

בעליו עמו – מהות הפטור – 1200

משנה מסכת בבא מציעא פרק ח משנה א

השואל את הפרה ושאל בעליה עמה או שכר בעליה עמה שאל הבעלים או שכרן ולאחר כך שאל את הפרה ומתה פטור שנאמר (שמות כב) אם בעליו עמו לא ישלם אבל שאל את הפרה ואחר כך שאל את הבעלים או שכרן ומתה חייב שנאמר (שם/שמות כב) בעליו אין עמו שלם ישלם:

גמ' בבא מציעא דף צה עמוד ב

תניא: ממשמע שנאמר אם בעליו עמו לא ישלם, איני יודע שאם בעליו אין עמו שלם ישלם? אלא, מה תלמוד לומר בעליו אין עמו - לומר לך: היה עמו בשעת שאילה - אין צריך להיות עמו בשעת שבורה ומתה, היה עמו בשעת שבורה ומתה - צריך להיות עמו בשעת שאילה....

והא כתיב אם בעליו עמו לא ישלם - טעמא דאיתיה בתרוייהו, הא אי איתיה בחדא וליתיה בחדא - מחייב. לומר לך: היה עמו בשעת שאילה - אינו צריך להיות עמו בשעת שבורה ומתה, היה עמו בשעת שבורה ומתה - צריך להיות עמו בשעת שאילה.

רש"י

ועוד תניא - תיובתא לרז המנונא, בסיפא דמילתא, דאמר בעינן שיהא עמו משעת שאילה עד שעת שבורה. לומר לך היה עמו וכו' - והכי אשמועינן קרא: בעליו אין עמו בשעת שאילה, אף על פי שהיה עמו בשעת שבורה - חייב, ולקמן מתרץ מהיכא משמע ליה הכי.

שו"ע חושן משפט הלכות שאלה סימן סעיף ב

לא שנא אם באו שאלת הבעלים עם שאלת הפרה כאחד, לא שנא היה הוא שאול או שכור לו ואחר כך השאיל לו פרתו, פטור, אפילו לא היה עמו בשעת שבירה ומיתה; אבל אם לא היה עמו בשעת שאלה ואחר כך שאל את הבעלים או השכירם, אין זה שאלה בבעלים, אף על פי שהיה עמו בשעת שבירה ומיתה.

שו"ע חושן משפט הלכות פקדון סימן רצא סעיף ב

המפקיד אצל חברו, בין בחנם בין בשכר, או השאילו או השכירו, אם שאל השומר את הבעלים עם הדבר שלהם או שכרם, **הרי השומר פטור מכלום, אפילו פשע בדבר ששמו**, ואבד מחמת הפשיעה, הרי זה פטור, שנאמר אם בעליו עמו לא ישלם (שמות כב, יד). במה דברים אמורים, בששאל הבעלים או שכרן בעת שנטל החפץ, או שהיו שאולים או שכורים אצלו מקודם לכן, כיון שהם עמו במלאכתו בשעה שנטל, אף על פי שלא היו עמו במלאכתו בשעה שנאבד, פטור. אבל אם נטל החפץ ונעשה עליו שומר תחלה, ואחר כך שכר הבעלים או שאלם, אף על פי שהיו הבעלים עמו במלאכתו בעת שנאבד, חייב.

אחר שתורה פטרתו האם חייב בדיני שמים? האם מוטלת עליו חובת שבועה שאכן אירע מה שהוא אומר (ומה הדין אם לא ישבע)?

ש"ך חושן משפט סימן ס"ק קכו

אבל פשיעה בבעלים בפירוש כתבה התורה לפטורא, דהא כתיב (שמות כ"ב י"ד) אם בעליו עמו לא ישלם, א"כ קאי אכל מה שהזכירה התורה לחיובא דהיינו פשיעה וגניבה ואינך, אם בעליו עמו לא ישלם, והיינו טעמא דקרא, דכשבעליו עמו **לא ה"ל שומר עליו כלל אלא ה"ל כאינש דעלמא**.

האם לשיטתו נוכל לחייב את השואל שבועה? מה הסברא?

