

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

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

פרק שלישי

דפים לג — לד

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

א. מי זכאי בתשלומי כפל ובתשלומי ארבעה וחמשה?

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

ג. כיצד הדין בשוכר ובשואל?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

מתו המפקיד והנפקד ושלמו בנים לבנים;

שילם מחצה;

שאל שתי פרות ושילם אחת מהן;

שאל מן השותפים ושילם לאחד מהם;

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

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

ואעפ"כ משלם, מה מונעו מלשלם לאחד.

שותפים ששאלו ושילם אחד מהם;

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

שאל מן האשה ושילם לבעלה;

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

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

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

אשה ששאלה ושילם בעלה.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

דף לד

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

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

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

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

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

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