

הלכה כמותו – משום שרצה לשנות חילוקי דינים בכל ארבעת האופנים השונים, ולא מצא בה חלוקה אלא אליבא דסומכוס (ריטב"א צו: ויש פוסקים כסומכוס בשמא ושמא, כסתמי המשניות – ע' להלן ק בדעת הרי"ף והרמב"ם).

אמר לו השואל: שלחה לי ביד בני ביד עבדי ביד שלוחי... ומתה – חייב. הראשונים בארו (ע' שטמ"ק) בשני אופנים, כיצד נתחייב השואל במסירת המשאיל לאותו שליח, והלא השואל לא דיבר עם השליח ולא מינהו כשליח-קבלה; –

יש מפרשים שהרי הוא כממנה את המשאיל כשליחו שימנה לו שליח עבורו. ויש מפרשים שמתחייב השואל מדין 'ערב', כאומר תן מנה לפלוני ואתחייב אני לך, שבהגעת הפרה לאותו אדם, מתחייב השואל כיון שהוציא הלה על פיו (ריטב"א ור"ן).

ונפקא מינה בין הטעמים: כשאותו אדם אינו בר-שליחות, כגון חרש שוטה וקטן או נכרי; לפי הטעם הראשון, כיון שאין כאן שליחות אין השואל חייב. מה שאין כן לפי הטעם השני. אי נמי, לפי הטעם הראשון משהגיע ליד השליח אין המשאיל יכול לחזור בו, אבל לטעם השני – חוזר בו (נתיבות המשפט שמ סק"א).

הניח בפשיטות שאם משום דין 'ערב', לא חשיב כהגיע ליד השואל, ולכך יכול המשאיל לחזור בו. וכנראה על סמך הנחה זו הקשה שם הלא אין מסירתו לו גרמה את מיתתה, ד'מלאך המות מה לי הכא מה לי התם' [ותרץ, לפי שאילו אבדה ודאי היה מתחייב שכבר חלים דיני 'שומר', שוב ממילא יכול להתנות להיות דינו כשואל]. ואילו היינו דנים כאילו כבר קבלם השואל, לכאורה לא קשה מידי שכך הוא דינו של השואל. וע"ע: שו"ת שואל ומשיב תנינא ח"ב נא; חו"א חו"מ לקוטים יז סק"ב.

דף צט

אלא אימא באמר לי הכישה במקל והיא תבא. ו'שלח ביד עבדך' כלומר אמור לעבדך שיכישנה ותבוא (ריטב"א).

אמר רב הונא: השואל קרדום מחבירו, בקע בו – קנאו, לא בקע בו – לא קנאו... אלא לחזרה.... כתב רש"י (בקדושין מז) שהביקוע הוא ה'חזקה' של השואל להשתמש בו, שלא יוכל המשאיל לחזור. ויש להבין מה צורך יש בשימוש לענין מניעת חזרה והלא כבר משך והכניסה לרשותו, והרי 'חצר' ו'משיכה' קונים בכל מקום, ומדוע אין די כאן באלו?

כתב הריטב"א (כאן ובקדושין) ששאלת חפצים לדעת רב הונא, אין בה כלל מענין קנין בחפץ, ולכן אין שייכים בה קניני חצר ומשיכה [וגם לרבי אלעזר שתקנו משיכה לשומרים – תקנה מיוחדת היא, ולא מדין קנין משיכה שבכל מקום]. ומה שקנה השואל בביקוע – תקנת חכמים היא כדי שיהא קיום לדבר, שלא יוכל המשאיל לדרוש את החפץ כל שעה. (כיו"ב יש אומרים לפי האמת בשומרי חנם ושכר, שהואיל ואין לשומר כל קנין בחפץ, אין שם משיכה. וער"ן).

[האם דברי הריטב"א שאין לו קנין בגוף החפץ, אמורים בשאלה בלבד או גם בשכירות – ע' חזון איש (חו"מ ליקוטים יז, ט) שהבין בדבריו שדוקא בשאלה, וכתב שקשה לעמוד על הסבר הדבר. ובאגרות משה (זו"ד ח"ג קכד, ג) כתב שלדברי הריטב"א אין חילוק בין שאלה ושכירות. וע"ע על דברי הריטב"א, באילת השחר קדושין שם].