קונטרסי שיעורים (רי"ז גוסטמן) בבא מציעא שיעור ל' אות ה

וכיון שהוכחנו דבעליו עמו הוא דין חיובי לפטור את השומר, עלינו להסתפק בגדרו של הפטור, דאפשר לומר דכשבעליו עמו הוציאה אותו התורה מפרשת השומרין והרי הוא כאיש אחר ואינו נכנס לגמרי בהפרשה דכי יתן איש אל רעהו לשמור או וכי ישאל איש מעם רעהו, או דלמא כל דין שומר עליו אפילו בבעליו עמו אלא שפטור מן התשלומין וכדכתיב אם בעליו עמו לא ישלם.... (והביא דברי הש"ך)...

ירושלמי מסכת שבועות פרק ח הלכה א

את מר אם בעליו עמו לא ישלם. מהו שישבע [דף מא עמוד א]? רבי זירא אמר נשבע (פני משה: שלא פשעתי דס"ל פשיעה בבעלים חייב)¹. ר' חנינה ורבי לא תריהון אמרין אינו נשבע (דס"ל אפילו בפשיעה פטור בבעלים).

קונטרסי שיעורים (רי"ז גוסטמן) בבא מציעא שיעור ל' אות ה

. משמע מלשון ש"ך (=לעיל) דבעליו עמו הוציאה התורה מפרשת השומרין והרי הוא כאיש אחר לגמרי וצ"ע.

¹ לכאורה נוכל גם להציע שנשבע שאינה ברשותו - ולקמן בקצות

ולכאורה יש לומר דתליא בעיקר הילפותא לפטור בעליו עמו, דרב אשי דיליף לקמן דף צו, א, מוכיח שאל איש מעם רעהו ולא רעהו עמו, הרי מוכח מקרא דברעהו עמו ליתא להפרשה דוכי שאל והרי הוא כאינש דעלמא, אבל לאינך אמוראי שם דילפי מקרא דבעליו עמו לא ישלם, מסתבר לומר דאינו אלא פטור מתשלומין, אבל מכל מקום כל דיני שומר עליו אפילו בעליו עמו. ובירושלמי פ' ח' משבועות הובא בקצה"ח סי' רצ"א פליגי אמוראי אם חייב לישבע בבעליו עמו, וז"ל הירושלמי שם ה' א': את מר אם בעליו עמו לא ישלם מהו שישבע, רבי זירא אמר נשבע, ר' חנינה ורבי לא תריהון אמרין אינו נשבע וכו' ע"כ. והמפרשים שם וכן בנה"מ שם סי' רצ"א פירשו דמייירי בטוען שפשע ופלוגותן הוא בפשיעה בבעלים וכדפליגי בזה רב אחא ורבינא לקמן דף צה, א, אולם לפירוש זה קשה למה נקט מהו שישבע כיון דעיקר הפלוגתא אינה בשבועה אלא בתשלומין דפשיעה, ולכן יותר נראה כפירוש הקצה"ח שם, דמפרש דפלוגותן הוא בפטורא דבעליו עמו אם אינו אלא מתשלומין אבל חייב הוא לישבע, או דלמא גם משבועה פטור. ולפי דרכינו יש לומר דרב זירא דאמר נשבע סובר כהני אמוראי דפטור בבעלים נפקא לן מואם בעליו עמו לא ישלם ולא מיעטה התורה אלא מתשלומין לא משבועה וחייב לישבע שבועת אינה ברשותו, אבל ר' חנינא ור' לא, סברי כרב אשי דנפקא לן מוכיח שאל מעם רעהו ולא רעהו, ונתמעט רעהו עמו מכל הפרשה דוכי שאל, ולכן אינו נשבע דלא שייך ביה שבועת שומרין דאינו לגמרי בכלל שומרין והרי הוא כאיש אחר.

