

תוס' ד"ה פרה במשיכה - "הק' ריב"ס דאמר לקמן בפירקין (דף צז.) שתלא טבחא ואומנא וספר מתא כולוהו בעידן עבדתייהו כשאלה בבעלים דמו וכו' וי"ל דלאו דוקא בעידן עבדתייהו אלא בשעת הליכתן או אפילו מזמנים עצמן לילך ולעשות חשוב בעידן עבדתייהו". מבואר בתוס' שלמדו כוונת הגמ' להלן שם שפטור בעליו עמו הוא רק בשעה שעוסק במלאכתו ממש, ולכן הק' מד' הגמ' כאן שכי בעלים באמירה, ומת' שהכוונה שמכילים עצמם לילך וגם בזה חשיב עוסקים במלאכתם.

אמנם יעוין ברמב"ם פ"ב שאלה ה"ג שכי בדין הנ"ל שביום שהם במלאכתם פטורים מדין בעליו עמו, ובמל"מ שם מדייק מזה שא"צ שיעסוק במלאכה ממש, והביא שם ד' הריב"ש שלא כ"כ. ולכאורה לפ"ד הרמב"ם צריך לפרש ד' הגמ' להלן הנ"ל שצריכים עידן עבדתייהו ע"ד ד' ד' הראב"ד הובא בראשונים להלן שם שד"ז בא לאפוקי מזמנים הפנויים מעבודה, כגון יום או שעה שאינו משועבד לעבודתו. ולכאורה מבואר כאן מחלו' בדין בעליו עמו ועידן עבדתייהו, אם הפטור בעלים תלוי במלאכה בפועל או בשיעבוד.

ויש לתלות ד"ז בטעם הפטור בזה, שהרי בתוס' להלן דף צ"ו ע"א כי שזה גזה"כ. אבל המפרשים בחומש עה"פ אם בעליו עמו כי טעמים לדבר. עיי' ספורנו שם שכי שמכיון שהוא במלאכתו דעתו קרובה איליו ומסתמא מוחל לו את התשלומין. ועיי' רלב"ג שם שכי טעם אחר דלא יתכן שיהא הוא משועבד איליו והוא משעבד פרתו. ולכאורה יש לתלות את מחלו' הנ"ל בשני טעמים האלו (וכמובן שאינו מוכח). ועיי' בנתיבות רס"י שמ"ו שכי דשניהם אמת שצריכים שעת עיסוק מלאכה, וגם צריכים שיעבוד.

שם - ועיי' תור"פ כאן שכי ליישב קו' התוס' באו"א דשם אינם משועבדים עכשיו למלאכה, ולא ביאר כוונתו עד הסוף. ונר' בכוונתו ליישב קו' התוס' ע"ד ש"ר החולקים הנ"ל, שהעיקר תלוי בשיעבוד למלאכה ושם מיירי בשעה שאינו משועבד במלאכתו כנ"ל בשם הראב"ד, משא"כ כאן דמיירי בכה"ג שהשתעבד למלאכה מיד. וכ"מ בד' התוס' בב"ב דף מ"ג ע"ב (לענין מש"כ בגמ' בב"ב שם וכאן לעיי' דף פ"א שם שמור לי היום ואשמור לך למחר חייב) **"שאני התם דבאמירה משעבדי עצמן ליכנס במלאכתם מיד אבל הכא לא משתעבד עד למחר" עיי"ש.**

ועיי' מש"כ בנמו"י כאן במש"כ בגמ' בעלים באמירה "לאו למימרא דבעלים משתעבדי באמירה שלא יוכלו לחזור בהם כי היכי דמקניא פרה במשיכה וכו' דאמירה דידהו כהתחלת מלאכה היא ובאמירה בעלמא חשוב נשאל דכתיב [צפני ג'] שארית ישראל לא יעשו עולה וכל שקבל עליו לעשות מלאכתו בעליו עמו קרינן ביה שאין כאן ענין לקנין אחר". וגם מזה מבואר כנ"ל דבעינן שיעבוד למלאכה.

בא"ד - "אבל ודאי משעת אמירה של קודם פסק מלאכה לא חשוב שאילה בבעלים כדאמרינן בס"פ האומנין (לעיל דף פא.) לסוף איגלאי מילתא דהיא שעתא שכרא הוי שתי ולא הוי פשיעה בבעלים". קי' להתוס' מד' הגמ' לעיי' שם, שהרי היה שם איזה הסכם ביניהם ולא חשיב בבעלים, ותי' דלהנ"ל א"ש שצריכים גם מזמנים עצמם. ועיי' בריטב"א לעיי' שם שכי לתרץ באו"א שהפסיק ביניהם במלאכה אחרת. ובמאירי כי שהתחייבו על זמן מסוים ועדיין לא הגיע הזמן (וזה דוחק שהרי בגמ' כי שתי שיכרא).

את גופך לא תשאל עד שעת משיכת פרתך - יל"ע לפ"ד התוס' הנ"ל שצריכים עסק מלאכה בפועל, אי"כ עדיין תקי' דא"א לצמצם שיתחיל במלאכה באותו זמן, ובשלמא לש"ר הנ"ל אי"ש שצריכים שיעבוד ואינו משתעבד עד שעת משיכת הפרה. ולפ"ד הנתיבות הנ"ל אי"ש דשניהם אמת גם להתוס'. אבל לפ"ד ש"ר הנ"ל שצריכים רק השתעבדות אי"ש שאמר שלא ישתעבד עד אותו זמן.

רש"י ד"ה אפילו הכי - "שהשניה מחייבתו לשלם קרן משאמר נגנבה ואפילו לא נשבע לשקר זה חמורה מן הראשונה שפוטרתו מלשלם קרן אם לא באו עדים שהוא גנבה אף על פי שמחייבתו כפל לאחר שנשבע לשקר ובאו עדים ובלא שבועה אין שם כפל". משמע בד' רש"י שעיקר ההדגשה כאן הוא שכפל צריך שבועה ולכן אינו חומרא לומר שיש חיוב כפל (ולא כהפשטות שאין מעלת הכפל חומרה כיון שאינו אלא מתוך הקולא שאינו משלם קרן). וע"ע ברש"י בב"ק דף נ"ז ע"ב שכי' ביתר ביאור, "ואע"פ שיש בשומר שכר כפל בטוען טענת לסטים מזויין אין זה חומר דכפל אינו בשומרין עד שישבע לשקר וכו' הלכך קנסא משום שבועה הוא דקנסיה רחמנא". וברש"י מדייק כן בד' הגמ' כאן שנקטו לשון שבועה.

ועי' או"ש פ"ד גניבה ה"י שכי' לחקור אם יש חיוב כפל בלי שבועה, באופן שאינו צריך לישבע. ומבאר הספק בזה אם דין טוט"ג מחדש שגם זה נחשב גנב וצריך שבועה רק כדי ליפטר ממנו, או שזה עונש חדש שתלוי בשבועה (כע"ד רש"י כאן). ובזה מבאר שם ספק התוס' בב"ק שם אם יש טוט"ג בגניבה בבעלים. [וע"ע מש"כ בזה שם ובתוס' לעי' דף מ"ב ע"א ואיכמ"ל. וע"ע להלן בדין שבועה בבעלים].

שם - ועי' בתוס' לעי' דף מ"א ע"ב שהק' שלמ"ד כפילא עדיפא קי' מנ"ל דפרשה ראשונה בשומר חינוס. וכי' בשם הרשב"ם דס"ל למ"ד זה שאפשר לדעת כן ממש"כ בפרשה ראשונה כסף או כלים שהדרך לשמרו בחינוס, ואילו בפרשה שני' כי' בהמה שיש טירחא והדרך לקחת שכר ע"ז. ועי' בש"ר כאן.

תוד"ה דקיימא באגם - "לא בעי למימר היכא דזן אותה שאן כל הנאה שלו שיהא פטור דלעולם חייב באונסין". מבואר בתוס' שדין כל הנאה שלו אינו מעכב בחיוב שואל, ולכן גם כשאינה רועה באגם חייבים, וכוונת הגמ' רק לברר כוונת הברייתא שאפי' שואל שכל הנאה שלו פטור מכפל. וצ"ל לפ"ז דמש"כ בראשונים בכ"מ לשון כל הנאה שלו (וכ"כ בגמ' לעי' דף ל"ד ע"א) הר"ז לשון מושאל מכאן. ויל"ע בזה לפי לשון השני כאן בגמ' אם צריכים לכה"פ רוב הנאה שלו.

[וע"ע לעי' דף מ"ב שכי' הרמב"ן שם שבזמן שפרתו רועה עם בהמותיו (דהיינו שהבהמה שמורה לבעה"ב) אי"ז שואל כיון שבעה"ב נהנה בזה ואי"כ כל הנאה שלו. הרי כנ"ל שחיוב שואל צריך כל הנאה שלו, ויל"ע בסברת ש"ר שם שלכ"כ. ויש לחלק בין המקרים וצ"ע].

שם - ועי' במחנ"א סי' ג' מהלי' שומרים שהביא ד' הר"ן בתשו' שכי' שהשואל ספר פטור כיון שאין כל הנאה שלו שהרי המשאיל עושה מצוה בזה ונהנה בזה פרוטה דר"י. ועי' מחנ"א שם שתפס עליו שכל שואל מאכיל את הבהמה ומשמרו לבעלים ואעפ"כ חייב כד' הגמ' כאן, וע"כ דסגי ברוב הנאה שלו. ובאו"ש ריש הל' שאלה ופקדון כי' ע"ז שלעולם צריכים דוקא כל הנאה שלו ובלא"ה אינו חייב כלל בשואל, ומש"כ בגמ' כאן שהשואל מאכיל ושומר את הבהמה אי"ז סותר דין כל הנאה שלו, שהרי חיוב שומר הוא משום שנחשב בעלים לאותו שעה שלהנאתו הוא אצלו, ומה"ט צריך להאכילו ולטפל בו לעצמו. וע"ע להלן דף צ"ו ע"א מש"כ לפרש שם עפ"י זה.

הערות ומראה מקומות פרק השואל

ועיי ריב"ש סי' רע"ט (הובא בגלה"ש בסוגיין) שהק' בד' הגמ' בסמוך שמחפשים מקור לגוי"א בשואל, והק' שם שכל שואל הוא ג"כ ש"ש וזה ידענו דחייב, ומת' שם בתי' א' דע"כ הנאת השואל אינו עבור השמירה כיון שאינו שומרו לבעליו כ"א לעצמו, דאל"כ אין כל הנאה שלו. וכע"ז הבאנו לעי' דף פ"א ע"א גבי השאילני ואשאילך בשם הקו"ש שכו' דא"ז נחשב שאלה בבעלים כיון שאין חיוב על שואל לשמור עבור הבעלים, ולהנ"ל יל"פ משום ששומר לעצמו.

ומה גניבה שקרובה לאונס משלם אבידה שקרובה לפשיעה לא כל שכן - עיי' מצפ"א שהביא מק' דא"כ איך למדים פטור אבידה בש"ח כיון שלא נאמר בו כ"א גניבה שקרובה לאונס. ומת' שיש מקור מסוגיא דריש מרובה שהביאו מקור לדין טוט"ג בטענת אבידה, הרי שפטור בכך. [ובמק"א הארכנו בד' הראשונים שלמדו מכאן שגניבת אונס חייב בש"ש ואיכמ"ל].

רש"י ד"ה שכן אונסא דסליק אדעתא הוא - "וע"מ כן שייליה מדלא אתני על מנת שלא אתחייב בשבורה ומתה תאמר בשבויה דלא הוה ליה לאסוקי אדעתיה ולא תניי". עיי' מחנ"א סי' א' שאלה שהביא ראי' מד' רש"י כאן לנדון הידוע בחיובא דשואל אם זה משום קבלת התחייבות, או שחייב ממילא כיון שכל הנאה שלו, וכד' רש"י בסנהדרין דף ע"ב ע"א הידועים שגרס שחיוב גזלן הוא כעין חיוב שואל שכל הנאה שלו, ושם ע"כ אינו התחייבות (ויש להוסיף ביאור בזה עפ"ד האו"ש הנ"ל שע"ז נחשב כבעלים). ויש לדחות הראי' מכאן די"ל דזה גופא קמ"ל שיש חיוב בלי התחייבות ולכן חייב בלי לאסוקי אדעתיה. [ועיי' בד' הרשב"א סו"פ הפועלים (הו"ד לעי' שם) שכו' שזה התחייבות מכח כל הנאה שלו].

דף צ"ה ע"א

בד"ה פשיעה בבעלים - "אחד מן השומרים שפשע כשהיו בעלים במלאכתו". מבואר שהמחלו' הוא אם פשיעה בבעלים חייב בכל השומרים, שאפי' ש"ש שפטור בגוי"א חייב בפשיעה. וידוע החקירה בזה אם פטור שמירה בבעלים הוא הפקעה בשם שומר או דין פטור מתשלומין, ולכאורה מכאן ראי' שאינו אלא פטור תשלומין כיון שעדיין חייב בפשיעה. וכ"מ בד' הגמ' למעלה שצריכים מקור לפטור שואל בבעלים מגוי"א וש"ש מפשיעה למ"ד דפטור. [ואין לו' שדין בעלים יפקיע רק שם ש"ש ולא שם ש"ח, דעדיין תק' בשואל שאינו נעשה שומר כלל כד' הריב"ש הנ"ל. ואולי י"ל דזה גופא נאמר במיעוט פשיעה בבעלים].

וע"ע רש"ש בסוגיין במש"כ לדמות לימוד בבעלים בשואל מגוי"א לענין דין, והק' הרש"ש דא"ז דין גרידא אלא שלא מצינו חיוב גוי"א בבעלים כלל כיון שזה פטור בש"ש ע"ש. וכבר אמרו בזה שיש לתלות ד"ז בהנ"ל, שאם פטור בעלים הוא רק פטור ולא הפקעה א"כ שפיר יש לחייב בזה עד שיודע שפטור.

שם - ובעצם ענין הנ"ל בגדר פטור בעלים בשומרים, ידועים ד' הש"ך בסי' ס"ו ס"ק קכ"ו שכו' ליישב קו' הראב"ד על הרמב"ם שכו' בפ"ב שכירות ה"ג שחייבים בפשיעה בעבדים שטרות וקרקעות משום שהפושע מזיק (דהיינו שאע"פ שאינו חייב בדיני שומרים מ"מ אין לפטרו מדין פושע שהוא מטעם מזיק), והק' הראב"ד דמ"ש דין בעלים שזה נוהג גם בפשיעה אע"פ שהפושע מזיק, ומת' הש"ך לחלק בין פטור שטרות עבדים וקרקעות דעדיין שם שומר עליו ולכן חשיב פושע כמזיק (דדין פושע מזיק הוא חידוש התורה בפרשת שומרים, ובמק"א הארכנו בביאור הדבר), משא"כ פטור בעלים שהוא הפקעת שם שומר.

הערות ומראה מקומות פרק השואל

וע"ע נתיבות סי' רצ"א סקל"ד שכי' להיפך מזה, ומקורו מדי' הגמ' לעי' דף מ"א ע"ב "שלא תאמר דין לבא מן הדין להיות כנידון מה שואל בבעלים פטור אף שומר חנם ושומר שכר בבעלים פטור", הרי שיש חיוב שליחות יד בבעלים ואילו בעשו"ק מבואר בפוסקים שאין דין שח"י, וע"כ שפטור בעליו עמו אינו אלא פטור תשלומין אבל יש לו שם שומר (שהרי שליחות יד הוא בודאי דין רק בשומרים דחשיב גניבה, וצ"ע בזה בסו"פ המפקיד), משא"כ עשו"ק שבמיעוט שלהם נאמר שאינו שומר כלל ע"ש. וכי' שם עוד דה"ה שיתחייב בשבועת שומרים במקום בעליו עמו.

[וכבר הבאנו למעלה בסו"פ הפועלים ד' האו"ש בפ"ד גניבה ה"י שכי' שאין שבועה בבעלים, ובזה מבאר שם ספק התוס' בב"ק דף נ"ז ע"ב בענין טו"ג בבעלים. וע"ע קצוה"ח סי' רצ"א סק"י שכי' שיש חיוב שבועה בשומר בבעלים, והביא רא"י לזה מאותם ד' התוס' בב"ק הנ"ל שהביא האו"ש רא"י משם להיפך ע"ש. וכ"כ בקו"ש בב"ב סי' תרנ"ח להביא רא"י שיש עליו שם שומר והפטור הוא רק מתשלומין מדי' התוס' בב"ק שם, וע"ע בזה להלן דף צ"ו ע"א בשמו. וע"ע מש"כ בזה בד' רעק"א לעי' ר"פ המפקיד ובדב"א סי' מ' ובקה"י סי' ל"ד ובברכ"ש סי' מ"ז ובב"ק סי' ל"ה ואיכמ"ל עוד.]

