

נועים אליעזר

בדין שהמפקיד צריך לומר לשומר שישמור

דברי ה"נתיבות המשפט"

בפשט דברי הרמב"ן

והנה במש"כ ה"נתיבות המשפט" בפשט דברי הרמב"ן, יל"ע מלישנא דהרמב"ן דבתחילת דבריו כתב דהנותן חפץ לחבירו ואומר תפוס לי פטור, כיון שלא אמר שמור לי. - ולכאורה הביאור באמירתו תפוס לי דיתפסנו בידי ולא יניחנו במקום שמור.

דברי ה"מחנה אפרים"

ד) ויעוי' ב"מחנה אפרים" (דיני שומרים סי' א') שפירש באופ"א דברי הרמב"ן, דבכל גווני דמוכח דהמפקיד נתכוין לשמירה הוי שומר גם כשלא הזכיר המפקיד לשון שמירה, אלא שכשאומר לשון תפוס לי פעמים דמוכח לשון שמירה, וכגון שאמר המפקיד תפוס לי עד שאבוא ממקום פלוני, דבכהאי גוונא נתכוין לשמירה אם בעה"ב לא ישמרנו, וכמו שכתב הרא"ש בתשו' (כלל פ"ד סי' ב'), והובאה בשו"ע חו"מ (בסי' רצ"א ס"ב).

ביאור ה"מחנה אפרים" בד' הרמב"ן

והוסיף ה"מחנה אפרים", דמש"כ הרמב"ן דהאומר תפוס לי פטור, כיון שלא אמר שמור לי, היינו כשאומר בלשון זה בלבד תפוס לי, ולא הוסיף לומר עד שאשוב ממקום פלוני, דבכהאי גוונא אין משמעותו שמסר בידו לשמירה, אלא תפוס ומיד אני חוזר ולוקחו ממך, ומה שמסר בידו לא היה אלא כדי להסתכל במקום אחר שהיה צריך ולא להניחו בידו לשמור, דבזה אפילו אם ישארו בידו לא נעשה שומר מכיון דכשבאו לידו לא היה אדעתא דשמירה. ע"ש ב"מחנה אפרים".

בתשו' "בית דינו של שלמה"

ויעוי' בשו"ת "בית דינו של שלמה" (חו"מ סי' ו') בתשו' רבי מרדכי גאלאנטי, שכתב דהשומר חייב בכהאי גוונא, משום דהוי ערב, דהא על פיו הוציא ממון. - וע"ש בתשו' (סי' ז) מה שהשיבו המחבר.

ולא קבלם הנפקד בידו אלא כמו שהניח המפקיד על החמור כך הוליקם, ולא קשרם, והלך לו מן הצד להסך רגליו, והניח החמור על אם הדרך, ונאבדו המנועלים, הוי שומר חנם, והוי ליה פושע וחייב לשלם, דמכיון והוא בדרך ודאי קיבל עליו שמירה.

בד' הירושלמי

והוסיף ה"מחנה אפרים" דהכי איתא בירושלמי (פ"ב דשבועות) על הדרשא לשמור ולא לאבד לשמור ולא ליתן במתנה, אמר ר"י והוא שאמר ליתן מתנה לכל מי שירצה, אבל אמר לפלוני מכיון ששמירתו עליו כמי שהוא עליו.

דברי הרמב"ן

ג) והרמב"ן במלחמות בב"ק (צ"ג), כתב דאם נתן חפץ לחבירו ולא אמר לו שמור לי אלא תפוס לי וכיו"ב פטור, משום: "שאין השומר מתחייב עד שיאמר שמור לי או בענין שסתם משמע לשון שמירה". עכ"ל. אבל המפקיד סתם פטור, דהא לא אמר לו לשמור. - וסיים הרמב"ן דהוא מרגלא בפומיה דרבנן בגמ', דשמור לי קאמרי לעולם, ותני להו בהדיא במכילתין לעולם אינו חייב עד שיאמר לו היאך שמור לי זה, אבל אמר לו עיניך על זה פטור. ע"ש.

דברי ה"נתיבות המשפט"

והנה נקט ה"נתיבות המשפט" (בסי' רצ"א סק"ב) דבמקום שצריך שמירת בעלים כשנותן לידו, הרי מוכח שכונתו לשמירה, ומש"כ הרמב"ן דבעינן שיאמר שמור בהכרח דמיירי כשמייחד לו מקום דאין צריך שמירת בעה"ב, דבכ"ג לא מוכח שבעה"ב מקבל שמירה על עצמו. - יעוי' ב"נתיבות המשפט" מש"כ עוד עפ"ז.

כי יתן איש אל רעהו חמור או שור או שה וכל בהמה לשמור (שמות י"ב, ט').

במכילתא, אמר רבי שמעון עד שיפקיד אצלו ויאמר הילך ושמור לי אבל אם אמר ליה עיניך בו פטור.

בסוגיא דב"ק צ"ג ע"א

א) אמרינן בב"ק (צ"ג), שבר את כדי קרע את כסותי חייב, ורמינהי לשמור ולא לאבד לשמור ולא לקרוע לשמור ולא לחלק לעניים כו'. ומשני, הא דאתא לידיה בתורת שמירה, הא דאתא לידיה בתורת קריעה.

דברי המכילתא

ובתוד"ה ורמינהי כו', פירשו דהא דפריך היינו מדקתני ולא לקרוע, דאי לא בעי אלא לפטור כשנאבד בפשיעה מאי אריא דא"ל ע"מ לקרוע אפילו לא אמר ליה ע"מ לקרוע, אלא שלא אמר ליה בלשון שמירה פטור. - ומייתי ממכילתא על הפסוק לשמור דדריש ר"ש דהיינו דוקא עד שיפקיד אצלו ויאמר הילך ושמור לי אבל אם אמר ליה עיניך בו פטור.

דברי ה"מחנה אפרים"

ב) ובספר "מחנה אפרים" (דיני שומרים סי' א') כתב דכל היכא דמוכחא מילתא דהמפקיד נתכוין לשמירה, אף על פי שלא הזכיר שמירה אלא שאמר לו תפוס זה בידך עד שאבא ממקום פלוני, הרי זה כאילו אמר לו שמור לי זה, מכיון ששמירתו על הנפקד הוא, דאם הוא לא ישמרנו מי ישמרנו.

בתשו' המנועלים שהביא הרא"ש

ויסוד הדין בזה, הוא כמו שכתב הרא"ש בתשו' (סי' צ"ד סי' ב' ד'), והובא בשו"ע חו"מ (סי' רצ"א ס"ב), דמי שהיה מהלך בדרך ואמר לו חבירו הולך עמך אלו המנועלים, ואמר לו הניחם כאן על החמור, והניחם שם,

לשמור בלי שום משיכה, וצ"ב, דבתחילה כתב שומר שמשך דמשמע דבעי משיכה, ולבסוף כתב דכשקבל לשמור חייב בלא משיכה. - אלא כונתו בתחילת דבריו, דאף על פי שלא קיבל השומר לשמור אפילו הכי מאחר שמשך הוי כקבלת שמירה, אבל כשלא משכו אלא שהמפקיד הניחו ברשותו צריך שהנפקד יקבל עליו לשומרו.

דברי ה"נתיבות המשפט" במעשה ברעש מלחמה

(ט) והנה יעויין עוד במה שכתב ה"נתיבות המשפט" (בסי' רצ"א סק"ב) בזה"ל: "מעשה בא לפנינו, ברעש מלחמה נתן אחד לחבירו להניחו במטמון שיש לו כקרקע בביתו, ואחר כלות הרעש חפר הנפקד הקרקע להוציא שלו והודיע להמפקיד שכבר הוציא שלו, ואחר כך נגנב הפקדון. ופסקינן שאפילו שבועה אינו חייב, דלא נעשה שומר כלל, כיון שלא אמר שמור לי. והמקום אין צריך שמירת בעלים ולא מוכח מענינו שנתכוין לשמירה". עכ"ד ה"נתיבות המשפט".

דינים העולים

ונמצינו למדין. א. אין השומר מתחייב בשמירה עד שיאמר שמתחייב בשמירה כגון באמר הנח לפני. אמרו לו הבעלים "שים על זה עין" והסכים השומר לא"ה קבלת שמירה וה"ה באמר לו תפוס לי. לא מתחייב בשמירה. - ב. אמנם היכא דמוכח שנתכוונו הבעלים לשמירה. מתחייב השומר בכך כגון עובדא בתי המנעלים שהובא ברא"ש ונפסק בשו"ע דהניח המנעלים בדרך על דעת השומר. - ג. עפי"ז כתב "מחנה אפרים" דבאמר תפוס לי עד שאשוב, מתחייב השומר בשמירה. - ד. כמו"כ נתן לו חפץ ע"מ שיחלקנו לא מתחייב בזה בשמירה לבעליו. - ה. וכ"כ מבי"ט דאם נתן לו המפקיד בסתמא, הנפקד מתחייב בשמירה וצ"ל דמירי בגוונא דמוכח דהכי היתה כוונתו. - ו. משך הפקדון בסתמא וא"ל המפקיד שמור לי, מתחייב בשמירה. - ז. נתן לו חפץ שיניחנו אצלו מחמת רעש מלחמה וכל כיו"ב, שאין למפקיד מקום אצלו ונתנו לאחר, אין הלה מתחייב בשמירה.

ביצה, דזהו רק אליבא דרבי, אבל רבנן באמת פליגי בהא]. - ודקדק ה"נתיבות המשפט" גם כן מהשו"ע הכי, ונתבאר לעיל.

הערה ע"ד הנתח"מ

ולכאורה יש להעיר ע"ד הגרעק"א, דבסתמא לא מקבל שמירה. [ודוחק לאוקמי דהתוס' והרמב"ן מיירי כשאין המפקיד נותן לו ביד, וה"נתיבות המשפט" פליגי בהא דפשטות דבריהם מיירי בכל גווני, והדרינן למיקשי ע"ד הגרעק"א].

כשצריך שמירת בעלים מקבל הנפקד שמירה

(ז) אמנם י"ל כמו שכתב ה"נתיבות המשפט" דבמקום שצריך שמירת בעלים בכהאי גוונא מקבל הנפקד שמירה גם בלא שיאמר לו המפקיד שישמור, ודברי התוס' בשם המכילתא והרמב"ן היינו בגוונא שאין צריך שמירת בעלים וכגון שיחד המפקיד מקום ששם יניחנו הנפקד, דבעינן שיאמר המפקיד לנפקד שישמור.

דעת ה"נתיבות המשפט"

ויעוי' גם כן ב"נתיבות המשפט" שנקט כהגרעק"א, שכתב "כשנתן לידו הרי מוכח מענינו שכונתו לשמירה".

דעת ה"מחנה אפרים"

והנה ב"מחנה אפרים" (דיני שומרים סי' א') נקט דבעינן שיהא מוכח מדיבורו שנתנו לשמירה, ולכן כשאמר המפקיד תפוס ומיד אני חוזר אין כאן קבלת שמירה.

