תלמוד בבלי · אחרונים · בית אהרן

בית אהרן על בבא מציעא

הרב אהרן וואלקין

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

בית אהרן על בבא מציעא

הרב אהרן וואלקין

מקור הטקסט: דיקטה · רישיון: CC BY-SA 4.0

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/בית-אהרן-על-בבא-מציעא/
הקובץ נוצר ב־18 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611162349 של הספרייה.

תוכן העניינים

הקדמה 6
דף ב. 9
דף ב: 17
דף ג. 18
דף ג: 29
דף ד. 41
דף ה. 50
דף ה: 57
דף ו. 62
דף ו: 68
דף ז. 73
דף ז: 80
דף ח. 87
דף ח: 89
דף ט. 100
דף ט: 105
דף י. 115
דף י: 121
דף יא. 128
דף יא: 134
דף יב. 139
דף יב: 144
דף יג. 148
דף יג: 151
דף יד: 153
דף טו. 156
דף טו: 157
דף טז. 160
דף טז: 168
דף יז. 170
דף יז: 170
דף יח. 171
דף יח: 174
דף יט. 179
דף יט: 184
דף כ. 188
דף כ: 195
דף כא. 197
דף כא: 199
דף כב. 212
דף כב: 222
דף כג. 230
דף כג: 231
דף כד. 233
דף כה. 239
דף כה: 243
דף כו. 247
דף כו: 252
דף כז. 260
דף כז: 264
דף כח. 270
דף כח: 272
דף ל. 274
דף ל: 277
דף לא. 280
דף לא: 280
דף לב. 281
דף לב: 285
דף לג. 287
דף לג: 289
דף לד. 290
דף לד: 294

דף לה. 301
דף לה: 304
דף לו. 308
דף לו: 312
דף לז. 318
דף לז: 319
דף לח. 321
דף לח: 324
דף לט. 327
דף לט: 333
דף מ. 334
דף מא. 335
דף מא: 337
דף מב: 340
דף מג. 344
דף מג: 345
דף מד. 349
דף מד: 351
דף מה: 353
דף מו. 357
דף מו: 364
דף מז. 375
דף מז: 379
דף מח. 387
דף מח: 399
דף מט. 406
דף מט: 410
דף נ: 411
דף נא. 411
דף נא: 418
דף נב. 420
דף נב: 425
דף נג. 428
דף נג: 432
דף נד: 434
דף נה. 434
דף נו. 437
דף נו: 440
דף נז. 446
דף נז: 448
דף נח. 454
דף ס. 460
דף ס: 460
דף סא. 464
דף סא: 475
דף סב. 479
דף סב: 485
דף סג. 491
דף סג: 498
דף סד. 502
דף סד: 507
דף סה. 516
דף סה: 523
דף סו. 531
דף סו: 539
דף סז. 547
דף סז: 550
דף סח. 550
דף סט. 556
דף סט: 559
דף ע. 567
דף ע: 568
דף עא. 569
דף עא: 570

דף עב: 571
דף עג. 574
דף עג: 576
דף עד. 584
דף עד: 588
דף עה. 588
דף עה: 591
דף עו. 593
דף עו: 595
דף עז: 600
דף עח. 601
דף עח: 606
דף עט. 608
דף עט: 613
דף פ. 614
דף פ: 617
דף פא. 620
דף פא: 621
דף פב. 625
דף פב: 629
דף פג. 634
דף פג: 638
דף פד: 638
דף פה. 638
דף פז: 639
דף פח. 643
דף פח: 645
דף פט. 647
דף פט: 648
דף צ. 649
דף צא: 653
דף צב. 653
דף צב: 656
דף צג. 657
דף צג: 658
דף צד. 658
דף צה. 661
דף צו. 665
דף צו: 669
דף צז. 674
דף צז: 676
דף צח: 679
דף צט. 681
דף צט: 688
דף ק. 688
דף ק: 691
דף קא: 695
דף קב. 695
דף קב: 701
דף קג. 708
דף קג: 710
דף קד. 711
דף קד: 712
דף קח. 714
דף קח: 717
דף קי. 718
דף קי: 718
דף קיב. 719
דף קיב: 720
דף קיד: 722
דף קטו. 722
דף קיז. 725

הקדמה

חז"ל אמרו, שורייקי דעינא באובנתא דלבא תליא, בפתגם הזה מראים אותנו חז"ל מה נפלא ומשונה הוא כח הראות אשר בעין האדם. וגם נמצא בזה למוד זכות על חברת בני האדם בכלל, אשר בלא זה יש לצעוק חמס על העול הנורא השורר בהם דהגע עצמך, שני אנשים נכנסים לבית מעוני ומשקפים על חוטמיהם, יש מו מבטם על המנורה העומדת על שולחני, ויחרצו משפט עליה, משפט לא שוה, זה יאמר כי גדולה היא מאוד, וזה יאמר כי קטנה היא ככף איש, לא נוכל עוד להתפלא, היתכן זה שמישרים ישפטו שניהם, והלא מנורה אחת היא, ואם גדולה היא באמת, כולם מוכרחים לומר שגדולה היא, ואם באמת קטנה היא. כל הרואה אותה ורוצה לשפוט מישרים, מוכרח להודות שקטנה היא, ואם מחולקים המה בדיעותיהם מקצה לקצה, זה יגדילה יותר מדאי, וזה יקטינה באין ערך, מכלל שהשופטים הללו לא לצדק ישירו, ובמזיד ירצו לשקר ולסלף משפט. דנוכל עוד להשקיט המיית רוח המתפלאים ולהשיב להם, כי אין כאן עוות הדין ונטיית הצדק בכוונה, שיוכל היות אשר השופטים הללו, שניהם לצדק ישורון, ולמראה, עינם ישפוטו, אלא שחלוק משפטם יבוא רק מחמת זה, דכידוע יש מיני זכוכיות אשר סגולתם להגדיל הדבר בהרבה פעמים יותר מכפי שהוא בעצם, וגם יש מיני זכוכיות המקטינים את הראות, ומסתמא שופט אחד נושא זכוביות המגדילים, והשני את המקטינים, ולכן בעיני זה תתראה כגדולה, ובעיני השני באמת קטנה היא, לא כן הדבר כאשר יקרה ככה באיש אחד, שהיום בא לביתי עם משקפיו ואמר כי המנורה גדולה היא מאד, ולמחרת בא באותן המשקפיים עצמן ואמר כי קטנה היא מאד, או אפילו בשני אנשים, אבל ידוע לנו שהזכוכיות אשר במשקפיהם שוים הם, באופן כזה תהיה תמיהתנו תמיה קיימת, דאחרי שמיני הזכוכיות שוים הם, איך יתכן שישנה משפטו מתמול להיום, או מאיש זה לאיש השני, ובודאי במזיד ובכוונה יסלפו האמת ויעוותו המשפט. והנה כמקרה הזה נפגוש לרוב בחברת בני האדם, שני אנשים עומדים מדיינים, מתווכחים, ושופטים על איזה פעולה שעשה איזה אדם, זה יגדיל הפעולה ויעלה עד לשמים שיאה וגבהה, שאין ערוך ליקרתה וסגולת תפארתה, וזה ישפילה עד לעפר, שאין שום ממש בפעולה הזאת, וביותר יפלא, כי לפעמים נראה כמשפט הזה גם באיש אחד גופא, שהיום בשפטו את הפעולה, יצא לצדק דינו, ובעוד זמן מה כאשר נשוב לדבר עם אותו האיש דבר אותו הפעולה עצמה, נראה כי פנים חדשות ממש בא לכאן ומשפטו שונה לגמרי ממשפט הקדום, ויוציא דינו לשבט ולא לחסד, ומה יעשה המתבונן על מעשה השופטים הללו, בטח יתאונן בצדק כי כולו מלא שקרים, ואבד

האמת מן האנשים, וישר באדם אין, וכל אחד לא למראה עיניו ישפוט, אלא כפי רצונו ונטייתו הפרטיית, דהלא סוג העין אחת היא לכל האנשים, וא"כ איך אפשר שישונה משפטן מקצה לקצה. ואמנם חז"ל באו ללמד זכות על מקרים כאלו, דשורייקי דעינא באובנתא דליבא תליא, כלומר דסגולה נפלאה הוא בכח העין אשר באדם, דאם כי סגולתן אחת היא לכל האנשים, מ"מ כל אחד יראה בהם רק כפי שלבו יצווהו לראות, דאם לבבו שלם עם האיש הנשפט, אז יראה און ולא יתבונן בו, אם יראה במעלותיו נקודה קטנה יגדילוה עד לשמים, ובחסרונות שלו לא יביט און, ויעבור גם על מכשול גדול כקורת בית הבד, ולהיפך בשונא, כאשר הפך לבבו לשנוא אותו, אז הנקודה הקטנה שימצא בחסרונותיו יתראה, בעיניו גדולה מאוד, והמעלות, יראה ולא יתבונן, וא"כ אפוא אותו האדם שמגנה ומשפיל את הפעולה הטובה, אין זה כמזיק בכוונה, שיודע בנפשו כי הפעולה טובה היא ומכוון למרוד בה, ולהאפיל בטליתו עליה במזיד, אלא שלפי ראות עיניו לא יראה ביקרת הפעולה, ועיניו כהו מראות ביקרת תפארתה, דמשום שלבו פונה מחבירו, עי"ז תכהין עיניו מראות בשבח מעלותיו, ותאורנה עיניו למצוא איזה פגם בפעולתו, כי "שורייקי דעינא באובנתא דליבא תליא" וכפי חפין הלבב כן תראה העין, ולפי"ז לא נוכל לצעוק חמס על משפטם המשונה, שבאמת שניהם רק למראה עינם ישפוטו, אלא שזה רואה צד, הרע, וזה צד הטוב:

והנה מחברתי החביבה, בתי היקרה לי מכל יקר, עד כה היית תחת ידי, ועיני השופטים והמבקרים לא ראוך למרבה, ואשר ראוך הלא שבחוך וקלסוך לעיני, לא ידעת עוד רע, החצים המרים והשנונים עוד לא פגעו בך. ואמנם עתה הגיע השעה לשלחך מעל פני ולעוזבך לנפשך, לשוטט בתבל בקרב אלפי המבקרים, ידעתי כי בשעה שתזכה לצאת בשלום מן עולם הדפוס כמה כתות של מבקרים ושופטים יצאון לקראתך, כת אחת אומרת, יבוא שלום וכל חבורים כאלו, יבואו לתוך אוצר ספרות הרבנות, בזרועות פתוחות יקבלוך, באהבה ומלא חפנים כבוד ותהלה יפזרון לך, יקבעו לך מקום הגון ומכובד, וכסא כבוד תנחיל גם לאביך מחוללך ומולידך, אכן אל תתיאש גם מן הפורעניות, כי באין ספק יצאון לקראתך גם כמה כתות של מלאכי.... שישפילוך עד לעפר, וינחילוך קלון תחת כבוד, ותהלה תחת תהלה הנני מרגיש מאוד בצרת נפשך, איך תהי נדהמה למראה עיניך ולמשמע אזניך בשמעך משפטים כאלו, כמו חי יתיצב לנגד עיני מכאוביך העצומים, גם על גורלך עצמך, גם על גורל אביך אשר טפחך וריביתך, והלא מי, כמוך יודע יותר כמה יגיעות יגע וכמה נדודים נדד על כל קוין וקוץ, חדוש וחדוש, יגיעת המוח והנפש להבין ולהשכיל ולברוא את החדוש, ואח"כ יגיעת הגוף

לסדרו ולכותבו, ואחרי כל אלה יבוא איש אשר לא עמל בו ולא גידלו, ולא ירצה גם להשים עין עיונו עליו, ורק במאמר פיו בלבד יחריב את כל הבנין, זו תורה וזו שכרה, נפשך תהי משועמם על זה, ומרה תזעק על חברת האדם בכלל, כי כולו מלא שקרים, ואין איש שם אל לב להוקיר ערך הפעולה, ובמתכוון יתנו דופי ושמצה בכל פעולה נשגבה ויקרה, רבות תסבול ועלי תגול האשמה, למה הרעותי לך לשלחך מעל פני ולהעבירך תחת שבט המבקרים. אכן דעי נא מחברתי, הוי מתונה בדינך מלהוציא דבה על חברת בני האדם המעולים, נושאי דגל התורה, כי יודעים את האמת ומכוונים למרוד בה, חלילה לך להוציא משפט כזה, דעי כי אותו המבקר אשר יבזה אותך, הוא רק מחמת אשר הקנאה או השנאה יטיחו עיניו מראות נכוחה, לבבו יצווהו לחפש את החסרון ולדלג את המעלה, ומה יעשה אותו המבקר הקשה, אחרי שאין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות, והוא משנאתו

וקנאתו לא וראה בהוד יפיך, תיקר נא בעיניך אחד ממאה אשר יביטו עליך בחן ובחסד ויאמרו לך יישר, מהמאה אשר יתנו בך קלסה, סבלי נא מהמבקרים ויקראוך גם האוהבים אותך, ומהם תנחל תהלה וכבוד, ואז תתן תודה גם אלי אשר טפחתיך וריביתיך:

וכעו בפתח הבית, כרענא על ברכי בקידה והשתחויה, ושחינא רישא כחויא, לתת שבח והודיה, לאלהא דארעא ודשמים, ששם חלקי מיושבי ביהמ"ד, וזכני עוד לחדש חדושים בתוה"ק ולהדפיסם ולהפיצם בישראל, ברוך שהחייני וקיימני לזמן הזה, ובמקום תורתי, שם גם תפלתי ובקשתי, אחת שאלתי מאתו ית' אותה אבקש, שבתי בבית, ה' ובד' אמות של הלכה כל ימי חיי, אתה ה' אשר עד הנה עזרוני רחמיך לשקוד ער דלתי תוה"ק, אל תטשני לנצח, והסר שטן מלפני ומאחרי, והושיעני למען שמך, שאהיה פנוי לעבודתיך, ותראני נפלאות מתורתך ותזכני לסדר יתר החבורים על שארי סוגיות הש"ס והפוסקים אשר עמדי בכתובים, ולהוסיף עליהם חדשים, וכה אזכה לראות בנים ובני בנים בנין וחתנין רבנן כולם יראי ה' לומדי תורתו לשמה אכיה"ר:

והנני גם לקיים מצות כבוד או"א ואביעה תודה וברכה מרובה לכבוד אבי היקר מהור"ר יעקב צבי ואמי הצנועה מרת חי' לאה תחי', מעיר שומיאץ אשר במדינת רייסין, אשר רבות עמלו ויגעו בחרף נפש בכדי להחזיקני לתורה, קיימו והחזיקו את התורה מתוך עוני ודוחק גדול, זכותם יעמוד להם שיאריך ה' ימיהם ושנותיהם בשיבה טובה ומלאי נחת, וישלח דברו וירפאם מהרה רפואה שלימה מן השמים בתוך שאר חולי ישראל או"א:

וגם לכבוד חותני חרב הגאון חו"ב יא"מ כו' כש"ת מהור"ר בן ציון נ"י הגאב"ד דזכרינא במדינת רייסין ולחמותי הרבנית הצנועה מ' **היענע** תחי', אשר משמיא קא. זכו לבנין וחתנוותין כולהון רבנן וגדולים, כה יזכם לראות בצאצאי צאצאיהם שיחיו כולם לומדי תורה ויראי ה':

כן לאחי הרב הג' המפורסם בתורה וי"א הנגיד מהו' זלמן נ"י וואלקין היושב בעיר לעכאוויטש, וגם לאחי המופ' מחו' משה ניסן נ"י ולרעיתי הרבנית הצנועה מ', רחל תחי' ולבני הבחור החריף והשנון מהו' אברהם שמעון עם כל אחיו ואחיותיו, יריק עליהם השי"ת שפע ברכה והצלחה רבה:

ואחזיקנא מלא חפני טיבותא לכל אנשי עירי שאד, אשר פה אשב כעת, וכן לכל אנשי עיר גרוזד אשר ישבתי בה מלפנים, החזיקוני בכבוד כמה שנים, ונתנו לי מנוחה, שיהיה לי צילותא דדעתא להגות בתורה, יברכם אדון הברכות בבני חיי ומזוני ובריות גופא ובכל מילי דמיטב, ויצליח וירויח ויפריח את הקהלות הכבודות הללו כאות נפשם ונפש המברכם בברכת אהרן וואלקין החוב"ק שאד. בעהמ"ס מצח אחרן:

פה הנה מקום אתי להציב עיון למזכרת נצח לנשמת א"ז המנוח מ' שמעון ב"ר יעקב זלה"ה אשר הרבה עמל ויגע להחזיק אותי לתורה ותעודה, תהא נשמתו צרורה בצרור החיים בתוך נשמות הצדיקים בג"ע, וזכותו יעמוד לי שלא ימוש התורה מפי ומפי זרעי עד העולם אכיה"ר:

דף ב.

רש"י ד"ה שנים אוחזין. וז"ל דוקא אוחזין ששניהם מוחזקין ואין כח לזה יותר מזה שאילו היתה ביד אחד לבדו הוי אידך המע"ה ואינו נאמן זה ליטול בשבועה ע"כ. והמפרשים נתקשו בהבנת דברי רש"י, ומאי קמ"ל במ"ש דוקא אוחזין, הא במתני' קתני הכי, וגם מה דמסיים שאם היה ביד אחד לבדו הוי אידך המע"ה, נמי מילתא דפשיטא היא דמוציא מחבירו צריך להביא ראיה ועיין בשמ"ק ופנ"י מ"ש בזה. והנה קושיא הראשונה נ"ל ליישב, דרש"י לשיטתו מוכרח לפרש דהא דקתני במתני' אוחזין, דוקא הוא שיהיו שניהם מוחזקין, ואם רש"י לא פירש זה, מעצמינו היינו אומרים דהקפידא הוא רק שלא יהיה אחד מוחזק יותר מחבירו, אבל כשאין מוחזק בטלית לבדו, אז הוי הדין דיחלוקו, בין ששניהם מוחזקין בו, בין כשאין מוחזקין בו כלל, אלא שמונח בסימטא וכדומה נמי יחלוקו, ומתני' לאו דוקא נקיט שנים אוחזין, דהא עיקר ההוכחה דבעינן דוקא שניהם מוחזקין, וכשאין שניהם מוחזקין לא אמרינן יחלוקו, הוא מכח הקושיא מהך דארבא

דפ' חז"ה שהביא התוס' כאן, דהתם פסקינן כל דאלים גבר, ומ"ש ממתני' דפסקינן יחלוקו, ומזה הוכיחו בתוס' שדוקא בשניהם אוחזין אמרינן יחלוקו, ובההיא דארבא שאין שניהם מוחזקין להכי פסקינן כל דאלים, אבל אי לא ההכרח מההיא דארבא, לא היינו מחלקים כלל בין שניהם אוחזין לאין אוחזין, ורק אם אין אחד מוחזק לבדו הו"א דיחלוקו. וכיון שעיקר ההוכחה הוא מארבא, א"כ הא תינח לשיטת התוס' בסמוך בד"ה וצריכא, שאפילו בודאי רמאי נמי חולקין, באמת אין שום חלוק אחר לחלק בין דינא דמתניתין להך דארבא כ"א כחלוק הזה, דבמתני' הוי שניהם מוחזקין, ובארבא אין שניהם מוחזקין, אבל לשיטת רש"י בסוף העמוד, דבודאי רמאי לא אמרינן יחלוקו, א"כ יש חלוק אחר בין דין דארבא למתני', דבמתני' דליכא וודאי רמאי, דאימור תרווייהו בהדי הדדי אגבהוה, להכי אמרי' יחלוקו, משא"כ בההיא דארבא שכ"א טוען של אבותיו הוא ויש בזה וודאי רמאי, להכי פסקינן כל דאלים, וכיון שמארבא אין הכרח, הרי נוכל לומר מעתה שבאמת לא בעינן דוקא שיהיו שניהם מוחזקין, ואפילו כשאין מוחזקין כלל, כיון דאין אחד מוחזק יותר מחבירו נמי יחלוקו, לזה הוצרך רש"י לאשמועינן, דוקא אוחזין, כלומר שאע"ג דהכרח מן הש"ס אין לזה, אפ"ה קים ליה מסברא שדוקא כששניהם מוחזקין הוא דאמרי' יחלוקו, אבל באין אוחזין אמרי' כל דאלים, והיינו משום דדין דכל דאלים ראוי יותר לפסוק מדין דחלוקה, דבזה סמכינן שיגיע הדבר למי שהאמת אתו משום דהוא ימסור נפשו וכמ"ש הרא"ש בשמעתין, ודוקא כששניהם מוחזקין דאין אנו יכולים להוציא מחזקת המוחזק ולומר שהשני תפוס, ומוכרחים אנו לפסוק דיחלוקו, אבל היכי שאין מוחזקין ניחא יותר לפסוק כל דאלים:

אבן באשר הקושיא השניה, דמאי אשמועינן בסוה"ד, שאם היתה ביד אחד לבדו המע"ה, אכתי נשאר במקומה ואינה מתורצת בדברינו. להכי נ"ל כוונה אחרת ברש"י, דמ"ש דוקא אוחזין, לא נתכוון בזה להודיענו דבעינן שיהיו שניהם מוחזקין, דזה פשיטא, אלא אשמועינן אופן החזקה איך יהיה, משום דלדין דיחלוקו בעינן שני תנאים, היינו ששניהם יהיו מוחזקים, וגם אופן חזקתם יהיה, שיאחזו דוקא בשפת הבגד וכדמוקי לקמן (דף ז') למתניתין דמיירי בתפיסי בכרכשתא, ואפילו כששניהם אוחזין בבגד, רק שאחד יאחז בגוף הבגד יותר מחבירו לא אמרינן תו יחלוקו, משום דמה שתופס כ"א דמי כמאן דפסיק ואין מוציאין שוב מידו. והנה המפרשים דקדקו על שנוי הלשון דבמתני' נקיט לשון אוחזין, ולהלן (דף ז') בברייתא גבי שטר נקט לשון אדוקין וכתבו דהתם מיירי שאדוקין בגוף השטר, ובמתני' נקט לשון אחיזה, דמשמע אחיזה קלה, וזהו כוונת רש"י, דוקא אוחזין, פי' שבעינן דוקא שיהיו רק אוחזין בשפת הבגד, דאז דוקא אמרי'

יחלוקו, משום דיש שני התנאים, דשניהם מוחזקין ולא דמי לארבא וגם אין לזה כח יותר מזה, שאילו היתה ביד אחד לבדו, פי' אם אחד היה תופס בטלית יותר מחבירו, אז הוי דיינינן זה החלק כאילו בידו לבדו, דמה דתפיס כמאן דפסיק דמי, ולא דיינינן בזה שוב דין דיחלוקו, אלא המע"ה, דהוי ממש כמו שאוחז בידו לבדו זה המותר, וא"כ טובא אשמועינן רש"י אופני החזקה, וגם שאפי' כששניהם הוי מוחזקין, משכחינן נמי שנדון בזה המע"ה, והיינו אם אחד תופס חלק גדול מחבירו וכנ"ל, וכלל כוונת רש"י הוא לפרש, דאוחזין דמתני' היינו שאופן חזקתם הוא שאין לזה כח יותר מלזה, והיינו כשאוחזין בשפת הבגד, ואוקימתא דש"ס מפרש במתני' כדרכו תמיד:

ברש"י ד"ה ראיתיה קודם שהגבהת. ובמהרש"א הגיה שהגבהתי. ותמוהים דבריו, דכיון דמחולקים נמי בהגבהה, דכ"א יאמר נמי שהוא הגביה אותה קודם, א"כ מאי משמע מינה דראיה קונה, דילמא ראיה לא קנה כלל, והא דקתני יחלוקו משום ההגבהה הוא, כיון דלטענת כל אחד זכה בחפץ ע"י הגבהה. והמובחר כמ"ש בפנ"י דהגירסא הוא, שהגבהת, וכ"א מודה לחבירו שהוא הגביה תחילה, רק דיטעון שהוא ראה אותה קודם שהגביה חבירו, אבל חבירו הגביה אותה תחלה, וכגון שיודע בודאי שהוא ראה אותה קודם לחבירו, כגון שהוא אמר להשני שיגביהנה והשני לא ידע כלל ממנה, וכיון דכ"א מודה שהשני הגביה אותה, ועיקר טענתם הוא רק מחמת הראיה ואפ"ה קתני יחלוקו א"כ מוכח שפיר דראיה קנה. ובזה נתיישב לי מה שהיה קשה לי לכאורה על התוס' ד"ה בראי' בעלמא, שהקשו ממתני' דלקמן (ד"ט וד"י) ראה את המציאה ואמר לחבירו תנה לי או שנפל עליה לא קנה, דלכאורה יש ליישב, דהתם דאחד ראה והשני הגביה לא יפה כח הראיה לבטל קנין דהגבהה, אבל הכא ששניהם נמי הגביהו, בזה שפיר יפה כח הראיה להכריע שיזכה בה הרואה, כיון דאיהו יש לו תרתי ראיה והגבהה. ולפמ"ש שפיר הקשו התוס', דא"א לומר שטענתם שכ"א יטעון שהוא הגביה קודם לחבירו, או לפחות בהדי הדדי דא"כ אין ראיה דראיה קנה, ובע"כ שכ"א מודה שהשני הגביה קודם, ואי אמרת דבמקום הגבהה ראיה לאו כלום הוא, א"כ לדברי כל אחד, הרי הודה בעצמו שהוא לא קנה את המציאה, והודאתו כק' עדים א"כ אין אחד מהם ראוי לזכות בה ויהיה הפקר עד שיבוא אחד מן השוק לזכות בה, ומדאמרינן דיחלוקו מוכח נמי דראיה הוי קנין אפי' במקום הגבהה, ולזה שפיר הקשו התוס':

וממוצא הדברים יש לי להביא ראיה לשיטת התוס' שגם בודאי רמאי נמי ס"ל לתנא דיחלוקו, דהנה רבים הקשו, דלפום האי סברא דהשתא דראיה לחוד קונה, א"כ מאי מהני דהוא ראה אותה, שמא חבירו ראה אותה עוד קודם ראיתו, ואיך שייך הכחשה בזה

דמנא ידע שחבירו לא ראה מקודם, ועיין במהרש"א שמחמת קושי' ואת הגיה ברש"י, וכבר רמזתי לעיל דאי משום הא לא איריא, דנוכל לומר שטוען שיודע בודאי שראה אותה קודם, וכגון שהוא הודיע להשני מהמציאה, וקודם הודעתו לא ידע כלל ממנה, והשני טוען להיפך. או די"ל כמ"ש בס' מעיני החכמה, עפמ"ש בתוס' דהיכי דיש גלוי דעת דלא ניחא לקנות בראיה לא קני, א"כ כיון דהכא מיירי שעל ההגבהה יודה כ"א שהשני הגביה, ולזה יבוא בטענה, שכיון שהשני הגביה הרי גילה דעתו דבהגבהה ניחא לו דליקני, א"כ יש לו טענת ברי שקנינו קודם והשני טוען להיפך, וכיון שכן יהיה גם במתני' וודאי רמאי, דבשלמא כשטענתם הוא שכ"א קנה בהגבהה, אז י"ל שאין אחד מהם רמאי, דשמא תרוויהו בהדי הדדי אגבהוה, אבל כשטוענים כ"א שהשני הגביה אותה לבדו, הרי יש בזה וודאי רמאי ואפ"ה הו"א דיחלוקו לדעת הס"ד דראיה הוי קנין, ורק מטעם דראיה לא קנה לא נוכל לאוקמי מתני' בראיה, אבל אם ראיה קנה ואז טוען כ"א שהשני הגביה קודם, ויטעון ברי דקנינו קודם משום דחבירו לא ניחא לקנות בראיה, והרי ודאי רמאי בזה ואפ"ה יחלוקו. ועוד דלמסקנא נמי דמדקתני כולה שלי מוכח דטענתם לא הוי בראיה, כ"א בהגבהה רוצים לזכות, ואי נימא דיש שום סברא לחלק בין ודאי רמאי לאינו ודאי רמאי לתנא דמתני', א"כ אכתי מנ"ל לומר דראיה לא קנה, שמא באמת ראיה נמי הוי קנין, ואפ"ה נקט כולה שלי דמשמע מזה שבא לזכות ע"י הגבהה, להורות שדוקא ע"י הגבהה אז אמרי' דיחלוקו, משום שאין ודאי רמאי, אבל בראיה דודאי רמאי לא אמרי' דיחלוקו, אלא לאו דס"ל לתנא שבזה אין חלוק, ובכל אופן יחלוקו, כן היה נראה לכאורה, וא"כ יהיה מכאן קושיא לשיטת רש"י:

אכן שוב התבוננתי, דלבד שלא יקשה על רש"י, אלא דאפשר דרש"י היה לו סיוע מכאן. דבאמת קשה קושית התוס' איך מסיק הכא דראיה לא קנה, והא לקמן (ד' קי"ח) אמרי' דהבטה בהפקר קני, ותי' התוס' דחוק. ולכן יש לפרש, דשקלא וטריא של הש"ס כאן, לא על עצם הדין, אי ראיה הוי קנין או לא, דזה פשיטא דראיה הוי קנין בהפקר, רק השקלא וטריא הוא, במאי רצו הם לזכות אם ע"י ראיה או הגבהה, וה"פ אי הוי אמר אני מצאתיה הו"א מאי מצאתיה ראיתיה, פי' שטענתו הוא שרוצה לזכות ע"י ראיה, להכי אמר כולה שלי דבראיה לא קנה, פי' שטוען שלא נתכוון לזכות בראיה כ"א בהגבהה, אבל אם היה רוצה לזכות בראיה נמי הוי קונה, ומיושב קושית התוס'. וכיון שהפירש בש"ס יהיה כן, יקשה לנו מעתה דמאי שקיל וטרי באיזה קנין רצה לזכות, דכיון ששני הקנינים טובים הם, מאי נ"מ לנו באיזה קנין רצה לזכות, ומזה הוכיח רש"י שיטתו, דאי הוי אמר מצאתיה, דמשמע שזכייתו היתה ע"י ראיה, וא"כ הוי שמעינן מזה שדעת התנא

שאפי' בודאי רמאי יחלוקו, להכי במתכוון אשמועינן כולה שלי, לומר שקנינו היה ע"י הגבהה, ובזה דוקא ס"ל לתנא דיחלוקו, משום דאין ודאי רמאי, אבל בודאי רמאי ל"א דיחלוקו וכשיטת רש"י ודו"ק:

בתוד"ה ויחלוקו. תימה דמ"ש מארבא, וי"ל דאוחזין שאני כו' עמ"ש לעיל ברש"י ד"ה שנים אוחזין, דדוקא לפי' התוס' שאפי' בודאי רמאי נמי יחלוקו, מוכרחים אנו לחלוק התוס' דאוחזין שאני, אבל לשי' רש"י י"ל דבארבא כיון דודאי רמאי לא דיינינן ביה דין חלוקה:

בא"ד וכן במנה שלישי כו' דהתם ודאי דחד מיניהו כו' עמ"ש לקמן ד"ג ע"א:

בתוד"ה וזה נוטל כו' וההיא דחו"ה דגחין ולחיש ליה לרבה כו' התם ה"ט משום דאפי' הוה שתיק רק שלא היה מודה שהוא מזויף היה נאמן כי החתימה היתה נכרת לעומדים שם כו' ע"ש. ומרהיטת לשק התוס' משמע לכאורה שרצונם לחלק בין מיגו דבעי אמר למינו דבעי שתיק, דע"כ לא אמרי' דמיגו להוציא ל"א, היינו במיגו דבעי אמר אבל במיגו דבעי שתיק אסרי' אפי' להוציא, וכמו שמחלקין התוס' בכמה דוכתא בין שני סוגי מיגו הללו לענין כמה דברים, כגון (כתובות ד' י"ח) כתבו דמיגו דבעי שתקי אמרינן אפי' בתרי, וכמו כן נראה להו לחלק לענין מיגו להוציא. אמנם יש לתמוה לחלק כזה בענין מיגו להוציא, דאטו עצמיית המיגו הוטב, ונאמנות יתירה יש במיגו דבעי שתיק, הא ודאי שבעצמיית נאמנות המיגו אין שום עדיפות בין מיגו דבעי שתיק, לאי בעי אמר, ורק התם גבי מיגו בשנים אפ"ה נחלק שפיר בזה, דכיון דהטעם דבתרי לא אמרינן מיגו כתבו התוס', משום דאין שנים מכוונים אהדדי בשקר אחד, וסובר אולי לא יכוון השני לעדותו, ולענין זה הוי השתיקה מעליותא, דעל השתיקה יוכלו לכוון אהדדי, שזה יותר נקל לכוון וכמ"ש הנה"מ בסי' פ"ב בכללי המיגו שלו, דלהכי הוי מיגו טוב משום דאפילו אם חבירו לא יכוון עמו בשתיקתו ג"כ יתבטל השטר ע"ש, אבל הכא בנדון מיגו להוציא, דהטעם דאין אומרין מיגו להוציא, משום דאין נאמנות המיגו אלים כ"כ להוציא ממון מחזקתו, א"כ מה יוכל להועיל מיגו דבעי שתיק, אטו עי"ז הוגדל הנאמנות, ובזה היה אפשר נמי לדחות מ"ש בס' נחל יצחק בכללי מיגו סי' ב' סוף ענף ב', דאע"ג דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרי', מ"מ מיגו דבעי שתקי אמרי' ע"ש שבנה היסוד עמ"ש התוס' כאן לחלק בין המיגות. ואמנם לפמ"ש דעצמיית המיגו לא הוטב כלל, וא"כ לענין מיגו לאפטורי משבועה, למ"ש הש"ך בריש סי' רצ"א בשם הע"ש הטעם, שדוקא בממון דיינינן דין מיגו, משום דבממון מעלה על דעתו לחקור על טענה מעליא, משא"כ להפטר משבועה אינו מדקדק כ"כ, כ"ש דלא שייך לחלק בין המיגות, כיון שזה דלא אמרינן

מיגו בזה, אין זה מחמת חסרון נאמנות כלל. ואפילו לטעם שכ' הברית אברהם חחו"מ סי' י"ד והגאון מוהרי"א זצוק"ל משום דמיגו לא עדיף מרובא, וכל זמן שיכולין לברר לא סמכינן ארובא, כמו כן במיגו דנימא הכי דכ"ז שיכולין לברר ע"י שבועה מבררינן, ג"כ לא שייך לחלק בין המיגות, כיון שגם במיגו דבעי שתיק לא הועדף כח הנאמנות, ולא יפה כחה כ"כ לפטור, שלא יהא חיוב גם לברר. וממה שחלקו התוס' בזה לענין מיגו בשנים אין ראיה לחלק הכי בנ"ד וכמ"ש. ועוד דאם היה איזה סברא לחלק כן גם במיגו להוציא, למה לא זכרו הפוסקים שכללו כללי המיגו את החלוק הזה, אע"כ שלענין מיגו להוציא אין לחלק בזה:

ועוד אפי' נימא דבמיגו דבעי שתיק הוטב עצם נאמנות המיגו, וכמו שהבין הגרי"א הנ"ל, וכן משמע קצת מן התוספות (ב"ק ד' ע"ב) ד"ה אין לך בו, וכמ"ש ההפלאה לכתובות י"ט ע"א) דמיגו דבעי שתיק אמרי' אפילו במקום עדים, ולפי"ז היה מקום לחלק הכי גם לענין להוציא, דכיון דמיגו כזה עדיף מעדים, וע"י עדים מוציאין ממון, כ"ש שנוציא ע"י מיגו כזה, מ"מ בדברי התוס' אשר לפנינו בעובדא דרבא דחז"ה ודאי שא"א לפרש הכי בכוונתם דהיינו משום מעליותא דמיגו דבעי שתיק, דע"כ לא הזכירו התוס' בב"ק שם, דמיגו כזה עדיפא, היינו הפה שאסור הפה שהתיר, וכגון דיכול היה לשתוק לגמרי ולא לטעון כלל, משא"כ שם בעובדא דפ' חז"ה, היה צריך עכ"פ לבוא לב"ד להראות שטרו וכמ"ש בס' נח"י הנ"ל, ולא הוי כלל מיגו דבעי שתיק, ולפי"ז אכתי נשאר לפנינו להבין כוונת חלוק התוס' כאן:

ולכן נ"ל שוודאי אם בא להוציא אין מועיל שום מיגו אפי' מיגו דבעי שתיק נמי וכסתימת כל הפוסקים, וכוונת התוספות הוא משום דהתם בפ' חז"ה לא הוי כלל להוציא, דכיון שכבר קדם וטען מינך זבינתה והא שטרא, וע"י טענה הזאת זכה בקרקע, רק שאח"כ הודה ששטרא זייפא הוא וקלקל עצמו, ולהכי אם יש לו מיגו לא מיחשב כבא להוציא, אלא כמחזיק בזכייתו שכבר זכה בה, ובשלמא אם ע"י טענה הראשונה לא היה יכול עוד לזכות עד שהיה מוסיף גם טענה השנים, היה נחשב כמיגו להוציא, אבל עתה דאפי הוי שתיק רק שלא היה מודה, היה יכול נמי לזכות וא"כ לענין עצם הזכייה לא יוצרך המיגו אלא דהמיגו יוצרך לנו לתקן עותתו, אבל עיקר הזכיה היה זוכה אפי' היה שותק, לא נחשב זה כבא להוציא, אלא כאוקמי ממונא דמי, וזהו כוונת התוס' דהתם ה"ט משום דאפי' הוי שתיק רק שלא היה מודה שהוא מזויף היה נאמן כו', ולהכי נחשב כבא להחזיק, וזה נכון בכוונת התוספות:

בא"ד הקשו דנימא אין ספק מוציא מידי ודאי כדאמרי' בהחולץ כו'. ואפשר לתרץ דסברת אין ספק מוציא כו' אין מועיל רק במקום שאין אחד מהם מוחזק כמו בהחולץ, ועתה ע"י זכותם רוצים להחזיק, בזה שפיר אמרי' דהודאי יורש מיקרי מוחזק ולא הספק, אבל הכא ששניהם מוחזקין ואנן סהדי דמאי דתפיס דידיה הוא, אין סברא לומר שעי"ז נוציא ממון מיד המוחזק האמיתי:

תוד"ה בראיה לא קנה. עמ"ש לעיל ברש"י ד"ה ראיתיה:

בגמ' רישא במציאה וסיפא במו"מ וצריכא. ואין להקשות דא"כ דתרווייהו צריכי מנ"ל דראי' לא קנה, דהא י"ל דבאמת ס"ל לתנא דמתני' דראיה קונה בהפקר וכדאמרי' לקמן (ד' קי"ח) דהבטה קונה בהפקר, ומשניות דלקמן (דף י') דראה המציאה ואמר לחבירו תנה לי דלא קנה, י"ל כמ"ש בתוס' משום רגלי דעתו דלא נתכוון לקנות בראיה, ואע"ג דכל הפוסקים סתמו דראיה לא קנה, היינו משום דפסקו כר' יוסי דס"ל לקמן הבטה בהפקר לא קנה, אבל תנא דידן ס"ל כת"ק דהתם דהבטה קונה. ועוי"ל שבאמת גם לתנא דידן ראיה לא קנה, ויליף מהא דרבנאי דומצאתה משמע דאתי לידו, ולא נחלק השתא בין לישנא דעלמא ללישנא דקרא, וכן משמע מפיר"ח ע"ש:

שם רש"י ד"ה במקח וממכר. ודוקא מקח וממכר כו' אבל זה אומר אני ארגתיה כו' ל"א יחלוקו דודאי חד מינייהו רמאי ותהא מונחת ע"כ. וכבר כתבתי לעיל ברש"י ד"ה ראיתיה מה שהכריח אותו לפרש כן. ועפ"י פשט י"ל משום דלשון כולה שלי, היה נוח יותר לפרשו בזה אומר אני ארגתיה, דמתחלת הוויתה שלו היתה, אבל במקח וממכר, דשלו היתה רק על ידי הלקיחה דהאידנא, לא שייך כ"כ לומר ע"ז, שלי הוא, וכמו בבבא דמציאה לא נקט לשון שלי' אע"ג דהשתא שמצאה הרי היא שלו, מ"מ כיון שמתחלת הוויתה לא שלו היתה, לא קאמר סתם שלי הוא, אלא מברר הסבה שהיתה שלו והוא ע"י המציאה, ה"נ במו"מ הו"ל לומר זה אומר אני קניתיה, לברר הסבה דהיתה שלו, ואם באמת היה הדין שגם בזה אומר אני ארגתיה דיחלוקו, נוח יותר היה לפרש דכולה שלי דמתני' מיירי בזה אומר אני ארגתיה, ומדפירשה במקח וממכר מכלל דבאני ארגתיה לא אמרינן יחלוקו:

ועתה אבוא ליישב שיטת רש"י מהקושיות שהקשו עליו, דהנה מה שהקשו הראשונים מההוא דלקמן (דף ז') גבי שנים אדוקין בשטר דאמרי' יחלוקו אע"ג דודאי חד מינייהו רמאי. נראה ליישב, דפשוט הוא שלא נפסוק הדין דמונח עד שיבוא אליהו, כ"א היכי שהחפץ אין מונח לא אצל התובע ולא אצל הנתבע, אלא גבי נפקד או גזלן או שליש, שהם מצדם צריכין להחזיר, דהא שלהם וודאי אינו, אלא שאינם יודעים למי

להחזיר, בזה נאמר שיהא מונח כך בלי ברור עד שיבוא אליהו, אבל אם הדבר הוא ביד התובע או הנתבע, אין שום סברא להוציא מן חזקת המוחזק ולהניחו כך בלי ברור, ולהכי במתני' דמיירי בתפיסי בכרכשתא ואין אדוקים בגוף הטלית, ואע"ג דחשבינן ששניהם מוחזקים, היינו רק שאין אחד מוחזק יותר מחבירו, ומיקרו אוחזין, ואין דומה להההיא דארבא שאין מוחזקין כלל, אבל לא נוכל לחשוב מעלת חזקתם, שנימא דמיקרי כמוציאין מידם, וא"כ שפיר נוכל לפסוק מונח, משא"כ בברייתא דנקיט "באדוקים" שלשון זה מורה שאדוקים בגוף השטר, וא"כ מה דנקיט כל אחד כמאן דפסיק דמי, וודאי שלא נוכל להוציאו מידו ולומר שיהיה מונח, ואח"כ מצאתי כעין זה בפנ"י לקמן דף ז', וכוונתי לדעתו:

וכן מה שהקשה הריטב"א על שיטת רש"י, דא"כ למה תקנו די שבועה כדי שלא יתקוף בטלית של חבירו ויאמר שלי הוא פי' דהיכי דהטלית הוא ביד אחד מהם עשו תקנה שלא ובוא אחד מן השוק לתפוס בו, ומה מהני אם, יתקוף, הא וודאי מי שיודע שהוא שלו יטעון האמת ששלו הוא מתחילה, וא"כ לא נימא בזה יחלוקו דהא איכא וודאי רמאי, ומאיזה טעם יתקוף ע"ש, ולא זכיתי להבין קושיתו, דוודאי היכי שהטלית הוא באמת שלו מתחילה כגון שארגו או שירשו מאבותיו, וודאי הדבר שלא שייך בזה חשש דשמא יתקוף, דאף אם יתקוף לא נימא, בזה יחלוקו, כיון דאידך טעין שארגו, אלא דאנן חיישינן אולי יראה לפעמים חבירו מגביה מציאה ויודע וודאי שחבירו הגביה וקנה אותה, ובכ"ז יבוא אחד מן השוק לתפוס בה ויטעון שגם הוא הגביה, אע"ג שיודע ששל חבירו הוא, מ"מ הוא יטעון שהוא הגביה, דבזה כשיבואו לב"ד:

נפלה דשניהם בהדי הדדי אגבהוה ונפסוק יחלוקו כמתניתין:

והנה בדעת הרמב"ם בדין דוודאי רמאי, כתבו המפרשים, דמתוך שסתם הדברים ולא הזכיר חלוק זה, משמע שסובר דגם ביה יחלוקו וכשיטת התוס', אלא דבשמ"ק הקשה עליו, דהא בע"כ הוכרח לסבור כרש"י ולחלק בין וודאי רמאי, דהא קשה קושית התוס' דמ"ש מארבא דאמרי' כל דאלים, והתוס' חלקו אמנם בין אוחזין לאינם אוחזין, ובארבא כיון שאינם אוחזין להכי הוי כל דאלים. ואמנם ז"ל הרמב"ם בפ"ט מטוען, שנים שיושבים בצד ערימת של חטין המונחת בסימטא או בחצר של שניהן זה אומר שלי וז"א שלי יחלוקו ע"כ הרי שאין מסכים לחלק בין אוחזין ללא אוחזין, דהא הערימה של חטין מונחת בסימטא ואין אוחזין בה ואפ"ה יחלוקו, וע"כ יש לנר לומר לשיטתו דהיינו טעמא דארבא משום דאיכא וודאי רמאי דאי לא אמאי אמרי' כל דאלים ק נימא יחלוקו כמתניתין, אלא וודאי משום דוודאי רמאי הוא, א"כ אני ארגתיה נמי וודאי רמאי איכא,

זהו תוכן קושית השמ"ק על הרמב"ם. ואמנם אי משום הא לא איריא, דשפיר נוכל לומר דגם הרמב"ם סובר לחלק בין אוחזין ללא אוחזין, והתם גבי ערימה ס"ל דכיון שהוא מונח בסימטא שהוא מקום הראוי לקנות, ושניהם יושבין בצדה, חשיב כאילו שניהם מוחזקים בה וכמ"ש להדיא כן הטור בחו"מ סי' קל"ט בטעם הרמב"ם, ועיין בחו"מ סי' קל"ח בסמ"ע וש"ך ובנה"מ שביאר ביותר דמיירי ביושבים בד' אמות וקנו בד' אמותיהם יעו"ש, ושפיר י"ל דהרמב"ם יסבור כשיטת התוס' דאין חלוק בין וודאי רמאי ודו"ק:

דף ב:

רש"י דיה דמי קא יהיבנא, דמים אני רוצה ליתן. ובשמ"ק האריך להקשות, דהא מיירי הכא בדנקיט זוזי מתרווייהו וכדמסיק, וא"כ איך כתב רש"י, דמים אני רוצה ליתן, דמשמע שעדיין לא נתן ע"ש. ובפשוטו היה נראה, דמ"ש רש"י דמים אני רוצה ליתן לא מיירי כעת בשעת הטענה, דעתה רוצה לשלם, רק אנו דנין על תחלת הנתינה בשעה שנגש אל המקח לקנותו, באיזה הוראת היתר עשה ככה לתת להמוכר זוזי בשעה שרואה שחבירו כבר שילם לו מעותיו, וע"ז אמר דיורה היתר לנפשו, כיון שגם הוא רוצה לתת מעות, אבל זה וודאי דעתה בשעת הטענה כבר שילם וכדמסיק ודו"ק:

בגמ' וליחזי זוזי ממאן נקיט. בענין הזה דשו כל הראשונים והרבה שיטות נאמרו בזה, ומה שקשה ביותר הוא שיטת רש"י במה שפירש, דבזמן שמקחו בידו נאמן כבי תרי אפי' היכי דנקיט זוזי מתרווייהו, והיכי דנקיט מחד נאמן אפי' בשאין מקחו בידו. והתוס' בקדושין ועמם כמה ראשונים הרעישו ע"ז, דלמה יהיה מהימן יותר מעד אחד דעלמא ע"ש. והנ"ל קצת בזה, דהנה בטעם דמקחו בידו דנאמן, אין זה מטעם מיגו כפי' הר"ח, אלא כתבו הטעם משום דכל זמן שהמקח בידו מידק דייק שלא ימסור החפץ למי שלא לקח מעות הימנו בכדי שלא יעמוד במי שפרע ולהכי אינו אומר בדדמי ובוודאי דייק שפיר ועיין בסמ"ע סי' רכ"ב, וכסברא הזאת נוכל לומר גם באין מקחו בידו, דהנה על עצם המכירה, למי משניהם נתרצה למוכרה ולמוסרה, אין אנו צריכין כלל לנאמנותו של המוכר, דאם אך היינו יודעים ממי קיבל המעות, אד אנך סהדי כי בוודאי לזה נתרצה למכור, דמהיכי תיתי יתרצה למכור לאחר, וחזקה שאין אדם מתרצה לעמוד במי שפרע, אלא העיקר מה שחסר לנו בזה, הוא הידיעה ממי קיבל הכסף, וע"ז שפיר יש לנו להאמין למוכר דדייק שפיר בעת מעשה ממי קיבל הכסף, דהא הכא מיירי וודאי דבעת המכירה היו שנד הלוקחים אצל המוכר, ושניהם התחרו לקנות, וא"כ כיון שהמוכר ראה ששניהם מתחרים, עליו היה לחשוש אולי יפול אח"כ סכסוך ביניהם, ולכן בוודאי ידייק שפיר

ממי יקבל הכסף בכדי שידע למי למסור אח"כ, שלא יעמוד במי שפרע. ואין לומר דמיירי שבעת מעשה לא בא אצל המוכר כ"א לוקח אחד ומאתו קבל הכסף ואליו מסר החפץ ואח"כ בא השני ותקף בהחפץ, ושבכה"ג לא רמיא עליו כלל למידק, דהא בש"ס מוקי לה דמתני' מיירי בדליכא רמאי ותלינן שלשניהם נתרצה המוכר, ואי מיירי שבשעת מעשה לא היה כ"א אחד ואח"כ בא השני וחטף ממנו, הרי וודאי רמאי יש בזה, דאיך שייך לומר דלשניהם נתרצה, אם בעת חלות הקנין לא ידע כלל מן השני, אע"כ. העובדא כן היתה, שניהם היו אצל המוכר כאחת והתחרו לקנותה ואחד נתן המעות ולידו מסר המוכר, רק כל אחד מהם טוען כעת שהוא היה נותן המעות, ויען שהמוכר ראה בעיניו התחרות הלוקחים ששניהם יחטפו החפץ מידו א"כ וודאי מידק דייק בעת קבלת הכסף לידע בברור מי הוא הנותן בכדי שידע למאן למסור ולא יעמוד במי שפרע, והרי לנו שזה וודאי דבעת מעשה דייק ונהי דהשתא שכבר מסר החפץ לא רמיא כלל על המוכר לידע בזה, מ"מ כיון שבעת מעשה דאיק שפיר הרי הוא מהימן, ולא דמי לחד סהדא דעלמא, דהא דלא מהימנינן לחד סהדא, לאו משום דחשדינן אותו שישקר במזיד כעת בשעת ההגדה, אלא דאמרינן דשמא לא דייק שפיר בשעת ראיה ואומר בדדמי, אבל האי מוכר דבעת מעשה וודאי דייק שפיר, ולמשקר כעת לא חשדינן אותו להכי הוי שפיר מהימן, ועיין בט"ז חו"מ סי' רכ"ב מ"ש בזה:

וא"ש בזה מה שהקשה הרשב"א לפרש"י, כיון דמחמת נאמנות של מוכר הוא ל"ל דאומר ליחזי זוזי ממאן נקיט, זוזי מאי עבידתה, והלא אין הדמים ראיה כלל לפירושו, אלא הכל מחמת נאמנותו של המוכר. ולמ"ש דעיקר נאמנות המוכר יבוא ע"י לקיחת הכסף, דכיון דקיבל הכסף עליו לדייק ממי יקבל, בכדי שידע למאן למסור, להכי נקט וניחזי זוזי, כיון דהם הגורמים להנאמנות. וכן מה שהקשו עוד, מאי מהני אם המוכר יגיד ממי קיבל הכסף, הא מעות אין קונה, גם זה א"ש, דזה וודאי שעשו משיכה, כיון שהחפץ הוא כבר בידם, ורק דלא ידעינן מי היה המושך ולמי מסר המוכר, ובזה תלינן דוודאי נותן הכסף איהו דמשיך ואליו מסר המוכר:

דף ג.

ברש"י ד"ה ותוקף. אוחז. ומאי רצה בזה ל ונ"ל עפמ"ש המפרשים בשנוי הלשון דבמתני' נקיט לשון "אוחזין" ובברייתא לקמן (דף ז') נקיט לשון ,אדוקין גבי שטר. דאוחזין משמע רק אחיזה כל שהוא, ומתני' דמיירי שתפיסי רק בכרכשתא ולא בגוף הטלית נקיט אוחזין, ובברייתא. דמיירי שאדוקין בגוף השטר נקיט אדוקין, והנה לקמן (דף ז'

מחוי ר' אבהו ובשבועה, ונחלקו הראשונים בכוונתו, אם רק על השאר שאינו תוקף צריך שבועה, אבל מה שתוקף בידו כיון דכמאן דפסיק דמי א"צ לישבע, או שגם על מה שבידו צריך לישבע, ומכאן נ"ל להביא ראיה דרש"י ס"ל כשיטת הפוסקים שדווקא על השאר צריך לישבע, ולכן לא שייך טעמא דר' יוחנן כ"א באופן שהוא רק אוחז בשפת הטלית, אבל כשאדוק בגוף הטלית לא שייך טעם דר' יוחנן, שלא יהא תוקף, כיון דאם יתקוף בגוף הטלית פטור הוא משבועה, ולהכי פרש"י כאן ותוקף "אוחז" כלומר שדוקא באוחז שייך הטעם ולא כשאדוק בגוף הטלית, דהוי כמאן דפסיק וא"צ לישבע:

ובפשוטו י"ל משום דבכ"מ יונח לשון תוקף, כשחטף החפץ לגמרי מיד חבירו ואוחזו בידו לבדו וכמו לקמן תקפה אחד בפנינו דהכי מתפרש, ואמנם כאן וודאי שא"א לפרש הכי, דכשתקף לגמרי מיד השני ויאחזנה כולה בידו פטור יהיה גם משבועה, וחבירו שבא להוציא צריך להביא ראיה, להכי פרש"י דכאן הוי הפירוש של ותוקף, אוחז, כלומר שגם הוא יאחז בבגד, אבל אינה כולה בידו:

שם בגמ' התם וודאי דחד מינייהו אמרי רבנן יהא מונח. ויש להסתפק אם דווקא בשתובעים הנפקדים ס"ל שיהא מונח, אבל בשמא ושמא כיון שגם הם אינם יודעים ס"ל דחולקים, או לא שנא. ומה שהביאני לספק הזה, דהנה הרמב"ם בפ"ד מגזילה כתב באם אומר לשנים גזלתי את אחד מהם מנה ואיני יודע איזהו וגם הם אינם יודעים אינו נותן כ"א מנה והם חולקים ביניהם ע"כ, הרי שבגזילה חילק וכתב דבשמא ושמא אמרי' דחולקים, ואמנם בפקדון לא הזכיר שום חלוק בזה, ומפרשי הרמב"ם כתבו דהאי חולקים דקאמר הרמב"ם היינו כשירצו מדעתם ולא מדינא, דמדינא יהא מונח כדקאמרי' הכא בסוגיא. אכן הש"ך (בחו"מ סי' שס"ה) הכריח דהאי חולקים הוי מדינא, ואע"ג דבמנה שלישי הוי הדין דיהא מונח ומ"ש הכא דיחלוקו, שאני התם דכל אחד תבעי ליה והוי וודאי רמאי חד מינייהו, משא"כ הכא כיון שהם עצמם אינם יודעים שגזלו א"כ ליכא רמאי לכך חולקים ע"ש בסק"ג. ודבריו נפלא, דהא ע"כ לא מחלקינן כאן בסוגיין בחלוק דוודאי רמאי כ"א בטעם דר' יוסי דס"ל הכל יהא מונח, ואפי' מה שוודאי שלהם, בזה שייך החלוק דוודאי רמאי וקניס ליה להיות מונח אפי' מה שודאי שלהם, אבל במנה השלישי דלאו משום קנסא יהא מונח, אלא מטעם דוודאי דחד מינייהו הוא ואין החלוקה יכולה להיות אמת, אפי' בלא וודאי רמאי נמי יהא מונח כיון שאין זה מטעם קנס, רק משום דא"א לפסוק חלוקה שאינה יכולה להיות אמת, ובזה כו"ע מודו, אלא דר' יוסי בא להוסיף שאפי' אם בעצם החלוקה יכולה להיות אמת, רק שיש רמאות בטענותיהם נמי יהא מונח מטעם קנס, וראיתי אמנם שהקצוה"ח שם העיר בזה, אכן,

גם דבריו נפלאו, דמה שתלי דין דהש"ך במחלוקת רש"י ותוס', ולרש"י דס"ל בזה אומר אני ארגתיה שיהא מונח משום דאיכא וודאי רמאי, הרי דתלי טעם החלוקה בוודאי רמאי ולכן בדינא דהש"ך שאין ודאי רמאי י"ל שפיר דחולקין ע"ש. ועמדתי כמתפלא ע"ז אטו רש"י לא יסבור דבעינן חלוקה יכולה להיות אמת, שזהו התנאי הראשי בדין דחלוקה, והוזכר כאן בש"ס לטעם דרבנן, ואפי' ר' יוסי מודה בזה כמ"ש, וגם הוא טעם התלוי בסברא וכמ"ש הראשונים שאין לב"ד לפסוק דין מרומה, וכיון שודאי שהדבר של אחד מהם אינם יכולים לפסוק חלוקה, אלא ודאי דבמקום שבעצם החלוקה אינה יכולה להיות אמת, כגון במנה שלישי גם רש"י ס"ל שיהא מונח אע"ג דליכא רמאות בטענותיהם כיון שאין זה מטעם קנס, אלא שרש"י נמי סובר דאפילו במקום שהחלוקה יכולה להיות אמת, כגון בזה אומר אני ארגתיה, דאף אם נפסוק חלוקה אין זה דין מרומה, שיוכל היות שהטלית הוא של שניהם, רק אפ"ה כיון שיש רמאות בטענותיהם ס"ל נמי שיהא מונח, אבל במקום שהדין בעצמותו יהיה ברמאות כ"ש דס"ל שיהא מונח, דאיך יעלה על הדעת לומר דבמקום שהדין בעצמותו יהי' ברמאות ס"ל יחלוקו, ובמקום שרק בטענותיהם יהיה הרמאות ס"ל שיהא מונח, אלא ברור דכוונת רש"י הוא כמ"ש, וא"כ קשה מאוד דעת הש"ך:

והנה בכ"ז יש לי לקיים דינא דהש"ך, דמ"ש הרמב"ם חולקין הוי מדינא ודלא כהבנת מפרשי הרמב"ם, ואם כי לא מטעמיה דש"ך וכמ"ש, וגם ההוכחות שהכריח הש"ך יש לדחות, דמה שהקשה אמאי לא נקט הכי גבי פקדון לחלק באם אומר מעצמו לשנים כו' דחולקין, יבואר זה להלן בתוך דברינו. וקושי' השניה שהק' דהא שיטת הרמב"ם דכל היכי דתנן יהא מונח, היינו בידו יהא מונח. וא"כ אמאי כתב כאן נותן מנה. אתפלא מאוד, דאטו נעלם מאתו מ"ש הראשונים וגם לא רמיא אדעתו לדייק לשון הש"ס דלקמן (דף ל"ז) שגבי גזילה לא הזכיר באמת לשון, יהא מונח, אלא הכי אמר רב ספרא ויניח, ובשמ"ק הק' למה לא קאמר רב ספרא לשון יהא מונח כדקאמר לעיל גבי פקדון ותי' משום דהתם גבי פקדון, שאצל הנפקד עצמו יהא מונח, שייך לשון מונח, דמשמע שיהא מונח בידו, משא"כ גבי גזילה דעכ"פ צריך שיוציא גזילה מתחת ידו להכי קאמר ויניח פי' שיניח אותה בידי אחרים. והרי צדק מאוד דעת הרמב"ם, דבאמת בכ"מ שמוזכר בלשון יהא מונח היינו בידו, אבל בגזילה שגם בש"ס גופא לא קאמר בלשון יהא מונח, להורות שצריך שיוציא גזילה מתחת ידו וז"ב. ומעתה אין מקום לקושית הש"ך, בכ"ז יש לי לקיים דינו ולא מטעמו, דהנה חקרתי דהא דאמרו חז"ל בכ"מ יהא מונח עד שיבוא אליהו, אם זהו פסק דין, שכן יחויב להוא לפי משפטי תוה"ק, וע"י פסק הזה יבורר

האמת, כמו כל פסקי הב"ד דאמרינן שמכוונים לאמתות הענין, או שבאמת אין זה פסק המברר, ורק מחמת שהב"ד לא יוכלו לברר האמת, ובאין עצה יאמרו שיהא מונח כך בלא ברור עד שיבוא אליהו, אבל לא נקרא זה פסק ב"ד. ונ"ל לומר שגם פסק דמונח הוא פסק דבי דינא, מברר הדבר ככל פסקי הב"ד, דסמכינן שיגיע החפץ כולו למי שהאמת אתו, או משום דהרמאי יעשה תשובה ויודה מעצמו, או שחבירו יפייסהו עד שיודה, ואע"ג דבסוגיין אמרי' דכל היכי דלית ליה פסידא לא יודה, היינו בלא פיוס, אבל ע"י פיוס יודה, או אפשר דכאן נמי אית ליה פסידא מיקרי, דיחוש להפסיד נאמנותו, דחבירו יכריז עליו שהוא רמאי וכמ"ש בכיו"ב בשמ"ק גבי חנווני ופועלים, עכ"פ מחמת כל אלו תלינן שע"י פסק דמונח יתברר הדבר ויגיע החפץ למי שהאמת אתו, ולפ"ז פסק דמונח הוא פסק המברר וכמ"ש הרא"ש בכה"ג גבי פסק דכל דאלים גבר דהוי פסק מבורר מהאי טעמא ע"ש. ויש לי להביא ראיה לדברי, דהנה בדין דגזילה קאמר נמי בש"ס, דאם אינו יודע למי גזל יהא מונח עד שיבוא אליהו, ויש לדקדק מה הועילו בפסק הזה לטובת הגזלן שרוצה לקיים השבה, ומה הועילו בזה שאמרו שיהא מונח, ואע"ג שראיתי מפרשים בזה, דהועילו לו להוציא הגזילה מתח"י, ותמוה מאוד, דאטו קפידת התורה הוא שהגזילה לא ישאר תחת יד גזלן, הא עיקר הקפידא שישיב ליד הנגזל, וכל זמן שלא הגיע לידו לא מיקרי השבה, וא"כ מה הועילו לגזלן בפסק דמונח הא אכתי לא קיים מצות השבה, ולפמ"ש א"ש דע"י הפסק דמונח הוי השבה מעליא דתלינן שיגיע הדבר למי שהאמת אצלו:

ומעתה נ"ל דמה שבחרו בפסק דמונח יותר מבחלוקה, במקום שהחלוקה אינה יכולה להיות אמת, אין הטעם כמ"ש המפרשים, דאין הב"ד רשאים לפסוק דין מרומה, דלטעם זה אפי' במקום שאין ברירה ואי אפשר בפסק אחר, נמי אין לפסוק חלוקה, כיון שאין רשות לפסוק דין מרומה, ואמנם להבנתם בטעם פסק דמונח, שאין זה פסק מברר, אלא משום שאין ברירה ואי אפשר הדבר לברר, אמרו שיהא מונח, מוכרחים היו לפרש כן, דבמקום שאין החלוקה יכולה להיות אמת א"א לפסוק חלוקה משום דין מרומה, דהא מדבחרו בזה להיות מונח שאין זה פסק דין כלל, מכלל דאין ברירה בפסק אחר, דאם היה אפשר בפסק אחר, אז עליהם לפסוק הדין, ומדלא פסקו חלוקה מוכח שאין רשאי לפסוק חלוקה אפי' במקום שאין פסק אחר יותר טוב. אכן לפמ"ש דפסק דמונח פסק מבורר הוא, שפיר י"ל דמשו"ה בחרוהו בזה מבחלוקה, משום דפסק הזה טוב יותר דתלינן שיגיע הדבר למי שהאמת אתו, וכמ"ש הרא"ש דמטעם זה בחרו נמי בפסק דכל דאלים יותר מבחלוקה, דתלינן שעי"ז יגיע ויתברר האמת לאמתו, הא היכי שלא נוכל

לפסוק מונח וכגון באופן שנביא לקמן, פסקינן שפיר חלוקה אפי' במקום שאינה יכולה להיות אמת, דבמקום שא"א בפסק אחר פסקינן חלוקה אפי' בכה"ג. ואין להקשות דלפי"ז דפסק דמונח הוא פסק מברר, א"כ אפי' במקום שחלוקה יכולה להיות אמת הו"ל לבחור בפסק הזה יותר מבחלוקה, וכמו כל דאלים גבר, דפסקינן אפי' במקום שחלוקה יכולה להיות אמת. די"ל כיון דחלוקה לא נפסוק כ"א במקום ששניהם אוחזין, ואם אך החלוקה יכולה להיות אמת תלינן לומר שהחפץ הוא באמת של שניהם כמו שהוא בחזקתם, ואין להוציא מחזקתם לפסוק מונח וכמ"ש לעיל דף ב' ברש"י ד"ה במו"מ, משא"כ כשאין החלוקה יכולה להיות אמת, א"כ מעלת חזקתם לא יוכל להועיל בזה, דהא קמן שאחד מהם יחזיק שלא כדין וא"כ איתרע מעלת חזקתם ושפיר נוכל לפסוק שיהא מונח:

ולפמ"ש יתבאר היטב דעת הרמב"ם, דכיון שעיקר הטעם דפסקינן מונח יותר מחלוקה, היינו משום דתלינן שיגיע למי שהאמת אתו, א"כ לא שייך זה כ"א במקום שהנגזלים טוענים טענת ברי, דבזה שייך הטעמים שכתבנו, שזה יתאמץ להשיג ראיות או פיוס, עד שהרמאי יודה ויבוא לידי ברור, אבל בשמא ושמא, שהם עצמם אינם תובעים כלל ולא שייך בזה שמא יתאמץ וכמ"ש השד"ך (חו"מ סי' קל"ט) דבשמא ושמא לא שייך כן, ולא שייך נמי שהרמאי יודה, כיון שבאמת אינו יודע, ואין כאן רמאי, וא"כ מעולם לא יבוא לידי ברור, כשנפסוק שיהא מונח יהיה כן עד עולם בלא ברור, ואין זה פסק דין, וב"ד צריכים לפסוק, ולא להניח בלא ברור, ולהכי צריך להיות בכה"ג דין חלוקה, כיון שאי אפשר במונח. וראיה לזה דבמקום שאי"א להתברר לא דיינינן ביה מונח, ממ"ש הרמב"ם (פט"ו מגזילה) דבספק הנוח אם הוי דבר שאין בו סימן זכה לעצמו, והראב"ד והטור השיגוהו בזה דהוי יאוש שלא מדעת וא"כ יהא מונח עד שיבוא אליהו, ואמנם בטעם הרמב"ם כתב הכ"מ שם, דכיון דדבר שאין בו סימן הוא ולא יתברר לעולם מי הם הבעלים לא דיינינן ביה מונח ע"ש, הרי ראי' ברורה לדברינו ועמ"ש לקמן דף כ"א מזה, וא"כ א"ש דעת הרמב"ם שפוסק בשמא ושמא דחולקין, דכיון דמונח א"א לפסוק משום שלא יבוא לעולם לידי ברור, ולהניחו בלא ברור אין זה כוונת פסק דמונח, להכי מוכרחים לפסוק חלוקה וזה נכון בעזה"י. ועוי"ל דבמקום שלא יבוא לעולם לידי ברור, טוב יותר לפסוק חלוקה ואמדינן דעתם שנוח להם בחלוקה, דבחלוקה עכ"פ ישיג מחצה, ואכן מה הנאה יגיע להם אם יהיה מונח עד עולם:

ואפילו אם נאמר כהבנת המפרשים, שאין הב"ד רשאים לפסוק דין מרומה אפי' במקום שא"א בפסק אחר, ג"כ יש ליישב דעת הרמב"ם, ועוד יתיישב לנו הטעם שאין

מחלק בין ברי וברי לשמא ושמא כ"א בגזילה ולא בפקדון וכקושית הש"ך, די"ל דע"כ לא קאמרינן שבמקום שאין החלוקה יכולה להיות אמת לא אמרי' חלוקה, היינו דוקא בפקדון שעל הנפקד עצמו אין שום חיוב להוציא הפקדון מתחת ידו, ורק עיקר מה שאנו דנין, הוא רק לטובת המפקידים, בזה שייך שפיר לומר, דאיזה סברא הוא להחזיר ממון שהוא ודאי לאחד מהם, להשני, ולהכי בחרו יותר לפסוק שיהא מונח עד שיבוא אליהו ויברר האמת, משא"כ בגזלן שהוא רוצה לקיים השבה ולא ירצה לקבל עונש, וגם כשיחזיר מחצה, לפחות יוקטן עונשו, וא"כ איך נוכל לומר שיהא מונח כך בלא ברור ולא יקיים כלל מצות השבה, הלא טוב טוב לפני הגזלן שיחלוקו ויקיים מחצית השבה, ובאיזה אופן נאטום אזנינו משמוע טענת הגזלן המבקש לקיים מצות השבה, וצדקו דברי הרמב"ם דבפקדון שמצד הנפקד אין הכרח לפסוק חלוקה, דמה מנו יהלוך אם יונח כך בלא ברור, ורק לעומת המפקיד עצמו אנו דנין, שפיר נפסוק שיהא מונח כך בלא ברור, ולהכי סתים דבריו שאפי' בשמא ושמא שא"א לבוא לידי ברור לעולם נמי יהא מונח, אבל בגזילה, דבשמא ושמא דלא יבוא לידי ברור, בכה"ג טובת הגזלן מכריח שלא נניח החפץ בלא ברור, ולהכי מחלק הרמב"ם וס"ל דבשמא ושמא אמרינן דחולקין ודו"ק בזה:

שם בגמרא אלא מחוורתא כדשנינן מעיקרא. והנה רעק"א בגהש"ס הקשה, דעיקר ההכרעה הוא רק ממקח וממכר, דהתם אית ליה פסידא כיון דנקיט זוזי מתרווייהו, ואי הוי אמרינן שיהא הטלית והדמים מונחים אית ליה פסידא ואפ"ה לא אמרינן שיהא מונח, והא בתוס' ד"ה וליחזי כתבו דלעיל לא היה מוכרח לאוקמי בדנקיט מתרווייהו והו"מ לשנויי דליתא קמן דנשייליה, וא"כ מנ"ל להכריע כדשנינן מעיקרא, דלמא טעמא דר"י משום דאית ליה פסידא, וממתני' אין ראיה דליכא פסידא גם במו"מ משום דמיירי דנקיט רק מחד וליתא קמן דנשייליה וא"כ ליכא פסידא, להכי לא אמרינן שיהא מונח, זהו תוכן קושיתו, דהנה באמת כסף הא לא קני קנין גמור ורק משיכה הוא דקניא, וא"כ יוכל היות שהרמאי הוא מי שנתן את הכסף, דאע"ג שהוא נתן את הכסף יוכל היות שלא קנה אותה, וכגון דהשני משכה מתחילה, ואז קנה הוא אפי' בע"כ של מוכר, כיון דגלי דעתיה שרוצה למכור, וכדאמרי' (ב"ב פ' הספינה) גבי ההוא גברא דאייתי קרא לפום נהרא, ועוד יוכל היות שגם המוכר נתרצה להשני שלא נתן המעות, דאפילו מוכר עצמו מהימן לומר שנתרצה להשני שלא נתן הכסף וכמ"ש הרמב"ן במלחמות וכן דעת רוב הראשונים עיין (בחו"מ סי' רכ"ב) בסמ"ע וש"ך, ואע"ג שנותן הכסף טוען שהוא היה גם המושך ראשונה, י"ל שהוא הרמאי בטענה זאת, ואם הוא הרמאי א"כ יודה דהא אית

