שיעורים על בבא מציעא פרק השוכר את האומנין

הרב מיכאל אברהם

הטקסט הוקלד מתוך הסריקה של הספר (OCR של דיקטה, ותיקון עמוד-עמוד מול הסריקה). מספרי העמודים בסוגריים מרובעים הם עמודי המהדורה המודפסת.

תוכן העניינים

סימן א: בענין חיוב תשלומים לאחר התחלת עבודה	1
סימן ב: בענין קנין שכירות וחזרה בחצי היום (בדף ע״ו:-ע״ז.)	7
סימן ג: בענין שליחות לשכור פועלים (בדף ע״ו. ובדף ק״י:)	17
סימן ד: בענין תחילתו בפשיעה וסופו באונס (בדף ע״ח.)	31
סימן ה: בענין המעביר על דעת בעה״ב בדף ע״ח:	49
סימן ו: בקנין השכירות ובביאור הסוגיא דשכירות שנפסקה באונס (בדף ע״ט)	60
סימן ז׳: בביאור שיטת רש״י בסוגיא דהשוכר חמור ומת ובאיסור כלוי קרן בדף ע״ח.-ע״ט.	75
סימן ח׳: גדרים מחודשים בענין מהות קנין פירות ושכירות	84
סימן ט׳: בענין פלוגתא דר׳ יהודה ור״מ בשוכר כיצד משלם (בדף פ: וצ״ג)	89
סימן י: בענין בע״ח קונה משכון בדף פ״ב.	95
סימן י״א: בענין דינא דשמואל במשכון שוה פחות מהחוב (בדף פ״ב.)	109
סימן י״ב: בדינא דאיסי בן יהודה (בדף פ״ג.)	117
סימן י״ג: בענין גדרי שמירת שכר וביאור הסוגיא צ״ג:	127

[1]

סימן א: בענין חיוב תשלומים לאחר התחלת עבודה

א. איתא בברייתא בגמ׳ ע״ו: השוכר את האומנין והטעו את בעה״ב או בעה״ב הטעה אותן אין להם זה על זה אלא תרעומת בד״א שלא הלכו אבל הלכו חמרים ולא מצאו תבואה פועלין ומצאו שדה כשהיא לחה נותן להן שכרן משלם אבל אינו דומה הבא טעון לבא ריקן עושה מלאכה ליושב בטל בד״א כשלא התחילו במלאכה אבל התחילו במלאכה שמין להם וכו׳ עכ״ל הברייתא.

ובתוד״ה אין בדף ע״ו: ביאר דכשחוזר בעה״ב והפועלים עוד ימצאו עבודה אחרת לא חייב לשלם להם ולא מידי ואפי׳ הלכו ורק כשאינם מוצאים עוד עבודה חייב לשלם להם מדינא דגרמי.

ובנמו״י פי׳ דלפני הליכתם חייב לשלם להם רק אם לא מוצאים עבודה מדין דבר האבד (ועיין סמ״ע דמשמע ממנו דהיינו דינא דגרמי ורע״א הקשה עליו דרכיב אתרי רכשי וכן הבינו רוב המפרשים דזהו דין מחודש ודינא דגרמי לא שייך כאן כלל ועיין קצוה״ח וקה״י ועוד) אבל כשהלכו הרי נקנתה השכירות בהליכה זו וחייב לשלם להם אפי׳ ללא שהפסידם כלל כגון׳ כשגם אילו לא פנה אליהם לא היו מוצאים עבודה דליכא כלל עבודה בהאי אתרא אבל אם לאחר שחזר בו מצאו עבודה אזי לא חייב לשלם להם כלל.

ודבריו לכאורה מרפסין איגרא דהא אי הקנין חל בהליכתם אזי מאי נפ״מ איכא אי מצאו עבודה אחרת כשחזר בו אם לאו והרי חייב לשלם להם מכוח התחייבותו בקנין ואם תאמר שהקנין מחייב רק אם יש הפסד אזי למה הנמו״י פסק דמשלם אפי׳ ליכא כלל הפסד כגון דליכא כלל עבודה במתא.

ב. ובגמ׳ ע״ט. איתא השוכר את הספינה וטבעה לה בחצי הדרך ר׳ נתן אומר אי נתן לא יטול ואם לא נתן לא יתן היכי דמי וכו׳ אלא בספינה סתם ויין זה אם לא נתן אמאי לא יתן נימא ליה הב לי ההוא חמרא ואנא מייתינא ספינתא וכו׳ עכ״ל הברייתא נמצא דאם בעל היין שכר הספינה באופן דאיהו אמר דרוצה להוביל יין זה ובעל הספינה התחייב להשכיר לו ספינה סתם הרי דבעל היין חייב לשלם לבעל הספינה אפי׳ כשהספינה והיין טבעו בחצי הדרך וזאת כיון דבעל הספינה מזומן לקיים תנאו ע״י ספינה אחרת ובעל היין אינו יכול לקיים תנאו דהא שכר הספינה להוביל יין זה בלבד.

ובתוד״ה אלא בספינה סתם ויין זה הקשו דמאי שנא מהגמ׳ ע״ז. דהיכא דשכר הפועלים להשקות שדהו ואתא מטרא באמצע היום (ויש מהראשונים דמוקי לה התם לפני תחילת העבודה וא״כ לק״מ) דהתם קי״ל דכל היכא דהבעה״ב והפועלים לא הוה להם למידע או דהוי להם למידע בשוה הרי זהו פסידא דפועלים וא״כ ה״נ [2] הכא דלא הוה להם למידע דהספינה תטבע וצריך להיות פסידא דפועלים דומיא דסוגית הגמ׳ התם.

ובשטמ״ק בשם הריטב״א וכן הוא בריטב״א החדשים תי׳ דשאני שכירות ספינה דהספינה קנויה לשוכר דשכירות ליומא ממכר הוא וא״כ אם טבעה טבעה לו (דומיא דע״ע דחלה שלוש בקדושין י״ז.) ושכיר אינו קנוי לשוכר ולכן אם נרטב השדה פסידא דפועל (דומיא דשכיר יום ודלא כע״ע בתוס׳ קדושין שם).

ובתוס׳ פ׳ הזהב כתבו דהאי דאמרינן דשכירות ליומא ממכר הוא זהו רק לענין אונאה אבל למעשה החפץ אינו קנוי להשוכר וא״כ הדרא קושיא לדוכתא ובאמת בפי׳ ריב״ם והוא כפי׳ אחר שהובא בריטב״א שם וכן הוא ברא״ש דגם בספינה הנדון הוא התשלום על החלק מהדרך שלפני הטביעה וא״כ היינו פועלים וא״ש קושית תוס׳.

ובתוס׳ דידן מתרץ ריב״ן וז״ל דלעיל שהפועלים לא איבדו כלום רק שנתבטלו אין נותן להם כלום אבל הכא שהמשכיר הפסיד ספינתו כפועל בטל מיהא אית ליה כיון שמזומן לקיים תנאו עכ״ל.

ולכאורה הדברים קשים להולמם דמה ענין איבוד הספינה דלא היה בפשיעת השוכר ואינו יכול לתבוע ממנו דמיה לגביית דמי השכירות. ועוד אפי׳ תימא דיש שייכות כלשהיא אמאי הוסיף ריב״ן לבאר דמזומן לקיים תנאו וכי לא די בחילוק הראשון (ובאמת דמהגמ׳ גופא מוכח דזהו הטעם דמזומן לקיים תנאו דאל״ה גם בספינה זו היה הדין דחייב לשלם ושם אינו מזומן לקיים תנאו). ועו״ק דמה חילוק איכא בין ספינה ויין לפועלים והא הפועלים נמי מזומנים לקיים תנאם ורק בעה״ב הוא דלא נותן להם קרקע להשקותה ודמי לספינה סתם ויין זה וכקושית התוס׳ (ועיין ברא״ש שם ע״ז. דכתב דזוהי טענת הפועלים בריפקא תנה לנו שדה אחרת דזהו שדה סתם דומיא דיין סתם). ועו״ק דמה בכך דבעל הספינה איבד ספינתו והא בעל היין גם איבד את יינו ומאי עדיפא בעל הספינה.

ועיין בספר דברי משפט ובתרומה״ד סי׳ שכ״ט (הובאו בספר נתיבות יהושע) דביארו שי׳ התוס׳ ונראה דלא תי׳ כל הנך קושיות שהבאנו לעיל בדברי ריב״ן וכן בחזו״א ב״ק סי׳ כ״ג אות י״ב שלשונו צ״ב ולא הבנתי כוונתו וע״ש.[1]

ג. ונראה לבאר כל זה בהקדם דברי הגמ׳ ב״ק כ׳: דכתבה אליבא דר׳ יהודה דהדר בחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר אפי׳ אי לא קיימא לאגרא כיון דאיכא התם בבית שחרוריתא דאשייתא וכן שם כ״א. גבי ההוא גברא דבנה אפדנא אקילקלתא דיתמי ואגבי ר״נ לאפדניה מיניה וביארו שם תוס׳ והרא״ש וריטב״א [3] וסיעתם דבגלל חיוב מועט זה מגלגלין עליו את הכל ובנמו״י הביא בשם הרמ״ה דמשלם רק דמי השחרוריתא או הקדמונאי וע״ש.

---

1 וידידי ר׳ רפאל מעין העירני דאולי כוונת החזו״א לומר דבכל שכירות ספינה איכא תרי אפשרויות שימוש או הובלת יין או דהשכירות גם מקנה את הזכות לא לשלם כאשר הספינה טובעת דשוכר פטור באונסין וממילא כשהספינה טבעה עשה השוכר שימוש בספינה אפי׳ דכמובן לא לזה כוונתו כששכר את הספינה אלא דכדי שהמשכיר יפקידנה בידו במקום סכנה הסכים שאם תטבע ייחשב לו כאילו השתמש בה ואמנם ע״ש בחזו״א דמלשונו נראה כן אלא דהדברים דחוקים. ועוד דלפי״ז נראה דצריך לשלם למשכיר משלם ולא כפועל בטל דהא חשיב כאילו השתמש בספינה וריב״ן כתב להדיא דמשלם לו כפועל בטל ואפשר ליישב בדוחק ואכמ״ל.

וביאר שם בפנ״י בשיטת התוס׳ דמה דזה נהנה וזה לא חסר פטור מלשלם הוא כיון דלגבות בכה״ג הוי מידת סדום (ובב״ב י״ב: איכא למ״ד דכופין על מידת סדום) וממילא כאשר הדר בביתו גרם לשחרוריתא על הכתלים אף דמצד הדין ליכא למיגבי מיניה דמי השחרוריתא דלא חשיב מזיק (וכ״כ עוד ראשונים) אבל עכשיו שרינן ליה למגביה דמי הדיור דכבר אינו מידת סדום דיכול לומר לו איני רוצה שתדור בביתי ותגרום לנזק אף דאח״כ יתקן ולכן מגלגלין עליו את הכל.

וברשב״א שם דימה דין זה לדינא דאם בא לנפות מנפה את כולו (ב״ב צ״ד.) ומשמע דמצד מחילה אתי עלה דבכה״ג דדר בחצירו דלא קיימא לאגרא רוב העולם מוחלים על התשלום ואף אם הוא אינו מוחל בטלה דעתו אצל כל אדם וא״כ נמצא דלהרשב״א מעיקר הדין אינו גובה אלא דאם איכא שחרוריתא יגבה דבכה״ג לא מוחלים (ונפ״מ לדר בחצר חברו דלא קיימא לאגרא בעיר סדום דהתם בסתמא אינשי לא מוחלים בכה״ג).

וא״כ נאמר אף בענינינו דבעל היין הוביל היין בספינה ששכר ותחילת מלאכה הוי קנין וממילא מעיקר הדין צריך לשלם לבעל הספינה דמי השכירות דהא הקנין חל מתחילת היום אלא דיכול בעל היין לטעון לבעל הספינה דזו תהיה מידת סדום לגבות ממנו דמי השכירות שהרי לא הועיל לו ולא כלום ועוד דכתבו הפוסקים בהך סוגיא דאם ירצה לטעון יין אחר על הספינה לפני שיוצא הרשות בידו אפי׳ דשכרה על דעת דיין זה ורק כאשר טבעה הספינה יכול בעל הספינה לומר לו אייתי הך יין בדווקא כדי להגבות ממנו דמי השכירות. וא״כ לכאורה זוהי ממש מידת סדום לגבות השכירות ולא להוביל בספינה אחרת יין אחר אף דתנאי השכירות היה יין זה.

ואמנם כה״ג נאמר גם בפועלים בסוגיא דדף ע״ז. גבי אתא מיטרא דגם שם הפועלים מוכנים לקיים תנאם אלא דאיהו לא יכול לתת להם שדה להשקותה וא״כ זו מידת סדום לקחת הכסף ללא עבודה וללא שהשוכר הרויח מהם משהו ואפי׳ דמעיקר הדין זכותם לגבות דהא התחלת עבודה קונה השכירות וכמשנ״ת. ולפי״ז שואל ריב״ן מאי שנא פועלים מספינה דבשניהם מעיקר הדין מגיע לשכיר אלא דזוהי מידת סדום לגבות ותי׳ ריב״ן דבספינה בעל הספינה איבד ספינתו והוי כעין שחרוריתא דאשייתא דאלמלא שכר הוא את הספינה והוליכה למקום בו טבעה לא היתה טובעת וא״כ אף דבדין לא יכול לגבות ממנו דמי הספינה דהא לא פשע עדיין יכול לטעון דבגלל שאבדה ספינתו זו כבר אינה מידת סדום לגבות דמי השכירות המגיעים לו בדין דהא לפחות חלק זה מדמי הספינה יכול להגבות בדין ואין עליו תביעה שיוותר ואילו בפועלים דלא הפסידו כלל אלא דזוהי רק מניעת רווח בכה״ג זו עדיין מידת סדום לגבות דמי השכירות המגיעים להם בדין וזוהי נראית כוונת ריב״ן בתי׳.

וא״כ נמצא דכדי שהשכיר יגבה מהשוכר ישנם שני תנאים הא׳ דתהיה לו תביעה בדין ממנו והב׳ דמימוש הך תביעה לא יהיה מידת סדום ולכן הזכיר ריב״ן הנך [4] ב׳ צדדים לחלק בין פועלים לספינה דמצד זה דמזומנים לקיים תנאם הרי בדין מגיעים להם דמי השכירות אלא דעדיין אפשר דזוהי מידת סדום להגבות דמי שכירות אלה ולכן אמר ריב״ן דזה אינו דהא בעל הספינה איבד ספינתו וא״כ נהי דבפועלים נמי מזומנים לקיים תנאם אבל התם זו מידת סדום לגבות דמי שכירותם.

וכן גבי מה דהקשינו דבעל היין נמי איבד יינו לק״מ דהא איהו ליכא ליה תביעה מעיקר הדין כלל דהא לא מזומן לקיים תנאו ומה יועיל לו הא דאיבד יינו ורק אם היתה לו תביעה אזי הא דאיבד את יינו היה מועיל לו שלא ייחשב מידת סדום לגבות מאי דמגיע לו עפ״י דין וזהו באמת הדין בספינה זו ויין סתם ובזה נסתלקו הנך ד׳ קושיות שהקשינו על הריב״ן וק״ל.

וכמובן דאפשר גם בדרכו של הרשב״א בב״ק דמצד מחילה אתינן עלה דבכה״ג מחיל המשכיר לשוכר על דמי השכירות וממילא מעיקר הדין לא חייב לו כלל אלא דאם טבעה ספינתו לא מחיל וכעין דברינו במהלך הקודם (וזהו כבר כעין דברי החזו״א דלעיל דתולה באומדנות בדעתם של הצדדים בחוזה השכירות).

ד. ונראה להביא ראיה לדברינו דמעיקר הדין גם בפועלים דאתא מיטרא וגם בספינה סתם ויין זה הדין הוא פסידא דבעה"ב מדברי הדרכי משה חו"מ סי' של"ד אות א' דהביא כחילוק הריב"ן בשם מהר"ם במרדכי והובא גם בתרומה"ד סי' שכ"ט דכתב דמשמע מהם דאפי' נתן בעל השדה הכסף לפועלים יצטרכו להחזיר חציו לבעה"ב ותרומה"ד גופיה פליג וס"ל דא"צ להחזירו. ולכאורה בסוגיא דאתא מיטרא ביארו הראשונים (וע"ש ברא"ש) דהיכא דבעה"ב והשכיר שניהם באותו מצב או דהוי להם לידע או דלא הוי להם לידע הוא פסידא דפועלים וביארו דזהו מדין דהמוציא מחברו עליו הראיה ולפי"ז הרי תליא אי הכסף כבר שולם דאז המוחזק הוא המשכיר או דהכסף אצל השוכר דאז הוא המוחזק וממילא ברור דלמרדכי לא ס"ל כהרא"ש דמצד המוציא מחברו הוא פסידא דפועלים אלא נראה דאיהו ס"ל כדביארנו לעיל דלמעשה בדין היה מגיע לפועלים אלא דמצד מידת סדום כופין אותם לא לגבות וזה דלא כרא"ש וסיעתו בביאור הסוגיא דאתא מיטרא.2

ואפשר דאף התרומה"ד דפליג על המרדכי וס"ל דאי שילם השוכר לא מפקינן מיניה ס"ל דלא כהרא"ש דלא מצד הממע"ה אתינן עלה אלא דאיהו והמרדכי פליגי בפלוגתא דהראשונים בב"ק שם אי אמרינן כופין על מידת סדום גם למנוע מהדייר להכנס לחצירו דלרוב הראשונים ס"ל דבכה"ג לא הוי מידת סדום ורק אי כבר דר בחצירו אי גובה ממנו הוי מידת סדום ואילו המרדכי התם ס"ל דכופין על מידת סדום שייך גם כאשר רוצה לכתחילה להכנס לחצירו וא"כ שיטת המרדכי התם היא דמידת סדום היא סיבה להוציא ממון ולא רק לא לגבות ממון דהא מוציאין ממנו את חצירו וא"כ איהו לשיטתיה הכא ס"ל דגם כאן מצד מידת [5] סדום מוציאים הממון אפי' כשכבר שולם ואולי התרומה"ד פליג עליה וס"ל כשיטת רוב הראשונים בב"ק דמידת סדום לא מוציאה ממון אלא רק כופין לא לגבות ממון וממילא אי נתן כבר הממון לא מחייבינן ליה להחזירו אבל ביסוד הדברים אפשר דאיהו נמי ס"ל כהמרדכי ודלא כהרא"ש דמצד מידת סדום אתינן עלה וליכא הכא הממע"ה.

---

2 ואפשר דגם המרדכי אתיא כהרא"ש אלא דאפי' נתן השוכר הכסף למשכיר לא חשיב איהו מוחזק דזוהי כתפיסה לאחר שנולד הספק וביחוד דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף וא"כ כרגע עדיין הכסף אינו תשלום השכירות כלל (ועיין תוס' ב"מ ס"ה.) ואכמ"ל.

ובאמת הרא"ש גופיה יישב קושית ריב"ן דלא כהריב"ן אלא כהריב"ם שהזכרנו לעיל דגם בספינה מה דמשלם הוא רק חצי הדרך שנסע בספינה וזה לשיטתו דפליג על ההבנה דידן וס"ל דיסוד דין דאתא מיטרא פסידא דפועלים הוא מצד הממע"ה.

ועיין בתרומה"ד סי' שכ"ט הנ"ל דביאר גם הוא בשי' ריב"ן דלא ס"ל כהרא"ש דמצד ספק הוא פסידא דפועלים אלא דזהו ודאי דמי שרוצה להוציא הוא שצריך להכניס את התנאי לחוזה מה קורה במקרה של אונס ואם לא הכניס התנאי פסידא דידיה (וע"ע דברות משה שכתב כעין זה מדעתו ולא הרגיש שקדמו בתרומה"ד).

ועיין בש"ג בסוגיא דספינה דהביא מחלוקת בענין כמה משלם בעל היין לבעל הספינה דהרמ"ה ס"ל דנותן לו שכרו משלם והרא"ש ס"ל דנותן לו כפועל בטל וכריב"ן בתוס'. והיה מקום לומר דהם לשיטתם בסוגית זנהוזל"ח דהתם הרמ"ה ס"ל דמשלם רק דמי השחרוריתא והרא"ש התם ס"ל כתוס' דמשלם דמי השכירות כולה וא"כ אי הכא התשלום אליבא דהרא"ש ותוס' הוא דמי השכירות אזי משלם כפועל בטל דהספינה רק סיבה למה מותר לגבות התשלום אבל ברור דהתשלום הוא תמורת השכירות ואילו לרמ"ה אפשר היה לומר דהתשלום הוא בגובה השכירות אבל הוא עבור הספינה וכמו בשחרוריתא התם וממילא נותן לו שכרו משלם ולא כפועל בטל.

אלא דלא משמע כן מלשונו דהרמ״ה ועוד דלהרא״ש לא ס״ל כלל כהריב״ן דמצד מידת סדום אתינן עלה וכנ״ל ועוד דלרמ״ה בשחרוריתא אולי ס״ל דזהו נזק מעיקר הדין ולכן גובה אותו אבל בספינה ודאי דמעיקר הדין א״א כלל לגבות דמיה דהא לא פשע בה השוכר.

ה. ואם כנים דברינו ביישוב שיטת הריב״ן נאמר כעין זה גם בביאור דברי הנמו״י שהבאנו לעיל אות א׳ דתחילת עבודה או הליכה קונה השכירות אלא דעדיין ישנו עוד תנאי כדי שאפשר יהיה לגבות דמי השכירות והוא שלא תהיה זו מידת סדום לגבותם. וממילא נאמר דאמנם נקנתה השכירות ומצד הדין חייב בעה״ב לשלם לפועלים כל שכירותם דהא איהו חזר ביה והם מזומנים לקיים שכירותם אלא דאם יש להם עבודה גם לאחר שחזר בו הרי זו מידת סדום לגבות גם ממנו דמי שכירות כשלא נתנו לו תמורתם עבודה כלל ולא הפסידו דבר בגללו. אבל היכא דליכא כלל עבודה במתא אזי יגבו ממנו שכירותם כדכתב הנמו״י דנהי דלא הוא גרם להם הנזק אבל אינו יכול לבוא אליהם בטענה שגבייתם היא מידת סדום דהא אין להם עבודה כלל היום וא״כ שרינן להם לגבות מה דמגיע להם עפ״י דין. ולפי״ז כל התשלום אינו מצד פצוי על הנזק שגרם להם אלא דמי השכירות שחייב להם מעיקר הדין אלא דגבייתם מותרת רק היכא שאינה מידת סדום וכמשנ״ת וא״ש [6] היטב הנמו״י.

אלא דעדיין יש להקשות דהא אנן קבענו ליסוד דברינו דמניעת רווח אינה עילה לגבות דמי שכירות ולהוריד מהגביה שם מידת סדום ולפי״ז באתא מיטרא ע״כ איירי נמי באין להם עבודה אחרת דאל״ה פשיטא דאינו חייב לשלם להם אפי׳ אי לאו דהיה באונס (כגון כשחזר בעה״ב). וא״כ קשיא האיך קבענו דהתם היא מידת סדום לתבוע ממונם והא אין להם עבודה כלל היום וזוהי סיבה מספקת כדי שאם יגבו לא יקרא זה מידת סדום וכנמו״י דלעיל.

אלא דאפשר ליישב בפשטות דלא דמי חזרת בעה״ב לאתא מיטרא דהא בעה״ב יכול לטעון כלפי הפועלים לא לנהוג כלפיו במידת סדום רק אי הוא אנוס הוה אבל אי הוא עצמו אשם במצב כיון דחזר בו הרי דהוא גופו נהג כלפיהם שלא כדין וממילא אינם מחויבים לנהוג כלפיו לפנים משורת הדין. וה״נ מדויק בלשון מהר״ם בד״מ שם שכתב וז״ל כיון דבעה״ב אנוס לא יתן להם כלום הרי דתליא דין זה באם בעה״ב אנוס או שסתם חזר בו וכדברינו לעיל.

[7]

סימן ב: בענין קנין שכירות וחזרה בחצי היום

(בדף ע״ו:ע״ז.)

א. איתא בגמ׳ ע״ז: השוכר את האומנין והטעו את בעה״ב או בעה״ב הטעה אותן אין להם זה על זה אלא תרעומת במה דברים אמורים שלא הלכו אבל הלכו חמרים ולא מצאו תבואה פועלין ומצאו שדה כשהיא לחה נותן להם שכרן משלם וכו׳ ובתוד״ה אין כתבו דהלכו לאו דוקא דהא התשלומין הם מדינא דגרמי אלא דאם הלכו בדרך כלל לא ימצאו עוד עבודה אבל אה״נ דגם אי לא הלכו כשלא מצאו עבודה משלם בעה״ב מדינא דגרמי.

ובנמו״י כתב וז״ל אלא הכא מירי כשלא היו מוצאין להשכיר את עצמן מתחילה משום הכי דוקא כשהלכו שהיא כתחילת מלאכה שכשם ששאר דברים נקנים בקנין כך שכירות פועלים נקנה בהתחלת מלאכה אבל כשלא הלכו הא לא התחילו בה וגם בעה״ב לא הפסידם כלום הלכך אין להם עליו אלא תרעומת וגם בעה״ב אין לו על הפועלים אלא תרעומת דלא הפסידו ליה כלום דלא איירינן הכא בדבר האבד עכ״ל. נמצא דשיטת הנמו״י דהליכה היא קנין השכירות ולכן חייב לשלם אפי׳ היכא דהפסדם היה נגרם גם בלעדיו (ועיין סי׳ א׳ לעיל) וכ״כ עוד ראשונים דההליכה היא הקנין.

ובהמשך הך ברייתא דלעיל בד״א כשלא התחילו במלאכה אבל התחילו במלאכה וכו׳ ומשמע דתליא בהתחלת מלאכה ולא בהליכה למלאכה. ועיין בהמשך הנמו״י שביאר דזהו כיון דהתם איירי בחזרת פועלים וכיון דגובה רק ממאי דעשו חייב לאוקמי כשהתחילו במלאכה דאחרת אין לו מהיכן שיגבה ומשמע דבכל גוונא הקנין הוא בהליכה אלא דלעיל איירי בחזרת בעה״ב ולכן תלי לה בהליכה דהיא תחילת הקנין והכא איירי בחזרת פועלים ולכן תלי לה בתחילת מלאכה דמשם גובה.

וברש״י הכא תי׳ דלעיל איירי בשכיר יום ולכן תלי בהליכתו והכא איירי בקבלן ולכן תלי בתחילת מלאכה ומשמע דבשכיר יום הקנין הוא בהליכתו כיון דאז מביא את גופו לבעה״ב וזהו מילוי התחייבותו אבל בקבלן דאינו קנוי בגופו אלא רק התחייב לעשות מלאכה הרי תחילת קנינו הוא כשממלא את התחייבותו כלומר בתחילת מלאכה (ועיין אבנ״ז חו״מ סי׳ נ״ב דכתב לחלק בין קנין דשכיר וקבלן מדעתו ולא הביא דכן משמע מרש״י הכא).

ויש לעיין אי לרש״י ההליכה הוי קנין כנמו״י או דאיהו ס״ל כתוס׳ ועיין בד״ה אין להם זע״ז אלא תרעומת שכתב דתביעת ממון ליכא דהא אומרים זל״ז שישכרו לאחרים או שבעה״ב ישכור אחרים ובסוף הדיבור כתב דתביעת ממון ליכא דהא דברים בעלמא נינהו ומשמע לכאורה דאי לאו דדברים בעלמא נינהו אפי׳ דיוכל לומר להם תשכירו עצמכם [8] לאחרים צריך לשלם דהא התחיל הקנין וזה כשיטת הנמו״י דההליכה היא הקנין אלא דלרש״י מחייב בכל גוונא (אף דהנמו״י עצמו ס״ל דאי יכולים למצוא עבודה אין צורך לשלם אעפ״י שהלכו ועיין סי׳ א׳) וכ״כ במעיני החכמה. ועיין בשטמ״ק בד״ה ורש״י כתב ברישא דמשמע דרש״י איירי כשליכא אפשרות להשכיר עצמם לאחר אלא דכך טוען בעה״ב ובנמו״י הביא ממש כלשון רש״י ואיהו ודאי ס״ל דאי איכא אפשרות להשכיר עצמן אינו חייב לשלם להם ומשמע כשטמ״ק.

ואפשר דכוונת רש״י היא ממש כתוס׳ דהתשלום הוא מדינא דגרמי והליכה אינה קנין כלל ולכן אי יכולים להשכיר עצמם דאז לא גרם להם שום נזק פטור ומה דכתב רש״י בסוף דבריו דדברים בעלמא נינהו כוונתו להסביר אמאי על הטירחא שגרם להם ליכא להו תביעה כלל דזה אינו נזק ממוני.

ועיין בהגהות אשר״י בשם מהרי״ח דכתב דבדבר האבד צריך לשלם אפי׳ ללא קנין (וכן הבין הגרע״א בחי׳ לדף ע״ט בד״ה בסמ״ע סק״ח דאיירי ללא קנין) והקשה אמאי משלם רק אי באתה חבילה לידו והא מדינא דגרמי חייב לשלם מכיסו ותי׳ דאיירי כשלא גרמו לו הפסד. וקשה דא״כ במה מועיל קנין טפי מדיבור בעלמא אי בדיבור נמי מתחייב לשלם אף כשלא הזיק ואפשר דאיהו נמי ס״ל כדברינו ברש״י דאי היה קנין יתחייב לשלם אף דעכשיו יכולים להשכיר עצמן וללא קנין חייב לשלם רק כהנמו״י היכא דאיכא הפסד ואפי׳ לא נגרם בגללו. אלא דכ״ז

אינו מוכרח דאולי מהרי״ח לא ס״ל כלל דהליכה היא קנין וא״כ באמת ליכא כלל הבדל בין חזרה לאחר שהלכו ולפני שהלכו דס״ל כתוס׳ וכן משמע מדבריו בריש הפיסקא דהביא מדברי הרא״ש רק את החיוב מדינא דגרמי ולא דהליכה עושה קנין.[1]

ב. ובגמ׳ מ״ח. תניא נתנה לבלן מעל ואמר רב דוקא בלן הוא דלא מחסרא משיכה אבל מידי אחריתא דמחסרא משיכה לא מעל עד דמשיך והתניא נתנה לספר מעל וספר הא בעי למימשך תספורת הב״ע בספר נכרי דלאו בר משיכה הוא עכ״ל הגמ׳. ובתוד״ה והא כתב וז״ל מכאן אומר ר״ת דהסופר שהשכיר עצמו אם משכו ממנו קולמוס או תער שלו אין יכולין שוב לחזור בהם. וא״ת מאי שנא מפועל דיכול לחזור בו וי״ל דפועל דוקא דכתיב ביה עבדי הם ולא עבדים לעבדים יכול לחזור בו ולא קבלן עכ״ל התוס׳. נמצא דשי׳ ר״ת דמשיכת כלי המלאכה ע״י בעה״ב היא קנין מחייב ולא יכול כלל לחזור אחריו ועיין בראשונים דפליגי וס״ל דזהו קנין רק שיכול לעכב אצלו הכלים ואכמ״ל.

ובהג״א בשם מהרי״ח בפ׳ האומנין בד״ה ומכל זה משמע הביאו מחנ״א הל׳ שכירות פועלים סי׳ ד׳ כתב דבפרקין משמע דאפי׳ קבלן יכול לחזור בו (דאין בעה״ב יכול לכופו לעבוד) ואפי׳ הלכו והתחילו במלאכה אלא דידו תהיה על [9] התחתונה והביא את ר״ת דס״ל דבמשיכת כלי המלאכה אינו יכול לחזור וא״כ קשיא מגמ׳ דידן דמשמע דקנין שכירות הוא בהליכה וכתב דשמא אע״ג דהתחיל במלאכה לא חשיב קנין אלא במשיכת כליו או בקנין סודר ומשמע דאיהו ס״ל דר״ת פליג אהך סברא דהנמו״י דהליכה היא קנין שכירות וס״ל דמשיכת הכלים היא הקנין ובביאור הגמ׳ בד״א כשלא הלכו אזיל ר״ת בשיטת תוס׳ דהליכה אינה קנין.

---

1 ולמעשה פשטות הדברים היא דאי הליכה עושה קנין החוזר חייב לשלם בכל האופנים אף כשמצאו עבודה אחרת אלא דלא ראיתי לאף אחד לפרש כן ועיין לעיל סי׳ א׳ דביארנו דבאמת מגיע להם אלא דאסור לגבות דהוי מידת סדום אי לא הפסידו וע״ש.

וק״ל מאי קושיא איכא על ר״ת מגמ׳ דידן דהא אפי׳ להנמו״י דהליכה היא קנין הרי זהו קנין דאפשר לחזור ממנו לכו״ע בין לת״ק ובין לר׳ דוסא וכדכתב מהרי״ח גופו ורק איכא הבדל בין שכיר לקבלן אי ידו על העליונה או על התחתונה וא״כ מאי סתירה איכא לדברי ר״ת דכתב דאי היתה משיכה זהו קנין אלימא טפי ולא יכול לחזור בו ובגמ׳ דידן איירי כשלא משך.

ועו״ק בדברי הנמו״י עצמו איך אמרינן דהליכה היא קנין על השכירות ובכ״ז יכול לחזור בו דאי הוי קנין איך יכול לחזור ובשלמא שכיר יום דחוזר מדרשה דעבדי הם אבל קבלן איך יחזור אי עשה קנין (ועיין אבנ״ז חו״מ סי׳ נ״ב ובחזו״א ב״ק סי׳ כ״א אות כ״ח).

ולכן נראה לומר דר״ת נמי ס״ל דהליכה עושה קנין וליכא סתירה כלל ובהקדם דבתורה איכא תרי גווני קנין הא׳ הוא קנין המחיל בעלות על חפץ או קרקע ככל דרכי הקנינים כסף שטר חזקה הגבהה משיכה וכו׳ והב׳ הוא קנין לאלומי מילתא הנעשה כדי לתת תוקף לדברים כגון בהתחייבות שללא קנין היא דברים בעלמא וקנין זה נעשה בד״כ בסודר.

נוסיף ונאמר דבכלל קנין המחיל בעלות ליכא כלל התחייבות שלא לחזור בו מהקנין אלא דבד״כ במציאות לא שייך כלל לחזור בו אף אם לא התחייב לכך דהא אי ראובן קנה חפץ פלוני משמעון הרי אין לשמעון כלל זיקה

לחפץ לאחר המכירה יותר מכל אדם אחר ולא יעלה על הדעת דלאחר זמן יבוא שמעון ויאמר דהוא חוזר בו דהא החפץ כבר של ראובן ואינו ברשותו לחזור בו ולכן נאמר דבמכירת חפץ חוסר האפשרות לחזור אינו נובע מהתחייבות המוכר או הקונה שלא יחזרו דבקנין מסוג זה אין כלל התחייבות כזו אלא מהמציאות שלא שייך לחזור אבל קנין לאלומי מילתא כל תכנו הוא שהצדדים מתחייבים לעמוד בדבורם ולא לחזור בהם וא״כ כשנעשה קנין כזה הרי מה דא״א לחזור הוא בגלל התחייבותו ואפי׳ בציור שמצד המציאות שייך יהיה לחזור.

והנה נראה דכיון דקי״ל ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף או שאינה אלא לבסוף הרי שבכל אורך זמן השכירות ישנה זיקה בין המוכר שהוא הפועל עצמו לחפץ הנמכר שהוא נמי הפועל וזה אינו כמכירת חפץ רגיל דברגע שנמסר לקונה פסקה הזיקה בינו למוכר אלא דבפועל כל רגע ורגע הוא מוסר עוד מעט מהסחורה וא״כ מצד המציאות שייכת האפשרות לחזור בו ולהפסיק למסור את שאר השכירות מרגע זה והלאה אי לאו דכבר התחייב להמשיך בקנין. ולכן אף אם נאמר כהנמו״י דהליכה היא קנין שכירות הרי זהו רק לענין החלת בעלות השוכר על הפועל כל עוד הוא עובד אצלו אבל זה אינו מחייב אותו שלא לחזור בו בכל רגע שירצה בכך והנפ״מ מהקנין היא למשל לענין שכל עוד הוא [10] עובדו ידו כיד בעה״ב ולכן למשל מציאתו לבעה״ב (ועיין בגמ׳ י׳. דכתבה להדיא דיד פועל כיד בעה״ב כל כמה דלא הדר וא״כ מפורש בגמ׳ דקנין הבעלות חל ובכ״ז אפשר לחזור בו).

ובזה א״ש קושיתנו על הנמו״י איך יתכן דנעשה קנין בהליכה ובכ״ז יכול לחזור בו דכמשנ״ת קנין אינו סותר את האפשרות לחזור ממנו. ולפי״ז גם נמשיך ונאמר דר״ת ס״ל נמי דהליכה עושה קנין אלא דזהו רק קנין בעלות וממנו אפשר לחזור אבל אי עושה קנין לאלומי מילתא ע״י משיכת הכלים אז ודאי דאינו יכול לחזור דזהו כל תוכן הקנין שהצדדים לא יוכלו לחזור בהם מדבריהם (ועיין בלשון הריטב״א בשם רבותיו שהביא קצה״ח של״ג ריש אות ה׳ דכן משמע דהקנין אתא לטפויי מילתא).

המורם מכל האמור דלר״ת איכא תרי קנינים בשכירות פועלים הליכה או תחילת עבודה דהוא הקנין שבו קונה בעה״ב את הפועל להיות ידו כיד בעה״ב ומשיכת הכלים הוא הקנין לאלומי התחייבותם של הפועל ובעה״ב להמשיך את חוזה השכירות בלי לחזור בהם.

ואפשר דזו נמי כוונתו דהמהרי״ח שכתב דלר״ת קונה רק משיכת הכלים או סודר דהקנין לאלומי מלתא המונע חזרה הוא באמת רק זה אבל אה״נ דהליכה נמי עושה קנין בעלות וכמשנ״ת. תדע דליכא למימר דאין כלל קנין אי לא משך כליו דהא הגמ׳ י׳. כתבה דיד פועל כיד בעה״ב וזה בפשטות תוצאת קנין שיש לבעה״ב בפועל ושם איירי היכא דלא משך כליו דבגמ׳ ובראשונים לא חילקו בהך סוגיא כלל אי משך כליו או לא ועוד דאל״ה יכלה שם הגמ׳ לתרץ הקושיא מרב דהכא איירי כשמשך כליו.2

ובש״ג ריש פרקין באות ב׳ הביא דברי ר״ת והוסיף להביא כמה ראשונים דס״ל דהקנין נגמר באמירה בעלמא ואי נימא דר״ת איירי בקנין בעלות על השכירות היכי אמרי הנך ראשונים דהקנין נגמר באמירה וכי קונים בעלות על חפץ באמירה בעלמא.

ועוד דביאר שם כוונתם דהכא לא שייך למימר דאמירתו אסמכתא בעלמא היא ולכן סגי לן באמירה בעלמא. ומוכח להדיא דהכא איירי בקנין לאלומי מילתא כדי שלא יוכל לחזור בו דאחרת הגריעותא באמירה אינה זה

דהוא אסמכתא אלא דאמירה לא הוי מעשה המועיל לקנין ומוכח מהתם כדברינו דר״ת איירי בקנין לאלומי התחייבותו ובהך שייכא הטענה דשמא היא אסמכתא בעלמא ויוכל לחזור בו וקמ״ל דלא ודוק היטב.

2 א. ואפשר היה לדחות דתוס׳ מ״ח. הנ״ל כתב דבשכיר אפי׳ משך כליו יכול לחזור בו וא״כ האי תי׳ לא היה מועיל אלא דעדיין קשיא מנ״ל לגמ׳ דא״א בכ״ז ליישב כן וביותר דבהמשך דברינו נבאר דסוגיא דהכא פליגא לכאורה אסוגית הגמ׳ ע״ז ולפי״ז נבאר דמהפסוק דעבדי הם ילפינן לענין אחר וא״כ אין הכרח כלל לגמ׳ י׳. לומר דבשכיר אפי׳ משך כליו יכול לחזור בו ועיין לקמן. ב. וקצ״ע איך יפרנס תוס׳ ע״ו: דס״ל דליכא כלל קנין בהליכה את הגמ׳ י׳. הנ״ל דידו כיד בעה״ב ואיך נקנתה ידו כן ואולי תוס׳ נמי ס״ל דתחילת עבודה היא הקנין ורק הליכה הוא דאינו קנין ודוחק. ועוי״ל דבגמ׳ י׳. איירי בפועל השכור לכל מלאכה וא״כ גם ללא קנין מציאתו לרבו דהא זהו חלק מעבודתו ואכתי צל״ע.

[11] ובגמ׳ ריש פ׳ השואל איתא דשואל באמירה ומשמע דאפשר לקנות שאלה באמירה וא״כ קשיא לכאורה דאמאי כתב ר״ת דרק סודר או כלי המלאכה מועיל לקנין ולמה לא יהא כקניית השואל. ונראה דזהו ראיה לדברינו דבאמת קנין אפשר גם באמירה ועל זה לא פליג ר״ת אלא דלאלומי מילתא שלא יוכל לחזור בו צריך להוסיף מעשה בסודר וכמשנ״ת (ובזה דברינו דלא כמשמעות הש״ג דבפשטות נקט דר״ת פליג אהנך ראשונים). אלא דנעיר דזה אינו כהנחתנו דקנין בעלות אינו יכול לקנות באמירה וצ״ע.3

ג. במשנה ס״ה. איתא מרבין על השכר ואין מרבין על המכר כיצד השכיר לו את חצירו ואמר לו אם מעכשיו אתה נותן לי הרי הוא לך בעשר סלעים לשנה ואם של חודש בחודש סלע לחודש מותר וכו׳ ובקה״י ב״מ סי׳ מ״ו הקשה איך שרי לתת עשרה סלעים בראשית השנה והא הוי כהלואה לגביו דהא שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף וא״כ היכי שרינן ליה להשכיר לבע״ח את חצירו בזול והתנן לעיל לא ישכור ממנו בפחות (ונראה בפשטות לחלק בכמה אופנים ואכ״מ).

ומיישב שם דבשכירות איכא תרי אופנים אפשר לשכור באופן דהוא משתמש בשל בעה״ב ומשלם תמורת השמוש ולכן שכירות משתלמת לבסוף דאז קיבל השימושים אבל אפשר להם להחליט דהם רוצים שכירות באופן דדמי השכירות הם דמי קנין החצר לזמן השכירות ואז התשלום הוא בהתחלה דהרי אז קנה את החצר ועל השמוש אינו צריך לשלם דהא משתמש בשלו. ובהך דמתני׳ דמרבין על השכר כשמשלם עשר בהתחלה מוכח דדעתו היא להאופן השני דשכירות וא״כ המעות אינן הלואה אלא דמי מקח וממילא אינו בעל חובו ואינו אסור כלל. ומביא שם כראיה את תוס׳ ע״ט: בד״ה אי דכתבו וז״ל כיון שנתן לו שכרו נתרצה שיהיה שלו לאלתר אע״ג דאינה משתלמת אלא לבסוף לדעת כן נותנו שיהא שלו לאלתר אם לא ישאר בו עכ״ל והבין הקה״י דכוונתו כדבריו דזהו האופן הב׳ דשכירות.

ואמנם דהך חילוק דהקה״י נראה אמת בסברא אלא דלא מצינו דחילקו בין אופנים שונים דשכירות דבחלק ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף ומשתלמת לבסוף ובחלקן משתלמת בהתחלה. ועוד דבתוס׳ לא משמע כן דתוס׳ כתבו דנתרצה שיהיה שלו אע״ג דאינה משתלמת אלא לבסוף ומשמע דאף בשכירות דהכא משתלמת בסוף אלא דבכ״ז נתרצה שיהיה שלו (וזה אינו קשה כ״כ דאפשר דכוונתו דאף דבד״כ משתלמת לבסוף הכא אין הדבר כן). ועוד דבסוף דבריו תוס׳ הוסיף שיהיה שלו אם לא ישאר בו ומשמע דזהו כעין ערבון למקרה שיחזור בו ולא קנין מראש (וגם בזה יש לחלק דמשום הא בחר באופן זה [12] של שכירות וא״ש קה״י בתוס׳).4

3 ובסי׳ הבא כתבנו דעת הריטב״א וכן משמעות נמו״י דזהו לא קנין באמירה בעלמא אלא מדין ערב וע״ש וכפי שכתבנו הכא גם ר״ת לא פליג בהכי. וע״ע בראשונים דפליגי על ר״ת (רא״ש נמו״י ועוד) דלא הביאו ראיה כנגדו מסוגיין דתחילת מלאכה קונה ומשמע דגם הם הבינו בו דאיירי

לענין אלומי מילתא אלא דהם ס״ל דמשיכת כלי מלאכה מועיל רק לענין שיוכל לעכב הכלים הללו אצלו ובכך פליגי אר״ת ודוק.

ובקובץ הערות סי׳ נ״ג הקשה כקושית הקה״י והביא דאיכא מחלוקת ראשונים מהו תשלום השכירות אי הוא דמי שימוש או דמי מקח כהני תרי אופנים בקה״י הנ״ל אלא דאיהו לא ס״ל דאיכא אפשרות לצדדים לבחור באיזה אופן שירצו אלא שכירות תמיד היא באופן אחד אלא דאיכא מחלוקת ראשונים מהו אופן זה. ובסוף הסימן הקשה רא״ו על הרא״ה דס״ל דהממון הוא דמי מקח היכי אמרינן בכל הש״ס אינה לשכירות אלא לבסוף או דישנה מתחילה ועד סוף וליכא מ״ד דישנה בתחילה בלבד וברור דאיהו ס״ל כדברינו דאם הש״ס לא חילק ליכא למימר דאיכא שכירויות דבהן משתלם בתחילה כהקה״י.

ולמסקנתו שם נשאר בצ״ע על הרא״ה והביא שם עוד נוסח תשובת הרשב״א וז״ל ראובן שהשכיר בית לשמעון ומת שמעון אחר ג׳ חדשים שדר בבית אם בנו יכול לומר לו ביתך איני רוצה ושכירות איני משלם אלא לפי חשבון שדר בו אבי והשיב שהראב״ד פסק דהדין עם המשכיר דכיון ששכר שמעון הבית הרי הוא כמכר גמור ונתחייב בדמים בין ידור בין לא ידור ואע״ג דקי״ל ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף מכ״מ אין השוכר רשאי לצאת משם בכל יום ויום ולחשוב עמו לשעות אלא מחויב הוא שלא להניח ביתו לפני זה עד זמנו וכו׳ עכ״ל והקשה עליו הגרא״ו שהדברים מחוסרין ביאור דכיון שאינו יכול לחזור בו תוך הזמן ע״כ צ״ל דכבר נתחייב בשעת הקנין ואיך שייך לומר בזה ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף וצ״ע וזהו כעין מה שהקשה על הרא״ה לעיל.

ונלענ״ד דכל הנך קושיות מתורצות בהך יסוד דידן דהבאנו לעיל דבגמ׳ מ״ח. משמע דבדבר דלא שייכא משיכה כגון בבלן אזי הקנין דמשיכת כליו נעשה בכסף ולפי דברינו הקנין דמשיכת כליו הוא קנין לאלומי מילתא וא״כ בבלן הך קנין דאלומי מילתא נעשה בכסף. וכד תדייק בתשובת הרשב״א תראה ברור דזה גופא מה שכתב דבשכירות בית דלא שייכא משיכה נעשה הקנין בכסף וכוונתו לקנין לאלומי מילתא וכפי שכתב שם דמכוח הך קנין לא יכול לעזוב את הבית באמצע השנה וממילא אף דשכירות אינה מסופקת ע״י הפועל אלא מתחילה ועד סוף או ממש לבסוף (ונפ״מ להנך מקרים בתוס׳ ס״ה. בד״ה שכירות) אבל התשלום הוא לחייבו לעמוד בדבורו וזהו ככסף קנין ולכן אף שמת השוכר צריך לשלמו דהא הקנין נעשה דומיא דהך קנין דהקה״י ומשום הכי נמי אי משלם במשנה ס״ה. עשר בהתחלה אינה ריבית כיון דזהו לא הלואה אלא כסף קנין דומיא דהקה״י אלא דהקנין אינו על החצר אלא הוא לאלומי מילתא שלא יוכלו לחזור בהם.

---

4 יש לשים לב דלפי קה״י בתוס׳ זהו הסבר שונה מהרא״ש וריב״ן לעיל סי׳ א׳ אמאי באונס דדעת בעה״ב והפועל שוה בו הדין הוא פסידא דפועלים דהרא״ש כתב משום דבספק המוציא מחבירו עליו הראיה וריב״ן פי׳ לפי ביאורינו התם דזוהי מידת סדום לגבות אף דמעיקר הדין מגיע לו ותוס׳ לפי הקה״י יאמר דאם שילם מראש מוכח דבחר באופן של הקנין וממילא הממון נשאר אצל הפועל בודאי ולא מספק דהא הקנין נעשה בתחילה ואי בוחרים שהתשלום יהיה לבסוף מוכח דנתרצו שהשכירות תהיה תשלום דמי שימוש שמשתלם לבסוף ולכן הממון נשאר אצל השוכר דהא אין לו לשלם דמי שימוש כשלא השתמש וזהו גם דין ודאי ודוק.

[13] וברשב״א משמע חידוש גדול דזהו תמיד שכירות בתים דהתשלום הוא דמי המקח לאלומי מילתא דהוא איירי כשלא שילמו הכסף בתחילה כמפורש בלשון התשובה ובתוס׳ ע״ט: שהביא הקה״י דברינו הולמים יותר דהא התם איירי כשהכסף כבר שולם וניחא טפי לומר דאי שילם מראש כוונתו דהכסף יבטיח שלא יחזרו בהם ומה״ט הוא דלא שילם בסוף השכירות אף דבד״כ שכירות משתלמת לבסוף. וא״כ כשהכסף משולם מראש כוונתו

לשלמו לאלומי מילתא אבל כשמשלמו בסוף יסבור תוס׳ דזהו דמי השימוש כהקה״י. וזה דלא כרשב״א לעיל שסבר דגם באופן דהכסף לא שולם מראש כוונתו לשלמו ככסף המקח של אלומי למילתיה. ועיין בדרכי משה סי׳ של״ד אות א׳ שהבאנו לעיל סי׳ א׳ שהביא מחלוקת ראשונים בזה אי תליא בהך דשולם הכסף מראש או לא ואולי זהו הביאור בהם כמחלוקת תוס׳ והרשב״א וע״ש דהביא גם תשובת הרשב״א דידן.

ולפי הסברינו בתוס׳ ע״ט מיושבות כל הנך קושיות שהקשינו על הקה״י לעיל דהא באמת גם באופן שכירות זה שייך ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף וכמשנ״ת וכן בכל הש״ס ובכל אופני השכירות שייך הך דינא וא״ש הא דלא מצינו דחילקו כן. וכן לשון תוס׳ דסיים התי׳ בכך דנתרצה שיהיה שלו אם לא ישאר בו והכוונה היא בדיוק דהכסף בא לאלומי מילתא דלא יוכל לחזור בו ולא להשאר ודוק (ועיין בהערה בסוף סי׳ זה ראיה נפלאה לדברינו הכא מדין אונאה בפועל וע״ע סי׳ ז׳ לקמן באורך בענין זה דקנין שכירות).

ד. בגמ׳ ע״ז. אמר רב הלכה כר׳ דוסא (דפועל החוזר ידו על התחתונה) ומי אמר רב הכי והאמר רב פועל יכול לחזור בו בחצי היום וכו׳ ולמסקנת הגמ׳ זהו רק בשכיר אבל קבלן החוזר בו ידו על התחתונה. וברש״י ביאר דגבי שכירות איתא להאי טעמא דעבדי הם ולא עבדים לעבדים אבל בקבלנות אין זה עבד אלא לעצמו. ולכאורה קשיא מאי קושיא איכא אדרב מהך דפועל חוזר בחצי היום והא ר׳ דוסא נמי מודה להאי דינא דפועל חוזר בחצי היום ורק פליג את״ק וס״ל דידו על התחתונה. ובריטב״א תי׳ דאי אמרינן דפועל חוזר חייבין לומר נמי דידו על העליונה דאל״ה מאי חידש רב. ועוד תי׳ שם דאי אמרינן ידו על התחתונה אכתי עבד הוא ולכן ברור דרב ס״ל נמי דידו על העליונה. ודבריו צע״ג דהא זו גופא סברת רבנן דר׳ דוסא דפועל חוזר וידו על העליונה ובהא פליג עלייהו ר׳ דוסא וגם רב גופו למסקנת הגמ׳ ס״ל הכי גבי קבלן ומנ״ל לגמ׳ דאי חוזר בו מוכרח דידו תהיה על העליונה ואי מסברא הוא כדמשמע בריטב״א הוי ליה להקשות אר׳ דוסא גופו היכי ס״ל דחוזר ובכ״ז ידו על התחתונה וגם ברב גופו זו אינה סתירה בדבריו כדמשמע בגמ׳ אלא קושיא מסברא.[5] [14] ולדברינו לעיל אות ב׳ ניחא דהא דפועל חוזר לא ילפינן מהך דעבדי הם אלא זהו ממהות הקנין דשכירות פועלים ומה דחידש רב דילפינן מהפסוק דעבדי הם זהו דידו על העליונה ולכן הקשתה הגמ׳ דרב אדרב ואר׳ דוסא עצמו לא קשיא דאיהו י״ל דלא ס״ל הך דרשא דעבדי הם.

---

5 ובשלמא לתי׳ הראשון דהריטב״א ניחא אלא דהוא גופו צע״ק דתי׳ גדול יש בכך דיכול לחזור אפי׳ דעשה קנין שכירות בתחילת הליכתו. וא״ת דהריטב״א ס״ל דליכא בהכי קנין (ועיין בקצה״ח של״ג אות ה׳ מה דהביא בשם הריטב״א ובתי׳ הריטב״א בשטמ״ק לקושית תוס׳ ע״ט. ד״ה אלא ובקה״י סי׳ מ״ז מה דהביא בשם הריטב״א פ׳ אזה״נ דבשכירות מדין ערב הוא דמחייב ומשמע דליכא קנין אלא רק חיוב פיצוי) אכתי קשיא דילמא זהו גופא מה דרצה רב לחדש ועוד דעדיין

ובגמ׳ י׳. הביאו דרשא דרב דפועל חוזר בו בחצי היום להקשות על המ״ד דס״ל דידו כיד בעה״ב. ומשמע דמה דחידש לן רב הוא עצם זה שפועל חוזר ולא הא דידו על העליונה וכן משמע בגמ׳ ב״ק קט״ז (ועיין בתוס׳ ב״מ י׳. שדחקו ליישב לא כן וכן בראשונים בב״ק שם). וזהו לכאורה דלא כסוגיא דידן דהתם מוכח כדכתבנו דחידושו דרב הוא דפועל החוזר ידו על העליונה.

וברמב״ם הל׳ שכירות פ״ט ה״ד כתב וז״ל בד״א בשלא התחילו במלאכה אבל אם התחיל הפועל במלאכה וחזר בו אפי׳ בחצי היום חוזר שנאמר כי לי בנ״י עבדים ולא עבדים לעבדים עכ״ל ומשמע דדין חזרה הוא דדריש רב מהפסוק ולא דידו על העליונה דדין ידו על העליונה כתב ברמב״ם בהמשך הלכה זו. וא״כ קשה על הרמב״ם

מסוגיא דידן דמוכח דמהפסוק דרשינן רק דידו על העליונה וזהו גם דלא כדברינו דממהות קנין שכירות מוכרח דאפשר לחזור גם ללא הדרשא דעבדי הם.6

והיה נראה לומר דהרמב"ם הוה קשיא ליה מאי דקשיא לתוס' ב"מ י'. דהסוגיות סתרי אהדדי ומיאן ביישוב התוס' הנ"ל דהוא באמת דוחק וא"כ נשאר דהסוגיות סתרי אהדדי ואיהו פסק כסוגיא דדף י'. דרב דרש עצם החזרה מהפסוק.

ויש להביא קצת ראיה לכך דהסוגיות פליגי אהדדי דהסוגיות בב"מ י'. ובב"ק קט"ז ס"ל דרב דרש את עצם דין החזרה הביאו נמי את הדרשא דעבדי הם ואילו סוגיא דידן השמיטה טעמיה דרב מהך קרא. ולדברינו ניחא דזהו כיון דמהך קרא דרשינן את עצם דין חזרה וסוגיא דידן דהבינה בדברי רב דדריש דידו על העליונה באמת לא הביאה הך קרא דהא מהאי קרא באמת משמע רק דיכול לחזור ולא דידו על העליונה.

ובזה מיושב מאי דהקשה החת"ס לשיטות דילפי דין פועל החוזר מגירעון כסף דעבד עברי (עיין תשובות מיימוני השייכות לספר קנין ל' ול"א ובקצה"ח של"ג אות ו' ומחנ"א הל' שכירות פועלים בכמה מקומות) אמאי בעינן להני תרי ילפותות דעבדי הם וגירעון כסף. ועוד דהגמ' גופא אייתי הך דעבדי הם ואיך סברו דדין זה ילפינן מגירעון כסף (ותי' שם ק"ל). ולדברינו אפשר דהא דפועל חוזר ילפינן מדרשא דעבדי הם וכהסוגיות י'. וב"ק ומה דידו על העליונה ילפינן מגירעון כסף (ועיין בקצה"ח שכ"כ דידו על העליונה ילפינן מגירעון כסף וא"כ גם עליו תיקשי לכאורה מסוגין דמוכח דזה ילפינן מעבדי הם ולדברינו א"ש היטב)

תיקשי קושית הריטב"א לשיטות דס"ל דאיכא קנין בהכי. 6 ועיין בספר אבהא"ז הל' מכירה פי"ג הי"ח דדייק כן ברמב"ם והוסיף דמשמע נמי דדרשא דעבדי הם קאי נמי אקבלן ואינו מוכרח (ועיין ברש"י ע"ז. בד"ה יד פועל על העליונה דכתב כן להדיא בדעת ת"ק דר' דוסא).

[15] וזוהי סוגיא דידן דבאמת לא אייתי הך דרשא דעבדי הם (וזה דלא כרי"ף ורש"י שהביאו הך דרשא הכא).

ולפי דברינו הנך סוגיות פליגי במחלוקת הראשונים אי קנין כעין שכירות דאיכא זיקה בין החפץ למוכר ומצד המציאות אין מניעה לחזור בו האם אפשר בחזרה או דצריך דרשא מיוחדת לכך.

ואפשר דבהכי נמי תליא פלוגתא דהתוס' י'. בד"ה כי לי דכתבו דאין איסור להשכיר עצמו להיות פועל והגהמ"ר הביאו הגר"א שם דפליג וס"ל דאיכא איסור אי הושכר טפי מג' שנים. דאי אמרינן דדרשא דעבדי הם אתא ללמדינו דידו על העליונה משמע דאי היה רק אפשרות לחזור אכתי חשיב עבד (כהריטב"א דלעיל) ולכן צריך להמריצו לצאת ולתת לו יד על העליונה ומשמע דכל עוד לא יצא עובר איסור (אלא דיש לאיסור זה שיעור ג' שנים וע"ש בהגמ"ר מקורו). ולתוס' משמע דכשיש לו האפשרות לחזור בכך כבר יצא מכלל עבדות כיון דכה"ג לא חשיב עבד אם יכול לחזור בו בכל רגע וממילא המשכיר עצמו להיות פועל לא עובר איסור דהא יש לו האפשרות לחזור וא"כ מהפסוק דעבדי הם ילפינן דיש לו אפשרות לחזור ובכך אינו עבד וליכא למילף נמי דידו על העליונה אלא זהו דין היוצא ממקור אחר (ועיין אבהא"ז הנ"ל הסבר בכך).

ה. באות הקודם הבאנו דהרמב"ם ס"ל דלא כדברינו דכתבנו דמעצם קנין שכירות מוכרח דאפשר לחזור אי לאו דעבד קנין נוסף לאלומי למילתיה. וכנראה דאיהו ס"ל דהקנין דתחילת הליכה אתיא נמי לאלומי מילתא ולפי"ז

גם בקנין בעלות רגיל חוסר האפשרות לחזור הוא מכך דהתחייבות זו מונחת בקנין מעבר לכך דא״א לחזור במציאות כדביארנו ושאר הראשונים ס״ל דדבר זה מובן מאליו והדרשא דעבדי הם אתיא ללמדינו דידו על העליונה כפשטות הסוגיא ע״ז. וכמשנ״ת.

ונראה דהרמב״ם אזיל לשיטתו דבהל׳ מכירה פי״ג ה״ח כתב אלו דברים שאין להם הוניה הקרקעות העבדים והשטרות וההקדשות וכו׳ יצאו קרקעות ויצאו עבדים שהוקשו לקרקעות עכ״ל. ובהט״ו כתב השוכר את הפועל לעשות עמו בין בקרקע בין במטלטלין אין לו הוניה מפני שהוא כקונה אותו לזמן ועבדים אין בהם הוניה. ובהי״ח כתב נראה לי שהקבלן יש לו הוניה וכו׳ עכ״ל. ובתרומה״ד סי׳ שי״ח ביאר דבריו דס״ל דע״ע נמי הוקש לקרקע (ועיין רש״י קידושין ז׳. גבי הילך מנה ואקדש אני לך ובש״ך חו״מ צ״ה ועוד) ושכיר דמי לע״ע וקבלן לא דמי לעבד כדמוכח מדרשא דעבדי הם (ודלא כהאבהא״ז דדייק ברמב״ם דקאי נמי אקבלן וע״ש).

ובשו״ת מהרי״ט חו״מ סי׳ י״ט הקשה דא״כ יקנו ע״ע נמי בחזקה ולכן דחה להא דתרומה״ד וביאר דברי הרמב״ם דבהונאה כמו בשבועה בעינן ג׳ גופים מוכר קונה וחפץ הנמכר מהפסוק דכי תמכור ממכר לעמיתך וא״כ בפועל דהוא המקנה והוא החפץ הנקנה ליכא דין הונאה ובקבלן נדחק לומר דהדבר הנמכר הוא גוף נפרד מהפועל וע״ש.[7] [16] ודבריו מרפסין איגרא דהא עבד נמי הוא כה״ג דהמוכר והחפץ גוף אחד הם ולמה צריך דרשא להקיש עבד לקרקע (ואפי׳ עבד כנעני הוא כה״ג). ועו״ק דהרמב״ם גופיה הביא דין עבדים דאין להם הונאה דהוקשו לקרקע וזה להדיא דלא כמהרי״ט וליכא למימר דאיירי בע״כ דהא א״כ לא הביא כלל דין הונאה בע״ע וברור דס״ל דאין לו הונאה קו״ח מפועל והיה לו להביאו. וביותר דגם ע״כ קנינו הוא כה״ג דהמוכר והנמכר חד הם. ועו״ק איך יחדש מהרי״ט מעצמו דרשא חדשה שלא הובאה בתלמוד.

---

7 ובגר״ח קידושין כ״ח: כתב דע״ע מה דגופו קנוי הוא דין מדיני ע״ע וממילא אפשר ליישב קושית מהרי״ט דקנין ע״ע לא שייך בחזקה דהא לא קונים את גופו אלא הקנין בא ממילא לאחר

ולכן נראה לומר דהרמב״ם באמת ס״ל כתרומה״ד אלא דסברת המהרי״ט היא דוקא סברת החולקים על הרמב״ם דס״ל דקבלן נמי אין לו הונאה (והם הרמב״ן ורשב״א הביאם ה״ה בהט״ו ועוד). דנראה לומר דסברתו היא כעין מה דכתבנו דכיון דהמוכר והדבר הנמכר הם גוף אחד איכא זיקה ביניהם ולכן הפועל יכול לחזור בו אפי׳ באמצע היום מצד המציאות והקנין אינו סותר לאפשרותו לחזור בו. וא״כ לא נאמר עליו דין הונאה דהא דין הונאה בא להציל מי שנתאנה אבל הפועל הן יכול להציל עצמו ולחזור גם אם אין לו דין הונאה דפועל קי״ל דחוזר אפי׳ בחצי היום הן שכיר והן קבלן וא״כ אין לו צורך בדיני הונאה ואולי זו כוונת מהרי״ט וקרא הוא אסמכתא בעלמא (וגבי שבועה יש ליישב ואכמ״ל). וא״כ א״ש הדרשא גבי עבד כנעני דאין לו הונאה דאף דהתם נמי המוכר והנמכר הם דבר אחד אבל התורה חידשה דאעפ״כ לא יכול לחזור וא״כ צריך היקש לקרקעות ללמדינו דאין לו הונאה.

וא״כ הרמב״ם לשיטתו אזיל דאיהו פסק דלא כדברינו דבקנין כה״ג נמי אין יכולים לחזור ולכן אזיל כהתרומה״ד ומפליג בין פועל לקבלן אבל שאר הראשונים פליגי עליה וס״ל דבקנין כה״ג יכול לחזור וממילא לא צריך דין אונאה וכמשנ״ת.8

החלת דין עבד באופנים הידועים.

אלא דלענ״ד נראה דהא ליתא דהגמ׳ ב״מ י׳. כתבה דיד שכיר כיד בעה״ב אפי׳ דאינו ע״ע לענין איסורים ומשמע דהקנין אינו בא ממילא מהאיסור אלא הוא נקנה בפנ״ע ועדיין יש ליישב דברי הגר״ח ואכמ״ל.

---

8 ולכאורה קשיא איך שייך בכלל דין אונאה בפועל דלא שייך להחזיר החפץ דזוהי רק עבודה בעלמא ולפני העבודה עדיין לא שילם לו דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף ועוד דבאמת לדינא יכול לחזור אף ללא דין אונאה אפי׳ באמצע היום ואפי׳ קבלן. ושמא איירי כששילם בתחילה וכפי שביארנו לעיל דאם משלם בתחילה זהו לאלומי מילתא שלא יוכל לחזור בו וא״כ שפיר שייך דין אונאה דבכ״ז שרינן ליה לחזור אי נתאנה וזוהי עוד ראיה לדברינו לעיל אות ג׳.

[17]

סימן ג: בענין שליחות לשכור פועלים (בדף ע״ו. ובדף ק״י:)

א. בגמ׳ ק״י סוע״ב ת״ר האומר לחברו צא שכור לי פועלים שניהן אין עוברים משום בל תלין זה לפי שלא שכרם וזה לפי שאין פעולתו אצלו היכי דמי אי דאמר להו שכרכם עלי שכרו עליו הוא דתניא השוכר את הפועל לעשות בשלו והראהו בשל חבירו נותן לו שכרו משלם וחוזר ונוטל מבעה״ב מה שההנה אותו לא צריכא דאמר להו שכרכם על בעה״ב וכו׳ וברש״י שם כתב זה לפי שלא שכרו ולא קרינא שכיר גביה וזה לפי שאין פעולתו עליו ולא קרינא ביה פעולתו אתך.

ובב״ח חו״מ סי׳ של״ט ביאר כוונתו דקשיא ליה בדברי הגמ׳ דבכל התורה קי״ל דשלוחו של אדם כמותו וא״כ אמאי לא חשיב הכא שלוחו לענין לעבור בבל תלין דייחשב שהוא שכרו ולכך ביאר רש״י דהיא דרשא מיוחדת. וז״ל הב״ח שם ואע״ג דבכל התורה כולה שלוחו של אדם כמותו וה״נ ודאי שניהם אין יכולים לחזור לא השכיר ולא הבעה״ב אפ״ה לעבור עליו בבל תלין אינו עובר אא״כ קרינא ליה שכיר גביה עכ״ל.

ובחי׳ הריטב״א הקשה נמי כן וז״ל זה לפי שלא שכרן וכו׳ תימה הוא דהא בכל מקום שלוחו של אדם כמותו ושמא לא אמרינן הכי לחובתו וצ״ע דהא ליכא מיעוטא בקרא דבעינן שיהא שוכרם הוא עכ״ל. ונראה כוונתו דלמסקנה ס״ל דאינו שלוחו כלל כיון דהוא לחובתו ולכן אינו חשוב כאילו הוא שכרו אלא דאפ״ה קשיא ליה אמאי בעינן הכא לדין שליחות דיחשב שהוא גופו עשה את פעולת השכירות ולא סגי בכך דלבסוף הוא הבעה״ב והוא המשלם להם שכרם אף דאינו חשוב שלוחו ומאי נפ״מ מי עשה את פעולת השכירה.

וצ״ע מה בכך דהוא לחובתו והא גם שליח לקדושין אוסרו באחות אשתו ובכ״ז הוא שלוחו דהא לכך הוא דמינהו. אלא דבכ״ז יש לחלק דשמא אינו שלוחו רק לענין בל תלין אבל לשכירות גופא כן חשיב שליח דהא מצינו שכירות ללא בל תלין למשל כשאינו תובעו או כשעושה תנאי בשכירות (כדכתב הש״ך חו״מ של״ט) ובקידושין לא מצינו ללא איסור באחות אשתו ולא מצינן לפלוגי בשליחות. אלא דזהו נמי דוחק דבפשטות אי כיון דהוא לחובתו אינו שליח הרי זהו לכל ענין ואיך נפלוג בשליחות (ועיין תוד״ה עבדא גיטין י״ג. ובכל הסוגיא התם וכן תוד״ה וקראו יבמות ק״א:) ועיין מה שניישב בזה בעז״ה סוף אות הבא.

ובתוס׳ רי״ד נמי הקשה כן והשיב דאם השוכר גופו עושה את פעולת השכירות ומדבר עם הפועל אזי דעתו של הפועל לקבל שכרו ביומו אבל אם שוכרו ע״י שליח הרי שהפועל עצמו דעתו שלא יקבל שכרו בזמן. וא״כ איהו

ס״ל דהוא שלוחו [18] של בעה״ב לכל דבר אלא דאיכא אומדנא בדעת הפועל ולכן לא עובר בבל תלין.

ונראה דלכל אחד מהנך תי׳ קשיא דלשי׳ תוס׳ רי״ד קשיא מהיכן לו הך אומדנא ובב״ח ורש״י קשה מהיכן למדנו דרשא זו דאף שהוא שלוחו לא עובר בב״ת כדהקשה בריטב״א (וכן הקשה בספר מעיני החכמה ק״י: וע״ש). ולכן היה נראה לכאורה כהריטב״א דהוא איננו שלוחו אלא דגם בריטב״א קשיא דכיון דאיננו שלוחו אמאי שכרו על בעה״ב בכה״ג ולא משמע דהוא מדין יורד אלא זהו שכר העבודה כיון דהוא פועל שלו וקשה דאי איננו שלוחו איך נעשה הפועל שכיר של בעה״ב והא לא קנאו לא הוא ולא שלוחו ולא נראה לומר דרק לגבי בל תלין בטלה השליחות ולענין השכירות קיימא כדפירשנו לעיל.

ונראה דמהאי קושיא גופא הכריחו הב״ח ורש״י דהוא כן שלוחו ואפשר דלכן גם כתב הב״ח שאינם יכולים לחזור בהם למרות שפועל אף שהוא קבלן ובעה״ב יכולים לחזור בהם (אלא שאם איננו שכיר יום ידו על התחתונה) וזהו כיון דאם הוא שלוחו מוכרח דאיירי שהיה כאן מעשה קנין דאל״ה זהו מעשה קוף בעלמא ולא בעינן שליחות וכפי שביארנו לעיל סי׳ ב׳ לר״ת אי עשו מעשה קנין לא יכולים לחזור בהם.[1]

ובביאור דברי רש״י והב״ח דהיא גזירת הכתוב מיוחדת עיין במשך חכמה פ׳ קדושים מה שכתב בזה ולשון הגמ׳ נראה בפשטות כהריטב״א דכתבה דהוא לא שכרו ולא משמע דזהו דרשא וגם לגבי השליח כתבו דאין פעולתו אצלו ולא איתו כלשון הפסוק (ועיין ברש״י שגרס בגמ׳ פעולתו עליו וזה נמי לא לשון הפסוק). אלא דלגבי שליח נראה פשוט דאף לרש״י אינה דרשא גמורה דהא מה הו״א איכא לחייב השליח בב״ת אי אינו חייב בשכרו ומה יכול זה להלין ודוחק לומר דזהו גופא מה דדרשו דאינו חייב בשכרו דהא הפסוק איירי בב״ת ועוד דהיא סברא פשוטה ולמה לי קרא.