תוד"ה איתמר - "פסק ר"ח דפטור מטעם דכל היכא דפליגי רב אחא ורבינא הלכה כדברי המיקל אף על גב דהוי חומרא לגבי מפקיד מכל מקום חשיב קולא לפטור המוחזק כדאמר"י ספק ממון לקולא". וכ"פ הרמב"ם ריש הל' שכירות להלכה, ומבאר המ"מ הטעם דהלכה כד' המיקל בממון. ועי' קו"ש בב"ב שם שהביא ד' הגר"א בשו"ע סי' שמ"ו אות ט"ו שהבין שדין זה הוא ככל ספיקות בדין שהממע"ה, ומצרפו לס"ס ע"ש. וכי' הקו"ש לדייק שהרמב"ם לא כי' כלשונו בכל הספיקות דתפיסה מהני, ולכן כי' שם שזה פסק ודאי כד' המיקל בין ר"א ורבינא, והתוס' כי' לדמותו לספק ממון לקולא רק לגבי לשון "קולא".

דף צ"ו ע"א

שכן חייב באונסין וכי' שכן חייב במזונותי - יל"פ הסברות בזה עפ"י החקירה הנ"ל אם פטור בעלים הוא דין הפקעת שם שומר דא"כ לכאורה צריך להיות עמו בשעת שאילה, ואם הוא רק דין פטור מחיובי שומרים י"ל שצריך להיות בשעת החיוב דהיינו שעת אונסין. אלא שרש"י הוסיף כמה מילים "על אותה שעה מתחייב הוא", ומשמע קצת הכוונה שזה סיבת החיוב, אלא שצ"ע בזה שלכאורה הדבר תלוי במחלו' בגמ' בב"ק דף ק"י ע"א ובכתובות דף ל"ד ע"ב אם חיוב אונסין משעת שאלה או משעת האונס. ועי' כס"מ פ"א שאלה ה"ה שכי' דלכו"ע המחייב הוא שעת השאלה, ופליגי רק בענין שיעבוד הנכסים אם זה משעת המחייב או משעת החיוב בפועל. וע"ע שע"ח קידושין סי' כ"ד וכתובות סי' ק' שמבאר חילוק זה בין שעת החיוב בכח לבין שעת החיוב בפועל. וכבר האריכו בזה אחרונים ואיכמ"ל עוד.

רש"י ד"ה מהו - "מחייב באונסיה או לא". מבואר שרש"י למד שאלות הראשונות בגמ' כאן לענין עיקר השאלה אם מתחייב באונסין כה"ג, כיון שאינו הנאה שהחפץ עומד לכך או שאינו מגוף החפץ או שאינו שו"פ. ועי' בריטב"א וברא"ש שכי' דש"ש ודאי הוי הואיל ונהנה מהנה. ומבואר שזה סברא מיוחדת לענין דיני שאלה שצריכים כל הנאה שלו. [ויש להוסיף ביאור בזה דשאלה הוא חלות בחפץ הנשאל ולכן צריך הנאה שגוף החפץ עומד לכך. ולפ"ד האו"ש הנ"ל א"ש טפי משום שע"ז חשיב בבעלים על החפץ.]

הערות ומראה מקומות פרק השואל

אמנם הרמב"ם בפ"ב שו"פ ה"ט למד כל שאלות הגמ' לענין שאלה בבעלים, וע"ש בנו"כ. ובריטב"א ג"כ חולק על הרמב"ם בזה, וכ' דפשיטא כיון שזה בכלל הפרשה למה שלא יפטר בבעלים. ועי' תו"ח שכי' בזה עפ"ד התוס' כאן שכי' שאין סברא לחלק לענין שותפין, אלא כיון שדין זה הוא חידוש אין לך בו אלא חידושו, ומה"ט מסתפקים בכה"ג דכאן שאינו שאלה מעליא. ועדיין צ"ב דא"כ מנין שחייב כלל כה"ג.

בד"ה הנאה מיניה - "שנהנה בבהמה עצמה". מבואר שספק הגמ' בליראות בה הוא אם צריכים הנאה מעצם החפץ, וכבר ביארנו קצת בזה. ועי' קצוה"ח סי' ע"ב סקל"ד ומחנ"א סי' ג' (הובא לעי' דף צ"ד ע"ב) שכי' לדמות השואל ספר קודש ללמוד ממנו ל"שאלה ליראות בה" כיון שמצוות לאו ליהנות נינתו. וע"ש בנתיבות סק"י שכי' להק' ע"ז שלענין מודר הנאה אמרי' שבלימוד תורה ל"א כן כיון שזה עיקר בתורה דוקא ליהנות ממנו, וע"ש במושב ובמחנ"א נדרים סי' כ"ד ואכמ"ל בזה.

שאל משותפין וכו' שותפין ששאלו וכו' - ברי"ף וברמב"ם שם ה"ח כ' שמספק פטורים (ועי' נו"כ שם ובנ"י ובמהרש"א דמשמע כוונתם לפטור לגמרי ולא פלגא כלשון הגמ'). ומסיים הרמב"ם שם דמ"מ אם פשע חייב, ועי' מ"מ שכי' שדי' הרמב"ם הם לש"י שכי' בפ"ב שכירות ה"ג (הו"ד לעי') שפשיעה חייב בעשו"ק משום שהפושע מזיק, ומכיון שידוע חיובו אין לפטרו מספק ע"ש. וע"ע בקו"ש בב"ב שם סי' תרנ"ח שמבאר ששאר חיובי השומרים הם בספק כיון שיש ספק אם היו בבעלים ולא נתחייבו כלל, משא"כ פשיעה שיש ודאי סיבה לחייב מצד דין מזיק אלא שיש ספק פטור בבעלים, וכה"ג אמרי' אסממ"ו.

ויל"ע בזה שהרי אם פטור בעלים הוא שאינו שומר כלל א"כ גם לא נחשב מזיק כלל, ואם זה רק דין פטור א"כ יש ודאי סיבת חיוב וספק פטור גם לענין שאר חיובי שומרים. ועכצ"ל שיש שני דיני פטור בעלים, שלענין שאר הדינים הוא דין הפקעה מחיובו ואילו לגבי פשיעה הוא דין פטור וצ"ב. והמקור לזה הוא מקרא נדרש לפני פנוי שזה מחדש דין שני. וכ"מ בדב"א סי' מ' ובאו"ש פ"ג שכירות ה"ח ע"ש.

האומר לשלוחו צא והשאל - עי' שער"י ש"ז פ"ז שהעיר בזה דמה שייך שליחות כאן כיון שאין נ"מ בעצם המעשה שנשאל לפלוני, וכה"ג לא שייך שליחות. וכ' שם בזה עפ"ד הידועים שיש ב' מיני שליחות, א' - שליחות של התיחסות המעשה וזה לא שייך כאן, וב' - שליחות של מסירת כח, ויסוד ד"ז הוא שהשליח הוא במקומו של בעלים לענין זה ולכן יש לו את הכח שלו לפעול, וזה שייך שפיר כאן שיהא במקומו לענין זה, ע"ש מש"כ בביאור ההדבר. [ואולי י"ל עוד שהשליחות הוא על השאלה עצמה ולא על המלאכה, וי"ל שבזה נחשב שהשליח הוא המשאיל ולכן הוא נחשב "בעלים". ועד"ז אמר מו"ר שליט"א בשם אביו הגר"ח שמואלביץ זצוק"ל בענין שליחות קבלה בגט, וע"ע שע"ח קידושין סי' מ"א.]

רש"י ד"ה שותפין ששאלו - "לחרוש בה קרקע של שותפות". עי' ריטב"א שכי' לדייק מזה שאם לא היו שותפין בדבר אחר, אלא ששאלו ביחד פרה אחת לחלקה יום יום כ"א לשדה שלו אין שייך ספק הגמ', משום שכל א' חשיב כולו שואל ביומו. ועי' מנ"ח מצ' ס' אות כ' שכי' לבאר בזה עפ"ד הר"ן בר"פ השותפין הידועים שכאו"א הוא בעלים בכולו בזמן שהוא משתמש, דכה"ג אמרי' ברירה ע"ש.

בד"ה עבד דלאו בר מצוה לא - "ושליחות נפקא לן מאתם גם אתם לרבות שלוחכם דבעינן דומיא דמשלח שיהיו דיניו נוהגים בו, וזה אין דין שואל נוהג בו וגם משאיל שאין לו כלום בלא רבו". וכע"ז כ' ראשונים בשם הראב"ד, והק' ע"ז דא"כ למה נקטו דוקא לשון בר מצוה, ועוד דמשכח"ל שיש לו ממון בנותן ע"מ שאין לרבו רשות בו או שהאדון עצמו נתן לו מתנה. ולכן כ' מהלך אחר בזה שאינו סברא,

הערות ומראה מקומות פרק השואל

אלא דמכיון שהקשה תורה שליח לבעליו צריכים דומיא דבעליו שהוא בר מצוה. וע"ע ברש"ש וברעק"א.

תוד"ה שאל מן האשה - "תימה דמה כח יש לאשה להשאיל בנכסי מלוג וכו' ואמאי נקט שאל מאשה ויש לומר דאין הבעל יכול להשאיל או למכור פירות נכסי מלוג בלא רשותה וכו' אי נמי ה"ק שאל מן האיש נכסי מלוג שהן של אשה מהו". ע"י הג' הב"ח שכי' שד' התוס' הנ"ל בקו' "ואמאי נקט שאל מאשה" הם בהנחה שהאשה יכולה להשאיל בלא רשות, ולכן הק' מ"ט נקט דוקא באשה ולא באיש ע"ש. וקצת משמע לפ"ז בתי' התוס' שהבעל צריך לשאול רשותה והאשה אינה צריכה רשותו, היפך הסברא שכי' בתחילה. וכ"ה שי' הג"א כאן, ע"ש ראיתו דאל"כ היינו שותפין (וע"י ריטב"א שכי' סברא לחלק) וצ"ב.

דף צ"ו ע"ב

רש"י ד"ה שאלה בבעלים היא - "שהיא עמו תדיר במלאכתו והיא נשאלת לו תחלה משנשאה". ע"י בנמו"י שכי' שאע"פ שאינה עושה מלאכה בשעה שנפלו לה הנכסים חשיב שאלה בבעלים כיון שמשועבדת לו למלאכה. וכע"ז הבאנו לע"י בר"פ בשמו שכל המשועבד לדבר חשיב עמו במלאכתו אע"פ שאינו עושה מלאכה בפועל. ושם ביארנו שהתוס' כי' שצריכים עכ"פ שיכין עצמו ללכת לעבוד, ולדידהו ק' כאן דלאו דוקא שהיא תמיד מכינה עצמה למלאכתו וצ"ע.

שם - וע"ע בנמו"י שהביא מחלו' ידועה בין הרמב"ם להראב"ד, שהרמב"ם כי' בפכ"א אישות ה"ט שאשה ששברה כלים פטורה משלם לבעל מצד התקנה, והראב"ד השיג שם דתיפו"ל שפטורה מדין בעליו עמו, ע"ש בנו"כ. ולפ"ד הראב"ד צ"ל שצריכים תקנה זו באופן ששברה בידים דהו"ל מזיק ממש וכה"ג ל"ש פטור בעליו עמו, וכ"כ בחזו"א בב"ק סי' י"א אות כ"א.

וע"ע במל"מ שם ובמחנ"א שומרים סי' ל"ט שהק' על ד' הראב"ד מה שייך היתר בבעלים אצל אשה ששברה דכה"ג חייבת מדין מזיק ולא מדין שומר. ובמל"מ שם מתרץ שיש לחלק בין מזיק בכוונה לבין מזיק שלא בכוונה, וצ"ע בזה בב"ק בפרק המניח ואיכ"מ. ובאחרונים מתרצים עוד בזה עפ"י היסוד הידוע שהעוסק במלאכת חבירו והזיק פטור משום דל"ח מזיק כלל (ע"י קה"י ב"ק סי' כ"ד ואב"ן חו"מ סי' י"ט, וכע"ז כי' שם לעינן ד' הרמב"ן הידועים שמחייב באדם המזיק אפי' אונס גמור ואיכמ"ל).

בד"ה והדר נסבה - "וזכה הוא אף בפרה להשתמש בה כל יומי השכירות". כוונתו מבואר שדין שאלה של הבעל המדובר כאן הוא מכח זכות אכילת הפירות, דכמו שיש לבעל זכות אכילת פירות בפרה של האשה כמו"כ יש לו זכות בפירות של פרה השכורה לה, דשכירות ליומא ממכר הוא. ובגליון הש"ס תמה דכה"ג אין לבעל זכות אכילת פירות מכיון שלא נשאר קרן להאשה עצמה. ויש להעיר שלא הק' רעק"א כן על ד' הגמ' כ"א בד' רש"י הנ"ל. ואולי י"ל דלולי ד' רש"י יל"פ כוונת הגמ' שהבעל נחשב שואל ע"י שאוכל פירות משדה האשה שתחרוש עם פרה זו, וכמו שמצינו לע"י בע"א גבי אשה ששאלה שע"י אכילת פירות של הבעל חשיב שואל.

[ואע"פ שבגמ' שם תלו ד"ז בדין ק"פ כקה"ג, יש לחלק דשם שאלו ביחד האיש והאשה ודנו מי עיקר השואל, משא"כ כאן שהאשה שאלה והבעל אוכל ממנה דודאי חשיב בזה שואל ממנה. וכמו"כ י"ל במה שיש מק' שכל שוכר יש לו רק קנין פירות, ובגמ' כאן מבואר דלרבנן דר"י שוכר חשיב משאיל, ואילו לע"י

הערות ומראה מקומות פרק השואל

בע"א הסתפקו בשאל מאשה אם בעל נחשב משאיל ותלוהו בדין ק"פ כקה"ג. ולהנ"ל א"ש דכיון שהוא המשאיל היחידי בודאי חשיב משאיל בכך וספק הגמ' לעי' בע"א הוא רק כמשאילים ביחד.

בד"ה הבעל מוציא - "אלמא אין לה רשות למכור שהוא הוי לוקח ראשון". מבואר מדבריו שע"י התקנה לא חלה המכירה כלל. ועי' רא"ש בכתובות דף נ' ע"א שמדייק שם ממש"כ הבעל מוציא דמשמע שחלה המכירה רק שהבעל מוציא ממנו. אלא שהק' שם דממנ"פ הבעל מוציא רק אם מתה לפניו, ועל צד זה לא היתה מכירה כלל בלי תקנת אושא, ומת' שם דאה"נ ולאו דוקא נקטו לשון זה ע"ש.

שם - וברמב"ם פכ"ב אישות ה"ז כ' שהמכירה חלה עד המיתה. ועי' אב"מ סי' צ' סק"א וי"ב שכי לבאר בזה שהרמב"ם ס"ל שא"צ תקנה בחייה כ"א שלא תפקיע ממנו הנכסים לאחר מיתתה, ולכן לא ביטלו את המכירה בחייה. וידועים ד' הרא"ש בב"ק דף פ"ח ע"ב שכי שהתקנה היתה שקנין הפירות של הבעל יחשב כקנין הגוף לענין זה, ובזה א"ש ד' רש"י והרא"ש הנ"ל שלכן כ' שהמכירה בטלה לגמרי כנ"ל.

וע"ע באב"מ שם שכי שלפ"ד הרא"ש בב"ק הנ"ל אין תקנת אושא כ"א במקום שהבעל אוכל פירות. ובזה מיושב ג"כ מה שיש להק' כאן בסוגיין דכאן מיירי לענין פירות, ואילו תקנת אושא נאמרה לענין גוף לאחר מיתה שיורשה, ולד' הרא"ש הנ"ל א"ש דמ"מ גדר התקנה היתה להאליס קנין הפירות. וע"ע בזה בחזו"א ליקוטים סי' ז' אות ו'. וצ"ע בזה במקומו בפי' האשה שנפלו ואיכמ"ל עוד בזה.