דברי ה"נתיבות המשפט" כשהמפקיד אמר שמור לי

(ח) וכשהנפקד משכו להפקדון בשתיקה, והמפקיד אמר שמור לי, יעוי' ב"נתיבות המשפט" (בסי' רצ"א סק"ה) דהוי שמירה.

דברי ה"מחנה אפרים"

והנה יעוי' ב"מחנה אפרים" (דיני שומרים סי' ג') שכתב גם כן דבכהאי גוונא שהמפקיד אמר לו שמור לי והנפקד משכו בשתיקה דהוי ליה קבלת שמירה. - והוכיח מדברי רבינו ירוחם שכתב: "שומר שמשך חייב מיד, ואם אמר לו שמור לי זה ואמר לו הנח לפני, נעשה שומר מיד דכל השומרים חייבים כשקיבלו עליהם

בדקדוק לשון השו"ע

(ה) והנה במש"כ ה"נתיבות המשפט" לדקדק לישנא דשו"ע שכתב: "שומר חנם הוא שהפקידו אצלו כסף או כלים כו' לשמור כו". עכ"ד. ומהא שחזר וכתב "לשמור" דבכל מקום שמור שאמר לו המפקיד להניחו אינו חייב, יעוי' בביאור הגר"א בשו"ע (בסי' רצ"א סק"ז) דלישנא דקרא נקט.

והנה אפשר לומר עוד, דאשמעינן דכשנתן לחלק ונאבדו בפשיעה דפטור, דכיון שלא קיבל השומר את הפקדון כדי לשמור דהיינו שיחזיר לו בשלימות, אלא דיחלק הפקדון, אין בכך דיני שומרים. וכדקיי"ל בשו"ע (סי' ש"א ס"ז) שכשנותן לנפקד כדי לחלק לעניים ופשע ונגנבו פטור שנאמר לשמור ולא לחלק, והיינו דלא חייבה תורה כי אם כשבא לידו בתורת שמירה שישמרנו בידו לזמן מסויים, ואחר כך יחזירהו לידו, אבל כשנותן לו ממון ואינו רוצה שיחזירהו לו לאחר זמן אינו נעשה שומר על זה. איברא דזה אינו, דשאני לחלק לעניים דמתחילתו נתן לחלק, אבל בעלמא אף על פי שאינו רוצה שיחזירהו לו, אבל סוף סוף רוצה שיתקיים מטרתו.

בתשו' המכ"ט

(ו) והנה הגרעק"א בשו"ע חו"מ (סימן רצ"א סעיף ב') הביא מתשו' מבי"ט (ח"א סימן רצ"א) דאם המפקיד נתן ביד הנפקד בסתמא י"ל דהוי שומר.

הערה מד' התוס'

והנה יש להעיר ממש"כ התוס' בב"ק (צ"ג.) ד"ה ורמינהי, בשם המכילתא דדריש עה"פ לשמור ר"ש אומר עד שיפקיד אצלו ויאמר הילך ושמור לי אבל אם אמר ליה עיניך בו פטור. הרי דבעינן שהמפקיד יאמר לו שישמור עבורו. - ויעוי' גם כן במלחמות בב"ק (ל"ג א' מדפי הרי"ף) שכתב: "שאין השומר לעולם חייב עד שיאמר לו שמור או בעינין שסתם משמע לשון שמירה, אבל במפקיד סתם ודאי פטור".

דברי ה"נתיבות המשפט"

והנה יעוי' ב"נתיבות המשפט" (בסי' רצ"א סק"ב) שהביא דבריהם והוסיף דכן משמע ברש"י ביצה (מ'.) ע"ש [ויתכן לדון בראיה מרש"י

❖ חיוב ארבעה וחמשה כשהפקיר ואיבדה ובהוצאה מרשותו

אם המצא תמצא בידו הגנבה משור עד חמור עד שה חיים שנים ישלם (שמות כ"ב, ג).

בפירוש אור החיים כתב: "אם המצא תמצא. טעם הכפל, לומר אחת לגופה, שבאו עדים שנגנבה. וב' לומר שמצאוהו בעין אצלו. אבל זולת זה יתחייב בד' וה'. שכל שאינה בידו, בחזקת מכורה או שחוטא. ולא אמר הכתוב שנים לבד, אלא בנמצאת. ותדע שלא דוקא מכר או טבח, אלא הוא הדין נתן או אבד. כל שיצתה מרשותו. וכן מוכח בש"ס להדיא [בב"ק (ע"ט.)], גנב ברשות בעלים וטבח ומכר חוץ מרשותם או שגנב חוץ מרשותם וטבח ומכר ברשותם, או שגנב טבח ומכר חוץ מרשותם משלם תשלומי ארבעה וחמשה]. והוא הדין הקדיש". ע"כ.

חידוש האוה"ח דאפילו כשאיבד חייב בדו"ח

א) הנה ה"אור החיים" נקט דהחייב בטביחה ומכירה הוא דאפילו אם איבד גם כן חייב בארבעה וחמשה. וכמו שכתב בזה"ל: "שכל שאינה בידו, בחזקת מכורה או שחוטא". - ויעוי' בשו"ת "דברי מלכיא"ל" (חלק ו' סימן פ"ב) בנידון הפקיר.

ביאור עפ"ד הנתח"מ כפי רמ"ט סק"א

ובביאור דברי ה"אור החיים", י"ל על פי מה שכתב ה"נתיבות המשפט" (סימן רמ"ט סק"א) דאבידה קודם יאוש חשוב אינו ברשותו. ולפי זה יש לבאר דברי האוה"ח דבהכרח חייב בארבעה וחמשה, כיון דהוי כהפקר שמוציאו מרשותו.

בחילוק בין איבוד והפקר וכין נתנבלה

דהנה לכאורה קשה מהא דקיי"ל בטור חו"מ (סימן ש"ג סעיף י"ב) דכשחטא ונתנבלה פטור. וכדתנן בב"ק (ע"ח). דהיאך נקט האוה"ח

דטבח היינו אפילו אם איבד או הפקיר, והרי כשנתנבלה פטור.

ונראה ליישב דשאני התם דרצונו לעשות לצרכו אלא שנתנבלה בידו, ולכן אינו חייב מדין טבח. מה שאין כן כשרוצה לאבדה ומאבדה דנתקיימה מחשבתו, וחייב מדין טבח ומכר. [ואין לתרץ דחידושו של האוה"ח קאי רק לענין מכירה ולא לענין טביחה. דאין לשונו משמע כן. וגם הרי יקשה דבכל טביחה יתחייב מדין מכירה].

בדרשת המכילתא

ב) ובמכילתא דרבי ישמעאל (משפטים, מסכתא דנזיקין פרשה י"ג) גרסינן: "אם המצא תמצא. אין מציאה אלא בעדים. בידו, אין בידו בכל מקום אלא רשותו. אף על פי שאין ראייה לדבר זכר לדבר, שנאמר (במדבר כ"א, כ"ו) ויקח את כל ארצו מידו, וכתוב (בראשית כ"ד, י') ויקח העבד עשרה גמלים וגו'. הא אין ידו בכל מקום אלא רשותו".

ובמכילתא דרבי שמעון בר יוחאי (פרשה כ"ב, פיסקא ג') איתא: "אם המצא תמצא בידו הגניבה. ראו [אותו] שנכנס ולא מצאו בידו גניבה. מצאו בידו גניבה, ולא ראו אותו [שנכנס] פטור עד שיראו אותו שנכנס בידו גניבה".

יסוד החיוב דדו"ח בהוצאה מרשות ולא מפני הפעולה שנעשתה ע"י הגנב

ג) ובעיקר דברי ה"אור החיים" דיסוד החיוב דארבעה וחמשה חל בגלל ההוצאה מרשות, ולא מחמת הפעולה שנעשתה על ידי הגנב. מכיון שהחיוב הוא מפני שהגזילה יצאה מרשות הבעלים, אף על פי שלא עשה מעשה.

דבב"ק (ע"ט.) אמרינן, גנב ברשות בעלים וטבח ומכר חוץ מרשותם או שגנב חוץ מרשותם וטבח ומכר ברשותם, משלם תשלומי ארבעה וחמשה. אבל גנב וטבח ומכר ברשותם פטור. - ונקט האוה"ח דיסוד החיוב אינו משעת הגבהה או הוצאה לרשות.

כפלוגתא דקאמי אם סגי בהגבהה או דבעינן הוצאה מרשות בעלים

ד) אמנם שיטת התוס' בב"ק (ע"ט.) ד"ה אבל כו' שכל זמן שלא נעשית פעולה בידים, כגון הגבהה, פטור הגזלן. - ובשיטתם בב"ק (ע"ט.) מיייתי מהתוספתא (פ"ז דב"ק ה"ז) כיו"ב, שגנב וטבח ברשות הבעלים "אם הגביהו חייב ואם לא הגביהו פטור".

אך שיטת הראב"ד, הובא בשיטתם בב"ק (ע"ט.), ובחידושי הרשב"א (שם), דדוקא אם הוציא מרשות בעל הבית מתחייב, ולא מספיק פעולת הגבהה לחודא.

בדברי השו"ע חו"מ סי' שמ"ח ס"ד

ה) ובשו"ע חו"מ (סימן שמ"ח סעיף ד') כתב: "משעה שמשך הגניבה נעשה עליה גנב. במה דברים אמורים, שמשכה חוץ מרשות הבעלים, אבל כל זמן שהיא ברשות הבעלים אינו חייב עד שיגביהנה. ואם הכניסה לרשותו כו' אם היא משתמרת חייב, אף על פי שלא משך ולא הגביה".

ובספר "קצות החושן" (סימן שמ"ח סק"ב) ביאר דברי השיטתם הנ"ל, דלא סגי במה שהבהמה יצאה מרשותו, אלא צריך לעשות פעולה לגלות שכוונתו לגזול את החפץ. - וז"ל: "דאם נכנסה מעצמה לרשותו ונתכוין לקנותה לגזילה לא מיחייב במחשבה גרידא, ואפילו היה חצר המשתמרת. ומשום דבמחשבה אינו נעשה גזלן עד שיעשה מעשה, כמו נעל בפניה. אף על גב דבמציאה כהאי גוונא קני לה במחשבה גרידא. אבל בגזילה צריך נעל בפניה אי שיכניסנה בעצמו לרשותו. וזהו שכתב בשו"ע ואם הכניסה לרשותו. אבל נכנסה מאליה לא. והוא הדין נכנסה מאליה ונעל בפניה דזה נמי הוי מעשה. ובתשובת מהרי"ט חלק חו"מ סימן פ"ח ז"ל, אלמא אפילו מתעסק לגונבו כל שלא עשה מעשה פטור, דלא מיחייב במחשבה אלא במעשה הגבהה. עכ"ל. כו', אינו קונה לאונסין עד שיעשה מעשה". עכ"ד הקצוה"ח.

דמשכחת לה בשומר שטר שטוען שומר חנם אני ונגנבה. אך רש"י שם פליג, ע"ש].