ב. והנראה לבאר במחלוקתן בהקדם דברי הגמ׳ קידושין ז׳. דכתבה שיכול אדם לקדש אשה מדין ערב מדין עבד כנעני ומדין שניהם ובהמשך הסוגיא התם אמר רבא וכן לענין ממונא.

בציור דתן מנה לפלוני ואקדש אני לך אע״ג דלא מטי הנאה לידיה מקודשת מדין ערב וביאר הריטב״א שם וכן בעוד ראשונים דמקודשת בהנאה שנתן מנה על פיה דהוא שוה כסף ומה דכתבה הגמ׳ אעפ״י דלא מטי הנאה לידה כוונתה לומר דלא הגיעה לידיה הנאת מעות.

---

1 ובפרט לשיטת הרא״ש ע״ז: דבזמן הדיבור עם הפועלים לא נקנה כלום דהא החיוב לשלם להם דבר האבד הוא מדינא דגרמי דאינו תלוי בקנין (ודלא כהנמו״י דס״ל דזה רק בגלל ההסכם דמדינא דגרמי פטורים בכה״ג וכפי שהאריכו המפרשים). ועוד דהרי יכולים לחזור בהם גם בעה״ב וגם הפועלים ולפני העבודה אפי׳ לא שייך ידו על התחתונה דהדין הוא שגובה רק ממה שעשה כבר וא״כ אין שום נפ״מ למה שדיבר השליח עם הפועלים כמו שאין נפ״מ לכך שבעה״ב מדבר עמהם וזהו מעשה קוף בעלמא. ולכן נראה דהכא איירי בקנין שלא יוכלו לחזור בהם או שיוכל בעה״ב לעכב כלי מלאכתו של הפועל וכו׳ כדלעיל סי׳ ב׳.

[19] ובציור דהילך מנה והתקדשי לפלוני אע״ג דלא חסר איהו מידי מקודשת מדין עבד כנעני וכתב רש״י דאיירי כשהוא שלוחו ובכ״ז בעינן לדין עבד כנעני כיון דכשהמעות הן של השליח לא מועיל דין שליחות לבד ללא דין עבד כנעני ומצד שני גם דין עבד כנעני לא מועיל ללא שליחות דמדיני ע״כ הוא שיהיה ע״י שליח.

ובריטב״א שם פליג וס״ל דלא בעינן שליחות לדין עבד כנעני אלא סגי שיאמר המשלח הרי את מקודשת וכו׳ וכ״כ רוב הראשונים וכן משמע ברמב״ם (עיין בר״ן על הרי״ף שכן ביאר בו) אבל אאידך דינא דרש״י דשליחות

לא מועילה אי הממון אינו של המשלח לא פליג הריטב״א וע״ש.2

ובציור דתן מנה לפלוני ואקדש אני לו אומרת הגמ׳ דמקודשת מדין שניהם ופשטות הדברים נראה דהיא קיבלה ההנאה דנתן ממון על פיה וזהו מדין ערב והנאה זו מקדשתה לשני מדין עבד כנעני.

והריטב״א בשטמ״ק ב״מ ע״ג סוע״ב כתב דדין שכירות פועלים נקנה בההיא הנאה דסומכים אהדדי הבעה״ב והפועלים מדין ערב וע״ש דכתב דהוא דין גדול דבכל מקום דאיכא הנאה כה״ג קונה (ועיין בקה״י ב״מ סי׳ מ״ז ובחזו״א דהביאו דבריו ורצו לבאר בכך דין דבר האבד במתני׳).

ולפי דבריו אלה קשה לכאורה מה מועיל שליחות לשכור פועלים והא כשהשליח שוכרן הוא הסומך עליהם וא״כ הוא הנותן להם ההנאה דדין ערב דבעה״ב אינו מכירן כלל ואיך מועיל שליחות בכה״ג דדמי לממון של השליח דלכו״ע לא מועיל שליחות וכמשנ״ת.

והנראה מכ״ז דלהריטב״א מוכרח דהאי שליח לשכירות פועלים קנה לבעה״ב מדין עבד כנעני דמועיל אף כשהממון של השליח וא״כ האי דינא דשכירות פועלים הוא מדין שניהם דמדין ערב ילפינן דההנאה שנותן להם השליח קונה ומדין עבד כנעני ילפינן דההיא הנאה מועילה לקנותם לבעה״ב.

ואם כנים דברינו הרי דהריטב״א לשיטתו בקידושין דדין ע״כ לא בעי שליחות ולכן אף דהאי שליח אינו חשוב שלוחו כיון דהוא לחובתו כדהסביר הריטב״א ב״מ קי״א. קנה ושכרו לבעה״ב מדין שניהם כדביארנו וזה מוכרח לשיטת הריטב״א פ׳ אז״נ דשכירות פועלים נקנית מדין ערב.

ולפי״ז א״ש הריטב״א והגמ׳ קי״א. דכיון דהשוכר פעל מדין עבד כנעני הרי דהוא עשה את פעולת השכירות ולא המשלח דהא כדי ליחס פעולת השכירות לבעה״ב בעינן לדין שליחות אבל להריטב״א הרי ליכא הכא שליחות ולכך גם אינו עובר בב״ת וזה אינו סותר לכך דפעולתו הועילה לבעה״ב לזכות בשכירותם אפי׳ דאינו שלוחו וכמשנ״ת (וכמובן דעדיין קשה קושית הריטב״א עצמו מנלן הך דרשא דבעינן דהוא גופו יעשה את פעולת השכירות ובזה אפשר כהמשך חכמה דלעיל אלא דלהריטב״א גופו לא ניחא בהכי).

אלא דלכאורה קשה לומר כן בדעת הריטב״א קי״א. דבריטב״א שם משמע דאם היתה שליחות בכה״ג היה עובר [20] בעה״ב בבל תלין ולדברינו דהקנין הוא בהנאה שנותן השליח מדיליה וא״כ בעינן לדין עבד כנעני אף אילו הוא שליח וא״כ נחשב כאילו הוא עשה הקנין ואמאי יעבור בעה״ב בב״ת.

---

2 וברש״י היה מקום לומר דלא פליג אהנך ראשונים אלא חדא ציור נקט ואה״נ אפשר גם בלא שליחות אם יאמר המקדש כהאי לישנא אלא דברשב״א לא כן הבין בו וה״נ פשטות לשונו דהוא פליג וס״ל דבעינן שליחות.

והנראה בזה דיש להסביר דין עבד כנעני בתרי אופנים או דנתינתו חשיבא כאילו בעה״ב נתן או דלא בעינן כלל שיתן בעה״ב. ומהריטב״א קידושין משמע מכך דלא בעי שליחות לדין עבד דס״ל דדין ע״כ הוא שמעשה הקנין מועיל להקונה אף דלא הוא עשאו וכהאופן הב׳ ולפי״ז אפשר דס״ל דאם בכ״ז יעשהו שליח אף דלא בעינן שליחות לדין ע״כ מגלה דעתו דרוצה שגם מעשה הקנין ייחשב כאילו המשלח עצמו עשאו ולא רק שיועיל לו בסתמא וא״כ זוהי כוונת הריטב״א ב״מ קי״א. שאילו היתה שליחות בכה״ג היה בעה״ב עובר בב״ת אף דהקנין עדיין היה מדין ע״כ כיון דאז היה נחשב מעשה הקנין כאילו הוא עשאו וכהאופן הראשון בהבנת דין ע״כ ודוק.

ולפי״ז נאמר דרש״י דפליג על הריטב״א וס״ל בקדושין דבעינן שליחות לדין ע״כ הרי דס״ל דמעשה הקנין חשיב כאילו הוא עשאו ובלי זה לא יועיל לו הקנין וא״כ א״ש הא דהב״ח סי׳ של״ט דלעיל בשיטת רש״י בב״מ ס״ל דאיכא בכה״ג שליחות וממילא בעינן גזיה״כ מיוחדת דאף שהוא שליח לא יעבור המשלח בבל תלין ודלא כהריטב״א וכל אחד מהם אזיל לשיטתו.

ולדברינו אלה יתיישב שפיר מאי דהקשינו לעיל בדברי הריטב״א איך הא דמחייבו בבל תלין גורם דאינו שליח והרי שליח לקידושין יכול לאוסרו בקרובותיה. וכעת נאמר דבאמת הא דמחייבו אינו יכול לבטל שליחותו אלא דהכא מיירי כשאמר לו צא ושכור לי פועלים ולא ציין במפורש דהוא שליח וא״כ כיון דיכול לשוכרם לו גם מדין ע״כ ללא שליחות וכמשנ״ת הרי אמדינן בדעת המשלח דרצונו שיעשה כן ללא שליחות כדי שלא יתחייב המשלח בבל תלין ולכן אינו שלוחו אבל אי הוי ברירא לן דמינהו שליח אזי הדין פשוט דהוא שלוחו וממילא יתחייב בבל תלין וזו נפ״מ לדינא בהסברינו בריטב״א ודוק.

ג. והרמב״ם פ״א מהל׳ מכירה הביא הך דינא דערב לענין ממונות והקשה הר״ן על הרי״ף בקדושין ז׳. אמאי לא אייתי נמי דינא דע״כ ודין שניהם. ותי׳ דיליף מע״כ לאשה מגז״ש דלה לה. וקשיא לן דעבדים הוקשו לקרקעות נמי לדיני ממונות וגז״ש דלה לה היא רק לאיסורים דחייבים במצוות כאשה וכו׳. ועו״ק דהרמב״ם פ״ה ממכירה ה״ז הביא דין ע״כ לקנין חליפין בממונות.

וברש״י והטור חו״מ בסי׳ ק״צ הביאו כל הנך דינים נמי לענין ממונות כפשטות הגמ׳ קדושין אליבא דרבא דאמר התם וכן לממונא.

ועוד איכא פלוגתא בין הרמב״ם לטור דבדין ערב בממונות הרמב״ם לא כתב דצריך לומר שתקנה לו שדהו כדכתב הטור. ועוד איכא פלוגתא דבקדושין אף דלכו״ע צריך לומר הרי את מקודשת הרי להרמב״ם הלשון היא מקודשת בהנאת מנה זה שנתתי על פיך ולהטור הלשון היא דמקודשת במנה זה.

ונראה דהרמב״ם ס״ל דקניני אישות ועבדים הם החלת הקניני איסור והנפ״מ לממונות דאיכא מהאי קנינים אתו ממילא וא״כ א״ש הא דהר״ן אייתי גז״ש דלה לה למילף דין ע״כ מעבדים לנשים דהא זהו [21] לא לענין ממונות אלא לענין הקנין איסור. וממילא נאמר דזו גם הסיבה אמאי השמיט הרמב״ם דין ע״כ בממונות דשם נראה לומר דאיהו ס״ל דקנין ממון הוא פירעון והקנין חל ממילא כהסמ״ע חו״מ ריש סי׳ ק״צ ודלא כהט״ז שם וא״כ ליכא למילף דדין ע״כ יועיל לקנין ממוני מכך דמועיל להחיל דיני אישות או עבדות. והטור לומד כהט״ז שם דפליג על הסמ״ע וס״ל דקנין כסף הוא קנין ככל הקנינים כלומר החלת הבעלות ולא פירעון וא״כ אפשר למילף דין ע״כ מעבדים לממונות דכמו שמועיל להחיל חלות שם עבד או אשה כן מועיל נמי להחיל חלות בעלות על ממון.3

ובזה א״ש נמי הא דהביא הרמב״ם דין ע״כ בקנין חליפין בפ״ה ממכירה כיון דהתם לכו״ע פשוט דאינו פירעון אלא החלת בעלות וא״כ להרמב״ם נמי איכא למילף מעבדים דינא דע״כ לענין חליפין (ועיין אוסף חידו״ת להגר״א קוטלר סי׳ י״ח דכתב כעין דברינו).

ולפי״ד אלה תיקשי לשי׳ הרמב״ם דס״ל כהריטב״א קדושין דלעיל דדין ע״כ לא בעי שליחות וכדכתב הר״ן על הרי״ף שם וא״כ משמע דבגמ׳ ב״מ קי״א. יתרץ כהריטב״א ולא כרש״י וקשה דאיהו לא ס״ל דין ע״כ בממונות

וא״כ אינו יכול לפרש כביאורינו בריטב״א לעיל אות ב׳ ואיך יפרנס הך גמ׳ דהבעה״ב אינו עובר בב״ת.

ונראה דלדברינו הכא ייושב שפיר לפי מה דכתב המחנ״א הל׳ קנין מעות סי׳ ב׳ לשיטת הרמב״ם וריטב״א דהקנין בהך הנאה דערב הוא קנין חליפין ולא קנין כסף וע״ש. וא״כ א״ש גם להרמב״ם דבקנין חליפין מודה דאיכא דין ע״כ גם בממונות וכפשנ״ת ובגמ׳ ב״מ קי״א יבאר כדברינו בריטב״א וק״ל (וקשה האי יסוד דהמחנ״א דכה״ג הוא קנין סודר ולא קנין כסף דלפי״ז לא מועיל בקדושי אשה דאשה אינה מתקדשת בחליפין ואיך כתבה הגמ׳ דאשה מתקדשת בדין ערב ודין שניהם וצ״ע).

ובשתי הפלוגתות הנוספות בין הרמב״ם לטור נראה דתלי בהבנת דין ערב דלהרמב״ם דין זה הוא קנין כסף רגיל ומה דילפינן מערב הוא דהנאה זו שוה ממון וכיון דליכא דין אמירה בקנין כסף ולכן בדין ערב לא צריך לומר כלום ובקדושין איכא דין אמירה ולכן התם מודה הרמב״ם דצריך לומר הרי את מקודשת וכו׳. ובזה יבואר נמי הא דמקודשת בהנאת הנתינה ולא במנה עצמו וזה כריטב״א קדושין ז׳. וב״מ ע״ג: ואילו הטור ס״ל דדין ערב הוא דהמנה עצמו חשיב כאילו האשה קיבלה המנה דכיון דניתן על פיה הרי היא כערב לגביו והוא יצר חוב אצלה כלפי הנותן כמו בקדושי כסף רגילים וזהו דין מיוחד שלומדים מערב וא״כ לא מקודשת בהנאת הנתינה אלא במנה עצמו דחשיב כאילו ניתן לה (ועיין מחנ״א הנ״ל הל׳ קנין מעות סי׳ ב׳) ולכן כתב הטור גם בדין ערב [22] בממונות דצריכים לומר כמו בקדושין דכיון דהוא דין מחודש הרי אין לנו בו אלא חידושו וכמו דבערב ס״ל לטור דצריכים לומר הרי בקנין מדין ערב נמי צריכין לומר כן (ועיין ב״י התם סי׳ ק״צ דכתב כן בדברי הטור להסביר אמאי צריך להגיד).

---

3 א. עיין באפיקי ים ח״א סוס״י ט״ז דכתב בשם הגרח״ע דהסמ״ע נמי מודה בקדושין דהוי כסף קנין ולא פירעון ורק לענין קניני ממון רגילים כתב כן וזהו כעין דברינו (וכמדומה דראיתי באבני מילואים דכתב לא כן אלא דאף בקדושין זהו כסף שווי להסמ״ע). ב. ועיין להלן אות ד׳ מה שביארנו דלסברא דכסף פירעון לא שייך למימר כלל דין עבד כנעני ולא רק שאי אפשר ללמוד כן מעבד ואשה כדכתבנו הכא.

והנפ״מ בין הנך תרי הבנות היא בדין דכתב הב״ח סי׳ ק״צ דבדין שניהם בעינן לתת המעות דוקא לקונה וכפשטות לשון הגמ׳ דתן מעות לפלוני ואקדש אני לו דלריטב״א ורמב״ם הדברים מחוסרי ביאור דהא גם אם יתן המנה לפלוני אחר הרי בכך שנתן המנה על פיה קיבלה ממנו הנאה וממילא יכול לקדשה לאחר מדין ע״כ אבל להבנת הטור א״ש כיון דמקודשת במנה הרי בעינן דינתן למקדש.

ועיין תוס׳ רי״ד קדושין ז׳. דכתב דבאמת לא בעינן לתת דוקא לאותו פלוני ודלא כהב״ח וע״ש.

ונראה דהני תרי פלוגתות בין הטור והרמב״ם בקנין כסף (כמחלוקת סמ״ע וט״ז) ובדין ערב תלו בהדדי דכיון דבדין ערב למד הטור באופן דההנאה יוצרת חוב אצל האשה ובזה מתקדשת משמע דקנין כסף הוא לא פירעון דהא לא היה כאן פירעון כלל אלא נוצר חוב ללא פירעון ולהרמב״ם דס״ל בדין ערב דההנאה היא שו״כ איכא למימר דהבין כהסמ״ע דקנין כסף הוא פירעון וק״ל.

ופשוט דלהבנת הטור והב״ח בדין ערב לא שייך לומר דשכירות פועלים קניא מדין ערב כהריטב״א דהא ליכא הכא נתינת מנה אלא רק סמיכות דעת בעלמא והטור ס״ל דהאי סמיכות דעת אינה ממון אלא איהי רק מחילה החוב שיצרה נתינת המנה על הערב וא״כ הכא דליכא נתינת מנה ליכא לדין ערב. ולפי״ז ברור דהם לא יכולים ללמוד כהריטב״א בגמ׳ ב״מ קי״א כיון דליכא דין ערב א״כ לא נותן השליח מדיליה ולא בעינן כלל לדין עבד

כנעני אלא זוהי שליחות פשוטה וא״כ דברי הגמ׳ מחוסרי הבנה דהא אי אמרינן דשכרו על בעה״ב ברור דהיתה כאן שליחות (ודלא כהריטב״א דיבאר מדין ע״כ) וא״כ אמאי לא עובר בעה״ב על בל תלין. ולכן הוכרחו הב״ח והטור להסביר דאיכא גזיה״כ מיוחדת דאף כשהוא שליח לא עובר בב״ת.4

ובאמת לתוס׳ רי״ד דפליג על הב״ח וס״ל דאפשר לתת המנה בדין שניהם גם לפלוני אחר וכריטב״א ורמב״ם בהבנת דין ערב לשיטתיה אזיל ולכן לא מבאר הגמ׳ קי״א כהב״ח אלא מפרש דאיכא אומדנא וכדכתבנו לעיל וזהו לשיטתו דלא ס״ל כב״ח והטור והא דלא פי׳ כהריטב״א זהו מכוח קושית הריטב״א עצמו דמהיכי ילפינן להך דרשא דבעינן שהוא עצמו יהיה השוכר.

וברש״י קדושין ז׳. כתב כהטור דאיכא דין ע״כ בממונות וא״כ איהו נמי אזיל בשיטת הטור והב״ח ובאמת הב״ח הכא רק ביאר דברי רש״י דזוהי גזיה״כ וא״כ איהו נמי אזיל לשיטתו כהב״ח והטור דאזלו נמי לשיטתייהו וכן הרי״ד והריטב״א אזלו כ״א לשיטתו ודוק בכ״ז דהוא ביאור נפלא במחלוקתם.

---

4 ולהטור קנין שכירות פועלים נעשה באמירה בעלמא ולא ע״י דין ערב וכדכתב ש״ג ריש פרקין אות ב׳ וביארנו דבריו לעיל סי׳ ב׳ דזו אינה אסמכתא וע״ע במחנ״א הל׳ ערב סי׳ א׳ דכתב דזהו נמי קנין ערב עצמו דההנאה עושה דלא יהיה אסמכתא.

[23] ד. ובטור חו״מ סי׳ של״ט כתב וז״ל האומר לשלוחו צא ושכור לי פועלים ושכרם ואמר להם שכרכם על הבעה״ב אין שום אחד מהם עובר על בל תלין וכו׳ ואם לא אמר להם שכרכם על בעה״ב אפי׳ לא אמר להם שכרכם עלי אלא שכרם סתם הוא חייב בשכרם לפיכך הוא עובר משום בל תלין וכתב הרמ״ה דוקא ששכרו לעשות בשלו והראהו בשל חברו בההוא קאמר שאם לא אמר להם על מי חיוב שכרם שהוא חייב אבל שכרם לעשות בשדה סתם כך וכך ולא פירש על מי שכרם אינו חייב בשכרם והיה אומר א״א הרא״ש ז״ל שכן הוא כדבריו אם הפועל יודע שאינו שלו אבל אם אינו יודע של מי הוא חייב בשכרם עכ״ל הטור (וע״ע בסי׳ של״ו ובגמ׳ ב״מ קי״ח).

וקשה לכאורה לרמ״ה אמאי אי שכרם סתם חייב בעה״ב בשכרם דאי בדעתם תליא מילתא הרי הם ודאי סמכא דעתם עליו דאינם יודעים כלל דהוא שליח. ועוד קשה בכלל מאי נפ״מ מידיעתם לענין חיובו דבעה״ב דממ״נ אי הוה כאן קנין ע״י שלוחו הרי חייב לשלם אף אי לא ידעי כלל וכי מי שחייב ממון לפלוני פטור מלשלם לו אי אינו יודע בכך ואי אינו קנין אמאי ס״ל לרא״ש דמשלם הבעה״ב כשידעו ואיך ידיעתם מחייבת אותו ללא קנין.

ונראה לבאר סברות הרא״ש ורמ״ה בהקדם סוגית הגמ׳ ב״ק ק״ב סוע״א ת״ר הנותן מעות לשלוחו ליקח לו חיטין ולקח מהן שעורין שעורין ולקח מהן חיטין תניא חדא אם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לו ותני חדא אם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לאמצע אריו״ח לא קשיא הא ר״מ והא ר׳ יהודה הא ר״מ דאמר שינוי קונה והא ר׳ יהודה דאמר שינוי אינו קונה מתקיף לה ר״א ממאי דילמא ע״כ לא קאמר ר״מ אלא במידי דחזי ליה לגופיה אבל לסחורה לא אמר אלא אר״א הא והא ר״מ ול״ק כאן לאכילה וכאן לסחורה מחכו עליה במערבא לריו״ח אליבא דר׳ יהודה וכי מי הודיעו לבעל חיטין שיקנה חטין לבעל מעות מתקיף לה ר״ש ב״ס אי הכי אפי׳ חיטין וחיטין נמי לא א״ר אבהו שאני חיטין וחיטין דשליחותיה קעביד וכי בעה״ב דמי תדע דתנן אחד המקדיש נכסיו ואחד המעריך את עצמו אין לו בכסות אשתו ולא בכסות בניו ולא בצבע שצבע לשמן ולא בסנדלים חדשים שלקחן לשמן ואמאי ולימא הכא נמי מי הודיעו לצבע שיקנה צבעו לאשה אלא לאו משום דאמרינן דשליחותיה

קעביד וכיד אשתו דמי ה״נ שליחותיה קעביד וכיד בעה״ב דמי א״ר אבא וכו׳ ע״ש דר׳ אבא הביא דהראיה מהמשנה דאחד המקדיש אינה מוכרחת וע״ש היטב בכל הסוגיא.

ובתוד״ה שאני חיטין התם ביארו מחלוקת ריו״ח ובני מערבא בשליח אי חייב להודיע לבעל החיטין ומי שאינו שליח לכו״ע חייב להודיע וכל שאר הראשונים פי׳ איפכא דבשליח כו״ע לא פליגי דאינו צריך להודיע ופלוגתן היא במי שאינו שליח דלריו״ח בכה״ג נמי אינו צריך להודיע ובני מערבא ס״ל דצריך להודיע.

וברא״ש שם כתב דהלכה כריו״ח ודלא כחוכא דבני מערבא וכ״כ כל הפוסקים[5] דכיון דהשליח מצי זכי למשלח אף אי אינו [24] שלוחו מדין זכין וא״כ הוא כשליח ואינו צריך להודיעו.

---

5 ועיין בהגר״א דכתב דהרמב״ם ורי״ף פסקו כבני מערבא והוא דוחק גדול ועיין אבהא״ז הל׳ מלו״ל פ״א ה״ח.

וברמב״ם פ״ז ממכירה הי״ב פסק דלא כי״א דאם המעות של המשלח הרי אף אם השליח התכוון לזכות לנפשו ולזקוף המעות במלוה אינו מועיל ונקנה המקח למשלח ומשמע דלא כרא״ש דמדין זכיה אתי עלה דא״כ האיך זכה לו ללא כוונה לזכות בשבילו.

והנראה בכוונת הרמב״ם דס״ל דכסף הקנין הוא כסף שווי או פירעון כהסמ״ע דהבאנו לעיל וא״כ חידוש התורה הוא דברגע שהתחיל במעשה הפירעון נקנה לו השדה או החפץ תמורת מעותיו וא״כ ברור דלא שייך כלל לומר דין עבד כנעני בקנין כסף דאפי׳ אי הזוכה יתכוין לזכות עבור פלוני הרי אלו מעותיו שלו והמקח עובר אליו לאחר הפירעון ממילא ואינו בידו להעבירו למישהו אחר דהרי החוב שיצרו המעות הוא כלפיו והוא הפורע במציאות ודלא כקנין סודר למשל דשם זהו מעשה קנין דהוא דין ואפשר לתורה לחדש שיועיל מעשה שלי לחברי וזוהי באמת שיטת הרמב״ם בדין ע״כ וכמשנ״ת (ועיין בחי׳ הגר״א קוטלר סי׳ י״ח הנ״ל דכתב מעין זה בשיטת הרמב״ם). ולפי״ז ברור דמעותיו של אדם קונות לו כשיגיעו ליד המוכר ואפילו ע״י קוף וללא שליח כלל דזה אינו מעשה קנין דבעי שליחות ולכן כתב הרמב״ם דבמעות המשלח זכה המשלח במקח אף דהזוכה לא התכוין לזכות לו ודלא כרא״ש.[6]

ובמחנ״א הל׳ שלוחין סי׳ ט״ו וסי׳ י״ז משמע דס״ל ברמב״ם באופן קצת אחר דתמיד כוונת בעל החיטין למכור לבעל המעות ולכן לא זכה השליח ולא מצד דכסף הקנין הוא כסף פירעון כדברינו וע״ש.

ונפ״מ בין הרמב״ם לרא״ש איכא בציורים דהביא המחנ״א הל׳ שלוחין ריש סי׳ ט״ז וריש סי׳ י״ז וע״ש.

ובמחנ״א שם סי׳ י״ז הקשה לשיטת הרא״ש דלא משמע כדבריו מסוגין דממתני׳ דאחד המקדיש משמע דפריך אריו״ח וכדכתב להדיא הרמב״ן ולשי׳ הרא״ש קשיא מאי פריך והא חזינן התם ממש כדברי ריו״ח דלא בעינן הודעה ולשי׳ הרמב״ם א״ש וע״ש בדבריו.

ותימא גדולה היא על המחנ״א דלא ראה דברי הראשונים וכן פשטות הסוגיא דמהך מתני׳ לא פריך כלל אריו״ח אלא הביאו ראיה דגם לבני מערבא בשליח לא בעינן הודעה ולהיפך דממשנה זו ראיה לכאורה לריו״ח. ועיין ברמ״ה בשטמ״ק התם דכ״כ להדיא דלא קי״ל כר׳ אבא כיון דגם איהו אזיל בשיטת בני מערבא וא״כ פשיטא דכל מהלך הסוגיא הוא לברר שיטת בני מערבא אי איכא ראיה מהך מתני׳ או לא ולריו״ח א״ש בכל מקרה.

6 ולכאורה קשיא דהכא עסקינן במטלטלין (חיטין ושעורין ואיך קונה הכסף ללא משיכה וי״ל דבמשיכת השליח אף שלא מתכוין לזכות למשלח כבר לא שייך שיאמר המוכר נשרפו חיטיך בעליה וא״כ סגי במשיכת השליח אף דלא הוא הזוכה ואף לא התכוין לזכות או דנאמר דשייך בשליח עצמו שיאמר לקונה דנשרפו חיטיו אלא דזהו מילתא דלא שכיחא דשליח ישנה שליחותו ויקנה לעצמו במעות המשלח ובכה״ג לא גזרו רבנן משיכה ואפשר דזוהי כוונת המחנ״א הל׳ שלוחין ושותפין סוסי׳ י״ז בד״ה ונראה וע״ש.

[25] והרמב״ן הביאו המחנ״א כנראה דס״ל כרמב״ם דהמוכר מקנה לבעל המעות וא״כ בהך משנה הבעל הוא בעל המעות ולכן לריו״ח קשיא איך זכתה האשה וצריך לומר כר׳ אבא אבל להרא״ש לק״מ דאיהו פליג על הרמב״ם בהכי וכפשנ״ת וא״כ לכאורה לומד בפשט הסוגיא כהרמ״ה.

אלא דברא״ש עצמו בהמשך דבריו משמע דבאמת הך מתני׳ קשיא לריו״ח כיון דגם ריו״ח מודה בציור דהמעות של השליח דאינו זוכה למשלח אא״כ מודיע למוכר והתם הרי בעל המעות הוא הבעל והוא השליח ולכן אומר שם הרא״ש דגם לריו״ח בעינן לתירוצא דר׳ אבא (והמחנ״א הקשה על הרא״ש מה דאיהו מקשה על עצמו וצ״ע). ולכאורה קשה אמאי לא נקיט הרא״ש בפשטות כהרמ״ה ולמה הוצרך לומר דהיכא דהמעות של השליח גם ריו״ח מודה דבעינן הודעה ולשנות מכוח קושיא זו הפשט הפשוט בסוגיא ועיין בב״י סי׳ קפ״ג דהביא בשם ר׳ ירוחם כשיטת הרא״ש הנ״ל ואיהו כתב דכן מפורש בגמ׳ ב״ק דידן והב״י לא מצא מקומו.7

וצע״ג על הב״י דהא באמת מפורש כן בסוגיין בברייתא דר״מ אליבא דריו״ח דהתם המעות של השליח דשנוי קונה ואמאי הותירו לו ולא לאמצע ומוכח דכשהמעות של השליח לא מועיל ללא הודעה וזו ראיית ר׳ ירוחם וזו גם הסיבה שהרא״ש נדחק לומר כן ודלא כרמ״ה בפשטות.8

נמצא דאיכא ג׳ שיטות בהסבר ריו״ח דס״ל דלא בעינן הודעה דלהרמב״ם ורמב״ן כוונת המוכר להקנות לבעל המעות או כדברינו דזהו כסף פירעון ונקנה ממילא לבעל המעות ולרמ״ה ורשב״א מועילה זכיית השליח למשלח מדין זכין אף כשאינו שלוחו וזה אף כשהמעות של השליח (דאז הוא מדין ע״כ) ולהרא״ש ור׳ ירוחם מועילה זכיית השליח כרמ״ה רק כאשר המעות של המשלח אבל כשהמעות של השליח ומדין ע״כ הוא דבעי למזכי ליה אזי בעינן הודעה כדי לזכות למשלח (ועיין אבהא״ז הל׳ מלו״ל פ״א ה״ה שמנה הנך שיטות).

ונראה בביאור הדברים דפליגי באופן בו נעשה הקנין דהרא״ש ס״ל דלאו כל כמיניה דקונה להוריד בעלות של המוכר אף אם הוא מסכים כיון דאינו בידו להחילו אינו בידו להורידו ולכן בעינן שהמוכר יפקיר החפץ לקונה ואז תרד בעלותו ויוכל הקונה להחיל את הבעלות שלו וא״כ נאמר דהרא״ש ס״ל כרמב״ם דכוונת בעל החיטין בסתמא להקנות [26] לבעל המעות וממילא ההפקר מאפשר לבעל המעות לזכות (וודאי דזה אינו הפקר רגיל דכל דכפין יתא ויזכה אלא מעין הפקר לטובת הקונה ובזה חידשה התורה דאפשר להפקיר לאדם אחד כחלק ממעשה הקנין) וא״כ א״ש היטב סברת הרא״ש דאי המעות של השליח הרי בסתמא יהיה הפקר שמאפשר לשליח לזכות לעצמו ולא למשלח ולכן צריך להודיע לבעל החיטין שיפקיר החפץ לקונה ולא לשליח דהוא בעל המעות אבל כשהמעות של המשלח לא בעינן הודעה דבין כך וכך מפקיר החפץ לקונה דהוא בעל המעות.

7 ולכאורה פשטות דברי הרא״ש מורין דכשהמעות של השליח לא מועיל כלל זכיתו למשלח אלא דזה לא יתכן דהא זהו ממש דין עבד כנעני והרא״ש בקידושין ז׳. כתב דאיתא להאי דינא גם בממונות. ולכן ביארנו דבריו דכוונתו דלא מועיל ללא הודעה אבל כשיודיע ודאי יועיל מדין ע״כ וזה ממש כר׳ ירוחם הנ״ל וכן משמע ברא״ש בשטמ״ק בב״ק שם. 8 וא״כ תקשי לרמ״ה מהך ברייתא דר״מ ועיין ברשב״א בחי׳ הכא ויותר ברור בתשובה שס״ט מהחדשות דס״ל כהרמ״ה והוקשה לו כן ותי׳ בב׳ אופנים או דלר״מ שינוי קונה כיון דאין כוונתו לזכות למשלח או דהוי

תרתי דסתרי וע״ש. וכמובן דלשיטת הרמב״ם כל זה א״ש בפשטות דתמיד כוונתו למכור לבעל המעות ולכן לר״מ קנה השליח דלר״מ דס״ל שנוי קונה איהו הוי בעל המעות.

ובדעת הרמ״ה נראה דס״ל דהקונה נעשה שלוחו של המוכר להוריד את בעלותו מהחפץ (כנראה דהוא מדין זכין וכמדומה שראיתי כהאי סברא בשם הג״ר שמואל רוזובסקי) וא״כ הקנין הוא מצד הקונה בלבד. ושי׳ הרא״ש היא דהקנין הוא מצד שניהם דשניהם פועלים בקנין. ולרמב״ם ורמב״ן נראה דזהו קנין מצד המוכר כעין דעת אחרת מקנה דמועיל אף כשמעשה הקנין עצמו אינו מספיק ואכמ״ל ולהסברינו ברמב״ם דזהו כסף פירעון דקונה ממילא את החפץ לא בעינן לכל זה דאין כאן מעשה קנין כלל לא מצד הקונה ולא מצד המוכר.

ועתה נבוא לבאר דברי הראשונים בטור סי׳ של״ט דלעיל ריש אות זו. הרמ״ה ס״ל בב״ק דהזוכה זכי למשלח אף כשאינו שליח ואף כשהכסף שלו ואף כשהמוכר אינו יודע וא״כ ה״נ נימא הכי דהשליח אפי׳ לא אמר כלום אם התכוין לזכות למשלח הרי זכה לו ואפי׳ שהפועלים אינם יודעים דלא בעינן הודעה למוכר והרא״ש איהו נמי אזיל לשיטתיה דהא הכא ודאי לא חשיב מעות של המשלח וא״כ אם הפועלים אינם יודעים שהשדה אינה שלו הרי מפקירים עצמם לשליח ולכן לא זוכה המשלח ורק כשיודעים שהשדה של מישהו אחר מפקירים עצמם לבעל השדה וזהו בין אם נאמר כהריטב״א דזהו קנין כסף בהנאה שנותן להם השליח דהא זהו כסף של השליח כדביארנו לעיל ומדין ע״כ הוא דאתינן עלה ולכן לרא״ש בעינן הודעה ולהרמ״ה לא בעינן. ואף אם נאמר כהב״ח והטור דזהו קנין באמירה ולא קנין כסף הרי ברור שמפקירין עצמן לשליח ולכן לרא״ש בעינן הודעה ואפי׳ דלהנך שיטות ס״ל דהוא שליח אפי״ה בעינן הודעה אי המעות של השליח כסברא דלעיל ודוק.

ולפי ביאורינו ברמב״ם דמצד כסף פירעון הוא דלא בעינן הודעה הרי משמע דזהו דין מיוחד בקנין כסף (וכן משמע מדברי הגר״א קוטלר ע״ש) ואז ברור דבכל גוונא בעינן הודעה בהך דשליח לשכור פועלים או כהריטב״א דזהו קנין כסף אבל המעות של המשלח ובעינן הודעה כדי שהקנין מצד המוכר ייעשה לקונה ולא לשליח ובפרט דלהריטב״א הוא אינו שליחו כדביארנו לעיל או כהב״ח דזה אינו קנין כסף אלא באמירה ואז זהו קנין מצד הקונה כמשיכה והגבהה דהוא המדבר ושוכרן. ולתוס׳ ב״ק דלריו״ח בעינן הודעה אף כשהזוכה הוא שלוחו של הקונה הרי פשוט דהכא נמי בעינן הודעה בכל גווני ופשוט.

[27] ה. בריש סי׳ זה הבאנו דלהריטב״א שליח לשכור פועלים אינו שליח כיון דמחייבו בב״ת וא״כ מעדיף הבעה״ב ששלוחו יזכה לו מדין ע״כ.

ולכאורה צ״ע מסוגיין ע״ו. דקתני התם דאי אמר השליח לפועלים שכרכם על בעה״ב דזהו הציור בגמ׳ ק״י בעינן למחזי פועלים היכי מתגרי. וביאר הרי״ף התם וז״ל ואי אמר להו שכרכם על בעה״ב חזינן היכי מתגרי פועלים בההיא דוכתא אי בד׳ יהיב להו בעה״ב ד׳ ואי בתלתא יהיב להו תלתא דכיון דשני שליח בשליחותיה בטלה לה שליחותיה והוו להו כמאן דעבדי ליה סתמא דדינא דשקלי כמנהג המדינה עכ״ל. וכן משמע ברש״י בסוגיין וכ״כ הריטב״א גופיה וגם בריטב״א החדשים נמי הוא כן וקשה דמשמע דהאי גברא כן חשיב שליח אילולי דשינה שליחותו ובכגון דבעה״ב אמר ג׳ ואיהו נמי אמר ג׳.

והנראה ליישב בהקדם דברי הריטב״א בד״ה דא״ל בעה״ב זיל אוגר לי פועלים שכתב וז״ל פי׳ שאמר כן לאחד מן הפועלים שעשאו שליח לשכור לו פועלים עמו עכ״ל. וקשה מאי קמ״ל בהכי דהא זהו פשוט דבפועל איירי

דקתני בגמ׳ הטעו פועלים זא״ז ועו״ק מאי נפ״מ אי זהו פועל או סתם שליח ואפי׳ תימא דהריטב״א רק לפירושי הגמ׳ אתא לומר לך איך שייך הכא הטעו פועלים זא״ז עדיין תיקשי אמאי נקטה המשנה דוקא ציור כה״ג ולא איירינן בשליח פשוט ומאי אתא לאשמועינן.

והנראה בזה דהכא איירינן דוקא בשליח שהוא פועל וזה מאי דקמ״ל הריטב״א דלעיל דאל״ה תקשי אמאי האי גברא חשיב שלוחו והא איכא האי אומדנא בדעת המשלח דירצה זכייתו מדין ע״כ ושלא יהיה שלוחו וכמשנ״ת אבל הכא איירי בפועל וא״כ אינו יכול לזכות לו סתם מדין ע״כ ללא שליחות דהא ידו כיד בעה״ב (ואפי׳ מציאתו שלו כדאיתא בגמ׳ ב״מ י׳.) וא״כ הוא כשלוחו בע״כ דליכא אומדנא דבעה״ב יעדיף לבטל שכירותו דהרי רוצה בעבודתו משך כל היום ולכן נראה דבכה״ג גם יעבור בעה״ב בב״ת דאם השליח הוא פועל הרי ע״כ הוא נשאר שלוחו וא״כ אף שכשזוכה לו זהו מדין ע״כ הרי אי הזוכה הוא גם שליח עובר המשלח בב״ת וכפי שביארנו בדעת הריטב״א לעיל.

ועיין בחי׳ הרשב״א על ב״ק ק״ב: הנ״ל שהקשה מתוספתא פ״ד דב״מ דמשמע דהשליח זוכה לבעה״ב אפי׳ אי נתכוין לזכות לעצמו (וזהו כהרמב״ם פ״ה ממכירה דלעיל) ותי׳ דבשכיר איירי ואינו כשליח רגיל ולכן זוכה לבעה״ב אפי׳ בע״כ דהשליח אא״כ חזר בו בפני עדים וע״ש וזהו ממש כדברינו הכא ודוק.9

ו. עד כאן בסימן זה ביארנו יחס השליח למשלח ומשמעות אמירתו לפועלים כשאמר לפועלים שכרכם על בעה״ב או כשאמר להם בסתמא וביארנו דזוהי בעצם ההודעה למקנה למי להקנות כסוגיא ב״ק דלעיל לשיטות השונות. ועיין בריטב״א חדשים ע״ו. שביאר שכרכם על בעה״ב וז״ל פי׳ דהודיעם שהוא שליח ומשמע כדברינו שאמירתו היא פשוט הודעה ולא [28] שזהו קנין על כך ששכרם על בעה״ב.

---

9 ואפשר היה לומר דכוונת הריטב״א שכתב שכששינה אינו שלוחו היא דאינו זוכה לו מדין ע״כ כיון דאינו מעונין בזכיה זו בניגוד לדעתו ולפי״ז לק״מ אלא דבלשונו ק״ק לומר כן דלא לזה התכוין.

וכעת נבוא לבאר יחס זה כשאמר להם שכרכם עלי לאור הנך שיטות. ובגמ׳ ק״י מבואר דבכה״ג כשאמר להם שכרכם עלי עובר השליח בב״ת כיון דהוא שכרם (שזהו גם כשאמר להם שכרכם על בעה״ב) וגם פעולתם אצלו (ודלא כבציור דשכרכם על בעה״ב).

ונראה דאפשר לבאר היחס בין הפועלים לבינו בשני אופנים או דהם חשיבי פועלים שלו לכל דבר כפשטות הסוגיא אלא דהוא שולחם לעבוד אצל חבירו כברייתא דשוכרם בשלו ומראה להם בשל חבירו וממילא ברור שעובר בב״ת דהא הם פועלים שלו לכל דבר. אלא דאפשר לבאר גם באופן אחר דהם אינם פועלים שלו אלא של בעה״ב והוא רק התחייב לפרוע חובו של בעה״ב ולשלם להם ועדיין אפשר לומר דעובר בב״ת כיון דמשמעות הפסוק בל תלין פעולת שכיר אתך עד בוקר ומשמע דפעולת שכיר הוא הממון שחייב לו בשכרו וא״כ בגמ׳ כשאמרה לפי שאין פעולתו אצלו התכוונה נמי לממון לומר דחיוב הממון אינו עליו וא״כ כשאמר שכרכם עלי והתחייב לפרוע להם חובו דבעה״ב הרי חשיב פעולתם אצלו ולכן עובר בב״ת.10

ונפ״מ בין הנך תרי הבנות מציאתם למי דלהבנה א׳ מציאתם לשליח ולהבנה ב׳ מציאתם לבעה״ב דהם פועלים שלו.

ונראה דהנך תרי הבנות תליין בפלוגתא דהרא״ש והרמ״ה דלעיל דבפשטות האי שליח התכוין לזכות למשלחו אלא דאמר להם שהוא ישלם והראיה דאפי׳ בסתמא הרי זה כמי שאמר שכרכם עלי ושם ודאי לא מוכח שהתכוין לקנותם לעצמו. וא״כ לרמ״ה השליח שהתכוין לזכות למשלחו הרי אפי׳ אי הפועלים לא ידעו למי משכירים עצמן קנה המשלח כיון דכל הקנין הוא מצד הקונה כדביארנו בשיטת הרמ״ה וא״כ אף דהשליח לא הודיעם דהוא שליח הרי נשכרו למשלח דהוא זכה בהם עבורו. אבל להרא״ש דהמקנה צריך להפקיר עצמו לפני זכיית הקונה הרי צריך להודיעו למי להפקיר בעלותו כדביארנו לעיל וא״כ הכא דהפועלים לא ידעו דיש משלח הרי הפקירו עצמם לשליח וא״כ נראה דהוא נמי התכוין לזכותם לעצמו דאחרת להרא״ש היה צריך להודיעם ולכן להרא״ש זכה בהם השליח והם פועלים שלו.11 [29] נמצא דלהרמ״ה הנך פועלים שכירי דבעה״ב הוו אלא דשכרם על השליח ולהרא״ש שכירי דהשליח לכל דבר הוו.

---

10 ואפשר לבאר התחייבותו לפרוע להם חובו דבעה״ב כערב אם בעה״ב לא יפרע להם או שהוא כערב קבלן שיוכלו לבוא אליו לפני הבעה״ב להפרע ממנו או אפי׳ דיכולים לבוא רק אליו ולא לבעה״ב וזה יותר מערב קבלן ולכל הנך הבנות עדיין א״ש שהוא יעבור בב״ת דאפי׳ אי הוא רק ערב הרי גם בערב חל עליו החיוב למלוה כמו על הלוה אלא דאיהו לא חייב לפרוע אא״כ הלוה לא פרע ועדיין מקרי פעולתם אצלו וברור דלשאר ההבנות א״ש יותר. 11 ואפשר דלא הוו כלל פועלים של אף אחד והם רק יורדים לשדה בעה״ב דהא לא התכוין השליח לזכות בהם כלל לעצמו ועדיין חייב בשכרם לשלם חובו דבעה״ב שחייב להם מדין יורד לשדה חבירו וראה בהמשך דברינו. ועיין ב״ק ק״ב: בתוד״ה מי הודיעו שהעלו צדד דהשליח יזכה לעצמו ולא שיתבטל המקח וכ״כ הרשב״א ועוד ראשונים שם ובפשטות התם איירי כשהשליח מתכוין לזכות למשלח אפי׳ כששינה וכמו שכתבו הרשב״א עצמו והרא״ש שם להדיא וא״כ יתכן דהשליח זוכה לעצמו אף

ובב״י בסי׳ של״ב הביא בשם הרמ״ה דאי בעה״ב אמר ג׳ והשליח אמר לפועלים בד׳ אזי השליח משלם להם ד׳ וחוזר ולוקח מבעה״ב כמחיר השוק ואפי׳ הוא ד׳ ויותר ממה שציוהו בעה״ב והביא שם דהרא״ש פליג וס״ל דבכל מקרה לא יקבלו טפי מג׳ שאמר בעה״ב. ובדרכי משה כתב דהרא״ש איירי בציור שבו מחיר השוק ג׳ אבל אי מחיר השוק ד׳ יקבל ד׳ וזה ממש כהרמ״ה. נמצא דלהב״י איכא פלוגתא כשמחיר השוק ד׳ כמה יקבל השליח מבעה״ב דלהרא״ש יקבל ג׳ ולהרמ״ה יקבל ד׳ ולד״מ ליכא פלוגתא ולכו״ע יקבל ד׳ (ועיין בשו״ע דחזרו שם לחלוק בכך).

ולכאורה הדברים תמוהים טובא דהא באמר להם שכרכם עלי הם פועלים שלו וא״כ חשיב כאילו הוא יורד לשדה בעה״ב ואיהו ידע דבעה״ב ניחא ליה רק בג׳ וא״כ בשלמא הפועלים שירדו לשדה בעה״ב ולא ידעו שאיהו מוכן לשלם רק ג׳ הרי יקבלו ד׳ דאדעתא דהכי ירדו וכמו בציור דשכרכם על בעה״ב דביטל שליחותו והם חשיבי יורדים לשדה בעה״ב אבל אצלינו הרי הוא חשיב היורד וא״כ הוא הרי ידע שבעה״ב מוכן רק בג׳ ואמאי יקבל ד׳.12

ונראה דהב״י למד כדברינו דלהרא״ש הפועלים חשיבי כפועלים של השליח ואיהו הוא דירד לשדה בעה״ב ולכן באמת ישלם להם ד׳ ויחזור ויקבל מבעה״ב רק ג׳ כיון דידע שבעה״ב אינו מוכן בד׳ ויורד היודע שבעה״ב אינו רוצה במחיר השוק לא יקבל כמחיר השוק ופשוט. אבל לרמ״ה הפועלים הם של בעה״ב ואיהו רק התחייב לשלם חובו דבעה״ב וכפי שביארנו למעלה וכשירדו לשדהו דבעה״ב הרי הם דורשים ממנו ד׳ כפי שהבטיחם השליח אלא שבעה״ב לא רוצה לשלם כיון דהוא רצה בג׳ וא״כ הוו כפועלים דבעה״ב שלא קצצו מחיר או שחשיבי ממש כיורדים לשדהו ואינם כלל פועלים שלו וכדלעיל ולפועלים כה״ג משלם כמנהג המדינה דהא הם לא ידעו שהבעה״ב רוצה רק בג׳ וא״כ הוא חייב להם ד׳ דזהו מחיר השוק. ועכשיו בא השליח ומשלם להם ד׳ כיון

דהתחייב לפרוע חובו דבעה״ב וכשחוזר לבעה״ב אינו תובע ממנו כיורד לשדהו דזה באמת ישלם לו רק ג׳ אלא הוא תובעו כפורע חובו דהרי היה לו חוב לפועלים ד׳ והאי שליח פרעו וחייב בעה״ב להחזיר לו מה שההנהו והכוונה שההנהו בפריעת חובו ולא בירידה לשדהו כהבנה הפשוטה ולכן חוזר וגובה מבעה״ב ד׳ דלגבי פריעת חובו הוא ככל אדם מן השוק שפרע חוב חבירו שחייב להחזיר לו כמה שפרע וליכא נפ״מ בכך שידע השליח שבעה״ב רוצה הפועלים בג׳ כיון דלא הוא ירד לשדהו דהם אינם פועלים שלו לשי׳ הרמ״ה ודוק.

כשהתכוין לזכות למשלח ואפשר דה״נ הדין כן וצ״ב הסברא בכך ואכמ״ל. 12 וראיתי בספר פתחי החושן פ״ח הערה כ״ז שתי׳ דכיון דאמר לשליח ג׳ ולא אמר שלא ישכור ביתר מכך כלומר דמחיר זה הוא רק רצון בעלמא ולא לעיכובא לכן משלם לשליח ד׳ אבל אם היה אומר לו שלא יעלה על ג׳ הרי באמת השליח גובה ממנו רק ג׳ והביא ראיה לדבריו מדיוק לשון המחבר בסי׳ קפ״ה ס״א בנותן לסרסור וע״ש ודבריו דוחק גדול כמובן לכל ועוד דהרי אף פוסק לא אישתמיט לחלק בלשון הבעה״ב הכא.

[30] וכל זה בהסבר הב״י א״ש אלא דזה לא יועיל לנו בהסבר הרמ״א דס״ל דליכא פלוגתא כיון דלהרא״ש נמי ס״ל אליבא דהרמ״א דמשלם לשליח ד׳ ולהרא״ש הם ודאי פועלים של השליח וכפי שנתבאר לעיל.

ונראה לבאר בדעת הרמ״א דאיהו ס״ל דאפי׳ שהם פועלים של השליח לשי׳ הרא״ש הרי יכולים לבוא לבעה״ב ולתבוע ממנו ד׳ כיון דהם לא ידעו שהוא רוצה בג׳ והבעה״ב אינו יכול לומר להם שהשליח ישלם להם שהרי יכולים לומר לו שאילו לא היה להם בעלים היה צריך לשלם להם ד׳ וא״כ מה שהם פועלים של פלוני השליח זה לא נפ״מ לבעה״ב אלא בינם לבין השליח וכמו שיבוא יורד סתם לשדהו וידוע שהוא פועל של פלוני הרי לא יוכל בעה״ב לא לשלם לו בגלל ששכרו על ההוא פלוני דהרי אין זה מענינו ויכול הפועל לומר לו שמוחל לבעליו על התשלום או שסתם אינו רוצה לגבות ממנו ומה״ט נמי אין בעה״ב יכול לתבוע מהשליח שישלם לפועלים דהא יכול השליח לומר לו לאו בעל דברים דידי את דאינו יכול בעה״ב לתבוע בשם הפועלים מה שהם אינם רוצים לתבוע. נמצא דבעה״ב חייב לפועלים ד׳ כיורדים לשדהו וא״כ כיון דהשליח הוא בעליהם לשי׳ הרא״ש הרי כל שכר שמרויחים שייך לו (קו״ח ממציאה שמוצאים שאפי׳ היא שייכת לו כגמ׳ ב״מ י׳.) ולכן יכול השליח בתור בעליהם של הפועלים לבוא לבעה״ב ולגבות ממנו את שכרם ושכרם הוא ד׳ כפי שביארנו ולכן לרמ״א גובה מבעה״ב ד׳ גם לשי׳ הרא״ש.

וא״ת דבשלמא מעיקר הדין יכול השליח לגבות ד׳ מבעה״ב אבל עדיין יכול בעה״ב לתבוע ממנו כמזיק שהרי רק בגללו שילם להם ד׳ זה אינו דהא גרמא בנזיקין פטור תדע דהוא גרמא מהאי דשכרכם על בעה״ב דהתם נמי רק בגללו משלם להם בעה״ב ד׳ אי מחיר השוק הוא ד׳ ובכ״ז לא יכול לתבוע מהשליח את הפסדו כיון דהוא גרמא.

[31]

סימן ד: בענין תחילתו בפשיעה וסופו באונס

(בדף ע״ח.)

א. בגמ׳ ב״מ מ״ב. ההוא גברא דאפקיד זוזי גבי חבריה אותבינהו בצריפא דאורבני איגנוב א״ר יוסף אע״ג דלענין גנבי נטירותא היא לענין נורא פשיעותא היא הוה תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב ואיכא דאמרי אע״ג דלענין נורא פשיעותא היא לענין גנבי נטירותא היא ותחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור והילכתא תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב עכ״ל הגמ׳. ובתוד״ה ה״ג כתב דהכי הלכתא דתבפוס״ב חייב רק דוקא היכא שיכול להיות שהאונס לא היה נארע אם לא פשע בתחילה.

ובגמ׳ ל״ו: אתמר פשע בה ויצאה לאגם ומתה כדרכה אביי משמיה דרבה אמר חייב רבא משמיה דרבה אמר פטור ובהמשך הגמ׳ איתא דלאביי לא מיבעיא למ״ד תבפוס״ב חייב דחייב אלא אפי׳ למ״ד פטור הכא חייב דאמרינן הבלא דאגמא קטלא ולרבא לא מיבעיא למ״ד תבפוס״ב פטור דפטור אלא אפי׳ למ״ד חייב הכא פטור דאמרינן מלאך המוות מה לי הכא מה לי התם ע״ש.

ובר״ח ל״ו: כתב דהלכה כאביי אפי׳ דבפלוגתא דאביי ורבא בעלמא קי״ל דהלכה כרבא בר מיע״ל קג״ם דהא קי״ל הלכתא דתבפוס״ב חייב וכ״כ תוס׳ קידושין נ״ב. בד״ה ביע״ל (וע״ע במהרש״א). ושאר פוסקים כתבו דה״נ הלכה כרבא עי׳ תוד״ה ה״ג מ״ב. ובד״ה את כ״ו: וש״פ.[1]

ובריי״ף כ׳. בדפיו פליג נמי על הר״ח וכתב דהלכה כרבא ומה דקי״ל דתבפוס״ב חייב הוא רק כאשר אם לא פשע לא היה נארע האונס אבל בכה״ג דמלאך המוות היה הורגה בכל מקום פטור דהאונס לא נארע מחמת הפשיעה כתוס׳ מ״ב. שהבאנו לעיל.

ובגמ׳ צ״ג: פליגי אמוראי דלרבה שומר שכר חייב לשמור רק כדנטרי אינשי ואביי פליג וס״ל דבעי שמירה מעולה והקשו התם לרבה מברייתא וז״ל איתיביה רועה שהיה רועה והניח עדרו ובא לעיר בא זאב וטרף ובא ארי ודרס אין אומרים אילו היה שם היה מציל אלא אומדין אותו אם יכול להציל חייב ואם לאו פטור מאי לאו דעל בעידנא דעיילי אינשי לא דעל בעידנא דלא עיילי אינשי אי הכי אמאי פטור תבפוס״ב חייב דשמע קול אריה ועל וכו׳ ע״ש כל הסוגיא.

והקשה הרי״ף הנ״ל אמאי חשיב לה אביי תבפוס״ב והא אי אמדינן ליה דלא [32] יוכל להציל הרי דהאונס היה נארע גם אילו לא פשע ובכה״ג קי״ל כרבא דפטור ותי׳ דאביי פליג על רבא וס״ל דתבפוס״ב חייב אף אילו היה נארע האונס גם ללא פשיעתו וא״כ אביי הכא נמי לשיטתיה אזיל אבל להלכה קי״ל כרבא דבכה״ג פטור וכמשנ״ת. וא״כ בין בעידנא דעיילי אינשי ובין בעידנא דלא עיילי אינשי חייב כשיכול להציל ופטור כשאינו יכול וכל המו״מ בגמ׳ אינו להלכה אלא אביי לשיטתו.

---

1 ולכאורה דברי הר״ח מרפסין איגרא דהא בגמ׳ ל״ו: איתא להדיא דלרבא פטור אף למ״ד תבפוס״ב חייב ומוכח דלא בהא פליגי וכן הקשה בראי״ש ועיין בדו״ח לרע״א מה שכתב בזה וכ״כ הראשונים דראיה לר״ח מהגמ׳ צ״ג: ודוחק לומר דזו כוונתו ויותר פלא דהרי״ף שנביא לקמן דפליג על הר״ח לא הקשה עליו כעין זה וצ״ע.

ובתוס׳ סוד״ה הוחמה ע״ח. ביארו דבריו דאביי בסוגיא דדף ל״ו אמר דלמ״ד תחבפוס״ב חייב יצאה לאגם ומתה כדרכה פשיטא דחייב ורק למ״ד פטור נחתינן להאי טעמא דהבלא דאגמא קטלא. וא״כ מוכח דלאביי ס״ל דמ״ד תבפוס״ב חייב ס״ל הכי אף אילו מלאך המוות קטלא ודלא כסברת רבא דמ״ה מה לי הכא מה לי התם (ולכאורה

רבה תי׳ לאביי דעל בעידנא דלא עיילי אינשי ומשמע דס״ל כוותיה ודלא כרבא וזהו ראיה לר״ח דהלכתא כאביי דהא אביי ורבא ל״ז פליגי בדעת רבה וי״ל דלהרי״ף כל הך מו״מ אביי אמרו אליבא דרבה וקצ״ע).

אלא דבתוס׳ הנ״ל פליגי על הרי״ף וס״ל דלאביי נמי בעינן קשר בין הפשיעה לאונס ובסוגיא צ״ג: ס״ל לתוס׳ דאיכא קשר דאי לא היה עולה לעיר אף דלא היה יכול להציל הרי שמא היה מעבירם למרעה אחר וממילא היו ניצולים והראב״ד ביאר דברועה איכא קשר דהא פשיעתו אינה במה שעלה לעיר אלא בזה שלא לקח העדר עמו וא״כ שפיר איכא קשר בין הפשיעה לאונס.2

ב. ובראשונים בדף צ״ג: דייקו בדברי אביי דהקשה לרבה מברייתא דרועה שהיה רועה ומשמע דלו גופו ניחא בהכי דמוקי לה דעל בעידנא דעיילי אינשי והקשו דלאביי נמי תיקשי קושייתו על רבה דהא איהו ס״ל דש״ש שעולה בעידנא דעיילי אינשי פושע הוא ולכן אי יכול להציל חייב וא״כ קשה אמאי אי לא יכול להציל פטור הא הוי תבפוס״ב וקי״ל להלכה דחייב וכן הקשו תוד״ה אי הכי צ״ג: וריטב״א ורמב״ן ושאר ראשונים. ותי׳ דפשיעה כה״ג לא הוי פשיעה ממש דהא ש״ח פטור עליה ושרינן ליה לעייל בעידנא דעיילי אינשי ורק ש״ש הוא דחייב וא״כ הוי תחילתו בכעין גניבה ואבידה ולא תחילתו בפשיעה ותחילתו בכעין גניבה ואבידה וסופו באונס פטור. וכתבו תוס׳ הנ״ל דלכאורה ראיה ליסוד זה מהגמ׳ ל״ו. דפטר רב ש״ש שמסר לשו״ח כיון דמסרו לבן דעת ומשמע דאף שהוריד בשמירתו כיון דלא פשע לגמרי אלא בכעין גניבה ואבידה לכן אם היה סופו באונס פטור ודחו ראייתם דשמא התם אינה פשיעה כלל דהא פעמים שש״ח שומר גם מגניבה ואבידה אף שאינו חייב בכך (וברמב״ן הביא ראיה זו ונשארה נמי למסקנתו).

ובהמשך הגמ׳ צ״ג: איתא דר׳ חסדא ורבה בר ר״ה לא ס״ל הא דרבה דאמרי להכי יהבי לך אגרא לנטורי לי נטירותא יתירתא בר אדא סבולאה הוי קא מעבר חיותא אגמלא דנרש דחפה חדא לחבירתה ושדיתה במיא אתא לקמיה דר״פ חייביה אמר ליה מאי הוה לי למעבד א״ל אבעי לך [33] לעבורי חדא חדא וכו׳ ופי׳ בתוס׳ ורי״ף ושאר ראשונים דרק ש״ש חייב בכה״ג דזהו נטירותא יתירתא והוי כעין גניבה ואבידה והלכה כר״ח ודבר״ה דש״ש בעי נטירותא יתירתא.

---

2 ואולי תוס׳ לשי׳ מ״ב. דלחייב בתבפוס״ב סגי בכך שיכול להיות שהאונס לא היה נארע ללא הפשיעה ולא דבעינן דודאי לא היה נארע כמו בצריפא דאורבני ודוק.

והרמב״ם פ״ג משכירות ה״ט כתב וז״ל וכן רועה שהעביר הבהמות על הגשר ודחפה אחת מהן לחבירתה ונפלה לשבולת הנהר ה״ז חייב שהיה לו להעבירן אחת אחת שאין השומר נוטל שכר אלא לשמור שמירה מעולה והועיל ופשע בתחילה והעבירן כאחד אעפ״י שנאנס בסוף בעת הנפילה הרי הוא חייב. ומוכח מדבריו דזהו רק בש״ש וא״כ ס״ל כשאר הראשונים דהוי כעין גניבה ואבידה אלא דאיהו למד פשט הגמ׳ דאיירי באופן דהיה סופו באונס ולא סתם גניבה ואבידה כפשט שאר הראשונים ומוכח דס״ל דתחילתו בכעין גניבה ואבידה וסופו באונס חייב דלא כשאר הראשונים. וכן מוכח בדברי ה״ה ריש הלכה זו גבי העלה לראשי צוקים ע״ש (ועיין לקמן סוף אות ג׳ שנבאר דאפשר דלהרמב״ם נמי תחילתו בגו״א פטור). 3

וקשה לכאורה דהא הראשונים הביאו ראיה לדבריהם דתחילתו בגו״א וסופו באונס פטור מהגמ׳ צ״ג: וכדלעיל ומה יענה הרמב״ם להך קושיא.

והגרע״א בדו״ח דף ל״ו: בד״ה תד״ה את מהימנת לי כתב מסברא דנפשיה דלהרי״ף דביאר פלוגתת אביי ורבא דלרבא למ״ד תבפוס״ב חייב זה רק אי איכא קשר בין הפשיעה לאונס ולאביי אפי׳ היכא דליכא קשר חייב נראה דפליגי בגדרי הדין דתבפוס״ב דלרבא משמע דכיון דפשע בתחילה חשיב גם הסוף שאינו אונס דזהו כמעשה מתמשך וכנאבד בפשיעה דמי וזהו רק אי איכא קשר בין הפשיעה לאונס אחרת הוו תרי מעשים נפרדים ולאביי הסברא היא דבשעת הפשיעה כבר יש שעבוד נכסים למפקיד מכוח מעשהו (ונראה כוונתו דהחפץ כבר עתה חשיב כאבוד וכדכתב בקה״י ב״מ בענין שומר שמסר לשומר) וממילא אף דנאבד באונס בסופו חייב לשלם כיון דנתחייב כבר משעת הפשיעה וא״כ פשוט דלא בעינן קשר בין הפשיעה לאונס וע״ש ובקה״י הנ״ל.

ולפי״ז רצה לחדש בדו״ח שם דכל מה דאמרינן דתחילתו בגו״א פטור הוא רק לאביי כיון דבשמירה פחותה אמנם לא קיים חיובו כשומר שכר אבל החפץ לא חשיב אבוד (דהא נטר כש״ח וזהו כדנטרי אינשי ופשוט שחפץ השמור כפי שבעליו או ש״ח שומרים אותו לא חשיב אבוד) וממילא לא נתחייב בתשלום אלא רק בזמן האונס וא״כ לאביי פטור דהא התם הוי אונס וש״ש פטור באונס. 4 [34] וא״כ אפשר דכן למד הרמב״ם דכל מה שמוכח בגמ׳ צ״ג דתחילתו בגו״א וסופו באונס פטור הוא אביי לשיטתו אבל כפי שכתב הרי״ף כל הך סוגיא אינה להלכה דהא קי״ל כרבא וממילא ברור דלהך סברא להלכה תחילתו בגו״א חייב כמו בתחילתו בפשיעה וזהו מה שכתב הרמב״ם בפ״ג ה״ט דלעיל ולפלא בעיני שהגרע״א לא הביא הך רמב״ם ושו״ע ראיה לדבריו דהיא ראיה מוכרחת.

---

3 וזהו מה שהוסיף הרמב״ם שדחפה חבירתה לשבולת הנהר דזה אינו מוזכר כלל בגמ׳ וזהו מה שפי׳ דהיה סופו באונס ודלא כשאר ראשונים ועיין בגמ׳ ב״ק הביאוה תוס׳ הכא לענין נזיקין דהתם משמע נמי דסופו באונס דאכלה מהערוגה ודנים שם מה הדין אם אכלה מעוד ערוגה אי חשיב נמי אונס וע״ש. 4 ונראה דבהך סברא דלאביי חשיב דמשעת הפשיעה החפץ אבוד ולכך חייב אף כשסופו באונס אפשר לבאר דברי רש״י ל״ו: דכתב בד״ה ויצאת לאגם דזהו מקום שאינה משתמרת שם אצל זאבים ולא אצל גנבים ובד״ה ומתה כתב דהוי תחילתו בפשיעה שמא יטרפוה זאבים וסופו באונס וק״ק אמאי השמיט הכא ענין הגנבים והזכיר רק הזאבים. ושמעתי בשם מורי

> הערות בכתב יד בסריקה (פענוח משוער; (?) = קריאה לא ודאית, [...] = לא קריא), עמ׳ 33:
>
> יוצא דלאביי יש ב׳ מסלולי חיוב: בפשיעה, ע״פ המעשה [...] המחייב, לא משנה האם האונס קשור לפשיעה או לא. בגו״א אם ישנו רק המעשה הרי לא [...] בכך כדי לחייב שהרי(?) החפץ אינו נחשב אבוד. אמנם אם החפץ אבד כתוצאה מפשיעה כעין גו״א אז מתחייב [...] גו״א אף שהפשיעה לבד לא מחייבת.
>
> יש לשים לב לנקודה זו בהמשך בסוגיין(?) (באונסין)(?) [...] הראב״ד שבנידון גם רבא מודה להבנת אביי.

וברמב״ם פ״א משכירות פסק כרבא דשומר שמסר לשומר חייב דאמר ליה את מהימנת לי בשבועה איהו לא מהימן לי בשבועה אבל אם הביא עדים שנאנס אצל השני פטור דאינו צריך להשבע לו כלל והקשה הלח״מ אמאי פטור כשהביא עדים והא הוי תחילתו בפשיעה וסופו באונס ותי׳ דלא הוי פשיעה כיון דמסרה לבן דעת. אלא דעדיין קשה דהא במיעט שמירתו כגון ש״ש שמסר לש״ח שכתב הרמב״ם להדיא דחשיב פושע נמי פטר הרמב״ם אי איכא עדים שנאנסה והש״ך רצ״א מ״ו תי׳ דזה רק כשמתה כדרכה דאין קשר בין הפשיעה לאונס וכדנראה מלשון הרמב״ם. אלא דבקה״י הנ״ל דחאו והוסיף להקשות מלשון הרמב״ם פ״ד משאלה ה״ח שכתב דאם מסרם לב״ב הקטנים או לאחד מקרוביו ואצ״ל לאחר ה״ז פושע וחייב לשלם והתם לא כתב הרמב״ם דאיירי במתה כדרכה ע״ש. ולכן תי׳ שם בקה״י דשומר שמסר לשומר הוי תחילתו בכעין גו״א ולכן אם סופו באונס פטר הרמב״ם כיון דהחפץ לא חשיב כאבוד ברגע הפשיעה וכמש״כ לעיל בדעת הגרע״א.

אלא דדבריו אלו קשים להולמם דהרי הוכחנו לעיל דהרמב״ם ס״ל דתחילתו בגו״א נמי חייב והוי כתחילתו בפשיעה וביארנו כדברי הגרע״א ועו״ק דהא סברא זו בדין תבפוס״ב מתאימה לאביי דאי החפץ חשיב אבוד לא בעינן קשר בין הפשיעה לאונס ע״מ לחייבו וכדכתב רע״א אבל להלכה קי״ל כרבא דבעינן קשר כה״ג וא״כ סברת הדין דתבפוס״ב חייב היא כיון דהוי מעשה המתמשך וחשיב כנאבד בפשיעתו ולהך סברא פשוט דגם תחילתו בגו״א חייב וכמשנ״ת.

ובחי׳ הגרנ״ט בענין שומר שמסר לשומר (ב) יישב באופן אחר ובהקדם מה

ורבי הג״ר משה וינברג דתחבפוס״ב איכא רק היכא דהפשיעה היתה מענין האונס וכגון דהפשיעה היתה לגבי מיתה ובאונס נמי מתה אבל היכא דהפשיעה היתה לגבי גניבה והאונס לגבי מיתה לא אמרינן דתחבפוס״ב חייב וזהו מה דכתב רש״י רק פשיעה דזאבים כשביאר אמאי הוי תחילתו בפשיעה. שו״ר דכ״מ נמי בתוס׳ ר׳ פרץ ב״מ בדף ל״ז: בד״ה ורבא באמצע דכתב שם וז״ל ואומר מהר״ר פרץ שי׳ דיש ליתן טעם לדבר דלהכי חשביה כוליה פשיעותא משום דאיכא מ״ד כיון שפשע מתחילה לשם האונס דהיינו משום מתה דודאי אסיק אדעתיה שפיר דאינה משתמרת באגם מן הזאבים ואפ״ה לא עיכבה מלכת שם וא״כ פשע בה מתחילה משום האונס עצמו וכו׳ עכ״ל וכ״מ בד״ה אלא וע״ש ובראי״ש (ונראה דפשיעה לשריפה ואונס גניבה כן חשיב תחבפוס״ב מידי דהוי בצריפא דאורבני כיון דכליון חמיר טפי ושמא גבי מעות כליון וגניבה היינו הך הן ואכמ״ל). וכ״ז ניחא טפי לביאור הקה״י והגרע״א הנ״ל דהחפץ חשיב כאבוד משעת הפשיעה דכיון דחשיב כגנוב ליכא למימר דישלם כשמתה ועל המיתה הרי אנוס הוא אלא דלפי״ז יוצא דזוהי רק סברת אביי אבל להלכה כרבא הרי אף כשפשע בגניבה יתחייב כפושע לגבי מיתה ויש לחלק.

[35] דהקשו בתוד״ה הוחמה ע״ח. לשי׳ הרי״ף דלאביי לא בעינן קשר בין הפשיעה לאונס אמאי אם הוחמה בהר פטור והא הוי תבפוס״ב. ובשלמא לתוס׳ דפליגי על הרי״ף וס״ל דאביי נמי בעי קשר הרי הכא ליכא קשר ולכן פטור אלא דלהרי״ף באביי קשיא. והביא שם חי׳ הרמב״ן שכתב וז״ל אבל הטעם הנכון במשנתינו שאי השנוי מהר לבקעה פשיעה לפי שהזיקה מצוי בזה כמו בזה ומיהו אינה שמירה למה שאמר משכיר הלכך אם הוחמה בהר חייב (?) שאמר לו לשמירה מחימום ולא שמרה וכו׳ שאם שמר כמו שאמר בעה״ב לא יארע לה מיתה זו דכל כה״ג אינה פשיעה ואינה שמירה הלכך אם סופו באונס פטור ואם סופו מחמת אותו שנוי חייב עכ״ל. וביאר בדבריו דאין כאן פשיעה כלל דהא איכא סכנה להחליק בהר כמו להתחמם בבקעה (ועיין תוס׳ ע״ח. וע״ח: שביאר שאינה פשיעה באופן אחר) אלא דעדיין איכא תביעה של המשכיר שהתנה עמו שלא ילך להר ולכן יכול לתבעו אם החליקה אבל אם הוחמה דזהו אונס הוי כתחילתו בגו״א ופטור (וכ״ז כמובן לאביי דבשי׳ הרי״ף לא בעי קשר בין הפשיעה לאונס ולהלכה כרבא פשוט דפטור בכה״ג אף אילו היה תחילתו בפשיעה ממש).

