

מסכת כבא מציעא

פרק שמיני

קיץ תשפ"ב

צ"ד ע"א

(א) רש"י ד"ה השואל- דאשמעינן היכא דפרה שאולה כל היכא דהוה בעלים עמו במלאכתו בין בשאלת גופו ובין שנשכר אצלו קרינא בי' אם בעליו עמו וכו'- משמע מפשטות לשונו דאף היכא דהבעלים שכורים אצלו אית בזה לפטור דבעליו עמו משום דאף זה הוא בכלל קרא דאם בעליו עמו לא ישלם. אכן עיי פירוש רבינו יהונתן הכהן מלוניל שכתב בא"ד, וז"ל: ואפי' בשכירות נמי פטור דהכי קאמר קרא אם בעליו עמו בשאלה לא ישלם או אם שכיר הוא אשר בא בשכירות נמי לא ישלם שהפרה בשאלה והבעלים בשכירות נמי פטור אע"פ שהפרה והבעלים לא היו כולוה בשאלה וכו', עכ"ל. הרי דלדידי אין זה בכלל פשטא דקרא דבעליו עמו וכו' אלא דבעינן ליה להמשך הקרא דאם שכיר הוא בא בשכרו. ומבואר מדבריו דהיה צד לומר דדוקא היכא דהבעלים נמי בשאלה הוא דאיתא לפטור דבעליו עמו אבל היכא דבעלים בשכירות לא, מה דליתא לצד זה לשיטת רש"י. ומדברי הרמב"ם מבואר לכאורה כדברי הר"י מלוניל, עיי' פ"א מהל' שכירות ה"ג שכתב, וז"ל: המפקיד אצל חבירו בין בחנם בין בשכר או השאלו או השכירו אם שאל השומר את הבעלים עם הדבר שלהן או שכרן הרי השומר פטור מכלום וכו' שנאמר אם בעליו עמו לא ישלם אם שכיר הוא בא בשכרו, עכ"ל, הרי דהביא הך קרא דאם שכיר הוא בא בשכרו לענין פטור דבעליו עמו, והוא כדברי הר"י מלוניל. ורש"י פ"י בחומש הך קרא דאם שוכר הוא וכו' דר"י כל דאם השור אינו שאל אלא שכור בא בשכרו ואין כל הנאה שלו ולכך אינו חייב באונסין כשואל, והוא לשיטתו דלא בעינן להך קרא לדין בעליו עמו כלל, וכנ"ל. וכדברי רש"י כ"ה בפ"י הרשב"ם שם ובחידושי הריטב"א לקמן דף צ"ה ע"ב ד"ה סברוה, ע"ש.

ומאי דבעינן לדעת הרמב"ם והר"י מלוניל ודעמיי קרא מיוחד למימר דאיתא לפטור דבעליו עמו אף היכא דהבעלים שכורים, היינו משום דהיה מקום לומר דדוקא היכא דהבעלים נמי שאולים הוא דאיתא להך פטור, עיי' ספורנו שם פ"י משפטים, שכתב, וז"ל: שסתם משאיל בקירוב דעת כזה הוא נותן מתנה על דעת שיחזירו וכו'ן שלא התנה אינו חייב להחזיר אלא כשהיא נמצאת בעין שאפילו לדעת האומר שבמתנה על מנת להחזיר חייב באונסין זהו מטעם שהתנאי של על מנת מבטל את המתנה אם לא יקויים התנאי אבל בזה שהיא מתנה על דעת להחזיר בלתי תנאי שיבטל המתנה אם לא יחזרנה הנה כל זמן שהיא בידי המקבל היא שלו אע"פ שלא יחזרנה אח"כ ולא יתחייב על כל מה שיארע בה אפילו בפשיעה וכו', עכ"ל. ומדבריו מבואר דלא כמו שנתבאר בדברי רש"י בסוגיין דאף בעלים שכורים בכלל קרא דבעליו עמו הוא. ובדברי רבינו אשר מלוניל מצינו טעם אחר לזה, הובאו הדברים בקובץ שיטות קמאי ע"י אלף תשל"ה, וז"ל בא"ד: ושמה תאמר אין זה כשאלה בבעלים דפטור משום דהתם מחזי דדעתו של משאיל עצמו שיתעסק הוא בעמידת בהמתו שהרי בא בחנם ולא יהא השואל צריך לטרוח אחריה אבל שאר פועל סלקא דעתך לא בא אלא על שכרו ולא יהא פטור המשכיר קמ"ל קרא דבעלים פטור אפילו שכיר, עכ"ל. ועיי' בחינוך מצוה ס' דמבואר בזה טעם אחר אשר לפיו ה"ה בשבעלים שכורים, וז"ל: ועל ענין שאלה בבעלים שפטור נוכל לומר לפי הפשט שהתורה לא חיובה השואל אחר שבעל הכלי או הבהמה עמו דמכיון שהוא לשם ישמרו הוא את שלו ואע"פ שהשואל פטור אף לאחר שהלכו הבעלים מכיון שהיו שם בשעת שאלה אפשר לתרץ בזה שלא רצתה התורה לתת הדברים לשיעורין ולומר

אם ישוה לשם הבעלים הרבה יהא פטור השואל ואם מעט יהא חייב וציותה התורה דרך כלל דכל שבעלים שם בשעת שאלה יהא פטור וכו' וזה הטעם בעצמו מספיק לנו בשכירות בבעלים שגם כן פטור, עכ"ל. ולדבריו פשוט דאף השואל ושכר הבעלים בכלל עצם הפטור דבעליו עמו.

(ב) תוד"ה פרה במשיכה ובעלים באמירה- וי"ל דלאו דווקא בעידן עבידתיהו אלא בשעת הליכתן וכו'- מבואר מדברי התוס' דהא פשיטא דמשעת אמירה ממש לא חשיב שואל גופו לענין שיהיה בזה דין בעליו עמו. ומה שיש להקשות בדברי התוס' עיי' מהר"ם מש"כ בביאור דבריהם. ומדברי רש"י מבואר שפירש כפשוטו, דר"ל אמירה ממש, ומאי דקשיא מסוגיין דלקמן דבשעת עבידתיהו וכו', עיי' מש"כ לקמן אות ס"ו. ויסוד הדברים, עיי' הא דמבואר מדברי רש"י שם דמאי דאמרינן דכולהו בעידן עבידתיהו כשאלה בבעלים דמו ר"ל דכיון דהוא עובד עבור כל העיר, אין מה שאומר שיעבוד עושהו כשאלה בבעלים דכמו כן עומד הוא לעבוד לאחרים, לזה הוא דבעינן דווקא בעידן מלאכה, דכשעובד לאחד הוי כמין ברירה דהוי כאילו הוא עמו דווקא, ובוה שפיר איכא פטור דבעלים. אבל היכא דלא ממונה לכל העיר ואומר שיעבוד לפלוני, שפיר חשיב על ידי כך שאלה בבעלים, ואתיין דברי רש"י בסוגיין כפשטן. וכן היא דעת הרמב"ם, שכתב בפ"ב מהל' שו"פ ה"ג, וז"ל: מלמד תינוקות והנוטע לבני מדינה והמקיז להן את הדם והסופר שלהן כל אחד מאלו וכיוצא בהן ביום שהוא יושב בו לעסוק במלאכתו אם השאיל או השכיר לאחד מאלו שהוא עוסק בלמאכתו הרי זו שמירה בבעלים וכו', עכ"ל, הרי דדוקא משום דהוא סופר של כולן וכו', הוא דבעינן שיעסוק במלאכתו בכדי שיחשב בבעלים. וכ"כ בבית אהרן בסוגיין בביאור דברי רש"י והרמב"ם שלא יקשה מסוגיין דדף צ"ז, ע"ש.

אכן בשט"ם בשם הראב"ד כתב בא"ד, וז"ל: אי"נ הא דבעינן התחילו או הלכו הני מילי לאחיובי ממונא אבל תערומת מיהא אית להו משום דשלא כדן עבדי אלמא כל היכא דלא הדרי בהו באמירה בעלמא שאולין נינהו וכו', עכ"ל. הרי מבואר מדבריו דלעולם פירוש אמירה בסוגיין אמירה ממש, ושפיר חשיב על ידי כך שאלה בבעלים, וכ"כ בחידושי הר"ן ובג"י וכן הובאה דיעה זאת במאירי בסוגיין, ע"ש, וכן משמע מפשטות לשונו של רש"י בע"ב ד"ה ובעלים באמירה כנ"ל, וכ"ה בתלמיד הרשב"א. ולדידהו צ"ב לכאורה כקושיית התוס' מסוגיין דלקמן דף צ"ז. ולדבריהם מה דמבואר מסוגיין דדף פ"א דלא סגי באמירה גרידא, פירושו דכי אמרינן דמשעת אמירה חשיב שואל, זהו דווקא אם אח"כ הלך לעשות מלאכתו, דבכה"ג הוא דחשיבא האמירה תחילת השאלה אבל אם עשה דבר אחר לא חשיבא האמירה כלום, וכן מבואר מדברי הריטב"א בסוגיין ולקמן דף פ"א. ומהמשך דברי הראב"ד מבואר דהא פשיטא דאף לאחר שהתחיל מלאכה יכול לחזור בו דפועל חוזר בו בחצי היום, ועיי' מש"כ דנפ"מ לענין חיובי ממונא הוא דאי התחיל במלאכתו ידו על התחנותה.

ובג"י בסוגיין כתב, וז"ל: לאו למימרא דבעלים משתעבדי באמירה שלא יוכלו לחזור בהם וכו' דהא אע"פ שהתחילו במלאכה יכולין לחזור בהם וכו' אלא ה"ק ובעלים באמירה דאמירה דידהו כהתחלת מלאכה היא ובאמירה בעלמא חשוב נשאל דכתיב שארית ישראל לא יעשו עולה וכל שקבל עליו לעשות מלאכתו בעליו עמו קרינן ביי שאין כאן ענין לקנין אחר וכו', עכ"ל. ומבואר לכאורה מדבריו דבאמירה גרידא סגי כיון שנתחייב מהאי טעמא דשארית

ישראל לא יעשו עולה. (ובדעת התוס' שלא פירשו כן י"ל בפשיטות דס"ל דמאי דחייב לשמים מדין שארית ישראל לא יעשו עולה, לא חשיב שאול על ידי כך כיון דאין זה מדיני שמירה.) אכן בדף צ"ז כתב, וז"ל: הסכימו האחרונים ז"ל לפירוש הראב"ד ז"ל דלאו דווקא בשעה שעושים אלא בשעות המיוחדות למלאכה קאמר שכיון שלכך הם עומדים וכו' בעליו עמו קרינן ב"י כדאמרין בריש פרקא ובעלים באמירה, עכ"ל. וצ"ב לכאורה דהא בריש פירקין כתב דהא דחשיב שואל הוא משום דשעת אמירה כהתחלת המלאכה חשיבא ואילו בדף צ"ז כתב דבעינן שעות המיוחדות למלאכה.

ואולי י"ל דבכל התחלת מלאכה בשואל איכא באמת ב' דברים, ותרוייהו בעינן לענין פטור דבעלים. הא', קנין שעל ידו חשיב גופו שאול, והב', דליכא פטור דבעלים אלא היכא דבשעת שאילת החפץ היה עושה עמו במלאכה. אשר לפ"ז י"ל דמש"כ הנ"י בסוגיין דהוי כהתחלת מלאכה, ר"ל דעל ידי כן חשיב שפיר שואל, אכן מאי דמבואר בדף צ"ז דבעידן עבידתיהו איכא פטור דבעלים, התם מיירי במאי דבעינן שיהא למעשה עושה עמו, אשר בזה הוא שכתב דלא בעינן דווקא שעושה מלאכתו אלא סגי במאי דהוי שעה המיוחדת למלאכה. אלא דלפ"ז יקשה ע"ד קושיית המהר"ם על דברי התוס', מה היא קושיית הש"ס בעלים באמירה וכו', הרי י"ל בפשיטות דמיירי בשעה שאינה מיוחדת למלאכה, דליכא פטור דבעלים משעת אמירה, אלא די"ל כתי' הריטב"א בריש פירקין, ע"ש, דא"כ קדמה שאלת פרה לשאלת בעלים, דפרה במשיכה ובעלים התחלת מלאכה ואל הוי עמה ממש, וצ"ע בזה. ואם כנים הדברים, י"ל כן אף בדברי הראב"ד, דלא הדגיש אלא דמשעת אמירה שאול הוי, אבל לעולם איכא למימר דלא סגי בהכי אלא בעינן נמי שיהא בעליו עמו במלאכה, אשר זהו יסוד הסוגיין דף צ"ז, וכנ"ל, ועדיין צ"ע בזה. ויש לבאר עוד, דלעולם יסוד הגדר הוא דבאמירה גרידא סגי, רק דמאי דסגי בכך הוא משום דעל ידי האמירה מוכן ועומד הוא למלאכה, ואילו באופן דלקמן דף צ"ז אינו מוכן למלאכה אלא בשעה שרגילים לעבוד, ויסוד דינא דהתם הוא ממש יסוד דינא דסוגיין. וכן מבואר באמת להדיא בדברי הראשונים, ע"י ר"ן לקמן דף צ"ז שכתב, וז"ל: וכתב הראב"ד ז"ל דכי אמרינן דבעידן עבידתיהו לאו דוקא בשעה שעושים אלא בשעות המיוחדות למלאכה שכיון שלכך הן עומדין בעליו עמו קרינן ב"י כדאמרין בריש פרקין ובעלים באמירה, עכ"ל. באופן דבזה הוא שנחלקו התוס' ושאר, דהתוס' ס"ל דבעידן עבידתיהו ר"ל שעת עסק המלאכה, אשר משו"ה הכריחו דאמירה בסוגיין לאו דווקא, ואילו הני ראשונים ס"ל דבעידן עבידתיהו ר"ל זמן שבו עומדים למלאכה אשר לפ"ז באמירה היינו אמירה ממש וגדר אחד הם סוגיין וסוגיין דהתם. וע"י תוס' רבינו פרץ שתיירך באמת לקושיית התוס' כן, ע"ש, ודוק.

שו"ר בש"ך ס"י שמ"ו סק"א שכתב דלעולם סגי באמירה לחוד, פירוש, דבשעבוד לעבוד מיקרי בעליו עמו, ובנתייה"מ שם סק"א הקשה הקושי הנ"ל מסוגיין דף צ"ז, ע"ש שתי, וז"ל: וצ"ל דכוונתו דכשאומר לו בפ"י שיעשה לו מלאכה מיד הוי כהכנה וגבי שתלא וגם באפי' לא אמר לו בשעת שאלה אלא שיש עליו החיוב שנתחייב מקודם, עכ"ל. ויוצא לפי דבריו דיסוד מאי דחשיב על ידי דיבור בעליו עמו היינו משום דלהני שיטות אף הדיבור מצי חשיב כהכנה, ולא פליגי התוס' אלא במאי דלהתוס' אין להחשיב דיבור גרידא כהכנה. ומפשטות לשון הנ"י לכאורה לא משמע הכי, דהרי כתב דמאי דמהני דיבור ליחשב בעליו עמו, הוא משום דשארית ישראל לא יעשו עולה ויש עליו תערומת, דמשמע דמצד הדיבור בתורת עצמו הוא דאיתנן עלה, ועוד, דלדברי הנתייה"מ סוגיין דף צ"ז לא שייכא להכא כלל, ואילו הנ"י הביא ראיה למש"כ שם דסגי בזמן המיוחד למלאכה, ממאי דאמרין הכא דבעלים באמירה,

ולדברי הנתייה"מ ב' ענינים נפרדים הם, אלא נראה בדברי הנ"י כנ"ל.

והנה יעויין בהגהות אשר"י שכתב בשם רבנו הר"ר ברוך מרגנשפורק, וז"ל: דווקא שנדר להיות עמו במלאכתו תוך ימי שאילת הפרה אבל אחרי ימי שאילת הפרה אע"פ שנדר קודם אין זה שאלה בבעלים וכו', עכ"ל. ומבואר מדבריו דאם אך נדר לאיזהו זמן בתוך ימי שכירות הפרה, אף דהוי לאחר זמן, מ"מ חשיב שפיר שאלה בבעלים, אשר מוכרח ומבואר מזה דס"ל דלפטור דבעלים לא בעינן אלא קנין, דהא ליכא הכא התחלת מלאכה או זמן הראוי למלאכה כלל. ולדבריו צ"ב לכאורה סוגיין דף צ"ז וכקושיית התוס'. (וע"י חידושי הריטב"א לעיל דף פ"א ע"א דמבואר דלא כדבריו, דכשקיבל עליו לעשות מלאכת השואל לאחר זמן לא הוי בעליו עמו עד התחלת מלאכה, וז"ל בא"ד: הני"מ שנעשים שומרים באמירה כשאמרו לעשות מלאכתו לאלתר בלא הפסקת מלאכה אחרת אבל אם אמרו לעשות מלאכתן לאחר שעה או שהפסיקו במלאכה אחרת בין אמירה למעשה אינן נעשין שאולין אלא משעה שיתחילו במלאכה, עכ"ל.)

וע"י תוס' ב"ב מ"ג ע"ב ד"ה דאמר, שכתבו בא"ד, וז"ל: שבאמירה משעבדי עצמן ליכנס במלאכתם מיד וכו', עכ"ל. ומבואר להדיא מדבריהם דלא כהגהות אשר"י הנ"ל, דהא כתבו דבעינן שישעבד עצמו ליכנס למלאכה מיד. אכן דבריהם הם גם דלא כדבריהם בסוגיין, דלמש"כ בסוגיין בעינן דווקא דיבור שיש בו הכנה, וכנ"ל. והנה מדבריהם בב"ב משמע בפשטות דס"ל דהשעבוד הוא העיקר בפטור דבעלים, וכדברי שא"ר.

וגדר מה שכתבו הראשונים דהאמירה לחוד מהוה קנין (עכ"פ שיהא בזה משום שארית ישראל לא יעשו עולה), ע"י שו"ת מהרי"ל החדשות ס"י קע"ח שכתב, וז"ל: אע"ג דבדברים בעלמא נגמר שכירות כדמוכח פרק השואל פרה במשיכה ובעלים באמירה וכ"כ כמה ברב"י שבדברים בעלמא ניקנית השכירות ונ"ל דצריך ליתן טעם מ"ש משכירות בקרקע דנקנה בכסף ושטר וחזקה וכו' והנה שכירות דגברי כיון דלא שייך כסף ושטר וחזקה בנן חורין ואינו כעבד כנעני שגופו קנוי לו משו"ה נגמר שעבוד באמירה בעלמא והוי כשלוחו שאין צריך לא קנין ולא שום דבר דבהווא הנאה דצייתי אהדיי גמרי ומקני אהדיי וסמכי אהדיי וכו', עכ"ל, אשר זהו הכונה במש"כ הר"ן והנ"י דאין כאן ענין לקנין אחר.

צ"ד ע"ב

ג) תוד"ה שומר חנם וכו' - אבל מתה מחמת מלאכה וכו' - ביאור דבריהם, דמאי דפטור שואל במתה מחמת מלאכה אינו מפטורי שומרים אלא משום דזה מונח בזכות ההשתמשות בו, וכבר כתבנו בזה לעיל דף צ"ג ע"א, וז"פ. ומ"מ הוצרכו התוס' לומר דמאי קאמר במתני' דשואל חייב בכל נהיינו כל הכתוב בפרשה, דאף דאיכא סברא דפטור מתה מחמת מלאכה, מ"מ הרי נקט במתני' לישנא דחייב בכל. ואי לאו סברת התוס' היה הכל כפשוטו.

ומש"כ התוס' דמאי דנקט מתני' דש"ח פטור בכל אף דחייב בפשיעה משום דבהא כולחו חייבים, לכאורה אי חיובא דפשיעה מטעם מזיק הוא כדעת הרמב"ם ודעמ"י, לא בעינן לזה, דמאי דחייב אפשיעה אינו קשור לחיובי השומרים.

ד) רש"י ד"ה פרשה ראשונה - ואוקימנא לשבועה שלא שלח בה יד - מבוארת שיטת רש"י דעיקר השבועה שנשבע שומר חנם הוא שבועה שלא שלח בה יד, ושבועה שלא פשע לא נשבע אלא ע"י גלגול שבועה. וכן כתב בפירושו עה"ת בשמות כ"ב, ז'. וע"ש ברמב"ן שכתב דעיקר השבועה הוא שישבע על טענתו שנגב ויפטר, ובתנאי שלא שלח בה יד. וגבי שומר שכר שם פסוק י' פירש רש"י דהשבועה היא גם על המאורע שטוען שהיה, כלומר, שנאנסה, והוא כדברי הרמב"ן,

וצ"ב מאי שנא שומר חנם משומר שכר בזה. ועיי' בית הלוי ח"ג ס"י ל"ה אות ב' שכתב בביאור דברי רש"י, דגבי שומר חנם דאינו חייב אלא על הפשיעה ואחזוקי אינשי בפשיעותא לא מחזיקין, בזה ס"ל לרש"י דעיקר השבועה אינו אלא שלא שלח בה יד, אך בשומר שכר דאף אילו נגנבה אין בזה משום רשעות, שפיר מחייבין ל"י לישיבע גם שנאנס ולא נגנב, עיי' שהביא דברי הנה"מ שכתב כן מסברא דנפשי דלכו"ע בשי"ש שבועה שלא נאנס הוא עיקר שבועה. ויסוד פלוגתא דא דרש"י והרמב"ן, דלרש"י מאי דבעינן לשבועה היינו לשלול חשש שקרה דבר שחייב עליו, אשר בזה שפיר כתב בביה"ל לחלק דבשי"ח דאינו חייב אלא בפשיעה לא חשדינן ל"י שפשע, ונמצא דליכא חשש שיהא חייב, אשר על כן אינו צריך שבועה אלא דלא שלח בה יד, אבל לא על עצם מה שקרה לחפץ, אכן לדעת הרמב"ן השבועה היא חלק מטענת פטור מהשומר, כלומר, דחייב עד שיטעון וישבע שמה שקרה הוא דבר שאינו חייב עליו, דטענת פטור מהשומר הוא על ידי שבועה, אשר בזה ליכא לחלק כדברי הביה"ל אלא אף בשי"ח דליכא חשש מ"מ מדיני טענת נשומר שישבע שכן הוא כטענתו.

ה) אדרבה ראשונה בשומר שכר שכן משלם תשלומי כפל בטוען טענת גנב - בעיקר גדר דין כפל דטוען טענת גנב, הנה יעויין סוגי דב"ק דס"ג ע"ב דמבואר דבעינן לימוד מיוחד דבטען טענת גנב וטבח ומכר איכא דין ד' וה'. וצ"ב לכאורה כיון דידעינן דמשלם כפל דהרי הוא כגנב, אמאי בעינן למילף דבטבח ומכר חייב ד' וה', הא שוב הוי ככל גנב לדין טביחה ומכירה. והנה בעיקר גדר חיובא דהטוען טענת גנב ביאר עיי' ברכ"ש ס"י מ"א אות ב' בשם הגר"ח, דמבואר מדבריו דהוי פרשה מחודשת דגניבה והוא מדיני שומרים ועל ידי טענת הנה"מ בא, דגנב דכל התורה אינו כיון דבהתירא אתי ליד"י ודין מסויים הוא דטוען טענת גנב, והוא לכאורה מדיני השמירה. ולפ"ז אתי שפיר מאי דבעינן לימוד מיוחד לחיוב ד' וה', דבלא לימוד מהיכי תיתי דאיכא בדין גניבה זו פרשה דד' וה'.

ומסוגיין משמע לכאורה כדברי הברכ"ש, דמשמע דמצד חומרא דפרשת שומר שכר הוה בעינן למימר דאית ב"י דין טוען טענת גנב דמשלם כפל, ובשלמא אי דינא דהטוט"ג הוא דין בשומרים, מובנים הדברים, אכן אי נימא דאין דין טוען טענת גנב הלכה מסויימת בשומרים אלא דהוי היכי תימצו דגניבה ודין כפל הוא ככל גניבה (כדמשמע מדברי האו"ש), צ"ב לכאורה דהא לא הוי דבר זה חומרא בדין שומרים דשומר שכר, ונמצא דמבואר לכאורה מסוגיין כדברי הברכ"ש. שו"ר באילת השחר שהוכיח כן מסוגיין, וכן הוכיח גם מסוגי דב"ק ד"ד ע"ב דאמרו ורבי אושיעא מ"ט לא תני הני בממונא קמייירי בקנסא לא קמייירי גנב וגזלן דממונא הוא ליתני הא קתני ל"י שומר חנם והשואל וכו', ואי נימא דחיובא דטוט"ג דין גניבה בעלמא הוא ולא מדיני שומרים, אכתי יקשה דליתני לה, אע"כ דחיובא דטוט"ג מדיני השומרים הוא, אלא דמאחר דסו"ס אף דהוי דין גניבה מחודשת מ"מ דין גניבה מיהא הוי, תו לא מיתני גניבה וגזילה. ויש לדחוק דלעולם אף לדעת האו"ש הוי זה גניבה מחודשת דפרשת שומרים, רק דס"ל דמאי דבעינן שישבע לשקר אין זה מפאת גזוה"ג דשומרים אלא משום דבלא השבועה לא הושלמה גניבה מחודשת זו, אשר ממילא היכא דליכא שבועה כגון טוען טענת גנב בבעלים שפיר איתא להך גניבה מחודשת בלא שבועה).

ו) קרנא בלא שבועה עדיפא מכפילא - מבואר דעיקר החומרא בזה הוא משום דהוי בלא שבועה, ולכאורה לא בעינן לזה, דאף בלא הכי חמור קרן דלעולם חייב, משא"כ כפל דאינו חייב אא"כ טען שקר, וכן העיר ברש"י לעיל דף מ"א ע"ב, עיי'.

ז) רש"י ד"ה אפילו הכי - חמורה שניה מראשונה דקרנא בלא שבועה שהשניה מחייבתו לשלם קרן משאמר נגנבה ואפילו לא נשבע לשקר זה חמורה מן הראשונה שפוטרתו מלשלם קרן אם לא באו עדים שהוא גנבה אע"פ שמחייבתו כפל לאחר שנשבע לשקר ובאו עדים ובלא שבועה אין שם כפל - מה שהדגיש שבועת שקר, עיי' דבריו ב"ק דף נ"ז ע"ב ד"ה קרנא בלא שבועה עדיפא מכפילא בשבועה דכפל אינו בשומרין עד שישבע לשקר שנגנבה הימנו ואח"כ באו עדים וכו' הלכך קנסא משום שבועה הוא דקנסא רחמנא.

ועיי' בתוד"ה לא אם אמרת בשומר חנם ולעיל דף מ"א ע"ב שהקשו למ"ד התם דכפילא עדיפא האיך ילפינן דפרשה ראשונה בשי"ח ושניה בשי"ש, ויוצא מדבריהם שפירשו דהא דקרנא בלא שבועה עדיפא היינו משום דלא תמיד איתא לחיוב כפל משא"כ חיוב קרן דגניבה, עיי' כל דבריהם, ועיי' ראשונים לעיל מ"א ע"ב וחידושי הריטב"א החדשים בסוגיין משי"ב ביישוב קושיית התוס'.

ח) תדע דהא שואל כל הנאה שלו וכו' - עיי' ראשונים בסוגיין רשב"א, ריטב"א, ר"ן שהקשו מאי קאמר, הא שואל גופי מהאי טעמא הוא דנפקא ל"י לקמן שחייב בקרן משום דקרנא עדיפא מכפילא ומאן דפליג בהא פליג בהחיא. ותירצו, דהשתא סמכין אטעמא בתרא דאמרינן לקמן דלכ"ע שואל משלם קרן משום דליסטים מזויין גזלן הוא. ויעויין מהרש"א בסוגיין שהקשה קושיית הראשונים וכתב דלמאי דמסיק וכי ישאל וי"ו מוסיף וילמוד עליון מתחתון כו' ניחא. ובחידושי הגרע"א כתב לבאר מאי דלא ניחא ל"י למהרש"א לתרץ כדברי הראשונים, דהיינו משום דאף דליכא פירכא מצד חומרא דכפל גבי שוכר בטוען טענת לסטים מזויין, מ"מ עד כמה דסבירא לן דמאי דאיכא כפל הוי חומרא בעצם כדקס"ד בסוגיין (עיי' תוס' לעיל דף מ"א ע"ב), אכתי ליכא למילף דחייב השואל קרן משי"ש, דנימא דמפאת חומרו של שואל אינו משלם את הקרן אלא משלם כפל על ידי שבועה,

¹ אכן מדברי הא"ש צ"ל גניבה ה"י מצואר לאינה פקשה מחודשת, ע"ש דכתב למאי דבעינן לשבועה בטוען טענת גנב הוא דלוקחא על ידי השבועה הוא דנשלמה הגניבה, לעד שנקבע הרי מחוייב הוא להחזיר, ע"ש דביאר עפ"ז דברי התוס' צ"ב נ"ז ע"ב דלדוד דטעון טענת גנב דבעלים אית בזה חיובא דהטוען טענת גנב אף דליכא שבועה (אחמנס עיי' ברש"י ע"ס דמבואר להדיא דהוי פרשה מחודשת, דקנסא משום שבועה הוא דקנסא רחמנא), ולדידי' יקשה כנ"ל אמאי בעינן לימוד לדין ד' וה'. ומדברי התוס' צ"ב דמבואר דסוגי בשבועה הבאה על ידי גלגול שבועה משמע לכאורה דס"ל לאין זה פרשה מחודשת דעל ידי טענת נתינה ושבועה, לאילו היה כן מסתבר דהוה בעינן שבועת השומרים, ולא הוה סוגי בשבועה על ידי גלגול.

וי"ל בזה, והוא ע"פ דברי הגר"ל לאפיין ז"ל בס' הזכרון להגר"י אברמסקי ז"ל, דיך לחקור בחיובא דטביחה ומכירה אי המחייב ד' וה' הוא הטביחה והמכירה גרידא, זאת אומרת, דטביחה ומכירה דבד' גנוב מחייב ד' וה', או דמעשה הגניבה הוי חלק מעצם המחייב ד' וה'. והנה אי נימא דהטביחה גרידא מחייבת אס אף חל על הבהמה ע"ס גניבה, ה"ה דבטוען טענת גנב מאחר דנתחלק לחל על הבהמה דין גניבה שוב ממילא פשוט דאית בזה חיוב ד' וה', אכן אי נימא דחיוב ד' וה' הוא אירוף דמעשה הגניבה ומעשה הטביחה, (וכן משמע קל"ח צ"ח פ"א גניבה הי"א), יולא דבעינן שיהא על מעשה הגניבה דין דהוי גניבה המחייבת ד' וה' על ידי הטביחה, ואף דנתחלק דבטוען טענת גנב חשיב שפיר גנב לענין חיובא דכפל, עדיין י"ל

דבלאו קרא לא הוה ידעינן דחשיב מעשה גניבה לענין חיוב ד' וה'.

דהא השתא ס"ד דכפל חמור הוא מקרן, ע"ש כל דברי הגרע"א. ודברי הראשונים הנ"ל צ"ב מה יענו לטענת הגרע"א.

ט) לא תימא כל הנאה שלו אלא אימא רוב הנאה שלו- ע"י מח"א הלכות שאלה ופקדון סי' ג' שהביא דברי הר"ן בתשובה דמי שהשאל ספר לחבירו ונאנס מידו אינו חייב באונסין דכיון דמצוה עביד נמצא שאין כל הנאה של שואל, שאף המשאל נהנה משום פרוטה דרב יוסף והו"ל כהשאלני ואשאלך. והקשה עליו במח"א מסוגיין דאף דנהנה הבעלים ממזונות מ"מ סגי במאי דהוי רוב הנאה שלו בכדי דנימא דחייב באונסין.

ולכאורה היה נראה פשוט בזה דלא שייך נידון דהמח"א להכא, דמאי דמבואר מסוגיין דחייב באונסין אף דרק רוב הנאה שלו אין זה אלא באשר נוגע לשואל, כלומר, דאף דאית ל"י הוצאות מ"מ מאחר דרוב הנאה שלו שפיר חייב באונסין, אבל בנידון דהר"ן מאי דאינו חייב באונסין הרי היינו משום דהוי כהשאלני ואשאלך, וכמו שכתב הר"ן, אשר זה לא שייך אלא היכא דמגיע למשאל הנאה, אבל בסוגיין אף דחייב להאכילה, מ"מ אין זה נחשב שקיבל המשאל הנאה, דבזמן השאלה הוי כאילו הוא של השואל ומה שמאכילה אין זה נתנית הנאה למשאל אלא שמאכילה לצרכו, ומה שמרויח המשאל על ידי זה אין זה אלא כתוצאה צדדית ממה שהוא עכשיו של השואל והוא אפי' פחות ממשתרשי, בזה הוא דאמרינן דמאחר דרוב הנאה שלו הרי הוא חייב באונסין.

שו"ר שכונתי בזה לדברי האו"ש בפ"א מה'י שאלה ופקדון ה"א, ע"ש משה"ק על דברי הר"ן מסוגי דקידושין מ"ז ע"ב ומה שכתב דהשאל לו ספר חייב באונסין, דמרויח פרוטה דרב יוסף אינו אלא כמברר ארי (ע"פ דברי התוס' בנדרים ל"ג), ורק היכא דהשאל לו ספר והשאייר לו השואל משכון הוא דאיתא לדינא דהר"ן דחשיב כהשאלני ואשאלך, ע"ש כל דבריו כי קצרתי.

וע"ש עוד במח"א שהקשה על דברי הר"ן מהא דלקמן דף צ"ו מיבעיא לן שאלה ליראות בה מהו ממונא בעינן והאיכא או דילמא ממונא דאית ל"י הנאה מיני בעינן וליכא ולא איפשיטא, וא"כ בשואל ספר ללמוד לו לית ל"י הנאה לשואל הנאת ממונ דמצות לאו ליהנות ניתנו, ע"ש במח"א דלדעת הרמב"ם בבעי' דשאלה ליראות דאינה אלא לענין פטור דבעלים אבל פשיטא דחייב באונסין ניחא. ולולא דבריו היה נראה לכאורה דלא שייך הא דמצות לאו ליהנות ניתנו להכא, בשלמא לגבי מודר הנאה דיסוד האיסור הוא ההנאה, בזה שפיר אמרינן דכיון דמצוות לאו ליהנות ניתנו אין לזה דין הנאה, אכן לענין מאי דתלמיא חייב אונסין דשואל במאי דכל או רוב ההנאה שלו, פשוט לכאורה דאין זה מצד דין ההנאה שבו, אלא דבכדי שיתחייב בעינן שתהא כל הנאת ההשתמשות שלו, ואף דמצוות לאו ליהנות ניתנו, מ"מ ההשתמשות והפועל יוצא מההשתמשות הוא שלו, אשר ממילא שפיר חייב ד"ז ככל או רוב ההנאה שלו. ובקצרה, יסוד הדברים הוא יסוד דינא דכל או רוב הנאה שלו הוא שהוא נעשה הבעלים לענין שהשתמשות והנאה מצד בעלותו על החפץ הוא שלו, ולא שייך לכאן הא דמצוות לאו ליהנות ניתנו.

וע"י עוד במח"א שהקשה על דברי הר"ן דלא שייך הכא פרוטה דרב יוסף כלל, דמצות ת"ת הרי לא נעשה אלא ידי מה שמשתמש בו השואל ולא במעשה ההשאלה, כאשר הוכיח המח"א מדברי הרמב"ם, ע"ש, ובשעה שמשתמש בו השואל הרי ליתא לפרוטה דרב יוסף. והנה באמת יש עוד להקשות, דאי מצד מעשה השאלה ניבן ע"ה, אמאי הוצרך הר"ן להגיע למצות ת"ת הרי עצם מה שמשאל לחבירו מצוה היא ואמאי ליכא פרוטה דרב יוסף מצד זה. אכן נראה בזה עפשמני"ת, ע"פ מה שיש להקדים דאף דנימא דבשעת השאלה חשיב שפיר עושה מצוה והיה בזה משום פרוטה דרב יוסף, מ"מ הא מיהא פשיטא דאחר מעשה ההשאלה אם יצא שלא ישתמש בזה השואל

כלל, מ"מ מעשה ההשאלה עדיין היתה מצוה. אך כד דיינינן עלה מצד מצות תלמוד תורה, אף דנימא להר"ן דמעשה ההשאלה הוא בכלל המצוה, מ"מ אין זה אלא עד כמה שלמעשה ישתמש בו השואל לתלמוד תורה, אבל אם לא ילמוד בו כלל נמצא דמעשה ההשאלה אין בזה משום מצות תלמוד תורה כלל, וז"פ. והנפ"מ בדבר זה, ע"פ הא דנראה פשוט דבעצם אף דנימא דבשעת מעשה ההשאלה אית בזה משום פרוטה דרב יוסף ואינו חייב באונסין, מ"מ אם אך אח"כ ליתא משום פרוטה דרב יוסף שוב ממילא יתחייב באונסין כיון דאז הרי כלורוב ההנאה שלו. ובהוה הוא דנראה דאיכא נפ"מ בין מצות עצם השאלה לבין מצות תלמוד תורה, דמצד מצות עצם ההשאלה, אחר שהשאלו שוב נעשה מצותו ואין במה שמשמש בו אח"כ השואל משום קיום מצוה דהמשאל, אשר ממילא מאחר דאז ליתא לפרוטה דרב יוסף פשיטא דיתחייב באותו זמן באונסין. אכן מצד מצות תלמוד תורה, מאחר דלא יתחשב עצם מעשה ההשאלה למצוה אלא עד כמה שלומד בו המשתמש, נמצא לפ"ז דאף דמצד זמן הלימוד אין המשאל חשוב עוסק במצוה שיהא פטור מן המצוה, מ"מ מאחר דדווקא על ידי הלימוד בספר נמצא שעשה מצות תלמוד תורה על ידי מעשה ההשאלה, חשיב שפיר הלימוד בו גם כהשתמשות מצד בעלות המשאל אשר ממילא לא חשיב כל הנאה שלו, אשר זהו דאתי עלה הר"ן דווקא מצד מצות תלמוד תורה.

ועפ"ז מבוארים דברי הר"ן, דמאחר דעל ידי הלימוד בו אף דבההיא שעתא ליתא משום פרוטה דרב יוסף. מ"מ על ידי זה נעשה מעשה ההשאלה כהשתמשות בעלות המשאל, אשר על כן לא חשיב כלורוב הנאה של השואל ואינו חייב באונסין, ודוק. ולפי זה תו לא בעינן למימר כדברי האו"ש דמיייר שנתן משכון, דמדברי הר"ן שלא הזכיר מזה לא משמע הכי כלל.

י) ומה גניבה שקרובה לאונס וכו'- ע"י ריטב"א החדשים שפירש דר"ל דגניבה קרובה לאונס משום דהוי על ידי אחרים משא"כ אבידה דהוי ממילא. אכן בשט"מ הביא בשם הר"ן פירוש אחר, "שיתכן שאנסתו שינה וכיוצא בה, אבל אבדה אם הוא דבר שיש בו רוח חיים ויצא והלך ואבדה או אוכלים וכיוצא בהן ונפלו מתוך ידו ואבדו או שהניחו במקום שאינו בר שמירה ואבדו הרי זה קרוב לפשיעה". והיינו, דבגניבה משכחת לה בעצם היכי תימצא דהוי קרוב לאונס ממש, היכא דאנסתו שינה. ואף דגם באבידה משכחת לה שנאבדה משום שאנסתו שינה ולא שם לב שנאבדה, מ"מ עצם האבידה אינה על ידי האונס, משא"כ בגניבה, וז"פ.

יא) מילתא דאתיא בק"ו טרח וכתב לה קרא- ע"י די מלאכי אות תי"ח דודאי לא לחנם כתבה לה תורה אלא "היינו לומר דיש ללמוד מאותה טירחא לאחמורי בה טפי ממה שאינו כתוב להדיא דודאי לאו לאטרותי בכדי הוא". ויש לעיין לפ"ז בסוגיין, מה היה החומרא בגניבה יתר מאבידה אילו לא הוה ידעינן חיוב ש"ש באבידה אלא מק"ו. ולכאורה י"ל (וכן צידד בשיעורי ר' אלחנן סי' כ"א, אלא שמקורו ממקום אחר ושוב דחה ראייתו משם) דהיינו לומר דאילו היה ש"ש על ב' דברים, והא' נגב והא' נאבד ואין לו לשלם אלא עבור אחד מהם, דהיה משלם עבור הגניבה משום שהיא כתובה בתורה ולא עבור האבידה דלא אתיא לה אלא מק"ו.

והנה במאי דדנו בהמשך סוגיין מני"ל חיוב שבויה בשואל, כתב בתוס' הרא"ש (הובאו דבריו בשט"מ), וז"ל: וא"ת למה כתב שבויה בשומר שכן תיתי משבורה ומתה שהוא אונס גדול מהם וכו' אי נמי מילתא דאתיא בק"ו טרח וכתב לה קרא, עכ"ל. הרי דאפי בק"ו הפטר אמרינן דמילתא דאתיא בק"ו טרח וכתב לה קרא, וצ"ב דלמאי אטרח רחמנא וכתבה, הרי אין חומר במה שכתובה, דבין כך פטור, ולכאורה אינו אלא בכדי ממש, וצ"ב.

וע"י ריטב"א החדשים ד"ה והאי או מיבעי ל"י לחלק וכו', שכתב בסוף דבריו, וז"ל: וי"ל דלעולם ה"א דבמתה חייב ובשבורה פטור ובדין הוי דלא בעי

למכתב אלא מתה אלא כיון דאדכר קרא שבורה ומתה בפטורה דש"ש אדכרינהו נמי בחיובא דשואל כן תירץ מורנו ז"ל, והתם הרי ליכא שום משמעות במאי דכתבה תורה שבורה, דהא אינו חייב אלא במתה (לפי הו"א זו) ומאי דכתבה בכדי הוא, וצ"ב.

ויש לעיין לפי הך ק"ו, האיך ידעינן דשומר חנם פטור מאבידה, הרי לא כתיב בפרשה אלא שאם נגנב פטור ואפשר דחייב באבידה משום דאבידה חמירא. עיי' מצפה איתן שהביא שכבר הקשה כן במעין החכמה והניח בצ"ע, וכתב הוא לתרץ דמדאיצטריך בב"ק דף ס"ג למעט בש"ח טוען טענת אבידה מכפל מוכח דפטור אקרו דאבידה.

יד) תוד"ה אלא למאן דאמר דברה תורה כלשון בני אדם כו'- אע"ג דלדידי דרשינן בכל מקום לבד מהיכא דלא מיסתבר וכו'- עיי' ביאור דבריהם בסוטה כ"ד ע"ב תוד"ה ורבי יונתן.

יג) מה לשבורה ומתה שכן אונסא דסליק אדעתא הוא וכו'- ופי' רש"י, וכ"ה בשא"ר, וז"ל: ועל מנת כן שילי' מדלא אתני על מנת שלא אתחייב בשבורה ומתה דאמר דבריהם דלא הו"ל לאסוקי אדעתי ולאנתוני, עכ"ל. מבואר מזה דעכ"פ לס"ד זו יסוד חיוב השואל אינו מדיני עצם הדין שמירה שעליו אלא התחייבות הוא המונח בקבלת השמירה, אשר ממילא בעינן להוכחה שהוא בכלל הקבלה מדלא התנה. ואף למסקנא דחייב נמי אשבויה אכתי י"ל דכן הוא יסוד הדברים, אלא דמן הסתם אמרינן דזהו בכלל ההתחייבות בלא ההוכחה דמדלא התנה, וז"פ. או י"ל דהא גופא קמ"ל דאין חיובים אלו תלויין בקבלתו אלא מעצם דין השמירה הם.

ולכאורה נחלקו הראשונים בזה, עיי' רש"י סנהדרין ע"ב ע"א ד"ה אבל לענין מקנא לא קני שכתב בא"ד וז"ל: והאי דכי נאנסו מחזיר דמים ולא מצי אמר ליי נאנסו ומיפטר משום דלא גרע גזלן משואל דמשום דכל הנאה שלו אוקמינהו רחמנא ברשותו לשלומי אם נאנס דכל כמה דקיימא הדרא בעינא הא נמי כל הנאה שלו ומיחייבי לשלומי, עכ"ל. הרי מבואר מדבריו דמאי דמתחייב השואל הוא מעצם דין השאלה משום דאוקמי' רחמנא ברשותו. ולדידי' לכאורה בהכי תלי' ההו"א והמסקנא דסוגיין, דלס"ד דסוגיין דאינו חייב אשבויה היינו משום דאין חיובו אלא מצד קבלתו אשר ד"ז לא שייך בשבויה, ואילו למסקנא דמחייבין ליי נמי אשבויה ע"כ דאין יסוד החיוב משום קבלתו והתחייבות דידי' אלא משום דכן הוא דין עצם השאלה מאחר דכל הנאה שלו, עיי' מח"א הלכות שאלה ופקדון ס"א שדן ביסוד חיוב השואל בארוכה, וכתב ע"פ דברי רש"י הנ"ל דכן הוא שו"ט דסוגיין.

אמנם מדברי התוס' בכתובות נ"ו ע"ב ד"ה הרי זו מקודשת משמע לכאורה דיסוד חיובו של השואל הוא משום דמשעבד נפשי, עיי' שכתבו בת"י השני בסוף דבריהם, וז"ל: אי"נ שאני התם שחייבתו תורה לשואל לפי שכל הנאתו שלו ומשעבדים עצמם לכל הכתוב בפרשה הלכך במקום שאין משעבדים את עצמם פטורים, עכ"ל. וכבר הביא דבריהם במח"א שם, והכריח ע"פ מאי דילפינן בסוגיין דחייב נמי אשבויה אף דלא סלקא אדעת' דע"כ דאין כונת התוס' דחיובו של השואל הוא משום דמשעבד עצמו בפועל, אלא ר"ל דירדה תורה לסוף דעתו של השואל שמאחר שכל הנאה שלו, אילו היה יודע היה משעבד עצמו, ולכך חייבתו תורה בכך. (אמנם אכתי איכא נפ"מ בפשט בין דברי התוס' לבין דברי רש"י הנ"ל).

יד) דסד"א עד דמיתברא ומתה לא מחייב- עיי' ריטב"א החדשים שפי' דהא מיהא פשיטא דאמתה לחוד חייב, ולא ס"ד אלא דלא יתחייב על שבורה. והנה יעויין רשב"ם על התורה שפי' דנשבר ר"ל שמת על ידי טירפת ארי'. וצ"ע לכאורה ממאי דמבואר הכא דנשבר אינו מיתה, וכן ממאי דמסקינן דידעינן לחיוב שבורה מסברת מה לי קטלה כולה מה לי קטלה פלגא, הרי דלא הוי שבורה אלא קטלה פלגא, וצ"ע.

ועיי' בחידושי הריטב"א דמאי דלהך ס"ד כתבה רחמנא שבורה אף דאינו חייב אשבורה ורק אמתה חייב, היינו משום דכיון דאדכר קרא שבורה ומתה בפטורה דש"ש אדכרינהו נמי בחיובא דשואל. ועיי' חידושי הגרע"א (והוא מתשו' מהד"ק דיי קפ"ו) דלהך ס"ד נפ"מ במאי דכתבה תורה שבורה, היכא דעל ידי השבירה נפחת מדמיו ואח"כ מתה, דמדכתבה רחמנא שבורה משלם כשיוויה בשעת שבירה, ואילו לא כתבה שבורה לא היה משלם אלא כשעת מיתה כמו בעלמא בהזל ומתה.

טו) תוד"ה אלא אביו ואמו וכו'- ור' יונתן נמי דאמר עד שיפרט לך הכתוב יחדו לא מהתם יליף מדאיצטריך וכו' אלא מסברא קאמר דהוי משמע הכי- אכן ברש"י ד"ה עד שיפרט לך הכתוב יחדו מבואר דלא כדבריהם, עיי' שכתב להדיא דמדאיצטריך יחדו הוא דליף לה ר' יונתן. ואשר לקושיית התוס', עיי' בריטב"א החדשים שכתב דתרווייהו מצינן למילף מיחדו, דהוה מצי למכתב שניהם ולא יחדו.

טז) רבי יונתן אומר משמע שניהם כאחד ומשמע אחד בפני עצמו- עיי' ריטב"א החדשים שהביא בשם הר"ר פנחס הלוי "שלא אמר ר' יונתן אלא בדבר שיש בו מניעה כגון לא תחרוש ולא תקלל וכיוצא בו אבל באומר שיעשה לפלוני או שיתן ודאי שיעשה לשניהם משמע ולא מיפטר בחד מיניהו". ובקצוה"ח סי' ר"צ סק"א תמה על דבריו ממאי דמבואר לקמן צ"ה ע"ב דשייכא פלוגתא דרבי יונתן ורבי יאשיה בהני קראי דבעליו עמו אי בעינן גם בשעת השאלה וגם בשעת המיתה או דסגי בשעת השאלה בלחוד, והרי התם לא הוי מניעה אלא הוי כגון שיעשה, ומ"מ איתא לפלוגתייהו, עיי' שהניח הדבר בצ"ע.

ואולי י"ל דהנה יש להסתפק בגדר הך דינא דבעליו עמו אי פירושו דעד כמה שבעליו עמו ליכא סיבה המחייבת, או דבאמת שפיר איכא סיבה מחייבת אלא דמאי דבעליו עמו הוי סיבת פטור, ועוד נאריך בזה לקמן, בעוהש"י. והנה אי נימא דעד כמה דהו בעליו עמו ליכא סיבה המחייבת, נמצא דלעצם החיוב בעינן שלא יהיו בעליו עמו, זאת אומרת, דהא דאין בעליו עמו באופן חיובי, אשר זה ודאי דדומה לצריך לעשות, דאמרינן דצריך לעשות לתרווייהו. אכן אי נימא דאף בבעליו עמו איכא שפיר סיבת חיוב אלא דהוי הא דבעליו עמו סיבת פטור, אפשר דיש להבין דפירושו הוא דבעצם חייב ובלבד שלא יהיה בעליו עמו, שזה מפקיע החיוב, אשר זה דומה יותר למניעה ושפיר שייך בזה פלוגתת ר' יונתן ור' יאשיה, ועדיין צ"ע בזה. ועיי' עוד בזה לקמן אות כ"ו.

והנה בהבנת עצם יסוד דברי רבי יונתן דמשמע שניהם כאחד ומשמע אחד בפני עצמו, נחלקו כנראה הפוסקים בגדר הדבר, עיי' יו"ד סי' רכ"ח ס"מ דאיתא בזה"ל: אב שהשביע את בנו שלא יוכל להלוות כי אם ברשות שמעון ולוי מותר להלוות ברשות אחד מהם, עכ"ל, והוא מדברי תשו' הרשב"א, ומטעם דק"ל כר' יונתן במקלל אביו ואמו דמשמע שניהם כאחד ומשמע כל אחד בפני עצמו עד שיפרט לך הכתוב יחדו. ובט"ז שם סקמ"ט הקשה ע"ז דהא עכ"פ הרי איכא צד דמשמע שניהם יחד, ואי"כ מספק אמאי לא חיישינן לכך. ומבואר מדברי הט"ז שהבין ביסוד דברי ר' יונתן דר"ל דיכול הלשון להתפרש או לשניהם יחד או לכל אחד בנפרד אשר ממילא אומרים בלשון התורה דכיון דמתפרש גם כל אחד בנפרד כן היא באמת כונת התורה שיהא אסור בנפרד ולא לשניהם יחד, אשר זהו דהוקשה לו דבלשון בני אדם מאחר דיכול להתפרש בבי' אופנים נחוש שמה היתה באמת כונתו לשניהם יחד. אכן עיי' חידושי הגרע"א דמבואר מדבריו דפי' דברי ר' יונתן הוא דמשמע באמת שני המובנים, דבא הכתוב לאסור גם תרווייהו יחד וגם כל אחד בנפרד, וכ"כ גם בשו"ת חכם צבי סי' ד', אשר לפ"ז אתיין שפיר דברי הרשב"א שהביא בשו"ע, דמאחר דהכונה גם לכל אחד בנפרד ודאי דיכול להלוות עם רשות אחד מהם, וז"פ.

צ"ה ע"א

מה לשומר שכר שכן משלם תשלומי כפל בטוען טענת לסטים מזויין- ע"י תוס' לעיל מ"א ע"ב מה שפירשו בסוגיין, וע"י בחידושי הריטב"א החדשים משי"ב בזה.

וע"ש בריטב"א החדשים דאף להך ס"ד דיהיה השואל פטור בגו"א, מ"מ הא מיהא פשיטא שיהיה חייב בלסטים מזויין אף דגבג הוא כיון דלא אפשר למיטרט, דאלי"כ הרי אף השואל משלם כפל בטוען טענת לסטים מזויין ומאי חומרא בשומר שכר, ע"ש כל דבריו.

והנה מעצם דברי הגמ' הקשה בקצוה"ח סי' ש"מ סק"ג על דברי המחבר שפסק שם ס"ג (והוא מדברי הטור בשם הרמ"ה) דהשואל בהמה מחבירו לילך בדרך ידוע ובאו עליו לסטים באותו הדרך או חיות רעות ואנסוהו חשיב שפיר מתה מחמת מלאכה, והקשה בקצוה"ח דא"כ מה הקשו בסוגיין מה לשומר שכר שכן משלם תשלומי כפל בטוען טענת לסטים מזויין, הרי גם בשואל משכחת לה תשלומי כפל בטוען טענת לסטים מזויין.

וע"י משי"ב לעיל דף צ"ג ע"א אות א', דטעם הפטור דמתה מחמת מלאכה לדברי הטור והמחבר הוא כמשי"ב בניי דכיון שהשאלה למלאכה ידע המשאל דאפשר דמתכחשא במלאכה ואפילו הכי השאלה לו אם כן מתירה למיתה הלכך המשאל הוא דפשע אנפשי, ע"י מח"א הלי' שו"פ סי' ד'. ועפ"ז יש לדון דמאי דחייב הטוען טענת גבג בכפל אינו אלא היכא דטענת פטור דידי' הוא פטור מהלכות שומרים, אבל פטור דמתה מחמת מלאכה הרי אינו פטור בהלכות שומרים אלא גדרו דחשיב מפשיעת המשאל דפשע אנפשי, ולית בזה דין טוען טענת גבג כלל כיון דאינו מפטור דגניבה. (ע"י או"ש פ"ד מהל' גניבה הי"י ובברכות שמואל ב"ק סי' ה' מה שדנו בדברי התוס' בב"ק שף נ"ז ע"ב ד"ה נמצא.)

יח) תוד"ה הניחא למאן דאית לי דיו- תימה דברק כיצד הרגל וכו'- ע"י שו"ת הריב"ש סי' רע"ט (ובגליון השי"ס להגרע"א נדפס סי' ע"ב, והוא טעות הדפוס, דברור דנתכון להך תשובה) שכתב השואל ליישב קושיית התוס' דבאמת אף הכא מיפרך ק"ו, דלא בעינן לק"ו אלא למילף דחייב אפי' היכא דבעליו עמו, דבלא בעליו עמו הרי גם שואל הוי שומר שכר, שמקבל ההשתמשות עבור השמירה, והוא כמו האי דאמרין שמואל לי ואשאלך שומר שכר על שתיהן, ופשוט דחייב בגו"א. אלא דיעו"ש בריב"ש שדחה ד"ז דהא בסוגיין מבואר להדיא דאף לענין עיקר חיובא דשואל בגו"א בעינן לימוד ולא אמרינן דהוי שומר שכר. וסברת מאי דלא נחשיב השתמשות של השואל לשוויי שומר שכר פשוטה לכאורה, דבשלמא בשומר לי ואשאלך, הרי פסק שתהא השאלה שכר על השמירה ופשוט בזה דהוי שומר שכר. משא"כ בני"ד הרי לא הוקבע הנאת ההשתמשות כשכר על השמירה, אלא דכן הוא החפצא דהשאלה שיש לו זכות השתמשות אבל אין זה בתורת שכר, אשר ממילא לא חשיב עי"ז שומר שכר, ובעינן למילף גם עיקר חיובא דגו"א, וז"פ. (אח"כ הראו לי שכ"כ בשיעורי רבנו חיים הלוי לעיל דכ"ט.)

יט) אלא למאן דלית לי דיו מאי איכא למימר- ע"י רש"ש שתמה דאין זה דומה להני דוכתי דאמרין דלית לי דיו, דהתם הדין שרוצים ללמוד בק"ו הרי קיים בקל, ואם אך לא אמרינן דיו שפיר אמרינן דנוהג אף בהחמור, אכן הכא הרי לא מצינו כלל בתורה חיוב גו"א בבעלים ולכו"ע לית לן למימר דחייב. ות"י הרש"ש דכיון דהך פטור דבעלים חידוש הוא שפיר אמרינן דהיכא דליתא להחידוש חייב. ודבריו דחוקים לכאורה, דנהי דחידוש הוא מ"מ הרי סו"ס אמרה תורה דבעלים ליכא חיוב, והאיך נימא דשואל חייב אפי' בבעלים דמני"ל הא.

וע"י שיעורי ר' אלחנן סי' כ"ב שכתב לתרץ קושיית הרש"ש ע"פ דברי המ"מ פ"ב מהל' שו"פ הי"ח, ע"ש שפסק הרמב"ם גבי הני בעיין דלא איפשטו בשאל מן השותפין וכו' דאם מת פטור (אלא דמהני תפיסה)

אבל אם פשע חייב. וביאר במ"מ דמאי דחייב אם פשע אף דפסק הרמב"ם לעיל דפשיעה בבעלים פטור היינו משום דפשיעה מטעם מזיק הוא, וכמשי"ב הרמב"ם בהל' שכירות. וביאר הגראב"ו דבריו, דגדר הפטור דבעלים אינו דחסר בהמחייב, אלא שפיר איתא להמחייב גם באופן דהוי בבעלים, אלא דנאמר פטור דבעלים, אשר ממילא היכא דהוי ספק אי איתא לפטור דבעלים איכא ודאי סיבת חיוב דפשיעה מטעם מזיק וספק סיבת פטור, אשר בזה אמרינן דאין ספק מוציא מידי ודאי וחייב. וה"ה בסוגיין, כיון דאף במקום דהוי בבעלים איתא לסיבת החיוב אם אך לא הוה אמרינן דיו, הוה אמרינן דסיבת החיוב שפיר ילפינן משי"ש בק"ו וחייב וסיבת הפטור הנאמר בשי"ש לא ילפינן לשואל, דלא אמרינן דיו. ואי אמרינן דיו אף הפטור הוה ילפינן ושוב היה פטור בבעלים גם גבי שואל.

והנה מאי דגבי מת פסק הרמב"ם דפטור, ודלא כפשיעה, ע"י קובץ שיעורים ב"ב אות תרנ"ח ותרנ"ט שכתב לבאר דגבי פשיעה שפיר איכא סיבת חיוב אף היכא דהוי בבעלים, אשר ממילא שפיר אמרינן בזה דאין ספק מוציא מידי ודאי, אכן גבי מת הרי אין חיוב משום מזיק אלא משום חיוב אחריות, אשר בזה היכא דהוי ספק הוה שפיר ספק חיוב ופטור. ולכאורה צ"ב, דהרי בסוגיין דמייירי בחיוב גניבה ואבידה, אין זה מדין מזיק אלא משום חיוב אחריות דשומר אתינן עלה, ובה הרי פסק הרמב"ם דהוי ספק חיוב, וכנ"ל, והדרא קושיית הרש"ש לדוכתה.

אכן נראה פשוט לכאורה בכונת הגראב"ו, דהא ודאי דאף לגבי חיובי אחריות דשומר אף לאחר שחידשה תורה הפטור דבעלים היה באמת צריך להיות מצד יסוד חיוב האחריות חייב, אלא דחידשה תורה דפטרינן ל"י מחיובו, אשר ממילא אתי שפיר מאי דבעינן בסוגיין דיו ובלא"ה שפיר הוה מחייבינן אף בבעלים, וכנ"ל. אכן מאחר דאיכא פטור דבעלים, בזה איכא נפ"מ בין חיוב מזיק דפשיעה לבין חיובי אחריות דשומר, דפשיעה מטעם מזיק דחיובו הוא עבור מה שעשה, שפיר יתכן לומר דאף לאחר הפטור דבעלים אכתי איתא למחייב דפשיעה, אשר ממילא בהני ספיקי איכא שפיר ודאי מחייב וספק פטור. אכן בחיובי אחריות, אף דנימא דמצד המחייב היה לו להיות חייב אף בבעלים, מ"מ הרי מאחר שחידשה התורה לפטור דבעלים, שוב מתפרש דליכא חיוב אחריות על בבעלים, אשר ממילא היכא דהוי ספק, הרי זה ספק אי אית לי חיוב אחריות בכה"ג, אשר בזה שפיר פסק הרמב"ם דפטור.

וע"י ברכ"ש למס' ב"ק סי' ל"ב אות ד' שהביא בשם הגר"ח דדן פטור דבעליו עמו הוא שנעשה עי"ז חלות דין פטור בהשמירה גופא וכתב ד"ביאור הדבר הוא דאין פטור כזה שלא נעשה שומר כלל כמו הדין דלשומר ולא לחלק ולא לאבד דהתם נתמעט מכל חלות דיני שמירה דלא נעשה שומר כלל אבל בפטור דבעליו עמו שפיר חל עליו דין השומרים אלא דנעשה עי"ז דבעליו עמו חלות דין פטור בהשמירה ונמצא דיש כאן חלות חיוב שמירה ודין פטור בהשמירה. וע"י לקמן אות כ"א שנאריך בזה. ולפי דבריו אתי שפיר קושיית הרש"ש ע"ד שאמר הגראב"ו (אף דביאורו שונה קצת מביאורו של הגראב"ו), ע"י שם שהוכיח כדבריו מדברי המ"מ פ"א שכירות ה"ד.

כ) רש"י ד"ה וילמד עליון מתחתון ותחתון מעליון- ואין משיבין על ההיקש- מבואר מדבריו דו' מוסיף על ענין ראשון גדרו דהוי היקש, ולא דאמרין דהוי כאילו כתוב חידוש הדין גם בפרשה השניה. ומשי"ב דילפינן תחתון מעליון מה שומר שכר חייב בגניבה ואבידה שלא בבעלים אף שואל כן וכו', כונתו כדברי התוס' דתו לא בעינן לק"ו, ע"י שו"ת ריב"ש סי' רע"ח.

כא) פשיעה בבעלים וכו' חד אמר חייב וחד אמר פטור וכו'- כתב הרמב"ם בפ"ב מהל' שכירות ה"ג, וז"ל: יראה לי שאם פשע השומר בעבדים וכיוצא בהן חייב לשלם שאינו פטור בעבדים וכיוצא בהן אלא מדין גניבה ואבידה ומתה וכיוצא בהן וכו' אבל אם פשע בה חייב לשלם שכל הפושע מזיק הוא ואין הפרש

בין דין המזיק קרקע לדין המזיק מטלטלין, עכ"ל. וע"ש השנת הראב"ד דא"כ דפשיעה חייב מטעם מזיק פשיעה בבעלים למה פטור אלא שאין פושע דומה למזיק, עכ"ל, והוא כדעת התוס' שכתבו לעיל דף נ"ז ע"ב ד"ה שומר חנם אינו נשבע דהוא הדין דאינו משלם, דמכל הפרשה אימעטא.

וע"י חידושי הריטב"א (הישנים) לעיל שם דף נ"ז ע"ב שכתב בא"ד, וז"ל: וקבלתי מפי רבינו יצ"ו דהדבר מתליא בפשיעה בבעלים דפליג רב אחא ורבינא לקמן דלמאן דאמר פשיעה בבעלים חייב דמזיק הוא הכא נמי לא שנה אבל לדין דפטור בפשיעה בבעלים כמאן דמיקל הכא נמי פטור וכו', עכ"ל. ומבואר לפי מהלך זה דיסוד השאלה בסוגיין אי פשיעה בבעלים חייב או פטור הוא אי הוי חיובא דפשיעה מטעם מזיק או מדיני שמירה דאי מדיני שמירה הוא פטור בבעלים ואי מדין מזיק הוא חייב אף בבעלים

אכן דברי הרמב"ם אכתי צ"ב, דהא פסק דפשיעה מדין מזיק הוא דחייב וכתב בפ"ב מהל' שו"פ ה"א, וז"ל: השואל בבעלים אפיק נגב או נאבד בפשיעה פטור שני ואם בעליו עמו לא ישלם וכו', עכ"ל. ומפשוט דבריו מבואר שפוסק דפשיעה בבעלים פטור, כדפסק הר"ח בתוס'. וכן מבואר מדברי המ"מ שם בה"ח, ע"ש שביאר דברי הרמב"ם שם אף דודאי פשיעה בבעלים פטור, ע"ש (ויתבאר דבריו בארוכה לקמן אות ל"ב). וע"ז הוא שהקשה הראב"ד דמאחר דפסק הרמב"ם דפשיעה מדין מזיק הוא האידך פסק דפשיעה בבעלים פטור, וצ"ב.

(אכן בביאור הגר"א בס"י שמו"ו פירש דברי הרמב"ם באופן אחר, דמאי דחייב התם היכא דהוי ספק אי הוי בבעלים הוא משום דהוי ס"ס לחומרא, ספק אי הוי בבעלים או לא, ואף על הצד דהוי בבעלים שמא פשיעה בבעלים חייב. הרי דס"ל דמש"כ הרמב"ם דפשיעה בבעלים פטור אינו אלא מספק. ומפשוט לשונו של הרמב"ם אין נראה לכאורה כדבריו, דהו"ל להרמב"ם להביא דין פשיעה בבעלים בהדי' שאר הספיקות שהביא בפרק זה, ולא בראש הפרק כדבר פשוט, וכן היה לו לומר דאם תפס אין מוציאין מידו, כדפסק בה"ח. ואיך שיהיה אכתי תיקשה לכאורה קושיית הראב"ד, דמאחר דחייב פשיעה הוא מדין מזיק, האידך איכא צד לומר דיהיה בזה פטור דבעלים.)

וע"י ברכ"ש ב"ק ס"י ל"ב סק"ד שכתב בשם הגר"ח בביאור דברי הרמב"ם, ע"פ הא דחלוקים פטור דעבדים שטרות וקרקעות ופטור דבעליו עמו ביסוד דנים, דפטור דעבדים שטרות וקרקעות אינו אלא פטור בתשלומין, אבל שומר מיהא הוי ופשיעה דישנם בדין שמירה, ואילו פטור דבעלים הוא בהשמירה גופא דחיל דין פטור בהשמירה (עי' לעיל אות י"ט).

והנה הא פשיעה דמאי דפשיעה מטעם מזיק אין זה אלא משום דין שמירה דאית לי, דבאדם בעלמא אינו אלא גרמא וודאי דלא חשיב מזיק בידים, אלא דבשומר מפאת חיוב ודין שמירה דידי', כלפי שמירה זו שהוא חייב בה חשיבא פשיעה כמזיק. אשר לפיז אתיין שפיר דברי הרמב"ם, דבעבדים שטרות וקרקעות דאין יסוד פטור דידהו אלא פטור מתשלומין אבל בדין שמירה מיהא נינהו, מאחר דאית לי דין שמירה שפיר חשיבא פשיעה דידי' כמזיק וחייב, אכן לענין פטור דבעליו עמו דהוא פטור בשמירה, חשיב לענין זה כאדם בעלמא, אשר ממילא לא הוי פשיעה דידי' כמזיק.

וכדברי הגר"ח אלו איתא בשיעורי רבנו חיים הלוי, ע"ש שכתב בביאור פלוגת הרמב"ם והראב"ד ע"פ מאי דנחלקו הרמב"ם והר"י מגאש, דכתב הרמב"ם בהל' טו"נ פ"ה ה"א דמאי דאין נשבעין על הקרקעות אף שבעות מ"מ ושבעות ע"א נלמד משומר חנם, אשר מבואר מדבריו דע"כ דאין זה פטור מסויים בדיני חיובי השמירה, אלא דין הוא בעשו"ק דלא חייל עלייהו חיובים. אכן הר"י מגאש כתב דבעינן לימוד אחר לשבעות ע"א ומב"מ ולדידי' ליכא למילף משומר חנם, והיינו משום דס"ל דפטור עשו"ק הוא במה שמחייב השמירה, אשר אין דבר זה שייך לע"א

ומב"מ. אשר לפי הדברים מבוארים, דלהרמב"ם לשיטתו דפטור דעבדים שטרות וקרקעות הוא דין בעשו"ק דפטור עלייהו, אין זה אלא פטור בתשלומין אשר ממילא שפיר שייך בזה חיובא דפשיעה מטעם מזיק כיון דדין שמירה מיהא אית לי, וכנ"ל, ושפיר יש לחלק בין זה לבין פטור דבעלים, אכן הראב"ד ס"ל כדעת הר"י מגאש דבעינן לימוד מסויים לפטור עשו"ק משבעות מ"מ ושבעות ע"א משום דאין המיעוט גמי שבעות השומרים אלא בדין השמירה, אשר בזה שפיר הקשה הראב"ד דאם אף אמרינן דחייב מטעם מזיק אף היכא דנתמעט מדיני שמירה, ה"ה בבעליו עמו נימא דחייב.

והעיר לי' ב"א דע"פ פלוגת הספורנו ור' אשר מלוניל הנ"ל באות א' בגדר הפטור דבעליו עמו יש לבאר פלוגת הרמב"ם והראב"ד באופן אחר, דהספורנו הרי כתב דיסוד הפטור הוא דכיון דאיכא קירוב הדעת עד כדי כך שהוא משאילו ובא לעבוד עמו, ודאי דאינו רוצה שיחזיר לו אא"כ הדבר בעין. ומסתבר לפי טעם זה דיסוד הפטור דבעליו עמו הוא בחיוב התשלומין, דפטור מלשלם בזמן שאין הדבר בעין. אכן לפום סברת ר' אשר מלוניל דכיון שמקפיד הבעלים להיות שם מוכח שהוא יתעסק בדבר ולא יהיה חבירו צריך לטרוח בו, לפיז פשוט דהוא פטור מעצם חיוב השמירה. אשר לפיז י"ל דבבחיוב נחלקו הרמב"ם והראב"ד, דלהרמב"ם יסוד הפטור דבעליו עמו הוא בעצם השמירה, ע"ד הר"ר אשר מלוניל, ואילו הראב"ד ס"ל ע"ד שכתב בספורנו, דהוי פטור בחיוב התשלומין, אבל שומר מיהא הוי, אשר ממילא שוה דין בעליו עמו לדין עבדים שטרות וקרקעות, ולעולם י"ל דאף להראב"ד הפטור דעשו"ק אינו אלא בתשלומין, ודלא כדברי הר"י מגאש.

והנה מש"כ הרמב"ם בה"א השואל בבעלים אפי' נגב או אבד בפשיעה וכו', מדקדוק דבריו מבואר דדווקא בכה"ג הוא דפטור פשיעה בבעלים, אבל בפשיעה שהוא כעין מזיק (ולא רק שעל ידי הפשיעה נגב או נאבד) שפיר חייב גם בבעלים, דזה לא תלוי בחיובי השמירה. וכן מבואר להדיא במאירי בסוגיין, ע"ש שכתב בא"ד: ובלבד שלא יהא פושע כ"כ שיהא כמזיק בידים וכו', עכ"ל.

ויסוד חילוק זה דהגר"ח מבואר לכאורה מדברי הש"ך חו"מ ס"י סק"ק"ו, ע"ש שכתב דבעשו"ק לא נתמעט מתורת שומר רק מחיובים האמורים בפרשה, אבל שומר מיהא הוי, ומה"ט הוא דכתב הרמב"ם דחייב בפשיעה דפשיעה מטעם מזיק כיון דחייב בשמירת הדבר, אבל שמירה בבעלים נתמעט מתורת שמירה שאינו חייב בשמירת הדבר כלל, דכשהבעלים עמו לא הו"ל שומר עליו כלל אלא הו"ל כאיניש דעלמא. ולפלא לכאורה אמאי לא הביאו הגר"ח והברכ"ש דברי הש"ך. אלא דמדברי הש"ך משמע דפטור בבעלים הוא דנתמעט מתורת שמירה, אשר הבנתו לכאורה דאינו שומר כלל, והוא דלא כהגר"ח.

ולכאורה יקשה אהך מילתא מסוגי' דלעיל דף מ"א דמבואר דבשליחות יד ליכא פטור דבעליו עמו, והנה אי הוי גדר הפטור דבעליו עמו דאין בו תורת שמירה יקשה האידך שייך דין שליחות יד בבעלים, הרי דין שליחות יד כתבו הראשונים (רש"י ועו"ר) דהוא דין דווקא בשומר, ואי נימא דבעליו עמו אין בו תורת שומר האידך יהא שייך בזה דין שליחות יד, וכן הקשה על דברי הש"ך בבית אהרן, ע"ש.

אמנם לדברי הברכ"ש בשם הגר"ח נראה דאתי שפיר, דיסוד דינא דבעליו עמו אינו דאינו שומר כלל, דשפיר הוי שומר, רק דהוי פטור מסויים דחל בשמירה (ולא סתם פטור תשלומין כמו בעבדים שטרות וקרקעות), כדחוכיח ממש"כ במ"מ פ"א שכירות שביאר דברי הרמב"ם דמחייב בשומר שמסר לשומר בגרועי גרעי לשמירתו אפי' על ידי בעליו עמו, וכתב שם דבעליו עמו אינו פוטר רק במתה ברשות השומר שהיה בעליו עמו בשעת מסירה לשמירה, אבל הכא דמתה ברשות השומר השני לא פטור דין בעליו עמו והראשון חייב על רשות השני, ואי נימא דבעליו עמו אינו שומר כלל

פשיטא דלא שייך ד"ז, דמאחר דהיה בעליו עמו בשעת מסירה לשמירה הרי אינו שומר כלל והאיך יתחייב, אע"כ שפיר הוי שומר רק דבעליו עמו הוי פטור מסויים בשמירה אשר אינו אלא כשמתה ברשות השמר הראשון שהיה בעליו עמו בשעת מסירה.

ונראה דיש נפ"מ בדין שמירה דבעינן בכדי שיהא פשיעה מטעם מזיק לדין שמירה דבעינן לדין שליחות יד, דגבי שליחות יד, כל שיש לו שם ודין שומר, אף דאיכא בפטור בהשמירה דבעליו עמו, מ"מ על ידי שהוא שומר, שומר השולח יד במה שקיבל לשמור חייב באונסין, והוא הדין דסוגי' דלעיל דמ"א. אכן מאי דאמרין דלא חשיבא פשיעה מטעם מזיק אלא גבי שומר ולא באדם בעלמא, בהא לא סגי במאי דחילי עלי' שם ודין שומר, דיסוד דינא דחשיבא פשיעה כמזיק דוקא גבי שומר פירושו הוא דמי שיש לו חיוב שמירה חשיבא הפשיעה בחיוב שמירתו כאילו מזיקו, אשר זה ודאי דתליא בחיוב השמירה, ובבעליו עמו הרי אף דאכתי שם שומר עליו, מ"מ הרי חיל פטור בחיוב השמירה, אשר ממילא פטור, דכיון דליכא חיוב שמירה ליכא מזיק. (ויתכן דאין ה' אלא בפשיעה כגון שנגב, וכמו שכתב הרמב"ם להדיא, אבל פשיעה גמורה שהיא כמזיק ממש בזה חייב אף בבעליו עמו, כאשר דייקנו לעיל מדברי הרמב"ם והבאנו מדברי המאירי.)

אכן יעויין בנתיחה"מ סי' רצ"א סקל"ד שהגדיר הדברים בצורה הפוכה, ע"ש שכתב דבעבדים שטרות וקרקעות ליכא דין שליחות יד, ואילו בבעליו עמו הביא בשם הבית יוסף דאיכא דין שליחות יד, וביאר החילוק שבניהם, דעשו"ק נתמעטו לגמרי מדין שמירה אשר על כן לית בהו דין שליחות יד כיון דאינו שומר כלל, משא"כ בבעליו עמו לא כתיב אלא "לא ישלם" ואין זה אלא פטור משתלומין ולא הפקעה מדין שמירה, אשר ממילא שפיר נעשה על ידי שליחות יד גזלן, ע"ש כל דבריו. והנה מש"כ דמדפטרין בעבדים שטרות וקרקעות מדין שליחות יד מבואר דאינו שומר כלל, יש לדחות לכאורה לפום הדיעות הנ"ל דס"ל דשפיר איכא התם דין שמירה, דיתכן דליכא דין שליחות יד אף דשומר הוי, והיינו משום דמאי דלית בהו דין שליחות יד אינו משום דהופקעו מדין שמירה, אלא דמאחר דדינא דשליחות יד הוא דעל ידי שליחות יד נעשה גזלן, לא שייך דבר זה בעבש"ק כיון דנתמעטו מדין גזילה ולא שייך בהו חיוב גזל, וכבר אמרו כן ראשי הישיבות, ע"י חידושי ר' שמואל סי' כ"ה מה שדן בעניינים אלו בארוכה, ודוק.

ולדברי הנתיחה"מ הדר תיקשה קושיית הראב"ד על דברי הרמב"ם, דמאחר דבעבש"ק אמרין דחייב אפשיעה מדין מזיק הוא אף דלית בהו דין שמירה, כש"כ דהיה לנו לומר כן בפשיעה בבעלים דאינו אלא פטור משתלומין. אלא דהוא עצמו דן בשאלה זו בסי' ש"א סק"א, ע"ש שכתב, וז"ל: נלפע"ד דלי"ק דהא ילפינן מקרא לפטור בש"ח פשיעה בבעלים ב"פ השואל מדכתיב וכי ישאל ו' מוסיף על ענין ראשון ומקרא נדרש לפנו ולפני פניו וע"י פרש"י שם שהוא משום סמיכות הפרשיות וע"כ קרא לא אתי אלא רק לפטור משתלומין דשבועה שאינה ברשותו חייב אפילו בבעלים כמבואר בב"י סי' ס' וכו' ועוד דבהדיא כתיב קרא ואם בעליו עמו לא ישלם ולא בא רק לפטור משתלומין וא"כ גוה"כ הוא שאפילו בפשיעה יפטור בבעלים אבל בעבדים וקרקעות יש לנו לאוקמא פיטורא דקרא אמסתבר דלא פטור הכתוב רק משבועה דכתיב בקרא אבל לענין תשלומין בפשיעה יש לחייבו כיון שבפ"י התחייב עצמו לשמור ופשע ולא שמר הוי מזיק כמ"ש השיטה בב"מ צ"ד משא"כ בש"ש דחייב אפילו בגניבה ובגנא בעידנא דגני אינשי דנאנס הוא ולא עבר אחיוב שמירה רק שחייבי רחמנא בגניבה ואין עליו דין מזיק ולכך בעבדים וקרקעות פטור הכתוב, עכ"ל. וביאר דבריו, דאף דבעליו עמו הוי שומר ולא הוי אלא פטור משתלומין מ"מ הוי הנותנת דכיון דהוי גוה"כ שאינו משל פירושו דאינו משלם אפילו היכא דאיכא מחייב לשלם

אשר על כן פטור גם אפשיעה. ומוכח לכאורה מדבריו דמאי דפשיעה מטעם מזיק אין פירושו דלא הוי השמירה אלא היכי תימצוי שיחשב מזיק ושוב חיובו מצד הפרשה דמזיק, דחיוב תשלומן כזה לא נתמעט הכא בפרשה דשומרים, אלא ס"ל דאף דפשיעה מטעם מזיק, מ"מ מאי דחייב מזיק כזה אינו אלא מצד פרשה דשומרים. ובעבדים שטרות וקרקעות, אף דס"ל להנתיחה"מ בזה כנ"ל דלית בהו דין שליחות יד ולא הוי בהו שומר כלל, מ"מ אין זה סתירה למאי דכתב הכא דאינו פטור אלא משבועה אבל חייב בפשיעה כיון מדטעם מזיק הוא, דאף דלית ל"י דיני שמירה, חיוב השמירה וחיוב פשיעה מטעם מזיק הנובע ממנו אינו תלוי בדיני השמירה שחלו, אלא בקבלתו והתחייבותו לשמור, וזה שפיר איתא אף בעבדים שטרות וקרקעות.

ובדעת הראב"ד יש לכאורה מקום עיון, יעויין פכ"א מהל' אישות ה"ט שכתב הרמב"ם, וז"ל: האשה ששברה כלים בעת שעושה מלאכות בתוך ביתה פטורה ואין זה מן הדין אלא תקנה שאם אין אתה אומר כן אין שלום בתוך הבית לעולם אלא נמצאת נזהרת ונמנעת מרוב המלאכות ונמצאת קטטה ביניהם, עכ"ל. והשיג שם הראב"ד, וז"ל: א"א לא מן השם הוא זה אלא מפני שהיא שמירה בבעלים שהוא שכור לה בכל שעה, עכ"ל. וגירסת המ"מ בדבריו, מפני שהיא פשיעה בבעלים. ולפ"ז מבואר מדבריו דאפ"י מזיק ממש בבעלים פטור, וצ"ב מה שהשיג על הרמב"ם בהל' שכירות דלפי דבריו דפשיעה מטעם מזיק הו"ל לחייב בפשיעה בבעלים, והרי הראב"ד גופי' ס"ל דמזיק בבעלים פטור. וכבר עמד בזה במל"מ בהל' שכירות, ע"ש שצייד שמה לא השיג הראב"ד אלא על הרמב"ם לשיטתו דס"ל דמזיק בבעלים חייב, ואח"כ כתב, וז"ל: ומה שני"ל נכון בהשגת הראב"ד דלא קשיא לדידי מההיא דאשה ששברה כלים בשעת מלאכתה דהתם כיון שלא כיונה להזיק לא מיקריא אלא פושע אע"ג דאדם מועד לעולם היינו לשלם מה שהזיק אבל לענין מזיק לא מתחייב ודוק, עכ"ל. ודבריו לכאורה צ"ב, דהא אף בהל' שכירות לא מיירי שמזיק בכונה ואף דחשיב ל"י הרמב"ם לפשיעה מטעם מזיק מ"מ פשיטא דלכל היותר הוי מזיק שלא בכונה, ואמאי הקשה הראב"ד דהו"ל להיות חייב. ועכצ"ל בכונת המל"מ דהתם דהוי בשעת מלאכה לא חשיב כמזיק אלא כפושע כיון דנעשה ההזיק דרך השתמשותה אשר היא ברשות, והיכא דהשתמשותה היא ברשות לא חשיבין ל"י מזיק כלל, ע"י חידושי הרמב"ן לעיל דף פ"ב ע"ב (וע"י מח"א הל' שומרים סי' ל"ט שכתב כן בדעת הרמב"ם שהוצרך לטעם דשלום בית למימר דפטור ומבואר בירושלמי דהיינו טעמא דאליה הוה מחייבין ל"י משום דהוא שומר שכר, ולכאורה אמאי בעינן לזה, תיפו"ל דהוא מזיק והו"ל להתחייב, אע"כ דהיכא דהוי ברשות לא חשיב מזיק) משא"כ בהל' שכירות הרי לא מיירי דרך השתמשותה אלא שפשע בחיוב שמירתו, ועצם מה שנתרשל ופשע בחיוב שמירתו חשיב שפיר כמעשה מזיק. אך אין ד"ז כ"כ במשמעות דברי המל"מ.

כב) אלא תנא מילתא דכתיבא בהדיא קתני דאתיא מדרשא לא קתני - מכאן מקור דברי רש"י במתני דפרה שכורה לא קתני במתני מאחר דלא כתיבא בהדיא, וכ"כ בחידושי הריטב"א.

צ"ה ע"ב

כג) רש"י ד"ה איבעית אימא - אי ניחא לך לאוקמא סתם ברייתא כר' יהודה טפי מר' מאיר אוקמא אשומר חנם וכר' יהודה וכו' - וכונתו בזה ליישב קושיית התוס' שהקשו אמאי דחק לאוקמי כר' יהודה דלית הלכתא כוותי' וכו', וע"ז כתב רש"י דהיינו משום דסתם ברייתא ר' יהודה ולא ר' מאיר, וז"פ.

כד) רש"י ד"ה ועוד תניא - תיובתא לרב המנונא בסיפא דמילתא דאמר בעינן שיהא עמו משעת שאילה

עד שעת שבירה- ובתוס' הרא"ש וכן בריטב"א החדשים הקשו על דבריו דאין זה ככל ועוד תניא דהש"ס דעולה הקושי על מאי דאקשו מתחילה, ופירשו דבאמת הו' קושי גם על הדין הראשון, דאם אך לא בעינן אלא שיהא עמו בשעת שאלה, שוב ליכא מלאכה כלל ולא שייך לומר דבעינן שיהא עמה באותה מלאכה, דהא אכתי ליכא מלאכה כלל. ומדברי רש"י שלא פירש כן מבואר דבאמת ב' הדינים שאמר רב המנונא ב' דינים נפרדים הם לגמרי, דאף אי לא בעינן שיהא עמו אלא בשעת שאלה מ"מ שייך לומר דבעינן אותה מלאכה ממש, אשר על כן הוצרך רש"י לפרש דהך עוד תניא פירושו דמקשה על הדין השני של רב המנונא, אלא דצ"ב כקושיית הראשונים הנ"ל האיק שייך לומר דבעינן עמו באותה מלאכה ממש, הרי בשעת שאלה ליכא מלאכה כלל.

והנה בדעת הרא"ש והריטב"א נראה דאי בעינן שיהא עמו בשעת שבורה ומתה, פירושא דמילתא הוא דבעינן מאי דהוא עמו במלאכה ממש בהיא שעתא בכדי לפוטרו, אכן למאי דלא בעינן שיהא עמו אלא בשעת שאלה, יסוד הדבר הוא דלפטור דבעליו עמו לא בעינן אלא שיהא לו קנין בבעלים באותו זמן שהוא שואל החפץ, ובהך קנין הרי ליכא שום נפ"מ אי הו' לאותה מלאכה או לא, דהקנין שוה הוא בכל מלאכה שתהיה, ולא שייך דניבעי אותה מלאכה אלא אי"כ בעינן להמלאכה לפוטרו, אשר זהו שהקשו דכיון דתלוי בשעת שאלה הרי ליכא מלאכה כלל, ולא הו' אלא קנין אשר בזה ליכא נפ"מ בין מלאכה זו למלאכה אחרת. אכן בדעת רש"י מוכח דס"ל דאף אי לא תלוי אלא בשעת שאלה, מ"מ שייך בזה דניבעי שתהא שאלת בהמה לאותה מלאכה שעושים הבעלים. ונראה ביאור דבר זה, דס"ל לרש"י דאף אי תלוי בשעת שאלה אין הדבר תלוי בקנין גרידא, אלא בעינן דעצם שאלת החפץ יחול דין דבעלים, אשר בזה ס"ל לרב המנונא דאפי' אי לא בעינן לדין בעליו עמו שיהיה עמו בפועל, ז"א, בשעת שבורה או מתה, עכ"פ בעינן דתהא השאלה בבעלים, כלומר, דגוף שאלת החפץ היא בבעלים, דבעליו עמו במלאכה זו. אשר על כן ס"ל לרש"י דע"כ קושיית הש"ס מהך ברייתא אינה אלא על מאי דס"ל לרב המנונא דבעינן בעליו עמו בשעת שבורה ומתה, אבל אותה מלאכה שפיר בעינן אף אי אינו תלוי אלא בשעת שאלה, וכנ"ל.

כה) רש"י ד"ה תניא אידך- היא היא אלא מר דריש בהאי משמעותא ומר דריש בהאי משמעותא ולא גבי הדדי תניא- מבואר מדבריו דב' הברייתות מצי אזלי בין לר' יאשיה בין לר' יונתן, וכ"כ להדיא לקמן צ"ו ע"א בד"ה רבא סבר לה כר' יונתן. אכן עיי' בראשונים שפירשו באופו אחר, דברייתא ראשונה אזלא דווקא לר' יאשיה וברייתא הב' דווקא לר' יונתן, וזהו שכיוונו בש"ס להקשות ארב המנונא בין לר' יאשיה בין לר' יונתן, דלברייתא האי מבואר דמרבין דפטור אם היתה רק שאלה בבעלים מקרא דחוב, אשר זהו דווקא לר' יאשיה, דקרא דפטור משמע דבעינן גם שעת שאלה גם שעת שבורה ומתה ליפטור, וקרא דחוב משמע דאינו חייב אלא אי אין בעליו בתרוייהו, ומזה הוא דילפינן דאי בעליו עמו באחד, דהיינו בשאלה, דפטור. אבל לר' יונתן מקרא דפטור הוא דילפינן דפטור באחד לבדו, דהיינו בשאלה, ומקרא דחוב ילפינן חוב. ומהאי טעמא ברייתא הב' דיליף פטור בהיו בעלים בשעת שאלה גרידא מקרא דפטור, היינו דווקא לר' יונתן ולא לר' יאשיה, ע"כ תו"ד, עיי' ריטב"א החדשים ושא"ר. ורש"י ס"ל דקרא דיליף מיני בכל ברייתא לאו דווקא, וב' הברייתות לדבר אחד כיוונו, וצ"ב אמאי נאיד מביאור הני ראשונים שהוא לכאורה מדוייק היטב בלישנא דהש"ס.

כו) אביי סבר כר' יאשיה ומתוך לקראי כר' יאשיה רבא סבר לה כר' יונתן ומתוך לקראי כר' יונתן- עיי' לעיל אות ט"ז שהבאנו דברי הריטב"א בשם הר"ר פנחס "שלא אמר ר' יונתן אלא בדבר שיש בו מניעה כגון לא תחרוש ולא תקלל וכיוצא בו אבל

באומר שיעשה לפלוני או שיתן ודאי שיעשה לשניהם משמע ולא מיפטר בחד מינייהו". ובקצוה"ח סי' ר"צ סק"א הקשה על דבריו מסוגיין דמבואר דאף בדבר שאין בו מניעה כגון בעליו עמו או אין בעליו עמו איתא לפלוגתא דר' יאשיה ור' יונתן, עיי' מה שצדדנו בזה לעיל.

ונראה לכאורה דאין כונת הר"ר פנחס לחלק בין דבר שהוא מניעה לבין דבר שהוא בקום ועשה, אלא יסוד חילוקו הוא בין דין לבין אומר שיעשה מעשה לפלוני, כלשונו. ונראה עוד דאין הפירוש בזה דשאני היכא דאמר שיעשה מעשה לפלוני, אלא יסוד דינו הוא דאותו הדין גופא דמחייב לר' יונתן שיהא משמע כל אחד בפני עצמו, זה הדין גופא מחייב היכא דאמר שיעשה מעשה לפלוני שיעשה שניהם. וביאורא דמילתא, דהיכא דהוא דין ס"ל לר' יונתן דמאחר דמשמע כל אחד בפני עצמו, ע"כ דכל אחד בפני עצמו פועל הדין, וכגון בנידון דידן, בעליו עמו פטור הכולל גם בשעת שאלה וגם בשעת שבורה ומתה משמע דכל אחד בפני עצמו פועל דין הפטור, כלומר, או בשעת שאלה או בשעת שבורה ומתה, ולהיפך, הא דאין בעליו עמו שלם ישלם, אף זה, הכולל אין בעליו עמו גם בשעת שאלה וגם בשעת שבורה ומתה, כל אחד מהני בפני עצמו פועל דין החוב, אשר מזה הוא שהוציא רבא דע"כ דאיכא אופן דסגי באחד לפטור, דהיינו בעליו עמו בשעת שאלה, ואיכא אופן דסגי באחד לחייב, דהיינו אין בעליו עמו בשעת שאלה, כמבואר בסוגיין. ובזה ודאי דאיתא לדינא דר' יונתן דכל אחד בפני עצמו פועל הדין. אכן באומר שיעשה מעשה מסויים או מעשה אחר לחבירו, הרי לר' יונתן כל אחד בפני עצמו חייב לעשות, אשר ממילא יוצא שחייב לעשות שניהם, אשר זהו יסוד דינא של הר"ר פנחס, ולעולם שפיר איתא לר' יונתן בסוגיין, ודוק. ומסוגיין מבואר להדיא דאיתא לפלוגתא ר' יאשיה ור' יונתן אף היכא דלא כתיב ואו, ומכאן הקשה בקצוה"ח הנ"ל על דברי הר"ר ששון שכתב דלא נחלקו אלא היכא דכתיב "ואו", עיי'.

צ"ו ע"א

כו) מסתברא שאלה עדיפא משום דקא מייית לה לרשותי וכו'- עיי' בשיעורי רבנו חיים הלוי הנ"ל שהביא ראייה מהכא דיסוד הפטור דבעלים הוא בהשמירה, דזהו היסוד הנאמר במה שאמרנו בסוגיין אי לא שאלה שבורה ומתה מאי עביד. והיינו פירושו, דכל חיוב אשבורה ומתה הוא מדיני השמירה שחלו בשעת השאלה, ופטור דבעלים הוא בעצם דין השמירה. ויש לעיין בשו"ט דהש"ס, מה ענו על זה ואי לאו שבורה ומתה שאלה מאי עביד, דאין לומר דדנו בעיקר דין הפטור דבעלים אי דינו בהשמירה או פטור דשעת מלאכה, דאי"כ לא מוכחא מידי ממה שאמרנו אי לאו שאלה שבורה ומתה מאי עביד, דהא אמרו נמי להיפך ומצד אחר ילפינן לה כדלקמן. ועוד צ"ב מה הכריעו על זה אפי"ה שאלה עדיפא שכן חייב במזונותיה, דמה קשור חיוב מזונותיה לפטור דבעלים.

והנראה פשוט בזה, דהא מיהא פשיטא לכו"ע דפטור דבעלים הוא בהשמירה, וכיסוד טענת אי לאו שאלה שבורה ומתה מאי קא עביד, ואף מאן דאמר דתלוי בשעת שבורה ומתה מודה בכך, ויסוד השאלה הכא שאלה אחרת היא, מהו יסוד דין זה בהשמירה, דמאן דס"ל דתליא בשעת שבורה ומתה גרידא ס"ל דהפטור בהשמירה הוא דעל השעה שהוא בבעלים לא חייל דין שמירה או חיוב תשלומין (איך שנפרשנה), אבל לעולם דין זה הוא מיסוד דין השמירה דחל בשעת שאלה. אלא דאכתי צ"ב איך נשלל דבר זה על ידי מה שאמרנו דשאלה עדיפא שכן חייב במזונותיה.

ונראה מוכח מזה, דיסוד השאלה הוא מאימתי חייל דין השמירה בפועל, ד"ל דחילל משעת שאלה, ואי חייל בשעת שאלה פשיטא לר' להש"ס דהנידון אי הו'

שאלה בבעלים תלוי בשעת שאלה ולא בשעת שבורה ומתה, דזוה עיקר הדין שמירה דחל, אכן י"ל דבשעת שאלה ליכא אלא חלות דין בכח, כלומר, דין שיהיה חיוב בשעת השבירה, והדין חיוב בפועל אינו חל בשעת שאלה אלא בשעת שבורה ומתה, אשר בזה פשוט לכאורה דפטור דבעלים מיתלא תלוי בשעת שבורה ומתה, אשר זהו הכונה במה שאמרו אי לאו שבורה ומתה שאלה מאי קא עביד, דשעת שבורה ומתה הוא החלות בפועל ממה שנעשה בשעת שאלה, אשר ממילא בעינן שכחל דין השמירה בפועל יהיה בבעלים. ועל זה שפיר מסקינן דאף דהיה אפשר לומר כן, מ"מ מדחזינן דמתחייב במזונות מבואר דחייל דין שומר בפועל משעת שאלה אשר ממילא שפיר תלוי פטור דבעלים בשעת שאלה, וכנ"ל.

כח) בעי רמי בר חמא שאלה לרבעה מהו וכו' - עי' פ"י רש"י דהני ד' איבעי קמאי אינן שאלות בפטור דבעלים, אלא דאיבעיא ל' לרמי בר חמא בעיקר דין שואל אי חייל עליהו ואי את בהו חיוב אונסין. ולדבריו, הא מיהא פשיטא דאם אך חייב באונסין מדין שואל אית בזה פטור דבעלים (עי' ריטב"א החתמים).

אכן הרמב"ם כתב בפ"ב מהל' שו"פ ה"ט, וז"ל: השואל את הבהמה בבעלים לרבעה או להראות בה או לעשות בה פחות משה פרוטה או ששאל שתי פרות לעשות בהן שוה פרוטה הרי כל אלו ספק שאלה בבעלים, עכ"ל. ומבואר מפשטות לשונו דפירש דאף בהני איבעי מספקא ל' לרמי בר חמא בפטור דבעלים, אבל שואל פשיטא דהוי. ובלח"מ תמה על דבריו דממנ"פ, אי חשיב שואל, הרי הוא בכלל וכי ישאל וכו' אשר על זה עולה הפטור דבעלים, ואי לא חשיב שואל הרי לית ב"י חיוב אונסין כלל, עי"ש שפירש דברי הרמב"ם באופן אחר, דאף דנימא דלא חייל דין שואל בשעת שאלה, מ"מ משעה שרבעה ונשתמש בה שפיר חייל חיוב אונסין, כדאמרין לעיל בהמפקיד במפקיד מעות אצל חבירו דהיכא דנשתמש חייב באונסין אע"ג דלא שאלן לכך, ולעולם יסוד הני איבעי הוא אי אית ב"י דין שואל בשעת שאלה אלא דליכא נפ"מ לענין חיוב אונסין דהא בין כך חייב באונסין, וכל הנפ"מ הוא לענין פטור דבעלים, עכתו"ד. ודבריו דחוקין לכאורה מכמה טעמי, ראשית, דלשון הרמב"ם דכל אלו ספק שאלה בבעלים אינו מדויק לדבריו, דלעולם אין שורש הספק אי הוי שאלה בבעלים אלא אי הוי שאלה כלל, רק הנפ"מ הוא לענין פטור דבעלים. ועוד, דהני איבעי בתרי דשותפין וכו', הביא הרמב"ם בהלכה ח', ואילו ד' איבעי קמאי הביא בהלכה ט', והלא דבר הוא. ולכאורה י"ל דבא הרמב"ם לאפוקי פירוש של רש"י, דאילו היה מביא הני איבעי קודם אולי היה אפשר להבין דהשאלה בהני דברים הוא בעיקר חיוב אונסין דשואל, להכי הביא קודם השאלות דמוכרח דהם בפטור דבעלים, ושוב הביא הני איבעי לומר דאף הם יסודן כן. ועוד, דכיון דיסוד השאלה לדברי הלח"מ הוא בעיקר חיובא דשואל, היה לו להרמב"ם להביא דבר זה בדנין עיקר חיובא דשואל, ובלא שרבעה כבר, דנפ"מ בזה גם לחיוב אונסין, ולא בפרק זה הדין בפטור דבעלים. מכל זה נראה לכאורה דס"ל להרמב"ם דהספק בדברים אלו הוא בפטור דבעלים, אבל שואל מיהא פשיטא דהוי, אלא דלפ"ז צ"ב כקושיית הלח"מ, ועוד, דבשלמא אי הוי שאלה בעיקר חיובא דשואל שפיר מובנים הצדדים לומר דאינו שואל, אבל אי שפיר חשיב שואל אמאי נימא דלא יהיה בשוה פטור דבעלים משום הני טעמי, וצ"ב.

ובמאירי בסוגיין כתב, וז"ל: השואל את הפרה שלא למלאכה ושאלה בבעלים אלא שהבעלים שאולין לו לאיזה מלאכה והוא לא שאל את הפרה למלאכה כגון ששאלה לרבעה או להתראות בה כעשיר וכו' כל אלו ספק אם נקראו שאלה בבעלים אם לאו וכו', עכ"ל. ואף מדבריו משמע להדיא דיסוד שאלת הגמ' הוא בפטור דבעלים ולא בחיובא דשואל. ויש לדקדק באריכות דבריו, שכתב דשאלה שלא לעשות בה מלאכה אבל שאלה בבעלים, ושוב הוצרך לבאר

שהבעלים שאולין לו לאיזה מלאכה והוא לא שאל את הפרה למלאכה, דמה היה לו להזכיר שוב שהוא לא שאל את הפרה למלאכה.

ואשר נראה מבואר מדבריו, דאף דק"ל דלא כרב המנונא דלא בעינן אותה מלאכה ממש, ואף דלא בעינן אלא בעליו עמו בשעת שאלה, מ"מ בעינן שיהא חל על שאלת הפרה שם ודין בעליו עמו, זאת אומרת, עמו במלאכה, אשר זהו יסוד שאלת רמי בר חמא אי שאלה לרבעה, כיון דשאל הבעלים למלאכה והפרה הרי לא שאל למלאכה אלא לרבעה וכדומה, שמא בכה"ג לא חשיב עמו, ואף דשואל פשיטא דהוי אף ששאלה לרבעה, מ"מ שייך דליכא בזה פטור דבעלים כיון דלא חשיב עמו. אשר זהו מה שחזר המאירי ואמר דאף ששאל הבעלים למלאכה, מ"מ כיון שלא שאל הבהמה למלאכה שמא לא חשיב עמו. וברור דזהו נמי ביאור הרמב"ם בסוגיין, ואתיין דבריו כפשוטן, ודוק היטב.

