

הקנאת הכפל לשומר / לג.

חלק א'

תוכן

- א. הצגת הסוגיא, מחלוקת הרמב"ן - רשב"א בעניין עדי אונס ועדי פשיעה
- ב. ביאור שיטות הראשונים, והיחס לירושלמי
- ג. הקשיים בדברי הרשב"א והירושלמי
- ד. פשט חדש בדברי הירושלמי המישב את כל הקשיים

א. הצגת הסוגיא

המשנה הראשונה בפרקינו פותחת ואומרת:

"המפקיד אצל חברו בהמה או כלים, ונגנבו או שאבדו, שילם ולא רצה להישבע, שהרי אמרו שומר חינם נשבע ויוצא..."

והקשה הרמב"ן, מדוע נקטה המשנה דווקא שומר חינם, הרי דין זה נכון גם בשומר שכר החייב בגניבה ואבידה, או בשואל החייב באונסין. ומיישב הרמב"ן וז"ל:

"והיינו טעמא נמי דקתני שומר חינם ולא אשמועינן רבותא בשומר שכר, משום דקמ"ל דאפילו שומר חינם דעביד ליה ניח נפשא, אינו קונה כפילו אלא בשהיה יכול להישבע, ולא בשיש לו עדים שהוא חייב לו".

אולם, הרשב"א פליג, וז"ל:

"ואינו מחוור בעיני, אלא כל המפקיד בשעת פקדון מקני ליה פקדון למי שהפקדון אצלו סמוך לגנבתו כל זמן שהוא משלם, ולא מסיק אדעתיה לאקנוייה כשאין עדים דוקא... ונ"ל דלאו לאפוקי היכא דאיכא עדים דפשיעה קאמר, אלא למעוטי היכא דליכא עליה תשלומין כלל לא תשלומי ממון ולא תשלומי שבועה, והיכי דמי כגון דאיכא עדים שנגנבה, ואי שומר שכר הוא דאיכא עדים שנאנסה, דבכי הא כיון דליכא עליה תשלומין כלל ומפטר פטור מיניה לגמרי, אי בעי נפקד לשלומי ליה אינו אלא כמוכר לו עכשיו קנסיו, דהא לא אסיק אדעתיה מפקיד מעיקרא ולא אקני ליה אלא כשאין מטריחו לב"ד הא איכא עדים שהוא פטור לא, וכן נ"ל מן הירושלמי..."

והריטב"א הביא שיטה זו ודחה אותה עם הירושלמי המסייע לה, דנקט דהבבלי חלוק על הירושלמי.

דאיתא בגמ' (לד.) דכיון דאי בעי פטר נפשיה בשבועה, מקני ליה כפילא. משמע דכ"ש היכא דאי בעי פטר נפשיה בקושטא, דאם יש עדים שפטור ואפ"ה שילם, כ"ש דמקני ליה כפילא "נלמוד ממשנתינו ומגמרא דעלה, דכל היכא שיש עדים על פטורו ולא על חיובו ושילם ולא רצה לישבע לשקר מקני ליה כפילא, אבל כשיש עדים על חיובו לא מקני ליה כפילא דהא אפי' הוה בעי לא הוה מצי למפטר נפשיה".

הרשב"א התייחס לקושיא זו בדבריו, ודחה אותה, דהגמ' לא עסקה בסיבת הקנאת הכפל בפועל, דהשתא לאחר הגניבה יכול להיפטר, אלא בדעת המפקיד מעיקרא, דמעיקרא המפקיד מקנה את הכפל

אם יש בהפקדה זו סיכון, אבל בשואל אין סיכון כ"כ, ולכן אע"פ שעכשיו במקרה יש עדים, המפקיד לא אסיק אדעתיה שיהיו עדים והקנה בכל מקרה.

סיכום מחלוקת הראשונים:

עולה מדברינו דנחלקו הראשונים במקרים שיש עדים על אונס או על פשיעה.

