

ר' דניאל בן אליהו

חיוב שואל באחריות אונסין / צד:

תוכן:

כל הנאה שלו
מתנה מחמת מלאכה
שיטת הרמב"ם
גדר בעליו עמו
תמיהה בדברי הרמב"ם
הבנות ברמב"ם
תירוץ קושיית הראשונים מבעליו עמו
ישוב דברי הש"ך והגר"ח
ביאור דין פושע כמזיק בידים
גדרי עמו הפוטרים בשאלה
ביאור מחלוקת הראשונים
טעם מחודש לפטור בעליו עמו

כל הנאה שלו

הגמרא ריש פרק השואל (צד:) הביאה את המשנה סוף פרק שביעי דב"מ:

"תנן התם, ארבעה שומרים הם: שומר חנם והשואל, נושא שכר והשוכר. שומר חנם נשבע על הכל, והשואל משלם את הכל, נושא שכר והשוכר נשבעין על השבועה ועל השבויה ועל המתה, ומשלמים את האבידה ואת הגניבה".

והנה חיובו של שואל באונסים, צ"ע, שהרי בכל התורה אדם פטור מאונסין, ומ"ש שואל?

ובתוך השקו"ט בסוגיא שם, דנה הגמרא מניין שפרשה ראשונה בש"ח ושניה בש"ש ולא להיפך:

"מנא הני מילי? דתנו רבנן: פרשה ראשונה נאמרה בשומר חנם, שניה בשומר שכר, שלישית בשואל. בשלמא שלישית בשואל - מפורש: וכי ישאל איש מעם רעהו ונשבר או מת בעליו אין עמו שלם ישלם, אלא ראשונה בשומר חנם שניה בשומר שכר, איפוך אנא! - מסתברא, שניה בשומר שכר שכן חייב בגניבה ואבידה. אדרבה, ראשונה בשומר שכר שכן משלם תשלומי כפל בטוען טענת גנב! - אפילו הכי, קרנא בלא שבועה עדיפא מכפילא בשבועה".

והוכיחה הגמרא יסוד זה דקרנא בלא שבועה עדיפא מכפילא בשבועה משואל שוודאי שחיובו צריך להיות

החמור ביותר ואעפ"כ אין אצלו חיוב "כפילא בשבועה":

"תדע, דהא שואל כל הנאה שלו, ואינו משלם אלא קרן. - והשואל כל הנאה שלו? והא בעיא מזוני! - דקיימא באגם. - והא בעיא נטירה? - בנטר מתא. ואיבעית אימא: לא תימא כל הנאה שלו, אלא אימא: רוב הנאה שלו. ואיבעית אימא: בשאילת כלים".

והנה במה שתירצה הגמרא דשואל רק רוב הנאה שלו, צ"ע דגדר זה נזכר גם בגמ' לעיל (לד.) ושם לא דנה בזה הגמרא והיה ניחא לה לו שכל הנאה שלו, ואף שהיה מקום לומר שסמכה על מה שביארה בסוגייתנו, זה ניחא רק במה שנוגע ליישוב דברי הש"ס אך אכתי צ"ע מהראשונים שג"כ כתבו דבר זה כיסוד פשוט, עי' רש"י סנהדרין (עב. ד"ה אבל לענין מקנא):

"אם קיימין הן אצלו והוא היה בא לעכבו ולומר דמים אני מחזיר לך - לא קני ומהדר להו בעינייהו, דכתיב (ויקרא ה) והשיב את הגזילה, והאי דכי נאנסו מחזיר דמים ולא מציי אמר ליה נאנסו ומיפטר - משום דלא גרע

גזלן משואל, דמשום דכל הנאה שלו אוקמינהו רחמנא ברשותו לשלומי אם נאנס, דכל כמה דקיימא הדרא בעינא, הא נמי כל הנאה שלו ומיחייב לשלומי".

וכעי"ז ברשב"א (לו:):

"מאי טעמא מלאך המות מה לי הכא ומה לי התם. ושואל דחייב במתה כדרכה, משום דכיון שכל הנאה שלו אוקמה רחמנא ברשותיה לגמרי כאלו היא שלו חוץ ממתה מחמת מלאכה דא"ל לאו לאוקמה בכילתא שאלתיה".

ויסוד זה כלשונו שגור בפי כל הראשונים במקומות רבים, וצ"ע שהרי מסקנת הסוגיא כאן היא שרק רוב הנאה שלו.

עוד צ"ע בתירוץ הגמרא "דקיימא באגם" ו"נטר מתא" דהן אמת שהצליח השואל לא להוציא הוצאות על חובות אלו אך סו"ס המשאל הרוויח אותם ג"כ, ומה אכפת למשאל איך השואל מילא חובותיו? ובדוחק י"ל דכוונת הגמ' לתרץ ששניהם עומדים באותו מקום ולשניהם יש אפשרות של אגם ו"נטר מתא".

ומה שנראה בזה הוא על פי מה שיש לחקור בבאור "כל הנאה שלו" האם היינו שהוא רק נהנה או שרק הוא נהנה, ונראה דבזה נשתנו הסוגיות, והנידונים: הסוגיא (לד.) דנה על הקנאת הכפל מהבעלים לשומר וכן הראשונים עוסקים בחיוב אונסים לבעלים, ובזה הדיון הוא האם "רק הוא נהנה" או שגם הבעלים נהנים, אך הסוגיא השניה (צד:) דנה בלהעניש שומר בתשלומי כפל, זהו קנס שיסודו אינו פיצוי הבעלים אלא קנס ועונש על עצם המעשה, בזה יש לדון כלפי השומר עצמו ובלי קשר לבעלים, ובזה אמרינן דכלפי עצמו רק רוב הנאה שלו, ולא כל, ומשום שחייב לשלם מזונותיה, אך כלפי הבעלים אי"ז ריווח שהרי דברים אלו מאפשרים את השימוש בבהמה והוא לא משתמש בה שנאמר שהיה צריך לדברים אלו ו"חסך" אותם.

ועפי"ז נראה ליישב את דברי הר"ן בשו"ת (סימן יח): הר"ן דן באדם שנתן ספרי קודש לחבירו בהשאלה והשואל נאנס, האם נחייב את המקבל משום היותו שואל או לא? ומסיק הר"ן שאין לחייבו באונסין ומשום שהמשאל נהנה מפרוטה דרב יוסף – מצד היותו עוסק במצוה ופטור מן המצוה ועל-כן אין דינו כשואל אלא כש"ש.

והקשה עליו המחנה אפרים (שאלה ופקדון ס"ג) דמסוגיתנו (צד:) מבואר שאף במקום שהמשאל נהנה במזוני ונטירותא ואין כל הנאה של השואל אלא רק רוב הנאה שלו – עדיין למקבל יש דין שואל¹.

ולמש"כ ניחא, דמזוני ונטירותא אינם רווחים של המשאל, שכן הם נולדים מעצם הצורך ליכולת בשימוש בחפץ וכיון שבשעה זו אין לשואל שימוש בחפצים אלו ממילא אין לו גם צורך במה שיאפשר לו שימושים אלו. ומה שהגמרא הזכירה הפסדים אלו, אי"ז ביחס למשאל אלא ביחס לשואל עצמו, וכמש"כ.

אולם גם לדברינו דברי הר"ן עדיין אינם ברורים כל הצורך, שכן למש"כ "כל הנאה שלו" המחייב באונסין נאמר דווקא כאשר הנאה זו היא ביחסים שבין השואל למשאל, ובכה"ג אי"ז בין השואל למשאל שהרי השואל לא נחסר דבר, ורק למשאל יש הנאה דממילא שזיכתה אותו התורה בשכר השאלת ספרים, ומה שנראה לבאר בזה הוא ש"כל הנאה שלו" היינו ניתוק של החפץ מהבעלים, והעברתו לרשות (וממילא אחריות) שואל, ניתוק זה נעשה ע"י מה שרק השואל נהנה והמשאל התנתק ולא נהנה מן החפץ ועל-כן יצא מרשותו, ומעתה כיוון שסו"ס הבעלים נהנה מהחפץ-מהספרים, שכן מקיים על ידיהם מצווה, לא התנתק החפץ ממנו ונכנס לרשות

¹ ולכאורה להבנת המחנה אפרים הסוגיא דידן נסתרת מהגמ' לעיל (פא.) – שם מבואר שבמקום ששניים התנו ביניהם השאילני ואשאילך – הם אינם מוגדרים כשואלים זה מזה אלא כשוכרים זה מזה. מבואר שבמקום שיש תועלת למשאל הוא נעשה שוכר וקשה על המחנה אפרים.

וצ"ל שהמחנה אפרים מחלק בין השאלה שמונתית בהגעת תועלת למשאל שאז חל עליו דין שוכר ולא דין שואל, לבין מקום שההשאלה אינה מותנית בכך שהיא תעניק תועלת למשאל אז אף על פי שרק רוב הנאה שלו – הוא עדיין מוגדר כשואל, ודלא כהר"ן שאף במקום כזה יגדיר אותו כשוכר.

שואל². ובנוסף אחר כל הנאה שלו אינה הסבה ש"התורה" חייבה אותו יותר, אלא היא גופא פועלת את כניסת החפץ לרשותו לגמרי והתחייבותו באחריות החפץ כאילו הוא שלו, וכמו שאם החפץ שלו היה ניזוק היה מפסיד אותו כך גם חפץ שואל הוא הפסיד, וכלשון הרשב"א שנזכרה לעיל – "אוקמיה רחמנא ברשותיה לגמרי כאלו היא שלו".

את השוני ביסוד חיובו של שואל משאר שומרים יש ללמוד מדברי המכילתא דרבי ישמעאל (משפטים מסכתא דנויקין פרשה טז):

"וכי ישאל איש מעם רעהו. נתק הכתוב השואל מכלל שומר ואמרו ענין בפני עצמו. - מעם רעהו. מגיד שאינו חייב עד שיוציאו חוץ לרשותו".

פרשני המכילתא עמדו על כוונת המכילתא "ניתקו הכתוב" יש שפירשו שהכוונה היא שהסמיכו הכתוב לש"ש, ויש שפירשו (עי' מלבים) שהכוונה להפרדה ושינוי, וביארו שהפרדה זו נעשתה ע"י שינוי בתיאור יוזם ההפקדה, בשומרים הפועל הוא המפקיד ובשואל הנפקד, אך בפשטות כוונת המכילתא היא לכך שבעוד שבין פרשת ש"ח לפרשת ש"ש יש פרשה סתומה, בין פרשת ש"ש לפרשת שואל יש פרשה פתוחה. עכ"פ נראה לבאר עפ"י המכילתא שחלוק דין שואל מש"ח וש"ש, שכן בעוד שהחיוב בש"ח ובש"ש הוא חיוב שמירה בשואל אינו כן אלא החיוב הוא על ההכנסה לרשותו והוא חיוב אחריות. עפ"י חלוקה זו יש להציע ביאור למה שמנתה המשנה ד' שומרים בעוד שחיובי שומר שכר וחיובי שוכר שווים, וא"כ הם שלושה, לפי דרך זו י"ל שגם שוכר כשואל מתחייב ע"י הכנסה לרשותו והתחייבות באחריות ולא בשמירה גרידא, ועל-כן על-אף שה"רף" המחייב את השוכר שווה לשומר שכר מ"מ יסוד חיובם שונה. בזה מדויק מאוד לשון הברייתא (ב"מ צג.) "שוכר כיצד משלם? ר"מ אומר וכו' ר' יהודה אומר וכו' ונקטו תשלום דווקא, ומשום שזהו כל חיובו (ויש בחקירה זו נ"מ רבות שכבר עמדו עליהם האחרונים ואכמ"ל³).

מתה מחמת מלאכה

פטור מתה מחמת מלאכה יסודו בגמרא ב"מ (צו:):

"איבעיא להו: כחש בשר מחמת מלאכה מאי? אמר ליה ההוא מרבנן ורב חלקיה בריה דרב אויא שמייה: מכלל דכי מתה מחמת מלאכה מחייב? נימא: לאו לאוקמא בכילתא שאילתה. אלא אמר רבא: לא מיבעיא כחש בשר מחמת מלאכה דפטור, אלא אפילו מתה מחמת מלאכה - נמי פטור. דאמר ליה: לאו לאוקמא בכילתא שאילתה. הטעם שהפטור אינו מופיע בתורה".

ונזכר פטור זה גם ע"י הסתמא דגמ' (לד.). בפשטות לפטור בעליו עימו אין מקור בדרכי הלימודים מהתורה. ועל-כן יש לתמוה מדוע לא נזכר במשנה או בתוספתא פטור זה, ונזכר רק ע"י רבא בדור הרביעי לאמוראים, ולכאורה על כרחנו לומר שפטור זה בנוי על סברא פשוטה מאוד שאין צורך לאומרה, או על סברא כוללת

² על דברינו אלה יש להעיר ממש"כ המרדכי והובא ברמ"א (שם, א):

"השואל מחבירו בהמה או מטלטלים ונאנסו בידו, כגון שמת או נשבר או נשבה, חייב. הגה: ודוקא שאירע האונס מכח השואל; אבל אם אירע האונס מכח המשאיל, פטור. ולכן מי שיש לו משכון אצל עובד כוכבים, והשאילו לחבירו ליקח עליו עוד מעות, ונשרף המשכון, פטור השואל, דהא בלאו הכי היה נשרף מכח המשאיל". ולדברינו הרי המשאיל עדיין נהנה מן החפץ ולא התנתק ממנו, אולם לק"מ שכן בכה"ג הנאתו של המשאיל לא באה כלל מכח ההשאלה.

³ אציין בקצרה לכמה מהן - שעת חיוב השומר קבלת השמירה או ההפסד ע"י כתובות (לד.). האם שייכת שמירה עבבור מישוה שהוא לא השומר? (ונ"מ לבעלות על הכפל) ע"י רשב"א לה: בדין שומר מסר לשומר. האם קבלת השמירה דורשת קניין ע"י קצה"ח (ש, א). שומר שמסר לשומר ואין לשומר השני שלם האם אפשר לחייב את הראשון. אומר איני יודע איך מתה האם נחשב כאיני יודע האם נתחייבתי או איני יודע האם פרעתיך, ע"י קצה"ח שמ"ד. האם יש קלבדר"מ כלפי חיוב השמירה, ע"י נתיה"מ סימן פו.

