

לעיל שהבעל אוכל פירות של נכסי האשה.

חכמים תקנו לבעל זכות אכילת פירות, תחת החיוב שתקנו שהבעל חייב לפדות את האשה אם נשבת. על יסוד זה נשאלת השאלה הבאה.

בעי רמי בר חמא: בעל שאוכל פירות של נכסי מלוג בנכסי אשתו, שואל הוי, ואם נפסדו הנכסים באונס חייב לשלם עליהם לאשה. או שוכר הוי ואינו חייב באונסין? (65)

וצדדי הספק הם:

האם אכילת פירות היא כשכירות, מפני שהבעל חייב לפדותה תמורת אכילת פירות.

או שאין פירקונה שכר אכילת הפירות, שהרי אף אם אין לאשה נכסים — חייב הבעל בפירקונה, וכל השייכות בין אכילת פירות לפירקונה הוא רק ביסוד התקנה

שתקנו חכמים, אבל עכשיו אין פרקונה שכר הפירות (66).

אמר רבא: לפום חורפא שבשתא, מתוך חריפותו של רמי בר חמא, טעה ולא הרגיש שאין מקום לשאלה.

מה נפשך, אי שואל הוי, שאלה בבעלים היא, שהרי השאילה מתחילה מזמן הנישואין (67), ואז האשה מתחילה לעסוק במלאכת בעלה.

אי שוכר הוי, שכירות בבעלים היא מהטעם הזה, ובין כך ובין כך הוא פטור! (68)

והגמרא מנסה להעמיד את הבעיא במקרה מסוים, כדי לתרץ את קושית רבא. לפי אוקימתא זו יוצא שדוקא אם בעל בנכסי אשתו שואל הוא, אז נפטר אפילו בגניבה ואבידה משום שאילה בבעלים. ואם הוא שוכר, לא נפטר מפני שאין זו שכירות

אפרים.

והגרע"א הביא דברי המחנה אפרים, והוסיף וכתב "ודבריו צע"ג. (חו"מ שמ"ו ס' ו')

65. הקשו תוספות: הלוא דין נכסי מלוג מפורש במשנה ביבמות (דף סו ע"א), שאם נפסדו הנכסים, אין הבעל חייב לשלם!

תרצו תוספות: יתכן, שדין המשנה אמור בקרקעות ועבדים בלבד, שאין בהם דיני שמירה, ומכיון שהאשה היא בעלת הנכסים, אם פחתו פחתו לה.

אבל במטלטלין שיש בהם דיני שמירה, מתחייב הבעל באחריותם מדין שומר. (תוספות ד"ה אמר)

ועיין בתוספות תירוץ אחר.

66. רש"י בד"ה ואליאבא דרבנן הסביר את צד הספק שהבעל הוא שוכר, ולא הסביר את הצד השני, כי הוא פשוט.

67. הקשה הרשב"א: אפשר להעמיד את הבעיה בנכסים שנפלו לה אחרי הנישואין, ואז הבעל נעשה שוכר או שואל אותם, ולא היתה עוסקת במלאכתו באותה שעה, כגון שהיתה ישנה!

תירץ הרשב"א: אף בשעה שהאשה לא עוסקת במלאכת הבעל, כיון שהיא משועבדת לו תמיד, נחשבת כעושה מלאכתו. ועיין הערה 91.

68. והאם, כשם שהאשה נחשבת כעושה מלאכת הבעל תמיד, כך גם הבעל נחשב כעושה מלאכת האשה תמיד, ואם השאיל לה דבר — פטורה? נחלקו בכך הרמב"ם והראב"ד.

בבעלים.

אלא, כי קמובעיא ליה לרמי בר חמא, דאגר מינה פרה, והדר נסבה.

[בעיתו של רמי בר חמא היא באופן ששכר מהאשה פרה, ואחר כך נשאה], ולא היתה האשה עמו במלאכתו כששכר ממנה.

מאי? האם בעל, בנכסי מלוג של אשתו, בגדר שואל הוי, או שוכר הוי?

ומפרשת הגמרא את הבעיה:

האם בעל בנכסי מלוג של אשתו בגדר

שואל הוי, ולכן אתיא "שאלה בבעלים", ומפקעא את ה"שכירות שלא בבעלים", והיינו, היות ומשעת הנישואין הוא משתמש בפרה בתורת נכסי מלוג, ואינו זקוק לשכור אותה מאשתו, לכן נגמר השימוש בתורת שכירות, ומתחיל השימוש בתורת שאילה⁽⁶⁹⁾, והרי השאילה שמתחילה משעת הנישואין, היא שאלה בבעלים, וכפי שהתבאר למעלה, ולפי זה פטור הבעל מגניבה ואבידה.