שיטת הרמב"ן והריטב"א: ע"פ הגמ' (לד.), סיבת הקנאת הכפל נובעת מהיכולת להיפטר. ולכן כל מקום שאינו חייב לשלם מן הדין- עדי אונס, הרי הוא זוכה בכפל, דעשה טובה למפקיד ולכן יקנה לו את הכפל, אבל אם אינו יכול להיפטר- עדי פשיעה, לא יקנה את הכפל, דאינו עושה שום טובה לבעלים. והבבלי חולק על הירושלמי.

שיטת הרשב"א: הסתמך על הירושלמי ולמד דכל מקום שהשומר משלם מן הדין הרי הוא זוכה בכפל, ולכן כשיש עדי פשיעה - וחייב לשלם מדינא, יזכה בכפל, אבל כשאינו חייב לשלם כלל- כשיש עדי אונס, אינו זוכה בכפל, דתשלומיו אינן אלא מתנה בעלמא.

ב. ביאור שיטות הראשונים

נראה דקודם ביאור הסוגיא, יש להביא את דברי הירושלמי במלואן, וז"ל:

"המפקיד אצל חברו כו' מנן תיתי ליה "אם המצא תמצא בידו הגניבה" וכי אין אנו יודעין שאם ימצא הגנב ישלם שנים, ומה תלמוד לומר "שנים ישלם" אם אינו עניין לו תניהו עניין לשלפניו, רבי עאל לפירקא דרבי יודן אמר קומיה הדא, אמר ליה אמור דבתרה נשבע ולא רצה לשלם, נמצא הגנב משלם תשלומי, כפל טבח ומכר משלם תשלומי ארבעה וחמשה, למי משלם לבעל הפקדון, וישלם למי שהפקדון אצלו, רבי נסה בשם רבי יונה "חיים שנים ישלם" למקום שהקרן מהלך שם הכפל מהלך. רבי יוחנן ורבי לעזר רבי נסא מוסיף בשם רבי יוסי בן חניני, לא סוף דבר שילם אלא מכיון שקיבל עליו לשלם כמי ששילם... היו לו עדים שנגנבה באונס, הדא היא דמר רבי לעזר המוכר קנסיו לאחר לא עשה כלום, היו לו עדים שנגנבה בפשיעה, הרי הו' בכלל ישלם ואחר כך נמצאת הגניב', למי משלם לראשון או לשני או לשניהן".

הרמב"ן והריטב"א למדו דהבבלי והירושלמי נחלקו, ונראה דלכא' דבריהם פשוטים ומוכרחים¹.

דהנה הבבלי נימק את הקנאת הכפל בכך שהשומר עשה טובה למפקיד ולכן המפקיד מזכה לו את הכפל, שהרי כך ביארה הגמ' את הצריכותא בין בהמה לכלים "בהמה הוא דמקני ליה כפילא משום דנפיש טירחה... כלים הוא דמקני ליה כפילא כיון דלא נפיש כפליהו". א"כ משמע דהקנאת הכפל תלויה בדעת המפקיד.

אבל לפי הירושלמי, מה שזוכה השומר בכפל הוא מחמת גזה"כ, "חיים שניים ישלם" דהיכן שהולך הקרן הולך הכפל, וזהו חידוש בפרשת שומרין דכיון שהשומר שילם, הרי הוא זוכה בכפל, ואין זה תלוי כלל בדעת המפקיד, ובטובה שעושה השומר למפקיד².

¹ עיין בדברי אבן האזל (שאלה פ"ח) בביאור מהלך זה.

² עיי"ש בדברי הרדב"ז.

כלומר נחלקו הבבלי והירושלמי האם הקנאת כפל היא הקנאת התורה כחלק מפרשת שומרין (ירושלמי), או דזוהי סברא ואומדנא, שהמפקיד מקנה כפל לשומר שעושה לו טובה (בבלי). בבבלי אין זכר לגזה"כ, ובירושלמי אין זכר לסברא.