והמעיין בדבריו שם יראה אל נכון דאין כוונתו דהוי כגניבה ואבידה אלא דהוי פשיעה פחותה מאשר גניבה ואבידה דהא הכא ליכא כלל פשיעה דהא בהר ובבקעה זהו אותה סכנה ממש ודלא כגו״א דזהו הורדה בשמירה משמירה מעולה לשמירה פחותה הרי דכאן אין כלל הורדה בשמירה אלא רק שנוי סתם מדעתו דבעה״ב ובגלל כן יכול לגלגל עליו תשלומי ההחלקה אף דלא סיכן בהמתו כלל טפי מאשר בבקעה.

וזהו כעין הבנת תוס׳ צ״ג: במסירה לבן דעת דש״ח שומר כש״ש וא״כ אין כאן פשיעה כלל. ולפי״ז א״ש נמי קושית הלח״מ דהרמב״ם פטר לה באונס כיון דלא הוי פשיעה כלל ובכה״ג אי סופו באונס פטור. ועתה ל״ק כלל מה דהקשינו על הקה״י דנהי דמחייב הרמב״ם בתחילתו בגו״א וסופו באונס כיון דסו״ס גרע משהו משמירתו אבל בכה״ג דלא גרע מידי משמירתו אי סופו באונס פטר הרמב״ם (וע״ע לקמן סוף אות ו׳ דהבאנו ראיה דכן ס״ל לרמב״ם מכך שהשמיט ג׳ התי׳ דאיתא בסוגיא ע״ח. ע״ט).5

ג. ולפי כל האמור לעיל קשיא לן כמה קושיות.

---

5 ועדיין יש מקום עיון קצת דבהל׳ שאלה שהביא הקה״י איירי במסרם לב״ב קטנים והתם נראה בסברא דאיכא גריעותא ממש בשמירה וא״כ תקשי אמאי פטר הרמב״ם בסופו באונס בכה״ג והא הוי כתחילתו בגו״א דלהרמב״ם חייב ואפשר דהרמב״ם ס״ל כהערה דלעיל בתוס׳ דסגי בכך דאפשר שהשומר השני ישמור כראשון כדי לפטור ולא בעינן שודאי ישמור כמוהו וזה איכא אף בקטן (וקצ״ע דבגמ׳ הלשון היא כיון דמסרה לבן דעת ויש לחלק). ולפי״ז נראה דאיכא ד׳ מדריגות תחילתו בפשיעה תחילתו בגו״א תחילתו בספק גו״א היכא דאפשר שהשני ישמור באופן הראוי ותחילתו בהפרת החוזה סתמא ללא פשיעה כלל כהר ובקעה. ועו״ק דלהלכה קי״ל כר״ח ורבר״ה דש״ש צריך לשמור נטירותא יתירתא ולמה לא ייחשב פשיעה מה שמוסר לש״ח וצ״ל דהרמב״ם ס״ל כתוס׳ צ״ג: בהבנת מסירה לבן דעת דש״ח אף דלא חייב לשמור כש״ש במציאות אולי עושה כן ועיין לקמן.

> הערות בכתב יד בסריקה (פענוח משוער; (?) = קריאה לא ודאית, [...] = לא קריא), עמ׳ 35:
>
> אמנם [...] הקשית(?) לעיל שאין יחס במקרה של הוחמה בהר. אין קשר בין הפשיעה לאונס. וכה״ג בתחילתו בפשיעה [...] בקעה להר דסו״ס לא קשור [...] אבל בשומרים [...] יש קשר בין הפשיעה לאונס ובכ״ז פטור וצ״ל דיש סיבה(?) [...] על אונס [...] באונס פטור.
>
> וזה דוחק. ואף דהמוסר לבניו מסתמא [...] כאילו [...] אונס ממש והוא עצמו פטור באונס. משא״כ כשמוסר לשומר אחר, ואכתי צ״ע.

[36] בשי׳ הרמב״ם דביארנו כהגרע״א דלהלכה קי״ל כרבא דתבפוס״ב הוי כמעשה המתמשך ולכן גם תחילתו בגו״א חייב דזהו גו״א מתמשכת וא״כ מאי טעמא לא נאמר דגם הפרת חוזה הוי מעשה מתמשך ונחייב בסופו באונס וכגון בש״ש שמסר לש״ח (ובהר ובקעה ליכא מקום לחייבו דהא אין קשר בין הפשיעה לאונס).

ועו״ק דלתוס׳ הרי גם לאביי בעינן קשר בין הפשיעה לאונס ואיהו גופיה כתב הדין דתחילתו בגו״א פטור ואי כרע״א הרי אי סברינן כרבא דבעינן קשר בין הפשיעה לאונס לא שייך לומר דתחילתו בגו״א פטור ופשוט דחייב וא״כ לתוס׳ דסבר כן גם באביי איך כתבו דפטור.

וכן קשה בשיטת הראב״ד שהבאנו לעיל שביאר בדף צ״ג: כתוס׳ דגם לאביי בעינן קשר בין הפשיעה לאונס איך יפרנס הגמ׳ דמוכח דתחילתו בגו״א פטור.

ובריטב״א צ״ג: כתב לבאר הך דינא דתחילתו בגו״א פטור לפי הרמב״ם פ״ב ה״ג משכירות שכתב דכל הפושע מזיק הוא וע״ש בראב״ד דפליג וס״ל דהוא מצד חיוב חוזה השמירה ונ״מ לענין פשיעת שומר בעבדים אי חייב לשלם וע״ש. ובמרכה״מ כתב לבאר דעת הרמב״ם דהפושע חייב מדינא דגרמי כיון דגרם לבעלים לסלק שמירתם מהחפץ ומשמע דחיובו ממש מדיני מזיק (והראב״ד נראה דס״ל דזהו גרמא ופטור מצד דיני מזיק).6

וכתב הריטב״א דמה״ט קי״ל דתחילתו בגו״א פטור דהא אינה פשיעה ולא מדין מזיק אתינן עלה וכ״כ הראב״ד ובהמשך דבריו כתב די״א דהפושע לאו מדין מזיק ממש הוא ושמעתא זו צ״ע להנך שיטות.

והנראה בביאור דבריו דלרבא דתבפוס״ב חייב אי הפשיעה באה מחמת האונס כיון דהוי מעשה המתמשך הרי עדיין החיוב תליא אי חיוב השומר בכה״ג הוא מחמת המעשה שפשע ולא שמר כדינו או דזהו רק חיוב אחריות על הפקדון וחיוב השמירה הוא חיוב נפרד מחיוב התשלום (וכעין חקירת הקה״י ב״מ בסי׳ עוד בעניני שומרין).7

ונראה דאי מה דחייב השומר הוא מצד מעשהו הרי שפיר כיון דהוי מעשה מתמשך הרי אפי׳ אי סופו באונס חייב דחשיב דאבד מכוח מעשהו ולכן חייב לשלם מידי דהוי אפשיעה ממש אבל אי כל החיוב הוא מצד אחריות הרי לא חייב באחריות אונסין והמעשה שעשה הוא מעשה מותר אלא רק דאיכא אחריות אם בכ״ז נגנב ועל אונסין ליכא אחריות (פרט לשואל) ועיין סי׳ י״ג לקמן.

ונראה דבשואל פשוט דבאונס זהו חיוב אחריות דהא לא שייך לחייבו מחמת מה שלא שמר באונס דמאי הוה ליה למיעבד. ובש״ש נמי יש להביא ראיות דהוא חיוב אחריות דבתוד״ה אמר שמואל מ״ב. כתבו מכמה מקומות דש״ש אף ששמר כדינו חייב לשלם בגו״א ותמהו שם [37] דמאי הוי ליה למיעבד ולבסוף דחקו שם שפטור וע״ש (וכן בב״ק נ״ז. ועוד כ״ד). ולדברינו אפשר דבאמת לא צריך לשמור כולה האי אלא דקביל אחריות הבהמה דאם תיגנב ישלם אף דזוהי גניבת אונס וכן בקה״י הנ״ל הביא צדדים לכאן ולכאן.8

---

6 ונראה דהרמב״ם ס״ל כסברת הרא״ש ותוס׳ ע״ו: גבי פועלים ובעה״ב והראב״ד דפליג ס״ל כהנמו״י ושאר ראשונים התם דאינו גרמי אלא דבר האבד וע״ש. 7 ועדיין יש מקום לחקור אי אחריות זו הטילה התורה עליו או דאיהו קביל אנפשיה דין דאוריתא של שומרין וקצת ראיה דאיהו קביל אנפשיה ממתני׳ דמתנה ש״ש להיות כש״ח ובגמ׳ שם ובתוס׳ כתובות נ״ו: בסופו ותוס׳ רא״ש שם וע״ע מחנ״א הל׳ שאלה סי׳ א׳.

> הערות בכתב יד בסריקה (פענוח משוער; (?) = קריאה לא ודאית, [...] = לא קריא), עמ׳ 36:
>
> אך לשי׳ הרמב״ם הוכחנו(?) לעיל דתחילתו בגו״א וסופו באונס חייב. הריטב״א(?) חולק על זה, וראה לקמן.
>
> ובעצם(?), השאלה היא מה מחלוקת אביי ורבא לשי׳ התוס׳.

ולפי״ז נבאר דברי הריטב״א דבפשיעה דהוא מזיק גמור ודאי דחיובו הוא מצד המעשה נזק שעשה ככל מזיק וממילא חייב אף אם סופו באונס אבל בשאר חיובי שומרים ס״ל דהם חיובי אחריות וא״כ אף דהמעשה מתמשך מכ״מ לא המעשה מחייבו אלא האחריות ועל אונסין לא חייב באחריותם. וא״כ נמצא דאף לסברא דבעינן קשר בין הפשיעה לאונס יש מקום לחלק בין תחילתו בגו״א דפטור לתחילתו בפשיעה דחייב ודלא כרע״א. וא״ש קושייתינו על תוס׳ דס״ל דאביי נמי בעי קשר ובכ״ז חילקו בין גו״א לפשיעה כריטב״א.

אלא דדברי הריטב״א צ״ע דהא ברמב״ם הוכחנו דגם בתחילתו בגו״א חייב למרות דס״ל דפושע מזיק הוא ושאר חיובי התשלום הם מחיובי השומרים ולא מדיני נזיקין. ועו״ק דהראב״ד פליג על הרמב״ם וס״ל דפושע נמי לאו מזיק הוא ובכ״ז הריטב״א עצמו הביא בשמו דס״ל דתחילתו בגו״א פטור.

ונראה דהראב״ד ס״ל דגם בחיוב השומרים איכא תרי גווני דבפשיעה מה שמתחייב השומר הוא בגלל מעשהו (אף דזה לא מדיני מזיק אלא מחיובי חוזה השמירה) ולכן אם סופו באונס חייב אבל בגו״א חיובו הוא מצד האחריות כדהוכחנו לעיל ולכן אם סופו באונס פטור. ובאמת בקה״י שחקר בין הני תרי צדדים נראה כוונתו דלשתי ההבנות חיובו הוא מדיני שומר ולא מדיני מזיק וע״ש.9

ומדאתינן להכי נאמר ברמב״ם דמה שחייב בתחילתו בגו״א הוא כיון דס״ל דלא כראב״ד ותוס׳ דחיוב זה אף דהוא מחמת החוזה הרי דההחוזה מחייבו מחמת מעשה הפשיעה ולא חיוב אחריות וממילא אף אם סופו באונס חייב וכמשנ״ת. אבל אי לא גרע כלל מאיכות השמירה כגון בשומר שמסר לשומר הרי פשיטא דלא שייך לחייבו מחמת מעשה הפשיעה דהא אין כאן פשיעה כלל וזהו רק חיוב אחריות בגלל החוזה שהתנה עמו שרצונו שהוא יהיה השומר ולא אחר אף דהוא שומר כמותו וקיל אף מגו״א וכדביארנו. ולולא החוזה בדיני שומרים סתם היה פטור דש״ש חייב בגו״א אבל לא בכה״ג דהוא ממש אונס וממילא ברור למה פטר הרמב״ם בכה״ג אי סופו באונס דהא בחיובי אחריות פטור אם סופו באונס [38] וא״ש כל הקושיות דהקשינו בריש אות זו.

---

8 וחלק מהתוס׳ וראשונים נקטו דבעי לשמור אפי׳ מגניבת אונס וזוהי התביעה עליו והביאו נמי מהירושלמי דבעינן יושב ומשמר ולפי״ז ברור לכאורה דס״ל דהחיוב הוא לשמור (ועיין נמו״י ב״מ צ״ג: ועוד) ובתוס׳ הנ״ל לא משמע כן. אלא דלכאורה נראה מסברא דאין חיוב על השומר בפועל לשבת ולשמור עכל הממון אף כשהוא טמון בקרקע דהא אית ליה עוד דברים לעשות ואין כלל סברא לומר שחייב לשמור בפועל. אלא פשוט דלכו״ע זוהי רק אחריות ולא חיוב שמירה בפועל ומה שהזכירו שהיה צריך לשמור בכה״ג זהו רק לומר שזהו אינו אונס גמור דבכה״ג ליכא עליו אפי׳ אחריות אבל התביעה עליו אינה אלא אחריות כנלענ״ד. 9 ולפי״ז אפשר דתוס׳ נמי אזלו בשי׳ הראב״ד ולא בשיטת הרמב״ם דפושע מזיק הוא דרוב הראשונים פליגי עליו בהכי ודלא כריטב״א.

והרמב״ם דס״ל דש״ש חיובו בגו״א הוא מחמת מעשהו אפשר דדוחק כתוס׳ מ״ב בכל הנך ראיות שם בתוס׳ דמהן משמע לכאורה דהוא חיוב אחריות או דס״ל דאיכא תרי דינים בגו״א דאי לא שמר כדינו חייב מחמת מעשהו ואי שמר כדינו חייב מחמת אחריות וודאי דלא שייך לחייבו אי שמר כדינו ונאנס מדין תחילתו בפשיעה וק״ל (ולמה שיתבאר לקמן סוף אות זו דהרמב״ם נמי לא פליג אשאר ראשונים דגו״א חיוב אחריות הוא א״ש בלאו כל הנך תי׳).

ובתוד״ה ר׳ יוסי ע״ח. בסופו כתבו דהר ובקעה לא הוו תחילתו בפשיעה כיון דיכול לשמור וכתב המהרש״א דכוונתם דזהו תחילתו בגו״א וסופו באונס ולכן פטור כתוס׳ צ״ג: והעיר הקרני ראם על אתר דלפי״ז לא אתיא מתני׳ כר״מ דס״ל דשוכר ש״ח הוא דא״כ אפי׳ הוחלקה בהר פטור דש״ח פטור בגו״א וכתב דבחי׳ הר״ן כתב דאתיא אף לר״מ אפי׳ דהוי תחילתו בגו״א וע״ש.

ולדברינו פשוט דצדק חי׳ הר״ן ולכאורה פלא גדול דבריו של הקרני ראם דהא להרמב״ן לא הוי אפי׳ גו״א וכדביארנו לעיל וזו סברא פשוטה דבאמת כן הוא וא״כ להבנת הקרני ראם אפי׳ לר׳ יהודה דס״ל דשוכר ש״ש הוא לא אתיא דאי לא הוי אפי׳ כעין גו״א הרי זהו אונס וש״ש פטור באונס.

ולכן נראה פשוט דכל החיוב הכא הוא מחמת החוזה שהתנה עמו לילך בבקעה דהוא חיוב אחריות מחוץ לדיני שומרים דהא לא גרע כלל משמירתו וכדביארנו דאפי׳ להרמב״ם דס״ל דגו״א הוא חיוב מחמת המעשה הכא יודה דהוא תנאי בחוזה המחייבו באחריות גרידא דהא ליכא הכא פשיעה כלל וכמשנ״ת. ותנאי בחוזה מחייב ש״ח כש״ש ואין נפ״מ ביניהם ומה דקורא לזה במהרש״א תחילתו בגו״א הוא רק לשבר את האוזן דזהו חיוב אחריות ולא כפשיעה שהיא חיוב מחמת המעשה ותוס׳ לשיטתו כתוס׳ צ״ג: ולפי״ז פשוט דמתני׳ אתיא כר״מ וכר״י וק״ל.

ושו״ב דאפשר לבאר אחרת לגמרי בדברי הרמב״ם דבגרנ״ט ובקה״י דלעיל וכן שאר אחרונים משמע דלמדו דגם לרמב״ם תחילתו בגו״א וסופו באונס פטור ועו״ק דאלת״ה הרי בשו״ע חו״מ סי׳ ש״ג סקי״א פסק כהרמב״ם

וא״כ להלכה קי״ל דתחבגו״א חייב ללא שום חולק ואמאי כל האחרונים משתמשים בהך תוס׳ דפוטר לתרץ קושיותיהם שלא אליבא דהלכתא ועו״ק דאמאי פסקו כן בשו״ע וללא מחלוקת כשכל הראשונים פרט לרמב״ם (והרי״ף אליבא דרע״א) פסקו לא כן.

ולכן נראה לבאר בהקדם מאי דקשיא על ביאורנו בהנך שיטות דחיוב התשלום דש״ש חיוב אחריות הוא דבגמ׳ צ״ג: לפי מה שביארנו בשי׳ אלו פליגי אביי ורבה האם חיוב תשלומין דש״ש הוא כיון דלא שמר דזו סברת רבה דפטרו מתשלום אי על בעידנא דעיילי אינשי או דאיכא חיוב אחריות נוסף לשלם אף בכה״ג כסברת אביי ואף דסגי בשמירה כדנטרי אינשי. וא״כ יוצא לכאורה דר״ח ורבר״ה פליגי נמי על אביי דהם כתבו בפירוש דלהכי נתן לו שכר לנטור לו נטירותא יתירתא ומשמע דזהו חיוב שמירה ולא אחריות וכ״כ הרמב״ם שפסק כמותם להלכה וא״כ קשיא דלפי״ז לר״ח ורבר״ה תחילתו בגו״א חייב דהם ס״ל דזהו חיוב שמירה ולא [39] אחריות וכמשנ״ת ושמא זהו מקורו של הרמב״ם שפסק להלכה דתחילתו בגו״א חייב אלא דעל שאר הראשונים קשיא.

> הערות בכתב יד בסריקה (פענוח משוער; (?) = קריאה לא ודאית, [...] = לא קריא), עמ׳ 38:
>
> ומפורש כן בריטב״א ב״מ צ״ג: והובא לעיל.

ולכן נראה דלהלכה ש״ש חייב לשמור טפי מש״ח לכו״ע ולא רק חיובי אחריות יש לו יותר אלא דגניבה ואבידה עצמם שנו דאיכא בהן נמי חיוב אחריות אבל זהו רק ממש בגניבה ואבידה ולא בשאר סוגי חוסר השמירה והראיה דאפי׳ לראשונים דסברי דש״ש חייב בגניבת אונס מודו דבסתם אונס פטור ומשמע דחיוב האחריות המחייבו בגניבת אונס אף דשמר כראוי הוא רק בגניבה ואבידה ממש.[10]

וא״כ מה דר״ח ורבר״ה פליגי על רבה הוא בציור של רבה דבהמות שהלכו אגודא דנהר שריג ושם הפשיעה אינה לענין גניבה או אבידה אלא לענין טביעה וממילא הם ס״ל דאיכא חיוב נמי לשמור מטביעה בכה״ג על ש״ש טפי מש״ח ופשוט דזהו חיוב שמירה ולא אחריות דהא לא איירינן הכא בגו״א ממש ובהך הוא דכתבו דאיכא חיוב שמירה (נטירותא יתירתא) אבל לענין גו״א ממש כו״ע מודו דהוא חיוב אחריות ולא שמירה.

ולפי״ז נאמר דמה שהוכיחו תוס׳ דתחילתו בגו״א פטור הוא ברועה דעל לעיר ששם פשיעתו היא לענין גניבה או אבידה ממש (והאריה הוא רק האונס שקרה לבסוף) ושם הוא דפטרינן בסופו באונס אבל בציור שיפשע ש״ש אפי׳ בדבר שאינו פשיעה גמורה שש״ח חייב עליה הרי ודאי חייב גם כשסופו באונס. וא״כ ר״ח ורבר״ה לא פליגי כלל על אביי דכו״ע מודו דש״ש צריך לשמור נטירותא יתירתא יותר מדנטרי אינשי אלא דזהו רק לענין שאר נזיקין כגון טביעה אבל לענין גו״א ממש יש לו רק חיוב אחריות טפי מש״ח ולא חיוב שמירה.

ולפי״ז יבואר הרמב״ם כמין חומר דאיהו איירי בפ״ג משכירות ה״ט בשמירה כנגד טביעה ובהא הוא דכתב דתחילתו בפשיעת ש״ש וסופו באונס חייב דזהו לא גו״א אבל בתחילתו בגו״א ממש יודה גם הרמב״ם ושו״ע דפטור כתוס׳ צ״ג: וא״כ כו״ע לא פליגי דתחילתו בגו״א וסופו באונס פטור וזהו גם ה״ה דכתב באותה הלכה גבי עלתה לראשי צוקים דתחילתו בפשיעת ש״ש וסופו באונס חייב וע״ש בסוגיא דהתם הסכימו עוד ראשונים דבכה״ג חייב ולדברינו א״ש דזה אינו תחילתו בגו״א ולכן חייב ודוק היטב.[11]

ד. ובמשנה ב״ק כ״א: איתא הכלב והגדי שקפצו מראש הגג ושברו את הכלים משלם נזק שלם מפני שהן מועדין ובגמ׳ שם טעמא דקפצו הא נפלו פטור וכו׳ הניחא למ״ד תבפוס״ב פטור אלא למ״ד [40] חייב מאי איכא למימר כגון דמקרבי כלים לגבי כותל דכי קפצי בקפיצה לא נפלי עלייהו ואפי׳ תחילתו בפשיעה ליכא. והקשה הרשב״א דממ״נ אי ליכא פשיעה א״כ אפי׳ קפצו נמי לא יתחייב ותי׳ וז״ל וי״ל דלגבי קפיצה קרוב לכותל לא חשבינן ליה בתחילתו פושע גמור שיתחייב עליו אף על האונס בסופו ואפי׳ למ״ד תחילתו בפוס״ב חייב לא אמרינן אלא במקום פשיעה גמורה עכ״ד ומשמע דזהו כעין תחילתו בגו״א דאף דש״ש חייב בגו״א אי סופו באונס פטור.12

---

10 ובתוס׳ ב״ק נ״ז כתב דמה דמחייבינן בגניבת אונס הוא כיון דבגניבה בכל אופן חשיב כאונס וא״כ אין חילוק בין גניבה רגילה לגניבת אונס ולפי״ז פשיטא דהוא רק בגניבה ואבידה וביותר דאיכא מפרשים התם בתוס׳ דזהו רק בגניבה ולא באבידת אונס דהוא קרוב לפשיעה (ועיין בקצוה״ח). 11 ואין לומר דטביעה היינו אבידה דא״כ הגדרת אבידה היא חסרון החפץ ומאי שנא גניבה דלכאורה אף היא צריכה להחשב אבידה ועוד דא״כ לא מצינו ש״ש פטור באונס דהא כל אונס הוא אבידת אונס וצריך להיות חייב דומיא דגניבת אונס ולכן נראה פשוט דאבידה היא אבידה בדוקא ודוק. וע״ע לקמן סי׳ י״ג מה שכתבנו בכל זה ובשי׳ הרמב״ם.

> הערות בכתב יד בסריקה (פענוח משוער; (?) = קריאה לא ודאית, [...] = לא קריא), עמ׳ 39:
>
> ולרבה צ״ל(?) דאין לש״ש חיוב שמירה יותר אלא רק חיוב אחריות בגו״א. כלומר(?) אה״נ(?) ורבה פליג רק לענין החיוב לנטירותא יתירתא אבל בגו״א ששם לכו״ע יש חיוב אחריות.

ולכאורה קשיא האיך שייך הך חילוק בין תחילתו בפשיעה לתחילתו בגו״א בנזיקין דאי כהגרע״א הרי זהו רק לאביי דלרבא ליכא כהאי חילוקא והלכה כרבא לרוב הפוסקים וכמשנ״ת ואי כדברינו בתוס׳ דזהו כיון דגו״א חיובו מצד האחריות ולכן אף לרבא לא אמרינן בכה״ג דחייב זה אינו דהא כבר כתב הריטב״א שם והובא לעיל דתחילתו בפשיעה חייב אף אם סופו באונס כיון דהפושע מזיק וכהרמב״ם וביארנו דבריו דבמזיק פשוט דחיובו מחמת המעשה ולכן בכה״ג אף דסופו באונס פשיטא דחייב דהא חשיב מעשה מתמשך וא״כ הכא דזהו מזיק ממש פשיטא דחיובו מחמת המעשה אף דזהו כעין גו״א דבמזיק ליכא חוזה המחייבו באחריות דהא הניזק אינו ידוע ולא כדיני שומרים דשם מצינו כבר דיש גדרים שונים של ש״ח ושל ש״ש שחייב בגו״א וא״כ צריך להיות חייב אף אי סופו באונס.

שו״ר דגם בדרכי משה חו״מ סי׳ רצ״א אות ה׳ הביא בשם הנ״י דתחילתו בגו״א וסופו באונס פטור בנזיקין וא״כ תקשי עליו נמי כדלעיל וע״ש.13

והנראה בזה דבנזיקין כו״ע מודו דההבנה בתחבפוס״ב היא כאביי בשי׳ הרי״ף וכביאורו דהגרע״א דהמזיק מתחייב ברגע הפשיעה דחשיב כאילו כבר אז הזיק ולא כרבא דזהו מעשה מתמשך ונביא ראיות לזה לקמן.

והביאור בזה נראה דבשומר סו״ס מה שחשוב לבעה״ב הוא שיקבל הפקדון חזרה וליכא נפ״מ אי שמר או לא ולכן סבר רבא דהכל תלוי אי הסוף חשיב אונס או דזהו מעשה מתמשך וחשיב כפשיעה אבל בנזיקין הרי איכא צד איסור בדבר ופשוט דהאיסור אינו מה שממונו הזיק אלא מה דהוא לא שמרו דהא האיסור עליה דידיה [41] רמיא. ומה שחקרו האחרונים אי המחייב הוא מה שממונו הזיק או מה שהוא לא שמרו הוא רק בחיוב התשלום אבל האיסור נראה דלכו״ע הוא מה שלא שמר ממונו שלא יזיק ומקרא דאם לא ישמרנו וממילא אפשר דחשיב פושע כבר מרגע שלא שמר (וראה לקמן גבי תחבפוס״ב בשאר איסורין) וחייב תשלום והאונס רק קובע למי צריך

לשלם ולצד בחקירה הנ״ל דחיוב התשלום הוא מכך שלא שמר נראה פשוט דהוא כדברינו דהרגע הקובע הוא רגע הפשיעה וע״ע לקמן אות ה׳ שהסברנו ההבדל בין נזיקין לשומרים ביתר ביאור.

---

12 ועיין באוסף חידו״ת מהגר״א קוטלר סי׳ כ״ב שכן הבין בו וע״ש עוד בהמשך דביאר בתוס׳ צ״ג: גבי תחילתו בגו״א כעין דברינו לעיל דחיובו מצד אחריות אלא דבהמשך נראה דלא לכך התכוין. 13 ובאדם המזיק אפשר דאיכא חיוב אחריות שהתורה הטילה עליו דהא חייב באונס ופשוט דאינו יכול לשמור עצמו מאונס אלא דאפי׳ בהא כבר כתבו ראשונים דבאונס גמור פטור ומשמע דאף זה חיוב מחמת שלא שמר ואי אינו יכול לשמור באמת יהיה פטור וכן משמע מהלשון דאדם מועד לעולם. ועיין ב״ק ו. גבי פותקין ביבותיהן דשרי לעשות כן ובכ״ז משלם ומשמע דבנזיקין נמי איכא אחריות וע״ש עוד גבי בהמה ברה״ר מה לשור שכן ברשות ובדף י״ט: וכי יאחזנה בזנבה וילך וע״ע קה״י ב״ק סי׳ א׳. ושו״ר בחי׳ הרמב״ן ב״מ צ״ג: גבי רועה דעל למתא בעידנא דעיילי אינשי דכתב שם דהוי תחילתו בגו״א לענין נזיקין וסופו באונס בדיני שומרים ופטור ומשמע בדבריו שם להדיא דבנזיקין נמי איכא חיוב מצד האחריות וע״ע במה שנכתוב לקמן סי׳ י״ג בזה.

> הערות בכתב יד בסריקה (פענוח משוער; (?) = קריאה לא ודאית, [...] = לא קריא), עמ׳ 40:
>
> משמע דפשיטא לגמ׳ דלמ״ד חייב בשומרים ה״ה בנזקין. ובזה תקש׳ לרמב״ן ב״מ לו: שביאר(?) השומרים דתחבפוס״ב חייב הוא משום מקצת(?) [...] והוא גזלן. וכן הקשו(?) לו. ומשמע שגם מכח ראיות השמירה. וסברות אלו בנזקין לא שייכי. וצ״ע.
>
> נ״ב בחי׳ הראב״ד(?) כאן. [...] הביא מהרמ״ה שלא(?) [...] על נזיקין [...] הרי אי [...] לא אמרינן תחבפוס״ב חייב רק בפשיעה גמורה (ולכאו׳ מש״כ הכא שהבאנו לקמן בשמו).
>
> אומנם [...] א״כ דאפילו במזיק [...] פטור באונס על כל [...] וכיון [...] שחייבו בהשבת(?) שמירה וחיוב תשלומי׳ [...] אחריות. ולפ״ז א״ש מה [...] פטור באונס. [...] ולפ״ז קשיא.

ולפי״ז פשוט דתחילתו בנו״א וסופו באונס אף בנזיקין יהיה פטור דהנזק לא חשיב כעשוי כבר ברגע הפשיעה דהא אינה פשיעה גמורה והבהמה עדיין שמורה אלא דזה לא כפי שהתורה מחייבת ולכן אם תזיק יתחייב אבל אי עדיין לא הזיקה לא חשיב הנזק כעשוי כבר וזה כסברת רע״א בדו״ח באביי גבי שומרים.

ולהך סברא יצא חידוש גדול לדינא דבנזיקין לא בעינן קשר בין הפשיעה לאונס דהא כבר מרגע הפשיעה הנזק חשיב כעשוי דומיא דשי׳ אביי בדיני שומרים.

ובגמ׳ נ״ב: איתא כסהו כיסוי שיכול לעמוד בפני שוורים ואינו יכול לעמוד בפני גמלים ושכיחי גמלים מהו מי אמרינן מיגו וכו׳ ע״ש דמסיק בגמ׳ דלא אמרינן מיגו. והקשו בתוס׳ התם דתיפוק לה מצד תחבפוס״ב ואפי׳ אי לא אמרינן מיגו יתחייב ותי׳ דלא אמרינן תחבפוס״ב היכא דליכא קשר בין הפשיעה לאונס. וברמב״ם פי״ב מנזקי ממון ה״ה כתב דפטור והשיגו הראב״ד דהרי״ף השמיט להך סוגיא כיון דקי״ל דתחבפוס״ב חייב והדברים מרפסין איגרא וכדהקשו הנ״כ התם דהא הכא ליכא קשר בין הפשיעה לאונס.

ובאבהא״ז התם כתב בתי׳ הב׳ דבנזיקין לא בעינן קשר בין הפשיעה לאונס ודלא כבשומרים וע״ש ביאורו וזה ממש כדברינו לעיל (וראיתי באוצר מפרשי התלמוד דכ״כ בחזון יחזקאל בהשמטות פ״ב ע״ש).

ועוד כתבו תוד״ה סתם בב״ק כ״ג. דהתם לא שייך תחבפוס״ב כיון דהוי פשיעה לענין גוף אחד ואונס בגוף אחר וכ״כ בעה״מ הכא בשם ה״ר אברהם ועוד ראשונים ביישוב קושיית תוס׳ נ״ב הנ״ל דתחבפוס״ב בתרי גופי לא אמרינן ומשמע דאי הוי גוף אחד היינו אומרים תחבפוס״ב בכה״ג אפי׳ דליכא קשר בין הפשיעה לאונס וזה כרי״ף וראב״ד דלעיל.

והנה יש לחקור בהא דאמרינן דבנזיקין דתחילתו בפשיעה חשיב הנזק כעשוי האם הכוונה היא דחשבינן כאילו הניזק כבר הוזק דומיא דאביי בשומרים דהחפץ חשיב כאבוד וכהבנת הגרע״א או רק דהמזיק כבר הזיק ומתחייב בתשלום אלא דרק אח״כ מתברר למי משלמו. ולכאורה נראה דאין לומר כהבנה הא׳ דהא מה שייך לומר דהניזק כבר הוזק כאשר עדיין איננו יודעים מיהו ובשומרים שייך לומר כן דהא הפקדון ידוע מהו גם כרגע.

ומהנך ראשונים דכתבו דתחבפוס״ב בתרי גופי לא אמרינן נראה כההבנה הראשונה דבספר חלקת יואב הובא באוצר מפרשים הנ״ל ביאר כוונתם דכיון דבעינן קשר בין הפשיעה לאונס חזינן דזהו חשיב כמעשה אחד מתמשך וברור דלא שייך מעשה אחד בתרי גופי ולדברינו הרי להנך ראשונים כלל לא בעינן קשר בין הפשיעה לאונס וכדהוכחנו לעיל דאל״ה לא היו צריכים כלל לתי׳ זה והיו מתרצים כתוס׳ נ״ב דלעיל. [42]

הערות בכתב יד בסריקה (פענוח משוער; (?) = קריאה לא ודאית, [...] = לא קריא), עמ׳ 41:

באמת נפרך(?) כל ההכרח(?) שממונו הזיק הוא המחייב התשלום וכדי להפטר צריך לטעון ששמר כל מה שהיה צריך. הוא לשמור הבהמה לצד זה בחקירה (ראה שערי [...] סי׳ [...]). [...] לגבי צד אחר וסבר׳ הנ״ל. אמנם להק׳ ע״ז [...] דסו״ס בא עליה מה שהזיקה. [...] ולכן צריך לבאר ההבדל בין נזיקין לשומרים, שבנזיקין [...] ע״ש בקונטרס [...] לעיל.

[...] באופן אחר: התשלום [...] מן הכיס עצמו (ולא ממונו), כלומר מה שהוא שבר את הכיסוי היה גרם לתשלומין. [...] כמש״כ דאונס.

וראה בשיעורי [...] זצ״ל הלכות [...] דס״ל [...] אבל גם [...] על כן.

* ויש להעיר כה״ג(?) [...] שכיון שהכיסוי אינו ראוי [...] הרי פשיעתו היא שיש [...] כאן בור ולא שיש [...] ועי׳ קה״י סי׳ [...] ועי׳ [...] כן.

* וראה בשיעורי [...] (הנ״ל) סי׳ [...] במהות חיוב התשלום בנזיקין.

** אמנם שי׳ הרמב״ם שם [...] בין הפשיעה לאונס, וכדכ׳ [...] הפנ״י(?) [...] כ׳ [...] בגוף [...] זו ראיה [...] שכ׳ לעיל [...] בין הפשיעה לאונס, שפשיעה נחשבת [...] על החפץ, וממילא לא [...] דוקא בהכי. ולכן הסברא [...]. בכל אופן כל דברינו [...] לחלק בין נזיקין לשומרים [...] רק [...] הראב״ד. אמנם אפ״ל לרמב״ם שחייב [...] בפשיעה [...] מדין אחריות, ולכן [...] צריך [...] לאונס [...] תחילתו בפשיעה וסופו באונס [...] פטור. אמנם לומר כן [...] שבפשיעה [...] בנזיקין [...] בהכא שלא חייב על הנזק [...] ומהיכן נלמד כן סוגי׳ הפקדון.

וצ״ל דברגע הפשיעה חשיב כאילו הניזק כבר הוזק ולא רק שהמזיק חשוב כאילו הזיק וא״כ הרי מי שניזק הוא מי שהפשיעה היתה לגביו ולכן כתבו הנך ראשונים דלא שייך לשלם לשני שניזק באונס לאחר מכן דהא איהו הוזק באונס והחיוב לשלם הוא רק מחמת הפשיעה דחשיב כאילו אז כבר הזיק ואי תימא כאידך צד בחקירה דחשיב שהמזיק הזיק אלא דלא ידעינן עדיין למי קשיא אמאי לא יכול להתברר שהזיק אח״כ לשוורים אף שפשע לגמלים ודוק.

ובראב״ד דס״ל דאף בכה״ג שייך תחבפוס״ב פשוט דליכא למימר דהניזק כבר ניזוק דהא הפשיעה היתה לגבי גמלים והתשלום הוא על השוורים אלא אמרינן דהמזיק כבר הזיק ולכך מתחייב בזמן הפשיעה ועדיין נאמר דבנזיקין גם להראב״ד לא בעינן קשר בין הפשיעה לאונס וכמשנ״ת.[14]

ובקה״י ב״ק סי׳ י״ט הביא קושיית הנחל״ד דהקשה מתוס׳ ב״ק כ״ג. דכתבו דבעל הכלב שכלבו נטל חררה והדליק גדיש אי היינו מחייבים אותו מצד תחילתו בפשיעה היה חייב רק רבע כיון דבפשיעה עצמה היה חייב רק רבע שהרי חצי חייב בעל הגחלת ומתוך החצי שלו משלם רבע דהוי צרורות או משונה ע״ש בסוגיא וא״כ חזינן

דא״א לחייב על האונס טפי ממה שהיה מתחייב אילו פשע. והקשה הנחל״ד דבגמ׳ כ״א: לא משמע כן דהתם איתא דמי ששם גדי בראש כותל רעוע ונפל הגדי והזיק חייב נזק שלם אף דאילו פשע היה משלם חצי נזק כיון דפשיעתו היתה שמא יפיל הגדי אריח מהכותל וזהו צרורות וזה סותר לכאורה לתוס׳ כ״ג הנ״ל.

ותי׳ בקה״י דלא דמי דבכלב הרי בפשיעתו הוא רק חצי פושע דהא חצי הפשיעה הוא מבעל הגחלת וא״כ שפיר אף כשסופו באונס לא מחייבינן ליה טפי ממחצה. דאף דחשיב פושע מחמת פשיעתו בתחילה אבל הרי בתחילה הוי רק חצי פושע אבל בגדי שעל הכותל הרי בתחילה היה פושע גמור אלא דההתורה פטרתו מחצי התשלום מגזיה״כ וא״כ לבסוף כשנפל הגדי הרי חשיב פושע כיון דתחילתו בפשיעה ופושע בכה״ג משלם נזק שלם וק״ל.

ונראה בתי׳ הקה״י דפליג על הנחל״ד דהקה״י ס״ל דתחבפוס״ב הוא מעשה מתמשך וברור דכמה שהוא פושע כן ניתן לחייבו דכן חשיב פושע נמי בסוף והנחל״ד ס״ל דתחבפוס״ב מה דחייב הוא כיון דהנזק כבר נעשה ועל הסוף שנעשה באונס פטור דבאמת חשיב אונס וא״כ ברור דליכא נפ״מ אי חייב חצי התשלום או דהוא חצי פושע כיון דאינו משלם אלא על מה שעשה בפשיעתו בתחילה וא״כ גם בגדי שעל כותל משלם כיון דחשיב שכבר הזיק ע״י צרורות אריחים ולכן ס״ל להנח״ד דמשלם חצי גם בכה״ג דעל נפילת הגדי פטור לגמרי דהוי אנוס ונפילה זו רק קבעה למי חייב להעביר את התשלום.

---

14 ונראה פשוט דמה שחשיב הכא כאילו הניזק כבר הוזק הוא רק לענין תחבפוס״ב אבל במציאות ודאי לא אמרינן דהוזקו וממילא אין להקשות דהמזיק הנך כלים הקרובים לכותל יפטר מתשלום כיון דמנא תבירא תבר ובנחל״ד שנביא לקמן משמע שהבין זאת כמציאות ממש וצ״ע.

> הערות בכתב יד בסריקה (פענוח משוער; (?) = קריאה לא ודאית, [...] = לא קריא), עמ׳ 42:
>
> או באופן שניתן(?) לומר שיש קשר בין הפשיעה לאונס.
>
> אמנם יש לחלק כמבואר(?) בתו׳ א׳ [...].
>
> ועי׳ בהבנת החילוק נראה דהכא השו״ט למ״ד שלא [...] וזה לא שייך בתרי גופי שישלם כה״ג דאם נאמר שכבר הוזקו [...] לומר כן גם בתרי גופי כיון [...] ולהלן למ״ד שהוי היזק מתמשך [...] וצ״ל אין [...] כן.
>
> להבנתי י״ל דפירוש הסברא של מעשה מתמשך הוא: האונס שקרה לבסוף אינו אונס אלא פשיעה כיון שהוא קרה בגרירת הפשיעה של תחילה. ובכה״ג פשיטא דאפשר לומר כן בתרי גופי. וכאשר דכשאומרים(?) ההבנה(?) הוא כן [...] דזהו מעשה היזק מתמשך [...] כיון שגם ההפסד(?) לפנינו [...] בעינן שבזמן הפשיעה [...] לא שייך לומר שהכל נחשב אבוד [...] אלא רק שהפשיעה היה כבר [...] ועי׳ [...] סי׳ כ״א [...] רמב״ן שכשמתחייב(?) [...] אינו נחשב אונס. אמנם מקושר(?) בין שומרים לנזיקין שמביא בסוגייתנו משמע שזה אינו סברא בב׳ המקומות, וא״כ [...] דברינו ולא הקה״י.
>
> ועוד, סיום הענין לא מובן.
>
> ואולי מסברא כי צריך [...] בין [...] כדי להגדיר את [...] כאבוד כבר מזמן הפשיעה.

[43] ולפי מה דהבאנו לעיל מהקה״י ב״מ ששם ביאר ההבנה דתחבפוס״ב הוא דהחפץ חשיב אבוד הרי דבריו הכא סותרים לזה דכאן הבין כהגרע״א ברבא דזהו מעשה מתמשך.

ונראה דאפי׳ נאמר כהבנת אביי דהנזק חשיב כעשוי הרי זהו חידוש גדול לומר דחייב לשלם על נפילת האריחים אף דלא נפלו כלל כהנחל״ד ואפשר דהקה״י ס״ל כשיטתו אלא דהמזיק חשיב כאילו הזיק אבל הניזק לא חשיב כאילו ניזק ולכן לא שייך לשלם חצי נזק צרורות כאשר לא היה כלל נזק כזה והנחל״ד ס״ל דנחשב כאילו הניזק כבר ניזוק ולכן משלמים חצי נזק אף בכה״ג (ועיין בהערה לעיל).

וזהו נראה קצת דוחק לומר דהניזק נחשב שניזוק ע״י אריחים בעוד שהוזק ע״י גדיים דלכאורה כשפשע והעלה הגדיים לכותל לא היה כלל הניזק כאן, ונראה דבציור הנ״ל דווקא שייך יותר לומר כן דהתם איירי דהוזקו כלים שעמדו תחת הכותל וא״כ הניזק היה מוגדר היטב כבר ברגע הפשיעה דשם שקיל וטרי בגמ׳ אי היו קרובים או רחוקים מהכותל כשהעלה הגדיים לגג וא״כ בכה״ג שפיר שייך למימר דהנך כלים חשיבי כשבורים כבר מרגע הפשיעה (דהפשיעה היתה לגבי ניזק מסוים ולא למשל כציור דבור לשוורים דהתם ליכא שור מסוים שייחשב כניזוק ברגע הכיסוי) ובזמן האונס מנא תבירא תבר ולכן ס״ל לנחל״ד דמשלם חצי נזק אבל בציור של כלב או שאר נזיקין שאין ניזק ברור בזמן הפשיעה נראה דוחק לומר דהניזק חשיב ניזוק כבר מרגע הפשיעה וצ״ע בכ״ז.[15] [44] ה. באות ד׳ לעיל הבאנו אליבא דכמה ראשונים דבנזיקין לכו״ע לא בעינן קשר בין הפשיעה לאונס אלא רבא מודה לאביי דההבנה בתחבפוס״ב היא דהנזק חשיב כאילו נעשה עכשיו ובתרי אופנים או דהמזיק חשיב כאילו הזיק או דהניזק חשיב כאילו כבר ניזוק ברגע הפשיעה וצ״ב מאי שנא נזיקין משומרין.

15 וכמובן דאפי׳ להבנה דהניזק חשיב כניזוק ברגע הפשיעה בפשטות אינו חשוב כמנא תבירא (ודלא כנחל״ד) למשל אם פלוני יזיק הכלים כשהגדיים עדיין על הגג יהיה חייב אלא דלגבי האונס חשיב כאילו כבר ניזק אבל לא חשיב במציאות ממש כשבור ופשוט.

הערות בכתב יד בסריקה (פענוח משוער; (?) = קריאה לא ודאית, [...] = לא קריא), עמ׳ 43:

וראה אייה״ש(?) כאן בד״ה ״סוף סוף״ עד סוף המהלך. וכן שם כ״ב(?). ״בתוס׳ ד״ה הפקר(?)״ כל המהלך.
בכל אופן לענין של [...] וסופו [...] לא אמרינן (לא מחייבים בתחבפוס״ב מצד לאביי(?) [...]). והנ״ל(?) [...] נראה דחוק. כיון דאינו נחשב מתחילת הפשיעה לגבי [...] וסופו באונס [...] וממילא [...] אינו פשיעה גמורה וכדלעיל. ומש״כ(?) [...] שפיר היה מחייב. גם [...] ״רש״י״ ע׳. [...] דתחילת הפשיעה [...] וסופו באונס דכאן (משום) [...] שהיה מחייב בפשיעה.
ונראה דמתחילה זו העליה [...] חשבינן [...] דאז אין נ״מ וחייב אף מצד לאביי(?). ואם חשבינן [...] כמעשה מזיק ממש אף דמצד לאביי אינו נחשב כמעשה אחד. אמנם [...] לענין [...] אבל [...] טענת האונס [...] בפשיעה הרי [...] אף מצד לאביי אפ״ל כן.
אמנם אפשר דלענין(?) אונס לא הוי [...]. לומר [...] כאן הוא שכן(?) [...] להתחייב(?).
ובזה יבואר אמאי [...] לפי הנחל״ד כדי להקשות [...] ולמה לא יחשב פושע קודם העלאת הגדיים לגג, ואף [...] היו הכלים אח״כ בחצר. (וראה ג״כ חי׳ הראב״ד. בסוגיא דאפשר דס״ל דבאמת הוי פשיעה אף אם [...] בחצר כלל). ולדברינו אפ״ל דבאמת הוא פושע גם כשאין כלים בחצר אלא שאם לבסוף(?) האונס יהיה פטור כיון שאף כלי לא יכול להיות נידון כשבור משעת הפשיעה.
ועי׳ לעיל(?) דהוי תחילתו(?) בלאו פשיעה.

והנראה לבאר בזה דבנזיקין איכא נמי צד איסור דרחמנא רמי עליה לשמור ממונו שלא יזיק וא״כ מה דלא שמר הוא איסור בפנ״ע ודלא כשומר דבמה שלא שמר ליכא איסור אלא במה שלא חזר החפץ לבעלים דאז הפר התחייבותו אליו דכפי שהערנו לעיל להבעלים ליכא נפ״מ מהשמירה עצמה אלא רק רוצים שהפקדון יחזור אליהם והשמירה היא ההיכי תמצי לכך ואי יחזיר הפקדון אף דלא שמר עליו לא אכפת להם בזה ובנזיקין התורה חייבתו נמי על עצם השמירה.

ולאור זה נבוא לבאר ההפרש בין שומרים לנזיקין ובהקדם הך יסוד דקי״ל באיסורים דמתוך שפשע לענין אחד חשיב במעשה זה פושע לכל דבר. ודוגמא לדבר הך גמ׳ דיבמות צ״ב: דהורוה בי״ד להנשא וקלקלה בזנות של ביאת פנויה או אלמנה לכה״ג דלא נחשבת אנוסה אף לגבי איסור א״א וכן בגמ׳ ב״ק ס״ב. גבי המפקיד אצל אשה דינר של זהב ואמר לה דהוא של כסף והזיקתו חייבת לשלם של זהב אבל אם לא שמרה ואבד חייבת רק של כסף.

ונראה דזה לא דמי לתחבפוס״ב דידן דאצלינו זהו מעשה המורכב משני חלקים למשל בצריפא דאורבני קודם שם הזוזים בצריף ואח״כ נגנבו ואמרינן דהאונס שנגנבו בסוף חשיב כפשיעה דזהו מעשה מתמשך של פשיעה דהפשיעה דשימת הזוזים התם לענין אש גרמה לכך שיגנבו וכ״ז דוקא אי האונס קשור לפשיעה דאחרת לא שייך לומר דזהו מעשה אחד מתמשך וכדביארנו לעיל בארוכה.

אבל בהנך מקרים דדינר של זהב והאשה שקלקלה הרי זהו מעשה אחד דהעושה הזיד לגבי דבר אחד והתברר שמעשה זה גופו חמיר טפי ואמרינן דחשיב מזיד נמי על המעשה החמור וזה לא שייך כלל למעשה מתמשך דהא אין כאן תרי חלקים בתרי זימני אלא הכל במעשה אחד. ונראה פשוט דבהנך מקרים לא שייך כלל לדון אי איכא קשר בין הפשיעה לשוגג דהא לא צריך לעשות המשך ביניהם אלא דהמעשה כולו נקרא מעשה איסור לכל צדדיו וכעין פשטה איסור בכולו.

ואם כנים דברינו הרי דבנזיקין דאיכא איסור בזה שלא שמר ממונו למשל בכסוי שלא שומר מפני גמלים הרי מהך דינא נאמר דחשיב פושע נמי לענין שוורים מידי דהוי באשה עם הדינר ונהי דלא שייך להמשיך המעשה אם אין קשר בין הפשיעה לענין גמלים לנפילת השוורים הרי כששם הך כיסוי יחשב פושע לענין שוורים וזה לא כהמשך המעשה דבאמת לא שייך להמשיך אי ליכא קשר אלא דבמעשה הפשיעה עצמו ייחשב כפושע נמי לענין שוורים אף דלא ידע שצריך לחוש לכך דומיא דהאשה עם הדינר ומהך דינא ד״פשטה״. כלומר לא שייחשב שהשוורים נפלו לבור מחמת הפשיעה לגמלים אלא דמעשה הפשיעה לגמלים היא גם פשיעה לשוורים ונפילת השוורים היא מחמת הפשיעה לשוורים.

> הערות בכתב יד בסריקה (פענוח משוער; (?) = קריאה לא ודאית, [...] = לא קריא), עמ׳ 44:
>
> וזהו ביאור ענין המיגו. כלומר המיגו אינו פועל במקביל לתחבפוס״ב אלא הופך את הפשיעה קשורה לאונס.

[45] ופשוט דעתה שנחשב פושע לענין שוורים הרי ודאי לא שייך לשאול אמאי חייב וכיון דאין קשר בין פשיעת הגמלים לאונס השוורים דזה אינו דהא זוהי סתם פשיעה לגבי השוורים שהם נפלו מחמתה לבור ופשוט דחייב דמתוך דחשיב פושע לענין איסורי מזיק יתחייב כפושע לדיני ממונות דמזיק.

ולפי דברינו לעיל דבשומרים ליכא איסור בכך שלא שמר אלא רק בכך שהממון אבד וא״כ אם סופו באונס הרי לא שייך לומר כבאיסורים שייחשב מעשה פשיעה לענין השני נמי דהא ליכא כאן איסורים כלל אלא רק דיני ממונות וא״כ שייך לחייבו רק מצד המשך הפשיעה כך שגם האונס ייחשב כפשיעה אבל זהו רק אם יש קשר בין הפשיעה לאונס דאחרת ליכא לאמשוכי כה״ג וכמשנ״ת.

וה״נ מוכח בהך גמ׳ דאשה שהפקידו אצלה דינר של זהב דהתם אי לא שמרה על הך דינר הרי חייבת לשלם דינר של כסף בלבד ואי הזיקה משלמת של זהב וזהו ממש כדברינו דליכא פשטה בשומרים כיון דאין איסור שלא לשמור ורק בנזיקין הוא דאמרינן הך יסוד ד״פשטה״. ובזה א״ש ההבדל בין שומרים דבעינן קשר בין הפשיעה לאונס למזיקין דלחלק מהראשונים לא בעינן קשר.16

ונראה דבאיסורים נמי שייכי הני תרי דינים דפשטה ותחבפוס״ב דבאיסורים נמי יש ציורים דהמעשה מחולק לתרי זימני וצריך לבוא מצד המשך הפשיעה ולא מצד דינא דפשטה.

דהנה בנמו״י ב״ק י׳: בדפיו דבסוגיא דתחבפוס״ב כתב דמי שהתחייב לחבירו בשבועה ממון ודחה פרעונו ולבסוף נאנס חשיב אנוס אבל מי שדחה תפילת מנחה אפשר דלא חשיב אנוס כיון דאמרו חז״ל לא ישב אדם אצל הספר סמוך למנחה והוי כתחבפוס״ב ואינו אנוס.

וכן בגמ׳ שבועות י״ח גבי מי שבא על אשתו סמוך לווסת ונמצאה נידה דלא חשיב אנוס וע״ע בציורים בספר לקח טוב להגר״י ענגיל סי׳ ח׳ שחקר אי שייך סייג בדאורייתא למשל דאיסור בל יראה הוי סייג לאיסור אכילת חמץ וע״ש שהביא עוד דוגמאות ובכל הנך ציורים שייך לשאול אי עבר על הסייג ונאנס באיסור השני אי חשיב אנוס או לא (ואפי׳ א״ת דלא כהבנה שזהו סייג עדיין שייך לדון בציורים הללו מצד תחבפוס״ב ופשוט).

ובנמו״י הנ״ל משמע דלא חשיב אנוס אי תחילתו היה גם עבירה בפנ״ע כיון דהוי מעשה המתמשך והאונס חשוב פשיעה כתחבפוס״ב.

---

16 א. נראה דהך ביאור מתאים יותר לשיטת הראב״ד לעיל דס״ל דבתרי גופי נמי אמרינן תחבפוס״ב כיון דחשיב כאילו המזיק הזיק ולא שהניזק הוזק ברגע הפשיעה דלדברינו הרי אמרינן פשטה איסור בכל המעשה דיצירת הבור גם לענין השוורים דהחיבור הוא בעשיית המזיק ולא בהזקת הניזק וא״כ מאי נפ״מ אי הם תרי גופי וק״ל. ב. אפשר דלחלק מהמפרשים בגמ׳ נ״ב גבי מיגו הפירוש בהך מיגו הוא לגבי האיסור דמתוך דהוי פשיעה לגמלים הוי פשיעה נמי לשוורים מהך דין דפשטה ולכן לא שייך להך דינא דתחבפוס״ב ולדברינו הך דינא הוא הקדמה לדין דתחבפוס״ב דאחר שאמרינן דהוי פושע לגמלים הוי פושע לשוורים ולכן אף דנפלו לתוכו באונס חייב ואכמ״ל.

[46] וע״ע בשו״ת הריב״ש סי׳ קע״א גבי חרם הקהל לא לצחק אצל המלך והלך מישהו אף דידע שהמלך יאנסו לצחק דכתב הריב״ש דאפי״ה חשיב אנוס ובהמשך התשובה הוסיף דאי היה איסור בהליכה עצמה למקום המלך והוא עבר על האיסור הרי דחשיב מזיד גם על הצחוק וע״ש.

ובכל הנך מקרים ברור דזהו מעשה מתמשך דומיא דצריפא דאורבני ולא פשיעה בתוך מעשה אחד כאשה שקלקלה או אשה שהזיקה הדינר.17

ו. ועתה נשוב לבאר סוגיא דידן ב״מ ע״ח. דהתם הקשתה הגמ׳ מאי שנא רישא דלא חילקה בין הוחמה להוחלקה ותי׳ בד׳ אופנים או דמתה מחמת אויר או מחמת אובצנא (עייפות) או מחמת נחש או דזהו פלוגתא דתנאים דרישא ר״מ וסיפא רבנן.

ובתוד״ה ר׳ יוסי הקשו לר׳ יוסי דתי׳ דמתה מחמת נחשים אמאי חילקה הגמ׳ בין הר לבקעה ולא מהר להר ותי׳ דהוי תחבפוס״ב וזהו רק מהר לבקעה ולפי״ז הקשו על אביי בסוגיא דדף ל״ו דס״ל דמתה כדרכה חייב אמאי מוקים לה הכא בגמ׳ רק בהנך ג׳ ציורים ומשמע דמתה כדרכה פטור ודלא כאביי ותי׳ בסוף התוס׳ דהוי תחילתו כעין גו״א (ע״ש במהרש״א) וכן הקשו ותי׳ כל הראשונים בסוגיין.

וקשה דאי מיירי הכא בתחילתו בכעין גו״א הרי דבשלמא מתה כדרכה דפטור אבל קשה אמאי בסופו באונס דנחשים אויר ואובצנא חייב הא קי״ל דתחבגו״א וסופו באונס פטור.

ובריטב״א החדש וכ״כ בשטמ״ק בשמו כתב וז״ל וי״ל דע״כ לא אמר אביי התם אלא בשתחילתו בפשיעה גמורה כיון דפשע בה ויצאת לאגם או שהעלה לראשי צוקים הוא דהא תלינן בכל מאי דאפשר [47] לתלות ולא אמרינן מלאך המוות קטלא אבל כל שלא פשע בה בתחילתו פשיעה גמורה לא אמרינן הכי וכדפרישנא התם והכא מפני

ששינה מהר לבקעה ומבקעה להר אין זו פשיעה גמורה כי דרך כל בהמה לילך בהר ובבקעה אלא זה כעין גניבה ואבדה וכל שתחילתו בגו״א וסופו באונס שלא בא האונס מחמת הפשיעה לד״ה פטור.

---

17 א. והריב״ש התם כתב דזוהי הערמה ובסוגיא דהערמה איכא נמי כמה ציורים כה״ג כגון מה דשרי לצורבא מרבנן לישון בספינה ערב שבת כדי שגוי יעבירנו את הנהר אלא דזהו נמי לא נראה כתחילתו בפשיעה. ב. וראיתי בספר כלי חמדה עה״ת פ׳ בלק אות ד׳ שרצה לומר דמה דחייב הבא על אשתו סמוך לווסת וראתה דם הוא רק כיון דלא חשיב אנוס דהא חז״ל הזהירוהו ע״י איסור וסתות אבל אי יעבור על איסור אחר עדיין ייחשב אנוס על האיסור דנדה ומשמע דאיהו למד דבכה״ג הוא סתם פושע ולא מצד תחבפוס״ב אתינן עלה. אלא דבנמו״י הנ״ל מוכח שלא כן הוא דהא התם פשוט דידע שיכול להיאנס אי ישב אצל הספר ולא חז״ל הודיעוהו על כך ולכן נראה דכל מה שחייב הוא כיון דחז״ל קבעו איסור בדבר וא״כ משמע דאף אם יעבור על איסור אחד וייאנס באיסור אחר הרי הוי תחבפוס״ב. למשל אם יעבור בבל יראה וייאנס באכילת חמץ הרי לדברינו אינו אנוס דתחבפו״ב הוא וזה אף לשיטות דבל יראה אינו סייג לאיסור האכילה. והכי מוכח להדיא בריב״ש דלעיל דהתם ודאי ידע דהמלך יאנוסו לצחק ובכ״ז כתב הריב״ש דחשיב אנוס ורק אי עבר על משהו שקבעוהו לאיסור אינו נחשב לאנוס ולדברינו א״ש דזהו תחבפוס״ב דחייב ולא דחיובו הוא כיון דהוי פושע דידע שהמלך יאנוסו כדכתב הכל״ח דבזה עדיין חשיב אנוס. ג. וע״ע בסוגית מכניס עצמו לאונס בריב״ש שם ובתשב״ץ סי׳ כ״א ובמהרי״ט סי׳ כ״א ובסוגיא דהמפליג ג׳ ימים קודם השבת בבעה״מ ורמב״ן וקו״ש ובפ׳ ראד״מ בדברי הרמב״ן גבי ההוא ינוקא דאשתפוך חמימיה דלאחר המילה.

> הערות בכתב יד בסריקה (פענוח משוער; (?) = קריאה לא ודאית, [...] = לא קריא), עמ׳ 46:
>
> שו״ר בקה״י סי׳ כ״א מב״ק אות ב׳ שדן [...] ע״ש.
>
> ועי׳ בהא שהביא שם שבירה(?) של הקדרה(?).

ונראה בביאור דבריו דאביי נמי ס״ל כרבא דתחבפוס״ב הוא מעשה מתמשך אלא דאיהו בא להוסיף דאיכא עוד דין בהכי דהחפץ נחשב כאבוד כבר ברגע הפשיעה ולכן אף כשאין קשר בין הפשיעה לאונס חייב מהדין השני שבו פליג רבא. ולפי״ז אי תחילתו בפשיעה גמורה הרי דהחפץ חשיב כאבוד ברגע הפשיעה ולכן לא בעינן קשר בין הפשיעה לאונס אבל אי תחילתו בגו״א הרי נהי דא״א לדון מחמת הדין הראשון אבל עדיין אפשר לדון כהך הבנה דרבא דמעשה המתמשך ועדיין יהיה חייב אלא דלהך דינא בעינן קשר בין הפשיעה לאונס וזה דלא כהגרע״א שלמד דאביי לית ליה הך דינא דרבא שהמעשה מתמשך וכ״מ מהנמו״י והר״ן בשם הרמב״ן שתי׳ כה״ג בסוגיין.

ולפי״ז כמובן א״ש הך קושיא שהקשינו על תוס׳ דהנך מקרים חייב כיון דאיכא קשר בין הפשיעה לאונס ובכה״ג אף דתחילתו בגו״א חייב לכו״ע.18

אלא דבתוס׳ לא משמע כן דהם לא נחתו לחלק בין איכא קשר או לא בין הפשיעה לאונס אלא רק כתבו דהוי כעין גו״א ובריטב״א כנראה דלמד כרי״ף דלאביי לא בעינן כלל קשר בין הפשיעה לאונס וזה דלא כתוס׳ דלעיל. ועו״ק דבתוס׳ ליכא למימר כתי׳ הריטב״א דהא הם למדו בדף צ״ג: דלא כרי״ף דאיכא קשר בין הפשיעה דעל לעיר לאונס שבא אריה וכתוס׳ ע״ח. בד״ה הוחמה וא״כ התם שזהו מקור הדין דתחילתו בגו״א דפטור איירי כשיש קשר והריטב״א הן כתב דבכה״ג דאיכא קשר אף לאביי חייב.

ולכן נראה דתוס׳ תי׳ קושייתינו באופן אחר מתי׳ הריטב״א דהם ס״ל דבג׳ התי׳ הראשונים אלו ציורים של גו״א ולא של תחילתו בגו״א אלא דזהו ממש גו״א ולכן פשוט דחייב ומה שכתב תוס׳ דהכא הוי תחילתו בפשיעה זהו רק לפני התי׳ לאביי בסוף התוס׳ ורק כשמתה כדרכה דלזה לא הוי ליה לחושש כלל אזי ברור דהוא ציור דתחילתו בגו״א וכדכתבו תוס׳ וכן משמע לשון הרמב״ן עצמו (לא כמו שהביאו בר״ן ונמו״י) ע״ש.19

ונראה דתוס׳ לשיטתם אזלו דלעיל גבי אויר כתבו בד״ה כגון שמתה מחמת אויר שאיירי כשהיה ידוע דהאויר משונה באותו היום וזהו ציור של גו״א פשוטה ולא של תחילתו בגו״א וסופו באונס וע״ש דרש״י פליג בזה וס״ל דסתם תלינן ליה בהאי אוירא (וכן משמע ממה שכתבו דאפי׳ בנחשים היה ידוע דמצויים בהר זה או [48] בבקעה זו וכ״כ הרא״ש).

---

18 ועדיין אפשר לבאר דלא בעינן ממש קשר אלא סגי בכך דאפשר לתלות דהפשיעה מחמת האונס וכן משמע בלשון הריטב״א וכ״מ בנמו״י ור״ן שהביאו כה״ג בשם הרמב״ן. 19 וההבדל בין פשיעה לתחילתו בפשיעה או בין גו״א לבין תחילתו בגו״א הוא אי הקשר הוא שלילי או חיובי דבתחילתו בפשיעה אמרינן דאי לאו דפשע לא היה נאנס ובפשיעה ממש אמרינן דפשיעתו גרמה באופן חיובי לאבדן החפץ וכנ״ל גבי גו״א וק״ל.

ועיין בריטב״א החדשים בדיבור הבא דכן הבין ברש״י והקשה עליו דזה מתאים לאביי אבל לרבא מאי איכא למימר ונראה דבאמת לרש״י הך תי׳ אתיא רק לאביי ואידך תי׳ אתי כרבא וע״ע בחי׳ הר״ן מה שהביא המלהב״ד בשם רע״א בסוגיין.

ועוד הקשה בריטב״א ישן אמאי הרמב״ם לא אייתי הנך תי׳ (ודלא כרי״ף שהביאם) ונשאר בצ״ע. ולדברינו לעיל סוף אות ב׳ בשם הגרנ״ט א״ש היטב דלהרמב״ם ס״ל כרמב״ן דתחילתו בכה״ג כהר ובקעה הוי קלישא טפי מתחילתו בנו״א דהא אין כאן פשיעה כלל וכדכתב הרמב״ן דניזוקה בהר כבבקעה ובכה״ג אי סופו באונס פטר הרמב״ם וכדכתבנו לעיל בשיטתו גבי שומר שמסר לשומר ולכך השמיט הנך תי׳. ועיין במאירי בסוגיין דמשמע ממנו כדברינו. וע״ע סי׳ י״ג לקמן בכל עניני סי׳ זה ובביאור הסוגיא דב״מ צ״ג.

הערות בכתב יד בסריקה (פענוח משוער; (?) = קריאה לא ודאית, [...] = לא קריא), עמ׳ 48:

1. יש לדון ברמת הקשר הנדרשת בין הפשיעה לאונס.

עקרונית יש מקום לדון ב-5 סוגי קשרים:

קשר מהותי הכרחי. - זוהי פשוט פשיעה.

קשר מהותי לא הכרחי. - הבלא דאגמא לאביי בדף ל״ו ע״ב(?).

קשר שולי הכרחי. - צריפא דאורבני (ללא הפשיעה לא היה מתרחש האונס).

קשר שולי לא הכרחי. - ללא הפשיעה אולי היה מתרחש האונס (עי׳ סי׳ צ״ג(?). אם היה נשאר אולי [...] הוי ליסטים מזוין(?)).

חוסר קשר: - מלאך המות.

לכאו׳ כשאין קשר בין הפשיעה לאונס מחלוקת. כשיש קשר בין הפשיעה לאונס יש 2 אפשרויות: א. ג״כ יש מחלוקת. ב. שם כ״ע מודי שחייב.

בצריפא דאורבני שהוא קשר שולי הכרחי ודאי יש מחלוקת כמבואר [...]. לפי״ז אם מהותי לא הכרחי חשיב יותר משולי הכרחי יתכן שבמהותי לא הכרחי כ״ע מודו (הבלא דאגמא). אבל אם מהותי לא הכרחי הוא חשיב פחות הרי שבזה(?) לכ״ע פטור או לפחות מחלוקת, וקשה מהבלא דאגמא.

לכאורה מוכח שמהותי לא הכרחי חשיב טפי משולי הכרחי. וא״ל(?) דהבלא דאגמא הוא מהותי הכרחי (עי״ש בראשונים), ודוחק.

2. עוד יש לבחון מהו המיגו(?) בדף ל״ו(?).

3. עוד לבחון 2 שיטות נוספות בהבנת תחבפוס״ב בשומרים: רמב״ן ל״ו: זהו מעין(?) [...]. וסברא בדין(?). לתוס׳ ל״ו: משמע שזהו נובע מקבלה על עצמו של השומר.

ויש לבחון היכן בצירוף(?) ג״כ אמרינן תחבפוס״ב [...].

[49]

סימן ה: בענין המעביר על דעת בעה"ב בדף ע"ח:

א. בגמ' ע"ח. הוי קשיא אמאי ברישא דמתני' מחייבינן את השוכר לשלם אם לקח את הבהמה להר או לבקעה שלא על דעת בעה"ב ולא איפליג התנא בין הוחמה להוחלקה כמו בסיפא ותי' ד' תירוצים ג' הראשונים הם אוקימתות דמתה מחמת אויר אובצנא או נחש והתי' הד' רחב"א אריו"ח הא מני ר"מ היא דאמר כל המעביר על דעת בעה"ב נקרא גזלן (ופירש"י וקמה ליה ברשותיה להתחייב בכל אונסיה וסיפא רבנן).

ובהמשך הגמ' מבררת הי ר"מ אילימא ר"מ דצבע וכו' שאני התם דקניא בשנוי מעשה אלא הא ר"מ דמגבת פורים דתניא מגבת פורים לפורים וכו' ואין העני רשאי ליקח מהן רצועה לסנדלו וכו' דילמא התם נמי דאדעתא דפורים יהיב ליה אדעתא דמידי אחרינא לא יהיב ליה אלא הא ר"מ דתניא רשב"א אומר משום ר"מ הנותן דינר לעני ליקח לו חלוק לא יקח בו טלית וכו' ודילמא שאני התם דאתו למחשדיה וכו' ש"מ משום דשני לה וכל המעביר על דעת בעה"ב נקרא גזלן.

וכתבו הרא"ש ורי"ף וש"פ דלא קי"ל כר"מ (ועיין ברי"ף כ. בדפיו שהוכיח דאין הלכה כר"מ) ואפי' במגבת פורים דמחד טעמא הוא דאסר בהם ר"מ (וצ"ל דלמסקנה דאיתא לדר"מ דחלוק וטלית מוכח למפרע דגבי מגבת פורים נמי זהו טעם האיסור דהמעביר קרוי גזלן ולא מפני שאדעתא דהכי נתנו לו דזהו דיחויא בעלמא ועיין בריטב"א הישן).

והטור או"ח סי' תרצ"ד כתב דאין העני רשאי לשנות מגבת פורים ונראה דפסק כר"מ במגבת פורים אף דבחלוק ליכא מי שפוסק כר"מ וכ"כ ההגמ"י מגילה פ"ב הט"ז בשם המרדכי. ובב"י שם בשם ר' ירוחם ביאר בזה דגרסו אחרת בגמ' דר"מ אמר כן אליבא דר"ע וא"כ אף דלא קי"ל כוותיה בהך דהמעביר נקרא גזלן הרי זהו רק הסבר ר"מ בדברי ר"ע אבל להלכה פסקינן כר"ע והביאור בו אינו כפי שר"מ פירשו אלא מצד דאדעתא דהכי נתנו לו וכתי' הגמ' וע"ש.

ועיין בהגהות הגר"א ע"ח: שכתב דהרי"ף ורמב"ם ורא"ש היה להם גירסא אחרת בבריתא וכהגמ' ק"ו: ע"ש וכ"כ מהרש"ל בחכמת שלמה בסוגיין דלגירסא זו שלפנינו אין ביאור דאיך ר"א ור' יעקב בשם ר"מ תרוויהו אמרי לחדא פיסקא ולכן לא גרסינן ר"א אומר וכו'.

וברש"י ותוס' בסוגיין מפורש דלא כגירסת הגר"א וביאר המהרש"א דאין צורך לגרוס בבריתא אלא הביאור הוא דר' יעקב אמר לכולא ברייתא בין בגבאי ובין בעני ורשב"ג פליג עלייהו בכולא ע"ש.1 [50] וברור דברמב"ם ורי"ף ורא"ש צדקו דברי הגר"א והמהרש"ל אלא דברש"י ותוס' חייבים לומר כמהרש"א ומהר"ם שיף לאוקמי גירסייהו.

---

1 ועיין מהר"ם שיף כאן שהוסיף לבאר דליכא למימר דר"א הוא שאמר להך פלוגתא דר"מ ורשב"ג דהא ר"א קודם ר"מ הוה.