תוד"ה בעל בנכסי אשתו - "ומיהו נראה לר"י דשומר חנם הוי וחייב בפשיעה ולפי זה הלוקח בהמה לשלשים יום אע"ג דלאו שואל הוי ולא שוכר דבלשון מקח לקח מכל מקום שומר חנם הוי". יל"ע שאי"ז דומה לכאן, שהרי כאן הבעל נחשב שומר חנם משום שהגוף של האשה, משא"כ שם כל הגוף שלו. ואולי י"ל דמ"מ הרי הוא שומר על קנין הגוף שלמחר, וצ"ע.

שם - ובהג' הגר"א הובא ד' הרמב"ם פ"ב שו"פ הי"א שחולק על התוס' וכי לפטור כה"ג אפי' מפשיעה. וכ"פ בשו"ע סי' שמ"ו סעי' י"ז, ובנו"כ שם מק' מדבריו בסעי' י"ח שפסק לענין לוקח בהמה לל' יום שאינו חייב בפשיעה. ומת' שם בזה עפ"ד הרא"ש כאן שכי לפטור כה"ג משום בעליו עמו ע"ש ובפ"ח. וע"ע בקצוה"ח שם סק"ה. ועוד מתרצים בזה עפ"ד הרמב"ן כאן שכי לחלק בזה דכאן החפץ באחריות של האשה ולכן אין הבעל נעשה ש"ח. וע"ע מש"כ בזה בקובה"ע סי' נ"ג.

נמעלו ב"ד - ידוע יסוד האחרונים שאין כח ב"ד להקנות כ"א להפקיר, וא"כ ק' בסוגיא דידן איך ימעלו ב"ד במה שהפקירו. ומכאן מוכיחים אחרונים שחיוב המעילה הוא על מה שהוציאו מרשות הקדש. עי' מש"כ בזה בדב"א בריש ספרו. והביאור בזה עפ"י המבואר בתוס' כתובות דף ל"א ע"ב שלענין גזילה מהני משיכה לרה"ר, ומבארים בזה שהעיקר בגזילה הוא מה שמוציאו מרשות בעלים, וכמו"כ י"ל לענין מעילה שהוא מדין גזילה כמש"כ למעלה בפי' הפועלים בשם הגר"ח.

כחש מחמת מלאכה - עי' תור"פ שהק' דמ"ש מגזלן שמצינו בב"ק דף צ"ו ע"ב דאמרין דבכחש אומר לו הרש"ל שאין הגזלן חייב לשלם ע"ז, ומת' דשאני הכא שעשה בידים דכה"ג גם בגזלן חייב. ועי' בתוס' בב"ק דף נ"ו ע"ב שכי ליישב בזה באו"א שבשואל יש לחייב יותר כיון שנתחייב בשמירה.

שם - ועי' ברא"ש שהביא ד' חכמי הצרפתים שבנזקי אדם בשור אין חיוב על כחש דהדר, וראייתם מד' הגמ' בפרק החובל דפליגי אם חייבים כה"ג ע"ש, וכי הרא"ש שלפ"ז כאן ע"כ מיירי בכחש דלא הדר.

הערות ומראה מקומות פרק השואל

והביא שיש חולקים בזה דדוקא גבי אדם אין לחייב בזה משום נזק כיון שאינו עומד למכירה, אבל בהמה העומדת למכירה אפי' כחש דהדר חשיב היזק. ועוד כ' שאדם דמיו יקרים ואינו נפחת מחמת כחש דהדר.

[ומש"כ לחלק בין היזק בהמה להיזק אדם שאינו עומד למכירה, ע"ע מש"כ בר"פ הפרה ובר"פ הכונס בשם הגרי"ז דמה"ט שומת ההיזק בהיזק אדם הוא גזה"כ כיון שאינו עומד למכירה. ואיכמ"ל עוד בזה.]

וע"ע בקצוה"ח ס"י ש"מ סק"ב שכי' דגם ד' תור"פ כאן הנ"ל מיירי רק בכחש דהדר דאל"כ גם גזלן חייב, וכ"ש דשואל חייב שהוא חייב יותר כנ"ל. ומביא שם ד' הרא"ש שהביא מחלו' בדבר זה, וכ' בזה שלכ"כ הרא"ש כ"א כאן דמיירי במזיק בידים כד' תור"פ הנ"ל ע"ש.

לאו לאוקמא בכילתא שאילתה - ע"י ברמב"ן וריטב"א שהק' דמכיון שקיבל אחריות דעלמא כ"ש שבכלל זה אחריות ההפסד שבא ממנו, ומת' דמתה מחמת מלאכה חשיב פשיעת המשאיל כיון שהשאיל למלאכה דבר שלא היה יכול לעמוד בכך. וברשב"א כ' טעם אחר בדבר שמכיון שבכל שאלה אין בעה"ב מקפיד על הפחת מחמת מלאכה, ה"ה שאינו מקפיד על מיתתו דמה לי קטלא כולה מה לי קטלא פלגא.

וע"ע מחנ"א פ"ד מהל' שאלה שכי' נ"מ בין דבריהם במשאיל ספרים ונתקלקלו שהדבר עומד לכך ולא שייך טעם הרמב"ן הנ"ל, אבל טעמו של הרשב"א שייך שפיר בזה. ועוד כ' שם נ"מ במש"כ בטוש"ע רס"י ש"מ בשואל פרה לילך בדרך ידוע שיש שם ליסטים ונגנב דפטור משום מחמת מלאכה. וע"ש מש"כ להביא רא"י מההיא דבסמוך בשאל שונרא שאין שם פשיעת משאיל כלל ואעפ"כ פטור. [ועוד הביא רא"י ממש"כ בפי' איזהו נשך ששכירות הוא תשלום על פחת, ואילו לד' הרמב"ן הו"ל לפטור מעיקר הדין.]

ועוד כ' שם מהלך הפוך מד' הרמב"ן הנ"ל בפטור זה שמכיון שלא ידע המשאיל שלא היתה פרתו ראוי' למלאכתו (דאל"כ לא היה עושה כן), הו"ל שאלה בטעות ולכן פטורים בזה. וע"ע באב"ה ריש הלי' שאלה שכי' לפרש בד' הרמב"ם שם שצריכים דוקא מיתה בשעת מלאכה משום שהמיתה הוא גמר השימוש ע"ש.

זיל אייתי סהדי דלא שנית בה - ע"י ריטב"א שהעיר דהול"ל שישבע, וכ' דקצת משמע מזה שצריך דוקא עדים ול"מ בזה שבועה, וע"ש מש"כ לדחות בזה. ומבואר בדבריו דמהני שבועה גם ע"ז אע"פ שלא אמרה תורה שבועת השומרים כ"א גבי נגנבה או נאנסה, וכ"כ להדיא ברא"ש.

אמנם בפסקי רי"ד כ' דל"מ שבועה כ"א בשאר שומרים שלא הוחזקו לשלם כלל, משא"כ בשואל שהוחזק לשלם אפי' במיתה חוץ ממיתה מחמת מלאכה. [ויש להוסיף שבעצם שאר שומרים פטורים בלי השבועה, רק שהתורה הטילה עליהם שבועה כדי להפיס דעתו של בעה"ב כדמבואר בגמ' לעי' דף ל"ה ע"ב (ואולי לפי' התוס' שם הדבר תלוי במחלו' רבנן ור"י). וע"ע מש"כ בזה בד' התוס' להלן דף צ"ז ע"ב.]

ולכאורה יש לתלות ד"ז בנדון האחרונים (הובא למעלה בפירקין) במחייב של שואל, שאם החיוב הוא דאוקמא רחמנא ברשותו כיון שכל הנאה שלו (כד' רש"י בסנהדרין הובא לעי') א"כ כבר התחיל החיוב מיד והו"ל כאומר א"י אם פרעתיך שאינו נאמן בברי ושמא. וע"ע להלן במתני' בסמוך מה שיש לדון בזה.

הערות ומראה מקומות פרק השואל

שם - ובתוס' שאנץ ותור"ד כ' להוכיח דמהני שבועה בזה ממש"כ לעי' ריש המפקיד דשואל אי בעי פטור נפשי' בשבועה דמתה מחמת מלאכה, וממש"כ לעי' דף ל"ו ע"א פעמים ששניהם בחטאת ע"ש. ועוד הביאו רא"י ממש"כ להלן דף צ"ח ע"א ד' שומרים צריכים כפירה במקצת וכו' (אלא שלכאורה יש ליישב רא"י זו, שהרי למ"ד זה חיוב השבועה אינו להפיס דעתו כ"א משום הודאה במקצת, וזה שייך גם בשואל).

תוד"ה זיל שלים ליה - "פי' בקוני' נרגא מעליא אחרת יתן לו והשברים יהיו של שואל ואין נראה לרבינו שמואל דאפי' גנב וגזלן משמע שיכולין לפרוע סובין כמו מזיק". ועי' במחנ"א פכ"ג מהל' גזילה שהביא ד' רש"י ותוס' בב"ק דף י"א ע"א במש"כ הגמ' (הובא בתוס' כאן) אין שמין לא לגנב ולא לגזלן, ומבאר שם דאה"נ דעת רש"י ותוס' והרא"ש בב"ק שם הוא שאין הגנב משלם בסובין כ"א בגזילה עצמה או דמי' דאמר' זיל טרח וזבין. וע"ש שהמקור לזה מ"אשר גזל". ע"ש שדן בזה.

בסו"ד - "א"נ הא דאית ליה דשינוי לא קני היינו במתה מאליה או נרגא דאיתבר מאליו אבל בידים כגון טביחה קני בשינוי מעשה". עי' פרי"י ח"ב סי' ס"ג שכ' לבאר בזה דשינוי הוא מעשה קנין.

דף צ"ז ע"א

תוד"ה כי האי גוונא מאי - "תימה מאי קמבעי ליה הלא הלא מתה ממש מחמת מלאכה וי"ל דאיבעי ליה אם שינה במה שהולכה למקום שהרבה עכברים מצויין אבל אין לו לשמור שלא יהרגוהו". מבואר בדבריהם שספק הגמ' הוא אם שימוש זה חשיב כדרכו לענין פטור מתה מחמת מלאכה, שאם שינה בה או שהיה לו לשמור אי"כ סברת לאו לאוקמה בכילתה וכו'. וע"ע בריטב"א שכ' לבאר בזה "ולא היה לו לשואל להעלות על לב שיהרגוהו וכיון דלא פשע פטור דמתה מחמת מלאכה הוא". וג"ז יל"פ עד"ז שאם היה עליו טענה שפשע אי"ז בכלל לאו לאוקמה בכילתה וכו'.

ויל"ע עפ"ד הרמב"ן והריטב"א הובא למעלה בסמוך שמבארים בסברא זו שע"ז חשיב פשיעת המשאיל, והלא גם המשאיל אינו יודע מזה ובמה פשע. וצ"ל דמ"מ בא בגרמת המשאיל שהשאילו אע"פ שלא היה עומד לכך, וגם בזה סברא הוא שאין השואל חייב לשלם. ועי' בשטמ"ק שהביא ד' הר"ח שכ' שאינו עשוי להיות כן ולכן אמר' שהיה שונרא זו חלש מעיקרא, וזה כנ"ל שע"ז חשיב משאיל פושע. [ועדיין צ"ב לד' הרשב"א הנ"ל שכ' הטעם שבעה"ב לא הקפיד מכיון שנתנו ע"ד כן, ולכאורה ד"ז ל"ש אם לא אסיק אדעת' דמשאיל וצ"ע].

אשקיין מיא - עי' ריטב"א שכ' שהחידוש הוא שכל דבר קטן חשיב עמו במלאכה. ואלי יל"פ עוד ע"ד שי' הריטב"א עצמו שהעיקר בדין בעליו עמו הוא ההשתעבדות למלאכה כמו שיבואר בסמוך (ע"ד הנמו"י לעי' ברי"פ הו"ד לעי' שם שכ' מטעם שארית ישראל לא יעשו עוולה), ובזה יש חידוש שהרי בדבר קטן לא שייך כ"כ להשתעבד כיון שאינו צריך לכך כ"כ וצ"ע.

רד"ה כשאלה בבעלים דמי - "אם משהיה זה במלאכתו שאל הימנה בהמה באותה שעה ומתה פטור". עי' ריטב"א שדייק בדבריו שאם עסק במלאכת א' בעיר אינו נפטר מדין בעליו עמו ממי שאינו עוסק לו. וכ' שם וברא"ש בשם הראב"ד שאם שאל מכל א' מבני העיר פטור כיון שמשועבד למלאכת כולם, וכ"כ הרא"ש. ומבואר כוונתו ע"ד שי' הנמו"י כאן (בשם הראב"ד שמפרש מש"כ בעידן עבדותיהו בשעות שמשעובדים למלאכתם) ולעי' ברי"פ (הו"ד למעלה) שדין בעליו עמו תלוי בשיעבוד למלאכתו.

הערות ומראה מקומות פרק השואל

ובדעת רש"י יל"פ ע"ד התוס' לעי' שם בר"פ כ' התוס' שצריכים שיעסוק במלאכה בפועל (ולכה"פ שיכן עצמו לילך, ושם כתבנו לדון אם התוס' מודים בזה להנ"ל בש"ר ע"ש), ולכן צריכים שיהי' דוקא במלאכת זה ששאל ממנו וצל"ע.

תוד"ה שאלה חצי היום - "לא זו אף זו קתני לא מיבעיא שאלה חצי היום ושכרה חצי היום דספק גמור וכו' ולא מיבעיא בפרה אחת דספיקא רבה היא אלא אפילו בשתי פרות יחלוקו". ובריטב"א כי מהלך אחר בזה שיש כאן חידוש בבבא שני' ושלישית לומר שאין לחלק בחיוב או בפטור בין פרה אחת שהוחזקה חיובא ובין שתי פרות לא הוחזק חיובא.

והתוס' שלכ"כ י"ל דאזלי לשי' שכי' להלן בסמוך בע"ב דכה"ג דמתני' חשיב כאומר א"י אם הלויטני ולא כא"י אם פרעתיד. ואילו בנמו"י מחלק בזה בין בבא דפרה אחת דאיתחזק לבין בבא דב' פרות דלא איתחזק, אלא שכי' שם לתלות ד"ז בד' הגמ' הידועים בב"ק דף קי"ב ע"א ובכתובות דף ל"ד ע"ב ב' לשונות בד' ר' פפא אם יש שיעבוד נכסים למפרע משעת שאלה או רק משעת אונסין ע"ש. וע"ע בריטב"א בזה, ונבאר עוד בזה להלן בע"ב.

בד"ה ביום שהיתה - "בגמרא מוקי לה ר"נ בשיש עסק שבועה ביניהם וקשה ל"י דאמאי צריך לאוקומי הכי וכו' וע"י גלגול צריך לישבע דשכורה מתה ואינו יכול לישבע דהא קאמר איני יודע ומתוך שאינו יכול לישבע משלם". ובתור"פ וברא"ש כי ע"ז שאין חיוב מתוך על שבועה שנתחייב ע"י גלגול, ומקו' התוס' מבואר שחולקים. ועי' חי' ר' ראובן סי' ב' שכי' לתלות מחלו' זו בחקירה הידועה בדין מתוך אם זה חיוב חדש או שחיוב השבועה מתחילתו הוא או השבע או שלם, שהרי בגלגול שבועה ודאי שאין לגלגל חיוב ממון, ולכן ס"ל הרא"ש ור' פרץ שאין חיוב מתוך בגלגול שהרי דין מתוך הוא חיוב ממון חדש ולי"ש בזה גלגול, משא"כ לד' תוס' הוא דין או השבע או שלם וד"ז נחשב בכ"מ חיוב שבועה.

[ועוד מבאר בזה מחלו' רא"ש ורמב"ן לשיטתייהו לענין אם אמרי' גלגול כשאנו יודע לישבע שבועה הראשונה, שהרי לד' הרא"ש מתוך הוא חיוב ממון כנ"ל ולכן אין לגלגל עליו ע"ש. ועוד כי שם צד אחר בדין מתוך שדין שבועה בתורה הוא בעצם חיוב ממון שיכול לישבע עליו וליפטר, ע"ש נ"מ בזה].

אלא שהקי' ר' ראובן שם סתירה בשי' התוס' עפ"י הנ"ל (ממש"כ התוס' בכ"מ שדין מתוך הוא רק בהו"ל למידע, וד"ז לא שייך אם זה מעיקר חיוב השבועה דמ"מ חייב שבועה), ולכן כי שם מהלך אחר בזה דלעולם חיוב מתוך הוא מעיקר חיוב השבועה, ופירושו הוא שדררא המחייב את השבועה מחייב גם את חיוב הממון כשא"י לישבע, ופלגי כאן ביסוד דין גלגול שבועה, שלפ"ד הרא"ש לא שייך מתוך בגלגול משום שאי"כ דררא המחייב כ"א על שבועה העיקרית ולא על הגלגול, ואילו התוס' ס"ל שדין גלגול הוא שאותו הדררא המחייב שבועה העיקרית מחייב גם את הגלגול, ולכן שייך גם שהדררא יחייב ממון ע"ש.

