

בעלמא לא מקני ליה כפילא?!?

אמר לך רב פפא:

מי אלימא הברייתא ממתניתין, דקתני במשנתנו "שילם", ואוקימנא ב"אמר", וכי הברייתא "חזקה" יותר מן המשנה, שבה אנו נדחקים לפרש את לשון "שילם" דהיינו שאמר "הריני משלם"?!?

הכא נמי בברייתא, אף על גב ששנינו: "קידם השואל ושילם", נפרשנה באמר בלבד ועדיין לא שילם, ולכן אין הוא זוכה בכפל.

ומקשינן עלה: מי דמי [וכי דומה לשון הברייתא ללשון משנתנו]?!?

התם במשנתנו לא קתני: "קידם ושילם" אלא "שילם" לבד, אבל הכא — בברייתא — הרי קתני "קידם"!

ומשנינן: אמר לך רב פפא: מאי "קידם"? קידם ואמר!

ותמהינן עלה: הא מדקתני בברייתא הראשונה שנזכרה לעיל גבי שוכר: "ואמר הלה הריני משלם", ואילו גבי שואל קתני בברייתא זו "וקידם השואל ושילם", הרי שמע מינה — משינוי הלשונות — דגבי

שואל דוקא קידם ושילם קתני, אבל אם אמר בלבד, לא זוכה בכפל!?

אמר לך רב פפא: מידי גבי הדדי תניא וכי אטו שתי ברייתות אלו נשנו בבית המדרש כאחת?!? עד שאתה בא להוכיח משינוי הלשון ש"קידם ושילם" הוא בדוקא.

שיילינחו לתנאי דבי רבי חייא ודבי רבי אושעיא, [שאלו לתנאים שבישיבת רבי חייא וישיבת רבי אושעיא] שהם היו מסדרי הברייתות: האם נשנו שתי ברייתות אלו כאחד? ואמרי: גבי הדדי תניין [כאחד נשנו]!

ואכן תיקשי מן הברייתא ללישנא בתרא דרב פפא.

מקדימה הגמרא לספיקותיה הבאות בדין משנתנו, שדין זה פשיטא הוא, שאם אמר בתחילה "איני משלם", וחזר בו הנפקד⁽¹⁸⁾ ואמר: "הריני משלם", הרי זה זוכה בתשלומי הגנב, דהא קאמר: "הריני משלם", ואף שמתחילה לא רצה לשלם!

אלא — מה שיש להסתפק הוא:

א. אם אמר תחילה: "הריני משלם"

וחזר בו ואמר: "איני משלם", מאי יהיה דינו לד-ב

אמרו שומר חנם נשבע ויוצא", דמשמע לכאורה: זה הוא טעם זכירתו].

ולפי פירושו של בעל "נתיבות המשפט" [שהוא מחודש מאד], יש מקום ליישב את התמיהה שבהערה 16.

18. היינו שהודה מעצמו, בלי שהטריח את המפקיד להביאו לבית דין.

יכול לטעון כן משום שהיא טענה דלא שכיחא, אינו זוכה; אבל כששילם — סובר רש"י — כשיטת הרשב"א [במשנה, ונחלק שם על הרמב"ן], שאפילו אם לא היה יכול לפטור את עצמו בטענה אחרת, וכגון שיש עדים שהוא פשע בה, אפילו הכי זכה בה, היות ולא הטריחו למפקיד לקחתו לבית דין, [נראה שם ברשב"א, שביאר לפי שיטתו את לשון משנתנו: "שהרי

בזכיית תשלומי הגנב?

וצדדי הספק הם:

מי אמרינן: מחדר קא הדר ביה [אכן כוונתו לחזור בו מהסכמתו], ואם כן אינו זוכה.⁽¹⁾

או דלמא: עדיין במילתיה קאי [בדיבורו הוא עומד], ומה שאומר עכשיו: "איני משלם", דחויי הוא דקא מרחי ליה למפקיד, כי רוצה הוא לדחות את זמן תשלומיו, ואם כן לא פקעה זכותו בתשלומי הגנב.

ב. עוד מסתפקת הגמרא: **אמר** האב הנפקד: **"הריני משלם"**, ומת קודם שהספיק לשלם, ואמרו בניו: **איך אנו משלמין, מאי יהיה** דינן בזכיית תשלומי הגנב?

וצדדי הספק הם:

מי אמרינן: מחדר קא הרי בהו [חזרו בהם בניו ואין בדעתם לשלם], ואם כן לא זכו בתשלומי הגנב.

או דלמא: במילתא דאבוהון קיימי [עומדים הם בדיבור אביהם, ובדעתם לקיימה], ודחויי הוא דקא מרחו ליה זמנית.

ג. עוד מסתפקת הגמרא: אם שלמו בנים של הנפקד שמת אחר שנגנבה,⁽²⁾ **מאי?**

וצדדי הספק הם:

מי מצי אמר להו המפקיד: כי אקנאי כפילא, לאבוכון דעבד לי נייח נפשאי [פעמים רבות עשה לי קורת רוח],⁽³⁾ אבל לדידכו [לכם הבנים] שלא עשיתם לי קורת רוח **לא**.

1. ראה שתי שיטות בתוספות, אם יכול לחזור בו, או שאינו יכול לחזור בו, ומכל מקום כיון שרוצה לחזור בו ומטריח את המפקיד לירד עמו לדין, לכן לא מקני ליה כפילא.

2. א. פירש רש"י: "והאב לא הספיק לומר הריני משלם עד שמת"; פירוש: שאם כבר אמר הריני משלם, הרי מבואר לעיל שבזה פשיטא שאם לבסוף שילמו הבנים קנו הבנים את הכפל, ואם כן מה מסתפקת כאן הגמרא; אלא הכא במאי עסקינן בשלא אמר האב "הריני משלם" ואין הבנים זוכים בכפל מחמת אמירת האב, ומסתפקת הגמרא אם די בתשלום הבנים לבד בלא אמירת האב.

ב. מבואר מדברי רש"י, שהוא מפרש את האיבעיא באופן שהגניבה היתה בחיי אביהם, ופירושו אחרונים בטעם הדבר, כי אם נגנבה לאחר מיתת האב, הרי כשמת פקעה שמירתו ואין מוטל על הבנים לשומרה ולא לשלם על

גניבתה, וכל ששילם שלא מחמת דין שמירה אינו זוכה בכפל.