שאינה שייכת דווקא להלכות שואל, וצריך לעמוד עליה. והנה בגוף הסוגיא ג"כ יש לדקדק למה הסתפקה דווקא בכחש בשר אחרי שהוא יותר פשוט ממות, היה לגמרא להסתפק מה הדין במוות, ועי' להלן ברשב"א ובתלמיד הרשב"א.

והנה בטעם הפטור נחלקו הרשב"א והרמב"ן ומצאנו דרכים נוספות בתוס' ובמחנ"א.

כך הם דברי הרמב"ן בחידושו (צו:):

"הא דאמר' במתה מחמת מלאכה לאו לאוקומה בכילתא שאילתה. קשיא לי וכי מגרע גרע כיון דכי מתה מחמת עצמה חייב אף על גב דמלאך המות הוא דקטלה ומ"ל הכא ומ"ל התם, כי מתה מחמת מלאכה דשואל דמ"מ איהו גרם לה היכי מפטר, בשלמא למפטר בה שאר שומרין בהך טענה דלאו לאוקומה בכילתא שאילתה טענה מעלייתא היא לומר דלאו פשיעה דידהו היא אלא שואל מי יכלת למימר בה טפי מאונס, וי"ל דשואל ודאי חייב באונסין אבל לא בפשיעה דמשאיל, וכאן משאיל פשע בה שהשאילה למלאכה והיא אינה יכולה לסבול אותה וכגון שמתה מחמת אובצנא דמלאכה, וראיתי בספר הר"מ ז"ל מתה בשעת מלאכה וטעות הוא".

ומבואר שטעם הפטור במתה מחמת מלאכה הוא פשיעת המשאיל, רק יש לעיין האם יפטר השואל אפילו לא ידע המשאיל, או"ד נימא דמ"מ הוה ליה למידע, ופשעתו היא גם במה שלא ידע.

ומדברי הגר"א משמע שהטעם אינו פשיעה ביודעין אלא כל שהמיתה נגרמה בגרמתו. הרמ"א (שמ, א) הביא את פסק המרדכי בזה"ל:

"ודוקא שאירע האונס מכח השואל; אבל אם אירע האונס מכח המשאיל, פטור. ולכן מי שיש לו משכון אצל עובד כוכבים, והשאלו לחבירו ליקח עליו עוד מעות, ונשרף המשכון, פטור השואל, דהא בלאו הכי היה נשרף מכח המשאיל".

וכתב הגר"א לבאר (ס"ק ג) - "ודוקא כו'. וזה הטעם דמתה מחמת מלאכה פטור ועש"ך ס"ק ה". והיינו שכמש"כ פטור מתה מחמת מלאכה יסודו הוא שלא היתה ראויה למלאכה זו, רק שאין הפטור מחמת הטעות אלא מחמת פשיעת המשאיל שלא הודיעו בדווקא, אלא כל שהנזק ארע גם בגרמתו. ונ"מ להיכא שגם המשאיל לא ידע וכמש"כ, דכל שי"ל דהוה ליה למידע יפטר השואל.

אך בחידושי הרשב"א (צו:): כתב וז"ל:

"אפי' מתה מחמת מלאכה נמי פטור. נ"ל דהיינו עיקר טעמיה דרבא דודאי מאן דמשאיל פרה לחברו למלאכה מידע ידע דעבידא לאכחושי בבשרא דלאו לאוקומה בכילתא שאלה ואפ"ה לא שם ליה מעיקרא בכחשא וכיון דלאו בכחש קפיד אף במתה מחמת מלאכה נמי לא קפיד דמה לי קטלה כלה מ"ל קטלה פלגא, ופירוש מתה מחמת מלאכה היינו שמתה מחמת אובצנא ולא שמתה בעודה עושה מלאכה דאנן מתה מחמת מלאכה אמרינן מתה במלאכתו לא אמרינן. והרמב"ם שכתב מתה בשעת מלאכה אינו מחוור".

וכוונת הרשב"א במה שתלה את פטור מתה בפטור דהוכחשה נראה פשוט שהיינו שכיוון שמוחל לו את הכחש ע"י שמוחל לו את מה שיקרה מחמת המלאכה, ממילא נמחל לו גם מתה, והמשאיל לא נחית לחלק בזה דזה לא שכיח.

ונראה שמחלוקת הרמב"ן והרשב"א תלויה ביסוד חיוב השואל: הרמב"ן סבר שחיובו מכח "קבלת אחריות" מצידו בעד ההשאלה, אך שיטת הרשב"א היא שחיוב השואל הוא מכח התורה ומכיוון שכל הנאה שלו. ומעתה אם חיובו מכח גזה"כ ומכח מה שכל הנאה שלו וודאי שלא תועיל סברה של פשיעת המשאיל לפוטרו - סו"ס כל הנאה שלו, ואין לימוד לפוטרו, ואכן זוהי שיטת הרשב"א בחידושו לעיל (לו:):

"מאי טעמא מלאך המות מה לי הכא ומה לי התם. ושואל דחייב במתה כדרכה, משום דכיון שכל הנאה שלו אוקמה רחמנא ברשותיה לגמרי כאלו היא שלו חוץ ממתה מחמת מלאכה דא"ל לאו לאוקמה בכילתא שאלתיה".

אך לשיטת הרמב"ן שחובו מכח "קבלת אחריות" (והתורה רק מגלה על-כך שלזה כוונתו) חובו של שואל הוא אחריות וכלשון הריטב"א על אתר:

"דאמר ליה לאו לאוקמה בכילתא שאלתיה, וא"ת מה טעם הוא זה לפוטרו לימא ליה איברא דלאו לאוקמה בכילתא שאלתיה ומיהו לפי שאתה משתמש בה וכל הנאה שלך קבלת עליך אחריותה, השתא ומה אחריות דלא אתא מחמתך אלא דמלאך המות קטלה דיכלת למימר מה לי הכא מה לי התם קבילת עליך אחריות פסידא דאתי מחמת תשמישך לא כל שכן, ותיירץ רבינו הגדול הרמב"ן דשואל קביל עליה אחריות כל אונסין דלא אתו מחמת פשיעה דמשאיל אבל לא מאי דאתי מחמת פשיעה דמשאיל, והכא משאיל פשע בה דמידע ידע דלמלאכה בעי לה ולא לאוקמה בכילתא והוה ליה לעיוני אם היא בת מלאכה אם לאו, וכיון דלא עיין ואושלה אייהו דאפסיד אנפשיה, והשתא דאתינן להכי דוקא שלא הכביד שואל במלאכתה אבל אם הכביד במלאכתה חייב השואל, וכן אם חלתה אחר שאילה ועשה בה מלאכה ומתה חייב, ולאפוקי אם היתה חולה בשעת שאילה".

נראה א"כ שהרמב"ן לא יכל לקבל את דברי הרשב"א מב' טעמים: ראשית טעמו של הרשב"א הוא לכאורה מחילת חוב, אך כ"ז הוא לשיטת הרשב"א שהתורה הקנתה לשואל את החפץ ובזה שייך מחילה, אך להרמב"ן יש רק חוב אחריות אם יקרה משהו אך אין חוב כבר מעתה ואין ימחול על דבר שלא בא לעולם. וביותר שלפי סברת הרשב"א אין כל סברא לפטור את השואל במתה אילולי שנוול הפטור בהוכחשה שגורר אותו, אך להרמב"ן לא תיתכן גרירה זו כיוון שהתורה בעיקר החיוב ירדה לדעתו וקבעה מה הוא מסכים לקבל ומה לא וא"כ וודאי שירדה בזה עד סוף דעתו. הרמב"ן לא יכול לפרש כן שהרי גם משום שיטתו שהתורה גילתה לנו על דעתו של שואל וא"כ מ"ש שאר פטורים מפטור זה שלא הוזכר בתורה? ועל כל זה יש להוסיף את הקושי היסודי שפתחנו בו, מדוע לא נזכר פטור זה במשנה? ולרמב"ן הסברא היא יסודית ולא ספציפית להלכות שאילה, ועל-כן לא קשה כ"כ שלא הוזכר.

והנה בר"ן נוסף על דברי הרמב"ן סברא נוספת, וז"ל:

"אלא אפי' מתה בשעת מלאכה פטור דאמר ליה לאו לאוקמי בכילתיה שאלתיה וטעמא דמילתא שאעפ"י שהשואל חייב באונסין אינו חייב בפשיעתו של משאיל וכאן כיון שמתה מחמת מלאכה משאיל פשע בה שהשכירה והרי התירה למיתה".

ולשונו משמע שסברת הרמב"ן קרובה לסברת הרשב"א וגם לדבריו היא מעין מחילה "התירה למיתה". אך בתלמיד תלמיד הרשב"א (בשיטת הקדמונים צו:) כתב בזה"ל:

"ומאחר שמתה מחמתה פטור, שהבעלים הם שפשעו בשלהם שהשאילו בהמה רעועה כזאת שלא היתה ראויה למלאכה כשם שאם מתה מחמת מלאכה פטור כך אם הוכחשה מחמת מלאכה פטור".

ומשמע שהפטור בכה"ג הוא מעין מקח טעות, שלא על כיו"ב קיבל שמירה.

ויש להסתפק עד כמה החמיר תלמיד הרשב"א, האם יש לקרוא: "שלא היתה ראויה לְמִלְאכָה" (לשום מלאכה) או "שלא היתה ראויה לְמִלְאכָה" (דהיינו למלאכה ספציפית זו).

והנה מסוף דברי תלמיד הרשב"א מבואר ששיטתו היא שיותר פשוט הוא שמתה מחמת מלאכה פטור מפטור הוכחשה ואילו מהרשב"א מבואר להיפך שדווקא הוכחשה הוא הפטור. ולכאורה הם סברות הפוכות? אך הדברים פשוטים וסברת תלמיד הרשב"א שאם היא מתה מחמת המלאכה ולא רק הוכחשה הרי פשיעת המשאיל גדולה עד למאוד שכן בהמה זו לא היתה ראויה כלל למלאכה.

דרך שלישית בפטור זה כתב המחנ"א (שאלה ופקדון סימן ד) וסברתו קרובה לסברת הרמב"ן:

"לע"ד היה נראה לי טעם אחר בפיטור מתה מחמת מלאכה משום דסתם שואל כלי או בהמה למלאכה, הראויה למלאכה קא שאיל והלכך כשמתה מחמת מלאכה או נכחשה הבהמה מחמת מלאכה כחש דלא הדרא איגלאי מלתא דבהמה זו לא היתה ראויה למלאכה והוי שאלה בטעות דאי הוה ידע בה השואל שלא היתה ראויה למלאכה לא היה שואל אותה".⁴

לענ"ד דרך נוספת בסברת פטור יש להוכיח מהתוספות (בבא מציעא צד:), שכתבו:

"שומר חנם נשבע על הכל - לא חשיב פשיעה דבהא כולו חייבים והשואל משלם את הכל מה שהוזכר בפרשה אבל מתה מחמת מלאכה כיון ששואל יש לו רשות לעשות בה מלאכה פטור".

אך טעמם צ"ב איך טעם זה מועיל לפטור מה שיש לו רשות סו"ס הרי חייב על כל אונסים ומ"ש? וקצת נראה שטעמם הוא שאי"ז גדר של פטור אלא שהביאור הוא שהשתמש בחפץ שימוש של כליון ופעיון מלווה שלהוצאה ניתנה, וסברא זו כבר נזכרה ברא"ש קידושין (א, כ; ובשו"ת לה, ב) שכתב שהשואל בעת כדי לקדש בה הטבעת קנויה לאישה ומקודשת ומשום שכיוון שנתן לו הטבעת כדי לקדש בה על דעת ה נתנה שישתמש בה באופן המועיל אע"פ שמפסידה ממנו.

שיטת הרמב"ם

הרמב"ם (שאלה ופקדון א, א) כתב בדין זה סייג מיוחד:

"השואל כלים או בהמה וכיוצא בהן משאר מטלטלין מחבירו ואבד או נגנב אפילו נאנס אונס גדול כגון שנשברה הבהמה או נשבת או מתה חייב לשלם הכל שנאמר וכי ישאל איש מעם רעהו וגו' ונשבר או מת בעליו אין עמו שלם ישלם, בד"א כשנאנס שלא בשעת מלאכה, אבל אם שאל בהמה מחבירו לחרוש בה ומתה כשהיא חורשת ה"ז פטור, אבל אם מתה קודם שיחריש בה או אחר שחריש בה או שרכב עליה או דש בה ומתה כשהיא דשה או בשעת רכיבה ה"ז חייב לשלם וכן כל כיוצא בזה, וכן השואל בהמה מחבירו לילך בה למקום פלוני ומתה תחתיו באותה הדרך, או ששאל דלי למלאות בו ונקרע בבור בשעת מלוי, או ששאל קרדום לפצל בו עצים ונשבר בעת שפצל בו מחמת הבקוע וכל כיוצא בזה, ה"ז פטור שלא שאל אלא לעשות בו מלאכה זו והרי לא שינה".

אולם בהלכה ד כתב:

"השואל בהמה חייב במזונותיה משעה שמשכה עד סוף ימי שאלתה, ואם כחש בשרה חייב לשלם מה שפחתה בדמיה, כחש בשרה מחמת המלאכה פטור וישבע שבועת השומרין שמחמת מלאכה כחשה".

וסייג זה של הרמב"ם דדוקא מתה בשעת מלאכה אינו עולה בקנה אחד עם שיטות הראשונים הנ"ל וצ"ע א"כ טעמו. עוד צ"ע הסתירה לכאן להלכה ד' (אולי יש לזה שייכות לשאלתנו בסעיף א על הגמ'). גם יש להעיר על מה שכלל את החיוב על מתה לאחר המלאכה עם החיוב על שינה במלאכה. עוד יש לעורר על מה שהקדים לבאר פטור זה כבר בראש הלכות שאילה בעוד שאת פטור בעליו עימו דחה לפרק ב' (והוא פטור מפורש

⁴ כ"כ גם הר"י בבור שור ז"ל: (ג) דכי ישאל איש דכל הנאה שלו חייב ואסלו נשבר או מת ואינו פטור אלא על מתה מחמת אותה מלאכה ששאלה לצרכה אבל שינה אותה למלאכה אחרת כגון להוליכה בהר והוליכה בבקעה בבקעה והוליכה בהר חייב אבל מתה מחמת מלאכה היינו טעמא דפטור דאמר ליה לא לאותובה בכילתא שאילתא דאדעת כן לא שאלה והוא עצמו לא השאילה לו אלא כדי לעשות בה מלאכתו וכיון דאינה יכולה לעשותה איגלאי מילתא דלאו שואל הוא עליה ופטור ומיהא אם מתה מחמת עצמה חייב דאיכא למימר בשעת שאילה הייתה ראויה לאותה מלאכה אלא דאנסה מלאך המות וכיון דבתורת שאלה לקחה הרי הוא שואל עד שיוכיח שאינו שואל ובמתה באותה מלאכה מוכחא מילתא שאינו שואל".