כט) שאלה ליראות בה מהו וכו' - ובעינן לא איפשיטא וק"ל דפטור. ובקצוה"ח ס"י ע"ב סוסי"ק ל"ד למד מזה לענין השואל ספר דלא חיילי עליי חיובי שואל, דמצוות לאו ליהנות ניתנו, ואף דאית ל' הנאה שחוסך השכר שהיה צריך לתת לזה, מ"מ הרי אין זה הנאה מגוף החפץ והוי כשאלה ליהנות, עי"כ תו"ד, עי' לעיל אות ט' משי"כ בזה. אכן במאי דפשיטא ל' דגבי מצות תלמוד תורה איתא לכללא דמצוות לאו ליהנות ניתנו, עי' פ"י רבנו אברהם מן ההר בנדרים מ"ח שכתב, וז"ל בא"ד: אבל מצות לימוד שהוא ענין ציור הלב וידיעת האמת עיקר הציווי הוא כדי לצייר האמת ולהתענג וליתנהו במדע לשמח לבבו ושכלו כדכתיב פקודי ד' ישרים משמחי לב וכו' היילך לא שייך למימר במצות תלמוד דלא ניתן ליהנות שיעקר מצותו היא ההנאה והתענוג במה שמשגיג ומבין בלימודו וכו', עכ"ל. הרי שפתיו ברור מללו דליתא גבי מצות תלמוד תורה הך כללא דמצוות לאו ליהנות ניתנו, ולדבריו ליתנהו לדברי הקצוה"ח הנ"ל. ולמה שהביא שם תירוץ אחר (למאי דהקשה האיק אסור בספרם הרי מצוות לאו ליהנו ניתנו) דאי בעי פטר נפשי בק"ש שחרית וערבית (וכיון דאין מצות ת"ת מחייבתו בקריאה מהך ספר ליכא חיוב ולית בזה דינא דמצוות לאו ליהנות ניתנו) גם מזה מבואר לכאורה דלא כקצוה"ח, דהרי גם בשאלת ספר איכא למימר הכי ושפיר אית ל' הנאה מגוף הספר.

ל) או דלמא הנאה דאית ל' הנאה מיני' בעינן וליכא - לכאורה יש לפרש מאי דבעינן דווקא הנאה מיני' ב' אופנים, דיש לומר דהוא דין בהנאה, כלומר, דדין כל הנאה שלו דמשוי ל' שואל נאמר בזה דבעינן שתהא דווקא הנאה מיני', או י"ל דליכא דין מסויים דהנאה מיני', אלא דבעינן שיהא שואל כדשילי אינשי, והיכא דלית ל' הנאה מיני' לא הוי שאלה כדשילי אינשי. וכצד זה השני מבואר לכאורה בדברי תלמיד הרשב"א, עי"ש שכתב, וז"ל בא"ד: או ששאלה להראות בה כלומר להראות עצמו שהוא עשיר שאין זה דרך שואל אלא שהוא נהנה מגוף הבהמה וזה אינו נהנה מגופה אלא בסבתה וכו', עכ"ל, הרי שהדגיש הא דאין זה דרך שואל. ואפשר דתליא הך מילתא בעיקר יסוד הדין דבעינן בשואל שיהא כלרוב ההנאה שלו, דאי הוי דין מסויים בהנאה, שפיר הוי הנידון בסוגיין אי חשיבא הנאה שלא מגופה כהנאה לענין זה, אבל אי נימא כמו שכתבנו לעיל אות ט' בדברי תשו' הר"ן דלעולם לא הוי דין מסויים בהנאה אלא בהשתמשות של בעלות, דעל ידי ההשתמשות של הבעלות המתבטא על ידי ההנאה הוא שלו חשיב שואל, לפ"ז אין הדבר תלוי בהנאה מצד עצמה (אשר משום זה כתבנו לעיל אות ט' דלא שייך בזה הא דמצוות לאו ליהנות ניתנו), אלא במאי דחשיב על ידי כך כהשתמשות של בעלות. ולפ"ז שפיר כתב תלמיד הרשב"א דאין הנידון בשאלה ליראות מצד עצם ההנאה, אלא אי חשיב בכה"ג השתמשות של בעלות, דדווקא היכא דהוי כדשילי אינשי חשיב השתמשות של בעלות, ודוק. ועי' מ"מ פ"ב מהל' שאלה ופקדון ה"ט שכתב להדיא שכל ד' השאלות הראשונות

בסוגיין יסודן הוא משום דלא הוא שאלה כדשיילי אינשי (ואף שאלה דפחות משוי"פ).¹ ויתכן דזו היא כונת התוס' שכתבו בד"ה ממונא דמיתנהי מיני, וז"ל: פירוש שמשמש בו, עכ"ל, דרצונם לומר דאין זה מצד דין מסויים דבעינן שיהא מיתהני מיני, אלא דיסודו מדין השתמשות, דדווקא על ידי השתמשות בעצם הבהמה הוא שנעשה עליה שואל.

(א) שאלה לעשות בה פחות מפרוטה מהו ממונא בעינן ואיכא או דלמא כל פחות מפרוטה לא כלום היא- אף שאלה זו מתבארת לכאורה בבי' אופנים, ע"ד שכתבנו לעיל אות ל', דיי"ל דיסוד השאלה היא בהנאה, דבעינן שתהא הנאת ממון, או יי"ל דהחסרון בפחות משוי"פ הוא דלא הוא שאלה כדשיילי אינשי, וכמשי"כ במ"מ הנ"ל. אלא דאף הצד דבעינן שיהא הנאת ממון יכול להתפרש בבי' אופנים, דיי"ל דדין הוא דלדין שואל בעינן כל הנאה שלו, והנאה זו צריכה להיות הנאת ממון, או יי"ל דאף דיסוד הדין אינו מצד הנאה גופה אלא מצד השתמשות של בעלות, מ"מ יתכן דלא חשיב השתמשות אא"כ הוא הנאת ממון ולא חשיבא פחות משוי"פ ליחשב השתמשות (ודלא כשאלה ליראות דשפיר חשיב התשמשות כיון דעכ"פ שוי"פ רק דלא הוא כדשיילי אינשי). ונראה קצת כצד זה האחרון מדברי תלמיד הרשב"א, דבשאלה דשאלה ליראות כתב דהחסרון הוא דלא שאל כדשיילי אינשי, ואילו בשאלה דפחות משוי"פ כתב דהחסרון הוא "שאין זו הנאת ממון מאחר שאין בה שוה פרוטה" ולא כתב דלא הוא כדשיילי אינשי, דמשמע להדיא דהכא לא בעינן לזה. ובמ"מ הנ"ל מבואר דאין החסרון אלא במאי דלא הוא כדשיילי אינשי, ולדידי משמע לכאורה דכדי מיהא פשיטא דמצד הנאה שפיר הוא חשיב הנאה בדיא שיחשב השתמשות, אלא דלא חשיב השתמשות של בעלות כיון דלא הוא כדשיילי אינשי.

והנה נסתפק במנ"ח מצוה נ"ט היכא דלמשאל אית ל"י הנאה פחות משוי"פ אי חשיב על ידי כך שאין רוב הנאה שלו ואינו אלא שומר שכו. ובקצוה"ח סי' ש"מ סק"ה ובסי' ע"ב סקל"ד תפס כדבר פשוט דבכה"ג לא הוא אלא שוכר דחשיב שפיר הנאה אצל המשאל. ועי"פ הנ"ל נראה דאין מקום לספיקת המנ"ח אא"כ נימא דהוא החסרון בפחות משוי"פ בסוגיין במאי דלא הוא הנאת ממון, בזה שפיר איכא למימר דכי היכי דגבי הנאת לא חשיב שואל או השתמשות של בעלות אלא על ידי הנאת ממון, כמו כן במשאל לא חשיבא הנאה לגרועי בדין רוב הנאה שלו. אכן למשנית דברי המ"מ דאין החסרון בפחות משוי"פ אלא במאי דלא הוא שאלה כדשיילי אינשי, פשיטא דזה לא שייך אלא גבי שואל, אבל גבי משאל מאחר דשפיר חשיבא הנאת ממון ודאי דלא חשיב בכה"ג שואל אלא שוכר כיון דאכתי אית ל"י למשאל הנאת ממון, וכדברי הקצוה"ח. וכן אי מצד השתמשות אתינן עלה דבעינן השתמשות של פרוטה לשוויי שואל ולחייבו, אין זה אלא ביחס לשומר, אבל מצד הבעלים אם אך יש להם הנאה אף פחות משוי"פ סגי בזה שלא יחשב שואל כיון דאית ל"י נמי להבעלים הנאה.²

(ב) שאל משותפין ונשאל לו אחד מהן מהו וכו'- כתב הרמב"ם בפ"ב מהל' שוי"פ ה"ח, וז"ל: שאל מן השותפין ונשאל לו אחד מהן וכן השותפין ששאלו ונשאל לאחד מהן הרי זה ספק אם היא שאלה בבעלים או אינה לפיכך אם מתה אינו משלם ואם

תפסו הבעלים אין מוציאין מידם פשע בה השומר הרי זה משלם, עכ"ל. ובטור חו"מ, סי' שמ"ו סי"ג הביא דברי הרמב"ם וכתב עליהם, וז"ל: ואיני מבין מה חילוק יש בין פשיעה לאונס. ועי' מ"מ דאף דפק הרמב"ם לעיל בה"א דפשיעה בבעלים פטור והספק כאן הוא אי הוא פשיעה בבעלים או לא, דעת הרמב"ם הרי היינו דהפושע כמזיק וכמשי"כ בהלכות שכירות, וכיון שהא כמזיק ואין שם ראייה ברורה לפטור חייב לשלם.

ובקובץ שיעורים למס' בי"ב אותיות תרנ"ח-תרנ"ט כתב בבאור דברי המ"מ, דגבי פשיעה אף היכא דהוא ודאי בבעלים גדר מה שפטור אינו דחוסר סיבת חיוב, דכיון דלהרמב"ם פשיעה מטעם מזיק שפיר איכא סיבת חיוב, דמאי דפשע חשיב בשומרים כמעשה מזיק, רק דמאי דהוי בבעלים הוי פטור, ובכה"ג דאיכא ודאי סיבת חיוב וספק פטור שפיר אמרינן דחייב. אכן בחיוב גניבה או אונס היכא דהוי בבעלים אין השמירה מחייבתו לשלם על הגניבה ועל האונס, אשר על כן היכא דהוי ספק בבעלים חשיב ספק בעיקר המחייב אשר על כן אזלינן לקולא לנתבע, וכמו שכתב הרמב"ם, עכתו"ד בקצרה, ע"ש כל דבריו.

ואף למה שנתבאר לעיל בשם הברכת שמואל דיסוד הפטור דבעלים הוא דודאי הוי שומר רק דחייב פטור בעצם השמירה דפטור, וגבי פשיעה אף דמטעם מזיק הוא מ"מ אינו חשוב מזיק אלא על ידי שהוא שומר אשר על כן פטור אף בפשיעה בבעלים כיון דחייב פטור בהשמירה, אף לדידי נראה דיש לחלק ע"ד הנ"ל, דגבי פשיעה דתלוי בחיוב שמירה, הרי אף בבעלי עמו איכא בעצם חיוב שמירה זאת אומרת מחייב דשמירה, רק דחייב בו פטור בבעלי עמו, ונמצא דשפיר איכא סיבת חיוב וספק הוא אי איתא לפטור דבעלי עמו, אשר זהו דפק הרמב"ם דחייב. אכן חיובא דגניבה ודאונס, אין יסודם מצד חיוב השמירה גרידא אלא מצד דין חיובי התשלומין דהשמירה, ואם אך איכא ספק אי חייב פטור בחיובי אחריות דהשמירה דלענין חיובי תשלומין הוי כאחר, הרי זה ספק בעצם החיוב ובוה שפיר פסק הרמב"ם דפטור.

ובביאור הגר"א שם בחו"מ סי' שמ"ו ביאר דברי הרמב"ם באופן אחר דלא כהמ"מ, דמאי דחייב אפשיעה הוא משום דהוי ספק ספיקא, ספק אי פשיעה בבעלים פטור, ואת"ל דפטור ספק אי חשיב בכה"ג בבעלים. ומבואר לדידי מאי דאמרינן דכל היכא דפליגי רב אחא ורבינא הלכה כדברי המיקל אינו אלא מספק. ולדעת המ"מ מאי דאמרינן דהלכה כדברי המיקל בתורת ודאי הוא, וכי"כ בקוב"ש הנ"ל.

(ג) תוד"ה ונשאל לו אחד מהן- וי"ל דהתם סברא הוא שיגלם לפי מה שגב אבל שאלה בבעלים אין סברא לפטור והוי כחדוש ואין לך בו אלא חדושו- עי' רש"י שהקשה דהא ד' וה' הוי קנס וכל קנס הוי ג"כ חידוש כמשי"כ רש"י דמכות דף ד' ד"ה שכן קנס ובקדושין דף ג' ע"ב ד"ה ממונא מקנסא לא ילפינן. אכן הפשוט בבאור דברי התוס' ע"פ דברי ר"פ בסוגיין, וז"ל: וי"ל דלא דמי דהתם סברא הוא דנקנסי לגנב ואין זה חדוש ולכך דרשינן שפיר הכי אבל הכא שאלה בבעלים חדוש הוא דפטור כי בעליו עמו ואין זה סברא כלל וא"כ אין לך בו אלא חדושו כול"י דוקא ולא חצי בעליו, עכ"ל. ובאור דבריו, דאיברא כל קנסא חדוש הוא, דבלא מה שחידשה התורה לא הוה מחייבינן, אך מאחר דקנסה תורה לגנב סברא היא דנקנסי בגניבה שלא הודה, ואף דלגבי החצי השני הודה, דהא סו"ס גנב וטבח או מכר, אכן בני"ד שחידשה התורה פטור, אין סיבה כלל שיהא פטור כזה, אשר בזה ודאי דאמרינן דאין לך בו אלא חידושו.

(ד) שותפין ששאלו ונשאל לאחד מהן מהו כולו שואל בעינן וליכא או דילמא בהוא פלגא דשיילי מיהת מיפטר- עי' נמו"י שדקדק ממה שאמרו כולו שואל בעינן, כלומר, דהא פשיטא דאין זה כולו שואל, דשנים שלו או ששאלו הוי כל אחד לזה או שואל על פלגא, ועל אידך פלגא אינו אלא ערב, וכי"כ גם בריש

² שו"ר צבית אהרן קלידל כע"ז בתוספת זיאוור, דיסוד ההגהה דבעינן לשאול הוא לא מדין הגהה אלא לעל ידי השתמשות זה חשיב שהבהמה צרשותו וכשלו, ולכן הוא דחייב צלוונסין, לשלו מתה, ויתכן דבעינן ליחשב שו ממש הגהה פרתוה, כלל א' מצענין. אמנם עד כמה שיש גם לבעלים הגהה מהשתמשות בהגמה, אף ללא הוי שו"פ, הרי הוא קת' צרשותו ושבו אין לחייבו צלוונסין כשואל.

המפקיד, וכ"ה בר"ן סוף שבועת הפקדון, וכ"ה שיטת הרמב"ן לעיל דף ל"ד ע"ב. אכן שיטת הרא"ש והטור דיכול לגבות הכל מאחד מהם אף בדאית ל"י לחברי, דכל אחד לזה או שואל על הכל, וע"כ דסי"ל דאף דכל אחד באמת שואל על הכל, מ"מ כיון דאיכא אחר דאף הוא שואל על הכל שפיר אמרינן דאין זה כול"י שואל. והכונה בזה, דאף דכל אחד מצד עצמו אית ל"י שם שואל על הכל, מ"מ כיון דחברי נמי הוא שואל על הכל למעשה איכא שואל אחר ולהכי לא חשיב כול"י שואל. אכן הקשה הר"ן הנ"ל ע"ז דא"כ האיך אמרינן דבהוא פלגא דשייל"י מיהא מיפטר, הרי אף על האי פלגא איכא נמי שואל אחר ואף על החצי אינו כול"י שואל.

ובקצוה"ח סי' ע"ז סק"א כתב לבאר שיטת הרא"ש והטור ע"פ דברי המ"מ פ"א שכירות ה"ד, ע"ש שכתב הרמב"ם דהיכא דמסרה לשומר אחר, באופן דחייב חייב נמי אם שאלה בבעלים. (ובכס"מ שם ביאר דבריו דאף דפשיעה בבעלים פטור, מאי דגרע בשמירתו חשיב כמוזיק בידים וחייב אף בבעלים. ועצם דבריו צ"ב, אמאי יחשב מסירה לבן דעת אף דגרע בשמירתו, כמוזיק בידים.) ובמ"מ כתב, וז"ל: נ"ל טעמו לפי שאע"פ שהשואל בבעלים ופשע פטור כמו שנתבאר דוקא כשמתה הבהמה או נאבדה בפשיעתו ברשותו אבל כשמסרה לשני הראשון מתחייב באותה שעה שמתה הבהמה ברשות השני ואין שאלה בבעלים פטורה אלא לשומר ששאל הבעלים אבל לא לשומר שני שלא שאל הבעלים והראשון מתחייב על רשות השני זה נראה וצ"ע, עכ"ל. ועפ"ז כתב בקצוה"ח דאף דכל אחד שואל על הכל, הרי אם שילם הכל יכול לחזור ולגבות החצי מחבירו, וע"כ דהיינו משום דכל אחד מהם כאילו שאל הכל והשואל החצי לחבירו, אשר ממילא על החצי שהשאלו לחבירו פשיטא דליכא פטור דבבעלים כיון דאינו ברשותו, ולא דנו על הפטור אלא על החצי שנשאר ברשותו, ע"כ תו"ד, ע"ש.

והנה יעויין בברכ"ש למסכתין סי' ל"א שכתב בביאור דברי המ"מ דאילו לא היה פושע השומר הראשון במה שמסר לשומר השני, לא היה חשוב שהוציא הראשון מרשותו, ורק משום שגרע בשמירתו חשוב שהוציא מרשותו לשומר אחר. וביאור דבריו ע"פ מש"כ בחידושי רבנו חיים הלוי על הלכה זו, דבאמת נכנס השומר השני תחת הראשון והך דין שמירה הוא, אשר ממילא שפיר היה מועיל שבועתו לצאת ידי חיוב שבועה דהראשון, רק משום שגרע בשמירתו אין השני במקומו, ושוב הוי"ן כב' שומרים נפרדים אשר אין שבועת האחד פטור חבירו. והוא הדין והוא הטעם בנ"ד, לא חשוב שהוציא מרשותו אלא עד כמה שפשע במסירתו לשני, אבל אם לא פשע הרי הוא עדין במקומו ונמצא שלא הוציא מרשותו כלל ושפיר אית ב"י פטור דבבעלים. ולפי ביאור זה לא יתכן לומר כדברי הקצוה"ח, דהא יסוד דברי המ"מ נבנה אמאי דעל ידי שפשע חשוב שהוציא מרשותו לרשות אחר, ואילו בנ"ד הרי השאל הבעלים לשניהם יחד, הרי דהוא עצמו מפקיד גבי, ואף שהראשון חזר והשאל חציו להשני, הרי ליכא שום פשיעה ושום טענה בזה, אשר ממילא אכתי חשיב שהוא ברשות הראשון ושפיר אית ב"י פטור דבבעלים אף על החצי שחזר והשאל.

אכן באבן האזל פירש דברי המ"מ באופן אחר, דלעולם לעצם דברי המ"מ לא בעינן מאי דגרע שמירתו ופשע בכך, דזה לא בעינן אלא בכדי שיתחייב היכא דמסר למי שרגילים הבעלים להפקיד אצלו, אך מאחר שחייב מאי דליכא פטור דבבעלים אינו תלוי בגרע שמירתו ובפשיעה אלא במה שלמעשה הוי רשות אחר. וגדר הדברים כתב שם דהיינו דיסוד הדין דבבעלים פטור הוא דכיון דבשעת השאלה היה בבעלים קרינן כל זמן שהפקדון ברשות השומר בעליו עמו, אמנם היכא דכבר אינו ברשותו תו לא חשיב בעליו עמו. והיינו, דלהגר"ח והגר"ב יסוד הפטור דבבעלים הוא בדין שמירה, אשר בזה אם אך לא שמירה ולא גרע בשמירתו הרי אכתי הוי אותו דין שמירה

ואותו שומר, אשר ממילא אכתי אית ב"י פטור דבעליו עמו, ורק היכא דגרע שמירתו ושוב לא הוי תחתיו הוא דחייב משום דמעשה איכא רשות ודין שומר אחר. (אלא דאף בזה צ"ל דאף דקיים דין שומר הראשון אשר מפאת זה הוא חייב אם לא היה אונס, כיון דעכ"פ יש לו להשני דין שומר בנפרד אין הבעליו עמו דהראשון פטורתו להראשון, כמש"כ שם בברכ"ש.) אך למה שפירש באבן האזל דגדר הפטור דבעליו עמו הוא דקרינן ב"י בעליו עמו כל זמן שהפקדון ברשותו, הרי זה תלוי ברשותו ממש ואם אך הוי ברשות אחר לית בזה פטור דבעליו עמו.

וע"פ ביאור האבן האזל בדברי המ"מ אתיין דברי הקצוה"ח שפיר, דאף בנ"ד כיון דהוי כמשאל חציו להאחר דין חצי זה ברשותו.³

ובשיטת הרמב"ם דהני שאלות דשאל מן השותפין ושותפין ששאלו, עיי' בני"י בסוגיין ובמל"מ שם בה"ל שו"פ, ובביאור הגר"א, ואכמ"ל.

לה) רש"י ד"ה שותפין ששאלו- לחרוש בה קרקע של שותפות- עיי' חידושי הריטב"א החדשים שכתב בביאור דברי רש"י, וז"ל: פירוש לפירושו דאלו שותפות בעסק וכיוצא בו א"נ שני אנשים בעלמא שאין להם קרקע בשותפות ששאלו פרה לחרוש בה חדש אחד יש במשמע שתהא לזה שאולה לשלו ט"ו יום ולזה ט"ו יום וכאלו כל אחד ואחד שואל בפני עצמו וכל"י שואל הוי בכל חד וחד, עכ"ל.⁴ ויש לכאורה מקום עיון בדבריו, דלעיל דף ל"ד הביא ראיית הרמב"ן הנ"ל באות ל"ד מסוגיין דשנים ששאלו או לוו אין כל אחד חשוב שואל אלא על החצי בלבד. ולמה שפירש בסוגיין כפירוש רש"י לכאורה ליכא ראייה מסוגיין, דהכא מאי דלא חשוב כל אחד אלא שואל על חצי זהו משום ששאלו לחרוש קרקע של שותפות אבל היכא דשאלו או לוו סתם שפיר אמרינן דחשוב כל אחד שואל על כולו, וצ"ע.

לו) שאל מהאשה ונשאל בעלה עמה וכו'- כתב רש"י בד"ה קנין פירות, וז"ל: שהבעל אוכל פירות מילוג כקנין הגוף דמי והוה ל"י בעלים שואל ונשאל (משאל) כאילו קרקע ופרה שלו, עכ"ל. ומבואר מפשטות לשונו דעל הצד דקנין פירות כקנין הגוף חשיב בעל כול"י בעלים או כול"י שואל ופטור אף אי גבי שותפין אמרינן דבעינן כול"י בעלים וכול"י שואל וליכא. והנה בעיקר השאלה בסוגיין איתנהו ג' פירושים בראשונים, עיי' ריטב"א החדשים שפירש דאי קנין פירות כקנין הגוף דמי הוה ל"י כול"י בעלים וכול"י שואל ופטור אף דבאחד מן השותפין חייב, וכמו שמדויק מדברי רש"י, ואי קנין פירות לאו כקנין הגוף לאו כלום הוא ואפי' כאחד מן השותפין אינו. והביא שם עוד הריטב"א שיטה אחרת, שהיא שיטת הראב"ד בשט"מ, ע"ש, דכל בעינן הוא על הצד דגבי שותפין לא בעינן כול"י שואל וכול"י בעלים, דאי ק"פ כקנין הגוף הוי עכ"פ שותף, ואי לאו כקה"ג אפי' שותף לא הוי. (והריטב"א כתב דנראה לו כפירוש הראשון.) ודיעה שלישיית בזה, מה שכתב בני"י דהא מיהא פשיטא דאפי' אי ק"פ לאו כקנין הגוף הוי כשותף, אלא דאי כקה"ג הוי"ל כול"י בעלים וכול"י שואל, ע"ש בדבריו.

³ שו"ר שכתב הקסה דנתיב"מ על דברי הקצוה"ח דלדברי הרמב"ם לא נאמרו אל"ל צמיעט דשמיטה, והקצוה"ח דמשו"ב נתיבות כתב לזכר ע"ד שכתב דצ"ח האזל.

⁴ עיי' בית אהרן שכתב לזכר דברי רש"י ע"ד, וכתב לזכר ע"פ המבואר מדברי רש"י דהא דשתלח טובחא דווקא בעינן עבודתן הוי בעליו עמו לאותו שטעוב דעבודו, לכל אחד מהשותפין דשעה שהא משתמש דלדבר של שותפות הוי כולו כלידי הוי כל אחד כשואל גמור ודל"י לית בזה פטור דבעליו עמו, אשך לזה כתב רש"י למיירי דווקא דאופן לאותה הפעולה הוי עבוד שניהם, דזכה"ג דבאמת אין כל אחד אל"ל חצי שואל.

והנה ביסוד השאלה דקנין פירות אי הוי כקנין הגוף, פשוט דאפי' אי כקנין הגוף אין הכונה בזה דלבעלים ליכא קנין הגוף, ראשית, דמסברא לא מסתבר לומר כן, דהא סו"ס שלהם הוא, ועוד מוכח דבר זה ממש"כ התוס' ביבמות דף ס"ו ריש פרק אלמנה לכהן גדול, דאף אי קנין פירות כקנין הגוף, מ"מ לענין שן ועין ולענין קנין כספו דאכילת תרומה אזלין בתר קנין הגוף, הרי דאין מאי דאמרינן דק"פ כקה"ג שולל הא דאית ליי להבעלים כקנין הגוף. אלא יסוד השאלה אי כקנין הגוף דמי הוא אי חשיב זכות הפירות דאית ליי כבעלות על הדבר לזמן זכות ההשתמשות, או דאינו אלא זכות בעלמא, אבל לעולם הא מיהא פשיטא דקנין הגוף דהבעלים במקומו עומד. והדבר מתפרש כך, דבעצם החפץ הוא של הבעלים, ומעכשיו הוא שלו על הזמן שלאחר הזכות פירות, ואין זה קנין חדש דאחר זמן הפירות, אלא דעל זמן הזכות פירות אי כקנין הגוף דמי חשיב זה שיש לו זכות הפירות כבעלים. והשאלה אי כקה"ג דמי או לא הוא דנהי דלכו"ע איתנהו להני תרווייהו, בעלות הדבר והזכות פירות, מ"מ נחלקו הי מינייהו עכשיו עיקר, הקנין דלעכשיו או דאפי' על העכשיו חשיב הבעלים כבעלים והשני לית ליי אלא זכות פירות. (עי' אגרות משה חו"מ ס"י ס"ב שכתב כעין זה).

ועפ"ז נבוא לביאור שיטות הראשונים הנ"ל, דמאן דס"ל דאי כקה"ג דמי הוי כולי' בעלים וכולי' שואל, היינו משום דאף דאית ליי להשני קנין הגוף ממש על הדבר, מ"מ עצם השאלה, וכן בעלים דבעינן לפטור דבעלי עמו, אינו אלא על זמן השאלה, ז"א, זמן ההשתמשות, ועל זה אי קנין פירות כקנין הגוף הרי הוא הבעלים על החפץ לענין ההשתמשות, אשר ממילא חשיב שפיר כולי' בעלים. ואי לאו כקנין הגוף ואינו זכות בעלמא, הרי אף ביחס להשתמשות האשה היא הבעלים, ולא הוי בעליו כלל, כ"ה הוא הביאור הפשוט בשיטת הריטב"א הנ"ל. (אכן יעויין לקמן אות מ"ב דבאמת יסוד השאלה להריטב"א מתבאר באופן אחר קצת).

ושיטת הראב"ד, דאין הבעלים דבעינן נמדד על פי מה שנשאל למעשה, אלא גדר בעלים תלוי בשל מי הוא דבר זה למעשה קודם ששאל, אשר בזה פשיטא דכיון דאית לה לאשה קנין הגוף הרי היא בעלים, אלא דאי קנין פירות כקנין הגוף נמצא דהבעל אף הוא בעלים ושפיר הוי שותפות, ואי לא בעינן כולי' בעלים או כולי' שואל שפיר אית בזה פטור דבעליו עמו על חלק הבעל.

וביאר דברי הנ"ל, דאי קנין פירות כקנין הגוף כיון דעל החפץ להשתמשות הוי הוא לבדו בעלים שפיר הוי כולי' בעלים וכולי' שואל, וכדעת רש"י והריטב"א הנ"ל, אלא דס"ל דאף אי אין קנין פירות כקנין הגוף, מ"מ כיון דסו"ס יש לו להבעל זכות השתמשות בהחפץ, צריך השואל לשאול גם ממנו ולא סגי בהאשה גרידא, אשר על כן על כל פנים חשיב ששאל מן השותפין, רק דאי הוי כקה"ג שאל רק ממנו, וכנ"ל. והראשונים האחרים ס"ל דבדין בעלים דנין דווקא על בעלים ממש ולא על זכותים בעלמא. ועיי' לקמן אות ל"ז.

ובגוף האי דינא, עיי' שיעורי ר' אלחנן ס"י כ"ג שהעיר דלכאורה כיון שלא שאל אלא את ההשתמשות, דהיינו קנין הפירות, והך קנין פירות הרי הוא של הבעל, אמאי לא יחשב על ידי שנשאל הבעל בעליו עמו. ואין לומר דמדן בעליו עמו בעינן שיהא דווקא בעלים של גוף הדבר, דהא מוכח מסוגי' דלקמן בעיי' דאף על ידי קנין ההשתמשות חשיב שפיר בעליו עמו, דהא איתא התם דבעי רמי בר חמא בעל בנכסי אשתו שואל הוי או שוכר הוי, והיינו היכא ששכרה פרה קודם שנישאת ואח"כ נישאת ומתה הפרה ואליבא דרבנן דאמרי לעיל ל"ה ע"ב בשוכר פרה מחבירו והשאלה לאחר ומתה דהשוכר נשבע שמתה כדרכה והשואל משלם לשוכר, ודאי דפטור הבעל מלשלם לאשה אף דנחשיבו שואל דהא בעליו עמו הוא, והרי האשה ששכרה מאחר הרי אין לה בה אלא קנין

השתמשות ואין גוף הבהמה שייכת לה, וא"כ מ"ש הכא, עיי' שם מש"כ בזה.

ולכאורה היה אפשר לחלק בין נ"ד לבין הך דינא דעי"ב, דיי"ל דיסוד דינא דבעליו עמו מחייב שיהא להנשאל אותו דרגת הבעלות שיש להמשאל, וכמו בציור הפשוט דבעליו עמו, דהבעלים על גוף הדבר השאלו הדבר והם עצמם נשאלים לשואל, אשר ממילא בעיי' דהמשאל הרי היא האשה, והיא אין לה אלא קנין פירות, בזה בכדי ליחשב בעליו עמו שפיר סגי במאי שהיא נשאלת לבעל, דהא הבעלות לענין זה אינו אלא קנין פירות. אכן בני"ד שהאשה שהשאלה נכסי המילוג הרי יש לה קנין הגוף, בזה אם אך נימא דקנין פירות לאו כקנין הגוף לא שייך שיחשב על ידי שנשאל הבעל בעליו עמו. אכן זה לא יתכן אלא לדברי המפרשים בסוגיין דמייירי שהשאלה האשה, או שעכ"פ גם אם השאלה הבעל היה זה ברשות האשה, עיי' בתוס' ובראשונים, אבל לא"י בתוס' דמייירי שהשאל הבעל בלא רשות האשה, נמצא דאף בני"ד לא היה לו להמשאל אלא קנין פירות, והדרה קושיא לדוכתה.

(והנה יעויין שיעורי ר' אלחנן מה שכתב ביישוב הקושיא, אלא שכתב דלא אתי שפיר אלא לשיטת התוס' אבל לא לדעת הרמב"ן, עיי"ש. ובצירוף מה שכתבנו לדבריו י"ל דלדעת התוס' תתבאר סוגיין כמו שכתב שם, ואילו לשאר ראשונים י"ל כמשנ"ת דלא שייך הך דסוגיין להך דעי"ב.)

לז) תוד"ה שאל מן האשה - תימה דמה כח יש לאשה להשאל בנכסי מלוג שהפירות לבעל ולבעל יש לו כח להשאל בלא רשותה והיא אינה יכול להשאל כלל ואמאי נקט שאל מהאשה וכו' - עיי' מהר"ם שפירש דלא היתה קושיית התוס' על עצם הדין אלא על הלשון, אמאי נקטו שאל מן האשה דהוי באיסור ולא שאל מן האיש דהוי בהיתר, אבל הא מיהא דבין כך ובין כך הדין שוה. ודקדק כן מלשון התוס' בסוף קושייתם, "ואמאי נקט שאל מהאשה", דכל הקושיא אינה אלא אמאי נקט מן האשה ולא מן האיש. ועיי' זה כתב המהר"ם דיש לבאר תירוץ הא' של התוס' בבי' אופנים, או דר"ל דמאחר דאין הבעל משאל בלא רשות אין מעלה במאי דינקוט שאל מן הבעל דתרווייהו באיסור נינהו, או דר"ל דמייירי באמת שהשאל הבעל ברשותה של האשה. וממה שביאר דלא הוקשה להו להתוס' אלא דהוי' למינקט שאל מן הבעל, אבל לא הקשו על עיקר הדין, מבואר דאף אי השאל שלא כדן חיילי על השואל דיני שואל, והוא תמוה לכאורה, דמאחר דאין לו רשות להשאל הרי הוי כמי שהשאל אדם אחר שאינו שלו כלל, והאיך יחולו עיי"ז דיני שואל, ודברי המהר"ם לכאורה צ"ב.

ומפשוטות לשון התוס' שהקשו בריש קושייתם מה כח יש לאשה להשאל וכו', משמע דלא כדברי המהר"ם אלא דהתוס' הקשו על עיקר הדין. ומה שדקדק המהר"ם מלשון התוס' בסוף קושייתם, כבר ביאר בהגהות הבי"ח דר"ל דאפי' את"ל דיכולה האשה להשאל כמו שיכול הבעל, אכתי יקשה אמרי נקט שאל מן האשה ולא נקט שאל מן הבעל. ומדברי הבי"ח משמע להדיא שפירש כן בדברי התוס', דאין צד לומר דמייירי שהשאלה האשה אלא אם כן נימא שיש לה כח להשאל, דא"כ לא הוה חיילי דיני שואל כלל, וז"פ.

עכ"פ מבואר מדברי התוס' דהא מיהא פשיטא דאשה לבדה אינה יכולה להשאל נכסי מילוג. אכן עיי' הגהות אשר"י שהביא מדברי האו"ז (והוא באו"ז למכילתין סיי' ש"ח, עיי"ש) דפלגי, וז"ל: ויש לי מכאן ללמוד שהאשה יכולה להשאל פרה של נכסי מילוג שלא מדעת בעלה דאי בעינן דעת בעלה אם כן הו"ל שאל מן השותפין ונשאל לו אחד מהן דבעי' היא לעיל ולא איפשיטא אבל הבעל אין יכול להשאל בהמה של נכסי מילוג שלא מדעת אשתו וראיה כתב באו"ז, עכ"ל. והנה ממה שהכריח דהאשה יכולה להשאל שלא מדעת הבעל, ומ"מ אי קנין פירות כקנין הגוף חשיב מה שנשאל הבעל בעליו עמו, מבואר לכאורה

דדין בעליו עמו שפטור אינו תלוי במשאיל שיהא עמו אלא בבעלים, הוא הכא המשאיל היא האשה וה"בעליו עמו" הוא הבעל. ולפי"ז צ"ע הוכחתו דהאשה יכולה להשאיל בלא דעת הבעל, דהא מיהא פשיטא דאף אי יכולה להשאיל מ"מ שותפים הם, דהא חזינן דמהני מה שנשאל הבעל ליחשב בעליו עמו, וא"כ אפי' נימא דיכולה להשאיל בלא דעת הבעל מ"מ אכתי מישך שייכא איבעיא זו להא דשאל מן השותפין, ונשאל אחד מהם, דהא ע"כ כולי' בעלים דבעינן הוא כולי' בעלים ולא כולי' משאיל, ומה הועיל בתירוצו, וצ"ב.

ולחומר הנושא לכאורה צ"ל, דבעצם לא הוה מחשבינן הבעל והאשה שותפין, דבאמת ב' סוגי בעלות הם הך דהבעל והך דהאשה, דבעלות האשה הוא על גוף הדבר וזכות הבעל אינו אלא בפירות ונחי דנימא דכל אחד מהם חשיב בעלות, אך אין בזה מושג ד"שותפות" אשר פירושו דהויין שותפין באותו הדבר ממש. רק דאילו הוה אמרינן שאין האשה יכולה להשאיל בלא רשות הבעל, היה מתפרש דבר זה דזכות הבעל מגרע לבעלות האשה, ומפאת זה שפיר הוה חשבינן להו שותפין, ומאחר דשותפין הן שפיר היה בזה חסרון במה דלא נשאל אלא הבעל, שהוא אחד מן השותפין, ולא האשה. אבל אי אמרינן דיכולה האשה להשאיל מעצמה, הוי פירושא דמילתא דזכות הבעל לא פגע בבעלות האשה ובעלותה בעלות שלמה היא, ונחי דאי נימא דקנין פירות קנין הגוף נינהו הוי בעלות הבעל ג"כ בעלות בגוף, ושפיר היה בזה דין בעליו עמו (דלא בעינן שיהא המשאיל, וכנ"ל), מ"מ מאחר דב' סוגי בעלות נינהו ולא פגע בעלות הבעל בבעלות האשה, דכלפי האשה הוי בעלות הבעל בעלות אחרת, וכנ"ל, שפיר חשיב מה שנשאל הבעל בעליו עמו ולא שייך ד"ז לשאלה דשותפין, וזהו יסוד הוכחת האו"י דיכולה האשה להשאיל בלא דעת הבעל.

והבעל, ס"ל להאו"י דאינו יכול להשאיל בלא דעת האשה, אשר ממילא לא מצי אמר שהשאילו הבעל, דמאחר דאינו יכול להשאיל בלא האשה שפיר הוה חשבינן להו שותפין, דהא פגע בעלות האשה בכח הבעל, ושאלה זו מאחר דאין בעלות הבעל בעלות בפני עצמה שפיר היה תלוי באיבעיא דשותפין דלעיל, כן נראה בביאור דברי האו"י, ועדיין צ"ע בזה.

ואך שיהיה, מבואר מדברי האו"י דמאי דלא שייך איבעיא זו לשאלה דשותפין הוא משום דיכולה האשה להשאיל בלא דעת הבעל, ואילו דבר זה היה שייך נ"ד לאיבעיא דשותפין. ובשט"מ בשם הראב"ד מבואר דבאמת שייך איבעיא זו לאיבעיא דשותפין, ונאמר באת"ל דשאלה דשותפין, דאף דנימא דקנין פירות קנין הגוף, אין זה מועיל אלא שיהא חשוב שותף, וכבר הוכרזה שיטה זו לעיל אות ל"ו.

ודעת הריטב"א בביאור דברי רש"י דבאמת לא שייך הך דבעל ואשה לשותפין כלל, דאי קנין פירות קנין הגוף חשיב הבעל הבעלים ולא האשה ואי לאו קנין הגוף חשיב האשה כבעלים ולא הבעל, עיי בדבריו.

(לח) תוד"ה שאל מן האשה - ויש לומר דאין הבעל יכול להשאיל או למכור פירות נכסי מילוג בלא רשותה כדאמר רבה בהאשה שנפלו משום רווחא דביתא- ע"י מהרש"א, דהתם אין מבואר להדיא אלא דמהאי טעמא אין הבעל יכול למכור, אבל לא הוזכר שאינו יכול להשאיל, אלא שחידשו התוס' בתירוצם דה"ה דאינו יכול להשאיל, ולפום קושייתם וכן לפום תירוצם הב' ס"ל דלא נאמר ד"ז אלא לענין מכירה ולא לענין שאלה. (ובאו"י הנ"ל באות ל"ז מבואר דהא דאינו יכול לשאול בלא דעת האשה נלמד מכש"כ ממאי דאינו יכול למכור, ע"ש).

לט) אשה ששאלה ונשאל לבעל מהו וכו' - עיי שיעורי ר' אלחנן ס"י כ"ג שהקשה דמאי קא מיבעיא לי, הרי אפילו נימא דקנין פירות לאו קנין הגוף גמי חשיב שאלה בבעלים, דכיון ששאלה את הפרה לחרוש קרקע נכסי מילוג אי"כ חרשיה היא לצורך הבעל דהוא זוכה בפירות נכסי מילוג, ונמצא דהבעל הוא השואל וכיון שנשאל בעל הפרה למלאכת הבעל שפיר חשיב שאלה בבעלים, והרי זה דומה לשוכר קרקע

ושאל פרה לחרוש קרקע זו ונשאל בעל הפרה למאלכתו דפשיטא דחשיב שאלה בבעלים אע"פ שאין גוף הקרקע שלו משום שהפירות הם שלו, ובשוכר לכו"ע קנין פירות לאו כקנין הגוף לדעת התוס' בב"ב דף נ"ע א"א.

ותירץ, דלמ"ד קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי אין הפירות של נכסי מילוג שייכים מעיקרא לבעל ומה צמחו צמחו לאשה, והבעל זוכה ממנה, אשר ממילא לא חשיב על ידי שנשאל לבעל שאלה בבעלים, אבל אי קנין פירות קנין הגוף דמי הויין הפירות מעיקרא של הבעל ושפיר חשיב אם נשאל לבעל שאלה בבעלים, ע"ש מה שהניח בצ"ע בזה.

ובעצם קושייתו מונח חידוש מסויים בהבנת הענין, דלכאורה היה נראה דנחי דשאלת הפרה מועילה לפירות לבעל ולא לגוף השייך להאשה, מ"מ לא חשיב על ידי זה הבעל לשואל, אלא האשה היא השואל שהרי היא שאלה את הפרה, ואי לאו דקנין פירות קנין הגוף דמי לא חשיב מה שנשאל לבעל כשאלה בבעלים כיון דאין השאלה של הבעל אלא של האשה, ורק על ידי דקנין פירות קנין הגוף דמי הוא דחשיב שאלה דבעל מאחר שהוא הבעל.

מ) או דלמא שלוחו של אדם כמותו - יש בזה לכאורה מקום עיון מה שייך הכא שליחות כלל, דהנה ב' מיני שליחות איכא, שליחות על מעשה גרידא, כגון שליח לדבר עבירה, ושליחות לפעול חלות עבור הבעלים. והנה הכא לא שייך שליחות דמעשה כגון עבירה, דהתם העבירה הוא מה שנעשה על כן אמרינן דאי שלוחו כמותו הוי כאילו הוא עשאה, אבל הכא הרי הבעליו עמו נעשה על ידי הקנין ולא על ידי מעשה גרידא, והקנין הרי הוא של השליח. וכן לא שייך הכא שליחות כגון בדבר עבירה מטעם אחר, והוא משום דהכא מה שנעשה הרי היינו שנשתעבד השליח, ואי אתינן עלה מצד שליחות על המעשה, לא יהיה אלא כאילו עשה המשלח המעשה שעל ידו נשתעבד השליח, ואכתי לא יחשב משום זה בעליו עמו. וד"ז מדוייק מדברי רש"י שכתב בד"ה השאל לי, בשבילי, ובשליח על המעשה לעולם לא בעינן שיאמר בשבילי. אלא דא ברירא דהכא בעינן שליחות על החלות. אכן זה תמוה האך שייך הכא שליחות, הרי מה דמועיל שליחות לכאורה הוא משום דעל ידי המינוי ניתן להשליח כח עשייה שלא היה לו מצד עצמו, ומה שעושה על ידי כח עשייה זו מתייחס להמשלח, כגון בגירושין, לית לי מגרמי כח לגרש אשת פלוני, אלא דפלוני נתן לו הכח על ידי מינוי השליחות וכיון דכל יסוד עשייתו הוא מכח פלוני, שפיר חיילי גירושין דפלוני. אכן בני"ד הרי השליח הוא שמשעבד וזה היה יכול לעשות לבדו, והאך נימא דכיון שאמרו לו הבעלים לעשות כן יחשב כאילו הבעלים הם נקנים לו, דזה לא מצינו בדין שליחות, וכן העיר בשערי ישר שער ז' פרק ז', וצ"ע.

והוכיח הגרש"ש שם מזה דאין גדר שליחות דניתן לו כח העשייה ועל ידי זה חייל דין כמותו, דאי היה כן לא הוה בעינן לדין כמותו כלל אלא הוה סגי במה שמעתה יש לו להשליח כח עשייה, אלא יסוד הדין הוא דחייל דין כמותו להיות כמו דפלוני, ועל ידי דחייל ב"י דין כמותו ממילא יש לו כח העשייה דהבעלים, דהא מעתה הרי הוא כבעלים לענין זה. אשר לפ"ז מובן גם שליחות דסוגיין, דכיון דחייל ב"י דין כמותו והוי כהבעלים, במה שמשעבד עצמו לעשות מלאכה להשואל הוי כאילו הבעלים שעבדו עצמן, ולא איכפת לן במאי דפועל בכחות דנפשי.

מא) בעל פלוגתא דר"י ור"ל - עיי ראב"ד בשט"מ שכתב, וז"ל: ופשט לי פלוגתא דרבי יוחנן וריש לקיש דלריש לקיש לא הוי שותף וקשיא לי והא לא דמי קנין פירות דבעל לקנין פירות דעלמא כדאיתא בהחובל דקנין פירות דיד"י קנין הגוף הוא ואיכא למימר דאלמוה רבנן שעבודא דבעל כי היכי דלא תפקע שעבודא דבעל כדפריש בירושלמי שלא תהא אשה מברחת נכסיה מבעלה וכן שלא תהא אוסרת עליו מעשה ידיה אבל לכל מילי אחריני קנין פירות דעלמא הוא, עכ"ל. ומבואר מדבריו דפשטין מדר"ל דס"ל ק"פ לאו כקה"ג דמי, והיינו משום דק"ל כר"ל,

כדאייתא בריש החולץ. וכן הוא גם הדיעה הבי' בדברי התוס' בגיטין מ"ח ד"ה אי לאו דאמר ר' יוחנן וכו', ע"ש. אכן דיעה האי' בתוס' שם ס"ל דבעלמא שפיר קיימא לן כר' יוחנן דק"פ כקה"ג דמי, ומאי דפסקינן ביבמות כר"ל אינו אלא באב ובנו משום דאב לבנו מחיל והקנה לו קנין הגוף, הילכך קנין פירות שהשאיר לעצמו לאו כקנין הגוף. ולדבריהם הפשיטות בסוגיין הוא מדברי ר"י.

ובקצוה"ח סי' רנ"ז סק"ג כתב לחלק בין ב' מיני קנין פירות, דאיכא קנין פירות דאין לו אלא פירות, אשר בזה נקטינן כר"ל דלאו כקנין הגוף הוא. (ור"י ס"ל דאף בכה"ג הוי כקנין הגוף). אך באופן דאית לי הקרקע לזמן, מאחר דחזינן שיכול לחפור בו בורות וכו' מבואר דאית לי שפיר הגוף לזמן, אלא דמ"מ קרינן לי קנין פירות משום דעצם הקנין לעולם לית לי, ואף דבזה נמי נחלקו ר"י ור"ל, בהא ק"ל כר"י, ובסוגיין יש לו שפיר קנין בגוף לזמן, גם במח' בבכורים וגם בעל בכסי מילוג, שהרי יכול לחפור בו בורות, ובהכי ק"ל כר"י דבכה"ג חשיב שפיר קנין הגוף.

וע"ש שהביא דברי הרשב"ם בב"ב קל"ו שכתב דהא דמביא ביכורים אף לר"ל היינו משום דשפיר קרינן ב" מארצך, רק שאינו קורא משום דאינו יכול לומר האדמה אשר נתת לי, והקשו שם בתוס' דממני"פ אי סגי בקנין פירות בכדי שיחשב מארצך אמאי לא סגי בכך לענין מקרא ביכורים. וביאר בקצוה"ח ע"פ דברי ר' אביגדור כהן צדק המובאים בתשו' הרא"ש, דלענין אתרוג סגי בקנין הגוף לזמן משום דכתיב ולקחתם לכם, דבעינן שבשעת לקיחה יהא לו קנין בו, וזה שפיר איתא אף לר"ל, וה"ה לענין הבאת ביכורים דכתיב אשר תביא מארצך לא בעינן אלא שהיא לו קנין בגוף בשעת ההבאה. אכן לענין מקרא ביכורים אינו יכול לומר האדמה אשר נתתי לי, דבזה, שדנין על יסוד הקנין באדמה, כיון דעצם הבעלות הבלתי מוגבלת בזמן היא של הבעלים ולא שלו, דזהו דינא דק"פ לאו כקנין הגוף לר"ל, להכי אינו קורא.⁵

ויש לכאורה מקום עיון בדברי הקצוה"ח, דהא ר"ל ס"ל דמביא ואינו קורא אף באופן דאין לו אלא זכות פירות ולא גוף הקרקע לזמן כמו המוכר שדהו בזמן שיוכל נוהג, וע"כ דסגי אף בזה לענין שהיא מביא אף דלא חשיב קנין בקרקע ואינו חשוב אלא זכות פירות, וחשיב ע"כ אשר תביא מארצך, וא"כ מאחר דסגי ליחשב ארצ בחפצא דהיניקה שהוא שלו, ואף לר"ל, אמאי לא יחשב על ידי כך נמי האדמה אשר נתת לי, וצ"ב.

ולכאורה צ"ל בדברי הקצוה"ח, דבכדי שיחשב אשר תביא מארצך סגי במה שיש לו זכות בעצם הקרקע לענין יניקה, ויחשיב לענין זה שיש לו את הקרקע, אף שלא חשוב זכות זה כקנין ממוני בחפצא דהקרקע, וכיון שיש לו דין בקרקע לפירות שפיר חשיב תביא מארצך, אבל בכדי שיחשב האדמה אשר נתת לי בעינן שיהא לו קנין ממוני בחפצא דהקרקע, אשר זהו אינו אלא אי אמרינן דקנין פירות כקנין הגוף דמי.

ובמה שהקשה הראב"ד דלא דמי קנין פירות דבעל קנין פירות דעלמא וכו', ע"י אב"מ סי' צ' סק"א שהביא דברי השטמ"ק בפרק האשה שנפלו שכתב, וז"ל: מן הדין כיון שהנכסים שלה תהיה מכירתה מכירה קיימת ולא יירש הבעל אלא מה שישאר בשעת פטירתה כדן כל היורשין אבל חכמים תיקנו שהבעל יוציא מיד הלקוחות שאם לא היה מפני זה כל אשה שבעולם לא היתה מנחת ירושתה לבעלה אלא היתה נותנת לבניה או לאחיה, עכ"ל. ומבואר מדבריו דאף דגם לגבי בעל נימא דקנין פירות לאו כקנין הגוף, מ"מ לגבי אשה תקנה מסויימת היא שאינה יכולה למכור. אכן מדברי הראב"ד נראה דכוונתו אחרת מדברי השט"מ, שהרי כתב דלכל מילי **אחריני** כקנין פירות דעלמא הוא, אבל לגבי מכירה משמע להדיא דהוי כקנין הגוף, וכמו שכתב מקודם דאלמנה לשעבודי. וכן מבואר גם בדברי רש"י בב"ק סוף דף פ"ח ע"ב, ע"ש בד"ה באושה התקינו שכתב, וז"ל: דאע"ג דבעלמא לאו כקנין הגוף דמי בעל בכסי אשתו אלמנהו רבנן לשעבודי משום איבה והוי כלוקח ראשון, עכ"ל. וע"ש דברי התוס'.

(מב) בעל פלוגתא דר"י ור"ל - ע"י חידושי הריטב"א דמאי דלא פשט כן רמי בר חמא, היינו משום דס"ל דלא תליא השאלה בני"ד לפלוגתא דר' יוחנן ור"ש לקיש, ד"ל דאפי' לר' יוחנן דס"ל בעלמא דקנין פירות כקנין הגוף דמי מודה בני"ד דלא מהני, דאף דקנין הגוף דמי יתכן דהכא לענין בעליו עמו בעינן שיהא הגוף שלו ממש, ומאידך, יתכן דאף ר"ל דס"ל בעלמא דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי יודה הכא דשפיר הוי כקנין הגוף, "כיון דעיקר שאלת פרה אינו אלא לפירותיה", כלומר, דבעליו עמו דבעינן יתכן דהיינו ביחס לעצם השאלה, דביחס לשאלת התשמשות חשיב בעלים מי שהוא בעלים על התשמשות. ונמצא דיסוד השאלה לרמי בר חמא אינו בדין הכללי דקנין פירות אי הוי כקנין הגוף, אלא בשורש דינא דבעליו עמו, אי סגי בזה במאי דהוי בעלים על ההשתמשות דליחשב כקנין הגוף להאי ענינא, או שמא בעינן לדין בעליו עמו שיהא הגוף שלו ממש.

אמנם כל זה לדעת רמי בר חמא, אבל רב אחא ברי דרב אויא ס"ל דשפיר תליא שאלה דסוגיין במח' דר"י ור"ל אי קנין פירות כקנין הגוף דמי, דודאי ליכא סברא למימר דניבעי קנין הגוף ממש, וכן ליש סברא למימר דלדין בעליו ליחשב בעליו עמו יהא סגי בקנין פירות גרידא. ויש לעיין מהו שורש פלוגתא זו.

(מג) שליח פלוגתא דר' יונתן ור' יאשיה וכו' - ע"י בשו"ע חו"מ סי' שמ"ו ס"ו שפסק המחבר דעל ידי שליח לא חשיב שאלה בבעלים, וע"ש ברמ"א שהביא דיש חולקין ואומרים דשלוהו של אדם כמותו, והוא מדברי הטור בשם הרמ"ה. ובשער המשפט שם סק"ב הקשה ממה שביו"ד סי' רל"ה סתם הרמ"א כדעת המחבר שם דלא מהני שליח לא להקמה ולא להפדה ולא הביא דיש חולקין, והא בסוגיין תלוי ב' הדינים אהדדי. וכן הקשה בדברי הטור דגבי דין בעליו עמו הביא ב' הדיעות ואילו לגבי הקמה והפדה כתב כדבר פשוט דלא מהני על ידי שליח. וע"ש שצידד בשעה"מ לומר דמאי דפסק הרמ"א דגבי בעליו עמו מהני שליחות היינו מספק, דאין מוציאין ממון, וגבי הפדה דהוי איסורא מחמירין דלא ליהוי הפדה, אלא דהקשה מהקמה, דבהקמה הוי מאי דיהני על ידי שליח חומרא ולא קולא.

וע"ש בשעה"מ שכתב דאפשר דגבי הקמה לא דנו כלל, דפשיטא דלא מהני שליח, דכיון דכל הנודר ואינו מקיים כאילו בנה במה והקריב עליו קרבן ונקרא

⁵ וע"י חידושי הגרי"ז (סנטסיל) ח"ה ע' 216 ציבור אחר לדברי הרשב"ם מהגרי"ה, דהקשו התוס' והרמב"ן על דברי הרשב"ם ממהלי דהקונה אילן א' אינו מביא, והא אף התם אית לי' יניקה ומ"ש בקונה שדה לפירות אליבא דר"ל. וציבור הגרי"ה, דבקונה שדה לפירות הוי הוא קונה יניקה הקרקע וממילא הפירות שלו, כלומר, דאית לי' שעבוד בקרקע ליניקתו, אשר זה שפיר חשיב "תביא" מארצך, ואף שמביא פירות שהם שלו על ידי זכותו ביניקה הקרקע, ואף דקנין פירות לאו כקנין הגוף הוא. אכן בקונה אילן א' ס"ל להרשב"ם דאין לו זכות יניקה דהקרקע, אלא אף היניקה של המוכר, ואין לו אלא פירות היוצאים גרידא, אשר בזה שפיר אמרינן דאינו מביא, לכיון דאין לו זכות ושעבוד יניקה דהקרקע לא חשיב מארצך. ועפ"ז מבואר היטב החילוק לדברי הרשב"ם בין הבאה לבין מקרא ביכורים, דאיכא שפיר חשיב מארצך כיון שיש לו שעבוד יניקה דהקרקע, מ"מ מאי דבעינן לענין מקרא ביכורים "האדמה אשר נתת לי" פירושו שיש לו קנין באדמה לניתן לו גוף האדמה, ובה שפיר אמרינן דלא אף קנין פירות כקנין הגוף מביא ואינו קורא, ע"ש כל דבריו.

חוטא, לא שייך בזה שליחות, דאין שליח לדבר עבירה, ופולגות ר' יונתן ור' יאשיה אינה אלא לענין הפרה, ושוב י"ל דהא דפסק הרמ"א דמהני לשליחות הוא מספק וגבי ממון אזלינן לקולא וגבי הפרה דהוי איסורא אזלינן לחומרא.

מד) תוד"ה שליח פלוגתא דר' יונתן ור' יאשיה-
אי נמי משום דלשון בעליו ואישות משמע ל"י הוא דוקא ולא שלוחו- הביאור בזה, דלא מהני שליחות אלא דיכול הדבר להעשות על ידי אחר ולא בעינן הוא עצמו, דבזה מהני פרשה דשליחות לומר דמקבל השליח כח לעשות על ידי מינוי השליחות, אכן היכא דאיכא סברא לומר דיכול לעשות הוא דווקא, כלומר, דהוא דין מסויים בבעלים או בבעל, אין זה בכלל שליחות. אשר זהו שכתבו התוס' דמשמע ל"י לר' יאשיה דלפטור בעליו עמו בעינן שזה דיהא מושאל להשואל יהיה הבעלים עצמן, אשר שוב לא מהני בזה דין שלוחו של אדם כמותו, וכן בהפרה ס"ל דבעינן דווקא שאישה, ז"א, זה שיש לו בה האישות, הוא עצמו יפר לה.

מה) רש"י ד"ה לאפטרופוס- היה הולך למדינת הים ומינה אפטרופא על נכסיו לזון אשתו ובניו- עי' חידושי רבי מאיר שמחה דכונת רש"י בזה, דהפרה הוי מילי ומילי לא מימסרי לשליח, אשר על כן כתב דמייירי דעשאו שליח להעלות מזונות, דמשום דניזונית על ידו הוי כנודרת על דעתו לכן מצי להפר, עכתי"ד. וצ"ל דאכתי בעינן בזה גם להא דשלוחו של אדם כמותו, כמבואר בדברי ר' יונתן, ואכמ"ל.

מו) רש"י ד"ה עבד דלאו בר מצוה לא- ושליחות נפקא לן מאתם גם אתם לרבות שלוחכם דבעינן דומיא דמשלח שיהיו דינינו נוהגים בו וזה אין דין שואל וגם משאל נוהגים בו שאין לו כלום בלא רבו- מבואר מדבריו דהא דבעינן שיהיו הדינים נוהגים בשליח והיכא דאינו בתורת לא מהני, היינו משום דלפינן הכי מקרא בפרשה דשליחות. והחסרון לדבריו בעבד הוא מצד דין שליחות. וכן מבואר מדבריו דהך מילתא דהיכא דאינו בתורת אינו נעשה שליח ילפינן לה מקרא.

ובחידושי הרמב"ן הקשה על דבריו ממאי דאסיקנא בגיטין דף כ"ג ע"ב דלא בעינן שליח בר מצוות כלהו אלא מה אתם בני ברית אף שלוחכם בני ברית. וכתבו הראשונים ליישב דברי רש"י דהחסרון כאן אינו מה שאינו בכלל חיוב כל המצוות אלא מה שאינו בתורת דיני שאילה. אלא דיעויין חידושי הריטב"א שהקשה ע"ז דהא שפיר איתי' בדיני שאילה רק חסרון הוא בהיכי תימצי דלית ל"י ממון, ועוד, דשפיר איתא בכלל דיני שאילה היכא דנתנו לו מתנה ע"מ שאין לרבו רשות בו. ועוד העיר הריטב"א דלישנא דהש"ס "דלאו בר מצוה" לא משמע הכי.

ואמאי דמבואר מדבריו דלפינן להך מילתא מקרא, הקשה הגרע"א מסוגי' דקידושין מ"א ע"ב דהוה בעינן למימר דמאתם גם אתם דכתיב גבי תרומה לפינן מה אתם בני ברית אף שלוחכם בני ברית וממעטינן עכו"ם, ואמרו ע"ז למה לי קרא מדרבי חייא בר אבא א"ר יוחנן נפקא וכו' אין העבד נעשה שליח לקבל גט מיד בעלה של אשה לפי שאינו בתורת גיטין וקידושין, ולדברי רש"י, הרי הך מילתא גופא ילפינן לה מהך קרא. ויש להוסיף בזה, דרש"י עצמו כתב שם בד"ה לפי שאינו וכו' אלמא לא בעי קרא דמסברא אית לן למימר דמידי דלא שייך ב"י לא מתעביד עלי' שליח, עכ"ל, הרי דרש"י עצמו כתב דסברא הוא, ודלא כמש"כ בסוגיין, וצ"ב.

והמוכרח לכאורה בדברי רש"י, דבאמת דאיכא ב' סוגי חסרונות דאינו בתורת חד מקרא וחד מסברא, וחלוקים הם ביסוד דינם, כמו שיתבאר. ועצם היסוד דאיכא אינו בתורת דידעינן מסברא ואיכא אינו בתורת דילפינן מקרא כתב כבר בשו"ת חת"ס או"ח סי' קט"ז, ע"ש, (ועי' חידושי הגרע"א מה שהעיר על דבריו מסוגי' דקידושין), אלא דנרחיב במה שנראה בבאור הדברים. והנה מאי דהיכא דאינו בתורת חלות מסויים אינו יכול לעשות מעשה לפעול חלות זה חסרון מסויים בשליחות אלא כללא הוא בכל

דבר, ודוגמא לזה, מאי דכתבו הראשונים (עי' תוס' הרא"ש) בגיטין דף י' ע"ב דלדעת רש"י אף דיתכן דעכו"ם כשר לעדות, מ"מ אינו יכול לעשות שטר קנין לשטר על ידי חתימתו כיון דלאו בר קנין שטר הוא, אף דהתם אינו ענין שליחות כלל. וכן מצינו שכתב הרמב"ם בפ"ג מהל' גירושין דעבד פסול לכתיבת הגט משום שאינו בתורת גיטין וקידושין, אף שיש מפרשים בדעת הרמב"ם דס"ל דלא בעינן שליחות לכתיבת הגט. ויסוד חסרון זו דהיכא דאינו בתורת חלות מסויים אינו יכול לעשות מעשה הפועל חלות זה מסברא הוא, אשר זהו שאמרו בסוגי' דקידושין דעבד אין נעשה שליח לקבל גט מיד בעלה של אשה, דמאחר דאינו בתורת גיטין וקידושין סברא היא דאינו יכול לפעול חלות גירושין על ידי קבלתו, וכדאיתא ברש"י שם. אכן גבי שאילה בבעלים, הרי העבד שפיר בכלל חלות דין שאילה, וכמו שהקשו הראשונים הנ"ל, רק דבמציאות לא שייך גבי דין שאילה כמו למשאל, ובה ליתא לחסרון הנ"ל בכחו לפעול חלות דין על ידי מעשיו, וליתא להך חסרון דמסברא, ומאי דהוה אמרינן דלא מהני אינו אלא מצד מאי דלפינן מאתם גם אתם דבעינן שיהא בפועל בכלל הדין כמו ה"אתם", אשר זהו החסרון דאינו בתורת הנלמד מדרשה דאתם גם אתם, ודין זה הוא דין מסויים בשליחות.

והנה דעת רש"י בקידושין דף כ"ג ד"ה לקבל דעבד אינו נעשה שליח אפילו להולך את הגט ולא רק לקבל את הגט, ואילו דעת הר"י מגאש דדווקא לקבל את הגט הוא שאינו נעשה שליח אבל להולך את הגט שפיר נעשה שליח. ועפמשינ"ת נראה דבהא פליגי, דסברת הר"י מגאש הוא דכל דינא דאינו בתורת הוא הך דינא דאינו בתורת שמצד הסברא, דבדבר שאינו בתורת אינו יכול לפעול חלות, אשר בזה שפיר חילק בין שליח הולכה לבין שליח לקבלה, דשליח לקבלה עושה חלות הגירושין על ידי קבלתו, ומאחר דאינו בתורת גירושין אינו יכול לעשות מעשה הפועל חלות גירושין, אבל שליח הולכה אינו אלא הולכה כפשוטה ואין בזה משום חלות הגירושין, דדווקא בשליח לקבלה הוא דאיכא חלות דין דידו כידה. אכן רש"י הרי ס"ל דחוץ מדין זה נאמר עוד דין בשליחות, והוא הנלמד מקרא, לא נאמר פרשת שליחות אלא במי שהוא בכלל הדינים של אותה הפרשה, ולשיטתו מאחר דעבד אינו בכלל דיני גירושין לא נאמר בו פרשת שליחות בגירושין, אשר זה ודאי דכולל גם שליח להולכה, ודוק.⁶

והנה כל זה בשיטת רש"י בסוגיין, ויעויין בחידושי הרמב"ן שהביא ביאור אחר בגמ', דמאי דאמרו דלאו בר מצוה הוא פירושו דאף דלא נימא דמדכתיב בעליו לית בזה שליחות, אכתי מהני הא דכתיב בעליו דנימא דבעינן דומיא דבעליו שהוא בכלל כל המצוות, ואין זה דין בשליחות אלא כמין גז"ה כדן בעליו עמו. ועי' חידושי הגרע"א שתמה על דבריו דמהיכי תיתי דבעליו חייב בכל מצוות, הרי יתכן דהבעלים הוא אשה או עבד שנתן לו אדם אחר על מנת שאין לרבו רשות בו, וכי נימא דהיכא דהבעלים איש לא מהני

⁶ ולכאורה צ"ע לפ"ז המבואר גמ' דשפיר יכול עבד להיות שליח לתרומה, ואמאי לית ב"י להך חסרון למלך הפסוק דכיון דאינו באותו הדבר להא מה שנקנה עבד קנה רבו שוב אינו נעשה שליח בו, כן העירני צ"ל. וי"ל בזה ללא שייך הך חסרון דהפרשת תרומה, ליסוד החסרון הוא במאי דלית ל"י להשליח דין לפעול ד"ז שנקלה לעשות, כגון לעשות חלות או חלות דיני שמירה. אכן שאני הפרשת תרומה, דאינו פועל שום דבר, למקודם היו טבל וחולין מעורבים זכ"ז ואינו אלא מפריש, בזה יתכן דליתא להך חסרון ואי אפשר לדון עלה אלא מפאת מאי דבשליחות מדין גם אתם דבעינן דווקא ישראל, אשר בזה שפיר מסקינן ללא דבעינן אלא בן ברית ולא נתמעט עבד.

שליחות על ידי עבד והיכא דהבעלים אשה או עבד שפיר מהני בזה שליחות, אתמהא, וצ"ב.

ועיי' עוד ברמב"ן שמקודם הביא פירוש אחר, וז"ל: ומשמע לי דרב אשי (דרבא) הכי פשט לי עבדו ודאי הוי שאלה בבעלים דיד עבד כיד רבו דמי אבל לאחר לא ולא פשיט לי כלום בטעמא אי משום דבעינן בר מצוה או משום שאין שלוחו של אדם בכאן כמותו ואנן כיון דקיי"ל עבד ישנו בתורת שליחות בכל התורה על כרחין מאי דפשט לי דלא הוי שליח אלא משום דכיד רבו דמי ולרבו דוקא משום דסבר שאין שלוחו של אדם בכאן כמותו ואע"ג דבעיא דרב עיליש אכתי קשיא איכא למימר דאיהו קס"ד כ"ר אלעזר דאקשי נמי התם לימא מה התם ישראל אף שלוחכם ישראל ולהוציא את העבד וכו', עכ"ל. ועיי' שכתב הרמב"ן ליישב דברי הר"ף שכתב דמדקאמר יד עבד כיד רבו מוכח דשליח אינו יכול להפר, והוא תמוה לכאורה דהא דילמא טעמא דאין העבד נעשה שליח הוא משום דלא בר מצוה הוא ולעולם נימא דשפיר יכול להפר על ידי שליח. וביאר הרמב"ן, דמאי דאמרו הך טעמא דלאו בר מצוה הוא אינו אלא אליבא דר' אלעזר, וכמשי"כ הרמב"ן, אבל להלכה דק"ל דלא אמרינן הכי ע"כ דטעמא דלא מהני בעבד אי לאו משום דיד עבד כיד רבו הוא משום דבזה לא אמרינן דשלוחו של אדם כמותו. אלא דיעוין חידושי רק"א (והוא משו"ת מהדו"ת סי' קל"ט) דנשאר הגרע"א בקושי ע"ז הא"ך יפרנס רב עיליש דהוה ס"ל דעבד אינו בכלל שליחות למתני דפסחים פ"ח ע"ב האומר לעבדו צא ושחוט עלי את הפסח שחט גדי יאכל וכו'.

ובגוף מאי דאמרינן בסוגיין דאף אי נימא דלא מהני שליחות בדין בעליו עמו מ"מ בעבד מהני משום דיד עבד כיד רבו, יש לעיין לכאורה, דהא בפשטות מאי דאמרינן דלא שייך בזה שליחות הוא משום דמאחר דנאמר בעליו או מייטורא אמרינן דהקפידה התורה דוקא על הבעלים ממש בגופם, וא"כ צ"ב מאי מהני בזה הא דיד עבד כיד רבו, דהא פשיטא לכאורה דאין פירושה דיד עבד כיד רבו דהוי גופו ממש. ועיי' יהא מוכח מזה דאף דהוה אמרינן דבעליו דווקא ולא מהני בזה דינא דשלוחו של אדם כמותו, מ"מ לא הוה אמרינן דהוי כמצוה שבגופו, דמנא לן הא, אלא הוה אמרינן דמהקפידה תורה על בעליו מוכח רק דליתא בזה דין שלוחו של אדם כמותו, אבל דין בגופו ממש מיהא לא הוי, אשר על כן שפיר מהני בזה הא דיד עבד כיד רבו, דנתי דלא נאמר בזה דין שליחות לייחס מעשה השליח אל הבעלים, מעשה העבד אשר הוא מיוחס לבעלים מאליו שפיר מהני.

והנה יעוין בתלמיד הרשב"א בסוגיין שהביא פלוגתת הראשונים אי להלכה חשיב על ידי שליח שמירה בבעלים, וכתב בסוף דבריו, וז"ל: ונראה לומר שאפילו לדבריהם של אחרונים אין לומר כן אלא בשלוחו של משאיל אבל שלוחו של שואל כגון שאמר לו שלחה ביד שלוחי ונשאל לשלוחו אין זה שאלה בבעלים אלא שנראה עוד לחלק שאם אירע האונס ברשותו של שליח יש לומר בו שאלה בבעלים מאחר שעל ידו נעשה הכל אבל אם אירע האונס ברשות השואל אין כאן שאלה בבעלים מאחר שלא נשאלו לו מן הבעלים, עכ"ל. וביאר החילוק לכאורה, דגבי משאיל שפיר אמרינן דעל ידי דשלוחו של אדם כמותו, היינו משום שעל ידי דין שליחות חשיב השליח כאילו הוא המשאיל לענין דין בעליו עמו, אבל בשלוחו של שואל לא מהני דין שליחות לשוותו כשואל, דהא סו"ס חיוב השמירה אינו של השליח אלא של השואל, ולא מהני מה שנשאל המשאיל לשליח ליחשב בעליו עמו, כלומר, עם השואל. אלא דצ"ב מה שהסיק דהיכא דאירע האונס ברשותו של שליח חשיב שאלה בבעלים מאחר שעל ידו נעשה הכל, דלכאורה מאחר דאין חיוב השמירה אלא על השואל נמדד שמירה בבעלים על ידי שמירת השואל ולא שמירתו של השליח, ומה לנו אם הכל נעשה על ידו, אם לא דנימא דעד כמה שעדיין לא הגיע לשואל חשיב שלוחו של השואל על ידי אחריותו לשואל כשואל עצמו, ודווקא היכא דהגיע כבר לשואל הוא דאי

אפשר להחשיב מה שנשאל המשאיל לשליח כבעליו עמו, ועדיין צ"ע בזה.⁷

צ"ו ע"ב

מז) מה נפשך אי שואל הוי שאלה בבעלים היא אי שוכר הוי שכירות בבעלים היא- עיי' חידושי הרשב"א (וכן הוא בחידושי הר"ן) שהקשה דדילמא מייירי דאינה עסוקה במלאכתו דלא חשיב בכך בעליו עמו, כדאיתא לקמן דף צ"ו ע"א מקרי דרדקי שתלא טבחה ואומנא ספר מתה כולהון בעידן עבידיתייהו כשאילה בבעלים דמו, אבל בלא עידן עבידיתייהו לא הוי כשאלה בבעלים, ופירושו שם הראשונים דר"ל דבשעת שאלה אם היה ראוי לעסוק במלאכתו חשוב שאילה בבעלים ואם לא לא. ותי' הרשב"א, וז"ל: ונראה לי שאשה אין לה שעה שאינה חייבת להיות עם הבעל במלאכתו משא"כ באומנן שיש להם שעות פנויות שאינם חייבים לעשות בצרכי בני המדינה ומסתברא לי שהאשה היא שהיא במלאכת הבעל לעולם אבל הבעל אינו עם האשה במלאכתה אלא בעתים שהוא מתעסק ממש בצרכיה, עכ"ל. ויסוד תירוץ, דאין שעבוד הני גברי אלא על עידן עבידיתייהו, משא"כ באשה דהיא תמיד משועבדת, סגי במה שהיא משועבדת אף דעתה אינה עסוקה במלאכתו. וכן נראה כונת רש"י שכתב בד"ה שאלה בבעלים היא, וז"ל: **שהיא עמו תדיר במלאכתו** והיא נשאלת לו תחלה משנשאה, עכ"ל ומבואר מזה דלדין בעליו עמו לא בעינן שיחא באותה שעה עושה מלאכה ממש, רק שיחא משועבד לו לעשות מלאכה כשירצה.

ועיי' שט"מ לקמן דף צ"ו ע"א ב"ש שיטה שכתב וז"ל: מקרי דרדקי וכו' פירוש ואפילו הכי נוטלין שכר מן הצבור בכלל עם כל זה בשעת מלאכתן הן כנשכרין או נשאלין לאותן שהתם מתעסקים אז במלאכתן ולא לאחרים ולא לשום אחר מהצבור בעוד שאינו עוסק אע"פ שהוא מחוייב בכל עת שיבואו אליו ללמוד ולהתעסק במלאכת כל אחד מהן, עכ"ל. ומבואר מדבריו דדווקא לזה שמתעסק אז עבורו הוא דחשיב בעליו עמו, אבל לאחרים אף שהוא משועבד ומחוייב להם לא סגי בזה ליחשב בעליו עמו, והוא לכאורה דלא כדברי הרשב"א והר"ן בסוגיין.⁸

אכן פשוט לכאורה דחלוק לדבריו סוגי' דצ"ז מסוגי' דהכא, דבכגון האשה שאינה משועבדת אלא לו, בהא ודאי אמרינן דסגי במאי דהיא משועבדת ולא בעינן שתהא עסוקה במלאכתה ממש, אבל בכגון מקרי דרדקי וכו', כך מתחלק חלק כל העיר בו שאינם כנשכרים או כנשאלים אלא למי שהם עושים בהם מלאכה ומשו"ה הוא דלא חשיב בעליו עמו אלא למי שעושים מלאכתם עבורו. (ולדעת הרשב"א והראב"ד שהביא בדבריו אף במקרי דרדקי וכו' סגי בזמן שהוא ראוי למלאכתו.)

שו"ר שהדברים מבוארים בנתיחה"מ, עיי' חו"מ סי' שמ"ו סי"ב שהביא המחבר דחשיב בעליו עמו דרדקי וכו' דחשיב בעליו עמו בזמן שעוסק עמהם במלאכתם,

⁷ והעירני צ"ל ד"ל דזה ע"פ מה שהבאנו לעיל מדברי הרמב"ם על פי מש"כ ב"צ"ה"א"ז צ"ב"א"ו דבריו דלאם אך אינה צ"א"ו רשות שנסאל המשאיל אליו, ל"א חשיב בעליו עמו. אכן לפוס צ"א"ו של הברכ"ש צ"ס הגר"ח דבריו הרמב"ם ל"א שייכי דברי הרמב"ם להכא, דהא אכתי קיימא שמירת השואל.

⁸ והא מיהא פשיטא דפירש הש"ט ב"סוגי' דף צ"ז הוא דלא כהבנת הר"ן והרשב"א, שהרי הם הקשו מש"כ להכא ולא תיראו ל"א דהתם איכא שעות קבועות משא"כ הכא, ואילו לדברי הש"ט אין הדברים שם שייכים לכאן כלל. ומדברי רש"י לקמן דצ"ז כבר כתבנו לעיל שפירש ע"ד הש"ט.

והיא דעת הרמב"ם, והביא ד"ה דחשיב בעליו עמו בזמן הראוי למלאכה אע"פ שאינם עסוקים בה, ואילו בסט"ז בבעל בכסי מלוג של אשתו סתם המחבר דחשיב תמיד בעליו עמו אף דאינה עסוקה אז במלאכתו, וביאר התייה"מ בסק"ג ע"פ הנ"ל, דגבי מלמד דרדקי וכו' אמרינן דיש ברירה וכעסוק במלאכתו של אחד אינו אז משועבד לשני, וכן ממילא היכא דאינו עסוק במלאכתו כלל כיון דאי היה אחר צריך לו היה היה צריך לעבוד בשבילו אינו משועבד לזה כלל, משא"כ באשה. וע"ש עוד שביאר דאף הדיעה הסוברת גבי מלמד דרדקי דכשעסוק במלאכת אחד עדיין משועבד הוא גם לשני וחשיב שפיר בעליו עמו, אין זה אלא משום דגם בשעה שעוסק במלאכת אחר יש טובה לכולם שנעשה פנוי מעסקיו שיהיה יכול לעסוק במלאכת השואל אח"כ, ע"ש שביאר עפ"ז מה שסיים המחבר בדיעה זו דהוא מידי דהוה אשותפים ששכרו שכיר חדש או שנה דבכל שעה הוי שאלה בבעלים לכל אחד מהם, דר"ל דכמו דהתם הוי כל מה שעושה לטובת שניהם, כך הכא חשיב כל מה שעושה טובה לכולם, והוא ע"פ דברי הראב"ד בשט"מ לקמן דף צ"ז ע"א, ע"ש.

והנה במה שכתב בנתייה"מ דאף הרמב"ם דפסק כוותי המחבר ס"ל דבעלמא שלא בכגון מקרי דרדקי חשיב שפיר בעליו עמו אף שאינו עסוק אז במלאכתו, ע"י ביאור הגרא שם סק"ג שכתב דלא כדבריו, אלא ס"ל להרמב"ם דלא חשיב בעליו עמו אא"כ הוי בשעת מלאכה.

והנה כתבו התוס' בריש פירקין ע"פ הך גמ' דשתלא טבחה ואומנא וכו' דלא חשיב בעליו עמו אלא משעה שהולך לעשות מלאכתו, ולדידהו יקשה לכאורה אמאי קאמר לפום חורפא שבשתא וכו' הא איכא לאוקמי שעדיין לא הלכה דלא חשיב בעליו עמו, ע"י ביאור הגר"א חו"מ סי' שמ"ו סק"ז שהביא ראיה זו נגד דברי התוס'.

מח) תוד"ה אמר רבא לפום חורפא שבשתא כו'- הוי מצי למיפרך רבא ממתני דפרק אלמנה דיבמות דתנן נכסי מילוג אם פחתו פחתו- ע"י שם במתני דמייירי להדיא בעבדי מילוג דאין עלייהו דין שמירה ולכך אינם באחריות הבעל, ועוד יותר תמוה תי' התוס' דאיכא למימר דמייירי בקרקע, הרי במתני מייירי להדיא בעבדים, וצ"ע. שו"ר שכבר עמד על זה ברשי"ש, ע"ש.

מט) תוד"ה דאגר מינה פרה וכו'- וה"ה דמצי למימר דשאל מינה פרה אלא מילתא דשכיחא נקט- פירוש, דשאל מינה פרה והדר נסבה דמסתפקינן אי שוכר הוא ומפקיע השכירות את השאלה, או שואל הוא ואין שאלה מפקיעה שאלה, ואף דלכאורה היה מקום לחלק דדווקא מן הקל אל החמור מפקיע ולא

מן החמור אל הקל, ע"י מהרש"א שהכריח מהמשך סוגיין דלא מחלקינן בכך.

ס) רש"י ד"ה והדר נסבה- וזכה הוא אף בפרה להשתמש בה כל ימי השכירות- ע"י קושיית הגרע"א בגליון השי"ס, דלשיטת רש"י בכתובות דף ע"ט ע"ב לא זכה הבעל בכה"ג, דאין הבעל זוכה אלא היכא דאין הכל נאכל ונשאר קרן לאשה וכגון עור הבהמה וכדומה. ובאו"ש פכ"ב מהל' אישות הל"ד כתב בביאור דברי רש"י דלעולם אינו זוכה בפרה, אלא שנעשה שואל בנכסי המילוג וממילא מאחר דעושה הפרה בשדה הויה הפרה שאולה לו. אכן מפשטות לשונו של רש"י לא משמע הכי אלא שזוכה בישירות בפרה. ועוד, דגופא דמילתא לכאורה צ"ב, ראשית, דהא אי הקרקע חשיב כשלו תליא בשאלה לעיל בע"א אי קנין פירות כקנין הגוף דמי או לאו כקנין הגוף דמי, וק"ל כר"ל דלאו כקנין הגוף דמי. ועוד צ"ב האין נעשה הבעל כשואל על הפרה, הרי לגבי האשה לא נתחייב דהא הוי בבעלים, ובמה נתחייב למשכיר, וצ"ב.

נא) אתיא שאלה בבעלים מפקעא שכירות שלא בבעלים וכו'- ביסוד הך מילתא דאתי שאלה ומפקעא שכירות, ע"י ריטב"א החדשים שכתב דמכי נסבה חשיב כאלו החזיר לה פרתה וחזר ושאלה ממנה. והנה התייחס במסקנת הגמ' אמרינן דהוי כאילו חזר והחזירה, ולהכי אמרינן דאף אי שוכר הוי כאילו החזירה והדר שכרה ממנה, אכן צ"ב לכאורה מהו ס"ד דהשי"ס. וצ"ל דס"ד דלא אמרינן הכי אלא היכא דשמירה דעכשיו נשתנה למעלותא, דמהוה זה סיבה לומר דהוי כאילו החזיר לה פרתה והדר שאלה. ומסקינן דהא גופא שנשאה פועל שנאמר דין שומר חדש עליו, ולהכי ל"ש אי שואל הוי ל"ש אי שוכר הוי. ובמאירי כתב, וז"ל: שכר ממנה כשהיא פנויה ובתוך ימי השכירות נשאה ונשתמש בה אחר נשואין ומתה פטור שאף בזו אם ת"ל שנעשה שואל הרי שאלה זו בבעלים מפקעת שכירות שלא בבעלים ואפי' היה נקרא שוכר הרי שכירות שבבעלים מפקיע את הראשון שלא בבעלים שאין זה אותו שכירות בעצמו שנאמר עליו כדקאי קאי שהרי הראשון היה לו קצבה וזה אין לו קצבה וכו', עכ"ל. ומבואר מדבריו דס"ד דהשי"ס היה לומר דגבי שואל שנשתנה דינו, אמרינן דמעכשיו שואל הוא ולא שוכר, אבל אי שוכר הוא הרי מעיקרא שוכר והשתא שוכר ולא וחשיב המשך של שכירות הראשונה, כלומר, דאין דין שוכר זה חל אלא אחר גמר שכירות ראשונה. ומסקינן דאף שכירות זו פנים חדשות לה, דשכירות ראשונה היה לה קצבה וזה אין לה קצבה, אשר ממילא כיון דחייב עכשיו עלי' שם שכירות זה פקעה שכירות ראשונה, וז"פ. והתוס' שכתבו בד"ה אי שוכר נמי הוי כתבו, וז"ל: ולא מסתבר ל"י למימר דדווקא שאלה שהוסיף להתחייב באונסין מפקיע שכירות שמתחילה, עכ"ל. ומדכתבו דלא מסתבר ל"י, משמע דהוה באמת סברת החו"א, וזה מתאים עם דברי המאירי הנ"ל.

והנה התוס' בד"ה דאגר מינה פרה כתבו דה"ה דמצי למימר דשאל מינה פרה, וצ"ב מה היה בזה ביאור שו"ט דהשי"ס, דהא מבואר לפ"ז דאף היכא דשאל מינה פרה היה צד לומר בהו"א דאתי שאלה ומפקיע לשאלה קמייתא, ואמאי לא נימא דאתי שכירות ומפקיע לשאלה קמייתא. וכוונתם לכאורה, דאילו הוה אמרינן הכי, הוה נמי אמרינן דאדרבה, אי שואל הוי לא מפקעה לשאלה הראשונה ואי שוכר הוי מפקעה. שו"ר שכ"כ במהרש"א, ע"ש. וגם צ"ל דמה דמשמע מדברי התוס' דסברת החו"א היתה דמפקיע משום דשאלה מוסיף להתחייב באונסין, אין הכונה דווקא משום דחמירא שאלה, דהא כתבו דהוה מצי למימר דשאל מינה פרה, אלא עיקר הכונה בזה שדני שונה, ומה שכתבו משום שהוסיף, היינו משום דלמעשה בהכי מייירי ששכר ממנה.

נב) כי תיבעי לך אליבא דר' יוסי וכו'- מבואר מסוגיין דלר' יוסי דחייב למשכיר, חשיב המשכיר הבעלים לענין הפטור דבעליו עמו. ובמרדכי בב"ק פרק הגוזל ומאכיל (ע' 102) הוכיח מכאן דדין בעלים

⁹ והנה הקשה ז"א (תוד גלחם נ"ו) קושי' אשך היא לכאורה קושי' עלומה, לנעת הרמב"ם דהיכא דמסר שומר לשומר ופיחת בשמירתו ונשאל בעליו לשומר ראשון לית בזה פטור דבעליו עמו כיון שאינו ברשותו, ע"ש במ"מ, שפיר איכא נפ"מ בשאלה אי בעל בנכסי אשתו שואל הוי או שוכר הוי, והוא היכא שהשכיר הבעל לאחר, לאי שואל הוי נמאל דפיחת בשמירתו ולית בזה פטור דבעליו עמו, אך אי שוכר הוי נמאל ללא פיחת בשמירתו ופירי אית בהזא פטור דבעליו עמו. ובשלמא למה שפירש זאבן האול דנעת הרמב"ם דבכדי ליהשב שאינו ברשותו לא צעינו להא דפיחת בשמירתו אללא הא דנמאלאות הוי אללא השומר השני גורם לית בזה פטור דבעליו עמו, לדידי' אחי שפיר דממנ"פ הוי ברשות השומר השני ולית בזה פטור דבעליו עמו. אך למה שביאר דברכת שמואל דבכדי הרמב"ם דדווקא היכא דפיחת בשמירתו הן דהשגב אינו ברשותו יקשה כנ"ל דשפיר איכא נפ"מ אי בעל בנכסי אשתו שואל הוי או שוכר הוי, וצ"ע.

לענין בעליו עמו תלוי במי שזוכה בתשלומין, ע"ש שכתב דהו ראייה שאין עליה תשובה. ולכאורה אין ראייתו מובנת, דהא כתבו הרא"ש ועוד ראשונים דטעמא דרי יוסי הוא משום דחשיב השוכר שלוחו של המשכיר להשאילו, וא"כ הרי מאי דתלוי פטור דבעליו עמו בהמשכיר הוא משום דהוא באמת המשאיל, ומה ראייה איכא מהכא דכשאנו המשאיל רק שזוכה בתשלומין שיחשב הוא הבעלים.

וכבר הבאנו בהמפקיד לעיל דף ל"ה ע"ב דפירשו התוס' שם דברי ר"י באופן אחר, ע"ש שכתבו התוס' דנחלקו רבנן ור"י בשו"ט דהש"ס אי קנה משעת מיתה או דילמא משעת שבועה קנה ויכול לומר דל אנת ודל שבועתך. ולפ"ז צ"ב לכאורה מאי דאיתא במתניי בטעם דברי ר"י דהוא משום "וכי האיך הלה עושה סחורה בפרתו של חברו". וביאר מו"ר (הבאנו דבריו שם בארוכה), דלעולם חיוב הנפקד הוא דווקא למי שהפקיד אצלו דהוא הוא בעלים דידי, וכל יסוד טענת ר"י הוא משום טענה דוכי האיך עושה סחורה וכו', כלומר, דנהי דעיקר החיוב הוא לעולם להשוכר, מ"מ אית ליה להבעלים זכיה בממון זה כיון שעושה סחורה בפרה שלו. אשר לזה תשובת הרבנן הוא דעל ידי דמיתה קניא זכה השוכר בזכות זה, וע"ז ס"ל לר"י דלעולם אינו קונה אלא במיתה ויכול לומר לו דל אנת ודל שבועתך ושוב איתא לטענה דעושה סחורה בפרתו של חברו, באופן דבאמת עיקר יסוד טענתו דר"י הוא וכי האיך עושה סחורה בפרתו של חברו.

וע"פ דברי התוס' בביאור דבר ר"י אתיין דברי המרדכי שפיר, דבאמת אף לר"י הרי עיקר בעלים דהשואל ומפקיד דידי הוא השוכר, אלא דאית ליה להמשכיר זכות בתשלומין, ומדחזינן בסוגיין דלר"י מיתלוי תלי פטור דבעליו עמו במשכיר אשר לו התשלומין, מוכח שפיר דדין בעלים לענין זה תלוי במי שזוכה בתשלומין. וכן דייק שם המרדכי גם מדברי רש"י בסוגיין, שכתב, וז"ל: ואליבא דרבנן דאמרי דינא דשואל בהדי משאיל ולא אצל בעלים הראשונים לא תיבעי לך דאפילו הוא שואל כיון דלדידה בעי שלומי פטור דשאלה בבעלים היא כי תבעי לך אליבא דרי יוסי דאמר תשלומין לבעלים היא והשתא לאו שאלה בבעלים, הרי דתלוי הך דינא בתשלומין. ולהרא"ש לשיטתו שפירש דברי ר"י באופן אחר ליכא ראייה כלל, וכנ"ל.

נג) תוד"ה בעל בנכסי אשתו לא שואל הוא ולא שוכר הוי- ומיהו נראה לר"י דשומר חנם הוי וחייב בפשיעה וכו'. יש לעיין מנא ליה להר"י דבר זה ומה היא סברת הדבר. וע"ז נ"י שהביא כמה ראשונים דפליגי עלייהו דהתוס' בזה וס"ל דאף כשומר חנם אינו כיון שלא קיבל על עצמו שמירה כלל. וע"ז בב"י סי' שמ"ו שכתב דחילי דהר"י מלישנא דרבא דאמר בעל לא שואל הוי ולא שוכר הוי אלא לוקח ראשון וכו', דהול"ל למימר בקצרה דאין הבעל שומר אלא לוקח, אלא משמע דשומר חנם מיהא הוי. ובטעמא דהך מילתא, ע"י מח"א ה"ל זכיה ומתנה סי' י"ח שכתב בטעמא של הר"י ע"פ דברי הרמב"ן במלחמות ריש פרק שור שנגח ד' והי' "שאין לך תופס דבר לעצמו שאינו לא ש"ח ולא ש"ש". וביאורא דהך מילתא, דאף דליכא בזה קבלת שמירה, מ"מ מהך טעמא דאין לך אדם וכו' נעשה עליו ממילא שומר חנם. וגדר הך יסוד, דמאחר דגוף הדבר שמחזיק בו אינו שלו, הרי הוא ממילא על זה עכ"פ כשומר חנם, דנהי דעל התשמיש בו ועל בעלות דהשתא הוי שפיר לוקח, מ"מ בעלות לעולם על החפץ הרי הוא של האשה, ועל זה שמונח אצלו שפיר שייך לומר שהוא שומר חנם וחייב בפשיעה. ודווקא שואל אמרינן דלא הוי משום שוכר קנה החפץ לעכשיו ולא שאל תשמישו, וכן שומר שוכר לא הוי, דאין החפץ אצלו תמורת השכר אלא מחמת דין לוקח אשר לו, אך אכתי יתכן דשומר חנם הוי. ודעת הסוברים דאפי' בפשיעה אינו חייב, דאינו כלוקח אלא על ההשתמשות ולית ליה אלא השתמשות גרידא ולא גוף הדבר כלל, אשר ממילא לא שייכי בזה דברי הרמב"ן הנ"ל (והרמב"ן עצמו ס"ל דאינו אפי'

כש"ח, ע"י דבריו בסוגיין). וע"י לשונו של תלמיד הרשב"א בזה שכתב, וז"ל: שמירה לא קבל עליו וזכותה הוא בלבד שלקח, עכ"ל. (וע"י רמב"ם פ"ב מהלי שאלה ופקדון הי"א שכתב דאם הודיעה את בעלה שהיא שאולה הרי זה נכנס תחתיה, וע"ש השגת הראב"ד וביאורו של המ"מ בדברי הרמב"ם. ויש לכאורה מקום עיון בדברי הראב"ד, שהשיג שם דהא דנעשה כשואל הוא דווקא בקיבל אותה על עצמו בשאלה, ואילו בשט"מ הביא דעת הראב"ד בהא דאין הבעל אלא לוקח דמ"מ היכא דשכרה האשה ואח"כ נשאת חייב בגניבה ואבידה משום שנכנס במקום האשה, הרי דאף בלא שיקבל על עצמו נעשה כן, ומאי שנא גבי שואל דאינו נכנס במקומה אלא בקיבל אותה על עצמו, וצ"ב.)

והנה יעויין ברא"ש בסוגיין שכתב דהא מיהא פשיטא דבעל פטור בסוגיין אף בפשיעה דהא הוי בבעלים וק"ל דפשיעה בבעלים פטור, אלא דנפ"מ במאי דהוי שומר חנם לענין חיוב פשיעה בלוקח לזמן, כאשר כתבו התוס' בהמשך דבריהם.

ובפ"ח תמה דהא ק"ל כר"י דמשלם לבעלים הראשונים, וא"כ ליכא פטור בבעלים מצד האשה, ושפיר איכא חיוב פשיעה, ע"ש שתיי דכל יסוד דברי ר"י הרי נבנה על מה שעושה סחורה בפרתו של חברו והכא דמייירי בפשיעה הרי תצטרך האשה לשלם להמשכיר, ונמצא שאינה עושה סחורה כלל, ואף לר"י הוי עיקר חיובו להאשה ושפיר אית בזה פטור דבעלים. וע"ש עוד שעמד על מה דס"ל להרא"ש דיסוד טעמא דר"י הוא משום דהשוכר הוי כמשאיל בשליחות המשכיר, וא"כ מאחר דאמרינן הכי (משום דאי לא הוה אמרינן הכי היה יוצא דין שאינו מסתבר, שעושה סחורה בפרתו של חברו) שוב אף היכא דאינו עושה סחורה הוה לן למימר דאיתא לדינא דרי יוסי והדרא קושייתו על הרא"ש לדוכתה, ע"י מה שכתב בזה. ומאיזה טעם שיהיה עכצ"ל דעד כמה דאינו עושה סחורה בפרתו של חברו, ליתא לדינא דרי יוסי.

אכן יעויין הגהות מיימוני פ"ב מהלי שו"פ הי"א שהביא בשם הר"י דאף גבי בעל בנכסי אשתו חייב בפשיעה, אשר זהו לכאורה דלא כהבנת הרא"ש בדברי הר"י. (ודברי התוס' מתפרשים יפה אף לפי זה, ואכמ"ל.) ולדידי' היינו טעמי' כנ"ל דכיון דסו"ס אמרינן דחייב להמשכיר, שוב דינא הכי כשלוחו אף היכא דאינו עושה סחורה בפרתו של חברו. (וכל זה לא יתכן אלא אי נימא דלא כדברי התוס' הנ"ל בדף ל"ה, דאילו לדידהו פשיטא דהיכא דליכא עשיית סחורה בפרתו של חברו שוב נקטינן כרבנן.)

והנה כתב הרמב"ם פ"ב מהלי שו"פ הי"א, וז"ל: אשה ששאלה ואח"כ נשאת הרי הבעל כלוקח ממנה ואינו לא שומר שוכר ולא שואל לפיכך אם היתה בהמה ומתה הבעל פטור וכו' אפילו פשע בה מפני שהוא כלוקח וכו', עכ"ל. הרי מבואר לכאורה מדבריו דפליג אדברי התוס' וס"ל דאפי' ש"ח אינו, דהא כתב דפטור אפי' בפשיעה, ולא מטעם בבעלים וכמשי"כ הרא"ש, אלא מפני שהוא כלוקח. ומשמע מדבריו דאילו היה שומר שפיר היה חייב ולא היה בזה פטור דבעלים, ודלא כדברי הרא"ש.

והנה המחבר הנ"ל בסי' שמ"ו ס"ז פסק כלשון הרמב"ם, ואילו בסעיף י"ח כתב, וז"ל: לוקח בהמה לשלשים יום שומר חנם עליה, עכ"ל, וכבר עמדו נושאי כליו דדבריו לכאורה סתרי אהדדי, דהא התוס' כתבו דבעל בנכסי אשתו הוי עכ"פ שומר חנם וכתבו דלפ"ז הלוקח לזמן נמי הוי שומר חנם וחייב בפשיעה, ואילו הרמב"ם פליג עלייהו בעיקר הדין ומ"מ ס"ל דלוקח לזמן שפיר הוי שומר חנם. ובנתיה"מ (סק"ז) כתב ליישב דבריו דבאמת מאי דהוי שומר חנם אף דלא היה קבלת שמירה, ע"כ דהיינו משום דאיכא אומדנא דמוכח שמקבל שמירה, ע"ש שחילק בין בעל בנכסי אשתו לבין לוקח לזמן. וע"פ דבריו נמצא דפליגי התוס' והרמב"ם גבי בעל בנכסי אשתו אי איכא אומדנא דמקבל שמירה או לא, והוא דוחק לכאורה. אכן י"ל דמאי דפליגי התוס' על דברי המחבר בזה הוא משום דלשיטתם מאי דחייב

בפשיעה הוא מטעם שכתב במח"א הנ"ל ע"פ דברי הרמב"ן, וטעם זה הרי שייך בבעל בנכסי אשתו בדיוק כמו במוכר ללי יום, ומאי דלא ס"ל להמחבר הכי לפי דברי הנתיחה"מ הוא משום דס"ל דמאי דחייב בפשיעה מטעם אחר הוא, משום דאיכא אומדנא דמוכח שמקבל להיות חייב בפשיעה, וכנ"ל, אשר בזה שפיר איכא נפ"מ בין בעל בנכסי אשתו לבין מוכר ללי יום.

אכן בש"ד (סוסי"ק י"ב) כתב בביאור דברי המחבר דאף דגבי לוקח לזמן הוי שומר חנם, מ"מ בבעל בנכסי אשתו שהם שלו לפירות לעולם ואם תמות האשה הויין למפרע שלו ממש, בזה הוא דס"ל דמדמהו לוקח תו לא שייך לומר דשומר חנם הוא וביאור סברתו ע"פ מ"ש דיסוד מה שהוא שומר חנם הוא משום דנהי דשאל לזמן, מ"מ הרי על מה שלא שאל, דהיינו בעלות החפץ לעולם, ע"ז הוי שומר חנם, וכמו שביארנו לעיל. אשר לפ"ז י"ל דדווקא גבי לוקח לזמן הוא דאיכא למימר הכי, אבל בבעל דלעולם יש לו זכות השתמשות בהחפץ וכן יתכן דלמפרע יהא שלו לגמרי אם באופן שתמות האשה, בזה הרי הוי מה שהוא לוקח כאילו הוא לוקח גמור ואין מונח בה שום שמירה. והתוס' דס"ל דאף בבעל בנכסי אשתו הוי שומר חנם, צ"ל דהיינו משום דסו"ס מאי דאית ליה להבעל אינו אלא זכות השתמשות, אבל גוף הדבר הרי הוי של האשה, אשר על זה שפיר שייך לומר שהוא שומר חנם.