אבל הראב"ד ב"שיטה מקובצת" ד"ה וז"ל הראב"ד, כתב: "שנגנבה קודם שמתו האבות וכו', ואיכא נמי למימר, שלמו בנים, ואפילו מת אביהן ואחר כך נגנבה, כיון דמשלמי מאי דלא מחייבי, אף לדידהו מקנה להו סמוך לגניבתה, שהרי בידו להקנות להן מעכשיו".

3. א. כן פירש רש"י; [ויש לעיין: וכי דין משנתנו הוא דוקא בנפקד שעשה פעמים רבות קורת רוח למפקיד?! וראה מה שכתב ב"אילת השחר"].

ב. בפשוטו צריך לומר — לפי שיטת רש"י שהגניבה היתה בחיי האב — בבאיור לשון הגמרא: "מצי אמר להו כי אקנאי כפילא לאבוכון דעבד לי נייח נפשאי, לדידכו לא", שאין הכוונה לומר שאין המפקיד מקנה את הכפל לבנים; שהרי אפילו אם הם זוכים בכפל,

או דלמא: לא שנא. (4)

ד. עוד מסתפקת הגמרא: שילם הנפקד לבנים של המפקיד, שמת קודם שנגנבה: (5) מאי?

וצדדי הספק הם:

מי מצו אמרי ליה בני המפקיד: כי אקני לך אבונא כפילא, כלומר: אבינו אכן היה מקנה לך את הכפל, לו היית משלם לו, משום דעבדת ליה נייח נפשיה [מפני שפעמים רבות עשית לו קורת רוח], אבל אנן לדידן, לא.

פירש ב"אור שמח" פרק ח הלכה ה משאלה ופקדון, ולפי דבריהם אדרכה מוכרח מדברי ה"כסף משנה", שאין זה הספק, אלא אם האב קנה את הפרה; וראה עוד בדברי רבי עקיבא איגר על הגמרא ד"שילם לבנים", שמבואר מדבריו, שאינו מפרש בדברי ה"כסף משנה" כהבנת ה"פני יהושע"; וראה עוד ב"חברותא" שעל דברי התוספות ד"ה הריני, ובהערות שם.

4. מרש"י בד"ה שלמו בנים לבנים מהו, נראה, שהספק של הגמרא הוא, משום שדי במה שעשה אביהם נחת רוח, ראה שם.

5. א. כן פירש רש"י את הבעיא הזו [אף שגבי "שלמו בנים" פירש רש"י שמת אביהם אחר שנגנבה], והיינו משום, שבלשון הגמרא בצדדי הספק נראה, שהספק הוא: אם בני המפקיד מקנים משום הניחותא שעשה לאביהם, [ולא, אם האב היה דעתו להקנות אם ישלם לבניו], והבנים אינם יכולים להקנות אלא עד שעת גניבה, אבל לאחר גניבה אינם יכולים להקנות את הבהמה שאינה ברשותם, ואם כן בהכרח שספק זה הוא באופן שבשעת הגניבה היתה הבהמה שלהם; כן ביאר המהרש"א בדעת רש"י, ועל דרך זה פירש גם בדברי התוספות בהמשך הסוגיא גבי שאל מן האשה, [ראה דבריו שם].

ב. וה"מגיד משנה" [שאלה ופקדון ח ה], הביא בשם הרשב"א בדעת רש"י, שאם נגנבה בחיי האב, כי אז פשיטא שקנה הנפקד את

אין הכוונה שהאב מקנה להם את הכפל, שהרי הזכות בכפל היא על ידי זכייה בגוף הפרה משעת מסירה או סמוך לגניבה, והיות והיתה הגניבה בחיי האב, אין אנו דנים אלא אם המפקיד הקנה לאב אם ישלמו בנים, ואם כן אין שייך לצדד ולומר שאינו מקנה את הכפל לבנים, שהרי אין זה הנידון; אלא כוונת הגמרא היא, שאין הוא מקנה לאב את הפרה בשעת מסירה או סמוך לגניבה, אלא אם ישלם הוא, אבל אם ישלמו הבנים ואילו הוא לא אמר ולא שילם, כי אז אינו מקנה לאב את הפרה; ומיהו, אם היינו מפרשים את האיבעיא כשיטת הראב"ד שהגניבה היתה לאחר מיתת האב, מתבאר לשון הגמרא כפשוטה, וכפי הלישנא בתרא דלעיל, שההקנאה היא סמוך לגניבה.

ג. וראה ב"פני יהושע" בדבריו על דברי התוספות ד"ה הריני, שהוא מפרש את ספק הגמרא ב"שילמו בנים", שאין הגמרא מסתפקת לומר שעל ידי תשלום הבנים זכה האב בפרה סמוך לגניבה, ונתחייב לו הגנב כפל ומורישה לבניו, אלא שספק הגמרא הוא: אם מעיקרא הקנה המפקיד את הפרה לבניו סמוך לגניבה, שכאילו התנה כן מעיקרא שאם ישלמו בניו הרי הפרה קנויה להם סמוך לגניבה; ולפי פירוש זה ניחא לכאורה לשון הגמרא כפשוטה. [ראה שם שמפרש כן בדברי ה"כסף משנה"; ומיהו האחרונים חלקו עליו בהבנת דברי ה"כסף משנה", ראה "חידושי רבי שמואל" אות רסב שכתב על דבריו, שאין לשון ה"כסף משנה" משמע כן, ופירש דבריו באופן אחר, וכדבריו

או דלמא: לא שנא.

ה. עוד מסתפקת הגמרא: שלמו בנים של הנפקד לבנים של המפקיד מאי?

וצדדי הספק הם:

משום שבאופן זה, הרי בעל הפקדון לא קיבל קורת רוח מן המשלם או מאביו, והמשלם לא עשה קורת רוח לא לבעל הפקדון ולא לאביו, ויש לומר שבאופן זה אינו מקנה לו את הכפל.

