הפשיעה משום דבשעה שפשו נשתעבד נכסי ונתחייב לשלם ולכך חייב אף על אונס שלא מחמת הפשיעה דה"ט לא שייכא גבי נזיקין דאינו חייב כ"ז שלא הזיק ממונו, [ונהי דשייך לחייבו על הפשיעה מסברא הנ"ל דלא שמר כראוי מ"מ אי"ז מיסוד דינו דשמירה ובגמ' שם תל"י אהדד], והימ"ל דסוגי' הגמ' שם הוא לרבא דלדידיה אין חייב אלא על האונס וכדפי' הגרע"א, אבל לאב"י חלוק דינא דתחבוס"ב דשומרים מנזיקין ובנזיקין אין חייב אלא על אונס שמחמת הפשיעה אמנם הגרע"א בב"ק נ"ו פ"י הסוגי' שם אף אליבא דאב"י ונקט דלהרי"ף חייב אף על אונס שלא מחמת הפשיעה, וצ"ל דיסודו דתח"ב דמעידן פשיעה חל סיבת חיובו על אבידת החפץ והיזקו והלכך גבי שומרים דמעידן פשיעה החפץ אבוד מהבעלים נשתעבדו נכסיו מההיא שעתא ובנזקין מההיא שעתא חל תורת ממון המזיק על החפץ לחייבו בכל הנזקין שיארעו בשעת ההיזק, ועי' בחי' ר' ראובן סי' ב"מ סי' כ"א ובאשר לשלמה ח"ג סי' מ"ב, ועי' להלן חישוב שי' הראשונים לפוס דרכים הנ"ל.

### חזרה והפילה הכותל

**ב"ק נ"ו א'** אמר רבה והוא שחתרה כו' מסקי' דחתרה בכותל בריא פטור דכולו אונס וחתרה בכותל רעוע חייב מדין תחבוס"ב, ונחלקו הראשונים בטעמא דחשיב האונס מחמת הפשיעה, **א.** התוס' נ"ב ב' ד"ה ושכחי פי' לפי פרש"י דחתרה והפילה הכותל דלפ"ז אתי האונס מחמת הפשיעה דע"י שהיה רעוע הפילה החתירה לכותל, וכ"כ הרא"ש בשטמ"ק ועיי"ש דהכרח הגמ' להעמיד בהפילה הכותל מלשון המשנה נפרצה ועי' בחי' הגרע"א דלפ"ז יש ליישב הא דאמר' שם בהמשך הסוגי' מהו דתימא הו"ל תחבוס"ב וק' דהא איירי אליבא דמ"ד תחבוס"ב חייב ולהנתבא' בתוס' וברא"ש י"ל דבהניחה בחמה אין הכרח להעמיד בהפילה הכותל וא"כ תו לא הוי האונס מחמת הפשיעה ומהו דתימא כו' היינו אפי' למ"ד תחבוס"ב חייב דהתם פטור כיון דאין האונס מחמת הפשיעה, וכ"כ החזו"א ב"ק סי"ב סק"ה, **ב.** השטמ"ק פי' בשם הרא"ה דאי לא הוה פשו במאי דהניחה שם לא היה האונס [ונתב"ל דמבוא' בדבריו כהראב"ד דהפשיעה אינה בחיסרון השמירה אלא בהנחת הבהמה בדיר והוא חידוש גדול דכיון דמקומה דהבהמה הוא בדיר מהיכ"ל לדונה כפשיעה בהנחתה שם ועי' להלן דבד' הראב"ד יש הכרח דבחזרה ויצאה אין הפשיעה אלא בחיסרון השמירה ול"ד לרועה דאין הוא מקומה הטבעי של הבהמה], **ג.** הגרע"א שם כ' דלשי' הרי"ף דלאב"י חייב אף באונס שלא מחמת הפשיעה י"ל דסוגי' דהתם קאי כאב"י [והכריח כן מהא דמסקי' דרבה אתמר אסיפא אהניחה בחמה וקמ"ל דל"ח תחבוס"ב ופטור אלא כולה בפשיעה וחייב, וצ"ב דהא נקטי' לעי' מיניה כמ"ד תחבוס"ב חייב וא"כ אף אי הניחה בחמה חשיב לתחבוס"ב חייב ובע"כ דלעי' איירי אליבא

דאב"י והכא קמ"ל דאף לרבא דבעי' האונס מחמת הפשיעה חייב, ודבריו מחודשים טובא דכפשוטו כ"ד הרי"ף דלא בעי' אונס מחמת הפשיעה שייכא גבי שומרים לחוד וכדפי' הגרע"א דהחיוב מעידן הפשיעה אבל בנזיקין דאין החיוב אלא על ההיזק בפועל לא שייך לחייב על האונס ובאונס שלא מחמת הפשיעה הויא אונס גמור וכמש"כ הגרע"א, ועי' במצוין לעי' בבאור הדברים. **ד.** עוד כ' הגרע"א שם לפרש לפי סברת הישי"ש נ"ב ב' דבאונס ופשיעה מענין אחד חייב אף על אונס שלא מחמת הפשיעה דלפ"ז י"ל דבחזרה כיון דהוי האונס והפשיעה מענין אחד דע"ז יצאה חוץ לדיר והפילה חייב, **ה.** בחזו"י ב"ק פ"ב בהשמטות הוכיח בשי' הרי"מ פ"ד מנז"מ דגבי נזיקין לא בעי' אונס מחמת הפשיעה ויסוד החילוק דבשמירה דחיובו על חיסרון השמירה אין לחייבו על אונס שלא מחמת הפשיעה דלי

חיסרון בשמירה משא"כ בנזיקין דחיבו עבור ממונו המזיק כל שפגע בשמירתו אין לפטרו מחמת השמירה וחיב על כל אונס שיארע, ועי"ע להלן בשי" הר"מ.