והנה כתב שם הרמ"א, וז"ל: אבל לא מפטר מטעם שמירה בבעלים דהא אין החפץ שלה רק שאול בידה, עכ"ל, והוא מדיוק לשון הטור. והדברים לכאורה טעונים ביאור, דהא בסוגיין מבואר להדיא דלרבנן אף אי שואל הוי או שומר שכר הוי אית בזה פטור דבעלים מצד האשה אף דאין החפץ שלה רק שאול בידה, ומפשטות הלשון לא משמע דמה שאמר דלא שייך בזה פטור דבעלים משום שאין החפץ של האשה תלוי בפלוגתא דרבנן ור"י, אלא משמע דכללא נקט דלפטור דבעלים בעינן בעלים ממש, והוא כקושיות הגראב"ו הנ"ל.

והנה כתב הטי"ז בביאור דברי הרא"ש הנ"ל, וז"ל: באמת הוי בעל פטור מפשיעה אפי' במה ששכרה היא מעלמא כיון דלא הוי עלי' דבעל אלא שם לוקח בנכסי אשתו וכאן דאין הבהמה שלה אזל ממנו שם לוקח ולכלל שם שומר לא אתי לעולם משי"ה לא שייך עליו כלל שם ש"ח אבל אם היתה בהמה שלה פטור מפשיעה בלא טעמא דלוקח הוי אלא אי אפי' בנכסי אשתו שומר הוי או שואל הוי אעפ"כ פטור דהוי פשיעה בבעלים וכו' וזהו ג"כ כוונת המחבר שכתב מפני שהוא כלוקח ר"ל אם הבהמה של אשתו אז היה עליו שם לוקח נמצא עכשיו שאינה של אשתו אין לו שום שייכות כלל להך בהמה ואפי' ש"ח לא הוי משא"כ בלוקח ללי יום דהוי באמת לוקח וע"ז כתב רמ"א אבל לא מפטור מטעם שמירה בבעלים כמו שפטור בנכסי אשתו ממש מטעם זה וכו' דכאן לא שייך שמירה בבעלים כיון שהבהמה של אחרים וכו', עכ"ל. וצ"ב לכאורה זה שכתב דאינו חייב בפשיעה כש"ח משום דדינו כלוקח והכא דאינה שלה ממש אינו לוקח, דלכאורה מאי דלא הוי ש"ח אינו קשור לשאלה אי לוקח הוי או לא, ואדרבה, משום דהוא כלוקח הוא דלכאורה אינו שומר חנם.

והמוכרח ומבואר מדברי הטי"ז, דמאי דהוי שומר חנם לדברי התוס' והרא"ש, אין זה כדבר בפני עצמו דחוץ מזה שהוא כלוקח הוי נמי שומר חנם, אלא דהא גופא שנעשה שומר חנם הוא **משום** דהוא לוקח, דזהו דין לוקח דעל מה שאינו לוקח הוי שומר חנם וחייב אפשיעה. אשר זהו שכתב דהיכא דאין הבהמה של האשה, הרי לא שייך שיחשב הבעל לוקח ושוב אינו שומר חנם. ולדבריו יוצא דאף להרמב"ם איכא בבעל בנכסי אשתו חיוב פשיעה, אלא דדווקא בכה"ג דאינה של האשה הוא דכתב דפטור משום דכל דינו הוא להיות כלוקח והכא לא שייך שיהיה לוקח, והן הן דברי הרא"ש בהתוס', ולדבריו לא סתרי דברי המחבר הנ"ל אהדד.

וע"פ יסוד דברי הטי"ז יתבאר דברי הטור והרמ"א כמין חומר ולא יקשה עלייהו מסוגי' דלעיל, דמאי דכתב דלא שייך פטור דבעלים כיון שאין הבהמה של האשה, זהו דווקא למאי דמסקינן ולמאי דכתב המחבר דבעל בנכסי אשתו כלוקח, אשר לפ"ז אין היחס שבין האשה והבעל כמפקיד ונפקד אלא כמוכר ולוקח, ובזה ודאי דדיינינן של מי הוא החפץ וחשיבי הבעלים האמיתיים הבעלים לענין פטור דשמירה בבעלים. אכן לעיל בגמ' לא הוה ס"ד דכלוקח הוא והוה מיבעי ליה אי שואל הוא או שומר שכר הוא, אשר בזה, כיון דהיחס בין האשה להבעל הוא מפקיד ונפקד, כיון דהאשה היא המפקיד שפיר חשיבא היא הבעלים לענין פטור בבעלים, דכל דין הנפקד הוא להמפקיד, וכמשנ"ת, ודוק. ועפ"ז תתיישב נמי קושיות הגראב"ו הנ"ל.

והנה יעויין ברמב"ן דפליג אדברי התוס' בתרתו, דבעל בנכסי אשתו ששאלה ס"ל דאפילו ש"ח לא הוי, דזכותה של אשה לקח ממנה והיא חייבת בשמירה, והלוקח לזמן ס"ל דהוי שומר שכר משום דהוי כשוכר. ואילו התוס' ס"ל דלוקח ללי יום לא הוי אלא כשומר חנם. וביאור פלוגתתם לכאורה, דנחלקו בגדר שוכר, דהתוס' ס"ל דשוכר אין לו אפי' בעלות על ההשתמשות, ואינו אלא כשומר על זה ובזה הוא דחייב אנגיבה ואבידה, משא"כ לוקח ללי יום, ההשתמשות הוא שלו להני ל' יום ואין לדונו כשוכר כלל, רק מאחר דבגוף החפץ לית ליה קנין הוי עליו כשומר חנם, וכנ"ל. והרמב"ן ס"ל דגדר שוכר הוא דהוי כמכר לענין ההשתמשות, ומ"מ הרי חזינן דחייב אנגיבה ואבידה מצד גוף החפץ, וא"כ הוי הדין והוא הטעם לענין לקחו ללי יום. ויסוד לפלוגתא זאת, דלעיל נ"ו ע"ב איתא לענין אונאה דשכירות מכירה ליומא הוי, ובחידושי הרמב"ן נראה דפירשה כפשוטו. אכן התוס' שם ד"ה והאי ביומא מכירה הוי כתבו דאינו אלא דין מסויים באונאה מדכתיב ממכר יתירא, ולשיטתם לענין שאר מילי אין זה כמכירה כלל, אשר על כן ס"ל דאינו דומה כלל ללקחו ללי יום, וכמשנ"ת.

וביחס לשאלה בבעל בנכסי אשתו ששאלה דכתב הרמב"ן דפטור לגמרי ואינו מתחייב אף כשומר חנם, טעמא כמו שכתב להדיא, דלאשה יש זכות השתמשות וחובת שמירה, והבעל שיש לו דין לקוח אינו אלא על הזכות, שהזכות הוא שקונה, אבל חובת השמירה כדקיימא קיימא והוא על האשה. ומבואר מדבריו שחיוב השמירה שעל הבעל שדן עליו הוא מצד חיובו לבעלים, אשר בזה שפיר כתב דהחיוב כלפי הבעלים הוא של האשה ולא של הבעל מהטעם שכתב. וזהו ע"כ משום דס"ל דאף דליכא הכא עושה סחורה בפרתו של חברו אכתיו הוה שייך דינא דרי' יוסי דחיובו של הבעל יהיה כלפי הבעלים, ובזה שפיר כתב דאין לבעל חיוב כלפי הבעלים כלל דנשאר החיוב אצל האשה. אבל התוס' והרא"ש שדנו על חיוב פשיעה, דנו על חיוב מהבעל לאשה, אשר בזה לא שייכא כלל סברת הרמב"ן. והיינו משום דלדידהו מאחר דליכא הכא עושה סחורה בפרתו של חברו ליתא לדינא דרי' יוסי וכל חיוב הבעל אינו אלא כלפי האשה, אשר בזה שפיר יתכן דחייב בפשיעה כשומר חנם.

וע"י שט"מ שכתב בשם הראב"ד, וז"ל: ואסתברא לי דאף על גב דלוקח הוי אם נגנבה או אבדה שהוא חייב לבעלים שלא לקח אלא השכירות שיש לה וכמו ששכרה ממנה הוא והוא נכנס תחתיה לבעלים, עכ"ל. ויסוד סברתו, דלא מהני מה דחשיב לוקח אלא לענין שלא יתחייב באונסין, אבל בגניבה ואבידה שפיר חייב, דלא מהניא מה שהוא לוקח אלא עד כמה שהיה בכחו ליקח, ומאחר דלא היה לאשה אלא בשכירות, לא מהני ליקחתו אלא שיכנס הוא במקומה ותהא השכירות כאילו שלו. אבל היכא דלקח זכות הפירות ממי שהקרקע שלו, ודאי דלא יתחייב גם בגניבה ואבידה. ומבואר מדבריו דאף הוי דן מצד חיוב הבעל להבעלים ולא להאשה, אלא דבעוד שהרמב"ן חילק בין זכות ההשתמשות לחובת השמירה, הראב"ד לא חילק בכך אלא ס"ל דאף חובת השמירה

כלפי הבעלים עברה לבעל. ויסוד השאלה בזה, דלהרמב"ן מה שמתחייב בשמירה וזכות ההשתמשות ב' ענינים נפרדים הם, וממילא פשיטא דלא זכה הבעל אלא בזכות ההשתמשות אבל לא בחובת השמירה. אכן הראב"ד ס"ל דאי אפשר להפריד בין זכות ההשתמשות לבין חובת השמירה, דחובת השמירה של האשה אינו דבר נפרד והתחייבות נפרדת כדס"ל להרמב"ן, אלא זכות ההשתמשות וחובת השמירה היינו הך, דכל זכות ההשתמשות הוא רק עם חובת שמירה ואין חיוב השמירה חיוב צדדי, אשר ממילא שפיר כתב דמאחר שזוכה הבעל בהשתמשות שוב ממילא חיוב השמירה הוא עליו, ודוק.

ועייין בחידושי הרמב"ם (הישנים) שהביא דברי התוס' דבדוקא ל' יום חייב רק בפשיעה, וכתב עלה, וז"ל: ולא נהיר אלא נראה בודאי דלוקח בהמה לשלשים יום חייב הלוקח להחזירה אחר ל' יום בכל ענין אפילו נאנסה משום דתנאה הוא ואם לא יחזיר אין המקח כלום וחייב להחזיר לו בהמתו וכו', עכ"ל. הרי דס"ל דבלקח ל' יום חייב אפי' באונסין, והיינו משום דס"ל דלקיחה ל' יום הוא כמין מתנה על מנת להחזיר, דאם אך לא החזיר מאיזה סיבה שתהיה נמצא דלעולם לא היה שלו וחייב להחזירה. וזהו דווקא להראשונים הסוברים דבמתנה על מנת להחזיר חייב נמי באונסין, ע"י מח"א הל' זכיה ומתנה סי' י"ט שהביא כן בשם הרא"ש, אבל דעת הרשב"ם בב"ב קל"ז ע"ב ד"ה הרי זה מקודש דאינו חייב אלא בפשיעה, וכן דעת הר"ן בקידושין, אשר ממילא אף אי נחשיב מכירה ל' יום כמתנה על מנת להחזיר לא יתחייב באונסין. ושאר"ר ס"ל דלעולם לא הוא כתנאי אלא למכירה פשוטה לזמן אשר אינו תלוי בקיום החזרה, אשר ממילא כתבו דאינו חייב באונסין ואף בגניבה ואבידה לא, אלא שנחלקו לענין חיוב פשיעה, וכנ"ל. וכ"כ בקצוה"ח סי' שמ"ו סק"ה, ע"ש שנישע עפ"י קושיות הבי"ח על דברי הרא"ש דס"ל דבמתנה על מנת להחזיר חייב באונסין, וכנ"ל, ואילו במוכר ל' יום ס"ל דאינו חייב אלא בפשיעה. ובדברי הרמב"ם א"א השנים הנ"ל מבואר כהנחת הבי"ח דשפיר דומה נ"ד למתנה על מנת להחזיר, והיינו, דאף דלא התנה במפורש דליהוי תנאי ולא הוא דרך תנאי, מ"מ במוכר ל' יום איכא עכ"פ אומדנא דמוכח שיהא כן, אשר על כן חייב באונסין.

והנה כתב הרמב"ם בפכ"ג מהל' מכירה ה"ו, וז"ל: המוכר גוף הקרקע לזמן קצוב הרי זו מכירה ומשתמש הלוקח בגוף כחפצו ואוכל הפירות כל זמן המכירה ולבסוף תחזור לבעליה ומה הפרש יש בין המוכר קרקע לזמן קצוב ובין המקנה אותה לפירותיה שהקונה לפירות אינו יכול לשנות צרות הקרקע ולא יבנה ולא יהרוס אבל הקונה לזמן קצוב הוא בונה והורס ועושה בכל זמנו הקצוב כמו שעושה הקונה קנין עולם לעולם, עכ"ל, ע"ש השגת הראב"ד דס"ל דאינו רשאי לקלקל הקרקע. ודקדק בקצוה"ח סי' שמ"ו סק"ה מדברי הרמב"ם דע"כ דס"ל דבמוכר ל' יום אין הלוקח חייב אפי' בפשיעה, דהא כתב הרמב"ם דאפילו מוזק ממש פטור כש"כ בפשיעה, ע"ש שתמה בדברי המחבר שהביא דברי הרמב"ם בסי' רי"ב ס"ד, וכן הרמ"א שם אינו חולק, והכא כתב דהוי שומר חנם עליו וחייב בפשיעה, והניח הדבר בצ"ע. ולכאורה היה אפשר לדון בראייתו, דבאמת אין כונת הרמב"ם דבלקח ל' יום אינו חייב משום מוזק כלל, אלא ר"ל דיכול להשתמש בגוף כאילו הוא שלו ולחפור בו וכדומה כנדרש להשתמשות, ועדיין שפיר יתכן דחייב על הפשיעה כשומר חנם. שו"ר שכ"כ בחו"א אה"ע סי' ע"ד סקט"ו בדברי הרמב"ם ליישב קושיות הקצוה"ח.

אלא דנראה דמצד אחר מוכח דלדברי הרמב"ם פטור אף על הפשיעה, דיסוד הטעם דיחשב שומר חנם נתבאר לעיל דהיינו משום דאין זכותו אלא בהשתמשות ולא בגוף הדבר אשר על כן הוי על גוף הדבר שומר חנם. אכן הלוקח ל' יום להרמב"ם הרי אית ל' נמי להתיא שעתא זכות בקרקע, וכמו שכתב להדיא, אשר בזה אינו שומר חנם על הקרקע אלא

לוקח, ולא יתחייב בפשיעה, והרמב"ם הרי כתב דחייב בכ"כ בפשיעה.

ובקושיית הקצוה"ח בדברי המחבר, ע"י דברי משפט סי' רי"ב שכתב דהכא דלקח בהמה ל' יום מיירי דלא ללקח רק לפירות ולא לקח גוף הבהמה לזמן, ואה"נ באופן שיקנה גוף הבהמה לזמן יהא פטור גם על הפשיעה. ומסתימת לשון המחבר לכאורה לא משמע הכי. ולכאורה יש לדון דאף לשיטת הרמב"ם שייך שיהא חייב בפשיעה מצד אחר, דנהי דלא הוי שומר חנם, מ"מ יתכן דנימא דשפיר חשיב כמתנה על מנת להחזיר מחמת אומדנא, וכנ"ל, ונימא כדעת הרשב"ם והר"ן דאינו חייב אפי' אינו מחזיר בפשיעה, דאין התנאי אלא שיפעל להחזירו ולא יפגע, אבל יותר מזה אינו חייב, אשר ממילא חייב בפשיעה מצד חיובו להחזירו. ואף לשיטת הרא"ש דבמתנה על מנת להחזיר חייב באונסין, יתכן לומר דאף דנימא דלא כהרא"ש עצמו ונימא דהוי כעל מנת להחזיר מחמת אומדנא, מ"מ אין האומדנא בזה אלא שלא יפגע בחזרתו, ודוק, אשר לפ"ז ליכא סתירה בדברי המחבר, ועדיין צ"ע בזה.

במה שביארנו לעיל בדברי התוס' והרא"ש, ע"י בית אהרן שהאר"ק בביאור דבריהם והבין דלהתוס' באמת פשיא דלא הוי בבעלים, ודלא כמו שביארנו לעיל, וע"ש מה שכתב בזה לבאר שינוי לישינא דהטור מהרמב"ם והמחבר. ולדבריו צ"ב מאי דס"ל להרמב"ם דבמכירה לזמן חייב בפשיעה, דהרי לוקח הוא ולוקח אינו שומר כלל, וע"כ דנימא בזה כסברת הנתי"מ הנ"ל, ע"י דברי הבית אהרן בארוכה כי קצרת בזה.

(נד) תוד"ה אלא לוקח הוי מדר' יוסי ברבי חנינא- וי"ל דלא שוייה רבנן יורש אלא משום פסידא דאלמתו כדי שתהא ניזונית ממכסיו כדאמרין התם אבל משום פסידא דמשאיל אין לנו לעשות כיוורש לחיבו בגניבה ואבידה שאם ירצה לא ישאלנו דמי דוחקו להשאילו והוי כאילו אפסידא אנפשי- ע"י מח"א הל' שאלה ופקדון סי' ב' שהקשה דהא אף הכא איכא פסידא דאשה, דאם ימות הבעל תצטרך האשה לשלם לבעלים דמי הפרה. וע"ש דלדעת הרמב"ם הנ"ל באות נ"ב דמיירי הכא שלא הודיעה לו האשה שהפרה שאולה אתי שפיר, דהיה לה להודיעו (ואז היה חייב הוא באונסין) ומדלא עשתה כן איהי דאפסידא אנפשה.

ובגוף דברי התוס' יש לעיין לכאורה, דהא מיירי ששאלה הפרה קודם שנשאת, ואמאי אמרינן דלא היה לו להשאיל, ואדרבה, הרי מצוה להשאיל, וצ"ב. **(נה) רש"י ד"ה מי מעל-** כגון שגפלו לה נכסים מאביה משנשאת ועמהם מעות של הקדש ואין ידועין שהן של הקדש ואמור רבנן בעל זוכה בהן בכל הנכסים להשתמש ולאכול פירות ובתקנה זו נעשה שליט בנכסי הקדש לקנותם וקס"ד שזו היא יציאתם לחולין ואפילו בעודן צרויין ומונחין וכו'- הדברים לכאורה תמוהים מה שייך בזה מעילה, הרי לא תקנו חכמים שיזכה בעל אלא בנכסים של האשה ולא בשל הקדש, ולעולם אין מעות ההקדש נעשים של בעל, והאיך נימא דמעל. והדא מילתא קשיא על עצם סוגיין האיך שייך שימעלו, הרי לא זכתה האשה בזה כלל ולא שייך לא בה ולא בבעל מעילה מהאי טעמא, ואף הבי"ד לא שייך בהו מעילה דהא לא הקנו לה אלא נכסים של האב אבל לא נכסי הקדש. והתוס' בד"ה אמר רבא מאן נמעול כתבו דלא בעינן לטעם דבעל מתכוין לקנות רק דהתירא דהא אינו זוכה כלל כיון דבית דין אין מקנין אלא דהתירא, אבל גם על דבריהם קשה מה בעינן לזה, ודל מהכא הא דבית דין אין מקנין אלא דהתירא, תיפו"ל דלא הקנו אלא נכסי האב ולא נכסי הקדש בלא קשר להא דהוי איסורא, וצ"ע.

שו"ר בתוס' הרא"ש בסוגיין שכתב, וז"ל: דהיתרא ניחא ל' דליקני דאיסורא לא ניחא ל' דלקני- לא הוה צריך להאי טעמא דאפילו אי ניחא ל' דליקני כל מה שבידה אפילו הכי של אחרים או של הקדש לא היה קונה דחכמים לא תקנו לו לקנות ממון אחרים

שבידה וכו', עכ"ל, הרי שכתב באמת כן דאין זה ממון דידה אלא ממון אחרים (הקדש) ולא שייך בזה מעילה. אלא דצ"ב דהא מבואר בגמ' טעם אחר דלא שייך בב"ד מעילה, משום דלא עבדו תקנה באיסורא, כלומר, המביא לידי מעילה, ומה בעינן לזה, הרי לא הקנו נכסים של אחרים, וכמשי"כ הרא"ש, וצ"ע.

(נ) לימעול בעל דהיתרא ניחא לי' דליקני איסורא לא ניחא לי' דליקני- ע"י שיעורי ר' אלחנן ס"י כ"ה שהקשה דהא ק"ל כר"י בקידושין נ"ד דבשוגג מתחלל, ואף דס"ל דאינו הקדש או דדידי הוא, ומ"ש הכא, ע"ש שתיירץ ע"פ דברי הר"ן בנדריים ל"ה בסוגי' דמעילה בקונמות שכתב דאף דהמוציא בטעות מעל, אין זה אלא כשהוא הוציא, אבל כשאחר מוציא והוא מקבל וזוכה בטעות לא מעל. וביאר הגראב"ו דבריו, דמעילה דהוצאה הוי כקנינים, דהעיקר הוא המקנה, כדחזינו מהא דדעת אחרת מקנה מהני בקטן, ואילו במקנה קטן לא מהני דעת הקונה, ובזה הוא דאיכא לר"י גזיה"כ דמעל אף דהוי בטעות. ונהי דאיכא דלא מעל המוציא יש לדון שיתחייב הזוכה דנימא שעל ידי זכירתו הוי כאילו הוא הוציא, מ"מ בזה ליכא גזיה"כ דמעל אפי' בטעות, ולהכי לית בזה מעילה. ועפ"ז אתיא נמי סוגיין שפיר, דליכא למימר דימעול הבעל על ידי קבלתו כיון דהוי בטעות ואין על זה גזיה"כ, ע"כ תו"ד. וקושייתו לכאורה צ"ב, דהא מדברי התוס' בסוגיין מבואר דיסוד הטענה דבעל לא קונה אלא היתרא הוא דאין לו כונה להוציא בכלל אלא דסבור שהוא שלו, ובזה הרי אפי' ר' יהודה מודה, ואדרבה, זהו גופא מה שבאו התוס' לבאר. ע"י רבינו פרץ שהקשה באמת ע"ז ות"י כן.

ובגוף ענין זה דמעילה דהוצאה חקרו המפרשים אי יסוד החיוב מעילה בזה הוא משום דיצא לחולין, או דהוי על עצם מעשה ההוצאה, ומאי דמתחלל דין אחר הוא. והקשו בזה סתירה, דבתוספתא שהביאו התוס' לקמן דף צ"ט מבואר דאף בעולה דאינו מתחלל לקח זה ונתנו לאחר ונתנו לאחר וכו' כולן מעלו, הרי דאין דין מעילה תלוי במה שמתחלל. ומאידך גיסא, ממאי דאמרו בקידושין נ"ד ע"ב בדברי ר"מ דבשוגג אי לא מתחלל קרבן אמאי מיחייב, ע"ש בתוס', מבואר דיסוד חיובא דמעילה הוא על מה שמתחלל, וכבר הקשה כן בשעה"מ. ובאחיזתו ח"ב ס"י מ"ז אות ה' כתב לתרץ דתליא מילתא דא במח' ר"מ ור"י, דלר"מ דבמזיד מתחלל עבירה דמעילה הוא על מה שמתחלל, אבל לר"י דבמזיד אינו מתחלל נמצא דלאו דמעילה הוא על דעבר אמירא דרחמנא ולא על מה שנתחלל. ובקובץ שיעורים למס' פסחים אות קל"ה כתב ליישב באופן אחר, דליכא מעילה אלא היכא דבחולין היה שפיר קונה, אשר ממילא גבי עולה דמה שאינו נקנה אינו אלא משום דהוי הקדש שפיר איכא מעילה, משא"כ בסוגיין דהוי בטעות, שפיר אמרינן דכיון דלא נתחלל, ז"א, דהוי טעות, ליכא חיוב מעילה.

(ז) רש"י ד"ה לימעול בעל- דאין היא מוסרתן לו אלא מאליהם נקנים לו- בא ליישב בזה אמאי תפסו קודם דלמעול בעל ולא האשה שהיא לכאורה המוציא. וע"י חידושי הריטב"א דכן מבואר בדבריו. ובתוס' פירשו באופן אחר, ע"י ד"ה בעל בנכסי אשתו שכתבו דהיינו משום דהוא עושה עיקר המעשה שנשאה. ופליגי רש"י ותוס' בעצם הציור בסוגיין, דלרש"י מיירי להדיא שנפלו נכסים משנשאת, דבזה ליכא למימר דליחשב הנישואין למעשה מעילה כיון דהרי עדיין לא נפלו לה. ואילו לדברי התוס' מיירי בנכסים שהיו לה מכבר דבזה שייך להחשיב הנישואין למעשה מעילה. והיינו טעמא לכאורה דנאדו התוס' מפירושו של רש"י, משום דהא פשיטא להו דבנכסים שנפלו אח"כ דליכא מעשה כלל לא שייך בזה מעילה, ולרש"י שפיר שייך בזה מעילה, וצ"ב מהו יסוד פלוגתתם דרש"י ותוס' בזה.

(ח) נמעול בית דין כי עבדו רבנן תקנתא ואמרו בעל לקוח הוי להיתרא לאיסורא לא עבדו רבנן תקנתא- ע"י דבר אברהם ח"א ס"י כ"א אות ל"ב שהעיר על דברי הגמ', וכן על מה דאיתא בשט"מ כתובות ל"א גבי קנין ד' אמות דלא תיקנו לענין גניבה משום דלא

תקנו לאיסורא ולא תקנה מיקרי אלא תקלה, מהא דס"ל לר' יוחנן דדבר תורה מעות קונות ומשיכה לא קניא אלא מתקנתא, דאם כן לא תקנה משיכה בגניבה מהאי טעמא דלאיסורא לא תיקנו, ע"ש שהביא שכבר הקשה קושי' זו רבנו יעקב אלגאזי בספק קהלת יעקב ערך משיכה, וכתב שם דבשלמא לשיטת התוס' בע"ז ע"א שהיכא דליכא מעות קניא משיכה לר' יוחנן מן התורה אתי שפיר, אבל דעת הריטב"א דאף בכה"ג תקנתא היא ויקשה כנ"ל. והוסיף דבר אברהם להקשות מהא דב"ק דף קי"ח, גזל שדה ובה פרה רבוצה דקנה הפרה לגניבה בקנין אגב אף דקנין אגב דרבנן הוא.

אכן יעויין מח"א ה"ל מכירה קנין משיכה ס"י ב' שכתב בדעת הרמב"ם לבאר דלעולם אין כונת הגמ' לומר דבאיסורא ליתא לתקנתא כלל, דודאי איתא מאחר שתקנוהו, רק הכונה דאין ב"ד מועלים מאחר דלא היתה עיקר התקנה לאיסורא אלא להיתרא. וכדבריו כן מבואר לכאורה בדברי המאירי בסוגיין שכתב להלכה דבנפלו לה נכסים מאחד ממורישה והוי שם מעות הקדש ולא ידע בהם הרי זכה בהם בעל, ותמוה לכאורה דהא מסקינן דבאיסורא לא תקנו, אע"כ שהבין דהא מיהא דודאי איתא לתקנה בכל מקום, וכונת השי"ס כמשי"כ במח"א. אכן בדברי התוס' בסוגיין מבואר להדיא דס"ל דבאיסורא ליתא לתקנתא כלל, ולדידהו אכתי יקשה כנ"ל. ואף דברי המח"א לא יעלו ארוכה למאי דמבואר דלא תיקנו קנין ד' אמות לאיסורא, דהתם פשוט דר"ל שלא תקנו כלל.

והיה אפשר לכאורה לומר דלא כל התקנות שוות, דבכגון תקנת משיכה, הרי תקנו מעשה קנין ומאחר דהוי מעשה קנין שוב מהני לכל מילי ואפילו לענין גניבה דהא סו"ס השתא מעשה קנין הוא. לא כן בני"ד, הרי תקנו במסויים שיזכה הבעל בנכסים, והוא לא תקנת קנין אלא תקנת זכיה בנכסים, אשר בזה שפיר אמרינן דלא הקנו לו לאיסורא. אלא דעדיין יקשה מקנין ד' אמות שלא תקנו לענין איסורא, והא התם נמי מעשה קנין הוא. אלא די"ל דאף התם, מאי דמהני ד' אמות לאו בתורת מעשה קנין הוא, רק שתקנו שיזכה במה שנמצא בתוך ד' אמותיו, אבל הא מיהא דלאו תקנתא בדרכי הקנינים הוא, אשר ממילא אף בזה אמרינן דלא הקנו לו אלא היתרא אבל לא איסורא, וכמשנ"ת.

(ט) רש"י ד"ה נמעול ב"ד- של ישראל שבאותו דור וכו'- בא ליישב בזה אמאי ימעלו אותו ב"ד הרי לא הם תקנו קנין הבעל בנכסי אשתו. ובשיעורי ר' אלחנן הקשה דהא סו"ס אין ב"ד יכול לבטל דברי ב"ד חברו אלא אם כן גדול הימנו בחכמה ובמנין, ואף אילו לא היו רוצים לקיים התקנה היה האיש זוכה בנכסי אשתו, ואמאי ימעלו ב"ד שבאותו דור. והמוכרח ומבואר מדברי רש"י, דמצד הא גופא דאחראין הב"ד על קיום התקנה חשיב כאילו תקנו הם והם כאילו המוציאין, ואף דלא היו יכולין לבטל התקנה מ"מ חשוב ב"ד שבכל דור ובכל מקום כאילו הם מוציאין הממון, וז"פ.

(ס) אלא אפי' מתה מחמת מלאכה נמי פטור דא"ל לאו לאוקמא בכילתא שאילתה- הנה נחלקו הראשונים בגדר פטור זה דמתה מחמת מלאכה, ע"י רמב"ן שהקשה מ"ש דכי מתה סתם חייב אף דאיכא למימר מלאך המות מה לי הכא מה לי התם, ובמתה מחמת מלאכה שמתה בגרמתו אמרינן דפטור. וכתב הרמב"ן דנהי חייב שואל בכל מיתה ואונס, מ"מ זה אינו אלא היכא דלא פשע המשאיל, אבל במתה מחמת מלאכה, היה לו לדעת שאין הבהמה יכולה לעבוד וחשיב פושע במה שהשאילה, ולהכי פטור השואל, וכ"כ הריטב"א משמו. וע"י שם בחידושי הריטב"א שבין בקושייתו בין בתירומו מבואר דבהני חיובים מצד קבלת אחריות דהשואל איתנן עלה, וכתב בתירומו דשואל קביל עלי' אחריות כל אונסין דלא אתו מחמת פשיעה דמשאיל אבל לא מה דאתי מחמת פשיעה דמשאיל, כלומר, דבכה"ג לא קביל עלי', והמשיך וכתב דכאן משאיל פשע דמידע ידע

דלמלאכה בעי לה ולא לאוקמא בכלתא והוה לי לעיוני אם היא בת מלאכה אם לאו וכיון דלא עיין איהו דאפסיד אנפשי. וכונתו לכאורה, דאף דאיהו דאפסיד אנפשי, מ"מ כיון דסו"ס יסוד חיובא דשואל הוא משום קבלת אחריות דידיו, אילו היה מקבל עליו אחריות ככה"ג שפיר היה חייב, אלא דבאופן דאיהו דאפסיד אנפשי אינו מקבל אחריות, כן נראה לכאורה בכונת דבריו. ובגוף דברי הרמב"ן בחידושי הרמב"ן לא הוזכר קבלת אחריות, והיה אפשר לבאר דבריו באופן אחר דכל הפטור הוא משום דאיהו דאפסיד אנפשי. וכן נראה שהבין בדברי הרמב"ן בשו"ת הריב"ש סי' תכ"ג, ע"ש שכתב בדברי הרמב"ן "דלא חייבה אותו תורה במה שפשע המשאיל".

אכן ברשב"א מבואר פירוש אחר בזה, "דודאי מאן דמשאיל פרה לחברו למלאכה מידע ידע דעבידא לאכחושי בבישרא דלאו לאוקמא בכלתא שאלה ואפ"ה לא שם לה מעיקרא בכחשא וכיון דלאו בכחש קפיד אף במתה מחמת מלאכה נמי לא קפיד דמה לי קטלה כולה מה לי קטלה פלגא וכו'". ומבואר מדבריו דלא כהרמב"ן והריטב"א, דלדבריהם מצד עצם הדין שואל וחויב אחריות שחל עליו היה שפיר חייב אף במתה מחמת מלאכה אילו היה בזה קבלת אחריות, אלא דמשום פשיעת המשאיל הוא פטור, (דבכה"ג לא קיבל עליו אחריות). אכן להרשב"א אין עצם חיוב אחריות שלו מחייבו על מתה מחמת מלאכה, דזה פנוח בשאלה מדלא שם לו, ע"י ביאור דברי הרשב"א בחידושי ר' מאיר שמחה, וע"י מח"א ה"ל שאלה ופקדון סי' ד' שכתב ג"כ כע"ז.

ובמח"א ה"ל חידש עוד טעם ביסוד הפטור דמתה מחמת מלאכה, דסתם שואל כלי או בהמה למלאכה, הראויה למלאכה קא שאיל, והלכך כשמתה או נכחשה הבהמה מחמת מלאכה כחשא דלא הדר איגלאי מילתא למפרע דבהמה זו לא היתה ראויה למלאכה והדר הויא לה שאלה בטעות, דהא אי הוה ידע שאינה ראויה למלאכה לא היה שואל. ולדידי יוצא דאילו הוה כחש כזה שאינו מפריע את מלאכתה, לא היה בזה פטור דמתה מחמת מלאכה, דהא אין בזה משום שאלה בטעות, וכ"כ שם במח"א.

והנה כתב הטור בסי' ש"מ בשם הרמ"ה, וז"ל: כתב הרמ"ה מי ששואל בהמה לילך דרך ידוע ובאו עליו לסטין באותו הדרך או חיות רעות ואנסוה ממנו חשיב שפיר מתה מחמת מלאכה כיון שמחמת הדרך ששאלה לילך בה הורליכה ונאנסה וכו', עכ"ל, ע"ש שה"ר מסוגי דלקמן בההוא דשאל שונרא. וברא"ש, הובא בטור שם, פליג עליו וס"ל דליכא ראייה מההיא דשונרא, ע"ש. ובחידושי ר' מאיר שמחה תלה דינא דהרמ"ה בפלוגתת הרמב"ן והרשב"א ה"ל. ונראה הכונה בזה, דלהרמב"ן דאינו פטור אלא היכא דפשע המשאיל, הא פשיטא דכי היכי דהוי אונס לגבי השואל הוי נמי אונס לגבי המשאיל וליכא פשיעה לפטור את השואל. אכן להרשב"א מאי דפטור אינו משום דהמשאיל פושע הוא, אלא דמדלא חש להיות שם הפחת מבואר דזהו נכלל בהשאלה, אשר לדידי לא בעינן דרגה בפשיעה, ז"א, דידע מה יהיה, אלא סגי במה שידע מה שיכול להיות על ידי השאלה בכדי שיהיה ד"ז כלול בו ויהא השואל פטור עליו. אשר בזה שפיר איכא למימר דכיון דעל ידי ההשתמשות בו בדרך זה ידע ששייך שיבואו לסטים וכו', הרי זה שפיר בכלל פטור דמתה מחמת מלאכה.

והנה גם הרא"ש דפליג אדברי הרמ"ה מבואר דלא פליג משום דס"ל כהרמב"ן והריטב"א, אלא מטעם אחר פליג, כמבואר מדבריו, והוא משום דלא חשיב מחמת מלאכה אלא היכא דמתה מחמת עצם המלאכה, ולא סגי במאי דהמלאכה איפשרה לה למות. וביתור ביאור, נראה דס"ל להרא"ש דאיברא יסוד הפטור דמתה מחמת מלאכה הוא על דרך הרשב"א, אכן יסוד הדבר הוא דמדלא שם לפחת וכדומה מבואר דהך פחת או פחת דמיתה בכלל השאלה הוא, והוי כאילו השאילו לו להשתמש בו עד שיפחת או ימות, וזה אינו שייך אלא היכא דהמיתה היא מחמת המלאכה ממש, אכן בכגון דינא דהרמ"ה, נהי דרך

על ידי המלאכה נוצר המצב שבו מת, מ"מ אין זה מונח במלאכה עצמה, ואי אפשר לומר בזה דהשאילו לעשות מלאכה זו אפי' עד מיתה וזהו בכלל המלאכה שהשאילה עבורו. והרמ"ה ס"ל דאין יסוד הפטור במלאכה עצמה, אלא בכל מה שבא על ידי המלאכה, אשר לפ"ז יש לומר בטוב דאיתא לפטור במתה מחמת מלאכה בנידון דהרמ"ה.

והנה הראשונים ה"ל הביאו דברי הרמב"ם שכתב בפ"א מה"ל שו"פ דפטור במתה בשעת מלאכה, וכן הם הציורים שהביא שם, ומבואר מדבריו דליתא לפטור דמחמת מחמת מלאכה היכא דמתה אח"כ, ומשמע דהיינו אף דחזינן דמחמת המלאכה הוא שמתה. ובר מגופא דמילתא דטעון ביאור, צ"ב מהיכן הוציא הרמב"ם דין זה אשר הוא לכאורה דלא כפשטות משמעות הגמ', וכמו שדייקו הראשונים ה"ל. ועוד, דבהלכה ד' גבי כחש מחמת מלאכה שפיר כתב הרמב"ם כחש מחמת מלאכה ולא כתב בשעת מלאכה.

ובמ"מ הביא דברי הריב"ש בביאור דברי הרמב"ם, דכיון דא"א לדעת אי באמת מתה מחמת מלאכה או לא, דווקא היכא דמת בשעת מלאכה הוא דתלינן שמתה מחמת מלאכה, אבל שלא בשעת מלאכה אמרינן דלא מחמת המלאכה מתה. וכונתו, דהוי כמין חזקה דכאן נמצא כאן היה. אשר לפ"ז מבואר היטב מאי דלא כתב הרמב"ם מש"כ הראשונים דדווקא היכא דחזינן שנחלשה הוא דפטור, דלדידי אם אך מתה בשעת מלאכה תלינן דמחמת מלאכה מתה, וכנ"ל, ויוצא מזה קולא לשיטת הרמב"ם, וכ"כ בערוה"ש חו"מ סי' ש"מ סעי' י"ב, ע"ש. וע"פ דברי הריב"ש ביאר בלח"מ דמאי דבעינן בשעת מלאכה אינו אלא במתה, אבל בכחש, דחזינן שכיחשה וידעינן דמחמת המלאכה הוא, לא בעינן בשעת מלאכה דווקא, ומבואר מה שכתב בה"ד כחש מחמת מלאכה ולא הזכיר שעת מלאכה.

ומקור דברי הרמב"ם, הביא בחזון יחזקאל ב"מ פ"ח דין ח' מדברי מכילתא דרשב"י, ואף דלא מצאתי שם, ראיתי במדרש הגדול שהובא באותו הלשון, וז"ל: בעליו אין עמו שלם ישלם מכאן אמרו השואל משלם את הכל חוץ מן המיתה בשעת מלאכה ובלבד שלא ישנה, עכ"ל, הרי להדיא דתלו לה בשעת מלאכה, וביאור הדברים כנ"ל.

וע"ש עוד בחזון יחזקאל שדקדק מדברי התוספתא כדברי הרמב"ם, דז"ל התוספתא: שכרה ואח"כ שאל בעליה ומתה או נשברה אע"פ שבעלים עומדין וחורשים על גבה ונפלה ומתה חייב שנאמר בעליו אין עמו שלם ישלם, עכ"ל. ומה דכתבו הלשון נפלה ומתה ולא אמרו מתה גרידא, היינו משום דמתה היה משתמע שמתה בשעת המלאכה, ואז היה פטור משום מתה מחמת מלאכה אף דליכא פטור דבעליו עמו, להכי אמרו נפלה ומתה, שנפלה בשעת מלאכה ומתה אח"כ, דבזה ליכא פטור דמתה מחמת מלאכה, ומאי דתנא ברישא שם נפלה היינו אגב סיפא. ומדוקדק מזה כשיטת הרמב"ם דאם אך מתה בשעת מלאכה פטור, דלשא"ר ראשונים צ"ל דמאי דליכא פטור דמתה מחמת מלאכה היינו משום דלא נחלשה, וא"כ הרי שפיר מצי מיירי גם שמתה בשעת מלאכה, דאף בה"ג חייב, ואמאי איתא דווקא נפלה ומתה, ולדברי הרמב"ם א"ש. (ובאמת בסוגיין דלעיל צ"ה ע"ב כד הביאו ברייתא זו ליתא לתיבת נפלה.)

והנה מתוך דברי הרמב"ם מבואר לכאורה דאף ששינה לקולא ליתא לפטור דמתה מחמת מלאכה, דרכיבה לכאורה מלאכה קלה מחרשיה, וכן דקדק במ"מ. וכן משמע באמת מפשטות לשון הדרשה הנ"ל, שסתמו ובלבד שלא ישנה. אכן בריטב"א החדשים כתב, וז"ל: א"ל זיל איתיי ראייה דלא שנית בי, כלומר שלא פשעת בו ושלא שנית להכביד וכו', עכ"ל. הרי להדיא דדווקא בשינה להכביד הוא דחייב אבל לא בשינה להקל. ופשוט דהריטב"א בזה לשיטתו דס"ל כשיטת הרמב"ן דטעם הפטור דמתה מחמת מלאכה הוא דהוי פשיעת המשאיל, ואם לא היתה מסוגלת לעשות מלאכה יותר קלה פשיטא דהוי

הך שאלה פשיעה מצד המשאיל, ודווקא היכא דשינה להכביד הוא דאין המשאיל פושע. והרמב"ם ע"כ דפליג על הרמב"ן וס"ל ע"י הרשב"א דמדלא שם לדבר זה אין חיוב עבור המיתה בכלל השאלה, אשר בזה שפיר מובן דכיון דלא שאל למלאכה הקלה ליכא ראייה ממאי דלא שם המשאיל על המיתה בדבר זה.

והנה כתב בתלמיד הרשב"א, וז"ל בא"ד: כיצד מחמת מלאכה כגון שנתעלפה מחמת מלאכה ומתה מחמת אותו עייפות או כיוצא בדברים אלו אבל מתה בשעת מלאכה ואינו יודע שמחמת המלאכה מתה אין זו מחמת מלאכה מתה וזה שלא כדברי אחד מגדולי המורים (הרמב"ם) שכתב שכל שמתה בשעת מלאכה פטור ולא כן הסכמת המפרשים אלא כלשון הראשון וכן עיקר שמתה מחמת מלאכה אמרו בגמרא ולא מתה בשעת מלאכה, עכ"ל. והנה ממש"כ דאם מתה בשעת מלאכה ואינו יודע שמחמת מלאכה מתה אין זו מחמת מלאכה, משמע דחייב מספק. וכן מבואר מדברי הרא"ש בסוגיין סי' ד', ע"ש שכתב בא"ד, וז"ל: אבל אם מתה בדרך ולא הרגיש בה עייפות טורח בדרך לא יוכל לישבע שמחמת מלאכה מתה שמה אם היתה עומדת על אבוסה היתה מתה וכו', עכ"ל. ומבואר מדבריו דהיינו טעמא דהוה מחייבין בכה"ג, משום דאינו יכול לישבע דמחמת מלאכה מתה. אכן יעויין בני"י ב"ק דף קי"ב ע"ב (ל"ט ע"א בדפי הרי"ף) שכתב בשם הרא"ה דמספק אינו חייב לשלם, דהוה איני יודע את נתחייבתי. ומפשטות לשונו של תלמיד הרשב"א בסוגיין משמע דהא דחייב אינו משום שבועה כדברי הרא"ש אלא משום דמצד עצם הספק חייב לשלם, והיינו לכאורה משום שתפס דחשיב בכה"ג איני יודע אם פרעתיך.

והך מילתא אי חשיב ספק מתה מחמת מלאכה כאיני יודע אם פרעתיך או כאיני יודע אם נתחייבתי, נראה לכאורה דתליא ביסוד הפטור דמתה מחמת מלאכה, דאי נימא ע"י הרמב"ן והריטב"א דיסודו במאי דפשע המשאיל ואיהו דאפסיד אנפשי, הוה פירושא דמילתא לכאורה דבאמת הוה ל"י להיות חייב, אלא דעד כמה שפשע המשאיל אין זה בכלל חיובו, כלומר, דפשעת המשאיל גורמת הפטור ובלא"ה חייב, וא"כ במקום דהוה ספק מתה מחמת מלאכה וספק אי איכא פשיעת המשאיל, דומה דבר זה לאיני יודע אם פרעתיך. וע"י תלמיד הרשב"א שכתב באמת דיסוד הפטור דמתה מחמת מלאכה הוא משום דהבעלים הם שפשעו בשלהם. אכן אי נימא ע"י הרשב"א דיסוד הפטור במתה מחמת מלאכה הוא דהרי זה בכלל שאלתו ואין לו על זה דין שמירה, לפ"י נמצא דהיכא דמסתפקין אי מתה מחמת מלאכה הוה זה ספק אי נכלל ד"י בכלל חיוב שמירתו או לא, אשר דבר זה דומה לאיני יודע אם נתחייבתי.¹⁰ והנה הרא"ש ס"ל דמאי דחייב במקום ספק אינו אלא משום שאינו יכול לישבע, אבל בלא"ה שפיר היה פטור, ודבר זה מתאים לשיטתו למשנית לעיל דבעצם הפטור דמתה מחמת מלאכה ס"ל על דרך הרשב"א, ודוק. ובמל"מ ריש פ"ד מהל' שוי"פ הביא קושיות המהרש"ך על דברי התרוה"י דלמה ל"י טעמא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם, תיפו"ל דהוה איני יודע אם פרעתיך, ע"ש שהוכיח מזה דלא אמרינן באיני יודע אם פרעתיך דחייב אלא בביר טוב ושמא גרוע. ולמשנית אתיין דברי הרא"ש והתרוה"י שפיר בלאו הכי, דשפיר דומה בכה"ג לאיני יודע אם נתחייבתי.

ובמאי דלדעת הנ"י לא מחייבין ל"י משום דאינו יכול לישבע, ואף לדברי תלמיד הרשב"א לא מזה הטעם הוא שחייב, ע"י תרוה"י סי' שלי"ג שכתב, וז"ל: וא"ת

מנלן דחייב לישבע כה"ג שהוא ודאי שלא פשע דלמא כל היכא שנו"ד ספק שלא יוכל לידע אמרינן עלה אוקי ממונא בחזקת מרי' ואין צריך לישבע אלא שלא פשע בדבר שאפשר לו לידע הא ליתא כדאיתא בהדיא באשר"י פי השואל גבי מתה מחמת מלאכה היכא דמתה בדרך ולא הרגיש בה עייפות דמשום שאינו יכול לישבע שמתה מחמת מלאכה משום דספק הוא חייב לשלם ואע"ג דהתם נמי אינו יכול לידע הספק אפי"ה לא אמרינן אוקי ממונא בחזקת מרי' ונימא דמתה מחמת מלאכה אלא משום דצריך לישבע דממ"מ וזה לא יוכל לידע בודאי מחייבין ל"י וכו', עכ"ל. ובדעת החולקים וסוברים דאין בזה משום מתוך איכא למימר דס"ל כקושיית התרוה"י דמאחר דהא מיהא ודאי דלא פשע יתכן דאמרינן בזה אוקי ממונא בחזקת מרי'. או י"ל באופן אחר, ע"י קצוה"ח סי' ש"מ סק"ד שהאריך בזה וכתב לבאר דעת הרא"ה דס"ל דעיקר שבועת השומרים הוא שבועה שאינה ברשותו, ושאר שבועות על ידי גלגול הם, ובשבועה על ידי גלגול לא אמרינן דמתוך שאינו יכול לישבע משלם, וכש"כ היכא דעיקר השבועה הוה על ידי שמא, ע"ש כל דבריו.

סא) א"ל זיל אייתי סהדי דלא שנית בי- עי ריטב"א החדשים וש"מ בשם תוס' שאנן שדקדקו מהכא דאין השואל נפטר על ידי שבועה בטענת מתה מחמת מלאכה אלא בעינן עדים שמחמת מלאכה מתה. ושוב דחו הרא"ה, דאיכא למימר דמירי ביש רואים דלאיסי בן יהודה דק"ל כוותי' בעינן דווקא עדים, אבל בלא רואים שיר נפטר בשבועה. (ודחיו הראשון של הריטב"א, דלא רצו להתחיל בשבועה אי איכא עדים צ"ב לכאורה, דלפי"ז מהו המשך הגמ' ואי ליכא סהדי מאי, הרי יכול לישבע.) אכן איכא שינוי בין דברי הריטב"א לבין דברי התוס' שאנן (וכבר עמדנו על זה בהמפקיד דף ל"ד ע"א, ע"י מש"כ שם באות י"ח.), דהתוס' שאנן הקשה סתירה מדברי הגמ' בדף ל"ד דמבואר דשואל יכול לפטור עצמו בטענת מתה מחמת מלאכה, הרי דבלא עדים יכול לפטור עצמו על ידי שבועה, וכן מסוגי' דלעיל ל"ו ע"א מבואר דאיכא דין שבועת הפקדון גבי שואל. ואילו הריטב"א כתב רק דסברא דרבוותא דל"ש שואל לא שגא שאר שומרים כולהו פוטרים עצמן בשבועה.

והנה מאי דהוה בעינן עדים דווקא מבואר מדברי התוס' שאנן ודברי הריטב"א ב' טעמים נפרדים, דבתוס' שאנן כתב דהיינו משום דלא שכיח כלל שתמות מחמת מלאכה ולהכי בעינן ראייה, ואילו הריטב"א כתב, וז"ל: משום דשואל כיון דחייב בכל אונסין ואינו נפטר אלא באונס דמחמת מלאכה הוא אינו נאמן בשבועה כשאר שומרים במה שהן נפטרינן אלא צריך להביא ראייה, עכ"ל. וביאור דברי הריטב"א, דבכל השומרים איכא צד דחייבין ואיכא צד דפטורין, והספק הוא אי חייבין, אשר לזה שפיר נאמן על ידי שבועה לומר דליכא מחייב. אכן שואל דחייב בכל, ואפי' באונס, פירושו הוא דבאמת חייב אלא דבא לפטור עצמו על ידי מה שמתה מחמת מלאכה, ולפטור עצמו לא סגי בשבועה אלא בעינן ראייה. וע"ז הביא סברת רבוותא דבאמת ליכא חילוק בין שואל לבין שאר שומרים, דאף בשואל אי מתה מחמת מלאכה אין פירושו דפוטרו עצמו, אלא דבכה"ג ליכא מחייב.

אשר לפ"ז מובן דלהריטב"א דסברי הני רבוותא דעיקר המושג דשואל דחויבו כשאר שומרים, שוב פשוט הוא בלא שום ראייה דנפטר בשבועה, אכן לשיטת התוס' שאנן דמאי דהוה בעינן דווקא עדים הוא משום דמתה מחמת מלאכה לא שכיח, הרי אןחולקין על זה מסברא אלא משום דמוכח בגמ' דאין הדבר כן.

שו"ר דביאור זה מפורש הוא בפסקי רי"ד בסוגיין, ע"ש שפסק באמת דבעינן דווקא עדים שמתה מחמת מלאכה, וכתב בטעם הדבר, וז"ל: וזהו טעם הדבר שמשעה שמתה הוחזק השואל לשלם ואינו יכול להוציא עצמו מחזקת תשלומין אלא בעדים ואינו נאמן בזה בשבועתו כדן שומר שכן שנשבע במיתה

¹⁰ וכל זה משום לאינו מתחייב אלא בצעת אונס, וכמ"כ ס"ס בני"י, לאילו היה מתחייב בצעת משיכה בכל מקרה שיהיה, ולאוי ככה"ג לאוי יודע אם פרעתיך, וז"פ. אלא לוף ל"י מתחייב בצעת האונס ללענת תלמיד הרשב"א לדעמי' חשיב לאוי יודע אם פרעתיך, וכמ"ש"ת.

ושומר חנם בגניבה מפני שאילו אם נגנבה או מתה פטורין ולא הוחזקו לשלם אבל השואל אפי' במיתה הוחזק לשלם ואינו נפטור אלא בעדים וכו', עכ"ל, הרי להדיא כמו שבארנו בדברי הריטב"א. ובאשר לקושיות מהסוגיות הנ"ל דמבואר לכאורה מהם דשפיר מצי שואל פוטר עצמו במתה מחמת מלאכה על ידי שבועה, עי' בתוס' ר"ד בסוגיין מש"כ בזה.

צ"ז ע"א

סב) רש"י ד"ה דינא הכי - הכא נמי ישומו לו שברי הראשון ועליהן ישלם דמיו וזה ילך ויטרח ויקנה לו כלי אחר - צ"ב לכאורה מהו זה שהוסיף דילך זה ויטרח וכו', דמה לנו בזה, ולא הול"ל אלא דשפיר יכול לתת לו השברים.

ועי' סוגי' דאין שמין בב"ק י"א ע"א, ורש"י ותוס' שם. והנה התוס' שם פירשו בדברי רש"י דמאי דאין שמין בגנב וגזלן הוא משום דאית בהו גזיה"כ דלא אמרינן דהוי כסף כסף, ונמצא דיסוד החילוק שבין גנב וגזלן לבין נזיקין הוא בדין שוה כסף כסף, וגבי שואל פליגי רב ורב כהנא ורב אסי אי אמרינן דשו"כ כסף. אכן מדברי רש"י שם לא משמע הכי, דכתב דמאי דלא אמרינן בנזיקין דאין שמין הוא משום דכתיב גבי נזקין והמת יהיה לו, ומשמע דיסוד הויכוח אי שמין או אין שמין הוא בדין והמת יהיה לו דאיתא בנזקין ולא בגנב וגזלן, ולא הוי נידון בדין שוה כסף כסף, ואף דכתב רש"י דצריך לשלם בהמה שלמה וכלים מעולים מ"מ משמע דאין זה עיקר הנידון.

עוד צ"ב, דמבואר לכאורה מדברי רש"י שם דגבי גנב וגזלן ליכא דין שו"כ כסף, ואילו בפסחים ל"ב מבואר דלהדיא דשפיר איכא דין שו"כ כסף בגזילה. והנראה בזה, דהנה בריש ב"ק כתב רש"י דאם רצה לשלם קרקע משלם מיטב, דמשמע דאף היכא דאית ל"י דבר אחר יכול לשלם קרקע, ואילו בגיטין מ"ט כתב דהא דמשלם מיטב אינו אלא היכא דלית ל"י כסף. והמוכרח ומבואר מדבריו, דאי אית ל"י כסף אינו יכול לשלם קרקע, אכן אי לית ל"י כסף אף דאית ל"י מטלטלין מ"מ יכול לשלם קרקע. ויוצא מזה דאי אית ל"י כסף אינו יכול לשלם מטלטלין, דאף דאמרינן דכל מילי מיטב מ"מ לא עדיפי ממיטב, ואי הוי מטלטלין כסף, היה צריך לשלם קרקע היכא דאית ל"י כסף כמו היכא דאית ל"י מטלטלין.

ועפ"ז נראה דלשית רש"י שפיר איכא דין שו"כ כסף גבי גנב וגזלן, רק אין זה אלא היכא דלית ל"י כסף, כמו גבי נזיקין, ולעולם ליכא חילוק ביניהו בדין זה, אשר משו"ה לא פירש רש"י דהחילוק שבין גנב וגזלן לבין נזקין הוא בדין שו"כ כסף, דבהך מילתא כולחו שוין, וכנ"ל, אלא הנידון הוא בדין בעלים מטפלים בגזילה שנתחדש מקרא דהמת יהיה לו, ומיירי דאית ל"י כסף דליכא בזה דין שו"כ כסף. ואתי שפיר מאי דבפסחים מבואר מדברי רש"י דאיכא דין שו"כ כסף, די"ל דהתם מיירי דלית ל"י כסף. והחילוק בין נזקין לבין גנב וגזלן, דבאמת יסוד הדין בין בגנב וגזלן בין בנזקין הוא שצריך להחזיר החפץ, דהיינו בהמה שלמה וכלים מעולים, אלא דודאי דיכול לשלם כסף דמה לי הם מה לי דמיהו. והא דאינו יכול לשלם בשו"כ אף דשו"כ שייך למכור ומהכסף לקנות בהמה שלמה וכלים מעולים, משום דהך טירחא הטילה התורה על המזיק או הגזלן. ונתחדש בדין והמת יהיה לו דבעלים מטפלים בגזילה, ז"ל דעשתה התורה את הנבילה תשלומין, דהיה לנו לומר שיוצאת מרשות הניזק וחייב לשלם בהמה שלמה או כסף, אלא דחידשה תורה דנשארית ברשות הניזק לתשלומין, והשאר צריך לשלם בכסף, דשו"כ לא מהני בזה, וכנ"ל. ובעצם היה שייך לומר כן אף בגנב וגזלן, אלא דזהו החידוש במאי דאין שמין לגנב וגזלן אלא לנזקין דלא אמרינן הכי אלא גבי נזקין, אבל בגנב וגזלן הטילו הטירחא אף בזה על הגנב

והגזלן ולא על הגנב והגזלן. אשר זהו שכתב רש"י בסוגיין דשורש הדין דבעלים מטפלים בגזילה הוא דזה ילך ויטרח ויקנה לו כלי אחר, ודוק.

והתוס' שנאדו מפירוש זה והוכרחו לפרש דהוי נידון בשו"כ כסף, היינו משום דמבואר להדיא מדבריהם שם בב"ק דיסוד הדין דבעלים מטפלים בגזילה אינו דעשתה התורה תשלומין, אלא דאין מחשיבין את הנזק אלא עד הנבילה, אשר לפ"ז פשיטא דלא שייך דבר זה אלא בנזקין ולא בגנב וגזלן, וליכא שום חידוש בהא דאין שמין לגנב וגזלן אלא לנזקין, ודוק היטב בזה. (ממו"ר זצ"ל)

ומאי דמבואר בסוגי' דב"ק דצ"ד דהא דאין שמין לגנב ולגזלן מבוסס אמאי דשינוי קונה, מבואר היטב לפי הנ"ל, דאילו היה דשינוי קונה הרי היה מה שנשאר של הבעלים ולא של הגנב ולא הוה חשיב ד"ז כתשלומין כלל ולא היה חזרת השברים מתמעט ממאי דבעינן שיחזיר כלים מעולים, וז"פ. וגם לפום הבנת התוס' ברש"י דיסוד הדין דאין שמין לגנב וגזלן הוא משום דלא אמרינן בהו דשוה כסף כסף דאין שפיר עדי"ז, עי' חידושי רבנו חיים הלוי על הרמב"ם פ"א מהל' גניבה ה"ו.

והתוס' בסוגיין הביאו בשם רשב"ם פ"י שלישי בהא דאין שמין, דהנידון הוא בפחת נבילה אי הוי של שואל או של משאיל, דבגנב וגזלן הוי של הגנב והגזלן ואילו בנזיקין הוי של ניזק. ביאור שיטתו, דבעיקר הדין דבעלים מטפלים בגזילה ס"ל כדעת רש"י דהוי דין בתשלומין ולא דאין נחשבת הנבילה בכלל ההיזק, ובדין שו"כ כסף ס"ל דלא כרש"י, אלא אמרינן דשו"כ כסף בכל האופנים, אשר ממילא גבי עצם הדין דבעלים מטפלים בגזילה ס"ל דליכא נפ"מ, דאף אי אין בעלים מטפלים בגנב וגזלן, מ"מ יכול לתת הנבילה בתורת שוה כסף, ולהכי הוכרח לפרש דהנפ"מ הוא דענין פחת נבילה. והתוס' שלא פירשו כן היינו כנ"ל, דס"ל דיסוד הדין דבעלים מטפלים בגזילה וכן דין פחת נבילה הוא דלא חשיב היזק אלא עד הנבילה ולא עד בכלל, אשר ממילא לא היה שייך ד"ז במציאות גבי גנב וגזלן ועי"כ דאין זה הנידון בדינא דאין שמין, וז"פ.

סג) תוד"ה זיל שלים ל"י נרגא מעליא - אי נמי הא דאית ל"י דשינוי לא קני היינו במתה מאליה או נרגא דאיתבר מאילו אבל בידים כגון טביחה קני בשנינו מעשה - ואף דיסוד שינוי דקונה הוא משום דהוי כחפצא אחר וזהו גם היכא דמתה מאליה וכדומה, מ"מ ס"ל לר"א דמאי דשינוי קונה פירושו דשינוי הוי כמין מעשה קנין כשאר קנינים, אשר על כן לא מהני היכא דעשה השינוי בידים ולא היכא דנעשה ממילא. ויתכן דאף דלמעשה לא ק"ל הכי אלא אף שינוי דמאליו קונה, מ"מ עכ"פ בעינן שתהא כוונתו לקנות דלא עדיף קנינא דשינוי משאר קנינים, עי' פרי יצחק ח"ב סי' ס"ג ד"ה והנה.

סד) ההוא גברא דשאל שונרא מחברי' חבור עלי' עכברי וקטלוהו וכו' כי האי גוונא מאי כי מתה מחמת מלאכה דמי או לא - מתוך דברי התוס' ד"ה כי האי גוונא מאי מבואר דשאלת הגמ' היתה אי הוי מתה מחמת מלאכה או דהוי פשיעה, דאם שינה במה שהולכה למקום שהרבה עכברים מצויין הוי פשיעה מצד השואל. וכן מבואר ביסוד שאלת הגמ' גם מדברי הריטב"א החדשים בסוגיין שכתב דפשיטותא דהגמ' הוא דלא היה לו להשואל להעלות על לב שיהרגוהו וכיון דלא פשע פטור, הרי דשאלת הגמ' היתה שמא הוי פשיעה, אך הא מיהא פשיטא דאם אך לא הוי פשיעה הוי שפיר מתה מחמת מלאכה.

אכן הר"ח, הובאו דבריו בשט"מ, פ"י סוגיין באופן אחר, דמיבעיא להו אי האי לאונס דמי והשואל חייב באונסין או מתה מחמת מלאכה הוא ופטור. ופשיטותא דהש"ס הוא ד"העכברים כמו נשים במלחמה לפני אנשים הן חשובין שאן דרכן לעמוד כנגד השונרים וזו כחושה וכחה היה תשוש לפיכך פטור השואל דאינו אונס אלא מחמת מלאכה היא. ביאור דבריו, דכי חשיב מתה מחמת מלאכה, דווקא אי מחמת חולשת הבהמה הוא שמתה, אז אמרינן

דהיה לו להבעלים להתנות ולשום אותה לדבר זה (לשיטת הרמב"ם) או שלא להשאילה והיו פושע (לשיטת הרמב"ם והריטב"א), וזהו יסוד הפטור דמתה מחמת מלאכה, אבל היכא דלא היה הדרך בזה למות בכלל ונקטינן דאין החסרון מצד השונרא הנשאלת אלא הרגו העכברים שלא כדרכם, דבר זה אונס הוא דהוי ולא מתה מחמת מלאכה. וס"ל להר"ח דהא מיהא פשיטא דפשיעה דהשואל ודאי דלא הוי דממנ"פ לא היה לו לחשוש שתהרג השונרא על ידי העכברים. וכן מבואר בדברי תלמיד הרשב"א, ע"ש שכתב, וז"ל: השואל חתול מחבירו ונאספו עליו עכברים והרגוהו או שאכל עכברים הרבה עד שמת הרי זה פטור שזה כמת מחמת מלאכה שרוב אכילתו או חולשתו היו סיבה למיתתו שאין דרך חתול שיהרגוהו עכברים, עכ"ל, כלומר, דאילו לא הוה אמרינן דמחמת חולשתו או אכילתו מת היה זה סתם דבר שאין דרך ליעשות כן, אשר זהו ככל אונס ושואל חייב עליו. וצ"ב במאי פליגי הני ב' פירושים.

ולכאורה נחלקו בגדר הפטור דמתה מחמת מלאכה, והוא כעין פלוגתת הרמ"ה והרא"ש, דתוס' והריטב"ט ס"ל דפשיטא דחשיב כמתה מחמת מלאכה אי לאו דאיכא פשיעת השומר, משום דאם אך נעשה בשעת המלאכה אינו שומר לכך ואילו המלאכה לא היה נעשה, אשר ממילא שפיר היה בזה פטור דממנ"מ אי לאו דפשיעה השואל. אכן דעת הר"ח דלפטור ממנ"מ בעינן דווקא שיהא האונס מחלמת חולשת הדבר השואל (ולחרמב"ן ודאי דכן הוא, דאי לאו הכי ליכא פשיעת בעלים), אשר ממילא שפיר נסתפקו אי חשיב ממנ"מ או לא.

ומדברי רש"י שכתב בד"ה דנשי קטלוהו וז"ל לא היה לו ליפול בידן, עכ"ל, מבואר לכאורה כפי התוס' והריטב"א ודלא כהר"ח, דהא להר"ח לשני צדדי השאלה נקטינן דלא היה לו להשונרא ליפול בידן, אלא דמיבעיא לן הא דנפל בידן משום מאי הוא, משום דהוי אונס או משום דהיתה חלשה, אלא ר"ל דכיון דלא היה לו ליפול בידן לא הוי פשיעה, וז"פ.

סה) איכא דאמרי אכיל עכברי טובא וחביל ומת וכו'- ע"י שט"מ בשם הר"ח שכתב, וז"ל בא"ד: ושאלת אדם שונרא על שני דרכים היא להרוג בעכברים ולאכלם, עכ"ל¹¹. וכן מבואר בתרוה"ד סי' שכ"ה דהשאלה היא להרגם ולאכלם. והנה הרמ"ה הנ"ל בטור סי' ש"מ למד מדין זה לענין שאל בהמה להלך בדרך ובאו לסטים דפטור מטעם מתה מחמת מלאכה, והקשה עליו הרא"ש דשאני הכא דהוי אותה מלאכה ממש. הנה הרא"ש בפשטות ס"ל כהר"ח דשאלה גם לאכול, על כן פשיטא ל"י דהוי מחמת מלאכה ממש. והרמ"ה ע"כ שפירש דלא שאל אלא להרוג אבל לא לאכול, אשר על כן שפיר למד מהכא דמדפטרינן ל"י וחשיבין ל"י מתה מחמת מלאכה מוכח דאם אך מתה כתוצאה מהשאלה חשיב שפיר מתה

מחמת מלאכה, אשר ממילא ה"ה גבי לסטים מזויין אמרינן כן. ומדברי הבי"י שם מבואר דהנידון בהך לישנא הוא אי חל פטור דמתה מחמת מלאכה על הא שאכלה שונרא אכילת יתר. אכן יעו"ש בב"ח דפי' כמו שכתבנו דס"ל להרמ"ה דשאלה השונרא להרוג העכברים ומת על ידי אכילת יתר, אשר זה שפיר דומה לדינא דהרמ"ה, ע"י מה שכתב הבי"ח בביאור טענת הרא"ש, דמאי דפטור להך לישנא אינו משום מתה מחמת מלאכה אלא משום דהא הפרה גרמה לעצמה והיכא דפשיעה הבהמה לעצמה אין השואל חייב. ומדוייקים הדברים, דבאיכא דאמרי באמת לא נזכר דדיינינן שיהא חשיב מתה מחמת מלאכה.

ומה שהביא הרמ"ה ראייה לדינו דווקא מלישנא בתרא ולא מלישנא קמא, היינו משום דבלישנא קמא, אף דלא מתה מחמת עשיית המלאכה ממש, מ"מ כרוך האונס בעצם המלאכה, ז"א, דהאונס בא על ידי עשיית המלאכה, אשר אין זה דומה לנידון דלסטים מזויין, דהתם לא בא האונס על ידי גוף עשיית המלאכה, וז"פ. ולדידי' לישנא בתרא הוא דהוי חידוש יותר גדול בהלכות מתה מחמת מלאכה.

אכן לשיטת הנ"ל דס"ל דהיתה השאלה אף לאכול, פשוט דלישנא קמא הוא דהוי חידוש יותר בדין מתה מחמת מלאכה, דהא לישנא בתרא הוי מחמת מלאכה ממש. ע"י תרוה"ד סי' שכ"ה שלמד מדין הל"ק באנשים ששאלו כלי מלחמה ונוצחו במלחמה וכלי המלחמה נפלו ביד האויב דבכה"ג חשיב מתה מחמת מלאכה, דהא אף בלישנא קמא לא מחמת עצם המלאכה, דהיינו הצידה והאכילה, הוא שמת, אלא בסיבת המלחמה אתם.

ויעויין בש"ך חו"מ סי' ש"מ שתלה דינו של התרוה"ד בטעם הפטור דמתה מחמת מלאכה, דלדעת הרמב"ן ודעמ"י דהוא משום פשיעת הבעלים, הכא ליכא פשיעת בעלים ועל כן חייב, אכן לדעת הרמ"ה דע"כ אינו משום פשיעת הבעלים, דהא בנידון דידי' ליכא פשיעת בעלים, אלא דס"ל על דרך הנ"י דכיון שהשאלה למלאכה ידע דשייך שיקרה דבר כזה, לדידי' שפיר איכא למימר כדינו של התרוה"ד. ולדברי הש"ך הספק ל"ק לשיטת הרמב"ן הוא אי חשיב בכה"ג פשיעת המשאל ואית בזה לפטור דמתה מחמת מלאכה, או דלא חשיב פשיעת המשאל, כלומר, דהספק הוא אי איכא פשיעת המשאל או לא. ולפי"ז יהא מבואר מדברי התוס' דלא כהרמב"ן בטעם הפטור דמתה מחמת מלאכה, דהא לדידהו מבואר דלא היתה הספק אלא אי אית בזה פשיעת השואל, אבל אי ליכא פשיעת השואל פשיטא דחשיב מתה מחמת מלאכה.

סו) אמר רבא האי מאן דבעי למישאל מידי מחברי' וליפטור נימא ללי' אשקיין מיא דהוי שאלה בבעלים וכו'- נחלקו הראשונים בביאור דבר זה, דה"ר יהונתן, הובאו דבריו בשט"מ, כתב דמירי בשאל אותו הכלי עצמו ואומר תשאל לי עם הכלי, ע"ש כל דבריו. אכן ע"י שם בשט"מ בשם שיטה שכתב, וז"ל: ובעודו הולך להשקותו משיך ל"י פרה דהוה שאלה בבעלים וכו', עכ"ל, הרי דמירי בשאלת פרה. וכן נראה גם ממש"כ בהלכות פסוקות לרבינו יהודאי גאון בהלכות הלואה, וז"ל: נימא ל"י אשקיין מיא בהדי דאתית דהוי שאלה בבעלים וכו', עכ"ל. וכן מבואר גם בפסקי הרי"א ופפשטות לשונו של הר"ח. והנה זה ברור דלא פליגי בהלכה, דודאי לענין פטור דשאלה בבעלים לא נפקא לן מידי בין שאל אותו הכלי לבין שאל פרה, אלא נראה פשוט דמאי דפירש הר"ר יהונתן כן הוא משום דקשי ל"י הא דאמרו אי פקח הוא וכו', וכי מה פקחות בעינן לזה, הרי דין שאלה בבעלים דין מפורש הוא. על כן פירש דמירי בשאל אותו כלי עצמו, דבאופן שאומר לו דשקני אין זה נראה כשאלת בעלים, ולא ישים הבעלים לב דשאלת בעלים הוא, אשר לזה אמר דאי פקח הוא יתפוס דבר זה ויאמר לו למשוך הכוס תחילה. וביתר ביאור, לכאורה יש לעיין בדברי הר"ר יהונתן איך חשיבא בכה"ג שאלה בבעלים, הרי משהשקוהו תמה לה שאלת הבעלים וכשמשך ליכא אלא שאלת החפץ, וכן

¹¹ וע"ש בר"ח שצ"ח שהחלה לאיכא דאמרי, וז"ל: ולגבי דהא לישנא אכל עכברי איחבול ומת בא זה המשל וכו' כך זה השונרא לא היה לה לאכול הרבה עד שמתה, עכ"ל. מבואר מדבריו דכלאו האי טעמא היה חייב. ופשוט הדבר להר"ח לשיטתו דכלאו קמא דהספר הוא אי מה שנהרג על ידי העכברים הוא מחמת חלישות השונרא או כח העכברים, דווקא אי הוי מחמת חלישות השונרא הוא דשייך למתה מחמת מלאכה אכל היכא דאינו מחמת חלישותא דשונרא הרי הוא אונס וחייב, וא"כ הכא דלישנא בתרא פשיטא דאינו מחמת חולשת השונרא אלא משום שאכל הרבה, וכיון דאינו מחמת חולשתא היה לו להיות חייב ככל אונס, ומאי דפטור אינו אלא משום דלא היה לה להשונרא לאכול כ"כ הרבה והוי פשיטתא דשונרא דפטור, והוא כיסוד דברי הב"ח דפטור האיכא דאמרי לא שייך למתה מחמת מלאכה, וכמו שצ"ל בסוגיין גם בבית אהרן, ע"ש.

בכלי אחר משהולכו לביתו תמה לה שאלת בעלים ושאלת החפץ ליכא אלא כשקנה בחצר. ועכצ"ל דבאמר לו השקני לא תמה שאלת הבעלים עד שגמר לשתות, וכשמך הכוס שפיר אית בזה משום שאלה בבעלים, וכן בכלי אחר לא תמה שאלת הבעלים אלא כשהניחה ברשותו וקנאה השואל, אשר בזה באותו רגע איכא גם שאלת הבעלים גם שאלת החפץ. וכיון דאין זה דבר הבולט דהוי שאלה בבעלים, שפיר אמר דאם פקח הוא ותופס דבר זה יאמר לו למשוך הכוס תחילה. (ואפשר דבאמת פליג השט"מ בשם שיטה בדין זה.)

ולשיטה האחרת דמייירי באמת בשאלת פרה, נראה ביאורו על פי דברי הרמב"ם בפ"ב מהל' שו"פ ה"א, וז"ל בא"ד: ואחד השואל את הבעלים וכו' או ששאלן ושכרן למלאכה אחרת או לשום דבר בעולם אפי' אמר לחבירו השקני מים ושאל ממנו בהמתו והשקהו וכו' הרי זו שאלה בבעלים ופטור וכו', עכ"ל. הרי דפירש אף הוא דמייירי בשאלת פרה ולא בשאלת הכלי עצמו, ומבואר מדבריו דבעצם מה דחשיב אומר השקני שאלת בעלים איכא חידוש, שכתב "אפי' אמר לחבירו השקני", כלומר, דהיה מקום לומר דלא הוי זה שאלה למלאכה כלל ולא היה על ידי זה פטור בעליו עמו, קמ"ל רבא. אשר לפי' אתי שפיר מאי דאמר אי פקח הוא, דמן הסתם שייך שלא יבין דעל ידי מה שאומר לו השקני חשיב שאלת בעלים, ודוק.

ולנהי ב' שיטות צ"ל לכאורה דאף דהיכא דאין המשאל מבין דהוי שאלה בבעלים לא שייכי הני טעמי שאמרו הראשונים אמאי פטור שאלה בבעלים, מ"מ מאחר דאמרה תורה דפטור בשאלה בבעלים שוב לא דיינין על כל מקרה ומקרה לדון אי שייך בו טעם הפטור, אלא אמרינן שפטרנו תורה ותו לא מידי. ועיי' תלמידי הרשב"א דפליג על הראשונים הני"ל וכתב, וז"ל: ונראה שיש ללמוד ממנו שאע"פ שכלתה שאלת הבעלים קודם שימשוך השואל את הדבר השאלו הרי זה שאלה בבעלים מאחר שקודם השאלה ממש נשאלו לו הבעלים אע"פ שכלתה שאלתם עד שלא הספיק השואל למשוך את הדבר השאלו שהרי לא אמרו השואל דבר מחבירו יאמר לו השקני מים אלא הרוצה לשאול ולפי דרך זה נמצאת למד שזהו מה ששינו במשנתנו שאל את הבעלים ואחר כך שאל את הפרה כלומר אחר שכלתה שאלת הבעלים שאל את הפרה, עכ"ל. ומבואר מדבריו שפירש דלא מייירי באותו הכלי, ובאמת לא משרי הפרה אלא אחר שהקשוה וכלתה לה שאלת הבעלים, ומ"מ אית בזה לפטור דבעליו עמו, ודלא כראשונים הני"ל. ולדברי תלמיד הרשב"א יש לעיין לכאורה אמאי שייך כלל בכה"ג פטור דשאלה בבעלים, דהא בכה"ג דתמה שאלת הבעלים קודם שאלת החפץ לא שייך כלל לומר דאין סומך על שמירתו אלא ישמור הוא עצמו, וצ"ב. ומיהו להך טעמא דפטור שאלה בבעלים משום קירוב הדעת י"ל דאף בכה"ג שתמה שאלת הבעלים קודם שאלת החפץ מוכח דאיתא לקירבו הדעת ושפיר שייך בזה לפטור משום שאלה בבעלים, ועדיין צ"ע בזה.

סז) מקרי דרדקי שתלא וכו' כולהון בעידן עבידתיהו כשאיילה בבעלים דמי- עיי' פירש"י
דמבואר דדוקא להך שעובד בשבילו הוא דחשיב שאלה בבעלים, וכן מבואר ברמב"ם פ"ב מהל' שו"פ ה"ג, ע"ש. והקשה בריטב"א החדשים דלדברי רש"י צ"ב מהו חידושא דרבא, הרי הוי דין פשוט דשמירה בבעלים, שעובד עבור זה שהשאל לו החפץ, ופי' הריטב"א דאף מי שאינו עובד בשבילו פטור משום דהוי בבעלים, דכיון דכל בני העיר משלמין לו הוי כאילו הוא עובד גם בשבילם. ולדברי הריטב"א נמצא דבעידן עבידתיהו פירושו בזמן שהם משועבדים לעבוד, ודלא כמשי"כ רש"י וכן דלא כדברי התוס' ריש פירקין דר"ל בזמן שהולכין למעשה לעבוד עבורו. ובדעת רש"י, עיי' שט"מ בשם שיטה שכתב, וז"ל: פירוש ואפי' (הכל) נוטלין שכר מן הצבור בכלל עם כל זה בשעת מלאכתן הן כנשכרין או נשאלין לאותן שהן מתעסקין אז במלאכתן ולא לאחרים ולא לשום אחד מהצבור עובד שאינו עוסק אע"פ שהוא מחוייב בכל

עת שיבואו אליו ללמוד ולהתעסק במלאכת כל אחד מהן, עכ"ל. ומבואר מדבריו דידוד חידושא דרבא הוא להיפך, דדוקא למאן דהוי בעידן עבידתיהו לוי הוא דחשיב בבעלים ולא לאחרים, אף שמחוייב בכל עת לעשות לכל אחד מהם. וגדר דבריו, נראה ע"פ מש"כ בנתי"מ סי' שמ"ו סק"ג, דבשותפין אמרינן ברירה, וממילא היכא דעובד עבור אחד מהם הוי לזמן זה שלו דווקא ולא של אחר, אשר ממילא ליכא לאחר בזה פטור דבעליו עמו. ועיי' עוד דהוסיף עפי"ז דממילא אף היכא דאינו עובד לשום אדם אלא שמחוייב לכולם, כיון דבכל רגע יכול חברו לעבוד בו ושוב יהיה שלו לבד להיחא שעתא, לית בזה פטור דבעלים. וכן נראה באמת בדברי רש"י, דבריש פירקין כתב דנעשה בעליו עמו על ידי אמירה גרידא, ואילו הכא כתב דבעינן שהתחיל בשעת מלאכתו עמו. וטעמא דמילתא כנ"ל, דאיברא מן הסתם סגי באמירה ליחשב בעליו עמו, אבל כאן שהוא מושכר לכולם עד כמה שלא התחיל במלאכתו עבור זה והוברר שהוא שכור לו, מאחר שיכול כל אחד לעבוד בו לא חשיב בעליו עמו לאף אחד מהם, ודוק. אכן מדברי השט"מ משמע קצת דדוקא בשעת מלאכתו הוא דאמרינן הכי דליכא באחר פטור דבעלים, אבל אם אינו עובד לאחר שפיר חשבינן לה בעליו עמו לכולם. וביאורא דמילתא, דנהי דהיכא דעובד עבור אחד מהם הוברר דהוא שלו להיחא שעתא, מ"מ היכא דאינו עובד חשיב מה שאית לוי לכל אחד זכות שיעבוד בשבילו כבעליו עמו לכולם. עכ"פ, על פי דברי השט"מ אתיין שפיר דברי רש"י והרמב"ם ולא יקשה עליהו קושיית הריטב"א. ועיי' גם חידושי הריטב"א הישנים שכתב כע"ז.

ובשיטת החולקים דס"ל דאף היכא דעובד לאחד חשיב בעליו עמו לכולם, עיי' שם בנתי"מ שביאר דאף לדידהו יסוד הדברים כן הוא דאינו עובד אלא עבורו, אלא דס"ל דכיון דעל ידי זה משתשי להו שיעבוד להו אח"כ ולא לזה, חשיב שפיר כאילו עובד גם עבורם. ואיברא דכן מבואר להדיא בשט"מ בשם הרמ"ך, מ"מ מסתיימת לשונו של הריטב"א לכאורה לא משמע הכי, ע"ש שכתב, וז"ל: והטעם מפני שכל אלו נוטלין שכר מנבי העיר כאחת והרי הן במלאכה אצל כל בני העיר ואפי' כשעושין מלאכה לאחד מהן כאלו עושין לכולן כי לכולן הן נשכרין והווי להו כאחד מן השותפין ששאל ובשעת שאלה נשאל לכולן שהוא פטור לדברי הכל, עכ"ל. וממה שלא הזכיר משתשי כלל משמע לכאורה דפירש הדברים כפשוטן, דחשיב כאילו עובד עבור כולן. ובאשר לטענת הנתי"מ דאמרינן בזה ברירה, נראה דס"ל להני שיטות דכיון דכל העיר משלמין עבורו, חשיב בזה כל העיר כגוף אחד, אשר מהאי טעמא הוא דהוי כאילו עובד לכולן, דכולן אחד הן, ומהאי טעמא הוא דלא שייך בזה ברירה, דברירה לא שייך אלא אם דנין עליהן כעל יחידים אשר הוא משועבד לכל אחד בזמנו, בזה אמרינן דהוברר דלזמן זה לזה היחיד הוא שמשועבד, אבל בני"ד כיון דהוי כל העיר כלל וגוף אחד, הרי עובד לכולן ול"ש בזה ברירה. ורש"י והרמב"ם, וכן הרמ"ך, באמת ס"ל דבני העיר חשבינן להו כחידים, אשר ממילא ס"ל לרש"י והרמב"ם דשפיר אמרינן בזה ברירה, והרמ"ך לא אתי עלה אלא מטעם משתשי, וכנ"ל.

והנה לעיל צ"ו ע"א כתב רש"י בד"ה שותפין ששאלו, וז"ל: לחרוש בה קרקע של שותפות, עכ"ל. ועיי' לעיל אות ל"ה שהבאנו דברי הריטב"א שם שדקדק מדבריו דאילו לא היה לחרוש קרקע בשותפות הווי חשיב שאינו שאל אלא לזה שלמעשה עובד עמו. ויסוד הדברים כמו שכתב רש"י בסוגיין, דעד כמה שעובד לאחד נמצא דנתברר שאינו שאל באותו הזמן אלא לו. והריטב"א, אף שלעיל משמע שהסכים לפירושו של רש"י, הכא פליג עליו ולא ס"ל דהוברר שאינו שאל אלא לזה שעושה מלאכתו, והיינו מטעם הני"ל, דס"ל דהכא לא שייך ברירה ושפיר חשיב כשכור לכולם, משא"כ בשותפין בעלמא, וכמשי"כ.

סח) רש"י ד"ה אתון שאילתון לי- למלאכתו שכשנאני חפץ להתחיל במסכת אחרת שלא תשכח ממני אין אתם יכולין למחות בי- ומבואר לכאורה מדבריו דאף דקאי באמצע מסכת יכול הרב לשנות למסכת אחרת, וכן מבואר להדיא ברא"ש, ע"ש.

אמנם בעיקרא דמילתא צ"ב לכאורה, כאשר עמד כבר במקו"ח ה"ל פסח ריש ס"י קכ"ט, דהא סו"ס אפילו אם יכול לשנות למסכת אחרת מ"מ הרי שכיר הוא ובשאר פועל "אף שהשכיר או השאיל עצמו לעשות איזה מלאכה שירצה הפועל דמצי לאשתמוטי ממלאכה למלאכה מ"מ מיקרי פועל שאול לבעל הבית". וע"ש שכתב דעכצ"ל דמייירי כאן בהרב ותלמידים שהתנדבו ללמוד זה עם זה בחנם לזמן כמו רבנן ורבא וכיון דכל אחד צריך לחבירו שניהן משועבדין זה לזה בשוה והנאת שניהם שוה, רק כיון שהרב מצי לאשתמוטי ממס' למס' בעל כרחן והמה מוייבין לעשות בהכרח שלא כרצונם מיקרי תלמידים שאולים. וביומי דכלה לפמשי"כ הר"ן במגילה והט"ז דאין חיוב רק להשיב לשואלו דבר בהלכות הפסח אף דקאי במס' אחרית, משא"כ בשאר יומי, לענין תשובת שאלה אין שייכות מהתלמיד להרב רק מהרב לתלמיד ומשו"ה מיקרי רב שאול לתלמיד כיון שהוא מחוייב לעשות דבר שלא כרצונו, אבל רב שהוא שכור לתלמיד לעולם הרב מקרי שאול לתלמיד בין אם יכול לשנות לדבר אחר בין אם אינו יכול לשנות, עכתו"ד.

ואולי אפשר לומר בזה, דעצם חובתו ללמד תורה אינו חובה להתלמיד אלא חובה של עצמו הוא כלפי שמים, ומה שנוטל לזה כסף גדרו הוא דמשום שעבוד הכסף מקיים מצותו במה שמלמד לאלו התלמידים, אבל לעולם בעצם הלימוד אינו עסוק במלאכת אחרים אלא במלאכת עצמו, אשר מפאת זה גרידא לא הוה חשיב שאול לתלמידים, והיכא דהוה יכול לשנות ממסכת למסכת כרצונו, אדרבה, התלמידים חשובים כשואלים לו, דהא הוא עסוק במלאכת עצמו כרצונו, ואף שצריך ללמד אתם, מ"מ מאחר שבכל מקרה צריך ללמד מי שהוא חשוב זה עסוק במלאכת עצמו. אכן ביומי כלה שצריך לעסוק דווקא במה שהם רוצים, דהיינו בשאלות בהלכות הפסח, מאחר דהם מכתבים עליו מה שילמד חשוב הוא על ידי זה כשואל להם, דהא אין חיובו בתלמוד תורה מחייבו ללמוד הלכות הפסח דווקא, ועדיין צ"ע בזה אי איכא למימר הכי.

סט) לסוף איגלאי מילתא דלמיסר טעונה הוא דנפק- ע"י שט"מ דנחלקו בביאור דבר זה הר"ח והר"ר יהונתן, דהר"ח פ"י דהא דלמעשה שקל המשא היה לראות אם כבד הוא הרבה, ולהכי ליכא פטור דבבעלים, ואף למעשה שיעים בהרמת המשא. אכן הר"ר יהונתן כתב, וז"ל: ולא נשאל להם כלל לסייעם בשליחות אלא מאליו בלא שום דיבור בעולם שאם היה רוצה לא היה מסייעם ולא מקרי שאלה בבעלים אלא כשהתנה עמהן וכתוב שארית ישראל לא יעשו עולה וגו' אבל אם לא התנה לא מיקראי נשאל כלל, עכ"ל. הרי דפ"י דאף דבאמת היה עמם במלאכתם ובשעת מלאכה ממש, מ"מ כיון שלא התחייב לכך לא חשיב שנשאל, ואילו מדברי הר"ח מבואר לכאורה דאילו היה עובד עמהם שפיר היה נחשב בבעלים. ויסוד פלוגתתם, בגדר הפטור דבעלים אי בעינן לזה שעבוד או דסגי במלאכה עצמה, דלהר"ח סגי במלאכה עצמה בלא שום דיבור (ואמירה דמבואר לעיל ריש פירקין דמהני, מדין התחלת מלאכה הוא, וכדברי התוס'), אשר ממילא לא איכפת ל"י במה דלא התחייב לכך אם אך עשה מלאכה עמהם. אכן הר"ר יהונתן מבואר דס"ל דבכדי שיחשב שנשאל עמהם בענין דין שאלה ושעבוד על ידי התחייבות, אשר משו"ה פירש דכיון דלא התחייב תו לא שייך בזה פטור דבעלים, וז"פ. ויתכן דתלוי דבר זה בטעם יסוד הפטור דשמירה בבעלים אי הוי משום קירוב הדעת או משום שאינו סומך על שמירת השואל, דאי משום קירוב הדעת הוא, יתכן דאין זה מראה על קירוב הדעת עד כדי שיפטרנו מחיוביו אלא היכא

דנתחייב לעבוד עבורו, דאי לא נתחייב הרי מצוי הוא שיעשה עבור חבירו טובה מידי פעם, אכן אי טעם הפטור הוא משום שאינו סומך עליו, הרי אין נפ"מ בזה אי נתחייב לעבוד עבורו או שעובד עבורו בלי שיתנה, דממאי שעובד אצלו בזמן שאלת החפץ מראה שאינו סומך על שמירתו.

ולדברי הר"ר יהונתן צ"ב לכאורה אמאי הוצרכו לתלות ד"ז בהא דלמיסר טעונה הוא דנפיק, הרי לד"ד אין הטעם דלא חשיב בבעלים אלא משום שעשה כן מעצמו. ועכצ"ל שפירש דמאי דעשה כן למיסר טענה הוא ראייה שעשה כן מדעת עצמו, ועדיין צ"ב.

ע) תוד"ה שאלה חצי היום- לא זו אף זו קתני וכו' ולהכי קתני בסיפא זה אומר איני יודע וכו'- מבואר מדבריהם דיסוד החידוש בהני ג' גוויי הוא בדין הסיפא בזה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע. אכן יעויין ברשב"א שפ"י באופן אחר, וז"ל: דכל הני תלת בבי מצרך צריכי דלא תימא דווקא בשאלה חצי היום שהמשאל ברי והשואל שמא חייב משום דהך פרה הוחזקה באותו היום עצמו אלא אפי' לא למחר ועדיין אני אומר משום דאותה פרה הוחזקה בשאלה מיהת ליום ראשון אבל שתי פרות ומתה אחת מהן דהך דמתה לא הוחזקה לשאלה כלל אימא לא ליחייב קמ"ל, עכ"ל. הרי דפירש דחידוש הני ג' בבי הוא בדינא דרישא, דס"ד דלא נימא דחייב ע"פ טענת ברי דהמשאל אלא היכא דהוחזק שאולה באותו ביום או באותו בהמה עצמה. ומדברי התוס' שכתבו דהחידוש הוא דווקא בבבא דזה אומר איני יודע וכו' מבואר לכאורה דלדידהו ליכא בדינא דרישא חידוש מיוחד, ואם אך אמרינן דברי עדיף כל הצעירים שוין, וצ"ב במאי פליגי.

ואפשר דיש לומר בזה, דהנה מאי דברי ושמא ברי עדיף ולא אמרינן הממע"ה יש לבאר בבי אופנים, דבשו"ת אגרות משה איתא דהיינו טעמא, דכל יסוד מאי דמוקמינן ממונא בחזקתה הוא משום דעל ידי החזקה מניחים שהדבר שלו, אך כשהתבע אינו אלא שמא, הרי מודה הוא כי בודאי אין מה שהחפץ בידו מראה שהוא שלו, אשר ממילא לא שייך בזה לומר הממע"ה. וממור"ז צ"ל שמעתי לבאר באופן אחר, דמאי דמוקמינן אחזקה היינו במקום ספק, ובברי ושמא ס"ל לר' יהודה ור' יוחנן דמכיון שהתובע טוען ברי ואין הנתבע אלא שמא, זאת אומרת, שיתכן שאמת כדבריו, אין טענת השמא מעורר ספק במקום הברי, ומאחר דליכא ספק תו לא שייך לאוקמה אחזקה. ויתכן דפלוגתת הראשונים הני"ל תליא בהך מילתא, דאי נימא דיסוד דמאי דב"ש ברי עדיף כמשי"כ באגרות משה דעד כמה דהתבע שמא הרי זה מגרע את החזקת ממון, הרי דבר זה שייך בכל גוויי דמתני' וליכא נפ"מ בזה אי הוחזקה שאולה או לא הוחזקה שאולה, דסו"ס אין הנתבע טוען אלא שמא. אכן אי נימא בביאורא דמילתא דהוא משום דאין השמא מעורר ספק נגד הברי, בזה נראה דשפיר יש מקום לחלק בין היכא דהוחזק יותר שאולה להיכא דלא הוחזק, דאפשר דדוקא היכא דהוחזק יותר שיש שם שאולה הוא דאין השמא שמא שכורה מתה מעורר ספק, ותו לא שייך לאקמ' אחזקתה, כן נראה לכאורה דניתן להאמר.

ועל דברי הרשב"א יש לכאורה מקום עיון, דהא מסקינן דלרב נחמן ור' יוחנן דס"ל דברי ושמא לאו ברי עדיף מיירי מתני' ביש עסק שבועה ביניהם, וחיובו משום דאמרינן מתוך שאינו יכול ליטבע משלם, ובזה הדר יקשה מה החידוש בגי' הצעירים, דלכאורה בדינא דמתוך ליכא לחלק ביניהם, וצ"ב. ובעצם דברי התוס', ע"י דבריהם לקמן דף ק' ד"ה הא מני שכתבו דהא דיחלוקו במתני' דידן לא קאי אלא אשאל אחת ושכר אחת, דבשאר האופנים מודה סומכוס דלא אמרינן בזה דיחלוקו משום דאיכא נמי חזקת חי והשתא הוא דמיתה בשעת שכירות, דבתרי חזקות מודה סומכוס דאמרינן הממע"ה ולא יחלוקו.

וע"ש במהרש"א שכתב דהתוס' התם חזרו מדבריהם בסוגיין, ועוד נדון בדברים לקמן בעזהש"ת.

עא) תוד"ה ביום שהיתה שאולה מתה והלה אומר איני יודע חייב - דאף על פי שהמשכיר טוען ספק יכול הוא להשביע שוכר על ידי גלגול מן התורה דגמרינן מסוטה בברייתא בפ"ק דקידושין - ע"י רמב"ן שכתב בזה, וז"ל: ואיכא למימר כי מגלגלינן שמא הי"מ בכגון שבועת השותפין אבל משנתינו כיון שאינו יודע אם הפקיד לו אם לאו שאינו יודע אם נתחייב לו בשאלה אם לאו אינה תביעה כלל ואינו נשבע אפי' ע"י גלגול שלא אמרו גלגול שמא אלא כגון שהפקיד לו ואינו יודע אם החזיר לו אם לאו וכגון שבועת השותפין ולא מיבעיא היכא דא"ל איני יודע באיזה יום מתה אם ביום ראשון שהיא שכורה אם ביום שני שהיא שאולה דלא ריע טענתי' כיון שבעיקר חיובו אינו יודע פטור וכו' וסוטה כיון שנסתרה תביעתו תביעה אף משומרת יבם וכנוסה ומגלגלינן עליו את הכל, עכ"ל. וביאור דבריו, דאף דמגלגלינן שבועה גם בטענת שמא, מ"מ בעינן שתהא תביעתו תביעה, כלומר, שיש בסיס לדבריו, כגון שודאי הפקיד וספק החזיר, אבל היכא דהוי ספק בעיקר החיוב, שאינו יודע אם היה חיוב אונסין כלל, בכה"ג לא חשיב תביעה כלל ולא שייך בזה גלגול שבועה, דאף גלגול שבועה צריך שיהא על ידי דבר שנחשב לתביעה. וע"ש ברמב"ן שהביא עוד ב' תירוצים ודחאם.

ויתכן דפליגי התוס' והרמב"ן בעיקר היסוד דגלגול שבועה, דהרמב"ן ס"ל דיסוד דינא דגלגול שבועה הוא דעל ידי שיש לו תביעת שבועה העיקרית ויש לו כבר תביעת שבועה על הנתבע, **יכול לתבוע** נמי שבועה על שאר דברים המסופקים, ובעינן לזה דעכ"פ תחשב תביעתו לשאר מילי תביעה, אשר זהו שכתב דבני"ד לא חשיב תביעה כלל וממילא אינו יכול לתבוע שבועת גלגול. אכן התוס' ס"ל דבכדי להתחייב שבועה על ידי גלגול לא בעינן תביעה מסויימת לשבועת הגלגול, אלא דיסוד דין גלגול שבועה הוא דהשבועה הראשונה גוררת עמה שבועת בירור על שאר דברי המסופקים בלא תביעה מסויימת עליהו, אשר ממילא אם אך הוי דבר המסופק יכול שפיר לחייבו לישבע עליו שבועת גלגול ולא בעינן שם תביעה לשבועת הגלגול כלל.

עב) תוד"ה ביום שהיתה שאולה מתה והלה אומר איני יודע חייב - ובסיפא נמי בזה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע אמאי יחלוקו נימא מתוך שאינו יכול לישבע ע"י גלגול משלם - מבואר מדבריהם דאף בטוען התובע שמא איתא לדינא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם, וע"י קצוה"י ס"י ע"ה סק"ט שהקשה מכאן על דברי הט"ז שם דהיכא דהתובע טוען שמא ליתא לדינא דמתוך שאיל"מ.

עג) תוד"ה ביום שהיתה שאולה מתה והלה אומר איני יודע חייב - ונראה לר"י דאין מגלגלינן אלא כשנתבע טוען ודאי דומיא דסוטה שטוענת ודאי אבל ברישא וסיפא שהנתבע טוען שמא אין מגלגלינן דלא הוי דומיא דסוטה - ביאור דבריהם, דבאין הנתבע יודע כלל ליכא דין גלגול שבועה, דיסוד גלגול שבועה אינו משום תביעת שבועה דהתובע אלא משום זכות התובע לתבוע בירור על כל שאר דברים המסופקים, כאשר נתבאר בדעת התוס' לעיל אות ע"א, וזה הרי לא שייך היכא דאין הנתבע עצמו יודע.

והנה במה שהניחו התוס' דאילו הוה שייך בסיפא גלגול שבועה הוה אמרינן בזה מתוך שאינו יכול לישבע משלם, ע"י שט"מ בשם הראב"ד שכתב בדרכו הראשון דמאי דליכא הכא חיוב משום מתוך היינו משום דבשבועה שעל ידי גלגול ל"א מתוך שאינו יכול לישבע משלם, "שאיין כח הגלגול חזק לחייבו ממון, כשאינו יכול לישבע". וכ"כ הרא"ש בפירקין ס"י י', וכן הובאה דיעה זו בטור ס"י ע"ה ובראשונים בסוגיין. וצ"ב מהו יסוד שאלה זו אי בשבועה שנתחייב על ידי גלגול אמרינן דמתוך שאיל"מ.

וע"ש עוד בשט"מ מסקנת הראב"ד דאף דשפיר אמרינן מתוך גלגול שבועה, מ"מ זה אינו אלא בטענת ברי, אבל טענת שמא "אין בה כח לחייבו ממון

אם אינו יכול לישבע אותה". וצ"ב בזה דממנ"פ אי איכא יסוד דשבועת גלגול איכא דין מתוך, האיך מחלקינן בין טענת ברי לבין טענת שמא, הרי סו"ס אית בזה גלגול שבועה ובגלגול שבועה הרי נקטינן דשפיר אמרינן מתוך, וצ"ב.