וסוברים הם, שמתחילה יש לנו לדון: לו יצויר שהיה אפשר להקנות את חוב הכפל בשעת התשלום, ולא היה בזה חסרון במעשה הקנין, אם היה המפקיד רוצה להקנות את הכפל; ואחר שאנו מחליטים שהוא היה רוצה להקנות לו את הכפל, אז אנו אומרים ש"צורת הקנין" כבר הוכנה מתחילה על ידי הקנאת הפרה, וכל זה אינו אלא כדי שיתקיים עיקר רצון המפקיד להקנות בשעת התשלום את הכפל לנפקד בתמורה לתשלום.

ולפי זה כשמשלם הנפקד לבני המפקיד, אם אין אדם מוריש קנס לבניו, הרי נמצא שאף לו יצויר שהיה אפשר להקנות כפל בתמורה לתשלום בשעת התשלום, לא היה לבני המפקיד מה להקנות לנפקד בתמורת התשלום, שהרי אין הכפל שלהם; ורק אם אדם היה מוריש קנס לבניו, והם היו רוצים להקנות את הכפל, כי אז היינו אומרים שצורת הקנין הוכנה מראש על ידי שהנפקד זכה מאביהם את הפרה; ומיהו אין נראה מדברי הראשונים והאחרונים בסוגייתנו כסברא זו; וראה ב"חברותא" על התוספות ד"ה הריני, שם נתבארה כוונתם באופן אחר.

ד. וכל זה הוא בשיטת רש"י; אולם הראב"ד [שנזכר בהערה לעיל, ומפרש את בעיית "שלמו בנים" אפילו כשמת אביהם אחר שנגנבה], מפרש בעיה זו שמת המפקיד אחר שנגנבה, ומשום "דבעינן שיהא המקנה קיים בשעת הקנייה, והבנים לא הקנו כלום", והיינו שהוא מפרש את ספק הגמרא, אם האב מקנה באופן שלא שילמו לו אלא לבניו, אף שלשון

הכפל; ופירש רבי עקיבא איגר ד"ה ע"י; וראה דברי הרשב"א בפנים, הובאו גם ב"שיטה מקובצת", כי מה איכפת לו לאב אם משלמים לו או לבאי כחו; וראה מה שהקשה על זה ה"כסף משנה", ומה שיישב רבי עקיבא איגר.

אך תמה רבי עקיבא איגר בסד"ה ומ"ש עוד הכ"מ, שהרי אם כן כל בעיית הגמרא היא רק ללישנא בתרא [לעיל עמוד א], שההקנאה היא סמוך לגניבה, אבל אם ההקנאה היא בשעת הפקדון, אם כן באמת אין מקום להסתפק כי האב ודאי הקנה בשעת הפקדון, על מנת שישלמו לבניו, ואם כן היות והלכה כלישנא קמא אין שום נפקא מינה בבעיא זו, ולמה הביאה הרמב"ם.

ג. וה"כסף משנה" [שם] כתב בדעת רש"י, שהוא משום ש"אי נגנבה קודם מיתת הבעלים, לא שייכא הך בעיא, דהא אין אדם מוריש קנס לבניו"; ואין דברים אלו דברי ה"כסף משנה" לבדו, אלא שכן כתב גם הריטב"א בפירוש אחד בדברי רש"י [והובא גם ב"שיטה מקובצת"].

ובפשוטו דבריהם תמוהים, כיון שהזכות בכפל בכל אופן היא על ידי שהפרה נקנית לנפקד עד שעת הגניבה, וכשנגנבה הפרה לו הוא שנגנבה, אם כן איזה ירושת קנס יש כאן לבני המפקיד?! [והעיר בזה הרב המגיה ל"כתב וחותם", וראה מה שכתב שם].

[והיה אפשר לפרש, שהם סוברים בעיקר דין המשנה, שיסוד סיבת הקנאת הכפל לנפקד הוא בתמורה לתשלום [ראה שני צדדים בזה בשם ה"ברכת אברהם" בתחילת הפרק];

או דילמא: לא שנא.

וצדדי הספק הם:

ו. עוד מסתפקת הגמרא: **שילם** הנפקד **מחצה** מערך הפקדון, וכך אמר מתחילה שלא ישלם אלא חצי, **מאי** הדין, האם זכה בחצי מתשלומי הגניבה?

האם נאמר: כיון דשילם עבור פרה אחת יקנה את תשלומיה.

ז. עוד מסתפקת הגמרא: אם תמצי לומר שחצי מתשלומי גניבת פרה אחת אינו זוכה, אם **שאל שתי פרות**, ו**שילם אחת** מהן בלבד, **מאי** שיזכה בתשלומיה של פרה אחת?

או דילמא: כיון ששתי הפרות פקדון אחד הם, הרי זה כמי ששילם מחצה, שאינו זוכה בכלום.

ח. עוד מסתפקת הגמרא: **שאל מן השותפין**,

הגמרא לא משמע כן.

ה. **הקשה המהרש"א** [כפי שפירש רבי עקיבא איגר את קושייתו], דהנה לעיל [עמוד א] בלישנא בתרא, ש"נעשה כאומר לו סמוך לגניבתה קנויה לך", פירש רש"י, שנעשה כאומר לו כן בשעת משיכת הפרה; [והמהרש"א תמה עליו — כמובא בהערות לעיל — למה לי שיאמר כן בשעת מסירה, והרי אין הקנין על ידי המשיכה אלא על ידי החצר שבה עומדת הפרה, ולמה לי שעת המסירה כלל]; ובהכרח צריך לומר, ש"עיקר האומד באמירת הבעלים, הוא רק בשעה שעושה מעשה למוסרו לו לשמור, ואם כן מאי מיבעי לגמרא כאן, והרי כיון שבכל מקום זוכה רק משום אמירת הבעלים בשעת משיכה, אם כן כיון שבשעת גניבה כבר אינה של מפקיד, אלא של בנו, אם כן אין כאן אומד בעלים בשעת מסירה לשמור; [והניחא לפירוש מהרש"א, אם כן שפיר אמרינן שנעשו הבנים כאומרים סמוך לגניבה שתהא הפרה של הנפקד, אך לדעת רש"י צריך עיון]

לכשתיגב; והביא ראיה לזה, שהרי בפשוטו נראה דגם שומר אבידה שנגנב ממנו ושילם ולא רצה לישיבע אף הוא קנה ככל כשאר שומרים, והרי גבי שומר אבידה לא היה מעשה מסירה כלל מיד הבעלים ליד הנפקד ומכל מקום קנה את הכפל, ועל כרחך דהוא משום דבשעה שנעשה שומר שלו דהיינו כשמצא את האבידה, אז הוי כאומר הבעלים שתיקנה לו הפרה סמוך לגניבתה; [וראה עוד שם, במה שפקפק בענין שומר אבידה], וראה מה שכתב על דברי רבי עקיבא איגר ב"שיעורי רבי שמואל" אות רסו.