ולפי דברי מהרש"א אלו נראה דרשב"ג פליג נמי בגבאי וס"ל דשרי לשנות מעות דמגבת פורים ודברים אלו מוכרחים בדעת תוס' ורש"י דגרסו כגירסא שלפנינו. וצע"ג דהא תוס' גופיה בד"ה מגבת פורים הקשו מגמ'

ערכין דמשמע דלגבאי שרי לשנות מעות צדקה לצורך מצוה ואילו בסוגיא דהכא אסרינן ולדברינו קשיא טובא דהכא נמי ס״ל לרשב״ג דשרי לגבאי לשנות ומאי קושיא איכא.

ונראה ברור דתוס׳ נמי ס״ל דהלכה כר״מ בהך דמגבת פורים כמרדכי וטור דלעיל ולכך הקשו הלכתא אהלכתא דהכא פסקינן דאסור לשנות ובערכין משמע דשרי לצורך מצוה ודוק (וע״ש בערכין דתוס׳ פליגי אתוס׳ דהכא וס״ל דגבאי אסור לשנות בכל גוונא ואפי׳ בצדקה סתם ואילו תוס׳ דידן תי׳ דמגבת פורים שאני).

וע״ע ברמב״ם הל׳ מגילה הנ״ל דכתב דאין לשנות מעות דמגבת פורים בסתמא ולא חילק בין גבאי לעני ובב״י או״ח תרצ״ד הבין בפשטות דקאי אגבאי ובשו״ע או״ח תרצ״ד כתב כלשון הרמב״ם אלא דמהב״י שמעינן דכוונתו לגבאי בלבד וע״ש בגרסאות השונות בדברי הרמ״א (שכתב הדין בעניים להדיא) אי שייכי למחבר או לא והסברא בזה יתבאר אי״ה לקמן סוף הסימן.

ב. והנה בגמ׳ דחו הך דמגבת פורים דזה אינו ר״מ דהמעביר כיון דהתם אמרינן דאדעתא דהכי נתנו לו וצ״ב מהו הך סברא דאדעתא דהכי ובמה שונה זה ממעביר על דעת בעה״ב ונבאר קודם הך דאדעתא דהכי.

והנראה בזה דזה אינו תנאי בנתינה דאל״כ בעינן לכל דיני תנאים כדי שיעקר המעשה ע״י דיבורו ואי לא עשה ככל דיני תנאי אמאי אסור לשנות והא בכה״ג תנאי בטל ומעשה קיים (ועיין תוד״ה הרי זו כתובות נ״ז. והדברים עתיקים). ובפרט דהכא איירי אפי׳ באופן דלא אמר הנותן כלום בזמן הנתינה כדכתב הריטב״א ישן וז״ל דאדעתא דמידי אחרינא לא יהיב ליה ואע״ג דלא פריש להדיא מאן דיהיב הצדקה מ״מ מידע ידע דקפיד לצורך פורים עכ״ל וצ״ב אמאי אסור לשנות אי לא הוי מדין תנאי.

ובתוד״ה דברים שבלב קידושין מ״ט: כתבו דהיכא דאיכא אנן סהדי או גילוי מילתא לא בעינן לדיני תנאי והביאור בזה נראה דבכה״ג זהו שיור בנתינה ולזה לא בעינן דיני תנאים דהא כששייר חלק מהחפץ הנמכר או פירות שלו לעצמו הרי לא מכרם לעולם ורק היכא שרוצה לבטל המכירה ע״י דיבורו בזה הוא דבעינן לדיני תנאי וכעין מה דשקיל וטרי בגמ׳ נזיר י״א. וחולין קל״ד אי האומר על מנת תנאי הוא או דהוי שיור במעשה.

אלא דבד״כ שיור במעשה שייך רק היכא דהתנאי הוא על שימוש או פירות בחפץ כגון למכור דקל לפירותיו דהוי שיור מה ששייר הגוף לעצמו או בנזיר שם מי שנדר נזירות ע״מ שיהיה מותר בחלק מאיסורי נזירות וכך נמי בסוגיא דחולין ע״ש אבל בתנאי כעין הך דקידושין דמכר אדעתא למיסק לא״י לכאורה לא שייך שיור בכה״ג דהא לא שייר לעצמו שום [51] שימוש בבית שמכר אלא רק רצה להתנות את המכירה בדבר שהוא חיצוני לחפץ הנמכר ולא שייר חלק ממנו לעצמו וא״כ עדיין תיקשי אמאי היכא דאיכא אנן סהדי לא בעינן לדיני תנאים ואיך יהני לבטל המעשה ללא דיני תנאי.

והנראה בזה דגם בכה״ג שייך לומר דאי איכא אנן סהדי שכל מה שמכר הוא רק אדעתא למיסק לא״י הרי דאי לא עלה לא״י לא היתה מכירה כלל והוי כאילו מסר מודעא לפני המכירה שזהו רק אדעתא למיסק ואפי׳ שלא אמר כן הרי אנן סהדי שכך הוא כוונתו וממילא אי לא עלה לא״י לא היתה מכירה מעולם ולא שאנו באים לבטל את מעשה המכירה ולהכי לא בעינן בכה״ג לדיני התנאים (ועיין שם בקה״י חולין סי׳ ל״ח).

ובהך דמגבת פורים מה דדחתה הגמ׳ דאדעתא דהכי נתן לו נראה דזוהי כוונתה דאי לא יקנה במעות סעודת פורים הרי לא היו שלו מעולם דזהו שיור בנתינה כיון דאיכא אנן סהדי דרק על דעת כן נתנו לו וכדכתב הריטב״א דלעיל דאעפ״י שלא פירש ברור הוא דקפיד לצורך פורים.

ובמאירי ק״ו: כתב יראה לי שלא הותר אלא בדבר מועט כגון רצועה לסנדלו וכיו״ב בכדי שאין סעודתו נפקעת בכך הא כל שסעודתו נפקעת בכך אסור עכ״ל. ונראה דכוונתו דאם העני לקח המעות לסעודת פורים ובמותר קנה רצועה לסנדלו שרי אבל לקחת את כל הכסף לענין אחר אסור וכל זה לדעת רשב״ג שמיקל וכפי שברור להמעיין במאירי שם אבל לר״מ אפי׳ בכה״ג אסור. ומשמע דכל המחלוקת היתה אי שרי לקחת המותר או לא אבל על הקרן שצריך לצורך הסעודה עצמה לכו״ע אסור לשנות. ועיין ברש״י בסוגיין בד״ה אדעתא שכתב וכיון דלאו אדעתא דהכי יהיב נמצא מעות בחזקת בעלים חוץ מן היוצאים בסעודת פורים ומשמע דס״ל כמאירי דכל פלוגתתם היא במותר הכסף. וכן משמע בריטב״א ישן דכתב בסוף ד״ה אלא לא יטול מהן רצועה אלא הכל לפורים ומשמע דעיקר החידוש דר״מ הוא דהכל לפורים וכן משמע בסוף הד״ה שאח״ז שכתב שודאי קפיד שאינו רוצה שיתנו לו כלל לצדקה אחרת כל זמן שלצורך פורים הוא צריך כדי להרבות בסעודת פורים ולהרבות בשמחה וזהו בפשטות כמאירי ורש״י דלעיל (ועיין בדברי הרמב״ן שהבאנו לקמן ריש אות ד׳ דמשמע בו דפליגי בקרן ולא במותר ובהערה שם).

ונראה דאי הפי׳ דאדעתא דהכי הוא דמדיני תנאי אתינן עלה והוא תנאי בנתינה שיעשה סעודת פורים הרי אי עשה סעודת פורים הכסף הוא שלו ואמאי לא שרינן ליה ליקח רצועה לנעלו במותר אבל אי אדעתא דהכי הוא שיור בנתינה הרי שהכסף כלל לא קנוי לו ללקיחת רצועה לנעלו וממילא אף דעשה סעודת פורים צריך להשיב המותר לבעליו וזה כדברינו דלעיל.[2] [52] ובמהרש״א מהדו״ב הקשה אמאי לא דחינן הך דחלוק וטלית נמי דאדעתא דהכי יהיב ליה ותי׳ דטעמא דאדעתא דהכי שייך רק היכא דאיירי במותר הכסף אבל בחלוק וטלית דשם מוציא הכסף של החלוק עצמו לטלית ולא רק המותר שם ודאי לא שייך לומר דאסור מסברא דאדעתא דהכי שכן במגבת פורים דאיירי במותר הרי השאר נמצא שבעה״ב לא נתנו מעולם דיכול לומר לו שנתן לו רק החלק שצריך לסעודת פורים אבל בחלוק וטלית לא יכול לומר לו כן שהרי את הכסף הנצרך לחלוק ודאי נתן לו ולכן יכול לקנות בזה גם טלית.

---

2 ודברינו אינם מוכרחים לגמרי דאפשר דאף אם נפרש אדעתא דהכי כתנאי הרי זהו תנאי דיוציא הכסף רק לסעודת פורים וממילא המותר צריך להחזירו. אלא דלא נראה לומר כן מתרי טעמי הא׳ מטעמא דלעיל דאיך מועיל תנאי ללא כל דיני התנאים והב׳ דאטו בשופטני עסקינן דגם לאחר שעשה הסעודה ויצא חובת המצוה יתנה בעה״ב שימשיך ויקנה עוד מזונות ולא ישתמש בכסף לקנות מנעלים לרגליו ועיין מהרש״א שנביא לקמן.

וזהו היפך דברי המאירי דלעיל דכתב להדיא דבקרן עצמה לא פליגי דאסור להוציאה לצרכים אחרים ולהמהרש״א לא פליגי דשרי להוציאה לצרכים אחרים. ובריטב״א משמע כהבנת המאירי אבל ברש״י אפשר לומר גם כמהרש״א וע״ש במהרש״א דהביא לשון רש״י לסייע לו בהך סברא.

ודברי המהרש״א מרפסין איגרא דנראה בפשטות שזהו לא שיור ולכן את הקרן שרינן להוציא גם לצורך אחר ממה שרוצה הנותן אלא דנראה דזה גם תנאי איננו דהא אמאי שרי ליה להוציא את הקרן כשלא קיים התנאי לקנות סעודת פורים כלל ולומר דזהו תנאי או שיור רק על המותר לא נראה דא״כ אמאי מלכתחילה נתן את

המותר לעני דא״ת דהוא לא ידע כמה בעי העני לסעודת פורים זה אינו דא״כ איך עכשיו תובעו על המותר ואיך יקבע מהו הנקרא מותר בציור שהעני כלל לא קנה בזה סעודת פורים וצ״ע בכוונתו.

ומלבד כ״ז נראה דבתשובת הרא״ש כלל ל״ב אות ו׳ סבר היפך סברתו דשם כתב דמעות שנאספו לפדיון שבוי ולא פדוהו כלל ודאי שאינן של השבוי ורק אם פדוהו ונשאר כסף המותר שייך לו כמשנה דמותר השבוי לשבוי וזהו היפך דהיפך המהרש״א וע״ש.

ובקושית המהרש״א אמאי לא דחינן הך דחלוק וטלית נמי דאדעתא דהכי יהיב ליה כבר תי׳ הריטב״א ישן דבפורים איכא אומדן דעת דמקפיד רק לסעודת פורים. ובשו״ת חוו״י סי׳ רל״ב שנביא לקמן ביאר דהיא מצוה ורצועה לנעלו אינה מצוה וניחא ליה לאיניש דתיעביד מצוה בממוניה ובצדקה לא איכפת ליה כלל דמאי נפ״מ חלוק או טלית שניהם צדקה הוו.3

ונראה דזהו נמי טעמו של תוס׳ בסוגיין שתי׳ דמגבת פורים אסור לשנות אף דבשאר צדקה שרי וזהו כריטב״א (תוס׳ לשיטתו שהדין דגבאי ועני הוא אותו דין ובתרוויהו פליגי רשב״ג ור״מ וכדביארנו לעיל).

ג. ולאחר שביארנו מהו יסוד הדין של אדעתא דהכי במגבת פורים נבוא לבאר מהו הציור של המעביר על דעת בעה״ב ולאחר מכן ננסה להסביר סברתו דר״מ.

בסוף אות הקודם ביארנו דהריטב״א ישן ס״ל דההבדל בין חלוק וטלית למגבת פורים הוא דבפורים איכא אומדן דעת דבעה״ב מקפיד ובסתם צדקה לא דמאי נפ״מ אי כסף הצדקה הולך לחלוק או לטלית ומשמע דהמעביר על דעת בעה״ב [53] דלר״מ חשיב גזלן הוא אפי׳ אי לא מקפיד הבעה״ב כלל וסברתו נבאר בעז״ה לקמן.

---

3 ופשוט דמצוות מתנות לאביונים יוצא גם אם העני יקנה בהם רצועה לנעלו ולא סעודת פורים וכ״כ להדיא בחוו״י שם.

ונראה דפליגי בזה כמה מהראשונים דבחי׳ הריטב״א החדשים כתב וז״ל ר״מ אומר כל המעביר על דעת בעה״ב נקרא גזלן פי׳ ואפי׳ במידי דליכא קפידא גמורה ולא פשיעה גמורה עכ״ל ומשמע דפליג על הריטב״א ישן וס״ל דאיכא קפידא כלשהו אלא דאינה כזו שיש במגבת פורים דאמרינן אדעתא דהכי.

ובחי׳ הרמב״ן כתב בד״ה דילמא וז״ל וכן הא דאמרינן אדעתא דמידי אחרינא לא יהבי ליה ה״פ דאינהו לקיים שמחת ימי פורים נתנו וכיון שלא נתקיים לא גמרו ומקנו וגזל הוא בידו של עני אבל בשוכר בהמתו להר והוליכה בבקעה כיון שלא מתה מחמת אויר מה איכפת לו לבעה״ב אין כאן אלא שינוי דעת בלבד עכ״ל ושמעינן מהכא דליכא הכא כלל קפידא כריטב״א הישן.4

ובריטב״א הישן כתב דהרי״ף הביא כל הד׳ תי׳ שבגמ׳ וביאר סברתו שלמד דלא פליגי אלא דריו״ח רצה להעמיד מתני׳ אפי׳ כשאין כל סיבה ולכן אמר דמתני׳ ר״מ וע״ש בדברי הריטב״א ומשמע להדיא דלהרי״ף ר״מ מחייב אף כשליכא קפידא כלל ואין שום סיבה למוות של הבהמה.

ובהמשך דבריו שם הקשה על הרמב״ם דלא אייתי כלל רישא דמתני׳ להלכה אף לא כאחד מהתי׳ ונראה פשוט דהרמב״ם ס״ל דריו״ח פליג על הג׳ תי׳ הקודמים דאיהו ס״ל דלר״מ בעינן קפידא כלשהיא כדי לחייבו כגזלן

וא״כ במתה מחמת אויר אובצנא או נחש רק לדעת ר״מ חייב משום דהוי מעביר על דעת בעה״ב אבל להלכה דלא קי״ל כר״מ לא הביא הרמב״ם כלל לכל הנך תי׳ וע״ש במ״מ שכתב כדברינו.

וא״כ נמצא דהרמב״ם ס״ל כריטב״א החדשים דר״מ בעי קצת קפידא ואחרת לא מחייב והרי״ף ס״ל כהרמב״ן וריטב״א ישנים דלא בעינן כלל קפידא כדי לחייב.[5]

ד. ולאחר דחזינן הך פלוגתת הראשונים מהו הציור דהמעביר על דעת בעה״ב אי זהו דוקא היכא דאיכא קצת קפידא לבעה״ב או אפי׳ כשאין כלל קפידא נבוא לבאר מהי סברת ר״מ דאחשביה כגזלן והחולקים עליו.

ונראה פשוט דלהרמב״ם ודעימיה המחלוקת היא בכמות הקפידא הדרושה כדי לעשותו גזלן האם סגי בקפידא קצת [54] כדי לומר סברא דאדעתא דהכי לא נתנו לו כר״מ או דבעינן קפידא ממש ובקצת קפידא לא שייך סברת אדעתא דהכי כרבנן ולפי״ז ליכא הבדל בין המעביר על דעת בעה״ב לסברא דאדעתא דהכי אלא בכמות.

---

4 א. והרמב״ן לשיטתו שהבאנו בסי׳ הקודם בשם הגרנ״ט דמהר לבקעה אינו פשיעה כלל דהסיכון בשניהם היינו הך וע״ש. ב. וברמב״ן הזה משמע דלא כמהרש״א אלא דההבדל בין פורים לטלית וחלוק הוא באומדן הדעת כריטב״א הישן ודלא כמהרש״א מהדו״ב שפי׳ ההבדל אי איירי במותר או בקרן ועוד משמע הכא דהרמב״ן מפרש להך פלוגתא דמגבת פורים דאיירי על הקרן ולא על המותר דכתב דכיון דלא נתקיים לא גמרו ומקנו וזה דלא כהמאירי וריטב״א ורש״י דלעיל. 5 ועיין ב״ק ק״ב: בסוגיא דבני מערבא דריו״ח התם ס״ל דהשליח לר״מ חשיב גזלן אף כששלחו לסחורה ובזה ליכא קפידא כלל וכדהקשה ר״א ולר״א ובני מערבא השליח גזלן רק אי שלחו לאכילה דאז מקפיד בעה״ב וצ״ע דהתם פסקינן כריו״ח וזה דלא כרמב״ם הכא דבעי קפידא (וע״ש בגר״א דכתב דהרי״ף פסק כבני מערבא וגם זה דלא כשיטתו הכא) ושמא הלכה כריו״ח אבל הסברו בר״מ אינו כסוגייתינו לשי׳ הרמב״ם ועדיין צל״ע.

אבל להרי״ף וסיעתו צ״ע דבפשטות ללא קפידא כלל לא שייך לומר סברא דאדעתא דהכי וא״כ קשיא מאי טעמיה דר״מ דמחייב.6

וראיתי בשו״ת חוו״י סי׳ רל״ב שכתב דלר״מ במגבת פורים ס״ל דאף דליכא כלל קפידא בד״כ הרי הכא כיון דאמר לו (ודלא כריטב״א הובא לעיל דבמגבת פורים איירי גם כשלא אמר ולא מידי) דעל דעת פורים הוא נותן מוכח דיש לו קפידא בזה דומיא דהך רבנן דגיטין ס״ה: גבי ערב לי בגרוגרות וברש״י שם דמשמע דאף כשאין כלל קפידא בכה״ג בד״כ כיון שאמר בגרוגרות הרי מסתמא מקפיד בכך. ובהמשך דבריו שם כתב דלפי״ז בחלוק וטלית יהיה הדין כמגבת פורים כיון שאמר שנותן לצורך טלית ותי׳ דבחלוק וטלית איירי באופן שהעני הוא זה שאמר שלוקח הממון לטלית ולא הבעה״ב וא״כ אין כאן ראיה כלל לקפידא ולר״מ אפי׳ בכה״ג אסור ובזה ביאר בחוו״י שם שי׳ הטור דפסק כר״מ במגבת פורים ולא בחלוק וטלית וע״ש.

ונראה דלפי״ז ליכא כלל הבדל בין מגבת פורים לחלוק וטלית (ודלא כריטב״א ורמב״ן שהבאנו לעיל) אלא שהאוקימתות שונות אבל להטור דפסק כר״מ דמגבת פורים הרי גם בחלוק וטלית אם בעה״ב הוא זה שיאמר לעני לקנות חלוק להלכה אסור לו לקנות בזה טלית.

ולכאורה דבריו קשים מפשט הסוגיא דהא בברייתא דחלוק וטלית הו״א בגמ׳ דמשום חשד הוא דאסור שיחשדוהו לבעה״ב בנודר ולא משלם ואי כהחוו״י הרי בעה״ב לא נדר מידי אלא העני הוא זה שדיבר.

ולחומר הקושיא היה נראה לומר דבאמת קשה אמאי למסקנת הגמ׳ ליכא חשדא וצ״ל דבהו״א למדה הגמ׳ דבברייתא איירי כשבעה״ב דיבר ואז שאלה שאולי אסור מפני החשד ותי׳ דאה״נ אי בעה״ב הוא המדבר באמת

אסור מפני החשד אלא דבברייתא לא איירי בהכי אלא בעני שדיבר וראיה לדבר דקתני בברייתא מפני שמעביר על דעתו של בעה״ב ולא מפני החשד ולכן למסקנת הגמ׳ איירי בעני שדיבר וא״כ למסקנת הגמ׳ בציור שבעה״ב הוא שדיבר באמת אסור מפני החשד וזה לכאורה לכו״ע ולא לר״מ בלבד (אא״כ נאמר דרק לר״מ הוא גם קרוי גזלן כיון שבעה״ב מקפיד מפני החשד).

ולענ״ד נראה דבמתני׳ דידן בהר ובקעה פשטות הדברים איירי כשהשוכר דיבר ולא המשכיר דאם המשכיר דיבר [55] בפירוש הרי ברור שאסור לשנות מדעתו דהא התנה כן בפירוש וכל הנדון אצלנו הוא אם השוכר דיבר ובעה״ב הסכים האם עשה כן רק אדעתא דדברי השוכר או לא וזהו ממש כדברי החוו״י בחלוק וטלית.

---

6 ונסתפקתי מהו הקצת קפידא של הרמב״ם וריטב״א חדשים האם קפידתו היא עד שלא רוצה כלל לתת אי לא יעשה בכסף רצונו של בעה״ב או דהוא סתם מקפיד שרוצה שישתמש בכסף למטרה זו אבל אפי׳ לא ישתמש בצורה זו אין הקפידא מגיעה עד כדי רצון לביטול הנתינה דאי כאופן הא׳ הרי החילוק בין מגבת פורים לטלית ולהר ובקעה הוא בכמות בלבד אבל להאופן השני איכא הבדל מהותי ביניהם דלר״מ אף שבעה״ב לא רוצה לבטל הנתינה איהו חשיב גזלן וזהו דומיא דשי׳ הרי״ף והביאור בזה יהיה כביאור שנביא בעז״ה לקמן בשי׳ הרי״ף.

ולאור הסבר החוו״י קשיא טפי מה דהקשינו לעיל מהי סברתו של ר״מ שאוסר בחלוק וטלית אפי׳ שבעה״ב לא מקפיד כלל ולחוו״י אפי׳ לא דיבר כלל.7

ה. ונראה לבאר בשי׳ הרי״ף הסברא למה לא בעינן כלל קפידא ובכ״ז לר״מ המעביר על דעת בעה״ב נקרא גזלן. ובהקדם הסוגיא דמרי בר איסק בדף כ״ב. דאיתא התם אמימר ומר זוטרא ור׳ אשי אקלעו לבוסתנא דמרי בר איסק אייתי אריסיה תמרי ורימוני ושדא קמייהו אמימר ור׳ אשי אכלי מר זוטרא לא אכיל וכו׳. ובתוד״ה מר זוטרא כתב דגם ר׳ אשי שאכל לאו משום דהיה סומך שיתרצה מרי בר איסק כשידע דהא קי״ל כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש. ובש״ך פליג וס״ל דזוהי הסיבה לכך שר׳ אשי לא אכל וכ״כ בחי׳ הר״ן בשם הרשב״א ואינו שייך להא דקי״ל דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש ועיין חי׳ הגר״ש שקופ ובברכת שמואל מה שביארו בזה.

ובשו״ת עונג יו״ט סי׳ קי״א כתב דפלוגתתם היא דלתוס׳ האוכל מבעה״ב קונה מה שאוכל וא״כ הכא דבעה״ב לא ידע בפועל שיש אורחים ודאי לא שייך לקנות משום דביאוש שלא מדעת איכא רק ניחותא ולא הורדת בעלותו כדי שהלוקח יקנה ואילו הרשב״א והש״ך ס״ל דאפשר לאכול ממזון של בעה״ב בלי לקנותו ולכן סגי באומדנא דניחא ליה בהכי כדי שלא יקרא גזלן וכהא דפלוגתת המפרש והר״ן בנדרים ל״ד ע״ש ובקה״י סוף ב״מ ומהרי״ט סי׳ ק״נ והדברים עתיקים.

וברמב״ם אישות פ״ה ה״ח כתב דהנכנס לבית בעה״ב ולקח כלי וקידש בו אשה אינה מקודשת דזהו מקדש בגזל אבל אי בעה״ב אינו מקפיד כגון אגוז או תמרה הרי זו ספק מקודשת ונחלקו המפרשים בכוונת דבריו ועיין תשב״ץ סי׳ כ״ג ומהרי״ט סי׳ ק״נ ונו״כ שם ובשו״ע אבהע״ז סי׳ כ״ח י״ז.

ובמהרי״ט שם כתב בביאור דברי הרמב״ם דזהו כדמוכח בסוגיא דמרי בר איסק דר׳ אשי ואמימר אכלו ובעונג יו״ט שם כתב דכל מה דבעי אביי שידע המתיאש הוא רק בציור שהניחותא של בעה״ב היא לאדם מסוים שהוא חבירו אזי צריך בעה״ב לדעת שעכשיו צריך לפעול הורדת הבעלות כיון דחבירו רוצה לאכול אבל היכא דבעה״ב אינו מקפיד כלל לכל אדם הרי פשוט דאינו צריך כלל לדעת מכך שבא מישהו לזכות בחפץ דהא מראש כבר הוריד בעלותו לכל מי שיבוא ולכן סגי באומדנא דניחא ליה כדי שיוכל הלה לזכות בחפץ.

ונראה דכוונתו לבאר ברמב״ם דאיירי בתמרה דאינה שווה פרוטה (כדאיתא בתשב״ץ ובפרישה בביאור ספיקו של הרמב״ם וע״ש) ולכן נסתפק הרמב״ם אם [56] מקודשת דשמא שו״פ במדי אבל למעשה בציור שבעה״ב אינו מקפיד כלפי כל אדם והחפץ כן שו״פ תהיה ודאי מקודשת ופשוט.8

7 ואפשר לומר בהסבר שי׳ הרמב״ם בדומה לחוו״י דקפידא קצת היא קפידא היוצאת רק מהדבור כשללא דיבורו פשוט דבציור כזה לא מקפידים כלל וקפידא גמורה היא כשברור לכל שבעה״ב מקפיד וברורה גם הסיבה כהסבר הריטב״א במגבת פורים.

ועתה נבוא לבאר דעת ר״מ בסוגיין אליבא דהרי״ף וזהו בדרכו של בעל מעיני החכמה הכא דכתב כן בביאור דבריו וע״ש.

ובהקדם מה דלכאורה קשיא בסוגיין מנליה לגמ׳ דברייתות דמגבת פורים וחלוק וטלית כוונתן היא דר״מ ס״ל דחשיב גזלן ושמא לא אמר כן אלא לאיסורא בעלמא. ותי׳ באיילת השחר הכא ונביא דבריו לקמן דאי הממון של הלוקח לא שייך להיות איסור עליו בשמוש בממונו ולכן מוכח דאינו ממונו וממילא מוכח דחשיב גזלן לר״מ וע״ש בדבריו ולקמן נברר האיסור הנ״ל באורך.9

נמצא דהממון שנתן בעה״ב לעני הוא ממון של בעה״ב שנתנו לעני כעין שליחות לקנות לעצמו חלוק ואם לא קנה חלוק אלא טלית ס״ל לר״מ דנקרא גזלן כיון דאפי׳ להרי״ף ורמב״ן דס״ל דבעה״ב לא קפיד כלל ברור דאם אינו יודע הרי זה כיאוש שלא מדעת ואף דניחא לבעה״ב כיון דלא הוריד בעלותו מהממון חשיב גזלן וכהך דמרי בר איסק.

אלא דלפי״ז ק״ק אמאי אין הלכה כר״מ דהא לתוס׳ הנ״ל להלכה קי״ל כר׳ אשי דלא שרי לאכול וזהו ממש כר״מ. וצ״ל דהך ציור דעני דמי להך דתמרה ברמב״ם דהתם בעה״ב כבר הוריד את בעלותו כשנתן לעני (ולא דהוי ממון של העני אלא רק יש לו רשות לזכות בו או בתמורתו ועיין בהערה לעיל) וא״כ להלכה בכה״ג קי״ל דשרי ליקח ולכן אין הלכה כר״מ. וסברת ר״מ היא דאף בכה״ג חשיב כיאוש שלא מדעת דאפי׳ אי נתן לו רשות להוציאו לממון עדיין צריך רשות בפועל כדי להוציאו לצורך אחר ואי לית ליה רשותא חשיב גזלן ואפי׳ בציור שבעה״ב לא מקפיד ודוק.

ז. ובאיילת השחר הכא הבאנו דבריו לעיל הקשה מנליה לגמ׳ דר״מ אחשביה לגזלן ולא דאיכא איסור בעלמא והבאנו תי׳ דבממון של הלוקח לא שייך איסור דאי ליכא כלל זיקה בין בעה״ב לממון מה איכפת לן קפידתו.

ובדף ק״ו: במשנה איתא המקבל שדה לחבירו לזרעה שעורין לא יזרענה חיטין חיטין יזרענה שעורים (ופירש״י דחיטין מכחישות את הקרקע יותר מן השעורין) ורשב״ג אוסר בכל ענין. ובגמ׳ שם אר״ח מ״ט דרשב״ג דכתיב שארית ישראל לא יעשו עולה ולא ידברו כזב ולא ימצא [57] בפיהם לשון תרמית ומשמע דזהו איסור בעלמא שלא ישנה מדיבורו ולא חיוב כלפי חבירו (וע״ע פסחים צ״א וקידושין מ״ה דמוכח דזהו איסור בעלמא). ובהמשך הגמ׳ התם מיתיבי מגבת פורים לפורים וכו׳ ורשב״ג מיקל וא״כ רשב״ג סתר משנתו ותי׳ הגמ׳ דלרשב״ג ליתא להאי איסורא אלא דאיהו ס״ל דגם שעורין אחר חיטין מכחישות הקרקע וע״ש.

8 א. ובתשב״ץ משמע בפשטות דבציור זה דוקא ודאי דאינה מקודשת כיון דבש״פ הוי גזל ואינו יכול לקדש בו ורק בספק שמא ש״פ במדי הוא דמקודשת ודלא כדברי האחרונים דס״ל בכוונת הרמב״ם דאם ודאי שו״פ במדי אזי ודאי מקודשת וזה שפיר טפי בלשון הרמב״ם דאל״ה תקשי אמאי איירי הרמב״ם דוקא בציור כה״ג דאין בו ש״פ.

ב. ועיין בסי׳ קודם בענין שליחות לשכור פועלים מה שביארנו בראשונים ב״ק ק״ב: דלקנין בעינן הורדת בעלות מצד בעה״ב והקנין יכול להיות גם מצד הקונה והך הורדת בעלות הוי כעין הפקר רק לצורך שיוכל הקונה לקנות ולכן אפשר להפקיר לא לכל העולם וע״ש בדברינו.

9 ובחוו״י שהובא לעיל מוכח נמי דהממון הוא של בעה״ב דכתב דניחא לאיניש דתיעביד מצוה בממוניה ולכן איכא אומדן דעת במגבת פורים וא״כ מוכח דהממון הוא של בעה״ב.

נמצא דאיכא איסור דשארית ישראל לא יעשו עולה (וכדמוכח בגמ׳ דפסחים וקידושין הנ״ל) אלא דלרשב״ג ליכא איסור כזה אבל ר״מ דאסר שנוי במגבת פורים בפשטות הוא משום הך איסור וא״כ שוב הדרא קושית האחרונים לדוכתא מנליה לגמ׳ ע״ח: דר״מ דחלוק ומגבת פורים לאו לאיסור בעלמא אמרה אלא גם חשיב גזלן (ועיין בחוו״י הנ״ל דבתוך דבריו הקשה מגמ׳ זו באופן אחר) ובהך קושיא ליכא לתי׳ כדברי איילת השחר דלעיל דאיסור שאינו כלפי חבירו פשוט דשייך אף בממון שלו.

ונראה לומר דלגמ׳ דידן הוה קיימא לה דאיכא ר״מ שאמר המעביר על דעת בעה״ב נקרא גזלן דאל״ה איך תי׳ כן ריו״ח לפני שידענו אי יש כלל ר״מ כה״ג. ועוד שפשטות הדברים נראה דזהו ציטוט מדברי ר״מ ובאף ברייתא בגמ׳ הלשון אינה כן אלא מוכח דריו״ח ידע דאיכא ר״מ כזה והגמ׳ רק חיפשה היכן אמר דבריו. וא״כ כשמצאנו ברייתא דחלוק וטלית ברור דלזה התכוין ריו״ח דכאן אמר ר״מ דחוץ מהאיסור הוא גם גזלן ורשב״ג שמיקל לית ליה איסור כדמוכח בגמ׳ ק״ו וברור דלית ליה נמי הך דר״מ דנקרא גזלן וכדכתבו הרי״ף ורא״ש וע״כ דרשב״ג הוא רבנן דר״מ וא״כ נמצא דרשב״ג ור״מ פליגי בתרתי.10

וכמה מהאחרונים (עיין מעיני החכמה) כשהקשו קושית איילת השחר הביאו לראיה דבתוד״ה רב אמר פטור בדף ל״ו. כתבו דאיכא איסור לכתחילה לשומר למסור לשומר אחר אף דבתשלומין אינו חייב וכ״כ להדיא בתוס׳ גיטין כ״ט. וכן מוכח בגמ׳ כמבואר שם וכבר הזכרנו דראיית הרי״ף לכך שאין הלכה כר״מ היא מסוגית שומר שמסר לשומר (ע״ש ברי״ף כ׳. בדפיו) ובאותו מקום כתב הרי״ף כתוס׳ הנ״ל דבכ״ז לכתחילה איכא איסור לשומר למסור לשומר אחר. ומשמע דאפי׳ דלא קי״ל כר״מ איכא איסור לכתחילה להעביר על דעת בעה״ב וכן משמע בשו״ת הרשב״א ח״ב סי׳ שט״ו דפסק כרי״ף דלא כר״מ במגבת פורים ובכ״ז משמע ממנו דהמעביר על דעת בעה״ב עובר איסור לכתחילה.

ולכן נראה דכפי שביארנו לעיל ר״מ ורבנן בתרתי פליגי באיסור והאם נקרא גזלן ולזה דלא נקרא גזלן הביא הרי״ף ראיה דהלכה כרבנן אבל באידך פלוגתא ליכא ראיה כלל ואפשר לומר דבזה הלכה כר״מ וכן פשטות הגמ׳ קידושין ופסחים שהבאנו לעיל דכתבו להדיא דאיכא הך איסורא דשארית ישראל לא יעשו עולה.

ואין לומר דגם רשב״ג לא פליג אלא בהך דזורע שעורים במקום חיטין אבל מודה דאיכא איסורא בשאר דוכתי דאם כן מאי ראיה אייתי ממגבת פורים לזורע בגמ׳ ק״ו: דאפשר דבזה איכא איסורא [58] ובזה לא ולכן נראה בפשטות דלרשב״ג ליכא כלל להאי איסורא וא״כ בזה קי״ל כר״מ דאיכא איסורא לכתחילה.

10 ועדיין קשיא מנליה לגמ׳ ק״ו: דרשב״ג לית ליה האיסור דשמא אית ליה איסור אלא דמיקל דלא הוי גזלן וכן משמע לשון מיקל וצ״ע אלא דבכל אופן מוכח כדברינו דבתרתי פליגי.

וברי״ף עצמו משמע דלא להך איסורא התכוין אלא לאיסור להעביר על דעת בעה״ב שזהו איסור כלפי המפקיד ואין לדחות כאייה״ש דבממון שלו ליכא מקום לאיסור כלפי בעה״ב דהא בשומר ברור דאין הממון שלו ורק בעני

כתב אייה״ש סברא זו. ואינו מוכרח דשמא בכ״ז כוונת הרי״ף ותוס׳ להאי איסורא דשארית ישראל דהא הוכחנו מגמ׳ ק״ו דלר״מ איכא איסור זה וביותר דלהרי״ף עצמו הוכחנו דמעביר על דעת בעה״ב איירי בציור דליכא כלל קפידא מצד בעה״ב וא״כ לא שייך כלל האיסור כלפי בעה״ב דהא איהו לא קפיד כלל ומוכרח דהאיסור הוא כלפי שמיא מצד שארית ישראל לא יעשו עולה שצריך לא לשנות מדבורו. וברמב״ם וסיעתו שייך לומר דהאיסור הוא כלפי בעה״ב דהא לשי׳ איירי בציור שבעה״ב מקפיד קצת.

ובטור כתבנו דפסק כר״מ ולכאורה קשיא איך פסק נגד אביו הרא״ש דכתב להדיא דגם בהך דמגבת פורים לא קי״ל כר״מ ולדברינו הכא אפשר ליישב דגם הטור דכתב דאין העני רשאי לשנות מעות מגבת פורים כוונתו לכתחילה ובזה גם הרא״ש מודה דלכתחילה איכא איסור ואין כוונתו של הטור לומר דחשיב גזלן דבזה גם איהו פסק כרשב״ג וכאביו הרא״ש. אלא דלשון אינו רשאי לא כ״כ משמע כן וביותר דכל הפוסקים לא כן הבינו בו (ועיין ב״י שם או״ח תרצ״ד) ועוד דהרא״ש בתשובה ל״ב אות ו׳ שהבאנו לעיל משמע דליכא אפי׳ איסור לכתחילה וא״כ בכל מקרה הטור אינו כהרא״ש וצ״ע.

ובזה מיושב נמי מאי דקשיא לי דלהטור ודעימיה דפסקו כר״מ במגבת פורים אמאי בנותן צמר לצבע דבגמ׳ משמע דחמיר טפי לא אישתמיט שום פוסק לפסוק כר״מ ועיין באייה״ש דהקשה נמי כן. ולדברינו הכא א״ש דגם פה לא פסקו כר״מ לענין שיקרא גזלן אלא רק לענין האיסור ובצמר לצבע פשוט דאיכא איסור לעשות כן לכתחילה וכל הנדון הוא אי חשיב גזלן והאם משלם צמר כשעת הגזילה או שידו על התחתונה וממילא ברור ששם כו״ע יפסקו דלא כר״מ.

והמעיין בהגהות מיימוני ומרדכי יראה דלא משמע מהם דכוונתם רק לאיסור אלא דפסקו דקרוי גזלן דהא גרסו שם דר״מ דיבר בשם ר״ע ופסקו כר״ע וע״ש וא״כ צ״ע מצמר לצבע ויש לחלק ואכמ״ל.

ולהפוסקים שבמעות פורים רק לגבאי אסור לשנות ולעני מותר (שו״ע ורמ״א וב״י ברמב״ם) ברור דזהו רק איסור ולא גזלנות דהא אם המעביר קרוי גזלן הרי אין סברא לחלק בין הגבאי והעני דשניהם קיבלו רק אדעתא דהכי.

ולהפוסקים דבגבאי נמי שרינן לשנות משמע דליכא איסורא כלל ור״מ דאוסר על העני לשנות ס״ל דגם גבאי אינו רשאי לשנות. ולתוס׳ בסוגיין דמחלק בין פורים לשאר צדקה משמע דהאיסור הוא משום הקפידא כלפי חבירו ולא מצד שארית ישראל דבמעות פורים איכא קפידא ושאר צדקה דמי לחלוק וטלית דליכא קפידא וכדהבאנו בשם הריטב״א לעיל וכדמוכח בגמ׳ דידן. ולתוס׳ ערכין דפליג וס״ל דלגבאי שרי בין בפורים ובין בשאר צדקה משמע דליכא איסור כלל וכרשב״ג ולר״מ איכא איסור בצדקה נמי ומשמע דזהו [59] איסור דשארית ישראל דהא בחלוק ליכא קפידא כלל ולא שייך איסור כלפי חבירו וכדביארנו.

ועיין בשו״ת מהר״ם מרוטנבורג סי׳ רצ״א דכתב דאמרינן דכל המעביר על דעת בעה״ב נקרא גזלן ולכאורה פסק כר״מ ויש לומר דרק נקרא גזלן דעבר איסור אבל אינו ממש גזלן (ומה שהביא קובץ מפרשים בסי׳ תתקס״ג משו״ת מהר״ם טעות היא בידו דזהו מדברי השואל כפי שיראה כל המעיין בספר עצמו). וכן מוכח בספר התרומות דבשער מ״ט ח״ג אות ב׳ פסק כרי״ף בשומר שמסר לשומר וכתב דמכאן מוכח דאין הלכה כר״מ דהמעביר קרוי גזלן ואילו בשער מ״ו ח״ד אות נ״ג כתב דאמרינן בעלמא המעביר עלדעת בעה״ב נקרא גזלן ומוכח דכוונתו רק לאיסור ולא דבאמת גזלן הוא דהא פסק להדיא דלא כר״מ (וקצ״ע דבשער מ״ו שם משמע

דכוונתו לענין הגזילה ממש ובלא״ה דבריו שם אינם לגמרי ברורים לי וע״ש). וע״ע בשו״ת בשמים ראש ובפי׳ כסא דהרסנא סי׳ צ״ג.

[60]

סימן ו: בקנין השכירות ובביאור הסוגיא דשכירות שנפסקה באונס (בדף ע״ט)

א. בביאור הסוגיא דחמור שמת וספינה ויין נראה דתלוי בכמה הבנות אפשריות בקנין שכירות ולכך ראיתי להאריך בריש דברי בבירור ענין זה ולאחמ״כ נבוא בעז״ה לביאור הסוגיא דידן וזה החילי לעשות.

בקובץ הערות להגרא״ו סי׳ נ״ג (וע״ש גם בתחילת סי׳ נ״ב) ובקה״י ב״מ סי׳ מ״ו ונדרים סי׳ כ״א וע״ז סי׳ ט׳ ושביעית סי׳ א׳ חקרו אי השוכר קנה גוף לפירותיו והתשלום הוא עבור הקנין ואח״כ משתמש בשלו או דילמא התשלום הוא עבור השימושים אבל אין לו קנין כלל בגוף הדבר וכדקי״ל ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף. ונפ״מ לדוגמא בהא דנחלקו הפוסקים בסוגיא דנפל הבית בתוך זמן השכירות בב״מ ק״ג. אי מחויב השוכר בכל התשלום כיון דקנה כבר הבית ואפי׳ שלא דר בו כל התקופה או דמשלם רק עבור הזמן שדר בבית וע״ש דבריהם דהביאו ראיות לכל צד מש״ס ופוסקים.

ועיין בסוגיות הגמ׳ ערכין כ׳:-כ״א. וב״מ נ״ו: צ״ט. וק״ג. וב״ק ע״ט. וע״ז ט״ו. כתובות נ״ט: ונדרים מ״ז: וקידושין מ״ז: ובראשונים שם ובעיקר הר״ן בנדרים שם והשמטות בסוף חי׳ הרשב״א כתובות על דף נ״ט שם (דזהו למעשה הרמב״ן כנודע) ובחי׳ הריטב״א קידושין מ״ז: דהאריכו בענין זה.

וראש דברינו נבוא בס״ד לבאר השיטות השונות בזה וניישב הסתירות לכאורה בדברי הראשונים שהקשו האחרונים הנ״ל ומה דהוקשה לנו בדבריהם.

ב. שיטת התוס׳ ברוב המקומות נראה דלהשוכר ליכא קנין בגוף החפץ או הקרקע המושכרת אלא משתמש בחפץ של המשכיר.

ועיין תוד״ה והאי ביומיה בב״מ נ״ו: דכתבו כן להדיא דמה דקי״ל דשכירות ממכר ליומיה היא זהו רק חידוש מיוחד לענין אונאה אבל לשאר דברים השכירות אינה ממכר כלל ולכן אסור לישראל להשכיר ביתו לגוי שמא יכניס בו ע״ז ועוד דוגמאות בגמ׳ ע״ז ט״ו. (ורוב הראשונים פליגי בהכי ונביא דבריהם בהמשך) וכ״כ תוס׳ יבמות ס״ז: וע״ש בעין משפט לשאר מראי מקומות. וכן משמע בתוד״ה המוכר עבדו ב״ב נ׳: (ועיין בקוה״ע הנ״ל דהבין כן בתוס׳ ב״ב הנ״ל ואינו מוכרח). וכן משמע בתוד״ה בעל ב״מ צ״ו: דכתבו דלוקח לזמן או לפירות הרי הוא ש״ח אף דבשוכר קי״ל דהוא ש״ש ומשמע דהשוכר אינו לוקח לפירות ומה דלוקח לפירות אינו חייב בשמירה זהו כיון דהחפץ שלו ופשוט דא״א לחייבו בשמירת חפצים שלו (ועיין ריטב״א קידושין מ״ז: דכתב סברא זו ונביא דבריו לקמן).

[61] ובתוד״ה כך תקנו ב״מ צ״ט. משמע לכאורה לא כן דכתבו דמה שתקנו משיכה בשומרים הוא לענין חזרה ולא לענין חיוב בשמירה (ולכך החליטה הגמ׳ דר״א פליג על ר״ה וע״ש). והוכיחו זאת מכך דבחיובי השמירה

מתחייבים כבר כשאמר לו הנח לפני ואח״כ מוסיפים להוכיח דאף בשואל ושוכר ליכא למימר דמה שתקנו משיכה הוא לא לחזרה כיון דבשואל בעינן משיכה מה״ת ולא בעינן להך תקנה וה״נ בשוכר כיון דמשלם לבסוף וע״ש היטב בכל דבריהם.

וקשה לכאורה מה הוסיפו להוכיח לגבי שואל ושוכר שאינו בש״ח וש״ש ועו״ק מהיכן למדו דמדאורייתא בעינן משיכה בשואל ושוכר. ונראה לבאר דכוונתם דלשואל ולשוכר איכא קנין בגוף החפץ וזו היתה ההו״א שיקנה במשיכה אף דבש״ח וש״ש לא שייך הך תקנת משיכה דלהם ודאי ליכא כלל קנין בגוף הפקדון ותי׳ שם בהמשך דכדי לקנות גופו של חפץ מה דבעינן משיכה הוא מה״ת ורק היכא דאיכא מעות זוהי תקנת חכמים דבעינן נמי משיכה. ולפי״ז נראה לכאורה דלתוס׳ הנ״ל ס״ל דאיכא קנין לשואל ושוכר בגוף החפץ ודלא כשיטת התוס׳ בכל דוכתי.

אלא דזה אינו דאי תימא הכי מאי קאמר ר״א בגמ׳ דתקנו משיכה בשומרים דהוא מדרבנן דהא מכאן משמע דלפני תקנת חכמים נקנתה שכירות ושאלה במשיכה אלא דאפשר היה לחזור מההסכם ובאו רבנן ותקנו דהך משיכה תועיל גם לענין דלא יוכלו לחזור. ומלבד דזהו דוחק בתוס׳ לומר דלמסקנתם היתה משיכה גם בדין תורה אבל גם בסברא קשה לומר דהשכירות נקנתה גוף לפירות לשוכר והמשכיר יכול היה לחזור דאיך יכול מוכר לחזור ממקח לאחר שהחפץ כבר מכור לקונה (וע״ל סי׳ ב׳ מה שכתבנו בזה).

ולכן נראה פשוט דמסקנת התוס׳ היא דבגלל הנך קושיות גופא הוא דליכא למימר דיש קנין גוף לפירות לשואל ולשוכר אלא אין לו קנין בגוף כלל אלא רק זכויות שימוש וכמשנ״ת בשי׳ תוס׳ בכל מקום ותקנו משיכה לכך שהמשאיל או המשכיר לא יוכל לחזור בו מהשעבוד לתת את השמושים לשוכר.[1]

וא״כ שי׳ תוס׳ בכל מקום דשוכר משתמש בחפץ של המשכיר והגוף אינו קנוי לו כלל. וראיה לשי׳ זו הביאו הנך אחרונים דלעיל ממתני׳ בכורים פ״א משנה ב׳ דכתבה דאריס וחוכר לא מביאין בכורים ואילו בקונה גוף לפירות אף דקי״ל כר״ל דאינו כקנין הגוף הדין הוא שמביא ואינו קורא (עיין ב״ב קל״ו:) ואי שוכר אינו מביא בכורים מוכח דאינו קונה גוף לפירות (ואיך יפרנסו שאר השיטות משנה זו יבואר בעז״ה לקמן).

והנה נראה פשוט דגם לתוס׳ דס״ל דליכא כלל קנין הגוף והשימוש הוא בחפץ של המשכיר אין כוונתם דהשוכר לא קנה כלל דא״כ איך שייך להתחייב על העתיד ואפי׳ בקנין משיכה והא השמוש לא בא לעולם וזהו קנין דברים בעלמא וכעין קנין אתן.

והנראה בזה בהקדם דברי תוד״ה הכי קאמר ערכין כ״א. שהקשו מהגמ׳ שם דכתבה דהמשכיר יכול להקדיש את הבית [62] והשוכר מעל והו״א בגמ׳ דמעלה שכר להקדש. והקשו התוס׳ דבכתובות משמע דהלוה אינו יכול להקדיש משכון שנמצא ביד המלוה ובתי׳ הראשון שם כתבו דהמשכיר יכול להקדיש את החלק מגוף הבית שיתר על דמי השכירות ומה שמעלה שכר להקדש הוא מספק דא״א לברר מהו חלק ההקדש ומהו חלק החולין אבל מעיקר הדין היה צריך לשלם למשכיר ולהקדש כל אחד לפי חלקו (וע״ע בתוס׳ כתובות נ״ט: דכתבו כעין זה אלא דהתם פסקו דצריך למכור הבית ואכמ״ל).

1 ואפשר היה גם לומר דהקנין דאית להו בגוף לפירות הוא מדרבנן ומדאורייתא ליכא קנין כלל אלא דזהו דוחק בלשון התוס׳ וגם בסברא אינו ברור.

ולכאורה דבריהם מרפסין איגרא דממ״נ אי ישנו חלק של המשכיר אמאי לא קדש וא״ת דזהו לא ברשותו דהא השוכר משתמש בבית הרי צריך להיות שליכא כלל הקדש דכל הבית לא ברשותו דמשכיר ומהיכי תיתי דרק כנגד המעות נשאר חולין ואי הך חלק הוא של השוכר ממש אמאי צריך כלל להעלות שכר להקדש והא משתמש בשלו. ועו״ק אמאי מעלה שכר למשכיר מעיקר הדין והא הוא אינו בעלים כלל.

והנראה בזה דתוס׳ אזיל לשיטתו דהשוכר לא קנה בגוף הבית ולא מידי והראיה לדבר דהמשכיר יכול להקדיש אלא דכיון דזהו קנין דברים בעלמא וכדהקשינו לעיל פשוט להו לתוס׳ דהמשכיר שיעבד בבית גופו חלק לשוכר כנגד מעותיו ולכך שייך להתחייב ואינו קנין אתן בעלמא. ולכן כשהמשכיר הקדיש לא קדש החלק המשועבד לשוכר אלא דעדיין דחלק זה אינו מבורר וכפי שכתבו תוס׳ עצמם ולכן מספק שמא השתמש בגוף של הקדש מעלה השוכר שכר להקדש.2

ובתוד״ה וחבירו ב״מ צ״ט. הקשו ממשאיל קורדום של הקדש דהנאת הביקוע יצאה לחולין וגופו נשאר קדוש אמאי חבירו מבקע בו לכתחילה והא חולין והקדש מעורבבין בו וכבית שהקדישו משכיר דערכין הנ״ל. ותי׳ וז״ל וי״ל כיון שהשאילו ומעל בשאלה יצאה כל הנאת הבקוע לחולין ואין מעורב בה מן ההקדש כלום עכ״ל. והגרא״ו ובקה״י פי׳ דבריהם דחילקו בין שוכר למשתמש בקורדום חולין דהוא כלוקח לפירות המשתמש בגוף שלו. ודבריהם תמוהים טובא דאכתי לא ברור מאי חילוק איכא בין הנך מקרים דאי ליכא לשואל קנין בקורדום אמאי יצא לחולין והא בעינן הוצאה מרשות ההקדש למעילה ובכלל צ״ע מה יצא לחולין בקורדום אי הכל של המשאיל ודמי ממש לבית מושכר.

והנראה דלדברינו א״ש דבקורדום החלק של החולין מבורר כיון דאינו סתם שעבוד בגוף הקורדום שלא ברור מקומו כהך בית דערכין אלא כל שימושו לביקוע יצא לחולין ובבית בערכין הרי איירי בשעבוד כנגד המעות דאיכא בגופו ומקומו אינו מבורר (וכמדויק בלשון התוס׳ שם דעיקר הבעיה היא דמקומו אינו מבורר) וממילא בקורדום שרי לבקע [63] בו לכתחילה דאין מקום להחמיר מספק ואכמ״ל. וא״כ גם הנך תוס׳ אזלי בשיטתם דתוס׳ דשוכר לא קנה בגוף ולא מידי אלא דיש לו שעבוד בגוף החפץ כנגד מעותיו ובהמשך הדברים נוכיח דזוהי נמי שי׳ רשב״ם ורש״י.

2 א. ואזלינן הכא כשי׳ רש״י דפליג על ר״ת בכמה דוכתי דקדושת דמים לא מפקיעה מידי שעבוד ולכן לא קדש החלק שמשועבד לשוכר ואכמ״ל וע״ע קוה״ע סי׳ נ״ב וקה״י נדרים סי׳ כ״ח. ב. ועיין בחזו״א ב״ק סי׳ כ״ג אות כ׳ בד״ה ותי׳ ריב״ן מש״כ בשי׳ הריטב״א דאיכא שעבוד נכסים של המשכיר ולכן מועיל הקנין וזהו כעין דברינו הכא וראה לקמן דהבאנו מהריטב״א קידושין מ״ז דבאמת ס״ל כתוס׳ דליכא להשוכר קנין הגוף בחפץ ודוק.

ובריטב״א קידושין מ״ז: בשם מורו (דהוא כנראה הרא״ה) כתב להדיא כתוס׳ דאין לשוכר ולשואל כלום בגוף החפץ ומה שתקנו משיכה לקנות שעבוד הוא תקנה מיוחדת דבד״כ משיכה קונה רק גופם של מיטלטלין וע״ש. וכ״כ באב״מ סי׳ ע״ב סק״ב ובהגהה שם אות ט׳ והביאו בקה״י נדרים סי׳ כ״ח.

אלא דלכל הנך שיטות קשיא מתוספתא פ״ט דב״מ הביאה תוס׳ ערכין הנ״ל דשוכר יכול להקדיש ומשכיר לא וזהו היפך דברי הגמ׳ שם ובתוס׳ שם תי׳ כהירושלמי פ׳ מקום שנהגו דחילקו בין הקדים השוכר שכרו דאז קנה הגוף לפירותיו ובזה איירי התוספתא ובין כששילם לבסוף ככל שכירות המשתלמת לבסוף דאז לא קנה השוכר ובזה איירי הגמ׳ ערכין ובזה א״ש נמי הקושיא מכתובות ע״ש בתוס׳ (ויש שחילקו בין בית זה לבית סתם דרק בבית זה יש קנין להשוכר ובערכין איירי בבית סתם ועיין בהשמטות הרשב״א לכתובות הנ״ל אלא דזוהי מחלוקת בראשונים בביאור הרישא דהך ברייתא דערכין ותוס׳ ד״ה אעפ״י ערכין כ׳: ס״ל דאיירי בבית זה וע״ש היטב וברא״ש בש״מ שם ור׳ גרשום שם ועיין בסי׳ הבא).

נמצא דגם להראשונים דס״ל דאין לשוכר קנין זהו רק במהלך הרגיל של שכירות אבל כשמשלם בתחילה הרי יש לשוכר קנין בגוף לפירותיו וכן משמע בתוד״ה אי אתה ב״מ ע״ט: ועיין בקובה״ע סוס״י נ״ג הנ״ל ובקה״י ב״מ סי׳ מ״ו שהביאו לחילוק זה אותה ראיה מסוגיא דמרבין על השכר וע״ש.3 ועיין בסוס״י זה שנבאר באופן קצת שונה הך חילוק דהקדמת מעות השכירות.

ג. ובנמו״י בהא דשכירות מכירה ליומיה גבי אונאה ב״מ נ״ו תי׳ קושיות התוס׳ דלעיל מהך סוגיא דשכירות לא קניא במס׳ ע״ז דף ט״ו. באופן אחר מתוס׳ וכתב דלהשוכר קנוי הגוף לפירותיו ולכן לענין אונאה חשוב כמכר ליומיה אלא דלענין השכרה לגוי אסור כיון דשם הבעלים הוא על בעל הגוף וע״ש (ונפ״מ בינו לתוס׳ נראה דאיכא במוכר לגוי בית לדירתו או לזמן דשם לכו״ע אית ליה לשוכר גוף לפירות).

וה״נ משמע בנמו״י בסוגיא דתקנו משיכה בשומרים ב״מ צ״ט. דכתב דכיון דשואל ושוכר משתמשים בגופו של כלי הויא ליה כמכירה ליומיה ודין הוא שתקנה להם משיכתם כיון שהם זוכים בגופו של דבר ומשמע דלמד הך סוגיא דלר״א דפליג אר׳ הונא ס״ל דמשיכה קונה לענין שלא יוכלו לחזור בהם וזהו מהקנין בגוף הכלי דבחיובי השמירה מתחייבים כבר מרגע דהנח לפני כתוס׳ אלא דקשיא עליו קושיות תוס׳ צ״ט. שהבאנו לעיל אמאי בעינן להך תקנה והא מה״ת בעינן משיכה לקנות גוף הכלי היכא דליכא מעות וע״ש.

---

3 ובזה אמר ראש הכולל הרב עמיהוד לוין שליט״א אפשר דמיושבות קושיות הגרע״א בגליון הש״ס ס״ד: ובסוגין ע״ט: על הנמו״י איך שייך לומר נשרפו חיטיך בשכירות וע״ש בלקוטי חידושי רע״א בפיסקא האחרונה לפני דף פ׳ ע״א.

[64] ובנמו״י שם בהמשך דבריו כתב דאע״ג דמדאורייתא נקנין בכסף והכא לא שייך נשרפו חיטיך בעליה לא פלוג בתקנת חכמים ותקנו דבעינן משיכה גם בשכירות (וכ״כ הנמו״י בסוגיין) וקשיא מאי כסף איכא והא שכירות משתלמת לבסוף ובשואל הא ליכא כסף כלל וכדהקשו תוס׳.

ואפשר היה לדחוק דהקנין שיש להשוכר בגוף הוא רק מדרבנן ומדאורייתא באמת ליכא כלל קנין ולכך לא בעינן משיכה מה״ת (ועיין בהערה לעיל בשי׳ התוס׳) אלא דמלבד דזהו דוחק הרי איהו גופיה כתב דהמעות קונות מה״ת ומשמע דגם מה״ת איכא לשוכר קנין בגוף (ואפשר דרק הוסיף דבעינן משיכה אפי׳ היכא דשילם המעות מראש דאז לכו״ע איכא קנין וכדכתבנו לעיל ודוחק).

ולחומר הקושיא נראה לומר דמה״ת בעינן משיכה לקנות השכירות והשאלה אלא דאפשר עדיין לחזור מהקנין ולכך באו רבנן ותקנו דמשמשך אינו יכול לחזור (ואכתי צל״ע וע״ל סי׳ ב׳ מה שביארנו איך יתכן קנין שאפשר

לחזור ממנו גבי שכירות פועל).

והאמת דפשטות הסוגיא התם מוכח כהנמו״י דבברייתא איתא דכשם שתקנו משיכה בשומרים תקנו משיכה בלקוחות וכשם שקרקע נקנית בכסף שטר וחזקה גם שכירותה נקנית בכסף שטר וחזקה. ומשמע דבקרקע קונים את גופה לפירותיו ע״י כסף שטר וחזקה דומיא דקנין קרקע גמור ולפי״ז גם ברישא הכוונה היא לקנות גוף החפץ לפירות במשיכה דאל״ה מאי ראיה איכא מקנין גמור לקנין שכירות דלתוס׳ הוא רק התחייבות הגברא דבד״כ נעשה בסודר.

וצ״ל לתוס׳ דזוהי תקנה מיוחדת דהתחייבות לשכירות קונים כקנין גמור של אותו חפץ כיון דמקנה לו נמי שעבוד בגוף החפץ וכדכתב הריטב״א קדושין מ״ז: שהבאנו דבריו לעיל.

העולה מכל האמור דהנמו״י פליג על תוס׳ וס״ל דלשוכר איכא קנין בגוף לפירותיו וכ״כ להדיא הרמב״ן בהשמטות לכתובות נ״ט. (הנדפס בחי׳ הרשב״א) דשוכר יכול להקנות ולהשכיר ולהקדיש דהגוף לפירותיו הוא ממונו ממש.

וברמב״ם בכמה דוכתי כתב להדיא כהנמו״י דהשוכר קונה לפירות הוא ועיין הל׳ שאלה פ״א ה״ה ומכירה פכ״ג ה״א-ח׳ ושכירות פ״ז ה״א ופ״ז ה״ה ועוד אלא דאיהו פליג על הרמב״ן וס״ל דשוכר אינו יכול להשכיר הבית כדכתב בהל׳ מכירה פכ״ג ודלא כקונה לזמן דיכול למכור זכותו.

והאחרונים שם הקשו דבהל׳ שכירות פ״ה ה״ה כתב הרמב״ם להדיא דגם שוכר יכול להעביר זכותו לאחר ותי׳ דכוונת הרמב״ם בהל׳ מכירה היא רק לומר הבדל בין קונה לזמן לשוכר לגבי מכירת זכויותיו בבית למי שמשפחתו גדולה יותר דאז הוא יכול להזיק לבית ואסור ובקונה לזמן שרי בכה״ג וכדכתב הרמב״ם הל׳ שכירות פ״ה להדיא וע״ש.

ובמרדכי פליג וס״ל כהרמב״ן דשוכר לענין זה הוא כקונה לזמן ממש ויכול להעביר זכותו אף למשפחה גדולה יותר (ועיין בדרכי משה סי׳ שט״ז אות א׳ ומה שנבאר במחלוקת זו לקמן).

ד. ובקוה״ע סי׳ נ״ג הנ״ל הקשה להרמב״ן דבב״מ ק״ג. גבי בית שנפל הביא הריטב״א בשמו דמשלם השוכר רק עבור הזמן שדר [65] בו ומשמע דאין לו קנין בגוף דאל״ה היה צריך לשלם הכל דקיבל כבר הבית ונתחייב בתשלומיו ובשם רבו (הרא״ה) הביא שם בריטב״א דמשלם הכל ומשמע דזהו קנין הגוף ונתחייב בתשלום לאלתר כשקיבל את הבית וא״כ הרמב״ן לכאורה סתר משנתו דבכתובות כתב להדיא דאיכא קנין הגוף וכן ברמב״ם דהבאנו דס״ל כרמב״ן דאיכא קנין הגוף ובבית שנפל נמי כתב כרמב״ן דמשלם רק מה שדר בו.4

ומלבד הך סתירה ברמב״ן דהביא הקובה״ע נראה דלהיפוך קשיא נמי להרא״ה דהכא ס״ל דאיכא קנין הגוף ובקידושין מ״ז הביא הריטב״א בשם רבו דליכא קנין כלל דאל״ה לא מתחייב באונסין דאדם לא חייב על שלו וע״ש (ועיין לקמן סי׳ ח׳ מה שתירצנו בדעת הריטב״א בשם הרא״ה).

והנראה בזה דאי איכא קנין הגוף עדיין אינו הכרח דמתחייב בתשלום מיד ומתנה תוכיח שקונה הגוף ולא בעינן תשלום כלל אלא אפשר דהקנין נעשה במשיכה או בחזקה כשנכנס לגור אלא דהשומא כמה לשלם בחוזה של

שכירות נקבע לפי השימושים שיעשה. והראיה לדבר דקי״ל ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף ואי ס״ל לרמב״ן ורמב״ם דאיכא קנין הגוף ומיד מתחייב בתשלומיו איך יפרנס הך דישנה לשכירות (וכן הקשה רא״ו ונשאר בצ״ע) אלא מוכח כדאמרן דחיוב התשלום נוצר עם השימושים וממילא ליכא סתירה כלל מהך דבנפל הבית כתב ברמב״ן ורמב״ם דמשלם רק מה שדר בו.

ובזה ייושב נמי הנך קושיות דהקשה בקובה״ע הנ״ל סוהס״י על המרדכי הביאו ב״י דכתב דבמת השוכר היורשין פטורים מלשלם אם לא רוצים לגור בבית והקשה דמשמע דהשוכר לא נתחייב בתשלום וא״כ אמאי השוכר עצמו לא יכול לחזור בו תוך הזמן. וביותר קשה לפי דברינו לעיל בסוף האות הקודם דלמרדכי שרי לשוכר למכור זכותו גם ליותר מבני ביתו כקונה לזמן וא״כ אמאי הכא לא מתחייבים היורשים בתשלום והא אביהם כבר קנה הבית. ולדברינו א״ש היטב דאפי׳ אם קנה הבית חיוב התשלום תלוי בשמוש כדקי״ל ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף וכהרמב״ן דלעיל.

ובזה א״ש כמובן נמי מה דהקשה בקובה״ע הנ״ל לכל הנך ראשונים דס״ל דאיכא קנין הגוף איך שייך ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף ודוק (וע״ש סוף הסי׳ מה שתי׳ בשם קונטרס הספיקות ז׳ ה׳ דישנה לשכירות אמרינן רק בשכירות פועלים ומה שהקשה עליו שם).

ומה שנחלקו הרמב״ם עם הרמב״ן ומרדכי אי רשאי השוכר למכור זכויותיו יש לבאר נמי לפי יסוד זה דאי חיוב התשלום הוא על השמושים ס״ל לרמב״ם דאף שיש לו קנין הגוף עדיין יש למשכיר זיקה לשמושים כיון דעדיין לא שילם תמורתם ולכן יכול להגביל אפשרותו של השוכר למכור למי שבני ביתו רבים. ואילו הרמב״ן ומרדכי ס״ל דאי איכא קנין הגוף אין נפ״מ בכך דהתשלום מחייבו מתחילה ועד סוף וכיון דהגוף לפירותיו שלו הוא הרי ברור דרשאי נמי למכרו.

ובזה יושבו הקושיות על הרמב״ם ורמב״ן אבל על הרא״ה לכאורה עדיין [66] קשיא וכדלעיל דמחד כתב הריטב״א בשמו דליכא קנין הגוף ומאידך אי נפל הבית חייב לשלם את כל הסכום. ונראה דאף בזה אינו מוכרח דאפשר דמה דס״ל להרא״ה הוא דאין קנין הגוף אבל קנין התחייבות ושעבוד איכא וכדכתבנו לעיל אות ב׳ בשיטתו וא״כ חייב לשלם מרגע שנשתעבד לו המשכיר ושעבד לו בגוף הבית כנגד מעותיו אף דאין לו קנין ממש בגוף הבית ולכן כשנפל הבית נותן לו שכרו משלם דהממון הוא לא לקנות את הגוף אלא לקנות את שעבודו של המשכיר (ודוקא על שיטתו תקשי ממה דקי״ל ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף וצ״ל כקונטרס הספיקות ז׳ ה׳ דקי״ל הכי רק בשכירות פועלים ולא בשכירות סתם). ועיין בהמשך דברינו מה שהבאנו ראיות מסוגייתינו דחיוב בשכר מלא לא תליא אי אית לשוכר קנין בגוף וההפך כסברת קה״י ורא״ו וע״ע אגרות משה חו״מ סי׳ ע״ד.

---

4 ועיין בתשובות מיימוני לספר משפטים סי׳ כ״ז דכתב כהרא״ה דבנפל הבית משלם לו את מלוא שכרו.

ובהמשך דבריו הביא בקובה״ע בשם הריטב״א נדרים מחלוקת רא״ה ורמב״ן בנפל הבית דבשכירות בית סתם מעמיד לו בית אחר כדאיתא בגמ׳ ב״מ ק״ג. ובמכירת בית סתם ס״ל להרא״ה דזהו כשכירות ומעמיד לו בית אחר והרמב״ן פליג וס״ל דמראה לו הבית הנפול ודלא כשכירות דבבית סתם מעמיד לו בית אחר. ולכאורה קשיא דשוב סתרו הני תרי ראשונים משנתם דלהרא״ה ס״ל דשוכר קנה בגוף הבית ולכך הוי דינו הכא כמוכר ובקדושין

כתב דאין לשוכר קנין הגוף וברמב״ן משמע הכא דאין קנין דחילק שוכר מקונה ובכתובות כתב דשוכר היינו קונה גוף לפירות וכן הקשה בקובה״ע.

ונפלאו ממני דבריו דהרמב״ן בכתובות והר״ן בנדרים מ״ו: הקשו מהגמ׳ ערכין כ״א. דמשמע דהמשכיר יכול להקדיש ביתו וא״כ רואים שאין לשוכר קנין הגוף ותי׳ דהגמ׳ שם איירי בבית סתם (וע״ש בתוס׳ ובש״מ ור׳ גרשום ובסי׳ הבא) ובכה״ג באמת אין לשוכר קנין הגוף אבל בשוכר בית זה פשוט דלא יכול המשכיר להקדישו דהא הגוף לפירות שייך לשוכר. וביאור דבריהם נראה דשכירות בית סתם הוא זכויות שימוש בבית מבתיו של השוכר ובזה פשיטא דאין לשוכר קנין בגוף הבית שקיבל אלא משתמש בביתו של המשכיר ולכן אי נפל חייב להעמיד לו בית אחר אבל בשכירות בית זה איכא לשוכר קנין גוף לפירות בהך בית ולכן אי נפל אזדא ליה. וא״כ פשוט דליכא ראיה כלל מדברי הרמב״ן נדרים הביאו ריטב״א דבית סתם שנפל לא חייב להעמיד לו בית אחר בקונה אע״ג דלשוכר כן חייב בכה״ג וזהו כיון דבשוכר בית סתם גם הרמב״ן מודה דלא קנה הגוף אלא זכויות אבל במוכר אפי׳ אי מכר בית סתם הרי הקונה ודאי לא קנה זכויות אלא את גוף הבית שבחר המוכר למכור לו דזוהי דרכו של מכר ופשוט.

אלא דבדברי הרא״ה אכתי קשיא מה דימה מוכר למשכיר בית סתם דחייב להעמיד לו בית אחר ויש ליישב ואכמ״ל.

וא״כ גם הראשונים דס״ל דשוכר קנה גוף לפירותיו מודים דבשוכר בית סתם לא קנה אלא זכויות ופליגי על תוס׳ רק בשוכר בית זה.

ובתשובות רע״א סי׳ ס״ו הביא בשם הגהות אשרי סופ״ק דע״ז בשם ר׳ אפרים דגם להשוכר אסור להשכיר הבית לגוי כמו דינו של המשכיר שמא יכניס שם צלמיו וע״ש מה שהקשה עליו ובקה״י ע״ז סי׳ ט׳.

[67] ונראה דהך ר׳ אפרים שיטה שלישית לו דאיהו ס״ל דשוכר קנה הגוף ממש כקונה לזמן ברמב״ם פכ״ג ממכירה דכתב דבונה והורס כרצונו ולא רק גוף לפירות ומה דאסרו על שוכר כמה דברים הוא רק בצורה של תנאי בקנין ולא שיור בקנין. אלא דאינו מוכרח דאפשר דאיהו ס״ל דאיסור הכנסת צלמים לבית אזיל נמי בתר גוף לפירות ולא רק בתר קנין הגוף כשאר הראשונים ואכמ״ל אלא דבכל אופן מוכח בר׳ אפרים דלהשכיר לישראל אחר שרי וא״כ ברור דלפחות גוף לפירות יש לשוכר בחפץ.

ובריב״ש סי׳ תק״י (הובא בקובה״ע שם) כתב דאם השוכר מפסיק החוזה באמצע לא סגי בכך שיעזוב הבית אלא בעי להקנותו בחזרה למשכיר ולכאורה נראה דאיהו נמי ס״ל כהך הבנה בר׳ אפרים דלעיל דשוכר אית ליה קה״ג ממש לזמן ודוק.

אלא דלכאורה קשיא לכל הנך ראשונים דס״ל דשוכר קונה גוף לפירות מהך מתני׳ בכורים הובאה לעיל אות ב׳ דחוכר ואריס לא מביאים בכורים ובקונה לפירות קי״ל דמביא ואינו קורא (ב״ב קל״ו:).