לדרך זו מובן מאד שיחלקו הירושלמי והבבלי במקרה שיש עדים, דאי זכיית הכפל תלויה בדעת המפקיד כשיטת הבבלי, אי"כ רק כשעושה לו טובה מקנה לו את הכפל, ולכן אם יש עדים על נאנסה כ"ש שזוכה בכפל, אך במקום שיש עדים שפשע ויכול לכופו לשלם בע"כ, לא יקנה לו את הכפל.

אבל לירושלמי התורה חידשה בפרשת שומרין דתשלומי כפל תלויים בתשלומי קרן, אי"כ רק במקום שיש חיוב על השומר- עדי פשיעה, תשלומיו הם מפרשת שומרין, אזי הוא זוכה בכפל, אבל אם פטור לגמרי- עדי אונס, אין כאן כלל פרשת שומרין דזוהי מתנה בעלמא, ולא זיכתה לו תורה כפל.

ג. קשיים בשיטת הרשב"א והירושלמי

לכא' דברי הראשונים פשוטים, דהבבלי חולק על הירושלמי, וצע"ג בשיטת הרשב"א, הכיצד חיבר ירושלמי לבבלי, כאשר מפורש בדבריהם טעמים נפרדים, ולא הזכירו האחד טעמו של השני כלל?

נוסיף עוד מספר קשיים על דברי הרשב"א:

1. לדברי הרשב"א, דהירושלמי והבבלי לא נחלקו, והקנאת הכפל נובעת מגזה"כ של שניים ישלם', לכא' פשוט כדעת אבאי (ב"ק ק): דאם נשבע כבר, ואח"כ חזר ושילם, אינו זוכה בכפל, דהוי מתנה בעלמא, כמו עדים על אונס, ומה שייכים כלל דברי רבא דיזכה בכפל?

2. לפי הירושלמי אין שום מקור לזכיית שומר ביוקר, אלא רק בכפל בלבד, וא"כ בהכרח יחלוק הרשב"א על דברי הראשונים, דאבידה שהוזכרה במשנה היא נ"מ ליוקר.

3. לפי"ד הירושלמי אין מקור לחילוק בין שואל לשאר השומרים, והבבלי חילק.

קושיות בדברי הירושלמי

4. יש להקשות על הירושלמי עצמו, כיצד יסביר את הצריכותא של המשנה בין כלים לבהמה, דבשלמא הבבלי הסביר סברות של טירחא, דהכל תלוי בדעת בני"א, אבל לירושלמי הכל תלוי בגזה"כ ומה לי בהמה ומה לי כלים?

5. עוד יש להקשות על הבנת הירושלמי, דאי ילפינן מקרא, דהכפל הולך עם הקרן, אי"כ מנלן דסגי באמירת הריני משלם, בשלמא לבבלי כבר באמירה יש נוחותא למפקיד ומקנה לו הכפל, אבל לירושלמי בעינן שיזכה בקרן ממש.

6. ובעצם הקנאת הכפל יש להקשות, דהירושלמי נקט 'חיים שניים ישלם' להיכן שהולך הקרן הולך הכפל³, אי"כ הכל תלוי בבעלות על הקרן, ולכאורה המפקיד הוא הבעלים על הקרן ולא השומר, דהיכן מצינו שמכר הבעלים את הקרן? וכיצד בכלל ניתן למכור קרן שאיננה ברשותו לאחר הגניבה?

ההבנה הפשוטה היא דלעולם הבהמה היא של הבעלים, ומה ששילם השומר זהו חיובו, ואם ימצאו את הגזלן וישלם לבעלים, אין הבעלים יכולים לפסוח על שני הסעיפים, ויחזרו את התשלום לשומר, או

³ נראה פשוט בדברי הירושלמי, שהקרן והכפל שייך לשומר לגמרי, אי"כ גוף הבהמה החוזרת שייכת לשומר, דלא כרמב"ם דגוף הבהמה חוזר לבעלים.

דממילא בטל למפרע חיוב השומר כדברי הרמב"ן והריטב"א בסוגיית כיפי- שומא הדר, אך מנלן קנין הקרן?⁴

7. עוד יש להקשות בדברי הירושלמי, מאי מספקא ליה כלל על עדי פשיעה, הרי פשיטא לשטתו דכיון ששילם כדין השומרים זכה בקרן וממילא בכפל?