בתורה)⁵. עוד יל"ע מדוע השמיט הרמב"ם את האיבעיות של השונרא. ובטעם הפטור כתב הרמב"ם שהרי לא שאל אלא לעשות מלאכה זו" וצ"ע כוונתו.

ובביאור שיטת הרמב"ם ידוע הסבר הריב"ש (תכג הובא בכס"מ) שרק אם מתה בעת המלאכה מוכח שמחמת המלאכה מתה. ולדבריו יהיה ניחא גם מה שבהכחשה לא כתב הרמב"ם סייג זה, היינו משום שבהוכחה וודאי שהכחש נעשה ע"י המלאכה ואי"צ ראייה על זה. להריב"ש עצמו לא היה ניחא בזה וסיים שעל-כן נראה כהרמב"ן והרשב"א.

והיה מקום לבאר שכיון שיסוד החיוב דשואל הוא כל הנאה שלו הרי שאם לא נהנה אין חייבו ועל-כן אם מתה הבהמה קודם שסיים הנאתו פטור⁶, ובאופן אחר י"ל עפ"י דברי החידושי הרי"מ (ב"מ לה:) ביסוד חיוב אונסים בשואל, וחידש הרי"מ דחיוב באונסים הוא תשלום על השימוש והה"נ לביאור זה הרי הוא לא סיים שימוש. אך ביאור זה קשה שהרי חייב באונסים אפילו לא השתמש כלל ומתה בדרך לביתו וודאי שחיובו על עצם ההיתר להשתמש.

והבית ירוחם (וראפטיג סימן נז) כתב לבאר עפ"י יסוד המחנ"א שהפטור הוא מחמת מקח טעות, רק שביארו באו"א שהטעות היא משום ששאל כדי לעשות מלאכתו והרי לא עשה את מלאכתו. וצ"ע שכן אף שמתה מחמת המלאכה לא היה חיסרון בעצם המקח שהרי ביקש פרה וקיבל פרה, ורק שהוא לא עשה בה מה שתכנן, ועל-כן ק"ל לומר כדבריו שהרי רק טעות בעצם המקח פועלת את ביטולו.

ועל כל תירוצים אלו יש להקשות דא"כ אפילו מתה שלא מחמת מלאכה אלא מסיבה אחרת, כיון שזה קרה בשעת המלאכה, יפטר שהרי לא נהנה או שלא על דעת זה שאל (ועי' מש"כ הרמב"ם על קרדום שהרי סו"ס לא קיים מלאכתו אך נראה שא"א לומר כן שהרי למקח טעות צריך בעיה בעצם המקח)

ועל-כן נראה לבאר את שיטת הרמב"ם, ומעין דרכו של הריב"ש אך בפנים חדשות: לעיל תמחנו על הרמב"ם מדוע פתח הלכות שואל בפטור זה? ונראה דהרמב"ם בא להשמיע את יסוד דין חיוב שואל באונסין (ועל-כן פתח הלכות שאילה בדין זה) דלכא"ז צ"ב מ"ט יתחייב באונסין הרי הוא אנוס ומה היה בידו לעשות? ומכח זה סבר הרמב"ם דגדר החיוב אינו חיוב בעלמא על כל אונס אלא יסודו שמקבל השואל על עצמו שכל שאפשר לתלות שהנזק בא מחמת השואל תולין. וזהו מה שכלל את שלא בשעת מלאכה עם שינוי שבכל שינוי וודאי יש לתלות שהאונס מחמתו⁷. ועל-כן הדגיש שדווקא אם מתה בשעת מלאכה דאז וודאי שאין לתלות בדבר אחר זהו מה שהביא דין זה בפתיחת הלכות שאילה אך אין ביאורו שרק בכה"ג נפטר אלא כל מחמתו נפטר אך בזה הדגיש עניין זה. וזהו מה שסיים הרמב"ם הלכה א' "והרי לא שינה" והיינו ששוב הדגיש הרמב"ם שעל-כן פטור כיוון שאי אפשר לתלות את האונס במעשיו.

ונראה להביא לזה ב' ראיות, הראיה הא' מתשובת רבא (יז:) "הבא עדים שלא שינית" וראיה ב' היא מאיבעית הגמ' בחתול שאכל עכברים ומת. לכא"ז מה הספק, וודאי פטור? גם צ"ע מכאן על הרמב"ם שהרי בפשטות מדובר שמת אחר מלאכתו וכמו בעל בעילות הרבה. על כן נראה שזוהי גופא האיבעיא שכיוון שלא הוא מעביד אותו אלא החתול עובד מאליו וא"כ אין השואל יכול לשנות, ועל כן יש להסתפק גם במת לאחר מלאכה.

⁵ תורה שלמה שמות (כב יג) (רפו) "בעליו אין עמו שלם ישלם מכאן אמרו השואל משלם את הכל חוץ מן המתה בשעת מלאכה ובלבד שלא ישנה" (מדרש הגדול ומכדרשב"י). יש לעיין האם אפשר להסביר כך את הרמב"ם, הרמב"ם לא כלל פטור זה יחד עם פטור בעליו עימו ולכן לא נראה שזה מקורו.

⁶ והיינו ש"כל הנאה לו" אינו נמדד ביחס אל המשאיל אלא ביחס אל השואל עצמו שאל"כ הרי בעצם הרשות לשימוש כל הנאה שלו. ובנוס"א אין הפירוש ש"רק הוא נהנה" אלא שהוא רק נהנה.

⁷ עי' סמ"ע (שמד), שהוכיח שאע"פ שמותר לשנות למלאכה קלה יותר מ"מ יתחייב אם יארע אונס, ואף שבשאר שומרים כה"ג פטור. אך הנתיה"מ (שמא, יג) והט"ז שם הוכיחו שאף אסור לשואל לשנות ורק בשוכר ניחא ליה לבעה"ב שישנה, ועי' בדרישה שם שדחה את הראיה.

והנה היה מקום לומר שמקורו של הרמב"ם לסייג זה הוא מהמכילתא דרשב"י (הביאה התורה שלימה שמות (כב יג) (רפ"ו): "בעליו אין עמו שלם ישלם מכאן אמרו השואל משלם את הכל חוץ מן המתה בשעת מלאכה ובלבד שלא ישנה". ועפ"י לא יקשה כ"כ שרק רבא הוא שחידש פטור זה.

ויסוד לזה יש גם בפירוש רש"י בפרק המפקיד, דהנה דבר פלא מצינו ברש"י ב"מ (לד. ד"ה מקנה ליה כפילא) שכתב: "כל חיובי ופטורי דד' שומרינן ילפינן מקראי לקמן בפרק השואל וכו' שואל פטור במתה מחמת מלאכה הראויה לה דאמר ליה להכי אושלת לי ולא לאוקמא בכילתה".

ומבואר דס"ל דאף פטור דמתה מחמת מלאכה הוא מגזזה"כ, אך צ"ע דהוא עצמו סיים דפטורא דמתה מחמת מלאכה הוא מסברא ד"להכי מושאלת לי", וצריך עיון בזה. ויותר צריך עיון שהיה לו להביא גבי שואל את פטור בעליו עימו דזה וודאי מגזירת הכתוב, ושמא מקורו של רש"י ממדרש זה וא"כ נמצא שיסודו של פטור מתה מחמת מלאכה הוא מהפסוק דבעליו עימו, ועל כן לא נצרך רש"י להביאו, ואופן הלימוד הוא מחמת שאין מקרא יוצא מידי פשוטו וביאורו הוא שכיון שהבעלים במקום ודאי השגיח שתעשה רק המלאכה ולא תזנח באופן כלשהו, ואם הוזקה ההווה שדיבר בו הכתוב הוא שניזוקה מעצם המלאכה⁸ (ומצד פשוטו של מקרא אין להעמיד באונס חיצוני דסתם אונס אין סיבה לחייב את השואל, כשאין בעליו עימו שהרי מה היה בידו לעשות? אלא ודאי מיירי או באונס מחמת המלאכה וכשאין בעליו עימו הכוונה שאין זה אונס כ"כ אלא מחמתו).

אכן גם בלא זה יש לומר שמקורו של הרמב"ם להגבלה זו הוא מהגמרא (לד.) ד"מתה מחמת מלאכה לא שכיח" לעומת שאר פטורים, והיה קשה להרמב"ם מדוע פטור זה פחות מצוי משאר הפטורים? ועל-כן נצרך לומר שהפטור פועל רק בשעת המלאכה, ובזה גם יתיישב מה שאין לפטור זה זכר במשניות והיינו משום שאין זו הלכה מצויה, אלא מקרה נדיר (ולא מחמת פשטותו של פטור זה כמש"כ בפתחת דברינו וכמו שביארנו בדעת הרמב"ן).

ומדברי ר"ח (הובאו בשטמ"ק (יז.)) יש ללמוד חידוש עצום והוא שלא רק פשיעת המשאיל פוטרת את השואל אלא גם פשיעת החפץ הנשאל פוטרתו, דז"ל בביאור איבעיית הגמרא בחתול שהמיתוהו עכברים:

"ולגבי דהאי לישנא אכל עכברי איחבל ומת בא זה המשל שאמר רב מרדכי כגון אדם שיש לו שפחות הרבה ושכר עבד מרוב לבא עליהן לתת להן הריון ומרוב ביאות עליהן כחש גופו ומת.

וכך זה המשל גברא דביאת נשים הרגוהו פטור ולא דינא ליה עלייהו שלא היה לו להריק את עצמו בביאות כל זה ואיהו הוא דקטיל נפשיה כך זה השונרא לא היה לה לאכול הרבה עד שמתה. ושאלת אדם שונרא על שני דרכים היא להרוג בעכברים ולאכלם".

והיינו שכמו עבד שפשע שבא ביאות הרבה יותר מכוחו כך גם החתול פשע שאכל עכברים יותר מכח עיכולו ועל-כן נפטר השואל! וכ"כ בבירור הב"ח (שמ, ו):

"אלא היינו טעמא דפטור השואל משום דהשונרא פשעה בעצמה שאכלה עכברים טובא ולא דמי לנשבר ומת שהגיע על ידי אונס מבחוץ והבהמה לא פשעה בעצמה מה שאין כן כאן דפשעה בעצמה והיינו דאמר עלה בגמרא (צא א) גברא דנשי קטלוהו לא דינא ולא דיינא ופירש רש"י בעל בעילות הרבה ומת".

והבית אהרון (וואלקין) דקדק כן מדברי הגמרא, דהגמרא הביאה ספק זה בב' אופנים הראשון שהעכברים נתאגדו כולם על החתול והרגוהו, והשני שהחתול אכל מהם הרבה ומת. והנה בספק הראשון ביארה הגמרא שהספק הוא האם זה בכלל מת מחמת מלאכה או לא, אך באופן השני של הספק לעניין חתול שאכל עכברים רבים לא ביארה הגמרא שזהו הספק, וביאר הבית אהרון שפטור זה לא נובע מפטור מה מחמת מלאכה שיסודו

⁸ עומר וידוביץ העיר לי שיש לפרש את פשט הפסוקים באו"א לדרך זו, והוא עפ"י פירוש הראב"ע שם (שמות כב, יג) "וכי ישאל על דרך הפשט בעליו אין עמו. ויכול לטעון על השואל שהכביד על בהמתו: והיינו שכשהבעלים שם הוא משגיח שהשואל לא ישנה. ואם אינו שם יכול לטעון ששינה,

הוא טעות השואל, אלא יסודו הוא פשיעת החפץ השואל. אך בדברי הבית אהרון ישנו קושי, לולא הבית אהרון היה אפשר לומר שגם פטור זה הוא מפטורי מתה מחמת מלאכה, ורק מה שנגרם מחמת המלאכה יהיה פטור, אך לבית אהרון שניתק ביניהם צ"ע מהמשנה (צג): "עלתה לראשי צוקין ונפלה הרי זה אונס" ומשמע שרק מטעם אונס פטור אך אילולי פטור זה וכגון בשואל היה חייב.

ויסוד לסברא זו יש ללמוד מהגמרא ב"ק (ג-ד.) כפי שביארה המהר"י כץ, דז"ל הגמרא שם: "אמר רב יהודה: תנא שור לקרנו ומבעה לשינו, והכי קאמר: לא ראי הקרן שאין הנאה להזיקו כראי השן שיש הנאה להזיקה, ולא ראי השן שאין כוונתו להזיק כראי הקרן שכוונתו להזיק. ולא ק"ו הוא? ומה שן שאין כוונתו להזיק - חייב, קרן שכוונתו להזיק - לא כ"ש!".

ובשיטה מקובצת שם הביא מהתורא"ש שנתקשה במה שהיפכה הגמרא סברותיה: "ולאו ק"ו הוא. ומיהו בעל התלמוד לא היה טועה אלא שהיה רוצה לומר משום דקרן אין הנאה להזיקה דין הוא שיהא חייב דפשיעה גדולה פשע וכו' כמו שכתוב בתוספות בד"ה לא ראי הקרן". והוסיף לפרש בשם מהר"י כהן צדק ז"ל:

"דלפירוש ר"י שפירש לא ראי הקרן שאין הנאה להזיקה ופשיעה גדולה פשע וכו' ככתוב בתוספות הכי פריך ולא ק"ו הוא ומה שן שאין כוונתו להזיק ולא הוה ליה לאסוקי אדעתיה לנטוריה קרן שכוונתו להזיק לא כל שכן דהוי ליה לאסוקי אדעתיה לנטוריה דכיון שכוונתו להזיק הוי פושע".

וסיים השטמ"ק:

"ומהר"י פירש דהאי דקאמר ולא ק"ו וכו' לא קאי אקולא וחומרא דשן וקרן אבעלים אלא אבהמה ושפיר פריך. ע"כ".