### הניחה בחמה או מסרה לחש"ו וחתרה

**שם** וכי אתמר דרבה כו' מבוא' דמסרו לחש"ו וחתרה למ"ד תחבוס"ב חייב יש לחייבו מדין תח"ב ולמ"ד פטור חייב דכולה פשיעותא היא, ויעוי' ברש"י דחשיב אונס מחמת הפשיעה דאמרי' לקמיה דכל תחבולות שיכולה לעשות עושה, ולפי"ז צ"ל דהא דקאמרי' מהו דתימא כו' קאי למ"ד תחבוס"ב פטור, אמנם בבית הגר"א סי' שצ"ו סק"ו תמה ע"ד ופי' דלס"ד איירי בכותל רעוע ותח"ב לענין כותל וס"ב לענין חתירה ומהו דתימא דאף למ"ד תחבוס"ב חייב הכא פטור דאין האונס מחמת הפשיעה קמ"ל דכולה פשיעותא היא [כ"פ דבריו החזו"א ב"ק ס"יב סק"ה], והנה נחלקו הר"מ וראב"ד פ"ד מנז"מ ה"ו בקשרה כראוי ומסרה לחש"ו וחתרה אי חייב דהר"מ נקט דחייב ומדין תחבוס"ב כמשי"כ המ"מ שם והראב"ד פליג, וכפשוטו אין האונס דהתם מחמת הפשיעה ויעוי' בחזו"י ב"ק פ"ב בהשמטות דס"ל להר"מ דבנזקין חייב על אונס שלא מחמת הפשיעה, ולפי"ז מהו דתימא לא קאי אלא למ"ד פטור והראב"ד דפליג ס"ל דבעי' אונס מחמת הפשיעה וכן עולה מדברי הגר"א סי' שצ"ו או' י"א דכי דמקורו דהראב"ד משמעתין עיי"ש, ולפי"ז חזי' דס"ל להראב"ד דאין הפשיעה במאי דהניחה בדיר דא"כ הו"ל האונס מחמת הפשיעה, וצריך לחלק בין הניחה בדיר לרועה שלקחה למרעה, ונתבא' לעי'. אמנם בסמ"ע סי' שצ"ו סק"א פי' דכיון דהפשיעה והאונס מענין א' שפגע בשמירתה מלצאת ולהזיק ולבסוף יצאה והזיקה חייב אף שלא היה מחמת הפשיעה, והוא כעין סברת הישי"ש לעי', ובחזו"א ב"ק סי' י"ב סק"ה פי' דס"ל להר"מ דחשיב האונס מחמת הפשיעה כיון דאילו היה שם היה שומרה מחתירה, עיי"ש.

### כיסהו כראוי לשוורים ולא לגמלים והתליע מתוכו

**ב"ק נ"ב ב'** איכא דאמרי כו' עיי"ש כל הסוגי' דדיני' בדין מיגו, והק' הראשונים אמאי לא דנו לחייבו מדין תחבוס"ב, ותי' בכמה דרכים א'. הריב"א בתוס' תי' דאין האונס מחמת הפשיעה, [ועיי"ש בהמשך דבריהם דהביאו להרי"ף דפליג ולא ברירא אי כונתם דפליג אף בנזקין ולפי"ז אי' סיוע להגרע"א דנקט דברי הר"ף אף גבי נזיקין], ב'. התוס' בסו"ד תי' דאיירי באופן דלי' פשיעה לגמלים ותחילתו וסופו באונס, ומשמע דאי הוי תח"ב היה חייב אף על אונס שלא מחמת הפשיעה, וכ"כ הישי"ש שם ופי' הטעם דכיון דהפשיעה והאונס מענין אחד דבתרויהו ענין ההיזק ע"י שנתגלה הבור חייב אף באונס שלא מחמת הפשיעה ויל"ב הענין בב' דרכים חדא לפי"ד דהתור"פ ב"מ ל"ו ב' דענין אונס מחמת הפשיעה דעיי"ז הו"ל לאסוקי אדעתיה ולפי"ז כ' שם דבתחילתן בפשיעה דמיתה עיי' זאבים וסופו באונס מיתה דאגם חייב אף דהאונס אינו מחמת הפשיעה כיון דהוא משם אחד ולפי"ז ה"ה בנ"ד חייב דהו"ל לאסוקי אדעתיה, ועוד יתכן עפ"י הנתבא' לעי' דיסודו דאונס מחמת הפשיעה דעיי"ז מצטרף מאורע האונס למאורע הפשיעה וחשיב כולו לפשיעה אחת דלפי"ז היכא דהאונס והפשיעה מענין אחד נמי מצטרף לחדא פשיעה. ג'. בעיטור או' פי' פיקדון פי' דבאונס גמור לא מחייבי' מדין תחבוס"ב וס"ל דחיובא דתחבוס"ב אינו על הפשיעה אלא על האונס דנגרר בתר הפשיעה הלכך ה"מ באונס השכית. ד'. בבעה"מ פי' דבבור לא אמרי' תחבוס"ב כי היכי דנשתנה לענין כלים דפטור, ובמלחמות השיג ע"ד, ועי' חזו"י ב"ק פ"ב בהשמטות, ה'. הראב"ד פי"ב מנז"מ ה"ה נקט דבאמת חייב אף מדין תחבוס"ב וכי' דמה"ט השמיט הר"ף לאותה סוגי' דסמך על מה שהסכימו בעלי הגמ' דתחבוס"ב חייב, ובנו"כ תמהו ע"ד דהא באונס דלא מחמת הפשיעה קיי"ל דפטור, ונאמרו כמה ביאורים, בדרישה סי' ת"י כ' דס"ל דחשיב ההתלעה מחמת הפשיעה, וכן י"ל דס"ל כסברת הישי"ש הנ"ל דאונס ופשיעה מענין אחד דינו כאונס מחמת הפשיעה, ויתכן עוד דס"ל דעיקר הפשיעה אינה במה שלא כיסהו כראוי אלא בעצם יצירת הבור ושפיר חשיב האונס מחמת הפשיעה, והוא כשי' גבי רועה דנכנס לעיר ונתבא' לעי' וכ"כ באבהא"ז שם, וצריך להוסיף דאף דהראב"ד אמר לדבריו בשי' הר"ף והר"ף ברועה ס"ל דלי"ח האונס מחמת הפשיעה שאני התם דשרי ליה לילך לכתחילה למרעה ולשמור כדנטרי אינשי משא"כ בבור דתחילת עשייתו לנזק אף הר"ף מודי דבלא שמר כראוי הפשיעה הוא ביצירת הבור ועי'.

ו. באבהא"ז שם כ' עוד דס"ל להראב"ד דחלוק שומרים מנזקין ובנזקין חייב אף על אונס שלא מחמת הפשיעה ונתבא' לעי'.

### הכלב והגדי שנפלו מראש הגג

**ב"ק כ"א ב'** טעמא דקפצו כו' מסקי' דלמ"ד תחבוס"ב חייב, במרחקי כלים חייב על קפיצה ונפילה ובמקרי כלים דל"ה תח"ב פטור ונחלקו הראשונים אי פטור אף על הקפיצה, התור"פ נקט דפטור אף על הקפיצה ומתני' איירי במרחקי ומתני' לצדדין קתני, ובשטמ"ק משמיה דהתור"פ ורבינו ישעי' פי' דמתני' איירי בב' כלים אחד קרוב וא' רחוק וקפצו דחייב היינו על הרחוק ונפלו דפטור היינו על הקרוב ואין חייב על הקרוב מדין תח"ב דהרחוק דל"ה תחבוס"ב בב' כלים [וסברא זו כ' התוס' להלן כ"ג א' ד"ה סתם לענין שוורים וגמלים וחרש ופיקח], וברשב"א פי' דמתני' איירי במרחקי וחייב על הקפיצה נ"ש ול"ח למשונה כיון שפעמים עושה כן ומ"מ אינו חייב על הנפילה מדין תח"ב שלא אמרו תחבוס"ב חייב אלא בפושע גמור ומשא"כ כאן שאינו פושע

