הלכה · משנה תורה · מפרשים · מלאכת שלמה · ספר משפטים

מלאכת שלמה על משנה תורה, הלכות שאלה ופיקדון

רבי שלמה חכים

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

מלאכת שלמה על משנה תורה, הלכות שאלה ופיקדון

רבי שלמה חכים

מקור הטקסט: ספריא · רישיון: לפי המהדורה: נחלת הכלל או Creative Commons

התכנים שלפניכם נאספו, מוינו, סוננו ונערכו בעמל רב ובמסירות על ידי צוות פרויקט 'אוצריא' (otzaria.org).

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/מלאכת-שלמה-על-משנה-תורה-הלכות-שאלה-ופיקדון/
הקובץ נוצר ב־22 בנובמבר 2026 מגרסה v39-202611200317 של הספרייה.

תוכן העניינים

פרק א 4
הלכה ה 4
הלכה ז 4
פרק ה 5
הלכה ג 5
הלכה ו 9

פרק א

הלכה ה

השואל כלי מחברו וכו'. כתב המל"מ משם הר"ב בפ' אלו נערות דאפי' למ"ד סתם שאלה ל' יום הני מילי לגבי דידיה אבל מת לא אמרינן הכי לגבי יורשיו יעו"ש ועיין בשלטי הגבורים בפ' השואל דפליג ע"ז במתני' דשאלה חצי יום וכו'.

ומ"ש רבינו **הניח להם אביהם פרה שאולה ומתה אין חייבין באונסיה וכו'**. עיין בהרב המגיד ז"ל שכתב וז"ל והטעם שאפי' נשתמשו בה פטורין מאונסים כיון שהן בעצמן לא שאלוה והיא חוזרת בעינה וכו' ועיין בהר"ב בשיטה מקובצת בפ' אלו נערות שכ"כ משם הראב"ד ז"ל והרשב"א הקשה שם ותירץ כן וכן הריטב"א וכולהו אזלי ומודו דאפי' נשתמשו בה יורשין פטורים מאונסין. אמנם הרשב"א שם הביא משם הראב"ד ז"ל שפי' דמתה [אין] חייבין באונסיה דוקא בעומדת באגם ולא נשתמשו בה ולכך אין חייבין באונסיה אבל היכא דרצו להשתמש בה כל ימי שאלתה והחזיקו בה בתורת שאלה ומתה חייבין באונסיה וע"ז הקשה הרשב"א טובא יעו"ש.

וראיתי בשלטי הגבורים בפ' השואל שכתב וז"ל והר"ן כתב בשם הראב"ד וז"ל דאפי' לא אמר להם משאיל כלום רק שהם התחילו להשתמש בפרה אחר מות אביהם טרם מיתת הפרה הרי הם חייבין באונסיה ובודאי בתורת שאלה החזיקו בה ודברי טעם הם ואפשר דלית דפליג עליה יעו"ש. והנה בדברי הר"ן ז"ל בפ' אלו נערות לא מצאתי מזה כלום אמנם בנמוק"י בפ' הגוזל בתרא מביאו אלא דלפי מ"ש לעיל הלא תראה כמה חולקים יש עליו ומה גם הרב המגיד ז"ל שנתן טעם לדבר ואיך כתב דאפשר דלית דפליג עליה דמדברי הרה"מ נראה בהיפך. ומרן החבי"ב בסי' שמ"א הגהת ב"י אות א' כתב עליו ביאור דבריו חוץ מהרא"ש ע"כ ופליאה דעת ממני דאמאי לא אמר וחוץ מהרה"מ ז"ל ואמאי לא הקשה ג"כ מדברי הרה"מ ולדרכו קשה מדברי הראב"ד ז"ל והרשב"א והריטב"א והרב המאירי ז"ל ועי' בשיטה מקובצת בפ' הגוזל בתרא ובפ' השואל במתני' דשאלה חצי יום ובפ' אלו נערות ותראה בהדיא דרובא דרבוותא סבירא להו דאף אם נשתמשו בה היורשין פטורין באופן שדברי הרב צריך ליישב ודוק.