ויעוי"ש בחידושי הרשב"א שכתב הכי, דשואל כדי נקטיה, והוסיף הרשב"א: "וא"נ יש לפרש דלאו אשואל דקרא קאמר, אלא שומר חנם ששלח בה יד ושואל שלא מדעת הוא גזלן".

והנה לפי דברי הקצוה"ח (בסימן שמ"ח סק"ב) הנ"ל שהביא מתשו' מהרי"ט (ח"מ סימן פ"ח) דשולח יד דינו כגזלן ממש, אם כן לא שייך לומר דקתני לדין שולח יד בכלל דשומר חנם והשואל, דהלא לדבריו אין זה מדיני שומרים אלא מדיני גזילה.

ובהכרח דחזינן בדברי הרשב"א אלו, דאין כאן גזילה ממש, וכמו שכתב ב"תרומת הכרי" (בסימן רצ"ב סק"ב) דאין לחייב שולח יד מדיני גזלן ממש, דהרי חשיב דידי כיד הבעלים ולא הוציא מרשות בעלים, ורק מדיני שומרים חשיב כגזלן. הרי נתבאר דהרשב"א לטעמיה, דלא נקיט כמש"כ כאן בקצוה"ח.

בגדר הקנין למעשה גניבה

(ג) ובעיקר הדבר דבעינן מעשה גניבה כדי להתחייב כגנב, וכמו שכתב הקצוה"ח, יש לעיין האם הוי דין בקנין, דבעינן דוקא דהקנין שנעשה בו גנב יהיה על ידי מעשה גניבה. - או דלמא אפילו לא נעשה הקנין על ידי מעשה הגניבה אלא דעשה מעשה גניבה בדבר אחר והקנין נעשה על ידי דבר אחר נמי סגי בהכי.

שיטת התוס'

והנה התוס' ב"ק (ס"ה.) ד"ה אין לי אלא בידו, פירשו דמיירי דהכישה במקל מחצירו של בעל הבית ונכנסה לגגו חצירו וקרפיו. - וע"ש ברש"י שהעיר בתרתי, חדא דמכיון ומיירי בהכישה במקל אם כן תיפוק ליה דבזה לחוד כבר קנאה, דהא הכישה הוי קנין משיכה ולמה לי לקנין דגגו חצירו, ועוד דהתוס' הוסיפו דאצטריך לרבווי חצר לאשמוענין דחצר קונה אף לחובתו, וצ"ב דמה בכך שהוא לחובתו הרי הוי מדעתו והוי ליה למימר אף לדבר עבירה וכדמסקי בסוף דבריהם. עכ"ד הרש"י.

בשיטת הריטב"א

(ט) אמנם בחידושים המיוחסים להריטב"א בגיטין (ע"ז.) מבואר דגם בלא מעשה גניבה נעשה גנב ברצונו לקנות הגניבה בצירוף הקנין. יעוי"ש בד"ה ואי אשמעינן גבי גנב משום קנסא אבל גבי גט אינו חייב כשנכנסה לרשותו אלא אם כן נעל בפניה, דמוכחא מילתא דברצונו הוא, ואם הנהיגה עד שנכנסה לרשותו, אפילו לא נעל בפניה חייב, והוא דכפר ביה ואתו סהדי, דאי בהודאתו הא קיימא לן מודה בקנס פטור, וגבי גט כיון שבידה מתגרשת בעל כרחה, בחצירה לא בעינן נעילה. עכ"ל. - ומבואר דאפילו דלא עשה מעשה גניבה קנה, כשרצונו לקנות בצירוף קנין.

בשיטת רש"י

ויעוי"ש רש"י שם ד"ה אבל כו', שכתב: "אבל גנב דלא מיחייב אי שדייה איניש בעל כרחיה". עכ"ל.

הערה ע"ד הקצוה"ח

ולדברי הקצוה"ח קשה אמאי הוצרכנו למימר דהוה בעל כרחיה, הרי גם מדעתיה לא יתחייב ככהאי גוונא דליכא מעשה גניבה.

בשיטתו"ק בשם הרשב"א

(י) ויעוי"ש בשיטתו"ק בכתובות (ל"ד:) בשם הרשב"א, דכשהיתה בהמת חבירו רבוצה בחצירו ונתכוין לזכות בה מתחייב בכפל בכונת קנין בלא מעשה גניבה. ועי' בשו"ת "דבר אברהם" (ח"א סימן כ"א ענף ו' ס"ק י"א).

שיטת הרמב"ן

(יא) אמנם הרמב"ן לא נחית לזה, ע"ש בשיטתו"ק דבמעשה שחיטה קונה הגניבה.

ביאור שיטת הרשב"א

(יב) והנה בשיטת הרשב"א הנ"ל דנקט דגם בלא מעשה גניבה מתחייב בכפל, את שפיר מה שכתב הרשב"א בב"ק (ד':) ד"ה גנב כו', בהא דמשני התם בגמ' דגנב וגזלן הא תני ליה שומר חנם והשואל, וע"ש בפרש"י דשואל לאו דוקא נקט דהא לא משכחת ביה דנפטר לא בטוען טענת גנב ולא בטוען טענת גזלן שהרי הוא חייב בכולו [ואמנם הראב"ד בפירושו לב"ק (ק"ב.) ד"ה טבחה כו', ס"ל

חיוב קרן בלא מעשה קנין

(ו) והנה בשו"ע חו"מ (סימן שמ"ח סעיף ד') שכתב: "משעה שמשך הגניבה נעשה עליה גנב במה דברים אמורים שמשכה חוץ מרשות הבעלים". מתבאר דבלא מעשה קנין לא נעשה גנב.

בשיטת הרמב"ם ורש"י

(ז) אכן ברמב"ם (פ"ב מגניבה ה"ז) כתב דבלא מעשה קנין אינו חייב בכפל, ומשמע דבקן חייב גם בלא מעשה קנין. וכן הוא הנוסחא שבגליון הגמ' (ע"ט.) בפרש"י שם. - וכבר תמה בתיו"ט אמאי נתחייב בקרן בלא מעשה קנין.

בשיטת התוס'

והנה בגליון מהרש"א בשו"ע (סימן שמ"ח סעיף ד') ציין למה שכתב התוס' בע"ז (ע"א:) ד"ה ואי ס"ד משיכה כו', דמשמע ג"כ כהרמב"ם ורש"י. - דיעוי"ש בהא דפרש"י דאי משיכה בקוי אינה כונה אמאי נהרג והא לא קניה וכל היכא דאיתיה ברשותיה דישאל הוא, והקשו התוס' דהא ישראל נמי לא קנה הגזילה להיות שלו ואפילו הכי קנייה להתחייב באונסין החיוב דשייך ביה, והכא נמי יש לנו לומר בן נח שקנאו להתחייב בה מיתה דהיינו החיוב דשייך בה ע"ש. וצ"ב, דהא במקום שאין משיכה קונה גם ישראל אינו חייב באונסין. וכיו"ב הקשה הגרעק"א (בכ"ח ח"ב סימן א'). - והנה לדברי הרמב"ם ורש"י אתי שפיר, דעל הקרן ודאי דחייב גם בלא משיכה. - אכן י"ל דקושיית התוס' שם דאין צריך שבגנבה יהיה שלה גנב, והא דבעינן גניבה ובכחאי גוונא סגי במשיכה גם בגוי, דלענין חיובי גניבה וגזילה סגי בקנין קלוש.

קנין חצר בגנב צריך מעשה

ולא סגי במחשבה

(ח) ובעיקר הא דנקט בשו"ע חו"מ (סימן שמ"ח סעיף ד') דחייב אם הכניסה לרשותו. יעויין בקצוה"ח (שם סק"ב) שהביא פרש"י ב"מ (י':) ד"ה גגו, דבגניבה בעינן מעשה גניבה וקנין, וכתב הקצוה"ח דזהו מש"כ בשו"ע, ואם הכניסה לרשותו, אבל נכנסה מאליה לא. והוא הדין נכנסה מאליה ונעל בפניה דזה נמי הוי מעשה.

ביאור דברי התוס'

מכה עבדו כדי להמית

אמנם י"ל בביאור דבריהם, דגם כשמעשה הגניבה הוי בדבר אחד והקנין נעשה על ידי דבר אחר סגי, ולכן כתבו התוס' דמיירי שהכישה במקל "ונכנסה" לגגו (ולא כתבו להכניסה), דהיינו שהוא רק הכישה והיא נכנסה מעצה, דלא נתכוין להוציאה על ידי זה מרשות הבעלים לקנותה במשיכה, אלא דנתכוין למעשה גניבה בעלמא דרצה לגונבה ולבסוף נכנסה מעצמה לחצירו של הגנב שלא מדעתו, וממילא מה דהכישה סגי רק למעשה גניבה בעלמא. אבל הקנין הוי רק על ידי גגו וחצירו. ואפילו דנכנסה מחמת מה שהכישה מכל מקום לא נתכוין לקנות בכך אלא בחצר. ומיושב גם כן מה שהקשה הרש"ש דמה בכך דהוא לחובתו הרי הוי מדעתו, דלפי מה שנתבאר הרי הכניסה שלא מדעתו, דהא נכנסה מעצמה, וקונה רק מטעם חצר.

כשנכנסה הגניבה לרשותו

לא קנאה הגנב

(ד) ובמה שכתב בשו"ע חו"מ (סימן שמ"ח סעיף ד') דגנב בהמה שהכניסה לרשותו אם היא משתמרת חייב. יעו"ש בביאור הגר"א (ס"ק י"ז) שהקשה דאפילו אינה משתמרת סגי בעומד בצדה.

ובספר "אולם המשפט" יישב דהא דכתב בשו"ע הכניסה לרשותו הוא לאו דוקא דהרי אפילו הכניסה לסימטא קנה במשיכה, ובהכרח מיירי דנכנסה מאליה לרשותו מעצמה ונעל בפניה, וקנאה במעשה גניבה, וכמו שדקדק הקצוה"ח (שם בס"ק ב) מפרש"י ב"מ (י.), ונתבאר לעיל (סק"ח), ולכן הוי ליה לענין קנין גניבה כחצר שאינה משתמרת, ולא מהני מה שינעול בפניה דהא אין בזה מעשה, וכמו כן לא סגי בעומד בצדה.



וכי יכה איש את עבדו או את אמתו בשבט ומת תחת ידו נקם ינקם. אך אם יום או יומים יעמד לא יקם כי כספו הוא
(שמות כ"א, כ' - כ"א).

פרש"י: "בשבט. כשיש בו כדי להמית הכתוב מדבר, או אינו אפילו אין בו כדי להמית, תלמוד לומר בישראל, ואם באבן יד אשר ימות בה (במדבר ל"ה, י"ז). או בכלי עץ אשר ימות בו. - הכהו, והלא דברים קל וחומר, מה ישראל חמור אין חייב עליו אלא אם כן הכהו בדבר שיש בו כדי להמית, ועל אבר שהוא כדי למות בהכאה זו, עבד הקל לא כל שכן".

בדרשת המכילתא

(א) במכילתא (פרשה ז') מסקינן, דאין למילף מהקל וחומר, מכיון דאין עונשין מן הדין, שאתה מחייבו מיתה שלא כדין, אלא ילפינן מקרא דכתיב "בשבט", דאירי דוקא כשיש בו כדי להמית.