והיינו שלפירוש המהר"י הבהמה עצמה חייבת על הזיקה (רק שחובותיה מושת על בעליה) ועל כן אם כוונתה להזיק יש יותר מקום לחייב את הבהמה וממילא את הבעלים, ועפ"ז יש לבאר את דעת ר"ת גביה עביד איניש דינא לנפשיה, שכתב הרא"ש בב"ק (כ.) בשמו:

"ואף ע"ג דפלגא נוקא קנסא הוא ולא מגבינן ליה בבבל אי תפסי לא מפקינן מיניה ופי' ר"ת ז"ל דוקא תפס דבר המזיק עצמו דבו הקילו חכמים אי תפס בשעת ההיזק אבל מידי אחרינא לא".

ומבואר שלר"ת יש שני תנאים לתפיסה בעביד איניש דינא לנפשיה הא' שיתפוס רק את הבהמה המזיקה והב' שיתפוס רק בשעת הנזק. ונראה לבאר שני סייגים אלו עפ"י מש"כ דהחייב על הנזק בעיקרו הוא על הבהמה המזיקה רק שחייב זה מוטל על בעליה, ומעתה מבואר מדוע רק את הבהמה עצמה יכול לתפוס, וגם מבואר מדוע יכול לתפוס רק בשעת הזק והיינו משום שאח"כ החוב כבר נעקר ממנה ומוטל על בעליה. ועפ"ז יש לבאר גם את סברת הר"ח - דהן אמת שיש לחייב את השואל על מיתת הבהמה, אך השואל עצמו גם כן יכול לחייב את הבהמה על שהזיקה אותו ופשעה, וכיוון הרי שגובה אותה בחובו מבעליה וכמש"כ.

ואחר שנשאנו ונתנו ביסוד הפטור הנה יש מקום לדון בפרטיו. הטור (ח"מ שם, ו-ז) הביא מחלוקת הרמ"ה עם אביו הרא"ש האם יש פטור בעליו עימו בשמתה לא ע"י עצם המלאכה⁹:

"כתב הרמ"ה מ' ששואל בהמה לילך דרך ידוע ובאו עליו לסטין באותו הדרך או חיות רעות ואנסוה ממנו חשיב שפיר מתה מחמת מלאכה כיון שמחמת הדרך ששאלה לילך בה הולכה ונאנסה. כי היכי דפטרין להווא דשאל שונרא מחבריה ואכלה עכברים טובא ומתה אף על פי שלא הרגתה המלאכה גופה כיון שבמלאכה

⁹ והבית ירוחם (סימן נז) רצה לומר דבהכי מיירי הרמב"ם במה שאמר "אבל אם מתה קודם שיחרוש בה" שחייב דזה לכאורה פשיטא שהרי בכה"ג אין לומר כלל שמתה מחמת המלאכה. והוא דוחק גדול שהרי הרמ"ה מיירי בשאלה להולכה, וא"כ זהו שמן מלאכתה רק שנחלקו האם זה חשיב מחמת המלאכה. ויותר נראה שבתוספת זו נתכוון הרמב"ם לאפוקי מהבהמה בדבריו שהפטור תלוי דוקא בשעת מלאכה משום שרק בכה"ג אין לשואל כל הנאה, וע"י דגש זה שוב לא יהיה אפשר לפרש סברות כן, שהרי בכה"ג שמתה קודם המלאכה לא נהנה השואל ואעפ"כ פסק להדיא שחייב.

ששאלה לצרכה מתה בגרמתה וא"א הרא"ש ז"ל אומר דאין נראה דלא דמי לשונרא ששאלה להרוג עכברים דבאותה מלאכה עצמה נאנסה והוי כשואל בהמה למהלך יום אחד ומחמת ההילוך מתה אבל אם נאנסה ממנו בדרך אונס אחר הוא ואינו מחמת מלאכה שאף בלא מלאכה אפשר שתאנס ממנו הילכך חייב".

ובש"ך (שם, ה) כתב:

"ויש חולקין כו' - וכן נראה לי עיקר וכמש"כ הרמב"ן ומביאו ב"י וז"ל והא דאמרינן מתה מחמת מלאכה דפטור קשיא לי מיגרע גרע? כיון דכי מתה מחמת מיתת עצמה חייב אף על גב דמלאך המות הוא דקטלא ומה לי הכא ומה לי התם כי מתה מחמת מלאכה דשואל דמ"מ איהו גרם לה היכא מיפטר וי"ל דשואל ודאי חייב באונסים אבל לא בפשיעה דמשאיל וכאן משאיל פשע בה שהשאילו למלאכה והיא אינה יכולה לסבול אותה וכן כתב הרשב"א והריב"ש סי' תכ"ג א"כ כאן שלא פשע המשאיל חייב השואל ול"ד לשונרא דקטלוה עכברים דהשאילה לצורך עכברים ודוק עיין בתשו' רשד"ם סי' תל"ה".

והנה הרמב"ן שדן מחמת פשיעת השואל וודאי יחלוק על דינו של הרמ"ה, אך לפי הרשב"א שדן מחמת מחילה צ"ע האם גם על זה מוחל. אכן עפ"י מש"כ נראה שצדקו דברי הש"ך, שכן לפי הרשב"א לעולם המשאיל לא מוחל על המיתה אם לא שהיא נגררת ממחילת כחש הבשר, וכאן אי"ז מיתה ואינה הרחבה של כחש ועל כן אינו בכלל מחילתו.

וסברת הרמ"ה י"ל עפ"י מש"כ בדעת הרמב"ם דסברתו היא שרק כל שאפשר לתלות בשואל תולים, ובכה"ג הרי השאיל ע"ד שילך במקום שמצויים גנבים, ונאנס, א"כ מוכח שאי"ז בגרמתו ופטור.

עוד מצאנו שנחלקו הראשונים האם מועילה שבועה על כך שמתה מחמת מלאכה (יש בזה שני דיונים הא' עצם השבועה ועל זה אנו דנים, ולבד מזה יש לדון האם שבועה זו מוגבלת דווקא למקום שאין עדים מצויים). הראב"ד בשטמ"ק, הסמ"ג (עשה צב) בשם ר"ת, הרא"ש (ה, ה) והרי"א (א, כ) ובקונטרס אחרון לפרק השואל ראה"ג (ג) כתבו שאינו נשבע במקום שמצויים עדים וכן משמע מהרי"ף והא"ז (סימן שי) בשם ר"ח, אך הרי"ד (צו). כתב וז"ל: "ההוא גברא דשאיל דוולא מחברי' ואיבזע כו'. זו השטה מוכחת דלא מהימן שואל בשבועה דמתה מחמת מלאכה כדכתבית במהדורה קמא"¹⁰.

וכן כתב בחידושי הריטב"א החדשים.

וי"ל שלדעת הרי"ד והריטב"א לא מועילה ע"ז שבועה משום שסברו כמחנ"א שיסוד הפטור הוא שזו שאילה בטעות ואינה שאילה, ועל כן לא שייך שבועה בכה"ג שהרי השבועה היא שבועת השומרים ולא שבועת מי שאינו שומר.

ומקושיית הקבא דקשייתא (קושיא לט) יש ללמוד יסוד נוסף, וזה לשונו:

"תמוה לי על הרמב"ם ריש הלכות שאו"פ (פ"א ה"א) והרמ"ה וכו' ותמוה לי מש"ס נדה (נח). באשה ששאלה חלוק מחברתה ונתלכלך החלוק מדם נידה שנטף ממנה, חייבת לכבס לה החלוק וכו'".

וביאור קושייתו שהרי זה כמתה מחמת מלאכה. ורבו בזה התירושים. ולפי מש"כ בדעת התוס' י"ל שהן אמת שהחפץ-הבגד הוזק, אך סו"ס לא נעשה פה כילוי שהרי אפשר לכבס ועל כן חייבת לכבס לה, ולפי"ז מתחדש שפטור מתה מחמת מלאכה הוא רק באופן של כילוי ולא כשאפשר לתקן וביחוד כשהנזק הוא חיצוני ואפשר להסירו.

אכן גם לפי"ד הרמב"ן א"ש ומשום שהשואלת לא פשעה כלל שהרי הבגד היה ראוי ללבישה.

¹⁰ וסיים שם הרי"ד: "אבל בפ' המפקיד בהלכת השוכר פרה אמרינן אמר ר' ירמי' פעמים ששניהן בחטאת כו' ואמרינן התם דשואל נשבע שמתה מחמת מלאכה, ובפרק הגזול עצים בהלכות נתן לו את הקרן אמרינן תנא רמב"ח ארבעה שומרינן צריכים הודאה במקצת וכפירה במקצת, ואלו הן שומר חנם והשואל נושא שכר והשוכר אמר רבא מ"ט דתנא רמב"ח ש"ח בהדיא כתיב ב' כי הוא זה שומר שכר יליף נתינה נתינה משומר (שכר) (חינם), שואל וכי ישאל וי"ז מוסיף על ענין ראשון כו' אלמא גם השואל שייך בשבועה, ואין לו שבועה אחרת אלא מתה מחמת מלאכה".

גדר פטור בעליו עימו

תמיהה בדברי הרמב"ם

כתב הרמב"ם שכירות (ב, א):

"שלשה דינין האמורין בתורה בארבעה השומרין אינן אלא במטלטלין של ישראל ושל הדיוט שנאמר כסף או כלים וכל בהמה יצאו קרקעות ויצאו העבדים שהוקשו לקרקעות ויצאו השטרות שאין גופן ממון ויצאו הקדשות שנא' כי יתן איש אל רעהו ויצאו נכסי עכו"ם, מכאן אמרו חכמים העבדים והשטרות והקרקעות וההקדשות ש"ח שלהן אינו נשבע, ונושא שכר או שוכר אינו משלם ואם קנו מידו חייב באחריותו".

ובהלכה ג כתב:

"יראה לי שאם פשע השומר בעבדים וכיוצא בהן חייב לשלם שאינו פטור בעבדים וקרקעות ושטרות אלא מדין גניבה ואבידה ומתה וכיוצא בהן שאם היה ש"ח על מטלטלין ונגנבו או אבדו ישבע ובעבדים וקרקעות ושטרות פטור משבועה, וכן אם היה שומר שכר שמשלם גניבה ואבידה במטלטלין פטור מלשלם באלו, אבל אם פשע בה חייב לשלם שכל הפושע מזיק הוא, ואין הפרש בין דין המזיק קרקע לדין המזיק מטלטלין ודין אמת הוא זה למבינים וכן ראוי לדון, וכן הורו רבותי שהמוסר כרמו לשומר בין באריות בין בשמירות חנם והתנה עמו שיחפור או יזמור או יאבק משלו ופשע ולא עשה חייב כמי שהפסיד בידים וכן כל כיוצא בזה שהפסיד בידים חייב על כל פנים".

ודברי הרמב"ם זקוקים לביאור דמחד כתב שהוא מזיק ומאידך כתב שהוא מפסיד בידים. וביותר צ"ב איך רצה לעשותו מזיק בידים והרי לא עשה כלום.

גם צ"ע מהגמ' בבא קמא (סב.):

"אמר רבא: הנותן דינר זהב לאשה, ואמר לה הזהרי בו של כסף הוא, הזיקתו - משלמת דינר זהב, משום דאמר לה: מאי הוה לך גביה דאזקתיה; פשעה בו - משלמת של כסף, דאמרה ליה: נטירותא דכספא קבילי עלי, נטירותא דדהבא לא קבילי עלי".

ומבואר מהגמ' שיש חילוק בין הזיקתו לפשעה ואי נימא כהרמב"ם שחייב פשיעה מטעם מזיק א"כ מ"ש הזיקתו מפשעה.

הבנות ברמב"ם

ובהבנת דברי הרמב"ם מצינו ב' שיטות - עי' שו"ת הריטב"א (סי' קצט), ומשמע שהבין בדעת הרמב"ם שהוא מזיק גמור (ועי' תומים (סו, טט) שקי"ל שגרמא כגרמי וחייב).

אך הש"ך (סו, קכו) כתב:

"ומה שכתב הראב"ד בהשגות שם, ואין פושע מזיק, שאם היה כן, פשיעה בבעלים למה פטור, אלא שאין פושע דומה למזיק, עכ"ל, וכן כתבו הרא"ש והר"ן פרק שבועת הדיינים (שם) ושאר פוסקים. לפע"ד אין זו הוכחה, דפשיטא דאין כונת הרמב"ם דפושע מזיק ממש הוא, אלא כמו מזיק הוא לענין דמן הסברא חייב פושע אפילו בלא קרא, וכמו שכתבתי".

והנה הראב"ד (שם ב, ג) השיג בתרתי על חידושו של הרמב"ם וז"ל:

"א"א (א) ואם אמת הוא זה ש"ח למה אינו נשבע על טענתו שלא פשע שהרי אם פשע משלם ואם נפשך לומר הלא מודה במקצת שאם יודה ישלם ואעפ"כ אינו נשבע הרי אמרה תורה כלל ופרט בש"ח וכלל ופרט בש"ש מה ש"ש מיעט את אלו מעיקר התשלומין ולא מן השבועה לבדה אף ש"ח שמיעט את אלו אף מעיקר התשלומין מיעטן ולא מן השבועה לבדה.

(ב) ואין פושע מזיק שאם היה כן פשיעה בבעלים למה פטור אלא שאין פושע דומה למזיק".

וקושייתו הא' צ"ב מה הראיה משבועה לעיקר חיוב מזיק, וכמו שכתב הוא עצמו בהמשך דבריו. ומה שהוסיף ע"ז להוכיח משומר שכר, עי' ש"ך חושן משפט (סו, קכו):

"ומה שכתב הראב"ד שם על זה, הרי אמרה תורה כלל ופרט בשומר חנם וכלל ופרט בשומר שכר, מה שומר שכר מיעט את אלו מעיקר התשלומין ולא מן השבועה לבדה, אף שומר חנם שמיעט את אלו, אף מעיקר התשלומין מיעטן ולא מן השבועה, עכ"ל. הוכחה זו אינה תלויה בתירוץ שלפניו, והיה לו מיד לכתוב הוכחה זו. אבל באמת לפע"ד גם הוכחה זו אינה כלום, דכל מה שריבתה תורה בד' פרשיות לחיובא כגון שומר חנם לשבועה ושומר שכר לתשלומין, אימעות מכלל ופרט מחיובא דיליה שחייבתו התורה, אבל פשיעה בשומר חנם לא אתיא קרא לחיובא, דאפילו לאו קרא נמי מסברא הוה מחייבין ליה דפושע מזיק הוא".