או דילמא, כל בעל בנכסי אשתו שוכר הוי, מפני שתקנת האכילה של נכסי מלוג היתה כדי שיתחייב הבעל לפדות את אשתו בדמים, אם יישבו אותה, ונמצא שהיא

(קונטרסי שיעורים שיעור כ"ט אות ב', וקדמו הבית מאיר וכתב כך בקיצור נמרץ באהע"ז סימן פ' סי"ד בסופו)

המשנה למלך למד מדברי הראב"ד, שאף המזיק בבעלים פטור, שהרי הרמב"ם דיבר על אשה ששברה כלים.

וכתב המשנה למלך, שרק המזיק בשוגג פטור בבעלים, ולא המזיק במזיד.

ויש אחרונים שכתבו להסביר את הראב"ד, שכל המתעסק לטובת חברו, והזיקו תוך כדי כך, כגון טבח שקלקל, אין לו דין אדם המזיק, אלא דין שומר. (אבני נזר חושן משפט סימן י"ט ד"ה וכן משמע) ועיין בהערה 33.

69. ונחשב כאילו החזיר לה את הפרה השכורה וחזר ושאל אותה. (ריטב"א) ויש לעיין לפי זה, אם השכירה לו את הפרה לשנה, ונשאה ואחר כך גירשה בתוך אותה שנה, לכאורה יוצא שאין לו זכות שכירות הפרה אחרי הגירושין, אף על פי שלא נגמרה שנת השכירות, מפני שכבר נגמרה השכירות בזמן הנישואין. (איילת השחר)

כתב הרמב"ם: "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". (פכ"א מהלכות אישות ה"ט)

והראב"ד כתב, שאין צורך בתקנה, שמעיקר הדין האשה פטורה, מפני שהבעל משועבד לה בכל שעה, והרי זו שמירה בבעלים. כתבו אחרונים, שמחלוקת הרמב"ם והראב"ד תלויה במחלוקת שנחלקו בעלי התוספות, האם הבעל חייב להשכיר את עצמו לעשות מלאכה, כדי לזון את אשתו. (כתובות סג ע"א תוספות ד"ה באומר)

והמחלוקת היא, האם חוב מזונות שאדם חייב לאשתו הוא חוב ממון ככל חוב שאדם חייב לחברו, שאי אפשר לחייב אותו לעבוד כדי לשלם. ולפי זה, לא נחשב הבעל כעושה מלאכת אשתו, לפי שאי אפשר לחייב אותו לעבוד בשביל מזונותיה. או שהבעל חייב לעבוד בשביל מזונות. ולפי זה הוא משועבד למלאכת אשתו, וכשהיא שומרת על חפציו, זו שמירה בבעלים.

שכירות בבעלים, תיפוק שכירות שלא בבעלים [תבוא שכירות בבעלים, ותפקיע את השכירות שלא בבעלים], שהרי השכירות הראשונה היתה תלויה בזמן, ועתה יש שכירות אחרת, של בעל בנכסי אשתו, שאינה תלויה בזמן⁽⁷⁰⁾!

אלא, בהכרח, כי קא מיבעיא לרמי בר חמא, כגון דאגרא איחי פרה מעלמא, והדר נסבה. ראובן השכיר פרה לאשה, ואחר כך, תוך זמן השכירות, נישאה האשה לשמעון. ולכן, קיבל שמעון מהאשה זכות השתמשות בפרתו של ראובן, כמו בשאר נכסי מלוג של האשה.⁽⁷¹⁾ ואותה פרה מתה באונס ברשות שמעון, וראובן תובע ממנו את תשלומיה.

אם שמעון, הבעל, מוגדר כשוכר, אין הוא חייב באונסין, אך אם הוא מוגדר כשואל, הוא חייב באונסין, ואין כאן פטור של שאלה בבעלים, מפני שראובן הוא התובע, והוא לא היה במלאכתו⁽⁷²⁾.