שם - ועי' בריטב"א ונמו"י שכי' בשם הרמב"ן פשרה בזה שרק במקום טענת ברי אמרי' מתוך בגלגול, והדבר צ"ב. ועי' קו"ש כאן אות ל"ד שמבאר בזה ע"ד הנ"ל שבמקום טענת ברי הוי חיוב ממון עם אפשרות של שבועה משא"כ במקום טענת שמא. [ובגוף החקירה הנ"ל, ע"ע תרוה"כ סי' ע"ה סק"ג ובנתיבות כללי מיגו אות כ"ח ובקו"ש ב"ב אות קי"ג ובקה"י סי' ד'].]

בא"ד - "ונראה לר"י דאין מגלגלין אלא כשנתבע טוען ודאי דומיא דסוטה שטוענת ודאי". עי' פוסקים רסי' צ"ד שמבארים ב' מהלכים בכוונתם כאן, שהרי בסמ"ע ובש"ך מפרשים שאין לגלגל

הערות ומראה מקומות פרק השואל

שבועה שא"א לישבע ומכיון שאינו יודע א"י לישבע, ואילו הט"ז מבאר הכוונה שצריך לישבע שאינו יודע. וע"ע מש"כ בזה בקצוה"ח שם ובנתיבות בסי' ע"ה סק"א.

בא"ד - יוא"ת והיכי מגלגלין שבועה לעולם דאפילו כשנתבע טוען ודאי יהא נאמן במיגו דאי בעי אומר אינו יודע". בתויו"ט הביא רא"י מכאן דס"ל להתוס' מיגו לאפטורי משבועה, ודלא כדי הר"י מגאש הידועים הובא ברא"ש בשבועות דף מ"ה ע"ב. ועי' בקו"ש ח"ב לענין מיגו שמבאר הנדון בזה. וע"ע בתוס' רעק"א במשניות שכי' לדון בדן מיגו לאפטורי מגלגול שבועה, וע"ע מש"כ בזה ברעק"א לעי' דף ל"ה ע"ב). ולכאורה יש לתלות ענין זה בחקירה הנ"ל ביסוד גלגול שבועה, אם זה דין בעלמא שהשבועה עצמה נגדרת או שהדררא של שבועה העיקרית מחייב וצל"ע.

דף צ"ז ע"ב

תוד"ה השוכר אומר - יואע"ג דבכל שבועת שומרים המפקיד משביעו מספק וכו' כאילו אומר המשאיל ספק לי אם השאלתיך אם לאו שעל אותה טענה אין השואל חייב לישבע". כוונתם מבואר שהק' שיתחייב בשבועת השומרים ממש גם על נדון זה אם שאולה מתה או שכורה מתה דמ"ש משבועת נאנסו. [ובתור"פ כי דאה"נ חייב בשבועה כה"ג, ומש"כ במתני' פטור היינו רק ממון אגב רישא שחייב ממון].

וע"ז מת' שיש לחלק כיון שבספק אם נאנסו חשיב כא"י אם פרעתיך ולכן יש סמך להשביעו, משא"כ כאן בספק אם שאולה מתה בכלל הו"ל כא"י אם נתחייבתי שאין סמך לחייבו שבועה. וכ"מ להדיא בדבריהם בסמוך לענין ברי ושמא דכאן במתני' חשיב כא"י אם הליתני. ובסמוך נבאר שיש חולקים.

בא"ד - יועוד דהכא אפי' משאיל אומר ברי אמרי' דאינו נשבע אלא ע"י גלגול". כוונתם להביא רא"י לכך שאין שבועה כזה, שהרי בגמ' מבואר שמש"כ במתני' ישבע השוכר הכוונה רק ע"י גלגול. אבל טעם הדבר שאין שבועה כזה לא מבואר, ובזה י"ל כדבריהם הנ"ל שהתורה חייבה רק במקום א"י אם פרעתיך משא"כ כאן דהו"ל כא"י אם הליתני. אלא שהבאנו שם ד' הנמו"י שהסתפק בזה. ובנמו"י כי חילוק אחר בזה, שבטענת נאנסו יש חשש הוראת היתר להחשיבו כאונס גם כשאינו מוגדר כאונס משא"כ לענין שאולה מתה. [ויל"ע בכ"ז שהרי לכאורה שבועת השומרים הוא רק כדי להפיס דעתו של בעה"ב כדי הגמ' לעי' דף ל"ה ע"ב וכנ"ל דף ל"ו ע"ב, וצ"ל דמ"מ לא חייבתו תורה לישבע כ"א במה שיש סמך להשביעו].

בד"ה לימא - דלסומכוס דאית ליה ממון המוטל בספק חולקין הוי כאילו תרווייהו מוחזקין בו". כ"כ להלן ר"פ הבית העליי' ודבריהם צ"ב. ועי' קו"ש ח"ב סי' ט' שכי' לבאר דבריהם שע"י הדין יחלוקו הו"ל תרווייהו מוחזקים ומה"ט ל"א ברי עדיף, וצ"ב לביאורו דאם נימא ברי עדיף לא נימא יחלוקו כלל ואי"כ מוחזק. וע"ע בקונה"ס כלל ח' אות ז' שכי' דמש"כ התוס' בכ"מ דרבנן מודו לסומכוס בזמן שאין מוחזק, מ"מ לא הוי כשניהם מוחזקים וצ"ב. ומבואר בדבריו שאי"ז תוצאה של החלוקה דא"כ מ"ש לרבנן דלא.

[ובפשטות יל"פ שעצם הדררא עושה מוחזקות, כיון שיש לכאור"א מהם שייכות בממון. ושמעתי מת"ח א' שליט"א לבאר בזה שדין מוחזק הוא דין לנקוט צד שלו בממון ע"י הזכות לנקוט כטענתו (ולכן כי התוס' להלן דף ק' לחלק בין מוחזק בברי למוחזק בשמא), וסומכוס ס"ל שבמקום שיש ספק לב"ד

הערות ומראה מקומות פרק השואל

בלי טענותיהם יש לשניהם צד ברור בממון ואין לנקוט צד אי יותר ע"י דין מוחזק. ועפ"י יש לבאר קצת מש"כ התוס' כאן שאם לסומכוס אמרי' ברי עדיף ה"ה דלרבנן לכה"פ חולקים וצל"ע.]

בד"ה והלה אומר - "דוקא שאומר איני ידוע אם הלוי'ני אבל הלוי'ני ואיני יודע אם החזרתי לך מתניתין היא בהגוזל בתרא (ב"ק דף ק"ח). דחייב ומ"מ פריך שפיר לרב נחמן ממתניתין דאע"ג דמודה שמסר לו שתי פרות כיון שמחזיר אחת הוה כאילו אומר איני יודע אם השאלתני אם לאו וכן בפרה אחת כשאני יודע אם מתה בעודה שאולה". כבר הזכרנו למעלה ד' הנמו"י (ומקורו בש"ר) שמחלק בזה בין בבא דשתי פרות לבין בבא דיום או חצי יום, שראית הגמ' הוא רק מההיא דב' פרות שהרי בזה הספק הוא אם חל השאלה כלל ולכן חשיב כא"י אם הלוי'ני, משא"כ בבבות דיום או חצי יום אם של השאלה היה ראשון חשיב כא"י אם החזרתי דכה"ג כו"ע מודו דברי עדיף, ודחה שם שראית הגמ' יתכן גם משאר הבבות דמסתמא דמתני' משמע דגם שאר בבות מייירי אפי' כשיום או חצי יום הראשון היה של שכירות.

וכ' שם עוד לתלות ד"ז במחלו' רמב"ן ורמב"ם בפסק שתי הלשונות בר"פ בב"ק דף ק"י"ב ע"א ובכתובות דף ל"ד ע"ב אם שואל מתחייב משעת משיכה או משעת אונס. אמנם בריטב"א כ' שבכל המקרים ולכו"ע חשיב כא"י אם הלוי'ני, שהרי אפי' למ"ד בב"ק ובכתובות שם דס"ל משעת משיכה היינו רק לענין שהנכסים משתעבדים למפרע, אבל לענין החיוב מודה דמתחייב רק משעת אונס. [וע"ע מש"כ למעלה בר"פ בשם הכס"מ בפ"א שאלה ה"ה דלכו"ע יש מחייב משעת השאלה ואין חיוב בפועל עד שעת האונס, ופליגי רק בענין שיעבוד הנכסים אם זה משעת המחייב או שעת החיוב בפועל.]

וצל"ע בביאור מחלו' זו. ויש להקדים בזה ביאור בדין זה דמהני ברי בא"י אם פרעתיך, דיעוין בש"ש ש"ב פ"ו ופ"ז שמבאר שם שבכ"מ ס"ל לר"נ דחזקת ממון מחזקת טענת השמא ולכן אין ברי עדיף, משא"כ בא"י אם פרעתיך איתרע חזקת הממון שהרי חל החיוב ולכן אין בו כדי לחזק טענת השמא. וע"ע מש"כ בפ"י שם לדמות לזה מש"כ בכתובות דף י"ב ע"ב דלכו"ע ברי וחזקה ברי עדיף. ולכאורה לענין זה צריכים חיוב ממש ולא סגי במחייב בלבד.

והנה יעוין בקו"ש ב"ב אות שפ"א ובח"ב סי' י"א שהק' שלכאורה דין שיעבוד הוא רק מדין נכסי דאיניש ערבין ב"י וא"כ מה שייד שיעבוד נכסים לפני זמן החיוב, וכ' ליישב שמכאן ראי' לד' הגרש"ש ששיעבוד נכסים אינו תוצאה מהחיוב אלא אותו מחייב שמחייב חיוב הממון מחייב ג"כ שיעבוד הנכסים, ולכן שייד שיעבוד נכסים משעת המחייב אע"פ שאין חיוב בפועל. וע"ע בשע"ח כתובות שמבאר באו"א דכה"ג יש חיוב בכח רק שבפועל א"צ לשלם.

ועפ"י יש לבאר דעת הנמו"י וריטב"א הנ"ל אם כל שואל או רק כה"ג דמתני' חשיב כא"י אם נתחייבתי למ"ד שיש שיעבוד נכסים משעת משיכה, ולהנ"ל יהי' הדבר תלוי בב' מהלכים הנ"ל אם דין זה הוא חיוב בכח כד' השע"ח דא"כ שייד לומר שלמ"ד זה חזקת הממון איתרע כה"ג ושפיר אמרי' דלכו"ע כל שידוע שנעשה כבר שואל הו"ל כא"י אם פרעתיך דאמרי' ברי עדיף כד' הנמו"י הנ"ל, אבל אם נאמר שלמ"ד זה משעת משיכה יש רק מחייב בעלמא כד' הקו"ש הנ"ל א"כ אי"כ ריעותא בחזקת הממון ואינו דומה לא"י אם פרעתיך והדר דינא דל"מ ברי להוציא וכד' הריטב"א הנ"ל. [ובד' התוס' יל"ע, שהרי בדבריהם מבואר שבכ"מ חשיב כא"י אם פרעתיך ורק כאן שאינו יודע אם מתה בעודה שאולה חשיב כא"י אם הלוי'ני (וכמש"כ למעלה כ"פ), ואילו הריטב"א כ' דא"כ חזקת חיוב כלל בשאלה. ואולי י"ל שעצם השבירה או מיתה בדבר של שאלה מחייב תשלומין וצל"ע.]

הערות ומראה מקומות פרק השואל

והנה הרי"ף והרא"ש בסוף ב"ק כ' דבא"י אם פרעתיך ברי עדיף משום דאין ספק מוציא מידי ודאי. ויש לבאר כוונתם ע"ד המקובל בישיבות שדין בו"ש הוא בהלכות טענות שטענת שמא אינו טענה כלל (וע"ע בזה באג"מ חו"מ במכתבים בין בגר"מ פיינשטיין לבין הגר"מ ש"ך זצוק"ל), וי"ל שלכן ב"י אם פרעתיך כו"ע מודו דברי עדיף דכה"ג אין טענת השמא כלום. וי"ל שלענין זה סגי במחייב לבד, דכיון שיש ודאי מחייב וספק פוטר אמרי' אסממ"ו כידוע בשם אחרונים. ולפי"ז א"ש ד' המו"י הנ"ל (דלמ"ד משעת משיכה מחייב הוי כא"י אם פרעתיך) גם לד' הקו"ש הנ"ל דכה"ג יש רק מחייב בלבד, שהרי להנ"ל ברי עדיף גם כה"ג מטעם אסממ"ו. [וע"ע מש"כ בש"ש שם בענין סוגיין ובקצוה"ח סי' סי' ש"מ סק"ד].

בד"ה ה"נ - "ונראה לר"ת וכו' וכששניהן חשודים הלכה כרב נחמן ור' אבא נמי מודה התם דיחלוקו וטעמא משום דהתם שניהם היו מחויבין שבועה ואין יכולין לישבע ולכך שניהם מפסידין כל אחד חצי מטעם דר' אבא כיון דאינו יכול לישבע הנתבע משלם והתובע לא יטול ולכך יחלוקו". עיי' מהרש"ל שהביא ד' התוס' והרא"ש בשבועות שם דף מ"ז ע"א ובב"ב דף ל"ד ע"א שחולקים על ר"ת וכ' שם טעם אחר בזה שקנסו את התובע להפסיד ג"כ כיון שגם הוא חשוד, אבל משום מתוך אין לחייבו כיון ששבועת התובע הוא רק מדרבנן ובדרבנן אין מתוך כמש"כ התוס' כאן בהמשך. וצל"ע בדעת ר"ת בזה.

וע"ע חי' ר' ראובן סי' ב' שמבאר בענין זה עפ"י הקירה הנ"ל בשמו בדין מתוך, דשייך לומר כד' ר"ת שיש דין מתוך גם בתובע שיפסיד, רק אם דין מתוך הוא חיוב חדש או שהוא דין או השבע או שלם, אבל אם דין מתוך הוא שעיקרו חיוב ממון רק שיכול ליפטר בשבועה, אי"ז שייך בתובע דאדרבה עיקר החיוב הוא שישלם הנתבע ולכן אם אינו יכול לישבע ישלם הנתבע, ע"ש.

דף צ"ח ע"א

רד"ה ולרמי דאמר - "שמע מינה אף על גב דשייכא בהו שבועת שומרין בלא שום כפירה לא משביעין ליה שבועת שומרים עד דכפר כפירה אחריתי וכו' ואיני יודע לאו כפירה היא וכו' וזה איני יודע אי נגנב או שנאבד בשומר חנם לא משמע ליה כי הוא זה". מבואר שיי' רש"י דרמב"ח למד הפסוק כפשוטו בפקדון, ולכן צריכים בפקדון הודאה במקצת כדי להתחייב להישבע נאנסו. וכמו"כ צריכים כפירה במקצת, ולכן צריכים עוד פרה שטוען עליו להד"ס דאילו פרה זו שאין ידוע אם שאולה מתה או שכורה אי"ז כפירה.

והנה בב"ק דף ק"ז ע"א מבואר עוד בדעת רש"י שם דאליבא דר"ח ב"ר יוסף דס"ל עירוב פרשיות כתוב כאן א"צ הודאה במקצת בפקדון אלא גם כופר הכל חייב כיון שאדם מעיז פניו כה"ג, משא"כ במלוה דפטור בכופר הכל משום חזקה אין אדם מעיז פניו למי שעשה לו טובה, ורק לרמב"ח דס"ל שהפסוק מיירי בפקדון צריכים הודאה במקצת בפקדון ע"ש.

ועיי' תוס' שם שהק' דא"כ למ"ל בגמ' כאן עסק שבועה ע"י מודה במקצת (לרחב"י ג' פרות ולרמב"ח ד' פרות), תיפו"ל משום כופר הכל בפקדון. ועיי' מהרש"א שכי' ליישב ע"ד רש"י כאן בדעת רמב"ח שטענת איני יודע אם שאולה מתה אינו כפירה, וה"ה אליבא דרחב"י שאין לחייבו כה"ג לולי זה שמודה במקצת. וצ"ע דמאי עדיף מודה במקצת לחייבו כיון שאין כפירה (ורק אליבא דרמב"ח דעירוב פרשיות שנו כאן י"ל שיש גזה"כ לחייב כה"ג כמש"כ המהרש"א וצל"ע). וברש"ש שם כ' באו"א דכאן מיירי בשואל שזה דומה למוה בזה שעושה לו טובה ואין אדם מעיז פניו ולכן הצריכו הודאה במקצת ע"ש.