ד. ישוב דברי הירושלמי

דרך אבן האזל

נקט דהקרן נקנה מדיני השומרים, דלא יתכן שישלם השומר לבעלים, וגם הגנב ישלם לבעלים, אלא דעיי תשלום השומר, נקנה לו הקרן.

דרך זו צ"ע בסברא, ואיננה פותרת את יתר הקשיים.

דרך נוספת

ניתן אולי לישב את בעית הקנאת הקרן ע"פ דברי רעק"א (בד"ה 'תוד"ה המפקיד'⁵).

דלמד רעק"א שיש קנין ממשי לשומר ע"י המיתה, וכל הסוגיא דידן דנה רק על הקנאת הכפל, וכפל הולך לנפסד ולא לבעלים.

והיה אפשר לומר שהירושלמי יסכים לרעק"א שקנין הבהמה נעשה ע"י המיתה, והכפל מגזה"כ, וא"כ הירושלמי הוא הפשוט, דקרן ע"י מיתה, וכפל ממילא לבעלים מגזה"כ, והבבלי הסתבך בהקנאת הקרן והכפל ודשלב"ל, בגלל שלמד דכפל תלוי בנפסד ולא בבעלים.

אך דברי רעק"א תמוהים מאד הכיצד נקנית הבהמה ע"י מיתה ועיין לקמן (לה:), וכן דברי הרשב"א שלמד הקנאת בעלים בירושלמי לא יתישבו בדרך זו. ולכן נראה ללכת בדרך חדשה אשר סלל לנו הגרש"ר.

דרך ר' שמואל רוזובסקי

חידש ר' שמואל דגם הירושלמי מתבסס על הקנאת הבעלים, אך לא כדברי הבבלי שהבעלים מקנים את הכפל, אלא דהבעלים מקנים את הקרן בלבד, והכפל הוא הקנאת התורה.

⁴ ראה בדברי ר' שמואל ובאבן האזל בסוגיין דהקשו כע"ז.

⁵ וז"ל: "יש לעיין אמאי בנשבע ולא רצה לשלם משלם הכפל לבעלים, הא לפ"מ דסברי רבנן לקמן בפ' דהשואל משלם להשוכר דבמותה קנה לה, ואף לר' יוסי מ"מ, לפמ"ש תוס' דטעמא דר"י משום דא"ל דל אנת ודל שבועתיך עיי"ש, ממילא לכאורה אם תבעו הבעלים להשוכר ונשבע ואח"כ נמצא שהשואל לאחר, דמודה ר"י דמשלם להשוכר, כיון דכבר נפטר מהבעלים קנה לה, וא"כ הכא בש"ח בנשבע דקנה לה בנגנבה דכמו בשוכר קנה לה לדמי, ה"נ ש"ח קני לה בגו"א, שיהא הכפל לשומר כמו דהשואל משלם להשוכר ה"נ יהא הדין דהגנב משלם להשומר.

אח"כ הראו לי דהקשה כן הפ"י לקמן, ולזה היה נ"ל כיון דהגנב ע"י גניבתו נקנה הפרה להשומר, והגנב הוא דאפסיד להבעלים בגניבתו דעיי"ז קנהו השומר, מש"ה מקרי גנב לגבי בעלים, דזהו בעצמו מעשה הגניבה, דמה שגונבו ומוציאו מרשות הבעלים להיות מקנה עיי"ז להשומר, וגדולה מזו מצינו לר"ש דבר הגורם לממון כממון דמי, בגונב קדשים שחייב באחריותן חייב לשלם כפל, דאף דבהמה בעצמותה היתה של הקדש, מ"מ כיון דגורם ממון לבעלים הוי כממונו, מכ"ש הכא דמקרי ממון בעלים, דהא מכח הגניבה מפסיד ממון להבעלים, וי"ל כה"ג גם רבנן מודו, כיון דשניהם באים בב"א דע"י הגניבה יצא מרשות הבעלים ונקנה להשומר מקרי גנב דבעלים, כ"ז בגנב מבית שומר, אבל באבידה ומצא אחר וטע"ג דמכח האבידה כבר נקנה להשומר אף בנשבע ולא שילם משלם להשומר דש"ח באבידה קנה לה והגנב משלם לש"ח....".