מקבלת שכר מבעלה תמורת זכות אכילת הפירות. ולפי צד זה, **שכירות** ששכר ממנה הפרה לפני הנישואין, שהיא היתה שלא בבעלים, **בדקיימא קיימא** [נשואת קיימת כמקודם], מפני שלא נהיה בזמן הנישואין דין חדש על השימוש בפרה. וכיון שממשיכה השכירות הקודמת, הרי זו שכירות שלא בבעלים, על אף שעתה האשה היא במלאכתו. שהרי מבואר במשנתנו, שדין בעלים תלוי בזמן השאלה או השכירות. ואם כן, הבעל חייב בגניבה ואבידה.

אך הגמרא דוחה אוקימתא זו, בטענה שעדיין אין נפקא מינה בין אם נגדיר את הבעל כשואל או כשוכר.

ומקשינן: **ומאי שנא** [מה שונה] **דאי בעל שואל הוי, דאתי שאלה בבעלים** לאחר הנישואין, **ומפקעא** את השכירות הקודמת, שהיתה **שלא בבעלים?** והרי **אי שוכר נמי הוי** [גם אם הוא נחשב כשוכר], **תיתי**

70. שיטה מקובצת בשם הראב"ד.

71. הקשה הגרע"א: מרש"י בכתובות מוכח, שבמקרה זה אין לבעל זכות השתמשות בפרה. שבפרה שלה יכול הבעל להשתמש עד שהפרה תמות, ואז תקבל האשה את העור, ויש לה אפשרות לממש את זכותה בגוף הפרה. אבל כשיש לה בפרה רק זכות השתמשות, ואם יקחנה הבעל לא יהיה לאשה דבר, לא מקבל הבעל את זכותה.

ועיין נתיבות המשפט סי' שמ"ו ס"ק ז' שתירץ את הקושיא בדרך מחודשת.

72. המחנה אפרים דן: ראובן השכיר פרה לשמעון, ושמעון השאיל את הפרה ללוי, והיה

שמעון במלאכתו של לוי בשעת ההשאלה, ונאנסה הפרה. ולוי טוען שמאחר שלא ידע שהפרה היא של ראובן, וחשב ששאל את הפרה בבעלים, לא התכוין להתחייב באחריות.

האם לוי פטור מאונסין מפני שלא היתה דעתו להתחייב, או שחייב השואל באונסין לא תלוי בדעתו, אלא התורה חייבה אותו מפני שכל ההנאה שלו.

ועיין הערה 20 דברי המחנה אפרים בחקירה זו.

המחנה אפרים מוכיח מסוגיא זו, שהשואל חייב באונסין, שהרי לפי הצד שהבעל הוא שואל, הוא חייב לשלם למשכיר הפרה לאשה, ומדובר כאן כשלא ידע הבעל שהפרה שכורה, וחשב ששאל בבעלים. (עיין הערה 75 שהבאנו

ואומרת הגמרא, שאין מקום לבעיה זו אלא לפי דעת רבי יוסי.

כי בפרק המפקיד [ב"מ לה ב] נחלקו רבנן ורבי יוסי בשוכר פרה מחבירו, והשוכר השאילה לאחר, ומתה הפרה באונס:

דעת רבנן היא, שהשואל, החייב באונסין, ישלם לשוכר שהשאיל לו, ואילו השוכר פטור מלשלם למשכיר, לפי ששוכר פטור מאונסין.

רבי יוסי אומר, השואל משלם את דמי הפרה לבעליה, כי לא יתכן, שירווח השוכר את פרת המשכיר.

ולכן, אומרת הגמרא:

ואליבא דרבנן, דאמרי שואל משלם

לשוכר, וגם בנידון שלנו, אם הבעל חייב, הרי הוא חייב לאשה שהשאילה לו, לא **תיבעי לך**, [אין מקום לבעיה], **דודאי שאילה בבעלים היא**, כי האשה עסוקה במלאכת הבעל.

כי תיבעי לך אליבא דרבי יוסי, דאמר תחזור⁽⁷³⁾ פרה לבעלים הראשונים, ולדעתו, ראובן יכול לתבוע את הפרה משמעון⁽⁷⁴⁾, **מאי? האם שמעון שואל הוי, או שוכר הוי?**

אמר רבא תשובה זו על הבעיה: בעל בנכסי אשתו, לא שואל הוי, ואין הוא חייב באונסין, **ולא שוכר הוי**, ואין הוא חייב בגניבה ואבידה, **אלא לוקח הוי**, כקונה את נכסי אשתו הוא נחשב⁽⁷⁵⁾ והקונה אינו מתחייב באחריות החפץ שקנה, אף שקנה

לעיל. (דף צו ע"א)

הגמרא אמרה, שדין מי ששאל פרה של נכסי מלוג והבעל במלאכתו, תלוי במחלוקת אם קנין פירות כקנין הגוף דמי.