ליה פסידא, לכן אע"ג דמספקא לן בזה מ"מ מספק ג"כ ראוי להיות מונח, דע"י פסק דמונח יגיע בקרוב לידי ברור, דאולי הרמאי יש לו פסידא ויודה מעצמו, ואפילו אם הרמאי הוא השני שלא נתן את הכסף, דאז מעצמו לא יודה כיון דאין לו פסידא, יש לומר דהשני ישתדל אצלו בתחבולות לפייסו עד שיודה, עכ"פ מכמה צדדים ראוי יותר לפסוק מונח, וא"כ שפיר יש הכרעה ממקח וממכר אפי' בדנקיט זוזי מחד, ומה שקשה לפי"ז א"כ מאי פריך הש"ס לעיל וליחזי זוזי ממאן נקיט, הא כסף אין קונה ויוכל היות שהמשיכה עשה השני, באמת הקשה כן הרשב"א ועיין מ"ש לעיל דף ב' ע"ב מזה:

ברש"י ד"ה מפני מה אמרה תורה, ולא חשבו כמשיב אבידה שלא כפר בכולו ע"כ ועיין בתוס' שפרשו מטעם מיגו, ורש"י דפירש מטעם משיב אבידה, נתכוון להסיר בזה קושית המפרשים, דהא מיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן ומאי פריך דנאמינו במיגו, להכי פירש דהוי משום משיב אבידה ולא מטעם מיגו. הסבר הדברים, דהכא איתנהו תרי מעלות, דגדר המיגו הוא, אם בטענה השניה שהיה יכול לטעון, היה מוכרח ג"כ להודות בסך הכסף כמו שטוען עתה, ובענין סכום הכסף אין לו שום נ"מ אם טוען כך או כך, רק דהמעליותא הוא, דעצם טענה השניה טוב יותר מהראשונה לענין הנאמנות, כגון דבטענה השניה היה פטור ומהימן בלא שבועה, וא"כ נאמינו גם על טענה הזאת במיגו שהיה טוען לטענה השניה, זהו הנקרא מיגו, ומשיב אבידה מיקרי באופן שבענין הנאמנות לא עדיף טענה השניה מראשונה, ורק שבטענה השניה היה יכול לפטור עצמו מממון, דכיון דסוף סוף אין לו נאמנות היה יכול עכ"פ להרויח ממון בטענה השניה, ומדלא טען כך רק מעצמו נתחייב לשלם יותר, זהו הנקרא משיב אבידה, פי' דמתחייב מעצמו לתת ממון כמו משיב אבידה דהוי נמי הכי, והנה עיקר הדין דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרי', עיקרו בר"ש פ' כל הנשבעין דיליף מהא דשבועת שומרין דחייב רחמנא אפי' במפקיד שלא בעדים אע"ג דאית ליה מיגו דלהד"ם, והתם ליכא אלא חדא למעליותא, דבסכום הממון אינו מתחייב עתה יותר משהיה טוען להד"ם, דגם עתה רוצה לפטור עצמו לגמרי, והמעליותא הוא רק, דבטענת להד"ם היה פוטר עצמו משבועה, ולהכי לא אמרי' מיגו כזה לאפטורי משבועה, אבל הכא דאיכא תרתי למעליותא, דאם היה כופר הכל היה פוטר עצמו משבועה וגם היה מרויח ממון בטענה הזאת, וא"כ לבד המיגו הוי עוד כמשיב אבידה, ולכן בכה"ג אמרי' דמהני גם לפטור משבועה:

ואין להקשות ע"ז ממ"ש רש"י לקמן (דף ד' ע"ב) בד"ה אינו אלא כמשיב אבידה, וז"ל, דחכמים פטרו את המשיב אבידה מן השבועה כדתנן המוצא מציאה לא ישבע ע"כ. הרי דמשיב אבידה לא פטור אלא מתקנת חכמים, והכא קאמר דעדיף עוד ממיגו

ומה"ת פטור, דהיינו משום דהתם לא ברירא להש"ס היאך הדין בשתים, חייב או פטור, ובשלמא אם בשתים היה פטור מן השבועה, א"כ ממילא היה בטענת שתים, תרתי למעליותא דנפטר מן השבועה, וגם היה מרויח עוד ממון, אבל אם שתים נמי חייב, וא"כ אין לו מיגו לענין נאמנות, ורק דמעליותא בטענת שתים, שהיה מרויח ממון עי"ז, וא"כ לא הוי כ"א משיב אבידה לחוד בלא מיגו, ובכה"ג פשיטא דלא יפטור אלא מתקנת חכמים כיון דמיגו אין לו, אבל הכא שבלבד דבטענת כופר הכל היה מרויח ממון עוד היה מעלה גם לענין הנאמנות, דבכופ"ה פטור גם משבועה, להכי נאמן גם מה"ת, ומדוקדק לפי"ז לשון רש"י דלא הזכיר הכא שהוא מתקנת חכמים כמו התם והוא מטעם הנ"ל:

בגמ' גבי חנווני על פנקסו דוודאי איכא רמאי מ"ש דלא נפקי כו'. ובשמ"ק הקשה דלטעם דר' יוסי דלא קניס אלא כי היכי דלודי מאי פסידא אית ליה גבי חנווני דלודי, דלא דחינן האי תרוצא אלא משום דקשיא מקח וממכר, אבל החלוק מצד עצמו מסתבר הוא. והריטב"א תי' כי וודאי טעם דר' יוסי דסובר הכל יהא מונח הוא כדי דלודי, דעל דינו אין לומר טעם אחר, ומיהו אפי' היכי דליכא טעמא שיפסיד הרמאי ה"נ דמודה דקנסינן ליה כדי שלא ירויח, ועל השאר קניס ליה שפיר בלא טעם דפסידא. ולא זכיתי להבין תרוצו, דא"כ במתניתין נמי אמאי לא קניס, הא מתני' לשאר דמי והו"ל למיקנס כי היכי דלא ירוויח וצ"ע:

תוד"ה מ"מ אמרה תורה, הקשו מנ"ל דכופר הכל פטור ואין לומר מטעם חזקה דאין אדם מעיז דהא אפי' במקום שיכול להעיז כגון בבנו פטור ואפי' מודה מקצת פטור התם מיגו דבעי כפר הכל (כדקאמר בכתובות י"ח) ע"כ. והנה ז"ל רש"י (ב"ק דף ק"ז) ד"ה כדרבה, אין אדם מעיז פניו בפני זה שעשה לו טובה, הלכך היכי דכפר הכל פטור משבועה, דאי לאו קושטא בהדי' לא הוי מצי למיכפר והיכי דמודה מקצת בכולה בעי דליכפריה והאי דלא כפרי' משום דאין אדם מעיז ע"כ. הרי להדיא דס"ל דפטור דכופר הכל הוא מטעם חזקה דאין אדם מעיז. ובכדי לישב שיטת רש"י מקושיית התוס', דהא אפי' במקום שיכול להעיז פטור, נראה, דהנה בטעם דאין אדם מעיז וסברת החזקה הזאת כתבו התוס' (כתובות דף י"ח) שני טעמים, א), דאין אדם מעיז פניו לכפור הכל, באור הדברים, דאם כופר הכל, הרי משים בזה לאל טענת חבירו, וכמ"ש התוס' לקמן (דף ד') ד"ה הצד, דכשמודה מקצת יש רגליים לטענת התובע ע"ש, הא כשכופר בכל מבטל טענת חבירו, וזה לא יכול להעיז לבטל כל דבריו, ונוח לו להודות במקצת ולקיים טענת חבירו, ב), פי' הריב"א דלא מצי להעיז במקום שחבירו מכיר בשקרו. ואמנם בדעת רש"י לא נוכל לפרש טעם סברת החזקה כפי' התוס', דהא שיטת רש"י בב"ק שדווקא

במקום שעשה לו טובה אין מעיז אבל בפקדון יכול להעיז, ואי סברת החזקה הוא משום דלא יוכל להעיז במקום שחבירו מכיר בשקרו, או לבטל טענת חבירו גם בפקדון הו"ל למיפטר דהא סברות הללו ל שייכים בכל תובע יהיה מי שיהיה, לא מצי להעיז כנגדו כיון שמכיר בשקרו, אלא ודאי דרש"י יפרש טעם החזקה משום דאמרי' שלא יוכל לפעול בנפשו לכפור ולגזול ממון חבירו שעשה לו טובה, לאדם שלא עשה לו טובה אפשר ירצה לגזול מאתו, אבל כיון שקיבל טובה מאתו, חזקה שלא יוכל לשלם לו רעה תחת טובה ולגזול מאתו הממון שהלוהו:

והנה אע"ג שזה ודאי דרש"י סובר פירוש אחר בטעם החזקה ולא כטעמי התוס', מ"מ גם טעמי התוס' יסבור, דרש"י לשיטתו יוצרך לו שני הטעמים גם יחד, טעמו וטעם התוס', ואי אפשר לזה בלא זה, דהנה התוס' יפרשו שרבה באומרו מפני מה מודה מקצת ישבע, חדא קאמר, ואינו בא לתת טעם כ"א על חיוב דמודה מקצת, אבל פטור דכופר הכל נפיק מקרא דכי הוא זה. אכן רש"י בב"ק שהבאתי לעיל, הלא יפרש דרבה מפרש שני הטעמים, פטור דכופר הכל, וחיובא דמודה מקצת, וכיון שרבה תרתי קאמר, ממילא מוכרח הוא נמי לשני סברות החזקה גם יחד, חדא לפטור כופר הכל, וחדא לחייב מודה מקצת, וטעם שבזה לא שייך כלל בשני, דהנה זה ודאי שבכופר הכל לגמרי לא נוכל לומר דלאשתמוטי מכוון ובדעתו לשלם לבסוף, דכיון שבדעתו לשלם ודאי שלא יעיז פניו לכפור הכל ולבטל לגמרי טענת התובע, ונוח לו יותר להודות במקצת אפי' פרוטה בכדי שלא יתבטל טענת חבירו לגמרי, ומדכפר בכולו ודאי דלאו לאשתמוטי קא מכוון, וכה נראה להדיא דעת רש"י בסמוך בע"ב ד"ה אבל העדאת עדים דל"ל הכי שהרי כפר בכל ונימא מיגו דחשיד ע"ש, דלכאורה אינו מובן שגם גבי העדאת עדים נאמר דלאשתמוטי קא מכוון ולא חשיד כלל אממונא, א"ו דעת רש"י דבכופר הכל לא נוכל לומר דמכוון לאשתמוטי דבשביל אשתמוטי לחוד לא היה מעיז לכפור הכל ולבטל טענת חבירו מכל וכל ואע"ג שהתוס' בד"ה ובכולה הביאו ראיה משבועות דגם בכופר הכל קאמר רב נחמן דאשתמוטי, לא קשה מזה כלל לדעת רש"י וכמ"ש לקמן (דף ו' ע"א) ליישב זה בטוב טעם ע"ש. או שי"ל כמ"ש בשמ"ק לקמן שם, דר"נ בדרי' תקון שבועת היסת מתוך שרבו עזי פנים ובעלי השמטות שנשמטין אפי' בכל ע"ש. וכיון שרש"י סובר דבכופ"ה לאו לאשתמוטי מכוון, ובע"כ שאנו חושדין אותו שרוצה לגזול, א"כ איך יוכל להועיל בזה סברת החזקה שכ' התוס', והוא שלא יעיז לבטל דברי חבירו, להועילו ולפוטרו עי"ז במקום שרוצה לגזול, דאם אך פעל בנפשו לגזול לגמרי, ודאי שיעיז לבטל טענת חבירו, ועוד דיותר נוח לפניו לכפור הכל ולבטל לגמרי טענת חבירו, דאם הודה במקצת הרי

מקיים טענת חבירו, והוא כשירצה לגזול, יותר נוח לפניו לבטל לגמרי טענתו ואיזה סברא הוא לומר שיתבייש להעיז במקום שרוצה לגזול, ולכן אם אך אנו חושדין אותו שרוצה לגזול לא יוכל להועיל החזקה הזאת לפוטרו משבועה, ואמנם סברת החזקה עפ"י פרש"י, משום דאמרינן שאין מעיז לגזול, חזקה כזאת ודאי דמועיל גם לפטור, כיון שחזקה שלא יעיז לגוזלו, ומדכפר הכל מכלל דקושטא כדבריו שאין חייב לו כלום, הרי דבכופר הכל לפטור, בע"כ צריכין אנו לטעם החזקה עפ"י סברת רש"י, משא"כ היכי דהודה מקצת ואתה רוצה לפוטרו ע"י מיגו דכופ"ה, ובכדי לבטל רק המיגו, יפה כח סברת החזקה כפי' התוס' לבטלה, ולבד שהתם א"ש סברת התוס' אלא שמוכרח לזה, דטעם החזקה דרש"י לא שייך כלל במודה מקצת, דסברת רש"י היינו שלא יעיז לגזול, נסתרת במקום שאפשר לומר דלאשתמוטי קא מכוון, דהתם אין רוצה כלל לגזול ודעתו לשלם לבסוף, וא"כ במודה מקצת דנוכל לומר דמכוון להשמטה, לא שייך כלל החזקה שלא ירצה לגזול, ומוכרחים לסברת התוס' בטעם החזקה:

ומה מאוד מדוקדק לשון הש"ס לפרש"י, דז"ל הש"ס כדרבה דאמר מפני מה מודה מקצת הטענה ישבע חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו ובכולה בעי דלכפרי' והאי דלא כפרי' משום דאין אדם מעיז, הרי שהזכיר שני פעמים חזקה דאין אדם מעיז, ובפעם הראשון הוסיף נמי לכתוב בפני בעל חובו ובפעם השני לא הזכיר תיבות הללו וכתב סתם אין אדם מעיז, דרבה שאל בזה שני טעמים, פטור דכופר הכל, וחיוב דמודה מקצת, ומתחלה מוכרח לתת טעם על כופר הכל, דכל זמן שלא ידעינן דכופ"ה פטור לא יוצרך טעם גם על מודה מקצת, וכיון שטעם הראשון הוא על פטור דכופ"ה, שבזה הוא סברת החזקה דאין מעיז לכפור ולגזול ממי שעשה לו טובה, דלא שייך זה כ"א במלוה, ולא בפקדון שלא עשה לו טובה, להכי הוסיף לומר בזה "בפני בעל חובו" להורות שדוקא בבעל חוב שעשה לו טובה שייך סברא הזאת, ואח"כ יפרש הטעם דמודה מקצת חייב, משום דבכולה בעי דליכפריה והאי דלא כפרי', משום דאין אדם מעיז, פי' שלא יוכל להעיז לכפור הכל, דבזה יבטל טענת התובע מכל וכל, ולהכי הודה מקצת בכדי לאמת ולקיים טענת חבירו. או דלא יוכל להעיז במקום שחבירו מכיר בשקרו וכטעמי התוס', ומפני שסברא הזאת שייכא נמי בכל תובע לא הזכיר בה תיבות בעל חוב:

ויונח לנו איפוא מה שקשה לכאורה על שיטת רש"י, הן בתוד"ה ובכולה פירשו דמודה מקצת נמי היה פטור מטעם חזקה דאין אדם מעיז, לולא הטעם שבכולה בעי דלודי ורש"י דחק לפרש דהטעם דבכולה בעי הוצרך דלא נימא מיגו דחשיד אממונא, אשר על טעם זה הרעישו כולם וכקושית התוס', ומדוע מיאן רש"י בפי' התוס', והלא התוס' דס"ל

דפטור דכופר הכל אין זה מטעם חזקה, ובכ"ז מודה מקצת הוי פטרינן ע"י החזקה, כ"ש לשיטת רש"י דגם פטור דכופר הכל הוא מחמת החזקה, אלא הוא הדבר אשר אמרנו, דבמודה מקצת ליכא הך חזקה שתוכל לגרום הפטור, רק החזקה שמבטלת המיגו וכנ"ל. וחוץ לדברינו פרשתי דרש"י יסבור שדוקא לכפור הכל אין מעיז הא מקצת יוכל להעיז וכ"כ להדיא (בגיטין דף נ"א) להכי לא יפרש כתוס':

ואחרי כל הדברים הללו יתורץ קושית התוס' שהקשו מבנו שיכול להעיז, דהנה הא דחז"ל אמרו שבבנו יכול להעיז, לא הזכירו זה כ"א במודה מקצת, דמהימן להכי במיגו, מטעם דבבנו יכול להעיז, וזה וודאי אשר גבי חזקה דמודה מקצת, דעיקר הסברא התם שלא יוכל להעיז במקום שחבירו מכיר בשקרו, ובבנו לא שייך זה כלל, ואפי' לטעם דלא יוכל לבטל טענת חבירו לגמרי, היינו נמי דוקא בתובעו בע"ד האמיתיי לא יוכל להעיז נגדו כ"כ, וגם מצד השומעים אשר יחשבון טענת התובע צודקת, כי חזקה אין אדם תובע אא"כ יש לו, אבל בבנו יאמרו שמסתמא אין הבן יודע בטענת אביו. אמנם חזקה דכופר הכל, חזקה הזאת אינו תלוי דוקא לפי האדם, לומר שלזה ירצה לגזול, ולזה לא ירצה, אלא במעשה תלוי, דבמקום שקיבל טובה אמרי' דחזקה שלא ישלם רעה תחת טובה ולכפור הממון שקיבל טובה על ידם, וא"כ במלוה שעשה לו טובה, לא ירצה לגוזלם אפילו כשבנו הוא התובע, ולפי"ז חזקה דגורמת הפטור דכופר הכל שייך נמי בבנו, להכי גם שם פטור כופר הכל, ולא עוד אלא אפי' מודה מקצת פטור התם מיגו דבעי כפר הכל, דעיקר בטול המיגו משום דאין מעיז ובבנו יוכל להעיז שפיר יש לו מיגו, דדוקא חזקה דחיוב מודה מקצת ליכא בבנו, אבל חזקה דפטור בכופר הכל שייך נמי בבנו ודו"ק:

ומכל מה שכתבנו מצאנו המפתח בפלוגתת רש"י ותוס' בענין זה, דפליגו בשני דברים, לרש"י הוי פטור דכופר הכל מטעם חזקה, ולתוס' מקרא. שנית דלרש"י פטור דכופ"ה דוקא במלוה, ולתוס' אפי' בפקדון, ושני אלו הפלוגתות תלוים זב"ז, ולשיטתם אזלי, דלשיטת התוס' בד"ה ובכולה, שגם בכופ"ה שייך אשתמוטי, לא יוכלו לפרש סברת החזקה כשיטת רש"י, משום דלא ירצה לגזול, דהא י"ל דלאשתמוטי מכוון ולא מכוון כלל לגזול, ובע"כ יפרשו דסברת החזקה הוא רק משום שחבירו מכיר בשקרו, וסברא הזאת לא יוכל להועיל לעשות פטור וכמ"ש, ולהכי הוכרחו לפרש דטעם הפטור הוא מקרא, וממילא כיון דילפי מקרא, לא שייך תו לחלק בין פקדון למלוה, אבל לשיטת רש"י דבכופר הכל לא שייך אשתמוטי, א"כ שייך חזקה דלא ירצה לגזול, ויפה כח חזקה

הזאת לעשות פטור, וכיון שהפטור הוא מטעם חזקה, ממילא מחלק בין מלוה לפקדון, דבפקדון ליכא חזקה הזאת:

דף ג:

בגמ' אבל העדאת עדים כו' קמ"ל ק"ו. קשה לי דלשיטת רש"י מאי קמ"ל הק"ו, אם קמ"ל דבכופר הכל שייך נמי אשתמוטי, הא לטעמו שסובר דפטור דכופר הכל הוי מטעם חזקה, והיינו שלא יוכל להעיז לכפור ולגזול, דכן מוכרח לומר לשיטת רש"י וכמ"ש לעיל בדבור הסמוך בארוכה, א"כ בע"כ צ"ל דלקושטא דמילתא לא שייך אשתמוטי בכופר הכל, דאם אך יכולים לומר דלהשמטה קא מכוון, הרי נסתר בזה חזקה דכופ"ה כיון שאין מכוון כלל לגזול, ואיך נוכל לפרש דר' חייא קמ"ל דבכופ"ה לא שייך אשתמוטי, הא קיי"ל להיפך. ואי נפרש דהק"ו אשמועי' דלא אמרינן מיגו דחשיד, הא לשיטת רש"י בע"כ צריכין לומר דלפי האמת אמרי' מיגו דחשיד, דהא איהו מפרש דטעם דרבה משום דאשתמוטי, הא לא"ה הוה אמינא דחשיד אשבועתא. ונ"ל דרש"י יפרש כמ"ש הריטב"א דהק"ו אשמועי' דבהעדאת עדים אמרי' אשתמוטי אע"ג דכופר הכל דעלמא לאו להשמטה עביד, אבל הכא דידע דאיכא עדים דמכחשי ליה לא היה כופר, אלא הכא בע"כ לאשתמוטי עביד:

בתוד"ה ובכולה בעי דלודי. השיגו על פרש"י דפי' מטעם מיגו דחשיד, דהא אסיקנא לקמן דלא אמרי' מיגו דחשיד אממונא כו'. והנה הרמב"ן ז"ל תירץ דדעת רש"י הוא דרבה ס"ל כאביי לקמן דאמר חיישינן שמא מלוה ישינה יש לו עליו, ודעת רש"י עצמו שם דפליג על ר' יוחנן וס"ל דאי הוי חשיד אממונא הוי חשיד נמי אשבועתא, ורק דלא חשדינן אותו בזה שרוצה לגזול. אכן ראיתי שהפנ"י בסוגיין ובעל הפלאה בכתובות (דף י"ח ע"ב) רצו גם הם מדעתם ליישב כזה, ואח"כ חזרו שא"א לומר כן, וע"כ רבה לא ס"ל כאביי, דאם כאביי דלא חשדינן אותו כלל שרוצה לגזול, לא קשיא כלל קושית רבה, שיהא נאמן במיגו דכופר הכל, הא י"ל שאין לו מלוה ישינה רק כנגד מה שכופר. ובמחכ"ת לא קשה מידי, דכפי הנראה מהשגתם שהבינו בדעת אביי שאין שום תביעה דחשדינן אותו ברוצה לגזול, וא"כ יותר היה להם להקשות, דמאי פריך דנימא מיגו דחשיד, הא לאביי לא חשיד כלל אממונא, ועוד דא"כ מאי איכא בין ר' יוחנן לאביי, כיון דלאביי אין שום תביעה שנחשוד אותו ברוצה לגזול, א"כ איך משכחינן שום תביעה שיהיה נ"מ ביניהם, דלר' יוחנן מוסרים לו שבועה, ולאביי אין מוסרים, א"ו שגם לאביי יש כמה תביעות שאי אפשר לתלות במלוה ישינה, וכגון במפקיד ונפקד לשיטת הר"ש