לפייז הכל אי"ש, דגם לירושלמי יש משמעות לניחותא דהבעלים, והיא המקנה לשומר את הקרן (6), ויזכה גם ביוקר ע"י הקנאה זו כדברי הבבלי (2), ושייכת מח' אביי ורבא על הקרן, דהכפל הוא נ"מ מכך (1) ושייך להסתפק על עדי פשיעה האם יש ניחותא לבעלים (7), ויש צריכותא בין כלים ובהמה (4), ויש סברא לחלק בין שואל לשאר שומרים דלא יקנו לו את הקרן (3), ומובן דסגי באמירת הריני משלם כדברי הבבלי, דסגי בהכי להקנאת קרן (5), וא"ש דרך הרשב"א לחבר את הירושלמי לבבלי, דגם הבבלי מתבסס על סברות ההקנאה, ואם לירושלמי הוא מקנה קרן בעדי פשיעה ה"ה לבבלי יקנה גם את הכפל. ועדי אונס הם מתנה בעלמא, ולא שייכים כלל להקנאת קרן וכפל.

לדרך זו אין חידוש הירושלמי 'חיים שניים' דין בפרשת שומרין כדברי אבן האזל והרדב"ז, אלא דין כללי בהקנאת כפל, דתשלומי כפל אינן הולכין לנגזל, אלא לבעל הקרן. דרך זו היא פלאי פלאים בישוב הירושלמי והרשב"א, הבעיה היחידה שנתרה היא, שאין זכר להקנאת הבעלים בדברי הירושלמי, ואולי הדבר מוכרח מאמר הריני משלם.

יש לעיין בסברא, אם הירושלמי מסכים לסברת הבבלי בהקנאת הקרן, אמאי פליג עליה בהקנאת הכפל?

ואי נימא דהירושלמי חידש גדר בהקנאת כפל- לבעלים בשעת תשלומין, קצת ניחא, דזהו חידוש ביסוד, ולא מחמת קושי בסוגיא בלבד.

עוד יתכן להסביר כדברי אבן האזל, דגם אם מקנה את הקרן לשומר, אך הכפל ילך לבעלים מסברא, דלמה לו להקנות יותר ממה שחייב, ובעצם אפשר להשלים בכך את הסברא הקודמת, דלכך בעינן חידוש בדיני כפל דלא היתה הקנאת בעלים אלא על הקרן ולא על הכפל.

חלק ב' - בגדרי הקנאת הכפל - 'נעשה כאומר'

תוכן

- א. הצגת מחלוקת רש"י והמהרש"א
- ב. ביאורי האחרונים, פנ"י, רעק"א, קצות
- ג. הבנה חדשה ע"פ סוגיית שילם לבנים (מח' ראב"ד- רשב"א)
- ד. דרך הפנ"י
- ה. סיכום השיטות

א. הצגת המחלוקת

הגמ' הקשתה כיצד קונה השומר את הכפל הרי זהו דשב"ל, ותירצה הגמ' וז"ל:

"אמר רבא נעשה כאומר לו לכשתגנב ותרצה ותשלמני, הרי פרתי קנויה לך מעכשיו... איכא דאמרי אמר רבא נעשה כאומר לו לכשתגנב ותרצה ותשלמני, סמוך לגניבתה קנויה לך, איכא בינייהו קושיא דר' זירא, אי"נ דקיימא באגם".

לכא', ההבדל בין הלישנות הוא מתי נקנית הבהמה לשומר, לל"ק הבהמה נקנית ברגע המשיכה ולל"ב היא נקנית רק סמוך לגניבה. וממילא נולדה לה הנ"מ של קיימא באגם, דאם נקנית ברגע הראשון נקנית ע"י המשיכה, ואי נקנית סמוך לגניבה, נקנית ע"י קנין חצר כפרש"י בד"ה 'א"י'.