תוס' בבא קמא דף גז עמוד ב' ד"ה "נמצא ש"ש" (בגמ' מחלוקת האם ליסטים מזויין גנב או גזלן)

נמצא ש"ש משלם תשלומי כפל, בטוען טענת לסטים מזויין (=שומר שטען שהחפץ אינו אצלו ונלקח ע"י ליסטים מזויין והתברר ששיקר, אם ליסטים מזויין מוגדר גנב על השומר לשלם פי שנים כדן גנב) - אבל אי גזלן הוא (=ליסטים מזויין נחשב גזלן) ניחא, דטוען טענת גזלן ונמצא שהוא בידו לא משלם כפל. וא"ת אכתי נמצא ש"ש משלם כפל בטוען טענת גנב בבעלים? ושמא אין שייך כפל בטוען טענת גנב בענין זה...²

בסיום התוס' מועלת אפשרות שיכולה לכאורה להיות מציאות בה שומר ישלם תשלומי כפל אם יטען שנגנב ממנו ובמציאות של בעליו עמו, ומשיב תוס' ששמא במציאות זו אין שייך לחייבו כפל - ותוס' לא ביאר מדוע - ולקמן בקצות ובאבן ישראל.

קצות החושן סימן רצ"א ס"ק יח

אם בעליו עמו לא ישלם. נסתפקתי בשמירה בבעלים אם נשבע שבועת השומרין או לא?

אמר את פסוק - אם לא תשאלוהו ולא תשאלוהו ולא תשאלוהו ולא תשאלוהו - אם לא תשאלוהו ולא תשאלוהו ולא תשאלוהו ולא תשאלוהו

והנה מדברי תוס' נראה דאפילו שמירה בבעלים בעי שבועת השומרין ומחויב לישבע שבועת התורה שבועה שאינו ברשותו, ע"ש פרק הכונס (ב"ק) דף נ"ז (ע"ב) ד"ה נמצא שומר שכר משלם תשלומי כפל בטוען טענת ליסטים מזויין, אבל אי גזלן הוא ניחא דטוען טענת גזלן ונמצא שהוא בידו לא משלם כפל. וא"ת אכתי נמצא שומר שכר משלם כפל בטוען טענת גנב בבעלים, ושמא... אי"כ משמע מדבריהם דאיכא שבועת השומרין בשמירה בבעלים, דאי ליכא שבועה היכי משכחת כפל בטוען טענת גנב בבעלים, דטוען טענת גנב אינו חייב עד שישבע בב"ד...

וכן נראה כיון דלא כתיב (שמות כב, יד) אלא אם בעליו עמו לא ישלם וא"כ אין הפטור אלא בתשלומין, משא"כ עבדים ושטרות וקרקעות אימעטו מדין שבועה. אמנם ... שוב מצאתי בירושלמי (פ"ה) [פ"ח] משבועות (ה"א) דאיפלגו ביה אמוראי, ע"ש אתמר אם בעליו עמו לא ישלם מהו שישבע, ר' זירא אמר נשבע ר' חנינא ור' עולא דאמרי תרווייהו אינו נשבע וע"ש. ותמהני שלא הובא בראשונים או באחרונים להכריע בזה ואנחנו לא נדע וצ"ע.

קונטרסי שיעורים (ר"ז גוסטמן) בבא מציעא שיעור ל' אות ו'

אולם לאחר העיון נראה דאין שום פלוגתא בזה ולכולי עלמא ההלכה דבעליו עמו לא נאמרה אלא לענין פטור תשלומין אבל לכל שאר ההלכות חייל עליו דין שומר אפילו בבעליו עמו דלעיל סו"פ המפקיד דף מא, ב, מבואר להדיא דשולח יד בפקדון חייב אפילו במקום שבעליו עמו, דקאמר שם ואידך שלא תאמר דיו לבא מן הדין להיות כנדון מה שואל בבעלים פטור אף שומר חנם ושומר שכר בבעלים פטור ע"כ. ופירש"י מה שואל אם בעליו עמו כתיב לא ישלם אונסין אף שומרין ששלחו יד אם בעליו עמו יפטר כתב קרא יתירה לחייבו אפילו בבעלים וגלי רחמנא בחדא והוא הדין בכולהו ע"כ. והרי שליחות יד אין דינו אלא בשומר וכדאיתא להדיא בשיטה מקובצת לעיל דף מא, א, ד"ה תרגמה וז"ל: וגזלן ושואל שלא מדעת שייכי בכל אדם בין שומר בין אינש דעלמא אבל שולח יד ליתיה אלא בפקדון ושמו מוכיח עליה וכדאמר קרא גבי שומרים אם לא שלח ידו וכו' עכ"ל. ואי נימא דלרב אשי ור' חנינא אין לו דין שומר בבעליו עמו אמאי חייב בשליחות יד ולא מצינו פלוגתא בזה. ועיי' נה"מ סי' רצ"א ס"ק ל"ד הוכיח גם כן מהא דחייב בשליחות יד דדין שומר עליו.