וביאור הדבר, שגוף תשלומי הפרה יהיו לאשה ופירותיהם לבעל. ואם קנין פירות כקנין הגוף דמי, נחשב התשלום לבעל, ואם קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי נחשב התשלום לאשה.

וכן אמרה הגמרא, שדין אשה ששאלה פרה ונשאל לבעל תלוי במחלוקת הנ"ל.

ופירש רש"י שם שהשאילה היתה לצורך שדה של נכסי מלוג.

וביאור הדבר, שאם שדה זו נחשבת של הבעל, הרי שהשאילה היתה לצורך הבעל, והוא המחוייב בתשלום, ואם השדה נחשבת של האשה הרי שהשאילה היתה לצורך האשה והיא חייבת בתשלום.

75. דעת הרמב"ם, שהבעל כלוקח ופטור, רק

דברי הרמב"ם שמפרש את הסוגיא במקרה שהבעל לא ידע שהבהמה שכורה) המחנה אפרים דוחה ומחלק בין כל שואל שחשב שנפטור מפני שהשאלה היתה בבעלים, שאפשר שהוא פטור מפני שלא היתה דעתו להתחייב, לבין בעל שלא שאל את הנכסים, אלא יש לו זכות בהם בתקנת חז"ל וחלים עליו הדינים שקבעו חז"ל.

73. צריך להיות "תחזור" וכן כתוב בש"ס וניציה, ובדפוס וילנא יש טעות.

74. מוכח מהגמרא, שמי שמוגדר כבעלים — לדין בעליו עמו — אינו בעל הממון המושאל, אלא מי שחייבים לשלם לו. לכן לדעת רבי יוסי שחייבים לשלם לבעל הפרה, אין זו שאילה בבעלים, ולדעת רבנן שחייבים לשלם לאשה, זו שאילה בבעלים. (עיי' נמוקי יוסף דף נ"ה ע"ב מדפי הרי"ף ד"ה לא תיבעי)

לאור הבנה זו, יש להסביר גם אתך הגמרא

רק את הפירות ולא את הגוף (76).

ורבא לומד שהבעל מוגדר כלוקח, **מדרבי יוסי ברבי חנינא**.

דאמר רבי יוסי ברבי חנינא: באושא התקינו: האשה שמכרה בנכסי מלוג בחיי בעלה, ומתה, הבעל מוציא מיד הלוקחות.

כבר נתבאר, שגוף נכסי מלוג שייך לאשה. לפיכך יכולה האשה למכור את הגוף. אבל אין לקונה יכולת להשתמש בנכסים, כל זמן שהאשה נשואה, ויש לבעל זכות אכילת פירות בהם.

אמנם, אם מתה האשה, היה הדין לפני תקנת אושא, שהלוקח יזכה בנכסים ויאכל פירותיהם מעתה, שהרי זכות הבעל בפירות כבר נגמרה עם מות אשתו, ואף שהבעל יורש את אשתו, אבל נכסים שמכרה, אינו יורש אותם.

ובאושא התקינו, שלא יהיה הדין כן. אלא אם מתה האשה, יכול בעלה להפקיע את המכר של הקונה, ואין למכר תוקף אלא רק אם נתאלמנה או נתגרשה האשה.

גדר התקנה הוא, שעשו את הבעל כאילו

כשהבעל לא יודע שהפרה שכורה או שאולה, ואז יש לו דין עם האשה בלבד, ודינו כלוקח ואינו חייב באחריות.

אבל אם הודיעה לו האשה שהפרה שאולה — נכנס תחתיה. (פ"ב מהלכות שאלה ופקדון הי"א)

והראב"ד כתב, שאין הבעל מתחייב, אלא אם קבל את הפרה על עצמו בשאילה.

וכתב המגיד משנה, שהרמב"ם לא מחייב את הבעל רק באופן שהשתמש בפרה אחרי שהודיעה לו שהיא שאולה.

וכתב הב"ח, שאפשר שאין מחלוקת בין הרמב"ם לראב"ד. הראב"ד סובר שצריך שהבעל יקבל על עצמו בשאילה כשלא נשתמש בפרה, ובזה מודה הרמב"ם ובמקרה שהשתמש בפרה מודה הראב"ד שנחשב הדבר כקבלת הפרה בשאילה.