ויש לתמוה על דברי רש"י שכתב בל"ב "נעשה כאומר לו בשעה שמסרה לו". אמאי בעינן שעת משיכה, הרי הקנין חל רגע לפני הגניבה?

והמהרש"א העיר על רש"י דמספק הגמ' בע"ב, בעניין שילם לבנים, מוכח דלא בעינן להקנות בשעת משיכה, שהרי הבנים לא היו בשעת משיכה, וכיצד יכולים להקנות את הכפל לשומר? אלא צ"ל דנעשה כאומר רגע אחד לפני הגניבה ואז קני מדין חצר.

וצ"ב במאי פליגי רש"י והמהרש"א.

ב. ביאורי האחרונים למחלוקת

הפנ"י הכריח כשיטת רש"י דינעשה כאומר' בשעת המשיכה, דסבר הפנ"י דבעינן שהבעלים יעשו גילוי דעת שרוצים להקנות, וזהו דוקא ע"י המשיכה, ולכן צודק רש"י דגם לל"ב 'נעשה כאומר' בשעת משיכה. ואע"פ שהקנין בפועל נעשה רגע לפני הגניבה, אבל חייבים אמירת לך חזק וקני ע"י הבעלים, ודבר זה נעשה ע"י המשיכה.

רעק"א הכריח כדברי המהרש"א, דיש בעיה של ברירה, שהרי שעת גניבה היא שעת הקנין בפועל, ואין ידוע מראש האם ומתי תהיה ההקנאה, א"כ בעינן לדין ברירה, ולכן צודק המהרש"א דנעשה כאומר הוא רגע לפני הגניבה.

הקצות (קפט, א) ביאר את דברי רש"י ע"פ הרשב"ם (ב"ב פה.), דיש לכל מפקיד חלק בחצר הנפקד, וא"כ אין הנפקד יכול לקנות בקנין חצר לאחר שהשמירה כבר החלה, שהרי מקום הפקדון שייך למפקיד ואינו של השומר, ולכן הוכרח רש"י לפרש דינעשה כאומר' ברגע המשיכה, ובכך מגביל את ההפקדה מהרגע הראשון, קודם שיהיה לבעלים חלק בחצר השומר.

האחרונים ביארו את מחלוקת רש"י והמהרש"א בסברות חיצוניות לסוגיא, קנינים וברירה, ננסה ללמוד את המשך הסוגיא שלנו, 'שילם לבנים', אשר ממנה הביא המהרש"א ראייה לדבריו, ומשם נפיק פשט חדש בדברי רש"י.

ג. באור חדש למחלוקת, ע"פ סוגיית שילם לבנים

נחלקו רש"י והראב"ד בהבנת המקרה 'שילם לבנים'.

רש"י נקט דעסקינן דמת האב קודם הגניבה, אבל **הראב"ד** סבר דעסקינן בנגנבה בחיי אביהן.

וביאר **הרשב"א** את שיטת הראב"ד, וז"ל:

"שילם לבנים מהו, פירש הראב"ד ז"ל דדוקא כשנגנבה ואח"כ מת האב, דאז אפשר דקנה, משום שהיה המקנה קיים בשעה שהיה הנפקד ראוי לקנות, דהיינו שעה שנגנבה. אבל אם מת האב ואח"כ נגנבה, בכי הא לא קני כלל, דאב לא אקני ליה כלום עד שעה שתגנב וכבר מת, ובנים לא אקנו ליה כלום".