הלכה ז

האומר לחברו השאילני קרדום וכו' שאלו לעדור בו פרדסים הרבה וכו'. עי' בהרב המגיד שכתב משם הרשב"א ז"ל אבל אם א"ל לעדור פרדסים אינו עודר בו אלא שנים דמיעוט פרדסים אבל כשהוא אומר פרדיסי כל פרדסיו בכלל וכ"כ הרשב"א ע"כ. וקשה

לי דהרי הר"ב בסוגין מביא משם הרשב"א ז"ל בהיפך וז"ל ה"ג פרדסאי רפיק ואזיל כל פרדסי דאית ליה אבל היכא דא"ל פרדסי לא רפיק ביה אלא תרי פרדסי כדמשמע בפ' המוכר את הבית ויש ספרים דגרסי הכא הכי בהדיא פרדסי רפיק ביה תרי פרדסאי רפיק ואזיל כל פרדסי דאית ליה הרשב"א ז"ל ע"כ. הרי דבאמר פרדסי לא רפיק כי אם תרי היפך מ"ש הרה"מ בשמו וצ"ע.

פרק ה

הלכה ג

המפקיד אצל חבירו וכו'. כתב הרב תרומת הדשן בסי' של"ג על מי שהפקיד ביד חבירו ר' זהובים בכד קטן סתום והניחו הנפקד תחת המטה והניח לאחד ליכנס שם דהוי פשיעה וחייב אע"פ שיטעון הנפקד מאן לימא לן דבההיא שעתא דחפש אותו שנכנס שם היו שם הדינרין שמא כבר נגנבו ע"י אחר לאו טענה היא אלא כיון שצריך לישבע שלא פשע והאיך יכול לישבע דילמא פשע שהיה הפיקדון תחת המטה עדיין בשעה שחפש ומשו"ה חייב והביא ראיה לדבר ממ"ש הרא"ש בפ' השואל גבי מתה מחמת מלאכה דמשום דספק הוא משלם יעו"ש באורך שכן העלה להלכה.

ולענ"ד קשה לי טובא בדבר זה שכתב הרא"ש ממ"ש איהו גופיה בר"פ הגוזל גבי הניח להם אביהם פרה שאולה משתמשים בה כל ימי שאלתה וכו' וז"ל הניח להם אביהם אחריות נכסים חייבים לשלם ואסיפא קאי אבל לא אירישא דאפי' הניח להם אחריות נכסים אין חייבים באונסין דלא אשתעבדו נכסים משעת שאלה אלא עד שעת האונס וכדרב פפא וכו' יעו"ש. וא"כ כיון דהוא סובר כר"פ דמשעת שאלה אינו משתעבד כי אם משעת אונסין דוקא הוא דמחייב א"כ בשואל בהמה מחברו ומתה בדרך ולא הרגיש בה עייפות ולא ידע אם מתה מחמת מלאכה ופטור או מחמת דבר אחר והוי אונס וחייב והו"ל כאומר איני יודע אם נתחייבתי לך דפטור כמבואר בטור חו"מ סי' ע"ה תדע שכן הוא שהרי הרמב"ן בפ' השואל במתני' דהשואל את הפרה שאלה חצי יום וכו' פריך בגמ' ש"מ מנה לי בידך והלה אומר איני יודע חייב לימא תהוי תיובתא דרב נחמן וכו' וכתב הרב ז"ל וא"ת ומאי קושיא דהא לא דמיא אלא לאומר איני יודע אם החזרתי לך אם לאו דחייב לכו"ע וכו' והרמב"ן ז"ל כתב דאפי' כשאינו יודע אם מתה ביום ראשון שהיתה שאולה נמי פטור לדעת ר"ן דכל שמסופק אם היתה שאולה בשעת שבורה ומתה אם לאו הו"ל כאיני יודע אם הפקדת אצלי אם לאו וכדעת ר"פ דאמר דאינו חייב באונסיה אלא משעת שבורה ומתה יעו"ש באורך. וא"כ בנדון הרא"ש נמי הוי דוכותיה דכיון דבשעת