די ווידש המובא בשמ"ק, או כגון שמחל לו כל התביעות הישינות וכמ"ש הנמוק"י והריטב"א, ובאותן התביעות דהוי ודאי חשיד אממונא, לר' יוחנן מוסרין שבועה, ואביי דס"ל מאן דחשיד אממונא חשיד נמי אשבועתא אין מוסרים, א"כ לק"מ קושית הפנ"י, דהא חיובא דמודה מקצת הוא בכל מקום, אפי' בהנך תביעות שאי אפשר לתלות במלוה ישינה, ולזה מקשה רבה שפיר דבאותן התביעות אמאי נותנין לו שבועה, לימא כיון דחשיד אממונא, ולדידי' דס"ל כאביי חשיד נמי אשבועתא, וז"ב:

בתוד"ה אבל העדאת עדים דליכא למימר, כל כך משתמיט כיון שכפר הכל אימא כיון דחשיד לגזול חשיד נמי אשבועתא קמ"ל ק"ו דלא הוי גזלן בהכי דאשתמוטי משתמיט דכופר במלוה כשר לעדות ואע"ג דאמרי' לקמן דלא אמרי' מיגו דחשיד כו' מ"מ גם התנא משמעי' כו' ע"כ. דברי התוס' קשים להולמם, דמתחלה נראה כוונתם דיפרשו דהק"ו אשמועינן שאפי' בהעדאת עדים דהוי כופר הכל אפ"ה שייך אשתמוטי, וא"כ מאי מקשו אח"כ ואע"ג דאמרי' לקמן דל"א מיגו כו', הא לא זהו אשמועינן, ועיין במפרשי הש"ס מ"ש בזה. ונ"ל היפך הבנת המפרשים, דהק"ו אשמועינן דלא שייך אשתמוטי, אלא ודאי שהק"ו משמיע דלא אמרי' מיגו דחשיד, ומה שכתבו דלא הוי גזלן בהכי, היינו משום דלכאורה קשה, הא מה דאמרי' דחשיד אממונא אין חשיד אשבועתא ומשבעינן גם לחשיד, היינו דוקא כשאינו כ"א חשיד, דבזה אמרי' שע"י שבועה יפרוש ולא יגזול, אבל בגזלן ודאי שהוחזק כפרן עפ"י עדים לא יועיל טעם זה להשביעו, וגזלן פסול הוא לשבועה, דאמרי' כמו שמממון אינו פורש ה"ה משבועה לא יפרוש, וכמ"ש התוס' לקמן (דף ה' ע"ב) בד"ה דחשיד בשם הר"י חסיד, וא"כ הכא דמיירי בהעדאת עדים, דאיהו כפר בכל, ועדים הכחישוהו וחייבוהו במקצת, הרי הוחזק כפרן ע"י עדים ונעשה גזלן כמו גבי ההוא רעיא דלקמן, וא"כ נהי דלא אמרי' מיגו דחשיד, מ"מ הכא דהוי גזלן ודאי, היכי משבעינן ליה, ולהכי סיימא דלא הוי גזלן בהכי, דהכופר במלוה כשר לעדות, ולא דמי לההוא רעיא, דהתם רצה לגזול בפקדון, וכיון שהוחזק כפרן אע"ג שמשלם כעת, מ"מ מה שמשלם ע"י עדים אין זה השבה מעליא וכמ"ש התוס' לקמן, וכיון דהוי גזלן פסול הוא משבועה, אבל הכא הוי כופר במלוה וכופר במלוה אפי' בהוחזק כפרן ע"י עדים נמי לא הוי גזלן דאמרי' דאשתמוטי ושעור דבריהם כן, דמה שכתבו דלא הוי גזלן בהכי, אין זה פי' הק"ו, שזה אשמועינן הק"ו כמו שהבינו כולם, אלא הק"ו אשמועינן דלא אמרי' מיגו דחשיד, וע"ז הקשו דאכתי מאי מועיל, הא הוחזק כפרן ע"י עדים ודומה להההוא רעיא דלא משבעינן אותו משום דחשבינן לגזלן, וע"ז תרצו דלא הוי גזלן בהכי משום דדמיא לכופר במלוה, וא"ש מה שהביאו הראיה לזה דאמרי' משתמיט, מההיא דכופר

במלוה, ואמאי לא הביאו הראיה מההיא דשבועות כמ"ש התוס' לעיל מיני' ראיה זאת, ולמה הביאו כאן ראיה אחרת, ואלא משום דהכא רוצים להביא ראיה שאפי' בהוחזק כפרן ע"י עדים נמי אמרי' דעביד להשמטה להכי הוכרחו להביא מההיא דכופר במלוה דמיירי ובהכי בהוחזק כפרן ע"י עדים לכדמוקי לקמן (דף ו') וכיון שהק"ו אשמועי' דלא אמרי' מיגו דחשיד, ע"ז הקשו דמאי הוצרך לזה, הא אסיקנא כו', וז"ב:

בא"ד וא"ת אמאי איצטריך לטעמא דאשתמוטי לימא אי לאו ק"ו הו"א הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים משום שאינו בהכחשה והזמה כו'. קושי' הזאת הוא רק לשיטתם לעיל, דאילו לפרש"י אין מקום לקושי' הזאת, דהנה יש נ"מ גדולה בעצם כוונת הענין, השתא דאומר טעם דמשתמיט לאם היה אומר טעם שאינו בהכחשה, דאם היה אומר טעם שאינו בהכחשה הוה משמע דאי לאו הק"ו הו"א שהפטור דהעדאת עדים הוא מפני שאין העדאת עדים יכולין לחייבו שבועה, ודומה ממש לכופר בכל דעלמא דפטור, ה"נ כיון דכופר בכל אע"ג שעדים חייבוהו במקצת, אין דומה להודאת פיו ופטור אכן השתא דקאמר טעם דמשתמיט משמע דהו"א דהפטור הוא מטעם שלא נוכל להאמינו, אבל כחן יפה לחייב שבועה אלא שלא נאמינו, וזה הוי ידעינן מעצמו גם בלא הק"ו דהודאת עדים אין דומה לכופר בכל ושפיר יכולין לחייבו שבועה, אלא שבלא ק"ו הו"א דלא נאמינו בשבועה משום דהכא לא שייך משתמיט, ואשמועי' הק"ו דלא אמרי' חשיד, וגם הכא נוכל להאמינו בשבועה, אבל על החיוב לא הוצרך הק"ו כ"א על הנאמנות. והנה לשיטת התוס' לעיל דפטור דכופר הכל ידעינן מקרא דכי הוא זה, דבעינן דוקא שיודה מקצת, מפטור הזה שפיר נוכל למעט גם העדאת עדים, דסוף סוף כיון דאיהו בעצמו לא הודה לאו כי הוא זה מיקרי, וכיון שבלאו הק"ו הו"א דדומה לכופר בכל דלא יוכל לחייב שבועה לזה שפיר הקשו, דמאי קאמר טעם דמשתמיט, שזה הוי טעם רק הנאמנות, לימא טעם שאינו בהכחשה, דזה הוי טעם על עיקר החיוב, דמשום שישנו בהכחשה לא יוכלו לחייב כלל, אכן לפרש"י פטור דכופר הכל הוא מחזקה דאין אדם מעיז וכמו שהארכתי לעיל, דמדכפר הכל, ש"מ דקושטא כוותי', לא שייך זה כ"א בכופר בכל ממש, אבל, אם עדים העידו שחייב מקצת, הרי נסתר חזקה הזאת, דהא קמן דלאו קושטא אמר, וליכא למימר דהק"ו יוצרך לחייבו שבועה ולומר שאינו דומה לכופר הכל, דזה הוי ידעינן בלא ק"ו, אלא ודאי הק"ו הוצרך דלא נפטרנו משבועה מחמת דלא נאמינו, וא"כ מוכרח הוא לטעם דמשתמיט, ולא שייך כלל לומר טעם שאין בהכחשה ודו"ק:

בגמ' ומה פיו שאין מחייבו קנס. הנה בב"ק (דף ע"ה) פליגי רב ושמואל במודה בקנס ואח"כ באו עדים, רב ס"ל שגם בזה פטור, ושמואל ס"ל דבאח"כ באו עדים חייב, ויסוד

פלוגתתם הוא בפירוש דהאי קרא, דאשר ירשיעון אלהים דילפינן מיניה פרט למרשיע עצמו, ומאן דס"ל בבאו עדים חייב, ס"ל דהודאתו לא יוכל להביא לידי חיוב, ואע"ג שבכל ענייני ממון אמרי' הודאת בע"ד כמאה עדים, היינו דוקא בממון, אבל בקנס גזרה התורה, שאין כח הודאת בע"ד ראוי לחייב עצמו, אבל בבאו עדים אח"כ, שלאו אהודאתו סמכינן כ"א אהגדת עדים שפיר מחייבינן, ומאן דס"ל דאפי' בבאו עדים נמי פטור, ס"ל שהודאת בע"ד לבד שאינה עושה חיוב, אלא דעושה פטור, דכיון שהקדים להרשיע עצמו אין ראוי לקנס, ואפי' בבאו עדים אח"כ נמי פטור, ואע"ג דפטור דבאו עדים יליף לה מקרא דאם המצא כדאיתא (ב"ק ס"ד), היינו דאם לא הקרא יתירא דאם המצא, אז היינו מפרשים פרט למרשיע עצמו, היינו שאינו עושה חיוב, אבל פטור נמי אינו עושה, ואם באו עדים אח"כ חייב, והשתא דאיכא קרא יתירא גלי לן דהודאה עושה פטור ואפי' בבאו עדים פטור, ופירוש הכתוב פרט למרשיע עצמו, אין ראוי כלל לקונסו אפי' בבאו עדים. ולפי האמור יש לעיין בסוגיא דהכא, דבשלמא למ"ד אח"כ באו עדים חייב, ונמצא דהא דפטור בלא באו עדים, משום שיש חסרון בהודאתו, שאין כח הודאתו יפה בקנס כמו העדאת עדים, ושפיר מצי למילף הכא הק"ו, דמה פיו שאין מחייבו קנס, כיון דלדידיה הוי משום החסרון שיש בהודאת עצמו, אבל למ"ד דאפי' בבאו עדים נמי פטור, א"כ הפטור לאו משום איזה קולא שיש חסרון בהודאתו הוא, אלא אדרבה חומרא הוא, שהודאתו יפה ומועילה כ"כ עד שתגרום הפטור, וא"כ מה שייך למילף הק"ו, כיון דלאו משום קולא הוא, אם לא שנדחוק לומר דק"ו דהכא הוא לר' חייא, ור' חייא יסבור כמ"ד דאח"כ באו עדים חייב ושפיר יש ק"ו וכנ"ל:

ונהי דבפי' הסוגיא אפשר היה לדחוק כן, אבל מה נענה לדידן אליבא דאמת דקיי"ל כר"ח דהכא דהעדאת עדים מחייב שבועה וכמבואר ברמב"ם (פ"ד מטוען וחו"מ סי' ע"ה) וגם קיי"ל דמודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור וכמ"ש הרמב"ם (פ"ג מגניבה ובטוחו"מ) ואיך יתכן שני הפסקים, דאם נפסוק כר' חייא, והיינו מחמת הק"ו דפיו וע"א וכדמסיק, ונפסוק נמי דגם בבאו עדים פטור, הרי ליכא ק"ו, דמה שאין מחייב בהודאתו קנס, לאו משום קולא שאין כח הודאתו יפה לחייב, אלא משום חומרא וכמ"ש. ונ"ל ליישב זה, דהנה רב המנונא מפרש לדברי רב (ב"ק דף ע"ה) דמסתברא שדוקא היכי דחייב עצמו בקרן אז מועיל הודאתו לפטור אפי' בבאו עדים, אבל כשלא חייב עצמו קצת לכו"ע חייב בבאו עדים, וא"כ לדידיה ליכא מאן דסביר דהודאה עושה פטור, דדוקא היכי דחייב עצמו קצת עושה פטור, אבל בלא חייב עצמו כו"ע סברי דפטור אינו עושה, ורק דהודאה לא יוכל להביא לידי חיוב, ואם נימא כדברי רב המנונא, אתי שפיר הק"ו דהכא אליבא

דכו"ע, ויתיישב פסקי הדינים לדידן נמי, דנהי דקיי"ל מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור, היינו דוקא בחייב עצמו קצת וכמפורש (בטור חו"מ סי' שמ"ח) וכיון שפסקינן כרב המנונא שפיר יש ק"ו טוב, ופסקינן נמי בהא כר' חייא ודו"ק:

והנה אם כי דעת הטור פשוט דפוסק כרב המנונא וכמפורש בדבריו, אכן דעת הרמב"ם אכתי צריך עיון, דבפ"ג (מהל' גניבה) פוסק כרב המנונא שאינו מיפטר בהודאה כ"א בחייב עצמו בקרן, אכן הל"מ שם הקשה דברי רמב"ם אהדדי, דבפ"ט (מהל' שבועות) פוסק דהמשביע עידי קנס בדבר שאין בו חיוב ממון פטורים שאם הנתבע היה מודה לא הועילה עדותן כלל, והתם ע"כ לא איירי שחייבו עצמו קצת בהודאתו כגון גניבה ודכוותי', דא"כ למה פטורין העדים הלא יש בעדותן חיוב ממון, אלמא דאפי' היכי דלא מחייב עצמו בקרן מ"מ מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור. והרש"ל ביש"ש (ב"ק דף ע"ה) הוכיח מסוגיית הש"ס (ב"ק דף י"ג) דקאמר עפ"י עדים פרט למודה בקנס ואח"כ באו עדים דפטור, והתם בקנס חצי נזק מיירי, דהא מתניתין בדיני נזקי שור קא מיירי, ובקנס ח"נ לא חייב עצמו במידי ואפ"ה ס"ל לסתמא דש"ס דפטור אפי' בבאו עדים ע"ש שהאריך הרבה בזה:

וכשאני לעצמי בחדושיי לב"ק יישבתי דבריו, דהנה בכוונת רב המנונא דמצריך דוקא שיחייב עצמו קצת, לכאורה יש להבין יסוד הדבר, דהא כיון שקודם ביאת העדים הודה, וכבר נפטר על חיוב זה, מה יוכלון העדים לחייבו אח"כ, דהא העדים אינם מעידים כ"א על המעשה שכן היה, והתועלת אשר נקבל מהגדת העדים שעי"ז יתאמת לנו כי המעשה כן היה, ואחרי שגם מהודאת הבע"ד נודע לנו שהמעשה היה כן, מה יועילו לנו שוב הגדת העדים שיהא חוזר וניעור החיוב. אמנם הבנת הענין כן הוא, שעלינו להבין מכח איזה טעם נפטר בהודאתו, דאם הב"ד הימנוהו שכדברי הודאתו כן הוא, שעשה מעשה כזאת, ואפ"ה פטרוהו, איה"נ שאפי' אם באו עדים אח"כ לא יוכל החיוב לחזור וניעור, דמה יועיל אם יאומת המעשה עוד הפעם ע"י העדים, הא ב"ד ידעו כבר שהמעשה כן היה ואפ"ה פטרוהו, משא"כ אם מה שנפטר בהודאתו, היה זה רק מחמת שב"ד לא האמינוהו כלל על המעשה, ובאופן זה, אם אח"כ יאומת המעשה ע"י עדים, שפיר יועילו בעדותן לחייבו, ולא יוכל להפטר מחמת הודאה הקודמת, כיון שגם מתחלה לא נפטר מכח ההודאה, ורק מחמת שלא האמינוהו על המעשה. ומעתה ניחזי אנן, דהנה באם אומר גנבתי, לכאורה אין מקום להאמינו על המעשה, דהא אין אדם משים עצמו רשע, ונהי דיוכל עצמו לחייב בקרן, אין זה משום דמהימן על המעשה, אלא משום דבממון יוכל לחייב עצמו ע"י הודאה אפי' בדבר שאינו חייב, אבל על המעשה אין להאמינו

מטעם דאין אדם משים עצמו רשע. אכן באמת זה אינו, דכיון שירצה להחזיר הקרן יוכל להיות שדרך תשובה אומר כן שרוצה להחזיר הגניבה, והא דאין משים עצמו רשע היינו דוקא היכי שרוצה לפסול עצמו אבל דרך תשובה מהימן כמ"ש התוס' בסוגיין, ולכן זהו יסוד דברי רב המנונא, דבשלמא היכי דמחייב עצמו בקרן, דאז תלינן שדרך תשובה אומר כן ומהימנינן ליה על המעשה, וכיון שעל המעשה מהימן ואפ"ה פטור מן הכפל, א"כ בע"כ פטור הזה מחמת ההודאה שעשתה פטור, ולהכי אפי' בבאו עדים אח"כ נמי אין יכולים לחייבו, דמה יועילו בעדותן, הא גם בלא הגדתם ידעינן שכן היה ואפ"ה פטור, משא"כ היכי שלא חייב עצמו בכלום, וכיון שלא נתכוון להחזיר שום ממון ודאי שאין זה דרך תשובה, וממילא אין להאמינו על עיקר המעשה, דהא אין משים עצמו רשע, ואע"ג שיצא זכאי אין זה מטעם פטור, אלא משום דתלינן שהמעשה לא היה כלל ואין משום מה לחייבו, להכי אם אח"כ באו עדים ויועילו לאמת שהמעשה היה, יכולים שפיר לחייבו, וזה דרך מושכל בעזה"י. וממילא יצא לנו שאין אנו צריכין לתנאי הזה שיחייב עצמו קצת, כ"א בקנסות כאלו שהמעשה בא ע"י עבירה כגון גניבה, מאנס, אבל בקנסות שלא באו ע"י עבירה כגון פלגא נזקא, דמהימן בהודאתו בכל גווני, ולא יוכל להתחייב אפי' בבאו עדים אף אם לא נתחייב עצמו בכלום, דתנאי דחייב עצמו לא בעינן כ"א להאמינו על המעשה, בכדי שיהיה דרך תשובה, ובקנס שאין בו עבירה הרי בלא"ה נמי מהימן ונפטר, וכיון דנפטר בהודאתו לא יוכלון שוב העדים לחייבו כנ"ל. ועיין בדברי רש"י בסוגיא דב"ק שם תמצא כדבריי, דבד"ה שהרי פטר עצמו מכלום כתב וז"ל, כלומר אין זה הודאה שהרי אינו בא להשיב כלום בהודאתו ולא אמרי' דמודה בקנס פטור אלא היכי דחייב ממונא בהודאתו ומתכוון להחזיר ממון ע"כ. הרי כדבריי דבעי' שיתכוון להחזיר ממון דאז הוי דרך תשובה וכנ"ל. ולפי"ז יצא לנו הדין שדוקא בקנס דגניבה וכה"ג בעינן שיחייב עצמו, כיון דמלתא דאיסורא היא ואין נאמן בלא"ה להשים עצמו רשע, אבל בשארי קנסות איה"נ דפטור אפילו בלא חייב עצמו כלום, וצדקו מאוד דברי הרמב"ם שלא הזכיר התנאי דחייב עצמו כ"א בגניבה, ומיושב קושית הל"מ דבאמת בשארי קנסות פטור אפילו בלא הודה עצמו, וגם קושית הישׁ"ש מפלגא נזקא מיושב מאוד בדברינו דבפ"נ פשיטא דלא בעינן כלל לתנאי הזה:

ואל תשיבני על דבריי, דא"כ מה מקשה רבא שם בב"ק על רב המנונא מדר"ג שסימא את עין עבדו, דמדלא משני רב הונא שאני ר"ג דפוטר עצמו מכלום מכלל דלא ס"ל כרב המנונא, הא התם ודאי מיירי בסימא עין עבדו בשוגג ולא היה משים עצמו רשע, וא"כ גם רב המנונא יודה דלא בעינן שיחייב עצמו בכלום, אלא ודאי שבכ"מ בעינן נמי

שיחייב עצמו קצת. די"ל שאיה"נ דרבא הבין כן בדעת רב המנונא, שבכל קנסות נמי בעינן שיחייב עצמו קצת דאי דוקא בגניבה, הא בשאר קנסות ע לא בעינן, הכי הול"ל מסתברא מילתי' דרב בשאר קנסות, לבד דבגנבתי בעינן שיחייב עצמו, וע"ז השיבו רבא, דרב אין סובר הכי מדרב הונא, מדלא משני כן שאני ר"ג כו', ולא הביא הראיה לדחות מרב הונא כ"א בשאר קנסות, אבל בקנס דגניבה ס"ל לכו"ע וגם רב הונא יודה דלא פטר כ"א כשחייב עצמו קצת, וכזה כתב הרש"ל בישׁ"ש לפי דרכו שם. ומיושב בזה נמי קושית התוס' שם בב"ק, איך שייך לומר איתמר נמי, על דבר שסתרו קודם, דלא סתר לרב המנונא כ"א בשארי קנסות, אבל בקנס דגניבה כו"ע ס"ל דבעינן שיחייב עצמו קצת: **ונהי** דבדרך הזה היה מיושב פסקי הרמב"ם מסתירת הל"מ וגם היה מתאים לסוגיא דב"ק (דף י"ג) שהבאני לעיל כהוכחת מהרש"ל, אכן מסוגיא דילן יהיה סתירה לזה, דאי נימא דבכל הקנסות לא בעינן שיחייב עצמו, ובכל אופן פטור אפי' בבאו עדים, ובע"כ דהיינו מטעם דהודאה בקנס עושה פטור, וכיון שהקדים להרשיע עצמו אין ראוי לקונסו, וא"כ נסתר הק"ו דסוגיין, דהא דפיו אין מחייב בקנס, אין זה מטעם קולא, אלא אדרבה חומרא היא לגביה, ומדפוסק הרמב"ם כר' חייא דסוגיין וס"ל לק"ו, מוכח מכאן שגם בשארי קנסות בעינן שיחייב עצמו קצת, ואי לא מחייב עצמו במקצת, אז אין מועיל הודאתו בבאו עדים אח"כ והיינו מטעם דהודאה כזה אין בכחה לחייבה, ובבאו עדים נתחייב ע"י העדים וכנ"ל. ושוב התבוננתי שגם מן הסוגיא דב"ק יש להוכיח שאין חלוק בין קנס דגניבה לשאר קנסות, דיש להבין שם בסוגיא, דרב אשי הביאו ראיה ממתני' לרב המנונא דתנן גנב עפ"י שנים וטבח על פי עד אחד כו' משלם כפל ולא דו"ה ל"ל דתנא גנב עפ"י שנים ליתני גנב וטבח ומכר עפ"י ע"א אינו משלם אלא הקרן הא קמ"ל גנב עפ"י שנים וטבח ומכר עפ"י ע"א או עפ"י עצמו הוא דלא מחייב עצמו בקרן הוא דאמרינן עפ"י עצמו דומיא דעפ"י ע"א כי אתו עדים אח"כ מחייב, אבל גנב וטבח ומכר עפ"י ע"א לא אמרי' עפ"י עצמו דומיא דעפ"י ע"א ע"כ. וקשה טובא הא עיקר מה ששונה המשנה עפ"י עצמו דומיא דעפ"י ע"א הוא רק לאפוקי מדרב דמודה בקנס פטור, א"כ השתא לדברי רב אשי, דהחיוב הוא דוקא כשלא חייב עצמו בכלום, הא כשחייב עצמו קצת ס"ל נמי דפטור אפי' אם באו עדים אח"כ, והיינו כרב, דגם רב ס"ל כן לרב המנונא, וא"כ למאי מתני כלל הבבא דעפ"י ע"א. אלא התירוץ פשוט, דיש לדקדק שם לעיל שאמרו לאפוקי מדרב הונא אמר רב דס"ל מודה ואח"כ באו עדים פטור, אמאי לא קאמר לאפוקי מדרב, דהא מימרא מפורשת היא דרב ושמואל גופייהו פליגי בזה, אלא ודאי משום דפלוגתת רב עצמו י"ל דלא פליגי אלא היכי שחייב עצמו קצת, אבל אם לא חייב