ונראה דיסוד הדברים של הראב"ד נובע מההבנה שצריך אמירה בשעת משיכה, וכיון שהמשיכה היתה אצל האב, ובשעת ההקנאה - סמוך לגניבה, כבר לא היתה הפרה ברשותו, אלא ברשות הבנים, א"כ האב אינו יכול להקנות דבר שאינו ברשותו, והבנים מעולם לא אמרו, שהרי לא היתה משיכה אצלם, וא"כ נמצא שאין אף אחד יכול להקנות ופשיטא דלא קני. ולכן הוכרח הראב"ד להסביר את ספק הגמ' בנגבה בחיי האב, ואח"כ מת, ושילם השומר לבנים. והספק הוא האם האב מבטח את הקרן ע"י הקנאת הכפל רק אם יקבל בעצמו את הקרן, או שהביטוח הוא גם על תשלום לבנים, דמוכן להקנות כפל, אפי' אם ישלם לבנים.

ולדרך זו הספק שייך גם לל"ק⁶, דהאב הוא המקנה, והספק הוא באומדנא בדעת האב, וזה שייך גם לל"ק, דמקנה מעכשיו, אפי"ה יש להסתפק האם דעתו דוקא אם ישלמו לו, או אפי' ישלמו לבנים.

אבל הרשב"א עצמו חלק על דברי הראב"ד, ונקט באופן פשוט דאם האב חי ודאי שזכה בכפל אפי' שילם לבנים, דמצינו בגמ' בגיטין ד'לי' משמעותו 'לי וליורשי', ולכן ברור שכשעושה את התנאים עם השומר, מתכוון שישלם או לו או לבניו. ולכן ביאר שספק הגמ' הוא במקרה שהאב כבר מת, והשא' היא האם יש אומדנא של קנין גם אצל הבנים. וחדש הרשב"א דלא בעינן אמירה ע"י מעשה - המשיכה, אלא זוהי אומדנא של רבנן דהמפקיד מקנה כפל לשומר, והאומדנא הרי היא כאמירת 'לך חזק וקני' ומתרחשת ברגע הקנין - רגע לפני הגניבה.

וביאור הספק הוא, האם האומדנא שרוצה להקנות לשומר נובעת מכך שעשה לו נוחותא בעלמא⁷, או מחמת השמירה עצמה, דאי בעינן טובות בעלמא, רק לאב היתה נוחותא, אבל אם ההקנאה היא בגלל עצם השמירה, גם אצל הבנים היתה שמירה, ולפי"ד כל הספק הוא רק לל"ב, דבאמת הבנים מקנים, דאי האב מקנה, פשיטא שקונה שהרי הפקיד ומוכח דעשה לו נוחותא.

וראה בדברי רעק"א, שהסתפק האם שומר אבידה זוכה בכפל, דמצד אחד שומר בשבילו, אך מצד שני אין כאן בחירה והפקדה, ולא היו טובות קדומות. והדבר תלוי ממש בספק הגמ' לפי דברי הרשב"א.

עולה דנחלקו הרשב"א והראב"ד בשאלה, האם 'נעשה כאומר' הוא דוקא ע"י פעולה מעשית - המשיכה, ולכן אין לבנים יכולת הקנאה עצמית, ולכן מוכרח הראב"ד לפרש כדברי רש"י בל"ב, ד'נעשה כאומר' צריך שעת משיכה, או שינעשה כאומר' הוא אומדנא דרבנן ואין תלות בשום מעשה מציאותי, וכך למד הרשב"א, ולכן גם הבנים יכולים להקנות, וממילא ספק הגמ' הוא אומדנא בהקנאת הבנים. וילמד כמהרש"א, ד'נעשה כאומר' הוא רגע אחד לפני הגניבה.

לפי חשבון זה, ישנה סתירה בדעת רש"י, דכיון שפרש שעת משיכה, לכא' למד כראב"ד, וא"כ מדוע חלק עליו בישילם לבנים והעמיד כרשב"א, דמת קודם גניבה⁸?

ונראה לישב, דרש"י רצה לפרש בל"ב באופן פשוט המוסכם לכ"ע, בלי להכנס לספיקות בגמ'.

ונראה שלמד דהספק ישילם לבנים הוא כדברי הרשב"א, האם יש אומדנא להקנות על כל שמירה, או דוקא על מי שעשה לו נוחותא בעלמא. ולכן נקט רש"י דבשעת משיכה ודאי יש אומדנא, דאם מפקיד

⁶ עיין בדברי רעק"א בעניין זה.