ו. **הקשה ב"שיעורי רבי שמואל"** אות רסה, דהנה ב"קצות החושן" [קכו יז] וב"פני יהושע" [גיטין יג ב] מבואר, שהמוכר את פקדונו, אין השומר נעשה שומר ללוקח, ואילו הכא משמע — לפי פירוש רש"י שהגניבה היתה לאחר מיתת האב — שהשומר נעשה שומר של היורשים וחייב הוא להם את דמי הפקדון, וכן משמע מדברי רבי עקיבא איגר שהובאו באות ה, וצריך ביאור מה הפרש יש בין יורש ללוקח, וראה מה שכתב בזה; והמגיה שם העיר, שב"שיעורי רבי שמואל" לגיטין אות רנד הוכיח מדברי הרמב"ם שלא כדברי ה"פני יהושע" וה"קצות החושן", אלא אף ללוקח נעשה הוא שומר.

ותירץ רבי עקיבא איגר: שאין כוונת רש"י בדוקא על שעת מסירה לידו, אלא על השעה שנעשה שומר שלו, ואם כן כשמת אביהם ונעשה שומר של בני הנפקד, אז אמדינן את דעתם שרוצים להקנות לשומר את הפרה

ושילם לאחד מהן את חלקו בלבד, (6) מאי?
וצדדי הספק הם:

האם נאמר, היות ושותף זה קיבל את כל המגיע לו, מקנה הוא את תשלומי הגניבה.

או שמא, כיון שמכלל הפקדון לא שילם אלא את חציה הרי זה כמי ששילם את חצי הפקדון שאינו זוכה בכלום

ט. עוד מסתפקת הגמרא: שותפין ששאלו, ושילם אחד מהן [מן השואלים] את חלקו, מאי?

וצדדי הספק הם: האם נאמר: היות והוא מצידו שילם את כל המוטל עליו, מן הדין שיוכה הוא בחצי תשלומי הגניבה.

או שמא: סוף סוף לא שולם אלא מחצית הפקדון.

י. עוד מסתפקת הגמרא: שאל מן האשה את פרת נכסי מלוג שלה, ושילם את הפרה לבעלה, מאי הוא דין הנפקד לזכות בכפל שהוא של האשה?

וצדדי הספק הם:

האם נאמר: היות והקרן אינו של בעלה, אם כן אין זה תשלום טוב לקנות על ידו את הכפל.

או שמא: כיון שאפוטרופוס הוא על נכסי אשתו, שהוא אוכל הפירות, הרי הוא כבעלים על הפרה, ותשלומין הן.⁽⁷⁾

יא. עוד מסתפקת הגמרא: אשה ששאלה פרה לצורך קרקע נכסי מלוג שלה, ושילם בעלה, מאי?

אמר רב הונא:

משביעין אותו את המשלם את תמורת

6. הקשה רבי עקיבא איגר: הרי כששילם לאחד מן השותפין, זכה השותף השני בחצי התשלום, ונמצא שלא שילם אלא מחצה, וראה מה שכתב שם.

7. א. כן פירש רש"י; והתוספות תמהו על פירוש זה, למה לא יהיה זה תשלום טוב, והרי את מה ששאל מן האשה, דהיינו את הקרן הרי שילם לאשה, כי כך יהיה דין התשלום שיקנה קרן לאשה והפירות לבעל, ואת מה ששאל מן הבעל דהיינו את הקרן הרי שילם לו! [ומה שמבואר בדבריהם כדבר פשוט, שהתשלום יהא קרן לאשה ופירות לבעל, ראה לקמן לה ב במשנה, גבי שוכר שהשאל, שהשואל משלם — על כל פנים לדעת חכמים — פרה שלימה לשואל, אף שאין לו אלא קנין פירות לזמן]; וראה בתוספות

שפירשו באופנים אחרים את בעיית הגמרא. הרחבה בענין פסק ההלכה בספיקות הגמרא:

א. כתב הר"ף [יה ב מדפי הר"ף למטה]:
"כל אלו עלו בתיקו וחולקין, דקיימא לן ממון המוטל בספק חולקין, והני מילי בארץ ישראל אבל בבבל קנסא הוא ולא מגבינן ליה בבבל, ואי קדים חד מיניהו ותפס, לא מפקינן מיניה בין בבבל בין בארץ ישראל".

והרא"ש [סימן ב] תמה על זה: "ותמיה לי על רב אלפס שכתב כאן, דקיימא לן: "ממון המוטל בספק חולקין", ובפרק שור שנגח את הפרה [גבי מה שנחלקו חכמים וסומכוס, בשור שנגח את הפרה, וספק אם נגח אף את עובריה, שלדעת סומכוס: חולקין, ולדעת חכמים "המוציא מחברו עליו הראיה"] פסק כרבנן,

ה"כסף משנה" שהובא ב"אור שמח" שם – "שסיבת הכפל היא תמיד לבעל הפרה, והקונה זוכה רק בתשלומים אשר סיבת חיובם למפקיד".

וב"קהלות יעקב" [הנדמ"ח סימן לא], כתב לתלות את מחלוקת הראשונים, בספק שנסתפקו הראשונים בגדר חזקת מרא קמא, אם הוא בגדר "חזקה דמעיקרא", או שהוא בגדר "מוחזק", שלדעת הרא"ש הוא בגדר חזקה דמעיקרא, ולכן חזקת הבהמה מכרעת לגבי הכפל, ולדעת הרמב"ם הוא בגדר מוחזק, שמספק אין כח להוציא ממי שהדבר ברשותו עד עכשיו, אבל אין חזקה זו מכרעת שבאמת הפרה שלו, ולכן, לגבי הכפל שאין שום מוחזק ושום חזקת מרא קמא, דין הוא שיחלוקו.