ובביאור דברי הראב"ד לכאן צ"ל דכל המקור לחיוב פשיעה הוא מהכתוב "על כל דבר פשע... עד האלוקים יבוא דבר שניהם", ומכאן למד את חיוב השבועה ואת חיוב התשלומים בפשיעה, ועל-כן לא יתכן לחלק בין חיוב תשלומין בפשיעה לחיוב שבועה, אך דעת הרמב"ם (כמבואר מהש"ך) היא שחיוב שומר על פשיעה הוא מסברא, ולזה לא צריך את הכתוב.

ובהמשך דבריו הוסיף הראב"ד להקשות שא"כ לא מצינו פטור מפשיעה בבעלים. וכוונתו דפטור בעליו עימו הוא פטור בדיני שמירה ולפי"ד הרמב"ם דין פשיעה אינו מהלכות שמירה אלא מהלכות מזיק, ופטור בעליו עימו לא יחול עליו.

ונעיר שלשון הראב"ד מורה שאין כוונתו להקשות על הרמב"ם רק אומר את דעתו ומציין לה הכרח.

וכן מוכח מהראב"ד עצמו, דעל הרמב"ם אישות (כא, ט) שכתב:

"האשה ששברה כלים בעת שעושה מלאכותיה בתוך ביתה פטורה, ואין זה מן הדין אלא תקנה, שאם אין אתה אומר כן אין שלום בתוך הבית לעולם אלא נמצאת נזהרת ונמנעת מרוב המלאכות ונמצאת קטטה ביניהם".

השיג הראב"ד:

"האשה ששברה כלים בעת שעושה מלאכותיה בתוך ביתה פטורה אין זה מן הדין. א"א לא מן השם הוא זה אלא מפני שהיא שמירה בבעלים שהוא שכור לה בכל שעה¹¹".

ומבואר שפטורה על נזק ממש מכח "בעליו עימו", ועל-כן נראה שכל מחלוקת הראב"ד עם הרמב"ם היא רק בנקודה האם דין פשיעה כמזיק נתחדש מפרשת השומרים, או שהוא חיוב אף בלא פרשת השומרים אך חיובו עדיין מחיובי השומרים, וכמו שראינו ממה שלא פטר הרמב"ם מפשיעה בשעו"ק, ורק ע"ז הקשה. ולקמן יתבאר יותר.

תירוץ קושיית הראשונים מבעליו עמו

ובתירוץ הקושיא כתב הש"ך שם ליישב עפ"י מש"כ כבר לייסד בתירוץ קושייתו הראשונה של הראב"ד:

"לפע"ד אין זו הוכחה, דפשיטא דאין כונת הרמב"ם דפושע מזיק ממש הוא, אלא כמו מזיק הוא לענין דמן הסברא חייב פושע אפילו בלא קרא, וכמו שכתבתי".

והיינו שגם חיוב פשיעה הוא בכלל חיוב שומרים רק שדומה למזיק במה שאין צריך פסוק כדי ללומדו. ועל-כן גם ע"ז חל פטור בעליו עימו שכן חיוב זה גם הוא מחיובי השמירה. ושאיני מפטור עשו"ק שאין זה פטור אלא שכלל אינם בכלל הפרשה.

והנה כתב שם הש"ך עוד בביאור טעם הפטור דבעליו עימו:

¹¹ ולכאורה מחלוקתם זו תלויה במחלוקת ר' אליהו מפריז ור' האם מכח חוב המזונות כופין את הבעל לעבוד או שהוא רק חוב ממוני ואם יש בידו ממון נפרעים ממנו ואם אין לו א"א לכפותו לעבוד וככל חוב ממון.

"והיינו טעמא דקרא, דכשבעליו עמו לא ה"ל שומר עליו כלל אלא ה"ל כאיניש דעלמא¹²".

ולפי"ז אפילו נימא דחיובו כמזיק ממש הרי כל הבסיס לחיובו הוא החשבתו כשומר וא"כ כל שאינו שומר אין לחיובו מטעם מזיק, וכדבר הזה לכא' מבואר בכתבי הגר"ח ז"ל: "ומעתה אין זה רק אם יש עליו חיובי שמירה בל כששאל בבעלים דמליתא דגזה"כ דנפטר מחיוב שמירה אף אם פשע פטור דשוב לא נחשב כמזיק כיוון דאין עליו חיוב שמירה ודו"ק".

ולכא' היה אפשר לומר בכוונת הש"ך שפטור רק מחיובי השמירה, אך לא מהשמירה עצמה, וחייב לשמור, ועל-כן סו"ס גרס את הסרת השמירה של הבעלים ולכן הוי פושע. ויש לעיין בזה מסברא, גם לשון הש"ך משמע שאינו שומר כלל.

אולם דבריהם של הש"ך והגר"ח צ"ע ג. ראשית מהגמ' (מא:):

"רבא אמר: לא תאמר שליחות יד לא בשומר חנם ולא בשומר שכר, ותיתי משואל: ומה שואל דלדעת בעלים קא עביד - שלח בה יד חייב, שומר חנם ושומר שכר - לא כל שכן. למה נאמר? - חדא: לומר לך שליחות יד אין צריכה חסרון, ואידך: שלא תאמר דיו לבא מן הדין להיות כנידון, מה שואל בבעלים פטור - אף שומר חנם ושומר שכר בבעלים פטור".

ומבואר מהגמ' שחייב על שליחות יד בבעלים ושלח"י הוא דין מסוים בשומר, ואי נימא דשומר בבעלים אינו שומר א"כ איך יתחייב על שלח"י.

עוד צ"ע מסברא איך יתכן לומר שאינו שומר, והרי הבעלים נתן לו על דעת זה ופעמים שאף משלם לו על זה. גם עי' ברמב"ם שכירות (א, ד) "אף על פי ששאל או ששכר בבעלים הרי הוא הוציא הדבר השמור" ומבואר שגם בבעליו עימו חשוב שומר. גם צ"ע לפי"ז איך נחלקו האמוראים האם חייב על פשיעה בבעליו עימו והרי הוא כלל לא שומר.

ובברכ"ש (ב"ק לב) כתב דחל עליו דין שומר ויש עליו שם שומר אך הוא פטור משמירה (ונראה שבא לישב את הגמ' במא:). אך צריך לי עיון א"כ במה הוא שומר, ושמא י"ל דבזה גופא שיש לו דין שלח"י יש לו דין שומר. עוד יש לי לומר דאמנם בעליו עימו פוטרו מכל חיובי שמירה שלא תיפסד הבהמה, אך יל"ע האם פוטרו גם נזקים שעשתה הבהמה דבזה י"ל שעדיין חייב ובזה הוי שומר ועל-כן חייב בשלח"י.

והיה מקום לומר דב' חיובים נפרדים יש בשמירה חיוב מעשה השמירה, וחיוב התשלום - האחריות. השומר נפטר רק מאחריות - אך אינו מובן כ"כ איך נתחדשו שתי הלכות בשמירה? ובפשטות או שיש רק חיוב תשלום, או שחיוב התשלום נולד מאי קיום חיוב השמירה, גם לשון הש"ך משמע שאינו שומר כלל.

(ומ"מ יש לעי' בחיוב שלח"י האם נשתנה דינו מכל חיובי גזלן, שי"ל שלא נשתנה אלא רק נתחדש שגם בשומר יש חיובי גזילה. ומעתה י"ל שאת זה גופא השמיענו הפסוק - שפטור בעליו עימו הוא שאינו שומר שאם היה שומר א"כ פטור בעליו עימו היה חל גם על שלח"י ודו"ק).

אך מדברי הרמב"ם עצמו יל"ע שכתב (שאלה ופקדון ב, ח):

"שאל מן השותפין ונשאל לו אחד מהן וכן השותפין ששאלו ונשאל לאחד מהן ה"ז ספק אם היא שאלה בבעלים

אם אינה, לפיכך אם מתה אינו משלם ואם תפסו הבעלים אין מוציאין מידם, פשע בה הרי זה משלם".

וכתב ע"ז המ"מ:

¹² וי"ל שתלי בטעמי הפטור דבעליו עימו, דהחינוך כתב שטעמו הוא שהבעלים הוא השומר והשואל לא נעשה שומר מעולם כיוון שהבעלים שם, ורק כיוון שלא פלוג די במה שבעת השאילה היו בעליו עימו. וזה כדעת הש"ך. אך הספורנו כתב שהוא מטעם מחילה, וא"כ ודאי שמר הוא אלא שהבעלים מוחלים לו את החיוב, וזה כדעת הראב"ד.

"ומ"ש ז"ל פשע בה השומר ה"ז משלם. אף על פי שפשעיה בבעלים פטורה ובדין זה הדבר ספק אם הוא בבעלים אם לא דעתו ז"ל שהפושע הוא כמזיק כמ"ש בביאור פ"ב מהלכות שכירות וכיון שהוא כמזיק ואין שם ראייה ברורה לפטורו חייב לשלם. וכבר כתבתי שחלקו עליו ז"ל."

ומבואר שהוא מזיק גמור, ולפי"ד הגר"ח עוד יש ליישב דבזה גופא נסתפקו האם פושע מזיק גמור הוא או לא, ולכו"ע הרי יש סיבת חיוב שהרי שומר הוא רק ספק האם חל עליו דין פטור.

עוד יש לעי' במש"כ הרמב"ם (שכירות א, ד):

"כל שומר שפשע בתחלתו אף על פי שנאנס בסופו חייב כמו שיתבאר, ואין השואל רשאי להשאל וכו' עבר השומר ומסר לשומר השני אם יש עדים ששמרה השומר השני כדרך השומרים ונאנס פטור השומר הראשון שהרי יש עדים שנאנס, ואם אין שם עדים חייב השומר הראשון לשלם לבעלים מפני שמסר לשומר אחר ויעשה הוא דין עם השומר השני, אפילו היה הראשון ש"ח ומסר לשומר שכר חייב שהרי יש לבעל החפץ לומר לו אתה נאמן אצלי להשבע וזה אינו נאמן, לפיכך אם היה דרך הבעלים להפקיד תמיד דבר זה אצל השומר השני ה"ז השומר הראשון פטור מלשלם שהרי הוא אומר לבעלים זה הדבר שהפקדתם אצלי או השאלתם אמש הייתם מפקידים אותו אצל זה שהפקדתי אני אצלו, והוא שלא ימעט שמירתו, כיצד ימעט שמירתו כגון שהיה מופקד אצלו בשכר והפקידו אצל אותו השני בחנם או שהיה שאלו אצלו והפקידו אצל אותו השני בשכר הואיל ומיעט שמירתו פושע הוא ומשלם, אף על פי ששאל או ששכר בבעלים הרי הוא הוציא הדבר השומר מידו ליד שומר אחר."

וצ"ע מ"ש מכל פשיעה בבעלים.

ישוב דברי הש"ך והגר"ח

ובביאור העניין בס"ד נראה שאע"פ שהזמן שקובע ש"בעליו עימו" הוא שעת השאלה מ"מ שעת חלות הפטור היא שעת הגניבה ואבידה. ההכרח לזה כפי שכתבנו לעיל שאיך יתכן שהוא עשאו שומר והתורה עשתה שאינו שומר והוא דבר קשה מסברא. אך להנ"ל א"ש שכן הוא באמת נעשה שומר בעת קבלת החפץ רק יתכן שאח"כ תופקע שמירתו. ועפ"י א"ש מה שיש דין שלח"י בבעליו עימו והיינו משום שבשעת שלח"י שומר הוא שהרי לא נעשה דבר הפוטר משמירה כגון גנו"א. גם א"ש מה שיש צד לחייבו על פשיעה בבעליו עימו, שכן אע"פ שבעליו עימו פועל שלא יהיה לו דין שומר, ה"בעליו עימו" לא פועל זאת מיד בעת מסירת החפץ לשמירה, אלא רק אם יקרה דבר שיכול להפעיל את הפטור הזה כגון גניבה אבידה, אך על פשיעה נחלקו האם הוא מפעיל את הפטור הזה. ולבד מההכרח מסברא (שאינו מסתבר שהבעלים מינהו שומר ואמרה התורה שאינו) י"ל דכך הוא לשון הפסוקים, דקודם תיארה התורה את התוצאה נשבר או מת ואח"כ חזרה לדון מה היה בראשית קבלת השמירה בעליו עימו או אין בעליו עימו, והיינו שרק מעת הנשבר או מת נולדת השאלה האם בעליו עימו וכמש"כ.

אך לפי"ז שוב צ"ע למה מה שאינו שומר למפרע גורם שלא פעל היזק, והרי סו"ס הוא גרם את הסרת שמירת הבעלים במה שקיבל בהתחלה על עצמו שמירה.

ובאמת שיותר מכך יש לתמוה על דבריהם, שהרי ניחא טפי לומר איפכא, שדווקא בעש"ק אינו שומר כלל ועל-כן הפטור שלו אינו מעלה ומוריד לגבי פשיעה שהיא אינה מחיובי השמירה, משא"כ בבעליו עימו זהו דין פטור ודין פטור חל על כל החיובים שלו, בין אם הם מחיובי השמירה ובין אם לא שכן דין פטור הוא. וניחא טפי לומר שבעש"ק אינו שומר כלל ומשום שאי אפשר להכניסם לרשותו וממילא לאחריותו. או באו"א י"ל שעיקר חיוב שמירה הוא שמירה מגניבה ואבידה, וזהו עיקר חיוב שמירה ואלה לא שייכים בעש"ק (ואף

בשטרות את הממון עצמו הרי לא איבד), ובסברא זו יישב האגרו"מ חו"מ (א, ע) מש"כ הסמ"ע (רצא, ח), דהנה כתב שם השו"ע (רצא, ה):

"ויש מי שאומר שהשומר הזה מיד כשקבל עליו לשמור, או שאמר: הנח לפני, ונסתלקו הבעלים משמירה, חייב עליו אם פשע".

וכתב ע"ז הסמ"ע:

"דאי לא נסתלקו הבעלים משמירתם אלא הווי שומרין קצת עמו בתחילת השמירה, ה"ל שמירה בבעלים דפטור הנפקד".