והיה מקום לחלק דחוכר הרי הוא כאריס אלא דתשלומיו הם במנות קצובות ולא באחוזים דהרי משלם גם הוא מפירות הקרקע ששכר כדאיתא בב״מ בפ׳ המקבל וא״כ לבעה״ב יש תפיסת יד בקרקע כהך דמשנה נדרים מ״ו. ובגמ׳ שם מ״ז: ולכן לא מביא בכורים משא״כ שוכר דמשלם בכסף ובעה״ב אין לו חלק כלל בשדה כהך דטסקא

בנדרים מ״ז: ולכן שוכר יביא ביכורים כקונה לפירות. אלא דזהו דוחק דקי״ל ברמב״ם וטור וש״פ דחוכר הרי הוא ממש כשוכר לכל דיניו (ושו״ר דהקה״י נדרים סי׳ ל״א אות ג׳ כתב כעין חילוק זה ליישב קושיא אחרת על הר״ן גבי טסקא וע״ש).

ולכן נראה לישב לשי׳ תוד״ה מביא ב״ב קל״ו: וכן הוא במנ״ח מצוה צ״א ע״ש דהך דקונה לפירות מביא ואינו קורא הוא דין דרבנן ומדאורייתא אינו מביא כלל. וא״כ אפשר לומר דרבנן תקנו רק בלוקח לזמן דבלשון מקח לקח ואתי לאחלופי עם קונה דחייב בבכורים מה״ת אבל שכירות ברור לכו״ע דחלוק דינה ממכירה ולכן לא גזרו (וע״ש בתוס׳ טעמי הגזירה).

ובקובה״ע רצה לחלק לשיטות אלו נמי בין הקדים דמי השכירות למשלמן לבסוף. ודבריו פלא דלפי״ז אין מחלוקת כלל בין הני שתי סיעות ראשונים ובר״ן נדרים כתב להדיא דלא שנא הקדמת המעות וכן משמע ברמב״ן בהשמטות שם דהביא להך ירושלמי פסחים ומיד אח״כ תי׳ הקושיא מתוספתא דב״מ באופן אחר ולא כתוס׳ ערכין שחילק בין מקדים מעותיו למשלם לבסוף. ומלבד כן פשוט דזהו דוחק גדול לאוקמי לכל דברי הראשונים דקאי רק באופן שהקדים מעותיו ולא פירשו כן בדבריהם וסתם שכירות הרי משתלמת לבסוף והוי להם לפרש דבכך איירי (ועיין ברא״ש בפסקיו בהך סוגיא דנדרים מ״ו: שהקשה נמי אהאי חילוקא לגבי זמן התשלום).

ולפי״ד בתי׳ המשנה בכורים להנך שיטות נאמר דלרשב״ם התם בב״ב קל״ו: דס״ל דזהו דין דאורייתא מוכח דס״ל דשוכר שאינו מביא כלל אינו קונה לפירות כלל אלא רק משתמש בחפץ של המשכיר וכשי׳ תוס׳ והרא״ה דלעיל אות ב׳ דאל״ה תקשי מאי חילוקא איכא בין שוכר לקונה [68] לפירות וליכא לתירוצי כדברינו לחלק בגזירות דרבנן דהא איהו ס״ל דזהו דין דאורייתא.

וה״נ מוכח ברש״י ע״ז ט״ו. דכתב דשאלה קניא כיון דמתחייב באונסיו ולכאורה קשיא אמאי לא אמר יותר פשוט דקניא גוף לשימושיו דזהו ביאור יותר מרווח למה מותר להשכיר הבית לגוי דמה שחייב באונסיו תימה מאי נפ״מ בכך להשכרה לגוי אלא מוכח כדאמרן דליכא לשוכר קנין הגוף בבית אלא רק להתחייב לאונסיו. וכן נראה פשטות רש״י ב״ק ע״ט. גבי הא דבעי אמימר אי תקנו משיכה בשומרים ופירש״י לענין להתחייב בשמירה וקשיא דבגמ׳ ב״מ צ״ט. מוכח דהוא לענין חזרה ובזה פליג ר״א אר״ה וחזרה בפשטות היא מקנין דמה יש לבעה״ב לחזור בו מחיובי השמירה ונראה דלרש״י ליכא כלל קנין אלא רק חיובי השמירה ואכתי צע״ק.

ועיין בט״ז חו״מ ריש סי׳ שט״ז דכתב דלשוכר אית ליה רק פירות בקרקע ולא גוף לפירות ובשכירות מועיל לקנות פירות ללא גוף וע״ש בדבריו ובשאר הנו״כ שם. וא״כ זהו שיטה רביעית בקנין שכירות דלתוס׳ ורא״ה ורשב״ם ורש״י ליכא קנין כלל אלא רק זכויות שימוש לט״ז איכא קנין פירות לנמו״י ורמב״ם ורמב״ן איכא קנין גוף לפירות ולריב״ש ורבנו אפרים איכא קנין הגוף כולו לזמן.

ה. ועתה נבוא לבאר שיטות הראשונים בסוגיין.

בריטב״א החדש ע״ט. בד״ה אף לשכור הקשה מאי שנא חמור שמת באמצע השכירות דהדין הוא דיכול להשתמש בנבלה כדי לקחת או לשכור חמור אחר ואילו בבית שנפל בדף ק״ג. הדין הוא דאינו יכול להשתמש

באבנים וכפי שמורה פשטות הסוגיא התם וכל הראשונים שם (וברמ״ך הביאו בשטמ״ק התם משמע דאיהו ס״ל דיכול להשתמש גם באבני הבית ופליג על כל הראשונים בהכי וע״ש).

ובהמשך דברי הריטב״א התם כתב ב׳ תי׳ וז״ל י״ל דביתא דנפל לאו לזבוני קיימא א״נ דהתם בית זה א״ל וכיון דנפל לאו שמיה בית ולא משתעבד ליה אבל חמור אעפ״י שמת שמו עליו עכ״ל. ולכאורה קשיא מאי שייכות איכא בין שם חמור לרשות השימוש בבשר הנבלה ועוד צ״ב מאי נפ״מ אי עומד למכירה דאי הנבלה שלו אמאי אינו יכול למכרה אף דאינה עומדת לכך.

והנראה בביאור דבריו בהקדם מאי דק״ל טובא בסוגיא דחמור שמת אמאי שרינן ליה ליקח הנבלה דאי הוא לא בעליו אלא רק משתמש ברכוש המשכיר הרי בנבלה מנין דרשאי להשתמש ולמ״ד דשוכר אית ליה קנין גוף לפירות הרי יותר קשה איך לוקח הגוף דהוא של המשכיר ומוכרו (ואפי׳ לרב דלא מכלינן קרנא קשיא) ופשוט דבעודו חי ליכא ליה רשות למכור גוף החמור.

ולשי׳ תוס׳ והריטב״א ודעימיה מיושב שפיר לדברינו דלשוכר בנוסף להתחייבות המשכיר לאפשר לו השימוש בחמור אית ליה שעבוד בגוף החמור וכדביארנו לעיל דאם לא ישלים המשכיר התחייבותו יכול השוכר לגבות חובו מגוף החמור שמשועבד לו ולכך אמרה הגמ׳ דיקח הנבלה אף דאינה שלו אלא לשאר הראשונים קשיא דאי אית ליה גוף לפירות לא נראה דאית ליה נמי שעבוד דהא במכר [69] לא שייך שיתן המוכר שעבוד לקונה דזה שייך רק בהתחייבות דאז רוצה השוכר להבטיח קיום ההתחיבות לתת לו השימושים (וכפי שביארנו זהו גם מה שמאפשר קיום קנין על ההתחיבות דאיכא שעבוד מעכשיו).

ושו״ר דבספר איילת השחר בסוגיין הקשה קושיא זו ובתי׳ נראה דס״ל דהשוכר אית ליה נמי הגוף אלא דהוא רק לזמן ובתום הזמן מה שנשאר חוזר למשכיר אבל לא שהגוף שייך למשכיר כל הזמן וא״כ לכך שרי לשוכר למכור הנבלה דאיהי נמי שלו וע״ש (וברור דכוונתו לומר כן רק אי אין אפשרות להוביל משאו ללא המכירה דאל״ה גם כשהחמור חי יהיה לו זכות למכרו וע׳ לקמן סי׳ י׳).

ונראה דזוהי ממש הבנת הריב״ש ור׳ אפרים דלעיל דשוכר הוא בעלים נמי על הגוף ושמא גופא ראייתם היא מסוגיא זו אלא דזה קשה לאור מה דקי״ל ק״פ לאו כקה״ג ולאור הגמ׳ ע״ז ואכמ״ל.

ולפי״ז נאמר בתי׳ הריטב״א דלעיל דבתי׳ הראשון ס״ל דיסוד אפשרות השימוש הוא כשיטתו עצמו בשם הרא״ה דהשוכר לא קנה גוף לפירותיו אלא שעבוד אית ליה בגוף החמור דאם ימות יוכל להשתמש בו וכפי שביארנו לעיל וא״כ זהו רק כאשר באמת המשכיר שעבד לו הגוף להכי אבל בבית איכא אומדנא דדעת בעה״ב אינה למוכרו ולכן ברור שלא לכך שעבד לו הבית ולכן אין לו רשות לקחת ולמכור את האבנים דאינן משועבדות לו לכך.

ובתי׳ השני נראה דס״ל דיסוד הזכות ליקח הנבלה הוא מה דהיא שייכת לו כתי׳ האייה״ש דלעיל וא״כ זהו רק בחמור דאף כשמת שמו עליו וא״כ זהו עדיין החפץ השייך לו אבל בבית דכשנפל אין שמו עליו הרי זהו כבר לא הבית שהיה שייך לו ולכן אין לו רשות לקחתו ודוק דזה נראה ביאור נכון בהנך ב׳ תי׳.

אלא דלתי׳ הא׳ קשיא לפי דברינו דאי בשכירות בית לא שעבד לו המשכיר בגוף הבית איך חל הקנין שכירות דהא זהו קנין אתן ומה שהוא חל זהו רק כיון דאיכא שעבוד בגוף מעכשיו וכדביארנו לעיל.

ואפשר דסברת הריטב״א והרא״ה אחרת היא ממה שכתבנו באותיות הקודמות דהוקשה לנו אמאי לשיטתיהו דליכא קנין גוף לפירות לשוכר כשנפל הבית משלם כל השכר ותירצנו דמשלם כל השכר בתמורת קנין ההשתעבדות ולא תמורת קנין הגוף לפירות ודלא כהקה״י ורא״ו.

ונראה דאפשר לבאר בשיטתם באופן אחר דבקידושין מ״ז: הריטב״א הנ״ל כתב ב׳ סיבות למה לשוכר אין קנין גוף לפירות הא׳ כיון דלא שייך קנין גוף לפירות במטלטלין והב׳ כיון דהשוכר ושואל חייבים בשמירה ולא שייך לחייב בשמירה על חפץ של עצמו ע״ש. וכד תדייק תמצא דהנך תרי סיבות לא שייכי בקרקעות דבהם לא נתחדשו דיני שומרים (עיין טוש״ע סי׳ ש״א וברמב״ם שכירות פ״ב) ובהם גם שייך קנין גוף לפירות. והגם דבפשטות נראה בריטב״א דקנין שכירות אחד הוא בין בקרקעות ובין במטלטלין אלא דהראיות שהביא לכך דאינו קה״ג הן רק משכירות מטלטלין.

אבל אפשר גם לומר דההבנה היא הפוכה דבפשטות שוכר אית ליה גוף לפירות אלא כיון דבמטלטלין לא שייך קנין כזה לכן שם קנין השכירות הוא כהבנה של [70] התחייבות אבל בקרקע נשארת ההבנה הפשוטה דזהו קנין גוף לפירות וע״ש בריטב״א דקצת משמע כן. וביותר דאלת״ה הרי בקרקע או בית דהאבנים לאו למכירה קיימו וא״כ ברור דבעה״ב לא שעבד אותן ואיך חל הקנין שכירות דהא זהו התחייבות בעלמא אלא מוכרחים לומר דבקרקע מודה גם הריטב״א ורא״ה לרמב״ן ודעימיה דזהו קנין גוף לפירות.[5]

ובזה א״ש קושיתינו אמאי לרא״ה כשנפל הבית משלם מחיר מלא ובחמור שמת משלם חצי שכרו דבבית גם הם מודו דזהו קנין גוף לפירות. ואם כנים דברינו הרי גם בתי׳ הריטב״א הראשון לק״מ דהקשינו לשיטתם איך קונה הבית אי ליכא שעבוד בגופו ועתה פשוט דקונה הגוף לפירותיו כהרמב״ן ופליג על הרמב״ן רק בשכירות מטלטלין ומה״ט נמי בבית לא שרינן ליה להשתמש באבנים דהתם אית ליה קנין גוף לפירות וליכא שעבוד ולכן אסור לו ליקח הגוף דהוא של המשכיר אבל בחמור דזוהי התחייבות ושעבוד בגוף החמור פשוט דזהו פירושו של שעבוד שאם לא יקבל השימושים מהמשכיר יגבה אותם מגוף החמור.

ו. באות הקודם ביארנו אמאי שרי לשוכר ליקח גוף החמור שמת לשיטות דהגוף נמי של השוכר ולשי׳ דאית ליה רק שעבוד והתחייבות מהמשכיר אבל להשיטות דאית ליה קנין גוף לפירות כהרמב״ן ורמב״ם וסיעתם אכתי קשיא איך משתמש בגוף עצמו דהוא של המשכיר.

וברמב״ם פ״ה משכירות ה״א-ב׳ איכא תמיהות טובא וכדהקשו כל הנו״כ שם ונראה לתרצם לפי דרכינו ובהקדם תמצית מה דקשיא לן בדבריו.

1. בה״א כתב לחלק בין שכר החמור לרכב או לכלי זכוכית לבין שכרו למשא גם לגבי אנגריא ובגמ׳ הביאו זה רק לגבי הבריקה דהתם הביאור הוא דהבריקה הוי כמתה דאינה יכולה כלל להרכיב אדם או כלי זכוכית וא״כ קשיא מה שייך חילוק זה לאנגריא (וע״ש בראב״ד).

2. ובה״ב חילק בין רכיבה ומשא נמי בחמור זה דרק אי שכרו לרכב או לכלי זכוכית חייב להעמיד חמור ויכול להשתמש בנבלה ובשכרו למשא לא ובשכירות דחמור סתם לא חילק כלל וצ״ב מנין לו זה ומאי סברא איכא בכך.

3. לגבי חמור סתם כתב דחייב להעמיד לו חמור אחר ואם לא העמיד לו אחר לוקח בדמי הנבלה ואם אין בדמיה ליקח שוכר ולא כתב מה הדין אי אין בדמיה ליקח ולא לשכור האם שרי ליקח הנבלה ולהוסיף מדיליה או לא. ואילו גבי חמור זה בשכרו לכלי זכוכית או לרכב עליו לא כתב דחייב להעמיד לו חמור אחר אלא דלוקח מדמי הנבלה והוסיף דאם אין בדמיה ליקח או לשכור אינו רשאי ליקח הנבלה ומשלם לו חלקו. וצ״ב מה הבדל איכא בין הני תרי מקרים בשאין בדמיה ליקח ולא לשכור ואמאי לא חייב להעמיד לו חמור אחר בחמור זה אלא רק בחמור סתם וא״ת דזהו כפשטות הגמ׳ ושאר ראשונים דבחמור זה לא חייב להעמיד לו חמור אחר דזהו החוזה ביניהם ודלא כחוזה של [71] סתם אזי אמאי מהנבלה כן רשאי ליקח חמור אחר.

---

5 וברש״י ע״ז ט״ו. שהבאנו לעיל כתב דהשואל חייב באונסי הבית ומשמע דאיכא חיובי שמירה בבית ודלא כדברינו בריטב״א (ושמא כיון דהוא תלוש ולבסוף חיברו דחשיב תלוש כהך דרב בע״ז דהמשתחוה לבית אסרו) ואכמ״ל.

והנראה בזה דהרמב״ם הוה קשיא ליה מה דהקשינו לשיטתו דס״ל בכ״ד דשוכר אית ליה קנין גוף לפירות אמאי שרי ליה ליקח אחר בדמי הנבלה והא הגוף הוא של המשכיר. ולישב זה הבין הרמב״ם דבאמת לא שרי ליקח בכה״ג ובאמת כן הוא הדין בבית שנפל בדף ק״ג. דלא שרינן ליקח האבנים ומה דבחמור שמת כתבה הגמ׳ דלוקח הנבלה הוא רק בשכרו לרכיבה או כלי זכוכית דאז ס״ל לגמ׳ דזוהי שכירות באופן של התחייבות ולא של קנין גוף לפירות כיון דבחוזה השכירות הזכיר השוכר את מטרת השכירות דזוהי מטרה מיוחדת ולכן נראה דכוונתו של השוכר היא לשכור שימוש זה ולא את גוף החמור לפירותיו דאחרת סגי ליה לומר דרוצה לשכור חמור ומאי נפ״מ למה רוצה אותו.א6

ובזה מדויק גם נוסח המימרא דרב בגמ׳ שלפנינו דמיד לאחר שחילקה הגמ׳ בין לרכב ומשא הביאה הך דחמור שמת באמצע הדרך בלשון דשכרו לרכב ושאר ראשונים נראה דלא גרסו כן או דסברו דזהו לאו דוקא (ועיין בראב״ד פ״ה משכירות שכתב דזוהי גירסת ההלכות).

ולפי״ז נמשיך ונאמר דחילוק זה בין שכרו לרכב או לכלי זכוכית דזוהי התחייבות לתשמישים ובין שכירות למשא או אחרת דזוהי שכירות שבה לקונה יש גוף לפירות שייכא רק בשכר חמור זה דהא בחמור סתם לכו״ע כל קנין לא יחול וזהו בכל מקרה קנין לתשמישים אפי׳ כששוכרו למשא ולכן הרמב״ם מחלק בה״ב בין הני תרי סוגים רק בסיפא דאיירי בחמור זה אבל בריש ההלכה דאיירי בחמור סתם ליכא להאי חילוקא כלל וכמשנ״ת ובזה א״ש קושיא 2 דלעיל.

ואם כנים הדברים הרי נוכל להמשיך ולומר דבחמור זה כששכרו לרכב דזוהי שכירות לתשמישין הרי איכא שעבוד בגוף החמור ולכן גובה מנבלתו וכנ״ל בחמור סתם דאז נמי ליכא קנין הגוף לשוכר איכא נמי שעבוד אלא דברור דשעבוד זה אינו בגופו של חמור מסוים אלא שעבוד הגוף של המשכיר או שעבוד על נכסיו או חמוריו. וא״כ נראה דבחמור זה היכא דגובה מהנבלה זהו רק אי יכול להשלים שכירותו בהכי (כלומר אי יש בדמיו לשכור) אבל אי ליכא בדמיו אפי׳ כדי לשכור הרי דאינו רשאי ליקח הנבלה כלל. וזהו שכתב הרמב״ם דאם אין

בדמיה לשכור משלם לו לפי הדרך שהלך ואינו רשאי לקחת את הנבלה ולעומת זאת בחמור סתם הרי כל חמוריו משועבדים וממילא לא יתכן מצב שאין בדמיה לשכור דדמיה פירושו דמי כל החמורים או כל רכושו ואי בנבלת החמור שניתן לו ליכא כדי לשכור הרי יכול ליקח הנבלה ולהוסיף מדיליה או לגבות מחמורים אחרים ומה שגובה מהנבילה הוא רק ירידה לנכסי המשכיר ולא שעבוד בגופו של חמור זה [72] דוקא ולכן לא הזכיר הרמב״ם חילוק בין ליכא או איכא בדמיו לשכור בציור של חמור סתם דבכל מקרה שרי ליה לגבות מהנבילה ובכך א״ש קושיא 3.7

6 א. וברור דאינו מוכרח דאפשר שכוונתו של השוכר היתה לומר שרוצה חמור מיוחד שיכול לשימושים אלו אלא דברמב״ם הבנה זו מוכרחת וכפי שיתבאר לקמן. ב. ואם השוכר אומר למשכיר שרוצה חמור למשא הרי אין פירושו שרוצה לשכור שימוש אלא גוף לפירות כיון דזה אינו שימוש מיוחד ומה שהזכיר מטרתו זה לאו דוקא וברור דגם זה אינו מוכרח בסברא אלא דזהו יישוב ברמב״ם וכפי שיתבאר לקמן.

ומדזכינו להאי חילוקא דחמור לרכב הוא שעבוד וחמור למשא הוא קנין גוף לפירותיו א״ש נמי קושיא 1 דבה״א הרמב״ם מחלק בין הני תרי סוגי שכירות לגבי אנגריא ולא רק לגבי הבריקה כבגמ׳ ונראה דזהו יצא לו מה״ב וכמשנ״ת דמעבר להבדל המפורש בגמ׳ גבי הבריקה איכא עוד הבדל באופן השכירות וא״כ בחמור למשא שנלקח לאנגריא אזדא ליה דהא הוא היה קנוי לו וכבית שנפל אבל בחמור לרכיבה חייב להעמיד לו חמור חדש כיון דחייב לספק לו שימושים.8

ז. ועתה נבוא לבאר השיטות בברייתא דספינה ויין ע״ט.

לרוב הראשונים בספינה סתם ויין זה משלם לו את כל שכרו (עיין רמב״ם וריב״ן בתוס׳ ע״ט. ועוד). ולכאורה נראה לפי תפיסת האחרונים (קה״י ורא״ו לעיל) דזהו כיון דס״ל דקנה גוף לפירות ולכן אף דטבע צריך לשלם הכל. אלא דזה אינו דהא הכא איירינן בספינה סתם וכבר הוכחנו דבכה״ג כו״ע מודו דליכא קנין גוף לפירות ומוכח כדברינו לעיל דתשלום מלא משלמים אפי׳ אי ליכא קנין גוף לפירות אלא עבור קנין השעבוד של המשכיר לתת את השימושים והשעבוד נכסים שלו כנגד זה וזהו דלא כדעת האחרונים הנ״ל (ועיין איגרות משה חו״מ סי׳ ע״ד דכ״כ כדברינו וכן בריטב״א החדשים בשם רבו הכא כתב דמשלם עבור ההשתעבדות ומשמע כדברינו וזהו גם מתאים לשיטתו בהסבר הראשון דלעיל דס״ל דליכא קנין גוף לפירות ובכ״ז בבית משלם שכר מלא).

ובתוס׳ רא״ש כתב דבהאי ציור דספינה סתם ויין זה משלם רק חצי הדרך שהלך וגם אם נתן יטול חצי ונראה דזהו פשוט כיון דהוי כבית שנפל שמשלם חצי וכהבנת האחרונים דכיון דאיירי הכא בספינה סתם הרי ליכא קנין ולכן משלם [73] רק לפי התשמישים שעשה בה (ואפשר נמי כדברינו דתמיד איכא קה״ג אלא דאופן התשלום הוא דהאומדן לפי התשמישים).

7 ועיין במרדכי אות שמ״ח שמ״ט גבי שכירות פועלים דהביא פלוגתא אי שרינן לגבות מכלים שאינם שייכים לעסק הזה ונראה דפליגי ביסוד דידן אי הך גביה היא ירידה לנכסים או מימוש הזכות לקבל עבודה מתוך הכלים שעומדים לכך כהנך ב׳ אופנים שהבאנו ברמב״ם. 8 ועיין בשטמ״ק בשם הרמב״ן בד״ה הא דאמרינן דכתב וז״ל ואי דא״ל חמור זה אם יש בדמיה ליקח או לשכור ישכור פירוש דשעבודי משתעבד ליה חמור זה ואפי׳ אמר משכיר לא בעינא אגרא דחצי הדרך כלל אפי״ה מחייב דהא קנייא משעת משיכה ומיהו שוכר חייב לטפל בנבילה ולמכור ולשכור ולא משכיר עכ״ל. ומשמע בדבריו דזהו קנין שעבודים במה שכתב דהשוכר מטפל בנבילה ומשמע דזוהי גביית שעבוד ולא תשלום החיוב שיש לבעה״ב כלפיו בחוזה וכן ממה שכתב דחמור זה משועבד וכבר כתבנו לעיל דלהשיטה דשכירות היא קנין גוף לפירות ליכא למימר דאיכא שעבוד בגוף החפץ וע״ל וא״כ זהו כשיטת תוס׳ וסותר להדיא לדבריו שהבאנו דס״ל דלשוכר איכא קה״ג. ואפשר ליישב בג׳ אופנים הא׳ כהרמב״ם דהכא איירי בשוכר חמור לרכב דזהו שכירות שעבודים ודלא כשוכר חמור סתם דהיא שכירות רגילה והוי ליה קה״ג והאופן הב׳ הוא

כהריטב״א בהסבר השני שהבאנו סוף אות ה׳ לעיל שחילק בין שכירות בית וקרקע לשכירות מיטלטלין דבמטלטלין ליכא קה״ג לשוכר ובקרקע אית ליה והאופן הג׳ הוא כאייה״ש דכתב דבנוסף לקה״ג לפירות איכא נמי שעבוד בגוף החפץ ואכתי צע״ק.

ובחי׳ הריטב״א החדשים הביא בשם רש״י דבספינה זו ויין סתם משלם חצי הדרך דומיא דחמור שמת בחצי הדרך היכא דלא משכח לאגורי (ודלא כאוקימתא דתוס׳ הכא דלא איירי התם בלא משכח כלל לאגורי) וקשה היכא משלם שכר חצי הדרך והא לא נהנה כלל וכקושית תוס׳ הנ״ל.

והנראה בזה דכל מה דמשלם רק כאשר נהנה זהו כיון דמשלם עבור ההנאה מהתשמיש שעושה בספינת חבירו אבל כבר ביארנו דהכא להנך שיטות דאיכא קנין גוף לפירות ובכ״ז בבית שנפל משלם רק חצי השכר זהו כיון דקנין הבית נעשה בחזקה ולא בכסף ומה דמשלם כסף הוא רק לרצות את המשכיר שיסכים להקנות לו אבל זהו אינו כסף קנין והשומא כמה משלם היא לפי התשמישים וזהו ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף להנך שיטות (מה שרא״ו נשאר בצ״ע עליהם). וא״כ נמצא דהתשלום אינו עבור השמוש אלא עבור הקנין והשמוש הוא רק האומדן כמה לשלם וא״כ לא בעינן בהכרח הנאה כיון דהתשלום אינו עבור השמוש עצמו ולכן לא צריך ליהנות ע״מ לשלם (וכמובן דאפשר גם לסבור ההיפך דגם בכה״ג בעינן הנאה אלא דאינו מוכרח).9

ובריב״ם בתוס׳ ע״ט: כתב דבספינה סתם ויין זה אם נתן לא יטול כלל אבל אם לא נתן יתן שכר חצי הדרך שהלך.

ולכאורה דבריו קשים דבפשטות מחלק כחילוקם דריש התוס׳ הנ״ל ע״ט: דהיכא דשילם מראש הרי אית ליה קה״ג לפירות ואי לא שילם מראש לית ליה גוף לפירות אלא רק זכות לתשמישים (ועיין קה״י ב״מ סי׳ מ״ו). אלא דאי תימא הכי קשיא אמאי אי לא נתן משלם חצי והא לא נהנה וכקושית תוס׳ ע״ט. ומה שייך לשלם עבור התשמישים כשלא נהנה מהם. ואין לומר דאית ליה גוף לפירות והתשלום הוא עבור הקנין אלא דהאומדן כמה לשלם הוא ע״י התשמישים כביאורינו ברש״י בריטב״א דלעיל דזה אינו דהא הכא איירי בספינה סתם ובהא כו״ע מודו דליכא גוף לפירות.

והנראה בזה דכוונתו היא בדיוק כדברינו הנ״ל ברש״י בריטב״א אלא דלא משלם עבור קנין הגוף לפירות אלא עבור קנין הזכויות והשעבוד והאומדן כמה לשלם הוא עפ״י השמושים וממילא שייך לשלם על תשמיש שעשה אף אי לא נהנה וכמשנ״ת. וא״כ להריב״ם נאמר דאף אם הקדים לשלם ליכא ליה גוף לפירות באופן דשכר ספינה סתם אלא רק זכויות שמוש ושעבוד נכסים אלא דגם על זה שייך תשלום כדביארנו והוכחנו לעיל ולהריב״ן ס״ל דאם לא הקדים השכר מוכח דאף דהתשלום הוא על הקנין של הזכויות לשמושים ולא על השימושים עצמם הרי גובה התשלום הוא נקבע לפי השמושים.

ולפי״ז נראה דאף בתוס׳ ע״ט: וירושלמי פסחים הביאו תוס׳ ערכין כ״א. אפשר לומר דאין כוונתם דהקדמת התשלום או השהייתו הוא נפ״מ אי איכא ליה קנין בחפץ או לא (כהבנת הקה״י ורא״ו) אלא שמא כוונתו דבכל גוונא ליכא קנין אלא דעדיין נפ״מ אי הקדים המעות [74] לענין האם התשלום הוא עבור הקנין זכויות ממש או דהתשלום הוא אמנם עבור הקנין אלא דהאומדן הוא עפ״י השימושים וזהו כוונתו כשלא שילם מראש. ואפשר דכ״ז כריב״ם רק בספינה סתם דפשוט דליכא קנין בגופה אבל בבית או ספינה זו דאפשר לומר שיש קנין בגופה

לשוכר אזי ההבנה היא כהנך אחרונים ובתוס׳ ערכין הנ״ל משמע באמת כמותם דזהו הקובע אי איכא קנין לשוכר בגוף הבית וע״ש.

9 ולפי״ז יצא דלרש״י ס״ל דאיכא קנין גוף לפירות לשוכר ואנו הוכחנו מדבריו לעיל דלא ס״ל הכי אלא כהרשב״ם ואינו מוכרח וצ״ע.

ובתוס׳ רא״ש דלעיל דמיאן בחילוקו דהריב״ם בין הקדים מעותיו ללא הקדימן נראה דלשיטתו אזיל דהרא״ש בפסקיו בנדרים מ״ו: הקשה על הך ירושלמי מאי סברא איכא לחלק בהקדמת המעות וע״ש.

[75]

סימן ז׳: בביאור שיטת רש״י בסוגיא דהשוכר חמור ומת ובאיסור כלוי קרן בדף ע״ח.-ע״ט.

א. איתא במשנה ע״ח. השוכר את החמור והבריקה או שנעשית אנגריא אומר לו הש״ל מתה או נשברה חייב להעמיד לו חמור וברש״י ד״ה חייב כתב וז״ל חייב המשכיר למכור העור והנבילה לכלבים ולהוסיף מעות ולהעמיד לו חמור או ישכור לו אחר בדמי הנבילה שהרי חמור זה שעבד לו או יחזיר לו שכרו עכ״ל.

והקשו כל הראשונים דבפשטות משמע דרש״י מוקים למשנה בחמור זה דאל״ה אמאי לוקח מדמי נבילה דבגמ׳ ע״ט. מבואר דבחמור סתם חייב להעמיד לו חמור אחר וכן מוכח בלשונו דרש״י דמוקים לה בחמור זה דכתב כן להדיא דחמור זה שיעבד לו (ועיין רא״ש וחי׳ הר״ן הכא ועוד). וא״כ תקשי דאמאי חייב להוסיף לו מעות והא חמור זה בלבד שעבד לו ובגמ׳ ע״ט. איתא להדיא דבחמור זה גובה מהנבילה בלבד וע״ש.

וברש״י ע״ט. בד״ה לא מכלינן קרנא כתב לתרץ אליבא דרב וז״ל וכי תנן במתני׳ חייב להעמיד לו חמור אחר היכא דמתה בעודה בבית הבעלים דמוסיף ולוקח חמור ולא כליא קרנא אבל למוכרה ולהוציא הדמים לשכור אחרת לא.

ובדרו״ח להגרע״א בסוגיין הקשה וז״ל נ״ל כוונת רש״י דטעמא דרב דלא מכלי קרנא היינו דשמא לא ניחא להו להבעלים והיו רוצים להוסיף משא״כ במת בבית הבעלים יש להכריח להבעלים לעשות או זה או זה אולם תמהני מה פריך הש״ס מיתיבי יבש האילן הא שאני התם דהבעלים בפנינו ואין למצוא תקנה אחרת אבל הכא טעמא דרב שמא היו הבעלים מוסיפים דמים וצ״ע עכ״ל.

וראיתי בספר דברות משה ב״מ ח״ג בסוגיא דספינה ויין דכתב בביאור דברי רש״י במשנה דבבית הבעלים השוכר יכול לטעון לבעלים דבנבילה איכא עדיין כדי לשכור וא״כ עדיין לא מתה קניינו ויכול להוציא שכירותו מהנבילה אלא דבעה״ב מעכב כיון דלא רוצה שיכלה את הקרן ובדין מעכב ליה אלא דיכול השוכר לומר לו דאם אינו רוצה שתיכלה הקרן הרי שיוסיף מעות משלו ויקנה חמור חדש ואם לא ירצה הזכות ביד השוכר לשכור בדמי הנבילה כיון דעדיין חייב לו שהרי יש בדמי הנבילה לשכור. אבל אם לא יהיה בדמיה לשכור הרי ליכא תביעה על המשכיר כלל כיון דמתה קניינו ובגמ׳ איירי כשאינו בבית הבעלים ואינו יכול לכלות הקרן דשמא הבעלים היה מוסיף.[1] [76] ולפי״ז אמר ידידי הר׳ חיים סטולר לישב קושית הגרע״א דבאילן שיבש נהי דאין פתרון אחר אבל

עדיין הרי לא מתה קניינו שהרי יכול למכור העץ ולאכול מפירות הקרקע שיקנה וא״כ אפי׳ דבעה״ב נמצא עמו הרי אין תקנה אחרת ולכן לא יכול לדרוש מבעה״ב למכור העץ כיון דבדין מעכבו שלא יכלה קרנו ואינו יכול לתבוע ממנו שיוסיף מעות כבחמור דהא מוכח בגמ׳ דאין שום תקנה ללא כילוי הקרן ובחמור הא איכא תקנה להוסיף מעות וכיון דהמשכיר מעכבו יכול לדרוש ממנו לפעול כפי הדרך שאינה מכלה הקרן ולהוסיף מעות וא״ש קושית הגרע״א.

---

1 ונראה להביא ראיה לדברים אלו מדברי הרי״ף דכתב דבחמור סתם צריך להעמיד לו חמור אחר אעפ״י שאין בדמיה ליקח או לשכור. ולכאורה קשיא מאי אעפ״י שייך כאן דהא כשאין בדמיה ליקח ולשכור הרי פשיטא דמעמיד לו אחר דמהנבילה לא שייך לקחת. ולכן נראה כהאגרות משה דכשאין בדמיה ליקח או לשכור הרי חשיב

ובתוס׳ רא״ש ועוד ראשונים הקשו נמי לשיטת רש״י במשנה דאירי בחמור זה א״כ אמאי כתב רב בגמ׳ דבאנגריא שאינה חוזרת חייב להעמיד לו חמור אחר והא בחמור זה אינו משעבד לו אלא את החמור הזה שקיבל כדמוכח בגמ׳ ע״ט הנ״ל והוסיף הר׳ סטולר דלהסבר הדברות משה הנ״ל מיושבת נמי קושיא זו דאי החמור חי הרי עדיין לא מתה קניינו כיון דיכול להוציא שכירותו ממנו אלא דאינו יכול לעשות כן מחמת המלך ולכן יכול לתבוע בדין מהמשכיר להוסיף מעות ורק בציור שמת החמור וליכא בדמי הנבילה לקנות חמור אחר אמרינן דמתה קניינו ולא רשאי לכלות הקרן וכיון דבעה״ב גמר חיובו אליו אינו רשאי נמי לתבוע ממנו חמור אחר דהא עשה כל מה שהיה צריך לפי חוזה השכירות.

ועדיין נראה דהדברים דחוקים דהא אמאי בחמור זה יכול לתבוע ממנו להוסיף מעות ואפי׳ קיים קניינו ועוד דפשטות ההבנה באיסור כילוי הקרן היא כהגרע״א דהרשות ביד הבעלים לבחור ולא דזהו איסור סתם דבסברא לא ברור מאי שנא זה מכל גביה אחרת מנכסי בע״ח.

ועו״ק לכאורה אמאי מוקים לה בבית הבעלים והא באופן עקרוני הזכות בידו לחזור לבית הבעלים ולתבוע ממנו שיוסיף אף אם מתה בדרך ואם איירי בציור דאינו רוצה דוחק לומר דרש״י איירי רק בהך ציור בלבד. ועוד דהיה צריך לכתוב דבעליו עמו ולאו דוקא בבית הבעלים (ובאמת זוהי הלשון בחי׳ הר״ן ורמב״ן בשם רש״י ע״ט). ולכן נראה לפרש באופן אחר ובהקדם דברי הגמ׳ ערכין כ׳: בסוגיא דבית מנוגע.

ב. בגמ׳ ערכין כ׳: הביאה תוספתא ב״מ פ״ח המשכיר בית לחבירו ונתנגע אעפ״י שחלטו כהן אומר לו הרי שלך לפניך נתצו חייב להעמיד לו בית עכ״ל הצריך לענייננו וההמשך הבאנו בסי׳ הקודם ע״ש. ופירש״י אעפ״י שחלטו כהן שאמר טמא הוא ועומד לנתץ כל זמן שלא נתצו אומר לו משכיר לשוכר הרי שלך לפניך ולא אשכיר לך בית אחר שהרי בית שהשכרתי לך קיים נתצו כהן חייב משכיר להעמיד בית אחר לשוכר דמשום מזליה דמשכיר הוא שנחשד על הגזל או על צרות העין עכ״ל.

מתה קניינו ופקע החיוב של המשכיר כלפיו ולכן היה ה״א דפטור מלהעמיד לו חמור אחר וקמ״ל הרי״ף דבחמור סתם הדין אינו כבחמור זה אלא דההחוזה בחמור סתם הוא שמעמיד לו חמור אחר בכל אופן.

וכן נראה בשלטי גבורים סוף אות א׳ דהביא בשם הטור דכל זמן שיש בדמיה לשכור כאילו היא עדיין קיימת ואין א׳ מהם יכול לחזור בו וזהו ממש כדברי האגרות משה וע״ש בדברי הש״ג.

[77] ובתוס׳ פי׳ ר״י דבית מנוגע מוחלט מותר בהנאה והוי כחמור שהבריקה בפ׳ האומנין דאל״ה איך אומר לו הש״ל. ובתוס׳ הקשו עליו מכמה דוכתי ותי׳ דאסור בהנאה ומה שאומר לו הש״ל זהו כיון דאיירי הכא בהשכיר לו בית זה ואינו חייב להעמיד לו בית אחר כיון דהוא בעין מיהו הוא הפסיד שכרו והוי כמו מתה או נשברה דאמר התם (בסוגיין) חייב להעמיד לו חמור אחר ופרש״י שם או יפסיד שכרו.

ונראה ברור דר״י מוקי להך ברייתא בבית סתם דאל״ה מאי ראיה איכא מכך שאומר לו הש״ל וכקושית תוס׳. וא״כ למעשה פליגי ר״י ותוס׳ בדין בית מוחלט אי מותר בהנאה ולפי״ז אזלא נמי פלוגתתם האיך לאוקמי להך ברייתא בבית זה או בבית סתם ועיין בש״מ אות ט״ז בשם הרא״ש דכתב כר״י ובר׳ גרשום למד כתוס׳ (ובר״ן נדרים מ״ו: מוקי לה בבית סתם ועיין בסי׳ הקודם).

ולכאורה קשיא טובא על תוס׳ ור״ג האיך בנתצו חייב להעמיד לו בית אחר אי איירי בבית זה הרי הוי כבית זה שנפל דבפ׳ השואל (ב״מ ק״ג.) כתבה הגמ׳ להדיא דאומר לו הש״ל.

ולכן נראה מוכרח בביאור דברי תוס׳ ור״ג דאפי׳ בשכירות דבית זה שייך ציור דחייב להעמיד לו בית אחר וזאת כאשר מזלו של המשכיר גרם בפירוש לנפילת הבית ובפ׳ השואל איירי בנפילה סתם דזה אינו מוכח דמזלו של המשכיר גרם.

ונראה דההסבר בזה הוא כדברי רש״י הכא דמוכח דלמד כתוס׳ דאיירי הכא בבית זה דאל״ה אמאי נזקק להאי פירושא דמזלו של המשכיר גרם בגלל צרות עין וגזל דבבית סתם הדין הוא דמעמיד לו בית אחר אף אם לא מזלו גרם כדאיתא להדיא פ׳ השואל שם. וזהו נמי ההבדל בשי׳ תוס׳ דהכא נפילת הבית היא בגלל צרות עין של המשכיר ולכן אינו כנפילה סתם דפ׳ השואל.

ולפי״ז לכאורה קשיא אמאי בנחלט הבית לא חייב להעמיד לו בית אחר לתוס׳ דס״ל דלא שרי בהנאה והא מזליה דהמשכיר גרם ובתוס׳ פי׳ דזהו כיון שהבית בעין וקשה מה בכך דהוא קיים אי לא שרי ליה לאישתמושי ביה.

ונראה דזה שהבית קיים הוא רק לומר לך דבשלב זה ליכא ראיה דזהו מזלו של המשכיר כיוון דהבית קיים ולא ברור כלל שיינתץ וא״כ כל עוד לא נותץ אין חיוב על המשכיר להעמיד לו אחר כיון דהכא איירי בבית זה וזהו נמי הטעם שכתב רש״י דהבית קיים וכוונתו ממש כתוס׳. ובזה יבואר אמאי הביא רש״י הך דמזלו של המשכיר גרם בד״ה השני כשנותץ הבית ולא הסתפק לומר דהכא הבית כבר לא קיים ודלא כנחלט הבית דהבית קיים.2

ועיין בשפ״א ערכין כ׳: דהקשה שם על תוס׳ דמה ראיה הביא מרש״י פ׳ האומנין והא התם מוכח איפכא דהש״ל פירושו שחייב להעמיד לו בית אחר ולא רק שלא ישלם כדרצו לומר כאן. ובאמת דברי תוס׳ [78] תמוהין מאי ראיה הביא והא משם מוכח איפכא (ועיין בכל דבריו התם וכל מה שהקשה בסוגיא לדברינו א״ש).

---

2 ובאמת קשיא אמאי לא נחכה ונראה אי ינתץ הכהן את הבית ואז יוברר דמזליה דהמשכיר גרם או שלא יינתץ הבית ואז יוברר דמזלו של השוכר גרם דהרי בעה״ב לא הפסיד ולא מידי. ונראה דנחלט הבית הכוונה דנחלט ואח״כ טוהר והשאלה היתה מזלו של מי גרם וקמ״ל דזהו מזלו של השוכר וראיה דרק מתי שהוא גר בבית נתנגע ובבעה״ב עצמו לא פגעו משמיא דאיהו קיבל חזרה את ביתו.

ונראה לומר דבהך תוס׳ מצינו ב׳ חידושים הא׳ דגם הא דאיירינן בבית זה שייך לומר באופנים מסוימים דחייב להעמיד לו בית אחר והחידוש הב׳ הוא דבחוזה של בית זה שייך ציור דאינו חייב לשלם לו שכרו. ולב׳ חידושים

אלו רצו תוס׳ להביא ראיה מדברי רש״י התם דבאמת כתב שם דאף דאיירי בחמור זה צריך להוסיף לו מעות (וע״ל) ואי לא מעמיד לו חמור אחר אינו חייב לשלם לו שכרו וזהו כחידוש הב׳ דתוס׳. מיהו בלשון התוס׳ צריך קצת עיון ואולי איכא טעות בגירסא ולחומר הקושיא נראה דזהו ביאור דבריהם.

וברמב״ם פ״ה משכירות ה״ו כתב דאי המשכיר סתר ביתו או השכירו לגוי אלם חייב להעמיד לו בית אחר ואיירי התם בבית זה כדמוכח מלשונו התם וזהו ממש כדברינו דגם בבית זה שייך מקרים בהם חייב המשכיר להעמיד בית אחר וזהו כאשר איהו גרם בעצמו להפסקת השכירות וע״ש במ״מ דלא ידע מקורו ובשפ״א הנ״ל ובהגר״א ומרכה״מ דהביאו מקורו מסוגיין.

וא״כ נמצא דבשכירות חפץ סתם מה דחייב להעמיד לו אחר הוא מחיובי החוזה דאין לו קשר דווקא לחפץ זה אלא יכול להשתמש בחפץ כלשהו ע״מ לסיים צרכיו אבל בחפץ זה הרי בד״כ אינו חייב להעמיד לו אחר אא״כ איהו גרם לו ואז חיובו להעמיד אחר אינו מחיובי החוזה אלא כעין פיצוי על כך שגרם לו שאינו יכול להשתמש בחפץ זה (וקצת תליא בהנך שיטות בסי׳ הקודם אי איכא ליה קנין גוף לפירות בחפץ זה או רק זכויות לתשמישין ואכמ״ל).

אלא דבסוגיא דערכין הרחיקו לכת טפי מהרמב״ם דאיהו איירי היכן שגרמתו של המשכיר ברורה ובמזיד אבל הכא איירי בגוונא דרק מזלו גרם ולא דהיה מזיק ממש ובכ״ז חידשו לן הנך ראשונים (רש״י תוס׳ ואולי גם ר״ג) דאף אי מזליה דהמשכיר גרם חייב להעמיד לו בית אחר.

ובתוס׳ הביאו ראיה להך יסוד מרש״י בסוגיין וא״כ נאמר אף אנו דזהו הפשט נמי ברש״י דידן דמה שחייב להעמיד לו חמור אחר אף דאיירי בחמור זה וכדהקשו הראשונים זהו כיון דמזלו של המשכיר גרם. ונראה דזהו נמי כוונת רש״י שכתב דבמשנה איירי בבית הבעלים דמתה בבית הבעלים היא ראיה דמזלו של המשכיר גרם כיון דמתה בביתו ובגמ׳ איירי במתה בדרך דהתם נראה דמזלו של השוכר גרם ולכן אינו חייב להעמיד לו חמור אחר אי לאו דבחוזה התנו חמור סתם ובזה א״ש קושיותינו בשי׳ רש״י לעיל אות א׳ על האי חילוק דבית הבעלים וע״ש. ועיין לשון תלמיד הר״ף בשטמ״ק סוף ע״ח: דמשמע דבית הבעלים היא ראיה דמזלו של המשכיר גרם אם כי אינו מוכרח וע״ש.

ונראה דבהך יסוד מיתרצי נמי שאר קושיותינו בשי׳ רש״י לעיל דלהסבר זה כמובן לק״מ קושית הגרע״א דכולה מבוססת על הבנתו בפשט המילים דבית הבעלים וע״ש בדבריו ופשוט.

וקושית תוס׳ הרא״ש נמי מיושבת דהקשה איך לרב באנגריא שאינה חוזרת חייב להעמיד לו חמור אחר אף דאיירי הכא לרש״י בחמור זה ולדרכינו נאמר דכיון דהאנגריא אינה חוזרת מוכח [79] דמזליה דהמשכיר גרם דומיא דבית שנותץ כיון דאף לאחר תקופת השכירות לא יחזור החמור אליו ומוכח דמשמיא רצו ברעת הבעה״ב. ואנגריא חוזרת הוי כבית המוחלט דמזלו דהשוכר גרם והראיה דזהו רק בתקופת השימוש שלו דומיא דבית המוחלט.3

ולפי״ז ברש״י ק״ג. גבי בית שנפל בציור ששכר בית זה כתב דאינו צריך להעמיד לו בית אחר ואזדא ליה כיון דמזלו של השוכר גרם ובמהרי״ח הביאו הג״א גם בסוגיין וגם התם צידד דמוכח מלשון רש״י דחייב לשלם שכרו

משלם אף דנפל באמצע תקופת השכירות ונראה דדייק כן ממה שנזקק רש״י לכתוב דמזלו גרם דלכאורה זה מיותר דהא בבית זה אינו חייב להעמיד לו בית אחר בגלל החוזה אפי׳ אי לאו דמזלו גרם. ולדברינו אינו מוכרח כלל דהא גם לדין דאינו חייב להעמיד לו בית אחר צריך רש״י לומר דלא מזלו של המשכיר גרם דאל״ה אף דאיירי בבית זה הרי דומיא דבית המנוגע שנותץ יתחייב להעמיד לו בית אחר וקמ״ל רש״י דסתם נפילה אינה דומה לנתיצה שבאה בעוון צרות עין וגזל דהמשכיר וזהו מזלו דשוכר ודוק.4

ג. ועדיין צ״ב הך גדר דאיסור לכלות הקרן דקשה מה עדיף המשכיר מהשוכר או הלוה מהמלוה על משכון דהאחד יפסיד רק בגלל דאסור לו לכלות קרנו של השני.

והנראה בהקדם הנך ג׳ שיטות דהבאנו בסי׳ הקודם בגדר קנין שכירות דלשיטת התוס׳ והרא״ה ורשב״ם לשוכר אין קנין כלל בגוף החפץ אלא רק זכויות שימוש ומה דגובה מהנבילה הוא משעבוד דאית ליה בגופה. ולשיטות ר׳ אפרים והריב״ש ותי׳ אחד בריטב״א החדשים אית ליה קנין גמור לזמן גם בגוף וגם בפירות ולכן יכול לגבות מהנבילה דאיהי נמי שלו. ולשיטת הרמב״ם ורמב״ן ונמו״י ור״ן לשוכר איכא קנין גוף לפירות בחפץ ומה דיכול לגבות מהנבילה היה קשה לכאורה לשיטות אלו ולכן ביארנו ברמב״ם דשוכר הבהמה לרכב שאני דזהו רק זכות לתשמישים ולא קנין בגוף לפירות ולכן שרינן בגמ׳ לגבות מגוף החמור וכן נראה מלשון הרמב״ן בשטמ״ק שהבאנו שם. וא״כ בסוגיין לגבי גביה מהחמור איכא רק ב׳ שיטות או שגובה כיון דגם הגוף שלו או שגובה כיון דהגוף משועבד לו.

והנה בתוס׳ רא״ש בסוגין בד״ה רב לטעמיה שהבאנו דבריו לעיל הקשה על רש״י שפי׳ המשנה בחמור זה ופליג עליו וכתב דאיירי בחמור סתם ובכה״ג מודה רב דמכלינן קרנא וה״נ משמע בנמו״י בד״ה לא מכלינן קרנא. וקשה אמאי צריכים להגיע לכך שבחמור סתם מודה רב דהא לכאורה אפשר לפרש כפשוטו דאיירי בחמור סתם ובזה צריך להעמיד [80] חמור אחר ממש ולא שגובה מהנבילה ואז לא בעינן כלל לכלויי לקרנא.

---

3 ועיין במפרשים הכא אי אינה חוזרת פירושו אינה חוזרת כלל או שאינה חוזרת עד אחרי תקופת השכירות ולפי׳ קמא ניחא טפי אלא דאף לאידך פי׳ איכא למימר דכיון דהאנגריא פגעה אף במשכיר אפשר דחשיב הוכחה שמזלו גרם. 4 ובסי׳ הקודם כתבנו דרש״י ס״ל דשוכר לית ליה קנין גוף לפירות בחפץ השכור ולפי״ז בפשטות לשי׳ הגרא״ו והקה״י שהבאנו שם היה צריך להיות כדברינו הכא דבבית זה שנפל משלם חצי לשי׳ רש״י ודלא כהמהרי״ח אלא דלדברינו התם בין כך ובין כך לק״מ דהא הוכחנו דאינו תלוי השאלה כמה משלם בשאלה אי איכא קה״ג לשוכר וע״ש בדברינו.

ונראה דהנך ראשונים ס״ל דהשוכר קנה גוף לפירות ומה שאסר רב לכלות הקרן זהו כיון דהגוף אינו שלו דהא קנה רק הפירות. אבל בחמור סתם ס״ל דזהו רק שעבוד המשכיר לתת לו השימושים אפי׳ לשיטות דבחמור זה איכא קנין גוף לפירות כדביארנו לעיל בסי׳ הקודם ואם כן כדי שיקנה בכה״ג ולא יהיה קנין אתן ביארנו דבעינן שיהיה שעבוד מעכשיו בגוף החפץ ולכן כתבו הרא״ש ונמו״י דבכה״ג שרי לכלות הקרן דהא זהו כתוס׳ בשכירות רגילה דאיכא שעבוד ולכן גובה אף דהגוף אינו שלו וזה נראה פשוט בכוונתם.

אלא דמקודם הסברנו דקשה להנך שי׳ בגמ׳ אמאי גובה מהנבילה והא אינה שלו והיה מקום לומר דגם לשיטה זו דשוכר קנה גוף לפירות אף כששכר לרכב זהו גופא מאי דסבירא ליה לרב בגמ׳ דלא מכלינן קרנא כיון דכשמכלה הגוף הרי לוקח דבר שאינו שלו דאיהו אית ליה רק גוף לפירות ומה דאם יש בדמיה ליקח לוקח חמור אחר זהו

חשיב כאילו לא לקח הגוף אלא החליפו באחר וזה שרי ליה או בגלל שהבעלים נמי ניחא ליה בהכי או דאפי׳ אי לא ניחא להו בהכי אפשר דשרינן ליה דחשיב שימוש בפירות החמור בלבד.

ולפי״ז צריך לומר דשמואל פליג וס״ל דאית ליה נמי שעבוד לשכור בדמיו ולכלות הקרן וזהו דוחק וכפי שביארנו שם במה דתי׳ בספר איילת השחר. ואפשר דשמואל פליג בכלל וס״ל כשי׳ תוס׳ דאית ליה רק שעבוד בגוף אלא דזה לא יעלה ארוכה להנך שיטות דס״ל דאית ליה קה״ג לפירות להלכה דהרי קי״ל שמואל. ועו״ק דלפי״ז מאי פריך בגמ׳ מיבש האילן דהתם איירי במשכנתא וכדפירש״י, ושמא התם איכא אומדנא אחרת בדעת הבעלים דשרי לכלות קרן וזה יקשה נמי לשיטה השלישית דהריב״ש ור׳ אפרים דמאי קושיא איכא מיבש האילן גבי משכנתא לשכירות חמור.

ולכן נראה בפשטות הדברים דמה שגובה מהנבילה הוא כיון דמשועבדת לו ולפי״ז א״ש היטב הראיה מיבש האילן דהתם נמי איירי בזכויות שימוש בחפץ משועבד האם יכול לגבות מגופו ולכלות הקרן. וזוהי עוד ראיה למה שכתבנו בפשט הרמב״ם ורמב״ן דבשכרו לרכב אין לו קה״ג לפירות ככל שכירות אלא רק זכויות שימוש ולכן איכא נמי שעבוד ולכן גם שרינן ליה לגבות מהנבילה ובמקום דשכירות רגילה לא יוכל לגבות מהגוף כיון דאינו משועבד לו כהא דבית שנפל בפ׳ השואל ק״ג. וכמשנ״ת בסי׳ הקודם.

וברש״י בד״ה הדרא ארעא משמע דאי נפל היובל אחרי שני המשכון לא חשיב כליא קרנא ללוה אפי׳ דמשתמש בה רק שנה או שנתים עד היובל ובתוס׳ פליג וס״ל דאף בכה״ג כיון דסו״ס הדרא ארעא ביובל חשיב כליא קרנא ואסור. ולכאורה דברי רש״י נסתרים מהמשך הגמ׳ דהקשתה על התי׳ דמכר לשיתין שנין דסו״ס הדרא ארעא בסוף הזמן (ועיין מהרש״ל ומהרש״א מהדו״ק ומהדו״ב).

ונראה דרש״י ס״ל גדר האיסור דכלוי קרן דאסור למלוה ליקח הקרן באופן שלא ישאר גוף ביד הלוה אבל אם באופן שישאר גוף בידי הלוה לית לן בה דהיה לו גוף ונשאר לו גוף וכדהסברנו לעיל דההחלפה כעין זו שרי.

[81] וא״כ יש לומר דלרש״י ס״ל דהיובל אפקעתא דמלכא היא ולפני היובל חשיב השדה כקנויה לו קנין עולם גוף ופירות ורק כשמגיע היובל מפקיעה ממנו (ועיין במל״מ הל׳ שמיטה ויובל פי״א ה״א דכתב דשרי ליה לחפור בורות שיחין ומערות ודלא כקונה לזמן ובצ״פ תרומות עמ׳ 77 דהביא ראיות להך דיובל אפקעתא היא וכמדומה דגם בערוה״ש העתיד ריש הל׳ זרעים דן בזה ואינו תחת ידי והדברים עתיקים).

ולפי״ז הרי אם מוכר קרקע בזמן שהיובל נוהג הרי כשיגמור שני המשכנתא ויתנה לבעלים הרי יש לו גוף ופירות ואף לפני כן בתוך זמן המשכון היה לו גוף ורק כשיגיע היובל יפקיע ממנו וזה אינו חשיב כלוי קרן ולכן כתב רש״י דשמא יפול היובל בתוך שני משכנתא דרק אז הוי כלוי קרן.

ומה דבהמשך הגמ׳ תי׳ דמכר לשיתין שנין הו״א בגמ׳ דה״ה נמי הכא כיון דיחזור ללוה לכמה שנים לא חשיב כלוי קרן דומיא דיובל ותי׳ בגמ׳ דסו״ס הדרא ארעא בסוף השיתין שנין. וכוונת התי׳ דאינו דומה קנין לזמן לקנין בזמן שהיובל נוהג דבקנין לזמן הגוף אינו שלו אפי׳ לפני סוף הזמן והראיה דאסור לו לחפור בורות שיחין ומערות וא״כ חשיב כליא קרנא ללוה אפי׳ שישתמש בה כמה שנים עד סוף זמן המכירה כיון דאין לו קנין בגוף וראיה לפי׳ זה איכא מסוף הגמ׳ דכתבה דהיכא דנפל היובל אחרי שני משכנתא לא שרי ליצלח לציבי ומשמע

דמכירה בכה״ג לא חשיבא כלוי הקרן. ויש לדחות דהתם רק אמרו דעדיף ללוה דלא ניצלח לציבי דידיה למרות דבשני האופנים חשיב כלוי קרן ועיין לקמן.5

ותוס׳ פליג וס״ל דאף ביציאה ביובל דאית ללוה גוף בכ״ז לא שרינן ליה לקנות קרקע דהוי כלוי קרן דסו״ס נתמעטו זכויותיו של הלוה דהיה לו גוף לעולם ועכשיו אית ליה גוף לכמה שנים ולכך פי׳ בתוס׳ ההו״א של הגמ׳ במכר לשיתין שנין דכיון דהוא זמן ארוך הו״א דלא חשיב כלוי קרן וזהו כמובן דוחק גדול ולפי׳ ברש״י א״ש היטב.

אלא דלרש״י תקשי לכאורה אמאי לא קונה בדמי האילן שיבש חמור ואז אינו חוזר ביובל ולא הוי כלוי קרן ולמה דוקא נדחקת הגמ׳ בכל טצדקי דצריך לקנות קרקע. ובשלמא לתוס׳ ניחא דשדה עומד לעולם אבל אם קונה חמור הרי סופו למות וחשיב כלוי קרן דומיא דשדה לזמן ומה דבגמ׳ למעלה קניית חמור לא חשיב כלוי קרן הוא כיון דגם החפץ הקודם של המשכיר היה חמור שאינו עומד לעולם משא״כ הכא דאיירי דהחפץ של הלוה הוא קרקע אבל לרש״י הרי כה״ג לא חשיב כלוי קרן דהא ללוה אית ליה גוף עד שימות ונבילה כשימות דודאי מכירת חמור אף [82] דעומד למיתה לא גרעא ממכירת שדה בזמן שיובל נוהג דחשיבא מכירה עולמית.

---

5 ולרש״י שהסביר דמכליא קרנא שייך רק היכא דנופל היובל בתוך שני משכנתא קשה אמאי נקט שמא יפול יובל והא תמיד ידעינן מתי יהיה יובל ואם יודע שנופל בתוך שני משכנתא שלא ימכור ואם נופל אחרי סוף הזמן שימכור. ומוכרחים לומר דכוונת רש״י דהברייתא בפשטות איירי בכל ציור אף כשהיובל נופל בתוך שני משכנתא ובזה קשיא לרב אבל אין כוונתו לשמא במציאות וכן נמי מוכח בסוף הגמ׳ דכתבה דשמא יפול היובל אחרי שני משכנתא וכוונתה דגם בציור כזה איירי בברייתא ולכן לא רצתה לומר דניצלחיה לציבי אבל אם נופל בתוך שני משכנתא שרי ליה ליצלח לציבי.

ונראה דצ״ל ברש״י דכיון דהיה לו קרקע הרי אפי׳ דאם יקנה חמור לא יחשב כמכלה קרנו של הלוה הרי אסור לו לעשות כן דכל החידוש שביארנו לעיל דאף דלית למלוה קנין בגוף שרי ליה להחליף חפץ בחפץ ובלבד שישאר ללוה קה״ג בחפץ החדש הוא רק אם קונה כעין החפץ הקודם אבל קרקע אינו יכול להחליף בחמור דאזי חשיב כאילו לקח גוף הקרקע דאינה שלו וזה אינו יכול לעשות ולא נאמר החידוש דהחלפה היא כאילו לא לקח כלל הגוף אלא כשההחלפה היא בשני חפצים דומים.

ומכל האמור נראה דרש״י שיטה אחרת לו בביאור האיסור דכלוי קרן דאיהו ס״ל דזהו באמת כיון דלמלוה או השוכר איכא רק גוף לפירות ואסור לו לקחת את הגוף כיון דאינו שלו ולכן ס״ל דאם הגוף נשאר ללוה או למשכיר הרי לא חשיב כלוי קרן אף דמתמעטים זכויותיו דכל זמן שאינו פוגע בגוף הרי לוקח ממה ששלו וכמשנ״ת. ולכן גם ס״ל לרש״י דאינו יכול להחליף קרקע בחמור דאז חשיב כאילו לקח הגוף של הלוה דזה אינו חשיב החלפה שנשאר הגוף אצל הלוה. ותוס׳ ושאר הראשונים ס״ל דיסוד האיסור הוא מה שאסור למעט זכויותיו של הלוה או המשכיר כיון דלכך לא שעבד לו גוף החפץ וכמשנ״ת.

ועיין במ״מ פ״ז משכירות ה״ה שהביא בשם רש״י דברייתא דיבש האילן איירי נמי לענין קונה שדה בזמן שיובל נוהג (וכן הוא ברמב״ם פי״א מהל׳ שמו״י ה״ז וע״ש) וא״כ ברור דהברייתא באה ללמדינו דינו של קונה לפירות ולא דין גביה ממשועבדים כשאר הראשונים וזה א״ש לביאורנו בשי׳ רש״י הכא דהברייתא באה ללמדינו שאפשר להחליף גוף בגוף אחר ועדיין חשיב כמשתמש רק בפירות.

ולפי הסברינו לעיל דרש״י ביאר שי׳ רב בכך דמזלו של השוכר גרם ואילו היה זה מזלו של המשכיר היה שרי לכלות את הקרן ברור דהבין באיסור כלוי קרן כדברינו שזהו כיון דאינו שלו ואם מזלו של המשכיר גרם הרי שרי לגבות אפי׳ מנכסיו של המשכיר ואפי׳ בחוזה שכירות של בית או חמור זה כדהוכחנו ברש״י ערכין לעיל.

ובראשונים הכא הקשו דבדף ק״ט: פליגי אביי ורבא בהך ברייתא דיבש האילן אי בזמנו איירי או לא אבל לכו״ע היכא דהוי קרנא לא שרי לכלותו וע״ש וא״כ תרוייהו ס״ל כרב והאיך פסקינן הלכה כשמואל ותי׳ דהיכא דאפשר לא לכלויי קרנא מודה שמואל דלא מכלינן. ומשמע דזהו ענין שעד כמה שאפשר לא ממעטים זכויותיו של הלוה ולא שא״א לגבות מהגוף שאינו שלו (ונראה קצת דוחק לומר דבזה פליגי רב ושמואל דמשמע דבהא שמואל מודה לדינו של רב) וזהו לשיטתם דזהו נמי יסוד דינו של רב אלא דרב פליג וס״ל דלא מכלינן קרנא אף כשאין ברירה והמלוה מפסיד.

וברמב״ם פ״ז ה״ה משכירות כתב דהאיסור שמוש בעץ היבש הוא משום ריבית והראב״ד השיג דזהו איסור כלוי קרן וקשה דהא קי״ל כשמואל דשרי לכלות קרן. וצ״ל דהראב״ד ס״ל דאף לשמואל היכא דיש אפשרות אחרת לא מכלינן קרנא ולפי״ז אפשר דלהרמב״ם אף היכא דיש אפשרות מכלינן. וזה מתאים לשי׳ [83] רש״י דאין ענין הדין דכלוי קרן לשמור זכויותיו של הלוה אלא זהו איסור גמור של גזל דלוקח דבר שאנו שלו ואם ס״ל דבכה״ג לא חשיב לוקח דהרי רק מחליף הרי שרי לשמואל לכתחלה אי לאו דאיסור ריבית. וזה יתאים נמי לרמב״ם הל׳ שמו״י שהביא הך ברייתא לענין יובל נמי כרש״י. אלא דקשה להסברינו ברמב״ם בסי׳ דלעיל דמה דשרי לגבות מהנבילה הוא כיון דבלרכב הוא רק זכויות שימוש וא״כ משמע דהברייתא מלמדת דיני שעבודים כשאר ראשונים ולא דיני קנין גוף לפירות והחלפה וצע״ק. וכמובן דברמב״ם קשיא טובא איך בהמשך הגמ׳ דידן הקשתה נצלחיה לציבי והא אסור משום ריבית ואכמ״ל.

ובכלל להסברינו ברש״י קשה המשך הגמ׳ דביארנו ברש״י דלשמואל שרי לכתחילה לכלות קרן ואינו מחייב לדאוג לזכויותיו של הלוה וא״כ איך תי׳ הגמ׳ דלצלחיה לציבי אסור לשמואל נמי כיון דשמא יפרוק לפני הזמן או דיפול היובל אחרי שני משכנתא ומשמע דשמואל כן בעי למעט הפגיעה בלוה כמה שאפשר ושמא זהו לאו דוקא לדינא אלא זהו רק הסבר בברייתא אמאי נקטה שימכור ולא יצלח לציבי אבל איה״נ דמן הדין שרי אף לצלחיה לציבי ואכתי צ״ע.

[84]

סימן ח׳: גדרים מחודשים בענין מהות קנין פירות ושכירות

בסי׳ זה יבואו דברים מחודשים הנוגעים גם ליסודות של דיני ממונות אשר באתי לעורר אליהם לב המעיינים וצריכים עוד יישוב גדול וזה החילי בעז״ה. איתא ברמב״ם הל׳ ערכין פ״ו ה״ל המשכיר בית לחברו וחזר והקדישו הרי זה קדש ופקעה השכירות ואם דר בו השוכר מעל.

והקשו המל״מ והלח״מ דבהל׳ מעילה פ״ה ה״ה כתב הרמב״ם דהמקדיש בית בנוי הדר בו לא מעל ופי׳ בלח״מ דלגבי מעילה תלוש ולבסוף חיברו חשיב מחובר וע״ש.

ותי׳ בצ״פ תניינא דף נ״ו ע״ג (וע״ע שם בדף ו׳ ע״א ובדף ל׳ ע״א) דבבית איכא ב׳ גדרים חומר הבית שממנו נבנה כמו הלבנים והקורות וכו׳ דהם תלושים היו ונתחברו וצורת הבית דהיא עצם שימושו להיות בית דירה וזו נוצרה במחובר דרק משעה שנהיה בית אית ביה צורת בית והשוכר הרי הוא הבעלים על הצורה דהרי הוא המשתמש בבית אף דכמובן בחומר הבית אין לו חלק כלל (ועיין לעיל סי׳ ח׳ מה שכתבנו דלחלק משי׳ הראשונים אית ליה שעבוד גם בחומר עצמו כנגד זכויותיו) וע״ש בצ״פ בכל דבריו ואף דתירוצו הנ״ל צ״ב הרי עצם היסוד הוא הנוגע לענייננו.

והנה בתוד״ה מקומו בב״מ י״א: וכן תוס׳ קידושין כ״ז. וערכין ל׳. כתבו דשכירות ושאלה אינם נקנים בחליפין כדמוכח ב״מ צ״ט ריש ע״ב כשם שקרקע וכו׳ ובערכין שם כתבו דה״ה נמי כל דבר שחוזר לבעלים לאחר זמן דאינו נקנה בחליפין.

ובטור חו״מ סי׳ קצ״ה וכן בשו״ע בדעה ראשונה כתבו דמועיל חליפין ובשו״ע הביא די״א דאינו נקנה שכירות בחליפין ובטור כתב כן רק לענין שאלה וע״ש בנו״כ דכתבו דה״ה נמי לשכירות דהוא דעת תוס׳ דלעיל (ובהמשך נביא באופן אחר מהקצוה״ח סי׳ ר״ב).

ונראה דביאור הדברים הוא דקי״ל דקנין חליפין אינו בכסף אלא בכלי ואפי׳ אינו שו״פ וההסבר בזה הוא דקנין חליפין פועל על הגוף ולא על השוויות ולכן לא בעינן שו״פ ומה״ט נמי א״א לו בכסף כיון דלכסף איכא רק שוויות ואינו חשוב חפץ בפנ״ע כדאיתא בכמה דוכתי מטבע דעתא אצורתא (ב״מ מ״ה ועוד) ועיין בצ״פ שהאריך בזה (תרומות דף 13 כלאיים 47 ובשו״ת צפ״ו סי׳ נ״ז).

ונראה דזהו נמי מה דפליגי אמוראי אי פירי עבדי חליפין או לא דבפירות לא שייך קנין בגוף דהרי כל השמוש בפירות הוא לאוכלם וזה מכלה את הגוף ולכן נראה דיש בהם רק שוויות ותשמישים ועל כן איכא מאן דס״ל דלא עבדי חליפין דאין בהם גוף כלל אלא שוויות דומיא דכסף. ויש עוד הרבה להאריך בזה ואכ״מ.

[85] ולפי״ז נראה לומר דקנין שכירות לתוס׳ א״א בחליפין כיון דלשוכר נקנה הצורה וכדביארנו לעיל וא״כ לא שייך לקנותה בחליפין שהוא פועל על הגוף דבחליפין מחליפים הגופים זב״ז ולאידך שי׳ דס״ל דשכירות כן נקנית בחליפין צ״ל דס״ל דבשכירות נקנה או משועבד נמי חלק בגוף או כל הגוף כהנך שי׳ דהבאנו לעיל סי׳ ח׳ ולכך אפשר נמי לקנותו בחליפין (וע״ע בסמ״ע סי׳ שט״ו סוף אות ט׳ ושאר נו״כ).

ונוסיף לומר דאף למאן דס״ל דשוכר אית ליה גוף לפירות הרי זהו קנין בחומר ולא בצורה בלבד דהא אית ליה נמי בגוף ולכאורה כה״ג נקנה בחליפין ואנו כרגע אזלינן בשיטה דאית ליה רק פירות דזהו קנין בצורה בלבד דכפי שביארנו לעיל הצורה היא היותו עומד לתשמישו כמו עץ דצורתו היא שעושה פירות ובית צורתו שעשוי לדירה וכו׳.

ועיין ט״ז ריש סי׳ שט״ו דכתב דלשוכר אית ליה קנין פירות בלבד ולא גוף לפירות דבשכירות חדשה תורה דאפשר לקנות בכה״ג (הבאנו דבריו לעיל סי׳ ח׳) וא״כ משמע כדברינו דשוכר אית ליה קנין בצורה בלבד ולכן לא נקנה בחליפין.1

והנה בספר קצוה״ח סי׳ קצ״ה הקשה לתוס׳ ערכין הנ״ל דס״ל דכל דבר שעתיד לחזור לבעלים לא נקנה בחליפין האיך למדנו קנין חליפין מגואל ובועז שקנה השדה בחליפין והא עתיד לחזור ביובל. ולדברינו א״ש היטב דהא אין הדבר תלוי בהך דעתיד לחזור במציאות אלא בזה דלקונה ליכא קנין בגוף אלא רק בצורה וא״כ ביובל אף דאית ליה קנין בגוף לפירותיו חשיב קה״ג וכדלעיל ונקנה בחליפין ואפי׳ תימא דגוף לפירות לא חשיב גוף עדיין לק״מ קושית הקצוה״ח דהא ביובל י״ל דלקונה אית ליה קנין גמור בקרקע אלא דכשיבוא היובל יפקיענה מידו אבל לפני היובל היא קנויה לו קנין עולמי (וע״ל סי׳ ט׳ מש״כ בזה דיובל אפקעתא דמלכא הוא) ושפיר נקנית בחליפין. ועיין במל״מ דכתב בהל׳ שמיטה ויובל ריש פי״א דהקונה קרקע בזמן שהיובל נוהג רשאי לחפור בה בורות שיחין ומערות ומוכח דאית ליה קה״ג דהא בלוקח לפירות לית ליה רשות לעשות כן אף דאית ליה גוף לפירות (ועיין הל׳ מכירה פכ״ג ברמב״ם).