הערות ומראה מקומות פרק השואל

[ובאחרונים הק' כע"ז באו"א דלרמב"ח דס"ל שצריכים הודאה במקצת, מ"ש שבועת שומרים מכל ממון שנשבע במודה במקצת. ועי' בחי' רא"ל סי' פ"ז שכי' לתרץ בזה שיש חידוש בשומרים מכל ממון אחר שנשבע על טענת שמא. ולכאורה מיושב בזה גם קו' התוס' הנ"ל דגם כאן מיירי בטענת שמא ולכן לולי דין שבועת שומרים אין לחייבו. ובפנ"י בב"ק שם כי מהלך ליישב שבכלל גזה"כ דשומרים הוא ג"כ שנפטרים בזה. ועי' מש"כ בזה בחזו"א חו"מ סי' ה' אות י"ג.]

דף צ"ח ע"ב

תוד"ה ואמר לו השואל - "ותימה דבהגוזל קמא (ב"ק דף קד. ושם) אמר שמואל וכו' מהני אם יכול לכתוב שלח לי דאין סברא לחלק בין כותב לאומר פא"פ דכי היכי שתשלח". כאן נקטו התוס' בפשיטות שע"י אמירה למשאל שלח לי חשיב שליח, ועי' תוס' שם שהסתפקו בדבר אם מהני אמירה כמש"כ כאן דמה לי אמר בפניו מ"ל שלא בפניו, או שגם כאן הכוונה רק שאמר שלח בפניו (וכי' שכ"מ ברש"י שם). ועי' נמו"י כאן שנקט דשלא בפניו אינו מינוי, אלא שע"ז מגלה דעתו שד"ז הוא זכות עבורו ומהני מדין זכ"י.

ועוד כי הנמו"י ד"ל דמהני מדין ערב כמו באומר זרוק מנה לים שמתחייב מדין ערב כדמבאר בגמ' קידושין דף ח' ע"ב, וכ"כ בריטב"א ונמו"י כאן בסמוך בשי' רש"י גבי הכישה במקל ורצתה לפניו דכיון שהוציא ממון מרשותו על פיו מתחייב על ההפסד שיבוא מדין ערב (וכע"ז כי הריטב"א בכ"מ, עי' מש"כ בשמו לעי' ר"פ האומנין). ועי' בר"ן שכי' נ"מ בזה לענין קו' התוס' בסמוך דשלח לי ביד עבדך הוי שאלה בבעלים, שאם החיוב מדין ערב א"צ דין שאלה כלל. [וזה חידוש גדול, שהרי י"ל שכוונתו כאן להתחייב רק לדיני שאלה, וכ"מ בד' הריטב"א כאן שדן בקו' התוס'. ועי' בנתיבות בסי' ש"מ סק"י"א שכי' נ"מ בכ"ז אם בעינן בר שליחות א"ל, שהרי אם חיוב זה הוא רק מדין ערב א"צ דין שליח כלל (ויל"ע אם עבד חשיב בר שליחות, עי' בגמ' לעי' דף צ"ו ע"א וברש"י שם שכי' שדבר שאינו שייך בו כמו שאלה אינו בר שליחות).]

דף צ"ט ע"א

יד עבד כיז רבו - יל"פ הכוונה בזה שלא שייך שאלה בלי להוציאו מרשות משאל, כדמבאר להלן בסמוך שלכן צריכים משיכה בשואל לכו"ע, ומכיון שיד עבדו כידו אי"כ הוצאה מרשותו. אבל לפ"ד הר"ן הנ"ל שכי' שהחיוב כאן הוא מדין ערב בלבד וא"צ כאן דין שאלה כלל, יל"פ קו' זו באו"א דאי"כ דין ערב כלל שצריכים שיוציאו מרשותו על פיו כלשון הריטב"א הנ"ל.

באומר הכישה במקל והיא תבוא - לפמש"כ למעלה בסמוך בביאור קו' הגמ' דאי"כ יציאה מרשותו, צ"ל כוונת הת"י שבאומר הכישה במקל וכו' יש משמעות שאין רצונו שהפרה תהי' ברשות העבד אלא שילך מעצמו, וכ"כ תו"ח. וכבר הבאנו ד' הריטב"א שמדייק בד' רש"י כאן שע"ז יצא מרשותו ומתחייב מדין ערב, ומפרש שם שבזה גופא הנדון כאן אם הליכה עם עבדו חשיב מקום משתמר. ובתוס' מבואר שד"ז הוא מדין משיכה ממש, ולכן כי שמדובר שיצא לסימטא. ועי' בסמוך.

תוד"ה אמר שמאול - פ"י ר"ת דשמואל פליג עליה דרב ולית הלכתא כוותיה דרב דאמר הכישה במקל ותבא חייב". וברא"ש דחק שלעולם שמואל מודה בדינא ורק שחולק בפשט המשנה ע"ש. ועי' נמו"י שמבאר בזה על דרכו הנ"ל שהחיוב כה"ג הוא מדין ערב, וי"ל שמכיון שלא א"ל והתחייב אני לך

הערות ומראה מקומות פרק השואל

לא משמע התחייבות לערב. ועודי כי דכאן אין כ"כ הוצאת ממון על פיו כמו בזרוק מנה לים. אלא שעדיין צ"ב בדעת התוס' עצמם שכי' שהחיוב כה"ג אליבא דרב הוא מדין משיכה ממש כנ"ל.

ובש"ך שם סי' ש"מ סק"י כי מהלך בזה עפ"ד התוס' כאן בסו"ד שיש כאן חידוש שמשיכה מהני לענין שאלה אף לרה"ר ממש (ועיי' דבר"י סי' כ"ה אות ב' שכי' ביאור בזה שהעיקר במשיכת שאלה הוא רק להוציאו מרשות המשאל, וכע"ז מבאר בדעת הר"י בתוס' בכתובות דף ל"א ע"ב שכי' כע"ז לענין גזילה, וע"ע בזה בקו"ש ב"ב אות ש"ח ובב"ק אות פ'), וי"ל דבזה פליג שמואל.

ובשע"מ סי' ר' סק"ד כי מהלך אחר בזה שיש כאן חידוש דמשיכת מוכר מהני ללוקח וי"ל דבזה פליג שמואל. וכי עוד שם לפ"ז במש"כ למעלה שהריטב"א לא פי' כהתוס' דמיירי כאן במשיכה אלא למד משום ערב, ולהנ"ל י"ל דפליג בזה גופא שמשיכת מוכר ל"מ ללוקח.

למאי אילימא לאונסין מאי שנא פרה דמשעת שאלה - מבואר בגמ' שי' ר"ה שאין המשיכה קונה בשואל לענין עצם השימוש שלא יוכל המשאל לחזור בו, ואעפ"כ נתחייב באונסין משעת משיכה (כלשון הגמ' בכל הפרק). ויל"ע בזה דכיון שלא קנה לענין השימושים איך נתחייב בה באונסין. ועיי' ריטב"א שכי' לבאר בזה "ובהיא הנאה דאושלה ניהליה ואפקה מרשותיה לרשות שואל גמר ומשעבד ליה נפשיה באחריות כאלו קבל ממנו שכר לשמור ולהתחייב באונסיה", וכלשון הזה כי למעלה לענין די' רש"י גבי הכישה במקל מרשותו, ומבאר שם שהכוונה בזה משום ערב כמש"כ למעלה בשמו.

שם - וכי הריטב"א שם בטעמא דמלתא דמשיכה אינה קונה בשאלה, "משום דמשיכה אינה קונה במטלטלין מדאורייתא ורבנן הוא דתקון וכי תקון דוקא במכר או מתנה שהוא קנין הגוף אבל בשאלה דלית בה לשואל אלא קנין פירות לא תקנו לה משיכה". וכע"ז כי גם בקידושין דף מ"ז ע"ב ע"ש, אלא שלא כי שם דמשיכה דרבנן, וכבר עמד בזה התומים בסי' ע"ב ס"ק נ"ד. וע"ע בפר"י סי' מ"ז ודב"א סי' י'.

[וע"ש עוד שכי' שאינו דומה לקונה דקל לפירות או בית לדור בו "דקרקע הוא שראוי לפירות אבל כלי שאינו ראוי להשתמש אין משיכה מועלת בו", ובקידושין שם כי "אבל בנותן כלי לתשמישו שאין התשמיש דבר יוצא מגופו לא שמענו שיהא נקנה במשיכה". ועוד כי שבשכירות מהני משיכה משום דשכירות מכירה ליומא היא והרי הוא בכלל משיכה שתקנו בלקוחות].

ופליגא דרבי אמי וכו' מעל לפי טובת הנאה שבו - עיי' ריטב"א שהק' שלמ"ד שיש משיכה בומרים היינו רק מדרבנן, וא"כ איך מעל ע"ז מדאורייתא. ומת' דע"י דין הפקר ב"ד הפקר חשיב כדאורייתא לענין זה. ועיי' דב"א סי' א' שהביא מכאן רא"י לחקירה הידועה בזה אם קנין דרבנן מועיל לדאורייתא. ומביא שם עוד די' התוס' בב"ק דף ע"ט ע"א ותוהרא"ש כאן שכי' שלד' ר' אמי כאן צ"ל דמשיכה מהני בשומרים מדאורייתא דאלי"כ מה שייך מעילה. הרי מדבריהם להיפך דקנין דרבנן ל"מ לדאורייתא.

רד"ה מעל - "המשאל לשלם להקדש קרן שנהנה בהשאלתו ומה היא הנאתו לפי טובת הנאה שבו אומדים בו כמה הוא רוצה להיות נחסר משלו להחזיק לו השואל טובת הנאה כזו טובת הנאה בונדי"ר בלעז". אבל הריטב"א כי שמשלם מה שהשואל נהנה בהשאלתו. ועיי' תור"י דהוסיף בזה עפ"ד הגמ' בכריתות דף ט"ו ע"ב דבמעילה עשו את המהנה כנהנה, ולכן המשאל משלם שיעור הנאה שנהנה השואל.

הערות ומראה מקומות פרק השואל

תוד"ה וחבירו - "תימה דתניא בתוספתא בקע בקורדום של הקדש וכו' כולם מעלו וכו' אלא נראה לר"י דתוספתא איירי בגזברים המסורות להן קרדומות של הקדש דכל אחד מעל לפי שנהנה ואינו יוצא לחולין שהרי לא נתכוונו להוציא מרשות שהוא שם כדפי' לעיל ". מבואר בדבריהם שמה שנתנו רק לשאלה אין לחלק כיון דשואל שלא מדעת גזלן הוא (ועי' מהרש"א מש"כ לפ"ז בפשט ד' התוס'). והחילוק לפי הר"י הוא רק דזה מיירי בגזבר שאינו מוציאו מרשות הקדש במציאות.

ויש לעמוד על לשונם שכי' שלא נתכוין להוציאו. ובקידושין דף נ"ה ע"א כתבו החילוק דמיירי שכאז"א חושב שזה שלו, וכה"ג אין מעילה כיון שאינו מתכוין להוציאו מרשות הקדש. ויעוין במל"מ פ"ו מעילה ה"ה וברעק"א בקידושין שם שכי' לדייק מדבריהם כאן שהעמידוהו בגזבר דלא ס"ל כחילוק הנ"ל. והריטב"א שם כי' לחלק עוד בין כשנוטלו לגמרי לבין כשנוטלו להתשמשות בלבד, ותוס' כאן דחו ד"ז כנ"ל. ועי' בתוס' במעילה דף י"ט ע"ב שכי' ב' לשונות בזה. ועי' בזה במל"מ שם ה"ד שעמד במחלו' הזה.

בא"ד - "איך מותר לבקע כיון שמעורב באותו קורדום חולין והקדש מאי שנא ממשכיר ביתו והקדישו דאם דר בו השוכר מעל (ערכין דף כא). בשביל שמעורב חלקו בשל הקדש וי"ל כיון שהשאלו ומעל בשאלה יצאת כל הנאת בקוע לחולין ואין מעורב בה מן הקדש כלום". ועדיין צ"ב לביאורם למה כאן מעל ויצא כולו לחולין ולא בכל שוכר. ועי' קובה"ע סי' נ"ג שכי' לבאר בזה דאינו דומה שכירות לכאן שמעל בה ויצא לחולין לענין שימוש מסוים, דגבי שכירות הגוף עדיין שייך להקדש משא"כ כשמעל בה שלאותו שימוש יצא לגמרי מהקדש, ואע"פ שהמעילה כאן הוא ע"י יציאה מרשות הקדש שהיתה רק בשימוש של שאלה שהוא קומה לשכירות, מ"מ י"ל שע"י מעילה הדבר יוצא מרשות הקדש יותר ממה שהוציאו זה.

[ועי' שכי' שהרמב"ן חולק על התוס' וס"ל שבשוכר בית זה מותר לשוכר לדור בבית שהקדישו משכיר (והגמ' בערכין שם מיירי בשוכר בית סתם) משום דס"ל ששכירות הוא קנין הגוף לפירותיו, ע"ש ובקה"י נדרים סי' כ"ח מש"כ בזה ואיכמ"ל בזה].

בד"ה כך תקנו - "לא להתחייב באונסין קאמר דהא שומר חנם בלא משיכה חייב בפשיעה כדאמרין פרק האומנין (לעיל דף פ:). דהנח לפני שומר חנם וכו' ואי אשואל קאמר מדאורייתא נמי לא קני אלא במשיכה וכו' אלא לענין חזרה קאמר דשוכר ושואל מיד שמשכו הבהמה מרשות הבעלים אין בעלים יכולין עוד לחזור והיינו דקאמר ופליגא דרב הונא". כוונתם מבואר שמדויק בד' ר"א שמשכה הוא תקנת חכמים בשומרים, ומשמע גם בשאר שומרים, ואילו בגמ' לעי' מבואר שא"צ משיכה כלל בשאר שומרים. וברא"ש כי' הסברא בזה שחיוב השמירה בשאר שומרים הוא משיסלק בעלים שמירה ממנו, ועי' מחנ"א שומרים סי' ז' שכי' לבאר כוונתו ע"ד ד' הריטב"א הנ"ל שבסוגיין החיוב בא ע"י דין ערב. אלא שהקי' בזה מד' הרא"ש בקידושין שכי' שאין דין ערב בזרוק מנה לים אא"כ זכה בו אדם אחר ע"ש.

ועוד קי' שלפ"ז ה"ה בשואל יל"כ, ואילו בתוס' כאן מחלקים שאין השואל חייב עד המשיכה כמש"כ במחנ"א שם לדייק בדבריהם, וצ"ב דמ"ש. וברא"ש כי' דין זה גם בשואל שמתחייב ע"י סילוק הבעלים. ועי' בה' הגר"א בד' הרא"ש שכי' לבאר עד"ז, וכי' שד' הרא"ש והתוס' הם לשיטתייהו דפליגי למעלה אם שמואל חולק על רב בד"ז באומר הכישה במקל (דהיינו שמתחייב ע"י סילוק הבעלים). ועי' פ"ח שם.

הערות ומראה מקומות פרק השואל

וע"ע בקצוה"ח רס"י ש"ז שכי' מהלך בכ"ז שע"י סילוק הבעלים נעשה השומר פועל שחייב באחריות. וראיתי מפרשים עפ"י שי' התוס' הנ"ל כאן, שלכן שייך ד"ז דוקא בשאר שומרים ולא בשואל שהרי שואל אינו שומר עבור הבעלים כמש"כ למלעה כ"פ, ולכן לא חשיב פועל בזה. וכע"ז כי בדב"א סי' מ' אות ג'.

שם - ובהג' הגר"א בגמ' הביא ד' הרמב"ם בפ"ב שכירות ה"ח שחולק בזה וס"ל גם בשאר שומרים צריכים משיכה מדרבנן. וכ"מ ברש"י ובד' הראב"ד הובא בראשונים בב"ק ע"ט ע"א ע"ש. וע"ע בזה במחנ"א שם שהביא לדייק כן בד' רש"י לעי' דף צ"ד ע"א.