הערה בדברי המכילתא

(ב) והנה יש להעיר על דרשת המכילתא, הרי אדרבה מהקל וחומר קאתינן להקל עליו, דהא מן הדין היה מחוייב מיתה אפילו אין בו כדי להמית, ומחמת הקל וחומר נפטר ממיתה.

קושיית ה"דעת זקנים מבעלי התוספות" כיו"ב, ותירוצם דמשחת חומרא בדין רודף

(ג) ויעויין ב"דעת זקנים מבעלי התוספות" שעמדו בזה, ותירצו דמשכחת חומרא בהאי קל וחומר, כגון אם האדון רודף אחר עבדו כדי להורגו בדבר שאין בו כדי להמית, ובא ראובן והציל העבד והרג את האדון מדין רודף, הרי אחרי הקל וחומר ראובן יהא נהרג מפני שהאדון לא מתחייב מיתה אם הרג את עבדו, כיון שאין בו כדי להמית. וטענת המכילתא דראובן נהרג שלא כדין.

דברי ה"דעת זקנים מבעלי התוספות"
דיעו"ש ב"דעת זקנים מבעלי התוספות" שכתבו: "וי"ל דמכח ק"ו מיהא גמר, ולכך נקט רש"י לשון זה, והלא דברים ק"ו, ומה ישראל חמור אינו חייב אלא בדבר שיש בו כדי להמית, עבד הקל לא כל שכן, ואיתמר במכילתא אם אתה אומר כן אתה מענישו מן הדין. ומה ר"ל אדרבה מקל וחומר זה אנו באין להקל עליו. ויש לומר דמשכחת לה חומרא ברודף, דקים לן דרודף שרדף אחר חבירו להרגו, בדעתו להצילו בנפשו של רודף, וזה האדון היה רודף אחר עבדו להרגו בשבט שאין בו כדי להמית, ובא ישראל אחר והרג האדון להציל העבד, וכיון דאמר מדין זה שאין האדון חייב לפי שאין בה כדי להמית, נמצא שזה הישראל שהרג האדון חייב מיתה, נמצא שאתה מחייבו ומענישו מן הדין. מהר"י יצחק מפי טוב"ן ז"ל." עכ"ל.

קושיית ה"מרכבת המשנה"

(ד) אמנם בספר "מרכבת המשנה" על המכילתא הנ"ל, העיר על דברי ה"דעת זקנים מבעלי התוספות", דהא כל הנידון הוא אם מת אחר כך, ולא היה בו כדי להמית. אבל מקמי הכי אין לחוש שימות. ואם כן האדון לא היה רודף, ואסור לראובן להורגו. ואם כן אי לאו הקל וחומר היה ראובן נהרג. [ויש להוסיף להקשות, דאפילו נימא דפטור באין בו כדי להמית, מכל מקום הוי ליה רודף. וכמו ברוצה להרוג על ידי גרמא].

הכאה בשיעור כדי להמית לאחר יום או יומיים

(ה) ויעוי"ש בספר "מרכבת המשנה" שתירץ המכילתא, דנקטינן מלתא דפסיקא דכשרוצח רגיל אם יש בו כדי להמית לאחר זמן, ומת קודם הזמן דחייב. וה"נ לענין דין יום או יומיים, ויש בו כדי להמית לאחר יום או יומיים, ומת קודם, דאם הוה ילפינן מרוצח דעלמא היה חייב, ועל זה קאמרינן דאין עונשין מן הדין, ולכן הוצרכנו לקרא דשבט, דבאמת פטור.

הערה בתירוץ ה"מרכבת המשנה"

אמנם יש להעיר, דאמאי באמת נפטר, הרי הויה ליה הכאה כדי להמית, והחילוק בזה הוא רק בזמן המיתה. ואם נימא הכך סברא דבכהאי גוונא פטור, כיון דהיה בזמן פטור, אם כן גם בלאו קרא הוה דינא הכי. - ויש ליישב דמכיון דאיכא ילפותא, לכן נפטר כשהיה בזמן פטור.

תירוץ הגה"ק מאוסטררווצא

(1) והנה בספר "מאיר עיני חכמים" (ח"א סימן ל"א סק"ח) הובא בשם הגה"ק רבינו מאיר יחיאל הלוי מאוסטררווצא, שתירץ דהלא הקשו בכל הורג נפש אפילו דאזלינן בתר רובא, מכל מקום ניחוש שמא הוא טריפה משום חזקת פטור, ובהכרח גזירת הכתוב הוא. אבל בעבד לא קשה, דחובל בעבדו מחוייב מלקות, דליכא חיוב ממון. דדוקא בבן חורין

ריבתה תורה חובל בחבירו לתשלומין, אבל בעבד דליכא חיוב ממון שוב יש חיוב מלקות. ואם כן חזקת פטור ממלקות מראה לנו דעבד אינו טריפה, דאם הוא טריפה ואין חיוב מיתה שוב מחוייב מלקות משום חובל בעבדו דגם בטריפה מחוייב, וממילא בהורג את העבד אין צריך לבוא לגזירת הכתוב, אלא דמדינא מחוייב מיתה דאין חזקת פטור. אבל בהורג בן חורין בהכרח הוצרכנו לגזירת הכתוב. - והלא הטעם דאם עמד יום או יומיים לא יקום הוא משום דבהרגו כדי להמית הרי מפקיר אותו, והויה ליה כבן חורין. אבל אם יום או יומיים יעמוד אינו מפקיר אותו דסובר שיחיה. - ולכן הוצרכנו לחייבו מיתה מגזירת הכתוב. אבל כשהרגו בדבר שאין בו כדי להמיתו מיד הויה כבן חורין, ולכן הוצרכנו לחייבו במיתה מגזירת הכתוב. אבל כשהרגו בדבר שאין בו כדי להמיתו, ושוב אינו מפקיר אותו, ממילא

הויה עבד, ואיכא חזקת פטור ממלקות כנגד חזקת פטור ממיתה. וממילא מדינא מחוייב להורגו להאדון, ומסברא י"ל להיפך דבעבד אין חיוב אלא דוקא בהורגו בדבר שאין בו כדי להמית, דאז אינו מפקיר אותו, ושפיר מחוייב. אבל כשיש בו כדי להמיתו דמפקיר אותו דהויה כבן חורין, ואם כן איכא חזקת פטור ממיתה, ולא אזלינן בתר הרוב. - ובהכי אשמעינן המכילתא, דלא אמרינן דחיוב התורה יהיה דוקא כשאין בו כדי להמית, דלא עדיף עבד הקל מישאל חמור, דבהכרח חייבה התורה דוקא ביש בו כדי להמית. ולכן לא הויה ק"ו, דאין עונשין מן הדין, דעל ידי הק"ו אנו באים לחייב ההורג כשיש בו כדי להמיתו, דמדינא פטור, דהוה מוקמינן הקרא בגוונא דאין בו כדי להמיתו, רק דעל ידי הק"ו אנו באים לחייבו ביש בו כדי להמיתו, שוב אין עונשין מן הדין.



נועם דאין דין שמירה בהקדש

כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשומר ונגב מבית האיש וגו' (שמות כ"ב, ו').

באור החיים כתב: "אל רעהו. רבותינו ז"ל אמרו ולא של הקדש (ב"מ נ"ז:). ונראה לי לתת טעם הדבר, שהוא לטעם עצמו, שצוה ה' לפטר בבעלים. ושפיר יקרא, האדון בעליו של הקדש. עמו, של כל נפקד. שאין לך שעה ורגע, שאין ה' עושה פעולה עם האדם, בין בבחינת גופו בין בבחינת צרכיו.

קושיית הגליון מהרש"א ע"ד האוה"ח

(א) הנה בעיקר ביאור האוה"ח דהטעם דאין דין שמירה בהקדש, הוא מפני שהקב"ה בעלים של ההקדש, ויען שאין לך רגע שאינו עושה פעולה לאדם, על כן היה שאלה בבעלים. - יעו' בגליון מהרש"א

בשו"ע חו"מ (סימן ש"א סעיף א') שהביאו. והקשה על דבריו, מהא דמבעיא בב"מ (צ"ו), וכדקיי"ל בשו"ע חו"מ (סימן שמ"ו סעיף י"א) דכששאל משני שותפים ונשאל לו אחד מהם, וכן השותפים ששאלו ונשאל לאחד מהם הרי זה ספק אם היא שאלה בבעלים אם לאו. אם כן בהקדש הויה ליה בכלל הך ספיקא, דעל כל פנים הויה כשותף בנכסי אדם.

הערה מדיון מזיק הקדש בידים דפטור

(ב) וביסוד סברת האוה"ח, יש לעיין דהרי האוה"ח כתב אחר כך (שמות כ"ב, ה') דמזיק אינו נפטר בבעליו עמו. והרי בדין של רעהו ולא של הקדש ממעטים גם אדם המזיק בידים, וכמ"ש התוס' בב"ק (ו:). ואם כן היאך אפשר לומר שהפטור של הקדש הוא מצד בעליו עמו, דאם כן למה מזיק פטור, והרי מזיק חייב בבעליו עמו.



❖ בהא דמכשיל התובע את הנתבע בשבועת שקר

לישבע ולהודיע לו עונש אולי יפרוש ויודה, ואם רואה שצריך לישבע על כל פנים לא ישביעהו אלא יטילו חרם על כל מי שלא יודה לחבירו.

הערת ה"אמרי בינה" ע"ד ה"מוצל מאש"

ז) ובעיקר דברי ה"מוצל מאש", יעו"ל בספר "אמרי בינה" (דיני דיינים סימן י"ט) שהעיר בזה, דהא על כל פנים לפי ממונו חייב לבזבז שלא יעבור ולא גרע מעל עשה. והרי אפילו עשיר גדול אינו חייב לפטור את החייב לו שבועה, אופילו אם יודע שנשבע לשקר. וכמו כן רשאי להפוך על התובע שבועה דרבנן אף על פי שיועד שחבירו ישבע לשקר. והביא מחידושי הריטב"א בר"פ שבועת הדיינים שפירש הא דשבועה חלה על שניהם ממש אם חבירו מהפך עליו שבועה ויודע שנשבע שלא עדין. ע"ש. - ובזה עובר על לפני עור בקום ועשה מה שמהפך השבועה על חבירו, ולא מצינו שיבזבז ממונו על זה, או שישבע הוא כפי האמת עמו, הא אם אינו רוצה לישבע ישלם ולא יהפוך על התובע השבועה.

כשיטת הריטב"א

ח) וע"ש באמרי בינה שכתב דעיקר קושיית המוצל מאש לא קשה, דהא גלי קרא בזה דחייב לברר הדבר בשבועתו ואינו חייב למחול לו ועונש יש לו, מדכתיב שבועת ה' תהיה בין שניהם, שחלה על שניהם, אבל להשביעו גלי קרא. - ומייתי מהריטב"א בב"מ (ה:), דמבואר דאם לא אמרנן מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא אינו עובר על לפני עור, דלא מחזקינן שיעבור על שבועה בשאט נפש.