ויש ראשונים שחלקו על הרמב"ם, וכתבו שדין הבעל כדין יורשים שירשו מאביהם פרה שאולה, שיכולים להשתמש בה ופטורים מאחריותה. שהיורשים יכולים לומר אב אני יורש, שמירתו איני שומר. (רמב"ן ד"ה הא דמסקינן, והביאו נמוקי יוסף, ועיין ביאור הגר"א

סימן שמו"ס"ק כ"ד)

ועיין תוספות ד"ה אלא שחילקו בין דין יורש לדין לוקח.

76. דעת ר"י בעל התוספות והרא"ש, שהלוקח מחבירו פרה לפירותיה, דינו כשומר חנם וחייב בפשיעה. (תוספות ד"ה בעל ורא"ש סימן ג') ולדעת הרא"ש, אף על פי כן, הבעל שקבל מאשתו פרה שכורה אינו חייב בפשיעה, מפני שזו פשיעה בבעלים (אבל מתוספות הנ"ל לא משמע כן, והרמב"ן כתב במפורש בשם התוספות דלא כהרא"ש)

וכתבו אחרונים להסביר את הרא"ש, שאף על פי, שלרבי יוסי שוכר פרה שהשאילה לאחר ונאנסה, חייב השואל למשכיר ולא למשאל לו, לא נאמרו דברים אלו אלא במקום שהשוכר מקבל תשלום ולא נותן למשכיר, ונמצא עושה סחורה בפרתו של חבירו, אבל אם היתה פשיעה, והמשכיר מקבל תשלום מהשוכר, אז חייב השואל למשאל. וכן הבעל שפשע חייב לאשה, ונפטר משום דין בעלים. (פלפולא חריפתא)

ודעת הרבה ראשונים, שהקונה פרה מחבירו לפירותיה, אינו חייב באחריות הפרה ואפילו

שמעות אלו הקדש הם, לא מעלו היורשים בעצם ירושתם, כי אין ירושתם במעות נחשבת כהוצאה מרשות הקדש לרשות אחרת, עד שיתנו את הכסף לאחרים.

אמנם אשה נשואה⁽⁷⁸⁾ שירשה את המעות מאביה, כיון שהמעות עוברים לרשות בעלה להשתמש בהם על ידי תקנת חכמים, היה פשוט לרמי בר חמא, שיש בכך משום הוצאה מרשות הקדש, אף שלא נגעה בהם יד, והמעות יוצאות לחולין.

בעי רמי בר חמא: בעל בנכסי אשתו שירשה מאביה, והיו שם הקדשות שלא היו ידועים להם, **מי מעל** וחייב קרבן? הבעל או האשה?

או שמא, בית הדין, שכתוצאה מתקנתו נכנסו המעות לרשות הבעל, הם שמעלו?

אמר רבא תשובה: מאן לימעול? [מי ימעול?] והרי לכל הנוגעים בדבר, יש סיבה שלא ימעלו!

למעול בעל, שהוא קנה את ההקדש?

היה "לוקח ראשון" בנכסי אשתו, והגוף קנוי לו משעת הנישואין, על הצד שתמות האשה בחייו⁽⁷⁷⁾.

ואגב הדין בנכסי מלוג, הגמרא מביאה בעיא אחרת בענין מעילה בנכסי מלוג. גם בעיא זו נשאלה על ידי רמי בר חמא, ורבא השיב עליה.

"מעילה" משמעותה הנאה מהקדש, או הוצאתו מרשות הקדש. ונאמר בתורה [ויקרא ה יד – טז] שהמועל בשגגה, חייב לשלם להקדש קרן וחומש, ולהביא קרבן אשם.

כל דבר שקדוש קדושת דמים, כגון קדשי בדק הבית, או קרבנות מזבח שהוממו, כשמעול בהם אדם בשוגג – הם יוצאים לחולין.

גם הוצאה מרשות הקדש נחשבת למעילה, אף שלא נהנה מהחפץ של הקדש. לכן הלוקח חפץ של הקדש לעצמו או שנתנו לחבירו – מעל.

אדם שהקדיש מעות, ומת, ויורשיו לא ידעו

תירץ החזון איש: מסתבר לרבא, שכשם שהאלימו את כח הבעל ונתנו לו גדר של לוקח לגבי הגוף, כך נתנו לו גדר של לוקח לגבי הפירות (חזו"א חו"מ ליקוטים סימן ז' ס"ק ו') ועיין בנתיבות המשפט סימן שמ"ו ס"ק ז' שהרגיש בקושית החזון איש, והלך בדרך מחודשת בסוגיא.