ביאור דבריו: אילו היה הספק נולד קודם הגניבה למי קנויה הפרה, כי אז ודאי היינו פוסקים שהפרה בחזקת בעליה עומדת ולא קנה אותה השומר; אולם בכל ספיקות הגמרא, הספק הרי נולד כאשר כבר נגנבה הפרה, ועלינו לדון למפרע על שעת גניבת הפרה אם של בעלים היתה או של שומר, ובזה סובר בעל "קהלות יעקב", שאין שייך לומר העמד למפרע על חזקת בעליו, אך שייך שפיר לומר, שהיות ועד אותה שעה של לידת הספק היתה הפרה של בעליה נוקטים אנו למפרע שלא השתנה המצב, ואף בשעת גניבה של בעליה היתה.

[ועל פי דברי האחרונים יש להעיר בזה, שהניחא לפי שיטת הרמב"ם שלא הקנה לו אלא פרה לכפילא, נמצא שבשעת לידת הספק כבר אין ספק על הפרה מכאן ולהבא, שהרי כבר היתה הגניבה ששילם עליה, ואין כאן אלא ספק למפרע, ואכן אין לדון בזה חזקת מרא קמא; אבל לשיטות הסוברות שהקנה לו את הפרה לגמרי, אם כן הספק קיים על הפרה אף בשעת לידת הספק אם שלו היא, ועכשיו נעמיד את הפרה בחזקת מרא קמא בין מכאן ולהבא ובין

דאמרי: "המוציא מחבירו עליו הראיה"; ואפשר, דגבי כפל ליכא חזקה כלומר: אין המפקיד או הנפקד מוחזקים בכפל, ולא שייך לומר: "המוציא מחבירו עליו הראיה", הילכך לכולי עלמא חולקין; אבל אין לשונו משמע כן, מדקאמר "דקיימא לן" משמע דאיכא פלוגתא, ופסק כמאן דאמר חולקין; ועוד נראה דודאי חזקה איכא, כיון דמספקא לן אי אקני בהמה לכפילא אוקי בהמה בחזקת בעליה ולא הקנה לו [כלומר: מוקמינן לבהמה בחזקת "מרא קמא"], והכי הלכתא, וכן פסקו התוספות דהלכתא כרבנן".

ודעת הרמב"ם [שאלה ופקדון ח ה] כדעת הרי"ף, וזה לשונו: "כל אלו ספק, והרי הכפל מוטל בספק ואינו תחת יד אחד מהן, לפיכך חולקין הכפל או השבח בין בעל הפקדון ובין השומר, ואם קידם אחד מהם ותפס הכל אין מוציאין מידו, ואפילו בחוץ לארץ".

וב"קונטרס הספיקות" [כלל א אות ג], כתב בטעמם, שהוא משום שאין מעמידים על חזקת מרא קמא, אלא בטוען טענת ברי [וראה שם שהם הולכים בזה לשיטתם], וכאן הרי המפקיד אינו טוען ברי; וכתב שם, דאנן לא קיימא לן הכי, אלא כדעת התוספות והרא"ש, שאפילו בלי טענת ברי מעמידים על חזקת מרא קמא.

וכן כתב גם ב"אור שמח" שם, אלא שכתב, שאין צריך לזה אלא לפי שיטת התוספות שהם סוברים שהנפקד קונה את גוף הפרה, אבל לשיטת הרמב"ם עצמו שהוא סובר – לפי דעת ה"אור שמח" ועוד אחרונים – שאין הוא זוכה בפרה אלא לכפילא, "אם כן בין כן ובין כן לא מפקינן לה מחזקת מרא קמא, דאין זה קנין בגוף הפרה, רק קנין בפרה לכפילא ולשבחא דאתי מעלמא", [והיינו, שלפי דעת ה"אור שמח" אין פירוש הקנאת פרה לכפילא, שהרי זה כמי שגנבו את פרתו של הקונה, אלא כעין מה שכתב ב"חידושי רבי שמואל" אות רסב – בדעת

למפרע.

אין שייך לומר כהגר"ש, וצריך תלמוד.

ב. תמה ב"קונטרס הספיקות" שם: "אמנם דברי הרי"ף קשים בעיני מצד אחר, במה שכתב דחולקין הכפל, ולמה לא יוכל הגנב לדחות לכל אחד, ולומר "לא שלך נגנב, אלא של חבירך", וראה שם שהביא דוגמא לזה משנים שנתנו פדיון בכוריהם לכהן אחד, ומת אחד מהם בתוך שלשים יום ועל הכהן להחזיר את הדמים, דמבואר בגמרא בבכורות, שאין אחד מהם יכול לתבוע את הכהן, כי לכל אחד מהם יאמר הכהן: "של חבירך מת", ואין יכולים להוציא אלא בהרשאה, ובקנסות אין שייך הרשאה]; וכתב, שכעת לא מצא ישוב לזה.

וכן תמה גם ב"אור שמח" שם, [וראה שם שהביא דוגמא נוספת לזה]; וכתב ליישב, שאין צריך הרשאה אלא כשלהצד שאין זה של התובע אינו בעל דין כלל, אבל כשהאחד הוא בכל אופן בעל דין ויש לו זכות תביעה, כי אז יכול הוא לתבוע את הכפל לו או למפקיד, ראה שם; [וכנראה כוונתו, שהשומר יכול לתבוע את הגנב להחזיר את הגניבה כדי שיוכל להשיבה לבעלים, ומשום כך נעשה הוא בעל דין על הגניבה ועל הכפל].