בטעמא דהתובע נענש

ט) והנה בשו"ע חו"מ (סימן פ"ז סעיף כ') כתב דאם אמר הריני נשבע וחבירו תובע העומדים שם אומרים זה לזה סורו נא מעל אהלי הרשעים האלה כו'. והסמ"ע (שם ס"ק ס"א) ביאר דהתובע והנתבע רשעים, דכיון שהתובע רואה שהנתבע מוכן לישבע לשקר, הוי ליה להשוות עמו באופן שלא יגרום שהשבועה תצא מפיו של זה על ידו, והוא לא עשה כן אלא תבע השבועה. והיינו דגם על התובע יש

אזהרת לפני עור כלל, דהתובע לא לחייבו שבועה בא לפני בית דין, אלא ממון הוא דקתבע, והבית דין הם שמחייבים אותו שבועה, והם לא קים להו בהו מאן מינייהו קושטא קאמר, ולברר הדבר הוא דקא מחייבי ליה שבועה על פי דין תורה, ולא שייכא בהו אזהרת לפני עור כלל, ואדרבא לא להכשילו בדבר עבירה קא מחייבי שבועה, אלא כדי להצילו ממכשול עבירה להוציא גזילה מתחת ידו, ואין בית דין מוסרין שבועה לחשוד על השבועה, אלא לכשרים שחזקתו שלא לישבע לשקר, ואם הוא חייב, ישלם ולא ישבע, וכיון שהתובע לא קעבר בהכי בלא תעשה דלפני עור, משום דבי דינא הוא דקמחייב ליה שבועה, ממילא לא רמיא עליה שום חיובא למחול לו על תביעתו כדי שלא ישבע לשקר. - ואין מקום קושיא אלא בגלגול שבועה, דבזה שבועה הוא דקתבע, וכיון דקים ליה שמשבע לשקר קעבר בלפני עור. אבל נראה דגם בזה לא קשה מידי, דהרי באמת אנן סהדי דאין צריך לשבועתו, ולא בא אלא להכריחו בכך שישלם, ואם כן אין כאן נתינת מכשול, אדרבא בא להצילו מעבירה". עכ"ד.

הערת האחרונים בדברי ה"מוצל מאש"

י) ויעו"ל בספר "למודי ה'" למהר"י נאגר (לימוד קצ"ה) מה שכתב לדון בקושיית ה"מוצל מאש" הנ"ל. - ובשו"ת "בית יצחק" (יו"ד ח"ב סימן ס"ה סק"ב) הביא קושיית ה"מוצל מאש", ויישב דהתורה התירה דבר זה מכיון שאי אפשר לברר בענין אחר.

בתשו' הרדב"ז

יא) וכבר כתב בשו"ת הרדב"ז (סימן אלף רכ"ג) ביסוד טענת ה"מוצל מאש", דהא התורה אמרה כי יתן איש אל רעהו גו' עד האלהים יבא דבר שניהם לשבועה, דזהו שאמרה תורה שישביענו ולא יחוש, והלעיטהו לרשע וימות, דאדרבא אין שבועה אלא על הודאי, וזה מכחישו, ולצאת ידי מחלוקת וספק עונש שבועה ראוי לכל ירא שמים להביאו לידי שבועה ולהודיע לו עושו, אולי יפרוש ויודה, ואם רואה שצריך

כי יתן איש אל רעהו חמור או שור או שה וכל בהמה לשמור ומת או נשבר או נשבה אין ראה, שבועת ה' תהיה בין שניהם וגו' (שמות כ"ב, ט' - י').

קושיית ה"מוצל מאש"

א) בשו"ת "מוצל מאש" (ח"א סימן מ"ה) הקשה דהיאך מותר להשביע את חבירו כשיועד שמשקר, הרי מכשילו בלפני עיוור. וציינו הגרעק"א בשו"ע חו"מ (סימן של"ט).

ויסוד קושייתו, דהלא קיי"ל בשו"ע או"ח (סימן תרנ"ו סעיף א') שחייב אדם לבזבז כל ממונו כדי שלא יעבור על לאו, והרי מצינו שהתורה חייבה שבועה למודה במקצת, וכמו כן לכופר הכל במקום הכחשת עד אחד, הרי שמותר לזה להשביעו כדי שלא יאבד ממונו, אף על פי שיועד ודאי שזה נשבע לשקר, ונמצא שעבר בלאו דלפני עיוור. - וכמו כן העיר במה דתיקנו חכמים שבועה לחנוני על פנקסו, והרי אחד מהם נשבע לשקר, ואמאי לא חששו למה שעובר בלפני עור, דמחוייב הלא להוציא כל ממונו להמנע מכך.

הערה בעיקר הקושיא

ב) ונראה לדון בעיקר קושייתו, שהרי כל מהותה של השבועה היא כדי שיאמר האמת, וישלם מממונו אם חייב, ואם לאו ישבע. וכל מהות השבועה היא מפני דבדאי לא ישקר, וממילא ליכא לפני עיוור.

תירוץ ה"מוצל מאש"

ג) ובשו"ת "מוצל מאש" הנ"ל תירץ דכיון דזה הוא רשע, דהוי ליה גזלן, שהרי בכפירתו גזל ממון חבירו, ממילא אין המשביעו עובר עליו בלאו דלפני עיוור, דאמרנן הלעיטהו לרשע וימות כדאיתא בב"ק (ס"ט).

הערת הגרי"פ ע"ד המוצל מאש

ד) והנה הגרי"פ פרלא בביאורו לספהמ"צ לרס"ג (ח"ג עמוד ר"י ע"ב) כתב על דברי ה"מוצל מאש", בזה"ל: "וגם לעיקר קושייתו נראה פשוט דלא שייכא בה

חיוב להמנע משבועה. - ובביאור הגר"א (שם סק"א) הביא מפרוש רש"י בשבועות (ל"ט): ד"ה חלה כו' להתובע נענש שלא דקדק למסור ממונו ביד נאמן ובאו לידי חילול השם. - עולם הביא מהגהות מיימוני (פי"א משבועות אות ו') דפירושו באופן אחר, דבאמת העונש הוא רק על אחד משניהם, היינו עונש על הנשבע בשקר, או עונש על המשביע לשוא כשנשבע באמת. וע"ש בביאור הגר"א שהביא מהירושלמי (פ"ו דשבועות ה"ה) ובתוספתא (פ"ז דסוטה ה"ב, ופ"ו דשבועות ה"ג) ובמדרש רבה (ויקרא פרשה ו' פיסקא ג') דמפורש כהגה"מ, דהכי איתא התם: "בין שניהם, אינה זזה מבין שניהם לעולם, אם המשביע משיב על שקר סוף לצאת עליו, אם הנשבע נשבע לשקר סוף לצאת עליו, מאי טעמא הוצאתיה נאם כו'". ע"כ. וסיים הגר"א: "זוהו שכת לעיל בשו"ע סעיף כ' אם [אמר הריני נשבע] וחבירו תובע כו'. וזה דוקא בטעת ודאי, אבל בספק אפשר ששניהם צדיקים, ועל כרחיך - הברייתא מיירי בודאי". עכ"ד. - והיינו דבשותפין או בשמורים להתובע הוא בשמא שייך ששניהם צדיקים.

✦ בענין חיובי שומרים

כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמור וגו' (שמות כ"ב, ו'). כתב הרמב"ן: "פרשה זו נאמרה בשומר חנם, ולפיכך פטר בו את הגנבה, כפי קבלת רבותינו (במכילתא כאן, ובב"מ צ"ד). ונוכר סתם בכתוב, מפני שדרך שומרי כסף או כלים לשמרם בחנם. והפרשה השניה שבשומר שכר הזכירה חמור או שור או שה וכל בהמה, ודרך הבהמות לתתן ביד רועים לשמור וירעו אותם בשכר.

כמה חייב כל אחד מהשומרים וממה הוא פטור

א הנה בפרשת שומרים כתיב: "כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמור וגו'". - פרשה ראשונה נאמרה בשומר חנם, ופטר בה בגניבה ואבידה, ואין צריך לומר באונסין הגדולים מהן, כגון שבורה ומתה. ולא חייב

והא דאיתא בגמ' שבועות (ל"ט). דמייתי בשו"ע (סימן פ"ז סעיף ב'), שהעומדים שם אומרים זה לזה סורו נא מעל אהלי הרשעים האלה, הביאור הוא דאחד מהם רשע.

כהא דקס"ק דהנשבע עובר באיסור

י ובסוגיא דשבועת קס"ד דהנשבע עבר באיסור, ולכאורה לפרש"י דקאיירינן בתרוייהו יל"ע דבשלמא בגוונא שנשבע לשקר קאי באיסור, אבל בנשבע באמת לא קאי הנשבע באיסור. - ובשלמא לפי מה שכתב הגה"מ וכמו שכתב הגר"א אתי שפיר, דבקס"ד קאיירינן במי שנשבע לשקר, דעליו לחודיא קרינן רשע. ובמסקנא משנינן דגם על המשביע לשוא קרינן רשע. - ובשיטת רש"י צ"ל דבקס"ד קאיירינן רק על מי שנשבע לשקר, והקשו דהא התובע אינו רשע, ומשנינן דחלה שבעוה על שניהם בגוונא דנשבע הנתבע לשקר. ולפי זה הביאור בסמ"ע הוא כפרש"י.

דברי החת"ם בתשו' חו"מ סי' צ"א

יא אמנם בתשו' חת"ס (חו"מ סימן צ'), והובא ב"פתחי תשובה" בשו"ע חו"מ (סימן פ"ז ס"ק

כ"ב), כתב לבאר האיסור להשביע אפילו על אמת, דזהו מדכתיב (בקהלת ט', ב') הכל כאשר לכל מקרה אחד לצדיק וגו' הנשבע כאשר שבועה ירא, דפשוטו של מקרא אשר שבועה יאה, פירש עצמו מלישבע אפילו באמת מטעם יראת כבוד ה', ומטעם שלא ירגיל לישבע ויבוא ח"ו למעול בשבועה. ומהאי טעמא אומרים להם סורו נא מעל אהלי הרשעים האלה, דקשה איך מחליטים שניהם לרשעים, בשלמא אנשבע לשקר הוה רשעים שניהם כמ"ש רש"י בשבועות (ל"ט): ד"ה חלה כו', שלא דקדק למסור ממונו ביד נאמן. אבל נשבע באמת, אף על פי דהמשביע הוא רשע שמשביעו בחנם, אבל הנתבע מה חטא, ועל כרחיך משום דמכל מקום היה לו להשוות ולהפסיד משלו ולא לישבע אפילו באמת. וע"ש שפירש דזהו כוונת הסמ"ע, ואתיא באופן אחר מפרש"י. - ולפי דבריו הא מעל אהלי הרשעים, היינו משום דאפילו אם נשבע על אמת מכל מקום אינו ראוי לישבע, דהתובע אינו נשבע. ומשנינן דאפילו הכי היה לו להמנה כדי שלא יגרום שיהיה שבועה כלל.