² סיום דבריו שם: " ואפילו שייך אין לחוש אי המ"ל ולטעמך ולא קאמר".

והשתא שהוכחנו דלכולי עלמא ההלכה דבעליו עמו אינו אלא פטור בתשלומין אבל לשאר הדינים הרי הוא כשומר דעלמא, צריך להבין טעמא דר' חנינא ור' לא, דאמרי אינו נשבע³ ? ונראה דסברתם הוא לפי מאי דקאמר הגמרא לעיל דף לה, ב, דשבועה היא כדי להפיס דעתו של בעל הבית, הרי דהשבועה היא בגדר תשלומין מהשואל להמשאיל, וכיון שהתורה אמרה ואם בעליו עמו לא ישלם גם משבועה פטור, ועיי' לעיל בשיעור דחשוד אממונא ביארנו בס"ד דכל שבועות התורה הן בגדר תשלומין, ובפרט שבועת השומרין דמפורש בה שהיא רק להפיס דעתו של בעל הבית....

אבן ישראל (הרב ישראל יעקב פישר זצ"ל) הלכות שפירות פרק א הלכה ד

והנה בתו' ב"ק דף נ"ז ע"ב ד"ה "נמצא" כתבו וא"ת אכתי נמצא ש"ש משלם כפל בטוטע"ג בבעלים ושמא אין שייך כפל בטוען טענת גנב בענין זה עכ"ל.... וביאור דבריהם נראה לשיטת התו' בכתובות דף נ"ו ע"א ד"ה הרי, דס"ל דשומר הוא עצמו מתחייב בדיני שמירה, וא"כ י"ל בפטורא דבעלים בתרי גווי, (א) דבעלים הוה פטור בחיוב השומר אף דהוא חייב עצמו בכל החיובים כיון שהיה בבעלים התורה פטרתו מהחיובים שנתחייב, (ב) י"ל דבעלים הוה הפקעה בדיני שומר והיינו דגם חיוב שמירה שקבל על גופו נמי פקע⁴, ונפק"מ אי איכא עליה חיוב הגוף לשמור אף דאם פשע אינו חייב לשלם, וזהו ספיקת התו' אי איכא בבעלים דינא דטוטע"ג, דהרי כתב הרמ"ה ב"ק דף ק"ו ע"ב דטוטע"ג (=טוען טענת גנב) לא נאמרה אלא בשומר, וז"ל "וטעמא דמילתא דכיון דנתינת קטן לאו כלום הוא לחיובי עלה שמירה, איסתלק ליה דינא דשומר מהכא לגמרי הלכך לא מחייב כפל דהא לא בתורת גניבה אחא לדיה כי היכי דליחייב כפל כגנב עצמו, ומטעמא דטוטע"ג נמי ליכא לחיבו ממה אנפי דלא חייבי רחמנא לטוטע"ג אלא דליחייב דנתינתיה מדעם אכל היכא דלא ליחייב דנתינתיה לא"י עכ"ל, וזהו ספיקת התו' אי בבעלים איכא דינא דטוטע"ג והיינו דאי פטורא דבעלים הוא רק פטורא בחיובא דשומר אבל חיוב שמירה איכא עליה שפיר איכא דינא דטוטע"ג, או דנימא דבעלים הוה הפקעה בדיני שומר וגם חיוב שמירה ליכא עליה בודאי ליכא גביה דינא דטוטע"ג, ועי' קצה"ח סי' רצ"א סק"ח הביא מחלוקת בירושלמי... ונראה נמי דפליגי בהא דאי יש עליו דין שומר בודאי איכא ביה שבועת השומרים היינו שבועה שאינה ברשותו משא"כ אי נימא דבעלים הוה הפקעה בדיני שומרים בודאי אינו נשבע וכמשי"נ,

שו"ת הרשב"א חלק א סימן תתקנ"ב.

