

צ"ג ע"א

(א) שומר חנם נשבע על הכל - ע"י רש"י דר"ל דעל כל המאורעות הכתובות בשאר שומרים לחיוב הוא נשבע, לאפוקי פשיעה דחייב עליה. וזה מובן היטב, דהא עיקר השבועה נשבע בזה הוא שלא פשע, ע"י רש"י שבועות מ"ט, ונמצא דיסוד השבועה הוא דנגבה או נאבדה וכו' בלא פשיעה. ובמאי דאיתא במתני' שואל משלם את הכל כתב דר"ל גניבה ואבידה ואונסין, לאפוקי מתה מחמת מלאכה דאף השואל פטור (ע"י כל זה בחידושי הריטב"א), ובה לכאורה צ"ב אמאי קאמר דמשלם על הכל. אלא דהדבר מבואר היטב, דהא מאי דפטור שואל במתה מחמת מלאכה מצינו בזה ב' דיעות בראשונים, ע"י מח"א הלכות שאלה ופקדון סימן ד', דהריטב"א לקמן דף צ"ו ע"ב כתב דהיינו משום דאיבעי ליה למשאיל לעיוני בפרתו קודם שהשאילה, ומדלא עשה כן חשיב כפושע ואיהו דאפסיד אנפשי'. אמנם הטור בחו"מ ס' ש"מ הביא בשם הרמ"ה דהשואל בהמה לילך למקום ידוע ובאו עליו לסטים ואנסוה ממנו חשיב שפיר מתה מחמת מלאכה, והתם הרי ליכא למימר דאיהו דאפסיד אנפשי'. אלא טעמו לכאורה כמבואר בנ"י דטעמא דפטור במתה מחמת מלאכה הוא דכיון שהשאילה למלאכה ידע המשאיל דאפשר דמתכחש במלאכה ואפילו הכי השאילה לו אם כן מתירה למיתה הלכך המשאיל הוא דפשע אנפשי'. (וע"ש במח"א שצידד ביאור אחר, דהוי שאלה בטעות.) עכ"פ נמצינו למדים מתוך דברי הראשונים דאין מאי דפטור במתה מחמת מלאכה משום דיני עצם השמירה, דבעצם שפיר היה חייב והיה חיוב זה נכלל בכלל אחריות ידיד, רק משום דהמשאיל אפסיד אנפשי' הוא דפטור, אשר ממילא שפיר שייך לומר בזה דהשואל משלם את הכל, דכן הוא הדין מצד עצם קבלת שמירה ידיד, ומתה מחמת מלאכה מטעם אחר הוא דפטור, ודוק. (אכן הרמב"ם כתב בפ"א מהל' שאלה ופקדון דטעמא דפטור במתה מחמת מלאכה הוא משום דודאי לאו דעת' דשואל להתחייב על זה דלאו לאוקמה בכילתא שאלה, ולדידי' הוי זה גדר בחיוב השמירה החלה עליו, וליכא למימר כנ"ל.)

(ב) שוכר כנושא שוכר - טעמא דמ"ד שוכר כנושא שוכר, ע"י רש"י לעיל דף פ' ע"ב ד"ה רבי יהודה אומר כשומר שוכר שכתב, וז"ל: הואיל ולהנאתו הוא אצלו אף על פי שנותן שוכר פעולתו שומר שוכר הוא דאי לא יהיב שוכר הוי שואל וחייב באונסין השתא דיהיב ליה אגרא לא הוי שואל והוי שומר שוכר, עכ"ל. וטעמא דמ"ד כשומר חנם, דכיון דיהיב אגרא עבור השכירות שוב לא חשיבא הנאת ההשתמשות למילתא. וביאור מחלקותם לכאורה, דנחלקו ביסוד המחייב דשוכר ודשומר שוכר, דמאן דס"ל דשומר שוכר הוא, היינו טעמי' משום דס"ל דהמחייב הוא כעין הך דשואל, דכמו דשואל מתחייב באונסין משום דכל הנאה שלו, כלומר, דמה שהאדם מקבל כל ההנאה הוא שמחייבו, כך גם בשוכר מה שמקבל הוא ההנאה מחייבו, והרי מקבל הנאה, אלא דמאחר דמשלם שכירות עבור ההנאה לא חשיב כל ההנאה שלו, ולכן אין חיובו חמור כחיובא דשואל ואינו חייב אלא כשומר שוכר, אבל לעולם מה שמחייבו הוא ההנאה שהוא מקבל. ואף שומר שוכר עצמו יש לבאר דמה שמחייבו הוא ההנאה שמקבל על ידי השוכר, ואף דתמורת השוכר שמקבל הוא שומר. אכן מאן דס"ל דכשומר חנם הוא ס"ל דיסוד המחייב בשוכר אינו ההנאה שמקבל, ולעולם אין הנאה מחייב אלא בשואל דכל או עכ"פ רוב הנאה שלו, ומה שמחייב בשומר שוכר אינו ההנאה שמקבל על ידי לקיחת החפץ אלא עצם השוכר שמקבל, דחיובי שומר שמכר מונחים בעצם מה שמקבל שוכר, אשר זה לא שייך גבי שוכר כלל וע"כ דאינו אלא שומר חנם.

צ"ג ע"ב

(ג) רש"י ד"ה הא נטר כדנטרי אינשי - ואין זה אבידה אלא אונס - מבואר מדבריו דהפטור בסוגיין הוא מדין אונס. אכן יעויין חידושי הריטב"א שביאר באופן אחר, וז"ל: וא"ת ולרבא משכחת ש"ש שמשלם כפל בטוען טענת גנב שנגבה לו כדעל או גנא בעדנא דגנו או עיילי אינשי ואנן אמרינן בכל דוכתא דלא אשכחן כפילה בש"ש אלא למ"ד לסטים מזויין גנב הוא וי"ל דכיון דבעידנא דגנו או עיילי אינשי אינו נעשה עליו שומר ולא קבל עליו שמירה אליבא דרבא אינו משלם עליו כפל דאי לא לדידן נמי משכחן לה בחולה אלא ודאי כדאמרן, עכ"ל. הרי מבואר מדבריו דיסוד הפטור אליבא דרבא הוא משום דעל זה לא נעשה שומר, ולא מדין אונס הוא דפטור. וכדבריו, כ"כ גם בחידושי הרמב"ן לעיל דף מ"ב, ע"ש. ולדבריהם ש"ש חייב אפי' בגניבה באונס, רק באופנים הנ"ל לא חשיב שומר.

ובדברי הרשב"א בסוגיין יש לכאורה מקום עיון, ע"י בדבריו שהקשה כמו שהקשה הריטב"א ותי' כנ"ל דאינו נעשה ע"י שומר אשר ממילא לא שייך בזה דינא דטוען טענת גנב, אלא דאח"כ הקשה עוד, וז"ל: עוד קשה לי כי אקשי ליה אביי מאלו הן אונסין ששומר שוכר פטור כגון ותפול שבא ותקחם ואיצטריך רבא לאוקמה דוקא בחזני מתא לוקמה בכולהו שומרים ובשעה שהוא יושב ומשמר דאילו בשעה שאינו יושב ומשמר כגון שנכנס או שישן כשאר בני אדם אינו שומר ופטור מהכל ואפילו נגנבה או נאבדה דמאי הוה ליה למעבד ויש לומר דרבה מדין אונסין פטרינהו לאלו שישנים בשעה שדרך בני אדם לישן או שנכנסין לאכול ולשאר צרכין בשעה שדרך בני אדם ליכנס וכו' ולפיכך הקשה לו אביי מהא ברייתא שאין לה אונסין אלא בכעין ותפול שבא ותקחם וכו', עכ"ל, הרי דחזר בו לכאורה הרשב"א מדבריו ופי' כמו דכתב רש"י דטעמא דפטור לרבא הוא משום אונס. ולפי' הדר תיקשה קושיותו הראשונה, דמענה הרי שפיר משכחת לה טוען טענת גנב בשומר שוכר היכא דטען שנגנב כשישן בזמן שבני אדם ישנים, וצ"ע. (וברוב דוכתי יש ליישב קושי' זו דאח"כ הוה מצי לאשכוחי נמי בכה"ג, אלא מאחר דס"ל דלסטים מזויין גנב הוא מוקים בהכי, וכן איתא בראשונים, אלא דיקשה משה"ק התוס' לעיל דף מ"ב ע"א ד"ה אמר שמואל כספים אין להם שמירה כו' מהא דלקמן דף צ"ה דכי יליף גניבה ואבידה בשואל משומר שוכר פריך מה לשומר שוכר שכן משלם כפל בטענת ליסטין מזויין ומשני אי בעית אימא גזלן הוא משמע שאין שום גניבה שיפטור בה שומר שוכר, ולדברי הרשב"א (ורש"י) הרי איכא תשלומי כפל בטוען שנגנב כשישן בזמן שבני אדם ישנים וכדומה, שהוא פטור מדין אונס. אלא דבזה י"ל דרבא סמך אתירוצא אחריתא התם דאפ"ה קרנא דשואל עדיפא.)

אכן פשוט לכאורה, וכן העירני ב"א, דלעולם לא חזר בו הרשב"א מדבריו הראשונים, אלא הוסיף דהפטור הוא משום אונס, כלומר, מאי דלא הוי שומר הוא משום דהוי אונס (דאין אונס בשומרים פטור בשומרים אלא גדרו דלזה לא חשיב שומר). וכ"ה לשון הרשב"א לעיל דמ"ב ע"א סוד"ה וכשקפץ, ע"ש שכתב, וז"ל: אבל זה כיון שנאנ נפטור מן השמירה לגמרי באותה שעה, עכ"ל.

ועדיין יקשה לכאורה, דמדברי הרשב"א מבואר להדיא שפירש דרבה לא פליג אדברי הירושלמי דבשעה שאין בני אדם ישנים אפי' הקיפה בחומה של ברזל חייב אם אך לא שמר בעצמו, הרי דס"ל דחייב שומר שוכר אפילו אגניבה דאונס, וכבר דנו בזה התוס' בכמה דוכתי, ע"י תוס' הנ"ל לעיל מ"ב ע"א, ומעתה צ"ב אי אמרינן דש"ש חייב אגניבה אפי' באונס, מ"ש הני אופנים דרבה דפטור. וקושי' זו הקשה באמת בישי"ש לב"ק פ"ו ס' י"א, ע"ש שכתב, וז"ל: ועוד קשה לי מהא דמסקין סוף פרק השוכר את הפועלים האי רעיא דהוה קא רעי בהמות וכו' אתא לקמי'

דברה ופטר' וכו' וא"כ ש"מ להדיא דלא ס"ל לרבה
הא דאיתא בירושלמי ובשאלתות, עכ"ל, ע"ש מש"כ
בזה, ובסוף דבריו הביא דברי ההגהות מיימוני פ"ה
שכירות אות ג', שכתב דכל אונס גמור בש"ש פטור,
ודלא כדברי הירושלמי.

ובקצוה"ח סי' ש"ג סק"א כתב ליישב ד"ז ע"פ מה
שחילק דמאי דכתבו התוס' דבאונס גמור דגניבה
חייב, אין זה אלא בגניבה, ומשום דכל גניבה קרובה
לאונס, אבל לא באבידה, ובסוגיין נימא דמייירי
באבידה וכמו הך דההוא רעיא דמייירי באבידה. אכן
דבריו לכאורה אינם מספיקים, דיעויין ברא"ש בב"ק
נ"ו שהביא דברי השאלתות שכתב כדברי התוס'
דחייב אפי' באונס גמור בין בנגנבה בין בנאבדה, ודלא

כמש"כ בקצוה"ח, והדרא קושיין לדוכתה.
והנה עצם יסוד דברי התוס' בב"ק דף נ"ז והרשב"א
ודעמי' דחייב בגו"א אף באונס גמור, וחלוק הוא
משאר אונס אחר דפטור ש"ש עליו, נראה ביאורו
לכאורה, דכל דבר אשר הוא נכנס בכלל דין השמירה
דידי', כלומר, דהוא באופן שעליו לשמרו, אם אך לא
שמרו בעצמו אינו נפטר על ידי גניבה ואבידה, והרי
הוא חייב אף בנגנבה באונס גמור, דמ"מ היה לו
לשמור, ואינו נפטר במה שיש עליו דין לשמור אלא על
ידי שמירה. לא כן בשאר אונס כגון מתה כדרכה, הרי
אין זה קשור לשמירתו או לאי שמירתו כלל, ובאונס
כזה שפיר אמרינן דפטור. אשר לפ"ז נראה דשפיר
מצי אתיין דברי רבה אפי' לדברי הירושלמי
והשאלתות, דיסוד דברי רבה הוא דבהני אופנים
אינם בגדר מה שצריך לשמור (ואף דהוי עליהו
שומר), אשר ממילא שפיר אית בזה פטור דאונס.
והדברים מבוארים היטב ע"פ המבואר בדברי
הרשב"א דמאי דפטור באונס הוא משום דלזה לא
חשיב שומר, כנ"ל, ועפ"ז פשוט דהיכא דצריך לשמור
בגופו, אף דבעצם הוה אונס, הרי אין אונס פטור
בשומר אלא מה שאינו חשוב שומר, ואם אך בש"ש
צריך לשמור בגופו, עד כמה שלא שמר בגופו ע"כ
דעדיין שומר הוא, אשר זהו דינא דהירושלמי, ומאי
דפטור בסוגיין הוא משום דהרי נטר כדנטרי אינשי
ועל ידי דחשוב אונס לא לא חשיב לד"ז שומר אשר על
כן פטור, ודוק היטב.¹

ומוכרח לשיטות אלו דמאי דחייב השומר לשלם אינו
מדין פשיעה המחייבת או משום דהוי כעין מזיק, (ע"י
אבני נזר או"ח סי' שכ"ו שכתב בדעת הרמב"ם
והרמב"ן דכן הוא גדר החיוב), דהא סו"ס אונס הוא
ואכתי אמרינן דחייב לשלם, אלא חיובו הוא מצד
חיוב אחריותו, בין אם הוא מצד עצם השמירה בין
אם הוא מצד התחייבות נפרדת, ויתבאר ענינים אלו
לקמן, בעזרשי"ת.

וההגהות מיימוני ודעמי' ס"ל דליתא לדין זה דכל
שיש לו דין שמירה אינו נפטר אלא על ידי שמירה,
אלא שפיר יש בזה פטור אונס כמו בשאר דוכתי, אשר
ממילא פטור אף בגו"א באונס.