מיתה אתה מחייבו ולא ידע אם מחמת אונס וחייב או מחמת מלאכה ופטור והוי כאומר איני יודע אם הפקדת אצלי דפטור וכמו"כ אני תמיה עליה דהרמב"ן ז"ל והרשב"א דהם פסקו כר"פ דמשעת מיתה הוא דמחייב עיין בהר"ב בס' אסיפת זקנים בפ' אלו נערות (כתובות דף ל"ד) מהש"ס ואילו מרן ב"י בסי' רצ"א ס"ה כתב וז"ל כתבו תלמידי הרשב"א ש"ש שמסר לאשתו ובניו או למי שהבעלים רגילים להפקיד אצלו דעת הרמב"ן שאילו נשבע השני שהוא ש"ח שלא פשע בה ואומר שנגנבה או שאבדה שהראשון הוא חייב וכו' ולא מצית למימר שמא באונס מתה ופטור אני שעליו לברר וכן היכא שאינו רוצה לישבע השני שמתה כדרכה או שהלך למדינת הים הראשון חייב ולא מצי למימר שמא באונס מתה ופטור אני או שמא בפשיעה וחייב השני וכ"כ מהר"ש ע"כ.

והשתא לפי מאי דס"ל להרמב"ן והרשב"א ז"ל דקי"ל כרב פפא דאין השואל מתחייב כי אם בשעת האונס ומשו"ה אף שנעשה שואל כל שלא ידע אם בעידן שאלה או בעידן שכירות ובאותה שעה אתה בא לחייב הוי כאומר איני יודע אם נתחייבתי ופטור וא"כ ה"נ בשומר שמסר לשומר כיון שלא פשע במה שמסר א"כ אתה בא לחייבו בשעת מיתה הוי ממש כאומר איני יודע אם נתחייבתי דפטור לשיטתם והבאתיו את הנ' למרן הקדוש ז"ל דגם הוא פסק כר"פ בסי' שמ"א ס"ד כהרמב"ן והרשב"א ז"ל ואפשר דמשום הא הקשה בבדק הבית בסי' ש"מ למ"ש הרא"ש בהשואל בהמה דחייב וז"ל יש לתמוה דאטו משום שמא מחייבי לה אדרבא ראוי דכיון דמתה בדרך סתמא מחמת מלאכה מתה וא"צ לישבע אלא שמתה בדרך ופטור ע"כ. ואילו בסי' ש"ג ס"ב כתב וז"ל ונ"ל שאם נפלה דלקה בעיר ונשרפו החפצים שהוא ש"ש עליהם אם יודע בבירור שנשרפו נשבע שנשרפו ופטור וכו' אבל אם אינו יודע שנשרפו רק שהיו בביתו או בחנותו ונשרף הבית אינו יכול לישבע שנשרפו דשמא נגנבו על ידי המחזירין לגנוב כלים שבבתים קודם שישרפו וחייב לשלם וכו' יעו"ש ואמאי חייב כיון שעל אותה שעה אתה בא לחייבו והו"ל כאומר איני יודע אם נתחייבתי לך דפטור וכמו שפי' הוא ז"ל בסי' ע"ה.

עוד כתבו תלמידי הרשב"א ז"ל שם וז"ל אבל דעת רבינו ששומר שכר שמסר לש"ח ואין השני רוצה לישבע שהלך למדינת הים שהראשון פטור ואפי' הלה תובעו בבריא שנגנבה מפני שזה טוען שאיני יודע שנגנב והוא חייב או אם נאנס ופטור או מתה כדרכה והוא פטור הו"ל כמנה לי בידך והלה אומר איני יודע אם נתחייבתי לך דפטור עכ"ל הרי לך להדיא מאי דס"ל הרמב"ן והרשב"א בפ' השואל באותה סברא עצמה פליג עלייהו בכאן. ומהר"ש הלוי בתשו' חו"מ סי' כ' בחושבו שמה שכתבו תלמידי הרשב"א אבל דעת רבינו שהוא על הרשב"א תמה על מרן ז"ל ממ"ש בסי' ש"ג בדין דלקמן דמחייב