פרשה שלישית נאמרה בשואל, וחייב בה אפילו באונסין, ואינו פטור אלא אם כן מתה מחמת מלאכה. כדאיתא בב"מ (צ"ד: וצ"ו:).

פרשה רביעית היא בשוכר בהמה או כלים לעשות בהן מלאכתו, דכתיב בפרשת משפטים "אם שכיר הוא בא בשכרו", (שמות כ"ב, י"ד). דהיינו אם השור אינו שאול אלא שכור, בא בשכרו ליד השוכר הזה, ולא בשאלה, ואין כל הנאה שלו, שהרי על ידי שכרו נשתמש בו, ואין לו משפט שואל להתחייב באונסין וכמ"ש הטור (חו"מ סימן רצ"א). - ונחלקו בו בב"מ (פ' וצ"ד). דאיכא מאן דאמר דינו כשומר חנם, ואיכא מאן דאמר דינו כשומר שכר, והכי קיימא לן. כמ"ש הטור בחו"מ (סימן רצ"א סעיף א').

בביאור חילוק פרשיות

ב והנה בב"מ (צ"ד:) פרש"י שם בד"ה פרשה ראשונה כו', ששלשה פרשיות הן סמוכות

בה אלא אם כן פשע בשמירתו ונגנבו או נאבדו בפשיעתו. לכך פרט בה כסף או כלים שדרך לשמורן בחנם, לפי שאין טורח בשמירתן. וגם משמיענו שאף על פי שאין כל כך טורח בשמירתן ובקל יכול לשמרם שלא יגנבו אפילו הכי פטור. כמ"ש בטור (חו"מ סימן רצ"א סעיף א').

פרשה שניה היא פרשת שומר שכר, דכתיב: "כי יתן איש אל רעהו חמור או שור או שה וכל בהמה לשמור ומת או נשבר או נשבה אין רואה". שמות (כ"ב, ט'). בפרשה זו מוזכר שור וחמור, מפני שיש בהם טירחא בשמירה, ורגילים לשלם על שמירתם כסף, ושם מוכח דמיירי בשומר שכר, ממה שחייבה התורה בגניבה. אבל לענין הדין אין חילוק בין כסף או כלים לבהמה, לא שנא בשומר חנם, ולא שנא בשומר שכר. כמ"ש הטור (חו"מ סימן רצ"א סעיף א').

הכרעת הקצוה"ח בהמהרש"ל

דהנה הקצוה"ח הכריע כדעת המהרש"ל ביש"ש (פ"ו דב"ק סימן ל"ד) דהחיוב כשאמר על זהב הזהר בו שהוא של כסף, אינו אלא משום פשעית המפקיד. ולפי זה צידד בשומר אבידה וגנב וגזלן חייבים בכהאי גוונא.

בחקירת הקצוה"ח

ובעיקר הנידון י"ל דהנתה"מ נקט דחקירת הקצוה"ח היא גם בגוונא שלא ידע שהוא זהב, אבל י"ל דכוונת הקצוה"ח להסתפק בכהאי גוונא ידיע אחר כך שהוא של זהב, דבשומר דעלמא פטור, ובזה נסתפק הקצוה"ח בשומר אבידה דאין צריך קבלת שמירה, דיתחייב. וכן משמע בחזו"א (ב"ק סימן ו' סק"ו).

בגדר חיובי השמירה

ה) וחיובי השמירה אינם מצוות התורה שיתחייבו דוקא באופן שקבעה התורה, אלא שניתן דין תורה בחילוקי השומרים, ומי שרוצה להשתעבד בדין שומרים שבתורה מתחייב כפי דין תורה.

ביאור החזו"א

דבחזו"א (אהע"ז סימן נ"ו ס"ק י"ד) ביאר דברי התוס' בכתובות (נ"ו:) ד"ה הרי כו', דהחילוקים בדיני שומרים הוא מפני קבלתם, דאין כוונתם דמשתעבד לכל הני תנאים, דאם כן למה ניתנו בכלל דיני שומרים, יפרטו כמו שירצו, ובודאי חיוב התורה הוא. אלא כוונת התוס' שאין מצות התורה שישתעבדו דוקא באופן שקבעה התורה, אלא שניתן דין תורה בחילוקי שומרים ומי שרוצה להשתעבד בדין שומרים שבתורה מתחייב כפי דין תורה, ומי שאינו רוצה אינו משתעבד בדין שומרים שבתורה אלא כפי חיובו. - והשתעבדות זו היא השתעבדות ממש למפקיד, ולא הכנסת השומר והיתפסותו בדין חיוב שומרים.

בדברי המהרש"א

דהמהרש"א בב"ק (ק"ו:) כתב דהשומר לקטן, בעינן לדין דעת אחרת מקנה. והיינו משום דהשתעבדות להתחייב בדין שומרים, הוי ליה השתעבדות ממש למפקיד, ולא רק הכנסת השומר והיתפסותו בדין חיוב שומרים. וע"ע בשער משפט (סימן צ"ו סק"א).

אמנם זהו דוקא לענין שומר חנם או שומר שכר, אבל בשואל שקיבל בתחילה בתורת שמירת כסף, ואחר כך נודע לו שהיא זהב, חייב בתורת שמירת זהב, לאחר שנשתמש כשידע שהוא זהב, דכל השתמשות בשואל היא קבלת שמירה חדשה.

דעת הרמב"ן

דהנה הרמב"ן במלחמות ב"ק (כ"ו ע"ב מדפי הרי"ף) כתב כן, וז"ל: "כד דייקת ומעיינת חמצא טעמא דפטור בפשיעה משום דמצי אמר נטירותא דדהבא לא קבילית עלי ואיני שומר כו', וכן במשאל כיון שרשאי להדליק בתוך שלו, ואינו חייב אלא מכח שמירה. אבל בממום שהזיק, אף על גב דאינו אלא פשיעה, כיון דרחמנא רמיא עליה נטירותא, לא שייך האי טעמא. תדע, דהא רבי יהודה מחייב במדליק ופטר במשאל, אלא ודאי דלא אמרינן זה רק בשומר." ע"ל. והוכיח הקצוה"ח (סימן רצ"א סק"ד) דחזינן כמו שנתבאר, דיסוד חיובו משום קבלתו לשמירה.

שיטת ה"נתיבות המשפט"

אולם בנתה"מ (סימן רצ"א סק"י) פליג, וס"ל דגם בשואל פטור משמירת זהב, אלא נשאר בקבלתו בתורת שמירת כסף. - והביא מה שכתב הקצוה"ח (שם סק"ד) דאם נודע לשומר קודם שנאבד שהוא של זהב, דיש חילוק בין שומר לשואל, דבשומר כיון דלא קיבל עליו שמירת זהב דפטור, אבל בשואל כיון שנשתמש בו אחר שנודע חייב. - וכתב הנתה"מ: "ולפענ"ד נראה דאפילו בשואל פטור, כיון שהמשאל נתן לו רשות להשתמש בו, אף שידע שהוא של זהב ונתרצה מה שהשואל לא מקבל על עצמו רק חיוב תשלומין של כסף, ומה בכך שנתוודע לו שהוא של זהב, וכי בשביל זה נתבטל רשות תשמיש." עכ"ד.

ברעת הקצוה"ח

ובדעת הקצוה"ח י"ל דכיון דשאני שואל שמתחייב בכל רגע על שאלתו, לא אכפ"ל במה שהרשהו המשאל מתחילה, דסוף סוף אחר כך מתחייב שוב, דשאני משומר דדוקא קבלתו מחייבתו.

(שמות כ"ב, ו') כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמור, ובה פטר על הגניבה, דכתיב (שם) וגונב מבית האיש שטוען שנגנבה הימנו (נשם ז), ונקרב בעל הבית אל האלקים, ואוקימנא לשבועה שנשבע שלא שלח בה יד. ואחריה (שם ט') כי יתן איש אל רעהו חמור או שור או שה, ובה חייב על הגניבה ופטור על האונסים בשבועה, דכתיב (שם ט', י"א) ומת או נשבר או נשבה שבועת ה' תהיה בין שניהם, ואם גנוב יגנב ישלם. ושלישית (שם, י"ג) וכי ישאל וחייב בה את האונסין כשאין בעליו עמו, ופטר בבעלים.

בשיטת הרמב"ן

ג) והנה הרמב"ן עה"ת (שמות כ"ב, ו') ביאר דדרשינן פשרה זו בשומר חנם, דפטור בה בגניבה ואבידה, ונזכר סתם בכתוב, מפני שדרך שומרי כסף או כלים לשומרם בחנם. והפרשה השניה שבשומר שכר הזירה חמור או שור או שה וכל בהמה, ודרך הבהמות לתת אותם ביד הרועים לשמור וירעו אותם בשכר. - והובא דברי הרמב"ן בב"י חו"מ (סימן רצ"א סעיף א'). וכ"מ בטור שם, והובא בסמ"ע (שם סק"א).

דעת הש"ך

והש"ך (בסימן ס"ו ס"ק קכ"ו) כתב דחיוב פשיעה, פשוט הוא מסברא. דלגבי פשיעה לא מוזכר חיוב בפסוק כלל. [ב"י (סימן רצ"א). בב"מ (פ': וצ"ג). טור (סימן רצ"א סעיף א')].

פברת קבלת שמירה בשומר

חנם ושומר שכר

ד) והנה החילוקים בין שומר חנם לשומר שכר הוא משום קבלתם לשמירה, כמ"ש התוס' בכתובות (נ"ו:) ד"ה הרי, דעתן דברצונם מקבלין עליהם שומר חנם בדין פשיעה, ושומר שכר בגניבה ואבידה. ולכן כשלא קיבל שמירה אלא על דעת שזהו חפץ מסויים, אינו מתחייב על השינוי האמיתי שלו, מפני זהו שלא מדעתו. כמו שכתב בקצוה"ח (סימן רצ"א סק"ד). - וכשהמפקיד הפקיד אצל הנפקד דינר זהב, ואמר לו הזהר בו של כסף הוא, ופשע בו ונאבד, אינו חייב אלא בשל כסף. כדקיי"ל בשו"ע חו"מ (סימן רצ"א סעיף ד'). ואפילו כשנודע לו אחר כך שהוא זהב.

בתש"ר המנעלים

(ט) והנה בשו"ע (ח"מ סימן רצ"א סעיף ב') כתב דמי שהיה הולך בדרך ואמר המפקיד לנפקד הולך עמך הפקדון, והנפקד אמר לו הניחם כאן על החמור, והניחם שם ולא קשרם, והלך לו מן הצד ונאבד מן הפקדון, חייב. ואפילו שלא עשה קנין להתחייב בשמירה. ומקור הדין הוא בתש"ר הרא"ש (כלל צ"ד סימן ב' וד').