78. כך מפרש רש"י.

תוספות לא פירשו כן. ולדעתם הגמרא מסתפקת באופן שהאשה ירשה את הנכסים עם ההקדש לפני הנישואין, וכאשר היא נשאת, אז

בפשיעה. ומטעם זה פטור הבעל החשוב כלוקח אף כשפשע. (דעת הרמב"ם ורוב הראשונים וכן עיקר לדעת הגר"א שמ"ו ס"ק כ"א)

77. החזון איש מקשה: מה ענין תקנת אושא לסוגיתנו! הלא הסוגיא עוסקת בזכות הבעל באכילת פירות, ובזה הסתפק רמי בר חמא, אם דין הבעל כשוכר או כשואל. ואילו תקנת אושא נותנת לבעל זכות בגוף הנכסים אם ירש אותם לבסוף, שעשו אותו כלוקח מזמן הנישואין למפרע, אבל זכות אכילת פירות איננה מתקנת אושא!

תקנו תקנתם, ואמרו שהבעל הוא לוקח, דוקא בדברים מותרים, אמנם בדברים אסורים לא עשו את התקנה!

אלא, מפני הטענות האלו **אמר רבא**: בעודם צרורים ומונחים, לא קנה בעל את המעות, ולא יצאו לחולין, ואין כאן מעילה, ובעל מעל לכושיציא את המעות ויתנם לאדם אחר⁽⁸¹⁾. מידי דהוה אמוציא מעות הקדש לחולין [כמו כל מוציא מעות הקדש לחולין] ומועל.

הסוגיא הבאה עוסקת בדין "מתה מחמת מלאכה"

איבעיא להו [נשאלה שאלה בבית המדרש]: השואל פרה וכחש בשר שלה מחמת מלאכה, מאי, האם חייב השואל לשלם על פחת זה⁽⁸²⁾?

אמר ליה ההוא מרבנן — ורב חלקיה בריה דרב אויב שמויה — לשואל השאלה:

מכלל דבריך יש ללמוד, שפשוט לך, דכי

לא יתכן, כי רק דבר דהיתרא ניהא ליה דליקני, אך דבר איסורא, לא ניהא ליה דליקני!

והרי הבעל לא רוצה לקנות את ההקדש, כיון שהוא אסור, ומסתמא מסתלק מזכותו בנכסי ההקדש⁽⁷⁹⁾.

תמעול איחי, האשה שהכניסה את ההקדש לבעלה?

אי אפשר לומר כן, שהרי אפילו נכסים דהיתרא, נמי לא ניהא לה דליקני בעל, אלא היתה מעדיפה שכל הנכסים ישארו אצלה!

נמעלו בית דין של אותו דור, שכל התקנות שנתקנו במשך הדורות תלויים בידם, ויכולים לבטל אותם⁽⁸⁰⁾ או לקיימם, ונחשב הדבר שהם תקנו את התקנה, והם הקנו לבעל את נכסי ההקדש?

אי אפשר לומר כן, שהרי, כי עבדו רבנן תקנתא, ואמרו בעל לוקח הוי — להיתרא, לאיסורא לא עבוד רבנן תקנתא! [חכמים

רבא, ועיינן שם עוד תירוץ]

80. קשה: הלוא אין בית דין יכול לבטל תקנת בית דין חברו, אלא אם כן גדול ממנו!

צריך לומר, שהגמרא כאן מדברת על בית דין גדול שיכול לבטל את התקנה. (איילת השחר)

81. ואם הגביהם כדי לקחת אותם לעצמו — לא מעל, מפני שלא לקח על מנת לעשות הוצאה מסוימת, כי לדעתו הממון הוא שלו ואינו מוציא. רק הלוקח ממון הקדש במחשבה שממון זה שייך לחבירו מועל. (תוספות ד"ה אמר רבא)

82. משמע מהגמרא שאם הכחש נעשה על ידי פשיעה, בודאי שחייב השואל לשלם עליו.

נשאלת השאלה, אם הבעל מעל במעשה הנישואין שעל ידו נעשה שליט על ההקדש, או שהאשה מעלה בכך שנשאת לו. (תוספות ד"ה בעל)

79. מקשים תוספות: לקמן הגמרא אומרת, שבית דין לא מועלים משום שלא תקנו שהבעל יזכה בהקדש. אם כן אין צורך לומר שהבעל לא יזכה בהקדש מפני שאין רצונו בכך!