ובשיעורי ר' אלחנן ס"י כ"ז כתב לבאר דברי הראב"ד ופלוגתת הראשונים ע"פ הא דיש לחקור בגדר חיוב שבועת התורה דאם נשבע נפטור ואם אינו רוצה לישבע משלם אי פירושו דביסוד איכא חיוב ממון אלא שפוטור עצמו על ידי שבועה, אשר ממילא היכא דאינו רוצה לישבע ממילא נשאר בחיוב הממון, או דפירושו דבאמת בחיוב השבועה ליכא אלא חיוב שבועה גרידא, ומה שאינו נשבע הוא העושה חיוב ממון. וע"ש שתלה בדבר זה מקורו של דין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, ומה שאינו רוצה לישבע הוא ביסודו חיוב ממון אלא שפוטור עצמו בשבועה, אם אך לא נשבע בין אי היינו משום שאינו רוצה בין אם היינו משום שאינו יכול לישבע, הרי חייב ממון, ולפ"ז דין מתוך מסברא הוא, וכ"כ התוס' בב"ב ל"ד ע"א ד"ה הוי, ע"ש. אכן אי נימא דבאמת לית בזה מעיקרא אלא חיוב שבועה, ומה שאינו רוצה לישבע הוא שמחייבו ממון, התייחס היכא שאינו רוצה לישבע, אבל אי רוצה לישבע אלא שאינו יכול לישבע מני"ל מסברא שיהיה חייב ממון, אע"כ דדין מתוך ילפותא מקרא הוא, דילפינן לה מקרא דשבועת ד' תהיה בין שניהם. וע"ש שהוכיח דכן ס"ל להתוס' בסוגיין בע"ב סוד"ה הי"ג, ע"ש שכתבו דגם באופן שהשבועה מוטלת על התובע ואין התובע יכול לישבע משלם הנתבע, וזה ודאי דלא ידעינן מסברא. וגדר הדין דילפינן מקרא, דהיכא שאינו יכול לישבע הוי חיובו ביסודו חיוב ממון, דבכה"ג לא הטילה התורה חיוב שבועה אלא חיוב ממון.

ועפ"ז כתב לבאר פלוגתת הראשונים הנ"ל, דאי הוי כל שבועה חיוב ממון ודין מתוך אינו אלא דכיון שאינו יכול לישבע נשאר חיוב הממון כמו שהיה, הרי זה שפיר שייך גם בשבועת גלגול. אכן הראב"ד ס"ל דיסוד חיוב השבועה אינו אלא חיוב שבועה, אלא דנלמד דהיכא דאינו יכול לישבע הוי יסוד חיובו ממון ולא שבועה, אשר בזה, נהי דמסוטה ילפינן חיוב שבועה, מ"מ מני"ל דחל על ידי זה חיוב ממון באופן שאינו יכול לישבע, הרי באופן זה חיוב ממון הוא וחיוב ממון ליכא למילף מסוטה. ויסוד החילוק שחילק הראב"ד בסוף דבריו בין טענת ברי לבין טענת שמא ג"כ מתפרש הכי, דדווקא בטענת ברי הוה דאמרינן דאיכא ממילא חיוב ממון אשר ממילא אית בזה דין מתוך, אבל בטענת שמא ליכא ממונא ואינו אלא חיוב שבועה גרידא, אשר ממילא לית בזה דין מתוך. ולדבריו נמצא דעיקר הנידון בראשונים הוא בגדר דין שבועה ומתוך. (וע"ש שט"מ בשם תוס' שאנץ דס"ל דבאמת אמרינן מתוך אפי' בשבועה שעל ידי גלגול, ומבואר להדיא בדבריו גדר דין מתוך הוא דעל ידי השבועה פוטור עצמו מחיוב ממון וממילא היכא דאינו יכול לישבע נשאר חיוב ממון במקומו.)

ולכאורה יש לבאר פלוגתתם באופן אחר, דאין זה שאלה בגדר שבועה ומתוך, אלא ביסוד הדין דגלגול שבועה. ומהלך הדברים, דיש לבאר גדר דין גלגול שבועה בב' אופנים, דיעויין ברמב"ם פ"ה מהל' טו"י ה"ג, שכתב בא"ד, וז"ל: אבל אם הודה במקצת הכלים וכפר במקצתן עם כל הקרקעות מתוך שהוא חייב שבועה על מקצת כלים שכפר בהן נשבע אף על הקרקעות שטענו עמהן שהכל טענה אחת היא וכו', עכ"ל. הרי מבואר מדבריו דיסוד הדין דגלגול שבועה הוא דחשיב הכל טענה אחת, והרי חיוב שבועת הגלגול בכלל חיוב השבועה שמחייבת הטענה. ואף דנימא דהתם דין מסויים הוא דזוקקין נכסים שאין בהן אחריות נכסים שיש בהם אחריות לשבועה, מ"מ איכא למימר דזהו גם יסוד ההבנה בדין גלגול שבועה, דחשיב הכל כטענה אחת לענין שיהא מחוייב שבועה, וכנ"ל. אכן יש לבאר דין גלגול שבועה באופן אחר, דלעולם אינו בכלל השבועה שמחייבת אותה הטענה, אלא דדין מסויים הוא שיכול לגלגל עליו עוד שבועות,

והויין אלו השבועות חיוב בפני עצמן הנלמד מפרשת סוטה. וכן מבואר באמת דאיכא דין גלגול כזה מדברי הרמב"ם עצמו, שכתב בפ"א מהל' טו"ה הי"ב, ע"ש שכתב, וז"ל: כל מי שנתחייב שבועה בין של תורה בין של דבריהם מגלגל עליו המשביעו כל מה שירצה מדברים שאם יודה בהן יתחייב ממון ועד היכן כח הגלגול וכו', עכ"ל. הרי דאיכא גלגול דאין יסודו דהויא טענה אחת, אלא שיש לו זכות לגלגל עליו שבועות אחרות. (ומבואר עפ"י מה שכתב הרמב"ם בפ"א דהטוען הוא שמגלגל עליו הני שבועות, ואילו בפ"ה לא כתב אלא שהוא חייב לישיב אף על הקרקעות משום שטענה אחת היא ולא כתב שהתובע מגלגל עליו, והיינו כנ"ל, דהיכא דהוי טענה אחת הוי שפיר בכלל אותו חיוב שבועה, ולא בעינן לזה שהתובע מגלגל עליו, ואכמ"ל.)

ועפ"י י"ל דבזה הוא שנחלקו הראשונים, די"ל דהא מיהא פשיטא דחיוב שבועה שנתחייב על ידי הטענה יסודו חיוב ממון, כלומר, דאו יפטור עצמו בשבועה או ישלם, אלא שנחלקו בגדר גלגול שבועה, דהתוס' ודעמ"י ס"ל דיסוד דין גלגול הוא דהכל הוא בכלל עיקר חיוב השבועה, דכיון דחייב שבועה הרי כולל חיוב זה כל מה שיכול להשביעו, אשר ממילא שפיר אמרינן אף בשבועות הגלגול מתוך שאינו יכול לישיב משלם, אכן הראב"ד בדרכו הראשון, ושאר הראשונים דס"ל כוותי' בזה ס"ל דדין גלגול יסודו הוא דיכול לחייבו שבועות אחרות על ידי גלגול, אשר בזה ס"ל דחיוב שבועה זה המחודש דעל ידי גלגול אינו ביסודו חיוב ממון ולא הוי אלא חיוב שבועה גרידא, אשר ממילא לית בזה דין מתוך שאינו יכול לישיב משלם, דאינו חמור לחייב ממון.¹²

ומסקנת דברי הראב"ד, דבטעת ברי שפיר הוי השבועה המתחייבת על ידי גלגול חיוב ממון אשר יש בו דין מתוך שאינו יכול לישיב משלם, אבל בטענת שמא, שאין הטענה מחייבתו בממון, ואף דאיכא שיטת ראשונים דשבועת מבי"מ חייב בטענת שמא, אין פירושו דהטענה מחייבת שבועה אלא הדררא, ובזה לא שייך לומר דהוי חיוב ממון מצד הטענה בכדי דנימא דעוד שבועות כלולות בטענה זו, ובכה"ג אף דאיכא דין גלגול ע"כ דאינו דין תביעת שבועה, אשר בזה מעולם לא נתחדש חיוב ממון ואינו אלא חיוב שבועה גרידא, כלומר, שנתחייב שבועה בלא תביעת שבועה על ידי דין גלגול, ובלא תביעת שבועה אינו ככל שבועה אלא דין שבועה גרידא, אשר ממילא לית בזה דין מתוך. ונמצא לפ"י דאיכא ב' דיני גלגול שבועה, דבטעת ברי על ידי גלגול שבוטעה מתחייב בדין שבועה ככל שבועה אשר הוא חיוב ממון, ובטענת שמא אינו מדין תביעת שבועה בפני עצמה אלא סתם דין לישיב על הגלגול, אשר לא שייך בזה דין מתוך.

ועי' נ"י שכתב אף הוא דבגלגול שעל ידי טענת שמא ליכא דין מתוך, וז"ל: חמיהו הני"מ גלגול הבא מטענת ברי אבל בגלגול הבא מחמת טענת שמא לא אמרינן מתוך שאינו יוכל לישיב משלם וכן מוכח מסיפא דמתני' דאמר זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע יחלוקו ואמאי הא יש לו לאישתבעויי אם מת כדרכה ומגלגל עליו אם היתה שכורה ומתוך שאינו יכול ישבע דהא אמר איני יודע משלם וא"כ היכי קתני יחלוקו אלא ודאי מהך טעמא הוא דיחלוקו דאילו לשלם אינו חייב דבהא דאינו יכול לישיב הוא גלגול הבא מחמת שמא דאיני יודע אמרי תרויהו¹³ וכן

הסכימו האחרונים ז"ל ואמרו עוד שהוא יכול להפטר עצמו מלישבע כלל על הגלגולין אם רצה לשלם עיקר התביעה דכי אמרינן בירושלמי דשבועות או הב ל"י כל מאי דתבע לך או אשתבע ל"י על כל מאי דמגלגל עלך ה"מ בטוענו ברי אבל שמא משלם התביעה ופטור מן הגלגולין וכו', עכ"ל. וביאור המשך דבריו, דיסוד החילוק שבין גלגול מחמת ברי דאמרינן ב"י מתוך לבין גלגול מחמת שמא דלא אמרינן ב"י מתוך הוא כמשנ"ת, דבטענת ברי הרי זה מחייבו בשבועה מצד הברי דהגלגול דחייל על ידי הברי תביעת שבועה ככל שבועה אשר יש בו ממילא דין מתוך, וכנ"ל, אבל בשמא לא חייל תביעת שבועה מחודשת, אלא דכתוצאה מתביעת עיקר השבועה חייל על"י דין לאשתבעי. ועפ"י מבואר היטב המשך דבריו, דבגלגול מחמת ברי דחייל דין תביעת שבועה הגלגול, הרי זה שבועה וחיוב בפני עצמו ואף שישלם עיקר התביעה עדיין חיוב שבועה זו במקומו עומד להך מ"ד בירושלמי. אכן בשמא דלא חיילא תביעת שבועה מחודשת אלא דחייל דינא לאשתבעי מגלגול תביעת עיקר השבועה, בזה שפיר אמרינן דאם אך שילם עיקר התביעה תו ליתנהו לשבועות הגלגול, ודוק.

וכן מבואר בדברי הרמב"ם פ"א מהל' טו"ה הי"ג, ע"ש שכתב, וז"ל: מי שנתחייב שבועה אפילו הסת והתחיל התובע לגלגל עליו דברים אחרים שלא טען אותם תחלה ראה זה הנתבע כך ואמר איני רוצה להשבע אלא הריני משלם הטענה הראשונה שנחייבתי על כפירתה שבועה אין שומעין לו אלא אומרים לנתבע או תן כל מה שגלגל עליך מטענות הודאיות או השבע והפטר, עכ"ל, הרי שדווקא בטענת ודאיות הוא שכתב כן, אבל בטענת שמא שפיר נימא דאם אמר הריני משלם לעיקר הממון ופטור מכל שבועות הגלגול, וע"ש במ"מ.

והנה חקר בשער המשפט סי' צ"ד אי פטר עד המסייע משבועת גלגול או לא, מי נימא כיון דעד המסייע פטר מעיקר שבועה כל שכן מגלגול, או שמא לענין גלגול לא מהני עד המסייע דכיון דנשבע בלא"ה על עיקר השבועה מגלגלין עליו בכל גווני. ע"ש כל דבריו ועי' קצוה"ח שם. ולכאורה י"ל דתליא הך מילתא בגדר דינא דגלגול שבועה, דאי נימא דהוי תביעת שבועה מחודשה על הגלגול, נמצא דחיוב גלגול שבועה הוא חיוב שבועה מצד עצמו, וא"כ פשוט לכאורה דכמו דפטר עד המסייע מעיקר שבועה, כך פטר נמי משבועת גלגול. אכן אי נימא דאינו חיוב שבועה מצד עצמו, אלא דנגרר הוא בתר עיקר השבועה לישיב על כל מילי, נמצא דאינו חיוב מצד עצמו אלא כל עוד דאיכא חיוב עיקר שבועה איכא ממילא כח לחייבו לישיב על הגלגול, אשר בזה שפיר שייכא סברת השער המשפט דכיון דנשבע בלאו הכי, כלומר דעד כמה דחיוב עיקר השבועה קיים מדין גלגול הוי בכלל זה לישיב על כל הענינים, אשר בזה לא יהני עד אחד לפטור, דעד כמה דקיימא עיקר השבועה מחייבו ממילא על הגלגול. ולא לו הראשונים המחלקים בין מתוך בגלגול שבועה בין היכא דהתובע ודאי להיכא דהוא ספק, י"ל דבזה הדבר תלוי, דבטענת ברי דהוי תביעת שבועה מצד עצמה, שפיר י"ל דמהני עד המסייע לפטור משבועת גלגול כמו שפטר מכל שבועה, אכן אי הוי שמא דאין חיובו מצד תביעה מצד עצמה, אלא דהוא דין לישיב מכח עיקר השבועה, בזה לא יפטור עד המסייע משבועת הגלגול כיון דאינו חיוב שבועה מצד עצמו ואינו אלא נגרר בתר עיקר

¹² וע"פ שאלה זו יש לזכור פלוגתת התוס' והרמב"ן הנ"ל בצאת ע' בצאופן אחר, דהרמב"ן ס"ל דשבועת גלגול שבועה נפרדת היא, אשך על כן צעין דהתא עלה שם תביעה, אכן התוס' לשיטתם ס"ל דהכל הוא בכלל עיקר הטענה, ומאחר דטענה זו שפיר יש עלה שם ודין תביעה סגי בהכי.

¹³ מבואר מדבריו דכד אמרינן דבשמא ליכא דין מתוך הכונה דטענת השבועה שצאים לחייב על ידי הגלגול הוא שמא. ובקט"מ צ"ס רצ"ד הנ"ל מבואר דלא כזה דהא הוקשה לו

מרישא דשאלה מתה טענת ברי הוא, ועל זה אמר דליכא דין מתוך משום דטענת שמא הוא, וע"כ ד"ל עיקר הטענה לשבועה שמתה כדרכה שמא הוא. והג"י לא הוקשה לו מרישא דהתם כתב דמיידי שידוע שמתה כדרכה וליכא גלגול כלל, רק ה"ר לדבריו מסיפא דזה אינו יודע וזה אינו יודע אשך בזה שפיר י"ל דהנידון הוא אי טענת השבועה המגולגלת היא צברי או בשמא.

השבועה, ועד כמה דקיים חיוב עיקר בהשבועה לא הרי הוא חייב לישבע על הגלגול.

ולכאורה צ"ב מה שיוצא מהנ"ל דאיכא ב' דיני גלגול שבועה, הא' נעשה תביעת שבועה מחודשת אשר חיובו ככל שבועה ואמרינן ב"י מתוך שאינו יכול לישבע משלם, ועוד דין גלגול שאינו אלא דין לאשתבעי, וצ"ב לכאורה מקור ב' הדינים. ולכאורה נראה שיצא להם כך מסוגי דקדושין כ"ז ע"ב-כ"ח ע"א אשכחן סוטה דאסורא ממונא מנלן תנא דבי רבי ישמעאל ק"ו ומה סוטה שלא ניתנה להתבע בעד אחד מגלגלין ממון שניתן להתבע בעד אחד אינו דין שמגלגלין אשכחן בודאי ספק מנלן תניא רשב"י אומר נאמרה שבועה בחוץ ונאמרה שבועה בפנים מה שבועה האמורה בפנים עשה בה ספק כודאי א שבועה האמורה בחוץ עשה בה ספק כודאי, ע"כ. ועי' דברי התוס' בסוגיין סוד"ה ביום שהיתה שאולה וכו' וכן שם בקידושין דמבואר דמאחר דילפינן למה מצינו תו לא בעינן לק"ו והכל דין אחד הוא. ונראה דלדעת הראב"ד הנ"י ודעמי לעולם ב' דינים ובי' לימודים הם, דלגלגול שבועה בטענת ילפינן מסוטה בק"ו, והוא דין שבועה גמורה דינן בו דין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, ואילו מאי דילפינן ממה מצינו גבי ספק דין וגדר אחר לו, דלית ב"י תביעת שבועה וחייב ממון אלא דין לאשתבעי גרידא, וכמשנ"ת.

והנה הטרור בסי' ע"ה סתם כדברי הרא"ש דבשבועת גלגול לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם, ואילו בסי' רכ"ג כתב, וז"ל בא"ד: ואם הלוקח אומר (עבד) גדול לקחתי והמוכר אומר איני יודע אם אין עסק שבועה ביניהם פטור דלא אמרינן ברי עדיף להוציא ממון ואם יש עסק שבועה ביניהם כגון שתובעו שני עבדים בכסותם ומודה על האחד ועל השני אומר איני יודע מתוך שאינו יכול לישבע משלם, עכ"ל. וזה לכאורה סותר מש"כ בסי' ע"ה, דהא חיוב השבועה על העבדים אינו אלא על ידי גלגול ומ"מ כתב דאמרינן בזה מתוך שאינו יכול לישבע משלם. וכבר הקשה כן בדרישה וכתב, וז"ל: וי"ל דשאני גלגול שבועה שהיא תביעה בפני עצמה שלא תבע בפעם א' כהנהו דקאי עליהו התוספות והרא"ש והטור לעיל סי' ע"ה וצ"ד שעיקר התביעה היא השבע לי מיהו וכדרכה מתה והגלגול הוא השבע לי נמי דשכורה מתה משא"כ בטוענו ב' עבדים גדולים או קטנים בכסותם והוא מודה לו באחד עם כסותו וכו', עכ"ל. ונראה ביאור דבריו ע"פ הנ"ל, דמאי דפליגי הרא"ש ודעמי אהני ראשונים דס"ל דאמרינן בשבועת גלגול מתוך הוא משום דס"ל דלעולם לא אמרינן דהוי כטענה אחת היכא דהויין עצם ב' טענות נפרדות, ולהכי לית בהו בשבועות גלגול דין מתוך, אכן גבי עבד בכסותו, דהוי ממש טענה אחת, בזה שפיר הוי בכלל השבועה על הכסות, אשר על כן שפיר איכא בזה דין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, ודוק.

ועי' תומים סי' צ"ד סק"ב שכתב דנפ"מ בין תי' התוס' לבין תירוצם של הרא"ש ודעמי, אי יכול לגלגל עליו שבועה שאינו יודע, דלדעת התוס' דבטענת שמא להתבע ליכא דין גלגול שבועה פשוט דלא שייך בזה שבועה שאינו יודע, ואילו להרא"ש דאין החסרון אלא במאי דבשבועת גלגול ליכא דין מתוך שאינו יכול לישבע משלם שפיר יכול לגלגל עליו שבועה שאינו יודע. ועי' קצוה"ח שם סק"ב שכתב לבאר דברי התומים, דאף דלא מצינו כלל שבעה שאינו יודע, שבועה על ידי גלגול שאני, דשפיר יכול לגלגל עליו שבועה כזאת, כמו דיכול לגלגל שבועה על עבדים שטרות וקרקעות. ובש"ך, הובאו דבריו שם, כתב דאינו יכול לגלגל שבועה שאינו יודע. וביאור דבריו לכאורה, דאינו דומה לעשו"ק, דהתם הוי הפקעה מדין שבועה מצד החפצא דעשו"ק, אבל עצם חפצא דהשבועה שפיר הוי שבועה שיכול להתחייב, אשר על כן שפיר מתחייב בה על ידי גלגול, משא"כ שבועה שאינו יודע דהוי חסרון בעצם חפצא דהשבועה, כלומר, דליכא שבועה כזאת, בזה לא מהני אפי' על ידי גלגול. והקצוה"ח והתומים לא ס"ל לחלק בכך.

וממאי דעל ידי שבועת גלגול ס"ל להתומים והקצוה"ח דיכול לחייבו לישבע שאינו יודע, מוכח לכאורה דשבועת גלגול אינו חובת רירור על ידי שבועה, דהא בשבועה שאינו יודע לא נתברר כלום.

עד) תוד"ה ביום שהיתה שאולה מתה והלה אומר איני יודע חייב- וא"ת והיכי מגלגלין שבועה לעולם דאפילו כשנתבע טוען ודאי יהא נאמן במיגו דאי בעי אומר איני יודע- והיינו, דקשיא אליבא דרב נחמן, כיון דאילו היה אומר איני יודע היה פטור.

והנה יעויין תוספות הגר"ע"א על המשניות שהוכיח ממתני' דידן דאף להני שיטות דס"ל דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה היכא דאינו מיגו דהנהיג, מ"מ לא אמרינן מיגו לאפטורי משבועת גלגול. וע"ש בדבריו שכתב דעל שבועת גלגול "כיון דבלאו הכי נשבע לא אמרינן מיגו לפטורי מזה". ונראה מזה דטעמו הוא דלא שייך שיפטור מיגו משבועת גלגול, דהא מה שמחייב השבועה הוא עיקר השבועה שמתחייב, ואף לאחר דנימא מיגו הרי עדיין איתא לשבועה זו ושוב גוררת עמה שבועת גלגול.

ומאי דמבואר לכאורה מדברי התוס' דשפיר מהני לפטור משבועה בכה"ג מדהקשו דיהא פטור מגלגול שבועה במיגו, ע"ש שכתב הגר"ע"א דשאני הכא דעל ידי הך מיגו באנו לומר שלא יהא דבר כזה כשבועת גלגול כלל, אשר בזה שפיר מהני מיגו.

עה) תוד"ה ביום שהיתה שאולה מתה והל אומר איני יודע חייב- וי"ל דילפינן בקידושין מעיקרא ממון בק"ו מסוטה וכו' אלא מגזירה שוה דשבועה שבועה ילפינן לכולה מילתא והשתא ילפינן דמגלגלין אפי' על טענת ספק כמו בסוטה אפי' דבממון לא הוה כעין עיקר השבועה וילפינן נמי דמגלגלין כעין טענת ודאי אפי' בדבר שאינו דומה כיון דהויא כעין העיקר כמו בסוטה דמגלגלין כגון העיקר- עי' מהרש"א שהקשה דלפ"ז הדרא קושיית התוס' לדוכתה, אמאי אין מגלגלין הכא טענת ספק אפי' שאינו דומה כיון דהוי כעין העיקר דמתה כדרכה אינו דומה ומשביעין מספק.

ואפשר ד"ל בזה, וכעין זה ראיתי אח"כ דאיתא בשיעורי רבי דוד פוברסקי זצ"ל, דמאי דבספק בעינן שיהא דומה והיכא דהוי טענת ודאי לא בעינן שיהא דומה אין זה סתם גז"כ אלא גדר הדברים, דמאי דמגלגלין בטענת ספק פירושו דהספק דמסתפקינן ודמחמת"י מחייבינן לעיקר השבועה הוא המחייב גם שבועת הגלגול, כלומר, דעל ידו מסתפקינן גם בשאר מילי ובעינן לישבע עליהו. ומסתברא דזה אינו אלא היכא דהוי דומה לעיקר השבועה, אבל דברים אחרים, מנלן דעל ידי דספק זה מחייב שבועה שיתחייב שבועה על ספק אחר לגמרי. וממילא דגבי ממון דילפינן מסוטה דאפילו על הספק משביעין, אינו אלא בכה"ג דהוא מסתעף מהספק הראשון או לענין ממון מעיקר השבועה שנתחייב מחמת טענת ודאי, דגם בכה"ג מאחר דמסתעף הוא מן הענין הראשון ילפינן דנשבעין עלה. אכן מאי דילפינן מסוטה דהיכא דהוי שבועת הגלגול כעין עיקר השבועה, כלומר, על ידי טענת ודאי, בזה פירושא דמילתא הוא דכמו דעיקר הטענה מחייב שבועה, כך נתחייב שבועה גם על ידי טענת הגלגול, ובזה מסתבר דאין גדר הגלגול דמסתפקינן ממילא על ענין הגלגול, אלא כמו דמתחייב שבועה על ידי עיקר הטענה, כמו כן מהני להתחייב שבועה ממילא גם על ידי טענת הגלגול, אשר בזה מסתברא דליכא נפ"מ אי הוי שבועת הגלגול דומה לענין עיקר השבועה או לא. אשר לפ"ז אתיין דברי התוס' שפיר, דמאי דהיכא דהוי הגלגול שוה לעיקר השבועה דמהני אפי' היכא דאינו מאותו הענין, זה אינו אלא בודאי וודאי, וכמו שכתבו התוס', והוא מטעם הנ"ל דבכה"ג נלמד דשפיר מהניא טענת הגלגול שישבע עליו, ובזה ליכא נפ"מ אי הוי מאותו הענין או לא, וכנ"ל, אבל בספק וספק ע"כ דאין עיקר דין השבועה אלא מצד הספק דמסתפקינן, אשר בזה ע"כ דאין עיקר גדר הגלגול אלא דמסתפקינן נמי בעינן הגלגול, אשר זה אינו שייך אלא בדבר הדומה לו ומסתעף מעיקר הפסק, וכמשנ"ת.

המכריע הדין ואומר דאינו יכול להוציא ע"פ טענת ברי. ומסקנת התוס' בזה דלעולם משכחת לה דינא דרב נחמן גם אליבא דסומכוס היכא דליכא דררא דממונא, דלעולם אף לסומכוס איכא דין חזקה המכריע הדין, אלא דס"ל דהיכא דאיכא דררא דממונא מאי דאיכא ספק בעצם מוציא מהחזקה, אשר ממילא שפיר איתא לדין לאו ברי עדיף היכא דליכא דררא דממונא.

והנה בתירוצם כתבו התוס', וז"ל: וי"ל דלסומכוס דאית ליה ממון המוטל בספק חולקין הוי כאילו תרוייהו מוחזקין בו וכיון דלדידי אהני ברי נגד שמא וחייב הכל הכי נמי הוליל לרבנן דאהני נמי ברי נגד שמא לכל הפחות לומר שיחלוקו, עכ"ל. והנה מש"כ דלסומכוס חשיב כתרוייהו מוחזקין, יצא להו לכאורה ממאי דס"ל דמהאי טעמא הוא דבאמת ס"ל לסומכוס דיחלוקו. וממאי דחשיב ליה סומכוס ככה"ג לתרוייהו מוחזקין על ידי הדררא דממונא, מבואר לכאורה דאין מונח בחזקה שום ראייה אלא דכיון דבהשקפה ראשונה רואין ב"ד דאיכא צד ממשי לכל אחד מהם שהוא שלו, שזהו פעולת דררא דממונא, להכי חשיבין להו לתרוייהו מוחזקין, ז"א, נקודת ההתחלה היא כך ומה שבא אח"כ חשיב כבא להוציא מזה. ואילו היה בחזקה משום ראייה, הרי היכא דהוי ספק של איזה מהם הוא לא שייך למימר דחשיבי תרוייהו מוחזקין, וז"פ לכאורה.

ומש"כ דלרבנן הו"ל למימר דלכל הפחות יחלוקו, צ"ב לכאורה, דכיון דלסומכוס חזינן דמהני הברי להוציא ממה שהיה השני מוחזק, כמו כן לרבנן הוה לן למימר דמהני ברי להוציא מחזקה ויזכה הברי בהכל, ומהיכן יצא להו דבר זה דלרבנן יתכן דלא יהני הברי אלא שנימא דיחלוקו. ובאמת בתוס' הרא"ש בסוגיין לא כתב דבר זה, אלא כתב סתם דכיון דלסומכוס ברי מוציא מידי חזקה ה"ה לרבנן, ודברי התוס' צ"ב.

ואפשר ד"ל בביאור הדברים, דבאמת שאני חזקה דעל ידי דררא דממונא לסומכוס מחזקת ממון דרבנן, דהא דתרוייהו מוחזקין לסומכוס הרי הוא על ידי הספק, ואילו חזקת ממון דרבנן אינו קשור לספק אלא מילתא בפני עצמה היא. אשר לפי ז"ל, דהנה מאי דמהני ברי להוציא פירושו לכאורה דאין לנו להסתפק שלא כהברי, (וכן ביאר בזה מו"ר זצ"ל), אשר ממילא גבי סומכוס אזלא לה לחזקה לגמרי, דהא כל החזקה היתה נבנית על צד הספק דררא דממונא שהוא שלו, ולהכי זוכה הברי בכל. אלא דהא מיהא מוכחא דאילו הוה אמרינן דכיון דאיכא חזקה לא משנינן לה מחזקתה אלא על ידי ראייה, לא הוה משגחינן בהברי כלל, וע"כ דשפיר מהוה הברי צד כנגד החזקה. (וכביאור זה מדוקדק לכאורה מלשון הגמ' בכתובות י"ב ע"ב, דלרב הונא רב יהודה אמרו דטעמא דברי ושמא ברי עדיף, ואילו טעמא דרב נחמן הוה דאוקי ממונא בחזקת מרי, ולא אמרו דטעמו משום דברי ושמא לאו ברי עדיף, אלא פירושו כנ"ל, דודאי אילו היה מקום לקבל טענתו היינו אומרים דברי עדיף אף נגד חזקה, אלא דכיון דאיכא דין אוקי ממונא בחזקת מרי לא נכנסין לזה כלל ואין מתחשבים בטענתו כלל.) אכן לרבנן, אף שנימא דמהוה הברי צד כנגד החזקה, מ"מ אין מוכח ממאי דמהני ברי לסומכוס דשוב ליתא לפעולת החזקה כלל, דדילמא היינו דווקא התם דכל החזקה נבנית על הספק, וכנ"ל, אבל בנידון דרבנן דאיכא שפיר חזקה מצד עצמה, אף דנימא דמהוה הברי צד כנגד החזקה, כלומר דאין לנו להסתפק שלא כהברי, מ"מ אכתי קיימא דין החזקה דיש לנו לקיימה אצלו, ובכה"ג כיון דאיכא ב' צדדים הפכיים איכא למימר דנימא דיחלוקו.

והנה לשון התוס' הוא דחזינן מסומכוס דאהני ברי נגד השמא וחייב הכל, אכן בתוס' הרא"ש כתב, וז"ל: וא"כ כיון דלסומכוס ברי מוציא מידי חזקה ה"ה לרבנן, עכ"ל, אשר לשון זה ליתא בהתוס'. ונראה ד"ל בזה, דהתוס' ס"ל כנ"ל דמאי דמהני ברי היכא דאיכא חזקה הוה דאם אך מתחשבים עם הטענות אומר הברי דליכא ספק ושוב לא מוקמינן אחזקה.

עו) תוד"ה השוכר אומר שכורה מתה והלה אומר איני יודע פטור- הכא שאין יודע אם מתה השאלה אין להשביעו מספק דהוי כאילו אומר המשאל ספק לי אם השאלתיך אם לאו שעל אותה טענה אין השואל חייב לישבע וכו'- ביאור דבריהם עיי' תומים ס' ע"ב ס"ק מ"ב שצ"י מהר"ב רנשבורג שכתב דמאי דבשומרים משביעו המשאל מספק ולא אמרינן דהרי השואל ברי והמשאל שמא וודאי ברי ושמא לפטור השואל משבועה, היינו משום דהשמא הוא שמא טוב, דלא הוה ליה להמשאל למידע, ואילו ברי דהשואל ברי גרוע כיון שאין המשאל יכול להכחיש, אכן באינו יודע המשאל אי שאלה מתה או שכורה מתה, דגם המשאל הו"ל להכיר אם פרה זו הנצבת היא אם היא הך דשאלה או דשכורה וא"כ חזר הדבר לכללן ברי ושמא ברי עדיף, אשר זהו שכתבו התוס' דהכא שאין יודע אם מתה השאלה אין להשביעו מספק דהוי כאילו אומר המשאל ספק לי אם השאלתיך שעל אותו הטענה אין צריך השואל לישבע והיינו הטעם דהו"ל למידע וא"כ ברי ושמא ברי עדיף. ות"י ה"ב דהתוס' דאף בהיה טוענו ברי ליקא שבועה, היינו משום דס"ל דאין זו שבועת שומרים, ובהכי פליגי ב' תירוצי התוס', והוא פלוגתת ר"ת והריב"א לקמן דף צ"ח ע"א ד"ה משכחת לה, עיי' כל דברי התומים.¹⁴

עז) תוד"ה לימא תהוי תיובתא דרב נחמן- עיי' כל דברי התוס'- והנה יסוד קושייתם, דכיון דמוקמינן מתני' כסומכוס, נימא דאה"נ לסומכוס שפיר אמרינן דבוי"ש ברי עדיף, ורב נחמן שאמר דפטור היינו אליבא דרבנן, או אף אליבא דסומכוס, היכא דליכא דררא דממונא. ביאור דבריהם, דס"ל דיסוד טענת סומכוס הוה דהיכא דהממון מוטל בספק לא אזלינן בתר חזקה, אשר ממילא שפיר שייך בזה לומר דבוי"ש ברי עדיף כיון דליכא למימר אוקי ממונא בחזקת מרי, משא"כ היכא דליכא דררא דממונא, כיון דלא חייל דין ספק בעצם על ידי הספק דהא ליכא דררא דממונא, שוב שפיר אזלינן בתר חזקה לסומכוס כמו לרבנן. וממה שכתבו התוס' מתחילה דרב נחמן שאמר פטור היינו לרבנן, ושוב אמרו דאפי' לסומכוס איתנהו לדבריו היכא דליכא דררא דממונא, משמע דבתחילת דבריהם הוה ס"ל דמשכחת לה לדינא דרב נחמן דווקא אליבא דרבנן ולא אליבא דסומכוס, ואף היכא דליכא דררא דממונא. וביאור הדבר, דדנו התוס' בזה אי תחילת דברי סומכוס הוה דלא אזלינן בתר חזקה היכא דאיכא ספק, ושוב ממילא אמרינן דיחלוקו היכא דאיכא דררא דממונא, או דמאי דלא אזלינן בתר חזקה היינו דווקא משום הספק דררא דממונא. ובתחילת דבריהם הוה ס"ל דתחילת דברי סומכוס הוה דלא אזלינן בתר חזקה, אשר זהו גם בדאיכא דררא דממונא גם בדליכא, רק מאי דאמרין דיחלוקו אינו אלא היכא דאיכא דררא דממונא, ובדליכא דררא דממונא יתכן דכיון דליכא צד ממשי להוציא הוה משאירין ליה במקומו אף דליכא דין חזקה להכריע הדין. אשר לפי"ז לא משכחת לה דינא דרב נחמן אלא אליבא דרבנן דאיכא דין חזקה

¹⁴ ופשוטו לשון התוס' לכאורה לא משמע כ"כ כדבריו, אלא משמע שכונת התוס' דף דליווה היה ודאי היה זה בכלל שבועת השומרים, לזכר השומר להשיב לו למאי אינו מחזיר את השאלה, אך כשהוא ספק הוי כאילו אינו יודע שיש לו תביעה על השאלה, והוי דליווה אינו יודע אם השאלו ואין בזה חוב שבועת השומרים. והנה ביאורו של התומים אינו מספיק אלא לזה אומר שאלה מתה וזה אומר שכורה מתה, אבל בשאר גווני לא, והיינו משום דס"ל דבעינן לר"ת הודאה. ועיי' שט"מ זקס הראב"ד שכתב כדברי התוס' אך יעו"ש לקושייתו היתה קושיא אחרת אשר אינו אלא בזה אומר שאלה מתה וזה אומר שכורה מתה.

ונמצא לדבריהם שהעיקר הוא מאי דמהני הברי נגד השמא, וכיון דלסומכוס שניהם מוחזקין על ידי הספק שפיר מוכח מזה דמתחשבים בברי אפי' היכא דאיכא חזקה, אשר לפי' יתכן דלרבנן יהיה הדין דיחלוקו, וכנ"ל, דיותר מזה ליכא להוכיח מדמהני לסומכוס, וכמו שביארנו. אכן הרא"ש ס"ל דיסוד מאי דמהני ברי אינו משום דליכא צד להסתפק ושוב לא שייך חזקה, אלא דס"ל דמהני הברי להוציא מחזקה (ואולי טעם הדברי הוא דהיכא דאין המוחזק אלא שמה לא אלימא שמא נגד הברי להוות טענה שנחזיקנה על ידו אצל המוחזק, וכן זכורני שראיתי בשו"ת אגרות משה חו"מ סי' כ"ד), אשר זהו שכתב דלסומכוס הברי מוציא מחזקה. ואי זהו יסוד מאי דמהני הברי, שוב ליכא למימר כדברי התוס', דהרי אם אף מהני ברי להוציא מחזקה דסומכוס, שוב הרי מוכח דאלימא ברי להוציא מחזקה, וממילא כמו כן לרבנן מהני להוציא מחזקה, ופשיטא דלא יהיה בזה דין יחלוקו אלא זוכה הברי בהכל, ודוק.¹⁵

ועי' בתוס' רבנו פרץ שכתב ליישב קושיית התוס' באופן אחר, וז"ל: דעייב לא קאמר סומכוס דמפקינן ממונא בחזקת מארי' דחזקה לא מהניא אלא לענין פלגא דוקא אבל לענין השאר מהניא שפיר חזקת מארי' בין לסומכוס בין לרבנן, עכ"ל. וביאור דבריו, דשאר הראשונים פירשו דעל ידי ספק דדררא דממונא יצא מדין חזקה ושוב הוי כל הדין דיחלוקו ע"פ צדדי הספק בלא חזקה כלל, אשר על כן שפיר הוצרכו לתרץ דעל ידי הספק תרוייהו מוחזקין לסומכוס. ואילו ר"פ פירש דמאי דהחצי השני נשאר אצל זה שהיה מוחזק, סו"ס היינו משום חזקת ממון שלו, ר"ל, דעל ידי הצד ספק שהוא של התובע זוכה בחציו, אבל החצי השני כדקאי קאי, ומדמהני ברי להוציא מחזקה זו, מוכח דלא כרב נחמן, דבחצי זה ליכא נפ"מ כלל בין סומכוס לרבנן.

והנה לשיטת התוס' והרא"ש מאי דלא ס"ל לסומכוס דאיכא דין הממע"ה הרי היינו משום דהספק דררא דממונא משהו מצב אחר אשר במצב זה לא מוקמינן אחזקה, ולדידהו כיון דהוי מצב אחר מוכרח דאף מאי דמוקמינן חצי ביד הנתבע אינו משום החזקה הקודמת, דהא מצב אחר הוא, אלא הוא משום דין הספק דדררא דממונא, ולדידהו ליתא לפירוש רבנו פרץ כלל. ורבנו פרץ שפירש כן, ע"ש בקושייתו שלא הביא "אי נמי" זה דהתוס' כלל, וס"ל דיסוד דברי סומכוס הוא דליכא דין עליו הראיה ולהכי שייך לומר דממון המוטל בספק חולקין, ואילו היה דין עליו הראיה לא היה דררא דממונא משנה כלום, אשר לפי' לשיטתו שפיר יישב דלא מוכח מדברי סומכוס דלית ליה חזקה אלא לענין חצי זה של התובע, אבל לענין

חצי של הנתבע אכתי איתא לחזקה קמייתא אשר מחמתה זוכה, ודוק היטב.

והנה יעויין בקונטרס הספיקות כלל ח' סי' ז' שנסתפק בדעת רבנן דפליגי דסומכוס, מהו דינא לדידהו היכא דליכא מ"ק או שאר חזקת ממון והוי ספק דדררא דממונא אי אמרינן בזה דברי ושמא ברי עדיף, דהא כל טעמא דפליגי רב נחמן ור' יוחנן הוא משום דאוקי ממונא בחזקת מרי', וא"כ הכא דליכא חזקת ממון לכאורה הוה להו למימר דשפיר נימא בזה דברי ושמא ברי עדיף, אלא דכל מאי דפליגי רבנן אסומכוס הוא משום דאית להו דאזלינן בתר חזקת ממון, אבל גוף הסברא שחידשו התוס' בדברי סומכוס דחשיב על ידי הספק כשניהם מוחזקים אית להו נמי לרבנן, וא"כ נימא אף בזה דאף בברי ושמא יחלוקו, דלא מהני ברי ושמא להוציא ממוחזק. אך יעויין שם שצידד ד"ל דבאמת זהו יסוד מאי דפליגי רבנן אסומכוס, כלומר, דמאי דלא ס"ל דחולקין הוא משום דפליגי איסוד זה דעל ידי ספק דדררא דממונא חשיבי כשניהם מוחזקים.

וכבר העירו האחרונים בדברי התוס' לקמן ריש פרק הבית ועלייה מבואר להדיא דגם לרבנן אמרינן להך מילתא דעל ידי דהוי ספק דדררא דממונא חשיבי שניהם מוחזקים. ועפמשינ"ת נראה דתליא הך מילתא בביאור יסוד פלוגתא דסומכוס ורבנן, דלדעת התוס' הרי מאי דפליגי סומכוס הוא משום דס"ל דספק דדררא דממונא מוציא מחזקה, לפי' בפשטות מאי דפליגי רבנן אינו משום דפליגי אגוף הך סברא דהוי כשניהם מוחזקים, אלא משום דלדידהו אזלינן בתר חזקת ממון ולכך לא נעשו מוחזקין על ידי הספק, אבל היכא דליכא חזקת ממון או מ"ק אה"י דאף לדידהו נעשו שניהם מוחזקים על ידי הספק, וכמו שכתבו בריש פרק הבית והעליה. אכן דאפשר לפרש בענין אחר, דלעולם אילו היה יסוד כזה בספק דדררא דממונא הוה ס"ל אף לרבנן דיחלוקו כסומכוס, אלא דהיינו טעמא דפליגי משום דס"ל דליכא יסוד כזה בספק דדררא דממונא, ולפי' שפיר יוצא כצד הברי' דהקונטרס הספיקות, דהיכא דליכא חזקת ממון כלל יהיה הדין לרבנן דברי ושמא ברי עדיף כיון דלא חשיב כשניהם מוחזקים, ואף דלולא ברי' היה הדין בזה דיחלוקו כיון דליכא מוחזק, מ"מ לאו מטעמי' דסומכוס הוא, וכמש"כ בקוה"ס. ויתכן דכן ס"ל באמת להרא"ש, עי' לקמן ריש הבית והעליה דהביא דתוס' הרא"ש התירווצים האחרים שהביאו התוס' אבל לא תי' זה דחשיב כשניהם מוחזקים.

וכן נראה לכאורה גם מדברי הרמב"ן, דבסוגיין כתב דלסומכוס לא אמרינן ברי ושמא ברי עדיף כיון דחשיבי תרוייהו מוחזקים, וכדברי התוס', ואילו בב"ב דף ל"ד ע"ב כתב דהיכא שאין הממון ברשות חד מינייהו אמרינן ברי ושמא ברי עדיף, ע"ש שכתב בטעם הדבר "כיון דליכא לחד מינייהו חזקה דממונא", הרי דס"ל דבדררא דממונא לא חשיבי שניהם מוחזקים, ודלא כדבריו בסוגיין. והמוכרח לכאורה בדבריו, דהכא כתב כן בדעת סומכוס, ורבנן דפליגי עלי' היינו משום דפליגי איסוד זה, ודבריו בב"ב הם לדינא אליבא דרבנן, ודוק.

עח) תוד"ה והלה אומר איני יודע - דווקא שאמר איני יודע אם הלוייתי וכו' - וטעמא דמילתא, בפשטות היינו משום דבכה"ג שהיה ודאי חייב חשיב כחזקת חיוב והוי כאילו התובע הוא המוחזק ובא הנתבע להוציא ממנו על ידי טענת שמא דפרעון, וכ"ה במאירי במתני' דידן דטעמא דאיני יודע אם פרעתך חייב הוא משום חזקת חיוב. ועי' חידושי הרמב"ן בסוגיין דמבואר דהיינו טעמא משום דהוי ודאי חיוב וספק פטור, והוא על דרך הנ"ל מטעם אחר קצת. ועוד מבואר בדברי הראשונים בכתובות י"ב, וכן בתוס' הרא"ש בסוגיין, טעם אחר בזה, דמאחר דהיה ודאי חייב היה לו לידע ולדייק אם פרעו או לו, ובכה"ג פשיטא לכו"ע דלא מהני שמא דידי' כלל וודאי דאמרינן בזה דברי עדיף, דפשיטא דבכה"ג אין השמא מעורר שום ספק נגד הברי (והוא ע"פ הביאור

¹⁵ ויש להוסיף בזה, דאף דנתבאר לעיל דס"ל להתוס' לגרע כרי ושמא כרי עדיף הוא לכיון דהוא שמע הרי זה מגרע החזקה וקוב מהני הרי, אין זה שייך הכל, דהא צענין למימר ידענין מדסומכוס דברי ושמא כרי עדיף' והכא פשוט לכיון דכל החזקה נעשה על ידי הספק ליכא למימר דמה שהנתבע ספק מגרע את החזקה, וע"כ דהא דמהני כרי ושמא נגד הך חזקה מטעם אחר הוא, וס"ל להתוס' דהוא משום דאין השמא עושה ספק נגד הברי, וכיון דליכא ספק לא מוקמינן אחזקה, אשר בזה י"ל כנ"ל דיתכן דאין הא דנאמן לגמרי אלא כהך מוחזק שעל ידי הספק, כיון דצב"ש ליכא ספק ליתא לחזקה כלל, אכל בחזקה צעלמא שהנתבע מוחזק, יתכן דאף דאין מסתפקים צב"ש ויש לומר שהוא של התובע, מ"מ מהוה החזקה לך שישאר אכל הנתבע ויתכן דנימא דכיון דליכא לך לכאן ולך לכאן יחלוקו. אכן הרא"ש ס"ל דכיון דלך שייך הכל לומר דמאי דמהני הוא משום גריעותא דהחזקה וכנ"ל ע"כ דמאי דמהני הוא משום דמהני כרי להוציא מחזקה, אשר ממילא גם לרבנן יהיגי כרי להוציא מחזקה, ומדוייקים היטב שינויי הלשון שצין תוס' להרא"ש.

הא' הנ"ל בהא דברי ושמא ברי עדיף, וכן פשיטא דעל ידי שמא כזו ודאי דנעשה ריעותא בחזקת ממון (והוא עיי' ביאור האג"מ בהא דברי ושמא ברי עדיף).

עט) תורה והלה אומר איני יודע - ומי"מ פריך שפיר לרב נחמן ממתני' דאע"ג שמודה שמסר לו שתי פרות כיון שמחזיר אחת הוה כאילו אומר איני יודע אם השאלתני אם לאו וכן בפרה אחת כשאני יודע אם מתה בעודה שאולה - ממש"כ שאינו יודע אם מתה בעודה שאולה משמע להדיא דקושיית הש"ס היא אפי' היכא דהיתה שאולה קודם ואח"כ שכורה, אשר זהו דלא כמו שפירש בני"י דקושיית הגמ' דווקא מבי' פרות או מהיכא שהיתה שכורה קודם, דאילו היתה שאולה קודם הו"ל כאיני יודע אם פרעתיך. אכן הנ"י לא כתב כן אלא בדעת הרמב"ם שפסק דחייב שואל משעת משיכה, אבל למאי דצווחו הראשונים (ע"י רמב"ן ושאר) דק"ל כרב פפא דחייב משעת אונסין, שפיר הוה כאיני יודע אם התחייבתי, ומדברי התוס' מבואר לכאורה כדעתם ודלא כדעת הרמב"ם וס"ל דאף היכא דשאלה קודם הוה כא"י אם נתחייבתי.

והנה בקצוה"ח סי' שד"מ סק"ג הקשה על קושיית התוס' הנ"ל דמאי הקשו על רב נחמן ממתני', הרי מוקמינן למתני' כסומכוס דלא אזלינן בתר חזקה וכו', ממש"כ התוס' לקמן דף ק' דהיכא דאיכא חזקת הגוף בהדי' חזקת ממון מודה סומכוס דהממע"ה, ועיי' הא דמתני' יחלוקו לא קאי אשאלה היום ושכרה למחר, דבכה"ג איכא חזקת הגוף, דהיינו חזקת חי דהשתא מת. ועפ"ז הרי שפיר איכא למימר דקושיית הגמ' היא מדין זה דלית בזה לדינא דסומכוס ושפיר אזלינן בתר חזקה. וצידד שם בקצוה"ח דס"ל להתוס' כדברי הנ"ל דשאלה קודם הו"ל איני יודע אם פרעתיך דחייב לד"ה הכל, וכל קושיית הש"ס דווקא מהיכא דשכרה קודם או מבי' פרות. ולמה שדקדקנו מדברי התוס' הרי מבואר להדיא מדבריהם דלא כדברי הנ"י בהרמב"ם אלא כדעת שאר ראשונים בזה דחייבא דשואל משעת אונס הוא ולא משעת משיכה ולהכי הו"ל שפיר כאיני יודע אם נתחייבתי. ואשר לקושיית הקצוה"ח צ"ל לכאורה כמו שכתב הוא שם דקושיית התוס' נבנה אמאי דמוקמינן אף לגוונא דשאל אחד ושכר אחד בבב' פרות, הרי דאף מהתם הקשו בגמ' (עיי' דלמשי"כ בשט"מ ליכא לפרושי הכי).

ועיי' ריטב"א החדשים שכתב דאף לצד דמשעת משיכה נתחייב, אין פירושו דנתחייב ממש משעת משיכה, אלא פירושו דשעבוד הנכסים חייל מיד למפרע. ועיי' משי"כ בקצוה"ח סי' שמ"א סק"ג ליישב סתירת דברי הרמב"ם שהקשה במ"מ פי"ג שו"פ, ע"ד שכתב בשט"מ כתובות ל"ד ע"ב. והנה דברי השט"מ שם הם ע"פ דברי הריטב"א הנ"ל, ועפ"ז יש ליישב גם קושיית הלח"מ שם פי"ג מהל' שו"פ משה"ק על דברי הרמב"ם ע"פ דברי הנ"י, דלדברי הריטב"א הרי אתיין דברי הרמב"ם לכאורה שפיר.

והנה מדברי הרמב"ן שכתב דאתיא דווקא למ"ד דמשעת אונס נתחייב, מבואר דס"ל דלאידך מ"ד שפיר היה חייב משעת משיכה והיה נחשב איני יודע אם פרעתיך. ובשיעורי ר' אלחנן סי' כ"ח כתב דהרמב"ן לשיטתו אזיל בזה, דגדר דברי הריטב"א הוא דאמנם סיבת החיוב הוא משעת משיכה, אשר מהאי טעמא הוא דנשתעבדו נכסים למפרע, מ"מ החיוב בפועל לא חייל אלא על ידי האונס. והנה לעיל דף מ"ב בההוא דמשלם בקרא לספסר הקשה הרמב"ן דהא הוה איני יודע אם נתחייבתי, ות"י "שכיון שלא שמר כראוי והרי חיובו של שומר בפנינו אע"פ שהוא טוען על הבעלים שהם עצמם נמי פשעו בשלחן אינו נפטר בכך כיון דשמא קא טעין עליהו דאין ספק שלחן בנפול מדי ודאי וכו'". ביאור דבריו, דהיכא דאיכא ודאי סיבת חיוב וספק סיבת פטור, אף דהספק סיבת פטור הוה לפני הסיבת חיוב, מ"מ אמרינן בזה דאין ספק מוציא מידי ודאי והוה דאיני יודע אם פרעתיך. אשר לפ"ז שפיר ס"ל לרמב"ן דלמ"ד דמשעת משיכה נתחייב, הרי סיבת החיוב ודאי היא ואף דהוה ספק אי יצא החיוב לפועל, מ"מ

אמרינן בזה דאין ספק מוציא מידי ודאי, ודווקא למ"ד דמתחייב משעת אונס הוא דהוה שפיר ספק אי איכא סיבת חיוב, ז"א ספק אי היה שואל, עכתו"ד, עיי'.

ויש להוסיף בזה, דיעויין שם בריטב"א החדשים שהביא דברי הרמב"ן אבל באופן, אחר, שכתב, וז"ל: וי"ל דשאני הכא דכיון שהוא ודאי פשע כשלא עיין ולא הודיע וכו' אין לו להפטר בטענת ספק שהדבר היה מסופק אצלו אם ידעו בו בעלים אפי' על הספק הזה ה"ל לתת לב ולהודיעו דכל דבר שיש בו ספק אם צריך שמירה ממנו אם לא חייב לשמרו ממנו ואם לאו פושע הוא דספקו כודאו שאין ספק מוציא מידי ודאי וכו', עכ"ל. הרי דפירש דגדר הך אין ספק מוציא מידי ודאי הוא דלהכי חייב היה בקרא לשמור ולהכי חייב שפשע, אכן מחמת הא גרידא דאיכא ודאי סיבת חיוב וספק סיבת פטור לא אתי עלה ושפיר היה פטור אי לאו דחשיב פשיעה, אשר זה כשיטתו דהכא דאף דאיכא ודאי סיבת חיוב מ"מ כיון דלמעשה אינו חל חיובו אלא בזמן שמת שפיר חשיב כאיני יודע אם נתחייבתי, דמבואר דלא סגי בודאי סיבת חיוב, אלא יסוד חיובא דאיני יודע אם פרעתיך הוא משום דאיכא חזקת חיוב, ולהכי הוצרך לפרש דהוה התם ודאי פשיעה דהבקרא. (וכל זה עיי' הבנת הגראב"ן דכונת הריטב"א הכא הוא דסיבת החיוב הוא משעת משיכה. אכן לכאורה היה אפשר לפרש דבריו באופן אחר, דאפי' סיבת חיוב ליכא, רק דס"ל להך מ"ד דחייל מהכא שעבוד הנכסים למפרע משנעשה סיבת החיוב דמיתה, ולפ"ז אין מח' דהכא משתייך להתם כלל, ועדיין צ"ע בזה).

והנה בקצוה"ח שם סי' שד"מ כתב ליישב קושיית הלח"מ עיי' מה שהוכיח מדברי הרשב"א בגיטין דף ע"ח ע"ב דהיכא דאיכא רגלים לדבר שפיר פטור אף באיני יודע אם פרעתיך, וה"ה הכא שפיר איכא רגלים לדבר, כלומר, צד ספק ממש, שהרי נולד ספק. ונראה לכאורה דלא יתכן לומר כן אלא אם כן נימא דמאי דחייב באיני יודע אם פרעתיך הוא משום דאיכא חזקת חיוב, בזה איכא למימר דהיכא דודאי נולד ספק הוה ריעותא בחזקת חיוב ושפיר יתכן דפטור. אכן אי נימא דיסוד מאי דחייב באיני יודע אם פרעתיך הוא משום דאיכא ודאי סיבת חיוב וספק סיבת פטור, בזה ליכא נפ"מ בין נולד ספק בעצם או שטוען ספק, הרי סו"ס ליכא אלא ספק סיבת פטור. והאמת דאף אי נימא דהוה מטעם חזקת חיוב מסתברא לכאורה דאף היכא דאיכא רגלים לדבר מ"מ יש לדון דאכתי החזקה במקומה וחייב הוא. אכן אי נימא דטעמא דמודה באיני יודע אם פרעתיך הוא משום גריעותא בשמא דאמחר שהיה חייב היה לו לשים לב לדעת אם פרע או לא והוה כמין רגלים לדבר דלא פרע, בזה שפיר איכא למימר דהיכא דאיכא רגלים לדבר ליכא גריעותא בשמא, דהא צד ממש הוא. (ועיי' חידושי הרשב"א בסוגיין דלא הוזכר בדבריו הא דאין ספק מוציא מידי ודאי, והוא מתאים להנ"ל).

ולכאורה יש מקום עיון בדברי הרשב"א, דע"פ יסוד דבריו בגיטין לא קשיא לכאורה קושיית התוס', כאשר כתב באמת בקצוה"ח הנ"ל, דהכא ודאי דאינו דומה לאיני יודע אם פרעתיך מאחר דאיכא ספק לפנינו, וכנ"ל, ואילו בסוגיין שפיר הוקשה להרשב"א דהוה כאיני יודע אם פרעתיך והביא בזה תירווצים אחרים. אלא דפשוט דהרשב"א עצמו לא אמר הך סברא אלא דעל ידי כך יהיה דין יחלוקו ולא דין אוקי ממונה בחזקת מרי, אבל דליהו על ידי הך סברא דין ברי ושמא ברי עדיף ויתחייב הכל, זהו חידושו דהקצוה"ח בדברי הרמב"ם, אך הרשב"א לא ס"ל הכי, וכי"כ באמת הקצוה"ח, עיי'.

ובתוס' הרא"ש כתב ביישוב קושיית התוס' ע"פ יסוד דבריו אשר הבאנו לעיל באות ע"ד דטעמא דאיני יודע אם פרעתיך דחייב הוא משום דהיה לו לדעת וכו', והכא מאחר שהחזיר פרה אחת תו ליכא למימר הכי אשר על כן הוה כאיני יודע אם נתחייבתי דחייב. ומבואר מדבריו שלא כתב כן אלא בב' פרות ולא

בפרה אחת, ודלא כמדוייק מדברי התוס' בסוגיין. ובאמת נחלקו בביאור דברי התוס' השי"ך בסי' רצ"א סקמ"ד והקצוה"ח סי' ש"מ סק"ד, דהשי"ך דקדק מדברי התוס' שתלו הדבר במה שהחזירו דסי"ל דשומר בעצם הוי כאיני יודע אם פרעתיך אי לאו האי טעמא דהחזירו, ואילו הקצוה"ח תמה עליו מסוף דברי התוס' דמבואר דאפי' היכא דלא החזיר, דהיינו בפרה אחת, נמי דאמרין דהוי כאיני יודע אם נתחייבתי, ע"ש.

פ) תוד"ה רב הונא ורב יהודה אמרי חייב ברי ושמא ברי עדיף- וי"ל דדווקא הכא אית ל"י לרב יהודה דברי עדיף דהוי ברי טוב וכו'- לכאורה צ"ב, דהא כתבו התוס' לעיל דמאי דאיצטריך בבא דשוכר ברי ומשאל שמה היינו משום דאי משום רישא הוי"א דדווקא בברי טוב ושמא גרוע אמרין דברי עדיף, קמ"ל, הרי מבואר ממתני' דאפי' בברי גרוע ושמא טוב אמרין דברי עדיף, ואילו בגמ' לא הקשו ממתני' אלא אדברי רב נחמן ולא אדברי רב יהודה, וגם תירוץ הגמ' לדברי רב נחמן לא יעלה ארוכה לקושי' על דברי רב יהודה, ע"ש.

והיה לכאורה נראה פשוט בזה, דיסוד מאי דלא אמרין ברי עדיף בברי גרוע, זה אינו אלא להוציא, אבל לסומכוס דמוקמין למתני' כוותי', הרי מאי דאמרין דברי עדיף היינו להחזיקו אצל המוחזק ושלא נימא דממונו המוטל בספק חולקין, (ואף בלאו הכי הרי בנידון דהתוס' לעיל מיירי שהשוכר הוא טוען ודאי אשר פשוט דהוי להחזיק), אשר לזה שפיר יתכן דמהני אפי' ברי גרוע. ודבר זה מתפרש ב'י אופנים, על הצד דיסוד דינא דברי עדיף הוא דאין השמא עושה ספק ושוב לית לן לאוקמה אחזקה, מאי דלא מהני ברי גרוע היינו משום דכיון דמאי דטען ברי י"ל דהיינו משום דיודע דאין השני יכול להכחישו, להכי א"א לומר דמסלק הברי את הספק, ושוב מוקמין אחזקה. אכן כל זה להוציא, אבל להחזיק שלא נימא דיחלוקו לסומכוס, נהי דאיכא ספק, מ"מ אף ברי גרוע טענה יותר חזקה מכל שמא מצד הלכות טענות, אשר בזה סגי לומר שמשאר אצל המוחזק ופטור. ועל הצד דיסוד דינא דברי עדיף הוא דכיון דעל ידי טענת שמא איכא ריעותא בחזקה שוב מהני ברי להוציא ממנה, מעלת ברי טוב הוא דשפיר מהני להוציא מהך חזקה, אבל ברי גרוע כיון דיש להניח שאומר כן מפני שאי אפשר להכחישו, אינו מועיל להוציא אף מוחזק עם ריעותא, אכן טענה חזקה משמא שפיר הוי, ונפ"מ לענין להחזיק ושלא לומר לסומכוס יחלוקו, וז"פ.

אכן עדיין אין הדברים מתבארים בכך, דהא מוקמין מתני' ידן כסומכוס, וכתבו התוס' לעיל דלסומכוס חשיבי תרווייהו כמחזיקים, וא"כ גם במתני' הוי להוציא ומ"מ מבואר דמהני ברי גרוע נגד שמא טוב, אשר הוא דלא כמבואר במתני' דב"ק, וצ"ע. ושמא י"ל דלעולם אין כונת התוס' לעיל לומר דהוי התם ברי גרוע ושמא טוב, וכן משמע לכאורה מסתימת לשונם שלא פירשו התם דהוי ברי גרוע ושמא טוב, דיתכן דמאחר שהבהמה של המשאל היה עליו לדאוג לדעת מה קורה עם בהמתו ומשו"ה לא חשיב שמא ידי' לשמא גרוע, וכן ברי דהשואל לאו ברי גרוע מהאי טעמא, ואין כונת התוס' אלא לומר דלא אלים הברי ולא גרע השמא כמו ברישא, ועדיין צ"ע בזה. אך נראה לכאורה פשוט דלא בעינן לזה, דמאי דמהני לסומכוס אפי' ברי גרוע אף דשניהם מוחזים, היינו משום דהתם כל המוחזק הוא משום הדררא דממונא, כלומר, מהספק, ועד כמה דיסלק הברי את הספק שוב אינו מוחזק כלל מצד הספק ואין פירושו שמוציא הברי ממוחזק, ולזה שפיר יתכן דמהני ברי גרוע, משא"כ להוציא ממוחזק ממש בזה לא מהני.

ובגוף תי' התוס', עי' שיעורי ר' אלחנן שנסתפק אי העיקר הוא דבעינן ברי טוב, ומהני אפי' היכא דהוי שמא טוב, או דבעינן גם שמא גרוע, או דהשמא גרוע הוא העיקר. והוכיח דע"כ לא בעינן דווקא שמא גרוע, מהא דמקשין העולם אמאי ברי עדיף, ולהימני' לשמא במיגו דאי בעי אמר ברי, ובפשיטות התי' הוא

דא"ה"נ דנאמן שאינו יודע, אלא דעל זה גופא אמרין דברי עדיף, והרי בכה"ג ליתא לגריעותא דשמא גרוע, דהא הגריעותא הוא דכיון דהוי"ל למידע אמרין דבמה שאומר איני יודע משקר הוא, וכיון דאיכא מיגו הרי ליכא למימר הכי. אלא מוכח דהעיקר הוא דיהא ברי טוב. אכן צ"ב לדבריו אמאי הזכירו התוס' כלל הא דשמא גרוע, חדא דאין זה נוגע, ובי' דעל ידי המיגו לית בזה שום גריעותא, וצ"ע.

ויש לכאורה לדחות ראייתו, דלעולם נימא דלא מהני הך מיגו דאי בעי אמר ברי כלל, ואפי' לשוויי שמא טוב. ומהלך הדברים, דהרי חקר הגאב"ו עצמו במקו"א בעיקר דינא דמיגו אי הוי ראייה דמה לו לשקר הוא דהוי כח נאמנות, ואכמ"ל. ושמעתי ממורי' זצ"ל להוכיח מדברי הרמב"ם בפיה"מ פ"ו דשבועות דבאמת בעינן לתרוייהו, והוא ממש"כ שם הרמב"ם דאמרין מיגו ובלבד שיהיה בו מה לו לשקר, אשר מבואר מדבריו דעצם יסוד מיגו אינו מה לו לשקר, ולא הוי מה לו לשקר אלא כמין תנאי דבעינן בכדי דנימא מיגו. וביאור הדברים, דודאי יסוד דינא דמיגו הוא כח הטענה (כח נאמנות), אלא דאין נותנין כח הנאמנות למי שיש לחשוש בו שמשקר, אשר לזה בעינן למה לו לשקר דמיגו, וקצרתי. ועפ"ז נראה דבמאי דבעינן דנהימני' לשמא במיגו דאי בעי טעין ברי לא שייך כלל כח הטענה, דלא שייך כח הטענה אלא דבי' הטענות, בין מה שטוען ובין מה שהיה יכול לטעון, היינן טענות, רק דלמה שטוען חסר הכח לגבור בטוען ונטען, בזה הוא דשייך כח הטענה, אבל הכא הרי מה דהוי שמא גרוע הוא משום דהיה ל"י למידע ומדאינו טוען אלא שמא נראה כמשקר, והוי זה חסרון בעצם השמא ולא סתם שאינו יכול לנצח עם טענה זו, ומציאות הדברים הוא דברי הוי טענה ושמא לא ולא שייך בזה מושג דכח הטענה. וכן מה לו לשקר גרידא לא יועיל בזה לומר דליחשב שמא טוב, דלא מהני מה לו לשקר אלא היכא דהיינו באים לומר בלא שום הוכחה שמשקר ומהוה המה לו לשקר כמין סמך שאינו משקר, אבל הכא דמעצם מאי דטוען שמא היכא דהוי שמא גרוע איכא מיגו' ובי' כמין סמך שהוא משקר, בזה לא מהני מה לו לשקר כלל כיון דאין הא דמה לו לשקר מהוה ראייה אלימתא מצד עצמה, וכדמוכח מדברי הרמב"ם. אשר לפ"ז לעולם נשאר שמא גרוע ולא חשיב שמא טוב כלל, ושפיר יתכן דלא סגי במאי דאיכא ברי טוב אלא בעינן נמי שיהא שמא גרוע, ודוק.

עוד הביא שם (ובקו"ש ב"ב אות תס"א) ראייה מהמשך דברי התוס' שכתבו דבהא דב"ב קל"ה בזה אחי דמדאינו נאמן רצו להוכיח דלא כדברי רב יהודה ורב הונא הוי שפיר ברי טוב משום שהיה לו לחשוש שאח"כ יתברר להם שאין זה אחיהם, והא על ידי זה לא הוי אלא ברי טוב, אבל שמא טוב אכתי הוי כיון דעכשיו אין תביעה עליהו במה שלא יודעים, ומ"מ שפיר הוה אמרין בזה דברי עדיף, הרי דהעיקר תלוי בברי טוב ולא בשמא גרוע.

פא) תוד"ה רב הונא ורב יהודה אמרי חייב ברי ושמא ברי עדיף- כמו ביורשים דלא אמרין בהו מתוך שאינו יכול לישבע משלם משום דלא הוה ל"י למידע וכו'- ואף דהתם היינו טעמא משום דילפינן לדינא דמתוך שינוי יכול לישבע משלם ממאי דכתיב שבעת השם תהיה בין שניהם דדרשינן ולא בין היורשים, מ"מ טעמא דמילתא דכן הוא הוא משום דלא הוה להו למידע, וא"כ הוא הדין כאן, וכדמבואר התם אי דאמר ל"י נ"י אית ל"י ונ"י לית ל"י מה לי הוא מה לי אבוב, עי' תוס' ב"ק מ"ו ע"א ד"ה דאפילו.

ויש לעיין לכאורה, דבשלמא אי נימא דיסוד דינא דמתוך הוא דמה שאינו יכול לישבע מחייבתו בממונו, שפיר מובן דהיכא דלא הוה ל"י למידע אין מה שאינו יכול לישבע מחייבתו. אכן אי נימא דיסוד דינא דמתוך הוא דהוי בעיקר חיוב ממונו אלא שיכול לפטור עצמו על ידי שבעה, מאי נפקא לן מידי אי הוה ל"י למידע או לא, סו"ס הרי אינו פוטר עצמו בשבעה, וצ"ב להנהו קמאי דסבירא להו הכי אמאי לא אמרין גבי יורשים מתוך שאינו יכול לישבע משלם.

והנה אי נימא דגדר דינא דשבועה הוא או ישבע או ישלם, כאשר איתא בראשונים, בזה אפשר לומר דמאי דאמרין מתוך הוא דווקא מלימוד, דהרי יסוד החיוב המתחדש בהשבועה הוא או ישבע או ישלם, ושפיר היה שייך לומר דלא נתחדש דין זה אלא כד אית ליה ב' האפשרויות, לישבע או לשלם, אבל היכא דאינו יכול לישבע ואין לו אלא אפשרות אחת, לשלם, בכח"ג לא נתחדש החיוב כלל, קמ"ל ילפותא דקרא דאף היכא דאינו יכול לישבע חייל חיוב תשלומין, ובוה שפיר איכא לימר דכי נתחדש דחייב היינו דווקא היכא דהוה ליה למידע. אכן לאלו הסוברים דדין מתוך ידעין לה מסברא, עי' בקובץ שיעורים לעיל, דיסוד החיוב לעולם הוא תשלומין רק שיכול לפטור עצמו בשבועה, בזה אין לחלק כלל בין הוה ליה למידע ללא הוה ליה למידע דהא סוף סוף אינו יכול לפטור עצמו בשבועה ושוה נשאר חיוב הממון על כנו.

ובאמת נחלקו הראשונים בדבר זה אי היכא דלא הוה ליה למידע אמרין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, עי' רמב"ם וראב"ד פ"ג מהל' מלוה ולוה סוה"ד, ובפ"ה מהל' שו"פ ה"ז, ושי"ך ס"י ע"ב סקנ"א שביאר דבהכי נחלקו. ועי' עוד קצוה"ח ס"י ס"ט סק"ז מה שהביא מדברי בעל המאור פרק המוכר בשם הראב"ד.

ועיקר הטעם בלא הוה ליה למידע דלא אמרין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, מבואר בבעה"מ הנ"ל בשם הראב"ד "דלא אמרין מחויב שבועה ואינו יכול ישבע משלם אלא בענין היו שניהם חשודין דאיכא גבי לוח ריעותא דחשדא אי נמי גבי חמשין ידענא וחמשין לא ידענא דרע נמי טענת"י, ע"ש מש"כ בעה"מ גופי, דלא בעינן לזה טעמים, אלא "שאין על היתומים לעולם שבעות התורה בטענת איני יודע ולא אמרין בי מתוך שאינו יכול לישבע משלם". ואי נימא בגדר מתוך דהוא ביסודו חיוב ממון אלא שפוטור עצמו משבועה, י"ל לכאורה כדברי בעה"מ דמאי דיתומים לא אמרין בהו מתוך אינו משום דלא הוה להו למידע אלא משום דלא חידשה תורה בהו דין שבועה על טענת איני יודע ושוב ממילא לא שייך מתוך.

וכן לדעת הרמב"ם דס"ל דאפי' באינו יכול לברר איתא לדין מתוך, י"ל דכן יפרש ההוא דירושים, או י"ל כמשי"כ בשי"ך הנ"ל דהיינו משום דלאו טענת עצמן הוא אלא באים מטעם אביהם, וטענינן להו טענתא דאבוהון.

פג) תוד"ה רב הונא ורב יהודה אמרי חייב ברי ושמא ברי עדיף- ומשום הכי נמי בניזק אומר ברי ומזיק אומר שמא לא אמרין מתוך שאינו יכול לישבע משלם דלא הוה ליה לידע דהא מודה במקצת הוא שמודה בפרה- עי' תוס' ב"ק מ"ו ע"א ד"ה דאפילו נכתבו גם ת"י אחר אמאי לא אמרין התם מתוך שאינו יכול לישבע משלם, "דלמ"ד פלגא נזקא קנסא לא יהא מחויב שבועה גדולה מהודאת עצמו דמודה בקנס פטור". וביאור דבריהם היה אפשר לומר דמאחר דמטרת שבועת מודה דמקצת היא כי היכי דלודי, עי' לעיל דף ג' ע"ב, היכא דאילו היה מודה היה פטור משום דמודה בקנס פטור ליכא דין שבועה, עי' טור ס"י שצ"ט שכ"כ להדיא. אכן מדברי התוס' משמע יותר דאין כונתם למימר דליכא שבועה, אלא דאף דאיכא שבועה לית בזה דינא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם. וסברתם, דלא יהא חמור מה שאינו נשבע מאם מודה, וכי היכי דאם מודה פטור, כך אם אינו יכול לישבע פטור ולית בזה דינא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם. ומדברי התוס' בסוגיין שלא כתבו כן משמע לכאורה דס"ל דאף היכא דאילו היה מודה היה פטור איכא שפיר שבועת מודה במקצת ואיכא שפיר דינא דמתוך. ולדידהו צ"ל לכאורה דס"ל דיסוד השבועה אינו רק כי היכי דלודי, אלא דביסודו חייב ממון, רק שפוטור עצמו על ידי השבועה שמכחיש טענת התובע, באופן דהוי השבועה לטובת הנתבע, וזה שפיר שייך גם בקנס כיון דלולא השבועה היה חייב בקנס. וכן מובן לפ"ז מאי דאית בזה דינא דמתוך, דמאחר דהוא בעצם חייב ממון אין פירושא דמילתא דאי-שבועתו מחייבו בממון אלא

דמאחר שאינו יכול ישבע נשאר החיוב בעינו. או י"ל דס"ל דמאחר שנתחייב שבועה שוב אין הודאתו פוטרתו, ונמצא שפיר מתחייב על ידי הודאתו, ושפיר שייך בזה חיוב שבועה, דמאחר שאין ההודאה יכולה לפוטרו שוב הויה הודאה המחייבת, וכבר דנו ביסוד כזה אי היכא דלא מהניא הודאתו לפטור מהניא לחייבו בקצוה"ח ובתורה"כ בסי' א', ע"ש בקצוה"ח שהביא דעת הלבוש והשארית יוסף דמהניא לחייב, ובקצוה"ח פליג עלייהו.

פג) תוד"ה רב הונא ורב יהודה אמרי חייב ברי ושמא ברי עדיף- וא"ת לרב ושמואל דפטרי בני ידענא וני' לא ידענא מודה במקצת אמאי חייב יהא נאמן במה שכופר במיגו דאי בעי אמר איני יודע- מבואר מדבריהם דעל טענת איני יודע לא שייך שבועה מן התורה, דהא מהאי טעמא הוא דאיכא מיגו, דאילו הוה טעין איני יודע היה פטור בלא שבועה (מאחר דלא ס"ל לדינא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם). ועי' חידושי הגרע"א שהקשה דא"כ אמאי נקט הקושי דווקא לרב ושמואל, הא גם לדין בהא דאמרי' פ"ז דשבועות גבי שבועת ד' תהיה בין שניהם ולא בין הירושים ה"ד אילימא דא"ל מנה לאבא ביד אבוכון ואמרי' חמשים אית ליה וחמשים לית ליה מה לי הוא מה לי אבוה, הא בירושים נפטרו בשבועה במגו דאמרי' נ' לא ידענא דבירושים ק"ל דלא אמרין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, וכמו שהקשה באמת הר"ן בשבועות ות"י על זה ב' תירוצים, הא', דהוי באמת צריכים לישבע דני' לא ידענא, והב', כתירוצם של התוס', וא"כ התוס' בקושייתם דלא הוה ידעי לתירוצם וס"ל דליכא שבועה דאינו יודע, לדידהו צ"ב אמאי לא הקשו אפי' לדין, ע"ש דברי הגרע"א (שהם מדברי תוספותיו על המשניות) דנשאר בקושי' והניח הדברים בצ"ע.

ועי' שיעורי ר' אלחנן ס"י כ"ט אות' א' (והוא גם בקובץ שמועות למכילתין אות' ל"ה) שכתב ליישב קושיית הגרע"א, ע"פ מה שהוכיח מסוגי' דכתובות דף כ"ה דאף דבכגון טענת פרוע במיגו דמזוייף שפיר אמרין מיגו אף דלפי מה שאומר עכשיו דפרוע הוא הוי טענת מזוייף אצלו טענת שקר, היינו משום דעכשיו מחזיקין שאומר אמת ויש לו הכח שהיה יכול לטעון, דהיינו טענת מזוייף, אכן בכגון נידון דין, הרי כל מאי דביתומים לא אמרין בהו דמתוך שאינו יכול לישבע משלם אינו אלא משום דמחזיקין בהו דלא ידעי, ועכשיו שטוענים ברי ואומרים שהרי יודעים, לא שייך בהו כח הטענה המבוסס אמאי דלא ידעי, על כן לא הקשו התוס' אלא מדרב ושמואל דליכא כלל דין מתוך, אשר לדידהו לא שייך מה שליכא דין מתוך למה שמניחים שאינם יודעים, ובוה שפיר הקשו דכיון שהיו נאמנים לומר שמא אמאי חייבים שבועה מבי"מ בברי ע"ש כל דבריו. (ודבריו נבנים אמאי דבעינן לכת הנאמנות דמיגו, דאילו מצד ראייה פשוטה דמיגו לכאורה ליכא נפ"מ בכך כיון דסו"ס אילו היה רוצה שקר היה טוען כן.)

וע"ש עוד בשיעורי ר' אלחנן ס"י הנ"ל אות' ב' שהעיר בדברי הגרע"א דלכאורה היה יכול להוכיח דליכא שבועה דאינו יודע גם מדברי התוס' לעיל בע"א ד"ה ביום, שכתבו דאין מגלגלין שבועה היכא שהנתבע אומר שאינו יודע והקשו דא"כ איך מגלגלין שבועה לעולם דאפי' כשהנתבע טוען ודאי יהא נאמן במיגו דאי בעי אמר איני יודע, ותיירצו דאין זה מיגו דאין אדם עושה עצמו ברצון מסופק, ומוכח דליכא שבועה דאורייתא שאינו יודע, דא"כ נהי דאין מגלגלין שבועה כשהנתבע אומר שאינו יודע, מ"מ צריך להשבע גם בלא דין גלגול שאינו יודע, אע"כ דליכא שבועה כזאת, ע"ש שהאר"ך בזה.

פד) תוד"ה רב הונא ורב יהודה אמרי חייב ברי ושמא ברי עדיף- וי"ל דאין אדם טוען ברצון איני יודע כדפרישית- ולעיל בע"א כשהביא ת"י זה ביארו התוס' דאינו טוען כן ברצון משום דאם טוען שאינו יודע נראה דהתובע טוען אמת שטוענו ברי והוא אינו טוען אלא שמא. והקשה הגרע"א בתוספותיו למשניות (הובאו הדברים בחידושי הגרע"א), דלפ"ז

יקשה לרב ושמואל הכא האיך נשבע שבועת השומרים, הרי אית לי מיגו שהיה יכול לומר שאינו יודע אם בפשיעה מתה או לא, ובכח"ג אין טענת התובע נראה אמת שהרי אף התובע אין טוען אלא שמא. וכתב הגרע"א דצ"ל דמ"מ רוצה שיהיו ניכרין דבריו יותר לאמת דהוא טוען ברי והתובע שמא, ע"ש.

פנה) תוד"ה ה"נ כגון שיש עסק שבועה ביניהם- ופליגי אדר' אלעזר שאמר יורשין נשבעין שבועת יורשין ונוטלין וסבר ר"א כר' אבהו דמתוך שאינו יכול לישבע מי שהוא תובע או נתבע משלם הנתבע- וכ"כ התוס' גם בב"ב דף ל"ד ע"א ד"ה וכל. ויש לעיין מהו הטעם בזה, דיעויין שם בתוס' דמבואר מדבריהם דדין מתוך שאינו יכול לישבע משלם סברא היא, והיינו, דבכגון שבועת עד אחד יסודו הוא דחייב הנתבע ממון אלא דמצי פוטר עצמו בשבועה, אשר על כן היכא דאינו יכול לישבע איתא לחיוב הממון, וזה הרי לא שייך אלא בנתבע שאינו יכול לישבע, אבל אין סברא בזה דנימא דמאחר דהתובע אינו יכול לישבע שישלם הנתבע.

ואפשר דצ"ל בזה ע"פ המבואר בשערי שבועת לרי יצחק בר' ראובן שער העשרים דין הרביעי, ע"ש שכתב, וז"ל: והרביעי מי שכנגדו חשוד על השבועה הוא שיהא חשוד הנתבע שעליו השבועה ויתברר לנו שלשקר נשבע בכך אמרו חכמים להעביר השבועה מזה החשוד ולא יפטר משבועתו אלא ישבע התובע ויטול, עכ"ל. והנה ממה שכתב דהעבירו את השבועה ולא יפטר משבועתו, נראה דמבואר להדיא דלעולם לא נפטר הנתבע מחיוב שבועתו על ידי מה שהוא חשוד, אלא דהיכא דהוא חשוד קיום שבועתו הוא על ידי שנשבע התובע ונוטל, ולעולם חיוב שבועה דהנתבע במקומו עומד אלא דמתקיים על ידי הנשבע ונוטל דהתובע, דהיכא דהוא חשוד דתהפך דין שבועתו מהיותו נשבע ונפטר להיות התובע נשבע ונוטל. ועפ"ז פשוט דמאחר שתקנו דשכנגדו נשבע ונוטל שוב אין לדון כלל דיהיה זכות התובע בממון מצד מתוך שאינו יכול לישבע משלם, דהא שבועה זו שנשבע הוא מיחשבא קיום חיוב השבועה דהנתבע, ונמצא דשפיר נתקיימה חיוב שבועתו דהנתבע, וע"כ דבכלל תקנת שכנגדו נשבע ונוטל, דנתנו לו חז"ל להתובע זכות ממון על ידי השבועה. (ע"י לעיל פ"ק דף ה' מה שכתבנו בזה.)

ועפ"ז דמובן היטב מאי דאמרינן דהיכא דאינו יכול לישבע לא הנתבע ולא התובע דמשלם הנתבע, דאף שבועת התובע היכא דהנתבע חשוד הוא כסניף משבועת הנתבע, ודין עצם השבועה דהנתבע הוא דהיכא דהוא חשוד ישבע התובע ויטול ועל ידי כך מתקיים שבועת הנתבע, והיכא דאף הוא חשוד הדרינן לסברא דחייב הנתבע לשלם עד כמה שלא נתקיים דין השבועה, ודוק.

ואפשר היה לומר דזהו גם הביאור במה שכתבו התוס' בהמשך דבריהם "אע"ג דשכנגדו אינו מחוייב אלא שבועה דרבנן אפ"ה מפסיד היינו משום שהשבועה בא מחמת הנתבע שהיה חייב שבועה דאורייתא לכן חשיבא גם בתובע כדאורייתא", דהיינו כנ"ל, משום דכל יסוד שבועת כנגדו הוא כמין סניף מדין שבועת הנתבע. אלא דנראה דליכא למימר הכי, דהנה לדעת ר"ת בתוס' יוצא דנחלקו אי אמרינן מתוך מה הדין בשניהם חשודים, דר"נ ס"ל דיחלוקו ואילו ר"מ ס"ל דמשלם הנתבע הכל, ולכאורה צ"ב במאי פליגי. וביאור פלוגתתם לכאורה, שנחלקו בגדר דינא דכנגדו, דאי הוי דין כנגדו תקנת שבועה חדשה והוי כמין שבועת הנוטלין, נמצא דכל אחד מהם, התובע והנתבע, יש לו חיוב שבועה אשר אינו יכול לישבע אשר מהאי טעמא אמרינן דיחלוקו, דכל אחד מפסיד. אכן אי נימא כדעת השערי שבועות הני"ל דשבועת התובע אינה שבועה חדשה אלא הכל מדין שבועת הנתבע, בזה נראה דעד כמה שאין התובע יכול לישבא לא נתקיימה דין שבועת הנתבע ואמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם ומשלם הכל, ודוק. ועפ"ז ליכא למימר כנ"ל, דהרי קיימין לדיעה דיחלוקו, והך דיעה לא ס"ל כדעת השערי שבועות. וע"כ דכונת התוס'

אחרת היא, דלא אמרו מתוך אלא במסגרת טו"י המחייב שבועה דאורייתא, כגון דשבועת כנגדו דסיבת חיובו הוא כתוצאה מחיוב שבועה דאורייתא. **פז) תוד"ה ה"נ כגון שיש עסק שבועה ביניהם-** לבד מן היתומים דאע"ג דשבועה דרבנן היא מתוך שאינן יכולין לישבע מפסידין ואין נוטלין וכו' והתם דווקא אמרינן דעבד כרב ושמואל עבד- והיינו, דרב ושמואל באמת ס"ל דאמרינן מתוך בכל שבועה דרבנן, כמבואר ממאי דילפנין מדינייהו לדין שניהם חשודים, וכ"כ התוס' בשבועות מ"ז, אלא דאנן לא עבדינן כוותיהו אלא ביתומים. והעיר לי ב"א דלכאורה יקשה גם על מה שאמרו דעבד כר' אלעזר עבד, דהרי הוא ס"ל כר' אבא דאמרינן מתוך גבי יורשים ונשבעין שבועת היורשים ומשלמים יורשי הלוה, והרי שבועת יורשי הלוה אינה אלא דרבנן ומ"מ אמרינן בזה מתוך, והא אנן לא אמרינן מתוך בשבועה דרבנן והיכי עבדינן כוותי, והכא לא שייך ת"י התוס', וצ"ב כעת.

צ"ח ע"א

פז) תוד"ה מתוך שאינו יכול לישבע משלם- דבענין אחר לא אפשר וכו'- והוא כתי' הא' בתוס' לעיל דף ה' ע"א ד"ה שכנגדו קאמינא שכתבו דבאמת הוה לן למימר מתוך אלא דא"כ לא שבקת חיי לכל ברי'. אכן התוס' התם כתבו עוד תי', דכיון דרוצה לישבע ומצד עצמו יכול לישבע אלא דאנן לא מניחין לי, שפיר חשיב יכול לישבע ולית בזה דין מתוך. (וי"ל דנחלקו ב' אלו התירוצים בגדר מתוך או בגדר שבועה, ואכמ"ל.)

והנה ביאור תירוץ הראשון של התוס' (שכתבו גם בסוגיין) לכאורה הוא דזכות הממון של התובע הוי שפיר מצד דין מתוך, אלא דמטעם לא שבקת חיי חייבו אותו לישבע שבועת הנוטלין, באופן דנמצא דיסוד תקנת שכנגדו ישבע הוא לטובת הנתבע. ובקצוה"ח ס"י ע"ה סק"י"א הקשה על זה ממאי דאמרינן לעיל דף ה' דמאי דליכא תקנה דשכנגדו ישבע בשבועת היסת הוא משום דתקנתא לתקנתא לא עבדינן, ולדברי התוס', הרי ב' תקנות נפרדות הן ולא תקנתא לתקנתא, דהרי תקנת שבועת היסת הוא לטובת התובע ואילו דין דשכנגדו ישבע הוא לטובת הנתבע, וכנ"ל.

ואשר נראה בזה, ע"פ מש"כ בשערי שבועות לרי יצחק בר' ראובן שער כ' ד"ה והרביעי, ע"ש שכתב, וז"ל: והרביעי מי שכנגדו חשוד על השבועה וכו' בכך אמרו חכמים להעביר השבועה מזה החשוד ולא יפטר משבועתו אלא ישבע התובע ויטול, עכ"ל, הובאו הדברים לעיל אות פ"ג. והנה ממש"כ להעביר השבועה מבואר להדיא דאין יסוד השבועה שנשבע שכנגדו שבועה מחודשת, אלא דהעבירו השבועה מהנתבע להתובע, זאת אומרת, מהיותו שבועת הנפטרין דהנתבע להיותו שבועת הנוטלין דהתובע, אשר מפאת זה הוא דקרוהו היפוך שבועה, על שמהפכים אותה השבועה ממש. ולעולם אין הביאור דנפטר הנתבע משבועתו ונתחייב התובע, אלא דאותו חיוב שובעה מתקיים בשבועת הנוטלין דהתובע, כמבואר מדקדוק לשונו.

אשר לפ"ז נראה פשוט דנהי דעד שלא תקנו היפוך שבועה ודאי דהוה אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם, מ"מ משהפכו את השבועה והעבירוה להתובע, הרי מה שהתובע נשבע הוא הוא קיום שבועתו של הנתבע, ועד כמה שהוא נשבע חשיב שפיר יכול לישבע, דהא מתקיימת שבועתו על ידי התובע, באופן דנמצא דלעולם זכיית התובע בהממון אינו אלא על ידי השבועה, שבועה זו היא המזכה אותו בהממון. אשר לפ"ז א"ש קושיית הקצוה"ח, דכיון דזוכה בממון על ידי השבועה, שפיר חשיבא תקנתא לתקנתא, דבין דין שכנגדו בין תקנת שבועת היסת הרי הן לטובת התובע, ודוק.

והנה כתב הרמב"ם בפ"ב מהל' טו"י ה"ד, וז"ל: תקנת חכמים היא שכל המחויב שבועה מן התורה על טענת ודאי אם היה חשוד הרי התובע נשבע מדבריהם ונוטל מה שטען וכו' היה החשוד שומר וטען שאבד הפקדון או נגנב אין שכנגדו יכול להשבע וליטול שהרי אינו טוענו ודאי שאכלו וכו', עכ"ל. הרי דמחלק הרמב"ם בין היכא דהתובע חשוד דאמרין דחזרה שבועה אצל הנתבע ומתוך שאינו יכול לישבע משלם, לבין היכא דאין התובע יכול לישבע משום שאינו טוענו ודאי. וגדר החילוק לכאורה דהיכא דאף הוא חשוד תקנו לבטל שבועת כנגדו ושוב אמרין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, אבל היכא דאינו טוענו ודאי ואינו חשוד שפיר איתא לתקנת כנגדו ומאחר ואין התובע יכול לישבע שוב אינו גובה. ויעויין מ"י דדן זה דהרמב"ם באין התובע טוען ודאי ליתא בש"ס אלא מתוך מה שאמרו שכנגדו נשבע למד הרמב"ם דעולם שכנגדו אינו נוטל בלא שבועה. וע"ש שהביא דהרמ"ה פליג על דברי הרמב"ם וס"ל דאף בשומר הו"ל הנתבע מחויב שבועה אינו יכול לישבע ומשלם.

ונראה ביאור דפליגי ביסוד הנ"ל, דלדעת הרמב"ם דין שכנגדו נשבע ויטול תקנה נפרדת היא, כלומר, שהוא חייב שבועה אשר יסודה שבועה על תובע, רק דאם אף הוא חשוד הוא לא תקנו, אשר ממילא אמרין מתוך שאינו יכול הנתבע לישבע משלם, אבל גבי שומר שאינו טוענו ודאי, כיון דאינו חשוד הוא שפיר איתא לתקנתא דכנגדו, מפאת הך תקנה אינו נוטל אלא על ידי שבועה, אשר ממילא אמרין בזה דפטור. אכן דעת הרמ"ה דליכא מקום לחלק בין היכא דהוא חשוד לבין היכא דלית ל"י טענת ודאי, דיסוד תקנתא דכנגדו יסוד ויטול הוא שהעבירו את שבועת הנתבע לתובע, ואינה תקנת שבועה מחודשת לתובע, ועד כמה שאין ה"כנגדו" יכול לישבע לא נתקיימה דין שבועת הנתבע וממילא אמרין דכיון דאינו יכול לישבע משלם.

פח) משכחת לה רישא בבי' וסיפא בג' וכו'- בהך מילתא דעירוב פרשיות ע"י באריכות בבי' ק"ז, דנחלקו רש"י ור"ת והריב"א. שיטת רש"י, דלמאן דס"ל דהוי עירוב פרשיות לא שייך דין כי הוא זה בפקדון כלל, ולא נאמר אלא לענין פרשה דאם כסף תלוה, והקשו מ"ש מלוה, ותירצו על פי דברי רבה, דמאי דפטור כופר הכל במלוה הוא משום דאין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו, אבל בפקדון מעיז ומעז ולחכי אף כופר הכל בפקדון חייב שבועה. (ולפירושו שם, ע"כ מאי דשאל רבה מפני מה אמרה תורה מב"מ הטענה ישבע פירושו מ"ש מב"מ מכה"כ שאינו נשבע, ועל זה הוא דאמרו דה"ט דכוה"כ פטור משבועה משום דאין אדם מעיז. (וזהו דלא כמשי"כ רש"י בפירוש דברי רבה בב"מ ג' ע"א, ע"ש שפירש שאלת רבה אמאי לא חשיב מב"מ משיב אבידה מדלא כפר הכל, אשר לפי פירוש זה ליכא ראייה דפטור כוה"כ במלוה משום דאין אדם מעיז הוא, והדברים עתיקים, ע"י מה שאמר בזה מו"ר זצ"ל.) ונמצא לשיטת רש"י דבכל כופר הכל בפקדון, בין טענת נאנסו בין טענת להד"ם מיחייב שבועה. אכן רמי בר חמא ס"ל דליכא עירוב פרשיות, אלא בפרשת פקדון נאמר כי הוא זה, אשר זה בא לחדש דליכא שבועת שומרין א"כ איכא כפירה גמורה בהדי הודאה, ואיני יודע אינה כפירה גמורה.

והנה רש"י בסוגיין כתב בד"ה קא משכחת לה, וז"ל בא"ד: והלה מודה לו באחת שהוא מחויב לו דמיה והיא המביאתו להתחייב שבועה על השניה שטוען איני יודע אם חייב או לאו וכו' באחת מודה ששאלה היתה וחייב בדמיה והיא מחייבתו שבועה על השניה, עכ"ל. ומבואר להדיא מדבריו דמחייב השבועה דמב"מ בסוגיין הוא ההודאה. ובדברי רמי בר חמא כתב, וז"ל בא"ד: אלמא מדקאמר בעינן כפירה ולא אמר צריכין הודאה במקצת ש"מ אע"ג דשייכא בהו שבועת שומרין בלא שום כפירה לא משביעין ל"י שבועת שומרין עד דכפר כפירה אחריתי כגון להד"ם או החזרתי לך ולדידי לא מיחייב שבועה אהודאה

בלא כפירה ואיני יודע לאו כפירה היא והא דרבה לית ל"י א"כ אמר לו וכו', עכ"ל. וצ"ב מה כוונתו במשי"כ אע"ג דשייכא שבועה וכו', דלכאורה הו"ל למימר בפשיטות דחייב שבועת שומרין לרמי בר חמא ליכא אלא על ידי כפירה גמורה במקצת והודאה במקצת ותו לא.

ונראה מבואר מדבריו, דלעולם אף לרמי בר חמא מחייב השבועה בשבועת מב"מ הוא ההודאה ובשומרים אף הכפירה, אלא דאין משביעין אותו אלא היכא דאיכא כפירה גמורה, ר"ל, דבכדי להיות מצב ששייך בו תביעת שבועה בעינן טענה וכפירה גמורה, ובלא"ה אין משביעין, ובלא"ה אף דאיכא מחייב דשבועה לית ל"י דין תביעת שבועה. עוד מבואר מדברי רש"י דלא חשיב טענת איני יודע כפירה גמורה, ולהכי הוא דלרמי בר חמא ע"כ דבעינן עוד פרה, דאילו היה חשוב טענת איני יודע ככפירה הוה סגי אף לדידי בבי' וגי' פרות, ועוד יבואר דין זה דכפירה גמורה לקמן, בעזה"ש.

שיטת ר"ת, דאף למ"ד דהוי עירוב פרשיות, אין פירושו דכי הוא זה דכתיב בפרשת פקדון לא שייך התם כלל אלא סתם נתערב, כמו שפירש רש"י, אלא פירושו דאין זה דין מיוחד בפקדון אלא דהוי נמי במלוה, ר"ל, דבין במלוה בין בפקדון לחיוב שבועה בעינן הודאה במקצת, אבל מאי דמשמע בקרא דכי הוא זה כפירה גמורה כגון להד"ם, היינו משום דעולה נמי אמלוה והתם הכי הוה, אבל לעולם סגי בפקדון בכפירה כעין נאנסו. ולדידי ליכא חיוב שבועה בפקדון בלאו הודאה במקצת. ורמי בר חמא ס"ל דלא הוי עירוב פרשיות אלא עיקר קרא דכי הוא זה נאמר במסויים בפקדון (וחיוב מב"מ במלוה ילפינן מינה) אשר ממילא ס"ל דבעינן כפירה גמורה כגון להד"ם ולא סגי בכפירה כגון נאנסו, אשר ממילא לדידי ליכא חיוב שבועת הפקדון בלאו ג' פרות.

וע"י תוס' בסוגיין דמבואר להדיא מדבריהם דאף אי בעינן כפירה כגון להד"ם או החזרתי ולא סגי בטענת נאנסה, מ"מ שפיר חשיבא טענת איני יודע כפירה, ואתיין דברי רבא כפשטן, ודלא כמשי"כ רש"י, וע"י חידושי הרמב"ם בסוגיין דמבואר להדיא כרש"י דכיון דבעינן כפירה גמורה לא סגי בטענת איני יודע, וצ"ב במאי פליגי.

ועל שיטת ר"ת קשה לכאורה הא דאיתא לעיל ה' ע"א בסוגי' דהילך ת"ש דתני רמי בר חמא ד' שומרין וכו' היכי דמי לאו דאמר ל"י הילך (וש"מ דהילך חייב) וכו', ע"ש כל הסוגי'. ולדברי ר"ת הרי גם בלאו רמי בר חמא בעינן הודאה ויקשה דהילך הוא ואמאי קשיא דווקא מדרמי בר חמא.

וי"ל בזה, ועל דרך זה כתב בחידושי ר' ארי' לייב סי' פ"ז, ע"ש, דיש לבאר פלוגתת רב חייא ב"ר יוסף ורמי בר חמא דפליגי בגדר השבועה שנתחדש בשומרים, דאי אמרין דאיכא עירוב פרשיות ליכא גז"כ מסויים בשומרים דבעינן כפירה וטענה, אלא יסוד החיוב הוא משום ההודאה גרידא, ולהכי לא בעינן כפירה, דהרי הודאה שפיר איכא. ורמי בר חמא ס"ל דליכא עירוב פרשיות ונאמר בשבועת השומרין דין טענה. ובהרחבה קצת, בשבועת מב"מ בעינן טענת ברי ומה דהוי טענה חשובה הוא שמחייב את השבועה, ע"י תוס' לעיל דף ד', אשר לזה הוא דבעינן טענה וכפירה, דדווקא טענה דהצד של הנתבע הוא כפירה הוא דחשיב כטענה שיכולה לחייב שבועה, דאי ליכא הכחשה הרי אין זה טענה על חיוב. אכן בשומרין לכו"ע אינו כן, דלא בעינן חשיבות טענה, ובהכי פליגי רב חייא ב"ר יוסף ורמי בר חמא, דלרב חייא בר יוסף ההודאה מצד עצמה מחייבת, דנלמד מדכתיב בפרשת שומרים דבעינן הודאה במקצת, אך הכפירה יכולה שפיר להיות כפירה של שומרים כנאנסו. כי הוא זה בפרשת שומרים מחייב הודאה, אלא ההודאה מצד עצמה היא שמחייבת את השבועה, דהא לא בעי בשומר טענת ברי, וע"כ דאין הטענה מחייבת את השבועה. ורמי בר חמא דלא ס"ל דאיכא עירוב פרשיות ס"ל דכל הכתוב בפרשה דכי הוא זה הוא בשומרים, ואף כפירה גמורה לטענה

בעינין, דאף דאינו כדין מודה במקצת דבעינין טענה מדין עצם החפצא דחייב השבועה, מ"מ להודאה שתחשב הודאה בעינין שתהא כפירה גמורה לטענה שעל מקצת כופר גמור ועל מקצת מודה. וגם בזה הוה סגי באיני יודע ליחשב כפירה, אבל לא באיני יודע אם נאנסה אלא באיני יודע אם נתת הוא אעם החזרת, ולכך לרבי בר חמא בעינין עוד בהמה.

והנה פטור הילך יש לבאר בבי' אופנים, דמאירי וע"ר איכא דטעמא דהילך פטור הוא משום דההילך מסלק את התביעה ושוב הרי הוא כופר הכל, כלומר דאינו חסרון דחפצא דההודאה אלא במה דעל ידי כך שוב אינו מודה במקצת על השאר אלא כופר הכל. וע"י בתוס' הרא"ש שם בסוגי' דהילך דמבואר מדבריו ביאור אחר בפטור דהילך, דבעינין שתהא הודאה מחייבת ולעולם החסרון בהודאה, וכ"כ בקצוה"ח. ואי נימא כדעת המאירי ודעמי' תתיישב הקושי הנ"ל על דברי ר"ת מסוגי' דף ה' כמן חומר, ואי נימא הכי י"ל בפשיטות דלרב חייא ב"ר יוסף אף דבעינין הודאה, מ"מ שפיר חשיב הודאה בלא הטענה, ומודי' במקצת הטענה הרי לא בעינין, דזהו הדין בשומרים, אשר ממילא אף אי נימא דהילך פטור, אין זה אלא במלוה דבעינין טענה, דבזה שפיר אמרינן דהילך מסלק את הטענה. אכן בפקדון דלא בעינין טענה, ל"ש פטור דהילך כיון דהודאה מיהא הויא ואין החסרון אלא בטענה. אכן על רמי בר חמא שפיר הקשו, דהא לדברי שפיר בעינין כפירה בכדי שיחשב טענה לחייב שבועה, ואי הילך פטור הרי תו ליתא לטענה אלא על הכפירה ואינו מודה במקצת.