באיני יודע אם נשרפו או אם נגנבו ושהוא נגד דעת הרשב"א היעלה על הדעת דהב"י כתב דברי הרשב"א בסי' רצ"א ובסי' ש"ג חולק עליו בפי' ועוד דגם הרמב"ן ורבו אפשר שחולקים עליו משום דאפ"ל דמאי דקאמר הרמב"ן דלא מפטר בטענת שמא נאנסו הוי משום דהשומר השני טוען ודאי שנגנבו ומ"ש או שהלך למדינת הים קאי למ"ש דאינו רוצה לישבע אבל כשטענת נגנבו הוי ספק דילמא יודה שהוא פטור דשמא נאנסו וחילק דבנדון הרשב"א ז"ל לא הו"ל לידע דמיירי דמסרו לאשתו ובניו או למי שהבעלים רגילים להפקיד ולא עשה שום פשיעה ונסתלק מעליו חיוב ידיעה מהפקדון ולכן אע"פ שטוען בריא שנגנב כיון שהוא טוען שאינו יודע פטור שאין בידו לידע אבל בדין דליקה שהיה הפקדון בביתו ובחומותיו הו"ל לידע דהיה מוטל עליו לשומרו וכל לא ידענא פשיעותא היא יעו"ש ועיין למרן החבי"ב בסי' רצ"א הגב"י אות פ' דכתב דליתא דהוא הרא"ה ור"ש דכתב הוא הרשב"א דס"ל כהרמב"ן יעו"ש.

עוד הקשה הרב הנזכר לדברי הרשב"א שכתבו תלמידי הרשב"א דפטור דהרי זה הוי איני יודע אם החזרתי שהרי מודה שקבל החפץ והוא מסרו לאשתו ובניו והוי הלויתני ואיני יודע אם החזרתי דחייב והצ"ע ושוב כתב דבמה שחילק לדעת מרן נסתלקה קושיא זו. ולענ"ד נראה דאפי' דבמ"ש לעיל בשם הרמב"ן והרשב"א דסבירא ליה דהחיוב לא בא לזה השומר כי אם בשעת האונס ובאותה שעה הא קאמר איני יודע אם נגנבה וחייב או נאנסה ופטור והוי ממש איני יודע אם הלויתני ופטור.

וראיתי להש"ך בסי' רצ"א סקמ"ד שהקשה לסברת רבינו שכתבו תלמידי הרשב"א ומסיק וז"ל ולענין דינא כיון שאי"ל לברור חייב ולא דמי לאיני יודע אם הלויתני דכיון דנעשה שומר דמי לאיני יודע אם החזרתי אע"ג דלא נשתעבדו נכסי השומר אלא משעת אונסין ולא משעת שאלה היינו לענין דאין היורשין חייבין לשלם מטעם דלא נשתעבדו נכסים דשואל משעת שאלה ונ"ל הטעם דלא דמי להלואה דלהוצאה ניתנה וא"כ חיובא רמי אנכסין אבל שאלה כיון דהדרא בעינא לא רמי חיובא אנכסי דשואל וכ"ז שהוא בעין חייב להחזיר וא"כ כשאינו יודע אם מתה כדרכה הו"ל כאומר איני יודע אם החזרתי לך וחילוק זה נכון וברור וכו' וכן מוכח בתוס' בפ' השואל בד"ה והלה אומר וז"ל ומ"מ פריך שפיר לרב נחמן ממתניתין ואע"ג דמודה שמסר לו שתי פרות כיון שמחזיר לו אחד הו"ל כאומר איני יודע אם השאלתני ע"כ משמע דוקא כשמחזיר לו אחד הו"ל כאומר איני יודע [אם השאלתני] אבל אם היה אומר איני יודע ולא היה מחזיר לו אחד הו"ל כאומר איני יודע אם החזרתי לך עכ"ל. והנה אמת דבחילוק הרב ז"ל אשכחנא פטרי לדברי מרן והרא"ש דאף דהם פסקו כרב פפא דמשעת מיתה הוא מחייב ולא משעת שאלה