בא"ד - "ולכא למימר דקאי אשוכר שתקנו משיכה ולא קנו מעות דהא שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף". כוונתם צ"ב, ועי' או"ש פ"ג מכירה ה"ג שכי' לבאר עפ"ד התוס' בע"ז דף ע"א ע"א שבמתנה שאין מעות מהני משיכה מדאורייתא, וה"ה בשכירות דע"כ אי"כ כסף קנין כיון שאינה משתלמת אלא לבסוף. ועוד כי לפרש כוונתם להיפך שתקנו משיכה מדרבנן משום חשש נשרפו חטיף בעליי, ובשכירות כיון שמשלמים בסוף אין חשש נשרפו חטיף ולכן לא מסתבר שתקנו בזה משיכה. וכע"ז כי בעונ"י סי' כ"ה. וצ"ב מסקנת דבריהם כאן דמיירי התקנה לענין חזרה, דעדיין תק' מה שהק' בהו"א לענין שוכר וצ"ע.

דף צ"ט ע"ב

רש"י ד"ה מאי עבידתיה - "להקנות עד שימשוך". כוונתו מבואר דלא מהני קנין לכסף ושטר במטלטלין (אפי' לענין שכירות) כ"א משיכה. ועי' בראשונים שהק' ע"ז שבשכירות לא שייך גזירת נשרפו חטיף בעליי שהרי הגוף שייך לבעה"ב (ויש להוסיף עוד מש"כ למעלה בסמוך בשם האו"ש בכוונת ד' התוס' בסוף ע"א, שאין שייך גזירה בשכירות כיון שמשתלמת בסוף). וכתבו לדעת רש"י שאין לחלק בין מטלטלין למטלטלין דלא פלוג רבנן. וש"ר עצמם לכ"כ, אלא כי דמהני כסף לשכירות מטלטלין, וכוונת הגמ' כאן להק' רק לענין שטר.

שם - ובמה דלא מהני שטר במטלטלין, עי' ריטב"א בב"ב דף ע"ו ע"א הטעם משום שאינם דבר מסוים. וברשב"א שם כי עוד דשטר הוא גזה"כ ואין לנו בו אלא מה שכתוב. ובמחנ"א הל' קנין מעות סי' י' הוסיף בזה שאפשר להבריחם. וע"ע בקו"ש ב"ק אות פ"ד.

זאת אומרת הדר בחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר - עי' קובה"ע סי' נ"ב שהביא רא"י מכאן לד' הגר"ח בהל' מעילה הידועים (הובא בדברינו לעי' בפ' הפועלים) שדין מעילה הוא מדין גזילה, ולכן מדמים כאן דין מעילה בהקדש לדין הדיוט. וע"ע בזה בברכ"ש ב"ק סי' י"ד.

רש"י ד"ה אהדרו ליה ביומא דשוקא - "קודם שיגיע יום השוק שיכול למוכרה ביום השוק שיגיע ראשון". שי' רש"י בסוגיא מבואר דיומא דשוקא לאו דוקא, ואין חילוק לענין התשלומין באיזה יום שברו ובאיזה יום מחזירו. אלא העיקר הוא שאם מחזירו מיד קודם יום השוק הראשון אין עליו חיוב של חמש שהוא הרווח של יום השוק (כיון שלא הפסידו ד"ז), אלא חייב חבית רגילה ששוויו ד'. וה"ה אם לא החזירו מיד אלא שבלא"ה לא מכר זה את כל חביותיו, גם כה"ג לא הפסידו את הרווח של יום השוק וחייב רק חבית רגילה ששוויו ד'. וצ"ב היכן מצינו חיוב על רווח של מחר, שהרי מבואר ברש"י שעיקר שוויו הוא רק ד'. ועי' קצוה"ח רס"י ש"ד שזה מדינא דגרמי ע"ש. וע"ע בקה"י בב"ק סי' ה' שדן בזה.

הערות ומראה מקומות פרק השואל

שם - ובהג' הגר"א מציין לד' הרא"ש שמפרש כאן שהעיקר תלוי ביום השבירה, שהרי אם שבר בשאר ימים הר"ה שוה ד' ואם שברו ביום השוק הר"ה שוה ה'. ולכן אם שברו ביום השוק חייב לשלם ה' ואינו יכול לשלם בחבית ממש אא"כ מחזירו ביום השוק אחר שהחבית שוה ה' ביום הזה. אלא שכשיש לו ביום השוק הזה הרבה חביות ואינו יכול למוכרה א"א להחזיר לו חבית כ"א דמים שהוא ה'.

ועוד הובא שם דעת הרי"ף כאן והרמב"ם בפ"ג שכירות ה"ג שגרסו בגמ' כאן, אהדרו לי' בשאר יומא משלם ד', ותמה בזה הרא"ש שמכיון שהפסידו ה' (דמשמע שאפי' שברו ביום השוק) מדוע אינו חייב בה'. ועי' בנו"כ ובפוסקים שם שכי' שלפ"ד העיקר הוא כפי שוויו בשעת התשלום. ויל"פ בזה שעיקר חיובו לפי הרמב"ם הוא חבית אלא שיכול לשלם גם דמיהם. וידועים ד' המחנ"א ריש הלי' נזקי ממון שכי' שזה דין בכל המזיקים שעיקר חיובו הוא להחזיר החפץ ואילו הדמים הוא רק מדין מה לי הן מה לי דמיהן.

[ועי' בש"ך שם כי שיי"ל שגם הרמב"ם מודה לדינו של הרא"ש שאם שבר ביום השוק עיקר חיובו הוא ה' כיון שכך הוא שוה. אלא דס"ל להרמב"ם שאם שברו בשאר ימים משלם חבית או ה' שהוא שוויו ביום זה, אלא שאי"ז משמעות ד' הטושי"ע. ועי' באו"ש שם שכי' שזה תקנה דרבנן.]

דף ק' ע"א

תוד"ה וליחזי ברשותא דמאן קיימא - "וא"ת וכי נמי הוי הולד ברשות לוקח אין זה הוכחה דקנאה דהא אמרינן בח"ה (ב"ב דף לו.) הגודרות אין להן חזקה משום דשמא מאליהן באו לרשותו או תפסן ברחוב כשהן הולכות לרעות". ועי' ריטב"א ור"ן שכי' ליישב, ונראה כוונתם לחלק בזה בפשיטות דל"א כן דגודרות אין להם חזקה כ"א כה"ג שידוע שהיה של ראובן בודאי וזה תופס בו וטוען שלקחו, דבזה אמרי' שאין התופס נאמן שלקחו כ"א בשאר חפצים שיש בהם ראוי של אחזוקי איניש בגנבי וכו' אבל בגודרות לא, אבל כה"ג דכאן ידוע לכל הספק ולכן מהני תפיסתו מספק.

ולכאורה יש לפרש עד"ז מש"כ התוס' בתי' "כיון דאיכא דררא דממונא ויש ספק בדבר בלא טענותיהן וטוען ברי הלוקח אם הוא ברשותו אין להוציא מידו אבל אם היה טוען שמא סברא הוא שלא תועיל חזקתו מספק". וברש"ש תמה בקו' התוס' שלא חילקו בכך. ועי' בתומים בקיצור תקפו כהן סי' נ"ד שכי' שיש דין נוסף בגודרות שאין מועיל תפיסתם להוציא ממר"ק כמו שאר מטלטלין וצ"ב. ולפ"ז מובן שאלת התוס'. ועי' מש"כ בזה בשער"י ש"ה פט"ו ובגרנ"ט בריש מכילתין ובחי' הגרש"ש בכתובות סי' נ"א.

ועי' בקונה"ס ריש כלל ה' שהביא תי' זה של התוס', והקי' מכאן על שי' הרמב"ן והרשב"א דס"ל דל"מ תפיסה בטענת ברי. וכי' שם דעי"כ יפרשו כתי' הריטב"א הנ"ל.

בד"ה הא מני סומכוס היא - "וק' לר"י דלעיל (דף צז:) אמרינן דזה אומר איני יודע וכו' ואוקימנא כסומכוס ואע"ג שהשוכר מוחזק במעותיו וי"ל התם שהמוחזק נמי טוען שמא אין חזקתו מועלת אבל הכא אוקימנא בעומדת באגם כדי לאוקמה אפילו בברי וברי דאי הוה מוחזק חד מינייהו היתה מועלת חזקתו". ידוע קו' השב שמעתתא ש"ד פ"י שהתוס' כי למעלה בסמוך של"צ טענת ברי במוחזק כ"א בתופס אבל בבעה"ב מהני מוחזק בטענת שמא כיון שהיה מוחזק מעיקרא. וכי' שם ליישב של"א כן למעלה כ"א בשי' רבנן דסומכוס, אבל אליבא דסומכוס אין ללכת אחר מוחזק אא"כ טוען ברי, וצ"ב.

הערות ומראה מקומות פרק השואל

בא"ד - "וא"ת ואמאי קאמר הא מני סומכוס היא לוקמה אפילו כרבנן והכא לית לן למיזל בתר מרא קמא דאיכא חזקה אחרת כנגדה דאוקמה בחזקת מעוברת והשתא היא דילדה וי"ל דחזקת מרא קמא חשיבא טפ"י. בש"ש ש"ד פ"ב כי הטעם בד' התוס' שיש עדיפות לחזקת מר"ק יותר מחזקת מעוברת, שזה חסרון בחזקת מעוברת כיון שיש ריעותא שהרי ילדה לפנינו.

ועי' קובה"ע רסי' כ"ז שמבאר טעם אחר בזה עפ"י החקירה הידועה של הקונה"ס בריש ספרו אם דין מר"ק הוא דין מוחזקות או דין חזקה דמעיקרא, ולעניננו יל"פ בכוונת שחזקת מר"ק הוא דין חזקת ממון ולכן ל"מ חזקת מעוברת משום דל"מ חזקה להוציא. [וע"ע בזה בשער"י ש"ה פ"ד ובפנ"י לעי' דף ו' ע"ב].

וע"ע בקונה"ס שם שכי' לבאר עפ"י הנ"ל בד' התוס' כאן בראש דבריהם שכי' בשם הרשב"ם שסומכוס חולק על רבנן רק בענין חזקת מר"ק, ומבאר שם עפ"ד התוס' בע"ב הידועים שכי' דאליבא דסומכוס במקום דררא דממונא חשיב כשניהם מוחזקים, ולהנ"ל שדין מר"ק הוא רק דין חזקה דמעיקרא א"ש דל"מ להוציא. [ואי"ז כד' הקובה"ע הנ"ל, אם לא דנימא דבזה פליגי הר"י והרשב"ם, עי' מהרש"א].

שם - ובעצם נדון הנ"ל בדין חזקת מר"ק, עי' בקונה"ס שם וש"ש שם פכ"ד ובקצוה"ח רסי' ר"פ ובקו"ש ח"ב סי' ח' שתלו בזה אם מהני רוב להוציא ממר"ק שאם הוא רק חזקה מהני כמו בכל חזקה.

דף ק' ע"ב

תוד"ה ר"מ היא - "ומיהו לענין קנין כסף לא הוי עבדים כמטלטלין לר"מ אלא ניקנין בכסף מדנקט גבי פרה מחליף לפי שאין ניקנית בכסף וגבי שפחה המוכר במתני' ובברייתא בסמוך". ולא גילו לנו התוס' טעמא דמילתא למה מודה ר"מ בזה. ועי' בדבריהם לעי' דף ד' ע"ב שהוכיחו מזה שבעצם לכו"ע הוקשו עבדים לקרקעות, אלא שלר"מ נאמר מיעוט לקרקע במקום שיש ריבוי ומיעוטי.

ובתוס' בב"ק דף צ"ו ע"ב כי דלא כזה אלא שלר"מ אין עבדים נקנים בכסף. וברעק"א שם כי לתלות ד"ז במחלו' ר"ל ור"י אם כסף קונה מדאורייתא או מדרבנן, שלר"ל י"ל שלא הוקשו עבדים לקרקעות, אבל לר"י דכסף אינו קונה במטלטלין רק מחשש נשרפו חיטיך בעליי' הרי ל"ש טעם זה בעבדים כיון שיכול לברוח וגם אחרים מצווין להצילו. וכי' בדעת התוס' שם ד"ל דלא פלוג רבנן ובטלו קנין מעות לגמרי מדאורייתא. ועי' לעי' דף צ"ט ע"ב לענין שכירות מטלטלין, שכי' הראשונים שם שיש קנין כסף בזה כיון שאין שייך בזה חששא דנשרפו חיטיך בעליי', ובדעת רש"י שם כי דאעפ"כ ל"מ משום דלא פלוג רבנן.

[וע"ע לעי' שם בע"א שהבאנו ד' האו"ש פ"ג מכירה ה"ג שמבאר כוונת התוס' שם שבשכירות מטלטלין אין קנין משיכה כיון שיש קנין כסף שהרי לא שייך בזה נשרפו חיטיך כד' ש"ר הנ"ל, ובזה א"ש דבריהם כאן שלא אמרו לא פלוג כמו שאמרו בב"ק שם.]

דתניא המחליף פרה בחמור וילדה וכו' וזה שותק זכה - עי' רש"י בב"ק שם שכי' הטעם בזה משום בו"ש ברי עדיף. ובתוס' שם כי ליישב גם למ"ד לאו ברי עדיף דמהני כאן משום שתיקה כהודאה. ועי' תורי"ד שם שכי' ליישב דכאן מהני אליבא דסומכוס דלדידי' לכו"ע ברי עדיף כיון דלית לי' חזקת ממון. ולכאורה דבריו שם כהו"א בד' התוס' לעי' דף צ"ז ע"ב, ודלא כמסקנת דבריהם שם דגם אליבא דסומכוס לאו ברי עדיף כיון דחשיב כתרומתו מוחזקים. וכבר עמד בזה הקו"ש בב"ק שם.

הערות ומראה מקומות פרק השואל

והנה לעי' במתני' כי ג"כ "הלוקח אומר גדול לקחתי והלה אומר איני יודע זכה בגדול", והקי הראשונים דמכאן מוכח דב"ש ברי עדיף, וכי שם דלמ"ד לאו ברי עדיף עכצ"ל דחייב משום שהוא מודה במקצת ומתוך שאי"ל משלם. אלא שהקי דא"כ תקי' כמש"כ בגמ' להקי' בסיפא דטענו בחיטים והודה לו בשעורים, עי' ריטב"א. ובהגי' הגר"א בגמ' כי ליישב קו' זו באו"א ע"ד ד' תורי"ד הנ"ל דכאן מיירי אליבא דסומכוס ולדידי' לכו"ע ברי עדיף. [ובשטמ"ק כי בשם הראב"ד דכיון דמתני' מיירי בעומדת באגס ויש רק חזקת מר"ק לכו"ע ברי עדיף, ואולי יש ליישב גם בברייתא כאן עד"ז. וע"ע הגי' רעק"א בשו"ע סי' רכ"ג.]

דף ק"א ע"א

לא שנו אלא שנעקרו בגושיהן - הקי' הרשב"א דממנ"פ אם א"א לחיות בלי הקרקע א"כ מה מהני הגוש, ואם אפשר לחיות בלעדי הקרקע למה נוטל בעל הקרקע כלל. ומת' שם שלעולם יכול לחיות בלעדו אלא שאינו יכול לעשות פירות כלל, ולכן נוטל חצי בפירות כיון שזה וזה גורם. ועי' מהרצ"ח שהקי' בזה סתירה מד' הרשב"א בתשו' הובא בב"י ביו"ד סי' רצ"ד שהביא ראיה מסוגיין לענין ערלה שאם היה העץ מתקיים קצת ע"י הגוש אי"ז ערלה, הרי שלמד מכח קו' הנ"ל דמיירי שיכול להתקיים קצת ולא לגמרי. עי' בפוסקים שם. ועי' בספר מנחת שלמה להרגש"ז אוירבך זצוק"ל סי' ס"ט.

רש"י ד"ה יש קנין - "ואי נמי אין קנין מקבל לאו כחוכר דמי". כוונתו מבואר שבגמ' כתוב ב' טעמים שונים במה דלא חשיב כה"ג נהנה ממעשר: א' - משום שאין כאן חיוב מעשר כלל ע"י קנין הגוי, וב' - שאין זה חשיב נהנה כיון שאין תשלום אריסות כמו תשלום שכירות. ובתוס' כי בזה מהלך שכולו טעם א' דכיון שאין קנין לכן מקבל כחוכר ע"ש. ובראשונים מבואר הדוחק בדעת רש"י שהרי בגמ' מבואר דגבי מציק חייב רק מדרבנן משום קנסא, ולכאורה מציק אין קנינו כלום כיון שהוא גנב בעלמא ובכל אופן צריכים לטעם ה' דמקבל לאו כחוכר.