בגדר האומר הנח לפני

והטעם מפני דחשיב כאומר הנח לפני. - והרמ"א (בסימן רצ"א ס"ב) פליג, וס"ל ששוה דין הנח בדרך להנח בשוק, דהוי ספיקא ואזלינן לקולא. - והסמ"ע (סימן רצ"א סק"ה) פירש שיטת הרא"ש, דשאני משוק, כיון שבשוק כשאומר הנח י"ל דכוונתו היא שב ותשמור אתה על הפקדון, מה שאין כן כשהולך בדרך ולוקח עמו הפקדון והמפקיד לא הולך עמו, גם כשאומר הנח בודאי כוונתו הנח לפני ואשמור.

ביאור הנתח"מ

והנתח"מ (בסימן רצ"א סק"ח) הוסיף, דאפילו שמצינו שהאומר הרי הבית לפניך, דפטור משמירה, כדקיי"ל בשו"ע (סימן רצ"א סעיף ג'). והרי בבית לא שייך לומר שכוונתו היתה שישב המפקדי וישמור, דהא בהילוך דבית קפדי אינשי, ובודאי לא התכוין שישמור שם, ואפילו הכי פטור. צ"ל דשאני מהולך לדרך, דודאי לא נתכוין המפקיד להפקיר את הפקדון, ובקשתו להניח את החפץ על החמור מתפרשת כקבלת שמירה, מה שאין כן כשביקש להכניסו לביתו, כיון שהבית מקום משתמר הוא, י"ל שלא נתכוין שהשומר ישמרנו, אלא שיהיה משומר מכח הבית.

הכרעת השו"ע

ובשו"ע (סימן רצ"א ס"ה) הביא ב' דעות אם צריך קנין בשומרים. ודעת הרא"ש דאין צריך קנין.

בשיעבוד השומר להנך

דכברי דא"צ קנין

(י) והנה בחיוב שמירה איתא תרי גווגי, חדא הוי שיעבוד הגוף, והוא שמירת הפקדון. ועוד, חיוב ממון ושעבוד נכסים, והוא חובת אחריות שאם לא ישמור יתחייב לשלם. ובדעת הרא"ש דמייתי השו"ע דא"צ קנין

בדעת הש"ך סי' רצ"א סק"ד

והש"ך (סימן רצ"א סק"ד), דהכי משמע בב"מ (פ"א:), וכמ"ש התוס' בב"מ (צ"ט:). ד"ה כך כו', וברא"ש (פ"ח דב"מ סימן ט"ו). - ויעוי' בבדק הבית להב"י (בסימן רצ"א) שהביא מהריטב"א ב"מ (מ"ט:). ד"ה כל כו', דכשאמר לו הא ביתא קמך, אף על פי שקיבל ממנו שכירות, דהא לא קיבל עליו שמירה. והש"ך (סק"ו) ביאר דאף על פי שקיבל שכר שמירה שישמור, דאפילו הכי לא קיבל לשמור.

בהחרמת הנפקד לשומר

(ח) והנה גם כשלא נעשה שומר, מפני שלא אמר השומר למפקיד נוסח הראוי להתחייב בשמירה, מחרים הנפקד על מי שלקח פקדו שלו ולא יחזירנו לבעליו. אבל בלא שמשך הפקדון אין חייב בפשיעה. כמ"ש הנתח"מ (סימן ש"א סק"א).

דין מפקיד שטוען שהשומר קיבל שמירה

וכשהמפקיד טוען לשומר שהפקיד אצלו, והשומר אומר לא אמרתי אלא הנח לפניך, נשבע היסת, וכולל בשבועתו שלא שלח בהן יד. כמ"ש בשו"ע (סימן רצ"ו ס"ז). מפני דאפילו כשאמר הנחל לפניך, חייב בשליחות יד. וכמ"ש בסמ"ע (סימן רצ"ו סק"ט).

ובקצוה"ח (סימן רצ"א סק"ב) ביאר, דחיובו בשליחות יד אינו אלא מדין גנב וגזלן, וכמו שאר כל אדם. אבל שליחות יד דחדית רחמנא לחייב בשומרים הוא ענין אחר, ומזה פטור כל שאומר הנח לפניך. וכמ"ש בשיטמ"ק ב"מ (מ"א). ד"ה תרגמה כו', ע"ש הנפ"מ ביניהם. דכשנוטל על מנת לשלם, דפטור מאונסין, ואינו חייב אלא מתורת שליחות יד דשומרין, וממילא זה שאומר הנח לפניך פטור. - וכמו כן הא דנתחדש שליחות יד על ידי שלוחו, אינו אלא כשנתחייב מדין שומרים, אבל מי שאומר הנח לפניך דאינו שומר אלא רק מדין גנב וגזלן, פטור על ידי שליח. וכדקיי"ל בשו"ע (סימן רצ"א סעיף ב'). - וביאר הגר"א (שם) בשו"ע סק"ט) דהוי ליה כמו כל ספק תביעה. - ומקור הדין הוא ברמב"ם (פ"ב משכירות ה"ח), והב"ח הביא שכן כתב הסמ"ג (עשין פ"ט) שזהו תקנת הגאונים.

בשיעבוד שומר חנם להיות כשואל

(ו) ושומר חנם המשתעבד בדין שואל, משתעבד מעכשיו בשעת קבלתו לשמירה, שמשתעבד מהשתא, שמקבל על עצמו אחריות הבהמה, וכדין התורה, כמ"ש החזו"א (אהע"ז סימן נ"ו ס"ק כ"א). וע"ע אור שמח (פ"ה משכירות ה"ז).

כששומר חנם מתנה להיות כשואל

והנה כששומר חנם מתנה להיות כשואל כדקיי"ל בשו"ע (סימן רצ"א סעיף י"ז), חשיב אסמכתא, וצריך לעשות קנין סודר, כמ"ש הש"ך בחו"מ (סימן מ' סק"ד). וע"י בקצוה"ח (סימן ש"מ סק"א).

בגדרי קבלת שמירה

(ז) והנה האומר למפקיד הנח הפקדון, בסתמא, מכיון שלא אמר שמקבל על עצמו שמירה, לא נעשה שומר. אבל אם אמר למפקיד הנח לפני, נעשה שומר חנם. ואם קיבל שכר, הוי שומר שכר.

בסוגיא דב"מ

דהנה בב"מ (מ"ט:): מבעיא ולא אפשיטא באומר הנח סתם, האם נעשה שומר. וברמב"ם (פ"ב משכירות ה"ח) והטור (בסימן רצ"א סעיף ב') ובשו"ע (שם) כתבו בסתמא דלא הוי שומר חנים.

בדברי הש"ך

ויעוי' בש"ך (סימן ק"ב סק"ו) שכתב דאשכחן בדוכתא טובא שכתבו הפוסקים הדין סתם אף על גב דהוא בעיין דלא אפשיטא, וכתב הש"ך דוגמא לדבר מדינא דהכא באמר לו הנח סתם, דכתבו הרמב"ם (פ"ב משכירות ה"ח) והטור ושו"ע (סימן רצ"א ס"ב) בסתם דלא הוי שומר חנם, והוא בעיא דלא אפשיטא בש"ס פרק הזהב (מ"ט:). ע"ש. - וכן כתב הש"ך (בסימן רצ"א סק"ה) דהנח סתם, הוי בעיא דלא אפשיטא, ולכן פסק בשו"ע (שם ס"ב) דאפילו שומר חנם לא הוי.

בשו"ע חו"מ סי' רצ"א ס"ב

ובשו"ע חו"מ (סימן רצ"א סעיף ב') שאפילו לא קיבל בפירוש אלא שאמר לו הנח לפני הוא שומר חנם, אבל אם אמר לו הנח לפניך או הנח סתם, (והרמ"א הוסיף או שאמר לו הרי הבית לפניך) אפילו שומר חנם לא הוי, ואינו חייב שבועה כלל.

צ"ב במה משתעבד

השומר. - ויעויל' במחנ"א (שומרים ס"ז) שצידד לדון מטעם ערב שעל פי דיבורו הבעלים מסתלקים מהשמירה, או מטעם דינא דגרמי. - אמנם עדיין צ"ב במה משתעבד השומר על עיקר חיובו לשמור. - ומצינו בזה בקצוה"ח (סי' ש"ז ס"ק א') דתחילת השמירה הוי קנין דתחילת מלאכה.

קנין בשומר אבידה

אמנם לענין אבידה כתב בקצוה"ח (סימן רצ"א סק"ד) דלכו"ע צריך קנין בשומר אבידה, דבשומרים בעלמא נתחייבו כשנסתלקו הבעלים משמירתם, אבל באבידה צריך משיכה. וע"ע "פרי יצחק" (ח"ב סי' ס"ב) ואחיעזר (ח"ג סי' ו' סק"ד).

בחייב תשלומין בשומר

(יא) והנה יש לחקור, האם חיוב תשלומים בשומר הוא תולדה מחיובו לשמור, או דלמא חיוב בפני עצמו הוא. ונפק"מ כשהמפקיד מחל לשומר על חיוב השמירה האם אכתי חייב בתשלומים. - ובקצוה"ח (סי' רצ"ג סק"ב) מבואר דאין חיוב תשלומים תלוי בחיוב שמירה. ע"ש בהא דקיי"ל שאין השומר יכול לחזור בו תוך זמן הפקדון, ונתקשו קמאי דמ"ש מפועל דיכול לחזור בו תוך זמנו. ותיירץ הקצוה"ח דמכיון ויש חיוב תשלומים בשומר, וזהו שעבוד נכסים, שאני מפועל דהו"ל רק חיוב על גופו דשפיר יכול לחזור בו. הרי להדיא, דאע"פ דמחייב שמירה דהו"ל כפועל יכול לחזור בו, מ"מ אכתי מחוייב בחיוב אחריות דהוי חיוב ממון בפנ"ע. - אמנם זהו דעת הראב"ד (קידושין י"ג) שהשו"ע (בסי' רצ"ג ס"א) פסק כוותיה. אבל דעת הרשב"א (בקידושין שם) שנסתפק בזה לפוטרו מדין פועל שיכול לחזור בו בחצי היום, מתבאר דס"ל דחיוב הממון הוא תולדה מחיוב שמירה, וכשפקע

חיוב שמירה ליתא נמי לחיוב תשלומין. [ויעויל' חזו"א (ב"ק סי' כ"ג ס"ק כ"ו) שביאר מש"כ הריטב"א בב"מ (ע"ו): דפועל שארג חצי בגד והניח חציו דידו על התחתונה זהו דוקא כשלא משך כל הצמר אבל כשמשך כל הצמר אין הפועל יכול לחזור דכיון דבעה"ב מתחייב בכל שכרו ממילא הפועל נתחייב במלאכתו, וסיים הריטב"א "שהרי תיקנו משיכה בשומרים", וביאר החזו"א: "ונראה כונתו ז"ל דתיקנו משיכה בשומרים אף לענין שומר שלא יוכל לחזור תוך הזמן, וכ"כ ריטב"א קידושין י"ג א', בשם הראב"ד, והרשב"א שם חולק על הראב"ד וכתב דדינו כפועל שחוזר בחצי היום נראה דעת הראב"ד דהכא שיעבד נכסיו לאחריות שלה פקדון, והרשב"א סובר דכשם שהוא חוזר מחיוב שמירה כך יכול ליפטר מאחריותו של הפקדון, וסתמא לא שיעבד נכסיו אלא כל זמן שלא חזר מחיוב שמירה". וע"ש דסיים החזו"א, דשומר החוזר תוך זמנו הוי ספיקא דדינא].