היינו לגבי יורשים דלא אשתעבד נכסיו דשואל וכדברי הרב ז"ל. ברם לענין שואל וש"ש דהדרא בעיניה ואומר דאינו יודע אם מתה מחמת מלאכה והוי חזרה או נאנסה ולא הוי חזרה ומשו"ה חייב וכן נראה דעת מרן בדין דליקה אמנם לדעת הרמב"ן והרשב"א ז"ל דעלה מתני' דהשואל קיימי ואייתיה בידיה ההיא דר"פ דשואל לא מחייב כי אם באונסין בשעת אונסין ומשו"ה משוה לדינא דמתני' לר"נ איני יודע אם נתחייבתי ופריך מינה לר"נ ומר הוא דקאמר הכא בדין שומר שמסר לשומר שרגיל להפקיד אצלו דכל שאינו יודע בברור מחייב והא ודאי קשה ומה שרצה הרב ז"ל להוכיח מדברי התוס' דדוקא במחזיר לו חדא אבל אם היה אומר איני יודע ולא היה מחזיר לו כלום הו"ל כאומר איני יודע אם החזרתי ע"כ לא זכיתי להבינו דהא התוס' סיימו שם וז"ל וכן בפרה אחת כשאינו יודע אם מתה בעודה שאולה ע"כ הרי דאף דאינו מחזיר לו כלום משוה ליה כאיני יודע אם הלויתני שלא כדברי הרב ז"ל. ומה שאני מבין בדברי התוס' הוא שכונתם כדעת הרמב"ן דלהרשב"א ז"ל לא פריך כי אם מסיפא דמתני' שהיא שאלה אחת ושכר אחת ואז הוי כאיני יודע ולהרמב"ן פריך מרישא דמתני' דכל שהוא מסופק אם היתה שאולה בשעת שבורה ומתה אם לאו הו"ל כאיני יודע אם הלויתני וחיליה ממימרא דר"פ כמבואר שם בהר"ב ז"ל וא"כ הוא כונתם מלבד דאין כאן הוכחה עוד בה דהוי להיפך כמבואר למעיין שם.

ובעיקר החילוק שחילק הרב אנכי הרואה להריטב"א ז"ל הביאו הר"ב ז"ל שם חולק ע"ז וז"ל ולא מבעיא להההיא לישנא דאמרינן בהגוזל דחיוב השואל משעת אונסין אלא אפי' להההוא לישנא דאמרינן דחיוב שואל משעת שאלה ולא מצית למימר כיון שיודע ששאלה ממנו ונתחייב בה ואינו יודע כיצד מתה הו"ל כאומר איני יודע אם פרעתיך דהא ליתא דאפי' למ"ד התם דשואל מחייב משעת שאלה לאו דמחייב חיוב גמור לאלתר דהא ודאי כל כמה שהיא בחיים כל היכא דאיתא ברשותא דמרא איתא וליכא על השואל שום חיוב אלא דלכי נגנבה או נאנסה ואיתא לחיובא עליה משעבדי נכסיה למפרע משעת משיכה או לענין הניח להם אביהם פרה שאולה מ"מ כל שאומר איני יודע אם שאולה אם שכורה הרי הוא כאומר איני יודע אם נתחייבתי ונשתעבדו נכסי וזה ברור הוא אלא שמקצת הגאונים ז"ל נשתבשו בה קצת עכ"ל הרי דהריטב"א ז"ל ניחא ליה בהכי ועיין בהרב פרח מטה אהרן ח"א סי' ל"א באורך ובס' כהונת עולם סי' כ"ג דף כ"ח ע"ג ומשפט צדק ח"ג סי' כ"ג ולאפס הפנאי איני מפלפל בהם.

ודע שדין זה שכתב מרן בסי' ש"ג שאם נפלה דליקה בעיר וכו' פסק מור"ם ז"ל וכתב הש"ך וז"ל ואם לא היה יכול להציל וכו' ואף שהוא מציל את שלו ומתוך כך נשרף החפץ

שהיה שומר עליו לא אמרינן כיון שהיה יכול להציל את החפץ לא הוי אונס מטעם שהיה נשרף החפץ שלו כ"כ הרב [בתשובות] בסי' ק"ו ויש לדקדק מדבריו דאם היה ש"ח חייב דמחייב ליה בפשיעה יעו"ש ומ"מ צ"ע לדינא ודוק עכ"ל ודע דמ"ש הרב ז"ל לא אמרינן כיון שהיה יכול להציל את החפץ לא הוי אונס וכו' דמשמע דכונת הרב לומר דהוי אונס כיון דהיה טרוד בשלו זה אינו דהרואה דברי הרב בתשובה יראה דכונתו הוא דלא הוי אונס ומילת ל"א דכתוב בדברי הש"ך ט"ס הוא וניכר לעין כל ואמטו להכי אתי שפיר מה שהוליד והצמיח דה"ה בש"ח כמבואר.