גמור, ולכאור ר"ל דהו"ל כתחילתו בגו"א וסופו באונס דפטור, ולמאי דנקט הגרע"א דפטורא דתחילתו בגו"א שייכא רק אי חיובא דתחבוס"ב הוא על הפשיעה צ"ל דס"ל להרשב"א דאף בנזקין סיבת החיוב הוא הפשיעה, וברמ"ה הובא בנמו"י נקט דמתני' איירי במקרבי אבל במרחקי אין חייב על הקפיצה אלא ח"נ כדין משונה, והק' הרמ"ה דא"כ לחייב נמי על הנפילה ח"נ מדין תח"ב לענין קפיצה משונה וסופו באונס לענין נפילה ותי' דל"א תחבוס"ב אלא בפשיעה גמורה, [ועי' סברת הרשב"א הנ"ל], והוכיח כן מהא דאמר' להלן נ"ה ב' דלקרן בעי' שמירה מעולה ולשן ורגל שמירה פחותה וק' אמאי לא נחייב שן ורגל בשמירה פחותה מדין תח"ב לענין קרן ובעי' דל"א תח"ב אלא בפשיעה גמורה, ויש בדבריו כמה דקדוקים, חדא בקו' דהק' לחייב על הנפילה ח"נ אמאי לא הק' לחייב על הנפילה נ"ש דהרי האונס הוא היזק כדרכו ותולדה דשן ורגל, וצ"ל דס"ל דכיון דהפשיעה לא היתה אלא על היזק של ח"נ אין לחייבו על האונס יותר מהפשיעה, ויסוד זה נתבאר בתוס' להלן כ"ג א', [ועי' בנחל"ד כ"א ב' דין לפי' בתח"ב לענין בור וסופו באונס לענין רגל דפטור על הכלים, אולם בקה"י ב"ק ס"יט פ"י כונת התוס' שם בע"א עיי"ש, עוד למדין מקו' הרמ"ה דאמר' תחבוס"ב מאב לאב ועי' להלן פלוגת הראשונים בזה, ועוד מבוא' בדבריו חידוש גדול דאי הוי אמר' תחבוס"ב אף כשאנו פושע גמור היה חייב על שמירה פחותה דשן ורגל מדין תח"ב דקרן, והעירו דכ"ז שייך אי חיובא דתח"ב הוא מחמת הפשיעה אבל אי חיובו על האונס דחשיב כפשיעה אף אי נדון השן ורגל כהפשיעה שלא שמר שמירה מעולה מ"מ הא סגי בשמירה פחותה ועי', ע"ע ש"י הראב"ד ובעה"ע או' פיקדון דבמקרבי חייב על קפיצה דהוי פשיעה ומ"מ פטור על הנפילה דאין דרך הנופלים ליפול קרוב ואפי' למ"ד תחבוס"ב חייב ה"מ באונס השכיח משא"כ במקרבי הוי אונס דלא שכיח.

**שם גמ'** אמר רב זביד כו' פעמים כו' בכותל רעוע כו', ברשב"א פי' דנפילת הארחי הוא ע"י שהעלן לכותל וקפצי ע"ג הכותל, ועי' בנחל"ד דלדבריו א"ש דתלי' ליה בפלוגתת תחבוס"ב כיון דהאונס הוא מחמת הפשיעה דאילוילי שפשע בהעלותם ע"ג הכותל לא היה אירע האונס של נפילה, אמנם היש"ש סי' י"ט פי' דנפילת הארחי הם מאליהם בלא קפיצת הבהמה ומ"מ חשיב האונס מחמת הפשיעה וחייב למ"ד למ"ד תחבוס"ב דאילו היה סותר הכותל לא הי' עולין עליו ולא הו' באו לידי נפילה, והק' הנחל"ד אמאי חייב למ"ד תחבוס"ב הרי הפשיעה היה מנפילת הכותל דדינו כבור ופטור על הכלים ונהי דסופו באונס של שן ורגל ע"י נפילת הבהמה מ"מ אין לחייבו על הכלים מחמת תח"ב ועי"ש דחישב הקו' להרשב"א ולהיש"ש, ועיקר דבריו דתחילתו בפשיעה דבור וסי"ב דשן ורגל פטור על הכלים תלוי בביאורא דתח"ב אי החיוב על הפשיעה או על האונס, ועי' במצוין לעי' בד' התוס' כ"ד וברא"ה ועי' בקה"י סי' י"ט.

#### תחבוס"ב מאב לאב

**שם כ"ב א' גמ'** תרגמה ר"פ דאפיך מיפך כו' יעו' בתוס' דהק' אמאי אין חייב מדין תח"ב דאורחיה וס"ב דלאו אורחיה, ותי' דלא מחייבי' ע"י תח"ב דרגל נ"ש בסופו באונס דקרן, ונחלקו האחרונים בביאור דבריהם, האוי"ש פי"ב מנז"מ ה"י פי' דכל יסוד דינו דתח"ב דחשבי' כאילו פשע אף על האונס וכיון דקרן אפי' בפשיעה גמורה אין חייב אלא ח"נ ה"ה בתח"ב אין חייב אלא ח"נ ולדבריו כל סברת התוס' הוא לענין ס"ב דקרן לחוד אבל תח"ב דקרן וס"ב דרגל חייב, אמנם ביש"ש סי' כ' ובנחל"ד [כ"א ב' ד"ה ולדבר] פי' דהתוס' בתי' יסדו דל"א תחבוס"ב מאב לאב וה"ה בתח"ב דאש וס"ב דבור פטור, וכ"מ בהגה"א, ועי' חזו"א ב"ק ס"י"ב סק"ז ולפי' לס"ד תוס' דאמר' תחבוס"ב מאב לאב חייב על האונס דקרן נ"ש וצ"ב בטעמא דמילתא, ובגליון מהרש"א סי' שצ"ח ס"א תלה ל' בטעם חיובא דתח"ב אי חייב על הפשיעה או על האונס וצ"ב דגבי נזקין אף אי חייב על הפשיעה מ"מ לא חל חיובו בשעת פשיעה אלא דסיבת החיוב הוא מחמת הפשיעה אבל התשלום בפועל הוא לפי צורת הנזק וכיון דהנזק היה דקרן איך אפשר לחייבו יותר מח"נ, ובחי' ר' רואבן סי' ב' פי' דס"ל לתוס' בקו' דהטעם דקרן משלם ח"נ משום דלא הו"ל לאסוקי אדעתה ול"ה פשיעה כ"כ הלכך בתח"פ דאי' פשיעה גמורה חייב אף על הקרן נ"ש. והנה

בתור"פ כ' כדברי התוס' ומשמעות תחילת דבריו דכללא הוא דלא אמר' תחבוס"ב מאב לאב אמנם בסו"ד סיים דה"מ לענין ת"ב דרגל וס"ב דקרן דאף אי היה פושע גמור היה חייב על הקרן ח"נ, וצ"ב אמאי הוצרך בתחילת דבריו לכללא דל"א מאב לאב, והעירו עפ"י האמור דיתכן דבתחבוס"ב איכא ב' נידונים הא' לחייבו מכוח שם המזיק דפשע והב' לחייבו על האונס דחשיב לפשיעה ועי' כ' דלחייב מחמת הפשיעה מדין שן אין לחייבו דל"א מאב לאב ולא שייך לדון שם המזיק במאי דפשע ולענין לחייבו על האונס דחשיב כפשיעה אין לחייבו יותר מפשיעה גמורה וכיון דבפשיעה גמורה חייב ח"נ ה"ה בתח"ב, ובעיקר דין תחבוס"ב מאב לאב ע"ע בתוס' להלן כ"ג א' ד"ה סתם ומהרש"א שם ובשטמ"ק שם מהרא"ש ור"פ.