וב"שיעורי רבי שמואל" אות רסח כתב, דבמקום שהדין ודברים אינו בין שני התובעים, וכגון גבי שנים שנתנו לכהן, או שני יוסף בן שמעון שהוציאו שטר חוב על אחר, שהדין ודברים של כל אחד הוא עם הנתבע, בזה יכול הנתבע לדחות לכל אחד, "אבל כאן הספק נפל בין המפקיד לנפקד, ואם ביניהם הדין יחלוקו, הרי זה זכותם, ועל הגנב לשלם לכל אחד ואחד כדינו ואינו יכול לדחותם כלל", [ולכאורה לפי סברתו, אף לו יצויר שבין שניהם לא היה נפקד הדין כלל ובספק הוא עומד, מכל מקום הנתבע לא נפטר, וצריך לשלם, ויריבו המפקיד והנפקד ביניהם מי זוכה בכפל]; והמגיה שם הביא, שכדברי הגר"ש מבואר ב"תרומת הכרי"י סימן

ובחידושי רבינו חיים הלוי [מכירה כג ג] הקשה, שהרי הרמב"ם גופיה פסק שם גבי עבד שמכרו רבו לקנס שלשים של עבד אם ימיתנו שור — שהוא בעיא דלא איפשיטא בגיטין מב אם מועילה מכירה זו — שמאחר שהוא ספק אין הקונה זוכה בכפל, ומאי שנא שבספיקות אלו של סוגייתנו פסק הרמב"ם שחולקים, ואין אומרים שמספק לא קנה הלוקח; וראה שם שביאר, דמה שפסק הרמב"ם גבי עבד לקנס שהבעלים חשיבי מוחזק, אינו משום חזקת מרא קמא, אלא שאף לאחר המכירה עיקר החיוב לבעלים הוא, ולכן חשיבי מוחזקים, מה שאין כן בפרה שמכרה לכפילא, ראה שם באריכות.

וב"שיעורי רבי שמואל" אות רסז, כתב לחלק בין אם הספק הוא אם מועילה ההקנאה, דבזה פסק הרמב"ם גבי עבד לקנס, שמעמידים את העבד בחזקת מרא קמא; מה שאין כן בספיקות של סוגייתנו, "הרי אינם על עצם עסק הקנין, דזה פשוט וברור דמהני, וכל הספק הוי רק אם גם באופני תשלומים כגון אלו היתה ההקנאה או לאו ... אין זה נחשב שמוציאים מהמרא קמא מספק, הואיל ובודאי חלה כאן עיסקת ההקנאה, וכבר הוחזק הלוקח במכר באופנים אחרים, ולכן כתב הרמב"ם דמספק חולקים"; וראה שם שכתב, שסברא זו אינה שייכת, אלא אם גדר חזקת מרא קמא הוא גדר "מוחזק", ראה שם.

והנה גבי "שלמו בנים", פירושו תלוי לכאורה בשיטות רש"י והראב"ד, כי לרש"י שהנידון הוא כשנגנבה בחיי האב, שפיר יש לומר כדבריו; אבל לפי שיטת הראב"ד שהספק הוא גם בנגנבה בחיי הבנים, אם כן הספק הוא אם מקנה הוא את הבהמה לבנים או לא, ואין שייך לומר כדברי הגר"ש; וגבי "שלמו לבנים" פירש רש"י שהספק הוא כשנגנבה בחיי הבנים, ויסוד הספק הוא אם הבנים מקנים את הבהמה, ובזה בפשוטו

הבהמה ולא רצה לישבע: **שבועה שאינה ברשותו!** (8)

ומפרשינו: **מאי טעמא, כי היישנין שמא ברשותו של הנפקד היא, ומשלם הוא כי עיניו נתן בה בבהמה שהפקדה אצלו.** (9)

מיתבי לרב הונא ממשנה בשבועות:

א. המלוה את חברו על המשכון, ואבד המשכון אפילו באונס של המלוה, הפסיד המלוה את חובו שכנגד המשכון.

רנג.

שבועת השומרין], ואיכא מאן דאמר שהוא מדרבנן.

וראה ב"קצות החושן" [עג ב בתוך הדברים], שהביא בשם הפוסקים ששבועה זו מדרבנן היא, ונתן טעם למה אינו בכלל שבועת אינו ברשותו שהיא של תורה, משום שדין שבועה של תורה בכל מקום, אינו אלא שאם לא ישבע נרד לנכסיו וניטול ממנו את הממון המחוייב, אבל כשהוא נותן את ערך הדבר, הרי אם לא ישבע אין לנו מה לעשות לו, ובכי האי גוונא אינו מחוייב שבועת התורה; ורק שבועה מדרבנן שבכל מקום אין נוטלים ממנו את הממון המחוייב אם אינו נשבע [ראה שבועות מא א], שפיר שייך לחייב שבועה, אף שאין לנו מה לעשות לו אם לא ישבע, אלא לנדותו בלבד.

9. כתב הרמב"ם [שאלה ופקדון ו א], וכן פסק בשולחן ערוך [רצא א]: "שומר חנם שאמר הריני משלם ואיני נשבע, אם הפקדון דבר שכל מינו שוה ומצוי בשוק לקנות כמותו, כגון פירות או יריעות של צמר ושל פשתן וכו', הרי זה משלם ואינו נשבע, [כי בזה לא שייך לומר "שמא עיניו נתן בה" שהרי יש כמותו לקנות בשוק], אבל אם היה פקדון בהמה או בגד מצוייר וכו', או דבר שאינו מוצא לקנות כמותו בשוק, חוששין שמא עיניו נתן בה, ומשביעין אותו וכו' שאינו ברשותו ואחר כך משלם".

וב"חידושי הריטב"א" [הישנים] כתב על זה: "וצ"ע, כי אף על פי שמוצא לקנות כמותו בשוק, כי שמא אינו רוצה לטרוח, או שמא זה שנפקד אצלו יותר חשוב וטוב בעיניו ממה

8. א. לשון רש"י הוא: "משביעין אותו: אמתניתין קאי, אף על פי שהוא משלם כדקתני "שילם ולא רצה לישבע", משביעין אותו שבועה שאינה ברשותו", וראה ב"אוצר מפרשי התלמוד" מה שהביאו לפרש דבריו.

ב. הקשה הריטב"א: מה מפלגת הגמרא בהמשך הסוגיא בדברי רב הונא, וגם רב הונא עצמו מה חידש בזה, והרי כבר אמר רמי בר חמא [לעיל ו א] שכל שומר משביעין אותו שבועה שאינו ברשותו בין שאר השבועות!?