וכד תדייק בלשון תוס׳ ערכין הנ״ל תראה דנקט מתנה ע״מ להחזיר ולא במקנה גוף לפירות או לזמן ולכאורה קשיא אמאי נחית להאי דוגמא רחוקה ולא נקט בפשטות לוקח לזמן אלא דזהו כיון דבקונה גוף לפירות אית ללוקח נמי בגוף עצמו בחומר ולא רק בצורה וכמשנ״ת וא״כ שפיר נקנה בחליפין ובמתנה ע״מ להחזיר לית ליה כלל בחומר אלא רק בשמוש דהוא הצורה וה״ה נמי בשכירות לדברינו הכא דאית ליה קנין בפירות בלבד ולא בגוף לפירות דבשכירות שייך כה״ג וכהט״ז דלעיל ודוק.2 [86] ובזה מבואר נמי הרא״ש הביאו הקצוה״ח הנ״ל דהקשה אמאי לא הקנה ר״ג השדה לזמן בחליפין והוכיח הרא״ש מכאן דאין ראיה דשכירות לא נקנית בחליפין וע״ש היטב ובסוכה פ׳ לולב הגזול סי׳ ל׳ ברא״ש. וכתב הקצות דמוכח דלא ס״ל כתוס׳ דהא במתנה לזמן פשיטא ליה להרא״ש דמהני חליפין. ולדברינו לא פליגי כלל דבמתנה לזמן גם תוס׳ יודו דנקנה בחליפין ורק במתנה ע״מ להחזיר הוא דכתבו דלא נקנה בחליפין וביותר דברא״ש הוא רק קושיא על שי׳ התוס׳ דאף דס״ל דבשכירות לא מהני חליפין הוי פשיטא ליה בשי׳ תוס׳ עצמם דבמתנה לזמן מהני ומשמע דהבין בתוס׳ כדברינו.

---

1 וברמב״ם קשה לומר כן דהבאנו בסי׳ ח׳ הנ״ל מכמה דוכתי דאיהו ס״ל דשוכר קנה גוף לפירות וצ״ע תי׳ הצ״פ אא״כ נאמר דגם גוף לפירות הוא קנין בצורה ולא בגוף אלא דבכל מקרה תירוצו צ״ע כפשוט למתבונן וע״ש וכן צ״ע הט״ז דכתב כן בשי׳ הרמב״ם דלשון המחבר התם היא לשון הרמב״ם. 2 א. ולדברינו הכא משמע דבמתנה ע״מ להחזיר נקנית הצורה ולא החומר וקשה איך שייך להקנות דבר כזה דלא בא לעולם (התשמישין) או דאין בו

ושמא בזה מבואר אמאי בכל מקום בש״ס אשכחנא מתנה ע״מ להחזיר ולא מכר ע״מ להחזיר ואילו במכירה לפירות או לזמן מצינו גם במתנה וגם במכר וזהו כיון דלא שייך למכור צורת הדבר דזה שייך רק למתנה או לשכירות ויש עוד לעיין בדבר (ועיין לקמן סי׳ ט׳ בהערה שם).

וע״ש בקצוה״ח דהביא מקור לדברי תוס׳ מגמ׳ קדושין בדף ח׳ גבי ע״ע דאינו נקנה בתורת תבואה וכלים ולדברינו צ״ל דאם נכון הוא דזהו מקורו דתוס׳ הרי גם בע״ע הקנין הוא בצורה שבו ולא בחומר או בגופו וזהו הפי׳ ע״ע גופו קנוי דצורתו קנויה ולא גופו דבגוף לא שייך קנין בישראל ובזה אפשר לבאר כמה יסודות בביאור סוגיא זו ואכמ״ל בהך דע״ע גופו קנוי דהאריכו בו המפרשים. ואולי זהו נמי הדמיון בין ע״ע לשכיר דנחלקו המפרשים אי שכיר גופו קנוי כע״ע או לא דאם נאמר דזהו קנין בצורה לתשמישים ולא בגוף ממש יותר מיושב דדמי לשכיר.

וכן לגבי אשה דבגמ׳ קידושין ג׳. איתא דלא מיקניא בחליפין כיון דאפשר בפחות משו״פ ולכאורה מה בכך דאמאי לא יקנה אותה בחליפין של יותר משו״פ (ועיין שם במפרשים). ולדברינו אפשר דאשה דומיא דעבד אין לבעל קנין בגופה אלא בצורת האשה שבה ולכן נקנית בכסף ולא בחליפין ואפי׳ יש בהם שו״פ וזהו הפירוש דלא מיקניא נפשא (דהכוונה גופה). ומה דכתבו

ממש כדנבאר בהמשך וצ״ל דעם הקנין איכא שעבוד בגוף החפץ כדכתבנו בדעת תוס׳ ודעימיה בסי׳ ח׳ לעיל. ולפי״ז מיושבת הקושיא ששמעתי בשם הג״ר זלמן נחמיה גולדברג במתנה ע״מ להחזיר דפסקינן דהוי מתנה ואמאי לא יוכל להחזיר לו ע״מ להחזיר. והתי׳ הפשוט בזה הוא דבאמת יכול להחזיר לו כן אלא דאח״כ הראשון לא יחזיר לו למרות התנאי וממילא בטילה הנתינה השניה ונמצא דלא החזיר השני לראשון וא״כ לא קיים תנאו ולכן גם מתנת הראשון לא חלה ונשאר ברשות הראשון. ושו״ר במקנה קידושין בדף ו׳ סוע״ב דתלה זאת במחלוקת ראשונים וע״ש.

ולדברינו הכא י״ל באופן אחר דהשני אינו יכול להקנות לראשון ע״מ להחזיר דהא זהו רק קנין צורה והוי דבר שאין בו ממש אלא דהראשון הקנה לו נמי שעבוד בגוף החפץ אבל לשני ליכא כלל בעלות בגוף ולכן אינו יכול להקנות לראשון שעבוד בגוף דהא הגוף לגמרי שלו. ואין להקשות מאתרוג דיכולים לתיתו במתנה ע״מ להחזיר ולהמשיך כן לאדם שלישי דהא בכה״ג שלא מחזיר חזרה לראשון הרי השעבוד עובר לשלישי דאנן סהדי דניחא לראשון בהכי ועדיין צ״ע.

ב. ועוד צ״ע הא דכתבנו דמתנה ע״מ להחזיר אינו סתם תנאי ככל על מנת אלא הוי נתינת הצורה בלבד דלא כן משמעות המפרשים. ועיין סי׳ רמ״א בקצוה״ח ונתה״מ מה דפליגי בזה ועיין היטב בבית הלוי ח״א סי׳ כ״א והדברים עתיקים.

[87] דלא מיקניא נפשא בפחות משו״פ הוא רק ראיה דחליפין קונים גוף דהא אפשר בפחות משו״פ. ואכתי צ״ע דברש״י התם לא משמע כן ועיין ר״ת בתוס׳ שם וברשב״א דנראה שכתב כדברינו הכא.

ובקצוה״ח ריש סי׳ ר״ב הבין בדעת הטור סי׳ קצ״ה דלעיל דיש חילוק בין שכירות לשאלה דבשאלה י״א דאינו נקנה בחליפין אף דבשכירות נקנה ולפי״ז מיישב דעת ר׳ ירוחם דחילק ביניהם לענין קנין אגב. ולדברינו י״ל דלהנך שיטות שכירות הוי קנין בגוף ושאלה היא קנין בצורה בלבד ומהסברא דכתבנו לעיל דצורה שייכת רק במתנה ולא במכירה (ועיין ברמב״ם שאלה ופקדון פ״א ה״ה דכתב דשאלה היא דומיא דמתנה ופשוט) ולא ס״ל כט״ז דשכירות אינה מכירה ולכן בקנין אגב מקנים אגב שכירות ולא אגב שאלה כיון דבאגב בעינן שיקנה החומר ולא הצורה ואגב החומר יקנה החפץ האחר.

ובזה נראה ליישב באופן נוסף דברי הריטב״א שהבאנו לעיל סי׳ ח׳ דבקידושין מ״ז כתב בשם רבו דבשאלת קורדום לא קנה כלום בגוף אלא רק זכויות שימוש ואילו בב״מ ק״ג משמע דאיכא קה״ג לפירות גבי נפל הבית בתוך זמן השכירות דס״ל לריטב״א בשם רבו (הרא״ה) דמשלם לו שכרו משלם. והקשינו דדבריו סתרי אהדדי ולדברינו הכא י״ל דשאני שכירות משאלה דבשכירות קונה הגוף לפירות דזהו קנין בגוף ממש וכמשנ״ת לעיל אבל בקדושין בסוגיא דקורדום איירי בשאלה ובכה״ג ס״ל לריטב״א דליכא כלל קנין בגוף ודוק.[3]

ולדברינו כאן אפשר דאף תוס׳ (הבאנו דבריהם בסי׳ ח׳ לעיל) דס״ל דליכא לשוכר קנין בחפץ אלא רק זכויות כוונתם לכך דאית ליה קנין בצורה דאחרת מאי קנין איכא בשכירות ובפרט דבפ׳ הזהב (נ״ו:) כתבה הגמ׳ דשכירות ממכר ליומיה הוא ולתוס׳ התם זהו רק לענין אונאה דבמס׳ ע״ז מוכח דאיהו לא חשיב בעה״ב ולדברינו הכא מתישב שפיר לשון ממכר דזהו מכר הצורה.

ואפשר עוד דלא שייך למכור הצורה שלא ע״י שכירות לא בגלל דהוי דבר שלא בא לעולם דהא הצורה ישנה בעולם אלא דזהו דומיא דדבר שאין בו ממש כהרמב״ם מכירה פכ״ג הי״ג וי״ד דאין קנין חל עליו.

ועיין בס׳ דרכי משה לר׳ עמיאל ז״ל ח״א פי״ד משמעתתא ה׳ שכתב דשוכר [88] הוי גדר ברשותו אבל אינה שלו ולכן המשכיר אינו יכול להקדיש דאינה ברשותו ואפשר דזהו הפירוש של אינה ברשותו בכל מקום (כגון בגזלן) דהצורה כפי מה שביארנו היא מה שהחפץ עומד לתשמיש וזה ודאי אינו של הבעלים ואפי׳ בגזלן דהא התשמיש כרגע אינו באפשר להבעלים כיון דהחפץ אינו אצלו וא״כ נהי דהוי בעלים על הגוף דהוא החומר הרי אפי׳ אם ירצה להשתמש לא יוכל ולכן חשיב אינה ברשותו.

---

3 ולכאורה היה מקום ליישב דברי הריטב״א באופן אחר דאמנם אית ליה רק קנין צורה וביארנו דזהו למעשה קנין פירות בלבד (ולא גוף לפירות) וא״כ לכאורה אפשר דעבור זה משלם בבית שנפל עבור קניית התשמישין. אלא דזה אינו דעל פירות (דזהו דבר שלא בא לעולם) לא שייכת בעלות כלל ולא רק שא״א להקנותם דהחסרון בדבר שלבל״ע הוא בבעלות ולא בהקנאה כדמוכח ברמב״ם פכ״ג ממכירה ה״ד ובגמ׳ פ׳ מי שמת גבי מכר אילן ושייר פירותיו לעצמו הרי שייר מקום הפירות דכל המשייר לגבי עצמו בעין יפה משייר ואילו היה שייך בעלות על פירות בלבד ומה דא״א הוא להקנות את הפירות הרי אין צורך כלל לשייר מקום הפירות דהא לעצמו אינו מקנה אלא משייר ואכמ״ל. ומוכח דבפירות לבד לא שייך בעלות ולא רק הקנאה וא״כ ברור דהפירות אינם קנויים לו מעכשיו שיצטרך לשלם עבורם אלא רק בכל פעם שנשתמש בחפץ הרי השימוש היה שלו ולא שמראש היה קנוי לו וא״כ ליכא לתרוצי כן בריטב״א ובעינן לתירוץ דלעיל.

ובתוספת ביאור נ״ל דהוא אינו בעלים על הצורה ואפי׳ כשיחזור אליו הרי כבר לא יוכל להשתמש בשמושים שהיו בזמן שהחפץ היה בידי הגזלן דהחפץ הוא תמיד אותו חפץ אבל השימושים בכל רגע הם אחרים ופשוט הוא דהא אפי׳ ישתמש בכלי ברגע שנמצא ביד הגזלן הרי כשיחזור לבעליו לא נחסר כלום כיון דעכשיו אלו הם תשמישים חדשים והתשמישים שהיו בזמן הגזילה כבר אבדו מן העולם אלא דבכ״ז שם בעלות הולך אחר החומר וכדכתבנו בדעת תוס׳ ב״מ נ״ו: לעיל ועל החומר הוא דחייב הגזלן את ההשבה.

ומה״ט אם אינה ברשותו לא יכול להקדיש דזהו ממש חסרון בבעלות ולא רק מעכב חיצוני דכפי שביארנו בעלות על הצורה היא בעלות על הפירות ללא הגוף ולא סתם מצב דאינה ברשותו (דזהו חסרון צדדי דאינו קשור לבעלות) כנראה בשטחיות הדברים.4

וברור דכל הגדרים הללו מחודשים מאד וצריך עדיין יישוב גדול לאמרם ולא באתי אלא לעורר לב המעיינים.

---

4 א. וע״ש בדרכי משה שמעתתא ח׳ פ״ח והלאה מה שכתב בגדרי הבעלות על קדשי בדק הבית ואפשר דכוונתו לומר דבקדשי בדק הבית הבעלות היא על הצורה ולא על החומר וע״ש. ב. ואפשר דגם בסוגיא דזה נהנה וזה לא חסר מה דהו״א שחייב לשלם כיון דלקח ממנו משהו שהוא בעליו והוא השימושים של אותו זמן וא״כ יצטרך לשלם עבור הבעלות על הנך שימושים וחידשה שם הגמ׳ דאם אינו רוצה בעצמו להשתמש בהם ואינו חסר כלום לא חייב לשלם לו.

ונראה לפי״ז דקנין הצורה אף דביסודו הוא קנין לזמן הרי הנך שימושים קנויים לו עולמית דשימושי הימים האלו אינם שייכים כלל לבעלים אף כשהחפץ יחזור אליו לאחר זמן וכדביארנו ורק הצורה היא הקנויה לו לזמן אלא דזהו דבר שאין בו ממש וכדלעיל.

[89]

סימן ט׳: בענין פלוגתא דר׳ יהודה ור״מ בשוכר כיצד משלם (בדף פ: וצ״ג)

א. איתא במשנה צ״ג. ארבעה שומרין הן ש״ח והשואל נושא שכר והשוכר וכו׳ נושא שכר והשוכר נשבעין וכו׳ ומשלמין את האבידה ואת הגניבה. ובגמ׳ שם מאן תנא ארבעה שומרים אר״נ ארב״א ר״מ היא א״ל רבא לר״נ מי איכא דלית ליה ארבעה שומרים א״ל הכי קאמינא לך מאן תנא שוכר כנושא שכר ר״מ היא והא ר״מ איפכא שמעינן וכו׳ אי הכי ארבעה שלשה נינהו ארנב״י ד׳ שומרין ודיניהם שלשה. ובתוד״ה אי הכי כתבו דהאי אי הכי אין בו אא״ב דמעיקרא נמי הוה מצי לאקשויי הכי.[1]

ובשבועות מ״ט: איתא כסוגיא דידן וכתב רש״י התם הני ג׳ גרסינן ולא גרסינן אי הכי ובין לר״מ ובין לר׳ יהודה פרכינן לה וזהו לכאורה כתוס׳ דידן.

ובתוס׳ רא״ש שבועות שם הביא בשם רבינו מאיר דהך אי הכי בדווקא קתני דלהו״א דמתני׳ אתי ככו״ע א״ש הא דקתני ארבעה שומרין דהשוכר הוא סוג רביעי ובו פליגי ר״מ ור״י אלא למסקנה דמתני׳ כר״מ קשיא אמאי קתני ארבעה שומרין הם וע״ש.

ולכאורה בפשט הגמ׳ נראה דבהו״א מוקי ר״נ למתני׳ כר״מ ודחי ליה דכו״ע מודו דארבעה הוו ולמסקנה נתבאר דמתני׳ באמת אתי ככו״ע ואף ר״נ איירי רק לגבי סיפא דמתני׳ לאשמועינן הך דמפכינן לר״מ ור״י.

ובתוס׳ רא״ש בשם רבינו מאיר דלעיל כתב להדיא לא כן דאיהו למד מהלך הגמ׳ דבהו״א מוקי ר״נ לרישא דמתני׳ כר״מ ורבא פליג וס״ל דאתיא ככו״ע ור״נ הביא ראיה לדבריו מסיפא דמתני׳ וס״ל דמהכא ראיה דכולא מתני׳ אתיא כר״מ וא״כ למסקנה פליגי אמוראי באוקימתא דרישא דמתני׳ אי אתי כר״מ או ככו״ע.

וברש״י ב״מ בסוגיין משמע דלא כתוס׳ רא״ש דכתב דע״כ ד׳ מיני שומרין אשכחן ומשמע דלית מאן דפליג בהא. וכן משמע בד״ה הבא דכתב מאן תנא שוכר כשומר שכר דקתני מתני׳ בתרוויהו פטורין מאונס ומשלמין גניבה ואבידה ומשמע דאין כוונתו לראיה לאוקימתא דרישא אלא לברר תנא דסיפא בלבד אתי וכ״כ להדיא הריטב״א שבועות שם דר״נ אתי לברר תנא דסיפא בלבד.

ובתוס׳ רא״ש ב״מ צ״ג. בד״ה אי הכי הביא כלשון תוס׳ דידן בשנוי קל דכתב דהך אי הכי לאו דווקא דלר׳ יהודה נמי הוה מצי לאקשויי הכי וחזינן מדבריו הכא נמי דאף דס״ל דלא כר׳ מאיר דהביאו בשבועות דהך אי הכי בדווקא הרי במהלך [90] הגמ׳ למד כוותיה דלרש״י בהו״א מוקמי למתני׳ כר״מ ולא כר״י ודוק.

---

1 ועיין רש״ש מה שכ׳ ביישוב קושית התוס׳ וכמדומה שראיתי לחד מהראשונים שדחה לתי׳ זה ואיני זכור מיהו ועיין ריטב״א בסוגיא דשבועות מ״ט.

ועיין ברש״י שבועות הבאנו דבריו לעיל דכתב דגם לר״מ וגם לר׳ יהודה פרכינן ומשמע דס״ל במהלך הגמ׳ כשי׳ בב״מ דאל״ה הו״ל למנקט. דהוה מצי למיפרך לר׳ יהודה ולא כדכתב דבפועל פרכינן נמי אליביה.

ועיין בספר מעיני החכמה בד״ה בתוס׳ ד״ה א״ה דכתב להדיא כרש״י וריטב״א במהלך הגמ׳ דלמסקנה רישא אתיא נמי כר׳ יהודה ובהו״א רק כר״מ.

נמצא דאיכא ג׳ שיטות בהבנת מהלך הגמ׳ שי׳ רש״י וריטב״א דר״נ ס״ל כרבא דרישא אתיא ככו״ע וסיפא אתיא כר״מ ובהו״א ס״ל לגמ׳ דר״נ מוקי לרישא כר״מ. שי׳ ר׳ מאיר דבהו״א מוקי ר״נ למתני׳ כר״מ ורבא פליג ומוקי לה ככו״ע וקושיא דאי הכי קאי רק אר״נ. ושי׳ תוס׳ רא״ש ב״מ ונראה דזוהי נמי שי׳ תוס׳ דידן כר׳ מאיר אלא דהם ס״ל דאי הכי לאו דוקא ואקשינן לכו״ע.

ב. ועדיין צ״ב לשי׳ רבנו מאיר דס״ל דאי הכי דנקטה הגמ׳ הוא בדווקא אמאי תקשי לר״מ ולהו״א לא קשיא ועוד צ״ב מהו הגדר דד׳ שומרין ודיניהם ג׳.

והנראה בזה בהקדם דברי המשנה דף פ׳: כל האומנין שומרי שכר הן ובגמ׳ שם לימא מתני׳ דלא כר״מ דתניא שוכר כיצד משלם ר״מ אומר כש״ח ר׳ יהודה אומר כשומר שכר וכו׳.

וכתב שם רש״י בד״ה ר׳ יהודה אומר כשומר שכר הואיל ולהנאתו הוא אצלו אעפ״י שנותן שכר פעולתו ש״ש הוא דאי לא יהיב שכר הוי שואל וחייב באונסין השתא דיהיב ליה אגרא לא הוי שואל והוי ש״ש ובד״ה ר״מ אומר כש״ח דקא יהיב אגר מלאכתו ואינו נוטל שכר על שמירתו ואומן דמי לשוכר שלהנאת שכר אומנותו היה אצלו אבל לא שכר שמירה הוא נוטל אלא שכר פעולה עכ״ל.

והקשה בספר מעיני החכמה וז״ל ויש לדקדק דלפי״ז תקשי גם לר׳ יהודה אמאי יהיה אומן ש״ש הא לא דמי לשוכר דשוכר אי לא יהיב שכר הוי שואל משא״כ אומן אפי׳ לא יעשה מלאכה נותן לו שכר אינו אלא ש״ש וא״כ כי עביד מלאכה בשביל השכר לא יהא רק ש״ח. ובאמת ההבנה הפשוטה בדברי רש״י דבעינן לספור הגריעותות ולפי״ז להחליט אי הוי ש״ש או ש״ח דשוכר הוי כשואל אלא כיון דמשלם הרי גרע קצת ולכך חשיב כש״ש וצ״ב בטעמו של דבר וכן קשיא לפי״ז קושית בעל מעיהח״כ.

ונראה מרש״י דס״ל דשוכר הוא שואל עם פטור מאונסין ולא כש״ש שלא התחייב באונסין מלכתחילה וזהו כיון דיש לו רשות שמוש ממילא צריך להתחייב באונסין אלא דכיון שמשלם על שמושו פטור הוא מאונסין.

והביאור בזה נראה לומר דמה דשואל חייב באונסין הוא כיון דהתורה העמידה החפץ ברשותו לענין זה וא״כ הוי דבר שלו אלא דבסוף זמן השאלה בעי להחזיר החפץ לבעליו הראשון ואי ליתא לחפץ הרי צריך לשלמו ולא בגלל האחריות אלא כיון דהתחייב להחזיר לו החפץ. וזהו הביאור בהך יסוד דאוקמוה ברשותיה להתחייב באונסין דזהו אינו מצד דחייב לשלם לבעלים על הנזק שנגרם לחפץ שלו אלא ההבנה היא דחייב להחזיר לו החפץ בתום הזמן ואי אין לו החפץ הרי חייב לשלם לו [91] תמורתו מצד החיוב להחזיר החפץ דאונסא לאו כמאן דעביד וכיון לא החזיר החפץ הרי צריך לשלם תמורתו ועיין לקמן בסי׳ בענין משכון שהארכנו לבאר ולהוכיח יסוד זה (ואולי נפ״מ דהחיוב חל רק בזמן תום השאלה ולא בזמן האונס ועוד נפ״מ היא בדינו של הריב״ש דכתב דבעינן להקנותו לבעלים הראשון בתום הזמן וע״ל סי׳ ו׳ ז׳).

ולפי״ז נאמר בכוונת רש״י דשוכר נמי כיון דיכול להשתמש בחפץ הוי שלו ולכך חייב להחזירו ואם נאנס הו״א דיהיה חייב להחזירו מידי דהוי בשואל אלא דכאן רש״י חדית לן דכיון דמשלם תמורת השכירות הרי גדר

הבעלות הוא גדר של בעלות לזמן שבתום הזמן פוקעת וממילא חוזר החפץ לבעליו ודלא כשואל דעליו מוטל החיוב להחזיר החפץ לבעליו ואינו חוזר ממילא ולכך בשוכר אם נאנס החפץ הרי דלאחר זמן השכירות ממילא לא נשאר לבעלים הראשון ולא מידי והשוכר פטור דאין עליו חיוב החזרה שלא קיימו כבשואל אלא דבעלותו פוקעת בתום הזמן (ופשיטא דאפי״ה אי פשע או נגנב חייב לשלמו דאיכא עליו חיוב אחריות להשאיר חפץ לבעליו בתום השכירות וללא זה אין דעתו של המשכיר להשכיר החפץ וסברא זו באה רק לפטרו מאונס).

ועיין בשטמ״ק פ׳: מה שהביא בשם הראב״ד דאומן כשוכר כיון שהוא עושה מלאכה בגוף החפץ וזהו ממש כדברינו.

ולפי״ז יבואר בגמ׳ ע״ז ט״ו. דקשרה קניני שכירות ושאלה זב״ז דאם שכירות קניא שאלה נמי קניא ואי לא לא ולכאורה קשיא דשואל אוקמוה לחפץ ברשותו כדי להתחייב באונסין ושוכר הרי הוא בעלים כיון דקנה ושילם עבור הבעלות ואמאי קשרה הגמ׳ זב״ז. ולדברינו מבואר היטב כיון דשוכר הרי הוא ממש שואל דבעלותו היא מחמת דהבהמה ברשותו לשימוש והנאה אלא דפטור מאונסין וכמשנ״ת.2 [92] וא״כ באומן דאף הוא מקבל החפץ להשתמש בו ע״מ להרוויח את שכרו דמי לשוכר ולשואל וכדכתב רש״י דהועיל ולהנאתו הוא אצלו אעפ״י שנותן שכר פעולתו ש״ש הוא וזהו לא כהבנת מעיני החכמה דזהו חשבון ומניית גריעותות בעלמא וברור דלפי״ד קושייתו לק״מ.

---

2 א. ובספר איילת השחר ב״מ ע״ט. בד״ה ויש לעיין כתב כעין דברינו בביאור הדין דחמור שמת יכול להשתמש בנבילה ולכאורה קשיא מה עדיף מעצם השכירות דשם לית ליה זכות להשתמש באופן שאינו מחזירו ותי׳ דבשכירות ליכא חיוב להחזיר החפץ אלא ההבנה היא שהשכירות פוקעת בתום הזמן וע״ש בכל דבריו. ולפי״ז וכפשוט דבשואל שמת חמורו באמצע הדרך אינו יכול להשתמש בנבילה כיון דאית ליה חיוב החזרה ויצטרך להחזירו אף דבחמור עצמו פטור כיון דמת מחמת מלאכה ולאו לאחזוקי בכילתא שאלו ודוק.

ב. ולפי״ד יתישב לכאורה קושית הרמב״ן במלחמות שבועות כ״ה. בדפי הרי״ף הביאו הש״ך חו״מ סי׳ ע״ב אות ט׳ ובספר מעיני החכמה אות ע״ד דרש״י ס״ל דמלוה על המשכון קני לה מדרבי יצחק אף לענין אונסין והקשה הרמב״ן מסוגיא דכל האומנין ש״ש ואפי׳ למ״ד אומן קונה בשבח כלי מ״מ אינו חייב באונסין ולדברינו לק״מ דהאומנין קנו החפץ לזמן כשוכר וזה אינו מחייב באונסין ודלא כשואל דבעמוד והחזר קאי ועדיין צע״ק אי זהו נמי הגדר דמלוה על המשכון ויבואר בל״נ בסי׳ הבא.

ג. ונעיר כאן בדבר מחודש דבד״כ בש״ס מצאנו מתנה ע״מ להחזיר ומכירה לזמן ואילו מתנה לזמן וקנין ע״מ להחזיר לא מצינו (ועיין שו״ע חו״מ סי׳ ר״ז ה״ה ונראה דאין לו מקור וכן גבי קדושין במתנה ע״מ להחזיר לכאורה נראה דזהו מכירה ע״מ להחזיר אלא דקדושין שאני ואכמ״ל ולכשאפנה אשנה פרק זה).

ואפשר דכל פעם שהנתינה היא ללא כסף הרי שזהו ע״מ להחזיר וכשהנתינה היא בכסף הרי היא לזמן דבמתנה לזמן לא מעבירים שם בעלים ולכן לכל אורך התקופה איכא שם בעלים ראשונים ורובץ עליו חיוב החזרה אבל במכירה

ובהבנת ר״מ כתב רש״י דקא יהיב אגר מלאכתו ואינו נוטל שכר על שמירתו וכוונתו דבשוכר לא חשיב שלו כיון דנותן שכר על מלאכתו ולכך אף דיכול להשתמש בחפץ לא חשיב שלו וא״כ הוי סתם שומר כיון דעל דעת זה קיבל החפץ וברור הוא דהוי ש״ח כיון דלא קיבל שכר על שמירתו וא״כ איכא תרי עיסקאות בין השוכר והמשכיר אחת היא עיסקת השכירות והוא מה שמתיר לו להשתמש בחפץ תמורת התשלום והב׳ הוא עיסקת שמירה בחינם על החפץ (ולפי״ז קצ״ע לשון רש״י בהסבר הדמיון בין אומן לשוכר ואכמ״ל).

אכן כל הביאור הזה א״ש אי אמרינן דשוכר אית ליה קנין בגוף החפץ המושכר אבל לשי׳ התוס׳ בכל הש״ס ודעימיה דשוכר משתמש בחפץ של המשכיר ולית ליה קנין בגוף החפץ (ועיין בתוס׳ יבמות ס״ו: וב״מ נ״ו: ובסי׳ ו׳ בארוכה) הרי ליכא למימר כדברינו בשי׳ רש״י בדמיון בין שוכר ושואל.

ואכן בתוד״ה נימא בדף פ׳: כתבו דאומן דמי לשוכר כיון דשניהם מקבלים שכר ואעפ״י ששכר זה אינו תמורת השמירה חשיבי לר׳ יהודה כש״ש (וראיה פשוטה דלא בעינן שכר תמורת השמירה מפרוטה דרב יוסף אף דבזה כתבו תוס׳ בכמה דוכתי דלית הלכתא כר׳ יוסף ויבואר בע״ה בסי׳ הבא).

וצ״ב מאי שכר חשיב אי זהו לא תמורת השמירה והא לעומת שכר זה השוכר משלם דמי השכירות והאומן את העבודה וא״כ אמאי לא חשיבי ש״ח.

והנראה בזה בהקדם דברי תוס׳ הרא״ש פ׳: וז״ל ומדמה אומן לשוכר דכי היכי דשוכר אינו נוטל שכר על שמירת הבהמה אלא שנהנה שעושה בה מלאכתו הוי ש״ש אומן נמי הוי ש״ש משום שנהנה מה שהוא בביתו שהוא מתקנו ונוטל שכר עכ״ל. ונראה דכוונתו דבאומן ושוכר איכא ב׳ דברים מה שהחפץ אצלו ומה שעושה בו מלאכתו ובשוכר מה ששילם הוא לרצות את הבעלים לתת לו רשות שמוש בבהמה וחוץ מזה איכא גם השמוש

פי׳ העברת שם הבעלים לזמן הרי זהו בעלים גמור רק לזמן וממילא אין חיוב השבה דהבעלים הראשון אינו כלום לכל אורך התקופה אלא רק דהבעלות פוקעת.

ועוד ביאר ידידי ר׳ חיים סטולר דבמכר הממון קובע את תום זמן הבעלות כיון דעל הזמן שלאחר מכן כבר לא שילם וממילא אינו בעלים אבל במתנה האיך תיפסק בעלותו בסוף הזמן ומה מחייבו להחזיר דהא אין כלל ממון בכה״ג ולכן נראה דהתם בעינן להך תנאי דהנתינה היא בתנאי ע״מ שיחזיר וזהו מה שמסיים את בעלותו ולכך במתנה לזמן בד״כ זהו קנין שתנאי החזרה בסופו (אא״כ התנה בפירוש שליכא חיוב החזרה) ובמכר לזמן לא.

וברמב״ם הל׳ שאלה פ״א ה״ה דימה שאלה למתנה ושכירות למכר וממילא אפשר לומר דבשאלה נמי זהו בגדר של מתנה ולכך הוי ע״מ להחזיר ובשכירות שהוא בגדר מכר ולכך הוי לזמן וליכא חיוב החזרה אלא שהבעלות פוקעת בתום הזמן.

וכמובן דיש הרבה השלכות בסוגיית בעלות לזמן ומתנה ע״מ להחזיר ובפלוגתות הידועות שם בגדריה ועיין סי׳ ח׳ לעיל ואכמ״ל.

[93] עצמו כלומר התשלום הוא עבור רשות השמוש והשכר שמירה הוא השימוש עצמו (וע״ל סי׳ ו׳ דהבאנו נפ״מ בזה דמחויב בתשלום השכירות אף אם נפסקה באמצע כיון דהרשות ניתנה לו והוכחנו כן מדברי הראשונים). ובאומן נמי איכא ב׳ דברים מה שהחפץ אצלו ויכול לעשות בו מלאכתו והשכר תמורת המלאכה (ויל״ע אי זוהי כוונת הגמ׳ פ׳: בהמשך דשביק כו״ע ומוגר ליה לדידיה וע״ש כל הסוגיא) ושם ברור דהמלאכה שהוא עושה היא תמורת השכר שיקבל וכפי שקצבו מראש והשמירת שכר לר׳ יהודה היא תמורת מה דהחפץ אצלו ויכול להוציא ממנו שכרו ואכמ״ל.3

ג. ועתה נבוא לביאור הסוגיא צ״ג: דאם נאמר כדברי רש״י פ׳: הרי למ״ד דשוכר כש״ש זהו שואל עם גדרי בעלות שונים וחיובי תשלום כשל ש״ש וברור דזהו שומר רביעי אלא דדיניו שוין לש״ש דהא חיובו של שואל בגו״א גם הוא תוצאה מהבעלות שלו ולא בגלל שקיבל שכר דמה שההנאה שלו פירושו דבגלל זה הוא בעלים ולא דזהו השכר עבור השמירה שלו ופשוט. וא״כ כמו שבעלותו מחייבתו באונסין מחייבתו נמי בגו״א. ולפי״ז שוכר דאיהו נמי בעלים הוי הרי זהו מה שמחייבו בגו״א אלא דבאונסין פטור כיון דלית ליה חיוב השבה וכמשנ״ת וא״כ פשיטא דחשיב שומר אחר מש״ש ואחר משואל וד׳ שומרים הוו.

אבל למ״ד דשוכר כש״ח הרי ביארנו דאיכא תרי עיסקאות שכירות ושמירת חינם וא״כ הוי ממש ש״ח אלא דבנוסף לזה איכא עוד עיסקת שכירות ביניהם שאינה קשורה כלל לשמירה ולפי״ז רק ג׳ מיני שומרים הוו ולא ד׳ ולא רק שדיניהם שווין אלא דמהותם שווה.

וברש״י שבועות הובאו דבריו לעיל דכתב דהקשו לר״מ ולר׳ יהודה ולכאורה איהו לשי׳ היה צריך לומר דהקשו רק לר׳ יהודה דלר״מ לא קשיא דבאמת ד׳ הוו אלא זהו רק בתי׳ דבקושיא הו״א דהכוונה היא שדיניהם צריכים להיות ארבעה וא״כ קשיא באמת אמאי לא הקשו כן גם בהו״א דלהבנת רש״י בהו״א אחזה הגמ׳ דמתני׳ כר״מ וכמשנ״ת ולכך כתב דלא גרסינן אי הכי דלתרוויהו הקשו אבל בתי׳ נראה דאזל רק אליבא דר״מ דלר׳ יהודה ג׳ שומרים הוו ודיניהם שלשה ועדיין צל״ע.

ולפי״ז מבואר היטב דברי רבנו מאיר לעיל אות א׳ שכתב דקושיא דאי הכי ג׳ הוו קאי רק על ר״מ והתי׳ דד׳ שומרין ודיניהם שלשה זהו רק לר״מ דס״ל בהך סוגיא דשוכר כש״ש אבל לר׳ יהודה הוו ממש ג׳ שומרין ולא שייך לומר דד׳ הוו ודיניהם ג׳. וזהו גם הראיה שהביא ר״נ כנגד רבא מסיפא דמתני׳ דר״מ אמרה דשוכר כש״ש וממילא ברור דד׳ שומרים הוו ורישא נמי כר״מ אזלא ולא כפי שנראה בפשטות דכיון דר״מ שנה לסיפא משמע דשנה נמי לרישא אלא זהו הכרח [94] דכיון דבסיפא איתא דשוכר כש״ש הרי מוכרח דד׳ שומרין הוו ואתיא אליבא דר״מ. וקושיא דאי הכי אפשר היה לומר דאתיא ככו״ע (ובזה פליגי ר׳ מאיר והרא״ש מסברא צדדית אבל לפי המהלך של שניהם בסוגיא דברינו הולמים מהלך הסוגיא היטב) אלא דהתי׳ אתיא רק כר״מ דד׳ שומרים הוו ודיניהם ג׳.

---

3 ועדיין צריך יישוב מה באמת כוונת הגמ׳ באמרה דשוכר ואומן אינם כש״ש האם זהו כיון דלא חשיב שכר דהרי הם נותנים משהו תמורת שכרם או דהכוונה היא דחשיב שכר אלא דאינו תמורת שמירה ולכך לא חשיב ש״ש והראיה מפרוטה דר׳ יוסף יש לחלק דהתם איכא שכר ממש שאינו כנגד משהו אחר (ועיין אייה״ש בסוגיין) ועוד דלתוס׳ אין הלכה כר׳ יוסף ועיין בשטמ״ק מה שהביא בשם תלמיד רבנו פרץ ונדפס גם בתוס׳ רבנו פרץ בסוגיין ואכמ״ל.

וזוהי גופא הראיה לכל דברינו דאל״ה אמאי פליג ארבא דס״ל דאף דסיפא ר״מ רישא אתיא ככו״ע אלא מוכח דאיהו ס״ל דאי אמרינן כר״מ דשוכר ש״ש אזי מוכח דד׳ שומרים הוו ודוק.4

ולתוס׳ רא״ש ותוס׳ דידן דס״ל דלשוכר ליכא קנין בגוף החפץ המושכר וא״כ פלוגתא דר״מ ור״י גבי שוכר היא כדביארנו לעיל אות ב׳ בתשלום שאינו תמורת השמירה וגם המשתלם נתן תמורתו גם ללא שמירה אי חשיב ש״ש בכה״ג וא״כ ברור דלענין כמה שומרים הוו ליכא נפ״מ בין ר״מ ור״י והך אי הכי לאו דוקא דהוו מצי נמי להקשות בהו״א. וברור לפיהם דליכא ראיה מסיפא דמתני׳ דס״ל דשוכר כש״ש דד׳ שומרים הוו ולכך צ״ל בתוס׳

רא״ש דבכ״ז איכא ראיה דלא רצה לפלוג גוף המשנה אי לא בעינן לכך. ובתוס׳ אפשר דלמדו באמת כרש״י בסוגיין דליכא ראיה מסיפא לרישא וכולא אמוראי לא פליגי דרישא אתיא נמי כר״י (אף דרש״י גופיה מצי להביא ראיה אי ס״ל כדביארנו בו בסוגיא דדף פ׳: אלא דבסוגיא דדף צ״ג. ובשבועות נראה דבמהלך הגמ׳ נקט דלא כתוס׳ רא״ש ואינו מוכרח).

והנה אף דברבנו מאיר וברש״י הדברים טעונים בירור מרגניתא אתא לידי בדברי הרי״ף דמצאתי הדברים מפורשים להדיא ושמחתי שמחה גדולה וז״ל ארבעה שומרין הן וכו׳ הני ד׳ שומרין ג׳ הוו דשוכר כנושא שכר הוא א״ר נחמן בר יצחק ד׳ שומרין ודיניהם ג׳ עכ״ל.

ומשמע להדיא דרק למ״ד דשוכר כנושא שכר הוא דהקשו הך קושיא ותי׳ דד׳ שומרים הם ודיניהם ג׳ וכל זה רק אליבא דר״מ. וליכא למימר הכא כדכתב רבנו מאיר דרק משום הספק לא הווה קשיא להו בהו״א דזה אינו דברי״ף כתב להדיא דקושיא זו היא רק לר״מ ולכך לא הקשו בהו״א דהתם מוקי למתני׳ אליבא דר׳ יהודה נמי וזהו ממש כדברינו דלר׳ יהודה באמת ג׳ שומרים הוו ודוק.

---

4 אלא דברבנו מאיר קצ״ע דאיהו ביאר דבהו״א לא קשיא להו מחמת פלוגתא דר״מ ור״י ולכך חשיב דד׳ שומרים הם וע״ש בתוס׳ רא״ש שבועות שהביא לשונו.

[95]

סימן י׃ בענין בע״ח קונה משכון בדף פ״ב.

א. אר״י מנין לבע״ח שקונה משכון שנאמר ולך תהיה צדקה אם אינו קונה משכון צדקה מנא ליה מכאן לבע״ח שקונה משכון ותסברא אימור דאמר ר״י במשכנו שלא בשעת הלוואתו אבל משכנו בשעת הלוואתו מי אמר אלא משכנו לא בעת הלוואתו כו״ע אית להו דר״י וכו׳. ובפירש״י שקונה משכון לכל מילי להתחייב באונסין אימור דאמר ר״י במשכנו שלא בשעת הלוואתו דהא קרא במשכנו ע״י שליח בי״ד כתיב דכתיב לעיל מיניה בחוץ תעמוד ומוקמינן לה לקמן בשליח בי״ד וכו׳. נמצא דשי׳ רש״י היא דבע״ח קונה משכון לכל מילי ואף להתחייב באונסין וכ״כ בעה״מ בסוגיא דשבועות דף מ״ג והראב״ד הל׳ שכירות פ״י ה״א ובספר המכריע סי׳ צ״א ועוד.

והנה רוב הראשונים נחלקו על רש״י וס״ל דמה דקונה מדר״י הוא רק לחייבו כשומר שכר בגניבה ואבידה ועיין תוס׳ פ״ב: בד״ה אימור דאמר ובשבועות שם ובר״ן ורמב״ן במלחמות שם ובנמו״י הכא וברי״ף ורמב״ם הל׳ שכירות פ״י ה״א וריטב״א ורשב״א ובה״ג ועוד.

ויותר כתב הרמב״ן במלחמות שם בדעת הרי״ף דס״ל דאף בשעת הלוואתו קנה מדר״י לחייבו כש״ש ומה דכתבה הגמ׳ בסוגיא הכא ודהתם הוא לאו דווקא ודיחויא בעלמא כדמוכח בסוגיא דהרהינו דפסחים ל״א. ובסוגיא דגיטין ל״ז. דחוב על משכון אינו משמט ופשטות הסוגיא דקדושין ח׳ גבי המקדש במשכון דאחרים דמכל הנך סוגיות מוכח לכאורה דבע״ח קונה משכון אף אם משכנו בשעת הלוואתו וכ״כ עוד ראשונים.[1]

ולשי׳ בה״ג הביאו תוד״ה ד״ה פ״א: נלענ״ד דמיישב שפיר דכל הנך סוגיות איירי במלוה על המשכון וללא שטר ובכה״ג קני מדר״י אף במשכנו בשעת הלוואתו ומה שחילק ר״י הוא רק במלוה עם שטר ומשכון וע״ש.[2] [96] ובתוד״ה והא אידי ואידי פ״א. כתבו

1 ודבריו אינם מוכרחים בדעת הרי״ף דאף דכתב דהוי ש״ש כשמשכנו נמי בשעת ההלוואה הרי אפשר דזהו מדינא דר׳ יוסף ולא דר״י איירי נמי במשכנו בשעת הלוואתו כהרמב״ן. וכן ברמב״ם פ״י משכירות ה״א ובשו״ע חו״מ ריש סי׳ ע״ב וע״ש בנו״כ דכולם כתבו דבאמת הוא מדינא דר׳ יוסף. 2 ודברי התוס׳ שם בביאור הבה״ג צע״ג מלבד מה שהעיר ר״ב רנשבורג בצד הגליון דהא בה״ג כתב להדיא דהך חילוק בין שעת הלואה ולאחר הלואה הוא רק היכא דאיכא נמי שטרא וחילוק זה נמצא רק בגמ׳ דידן ובשבועות ואם מעמיד הך חילוק בשטר יוצא דרישא דברייתא דר״ע ור״א איירי בשטר והא סיפא דהך ברייתא הוא דאיירי בשטר ומאי חילוק איכא בין רישא לסיפא לשי׳ בה״ג.

ועו״ק מה דכתבו התוס׳ דמה דקונה בשעת הלואה אי ליכא שטרא הוא מדשמואל דהא בה״ג לא פסק כשמואל וכדכתב ר״ב רנשבורג ומה שתי׳ שם לא מעלה ארוכה דהא מדר׳ יוסף אינו חשוב קנין אלא רק הוי עליו ש״ש ופשוט דאינו יכול לקדש בו אישה מדר׳ יוסף. ודברי בה״ג כדהסברנו לעיל אתו לבאר הנך גמ׳ דמשמע בהן

דבע״ח קונה משכון אף במשכנו בשעת הלוואה וא״כ ברור דאין כוונתו לומר דקנה מדר׳ יוסף. ועו״ק מה רצו תוס׳ לומר בבה״ג והא ברור דכוונתו היא דבלא שטר סמיך אמשכון וממילא קני ליה מדר׳ יצחק ולא מדשמואל או מדר׳ יוסף אלא דהכל תלוי בסמיכות דעת והיכא דליכא שטרא איכא סמיכות דעת על המשכון וקונה מדר׳ יצחק ופשוט.

לכן נראה דתו׳ לא ביארו דברי בה״ג אלא דברי עצמם וכל מה שהביאו מבה״ג הוא רק להוכיח דסיפא איירי במשכנו לאחר ההלוואה וזהו פי׳ הלווהו בשטר דסיפא ולכך גם כתבו דבשעת הלוואה ללא שטר קונה מדשמואל כיון דהם פסקו לדשמואל בכ״מ.

וליישב דברי בה״ג עצמו נראה דבהו״א דהגמ׳ מוקי לפלוגתא דר״ע ור״א בדר׳ יצחק הרי הבינה כשאר הראשונים דאיירי ללא שטר ורק לאחר שחילקה הגמ׳ בין שעת הלוואה ולאחריה הרי מוכח דתליא בסמיכות דעת. וא״כ שפיר אפשר ליישב הסתירה מהסוגיות הנ״ל דפסחים וגיטין וקדושין לסוגיין דהכא חילקו בהלואה בשטר והתם איירי ללא שטר ולמסקנת הגמ׳ יש לקרוא הברייתא דר״ע ור״א דרישא איירי בשטר בשעת הלוואה וזהו הלשון המלוה את חבירו על המשכון ובסיפא איירי בשטר לאחר ההלוואה וכדמוכח הלשון והניח לו משכון עליהם ועדיין קצת דוחק בלשון.

והיה מקום לומר דחידושא דסיפא הוא דאיירי בהלווהו אלף זוז על שטר ואף ברישא איירי בהלווהו על שטר אלא דהוה משכון בדשוי שיעור זוזי והסברא כעין מה דכתב באבן האזל שכירות פ״י ה״א דאיכא סברא טפי בדלא שוי שיפסיד מעותיו ולכן כו״ע מודו דלמה הניח משכון שלא שוה שיעור זוזי אם לא להתנות החוב במשכון. אלא דזה אינו דלפי״ז יוצא דלכו״ע אבד קתא דמגלא אבד אלפא זוזי ובה״ג ס״ל דלא קי״ל כשמואל. אלא דעדיין צע״ק אמאי נקט בסיפא דברייתא הלשון דאלף זוז.

ליישב באופן אחר וז״ל ויש לומר דכיון שלא בשעת ההלוואה קני ליה לגמרי מדר״י בשעת הלואה נמי דליכא קנין אלא שעבוד אלים שעבודיה ליחשב ולא של אחיך בידך וכו׳ וכ״כ בשבועות ובקדושין ובכ״ד.

ובתוד״ה אימור דאמר פ״ב: כתבו דבמשכנו בשעת הלוואה אינו יכול לקדש בו אישה דלא קנאו ובהמשך דבריהם הקשו אמאי הוי רק ש״ש אי קנאו ואי לא קנאו אמאי לא הוי ש״ח. ותי׳ דקנאו לקדש בו אישה ולקנות בו קרקעות ועבדים מדר״י אלא דזה אינו קנין גמור לחייבו באונסין אבל כיון דאית ליה הנך הנאות הרי הוי עליו ש״ש. והקשו מאי הנאה איכא בהכי והא אי לא היה מלוה היה יכול לקנות ולקדש בכספו ותי׳ וז״ל וי״ל דכיון דעכשיו שנוטל משכון אין מעותיו בידו חשיב ש״ש לפי שיכול לעשות בו קדושין או קנין ועוד דחליפין יכול לעשות במשכון מה שלא היה יכול לעשות במעות דאין מטבע נעשה חליפין וע״ש כל דבריהם.

ובתוד״ה משכון קדושין ח׳: כתבו וז״ל כיון דבע״ח קונה משכון שלא בשעת הלואה קנין גמור עד שיפדה בשעת הלואה נמי אלים שעבודיה לחשב ממון לקדש בו אשה ולקנות בו עבדים וקרקעות וכן צריך לפרש בפ׳ השולח וכו׳ וע״ש.

ונראה ברור דתוס׳ הכא פליג ע״ז דלעיל בסוגיין כתבו התוס דהך שעבוד אלים לא מהני לקדש בו את האשה ואילו תו׳ קדושין הנ״ל כתבו להדיא דמצי מקדש ביה אף בשעת ההלואה דאלים שעבודיה.

והנה בתוד״ה והא פ״א: לא הביאו הדוגמא דקדושין דמהני הך שעבוד אלים ונראה דס״ל כתוס׳ פ״ב: דבאמת לא מהני לענין קדושין.

[97] ובק״נ קדושין שם אות י׳ הביא דברי מהרש״א בסוגיין דכתב דהשתא דכתבו התוס׳ דבשלא בשעת הלוואה נמי לא הוה ש״ש אלא משום דקני ליה לקדש בו אשה א״כ ע״כ בשעת הלואה לא קני ליה לקדש בו אשה דא״כ מה״ט נמי להוי ש״ש ואנן קאמרינן בשמעתין אימור דאמר ר״י במשכנו שלא בשעת הלוואתו וכו׳ וכתב עליו הק״נ דחזא ביה תיוהא דהא אפשר לומר דמהני לקדש בו אשה בשעת הלוואתו ועדיין ייחשב ש״ח מטעמא דכתבו תוס׳ דיכול היה לקדשה נמי במעותיו וכתב דהמהרש״א שגה ברואה דברי הרא״ש ותוס׳ גיטין.

והנה באמת ברא״ש איתא להדיא דהך תי׳ דיכול לקדש בו אשה קאי רק אמשכנו שלא בשעת הלוואתו דאז הרי כבר הלווה לו את הכסף ורק אח״כ לקח ממנו משכון ולכך חשיב דאית ליה הנאה במשכון דכבר אין לו האפשרות שלא להלוותו דהא כבר הלווהו וזוהי הנאה שיכול לקדש בו אשה מה שלפני כן לא יכול היה לעשות לא במעותיו ולא במשכון אבל במשכנו בשעת הלוואתו קושיית תו׳ במקומה עומדת ואינו חשיב נהנה מהמשכון. וז״ל הרא״ש וי״ל כיון דבשעה שנטלו לא היו מעותיו בידו נהנה הוא במשכון שנטל בו במקומו כיון שיכול לעשות ממנו קדושין או קנין ועוד שיכול לעשות חליפין עכ״ל.

אלא דבתוס׳ משמע להדיא כהמהרש״א דלא משמע דחזר בו ממה שכתב שאינו יכול לקדש בו אשה במשכנו בשעת הלוואתו (ועיין ברכת שמואל כתובות סי׳ נ״ד שכתב דתוס׳ בסוף חזר בו והדברים דחוקים) ועוד דתיפוק ליה מטעמא דחליפין דזהו קיים נמי במשכנו בשעת הלוואתו דלפני כן במעותיו לא היה יכול לעשות חליפין ושמא הק״נ ס״ל דבתוס׳ אלו ב׳ תירוצים חלוקים מה דיכול לקדש אשה לקנות בחליפין ואין כן פשטות הדברים.

אלא דעדיין צ״ב סברת תוס׳ דא״כ מאי טעמא כתבו דבשעת הלוואתו אינו יכול לקדש בו והא אפי׳ יוכל לקדש בו באמת עדיין לא חשיב שכר.

ואפשר דתוס׳ כתבו כן מטעמא דחליפין או כפי מה דמשמע מהמהרש״א דהבין בתוס׳ דאף שיכול לעשות כן בכספו חשיב שכר ואפי׳ בשעת הלוואה וקצ״ע מאי סברא איכא בהכי.

ועיין ברא״ש דאף שכתב להדיא כדברי הק״נ דסברא דקדושי אשה שייכא רק במשכנו שלא בשעת הלוואתו הרי המשיך וכתב דלפום האי טעמא במשכנו בשעת הלוואתו לא יוכל לקדש אשה אחרת מאי הבדל איכא בין שעת הלואה ללא שעת הלואה ובדבריו צ״ל דמה שכתב לפום האי טעמא כיוון רק לתי׳ דחליפין וע״ש בדבריו.

והעולה מכל האמור דתרי תוס׳ בסוגיין פליגי על תו׳ דקדושין אי במשכנו בשעת הלוואתו דאיכא רק שעבוד אלים יכול לקדש בו אשה או לא.

וקשה לדברי תו׳ קדושין הנ״ל מאי הבדל איכא בין משכנו בשעת הלוואתו דהוא רק שעבוד אלים לבין משכנו שלא בשעת הלוואתו דזהו קנין ממש והרי אף בשעבוד אלים יכול לקדש אשה לשיטה זו (ומה שכתב בקצה״ח דבקנין חשיב מוחזק לענין ספקות לא נראה דזהו יכול להיות ההבדל היחיד דבד״כ זוהי נפ״מ לקנין דבחפץ שקנוי לו הוא המוחזק אבל זהו לא מהות הקנין מה דחשיב מוחזק דהקנין [98] עצמו צריך להיות בזכויות או שמושים בחפץ ורק נפ״מ לקנין הוא דהבעלים חשיב מוחזק.

ונראה מוכרח בדברי התוס׳ הנ״ל דס״ל כרש״י דבקנין גמור מתחייב אף באונסין ובמשכנו בשעת הלוואתו הרי הוא רק כש״ש דזהו אינו קנין רק שעבוד אלים ואף דתוד״ה מנין פליגי על רש״י נראה דהך תוס׳ ס״ל כרש״י דאל״ה תקשי קושייתנו דלעיל. ומה דהקשינו לעיל לכאורה אפשר להקשות נמי הכא דחיוב באונסין הוא בד״כ נפ״מ לקנין ולא מהות הקנין דזהו אינו זכות ושימוש בחפץ נראה דלק״מ לפי מה דכתבנו לקמן באות ב׳ בביאור שי׳ רש״י דכל קנינו דר״י בא כדי לחייבו באונסין מידי דהוי אגזלן דעשאו הכתוב שלו להתחייב באונסין כלומר דהכא זהו לא נפ״מ של הקנין אלא כל מטרת הקנין היא לחייבו באונסין וע״ש בדברינו ובמה שנכתוב בזה לקמן.

ואם כנים דברינו נאמר דלהך תו׳ דס״ל דיכול לקדש אשה אף בשעבוד ולא בעינן קנין בגוף המשכון ס״ל דמה שמקדש אשה הוא בחוב ולא בגוף המשכון דע״מ לקדש בגוף המשכון פשוט דבעינן קנין ממש בגופו. ומה״ט נמי הוכרח רש״י בקדושין שם לפרש דמקדשה בחוב ולא בגוף משכון כיון דאיהו ס״ל כהך תו׳ וכדכתיבנא לעיל. ויסוד שיטתם הוא במאי דס״ל דבע״ח קונה משכון לגמרי ואף להתחייב באונסין ובמשכנו בשעת הלוואתו זהו רק שעבוד אלים ובסוגיא משמע דבכל גוונא מקודשת ולא חילקו בין שעת הלוואה לבין לאחר ההלוואה וא״כ מוכח דהך סוגיא איירי במקדש בחוב וכמשנ״ת.

ולפי״ז נראה לבאר היטב לשון התו׳ פ״ב: דכתבו וז״ל ולפי זה הא דאמר קדשה במשכון מקודשת היינו דווקא במשכון שמשכנו שלא בשעת הלוואתו עכ״ל ולכאורה צ״ב מאי דנקט לשון ולפי זה דאינו נראה שום טעם לחילוק זה במה שכתב לעיל מיניה דהא אפשר דאף בשעבוד אלים יכול לקדש וכדכתבו תוס׳ קדושין הנ״ל. ולדברינו א״ש היטב דלפי מה דכתבו דפליגי על שי׳ רש״י וס״ל דאינו אלא ש״ש ואינו חייב באונסין וא״כ מאי הבדל איכא בין שעת הלוואתו ולאחר שעת הלוואתו ומוכרח דבסוגיא דקדושין יפרשו דלא כרש״י דמקדשה בחוב אלא הם יפרשו דמקדשה בגוף המשכון וא״כ זה לא שייך כשאין לו קנין ממש בגוף המשכון. ולכך כתבו הכא דבמשכנו בשעת הלוואתו אינה מקודשת ופליגי על תוס׳ התם דאזלו בשי׳ רש״י וכמשנ״ת.

ב. והנה הרמב״ן במלחמות בסוגיא דשבועות הקשה לשי׳ בעה״מ ורש״י דס״ל דבע״ח קונה משכון אף להתחייב באונסין מהך דאומן קונה בשבח כלי ובכ״ז קי״ל במשנה פ׳ האומנין דכל האומנין ש״ש. ועוד יש להקשות לשי׳ משוכר דכפי שנתבאר לעיל סי׳ ו׳ אית ליה להרבה ראשונים סברא דיש לו קנין בגוף החפץ (ועיין בסי׳ ז׳ מה שצדדנו דכן הוא דעת רש״י ודלא כמהרי״ח ברש״י) ובכ״ז קי״ל דהוא רק ש״ש.

ולכאורה דברי הרמב״ן מרפסין איגרא וכי בא לחלוק על כך דבקנין מתחייבים אף באונסין ואמאי לא הקשה על דינא דגזלן דקניינו מחייבו באונסין. אלא דבאמת צ״ב מתי קנין מחייב באונסין ומתי לא ומה יסוד פלוגתת רש״י ורמב״ן בזה.

והנראה בזה דבאמת לכאורה תמוה מאי טעמא אי החפץ קנוי לו אמרינן [99] דמתחייב באונסין. ודרך העולם לבאר בזה דכיון דהחפץ שלו הוא לכל דבריו הרי גם אם אבד אבד לו. והדברים אינם נראים בסברא כלל דאמנם כל זמן שהחפץ קנוי לו הרי כשאבד אבד לו אבל כאשר מגיע זמנו של הבעלים הראשון הרי צריך גם הוא לשאת בהפסד בזמנו ומאי טעמא נחייב את הגזלן או השוכר או האומן לשלם לבעלים הראשון ומה עדיפה בעלותו של זה מזה ולמה לא ישא גם הוא בהפסד בזמן בעלותו.

ולכן נראה לומר דיש ב׳ סוגי בעלות לזמן הא׳ הוא באופן דקנוי לו לזמן ולאחר זמן בעלותו פוקעת מאליה וחוזרת לבעלים הראשון ודבר זה קרוי בעלות לזמן אבל איכא נמי בעלות דבסוף הזמן המוסכם חייב הקונה להחזיר החפץ לבעליו הראשון וזהו כבעלות לזמן ע״מ להחזיר.

ונראה פשוט דבאופן הבעלות הראשון דהוא בעלות הפוקעת מאליה בזמן המוסכם הרי אם נאנס יהיה הקונה פטור דמה עדיף הראשון מהשני ושניהם נושאים בהפסד כל אחד בזמן בעלותו וכדלעיל. אבל באופן הב׳ דהוא בעלות ע״מ להחזיר הרי אם נאנס אצל הקונה ודאי דיצטרך לשלם לו דסוף סוף לא החזיר ואונסא לאו כמאן דעביד ורק בסוג הבעלות הזה הוא דאמרינן דחייב באונסין וזהו לא בגלל חיוב אחריות אלא כיון דאיכא עליה חיוב החזרה והוא לא קיימו חייב לשלם ותשלומו זהו החזרתו ובסי׳ ט׳ כתבנו לבאר ביסוד זה דברי רש״י פ׳: וע״ש.3

ובזה יבואר היטב דבגזלן קנינו מחייבו באונסין כיון דהתם ודאי רחמנא הוא דרמי עליה חיוב השבה וממילא כל עוד לא החזיר אף אם נאנס לא יצא ידי חובת השבה ולכך חייב באונסין ולא מצד אחריות הוא דחייב בזה (ושו״ר בברכת שמואל כתובות סי׳ נ״ד שהביא כן בשם הגר״ח דבגזלן חיובו באונסין הוא משום חיוב ההשבה ולא משום קנינו).

ונוסיף לומר דאין כוונתינו לומר דזהו תנאי שהנתינה היתה ע״מ להחזיר וכשלא מחזיר הרי ביטל התנאי והנתינה בטילה דאונסא לאו כמאן דעביד. אלא אפשר לומר כן גם באופן דאיכא עליו חיוב השבה שאינו תנאי בנתינה וזהו כגזלן דפשוט דלא אמרינן דאי לא החזיר בטל למפרע קנינו וכשיש עליו חיוב השבה הרי אם לא השיב ואפי׳ באונס חייב לשלם כדי להשלים חיובו.

ולפי״ז נראה דגם במשכון כיון דאיכא חיוב השבת העבוט הרי אי קנה מדר״י את המשכון מתחייב באונסיו דהא אם נאנס עדיין מוטל עליו חיוב השבת העבוט ולכן כתב רש״י דמדר״י קנה להתחייב באונסין (ועי׳ הרמב״ן נבאר

בעז״ה לקמן).

ונראה להביא ראיה ליסוד זה ובהקדם דברי הגמ׳ מכות ט״ז. דהקשתה דבמשכון איכא נמי ציור דלוקה אי ס״ל בטלו ולא בטלו אם שרפו למשכון ומסקנת הגמ׳ דבכה״ג אינו לוקה כיון דחייב לשלם.

ובתוד״ה התם ביארו דאין כוונת הגמ׳ לומר דאינו לוקה כיון דאין לוקה ומשלם דכדי רשעתו ולא שתי רשעיות אלא כוונת [100] הגמ׳ לומר דזהו לאו הניתן לתשלומין ולכך כשמשלם הרי כבר תיקנו ללאו וליכא חיוב מלקות (כלאו הניתק לעשה וע״ש במפרשים אי ניתן לתשלומין וניתק לעשה הם ב׳ דברים שונים). ובריטב״א שם הביא דעת הרמ״ה דזהו כן מצד אין לוקה ומשלם ולא מדין לאו הניתן לתשלומין.

---

3 וע״ש בסי׳ ט׳ דביארנו ביסוד זה החילוק בין שוכר לשואל דשניהם קנו בגוף החפץ להרבה ראשונים ובכ״ז קי״ל דשוכר משלם כש״ש ושואל חייב באונסין וזהו כהבדל בין מתנה ע״מ להחזיר לקנין לזמן דבד״כ מתנה הוא באופן דע״מ להחזיר ומכירה הוא באופן של קנין לזמן וע״ש ואכמ״ל.

והנה בעל העיטור ועוד ראשונים הביאו מגמ׳ זו ראיה לשי׳ רש״י דבע״ח קונה משכון אף להתחייב באונסין דאלת״ה משכחת לה קיימו ולא קיימו כשנשרף המשכון באונס ואי לא חייב לשלם ילקה ומוכח כרש״י דחייב בתשלומין אף כשנאנס ולכך לא לוקה אף בכה״ג.

והרמב״ן במלחמות דשבועות תי׳ דבטלו ולא בטלו לא משכחת לה דלהאי מ״ד בעינן ביטול העשה בידיים ובכה״ג משלם לכו״ע דהוי פושע וכדאיתא בגמ׳ וממילא באמת משכחת לה קיימו ולא קיימו אלא כיון דקושיא זו היתה לריו״ח ואיהו ס״ל ביטלו ואי לא משכחת לה דלוקה בביטלו הרי בכך סגי (ואכתי תקשי לגירסת הרי״ף והב״י ברמב״ם דריו״ח הוא דס״ל קיימו ולא קיימו ואכמ״ל).

ולכאורה קשיא לשי׳ התוס׳ ורוב הראשונים דעימיה דמה דפטור ממלקות הוא כיון דהוה לאו הניתן לתשלומין הרי מה שמשלם הכא הוא מדינא דר׳ יצחק (מר כדאית ליה ומר כדאית ליה אי כש״ש או כשואל) ובמה זה הוה תיקון ללאו והא דינא דר׳ יצחק איתא גם אי לא עבר כלל אלא שמשכנו בבי״ד או לחלק מהפוסקים אף במשכנו מרצונו (ושו״ר דבערול״נ מכות שם וביאור הגר״א חו״מ ע״ב אות י״א הקשו נמי כן). ולדברינו א״ש היטב דגם דינא דר״י אינו מחייבו באחריות אלא רק מחמת חיוב השבת העבוט וללא חיוב ההשבה אינו מחויב באחריותו אף אם קנה וכמשנ״ת. וממילא מה שמשלם כשנשרף או אבד הוא במקום ההשבה ושפיר הוה תיקון ללאו ולכך אינו לוקה.4

והרמב״ם פ״ג ה״ד ממלוה ולוה הביא דאם עבר המלוה ונכנס לבית הלוה למשכנו ונשרף המשכון או אבד הרי זה לוקה ומנכים לו דמי משכונו והראב״ד השיגו וז״ל א״א שבוש הוא זה אלא מפני שנתחייב באחריותו כדכתיבנא לעיל (ה״ב) עכ״ל. וכתב המ״מ שם דאף דעת הרמב״ם דחייב באונסיו דהא כתב להדיא דמחשב לו דמי המשכון אלא דהראב״ד חשיב ליה ניתק לתשלומין ולכך משלם ואינו לוקה והרמב״ם ס״ל דזה אינו ניתק לתשלומין דלא אסרה תורה מחמת הפקעת ממון חבירו דהא נוטלו בחובו ואין זה לא גנב ולא גזלן אלא גזירת הכתוב הוא שלא לעשות כל אדם דין לעצמו אלא דזהו לאו הניתק לעשה וכל שלא קיים העשה שבו [101] לוקה ומה דמשלם לשי׳ הרמב״ם הוא כיון דזמני החיוב דמלקות ותשלומין לא באים בב״א וע״ש בכל דבריו דנשאר בצ״ע על הרמב״ם מהגמ׳ מכות הנ״ל ולקמן יבואר.

4 וראיתי להביא הכא מה שמצאתי בכלי יקר פ׳ כי תצא ולא מצאתי מקורו דכתב שם עה״פ השב תשיב לו את העבוט כבוא השמש וז״ל וזה ראיה שב״ח קונה משכון דאם לא כן צדקה מנין וכפי הדין יש נפקותא בדבר שאין העני מוריש העבוט לבניו אם היו עשירים עכ״ל ומשמע מדבריו דאם בניו עניים הם הרי העני מוריש להם המשכון ולפי״ז נראה דחיוב השבת העבוט הוא חיוב ממוני ואדם מוריש זכותו לקבל המשכון אם הוא עני לבניו דאם גם הם עניים הרי הם עומדים במקומו. ולפי״ז נראה שפיר טפי לומר כדברינו דהתשלום הוא תקון הלאו דהוא במקום ההשבה כיון דגם ההשבה הוא חיוב ממוני מידי דהוי בגזלן ואכתי צ״ע. ושו״ר דדבריו נסתרים לכאורה מדברי המשנה פ׳ המקבל ופסקה הרמב״ם מלו״ל פ״ג ה״ו דכתב מת הלוה אינו מחזיר לבניו ולא חילק בין עניים לעשירים וצ״ע.

ודברי ה״ה קשים להולמם דהא הרמב״ם גופיה בפ״י משכירות ה״א כתב דאינו חייב באונסין אלא רק בגניבה ואבידה כש״ש ועו״ק דהרמב״ם גופיה כתב בפ״ג מגזילה הט״ז דממשכן שלא ברשות גזלן הוא וע״ש במגדל עוז ואמאי כתב ה״ה דלהרמב״ם הכא לא הוי גזלן או גנב. ועיין בש״ך סי׳ ע״ב סוף אות ט׳ דיישב כל זה וכתב דהרמב״ם וכל הראשונים דפליגי על רש״י וס״ל דבע״ח הוי ש״ש ואינו חייב באונסין מודו היכא דמישכן שלא ברשות דחייב באונסין כיון דהוי גזלן כדכתב הרמב״ם פ״ג מגזילה הנ״ל ולכך כתב בהל׳ מלו״ל דמחשבין לו דמי המשכון וחייב באונסיו (ובקצוה״ח הקשה דזה אינו כדברי ה״ה דכתב דלהרמב״ם אינו גנב ואינו גזלן אלא דדברי ה״ה עצמו צ״ב לאור מה דכתב הרמב״ם הל׳ גזילה הנ״ל).

ובאחיעזר ח״א סי׳ כ״ב יישב דברי הרמב״ם לשי׳ הש״ך וע״ש דברים נפלאים. והעולה מדבריו דלהראב״ד הוי לאו שניתן לתשלומין כיון דהתשלומין הם מדר״י כדכתב להדיא בה״ב ובהל׳ שכירות פ״י ה״א ולכך אף כשנאנס משלם ואינו לוקה ולהרמב״ם הוי גזלן כדברי הש״ך וממילא חיוב התשלומין הוא מדין גזלן ולא מדינא דר״י וא״כ הרי לא תיקן הלאו דלא תבוא אל ביתו ולכך לוקה עליו ומה דלוקה ומשלם הוא כיון דהרמב״ם ס״ל קיימו ולא קיימו ועובר על הלאו בזמן המישכון וחיוב התשלומין הוא כשנשרף ובגמ׳ אזלינן אליבא דמ״ד ביטלו ולכן אין לוקה דגם הלאו עובר בזמן ששורפו ואין לוקה ומשלם.

והוסיף שם דאם יגנב או יאבד לשי׳ הרמב״ם הרי חיוב התשלומין יהיה מדר״י אף להרמב״ם וא״כ יודה לראב״ד דבכה״ג משלם ואינו לוקה דהוי לאו הניתן לתשלומין ומה שכתב הרמב״ם בפ״י משכירות דחייב כש״ש הוא היכא דמישכן ברשות וחייב באחריותו מדר״י ולא מדין גזלן.

ולכאורה קשה לדבריו נמי כדהקשינו בדברי הגמ׳ מאי תיקון איכא ללאו דלא תבוא אל ביתו אף אם התשלומין הם מדינא דר״י והא מה דמשלם הוא מצד חיוב האחריות כיון דקנה ומה ענין זה לתיקון הלאו דלא תבוא אל ביתו.

ולכן נראה לומר גם פה דכל מה דחייב באונסין להראב״ד מדינא דר״י הוא כיון דהתורה הטילה עליו חיוב השבת העבוט וללא זה לא חייב באחריותו אף אם קנאו מדר״י וכמשנ״ת וממילא שפיר חשיב תקון ללאו וכדלעיל.

ולדברינו אלה אפשר דכל דינו של ר׳ יצחק דבע״ח קונה משכון בא לוודא שיקיים חיוב ההשבה שלו וממילא עושים זאת ע״י חיובו באחריות אונסין וכשמשלם הרי זה כהשבת העבוט ומתקן את הלאו.

ולפי״ז יומתק לנו מה דמצינו דרש״י דס״ל כראב״ד דבע״ח קונה משכון להתחייב באונסין ס״ל בסוגיין דזהו רק היכא דמשכנו שלא בשעת הלוואתו דבהכי משתעי קרא דהשב תשיב ולך תהיה צדקה כלומר לשי׳ רש״י כל

מטרת הקנין דר״י היא לוודא שישיב את העבוט בכל אופן וא״כ ברור שקנין זה ישנו רק היכא דאיכא חיוב השבת העבוט והיכא דליכא לחיוב ההשבה ודאי דלא יהיה גם קנין דר״י.