ד) אי הכי אמאי פטור תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב- והא דהוה אמרינן בזה דתחלתו בפשיעה
וסופו באונס חייב אף דלא אמרינן הכי לדעת רוב
ראשונים לדעת רבה בהמפקיד דף ל"ו ע"ב א"כ בא
האונס מחמת הפשיעה, והכא אפי' אם לא על לא היה
יכול להצילו, כתבו התוס' לעיל דף ל' ע"א ד"ה אין
ובדף ע"ח ע"א ד"ה הוחמה, וכ"ה ברמב"ן ורשב"א
לעיל דף ל"ו, הביא הריטב"א בסוגיין דברי התוס',
דאלו לא על היה יכול לאסוף עמו רועים לסייעו
להצילה ושפיר חשיב שהאונס בא מחמת הפשיעה.
והרמב"ן דף ל"ו ע"ב כתב עוד בשם הראב"ד דהאונס

בא מחמת הפשיעה דכיון דעל בעידנא דלא עיילי
אינשי היה יכול להכניסם עמו ולא היה לו להניחם
שם אפי' הקיפם חומה של ברזל, הובאו הדברים
בריטב"א. עוד הביא הריטב"א בשם הראב"ד, וכ"ה
בשט"מ בשמו, דאמרינן שמא אלו היה שם לא היה
הארי טורף ומקיים ב"י ומוראכם וחתכם יהיה על כל
חית הארץ. אמנם דעת הרי"ף דסוגיין כאב"י בדף ל"ו
דס"ל דפשע בה ויצאת לאגס ומתה חייב אף דאין
האונס מחמת הפשיעה, אבל לרבה פטור. והיא היא
דעת הרי"ף דנקטינן כאב"י דלא בעינן שתהא האונס
בא מחמת הפשיעה.

והנה מאי דבעינן שתהא האונס בא מחמת הפשיעה
פשוט הוא לכאורה, דטעמא דתחילתו בפשיעה וסופו
באונס חייב היינו או משום דעל ידי כך תו לא חשיב
אונס כיון דתו ליכא למימר דמאי הוה ל"י למיעבד, או
דאף דחשיב שפיר אונס, מ"מ מהניא הפשיעה
שבתחילה לחיבו אף על האונס שבסוף, ולב"י אלו
הסברות ודאי דלא שייכא הך מילתא אלא היכא
דהאונס בא מחמת הפשיעה, וכבר הארכנו בזה בב"ק
דף כ"א ע"ב, ע"ש. אכן בדעת הרי"ף בדברי אב"י
נראה דהיינו סברא מסויימת גבי שומרים, דמאחר
דפשע בה שוב אשתעבד נכסי' (כלישנא דהגרע"א לעיל
דף ל"ו) נתחייב בכל ואף באונס, אשר אין דבר זה
שייך אלא בשומרים ולא בזקיקין, ע"י מש"כ בב"ק.

ה) תוד"ה אי הכי אמאי פטור תחילתו בפשיעה וסופו באונס הוא- וי"ל דלא חשיב ל"י פשיעה אלא
גניבה ואבידה ויש ללמוד מכאן דתחילתו דכעין גניבה
ואבידה וסופו באונס דפטור וכו'- וביאור הדבר
לכאורה, דאף דחייב ש"ש בגניבה ואבידה, מ"מ לא
נחשב בהכי פשיעה לענין שיתחייב אף היכא דסופו
באונס, דבכדי לשווי לאונס לפשיעה או להיות מחייב
עבור מה שבסופו אונס בעינן לפשיעה גמורה, והוא
כעין המבואר בנ"י בב"ק דף כ"א ע"ב דאף דבקפץ על
כלים דמקרבי לכותל חייב חצי נזק, מ"מ לא מיחשב
לענין נפילה תחילתו בפשיעה וסופו באונס לחייב ח"י
על הנפילה, מאחר דאינה פשיעה גמורה.

וע"י חידושי הגרע"א לעיל דף ל"ו שכתב דיש לדחות
ראיית התוס' מסוגיין דלא אמרינן דתחילתו בגניבה
ואבידה וסופו באונס חייב, ד"ל דהיינו דווקא לאב"י
לשיטתו דס"ל דפשע בא ויצאה לאגס ומתה חייב
משום דתחילתו בפשיעה וסופו באונס, ואף דלא בא
האונס מחמת הפשיעה, ע"י דברי הרי"ף הנ"ל, ולדידי'
מאי דחייב הוא משום דעל ידי שפשע הדר אשתעבד
נכסי, וכנ"ל, אשר בזה ס"ל בגניבה ואבידה כיון דלא
פשע לא אשתעבד נכסי ולכן פטור, אכן לרבה דפליג
ואמר דאמרינן מלאך המות מה לי הכא מה לי התם
וס"ל דלעולם בעינן דיהא האונס מחמת הפשיעה,
לדידי' הרי ביאורא דמילתא הוא דמועלת פשיעה
דמתחילה דלא ליחשב בסוף אונס, אשר זה שפיר
יתכן דאיתא אף בתחילתו בגניבה ואבידה.

והאמת דסברת התוס' לחלק גבי ש"ש בין תחילתו
בפשיעה לבין תחילתו בגו"א צ"ב, הרי סו"ס אצל
ש"ש שניהם שוים וכמו דחשוב על ידי תחילתו
בפשיעה דלא הוה אונס כמו כן יחשב על ידי תחילתו
בגניבה ואבידה. ואמר בזה הגראב"ו (קובץ שיעורים
השלם בשם כתבי תלמידים), דחלוק הוא חיובא
דפשיעה מחיובא דגניבה ואבידה, דחיוב פשיעה הוא
משום דיני השמירה, ואילו חיוב גניבה ואבידה הוא
משום שקיבל עליו אחריות, אשר לפ"ז בשלמא
בתחילתו בפשיעה חשיב דאיכא בסופו באונס גם
לתא דפשיעה, אשר על כן חייב, אבל בתחילו גניבה
ואבידה אין בזה משום פשיעה ולא שייך בזה לומר
שיתחייב בסופו באונס. אלא דעדיין צ"ב קצת כיון
דהאונס בא מחמת מה שעשה לענין גו"א אמאי לא
יהיה חיוב האונס בכלל חיוב אחריות דגו"א (והובא
שם בהגהות שכן העירר).

ואפשר ד"ל דלעולם אין חיוב גו"א מדין אחריות
אלא כמין חיוב פשיעה, אך חלוק פשיעה זו מפשיעה
גמורה דחייב עליו אפי' ש"ח, דבפשיעה גמורה עצם
מעשה הפשיעה מחייבתו, ואילו בשומר שכר דחשיב
גו"א פשיעה לגבי ידידי', אין זה מעשה פשיעה בעצם

¹ אך זה לא יתכן אלא למש"כ הרשב"א ודעמי' דאף דהוי
אונס גמור מ"מ עד כמה שהוא לא שמר הרי הוא חייב, אכן
בתוס' לא מוזכר דבר זה ולדידהו חייב ע"כ בלואנס גמור לכל
כלמטיס מזויין דכתיב להדיא, ודעתם שפיר כתב בקצוה"ח
מה שכתב.

כמו פשיעה גמורה, אלא באשר חיוב שמירתו יתירה על זו של שומר חנם, ביחס לחיוב שמירה זו חשיבא גוי'א לפשיעה, אבל לעולם אינה פשיעה בעצם. אשר לפי' ז"ל דכי מהני תחילתו בפשיעה לחיוב סופו באונס הבא מחמתו, דווקא היכא דהוי פשיעה בעצם, דמעתה פתיך ב' בסופו באונס פשיעה ולכך חייב, אבל חיובא דגוי'א אף דלגבי ש"ש חשיבא פשיעה מ"מ מאחר שאינה פשיעה בעצם אין בזה בכדי לפגוע בשם אונס דהסופו באונס, ועדיין צ"ע בזה.

והנה כתב הרמב"ם בפ"ג מהל' שכירות ה"ח, וז"ל: רועה שהניח עדרו ובא לעיר בין בעת שדרך הרועים להכנס ובין בעת שאין דרך הרועים להכנס ובאו זאבים וטרפו ארי ודרסו אין אומרים אילו היה שם היה מציל אלא אומדין אותו אם יכול להציל אפילו על ידי רועים ומקלות חייב ואם לאו פטור ואם אין הדבר ידוע חייב לשלם, עכ"ל. וממשי"כ דאפי' נכנס בזמן שאין דרך הרועים להכנס וטרפו ארי פטור, אף דלכאורה הוי תחילתו בפשיעה וסופו באונס, כמבואר בסוגיין, מבואר כשיטת הרי"ף דבסוגיין באמת חשיב שאין האונס בא מחמת הפשיעה, וסוגיין כאבי משמ"י דרבה, ואילו אגן ק"ל כרבא אליבא דרבה דאינו חייב אא"כ בא האונס מחמת הפשיעה, אשר על כן הכא פטור אפי' היכא דנכנס בזמן שאין דרך הרועים להכנס, וכי"כ בביאור הגר"א חו"מ סי' ש"ג, ע"ש. ומה שכתב דחייב לשלם היכא דאין הדבר ידוע אם היה יכול להצילו או לא, נחלקו בזה מפרשי השו"ע, דהסמ"ע בסי' ש"ג כתב דהיינו משום דמניחין שהיה יכול להצילו בשכר עד דידעין שלא היה יכול להצילו, (משא"כ בשומר חנם שאינו צריך לשכור להצילו), אשר על כן שפיר חייב, ואילו בש"ך שם סק"י הקשה על דברי הסמ"ע וכתב דהיינו טעמא משום דהוי מחויב בשבועה ואינו יכול לישבע, שהרי צריך לישבע שנאנס ואינו יכול לישבע, ע"י חידושי הגרע"א בספר הזכרון וזאת ליהודה מש"כ בזה, ואין כאן מקומו.

אכן בחידושי תלמיד הרשב"א בסוגיין כתב בדברי הרמב"ם דברים תמוהים לכאורה, ע"ש שדן בדינא דהתוס', אי אמרינן תחילתו בגניבה ואבידה וסופו באונס חייב, והביא דעת הסוברים דלא אמרינן בכי"ג דחייב, וכתב, וז"ל: אבל לא נראה כן מדברי אחד מגדולי המורים אלא שאפילו פשע בתחלה בדבר ששומר חנם פטור עליו הרי זה חייב ולפיכך כתב שאפילו נכנס בשעה שדרך בני אדם נכנסין חייב לשלם עד שיתברר שאילו היה שם לא היה יכול להציל כמו שכתבנו למעלה וזה נראה עיקר אע"פ שרבותי מסכימין לשון הראשון, עכ"ל. ומשמע מדבריו כאילו ר"ל דמאי דחייב עד שיוודע שהיה אונס הוא משום דאף בגוי'א אמרינן דתחילתו בפשיעה וסופו אונס חייב, וזה תמוה, ראשית, דיסוד הספק בזה הוא אי הוי פושע בסופו או לא ואין זה קשור לתחילתו בפשיעה וסופו באונס, ועוד דהא ע"כ דלית בזה דין תחילתו בפשיעה וסופו באונס, דהרי מיירי להדיא גם בנכנס בזמן שאין הרועין נכנסין אשר בזה ודאי דהוי פשיעה מעלייתא, ואפילו הכי פסק הרמב"ם דאי ידעין שלא היה יכול להצילו פטור, סוף דבר, דברי תלמיד הרשב"א צ"ע.

ו) שומר שכר בשכר ועד כמה עד כדי דמיה וכו' נפ"מ לכושרא דחיותא א"נ לטרחא יתירתא - כתב הרמב"ם בפ"ג מהל' שכירות ה"ו, וז"ל: רועה שהיה לו להציל הטריפה או השבויה ברועים אחרים ובמקלות ולא קרא רועים אחרים ולא הביא מקלות להציל הרי זה חייב אחד שומר חנם ואחד שומר שכר אלא ששומר חנם קורא רועים ומביא מקלות בחנם ואם לא מצא פטור אבל שומר שכר חייב לשכור הרועים והמקלות עד כדי דמי הבהמה כדי להציל וחוזר ולוקח שכרן מבעל הבית ואם לא עשה כן והיה לו לשכור ולא שכר הרי זה פושע וחייב, עכ"ל. והראב"ד השיגו, וז"ל: א"א דבר זה צריך פירוש שאינו משלם כל דמי הבהמות אלא מנכין לו השכר שהיה צריך לשכור הרועים להציל ואם אותו השכר יעלה עד כדי דמיהם כמה ישלם אומדין כמה אדם

רוצה ליתן ולא יטרח לקנות בהמות יפות כאלו וישלם אותו האומד, עכ"ל. וכתב המ"מ דאפשר דאף הרמב"ם ס"ל הכי אלא שקיצר שכבר באר שהשכר משל בעל הבית. אך מפשטות לשון הרמב"ם נראה דהיכא דלא הביא רועים ומקלות חייב לשלם לו עבור כל החפץ. וצ"ב טעמו בזה, דאמאי לא ינוקה לו מה שהיה בכל מקרה צריך בעל הבית לשלם עבור ההוצאות, והיא באמת השגת הראב"ד. ועי' שט"מ בשם שיטה שכתב, וז"ל: ואפשר דמכל מקום לא משלם אלא דמי כושרא או טרחא יתירא אי נמי יש לומר דכיון שלא שמר כדינו מחייב בכל ואף על גב דמשתרשי ל'י בעלים דמי רועים ומקלות דהוי כעין מבריה ארי, וצריך תלמוד. הרי שצידד שמא חייב בכל, וכתב בטעם הדבר דהיינו משום דכלפי דמי הרועים והמקלות חשיב מבריה ארי. (והראשונים בסוגיין כתבו דלא חשיב מבריה ארי משום דברי הזיקא, ע"י חידושי הריטב"א.) ואף דמפורש בסוגיין דהיכא דהוציא דמי רועים ומקלות שפיר משתלם מבעל הבית, היינו משום דמאחר דלא נתחייב באונסין הוי כל הוצאתו על התנאי שישתלם ואין זה שייך למבריה ארי, משא"כ היכא דלא הוציא ובאין לנכות מחיובו מה שהיה צריך בעל הבית להוציא כדי להצילו, זה שפיר חשיב מבריה ארי.

אכן בחידושי הר"ן מתבאר לכאורה סברא אחרת לומר דמשלם הכל ואין מנכין דמי רועים ומקלות, ע"ש שכתב, וז"ל: ואפשר דכל שלא היה יכול לקדם אלא בשכר כשמשלם פוחתין לו כדי אותו שכר דכיון שאפילו הציל הוה שקיל שכרן של מקדמין מבעל הבית עכשיו שלא קדם לא הפסיד אלא מה ששזה בהמתו יותר מאותו שכר או אפשר דכיון שהיה לו לקדם ולא קדם אין משערין אותו בכך דלא משלם את הכל, עכ"ל. ומשמע קצת מדבריו דלא נחית להך טעמא דמבריה ארי, אלא כל טעם הדבר הוא משום דחייב משום שהיה לו לקדם ולא קדם. ונראה ביאור הדברים, דמצד חיוב שמירתו הרי מחויב להוציא הוצאות הרועין והמקלות רק שמשתלם אח"כ מבעה"ב, ומאחר דלא שמר כמו שהיה צריך לשמור מחויב בכל, ומה שאילו היה שומר ומוציא הוצאות עבור רועין ומקלות היה מתחייב בעה"ב בדמי ההוצאות, חיוב זה נעשה על ידי מה שהוציא מדין השמירה עבורו, אבל היכא דלמעשה לא שמר ולא הוציא, ליתא לחיוב זה כלל ולא נתחייב בעה"ב בכלום מאחר דלמעשה הרי לא משתרשי ל'י, אשר על כן שפיר משלם הרועה הכל. ויסוד ספיקו של הר"ן בזה בהך מילתא גופא מה טבעו של תביעתו לדמי הרועים והמקלות, אי הוי כנ"ל דרק על ידי שהוציא למעשה מתחייב בעה"ב, או דיסוד חיובו דהשומר בזה נבנה על התשלומין מבעה"ב, כלומר, דחייב בעה"ב לשלם הוצאות ועל ידי כך חייב השומר לשמור על ידי שכירת רועים ומקלות באופן דכל חיובו של השומר אינו אלא בחשבון ניכוי דמי הרועים והמקלות, כן נראה לכאורה בביאור דברי הר"ן.