ותירץ [וכן כתב הרמב"ן, ועוד]: "דהתם הוא לפי שאינו משלם כלום, אבל ככאן שהוא משלם, הוה סלקא דעתין דלא חשדינן שמא עיניו נתן בה, דאם כן [שגולן הוא] אמאי ישלם כלל, יכפור בה או ישבע וייפטר, קא משמע לן דאפילו הכי חשדינן שמא עיניו נתן בה, ולא בעי למתפס בה בגול, ואי משום "לא תחמוד" [דהיינו שאסור ליטול חפץ של חברו ולשלם תמורתו שלא מרצונן], "לא תחמוד" לאינשי בלא דמי משמע להו".

ומדבריו משמע, דלפי האמת בכלל שבועת השומרים היא; אך הרא"ש בסוף מסכת שבועות כתב, שאם כי שבועת אינו ברשותו גבי כל שומר היא שבועה דאורייתא, מכל מקום "כשהוא משלם, ואנו חושדין אותו שמא עיניו נתן בה, ומשביעין אותו שבועה שאין ברשותו, הך שבועה דרבנן היא"; וב"חידושי הריטב"א" [הישנים] כתב, שבשבועה זו יש מחלוקת, ויש הסוברים ששבועה זו דאורייתא היא [היינו בכלל

ב. ואם היה ערך המשכון יותר מן החוב, הרי הוא עליו כדין שומר שכר החייב באחריות גניבה ואבידה של המשכון, ופטור מן האונס.

ג. התובע את חבירו ממון, והודה לו במקצת הטענה, הרי זה נשבע שבועת התורה, אבל הכופר בכל פטור מן השבועה.

ד. הסלע הוא ארבעה דינרים, והשקל מחצית הסלע.

ה. דין תורה הוא, שהמתחייב שבועה לחבירו, יכול המשביע לגלגל עליו שבועות שלא נתחייב בהם מן הדין.

המלוה את חבירו על המשכון, ואבד המשכון:

המשנה מתחלקת לשני חלקים שהם ארבעה, רישא העוסקת בתביעת המלוה מן הלוה, וסיפא העוסקת בתביעת הלוה מן המלוה, ובכל אחד מהם, הרישא עוסקת ב"כופר הכל", והסיפא עוסקת ב"מודה במקצת".

רישא דרישא:

ואמר לו המלוה ללוה: "סלע הלוייתך עליו, ואילו המשכון — שכנגדו אין צריך אתה לשלם היות והוא אבד — שקל בלבד היה שוה, ונמצא שעדיין חייב אתה לי שקל אחד מיתרת ההלוואה!" וחלה — הלוה — כופר

הכל ואומר: "לא כי! אלא סלע הלוייתני עליו, והמשכון אף הוא סלע היה שוה, ואיני חייב לך כלום":⁽¹⁰⁾

הרי הלוה פטור משבועה, כי כופר בכל התביעה הוא, וכופר הכל פטור משבועה.

סיפא דרישא:

ואם אמר לו המלוה ללוה: "סלע הלוייתך עליו, ואילו המשכון שקל היה שוה, וחייב אתה לי שקל!" וחלה — הלוה — מודה במקצת הטענה, ואומר: "לא כי! אלא סלע הלוייתני עליו, והמשכון שלשה דינרים היה שוה, וחייב אני לך דינר, אך לא שקל כאשר אתה תובע":

חייב הלוה להשבע, שהרי מודה במקצת הטענה הוא, וכל המודה במקצת הטענה חייב שבועה.

רישא דסיפא:

ואם אמר לו הלוה למלוה: "סלע הלוייתני עליו, ואילו המשכון שנים סלעים היה שוה, והרי שומר שכר אתה, וחייב אתה לי את הסלע היתירה בערך המשכון על ההלוואה!" וחלה — המלוה — כופר הכל ואומר: "לא כי! אלא סלע הלוייתך עליו, ואף המשכון כנגדו סלע בלבד היה שוה, ואיני חייב לך כלום, שהרי התקווה אחריותי כנגד חובך".

הרי המלוה פטור משבועה, כי כופר בכל

(שרוצה) [שיכול] לקנות, וראה עוד שם.

הוא על אבידת המשכון, וכן פירש רש"י בסיפא, כשהלוה טוען שהמשכון שוה יותר מן ההלוואה והוא תובע את דמיו שהוא מטעם זה.

ואולם כתב המהרש"א לדקדק מדלא כתב רש"י כן אלא על הסיפא ולא ברישא, שרש"י

10. הנה בפשוטו, הטעם שהמלוה מפסיד מחובו כנגד ערך המשכון, הוא משום שתנא זה סובר שהמלוה על המשכון שומר שכר הוא, ואחראי

התביעה הוא, וכופר הכל פטור משבועה.

סיפא דסיפא:

ואם אמר לו הלוה למלוה: "סלע הלוייתי עליו, ואילו המשכון שנים סלעים היה שוה, וחיוב אתה לי את הסלע הנותר מערך המשכון!" והלה – המלוה – מודה במקצת הטענה ואומר: "לא כן! אלא סלע הלוייתי עליו, והמשכון חמשה דינרים בלבד היה שוה, ואיני חייב לך אלא דינר בלבד".
חייב המלוה לישיב.

ואף שחיוב השבועה בעיקרו אינו מוטל על המלוה, בכל זאת: מי נשבע? מי שהפקדון⁽¹¹⁾ אצלו, דהיינו המלוה, שאם לא כן, יש לחוש: שמא ישבע זה הלוה ויוציא הלה המלוה את הפקדון, ויווכחו הכל שאין ערך המשכון כפי שנשבע הלוה, וייפסל הלוה לעדות ולשבועה כדין הנשבע לשקר;⁽¹²⁾ ומפרש לה הגמרא ואזיל.

ומפרשת הגמרא תחילה את הכבא האחרונה של הברייתא, ואחר כך מקשה הגמרא מכבא זו על רב הונא:

אהייא, על איזה בבא אומרת הברייתא שמשום חשש זה נשבע המלוה, ולא הלוה שעליו מוטלת השבועה?

אילימא אסיפא [סיפא דסיפא], דהיינו מה ששנינו: "סלע הלוייתי עליו, שנים היה שוה, והלה אומר, לא כן, אלא סלע הלוייתי עליו, חמשה דינרים היה שוה, חייב"; כך הרי אי אפשר לומר, כי:

והרי תיפוק ליה דאף בלא טעם זה שבועה מעיקר הדין גבי מלוה היא, דהא הוא דקא מודי מקצת הטענה, [הוא זה שהודה מקצת הטענה, ועליו מוטלת השבועה], ואם כן אי אפשר לפרש שהטילו חכמים את השבועה על המלוה, שהרי הוא זה שחייב להשבע מעיקר הדין.