#### גניבת אונס [א]

##### הטמין בקרקע

**גמ' מ"ב א'** אמר שמואל כו' נחלקו הראשונים אי מימרא דשמואל קאי אף אש"ש ומהני ליה שמירה בקרקע או"ד קאי אש"ח לחוד אבל ש"ש חייב אף בהטמין בקרקע, ש"י תוס' בשמעתין ומרדכי סי' ר"פ דש"ש נמי פטור ולא מחיב אלא בלא שמר שמירה מעולה, וחילוקא דש"ח מש"ש בשמר מרוח מצויה ולא מרוח שאינה מצויה דש"ח פטור וש"ש חייב, [כן נתב' ברמב"ן ד' התוס'], והטעם דש"ש פטור על גניבת אונס יעוי' בלשון המרדכי דכיון דשמרו שמירה מעולה מאי הו"ל למעבד, ולשונו מורה

דחיוב ש"ש על חיסרון השמירה וכששמר שמירה מעולה לא שייך תו לחייבו, והנה יעוי' בתוס' בסו"ד דכ"ן דילפי' חיובא דגו"א בשואל מש"ש אמרי' דיו ושואל נמי מיפטר בגניבת אונס, והדברים צ"ת דאי פטורא דש"ש באונס משום דשמר שמירה מעולה היכי שייך ליפטר שואל משום הי"ט הרי שואל חייב נמי באונסין [ונהי דלי' למילף מאונסין לחייבו על גו"א דשאני גו"א דאפש למיטרח ולא תווי' כדאמרי' להלן צ"ה א' מ"מ לבתר דילפי' מש"ש דחייב לא יתכן לפטורו בשמר שמירה מעולה ולכאז' צ"ל דס"ל לתוס' דחיובא דש"ש על גו"א אינו חיוב שמירה אלא קבלת אחריות לתשלומין ובה ס"ל דה"מ שלא אירע הגניבה מחמת אונס אבל באירע מחמת האונס לא מקבל ע"ע אחריות וה"ה שואל כיון דכל מקורו דמקבל אחריות על גו"א הוא מגו"א אמרי' דיו ולי' קבלת אחריות בלא בגניבה שלא מחמת האונס, [העירו] אמנם התוס' בב"ק נ"ז א' ד"ה כגון וברא"ש רמב"ן רשב"א ונמו"י נקטו דש"ש חייב אף בשמר שמירה מעולה ונגנב באונס, אולם חלוקין בטעם החיוב דהתוס' בב"ק והרא"ש פי' דהוא מגזיה"כ דש"ש חייב על גניבה וגניבת אונס נמי שם גניבה עליה, והרמב"ן ורשב"א פי' דש"ש כיון דמקבל שכר חייב להיות יושב ומשמר וכל דהטמין בקרקע ונגנב חייב מחמת חיסרון השמירה, וכן הביאו מהירושלמי ומהשאלות, [וברא"ש נמי מיייתי להו ומאידך משמעות לשונו דחייב מגזיה"כ ולא משום חיסרון שמירה], וביסוד דינא דיושב ומשמר יל"ב אי הוי חיוב שמירה בפועל או חיוב אחריות לתשלומין דכל דלא ישב ושימר חייב בתשלומין ולעולם אינו מתחייב לשמור בפועל יותר מש"ח, [ע"י היטב בלשונות הראשונים] ונחלקן בזה האחרונים דהמחנ"א נקט דהוי נמי חיוב שמירה ועפ"י כ' בשומרים ס"ח דחלוקין ש"ח וש"ש ביסוד חיוב שמירתם דש"ש דחייב להיות יושב ומשמר גדרו כפועל ולפי"ז כי היכי דפועל יכול לחזור בו ה"ה ש"ש משא"כ ש"ח ל"ה אלא חיוב שמירה וסגי להניח הפיקדון במקום המשתמר ל"ה כפועל וא"י לחזור בו, [וכ"כ המשך חכמה סו"פ משפטים], ובסי' ל"ח הוסיף נפק"מ בחזר השומר והפקיד חפץ אחר אצל הבעלים ואבד הכלי דאי היה הראשון ש"ש פטור השני משום שמירה בבעלים דבשעה שהפקיד אצל השני היה עמו במלאכתו שהרי ישב ושימר עבורו משא"כ אי היה ש"ח ל"ח השני לשמירה בבעלים [והובא כ"ז בנתיב"מ סי' רצ"א סקכ"ד], וכן משמעות המרדכי דהק' ע"ד ר"י דחייב להיות יושב ומשמר דמאי הו"ל למעבד וכי לעולם לא יישן וכ"ת יעמיד שם שומר אחר שירצה לא ירויח כלום למ"ד ששלי"ש חייב, ואולי כונתו דמ"מ הו"ל למיפטר משום אונס כשאר אונסים אמנם לפי"ז כל הק' להרמב"ן דעל אונס דבגופו פטור כדלהלן אבל להרשב"א דחייב לק"מ, אמנם הגרע"א סי' ש"ג ע"ד הש"ך סק"ד ציין לשו"ת פרח שושן חו"מ כלל א' ס"א ב' דנחלק ע"ד המהר"ם חביב דכ' דבמקום שיש מנהג שאין השומרים יושבים ומשמרים ביום ובלילה ש"ש פטור מגניבת אונס דהו"ל כהתנה ש"ש שלא יהא יושב ומשמר, ונחלק עליו הפרח שושן דש"ש בעלמא נמי לוקח ע"ד שילך לישון ואפ"ה חייב דמזלו גרם להתחייב וא"כ ה"ה בלקח ע"ד שלא להיות יושב ומשמר דחייב, ור"ל דיושב ומשמר ל"ה חיוב שמירה אלא חיוב אחריות ליפטר מתשלומין ולכך אף בלקח אדעתא שלא יהא יושב ומשמר עדיין חייב באחריות כ"ז שלא ישב ושימר וכ"כ הקוב"ש פסחים או' י"ז. ובעיקר הנידון אי ש"ש מחויב בשמירה בפועל טפי מש"ח או דל"ה אלא חיוב אחריות העירו להוכיח מד' הר"מ פ"א משכירות ה"ד דש"ש בבעלים שמסר לש"ח פושע הוא וחייב בתשלומין והרי בבעלים ל"י חיוב אחריות אלא חיוב שמירה לחוד וחז"י דמ"מ מחויב ש"ש בשמירה טפי מש"ח [וכ"פ הנתיב"מ סי' רצ"א סק"ל כונת הר"מ],

**בתוס'** ובראשונים דנו להוכיח דחייב על גניבת אונס מהא דלא מוקמי' בב"ק נ"ז טוטע"ג בש"ש בגניבת אונס, וביש"ש ב"ק פ"ו ס"א כ' ד"ל דבטוען על גניבת אונס לא מיפטר מחמת הגניבה אלא מחמת האונס והו"ל כטוען נאנסה דאינו חייב משום טוטע"ג, [ויש בדומה לזה בשטמ"ק ב"ק שם בשם הר"א מגרמיש"א דטוטע"ג בבעלים כיון דהפטר האוא הבעלים ולא טענת נגנבה אין לחייבו משום טוטע"ג].