ותרצו: באמת אין צורך לומר שאין הבעל מועל מפני שלא רוצה לזכות. ואגב שהגמרא לקמן אומרת, שבית דין לא מועלים מפני שלא רצו לתקן לבעל זכיה בהקדש, אמרה הגמרא אותה טענה גם לגבי הבעל. (תוספות ד"ה אמר

למשאל: **לאו לאוקמא** [לא להעמידה] **בכילתא** [אהל קטן שהיו נותנים על המטה] **שאילתה**, אלא כדי להעביר אותה, ומכיון שמתה מחמת מלאכה, איני מתחייב עליה⁽⁸³⁾. [עייין תוספת ביאור בהערה].

ומסקינן: **אלא, אמר רבא: לא מיבעיא** [אין להסתפק באם] **כחש בשר מחמת מלאכה**, **דפטור, אלא אפילו מתה מחמת מלאכה נמי פטור**⁽⁸⁴⁾, **דאמר ליה לאו לאוקמא בכילתא**

מתה מחמת מלאכה — **מחייב**. שהרי מסברא יש יותר לחייב במתה מחמת מלאכה, מאשר כחשה מחמת מלאכה, שהכחש מצוי יותר, והמשאל השאל לו את הבהמה על דעת כן, והמיתה מחמת מלאכה אינה מצויה. והמסופק בדין כחשה מחמת מלאכה, הרי שבמתה מחמת מלאכה פשוט לו שחייב.

והרי אין הדבר כן, שהרי, **נימא ליה שואל**

הש"ך שהעיקר כדעת הרמב"ן. וכשגזלוה ליסטים חייב. (ש"ך חו"מ סי' ש"מ ס"ק ה') ולדעת הרשב"א, טעם הפטור במתה מחמת מלאכה הוא, מכיון שידוע המשאל שדרך הפרה לכחש מחמת מלאכה, ועל דעת זה השאל לו, הרי זה כמשאל על דעת לפטור אותו על מה שיקרה לפרה מחמת מלאכה.

לפי הרשב"א, השואל פטור אף בלא פשיעת המשאל, ולדעתו אפשר שהשואל חמור וגזלוה ליסטים בדרך פטור, כדעת הרמ"ה שהביא הטור. אבל כתב הטור בשם הרא"ש סברא אחרת לפטור במקרה הנ"ל, לפי שאין האונס בא בהכרח מחמת המלאכה, שאף בלא מלאכה אפשר שיגזלוה.

ועיין מחנה אפרים הלכות שאילה ופקדון סימן ד', שכתב דרך מחודשת בהסבר דין מתה מחמת מלאכה.

84. כתב הרא"ש: מתה מחמת מלאכה היינו כגון שדרך הילוכה נכשלה ונפלה ומתה, והשואל לא שינה בה ולא פשע בה. או נתיגעה ונתחממה ומתה, אבל אם מתה בדרך ולא הרגיש בה עיפות טורח בדרך, לא יוכל לישבע שמחמת מלאכה מתה, שמא אם היתה עומדת על אבוסה היתה מתה. (רא"ש סימן ד')

ולדעת הרמב"ם, אין השואל נפטר אלא כשמתה הפרה בזמן עשית המלאכה, ולא

יש ראשונים שפירשו משום כך, שמדובר כאן דוקא בכחש שאינו מתרפא, אבל אם הכחש עתיד להתרפא אין השואל חייב, שאפילו אם היה מזיק בידים היה פטור. שהרי אדם שחבל בכבירו, והחבלה עתידה להתרפא, אינו משלם לו "נזק" אלא "שבת" שמבטלו ממלאכה עד שהחבלה תתרפא, והחובל בשור אין בו תשלום "שבת".

ויש ראשונים החולקים וסוברים, שאף בכחש החוזר — חייב. לפי שמפחית את ערכו של השור אם ימכרנו בעליו בזמן שיש בו כחש, ונחשב הכחש ל"נזק". ורק בחובל באדם לא נחשבת חבלה החוזרת ל"נזק" לפי שאין עשוי להימכר. (רא"ש סימן ד')

83. הקשה הרמב"ן: טענת "לאו לאוקמא בכילתא שאילתה" יכולה לומר רק שאין כל פשיעה כמעשה השואל, אבל שואל חייב גם אם מתה הפרה כדרכה, ומדוע יפטר אם מתה הפרה מחמתו שלא בפשיעה!