וגם בדברי הראב"ד צריך טעם וגדר, דמשמע מלשון דהיכא דלא היו ההוצאות נגד כל שיווי הבהמה אינו משלם אלא ההפרש בין שיווי הבהמה לבין מה שהוציא, ואינו משלם בזה כושרא דחיותא, רק היכא דהיו ההוצאות נגד כל הבהמה אז הוא דמשלם לבעל הבית כושרא דחיותא, וצ"ב דממנ"פ אי חשיב דבר זה ממון אמאי אינו משלם גם היכא דנשאר חייב מדמי הבהמה, ואם לא חשיב ממון אמאי משלם גם היכא דשיווי ההוצאות לדמי הבהמה, וצ"ב.

ועי' דבר אברהם ח"א סי' ט' אות ד' שכתב לבאר דברי הראב"ד, ע"פ מה שיסד דמאחר דבגניבה ובמזיק אינו משלם אלא דמי עצם החפץ ולא שיווי וגם כושרא דחיותא, מוכח דבעצם אין כושרא דחיותא בכלל עצם דמי החפץ אשר ממילא בעצם אין לבעה"ב תביעה ע"ז כלל. וחיוב השומר לשלם דמי שיווי החפץ וחיוב בעה"ב לשלם דמי הרועים והמקלות באמת ב' תביעות ניהו (ולא דעיקר התביעה של בעה"ב אינו אלא ההבדל ביניהם), דמצד אי-שמירתו חייב השומר בדמי כל החפץ, ומצד

משתרשי מחוייב בעה"ב לתת לו מה שהיה צריך בכל מקרה להוציא עבור רועים ומקלות, אלא דמאחר שהפסיד בעה"ב כושרא דחיותא אין המשתרשי אלא סכום ההוצאות בניכוי כושרא דחיותא, אשר זהו דמנכה בעה"ב סכום זה ממה שהיה צריך לתת לרועים ומקלות, באופן שנמצא דלעולם אין השומר משלם עבור כושרא דחיותא, אלא יסוד תשלומיו הוא רק על החפץ, ואין כושרא דחיותא אלא פחיתת המשתרשי אצל בעה"ב. ולפי"ז נמצא דכשמוציא השומר סכום מסויים על רועים ומקלות אין פירושו דכל הסכום הוא עבר גוף הבהמה, אלא חלק מזה הוא עבור כושרא דחיותא, וא"כ כשלא שמר ולא שכר וחיוב לשלם עבור גוף הבהמה אין מנכין אלא מה שהיה מוציא בעה"ב על הצלת עצם הבהמה אבל לא מה שהיה משלם לכושרא דחיותא, דהא כושרא דחיותא לית לי עכשיו, ונמצא דבכל מקרה מנכין ממה שנותן לו בעה"ב את סכום כושרא דחיותא ואין משלם בעה"ב אלא מה שהוציא השומר עבור שמירת עצם הבהמה, ודוק.

ויסוד פלוגת הרמב"ם לפי מה שביארנו דבריו ע"פ דברי הר"ן, והראב"ד, דלהרמב"ם אין דין על תביעת השומר להוצאות הרועים אלא בזמן דבאמת הוציא, אבל היכא דלא שמר ולא הוציא ליתא לתביעה זו כלל אלא חייב השומר בכל מצד פשיעתו. והראב"ד ס"ל דשפיר דנין על הוצאות הרועים שהיה בעה"ב מוציא לענין שינכו סכום זה ממה שחייב השומר לשלם עבור הבהמה, ולדידי' גדר מה שנאמר דמוציא השומר ממון ההוצאות וחוזר וגובה מבעה"ב הוא דבעצם הוא כאילו בעל הבית משלם, ואילו להרמב"ם גדר חיוב השומר להוציא ההוצאות הוא חיוב עצמי עליו מדין השמירה רק שעל ידי מה שהוציא נתחדש זכות תביעה לחזור ולתובען מבעה"ב, ודוק.

ז) **תוד"ה איבעי לך לעבורי חדא חדא** - נראה דלא חשיב פשיעה מהאי טעמא אלא כעין גניבה וכו' וסבר רב פפא דהכא כרבא דפרק הכונס דאמר משום דאיבעי לך לעבורי חדא חדא לאו פשיעה היא ולא כרב כהנא דאמר התם דהוי פשיעה גבי נפילה לגינה - והיינו, דלרבא התם היכא דדחפה לחברתה לגינה והזיקה שם לא חשיב פשיעה ומשלמת מה שנהנית, ואילו לרב כהנא משלמת מה שהזיקה משום דחשיב מה שלא העבירין חדא חדא לפשיעה.

והנה כתב הרמב"ם בפ"ג מהל' שכירות ה"ט, וז"ל בא"ד: וכן רועה שהעביר הבהמות על הגשר ודחפה אחת מהן לחברתה ונפלה לשבולת הנהר הרי זה חייב שהיה לו להעבירין אחת אחת שאין השומר נוטל שכר אלא לשמור שמירה מעולה והואיל ופשע בתחלה והעבירין כאחת אע"פ שנאנס בסוף בעת הנפילה הרי הוא חייב, עכ"ל, והיינו מדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס, כדברי הרמב"ם בתחילת ההלכה דכל שתחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב. ומבואר מדבריו דבשומר חנם בכה"ג היה פטור, דהא כתב דטעמא דחייב הוא שאין השומר נוטל שכר אלא לשמור שמירה מעולה. ולפי"ז צ"ב לכאורה האיך שייך בזה לומר דתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, הרי כתבו הראשונים דלא אמרינן דתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב אלא בפשיעה גמורה, ובדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס ליכא נפ"מ בין ש"ש לש"ח, וא"כ הכא דאין חייב אלא ש"ש משום שלכך נוטל ממון ליכא לחייב מדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס, ואפשר דיהא מוכח מזה דפליג הרמב"ם על דברי הראשונים בזה, וצ"ב. ואפשר דלעולם חשיב לי הרמב"ם פשיעה גמורה, אלא דלא חשיב פשיעה גמורה אלא גבי שומר שכר, דמאחר שנוטל שכר מחוייב הוא בשמירה מעולה, וביחס לשמירה מעולה חשיב ד"ז שפיר פשיעה גמורה, ולעולם נימא דאף הרמב"ם מודה דלא אמרינן דתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב אלא בפשיעה גמורה², אלא דבדברי

הראשונים מוכח דלא כסברא זו, דכתבו דמאחר דאמרינן דלא אמרינן תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב אלא בפשיעה גמורה ליכא נפ"מ בזה בין שומר שכר לבין שומר חנם, ואילו להנ"ל שפיר איכא נפ"מ, וצ"ע בזה.

עוד צ"ב, דמסתמת לשונם של רש"י ותוס' מבואר לכאורה דלאו מדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס הוא דאתינן עלה, דהא לא הזכירו מזה כלום, אלא משום דגופא דמילתא חשיב פשיעה לענין שומר שוכר. ואדרבה, מדברי התוס' מוכח דלא מצד תחילתו בפשיעה וסופו באונס אתינן עלה, דהא כתבו להדיא דלא אמרינן תחילתו בגניבה ואבידה וסופו באונס, וכתבו דהכא הוי כגניבה ואבידה. והסברא לכאורה נותנת כן, דהא הכא אין מה שדחפתה כאונס צדדי שאינו מתייחס ביטירות לפשיעה, אלא גוף הפשיעה היא לכאורה לענין זה שתוכל האחת לדחוף את השניה, וצ"ב.

ובגוף דברי הרמב"ם יש לכאורה סתירה, דהכא מבואר דאין חייב בזה אלא שומר שכר, והוא משום דאין זה אלא כאונס קצת שלא היה חייב עליו שומר חנם, ואילו בסוגי' דב"ק פסק בפ"ג מהל' נזקי ממון הי"א דאם דחפתה חברתה משלמת מה שהזיקה מפני שהיה לו להעבירין אחת אחת, והיינו כרב כהנא דחשיב ד"ז לפשיעה, והתוס' הרי כתבו דע"כ דרב פפא ס"ל כרבא, וצ"ב. וכן הוא גם בדברי הר"ף, שפסק בסוגיין דדווקא שומר שכר חייב מטעמא דנטורי יתירא, ואילו בב"ק פסק כרב כהנא. וכבר עמד ע"ז בחידושי הרשב"א ובמאירי שם בב"ק, ע"ש שכתב הרשב"א, וז"ל: וי"ל דגבי בעל הבית פשיעותא הוא אבל לגבי שומר חנם פטור משום דלא קיבל עלי' למיטרח בהן כולי האי, עכ"ל. וכ"ה יותר באריכות בחידושי הרמב"ן בסוגיין, וכן הביא הריטב"א בסוגיין בשמו. ולכאורה צ"ב, דמאחר דבבעה"ב סגי נמי בשמירה פחותה גבי שו"ר כמו שומר חנם, אמאי לגבי חשיב פשיעה ואילו לשומר חנם לא.

ונראה ביאור הדברים, דאיכא נפ"מ בין דין שמירה שמוטל על הבעלים לענין נזקין ודין שמירה שבחיוב השומרים, דדין שמירה דהבעלים הוא מצד עצם הבעלות, דמוטל עליהם האחריות לשמור שלא יזיק, ואילו גבי שומרים הרי אין הבהמה שלהם ולא מוטל עליהו חיוב שמירה בדיני שומרים אלא מפאת קבלת השמירה. ויסוד פלוגת רבא ורב כהנא בב"ק לענין פשיעת בעלים לענין נזקין הוא אי חשיב בכה"ג פשיעה לחייב את הבעלים, דאף דפשיעה שפיר הוי אבל אינה פשיעה גמורה, ונחלקו בכה"ג אי חייבין בעלים, אמנם אף אם נימא דחייבין בעלים, מ"מ יתכן דלענין שומרים אינו חייב, דאינו בכלל קבלת השמירה לשמור מדבר כזה אשר אינה פשיעה גמורה, וס"ל לרב פפא דד"ז שפיר הוי בכלל שמירת שומר שכר מפאת היותו מקבל שכר עבור השמירה, ולהכי חשיב לגבי ידידי' שפיר כפשיעה לחיבו, אבל אינו בכלל קבלת שמירה דשומר חנם. והתוס' ס"ל דשון הם גדר שומרים לגדי שמירת נזקין דהבעלים, אשר על כן שפיר כתוב דע"כ דס"ל לרב פפא כרבא, ועי' קונטרס הראיות להרא"ז ראה ד'.

היכא דאמרינן ל' ליהיב זוזי לנטותא יתרתא גדר הדברים הוא דחייב לשמור מעל החיוב הרגיל, אשר זה ודאי דלא חשיב כפשיעה ובזה אף הרמב"ם מודה דלא אמרינן תב"ב. והתוס' פליגי וס"ל דשפיר משתייך לן הא דנטיותא יתרתא. וראיה לביאור זה ברמב"ם, דתלמיד הרשע"א הנ"ל אות ה' ראה בלחמ' לומר דס"ל להרמב"ם דאף בכה"ג אמרינן תב"ב, ולאמאי לא הביא דברי הרמב"ם בהלכה זו דמפורש כן דבריו, אע"כ שהבין דלא משתייך דברי הרמב"ם כאלו להך מילתא. אלא דיעויין בהגהות מיימוני דמבואר מדבריו דשפיר הוי גדר דהך דינא מדין נטיותא יתרתא, ועדיין צ"ע בזה.

² וס"ל להרמב"ם גדר הך מילתא הוא שהוא פשיעה בשמירתו אשר זה חשיב לדידי' כפשיעה דשומר שכר, אבל

ח) רש"י ד"ה עושה עמו דין - פרעון וכו' - ויש לעיין מאחר דאינו אלא שומר חנם הפטור מגנבה אמאי חייב לשלם, ועוד דכיון דלפי פירושו של רש"י מיירי בלסטים מזויין, הרי אף שומר שכר פטור מדינא ואמאי חייבוהו לשלם, אלא דבשומר שכר י"ל דלהכי יהיב ל'י אגרא שישלם והדר יגבה מן הלסטים, וכה"ק בחידושי הרשב"א ב"ק דף ק"ח, ע"ש שהקשה גם דלישנא דעושה עמו דין לא משמע הכי, ופירש דמאי דקאמר עושה לו דין ר"ל שעושה דין עם הגנב ומשלם למפקד, דהטילו טירחא זו עליו (ולרבא אף בש"ח הוא מהאי טעמא, עי' תלמיד הרשב"א שכתב דמבואר להדיא כן בדבריו, שכתב, וז"ל: אם הוכר עד שלא הספיק השומר לישבע ליפטור בין שהוא שומר חנם בין שהוא שומר שכר חייב לשלם הפקדון לבעלים **וטורח** ומעמיד את הגנב בדין ומשתלם ממנו, עכ"ל). עי' חידושי הראב"ד שם בב"ק שהביא ב' הפירושים. וכד הביא פירוש זה בדברי רש"י כתב שצריך לשלם או להתפשר עם המפקד, דמשמע מדבריו דמשמע דלאו מדין חיוב תשלומין פשוט אתינן עלה, דהא ודאי דלא חייב, אלא יסוד ד"ו הוא דמאחר שיוכל שוב לגבות מן הלסטים חייב להסתדר עם המפקד ואינו יכול להכריח אותו לטרוח לגבות מן הגנב, אף שהוא פטור מחיוב תשלומין משום הגניבה, ואפשר דכן היא כונת רש"י, ולא יקשה ע"ז כ"כ קושיית הרשב"א. וגם משה"ק הרשב"א דלישנא דעושה עמו דין לא משמע כפירושו של רש"י אלא היה צ"ל חייב לפרוע לא יקשה כ"כ לפ"ז, דאין זה בעצם חיוב פרעון, אלא חיוב להסתדר עם המפקד, אשר זהו לישנא דעושה עמו דין.

ומאי דלאביי אף דאין מחייבין ש"ח לעשות עמו דין מ"מ מחייבין ש"ח, לדברי הרשב"א י"ל דהוא משום דמאחר שקיבל תשלומין חייב לטרוח יותר. ויעיין פירוש אחר בזה שט"מ בסוגיין בשם שיטה, שכתב בא"ד, וז"ל: ומיהו יש לומר דסבירא ל'י דלעולם מזויין הוא דלא מקרי באונס אלא בהכי ומכל מקום כשהוכר שבו כמי שאין מזויין הוא ואף על גב דשומר חנם כיון דנפטר אפטר כיון דלא פשע דסוף סוף גנב הוא מכל מקום בשומר שכר מחייב וחוזר וניעור כיון שנשתלק אונסת הזדינו וצריך עיון, עכ"ל. ומבואר מדבריו דמאי דאמרינן דפטור ש"ח אבל חייב ש"ש הוא משום עיקר חיוב דש"ש בגניבה. ויתכן דבזה הוא דפליגי אביי ורבא שם בב"ק, דלאביי היינו טעמא כנ"ל, ואילו לרבא טעמא משום טירחא אשר זה שפיר שייך גם בש"ח.