ותמה עליו הש"ך מסוגיא מפורשת ונפסקה בשו"ע (שמו, ד):

"השאל לו בהמתו או השכירה לו למשוי, והלך עמה לסעדה ולהטעינה, הוי שאלה בבעלים, אף על פי שמעצמו נשאל לו. ואם לא הלך אלא לראות שלא יוסיף המשווי, אין זה שאלה בבעלים".

ולמש"כ שעיקר שמירה היא מגניבה ואבידה ניאח, שהרי שם לא הלך לראות שלא תיגנב או תיאבד אלא שלא יוסיף על משאה וזה אינו קרוי שמירה, ונמצא שאני עימו בשמירתו ודו"ק¹³.

ביאור דין פושע כמזיק בידים

ועל-כן נראה לבאר את דין הפשיעה כמזיק באו"א, ובזה יתבאר גם לשון הרמב"ם, דהנה בגוף סברת הרמב"ם יל"ע איך ראה בפשיעה מזיק בידים. ולביאור הדברים נראה להקדים הגמ' ב"מ (לו):

"אתמר, שומר שמסר לשומר רב אמר: פטור, ורבי יוחנן אמר: חייב." ופירש רבא "מאי טעמא - דאמר ליה: את מהימנת לי בשבועה, האיך לא מהימן לי בשבועה" (ומחמת זה אמר רבא שבמפקיד אצל מי שרגיל להפקיד אצלו הוא פטור שהרי סומך עליו לשבועה). וצ"ע איך ישבע זה עבור חבירו והרי צריך לשבועת השומר, ומה הסברא הזו דאת מהימנת וכו' אפילו חבירו ג"כ נאמן סו"ס הוא עצמו חייב לו שבועה.

ומכך נראה שבמסירתו לשומר אחר אי"ז רק שהשומר הב' נתחייב בשמירה, אלא שהשומר "העביר" אליו את אותה שמירה גופא שהוא עצמו נתחייב בה, וכן מורה לשון הרמב"ם נזקי ממון (ד, יא):

"מסר השומר לשומר אחר השומר הראשון חייב לשלם לניזק, שהשומר שמסר לשומר חייב, והרי הניזק אומר לו למה לא שמרת אתה בעצמך ומסרת לאחר שלם לי אתה ולך עשה דין עם השומר שמסרת לו אתה, מסרה השומר לבנו או לבן ביתו או למסעדר נכנסו תחת השומר וחייבין".

וזה לא יתכן לומר אי נימא שחייב שמירה הוא חיוב גרידא. ועל כן נראה שהשמירה היא מציאות של אחריות ואת אחריותו הוא מעביר מבעלים לשומר ומשומר לבעלים.

ומעתה נראה לבאר מש"כ הרמב"ם שפושע חשיב כמזיק בידיים, והיינו משום שבמה שלא שמר א"כ "ביטל בידיים" את אחריותו, ואי"ז רק אי קיום חובה גרידא אלא ביטול מציאות קיימת (וכע"ז כתב הגר"ב ב"ב בשיעוריו בעניין שומר שמסר לשומר).

ובזה א"ש גם דברי הרמב"ם בשומר שמסר לשומר דחייב אף בבעליו עימו, די"ל שכיוון שמסר את הבהמה לאחר א"כ מסר שמירתו ואי"ז בעליו עימו שהרי הבעלים עם השומר הא' אך הוא אינו השומר עתה. ובתוספת בהירות: לפי מש"כ אע"פ שהזמן הקובע את בעליו עימו הוא שעת שאלה, מ"מ חלות הפטור הוא רק בשעת

¹³ ואין לומר שהש"ך לשיטתו, שלא קיבל סברא זו שעיקר השמירה היא מגניבה, ביאר כלפי איפכא, ומשום שבישוב זה לדברי הסמ"ע מונחת הנחת יסוד שלהסמ"ע זהו פטור מחודש של בעליו עימו ומשום שלא נמסרה השמירה לבעלים לגמרי, (ועל-כן תלי בהאם שמירת הבעלים חשיבא שמירה או לא) ולא גזיה"כ. וע"ז פליג הש"ך וסבר שוודאי אין לומר כן, וודאי כוונת הסמ"ע שזהו בעליו עימו של כל התורה ומשום מסייע לבעלים, וכלפי סיוע זה לא אכפת לן האם פעולת הבעלים חשיבא שמירה או לא. ועי' לקמן מש"כ בביאור דברי הסמ"ע.

הגניבה. ובזה יש ליישב גם משה"ק על הש"ך למה נצרך לטעם נוסף דאע"פ שבעליו עימו עושה שאינו שומר מ"מ נצרך הש"ך לבאר למה פשיעה "מפעילה" פטור זה. גם עפי"ז יש ליישב מה שתמוה לכאורה ברמב"ם שהחשיב גרועי גרע לשמירתו בשואל ושוכר שבעליו עימו וקשה: הרי הוא היה פטור וא"כ אינו צריך לשמור כלל. ולהנ"ל א"ש שכן כל זמן שלא נאבד הפיקדון לא חל פטור בעליו עימו.

גדרי עמו הפוטרים בשאלה

פטור בעליו עימו יסודו בכתובים שמות (כב, יג-יד):

"וכי ישאל איש מעם רעהו ונשבר או מת בעליו אין עמו שלם ישלם: אם בעליו עמו לא ישלם אם שכיר הוא בא בשכרו".

ונשנה במשנה (צד):

"השואל את הפרה ושאל בעליה עמה, או שכר בעליה עמה, שאל הבעלים או שכרן ואחר כך שאל את הפרה ומתה - פטור, שנאמר אם בעליו עמו לא ישלם. אבל שאל את הפרה ואחר כך שאל את הבעלים או שכרן, ומתה - חייב, שנאמר בעליו אין עמו שלם ישלם".

ויש לחקור ב"עימו" דקרא האם עימו היינו עם השואל או עם החפץ השואל, ויתבאר לקמיה. ובמה שדייקה הגמ' דייקה מהמשנה שגם עמה ממש פטור מטעם "בעליו עימו" צ"ע א"כ תרתי למה לי, וכן באיזה מן האפשרויות הרבות האם שאפילו בעמה ממש או אפילו בבעלים קודם לבהמה.

והנה על קושיית הגמרא איך יתכן עימה ממש והרי בעלים באמירה, הקשו התוס' (צד. ד"ה פרה במשיכה¹⁴): "הק' ריב"ם דאמר לקמן בפירקין (דף צז:): שתלא טבחא ואומנא וספר מתא כולוהו בעידן עבידיתייהו כשאלה בבעלים דמו משמע דשלא בעידן עבידיתייהו לא הוי שאלה בבעלים".

ותירצו התוס':

"וי"ל דלאו דוקא בעידן עבידיתייהו אלא בשעת הליכתו או אפילו מזמנים עצמן לילך ולעשות חשוב בעידן עבידיתייהו¹⁵ אבל ודאי משעת אמירה של קודם פסק מלאכה לא חשוב שאילה בבעלים כדאמרינן בס"פ האומנין (לעיל דף פא.) לסוף איגלאי מילתא דההיא שעתא שכרא הוי שתי ולא הוי פשיעה בבעלים".

¹⁴ וקצת צ"ע דיבור המתחיל זה, שהרי עיקר קושיית התוספות היא רק על "בעלים באמירה", וא"כ למה ציטטו גם "פרה במשיכה".

¹⁵ ובעיקר דברי התוס' צ"ע שהרי סתרו דבריהם עי' בב (מג: ד"ה דאמר שמור לי היום כו'): "וא"ת אכתי שמירה בבעלים היא דאמרינן בריש השואל דבעלים באמירה גבי שואל את הפרה ובעלה עמה וי"ל שאני התם דבאמירה משעבדי עצמן ליכנס במלאכתם מיד אבל הכא לא משתעבד עד למחר". ויותר צ"ע שאם נלמד את דברי התוספות ב"מ כפשוטם א"כ תירוץ הגמ' "איבעית אימא: כגון דקיימא פרה בחצרו דשואל, דלא מחסרא משיכה". צ"ע דלפי דבריהם פרה באמירה ובעלים רק לאחמ"כ משיומן עצמו לילך ואין זה בעליו עימו. ועי' בש"ך (שמו, א)

"ולפע"ד אינו מוכרח בהרא"ש דמ"ש הרא"ש והיינו אמירה דלעיל ר"ל דמוכח התם דלא בעינן עידן עבידיתייהו ממש והוא הדין דלא בעינן הכנה אלא דבש"ס קאמר בעידן עבידיתייהו פ' הרא"ש כן וכן משמע בתוס' ר"פ השואל וכן משמע ל' ר"י נ"ל ח"ג וז"ל שאלה בבעלים מיקרי מזמן שמכיני' עצמן ללכת כו' כי בעלים באמירה עכ"ל ובתו' פ' חז"ה דף מ"ג ע"ב ובמרדכי שם גבי מה שהקשו דא"ל שמור לי היום כו' וא"ת אכתי שמירה בבעלים היא דאמרי' בריש השואל דבעלים באמיר' ותירצו' דשאני התם דבאמיר' משעבד עצמו ליכנס במלאכתם מיד אבל הכא לא משתעבד עד למחר עכ"ל מוכח דבאמירה אף בלא הכנה הוי שמירה בבעלים".

ומש"כ "כן משמע בתוס' ריש פרק השואל" כוונתו שהתוס' כלל לא מתייחסים לסוגיא שלנו ומשמע שלא נשתנה בהבנתה כלום. גם לשון התוס' "אבל ודאי משעת אמירה של קודם פסק מלאכה לא חשוב שאילה בבעלים" ולא כתבו סתם משעת אמירה. משמע שפעמים משעת אמירה מועילה.

אולם מהגר"א מוכח שסבר שדברי התוספות ב"מ עיקר שכתב (שמו, ג ליקוט)

"בעוד שהוא משקוהו. לאפוקי אח"כ כמו השאילני היום ואשאילך למחר בס"ח וקאמר והשקהו כו' דס"ל להרמב"ם דוקא אחר שהתחיל במלאכה וכמ"ש בעידן עבידיתייהו אבל לתוס' ורא"ש אפי' קודם לכן בשעה שהלך וכמ"ש בס"ג". והשו"ע בסעיף ג' דיבר בכל גיונא וז"ל:

ומשמע שלפירושם לא די באמירתה ההסכמה של הבעלים ובעיני התכונות למלאכה ג"כ.

אך מרש"י מבואר שדי באמירה (צד: ד"ה ובעלים באמירה): **משאמר** לו הרי פרתי ואני נשאלין לך - **הוי גופו שאול** לו, ופרה אכתי מיחסרא משיכה - ועל כן הוה ליה שאל בעלים ואחר כך שאל פרה.

והנה מהסוגיא (פא.) משמע כתוס' צ"ע על דברי רש"י, קושי זה מתעצם לאור פירוש רש"י שם:

"איגלאי מילתא דההיא שעתא שכרא הוה שתי - ולא היה במלאכתו, שעדיין לא התחיל לאפות, ונמצא שבשעה שנעשו הן שומרין - לא מסר עצמו להיות מלאכתו עליו, אבל אם נתעסק מיד ואפה, ולאחר שאפה שתי שכרא, ובאותה שעה אבדה טליתו - פשיעה בבעלים נמי הויה, הואיל וכשנעשו שומרין היה במלאכתו, דאמרין לקמן בבא מציעא (צה, ב): היה עמו בשעת שאלה - אינו צריך להיות עמו בשעת שבורה ומתה".

ובתירוץ הקושיא כתב ההשלמה (פא.):

"והא דאמרין גבי ההיא אהלויי בסוף איגלי מילתא דההוא שעתא שכרא הוי שתי איצטרכינן לפרושי שעדיין לא התחיל לאפות והוה ליה כשואל את הפרה ואחר כך שאל את הבעלים שהרי לא היה עוסק כלל במלאכתו ולא היה מתחיל לעסוק בה וכיון שהיה זמן קבוע לאפייתם בשעת הצהרים או בשעת המנחה אע"פ שאמר בשחרית לאפות בשעת האפיה והוה ליה כאומר לו שמור לי היום ואשמור לך למחר ואם אמר להם אני אעסוק מעכשיו באפייתם בעליו עמו קרינא ביה דהא אמרין בריש פרק השואל בעלים באמירה פ"י באמירה בעלמא מכיון שאמר לו הבעלים אשאל לך אע"פ שיכול לחזור בו עמו במלאכתו הוא כיון שאם היה דבר האבד שוכר עליהן או מטען

ומיהו אפשר לאוקמי חלוק בין שכירות לקבלנות בשכירות באמירה בקבלנות עד שיתחיל במלאכה ואפיה בקבלנות הוא".

ולתירוצו הראשון אין יסוד בלשון רש"י בפירושו לסוגיא (פא.), ותירוצו השני צ"ב מסברא מ"ש שכירות מקבלנות ולקמן יתבאר בס"ד.

ובישוב דברי רש"י י"ל על פ"י דברי הרמ"ה הובאו בטור חו"מ (שמו, ו):

"ומיהו אם שאל את הבעל ונתרצה לו להיות שואל לו אף על פי שלא התחיל במלאכת השואל בשעת משיכת הפרה אלא מזמין ומכין עצמו ללכת חשוב שפיר עמו במלאכתו אבל באמירה שאומר להיות שואל לו ולא הכין עצמו למלאכתו לא הוי שאלה בבעלים וכ"כ הראב"ד אמר לו השאילני פרתך והשאל אתה עמה כיון שהתחיל ללכת עם פרתו אף על פי שעדיין לא יצא מביתו כבר התחילה שאלתו וכ"כ הרמ"ה אלא שחילק דוקא שלא פירש לו זמן אלא אימתי שירצה השואל יעשה לו מלאכתו לפיכך כיון שאם אומר לו עתה לעשותה יעשה נמצא שמעתה הוא שואל לו למלאכתו אף על פי שעדיין לא עשה אבל כשאומר לו לעשות מלאכה ידועה (מיד) כל זמן שלא התחיל לעשותה אינו קרוי עמו במלאכתו וא"א הרא"ש ז"ל כתב כסברא הראשונה".

"שאל הבעל, ונתרצה להיות שואל לו, אף על פי שלא התחיל במלאכת השואל בשעת משיכת הפרה, אלא מזמין ומכין עצמו ללכת, חשיב שפיר עמו במלאכתו. אבל באמירה שאומר להיות שואל לו, ולא הכין עצמו למלאכתו, לא הוי שאלה בבעלים".