תירץ רמב"ן: השואל לא חייב כשהמשאל פשע, וכאן משאל פשע בה, שהשאילה למלאכה והיא אינה יכולה לסבול אותה.

לדעת הרמב"ן, השואל חמור, וגזלוה ליסטים בדרך — חייב. שאין כאן פשיעה של המשאל.

ובדין זה נחלקו הראשונים והפוסקים, וכתב

שאיילתה.

את הבעיה.

ומביאה הגמרא עובדא: **ההוא גברא דשאל** נרנא מחבריה **איתבר** [אדם שאל מחבירו קרדום ונשבר]

תא שמע, **דההוא גברא דשאל נרנא** מחבריה, **ואיתבר בפשיעה**.

אתא לקמיה דרב, אמר ליה: זיל שלים ליה נרנא מעליא [שלם לו קרדום שלם].

אתא לקמיה דרבא, אמר ליה, זיל, אייתי סהדי דלאו שנית ביה, ואיפטר [לך הבא עדים, שלא עשית דבר שאין רגילים לעשות בו ותפטר]. כי השתמש בקרדום במקום שמצויים עדים, ובמקום כזה חייב השומר להביא עדים על טענתו, ולא נפטר בשבועת השומרים. וכן הדין בכל טענה שטוען שומר, אם קרה דבר במקום שמצויים עדים⁽⁸⁵⁾.

ואי ליכא סהדי, ואז הוא צריך לשלם על הקרדום, **מאי**, האם הוא צריך להחזיר לו קרדום שלם⁽⁸⁶⁾, או להשיב לו את השברים ולשלם את הפחת?

ומביאה הגמרא עובדה אחרת לפשוט ממנה

אמררו ליה רב כהנא ורב אסי לרב: אדינא רבא הכי?! [וכי כך הוא באמת הדין?!] והרי שנינו במשנה [ב"ק ט ב] לגבי מזיק "כשהזיק חב המזיק לשלם תשלומי נזק", והברייתא מפרשת את המשנה ואומרת: "תשלומי נזק", מלמד שהבעלים מטפלים בנבילה. פירוש הדבר, שאין המזיק חייב להחזיר לניזק בהמה, אלא נותן לו את הנבילה, ומשלם את ההפרש בין מחיר הבהמה החיה למחיר הנבילה. וכיון שהדין כן במזיק, כן צריך להיות הדין בשואל.

ושתיק רב, ואין ידוע אם קבל דעתם או לא⁽⁸⁷⁾.

אחריה. (פ"א מהלכות שאילה ופקדון ה"א) וכתב המגיד משנה, שהראשונים דחו את דבריו, ואף אם מתה מחמת מלאכה שלא בזמן המלאכה — נפטר השואל.

85. כך פירשו כל הראשונים. (רש"י צ"ח ע"א ד"ה ולרמי, רמב"ם פ"א משאלה ופקדון ה"ב, רא"ש סימן ה', מרדכי סי' שע"ח בשם ר"ח, ריטב"א)

ודעתם, שטענת מתה מחמת מלאכה לא שונה מכל טענה אחרת שהשואל נפטר בה, שאם רוצה נשבע עליה, ולא צריך להביא עדים.

ובמקום שמצויים עדים לא נפטר בשבועה בכל טענה. ומקור הדין בפרק האומנים (דף פג ע"א) "דתניא: איסי בן יהודה אומר: "אין רואה שבועת ה' תהיה בין שניהם" הא יש רואה יביא

ראיה ויפטר".

86. רש"י פירש, שלדעת רב צריך השואל לשלם קרדום שלם.

והתוספות חלקו עליו וכתבו, שגם לפי רב, יכול השואל לתת את השברים למשאל, כמו שיכול לתת לו כל דבר השווה ממון בתורת תשלום.

ופירשו בשם רשב"ם, שלדעת רב השברים שייכים לשואל, ואם ערכם ירד משעת השבירה עד שעת התשלום, מפסיד השואל מכך. ולדעת רב כהנא ורב אסי השברים שייכים למשאל, ואם נפחתו מפסיד המשאל, וחייב התשלום של השואל הוא רק ערך הקרדום היתר על השברים. (תוספות ד"ה זיל)

87. בכמה מקומות בש"ס מצינו, שרב כהנא ורב