ובשט"מ שם בב"ק הביא בשם גאון דלרבא אף בשומר חנם הוי חיוב לא משום טירחא, ע"ש שכתב, וז"ל: רבא אמר אחד זה ואחד זה וכו' דאפילו שומר חנם נמי עושה עמו דין ואינו נשבע משום דשומר חנם שלש שבועות משביעין אותו והכא ליכא שלש שבועות כלן שהרי שבועה שלא שלח בה יד ושאינה ברשותו אינו צריך לישבע שהרי יש כאן עדים שנגנבה באונס ועדיין צריך לישבע שלא פשע והואיל ואין כאן שלש שבועות אין משביעין אותו כלל שהרי שלש שבועות התקינו לו לשומר חנם ולא שתיים ולא אחת ומתוך שאינו יכול לישבע שהרי אין משביעין אותו פחות משלש שבועות הילכך משלם, עכ"ל. (וע"ש בדבריו דמבואר דמייירי בסוג גניבה באונס ששומר שכר חייב עליו, שכתב דאינו נפטר בשבועה).

ט) זאב אחד אינו אונס וכו' - עי' תלמיד הרשב"א שכתב, וז"ל: זאב אחד וליסטים שאינו מזויין ושני כלבים שאמרנו שאינן אונס נראה לומר דאעפ"כ אינן פשיעה שיהא שומר חנם חייב עליהם אלא הרי הן כעין גנבה ואבידה וזהו שאמרנו אינו אונס ולא אמרו הרי זו פשיעה אבל מ"מ אפילו שומר חנם צריך להתגרות בהן במקצת ולעגור בהן שאם לא כן הרי זה פושע גמור אלא שאם נתגרה בהן במקצת ולא יכול להן פטור משא"כ בש"ש שאפילו נתגרה בהן לגמרי חייב, עכ"ל. וכ"כ לגבי עלתה לראש הצוק ולענין סגפה דאין חייב אלא שומר שכר דלא חשיב פשיעה ממש בכך, ע"ש כל דבריו. ובקצוה"ח סי' ש"ג סוסק"ג כתב כן לענין זאב דאינו אונס אבל פשיעה

מיהא לא הוי ופטור ש"ח, וכיוון לדברי תלמיד הרשב"א.

וע"ש בקצוה"ח סק"ב שהביא בשם המהרי"ק בשורש קכ"ה, גבי הא דאמר דאף היכא דלא הולין אצל לסטים אלא שאמר ללסטים הרי אנו במקום פלוני וכו', וז"ל: אפילו היתה כונת הרועה לטובה כדי להפחיד הליסטים אפ"ה חייב בדדיבור בעלמא חייב השומר שכר מיהו דוקא דידעינן דבלא דיבורו לא הוי דדוקא שומר שכר חייב בכה"ג, אבל ש"ח שכונתו היתה לטובה אינו חייב בכה"ג, דלא חשיבא פשיעה. ע"ש בקצוה"ח שהוכיח דהדבר כן. ומדברי תלמיד הרשב"א שטרח לבאר בכל אלו דסוגיין דאין חייב אלא ש"ש אבל לא ש"ח ואילו בדין זה לא כתב כן, משמע קצת דלדידי אפ"י ש"ח חייב בזה, דמאי דחשיב כאילו הולין ללסטים חשיב שפיר פשיעה גם לענין ש"ח. (ויתכן דלדברי תלמיד הרשב"א והקצוה"ח היכא דלא היתה כונתו לטובה חשיב פשיעה ממש ואף ש"ח היה חייב בזה).

ובמאי דמבואר מדברי המהרי"ק דאינו חייב אלא היכא דידעינן דבלא דיבורו לא היה בא, דקדק בקצוה"ח דמספיקא הוה אמרינן דפטור, והעיר מהמבואר שם ס"ג גבי בית שנשרפה דמחייבין אותו מספק היכא דאינו יודע שודאי נשרפו משום שאינו יכול לישבע, וכתב שיש לחלק. ולכאורה יש לחלק, דגבי ספק אם נשרפו הרי הוי ספק בעצם מה קרה לחפץ, כלומר, ספק אי היה אונס או גניבה, אשר בזה אמרינן דמאחר דצריך לישבע שנשרפו ואינו יכול לישבע חייב לשלם, אכן בני"ד הרי עצם האונס הוא מה שבאו ליסטים מזויין, והא מיהא פשיטא שבאו וי"ל דבזה אינו צריך לישבע אלא שודאי באו ליסטים מזויין, אשר זהו בעצם אונס, רק מאי דאין מסתפקין שמא הוא גרם להם לבוא, עד דלא ידעינן שכך היה אין מוציאין ממון מספק וסגי בשבועתו שבאו לסטים ולקחוהו אשר זהו בפשטות אונס, ועדיין צריך עיון בזה. עי' לקמן אות י'.

י) לסטים מזויין ורועה מזויין מהו וכו' מסתברא דהאי מסר נפשי' והאי לא מסר נפשי' - הנה לפי גירסתנו דקאמר הש"ס מסתברא וכו' נפשטה הבעיא. אכן היה בזה גירסא אחרת, דנשאר איבעיא דלא איפשיטא, עי' רמב"ם פ"ג שכירות ה"ד שפסק דמסר נפשי' טפי, וע"ש במ"מ שכתב דמאי דפסק הכי הוא משום דהוי איבעיא דלא איפשיטא ואין מוציאין ממון מספק, עי' קצוה"ח סי' ש"מ סוסק"ד מה שהקשה על פסק זה אי הוי מספק. אכן בכס"מ שם הביא כגירסתנו אשר לפ"ז שפיר נפשטה האיבעיא. והנה לפום דברי המ"מ ודעמ' צ"ב לכאורה מ"ש ממש"כ הרמב"ם בפ"ג מהל' שכירות ה"ח בהניח עדו ונכנס לעיר ובא ארי וכו' דאם היה יכול להציל חייב ואם לא היה יכול להציל פטור ואי לא ידעינן חייב, הרי דמספיקא שפיר אמרינן דחייב, (וכבר הבאנו דברי הרמב"ם לעיל), ומאי שנא הכא. ולדברי הסמ"ע לעיל אות ה' ל"ק, ע"ש. עי' ארי"ש פ"ג שכירות ה"ח מה שכתב בסברת הרמב"ם דבאין יודע אם יכול להציל דחייב, דכיון דנכנס לעיר הרי ודאי דפשע, רק הספק על מה שקרה אח"כ אי היה יכול להציל או לא, ובזה אמרינן דמכיון שפשע ודאי דחייב והספק הוא אי איכא פטור, אשר זה כמו איני יודע אם פרעתיך. ולדבריו אתי שפיר, דהכא הרי הא מיהא דבאו ליסטים מזויין, וכנ"ל אות ט', והספק או אי היתה ביאתן באופן דהוי אונס או באופן דלא הוי אונס, אשר זהו ספק בחיוב אי נתחייב, שמא לא פשע כלל, אשר בזה שפיר פסק הרמב"ם להקל.³

³ אלא דיך לעיין בדבריו, דלכאורה לא יתכנו להמתבאר מדברי הרמז"ס דס"ל דכנה"ג לא צל האונס מחמת הפשיעה, דמומנה ממס"כ לאף דעלילל דומן ללא עיילי אפניי פטור אם אך אינו יכול להצילו, וא"כ האך נימא

צ"ד ע"א

יא) מתנה שומר חנם להיות פטור משבועה וכו' - ולא הזכירו במתניי שיהא יכול שומר חנם להתנות להיות פטור מפשיעה, עיי' שט"מ שכתב בשם הר"ר יהונתן, וז"ל: אבל לא קתני (גבי ש"ח) להיות פטור מתשלומין כמו דתני בשואל, לפי שאין שטות כזה עולה על דעת אדם שיתנה שיהיה פטור מפשיעה שאם כן לא נקרא שומר אלא מזיק ולא מסרה לו כי אם לשמרה וכו' אבל אי פשע בהן אין אחד מכל אלו ארבעה שומרים שיתנה לפטור עצמו, עכ"ל. ומשמע מדבריו דאין הטעם בזה אלא משום דאין שטות כזה עולה על דעת אדם, אבל אם באמת יתנה כך משמע דשפיר הוה מהני. וכן מצאתי שכתב להדיא בקונטרס הראיות להרא"י ראה ד', עיי' שכתב, וז"ל: פי"ה שהיה יכול לומר בשי"ח להיות פטור מלשלם בפשיעה ובשואל להיות פטור משבועה במתה מחמת מלאכה אלא תנא דסדרא דקרא נקט דלא כתיב בקרא תשלומין אצל ש"ח אלא שבועה שנשבע על הגניבה וגבי שואל לא כתיב שבועה אלא תשלומין וכו', עכ"ל. אכן עיי' בשט"מ שהביא בשם הגהות אשר"י (והוא בס"י י"ז), בשם הר"ר ברוך מרגנשפורק, וז"ל: מדלא נקט גבי שומר חנם להיות פטור מתשלומין כדקתני גבי שומר שכר משמע דלא מיפטר אם פשע אפילו התנה, עכ"ל. (ויש לעיין בדבריו מה דעתו לענין שואל להפטר מלהשבע שמתה מחמת מלאכה, דלכאורה איתא בזה נמי להך טעמא דמדלא נקטה משמע דלא מיפטר, אלא דבזה י"ל דלא נקטה משום דאשמעינן חידוש יותר גדול דמצי למיפטר מחיוב תשלומין, וכן נראה פשוט.)

ולכאורה פשוט דאי פשיעה מטעם מזיק הוא, כדס"ל להרמב"ם, דאף בקרקע דאין דיני שמירה מ"מ פסק דחייב אפשיעה, אי נימא הכי ודאי אינו יכול להתנות בדיני השמירה שלא יהיה חייב אפשיעה, דהתנאי אינו אלא בדיני שמירה, כלומר, שלא יהיו חיובי תשלומין ושבועה דהשמירה מוטלין עליו, אבל חיובא דפשיעה דלא מהלכות חיובי שמירה הוא אלא מדין מזיק, הרי עד כמה שהוא במציאות מזיק חייב לשלם, ואף דמצינו שיכול לומר לו קרע כסותי ותפטר, אין זה תנאי בשמירה אלא בחיוב מזיק ובהכי לא מיירי כלל, ועד כמה שמתנה בדיני השמירה לא מהני תנאו להפטר מחיובא דפשיעה, וז"פ. ויתכן דזהו באמת כונת הר"ר יהונתן דלא עולה על הדעת שיתנה כן אבל אם יתנה שלא יהיה בו חיוב מזיק דפשיעה שפיר מהני. או י"ל דאינו יכול להתנות שלא יהא בו חיוב מזיק, דעד כמה שהוא מזיק הרי הוא מציאות דמזיק וממילא חייב לשלם, משא"כ לענין השמירה שפיר יכול להתנות שלא תהא השמירה מחייבתו בכך.

אכן נראה ד"ל דאף דלא נימא דחיובא דפשיעה מדין מזיק הוא אלא מדין וחיובי השמירה, מ"מ יש לדון דלא מהני תנאו בזה להפטר מחיובא דפשיעה עכ"פ לדברי ר"מ, דיעויין דברי רבינו יהונתן מלוניל שכתב לבאר מאי דמסקינן דמתני' אפי' לר' מאיר דהמתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל אף בדבר שבממון, וז"ל: דסיפא דכל המתנה על מה שכתוב בתורה מיירי כגון המקדש את האשה על מנת שאין לך עלי שאר כסות ועונה אי נמי המוכר חפץ לחברו על מנת שאין לך עלי אונאה ומשום הכי תנאו בטל דאי אפשר לקדש אשה לחצאין דלא מיקרו כי האי גוונא קידושין כלל ומכר נמי לא מקרי שלא נקרא מכר אלא כששוע שיעור ממונו ונמצא זה ודאי מתנה לעקור שם מכר ושם קידושין מן התורה אבל כשמתנה שומר חנם להיות פטור מאונסין לאו עוקר דבר תורה הוא **שהרי הוא נקרא שומר חשוב שישמרנה בכל כחו כמו בעליו** אלא שרצה שיאמינו בדיבורו הקל וכן השואל יצילנה מכל פגע רע שישמרנה כמו בעליו אלא שרוצה שלא יענישנו ויחשב הוא במקומו של בעלים שמשותמין בה אם יום או יומים ואין זה סתירת התורה כלל ועל

מנת כן השאילה מידו **ושעבד עצמו בפשיעה לשלם** ולא שעבד עצמו לאונסין, עכ"ל. ומבואר מדבריו דעכ"פ למסקנת הגמ' איכא טעמא רבא למימר דלא מהני תנאו לענין פשיעה, דחייב תשלומין דגו"א או דאונסין אין פוגעין בעצם היותו שומר, דשומר שפיר הוי שישמרנה בכל כחו ולא התנה אלא בחיובים שמתחייב, הן חיובי שבועה והן חיובי תשלומין. אכן פשיעה הרי מהוה סתירה לעצם השמירה, וזה חלק מעצם החפצא דשמירה, דשומר אינו פושע ומי שפושע אינו שומר, אשר בזה עכ"פ לר"מ לא מהני תנאו, דמתנה על מה שכתוב בתורה הוא. אלא דלר' יהודה דבדבר שבממון תנאו קיים שפיר יכול להתנות הכי, אלא דמאחר דהוא סתירה להיותו שומר דאינו אלא מזיק אמרינן דאין בדעת אדם נורמלי להתנות כן, כאשר כתב הר"ר יהונתן עצמו לעיל.

יב) כל המתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל - וכבר הקשו התוס' בכתובות נ"ו ע"א ד"ה הרי זו מקודשת ותנאו בטל דנהי דבכה"ל לא הוי תנאה, מ"מ האידך תחול החלות, הרי לא היה לו דעת לפעול החלות אלא על הצד דאיכא תנא. ותיצרו התוס', וז"ל: ואור"י דאי לאו דילפינן מתנאי בני גד ובני ראובן ה"א דשום תנאי אינו מבטל את המעשה ואפילו לא יתקיים בסוף המעשה קיים והשתא דילפינן מהתם דמהני תנאי לבטל המעשה אמרינן דדווקא כשאינו מתנה על מה שכתוב בתורה דומיא דבני גד ובני ראובן שלא התנו על מה שכתוב בתורה, עכ"ל. וביאור דבריהם לכאורה, דבמה שהיה לו דעת לעשות המעשה אשר פועל החלות סגי בכדי דנימא דודאי איתא לחלות, ומה שאומר שאינו רוצה אלא על דעת התנאי בעצם לא הוה מהני כלל אי לאו דחידשה תורה דפרשה דבני גד ובני ראובן דאיכא חלות מסויימת דתנאי המגבילה את החלות הנפעל על ידי המעשה. (ויתכן, וכן הוא דעת הרמב"ם, דלא בעינן למשפטי התנאים אלא בתנאי דאם דהוי מכאן ולהבא ולא בתנאי דעל מנת, דהוי עכשיו, והיינו ע"פ הני"ל, דהיכא דהוי תנאי דמכאן ולהבא הרי נעשה המעשה, ובא התנאי להגביל החלות הנפעל על ידי המעשה, משא"כ בתנאי דמעכשיו דחייל המעשה מעכשיו על הצד שלא תתבטל התנאי, בזה אה"נ דהוי שאלה של רצונות, דעל צד קיום התנאי עושה את המעשה ועל צד ביטול התנאי אינו רוצה את המעשה, אשר לזה לא בעינן משפטי התנאים.)