נמצאו למדים לפי פירוש זה דמאי דבעי רמי בר חמא כפירה, יסודו משום דבעינין הודאה לטענה, ולעולם ליכא דין דבעינין כפירה מצד עצמה. וזהו דלא כדביאורו לעיל בדעת רש"י, דלעולם המחייב הוא ההודאה או בפקדון, אפי' הכפירה, אלא דלרמי בר חמא נתחדש דאף איכא בעצם מחייב דשבועה, כלומר, ההודאה, מ"מ ליכא מודה במקצת הטענה אלא בנתבע שכפר טענת התובע, וכמשנ"ת. ואפשר ד"ל דלשיטתייהו אזלי בזה, דבמאי דאיתא לעיל די' ע"א הצד השוה שבהן שעל ידי טענה וכפירה הם באים, מבואר שם בתוס' דר"ל דמאי דאיכא טענה חשובה מחייב שבועה, כלומר, טענה החשובה היא שמחייבת שבועת מודה במקצת, ואילו רש"י כתב שם "זה טוען וזה כופר הן באין לדין". ונראה ביאור דברי רש"י, לא מדובר בזה במה מחייב את השבועה, אלא ביסוד מאי דאית ליה תביעת שבועה, דלא שייך תביעת שבועה אלא בזה טוען וזה כופר. והנה התוס' דס"ל דבשבועת מבי"מ המחייב הוא הטענה, שפיר כתבו דזהו גם יסוד דינא דרמי בר חמא דבעי כפירת טענה בכדי שיחשב מודה במקצת הטענה, אלא דלא בעינין לה אלא בכדי שיחשב מודה במקצת הטענה ולא מדין טענה בפני עצמה כמו גבי מודה במקצת בעלמא. דלא שייך שיחייב הטענה שבועה אלא אם כן איכא כפירה, ז"א, דהוי טענה המחייבת אי לאו דאית עלה כפירה (ודלא כנאנסו דהוא אינו יודע לטעון אלא שהפקיד, ומצד טענה זו לא ברור דאיכא חיוב דדילמא נאנסה וכדומה). ועל ידי זה שפיר הוי הודאתו הודאה במקצת הטענה והוי טענה חשובה לחייב שבועה. אכן לשיטת רש"י הא פשיטא דשבועת מבי"מ דההודאה היא המחייבת, ומאי דבעינין טענה וכפירה הוא משום דדווקא כה"ג דעל המקצת איכא כפירה גמורה מצד הנתבע, הוא דאית ליה להתובע תביעת שבועה, אשר זהו יסוד משי"כ זה טוען וזה כופר הן באין לדין, אשר זהו דפירש דברי רמי בר חמא דר"ל דלהיות מסגרת דשבועה בעינין הודאה וכפירה גמורה.

אשר לפי פלוגת הראשונים הנ"ל אי לרמי בר חמא חשיבא איני יודע כפירה, דלשיטת התוס' הרי לא בעינין כפירה ממש בתורת ודאי, וכל יסוד כפירה דבעינין לרמי בר חמא הוא משום דעל ידי כך הוי טענת התובע טענה לחייב, משא"כ בטענת נאנסו וכדומה דליכא על זה טענת תובע, אשר בזה, פשיטא לכאורה דלא בעינין הכפירה ממש בתורת ודאי, אלא דהצד פטור של הנתבע יהיה כפירת טענת התובע, דעל

ידי זה שפיר יש לומר דמחייב טענת התובע שבועה. אכן לרש"י לשיטתו דמאי דבעי רמי בר חמא כפירה היינו משום דנאמר דין מסויים דלית ליה להתובע תביעת שבועה אלא היכא דהוא תובע והנתבע מכחישו מכל וכל, והוא נלמד לרמי בר חמא מדכתיב בפרשת פקדון כי הוא זה, בזה הדבר תלוי בכפירה בפועל, אשר פשיטא בזה דאיני יודע לא חשיבא כפירה גמורה. (ובלאו ברייתא דרמ בר חמא ליכא ילפותא דבעינין כפירה גמורה, דמאי דכתיב כי הוא זה הוא במלוה, ושם הא דכתיב כפירה גמורה דמשתמע מכי הוא זה י"ל דאינו ללמד דבעינין כפירה גמורה, אלא משום דזהו הטענה הרגילה דמלוה, משא"כ לרמי בר חמא דדין הוא בפקדון דטענתה רגילה בפקדון הוא נאנסו וכדומה, בזה אמרינן דבא כי הוא זה לחדש דבעינין כפירה גמורה, וז"פ).

והנה הקשו התוס' בב"ק ק"ז על דברי רש"י דכוה"כ בפקדון חייב שבועה מהא דמוקמינן רישא בתרי וסיפא בתלת ובעינין שתהא הודאה, והא לרש"י גם כוה"כ חייב. ולכאורה י"ל בזה דקושיית התוס' לא יקשה אלא לשיטתייהו דס"ל דאיני יודע שפיר חשיבא כפירה ולחכי במה שטוען שאינו יודע הוי שפיר כופר הכל, אכן להמבואר מדברי רש"י בדעת רמי בר חמא דאיני יודע לא הוי כפירה גמורה, נראה פשוט דה"ה לרי' חייא בר יוסף בכדי ליחשב כופר הכל בעינין כפירה, ואינו יודע לאו כפירה גמורה היא. אלא דאכתי יש להקשות מהמבואר בע"ב בזה אומר שאולה מתה וזה אומר שכורה מתה דאמרינן דלא הוי מודה במקצת משום דמאי דטענו לא הודה וכו', וליכא שבועה אלא על ידי גלגול, והתם הרי הוי כופר הכל דכיון דהודה על השכורה הוי כפירה על השאולה, דמי רש"י דכונת הש"ס במאי דפריך מה שטענו וכו' הוא דלא הוי מודה במקצת, ואמאי בעינין לזה כלל, הרי לדעת רש"י כופר הכל בפקדון חייב, כן העירני ב"א. אכן נראה דאף בזה איכא למימר כנ"ל, דלמעשה הרי לא כפר להדיא על השאולה, אלא דלא נתייחס כלל לתביעת התובע והודה על השכורה שלא טענו, אשר מזה אנתנו מבינים שכופר על השאולה, ובזה נראה דיש לחלק, דבשלמא מצד מודה במקצת, דלרי' חייא בר יוסף המחייב הוא ההודאה, כאשר כתב רש"י לעיל, שפיר מחייבו הודאתו לישבע על אמיתת מה שמשמע מדבריו דכופר אשאולה, אכן מצד כופר הכל נראה דליכא לחייבו, דבזה ודאי דלכו"ע בעינין כפירה גמורה, וכנ"ל, ובכלל זה שיכפור להדיא, ומשו"ה ע"כ דלא דנו בסוגיין אלא מצד מודה במקצת, ומבוארים דברי רש"י בזה, ודוק.

שיטת הריב"א, דעירוב פרשיות פירושו דהוי בעצם מפרשת אם כסף תלוה, אלא דלא נכתבה בפרשת פקדון סתם, אלא דבטענות כעין מלוה בעינין בהו הודאה במקצת אבל בטענות דפקדון כגון נאנסו וכו' לא בעינין בהו הודאה משום דבפקדון, זאת אומרת, בטענת פקדון, מעיז ומעיז.

והנה הבאנו לעיל פלוגת הראשונים אי אמרינן בגלגול שבועה מתוך שאינו יכול לישבע משלם, והנה הראב"ד לעיל צ"ז ע"א הוכיח מדברי רמי בר חמא בסוגיין דשפיר אמרינן מתוך בגלגול שבועה. וברמב"ן בסוגיין האריך בביאור ראייה זו וכתב, וז"ל: דהא מוקי רמי בר חמא למתני' רישא בגי' פרות דא"ל גי' פרות נתתי לך ומיתו גי' כולהו בעידן שאלה וא"ל חדא להדי"ם והיינו כפירה וחדא אין בעידן שאלה מתה היינו הודאה ומעתה הוא מחוייב שבועת מודה במקצת לדברי הכל ואפי' לא תבעו אלא שתים אלו וכי אמר ליה חדא לא ידענא אין זה מחייבתו שבועה מעצמה שאפי' לא טענו בה היה חייב ואפי' טענו בה ואמר זה איני יודע לא היה חייב וא"כ טענו אחרת וכפר בה לגמרי נמצא שאין עיקר שבועה זו אלא משום אותן ב' פרות שכפר באחת והודה באחת דבשלמא לרבא וכו' אלא לרמי בר חמא וכו' זה שאומר איני יודע אינו מחוייב עליה שבועה לא מדין מודה במקצת שלא חייבתו תורה שבועה אלא על כפירה וזו אינה כפירה ולא מדין שבועת השומרין שנטפלה למודה במקצת וכופר מקצת שאין אותה

שבועה אלא בטענת נאנסו וכו', עכ"ל. וע"כ דבכה"ג מאי דנשבע שאינו יודע אינו אלא משום גלגול שבועה, והרי מבואר להדיא דאמרין בזה מתוך שאינו יכול לישבע משלם.

והנה מבואר להדיא מדבריו דכל ראייה זו נבנית אמאי דליכא למימר דאיכא שבועת מודה במקצת במה שאומר לא ידענא, דלרמי בר חמא בעינן כפירה גמורה, אשר אין זה אלא לשיטת הרמב"ן ורש"י דטענת איני יודע לא חשיבא כפירה לדעת רמי בר חמא, אבל לשיטת התוס' בסוגיין דשפיר חשיב איני יודע כפירה, שפיר איכא למימר דחיוב שבועת איני יודע מדין מודה במקצת הוא היכא דהודה על אחת, ולדידהו באמת הוה סגי בבי פרות בסוגיין על ידי כפירה דאיני יודע ושבועת מתה כדרבה, אלא דנלמד מגז"ה, וכמשי"כ התוס', ונלמד דליכא חיוב שבועה על מודה במקצת גרידא בלא טענת נאנסו, וכמשי"כ התוס' להדיא, ולשיטת התוס' בסוגיין ליכא ראייה דאמרין מתוך בגלגול שבועה, וז"פ.

פט) תוד"ה משכחת לה רישא בתרתי וסיפא בתלת- ואי"ת בבי' סגי בההיא דהודאה וכו'- מפורש בדבריהם דחשיבא טענת איני יודע כפירה, ואף בתירוצם לא חזרו מזה אלא דכתבו דגז"ה כ"כ דאין בהמה אחת עולה לבי הדברים, הכפירה וטענת נאנסה, אבל בגי' פרות חד דהודאה חד דנאנסה וחד דאיני יודע שפיר חייב שבועה, והמשך דבריהם נבנה איסוד זה, וזה פשוט.

והנה קושי' זו לכאורה אינה אלא לשיטת הריב"א, דלשיטתו בההיא דנאנסה איכא נמי כפירה במאי דטעין דאיני יודע, דהא לדעתו לשבועה שמתה כדרכה לא בעי דהודאה מאחר דהיא טענה שאינה שייכת אלא בפקדון, וע"כ דמאי דבעינן הודאה הוא זה משום דטענת איני יודע חשיבא כפירה ובעינן הודאה כי היכי דלישתבע עלה, אבל לדעת ר"ת דטענת מתה כדרכה נמי בעי הודאה הרי י"ל דמשו"ה הוא דבעינן הודאה ולא משום טענת איני יודע, ולעולם איכא למימר דטענת איני יודע לא חשיבא כפירה, וכדעת רש"י דאיני יודע לאו כפירה היא, ואי"כ לשיטת ר"ת אין להקשות לרמב"ם בבי' סגי, בההיא דהודאה וההיא דאיני יודע דאיכא בה נאנסה וכפירה, דלדידי אין מוכח דאית ביה כפירה. ולדעת ר"ת אינו ידוע אם בשעה שהיא שכורה או בשעה שהיא שאולה הוה טענה בפרשת שומרים ולא כפירה, ובעינן לה הודאה. באופן דנמצא דנחלקו ר"ת והריב"א אי אינו יודע אם שאולה מתה הוה כפירה רגילה או טענה בפרשת שומרים, וכ"כ בביאור דבריהם התומים בסי' ע"ב סקמ"ב, ע"ש שהביא דפליגי בזה הרמב"ם ובעל המאור בסוגיין, והם דברי הרמב"ם שהבאנו לעיל וביאור הרמב"ן בדבריו.

ומתי' התוס' דלימוד הוא דבעינן כפירה לחוד ומתה כדרכה לחוד למדו התוס', דלא כמו שכתבו בב"ק בשם ר"ת, דלרמי בר חמא אף היכא דאיכא כפירה והודאה עדיין בעינן גם אונס, דאל"ג תסגי בבי' פרות דהאיני יודע אם בשעה שהיא שאולה הוה כפירה וסגי בזה עם ההיא דהודאה, אע"כ בעינן גם להא גמתה כדרכה. וכל זה להריב"א לשיטתו, אבל התוס' בב"ק בשם ר"ת שפיר כתבו דסגי בהודאה וכפירה ואל ולא בעינן מתה כדרכה, דלר"ת מאי דלא סגי באיני יודע היינו משום שלא חשיב כפירה אלא טענה בהלכות שומרים וכנ"ל, וז"פ.

צ) תוד"ה משכחת לה רישא בתרתי וסיפא בתלת- ולעיל דמצריך הודאה משום דאיני יודע הוה כפירה- הוקשה להתוס' דכיון דאיכא שבועה דרבנן דנאנסו אף בלא הודאה, אמאי הוצרכו לעיל לבי' פרות, הרי איכא שבועה דנאנסו ויתחייב שבועה ששכורה מתה על ידי גלגול ויתחייב מדין מתוך. ודבריהם לכאורה צ"ב, דהא כיון דאין שבועת מתה כדרכה אלא דרבנן פשיטא דאין שבועת הגלגול אלא דרבנן, ובשבועה דרבנן הא ס"ל להתוס' לעיל בעי"ב וכן דף ג' דלא דאמרין מתוך שאינו יכול לישבע משלם. שו"ר שכבר העיר בזה המהר"ם וכתב דלרווחא דמילתא כתבו התוס' כן, ע"ש.

עוד יש לעיין, דלבד מה שכתבו התוס' לעיל דכיון דטוען איני יודע הוה כפירה ובעינן הודאה, הרי כתבו התוס' לעיל צ"ז דהיכא דטענת הגלגול אינו אלא שמא ליכא גלגול שבועה, ומאי הוה קשיא להו הכא מרישא דמתני', הרי התם טענת שמא הוא. ושמא י"ל דכל זה בכלל מש"כ התוס' "כדפרישית לריב"א", דדווקא לריב"א הוא דבעינן יסוד זה לעיל בדף צ"ז, דלר"ת דלעולם בעינן הודאה בפקדון ליתא לקושייתם דהתם כלל.

צ"ח ע"ב

צא) ואמאי מה שטענו לא הודה לו ומה שהודה לו לא טענו- ע"י ביאור הגר"א, דלא גרסינן ומה שהודה לו לא טענו אא"כ אמרינן דאף בפקדון אי הוה באגם וכדומה לא הוה הילך, כדס"ל להראב"ד בסוגיין, ודלא כפי רש"י דבכל אופן הוה הילך כיון דפקדון ברשותי דמרא הוא.

והנה יסוד קושיית הש"ס דמה שטענו לא הודה לו הוא בפשטות דהוה טענו חטים והודה שעורים דפטור משבועה לרבנן בשבועות מ' דק"ל כוותיה. ובסוגי' דבי"ק ל"ה מבואר מדברי התוס' דאף ר"ג דפליג וס"ל דאיכא שפיר חיוב שבועה אף דאין ההודאה ממין הטענה, מ"מ מודה דפטור ממונן. ולכאורה צ"ב דממנ"פ אי לא הוה הודאה לגבי ממונן האין הוה הודאה לחייב שבועה. והנה בקצוה"ח סי' פ"ח מבואר דמאי דפטור ממונן היינו משום דנגד הודאת הנתבע דחייב לו שעורים איכא הודאת התובע דאינו חייב לו אלא חטים חייב לו, ונהי דהוה הודאתו של הנתבע שפיר הודאה, מ"מ אין ב"ד מוציאין ממנו, דהוה כעין תרי ותרי על ידי ההודאה שכנגד. אשר לפ"ז שפיר מובן הא דאיכא שבועה לר"ג, דכיון דהודאת הנתבע הוה שפיר הודאה, לא מהני מה דאיכא הודאה כנגד אלא שלא יוכלו ב"ד להוציא ממונן, אבל שבועת מב"מ שפיר איכא. ובנתה"מ שם סק"ב מבואר באופן אחר קצת, דלא נגמרה הודאת התובע אלא כד הודה הנתבע בשעורים ולא חזר התובע ותבע שעורים, וכיון דבשעת הודאת הנתבע הוה שפיר הודאה מעלייתא הרי הוה שפיר מחוייב שבועה. וכן זה יתכן אליבא דראשונים דס"ל דמאי דפטור מדמי שעורים הוה משום הודאת התובע או מחילת התובע, (ע"י רש"י תוס' והראב"א שם בב"ק ל"ה), אכן להמבואר שם בראשונים מדברי הראב"ד והרמ"ה מה דפטור משעורים הוה משום דכיון דלא הודה לטענת חבירו יכול לומר משטה אני בך ולחזור בו מהודאתו, באופן דמאי דפטור הוה משום דלא חשיבא הודאתו הודאה. ובוזה נראה פשוט לכאורה דליכא לחלק בין ממונן לשבועה, דסו"ס כיון דלא הוה הודאה לענין ממונן אף לענין שבועה לא הוה הודאה, והתוס' שכתבו כן בדעת ר"ג היינו לשיטתייהו. והוכחת התוס' שם יש ליישב אליבא דהרמ"ה והראב"ד, ואכמ"ל, ע"י חידושי ר' ארי' לייב סי' ע"ז שדן בכל זה. וע"י לקמן אות צ"ב.

צב) ואמאי מה שטענו לא הודה לו ומה שהודה לו לא טענו- ע"י ברא"ש ובשא"ר בשם הראב"ד שהקשו אמאי לא אמרו דהרי תבעו נמי על הפרה ה' והוה שפיר מודה במקצת. ובשא"ר תירצו דבכה"ג הוה חזרת הפרה החיה הילך ולא חשיבא מב"מ. אכן הראב"ד ס"ל דהיכא דהוה חטיב באגם לא חשיבא הילך אף בפקדון, ע"כ שפיר הוקשה לו כנ"ל, וחידש דשאלה ושכירות ב' טענות נפרדות הם כיון דהוינן ב' חיובים נפרדים ואינן מצטרפין כלל, וכן מלוה ופקדון ב' טענות הם, ואף היכא דתבעו מלוה ופקדון (או שאלה ושכירות) והודה על אחד מהם ליכא שבועה. ואין זה דומה לחטין ושעורין דק"ל דתבעו חטין ושעורין והודה על א' מהן חייב, כאשר הקשו עליו הראשונים, דשאני התם דהיכא דתובעו תרתייהו תביעה אחת היא, משא"כ הכא דנשתנו דבינייהו, הוינן ב' טענות ותביעות חלוקות לגמרי ואין ביניהם שום צירוף,

וכ"כ בחידושי הר"ן ובמאירי, וכן כתב בב"י סי' פ"ח בשם תלמידי הרשב"א.

(והנה למאי דמבואר בסוגיין דלא תבעו אלא על מיתת השאלה, ברור דאין הודאת הנתבע אלא על מיתת השכורה, שמודה שיש לו אצלו נבילת המפקיד, וכן מבואר להדיא בדברי הר"ן הנ"י והרא"ש, אכן למאי שהקשו דנימא שתובעו גם על הפרה הב' להחזירה בעין, שוב תהיה הודאת הנתבע על הפרה השאלה-לפי דבריו- שיחזירה בעין, וז"פ ומבואר להדיא בדברי הנ"י, דתובעו על פרה א' לשלם ועל הב' להחזיר, והוא מודה שצריך להחזיר פרה א' וכופר חיוב תשלומין על הב', ועל מה שתי' דהוי הילך הקשו דנימא דתובעו שפרה א', דהיינו שאולה, מתה באונס, והב', דהיינו השכורה, מתה בפשיעה, ואומר הנתבע דהשכורה היא שמתה באונס ואינו חייב לשלם, ושפיר חייב לשלם על השאלה, ותי' דמשמעות מתני' היא דלא מתה אלא פרה אחת.)

והקשה הרמב"ן, הובאו בדבריו ברא"ש, על דברי הראב"ד, דלמשי"כ דהיינו שאלה ושכירות ב' טענות, מה תירצו בסוגיין על קושיית הגמ' מה שטענו וכו' דכיון דחייב לישבע שמתה כדרכה מגלגלין שבועה ששכורה מתה, הרי כיון דב' דברים חלוקים הם והוי טענו חטין והודה לו בשעורין פטור מהשכורה לגמרי ואינו צריך כלל לישבע שכדרכה מתה, וצ"ב דעת הראב"ד בזה.

והנראה בביאור דברי הראב"ד, ע"פ מאי דנראה דחלוקה שבועת שומרין משאר שבועות, דשאר שבועות כגון מודה במקצת וכדומה, הרי טענת התובע הוא חלק ממחייב השבועה, ואין התובע צריך להשיב כלום אלא נגד טענת התובע, אבל טענת שבועת השומרין, דאיתא תמיד בטענת שמא דהמפקיד, יסודו מדין השומר וגמר שמירתו, ואין טענת המפקיד מחייבתה. אשר לפ"ז נראה דלהראב"ד לשיטתו דמאי דבטענו חטין והודה בשעורין פטור משעורין הוא משום דכיון דליכא טענה יכול אחר הודאתו לומר משטה אני בך, כאשר הבאנו לעיל אות נ"ד, כל זה אינו אלא בשאר שבועות, דכיון דלחייב השבועה בעינן טענת התובע, בעינן שיודה במקצת לטענת התובע, והיכא דליכא תביעה יכול שפיר לומר משטה אני בך. אכן בשבועת השומרין שאין טענת המפקיד מחייבתה, ומצד עצמו הוא שצריך לטעון שמתה כדרכה לישבע על כך, שפיר הויה הודאתו הודאה אף בלא טענת התובע ואינו יכול לומר משטה אני בך. אשר לפ"ז אתי שפיר היטב, דאף דהוי טענו חטין והודה לו בשעורין, מ"מ הכא שפיר חייב בדמי השכורה אי לאו שנשבע שכדרכה מתה. והרמב"ן שהקשה על הראב"ד, היינו נמי לשיטתו דס"ל דמאי דפטור משעורין היינו משום דאיכא הודאה מצד התובע, אשר בזה ליכא לחלק כנ"ל, דאיך שיהיה הרי הודה התובע דלית לי גבי' שעורין, וכן בני"ד הרי הודה דאינו חייב לו עבור השכורה, ודוק.

וע"ש עוד שביאר הרמב"ן ע"פ הוכחתו הנ"ל דלא חשיבי שאלה ושכירות כחטין ושעורין. וכתב דאין זה שונה מש"ח שטוען התובע שהתנה להיות חייב בגו"א ובמיתתה, ואילו הנתבע טוען שאינו חייב אלא בגו"א ולא במיתתה, דודאי הוי מב"מ, וה"ה הכא. ביאור דבריו, דבאמת כל השומרין שם ודין שומר אחד להם וליכא ביניהו חילוק אלא באשר לחיוב אחריות שמתחייבים, ונמצא דהוי ככל מודה במקצת שחייב שבועה. ודעת הראב"ד, דליכא שם אחד דשומר אלא לא הרי שומר חנם וחיוביו כהרי שומר שוכר וחיוביו, ולא הרי שומר שוכר ושוכר וחיוביהו כהרי השואל, דכל אחד מהשומרים פרשה אחרת דשומרים היא וחיובן שפיר ב' מינים נפרדים.

והנה איך שנפרש כונת קושיית הש"ס דמה שטענו לא הודה לו וכו', מבואר דלא שייך לדון בזה אלא מצד שבועת מודה במקצת ולא מצד שבועת השומרים. ובטעמא דהך מילתא מצאנו לכאורה טעמים חלוקים, דהנה כתבו הרמב"ן וכן בריטב"א החדשות, לעיל גבי שוכר אומר שכורה מתה והבעלים אומרים שאינם יודעים, "שלא חייבה תורה שבועה בשמא אלא של

שומרים בלבד והוא בטענת נאנסו ושלא שלח בהו יד ושאינה ברשותו וטעמא דמילתא דאמר רחמנא רמי שבועה עלי' כי היכי דלינטר נטירותא מעליתא ושלא יפסע בה ותו דזמנין דפשעו בה ודמי להו לאונס ואמרי בדדמי וכו' אבל במקום אחר לא מצינו שבועה בשמא בפני עצמה לא מן התורה ולא מדבריהם לפיכך שנינו כאן שהוא פטור שאין זו שבועת השומרין שחייבתו תורה". ומשמע מדבריהם דהוי סברא מסויימת בשבועה על טענת שמא, כלומר, דדווקא בטענת שמא הוא שדנו דיתחייב שבועת השומרים, וכתבו דלית בזה חיוב שבועת השומרים מהטעם שכתבו, אבל בטענת ברי, כבנידון דידן, אין מבואר מתוך דבריהם הנ"ל טעם דלא יהיה בזה שבועת השומרים, (אף דלכאורה היה שייך לומר דאף בטענת ברי ליתא לשבועת השומרים אלא בעיני שמירה וכמו שכתבו בטענת שמא.) והדברים מתבארים לכאורה ע"פ דברי הש"ך חו"מ סי' ע"ב סקקט"ו דבטענת ודאי לעולם ליכא לשבועת השומרים, דשבועת השומרים שאמרה תורה אינה אלא בטענת ספק, "דכל שבועת שומרים אינו אלא כשבעל החפץ טוען שמא דרמי רחמנא שבועה עלי' שלא יהא כא"י"א הולך וטוען אבד חפצך שהרי אין הבעל יודע אם משקר אבל כשהבעל טוען ברי לא רמי רחמנא שבועה עלי' דחזקה אין אדם מעיז". אשר לפ"ז מובן היטב אמאי לא דנו הראשונים הנ"ל אלא בטענת שמא.

אכן מדברי התוס' מבואר לכאורה דלא כזה, ע"י לעיל דף צ"ז ע"ב ד"ה השוכר אומר שכורה מתה והלה אינו יודע פטור, שכתבו תחילה יסוד דברי הרמב"ן והריטב"א דבטענת שמא לא שייך חיוב שבועת השומרים רק על גוף השמירה ולא על עיקר הדין של הנפקד אם הוא שואל או שוכר, ואח"כ כתבו "ועוד דהכא אפילו משאיל אומר ברי כא"י"א דאינו נשבע אלא על ידי גלגול", ר"ל, דאף היכא דטוען המשאיל ברי איתא ליסוד זה דאין שבועת השומרים אלא על גוף השמירה וכמו שכתבו מתחילה גבי טענת שמא, והוא לכאורה דלא כדברי הש"ך דבטענת ברי לא שייך שבועת השומרים כלל, ע"י תוס' הגרע"א על המשניות אות ס"ט שהוכיח מדברי התוס' דלא כדברי הש"ך, וע"י קצוה"ח סי' צ"ב סק"ח שחולק על דברי הש"ך.

צג) רש"י ד"ה מי אמרין שכירות לחודי קיימא- ומילתא אחריתא היא ואע"ג דכי משך לה מעיקרא בבעלים היא ותו לא הדר משך לה מיחייב ל"י דבשעת שכירות ברשותו היתה ולא מיחסרא משיכה וקנין חצירו באמירה ולעולם קנין אחריתי היא ושלא בבעלים היא- ובד"ה או דילמא שכירות בשאלה מישך שייכא כתב, וז"ל: כל חיובי שוכר דגניבה ואבידה ישנן בשואל ולא הוסיף כלום ומחמת משיכה ראשונה באו לו והיא בבעלים הואי ופטור, עכ"ל. חזינו מדבריו דיסוד השאלה הוא אי מישך שייך שכירות למשיכה הקודמת שהיתה בבעלים או לא. וביאור דבריו, ע"י שיעוריו רבנו חיים הלוי שכתב דלרש"י לחיוב שומרים בעינן משיכה וקבלת שמירה, ואם אך הוי אחד מהם בבעלים שפיר אית בזה פטור דבעלים. והנה הנידון בסוגיין מבואר דלא הוי אלא בשואל ונעשה שוכר אבל בשוכר ושוב שוכר משמע דפשיטא דמישך שייך למשיכה הראשונה. וגדר הדברים, דהא מיהא פשיטא דקבלת שמירה השניה לא הוי אלא לאח"כ, אכן עד כמה שלא החזירו הוי ברשותו מחמת המשיכה הקודמת שהיתה בבעלים, וממילא, בשוכר והדר שוכר, שהיה כבר ברשותו להתחייב בגניבה ואבידה מדין שוכר, מה שנעשה עוד שוכר ודאי דמועיל לזה המשיכה הקודמת, ולא מיבניא לן אלא היכא דעד עכשיו היתה ברשותו בתורת שואל ועכשיו נעשה שוכר, דשמא לזה לא מהני מה שהיה ברשותו מקודם ואכתי לא החזירו, וע"כ דבעינן לזה קנין חדש, והוא קנין חצר.

והנה הקשו התוס' מסוגיין למה שמבואר לעיל צ"ו דבשכר פרה מהאשה ונשאה שנעשה שוכר בבעלים מפקיע שכירות שניה לשכירות הראשונה, והוא דלא כמבואר הכא דהיכא דהיתה שכירות ראשונה בבעלים שפיר איכא פטור אף בשכירות שניה, דמוכח מזה

דנעשה שכירות הב' המשך משכירות הראשון. וכתב הגר"ח דע"פ המבואר בדברי רש"י ל"ק, דמאי דאיכא התם פטור דבעלים היינו משום שהיתה קבלת השמירה בבעלים, ואילו בסוגיין מבואר דמהני מה שהיתה הקנין בבעלים לפטור דבעליו עמו. והתוס' שהקשו, היינו משום דמבואר מדבריהם לקמן דף צ"ט דלא בעינן משיכה לחיוב שומר אלא סגי בקבלת שמירה, אשר ממילא שפיר לקשו מ"ש דהכא אמרינן דמתחברת שכירות ב' לשכירות א', ואילו התם מבואר דהוי שכירות בפני עצמה.

והנה מדברי רש"י מבואר דהעיקר בסוגיין תלוי במה שנעשה שוכר קודם שהחזירו, אכן יעויין ברמב"ן ובריטב"א החדשים שפירשו בדבריו דמייירי דווקא שנעשה שוכר קודם שנגמר זמן השאלה, דאי לאו הכי, הרי נגמרה השאלה (ומדברי הרמב"ן נראה שפירש כן בדברי רש"י), כמבואר לעיל בהשוכר את האומנין דמשנגמר זמן השאלה אינו אלא שומר שכר (ודין ש"ש זה לא שייך להכא, וז"פ, ואכמ"ל) וא"כ פשיטא דתלוי בשעת השכירות וליכא פטור דבעלים, וכ"כ גם בתלמיד הרשב"א, ע"ש. וע"פ ביאור הגר"ח בדברי רש"י אתי שפיר, דודאי תנו לא הוי שואל משום דקבלת השמירה לא היתה אלא לזמן זה המסויים, אכן עד כמה שלא החזירו הרי אכתי קיימא הך משיכה ושפיר יתכן דמישך שייכא המשכיה אף לשכירות דלאח"כ, ודווקא אם החזירו הוא דבטלה הך משיכה.

ויש לעיין לכאורה מהו ביאורו של דבר זה בדברי רש"י דאף דנגמר זמן השאלה אכתי קיימא המשכיה. וי"ל בזה ע"פ מש"כ בב"י סי' שמ"ג בשם תלמידי הרשב"א דבירושלמי מסתפק אם על השאול רמי לאהדורי פרה וכל זמן שלא החזירה דין שואל עליו אע"פ שתמו ימי השאלה, והיינו, דאף דאינו שואל ממש כיון שנגמר הזמן, מ"מ מאחר דרמי עליו להחזיר אכתי קיימי עליו חיובי שואל. ועל צד זה מובנים היטב דברי רש"י דעדיין קיימא משיכה ראשונה.

ובחידושי הרמב"ן, חידושי הר"ן, וחידושי הריטב"א הישנים, הביאו דעת הרמב"ן דמייירי בשמשך משיכה ראשונה לשאלה בבעלים ולשכירות שתבוא אחרי בלא בעלים. וביאור שיטתו לכאורה, דאילו לא היתה המשכיה הראשונה גם על השכירות פשוט דהוה חשיבא השכירות למילתא אחריתי ולא הוה חשיב בבעלים, ולא מיבעיא לן אלא משום דבשעת המשכיה היתה המשכיה גם על השאלה וגם על השכירות, בזה הוא דשייך לומר דכיון דמחמת משיכה אחת באו ובשעת משיכה נקנה גם השאלה וגם השכירות חשוב הכל לדבר אחד.

והנה כתב המרדכי בב"ק פרק החובל סי' צ"ט בשם ר"י, וז"ל: מעשה בראובן שהלוה י' ליטרין לשמעון לזמן קצוב ואחר הזמן אמר לשמעון אותם י' ליטרין שאתה חייב לי יהא לך למחצית שכר ובכך נתעסק שמעון בהם ושוב נאנסו נראה דשמעון חייב באונסין כאשר בתחלה כי אין המעשה נשתנה בחליפות דברים וראיה מפורשת מפרק החובל האומר קרע כסותי ושבר כדי חייב ורמינהו עלה לשמור ולא לקרוע ואמר רבא לא קשיא הא דאתא ליד' בתורת שמירה וכו' אלמא היכא דאתא ליד' בתורת שמירה ואע"ג דהדר ב' ואמר ל' לקרוע לאו כלום הוא ובתורת שמירה קאי הכא נמי בתורת מלוה קאי לא משתנה לעסקא ועוד דאמרינן בפרק הפועלים מתנה ש"ח להיות פטור משבועה ושואל להיות פטור מלשלם כו' ופריך בגמ' ואמאי מתנה על מה שכתוב בתורה הוא ומסיק לעולם ר"מ היא שאני הכא דמעיקרא לא שיעבד נפשי משמעוהא שיעבד נפשי לא מצי מתנה, עכ"ל.

ועי' מח"א דיני שומרים סי' כ"א שהקשה על דברי המרדכי מסוגיין דמבואר דאי שכירות בשאלה מישך שייכא שפיר יכול ליעשות שוכר על ידי משיכתו הראשונה, הרי דהמעשה שפיר משתנה בחליפת דברים. (וצ"ב לכאורה מהו ראייתו מהתם, הרי שאלת הגמ' היא בהא גופא.) והנה ראייתו אינה ראייה כי אם לפום פירושו של רש"י בסוגיין (או כפירושו של

הרמב"ן והריטב"א), אך לפום פירושו של הרמב"ן דמייירי בשעת שאלה ועושה קנין המשכיה גם על השאלה וגם על השכירות פשוט דלא שייך הך דסוגיין לדין המרדכי.

וע"ש במח"א שדחה שאר ראיות המרדכי, ועי' שו"ת מהרי"ל סי' קע"ה מש"כ בדברי המרדכי.

צד) תוד"ה שאלה בבעלים - וי"ל דגוה"כ הוא דבכל היכא דאיכא בעלים או בראשונה או בשניה פטור- נראה גדר דבריהם, דהא ודאי פשיטא דאין הקבלה השניה מתחברת לראשונה באופן דנימא דאינו אלא המשך הראשונה, אלא ודאי הוי קבלה בפני עצמה, ולהכי נקטינן לעיל דהיכא דהיה בבעלים בשעת שכירות שניה שפיר איכא פטור דבעלים. אכן גוה"כ הוא דהיכא דהוי השניה כהראשונה חשיב **כאילו** הוי המשך דהקבלה הראשונה, ולהכי אי היה בראשונה פטור דבעלים ה"ה בשניה. ויותר נראה בזה, דחשיבא הך תוספת דשכירות הופסה לשאלה הקודמת, אבל אינה אותה שמירה ממש, אשר ממילא אי איכא בהך תוספת חידוש דהוי בבעלים, שפיר חשיב איכא פטור דבעלים, אבל אי היתה שמירה הראשונה בבעלים, מאחר דחשיבא השכירות כתוספת על שמירה הראשונה שפיר אמרינן דנשאר בהך תוספת פטור דבעלים שהיה בשמירה הראשונה.

והנה בשיעורי ר' אלחנן הביא משמ"י דהגר"ח דמאי דאמרינן דאם היה בשעת קבלת השמירה בבעלים פטור אפי' אי בשעת מיתה לא היה בבעלים, אין זה אלא בשומר פקדון, דכיון דבשעת קבלת השמירה היה בבעלים הרי זה כאילו כל השמירה היא בבעלים לכל תקופת קבלת השמירה, אבל בשומר אבידה דליכא קבלת שמירה כלל, אלא שהתורה עשאו שומר, הרי בכל רגע ורגע עשאו התורה שומר ואין מה שהיה קודם בבעלים מועיל לשעת הגניבה אם לא היה אז בבעלים. והקשו עליו מדברי התוס' דידן, דמבואר דגוה"כ הוא דאף דהוי קבלה נפרדת שאינה בבעלים, מ"מ כיון דקודם לכן היה פטור דבעלים ועכשיו הוי אותו דין שומר, שפיר איתא לפטור דבעלים, וא"כ ה"ה גבי שומר אבידה נימא הכי. ע"ש שהביא דאמר הגר"ח דלא קשיא מדברי התוס' על דבריו, ולא ביאר הטעם. (ועי' גליוני אור שמח למרן הגר"א"מ שך זצ"ל בהל' שכירות מה הביא בשם הגר"ח ובשם בעל אור שמח.)

והטעם לכאורה פשוט ע"פ הנ"ל, דמאי דאיכא בסוגיין פטור דבעלים לדברי התוס', היינו משום דמגוה"כ נלמד דאף דהוי בעצם קבלה אחרת מ"מ הוי כאילו המשך דין השמירה, והוי כאילו היה בכלל הקבלה הראשונה, מש"כ גבי שומר אבידה הרי ליכא קבלה כלל ולא שייך בזה כלל פטור דבעלים על זמן דלא הוי בבעלים. ובשומר אבידה אף דאיכא פטור דבעלים, מ"מ אינו אלא היכא דבשעת הגניבה או האונס היה בבעלים, ובכה"ג פטור אף דבשעת המציאה לא היה בבעלים. ולפי נוסח הב' שכתבנו הדברים ג"כ מבוארים, דיסוד דינא דהתוס' הוא דחשיבא שמירה הב' תוספת על שמירה הראשונה (אך לא המשך ממש), וגבי מציאה לא שייך לומר שהוא תוספת, אלא כל רגע ורגע דין שמירה מצד עצמו הוא, וז"פ.

ועי' דיעה אחרת בביאור סוגיין ברמב"ן ובריטב"א החדשים, (הבאנו הדברים לעיל אות צ"א), דפירשו בדברי רש"י (אף דברש"י לא משמע כדבריהם אלא מבואר לכאורה כנ"ל באות נ"ז) דמייירי דווקא בתוך זמן השכירות הראשונה, ודדוקא מהאי טעמא הוא דאמרינן דאיכא פטור דבעלים, דאמרינן דעושה בתוך אותו הזמן בכדי שיהיה כקבלה הראשונה שהיה בה פטור דבעלים. אבל לאחר זמן השכירות הראשונה הוי כאילו החזירו ופשיטא דליכא פטור דבעלים. ולשיטתם נידון זה אי איכא פטור דבעלים הוי שאלה של דעת, איזה תנאי שכירות הוא עושה בשכירות הב'. ולדעת רש"י דלא הוי שאלה של דעת אלא אי מישך שייך שכירות הב' למשיכה הקודמת, וכנ"ל, שפיר מייירי אף לאחר שתם זמן שכירות ראשונה, אם אך אכתי לא החזירו.

ועי' בראב"ד בשט"מ תי' אחר לקושיית התוס', (הובאו הדברים לעיל אות צ"ג), דבאמת היכא דהוי שכירות אחר שכירות פשיטא דהוי קבלה חדשה ואין פטור דבעלים תלוי אלא בשעת הקבלה הב', ומבואר סוגי' דדף צ"ו, והכא מיירי בכגון מתני' דידן, שמשך משיכה אחת להיות חצי יום שואל בבעלים וחצי יום שוכר בלא הבעלים, ובכה"ג מיבעיא לן אי חשיבן כיום אחד שלם אשר מקצתו בבעלים ושוב פטור אף על השכירות, או דשכירות ושאלה ב' דברים הם ואין משתייך מה שמשך להיות השאלה בבעלים להשכירות כלל והוי שכירות שלא בבעלים לגמרי. ובחידושי הרמב"ן תמה עליו דלית דין ולית דין דפטור, כלומר, דפשיטא דפטור וא"א לומר אחרת. ויתכן לומר דהרמב"ן והראב"ד לשיטתייהו אזלי, דהראב"ד הרי ס"ל דשאלה ושכירות בעצם ב' דינים נפרדים לגמרי הם, והוי כחטין ושעורין, אשר ממילא שפיר אית ליה צד למימר דה"ה לענין פטור דבעלים אינן מצטרפין כלל וכלל והוי כאילו כלולין בהך משיכה ב' קנינים נפרדים כל אחד לחצי יום, ואחד מהם שלא בבעלים. אכן הרמב"ן ורוב ראשונים הרי פליגי אהראב"ד וכתב הרמב"ן דבאמת כולן אחד הן אלא שמתחייב שואל ביותר אחריות אאונסין, ואינו אלא כמו שומר חנם שהתנה להיות חייב באונסין, עי' לעיל, אשר לפי דבריו פשיטא דמשיכה אחת היא להיותו שומר, דכולי' שומר א' הוא ואין הנפ"מ אלא בחיוב האחריות, אך לענין פטור דבעלים פשיטא דאחת היא ופטור, ודוק.

צה) רש"י ד"ה שכרה בבעלים- וקודם שהחזירה חזר ושאלה ממנו שלא בבעלים ומתה כדרכה וחיוב זה לא מחמת משיכה ראשונה בא עליה דהא חיוב שאלה לא שייך בשכירות וכו'- מדוקדק ממשיכו דמתה כדרכה בגו"א, לא מיבעיא לן ופשיטא דפטור משום דזה שפיר שייך למשיכה הראשונה שהיה בה נמי חיוב גו"א, ולא נסתפקו אלא לענין אונסין דלא היה בשעת משיכה ראשונה, וכבר דקדק כן ברש"י, וכתב דלפ"ז לא קשה קושיית התוס' בד"ה הי"ג שהקשו על מאי דגרס רש"י בשאלה השלישית את"ל כיון דשייכא במקצת וכו' לא אמרינן, דלפ"ז האידך מיבעיא לן באיבעיא הרביעית בשכרה ושאלה והדר שכרה, הרי פשיטא דכיון דשאלה שוב ליכא פטור דבעלים ומה יועיל מה שהדר שכרה. ולהני"ל ל"ק כלל, דהא אף בזמן השאלה איכא פטור דבעלים בגו"א, ושפיר איתא לפטור זה אף היכא דחזר ושכרה. והתוס' שהקשו, היינו משום דס"ל בביאור שאלה זו דאם אך לא אמרינן כיון דשייכא במקצתה וכו' שוב ליכא פטור דבעלים אף לענין גו"א, ויתבאר דבריהם לקמן. ויסוד השאלות הג' והד', כמו שכתב בחידושי הרמב"ן (היטב"א (היטב"א), וז"ל: ואם תמצוי לומר דשכירה בבעלים ושאלה שלא בבעלים לא אמרינן כיון דשייכא במקצת וכו' וחיוב באונסין הלכך איבעיא לן שאלה בבעלים ושכרה שלא בבעלים וחזר ושאל ומתה בשאלה אחרונה מהו בגנבה ואבידה ודאי לא איבעיא לן משום דבכולהו שייכא גו"א אבל כי מיבעיא לן באונסין ובשאלה בתרייתא ולא שייכא בשכירות דביני בנינו ואכתי אי הוה אמינא כיון דשייכא במקצת כמאן דשייכא בכולהו דמי לא הוה מיבעיא ליה ולא מידי כיון דמשום גנבה ואבידה דשאלה בתרייתא פטור ודאי אפילו מאונסין נמי היה פטור אבל השתא אמרינן דלא אמרינן כיון דשייכא במקצת וכו' קא מיבעיא לן אי פטרינן ליה מאונסין דשאלה בתרייתא משום האי טעמא דהדר אתי' לה שאלה לדוכתה וכיון דלא הדרה הפרה ביני ביני לבעלים קיימא הפרה בחזקת שאלה ראשונה והויא שאלה בבעלים ופטור או דילמא הא איפסיקא ליה שכירות דביני בנינו דהא סבירא ליה דלא אמרינן כמאן דשייכא בכולהו דמי וכו', עכ"ל. וביאר שאלה הד', וז"ל: שכרה בבעלים ושאלה שלא בבעלים וחזר ושכרה שלא בבעלים מה אם תמצוי לומר בשאלה ושכרה וחזר ושאלה הדרא שאלה לדוכתא משום דלא אלימא שכירות לאפסוקי בין שאלה לשאלה כיון דשכירות בשאלה מיך שייכא אבל הכא דשכרה ושאלה

וחזר ושכרה מהו מי אמרינן אלימא שאלה לאפסוקי בין שכירות לשכירות כיון דלא שייכא אלא במקצת והויא חייב מגנבה ואבידה שכירות בתרייתא או דילמא אפילו שלא לא אלימא לאפסוקי והדרא לה שכירות לדוכתא ופטור וכו', עכ"ל. אלא דלפ"ז יקשה על דברי רש"י לאידך גיסא, מהו הצד לומר דיתחייב בגו"א בהדר שכרה, הרי אף בזמן השאלה היה פטור דבעלים לגבי גו"א. ובאחרונים כתבו דהצד לומר דחייב הוא דתרי שייכא לא אמרינן, אכן כבר כתב הגר"ח הני"ל דלדברי רש"י ליכא יסוד כזה, דאם אך אמרינן דשייכא, הרי ר"ל דעל ידי המשיכה הקודמת הוא דהוי ברשותו ושוב איכא פטור דבעלים, וא"כ כיון דאכתי קיימא הך משיכה פשיטא דתועיל גם לענין מה שחזר ושכרה כיון דאכתי לא החזירה לבעלים.

והנה ביאר בשיעורי הגר"ח דס"ל לרש"י דמאי דמחייבנן שואל בגו"א הרי זה בכלל חיוב אונסין דידי', "דכיון דחייב באונסין ממילא חייב גם בגניבה ואבידה דבכלל אונסין נכלל כל החיובים, ואף דצריך הגמי' למילפה בכלל חיוב מק"ו, אכן מאחר דלמדנו זאת מק"ו שפיר נכלל בכלל אונסין וע"כ חייב בכל". אשר לפ"ז א"ש שאלת הגמ', דכיון דסו"ס ליכא פטור גו"א בבעלים בזמן השאלה, שפיר י"ל דאף כשחזר ושכרה חייב, או י"ל דכיון דמאי דחייב בגו"א בזמן השאלה אינו משום דלגו"א איכא קנין מחודש אלא משום דלחיוב אונסין איכא קנין מחודש וממילא בכלל זה גו"א, שוב כשפקע חיוב האונסין, שפיר איכא למימר דחיוב גו"א שפיר תלוי במשיכה הראשונה ואיכא שפיר פטור דבעלים. (עי' שכתב דהתוס' שלא פירשו כן היינו משום דמבואר מדבריהם לעיל מ"ב דאין חיוב גו"א דשואל בכלל האונסין, אלא חיוב בפני עצמו הוא, והוא ממה שהקשו שם דצריך להיות בגו"א דשואל פטור אונס. ומהלך דבריו הוא דכיון דהוי גו"א דשואל ענין בפני עצמו הרי א"א לומר דלעולם פשוט דבשוכר ונעשה שואל לענין גו"א איכא פטור דבעלים, דא"כ יקשה מהו צד החיוב בשאלה הרביעית - דהא אכתי לא סליק אדעתיהו לומר שייכא דשייכא לא אמרינן - וכדברי רש"י ליכא למימר דאיכא חיוב גו"א בכלל אונסין, דהא לא ס"ל להתוס' הכי, אלא מוכח דבשוכר ונעשה שואל לצד החיוב חייב גם בגו"א, וממילא קשה מה צד פטור דהשאלה הרביעית.) ולדברי הגר"ח נמצא דבאמת בשכר ואח"כ שאל אי נימא דלא אמרינן כיון דשייכא במקצת שייכא בכולהו יהיה חייב גם בגניבה ואבידה, אלא דלאו היינו מצד המשך דין השמירה שעל ידי המשיכה הקודמת אלא על ידי חיוב האונסין דהקנין דעכשיו שעל ידו נתחייב באונסין, ומה שהזכיר רש"י שנאנס אף דלצד האיבעיא דיתחייב באונסין יתחייב גם בגניבה ואבידה, היינו משום דעיקר חיובא דגו"א אף הוא נובע מחיוב האונסין, אשר על כן הזכיר אונסין, שהוא עיקר החיוב הנתחדש בשואל, וז"ל פ"ט.

והנה מדברי רש"י מבואר דאף דהא מיהא פשיטא בשוכר ואח"כ שואל דבענין לענין חיוב אונסין קנין חדש, וכן פשיטא דלענין חיוב גו"א לא בעינן קנין

¹⁶ ויותר נראה לזכור דלעולם דברי רש"י כפשוטן דבשוכר שנעשה שואל איכא שפיר פטור דבעלים בגו"א, אלא דהוא משום שזא משכירות שהיה חיוב זה, על כן אמרינן דנמשך על חיוב גו"א שזא המשכה לשכירות גם כשנעשה שואל, ואף דבשואל חייב בגו"א כחלק מחיובו דאונסין זה הרי לא היה דבעלים, מ"מ מאחר שהיה כבר חיוב גו"א מלד משיכה הראשונה אכתי אית צד פטור דבעלים עמו. אכן כשנעשה אכ"כ שוב שוכר, הרי שכירות זו אינה כהמשך משכירות הראשונה אלא אחר קנין השאלה הוא, והיוב גו"א שזאכלה הרי לא היה צד פטור דבעלים עמו, אשך זהו הצד שלא יהיה דשכירות הב' פטור דבעלים עמו, והצד שיהיה צד פטור דבעלים עמו הוא שישך כאלו חזר לשכירות הראשונה.

חדש, רק מיבעיא לך בשכר בבעלים ואח"כ שאל שלא בבעלים אי מהני מאי דלענין גוי"א איכא עדיין פטור בבעלים אי אמרינן בזה דמאחר דלענין גוי"א חשיב עדין בבעלים חשיב נמי בבעלים לענין חיובא דאונסין אף דלחיובא דאונסין פשיטא דבעינן קנין חדש, עיי' שו"ת אחיעזר ח"ג סי' ו' אות ו' מה שהוכיח מדברי רש"י אלו.

והנה התוס' פירשו דהצד לומר בהני ב' איבעיות בתרייתא דחייב הוא משום דתרי שייכי לא אמרינן. ונראה ברור דלרש"י לשיטתו לא שייך לפרש כן, דהרי לשיטת רש"י הנידון בסוגיין לומר דאכתי אית בזה פטור דבבעלים הוא מצד המשיכה הראשונה דהיא היא הקנין אף לחיובא דגניבה ואבידה דעכשיו, וכמשנ"ת לעיל בשם הגר"ח, ולדידי' פשוט לכאורה דעד כמה דאכתי קיימא משיכה ומהוה המשיכה הקנין לחיוב שמירה דעכשיו, ליכא שום נפ"מ בשייכי דשייכי, על כן הוכרח רש"י לשנות הגירסא ולפרש כמו שפירש. והתוס' לשיטתם דס"ל דנעשה חיוב השמירה על ידי קבלת השמירה גרידא, וכמו שהוכיח הגר"ח, ולדידהו מאי דפטור בשניה על ידי דהיתה הראשונה בבעלים אינו אלא מטעם גזה"כ, וכמו שביארנו גדר הגזה"כ לעיל דהוי כאילו הוא המשך חיוב השמירה הראשון, אשר בזה שפיר איכא למימר דלא נאמר גזה"כ זו אלא היכא דשייך חיוב שמירה זו בחיוב השמירה שהיה בבעלים, אבל בתרי שייכי יתכן דליתא לגזה"ג, ומצד עצם קבלת השמירה האחרונה חייב, ודוק היטב.

צו) את"ל לא אמרינן כיון דשייכא וכו' - כ"ה גירסת רש"י, והתוס' גרסי את"ל אמרינן כיון דשייכא וכו'. והנה כתב הרמב"ם פ"ב שו"פ ה"י, וז"ל: שאלה בבעלים ושכרה שלא בבעלים פטור שהשכירות תלויה בשאלה אבל אם שכרה בבעלים וחזר ושאלה שלא בבעלים או ששאלה בבעלים וחזר ושכרה שלא בבעלים וחזר ושאלה שלא בבעלים וכו' כל אלו ספק שמירה בבעלים היא, עכ"ל, הרי דאף שאלה הב' בשכרה ואח"כ שאלה פסק דהוי איבעיא דלא איפשיטא, אף דדרכו לפסוק כאת"ל, והכא הוי שפיר את"ל או כגירסת רש"י או כגירסת התוס'. וכתב במ"מ וכו"ה בב"י ובהגהות הגר"א בסוגיין, דלא גריס הרמב"ם בהך שאלה את"ל. (ובתשב"ץ ח"ב סי' רע"ב כתב לבאר דברי הרמב"ם באופן דשפיר גריס ל"י, עיי', ולא הבתי דבריו.) והנה לפום גירסא זו יוצא דס"ל להרמב"ם דב' שאלות האחרונות אינן תלויות בשאלה הב' בשוכר שנעשה שואל כלל. ומהלך הדברים, דס"ל להרמב"ם כדברי התוס' דלענין פטור דבבעלים בסוגיין לא דיינינן אמישיכה אלא על קבלת השמירה, ואילו במה דבחיוב אונסין דשואל כלול גם חיוב גוי"א, בזה ס"ל כרש"י ודלא כדברי התוס' בהמפקיד דהוי חיוב בפני עצמו גם בשואל. אשר לפי"ז לא תליא שאלות הגמ' הגי' והד' בהני שאלות הקודמות כלל, דאף אי נימא דלא אמרינן שייכא במקצתה וכו', מ"מ איכא למימר דבחזר ושכרה פטור, משום דמה דכששאלה חייב אינו אלא מצד חיוב אונסין ולא מצד חיוב גוי"א לחוד, אשר ממילא היכא דשוב אינו חייב באונסין שפיר יתכן דפטור, וכמו שכתבנו בצד א' משאלה זו לדעת רש"י, ואפי' אי נימא דמיגו דשייכא וכו' אמרינן מ"מ י"ל דחייב משום דתרי שייכי לא אמרינן, וכמו שציידו התוס', ובהא הוא דמספקא ל"י להש"ס אי אמרינן תרי שייכי, והא פשיטא להו דאי אמרינן פטור משום דמה שהיה חייב כשהוא שואל אינו אלא מצד חיוב אונסין ולא מצד חיוב גוי"א לחוד, וכמשנ"ת.

צז) שלחה לי וכו' ביד בנך ביד עבדך ביד שלוחך וכו' ומתה חייב - עיי' בראשונים שנתקשו במה נתחייב בכ"ה ג' באונסין, הרי סו"ס השליח הוא שליח של המשאל, ובשט"מ הביא דברי הראב"ד שכתב בזה דכיון שאמר לו לשלוח שפיר שייך שיעשה המשאל את שלוחו לשליח השואל מדין זכיה, "וואעי"פ שיש לו בזה הזכוי ענין צד חובה להתחייב באונסין ובמזונותיה מדי לפי שחבין לו לאדם שלא בפניו מדעתו". וצ"ב קצת מהיכן חזינן דהוי הך זכיה

מדעתו ממה שאמר למשאל לשלוח, דילמא אין דעתו אלא שתחול השאלה כשיגיע לרשותו. (ודרך אגב חזינן מדבריו דפירוש הך דהוי מדעתו אינו דכיון דלא איכפת ל"י מהחוב שוב ואמרים דכלל השאלה זכות הוא, -עיי' תוס' גיטין י"א ע"ב בשם ירושלמי ובתו"ג שם- אלא דאכתי חשיב חוב רק דמדעתו אפשר לחוב שלא בפניו.)

עוד כתב הראב"ד ד"ל דהא דנעשה שלוחו של שואל הוא בלא זכיה, אלא מה שאמר לו השואל לשלוח פירשו שאמר לו להעביר לשליח מינוי דידי', ואומר המשאל לשליח שהשואל עשאו שליח. ואף לפי מהלך זה אתי שפיר קושיית הגמ' מהא דיד עבד כיד רב, דאף דנימא דשליח דהשואל הוא מ"מ הרי בעינן דתצא הפרה מרשות המשאל. עכ"פ לבי מהלכי הראב"ד נמצא דמה שחייב במתני' אם מתה מדין שואל הוא, דחשיב שפיר שליח השואל או מצד זכיה או מצד המינוי שעל ידי המשאל.

אכן בר"ן בסוגיין (הובאו דבריו בשט"מ) כתב דמה שחייב בנתן המשאל לשלוחו הוא מדין ערב, "דכל מוציא ממון מרשותו על פי חברו נתחייב לו חברו כדן ערב". ולדידי' לעולם אין חיובו של השואל באונסין במתני' מדין שואל אלא מדין השעבוד דערב. (ומ"מ פשיטא דאין דבר זה אלא בשואל, דאפי' בשוכר לא חשיב שהוציא מרשותו כיון שהרי משלם לו שכירות.) והנה זה מתאים למש"כ הראשונים בקידושין ח' ב', דבאומר זרוק מנה לים ואתחייב אני לך הרי זה מתחייב מדין ערב, והיינו משום דיסוד ההתחייבות דערב הוא בההיא הנאה שמוציא ממון על פיו.

אכן מדברי התוס' לקמן צ"ט ע"א ד"ה כיון שיצאתה וכן מדברי הרא"ש שם מבואר דליכא בסוגיין התחייבות מדין ערב, עיי' שכתבו דמאי דחייב באומר הכישה במקל וכו' משום משכבו הוא. וכן מדברי הראב"ד שלא כתב כהר"ן מבואר דלא שייך הכא שיתחייב מדין ערב. וטעמם בזה, כמש"כ הרא"ש גופי' בקידושין סי' י"ג דבזרוק מנה לים ואתחייב אני לך ליכא דין ערב, דליכא דין ערב אלא היכא דנהנה המקבל, דחשיב מה שנהנה המקבל על פי דיבור הערב כאילו נהנה הערב עצמו (ומאי דאיתא בב"ב דטעמא דמתחייב ערב הוא בההיא הנאה שהוציא ממון על פיו, ר"ל דמה"ט לא חשיב אסמכתא). אשר לפי"ז אף בני"ד לא שייך דין ערב, דנהי דהוציא המשאל מרשותו על פי השואל, מ"מ הרי לא נהנה המקבל באופן דנימא דמה שהוא קיבל הוא כאילו קיבל הערב עצמו.

ועד"ז כתב נמי במח"א דיני ערב סוף סי' א', במשה"ק הבי"ט סי' ר"ז על מש"כ בתשו' הרא"ש דבראובן שהיה לו פרה והיה ירא לשוחטה פן ימצא טריפה וא"ל שמעון שחוט אותה ואם ימצא טריפה אני אתן לך בעד בשרה כך וכך, אם שחטה ונמצאת טריפה פטור שמעון משום דהוי אסמכתא, ועוד, דבמאי נתחייב לשלם, דאמאי לא יתחייב מדין ערב כיון שהוציא ממון על פיו. ולדברי הרא"ש הנ"ל הקידושין א"ש, דליכא דין ערב אלא היכא דמגיע הנאה לאחרים על פי דיבורו, וכנ"ל.

והנה העירו הראשונים אמאי לא חשיב הא דהוי על ידי שלוחו של משאל כשמירה בבעלים, והקשו דאמאי לא נפשוט בעין דלעיל אי אמרינן בזה דשלוחו של אדם כמותו מהכא. ובראב"ד תי' ע"פ דרכו, דכיון דסו"ס מה שמועיל השליח היינו בתורת שליח של שואל ולא של משאל אין בזה משום שמירה בבעלים, וכן תי' בריטב"א החדשים. ואילו הר"ן אף הוא פירש בזה לשיטתו, דכיון דיסוד חיוב השואל בכ"ה אינו מדיני השמירה אלא מדין ערב, הרי בההיא שעתא דהוי בבעלים ליכא דין שמירה ולאחר שהגיע לרשותו הרי שוב לא הוי בבעלים.

ויתכן דמאי דנאיד הר"ן מפירושו של הראב"ד הוא ע"פ שיטתו דס"ל לעיל ריש דף י"ב ע"א דבכדי דיחשב שליח בעינן שיהא שלוחו של בעל הממון, וא"כ ע"כ דפתיך בזה גם שליחות מצד המשאל, וליכא למימר שאינו אלא שלוחו של שואל.

ובדברי הר"ן שכתב דחיבו של השואל במתני' אינו מדין שואל אלא מדין ערב וכדינא דזרוק מנה לים ואקדש אני לך, יש לכאורה מקום עיון קצת, דבשלמא התם משתעבד משום דע"פ דיבורו הפסיד חבירו ממון, משא"כ בני"ד הרי מתה כדרכה, ומלאך המות מה לי הכא מה לי התם, וכה"ק בנתיב"מ סי' ש"מ סק"יב, ע"ש מש"כ בזה, ולכאורה בדברי הר"ן לא משמע כדבריו, דהא כתב דליכא פטור דשמירה בבעלים מאחר שאינו שומר ואין חיובו אלא מדין ערב, ואילו לדברי הנתיב"מ חיובו שפיר משום שומר ואמאי לית בזה פטור דשמירה בבעלים, וכן הקשה באמרי בינה דיני טוען ונטען סי' י"ד, ע"ש.

צח) וכן בשעה שמחזירה - ע"י מח"א דיני שומרים סי' ל"ד שהביא דברי הטור בסי' ש"מ בשם תשו' הרשב"א (והוא בתשו' הרשב"א ח"ב סי' רס"ב) שכתב בטעם מאי דחזרה לבנו של המשאיל אינה פוטרת השואל מחיוב אונסין הוא משום "דשואל חזרה לדעת משאיל צריך וכדרכי אלעזר דאמר (ב"ק נ"ז ע"א) הכל צריכין דעת חוץ ממשביב אבידה שהתורה ריבתה בה השבות הרבה", וכתב כך בנוגע לשאלה דהשואל כל מחבירו והחזירו בביתו ליד אשתו ובניו הסמוכין על שלחנו ונגנב או נאבד עד שלא ידע המשאיל מהו, וכתב להכרע ממאי דאיתא במתני' דידן דאין השואל נפטור בשלח על ידי שלוחו ובנו וכו' אא"כ ידע המשאיל. ומבואר מדבריו דמדין השבת בעלים לא סגי במאי דידעי הבעלים שמחזיר, אלא בעינן גם להסכמתו של המשאיל, דהא ביאר הרשב"א כן במשנתנו, והמשנה הרי מיירי שאמר כן השואל להמשאיל, וכמבואר ברש"י, ואעפ"כ חייב באונסין משום דליכא הסכמה מצד המשאיל.

ועי' שם במח"א שהעיר בראיית הרשב"א מסוגיין דלכאורה אין הנידון דומה לראיה, די"ל דמאי דבעינן הכא להסכמת המשאיל אינו משום דבעינן לעצם ההסכמה לפטור השואל, אלא משום דעד כמה שלא הסכים המשאיל לא חשיב כלל שהגיע ליד המשאיל מאחר דאין יד בנו כידו, וכמש"כ הר"ן בפ"ק דאף בסמוך על שלחנו אין ידו כיד אביו, משא"כ בנידון דהרשב"א במחזיר לאשתו של משאיל, הרי יד אשה כיד בעלה וי"ל דשפיר סגי בזה בידיעת המשאיל ואף בלא הסכמתו.

ובדעת הרשב"א צידד במח"א דס"ל כדעת ר"ת דכל שסמוך על שלחנו אביו ידו כיד אביו ואפילו הוא גדול, אשר ממילא שפיר דומה דינא דמתני' לדינא דהרשב"א. אלא דהעיר שם במח"א מדברי רש"י לעיל דף ל"א גבי הא דכל הצריכים דעת דה"ט דאם לא הודיעו חייביה באחריותה דכיון דלא ידע שהושבה לא נוהר בה ולא מאכילה, ולזה ודאי דלא בעינן אלא לידיעתו ולא להסכמתו.

ולכאורה יש לעיין בכל זה, דהא מתני' מיירי נמי בנתן ליד עבדו של משאיל, ובזה הרי פשיטא דיד עבד כיד רבו, ושפיר מוכחא כדינא דהרשב"א.

צט) תוד"ה ואמר לו השואל שלח ושלחה ומתה חייב וכן בשעה שמחזירה - ויש לומר דפשיטא שמוצא תקנות בפשיטות לשמואל כמו לר' יוחנן ואינו אומר מאי תקנתיה אלא לפי שרוצה להביא מדברי אבא וכו' - אכן יעויין תוס' ב"ק ק"ד ע"א ד"ה שליח שעשאו שכתבו, וז"ל בא"ד: לכן (מחמת הך קושי') צ"ל דבכל ענין שלא בפניו לא הוי שליח עד שיאמר לו בפניו שלח לי על ידו כההיא דהשואל דאיירי בפניו וכן מוכיח מתוך הקונטרס, עכ"ל. ומש"כ דכן מוכיח מתוך הקונטרס, ר"ל ממש"כ שם ד"ה פטור (הראשון) דלא קמה ברשות שואל להתחייב באונסים עד **שיאמר לו מפיו לשלחה לו ביד בנו.**

צ"ט ע"א

ק) רב אמר אפי' תימא בעבד כנעני נעשה כאומר הכישה במקל והיא תבוא - ע"י שט"מ בשם הראב"ד שכתב בבבא מציעא דברי רב דהא דמהני היינו משום דהוי כאילו הוא אומר הכישה וכו' והיא תבוא "ואני מקבל

עלי אחריותה מיד כשתתחיל לבוא ועל זה התנאי שאלה ממנו ושמענו שמתנה שומר חנם להיות כשואל ואף זה כמוהו". הא קמן דיסוד חיובו לרב אינו משום דנעשה כבר שומר, אלא דהוי כאילו התנה שיתחייב מההיא שעתא באחריותה. אכן מה שדמה דין זה להא דמתנה שומר חנם להיות כשואל צ"ב לכאורה, דבשלמא התם דשפיר חייל עלי דין ושם שומר ואין תנאו אלא בחיוב אחריות, שפיר אמרינן דיכול להתנות שיתחייב בחיוב אחריות דשואל, אכן הכא דאכתי אינו שומר כלל מהיכי תיתי שיכול להתחייב בחיוב אחריות דשומר לפני שנעשה שומר. אכן נראה פשוט דהראב"ד בזה לשיטתו אזיל, דנתבאר לעיל דס"ל דלא אמרינן דאיכא בעצם שם אחד דשומר ואין חילוקי הדינים אלא בחיוב אחריות, וכמו שכתב הרמב"ן, אלא כל שומר דין ושם שומר בפני עצמו הוא ולא שייך אחד לחבירו. אשר לפ"ז שפיר הביא הראב"ד ראייה ממאי דמתנה שומר חנם להיות כשואל, דשומר חנם לחוד ושואל לחוד, ואם חזינן דיכול להתנות ולשים על עצמו חיובי שואל, הרי מבואר מזה דשייך שיתנה שיתחייב בחיובי שומר בלא שיחיה שומר, דהא לד"י לא שייך ש"ח לשואל, וא"כ ה"ה והוא הטעם בני"ד שפיר יכול להתנות שיחול עליו חיוב שואל אף אי אכתי אינו שואל. (ויש בדברי הראב"ד מקום עיון, דבהמשך דבריו כתב, וז"ל: ותירץ רב שאפילו אמר לעצמו היה שלוחי להכישה במקל והיא תבוא כיון שיצאה לסימטא נתחייב השואל בה במשיכה זו לסימטא וכו', עכ"ל. ומשמע לכאורה מדבריו דמאי דמועיל בכה"ג לרב היינו מדין משיכה, וכדברי התוס' והרא"ש בסוגיין, אשר זהו דלא כמש"כ לעיל, אם לא דנימא דלעולם אין כונתו לומר דהוי מדין משיכה רק דבמה שיצאה מרשות השואל לסימטא הוא דנתחייב ע"פ תנאו, ואכתי צ"ב. ועי' גם דברי הראב"ד בשט"מ לעיל דף פ' ע"ב במתני' דהנח לפני שכתב ו"כי מייתי לה קמ"י בליחותיא דידי' כמי שמשכה הוא דמ"י).

ובריטב"א החדשים דקדק ממש"כ רש"י דשעבד עצמו, דהא דמהני לרב הכישה במקל והיא תבוא היינו מדין ערב, ע"י כל דבריו. ולעיל במה דמהני שלוחו של משאיל לא כתב כה"רן דהוי מדין ערב, אלא כתב לתרץ קושי' הנ"ל דהוי שמירה בבעלים כמו שכתב הראב"ד, דלעולם שלוחו של שואל הוא ולא של משאיל, אשר משמע להדיא שפיר דהא דחייב היינו מדין שמירה כדבר הראב"ד. והיינו טעמא לכאורה, דס"ל דבכדי דנימא מן הסתם דגמר דעתיה להקנות אף היכא דלא אמר ואתחייב אני לך בעינן דיוציא מרשותו דווקא למקום שאינו יכול לחזור ולקחתו ושיאח אבוד לו, (ודלא כה"רן דכל שהוציא מרשותו על פיו סגי בזה לחיובי מדין ערב אף היכא דלא אמר ואתחייב אני לך), אשר ממילא לעיל במתני', דמיירי שנתנו המשאיל לשלוחו, וגם לא אמר ואתחייב אני לך, ע"כ דאין חיובו מדין ערב, רק הכא דמסרו לעבדו "דרוב עבדים רשעים ואין להם ממון לשלם" הוא שייך דהוי כערב. ומאי דלא בעינן שיאמר ואתחייב אני לך כמו דכתב הרמב"ן בקידושין דף ז' ע"א דבעינן גבי זרוק מנה לים דבעינן שיאמר כן, כתב הריטב"א דהיינו משום דכיון דלהנאתו הוא אומר לו לשלחם כאילו פירש ואתחייב אני לך דמי, משא"כ התם. ומדברי רש"י מבואר לכאורה דלא כזה, דכתב בד"ה לא תימא, וז"ל בא"ד: אלא רב מוקי לה למתניתין באמר לו הכישה במקל והיא תבוא אחרי דשעבד נפשי מכי נפקא מחצרו ומשום דשלח עבדו עמה לא מיפטר, עכ"ל, ואילו לדברי הריטב"א, מאי דמשתעבד בכה"ג מדין ערב הוא דווקא משום ששלח ביד עבדו ורוב עבדים רשעים הם, ומשמע מדברי רש"י דאף בלא האי טעמא משתעבד מדין ערב, כן נראה לכאורה. (ואגב, מבואר מדבריו של הריטב"א דההנאה שמתחייב עבורה הערב הוא מאי דהוי הזריקה לאיבוד על פיו כאילו הוא נהנה מאותו הממון בכך, ואכמ"ל.)

וע"ש בריטב"א דמאן דמותיב ארב ס"ל דכיון דעבד בן דעת ואימת רבו עליו מקום המשתמר הוא חשוב

וכיון שלא אמר לו ואתחייב אני לך פטור (וכן ס"ל לכאורה לשמואל אי פליג אדברי רב). ובחידושי הר"ן כתב דטעמא דשמואל דפליג אדרב הוא משום דכיון דאזלא לאיבוד לא סמכא דעתיה וכל שלא אמר ליה ואתחייב אני לך לא מחייב, כלומר, דלאו היינו טעמא משום דס"ל דלא חשיב לאיבוד כמש"כ הריטב"א אלא משום דאף דהוי להנאתו מ"מ מאחר דהולך לאיבוד לא שייך בזה דין ערב אם לא אמר ואתחייב אני לך, וכמו גבי זרוק מנה לים.

והתוס' בד"ה כיון שיצאתה מרשות משאיל וכו' פירשו דמדן משיכה הוא דמהני, דהוי כאילו משכו שואל. והריטב"א הנ"ל כתב דבכה"ג לא חשיב משיכה, "דהא כל זמן שהוא לא משך או לא קראה שבתא אין כאן משיכה", ר"ל, שלא שייך בזה שליחות, דחלק מיסוד דינא דמשיכה הוא שיעשה הוא עצמו. והתוס' ע"כ דפליגי ביסוד זה (עכ"פ בדברי רב) וס"ל דכל דהוי על פיו שפיר חשיבא משיכה, דמשיכת האחר עבורו הוא כאילו משכו הוא. והנה במה שהבאנו לעיל דברי הראב"ד שכתב דאפי' אמר ליה למשאיל הכישה במקל והיא תבוא דמהני יש לעיין לכאורה האידך מהני קנין המשאיל להשואל (ואי נימא דאין הכונה דמהני מדן משיכה לא קשיא כ"כ). אכן נראה דל"ק, דמאי דלא מהני קנין המשאיל להשואל אינו מצד חסרון בעצם, דאין המשאיל יכול לעשות קנין עבור השואל, אלא משום דליסוד הקנין בעיני שיצא מרשותו של המשאיל, והיכא דעושה המשאיל מעשה קנין כגון משיכה הרי לא יצא מרשותו. אכן בני"ד באומר הכישה במקל והיא תבוא, הרי על ידי שמכירה היא באה שפיר יוצאת מרשותו ושפיר מהני בזה מעשה המשאיל עבור השואל. ויסוד זה מתבאר מתוך דברי התוס' בב"ב דף פ"ד ע"ב ד"ה מ"ד, וז"ל: כשהמוכר מודד איירי אע"פ שמשיכת המוכר אינה מועלת ללוקח הכא שאני שמסתלק המוכר וכו', עכ"ל, והוא כנ"ל.

ולדעת התוס' מאי דפליג שמואל הוא לכאורה משום דס"ל דלא מהני כבה"ג מדן משיכה, על אף דיוצא מרשות המשאיל. אכן בדברי הראב"ד הנ"ל שכתב לעיל במתני' דדף פ' דמהני מדן משיכה כאילו משכו שואל, לדידי' ליכא למימר דבהכי פליג שמואל אדברי רב. (ובלח"מ פ"ג מהל' שו"פ ה"ב כתב להדיא דס"ל להראב"ד דפליג שמואל אדברי רב.) ולדידי' צ"ל לכאורה דמאי דפליג שמואל היינו משום דאמרין דמסתמא אין דעתו של השואל להתחייב אלא משעה דאתי לרשותי, ואינו סומך שבתבוא לרשות על ידי הכשת המקל אלא אם כן אומר להדיא ואתחייב אני לך.

והנה יעויין נימוקי יוסף לעיל דף פ' שפירש כדברי הראב"ד דהך דנהנ וכו' מיירי בבהמה והכישה במקל, ואילו בשמעתין כתב כדברי הר"ן שפסק דלא כרב, ותמה בשי"ך ס' רצ"א סק"ד דהא לדעת הנ"י מתני' היא דמהני כבה"ג משיכה. ולמשנית אתי שפיר, דמאי דפליג שמואל אינו אלא הכא דאינו סומך שבתבוא לרשותו על ידי הכשת המקל, משא"כ התם דמייתי לה לקמיה. ועיי' שער משפט ס' ר'.

קא) תוד"ה תוד"ה אמר שמואל בעבד עברי - וכן משמע דפליג והלכתא כוותי' מדבעי גמרא לסיועי לרב ודחי ליה בדוחק - ר"ל, דמדטרח לדחות בדוחק מבואר דלית הלכתא כרב אלא כשמואל, עיי' ברא"ש. ועיי' ברא"ש שהביא לפרש דלעולם לא פליגי רב ושמואל בדינא אלא בפירושא דמתני'.

קב) תוד"ה דלא קני לי גופי - אע"ג דבפ"ק דקידושין אמרינן דעבד עברי גופו קנוי היינו לענין שאין גרעונו מחול אם מחל בעל פה אלא בשטר - ועיי' בראשונים ביאור אחר, דמאי דעיי' גופו קנוי היינו מצד קנין האיסור דמוסר לו שפחה כנענית, ואין כאן מקומו. והתוס' לשיטתייהו שכתבו התם דכיון דגופו קנוי לא מהני מחילה לענין קנין הממון, וכדברי רש"י שם.

קג) תוד"ה באומר הכישה במקל והיא תבא - אבל הכא ששואל את עבדו הוה ליה כשואל שתי פרות דעבדו כבהמתו דמי - עיי' דו"ח הגרע"א מכת"י ע'.

קל"א שתמה בדברי התוס', דזה שייך שפיר גבי עבדו, אבל בהא דהשאלנו פרתך וכו' דמיירי במשאיל עצמו ולא בעבדו, הרי לא שייך ד"ז ואמאי לא יחשב התם לשמירה בבעלים, עיי' שהניח הדברים בצ"ע.

ולכאורה י"ל בזה, דס"ל להתוס' דמצד מה דמכירה ויוצאת מרשות המשאיל אין להחשיבה לשאלה בבעלים, דהא מה שמכירה הוא ברשות המשאיל, ואז לא נעשה עדיין השואל לשואל, רק אחר שיצאתה מרשות המשאיל הוא שנעשה שואל, ואז הרי אין העבד עושה כלום. (ועיי' חידושי הריטב"א הישנים שכתב באמת כעיי' ליישב אמאי לא חשיב שאלה בבעלים.) ומה שהקשו התוס' הוא אמתני' דמוקמינן לה דמיירי באומר שלח ביד עבדך, דאף דאמרין דמיירי באומר הכישה והיא תבוא, כלומר, שרוצה שיעשה שואל מיד עם יציאתה מרשות המשאיל, מ"מ הרי עדיין מיירי שאמר שיוליכה העבד, ומצד זה הוא שהקשו התוס' דהו"ל ליחשב שאלה בבעלים, ועיי' שפיר תירצו דלא חשיבא השאלת העבד כשאלה בבעלים. אכן בהך דהשאלנו פרתך הרי אין עושה המשאיל אלא מה שמכירה במקל, ואין בזה משום שאלה בבעלים, וכנ"ל. וכן ראיתי שכתב בהגהות הגר"ג גשטטרנר שם בדו"ח הגרע"א, עיי'.

ובעצם קושיית התוס', כבר הבאנו לעיל דברי הראשונים שכתבו דמאי דמשתעבד הכא מדן ערב הוא ולא מדן שואל, אשר ממילא לא שייך בזה פטור דשאלה בבעלים.

והנה כתב הרמב"ם בפ"ב מהל' שאלה ופקדון ה"ה, וז"ל: אמר לעבדו הכנעני צא והשאל עם פרתי הרי זה שאילה בבעלים שיד העבד כיד רבו נשאל העבד שלא מדעת רבו אינה שאילה בבעלים, עכ"ל. והנה ממש"כ דרך היכא דנשאל העבד שלח לדעת בעלים לא חשיב שאלה בבעלים מבואר דאם אך היה לדעת הבעלים שפיר הוה שאלה בבעלים, ודלא כדברי התוס', דלשיטתם אף דהוי מדעת הבעלים מ"מ כיון דלא אמרו הבעלים שהם ילכו ושלחו העבד במקומם לית בזה משום שאילה בבעלים, וכן דקדק מדברי הרמב"ם בביאור הגר"א חו"מ ס' שמי' סק"א.

ועיי' בביאור הגר"א שכתב דמקורו של הרמב"ם ליסוד זה דלא אמרינן דיד עבד כיד רבו אלא היכא דהוי מדעת בעלים הוא ממאי דבסוגיין לא הקשו דיד עבד כיד רבו אלא אסיפא ולא ארישא, והיינו דברי שאר אמרינן דפטור אפי' בשלח ביד עבדו של שואל, ואמאי לא נימא דיתחייב משום דיד עבד כיד רבו, אלא מוכח דמאחר דלא היה מדעת הבעלים (דהיינו השואל) לא אמרינן בזה דיד עבד כיד רבו.

קד) תוד"ה כיון שיצאתה מרשות משאיל נתחייב שואל באונסין - ועוד י"ל דהכא מיירי אפי' יצאת מיד לרה"ר דלענין להתחייב באונסין קניא משיכה ברה"ר אע"ג דלא קניא לענין מקח כמו שואל קרדום לרב הונא וכו' - כעין זה כתבו התוס' בכתובות ל"א ע"ב ד"ה ברשות הרבים נמי קנה בשם ר"ן, דאף דלא קניא משיכה ברה"ר שיהא שלו לגמרי, מ"מ קני (גנב) לענין להתחייב באונסין. ביאור דבריהם, דב' דברים נעשו במשיכה, מה שמוציא מרשות בעלים, ומה שמכניס לרשות שלו, ולענין חיוב אונסין שפיר סגי במאי שהוציא מרשות ומשמירת הבעלים, דבהכי חשיב מעשה גניבה להתחייב באונסין, וכן מתחייב השואל באונסין מצד ההוצאה מרשות המשאיל, אף דלענין מקח או לענין חזרה לא סגי עד שיכניסנה לרשותו, ולהכי לא מהני לענין זה משיכה לרה"ר. ולפוס הבנה זאת דמישך שייכי דברי התוס' בסוגיין לדברי התוס' בכתובות, כונת התוס' היא למימר דבעצם קנין משיכה איכא נפ"מ בין קנין ממש לבין חיוב אונסין, דהא בגניבה ע"כ דפירושא דמילתא הוא דלענין זה שפיר מהני קנין משיכה לעשות קניני גניבה וחייב אונסין. וכן משמע באמת מלישנא דהתוס' דר"ל דלענין אונסין מהניא משיכה.

והיה אפשר לבאר דברי התוס' באופן אחר, דכונתם ע"פ שיטתם לקמן בד"ה כך תקנו משיכה בשומרים דס"ל דשומרים לא בעו קנין להתחייב, ומתחייבים על ידי יציאת החפץ מרשות הבעלים ושמירתם, ולא

בעיני קנין אלא לענין זכיית החפץ להשתמש בו. ואף
התוס' שם כתבו כן רק בשי"ח ושי"ש ולא גבי שואל,
שואל שפיר בעי משכחה, ע"י שי"ד סי' ש"מ סק"י
ובביאור הגר"א שם סק"י דזהו משום דהתוס'
לשיטתייהו דס"ל דפליג שמואל ארב וס"ל דלא מהני
בהכישה במקל גבי עבד, והיינו משום דס"ל לשמואל
דשפיר בעינן בשואל קנין אף לענין חיוב אונסין. אכן
לרב אף גבי שואל אמרינן הכי, אשר ממילא בני"ד
דמייירי לרב הוי דינא הכי אף בשואל. ועיי' שכתבו
דהר"א ש' דפליג וס"ל דאף גבי שואל לא בעינן קנין
להתחייב באונסין, היינו נמי לשיטתו דס"ל לעיל דלא
פליגי רב ושמואל ואף שמואל מודה לדינא דרב. ועיי'
בשי"ד שהקשה עפ"י סתירה בדברי הרמ"א, דבסעי' ד'
שם הביא דלא בעינן משכחה אלא מיד שיסתלק
בעליו נתחייב באונסין (ועיי' בסמ"ע סק"ט דה"ט
משום דכיון דנסתלק הבעל משמירת הבהמה מחמת
שקיבל השומר שמירתו עליו נתחייב באונסין), ואילו
בס"ז במה שכתב המחבר אמר לו השואל הכישה
במקל והיא תבא מאליה ועשה המשאיל כך אין
השואל חייב בה עד שתכנס לרשותו, ולא השיג
הרמ"א על דבריו. ודי' יקשה גם אי נימא דמצד קנין
משכחה אתינן עלה. אכן מלשון התוס' משמע לכאורה
דמדון משכחה הוא דאתינן עלה, וכנ"ל, וכבר השיג על
דברי השי"ד מדברי התוס' בנתי"מ שם סק"ב, עיי'.

ועיי' בנתי"מ שכתב ליישב קושיית השי"ד על דברי
הרמ"א, דמאי דמהני להתחייב באונסין היכא
דנסתלק המשאיל בשמירתו, זהו דווקא היכא דבידו
של השואל לשמרו, דכיון שהוא במקום שהשואל
יכול לשמרו הוה ל' כקבלת שמירה, אבל בסתם
הכישה במקל והיא תבוא שאין השואל שם ואינו יכול
לשמור, לא הוי כקבלת שמירה ואי אפשר לחייבו עיי'
אלא מדון ערב דהוי כזרוק מנה לים, וכמו שכתבו
הראשונים, ובהו מאחר דפסק הרמ"א באה"ע סי' ל'
דברוק מנה לים לא שייך ערבות, שפיר פסק כאן
דאין השואל מתחייב באחריות. וזהו דלא כדברי
הרא"ש, דברא"ש הרי מבואר דבסתם הכישה במקל
והיא תבוא חיובו הוא משום דמאחר שנסתלק
הראשון מאחריותו שוב חייב השואל, ודלא כמשי"כ
בנתי"מ. ועיי' אב"מ שם באבה"ע ס"ל סק"ג שהעיר
על דברי הרמ"א שם מדבריו בחו"מ סי' ש"פ ס"א
שהביא ב' דיעות אי בזרוק מנה לים משתעבד מדון
ערב.

ודיעה ראשונה בתוס' שלא פי' כן ס"ל כדעת הריצב"א
שם בתוס' בכתובות, וס"ל דאף לחיוב אחריות בין
נגנב בין בשואל בעינן משיכת קנין, דמה שמוציאו
מקנין הבעלים הוא שמחייב באונסין, וז"פ.

ומשי"כ התוס' דהוי כמו שואל קרדוס לרב הונא דקני
במשיכה להתחייב באונסין אע"ג דלא קניא לחזרה,
ר"ל, דאף דלענין קנין ס"ל דלא מהני משיכה
בשומרים, מ"מ זה אינו אלא לענין הקנין שלא יוכל
המשאיל לחזור, אבל חיוב אונסין לא בעי שיעשה
שואל בפועל אלא שיוציאנה מרשות המשאיל
ויכניסנה ברשותו, ולזה שפיר מהני משיכה, והוא על
דרך חילוקים לענין משיכה עצמה במשיכה לרשות
הרבים. אכן יעוי"ש בריטב"א החדשים שכתב דהא
דמהני לחיוב אחריות עיי' דאינו מדון משיכה, דמאי
שנא לענין קנין דלא מהני ולענין חיוב אחריות דמהני,
והיינו כשיטת הריצב"א בכתובות ותירוץ קמייטא
דהתוס' בסוגיין דחיוב אחריות נובע ממשכת קנין,
ואם אך אינה קונה ליכא חיוב אונסין.

קה) רש"י ז"ה לפנים מחצירו של משאיל-
דמשיעמדו הבעלים לפניו להטותה לצד חצרו של
שואל ומחי לה בחוטרא ודאי להתם רהטא וההוא
הוא דמשעבד שואל נפשי- מבואר מדבריו דנתחייב
השואל באחריות אפי' בהיותה עדיין ברשות המשאיל
דאם אך סמכה דעת' שתבוא לרשותו מיד שפיר
משעבד עצמו. וכן ביאר במאי דאמרו דמייירי בדאיכא
גזייתא, דס"ד דמאחר שאינו סומך דעתו שתבוא מיד
אלא חושש שתחבא שם אינו משעבד נפשי.

אכן יעויין בחידושי הרשב"א שכתב, וז"ל: כגון
שהיתה חצרו של שואל לפניו מחצירו של משאיל

וכשהכישה כלפי פנים ויצאה מרשותו כבר היא
בחצרו של שואל, עכ"ל. וכן ביאר הך ס"ד דגזייתא
דלא כדברי רש"י, אלא כתב, וז"ל: מהו דתימא לא
סמכא דעתא דשואל דאזלא גבי דילמא קיימא לה
התם הילכך לאו שלוחו הוא במשיכה זו קמ"ל
דסמכה דעת', עכ"ל. הרי מבואר להדיא מדבריו
דהיכא דעדיין קיימא ברשותו של משאיל ודאי דלא
חייל על השואל חיוב אחריות, ועיי' דמייירי הכא
שנכנסה למעשה לרשותו של שואל, רק דמאחר
דאיכא גזייתא ס"ד דכיון דלא בריא ל' לשואל
שתכנס לא סמכא דעת' לשווחו למשאיל שליח.

ופשוט דתלי' פלוגתתם בשיטתם בעיקר חיובא
דהכישה במקל והיא תבוא, דלדעת רש"י הרי אין
חיובו מדון משיכה אלא משום דמשעבד נפשי, כאשר
דקדק הריטב"א הנ"ל מדבריו דחיובו מדון ערב,
וחיוב זה שפיר שייך שתחול אף בהיותה ברשות
משאיל מאחר דסמכה דעת' להתחייב. אכן דעת
הרשב"א ע"ד שכתבו התוס' דמאי דמהניא הכישה
במקל ותבוא הוא מדון משיכה, ומאחר דמצד משיכה
אתינן עלה ע"כ דבעינן שתהא משיכתו של השואל,
אשר זה אינו אלא על ידי דחשיב המשאיל שלוחו של
שואל בזה. ועפ"י פשוט דלא שייך חיוב האחריות
אא"כ יצאה מרשות המשאיל, דבלא"ה הא ליכא
משיכה כלל. וכן מבוארת סברת הרשב"א במאי
דס"ד דאיכא גזייתא לא סמכה דעת', דמאחר
דבעינן שיחשב המשאיל שלוחו של השואל בהך
משיכה, שפיר ס"ד דמאחר דלא בריא ל' שיבוא
דלא סמכה דעת' דשואל למיהוי משאיל שלוחו בזה.
אכן לדעת רש"י לא בעינן שיהא שלוחו כלל, דלא מצד
משיכה אתינן עלה אלא משום דמשעבד נפשי, וכנ"ל.

ואף בשיטת רש"י דחיובו הוא משום דמשעבד נפשי,
אין דבר זה מחייב שיהא מתחייב אפי' בהיותה
ברשות המשאיל, דודאי שייך לומר דעד כמה שהוא
ברשות המשאיל אין השואל משעבד נפשי כלל. וכן
מבואר בדברי הריטב"א, עיי' שכתב על דברי רש"י,
וז"ל: ומיהו מה שפרש"י שהם ברשותו של משאיל
אינו מחוור דהא ודאי כל כה"ג לא מחייב כלל שהרי
לא יצאת מרשותו של משאיל כלל וכשאינה נכנסת
לאותן גזייתא הרי היא נכנסת לחצרו של שואל
ופשיטא שנתחייב בה ולכך פירש רבנו דהני גזייתא הן
בין חצרו של שואל לחצרו של משאיל והם של אנשים
אחרים מהו דתימא לא סמכא דעת' דשואל ועד
דאמר ואתחייב אני לך לא מחייב קמ"ל דסמכא
דעת' ומכיון שיצאת מרשות משאיל חייב באונסין
וכו', עכ"ל. ומבואר מדבריו דאף דיסוד חיוב השואל
באונסין הוא משום דמשעבד נפשי ולא מדון משיכה,
מ"מ כל עוד שעדיין נמצאת ברשות המשאיל פשיטא
דלא נתחייב באחריותה, אשר ממילא הקשה על דברי
רש"י דממנ"פ, עד כמה שלא יצאת מרשות משאיל
הרי לא משתעבד כלל, ואם אך יצאת מרשותו הרי
נכנסה לרשות השואל ופשיטא דמשתעבד. אשר על כן
הוכרח הריטב"א לפרש דמייירי דהגזייתא בין רשות
המשאיל ורשות השואל ולא שייכי לא למשאיל ולא
לשואל, בזה מצד אחד שפיר שייך שישתעבד מאחר
שיצאת מרשות משאיל, ומאיך גיסא יש בזה חידוש
דמאחר שיצאת לגזייתא של אדם שלישי ס"ד דלא
סמכא דעת' לשעבד נפשי.

וסברת רש"י בזה לכאורה היא דבעינן סמיכות דעת
שלמעשה יקנה, וכיון דיתכן שתשאר ברשות המשאיל
אינו סומך דעת, דלחלות השעבוד בעינן שיכול להניח
שאכן תבוא לרשותו, והוא כעין אסמכתא דלא גמר
דעתו שיצא החיוב לפועל. אכן אם אך סמכא דעת' **שלבסוף**
תבוא לרשותו, אף שנמצאת עדיין ברשות
המשאיל מ"מ משעבד נפשי. ואילו הריטב"א ס"ל
דעל ידי דבר זה אינו משעבד נפשי כלל, רק על ידי מה
שיצאת מרשות המשאיל, אשר על כן הוקשה לו כנ"ל,
וצ"ב מהו יסוד פלוגתתם בזה.

ובדעת רש"י דס"ל דיתכן להתחייב באחריותה אף
בהיותה עדיין ברשות הבעלים, יש לעיין ממה שכתב
רש"י לעיל דף פ' ע"ב אמתני' דכל האומנין שומרי
שכר הן, וז"ל: קבלנין המקבלין עליהן לעשות

המלאכה בבתיהם, עכ"ל, ובב"ח חו"מ ריש סי' ש"י דקדק מדבריו דדווקא שהוא בבתיהם של האומנין הוא דחייבין באחריות, אבל "שאר אומנין שעושין מלאכה בבית בעל הבית אין להן דין שומר כלל ואפילו שומר חנם לא הוי דהא לא נסתלקו בעלים משמירתן כיון שאין האומן רשאי להביא הכלי לביתו ולתקנו שם", וכן ביאר הב"ח גם בדברי הטור, ע"ש. (ועי' מח"א דיני שומרים סי' מ"א.) הרי דברשות הבעלים ליכא חיוב אחריות כלל ואפילו לא כשומר חנם, ודלא כמבואר מדברי רש"י בסוגיין. אמנם תשובתה בצדה, דמאי דמשעבד עצמו להתחייב באחריותה אף בהיותה עדיין ברשות המשאל זהו משום שסופו לבוא לרשותו, וכנ"ל, אכן גבי אומן "שאין האומן רשאי להביא הכלי לביתו ולתקנו", כלשונו של הב"ח, בזה פשיטא דאף לרש"י לא משעבד נפשי, וז"ל.

קו) אמר רב הונא השואל קרדום מחבירו בקע בו קנאו לא בקע בו לא קנאו - ומסקינן דהיינו לגבי חזרה, אבל באונסין חייב משעת משיכה. ומה שלא קנה במשיכה לענין שלא יוכל לחזור, היינו כמשי"כ רש"י דס"ל דאין משיכה קונה בשומרים, ועי' ריטב"א החדשים שביאר, דס"ל לרב הונא דמשיכה דקונה אינו אלא מדרבנן, ולא תקנו שתהני משיכה אלא היכא שקונה גוף החפץ כגון מכר או מתנה (או שכירות שצידד שם דהוי כמכירה ליומין), אבל שאלה דאינה אלא השתמשות, לא מהני לזה משיכת החפץ. והנה ממה שהקדים דרב הונא ס"ל דמשיכה דקונה אינו אלא מדרבנן היה משמע לכאורה דר"ל דאילו הוה משיכה מדאורייתא לא הוה מחלקינן הכי ושפיר היתה משיכה קונה שלא יוכל לחזור. אכן מסברא קשה לומר כן, דאי במשיכה דאורייתא הוה אמרנן דשפיר מהני לקנות בשומרים, מהיכי תיתי דכיון דלא הוה אלא דרבנן דלא נימא הכי. ועוד, מעצם דברי הריטב"א הדבר מוכרע לכאורה שאינו כן, שהקשה על זה ממאי דמהני חזקה לקנות דקל לפירותיו, והתם הרי הוי דאורייתא, וע"כ דגם אי משיכה דאורייתא נאמר יסוד זה. ובקידושין מ"ז הביא הריטב"א יסוד זה בשם רבו ולא הזכיר הא דאין משיכה אלא דרבנן כלל. ובדבר אברהם ח"א סי' י' אות ד' הביא מהאחרונים בדאמת פליג בזה הריטב"א בסוגיין על דברי רבו שהביא בקידושין, אכן מדבריו בסוגיין מיניי ובי הרי מוכח דלא מחלקינן בין משיכה דרבנן לבין משיכה דאורייתא, וכנ"ל. ובדב"א שם כתב באמת דמשי"כ הריטב"א דס"ל לרב הונא דמשיכה דרבנן לאו בדווקא כתבו לומר דדווקא משו"ה הוא דלא קניא משיכה, אלא דכתב כן משום דרב הונא באמת ס"ל הכי כר' יוחנן לעיל דף מ"ז, ואדרבה, חידוש הוא דאף דהוי דרבנן לא יתקנו שתועיל לשומרים.

ומה דמהני מה שבקע בו לקנות שלא יוכל המשאל לחזור בו, עי' ריטב"א החדשים שכתב דהיינו משום תיקון עולם, דתיקנו כן בכדי שלא יוכל לחזור המשאל בזמן שהשואל באמצע עבודתו. והנה יעויין דברי רש"י שם בסוגיין דקידושין דף מ"ז שכתב דמאי דאחר שנשתמש בו אין המשאל חוזר הוא משום ש"היא חזקה להשתמש בו ימי שאילתו ואין המשאל יכול לחזור", ומשמע לכאורה מדבריו דלא כדברי הריטב"א אלא דהוי כמין חזקת תשמישין דמהני לקנות שלא יוכל לחזור בו, עי' קצוה"ח סי' קנ"ג סק"ג שכתב בא"ד, וז"ל: דאע"ג דאכילת פירות אינו קונה היינו שלא מהני שיקנה זה בגוף הקרקע אבל אם נתרצו הבעלים להקנות לזה לאיזו תשמיש ועשה השימוש ההוא מדעת בעלים קנאו לתשמיש זה שלא יוכל לחזור בו וכו', עכ"ל, והוא הדין הכא לדעת רש"י. וכן כתב כזה במח"א הלכות שכירות סי' א', ע"ש ובהגהות הגרע"א שם ובנתיח"מ סי' קצ"ב סק"ו.

ומה דמ"מ מהני משיכה לענין חיוב אונסין, ביארנו לעיל דנחלקו בזה הראשונים, דמדברי התוס' והרא"ש מבואר דהיינו כעין שפירשו דלמשיכה לענין אונסין סגי במה שמושכה לרה"ר ואילו לקנות בעינן סימטא או צדי רה"ר, וה"ט, משום דלענין חיוב אונסין סגי

במה שמושכה מרשות ושמירת הבעלים, אכן לקנות שלא יוכל לחזור לא סגי בהכי. וכן ס"ל לרב הונא דאף דלא קניא משיכה לענין חזרה משום דאינו בא לקנות גוף החפץ, מ"מ לענין חיוב שמירה ואונסין אין הדבר תלוי אלא במה שמוציא הפרה מרשות ושמירת המשאל לרשותו, וזה הרי שפיר נעשה על ידי המשיכה. אכן בריטב"א החדשים הקשה דממני"פ אי לא חשיבה משיכה לקנות לא חשיבא נמי לענין אונסין, והיינו משום דס"ל דלחיוב אונסין לא סגי במה שמוציאו מרשות ושמירת המשאל אלא קנינו ומה שלקחה מבעלות המשאל הוא שמחייבו, אשר ממילא שפיר הקשה דממני"פ, אי חשיבא קנין לענין אונסין אמאי אינה חשובה קנין לענין חזרה, אע"כ דלא מדן משיכה הוא דמתחייב באונסין אלא משום דמשעבד תמורת ההנאה, ע"ש בדברי הריטב"א שכתב בא"ד, וז"ל: דלאונסין ודאי משעת משיכה הוא מתחייב כשם שמתחייב שומר שכר בגו"א ולא מטעם משיכה דהא ס"ל השתא דאין משיכה קונה בשומרים דמאי שנא אלא טעמא משום דאדם משעבד עצמו בכסף ובההיא הנאה דאושלה ניהלי ואפקה מרשותו לרשות שואל גמר ומשעבד ל' נפשי באחריות כאילו קיבל ממנו שכר לשמור ולהתחייב באונסין וכו', עכ"ל. עכ"פ מבואר בסוגיין דחייב באונסין אף שלא קנה הדבר ויכול המשאל לחזור בו. ועי' מח"א דיני שומרים סי' כ"ח שהקשה מסוגיין דלעיל דף מ"ג ע"א גבי מפקיד מעות מותרין דאמרין דישתמש בהם, דס"ל לרב הונא שם דחייב הנפקד באונסין אע"פ שעדיין לא השתמש בהם כדין שואל, ומותבין עלי ממעילה, דלדידי' יתחייב הנפקד במעילה, והיינו משום דאם חייב באונסין ע"כ שקנהו מיד להשתמש בהם. ולהמבואר בסוגיין דלרב הונא גופי חייב באחריות אף שלא קנה ויכול המשאל לחזור, תמוה לכאורה מה מוכח התם ממאי דחייב באחריות, דלמא לא קנה להשתמש בהם ומי"מ חייב באחריות ואלו דברי המח"א בזה: ואל תיקשי לך מההיא דפרק השואל גבי השואל קורדום בקע בו קנאו לא בקע בו לא קנאו ופריך למאי וכי אלא לחזרה דאלמא דהיתר תשמיש מחייבה באונסין אע"פ שעדיין לא קנאה דהתם אדעתא דהכי נחית ודין הוא שיתחייב משעת משיכה שהרי להנאתו בלחוד עומד אצלו וכמו כן אמרו בפרק האיש מקדש דאפילו אי מלוה ברשות בעלים קאי לחזרה עכ"ז חייב באונסין דלא גרע משואל משא"כ בפקדון שמסרם בידו כיון דלהנאת בעלים גם כן עומדים אצלו לא חשיב שואל דשואל לא הוי אלא היכא דלכל הנאתו עומד אצלו וכה"ג תירצו התוס' בפרק המפקיד דף מ"א עלה דההיא דקאמר תלמודא לימא שליחות יד א"ש חסרון יעו"ש וא"כ הכ"י כיון דלאו אדעתא נחית אע"פ שיש רשות להשתמש לא נעשה עדיין שואל עד שירצה להשתמש בה, עכ"ל.