### תקפתו חולי

**ע"י** בתוס' ובראשונים דנחלקו בתקפתו חולי ונגנבה אי חייב דבתוס' השוו תקפתו חולי להטמין בקרקע דאי חייב בהטמין בקרקע ה"ה בתקפתו חולי ואי פטור בגניבת אונס פטור בתרוייהו אמנם הרמב"ן פליג דבהטמין בקרקע חייב ובתקפתו חולי פטור דהוי כאונס, וברשב"א צידד דחייב אף בנגנבה מחמת אונס חולי דל"ד לאונס דעלמא דהאונס בגוף החפץ משא"כ בתקפתו

חולי דהאונס בגוף השומר, [והגרע"א סי' ש"ג כ' דהוא ג' שיטות, והנתיב"מ סי' ש"ג סק"ב פסק לשי' התו' ולהרשב"א עיי"ש], וכפשוטו פלוגתת הראשונים בביאור חיובא דגניבת אונס דלתוס' דהחיוב מגזיה"כ ל"ש אונס בשמירה מאונס בגופו משא"כ להרמב"ן דהחיוב משום יושב ומשמר ה"מ כשהגניבה מחמת חיסרון שמירה משא"כ בתקפתו חולי דל"ח לחיסרון שמירה פטור, ובשי' הרשב"א דס"ל טעם החיוב משום דיושב ומשמר ומ"מ חייב אף בתקפתו חולי צ"ל דס"ל דתקפתו חולי נמי חשיב לחיסרון שמירה ונהי דלא שימר מחמת האונס מ"מ לא פטרתו תורה אלא על אונסים שבגוף החפץ, ואין לומר דהרשב"א חזר בו

מדבריו לעי' וס"ל דאין טעם החיוב משום יושב ומשמר אלא מגזיה"כ דגניבה דב"ק נ"ז א' מבוא' דלא הדר ביה אלא קאי עיקר הטעם משום יושב ומשמר ומ"מ לא מיפטר אלא באונס שבגוף הפיקדון עיי"ש, ובדברי משפט סי' ש"ג סק"א פ"י כונת הרשב"א דהשומר משתעבד לשלם על כל מאורע בחפץ חוץ מהיה יושב ומשמר ואירע אונס בגוף החפץ של גניבה עיי"ש, והנה הרמב"ן הק' לפי"ד דא"כ משכח"ל טוטי"ג בשי"ש בנגנב מחמת אונס בגופו, ותי' חדא דלא שכיחא ולא מסתבר לאוקמי בכה"ג ותו דאף לענין טוטי"ג פטור דהוי כטוען לא נעשיתי לך שומר לאותה שעה שנגנבה, וברשב"א תמה ע"ד דאכתי משכח"ל בנגנב מחמת אונס שינה דשכיחא הוא, וצ"ב דאכתי אי' לסברא ה' דהרמב"ן דלא נעשה שומר בההיא שעתא כלל [ומשמע דקו' לבי' הדרכים] ואולי דס"ל דס"ל דעיקר דברי הרמב"ן דבאונס מחמת גופו פטור מדין אונס אלא דהוסיף דבקפץ עליו חולי י"ל דל"ח שומר לההיא שעתא כלל אמנם ה"מ אונס כה"ג דלא הו"ל לאסוקי אדעתיה משא"כ אונס שינה דנחית אדעתא דהכי לא שייך למימר דלא נעשה שומר לההיא שעתא וכל פטורו משום אונס ועי"ז הק' הרשב"א דא"כ משכח"ל טוטי"ג ועי', ובשי' הרשב"א דלא ס"ל לסברת הרמב"ן דלא קיבל שמירה לזמן שתקפתו חולי, יעוי' בחי' הגרע"א השלם ב"ק נ"ז דכ' דהכרחו דהרשב"א מהא דלא הק' רבה בב"ק שם מאי דהק' אביי משום דרבה לשי' דס"ל דבעל בעידא דעיילי אינשי פטור ולדידיה אי' לאוקמי טוטי"ג בטוען שנגנבה בעידא דעל, [וכמש"כ כ"ז הרשב"א בב"ק] וא"כ בע"כ דלא אמרי' דבעידן האונס לא קיבל ע"ע שמירה דא"כ ל"י לחיובה משום טוע"ג דבריו צ"ע דבב"מ צ"ג א' נקט הרשב"א לסברת הרמב"ן עיי"ש.

### לסטים מזויין

עי' להלן צ"ה א' וב"ק נ"ז א' דשי"ש פטור על לסטים מזויין אפי' למ"ד לסטים מזויין גנב הוא ונחלקו הראשונים בטעם הפטור ומ"ש מגניבת אונס דחייב, התוס' בב"ק נ"ז א' ד"ה כגון בסוה"ד פ"י דלסטים מזויין חשיב כשבויה ונפטר מגזיה"כ [ועיין שטמ"ק שם], אמנם ברמב"ן וברשב"א משמע דלסטים מזויין פטור כיון דיושב ומשמר ואין הגניבה מחמת חיסרון השמירה, ודנו נפק"מ בין הדרכים בלא ישב ושימר ואירע גניבה ע"י לסטים מזויין דלתוס' יהא חייב כיון דלא נעשה בדרך שבויה ולהרמב"ן ורשב"א יהא פטור כיון דלא נעשה מחמת חיסרון שמירה דאף אי היה יושב ומשמר היה נעשה הגניבה, ועי' נתיח"מ סי' ש"ג סק"ב, ובשו"ת גינת ורדים חו"מ ח"א סי' א' הביא בזה פלוגת המבי"ט והמהר"ם חביב, ועי"ע שער אפרים סי' קכ"ב.