ובתוס' הרא"ש שם בכתובות הביא תירוץ אחר בשם ר"ת, וז"ל: ואומר ר"ת דהיינו טעמא דכל תנאי שאדם עושה להתנות על מה שכתוב בתורה אין דעתו שיהא התנאי קיים אלא כמפליג בדברים בעלמא בדרך ליצנות ודמא להא דגיטין הרי זה גיטך על מנת שתדי לתהום שתעלי לרקיע וכו' אינו אלא כמפליג בדברים וכשר ומאן דפליג התם מודה הכא מפני שמתנה על מה שכתוב בתורה, עכ"ל. וביאור דבריו, דמבואר מדברי התוס' שלא הוקשה להם אלא משום דע"כ מיירי דכפל תנאו, והיינו משום דאילו הוה מיירי דלא כפל תנאו היה אפשר לומר דמאי דלא חייל הוא משום דלא גילה רצון לעשות תנאי מאחר שלא כפלה ולא עשאה כמשפטי התנאים, ומהאי טעמא בתנאי בעלמא שלא על מה שכתוב בתורה פשיטא דבלא משפטי התנאים חייל המעשה בלא התנאי, רק הכא כיון דע"כ מיירי דכפלי' לתנאי' וגילה דעתו לתלות המעשה בתנאי, הוא דהוה קשיא להו דא"כ נהי דתנאו בטל מ"מ האידך חייל המעשה, אשר לזה תירץ ר"ת דבמתנה על מה שכתוב בתורה אמרינן דאף היכא דכפלי' לתנאי' אינו אלא כמפליג בדברים ואין רצונו לתלות המעשה בתנאי.

והנה כתב הרשב"ם בב"ב דף קל"ז ע"ב דלא בעינן תנאי כפול אלא בגיטין וקידושין, דלא אמרו כן אלא בגו"ק לכתחילה לרווחא דמילתא אבל לענין דיני ממונות בגילוי דעתא סגי. וביאור הראשונים דבריו דודאי ר' מאיר עצמו ס"ל דבכל ענין בעינן תנאי כפול, רק לענין הלכה דק"ל דלא כוותי' מ"מ לענין גו"ק לכתחילה מחמירין כוותי' לרווחא דמילתא. (עיי' אור זרוע) וראה לכך דלר"מ בעינן תנאי כפול אפי' בדיני

דולאי חייב תלך הפשיעה, הרי לדידי' אין ההיזק קשור לפשיעה כלל, וז"כ.

ממונות, הביאו הראשונים מעצם המקור לתנאי כפול, דהיינו מבני גד ובני ראובן, דהרי התם לא היה גוי'ק ומי'מ הוצרכו לתנאי כפול, עי' ארחות חיים דין תנאי סי' א', ועי'.

ודעת הראב"ד דלא בעינן ת"כ אלא בגוי'ק, וביאור אחר לו בזה, עי' פ"ג מהל' זכיה ומתנה ה"ז-ח שהביא הרמב"ם בשם רבותיו דס"ל הכי וכתב עלה דאין לדבר זה ראייה, והשיג הראב"ד, וז"ל: א"א אע"פ שאין ראייה לדבר זכר לדבר וטעם גדול לדבר ואין יתכן וזה מוכר קרקע או נותנו ואומר איני מוכרו אלא אם כן יעשה לי כך וכך ונוציא אותו מידו ולא עשה מה שהתנה עליו אבל גיטין וקדושין אומדן דעתא הוא מכיון שנתן דעתו לגרש או לקדש אין התנאין אלא כמפליג בדברים וקירוב הדעת וריחוק הדעת אין תנאי מועיל בו לרחק ולקרב א"כ חזקו בכפלו ובכל העניינים שנתפרשו בו כי כולם ענין חזקו התנאי הם בין לתבין ונחלת בני גד ובני ראובן לא היתה מוחזקת ביד ישראל ואינה דומה לקרקע המוחזקת לו לאדם מירושתו או ממקחו, עכ"ל. ומבואר להדיא מדבריו דס"ל דמעיקר הדין הוא דבר זה ולא לרווחא דמילתא כדברי הרשב"ם. ויסוד סברתו בזה, דמצד בעלותו פשוט שאינו תלוי אלא ברצונו ובדבר שהוא שלו הכל תלוי ברצונו, ולא בעינן לזה שום חיזוק דפרשת תנאים, ולא בעינן לפרשת תנאים אלא בגוי'ק דאומדן דעת הוא דרוצה לקדשה או לגרשה על כל פנים. והא דהוצרכו בבני גד ובבני ראובן לתנאי כפול, היינו משום דהתם לא היתה מוחזקת ביד ישראל, כלומר, דכיון שלא היתה מוחזקת בידי ישראל אי אפשר לבוא בזה מדין בעלות שאדם יכול לעשות עם מה שהוא שלו כרצונו, ולזה הוצרכו לחלות דין תנאי, אשר זה אינו אלא בתנאי כפול.

ובדעת הרמב"ם בזה, עי' לקמן אות י"ג.

יג) וכל תנאי שיש מעשה בתחלתו תנאו בטל - עי' בראשונים דפירושא דמילתא הוא דבהתנאה יהא מזכיר התנאי קודם למעשה, והוא דין בצורת ההתנאה. אכן לא כן דעת הרמב"ם, עי' פ"ו אישות ה"ד שכתב, וז"ל: אבל אם אמר לה הרי את מקודשת לי בדינר זה ונתן הדינר בידה והשלים התנאי ואמר לה אם תתני לי מאתים זוז תהיי מקודשת לי ואם לא תתני לי לא תהיי מקודשת הרי התנאי בטל מפני שהקדים המעשה ונתן בידה ואח"כ התנה וכו', עכ"ל. והשיגו הראב"ד, וז"ל: אפילו אמר הכל קודם המעשה וכו' הרי התנאי בטל משום דלא דמי לתנאי בני גד ובני ראובן שאמרו אם יעברו דהיינו תנאי והדר ונתתם דהיינו מעשה וזה לא אמר כן אלא אמר הרי את מקודשת דהיינו מעשה והדר אם תתני דהיינו התנאי, עכ"ל. ויסוד קושייתו לכאורה, דהא מאי דבעינן תנאי קודם למעשה ילפינן לה מתנאי ב"ג וב"ר, והתם הרי לא היה מעשה עדיין וליכא אלא התנאת התנאי, ומוכח דמאי דבעינן שיהא תנאי קודם למעשה הוא בעצם דיבור דהתנאי.

והר"ן בקידושין דף ס"א ד"ה ר' חנינא הקשה על דברי הרמב"ם מהא דאיתא בגיטין ע"ה ע"ב דאתקין שמואל בגיטא דשכ"מ אם מתי יהא גט, והקשו בגמ' ולימא לא יהא גט אם לא מתי, ותירצו משום דהוי מעשה קודם לתנאי, ולדברי הרמב"ם יקשה דממנ"פ, אי נתן הגט קודם הרי גם אם אמר אם מתי יהא גט הרי הוי מעשה קודם לתנאי ולא מהני תנאו, ואי עדיין לא נתן הגט גם אם אמר לא יהא גט אם לא מתי לא חשיב מעשה קודם לתנאי.

ובחידושי רבנו חיים הלוי כתב לבאר דברי הרמב"ם, דבאמת אף בתנאי בני גד ובני ראובן נעשה מעשה על ידי עצם הדיבור, דעל ידי כך זכו בארץ, אשר ממילא שפיר ילפינן מינה דכי מהני תנאי, דווקא היכא דנעשה התנאי קודם עשיית המעשה, אבל אילו היה אומר בראשונה המעשה, מאחר דעל ידי כך זכו בארץ תו לא הוה מהני בזה תנאי. (וכן הוא בפרט זה גם בשיעורי רבנו חיים הלוי, ע"ש). ואף הראב"ד שהשיג ס"ל נמי הכי דעל ידי הדיבור זכו בארץ והוי שפיר מעשה ממש, אלא דס"ל דמאחר דדין תנאי קודם למעשה הוא זה דין בצורת ההתנאה, תליא ד"ז

בדיבור המעשה ולא בחלות המעשה. והרמב"ם ס"ל תלוי הדבר במה שנעשה המעשה, וכנ"ל.

ובאשר לקושיית הר"ן מסוגי' דגיטין, כתב הגר"ח דבאמת אף התם חשיב מעשה, דעצם הדיבור שיהיו הקידושין או הגט קיימין או יבטלו זהו גופא חשיב מעשה בפועל. אשר ממילא אתי שפיר אף לדעת הרמב"ם, דאילו הוה כתיב לא יהא גט אם לא מתי, הרי מה שאמר לא יהא גט חשיב שפיר מעשה והוה חשיב מעשה קודם לתנאי. והכריח הגר"ח מזה דמאי דלהרמב"ם בעינן שיהא התנאי קודם לעצם המעשה אין זה דין בחלות התנאי אלא בצורת התנאי, דבשלמא אי נימא דהוי דין בצורת מעשה התנאי, שפיר מובן מאי דאמרינן דחשיב עצם הדיבור למעשה, אבל אי נימא דהוי דין בחלות התנאי דאינו חל אלא לאחר המעשה, פשוט דלא חשיב הדיבור למעשה לענין זה, דהא למעשה לא חייל כלום ומה ימנע חלות התנאי.

ולפי דבריו צ"ב קצת מה שהביא הרמב"ם שם דוגמא למעשה קודם לתנאי בנתן הדינר בידה והשלים התנאי ואמר אם תתני לי מאתים זוז תהיי מקודשת ואם לא תתני לי לא תהיי מקודשת, דלכאורה הו"ל לאשמעינן חידוש יותר גדול, דאף באמר לה קודם התינה הרי את מקודשת אם תתני לי מאתים זוז התנאי בטל משום דעצם מה שאמר הרי את מקודשת חשיב מעשה לענין דחשיב מעשה קודם לתנאי. שו"ר שהעיר על כך בגליונות החזו"א, ע"ש.

ועי' שיעורי רבינו חיים הלוי שכתב בדעת הרמב"ם דבכל התנאים לא הוי גדר התנאי דאינו מגרשה אלא לכשתתקיים, דזה פשוט דדינו כמגרש לאחר זמן ולא בעינן לזה משפטי התנאים כלל, כדכתב הרמב"ם בפ"ט מהל' גירושין ה"ד דהמגרש את אשתו לאחר שתתן לו מאתים זוז אינו צריך משפטי התנאים וכן כשמגרשה אחר ל' יום, אלא דהוא גזה"כ בכל תנאים דאיהו עביד מעשה הגירושין מיד רק דיכול לחלות המעשה בתנאי שהתנאי יהא גומרה. וכתב דלהרמב"ם לא יקשה קושיית התוס' הנ"ל בכתובות דף נ"ו, דהא באמת פשיטא שאם יאמר שאינו רוצה לעשות אלא על צד קיום התנאי ודאי דאין צריך לזה משפטי התנאים, אבל הכא עושה המעשה לגמרי אלא דתולה בתנאי שיהא התנאי גומר את המעשה, וזה לא נתחדש אלא בפרשה דתנאים בבני גד ובני ראובן. וכן הוא הביאור במאי דלהרמב"ם לא בעי תנאי דמעכשיו משפטי התנאים, דהתם ודאי דפירשו דאינו עושה אלא על צד קיום התנאי, משא"כ בתנאי דלהבא הכונה לעשות המעשה לגמרי אלא שעושה חלות תנאי. (והתוס' בכתובות ס"ל לכאורה בתירוצם דבכל אופן אם אף היה דעתו על עשיית המעשה סגי בזה לחלות הנפול על ידו, וממילא אין הדבר תלוי שוב בדעתו אלא בכל מקרה בעינן משפטי התנאים.) ועפ"ז יישב הגר"ח קושיית הר"ן בגיטין ע"ה על דברי הרמב"ם מהך דאתקין שמואל בגיטין, דאמאי בעינן בזה למשפטי התנאים, הא ע"כ דמייירי שאמר מעכשיו, דאל"כ הרי הוי גט לאחר מיתה, ובמעכשיו הרי ס"ל להרמב"ם דלא בעינן משפטי התנאים, דאיכא למימר דלעולם לא מייירי דאמר מעכשיו, ופירוש התנאי דאם מתי הוא שיהא המיתה גומרת הגירושין, באופן דהמיתה והגירושין באין בבת אחת, דכה"ג שפיר מהני כדמוכח בב"ב קל"ז ובקידושין דף ס' דאמר רבא מה ששייר גט גמרתו מיתה. והר"ן שהקשה היינו משום דס"ל ע"ד שמבואר בהשגת הראב"ד הנ"ל דלא באו משפטי התנאים אלא לוודא דאינו סתם מפליג בדברים, ולעולם ביאור הדברים דאינו רוצה המעשה אלא בשעת קיום התנאי, וא"כ פשוט דלא מצי חייל גיטא בכה"ג דהוי גט לאחר מיתה.

(ועי' כל דברי הגר"ח מש"כ בטעמא דהראב"ד דפליג על דברי הרמב"ם בתנאי בני גד ובני ראובן מתי זכו בארץ, ודלא כדבריו בחידושי רבנו חיים הלוי.)