קז) ופליגא דרבי אמי דא"ר אמי המשאל קרדום של הקדש מעל לפי טובת הנאה שבו וחבירו מותר לבקע בו לכתחילה וכו' - לכאורה ס"ל לר' אמי דמשיכה קונה דאורייתא, דאי אינה קונה אלא דרבנן אמאי אמרין דמעל וחבירו בוקע בו לכתחילה, הרי מה שקנה על ידי המשיכה אינו אלא מדרבנן והך תקנתא חומרא דאתי לידי קולא היא, ודלא כר"א דס"ל דאין משיכה בשומרים אלא מתקנה, ונמצא דאיכא ג' מחלוקות בדבר, דרב הונא ס"ל דלא קנה, ר' אמי ס"ל דקנה דאורייתא, ואילו ר' אלעזר ס"ל דקנה מדרבנן, וכ"כ בתוס' הרא"ש בסוגיין דג' מחלוקות בדבר, וכ"ה גם בדברי התוס' ב"ק דף ע"ט ע"א ד"ה תיקנו משיכה בשומרין או לא, ע"ש בסוף דבריהם.

אכן יעויין חידושי הריטב"א החדשים סוד"ה ואי לאו דקני וכו' שכתב, וז"ל: וא"ת לדידן דס"ל דמשיכה קונה בשואל היכי מעל דהא משיכה זו אינה אלא מדרבנן שתקנו משיכה בשומרים וי"ל דאפ"ה איכא מעילה דהפקר ב"ד הפקר וקנין דרבנן כקנין דאורייתא חשיב לענין זה, עכ"ל. הרי דפליג אדברי התוס' והרא"ש וס"ל דאף לר' אמי לא קני משיכה

אלא מדרבנן, אלא דקנין דרבנן הוי כקנין דאורייתא משום דהפקר ב"ד הפקר. ועיי' גם חידושי הריטב"א גיטין דף ע"ח גבי רזק גט לתוך ד' אמות שלה דמגורשת שהקשה דהא ד' אמות לא הוי אלא קנין דרבנן, ותי' בזה ב' תירווצים, הא', דמגורשת משום דכל המקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקעינהו רבנן לקידושין מיני'. והב', דקנין דרבנן מהני לדאורייתא משום דהפקר ב"ד הפקר, וכי"ה באריכות בר"ן שם, עיי', ותי' זה הוא כמש"כ בסוגיין. ובפשטות הנידון בזה הוא בגדר הפקר ב"ד הפקר אי הוי הקנאה או דלא הוי אלא הפקעה, וכבר דנו בזה הרבה, עיי' שו"ת רע"א סי' רכ"א שכתב הגר"ש איגר דאיכא סתירה בדברי התוס' בגיטין בדבר זה. והגרע"א כתב שם בתשו' רכ"ב דתלוי בבי' הפסוקים דילפינן מינייהו דהפקר ב"ד הפקר בסוגי' דגיטין דף ל"ו, עיי'. ובחידושי הרשב"א שם מבואר להדיא דמהני הא דהפקר ב"ד הפקר להפקיע מזה ולהקנות לזה.

ובמח"א הלי' משיכה סי' ב' הקשה סתירה בדברי הרמב"ם בדבר זה, דבפ"ח מהל' לולב ה"י כתב דאין נותנים לולב לקטן משום דהקטן קונה ואינו מקנה, ומשמע דדינא הכי אפי' בקטן שהגיע לעונת הפעוטות דמקנה מדרבנן. ואילו בפ"ו מהל' מעילה ה"ד פסק דהמשאיל קרדום של הקדש הוא מעל וחבירו מותר לבקע בו לכתחילה, הגם דפסק בפ"ב שכירות ה"ח כר"א דכדרך שתיקנו משיכה בלקוחות כך תיקנו בשומרים. וכתב במח"א לחלק, "דגבי מעילה כל שהוציאו מרשות לרשות אפילו בקנין דרבנן הרי יצא מרשות הקדש אבל הכא דהתורה אמרה ליקח לולב למצוה בעינן שיהא לקיחה מן התורה", ולא הבנתי סברת הך מילתא כל הצורך, דנהי דלמעילה לא בעינן אלא הוצאה מרשות הקדש, מ"מ אם אך לא מהני קנין דרבנן מדאורייתא על ידי הפקר ב"ד הפקר, הרי מדאורייתא לא הוציאו מרשות הקדש כלל ואמאי יצא לחולין. ועיי' דרי"ל דגבי מעילה לא בעינן קנין בתורת קנין אלא בתורת היכי תימצא שיחשב שהיה הוצאה מרשות הקדש, אשר ממילא אם אך קבעו חכמים דאיכא קנין דרבנן, שפיר איכא הוצאה מרשות הקדש ומעל דאורייתא, ולעולם נימא דאין קנין דרבנן מועיל לדאורייתא, אשר זהו דכתב הרמב"ם דגבי לולב, דאמרה תורה שיהא לו קנין בו, אין מועיל בזה קנין דרבנן.

ובאמרי בינה דיני יו"ט סי' כ"א אות ח' הקשה גם בהא ענינא סתירה בדברי המחבר, דבאו"ח תרנ"ח פסק גבי לולב כדברי הרמב"ם, ואילו באה"ע סי' כ"ח סייג פסק דהמקדש אשה בחוב שיש לו בידי אחר על ידי מעמד שלשתן הרי אינה מקודשת, ודלא כרבנו ירוחם הסובר דבכה"ג אינה מקודשת אלא לחומרא כיון דלא הוי מעמד שלשתן אלא דרבנן, הרי דסי' להמחבר דשפיר מהני קנין דרבנן לדאורייתא, עיי' מש"כ לחלק בין קנין דרבנן וזוכה דרבנן כקטן, דבקנין דרבנן, "כיון דע"פ חייב לשמוע מן התורה לכל אשר יצאו עליו החכמים לכן גומר ומקנה וחז"ל יכולין לעשות שאינו זוכה כזוכה משא"כ בפעוטות דמה"ת אין להם דעת להקנות לכן אף דתקנו שיהיה מתנתן קיימת מ"מ לא הוי אלא תקנה דרבנן ואין לזה כח דאורייתא דקטן לאו בר קבולי תקנות דרבנן הוא וכו'". ביאור דבריו, דבכל קנין חוץ ממעשה קנין שבו, עיקר הקנין נעשה על ידי הגמירות דעת הנפצל על ידי מעשה הקנין. ואף אם נימא דמעשה קנין שתקנו חז"ל שפיר נחשב כמעשה קנין מן התורה, מ"מ אכתי בעינן לזה גמירות דעת, אשר ממילא, גבי מעמד שלשתן או בסוגיין דמיירי בגדול, הרי הוא שפיר בר גמירות דעת מן התורה, על כן היכא דתקנו חז"ל מעשה קנין שפיר מהני מדאורייתא, משא"כ גבי קטן, הרי יסוד החסרון שלו הוא דאינו בר גמירות דעת מן התורה, ואף שתיקנו בו דין זכייה, עיי' דמועלת הך זכיה בלאו דרגת גמירות דעת דבעינן מן התורה, אשר ממילא עיי' דלא הוי אלא מדרבנן.

ועיי' דבר אברהם ח"א סי' א' אות ט"ז מש"כ בסתירת דברי הרמב"ם, דיתכן דמאי דמהני בדאורייתא אינו משום דין הפקר בית דין הפקר, אלא משום דמכיון

שנהגו לעשות כך ממילא הוי קנין דאורייתא, וכגון קנין סיטומתא, אכן כל זה אינו אלא היכא דמעשה הקנין הוי דרבנן אבל שאר התנאים הם שפיר כבקנין דאורייתא, כגון דהמקנה והקונה בני קנין ניהו, אבל היכא דהמקנה הוא קטן, ודאי דלא מהני תקנת חכמים לשנות דיני התורה, ובהו דאי דלא הוי אלא דרבנן, עיי' בדב"א משה"ק על יסוד זה, ואכמ"ל.

קח) רש"י ד"ה מעל- ומה היא הנאתו לפי טובת הנאה שבו אומדים בו כמה הוא רוצה להיות נחסר משלו להחזיק לו השואל טובת הנאה- והוא ככל טובת הנאה שבש"ס. אכן עיי' בריטב"א החדשים שכתב, וז"ל: פי' שמשלם להקדש מה שנהנה בשאלתו דהיינו כפי טובת הנאה שהיתה להקדש בכדי השאלה ההיא. ועיי' דומה לדבריו בתוס' ר"ד בסוגיין. וגדר דבריהם, דלרש"י הכל נמדד מצד המועל, דהיינו בני"ד המשאיל, ולדידי' שיווי הך השתמשות שהשתמש בו השואל הוא מה שמכיר לו על ידי זה טובה, ושיווי ממון של דבר זה הוא מה שהיה רוצה להיות נחסר משלו להחזיק לו השואל טובת הנאה. אכן להריטב"א השיווי נמדד על פי מה שבר זה שוה להקדש, דשיווי גוף ההשתמשות הוא שם שנלקח מהקדש, ועל זה הוא דבא חיוב התשלומין, דלהריטב"א יסוד מעילה זו היא עיי' שכתב בתוס' ר"ד דעשו מהנה כנהנה, ז"א, דכיון שהוא נתן לו הפרה הוי הנאת השואל בהפרה כהנאת המשאיל, וחיובו לשלם מה ששאלה זו שוה. נמצא דחלקו אי ערך המעילה נמדד על פי הנאת המועל או על פי מה שנלקח מהקדש.

ולכאורה צ"ב במאי פליגי, דאין לומר דתלוי ביסוד המחייב דהך מעילה דהוצאה אי משום גזל הוא או דיסוד חיובו לעולם הוא משום נהנה, דהא פשיטא דבקדושת דמים מדין גזל הוא, כדמבואר להדיא בסוגי' דב"ק דף כ' בזה נהנה וזה לא חסר, וכן ממאי דשיעורו בפרוטה, וכמו שהאריכו בזה האחרונים, עיי' נתיב"מ כ"ח ב', וגר"ח על הרמב"ם פ"ח מהל' מעילה ה"א, וקובץ הערות סימן נ"ב אות א', וצ"ב.

והנה הא פשיטא דמאי דנאיד הריטב"א בפירוש טובת הנאה דסוגיין מפירושו בכל מקום אחר, הוא משום דבמעילה זו, דיסודה מדין גזל, ודאי דחיובו הוא מה שחיסר להקדש. ובדעת רש"י נראה דאיברא ודאי דהוי יסוד חיוב תשלומין דמעילה משום נטילת ממון הקדש, מ"מ אכתי איכא למימר דהמחייב הוא מה שהיה לו מהקדש ולא מה שחיסר הקדש, ואין זה יסוד דמהנה כנהנה אלא על הנאת עצמו של משאיל שהוא המועל הוא שדנין, ודלא ככל גזילה דתליא במה שחסרו. אשר זהו דאמדינן דמי טובת הנאה של המשאיל, דזה מה שהיה לו מהקדש. ושפיר תלו דבר זה בדין זנוול"ח, דאי זנוול"ח פטור, היסוד הוא (עכ"פ לשיטת רש"י בב"ק כ' ע"ב) דכיון דלא חסר א"א להחשיב שלקח ממנו כלום ואין לו עליו תביעת גזילה או לקיחה כלל, ולא היה בזה חיוב תשלומין כלל. וכן שפיר הוי שיעורו פרוטה, דיסוד חיובו משום מה שלקח מהקדש ולא מצד מעילה בקדושה. והריטב"א ס"ל דגדר תשלומי מעילה ככל גזילה דתליא במה שחסר הנגזל, וכנ"ל, ועדיין צ"ע בזה.

קט) רש"י ד"ה וחבירו מותר לבקע בו לכתחילה- אפי' ידע לאחר שבא לידו דהוא של הקדש שכיון שגג בו המשאיל ונתחייב דמי טובת הנאה להקדש יצאת הנייתה לחולין- מבואר מדבריו דלא יצא לחולין אלא הנייתה אבל לא גוף הקרדום, ובתוס' ובריטב"א החדשים דנו בזה, עיי'. ולדברי רש"י ביאור הדבר הוא דמה שמשלם המועל לפי טובת הנאה שלו, דהיינו כמה הוא שוה לו (שהוא כמה היה נחסר, וכנ"ל), הוא עבורו שיווי שאלת חבירו, וכיון שנתחייב דמי שיווי שאלת חבירו, שוב יצאה שאלת חבירו לחולין.

והנה לשיטת רש"י ל"ק קושיית התוס' בריש ד"ה וחבירו מותר לבקע בו לכתחילה, דהא כל מה שיצא לחולין אינו אלא ההשתמשות, ר"ל הנייתה, אבל עצם הקרדום נשאר הקדש, אשר ממילא אם יבקע בו אחר לאחר זמן השאלה שפיר יהיה בזה מעילה, וכי"כ

במהרש"א דלפי מהלך התוס' בסוף דבריהם לא יקשה קושייתם זאת, וכן מבואר בדברי הריטב"א החדשים. והתוס' שהקשו ס"ל דעל ידי מעילה זו, אף דאינו משלם אלא דמי טובת הנאה, מ"מ יוצא כל הקרדום לחולין. וההכרח דיצא הכל לחולין, כמש"כ התוס', וכ"ה ביתר ביאור בריטב"א החדשים, דאם אך היה נשאר עצם הקרדום הקדש, אמאי מותר חבירו לבקע בו הרי הוא קרדום של הקדש, והוי כהקדש וחולין מעורבים, דאית בזה מעילה. ולכאורה צ"ב, דלמשנית דיסוד דין מעילה בבדק הבית הוא מדין גזילה, אף אי נימא דאכתי הוי הקרדום הקדש מ"מ יהיה מותר לחבירו לבקע בו, דהא השתמשות זו ודאי דיצא לחולין, ושוב הוי עצם ההשתמשות משל חולין, ופשיטא דבכה"ג אינו גוזל הקדש כלל, ומה איכפת לן במאי דהוי קרדום של הקדש. והמוכרח ומבואר מזה לכאורה, דאף דחיוב התשלומין דמעילה בקדשי בדק הבית מדין גזילה הוא, מ"מ האיסור למעול בו יסודו מדין מעילה בקדושה הוא, אשר זה דהכרחו דע"כ דנעשה הקרדום חולין, דאם אך היה נשאר הקדש, נהי דלא שייך על הבקיעה בו חיוב תשלומין, וכנ"ל, מ"מ אמאי מותר חבירו לבקע בו, הרי איסור מעילה שפיר איכא כיון דהוי קרדום דהקדש. ועינין קובץ הערות הנ"ל סי' נ"ב אות א' שכתב דנחלקו הראשונים בזה אי יסוד איסור מעילה הוא כמין איסור גזל או דמדון נהנה מהקדש הוא. ודעת רש"י, וכן הדיעה האחרת בתוס', ס"ל דאף איסור המעילה בבדק הבית כעין גזילה הוא.

ומש"כ רש"י "שמכין ששגג בו המשאיל ונתחייב דמי טובת הנאה להקדש יצאת הנייתה לחולין", מבואר לכאורה מדבריו דמה שיוצא לחולין הוא על ידי חיוב תשלומי מעילה, ולא דחיוב תשלומי המעילה באו על מה שיוצא לחולין. וכן הוכיחו האחרונים מדברי התוספתא שהביאו התוס' הנ"ל ריש דבריהם, וכבר הבאנו כן לעיל בשם הגראב"ו בשיעורי ר' אלחנן. אמנם מדברי רש"י אלו היה אפשר לדחות דמה שנעשה חולין הוא על ידי חיוב תשלום הקרן, אשר אינו מדין חיוב מעילה, וכיון שיצאה לחולין שוב איכא חיוב מעילה. אכן ע"י רש"י לעיל נ"ז ע"ב ד"ה והו"ל דהדין שכתב, וז"ל: של גזבר שהרי עליו לשלם להקדש קרן וחומש, עכ"ל, הרי להדיא דהא יוצא לחולין הוא על ידי דאיכא חיוב תשלומי מעילה, וע"כ דאין חיוב מעילה בה על מה שיוצא לחולין. אכן עינין דברי רש"י לעיל צ"ו ע"ב ד"ה אלא אמר רבא שכתב, וז"ל: בעודן צרורין ומונחין לא קנאם בעל ולא יצאו לחולין ואין כאן מעילה אלא לכשיצאים לחולין בעל מעל, עכ"ל, דמבואר לכאורה מדבריו דהא דמעל הוא על ידי מה שיצאו לחולין, וכן משמע גם בדבריו בב"ק דף כ' ע"ב, ע"ש, אשר זהו דלא כמבואר מדבריו בסוגיין ובדף נ"ז, וכן יקשה עליו מדברי התוספתא שהביאו התוס', ויש לדחוק בזה, ועדיין צ"ע.

קי) תוד"ה וחבירו מותר לבקע בו לכתחילה - ואין נראה לר"י נמי דהתם איירי שלא נתכוונו לגזול אלא כל אחד דעתו להחזירו אחר בקוע וכו' - אין כונתם בזה לתרץ משנה"ק על סוגיין, דהא אף בסוגיין מיירי במשאיל ולא נתכוונו לגזול, אלא שבא הר"י לומר דאין נראה ליישב כך מאי דקשיא לכאורה התוספתא רישא אסיפא, כלומר, דאף זה קשה מרישא לסיפא, ע"י כל דבריו, וע"י מהר"ם.

קיא) תוד"ה וחבירו מותר לבקע בו לכתחילה - אלא נראה לר"י דתוספתא איירי בגזברים המסורות להן קרדומות של הקדש דכל אחד מעל לפי שנהנה ואינו יוצא לחולין שהרי לא נתכוונו להוציא מרשות שהוא שם וכו' - ע"י ביתר ביאור בתוס' מנחות ק"א ע"א דיסוד החילוק הוא דכשהם גזברים כסבורים הם שהוא שלו ולכך ליכא בזה הוצאה מרשותם ואין המעילה אלא בהנאת הבקיעה אשר על כן אין הקרדום מתחלל, משא"כ באחר, ע"ש כל דבריהם.

קיב) תוד"ה וחבירו מותר לבקע בו לכתחילה - ואין להקשות אף מותר לבקע כיון שמעורב באותו קרדום חולין והקדש מאי שנא ממשכיר ביתו

והקדשו דאם דר בו השוכר מעל בשביל שמעורב חלקו בשל הקדש וי"ל כיון שהשאילו ומעל בשאלה יצאת כל הנאת בקוע לחולין ואין מעורב בה מן הקדש כלום - ביאור קושייתם, דמאחר שכתבו דאין יוצא לחולין אלא כפי הנאתו ואכתי אית בקרדום משום הקדש הוקשה להו האיך מותר להשתמש בו (אשר זה היא באמת ההכרח לעיל לומר שיצא הכל לחולין).

וביאור תירוצם, ע"י קובץ הערות ע"מ יבמות סי' נ"ג אות א', שכתב דשאני להו בין שכירות לבין לוקח, דבשוכר משתמש בשל חבירו, ואילו בלוקח משתמש בשל שלו. ועפ"י ביאור התוס', דבהמשכיר והקדש, הרי לא קנה השוכר גוף הדבר לענין השכירות, וכשמשתמש בו משתמש בשל חבירו, ומאחר שהקדשו נמצא שמשתמש גם בשל הקדש ועל כן אסור, אכן בני"ד, כיון שיצאת הנאת הבקוע לחולין על ידי המעילה, אין מעורב בה משל הקדש כלום והוי כמו לוקח לזמן, אשר ממילא אין בזה משום מעילה, עכתו"ד. וע"ש שכתב דדברי התוס' עדיין צ"ע, דלכאורה הרי המקבל לא יוכל לזכות יותר מכפי שהמוציא נותן לו, וכיון שנתן לו הקרדום בתורת שאלה מהיכן יהא לו להמקבל יותר מזכות שואל, ע"ש שהכריח מזה דהציאה לחולין הוא על ידי המעילה ולא על ידי הקנאת המוציא, וכיון שמעל בשביל הביקוע הותרה הנאת הביקוע לגמרי, שאין תערובת משל הקדש כלום, וכנ"ל, ע"ש שהאריך בכל זה.

קיג) תוד"ה כל תקנו משיכה בשומרים - לא להתחייב באונסין וכו' - כ"ה שיטת התוס' והרא"ש, וכבר הביא בהגהות הגר"א דהרמב"ם פליג וס"ל דאף לענין חיוב אחריות בעינן משיכה, והוא כדהביא הטור בס"י רצ"א בדעת הרמב"ם, ופירש בב"י דהיינו מגי מקורות, הא, ממש"כ בפ"ב מהל' שכירות דתקנו משיכה בשומרים, והביאו בהד"י אמר לו הנח לפני, דמיירי ודאי בחיוב אחריות הב', ממש"כ בפ"א מהל' שו"פ ה"ד דנתחייב במזונות משעת משיכה, והג', ממש"כ בפ"ג שו"פ ה"ב, דלא נתחייב באומר הכישה במקל והיא תבא עד שתכנס לרשותו (ותמוהין לכאורה דברי הב"ח שם בס"י רצ"א שצידד דהא דמהני הנח לפני לדעת הרמב"ם היינו באומר הכישה במקל והיא תבא, דהא פסק הרמב"ם להדיא דבכה"ג לא נתחייב).

ומה דמהני לדעת הרמב"ם הנח לפני אף דבעינן משיכה גם לעיקר החיוב, ע"י במ"מ פ"ב שכירות ה"ח מש"כ בשם הרשב"א והראב"ד, וז"ל הרשב"א לעיל פי' ע"ב: ואיית ובמאי מיחייב והא אמרינן כדרך שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרים יראה לי דהניח לפניו בסמטא ובתוך ארבע אמותיו ואי נמי הכא מיירי בבהמה ובשאמר לו הכישה במקל והיא תבא וכדאמרינן לקמן בפרק השואל הכישה במקל והיא תבא כיון שיצאה מרשות משאיל ומתה חייב הראב"ד ז"ל, עכ"ל. והנה בדברי הרשב"א מבואר דדווקא בבהמה הוא דהוי כהכישה במקל והיא תבוא, ואילו בדברי הראב"ד בשט"מ שם מבואר בפשטות דמהני בכל מילי, דמאחר דהוי כאילו אמר לו למושכו לתוך רשותו ושוב הויא חך משיכה כאילו נעשית בשליחותו. והתוס' שהוכיחו מהך דהנח לפני דלא בעינן משיכה הגם שאף הם פירשו לעיל דהכישה במקל דמהני מטעם משיכה הוא דמהני, אתי שפיר לשיטתם שכתבו דזהו דווקא לרב, אבל ק"ל כשמואל דבעינן משיכה ממש ובאמת לא מהני הכישה במקל. ועוד דאף לדברי רב לא מוכחא דחשיב הא דאמר הנח לפני כאומר הכישה במקל והיא תבוא. וכן צ"ל לכאורה בדברי הרא"ש שכתב לעיל דמהני מדין משיכה ואילו הכא הביא ראית התוס' מהא דהנח לפני, ע"י לעיל אות ק"ב.

והנה איכא שינוי בין דעת התוס' לבין דעת הרא"ש בשואל, דלהרא"ש אף בזה לא בעינן לחיוב אונסין משיכה, ואילו התוס' כתבו דבעינן משיכה דאורייתא. וע"י הגהות הגר"א על הרא"ש, וכן ביאור הגר"א בשו"ע, דלשטתייהו אזלי, דהתוס' פסקו בסוגיין דעת הר"ח כשמואל, וליתא להך דינא דהכישה

במקל והיא תבא, ואילו הרא"ש פירש דלא פליגי בדנא ושפיר איתא לדינא דרב. ובתוס' הרא"ש מבואר להדיא כדברי התוס' בכל זה. ובתוס' ב"ק ע"ט מבואר דלא כדבריהם בסוגיין, אלא דכל השומרים נתחייבו בחיוב באחריות משעת משיכה, וכשיטת הרמב"ם, וכן איתא שם גם בהרא"ש, וכבר עמד על כך בפ"ח שם, ע"ש, וצ"ב. ומדברי רש"י שם בב"ק מבואר גם כדבריהם, דלא נתחייב שומר בשמירה עד שימשוך, ע"ש.

ובשינוי שבין התוס' והרא"ש, ע"י מח"א דיני שומרים סי' ז' שהביא דברי הבי"ש שכתב דלדעת התוס' לחיוב אחריות דשואל לא בעינן משיכה, וכדברי הרא"ש, ותמה עליו דהא להדיא פליגי התוס' והרא"ש בזה ומפורש בדברי התוס' דאין שואל מתחייב באונסין אלא משעת משיכה, והוא מן התורה. ונראה ביאור דברי הבי"ש עפ"מ ש"כ בחזו"א ליקוטם סי' י"ז אות ג', ע"ש שכתב לבאר ב' תירוצי התוס' לעיל גבי הכישה במקל והיא תבוא אי הו' לסימטא והו' משיכה ממש או לא בעינן משיכה לסימטא או לרה"י ולענין חיוב אונסין סגי במשיכה לרה"י, דפליגי אי שייך חיוב אונסין בשואל בלא קנין לענין חזרה, דלתירוצם הראשון של התוס' לא שייך חיוב אונסין בלא קנין לענין חזרה בשואל, דחיוב אונסין דשואל נובע מהיות הדבר כשלו, אשר על כן בעינן לזה משיכה מעלייתא, ואילו תירוצם הבי' של התוס' ס"ל דאף בשואל שייך חיוב אחריות אף בלא קנין לענין חזרה, אשר על כן שפיר מהני משיכה לרה"י בשואל להתחייב באונסין. ועפ"ז ביאר בדברי התוס' דידן, דלעולם לא נתכוונו לומר דדינא ודאי הכי דבשואל אינו מתחייב באונסין אלא על ידי משיכה, אלא כונתם, דעד כמה דנימא דגבי שומר חנם ושומר שכר מהני הנח לפני להתחייב בשמירה וגבי שואל לא מהני, ע"כ שיהיה הטעם בזה דגבי שואל לא שייך חיוב אחריות בלא קנין לענין חזרה, וכתירוצם האי' לעיל, וכנ"ל, והיינו משום דגבי שואל בעינן משיכה לענין חזרה ושוב מתחייב ע"יז באונסין, אשר בזה כתבו התוס' דמשיכה זו דבעינן דאורייתא היא. אכן למאי דמסקי התוס' דתקנת משיכה בסוגיין לענין חזרה הוא ולא לענין חיוב אונסין, שוב איכא למימר שפיר כתירוצם הבי' דהתוס' דגם בשואל שייך חיוב אחריות גם בלא קנין לענין חזרה, ולעולם אף גבי שואל מהני הנח לפני להתחייב באונסין, וכמו לדברי הרא"ש, עכתו"ד, ע"ש בארוכה. ועפ"ז אטיין דברי הבי"ש שפיר, דלעולם לא נחלקו התוס' והרא"ש, ואף לדברי התוס' לפום מסקנתם ע"פ תי' הבי' דלעיל מתחייב שואל בלא משיכה ומהני ב' הנח לפני.

ולדברי חזו"א נמצא דמאי דמהני בתירוצם הבי' של התוס' לעיל משיכה לתוך רה"י, לאו מדין משיכה הוא דמהני אלא משום דמתחייב באחריות אף בלא משיכה וכדן הנח לפני, וזהו יסוד דין הכישה במקל והיא תצא לשיטתם, ע"י לעיל שהבאנו בזה ב' צדדים. **קיד) תוד"ה כד תקנו משיכה בשומרים** - אלא לענין חזרה קאמר דשוכר ושואל מיד שמשכו הבהמה מרשות הבעלים אין בעלים יכולין עוד לחזור וכו' - מבואר מפשטות דבריהם דמאי דתקנו משיכה בשומרינן לענין חזרה לא נאמר אלא בשואל ושוכר אבל לא בש"ח וש"ש, וכ"כ בני"י בסוגיין בשם איכא מאן דאמר. אכן בהמשך דבריו הביא בשם הרמב"ר, וז"ל: אני איני אומר כן אלא ש"ש הרי הוא כפועל של בעל הבית ומשיכת הכלי שהוא נעשה שומר עליו הרי הוא כהתחלת מלאכה וכשם שפועל זוכה בשכרו משעה שהוא מתחיל במלאכה ושוב אין בעה"ב יכול לחזור בו כמו שכתבתי ריש פרק האומנים כך דינו של שומר שכר שהוא זוכה משעת משיכתו של כלי שהוא התחלת מלאכה שלו, עכ"ל. ומפשטות דבריו משמע דלא אמר כן אלא בש"ש, אבל ש"ח דלא שייך זכיה דהשומר, דהא לא זכה בשום דבר אלא נתחייב לשומר, בזה ודאי דיכול המפקיד לחזור. אכן בקצוה"ח סי' ש"ז סק"א הבין בדברי הנ"י דאף בש"ח אמרינן הכי, וצ"ב לכאורה האיך שייכא הך סברא בש"ח.

וע"ש עוד בקצוה"ח שכתב דלדעת התוס' והרא"ש בסוגיין דלא בעינן משיכה אלא לענין חזרה אבל חיוב האחריות הוא משעה שנסתלקה שמירת הבעלים, סברתם הוא דהו' כפועל אשר מתחילת מלאכתו נתחייב בלא משיכה. (ובמח"א דיני שומרים סי' ז' נתקשה באמת בזה במאי נשתעבד להתחייב באחריות בלא משיכה, דליכא למימר דהיינו מדין ערב וכן ליכא למימר דהיינו משום דינא דגרמי, ע"ש כל דבריו.) וזהו לכאורה דלא כהמבואר מדברי הנ"י בשם הר"ן, דמהני התחלת מלאכה אף לענין חזרה, ואילו להתוס' והרא"ש לא מהני אלא לענין חיוב אחריות ולא לענין חזרה, לזה תקנו משיכה. וע"פ דברי הקצוה"ח מובן היטב מאי דכתבו התוס' ד"ז דנתחייב אפי' בלא משיכה רק בשומר חנם ושומר שכר ולא בשואל, דמאי דמתחייב הרי היינו משום דהו' כתחילת מלאכתו, וזה שייך דווקא בש"ח וש"ש, אכן גבי שואל דכל הנאה שלו הרי לא לקחה לעשות מלאכה עבור המשאל, ומה שמתחייב באונסין היינו משום דכל הנאה שלו. אך בדברי הרא"ש יש לכאורה משום עיון לפ"ז, שהוא הרי כתב דאף בשואל מתחייב באחריות קודם משיכה, ודלא כדברי התוס' בזה, ולדברי הקצוה"ח צ"ב האיך מתחייב, הרי בזה לא שייך לומר דהו' כתחילת מלאכתו, וצ"ב. וכן צ"ב דברי הרמב"ן (רנב"ר), דהא כתב דמאי דמהניא משיכה לענין חזרה הוא משום דהו' כתחילת מלאכתו, וכנ"ל, והיינו משום דלדידי' לא חשיב כתחילת מלאכתו אלא על ידי המשיכה. ולפ"ז צ"ב מאי דמשמע להדיא מדבריו דכל זה לענין חזרה אבל חיוב אחריות שפיר אית לי קודם משיכה, והרי לדידי' לא שייך לומר דקודם משיכה חשיב כתחילת מלאכתו, דהא לא חשיב כתחילת מלאכתו אלא על ידי המשיכה, וצ"ב.

ויש בזה לכאורה מקום עיון מדברי הקצוה"ח עצמו לעיל סי' ע"ד, ע"ש שהקשה הרשב"א אמשי"כ הראב"ד דשומר אינו יכול לחזור בו תוך זמנו אמאי גרע מפועל שיכול לחזור בו, וביאר דהיינו משום דהא שומר חנם חייב בפשיעה וש"ש בגניבה ואבידה אינו רק משום חיוב אחריות, אלא דאף כשחוזרים ופקע חיוב האחריות עדיין חייבים משום חיוב ושעבוד שיש עליהם לשלם אינם יכולים לחזור, ע"ש כל דבריו. ולפי דבריו כאן דכל יסוד חיובו קודם משיכה הוא משום דחשיב תחילת מלאכתו וחייב כמו פועל, הרי לא יועיל דבר זה אלא לענין חיוב כפועל, אבל שפיר יוכל לחזור, דהא ליכא עלי' חיוב ושעבוד לשלם כיון דעדיין לא משך, וצ"ב.

ואפשר אולי לבאר הא דחייב באחריות מיד כשהוציאו חבירו משמירתו והכניסו לשמירת השומר אף בלא משיכה באופן אחר, דכמו דלענין בעלות בהחפץ בעינן שתחול משיכה בהחפץ, דעל ידי משיכתו חשיב שהוא ברשותו ובעלותו, כך לענין שמירה איכא מושג דכניסה לשמירתו הפועלת חיוב השמירה, ולזה לא בעינן משיכה מאחר דאין נעשה קנין בהחפץ אלא חיוב שמירה, ולחיוב שמירה סגי בכמין כניסה לשמירתו, דהיינו על ידי הסתלקות שמירת הבעלים וכניסתו דממילא לשמירת השומר. ויתכן דזה שייך נמי בשואל לדברי הרא"ש, מאחר דאינו קשור לתחילת מלאכתו, ועדיין צ"ע בזה.

וע"ש עוד שכתב הקצוה"ח לחדש דלעולם מהני משיכה לחייב אפי' ש"ח וש"ש באחריות, דאף דלא קנו החפץ כלל מ"מ מהני בהו מעשה קנין לחיוב אונסין, כמו גבי גזילה דמהני משיכה לענין חיוב אונסין אף דאינו קונה גוף החפץ. ולכאורה היה אפשר לומר דלא דמי לגזילה, דבגזילה על ידי מה שעשה קנין בדבר של חבירו נעשה גזלן, וגזלן חייבה התורה באונסין, ועוד דהא על ידי המשיכה אית לי קניני גזילה בהחפץ, אך גבי שומרים בעינן דהמשיכה עצמה תחייבו באחריות, ובזה שפיר י"ל דכיון דאינו קונה כלום בגוף החפץ לא מהני בשומר חנם ובשומר שכר.

ובעיקר חידושי של הקצוה"ח בזה דמהני קנין משיכה להתחייב באחריות אף דלא קני כלום בגוף החפץ, הגרע"א פליגי עלי' בזה, שתמה לעיל דף כ"ח, וז"ל:

יכול לחזור מחיובו כלפי השואל, כך אין השואל יכול לחזור בו מחיובו כלפי המשאל, ודוק.

צ"ט ע"ב

קטז) וכשם שקרקע נקנית בכסף ובשטר ובחזקה כך שכירות נקנה בכסף ובשטר ובחזקה - סמיכות קנין לשכירות למשיכה בשומרים פשוט הוא, יסוד החידוש בבי' הני דינים הוא דשייך ביי מעשה קנין בדבר אע"פ שבאמת אין לו קנין בגוף הדבר ואינו אצלו אלא בשכירות או בשאלה, דהיינו השתמשות בקרקע, והוה ס"ד דלא שייך בזה משיכה וכדומה, קמ"ל. ועי' שו"ת מהרי"ק שורש כ' שהוכיח מסוגיין דשכירות ליומ"י ממכר הוא וכתב בא"ד, וז"ל: זהו שהשוו חכמים ז"ל דין שכירות לדין מכירה לענין אונאה בפרק הזהב ובחזקה בפי' השואל, עכ"ל. ומדבריו מבואר דיסוד החדוש דהני תרי "כשם" הוא דחשיב מאי דהוי דידי' לזימן דקנין לזמן חשיב לאותו הזמן כקנין בחפץ, אשר על כן מהני בהו הני קנינים. והנה דעת רש"י בפסחים דף ד' ע"א דמסירת מפתח קונה בשכירות קרקע (בתים). ועי"ש בתוס' שהקשו מהמבואר בסוגיין דכשם שקרקע נקנית בכסף וכו' כך שכירות נקנה בכסף וכו', הרי דדוקא הני קנינים מהניין בשכירות. ועי"ש בקרבן נתנאל שכתב דאין משם ראיה, דנהי דשכירות קרקע נקנית בכסף שטר וחזקה כקנין קרקע, מ"מ שפיר יתכן דאף מסירת מפתח קונה בשכירות כיון דאינו קונה גוף הבית אלא להשתמש בו. ביאור הדברים, דיש להגדיר שכירות באי' מב' אופנים, או דהוי כקנין על גוף הקרקע לתקופת השכירות, או דהוי קנין על השדה לתשמישו. והנה אם נימא דהוי קנין על גוף השדה מתפרש הא דכשם שקרקע נקנית וכו' כך שכירות קרקע וכו' דבא לומר הא גופא, דשכירות קרקע הוא קנין על הקרקע גמור ולהכי נקנה בכסף שטר וחזקה. ואם נימא כן, צדקה קושיית התוס', דכשם דבקנין ממש דקרקע אינו קונה במסירת מפתח, כמו כן בשכירות קרקע, דלא שניא. אכן אי נימא דשאינו שכירות קרקע דאינו אלא קנין על הקרקע או הבית לתשמישו, אין זה כונת הך ברייתא כלל, אלא יסוד הך דינא דכשם וכו', דכמו דלקנות גוף הקרקע מהני כסף שטר וחזקה, ולפי"ז אין מונח בזה שום מיעוט דלא ליקני בשכירות מאי דלא קניא בקנין גוף הקרקע, כגון מסירת מפתח, ואתיין דברי רש"י שפיר. והא דהביאו התוס' דלא מהני מסירת מפתח אלא להיות במקום לך חזק וקני, הרי התם מייירי בקנין ממש, אשר פשיטא דלא מהני בזה מסירת מפתח.

ובי' צדדים אלו מתאימים לבי' הביאורים במאי דנתחדש בהך "כשם", דלדעת המהרי"ק הרי אמרינן דשכירות ליומ"י ממכר הוא, ונמצא לפי"ז דהוי קנין ממש בגוף הקרקע לזמן, ואי"כ פשוט כמש"כ התוס' דכמו דלא מהניין אלא ג' הני קנינים במכירה ולא מהני בה מסירת מפתח, כך לא מהניא מסירת מפתח בשכירות. אכן למה שצדדנו דביאור הגמ' הוא דאף דלא הוי אלא קנין על השתמשות הקרקע מ"מ חידשה הגמ' דמהני בה ג' הני קנינים, אין בזה בכדי למעט שלא יקנה בשכירות מסירת מפתח, וכנ"ל, ודוק.

קיז) רש"י ד"ה מאי עבידתי - להקנות עד שימשוך ומאי חזקה בלא משיכה משכחת ליי - יש לעיין מה כונתו במש"כ מאי עבידתי להקנות עד שימשוך, דאי כונתו למימר דלא קני חזקה במטלטלין היה לו לומר מאי עבידתי להקנות בלא משיכה, כלומר, דבעינן משיכה דוקא. וכן בסוף דבריו מש"כ מאי חזקה בלא משיכה משכחת לה, מש"כ בלא משיכה לכאורה הוא אך למותר. ומסדר דברי רשי וכפל דבריו נראה לכאורה דבי' דברים קאמר, האי, דלא שייך קנין דכסף גם בשכירות מטלטלין לאינו יכול להקנות עד שימשוך, והיינו משום דאף דלרי' יוחנן מן התורה

מה טיבה של משיכה בש"ח הא הוא אינו זוכה כלום במשיכה זו ובמה יתחייב במשיכה, עכ"ל. ומאי דמהני לדידי' בגולן דמהני משיכה היינו לכאורה מטעם שכתבנו לעיל. וסברת הקצוה"ח דמהני משיכה נראה לכאורה דהיא דיסוד חיוב האחריות שמתחייב אינו סתם חיוב צדדי, אלא דנעשה על ידי שמקבל גוף החפץ ברשותו לענין זה, ודבר זה נעשה על ידי המשיכה, ושפיר הוי כעין קנין בחפץ.

וכתב שם עוד דמאי דלא פי' הרמב"ן כן (דאיהו גריס רמב"ן ולא רנב"ר) וס"ל דמאי דמהני משיכה אינו אלא משום דהוי התחלת מלאכה, היינו לשיטתו דס"ל דשואל משעת אונס הוא דמייחב, ע"כ לא מהני משיכה דבשעת קבלת השמירה לחיבו, דהא כלתה משיכתו, ודוקא בגזילה דמשעת משיכה נתחייב הוא דאמרינן הכי. אך לשיטת הרמב"ם דאף חיובו דשומר הוא משעת משיכה שפיר איכא למימר כנ"ל. והנה למש"כ לעיל בדעת הרמב"ם דס"ל כהריטב"א דאף למ"ד משעת משיכה אין זה אלא באשר נוגע לשעבוד הנכסים אבל לעולם המחייב הוא האונס, ל"ש לומר כן לשיטת הרמב"ם, דהא אף לדידי' אין עצם החיוב חל אלא בשעת אונס.

ומש"כ דלשיטת הרמב"ן דלא מתחייב אלא משעת פשיעה לא מהניא משיכתו כיון דכלתה משיכה, יש לעיין לכאורה מה שייך בזה לומר דכלתה משיכה, הרי מאי דמהניא משיכה הוא כמש"כ בקצוה"ח דחשיב קנין על גוף החפץ שיהיה ברשותו לענין אחריות, ואף דהחיוב אינו חל אלא בשעת פשיעה, מ"מ הקנין שיהא ברשותו ויוכל לחול אח"כ החיוב הרי הוא נעשה עכשיו, ולא שייך בזה לומר דכלתה משיכתו, וצ"ב.

קטז) תוד"ה כך תקנו משיכה בשומרים - אלא לענין חזרה קאמר דשוכר ושואל מיד שמשכו הבהמה מרשות הבעלים אין בעלים יכולין עוד לחזור וכו' - ולענין אי יכול השואל או השוכר לחזור, עי' נ"י שכתב, וז"ל: וכתבו המפרשים ז"ל שהשוו חכמים מדותיהם בשוכר דכי היכי דמהני ליי לשוכר משיכתו שאין המשכיר יכול לחזור בו ה"נ מהני משיכתו למשכיר שאין שוכר יכול לחזור בו אבל בשואל לא הוה מסתברא הכי דנהי דמשמשך אין משאל יכול לחזור בו שואל מיהא יכול לחזור בו דעיקר שאלה לצרכו היא וכדאמרינן דכל הנאה שלו אבל הרא"ה ז"ל כתב שאף בשואל השוה מדותיהן ואינו יכול לחזור בו דאע"ג דודאי אם רצה להחזיר לרשות בעלים מחזיר דליכא למימר שיהא מחוייב לשמור בעל כרחו מיהו אם חזר בו ונאנס בשעה שמחזירו חייב ולא אמרינן דליהוי כהחזירה לאחר ימי שאלתה כיון שחזר בו כדי דלא לחייב אלא כש"ש ונראה שכן דעת הרנב"ר ז"ל וכו', עכ"ל.

וי"ל בביאור פלוגתייהו ע"פ הא דהביא הרשב"א בקידושין דף י"ג דעת הראב"ד דשומר שקיבל פקדון לזמן אינו יכול לחזור תוך הזמן, והקשה הרשב"א מ"ש מפועל דיכול לחזור. ועי' קוב"ש קידושין אות צ"ב שכתב בביאור דעת הראב"ד, דבשומר לבד החיוב שיש עליו לשמור עוד נתחייב בתשלומין אם לא ישמור, ולחיוב זה לא מהני חזרה. ודעת הרשב"א, דחיוב התשלומין הוא בתולדה מחיוב השמירה, דכיון ששמירתו עליו חייב לשלם עבור שלא שמר, וכיון דעל ידי חזרה נסתלק ממנו חיוב שמירה ממילא אינו מתחייב לשלם אם לא שמר. ועפ"ז יש לומר דס"ל לראשונים הנ"ל אשר הביא הנ"י דודאי גבי שוכר הוי חיוב התשלומין חיוב אחר אשר לא מהני בו חזרה לאחר שקנו, אשר ממילא שפיר אמרינן בזה דהשוו מדותיהן, אלא שנחלקו גבי שואל, דדיעה קמייתא ס"ל דמאחר דכל ההנאה שלו ולא נעשה על ידי השאלה כלום לטובת המשאל, ע"כ דאין חיוב התשלומין חיוב צדדי ואינו נובע אלא מעצם הדין שואל, ומאחר דיסוד השאלה אך לטובת השואל שפיר יכול לחזור בו. ודיעה הבי' ס"ל דאף בשואל הוי חיוב התשלומין חיוב צדדי אשר ממילא לא מהני בזה חזרה, דהשוו מדותיהן לומר דכי היכי דאין המשאל

מעות קונות, מ"מ תקנו דבעינן דווקא משיכה, ומבואר מדברי רש"י אלו דהיינו נמי בשכירות מטלטלין, ועוד נאריך בזה לקמן. וטענה הב' דרש"י הוא במסויים בחזקה, דלא קניא חזקה. אך צ"ב כנ"ל מאי משיכה בלא משיכה.

ובאמת מבואר מתוך דברי רש"י ותוס' דשפיר שייך חזקה במטלטלין, ע"י רש"י קידושין מ"ז ע"ב ד"ה ביקע בו שכתב דהא דביקע בו קנאו הוא משום "חזקה להשתמש בו ימי שאילתו". ובתוס' בכורות י"ג ע"א ד"ה מיד עמיתך במשיכה הא מיד עכו"ם בכסף כתבו, וז"ל: וא"ת דלמא הא מיד עכו"ם בחזקה דחזקה נמי שייכא במטלטלין אם עשה בהם שום תיקון כעין נעל גדר ופרץ בקרקע, עכ"ל. ולפי"ז צ"ב דברי רש"י בסוגיין שכתב לכאורה דלא מהניא חזקה במטלטלין.

וע"י חידושי הריטב"א החדשים שהקשה על דברי רש"י דלפירושו צ"ע מה הקשו בגמ', דילמא מאי חזקה דקאמר משיכה, כי המשיכה היא חזקתן של מטלטלין. וקושי זה באמת לא קשה כ"כ על דברי רש"י, דהא מדברי התוס' הנ"ל בבכורות הרי מבואר להדיא דאין חזקה ואף במטלטלין אלא אם עשה בהם תיקון, מה דליתא במשיכה.

והנראה פשוט בכונת רש"י, דלעולם אין כונתו לומר דלא שייך חזקה במטלטלין, אלא ר"ל כדקדוק לשונו, דלא שייך חזקה בלא משיכה, דלא שייך חזקה אלא בכגון קרקע דמיד עם החזקה הדבר הוא ברשותו, אבל במטלטלין שאינן ברשותו לא שייך חזקה, אלא צריך מקודם להכניסן לרשותו, ונמצא דקונה על ידי משיכה קודם שקונה בחזקה.

ומאי דס"ל לרש"י דגם שכירות מטלטלין אינו נקנה בכסף הגם דלא שייך בזה הטעם דשמא יאמר לו נשרפו חזקין בעליה, כן מבואר בדבריו בב"ק דף ע"ט ע"ב, ע"ש בד"ה בני שטרא נינהו, ע"ש שכתב, וז"ל: בתמיה הא לא מקנו מטלטלין אלא במשיכה כדאמרינן בקדושין ונהי נמי דמקנו בכסף לענין קבולי מי שפרע מיהו בשטר לא מיקנו מידי דדברים בעלמא נינהו כדאמרינן בהזהב דברים אין בהם משום מחוסרי אמנה, עכ"ל.

וע"י חידושי הרמב"ן וחידושי הריטב"א החדשים בסוגיין שכתבו דלא היתה קושיית הגמ' בסוגיין אלא משטר ולא מכסף, דכסף שפיר קונה בשכירות מאחר דלא שייך בשכירות טעמא דנשרפו חטיך בעליה, ורק הקשו משטר דלא קני במטלטלין. וטעמא דלא קני, ע"י חידושי הרשב"א שם בב"ק שכתב דהיינו משום דקרא דלפינן מינה קנין שטר אינו אלא בקרקע ולא במטלטלין, כלומר, דחידוש הוא עצם הדבר ששטר קונה כלל כיון דאינו אלא מילי בעלמא, ולא נתחדש דבר זה אלא בקרקע דמייירי בה קרא דשטר. וע"י שם ברשב"א טעם אחר. ובמח"א ה"ל מכירה קנין מעות ס"י י' למד מדברי רש"י הנ"ל בב"ק דטעמא דלא קני שטר במטלטלין הוא משום דאינו אלא דברים בעלמא, וביאר הדבר, דאינו אלא דברים בעלמא מאחר דעדיין הדבר ברשות בעלים. והיה אפשר לכאורה לדחות דאין כן כונת רש"י, אלא שבא לבאר מה שהקשו שם דווקא מטלטלין בני שטרא נינהו ולא תמיהו בני כסף נינהו, דהיינו משום דכסף קונה עכ"פ לענין מי שפרע, ושטר אינו פועל כלום ואינו אלא דברים בעלמא, ולעולם לא נחית רש"י לבאר טעמא דלא קני שטר במטלטלין, ועדיין יש לעיין בזה.

וע"ש עוד במח"א שהביא טעם אחר דלא קני שטר במטלטלין, דהיינו משום דמטלטלין יכול להטמינם אשר על כן לא שייך בהו שטרא. אלא שהקשה המח"א גם על טעם זה וגם על הטעם שכתב בדברי רש"י מסוגיין דבכורות דף י"ג ע"א דאיתא דישאל מעכו"ם קונה מטלטלין בכסף מק"ו מגופו, ופריך בגמ' א"ה שטר נמי, ולב' הטעמים הנ"ל מאי קשיא להו, הרי בשטר אינו קונה משום דאינו אלא דברים בעלמא או משום דיכול להטמינם. ולטעם הרשב"א אית שפיר.

ק"י תוד"ה פרט למזיק - וכן משמע בירושלמי וכו' אי בנזקי ממונו רעהו אמר רחמנא וכו' ואף דלא

כתיב רעהו אלא גבי קרן ואכתי יתכן דחייב שו"ר במזיק הקדש, ע"י תוס' בב"ק ו' ע"ב שהקשו כן ותירצו דלפינן להו מקרן ובור. אכן מדברי רש"י שם, וכן מפשטות לשון הירושלמי, מבואר לכאורה דכל נזקי ממונו ילפינן להו ממייעוטא דרעהו, וביאור הדברים, דהך מייעוטא דרעהו אינו מייעוט במזיק, דאין עליו שם מזיק אלא במזיק הדיוט, אלא דיסודו הוא מייעוט בניזק, דלא חשיב הקדש ניזק, אשר בזה שוב ליכא לחלק בין אבות נזקין, דסו"ס עכ"פ ביחס לנזקי ממונו לא חשיב הקדש ניזק. והתוס' דנ"ל שהקשו ע"כ דס"ל דהוי מייעוט בהמזיק.

ואף דלא כתיב הך מייעוטא דכי יאכל אלא לענין חומש ולא גבי קרן, ע"י חידושי הריטב"א דה"ק, כי יאכל הוא דמשלם חומש, פרט למזיק שאינו משלם אפילו קרן. ועוד ביאר שם דלהכי נקטי מייעוטא לענין חומש (אף דהוי מייעוט נמי לענין קרן) משום דמשכחת לה דמשלם קרן בתרומה, כגון דאתי תרומה ליד כהן דחייב מן התורה לשלם דהוי כשאר ממונו, ואעפ"כ פטור מחומש ממייעוטא דכי יאכל פרט למזיק.

ק"י שמיין בית סאה באותה שדה - ע"י פ"י רש"י ומה שהקשו עליו בתוס' - ולכאורה צ"ל בדעת רש"י דמאי דשמין בית סאה אינו מעין השומא דששים סאה וכדומה, אלא יסודו דרואין את ההיזק דאכלת ערוגה כהיזק לקרקע, וגודל הקרקע שמחשיבין ההיזק לו הוא בית סאה, באופן דאין הך בית סאה אופן שומא אלא דזה מגדיר מהותו של ניזק, ועל זה שפיר הקשו היכי שיימינן, כלומר, דנלמד מקרא דאין שמין השדה הניזק לבד אלא קובעין שיווי על פי שדה אחר, ולא מבואר במשנה האיך, אשר על זה הקשו היכי שיימינן. ומיושבת בזה קושיית התוס' במאי דהקשו היכי שיימינן, וכן קושייתם האיך ילפינן דבר זה מקרא, ודוק. והתוס' שהקשו, היינו משום דס"ל לעולם הדבר הניזק הוא הפירות ולא השדה, אשר ממילא גוף מאי דשמין אגב בית סאה אינו אלא אופן השומא, ע"כ שפיר הקשו מה שהקשו.

והנה בב"ק דף ג' ע"א פ"י רש"י דלא מכליא קרנא, שעתידי לצמוח אבל לא כמקודם, והקשו התוס' עליו דהא נמי מכליא קרנא שהרי היו הבעלים יכולים לקצור, אלא פ"י לא מכליא קרנא כגון טינפה פירות להנאתה, ע"ש בדבריהם. ולכאורה תליא פלוגתתם בהנ"ל, דלרש"י הניזק הוא הקרקע, אשר ממילא כיון דסו"ס יצמח לא חשיב מכליא קרנא. אבל להתוס' לשיטתייהו הקרנא בזה הוא מה שנאכל, אשר ממילא שפיר הקשו דמכליא קרנא הוא, ודוק. וכמדומני שעדי"ז שמעתי ממו"ר זצ"ל.

ק"כ תוד"ה באותה שדה תנן - וי"ל דהכי מיייתי ראיה כיון דמקילין כולי האי במקרקעי אין לנו להחמיר במטלטלין ולומר כל חזא וחדא הוה מוזינא ל"י - ע"י חידושי מרן ר"י הלוי במכתבים (פ' ע"ב) מש"כ בדברי התוס' ובעיקר דינא דחביצא דתמר.

ק"כא רש"י ד"ה נתנה לחבירו - הוציאה לחולין שקנאה חבירו במתנתו והוא ישלם להקדש - משמע לכאורה מדבריו דהא דמעל היינו על ידי שיצא לחולין, והוא דלא כמש"כ לעיל בע"א ד"ה וחבירו מותר לבקע בו, וכמו שדקדקנו לעיל, ודלא כמש"כ לעיל נ"ז ע"ב. ולעיל צ"י ע"ב ד"ה אלא אמר רבא כתב רש"י, וז"ל: לא קנאם בעל ולא יצאו לחולין ואין כאן מעילה אלא לכיוצאם לחולין בעל מעל, עכ"ל, והוא כמדוייק הכא, וכבר הערנו בזה לעיל, ע"ש, וצ"ע.

ק"כב זאת אומרת הדר בחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר - הנה מ"ד דזה נהנה וזה לא חסר פטור יש לבאר בבי' אופנים, דמרש"י בסוגיין דב"ק כ"י ע"ב מדוייק דס"ל דאזלינן בתר חסר, כלומר, דלא חשיב תביעת ממון לבעלים אלא בזמן דאיכא חסר, ובלא"ה אף דלהנהנה הוי הנאת ממון מ"מ לא חשיב לקיחת ממון לחייב עליו. ואילו מדברי התוס' שם משמע דטעמא דמ"ד פטור הוא משום דכופין על מדת סדום, ר"ל, דשפיר איכא בעצם תביעה, אלא דמדן מדת סדום אינו יכול לתבוע. והנה יעויין בשט"מ בסוגיין בשם הראב"ד שכתב בא"ד, וז"ל:

והא הכא דלא קיימא לאגרא ואם כן היכי משכינן בה **שידור תחתיה בשוה פרוטה** אלא שיימ דלהדיט נמי צריך להעלות לו שכר כהאי גוונא וכו', עכ"ל. ומבואר להדיא מדבריו על דרך רש"י דיסוד מאי דאמרין דזנוז"ח פטור הוא דעד כמה דליכא חסר לא חשיב נטילת ממון.

ומעצם הא דהשוו דין מעילה לדין זה נהנה וזה לא חסר מוכח דיסוד דינא דמעילה עכ"פ בקדושת דמים הוא מדין גזל, דאליה מאי נפ"מ במאי דהוי לא חסר, הרי מ"מ נהנה מן ההקדש כשו"פ ואמאי לא מעל, וכבר הארכנו בזה בבא קמא דף כ"ע ע"ב, ע"ש.

קכג) רש"י ד"ה לא מעל- והתם אוקימנא כגון שהניחה על פי ארובה דלא שנייה- וברש"י ב"ק כ"ע ע"ב הוסיף עוד דלא קבעה בבנין, דלא הוי שינוי. וע"ש בתוס' שהקשו עליו דהא שינוי החוזר לברייתו הוא, ואף אם קבעו בבנין אינו קונה, וכן פ"י בזה בריטב"א החדשים בסוגיין. וע"י שט"מ בב"ק שם בשם הרא"ש, וכן בתלמוד הרא"ש והרשב"א שם, שכתבו כרש"י דמייירי שלא קבעה בבנין, ואילו קבעה בבנין קנה משום דסתם קבעו בבנין מסתת אותו והוי שינוי שאינו חוזר לברייתו. (והאמת דרש"י בחגיגה י"א ע"א כתב בד"ה שנוי שנייה, וז"ל: כשקבעה בבנין וקנייה בשינוי שמסתתה וקובעה, עכ"ל, דמשמע דאף לדידי עיקר מאי דחשיב שינוי הוא משום שמסתתה. וע"י גם דברי רש"י במעילה ד"ה כיון דשינה שכתב, וז"ל: ששיתתה וחתכה אי נמי שבנאה בבנין וכו', עכ"ל, דמשמע מדבריו דלחד לישנא קונה בשינוי במאי דקבעה בבנין גרידא). ואולי י"ל בביאור פלגותיהו, דלהתוס' הויא מעילה דהוצאה גדר דגזילה, כמבואר מדבריהם בב"ק דף כ"ע ע"ב, ולדידהו שפיר בעינן לזה לדין שינוי קונה ולא סגי לזה בשינוי החוזר לברייתו. אכן לשיתת רש"י לא בעינן גדר שינוי קונה דגזילה אלא בעינן דיחשב הוצאה מרשות הקדש, אשר בזה י"ל דע"י שקובעה בביתו חשיב הוצאה מרשות הקדש אף דגם קודם לכן היה ברשות הגובר, דקודם לכן היה כאילו שומרה להקדש, ועכשיו שקבעה בביתו הוי כאילו הוציאה מרשות הקדש לגמרי, וחשיב שפיר מעשה מעילה על ידי כך, ועדיין צ"ע בזה. ואפשר דיש להוסיף בזה דבאמת אף בלא שקבעה חשיב שפיר הוצאה מרשות הקדש, רק בגובר דאין נראה דבר זה כהוצאה מהקדש הוא דלא חשיב ככה"ג מעילה ובעינן שיקבענה, וצ"ע בזה. שו"ר שכתב כע"ז במנחת שלמה שם בב"ק, ע"ש.

קכד) רש"י ד"ה כהדיט מדעת דמי- שהקדש מונח למעול כל הבא ואין מוחה בידו ורחמנא אמר מאן דמיתתני למעול ורחמנא ידע- ע"י ב"ק דף כ"א ריש ע"א שכתב דהקדש הוי מדעת משום דאיכא דעת שכינה, ובתוס' שם הקשו עליו דהא אין הדבר תלוי במדעתו או שלא מדעתו, ולכך פירשו דר"ל דאיכא דעת שכינה שלא יהנה אדם בלא מעילה. והדברים מבוארים בדברי רש"י בסוגיין, דלמש"כ הכא לא יקשה קושייתם. ובתוס' הרא"ש בסוגיין הקשה באמת כן, אכן מבואר להדיא בדבריו שלא גרס כגירסתנו ברש"י. אלא דיש להבין מה שהוקשה להרא"ש אף בדברי רש"י בסוגיין, והוא ממה שכתב רש"י בסוף דבריו "ורחמנא ידע" דזה אף למותר ואין זה טעם הדבר, אלא משמע דההדגשה בדברי רש"י היא על הידיעה ולא על המחאה.

והנה נאמרו בראשונים ב' פירושים בדברי הגמ' (דלא כרש"י), דבתוס' הרא"ש בסוגיין ובשט"מ בב"ק דף כ"ע ע"ב בשם רבנו ישעיה כתבו דהוי כהקדש מדעת וכאילו מיחו. ולדבריו מבואר להדיא בסוגיין דאף דזנוז"ח פטור, מ"מ היכא דמיחה מקודם חייב. ומוכרח לכאורה לפ"ז דאין החסר חלק מהמחייב, דאי בעינן לעיקר החיוב שיהא חסר, מה יועיל מה שמיחה קודם, הא סו"ס לא חסר, אלא מבואר דבאמת חייב מצד הנהנה גרידא, אלא דאיכא פטור דלא חסר, אשר בזה שפיר יתכן לומר דהיכא דמיחה תחילה ליתא להך פטור. והרשב"א שם בב"ק פירש דהוי כהדיט מדעת שהתנה שישלם לו, דהא אמרה תורה שאי אפשר

להנות בלי מעילה. ולדידי לא מוכחא הדין הנ"ל מסוגיין. (אלא דיעויין דבריו בב"ק דף צ"ז ע"א דמבואר לכאורה כן בדבריו). והתוס' שכתבו בב"ק דדעת שכינה איכא שלא יהנה אדם בלא מעילה, ממאי שהוסיפו תיבות בלא מעילה משמע לכאורה שכונתם לפרש כדברי הרשב"א, דאילו לפירוש רבנו ישעיה לא היה להם לומר אלא דדעת תורה איכא שלא יהנה, דהעיקר לדעתו הוא המחאה. אכן אין הדברים מוכרחים, דיתכן שהזכירו בלא מעילה משום דלא כתוב להדיא בתורה שלא יהנה, ואין זה מבואר אלא בפרשה דמעילה.

ובדעת רש"י אולי אפשר לומר דכשדר שלא מדעתו, דכל זמן שבא בעל הבית בורח, אינו חשוב אלא כלוקח ההשתמשות, אשר בזה היכא דלא קיימא לאגרא אין לזה חשיבות ממון, אך היכא דדר שם מדעתו דבעל הבית, הרי הוא כמו שגוזל גוף הבית, אשר בזה ודאי דחייב אף דלא קיימא לאגרא, ובהו הוא דאמרין דכיון דאיכא דעת שכינה הוי כגזול הקדש ואין זה שייך לשאלה דזה נהנה וזה לא חסר, ועדיין צ"ע בזה.

קכה) אהדרו לי' ביומא דשוקא וכו'- כתב רש"י, וז"ל: קודם שיגיע זמן השוק שיכול למוכרה ביום השוק שיגיע ראשון, עכ"ל. ובמה דאיתא אבל הוה לי חמרא לזביני כתב, וז"ל: ולא זבין גלי דעתיי דלא הוה מזבין ולא משלמי אלא חביתא דחמרא וכו', עכ"ל. וביאור דבריו, דמייירי דנשבר קודם יום השוק, ויסוד חיובו לשלם לו מה שהיה יכול להשיג עבורה ביום השוק, רק קודם יום השוק הראשון שפיר יכול להחזיר לו חבית משום דיוכל למוכרו ביום השוק עבור מחירו הגבוה, אבל אחר יום השוק הראשון, הרי יכול הניזק לטעון שהיה מוכרו כבר בה' ביום השוק אשר על כן חייב להחזיר לו דמים ה'. ומבואר מדבריו דאף דבשעת השבירה לא היה שוה אלא ד', מ"מ מאחר דיהיה שוה ה', הרי הוא משלם ע"פ יוקרא דלקמיי. וכדעת רש"י כן ס"ל להתוס' בעיקר הדברים, וכן ס"ל נמי לרמב"ן במלחמות לעיל פרק המפקיד (כ"ד ע"ב בדפי הרי"ף). וצ"ב טעם הדבר, דהא ק"ל דכל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה ושומרים כשעת הפשיעה, וכבר עמד על כך בקצוה"ח סי' ד"ש סק"א.

וכתב בקצוה"ח לבאר בזה, דחיובו כיוקרא דלקמיי מדינא דגרמי, והוא ע"פ סוגי' דפסחים כ"ט דתניא האוכל חמץ של הקדש במועד מעל וי"א לא מעל, ומוקמינן לפלוגתייהו דפליגי בדבר הגורם לממון אי כממון דמי, דהא מאחר דאחר הפסח יהיה שוה כסף חשיב דבר הגורם לממון. והי"ה והוא הטעם בני"ד מאחר דביום השוק יהיה שוה ה' חשיב דבר הגורם לממון ולכך חייב ה'. ואף דהתם ק"ל דלא כר"ש ונקטינן דלאו כממון הוא, אין זה אלא לענין כפל אבל לענין קרן לכוי"ע דחייב מדין דבר הגורם לממון. והא דכל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה, זהו היכא דלא ידעינן בודאי שיתייקר בשעת הגזילה, דכין דלא ברי הדבר לית בזה משום דבר כגורם לממון, עכתי"ד הקצוה"ח. (והיה אפשר לומר עדי"ז באופן אחר קצת, דכל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה אף דידוע שיתייקר, דבשלמא בחנוני שפיר חשיב דבר הגורם לממון כיון דידעינן שהיה מוכרו ביום השוק, משא"כ בכל הגזלנין, נהי דידעינן שיתייקר, מ"מ לא ברירא שהיה מוכרו בשעת היוקר).¹⁷ ולפי דברי הרמב"ן בדינא דגרמי דס"ל דליכא חיוב מדינא דגרמי אלא

¹⁷ וז"ל הא"ך אפ"ש לנ"ל כן בדברי הרמב"ן הנ"ל במלחמות, הרי התם מייירי דשומר ואין חיובו משום מזיק, ובשומר פשיטא לכאורה דליכא לחיובו מדין דבר הגורם לממון, דהא על מה שיהיה שוה אח"כ לא קיבל שמיחה, וגם דהתם מייירי בחיוב גניבה ואבידה ולא בפשיעה, אשך לא שייך בזה לכאורה חיוב מדינא דגרמי לפי מה שכתב הרמב"ן גופי' דלא מחייבינן מדינא דגרמי אל"ל היכא דנתכוין להזיק אכל לא בשוגג.

היכא דמתכוין להזיק אבל לא בשוגג, יוצא לכאורה דינא דרשיי אינו אלא היכא דנשברה החבית במזיד, וזה דוחק לכאורה.

ובנתהימ סק"ב דחה ראיית הקצוה"ח מסוגי דפסחים, דבשלמא התם הרי כל מה שמחזיק בחמץ הוא עבור שיווי לאחר הפסח, אשר על כן שפיר אית בזה משום דבר הגורם לממון, משא"כ בני"ד הרי ישנם בני אדם המוכרים גם קודם יום השוק אם צריכים כסף, וא"כ לית בזה משום גורם לממון. ועיי' שביאר דברי רש"י באופן אחר, דהכא הרי הסבל הוא כפועל דחייב לשלם מה שהיה יכול להרויח. ובאבן האזל פ"ג שכירות כתב בטעם רש"י דהכא שיימינן במחירו ביום השוק משום דעל פי רוב עומד לימכר ביום השוק, וא"כ זהו שיווי.

ויש לבאר דברי רש"י באופן אחר, וכ"כ בקה"י למס' ב"ק סי' ה', עיי' שכתב דלעולם לא שייך דבר זה לדבר הגורם לממון, אלא שום דזהו דמיו, דמחמת יוקרא דלקמי' נחשב עכשיו שוויות החביתא דחמרא חמשה דינר מאחר שיכול להשיג בעדו חמשה ביומא דשוקא, ומאי דבפסחים חשיב חמץ של הקדש דבר הגורם לממון, זהו משום דאיכא דין מסויים בהקדש דאין להקדש אלא מקומו ושעתו, משא"כ בשאר מילי. ומאי דאמרינן דגזלן משלם כשעת הגזילה וכו', צ"ל או כמש"כ בקצוה"ח דמירי בדבר שאין דרכו להתייקר, או דלא שייכא הסברא הנ"ל אלא בחנווני שדרכו למכור בשוק, אבל גבי שאר אינשי ודאי אינו נחשב אלא כשויות דעכשיו, ואה"נ אי גזלו מחנווני והדבר עומד ודאי להתייקר ביומא דשוקא דמשלמים כפי יוקרא דלקמי', וכ"כ בקה"י.

והראה לי ב"א דבפסקי הרי"ד מבואר לכאורה כביאור זה, עיי' שכתב בא"ד, וז"ל: אבל הכא כיון שהדבר ידוע שביום השוק עתידה לשוות חמשה זה רוצה להמתנה ביום השוק כאילו מעיקרא שויה חמשה דומה הילכך משלם לו חמשה, עכ"ל, ומבואר מפשטות דבריו דאמרינן דכן הוא בעצם שיווי הדבר, ולא אתי עלה מטעם דבר הגורם לממון.

ושיטה אחרת להרא"ש בזה, עיי' מש"כ בסי' י"ז, וז"ל: ומירי דתברי לי ביומא דשוקא דאי בשאר יומי לא משלמי אלא ארבע שכך היו דמיה בשעת שבירה אבל כיון דתברוה ביומא דשוקא אי הדרוה בשאר יומי משלם חמשה כשעת אבידה אבל אם אהדרוה ביומא דשוקא אמרינן ל"י תיב וזבין כאשר היית נושה באתו יום ששברתה אבל בשאר יומי לא מצי א"ל שמור אותו עד יום השוק ומכור אותו כי יאמר למעות אני צריך ואילו לא שברת אותה מכרתיה ואז הייתי משתכר ולא אמרן אלא דל"ל חמרא לזבונא באתו יום השוק כשמחזירין לו החבית אבל אית לי חמרא לזבונא כשמחזירין לא כלומר לא מיפטרתי בחזרת חבית אלא צריכין ליתן לו חמשה זוזי דאמר להו אם לא שברתה הייתי מוכרה אז אבל ביום השוק הזה יש לויין למכור ואין יכול למכור חבית זה ונמצא יום השוק זה הוא לגבי דידי' כאשר ימים, עכ"ל. וכל ביאורו זה נובע ממאי דס"ל דלעולם אם אך לא שבר את החבית ביומא דשוקא אינו חייב אלא ד' כיון דביום ששברו לא היה שוה אלא ד', ולא ס"ל כדברי רש"י דמשלם כיוקרא דלקמי', דכל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה וכו'.

ונהנה כתב הרמב"ם פ"ג מהל' שכירות ה"ג, וז"ל: הסבל ששבר חבית של יין לחנוני ונתחייב לשלם והרי היא שוה ביום השוק ארבעה ובשאר הימים שלשה אם החזירו ביום השוק חייבין להחזיר חבית של יין או ישלמו לו ארבעה והוא שלא היה לו יין למכור ביום השוק אבל אם היה לו יין מחזירין לו שלשה החזירו לו בשאר הימים מחזירין לו שלשה וכו', עכ"ל. והוא ע"פ גירסתו דגריס דביום השוק משלם יותר. והוא ע"פ גירסת הרי"ף שגרס דביומא דשוקא משלם לו יותר, עיי'. והרא"ש הנ"ל כתב על גירסת הרי"ף שאינו יודע לפרשה.

ובמ"מ כתב בביאור דברי הרמב"ם, וז"ל: והכונה שהם יושלם לו חבית יין לפיכך כל שמשלמים דמים וראין כמה היא שוה בשעת החזרה אם הוא

ביום השוק נותנין דמי שוויה ביום ההוא לפי שאם ישלמו חבית יין כיון שאין לו יין למכור הוא מוכרה ומקבל דמים כשהם מחזירין אותה בשאר ימים אם היו מחזירין יין היו נפטרין כל היום בבין כשהן מחזירין דמים מחזירין בשווי שאר ימים וכו', עכ"ל. וביאור דבריו, דס"ל להרמב"ם דיסוד החיוב הוא להחזיר החפץ, ובני"ד, נתחייב לתת לו חבית יין, אלא דכשמשלם דמים אמרינן מה לי הם מה לי דמיהם, אשר ממילא בכל זמן שיתן לו חבית יין שפיר דמי, ומה שחילקו בסוגיין הוא היכא דבא לשלם דמים משום מה לי הם מה לי דמיהם, דבזה תלוי הדבר בשווי החבית בזמן התשלומין, דביומא דשוקא דעומד החבית לימכר שוה ה' ולהכי משלם ה', ובשאר יומי דשוה החבית ד' משלם ד', והיכא דאית ל"י חמרא ולא היה עומד למכור חבית זה, אף ביומא דשוקא אינו משלם אלא ד'. וכ"כ בביאור דברי הרמב"ם במח"א הלכות נזקי ממון סי' א' ובשיעורי ר' אלחנן סי' ל"ד, עיי'. ומובן דלשיטה זאת ליכא נפ"מ באיזה יומא דשוקא מחזיר לו הדמים, דסו"ס אמרינן מה לי הם מה לי דמיהם.

ולא יקשה על הרמב"ם מהא דכל הגזלנין משלמין כשעת הגזילה, דדין זה לא נאמר אלא בגזילה דעיקר החיוב היכא דאין הדבר בעין הוא חיוב תשלומין והוא ביסודו חיוב דמים, וסכום הדמים שפיר הוקבע בשעת הגזילה, אכן חיוב מזיק לשיטת הרמב"ם הוא השלמת החפץ אשר על כן ס"ל להרמב"ם דתלוי בשווי בשעת התשלומין, דלא מהני תשלום דמים אלא משום דמה לי הם מה לי דמיהם, וכנ"ל. וכעצם חילוק זה כתבו במח"א הנ"ל ובשיעורי רבי אלחנן, עיי'. ועיי' במח"א שכתב דאפילו החולקים על דברי רמב"ם וס"ל דאם היה שוה ה' בשעת השבירה אינו נפטר במה שיתן לו עכשיו חבית ששוה עכשיו ד', אף מהם מודו דכן הוא יסוד חיובא דמזיק כדברי הרמב"ם, רק דפליגי משום דס"ל דבחנוני מאחר שיכול לטעון אם לא שברת הייתי מוכרו בה', אבל באיניש בעלמא דלאו חנווני הוא מודו.

ועיי' קצוה"ח סי' ד"ש שהקשה על דברי הרמב"ם ממאי דנתן בסוף המפקיד (מ"ג ע"א) דילקה בחסר וביתר ובי"ה אומרים כשעת הוצאה רבי עקיבא אומר כשעת התביעה וקי"ל כבי"ה ולא כר' עקיבא ואע"ג דהתם שומר הוא דהוי ולא אמרינן כשעת התביעה. ומבואר מיסוד קושייתו שהבין דשומר דומה למזיק בזה דיסוד חיובו הוא השלמת החפץ, וכן מסתבר לכאורה. אכן כבר תמהו על דברי הקצוה"ח דהא התם מירי בשולח יד, דהוי כגזלן ובגזלן ודאי תלוי בשעת הגזילה, עיי' שו"ת בית אפרים חו"מ סי' ה', ומאחר דחל עלי' דין גזלן פקע מיני' דין שומר, עיי' חידושי הגרע"א לעיל דף מ"ב ע"ב.

ובשט"מ בשם הראב"ד הביא פירוש אחר בסוגיין, וז"ל: ששברוה ביומא דשוקא דהויא שויה ה' וכי מהדר ל"י ביומא דשוקא די להם בחזרת חביתא דחמרא והוא יטרח וימכור אותה שהרי יכול למכרה בחמשה זוזי כדהוה שויה ואיהו לית ל"י חמרא אחרינא לזבונא אבל אית ל"י חמרא אחרינא לזבונא לא דאמר להו אנא בההוא יומא דשוקא דתבריתו לה הוה מזבנינא לה והשתא אית ל"י חמרא אחרינא לזבונא והאי חביתא דמהדריתו ל"י לא מזבנינא הילכך יהבי ל"י ה' זוזי וכש"כ בשאר יומי דאי יהבי ל"י חביתא דחמרא קא מפסיד בה חד זוזא וכו', עכ"ל. ויסוד סברתו, דיסוד חיוב המזיק הוא לשלם הפסד הדמים, והוא על דרך הרא"ש הנ"ל, אשר ממילא ס"ל דלא שייך כלל חיוב לשלם ה' אלא א"כ שברו החבית ביומא דשוקא דאז הפסדו ה' אבל בשאר יומי לעולם אין הפסדו בו בזמן אלא ד'. ומה שיכול לשלם החבית אינו אלא משום דהוי כעין שוה כסף, דעומד למכור החבית ולקבל ה'. ואף דאיכא טירחת מכירת החבית, כיון דעומד למכור רמינן הטירחא עלי' דהחנוני, אשר זהו שכתב הראב"ד "והוא יטרח וימכור אותה", דבאמת יסוד חיובו הוא דמים ועל ידי שהוא יטרח חשיב שפיר חזרת החבית כחזרת דמים. וביומא דשוקא חשיב שפיר חזרת ה' כיון שהוא יוכל

למכרה, משא"כ בשאר יומי דאינו עומד למכור צריך לשלם לו ה' כמו שהפסידו, וכן היכא דאית ל' חבית אחרינא יכול הניזק לומר אף ביומא דשוקא שאף דהפסידו ה' משום דבאותו יומא דשוקא ששברוהו היה עומד למכרה, בהך יומא דשוקא כיון דאית ל' חבית אחרינא למכור לא ימכור חבית זה וחייב להחזיר לו ה'. ומובן לפי' היטב דלשיטת הראב"ד ליכא נפי"מ בין אם מחזירו לו ביומא דשוקא הראשון או ביומא דשוקא אחר.

ובהכי יתבאר גם דברי הראב"ד בהשגתו הראשונה על דברי הרמב"ם בפ"ג שכירות, אלא דלכאורה אין השגתו ה' מתאימה להך פירושא שהביא בשט"מ בשמו, ועדיין יש לעיין בזה, ואכמ"ל.

ושיטת רש"י, נראה דבמה שפירש יומא דשוקא דר"ל לפני יומא דשוקא הראשון בא ליישב אמאי הוי יסוד חיובו ה', כלומר, דביסוד הדברים ס"ל כהראב"ד העיקר חיוב המזיק הוא לשלם ההפסד, ולא משמע ל' ממשטות לישנא דסוגיין דמיירי דווקא שנשבר ביומא דשוקא, אלא פירש דכיון דעומד למכור ביומא דשוקא, הרי זה שפיר חשיב אפי' קודם יומא דשוקא כהפסד דה' זווי (והוא ענין יוקרא דלקמי' דב"ק דף ז'), וחייבו לשלם ההפסד דה' זווי, ומה שנותן החבית היינו משום דחשיב החבית כאילו הוי ה' זווי. ומה שחילק בין קודם יומא דשוקא הראשון לבין שאר יומי דשוקא, נראה ביאורו, דבאמת הרי איכא בזה טירחא דמכירתו בכדי ליחשב זווי, ומאי דמטילין טירחא זו על החנוני אינו אלא משום דהוי אותה הטירחא שהיה עומד בכל אופן לעשות, אשר זה אינו אלא קודם יומא דשוקא הראשון, אבל אחר הך יומא דשוקא הרי יכול החנוני לומר שהיה מוכרו כבר ביום השוק שלפני, ושוב אין להטיל טירחא המכירה על החנוני אלא על המזיק, ולהכי צריך לשלם לו ה' זווי.

ושיטת התוס' בזה כדעת רש"י, אלא דאין מבואר מדבריהם דיומא דשוקא הוי אפי' קודם יום השוק, דיתכן דאינו אלא ביום השוק ממש, וכבר הביא במ"מ הנ"ל דיעה כזאת, ע"ש, ודוק.

קבו' רש"י ד"ה אבל הוי ל' חמרא לזבונ- וכי מהדר ל' נמי חמשה מנכי להו חנווני מחמשה אגר טרחא כפועל בטל כמה הוא רוצה לישב ולא למכור יין חבית אחת פרוטה פרוטה וישב בטל- מדויק מדבריו דאף ביומא דשוקא מאי דשוי חמשה אינו אלא היכא דמוכר פרוטה פרוטה ולא כשמוכר כל החבית בבת אחת. והקשה בקצוה"ח סי' ד"ש סק"ב מהא דאמר שמואל לעיל האי מאן דגזיל חביצא דחמרי מחבירו ואית בה חמשים תמרי אגב הדדי מזדבגן בני נכי חדא חדא מזדבגן בני להדיוט משלם חמשים נכי חדא להקדש משלם חמשים, הרי דאף דאילו הוה מזדבגן חדא חדא הוה שוה יותר, מ"מ אינו חייב לשלם אלא שיווי אילו נמכר הכל יחד, וא"כ ה"ה נמי נימא דאינו חייב לשלם אלא מה שהיה מקבל עבור החבית אילו היה מוכר כל היין בבת אחת, ע"ש שכתב דאפשר דשומר שאני דחויבו על אשר לא שמרו ומש"ה מיחייב על כל חדא וחדא, אבל גזלן אינו שומר, והניח הדבר בצ"ע.

ובקה"י סי' מ"ט כתב ליישב, דס"ל לרש"י דגם מה שיכול להוציא חמישים על ידי מכירתו אחד אחד, אע"פ שאינו כגוף ממון, שהכל נישום כאחד, מ"מ גורם לממון הוא כיוקרא דלקמי' (כמש"כ בקצוה"ח שם סק"א) ואינו חייב אלא מדינא דגרמי, וכיון דאין חיובו אלא משום גרמי אינו חייב אלא במזיק אבל לא בגזלן, אשר ממילא גבי חביצא דמיירי בגזלן אינו חייב בכך, משא"כ בני"ד דמיירי במזיק.

אך יעויין חידושי מרן רי"ז הלוי הנ"ל במכתבים דף פ' ע"ב דמאי דפריך בחביצא דתמרי דלימא ל' אנא חדא חדא הוה מזבגנא הוה דווקא במזיק אבל לא בגזלן, ונמצא לדבריו דאף במזיק איתא להך מילתא דשמין הכל יחד, ע"ש כל דבריו.

ק' ע"א

קבו' המחליף פרה בחמור וכו'- עי' רא"ש פרק המוכר את הספינה סי' ט' וטור חו"מ סי' ר"כ,

דנחלקו הראשונים אי אמר פרה זו אי מכר גם העובר. (ובב"ח שם סי' ר"כ כתב דלא פליגי בזה ובאמר פרה זו לכו"ע קנה גם הוולד). והנה הא פשיטא, והוא מדברי התוספתא, דאם אמר שמוכר לו פרה מעוברת שמכר גם העובר, וכן גבי שפחה. ובט"ז סי' רכ"ג הקשה להני שיטות דאף בפרה זו לא מכר הוולד, דממנ"פ, אי מכר לו פרה מעוברת הרי אפי' אי נולד הוולד לפני כן הרי הוא של לוקח, ואי מכר לו פרה סתם אף אי אכתי לא נולד אין הוולד של לוקח אלא של מוכר, ומה שייך בזה נפ"מ היכן היתה בשעה שנולד הוולד. (ולדעת הרא"ש דבאומר פרה זו אע"פ שלא אמר מעוברת קנה העובר שפיר י"ל דמיירי שאמר פרה זו ובכה"ג אם היתה מעוברת בשעת קנין קנה גם העובר, וכ"כ בפלפולא חריפתא ב"ב דף פ"ה, ע"ש.)

ובשט"מ בסוגיין בשם הרמ"ד דן בדבר זה ויישב הדברים בטוב, וז"ל: והילכך ודאי מיחזי לאוקמה לטענתא דמוכר בכהאי גוונא דקטעין מוכר אין הכי נמי פרה מעוברת זבינית לך ולא הוה ידענא אי האי פרה ילדה או לא ולבסוף איגלאי לי דודאי ילדה מקמי דזבינתה ניהלך והשתא אי בעית יהיבנא לך פרה אחריתי מוברתא ואי לא בעית ליבטיל המקח ואידך קא טעין פרה ודאי מעברתא הות בעידן זביני וולדה דלידת דילי הוה וברשותא דידי ילדה ולא שקילנא מינך פרה אחריתי מעברתא דלא שוה העובר במעי אמו כמה דשוה כדמיתליד אבל היכא דאמר לי פרה סתמא בכהאי לית דינא ולית דיינא דלא קנה ולד כלל, עכ"ל. ובתירוצו ה' כתב דמיירי שאמר לו פרה שלי הידועה כמו שהיא עכשיו אני מחליף לך בחמורך וקטעין מוכר שבאותה שעה שמשך החמור כבר ילדה הפרה, ומשו"ה נתרצה בואותן חליפין בלא תוספת דמים, וחבירו טוען דבשעת חליפין אכתי היתה מעוברת. וכה"ג כתב בפרישה ריש סי' רכ"ג, אלא שכתב דבעל החמור הוא שאמר אני מחליף חמור בפרה שלך כמות שהיא, ע"ש. וכ"כ גם הגרע"א שם בב"ב.

קבו' רש"י ד"ה המחליף פרה בחמור- להכי נקט המחליף ולא אמר המוכר פרתו וילדה דאילו מוכר במעות לא קני לוקח עד דמשך וכיון משך מידע ידע אי ילדה כבר אי לא ילדה כבר וכו'- עי' ט"ז ריש סי' רכ"ג שכתב דמצינו גם בפרה וחמור דין מוכר כזה שהלוקח והמוכר מכחישין זה את זה שזה אומר ברי לי שילדה קודם לזה וזה אומר להיפך. והדברים תמוהים לכאורה, דהא בכי האי גוונא ליכא דררא דממונא דהא ליכא ספק בלא טענותיהם, ולית בזה לדינא דסומכוס, ואין דין יחלוק בזה אלא משום הכחשת טענותיהם, וכה"ק בנתיה"מ שם סק"א, ע"ש.

קבו' וליחזי הרשות דמאן קיימא וליהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה- מבואר מסוגיין דהיכא דאיכא מוחזק ממש לא אזלינן בתר חזקת מרא קמא אלא מוקמינן ביד המוחזק. וכ"כ התוס' בב"ב דף ס"א ע"ב ד"ה ארעתא דבמטלטלין אזלינן בתר מוחזק כנגד זה שיש לו חזקת מ"ק. וע"ש שהוכיחו כן מסוגי' דב"ב צ"ב ע"א גבי מוכר שור לחבירו ונמצא נגחן דאזלינן בתר מוחזק במעות עתה אף על פי שתחלה היו של לוקח ולא אמרינן בחזקת בעלים הראשונים קיימא. ויש לעיין לכאורה אמאי לא הוכיחו התוס' יסוד זה מסוגיין, ויתבאר לקמן, בעזה"ש.

קבו' תוד"ה וליחזי- וא"ת וכי נמי הוי הולד ברשות לוקח אין זו הוכחה דקנאה וכו'- מבואר לכאורה מדברי התוס' דאף תפיסה הפועלת דין הממעי"ה מבוססת על הוכחה קצת, דהא לכאורה לא שייך נ"ד להך דהגודרות אין להן חזקה, דהתם הרי בא נגד מרא קמא לומר שלקחה, ולהכי לא מהני חזקה דידי אלא מצד ההוכחה שבה, אכן הכא דהוי ספק אי ילדה קודם או לאח"כ, אמאי לא יהני בזה תפיסה לומר דאין מוציאין מידו, ואמאי בעינן לזה הוכחה, וכה"ק באמת בתומים בקיצור תקפו כהן, ע"ש שהוכיח מזה דבגודרות לא רק דאין תפיסתו מוכחת, אלא דלא

חשיב תפיסה כלל. ודבריו תמוהים לכאורה, כאשר הקשה בקונטרס הספיקות כלל ב' אות ח', דהא בתקפו כהן איכא מ"ד ד דאין מוציאין מידו אף דהוי גודרות, הרי מוכח דשפיר הוי תפיסה רק שאינה מוכחת. ומוכח דאין החסרון גודרות אלא בטענת לקוח, ומשום דאין תפיסתו מוכחת שלקחה כיון דמאליה הולכת. אך מדברי התוס' מוכח דלדין אין מוציאין מידו איך שיהיה בעינין שיהא בתפיסתו מדת הוכחה, אשר זהו שהקשו דהא הוי גודרות. וצ"ב לדבריהם אמאי בעינין שיהיה תפיסה מוכחת ודנוקמי בידו משום חזקת כל מה שתחת ידיו של אדם שלו הוא, תיפ"ל דמאחר דהוי ספק דדררא דממונא שמא הוא שלו ועכשי הוא אצלו, מספק לא נוציא מידו, אשר לזה לא בעינין שתהא תפיסתו תפיסה מוכחת.

ומתוך דברי הקונטרס הספיקות בכלל ב' אות ח' נלמד דביאור קושיית התוס' הוא שהוקשה להם דנהי דמוחזק בטענת לקוח וחזקת כל מה שתחת ידיו של אדם שלו הוא שפיר מהני נגד חזקת מ"ק, מ"מ הרי לא שייך כאן דבר זה מאחר דגודרות אין להם חזקה, ואילו מצד מוחזק גרידא על הספק הרי לא מהני ד"ז נגד חזקת מ"ק.

וביאור תירוצם, וע"ד זה ראיתי דאיתא בשיעורי ר' אלחנן, דאיכא ב' דינים, דהיכא דליכא ספק בעצם בעיני דתהא תפיסתו מוכחת שהוא שלו ועל ידי כן נימא דהוא המוחזק והמוציא מחברו עליו הראיה. אכן היכא דאיכא דררא דממונא, דהיינו ספק בעצם בלא טענותיהם, היכא דהוא תפוס וטוען ברי, אף דליכא הוכחה מצד תפיסתו שהוא שלו, מ"מ כיון דהרי אית לך צד שהוא שלו והוא טוען שבאמת שלו, אין לנו כח להוציא מידו, אשר מזה נעשה דין דהממעי"ה, ובזה ליכא חסרון גודרות. וכל זה אם טוען ברי, אבל בטוען שמא, כיון דהוא עצמו מודה דיתכן שאין לו זכות תפיסה לא נעשה בזה דין דאין מוציאין מידו.

ובחינושי הר"ן בסוגיין (הובאו דבריו בשט"מ) כתב, וז"ל: אע"ג דק"ל וכו' הגודרות אין להם חזקה הני מילי היכא דידעינין ודאי דהו דראובן דאע"ג דהשתא ברשות שמעון נינהו אין לו בהם חזקה אבל הכא דודאי האם קנויה ללוקח ולד נמי אפשר דדידי הוי כיון דברשותי נינהו דין הוא דלוקמינהו בחזקת"י, עכ"ל, ועד"ז כתב גם בריטב"א החדשים. ולא הוזכר בדבריהם חילוק בין טענת ברי לבין טענת שמא. ובאמת במחבר הביא דאם הוא ברשות לוקח הרי הוא שלו, ולא חילק בין טענת ברי לבין טענת שמא, דמשמע בכל גווי הויין של הלוקח. ובקצוה"ח סי' רכ"ג סק"ב כתב דהמחבר אזיל בזה לשיטתו שפסק כדעת הרמב"ם כהן דתקפו כהן אין מוציאין מידו אף דהוי טענת שמא. אכן בריטב"א החדשים לעיל פ"ק מבואר דס"ל דתקפו כהן מוציאין מידו, וכי"ה בחידושי הר"ן שם, ומ"מ סתמו בסוגיין דבין בטענת ברי בין בטענת שמא הרי הוא של הלוקח. ויסוד סברתם, דכיון דעכ"פ האם ודאי דנמכרה ואיכא צד ממשי שהוולד בכלל המכירה, סגי בזה אף בהוכחה גודרות, וכי אמרינן דלא סגי בהוכחה גודרות, דווקא היכא דכל חילי דהלוקח הוא מחמת חזקתו. וכיון דמצד הוכחת החזקה איתנין עלה, שפיר מועיל ד"ז אפי' בטענת שמא. אכן התוס' ס"ל דלעולם בתורת הוכחה לא מהני כלל בגודרות, והכא ע"כ דאינו אלא דין דאין מוציאין מידו, אשר זה ליתא אלא בטענת ברי, וכמו שביארנו.

וביתר ביאור, התוס' ס"ל דמאי דבעינין הוכחה בהתפיסה, וטעמא דהגודרות אין להם חזקה, הוא משום דבלאו תפיסה מוכחת לא חל דין חזקה שיהא שלו נגד מ"מ כלל, ולהכי שפיר הקשו והוצרכו לתרץ דהכא אלא מוכח תפיסתו גרידא הוא דאיתנין עלה, אלא דמכח הדררא דממונא ומה שטוען ברי הוא דאמרינן דאין מוציאין מידו, ואף זה מדין אין מוציאין מידו הוא ולא מדין חזקת כל מה שתחת ידיו של אדם שלו הוא, וכנ"ל. אכן הר"ן והריטב"א ס"ל דמה דבעינין בטענת לוקח הוכחה אינו מצד חלות עצם הדין דהממעי"ה, דלזה מהני תפיסתו גרידא, אלא

דהתם בעינין הוכחה משום דאי לאו הכי כיון דידוע שהיה של האחר הוי תפיסתו כתפיסת גזל בעינינו אשר אינה מועילה כלל, דאין טענת לוקח טענה כלל בלאו הוכחה דהחזקה, ולהכי בגודרות אין תפיסתו כלום, אבל בני"ד אף דליכא הוכחה, מ"מ כיון דהאם ודאי דנמכרה ומסתפקינן מתי נולד הוולד, בזה אף בלא הוכחה לטענתו שפיר הויא תפיסתו תפיסה ואיכא דין הממעי"ה, וכיון דמצד תפיסתו הוא דאיתנין עלה, אם אף הוי תפיסתו תפיסה לא איכפת לן אי טען ברי או שמא. ומאי דבתקפו כהן מוציאין מידו, היינו משום דהתם הרי הוי תקיפה ואינו נעשה מוחזק כלל, ואינו משום דטענת שמא הוא. אכן לשיטת התוס' הא דתקפו כהן הוא משום דטוען שמא, ולהכי כתבו התוס' בפ"ק דהיכא דטוען ברי אין מוציאין מידו.

ונמצא דלשיטת התוס' יסוד קושיית השי"ס וליחוי ברשותי דמאן הוא הוא מדין מוחזק בספק וכשאלת תקפו כהן, ואילו לשיטת הריטב"א והר"ן הקושי מצד דין חזקת מטלטלין דחזקה כל מה שתחת ידיו של אדם שלו הוא ומצד טענת לקוח. ומאי דפליגי בזה הר"ן והריטב"א אדברי התוס' הוא מבואר בקונטרס הספיקות דהוא מצד מאי פליגי אדברי התוס' בהא דתקפו כהן וס"ל דלא מהניא תפיסה אפי' בטענת ברי, ולדידהו ע"כ דמצד חזקת מטלטלין איתנין עלה, אכן התוס' לשיטתיהו הרי ס"ל דשפיר מהניא תפיסה בטענת ברי, אשר על כן שפיר פירשו דהינדון בסוגיין הוא מצד תפיסה וחזקה במקום ספק, וכמשנ"ת.

ובמאי דס"ל להתוס' דהיכא דאיכא דררא דממונא מהניא תפיסה בטענת ברי אפי' נגד מ"ק (והוא אף לרבנן דסומכוס דס"ל דאמרינן הממעי"ה, אפי' הכי מהניא תפיסה, וכפשטות דברי התוס', וכ"כ בנתיבי"ה דיני תפיסה כלל ז', ע"ש), הקשו בתומים קיצור תקפו כהן אות נ"ד ובקצוה"ח סי' פ"ח סק"ב מסוגי דב"ק דף ל"ה ע"ב, אהא דתנן היה אחד תם ואחד מועד הניזק אומר מועד הזיק את הגדול ותם את הקטן והמזיק אומר וכו' המוציא מחברו עליו הראה, ע"ש שהקשו הא לא מיייתי ראה שקיל כדאמר מזיק ואמאי חטין ושעורין נינהו, ותירצו ראוי ליטול ואין לו, ופירשו התוס' דר"ל דראוי ליטול אם תפס ואין לו אם לא תפס, והתניא הרי זה משתלם לקמן מן המועד ולגדול מן התם דתפס. הרי דעל ידי תפיסת הניזק שקיל כדאמר מזיק. ולשיטת התוס' דמהניא תפיסה בטענת ברי יקשה אמאי בכה"ג שתפס אין הניזק נוטל כמו שאמר הוא, הרי התם הוי נמי דררא דממונא, כדמוכח התם ממאי דאמר חלוקין עליו חבירו על סומכוס, הרי דשייך בזה דינא דסומכוס וע"כ דחשיב דררא דממונא. (עי' מש"כ בזה בקונטרס הספיקות כלל ב' אות ז' ואות י"א.)

וכתב בזה התומים, דכי מהני תפיסה במקום ספק על ידי טענת ברי, זהו דווקא בטוען על גוף החפץ שהוא שלו והוא תפוס באותו החפץ, בזה אמרינן דמספק כיון דיתכן דהחפץ הוא שלו אין מוציאין את החפץ מידו, אבל באינו טוען על גוף החפץ רק יש לו שעבוד על החפץ או טענה על בעל הבית, ובשביל כך תופסו, בזו אלים חזקת מרא קמא ומוציאין מידו (אם לא בספק דתרי ותרי), ע"ש כל דבריו, וכ"כ גם בעל קצוה"ח בשי"ש פ"א ע"ש.

קלא) תוד"ה וליחוי - ולא דמי לאחד שהפקיד טלה חי אצל בעל הבית ויש לבעה"ב כמו כן טלה חי ומת אחד מהן דאמר בפ"ב דבכורות דהמפקיד הוי המעי"ה ומועלת חזקת בעל הבית אע"פ שטוען ספק דהתם היה מוחזק סודאי בטלה חי מעיקרא אבל כאן וכו' אבל מוכר אם הוא מוחזק מועיל אפי' הוא טוען שמא שהיה מוחזק בודאי מתחילה קודם מכירה כשהיתה פרה קודם מכירה כשהיתה פרה מעוברת - צ"ב לכאורה אמאי הוצרכו התוס' לכל זה גבי הא המפקיד טלה חי וכו', הרי התם ליכא חזקת מ"ק כלל ופשוט דמהניא תפיסתו דלא נוציא ממנו, וכה"ק בקונטרס הספיקות כלל א' אות ד', ע"ש. וכמו כן יקשה אהך דמוכר אמאי בעינין להא דהיה מוחזק בודאי, תיפוי"ל

דהא מיהא פשיטא דליכא חזקת מ"ק המתנגדת לו ואמאי לא תהני חזקתו, וצ"ב.

והמוכח לכאורה מתוך דברי התוס', דמאי דבעינן טענת ברי אינו משום דהוי נגד חזקת מרא קמא, אלא יסוד טעמא דמילתא, דהיכא דאין התפיסה מוכחת ליכא למימר דעל ידי מה שהוא בידו נניחנה מספק אצלו ונחשיב חבירו מוציא א"כ הוא עצמו טוען ברי, דבלי טענת ברי לא ניתן לתפיסתו שום דין מוחזק. ונמצא דתפיסה מוכחת לא בעינן אלא להוציא ממ"ק, דעל ידי איתא לחזקה כל מה שתחת ידיו של אדם שלו הוא, אבל טענת ברי היכא דאין תפיסתו מוכחת בעינן אפי' היכא דליכא מרא קמא, דבלא טענת ברי לא חייל על מה שהחפץ נמצא אצלו דין שיוטל חיוב הבאת ראיה על חבירו, וכנ"ל.