וכדאמרין בפרק השואל (דף צ"ז צו:) בעי רמי בר חמא בעל בנכסי אשתו (=כגון שקיבל ממנה נכסי מלוג והם בבעלותה והוא ה'מנהל') שואל הוי או שכר הוי? ואמרין מה נפשך אי שואל הוי שאלה בבעלים הוי אי שכרות הוי שכרות בבעלים הוי⁵. וקיימא לן פשיעה בבעלים פטור⁶ אבל משביעין הבעל שתי שבועות אחת שאינן ברשותו ואחת שלא שלח בהן יד שלא מדעת אשתו דהוה ליה כגזלן דקיימא לן שואל שלא מדעת גזלן הוי.

מה נסיק מהרשב"א ביחס לחקירת קונטרסי השיעורים והאבן ישראל ?

שיעור משפט סימן סז ס"ק לא

ויש להסתפק בשאלה בבעלים שאין בהם דין שומרים כלל כמבואר בסוף סי' רצ"א אם מחויב לישבע שבועה שאינה ברשותו מדאורייתא, דלכאורה יש לדמותו לשטרות דפטרו הכתוב מדין שומרים ופטורין נמי אף משבועה שאינה ברשותו. וראיתי בב"י בסי' ס' הביא בשם תשו' הרשב"א (ח"א סי' תתקנ"ב) גבי בעל בנכסי אשתו דאם נתברר שהיה בעין אלא שטוען שנגנבו או שאבדו אפי' פשע בהם פטור לפי שאשתו עמו במלאכתו אבל משביעין אותו שתי שבועות אחת שאינה ברשותו ואחת שלא שלח בו יד שלא (בדעתו) [מדעתה], עכ"ל. הרי להדיא אף דהרשב"א ס"ל גבי שטרות דפטור אף משבועה שאינה ברשותו מ"מ בשאלה בבעלים חייב שבועה שאינה ברשותו ושלא שלח בו יד. שוב הראו לי שדין זה הוא פלוגתא בירושלמי פ"ח דשבועות (ה"א) והכי איתא התם איתמר אם בעליו עמו לא ישלם מהו שישבע ר' זירא אומר נשבע ר' חנינא ור' עולא דאמרי תרווייהו אינו נשבע ע"ש, והרי אתה רואה שהרשב"א בתשובה הכריע כר' זירא דחייב שבועה.

³ פירוש, לולי שיטתו של קונטרסי השיעורים, היה ניתן להציע במחלוקת בירושלמי היא האם בכליו עמו חל דין שמירה או שהוקפיע מדיני שמירה, אולם לשיטתו כו"ע מודים שקיים דין שמירה בבעליו עימו, וא"כ נשאלת השאלה מדוע פטור משבועה.

⁴ לשיטה זו, אפילו אם ירצה לחייב עצמו בשמירה בבעלים – תורה אוסרת זו ? או שב"סותם" תורה הפקיע אבל אם יתנה במפורש, יועיל, וצ"ע. ⁵ אשה מתחייבת במלאכת הבעל, נמצא שבשעת הנישואין הבעל 'זכה' הן במלאכת אשתו והן בנכסי אשתו, וכיון שקיבל את שניהם יחדיו, לפנינו דין 'בעליו עמו' ויהיה פטור מגניבה ובפשיעה בנכסי מלוג.

⁶ "אבל" – שיטת הרשב"א שאינה מפורשת שם בגמ'.