### אבידת אונס

**נחלקו** האחרונים לשי' תוס' דחייב על גניבה מגזיה"כ אי ה"מ גניבה אבל אבידת אונס פטור או דל"ש, דהקצוה"ח בסי' ש"ג סק"א ובסי' ע"ב סק"ה נקט דכל הגזיה"כ נאמר על מאורע של גניבה אבל באבידת אונס פטור והוכיח כן מד' רבה להלן צ"ג ב' דשי"ש דעל בעידא דעיילי אינשי פטור ולא מחייבי ליה כדין גניבת אונס ובע"כ דחלוק גניבה מאבידה והתם איירי באבידה, וכ"כ המהרמ"ש בב"ק נ"ז א', והשער אפרים סי' קכ"ב, אמנם הגרע"א שם [נד' בחי' הגרע"א השלם] הביא מהרשב"א שם ובב"מ צ"ג דל"ש גניבה מאבידה ולרבה פטור אף על גניבה, ולכך כ' הגרע"א שם דלהסוברים דחייב על גניבת אונס אי תקפתו חולי ואכלו ארי נמי חייב. וכן עולה מדברי הרמב"ן בשמעתין והרשב"א בב"ק מ"ה א' שכתבו אברייתא דארבעה נכנסו תחת הבעלים דאף בשמרו שמירה מעולה ש"ש חייב להשיב דמי שור לבעליו כדין גניבת אונס ואע"ג דשור שהזיק ל"ח לגניבה אלא לשאר אונסים ומבוא' דבאינו יושב ומשמר חייב אף בשאר אונסים, ולכא' התוס' ורשב"א נחלקו לשי' בטעם חיובא דגניבת אונס דלתוס' דהחיוב מגזיה"כ דגניבה י"ל דה"מ גניבה אבל אבידה פטור משא"כ להרשב"א דהחיוב משום דבעי' יושב ומשמר, אמנם בשו"ת גליא מסכת ס"י"ג הק' מד' הרא"ש בב"ק שם דס"ל כתוס' דהפטור מגזיה"כ ומ"מ נקט שם דחייב נמי באבידה, ועוד הק' מדברי רבה ב"מ נ"ח א' דפריק אבדו שטבעה ספינתו בים ומשמע דבשאר אבידת אונס חייב [והביא דהק' כן המהר"ק שורש ק"ג] ולכך כ' ליישב ד' הקצוה"ח דבאמת אבידת אונס נמי חייב דילפי' ליה ק"ו מגניבה וכדאי' להלן צ"ד ב' אמנם כל עיקר גזיה"כ דגניבה ואבידה באונס הוא רק כשהפיקדון קיים דאפשר למיטרח ולאתויי כדאי' להלן צ"ה א' אבל כשאינו בעין אם אירע אונס פטור, והלכך רבה דאיירי כשאין הבהמה בעין וכגון בנטרפה ע"י זאב פטור בעל כדעיילי אינשי דחשיב לאונס, ומשא"כ בהטמין בקרקע ונגנבה שהפיקדון בעין אף רבה מודי דחייב, [ובעיקר ד' רבה ע"ע להלן דברי האחרונים בזה].

### גניבת אונס [ב]

### נטר כנטרי אינשי

**צ"ג א'** ההוא רעיא כו' הא נטר כדנטרי אינשי כו' מבוא' דשי"ח לכו"ע פטור בנטר כדנטרי אינשי ופלוגתת האמוראי בחיוב שמירה דשי"ש אי חיובו כדנטרי אינשי או דבעי שמירה יתירתא עבור השכר שקיבל על השמירה, ונפק"מ בנפלה חדא מיניהו למיא, ובעל או גני בעידא דעיילי אינשי, [ובראשונים להלן מבוא' דעלתה לראשי צוקין ולא תקפה ונפלה נמי תלוי בפלוגתת

רבה ואמוראי בדן שמירה כדנטרי אינשי, ונחלקו הראשונים בטעם פטורא דנטרי אינשי ובפלוגתא רבה ואביי, ברש"י ד"ה הא ודי"ה לא מבוא' דטעמא דרבה משום דנטרי אינשי חשיב לאונס [והאמוראי דפליגי ס"ל דש"ש מקבל תוספת שמירה משום השכר], וכ"פ הראב"ד בשטמ"ק, וכן עולה מדברי תוד"ה איבעי דנקטו דנטרי אינשי פוטר בנזקין וכ"כ התוס' בב"ק כ"ג א' ד"ה בששימר דאם שמר גחלתו כדנטרי אינשי פטור מתשלומין ושם נ"ה ב' דבנפרצה בלילה אפי' נודע לו שנפרצה ויצתה אין צריך לחזר אחריה ועי' חי' הגרנ"ט ב"ק סי' קכ"ב, ולהאי פירושא צ"ל דהנפק"מ לרבה בין ש"ח לש"ש הוא בחובת השמירה בתחילה אי סגי בשמירה פחותה או דבעי' שמירה מעולה אמנם יל"ה"ע לתוס' דדימו ש"ש לנזקין והתם סגי בשמירה פחותה אמאי בש"ש לא סגי בהכי, וצ"ל דאף תוס' מודו דש"ש חייב בשמירה מעולה יותר מנזקין ועיקר דבריהם דאי גבי נזקין חשיב לפשיעה אין לפטור השומר משום נטרי אינשי ובעי"כ דשמעתין אזלי דבנזקין ל"ח לפשיעה ועי' שו"ט אי מ"מ ש"ש חייב בתורת אבידה ועי'. **ברמב"ן** מבוא' דכדנטרי אינשי ל"ח לשמירה כלל ובשמירת נזקין חייב לכו"ע והנידון לענן חיובי שמירה דאין חיובו אלא כשמיעט בשמירה אי בשמירה כדנטרי אינשי חשיב למיעוט בשמירה או דלא קיבל ע"ע אלא שיהא שומרן כמו שעושה בשלו, **וברשב"א** ר"ן ונמו"י פי' דכדנטרי אינשי חשיב אונס לכו"ע ופלוגתא רבה ואביי אי אונס שלא בגוף החפץ חשיב לאונס דרבה ס"ל דחשיב לאונס ואביי פליג דלא מיפטר אלא באונס שבגוף החפץ, [ועי' להלן בדברי הרשב"א דכ' דלרבה לא נעשה שומר לזמן דנטרי אינשי], **והנה** מבוא' לכל הראשונים דנטרי אינשי לכו"ע ל"ח לפשיעה, [וכן הכריחו תוס' מקו' הגמ' א"ה תחילתו בפשיעה ומשמע דאי איירי בעל כדעיילי אינשי ל"ק והיינו משום דהוי תחילתו בגו"א], וצ"ל אמאי באמת לא נידון כפשיעה הרי השאיר החפץ במקום המופקר, ובשלמא ש"ח דלא קיבל ע"ע שמירה יותר מכדנטרי אינשי ל"ח לפשיעה דאין מחוייב על שמירה זו אבל ש"ש דקיבל ע"ע שמירה יתירה צ"ל אמאי כשלא שמר לא נידון לפשיעה [ולהרשב"א דאף לאביי נידון לאונס אלא דחייבה תורה באונס שלא מחמת החפץ י"ל דכיון דהבעלים היה אנוס על השמירה אין לחייבו מדין פשיעה אבל לשאר ראשונים צ"ע], ולהך גיסא לעי' דחייב גו"א דש"ש ודינא דיושב ומשמר אינו חיוב שמירה אלא אחריות לתשלומי החפץ י"ל דחייב שמירה ש"ש לכו"ע הוא כדנטרי אינשי ומאי דחייב על זמן דלא נטרי אינשי הוא חיוב אחריות לחוד ועי'.