עצמו קצת גם רב יודה דחייב, ואי נימא כן לא יהיה ממתני' דהתם שום ראיה לאפוקי מדרב, דהא המשנה שם מיירי שלא חייב עצמו, ולהכי חייב בבאו עדים וגם רב יודה לזה, אבל רב הונא ודאי ס"ל שאפי' בלא חייב קצת נמי פטור, דאל"כ הו"ל לשנויי שאני ר"ג דפוטר עצמו מכלום, ולדידי' שפיר מוכח ממתני' דלא כוותי', ולהכי קאמר לאפוקי מדרב הונא אמר רב, וז"ב, ואי אמרת לחלק בין קנס דגניבה לשאר קנסות, א"כ גם מדרב הונא אין ראיה דיסבור כן נמי בקנס דגניבה, די"ל שדוקא בשארי קנסות ס"ל כן, ובגניבה אפשר יודה לדרב המנונא, וא"כ מתני' דהתם לא אתי לאפוקי גם מדרב הונא, אלא ודאי דסתמא דש"ס לא מחלק כלל בין קנס דגניבה לשארי קנסות, ולרב המנונא דס"ל שבעינן שיחייב עצמו קצת, בשארי קנסות נמי יסבור הכי, ומאן דלא ס"ל כרב המנונא אפי' בקנס דגניבה נמי יסבור כן ושפיר אתא לאפוקי מדרב הונא, וז"ב. הרי הוכחנו מסוגיא דב"ק ומסוגיא דילן, דהעדאת עדים דרב המנונא, בשאר קנסות נמי בעינן דוקא שיחייב עצמו, וכן דעת הטור חו"מ שהבאנו לעיל וכן דעת הר"ן והמ"מ (בפ"א מנזקי ממון), ואע"ג שעומד כנגד סוגיא דב"ק דף י"ג שהבאנו לעיל, י"ל כפי' הר"ן דמיירי התם ג"כ בגוונא שחייב עצמו קצת ולא בפלגא נזקא, וגם הוכחת הל"מ מהרמב"ם דשבועות יש לתרץ, ועיין בל"מ עצמו שם ואכ"מ להאריך:

בגמ' עדים שמחייבין אותו קנס כו'. ובשמ"ק כתב דאין להקשות דנימא דיו לבא מן הדין, בעדים המחייבין קנס, דהיינו על מה שמעידים, די"ל דתמצא קנס שמתחייב חמה שאין מעידים, כגון שעד אחד העיד שאנס או פיתה ונתחייב שבועה ועדים מעידין שגזל ואז אין יכול לישבע ומתוך שאין יכול לישבע משלם הקנס ע"כ. ודבריו נפלאו במ"ש דאם העיד שאנס וכפר חייב שבועה, דהא אין חיוב שבועה כ"א בדבר כזה שאילו הודה נתחייב ממון, הא בדבר שאילו הודה נמי היה פטור אין חיוב שבועה מטעם דשבועה אין גדול מהודאה וכמ"ש התוס' בב"ק (דף מ"ו) ד"ה דאפילו גבי שבועה דמודה מקצת שאין חייב בקנס, ולפמ"ש התוס' (ב"ק דף מ"א ע"ב) דמודה בקנס עפ"י עד אחד נמי פטור, וא"כ בכופר נגד העד לא יחייב שבועה, כיון שאפי' הודה נמי היה פטור אין כאן כפירת ממון. ואם אמנם די"ל דהא התוס' לא הביאו ראי' לסברא הזאת מן הש"ס, ורק מסברא דנפשי' קאמרי משום דאין סברא שלא יהי' נחשב כמרשיע עצמו כשהודה לדברי העד ע"ש, וא"כ י"ל דהשמ"ק יפלוג בזה על סברת התוס', כאשר באמת כבר העירו כמה אחרונים בלא"ה על סברת התוס', עיין בס' מלא הרועים אות הודאה, וגם אנכי שדיתי נרגא בדברי התוס' דאתיא דלא כמאן כאשר נבאר, מ"מ בעיקר הדין נלע"ד מוכרח מן

הש"ס ומן הסברא שבנידון דידן יהיה פטור כשיודה לדברי העד, ולא שייך כאן כלל חיוב שבועה במכחיש לדבריו:

דהנה במתני' דב"ק (דף ע"ד ע"ב) שנינו גנב עפ"י שנים וטבח ומכר עפ"י ע"א או עפ"י עצמו משלם תשלומי כפל ואין משלם תשלומי דו"ה, דמודה בקנס פטור, ורעק"א בגהש"ס הק', ואמאי לא נימא דנתחייב שבועה להכחיש העד וא"י לישבע דהא נעשה פסול עפ"י שנים שמעידין שגנב והו"ל חשוד דשכנגדו נשבע ונוטל, ותי' משום דבקנס א"צ לישבע נגד העד, כיון דאילו מודה מיפטר וכמ"ש התוס' דף מ"א, וכיון דאם מודה היה מיפטר אין על ההכחשה שבועה ע"ש. ובתוס' רעק"א על משניות הרחיב הדבור בזה, עד שנתפלא על דברי התוס' דב"ק דף מ"א שהוכיחו דין זה דגם במודה לדברי העד פטור, מן הסברא, ולמה לא הוכיחו זה מן הש"ס דהכא, דאם לא נימא כדבריהם, א"כ הו"ל לומר בדין דמשנה הנ"ל דחייב מטעם מחויב שבועה ואין יכול לישבע וכנ"ל. ואמרתי לתרץ עפמ"ש לעיל בדבור הסמוך לחלק בפטור דמודה בקנס, בין לא באו עדים אח"כ, לבאו עדים אח"כ למאן דס"ל דנמי פטור, דבלא באו עדים, אז הוי הפטור, משום דאין כח הודאתו יפה לבוא על ידה לידי חיוב, ולא דמי לממון דמתחייב בהודאת עצמו, אבל בקנס גזרה התורה שלא יוכל להרשיע עצמו, והודאתו כמי שאינו, ולפיכך בבאו עדים אח"כ, נתחייב שפיר עפ"י העדאת עדים, אבל למ"ד דאפילו בבאו עדים נמי פטור, היינו משום דהודאתו עשתה נמי פטור, דכיון שהקדים להרשיע עצמו אין ראוי לקונסו. ומעתה י"ל בפשיטות, דבשלמא כשאנו דנין על הפטור לפוטרו נמי בבאו עדים אח"כ, דבזה הודאתו יעשה פטור, ומשום דהקדים להרשיע עצמו, שפיר יש לדון ולומר דהיכי שההודאה בא ע"י עד אחד לא מהני הודאתו לפוטרו גם כשיבואו עדים אח"כ, דע"כ לא פטרינן אותו כ"א היכי שהודה מעצמו בלא הכרח, אז נימא שמחמת זה אין ראוי עוד לקונסו, משא"כ כשהודה עפ"י עד אחד, דהיה קצת הכרח בהודאתו בכדי שלא יוצרך לישבע, או שקשה לו לכפור נגדו, שפיר י"ל דהודאה כזאת לא תוכל לפוטרו, אבל בשלא באו עדים אח"כ, דבאופן זה הוי עיקר הפטור משום דהודאתו לא יוכל להביא לידי חיוב, וא"כ מאי נ"מ, אם הודאתו היתה מעצמו ממש, או ע"י עד אחד כיון שסוף סוף אין על מה לחייבו, דאם על הודאתו, הא בקנס לא תוכל ההודאה לחייבו, ואם ע"י העד, פשיטא נמי שאין עד אחד יכול לחייבו ממון:

ובזה נ"ל ג"כ הטעם למ"ש הש"ך ביו"ד הלכות עבדים, דהא דקיי"ל דבזמן הזה שאין ב"ד מומחים לא מהני ההודאה לפטור שלא יוכל לתפוס שהיינו דוקא בבאו עדים אח"כ, אבל בלא באו עדים כלל לא מהני הודאתו, והביא ראיה מסוגיא דב"ק (דף ע"ד)

בר"ג ששיחרר טבי עבדו כו' ע"ש, וזה דלא כדעת הד"מ והסמ"א (בחו"מ סי' א') דס"ל דבזמן הזה לא מהני הודאה אפילו בלא באו עדים, ורבים שאלו טעם הדבר, דממ"נ כיון שאמרינן דבזה"ז לא בעינן מומחין, לא תהני הודאתו אפילו בלא באו עדים נמי. ולפמ"ש יבואר היטב, דתינח בבאו עדים שאז הוי טעם הפטור, מחמת שאינו ראוי לקונסו כיון שמעצמו הודה, ובזה אמרי' שפיר דלא מהני הודאתו כ"א כשהודה דוקא בב"ד חשוב, אבל בזה"ז דליכא ב"ד הוי כמי שלא הודה, דהודאה שלא בב"ד הוי כמי שאינו, וכיון דליכא טעם למיפטרי' ממילא יתחייב ע"י העדאת העדים, משא"כ בלא באו עדים כלל, דאז הוי טעם הפטור משום דלית לן על מה לחייבו, א"כ אפי' בהודאה דחוץ לב"ד נמי, כיון דבקנס לא יוכל להתחייב עפ"י עצמו, ונהי דהודאה שחוץ לב"ד אין עושה פטור, ודאי שגם להתחייב לא יוכל על ידה, וברור מאוד דעת הש"ך. ועוד היה נ"ל לומר שגם הפלוגתא דר"א ורבנן (ב"ק דף ע"ה) אי חיישינן לביעתותא היכי דראה עדים ממשמשין, היינו נמי דוקא בבאו עדים אח"כ, דהחיוב יש ע"י העדים, אלא שאתה רוצה לפוטרו מטעם ההודאה הקודמת שהודה מעצמו, לא אמרי', דהודאה יוכל לפוטרו כ"א בהודה מעצמו בלא הכרח, אבל בהודה מחמת ביעתותא דעדים שהיה מוכרח להודות, אין בכח הודאה כזאת לפוטרו, ולהכי ס"ל לר"א דלא מהני וחיישינן לביעתותא, אבל בלא באו עדים כלל אז כו"ע ס"ל דלא מחייב, דמה מהני שהודה ע"י הכרח, מ"מ בשביל מה תחייבו והודאתו לא תוכל לחייבו, ונכון בעזה"י:

ומעתה נבוא לתרץ דעת התוס' מקושית רעק"א, דזה ודאי אשר חקירת התוס', אי מהני ההודאה במודה עפ"י עד אחד, היינו באם באו עדים אח"כ או עד שני להצטרף עם עד זה, אם תוכל ההודאה שבא ע"י עד לעשות פטור, דמצד הסברא הו"א שיש מקום לומר דהודאה כזאת לא תוכל לעשות פטור וכמ"ש, לזה אשמועי' התוס' שאפי' הודאה כזאת נמי עושה פטור, אבל בלא באו עדים אח"כ, כלום הוצרך התוס' לאשמעי' דאינו מחייב ע"י הודאתו, אטו לא ידעינן שבקנס לא יוכל לחייב עצמו הלא מקרא מלא הוא, אשר ירשיעון אלהים. אע"כ דעיקר חקירת התוס' הוא בבאו עדים אח"כ, ובמתני' דב"ק (דף ע"ה) דפטר שם בהודאת עצמו, מיירי להדיא בלא באו עדים וכדקאמר להדיא שם (דף ע"ה ע"א) עפ"י עצמו דומיא דעפ"י ע"א כו' אף עפ"י עצמו כי אתו עדים מחייב, ולכן לא הוי מצי התוס' לאוכוחי דינו ממתני', דנהי דממתני' ידעי' שפיר, דמודה עפ"י העד פטור, דאל"כ הו"ל לחייבו מטעם מחויב שבועה ואיל"מ וכנ"ל, היינו משום דהתם מיירי בלא באו עדים אח"כ, ובלא באו עדים ודאי דפשיטא הוא דפטור אפי' במודה עפ"י העד,

אבל במודה עפ"י העד ובאו עדים אח"כ כחקירת התוס', אין ממשנה דהתם שום ראיה, ולהכי הכריח התוס' רק מסברא, וא"ש:

הן אמת דגם אכתי אין מובן לי חקירת התוס', דאע"ג שזה ודאי דחקירת התוס' הוא באם בא אח"כ עד שני להצטרף, אם הודאה כזאת תעשה פטור, מ"מ גם בזה לענ"ד יש להשיב על דבריהם. דמצד הסברא ודאי פשיטא היה להיפך, דעיקר הפטור הוא משום דהקדים להרשיע עצמו ואין ראוי לקנס, ולכן שפיר מן הסברא לומר, שדוקא הודאה הבאה מרצון הטוב בלא הכרח, הוי כדרך תשובה, שאין ראוי עוד לקונסו, אבל לא הודאה כזאת הבאה מחמת הכרח וכמ"ש לעיל, אלא עוד יש לי ראיה עמוקה מן הש"ס ע"ז ודלא כתוס'. דהנה בב"ק שם פריך הש"ס עפ"י ע"א פשיטא, פי' דפשיטא הוא דעד אחד לא יוכל לחייבו ממון וכפרש"י שם, ומשמע לפי"ז דהש"ס סובר בכוונת המשנה דנקטה עפ"י ע"א, שמיירי דהוא כופר לדברי העד ומכחישו, ולכך פריך פשיטא. ולכאורה יש להבין, דשמא כוונת המשנה דנקטה עפ"י ע"א, היינו שגם הוא מודה לדברי העד, ובזה רבותא גדולה משמעינן, דאע"ג שההודאה לא בא מרצון כ"א ע"י העד, אפ"ה מועלת לעשות פטור שזה הוי רבותא יותר גדולה מהודאת עצמו, וא"כ מאי פריך פשיטא. ואמנם שוב התבוננתי דלא נעלה בזה ארוכה דאכתי יקשה פשיטא, דהעיקר מה שיש לחלק בין הודאה מעצמו להודאה ע"י עד, בבאו עדים אח"כ הוא, דאז בעינן שבהודאתו יעשה פטור, ובזה יש סברא לחלק כנ"ל, אבל היכי דליכא כ"א העד, שבזה הוי ההודאה רק שלא יבוא לידי חיוב, אין שום נ"מ בין הודאה מעצמו להודאה שע"י העד, דסוף סוף אין על מה לחייבו. אכן אי קשיא הא קשיא לי דמנ"ל לאוקמי דמיירי בהכחיש להעד, וממילא יפרש דעפ"י עצמו דומיא דעפ"י ע"א ולאפוקי מדרב, יפרש דמיירי בהודה לדברי העד, ואי משום דקשיא פשיטא ישנו להיפך, דעפ"י ע"א דומיא דעפ"י עצמו מה עפ"י עצמו כי אתו עדים נמי פטור וכדרב, עפ"י עד אחד נמי כי אתא אחריני בהדי' אח"כ נמי פטור, ורבותא גדולה אשמעי' בזה, דאע"ג שבא אח"כ עד שני, ומעתה יש לפנינו שני עדים, ואם נרצה לפוטרו ע"י הודאה, עלינו להגיד דההודאה עשתה פטור, אפ"ה מועלת ההודאה שבא ע"י עד אחד, אע"כ דבכה"ג באמת אין מועלת ההודאה לפטור, דלפטור מחיוב בעינן דוקא הודאה הבאה מרצון ולא מהכרח עד אחד, הרי ראיה מן הש"ס דלא כתוס', וצ"ע:

ואם כי שדינו נרגא בדברי התוס' דב"ק, מ"מ זה יצא לנו פשוט מן הסברא וראיה מן הש"ס, דבלא באו עדים אח"כ ודאי שאין הודאה עפ"י עד אחד יכולה לחייבו, דאל"כ גם במתני' דב"ק אמאי לא נחייבו מטעם מחויב שבועה ואיל"מ וכהוכחת רעק"א, וא"כ

בנידון דברי השמ"ק בסוגיין שרצה לומר דמשכחינן חיוב קנס ע"י עדים אפי' שלא על מה שהעידו, וכגון שכפר לדברי העד ונתחייב שבועה ועדים העידו שהוא חשוד שאינו יכול לישבע ומשלם, הרי דהעדים לא העידו על הקנס ואפ"ה נתחייב על ידם, יוחזר קושיתינו, איך אפשר כלל לומר כן, הא ודאי כוונתו דלא באו עדים אח"כ על הקנס, דאם באו עדים אח"כ גם על הקנס, הרי יהיה החיוב על מה שמעידים, וכיון דמיירי בלא באו עדים, א"כ איך יחייב שבועה במכחיש את העד, הא אפי' אם הודה נמי לא היה מתחייב, ואי כדברי השמ"ק, א"כ גם במתני' דב"ק יתחייב מטעם זה ממש וכנ"ל, סוף דבר דברי השמ"ק נפלאו ומופרכים מן הש"ס ובעיקר קושיתו נראה דלהכי לא אמרי' דיו, משום דמיפרך ק"ו וכתי' השני שם בשמ"ק ודו"ק בזה:

ברש"י ד"ה עדים אין מחייבין אותו קרבן, ופרש"י דכתיב או הודע ולא שיודיעוהו אחרים. וקשה דהא לקמן כשהביא בש"ס דברי רבנן אמרו טעם אחר, דמה אם ירצה לומר מזיד הייתי, ולא הוזכר בש"ס טעם רש"י, ולמה לרש"י להביא טעם אחר שלא נזכר בש"ס, והנה אם כי במתניתין דכריתות הובא טעמא דרבנן מטעם מיגו כמו הכא, אבל ראיתי בת"כ (פ' ויקרא) הביא שני הטעמים, והכי איתא התם, אמרו לו שנים אכלת כו' פטור דכתיב או הודע אליו ולא שיודיעוהו אחרים כו' אמר ר"מ מה אם שנים הביאוהו לידי מיתה כו' אמרו לו מה אם ירצה לומר מזיד הייתי כו' ע"ש. מזה נראה שבאמת מטעם מיגו לחוד לא הוי פטרי רבנן דהא לאו מיגו מעליא הוא דהוי מיגו במקום עדים וכקושית התוס', אלא עיקר הפטור הוא מחמת הקרא, וטעם מיגו לא הוצרך כ"א להשיב על דברי ר"מ, דיש להבין אחרי שרבנן מפקי לדינם מקרא מפורש, מאי פריך תו ר"מ, אלא דר"מ הבין בדברי רבנן, דמיעוט הקרא אין זה מגזה"כ, דבעינן דוקא שידע מעצמו, דא"כ אפי' בלא הכחיש את העדים נמי יפטור, כיון דסוף סוף לא הודע מעצמו, ואחרי שדוקא בהכחיש לעדים קא פטרי רבנן, הרי בע"כ טעם הקרא הוא משום נאמנות, דלא נאמין אותם במקום שמכחיש אותן, וע"ז השיב ר"מ דמה אם מהימני במיתה החמורה כו', וע"ז השיבו לו רבנן דמה אם ירצה לומר מזיד הייתי, ולהכי לא מהימני העדים, ואיה"נ דטעמא דקרא הוא מטעם נאמנות, ואע"ג דמיגו במקום עדים הוא, גלי קרא דהכא סמכינן על מיגו כזה, וכן נראה להדיא מסדור לשון הת"כ, דטעם דמיגו הוא רק לתשובת ר"מ, אבל עיקר הפטור הוא מקרא, ויפה פרש"י כאן טעם מקרא, שזהו עיקר הפטור וכמפורש בת"כ ועמ"ש בסמוך:

תוד"ה מה אם ירצו, כתבו שאין לפרש דהוי מטעם מיגו דהא מיגו במקום עדים הוא. ורש"י פירש להדיא שהוא מטעם מיגו, ומתחלה עלה בדעתי לתרץ קושית התוס', דלא

דמי הכא לשארי מיגו במקום עדים, משום דהכא אף לדברי העדים אין לחייבו ודאי דאולי באמת מזיד היה, דמנא ידעו מה בלבו, ומצאתי אח"כ כן בת"י שם בכריתות (דף י"ב) וז"ל והא דאמרי' בכמה דוכתי לכו"ע מיגו במקום עדים לא אמרי', היינו במקום שהעדים גמרו הדברים, אבל הני אין גומרין את עדותן שלא ידעו אם שוגג היה, והוא כדברינו. ואם כי מעתה יש לי אילן גדול לסמוך עליו, בכ"ז כשאני לעצמי יש לפקפק בתירוץ הזה, דאיך נוכל לומר שמיירי הכא שהעדים לא ידעו כלל אם שוגג או מזיד היה, א"כ מ"ט דר"מ דמחייב קרבן, ואין לומר נמי דכיון דאמר איהו לא אכלתי ואינהו ידעו דאכל, ודאי שוגג היה, דא"כ עיקר ידיעתם עפ"י טענתו שאמר לא אכלתי ולא עפ"י עדותן, וליכא למימר עדים נמי מחייבי קרבן וכמ"ש בשמ"ק ובפיר"ח, אלא ודאי דמוכרחים לומר כמ"ש בשמ"ק, דמיירי דחזו סהדי דהוי מהדר למיכל היתירא, כגון שתי חתיכות אחד של חלב ואחד של שומן ושאל איזה מהן של שומן כדי שיאכל אותה ומיד לקח של חלב ואכלה דודאי שוגג היה ע"ש. ולפי"ז הרי העדים גמרו את עדותן וא"א לומר כתי' הנ"ל, אלא שגם דברי השמ"ק תמוהים, דאי נימא שהעדים גמרו עדותן וידעו בודאי ששוגג היה, א"כ מ"ט דרבנן באומרם מה אם ירצה לומר מזיד הייתי, מאי אולמא טענת מזיד הייתי מטענת לא אכלתי כלל לפי"ז, ואפשר לדחוק דאם אינו טוען מזיד היה, יוכלון העדים להעיד ששוגג היה ודאי אחרי שראו איך היה מחזר לאכול היתירא, אבל אם הוא עצמו אומר אח"כ שאעפ"כ מזיד היה לא יוכלו הם להכחישו, דמנא ידעו מה בלבו. והנכון בזה כפמ"ש לעיל, דעיקר טעמא דרבנן הוא מקרא דאו הודע, וטעם דמיגו לא הוצרכו כ"א להשיב על דברי ר"מ, והכא גלי קרא דאמרי' אפי' מיגו כזה שהיא נגד עדים וכ"מ מפי' הרשב"א ז"ל, ע"ש:

דף ד.