טעם נוסף כתב בחזון איש (שם), כי דעתו של המשאיל שיוכל לחזור בו כל עוד לא התחיל הלה במלאכה שהרי בקושי הוא מוסר לו שלא יוכל לחזור בו ולבקש את החפץ. ולכן כל עוד לא התחיל הלה להשתמש, אומדים דעתו של המשאיל שהשאיר לעצמו את זכות החזרה. וע"ע חרושי הגרנ"ט כתובות ('השלם' סו"י יט) ובמובא להלן קג.

– מבואר בדברי התוס' (בד"ה כך) ששאר שומרים מתחייבים באחריות אף קודם משיכתם, שאפילו באומר 'הנח לפני' די, ואולם השואל אינו מתחייב באחריותו אלא במשיכה, ומדאורייתא. [ומה שאמרו 'תקנו משיכה...'] – לענין אפשרות החזרה אמרו, ולא לענין חיוב אונסין. ואפילו לרבי יוחנן (מז): שדבר תורה מעות קונות ולא משיכה, בשואל שאין נתינת מעות – משיכה קונה, וכמו שכתבו התוס' בע"ז (עא). לענין מתנה ומציאה. חזו"א חו"מ לקוטים, יז, ג וע"ש בסק"ט. וע"ע בשו"ת פרי יצחק ח"א מזו]. ובוזה מובן לשון הכתוב, ששינה בשואל משאר השומרין לומר וכי ישאל איש מעם רעהו – נתקן הכתוב משאר שומרין כי בהם די ב'הנח לפני' ואילו כאן צריך שיצא מעם המשאיל על ידי משיכתו של השואל (משך חכמה משפטים כה, ג בבאור המכילתא).

שמעתי לפרש ממור"ר הגר"א עוזר שליט"א (ש"ק יצא תשס"ח) שהכוונה בשינוי לשון הכתובים כדברי המלבי"ם, שבשאר שומרים ייחס הפעולה למפקיד, 'כי יתן איש', ואילו בשואל שינה לדבר על השואל, 'כי ישאל' – וטעם הדבר, כי בשמירה שהמפקיד הוא המבקש והמעונין בשמירה – שעל כן ייחס הכתוב הפעולה אליו – הרי השומר נידון כ'פועל' של המפקיד, והוא הטעם שמתחייבים בשעת הסתלקות הבעלים משמירתם עליו, כי אז מתחלת פעולת הפועל, השמירה (ע' קצוה"ח שז). לא כן בשואל, אין לו דין 'פועל' הגם שמחויב בשמירה, כיון שהוא זה בעל הענין ולא המשאיל, לכן ייחס הכתוב פעולת השאלה אליו ולא אל הבעלים. הלכך חיובו באונסין חל על ידי הקנין. נמצא שדין התוס' עם טעמו נרמז בשינוי לשון הכתובים. וזה עומק כוונת המכילתא.

ובחזו"א (חו"מ לקוטים יז, ג) פירש שאין זו כוונת התוס', ולפי המסקנא שפרשו 'תקנו משיכה בשומרין' לענין חזרה בלבד, מתחייב השואל באונסין גם ב'הנח לפני', וכמו שנמצא ברא"ש (טו). ויש שיטה נוספת בראשונים (ע' רמב"ם ב, ה; רשב"א ור"ן לעיל פא; שו"ע רצא, ה), שאף בשומרין אין מועיל 'הנח לפני' ללא קנין.

(ע"ב) 'האי מאן דגזיל חביצא דתמרי מחבירו... משלם חמשים נכי חדא... א"ל רב ביבי בר אביי:
אמאי משלם חמשים נכי חדא, נימא ליה אנא חדא חדא הוה מזבנינא להו? אמר רב הונא בריה דרב יהושע: שמין בית סאה באותה שדה תנן'. משמע שחיובי תשלום אחרים, שאין שם גזרת-הכתוב להקל בדין התשלום כבתשלומי נזק – משלם לו כפי שהיה יכול למכרם. ומכאן דנו כמה מחברים (מובאים בשו"ת רב פעלים ח"ג חו"מ ח) בנידון שואל ששאל צמד עגילים וכיוצא בזה, ואבד אחד מהם – שמשלם את ערכו המלא, כפי שוויו בעת שהיו שניהם אצלו, שהרי היה יכול למכרם במחיר זה, ואינו משלם כערכו של עגיל בודד.

(ודנו שם גם לחייבו את הפרש הפחת שהופחת העגיל הבודד שנשאר. וע"ע בנידון מוזיק ספר בודד מסט ספרים, במצוין ביוסף דעת ב"ק נח).