ועי' בנתיבות (שם, א) שתירץ את ראיית הש"ך:

"אבל באמירה. עיין ש"ך ס"ק א', (ד)מוכח דבאמירה בלא הכנה וכו'. ולא ידעתי איך תתיישב בזה קושיית התוספות ריש פרק השואל (ב"מ צ"ד. ד"ה פרה). וצריך לומר דכונתו דכשאומר לו בפירוש שיעשה לו מלאכה מיד הוי כהכנה, וגבי שתלא (שם צ"ז ע"א) וגם באפיה (שם פ"א ע"א) לא אמר לו בשעת שאלה, אלא שיש עליו החיוב שנתחייב מקודם". והסיק הנתיבה"מ:

"אמנם לפענ"ד נראה דאף התוס' מודים דבעינן הכנה דוקא, והתוס' פרק חזקת הבתים (ב"ב מ"ג ע"ב ד"ה דאמר) רצו להשמיענו דין מחודש, דאף היכא שמכין עצמו על שמירה דלמחר לא מהני כיון שקבע זמן כמ"ש הסמ"ע ס"ק ד', והתוס' אף שהיו יכולין לתרץ כמו בפרק השואל מ"מ באו להשמיענו דין מחודש".

ולפי"ד מיושבת הסוגיא (פא.) שכן שם מייירי במלאכה ידועה, ועל-כן כל שלא התחיל במלאכה אי"ז בעליו עימו. אך אכתי צ"ע שהרי מלשון רש"י בסוגיא (פא.) משמע שאם יתחיל מיד לאחר אמירתו יועיל ולכא' לדברי הרמ"ה אכתי השמירה נעשתה קודם לבעליו עימו. וי"ל מכח תוכ"ד או דכל שעשה מיד האמירה עצמה מועילה. ודברי הראב"ד שהביא הטור הובאו בתוספת מרובה בשטמ"ק (צד: ד"ה עמה ממש) ועיקרם ליישב את עצם תמיהת התוס' איך יתכן שבעלים נשאלים באמירה:

"האי אמירה לאו אמירה בלחוד היא דהא בעיא התחלה במלאכה או בהליכה למלאכה אלא כיון שאמר לו השאילני פרתך ותשאל לי עמה כיון שהתחיל ללכת עם פרתו אף על פי שעדיין לא יצא מביתו כבר התחיל בשאלתו.

אי נמי הא דבעינן התחילו או הלכו הני מילי לאחיובי ממונא אבל תרעומת מיהא אית להו משום דשלא כדין עבדי. אלמא כל היכא דלא הדרי בהו באמירה בעלמא שאולין נינהו אבל הפרה אינה נשאלת עד שתצא מרשותו לסימטא ואז היא נקנית לו במשיכה לימי שאלתה ולהתחייב באונסיה ומזונותיה. ואף על פי שבעל הפרה יכול לחזור בו משאלת גופו שאפילו בחצי היום יכול לחזור בו מכל מקום כל זמן שלא חזר בו אם מתעסק בשמשו עם פרתו נשאל הוי".

והתוס' כלל לא הביאו מדין תרעומת או מהגמ' דהאומנין לעיל. ונראה לומר דהתוספות כלל לא נתקשו בהלכות שכירות, משום שס"ל דלא בעינן כלל לדין "גופו שאול" של רש"י, ובעליו עימו אינו מחמת השיעבוד שיש לשואל על המשאיל אלא צריך רק ש"יתן לו" מלאכה. והראב"ד ז"ל סבר בשני הביאורים שצריך קניין ושיעבוד של הבעלים, ורק חקר בגדר תרעומת האם הוא דין שיש לו עליו או רק היתר כעס (ונ"מ בזה גם האם ע"י תרעומת נעשה בעל דין ויפסל להעיד בדבר, או לטעון טענות בדין ואי אפשר לומר לו לאו בעל דברים ידידי את).

ויסוד המחלוקת דרש"י והראב"ד עם התוספות היא ב"עימו", דהתוספות סברי דצריך להיות עם הבהמה, וכדי להיות עם הבהמה על כרחו צריך להיות משועבד גם הוא למשאיל כך ששניהם תחתיו, אך לרש"י והראב"ד עימו היינו עם השואל ואין העיקר בשיעבוד דזה תחתיו ולא עימו, אלא בנתינת סיוע דאז הוא עימו.

ועי' בנמוק"י ריש פרקין (נד:):

"פירוש פרה במשיכה ובעלים באמירה לאו למימרא דבעלים משתעבדי באמירה שלא יוכלו לחזור בהם כי היכי דמקניא פרה במשיכה דהא אף על פי שהתחילו במלאכה יכולין לחזור בהם כדאיתא בפרק האומנין (דף עז א) אלא ה"ק ובעלים באמירה 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".

ומהנמוק"י לכא' היה משמע כהראב"ד בביאורו השני, אולם נראה לא כן שהרי הוא לא הזכיר תרעומת כלל ומשמע מדבריו שאין גם שיעבוד רק יש השערה ששארית ישראל לא יעשו עולה. ולכא' נראה שהוא סבור שצריך "נתינת מלאכה" כהתוס' אך שיטתו שמשעת אמירה התחילה המלאכה.

והנה הגמרא (זז.) הביאה את דברי רבא "מקרי דרדקי, שתלא, טבחא, ואומנא, ספר מתא - כולהון בעידן עבידיתייהו כשאלה בבעלים דמו". וצ"ע מה השמיענו רבא בזה?

ונחלקו בזה הראשונים (שיטמ"ק בשם הריטב"א, ר"ח והראב"ד, וביאור המיוחס לריטב"א שיובא להלן). בשיטמ"ק בשם הריטב"א (ע"ש שהביא כך בשם עוד כמה ראשונים) כתב:

"האי שתלא וכו'. כולהו בעידן עבידתא שאלה בבעלים הוו והשואל מהן פטור מלשלם והטעם מפני שכל אלו נוטלין שכרן מבני העיר כאחת והרי הן במלאכה אצל כל בני העיר ואפילו כשעושיין מלאכה לאחד מהן כאלו

עושיין לכולן כי לכולן הן נשכרין והווי להו כאחד מן השותפין ששאל ובשעת שאלה נשאל לכולן שהוא פטור לדברי הכל. כך פירש רבינו הגדול:

אבל מדברי רש"י נראה דלא חשיב שאלה בבעלים אלא לאותו שהיה במלאכתו שאם שאל ממנו בהמה באותה שעה פטור ולא נהירא דאם כן מאי קמשמע לן רבא. והאי ספר מתא היינו כותב השטרות אבל רש"י פירש לשון תספורת שמספר אנשי העיר בתספורת. ובעיקר הדין שניהם שוין.

והיינו שלדעת הריטב"א צריך עשיית מלאכה בפועל אך אי"צ שתהיה המלאכה דווקא עבור המשאיל וזהו חידושו של רבא, אך לרש"י בעינן שיעשה מלאכה ממש עבור המשאיל, וא"כ והדרא קושיא לדוכתא, מה חידש רבא? גם צ"ע דלמש"כ הרי לרש"י די בשיעבוד וא"כ מדוע כאן הצריך מלאכה בפועל?

והשיטמ"ק שם (וכן הוא באו"ח ג פסקי ב"מ סימן שיא וכ"כ הרא"ש בשם הראב"ד (ת, ו)) הביא פירוש נוסף בשם ר"ח: "אמר רבא מיקרי דרדקי וכו'. פירוש אלו כולן שכורין הן בזמן קצוב לכל המדינה וכל השואל מהן שאלה בבעלים היא כי הללו כולן כשכורין הן בעתות שדרכנן להתעסק בצרכי צבור. עד כאן".

ואם כן מצאנו שיטה שלישית, הר"ח אינו מצריך כלל שיעשה במלאכה רק שיהיה זה בעת שהוא משועבד למלאכה.

וצ"ב מחלוקתם, מדוע לא קיבלו ר"ח והראב"ד את תירוץ הריטב"א ומאידך הריטב"א לא קיבל את תירוץ הראב"ד?

ולמש"כ י"ל שהראב"ד לשיטתו סבור שלפטור בעליו עימו צריך שיעבוד וזוהו הוא עם הבהמה, וע"כ די במה שהוא משועבד לו לעשות מלאכתו אם ירצה וזוהו הוא עימה. אך הריטב"א סבר שצריך שיתן לו מלאכה, וא"כ כל שלא נתן לא מלאכה לא יועיל, ומה בכך שיש לו עליו שיעבוד. ע"ז מחדש הריטב"א שמה שנתן לחבירו חשוב כאילו נתן לו. אכן אכתי צ"ע בפירוש רש"י שבוז לא סבר כראב"ד ואדרבה סבר להיפך.

והנה כמו שכתב הריטב"א מרש"י מבואר שלא כמוהו וגם לא כר"ח וכוונתו למה שכתב רש"י (צ. ד"ה כשאלה):

"אם משהיה זה במלאכתו שאל הימנה בהמה באותה שעה, ומתה – פטור".

ונראה ליישב עפ"י הקדמת מש"כ המיוחסים לריטב"א (צ.ו):

"כולהו בעידן עבידייתא כשאלה בבעלים דמי אית דמפרשי דהא אשמועינן רבא דהוה אמינא כיון שבכל יום עושין מלאכה לאחרים אף על פי שהוא עושה מלאכה לזה ששואל ממנו כיון דלאחריני נמי עביד בכל שעתא הוה ליה כמי שאינו נשאל לזה אשמועינן רבא דבעידן עבידתא מיהת כלומר בשעה שעושה מלאכה לזה השואל כנשאל לו דמי ופטור".

וכ"כ שו"ת הריב"ש (תלו):

"ואף על פי שאותה מלאכה שהיה בעל הדבר עושה לזה, היה בשכירות כלל המדינה; ולא בשכירות, או בשאלת היחיד ההוא, בפרט".

וצ"ע דלכא' סברות הריטב"א והמיוחסים לריטב"א הפוכות, דהריטב"א סבר שהשיעבוד לציבור עושה בעליו עימו ואילו המיוחסים סבר שהשיעבוד לציבור גורע.

ונראה שנחלקו בגדר ציבור – אפשרות אחת היא שזו שותפות של כלל היחידים, ועל-כן הבעלים משועבד גם לשומר, וזו סברת הריטב"א. אפשרות שניה היא שציבור הינו מציאות בפני עצמה והבעלות עומדת בפני עצמה, רק שיש ליחידים זכות שימוש בה. כך סבר המיוחסים לריטב"א ועל-כן סבר שהשיעבוד לציבור גורע. ומ"מ אם כבר עושה חשיב בעליו עימו – או משום שחשיב שלוקח את השיעבוד מהציבור או משום שסבר שגם עשיית מלאכה מועילה וכפי שיבואר להלן.

ולפי"ד בביאור הריטב"א והתוספות יש להקשות מהגמ' (צ.ו. -):

"בעי רמי בר חמא: בעל בנכסי אשתו שואל הוי או שוכר הוי? - אמר רבא: לפום חורפא שבשתא. מה נפשך, אי שואל הוי - שאלה בבעלים היא, אי שוכר הוי - שכירות בבעלים היא".

ואע"פ שאשתו לא תמיד עובדת עבורו, ועל-כרחך שהטעם הוא משום שהיא משועבדת לו, וכ"כ הנמוק"י (נד:): "שאלה בבעלים היא. שהיא תמיד במלאכתו והיא נשאלה לו תחלה כשנשאה ואף על פי שאינה עוסקת כל שעתא ממש ואפשר דבשעת נפילת הנכסים לא היתה עוסקת במלאכתו מ"מ כיון שאינה פטורה לעולם מלשמשו שאלה בבעלים קרינן ליה ודמיה להא דאמרין לעיל בריש פירקין (צד:): דבעלים באמירה מיקנו (נה:): דמשום שקבל עליו לעשות מלאכתו אף על פי שעדיין אינו עוסק בה חשבינן ליה שאלה בבעלים ולקמן (צז:): דאמרין מקרי דרדקי ושתלא וטבחא דדוקא בעידן עבדתייהו הוי שאלה בבעלים ההוא משום שפטורין מלשמש בשעות ידועות".

אך עי' בלשון רש"י שם "שאלה בבעלים היא - שהיא עמו תדיר במלאכתו, והיא נשאלת לו תחלה, משנשאה". וצ"ע למה צריך שתהיה עימו תדיר הרי לא קי"ל כרב המנונא ודי שתהיה עימו בשעת נישואין. גם צ"ע מש"כ "תדיר" ומשמע באופן תכוף והיה לו לומר "תמיד" וכמש"כ הנמוק"י. ונראה לבאר שכוונתו גם על פירות נכסי מלוג שבאו לאחר הנישואין. וממש"כ תדיר נראה שהאשה אינה "משועבדת" למלאכת הבעל, ורק מעשיה שלו אם עשתה, ומה שצריכה לתת לו טחינה ואפיה וכדו' אינה משועבדת לתת לו, אלא כשהוא צריך להם רק אז משועבדת היא לו למלא צרכיו אלו. ועל-כן נצרך לומר תדיר שסתמא דמלתא היא במלאכה ולא יושבת בטילה ומסתמא כשנפלו לו הפירות היתה במלאכתו. ולפי"ז א"ש מש"כ בשיטת הריטב"א.

אך לפי"ז צ"ע דא"כ סתר הרא"ש משנתו שהרי הביא את דברי הראב"ד ומאידך כתב כהתוס' שכן כתב (ח, ו): "תימה דהכא משמע דוקא בעידן עבדתייהו ולעיל בריש פירקין אמר בעלים באמירה אלמא משעת אמירה מיקרי שאלה בבעלים אף על פי שעדיין לא התחיל במלאכה. וצ"ל דבעידן עבדתייהו לאו דוקא אלא בשעה שזומנין ומנידין עצמן ללכת מיקרי עידן עבדתייהו היינו אמירה דלעיל. וכן פי' הראב"ד ז"ל אם אמר לו השאילני פרתך והשאל לי אתה עמה כיון התחיל ללכת עם פרתו אף על פי שעדיין לא יצא מביתו כבר התחילה שאלתו. ובעידן עבדתייהו פי' הראב"ד ז"ל בזמן הראוי למלאכה קאמר ואף על פי שאין עוסק בה. לפי שאין רשאי להשמש מן המלאכה ההוא. ר"ל כיון שהוא שכור לכל בני העיר למלאכה זו בכל עת שהם צריכים לו בכל עת ובכל שעה היא שאלה בבעלים לכל בני העיר כיון שאם יצטרך לו מחויב לעשות מלאכתו. מידי דהוה אשותפין ששכרו שכיר חדש שכיר שנה דבכל שעה היא שאלה בבעלים לשותפין".