בגמ' מה לגלגול שבועה. השער המשפט בסי' צ"ד חקר, באם יש עד אחד המסייע לשבועת הגלגול, אי פוטרו משבועת הגלגול או לא מי נימא כיון דעד המסייע פוטר מעיקר שבועה, כ"ש מגלגול, או שמא דלענין גלגול לא מהני עד המסייע, דכיון דנשבע בלא"ה על עיקר השבועה, מגלגלין עליו בכל גווני, והוכיח מדברי הש"ך (בחו"מ סי' צ"ד) דכתב שע"י גלגול מחיוב לישבע בטענת פרוזבול היה לי ואבד או ברבית בהיתר לקחתי, אלמא דאע"ג שבטענות אלו לא משבעינן אפי' היסת, משום דמסייע להו חזקה דלא שביק היתירא ואכיל איסורא, מ"מ ע"י גלגול משבעינן, כן נמי בעד המסייע לא יועיל לפטור הגלגול ע"ש. וכן הקצוה"ח בסי' צ"ד הוכיח נמי שאע"ג דחזקה דוחה את

שבועת היסת, מ"מ אינו דוחה את הגלגול, דבהחזיק שלשה שנים, דעת הרשב"א שאין מוסרין אותו לשבועת היסת, ואילו ע"י גלגול תנן, נכסים שאין להם אחריות זוקקין את נכסים שיש להם אחריות לישבע, ותנן סתמא ומשמע אפי' בהחזיק בהם ג' שנים ע"כ. ולע"ד למה להם להביא ממרחק לחמם, הא מעיקר הדין דגלגול שבועה, מוכח שחזקה אינה דוחה שבועת הגלגול. דהנה לשיטת רש"י ב"ק (דף ק"ז) דפטור דכופר הכל הוא מטעם חזקה דאין אדם מעיז, ולא מקרא דכי הוא זה וכמו שהארכתי לעיל ד"ג בזה, הרי דעיקר הפטור הוא מחמת חזקה דאין אדם מעיז דמסייע לה, ואפ"ה ע"י גלגול משבעינן, וא"כ מוכרח דחזקה אינה דוחה שבועת הגלגול, דאל"כ לא משכחת גלגול שבועה, דלעולם נפטרנו מכח חזקה דאין אדם מעיז כמו כופ"ה, ומזה יהיה נפשט נמי ספיקו של השעה"מ, דמינה חזינן דשבועת הגלגול לא ניתנה לברר הספק, דהא בכופר הכל תלינן דקושטא קאמר, ומשו"ה פטור, ואפ"ה ע"י גלגול משבעינן, הרי דאע"ג דחזקה דקושטא אמר ואפ"ה כיון דנשבע בלא"ה מגלגלינן גם ע"ז, וא"כ כ"ש בעד המסייע שאין מברר כל כך לטענת הנתבע דהאמת אתו, שאין נפטר עי"ז משבועת הגלגול:

ולפמ"ש יתבאר לנו שיטות רש"י ותוס' בסוגיין, ויהיה ג"כ סיוע לחקירה הזאת, דהנה מלשון הש"ס דקאמר, מה לגלגול שבועה דעד אחד כו' פיו יוכיח, משמע שגם השתא יליף הק"ו מגלגול שבועה, ופיו הוי יוכיח לגלגול שבועה, דבפיו לא שייך שבועה גוררת ואפ"ה משתבע. אכן מלשון רש"י ד"ה פיו יוכיח וז"ל מודה מקצת הטענה שעל מה שכפר ופיו לא הודה נשבע ע"כ. משמע להדיא דפיו הוי יוכיח לעומת חומרת עד אחד, וכן מוכח נמי מן התוס' ד"ה הצד, שהקשו כופר הכל יוכיח, דהיינו כפרש"י שנילף מעד אחד ופיו, וא"כ הפי' דטענה וכפירה, בע"כ הפירוש, זה טוען וזה כופר כפרש"י, ולהכי שפיר הקשו התוס', אבל אי נפרש שבאמת נילף מגלגול שבועה ופיו, א"כ י"ל דטענה וכפירה לא מיקרי אלא במה שיש טענה ברורה שחייב עליה, כגון בגלגול שבועה דעד אחד, שיש כאן טענה ברורה שהרי על מה שתובעו עפ"י העד חייב שבועה בודאי ויש כאן חיוב גמור, וכמו כן בשני עדים הרי יש חיוב גמור על מקצת הממון ויש כאן טענה ברורה, שחייב על מקצת התביעה בברור, או שבועה או תשלומין, וא"כ טענה מיהא מיקרי, אבל בכופר הכל, לדברי הנתבע ליכא שום טענה עליו וכמ"ש הרמב"ן בשמ"ק, וא"כ כיון שהקשו התוס' מכופר הכל, מוכח שסוברים נמי כפרש"י, והגירסא שאח"כ מה לעד אחד הוא כפירושם. ואמנם רוב הראשונים הסכימו, שבאמת נילף מן גלגול שבועה ופיו, וגורסים אח"כ, מה לגלגול שבועה עיין בשמ"ק טעמם הנכון. והנראה שרש"י ותוספת, מוכרחים היו לפרש שהק"ו הוא מעד אחד ופיו, דהנה לכאורה

קשה טובא דלפרש"י ותוס' לעיל, האי דקאמר אבל העדאת עדים דליכא למימר הכי, היינו משום דבלא הק"ו הו"א שבהעדאת עדים כיון דהוא עצמו כופר בכל וליכא למימר כל כך משתמיט, לא נאמינו על השבועה, וקמ"ל הק"ו דאפ"ה שייך אשתמוטי וכמ"ש התוס' לעיל, וא"כ על החיוב אין אנו דנין כלל, דזה היינו יודעים גם מעצמו בלי הק"ו, שיש בכח העדאת עדים לחייב שבועה, ורק לענין הנאמנות אנו דנין, והק"ו אשמעי' שנוכל גם להאמינו, וא"כ איך שייך מתחלה למילף הק"ו מפיו, דמה פיו מחייב כ"ש עדים, הא על החיוב אין אנו דנין, וא"כ י"ל דהא תינח פיו דשייך אשתמוטי מהימן, אבל בהעדאת עדים דלא נאמין, כיון דלא שייך כ"כ משתמיט, אלא בזה י"ל שבאמת מפיו לחוד לא ילפינן וכשרצה למילף בתחלה מפיו לחוד, איה"נ דהו"מ למיפרך מה לפיו שכן משתמיט, אכן אליבא דאמת שהק"ו הוא מפיו ועד אחד, א"כ שפיר יש לנו ילפותא שגם היכי דכופר הכל שייך אשתמוטי, דהא בעד אחד נמי, איהו עצמו כופר הכל ואפ"ה מהימן בשבועה, מכלל דאמרי' גם בזה משתמיט, וצ"ל שהש"ס דקאמר קמ"ל ק"ו, היינו משום דידע האמת שהק"ו הוא לא מפיו לחוד, כ"א או מצרוף גלגול שבועה, או עד אחד בהדי', ומשני אלו יש להוכיח שבכופר הכל נמי שייך אשתמוטי:

והנה הא תינח לשיטת התוס' דלעיל דלקושטא דמילתא שייך בכופר הכל אשתמיט, אכן לשיטת רש"י בב"ק דס"ל שהפטור דכופר הכל הוא מטעם חזקה דאין אדם מעיז, וסברת החזקה לדידי' הוא, שאין רוצה לגזול ממון חבירו שעשה לו טובה, וא"כ בע"כ שלא נוכל לומר אשתמוטי, דאם מכוון להשמטה נסתר בזה החזקה דאין מעיז כיון שאינו מכוון כלל לגזול, אלא לאו דלקושטא דמילתא ס"ל דלא שייך אשתמוטי בכופר הכל, ועמ"ש לעיל דף ג' ע"א באריכות, וא"כ יוחזר הקושיא, דהיכי משבעינן ע"י עד אחד, וגם גלגול שבועה היכי משכחינן, הא בהשמטה ליכא למימר כיון שכופר הכל, ובע"כ בגזלן אתה חושדו, וא"כ נימא מיגו דחשיד. ואמנם בעד אחד אכתי י"ל דנוכל לתלות בהשמטה, ואע"ג דכופר הכל דעלמא לאו להשמטה עביד, מ"מ בעד אחד כיון שיודע שיש עד המכחישו לא היה כופר, וכמ"ש הריטב"א סברא כזאת גבי העדאת עדים, הבאתיו לעיל בחי' ברש"י ד"ה קמ"ל, ובע"כ דלהשמטה מכוון ועמ"ש לקמן דף ו' ע"א. ובזה יתורץ נמי מה שהקשו, דלקמן (דף ו' ע"א) כשבא הש"ס להוכיח דלא אמרי' מיגו דחשיד אממונא כו', למה לא הוכיחו משבועת עד אחד, ולפמ"ש אין ראיה כלל מעד אחד, דלא חשיד כלל דודאי להשמטה קא מכוון, וכ"ז י"ל בעד אחד, אבל מגלגול שבועה קשה, דאם בגזלן אתה חושדו, נימא מיגו דחשיד, ואי באשתמוטי, א"כ נוכיח שגם בכופר הכל שייך אשתמוטי, ולפמ"ש לעיל יבואר, שלאו להשמטה אנו תולין, וכן

לא בגזלן חשדינן, אלא תלינן שבודאי קושטא קאמר, מטעם החזקה דאין אדם מעיז, ואם לא היה עליו חיוב שבועה ממקום אחר היה פטור מכל שבועה דאמרי' דקושטא אמר וכמ"ש רש"י בטעם פטור דכופר הכל, רק עכשיו שנשבע בלא"ה צריך לישבע גם על תביעה הזאת וכמ"ש, שגם בעד המסייע על הגלגול נמי מחויב לישבע. ואחרי כל זה יתורץ לנו סברת רש"י ותוס' בזה שנדו מכל הראשונים לפרש, דהק"ו הוא מעד אחד ולא מגלגול שבועה, דלשיטתם שעיקר הק"ו בא ללמדנו דבכופר הכל נמי שייך אשתמוטי, לא יכלו למילף מפיו וגלגול שבועה, דבשניהם יש לפרוך, בפיו משום דהוי מודה מקצת, וגלגול שבועה, באמת לאו להשמטה מכוון, אלא דאפ"ה נשבע כיון דבלא"ה נשבע וכנ"ל, והוכרחו למילף מעד אחד, דהוי כופר הכל ואפ"ה נשבע, וכ"ש דאתי שפיר לשיטת רש"י דבעי למילף בק"ו, דבהעדאת עדים כיון שיש עדים המכחישין לא היה כופר וכמ"ש לעיל דף ג' בשם הריטב"א, דהכי מוכרח לשיטת רש"י, ולזה יליף מע"א דתלינן נמי דלהשמטה מכוון מחמת שיודע שיש ע"א המכחישו לא היה כופר, וזה נכון בעזה"י:

ברור הדין אם משכון מיקרי הילך ואם במתנה מהני משכון:

בגמ' והילך חייב כו'. והנה מי שמודה מקצת, ונותן משכון למלוה באותו מקצת, נחלקו בזה הראשונים אי מיקרי הילך או לאו, בעל העיטור כתב דבהילך דמי, אבל הר"י הלוי ועמו הרבה ראשונים כתבו דבכה"ג לא מיקרי הילך, הובא דבריהם (בחו"מ סי' פ"ז), ועיין בש"ך שם סק"ד שהוכיח דאפי' אם נותן לו רשות למכור המשכון לא הוי הילך וכ"כ הריטב"א ע"ש. והנה אע"ג דדעת הרמב"ם (פ"ג וד' מהל' טוען) כהראשונים, דמשכון אינו כהילך, מ"מ בנדון כזה שנתן לו רשות למכור, יודה דהוי כהילך, ויפלוג בזה על הריטב"א וכמו שנבאר:

דהנה יש שני סוגי וענייני הילך, וטעם פטורם נמי אינו שוה, א), שהמקצת שיודה נותן מיד בב"ד, ב), שאינו נותן מיד. רק שהדבר מזומן בביתו, וגם זה מהני בפקדון לדעת כמה ראשונים, וכעין שכתב רש"י כאן בד"ה והילך, לא הוצאתים והן שלך בכ"מ שהם, ומסוג זה הוי נמי קרקע דמיקרי הילך, אע"ג שאין נותנו מיד, מ"מ כיון דכ"מ שהוא הרי שלו מיקרי הילך, וטעם הפטור בשני אלו הסוגים אין דומה, דבסוג השני לא נוכל לפרש טעם הפטור כ"א כפי מובן הפשוט, משום פרעון, דהמקצת שהודה הוי כאילו פרע לו כבר, ולא היה זה בכלל התביעה, והתביעה לא היתה כ"א על הנשאר דהוי כופר הכל, ואכן בסוג הראשון, היכי שנותן לו מיד מה שיודה, אין אנו צריכין לטעם זה, אלא כטעם הב"י, הובא דבריו בקצוה"ח סי' פ"ז סק"ה, עפמ"ש הרי"ף ורמב"ם (בפ"ז מטוען), דמודה מקצת לא הוי כ"א כשמודה בדבר שיכול לכפור, אבל בדבר שלא יכול לכפור, לא

מיקרי מודה, הרי מוכח מדבריהם דהודאה לא מיקרי כ"א במקום שנצרך להודאתו, אבל במקום שלא נצרך להודאתו, לא מיקרי הודאה, וכשנותן לו הדבר מיד, אין אנו צריכין כלל להודאתו, דכיון שהוא נותן לו, מה אנו צריכין להודאתו שחייב לו מכבר, וכיון שאין אנו צריכין כלל להודאתו, ממילא פטור מטעם דלא הוי כלל מודה במקצת, ודומה כאילו נותן לו החמשים זוז במתנה וודאי שלא נקרא מודה במקצת ע"ש בקצה"ח דכן מוכרח לומר לשיטת הב"י. והנה הרמב"ם (בפ"ד מטוען) שכתב דלהכי הוי שטר הילך משום דלא יכול לכפור, יסבור נמי בטעם דהילך כשיטת הב"י מטעם דלא מיקרי מודה, דאי מטעם פרעון, א"כ מה ענין הילך לטעם דאין יכול לכפור, וכמו שהקשו באמת כמה מרבוותא על דעת הרמב"ם, דמה ענין לא יכול לכפור להילך, עיין בתומים סי' פ"ז סק"ב, והיינו משום דהם סברו דטעם הפטור הוא משום פרעון, להכי הקשו שפיר, ולפמ"ש דטעם הפטור דכיון דלא יכול לכפור לא מיקרי מודה במקצת, א"ש טעם זה, ודו"ק:

ומזה אשכחנא פתרי בחלוק הטעם שבין רש"י והרמב"ם בשטר, דרש"י בסוגיין לקמן בע"ב כתב, דלהכי הוי שטר הילך משום שיש בו שעבוד קרקעות. והרמב"ם (בפ"ד מטוען) כתב משום דלא יכול לכפור. ונ"מ גדולה יש בין שני הטעמים, דלטעם רש"י היינו דוקא בשטר שיש בו עדים, וגם דוקא היכי שיש לו קרקע, אבל בכתב יד שאין בו עדים ואין גובין בו ממשעבדי, או היכי שאין לו קרקע לא הוי הילך, ואילו לטעם הרמב"ם אפי' באין לו קרקע, וגם בכת"י שיש, בו נאמנות נמי הוי הילך וכמ"ש הש"ך (בחו"מ סי' פ"ח סקנ"א) וצריך להבין מדוע מיאנו כל אחד בטעם של השני, ולפמ"ש יתיישב דלשיטתם אזלי, דכיון ששיטת רס"י דהילך דשמעתין הוי בלא נתנו מיד, כ"א באומר לא הוצאתים והן שלך בכל מקום שהם, ובנתנו מיד ס"ל דלא הוי כלל הילך כמ"ש הר"ן והשמ"ק, ואע"ג שזה דוחק גדול לומר כן בדעת רש"י, דיסבור דהילך לא הוי כ"א בפקדון ולא במלוה, וכמו שהרגישו בדוחק הזה בהגהות דרישה סי' פ"ז, והפנ"י בסוגיין, וגם אנכי כוונתי בזה לדעתם, כשנדקדק בדברי רש"י דלא פירש ענין ההילך, כ"א על דברי ר' חייא דס"ל דהילך חייב, על זה פירש, דהילך היינו לא הוצאתים וכו', ולא פירש הכי על פטור בדברי רב ששת, ומזה ניכר שדעת רש"י הוא להיפך, דבהילך כזה כשמוסרו מיד ודאי דכו"ע סברי דפטור ולא יפלגו בזה, וגם ר' חייא יודה דפטור, ורק פלוגתתם הוא כשאינו מוסרו לידו, אלא אומר לא הוצאתים וכו', בזה ס"ל לר' חייא דחייב, ור"ש ס"ל שאפי' בכה"ג נמי פטור, עכ"פ ההילך דשמעתין, לדעת רש"י הוא באומר לא הוצאתים וכו', ועל סוג הילך הזה אי אפשר לפרש הטעם משום דהוי כאילו לא הודה, כיון שאין נותנו מיד, וע"ו קאי נמי הקושיא משטר, ולהכי מוכרח היה נמי

לפרש גם בשטר, דהטעם הוי משום שעבוד קרקעות, דהוי נמי הטעם כמו בפקדון, דשלו הוא בכל מקום שהוא. אכן הרמב"ם דס"ל דהילך לא הוי כ"א בנתנו מיד, וז"ל (בפ"א מטוען) הטוען על חבירו כו' והודה במקצת ונתנו מיד הוי הילך, הרי שדייק לכתוב ונתנו מיד, וכן בפ"ד מטוען כתב, בית זה מלא עד הזיז מסרתי לך והלה אומר עד החלון חייב, ומדסתם דבריו משמע דהילך לא הוי משום דאין נותנו מיד, דאילו לשיטת רש"י יקשה, דהא בפקדון מיירי ואמאי חייב הא הוי הילך, וצ"ל בע"כ דמיירי דוקא שהרקיבו הפירות בפשיעה וכמ"ש התוס', וכיון שדעת הרמב"ם דהילך לא הוי כ"א היכי שנותנו מיד, אבל מה שאומר, בכל מקום שהם יהיו שלך לא מיקרי הילך, ממילא לא יוכל לפרש, דשטר הוי הילך משום שעבוד קרקעות דמה יועיל אם יש לו שעבוד, סוף סוף לא עדיף זה מפקדון דהוי נמי שלו בכ"מ שהם, ומ"מ כיון שאין נותנו מיד לא הוי הילך, להכי הוכרח לפרש הטעם משום שאינו יכול לכפור, וא"ש:

אלא דלפמ"ש דלהרמב"ם לא הוי הילך כ"א בנותנו מיד, ואפי' בפקדון נמי לא הוי הילך באומר כל מקום שהם וכמ"ש הל"מ בפ"ד מטוען, א"כ קרקע גופא אמאי הוי כהילך, וצ"ל דכיון דעיקר התביעה וההודאה הוא בקרקע, אי אפשר בענין אחר, דלא יוכל למוסרו בידו, אבל בשטר אע"ג דקרקעותיו משועבדים, מ"מ כיון דעיקר התביעה וההודאה הוי בממון לא הוי הילך מה שיש בזה שעבוד קרקע, וצ"ע:

ואחרי שבארנו שני סוגי ההילך וטעמם, מעתה נבאר דין משכון, דהנה בדין ובטעם דמשכון לא מיקרי הילך, יש בזה נמי שני טעמים, א), מ"ש הריטב"א וכן הריב"ש סי' שצ"ו, דלא מיקרי הילך אלא מה שהוא פרעון גמור, אבל משכון שעדיין צריך שומת ב"ד וגובייגא ומכירה לא הוי הילך, והנה טעם זה לא שייך כ"א כשנאמר דפטור דהילך עושה הפרעון, דהוי כפרע לו כבר ולא היה בכלל התביעה, שפיר אמרי' דכיון שמחוסר שומא וגובייגא לא נוכל לחשבו כפרוע מכבר. אכן לשיטת הרמב"ם דהטעם הוא משום דכיון דנותנו מיד ואין אנו צריכין להודאתו, ואין אנו דנין כלל על הפרעון, א"כ משכון נמי הוי הילך, דגם בזה אין אנו צריכין להודאתו, דמה נ"מ הוא לדידן, דהשתא כשהודה הוי המשכון בשביל החוב, ואם לא הודה הוי המשכון לשם מתנה. ולפי"ז יקשה על הרמב"ם, כיון שס"ל טעם פטור דהילך משום דלא יוכל לכפור, הרי משום חסרון הודאה, ולא משום חסרון בפרעון, וא"כ איך יוכל לסבור דמשכון לא נקרא הילך, אלא די"ל דהרמב"ם לא יפרש במשכון הטעם כפי' הריטב"א משום חסרון פרעון, אלא כטעם העיקריי המבואר במוהרי"ן מיג"ש, משום דמנה אין כאן משכון אין כאן, וטעם זה שייך אפי' לשיטת הרמב"ם:

שוב התבוננתי דאפי' אי נימא כטעם הזה יש לדון טובא, דבסברא דמנה אין כאן גופא נאמרו ונשנו כמה טעמים, וז"ל התוס' בקדושין (דף ח' ע"ב) בד"ה מנה אין כאן, פי' ואינה מקודשת, לפי שהאשה נקנית בכסף והכסף אינו בעין ע"כ. וכזה כתבו גם הרמב"ן והרשב"א ז"ל, דלהכי אינה מקודשת משום דהכסף אנו בעין לא מהני לקנות בהו אשה או קרקע, דכסף כזה אין ראוי לקנין ע"ש. הרי דמשמע מדבריהם שבאמת המשכון עושה התחייבות, שמחויב אח"כ ליתן לה המנה, וכן במתנה נמי אם הבטיח לתת מתנה לחבירו ונתן לו משכון ע"ז דמהני, אלא דלקנין לא מהני משכון, משום דלקנין בעינן כסף בעין, וכן הבין באבני מלואים סימו כ"ט ובפנ"י שם כוונת התוס', דבמתנה מהני משכון משום דלא בעינן כ"א התחייבות, והתחייבות עושה המשכון, והנה אי נימא כטעם הזה בסברא דמנה אין כאן, ודאי דלא שייל זה בענין הילך, לומר דמשו"ה משכון לא הוי הילך משום דמנה אין כאן, כיון דסברא דמנה אין כאן הוי משום דהכסך אינו בעין ולא ראוי לקנין, א"כ הכא דלא נרצה לקנות שום דבר פשיטא דמהני משכון, אלא דצ"ל דהרמב"ם יפרש בזה כשיטת הרא"ש שם בקידושין דטעם דמנה אין כאן הוא, משום דגם התחייבות אין עושה המשכון, דאין אדם יכול לשעבד נכסיו אלא א"כ נתחייב גופו תחילה, דנכסוהי דבר איניש אינון ערבין וכל היכי דליכא לוה ליכא ערב, ולטעם זה אם נתחייב לתת מתנה והניח משכון לא מהני, כיון דליכא חיוב מקודם. ולשיטה הזאת אתי שפיר דלהכי משכון לא הוי כהילך, דכיון דעיקר הפטור דהילך לשיטת הרמב"ם, משום דאין אנו צריכין להודאתו, וכאן ודאי דצריכין אנו להודאתו, דבשלמא עתה שהודה שחייב לו מכבר מועיל המשכון, אבל בלא הודאתו על חיוב הקודם, אף שנותן לו משכון, היינו חושבים המשכון להבטחת מתנה וע"ז אין מועיל משכון, וכנ"ל:

ובכדי שלא נחשוב זה לדוחק לומר דהרמב"ם יפרש כהרא"ש במקום שהרבה ראשונים פליגי עליו בזה וכמ"ש בשם התוס' ורמב"ן ורשב"א, הנני בזה לבאר, אשר אם כי מאמת הטעם שכתבו במנה אין כאן משום דכסף אינו בעין מוכח לכאורה דפליגי עם הרא"ש, מ"מ לאחר העיון נראה דכו"ע סוברים כשיטת הרא"ש. דהנה איך נוכל כלל לפרש דלשיטת התוס' וסייעתו, המשכון עושה התחייבות ומהני גם בקדושין לענין זה שחייב ליתן לה מנה, וכן במתנה מהני וכמו שהבין הא"מ והפנ"י, הא כתבו התוס' שם בא"ד וז"ל, וכמו כן במתנה נמי אם אומר אדם לחבירו אתן לך מתנה ונתן לו משכון דלא קנה המתנה במשיכת המשכון דמנה אין כאן משכון אין כאן ע"כ. הרי להדיא שסוברים דבמתנה לא מהני. ובפנ"י אמנם הרגיש בזה וכתב דשיטות חלוקות יש בזה, טעם האחד, דכסף אין בעין, סובר דהתחייבות יש בזה ויכול אדם להתחייב ע"י משכון