(א) בעלים היה עמו. ויש לעיין אם התנה אף דבעלים עמו יהיה חייב אם בעיני קנין, דהא מבואר בש"ך סימן ש"א [סק"ז] דכתב בשלמא שומר חנם יכול להתנות להיות כשואל דהוי כאלו אמר הריני שואל דומה להריני כאלו התקבלתי, משא"כ הכא דאין כאן דין שומרים, ולפי זה גבי בעלים עמו דאפילו בפשיעה פטור נמי בעיני קנין. או אפשר לומר דשאני הקדש דאינו חייב לישבע אפילו שבועה דאינו ברשותו כמבואר סימן ס"ו [סעי' ל"ט וס"י ש"א ס"א], וכיון דאינו בכלל דין שומרים ומשום הכי בעיני קנין. אבל גבי בעלים עמו אף דפטור אפילו בפשיעה, מכל מקום נראה דחייב לישבע דאינו ברשותו כמבואר בתוספות בבבא קמא פרק הכונס דף נ"ז ע"ב [בד"ה נמצא שומר שכר] דהקשו אכתי משכחת שומר שכר משלם כפל בטוען טענת גנב ובעלים היה עמו ע"ש, והא בטוען טענת גנב אינו חייב כפל אלא בנשבע בב"ד ובקפץ ונשבע אינו חייב כפל, אלא ודאי מוכח מתוספות דאפילו אם בעלים היה עמו חייב לישבע דאינו ברשותו, וכיון דהוא בכלל שומרים יש לומר אם התנה עמו מתחילה אף דהוא יהיה עמו במלאכתו יהיה חייב דמהני בלא קנין, ועיין בתוספות בבבא מציא פרק הזהב דף נ"ח ע"א [בד"ה אמר רבי יוחנן].

נתיבות המשפט באורים סימן רצ"א ס"ק ל"ד (דברי השו"ע לעיל)

(לד) השומר פטור מכלום. ונראה דמ"מ דין שומר עליו להיות חייב בשליחות יד כדן שומר, דלא מיעטיה קרא מדין שומר רק מדין תשלומין כדמוכח בב"מ דף מ"א [ע"ב], דאמר התם שלא תאמר דיו לבא מן הדין, מה שואל בבעלים פטור וכו'. ואי אפשר לומר שהכונה בשעת שליחות יד היה בעלים עמו דאז נעשה שואל וסד"א דנפטור כשהיו בעלים עמו בשעת שליחות יד, דא"כ קשה כיון דהש"ס מדמה ליה לשואל ממילא הוי שואל [שלא] מדעת וק"ל דגזלן הוא וגזלן ודאי דחייב אפילו בעלים עמו. וע"כ צ"ל דכונת הש"ס היא דסד"א לדמות שליחות יד לפקדון שהיו בעלים עמו בשעת התחלת שמירה כאילו ניתן לו בתחילה בתורת שאלה, והטעם שרצה לדמותו לשואל בתחילה יבואר בסימן רצ"ב [סק"ד], ובהו אתי שפיר הסד"א לפוטרו כיון דלא נעשה שומר כלל, קמ"ל דחייב, אלמא דשליחות יד חייב בבעלים. דלא דמי המיעוט שמיעט רחמנא שמירה בבעלים להא דמיעט רחמנא קרקעות ועבדים ושטרות, דשם אפילו משליחות יד פטור כמבואר בסימן רצ"ו בב"י [סעיף ב'], והיינו משום דשם מיעטיה רחמנא משמירה וכיון שאינו שומר ממילא פטור משליחות יד, משא"כ בבעלים, לא מיעטיה רחמנא מדין שומר רק מדין תשלומין. ולפי"ז נראה דה"ה דחייב לישבע שבועת שומרים שאינו ברשותו אף שהיה בבעלים, דמדין שומרים לא אימעט. ומה שהביא הקצוה"ח [סק"ז] (לפוטרו ראייה) [ראיה לפוטרו] מתוס' ב"ק דף נ"ז שכתבו דשם לא משלם כפל בטוען טענת גנב בבעלים ובריש מרובה כתבו התוס' דכפל ושבועה ענין אחד וכו'. לא ידעתי ראייה שלו, דשם כתבו התוס' דיש למעט מחד קרא כיון שבחד קרא הן, משא"כ בבעלים מי יודע איזה מיעוט יש לפטור כפל בבעלים. גם מה שמצא ראייה בהירושלמי פרק בתרא דשבועות פלוגתא דר' זירא אמר נשבע ור' חנינא אמר פטור ע"ש, ג"כ אין ראייה, דשם לענין שבועה שלא פשעתי בה מיירי, ומאן דפוטור הוא משום דסובר פשיעה בבעלים פטור וע"ש במפרש, וכן מוכח כל הסוגיא דשם. ואדרבה משם ראייה להיפך, דמוכח שם דאילו היה פשיעה חייב היה חייב שבועה, אלמא דמדין שבועה לא אימעט. ולפי"ז משמע דהשבועה שאינו ברשותו שהיא עיקר שבועת שומרים דחייב לישבע, כיון דאם הוא בעין ודאי דחייב להחזיר, משא"כ שבועה שלא פשעתי שפיר קאמר בירושלמי דפטור, כיון דס"ל פשיעה בבעלים פטור. ואגב אפרש קצת דברי הירושלמי שם, ובעל פני משה שם לא ירד לעומקו. וז"ל הירושלמי שם, מתניתא מסייע לר' חנינא, בשבורה שבויה ומתה שהן פטורין בנושא שכר והשוכר, השואל שלא בבעלים חייב, בגניבה ואבידה שהן חייבים בנושא שכר והשוכר, לא כ"ש דבשואל חייב, מאן דמר פשיטא שהוא נשבע צריכה ליה שישלם וכו'. פירוש, דהנה הך תנא דברייתא ס"ל דשוכר כשומר חנם דמי כדמוכח מסיפא דברייתא וכמו שפירש בעל פני משה בעצמו [שם ד"ה שואל שהחמירה התורה], ולזה מקשה לר' זירא דס"ל דנשבע, דהא ע"כ מה דנקט דברייתא גניבה ואבידה שהן חייבים בשוכר, ע"כ בגניבה ואבידה דפשיעה דהא שוכר כשומר חנם, וכיון דפשיטא לר' זירא דשואל בבעלים נשבע שלא פשעתי אף על גב דבבעלים ליכא ק"י דברייתא, וע"כ ס"ל מסברת חוץ דפשיעה חייב מטעם מזיק, א"כ קשה ליה צריכה ליה שישלם, פירוש, דלמה צריך לקל וחומר שישלם השואל בפשיעה שלא בבעלים הא בפשיעה משלם אפילו בבעלים אף דליכא קל וחומר. והמפרש דחק עצמו בחנם, וגם ביתר דברי הירושלמי דחק עצמו בעל פני משה שם בחנם. אחר כתבי זה מצאתי בבית יוסף בטור סימן ס' [סעיף י"ב] בד"ה ובתשובה אחרת [תשובת הרשב"א ח"א ס' תתקנ"ב וח"ב ס' ק"כ] שהרמב"ן כתב כדברי הר"ף וכתב עליו דברי [הרב] נכונים וכו', מבואר שם דאפילו בשמירה בבעלים חייב בשליחות יד ובשבועה שלא שלח בו יד, ע"ש, והרי ממש כדברי.