[102] ובגמ׳ קי״ד: איתא דחיוב השבת העבוט הוא רק היכא דמשכנו שלא בשעת הלוואתו וכן פסק הרמב״ם פ״ג ה״ה ממלו״ל וש״פ וא״כ רש״י לשיטתיה אזיל וס״ל דרק הכא שייך דינא דר׳ יצחק דרק הכא איכא חיוב השבה.

אבל הרמב״ן דס״ל דבע״ח ש״ש הוא ופליג על רש״י בזה באמת כתב דדינא דר׳ יצחק איכא נמי במשכנו בשעת הלוואתו וסוגיין לאו דווקא וכדלעיל כיון דאיהו ס״ל דקנין דר״י הוא נלמד מהקרא דולך תהיה צדקה אבל משם זהו גלוי דבכל מקום בע״ח קונה דהא איהו לא ס״ל דקנין דר״י בא לוודא השבתו של עבוט ואיהו נמי לשיטתיה אזיל.5

וברשב״א הביאו השטמ״ק בסוגיין הקשה כקושיית הראשונים על רש״י איך כתב דלר״י בע״ח חייב באונסין והא בסוגיין ובשבועות בעי בגמ׳ לאוקמי לר״ע ולמתני׳ כוותיה והם ס״ל דבע״ח ש״ש הוא.

וראיתי דבספר המכריע סי׳ צ״א יישב דבהו״א ס״ל לגמ׳ דר״ע נמי מחייב באונסין ואבד דברייתא הוא אבידת אונס. וכן ראיתי ליישב דבמתני׳ ובברייתא אירי כשמשכנו בזמן הלוואתו והתם רש״י נמי מודה דש״ש הוא אלא דלתי׳ זה תקשי מה דחתה הגמ׳ האי אוקימתא אימור דאמר ר״י וכו׳.

והרשב״א עצמו שם יישב דבהו״א ס״ל לגמ׳ דר״י אירי נמי במשכנו בשעת הלוואתו וא״כ ברור דס״ל דהוי רק ש״ש ורק למסקנת הגמ׳ דר״י אירי רק כשמשכנו שלא בשעת הלוואה מסיק נמי דחייב באונסין. ולכאורה הדברים מחוסרי ביאור ובשלמא בחשבון הסוגיא א״ש מהלך הסוגיא אבל מנליה לגמ׳ עצמה לשנות הכי ומאי סברא איכא בזה.

ולדברינו הכא הדברים מיושבים הפלא ופלא דבהו״א ס״ד דהגמ׳ הוה דר״י אירי בכל גווני כלומר דדינא דר״י לא קשור להשבת העבוט דהא במשכנו בשעת הלוואתו ליכא דין השבת העבוט וא״כ ברור דהוי רק ש״ש דקנין אינו מחייב באונסין אא״כ הוה בסופו חיוב השבה וזהו ממש כהרמב״ן דביארנו כן שי׳ לעיל. אבל למסקנת הסוגיא דר״י אירי רק במשכנו שלא בשעת הלוואתו א״כ ברור דזהו כיון דרק אז איכא דין השבת העבוט וא״כ למד רש״י דדינא דר״י בא לוודא השבת העבוט וא״כ קנין דיש בסופו חיוב השבה מחייב באונסין ולכך למסקנה דינא דר״י מחייב [103] באונסין. וא״כ הך יסוד שיסדנו לעיל כתוב להדיא בדברי הרשב״א בביאור שי׳ רש״י ודוק.

---

5 א. וע״ע בקצוה״ח סי׳ צ״ז דכתב דגם בעשיר איכא קנין דר׳ יצחק אף דפשוט דאין בו חיוב השבה. וקצ״ע על שי׳ הרמב״ן וקצוה״ח מהתנא דפסחים ל״א. דס״ל דבנכרי לא שייך דינא דר׳ יצחק דלית ליה חיוב צדקה כלפיו ולכך לא חייב להשיב עבוטו וע״ש.

ב. ובקרקעות נראה דליתא לדר׳ יצחק כלל כדהוכיח שעה״מ הל׳ אישות מהגמ׳ גיטין ל״ז וכן מפורש ברש״י שם ד״ה שאני משכון דכתב משכון דמטלטלי וכ״כ בעה״מ בסוגיא דשבועות מ״ג ובטור סי׳ ע״ב. ואפשר היה לומר דזהו כיון דבקרקעות לא שייך חיוב השבה וממילא קרא דולך תהיה צדקה לא משתעי בהכי אלא דבבעה״מ כתב טעם אחר דבקרקע אמרינן דבחזקת בעליה היא כל עוד אינה גבויה ממנו (ועיין נתיה״מ ע״ב אות ה׳ מה שביאר בקנין דר׳ יצחק דכל תכנו הוא דחשיב גבוי למפרע ואכמ״ל). ואפשר דתליא בנדון דידן אי דינא דר׳ יצחק שייך רק היכא דאיירי קרא כרש״י או בכל גוונא כהרמב״ן אלא דלפי״ז בבעה״מ דס״ל כרש״י לא הוה ליה למינקט טעם אחר לבאר למה בקרקעות לא אמרינן דקנויות לו מדר״י וצ״ע.

ג. והנה בתוד״ה אימור דאמר פ״ב: כתבו לחלוק על רש״י וס״ל דלר״י בע״ח הוה רק ש״ש ואינו חייב באונסין וא״כ לכאורה גם הם ס״ל דדינא דר׳ יצחק אינו קשור לחיוב ההשבה. אלא דבכ״ז כתבו דדינא דר׳ יצחק איכא רק היכא דמשכנו שלא בשעת ההלוואה וזהו לכאורה כרש״י דדינא דר״י בא לוודא השבת העבוט.

ונראה דבאמת כוון זה אינו מוכרח ואפשר דתוס׳ ס״ל דחיוב האחריות הוא כדי לוודא השבת העבוט אלא דלא מחייבים אותו באחריות אונסין אלא רק כש״ש כלומר אמנם אית ליה חיוב השבה אלא דזה אינו מחייבו באונסין דהא בכה״ג מחל לו רחמנא חיובו להשיב (או דא״א לקיים חיובו זה ואולי ילקה למ״ד קיימו). וראיה לדבר מביאור האחיעזר ברמב״ם דהתם תלינו מחלוקת הרמב״ם והראב״ד ביסוד זה אי התשלום מתקן ללאו או לא אבל איהו גופיה כתב דגם הרמב״ם אי נגנב או אבד הרי משלם מדר״י ואז אינו לוקה כיון דתיקן הלאו וחזינן דאף להסוברים דחיובו הוא כש״ש אפשר עדיין דהתשלום מתקן הלאו.6

אלא דבתוס׳ הדברים קשים להולמם דהתם איתא להדיא דמה דחשיב ש״ש הוא רק כיון דאית ליה הנאה דיכול לקדש ולקנות עם המשכון ולא שזהו יסוד דינא דר״י דלכך קנה כדי להתחייב באחריותו. ובאמת יש מהראשונים שנקטו לשון כזו שמדר״י קנה להתחייב כש״ש ולא שבעקיפין הוי ש״ש כתוס׳ ולהנך שי׳ שפיר י״ל כדברינו לעיל ברמב״ם אלא דבתוס׳ קשיא.

ואפשר דבתוס׳ ס״ל דזוהי גזירת הכתוב דבע״ח קונה משכון לקדש אשה ולקנות בו ולכך אין לך בו אלא חידושו דאל״ה מאי טעמא דרק לשימושים אלו קנה המשכון. ואין לומר דבשמושים אחרים הוי ריבית כדכתב בשו״ע ריש סי׳ ע״ב דהתם איירי בריבית דרבנן ותוס׳ איירי בדינא דאורייתא דבע״ח קונה משכון והוה עליו ש״ש ועדיין צלע״ק מה מקור איכא להנך שימושים דווקא.

והנה נראה דעדיין יש גם קושיא לדברינו לאידך גיסא דמצינו מ״ד דס״ל כרש״י דחייב באונסין ובכ״ז ס״ל דר׳ יצחק איירי נמי במשכנו בשעת הלוואתו וחזינן א״כ דחיוב האונסין אינו תלוי בדין השבה דבשעת הלוואה ליכא דין השבה.

דהנה בספר יד דוד הכא דייק מדברי הב״י והמהרי״ח הביאו הגהות אשר״י בסוגיין דלמדו ברש״י דס״ל דחייב באונסין אף כשמשכנו בשעת הלוואתו מדכתב בדינא דר״י דקנאו להתחייב באונסין גם בסוגיא דפסחים והתם בפשטות איירי במשכנו בשעת הלוואתו.

ואף דבר״ן בשבועות כתב להדיא לא כן בדברי רש״י וכן משמע ברש״י בסוגיין דכתב דרק בהכי משתעי קרא במשכנו שלא בשעת הלוואה וכן משמע להדיא במכריע ורשב״א לפי מה שכתבו ליישב דברי רש״י במהלך הסוגיא הבאנו דבריהם לעיל דרש״י אמר כן רק לגבי משכנו שלא [104] בשעת הלוואתו. אלא דבשטמ״ק בסוף סוגיין הביא בשם הראב״ד דפליג על בעה״מ וס״ל דאיכא ראיות דבע״ח קונה משכון להתחייב באונסין בין משכנו בשעת הלוואה ובין לאחר הלוואה בין ברשות ובין שלא ברשות וזהו להדיא כמהרי״ח וב״י ברש״י.

---

6 ולפי״ז מה שכתב הרמב״ם בפ״י משכירות דאף בשעת הלוואתו הוי ש״ש צ״ל דזהו מדינא דר׳ יוסף דדינא דר׳ יצחק שייך רק שלא בשעת הלוואה דהרי בא לוודא השבה ודוק.

ויעוין שם בראב״ד שביאר דבריו ולפי״ז לא תקשי קושיתינו דכתב שם דחשיב כאילו פרע לו ולכך אם אבד המשכון ואפי׳ באונס אבד חובו וא״כ זהו במהלך אחר לגמרי מדרכינו דכיון שנפרע הרי אף באונסין איבד חובו מידי דהוה אפירעון רגיל.

אלא דבכל אופן אם נאמר כך הדברים מרפסין איגרא דהיכי מוקים לה למתני׳ דתני המלוה על המשכון ש״ש. דבשלמא לדברינו ברש״י א״ש אלא אי אמרת דבכל גוונא חייב באונסין היכי תיקום לה מתני׳. ועו״ק מהסוגיא דמכות ט״ז. דאי אמרינן דחשיב כאילו פרעו אמאי הוי התשלום תיקון הלאו הפוטר ממלקות ואפי׳ לשי׳ הרמ״ה בריטב״א שם אמאי חשיב בכה״ג כאילו רמי עליה תשלום ופטור ממלקות כיון דאין לוקה ומשלם דהא זהו לא תשלום כלל וצ״ע.

בכל אופן נראה דלשיטות אלו שרי לבע״ח להשתמש במשכון בכל גוונא כיון דהוא שלו ולא הוי כריבית ועיין בטושו״ע ריש סי׳ ע״ב דאסרו ועיין בש״ך שם אות ו׳ דהתיר השימוש לגמרי באחד התי׳ לשי׳ רש״י (ובמה שכתב שם השו״ע בה״א להתיר השימוש אם התנה בנכייתא ובב״י הביא מקורו מסוגיין גבי מלוה צריך למשכון ומרש״י קצ״ע דבשו״ע כתב שם בה״ד דבכה״ג הוי שואל וחייב באונסין ובסוגיין פליגי תנאי אי הוי ש״ח או ש״ש.

ונראה דעיקר איסור השמוש הוא מחמת שאסור לו להשתמש במשכון באופן שמתקלקל ובמטלטלין כל שמוש מקלקלן (פרט להנחתם אצל אחרים כמו בקנינים ע״י המשכון) ולכן לא הקנה לו הלוה השמושים הללו וממילא הוי כריבית אם לוקחם. וק״ק דאיך חשיב כה״ג כסף החוזר המועיל לקנין וקדושין (עיין אפיקי ים סי׳ ט״ז) דאם יאבד המשכון נראה דיתחייב לבעליו ולא למלוה ודמי קצת לדין עבד כנעני דזהו כסף החוזר לאדם אחר ואכמ״ל.7 [105] ד. בר״ן ריש פ׳ שבועת הדיינים ובנמו״י פ״ק דב״מ הביאו שי׳ הר״י מיגאש דמה דאמרינן דבע״ח קונה משכון הוא רק היכא דמשכנו בשעת הלוואתו דאז נקנה בכסף ההלואה או כשמשכנו בגובייא דבי״ד דקנה מגזיה״כ אבל אי משכנו לאחר שעת ההלואה חוץ לבי״ד בין מרצונו ובין בע״כ לא קנה דמשיכה אינה קונה שעבודים.

---

7 וראיתי להביא פה מאי דקשיא לי בסוגיא זו ולא שייך לעיקר דברינו.

א. בד״מ סי׳ צ״ז אות ד׳ הביא בשם המ״מ בשי׳ הרמב״ן ורשב״א דלא שייך השבת העבוט היכא דמשכנו שלא ברשות והכי נמי מוכח בסוף סי׳ זה בטור וכדכתב שם בד״מ (כדמוכח במה שהקשה על הרמב״ם בסוף הסי׳ היכי משכחת לה השבת עבוט וע״ש היטב) והדברים תמוהים טובא דהא בשלש גמ׳ מפורשות כתוב לא כן בתמורה ו׳. ובמכות ט״ז. ובב״מ ל״א: וכ״פ הרמב״ם מלז״ל פ״ג ה״ה וע״ע רש״י ותוס׳ תמורה שם דהוכיחו כן מפ׳ המקבל וע״ש בגר״א דהקשה עליהם ויפה הקשה ויותר קשה עליו עצמו אמאי לא הביא גמ׳ מפורשת דדרשא מקרא בב״מ ל״א: וצע״ג.

ב. במל״מ פ״י משכירות ה״א הביא דברי המהריט״ץ וחלק עליו וכתב דשלא בשעת הלוואתו פי׳ בבי״ד ושעת הלוואתו פי׳ מרצון הלוה. ודברי המל״מ נפלאו ממני דברמב״ם כתב להדיא כמהריט״ץ בפ״ג ה״ה וע״ש בסוף ההלכה וצע״ג (ושו״ר דכן הקשה בשעה״מ הל׳ אישות).

ג. ועו״ק לי בדברי המל״מ אמאי נקט בבי״ד ולא נקט בעל כרחו של לוה דהא אף אם משכן המלוה בע״כ של לוה חוץ לבי״ד איכא חיוב השבה כדהוכחנו לעיל הערה א׳. וכה״ג קשיא לי נמי ברש״י קי״ד: דכתב ממש כמל״מ וכן ברש״י

ובקצוה״ח סי׳ ע״ב סק״ב הביא דבריו והקשה עליו איך מקדש אשה במשכון דאחרים דקשיא ליה איך נקנה המשכון לאשה והא משיכה אינה קונה שעבוד משכון וכסף ליכא הכא כלל.

ובקה״י קדושין סי׳ י״ח כתב ליישב דאין כוונת הר״י מיגאש לומר דמשיכה אינה קונה שעבוד אלא דבקנין משיכה מועיל להעביר הבעלות שיש למוכר לבעלות הקונה אבל במשכון הלוה לית ליה כלל שעבוד לגביית חוב בהך משכון וזה נוצר רק אצל המלוה ומשיכה אינה מועילה ליצור שעבודי משכון בחפץ ולהחיל עליו שם משכון. אבל במקדש במשכון הרי אית ליה כבר שעבוד כלפי הלוה שלו וא״כ שפיר יכולה האשה לקנות הך שעבוד במשיכה כיון דכרגע המשיכה לא יוצרת שעבוד בחפץ אלא מעבירה אותו מהמקדש לאשה ושם משכון אית ביה כבר אצל המקדש וע״ש.

ובמחנ״א הל׳ זכיה מהפקר סי׳ ט׳ הביא להך סוגיא דב״ק דף מ״ט גבי גר שמת ומשכונו של ישראל בידו ובא אחר ותפס דמפקינן מיניה והביא דבתשובות מהר״ם מוקי להך סוגיא במשכנו בשעת הלוואתו דלא קנה הגר את המשכון ולכך מפקינן ממי שתפס. ותוס׳ והרשב״א שם כתבו דקנין דאית ליה במשכון מדר״י הוא זכויות ושעבוד בעלמא ולא קנין גמור כיון דיכול לפדותו ואיירי נמי במשכנו שלא בשעת הלוואה.

ונראה דדבריהם א״ש היטב לשי׳ הנתיה״מ סי׳ ע״ב אות ה׳ דכתב דכל הקנין דר״י הוא מה דיוכל אח״כ לגבותו בחובו וגבייתו תהיה למפרע וע״ע בקה״י הנ״ל מה שהביא בשם הריטב״א דקני למשכון רק באופן דיוחלט לו לבסוף ע״פ בי״ד דאז זוכה בו למפרע וביאר שם דעל צד שלא הוחלט ליה לא קנאו ולכך אם נאנס הרי דנתברר למפרע דלא קנאו כיון דלא נחלט

בסוגיין אמאי נקט לשון בי״ד וצ״ע. ד. ולכאורה תקשי נמי על הש״ך דכתב סי׳ ע״ב סוף אות ט׳ דקרא דולך תהיה צדקה קאי רק על משכנו ברשות ורק בהכי איכא קנין דר׳ יצחק וזהו לכאורה דלא כסוגיות דלעיל הערה א׳. אלא דבדבריו אפשר לומר דכוונתו דהשב תשיב קאי גם במשכנו שלא ברשות וגם בכה״ג איכא חיוב השבה אלא דדינא דר׳ יצחק קאי רק היכא דהשבה זו חשיבא צדקה וזהו רק היכא דמשכנו ברשות והדבר מסתבר דאל״ה יצא שהממשכן בכוח עושה צדקה כשמחזיר המשכון וזוהי מצוה הבאה בעבירה.

ונראה דגם הר״י מיגאש הביאו הקצוה״ח ע״ב אות ב׳ דכתב דבע״ח אינו קונה משכון אלא רק היכא דמשכנו בשעת ההלוואה דאז נקנה בכסף ההלוואה או בגוביינא דבי״ד דנקנה מחידוש התורה אבל כשמשכנו בע״כ או מרצונו לאחר ההלוואה לא קנה כיון דאינו נקנה במשיכה (ובעז״ה נבאר דבריו לקמן). ולפי״ז תקשי לכאורה מכל הנך סוגיות דהערה א׳ וכן הקשה בקצוה״ח שם. וליישב זה נאמר כדכתבנו בביאור הש״ך דדין השבת העבוט ודאי חל גם כשמשכנו בע״כ אלא דדינא דר״י דבע״ח קונה משכון לא שייך בכה״ג דלא חשיב צדקה כשממשכנו בע״כ (ועיין בקה״י קדושין סי׳ י״ח מה שכתב בזה ואינו נראה) ועדיין יש להתיישב בדבר.

[106] לו בחובו דהא נאנס. ובזה ביאר אמאי למ״ד דבע״ח ש״ש הוא בכ״ז חשיב קונה במשכון אף דאינו חייב באונסיו וע״ש בקה״י דלפי״ז ביאר הגדר של אלים שעבודיה במשכנו בזמן ההלוואה.

ונראה דכה״ג נמי אפשר לומר בגר שמת דכיון דלא בא לידי גוביינא הרי נתברר למפרע דלא היה של הגר כלל ולכך מוציאים מיד התופס.

ומחנ״א שם המשיך להקשות לשיטות הראשונים דס״ל דבע״ח קונה משכון בין משכנו בשעת הלוואתו ובין שלא בשעת הלוואתו וס״ל דאית ליה קנין גמור במשכון ולא רק שעבוד איך יפרנסו הם להך סוגיא דגר שמת.

ותי׳ המחנ״א דכיון דמת הגר ופקע ההלואה הרי פקע נמי קנין המשכון שאינו קנוי לו אלא בזמן דאיכא הלואה כדכתב רש״י פ׳ כל שעה (דף ל״א). ולפי״ז כתב לבאר דברי תוס׳ קדושין דף י״ט דכתבו דמקודשת במחילת מלוה ואעפ״י שאינו מחזיר לה המשכון (וכ״כ הטור אבה״ע סי׳ כ״ח) ובדף ח׳ כתבו דבע״ח קונה קנין גמור וליסוד המחנ״א דבריהם מיושבים דכיון דליכא הלוואה דהא מחל לה הרי ממילא פקע קנינו במשכון וע״ש בדבריו.

ונראה לבאר בכוונתו דמה דפקע הוא לא קנינו במשכון אלא שם משכון דשם משכון שייך רק היכא דאיכא הלואה כנגדו וכאשר ליכא הלואה ממילא זהו אינו משכון כלל אלא סתם חפץ וכעין דברי הר״י מיגאש בביאור הקה״י דהקנאת המשכון היא המחילה עליו שם זה. ואצל הלוה היה זה חפץ אחר ולא משכון וממילא בסתם חפץ זה אין למלוה קנין כלל ואף פעם לא היה בעלים עליו דהוא היה בעלים על משכון ולא על מחרישה

וממילא אף דהיה בעלים לא בעי להקנות חזרה המשכון כיון דכרגע ליכא כלל משכון בעולם דשם משכון שייך רק היכא דאיכא הלואה כנגדו ומשיכה אינה יכולה להחיל שם זה לשי׳ הר״י מיגאש דאינה יכולה להופכו ממחרישה למשכון וכמשנ״ת.

והנה בריטב״א קדושין י״ט. בד״ה והשתא נראה דפליג על הך יסוד דהמחנ״א דכתב דמלוה אינו יכול למחול משכון ליתומים קטנים כיון דלאו בני הקנאה נינהו ואעפ״י שהחזירו להם לא זכו דכיון דקני ליה כשותף הוא בו וצריך בר זכיה לזכות בהקנאתו וע״ש.

ומדברי הריטב״א משמע דא״א למחול המלוה ושיפקע קנין המשכון ממילא וכהמחנ״א אלא דעדיין אפשר לומר כהבנת המחנ״א דאין משכון ללא מלוה כנגדו אלא דהריטב״א ס״ל דכיון דאיכא משכון הרי גם על המלוה אינו יכול למחול ודלא כתוס׳ דס״ל דאפשר למחול המלוה אף דאיכא כנגדו משכון וממילא פוקע המשכון וכמשנ״ת.

אבל לשאר הראשונים בסוגיא דב״ק מ״ט דתי׳ באופנים אחרים (מהר״ם רשב״א ותוס׳) קצ״ע איך שייך קנין משכון כאשר ליכא כלל חוב כנגדו. ונראה בדבריהם דמשכון אינו חפץ אחר אלא קנין נוסף במחרישה עצמה וממילא כיון דאית ליה קנין במחרישה אינו יכול להפקיעו אף דשם משכון לא שייך בזה כבר.

וע״ע בגמ׳ מכות ט״ז. ובע״ב גבי גר שמת דעדיין שעבוד קיים כלומר אף דהגר מת השעבוד כלפיו קיים אלא דאין למי לשלמו (ובצ״פ שם כתב דחשיב כמשלמו [107] לעצמו) וא״כ הכא נמי אפשר דס״ל להנך ראשונים דאיכא חוב אלא דאין לוה ולכן שם משכון שייך עדיין בכה״ג וע״ש היטב.

וראיתי בגידו״ת שער מ״ט ריש חלק י״ח באות א׳ שהביא בשם הרא״ש וז״ל מכאן פסק ר׳ מאיר נכרי שהלוה לישראל על המשכון ונפל הימנו ומצאו ישראל חייב להשיבו לבעליו לפי שגוף המשכון שלו ולא היה לו לע״א אלא שעבוד וכיון שנפל ממנו ומצאו ישראל אחר פקע שעבודו. והביא הר׳ ב״י סי׳ ע״ב בשם ר׳ ירוחם ז״ל בנתיב כ׳ ח״ב דה״ה למעות שהלוה ישראל לנכרי על משכון ונפלו מהנכרי ומצאן ישראל יחזיר לישראל ע״כ. והקשה עליו הגידו״ת דבשלמא המשכון עצמו הוא של הישראל אבל המעות אינן חוזרים בעין ולמה לא יזכה בהן המוצאן והביא שם דכ״כ בספר הלבוש בשם רבו ודחה סברא זו.

ונראה לומר דהב״י בר׳ ירוחם ורבו של בעל העיטור ס״ל דהנך מעות הוו של הישראל כיון דאגיד במשכון ואין משכון אלא אם יש כנגדו חוב הרי דמעות החוב תפוסות במשכון וממילא שייכות לבעלים הישראל וזהו דומיא דסברת הריטב״א קדושין י״ט שהבאנו דבריו לעיל דא״א למחול המלוה כשיש לו משכון אצלו כיון דהמעות תפוסות במשכון ואף דבד״כ מלוה להוצאה ניתנה. ואכתי צ״ע דהוא באמת דבר מחודש.

ונראה להביא ראיה להך יסוד דהמשכון והחוב דבר אחד הם מהמשנה שבועות מ״ג. המלוה את חבירו על המשכון ואבד המשכון ואמר לו סלע הלויתיך עליו וכו׳ ע״ש בכל המקרים במשנה דמבואר דעושים חשבון מעות החוב כנגד שווי המשכון והנשאר הוי טענתו של התובע ואידך הוה מודה במקצת ולמשל סלע הלויתיך עליו ושקל היה שוה והלה אומר לא כי אלא סלע הלויתני עליו וג׳ דינרים היה שוה נשבע הלוה דאינו חייב יותר מדינר ומשלמו.

ולכאורה קשיא אמאי עבדינן הך חשבון לימא ליה מלוה דבחוב כו״ע מודו דחייב לו סלע והנדון של המשכון הוא נדון חדש דהלוה תובע מהמלוה את דמיו ג׳ דינרים והמלוה אינו מודה לו דהיה שוה אלא ב׳ וא״כ אמאי לא אמרינן דישבע המלוה דהוא הוא המודה במקצת בנדון זה של המשכון וישלם לו ב׳ דינרים תמורת המשכון ויקבל ד׳ בחובו מידי דהוה אב׳ חובות שונים. דנראה פשוט בסברא דאי כו״ע מודו דראובן חייב לשמעון סלע אלא דראובן טוען דשמעון נמי חייב לו ג׳ דינרים מחוב אחר לגמרי וראובן מודה במקצת דחייב לו ב׳ באותו החוב אטו נאמר דשמעון הוא המודה במקצת הנשבע ונוטל אלא פשוט דראובן חשיב מודה במקצת על החוב השני דהוא נדון אחר (אמנם לא מצאתי דבר זה מבואר בפוסקים ולכשאפנה אשנה פרק זה).

ולכך נראה דמוכח מכאן דהנדון דהמשכון אינו נדון נפרד מהחוב אלא נדון אחד הם וממילא המעות והמשכון חד דינא הוא דמעותיו תפוסות במשכון וכשאומר לו דהמשכון היה שוה ב׳ הרי בכך אומר לו שחייב לו ב׳ דינרים וזה אינו רק חשבון הנשאר מב׳ נדונים אלא נדון אחד הוא והנשאר בין הני ב׳ תביעות הוא תביעה אחת. וממילא פשוט דהלוה הוא המודה במקצת ולא המלוה וע״ע לקמן סי׳ הבא בביאור שיטת שמואל במשכון.

וע״ע בשי׳ הראשונים קדושין י״ט. וח׳: גבי קדושין והקנאת חוב ע״י העברת [108] המשכון דהתם נמי נראה כדברינו דהחוב תפוס במשכון ולכך לא הוי כקדושין בחוב או הקנאת חוב בעלמא ואכמ״ל.

[109]

סימן י״א: בענין דינא דשמואל במשכון שוה פחות מהחוב (בדף פ״ב.)

א. איתא בגמ׳ שבועות מ״ג: אמר שמואל האי מאן דאוזפיה אלפא זוזי לחבריה ומשכן ליה קתא דמגלא אבד קתא דמגלא אבד אלפא זוזי וכו׳ תנן סלע הלויתיך עליו וכו׳ מתניתין בדפריש שמואל בדלא פריש וכו׳ ע״ש בכל הסוגיא.

ובתוד״ה מתני׳ הביאו גירסת ר״ח ור״ת דגרסו איפכא מתני׳ בדלא פריש שמואל בדפריש דלגי׳ הקונטרס קשיא להו אמאי יאבד כל מעותיו אי לא פירש כן להדיא. ובהמשך דבריהם שם הקשו לשי׳ רש״י (וע״ש במהרש״א שהבין בתוס׳ דקושיתם על ר״ח ודבריו סתומים ע״ש) ויסדו דאי איכא מ״ד דבדפריש ס״ל כשמואל הרי ודאי

דבדלא פריש יאבד מעותיו שכנגד המשכון דבחלק זה חשיב כמפורע ולפי״ז יישבו אליבא דר״ח ור״ת אמאי נקטה הגמ׳ בדחייתה דכו״ע לית ליה דשמואל ולא דכו״ע אית להו דשמואל וכתבו דלגי׳ הקונטרס לא קשיא כלל קושיא זו.

ובהמשך דבריהם הביאו דר״ח מכח קושיא זו הוכיח דלא קי״ל כשמואל ודחו דבריו דהא בסוגיא זו ליכא למינקט דכו״ע אית ליה דשמואל לפי הך יסוד דלעיל ולכך נקטו דהלכה כשמואל.1

ונראה דר״ח גופיה דאייתי הך ראיה פליג על תוס׳ וס״ל דאף אם נאמר דר״א ס״ל כשמואל בדפריש הרי בדלא פריש לא יאבד אפי׳ כנגד המשכון.

ובביאור מחלוקתם נראה לומר בהקדם ביאור דברי תוס׳ עצמם דלכאורה מאי סברא איכא ביסוד זה ואמאי קשרו בין הציור דפריש לציור דלא פריש. ונראה לבאר לפי מה דכתבו תוס׳ עצמם בהמשך דלא שייך לומר דלזכרון דברים בעלמא תפס לגבי מה שכנגד המשכון. וא״כ נראה דיש ב׳ הבנות אפשריות מה פועל מאי דפריש בשמואל לגי׳ ר״ח דביסוד הדברים כשלוקח משכון שאינו בשווי החוב הרי לוקחו לזכרון דברים וכדכתב רש״י בסוגיין ובב״מ להדיא בשי׳ ר״א אלא דכשמפרש דיאבד כל חובו הרי מתנה דאף שזהו אינו [110] משכון והוי רק זכרון דברים אם אבד המשכון אבדו מעותיו. ואפשר לומר באופן אחר דכשמפרש כה״ג הרי מתנה דאף שהמשכון שווה פחות מהחוב הרי הוא משכון לכל דבריו כמשכון לגוביינא ועומד כנגד כל החוב.

---

1 ועדיין יקשה אמאי ליכא ראיה מכך שהגמ׳ לא נשארה באוקימתא דתנאי פליגי בדשמואל והלכה כר״ע וזהו כשמואל ונקטה דכו״ע לית להו דשמואל וזוהי לכאורה ראיה דאין הלכה כוותיה. אלא דבראשונים בסוגיא הכא מבואר דמכאן ליכא ראיה דהלכה לא כשמואל דכולם אייתי ראיה כר״ח ותוס׳ מכך שהגמ׳ לא נקטה דכו״ע אית להו דשמואל (עיין בר״ן רמב״ן ועוד) וצע״ק אמאי לא הביאו ראיה דידן. ושמא יש לומר דלימא כתנאי דהכא פירושו דאיכא ראיה לשמואל מדר״ע ומה דדחתה הגמ׳ ולא נשארה בהך אוקימתא הוא כיון דרצתה לומר דאין ראיה לשמואל מהנך תנאי. וצריך לי ביאור גדר הבטוי בכל הש״ס לימא כתנאי אי זהו קושיא למה הכניס ראשו בפלוגתא דתנאי או דזהו ראיה מהתנא לדברי האמורא ואכמ״ל.

ונראה דתו׳ ס״ל כדרך השניה וממילא כשלא פירש הרי חשיב כזכרון דברים בעלמא אלא דתו׳ ס״ל דכנגד החוב חשיב כגוביינא אף אם לא פירש ורק כלפי השאר הוא דחשיב כזכרון דברים. ור״ח ס״ל כדרך הראשונה דהוי תנאי בעלמא וממילא כשלא התנה הרי כיון דהוי כזכרון דברים ואין בו תנאי לא אמרינן דאבדו אף המעות שכנגד המשכון.

ונראה דנפ״מ בין הנך שי׳ הוא האם יכול לקדש בהך משכון דלתוס׳ כיון דפירש הפכו למשכון לכל דבריו דלגוביינא קיים וקנוי לו מדר׳ יצחק וממילא יכול לקדש בו כהך דקדושין ח׳: ולר״ח דס״ל דהוי עדיין זכרון דברים אפי׳ כשפירש הרי ברור דאינו יכול לקדש במשכון זה. אלא דלהלכה א״א לומר כן דהתוס׳ מ״ד. בד״ה מאי כתבו דפליגי על רש״י וס״ל דקנין דר׳ יצחק לא קשור לשאלה אי המשכון לגוביינא עומד או לזכרון דברים וא״כ אפשר דאף לר״ח תהיה מקודשת ואכתי צל״ע.

והנה ה״ה בהל׳ שכירות פ״י ה״א כתב דהרמב״ם לא פסק כשמואל כיון דפטר למלוה מאונסין. וביאר הלח״מ בדבריו דס״ל דשמואל מחייב באונסין כיון דזהו תנאי ואונסא לאו כמאן דעביד (ועי״ש באבהא״ז).

ונראה דלהסבר זה ה״ה ס״ל כר״ח דזהו רק תנאי חיצוני דאיכא במשכון דאם אבד המשכון אבדו מעותיו (ואף דברמב״ם בפשטות נקט כגי׳ רש״י דשמואל איירי בדלא פריש אפשר לומר דבכל משכון כה״ג איכא תנאי כזה אף אם לא פירש וע״ש באבהא״ז). ונראה דשאר הראשונים פליגי וס״ל דאף שמואל פטר באונסין כדמוכח לכאורה בסוגיין כדכתב הלח״מ וא״כ הם ס״ל כתוס׳ דזהו אינו תנאי אלא דחשיב משכון לגוביינא. או דנאמר דכיון דגירסתם היא כרש״י דשמואל איירי בדלא פריש לא שייך כלל לומר דלגוביינא לקחו אי לא פירש כן וצ״ל דאיכא תנאי אף דלא אמרו כן בפירוש ודוחק הוא דאמאי לא מחייבי באונסין.[2]

והר״ן על הרי״ף בשבועות שם ורש״י הביאו דהך דינא דשמואל לא הוי לענין הפירעון דיוכל הלוה לומר לו דאינו פורע חובו ויגבה מהמשכון דלכך לא קיבלו ביתר על דמיו אלא רק לענין משכון ולא לענין פרעון.

ונראה דהנך ראשונים ס״ל דהך משכון דשמואל לא הוי לזכרון דברים והתנאי הוא חיצוני לו כר״ח אלא דהוי כמשכון לכל דבריו דתופס כנגדו דמי כל החוב דאי כהר״ח מאי הו״א איכא למימר דיחשב כשווה יתר על דמיו לענין פרעון נמי דנהי דאיכא תנאי אם יאבד אבל כשהמשכון נמצא לא שייך לומר דשווה יתר מדמיו אבל אם נאמר דחשיב כמשכון כנגד כל [111] הדמים הרי איכא הו״א דקיבלו כעין לדידי שוה לי וא״כ אף לענין פרעון קיבלו ומזה באו הר״ן ורש״י לאפוקי.

---

2 ובאשר לדברי ה״ה צ״ע דלכאורה איכא ראיות טובא דהרמב״ם לא פסק כשמואל דבהל׳ מלו״ל פי״ג ה״ד לא כתב דאיירי בדפריש. ועוד דלא כתב כשמואל בהל׳ שכירות אלא סתם דש״ש הוא וחייב בדמי המשכון ולא חילק בציור דהמשכון אינו שווה כחוב וצ״ע אמאי נחית ה״ה לדחוק כן כדי להוכיח ברמב״ם דפסק דלא כשמואל (ועיין בכ״מ הל׳ שמיטה פ״ט הי״ד דכ״כ בפשטות).

והכי נמי מוכח בדברי הר״ן ורש״י דכתבו בביאור דברי ר״ע באוקימתא דס״ל כשמואל דאיהו ס״ל דאף דהמשכון אינו שוה כחוב קיבלו לשם משכון ולא לזכרון דברים בעלמא כר״א.

ואם כן נראה דלהנך ראשונים דגרסי כרש״י דשמואל איירי בדלא פריש ס״ל דלשמואל הך משכון חשיב כנגד כל המעות ולא כר״ח וה״ה דס״ל דזהו זכרון דברים והוי תנאי חיצוני דאם יאבד המשכון יאבדו מעותיו ואפשר דזהו כיון דה ס״ל דבלא פריש לא שייך לומר דזהו תנאי דלתנאי בעינן שיפרש אלא זהו מדיני משכון אף אם לא פירש ותוס׳ ס״ל דאם לא פירש זהו זכרון דברים כר״ח אבל אם פירש הרי חשיב כמשכון כנגד כל המעות.

והנה הרמב״ן ב״מ פ״ב. בד״ה לימא כתב בפירוש אליבא דרש״י דלר״ע דס״ל כשמואל בדלא שווי המשכון שעור זוזי ס״ל דלגוביינא דאלפא זוזי לקחו וזהו בפירוש כדברינו ועיין בחי׳ לשבועות דגריס כגי׳ רש״י.

ובהמשך דבריו שם כתב הרמב״ן דאף לגי׳ זו שייך למימר בגמ׳ דכו״ע אית להו דשמואל (ודלא כתוס׳ שבועות דכתבו דאליבא דרש״י לא שייך לומר כן) אלא דר״ע ור״א פליגי מתי משלמים בכל המעות כדשמואל האם בגניבה ואבידה או רק בפשיעה כלומר איהו ס״ל דשמואל חידש רק דבמשכון גדר התשלום הוא בכל המעות אף דזהו יותר משווי המשכון אבל מה גדרי השמירה שבהם מתחייב זהו פלוגתא דר״ע ור״א. וזהו גם לא כה״ה דס״ל דלשמואל מחייב באונסין דלעי׳ דהרמב״ן זהו אינו תנאי חיצוני והחפץ הוי לזכרון דברים אלא זהו משכון ממש וממילא חיובו כמו במשכון רגיל דלרוב הראשונים הוא כש״ש ועיין בסי׳ הקודם.

ב. והנה הגמ׳ בהמשך הסוגיא בעי למימר דרבי ורשב״ג פליגי בדשמואל דרשב״ג ס״ל דבמשכון השוה פחות מהחוב לא משמט ולרבי משמט וע״ש מהלך הסוגיא דלמסקנה דחו דפליגי באותו חלק שכנגד המשכון ולא בחלק העודף על המשכון.

ובגמ׳ ב״מ מ״ח: פליגי רב וריו״ח גבי ערבון אי כנגדו הוא קונה או כנגד כולו הוא קונה ותלו לה בהך פלוגתא דרבי ורשב״ג ולמסקנה דחו לה כהך דשבועות דהני. תנאי פליגי באותו חלק שכנגד המשכון.

ונראה דאי ס״ל לגמ׳ דדינא דשמואל הוא רק תנאי אבל המשכון הוא לזכרון דברים בעלמא ואינו משכון ממש תקשי לכאורה דמה מקום לתלות הני פלוגתות זב״ז דאי שמואל ס״ל דזהו תנאי חיצוני אבל המעות אינן תפוסות בעצם המשכון מדוע לשמואל לא ישמט החוב. ואי ס״ל כה״ג אמאי תלו פלוגתא דרב וריו״ח דהתם ודאי פליגי במעמדו של הערבון ולא בתנאי חיצוני דאית ביה ולכאורה נראה דזוהי ראיה כנגד ה״ה ור״ח.

אלא דכד תדייק תמצא דבמסקנת הגמ׳ לא אמרו דכו״ע לית ליה דשמואל כפי שאמרו בהך דר״א ור״ע אלא דחו לה בפשטות דפליגי במה שכנגד החוב. וא״כ אפשר דלר״ח וה״ה יודו דבהו״א הגמ׳ ס״ל דסברת שמואל היא כתוס׳ ודעימיה דזהו משכון ממש ולכך דימו להך דשמיטה וערבון אבל למסקנה אפשר דזה גופא מה דדחתה הגמ׳ לומר לך דכו״ע אית להו [112] דשמואל דיש תנאי אף דזהו זכרון דברים לגבי החלק שמעבר למשכון ולכן לא משמט ואינו קונה אלא כנגדו.

ואכן כשהביאו הראשונים ראיה דאין הלכה כשמואל ממה דאמרה הגמ׳ דכו״ע לית ליה דשמואל הרי הביאו מדחיית הגמ׳ לאוקימתא דר״ע ור״א ולא ממסקנת הסוגיא גבי רשב״ג ורבי וזהו כדברינו דמהתם ליכא ראיה כלל וכמשנ״ת.

והנה ברמב״ם פ״ז ממכירה ה״א פסק כריו״ח וכדפסקו כל הפוסקים ובהל׳ שמיטה פ״ט הי״ד פסק במלוה על המשכון דאינו משמט רק מה שכנגדו. ותמהו עליו כל המפרשים דדבריו לכאורה סתרי אהדדי דהגמ׳ ב״מ תלתה נדונים אלו זב״ז. והלח״מ הל׳ מכירה שם ביאר דכיון דפסק כריו״ח ולא בעי דריו״ח יהיה תלי בפלוגתא דתנאי הרי צ״ל דבמשכון משמט רק כנגדו.

וביאור דבריו כבר כתבו האחרונים (אבהא״ז ומרכה״מ ואבי עזרי פי״ג ממלו״ל ה״ד ועוד) דכיון דפסק דלא כשמואל הרי מוכח דרבי ורשב״ג פליגי בכנגדו בלבד כסוגיא דשבועות וא״כ גם אם פסק כריו״ח עדיין מוכרח לאוקמי לפלוגתתם בהכי (אף דבסוגיא דפ׳ הזהב לא משמע כן) ולומר דאף לריו״ח דערבון קונה כנגד כולו הרי במשכון משמט רק כנגדו. ולפי״ז נמצא דגם במסקנת סוגיא דפ׳ הזהב לא אמרינן דכו״ע לית להו דריו״ח ואפשר דכו״ע אית ליה כוותיה כדכתבנו במסקנה דסוגיא דשבועות גבי שמואל.

ובאמת הר״ש פ״י דשביעית מ״ב והרא״ש גיטין ל״ז. כתבו דאליבא דשמואל רשב״ג ס״ל דמשמט כולו כהו״א דהגמ׳ דשבועות וב״מ ופסקו להלכה כשמואל וכ״פ הטור ותוס׳ וזה ודאי א״ש עם מה דפסקינן כריו״ח.

ועיין בחי׳ הרמב״ן וברי״ן בסוגיא דשבועות דפליגי אי כשהמשכון בעין חייב הלוה לפרוע לו החוב העודף על דמי המשכון אף אם אינו מחזיר לו המשכון דכך ס״ל לר״ן או דאינו חייב לפרוע לו כלל כסברת הרמב״ן.

ובאבי עזרי פי״ג ממלו״ל ה״ד כתב לבאר מחלוקתם ביסוד דידן אי הך משכון הוי לגובייגא ועומד כנגד המעות או דזהו רק תנאי חיצוני אבל המשכון אינו עומד כנגד כל המעות. דהרמב״ן ס״ל דזהו משכון לכל דבר ועומד כנגד כל מעותיו ואם אינו מחזירו כל עוד הוא בעין הרי אינו חייב לו כלל את החוב והר״ן ס״ל דחייב לו את המותר על דמי המשכון אבל כנגדו ודאי דאינו חייב לו.

והנראה מזה דהרמב״ן חידש דבהך יסוד דשמואל דהמשכון עומד כנגד כל החוב (ועיין סוס״י י״ב לעיל) כו״ע לא פליגי כאשר המשכון בעין ולכן אם לא מחזיר המשכון אבדו מעותיו. אלא דכשאבד המשכון אף דשמואל ס״ל דאבדו מעותיו בהך הוא דלא קי״ל כוותיה. כלומר כל עוד המשכון בעין הרי ללוה באופן עקרוני איכא טענה דאינו רוצה לפרוע כיון דהמשכון עומד כנגד החוב אלא דכמובן למלוה איכא אפשרות להחזיר המשכון ולגבות כל חובו כדכתבו הר״ן ורש״י דלפרעון לא קיבלו ביתר על דמיו אבל כאשר המשכון אבד ליכא ללוה טענה שאינו רוצה לפרוע דהא המשכון אינו אצל המלוה אלא רק יכול לתבוע ממנו שווי המשכון שאבד. והר״ן פליג וס״ל דאף כשהמשכון בעין ליכא ללוה אפשרות להחזיק כל חובו כנגדו כיון דלא קי״ל [113] כשמואל דמשכון שאינו שוה לחוב עומד כנגד כל החוב אף כשהוא בעין.

והנה בר״ן כתבנו לעיל דאיהו נמי ס״ל כרמב״ן דזהו משכון לכל דבר וצ״ל דכל עוד המשכון קיים ס״ל כדכתב להדיא דלפרעון לא קבלו ביתר על דמיו ורק למשכון קבלו אבל אם אבד המשכון הרי איבד כל מעותיו דזהו מדיני משכון דהוא דעומד כנגד כל החוב. וא״כ ברמב״ן נראה דס״ל כיסוד דלעיל דחשיב כגובייגא כנגד כל מעותיו אף כשהוא בעין.

ועדיין לא צריך לומר דפליג על ר״ן ורש״י דאיהו נמי מודה דאין רשות ללוה לומר שאינו פורע ויפרע המלוה מהמשכון דלכך לא קבלו אלא רק דאם המלוה לא מחזיר את המשכון ואפי׳ הוא בעין ליכא כלל חוב כיון דהחוב הוא כנגד המשכון כמו שהמשכון הוא כנגד החוב וכדכתבנו לעיל סוס״י.

וע״ש עוד באבי עזרי מה שכתב ליישב פסקי הרמב״ם דלעיל לאור דברים אלו דכיון דהרמב״ם פסק כריו״ח ולא פסק כשמואל מוכח דע״מ ששביעית תשמט כל החוב בעינן תרתי דינא דשמואל ודינא דריו״ח ורק אז חשיב שאינו בלא יגוש ע״ש. וא״כ סוגיא דב״מ ס״ל דכו״ע אית להו דשמואל וסוגיא דשבועות ס״ל דכו״ע אית להו דריו״ח וכיון דהרמב״ם פסק כריו״ח ודלא כשמואל הרי ממילא אינו משמט רק כנגד המשכון דכדי שלא ישמט מעבר לו בעינן נמי לדשמואל (ועיין תומים סי׳ ס״ז אות י״ג).

נמצא דדינא דשמואל ודינא דריו״ח הוי תרי דינים שונים דריו״ח מלמד דבמשכון נמצא החוב כולו ושמואל מלמדינו דגם אם אבד אבדו מעותיו דהוי כאילו התנו בהכי. וזהו כדברי ה״ה בהבנת שמואל דזוהי כעין התניה ולא כהבנת שאר הראשונים דהך משכון חשיב כמשכון ממש כנגד כל החוב וס״ל דדינא דריו״ח ודינא דשמואל היינו הך הם וכפשטות הסוגיות וממילא מדריו״ח נשמע לשמואל דהלכתא כוותיה וכדכתבו הרא״ש והטור ותוס׳ וזהו לשיטתם בהבנת שמואל דחידושו הוא דהך משכון חשיב כעומד כנגד כל החוב וזהו ממש דינו של ריו״ח. ובאמת הנך ראשונים ס״ל דבמשכון שאינו שווה שעור זוזי אינו משמט החוב כלל וזהו לשיטתם.

אבל הר״ח וה״ה לשיטתם אזלו דס״ל דזהו תנאי חיצוני וא״כ א״ש מה דס״ל דאף דהלכתא כריו״ח לית הלכתא כשמואל וא״כ מוכח דריו״ח ושמואל תרי חידושים הוו דריו״ח חידש דזהו ממש משכון התופס כל דמי החוב.[3]

ונראה דאיכא נפ״מ גדולה בין הנך שי׳ ראשונים אי שמואל איירי אף במשכנו שלא בשעת הלוואתו. דלראשונים דס״ל דאיירי בדפריש כגי׳ הר״ח הרי לא שייך שיפרש ויתנה כשלוקחים ממנו בע״כ דאז ודאי אין בכוחו להתנות על מה שלוקחים ממנו בע״כ אבל אי אמרינן דזהו דין מדיני [114] משכון אף אם לא פירש כיון דאיכא תנאי כה״ג כאבי עזרי בר״ן או דס״ל דזהו משכון ממש כנגד כל החוב כרמב״ן ודעימיה הרי אפשר דזהו אף שלא בזמן הלוואתו דלא בעינן שיתנה.

3 ובתוד״ה דברי הכל ב״מ פ״א: הקשו על רש״י איך כתב דלר״א הוי המשכון דשוי שעור זוזי זכרון דברים והא קי״ל דבכה״ג לכו״ע אינו משמט את החוב. ונראה דרש״י ס״ל דאף אי הוי זכרון דברים בכה״ג שפיר אינו משמט ומה דכתבה הגמ׳ שבועות וב״מ דזכרון דברים משמט הוא בציור דלקח משכון דאינו שווה שיעור זוזי כיון דאז הוא בלא יגוש אבל בדשוי שעור זוזי נראה דרש״י ס״ל דאינו בלא יגוש אף דלקחו לזכרון דברים והוא חידוש גדול והיפך דהיפך האבי עזרי ברמב״ם דכדי שלא ישמט בעינן תרתי וצ״ע.

ועיין ברא״ש וטור ותוס׳ דפסקו כשמואל ולמדו דאיירי בדפריש ולכאורה לא חילקו בכה״ג אי משכנו בשעת הלוואתו או לא ועיין בהגהות אשרי בסוגיין דב״מ דכתב דחילקו בכה״ג דבשלא בשעת הלוואתו נחתינן לדינא דר״י והוי ש״ש רגיל ועיין היטב בדבריהם.

ג. והנה רש״י בסוגיא דב״מ פ״ב. כתב דבדשווי משכון שעור זוזי כו״ע מודו לשמואל וכהגירסא בסוגיא דשבועות דאי בדשווי מאי טעמיה דר״א ותוס׳ פליגי עליה וס״ל דאף בהכי פליגי ר״ע ור״א להך אוקימתא בין בדשווי ובין בדלא שווי.

ונראה דרש״י לשיטתו אזיל דאיהו ס״ל דמה דחידש שמואל הוא דבמשכון שאינו שוה שעור זוזי אכתי חשיב משכון כנגד כל המעות אף דלא פריש ובזה הוא דפליג ר״א וא״כ פשיטא דבציור דשוה בדיוק שעור זוזי לא יחלוק ר״א כלל דחשיב משכון. אבל לתוס׳ דס״ל דזהו רק בדפריש וא״כ הא דחשיב משכון כנגד כל המעות הוא לא מדיני משכון בעלמא אלא מחמת שהתנה שיהיה כן ואם לא התנה הרי ברור דזהו זכרון דברים וא״כ מה דכתב דבדשווי נמי פליגי אינו מובן דהרי פלוגתתם היא אי הוי אסמכתא או לא ובדשווי פשיטא דלא הוי אסמכתא ומאי טעמא פליג ר״א נמי בדשווי.

ויותר מכך דתוס׳ הקשו על רש״י אמאי בדשוו כו״ע מודו וניסו לומר או מטעמא דר׳ יוסף או מטעמא דר׳ יצחק אבל לא חשבו דזהו פשוט מטעמא דשמואל דבדשווי קיים לכו״ע (ובשבועות בסוף התוס׳ כן כתבו בשי׳ רש״י דזהו מטעמא דשמואל אבל בב״מ לא כתבו כן). ובשלמא אי אמרינן דזהו כעין תנאי הרי אפשר שכששוה שעור זוזי לא מתנה תנאי כה״ג ולא שייך לבוא מצד דינא דשמואל אבל לתוס׳ ורש״י ס״ל דזהו כיון דחשיב משכון וא״כ בדשווי ודאי דחשיב משכון ואמאי ליתא לדשמואל בכה״ג ולרש״י דכתב דכו״ע מודו מדינא דשמואל א״ש היטב.

ואפשר דהך תוס׳ לא ס״ל כקודמו דזהו מדיני משכון אלא כר״ח ס״ל דזהו כתנאי שאם יאבד המשכון יאבדו מעותיו וצ״ע.

ד. ונוסיף כאן עוד הערה דברש״י שבועות מצאנו דבדחיית האוקימתא דבשמואל פליגי כתב דה״ג אי דלא שווי שעור זוזי כו״ע לית להו דשמואל ובדר׳ יצחק קמיפלגי ומשמע דבדר׳ יצחק איירי נמי בציור דלא שווי שעור זוזי.[4] [115] ונראה דטעמו הוא דאי אמרינן דבדשווי ליכא טעמא לחלוק על שמואל הרי ליכא לאוקמי בדשווי

דא״ה תקשי מ״ט דר״א כלומר דבדשווי לית מאן דפליג אדשמואל בסוגיא דשבועות. ואילו בסוגיא דב״מ לא גרס רש״י כן דהתם ליכא לפיסקא דבדשווי מאי טעמא דר״א.

4 והגירסא בריש דבריו היא כגי׳ בסוגיא דב״מ דלא ניסו אפילו לאוקמי כשמואל. ועיין רש״י ב״מ דכתב דרבה ודאי תנאי היא דהא אהדרן כמה טעמי ולא איתוקמא וא״כ משמע דליכא למימר דר״א ור״ע פליגי בדשמואל כדכתבו תוס׳ בשי׳ רבה ולכך רבה ודאי תנאי היא. וא״כ משמע דהדחיה של האוקימתא דבדשמואל פליגי היתה בהכרח ולא דיחוי בעלמא ועיין ברש״י שם דבאמת כן משמע בו שכתב דליכא למימר דר״ע כשמואל ס״ל דהא הפסיד מעותיו הוא רק מה שכנגד המשכון (ואיני יודע מי הכריחו לרש״י להבין כן דבפשטות ההיפך הוא הנכון ודווקא נראה דהוא דיחוי בעלמא). וממילא ברור דגרס גם בגמ׳ שבועות כסוגיא דידן דלא ניסו כלל להעמיד ר״ע כשמואל אלא ישר דחו אוקימתא זו ותוס׳ נמי לשיטתייהו אזלי דזהו דיחויא בעלמא

ובאמת ברש״י שבועות כשהביא ההסבר אמאי בדר׳ יצחק אמרינן דבע״ח קונה משכון רק במשכנו שלא בשעת הלוואתו הביא רק דבהכי איירי קרא ולא כתב דשלא בשעת הלוואתו הוא לגוביינא כדכתב בב״מ בהסבר דחייה זו. ונראה דזהו כיון דהכא איירי במשכון שאינו שווה שעור זוזי ופשוט דאינו לגוביינא (ועיין לעיל באוקימתא דפליגי בדשמואל דהתם נמי לא הביא רש״י דלקחו לגוביינא אלא כתב דהוא לשם משכון ובסוגיין ב״מ כתב דלגוביינא לקחו).

ואפשר דבסוגיא דב״מ ס״ל דאפשר לחלוק על שמואל נמי בדשווי אף דבאמת התם נמי ביאר רש״י דלא פליגי בהכי וא״כ באוקימתא דר׳ יצחק הרי ר״א ודאי פליג על שמואל וס״ל דהך משכון לזכרון דברים לקחו ואפי׳ בדשווי ובסוגיא דשבועות ס״ל דליכא למיפלג בהכי ובדשווי ודאי דלגוביינא לקחו. ונמצא דנחלקו הנך סוגיות אליבא דרש״י במה דליכא למימר בדלא שוי דלא כשמואל ובהך דדינא דר׳ יצחק לא תלי בהך דמשכנו לגוביינא אלא הוא גזיה״כ ואכתי צ״ב מהו יסוד מחלוקתם.

ונראה לבאר בהקדם מה דאיכא ב׳ הבנות אפשריות מהו המושג של גוביינא דאפשר לומר דמשכון חשיב משכון לגוביינא כיון דלוקחו לגבות ממנו בעתיד ואפשר לומר דכבר עכשיו חשיב כאילו מעות החוב אצלו והמשכון הוא כנגדם וזהו דין משכון ולכך חשיב גוביינא דינית ולא מציאותית (ועיין סוס״י י׳ ובדברי הראב״ד בשטמ״ק שהבאנו שם דס״ל דהוי ממש פרעון).

ופשוט דאף משכון שלקחו לזכרון דברים לא גרע מכל נכס אחר דיכול לגבותו בחובו אלא דעד שגובהו אם לא לקחו ע״מ לגבותו אלא לזכרון דברים הרי חשיב זכרון דברים ולא משכון (ועיין בש״ך סי׳ ע״ב אות ט׳ דכתב דאף משכון לזכרון דברים הופך לגובינא כאשר גובהו ופשוט).

ואפשר דבזה תליא פלוגתא דהבה״ג (הביאו תוס׳ בב״מ ע״א:) ורש״י שם דהיכא דאיכא שטרא לרש״י הוא למעליותא דודאי לא לקחו לזכרון דברים דהא איכא שטרא אלא ודאי לגוביינא לקחו וסמיך עליו ולבה״ג זהו לגריעותא כיון דסמיך על השטר ולא על המשכון. דלרש״י ס״ל דמשכון לגוביינא הוא מה דהחוב כרגע נמצא במשכון ואי איכא שטרא הרי לא עליו סמיך אפי׳ דיכול לגבות ממנו בעתיד לית ליה דין משכון ולבה״ג אי איכא שטרא הרי אינו סומך על המשכון שיוכל לגבות ממנו בעתיד דסמיך אשטרא ולכך אין עליו דין משכון בכה״ג דאיהו ס״ל דדין משכון תלוי בכוונתו לגבות ממנו בעתיד.

ונראה בפשטות הדברים דמי שתולה דין משכון בזה דחשיב לגובייא ס״ל כרש״י דזהו דין במשכון ולא דתלי בכוונתו לגבות.

ולכך לא גרסו גם בשבועות הכי.

[116] ותוס׳ שבועות כתבו דדינא דר׳ יצחק גזיה״כ ואינו תלוי אי המשכון לגובייא או לזכרון דברים. ונראה דס״ל דגובייא הוא מה שעתיד לגבות בו חובו וא״כ באמת לא שייך לתלות בזה דינא דר״י אבל רש״י ס״ל דגובייא הוא מה דהחוב ישנו במשכון ולולי זה לית ליה כלל דין משכון (וכמשנ״ת סוס״י) וממילא תלי בזה דינא דר״י.

וגם מה דתוס׳ שבועות ס״ל דאי ר״א מודה לדשמואל בדפריש הרי אף כשלא פריש יאבד כנגד המשכון וכדביארנו לעיל דחשיב גובייא כנגד חלק זה נראה דהם לשיטתם דגובייא פירושו מה שעתיד לגבות בו חובו וממילא גם במשכון השוה מעט עדיין עתיד לגבות בו חלק מחובו וחשיב לגובייא.

ונראה דזהו נמי יסוד דברי רש״י דלר״א המשכון הוא לזכרון דברים והקשו התוס׳ ב״מ ע״א: אמאי אינו משמט דהא מוכח בגמ׳ דזכרון דברים לכו״ע משמט. ונראה דרש״י ס״ל דחשיב זכרון דברים אף דלקחו לגבות ממנו בעתיד וממילא כיון דגובה ממנו אינו משמט דלא קרינא ביה לא יגוש אבל בגמ׳ ב״מ מ״ח איירי בדלא שוי המשכון שעור זוזי דאז גם לא עתיד לגבות ממנו ולכן לכו״ע משמט.

ואפשר דבזה תליא נמי ההבדל דלעיל בין הסוגיות דלגמ׳ שבועות ליכא למימר דבדשוי איכא מאן דפליג אדשמואל כיון דודאי טמון בו החוב דזהו הציור הרגיל של משכון ולכך נקט רש״י בביאור שי׳ ר״ע דלשם משכון לקחו ולא נקט דלגובייא לקחו דזוהי הגדרה מדויקת טפי. והסוגיא דב״מ וכן בתוס׳ הכא והתם דס״ל דר״א פליג אדשמואל נמי בדשווי נראה דס״ל דלר״א לא לוקחו ע״מ לגבות ממנו החוב ולכך חשיב זכרון דברים וליתא לדשמואל ולהכי נקט שם רש״י לשון גובייא ולא לשון שם משכון כדנקיט בסוגיא דשבועות וכמובן דיש לחלק אחרת.

ונראה דבנתה״מ סי׳ ע״ב סק״ה ובריטב״א הבאנו דבריהם לעיל סי׳ י׳ דס״ל דקנין דר׳ יצחק הוא מה דבע״ח גובה למפרע הרי נראה ברור דס״ל דגובייא תלי בכוונתו לגבות החוב בעתיד דאם לשם כך לקחו הרי גבייתו תהא למפרע ודוק.

[117]

סימן י״ב: בדינא דאיסי בן יהודה (בדף פ״ג.)

א. בגמ׳ פ״ג. תניא איסי בן יהודה אומר אין רואה שבועת ה׳ תהיה בין שניהם הא יש רואה יביא ראיה ויפטר ובפשטות הסוגיא משמע דפליגי בזה ר״א ור״מ וכ״כ רש״י על אתר דר״מ לית ליה דאיסי.

והנה ברי״ף הביא מ״ד דס״ל דדינא דאיסי הוא שיכול להביא עדים במקום רואה אבל עדיין אם ירצה יוכל להשבע ואפי׳ שנאנס במקום רואה (ובספר אוצר מפרשי התלמוד הביא דזהו בה״ג ולא מצאתי כן בבה״ג עצמו)

ובחי׳ הריטב״א הישנים הביא כן בשם ר׳ משה כהן. והרי״ף גופיה פליג וס״ל דבמקום רואה אינו יכול כלל להשבע ונפטר רק בעדים וכ״כ כל הראשונים.

והקשו בריי״ף וריטב״א על שיטה זו מדינא דהנהו שקולאי בסוף הסוגיא דלפנים משורת הדין חייביה רבא לשלם ומשמע דמעיקר הדין פטור היה היכא דיש רואה ואי כשי׳ ר׳ משה כהן אמאי לא חייבם רבא להשבע בכ״ז אף דיש רואה. ובריטב״א תי׳ דאפשר דאיירי היכא דלא רצו להשבע ודוחק.

אלא דבזה אפשר ליישב דהרי״ף למד במקרה זה כשי׳ מאירי ורמ״ך הביאו בשטמ״ק דאיירי הכא בציור דיש רואה ולכן מן הדין היה פטור מלשלם להם. אבל ברש״י הכא ובטור סי׳ ש״ד למדו דאיירי באופן דהנהו שקולאי פשעו ובכ״ז אי לית להו מה לאכול הרי לפנים משורת הדין משלם לה שכרם (ועיין בטור שם דמשמע דאת הנזק חייבים לשלם אלא דמהגמ׳ לא נראה כן) ולפי״ז אפשר לומר דהי״א בריי״ף למד כרש״י וממילא ליכא לאקשויי עליה מהא דשקולאי דלא איירי כלל בציור דיש רואה ואינו שייך לדינו דאיסי.

ועוד הקשה הרי״ף לשי׳ הי״א מאי קמ״ל איסי וכי לא ידענו דאם יש רואה יכול להביאם ולהפטר. ותי׳ בריטב״א שם דאתא לאשמועינן דהמפקיד אינו יכול לחייבו להשבע ויכול השומר להביא עדים. וביאור הדברים נראה עפ״י מה דכתבו האחרונים דשבועה הוא חלק מחיובי השמירה המוטלים על השומר ולא שנשבע רק כדי להפטר מחיוב הממון. ועוד הרחיק לכת האו״ש הל׳ טונ״ט פ״א הי״ב דכתב דלמעשה הוא נאמן כלפי הבי״ד בטענתו אלא דהתחייב להמפקיד לפייסו ע״י שיברר לו את מציאות האונס בשבועה וע״ש. ולפי״ז נראה דזוהי כוונת הריטב״א דבציור שיש רואה יכול לברר לו את זה גם ע״י עדים ואינו חייב ע״י שבועה ונפ״מ לגלגול שבועה כדכתב שם הריטב״א. ומשמע דבמקום שאין רואה לא יוכל השומר לומר שרוצה להביא עדים ולא להשבע דהמפקיד יכול לכופו להשבע ואפשר דלזה יסכים גם הרי״ף.

ובריטב״א שם דחה לבסוף דברי ר׳ משה כהן מכוח קושיא דאיסי. ונראה דכוונתו להקשות מהא דר״מ ס״ל דשלא במקום מדרון נשבע ונפטר והקשה ר״א [118] דבמקום רואה אין הדין כן אלא מביא עדים כלומר קושייתו היא למה ר״מ לא חילק וכתב דבריו רק היכא דאין רואה ולשי׳ הי״א מאי קושיא איכא והא בכה״ג נמי יכול להשבע אלא דרק רשות בידו להביא עדים במקום השבועה.

ונראה ליישב קושיא זו בהקדם מאי דקשיא בשי׳ הר״ח דפסק כר״מ דנתקל פושע ובפשטות ר״מ לית ליה דאיסי וכדכתב רש״י כאן וא״כ תקשי האיך הביא הריי״ף בשם הר״ח את הפשט השני באיסי ומשמע דאיהו נמי פסק לדינא דאיסי אף דס״ל דקי״ל כר״מ. ונראה דר״ח ס״ל דלר״מ נמי אית ליה דאיסי אלא דאז ק״ל מאי הקשה ר״א. ולכאורה היה נראה לומר דר״מ אית ליה דאיסי אלא דאיהו ס״ל כהי״א באיסי ור״א הקשה כיון דס״ל כריי״ף דא״א להשבע במקום רואה ולפי״ז א״ש הגמ׳ היטב דלר״מ לא חילק בין מקום רואה לאין רואה כיון דס״ל דאף במקום רואה אפשר להשבע ור״א הקשה כיון דס״ל דמדינא דאיסי א״א להשבע היכא דיש רואה וא״כ תקשי אמאי לא חילק ר״מ.

ואמנם בר״ח ליכא למימר הכי כיון דאיהו ס״ל כשי׳ הרי״ף בביאור דינא דאיסי וכדכתב הריי״ף בשמו כלומר דאף ר״מ דקי״ל כוותיה למד באיסי כן ולפי״ז מוכרח דר״א לא הבין דברי ר״מ אבל האמת דר״מ נמי ס״ל כוותיה בהך דאיסי ואף דזהו דוחק לא מצאתי ביאור אחר בקושית ר״א.

אלא דבשי׳ הי״א עדיין אפשר לבאר כן דס״ל דהלכתא כר״מ ובהנך הבנות באיסי הוא דפליגי ר״א ור״מ וא״כ ליכא לאקשויי עליה כדהקשה הריטב״א כיון דקושיא דאיסי הקשה ר״א ואיהו באמת למד כרי״ף בדינא דאיסי ודוק.

ונוסיף לומר דאם באמת ההוא י״א ברי״ף הוא בה״ג הרי איכא כמה ראיות דפסק כר״מ ע״ש בהגהות בן אריה על בה״ג דכתב בההוא דדרו באגרא דמשמע דפסק כר״מ. ועוד דבה״ג גרס בהך דריסתקא דמחוזא רבה ולא רבא וא״כ אזדא לה ראיית הרי״ף ושאר ראשונים דכתבו דרבא חזר בו וס״ל כר׳ יהודה והוכיחו דהלכתא לא כר״מ. ועוד דבה״ג לא גרס זיל אייתי ראיה דלא פשעת בה אלא דלא שנית בה ועיין בהגהות הגר״א אות א׳ בסוגיין דהעיר בזה ולפי״ז שוב אזדא לה ראיית הראשונים (ותליא מאי כוונתו במה שגרס דלא שנית בה ואכמ״ל).

ובמאירי הקשה על שי׳ הי״א מהך דריסתקא דמחוזא דמשמע דרבא חייבו להביא העדים וא״א היה לו להשבע וזהו להדיא דלא כהי״א. ולפי מה שכתבנו לעיל דגרסינן התם רבה ובזה גופא רבא פליג עליה לק״מ דהי״א פסק כרבא בזה.[1] [119] ב. באות הקודם הבאנו פלוגתא דהרי״ף והי״א אי במקום שיש רואה יכול עדיין להשבע או לא. ונראה בשי׳ הי״א דזוהי גזיה״כ ואינה סברא וכפשטות איסי וברי״ף אפשר ללמוד בתרי אנפי או דהוי גזיה״כ או דמה שיש רואה ואינו מביאו הוא ריעותא נגדו ולכך לא נותנים לו להשבע.

---

1 א. אלא דאף אי לא תימא הכי אפשר לדחות הראיה משם בהקדם מה שכתב בספר מעיני החכמה לדחות ראיית הרי״ף נגד הר״ח דפסק כר״מ מהך דריסתקא דמחוזא דקשיא לכאורה אמאי הפועל הוא דבא לפני רבא ולא בעה״ב דהוא התובע. ותי׳ שם דבאמת בתשלום הנזק פשיטא דפטור כר״מ (ורבא לא חזר בו ודלא כדעת הרי״ף) אלא דהוא בא לדרוש את התשלום מהבעה״ב ובזה אמר לו רבא זיל אייתי ראיה כיון דאפי׳ אם פטור מהנזק מחמת התקנה הרי ודאי דלא תקנו שבעה״ב גם ישלם לו שכרו ולכך א״ל רבא דאם רוצה שכרו צריך להביא ראיה ולהיפטר מעיקר הדין ולא מהתקנה ואז ברור שבעה״ב יצטרך גם לשלם לו שכרו. ואמנם לפי״ז עדיין תקשי על הי״א אלא דאפשר ליישב באופן אחר

ונראה דבזה פליגי הרמב״ם והרמ״ה הביאם הטור סי׳ קפ״ז דהרמב״ם ס״ל דדינא דאיסי איתא בכל שבועות דבמקום רואה מביא ראיה או עדים ונראה דס״ל דזוהי סברא ולכך אין לחלק בין השבועות והרמ״ה ס״ל דאיסי מיירי רק בשבועת השומרים (וע״ע בקצוה״ח אות א׳ ובב״י ושאר מפרשים מה כוונתו) ונראה דזהו כיון דס״ל דזוהי גזיה״כ ואין לך בה אלא חידושה.

ונראה דבזה נמי פליגי הרמב״ן במלחמות ובעה״מ ב״ב דף ל״ג בסוגיא דקריביה דאידי (הביאם מל״מ הל׳ שאלה פ״א ה״ב וקצוה״ח סי׳ רצ״ד אות ב׳ ועיין לקמן מה שנכתוב בזה בענין שי׳ המהרי״ט) דפליגי התם אי בציור דקל להביא עדים ואינו מביאם זוהי ריעותא נגדו או לא ובעה״מ קאי בשי׳ הרמב״ם דס״ל דזוהי ריעותא והרמב״ן ס״ל כהרמ״ה דזוהי אינה ריעותא.

ונראה דאיכא נפ״מ טובא בין הנך תרי שי׳ הא׳ אי אית ליה ראיה אחרת שאינה עדים. דלהרמב״ם ובעה״מ נראה דזהו נמי ריעותא נגדו מה דאינו מביאה ולרמ״ה נראה דבזה לא גזר הכתוב וריעותא ליכא בכה״ג אף במקום עדים וממילא יוכל להשבע בכה״ג. והמדייק בלשון הרמב״ם שבטור יראה דנקט מקום עדים או ראיה ולאו דוקא עדים וזהו לשי׳ דזוהי ריעותא כדביארנו.