**הק'** הראשונים דלרבה משכח"ל טוט"ג בש"ש בטוען שנגב בשמור כדנטרי אינשי ואמאי לא משכ"ל להלן צ"ה א' טוטע"ג בש"ש, **ותי'** בכמה דרכים, הרשב"א וריטב"א תי' דלרבה לא קיבל ע"ע שמירה אלא לזמן דנטרי אינשי והלכך כשטוען נגנבה בההיא שעתא ל"ח לטענת גניבה אלא טענתו דלא היה שומר בזמן ההוא וכן כשהבהמה החליקה לנהר לא קיבל ע"ע להשמר ממעשה זה, וצריך להוסיף דא"י סתירה לסו"ד הרשב"א דפי' טעמא דרבה משום דחשיב לאונס, דתחילת הדין יסודו משום אונס וס"ל לרשב"א דהיכא דמיפטר משום אונס אמרי' נמי דאינו מקבל שמירה לההוא שעתא, ואולי יש לפלפל בזה בע"א עפ"י המבוא' בכ"ד דבשומרים נאמר ב' הלכות חדא חובת שמירה וכן חובת אחריות [ומה"ט ס"ל לראב"ד קידושין י"ג דאף כשחזר בו מהשמירה עדיין חובת תשלומין עליה], דלפי"ז י"ל דתחילת דברי הרשב"א דטעמא דרבה משום דלא נעשה שומר בזמן דאין דרך בני"א לשמור הוא סברא רק לענין חובת השמירה בפועל [וכן מהני האי סברא לענין טוט"ג] אבל לענין אחריות כיון דלא פקע מיניה תורת שומר לא מהני האי סברא לפוטרו אלא דס"ל לרבה דבעינא דעיילי אינשי כיון דאין הדרך לשמור פטור מתשלומין מדין אונס בגופו ואביי דפליג נמי מודה דאינו שומר בזמן ההוא אלא דלא מהני לפוטרו מתשלומין דלא פטרתו התורה אלא על אונסין שבגוף החפץ, [העירו],

**הרשב"א** בב"ק נ"ז א' תי' דקו' הגמ' בב"ק הק' אביי אבל רבה לשי' לא הק' דלדידיה באמת משכח"ל טוט"ג בדנטר כדנטרי אינשי ונגנבה, וסותר דבריו למש"כ בב"מ דאף לרבה לא מחייב מדין טוט"ג, ואולי דכ"ד הרשב"א שם הוא לענין שומר אבידה לחוד דהתורה חייבתו בשמירה ולא שייך למימר דלא קיבל ע"ע שמירה לזמן ההוא ועי', **וע"ע** תוס' בב"ק שם ולעי' מ"ב א' משכ"ב.

**הק'** האחרונים לרבה דפוטרו כדנטרי אינשי מ"ש מגניבת אונס דחייב ועי' במצוין לעי' דנאמרו בזה ב' דרכים הקצוה"ח והמהרמ"ש פי' דחלוק גניבה מאבידה, [ובגל"מ פי' כונת הקצוה"ח דחלוק אבידה שאין החפץ בעין וכאכלו זאבים מגניבה שהחפץ קיים בעולם], והגרע"א תי' עפ"י דהרשב"א דשאני נטרי אינשי דאינו שומר באותו הזמן ומשא"כ גניבת אונס דחייב משום לא ישוב ושימר, ונפק"מ בלא שמר כדנטרי אינשי ותקפתו חולי ואכלו ארי [ולולי החולי היה יכול להציל] אי פטור מחמת האונס, וביש"ש פ' הכונס ס"י [הובא בש"ך סי' ש"ג סק"ד ובקצוה"ח שם] נקט דלרבה פטור על גניבת אונס ואף אביי לא פליג עליה בדן גניבת אונס ועפ"י העלה לדינא דפטור על גניבת אונס, ועי' בנתי"מ שם סק"ב.

**נחלקו** האחרונים בשי"ש דאבידה ומשכון ושוכר דלא קיבל שכר מתחילה עבור השמירה אלא נעשה לשי"ש בההיא הנאה אי דינו כשי"ש דעלמא ולאביי ורי"ח ורבר"ה חייב בשמירה אף בזמן לא עיילי אינשי או דשאני שי"ש דאמרי' להכי יהבי לך אגרא משא"כ בהנהו דלא קיבלו שכר מתחילה לכו"ע אין חייבין אלא בשמירה כדנטרי אינשי, עי' מל"מ פ"י משכירות ה"א, משמיה דמהרש"ך חי' הגרע"א סי' ע"ב ס"ב, קצוה"ח שם סק"ה ומנ"ח מ' נ"ט, והנה פשוט דלענין חיוב שמירה מעולה דשי"ש אף אינהו חייבין וכל הנידון לענין החיובים שנתחדשו בסוגי' הגמ' צ"ג, ויל"ד איך הדין לענין גניבת אונס ומסתבר דבזה דינם כשי"ש לא מבעי' להתוס' דחיובא דגניבת אונס הוא מגזיה"כ דדינא הוא בכל שי"ש אלא אף להראשונים דהוא מהל' יושב ומשמר מ"מ הוי הלי' בדין שמירה מעולה דשי"ש, אמנם בשו"ת גינת ורדים חו"מ כלל א' ס"א נקט דאף חיובא דגניבת אונס תלוי בשי"ש האחרונים הנ"ל ועי'.

### היה לו לקדם ברועים ומקלות

**גמ'** היה לו לקדם כו' מבוא' דבלא היה יכול לקדם אלא בשכר ל"ח לפשיעה ומ"מ שי"ש חייב עליה וכפשוטו הטעם דל"ח לפשיעה אינו משום דאין השומר חייב בטרחה להשיג אחרים דאף שי"ח מחויב בהצלת החפץ בכל מאי דמצי למעבד, אלא דאין מחויב אלא בטרחת גופו ולא להלוות מעות עבור זה, ומצינו עוד בדומה לזה בסוגי' הגמ' ב"ק ק"ח ב' בנגנבה באונס והוכר הגנב דשי"ש עושה עמו דין ואינו נשבע ובשי"ח נחלקו אביי ורבא, ונחלקו שם הראשונים אי עושה עמו דין קאי אף לענין דהשומר צריך להוציא הדמים מכיסו ולקבלן אח"כ מהגנב או דקאי על הטרחה להוציא מהגנב לחוד ועי"ש עוד במסק' הסוגי' ובשטמ"ק שם. וילה"ס בשי"ח שקידם בשכר אי חייב הבעלים התשלומין ויסוד הספק לפי"מ שהק' הראשונים אמאי משלמים הבעלים לשי"ש ולא מיפטרי מטעם מברי ארי ויעוי' בריטב"א דתי' משום דאינו מבריה מרצונו אלא מחמת חיובי שמירה ולפי"ז בשי"ש שמבריה בשכר מרצונו חשיב למבריה ארי האו דכיון דמחייב בהברחת הארי אף דאי"צ להוציא הוצאות ל"ח מבריה מרצונו ועי' לשון הריטב"א בזה ושטמ"ק משמיה דהרמ"ך. [ויש לציין בנידון זה עוד ד' המחנ"א שומרים סי' ל"ה דנקט דדינא דמתני' ל"ח א' דהמפקיד פירות אצל חבירו וראה שהן אבודים מוכרן בב"ד הוא נמי מחויבי השומרים כדין רועים ומקלות ועפי"ז נסתפק שם דבלא מכר ונתקלקל הפירות חשיב לפשיעה וחייב בתשלומין, ומצינו כע"ז באו"ח תמ"ג לענין שומר על חמץ והגיע זמן הביעור דחייב למכור החמץ למנוע הפסד הבעלים ונחלקו המ"א שם סק"ה והחק יעקב סק"ח אי הוי מחויבי שומרים ובלא מכר חייב או דהוי מדין משיב אבידה לחוד ובחיי צידד לחלק בין שי"ח לשי"ש],