⁷ כך עולה גם מדברי רש"י והרשב"א על שואל, דהניחותא אינה בעצם השמירה, שהרי אין נוחותא בהשאלה, אלא ודאי שהניחותא היא בטובות דעלמא, ואדרבה ההשאלה היא ראייה שעשה לו טובות אחרות ולכן השאל לו, ולפי"ז מה שהפקיד אצלו הוא הראיה שעשה לו טובות קודמות.

⁸ ברש"י (ד"ה נעשה כאומר) משמע כרשב"א, דזוהי אומדנא דרבנן, ולא אמירת הבעלים ע"י משיכה.

אצלו, מוכח שיש ניחותא דעלמא, דההפקדה מוכיחה שעשה לו טובה, אבל אם היה מפרש כמהרש"א- רגע לפני הגניבה, הרי זה נכון רק על הצד ששילם לבנים קנה, דכל שמירה היא טובה ומקנים בגללה את הכפל, גם בלי קבלת שמירה. וא"כ רש"י נקט שעת משיכה, לא בגלל שא"א להקנות אח"כ, אלא דרך בשעת המשיכה יש אומדנא ודאית שרוצה להקנות לו רגע לפני הגניבה.

לפ"ד אין מח' מהותית בין רש"י למהרש"א, דאה"נ דיש מושג של נעשה כאומר גם בלי מעשה- משיכה, ומה שנקט רש"י שעת משיכה, היינו מחמת דלא ידעינן האם יש ניחותא מספקת, אלא ע"י המשיכה- שהפקיד אצלו.

ד. דרך הפנ"י

הפנ"י חלק על המהרש"א והצדיק את דברי רש"י דהאמירה בשעת המשיכה, דלא יתכן שינעשה כאומר' בלי פעולה מעשית - משיכה, ותרץ את קושיית הראב"ד, הכיצד מקנים הבנים, הרי לא משכו? דספק הגמ' הוא דאע"פ שהאב כבר איננו, והבנים לא עשו משיכה בעצמן, אפ"ה ליסגי בניחותא של הבנים במעשה אביהן, ויועיל להם מעשה ההקנאה של האב במשיכה.

לפי הפנ"י, רש"י חלק על המהרש"א ביסוד, דינעשה כאומר' צריך פעולה מעשית כראב"ד, וחידש דרך ביניים, שאצל הבנים תועיל ניחותא כדי לקיים את מעשה האב, וא"צ במעשה הקנאה חדש, וצ"ב גדר זה, ואכמ"ל.

ה. סיכום השיטות

ראב"ד - צריך פעולת הקנאה, ולכן אין לבנים יכולת להקנות, ולכן הספק בחיי האב, האם האב הקנה ושייך גם לל"ק.

רשב"א - א"צ בפעולת הקנאה, דזוהי אומדנא דרבנן, ולכן הבנים יכולים להקנות, והספק לאחר מיתת אביהן, ולל"ב בלבד.

רש"י - לפ"ד סובר ביסוד כרשב"א, ונקט שעת משיכה בשביל האומדנא, ואומדנא ניכרת ע"י ההפקדה. אבל הפנ"י למד ששיטת רש"י היא כראב"ד, אלא שסגי בניחותא דבנים לקיים קנין האב.

יש להעיר שהמהרש"א עצמו ביאר את הספיקות לל"ק ולל"ב באופן שונה.

לל"ק הספק הוא כראב"ד האם 'לי' - לי בלבד או אפי' לירשי.

לל"ב הספק כרשב"א, האם הבנים מקנים את הכפל או לא- אומדנא.

ולמד בדברי רש"י, דנקט שהספק הוא לל"ב - שהבנים מקנים, בגלל לשון הגמ', דמשמע דהבנים מקנים 'אקני לך אבונא כפילא דעבדת ליה ניח נפשיה', אבל אגן לדידן לא' ושמע בנים לעומת האב, דהם המקנים, והראב"ד יגרוס אחרת.