ועוד נפ״מ איכא בינייהו אי רוצה להביא ראיה אחרת (ולא שבועה) במקום דיש עדים האם מה שלא מביא העדים יהיה ראיה נגדו ולא יהיה נאמן גם בראיה שיביא או דילמא גזיה״כ איכא לגבי שבועה דלא מהימן במקום רואה

אבל לגבי ראיה אחרת מהימן.2

דמה דהפועל בא לפני רבא הוא כיון דלא רצה להשבע אלא להביא עדים והתובע רצה לכופו להשבע ולכן אמר לו רבא דבמקום רואה יכול הוא להביא עדים ולא להשבע מדאיסי וכדכתב הריטב״א בביאור שי׳ הי״א באיסי. ב. וקצ״ע אמאי לא הקשה הרי״ף מהך מקרה דריסתקא דמחוזא אלא מהנהו שקולאי דהא התם איכא נמי לפרש אחרת ובשקולאי זוהי ראיה פשוטה ומפורשת. 2 ולכאורה תקשי לשי׳ הרמ״ה דדינא דאיסי איכא רק בשבועת השומרים אמאי בסוגיא דידן הקשה ר״א על ר״מ מדאיסי והא רבא ביאר דהשבועה לר״מ היא שבועה שלא בכוונה שברתיה וזוהי אינה שבועת השומרים. ובשלמא אם היה אומר דבשבועה זו נמי איכא דינא דאיסי ניחא כיון דהוי מכוח טענת שומרים (עיין בנתה״מ וב״י וקצוה״ח קפ״ז) אבל מהיכן לו להקשות על ר״מ אי לא ס״ל הכי דהא ודאי דאינו מוכרח לומר דדינא דאיסי מיירי נמי בשבועה זו.

ונראה ליישב בהקדם דברי קה״י ב״ק סי׳ כ״ד דלשי׳ הרמב״ן דאדם המזיק חייב אף באונס גמור (ודלא כתוס׳ בסוגיין ובב״ק כ״ז:) מוכרח דכל דנחית ברשות הרי אף אם הזיק אין חיובו משום אדם המזיק אלא משום שומר שפשע וע״ש. וא״כ הכא נמי המעביר חבית שהזיק אינו חייב מדין אדם המזיק אף אם שבר בכוונה אלא מדיני שמירה שבו וא״כ שבועה זו נמי הוה שבועת השומרים וא״ש הרמ״ה.

[120] והנה במל״מ פכ״א ממלו״ל ה״א בסוף דבריו ופ״א משאלה ה״ב ובקצוה״ח רצ״ד אות ב׳ הביאו דברי מהרי״ט בתשובה פ״ח מחו״מ דכתב דהיכא דטען השומר דנאנסו במקום רואה ואית ליה מיגו שיכול היה לומר דנאנסו שלא במקום רואה נאמן ואינו צריך להביא עדים. ודייק כן מלשון הרמב״ם פ״א משאלה ה״ב כשהביא דינו דאיסי שכתב דאם היו עדים במקום ששאלה צריך להביא עדים ולכאורה קשיא דצ״ל אי היו עדים במקום שנאנסו. ולכן ביאר המהרי״ט דהרמב״ם בא לאפוקי מציור דלית ליה מיגו כששאלה במקום עדים דבכה״ג אינו צריך להביא עדים וכשי׳ מהרי״ט.3

ולכאורה נראה דמהרי״ט למד דדינא דאיסי מגזיה״כ הוא ולכן רק בשבועה הוא דלא מהימנינן ליה אי הוי מקום רואה אבל במיגו שפיר נאמן דבמיגו לא התחדש דינא דאיסי וכדכתבנו לעיל בשי׳ הרמ״ה דזהו נפ״מ בין רמ״ה ורמב״ם.

אלא דאף אי זהו גזיה״כ עדיין אפשר לבאר בתרי אופנים או דגזיה״כ דבמקום רואה לא התחדשה שבועת השומרים כלל או דשייכא נמי שם אלא דלא סגי בהכי כדי להפטר ובעינן לעדים. ובמהרי״ט נראה דלמד כאופן השני דאי לא התחדשה כלל שבועת השומרים בכה״ג דיש רואה הרי לא יכול כלל להשבע דאין שבועה בציור כזה. וא״כ הרי לית ליה מיגו דהא אפי׳ דטוען שנאנס במקום רואה במיגו שיכול לטעון שנאנס שלא במקום רואה הרי יצטרך להשבע דלא עדיפא הטענה דבמקום רואה מהטענה של המיגו שמכוחה נאמן והתם הא בעי להשבע שבועת השומרים ואי ס״ל למהרי״ט דאית ליה מיגו הרי ברור דס״ל דישבע ודיכול להשבע וזהו כהבנה הב׳.

ובקצוה״ח סי׳ רצ״ד אות ב׳ הקשה לשי׳ מהרי״ט האיך מצינו לדינא דאיסי דהא תמיד אית ליה מיגו דלהד״ם או מיגו דהחזרתי וא״כ קשה באיזה ציור ס״ל לאיסי דבעינן להביא עדים ונשאר בצ״ע דבציור דאיסי הוא חיוב ממוני ולא חיוב שבועה וא״כ אף דבשומר רגיל לא יועיל כהאי מיגו דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן הרי הכא זהו חיוב ממון ובממון מהני מיגו להחזיק. והוסיף שם דלא דמי לחשוד דלא מהני ליה מיגו כיון דהתם חיוב

שבועה הוא דרמיא עליה אלא דמתוך שאינו יכול להשבע משלם ולאפטורי משבועה לא מהני מיגו אבל בציור דיש רואה הוא חיוב ממון רגיל דליכא שבועה כלל ולכן מיגו צריך להועיל.

ונראה בקצוה"ח דאיהו למד כההבנה הב' דחידוש התורה הוא דלא שייכא בכה"ג שבועה כלל אלא זהו רק תביעת ממון רגילה ודלא כמהרי"ט.

ובקצוה"ח ומל"מ רצו להעמיד דינא דהמהרי"ט בפלוגתא דבעה"מ והמלחמות ב"ב דהבאנו לעיל. ונראה דאינו מוכרח כיון דאי ס"ל למהרי"ט דגזיה"כ הוא הרי אף אי הרמב"ן ס"ל כוותיה בהך דמה שאינו מביא את העדים אינו חשוב ריעותא נגדו הרי אפשר דעדיין ס"ל כקצוה"ח דלא שייכא שבועה בציור דיש רואה מגזיה"כ וממילא אינו יכול להשבע [121] ולכן לית ליה מיגו דכדי שיהיה לו מיגו בעי להשבע כדביארנו לעיל וא"כ לא מוכח דהרמב"ן כמהרי"ט.4

---

3 ואמנם בלשון הרמב"ם שלפנינו ליכא לדיוקי הכי דכתב דאם היו עדים במקום ששאלה לילך שם ועוד דבריש פ"ג משכירות כתב לדינא דאיסי ללא חילוק בין ציור דאית ליה מיגו לציור דלית ליה.

ובנתה"מ סי' רצ"ד אות א' וקפ"ז אות א' כתב לחלוק על המהרי"ט דמיגו לא יועיל כיון דהוי מיגו במקום אנן סהדי ודייק כן בדברי המחבר בשו"ע רצ"ד. ונראה ברור דבנתה"מ ס"ל דדינא דאיסי הוא מצד ריעותא דאינו מביא את העדים וזהו האנן סהדי.

ובקצוה"ח הוסיף שם דדוחק לאוקמי לדינא דאיסי בציור דהפקיד לו בשטר או בעדים דאז לית ליה מיגו דלהד"ם או החזרתי דהפוסקים לא חילקו בכה"ג. ומדברי הקצוה"ח נראה דלא ראה דברי מהרי"ט בפנים דהא זהו גופא מה שדייק מהרי"ט בלשון הרמב"ם דבמקום שהפקיד בעדים דלית ליה מיגו רק אז הוא דבעי להביא עדים ופשוט דכששאל במקום עדים הוא לא מונע למיגו דמהרי"ט אלא מיגו דלהד"ם ומוכח דאף במיגו דלהד"ם ס"ל למהרי"ט דמועיל בכה"ג וא"כ שי' מהרי"ט נראה לכאורה דבכל מיגו סגי במקום רואה (וע"ש בתשובה ל"ג דצדד דתהיה נאמנת במיגו דהחזרתי או דנאנסו ורק מסיבות אחרות לא מהני התם הני מיגו).

והנה במנ"ח מצוה נ"ז כתב ליישב דברי מהרי"ט מקושית קצוה"ח וחילק בין מיגו דלהד"ם למיגו דהמהרי"ט דנאנס שלא במקום רואה. וחילוקו הוא דבמיגו דנאנסו שלא במקום רואה בעי להשבע כדביארנו לעיל אבל במיגו דלהד"ם והחזרתי לא בעי להשבע דהא בטענת המיגו לא הוה מצרכינן ליה שבועה. וא"כ רק מיגו דמהרי"ט דיש עמו שבועה הוא דמהני כיון דבמיגו ללא שבועה כהנך שבקצוה"ח אם נאמין לו הרי יוצא דבטענה גרועה שנאנס במקום רואה עדיפא מטענה טובה דנאנס שלא במקום רואה דהתם לא היה המיגו פוטרו משבועה והכא המיגו פוטרו וזה לא יתכן. ולמעשה יסוד סברתו הוא דהך דאינו מביא עדים הוא לא ריעותא נגדו כאנן סהדי כהבנת הנתה"מ דאז מיגו לא היה מועיל אלא דזה עושה טענתו לטענה גרועה ובריעותא כה"ג מיגו מהני לחזק טענתו והוא דיש עמו שבועה וע"ש בכל דבריו דמחודשים טובא.

נמצא דביסוד דברי המנ"ח מונח דדינא דאיסי הוא מסברא דאם לא הביא העדים הרי טענתו גרועה (אלא דלא חשיב ממש אנן סהדי כסברת נתה"מ) ולא מגזיה"כ וממילא מחלק בין סוגי המיגו מה מועיל ומה לא. אבל לעיל הוכחנו דהמהרי"ט ס"ל דכל מיגו יועיל לפטרו במקום רואה וזהו א"ש לדברינו דביארנו לעיל דמהרי"ט ס"ל

דדינא דאיסי הוא מגזיה״כ וא״כ מה דאינו נאמן הוא רק בשבועה ולא במיגו (וכדכתבנו בנפ״מ בין הרמב״ם לרמ״ה) וזהו סברא בכל מיגו ודוק.5 [122] ג. ובקה״י ב״ב סי׳ כ״ד הביא לפלוגתת הראשונים בענין מיגו לאפטורי משבועה דהרא״ש ס״ל דרק מיגו דהעזה הוא דלא מהני לאפטורי משבועה ומיגו רגיל מהני והר״י מיגאש והרמב״ם ס״ל דמיגו רגיל נמי לא פוטר משבועה.

---

4 א. ואמנם במל״מ כתב רק דבעה״מ פליג על המהרי״ט ולא כתב דהרמב״ן ס״ל כוותיה אלא דבהל׳ מלו״ל הביא בפשטות דברי מהרי״ט אף דבהל׳ שאלה כתב דהוא נגד בעה״מ ולכן נראה דאף הוא ס״ל דהרמב״ן כוותיה. ב. ובקצוה״ח נראה דבכ״ז לא ס״ל כהבנה הב׳ דא״כ אמאי כתב דלהרמב״ן קם דינא דהמהרי״ט דהא לפי הבנתו אינו מוכרח כן וצ״ע. 5 וצ״ע דבמהרי״ט בכמה דוכתי משמע דדינא

והמשיך שם ליישב קושית הקצוה״ח דלעיל דהקשה האיך שייך דינא דאיסי דהא ברוב פעמים איכא מיגו דהחזרתי או להד״ם ואליבא דהרא״ש כתב לישב דבדינא דאיסי איכא ב׳ הבנות דקצוה״ח למד דכיון דלא שייכת שבועה הרי זהו חיוב ממון רגיל (ואפי׳ לא כמתשאיל״מ כדהזכרנו לעיל גבי חשוד). ובקה״י שם כתב דאפשר להבין דכמו דבשבועה זהו חיוב כלפי המפקיד ולא רק אמצעי להפטר מהממון (כדהזכרנו לעיל אות א׳ בשם או״ש) הרי במקום שיש רואה החיוב כלפי המפקיד הוא להביא עדים ולא שמביא עדים כדי להיפטר מהממון אלא ההיפך הוא חייב להביא עדים ואם אינו מקיים חיובו אזי זהו המחייבו תשלום.6

ולפי״ז כתב בקה״י דכיון דאיכא עליה חיוב להביא עדים ולא חיוב ממון הרי בזה לא מהני מיגו דהעזה כמו דלא מהני לאפטורי משבועה.

וביאור הדברים נראה לפי מה דכתבו האחרונים (ראה בקו״ש ח״ב סי׳ ג׳ וד׳) דבמיגו איכא ב׳ ענינים הא׳ הוא הבירור דמה לי לשקר והב׳ הוא דאם טוען טענה גרועה הרי כיון דיש בידו לטעון טענה טובה חשיבא נמי טענתו דעכשיו כטענה טובה כיון דמקבלת את כוחה של הטענה הטובה וזהו הענין של כוח טענה.

וכתב שם בקו״ש דלשי׳ הרא״ש במיגו דהעזה איכא רק כוח טענה ולא בירור ולכן היכא דבעי להיפטר מממון סגי ליה בטענה טובה והמוציא הוא דבעי להוכיח וממילא סגי בכוח טענה לבד ולכך מהני מיגו דהעזה אבל לפטור משבועה לא מהני כיון דבמקום דמחויב שבועה הרי זהו בעצם חיוב לברר דבריו ומיגו דהעזה אינו מברר וכמשנ״ת. ולפי״ז מובן תי׳ דהקה״י דגם במקום דאיכא חיוב להביא עדים הרי זהו חיוב לברר דבריו ולזה לא מהני מיגו דהעזה ופשוט.

ונראה לומר דבזה נמי מיושב שי׳ מהרי״ט כיון דמיגו דידיה אינו מיגו דהעזה ולכך מהני אף במקום דצריך לברר דבריו ודלא כמיגו דהקצוה״ח דהם מיגו דהעזה.7

דאיסי הוא מסברא ולא מגזיה״כ וכ״כ להדיא בסי׳ ס״ז מהחו״מ וכן שם בתשובה ע״ה הביא דינא דאיסי לא לגבי שבועה ולא בדיני שומרים כלל. 6 ובחשק שלמה בסוגיין כתב דאף אם העדים שראו את המעשה הם קרובים חייב להביאם וזהו ממש גזיה״כ דאיכא חיוב הבאת עדים. 7 והקשה אחד הלומדים מהא דקי״ל כתוס׳ בכ״ד דמיגו לבי תרי לא אמרינן כיון דתרי עדים אינם יכולים לשקר באותו אופן (וזה עצמו צ״ע אמאי לא ואכ״מ). ולכאורה תקשי אמאי לא יהא להם לפחות כוח טענה דומיא דמיגו דהעזה. ונלענ״ד דלק״מ דעדים אינם טוענים כלום בבי״ד אלא מביאים ראיה לטובת או נגד הבע״ד ואם כן לא שייך לתת להם כוח טענה וכל מה שיוכלו

לקבל מהמיגו הוא רק את הבירור שבו וזה אין לו ולכך לא אמרינן מיגו בכה״ג. ונפ״מ לדברינו דהיכא דאיכא מיגו לתרי בע״ד הרי יתן להם כוח טענה אף דבירור לא יהיה בו וכמשנ״ת.

ובכללי מיגו לבעל נתה״מ הביא דמיגו לבי תרי לא אמרינן וגם דמיגו לעדים לא אמרינן ולכאורה משמע דזהו לא אותו כלל. אלא דלתרי בע״ד נמי לא נאמר מיגו אי בעינן לכוח הבירור שבו (כגון [123] אלא דאכתי קשיא דאי איכא עליה חיוב להביא עדים אמאי סגי במיגו דהא איהו מחויב לברר דבריו בצורה המעולה ביותר ומיגו אינו כעדים. ועו״ק מה נעשה בשי׳ הרמב״ם דאינו מחלק וס״ל דאף מיגו רגיל אינו מהני לפטור משבועה וא״כ לא יהני גם לפטור מחיוב הבאת עדים ובמהרי״ט הרי אמר דינו בשי׳ הרמב״ם (וע״ע בקה״י בריש דבריו מה שכתב ליישב בשי׳ הרמב״ם).

והנראה בזה דאם באמת ס״ל למהרי״ט דבמקום רואה החיוב הוא חיוב מחודש להביא עדים ולא חיוב ממון הרי נראה פשוט דמיגו דהמהרי״ט אינו מיגו רגיל אלא הפש״א דללא דבריו דנאנס במקום רואה לא היתה עליו תביעה כלל להביא עדים אלא תביעה של שבועה או חוב ממוני וא״כ אפשר דהפש״א מהני נמי במקום חיוב הבאת עדים ודלא כמיגו דלא מהני דומיא דלא מהני לפטור משבועה.

ויסוד הדברים נראה דהפש״א אינו רק בירור וכוח טענה כמיגו אלא בפש״א אמרינן דכל מה שאיהו יצר את התביעה על עצמו הרי חשיב כאילו מילא אותה. כלומר כיון דהכא כל התביעה ממנו היא להביא עדים וזהו רק על פיו הרי חשיב כאילו הביא עדים ובזה א״ש ב׳ הקושיות שהקשינו בתי׳ הקודם.8

ובתי׳ זה הנחנו דדינא דאיסי הוא גזיה״כ אלא דתוכן הגזירה הוא דבמקום רואה חייב להביא עדים ולא כהבנה שתוכן הגזירה הוא שלא חודשה שבועת השומרים בציור כזה וזהו ממש המהרי״ט לשיטתיה כדביארנו לעיל דכיון דמיגו דידיה מחייב שבועה מוכח דזוהי הבנתו בגזיה״כ. ואמנם אי חיוב הבאת העדים הוא מגזיה״כ צ״ע קצת האיך סגי בפש״א דהא איכא עליה חיוב מגזיה״כ להביא עדים אא״כ כדברינו דבפש״א חשיב כאילו הביאם.

אלא דעדיין לכאורה קשיא דלפי״ז כל טענה שנאנס שלא במקום רואה המחייבתו שבועה אי אית ליה מיגו דלהד״ם או החזרתי הוי הפש״א דהא מחדש על עצמו חיוב שבועה להנך שיטות דזהו חיוב מחודש כלפי המפקיד. אלא דעדיין נראה הבדל בין הנך חיובים דחיוב שבועה מוטל עליו ע״י המפקיד מרגע ההפקדה אלא דשייך רק בהיכי תמצי דנאנס שלא במקום רואה ואם כן לא הוא המחדש על עצמו את החיוב אלא רק מגלה דיש היכי תמצי לחייבו אבל בחיוב הבאת עדים נראה בפשטות דזהו אינו חיוב המונח כבר בהפקדה דבד״כ בהפקדה אמרינן דמתחייב כלפי הבעלים שבועה או ממון אלא דאם נאנס במקום רואה מתחדש עליו חיוב הבאת עדים במקום

לפטור משבועה) וכמשנ״ת וממילא ליכא ראיה דלא כדברינו. ועוד אפשר דבנתה״מ אתא לאשמועינן דגם לעד אחד לא אמרינן מיגו כיון דס״ל כתי׳ אחרים בתוס׳ דכתבו דכלל ליכא מיגו לעדים ואכמ״ל. 8 ובסברא נראה לומר דאם החיוב הוא חיוב ממון או שבועה ולא חיוב להביא עדים הרי זה לא יהיה הפש״א כיון דאמנם הגריעותא בטענתו נוצרה מכוח דבריו אבל עצם התביעה עליו להחזיר את החפץ או להשבע קיימת גם ללא דיבורו וכה״ג לא חשיב הפש״א וודאי דאף אי חשיב הפש״א לא הוי כאילו הביא עדים ולענין זה הוי כמיגו רגיל כיון דחיובו להביא עדים לא נוצר על פיו אלא רק כבירור לפטרו מחיובי הממון או השבועה.

[124] השבועה ובכה״ג חשיב הפש״א ואכתי צל״ע.

ועדיין צל״ע נמי בהני מיגו דהביא הקצוה״ח דלכאורה הוו נמי הפש״א דהא לדברינו הכא מכוח דבריו מחייב את עצמו בהבאת עדים וא״כ באמת יועילו כל המיגו הללו לפטרו מחיוב הבאת עדים ומה דחשיבו העזה נראה דלא מפריע להפש״א. ואפשר דהבירור של הפש״א אכן חסר אי הוי העזה דומיא דמיגו והכא הא בעינן לצד הבירור דהפש״א ולא לכוח הטענה דהא בעינן למימר דחשיב כאילו הביא את העדים שצריך היה להביאם כלומר דהפש״א יברר לנו כעדים.

ובהבנת הקצוה״ח כתבנו לעיל דס״ל דדינא דאיסי הוא דכיון דלא חודשה כלל שבועה בכה״ג הרי זהו חיוב ממון בעלמא ובזה פליג עליו הקה״י וס״ל דהחיוב הוא הבאת העדים.

ונראה דלהסוברים דדינא דאיסי הוא דמה שלא הביא את העדים זוהי ריעותא בדבריו פשוט דהחיוב הוא חיוב שבועה אלא דכיון דיש ריעותא נגדו לא נותנים לו להשבע וזהו ממש דומיא דחשוד דבקצוה״ח כתב דהוא מחויב שבועה אלא דמתוך שאינו יכול להשבע משלם ולכן ברור דלשי׳ אלו לא יועיל נמי מיגו כיון דהוי מיגו לאפטורי משבועה מידי דהוי אחשוד בקצוה״ח.

והנה בנתה״מ כתב דהוי מיגו במקום אנן סהדי ולכאורה לא בעי לזה כיון דאיהו ס״ל בדינא דאיסי דהוא מצד ריעותא הרי דאף אי לא הוי מיגו נגד אנן סהדי הוי מיגו לאפטורי משבועה דלא אמרינן ודוחק לומר דבא להרויח מיגו דאינו העזה לשי׳ הרא״ש לומר לך דאף הוא לא פוטר בציור דיש רואה. ולכך נראה דנתה״מ ס״ל דאף דדינא דאיסי הוי מצד ריעותא הרי לא חשיב חיוב שבועה מה שמוטל עליו אלא חיוב ממון ולפי״ז נראה דאיהו ס״ל דאף בחשוד כיון דאינו יכול להשבע משלם וזהו חיוב ממון רגיל ולא חיוב שבועה שפורעו בממון כדכתב הקצוה״ח.

וגם דברי הקצוה״ח קצ״ע דלפי״מ שביארנו בדבריו גבי חשוד איהו ס״ל דבדין מתוך שאיל״מ חשיב חיוב שבועה אלא כיון שאינו יכול לפרעו הרי פורעו בממון וא״כ נראה בסברא דגם במקום רואה החליפו חיוב השבועה בחיוב הבאת עדים ואמאי כתב דביש רואה זהו חיוב ממון דלפי״ז נראה דגם בחיוב השבועה זהו אינו חיוב שבועה אלא חיוב ממון שנפטר ממנו ע״י שבועה וצ״ע. ועיין קה״י ריש ב״מ גבי דין דמתשאיל״מ ובקוה״ע ח״ב.

ובמרדכי ריש ב״מ סי׳ רי״ט הקשה לשי׳ ר״ת דעד המסייע פוטר משבועה אמאי איתא בירושלמי דשומר נשבע או מביא עדים דהא לר״ת סגי בעד אחד וכן הקשה תוס׳ רא״ש בשטמ״ק ב״ק י״א. מהבבלי. ותי׳ דהנך ברייתות איירי בציור דיש רואה דלא נפטר בשבועה ובכה״ג לא נפטר ע״י עד אחד ובעינן תרתי אבל בציור דאין רואה דאז מחויב שבועה הרי ודאי דלר״ת סגי בעד אחד.

ולכאורה נראה דהנך ראשונים ס״ל במקום דיש רואה דזהו אינו חיוב שבועה אלא חיוב הבאת עדים (או חיוב ממון כקצוה״ח) דאל״ה הוי סגי בעד אחד לפטור משבועה וזהו מתאים לשי׳ הרא״ש דביארנו בדבריו לעיל דדינא דאיסי הוא חיוב הבאת עדים דבכה״ג לא מהני מיגו וה״ה דלא מהני ע״א דהא בעינן תרי.

[125] ולשיטות דבמקום רואה חשיב כמי שאינו יכול להשבע וזהו חיוב שבועה אלא שמשלמו בהבאת עדים או ממון (וזהו לאותן שיטות דקיום העדים הוא ריעותא נגדו) לכאורה תקשי אמאי לא סגי בעד המסייע. ואפשר דהם ס״ל דבאמת עד המסייע לא פוטר משבועה ופליגי על ר״ת או דס״ל כהנתה״מ דלעיל ביארנו בו דאף דס״ל דדינא דאיסי מצד ריעותא הרי עדיין ס״ל דזהו לא חיוב שבועה אלא חיוב ממון.

ועוד אפשר לומר בביאור דברי הנתה״מ דאם זוהי סברא דמה שאינו מביא עדים היא ריעותא נגדו תקשי מאי יליף איסי מהקרא דאין רואה ודוחק לומר דרק הסמיך דבריו אקרא. ונראה לתרץ דזהו גופא מה שלמדו מהפסוק דבריעותא כה״ג לא סגי בעד אחד ובעינן תרי.

ואפשר דבזה ייושב נמי שי׳ הי״א ברי״ף דהקשה עליהם מאי קמ״ל איסי ואפשר דזהו גופא קמ״ל דאמנם יכול להשבע אבל אי בעי לאתויי עדים צריך להביא ב׳ ולא אחד (ואפשר דזו כוונת ספר שושנת יעקב הובא באוצר מפרשי התלמוד ואינו תחת ידי) וצריך עדיין להתישב בדבר.

ובקה״י ב״מ סי׳ ב׳ ובקו״ש ח״ב סי׳ ז׳ הביאו קושית הרא״ש על ר״ת דס״ל דעד המסייע פוטר משבועה מהך דשומר שמסר לשומר דאף אם אומר לו את לא מהימנת לי בשבועה אכתי יכול להיות השומר השני עד המסייע ולפוטרו לראשון משבועה. ותי׳ הרא״ש דבמקום דאינו יכול להשבע הרי זהו חיוב ממון ואינו יכול להפטר ממנו בעד אחד.

והקשה הקצוה״ח אמאי לא עביד ר״ת הכא כהאי קו״ח דעביד בעיקר דינו דעיקר דין דעד המסייע יליף ר״ת מקו״ח דאם עד מחייב שבועה אינו דין שיפטור ממנה וא״כ הכא נמי היכא דאינו יכול להשבע ומחויב ממון הרי ע״א מחייבו ממון (כנסכא דר׳ אבא) וא״כ למה לא יפטור אותו מממון בכה״ג.

ותי׳ בקו״ש וקה״י דכשעד מחייב הרי הוא מחייב שבועה אלא כיון דאינו יכול להשבע משלם אבל כשהעד בא לפטור הרי כבר היה עליו חיוב שבועה ועבר להיות חיוב ממון ועכשיו כבר זהו חיוב ממון גמור וע״א אינו יכול לפוטרו.

ונראה מדבריהם דס״ל לגבי מתוך דחשיב חיוב ממון גמור (או חיוב להביא עדים) ולא חיוב שבועה שמשלמו ע״י ממון והרא״ש א״ש היטב לשיטתו כדביארנו לעיל. והקצוה״ח נמי לשיטתיה אזיל דומיא דחשוד דס״ל דבדין מתוך זהו עדיין חיוב שבועה אף דאינו יכול להשבע הרי משלם את השבועה בכסף ולכך הקשה הכא נמי על הרא״ש. אלא דכפי שביארנו לעיל בדינא דאיסי ס״ל לקצוה״ח דזהו חיוב ממון ולא כבדין מתוך והרא״ש נראה דס״ל דהוא חיוב הבאת עדים ודוק.

ד. ובריטב״א הישן בסוגיין הביא דלשי׳ הרי״ף בהבנת דינא דאיסי אם יבוא התובע או הנתבע ויבקשו להביא עדים ולא להשבע הרי אם לא מוצאים את העדים עליהם חובת הבאת העדים ובטלה שבועה מהכא. ואח״כ דחה כ״ז וכתב דלאו מילתא היא דהיכא דלא ידעינן בודאי דאיכא רואה אע״ג דאיהו אמר אנא אייתינא סהדי מצי למיפטר נפשיה בשבועה עכ״ל.

וצ״ב בכוונת דבריו דלכאורה קשיא מאי הו״א איכא לומר דדינא דאיסי איתא נמי על התובע דאם אמר דיש לו עדים הרי בטל מהכא דין שבועה.

[126] ונראה פשוט דאיהו ס״ל דהוי סברא כיון דאיכא עדים ולא מצאם הוי ריעותא נגדו וזהו נמי כנגד התובע. אלא דלפי״ז לא ברורה דחייתו דכתב דבעינן שיהיה ידוע בבירור דהוא מקום רואה וזהו נראה לכאורה כגזיה״כ. ואפשר דכיון דאיהו הוא שאמר דיש לו עדים הרי אית ליה מיגו (או אולי הפש״א) ולכך בכ״ז נאמן אף דלא הביאם וזהו דומיא דהמהרי״ט. אלא דזה לא משמע מלשונו.

ולא רק בסברא אינו ברור כוונתו אלא אף אינו ברור מה כוונתו דאפשר לומר דהחסרון הוא מצד דאינו ידוע לבי״ד בבירור אלא רק מפיו או דהחסרון הוא דזהו אינו מקום רואה אא״כ איכא אנשים רבים באופן תמידי באותו מקום ולא כבציור הנ״ל שבאותו רגע עברו שם ב׳ עדים אבל המקום איננו בעל שם של מקום רואה או אפשר דשניהם הוי חסרון וצ״ע. בכל אופן נראה דלא הראיה בפועל היא הקובעת אלא שם המקום כמקום רואה.

ועיין בטור בשם הרמ״ה בסי׳ קפ״ז ורצ״ד שהביא דבעינן מקום רואה וגם מעשה הנראה כלומר שיראה בפועל ולא רק שהמקום יהיה מוגדר כמקום רואה דבאונס הקורה בתוך ידיו דבנ״א בד״כ אינם רואים אינו חשוב מקום רואה. וצל״ע כעת אי פליג על הריטב״א דלעיל ומקופיא נראה דאינו מוכרח.

באותיות הקודמות ביררנו ההבנות השונות בדינא דאיסי אלא דבסוגיין איכא קושיא עצומה ולא מצאתי לה פותר. דקושית ר״א על ר״מ מדינא דאיסי אמאי שייכת דווקא לסוגיא זו והא בכל מקום שמוזכר חיוב שבועה (ולשי׳ הרמ״ה שבועת השומרים) היה צריך ר״א להקשות אמאי ישבע והא איכא מקום רואה דהתם לא נשבעים.

ומצאתי להחזו״א ב״ק סי׳ ד׳ אות ט׳ שהרגיש בזה והעיר בדרך אגב בתוך דבריו דהכא פטור בשבועה מכוח תקנת חכמים ור״מ ס״ל דתקנו אף בפושע כדכתבו כל הראשונים הכא וא״כ משמע דפוטר אף במקום רואה ולכך הקשה ר״א דווקא כאן.

אלא דדבריו תמוהים דאף אם נאמר דהפוטר בפשיעה יפטור במקום דיש רואה (שלא בכוונה שברה דזהו הנדון כאן) הרי גם בלישנא קמא בסוגיין הקשה כן ר״א והתם הוא דכתב רש״י דלר״מ לית ליה דאיסי וצע״ג ובפרט דלא מצאתי מי שהעיר בזה.

[127]

סימן י״ג: בענין גדרי שמירת שכר וביאור הסוגיא צ״ג:

א. בתוד״ה אי הכי בדף צ״ג: יסדו להך יסוד דתחילתו בכעין גו״א וסופו באונס פטור אף דקי״ל דתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב. וכ״כ שאר ראשונים בסוגיא זו והביאו לראיה הך דשומר שמסר לשומר (עיין רמב״ן ושאר ראשונים) ותוס׳ דידן דחו הראיה משם.

ובדו״ח להגרע״א בדף ל״ו ביאר דלשי׳ הרי״ף דלאביי לא בעינן קשר בין הפשיעה לאונס הרי זהו רק לשי׳ אביי הכא ולהלכה דקי״ל כרבא דבעינן אונס מחמת הפשיעה הרי בתחילתו בכעין גו״א וסופו באונס יהיה חייב וכן נראה להדיא ברמב״ם פ״ג משכירות דפסק כרי״ף (שם בדף ל״ו) גבי רועה דעל למתא דאיירי בין בעידנא דעיילי

אינשי ובין בעידנא דלא עיילי ובאמת בה״ט שם משמע דס״ל דתחילתו בגו״א וסופו באונס חייב הן בראש ההלכה (וע״ש במ״מ) והן בסופה.

ולכאורה קשיא דכל האחרונים נקטו בפשטות להך יסוד דתחילתו בכעין גו״א וסופו באונס פטור ולדברינו הכא הרי להרמב״ם ושו״ע פסקו להלכה דחייב וכן הקשינו בסי׳ ד׳ וע״ש מה שיישבנו. ובסי׳ ד׳ לעיל הבאנו לכל זה בארוכה והוכחנו דלתוס׳ וריטב״א ושאר ראשונים דפליגי על הרי״ף קי״ל להלכה דתחילתו בכעין גו״א פטור.

ובדו״ח שם כתב לבאר אליבא דאביי בשי׳ הרי״ף הסברא אמאי שאני תחילתו בגו״א מתחילתו בפשיעה דבפשיעה החפץ נחשב אבוד כבר מרגע הפשיעה והשומר מתחייב בדמיו וממילא לא בעינן קשר בין הפשיעה לאונס לחייבו לשומר אבל בפשיעה כעין גו״א הרי מתחייב רק ברגע אבדן החפץ ואם זה היה באונס פטור.

ובסי׳ ד׳ התם כתבנו לבאר אליבא דשאר הראשונים הסברא דקי״ל אליבא דכו״ע דתחילתו בגו״א פטור דזהו כיון דחיובו דש״ש בגו״א הוא מדין האחריות ולא חיוב שמירה ופשוט דלא קיבל עליו אחריות כשיאבד החפץ באונס כלומר דחיובי השמירה של שו״ש הרי הם כש״ח אלא דאית ליה אחריות דאם אפי׳ שמר כדינו ואבד או נגנב החפץ משלם למפקיד דמיו וממילא זהו רק אם נגנב אבל אם נאנס הרי פשיטא דפטור ובסי׳ הנ״ל הוכחנו כן מחי׳ הרמב״ן לדף ע״ח. וע״ש בארוכה.

ב. ובסוגיא הכא בא מעשה לפני רבה דרועה (דהוא ש״ש) שרעה כדנטרי אינשי ונפלה בהמה לנהר ופטרו רבה. ואביי פליג והקשה עליו אלא מעתה על בעידנא דעיילי אינשי או גן בעידנא דגנו אינשי הכי נמי דפטור א״ל אין. והוסיף להקשות עליו מאיוב ומיעקב אבינו דמשמע דש״ש בעי שמירה מעולה ודחהו רבה ומוקים לה בחזני מתא.

[128] והקשה הריטב״א מאי ק״ל לאביי דהא כבר בריש הסוגיא פשיטא דלרבה בעינן שמירה לש״ש כדנטרי אינשי ותי׳ (וכן מובא בשטמ״ק בשם הראב״ד) וז״ל ואיכא למימר דאפי׳ רוב הרועים מנהגם לעשות כן מ״מ חייב ש״ש וכו׳ ואינו מובן לכאורה מאי תירץ על קושיתו. ונראה לומר דאביי ס״ל כרבה דש״ש חייב לשמור כדנטרי אינשי אלא דאית ליה חיוב אחריות מעבר לש״ח דאם נגנב אף דלא הוי ליה לשמור טפי חייב בתשלומי דמיו מדין אחריות וזהו מה שהקשה אביי לרבה ובהמשך דברי הריטב״א וראב״ד לא משמע דלזה כיוונו וצ״ע. ולדברינו אלה רבה פליג וס״ל דפטור אף מאחריותן ולכך פטר להך רועה מתשלומים.1

ולפי״ז א״ש היטב מה דלאביי פטר בתחילתו בכעין גו״א וכדהוכיחו תוס׳ דאיהו ס״ל דמה דש״ש חייב בגו״א אינו חיוב שמירה אלא חיוב אחריות ובאונסין ליכא אחריות.

והנה תקשי לרבה מאי הבדל איכא בין ש״ש לש״ח אי כו״ע חייבים לשמור כדנטרי אינשי וחיוב אחריות דאביי לית ליה. ותי׳ בריטב״א החדשים ושאר ראשונים דאיכא בינייהו על בעידנא דלא עיילי אינשי ושם חומת ברזל דש״ח פטור בכה״ג וש״ש חייב (ובהמשך הסוגיא איתא נמי גבי חיוב לקדם ברועים ומקלות בשכר ולקמן נבאר יותר). ולפי״ז קשיא אמאי לא מוקים לה רבה לברייתא דרועה בהך אוקימתא דשם חומת ברזל בעידנא דלא עיילי אינשי ויתרץ לה דומיא דאביי דהוי תחילתו בגו״א וסופו באונס דפטור אי לא יכול להציל.

ולכאורה נראה היה לומר דלרבה לשיטתו ליכא לתי׳ הכי דהא איהו ס״ל דכל חיובי השומרים הם חיובים בשמירה ולא באחריות וממילא אף אם סופו באונס חייב. אלא דלפי״ז אכתי תקשי מאי קשיא ליה לאביי מהך ברייתא אדרבה ומהיכן ידע דרבה ס״ל דגם בכה״ג ליכא חיוב אחריות והוא חיוב שמירה דאיתא רק בש״ש.

וביותר נראה להקשות דלדברינו לאביי וכן קי״ל להלכה חיובי ש״ש הם מדין אחריות ולא מדיני שמירה ובשמירה מחויב הוא כש״ח לנטור כדנטרי אינשי דמסוגיין מוכח לא כן מכמה דוכתי. הא׳ הוא מהלשון דרבר״ה ור״ח דלהכי יהבי לך אגרא לנטור לי נטירותא יתירתא. והב׳ מהלשון דר״פ דאיבעי לך לאעבורי חדא חדא. והג׳ מהך ברייתא דש״ש צריך לקדם ברועים ובמקלות בשכר ומשמע דזהו חיוב מעשי ולא רק חיוב אחריות אי לא קידם. והד׳ והיא לכאורה ראיה מוכרחת מה דהגמ׳ כתבה דנפ״מ לטירחא יתירא א״נ לכושרא דחיותא ומוכח להדיא דחיובו של ש״ש הוא להביא הבהמה בעצמה ולא לשלם תמורתה.2 [129] ג. והנראה בזה דרבר״ה ור״ח פליגי על אביי ואף דס״ל דלא כרבה הוא לא מטעמיה דאביי אלא דהם ס״ל דאיכא חיוב שמירה ממש על ש״ש כנגד גניבה ואבידה ודלא כאביי דס״ל דהוא חיוב אחריות וזהו לשונם שכתבו דלהכי יהבית לך אגרא לנטור לי נטירותא יתירתא. ובזה א״ש נמי מה דלכאורה קשיא אמאי לא הסבירה הגמ׳ הך טעמא כבר באביי אי הוא נמי ס״ל הכי וחיכו עד דברי רבר״ה ור״ח לומר טעם המחלוקת. ועוד מיושב בזה מה שנקטו הך טעם ולא כתבו בסתמא דלרבה ליכא הבדל כלל בין ש״ש לש״ח כיון דבאו לפלוג נמי על אביי ואיהו ס״ל דיש הבדל אלא דהוא רק מצד אחריות וזהו מה שחידשו רבר״ה ור״ח דאיכא נמי חיוב שמירה.3

---

1 ונראה עוד ראיה לזה דבהך פליג אביי דאל״ה הוה ליה לאקשויי אמאי שרי ליה לעלות ולא כדהקשה דאי עלה בעידנא דעיילי אינשי אמאי פטור. 2 ואפשר היה ליישב דאיבעי לך לאעבורי חדא חדא או מה דמקדם ברועים ומקלות הוא רק נימוק אמאי לא הוי אונס וש״ש חייב בזה אבל זה לא חיוב מעשי אלא חיוב אחריות. ובזה תיושב נמי הקושיא דהקשה אביי לרבה מיעקב אבינו דקתני התם עד מתי חייב לשמור ולא עד מתי אחריותו ותשלומיו דשומר. אלא דבכ״ז נראה דזהו דוחק דא״ה לא הוה ליה למיכתב איבעי לך אלא הוה

אלא דלפי״ז יצא דלהלכה דקי״ל כוותייהו ליכא להך פטור דתחילתו בגו״א דהא אם חיובי ש״ש הם חיובי שמירה ליכא לאיפלוגי בין תחילתו בגו״א לתחילתו בפשיעה וכמשנ״ת ובראשונים ואחרונים משמע דס״ל כן גם להלכה.

ולכן נראה ליישב כל קושיותינו בהקדם מה דהקשו הראשונים מסוגיא דב״ק דף נ״ח. דאיתא התם דר׳ כהנא ס״ל דאיבעי לך לאעבורי חדא חדא הוא פשיעה ואילו הכא משמע דזוהי רק כגו״א ושו״ח פטור בכה״ג. ובתוס׳ הכא תי׳ דסוגיא דהכא אזלא כרבא התם (ובראי״ש ב״ק ביאר דס״ל דהלכה כרבא).4

וברמב״ן בחי׳ הכא (והביאוהו נמי הנמו״י הכא והתם וברשב״א ומאירי התם) תי׳ וז״ל ואיכא למימר ודאי פשיעה היא שכיון שדרכן להיות דוחפות זו את זו והעבירן כאחת אין כאן שמירה לא מעולה ולא פחותה הילכך בשן ורגל חייב שאין כאן שמירה כלל ומיהו ש״ח פטור שלא קיבל עליו לטרוח כ״כ אלא שיהא שומרן ומעבירן כמו שעושה בשלו הילכך אעפ״י שאין שמירה כלל פטור שע״מ כן קיבל. תדע דהא אמר רבה על בעידנא דעיילי אינשי וגני בעידנא דגנו אינשי פטור ואע״ג דפליג עליה דרבה בש״ש מיהו בש״ח פטור כדקאמרינן בהדיא לא ס״ל הא דרבה דלהכי יהבי לך אגרא וכו׳ ואילו שהניח שורו ובא לעיר אפי׳ בעידנא דעיילי אינשי והזיק בשן ורגל ליכא ספיקא דחייב שהרי לא שמר לא שמירה פחותה ולא מעולה אלמא אין ש״ח צריך לשמירה פחותה בכל מקום אלא כדרך השומרין את שלהן וכו׳ עכ״ל.

נמצא דלהרמב״ן איכא תרי פטורי בש״ח או מצד דשמר כדינו שמירה פחותה או מצד דאף שפשע אינו מחויב לשמור באופנים מסוימים (מעבר לכדנטרי אינשי). ולפי״ז נאמר דבש״ש איכא ב׳

מצית לאעבורי חדא חדא וכן לגבי יעקב אבינו דוחק לומר כן בלשון. ולקמן ניישב באופן אחר. 3 ועיין בשטמ״ק בשם הרשב״א דכתב לבאר פלוגתא דאביי ורבה באונס הבא לגופו של שומר ולא לגופו של פקדון ולפי״ז פשוט הוא דרבר״ה ור״ח לא קשורים כלל להך פלוגתא אלא דהם פליגי עם רבה גבי רמת האונס שמתחייב בה ש״ש דזהו דין אחר ממחלוקתו עם אביי. 4 ועיין רמב״ם נזקי ממון פ״ד ה״ד דכתב דאיכא שמירה בש״ח דפוטרתו מנזקי הבהמה אף דבעה״ב יתחייב לשלם (לגי׳ האמיתית הביאה הכ״מ התם). ולפי״ז לק״מ הני תרי סוגיות דאבעי לאעבורי חדא חדא הוא בגדר גו״א וש״ח פטור עליו כדמוכח בסוגיין אבל לגבי נזיקין הבעלים מתחייב בכה״ג וזהו הסוגיא דב״ק ואכמ״ל.

[130] חומרות לעומת ש״ח הא׳ דחייב לשמור שמירה מעולה גם כנגד גניבה ואבידה והב׳ דחייב לשמור כדינו גם בזמנים שש״ח אינו מחויב למשל בזמן דעיילי אינשי.5

ולפי״ז נאמר דש״ש דעל בעידנא דעיילי אינשי חשיב פשיעה ולא גו״א אף דש״ח פטור בכה״ג דהא הבהמה אינה שמורה כלל ומה דש״ח נפטר הוא לא מחמת דאיכא שמירה פחותה המספקת לדיני ש״ח אלא זהו רק כיון דאינו מחויב לשמור בזמן זה אף דהיא פשיעה גמורה. והגדיל ממנו הרשב״א הביאו בשטמ״ק דכתב לבאר דשומר דעל בעידנא דעיילי אינשי באותו זמן אינו שומר כלל ולא דפטור מצד אונס6 וא״כ פשוט וברור דש״ש דבאותו זמן כן מחויב לשמור ובכ״ז עלה לעיר הרי הוא פושע גמור ואינו רק בגדר גו״א (ושו״ר דבספר איילת השחר בסוגיין העיר כן). ונראה פשוט דהרמב״ן הכא לשי׳ אזיל מדף ע״ח. שהוכחנו לעיל סי׳ ד׳ מדבריו דתחילתו בגו״א פטור מחמת דהוא חיוב אחריות וע״ש בדבריו גבי הוחמה בהר.

ועיין בקצוה״ח סי׳ ס״ו אות מ״ו דהביא בשם התומים דאיכא פשיעה בש״ש אף דש״ח פטור עליה. כלומר דבש״ש איכא חיובים מעבר לש״ח מתרי גווני הא׳ חיובי גו״א והב׳ חיובי פשיעה וכדהוכחנו לעיל מדברי הרשב״א ורמב״ן.

ונראה לפרש בנ״ד דשומר שעלה לעיר בעידנא דעיילי אינשי הוי פושע ממש ולא רק פשיעה כעין גו״א ובזה הוא דפליגי רבר״ה ור״ח וס״ל דחיובו דש״ש הוא חיוב שמירה ולא חיוב אחריות. וכן גבי רועה שהעלה בהמותיו יחד לגשר הרי אינן שמורות כלל כנגד נפילה אלא דש״ח לא חייב להשתדל לשמרן דאינו חייב להעבירן חדא חדא דהיא טירחא יתירא ובד״כ אינשי לא עבידי הכי אבל ש״ש דבעי לעשות כן הרי דזהו חיוב שמירה ולא רק חיוב אחריות. וכן גבי רועים ומקלות מה [131] דחייב ש״ש לשכור אפי׳ בשכר זהו נמי חיוב מעשי ולא חיוב אחריות כיון דהבהמות אינן שמורות כלל כנגד האריה אלא דש״ח אינו מחויב בכה״ג בשכר וש״ש כן מחויב בזה וממילא זהו נמי חיוב מעשי לשכור רועים ולא רק חיוב אחריות.

---

5 ולפי״ז מיושבת הסתירה לכאורה מסוגיא דב״ק להכא ופשוט. אלא דעדיין תקשי האיך שרינן להך רועה לעלות לעיר אף דהוי ש״ח והא חייב לשמור מנזקי הבהמה המופקדת אצלו. ונראה דזהו גופא מה שהקשה ותי׳ הרמב״ן בחי׳ הכא בד״ה ועוד אמרו שהביא ראיה נוספת ליסוד דתחילתו בגו״א וסופו באונס פטור מהכא דתחילתו בגו״א גבי נזיקין וסופו באונס גבי שומרים. ונראה כוונתו דבאמת שרי ליה לעלות דחיובו בנזיקין הוא רק מחמת האחריות ולא חיוב שמירה ממש ולכך כשמסתיים באונס פטור אלא דאם הבהמה היתה מזיקה בכה״ג היה מתחייב לשלם מצד האחריות אף דשרי ליה לעלות ועיין בסי׳ ד׳ מש״כ גבי תחילתו בגו״א בנזיקין דאינו מצד אחריות והכא משמע לא כן. והדברים מחודשים

טפי דמה שייך תחילתו בפשיעה לנזיקין וסופו באונס לשמירה ומהיכי תיתי לחייבו בכה״ג דאף לסברת הגרע״א דחשיב אבוד מרגע הפשיעה הרי הכא חיובו הוא כלפי הניזק ברגע הפשיעה והאונס קרה למפקיד וראה בהגהות הנדפסות על הרמב״ן כאן ועיין בסו״ס ד׳ לעיל מה שהבאנו לבאר גדר תחבפוס״ב באיסורים וקשר לכאן. ועוד צל״ע מסוגיין גבי רועה שלקח בהמותיו ואחת דחפה את חבירתה למים ולהרמב״ן נראה דצריך לחייב אפי׳ ש״ח מצד דלא שמר את הבהמה הדוחפת שלא תזיק וישלם למפקיד הניזוק את דמי בהמתו לא מצד חיובי השמירה אלא מצד חיוביו לשמור את הבהמה השניה שלא תזיק וצ״ע. 6 ואינו מחוור לי אי בסוף דבריו חזר בו הרשב״א מזה אי לאו וע״ע בשטמ״ק בהמשך מה שהביא עוד בשם הרשב״א.

אבל בנדונים כשמירה פחותה דש״ח דלש״ש אינה מספקת אפשר דרבר״ה ור״ח נמי יודו לאביי דזהו רק חיוב אחריות וגם ש״ש אינו חייב לשמור יותר מכדנטרי אינשי.

נמצא דלרבר״ה ור״ח איכא חיוב אחריות על ש״ש אי שמר כדנטרי אינשי דהיא שמירה פחותה וזהו כאביי אבל אם לא שמר כלל אף דבכה״ג ש״ח אינו חייב לשמור וזהו כדנטרי אינשי הרי איכא על הש״ש חיוב לשמור ואם לא שמר חשיב פושע ממש. וזהו מה שכתבנו רבר״ה ור״ח דש״ש צריך לשמור יותר מכדנטרי אינשי מסברא דלהכי יהבית לך אגרא ולכאורה היו צריכים להביא הפסוק דילפינן מיניה חיובי ש״ש יותר מש״ח ואמאי נחתו לדרוש טעמא דקרא. ולדברינו א״ש היטב דמקרא ילפינן כאביי דאיכא חיוב אחריות כנגד גניבה ואבידה אם שמר כדנטרי אינשי ומהסברא ילפינן דאיכא עליה חיוב לשמור אף בזמן דאינשי לא נטרי וחיובו גם אז הוא לשמור שמירה פחותה כש״ח אלא דיש עליו אחריות על גניבה ואבידה.[7]

ולדברינו אלה מיושבים נמי דברי מוהרש״ך הביאו הקצוה״ח סי׳ ע״ב סק״ה ומל״מ ריש פ״י משכירות דכתב דבמלוה על המשכון להסוברים דהוי ש״ש מפרוטה דר׳ יוסף ובשומר אבידה מה״ט ליכא להך דינא דרבר״ה ור״ח דחייב לשמור נטירותא יתירתא כיון דאינו יכול לומר לו להכי יהבית לך אגרא דהוא לא נתן לו כלל השכר. והקשו עליו דמצאנו בשומר אבידה נמי דחייב בגניבת אונס ולא הבנתי כלל קושייתם מעיקרא אלא דלפי״ד מיושב היטב דחיוב בגניבת אונס הוא מדין האחריות וזהו חיוב ש״ש מקרא ולא מסברא דלהכי יהבית לך אגרא ולכך אף שומר אבידה חייב בזה וכוונת המוהרש״ך נראה דהיא לומר דבגוונא דעייל בעידנא דעיילי אינשי שם ליכא חיוב מעשי לשמור מהך סברא אלא רק חיוב אחריות כאביי ונפ״מ אי אירע בסוף אונס דיפטר בכה״ג.

ד. ועתה נבוא ליישב קושיותינו דלעיל דבאמת גם לרבר״ה ור״ח קי״ל דתחילתו בכעין גו״א פטור כיון דהוי חיוב אחריות וכדלעיל אות א׳ אלא דלא בכל דוכתא דש״ח נפטר חשיב גו״א דאם הבהמה פשועה הרי אף דש״ח פטור בכה״ג ש״ש חייב בשמירה ולא רק באחריות וממילא אף אם אירע אונס בסוף חייב דתחילתו בחיוב שמירה וסופו באונס חייב אף אי חיוב השמירה הוא כזה דש״ח פטור עליו. ובזה א״ש מה שהקשינו דאם רבר״ה ור״ח פליגי על אביי איך קי״ל להלכה דתחילתו בגו״א פטור.

ולפי״ז א״ש נמי מה דלכאורה מוכח מסוגיין דחיוב ש״ש בגו״א הוא חיוב שמירה ולא חיוב אחריות דזהו רק באופנים אלו ורק לרבר״ה ור״ח אבל אביי פליג עלייהו וס״ל דבכל גוונא אי נטר כדנטרי אינשי הוי חיוב אחריות אף [132] דהבהמה פשועה.8

---

7 ועיין בקצוה״ח שם מה שהקשה הוא ואחיו על התומים מסוגיין ולדברינו הכא לק״מ ובכלל לא הבנתי דבריהם התם דנראה דהבינו בתומים דש״ש הוא ממש כש״ח וברור דזו אינה כוונתו וע״ש.

ולפי״ז א״ש הברייתא דרועה דעל למתא אליבא דאביי כיון דבעידנא דעיילי אינשי הוי תחילתו בגו״א ופטור אם סופו באונס אבל לרבר״ה ור״ח לדברינו ליכא לאוקמי כאביי דלרבר״ה ור״ח בכה״ג הוי חיוב שמירה וממילא יתחייב אף אם סופו באונס ותקשי אמאי פטור אי לא יכול להציל.

ולכן נראה לומר דלשיטתייהו הברייתא איירי באוקימתא דרבה דשמע קול אריה ועל וברור הוא דגם אביי מודה לדין זה אלא דלשי׳ לא חייבים להעמיד הברייתא באופן זה אבל פשיטא דאפשר לעשות כן וזהו נכון לדינא. וגם הפוסקים הביאו דינא דחיוב לקדם ברועים ומקלות אף דלא פסקינן כרבה. וממילא נאמר דגם רבר״ה ור״ח מוקי לברייתא בכה״ג ובהך אוקימתא מיושבת הברייתא בפשטות דאמדינן אי יכול היה להציל הוי סתם פושע ואי לא יכול היה להציל הוי סתם אנוס ולא הוי כלל ציור מחולק בין תחילתו וסופו כאוקימתא דאביי.

ואם כנים דברינו הרי מיושבת נמי קושיתינו לעיל אות א׳ דלהלכה לכאורה משמע דהרמב״ם ושו״ע ס״ל דתחילתו בגו״א וסופו באונס חייב ואיך כתבו האחרונים וראשונים בפשטות דפטור נמי להלכה. ולדברינו הכא א״ש היטב דהרמב״ם ושו״ע איירי בציורים דחיובי ש״ש הם חיובי שמירה ולכן אף דש״ח פטור בכה״ג הוי תחילתו בפשיעה ולכן חייב אף אם סופו באונס (וע״ש בהל׳ שכירות פ״ג ה״ט) אבל בציור דש״ש ששמר שמירה פחותה כדנטרי אינשי כו״ע מודו דאי סופו באונס פטור דהוי תחילתו בכעין גו״א דהוי חיוב אחריות וסופו באונס.

ובאופן דומה תיושב קושיתינו על רבה אמאי לא מוקי לברייתא ברועה דעל לעיר בעידנא דלא עיילו אינשי והקיף בחומת ברזל דהתם נמי י״ל דחיובו דש״ש שלא לעלות הוא חיוב מעשי ולא חיוב אחריות אף דהבהמה אינה פשועה בכה״ג כיון דלרבה כל חיוביו הם חיובי שמירה ולא [133] חיובי אחריות. וביותר אפשר דאף לאביי בכה״ג דשמר לא כדנטרי אינשי הוא חיוב שמירה ורק מעבר לנטרי אינשי הוא חיוב אחריות דבאמת בפשטות הגדר של כדנטרי אינשי בא לומר עד כמה חייב לשמור בפועל ולא עד כמה הוא אחראי בתשלומין ופשוט. ולפי״ז ברור דאינו יכול לאוקים לברייתא בהך אוקימתא דהא בכה״ג כשסופו באונס חייב ובברייתא איתא דאם אמדינן דלא יכול היה להציל פטור.

---

8 ונראה להביא ראיה דלהלכה נקטינן דשמירת ש״ש גם אחריות אית בה אף דפסקינן כרבר״ה ור״ח דהא כתבו תוס׳ ב״מ מ״ב. וב״ק נ״ז. ועוד ראשונים דש״ש חייב אף בגניבת אונס וזהו ודאי לא חיוב שמירה דהא מה הוי ליה למיעבד. ואף דבכמה דוכתי הזכירו דזהו חיוב דבעינן שיהיה יושב ומשמר ועיין נמו״י בסוגיין דכתב דבעינן דומיא דיעקב אבינו דביום אכלני חורב וכו׳ וכן הביאו מהירושלמי דבעינן יושב ומשמר נלענ״ד דאין סברא כלל לומר דש״ש חייב כל הזמן לא לעשות דבר אלא לשבת ולשמור דודאי שרינן ליה לעסוק בשאר צרכיו. ולכן נראה דמה דאמרו דבעינן יושב ומשמר הכוונה רק להוכיח דאף טמון ק׳ אמות בקרקע אינו חשוב אונס גמור דהא יכול לשמור אם ישב לידו ולכן חייב לשלם אבל זהו מדין אחריות וכל מה דכתבו הוא להוכיח דאינו אונס דבאונס גמור להנך ראשונים אינו חייב אפי׳ מדין אחריות ופשוט. והנך תוס׳ דהזכרנו לעיל ס״ל דאף על אונס גמור חייב באחריותו כדמשמע בתוס׳ ב״ק נ״ז. ע״ש. ולפי״ז מיושב נמי מה דאפשר להקשות על דברינו דלאביי לכאורה נמי ס״ל דחיוב ש״ש הוא חיוב שמירה בפועל דהא כשהקשה על רבה מיעקב אבינו איתא התם עד מתי חייב לשמור ולא עד מתי חייב בתשלומין. ולדברינו הכא נ״ל דהתם נמי הכוונה היא לומר דחייב באחריות גם כאשר האופן היחיד בו יכול היה למנוע את האונס היה ע״י ביום אחזני חורב וכו׳.

ובשטמ״ק הביא בשם הרשב״א לבאר פלוגתא דאביי ורבה דאביי ס״ל דאונס שש״ש פטור בו הוא רק אונס המגיע לגופו של פקדון כדאיתא בקרא שבויה או שבורה או מתה אבל באונס המגיע לגופו של שומר חייב נמי

ש״ש. והביא ראיה לדבריו דשינה הוי אונס גמור וכידוע דהנשבע שלא ישן ג׳ ימים לוקה וישן לאלתר ובכ״ז חייביה אביי בגני בעידנא- דגנו אינשי[9] ורבה פליג וס״ל דש״ש פטור בכל אונס ואף באונס בגופו של שומר.

ופשוט הוא דש״ש שישן באונס אין החיוב עליו חיוב שמירה כיון דמאי הוי ליה למיעבד ולא ניתנה תורה למלאכי השרת אלא החיוב עליו הוא חיוב אחריות דאף דשרי לו לישן חייב לשלם בגו״א וזהו אביי לשיטתיה דס״ל דחיובו דש״ש בגו״א הוא מדין אחריות ולרבה דס״ל דליכא אחריות כלל וכל חיובי ש״ש הם חיובי שמירה פשיטא דפטר בכה״ג דמאי הוי ליה למיעבד וא״כ שפיר אזלו לשיטותיהם וכמשנ״ת.

ונראה להוסיף ולבאר בדברי הרשב״א הללו דהנה בפטור ש״ש באונס נראה ברור דזהו אינו פטור כלל אלא דליכא תביעה עליו דהא איהו עשה מה שהיה מוטל עליו דשמר כדינו ובכ״ז לא הועיל ומאי הוי ליה למיעבד ורק התורה חידשה דעליו ליכא חיובי אחריות אונסין דומיא דשואל.

ואמנם נראה דכל זה הוא רק אם שמר כדינו והגיע אונס לגוף הפקדון אבל אם עלה לעיר או שתקפתו שינה נהי דהוי אונס אבל את שמירתו לא עשה וא״כ לכאורה צריך לחייבו דאונסא לאו כמאן דעביד.

ונראה דדבר זה הוא גופו מחלוקתם דאביי ורבה דלרבה חיובו הוא חיוב שמירה ומה שלא ביצעו הרי היה צריך להתחייב אלא דפטור כיון דאנוס הוא וזהו פטור דאונס דכה״ת דילפינן מקרא דולנערה לא תעשה דבר כלומר דגם לרבה זהו אינו פטור אונס הרגיל של ש״ש דהא לא קיים חיובו. אלא לאביי דס״ל דזהו רק חיוב אחריות המוטל על ש״ש הרי כל היכא דנתחייב לא שייך לפוטרו מצד אונס דכה״ת דהא אף דלאו אשמתו היא נתחייב מחמת האחריות ובאונס דכה״ת פוטרים רק חיוב מעשי ולא חיוב אחריות. אלא דבאונס הבא לגוף הפקדון דומיא דשבורה או שבויה או מתה חידשה תורה דעל זה ליכא כלל אחריות וממילא ליכא תביעה עליו כלל דהא שמר כדינו וליכא אחריות בכה״ג.

ה. ועדיין צריך יישוב לשי׳ אביי מאי דאמרינן בברייתא דרועה צריך לקדם ברועים ומקלות ש״ח בחינם וש״ש בשכר עד כדי דמיהם ונפ״מ לכושרא דחיותא [134] וטירחא יתירא. והבאנו כבר דאביי נמי מודה להך דינא דהוא ברייתא והובא בפוסקים ומוכח לכאורה דלאביי נמי חיובו דש״ש הוא חיוב שמירה ולא חיוב אחריות. ואין לומר דאביי נמי ס״ל כחילוקא דרבר״ה ור״ח דאיכא פשיעה דרק ש״ש חייב עליה דא״כ מאי טעמא מוקי לברייתא דרועה בעידנא דעיילי אינשי והא התם נמי הוי פשיעה כה״ג ולא הוי תחילתו בגו״א וסופו באונס דפטור עליה וא״כ איהו נמי צריך היה לאוקים לברייתא בשמע קול אריה ועל וכרבה.

---

9 וקצ״ע מאי ראיה איכא מהתם דהא הכא בפשטות איירי כשישן בעידנא דגנו אינשי ולא באונס וא״כ פשוט דחייב לאביי ומאי ראיה לחייבו אף בנאנס וחטפתו שינה.

ונראה ליישב דהרמב״ן לשיטתיה ובהקדם מה דכתב בחי׳ הכא בד״ה נראה וז״ל נראה דש״ש שהיה לו לקדם ברועים ובמקלות בשכר ולא קידם אינו משלם את כולה אלא מנכין לו שכרן ואם לא היה יכול לקדם אלא בדמי דמיהן אינו משלם אלא שומת כושרה של בהמה א״נ דמי טירחא וצ״ע עכ״ל. וכ״כ הראב״ד הל׳ שכירות פ״ג ה״ו וע״ש ברמב״ם ונו״כ דדנו אי הרמב״ם פליג עליו אי לאו ומהו הצ״ע בסוף דברי הרמב״ן ולקמן יתבאר. ובחי׳

הר״ן הכא הסתפק בזה אי מנכין לו מהתשלום דמי הרועים ומקלות או דחייב לשלם את כל דמי הבהמה כיון דפשע.

ולפי״ז אפשר לומר לשי׳ הרמב״ן דמה דכתבה הגמ׳ נפ״מ לכושרא דחיותא ומה דהוי ליה לקדם ברועים ומקלות בשכר אליבא דאביי הוא לומר לך דגם על זה היה הש״ש אחראי ולכך צריך לשלם גם את זה ולא דבעו למימר דחיובו הוא חיוב שמירה להחזיר את הבהמה בפועל כלומר דהגמ׳ אתא לאשמועינן דשווי הבהמה שהש״ש קיבל עליה אחריות הוא כדי דמיה ובתוספת דמי כושרא ונפ״מ לתשלומיו של הש״ש אי לא שכר רועים ומקלות. ואף דבתי׳ של רבה באוקימתא דברייתא משמע דאתו לאשמועינן חיובי השמירה שלו הרי דזה א״ש לשיטתיה דרבה כדכתבנו לעיל דס״ל דכל החיובים הם חיובי שמירה בפועל. ובדברי אביי עצמם באמת משמע דאתא רק לאשמועינן חיובי התשלום אי לא עשה כן דהא בדבריו שם איתא ש״ח שהיה לו לקדם וכו׳ חייב ועד כמה וכו׳ ונפ״מ לכושרא וטירחא ע״ש הרי להדיא דאיירי רק בכמה צריך לשלם אי לא שמר ודוק.

ויעוין ברי״ף ורא״ש שהביאו להך ברייתא דרועה שהיה רועה לאחר המשנה הבאה ולא בשם אביי אלא בשם ר׳ יהודה אמר רב ולפי״ז אפשר דהיתה להם גירסא אחרת בגמ׳ ואביי באמת לא ס״ל להך דינא וקושיתינו מעיקרא ליתא אלא שאין משמעות הפוסקים כן וכגי׳ דידן.

ולשי׳ דפליגי וס״ל דלא בעינן לשלם לו דמי כושרא מוכח דחיוב השומר הוא חיוב שמירה ולא אחריות ולפי״ז בסופו באונס חייב וקשיא אוקימתא דאביי בברייתא דרועה וכדלעיל. וצ״ל דלהנך שי׳ ס״ל כביאור הגרע״א ברי״ף בדינא דתחילתו בגו״א הובא לעיל אות א׳ ולפי״ז לא בעינן כלל לכל דברינו דאף אם הוא חיוב שמירה אינו חשוב אבוד מרגע הפשיעה אי הוי כעין גו״א ולכך פטור בסופו באונס. ואפשר דזוהי שי׳ הרמב״ם דהוכחנו לעיל אות א׳ דס״ל כרי״ף ולכן גם פליג על הראב״ד ורמב״ן הכא וס״ל דאינו משלם דמי כושרא ודוק.

ושמא בזה יבואר נמי מה דפליגי הרמב״ם וראב״ד בתרתי דגם בדמי הרועים ומקלות וגם בדמי כושרא וטירחא לא הזכיר הרמב״ם בהלכותיו וזהו כיון [135] דאיהו ס״ל דאתו לאשמועינן רק חיובי שמירה של ש״ש ולכך בכל גווני משלם רק דמי הבהמה כפושע רגיל וכושרא וטירחא ורועים ומקלות הם רק נפ״מ לחיובי השמירה ומתי נקרא פושע ולא לתשלומין. ולהראב״ד ס״ל כרמב״ן דליכא חיובי שמירה הכא אלא חיובי תשלום ואחריות אתו לאשמועינן ולהכי כתב דבהנך תרתי בעינן נפ״מ לתשלומין. ומה דהסתפק הרמב״ן בסוף וכתב דצ״ע נראה דהוא משום דקי״ל כרבר״ה ור״ח ולא כאביי וא״כ בכ״ז אפשר דאתו לאשמועינן רק חיובי שמירה בעלמא ולפי״ז לא מוכרח דחייב נמי לשלם הכושרא וטירחא ולנכות דמי הרועים ומקלות דהא אפשר דאתו לאשמועינן רק חיובי שמירה והתשלומין הם כפושע רגיל.

והנה בהך דינא דרועים ומקלות ביאר בספר דבר אברהם ח״א אות ט׳ דלא אתו הכא לאשמועינן דשוויות הבהמה כוללת את הכושרא והטירחא דאלת״ה כל מזיק ושומר שפשע הוה ליה לשלם נמי דמי כושרא וטירחא ולא מצינו בפוסקים שיציינו דבר זה. אלא ברור דרק הכא הוא דאיכא נפ״מ לכושרא וטירחא כיון דזהו אינו חיוב תשלום על השומר שפשע דבאמת כדכתב הרמב״ם איהו משלם רק דמי הבהמה אלא דבתביעתו מהמפקיד להחזיר לו דמי הרועים ומקלות דקא משתרשי ליה מצי בעה״ב לטעון לו דאמנם ישיב לו אלא דזהו רק בניכוי דמי הכושרא דהא רק זה מה שההנה אותו וא״כ זהו רק ניכוי מדמי הרועים ולא מתשלומי השומר (ונראה דלפי״ז מיושבת נמי

קושית מהרש״ל בחכמת שלמה הכא ע״ש) ודפח״ח. ולדבריו אלו ברור יותר דאפשר לומר דהכא כל מה דאתו לאשמועינן הוא היאך לסדר התשלומין ולק״מ על דברינו בשי׳ אביי.

ו. ובהך סוגיא דרועים ומקלות מצינו כמה דינים מחודשים במפרשים ונביא כמה מהמחודשים שבהם. דברא״ש כתב דבש״ח שקידם בשכר אף דאינו חייב בזה נמי יכול לתבוע מבעה״ב דמי הרועים. ובמאירי בסוגיין כתב דאם קידם ולא הצליח אינו יכול לתבוע מהמפקיד דמי הרועים. וברמב״ן וראב״ד הנ״ל משמע דס״ל דאינו משלם דמי כושרא וטירחא רק אם דמי הרועים הגיעו לדמי הבהמה וצ״ע (ועיין בב״י ובדבר אברהם שם).

והנה ראיתי בהגהות חוו״י על הרי״ף בסוגיין באות ט׳ דכתב וז״ל נ״ל דס״ל דעד שכרו מחויב לשכור משלו ומ״מ בששכר יותר משכרו נוטל הכל מבעה״ב וזה מוכח ממ״ש ונ״מ וכו׳ ודוק עכ״ל.

ונראה דכוונתו לומר דלכאורה קשיא מאי אמרו בגמ׳ ונפ״מ לכושרא וטירחא והא אי לא יציל את הבהמה הרי גם לא יתחייב לו המפקיד שכרו על השמירה דהא פשע בה ולפי״ז כשמציל הבהמה נהי דהרוויח המפקיד דמי כושרא וטירחא אבל הפסיד שכרו של הש״ש וצריך לחשב זה כנגד זה ואמאי כתבה הגמ׳ דנפ״מ לטירחא וכושרא. ולכן פי׳ דכוונת הגמ׳ דעד שכרו חייב לשכור רועים ומקלות משלו ורק מה שמעבר לזה גובה מבעה״ב והוא מחודש מאד.10 [136] ואם זוהי כוונתו נראה דבזה יבואר טוב יותר אמאי הקשתה הגמ׳ ממתי מצינו ש״ש חייב באונסין. דלכאורה קשיא דמה שמשלם מעצמו ואפי׳ לפני שחידשה הגמ׳ דחוזר וגובה מבעה״ב אינו תשלומי אונסין אלא מחיובי השמירה (ואולי חשיב אונס ממון וקושית הגמ׳ היא ממתי מצינו ש״ש חייב לשמור כנגד אונס ממון).

---

10 ונראה דדבריו אינם מוכרחים כלל דאיהו הניח בדבריו דאם לא שכר רועים ומשלם דמי הבהמה אינו חייב המפקיד לשלם לו שכרו ונראה דזה אינו דהא קיבל על עצמו אחריות ולכך משלם את דמיה ועבור זה חייב בתשלום

ולדברי החוו״י אפשר לפרש דכל קושית הגמ׳ היתה על הדמים שמעבר לשכרו שמשלם מעצמו וזהו ממש כתשלומי אונסין ותי׳ הגמ׳ דדמים אלו חוזר וגובה מבעה״ב ומה שמשלם מדמי שכרו נשאר למסקנת הגמ׳ דאינו חוזר וגובה דהא לא חשיב אונסין.

ואכתי צע״ק אמאי חייב לשלם משכרו דזהו ממש ממונו. ואפשר דהתשלום עבור הרועים הוא חלק מחיובי השתדלות השמירה ואם בעה״ב הוא שעושה את זה הרי דלא קיבל שמירה מהשומר אלא הוא עצמו היה השומר וממילא אינו חייב בתשלום עבור השמירה ולכן נשאר עד גובה שכרו בידי הבעה״ב ומה שמעבר לדמי שכרו הרי משלם מצד דמשתרשי ליה. כלומר דבעה״ב באמת משלם לו שכרו ומה שהיה מחויב להוציאו על הרועים זהו מחיובי השמירה ולא יכול לגבותו מהמפקיד דשכרו הרי שילם לו והחזר התשלום על הרועים אינו מקבל דאל״ה לא יחשב ש״ש.

ובכ״ז צריך עדיין יישוב וכן גבי הקשר לסוגיית מבריח ארי מנכסי חבירו שמזכירים הראשונים הכא ובסוגיא דב״ק נ״ח. ובש״ד ואכ״מ.

שכרו וצ״ע.