ברכת שמואל ב"ק סימן ל"ב ס"ק ו':

באונם מה שפטור ש"ס, ל"ד לפטור דנשכר או נשכר דשם הוי הפטור פ"י שפעה השמירה, ונגנב באונם שהא בגופו של השומר הוי הפטור פ"י דליכא פ"י קבלת שמירה ולהכי אין זה טוע"ג אלא דטוען שאינו שומר, וה"נ הוי ביאור הך סברא שכתב דהפטור דבעליו עמו נהי ש"ס פ"י שבועה, מ"מ לא מחייב כפל דפומר פלמו בפענת שאינו שומר כלל, והתוס' נסתפקו בדין זה, דאפשר חשיב שפיר טענת גניבה, דאפשר דחשוב זה טענת פטור ששמר כראוי, ואחר מחלמידי הישיבה קלם פורני בזה.

(ו) וזהו ביאור סברת התוס' בפ' הטונס דף נ"ז: ד"ה נמלא. וז"ל, וא"ת אכתי נמלא ש"ס משלם כפל כפוען טענת גנב דבעלים, ושם אין שייך כפל בטע"ג בפנין זס, וכו' יפוש. ופיין בשמ"ק בשם רבנו אליעזר מרמ"ז וז"ל ופעמא דאין חייב כפל אלא היכא דפענת גניבה גורמת הפטור, והכא מה שהבעלים גורם פכ"ל. נראה ביאור דבריהם הק', דהוי זה כמו שטוען שאינו שומר כלל דאז לא הוי טענת גניבה, אלא טענת שאינו שומר. וכסברא זו יש ג"כ בהראשונים לפנין שאינו משלם כפל בטע"ג באונם משום שאינו שומר כלל. פ"י דגניבה