בד"ה גלית אדעתך - "ועשיתה שדה העשוי' ליטע וידו על העליונה הוא כשאר שתלי העיר". מבואר בדבריו שדין שדה העשוי' ליטע ידו על העליונה היינו כשאר אריסים. ועי' ריטב"א שמבאר הטעם בזה דכיון דשמע ושתק ש"מ דניחא ל' והו"ל כאילו הורידו לשם. והרי"ף והראב"ד (הו"ד בראשונים) כי שדין ידו על העליונה בשדה עשוי' ליטע היינו רק שמקבל הוצאה היתירה על השבח. והקי' בזה שלכאורה החיוב הוא משום נהנה וא"כ מנין ליתן לו יתר על השבח. וגם בזה כתבו לבאר ע"ד הנ"ל מדשתק ש"מ ניחא ל'.

[והנה מבואר דהרי"ף והראב"ד פליגי על רש"י שכי' שמקבל כאריס, ויל"פ בזה דרש"י ס"ל דהו"ל כהורידו ממש בסתמא שמשלם כמנהג שתלי העיר, וכע"ז משמע בד' הרמב"ן במלחמות. ובזה פליג הרי"ף והראב"ד דא"י כ"א הסכמה, ורק שהוציא ממון על פיו ולכן מחויב להחזיר לו הפסדו מדין ערב. ויש לפרש עוד שלעולם החיוב לכו"ע הוא רק משום נהנה, ואעפ"כ לד' רש"י משלם כאריס משום שהנהנה הוא הפעולה ולא התוצאה (ועי' כע"ז בברכ"ש סי' כ"ו ובנדרים סי' כ"ב), ובזה פליג הרי"ף והראב"ד.]

שם - ובעצם ד' רש"י הנ"ל מבואר שלמד מעשה זו בגמ' בשדה שאינה עשוי' ליטע (כדמבואר בגמ' דלכן למדו מזה דברי רב של ידו על התחתונה), וע"י גילוי דעתו חשיב כעשוי' ליטע. ועי' ברא"ש שהקי' בזה דא"כ גילוי דעת שעשוי' לכך ממש, אלא שבדיעבד הוא מסכים לקבלו בתורת ידו על התחתונה

הערות ומראה מקומות פרק השואל

כדין שדה שא"ע ליטע. [ובפ"ח הובא ד' הב"י שכי' ליישב בזה שמכיון שאמר שאינו רוצה כלל ושוב רצה חייב בכל.].

ולכן גרס הרא"ש בגמ' שד' ר"פ שאמר שד' רב הוא רק באינה עשוי' הם מכללא, ממה שאמר רב עצמו כאן ידו על העליונה וכאן מיירי בשדה העשוי' ליטע. וכי הרא"ש שמכאן מבואר שגם בעשוי' ליטע יכול לוי' טול עציץ ואבניך ולכן אמר כאן איני רוצה, עד שמגלה דעתו דניחא לוי' שמקבלו על עצמו דכה"ג א"י לוי' טול עציץ ואבניך. ובש"ר חולקים דדוקא כאן יכול לוי' לא בעינא כיון דמיירי באינה עשוי' ליטע כדי' רש"י, אבל בעשוי' ליטע אינו נאמן ואמרי' שאומר כן רק משום שאינו רוצה לשלם.

וע"ע ברי"ף שכי' לגבי חורבה, ששלחו ממתבתא שיכול בעה"ב לוי' טול עציץ ואבניך. והראב"ד חולק בזה משום שחורבה עומדת ליבנות, ובעשוי' ליטע ל"א טול עציץ ואבניך כדי' ש"ר הנ"ל. והרא"ש הסכים לדבריו בזה כיון שבלא"ה עומדת ריקה ואין אדם מקפיד בזה וניכר שאומר כן רק כדי' ליפטר מלשלם.

עוד שם - וע"ע בראשונים שחלקו אם היורד יכול לוי' עצי ואבני' אני נוטל בעשוי' ליבנות. וע"י בגרנ"ט ריש ב"ב שמבאר המחלו' בזה אם החצר קונה לבעה"ב מיד כה"ג דכיון שעשוי' ליטע הרי זה זכות. וע"ש שכי' דגם למ"ד שאינו קונה מ"מ יתכן שאין בעה"ב יכול לוי' טול עציץ ואבניך כיון שבנאו ברשות והוציא ממון על פיו דחייב לשלם לו כדי' הראשונים הנ"ל ע"ש.

דף ק"א ע"ב

ושוכר חייב לעשות לו סולם לעשות לו מעקה - ע"י דב"א סי' ל"ז ענף ג' - ה' ומנ"ח מצ' תקמ"ו שהביאו דעת הסמ"ג שחיוב מעקה מן התורה על המשכיר, ומש"כ בגמ' כאן שעל השוכר היינו שמדרבנן הטילוהו על השוכר מחשש שהמשכיר יתרשל. ובגמ' כאן כי' לדמות דין זה למזוזה, ומדייקים מזה שהיטלו החיוב על השוכר מצד החשד שנראה שאינו מניח, שהרי במזוזה חייבם גם אצל נכרי כדמבואר בגמ' כאן.

ובד"א שם הביא דעת היראים שכי' שהפקיעו החיוב לגמרי ממשכיר, ומזה משמע יותר כדרך הראשון. והסמ"ג שם הביא רא"י מסוגיין שחכמים הפקיעו את החיוב ממשכיר לשוכר, ומק' הדב"א שיש לדחות בד' הגמ' שאין החיוב על השוכר ממש כ"א בינו לבין המשכיר מצד דין ממון של השכירות. ומת' שהכל הולך בזה אחר מנהג המדינה, ומזה הביא הסמ"ג רא"י שלמעשה החיוב על השוכר דאל"כ לא היה מנהג המדינה כך.

רש"י ד"ה מזוזה חובת הדר היא - "דדרשינן במנחות (לד, א) ביתך דרך ביאתך למי שנכנס ויוצא לה זה הדר בה". במהרצ"ח העיר שרש"י עצמו כ"כ במנחות שם, והסיף שם טעם בזה שהמזוזה משמרתו. וכי' בדב"א שם שמדי' רש"י כאן משמע שמעיקר הדין מוטל על השוכר ולא רק מדרבנן כמש"כ למעלה.

אמנם בריטב"א ותוהרא"ש כי' שאין השוכר חייב במזוזה מדאורייתא, שהרי נאמר במזוזה מיעוט של "ביתך ולא של אחרים". והביאו רא"י לדבריהם מדין הגמ' במנחות דף מ"ד ע"א "השוכר בית בחוצה לארץ כל שלשים יום פטור מן המזוזה מכאן ואילך חייב", וע"כ היינו מדרבנן משום דנראה כאלו הוא שלו, כמו שמצינו כע"ז בטלית שאולה שלשים יום. וכן מבואר להדיא בתוס' בע"ז דף כ"א ע"א.

ומש"כ בגמ' כאן מזוזה חובת הדר היא, מפרשים הראשונים ע"ד הנ"ל דבית שאינו דר בו אינו חייב במזוזה ולכן השוכר יעשה מזוזה. וכ"כ התוס' במנחות שם, אלא שדחו שם דיש לפרש דין הנ"ל של חו"ל

הערות ומראה מקומות פרק השואל

באו"א דעד ל' יום לא חשיב בית דירה כלל כיון שאי"ב קביעות, ורק בא"י יש חיוב מיד משום חשיבות דירת א"י. וע"ע בזה בתשו' רעק"א סי' ס"ו.

ועי' דב"א שם שהביא דעת החולקים בזה דס"ל שיש חיוב מזוזה גם על בית שאינו דר בו, משום דלא גרע מבית אוצר. והק' שם ע"ז מסוגיין שאין המשכיר חייב. וכי לחלק דיל"פ טעמם שלפעמים מניח שם דברים ולכן כ' דלא גרע מבית אוצר, משא"כ משכיר שאין לו השתמשות כלל. [ועוד כ' לפרש לפי שי' אלו דכוונת הגמ' חובת הדר, היינו שלעולם יש חיוב על המשכיר כה"ג אלא שחיוב זה הוא על גופו של משכיר ולא על הבית ולכן אין לפטור את השוכר בזה.]

תוד"ה לא יטלנה ויצא - "אף על גב דאמר שמואל דמטילין מבגד לבגד גבי מזוזה אסור לפי שהמזיקין באין בבית שאין בו מזוזה וכשנוטלה כאילו מזיק אותן שידורו בבית". וע"ע בריטב"א שהוסיף בלשונו דמזוזה מביא קדושת השכינה לבית ולכן אין להסירו משם. ועי' תוס' בשבת דף כ"ב ע"א שכי' דעל דעת להניחה במקום אחר מותר להסירו, ולי"פ בזה ע"ד ד' הריטב"א הנ"ל, אבל לד' התוס' אין לחלק בכך. ועי' בפוסקים סי' רצ"א שכי' שיש לסמוך על שי' התוס' בדיעבד.

דף ק"ב ע"א

רש"י ד"ה בגובתא דקניא - "ותולה אותה". הק' הריטב"א מד' הגמ' במנחות שם שכי' שאם תלאו פסול. ומת' שאין כוונת רש"י כפשוטו אלא לעולם קובעו בקיר ע"י מסמר שלא יזוז. ולכאורה מבואר שלמד הפסול בזה שאינו נחשב על המזוזה כיון שאינו קבוע היטב. וכ"כ בתור"פ, וכי' עוד תי' שם שמדובר שהניח את המזוזה בתוך חלל הפתח, ולא פסלו תלוי כה"ג. ולכאורה מבואר לפ"ז שהפסול בזה הוא מצד שאינו משתייך להפתח אם אינו מונח על המזוזה.

תוד"ה בגובתא דקניא - "מכאן נראה כמו שפירש רש"י במנחות (דף לג.) שמניחין המזוזה מעומד וכי' אבל לפר"ת שמניח אותה מיושב כמו ספר תורה מונח בארון ולא מעומד וכי' ואם כן גובתא דקניא למה לי ויש לומר שלא תכלה מלחלוחית הכותל". עי' מהר"ם וריטב"א שהוסיפו ביאור בד' התוס' שלד' ר"ת היה אפשר להניחה ע"ג מסמרים, משא"כ לד' רש"י שהוא מעומד צריכים לתקוע במסמרים וא"א לתקוע מסמר במזוזה עצמה משום קדושתה, ולכן צריכים קנה להניחה בתוכו כמו שאנו עושים היום. וכ"כ הפוסקים ביו"ד סי' רפ"ט. ובדין עצם מחלו' רש"י ור"ת, חלקו בזה המחבר והרמ"א שם, וכי' הפוסקים שהמדקדק יחמיר להניחה באלכסון לצאת ידי שניהם כמו שנוהגים היום בני אשכנז.

רש"י ד"ה בחצר דמשכיר - "שלא השכיר את החצר". מבואר מדבריו דאילו השכירו היה קונה לשוכר. ובהג' הגר"א כ' לתלות ד"ז במחלו' הידועה בין הרמב"ם והראב"ד בפ"ו מהל' שכירות ה"ה, שכי' הרמב"ם שם שחצר השכורה קונה זבל לשוכר רק בתורי דשוכר אבל תורי דאתי מעלמא הר"ה של בעה"ב. והראב"ד שם השיג ע"ז וכי' שחצר השכורה קונה לשוכר כדמשמע בד' רש"י כאן הנ"ל. וכי' הגר"א שהרמב"ם מפרש כפשוטו דמש"כ בגמ' "בחצר דמשכיר" היינו אפי' השכירו.

ומבואר בנו"כ שם שמקור ד' הרמב"ם הוא ממש"כ בגמ' "בחצר דאגיר ליה לשוכר ותורי דשוכר אמאי של בעל הבית", הרי דאילו תורי דשוכר אין החצר קונה לו. ולד' הראב"ד ורש"י צ"ל כמש"כ הריטב"א כאן לפרש דכוונת הגמ' או שגם החצר שכורה או דמיירי בתורי דשוכר ע"ש. וע"ש בלח"מ שהעיר מד' הגמ' שכי' מיד אח"כ "אלא בחצר דלא אגירא לשוכר ותורי דמשכיר פשיטא", הרי דאילו

הערות ומראה מקומות פרק השואל

השכיר החצר שפיר קנה השוכר כדי רש"י והראב"ד, וכי ליישב די הרמב"ם דמ"מ א"א להקי' בזה פשיטא שהרי צריכא לאפוקי דעת החולקים שחצר קונה לשוכר ע"ש.

שם - ומק' אחרונים על שי' הרמב"ם מדי' הגמ' לעי' דף נ"ו ע"ב גבי אונאה שכי' ד"שכירות לימוי' ממכר", וא"כ מדוע אין השוכר קונה בזה קנין חצר. וידוע תי' הש"ך בזה ברסי' שיי"ג עפ"ד התוס' שם דרק לגבי אונאה נאמר כן בגמ', שהרי מרבים שם מייתורא דקרא שכירות לאונאה כמו מכר. אלא שכבר כתב הלח"מ שם רפ"ז שמדי' הרמב"ם שם משמע דלא כדי' התוס' בזה. ועוד מק' על די' הרמב"ם מכח גמ' מפורשת לעי' דף י"א ע"ב במעשה דר"ג שכי' שם ומקומו מושכר לו כדי להקנות לו בקנין חצר (וכע"ז מצינו בב"ב דף ע"ו ע"ב), וכ"נ כוונת הראב"ד בהשגה שם במש"כ "מידי דהוי אשוכר את מקומו".

וכי' הש"ך שם ליישב שלעולם מודה הרמב"ם שגם השוכר קונה בחצר זו, אלא דס"ל שבמקום משכיר אין השוכר קונה כיון שמשכיר יש לו קנין הגוף, וכ"ז בדבר הפקר אבל במתנה או מכר כיון שיש דעת אחרת מקנה, בודאי תלוי בדעת המקנה שאם רצונו שיקנה דוקא שוכר קונה.

ועוד כי' שם לחלק דבההיא דר"ג שכתב על דעת לקנות בו, משא"כ בכל קונה מהפקר שאינו שוכר לזה. וכע"ז כי' בקוצה"ח שם שכוונת הרמב"ם דוקא במקום שהשכיר חצר ולא השכיר את הרפת, דסברא הוא שלא הקנה לו לענין לקנות את הזבל. וכן הוכיח שם ממש"כ בגמ' בסמוך שאם השכיר גם את הרפת קנה השוכר. [ועי' בזה בנו"כ שם ובנתיבות בפתיחה לסי' ר' ובדבר"י סי' מ"ד ובפלפולי חריפתא כאן].

וע"ש בקצות שכי' שאפי' לדי' התוס' הנ"ל שאין שכירות כממכר, מ"מ י"ל דקנין חצר תלוי בקנין הפירות דוקא משום שחצר מטעם יד דהיינו מקום שליטתו ע"ש. ובאב"מ רסי' קל"ח כי' ג"כ עד"ז, וכי' לתלות ד"ז במחלו' ר"י ור"ת בתוס' בב"ב דף נ"א ע"ב בענין קנין חצר בשוכר ובבעל בנכסי אשתו ע"ש.

אזכור שאין סופו לנוח כמונח דמי - עי' דב"א סי' כ"א שחוקר בדין קנין חצר באזכור אם האזכור עצמו קונה, או משום שנחשב כאילו מונח ע"ג קרקע, ע"ש שהאריך. וראיתי מבארים בזה נדון הגמ' כאן, שהרי לענין שבת מצינו דין קלוטה כמי שהונחה דמי, ועי' בס' תוצאות חיים סי' ד' וי"א שמבאר בשי' התוס' שזה דין שנחשב כמונח ע"ג קרקע, ומבאר בזה הנדון שם בענין סופו לנוח. וכמו"כ יש לבאר בזה מש"כ בגמ' דבעינן שלא יהא הפסק כלי, דכע"ז כי' שם בדעת התוס' שכי' כע"ז בדין קלוטה ואיכמ"ל.

וכי קתני חייבות בשילוח מקמי דתיפול לחצירו - עי' קו"ש כאן שכי' לדייק בדי' הגמ' שהחוב הוא רק בזמן הזה שיצא רובא, אבל אחרי שהביצה נופלת נעשה מזומן ופטור. והקי' שם מדי' הגמ' בחולין שאחרי שחל החוב תו לא פקע. וכי' ליישב בזה עפ"י שי' החת"ס או"ח תשו' ק' הידועה שאין חיוב שילוח הקן אא"כ לוקח את הבנים, ולכן כאן עד שלקח את הביצים לא חל חיוב כלל, וכשלקח כבר חשיב מזומן. [ועי' בחת"ס שם שהביא ראי' לדבריו מדי' רש"י כאן שכי' לשון "חייב לשלוח האם וליקח הבנים". אמנם הקי' שם סתירה מדי' רש"י במק"א. ולכאורה יש לדחות הראי' מדבריו כאן הנ"ל ע"ד הפשט].

