

## דף לד

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## דף לה

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

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

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

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

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

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

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