והוצרכתי לזה לפי שראיתי להרב כהונת עולם בתשובה סי' כ"ד דף כ"ח ע"ד שכתב וז"ל וכתב הש"ך ז"ל בחלוקת הפיטור דאף שהיה מציל את שלו ומתוך כך נשרף החפץ שהיה שומר עליו שפטור וכי"כ הרב בתשובה סי' ק"ו ואף שהרב כתב אח"כ די"ל מדבריו שאם היה ש"ח חייב דמחייב ליה בפשיעה הלא הנך רואה שדבריו אין להם שחר ומי הוא זה ואיזה הוא שיחייב ש"ח ויפטר ש"ש ואי מחשבינן ליה כפשיעה וע"כ חייב בש"ח אטו ש"ש פטור מפשיעה ולא זכינו לאותה תשו' לראותה והרב גופיה כתב וצ"ע לדינא ע"כ יעו"ש ולפי מ"ש דברי הש"ך ז"ל אינו כמו שהבין הרב אלא דט"ס נפל בדפוס ואחד ש"ש וש"ח כחדא אזלין וכחדא שריין ולכולן לא הוי אונס ועיין במרן החבי"ב בהגה"ט אות מ"ט שמביאו לחיוב ש"ש משם הרב בתשובה סי' ק"ו וכדכתיבנא ודוק.

הלכה ו

הפקיד אצלו פירות שאינם מדודים ועירבם עם פירותיו ולא מדדם ה"ז פושע [**וכו'**] **וישלם בלא שבועה וכו' ונמצא מחויב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם.** והשיג עליו הראב"ד וז"ל ורבותי אין מודים כן לפי שאינו דומה לנ' ידענא ונ' לא ידענא דהתם הו"ל למידע והתובע טוען מידע ידעת ודבר שבמנין קא טעין ליה ודבר שבמנין קא כפר ליה והו"ל מחויב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם אבל הני לאו הכי הוא ע"כ נראה בהדיא דכהאי גוונא לא ס"ל מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם מדאורייתא ומשו"ה השיג עליו וכתב דאינו חייב לשלם אמנם רבינו ס"ל דאפי' בכהאי גוונא מחויב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם והוי מדאורייתא וכן נראה ברור מדכתב אח"כ ומנין שהדין כך הגע עצמך שהפקיד אצלו כיס מלא זהובים ופשע בו וכו' נמצא זה כתובע וכו' והלה מודה לו במקצת ואומר על השאר איני יודע שהוא מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם ע"כ הרי ברור דשבועה דאורייתא איירי וכ"כ הסמ"ג דרבינו ס"ל דכהאי גוונא שבועה דאורייתא היא וכ"כ ההגהות מיימוני וכ"כ מרן ב"י. וליכא לאקשויי מההיא דכתב רבינו בפ"ד מהל' טוען שנראה שהוא היפך זה שכבר תירץ הרמב"ן בחי' לשבועו' וכמ"ש הרב

המגיד ז"ל נמצא דבשבועה דאורייתא הוא דאמרינן מחויב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם אבל בשבועת היסת לא אמרינן הכי.