קלב) ונוקמא אחזקת דמרא קמא וליהוי אידך המע"ה - מבואר להדיא דעל ידי מאי דהיה קודם בעלים על הפרה המעוברת, שפיר חשיב מ"ק על הוולד. וכן מבואר מדברי התוס' הנ"ל שכתבו דגבי מוכר לא בעינן טענת ברי, ע"ש. והנה יעויין תשו' הרשב"א סי' ש"יא, הובאו הדברים בפניי לעיל בסוגיין דתקפו כהן, שכתב ליישב שיטת הרמב"ם דתקפו כהן אין מוציאין מידו, דבספק בכור שפיר מהני תפיסה משום דליכא מ"ק על הוולד, דממנ"פ אי בכור הוא היה תמיד בכור ואי דישאל הוא הרי אכתי דישאל הוא, אכן בספק פדיון פטר חמור הרי שפיר איכא מ"ק ולהכי לא מהני תפיסה, ע"ש שכתב דגבי ספק בכור ליכא חזקה כמו דבמחליף פרה בחמור ליכא מ"ק, והוא תמוה לכאורה דהא להדיא מבואר בסוגיין דאיכא שפיר מ"ק, וכן בפשטות איכא חזקת מרא קמא גם בספק בכור כיון דלא נתקדש עד שנוול וביחוד עובר היה של ישראל. וראיתי בקה"י למכילתין סי' ט' שעמד על זה ופירש דברי הרשב"א באופן אחר, דלעולם לא בא לומר דליכא חזקת מ"ק לא בספק בכור ולא בסוגיין, אלא כונה אחרת לו, ע"ש בדבריו, ויבואר לקמן.

והנה מאי דסי' להרשב"א דליכא גבי ספק בכור חזקת מרא קמא, ביאורו לכאורה, וכ"כ בקה"י הנ"ל, דלא שייך חקת מ"ק כי אם היכא דכשהיה אצל המ"ק היה שלו לעולם, בזה שפיר אמרינן דבמקום ספק כיון דמצד חזקת המ"ק היה שלו אף לעכשיו שפיר מוקמינן אחזקת מ"ק. אכן בספק בכור, נהי דהיה מקודם העובר שלו, מ"מ אין חזקתו בהעובר חזקה לעולם, דהא גבי בכור ודאי אף שהיה העובר שלו מ"מ נעשה בכור, והרי הוא של כהן, ולכך אין מה שהיה בחזקתו בהיותו עובר חשוב כחזקת מ"ק. זהו דעת הרשב"א, אכן יעויין ברא"ש לעיל פ"ק סי' י"ג שכתב להדיא דאף בספק בכור איתא לחזקת מ"ק, וצ"ב לכאורה האידך נאיד מסברת הרשב"א, ומהו ביאור פלוגתתם.

והנה ביסוד דינא דחזקת מ"ק ידועה חקירת הקונטרס הספיקות כלל א' אות ה' אי הוא מדין חזקה דמעיקרא דאיסורין או דהוי כמין מוחזק דממון, ע"ש שהקשה דאי הוי כחזקה דמעיקרא גבי איסורין, האידך ס"ל לסומכוס דממון המוטל בספק חולקין, וכי פליג סומכוס על היסוד דחזקה דמעיקרא, וכתב ליישב ע"פ דברי התוס' לעיל דף צ"ז דלסומכוס נעשים שניהם מוחזקין, ולהכי חולקין, ורבנן דסי"ל דעל ידי דרא דממונא לא נעשו תרוייהו מוחזקין אזלי בתר חזקת מרא קמא.

ודבריו לכאורה צ"ב, חדא דמה שחידשו התוס' יסוד זה דלסומכוס הויין תרוייהו מוחזקין לא היה זה אלא מחמת קושייתם שם דמאי מקשינן אדרב נחמן, נימא דלא אמר דלאו ברי עדיף אלא לרבנן, ומתני' דהתם הרי מוקמינן לה כסומכוס, אכן אי לאו הך קושי', לא הוה קשיא להו כלל מגוף דינא דסומכוס האידך שייך דלא ניזיל בתר חזקה דמעיקרא, אשר מוכרח מזה, דמאי דלא אזלינן לסומכוס בתר חזקת מרא קמא, לאו משום דתרוייהו מוחזקין גרידא הוא, ואף בלא הך מילתא לא הוה אזלינן בתר חזקת מ"ק, והדרא קושייתו לזכותא. ועוד, דמדברי התוס' לקמן קט"ז ע"ב מבואר להדיא דאף לרבנן איתא להך יסוד דהוי

כתרוייהו מוחזקין, וא"כ ממנ"פ אי מכריח מאי דשניהם מוחזקין דלא ניזיל בתר חזקה דמעיקרא אף לרבנן נימא הכי.

אלא מבואר לכאורה מדברי התוס' כצד הב' דהקונטרס הספיקות דהוי כמין חזקת ממון והוי שפיר כתפוס. וכן משמע לכאורה פשטות לישנא דהש"ס דניזיל בתר מ"ק וליהוי אידך הממע"ה, דבשלמא אי הוי כתפוס, שפיר הוי הדין דין מוחזק, ר"ל שורש הדין הוא דין הממע"ה, וכמו קושי' דולחזי ברשותא דמאן קיימא דלפניו, אכן אי הוי יסוד מ"ק כחזקה דמעיקרא, אמאי הוצרכו להוסיף וליהוי אידך הממע"ה, הלא אין זה עיקר היסוד הכא, אלא היסוד הוא דמספק פוסקין ומוקמינן אחזקה קמייתא. וכ"כ התוס' להדיא דף ב' ע"ב דעל ידי חזקת מרא קמא הוי כאילו המ"ק תפוס בו, ע"ש. ובפניי ב"מ דף ו', ובש"ש ש"ד פכ"ד, נקטו כדבר פשוט דאין חזקת מ"ק חזקת ממון אלא הוי הכרעה בספק כמו חזקה דמעיקרא, ע"י בדבריהם.

ונראה דהסברא הנ"ל בדברי הרשב"א אמאי ליכא גבי ספק בכור חזקת מרא קמא, לא שייכא אמאי נימא דיסוד דינא דחזקת מרא קמא הוא מדין חזקת ממון, דחשבנין לה כאילו הוא מהחזיקה עכשיו, דבזה שפיר אמרינן כסברא הנ"ל דעד כמה שלא היה לו לעד ממה שהיה קודם, לא שייך למימר דנחשב כאילו הוא עכשיו מוחזק בו. אשר זהו דסי"ל להרשב"א דגבי ספק בכור ליכא חזקת מרא קמא. אכן אי נימא דיסוד חזקת מ"ק הוא דהוי חזקה דמעיקרא דבמקום ספק מוקמינן לה למי שהיה לו קודם, הרי קודם כשהיה עובר שפיר היה של ישראל, אשר זהו דסי"ל להרא"ש דשפיר איכא בזה חזקת מ"ק, ועדיין צ"ע בזה. (ועי' לקמן דיש לבאר פלוגתתם בצורה הפוכה).

ומאי דקשה על דברי הרשב"א מסוגיין דבמחליף פרה בחמור חשיב שפיר מ"ק, ע"י קה"י שביאר דלא לענין זה הוא שדימה הרשב"א דינא דספק בכור לדינא דמחליף פרה בחמור, אלא כונתו אחרת, והיא, דמבואר להדיא מדבריו דמאי דאמרינן דתקפו כהן אין מוציאין מידו זהו מדין כל דאלים גבר, וזה שייך דווקא אי נימא דשייך דין כל דאלים גבר אף שהדבר כבר ביד האחר, כלומר, דיכול לתפוס ממנו, וכן ס"ל באמת להרשב"א, אכן הרא"ש ס"ל דמאחר שתפס הא' שוב לית בזה דינא דכדא"ג, ולדידי ע"כ דדין אין מוציאין מידו מדין אחר הוא. ולזה הביא הרשב"א ראיה דשפיר מדין מחליף פרה בחמור דפרכינן בב"ב דנימא בזה כל דאלים גבר, ומשנינן דלא אמרינן בזה כדא"ג משום דאיכא דרא דממונא, ומוכח דדין כדא"ג הוא אפי' היכא דתופס מדין מוחזק, ושפיר שייך דין כדא"ג (תקפו כהן אין מוציאין מידו) גבי ספק בכור. והרא"ש יפרש דמאי דפרכינן התם דנימא כדא"ג הוא משום דמיירי בעומדת באגם ולא היכא דהוא ברשות אחד מהם, וד"ז תלוי בגירסאות בגמ', אי גרסינן אלא הא מני סומכוס היא והדרינן ממאי דהוה משנינן דמיירי בעומדת באגם, ואכמ"ל, ע"י בקה"י כל דבריו.

והנה במאי דאיתא במתני' דבלוקח ברי ומוכר שמא זוכה לוקח בגדול, הקשו הראשונים אמאי לא הקשו בגמ' מהכא לרב נחמן דסי"ל דאף בברי ושמא אמרינן אוקי ממונא בחזקת מרי, ות"י הראב"ד בתירוצו הראשון (הובאו דבריו בשט"מ) דהא מוקמינן לה בעומדת באגם או בסמטא דליכא מוחזק, וכ"ת הא איכא מ"ק, נגד מרא קמא שפיר אמרינן דברי עדיף, וכ"ה בחידושי הרמב"ם בב"ב ל"ד, ע"ש. אכן יעויין בתוס' ר"פ, הובאו דבריו בשט"מ, ובחידושי הר"ן, שכתבו דמאי דלא הקשו לרי"ה היינו משום דמיירי שיש עסק שבועה ביניהם, ומבואר מדבריהם דבלא"ה שפיר הוה אמרינן אף מצד מרא קמא דלאו ברי עדיף. וכ"כ בטור סי' רכ"ג דאף מצד מרא קמא אף בברי ושמא אמרינן דעל הלוקח להביא ראיה. ובקה"ס הנ"ל הביא פלוגתא דא דהראב"ד והטור, ע"ש.

וראיתי בשיעורי ר' אלחנן שביאר דהך פלוגתא אי איתא לדינא דרב נחמן אף נגד מ"ק תליא בספק הנ"ל דהקה"ס, דהא כל טעמא דרב נחמן הוא משום

דאוקי ממונא בחזקת מרי, אשר על כן אי הוי חזקת מרא קמא חזקת ממון כתפוס, שפיר אמרינן בזה אוקי ממונא בחזקת מרי, אבל אי הוי חזקה דמעיקרא המכרעת בספק, ולא הוי חזקת ממון, שפיר מהני בזה ברי ושמא אף לרב נחמן.

אכן נראה דלכאורה אין הדברים מוכרחים, דיעויין ברי' בקידושין ה' ב', (סוף דף א': בדברי הר"י) שכתב, וז"ל: ולפיכך אני מסתפק בכל ספק קידושין אי צריכה גט מדאורייתא או לא דאפשר דמדאורייתא שרי משום דאיכא למימר העמד אשה על חזקתה דמאי שנא מכל תיקו דממונא דאמרינן בי' העמד ממון על חזקתו וכו', עכ"ל. הרי מבואר להדיא מדבריו דיסוד חזקת מרא קמא הוא דמעמידין על חזקה הראשונה, כדוגמת חזקה דמעיקרא גבי איסורים, ויקשה לכאורה על המבואר מדברי הר"י הנ"ל בחידושיו בסוגיין דאף בבב"ש מוקמינן ממונא בחזקת מרא קמא, דמוכח דס"ל דחזקת מרא קמא חזקת ממון היא. וכן יקשה כעין זה בדברי הטור, דבסי' רכ"ג הנ"ל מבואר דלא מהני ברי ושמא נגד מ"ק, ובסוסי' ר"מ כתב בשם הרמ"ה, וז"ל: כתב הרמ"ה ז"ל הנ"מ דדיינינן שודא כגון שנתן או מבר לשנים וכו' אבל היכא שהקנה ראובן כל נכסיו לשמעון וחזר שמעון בו ביום והקנה כל נכסיו לראובן ואין אנו יודעים מי הוא האחרון שזוכה בכל הנכסים דלא דיינינן בי' שודא דלא דיינינן שודא אלא היכא וכו' אבל היכא דהספק בין הנותן למקבל וכל אחד ואחד היה מוחזק בנכסים תחילה מוקמינן לנכסי דכל חד וחד ברשותי' דהיינו חזקתו הראשונה וכו', עכ"ל. הרכי מבואר מדבריו דיסוד דינא דמ"ק הוא דמוקמינן אזהרה ראשונה, כלומר דהוי כעין חזקה דמעיקרא, ולא הוי תפיסה וחזקת ממון.

ואשר מוכח לכאורה מזה, דשפיר איכא למימר דמ"ק דין חזקה דמעיקרא הוא ומ"מ אית בי' דינא דרב נחמן דלאו ברי עדיף. והנה אם נימא דיסוד דינא דברי ושמא הוא דמסלק הברי את הספק, כאשר הארכנו לעיל דף צ"ז, וסברת רב נחמן ור' יוחנן היא דכיון חייל דין עליו הראיה אין מתחשבין עם טענתו אם אך לית לי' ראייה, פשיטא לכאורה דלא שייך דבר זה במ"ק אי הוי חזקה דמעיקרא, דהא כל יסוד דחזקה דמעיקרא הוא דבמקום ספק פוסקים כהחזקה, והכא כיון דהברי מסלק את הספק, הרי שוב לא מסתפקינן וממילא לא מוקמינן אחזקה דמעיקרא. אכן אי נימא ע"ד שביארנו לעיל בדעת הרא"ש, דיסוד דינא דברי עדיף הוא דמועיל ברי נגד חזקה, ולעולם אף בברי ושמא איכא ספיקא לכו"ע רק דמהני הברי נגד החזקה כיון דחבירו אינו אלא שמא, ורב נחמן ס"ל דכיון דמ"מ ספיקא איכא איכא שפיר דין עליו הראיה ולא מהני הברי, אי נימא הכי, שפיר איכא למימר דאף דהוי חזקת מ"ק חזקה דמעיקרא כמו באיסורין, מ"מ לא מהני ברי ושמא, דכיון דסו"ס איכא ספק אף לאחר הברי, מחייבת החזקה דמעיקרא דנוקים ממונא אחזקתה הראשונה.

ונראה עוד, דיתכן לומר דבאמת איתנהו לבי' הדינים ומסברא הוי חזקת מ"ק חזקת ממון דהוי כתפוס, וכן הוי חזקה דמעיקרא כבאיסורין, ומצאתי בתשו' כת"ס חיו"ד סי' קמ"ה שכתב כן דתרוייהו איתנהו בי', "דלפי הנראה דחזקת מ"ק הוא כשני חזקות אחד חזקת ממון ואחד דמוקמינן הענין על חזקתו כמו שהיה כן הוא עוד עתה וכמו דסמכינן אחזקה בכל איסורין להקל ולהחמיר וכו'". (ועפ"ז תו ליכא סתירה בדברי הר"י והטור דיתכן דבי' הדינים איתנהו, וכיון דעכ"פ איכא נמי דין תפוס וחזקת ממון שפיר פסקו דלא מהני ברי ושמא לרב נחמן נגד מרא קמא.) ועפ"ז יש לברר דברי תשו' הרשב"א הנ"ל, וכדברים האלה שמעתי מבני הר"י מנחם יחזקאל שליט"א, דהנה מש"כ הרשב"א הנ"ל בתשובה דגבי ספק בכור ליכא חזקת מ"ק נראה ביאורו, דמה שהיה קודם העובר של הישראל אין זה נחשב חזקת הוולד. ונראה דיש לומר להיפך ממה שכתבנו לעיל, דלעולם אין זה אלא באשר נוגע לחזקה דמעיקרא דמרא קמא, דהרי בזה באים לפסוק דין הוולד אי בכור הוא או לא, אשר

לזה בעינן שיהא חזקה להוולד, ומה שהיה העובר שלו בכלל הפרה אין זה חזקת הוולד לגבי בכורה. וכן במחליף פרה בחמור, הרי עיקר הנידון הוא על הוולד, ועל הוולד עצמו מעולם לא היה חזקה אלא על העובר כחלק האם. אכן דין תפוס וחזקת ממון דמרא קמא נראה דשפיר איתא אפי' בכ"ה, דהא לזה לא בעינן חזקה בהוולד, אלא כיון דלמעשה קודם כשהיה עובר היה ברשות המוכר, וולד זה דהרי בא מאותו העובר, הרי ממילא הוי כתפוס גם בו.

ונראה עוד, דהא דתקפו כהן מוציאין מידו תלוי דווקא בחזקה דמעיקרא דמ"ק ולא בחזקת ממון, דבחזקה דמעיקרא כיון דהרי פוסקין כן, שוב לא מהני תפיסה, ואם תקף מוציאין מידו, אכן אם אינו אלא תפיסה, נהי דמצד מצבו עכשיו שזה תפוס בו אמרינן דעל הלה להביא ראייה, מ"מ אם אך תקפו נעשה הוא תפוס ושוב על חבירו להביא ראייה.

אשר לפ"ז יתבאר דברי הרשב"א, דמש"כ דליכא חזקת מ"ק אין כונתו לומר דליכא מ"ק כלל, דודאי אכתי איתא להא דתפוס הוא ועל חבירו להביא ראייה, אלא ר"ל דליתא לחזקה דמעיקרא דמ"ק, וכנ"ל, אשר משו"ה ר"מ דדיינינן שודא כגון שנתן או מבר מידו ודלא כבפטר חמור דאיכא שפיר חזקה דמעיקרא, ובמאי דליכא חזקה דמעיקרא הוי כמחליף פרה בחמור דליכא אלא לתפיסה דמ"ק, כמבואר להדיא מדקדוק לשון הגמ' דלא הקשו אלא דניזיל בתר מרא קמא ולהוי אידך המוציא מחבירו ועליו הראיה, דמשמע להדיא דמצד תפיסה וחובת ראייה הוא דאתינן עלה, כאשר דקדקנו לעיל, ודוק היטב בכל זה.

קלג) תוד"ה הא מני סומכוס היא - וי"ל התם שהמוחזק נמי טוען שמא אין חזקתו מועלת וכו' - ולכאורה צ"ב, דהא כתבו התוס' בדיבור שלפני זה דאי הוי בחזקת המוכר לא בעינן טענת ברי ודווקא לוקח הוא דבעי טענת ברי, והאיך כתבו הכא דבעינן דווקא טענת ברי. וכבר עמד על כך בש"ש ש"ד פ"י, ע"ש שכתב דצ"ל דמש"כ התוס' לעיל דאזלינן בתר חזקת המוכר אף בטענת שמא זה אינו אלא אליבא דרבנן דק"ל כוותייהו, אך לסומכוס לעולם בעינן טענת ברי.

ונראה ביאור הדברים, דהנה יסוד דינא דמ"ק הרי הוי דעל ידי מה שהיה שלו הוי כאילו הוא תפוס עכשיו, ופשוט דזה אינו אלא היכא דאין אחר תפוס עכשיו, דאם אחר תפוס בו פשיטא דאין משמעות לחזקת מ"ק. ויסוד דינא דסומכוס דחלוקה ולא מוקמינן אחזקת מ"ק הוא דבשלמא אי איכא תפיסה עכשיו, לא מהני מאי דשניהם מוחזקין מצד הספק להוציא מתפיסתו, אכן נגד חזקת מ"ק אדרבה אמרינן דכיון דהוי כאילו תרוייהו מוחזקין בו שוב ליכא משמעות לחזקת המ"ק דהא סו"ס למעשה עכשיו אינו תפוס. ורבנן פליגי וס"ל דאף נגד חזקת מ"ק לא מהני השניהם תפוסין דמשום ספק דררא דממונא. אשר לפ"ז, בתוס' לעיל דמיירי לרבנן, אי המוכר תפוס שפיר מהני תפוס דידו מצד מ"ק ולא בעינן לזה טענת ברי, ורק בלוקח דלכל יסוד תפיסה דידי' בעינן טענת לקוח שפיר בעינן לזה טענת ברי. אכן לסומכוס, הרי מאי דהיה שלו לא מעלה ולא מוריד נגד ספק דררא דממונא, וע"כ דכל דין תפוס דידי' הוא מצד תפיסתו עכשיו, אשר לזה בעינן דווקא טענת ברי, ונמצא דלסומכוס ליכא נפ"מ בין מוכר ללוקח בדין זה.

והנה לולא דברי התוס' היה אפשר לכאורה ליישב קושייתם דלא דמי הך דהכא להך דלעיל, דמאי דהכא דאיכא מוחזק מצד הדין תפוס דלא אמרינן דחלוקה י"ל דהוא משום דעל ידי שהאחד מוחזק תו לא חשיב "ממון המוטל בספק" אשר על כן לא חיללא דינא דחלוקה, וזה לא שייך אלא בכגון הך דהכא דהוא מוחזק בעצם הדבר שהספק בו, דהיינו הולד, משא"כ לעיל דאינו אלא מוחזק במעות אבל לא בעצם הדבר שהספק בו, דהרי הספק הוא אי שאולה מתה או שכורה מתה, בזה לא מהני מאי דהוא מוחזק בממון שלא יחשב ממון המוטל בספק, אשר על כן

שפיר אית בזה דינא דיחלוקו. ומדברי התוס' שלא תירצו כן, מבואר לכאורה דס"ל דיסוד מאי דמודה סומכוס היכא דאיכא מוחזק אינו משום דלא חשיב ממון המוטל בספק, דלעולם שפיר הוה חשיב ממון המוטל בספק, רק דאין בכח דינא דממון המוטל בספק חולקין להוציא מן המוחזק, אשר זה שפיר שייד גם במתני' דלעיל, אשר על כן הוצרכו התוס' לחלק בין טענת ברי לבין טענת שמא, וז"פ ומבואר.

קלד) תוד"ה הא מני סומכוס היא- וי"ל דחזקת מ"ק חשיבא טפי- דבריהם צ"ב לכאורה, כאשר הקשה בש"ש ש"ד פרק י"ב, דהא חזקת מעוברת חזקת הגוף היא וחזקת מ"ק לא הוי אלא חזקת דמעיקרא, דהיינו חזקת הדין, ונקטינן בתוס' כתובות ע"ה ע"ב דעדן חזקת הגוף מחזקת הדין. ע"י שיעורי ר' אלחנן ס"י ל"ה שהוכיח מכאן דס"ל להתוס' דחזקת מ"ק חזקת ממון הוא, וכמו שהוכחנו לעיל מדברי התוס' בכמה דוכתי, אשר לפ"ז אתי שפיר, דהא מבואר שם להדיא דנגד חזקת ממון לא מהני חזקת הגוף. (ובאמת י"ל דס"ל להתוס' דאיכא בחזקת מ"ק נמי משום חזקת דמעיקרא, אלא דבה שפיר אמרינן דאלימא חזקת הגוף נגד חזקת דמעיקרא, ולכך לא דיינינן אלא מצד חזקת ממון דחזקת מ"ק). ונייש עוד שיישב בזה גם מה שיש להעיר במאי דאמרו הא מני סומכוס וכו', דמני"ל דפליגי רבנן אסומכוס נגד מ"ק, הרי בכל מקום שנחלקו איכא חזקת ממון ממש. ולהני"ל אתי שפיר (בתוספת ביאור קצת), דמדס"ל לרבנן נגד חזקת ממון לא מהני תפיסה דספק דדררא דממונא, ה"ה והוא הטעם לענין חזקת מ"ק, דאף היא כמין תפיסה היא, ומאי דמוכח מסוגיין דאלימא חזקת ממון ממש מחזקת מ"ק, דהא הקשו מחזקת מ"ק דווקא אחר שאמרו דקיימא באגם וכו', זהו כנ"ל, דעד כמה דאיכא תפוס ממש עכשיו ליכא למימר דחשיבא מ"ק דאילו הוא תפוס עכשיו, דבכה"ג ליכא למימר דבי גזא דבעלים הוא, אכן היכא דליכא חזקת ממון אחרת פשיטא דמהני חזקת מ"ק כמו שאר חזקת ממון, וע"כ דלרבנן אין הדין הכא דיחלוקו. והש"ש שהקשה, מבואר להדיא מדבריו בשמעתתא הני"ל פכ"ד דחזקת מ"ק אינה חזקת ממון אלא דהוי כחוקה דמעיקרא באיסוריין.

וע"ש בש"ש שתירץ לקושייתו, דכיון דחזקת מעוברת איתרעא, דהא ילדה לפניך, וחזקת מ"ק לא איתרע, שפיר אזלנין בתר חזקת מ"ק, דבכה"ג חזקת מ"ק עדיפא.

קלה) תוד"ה הא מני סומכוס היא- ואם היה עם חזקת ממון חזקת מעוברת אפי' סומכוס מודה דהמע"ה כדאשכחן בריש שור שנגח את הפרה וכו'- ובמהרש"ל בחכמת שלמה הקשה מה ראיא איכא מהתם הרי התם לא הוי נגד שום חזקה, ואילו הכא הוי נגד חזקת מרא קמא, וכיון דחזקת מ"ק עדיפא מחזקת הגוף שמא אף בצירוף חזקת ממון נימא הכי. ותמה עליו במהרש"א דהא נגד חזקת ממון לא חשיבא חזקת מ"ק חזקה כלל ע"ש הוכיח כן, אך בקרני ראם שם הוכיח מדברי התוס' סוף המדיר דשפיר איכא חזקת מ"ק אף נגד חזקת ממון, וצ"ב במאי פליגי, דלכאורה מסתברא דאי חזקת מ"ק הוי חזקת ממון וכתפוס בו עכשיו מחמת שהיה שלו, זה אינו אלא היכא דאין אחר תפוס בו עכשיו, אבל אם אחר תפוס בו לא איכפת לן כלל במה שהיה שלו. (ואי הוי כמין חזקה דמעיקרא איכא למימר דנגד חזקת ממון דהשתא דהוא מוחזק בו, איכא חזקת מ"ק דמעיקרא היה ודאי שלו.)

ובביאור דברי התוס' ע"י שם במהרש"ל שפירש מחמת קושייתו דהר"י בתוס' פליגי ארבנו שמואל וס"ל דאף במקום מוחזק ס"ל לסומכוס דבדררא דממונא חולקין, ומאי דמבואר לעיל דהיכא דאיכא מוחזק אף לסומכוס אמרינן דהמע"ה, זהו משום דהתם איכא נמי חזקת מעוברת בהדי" חזקת ממון, ולדידי' ליתא למש"כ התוס' לעיל דמחלקינן בין טענת ברי לבין טענת שמא, דזה אינו אלא לרבנו שמואל דבחזקת ממון ליתא לדסומכוס, לדידי' מוכח מהא דב"ק

דמחלקינן בין הברי לשמא, אכן להר"י החילוק פשוט הוא דהתם ליכא חזקה אחרת בהדי" חזקת ממון. ועפ"ז ביאר המהרש"ל המשך דברי התוס' שהקשו לרבנן דנוקמה בחזקת מעוברת, ע"ש. אכן במהרש"א לא פירש כן וס"ל דלעולם ליכא בתוס' אלא דיעה אחת, דהיינו דעת רבנו שמואל, ובאמת קושיית התוס' מחזקת מעוברת אינה קשורה לתחילת דברי התוס', כדמבואר בדברי התוס' ב"ק מ"ו ע"ב.

והנה איך שיהיה, דברי רבינו שמואל צ"ב, כאשר הקשה עליו הר"י. אך ע"י שיעורי רבינו חיים הלוי שיישב שיטת רבינו שמואל, ויסוד דבריו בקצרה, דמאי דמודה סומכוס דהיכא דאיכא מוחזק לא אמרינן בספק דדררא דממונא דיחלוקו, זהו דווקא במוחזק במציאות אשר הוא מוחזק ממש, אבל בכגון חזקת מרא קמא אף דחשיב כחזקת ממון, מ"מ אינו כתפיסה ממש, דבתפיסה ממש הוי תפוס במציאות, ואילו מצד חזקת מ"ק לא הוי תפוס ממש אלא דדין תפוס לו משום שהיה שלו דעל ידי כך חשיב שהוא ברשותו. ומאחר דאינו תפוס ממש ס"ל לסומכוס דאמרינן דאדרבה, נימא דהספק נתן לכל אחד מהם זכות בחציו ועל ידי כך חשיב כתפוסין כל אחד בחצי. והנה היכא דאמרינן דלא מהניא תפיסה אחר שנולד הספק, מ"מ פשוט דכל זה לענין שיחשב התפוס כמוחזק, אבל הא מיהא פשיטא דהשני כבר אינו תפוס ממש בו ולא חשיב מוחזק אלא משום שהוא שלו, וכעין חזקת מרא קמא. אשר לפ"ז אתי שפיר קושיית הר"י, דהא מוקמינן התם בב"ק להך מתני' דמיירי דתפוס, וא"כ מאי דחשיב מוחזק בממון אינו אלא תפוס כגון על ידי חזקת מ"ק, אשר בזה שפיר ס"ל לסומכוס דבספיק דדררא דממונא אמרינן דיחלוקו, ע"ש כל דבריו.

קלו) הא מני סומכוס היא- כתב הרמב"ם פ"כ מהל' מכירה הי"א, וז"ל: זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע ואינה ברשות אחד מהן יחלוקו וכו', וכבר תמה במ"מ דהרי אמרו להדיא דזהו לסומכוס, אבל לרבנן הדין הוא דהמע"ה, והרמב"ם הרי פסק בפ"ט מהל' נז"מ כרבנן דהמע"ה, וכן הקשה הטור ס"י רכ"ג דהא ק"ל כרבנן. וכתב הגר"א (ח"ו"מ קכ"ג סק"א) בביאור דברי הרמב"ם דלעולם פסק כסומכוס אלא דלא אמר סומכוס יחלוקו אלא בשמא ושמא ובעומדת באגם, וכל מקום שפסק דהמע"ה חסר אחד מהתנאים האלו. אכן דברי לכאורה צ"ב, דהא מבואר להדיא בפיה"מ להרמב"ם בין בשור שנגח את הפרה בין במכילתין במתני' דשאוולה ושכורה דמתני' אלו כסומכוס ואנן ק"ל כרבנן דהמע"ה.

אכן ע"י שם בביאור הגר"א סק"ז שפי' דברי הרמב"ם באופן אחר, והוא כדברי הב"ח שם, דלמאי דהקשו בגמ' וליחזי ברשותא דמאן קיימא ותיירצו דקיימא באגם וכו', ר"ל דאז יהיה דינא דהמע"ה לכו"ע, בין לרבנן בין לסומכוס, דמיירי בברי וברי כפשטא דמתני', ולפ"ז ע"כ דמאי דפליגי אינו אלא נגד מ"ק, ובשמא ושמא, דק"ל בזה כרבא, אבל למאי דמסקינן דמני סומכוס היא, הדין למימר דלא פליגי אלא בשמא ושמא דהא דווקא בכה"ג הוא דאמר סומכוס דיחלוקו, ולעולם מיירי דקיימא ברשות אחד מהם, (והוא ע"ד שכתבו הראשונים דגרסינן אלא מני מתני' סומכוס, או דאפי' לא גרסינן לה הוי כאילו אמרו אלא, ע"י חידושי הר"ן וחידושי הרשב"א). אשר לפ"ז לא יקשו קושיית התוס' מהני דוכתי דאמרינן בהו דיחלוקו, דבשמא ושמא וקיימא באגם אף לרבנן אמרינן דיחלוקו, ולא נחלקו אלא היכא דקיימא ברשות אחד מהם, אשר זהו דפסק הרמב"ם דיחלוקו. (וגם מבואר מדברי הגר"א דאילו הוה מיירי בברי וברי שפיר הוה אמרי רבנן דהמע"ה חזקת מ"ק ולא הוה אמרי יחלוקו, דבכה"ג דהמ"ק טוען ברי חשיב שפיר כתפוס עכשיו, והוה כמו קיימא ברשותא דחד, ודווקא בשמא ושמא הוא דלא חשיב על ידי חזקת מ"ק כתפוס בו כיון שהרי טוען שמא, משא"כ אי הוה ברשות לוקח כיון דהוה כתפוס ממש שפיר הוה אמרינן דאין מוציאין מידו לומר דיחלוקו אף דטוען

שמה, כיון דהוא תפוס בו במציאות (וזה לכאורה דלא כמש"כ התוס'). ואף בזה אכתי צ"ב אמאי אמרו דמתני' סומכוס ומיירי אפי' ברשות אחד מהם, נימא דמיירי באגם ובסמטא ובשמא ושמה (דבין כה בהכי מיירי לרבא דק"ל כוותי') ואתיא מתני' שפיר אפי' לרבנן. והאמת דאף הגר"א בסוף דבריו הוקשה לו כן ממאי דאמרין בע"ב אסיפא דמתני' דזה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע מני סומכות היא, דנימא דקיימא באגם ואתי אפי' כרבנן, וכתב דהיינו משום דפשטא דמתני' היא דקיימא ברשות אחד מהם ולא באגם, וא"כ אתי שפיר מאי דאמרין דמתני' סומכוס ולא רבנן, אלא דצ"ב קצת אמאי לא הוקשה להגר"א כך אלא מסוגי דע"ב ולא מעצם סוגי דידן. ועי' ש"ש ש"ד פ"ב מש"כ בביאור דברי הרמב"ם. (ולדבריו יש לפרש מאי דנאדו התוס' מפירושו משום דס"ל בכמה דוכתי דלא אמרין הרי חסר לפניך אלא דחסר ואתאי, מה דלא שייך גבי לידה, ודוק.)

ובשיעורי רבנו חיים הלוי (וכן איתא כעין זה באבן האזל, ע"ש) כתב לבאר דברי הרמב"ם באופן אחר, ונראה ביאור דבריו, דס"ל להרמב"ם דיסוד דינא דמרא קמא הוא דהוי חזקת ממון וכאילו עכשיו תפוס בו, אשר זהו לשון הרמב"ם שכתב "הרי הן בחזקת המוכר", ר"ל, דהם עכשיו בחזקת המוכר על ידי חזקת מ"ק. ועפ"ז ס"ל דלא חשיבא חזקת מ"ק חזקת ממון אלא היכא דשייך לומר דעל ידי שהדבר שלו חשיב עכשיו ברשותו. והנה מדס"ל לרב ושמאל בכתובות פ"ד דכשמונח הירושה בסמטא לא מהני תפיסה על ידי אחרים אך כשמונח ברה"ר מהני תפיסה, ופי' רש"י דהיינו משום דכשמונח בסמטא הוי ברשותו, מבואר דבסמטא חשיב שפיר ברשותו משא"כ ברה"ר. ואף ר"י ור"ל דפליגי התם וס"ל דאף בסמטא מהני תפיסה, אין זה משום דפליגי איסוד זה לחלק בין סמטא לבין רה"ר, אלא כדמבואר בירושלמי דאף כשהוא ברשותם ממש מהני תפיסה כל כמה שלא זכו בה, ע"ש בדבריו. אשר לפ"ז אתיין שפיר דברי הרמב"ם, דמאי דמבואר מדבריו בהלכה י' דבשמא ושמה הדין הוא דהממע"ה, היינו משום דמבואר להדיא שם דמיירי בסמטא או בצדי רה"ר דחשיב שפיר ברשותו על כן שפיר איכא חזקת ממון ונקטינן דהממע"ה. אכן בהל' י"א שינה הרמב"ם לשונו וכתב דמיירי היכא דאינה ברשות אחד מהם, כלומר, במקום שאינו יכול ליחשב כברשותו, דהיינו רה"ר, אשר בזה תוה ליתא לחזקת ממון דמ"ק ומצד חזקה על מה שהיה גרידא שפיר איתא לקושיית התוס' דניזיל נמי בתר חזקת מעוברת, ולהכי אף לרבנן דינא הוא דחילוקו, עכתי' ד, ע"ש.

קלו) מודה סומכוס היכא דאיכא שבועה דאורייתא- עי' ריטב"א החדשים, דע"כ כיון דצריך ליטע זוכה על ידי שבועתו בהכל ותו לא אמרין דחילוקו, משום דשוב אין החלוקה שוה דזה זוכה בחצי בלא שבועה וזה דווקא על ידי שבועה. וברמב"ן במלחמות ריש ב"מ הוסיף עוד, דהאמינה תורה את המודה במקצת על ידי שבועתו ליפטר, ולהכי נוטל המוכר הכל, כלומר, פטור. והדברים לכאורה עדיין טעונים ביאור, דמה שהאמינה התורה מודה במקצת על ידי שבועתו ליפטר לכאורה אינו אלא באשר נוגע למה שהוא מודה במקצת, כלומר, לסלק הדררא דמודה במקצת, אכן לגבי הספק דדררא דממונא דלא שייכא לגבי הך שבועה, עדיין היה לנו לומר לסומכוס דחילוקו.

ועי' ארי"ש פ"א מהל' טו"י הי"ב שכתב בביאורא דהך מילתא "דכיון דאיכא דררא דממונא היינו שהספק לפנינו לא נאמין לא לדברי התובע ולא לדברי הנתבע וב"ד פוסקין דחילוקו אבל היכא דמחוייב שבועה הלא אף שתאמר הממע"ה ג"כ צריך הנתבע ליטע וכי לא רוצה ליטע משלם וא"כ איך יאמרו דחילוקו כיון דלא נטע וכיון דמשתבע איך נאמר דהוא חשוד כיון דהתורה האמינתו וע"כ מהימן דלא נהימני לחצאיין", ע"ש שהביא כן בשם הראב"ד בשט"מ. וביאור דבריו לכאורה, דהיינו מאי דאמרין לסומכוס בספק דדררא דממונא דחילוקו הוא משום דהספק

מחייב שנאמר יחלוקו ולא יהיו בעלי הדבר נאמנים בטענותיהם, אבל היכא דנשבע המודה במקצת וע"כ דאית ליה נאמנות בטענתו, דאי לאו הכי הרי היה חייב לשלם, שוב ליכא למימר דחילוקו, דאין מאמנים לו לחצאיין, וטענת חבירו הרי לית ליה נאמנות, אשר על כן נאמן הוא לגמרי ולית בזה דינא דחילוקו. כן נראה בביאור דברי הרמב"ן ע"פ דברי האו"ש, אכן מדברי הריטב"א משמע קצת באופן אחר, דאינו בדין שיזכה זה בחצי על ידי שבועה וזה בחצי בלא שבועה. ונראה לכאורה בביאור דברי הריטב"א, דיסוד חיוב השבועה הוא בעצם חיוב תשלומין רק שיכול ליפטר על ידי שבועה, וא"כ אין זו חלוקה שוה שזה באמת חייב אם לא נשבע וזה זוכה אף בלא שבועה.

וברש"י כתב דמיירי למ"ד טענו חטים והודה בשעורים חייב, וקטע ידו דלא הוי הילך, ולמ"ד נשבעין על העבדים. וכבר תמחו בהגהות הגר"א ובמהר"ם אמאי פירש רש"י סוגיין כרב ששת דאין המסקנה כוותי', אלא מיירי בעבד וכסותו. ובמהר"ם פי' דהיינו משום דע"כ קושיית הגמ' על רבה בר רב הונא ליתא אלא לפום אוקימתא דרב ששת, דאילו בעבד וכסותו וכו' דהוי על הכסות מב"מ ממש ונשבע על העבד בגלגול, לא היה סומכוס אומר בזה דחילוקו, להכי פירש רש"י גם תי' הגמ' אליבא דרב ששת. וסברתו לכאורה, דבהני אוקימתות עיקר השבועה היא שבועת מודה במקצת אשר אינה שייכת כלל למאי דהוה בעי לסומכוס למימר דחילוקו, ובהי' מאחר דנשבע פשוט דלא יהיה בזה דינא דחילוקו, משא"כ בהך אוקימתא דרב ששת אף דס"ל דטענו בחטין והודה בשעורים חייב שבועת מודה במקצת, מ"מ הרי עיקר הנידון בזה הוא על העבד קטן והעבד גדול אשר בזה שפיר מקשינן דלסומכוס יהיה הדין דחילוקו, ועדיין צ"ע בזה.

ובאו"ש הנ"ל תירץ ע"פ דרכו, וע"פ מה שהוסיף דליתא לשבועת גלגול אלא היכא דתובע התובע שבועת גלגול, אבל באינו תובע לא, ע"ש שהאריך בזה. ועפ"ז ביאר דברי רש"י, דבהני אוקימתות לבר מאוקימתא דרב ששת לא הוה מודה סומכוס, דמאחר דאין השבועה אלא על ידי גלגול, יאמר התובע למוכר שאינו רוצה לתובעו שבועת גלגול ושוב יהא דינא דחילוקו לסומכוס, ולא מודה סומכוס אלא להך אוקימתא דרב ששת דאין השבועה שבועת גלגול, בזה שפיר אמרין דמאחר דנשבע הרי הוא נאמן נגד חבירו, ע"ש כל דבריו.

אכן בקצוה"ח סי' צ"ד סק"ב ביאר דברי רש"י ע"פ דברי הרמב"ן הנ"ל, ע"ש שכתב דאף דשבועת התורה ליכא באינו יודע, בשבועת גלגול ליכא דין משאילימ, ונשבע שכדבריו כן הוא שאינו יודע (כ"כ הטי"ז, ע"ש בקצוה"ח שהאריך בזה). אשר לפ"ז י"ל דלרב אושעיא דאין עיקר השבועה אלא על העבדים אלא ידי שזוקקין, לא יודה בזה סומכוס, דהא סגי בזה שישבע המוכר שאינו יודע, וכיון דעל טענתו ברי ליכא שבועת התורה לא היה מודה סומכוס בזה, דהא לא האמינתו תורה בזה, להכי הוצרך רש"י לפרש דמיירי לרב ששת דחייב שבועת התורה בטענת ברי, ע"ש.

קלח) ועוד הילך הוא- מכאן קשה לכאורה אהני ראשונים דס"ל דגבי פקדון לא חשיב הילך אלא היכא דמוסר מיד ליד, (עי' שט"מ לעיל דף צ"ח ע"ב בשם הראב"ד, וכ"כ במ"מ פכ"ג מהל' טו"י וספ"ו מהל' שאלה ופקדון דמשמע מסתימת לשון הרמב"ם), דלדידהו הוה מצי למימר דמיירי שפיר היכא דאינו מוסר מיד ליד דלא הוי הילך. וראיתי שכבר עמד בזה בקה"י למכילתין סי' נ', ע"ש שביאר ד"ז ע"פ המבואר בדברי הראב"ד בשט"מ הנ"ל בויכוחו עם בעל המאור, ע"ש שכתב בטעם דמודה בפקדון לא הוי הילך כשאינו נותנו עכשיו, וז"ל: וגם הכא לענין מודה במקצת כי קאי באגם אמאי חשבינן ליה כמאן דתפיס ליה והא אפשר דמיגניב מהתם או מת ביד השומר עד דלא אתי לידו, עכ"ל. ועפ"ז כתב בקה"י דאין זה שייך אלא היכא דהוא שומר על הדבר והדבר נמצא באחריותו, דבהיותו שומר כל זמן שלא נתנו לו הרי הוא עדיין באחריותו ולא חשיב הילך, אבל בדבר

כתב בכללי תפיסה, סיי כ"ה אות ז' כדברי הקצוה"ח
דלא חשיב דררא דממונא כי אם היכא דאיכא עדים,
וכבר העירו על כך, וכ"כ הנתיה"מ גם בסיי רכ"ג
סק"א, ע"ש, וצ"ע.

ק' ע"ב

קמב) בדלייפו- עיי נ"י שכתב דלהכי לא הוי הילך
ד"כיון שאין הבגד שתובע לו מסויים אלא יתן לו ג'
אמות מהבגד ממקום שירצה א"כ הרי הוא מחוייב
שבועה על הבגד וכ"ו. ועיי קצוה"ח סיי פ"ז סק"ב
שלמד מזה שאם אחד תובע לחבירו מכרת או נתת לי
מאוצר זה שני סאין חטין וזה אומר סאה א', אע"ג
דהו"ל כמופקדון אצלו מ"מ כיון דלא הוי מסויים אין
זה הילך, ע"ש כל דבריו.

וע"ש בקצוה"ח שהקשה על דברי הנ"י מהא דלעיל דף
ד' ע"א דחשבינן לשנים אוזוזין בטלית הילך אע"ג
דאין ההודאה בחצי מסויים מהטלית, דהא אמרו
לעיל דף ז' מאי חזית דפלטת הכי פלוג הכי. וכתב
לתרץ, דיש לחלק, דהתם מאחר שאין הבחירה ביד
המודה לתת לחבירו איזה חלק שרוצה אלא ב"ד הם
הקובעים, שפיר חשיב הילך, משא"כ הכא דהמודה
אית ל"י בחירה לתת איזה שירצה, לא חשיבא
הודאתו הילך כיון דאכתי תלוי בו. וביאורא דהך
מילתא, דלא חשיב הילך אלא היכא דעל ידי הודאתו
נגמר הכל מצדו ושוב אינו תלוי בו כלל, אבל היכא
דאף אחר הודאתו תלוי בו לבחור איזה חלק יתן לא
חשיבא הודאתו הילך, וזה פשוט ומבואר.

קמג) ושמואל אמר בטוענו כסות עבד גדול כסות
עבד קטן- עיי חידושי הריטב"א החדשים דמאי דנאיד
שמואל מאוקימתא דדמי עבד היינו משום דעבד
משמע עבד גופי ולא דמיו, וכסות חשיבא ל"י כעבד
מאחר דהוא טפל לעבד. ור' אושיעא פריך ל"י אף על
זה דסו"ס לא קתני כסות אלא עצם העבד עצמו, ע"ש.

קמד) בטוענו עבד בכסותו- וחייב שבועה על
הכסות משום מודה במקצת ונשבע על העבד מדין
גלגול. ולפי זה מאי דמשלם היכא דהלוקח ברי
והמוכר שמא לרב נחמן דלא אמרינן ברי ושמא ברי
עדיף להוציא, ע"כ דהיינו משום דכיון שאמר איני
יודע אינו יכול לישבע ומתוך שאינו יכול לישבע
משלם. ומוכח מכאן לפ"ז דאף בשבועת גלגול אמרינן
מתוך שאינו יכול לישבע משלם, וקשיא לדעת הראב"ד
והרא"ש הנ"ל דס"ל דליכא דין מתוך בשבועת גלגול.
עיי חידושי הריטב"א שעמד בזה וכתב בתירוצו
הראשון דמאי דלעיל בשואל את הפרה הוא דלא
אמרינן מתוך כיון דלא באה השבועה אלא על ידי
גלגול שמא, אבל הכא באה השבועה על ידי גלגול
בטענת ברי, שפיר אמרינן בזה דמתוך שאינו יכול
לישבע משלם. וצ"ל בכונתו, דדווקא בתביעת גלגול
שבטענת ברי הוא דיש בתביעתו כח לפעול בכלל חיוב
השבועה חיוב ממון, משא"כ היכא דאינו מגלגל אלא
על ידי טענת שמא, נהי דמחייבתו לישבע, מ"מ מאחר
שהוא עצמו אינו יודע אין בכחו לחייב חבירו על ידי
תביעתו ממון.

ועוד כתב הריטב"א דלרב נחמן מוקי מתניי בדמי עבד
או בכסות עבד וכאוקימתא דרב ושמואל, ולית ל"י
פירכא דר' אושיעא.

ועיי לעיל אות ע"ב שהבאנו דברי הדרושה סיי רכ"ג
שכתב ליישב סתירת דברי הטור דאף דבעלמא לא
אמרינן מתוך בשבועת גלגול, מ"מ כעבד וכסותו דהוי
חדא מילתא שפיר אמרינן מתוך, ע"ש מה שכתבנו
ביאור הדבר, ולדבריו ליכא קושיא כלל מהכא להאי
ראשונים דס"ל דשבועת גלגול לא אמרינן מתוך
שאינו יכול לישבע משלם.

ועיי בעל המאור שכתב דבאמת באומר איני יודע אין
המוכר יכול ליטול אלא הכסות ולא העבד מהאי

שאינו שומר עליו הרי אין כאן תביעה להחזיר ולא
לשמור אלא תביעה שיודה, ומאחר שמודה שוב
ממילא נסתלק מן הדבר וחשיב שפיר על ידי כך הילך.
(וע"ש שהביא מדברי המח"א הלכות שומרים י" י"א
בשם רבנו ירוחם דבאמת נחלקו הראשונים אם
המוכר חפץ לחבירו בקנין והחפץ עדיין ברשות המוכר
חשוב כשומר חנם, כשומר שכר, או שאינו שומר כלל,
ואי נימא דלא חשיב שומר כלל שפיר איכא למימר
כנ"ל דאף לשיטת הרמב"ם והראב"ד חשיב בסוגיין
הילך, וכמשנ"ת.)

עוד צידד שם בקה"י ד"ל דס"ל להרמב"ם דכל מוכר
הוא באמת שומר חנם על הדבר המכור, ולכך אין
בהודאתו משום הילך, וכתב דעל כן פסק הרמב"ם
בפ"כ מהל' מכירה ה"י דבמודה בפרה וכופר בולד
חייב שבועה מן התורה ולא חשיב הילך. והא דהקשו
בסוגיין דעבד הוי הילך, היינו משום דעבדים נתמעטו
מדין שמירה, וממילא שפיר הוי הילך. וכי תימא דהא
בסוגיין קיימינן כר"מ דס"ל דנשבעין על העבדים
וא"כ לדידי לא נתמעטו מדין שמירה והאיך הוי
הילך, ת"י בקה"י בב' אופנים, הא', דהא מיירי
בשפחה גדולה, שהרי כבר ילדה, ובשפחה גדולה ודאי
דאינו מקבל על עצמו לשמור כיון דקשה לשומרו ועבד
גם על עצמו אינו שומר, והב', דמאחר דיד עבד כיד
רבו חשיב שהעבד מוחזר לו כבר, וכמו דקרקע חשיב
הילך לעיל דף ה' ע"ב. וכתב דלפ"ז מאי דמוקמינן
בדקטעה ידה אינו אלא בשפחה ולא בבהמה,
דבבהמה בלאו הכי לא הוי הילך כיון דהוי שומר עליו.
ויישב בזה הא דהשמיט הרמב"ם הנ"ל הא דבעבד
מיירי בדקטעה ידה, דלא הוצרכו לכך אלא אליבא
דר"מ דס"ל דנשבעין על העבדים, אבל להלכה דפסק
הרמב"ם דאין נשבעין על העבדים הרי לא בעינן לזה
כלל דבכל מקרה ליכא בזה שבועה דאורייתא, וליכא
שבועה דאורייתא אלא גבי בהמה, ובבהמה בכל
מקרה לא הוי הילך משום דהוי שומר עליו, וכנ"ל.

קלט) תוד"ה דמי עבד גדול- אלא נראה לר"י
דמיירי שמכר לו עבד ונתן לו דמים ולא כתב עדיין
השטר ואיירי במקום שכותבין השטר- עיי חידושי
רבנו מאיר שמחה מה שכתב בזה.

קמ) תוד"ה דמי עבד גדול- וא"ת והיכי קאמר
סומכוס יחלוקו והא ליכא דררא דממונא וכו'- צ"ב
לכאורה אמאי לא העמידו התוס' קושי' זו אמאי
דאמרו בגמ' הא מני סומכוס, דמבואר בסוגיין דהיינו
טעמא דעבד גדול ועבד קטן וזה אומר איני יודע וזה
אומר איני יודע דחולקין, דלכאורה אף בלא מאי
דאמרו דמיירי בדמי עבד גדול ליכא דררא דממונא.
ומדברי התוס' מדוייק קצת גם דלא הוקשה להם
קושי' זו אלא במאי דפירשו דמי עבד דלא כפי' רש"י,
אבל לדעת רש"י משמע לכאורה דלא יקשה קושי' זו,
וצ"ב טעם הדבר.

קמא) תוד"ה דמי עבד גדול- וי"ל דמיירי כגון
ש"ל המוכר בפני עדים עבד גדול אמכור לך בכ"ה
דינרים ועבד קטן בעשרים דינרים ולא ידעין מה
קיבל מלוקח- משי"כ התוס' דאמר לו כן בפני עדים,
עיי קצוה"ח סיי פ"ח סק"ח דהיינו משום דאי לאו הכי
לא חשיב דררא דממונא, דלא הוי ספק אלא לפי
טענותיהם, דסומכוס לא אמר אלא היכא דהוי ספק
לבי"ד בלא טענותיהם על ידי עדים, והוא דלא כדברי
הש"ך שם. ומבוארת דעת הקצוה"ח דבכדי שיחשב
דררא דממונא בעינן שיהא ספק לבי"ד בלא כל
התערבות בעלי הדינים כלל. אכן בנתיה"מ שם סק"ג
כתב דאף היכא דליכא עדים, מ"מ כיון ששניהם
מודים הרדפה משני שוורים (והנידון הוא על
הנגיחה) מייחב דררא דממונא וספק לבי"ד בלא
טענותיהם על איזה מהם נגח. ולדידי מתפרש הא
דררא דממונא הוי ספק לבי"ד בלא טענותיהם דר"ל
בלא טענותיהם על עצם החיוב או הפטור. והקצוה"ח
במשווב נתיבות שם הקשה על דבריו מדברי התוס'
דמבואר להדיא דבעינן דווקא שיהיו עדים. ועיי
חידושי הרשב"א ב"ק ל"ה ע"ב שהעמיד סוגי' דהתם
דמיירי בלא עדים, ומ"מ חשיב ל"י התם דררא
דממונא. ויש לתמוה על דברי הנתיה"מ, דהוא עצמו

טעמא דבגלגול שבועה לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם.

קמה) תוד"ה כסות מה שטענו לא הודה לו-
בשלמא שדה שלוקח אומר מכרת לי מי עומרים ומוכר אומר כי דהיינו עומרי גדולה וקטנה הוי שפיר מה שטענו הודה לו אבל כסות ששואל סרבול גדול ומודה לו סרבול קטן אינו מודה לו כלל מה שטענו- ביאור דבריהם, דמה שאומר גדולה או קטנה אינו אלא להגדיר ולהמשיל כמות העומרים, אבל עצם הטו"נ הוא על סכום העומרים אשר חשוב דבר זה שפיר הודאה ממין הטענה, וכן מבואר בתוס' הרא"ש ובחידושי הריטב"א החדשים. וכונת שדה גדולה או קטנה הוא משום דעל ידי שמכר לו שדה גדולה הוא דאיכא יותר עומרים ואי מכר לו שדה קטנה איכא פחות עומרים, וכן מבואר להדיא בדברי הריטב"א, ע"ש.

אכן יעויין תוס' רבנו פרץ שכתב, וז"ל: דבשלמא משדה מצי למימר כדקאמר עומד בשדה גדול דאורחא דמלתא הוא שהיה לו שדה גדולה ואמר לו המוכר ומודה זה שמכרתי לך עומרים שלה קטנים והלוקח אומר שמכר לו מאותה שדה עומרי שדה גדולים אבל כסות משמע שמכרן כשהיה עשוי כבר ולא כדלייפי ולהכי פריך דכסות הוי כמו טענו חוטינן והודה לו בשעורים, עכ"ל. ומבואר מדברי שפירש באופן אחר, דלעולם אין הנידון על כמות העומרים גרידא כמו שכתבו התוס' ודעמי, אלא הנידון הוא על גודל העומרים שמכר לו אי היו עומרים גדולים או עומרים קטנים, ולא חשיב טענו חטים והודה לו בשעורים משום דהנידון הוא על אותה השדה דבעומרי אותה השדה עצמו הוא שדנים אי היו עומרים גדולים או עומרים קטנים, ובהכי חשיב הודאה ממין הטענה.

והנה ז"ל הריטב"א (החדשים) בסוגיין: ופרקינן בדילפי שתובע לו ג' אמות של בגד הראויין לעבד גדול והלה אומר לא היואלא שנים כדי הראוי לעבד קטן דהשתא ה"ל מודה במקצת גמור וכאומר יש לי בידך מנה של מלוה והלה אומר אינם אלא נ' של נוקין דמלוה ונוקין אין התביעה תלויה בהם אלא להראות מקום בעלמא וכל שאין עיקר ההודאה והטענה תלוי בו אלא שבה להראות מקום אינו מעכב כלום בדין מודה במקצת והא דאמרינן עמרי שדה גדולה ועמרי שדה קטנה מהאי טעמא נמי חשיבין ליה מודה במקצת גמור שאין הקפידא בכפירה וטענה זו על השדה אלא על ריבוי העמרים מיעוטן ולסיים מקום או להזכירו והלה טוען שלא היה לו לתת מעמריה אלא שיעור עמרי דשה קטן וכן פירשו התוס' וכו', עכ"ל. וביאור מאי שדימה נידון דידן למלוה ופקדון, דאף דתובעו עומרים על שדה גדולה ומודה בעומרים של שדה קטנה דמצד הגורם הם באמת ב' דברים, מ"מ מאחר דבעצם הטענה וההודאה לא הוי אלא על סכום עומרים, שפיר חשיב מודה במקצת הטענה, וכמו גבי מלוה ופקדון. ובמלוה ופקדון באמת נחלקו בזה הרמב"ם והראב"ד אי חשיב בכה"ג הודאה ממין הטענה וחשיב מודה במקצת, עי' רמב"ם פ"ג מהל' טו"נ הי"ד שכתב, וז"ל: מנה יש לי אצלך הלואה לא היו דברים מעולם ולא לוייתי ממך מעולם אבל חמשים דינא יש לך בידי פקדון או משום נזק וכיוצא בו הורו רבותי שזה מודה במקצת וישבע שהרי טענו שהוא חייב לו מנה והודה שהוא חייב לו חמשים ומה לי נתחייב לו משום הלואה או משום פקדון או משום נזק וזה דעתי נוטה, עכ"ל. אכן הראב"ד השיגו, וז"ל: א"א ואני מורה ובא שאם טענו מנה מלוה ומה פקדון והודה באחד וכפר באחד אין זה מודה במקצת הטענה שהלואה ופקדון שתי טענות הן ויש בידי ראיה על זה וה"ה שאין בזה מקצת הודאה, עכ"ל. ויסוד פלוגתתם, מה מוגדר כהטענה, דהרמב"ם ס"ל דכל מה שטוען אינו בכלל הטענה, רק מה שלמעשה תובע שחייב לו, על כן שפיר ס"ל דכיון דסו"ס זה אומר דחייב לו מנה וזה מודה שחייב לו חמשים לא איכפת לן מאיזה טעם. והראב"ד ס"ל דהטענה הוא טענת זכותו בהממון, זאת אומרת הסיבה שהממון שלו, על

כן שפיר ס"ל דאם זה טוען הלואה וזה טוען פקדון אין ההודאה ממין הטענה.

ועי' לעיל דף צ"ח ע"ב אות צ' שהבאנו דמדברי הראב"ד שהביאו שם הרא"ש ושאי"ר מבואר דשאלה ושכירות חשיב ב' דברים ולא חשיב מודה במקצת, והוא כשיטתו בהל' טו"נ, ע"ש שהארכנו בקושיות הרמב"ן עליו ובביאור שיטתו.

ואפשר דמאי דנאיד רבנו פרץ מפירושם של התוס' והריטב"א ודעמי הוא מהאי טעמא, דס"ל כדעת הראב"ד דהלואה ופקדון או שאלה ושכירות חשיב חטין ושעורין ולא חשיב בכה"ג מודה במקצת, אשר על כן הוצרך לפרש דמיירי באותה השדה דווקא והוי הטוען ונטען איזה גודל עומרים באותה השדה מכר לו, ובכה"ג חשיב שפיר מודה במקצת **הטענה**, ומאידך גיסא, לדעת הרמב"ם והריטב"א ודעמי יתכן דלא חשיב בכה"ג מודה במקצת, דלדידהו הדבר תלוי במה שיוצא למעשה מטענתו, ואי מיירי בגודל העומרים הרי תרי מילי נינהו והוי כחטין ושעורין, אשר על כן פירשו דמיירי בכמות העומרים ולא בגדלם, ועדיין צ"ע בזה.

קמו) תוד"ה רבי מאיר היא דאמר עבד הרי הוא כמטלטלין- ומיהו לענין קנין כסף לא הוו עבדים כמטלטלין לר"מ אלא ניקנין בכסף מדנקיט גבי פרה מחליף לפי שאין נקנית בכסף ובגי שפחה המוכר במתני' ובברייתא בסמוך- ביאור דבריהם, דלענין שבועה וגזילה נלמד מריבוי ומיעוטי דכל מה שגופו ממון ודלא כשטר אית ביה דין גזילה ושבועה, אבל לענין קנין כסף תלוי הדבר במציאות אי יש לו דין קרקע או דין מטלטלין, ובה ודאי דעבד כמקרקעי, רק דלענין גזילה ושבועה לא בעינן אלא מידי דלא הוי כשטר.

אכן יעויין דברי התוס' בב"ק דף צ"ו ע"ב ד"ה המחליף, וז"ל בא"ד: דאורחא דמילתא נקט שדרך להחליף פרה בחמור ולמוכר שפחה בדמים אבל אין לפרש דלא מצי למינקט המוכר פרה וילדה לפי שאין פרה נקנית כסף אלא במשיכה ובשעת משיכה רואה אם ילדה אם לאו אבל שפחה ניקנית בכסף דעבדי הוקשו לקרקעות דהא ר"מ קתני לה ור"מ לא מקיש וכו', עכ"ל. ומבואר מדבריהם דלא כדברי התוס' דידן, ולדידהו לא מהני קנין כסף לר"מ מהאי טעמא דעבדא הוה כמטלטלין. ואף דהא מיהא פשיטא דקרקע נקנית בכסף כדתנן להדיא במתני', צ"ל לכאורה דשאני בזה עבד מקרקע לר"מ דאף דקרקע נקנית בכסף מ"מ עבדא כמטלטלין דמי ואינו נקנה בכסף, ואף דאמרינן הכא דלר"מ גם קרקע אית ביה דין שבועה ולא נתמעטו אלא שטרות, אין זה אלא מטעם דלענין שבועה מקיש ר"מ קרקעות לעבדים ואמרינן דדווקא שטרות נתמעטו, אבל בעצם הוי עבד כמטלטלין ולא קרקע. ונמצא דלשיטת התוס' בסוגיין מאי דקאמר עבדא כמטלטלי ר"ל דלא בעינן אלא שלא תהא כשטרות, ואילו לדברי התוס' בב"ק מאי דקאמר עבדא כמטלטלי ר"ל דהוה ממש כמטלטלי.

והנה יעויין שו"ת הגרע"א מהד"ק סי' קל"ד שדייק ממאי דכתבו התוס' דה"ט דעבדים נקנין בכסף משום דלענין זה הויין כקרקעות ולא כתבו דהיינו משום דאף דכמטלטלין הם מ"מ לא שייך בהו גזירה דשמא יאמר נשרפו חטיך בעלייה דהא העבד אית ליה דעת לברוח, דאפילו היכא דלא שייך חששא דשמא נשרפו חטיך בעליה תיקנו דאין מעות קונות, וכדברי הש"ך בחו"מ סי' צ"ח סק"ט, ע"ש כל דברי הגרע"א.

קמו) תוד"ה ואמר ר' יוסי בר' חנינא בענבים וכו'-
ואע"ג דפליגי הכא לענין שבת מודו כולי עלמא דלאו כבצורות דמיין והתולש חייב ולענין ב"ח וכו'- משי"ח התוס' לחלק בין שבת דלכו"ע לאו כבצורות לבין שבועה דנחלקו רבנן ור"מ, החילוק פשוט, ראשית, כמשי"ח התוס' בשבועות מ"ג ע"א ד"ה כבצורות דמיין, דילפינן מקצירת סממנין שהיתה לאחר שעומדין ליקצר, וגדר הדבר, דלענין שבת אין הדבר תלוי בשם קרקע או מטלטלין, אלא דכל שתולש דבר שהוא מחובר ממקום גידולו הוי קצירה, וז"פ. שו"ר

שכתב כן בשיעורי ר' אלחנן, ע"ש שהביא ראייה ממאי דאמר אביי בשבת ק"ז ע"ב האי מאן דתלש פיטרא מאונא דחצבא מיחייב משום עוקר דבר מגידולו, הרי דאף הדליל תלוש ואין שם קרקע עלה, מ"מ כיון שעקר דבר מגידולו וחבורו חשיב שפיר קוצר. וכי פליגי ר"מ לענין שבועה, דהדבר תלוי בשם קרקע או מטלטלין.

ומש"כ דלענין בע"ח מודו רבנן דכבצורות דמי, החילוק הוא כמבואר בדבריהם בסנהדרין ט"ו ד"ה בענבים העומדים ליבצר, "דגבי בעל חוב מודה דלא גבי מדבר העומד לגוזל דלא סמכה דעתיה" ר"ל, דבעיני בע"ח הרי הוא כתלוש ולא סמך דעתו עליו, וכן בתוס' הרא"ש בסוגיא.

ומש"כ התוס' דהר"ח דחה הראיה מסוגי' דכתובות וכתב דמסוגי' דהתם מוכח דק"ל בר"מ (עי' תוס' ב"ק נ"ט ע"ב ד"ה ופסק), מבואר מדבריו דלא ס"ל לחלק בין בעל חוב לבין שבועה, אשר ממילא כיון דנקטינן כדבר פשוט דגבי חוב הויין כבצורות, ה"ה לענין שבועה. ויש לבאר פלוגתייהו דהתוס' והר"ח, דס"ל להר"ח דהא דאמרין דלאו כבצורות הם פירושו דבטלו להקרקע ואינן מהווין שם ודבר בפני עצמן, אשר ממילא אם אך אמרין הכי לא שייך לומר דלענין בעל חוב הויין כבצורות משום דלא סמכה דעתיה, דהא לעולם ליכא נידון בנפרד על הני פירות כלל והרי הם בכלל שעבודו של הקרקע. והתוס' שחילקו כן, היינו משום דס"ל דאף דהויין הפירות שם ודבר בפני עצמן, מ"מ כיון דמחוברין לקרקע חייל עלייהו דין קרקע, אשר בזה שפיר כתבו דלענין בעל חוב לא חל שעבודא עלייהו.

ומאי דהוכיח הר"ח ממאי דק"ל כר"ש דאכל פירות גמורין משלם פירות גמורין, י"ל לשיטת התוס' דלעולם ליכא ראייה מהתם, ודינא דהתם שפיר שייך אפי' לחכמים, דמאי דנישומין בקרקע מדרשה דובער בשדה אחר, פירושו דעד כמה שנחשבין הפירות חלק מהקרקע משערין אכילתו כהיזק לקרקע, אכן בפירות גמורין שפיר חל עלייהו שם ודין בפני עצמן, וזה לכו"ע, ולא נחלקו אלא אי שם זה דבפני עצמן דין קרקע לו או דין מטלטלין. והר"ח לשיטתו שפיר ה"ר מהתם דק"ל כר"מ, דאילו לרבנן הרי בטלן הם לקרקע ודאי דהיה דינן לשומן אגב קרקע, ודוק.

והנה במה שהוכיחו התוס' מסוגי' דכתובות דגבי חוב לכו"ע כבצורות דמי, שיטת הר"טב"א אינה כן, שכתב בסוגיא דהא דפליגי רבנן ור"מ אינו אלא בדריכי לארעא ולא צריכי, "דאי בצריכי לגמרי לכו"ע כקרקע דמי ואי לא צריכי כלל דכו"ע כתלושין דמי, כדאמרין בכתובות סוף סוף כל העומד לגזור כגדור דמי, והתם אליבא דרבנן פרכינן לה דהלכתא כוותייהו". וכ"כ גם בחידושי שם בכתובות נ"א, ע"ש. ובריטב"א גיטין (רבנו קרשקש) כתב על דרך זה אך באופן אחר קצת, דג' דינים הם, אכן גוונא דלא פליגי הוא היכא כשהפירות מבושלים כל צרכן ואם משהין בקרקע הם נפסדין דבזה לכו"ע הרי הן כבצורין, והיכא דמשביחין קצת לכו"ע אינן כבצורין, ולא פליגי אלא היכא דבשהייתן אינן נפסדין ואינן משביחין. ואילו לדברי הר"טב"א בסוגיא ובכתובות ככה"ג נמי לכו"ע הרי הן כבצורין.

והנה התוס' כתבו בכתובות נ"א בד"ה סוף סוף דאין לומר דבהנהו דאי קיימי מכתשי מודו כו"ע דכבצורות דמיין דבהשולח ובסנהדרין משמע דבכה"ג נמי פליגי. וכונתם, למאי דקאמר שם "עד כאן לא קאמר ר' מאיר התם אלא בענבים דכמה דקיימן מיכחש כחישי וכו'", הרי להדיא דאף היכא דנפסדין פליגי ר"מ וחכמים. אכן רבנו קרשקש שם בגיטין נשמר מזה וכתב בא"י, וז"ל: והא דאמרין הכא עד כאן לא קאמר אלא בענבים וכי לא למימרא דהשתא הם מבושלין כ"כ שהם נפסדין בשהייתן דהא אמרין דבהא לא פליגי אלא הכי קאמר בענבים דכשהן מבושלין טפי מכחש כחישי, עכ"ל. ביאור דבריו, דאף דעכשיו אם ישאירם לא יהיו נפסדים, אך אם יעמדו זמן רב יהיו נפסדים.

ויש לומר בביאור פלוגתייהו דפליגי ביסוד הגדר דכבצורין דמי, דלכאורה יש לפרשו ב' אופנים, ד"ל דכיון דעומדים ליבצר נחשבין כתלושין, וזהו מצד עצם החפצא, דמה שעומד ליבצר חייל עליו שם בצור והוי כמטלטלין. או י"ל דבאמת מצד החפצא עצמה אכתי הוה אמרין דכקרקע הם, אך הוי כמאי דאמרין דכל העומד לגוזל כגוזל דמי, ז"א, דכיון דעומד לכך הוי כאילו נעשה בו כבר הבצירה, ועל ידי זה הוא דחשיב כמטלטלין. ונראה ביאור דברי הר"טב"א (רבנו קרשקש) ע"פ הצד הב', דיסוד מאי דהויין כבצורות היינו דכיון דעומדים ליבצר חשיבין כאילו בצרן, אשר לפי' שפיר כתב דאף דבמצבן עכשיו אינן נפסדין, מ"מ כיון שאם יניחם לזמן יהיו נפסדים, הרי הוא עומד לבצרן עכשיו ולהכי ס"ל לר"מ דשפיר חשיב כבצורות. אכן אי נימא דמאי דחשיב העומדים ליבצר כבצורות הוא מצד מצב החפצא, ז"א, דכיון שהם במצב שעומדים ליבצר שוב חשיב בפני עצמן ותו אינן כקרקע, בזה נראה דליכא לפרש כדברי רבנו קרשקש, דהכל תלוי במצב החפצא עכשיו, ואי מצד החפצא אם ישאירו עכשיו לא יהא נפסד, א"א שיחשבו הפירות כבצורין, אשר זהו דהבינו התוס' דמאי דקאמר דמיכחש כחישי ר"ל שאם יניחם עכשיו מיכחש כחישי, ושפיר הוכיחו מזה דאף בכה"ג פליגי ר"מ ורבנן, ודוק.

והנה יעויין מש"כ הר"י מגאש שבועות מ"ג, הביאו דבריו בחידושי הרשב"א שם וע"ר, וז"ל: ודוקא לענין שומר הוא דאמרין ענבים העומדות ליבצר לאו כבצורות דמי דכיון דלשמירה כשהן מחוברין בקרקע הוא דמסרינהו ניהלי' הוון כקרקע דהא לאו למיתלשינהו מסרינהו ניהלי' אבל מאן דזבין ליי לחברי' ענבים כשהן מחוברין לקרקע למיתלשינהו לפשי' כיון דלמיתלשינהו זבניהו ניהלי' אם כבר הגיעו ליבצר הוון להו כבצורין ודינן להו כדין מטלטלין בכל מידי כגון דין אונאה ושבועה וכיוצא בהם דהא ק"ל כל העומד ליבצר כבצור דמי וכל העומד ליגדר כגדור דמי ואם עדיין צריכים הם לקרקע ולא הגיעו ליבצר כקרקע דמי לכולהו אנפי וכו', עכ"ל. ומדברי התוס' שפירושו דלענין חוב כו"ע ס"ל דכבצורין משום דלא סמכה דעתיה מבואר לכאורה דלא כדברי הר"י מגאש, דלדבריו לא בעינן לסברת התוס' דהא לא נחלקו ר"מ ורבנן אלא גבי יסוד סברת הר"י מגאש לחלק בין היכא שמסרן שלא לבצרן כבשומר לבין שאר דוכתי, נראה דלא שייך א"כ נימא דיסוד דינא דכבצורין הוא דהוי כאילו עשו כבר הבצירה, דבזה שפיר אמרין דכיון דלאו למיתלשינהו מסרן ניהלי' לא נחשבין כאילו בצרן, אכן להתוס' לשיטתם דס"ל דהא דכבצורין היינו משום מצב החפצא עצמה, וכנ"ל, לדידהו ליכא לחלק בהכי, דהא סו"ס עד כמה דהפירות במצב שעומדים ליבצר הרי חשיבן כדבר בפני עצמו והויין כמטלטלין, ודוק.

ולדעת הר"י מגאש נראה לכאורה דביאור דעת ר"מ דאף בשומר הויין כבצורין הוא, דאף דאצל השומר אינן עומדים ליבצר כיון דלאו למיתלשינהו מסרינהו ניהלי', מ"מ מאחר דאח"כ שפיר עומדים ליבצר שפיר חשיבין כאילו הם כבר בצורין. ע"י תומים סי' צ"ה סק"ג שכ"כ ליישב משה"ק בשי"ך על דברי הר"י מגאש מסוגי' הנ"ל בגיטין ובסנהדרין דתלו פלוגתא לענין מעילה בפלוגתת ר"מ ורבנן, הרי דנחלקו אף לכל דבר ולא לענין שומר דווקא. ולהנ"ל אתי שפיר, דיסוד פלוגתת רבנן ור"מ הוא אי על ידי מאי דעומד לאחר זמן ליבצר חשיב כבר עכשיו כבצור, אשר זהו השאלה שם, דהא שער אינו עומד לגוזל עכשיו, דאי חשיב כאילו בצרן אף דאין עומדין ליבצר מיד אלא לאחר זמן, שפיר אית בהו מעילה דתו אינן חשובין כמחובר, אבל אי לא חשיב כאילו בצרן אכתי מחובר הוא ולית בי' מעילה.

והנה כתב הרמב"ם פ"ה מהל' טו"ט, וז"ל: טענו ענבים העומדות להבצר ותבואה יבשה העומדת להקצר והודה במקצתן וכפר במקצתן הרי זה נשבע עליהם

כשאר המטלטלין והוא שאינן צריכין לקרקע שכל העומד להבצר הרי הוא כבצור לענין כפירה והודייה אבל אם היו צריכים לקרקע הרי הן כקרקע לכל דבר ואין נשבעין עליהן אלא הסת, עכ"ל. ועד"ז כתב גם בהלכות מכירה פ"א הי"ז, וז"ל שם: כל במחובר לקרקע הרי הוא כקרקע ונקנה בכסף ובשטר או בחוקה ואם אינו צריך לקרקע כגון המוכר ענבים העומדות להבצר הרי זה כמטלטלין לקנייה ויש להן אונאה, עכ"ל. ובמ"מ בה"ל טו"ג נסתפק אי פסק הרמב"ם כר"מ (וכמו שמצינו להר"ח) ולהכי הכא כל העומד לבצור כבצור דמי, או דפסק כחכמים אלא דבאין צריכין לקרקע ס"ל דלא פליגי ולכו"ע כבצור דמי (והראב"ד שם הבין שפסק כר"מ, ע"ש). אכן ע"י פ"ב מה"ל שכירות ה"ד, שכתב, וז"ל: המוסר לחבירו דבר המחובר לקרקע לשמור אפי' היו ענבים העומדות להבצר הרי הן כקרקע בדין השומרון, עכ"ל, הרי דסתם דהרי הן כקרקע ולא חילק בין צריכין לקרקע לבין אין צריכין, וכבר תמה בזה במ"מ וכתב, וז"ל בסו"ד: נראה שהוא מחלק בין שומרון לדן אחר ולא ידעתי בזה טעם נכון.

והנה יעויין דברי הרמב"ם בפי"מ פ"ו דשבעות, והנוסח קצת מגומגם, וז"ל מהדורת קאפח: מח' ר"מ וחכמים היא בענבים העומדות להבצר והלכה כחכמים ודוקא אם מסרם לו בתורת שמירה אבל לענין מקח וממכר ודיני ההוניה וההודיה במקצת אם היתה עיקר הטענה שלא בתורת שמירה הרי הכלל להלכה שהן כמטלטלין שכל העומד להבצר כבצור דמי, עכ"ל. הרי דכתב להדיא כדעת הר"י מגאש, אשר לפ"ז אתיין דבריו שפיר, דלעולם פלוגתתם היכא דאי"צ לקרקע ופסק כחכמים דלאו כבצור דמי, אלא דסובר דלא נחלקו אלא לענין שומר אך לשאר מילי שפיר הויין לכו"ע כבצורין, ומטעם שכתב הר"י מגאש, וכ"כ הבי"ב בבאור דברי הרמב"ם. (וע"י עוד בשי"ד ובתומים ס"י צ"ה מה שנחלקו בדעת הר"י מגאש.)

קמח) ודקשיא לך זוקקין איצטריך סד"א כסות עבד כעבד דמי עומרי שדה כשדה דמי קמ"ל - נראה לבאר שו"ט דהש"ס בזה ע"פ דברי הקצוה"ח ס"י צ"ה סק"ז, ע"ש שדן באופן דכל התביעה על המטלטלין היא מכח התביעה על הקרקע אם יתחייב שבועה גם על הקרקע ע"י גלגול שבועה או דילמא מאחר דכל התביעה על המטלטלין היא רק מכח תביעתו על הקרקע ואין נשבעין על הקרקעות, אינו חייב שבועה גם על המטלטלין, ע"ש שהוכיח כצד הב', ודלא כמש"כ שם בשי"ד סקט"ו. וכתב שם דמסוגיין לא יקשה לדבריו, דהכא התביעה דהכסות והעומרים אינה באה מכח תביעתו על העבד והשדה, דאע"ג שהוא תובע הכלל מכח מכירה אחת, מ"מ אין התביעה נובעת מתביעתו על הקרקע או העבד והם באמת שני תביעות נפרדות.

ועפ"ז יש לבאר בטוב שו"ט דסוגיין, דס"ד דכסות עבד כעבד דמי ועומרי שדה כשדה דמי, כלומר, דמאחר שכן חשיב שכל התביעה היא באמת תביעת הקרקע והעבד ושוב ליכא שבועה אפילו על הכסות והעומרים קמ"ל דמ"מ כיון דאין תביעתו על הכסות והעומרים נובעת מתביעתו על העבד והשדה שפיר איכא עלייהו שבועה וממילא זוקקין גם שבועה על הקרקע והעבד, וכמש"כ בכפורה"ח.

קמט) מודה סומכוס היכא דאיכא שבועה דאורייתא ודקטעה לידה כדרבא - ע"י שט"מ בשם הראב"ד שהקשה אמאי בעינן הכא למימר דקטעה לידה, הרי לעיל לא הוצרכו לומר כן אלא לרב פפא, אבל למאי דמסקינן כדר' אושיעא ומשום דזוקקין לא בעינן לזה. ותי"ר, דבריייתא ליכא לפרשה משום זוקקין, "דאי בטוען שפחה בכסותה קאמר זוקקין אי"כ רבנן אמאי אמרי אין נשבעין לא על העדים ולא על הקרקעות אטו רבנן לית להו זוקקין ועוד פרה מאי זוקקין איכא והילך הוא לגבייהו אלא ודאי ר"מ דאמר נשבעין בלא זקיקה קאמר וא"כ קשיא לן הילך הוא וכו'."

קנ) ועשו פחות מרביעית - ופירש רש"י זיתים רעים דאין בסאה שבהן רביעית שמן. אכן יעויין בריטב"א החדשים שהקשה דלא שכיח שיהיה כן, ופירש באופן אחר. וע"י עוד בשט"מ בשם הר"ר יהונתן והר"ח.

קנא) אי דאמר לי קוף לאלתר אפי' פחות מרביעית נמי לבעל הקרקע - ע"י חידושי הרשב"א שהכריח דע"כ דאף בפחות מרביעית יהיה הדין דיחלוקו, דהא סו"ס יכול בעל הזיתים לומר זיתי גדלו. אכן מדברי הרמב"ם פ"ד מה"ל שכנים הי"א מבוואר להדיא דאי אמר לי קוף לאלתר הויין הזיתים של בעל הקרקע בלבד, וכבר הביא הרשב"א דבריו והניחם כאינם מחוורים.

והמבוואר לכאורה מדברי הרמב"ם, דס"ל דבהך דאמר לי קוף לאלתר מונח דאין מוכר לו אלא ההזיתים לעצמי עצמן ולא לשום דבר אחר, וכיון דאין הזיתים גדלים אלא בצירוף קרקע דידי, על השמתמשות בהקרקע ליניקתה להוציא מזיתיו זיתים לית לי לבעל הזיתים זכות, אשר על כן הויין זיתים דבעל הקרקע. (ע"י חידושי ר' מאיר שמחה שכתב כע"ז.) ולהרשב"א אין מונח במה שאמר לו קוף לאלתר אלא דאין מוותר לו על זכותו כמו בסתם בפחות מרביעית או ביתר מרביעית באומר לו כל זמן שתרצה.

ונראה דיסוד זה מבוואר מתוך דברי הראב"ד בשט"מ, דאהא דאיתא בסוגיין לא שנו אלא שנעקרו בגושיהן וכ"י כתב, וז"ל: ויש עוד לומר דמשום אחר ג' נמי איצטריך דלא מצי בעל הזיתים לומר זיתי גדלו אי"כ נעקרו בגושיהן ועכשיו שנעקרו בגושיהן ויכולין לחיות בלא השדה של זה טענתו טענה לומר זיתי גדלו ואין קרקע צריך לי אלא שזה אומר לו זיתיך בטלו השדה שלי, עכ"ל. ומבוואר להדיא מדבריו כיסוד הנ"ל, דהיכא דע"כ גדלו מיניקתם מקרקע חבירו אשר אין לו עליה רשות, לית לי טענה דזיתי גדלו כלל מפאת מאי דבלאו זיתיו למעשה לא היו גדלים.

אכן יעויין שם בחידושי הרשב"א שפירש באופן אחר, שכתב בא"ד, וז"ל: דאע"פ שנעקרו בגושיהן ויכולין לחיות בהן ומצילין אותם מן הערלה מ"מ אינם יכולין לגדל פירות מחמת הגושין לבד ואף אם יגדלו לא יגדלו אלא פירות מועטין, עכ"ל. ומבוואר מדבריו דלא יגדלו פירות מחמת גושין לבד, דלא כמבוואר בראב"ד הנ"ל. ולפי דברי הרשב"א יוצא דאף דאין פירות גדלים בלא הקרקע, ואין לבעל הזיתים זכות יניקה, מ"מ אית לי טענה דזיתי גדלו, והוא לשיטתו, וכמו שהקשה על דברי הרמב"ם, והרמב"ם שכתב בפ"ד מה"ל שכנים הי"א דבלא גושיהם הויין זיתים דבעל הכקרקע אף לאחר ג' מבוואר בפשטות כדברי הראב"ד, ואתי שפיר כנ"ל.

ומה שכתב הרמב"ם שם דאם לא נעקרו בגושיהם הכל לבעל הקרקע מיד, ע"י מ"מ שהקשה דהא הוי ערלה, וכתב דר"ל עצים, וזה דוחק בלשון הרמב"ם שדן בכל הלכה זו בפירות. אכן יעויין באבהא"ז שכתב דלשיטת הרמב"ם יתכן דכיון שנעשה מאליו לא הוי ערלה, ע"ש כל דבריו. ואם כנים הדברים, שוב מוכח להדיא מסוגיין דבלאו גושיהם עמהם ליכא טענה דזיתי גדלו, דהא ע"כ להכי הוא דבעינן שיהיו גושיהם עמהם, כיון דבלאו הכי ליכא משום ערלה.

קנב) לא צריכא דאמר לי סתמא פחות מרביעית לא קפדי אינשי רביעית קפדי אינשי - ומה דברביעית נקטינן דיחלוקו ולא אמרינן דהממע"ה, היינו לכאורה משום דמאי דיחלוקו לאו מטעם ספק הוא אלא מטעם ודאי. ומהלך הדברים, דבאמת הא פשיטא דהענבים הם גם מכח הגפנים וגם מכח היניקה מן הקרקע, אלא דהיכא דאמר לי לקוף מיד לשיטת הרמב"ם הנ"ל באות קמ"ט אין מוכר לו אלא עצי הזית ולא יניקה כלל ולית לי השתמשות בקרקע כלל אשר על כן הויין הזיתים של בעל הקרקע, וכמשנ"ת לעיל. ולשיטת הרשב"א הנ"ל לא אמרינן בזה אלא דלא ויתר על זכותו וממילא יחלוקו. והיכא דאמר לי לקוף מתי שרוצה, ודאי הוי ויתור מצדו ושפיר מוכר לו זכות ההשתמשות בקרקע, אשר ממילא הזיתים של בעל הזית. והיכא דמכר לו לקצוף

סתמא, להרשב"א מצד אחד לית בזה קפידא על זכותו, מאחר דלא אמר לו לקוף מיד, ומצד השני לא הקנה לו זכות גמור בהזיתים הגדלים מדלא אמר לו לקוף מתי שירצה, ובכה"ג דינא דיחלוקה הוא משום דלמעשה הזיתים הגדלים הם מכח שניהם, וכנ"ל. רק בפחות מרביעית דלא קפדי אינשי אמרינן דודאי ויתר לו. ולדעת הרמב"ם הדברים ג"כ מתפרשים על דרך זה, דהיכא דאמר לו לקוף מיד לא הקנה לו אלא העצים ולא שום זכות יניקה בקרקע, והיכא דאמר לו לקוף מתי שירצה הקנה לו גם זכות היניקה, וכנ"ל, אך היכא דאמר סתם, בפחות מרביעית דלא קפדי, יניקה כזו ודאי אית לי לבעל הזיתים, אבל רביעית דקפדי אינשי, בזה שפיר אמרינן דיחלוקה, מאחר דגדלים הזיתים מכח שניהם ולא עיכב בעל הקרקע זכות היניקה לעצמו, וכמשנ"ת.

ועי' לשון המאירי בסוגיין שכתב, וז"ל: ואין לומר בכאן מוציא מחבירו שהדבר ידוע ששנים גרמו והרי שניהם מודים תנאי מכירתם אלא שזה אומר דעתי היה כך וזה אומר דעתי היה כך ומ"מ אם זה טוען בדואי ע"מ לקוף מכרת וזה טוען ע"מ להשהות מכרת רואין הזיתים ברשות מי ונעשה חבירו מוציא, עכ"ל, והוא להדיא כנ"ל.

ק"א ע"א

קנא תוד"ה שנעקרו בגושיהן - נקט הכי משום תוך שלש דאלי"כ הוה ערלה - אבל אחר שלש מאי דאית לי לבעל הזית חלק בזיתים אינו תלוי במאי דנעקרו בגושיהן, ואפי' נעקרו בלא גושיהן אית לי חלק. אכן כבר ציינן הר"מ בהגהותיו דמדברי הרמב"ם מבואר דלא כדברי התוס', שכתב בפ"ד מהל' שכנים ה"י דאם לא נעקרו בגושיהן הכל לבעל הקרקע. ועי' דברי הראב"ד בשט"מ שנסתפק בדבר זה אי מאי דבעינן שיהיו נעקרים בגושיהם הוא רק משום ערלה או משום עיקר זכותו של בעל הזית, וז"ל: ויש עוד לומר דמשום לאחר שלש נמי אצטריך דלא מצי בעל הזיתים לומר זיתי גדלו אלא אם כן נעקרו בגושיהן ועכשיו שנעקרו בגושיהן ויכולין לחיות בלא השדה של זה טענתו טענה לומר זיתי גדלו ואין קרקעך צריך לי אלא שזה אומר לו זיתך בטלו השדה שלי, עכ"ל. ובמאור צד זה (לפום ס"ד דהש"ס דלאחר שלש הוא דיחלוקה) הוא דזכותו של בעל הקרקע נובע ממה שיכול לומר זיתך בטלו השדה שלי, כלומר, דבעצם כיון דיכולין לגדול מחמת גושיהן שפיר היה לנו לומר דהזיתים של בעל הזית, אלא דאית לי לבעל הקרקע טענה דסוי"ס מאחר דבטלו שדה שלו מתייחשקן הזיתים גם לשדה ולכך יחלוקה (לס"ד הש"ס). ועי' חידושי הרשב"א דמבואר טעם אחר לזכותו של בעל הקרקע, "דאע"פ שנעקרו בגושיהן ויכולין לחיות בהן ומצילין אותם מן הערלה מכל מקום אינם יכולים לגדל פירות מחמת הגושין לבד ואף אם יגדלו לא יגדלו אלא פירות מועטין", הרי דה"ט דזוכה בעל הקרקע משום דלמעשה יש לו חלק מציאותי בגידול הזיתים, ודלא כדברי הראב"ד. עכ"פ, מבואר מדברי הראב"ד דלולא מאי דגדלי קצת מחמת גושיהן לא היה לו לבעל הזית זכות בזיתים כלל, ועי' שפסק הרמב"ם, והיינו, דאף דעצם הגפן שלו, כיון שכל גידולי הענבים הוא מחמת קרקע חבירו אין לו לבעל הגפן זכות בפירות, ודלא כדברי התוס'.

והנה השיג הראב"ד שם בהל' שכנים על דברי הרמב"ם, וז"ל: אומר אני בעל הזיתים נוטל ממנו דמי זיתו ליטע כלומר אומדין כמה אדם קונה זיתים הללו ליטע אותם בתוך שדהו, עכ"ל. ובדעת הרמב"ם דמשמע דאינו משלם כלום, כתב במ"מ דהוא משום "דכשנעקרו בלא גושין הרי זו אבדה המותרת כזוטר של ים וכשלילותו של נהר דודאי בעלים מתייאשים ממנה". ובטעם מאי דהיכא דנעקרו עם הגושיים אמרינן דחולקין כתב המ"מ דהיינו משום דכיון

שנעקרו עם הגושיים הרי גדלו עם סיוע הגושין אי נמי ה"ט משום דאין דרך הנהר להוליכן למקום רחוק ולפיכך אינו מתייאש מהן. וכבר הקשה בכס"מ על טעמו האי של המ"מ דנהי דגדלו בסיוע הגושין, מ"מ הרי מאחר דהוי כזוטו של ים מתייאש מיני, וכמו בלא גושין. ועי' במל"מ שכתב לבאר דברי המ"מ, דכיון דנעקרו בגושיהן דין קרקע אית להו דהרי פטורים מן הערלה וקרקע אין בו דין יאוש דקרקע אינה נגזלת ואינה בתורת יאוש, וזה פשיטא לי להמ"מ ולא בא לבאר אלא אמאי יחלוקה, כלומר, דאף דנימא דאינו מתייאש, מ"מ טעמא בעי אמאי יחלוקה מאחר שגדל בקרקע חבירו, אשר לזה כתב המ"מ דכיון שלמעשה גדלו בסיוע הגושין שפיר אמרינן דיחלוקה.

ועי' ספר הזכרון עולת שלמה ח"ב ע' תי"א אמר הגר"א קוטלר זצ"ל בבמאור פלוגתת הרמב"ם והראב"ד בזה, דהרמב"ם ס"ל דאף שנתרבה דיש דין אבידה בקרקע כדמרבינן מכלל אבידת אחיך לרבות אבידת קרקע לענין דלא קיימא ברשותא דמרי' ולא אמרינן בי' כל היכא דאיתא ברשותא דמרא איתא, אפי"ה אין יאוש מתיר את הזכיה באבידה בקרקע, ואילו הראב"ד ס"ל דמשום דקרקע אינה נגזלת ולא יצאה מעולם מרשות הבעלים לפיכך אין מועיל בה יאוש כיון שלא שייך יאוש בכל דבר שהוא ברשות הבעלים ורק שייך שיפקירו הבעלים את הקרקע, אכן זהו דווקא בגזילה, אבל באבידה מדאמרינן דאבידת קרקע מיקרי אבידה, וכנ"ל, חייל בה גם דין יאוש, אשר זהו דהוקשה לו דאי נימא דבלא גושיהן חייל בגפן דין יאוש, ה"ה כשנעקרו בגושיהן אף דחשיב כקרקע מ"מ מהני בה יאוש, והכריח מזה דע"כ דליכא בזה משום יאוש ואף בלא גושיהן חייב לשלם לו עבור הגפן.

ועל דברי הרמב"ם הקשו אמאי דכתב דאם לא נעקרו בגושיהן הכל לבעל הבית תוך ג' שנים, דמאי זכיה אית לי בי', הרי הוי ערלה, עי' בי"ח חו"מ ריש סי' קס"ח שעמד על כך, וכתב דנפ"מ לענין מה שהשביח הגפן תוך שלש, דשל בעל הקרקע הוא ואינו צריך לשלם עבור זה לבעל הגפן, רק עצם שיווי הגפן עצמו משלם (לדעת הטור שם), עי' גם בב"י שם שהביא כן בשם הר"ן.

קנד אבל לאחר שלש הכל לבעל הקרקע דאמר לי אי אנא נטעי לאחר שלש מי לא הוה אכילנא לי כול"י - מבואר לכאורה מזה דבדיני ממונות אזלינן בתר בעל הקרקע ואמרינן דאף דהדבר הנטוע שייך לאדם אחר מ"מ הפירות של בעל הקרקע. והקשה בקוב"ש ב"ב אות צ"ו מדברי הרמב"ם בפ"ב מהל' תרומות, ומקורו בדברי הירושלמי, דהזורע שדה הפקר חייב במעשר, דלכאורה מאחר דאזלינן בתר בעל הקרקע היה לנו לומר דהפירות הפקר הם ופטורים מן המעשר, דאין לומר דעל ידי הזריעה זכה בשדה דא"כ פשיטא דחייב במעשר ומאי קמ"ל. וגם אין לומר דהא גופא קמ"ל דזכה בשדה, דא"כ הו"ל להדיא דהזורע שדה הפקר זכה בשדה, ע"ש שכתב דצריך טעם לחלק בין קרקע של הפקר לבין יש לה בעלים.

ולכאורה אפשר לומר בבמאורא דמילתא, דהנה מלישנא דהש"ס מבואר דאין זה סתם כלל דאזלינן בתר בעל הקרקע, אלא מבואר דבעינן להך טעמא דאי אנא נטעי לאחר שלש מי לא הוה אכילנא לי כול"י, אשר נראה מזה דבאמת יש יסוד לומר שיהיו הזיתים של בעל הזית או עכ"פ יהיה לו חלק בהם, רק דמצי בעל הקרקע למימר לי אי אנא נטעי וכו'. והכונה בזה, דהוא טענה שיש לו לבעל הקרקע להיותו זוכה בפירות נגד בעל הזית. ובהוה דחלוקה שדה שיש לו בעלים משדה הפקר, דבשדה שיש לו בעלים שפיר איכא למימר דאית לי לבעל הקרקע זכות טענה שיהיו הפירות שלו, אבל בשדה הפקר דאין מי שיטעון כך, ודאי דהם של בעל הזית שהזית שלו דהא מיהא דדאי דמצד זה יש לו בעצם זכות במה שגודל, ומאחר דלא שייך בשדה הפקר טענה דאי אנא נטעי כיון שאין לו בעלים שפיר אמרינן דחייב במעשרות, ודוק.

קנה) אמר הלה זיתי אני נוטל אין שומעין לו מ"ט א"ר יוחנן משום ישוב ארץ ישראל אמר ר' ירמיה גגון דא צריכא רבה- וכתב רש"י, וז"ל: שאם לא פירשה רבי יוחנן לא היינו אומרים אותה מסברא, עכ"ל, ומשמע מפשטות לשונו דאי לא פירשה ר' יוחנן לא הוה אמרין כלל דאינו יכול לומר זיתי אני נוטל. אכן ע"י חידושי הריטב"א (החדשים) שכתב, וז"ל: פירוש שאלמלא דאמרה ר"י ה"א דטעמא משום דאכחושו בארעי ואפילו בח"ל נמי, עכ"ל, הרי דלדידי ודאי דהוה אמרין דאינו יכול לומר זיתי אני נוטל, רק דהוה ס"ד דהדין כן גם בחו"ל, ודלא כדמשמע מדברי רש"י.

קנו) תוד"ה סברוה מאי שדה אבותיו וכו'- נראה לר"י לפרש משום דקסבר אין קנין ראוי להחמיר במקבל כמו בחוכר וכו'- מבואר מדבריהם דאי אין קנין פשיטא דמחמירין במקבל כחוכר, ואי יש קנין חוכר חייב דרבנן אבל לא מקבל, שלא החמירו בזה במקבל כחוכר, ורק גבי מציק ובשדה אבותיו ממש הוא דמחמירין במקבל מטעם המבואר בגמ'. אכן מדברי רש"י שכתב בד"ה יש קנין, וז"ל: ואי נמי אין קנין מקבל לאו כחוכר דמי וכו', מבואר לכאורה דאם אך יש קנין אף דנימא דמקבל כחוכר מ"מ אינו חייב לעשר, וע"כ דהיינו משום דאי יש קנין אף החוכר אינו חייב.

והנה התוס' כתבו דהא דאיתא בהשולח האריסין והחכירין כולם פטורים מן המעשר, דמשמע אפי' חלקו של חוכר פטור, מיירי בסוריא, דאפי' חוכר פטור שם כחול'. והיינו לשיטתם דאף אי יש קנין מ"מ חיובא דרבנן מיהא איכא בחוכר. אכן ע"ש ברש"י ד"ה האריסין, דמבואר להדיא מדבריו דה"ט דפטור משום דיש קנין וכו', ודלא כדברי התוס', והוא כשיטתו בסוגיין דאם אך יש קנין אף אי קבלן כחוכר פטור משום דחוכר גופי' פטור. ומה שכתבו התוס' דאי יש קנין החמירו לחייב החוכר כמו שחייבו לעשר מדרבנן את הלוקח מן הנכרי, ע"י ר"ש פ"ו דדמאי מ"א, דהא דתקנו חיוב דרבנן אינו אלא בלוקח לאכילה, אבל לא בחוכר, ואין הטעם הכא אלא כמבואר בסוגיין, שתהא השדה בורה ביד עכו"ם. ולשיטת רש"י אף רבנן ס"ל דאין קנין, אלא דס"ל דמקבל לאו כחוכר, אי יש קנין פשיטא דאף חוכר נמי פטור, וכנ"ל.

ולפי' ר"ת שהזכירו התוס', ע"י ספר הישר סי' תרי"ג וחידושי הרשב"א, דס"ל כרש"י במאי דאי יש קנין לעכו"ם אף החוכר פטור, וס"ל דמקבל לאו כחוכר, כלומר, דאלו היה כחוכר היה המקבל מן המציק חייב, שהרי קרקע לא נגזלת ולא קנאה הגזלן בין ישראל בין גוי, וכיון שלא קנאה גוי מציק חוכר ממנו חייב, והכא הרי פטר ר' יהודה כל מקבל שדה ממציק בר ממקבל שדה אבותיו, ש"מ דמקבל לאו כחוכר, ומתני' נמי במציק, והיינו שדה אבותיו, כלומר, שדה שהיא של אבותיו וזה אנוסה מהם. ע"י אות קנ"ז.

קנו) וקסבר אין קנין לנכרי בארת ישראל להפקיע מיד מעשר וכו'- מבואר דלמ"ד יש קנין לנכרי בא"י פטורין הפירות מתרו"מ על ידי קנין העכו"ם. ולמ"ד יש קנין ילפינן לה ממאי דדרשינן דגנך ולא דגן נכרי, אשר אינו סתם פטור בפירות אלא הפקעה בקרקע, כדמוכח ממאי דאמרין דחוכר ישראל פטור מן המעשרות, דאי לא הוה פטור אלא בפירות הרי הפירות שלו, וז"ל.