רד"ה אאמן - "כלומר גזל דדרכי שלום אפילו אאמן נמי קאמר דדעתו של בעל השובך עליהם". ובדיבור הבא פי' אי בעית אימא בגמ' "אביצים ולא אאמן", מבואר מדבריו דפשיטא לי' שיש גזל דדרכי שלום על הביצים, וספק הגמ' הוא רק אם יש דרכי שלום באמן כיון שיכולה לעוף אלא שחוזרת לביתה בערב, אבל ביצים פשיטא שיש בו משום דרכי שלום כיון שאינם עפים. וקו' הגמ' לפ"ז דע"כ גם באמן יש דרכי שלו שהרי גם הביצים מחוברים לאמן ועפים עמה, ולתי' הא' בגמ' אה"נ יש דרכי שלום גם על

הערות ומראה מקומות פרק השואל

אמן, ותי' הב' שעל הביצים יש דרכי שלום כיון שיצא רובה ודאי יצא כולה כאן ואין חשש שילכו למקום אחר.

ומקשים הראשונים דע"כ לכו"ע יש דרכי שלום באמן, שהרי לשון הברייתא הוא שיש דרכי שלום באמן, וכ"מ בגמ' סנהדרין שיש פסול עדות ביונים בגלל זה. ומבארים בד' הגמ' בשם ר"ת דלעולם פשיטא שיש דרכי שלום אאמן כיון שחוזרת בערב, ומסתפקים רק על הביצים כיון שיכולה להולידם במק"א, ותי' הא' בגמ' הוא דאה"נ אאמן דוקא, ותי' הב' כיון שיצא רובה יצא כולה כאן ודעתו גם על הביצים.

מתני' - המשכיר בית לחבירו לשנה נתעברה השנה נתעברה לשוכר - ע"י נמו"י שכי' בשם הראשונים דכ"ז דוקא כשעמד בתחילת השנה והשכירו להדיא לאותו שנה דחודש העיבור בכלל שנה זו, משא"כ במשכיר לשנה סתם דאע"פ שנותן לו אותו השנה אין חודש העיבור בכלל. והק' שם בזה דא"כ הו"ל לאשמעינן בסיפא דשנה סתם אין חודש העיבור בכלל וכ"ש משכיר לחודשים. וע"י תויו"ט שתי' בזה קו' הנמו"י עצמו כאן דלמ"ל סיפא פשיטא, ולד' הרמב"ם שפיר אשמעינן דשנה סתם הו"ל כמו שנה זו.

דף ק"ב ע"ב

ושמואל אמר בבא באמצע חדש עסקינן - אבל בא בתחלת חדש כוללי' למשכיר בא בסוף חדש כוללי' לשוכר. מבואר ש"י שמואל שמספק מהני מוחזקות של השוכר, ולכאורה הטעם בזה משום שתפס את ההשתמשות. וידוע קו' התוס' לע"י דף ו' ע"ב שמבואר שם שתפיסה ל"מ בספיקות לאחר שנולד הספק, ומת' התוס' שם דשאני הכא שתפס ברשות.

ובכתובות דף כ' ע"א כ' התוס' ליישב באו"א, דכיון שלא בא בתחילת החודש יש כאן הודאת משכיר ומה"ט נפטר השוכר. וצ"ל לפ"ז דבבא באמצע החודש יש כאן הודאה על מחצה, וצ"ב. וע"י מהרש"א בב"ב דף ק"ה ע"א שגרס בד' תוס' שם שהק' כן על פי' זה. וע"י רש"י בכתובות שם שהק' עוד בזה דמאי הודאה יש כאן במה שבא בסוף החודש, שהרי אין שכירות משתלמת אלא לבסוף.

וע"י קונה"ס כלל ז' אות ז' שלמד שהתוס' שם חולקים על עצם היסוד שכי' כאן דמהני תפיסה ברשות. וע"ש שכי' שיש חידוש בזה, שהרי גם בבא בתחילת החודש יש תפיסה ברשות של זכות ההשתמשות. וכבר הרחיבו האחרונים בענין זכות השוכר מראש, וע"י מש"כ בזה לע"י בפרק האומנין ולהלן בסמוך.

ורב נחמן אמר קרקע בחזקת בעלי' עומדת - בראשונים ובמפרשים הק' דא"כ תק' מתני' שכי' יחלוקו, ומת' בזה דס"ל לר"נ דמתני' כסומכוס דאמר יחלוקו. ויל"ע שהרי התוס' לע"י דף ק' ע"א כ' שגם סומכוס מודה במקום חזקת ממון ולא פליג כ"א במקום מר"ק, וכאן מיירי בקרקע שבזה מר"ק חשיב מוחזק. [ואולי יש לפלפל בזה עפ"י חקירת הקונה"ס הידועה בריש ספרו בדין מר"ק אם זה דין מוחזק או דין חזקה דמעיקרא, ואם יש לחלק בזה בן קרקע למטלטלין. וע"ע בסמוך בזה.]

רש"י ד"ה ור"נ - "ואפילו בא בסוף החדש כולו למשכיר שהספק לא עכשיו נולד אלא מתחילת החדש נולד והעמד קרקע על חזקתו ונמצא שדר בשל חבירו וצריך להעלות לו שכר". מבואר ברש"י מהלך בשי' ר"נ, דל"מ תפיסה משום שאין הספק עכשיו כ"א בתחילת השכירות, וזה נחשב ספק בקרקע וכבר נפסק לטובת משכיר משום קרקע בחזקת בעלי' עומדת, ונמצא כתוצאה מזה שחייב בתשלום השכירות כיון שדר בשל חבירו. ולכאורה אליבא דשמואל התפיסה הוא בהשתמשות השכירות כנ"ל,

הערות ומראה מקומות פרק השואל

וס"ל לר"נ שד"ז נחשב כספק בקרקע משום שזה תוצאה מזכות השוכר בקרקע שדין ספיקו למשכיר כקרקע עצמו.

[ואולי יש לתלות ג"ז בנדון אחרונים הנ"ל אם חיוב שכירות הוא מכח זכות השוכר בדבר מראש או מצד ההשתמשות בפועל שהוא מטלטלין. וכבר ציינו לדברינו בזה לעי' בפי' האומנין ולהלן בסמוך.]

ועי' ר"ן שהק' שאפי' בא בסוף החודש מ"מ הרי השוכר מוחזק במעות תשלום השכירות, ואמאי חשיב משכיר מוחזק כלל, ומת' שם שחיוב השוכר הוא ברור וחיובו של משכיר לתת את השתמשות הוא ספק, ולכן אמרי' שאין חיוב על המשכיר מספק ונמצא השוכר חייב כיון שהשתמש בשלו. ונראה כוונתו ברור ע"ד ד' רש"י הנ"ל, שחיוב המעות הוא ודאי תוצאה מעצם זכות ההשתמשות, ולכן אין הנדון בזה כלל כ"א בהשתמשות עצמו, ובזה פליגי שמואל ור"נ אם נחשב כקרקע כנ"ל. ועי' בקו"ש בב"ב דף ס"א ע"ב.

שם - ועי' בד' התוס' להלן בסמוך בסוף הפרק, שכי' שאין להביא רא"י מכאן דל"מ מוחזקות שאול או שוכר משום שסופו לחזור לבעליו, דדוקא כאן במרחץ אמרו שהבעלים מוחזקים משום קרקע בחזקת בעלי עומדת, אבל לעולם במטלטלין השוכר או השואל הוא המוחזק.

ועי' בתוס' בב"ב שם דף ס"א שהביא ענין דבריהם כאן הנ"ל, וחולק שם ע"ז דבודאי המשאיל מוחזק בכל מקום כיון שסופו לחזור איליו. ובזה מבארים שם ד' ר"נ כאן שלכן ז"ל דל"מ תפיסה כיון שאין השוכר מוחזק כלל. ולפי' צ"ב מש"כ ר"נ לשון קרקע בחזקת בעלי עומדת. ואולי יל"פ כוונתו דכתוצאה מזה שאי"כ מוחזק אחר עומדת הקרקע ברשותו וצל"ע. [ובעיקר הנדון במוחזקות השואל, עי' במל"מ פט"ו טו"נ הי"א ובקצוה"ח סי' מ"ב סק"ב.]

ועי' ברא"ש לעי' שם דף ו' ע"ב שכי' מהלך אחר במה דל"מ תפיסה אליבא דר"נ, משום שטוען שמא. וגם לדבריו י"ל כנ"ל בלשונו של ר"נ שכוונתו רק כתוצאה מזה שאין מוחזק אחר. [ועי' בתפארת שמואל שם בד' הרא"ש ובס' תקפו כהן סי' כ"ד. ובשיעור כללי ממו"ר שליט"א מבאר בזה שיש כאן ב' ענינים.]

עוד שם - ועי' במל"מ פ"ז שכירות ה"ב שהק' מכאן על שי' הרשב"ם הובא בתוס' בב"ב דף ל"ב ע"ב דבספיקא דדינא ל"א בתר מר"ק (והר"י שם חולק עליו), שהרי כאן הספק הוא אם תפוס לשון ראשון או לשון אחרון כדמבואר ברש"י ותוס' כאן, ור"נ הולך אחר מר"ק. וכי' ליישב דא"י חשיב ספיקא דדינא כיון שתלוי בכוונת המשכיר. ולכאורה לד' הרא"ש לעי' דף ו' והתוס' בב"ב הנ"ל בסמוך קו' מעיקרא ליתא, שהרי אין כוונת ר"נ כאן מדין מר"ק דוקא, אלא שהמשכיר מוחזק ואי"כ תפיסה אחרת כלל. [ובעצם מחלו רשב"ם ור"י הנ"ל, עי' ברעק"א בתשו' ל"ז ובקה"י בב"ב סי' כ"ג שכי' לתלות ד"ז בחקירת הקונה"ס הידועה בריש ספרו הנ"ל בדין חזקת מר"ק ואיכמ"ל עוד.]

תוד"ה בחזקת שלא נפדה - "וא"ת לאב"י דאמר בפרק השותפים (ב"ב דף ה.) עביד איניש דפרע בגו זמניה וכו' וי"ל דהתם הוי טעמא כי היכי דלא לטרדן והא לא שייך בפדיון הבן וכו' אבל קשה דא"כ היכי מיייתי הכא מיניה ראי' לשוכר דשייך טעמא דלא לטרדן". ובתוס' בב"ב שם תי' בזה שגם בפדיון הבן שייך טירדה של זריזים ומקדימין למצוות. ועי' קו"ש כאן ושם שדן בזה אם שייך זריזות תוך לי' כיון שאין חיוב פדיון כלל תוך לי' יום.

הערות ומראה מקומות פרק השואל

בא"ד - "אלא יש לומר דלהכי הוי בחזקת שלא נפדה לפי שירא שימות הבן או יתעכלו המעות וכו' ושוכר נמי ירא להקדים השכר פן יפול הבית או יפול ביתו של משכיר עצמו ויוציאנו". ובקו"ש בב"ב שם העיר שד' התוס' האלו שכי' ששוכר פטור מלשלם אם יפול הבית, תלויים במחלו' הראשונים כאן להלן בסמוך בסוף פירקין, שהריטב"א כ' בשם הרא"ה דכה"ג בלא"ה חייב השוכר לשלם דמזלו גרם (ועי' הג"א שם שדייק כן בדי' רש"י), ואילו הרמב"ן ס"ל שאין חיוב כה"ג. וכי' שם שהתוס' כאן ס"ל כדי הרמב"ן, ובתוס' ב"ב שם (הו"ד בסמוך) השמיטו ד"ז משום דס"ל דכה"ג בלא"ה חייב כדי הרא"ה הנ"ל.

ועי' בלשון הרא"ה שם שכי' שחייב לשלם כה"ג "מידי דהוי בקונה בית ונפל שחייב לשלם". ומשמע כוונתו לתלות ד"ז בדי' האחרונים הנ"ל שחיוב שכירות הוא מחמת הקנין מראש, וי"ל שהרמב"ן חולק בזה גופא דס"ל שהחיוב הוא מחמת ההשתמשות בפועל. וכ"כ לבאר בזה בקובה"ע סי' נ"ג, ועי' בסמוך.

שם - ועי' בתוס' בב"ב שם שכי' תי' זה באו"א קצת, וז"ל "ומפרש ר"י טעם אחר דהכא כיון דחייב לו ואיתרמי ליה זוזי פורע לו תוך הזמן דלא ליטרדן אבל גבי בכור דאכתי לא איחייב כלל עד לאחר ל' יום ושמא ימות בתוך ל' ויפטר וכן שוכר שמא יפול ביתו של משכיר ויצטרך שוכר לצאת דלא עדיף מיניה". ומשמע בדבריהם שם שצירפו לחשש הנ"ל סברא שבפדיון הבן אי"כ חיוב כלל תוך ל' יום וגם שמא לא יבא לידי חיוב, ולכאורה צ"ל דגם בשכירות כ"ה שתוך זמן השכירות אי"כ חיוב כלל.

[ואולי היה אפשר לדחות כוונתם שם רק לענין שאין הפדיון חל אם מת תוך ל' יום, ולא משמע כן. ועוד שבשטמ"ק שם וכאן הובא להדיא סברא זו דכאן הוי בחזקת שאינו פדוי משום שבפדה"ב אין חיוב כלל תוך זמנו וכן בשכירות, משא"כ בכל מלוה תו"ז שיש חיוב רק שלא הגיע זמן הפרעון].

ולכאורה חילוק זה בין ד' התוס' כאן ושם יש לתלות ג"כ בנדון הנ"ל, די"ל שהתוס' כאן ס"ל שחיוב השכירות הוא מחמת קנין הראשון, והדין שאין שכירות משתלמת אלא לבסוף הוא רק זמן בעלמא, ולכן לא כתבו מהלך הנ"ל שאין חיוב כלל בפדה"ב ובשכירות. ואילו בב"ב שם ס"ל דדין אין שכירות משתלמת אלא לבסוף הוא זה גופא שאין חיוב דמי שכירות כ"א משום ההשתמשות ולא מחמת קנין הראשון, ולכן שפיר כתבו מהלך זה שלכן הוי בחזקת שלא נפדה בפדה"ב ובשכירות יותר משאר מלוה.

עוד שם - אלא שיל"ע בזה שהרי למעלה בסמוך הבאנו ד' הקו"ש בב"ב שם שהוכיח דס"ל להתוס' שם שבאופן שנפל חייב השוכר לשלם כדי הרא"ה, וביארנו הטעם בזה שהשוכר קונה את ההשתמשות מראש ומתחייב בזה לשלם, וא"כ צ"ע מש"כ בדבריהם שם שאין חיוב שכירות כלל תו"ז כמו בפדיון הבן, והרי אם חיוב הדמים הוא עבור הקנין עד שמחויב בדבר אפי' אם לא השתמש כלל, א"כ מדוע לא חל החיוב מיד בתחילת השכירות.

וכמו"כ יש להק' בדבריהם כאן שהרי לד' הקו"ש לכאורה ס"ל כאן שאין דמי שכירות עבור הקנין ולכן ס"ל כדעת הרמב"ן הנ"ל שאין חיוב על השוכר לשלם על בית שנפל, ומצד שני משמע קצת להיפך דכאן ס"ל שהחיוב הוא עבור הקנין ולכן לא כי' שאין חיוב כלל תו"ז כדבריהם בב"ב שם הנ"ל.

[ובמק"א הארכתי ביישוב ד"ז, שלעולם כו"ע מודו ששוכר מתחייב לשלם עי"ז שקונה את השכירות מראש, אלא שלפ"ד הרמב"ן ד"ז הוא קנין גמור אלא שיש תנאי שאין שכירות משתלמת אלא לבסוף, דהיינו שזמן חיובו הוא רק כשיקבל השתמשות בפועל, ואילו לד' הרא"ה קנין שכירות הוא רק שיעבוד בעלמא, ודין אין שכירות משתלמת אלא לבסוף הוא תנאי בעצם החיוב שאינו מתחייב כלל כ"א בתמורת ההשתמשות בפועל, ובזה פליגי ד' התוס' כאן ושם ואיכמ"ל עוד].