'זאת אומרת: הדר בחצר חברו שלא מדעתו, צריך להעלות לו שכר'. על ההשוואה בין דיני הקדש לגזל הדיוט – ע' במובא בב"ק כ.

'הני שקולאי... ודמי ברזנייתא'. לשיטת רש"י, לעולם חייב לשלם מחירה של החבית ביום השוק, ואין יכול ליתן לו חבית יין כמות-שהיא בשאר ימים, ולומר לו המתן עד ליום השוק ומכרה אז ביוקר – כי יכול לומר לו, למעות אני צריך, ואילו לא שברת כבר הייתי מוכרה ומשתכר. ולכן משלם כפי שוויה היקר, אלא שמנכה הוצאות טרחת מכירתה ושאר הוצאות הכרוכות במכירה. ואם כבר יש לו יין מיום השוק, שלא מכרו – יכול הלה לתת לו חבית יין, שהרי אינו יכול לטעון 'הייתי מוכרה'. [אבל אם משלם בדמים – משלם כמחיר היקר שהרי זהו שוויה של החבית בעת ששבר כדלהלן. סמ"ע].

ואולם כשפורעו ביום השוק יכול להחזיר לו חבית כמות-שהיא, ואומר לו: שב ומכור עתה, כאשר היית עושה באותו יום ששברתה. [ואם כבר קנה יין אחר למכרו ביום השוק – אינו נפטר בהחזרת החבית, ומשלם לו דמי היין כיום השוק. סמ"ע].

וכל זה אמור כששברה ביום השוק, אבל שבר בשאר ימים אין חייב לשלם אלא כפי דמיה בשעת השבירה (עפ"י הראב"ד הרא"ש ועוד. וכן הביא הרמ"א חו"מ שד"ה ובסמ"ע שם). ושיטת הרמב"ם, שלעולם יכול להחזיר לו חבית ממש. ואם בא להחזיר לו דמים – משלם כפי מחירה בעת התשלום.

דף ק

'המחליף פרה בחמור...'. אין זה מענין פרקנו. אלא לאחר שסיים עניני השאלה, ואחד מדיניה הוא 'זה אומר שאולה מתה וזה אומר שכורה מתה', באר אגב גררא מחלוקת שבין המוכר ללוקח כיו"ב, שזה אומר כך וזה אומר כך [עד משנת 'המשכיר בית לחברו' להלן קא:] (מאירי).

'הלוקח אומר: גדול לקחתי, והלה אומר: איני יודע – זכה בגדול...'. לדברי האמוראים ברי ושמא לאו ברי עדיף – יש להעמיד בבא זו כפי שהעמידו המשנה לעיל: כשיש עסק שבועה ביניהם, ומתוך שאינו יכול לישבע משלם (ר"ן).

והראב"ד כתב שכאן הכל מודים שברי עדיף שהרי העמידו בגמרא בעומדת באגם וכד' שאין כאן מוחזקות ממש אלא חזקת מרא קמא – ומול חזקה זו מועיל 'ברי' כנגד 'שמא' (וכן י"ל בדעת רש"י, וי"א גם בדעת הרמב"ם – ע' בסמוך).

[יש שפירשו דברי הראב"ד על פי שיטת האחרונים שגדרה של חזקת מרא קמא היא 'חזקה קמייתא', שבכל ספק של שינוי במצב מעמידים את המצב הקודם, הודאי, על חזקתו. ואין ענינה למוחזקות ממונית (ע' עלה יונה רסו; בית ישי נב, סוף הערה ה). ונראה לכאור' שאין צורך בזה, כי אף לאותם הסוברים שענינה מוחזקות ממון אין כחה כמוחזק ממש, ולכך להוציא מוחזקת מרא קמא אין צורך בראיה כי אין כאן הוצאת ממון ממש, ודי ב'ברי' שכנגד 'שמא'.

וכבר הרחיבו בגדרה של חזקת מרא קמא, שני האחים הגדולים, הלא המה בעל קצות החשן (פב סק"ג, ובשב שמעתתא ד, כד. וע' שו"ת רעק"א לו קלו), ולשיטתו היא מענין חזקה קמייתא שבכל מקום, ואחיו בעל קונטרס הספקות (א,ה) – נקט שענינה מוחזקות ממונית.

וע"ע מהרש"א ומהרש"ל; פני יהושע לעיל ו: משנה למלך הל' טומאת צרעת ב; דברי יחזקאל ל; שערי ישר ה, יד; קובץ שיעורים כתובות ע; חדושי הגרנ"ט ב"ב קעז.