אכן ע"י בדברי הרמב"ם דמבואר מדבריו עוד, וז"ל בפ"א מהל' תרומות ה"י: נכרי שקנה קרקע בא"י לא הפקיעה מן המצות אלא הרי היא בקדושתה לפיכך אם חזר ישראל ולקחה ממנו אינה ככיבוש יחיד אלא מפריש תרומות ומביא ביכורים והכל מן התורה וכו', עכ"ל. הרי מבואר מדבריו דאילו הוה אמרין דיש קנין, היה בזה משום הפקעת הקרקע מעצם קדושת א"י והיה מה שחוזר ולקוחו ככיבוש יחיד. וזה ודאי דצ"ב האיך מוכח ד"ז מקרא דדגנך ולא דגן נכרי, וכן מה היא עצם סברת דיהא דאין קנין העכו"ם מפריש מקדושת א"י. והעיקר, דבסוגי' דגיטין מ"ז ע"א מבואר לכאורה דלא כדבריו, דפריך התם למ"ד

אין קנין מהא דתניא ישראל שלקח שדה מנכרי עד שלא הביאה שליש וחזר ומכרה לו משהביאה שליש חייבת במעשר שכבר נתחייבה נתחייבה אין לא נתחייבה לא ושי"מ דיש קנין, הרי מפורש דבלקח שדה מן הנכרי וגדלו אצל ישראל שפיר חייב ולא אמרין דקנין הנכרי הפקיעו מקדושת א"י. ע"י חידושי רבנו חיים הלוי שם ובפ"ב מהל' ביכורים הט"ו משי"כ בזה. **קנה) אלא לעולם יש קנין וכו'-** כתב הרמב"ם פ"ו מהל' מעשר הי"ב, וז"ל: החוכר שדה מן הנכרי מעשר ואח"כ נותן לו קנס קנסו אותו בזה כדי שלא יחכור מן הגוי ונמצאת השדה בורה לפניו עד שיצטרך וימכרנה לישראל וכן המקבל שדה אבותיו מן הגוי קנסו אותו שיעשר ואח"כ יתן לגוי חלקו מעושר כדי שלא יקפוץ ויקבלנה ממנו מפני שהיא שדה אבותיו עד שתשאר לפניו בורה כדי שימכרנה לישראל, עכ"ל. ודבריו לכאורה צ"ב, ראשית, דהא מבואר מסוגיין דלא נאמר דבר זה אלא במציק, והרמב"ם (וכן המחבר) סתם בזה. ועוד, דלכאורה לטעם זה אף בחוכר מיירי בשדה אבותיו ממש, והרמב"ם לא כתב דהוי של אבותיו ממש אלא במקבל ולא בחוכר. עוד יש מקום עיון בדבריו, דבסוגיין לא אמרו כן אלא למ"ד יש קנין, והרמב"ם הרי פסק בפ"א מהל' תרומות ה"י דאין קנין. ואף אם נימא דס"ל כפי רש"י דאכתי איכא למימר דאין קנין אלא דמקבל לאו כחוכר, כמש"כ באמת בר"י הקורקוס, אכתי יקשה בחוכר גופי' אמאי הביא הרמב"ם טעם זה וליכא חיוב מדינא.

והנה מאי דלא כתב הרמב"ם דמיירי דווקא במציק, לכאורה י"ל דס"ל דברייתא שהביאו בגמ' באמת ס"ל הכי, אך לעולם סתימת לשון המשנה משמע דשפיר מיירי בכל גווני ולא דווקא במציק, אלא דהוכיחו בסוגיין מברייתא דלא אמרין דהחיוב מדינא דאין קנין וכו', ושוב אף המשנה מצי' ס"ל דיש קנין וחייבו משום קנס, אבל לעולם מתני' ס"ל דאיתא לקנס זה אף בלא מציק. וכבר כ"כ החזו"א על דברי הרמב"ם, אלא דהניח בצ"ע ממאי דמבואר בירושלמי דאף מתני' מיירי במציק, אם לא דנימא דסתימת לשון הבבלי משמע דלא כהירושלמי.

והנה יעויין בר"י קורקוס בהל' מעשר שכתב דליק ממאי דס"ל להרמב"ם דאין קנין, משום דמדקדוק לשונו מבואר דמאי דאין קנין וחייב במעשרות אינו אלא כשחזר ולקחה הישראל, אבל בחוכר ומקבל שהוא חלקו של נכרי לעולם ליכא חיוב, וכ"כ בכס"מ בהל' תרומות. והנה הוא כתב כן ליישב דברי הירושלמי לשיטת הרמב"ם, אכן מסוגיין לכאורה אכתי תיקשי, דהרי תלוי הך מילתא אי איכא חיוב מדינא או מקנסא בשאלה דאין קנין ויש קנין, ואילו לדבריו ליכא נפ"מ בזה דבכל אופן ליכא חיוב בחלקו של נכרי. אלא די"ל דסוגיין היא בעצם מקור לשיטת הרמב"ם בזה, ומהלך הדברים, דלפני שחידשו הך קנס, ממאי דהמקבל חייב היה מוכח תרתי, חדא, דאין קנין, ר"ל, דאף בחלקו של נכרי אין קנין וחייב הוא מדינא, ועוד, דמקבל כחוכר. והוכיחו מברייתא דמציק דע"כ ליכא חיוב מדינא ואינו אלא משום קנס, דהיינו, כפי רש"י, או משום דס"ל דיש קנין או משום דאין קנין ומקבל לאו כחוכר, ומדהוי ר' יהודה משום קנס כמו כן לרבנן לא הוי אלא משום קנס, ואף אי אין קנין, וע"כ דהיינו משום דלענין זה ליכא נפ"מ ולכו"ע פטור מדינא, וכדברי הר"י קורקוס והכס"מ. ומדוייק היטב לישנא דמתני' דבדברי רבנן לא אמרו של אבותיו ואילו בדברי ר' יהודה אמרו, והיינו משום דהקנס לרבנן בחוכר הוא בכל שדה, משא"כ במקבל לר"י, דהרי מקבל לאו כחוכר, ומבוארים דברי הרמב"ם.

קנט) רש"י ד"ה יש קנין- ואי נמי אין קנין מקבל לאו כחוכר דמי- לכאורה היה נראה בכונתו דר"ל דאע"ג דמקבל כחוכר פטור מדינא משום דיש קנין, או דנימא דאין קנין ומי"מ אינו חייב מדינא משום דמקבל לאו כחוכר הוא. אכן יעויין חידושי הרמב"ם שהקשה ע"ז, וז"ל: ולא ראיא דאפי' כשתמצא לומר יש קנין מציק אין לו קנין דהא גזלן הוא כדפרש"י

עצמו וק"ל דקרקע אינה נגזלת וכיון שכן את"ל מקבל כחוכר כל מקבל ממנו חייב מן הדין ואפי' מקבל שדה אברהם והיאך תאמר יש קנין ומקבל כחוכר ומאי שדה אבותיו ממש ומשום קנסא א"י אין קנין ומקבל לאו כחוכר, עכ"ל. וע"ש דביאר הרמב"ן דכונת רש"י דכו"ע או יש קנין או אין קנין, ומתני' היינו טעמא משום דמקבל לאו כחוכר דמי הילכך חלק הגוי פטור מן הדין אלא דבשדה אבותיו ממש קנסו, ע"ש כל דבריו, וכ"כ גם הר"ן בדעת רש"י.

קס) ידו על התחונה - נאמרו בזה ג' פירושים בראשונים, דרש"י ועו"ר כתבו דאם השבח יתר על היציאה משלם היציאה ואם היציאה יתירה על השבח אינו משלם היציאה אלא כנגד השבח. וידו על העליונה פירושו כשאר שתלי העיר. והר"ף פי' דידו על התחונה ר"ל הפחות שבשכירות, כלומר מה שיעלה לעשותו על ידי פועלים פחותים, וידו על העליונה ר"ל במעולה שבשכירות. ומה שלא פירש כדעת רש"י ודעמ"י, משום דס"ל דליכא צד שישלם יתר על ההוצאה. ובחידושי הרשב"א הביא פירושו של רה"י בספר המקח שער ז' דידו על התחונה פירושו בפחות שישומו אותו שמאים בקיאים, וידו על העליונה פירושו השומא הכי גדולה שישומו שמאים בקיאים.

קסא) א"ל זיל שלים א"ל לא בעינא - ע"י בראשונים שנחלקו אי יכול לומר בעל השדה טול נטיעותיך, דמדברי רה"י בספר המקח מבואר דאינו יכול לומר כן אפי' בשדה שאינה עשויה ליטע, וכ"ה גם דעת בעה"מ. אכן הרמב"ן ועו"ר בסוגיין כתבו דבשדה שאינה עשויה ליטע שפיר יכול לומר טול נטיעותיך, רק בעשויה ליטע אינו יכול. ומסתמית לשונו של הרמב"ם והר"ף משמע לכאורה דאפי' בעשויה ליטע יכול שפיר לומר טול נטיעותיך, וכ"ה דעת הרא"ש.

והנה גוף דינא וחיובא דיורד צ"ב לכאורה, אמאי מתחייב לשלם עבור מה שעשה חבירו שלא מדעתו. ואין לומר דחיובו משום דין פשוט דנהנה, דהא כתוב התוס' בב"ק ק"א דל"ש חיוב נהנה אלא היכא דעשו או הוא או בהמתו מעשה, או שנהנה גופו, ע"ש בדבריהם. ולכאורה צ"ל דיסוד חיובא דיורד הוא משום שהשביח נכסי חבירו וקנאה חבירו ד"ז ועל ידי זה מתחייב לשלם, והוא כמין חיוב משתרשי (או ממוני גבד, והדברים עתיקים). וזהו החילוק בין חיובא דיורד לבין חיובא דנהנה, דבנהנה חיובו עבור לקיחת ההנאה, אשר ממילא בעינן לזה מעשה, משא"כ יורד דחיובו משום משתרשי או ממונא גבד, בזה לא בעינן מעשה. אשר לפ"ז יש לבאר פלוגתא הנ"ל אי באינה עשויה ליטע יכול לומר טול נטיעותיך, וכן ביאר בברכ"ב ב"ב סי' ח', ע"ש, דנהנה הא פשיטא דהיכא דאכלה בהמתו משל חבירו ומשתרשי ל"י ליכא מושג ד"טול", דהרי כבר אינו יכול להחזירו, ונבי יורד הדבר תלוי מתי קנה בעל השדה את השבח, דאי נימא דמיד על ידי המשתרשי גרידא, דהיינו במציאות מה שעשה בשדהו, הוי כבר של בעל השדה, פשוט דאינו יוכל לומר טול, דהא כבר הוי שלו, ואינו יכול אלא לומר ולטעון דלדידי לא הוי שבח כלל. אכן הראשונים דס"ל דיכול לומר טול וכ"י ס"ל דלעולם לא קנה השבח אלא על ידי נחותא דידי, ובלשון אחר, אינו חייב לשלם עבור מה שעשה לו חבירו אלא משום שלא אמר טול, זאת אומרת, שגילה נחותא דידי להשאיר הדבר אצלו, אשר לפ"ז פשיטא דיכול לומר טול וכ"י. והיינו נמי טעמא דהרא"ש ודעמ"י דס"ל דאף בעשויה ליטע יכול לומר טול וכ"י, דבלא"ה ליכא חיוב יורד כלל, וכנ"ל. והראשונים המחלקים בין עשויה ליטע לבין אינה עשויה ליטע, היינו טעמייהו, דבעשויה ליטע איכא אומדנא דניחא ל"י ושוב ממילא קנה ואינו יכול לומר טול וכ"י. ויש להוסיף בזה עוד, דנראה דחלוק עשויה ליטע משאינו עשויה ליטע בזה, דבעשויה ליטע חיובו הוא משום דאנן סהדי שהוא היה עושה כן והוי כאילו הוא שלחו, ולהכי אע"פ דידו על העליונה, אבל באינה עשויה ליטע ליכא למימר הכי, אלא חיובו כנ"ל משום דהוי במין

ממוני גבד, אשר ממילא י"ל דס"ל להני ראשונים דבשלמא באינה עשויה ליטע יכול לומר טול וכ"י, כלומר, דאינו זוכה במה שנעשה ואין ממונו גבו, אכן בעשויה ליטע דחיובו משום דהוי כאילו הוא שלחו לעשות, בזה לא מהני מה שאומר טול. ואף הני ראשונים שס"ל דגם בעשויה ליטע יכול לומר טול וכ"י, י"ל דס"ל נמי הכי, אלא דמהני מה שאומר טול לומר דעבורו אין זה זכות וממילא שוב ליכא למימר שהיה שולחו, וכן מדוקדק בלשון המאירי, ע"ש, וע"י גם בני"י דמשמע כן מדבריו, שכתב דבשדה שעשויה ליטע הוי כמאן דגדר לה ומנטר לה, ובטעמא דהיכא דגדר ומנטר לה כתב דכו"י כאילו ירד מדעתו.

ואילו מדברי הרא"ש מבואר דהיכא דגדר לה ומנטר לה לא חשיב כאילו ירד מדעתו, דהא לדידי לא מהני הא דגדר לה לעשות ידו על העליונה אלא בשדה העשויה ליטע, דבהכי מיירי לדידי בסוגיין, וכדיבואר לקמן, אבל בשדה שאינה עשויה ליטע אף היכא דגדר לה ומנטר לה לא אמרינן אלא דידו על התחונה, וכן מבואר להדיא בטור חו"מ סי' שע"ה, הרי מבואר דלא מהניא הא דגדר לה אלא ליחשב נחותא ואי אמירת טול נטיעותיך, ומעתה הדבר תלוי אי עשויה ליטע או אינה עשויה ליטע.

ומח' זו דהרא"ש והרמב"ן יצא להו מביאור המעשה בסוגיין, ע"י רמב"ן שפירש דמתחילה לא ידע אי שדה העשויה ליטע היה או שדה שאינה עשויה ליטע אשר על כן אמר לו סתם זיל שלים, ומדאמר ל"י לא בעינא למד דהוי אצלו שדה שאינה עשויה ליטע, ושוב אמר לו זיל שלים, ר"ל, וידו על התחונה כדין שדה שאינה עשויה ליטע, וכשהדר אמר לא בעית הניח לו, כי בשדה שאינה עשויה ליטע יכול לומר טול עציך ואבניך. אלא דכשהדר גילה דעתו דניחא ל"י שוב נעשה אצלו כשדה העשויה ליטע ועל כן חייבו כשדה העשויה ליטע. אמנם הרא"ש ביאר באופן אחר, דמיירי בשדה העשויה ליטע, ומתחילה כשאמר לו לא בעית היינו משום דיכול לומר לו טול עציך ואבניך אפי' בשדה העשויה ליטע, ואח"כ הציע לו להתפ"ש ולשלם עכ"ל כבשדה שאינה עשויה ליטע, אלא שאף בזה אמר לא בעית, והוא כדין, דאף בשדה העשויה ליטע ס"ל להרא"ש דיכול לומר לו טול עציך ואבניך, רק משגילה דעתו דניחא ל"י חייב הוא כבר כשאר שדה העשויה ליטע וידו של היורד על העליונה.

וע"ש שהקשה הרא"ש על דברי הרמב"ן דאי מיירי בשדה שאינה עשויה ליטע, האיך מהניא גילוי דעתו לחייבו כבשדה שעשויה ליטע וידו של היורד על העליונה, נימא דמה שגדר הוא משום שהחליט דכיון דסו"ס נטע כבר ישאירנה, ולעולם שדה שאינה עשויה ליטע היא. ובב"י חו"מ סי' שע"ה כתב ליישב, "דאין הכי נמי דאי אמר ל"י האויל וכבר נטעת אני רוצה לקיימה בשדה שאינה עשויה ליטע ידו על התחונה אבל כשאומר תחלה שאינו חפץ ואחר כך גלי דעת'י שהוא חפץ אמדינן דעת'י דניחא ל"י כאילו היתה עשויה ליטע", ע"ש שדקדק כן מדברי רש"י.

ועולה מדבריהם, דלדעת הרמב"ן מהניא גילוי דעתו זה לשוותו כשדה העשויה ליטע, ואילו להרא"ש לא מהני לעשותו לעשויה ליטע, רק מהני לומר שאינו חפץ לומר טול עציך ואבניך, ושוב ממילא חייב כדינו או כשדה שאינה עשויה ליטע או כשדה העשויה ליטע. ואפשר דתליא הך מילתא בגדר חיובא דשדה העשויה ליטע, דאי נימא דיסודו כמבואר בדברי הנ"י (דאזיל בשיטת הרמב"ן) דהוי כאילו עשה מדעתו, מובן היטב מאי דהיכא דגילה דעתו הוי כאילו ירד מדעתו, אשר זהו דס"ל להרמב"ן דנעשה ע"י לשדה העשויה ליטע. אכן אי נימא דגדר שדה העשויה ליטע הוא דכן נמדד הטובה שנעשה לו בשדה שהיא חפצא דעשויה ליטע, פשיטא לכאורה דאף היכא דגילה דעתו, מ"מ הוי בעצם אינה שדה העשויה ליטע, וע"כ דלא מהני הא דגילה דעתו אלא לענין דתו לא מצי למימר ל"י טול עציך ואבניך, ועדיין צ"ע בזה. ואי נימא הכי, יבואר גם מאי דפליגי הרמב"ן והרא"ש לענין שדה שעשויה ליטע אע"פ דידו על העליונה, אבל באינה עשויה ליטע, דלהרמב"ן לשיטתו דעיקר החילוק ביניהם הוא

מאי דבעשויה ליטע הוי כאילו היה מדעתו, שפיר מהני מאי דאומר טול עציך דלא ליחשב עשויה ליטע, אכן להרא"ש לשיטתו דהדבר תלוי בעצם החפצא דהשדה, לא מהני מאי דאומר טול עציך לשוויי כאינה עשויה ליטע.

קסב) אין שומעין לו- עיי חידושי הריטב"א החדשים שכתב, וז"ל: פ"י אלא ששמין לו כפי הדינין דלעיל כשעשויה להבנות או שאינה עשויה להבנות, עכ"ל. אכן הרמב"ם כתב בפ"י מהל' גו"א ה"ו, וז"ל: החצרות הרי הן ראויות לבנין ולהוסיף בהן בתים ועלויות לפיכך הורו הגאונים שהבונה בחצר חבירו שלא מדעתו הרי זה כנטע שדה העשויה ליטע ושמין לו כמה אדם רוצה ליתן בבנין זה לבנותו והוא שיבנה בנין המועיל הראוי לאותה חצר כמנהג אותו מקום, עכ"ל. ומבואר דאין שומעין לו והוי כעשויה להבנות, דהוי כשדה העשויה ליטע.

והנה בסוגיין אין מבואר אי יכול בעל החצר (בעל החורבא) לומר טול עציך ואבניך, אכן יעויין ברא"ש שהביא ב' דיעות בזה, דיעה קמייתא, דכי היכי דיכול היורד לומר את עצי ואבני אני נוטל כך יכול בעל החצר לומר טול עציך ואבניך, ובשם הראב"ד הביא, וז"ל: והראב"ד ז"ל כתב דאין שומעין לו דקיי"ל חורבה עומדת לבנות וזה מזיק הוא דאין שומעין לו דאין שומעין לו אלא ישב ועד שיתן יציאותיו וכו', עכ"ל. (ולדידי' מייירי כנראה דווקא בחורבה דהיא היא העומדת לבנות, אבל יתכן דבחצר לא חשיב דעומדת לבנות.)

ק"א ע"ב

קסג) בבית שומעין לו- עיי חידושי הר"ן שכתב, וז"ל: איכא מ"ד דהני מילי בחורבה שאינה עשויה ליבנות אבל בחורבה העשויה ליבנות אין שומעין לו דמיד זכה בעל הקרקע בבנין שמתחילה על דעת כן בנה אבל בחורבה שאינה עשויה ליבנות דשמין לו וידו על התחנתה כשבנה על דעת ליטול כל הוצאתו נתכוין וכן כתב הרא"ה ז"ל, עכ"ל.

ועוד הביא הר"ן דעת הרשב"א בזה, וז"ל: אבל מדברי הרשב"א ז"ל נראה דאפי' בחורבה העשויה ליבנות יכול לומר עצמ ואבני אני נוטל כל זמן שלא קדם בעל הקרקע ואמר דמיהם אני נותן דבכה"ג כיון שעל דעת ליטול מבעל הבית בנה הוה ל' כאומר לחבירו זכה לפלוני במנה זה אם ירצה דכיון שרצה הלה זכה זה בשבילו הכא נמי כיון שנתרצה זכתה לו חצירו ושוב אין הלה יכול לחזור בו וכו', עכ"ל. ומתוך דברי הרשב"א וכן דברי הרא"ה מבואר דזוכה קרקע בעל החצר (חורבה) על ידי חצירו בבנין אף שהבנין מחובר לקרקע.

קסד) משום כחשא דארעא- עיי חידושי הריטב"א שכתב, וז"ל: וש"מ דדוקא לאחר שהשרישו דאיכא כחשא ומינה למ"ד משום ישוב א"י בהכי מייירי דהא אמרינן דליכא כינייהו אלא ח"ל ומהא שמעין ליישוב א"י האמור לעיל דמייירי בששרישו כדפ"ל, עכ"ל. ונראה פשוט דמדחילקו התוס' דבכחשא דארעא שלא נעשה בידים איכא נפ"מ בין ארץ ישראל לבין חו"ל, וגם מהא גופא דאיכא נפ"מ בין כחשא דממילא לבין כחשא בידים, מבואר דדינא דמשום כחשא דארעא לאו מדין מזיק גמור הוא, דבמזיק גמור לא שייך לחלק הכי. וכמוכח לכאורה ממאי דאיכא מ"ד דפליג אהך טעמא דכחשא דארעא. אלא גדר הדבר הוא דהוי כמין זכות טענה בדיני ממונות שיש לו לבעל השדה שלא יעקור מה שנטע מהאי טעמא, ותו לא.

קסה) רש"י ד"ה להודיע קתני- המשכיר בית לחבירו כלו ימי השכירות בימות הגשמים אינו יכול להוציא משום דלא שכיחי בתי אא"כ הודיעו בימות החמה שלשים יום שלא ירחיב לו הזמן משיכלה זמנו- עיי רמב"ן וריטב"א שדקדקו מלשונו דמייירי אפי' בקובע זמן לשכירות, כלומר, דאפי' בזה צריך להודיעו ל' יום קודם. והראשונים הנ"ל פליגי עלי' ע"פ דברי הירושלמי וס"ל דאם קבע לו זמן אין צריך בזה הודעה כלל, ומאיך גיסא, אפי' נפל ביתו דמשכיר או דכללי' לברי' אינו יכול להוציא קודם

זמנו (ולדין זה אף רש"י מודה), וכן מבואר מדברי הרמב"ם בפ"ו מהל' שכירות ה"ז שהביא דינא דסוגיין בזה"ל: המשכיר בית לחבירו סתם וכו', עכ"ל. (אכן יעויין בקונטרס הראיות להרא"ש שהבין בדברי רש"י דמייירי דווקא בהשכירו סתם, וכדברי הראשונים.)

ועיי חידושי רבנו מאיר שמחה שהקשה על דברי רש"י מהא דלקמן דף ק"ב ע"א דאמר רב נחמן הכל למשכיר משום דקרקע בחזקת בעליה עומדת, ואפי' בסוף החודש הרי נולד הספק בתחילת החודש ומאחר דקרקע בחזקת בעליה עומדת נמצא שדר בבית חבירו שלא ברשות וחייב בתשלומי השכירות. ולדעת רש"י דבלא הודיעו אינו יכול להוציא אף בקבע לו זמן, נמצא דבתחילת לידת הספק לא היה המשכיר יכול להוציא אפי' אם תמו ימי השכירות, וא"כ הא מיהא דיכול השוכר שפיר לדור בו ואין הספק אלא לענין חיוב התשלומין, אשר בזה הרי השוכר מוחזק, ואמאי צריך לשלם.

קסו) רש"י ד"ה לא עדיפת מינאי- הואיל והגיע זמנו מוציאנו וא"ל דלא אינך בא עלי אלא מחמת שלא הדעתך ואתה אינך מוצא בית לשכור אף אני לא היה לי להודיעך שלא ידעתי שיפול ביתי ואני איני מוצא בית לשכור ולא טוב שחזור אתה בפנים ואני בחוץ- הכונה בזה, דהא מיהא פשיטא דע"כ מייירי אחר שתם זמן השכירות, וזכותו של השוכר לדור שם אינו אלא משום שלא הודיעו, אשר בזה שפיר מצי טעין המשכיר לא עדיפת מינאי, אבל תוך זמן השכירות לית לי' למשכיר טענה כלל, שהרי הבית מכור לו לזמן.

ופשוט לכאורה דלא שייך לומר כן אלא לרש"י לשיטתו דאפי' בקבע לו זמן צריך להודיעו, אבל לעת הראשונים דבקבע לו זמן אין צריך להודיעו כלל, ע"כ דמייירי הכא בהשכירו סתם.

אכן יעויין דברי התוס' לקמן דף ק"ב ע"ב ד"ה בחזקת שלא נפדה דמבואר לכאורה מדבריהם דאפילו בתוך זמנו מהני טענה דלא עדיפת מינאי, ע"ש דמאי דמיבעיא לן בשוכר אומר נתתי ומשכיר אומר לא נטלתי על מי להביא ראיה אמרו דבתוך זמנו הוי בחזקת שלא נתן, וכתבו התוס' דאע"ג דאב"י ס"ל דעביד איניש דפרע בתוך זמנו, שאני הכא "דהשוכר נמי ירא להקדישם השכר פן יפול הבית או יפול ביתו של משכיר עצמו ויוציאו דאמר לי' לא עדיפת מינאי כדאמרינן לעיל". הרי מבואר דאף בתוך זמנו מהניא הך טענה. וכבר עמד על כך בהגהות הגר"א שם, וע"ש גם במהר"ם. אך יעויין בקצוה"ח ס"י שיי"ב סק"א שדחה הראיה מדברי התוס', והוא ע"פ דברי המ"מ פ"ז שכירות ה"ג, דהא דבעינן להלן על מי להביא ראיה היינו בשוכר סתם, ותוך זמן דהתם היינו תוך ל' יום של הודעה, דזה חשיב תוך זמנו, ואפשר דהתוס' מפרשים האיבעיא כך ורק משו"ה הוא שכתבו דשייך בזה טעמא דלא עדיפת מינאי, ע"ש.

קסז) רש"י ד"ה כללי' לברי'- השיא את בנו וצריך לו לבית חתנות- אכן יעויין שט"מ בשם הראב"ד שפירש באופן אחר, וז"ל: שהמשכיר תיקן את ביתו הדר בו להשיא בו אשה לבנו והוא צריך לבית אחר לדור בו, עכ"ל. והיינו טעמא לכאורה דנאיך מפירושו של רש"י, דבציור של רש"י הרי למשכיר עצמו יש מקום לדור, ולא שייך בזה טענה דלא עדיפת מינאי, ובכה"ג ס"ל להראב"ד דאין לו להמשכיר זכות לסלק את השוכר בלא הודעה. וסברת רש"י, כמש"כ ברמב"ם פ"ו שכירות ה"י, "שאינו בדין שהיה זה יושב בביתו וכן בעה"ב ישכור בית שיעשה בו חתונה".

קסח) כאשר עשה כן יעשה לו גמולו ישוב בראשו לא מיבעיא חצר דלא קיימא לאגרא וכו' אלא אפי' חצר דקיימא לאגרא אמרה לי' לכ"ע ניחא לי לאוגורי ולך לא ניחא לי דדמית עלי כי אריא ארבא- כתב המאירי, וז"ל: כל ששאל מחברו לשכור לו בית ולא נתרצה לו והכניס עצמו עמו באותות של חבה יתרה עד שמתוכם השכיר לו וכו' אם נתבררו דברים אלו שכך הם הרי זה כמו שטעה בשכירות זו ומוציאו כל זמן שירצה הואיל ולא השכירו לזמן ידוע ולא עוד

וכו', עכ"ל. ודבריו לכאורה צ"ב, דכיון דיסוד מאי דיכול להוציא הוא משום דהוי כמו שטעה בשכירות, מאי נפ"מ איכא בזה בין השכירו לזמן ידוע לבין לא השכירו לזמן ידוע. אכן פשוט דאין ר"ל דהוי שכירות בטעות, אלא אמרינן דמה שהשאירו שם ולא הודיעו מקודם, הרי זה טעות, ושוב ליכא דין זה דעד כמה שלא הודיעו אינו יכול להוציא. אכן כשקבע לו זמן הרי עצם השכירות הוא עד זמן זה, ובזה פשוט דכיון דאין זה שכירות בטעות אינו יכול להוציא.

והנה כתב הרמב"ם בפ"ז מהל' שכירות ה"ז, וז"ל: מי שהכניס פירותיו לבית חבירו שלא מדעתו או שהטעהו עד שהכניס פירותיו והניחם והלך יש לבעל הבית למכור לו מאותן הפירות כדי ליתן שכר הפועלים שמוציאין אותן ומשליכין אותן לשוק, עכ"ל. ומבואר מדבריו דאיתא להך דינא גם במי שהכניס פירותיו לבית חבירו שלא מדעתו, ולא רק היכא דהטעהו כבסוגיין. אכן יעויין בטור סי' שיי"ט שהביא דברי הרמב"ם אלא שהשמיט הא דהכניס פירותיו שלא מדעת בעל הבית, וע"ש בדרישה שכתב ע"פ דברי רבינו ירוחם דהיינו משום דפליג הטור אדברי הרמב"ם בזה וס"ל דאף דבכה"ג מצי למיעבד דינא לנפשי' ולהוציאם מביתו, אבל אינו רשאי למכור מהפירות לשכור פועלים להוציאם, ואינו רשאי להניחם במקום הפקר שילכו שם לאיבוד, ודווקא היכא דהטעהו הוא דיכול לעשות כן. וע"י רבינו ירוחם ח"א נתיב ל' שכתב ד"א דבחדר דקיימא לאגרא אין לו אפילו רשות להוציאם אף היכא דהודיעו, אם אך לא הטעהו.

והנה יעויין במח"א הלכות גזילה סי' ט"ו שדן אי שוכר שלא מדעת בחצר דקיימא לאגרא חשיב גזלן, דאיכא למימר דדווקא שואל שלא מדעת הוי גזלן אבל שוכר שרוצה לתת שכר בחצר דקיימא לאגרא לא חשיב גזלן. וע"ש שכתב דנחלקו בדבר זה רש"י והרמב"ם, דמדברי רש"י בב"ק דף צ"ז ע"א ד"ה נחת ל"י אדעתא דאגרא משמע לכאורה דרק היכא דיורד בעל כרחו של הבעלים הוא דחשיב גזלן אבל שלא מדעתם הוי בחצר דקיימא לאגרא כיורד ברשות. אכן מדברי הרמב"ם פ"ג גזילה ה"ח משמע דאפילו היכא דלא ירד בע"כ דהבעלים, אם אך ירד שלא ברשות חשיב גזלן, ע"ש כל דברי המח"א. ועפ"ז י"ל דהרמב"ם שכתב בהך דסוגיין דאף היורד שלא מדעתו, מאחר דהוי גזלן, אית ב"י הך דינא דיש לבעל הבית למכור הפירות לשכור פועלים להוציאן. אכן הי"א ס"ל כרש"י דהיורד שלא ברשות לא חשיב גזלן, אשר ממילא ס"ל דאינו יכול להוציא כלל.

והנה לדעת הרמב"ם דדינא דסוגיין הוא אפילו בהניחם שלא ברשות, צ"ב לכאורה אמאי אמרו בסוגיין משום דמדית עלי כאריא ארבא, הרי אך בלאו הכי אמרינן שיכול להוציאם וכו', וכן דקדק במח"א. אכן הדבר פשוט, דהוצרכו להך טעמא משום דהכא באמת היה ברשות, רק שהטעהו, אשר על כן שפיר בעינן לטעם דמאחר שהטעהו הוי כאריא ארבא.

קסט) המשכיר בית לחבירו המשכיר חייב בדלת בנגר ובמנעול ובכל דבר שמעשה אומן- גדר דין זה, ע"י רמב"ם פ"ו שכירות ה"ו שכתב, וז"ל: המשכיר בית לחבירו חייב להעמיד לו דלתות ולפתוח לו החלונות שנתקלקלו ולחזק את התקרה שנסברה ולעשות נגר ומנעול וכל כיוצא באלו מדבריהם שהם מעשה אומן והם עיקר גדול בביטוב הבתים והחצרות, עכ"ל. ומשמע מדקדוק לשונו דיסוד חיוב המשכיר להני מילי הוא מפאת היותם עיקר גדול בביטוב הבתים, אלא שנאמר בזה כמין תנאי דאינו חייב אלא בדבר שהוא מעשה אומן, כלומר, דדברים שאינם מעשה אומן, אף שהם עיקר גדול בביטוב הבתים, מ"מ על השוכר מוטל לעשותם.

ובשט"מ בשם רבינו יהונתן הכהן מלוניל גדר אחר בזה, ע"ש שכתב, וז"ל: המשכיר חייב בדלת לפי שאפילו לא ישכרנו ולאחר צריך הוא שישגרנו שלא יהיה מערת פריצים ושלא תהא ארשפה ליפנות שם אבל דבר שאינו מעשה אומן נמצא שאינו צורך הבית

אלא למי שהוא דר שם משום הכי עליו לתקנו, עכ"ל. ובהא דלקמן דהשוכר הוא שמעמיד סולם, כתב רבינו יהונתן, וז"ל: ואע"פ שיש מקצת מאלו שצריך מעשה אומן אפילו הכי השוכר עושהו שאם ירצה להשתמש בגג כדי שלא יפולך ממנו יעשה לו מעקה שאם לא היה אדם דר בו לא היה צריך למעקה, עכ"ל. וביאור דבריו, דעיקר הגדר בזה הוא דמאי דחשיב חלק מעצם החפצא דהבית מוטל על המשכיר, שהרי השכיר לו בית, אבל מה שהוא מצד הדירה בו ולא מצד עצם החפצא דהבית אינו בכלל שכירת הבית והרי הוא מוטל על השוכר. ומאי דנוכר בזה מעשה אומן, אין זה אלא כמין סימן למה חשוב מעיקר החפצא דהבית, וכלשונו, "אבל דברי שאינו מעשה אומן נמצא שאינו צורך הבית", ולעולם היכא דאינו מעצם החפצא דהבית, אף שהוא מעשה אומן הרי הוא מוטל על השוכר. העולה בזה, דלרבינו יהונתן עיקר השכירות הוא על החפצא דהבית, ואילו להרמב"ם יסוד השכירות הוא על דירת הבית.

ועוד בגדר דין זה, ע"י מאירי בסוגיין שכתב, וז"ל: המשכיר בית לחברו משכיר חייב בדלת וכו' ר"ל שאם לא ראה השוכר את הבית קודם ששכרו ולא התנה עמו היאך יתקנה לו אלא ששכר סתם משכיר חייב להעמיד לו דלתות הראויות לבית ולעשות לו מנעול וכו' וכן הדין בכל אלו אם שכרו והיה הכל ראוי ודר שם הרבה ונתקלקל שהמשכיר חייב לו לתקנם ואם תקן שוכר מעצמו מנכה לו מן השכירות וכו', עכ"ל. ומבואר מדבריו דאילו ראה את הבית בזמן השכירות ולא היה בו דלת וכו', בכה"ג כיון ששכרו כך אין המשכיר חייב בדלת וכו'. אכן יעויין בריטב"א (החדשים) בסוגיין שכתב, וז"ל: פירש הראב"ד ז"ל דממירי (לענין חלונות) בבית אפל שצריך לאורה ע"כ ואע"ג דבשעת שכירות נכנס שם שוכר וראה שלא היו שם דברים אילו לא אמרינן ראה וניפייס דכיון דלדירה אמר ל"י ולא חזיא לדירה אלא בדברים אלו הרי הוא כאילו התנה בפירושו, עכ"ל, והוא דלא כדברי המאירי.

והרמב"ם כתב בפ"ו מהל' שכירות ה"ג, וז"ל: המשכיר בית לחבירו חייב להעמיד לו דלתות ולפתוח לו החלונות שנתקלקלו, עכ"ל, ודקדק בני"י בסוגיין מדבריו דבמש"כ "ולפתוח לו חלונות שנתקלקלו" בא לומר דלא כדברי הריטב"א בשם הראב"ד, אלא דווקא בכה"ג שנתקלקלו הוא דחייב לפתוח לו חלונות, אבל היכא דנכנס וראה מתחילה שאין שם חלונות אינו חייב לפתוח לו חלונות, וכדברי המאירי. אכן יעויין בני"י שצידד דאיכא למימר דלעולם לא בא הרמב"ם לאפוקי כה"ג דאין חייב לפתוח לו חלונות, אלא בא לרבווי דהיכא דשכר בית סתם חייב לפתוח לו חלונות אף היכא דהוי חלונות מתוקנים מחילה ואח"כ נתקלקלו. וע"י גם ביאור הגר"א סי' שצ"ד סק"א שכתב דנקט הכי בביאור דברי הרמב"ם.

קע) לעשות לו מעקה- בהך חיוב מעקה דהשוכר, ע"י ספרי פרשת כי תצא דאית בזה"ל: תניא בספרי אין לי אלא בנה לקח וירש וניתן לו במתנה מנין ת"ל בית מכל מקום וכו', עכ"ל. ומפשטות לישנא דהספרי משמע לכאורה דדווקא לקח או ירש או ניתן לו במתנה שנעשה הבית שלו הוא דחייב במעקה, אבל שוכר, שאינו שלו, לית ל"י חיוב מעשה דאורייתא, וע"כ דאין החיוב המבואר בסוגיין אלא דרבנן, וכ"כ בסמ"ג מ"ע ע"ט, ע"ש שכתב, וז"ל בא"ד: והא דתניא בסוף פרק השואל שהשוכר חייב לעשות לו מעקה מדרבנן הוא מפני שהוא דר בבית פן יבא להתרשל בדבר. וכן איתא ביראים סי' רל"ד (מ"ה), וז"ל: ונראה לומר שהעומד בבית אחרים פטור העומד מן המעקה דלא מרבינן אלא לקח וירש וניתן לו במתנה אלמא מעקה לאו חובת הדר הוא והא דתניא בב"מ בסוף פרק השואל שוכר חייב לעשות לו מעקה י"ל מדרבנן הוא דעקרוה רבנן ממשכיר ואוקמוהו אשוכר משום דמשכיר אינו בבית ואינו רואה וישכח ואדהכי יפול הנופל, עכ"ל. ובסמ"ק סי' קנ"ב נסתפק אי יש לדייק כן מדברי הספרי, ע"ש. וע"י כה"ג ח"מ סי'

תכ"ו בהגהות הבי"י אות י' שכתב דשכר בכלל לקח הוא וחייב אף מדאורייתא.

והנה מלישנא דהיראים "דעקרוה רבנן ממשכיר ואוקמוה אשוכר" מבואר לכאורה דעקרו חיובא דהמשכיר בשו"א וחיובו השוכר מדרבנן, דמשמע דבכה"ג אף אם יעשה המשכיר מעקה לית בזה קיום מצוה ויכול השוכר לעכב עליו, שזהו מעתה זכותו מצותו של השוכר. והמני"ח מצוה תקמ"ו נסתפק בזה אי דינא הכי, ומלשון היראים משמע להדיא כנ"ל. אכן בדברי הסמ"ג שלא כתב הך מילתא אלא כתב דחיובו השוכר מדרבנן פן יבוא המשאל להתרשל, אין מבואר דבר זה שעקרו החיוב מן המשכיר, ויתכן דחיובא דאורייתא דהמשכיר במקומו עומד ואין השוכר יכול לעכב עליו.

ויש להסתפק בביאור דברי היראים דהפקיעו חכמים חיובא דהמשכיר מהך טעמא דפן יבא להתרשל, אי הא דשמא יתרשל הוי מהות עצם הדין שתיקנו, או דאינו אלא טעם התקנה, אבל התקנה עצמה היא שהפקיעו חיובא דהמשכיר. והנפ"מ בזה, היכא דליכא חיובא על השוכר, דאי עצם מהות הדין הוא מה שהטילו החיוב על השוכר שמא יתרשל המשכיר כדי שתתקיים בניית המעקה, אין זה שייך אלא היכא דחיוב השוכר, אבל היכא דאין השוכר חייב ליתא להך תקנתא כלל ועדיין חייב המשכיר. אכן אי נימא דאין הך מילתא אלא טעם התקנה, אבל יסוד התקנה הוא שהפקיעו חיובא דהמשכיר מהך טעמא כיון דעל הכלל תתקיים בניית המעקה על ידי השוכר, מאחר שתיקנו להפקיע חיובא דהמשכיר שוב אין הדבר תלוי באי למעשה איכא חיובא על השוכר או ליכא. והנה יעויין תשו' המב"י ס"א ס"י ק"י ששאל המב"י את הבי"י אי יש חיוב מעקה בגג מושכר (כלומר, שלא שכר אלא הגג ולא הדירה), והשיב לו הבי"י דכיון דלשוכר אין על הגג תשמיש של בית, אין עליו חיוב מעקה, וכתב שם עוד דאפי' את"ל דמאחר דעכ"פ יש למטה תשמיש של בית דירה הגג חייב במעקה, מ"מ אין חיוב זה על בעל הבית אלא על השוכר, והוכיח כן מסוגיין. הרי מבואר מדבריו דיתכן דאף דאין דאן דהא מיהא פשיטא דאין המשכיר חייב, יתכן דאף השוכר אינו חייב, אשר מבואר לכאורה מזה דמאחר שתיקנו להפקיע חיובא דהמשכיר, שוב אינו מתחייב אפי' היכא דגם השוכר אינו חייב, וכן כתב בדבריו בתשו' חת"ס יו"ד ס"י ר"פ, ע"ש סוף התשובה. ולכאורה היה אפשר לבאר דברי היראים באופן אחר, דס"ל דהא דמבואר בסוגיין דהשוכר חייב ולא המשכיר דאורייתא הוא, וכדברי הכנה"ג הנ"ל וכמו שנתספק בסמ"ק.

קעא רש"י ד"ה חובת הדר היא- דדרשינן ביתך דרך ביאתך למי שנכנס ויוצא לה זה הדר בה- מבואר לכאורה מדבריו דחיובא דשוכר במזוזה דאורייתא הוא, וילפינן לה מהך קרא דביאתך דדרשינן מינה דרך ביאתך, דמשמע דחיובא מוטל על זה שבא לשם, דהיינו השוכר. וכ"ה להדיא בדברי רש"י בע"ז דף כ"א ע"א ד"ה חובת הדר הוא שכתב בא"ד, וז"ל: דכתב ביתך דרך ביאתך אלמא למי שנכנס ויוצא לתוכה אזהר רחמנא, עכ"ל. והנה הך דרשה דדרשינן ביתך דרך ביאתך איתא במנחות דף ל"ד ע"א, אמנם יעוי"ש דלא ילפינן מינה הך דינא דחיובא דהשוכר במזוזה, אלא ילפינן מינה דבעינן שתהא מזוזה בצד ימין, דדרשינן דרך ביאתך בצד ימין דכי עקר איניש כרעי' דימינא עקר. ולכאורה צ"ל לדעת רש"י, דאף דדרשינן מינה הך דבצד ימין, מ"מ ממאי דדרשינן דרך ביאתך משתמע ממילא דחיובא דמזוזה מוטלת על זה שבא לבית, ולכך הוא דחיוב שוכר מן התורה. והוא לכאורה דקדוק לשון רש"י הנ"ל בע"ז, דכתב ביתך דרך ביאתך, אלמא למי שנגס ויוצא לתוכה אזהר רחמנא, ולא דדרשינן הכי להדיא מהך קרא, אלא דמשתמע ממילא, וכנ"ל.

והתוס' במנחות דף מ"ד ע"א ד"ה טלית שאולה כל ל' יום נסתפקו באמת אי חיובא דשוכר במזוזה הוא מן התורה או מדרבנן, ע"ש שכתבו בא"ד, וז"ל: אע"ג דבמזוזה חייב השוכר כדמסיק התם דביתך לא אתא

לאפוקי בית אחרים אלא לכדרבא דאמר דרך ביאתך וה"ט דלמסתבר קרא למעוטי בית אחרים דכיון דלשימור עביד ל"ש וכו' ומיהו י"ל דמזוזה נמי מדרבנן דתרי ביתך כתיבי והא דבעי בסוף השואל מזוזה על מי ופריך הא אמר רב משרשיא חא לאו לחיובי שוכרמייתי אלא ה"ק פשיטא שהמשכיר אנו חייב כיון שאינו דר שם וכו', עכ"ל. ועוד מבואר מדבריהם דאף דנימא דחיובא דהשוכר במזוזה דאורייתא הוא, מ"מ אינו מצד דמשתמע כך מקרא וכמו שכתב רש"י, אלא רק אמרינן דמסתברא דלא אתי קרא דביתך למעוטי בית אחרים כיון דלשימור עביד. ולדידהו לא אתי קרא דביתך למילף מינה אלא דבעינן מזוזה בצד ימין, וכסוגי' הנ"ל דמנחות דף ל"ד.

והנה לשיטת התוס' לא מהוה הך שמירה יסוד וטעם לעצם מאי דהוי מזוזה חובת הדר, רק כיון דלשימור עביד מסתברא לא אתי למעוטי בית דאחרים. אכן ע"י רש"י פסחים דף ד' ע"א ד"ה חובת הדר שכתב דעצם מאי דהוי חובת הדר הוא משום עד לתא דשמירה. אמנם בין לרש"י בין לתוס' מבואר דהויא הך שמירה חלק מחיוב מזוזה. אכן יעויין דברי הרמב"ם בפ"ה מהל' תפילין ה"ד ובכס"מ שם דמבואר להדיא דשמור הבית אינו חלק מהמחייב דמזוזה אלא דהוי תוצאה דממילא ממאי דנתקיימה מצות מזוזה כאשר צוה הקב"ה, ודלא כדברי רש"י ותוס'.

וטעמא דחיוב מזוזה דהשוכר אי לא הוי אלא דרבנן, ע"י תוס' ע"ז כ"א ע"א שכתב דהיינו משום דנראית הבית כשלו.

ק"ב ע"א

קעב (ק"א ע"ב) תוד"ה לא יטלנה ויצא- אע"ג דאמר שמואל במטילין מבגד לבגד גבי מזוזה אסור לפי שמזיקין באין בבית שאין בו מזוזה וכשנוטלה כאילו מזיק אותן שידורו בבית- דשמא לא ימצא אחרת מיד (שטמ"ק מנחות מ"א ע"ב אות כ"ה). מבואר מדבריהם דאין האיסור בסוגיין מצד ביטול המצוה, דאילו מצד ביטול המצוה לא היה אסור אלא היכא דאין בדעתו לשימו בבית אחר, אלא האיסור מצד מזיק. ובאמת בתוס' שבת כ"ב ע"א ד"ה רב אומר כתוב התוס' בזה ב' לשונות, ע"ש שכתבו אהא דאמר רב דאין מתירין מבגד לבגד, וז"ל: לא מבעיא אי חובת טלית הוא דאסור אלא אפילו חובת גברא הוא נמי אסור כדאשכחן במזוזה דנעש אותו שנטלה בבבא מציעא בסוף פרק השואל אע"ג דחובת הדר הוא ושמואל אמר מתירין אע"ג דשמואל גופי' סבר דחובת טלית הוא א"י מתירין כיון שעשהו לצורך בגד וגבי מזוזה שנעש שמא לא היה בדעתו להניח בבית אחר א"י מזוזה שאני שעשויה להציל מן המזיקין וכו', עכ"ל. הרי דנסתפקו התוס' בד"ז אי יסוד האיסור בסוגיין הוא מצד המצוה או מצד מזיק. (וטעמא דרב, ע"י תוס' מנחות מ"א ע"ב דהיינו משום דס"ל דאין לבטל מצות טלית, ורש"י שם כתב דהיינו משום שמבזה לטלית הראשונה.)

וע"י חידושי הריטב"א (הישנים) שכתב דבאמת ליכא איסור אלא היכא דאין דעתו לשימו בבית אחר, וז"ל: וכתב רבינו האי גאון אבל אם מצטרף לו אותה מזוזה במקום אחר נוטלה ויוצא וכן פירש רב אחא ז"ל בפרשת שלח לך וכו', עכ"ל. (וצ"ל בדברי הריטב"א דאף דאין האיסור מצד מזיק מ"מ שפיר חשיב מדה כנגד מדה במה שמתו אשתו ובניו של ההוא שנטלה בידו ויצא, ע"ש בריטב"א שכתב כן, וע"כ דהיינו משום דאף אי אין טעם האיסור משום מזיק, מ"מ הא מיהא דאית במזוזה משום שמירה ומנע על ידי לקיחת המזוזה שמירה זו.)

וע"י ריטב"א החדשים בסוגיין שכתב ליישב קושיית התוס' באופן אחר, דכיון דחלה קדושת שכינה בבית

זה אין לו לסלקה משם, וטעם זה שכתב ודאי דשייכא אף היכא דבדעתו לשימה בבית אחר.

והנה כתב הר"ר יונתן כדבר פשוט דמאי דקאמר לא יטלנה ר"ל שימכרנה לו בדמים שהיא שוה, וכן הביאו בשם שאילתות דר' אחאי גאון ובשם ארחות חיים. אכן יעויין בספר האשכול שהביא דין זה בשם איכא דאמרי, הרי דיתכן לומר דחייב להשאירנה אף בלא דמים. וכן מבואר גם בריטב"א החדשים בסוגיין שכתב "ומיהו אפשר שחייב בעל הבית לפרע דמיה", הרי דנסתפק בזה שמא אסור לא ליטלנה אף שאין בעל הבית נותן לו דמים. ולכאורה היה נראה מסברא כדבר פשוט דמוכרה לו, דהא לא אמרו אלא דאסור לו לטלנה, אבל דידי מיהא הוי, אשר ממילא שפיר יכול לתבוע תשלומין ובלאו תשלומין אינו משאירה. אכן נראה סברת צד זה בהריטב"א ואידך מ"ד בספר האשכול, ע"פ דברי הריטב"א לשיטתו דמאי דלא יטלנה הוא משום קדושת השכינה שחלה בהבית, ונראה יסוד הדבר, דנעשה המזוזה חלק בלתי נפרד מהבית ובטלה היא להבית, אשר ממילא יתכן דלית ל"י להשוכר תביעת ממון שיקנה בעל הבית, כיון דהיא בטלה להבית, דמאחר דעל השוכר לשים מזוזה, הרי זה מחובותיו של שוכר, ושוב בטלה המזוזה לבית, וכנ"ל. או דילמא אף בזה אמרו דאינה נעשית חלק מהבית ולית ל"י לבעל הבית זכות אלא על ידי תשלומין. וכל זה להריטב"א לשיטתו, אכן למשי"כ התוס' דטעמא דלא יטלנה הוא משום מזיקין בכדי שלא יזיק למי שידורו בבית, בזה פשוט דאינו נעשה חלק מהבית ואין זה אלא דין דלא יטלנה אלא יתבע שיקנה ממנו, והריטב"א שנסתפק אינו אלא לשיטתו, וכנ"ל, ועדיין צ"ע בזה.

קעג) ומכרי נוטלה בידו ויוצא - משמע לכאורה מזה דהשוכר בית מוכר חייב במזוזה. והנה הא תינח אי חיובא דהשוכר דאורייתא הוא, וגם אי דרבנן הוא ניחא נמי לשיטת התוס' דטעמא דהך דרבנן הוא משום דנראית כשלו. אכן יעויין בהגהות מיימוני פ"ה מהל' מזוזה אות ז' שכתב בשם ר"י, וז"ל: הני בתים ששוכרים ישראל מכוני פסק ר"י דפטורים ממזוזה דכתיב ביתך ולא בית אחרים וכו' אינה חייבת אלא מדרבנן שלא יאמרו שלו היא אבל בית ליכא למיטעי דקלא אית ל"י, עכ"ל, ע"ש שכתב דלהרמב"ם השוכר מגוי חייב במזוזה. ולדעת הר"י שהביא בהגהות מיימוני צריך לומר דבסוגיין מיירי שנתן שם מזוזה לשמירה אף שלא היה חייב.

ובעצם הך דינא דמכרי נוטלה בידו ויוצא, עיי' חידושי הריטב"א החדשים שכתב דלא נצרכא הך דינא אלא אפילו בבית שרגיל הגוי להשכירו לישראלים יכול השוכר ליטול המזוזה. אכן יעויין בפירוש הר"י מלונגל שכתב דהא דאמרו דנוטלה ויוצא מיירי אם נכנס אחריו גוי, ואין זה רשות אלא מצוה ליטלה "כדי שלא יטלנה הגוי משם וינהג בה מנהג בזיון אי"נ שמא האורח שיראה שם מזוזה יכנס שם שיהיה סבור שישאל דרין בה וישפכו דמו ארצה או יעלילו עליו עלילות".

קעד) רש"י ד"ה בחצר דמשכיר - שלא השכיר את החצר - מבואר מדבריו דאילו היה משכיר את החצר לשוכר לכל תשמישו הוי גלל דאתי מעלמא של שוכר. והוא כדעת הרמב"ד בפ"ו מהל' שכירות ה"ה, ע"ש שכתב הרמב"ם, וז"ל: הזבל שבחצר הרי הוא של שוכר לפיכך הוא מטפל בו להוציאו ואם יש שם מנהג הולכין אחר המנהג בד"א בשחיו הבהמות שעשו הזבל של שוכר אבל אם הבהמה של אחרים השבל של הבעל החצר שחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו אע"פ שהיא שכורה ביד אחרים, עכ"ל. הרי מבואר מדברי הרמב"ם דאף היכא דחצר שכורה לשוכר אם אך לא היו בהמות של שוכר אלא דעלמא שפיר זוכה המשכיר על ידי חצירו. ובראב"ד השיגו, וז"ל: דבר זה אינו מחזור שהרי בגמרא העמידוהו בחצר דמשכיר ושוכרים דאתו מעלמא פ"י חצר דמשכיר דלא אגירא לשוכר מכלל דאי אגירא ל"י כדידי דמי וקניא ל"י מידי דהוה אשוכר את מקומו, עכ"ל. ודעת רש"י בזה כדעת הרמב"ד.

ועיי' מ"מ דחילי' דהרמב"ם ממאי דאמרו בסוגיין אילימא בחצר דשוכר ותורי דשוכר אמאי של בעה"ב, ולדעת רש"י והראב"ד, אמאי הוצרכו לומר דמיירי בתורי דשוכר, הא אפי' בתורי דעלמא קונה בכה"ג. ופשוט דרש"י והראב"ד מפרשי בזה כמש"כ בחידושי הריטב"א החדשים, וז"ל: אי לימא בחצר דאגיר ל"י לשוכר ותורי דשוכר, פירוש או תורי דשוכר וה"ה לשוורים דעלמא דשוכר הוא דזכי בהו כיון דאגירא ל"י וה"ה בחצר דמשכיר ותורי דשוכר דכיון שהוא לפני ביתו ודאי לא מפקר ל"י למשכיר והיינו דלא אשכחן אוקימתא אלא בחצר דמשכיר ותורי דאתו מעלמא, עכ"ל. והרמב"ם מפרש דחצר דמשכיר במסקנת הגמ' ר"ל שהוא הבעלים, ואפי' הוא שוכר לשוכר, ואתיא שפיר קושיית הרמב"ד הא' על דבריו. ומשה"ק הראב"ד על דברי הרמב"ם מאי שנא משוכר את מקומו, עיי' מאירי שביאר לדעת הרמב"ם דשאני היכא דשוכר את מקומו "שעל דעת כן השכירה לו שתקנה לו מקומו לאותו דבר ששכרו לו". וביאורא דהך מילתא, עיי' קצוה"ח ס"י שיי"ג סק"א שהביא ליישב קושיית הראב"ד ע"פ דברי הל"ח בפ"ז מהל' שכירות ה"ה שהביא בשם הר"ר מרדכי מטאלון דלפי מה דמשמע מפ"י הרמ"ה בסוגיית הגמ' הוי כאלו פ"י ואמר שלא השכיר החצר כי אם לתשמישים הצריכים לו, אבל בזכות שהיה לו מדרים אחרים כגון שיהיה חצירו זוכה לו לא זכה לו. אבל היכא דשכר את מקומו ע"מ לקנות על ידו שפיר מהני. ודבריו מבוארים מתוך דברי המאירי. ונמצא לפי זה דמצד עצם כח הקנין דחצר שפיר אית ל"י לשוכר כח לקנות על ידי חצר המושכר, רק דמן הסתם לא הושכר לו לדבר זה, וכנ"ל.

אלא דיעו"ש בקצוה"ח שהקשה לפ"ז סתירה בדברי המחבר, דפסק כדברי הרמב"ם, ואילו גבי מציאה פסק בסי' ר"ס דזוכה בו השוכר ולא המשכיר. ופירש בקצוה"ח דמאי דלא קני בסוגיין הוי סברא מסויימת גבי זבל, דגבי זבל משייר כח לנפשי' שלא יזכה בה השוכר דכיון דהמשכיר את החצר לא השכיר הרפת שבה כדאיתא בסוגיין, משום הכי דעתי' על זבל שלא יזכה בה השוכר אפי' אם יהיה הזבל בחצר כיון דשבח רפת דידי ומשייר לנפשי' כח בהחצר לזכות בזבל, אבל בכגון מציאות שפיר זוכה השוכר. וע"ש דכתב להוכיח כן מסוגי' דגיטין ע"ז ע"א דפריך חצירה מה שקנה אשה קנה בעלה, ופ"י רש"י קנה בעלה לפירות להשתמש בה ואכתי' לא נפיק גט מידו דבעל, ומבואר מזה דעיקר חצר למי שיש לו רשות השתמשות, ע"ש כל דבריו. וכן מבואר באמת בדברי התוס' ר"י שם בכיטין, ע"ש שכתב, וז"ל: ומקשה חצרה מה שקנתה אשה קנה בעלה פ"י שכל נכסי האשה קנויין לו לבעל הפירות וכיון שפירות החצר הוא של בעל מה כח יש לאשה באותו חצר שיקנה לה הגט, עכ"ל, הרי דלית ל"י לבעלים כח קנין בחצר כלל אלא כח הקנין הוא של זה שיש לו בו השתמשות.

ולכאורה היה אפשר לדון על ראיית הקצוה"ח, דאף דנימא דכח הקנין דהחצר הוא של המשכיר, מ"מ כיון דהחצר מושכר לו להשכור להשתמשות, אין השוכר יכול להשכיר למשכיר על ידי חצר זו, דכיון שיש לו בחצר קנין השתמשות לא חשיב שיצא מרשותו, או אף אי נימא דלענין קנין שפיר מהני בכה"ג, אכתי' איכא למימר דיש בזה משום חסרון בכריתות, דהגט חשוב עדיין קשור לבעל על ידי זכות השתמשותו בחצר האשה, עיי' מח"א הל' קנין חצר ס"י ג'.

קעה) מסייע ל"י לר' יוסי ב"ר חנינא - הקשו הראשונים (ר"פ, ריטב"א החדשים, תוס' שאנץ בשט"מ) דהא אף ר' יוסי ב"ר חנינא לא אמר אלא בחצר המשתמרת לדעת בעלים, והכא משתמרת לדעת שוכר ולא למשכיר. ות"י בריטב"א ובר"פ דמיירי שהמשכיר א"ל לשוכר תשים עינך בחצר זה, דהשתא הוי שפיר לדעת בעלים שנעשה שלוחו לשמרו. אכן התוס' לעיל דף י"א ע"ב, וכן התוס' שאנץ בסוגיין, כתבו באופן אחר, דמיירי כגון שהמשכיר דר באחד מן הבתים שבחצר ומשתמרת החצר על ידי בני ביתו שמתמשיין בו תדיר. ובש"ך שיי"ג סק"א הביא

דמסתמת דברי הרמב"ם משמע דלא מיירי דדר משכיר באחד מהבתים שבחצר, וכתב "דמ"מ מיקרי חצר המשתמרת לדעת המשכיר כיון שהוא משומר והוא חצרו. והוא לכאורה אף דלא כהריטב"א ור"פ, דהא הם לא כתבו דהוי משתמרת לדעת המשכיר אלא היכא דשויה להשוכר כמין שליח, והש"ך כתב דסתמא חשיב משתמרת לדעת משכיר כיון שהוא משומר והוא שלו. ובתוס' גיטין ע"ט ע"ב ד"ה פנימית כתבו בזה ב' תירוצים, האחד כדבריהם לעיל דף י"א, ועוד, "שוכר הוי כמו שומר ושלוחו של משכיר", ומשמע מדבריהם דזה מן הסתם בלא ציווי או אמירה כל דהו. אכן אכתי אין זה כדברי הש"ך בהרמב"ם, דלדברי הש"ך אין זה משום דהוי השוכר כשלוחו של המשכיר. וצ"ב מהו יסוד פלוגתת הראשונים בזה.

קעו) כיון שיצא לו שם מציאה בעיר בדילי אינשי מינה- ע"י קצוה"ח סי' ר' סק"ב שהביא מח' הראשונים אי כשאינו משומר לא להמוכר ולא להלוקח אלא דאיכא דעת אחרת מקנה אי חשיב על ידי זה משתמרת משום דתליא בדעת המקנה ואין אחר יכול לזכות בה. וה"ר מסוגיין דאף דאינה משתמרת אלא על ידי דיצא לה שם מציאה בעיר דמיבדל בדילי מיני דחשיב שפיר משתמרת, וכש"כ דהיכא דדעת אחרת מקנה מיבדל בדילי מיני. אכן יעויין דברי יחזקאל סי' נ"ח שחילק בטוב דליכא מהכא ראייה, דהכא משתמר החפץ מצד עצמו, דמיבדל בדילי אינשי מיני על ידי דיצא שם מציאה, ועל ידי זה שפיר חשיב משתמרת. אכן התם נהי דמיבדל בדילי מיני, מ"מ הרי אינו אלא משום דעת המוכר, אשר על ידי זה לא חשיב משתמרת, שאינה משתמרת אלא על ידי היותו חפץ של המקנה, ע"ש כל דבריו.

והנה במאי דמבואר דחשיב משתמרת על ידי דיצא לה שם מציאה בעיר, ע"י תוס' הרא"ש שהקשה דאי"כ אמאי בעינן שיאמר כל מציאות שיבואו לתוכו, ותי' בתירוצו ה' ד"כיון דאינה משתמרת ממש בעינן אמר". וצ"ב לכאורה דממנ"פ אי חשיב שפיר משתמרת אמאי בעינן אמר, ובמח"א קנין חצר סי' ב' כתב דלהרי"ף והרמב"ם דחצר דגברא לאו מדין יד קאתי אלא מדין שליחות, כל שאינו משתמר ממש מצד עצמו אינו נעשה שליח עד שיעשנו שליח. אכן זה לא יעלה ארוכה לדברי הרא"ש, דהא הרא"ש פליג עליהו וס"ל דכל שעמד בצדו סגי ולא בעינן שיאמר זכתה לי שדי, וזהו במציאה, אבל בדעת אחרת מקנה יוצא דלא בעינן אפי' דיעמד בצד שדהו ולא בעינן שיאמר זכתה לי שדה, וכ"כ המח"א שם, אלא דאף דהביא דברי הרא"ש בסוגיין לא עמד על סתירת דבריו.

ונראה ביאור דברי הרא"ש, דבאמת בקנין דחצר המשתמרת איכא ב' דברים, הא' דעל ידי שמשתמרת הוי החצר בר קנייה, והב' דבכדי שיקנה בעינן דעת בעלים, ועל ידי מה דהוי חצר משתמרת חייל דינא דהוי כאילו איכא דעת בעלים. ועל דרך זה מבואר בדברי הרא"ש לעיל פ"ק סי' ל', דבמתנה בעינן בחצר שאינה משתמרת ב' תנאים בכדי שיקנה, הא' שתהא דעת המקבל מסכמת לקנות, והב' שיהא שמור לדעת הנותן, והיינו ב' הענינים הנ"ל.

אשר לפ"ז נראה דמאי דמהני מאי דבדילי מיני שיחשב חצר משתמרת, הרי פשיטא דאין זה מצד גוף החפץ דהחצר, אלא דחפץ זה משתמר בתוכו, אשר אין זה מועיל אלא שיהא החצר בר קניית חפץ זה, אכן כיון דלעולם אין גוף החצר חצר משתמרת, ליכא למימר דאיכא בזה לדעת הזוכה, אשר זהו דכתב הרא"ש דאינה משתמרת ממש, על כן שפיר בעינן שיאמר שרוצה לזכות, וכמו היכא דמשתמר על ידי דעת המקנה, משא"כ היכא דעומד בצד שדה, התם נעשה על ידי עצמו החצר למשתמרת, אשר שפיר חשיב לחצר המשתמרת על ידי כך, (ודוק).

ובמאירי בסוגיין מבואר טעם אחר למאי דבעינן אמירה, ע"ש שכתב דהינו משום דרק על ידי צירוף אמירתו הוא דבדילי אינשי מינה, וז"ל בא"ד: מכיון

שנודעה המציאה לכל ונודע ג"כ דיבורו הדבר ידוע שהכל מסלקין עצמם ממנה, עכ"ל. וע"ש עוד בדבריו דהוסיף דמאי דזוכה באופן זה הוא משום דעשו את שאינו זוכה זוכה, ומשמע מדבריו דמאי דמהני בכה"ג אינו אלא מתקנת חכמים, ולעולם חשיב מעיקר הדין בכה"ג חצר שאינה משתמרת, והיינו, דלדידי ע"כ דבעינן שתהא החצר משתמרת מצד עצמה ממש.

קעז) והקולט מן האויר הרי אלו שלו ואם אית לדברי יוסי בר' חנינא וכו'- ע"י תוס' וש"א"ר שנתקשו דאי אין חצירו של אדם קונה שלא מדעתו אפי' לוקט מן החצר נימא דהרי אלו שלו. ובחידושי הרשב"א הביא בשם הראב"ד, וז"ל: פירש הראב"ד ז"ל דמדקאמר רבי יוסי קונה לו שלא מדעתו משמע קונה לו לגמרי וכאילו הוא מדעתו ואילו מדעתו הא קיימא לן דאויר חצר כחצר דמי כדאמרין לגבי גט הוא למעלה והיא למטה וזרקו לה כיון שיצא מרשות הגג מגורשת וא"כ קולט מאויר אמאי שלו אלמא שלא מדעתו לא קניא לגמרי, עכ"ל, ע"ש שהקשה הרשב"א מנין זו שיהא במשמע דברי רבי יוסי שהחצר קונה לו יותר ממה שיראה מהברייתא דילמא חצר דוקא ולא אוירה, ע"ש עוד ברשב"א שהביא מהלך אחר בשם הרמב"ן (והוא בחידושי הרמב"ן בפירושו הראשון), ומה שהקשה עליו.

ויש לעיין בעצם דברי הראב"ד, דמתוך דבריו מבואר לכאורה דע"פ קושיית הש"ס עדיין נימא דחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו, רק דאויר חצירו אינו קונה שלא מדעתו, וצ"ב לכאורה מהו הטעם לחלק ביניהם, דאי דינא הכי דחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו, מאחר דאויר חצר כחצר נימא הכי גם באויר.

וע"י בראשונים בסוגיין יישוב אחר לזה, דאי נימא דאין חצירו של אדם קונה שלא מדעתו שפיר יש לחלק בין אויר ולבין החצר עצמו, דדעתו לקנות על ידי החצר עצמו ולא על ידי האויר.

קעח) וש"י ד"ה זרק אונקו- והפקירה לכל הקודם- וכ"כ גם לעיל דף י"ב- ומקורו ממה דהביאו הא דרבא בסוגיין לענין הפקר. וכבר תמהו הראשונים דהא בסוגי' דפ"ק הביאוהו לענין היכא דאיכא דעת אחרת מקנה. וכתבו הראשונים בדעתו דס"ל דאף הפקר הוי כדעת אחרת מקנה, ע"ש בדבריהם. אלא דלפ"ז יקשה מסוגיין מה הוה בעינן למימר דנפשוט בעיא דרבא מהך דסוגיין במיירי בהפקר, דילמא דווקא בהפקר כעין סוגיין דלא עשה כן בפועל אלא ממילא מפקיר הוא דפשוט דלא קניא משום דלא חשיב כדעת אחרת מקנה, משא"כ היכא דעל ידי שמפקירו חשיב כדעת אחרת מקנה שפיר י"ל דוקנה ושפיר מיבעיא לי' לרבא, וכה"ק בחידושי הרשב"א לעיל דף י"ב, ע"ש שתיירך "דרב פפא הוא דס"ל דהפקר מדעת כדעת אחרת מקנה אותו כיון ודקא מקשה התם (בסוגיין) לית לי' הכין אלא כיון דמשעת הפקירו נסתלק לו אין כאן דעת אחרת מקנה בשעת קניינו", ע"ש כל דבריו.

ולדעת רש"י מתבאר איפוא דבסוגיין ס"ל דאין הפקר כדעת אחרת מקנה, ושפיר דומה איבעיא דרבא להפקר דזבל בסוגיין, והא מהא פשיטא דבדעת אחרת מקנה ממש שפיר מהני אף באויר שאין סופו לנוח, והיינו לכאורה משום דהתם ליכא חסרון במאי דאין החפץ משתמר בתוך החצר ועל ידי כך יחשב חצר שאינה משתמרת, כיון דדעת אחת מקנה, ר"ל, דמאחר דדעת אחרת מקנה שוב לא בעינן שתהא החצר קונה מצד עצמה, דבכה"ג בעינן שיהא החפץ חשוב משתמר בו, אלא גדרו דהמקנה משתמש בחצר בכדי להקנות לקונה אשר בזה לא בעינן אלא שתהא עצם החצר משתמרת ואף דאין החפץ משתמר בו. אלא דבסוגיין מיירי בלא דעת אחרת מקנה, ויסוד האיבעיא הוא דהרי עצם החצר שפיר הוי חצר המשתמרת, אלא דכיון דהחפץ הוי באויר שאין סופו לנוח סו"ס אין החפץ משתמר בתוך החצר¹⁸ ויתכן

¹⁸ ע"י חידושי הגר"ע א"ג גיטין ע"ט ע"א

דעל ידי כך חשיב כחצר שאינה משתמרת, ומאחר דאין דעת אחת מקנה, אינו קונה בכה"ג.

וסוגי דלעיל דף י"ב ס"ל כרב פפא דשפיר חשיב הפקר כדעת אחרת מקנה, וס"ל דבלא דעת אחרת מקנה פשיטא דאינו קונה באויר שאין סופו לנוח, וכל האיבעיא אינו אלא היכא דדעת אחרת מקנה, ויסוד האיבעיא לכאורה, באויר חצר אי חשיב כחצר מצד עצמו וממילא ליכא נפ"מ אם סופו לנוח או אין סופו לנוח, או דאינו חשוב עצם האויר כחצר ממש, אלא דהיכא דהוי באויר החצר חשיב שהוא על הקרקע, אשר בזה ודאי דיש לומר דהיכא דאין סופו לנוח לא חשיב שמונח בקרקע, ובוזה הוא דמיבעיא לי' לרבא. ואעפ"כ אין האיבעיא אלא היכא דדעת אחרת מקנה אבל בהפקר כעין זבל לא, דאף דנימא דחשיב האויר מצד עצמו כחצר וליכא בזה נפ"מ בין סופו לנוח ואין סופו לנוח, מ"מ הרי אין החפץ משתמר בתוך החצר, ולא מהני בכה"ג אלא היכא דדעת אחרת מקנה, וכנ"ל.

ויש להוסיף בזה, דנראה דאף דנימא דחשיב הפקר כדעת אחרת מקנה, מ"מ אינו כדעת אחרת מקנה ממש, אלא דהיכא דדעת אחרת מקנה ממש הוא דאיכא למימר דלעולם אין החצר קונה עבור הקונה אלא המקנה מקנה לו על ידי החצר, מה דליכא למימר הכי בהפקר כיון דסו"ס אין דעת המפקיר להקנות לאדם זה על ידי חצר זה. ומאי דחשיב הפקר כדעת אחרת מקנה, אין זה אלא לומר דהיכא דעצם החצר הוי שפיר משתמרת ויכול החצר לקנות, רק דאין החפץ משתמר בתוך החצר אף דאויר שאין סופו לנוח כחצר דמיא, והיה לנו לומר דאין החצר פועל קנין בכה"ג, דבכה"ג ליכא דעת קנין, בזה שפיר אמרינן דעל ידי רצונו של המקנה שיהא הדבר נקנה שפיר קונה החצר כיון דבעצם הוי חצר משתמרת, וכנ"ל.¹⁹

והנה כתב במל"מ פכ"ט מהל' מכירה הי"א דלשיטת רש"י ודעמ"י דאף הפקר חשוב כדעת אחרת מקנה, קטן שאינו זוכה מדאורייתא אלא כשדעת אחרת מקנה, גם בהפקר הוי קנינו קנין דאורייתא, דהפקר הוי כדעת אחרת מקנה. ועפמשנ"ת יש לדון בדבריו, דמאי דחשיב הפקר כדעת אחרת מקנה אינו אלא היכא דשפיר איכא מעשה קנין שיהא קונה אלא דחסר דעת קנין, וכנ"ל, אבל היכא דלא הוי קנין כלל מאי דמהני דעת אחרת מקנה הוא על ידי מאי דחשיב דהמקנה פועל הקנין על ידי החצר, וכנ"ל, וזה פשוט דאינו אלא היכא דמקנה ממש ולא בהפקר, אשר ממילא גבי קטן לא מהני אלא דעת אחרת מקנה ממש דחשיב על ידי כך שהגדול הוא שפועל הקנין, ודבר זה הרי ליתא בהפקר, וכמשנ"ת, ודוק.

אלא דעדיין צ"ב אמאי הוצרך רש"י לעיל בדף י"ב להזכיר באיבעיא דרבא דמייירי בהפקרו, הרי התם ס"ל דהפקר בכה"ג כדעת אחרת מקנה הוא, וא"כ ליכא נפ"מ בין הפקירו ללא הפקירו, והוי אותה האיבעיא ממש היכא דאיכא דעת אחרת מקנה ממש, וצ"ב. ועכצ"ל דאה"נ ודאי דהאיבעיא הוא גם היכא דמקנה לחבירו בכה"ג, וכדמוכחינן לה מהא דמתנה, אלא דאיבעיא דרבא הוא בורק ארנקי ולא בהקנה ארנקי, אשר בזה ע"כ דמייירי בהפקירו, דבלא הפקירו לא שייך בזה קנין כלל, ובוזה הוצרך רש"י לומר שהפקירו לכל הזוכה, דליהוי כמין דעת אחרת מקנה ולא בהפקר כעין זבל, ומאחר דבהכי מייירי רבא, כתב רש"י גם בסוגיין דמייירי בכה"ג אף דיסוד האיבעיא בסוגיין הוא אף בהפקר כעין זבל.

ובריטב"א החדשים שם בפ"ק ובסוגיין כתב דלעולם רבא מיבעי לי' גם בהפקר גם במתנה, ע"י כל דבריו.

והעולה בין מדברי רש"י בין מדברי הריטב"א, שיש מקום לחלק בגוף השאלה דאויר שאין סופו לנוח בין היכא דדעת אחרת מקנה לבין הפקר. וביאורו כנ"ל דאין החילוק באי חשיב אויר כחצר ממש או דמאי דמונח באויר חשיב מונח בקרקע, אלא הא מיהא דחשיב אויר כחצר ממש, רק מיבעיא לן מאחר דאין החפץ משתמר בתוך החצר אי מהני בכה"ג, וכמשנ"ת. ומוכח לכאורה שפירשו הראשונים הנ"ל שאלת רבא.

ובחידושי הרשב"א לעיל דף י"ב הביא בשם הראב"ד דלעולם איבעיא דרבא מייירי דורק במתנה, וכפשטא דשמעתין, ולא קשיא מסוגיין, דכיון דאמר רבא דאויר שאין סופו לנוח לאו כמונח דמי, ליכא בהא לאפלוגי בין דעת אחרת מקנה לאין דעת אחרת מקנה דכיון דלא נח ודלאו כמונח דמי א"כ הרי זה כמי שלא נכנס לתוך חצרו כלל, וכשלא נכנס לחצירו דעת אחרת מאי מהניא, ומדאיבעיא לי' לרבא שמעינן דאיסתפקו איתפקא לי' אי כמונח אי לאו כמונח כיון דאיבעיא לי' בהפקר או במתנה. וביאור דבריו, דיסוד האיבעיא הוא באויר שאין סופו לנוח אי חשיב כאילו הדבר בחצר או לא, ויתכן דיסוד הספק הוא בגדר אויר חצר כחצר, וכנ"ל, אשר בזה ליכא נפ"מ כלל בין דעת אחרת מקנה לבין אין דעת אחרת מקנה, ולהיפך, אי הוי כמונח דמי מהני אפי' בלא דעת אחרת מקנה, דכיון דהחצר הרי הוי חצר משתמרת, אם אך חשיב

דנח הדבר בחצר שפיר קונה החצר. **קעט) רש"י ד"ה תרתי** - בתמיהה תרתי אצטריכא לתנא למיתני ליתני חדא וכו' - ע"י תוס' שפירשו דקושיית הש"ס הוי כמין סתירה, דאי אמר דקנה בעה"ב מה שברפת מדוקדק דל קנה מה שבחצר אף שאין החצר להשוכר אלא להליכה, ומדברי רש"י מבואר דלא כדבריהם, אלא דבכה"ג אכתי הרי הוא של בעה"ב לענין קנין, וכדברי הריטב"א שהביא בהגהות הגר"א, ולהכי ע"כ דליכא להקשות סתירה, וז"פ. וע"י ביאור הגר"א סי' ש"יג סק"ז.

וביאור שו"ט דסוגיין לפי רש"י ולפי התוס', דלרש"י לא הוקשה אלא דלא הוה בעינן למיתני תרתי, ושנינן דלעולם לא קתני אלא אחד, אבל הא מיהא דבהושכר לו החצר להליכה אין החצר קונה לו אלא למשכיר. אכן התוס' ס"ל דבכה"ג קונה החצר למשכיר, ועד פרכינן תרתי, הכונה היא כמש"כ התוס' דהוי תרתי דסתרי, דמדקתני רפת מדוייק דבחצר שפיר קונה השוכר, והדר תני דבחצר הרי הוא של המשכיר, ושנינן דקתני רפת שבחצר, ולעולם דווקא ברפת הרי הוא של בעל הבית, אבל בחצר הרי הוא של שוכר אף שאין מושכר לו אלא הילוך כניסה ויציאה.

קפ) וכי קתני חייבות בשלוח מקמי דתיפול - ע"י שו"ת חכ"צ י" פ"ג שנסתפק אי היכא שמשלח גם את האם וגם את הבנים מקיים מצות שילוח הקן, והוכיח שם מסוגיין דחולין קמ"א דשפיר מקיים בזה מצות שילוח הקן. וע"י שיעורי ר' אלחנן סי' ל"ח שנסתפק דנהי דאית בזה קיום מצוה, מ"מ אכתי יש לומר דלא חייל חיוב שילוח אלא היכא דבדעתו ליטול את הבנים, ומבואר שם ממה שפירש בדעת רש"י בחולין ק"מ ע"ב דבכה"ג ליכא חיוב, ע"ש. וכן הוכיח אף היכא דאין דעתו ליטול את הבנים, הרי משיצא רובו חייל חיוב שילוח ושוב לא פקע על ידי שנפלו אח"כ לחצר ונעשו מזומן, כדמבואר בחולין קל"ט דאי נתחייב בשילוח נשאר החיוב אף אם הקדישו, אע"כ דבכה"ג ליכא חיוב. ע"ש בשיעורי ר' אלחנן מש"כ עד בהאי ענינא.

ק"ב ע"ב

קפא) ושמואל אמר בבא באמצע חדש עסקינן אבל בא בתחלת חדש כולי' למשכיר בא בסוף חדש כולי' לשוכר וכו' רוב נחמן אמר קרקע בחזקת בעליה קיימת - ע"י רש"י, דשמואל מספקא אי תפסינן לשון הראשון או האחרון ועל כן ס"ל דמוקמינן לה ביד המוחזק, ובסוף החודש אמרינן דכולי' לשוכר משום

¹⁹ ואף לאינו דומה לדעת אחרת מקנה ממש, מ"מ שפיר קוין בהם באיבעיא דרבא דמייירי בהפקירו, הרי התם ס"ל דהפקר בכה"ג כדעת אחרת מקנה הוא, וא"כ ליכא נפ"מ בין הפקירו ללא הפקירו, והוי אותה האיבעיא ממש היכא דאיכא דעת אחרת מקנה ממש, וצ"ב. ועכצ"ל דאה"נ ודאי דהאיבעיא הוא גם היכא דמקנה לחבירו בכה"ג, וכדמוכחינן לה מהא דמתנה, אלא דאיבעיא דרבא הוא בורק ארנקי ולא בהקנה ארנקי, אשר בזה ע"כ דמייירי בהפקירו, דבלא הפקירו לא שייך בזה קנין כלל, ובוזה הוצרך רש"י לומר שהפקירו לכל הזוכה, דליהוי כמין דעת אחרת מקנה ולא בהפקר כעין זבל, ומאחר דבהכי מייירי רבא, כתב רש"י גם בסוגיין דמייירי בכה"ג אף דיסוד האיבעיא בסוגיין הוא אף בהפקר כעין זבל.

העמד ממון על חזקתו. וסברת רב נחמן דלעולם אמרינן דמוקמינן קרקע בחזקת מרי, "שהספק לא עכשיו נולד והעמד קרקע על חזקתו ונמצא שדר בשל חבירו וצריך להעלות לו שכר". ומבואר דפליגי אי בשכירות קרקע מהני תפיסה לשוכר, דשמואל ס"ל דמהני, ואילו רב נחמן ס"ל דכיון דספיקא היא אי היה לשוכר רשות לדור בו מוקמינן ארעא אחזקתה, וכ"כ בריטב"א החדשים, ע"ש.

ויסוד פלוגתת שמואל ורב נחמן בזה, ע"י שערי תורה הלכות חזקה ח"א ע' ס"ד שכתב בפליגי אי אזלינן בתר שעה שנודע הספק שבין הצדדים, או בתר שעה שנולד הספק, דשמואל ס"ל דאזלינן בתר שעה שנודע הספק בין הצדדים, אשר על כן ס"ל דבבא באמצע החודש, כלומר, דבאו לדון באמצע החודש ואז הוא שנודע הספק, הרי הוי השוכר כבר על מה שדר בו ואין מוציאין ממנו דמי השכירות לזה מספק כיון שהוא כבר מוחזק בהם, וכן בסוף החודש אין מוציאין ממנו כלל מהאי טעמא. אכן רב נחמן ס"ל דלא אזלינן בתר שעה שנודע הספק שבין הצדדים, אלא בתר שעה שנולד הספק, דהיינו כבר מתחילת החודש, דמאז הוא דאיכא בעצם ספק אי מצד מה ששכר יכול לדור בחצר בחודש זה או לא, אשר בזה לעולם מוקמינן לקרקע בחזקת בעליה, ואפילו בבאו בסוף החודש אמרינן דכולי למשכיר.

קפב) רב נחמן אמר קרקע בחזקת בעליה קיימת מאי קמ"ל תפוס לשון אחרון וכו'. יש לעיין מאי ס"ד דטעמא דר"נ משום תפוס לשון אחרון הוא, הרי קאמר להדיא דמצד הא דקרקע בחזקת בעליה קיימת איתין עלה, כמדסיק באמת השי"ס, וצ"ב.

קפג) אי לאחר זמן תנינא דתנן מת האב בתוך שלשים יום בחזקת שלא נפדה עד שיביא ראיה שנפדה. ע"י הגהות הגר"ה דגירסת הרי"ף והרא"ש, דתניא כל ל' יום בחזקת שלא נתן וכו', ומיירי בסתם שכירות דהיא ל' יום. ומבואר מדבריהם דהא דאינו פורע תוך זמנו הוא גם בסתם שכירות ולא דווקא בקבע לו זמן. ורש"י ששינה הגירסא ס"ל כדברי התוס' בב"ב דף ה' ע"א ד"ה הקובע זמן לחבירו, דדוקא קובע זמן אבל בסתם הלואה לא חשיב ל' תוך שלשים תוך זמנו. והרמב"ם בפ"ז מהל' שכירות ה"ג הביא דינא דאין אדם פורע תוך זמנו גבי שכירות גם בסתם שכירות שהיא לשלשים יום וגם בקבע לו זמן, ע"ש בהשגת הראב"ד ובמ"מ.

והנה יסוד סברת התוס' בב"ב לחלק בין סתם הלואה לבין קובע לו זמן, כתב בתשו' הרא"ש כלל ע"ו אות ג' וכלל צ' אות א', דהיינו משום דהיכא דקבע לו זמן הוי כאומר שלא יהיו לו מעות עד אז, אשר ממילא אינו נאמן לומר ששילם תוך הזמן, אשר זה לא שייך בסתם הלואה, דאף דסתם הלואה ל' יום מ"מ הרי לא קבע זמן לומר שלא יהיו לו מעות עד אז, וכ"כ בסמ"ע ריש סי' ע"ח, ע"ש. וע"ש ברבינו יונה שכתב בזה ביאור אחר, וז"ל: אע"פ שאמר סתם הלואה ל' יום כיון שלא פירש לו המלוה זמן לא נתיאש מן הפרעון בתוך ל' יום והלוה בוש ממנו שמא צריך הוא למעות, עכ"ל, כלומר, דמכיון שקבע לו זמן אינו חושב שמצפה המלוה למעות ואינו מתבייש שלא לפרוע.

ויש לכאורה מקום עיון בדברי הרא"ש, דהכא גריס כגירסת הרי"ף, אשר מתבאר מזה דאף בסתם שכירות איתא להא דאינו פורע תוך זמנו, ואילו בב"ב גבי הלואה כתב כדברי התוס' דדווקא בקובע לו זמן הוא דאמרינן דאינו פורע תוך זמנו אבל לא בסתם הלואה, וצ"ב. והפשוט לכאורה בזה, ע"פ דברי הרא"ש הנ"ל בתשובותיו דטעמא לחלק במלוה בין קבע לו זמן לבין סתם הלואה הוא משום דהיכא דקבע לו זמן הוי כאומר שלא יהיו לו מעות עד אז, משא"כ בסתם הלואה, אשר חילוק זה לכאורה לא שייך גבי שכירות, דבמאי דשכר לזמן קבוע הרי לא גילה כלל שלא יהיו לו מעות עד אז לשלם השכירות, אלא מאי דקבע לו זמן הוא משום דרוצה לשוכרו למשך הזמן ההוא, וע"כ דמאי דאמרינן בשכירות דאינו פורע תוך זמנו לאו מהאי טעמא הוא אלא

מטעם אחר, ואולי כטעמא דהתוס', אשר זה שפיר איתא בין בסתם שכירות בין בקבע לו זמן. ורש"י ותוס' בסוגיין דס"ל דאף בסתם שכירות ליתא לדין זה דאינו פורע תוך זמן, היינו לכאורה משום דס"ל ביסוד החילוק שבין קבע לו זמן לבין סתם כדברי רבינו יונה, דמאחר דקבע לו זמן אינו בוש מן המלוה, והאי טעמא שייך נמי גבי שכירות, ומש"כ התוס' בסוגיין טעם אחר בזה היינו רק לדברי אביי דס"ל גבי הלואה דפורע תוך זמנו, ודוק.

וע"י חידושי מרן רי"ז הלוי מלוה ולוה שכתב בגדר הא דסתם הלואה ל' יום, דאין פירושו דהוי כקביעת זמן דל' יום, אלא דשפיר חשיב זמנו גם תוך ל' יום, ויסוד דינא דסתם הלואה ל' יום הוא דנלמד מקרא דאינו יכול לתובעו אלא בל' יום ולא קודם לכן, ע"ש שהוכיח כן מדברי הרמב"ם שהוצרך להא דבדבר שבממון מתנה על מה שכתוב בתורה לומר שלא תהא ההלואה ל' יום. ולדידי' יש לחלק בין סתם הלואה לבין הקובע זמן בהלואה בפשיטות, דבסתם הלואה חשיב באמת כל הל' יום כזמן הלואה, רק שאינו יכול לתובעו, ומאחר דשפיר חשיב זמן ההלואה לית בזה דינא דאין אדם פורע תוך זמנו, וז"פ.

והנה דינא דאין אדם פורע תוך זמנו גבי מלוה הביא הרמב"ם בפ"ד מהל' מלוה ולוה ה"א, ע"ש שכתב, וז"ל בא"ד: ואם היה החוב לזמן ותבע בזמנו נפרע שלא בשבועה וכו', עכ"ל, הרי דלא הביא הך דינא אלא בקובע לו זמן, ואילו גבי שכירות הביא להך דינא אף בסתם שכירות. וע"פ מש"כ הגר"ה בביאור דינא דסתם הלואה ל' יום לשיטתו מובנים דבריו היטב, דיסוד הך דינא לא שייכא אלא גבי הלואה, בזה הוא שנאמר דאינו יכול לתובעו עד ל' יום, והוא מדינא פריעת הלואה, אבל חיובא דשכירות חיוב אחר הוא, ובה שפיר יתכן דמאחר דסתם שכירות ל' יום, לא עביד לפרוע עד גמר השכירות, וז"פ, ודוק.

קפד) תוד"ה בחזקת שלא נפדה. או יפול ביתו של משכיר עצמו וכו'. מבואר מדבריהם דאף בקבע לשכירות זמן אם נפל ביתו יכול להוציא משום דא"ל לא עדיפת מינאי, אכן הריטב"א בתירוצו לקושי' זו השמיט דבר זה, וכ"כ בהגהות הגר"ה אות ב' בדעת הרא"ש, והיינו משום דס"ל דהיכא דקבע לו זמן אינו יכול להוציא אפי' אם נפל ביתו.

ק"ג ע"א

קפה) רש"י ד"ה וכתב לוי- משכיר לשוכר שטרא שהשכירה לו לעשר שנים ולא נכתב בשטר זמן ולאחר זמן בא לפני בית דין ואמר כבר דרת בה חמש שנים וזה אמר לא דרתי אלא שלש- לדעת רש"י אמרינן דנאמן המשכיר למימר שכבר דר בה שוכר ה' שנים, ואף דהשטר ביד השוכר, משא"כ במלוה אין הלוה נאמן לומר שפרע החצי משום דאמר ל' שטרך בידי מאי בעי, וכ"ה פירושו הראשון של הרי"ח המובא בדברי התוס', וכן פירשו הרי"ף והרמב"ם. ובחידושי הריטב"א הקשה על פירוש זה ג' קושיות, וז"ל: והקשו בתוס' דאי משום חשש חזקה עביד שטרא היכי יהבי לשוכר דהא מצי כביש ל' ומימר מינך זבנתה ועוד למה לו האי טעמא למשכיר תיפוק ל' דקרקע בחזקת בעליה עומדת ועל השוכר להביא ראיה שיש לו לדור בו עדיין ועוד דלישנא דנקיטת ה' שנין לא אתי שפיר, עכ"ל.

והנה קושייתו הראשונה, כבר כתבו התוס' ליישב דעל ידי השטר יש קול שבמשכנתא הוא אצל השוכר אע"פ שהשטר ביד השוכר, ומשו"ה לא נמנע מלהשאירו אצל השוכר, דעיקר מטרת השטר נעשה על ידי הקול שיצא על ידי כתיבתו. ובחידושי הרי"ן כתב דמיירי דאיכא סהדי דבשכירות ירד בה. ומשה"ק למה לו האי טעמא דכתב השטר בכדי שלא יחזיק, תיפ"ל דיהא נאמן המשכיר משום דקרקע בחזקת בעליה עומדת, אמת הוא דאף רש"י בד"ה מהימן כתב דהיינו טעמא דנאמן משום דקרקע בחזקת בעליה עומדת, אכן אף דיסוד מאי דנאמן המשכיר הוא משום דקרקע בחזקת בעליה עומדת, מ"מ נראה דבעינן נמי להך טעמא דנכתב השטר בכדי שלא יחזיק, והיינו

טעמא, דעד כמה דהוה אמרינן דמטרת השטר הוא לראיה ששכרו לי שנים, הרי היה שטר זה שבירו ראיה שנקנה לו קנין בשדה לי שנים, ומאחר דשטרו בידו הרי הוא כמוחזק ב"י שנים בשדה ולא בחזקת המשכיר הוא לזה, אשר לזה הוא דאמרו דלא נכתב השטר אלא שלא יחזיק ולעולם אין זה מהוה ראיה על היותו עדיין מוחזק ב"י שנים, והדר אמרינן דקרקע בחזקת בעליה עומדת. ויש לעיין לכאורה במאי פליגי הראשונים אסברא זו.

ולפום פירושו הבי של הר"ח דכונת סוגיין היא דהשוכר נאמן לומר שפרע החצי, יסוד מה שאמרו דלא נכתב השטר אלא שלא יחזיק פירושו דמשו"ה אין המשכיר אשר השטר בידו יכול לומר שטרך בידי מאי בעי, דהכא לא הו"ל למקרעי לשטרא אף אילו פרע לי דהא בעי לי משכיר למהוי ראיה דנחת שוכר לההיא ארעא בתורת שכירות ולא ליחזק עליה, עיי חידושי הריטב"א.

קפז) רש"י ד"ה שואל אדם בטובו לעולם - אם ראה אדם כלי לחבירו ואמר השאילני בטובו ואמר לו הן שאלו לו לעולם כל זמן שהוא ראוי למלאכה דהאי בטובו משמע לן כל זמן שהוא טוב אפילו מחזירו חוזר ונוטלו כשיצטרך- ולהלן ד"ה והוא דקני מיני כתב דאם לא קני מיני מני אהדרי' כלתה קנייה דמשיכה ראשונה. והקשו הריטב"א (בריטב"א החדשים) ועו"ר דמה שכתב לחלק בין משיכה לבין קני מידי' אינו מחזור, דודאי כיון דמשך על דעת שיהיה שאלו לו לעולם באותה משיכה הוא קונה לאותה שעה ולכל השעות שהוא צריך לו שהרי זכה בו במשיכה זו מעכשיו להיות מושאל לו תמיד ואין זה דומה לאומר לחברו משוך בהמה זו ולא תקנה אלא לאחר לי יום.

ונראה ביאור דברי רש"י, דהנה שא"ר פירשו דאינו יכול לחזור ולקחתו אחר שהחזירו, ולדידהו לא נתחדש בהך שאלה סוג שאלה אחרת אשר יוכל להחזיר ולחזור ולקחתה, ולא נאמר בזה אלא דיכול לעכבו אצלו לעולם, דהוי כשאלה לעולם. אכן לדעת רש"י נראה דנתחדש בסוגיין סוג אחר דשאלה, דבאמת כשנעשה שואל על חפץ דין השאלה נמשכת אלא כל זמן היות החפץ אצלו, אבל משהחזירו כלתה לה השאלה, והכא נתחדש דיכול לחזור ולהיות עליה שואל אף מאחר שהחזירו ואין הבעלים יכולים לעכבו. ועיי הגהות אשר"י דבזמן שהחזירו ודאי דאין השואל חייב באונסין, וביאורו בפשטות, דבאותה שעה באמת אינו שואל, רק כל דינו הוא שיש לו כח לחזור ולהיות שואל בע"כ דחבירו. (ויש לבאר דברי ההגות אשר"י באופן אחר, ואין כאן מקומו). ואין הפירוש בזה שנעשה על החפץ שואל לעולם, אלא שנתחייב חבירו שיוכל להיות על הדבר שואל כל זמן שירצה. ועפ"ז יתבאר היטב הנפ"מ שבין משיכה לבין קנין סודר, דמשיכה הרי הוי ביסודו קנין בחפץ ולא קנין בין הבעלים, ועל ידי המשיכה יש לו בחפץ קנין דשואל, אכן בשעה שמחזירו נסתיימה השאלה והוא של הבעלים, אלא דעל ידי ההתחייבות דעל ידי דקני מיני נתחייבו הבעלים שיוכל לשאלה בכל עת שירצה, וכשישאלנה תהא שאלה חדשה, ולשאלה זו לא מהניא משיכה קמייתא, דהא כלתה קניית השאלה דהמשיכה הראשונה, ודווקא על ידי קנין בין האנשים הוא דחייל התחייבות זו, אשר לזה הוא דבעינן דקני מיני, וכמשנ"ת. והראשונים שהקשה על רש"י היינו משום שהבינו דליכא חיוב כזה אלא כל יסודו הוא דהוי כמין שאלה לעולם, אשר בזה שפיר הקשו דלא שייך בזה לומר דכלתה שאלה ראשונה כיון דהוי שואל לעולם, ואין זה דומה לאומר לחברו משום בהמה זו ולא תקנה אלא לאחר לי יום כיון דהוי הכל

המשך דשאלה הראשונה. ובדעת רש"י נראה כמשנ"ת.

ויעיין ברא"ש בסוגיין שהבא דעת הר"י דלא נעשה אלא כמין שאלה לעולם ויכול להשתמש בו לעולם, אכן אם החזירו שוב אינו יכול לשאלו. והקשה הרא"ש, וז"ל: ועוד למה צריך קנייה יותר ממשכית הכלי ואי משיכת הכלי אינה מועלת להיות שאלו לעולם קנין מאי אהני, עכ"ל. והיינו, דאם אך נימא דאינה אלא שאלה לעולם וכשמחזירו אינו יכול לחזור ולקחתו, ממנ"פ, אי מהני בזה מאי דקני מיני יהני נמי משיכה, ואי לא מהניא משיכה לא יהני מאי דקני מיני. ועיי פסקי הר"י שתיירץ קוש"י דא, וכתב, וז"ל: וכל זו שאלה חזקה אינה אלא בקנין אבל בלא קנין לא השאיל לו להשתמש בו תשמיש חזק כזה וטעם אלו השאלות כך הוא מפני שהן חזקות ותשמישן גדול צריך קנין, עכ"ל. ונראה כונתו דאין חילוק זה חילוק בעצם כח הקנין, אלא הדבר כך משום דכן הוא דעת בני אדם, וכמש"כ דבלא קנין "לא השאיל לוי" להשתמש תשמיש חזק, דעל ידי משיכה אין בדעתו להקנות לו לתשמיש חזק ורק על ידי קנין סודר הוא שעושה כן.

ועיי בחידושי הר"ן בסוגיין, וברמב"ם פ"א מהל' שו"פ ה"ח ובעו"ר דנחלקו אף בשטיה זו במאי דאמרינן דמחזיר לי קתי, אי מיד שנשבר צריך להחזירו אפי' אם יכול לתקנו, או אם בכלל שאלה זו שיוכל לתקנו ולהמשיך ולהשתמש בו, רק היכא דאין יכול עוד להשתמש בו כלל הוא שצריך להחזירו. ועיי חידושי הריטב"א החדשים.

קפז) תוד"ה פרדיסי רפיק - וי"ל דהיינו דוקא גבי מכר דאין לנו לומר שמכר כל קרקעותיו אלא הפחות וכו' וכ"כ התוס' גם בב"ב דף ס"א ע"ב, וז"ל: אבל הכא בשביל שמכור אדם שתי שדות לא ימכור כל שדותיו, עכ"ל. ולכאורה הוה להו למימר בפשטות דדעתו למיעוט רבים, דהיינו שתיים. ונראה ביאור דבריהם, דיסוד מאי דאמרינן דהכונה לכל פרדיסי אינו סתם משום דאמרינן דפירושא דפרדיסי הוא כל הפרדסים, דודאי מיעוט פרדסים שתיים ואין הכרח שיהא פירושו יותר מזה, אלא דאמרינן דמאחר דנחית ללשון רבים, אינו מקפיד שיהא דווקא שתיים וכמו שמוכן לב' פרדסים כך מוכן לכולם, אשר לזה כתבו דהיינו דווקא בשכירות, אבל במכר משום שימכור ב' שדות לא ימכור כל שדותיו, כלומר, דגבי מכר איכא למימר דב' קרקעות דווקא, ודוק.

קפו) רש"י ד"ה אזדא ליי - הלך לו מזלו גרם וכו' - לכאורה מאי דכתב מזלו גרם הוא אך למותר, דהעיקר הוא דכיון דאמר לו בית זה ונפל הבית שוב פשוט שאין חייב להעמיד לו בית אחר דהא לא נתחייב בכך, אלא כונתו דלמש"כ בחידושי הריטב"א דאף שנפל הבית מ"מ חייב לשלם לו שכירות, וזה ודאי דאינו אלא משום דמזלו גרם, דבלא"ה נהי דאין חבירו חייב להעמיד לו בית אחר, מ"מ הוא הרי שכר בית ולא קיבל. עיי ריטב"א החדשים פלוגתת הראשונים בד"ז.

קפז) רש"י ד"ה אגודא דנהרא - שהוא חשוב ואגודא דנהרא הוא דמתני בהדי' שדרך בני אדם מקפידין בכך אבל ארכו ורחבו לא אתני בהדי' קמ"ל דאכולה מילתא אתני- אך יעויין חידושי הריטב"א החדשים שכתב, וז"ל: פי' קמ"ל דכי א"ל כזה אין הקפדה אלא על מדת ארכו ורחבו והוא הדין דליכא קפידא שיהא כזה בבנינו ובקשוטו דהא לא קפיד תנא אלא על מדת ארכו ורחבו וכו', עכ"ל. ומבואר מדבריו שפירש באופן אחר, דס"ד דכונתו במה שאמר כזה לכל, גם לארכו ורחבו וגם שיהא ליד הנהר, קמ"ל דאין דעתו אלא על ארכו ועל רחבו.