יד) ר' יהודה היא דאמר בדבר שבממון תנאו קיים וכו' - בביאור הא דל' יהודה בדבר שבממון תנאו קיים נחלקו הראשונים, עי' חידושי הרשב"א כתובות

דף נ"ו שכתב דודאי אף לר' יהודה המתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל אף בדבר שבממון, ומה דס"ל דתנאו קיים הוא משום דמתפרשין דבריו שמבקש שימחול לו, זאת אומרת, דשפיר חל החיוב כדין התורה רק שמוחל הממון ואין זה מתנה על מה שכתוב בתורה. ור"מ פליג וס"ל דאין דבריו מתפרשין כבקשת מחילה אלא כמתנה על הדין והוי שפיר מתנה ע"מ שכתוב בתורה. ולדבריו נמצא דהיכא דאמר ע"מ שאין לך עלי דין אונאה תנאו בטל אף אליבא דר' יהודה כיון דע"כ דמתנה על עצם הדין. וכן משמע בפשטות דמדין מחילה אתינן עלה מלישנא דהש"ס לעיל דף נ"א דמבואר התם דלרב הוי טעמא דר' יהודה גבי שאר וכסות דידעה דקא מחיל. אכן בקצוה"ח סי' ר"ט סק"א הביא מדברי הרמב"ן בב"ב דף קכ"ו דס"ל דלעולם טעמו של ר' יהודה הוא בדבר שבממון יכול שפיר להתנות על מה שכתוב בתורה, וטעמו, דכיון שיכול למחול, הרי ניתן דבר זה לטובתו ואינו מהוה חלק בלתי נפרד מהקידושין, באופן שיכול למחול על עצם הדין, זאת אומרת, להפקיע עיקר החיוב. ור"מ ס"ל דאף בדבר שבממון הוי הדין חלק בלתי נפרד מדיני התורה אשר אין בכחו להתנות עליו. ולדברי הרמב"ן, אי אמר על מנת שאין לך עלי דין אונאה הרי זה שפיר הוי תנאי לר' יהודה, ודלא כהרשב"א, דלהרמב"ן הרי ס"ל לר"י בדבר שבממון יכול להתנות על מה שכתוב בתורה. וע"ש שהוכיח בקצוה"ח מדברי רש"י בכתובות דף פ"ד שהביא לישנא דשמואל על מנת שאין לך עלי דין אונאה, דס"ל בזה כדעת הרמב"ן. (ובשיעורי ר' שמואל מכות דף ג' ע"ב הוכיח כן גם מדברי התוס' כתובות דף פ"ג, ע"ש). ולדברי הרמב"ן כונת הש"ס הנ"ל בב"מ דידע דקא מחיל היא דלהכי הוי מחילה והפקעה בעצם החיוב.

והנה כתב הרמב"ם בפ"ט מהל' שמיטה ויובל ה"י, וז"ל: המלוה את חבירו והתנה עמו שלא תשטמו שביעית הרי זה נשטם שאינו יכול לבטל דין השביעית התנה עמו שלא ישמיט הוא חוב זה ואפילו בשביעית תנאו קיים שכל תנאי שבממון קיים ונמצא זה חייב עצמו בממון שלא חייבה אותו תורה בו שהוא חייב, עכ"ל. והנה ממש"כ דחייב עצמו בממון שלא חייבה אותו תורה בו, מבואר דס"ל דגדר מאי דמהני לר' יהודה תנאי בדבר שבממון הוא ע"ד הרשב"א, אלא דלאו משום מחילה הוא אלא דחייב עצמו במה שלא חייבתו תורה. וע"י קצוה"ח סי' ס"ז סק"ח שכתב דלדברי הרמב"ם אף דהיה עיקר המלוה מלוה בשטר, מ"מ מה שחייב אחר השמיטה אינה אלא מלוה על פה כיון דלאו בכלל חיובא דשטר הוא אלא חיוב הוא שחייב עצמו על פי התנאי ואינו כתוב בשטר. וכל זה לר' יהודה, ואילו ר"מ ס"ל דמפרשין דרוצה לשנות דין התורה אשר ממילא אית בזה משום מתנה ע"מ שכתוב בתורה.

והנה על קושיית התוס' בכתובות דף נ"ו הנ"ל אות י"ב שכתבו דבהא דעל מנת שאין לך עלי שאר כסות ועונה ע"כ דמייירי שכפל תנאו, הקשה הגרע"א בגליוהש"ס, וז"ל: ואלולי שאיני כדאי היה נ"ל דע"מ אינו בדרך תנאי רק שמקדש אותה בלי התחייבות שאר כסות ועונה והיא נתקדשה על אופן זה וכמו על מנת שאין לך אונאה דלא שייך לומר דהוא ענין תנאי דאם יהיה בו דין אונאה לא יהא המכר מכר דא"כ אם יהיה אונאה יאמר הלוקח רוצה אני שיהיה בו דין אונאה ויתבטל באמת המכר אלא ודאי דאינו בדרך תנאי אלא דמוכר בענין שלא יהיה ללוקח עליו דין אונאה והלוקח שמתרצה הוי כקנה בלי זכות זה דאונאה וסילק זכותו בזה, עכ"ל. (וע"י גם תורע"א פ"ו פאה)

וכתב בחידושי מרן רי"ז הלוי על הרמב"ם ריש הלכות נזירות, דבעצם הוי שאר כסות וענה חלק מעצם החפצא דקידושין, ו"רק על ידי הדין של תנאים הוא דקאיתנין עלה למיחל דין בהנישואין שלא יחול בהן חיובא דשאר כסות ועונה, ודווקא על ידי הגזוה"כ דתנאים דנעשה חלות דין בעצם המעשה שהמעשה מתקיימת בתנאי זה, כמבואר ברמב"ם פ"ט גירושין

דיסוד דין תנאי הוא דמעשה כבר נעשה וחלות התנאי גומר החלות, דווקא על ידי זה הוא דשייך למיחל דין בהמעשה שישתנה דינה, ולזה הוא דבעינן בזה למשפטי התנאים. ומאי דבחק תנאי ליכא דין הפקעת חיובא, היינו דבמה שחלין הנישואין בלא חיוב שאר כסות ועונה נתקיים כבר התנאי, אשר על כן שפיר הניחו התוס' דע"כ דמייירי דכפלי' לתנאי, ע"י שם מש"כ הגר"י לברא עפ"י קושיית הגרע"א על דברי התוס' בנזיר דף י"א.

והנה לא מיבעיא דבדברי הרשב"א מבואר דלא כמו שכתב הגר"י בדברי התוס', דהא לדידי' לא מהניא תנאי בדבר שבממון אלא משום מחילה ולא מהני בזה חלות דתנאי כלל אפי' לר' יהודה (ואילו מדברי הגר"י מבואר דהיינו טעמא דבאמת מהני לר' יהודה משום דחלות התנאי פועל שיחולו נישואין בלא חיובא דשאר כסות ועונה), ובזה פשוט לכאורה דלא הוה בעינן משפטי תנאים אם לא בכדי שנימא שאינו סתם מפליג בדברים, אלא אפי' לדעת הרמב"ן דמדין התנאי אתינן עלה ולא מדין מחילה, מ"מ הרי כתב דהיינו טעמא דמהני לר' יהודה משום דמאחר שיכולה למחול מוכח דאין דבר זה מעיקר הנישואין אשר ממילא שפיר יכול להתנות, וא"כ הדר יקשה כקושיית הגרע"א דלא ניבעי בזה למשפטי התנאים, דאין זה ככל תנאי אלא שמקדש בלי התחייבות דשאר כסות ועונה, ואם כי בדברי ר"מ שפיר איכא למימר דכן הוא ביאור מאי דהוה מהני אילולי דהוי המתנה על מה שכתוב בתורה, מ"מ בדברי ר' יהודה בין להרשב"א בין להרמב"ן ליכא למימר דמהני מפאת היסוד שכתב הגר"י בדברי התוס', ולדבריו ע"כ דשיטת התוס' שיטה שלישית בזה, או דעכ"פ נימא דנהי בדברי ר"מ כן הוא ביאור הדברים דאילולי הא דמתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל היתה הדרך היחידה לעשות על מנת שאין לך עלי שאר כסות ועונה על ידי חלות דין מסויים דתנאי, מ"מ בהכי פליג ר' יהודה וס"ל דבדבר שבממון לא בעינן לזה מאחר דניתן למחילה, וכביאורם של הרשב"א או של הרמב"ן.

(טו) רש"י ד"ה בדבר שבממון - שאר וכסות- ועונה לא חשיב לדידי' דבר שבממון, דהא אינה ענין של ממון אלא צערא דגופא היא דלא ניתן למחילה. וכ"כ בתלמוד הרשב"א ובתקון סופרים להרשב"ש השער האחד ועשרים. וכן דקדק הריטב"א לעיל דף נ"א ע"א ד"ה ר' יהודה אומר בדבר שבממון תנאו קיים מדברי הרמב"ם פ"ו אישות ה"י ובפ"ב ה"ז (אכן מדברי הרמב"ם נראה דטעמא הוא משום דהוי חיובא דאורייתא ולא משום דצערא דגופא הוא). אכן בספר האגודה כתב דאף עונה חשיב דבר שבממון כיון דאפשר לבטלה על ידי ממון, וכן הביא הבית שמואל באבן העזר סי' ס"ט סק"ה בשם המרדכי והמהרי"ק. ובחידושי הריטב"א הנ"ל הקשה על דברי רש"י, דהא צער הגוף נמי ניתן לימחל כדאיתא בהחובל, ועוד הביא דבירושלמי אמרו להדיא דעונה דבר שבממון הוא, והוא כמו שכתב בספר האגודה.

והנה באבן העזר סי' ע"ו ס"ו מבואר דמהני מחילה בעונה עכ"פ היכא דקיים כבר מצות פרו ורבו (ואף היכא דלא קיים הרי אין מה דלא מהני מצד לתא דמחילת האשה אלא מצד חיוב האיש בפרו ורבו), וע"י שם הגהות הגרע"א דקודם נישואין ודאי דמהניא רשותה להפטר מחיוב עונה, וא"כ צ"ב אמאי באמת אין זה כדבר שבממון ואף בלא טעמא דאפשר לבטלה על ידי ממון. ולכאורה צ"ב בדברי המחבר עצמו, שכתב שם סי' ס"ט ס"ו דלא מהני תנאי בעונה.

(טז) רש"י ד"ה אפילו תימא - והאי לאו מתנה על מה שכתוב בתורה הוא אלא שאמר לו אי אפשי להיות שומר שלך אלא בכך ושומר לא נחית לשמירה עד דמשוך לבהמה והאי כי משוך כבר פירש על מנת שאין לו עליו שבועה ולא שיעבד נפשי לירד בתורת שומרין אלא למקצת ולמה שירד ירד אבל המקדש את האשה מכי אמר לה הרי את מקודשת לי איתקדשה לה וכי אמר לה על מנת שאין לך עלי מתנה על מה שכתוב בתורה דאין אישות לחצאין וכי תפיס קדושין לגמרי תפיס- משמע מפשטות דבריו

דיסוד החילוק שבין שומר לבין קידושין הוא דבשומר מתנה קודם שמשך אשר על כן לא חייל השיעבוד אלא כפי מה שגילה שרוצה להשתעבד ואין בזה משום מתנה על מה שכתוב בתורה, משא"כ בקידושין כשקידש כבר חיילי קידושין לגמרי ותו אם בא להתנות חשיב מתנה על מה שכתוב בתורה. ולכאורה יוצא מדבריו דאילו היה מתנה קודם שנתן הקידושין שפיר הוה מהני תנאו ולא היה בזה משום מתנה על מה שכתוב בתורה, וכ"כ על דברי רש"י על הרי"ף בהגהות חו"י, ע"ש. ועוד דקדק בהגהות חו"י מדברי רש"י דלדבריו אם הבהמה כבר בידו בשמירת שחר ורצה הלה ליקח בהמתו אם לא ישמרה להבא בחנם ונתרצה על מנת שיפטר משבועה לא מיפטר.

והראשונים הקשו על דברי רש"י שכתב דבקידושין מיירי שנתן ואח"כ התנה, דהא בעינן לר"מ תנאי כפול שאומר לה אם יהיה לך עלי שאר כסות ועונה לא תהיי מקודשת ואם לאו תהיי מקודשת, וא"כ מוכח דמיירי שעדיין לא קידש, ועוד, דהא בעינן שיהא התנאי קודם למעשה, ע"י תוס' הרא"ש וחידושי הריטב"א, וכה"ק התוס' בכתובות דף נ"ו ע"ב סוד"ה הרי זו מקודשת ותנאו בטל. (והנה הריטב"א לא הזכיר בזה הא דבעינן תנאי קודם למעשה, והיינו לכאורה משום דיתכן דמאי דבעינן שיהא תנאי קודם למעשה הוא רק בעצם התנאת התנאי, ובמאי דהמעשה קודם כי הכא לא איכפת לן, ולכך לא הקשה אלא מתנאי כפול דבעינן. והרא"ש שהעיר גם מתנאי קודם למעשה ס"ל בפשטות דאיברא ודאי דאיכא חסרון דמעשה קודם לתנאי אף בעצם לשון התנאי, אבל כש"כ דאיכא בזה חסרון במה שנעשה המעשה קודם). ועוד הקשה הריטב"א דהא סתמא קתני מתני' דמתנה שומר חנם וכו' ולא אמרו דהיינו דווקא קודם שמשך.

והנה עצם מה שהבינו הראשונים בדברי רש"י דעיקר החילוק הוא דבשומרים מתנה קודם המשיכה ואילו בקידושין מתנה אחר הקידושין, לכאורה צ"ב דמדברי רש"י משמע לכאורה אחרת, דלדבריהם יקשה אמאי הוצרך רש"י לומר דאין קידושין לחצאין, הרי לא זה הוא הנפ"מ בין שומרים לבין קידושין, אלא החילוק הוא מתי התנה, וכנ"ל. שו"ר שכבר עמד בזה בבית אהרן, ע"ש.

ולוא דברי רבותינו הראשונים היה נראה דכונת רש"י אחרת היא, וראיתי שכבר כתבו האחרונים כע"ז, דלעולם אין דעתו לחלק בין נעשה התנאי קודם או לא, אלא כונתו, דבקידושין איכא יסוד דאין קידושין לחצאין, כלומר, דדין שאר כסות ועונה אינו מתחייב בהם מצד התחייבות מסויימת עליהן, רק הם מהווים חלק מחלות הקידושין, דחלות הקידושין מחייבתו בהן, אשר ממילא אפי' אם התנה קודם מעשה הקידושין, מאחר שאמר אח"כ הרי את מקודשת לי הרי עשה חלות קידושין, ואין חיוב שכו"ע חיוב נפרד שיהא שייך להתנות עליו אם לא שישנה עצם יסוד חלות הקידושין, אשר ממילא הוי מתנה על מה שכתוב בתורה. אכן גבי שומרים אין הדבר כן, דאין הגדר בזה שמקבל עליו פרשת שומרים של תורה ואח"כ מתנה לשנות דיני הפרשה, אלא כל יסוד שעבודו על ידי המשיכה הוא להשתעבד להיות שומר כפי שהתחייב, (והא דיכול לעשות כן הוא לכאורה משום שהרי מצינו דיני שומרים שונים בתורה), אשר אין בזה משום מתנה על מה שכתוב בתורה, וגם לכאורה אין צריך לזה תנאי כלל, דכך הוא משתעבד ותו לא. ונמצא לפ"ז דגבי קידושין ליכא נפ"מ כלל מתי התנה, ואפי' התנה קודם הקידושין אית בזה משום מתנה על מה שכתוב בתורה, וכנ"ל. ומה שכתב רש"י דלא נתשעבד השומר עד דמשך, דלכאורה לא הוצרך לזה, היינו בפשטות משום דהא נאמר במשנה דמתנה שומר שחר להיות כשומר חנם, כלומר, דכבר מדובר שיהיה שומר שחר, אלא דאח"כ בא לשנות הדברים ולומר שאינו רוצה להתחייב כשומר שחר, ומאי דלא אמרינן דהא כבר קיבל עליו להיות שומר שחר כדינו הוא משום דלא נשתעבד עד דמשך, וז"פ.

