

לטעון שלא פשע ולישבע וליפטר ולא עשה כן, הרי הוא זוכה בתשלומי הגנב, וכמבואר כל זה בגמרא ובתוספות.

ואם באו עדים שפשע —

הנה בפשוטו משמע מלשון המשנה: "שהרי אמרו שומר חינוג נשבע ויוצא", שאם באו עדים שפשע בה, ונמצא שלא היה יכול לישבע וליפטר, כי אז אין הוא קונה את הכפל; וכן מבואר ברמב"ן [הובא ב"שיטה מקובצת" כאן], שעיקר כוונת המשנה היא למעט אופן זה, ראה שם.

ומיהו הרשב"א [הובא ב"שיטה מקובצת"] חולק על הרמב"ן, וכתב: "ואינו מחוור בעיני, אלא כל המפקיד בשעת פקדון מקני ליה פקדון למי שהפקדון אצלו סמוך לגניבתה [היינו כמבואר בסוף הענין שזכותו של השומר בכפל הוא משום שהמפקיד מקנה לו את הבהמה סמוך לגניבה אם ישלם], כל זמן שהוא משלם, ולא מסיק [המפקיד] אדעתיה לאקנויי בשאין שם עדים דוקא; וכן מצאתי בירושלמי וכו'"; וראה בריטב"א על המשנה שחלק עליו, וכתב, שסוגיית הבבלי אינה כהירושלמי.

והרשב"א הקשה על עצמו מלשון הגמרא לקמן לד א "אי בעי פטר נפשיה", דמשמע דוקא משום שהיה יכול ליפטר, ולא כשבאו עדים, וכמבואר שם ששואל אינו קונה משום שאין לו במה לפטור את עצמו; ופירש: "דלאו למימר דהיכא דנגנבה בפשיעה — דלא מצי פטר נפשיה — לא קני כפילא, אלא אעיקר טעמא דמילתא קמהדר, לומר, דמפקיד מקנה כפילא לכל דמשלם ליה, ולא מטרח ליה [למפקיד, להזמינו לנפקד] לבי דינא, לכולהו שומרים קא יהיב דעתיה לאקנויי בשעת מסירה, בין שנגנבה באונס או בפשיעה, כיון דשייכי בהו צדדין דאי בעי פטרו נפשיהו, והילכך גמר דעתיה לאקנויי להו, כל היכא דלא מטרחו להו לבי דינא, בין שיאמר פשעתי בה, בין שיאמר נגנבה, והוא

הדין נמי להיכא דאיכא עדים שפשע בה ונגנבה, דמעיקרא גמר ואקני ליה כל זמן דלא אטרחיה לבי דינא, הואיל ואיכא בהו צד פטור דאי בעו פטרי בהו נפשיהו; אבל בשואל דלית ביה אנפא למפטר ביה נפשיה ... לא אסיק אדעתיה לאקנויי ליה מעיקרא".

ואם באו עדים שנאנסה הבהמה —

מבואר בירושלמי [הובא ברשב"א ובריטב"א על משנתנו], שאינו זוכה בכפל, וכן דעת הרשב"א, אבל הריטב"א כתב שלדעת הבבלי אינו כן; [וראה ב"שיעורי רבי שמואל", אות רנ שהביא בשם הריטב"א על הירושלמי, שמחלוקת הבבלי והירושלמי בכל זה הוא לשיטתם, והירושלמי לשיטתו שסובר בטעם ההקנאה שהיא מן התורה, וראה ב"שיעורי רבי שמואל" שם שהאריך בזה; ומיהו מלשונות הראשונים שהביאו דברי הירושלמי, אין נראה כלל כהבנת הריטב"א].

ולשון הריטב"א בזה הוא: "נלמוד ממשנתנו ומגמרא דעלה, דכל היכא שיש עדים על פטורו ולא על חיובו, ושילם ולא רצה לישבע לשקר מקני ליה כפילא", ומבואר לכאורה מלשונו, שהוא מקנה לו את הכפל רק באופן שהנפקד מודה שהעדים שקרנים הם, ולכן הוא משלם, אבל אם נותן לו מתנה בעלמא אינו מקנה לו את הכפל, וזה הוא שכתב: "ולא רצה לישבע לשקר", ומבואר שלפי האמת שקר הוא שנאנסה; [ומיהו לשונו עדיין צריך ביאור: כיון שיש עדים שנאנסה מה שייך לומר: "ולא רצה לישבע", והרי אם כדברי העדים אינו צריך לישבע, ולפי דבריו שהודה מה תועיל שבועתו, וצריך תלמוד]; אך בהמשך דברי הריטב"א הביא ראיה שהוא זוכה בכפל ממה שאמרו בבבא קמא קח א, שאם נשבע ומכל מקום שילם אחר כך הרי הוא זוכה בכפל, ומה לי עדים ומה לי שבועה; ושם מיירי — כפי שפירש רש"י שם — ששילם לפנים משורת הדין, ואם כן הוא