ולפי"ז קשה לי טובא למ"ש למוה"ר יצחק דאלב"ה ז"ל הביא דבריו הרב לשון למודים ז"ל בחו"מ דף ל' ע"ד וז"ל כתב הרמ"ה דלא אמרינן מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם אלא בשבועה דאורייתא אבל בשבועה דרבנן כגון וכו' וכתב הב"י דברים של טעם הם וראוים למי שאמרן נראה מדברי הב"י דסברת הרמ"ה היא מוסכמת ולא מצאו מי שחולק עליו אמנם לענ"ד נראה דהרמב"ם בפ"ה מהל' שאלה חולק עליו שכתב וז"ל הפקיד אצלו פירות שאינם מדודים וערבם עם פירותיו וכו' נמצא מחויב שבועה דאינו יכול לישבע משלם ובודאי דהאי שבועה דנתחייב הנתבע שבועה דרבנן היא כיון שאינו מודה בדבר שבמנין וכמ"ש בפ"ד מהל' טוען וכו' ועם כל זה כתב דאמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם היפך דעת הרמ"ה אלו דבריו ז"ל יעו"ש. ולפי מ"ש יראה ברור אחרי המחילה רבה דזה אי אפשר דמ"ש רבינו מחויב שבועה היינו שבועת התורה וכמו שהוכחנו לעיל אבל שבועה דרבנן אפשר לומר דרבינו סובר דלא אמרינן מחויב שבועה וכו' כסברת הרמ"ה. ועוד דאם כדבריו ז"ל דברי הטור סתרי אהדדי דבסי' ע"ה כתב סברת הרמ"ה הלזו והסכים עמו ובסי' רצ"ב הביא דברי רבינו ומשמע דפסק כדברי רבינו ולפי דבריו דברי הטור סתרי אהדדי דבכאן פסק כהרמ"ה וכאן פסק כרבינו אלא דצ"ל כדכתיבנא וכמבואר וכעת מילתא כדנא צריך לי עיון. עלה בידינו עכ"פ דבשבועה דרבנן לא אמרינן מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם.

אמנם ראיתי למהר"י אדרבי ז"ל בסי' פ"ו וז"ל אע"ג דלא אמרינן מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם אלא בשבועה דאורייתא אבל בשבועה דרבנן לא וכ"כ הרשב"א ז"ל בתשובה והאי שבועה דנדון דידן שבועה דרבנן היא וקילא טפי משאר שבועה דרבנן וכו' וכיון שכן אפשר לומר דאפי' דכיון שאינו יכול לישבע אינו נוטל לא אמרינן ליתא שהרי כתב הרי"ף ז"ל בהלכות איכא מ"ד דהאי שבועה שבועת היסת היא ואיכא מ"ד כעין שבועת התורה ואנן סבירא לן כמאן דאמר כעין שבועת התורה דומיא דפוגם שטרו וכמו שהכריח שם הר"ן וכיון דסבר דהוי כעין שבועת התורה אפשר דסבר הרי"ף דאי טען הלוה אישתבע לי דלא פרעתיך ולא רצה לישבע או שאינו יכול שישבע כנדון דידן אפי' תפס המלוה מפקינן מיניה עכ"ל ודבריו תמוהים חדא שהביא דין זה מדרבנן לא אמרינן מתוך משם הרשב"א כאילו דין זה אינו מפורש אלא דוקא בהרשב"א והלא כבר כתבתי שכן כתבו התוס' בדוכתי טובא וכ"כ הטור בסי' ע"ה משם הרמ"ה והסמ"ג עשין מ' יעו"ש. ועוד תמיהא לי טובא למאי דמסכים הרב דבשבועת המשנה הואיל וכעין

דאורייתא משביעין ליה סתמא לכל מילי הוא ושפיר אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע מפסיד וקשה טובא ממ"ש התוס' בדוכתי טובא דבשבועת המשנה נמי וכגון פוגם שטרו וכיוצא לא אמרינן מחויב שבועה ואינו יכול לישבע מפסיד דלגבי הא מילתא שפיר מדמינן לשבועת היסת ולא לשבועת התורה וכ"כ התוס' בהדיא בפ' הכותב (כתובות דף פ"ח) ד"ה מייתי ליה וכו' יעו"ש וכ"כ הרא"ש שם. הן אמת שראיתי להרשב"א בח"א סי' תתקע"ז הביאה מרן ב"י סי' פ"ד מחודש ה' בקיצור שכתב וז"ל ועוד כיון שכבר קבל קצת כבר פגם שטרו ותנן הפוגמת כתובתה לא תפרע אלא בשבועה והו"ל מחויב שבועה ואינו יכול לישבע ע"כ הרי שכתב בהדיא דבפוגמת כתובתה אף שהיא שבועה דרבנן אמרינן מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם וכדברי מהר"י אדרבי וכבר ראיתי להר' מל"מ ז"ל בפ"ב מהל' טוען שכתב כן יעו"ש ומ"מ לדעת התוס' והרא"ש אינו כן.