אלא אמר פירש שמואל: בבא אחרונה של

סובר, דברישא אין צריך לטעם זה, כי אפילו אם שומר חנם הוא, הרי זה כפירש שאם יאבד המשכון יאבדו מעותיו, [וכן הובאה שיטה זו בשם ר"י בטור סימן עב "... אם נאבד המשכון באונס פטור המלוה וגובה כל חובו, אבל ר"י פסק, שהמלוה על המשכון שומר חנם הוא, ואף על פי כן כנגד דמי החוב הוי כאילו פירש שמקבלו בתורת פרעון"; וראה עוד בהערה לקמן לה א בשם הראב"ד].

12. כך היא שיטת רש"י; אבל התוספות תמהו על זה, שאין עושים תקנה לרמאי; ופירשו את כוונת הברייתא: דנראה כמו שבועה לבטלה, וגנאי הוא לישבע, במקום שהדבר מתברר אחרי כן, שיוציא המלוה את הפקדון; אבל אם המלוה נשבע, לא ישבע עד שידע שלא יוכל למוצאה, וראה "אוצר מפרשי התלמוד" ד"ה שמא ישבע בשם הרי"ף בשבועות שכתב: "שמא ישבע הלוה וכו' ונמצא שם שמים מתחלל", וראה מה שהביאו לפרשו.

ובביאור דעת רש"י כתבו הראשונים [ראה ריטב"א ועוד], שיש לחוש, שהלוה אומר כן "בדדמי", כי מתוך שאין המשכון אצלו מזה זמן רב, אין הוא בקי בשוייה.

11. על לשון "פקדון" האמור כאן לענין "משכון", ראה "אוצר מפרשי התלמוד" ד"ה מי נשבע.

ישבע זה הלוה, ויוציא הלה המלוה את הפקדון הוא המשכון שברשותו, ויפסלנו ללוה לעדות ולשבועה, כאשר יוכיח שהלוה שיקר בשבועתו.

ומכאן מקשה הגמרא על רב הונא:

ואם

איתא לדרב הונא, האומר, שאף מי שמשלם לח-א עבור הפקדון ואינו פוטר את עצמו, צריך לישבע שבועה שאינו ברשותו⁽¹⁾ — אם כן למה הפכו חכמים את השבועה על המלוה, והרי כיון דבהכרח משתבע מלוה שאינה⁽²⁾

הברייתה עולה ארישא של הברייתא העוסקת בתביעת המלוה מן הלוה.

ומפרשינו: מאי ארישא [על איזה בבא של הרישא, עולה בבא אחרונה זו]?

אסיפא דרישא, והיא זו ששינונו: "סלע הלוייתך עליו, שקל היה שוה, והלה אומר: לא כן, אלא סלע הלוייתי עליו, שלשה דינרין היה שוה, חייב" —

דשבועה מעיקר הדין גבי לוח הוא, שהוא הרי הודה במקצת הטענה, ומכל מקום אמור רבנן: לשתבע מלוה ולא לוח, כי שמא

ב. תמה ב"אילת השחר": הנה הלוה תובע את המלוה מחמת המשכון שנתן לו, ותובעו שהוא שוה שלשה דינרים, והמלוה טוען שאינו שוה אלא שני דינרים וכך הוא "משלם", ואם כן למה לא יישבע שבועה שאינה ברשותו, כיון דבזה שטוען שנאבדה, רוצה לפטור עצמו מעוד זוו שעל זה אינו משלם, שהרי כל החידוש של רב הונא הוא, דאף על גב דמשלם מכל מקום נשבע שמא חמד את החפץ, אבל במקום שטוען "אינו ברשותו" ועל ידי זה נפטר ממנו, הרי גם בלי רב הונא חייב לישבע, וכאן הרי על ידי טענתו שנאבדה הוא רוצה ליפטר מעוד זוו, ואם כן יתחייב לישבע שבועה שאינה ברשותו גם בלי חידושו של רב הונא!?

ותירץ: "דעל כרחך לומר, דכאן פוטר עצמו מהזוו השלישי לא בטענת שומרין, דהא פוטר עצמו מחמת שלא היה שוה רק שתים וכאומר להד"ם על זוו השלישי, וכי האי גוונא לא מצינו שום שבועה, [רק שבועת היסת]."

ג. תמהו הראשונים והאחרונים: לפי המבואר ברמב"ם שהובא לעיל לד ב בהערה 9, שאין משיבין אותו שבועה שאינו ברשותו, אלא אם כן היה הפקדון דבר שאין מצוי לקנות

1. הנה הריטב"א [הובא בהערה 8 לעיל לד ב] מפרש, שאם לא דברי רב הונא לא היינו מחייבים את המשלם לישבע שאינו ברשותו, אף שכל שומר נשבע כן, משום שהיינו אומרים: כיון ששילם, אם כן מסתמא אינו רוצה ליקח את החפץ שלא כדין, שאם כן למה הוא משלם כלל, והרי יכול לכפור [וטעם זה שייך רק כשאין עדים שמסר לו פקדון], או שיישבע שנאנסה ויפטר, [וחדש רב הונא, שמכל מקום חושדים אותו, שמא רוצה הוא לחמוד את החפץ אף שלגזול אינו רוצה]; ולפי המהרש"א [הובא לעיל לד ב בהערה 10] שבנידון דידן אינו יכול לישבע ולפטר שהרי אפילו באונס הוא חייב, צריך לומר, שאם לא דברי רב הונא לא קשה אמשנתנו, משום שיש לפרש את המשנה באופן שאין עדים שמסר לו משכון, והיה יכול לטעון "לא היו דברים מעולם".

2. א. לכאורה נראה שצריך לומר: "אינו ברשותו, היכי מצי מפיק ליה", כי על המשכון אנו דנים, ומשכון לשון זכר הוא; אלא שאין נראה להגיה בכל הענין, שנוקטת הגמרא לשון נקיבה.