**ובטעמא** דשי"ש חייב אף בשכר כפשוטו הוא חיוב נוסף מחויבי השי"ש דאמדי' דמקבל ע"ע אף לקדם בשכר אמנם יתכן דשי"ח חלוק במהותו משי"ש דשי"ח על חיובו הוא השמירת החפץ וגדר השמירה הוא כדנטרי אינשי ולמנוע הזיקות בגופו אבל שי"ש דמקבל שמירה מעולה ענין השמירה לדאוג בהשבת החפץ לבעלים וגדרו כפועל ולכך להרבה מהראשונים צריך להיות יושב ומשמר ומה"ט צריך אף להצלה בשכר ע"י אחרים והוה בכלל חיובי השמירה, ועי' בתלמיד הרשב"א והרא"ש ב"ק ק"ח ב' בביאור דינא דשי"ש עושה עמו דין, **והנה** נחלקו הראשונים בשי"ש שלא קידם בשכר אי חייב בתשלומי כל הבהמה או דמנכה השכר שהיה צריך לשלם עבור הרועים ומקלות, עי' רמב"ן ושטמ"ק ר"מ וראב"ד פ"ג משכירות ה"ו ונמו"י, והדברים צ"ת מ"ט יהא מחייב בתשלום כל הבהמה כיון דאין בעלים הפסידו דמי כל הבהמה, אמנם להאמור דחיובא דשי"ש לקדם בשכר הוא מחויבי השמירה שפיר יש להבין דכשלא קיים שמירתו חייב בהשבת החפץ ככל חיובי שומרים עבור חיסרון השמירה, [וכ"ז הוא לפי"מ דנתייחד בכ"ד דחיובי שומרים עבור הפסד הבעלים וכעין מזיק אלא דין השבה הנתחדש בפי' שומרים].

**עוד** נחלקו הראשונים אי שי"ש שלא קידם חייב בדמי כושרא דחיותא [ויסוד הנידון אי כושרא דחיותא הוי שויות בגוף הבהמה], עי' רמב"ן וריטב"א ר"ן ריטב"א נמו"י שטמ"ק בשם שיטה מאירי ראב"ד פ"ג משכירות ה"ו מ"מ ומל"מ שם טור סי' ש"ג נתיי"מ שם סק"ח מהריל"ד בקו"א או רמ"ט דב"א ח"א סי' ט'.

### שמירה בעשו"ק ובהקדשות

#### פשיעה בעשו"ק

**נ"ז ב' גמ'** .. נחלקו הראשונים אי שי"ח ושי"ש נתמעטו אף מחיוב תשלומין בפשיעה או דלא מימעטו אלא משבועה ושי"ש מתשלומי גו"א, שי' תוס' .. דפטור אף מפשיעה, ובתוס' הוכיחו כדבריהם מהא לא משני להלן דברייתא דהשוכר את הפועל איירי בשפשע, ועי' בחי' הגרע"א ובשי"ך סי' ס"ו ס"ק כ"ו ולח"מ פ"ב משכירות ה"ג דתמהו ע"ד דא"א לאוקמי ברייתא בשפשע דא"כ אמאי ברישא דאין אחריות עליו פטור הא מ"מ הוי שי"ח [וכה"ק הריטב"א נ"ח א'] ועי"ש בהגרע"א דהביא מהרא"ש דהי פשיטא לתוס' דשי"ח פטור אלא דהוכיחו ודאף שי"ח פטור, ובמגיה לתורה"כ סי' ס"ו ס"מ ובקה"י סי' ל"ד כ' לדחות ראיתם דכל הנידון לחייב פשיעה אינו מפי' שומרים כלל אלא מדין פשוע כמזיק והלכך בברייתא דהשוכר



את הפועל דאין התינוק ממונו של הקדש וכן אין הזרעים ממון הקדש [דהרי איירי בשבעית דהוא הפקר] א"א לחייבו מדין מזיק, ובמשובב נתיבות סי' צ"ה בהג"ה תי' לשי' הראשונים דמזיק בהקדש פטור דלפי"ז א"ש דבחשוכר את הפועל פטור אף הפשיעה כדין מזיק בהקש אמנם ד"ז תלוי בשי' הראשונים אי הברייתא אייר בהקדש או בהדיוט, [והוכחת הגמ' מזרעים דחשיב קרקע], ובתוס' שבועות מ"ב.. כי להוכיח מהא דא"י בב"ק צ"ג א' לפטור שומר על ארנקי של עניים בפשיעה מקרא דלשמור ולא לחלק ובש"ך כי לחלק דשא"ה דנתמעט דאינו בתות שומר כלל משא"כ עשו"ק לא נתמעטו אלא מחיוב שמירה לחוד, ובתומים סי' ס"ו סקס"ט כי לדחות דשאני תצדקה דכיון דגילה קרא דאינו של בעלים ממילא פטור אפי' מזיק כדין ממון שאין לו תובעים, ,,וע"ע נתיב"מ סי' ש"א סק"א ושער המשפט סי' פ"ז סקכ"ו, וקה"י סי' ל"ד.. **אולם** שי' הר"מ פ"ב משכירות ה"ג דאם פשע בעשו"ק חייב לשלם דכל הפושע מזיק הוא, ובראב"ד השיג עליו חדא דא"כ לחייב נמי בשבועה שלא פשעתי [ובמש"כ ואם לחשך כו' ע"י בקצוה"ח סי' ס"ו סקמ"ה ובחי' הגרע"א בביאור דבריו], ותו מ"ש מפשיעה בבעלים דפטור, וע"י להלן בישוב הקו', והנה נחלקו הראשונים ואחרונים בכונת הר"מ דהפושע כמזיק אי הוי מחיובי שומרים או מחיובי מזיק ומדד"ג, ע"י בלשון הרמב"ן דנחלק ע"ד הר"מ וכי דאע"ג דדייני' השתא דד"ג מ"מ שומר פטור דהתורה פטרתו ומשמע דפי' שי' הר"מ מדד"ג, [והעירו דכן מבוא' ברמב"ן בקו' דד"ג דכ' דקדשים דחייב באחריותו אף לחכמים דפטור מ"מ להר"מ דפושע כמזיק חייב על פשיעה והתם הרי לא נעשה שומר דהבעלים כלל דהרי הוי ממון הקדש וכמש"כ החזו"א חו"מ סי' ח' סק"ה ובע"כ דחיובו אינו בתורת שמירה כלל אלא מדד"ג לחוד],