ועוד שהרי אשכחן להרשב"א גופיה סי תתק"כ הביאה מרן ב"י סי' פ"ג מחודש ח' וז"ל במקומי אני עומד שלא אמרו אלא בבן הבית המתעסק תמיד בבית כגדול האחים והכי מסתברא וכו' ובסוף דבריו סיים ואמר שאם הוא חשוד על השבועה חזרה השבועה למקומה דלאו דאורייתא היא כדי שנאמר חזרה השבועה למחויב לה ומחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם דאפי' בשבועה דאורייתא דייני גולה אמרי חזרה השבועה לסיני ואע"ג דקי"ל כדייני א"י היינו במה שזה חייב מן הדין באחד משני תשלומין או ממון או שבועה וחשוד כיון שאינו בתשלומי שבועה חייב בתשלומין אבל בן הבית ואריס אינו בתשלומי ממון וכו' יעו"ש הרי דנראה היפך מ"ש הרב ז"ל וכ"כ התוס' בפ' השואל ובפ' כל הנשבעין ובפ' שנים אוחזים דף ג' ד"ה ובכולי יעו"ש והוכיחו כן מהא דאמרינן בפ"ק דמציעא גבי דההוא רעייא דפרכינן התם השתא נמי מחייבי מדרבנן דאמרינן התם ומשביעין אותו שבועת היסת ומשני דרשב"ג תקנתא היא ותקנתא לתקנתא לא עבדינן ע"כ ואם איתא הכי דבשבועה דרבנן נמי אמרינן מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם א"כ אמאי לא אמרינן מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם אלא ודאי דבשבועה דרבנן לא אמרינן הכי ותמיה לי טובא בדבריהם דהכא לפום מאי דמוכח מדבריהם דלאו דוקא בשבועת היסת אלא דה"ה נמי בשבועת המשנה דלא אמרינן מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם דומיא דפוגמת כתובתה ופוגם שטרו וכמבואר ולפי"ז מאי קא מייתו מהתם נימא דדוקא התם דאינו אלא שבועת היסת אמנם בשבועת המשנה דהוי כעין דאורייתא לכמה אנפי הכי נמי לענין דין זה דמחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם באופן שדבריהם דהכא ודהתם לא יכולתי להולמם וצ"ע.

וראיתי להרב לח"מ בפ"ג מהל' אלו הל' ד' על מ"ש שם השאילו שתי פרות וכו' כתב

וז"ל ויותר קשה בענין זו בדברי הנמוק"י דמוקי מתניתין במאמינו ואח"כ כתב דמסיפא דמתני' דאמר זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע דמשמע דכשהגלגול הוא טענת שמא דאין אומרים מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם דאם לאו כן אמאי יחלוקו מיגו דמשתבע דמתה כדרכה לשתבע נמי על גלגול ומחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם ומאי קשה דהא איהו גופיה מוקי מתני' לעיל במאמינו וצ"ע עכ"ל. ולענ"ד נראה לומר והוא דהא דהוצרך הנמוק"י לאוקמי הא סיפא דבטענת שמא אין אומרים מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם דהא סיפא מוקי הגמ' ע"י גלגול דישבע השוכר דמתה כדרכה ומגלגלים עליו דשכורה מתה וא"כ סיפא נמי דומיא דמציעתא היא דע"י גלגול מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם ואמאי יחלוקו אלא ודאי דהכא שאני משום דהוי טענת שמא ובטענת שמא לא מגלגלים ומשו"ה הוצרך לישב הנמוק"י דהכא הוי בטענת שמא ואין מגלגלים זה עלה לפי קוצר ענ"ד לישב דברי הנמוק"י ודוק.