ועי' חידושי הר"ן שכתב, וז"ל: פירוש דלא מיקרי מתנה על מה שכתוב בתורה אלא כגון על מנת דשאר כסות ועונה דכיון דאקדשה לי' איחייב לה ממילא בשאר כסות ועונה וכו' מתנה עליהו לבטולייהו הוה לי' מתנה על מה שכתוב בתורה וכן נמי בעל מנת שלא תשמיטנו שביעית דמדאורייתא כל הלואה משמטת אבל שומר חנם שהתנה שיהא פטור מלשלם אינו השם לפי שזה לא נעשה שומר שלו כלל והוה לי' כאילו אמר לו הנח לפניך, עכ"ל, והוא לכאורה כחילוק שנתבאר בדברי רש"י.

ועי' שיעורי רבנו חיים הלוי לעיל דף צ"ב שכתב בביאור דברי רש"י דהא מיהא דדבר שבממון שפיר יכול להתנות לשנות עיקר הדין אפי' לר"מ, והוא יסוד הא דשעבד נפשי, דכיון דמתנה בעצם השמירה שלא יתחייב נמצא דאין השמירה מחייבתו כלל דמתחילה לא נשתעבד, אך במילתא דאיסורא אינו יכול לשנות גוף הדין, אשר זהו שכתב דאין קידושין לחצאין, כלומר, דמאחר שאינו יכול לשנות החפצא דקידושין שוב ממילא נתחייב על ידי זה בשאר כסות ועונה, דדין הוא בקידושין שמחייבין שאר כסות ועונה, ושוב אינו יכול לעוקרו, דהוי מתנה על מה שכתוב בתורה לשנות החפצא דקידושין, אכן גבי שמירה דהוי כל כולו דבר שבממון בזה שפיר יכול לשנות הדין. ור' יהודה דס"ל דמהני התנאה בעל מנת שאין לך עלי שאר כסות ועונה, היינו משום דס"ל דאין דין שאר כסות ועונה מהווין חלק מהחפצא דקידושין, אשר ממילא שפיר מהני תנאי להפקיע חיובן ככל דבר שבממון.

והתוס' הנ"ל בכתובות כתבו ב' ביאורים בסוגיין, הא, "ידשאני התם דריבתה תורה שומרים הרבה שומר חנם והשואל וכו' יכול נמי כל אחד להיות לפי תנאו", כלומר, דמה שריבתה תורה שומרים הרבה נתחדש שיכול שפיר להתנות לעשות דין שמירה כרצונו, ועדיין מדין תנאי הוא.

ועוד כתבו ביאור אחר, וז"ל: א"נ שאני התם דחייבתו תורה שומר שחר על שלוקח שחר ושואל לפי שכל הנאה שלו ומשעבדים עצמם לכל הכתוב בפרשה הלכך במקום שאין משעבדים עצמם פטורים, עכ"ל, וכ"ה בתוס' הרא"ש בסוגיין. ביאור דבריהם, דמה שנתחייבו השומרים במה שנתחייבו מוכח דהוא משום שמשעבדים את עצמם, אשר משו"ה נשתנה דינו דשואל מדינא דש"ש, ומאחר דהדבר תלוי במה שמשעבדים את עצמם עד כמה שאינו משעבד את עצמו אינו מתחייב, והוא קרוב למה שכתבנו בדברי רש"י.

ועי' חידושי הריטב"א ביאור אחר בזה, "דהא דשומרים לא דמי לאידך דאיתמר בהו מתנה על מה שכתוב בתורה דבכלהו איך אזהר רחמנא בהדיא דבאונאה כתיב לא תונו ובשביעית כתיב לא יגוש ובשאר וכסות כתיב לא יגרע ובאלו רחמנא קפיד בהו הילכך כל שמתנה כנגד זה מתנה על מה שהקפידה תורה אבל בדיני שומרים לא גלי קרא קפידא ולא אזהר עליהו שלא יפטר מדיני שומרים אלא שגזר הכתוב על השומרים שמקבלים שמירה סתם מה יהא דינם אבל כל שפירש לגרוע מחיובו ולא נחית להכי לא קפיד רחמנא כלל וכשמתנה לגרוע מחיובו או להוסיף אינו מתנה על דין תורה". ביאור דבריו, דדווקא היכא דהזירה התורה על קיום הדבר הוא דמהוה חלק אינטגרלי מהדבר וחשיב המתנה בכך מתנה על מה שכתוב בתורה, אבל היכא דלא הקפידה התורה אין הדין המסויים מעכב בעיקר הדבר, וז"פ.

(ז) תנא ומתנה שומר שחר להיות כשואל - כן הוא גירסא דידן, אכן עי' תוס' לעיל דף נ"ח ע"א ד"ה אמר רבי יוחנן בשקנו מידו שגרסו בסוגיין מתנה שומר חנם להיות כשואל, וכ"ה גירסת הרא"ש בסוגיין, ע"ש. ובהגהות אשר"י כתב, וז"ל: צ"ע אם שייך בשוכר או בשומר שחר לומר כן (דמתנה להיות כשואל על ידי ההיא הנאה וכו') דהא לאו משום דתיפוק עליהו קלא קעבדי ושומר חנם דוקא נקט או שמא כל שכן דשייך לומר בההיא הנאה דמשכיר לי' או שקל אגרא גמר ומשעבד נפשי' דלכ"ע לא רצה להשכירה

או לשוכרו כלל, עכ"ל. ומבואר מדבריו דלמאי דגרסינן שומר חנם יתכן דהיינו דווקא, ובשומר שכר אינו מתחייב משום דלגבי ליתא להחייא הנאה דנפיק עלי קלא במה ישתעבד. והצד דשפיר מתחייב, נראה ממה שסיים דלכ"ע לא רצה להשכירה או לשוכרו כלל דר"ל ההנאה שהסכים להשכירה לו או לקחתו כשומר שכר, ואף זה כעין סברת הגמ' דנפיק עלי קלא דאיניש מהימנא הוא, אבל לא מצד השמירה גרידא אלא מצד מה שמקבלו כשי"ש או שמשכיר לו.

ועי' שער משפט סי' ס"ו סקל"ה שתפס כדבר פשוט דבשומר שכר לא בעינן להחייא הנאה דקא נפיק לי' קלא וכו' לשעבדו כשואל, דמשעבד עצמו במשיכת דבר הנשמר בהחייא הנאה שמקבל שכר שמירה, כלומר, על ידי ההנאה שמקבל מעות בשכר השמירה הוא משתעבד. והוא דלא כדברי ההגהות אשר"י הנ"ל דמסתפק אי שי"ש משתעבד באונסים כלל בלא קנין, ואף הצד דמשתעבד אינו מצד הנאת המעות עצמן אלא ההנאה ששכר אותו או השכיר לו, וכנ"ל. ואולי י"ל דהראשונים לא כתבו כן משום דלא מסתבר לומר דתנאי הנאת זה שמקבל שכר לחייבו לשלם עבור החפץ ועל ידי כך לבטל הנאתו לגמרי, משא"כ בש"ח דההנאה דנפיק קלא וכו' קיים אף אי חייב לשלם, וצ"ע בזה.

ובתלמוד הרשב"א כתב, וז"ל בא"ד: ולא עוד אלא אפילו שומר חנם או שומר שכר שהתנו להיות כשואל אין צריכין קנין כלל שבאותה הנאה שמאמינן אותו על הפקדון הוא משעבד עצמו וגומר בדעתו להתחייב, עכ"ל. ומבואר להדיא בדבריו דלא כהנחת ההגהות אשר"י, וס"ל דגם בשומר שכר שייך משעבד עצמו עבור הנאה זו דנפיק עלי קלא וכו', ואף דפשוט דלא משום דתיפוק עליהו קלא קעבדי, וכמשי"כ בהגהות אשר"י, מ"מ מאחר דסו"ס איתא גם להנאה זו שפיר משתעבד עבורו. ולדבריו שפיר מצי גריס בסוגיין מתנה שומר שכר להיות כשואל, ויתכן דזהו גוף החידוש במאי דנקט שומר שכר, דאף דלאו משום הכי מקבל שמירה מ"מ משתעבד עבור הנאה זו. ויש לעיין מהו יסוד פלוגתא דא אי משתעבד לחיובי שואל על ידי הנאה צדדית שאינו בכלל עצם קבלת השמירה. ואפשר דתליא הך מילתא במאי דיש להסתפק (וכבר דנו בזה גדולי ראשי הישיבות), בהא דמתנה להיות כשואל, אי פירושא דמילתא דאינו אלא כמתחייב לאותן החיובים שחייב השואל והוי כמין התחייבות דממונות, או דבאמת נעשה דינו כשואל, דאי נימא דאינו אלא התחייבות דממונות, מסתבר דליכא נפ"מ אי ההנאה משתעבד עבורה היא עצם ההנאה שעבורה נעשה שומר או דהוי הנאה צדדית, אכן אי נימא דגדר הך דינא דמתנה להיות כשואל הוא דחייל עלי דין הפרשה דשואל, יתכן ואף מסתבר דלא שייך דבר זה אלא אם כן כך נעשה עצם דין השמירה, אשר זה אינו אלא בהנאה דשומר חנם אבל לא בשומר שכר, ועדיין צ"ע בזה.

והנה כתב הרמב"ם בפ"ב מהל' שכירות ה"ט, וז"ל: מתנה שומר חנם להיות פטור משבועה והשואל להיות פטור מלשלם וכן מתנה בעל הפקדון על שומר חנם או נושא שכר ושוכר להיות חייבין בכל כשואל שכל תנאי שבממון או בשבועות של ממון קיים ואינו צריך קנין ולא עדים, עכ"ל. ודבריו לכאורה צ"ב, דהא מבואר להדיא בסוגיין דהא דמהני ד"ז דמתנה להיות כשואל אינו אלא בקנו מידו או דנעשה השעבוד מצד ההנאה, והאיך כתב הרמב"ם דמהני ככל תנאי דאין צריך קנין, וכבר עמד על כך בגידולי תרומה שער כ"ו חלק ג' אות ב', ואף דנימא דמאי דקאמר רק יוחנן בהחייא הנאה וכו' אין פירושו דחייל קנין תמורת ההנאה אלא דלכך משתעבד מצד עצמו, מ"מ מכללא דחייל לן הרמב"ם דהוא בכל תנאי משמע דאף היכא דליתא להנאה זו מהני, וצ"ב דהוא לכאורה דלא כסוגיין.

והנה כתב הרמב"ם בפ"א מהל' מכירה דיכול אדם לחייב עצמו בדברים אף על פי ששניהם מודים שלא היה אצלו כלום שהרי חייב עצמו כמו שישתעבד הערב, וכתב במח"א הלכות ערב סי' א' דאף דמבואר בש"ס דטעמא דמשתעבד ערב הוא משום ההיא הנאה

דקא מהימן לי', היינו להוציא מידי אסמכתא, דכל ערבות הוי אסמכתא, אבל עצם שעבוד הערב נעשה בדברים. ועפ"ז כתב המח"א דכן הוא גם הכונה במה שאמר ר' יוחנן בסוגיין בהחייא הנאה וכו', דלעולם אין זה פועל שעבוד השומר להיות כשואל, אלא דבעינן להחייא הנאה להוציא מידי אסמכתא. ועי"פ דבריו א"ש לישנא דהרמב"ם דמאי דמשתעבד הוא משום תנאי שבממון, דזהו באמת יסוד עיקר השעבוד, ומאי דבעינן להחייא הנאה אינו אלא שלא תחשב אסמכתא, וכמו גבי ערב.

(ח) ור' יוחנן אמר אפילו תימא בשלא קנו מידו בהחייא הנאה דקא נפיק לי' קלא דאיניש מהימנא הוא גמיר ומשעבד נפשי' - עי' סוגי' דלעיל דף נ"ח ע"א שהקשו אהא דאיתא במתני' דבעבדים שטרות קרקעות והקדשות שומר חנם אינו נשבע ונושא שכר אינו משלם מהא דתניא השוכר את הפועל לשמור את הפרה וכו' דמבואר דיש לו אחריות עליהם, וא"ר יוחנן בשקנו מידו. והקשו התוס' ד"ה אמר ר' יוחנן דלהמבואר בדברי ר' יוחנן בסוגיין דבהחייא הנאה קא משתעבד הרי לא בעינן הא דקנו מידו, ותי', וז"ל: דהא דפטור אפי' משבועה לא משעבד נפשי' בלא קנין אי נמי התם כיון שמתחייב כשואל סבורים העולם שהשאל לו ובהחייא הנאה משעבד נפשי', עכ"ל. וביאור תירוץ הראשון לכאורה, דלא מהני הא דמשתעבד אלא היכא דהוא בעצם שומר, ועל ידי החייא הנאה משתעבד ליותר חובי שמירה כגון מתנה שומר חנם או שכר להיות כשואל, אבל היכא דאינו שומר כלל אין זה בכל קבלת השמירה, אשר על כן בעינן לזה קנין לחייבו. וכן כתבו הרשב"א, הריטב"א, הרמב"ן והר"ן שם, וז"ל הרמב"ן: ואיכא למימר שאני התם שהוא שומר חנם וכיון שהוא בדיון השומרים משתעבד בדברים להיות כשואל ואפי' יותר משואל, עכ"ל. וכן הוא לכאורה כונת התוס' דמאחר דפטור אפי' משבועה הרי אינו שומר כלל ושוב אינו מתחייב אלא על ידי קנין. ודבר זה מתבאר היטב אי נימא כצד הנ"ל באות י"ז דיסוד הא דמתנה שומר חנם או שומר שכר להיות כשואל הוא דכן נעשה עצם הדין שומר שלו, דזה אינו שייך אלא היכא דאיתא ליה דין שומר ועל ידי החייא הנאה נעשו דיניו של שומר זה כדין שואל, אכן אי נימא דהוי סתם התחייבות לשלם צ"ב לכאורה מאי נפ"מ אי הוי שומר או לא הוי שומר. אכן מלשון הרשב"א נראה בגדר הדברים באופן אחר קצת, שכתב דכיון דאינו שומר "לא גמר ומשעבד נפשי'", דמבואר לכאורה דאין זה חסרון בעצם דלא שייך על ידי הנאה זו שיעשה מי שאינו שומר לשומר, אלא דכל החסרון הוא מצד מאי דאינו משעבד נפשי', אבל אילו הוה משעבד נפשי' שפיר הוה מהני. ולדרך הראשון הוי חסרון בעצם, דלא מהני הך הנאה אלא להוסיף על דיני השומר ולחייבו עוד, אבל לא להתחייב התחייבות חדשה, וכנ"ל. ומלשון התוס' דאינו משעבד נפשי' משמע כדברי הרשב"א ולא כדברי הרמב"ן.