בתשו' הרשב"א ח"ב סי' שנ"א

ובתשו' הרשב"א (ח"ב סימן שנ"א) הביא תוספתא (פ"ח דב"ב ה"ג) דתניא אפוטרופין שהחזיקו בנכסי יתומים אין יכולין לחזור בהם, וכתב הרשב"א הטעם: "לפי שמשעה שהחזיק בנכסים נעשה שומר של יתומים ואינו רשאי לאחר שנעשה שומר שלהם להסתלק משמירתו כו". הרי דהרשב"א ג"כ נקט כהראב"ד, דאין השומר יכול לחזור. אמנם בעיקר הביאור בתוספתא יעויל' בשו"ת רשב"ץ (ח"ג סימן ר"כ) שפירש בענין אחר, ע"ש. [ועי' במצפה שמואל בתוספתא שם שציינו לריב"ש (סימן תפ"ט) אם החזיקו דתניא בתוספתא הוא בדוקא, ומשמע ג"כ דנקט באופ"א מהרשב"א]. ויבואר הלאן בחקרי

משפט (סימן רצ"ג סק"ב) דלפמ"כ המחנ"א לחלק בין שו"ש לשו"ח יש לדון בדברי הרשב"א בזה.

הערה ע"ד הקצוה"ח

והנה ביסוד דברי הקצוה"ח הנ"ל (בסי' רצ"ג סק"ב) דאפילו במקום שהשומר אינו חייב לשמור מ"מ יש עליו חיוב אחריות, ולכן שומר שחוזר בחצי היום מחיובו לשמור דדינו של שומר כפועל ויכול לחזור בו, מ"מ חייב באחריות. וכ"כ הקצוה"ח (בסי' ע"ד סק"א). יש לציין דהגתה"מ (בסי' שד"מ סק"א) פליג, ע"ש שכתב בפשיטות דחיוב אחריות תלוי בחיוב השמירה, וכשנפטר ע"י מחילת הבעלים מחיוב שמירה אינו חייב באחריות. [אולם בנתה"מ (בסי' ש"ה סק"ג) כתב דשו"ש שנתן לבעלים לשמור והבעלים הוא שו"ח, אע"פ שאין השומר ממשיך לשמור על החפץ דהוא בבית בעלים מ"מ חייב באחריות. וצ"ל דהתם לא נסתיים שמירתו כשהחפץ אצל הבעלים, מכיון דהוא נוטל שכר על זה]. - ובנתה"מ (סי' ש"ה סק"ב) כתב בשו"ש שמסר להבעלים דהשו"ש חייב בגניבה ואבידה, ובעלים בפשיעה, והוסיף הנתה"מ דאי"ז כבעליו עמו מה שהשו"ש חייב על החפץ לשומרו מגניבה מכיון שאין השו"ש שומרו רק שחיוב הגוף מוטל עליו לענין גניבה. ע"ש. ומבואר דאע"פ שאין עליו חיוב שמירה מ"מ חייב באחריותו. וצ"ל דהנתה"מ לטעמיה (בסי' רצ"א ס"ק כ"ד) דס"ל דשומר שמסר לשומר אפילו כשרגיל להפקיד פטורו של השומר הראשון אינו משום דנסתלק משמירה, אלא משום דהו"ל כשמרו כל הזמן, וכמש"כ הנתה"מ (בסי' ע"ז ס"ק ב') דהו"ל כהניחו בתיבה סגורה.

ההסתכלות על הניסים צריך שתהיה בהשקפת התורה במסירות הנפש

נשמטתם מאחריו חמשה חמשה, כמה שנאמר ואחר באו משה ואהרן אל פרעה (שמות ה', א'). כמו כן אני נוהג עמכם מדה כנגד מדה, ורק מי שמסר את נפשו לנכנס לפני מלך שלמטה [לפרעה] הוא יכנס לפני מלך מלכי המלכים. ואם תאמר מפני מה לא נכנס אהרן עם משה, מפני כבודן של זקנים.

המשך בעמוד הבא

אין אנו ראויין ליכנס למחיצה הפנימית למה נתבקשנו [לבא הנה]. משל למי שמעלין אותו לגג ושומטין את הסולם מתחתיו. מיד התחיל הדיבור [הקב"ה] מפיסן. א"ל אתם יודעין שבמדה שאדם מודד, בה מודדין לו מתחלה וכשאמרתי למשה לך ואספת את זקני ישראל (שמות ג', ט"ז) ליכנס אצל פרעה, הלא

ונגש משה לברו אל ה' והם לא יגשו והעם לא יעלו עמו (שמות כ"ד, ב'). במדרש הגדול איתא: ונגש משה לברו. אמר רבי תנחום בר חנילאי, בשעה שאמר הקב"ה למשה שיכנס למחיצה הפנימית לברו, התחלו הזקנים קונטים [מקניטים וטוענים] בדבר. אמרו, אם



חקרי משפט

עמותה לחקר המשפט היהודי

(ע"ר) מס' 580442473

לעמותה אישור מס הכנסה

לפי סעיף 46

לפקודת מס הכנסה.

משרד:

רח' הרב קוטלר 21 ב"ב,

טל/פקס: 03-5785091

דוא"ל:

chekermishpat@gmail.com

Chikrei Mishpat Institute

Office: 21 Harav Kotler St.

Bney Brak

Tel / fax: 03-5785091



דברי הרמב"ן בפרשת וזאת הברכה שמשה רבינו היה צריך להכין את ישראל להבין שהניסים אינם בדרך מקרה

א) הנה הרמב"ן בסוף פרשת וזאת הברכה (דברים ל"ד, י"ב) בפסוק "ולכל היד החזקה ולכל המורא הגדול אשר עשה משה לעיני כל ישראל", כתב בזה"ל: "וטעם אשר עשה משה, שהכין והראה זה לעיני כל העם כו', כי משה לא עשה היד החזקה והמורא הגדול, רק הכין אותם, ובעבורו נעשו לעיני כל ישראל". עכ"ל. - וביאור דבריו, במה שכתב ש"משה הכין אותם", י"ל שישראל עצמם לא היו יכולים להכיר שכל הניסים הם מעשי ידיו של הקב"ה, ומשה רבינו היה צריך להכין אותם ולבאר שהניסים אינם בדרך מקרה בעלמא, אלא הם השגחת הקב"ה.

ביאור ההכנה ע"י התורה

והביאור בזה, שההסתכלות על הנעשה בעולם, כשהיא על פי השקפת התורה, משיגים בכך את השלימות בגוף ובנפש, וממילא רואים שהנהגת העולם היא באופן נעלה מההרגל שנעשה כטבע אצל ההמון.

דעת הפילוסופים ודברי הכוזרי שהכה על קודקודם

ב) והנה בכוזרי (מאמר ראשון סעיף א') הביא דעת הפילוסופים, שלדעתם אין לאדם גמול מהבורא, אלא שכפועל היוצא מהשכלתו, אם ישיג את מה ששכלו יכול להשיג, ואין זה משנה באיזה חכמה ישתלם, ישיג את תכלית שלימותו בהכרח, דהיינו שישגי את הידבקותו ל"שכל הפועל" כתוצאה ישירה מהשכלתו. - ויעויין בכוזרי (מאמר חמשי סעיף י"ד) שהכה על קודקודם של הפילוסופים, שאם תכלית האדם להשכיל בלבד, אם כן במה נבדלו מעלתם המשכילים שהשיגו השגות גבוהות והגיעו להתאחדות עם ה"שכל הפועל", הרי כל אחד משיג את השכלת חבירו. - וע"ע בספר העיקרים (מאמר שלישי פרק ג').

ביאור ה"משך חכמה"

ובספר "משך חכמה" פרשת יתרו (שמות כ', י"ח) הביא דברי הפילוסופים, והאיר לפרוץ סברתם, דלפי זה לא יגיעו להשלמות רק אחד בכמה דורות. וכן למה להם חיים, הרי החומר חוצץ בין המושכלות להנפש. - ולא כן האיר השי"ת עינינו בתורתו, והירבה מופתים בשמים ובארץ להראות כי זה הטבע והמציאות הוא כחומר ביד היוצר. לכל אשר חפץ יטנה. וכשם שבידו לשנותה, כך בידו לכלותה ולבלותה. והמציאות שברא במטרה להיטיב לנבראים, ואם יהפכנה להעדר, את מי יראה כי הוא השליט, וכיון שהקב"ה ברא את העולם ברצון, ושכר רוחני והשגה אלקית ברצון, וזהו כשיעשו כל חוקי העולם על פי חוקי תורתנו הקדושה. - וכאשר יגבירו את בחירתם על חוקי הטבע, מסיבת רצון השי"ת, אז יבוא להם השלימות האמיתי.

וביאר ה"משך חכמה" שיש הבדל בין הדרך להתגברות הבחירה על חוקי הטבע מצד קיום רצון השי"ת, ובין הדרך בהתעצמות במושכלות, שעל ידי הנהגה בעולם המופעל בדברי השי"ת יוכל כל אדם לזכות לתכלית השלימות, אפילו מי שמוטרד בפרנסה ולבבו אינו דבק אל המושכלות, וכמו שהשי"ת נראה אל כל בית ישראל במתן תורה. וכמו בית השואבה, שמשם היו שואבים רוח הקודש, כדאיתא בבראשית רבה (פרשה ע' פסקא א'). - אבל על ידי מושכלות, מי יעלה בהר' רק מעטים בלבד.

והנה עוד חילוק יש בזה, בפרטיות. כי הדבק במושכלות והמתבודד, שנפשו מופשטת מחומריות העולם על ידי מושכלות, לא יזכה אלא רק הנפש בלבד למעלת נצחיות. ועל ידי הנהגה על פי דרכי התורה, גם החומר יזכה להיות אור מזהיר. - ומשה רבינו, קודם קבלת התורה היה בהתפשטות החומר וכוחות הגוף. אבל אחרי קבלת התורה, עלה בהר סיני עם חומריותו.

דתכלית מן התורה, שכולם יזכו ויזכנו החומר וכוחותיו על פי התורה, אשר תיישר כל צעד בעולם המעשה, וגם החומר יזכה להיות אור מזהיר.

ביאור המדרש הנ"ל

ג) ויתבאר היטב המדרש הנ"ל דבזכות ש"משה רבינו מסר נפשו ליכנס לפני מלך שלמטה, הוא יכנס לפני מלך מלכי המלכים, מכיון דמסירות הנפש היא זיכור החומר, ועל ידי זה שמעמיד נפשו לתורה זוכה להעביר חינוך זה לאחרים. - דעיקר הזכות למסור את התורה, הוא כפי שמסר נפשו יותר מאחרים, וזהו דשינוי בפ"ג דאבות מ"ה) משה זכה וזיכה את הרבים.