ביאור מחלוקת הראשונים

ובביאור מחלוקת רש"י והתוס' כבר כתבנו דנחלקו האם בעליו עימו היינו עם השומר או עם החפץ השאול, דאם הוא עם הבהמה צריך שיהיה תחת המשאיל ומשועבד לו וכמו שהבהמה תחתיו וכן דעת רש"י. אך אם עימו היינו עם הבעלים די בנתינת מלאכה וכן דעת התוס'.

ועתה נשוב לבאר גם את תירוץ השני של ההשלמה שחילק בין קבלנות ושכירות, וי"ל שישנם שני דיני בעליו עימו, ועל-כן די בשיעבוד או בנתינת מלאכה. קבלנות אינה שיעבוד והעובד חייב לו רק את התוצאה ולא את המלאכה עצמה, ובוה אינו נחשב תחתיו, אלא רק כבעל חוב כספי, ועל כן צריך נתינת מלאכה ממש. בשכירות לעומת זאת שמשועבד לו למלאכה די בעצם השיעבוד.

ולכאורה תהיה נ"מ לדבר זה אם הבעלים מעצמו סייע לשואל, שלצד הא' כיוון שאינו משועבד לו אינו "עימו", אך לצד הב' יחשב "עימו" היות וסו"ס נתן לו פעולה. ועי' בגמ' (יז). במעשה באחד ששכר בהמה מחבירו ויצאו הבעלים אחריה לראות שלא ירבו במשאה, וכתבה הגמ' שכיוון שיצא לראות אי"ז נחשב כשאלה בבעלים.

ובטעם הדבר נחלקו הראשונים דהמרדכי (רמז שעג) כתב:

"דאם השאיל לו סוסו ותפש האיטרי"ר בלע"ז זהו לתקנת בהמתו וכן מצאתי דאין (זה) נקרא עמו במלאכתו אלא היכא דשואל בקש מן המשאיל עשה לי דבר פלוני וכן כולם אשקיין מיא זיל אפי לי דלעיל אבל אם עשה מעצמו אין זה עמו במלאכתו".

וכ"כ השיטה מקובצת (tz). בשם רבנו יהונתן:

"דלמיסר טועניה נפק. כלומר לראות אם יטענו אותם יותר מכדי משאן ולא נשאל להם כלל לסייעם בשליחות אלא מאליו בלא שום דיבור בעולם שאם היה רוצה לא היה מסייעם ולא מיקרי שאלה בבעלים אלא כשהתנה עמהן וכתוב שארית ישראל לא יעשו עולה וגו' אבל אם לא התנה לא מיקרי נשאל כלל".

ומבואר שלא נחשב בעליו עימו כיוון שהבעלים לא נעשה שואל למשאיל.

ועי' בשטמ"ק שם בשם ר"ח שכתב:

"איגלאי מילתא דלמיסר טועניה. איגלאי מילתא דלא נפק לדלויי בהדיה אלא לפקוד בהמתו לראות כמה יטענהו שלא יטעינהו הרבה. ושקל המשא ודלאו לראות כמה משקלו אם כבד הוא הרבה ולהנאותו עשה ולא לסייע להשובר ואשתכח דליתא פשיעה בבעלים ושפיר חייבינהו רבא לשלומי".

וצ"ע בכונתו, אולם עי' בטור (שמו) שכתב ז"ל:

"השאיל לו פרתו או השכירה למשאוי והלך עמה לסעדה ולהטעינה המשאוי הוי שאלה בבעלים אף על פי שמעצמו נשאל לו ואם לא הלך אלא לראות שלא יוסיף עליה המשאוי אין זה שאלה בבעלים".

ומשמע מדבריו שהטעם הוא שהלך רק לראות ולא עשה מלאכה חשובה כ"דלויי".

והיה מקום לתלות את מחלוקתם במחלוקת פרשני התורה מדוע בבעליו עימו פטור. הספורנו כתב שהפטור הוא מחמת שכיוון שהשאיל לו ברצון כ"כ טוב עד שהשאיל לו גם את עצמו בוודאי מחל, ואם להנאותו עשה וודאי אין לומר כן. אך החינוך (מצוה ס) כתב שעיקר הטעם הוא כפשוטו של מקרא שכל שהבעלים שם עדיין החפץ באחריותו, רק שלא ניתנו הדברים לשיעורין (ועל-כן בין היה הבעלים במלאכה אחרת ובין רק בתחילה נשאל לו ולא בעת האונס - פטור). הר"י מלוניל והמרדכי סברו כהספורנו דהטעם הוא שהשאיל לו כ"כ בטובה בוודאי מחל לו את האחריות, ועל כן כה"ג שלא בא לטובת השואל אלא לטובתו עצמו שלא תתקלקל בהמתו, בזה לא נפטר השואל דאין בזה קירוב דעת. ודעת הטור כחינוך שעיקר הטעם הוא אי העברת האחריות כל זמן שהוא שומר, א"כ כה"ג שלא בא כלל לשמור אלא רק לראות פטור.

עפ"י דברינו אלה יש לבאר את דברי ההגהות אשרי ריש פרקין:

"ופי' ה"ר ברוך מריגנשפור"ג דוקא שנדר להיות עמו במלאכתו תוך ימי שאילת הפרה אבל אחר ימי שאילת הפרה אף על פי שנדר קודם אין זה שאלה בבעלים וראיה כתוב בפנים. מא"ז".

ודבריו צ"ע דממאי נפשך: אם די באמירה, משמע שבאמירה כבר יש השתעבדות, וא"כ שוב מה אכפת לי מתי יבצע את ההשתעבדות הרי עתה הוא כבר משועבד או (לפי ביאורו בתוס', הרא"ש והראב"ד) התחיל פעולתו. ונראה שלמד ד"בעליו עימו" היינו עם הבהמה ולא עם הבעלים (ושיטת רש"י דמשתעבד לו קצ"ע שהרי אי"ז עימו אלא תחתיו (עי' לשון רש"י פא. "ונמצא שבשעה שנעשו הן שומרי - לא מסר עצמו להיות מלאכתו עלי"). ונוסיף שסבר כהתוס' שעיימה אינו "השתעבדות" אלא "נתינת עבודה" והאמירה היא תחילת המלאכה, אך העיימה צריך להיות במלאכה ולא כהכ"ל להתחלתה, רק שצריך שבשעת ההפקדה תהיה מציאות של עיימה בעולם ועי' אמירתו ישנה, ודו"ק.

ומעתה נראה לפרש יותר את דברי ההשלמה, ובהקדם שיש שני פטורים דבעליו עימו - עימו דשואל ועימו דהפקדון. עימו דשואל נעשה ע"י נתינת מלאכה, אך עימו דהפקדון הוא ע"י שיעבוד דעי"ז שניהם יחד תחת השואל. ומעתה י"ל שדווקא בשכירות המשאיל משועבד לו ועל-כן די באמירה שבוזה נעשה משועבד לו, אך

בקבלנות הרי אינו משועבד לו ורק צריך לתת לו דבר מוגמר, ואם יעשה זאת שלא ע"י מלאכה אין לו עליו כל תביעה, ועל-כן לזה צריך מלאכה ממש.

ועפ"י נראה לישב מש"כ רש"י בסוגיא (צו.) דהגמ' שם נסתפקה "אשה ששאלה ונשאל לבעל, מהו? קנין פירות כקנין גוף דמי או לא", ופירש"י "אשה ששאלה - לחרוש קרקע מלוג, ונשאלו הבעלים לבעל למלאכת עצמו". וצ"ב דאפילו נימא דנכסי מלוג קנין הגוף המה, סו"ס הבעלים שאולים לבעל והבהמה לאישה וא"כ אי"ז בעליו עימו, ועל-כרחך לומר שעימו היינו עם הפקדון, ועל כן אם קניין פירות כקניין הגוף נמצא שהפרה והבעלים עושים עבור הבעלים (ואע"פ שאינו תחת האישה ואינם תחת אותו אדם מ"מ בעשותם מלאכה יחד עבור אדם אחד גם בזה מיהא הו"ו "עם").

ולפי דרך זו נראה ליישב גם מש"כ התוס' דבעינן תחילת מלאכה ולכא' מקושיית רבא: "לפום חורפא שבשתא. מה נפשך, אי שואל הוי - שאלה בבעלים היא, אי שוכר הוי - שכירות בבעלים היא". מבואר שדי בשיעבוד ואין צריך תחילת מלאכה ונתינת מלאכה. ולשיטתם יש לומר חידוש דבבעל ואשתו הוי עימו מעצם מה שאשתו כגופו, ואף בלא עשיית מלאכה ד"עימו" הינו עם הבעל הראשונים חלקו על-זה כיוון שסברו שצריך עימו דפקדון.

ורין בעליו עימו מחודש יש בסמ"ע (רצא, ח):

"ונסתלקו הבעלים משמירתן - חדא וכו' ועוד, דאי לא נסתלקו הבעלים משמירתם אלא הו"ו שומרין קצת עמו בתחילת השמירה, ה"ל שמירה בבעלים דפטור הנפקד וכמו שכתבו הטור והמחבר בסוף סימן זה (סעיף כח)". ומבואר שאף שהבעלים כלל לא נתכוונו לעזור לשואל אלא רק לשמור על החפץ שלהם ה"ז בכלל שמירה בבעלים (והאגרו"מ (חו"מ א, ע) ביאר שהיינו דוקא בבא לשמור אותה מגניבה ואבידה ולא מדבר אחר ובה יישב את קושיית הש"ך (סקי"א) על הסמ"ע מהסוגיא (צו.). "למיסר טעונה הוא דנפק". ומעיקרא חשבתי לבאר עפ"י ד חידושי הר"ן סנהדרין (כו):

"לא יומתו אבות בעדות בנים. וא"ת דהא איצטרך קרא לגופי' שלא יומתו האבות בעון בניהם כדכתיב באמציה ואת בני המכים לא המית ככתוב בתורת משה לא יומתו אבות על בנים. איכא למימר דמקרא אינו יוצא מידי פשוטו דפשוט' דקרא הוא שלא יומתו אבות בעון בנים ומדרשו שלא יומתו בעדות בנים ומקרא אחד מתחלק לכמה טעמים כדכתיב אחת דבר אלהים שמים זו שמענו א"נ משום סיפיה דקרא דכתיב איש בחטאו יומתו". וא"כ י"ל דה"נ הכא, שאע"פ שדרשו חז"ל את בעליו עימו לענין נתינת מלאכה לשואל, ולא כפשוטו של מקרא שהבעלים נמצא שם ושומר על בהמתו, מ"מ אין מקרא יוצא מידי פשוטו, ונפטר השואל גם אם הבעלים בא לשמור על בהמתו. אך לפי"ז צ"ע מה שהבליע הסמ"ע דפטור זה הוא דווקא אם היו שם הבעלים שמור מתחילת השמירה, דפשוטו של מקרא לא קאי בזה כלל. ונראה שעל כרחנו לומר שאף להסמ"ע אין כאן פטור מחודש, אלא שכיוון שע"י השאילה השואל מתחייב בכל, נמצא ששמירת הבעלים את הבהמה מטיבה רק עם השואל, שכן המשאיל וודאי היה מקבל את בהמתו או בגופה או בממונה. אך עכ"פ נתחדש בדברי הסמ"ע שאף אם אין כוונת הבעלים לתת הנאה לשומר מ"מ כל שנותן לו הווי שאילה בבעלים.

טעם מחודש לפטור בעליו עמו

והנה לעיל הבאנו את דברי הראשונים לבאר טעם פטור זה דבעליו עימו, אך טעמים אלו מוקשים מאוד. טעמו של הספורנו שמכך שהשאל לו כ"כ בטובה מן הסתם תמוה, שהרי פטור בעליו עימו ישנו גם בהשכיר בהמה והשכיר את עצמו לו וזה וודאי שלא בטובה. וטעמו של החינוך ג"כ צ"ע שכן הרחיב הרבה את הגדר שלא נתנו הדברים לשיעורין. והרלב"ג כתב טעם שלישי (בפירושו לפסוקים עמ' 82 במהדורת מעליות) שלא יתכן שאדם יהיה

עבד ואדון לאדם אחד שהוא משועבד לבעלים לשלם בהמתו והבעלים משועבד לו לעשות מלאכתו, וגם יסוד זה אינו מובן כה"צ (ועצם ההכרח להוציא המקרא מפרשטו אמר לי עוזיאל סגרון בשם הרש"ר הירש די"ל דכיוון שחייב שואל הוא באונסים א"כ כלפי זה אין משמעות האם המשאיל יהיה שם וישמור או לא, דסו"ס אונס הוא). ולענ"ד נראה לומר טעם חדש בפטור זה, ועיקר הדבר דפטור זה אינו מחמת "דעת המשאיל" וכיו"ב אלא דין זה הוא פטור של תורה, אך זהו פטור "מחנך", ועיקרו: היות שהמשאיל נמצא בקשר גומלין עם השואל לא כדאי למשאיל לתבוע אותו וליצור אצלו תחושת חמיצות על המשאיל, ומשום שבכך יפסד הקישור והחברות ביניהן. ובזה יתבאר מדוע פטור זה הוא דווקא בשהיה קודם בעליו עימו, דהיינו שהקשר של הגופים קדם לקישור הממוני, ולא להיפך שהקישור ביניהם התחיל מהממון שאז קשר זה ביסודו אינו אמיץ כ"כ ואינו בנוי על אהבת הריע (יסוד לפסק חינוכי זה אפשר למצוא בגערת הגמרא בפסחים (ד): "ההוא דאמר: דונו דיני. אמרי: שמע מינה מדין קאתי, דכתיב דן ידין עמו כאחד שבטי ישראל", ופירש"י שם "ההוא דהוה קאמר דונו דיני - בכל דבר משא ומתן שהיה לו עם אדם, היה אומר תמיד: בא לדין, ואינו נשמע לדבר אדם אלא על פי דיין").