וביאור תירוץ ה' של התוס' פשוט הוא, דליתא להנאה זו אלא היכא דמתחייב כשואל דכסבורין העולם שהשאל לו. ולתי' זה מבואר דאילו הוה חשיבא הנאה שפיר הוה מהני אף שאינו שומר כלל, והיינו לכאורה משום דס"ל לתי' זו דהוי התחייבות חדשה ואין הביאור דנעשה עצם דינו כשואל, באופן דנמצא דבהכי נחלקו ב' תירוצי התוס', ועדיין יש לעיין בזה. (ועי' חידושי הריטב"א שם שהביא עוד תי' בזה, דבהקדש לא שייך לומר בהחייא הנאה דמהימן לי' כיון שאין לו בעלים וגם מיבדל בדילי אינשי מיני' ולכך ראוי להאמין בו יותר, וכ"ה בשט"מ שם בשם הרא"ש).

והנה יעייין קצוה"ח סי' ס"ו סקמ"ז שהביא דברי הב"י דמאי דמהני לעיל דף נ"ח לר' יוחנן אם קנו מידן לא מהני אלא לענין שומר שכר ולשלם אבל לענין שומר חנם לישיבע לא מהני, דלשומר חנם האידך ישתעבד להתחייב שבועה ומה שייך בזה קנין. ועי"ש דברי משה שהשיג על הב"י, ובשי"ס שם סקמכ"ח השיג על הדרכי משה וכתב דודאי אם התנה השומר

חנם שיתחייב לשלם חל הקנין על התשלומין אבל אם התנה שישבע על מה יחול הקנין הא אין זה אלא קנין דברים בעלמא.⁴ והביא שם בקצוה"ח משי"כ בתשו' מהר"א ששון סי' ע"ג שלמד מדברי הבי"ה דה"ה המתנה שומר חנם להיות כשואל אין בזה אלא חיוב תשלומין על האונס אבל אין בזה חיוב שבועה שלא נאנס, דלענין חיוב השבועה הוי קנין דברים. ובקצוה"ח כתב לחלק בזה לדעת הבי"ה בין מתנה להיות כשואל "דכיון דחל השעבוד או הקנין לענין תשלומין ואלו נאנס מיחייב לשלם גם הוא מחויב ליבע כשטוען שמתה מחמת מלאכה ולא נאנסה אף בלעדי הקנין או השעבוד על השבועה משא"כ בהני דברים שאין דין שמירה בהו כמו קרקעות ושטרות שבלעדי הקנין אין אתה יכול להזיקו לשבועה אפילו אי קבל קנין על התשלומין דבהני דברים אית בהו תרתי לגריעותא חדא שאין בהו דין שמירה וגם אין נשבעין עליהן אפילו במודה במקצת ועד אחד ונמצא דלעולם אין אתה יכול להשביע את השומר אלא על ידי הקנין וקנין לא מהני לשבועה", ע"ש שהביא ד"ז בשם אהיו.

והנה אי נימא דגדר ההתחייבות והשעבוד אינו אלא התחייבות בעלמא ואינו נעשה שואל ממש, פשוט לכאורה כדברי מהר"א ששון דה"ה בשומר חנם שמתנה להיות כשואל הרי אין שעבודא דידו' אלא התחייבות אשר אין זה מועיל אלא לענין חיוב ממון ולא לענין שבועה דהוי קנין דברים בעלמא, וכדברי הבי"ה. אכן בדעת הקצוה"ח נראה דמבואר דחיל' עלי' דין שומר, אשר בזה שפיר חילק בין נידון דמתנה שומר חנם להיות כשואל לבין קרקעות וכדומה, דהתם לא שייך להשתעבד שיחול עליו דין שומר, ואינו אלא התחייבות בעלמא אשר אין זה שייך אלא לענין חיוב ממון ולא לענין חיוב שבועה, משא"כ בהא דמתנה שומר חנם להיות כשואל, שפיר חיל' עלי' דין שואל אשר ממילא שפיר מתחייב גם בשבועה. אלא דעדין טעון ביאור זה בדברי הקצוה"ח תוספת ביאור, דאי ס"ל דנעשה עליו דין שואל, אמאי הוצרך לומר דכיון דחל השעבוד או הקנין לענין תשלומין גם הוא מחויב ליבע כשטוען שמתה מחמת מלאכה, הרי מאחר דחיל' עלי' דין שואל מצד זה גופא הוא דחיל' עלי' חיוב שבועה. וליכא למימר דס"ל דלעולם לא חיל' עלי' דין שואל ואינו אלא התחייבות בעלמא, דא"כ אמאי חיל' עלי' חיוב שבועה כלל. ונראה

⁴ והנה לשון הדרכי משה הוא דמתחייב ואו יצבע או יקלם, ולכאורה מש"כ "או יקלם" למותר הוא, אלא נראה כוננו דמהי הקנין לחייב בחיוב דשומרים אף דמן הסתם לא הוי שומר על דברים אלו, וס"ל דיסוד חיוב שבועת השומרים אינו חיוב שבועה נפרד, אלא יסוד החיוב הוא לקלם אם אך לא יוכיח על ידי שבועה שצריך להיות פטור, ואחר הוא חיוב השבועה אם חיוב הממון, אשר זה לא חשיב קנין דברים ושפיר מהני. ואלו שהשיגו עליו אף דיתכן דס"ל דבכונן סוגיין דידן דמתנה שומר חנם להיות כשואל הרי הוא מתחייב בחיוב שואל, מ"מ התם ס"ל דלא שייך ד"ז, דהני דברים מופקעים מלחול עליהם חיובי שומרים, ו"כ הויין חיוב הממון וחיוב השבועה ד' ענינים נפרדים, וקנין להתחייב לשבועה שפיר הוי קנין דברים. וכן נראה דהוא יסוד סדרת הקלוא"ח שהסכים לאינו יוכל בכונן הקדש או קרקע לחייב עצמו בשבועה דהוי קנין דברים, אצל שומר חנם שמתנה להיות כשואל שפיר כתב דמתחייב בשבועה, והיינו כמו שכתב, דשבועת שואל (וכל שומר) אינו התחייבות נפרדת אלא מדין חיוב השמירה הוא שאם לא יצבע יקלם, אשר בזה שפיר יכול להתחייב, כנ"ל, משא"כ בקרקע וכדומה לית בהו חיובי שמירה, בזה מוכרח דחיוב הממון וחיוב השבועה ד' דברים נפרדים הם וקנין להתחייב בשבועה הוי קנין דברים.

מבואר מדבריו דמאי דהשומר נשבע אין זה חיוב שבועה נפרדת אלא יסוד דין השומר הוא לשלם אם לא ישבע שקרה בזה דבר אשר הוא פטור לשלם עליו, אשר זהו דכתב דמאחר דנתחייב בתשלומין, כלומר, דחיל' עלי' דין שואל להתחייב בממון כשואל, שוב ממילא מתחייב בשבועה דהשבועה הוא כמין סניף בחיוב התשלומין. אך בקרקעות וכדומה דאינו נעשה שומר כלל, לא שייך ב"י כלל דין ושם שומר ואין חיוב הממון וחיוב השבועה אלא דברים נפרדים, ולענין זה ודאי דהוי לענין השבועה כקנין דברים בעלמא.

ובגוף קושיית התוס' הנ"ל בדף נ"ח, ע"י שער משפט סי' ס"ו סק"ה שכתב ליישב קושייתם דמאי דבעינן התם קנין הוא עפ"מ"כ התוס' בכתובות נ"ו ע"ב ד"ה הרי זו דלכך מתנה שומר חנם להיות פטור משבועה ומשלם ולא הוי כמתנה על מה שכתוב בתורה משום דהא דחייבה התורה שומר שכן בגניבה על שלקח שכן ושואל באונסין משום דמסתמא משעבדים את עצמן לכך, ולכך במקום שאין משעבדין את עצמן פטורים, וא"כ כיון דחזינן דקרקעות ודכוותיהו פטרה תורה מדין שומרים אף דמסתמא משעבדים עצמן לכך, לכך אף תנאי מפורש לא מהני דהא סתמא נמי כמפורש דמי אם לא קנו מידו דאלים טפי, וכ"כ גם בקצוה"ח סי' ש"מ סוסק"א, ע"ש.

וע"ש בקצוה"ח בתחילת דבריו שדן בהתנה השואל לחייב את עצמו במתה מחמת מלאכה אי בעי קנין, וכתב דע"פ תי' הבי' דהתוס' הנ"ל דף נ"ח דליכא הנאה אלא במה שחושבים העולם שהשאלה לו פשוט דלא מהני לחייבו במתה מחמת מלאכה, דהא אף בלא חיוב מתה מחמת מלאכה הוי שואל וטפי משואל לא מתחייב אלא בקנין. ולכאורה צ"ב אמאי מחלקינן עצם חיוב דשואל מחיוב מתה מחמת מלאכה, הרי מאחר דאיכא להך הנאה על ידי שנעשה שואל, י"ל דנגד הנאה זו גופה מחייב עצמו אפי' במתה מחמת מלאכה, וראיתי שכבר העירו כן. ואי נימא דלא מהניא הך הנאה אלא שיוסיף עליו דין שואל ולכך הוא דלא מהני היכא דלא הוי שומר הוה אתי שפיר, דלא מהניא הך הנאה לחייבו במתה מחמת מלאכה, אלא דמדברי הקצוה"ח לא נראה כן, דא"כ היה יכול לומר בפשטות דלא מהני לענין מתה מחמת מלאכה מאחר דאין חיוב זה מדיני שום שומר כלל, ואמאי הוצרך לתירוצם הבי' של התוס'. (ומה עוד, דלכאורה תי' הבי' דהתוס' ס"ל דמדין התחייבות חדשה אתינן עלה ולא מפאת הוספה על דיני שמירה, דהא אילו הוה חשיב שפיר הנאה משמע דהוה מהני אף שאינו שומר כלל, ולפי' דהר יקשה כנ"ל אמאי לא מהניא הך הנאה לחייבו גם במתה מחמת מלאכה.) ובשט"מ לעיל דף ל"ג ע"ב בשם התוס' שאנץ מבואר להדיא דמהניא הך הנאה אפי' להתחייב התחייבות חדשה, ע"ש גבי הא דמקנה הכפל להשומר שהשוה לסוגיין דקני בההיא הנאה אף דהתם הוי הקנאה חדשה.

והפשוט בזה, דיסוד התי' הבי' דהתוס' דבעינן הנאה דחשיבנן ל"י כשואל הוא דס"ל להך תירוצא דאינו מתחייב אלא למה שצריך להתחייב בכדי שיהיה לו טובת ההנאה, דבשומר חנם שמתחייב בחיוב שומר חנם ההנאה שיש לו הוא שרואים שהוא נאמן, ולא נצרך לזה אלא להיות שומר חנם, אשר על כן אינו צריך "להוציא" ע"ז אלא חיוב ש"ח, דהיינו בפשיעה. ולפי' בשואל, משעבד נפשי' להתחייב כמה חיובים שצריך להראות כשואל, אשר לזה פשוט דסגי בחיוב אונסין ואינו מתחייב בכך על מתה מחמת מלאכה דאף השואל אינו חייב עליו.

והנה לשון הרמב"ן הנ"ל הוא דכיון דהוא בדין השומרים משתעבד בדברים להיות כשואל ואפי' יותר משואל, ויש לעיין מה הכונה במה שמשעבד להיות יותר משואל. ולכאורה הכונה בזה היא להתחייב במתה מחמת מלאכה. ונראה דאף למה שכתבנו בדעת הרמב"ן דההיא הנאה לא מהניא אלא שיתחייב עוד בחיובי השמירה, יש מקום לומר שיכול להתחייב אפי' במתה מחמת מלאכה, דמאי דחייב שואל על האונסין הרי הוא משום שכל ההנאה שלו, ומצד זה כנראה דלא היה בכדי לחייבו מן הסתם

אמתה מחמת מלאכה, אכן מחמת ההיא הנאה וכו' יתכן דאם רוצה להתחייב במתה מחמת מלאכה נכנס אף זה בחיובי השמירה דידי'. ויש להוסיף בזה, ע"פ הנראה (ועוד נאריך בזה בפרק השואל, בעזהש"ת), דמאי דפטור השואל במתה מחמת מלאכה אין זה משום דאין שמירתו מחייבתו בכך כמו ש"ש באונס או ש"ח בגו"א, אלא יסודו מדין פטור, דאף דחייב באונס וודאי דהיה מתה מחמת מלאכה בכלל, מ"מ איכא פטור מסויים במתה מחמת מלאכה מהטעמים המבוארים בדברי הראשונים לקמן דף צ"ו ע"ב, אך עצם שמירתו שפיר היתה מחייבתו גם בממ"מ, אשר ממילא י"ל כנ"ל דנהי דמצד מאי דכל ההנאה שלו איכא סברא דפטור במתה מחמת מלאכה, מ"מ יתכן דמחמת ההיא הנאה וכו' שפיר משעבד עצמו אפי' לענין מתה מחמת מלאכה אם התנה המשאיל בכך, ועדיין צ"ע בכל זה. והאמת דהסברא בזה פשיטא היא, דבעצם אין אונס דמתה מחמת מלאכה שונה משאר אונסין דשואל חייב עליהן, ואפשר דהוי אפי' פחות אונס, ומאי דפטור הוא כמו שפירשו הראשונים דאיכא פטור מצד המשאיל שמוחל שהרי יודע שישתמש בו ויודע שיתכן שימשתמש בו והוי כמין מחילה. וזה הרי לא שייך הכא כלל שהרי אינו יכול להתשמש בו וליכא עליו אלא חיובי שואל, ומצד

חיובי שואל שפיר מתחייב גם במתה מחמת מלאכה, וכמשנ"ת, ודוק.

(ט) אמר רב נחמן הלכה כר' יהודה בן תימא - עי' חידושי הריטב"א דאף להני דיעות שפסקו דלא כר"מ לענין תנאי כפול והן קודם ללאו, מ"מ בעינן שיהא המעשה אפשר לקיימו ושיהא דבר שאפשר על ידי שליח, אשר על כן נקטינן דאין תנאי בחליצה כיון דליתא על ידי שליח. וכתב הריטב"א בביאור הדברים, דכל היכא שהמעשה אלים כולי האי שאי אפשר לקיימו על ידי שליח כי חייל לגמרי חייל ואין כח בתנאי לבטלו. ועד"ז כתבו התוס' בכתובות דף ע"ד ע"א ד"ה תנאי דאפשר לקיימה ע"י שליח כו', וז"ל: דהיינו טעמא דהואיל והמעשה כל כך בידו שיכול לקיימו על ידי שליח סברא הוא שיהא כמו כן בידו לשוויי ב"י תנאה אבל חליצה שאין בידו לקיימה ע"י שליח לא הוי בידו נמי למירמי ב"י תנאה ואפילו לא יתקיים התנאי יהיה המעשה קיים, עכ"ל. ומוכח מזה דין פרשת תנאים סתם רצונות על החלות, דאילו היה כן מאי נפ"מ במאי דא"א על ידי שליח ודהמעשה אלים, הא מ"מ אינו רוצה שיחול על צד אי-קיום התנאי, אלא יסוד דין תנאי כנ"ל דמגביל כח עצם המעשה לפעול חלות, אשר בזה שפיר מחלקינן, דהיכא דהמעשה אלים אינה ניתנת להגבלה על ידי חלות התנאי, וזה פשוט.