אפי' כשלא נתחייב גופו מתחילה ודלא כשיטת הרא"ש. ומ"ש אח"כ דבמתנה לא מהני, היינו כסברת הרא"ש. אכן כמה מן התימה יש בזה לומר, שהתוס' עצמן בתוך כדי דבור, ידלגו משיטה לשיטה ויכתבו נמי בלשון וכמו כן במלת החבור, וכ"ז הוא במתנה, ומ"ש הא"מ והפנ"י דלשיטת התוס' שם נמי יתחייב ע"י המשכון לתת לה המנה, זה תמוה עוד יותר, דאפי' אי נימא דיוכל לעשות התחייבות, היינו דוקא במתנה, שכיון שהבטיח לחבירו מתנה בלא תנאי, ואם אך נימא שיכול המשכון להיות ערב אפי' בלא התחייבות תחלה, יועיל המשכון לחייבו מטעם ערב לקיים הבטחתו, אבל בקדושין איך יעלה על הדעת שיתחייב לתת לה המנה, אטו הבטיח לתת לה מנה במתנה הלא לא נתרצה כ"א אדעתא דקדושין, ואחרי שאינה מקודשת מהיכי תיתי שיתן לה מנה. והנה מלשון התוס' שם נמי משמע דקדושין גרע בזה ממתנה, דז"ל התוס' וכמו כן במתנה אם אומר לחבירו אתן לך מתנה ונתן לו משכון ע"ז דלא קנה כו' ואין לחלק בין מתנה לקדושין ומלשונם מוכח דבקדושין יש סברא יותר לפוטרו והיה מקום לחלק בין קדושין למתנה, ואיזה חלוק יש ביניהם, אלא כמ"ש דבקדושין א"א כלל לומר שיהא חייב לתת לה כיון דלא נתרצה כ"א אדעתא דקדושין, ואחרי שהקדושין נתבטלו ממילא אין חייב לתת לה, אבל במתנה שהבטיח לתת מתנה בלא תנאי, הו"א שמ"מ עושה המשכון התחייבות, ואשמועי' התוס' שגם במתנה אין עושה התחייבות משום דאין יוכל לשעבד נכסיו אא"כ נתחייב גופו מתחלה וכסברת הרא"ש, הרי להדיא שגם התוס' סוברים כשיטת הרא"ש: **ומכל** אלה יורה האמת דרכו, שודאי גם התוס' ורמב"ן יסברו כשיטת הרא"ש שגם התחייבות און עושה המשכון, ובמתנה לא מהני וכ"ש בקדושין. ומה דקשה לפי"ז, דא"כ למה הוצרכו לטעם דכסף הזה אין ראוי לקנין ותיפוק ליה מטעם דאין כאן כסף כלל, דפרצה הזאת גרם להגאונים הא"מ ופנ"י לנטות מכוונת התוס'. גם זה יש לתרץ, דאם הוי אמרי' דבקנין לא בעינן דוקא כסף בעין, א"כ היה ראוי להתקדש ע"י המשכון, כיון שעתה נותן לה כסף שהוא ראוי לקנין, וכיון שמקודשת ממילא יחויב אח"כ לשלם לה מטעם ערבות, דבזה שפיר יועיל הרבות, כיון שחלו הקדושין א"כ הפסיד לה פרוטת הקדושין, ובמקום שיש הפסד מועיל המשכון מטעם ערבות כמו בדין דחבילה המובא שם בתוס', ונהי דבמתנה לא יועיל כיון שליכא חיוב הגוף תחלה, אבל בקדושין שיש הפסד ודאי יועיל, ולהכי הוצרכו נמי לטעם משום דהכסף אינה בעין ולהכי אינה מקודשת, כיון שגם התחייבות ליכא, והא"מ טרח הרבה להבין סברת התוס', איך באמת מועיל לחייב בערבות היכי דליכא לוה, ולפמ"ש באמת גם התוס' יודה דאין עושה התחייבות, וכן נמי אין מקום לקושית הפנ"י, דכיון דהתחייבות עושה המשכון, א"כ נהי דכסף אין כאן

יתקדש ע"י החיוב שנתחייב לתת לה, דהא גם במלוה אינה מקודשת כ"א מחמת דבאותן המעות כבר זכתה, אבל כשיתחייב לה חיוב כעת יהיה ראוי להתקדש, ולמ"ש באמת אין עושה שום התחייבות בקדושין וכמ"ש:

והנה שיטות התוס' עצמו והרשב"א, ודאי דיסברו כשיטת הרא"ש שגם במתנה לא מהני, ולא עוד אלא אפי' מה שהביאו התוס' שם אח"כ בשם הרר"ח, דאם אומר במתנה אל תחזיר לי המשכון עד שאתן לך המתנה דיכול לעכב המשכון עד שיתן המתנה, דמשמע לכאורה דשיטה הזאת פליגי על מה שכתבו לעיל, דגם במתנה לא מהני, ולשיטת הרר"ח יכול אדם להתחייב במשכון אפי' כשלא שיעבד גופו מתחלה. אכן באמת גם שיטה הזאת תסבור כהרא"ש, והא דבאל תחזיר מהני, לא מהני באמת מטעם חיוב, דאי מטעם חיוב מחויב היה לתת המתנה, וזה לא נזכר כלל בדברי הרר"ח, ודאי הדבר דאם לא ירצה לתת לו המתנה שאין עליו שום חיוב, אלא שרק המשכון יכול לעכב, כיון דמסר לו המשכון על תנאי זה שלא יוכל לתובעו, וכל תנאי שבממון קיים, אבל איה"נ שחיוב על המתנה אין כאן כלל, ונתפלאתי על הח"מ (אה"ע סי' כ"ט) שכתב דמאן דס"ל במתנה דמהני באל תחזיר, מהני נמי בקדושין, אם אמר לה אל תחזיר המשכון עד שאתן לך המנה דמקודשת. ולא קרב זה לזה, דבקדושין דבעינן שהכסף יהיה ראוי לקנין, וכיון שהמשכון לא ישאר ביד האשה, לא יועיל לקנות על ידו, דבמתנה דלא בעינן כ"א התחייבות שפיר מועיל באל תחזיר, אבל בקדושין מה יוכל להועיל, כיון דסוף סוף לא ישאר ביד האשה ואין ראוי לקנין. ומתחלה רציתי ליישב עפ"י שיטת רש"י שם, דלהכי המקדש במלוה אינה מקודשת משום דלהוצאה ניתנה וזכתה כבר באותן מעות ושום הנאה לא נתוסף לה כעת ע"י הקדושין, ולטעם זה אם מתחייב בשעת קדושין באיזה חיוב חדש דמקודשת ע"י החיוב שהוא כמלוה, ולהכי באל תחזיר, נהי דלא תוכל להתקדש מטעם כסף המשכון, מ"מ תתקדש ע"י החיוב, שמחיוב לתת לה המנה. אכן לפמ"ש שגם באל תחזיר אין חיוב לתת המנה, ורק המשכון תוכל לעכב, א"כ ס"ס אין במה להתקדש, דמצד כסף, המשכון אין ראוי לקנות, כיון שביד הבעל ליקח המשכון אם יחזיר המנה, וחיוב המלוה נמי אין כאן, אחרי שאין עליו חיוב לתת המנה. והנכון כהב"ש שם, שדוקא במתנה מהני באל תחזיר, אבל בקדושין לא מהני. שוב ראיתי בפסקי תוס', דבאומר אל תחזיר מקודשת, משום דהוי כאילו אומר, החפץ יהיה שלך עד שתחזירהו, ואמנם מלשון התוס' עצמו משמע, שאפי' במתנה אין מועיל לענין חיוב כ"א לעכב המשכון והוא כמ"ש. עכ"פ בררנו שכל השיטות סוברים כהרא"ש דמשכון אין עושה התחייבות, וזהו עיקר הטעם בסברא דמנה אין כאן, וא"ש שיטת הרמב"ם

במ"ש דמשכון לא הוי הילך, אלא דהיכי שנותן לו רשות למכור המשכון, בזה עכ"פ יצא לנו דהוי כהילך כיון דכל עיקר הטעם דמשכון אינו כהילך הוא מחמת שצריכין אנו להודאתו, דבלא הודאתו, אע"ג שנותן המשכון, היינו רק למתנה בעלמא, ובמתנה לא מהני משכון, וא"כ היינו דוקא כשאין נותן לו רשות לעכב המשכון, אבל כשנותן לו רשות לעכב המשכון ולמוכרו דהוי כמו אל תחזיר דמהני במתנה, וכיון דגם במתנה מהני, ממילא אין אנו צריכין להודאתו, ושפיר הוי הילך, ואע"ג שהוכחתי דרק המשכון יכול לעכב, מ"מ מה איכפת לן, כיון דס"ס ההודאה ישיג, ולא יוצרך לנו כלל הודאתו ושפיר הוי הילך, ודו"ק בכ"ז. תבנא לדינא דלכו"ע במתנה לא מהני משכון, כ"א באל תחזיר, שאין יכול רק לעכב המשכון. ולענין הילך, למאן דסובר דפטור דהילך, משום הפרעון, אז אפי' בנתן לו רשות למכור, נמי לא הוי הילך, כיון דס"ס לאו פרעון מעליא, דמחוסר שומא וגובייא, ולהרמב"ם דס"ל הטעם, משום דאין כאן הודאה, בנתן לו רשות למכור, מהני משכון, כיון דישיג עכ"פ המעות ואין אנו צריכין כלל להודאתו:

דף ה.

בגמ' ת"ש דתני רמב"ח כו' ה"ד לאו דא"ל הילך. וברש"י ד"ה לאו וז"ל דקיימא קמן ואמר ליה קחנה בכל מקום שהיא דהיינו הילך ע"כ. ונראה דרצה בזה, משום דלשון הש"ס דא"ל הילך, משמע שהביא הפרה לב"ד, ואמר לו הילך ואילו לשיטת רש"י דלעיל דכל פקדון הוי הילך, משום דכל מקום שהיא ברשות בעלים קיימא, א"כ אפי' לא אמר ליה הילך נמי יפטור, דכיון שהודה לו בפקדון מעצמו הוי הילך, ולכן תיקן רש"י, דלא מיירי הכא באמת שאמר לו הילך, אלא אומר לו קחנה בכ"מ שהיא, דהיינו הילך מעצמו, ועיין בר"ן וריטב"א והגהות דרישה שהוכיחו מסוגיא הזאת כשיטת רש"י אכן לי היה נראה שאדרבה מכאן יהיה סיוע לשיטת הרמב"ם, דלא הוי הילך כ"א בנותנו מיד, חדא מפשטות לשון הש"ס, דאמר לו הילך, דמשמע שבהודאה לחוד לא סגי עד שיאמר לו הילך, ותקון רש"י הוי דוחק, ופשטות הש"ס נראה יותר כשיטת הרמב"ם, ועוד דלשי' רש"י קשה קושית התוס' ד"ה שו"ח, אמאי לא מקשו מהני משניות, ולשיטת הרמב"ם א"ש, דממשנה דעשרה גפנים ודאי דלא מצי להקשות, דהתם כיון דמחוברים לקרקע ולא יוכל להביאן לב"ד ולמוסרו מיד לא הוי הילך, ולהכי חייב שבועה, ואע"ג דבקרקע עצמו הוי נמי הילך לשיטת הרמב"ם אע"ג דאינו מוסרו ליד, וא"כ גבי גפנים, נהי דמטעם פקדון לא הוי הילך, יהיה הילך מטעם דהוי כקרקע, יש לומר דכיון דחיוב השבועה הוא מטעם דסובר ר"מ דעומדים ליבצר כבצורות דמיא וכדמוקי בשבועות שם, דאל"ה אין

נשבעין על קרקעות, וא"כ כיון דלעיקר חיוב השבועה אנו אומרים דכבצורות דמיין והוי כמטלטלין, איך נאמר תו דלענין הילך יהיה כקרקע. ועוי"ל עפמ"ש לעיל בטעם דקרקע הוי הילך לשיטת הרמב"ם אע"ג דאינו מוסרם מיד, וכתבתי משום דהודאת קרקע אי אפשר בענין אחר, דלא אפשר למוסרם לידו, או משום דלא יכול להבריחם, ושני אלו הטעמים לא שייך כאן, דכיון דהענבים עומדות ליבצר, א"כ יכול לבוצרם ולמוסרם לידו, וגם יכול להבריחם, ודו"ק. וא"ש מה שהק' התומים בסי' צ"ה, למ"ד דס"ל טענו שני מינים והודה לו באחד מהן פטור, הך טענו עשרה גפנים העומדים ליבצר והודה לו בחמשה, הך חמש מה טיבן, אם הם בעין הא הוי הילך, ואי דאכלן והך חמשה דכפר הם בעין, א"כ שני מינים הם מעות וענבים וא"כ פטור, ומ"ט דר"מ דמחייב. ולפמ"ש לק"מ דיש לומר ודאי שהם בעין ואפ"ה לא הוי הילך, דמטעם פקדון לא הוי הילך לשיטת הרמב"ם, כיון דאינו מוסרו מיד, ומטעם קרקע נמי לא הוי הילך כנ"ל:

וכן מבבא השני דזה אומר עד הזיז וז"א עד החלון, דמיירי שהתבואה מונחת בביתו עד החלון, להכי נמי לא הוי הילך, דבשלמא הכא גבי פרה י"ל שהביא עמו הפרה ונותנו מיד, אבל התם א"א לומר שהביא עמו כל התבואה למסור לידו, וגם מלשון זה אומר עד החלון, דמשמע שמונחים בביתו כמדה הזאת עד החלון, ולהכי לא הוי הילך כלל, וכן נמי ממתני' דלקמן זה אומר שאלה וז"א שכורה ישבע, נמי אין להקשות, דהא התם באמת אין שום שבועה עצמיית כ"א שבועת הגלגול וכדמוקי לקמן (דף צ"ח ע"ב), ואדרבה משם גופא יהיה ראיה גדולה לשיטת הרמב"ם, דהנה הש"ס מקשי שם, אמאי ישבע הא מה שטענו לא הודה ומשני שנשבע ע"י גלגול, ואילו לשיטת רש"י דפקדון הוי הילך, לא הוצרך כלל לזה, ותיפוק ליה דאינו נשבע משום דהוי הילך, ועיין בהגהות הגר"א שם, א"ו מוכח כשיטת הרמב"ם. וקושית הר"ן וריטב"א, דאי כהרמב"ם, מהיכי פשיטא למקשה, דמיירי במוסרו מיד, עיין בפנ"י ובמ"ה מה שכתבו בזה:

בגמ' ההוא רעיא דכל יומא הוי מסרי ליה בסהדי יומא חד מסרו ליה בלא סהדי כו'. ויש להבין למה הוצרך הש"ס להאריך ולומר שכל יומא מסרו לי' בסהדי, ועיין מ"ש המפרשים בזה. ול"נ דאתא לאשמועי' שאע"ג דכל יומא לא מסרו ליה כ"א בסהדי, והיינו בע"כ משום דחשוד היה בעיניהם, ולהכי מסרו לו דוקא בסהדי שלא יכול לכפור, וא"כ ידוע היה לבעלים שחשוד הוא, ואפ"ה אמרי' הדין דכשכנגדו נשבע ונוטל, ולאפוקי משיטת הראב"ד המובא (בחו"מ סי' צ"ב), דלא אמרי' כנגדו נשבע ונוטל כ"א בלא ידע שהוא חשוד, ואם יודע שהוא חשוד לא אמרי' הכי. ובזה יתיישב לי לקמן בגמ' שמקשה ותיפוק לי' דהוה לי' רועה, ורש"י פי' דאדאבייי קא מתמה, וכבר הקשו רבים עליו, דמאי

פריך, והא טפי ניחא למיפרך מגזלן דפסולו מדאורייתא מלפרוך מרועה שאינו פסול אלא מדרבנן, ומחמת קושי' הזאת בנה הראב"ד יסודו, דבידוע שהוא חשוד לא אמרי' כנגדו נשבע ונוטל, ופירש כן קושית הש"ס, ותיפוק ליה דהוה לי' רועה, וכיון דידע בפסולו קודם לא הוי לי' למימר דין חשוד. ולפמ"ש אין מכאן שום ראיה, וקושית הש"ס יש לפרש, דהש"ס לנפשי' קא מתמה, על מה שהוצרך להאריך מקודם ולומר דמסרו כל יומא בסהדי בכדי שנדע דמיירי שידעו הבעלים שהוא חשוד, ע"ז מקשה ותיפוק ליה דהו"ל רועה, ובלא"ה ידוע פסולו מקודם, ומשני דהכא ברועה בהמות של אחרים, וא"כ מטעם רועה אין ידוע פסולו, ורק מטעם דמסרו ליה כל יומא בסהדי, מזה נדע שהבעלים ידעו בפסולו, והנה הש"ך (חו"מ סי' צ"ב) הוכיח דהעיקר כשיטת הראב"ד, ולית מאן דפליג, וכן בתומים כתב דבפקדון כו"ע ס"ל כשיטת הראב"ד, ולמ"ש נסתר יסוד הראב"ד, וגם יש ראיה להיפך, דהא הכא ודאי ידוע היה פסולו מקודם, כיון דלא מסרו ליה אלא בסהדי, ואפ"ה אמרי' בזה שכנגדו נשבע, לכן מסתבר לי יותר כהכרעת הב"ח, דבכ"מ אמרי' דין חשוד:

ברש"י ד"ה והא הכא. עיין מ"ש מזה לקמן (דף ז' ע"א בגמ'):

תוד"ה שכנגדו קאמינא. ראיתי לבאר כאן, מה שנסתפקתי מכבר, בעד אחד מעיד שחייב לחבירו, והנתבע חשוד על השבועה"ד דאמרי' בזה שכנגדו נשבע ונוטל, אם התובע יכול לגלגל עליו עוד טענות אחרות, מי אמרי' כיון דעל החשוד לשלם, אין עליו שום לתא דשבועה, ואין מקום לגלגל עליו, או דילמא תחלת חיובו הוא שבועה, ורק מחמת שאין יכול לישבע, ממילא בא חיוב תשלומין, וכיון שתחלת חיובו הוא שבועה יכול לגלגל, ויבואר בזה גם שארי המקומות דאמרי' מתוך שאינו יכול לישבע משלם, אימתי יכול לגלגל והנה מקור הדין הוא (בטור חו"מ סי' צ"ד) שהביא בשם תשובת הרא"ש, שנשאל במחויב שבועה וא"י לישבע שדינו לשלם אם רצה הלה לגלגל אם יכול, והשיב שהדבר פשוט הוא שאין כאן גלגול שלא נתחייב לו שבועה מעולם אלא חייב לשלם לו ואין כאן גלגול, ובב"י שם הביא בשם בעה"ת שחולק על הרא"ש וס"ל דלא פרחה השבועה לגמרי ויכול לגלגל ע"ש, ועפי"ז הביא (בשו"ע סי' צ"ד) שני הדיעות. ולכאורה י"ל שגם בנידן דידן בחשוד שנתחייב עפ"י עד אחד, יהיה תלוי במחלוקת הזאת, דלהרא"ש אין יכול לגלגל, ולבעה"ח יכול לגלגל:

והנה מתחלה עלה בדעתי לחלק ולומר דבנ"ד כו"ע יודו דאין מגלגלין דבשלמא היכי שמניעת יכולת השבועה הוא מחמת טענתו איני יודע, בזה י"ל דכשבא העד לב"ד, לחייבו שבועה בא, דאם ירצה הנתבע לטעון טענת ברי היה יכול לישבע נגד העד,

וא"כ בכה"ג רק טענת הנתבע גרם חיוב התשלומין במה שטעון טענה שאי אפשר לו לישבע עליה, וכיון שעיקרו לשבועה בא ויש כאן לתא דשבועה, יכול נמע לגלגל עליו, משא"כ בחשוד כשיבוא העד, הרי תחלת ביאתו לממון, כיון שאין לו שום עצה לפטור ע"י שבועה, וכיון שאין כאן לתא דשבועה א"י נמי לגלגל, וכו"ע יודו שאין מגלגלין. אכן שוב חזרתי שאי אפשר לומר כן, דאין כאן. לתא דשבועה, דא"כ לא לחייב לשלם כלל, דהא אין עד אחד קם לממון, ומדחייב לשלם על ידי העד, א"כ בע"כ דעיקרו בא לחייב שבועה, ומדלא יכול לישבע, ממילא מחויב ממון, ולפי"ז הרי דין חשוד דומה לשארי מקומות שאין יכול לישבע, ומאן דס"ל התם דמגלגלין, סובר נמי גם בחשוד כן:

ויש לי להוסיף ולהביא ראיה, דאדרבה בנדון דידן גם התוס' יודו דיכול לגלגל, והוא דהתוס' הקשו דאמאי לא נימא בחשוד מתוך שאיל"מ ותי' דהכא אי אמרי' משלם לא שביק ליה חיי דכל העולם יביאהו לידי שבועה ע"ש. וראיתי מקשים, דאכתי בשבועה דעד אחד אמאי לא נימא מתוך שאיל"מ, ולא שייך לומר לא שביק חיי, דלא נחשדו ישראל להעיד שקר. ונ"ל להוכיח מכאן דהתוס' יסברו כשיטת בעה"ת דאפי' במקום שצריך לשלם, לא פרחה השבועה לגמרי, ויכול לגלגל, ולפי"ז גם גבי שבועה דעד אחד נמי יש חשש דלא שביק חיי, דנהי דעל מה שהעד מעיד לא חיישינן שיתבענו בחנם, דודאי לא חשיד העד להעיד שקר, מ"מ חיישינן שיגלגל עליו תביעות אחרות ומתוך שאינו יכול לישבע יטלנו כל אשר לו ע"י גלגול, וא"ש, ועיינתי בדברי הרא"ש (שבועות דף מ"ב) שהביא נמי סברת התוס' ובשנוי לשון, וז"ל ולא אמרי' כיון שהמחויב אינו יכול לישבע יטול הלה בלא שבועה משום חיותי' דחשוד תקנו כך שכל אדם רע יגלגל עליו שבועה ויטול כל אשר לו ע"כ, הרי דשינה להון התוס' ודייק לכתוב ויגלגל עליו שבועה, והוא כדבריי, שנתכוון לתרץ שגם בשבועת עד אחד נמי לא אמרינן דישלם מחמת שע"י גלגול יטול כל אשר לו:

אלא דאכתי צריך באור, דאיך אמרי' שהתוס' והרא"ש יסברו דיכול לגלגל בשבועה דחשוד הבא ע"י עד אחד, הא הרא"ש עצמו הוא מרא דשמעתא דסובר הכי דכל היכי דמשלם אין כאן שבועת גלגול כלל. והן אמנם דזה אין להקשות מה שכתבתי דהתוס' יסברו כשיטת בעה"ת דיכול לגלגל, הא הפרישה בסי' צ"ד ובסמ"ע שם סקי"ג וכן הב"ח והש"ך כולם בסגנון אחד התנבאו, שאין כאן מחלוקת כלל, וכו"ע מודו שהיכי דמשלם אין כאן שבועת גלגול, וטעות נזרק מעט רבינו הב"י, מה שתלי דבר זה בפלוגתא, דיש לומר כמ"ש התומים בסי' הנ"ל סק"ז, שדחה הוכחת הסמ"ע, וכתב דאפי' אי נסכים שבעה"ת לא יסבור כן, מ"מ הא הרמב"ן ודאי דסובר כן דעיקרו לשבועה קא אתי,

מדמקשה הקושיא משומר שמסר לשומר, עיין ברא"ש ריש מכילתין וכן איתא בריטב"א לקמן בסוגיא דשאלה חצי יום ובפנ"י שם משמע דלא כהסמ"ע, וס"ס מחלוקת ראשונים יש בזה, ושפיר י"ל דהתוס' יסברו כשיטה דיכול לגלגל. אכן אהרא"ש קשה, הן הוא עצמו מרא דשמעתא דאין יכול לגלגל במקום שמשלם, והוא עצמו הביא תי' התוס' בשבועות, וגם דייק לכתוב דחשש הוא שמא יגלגל עליו. ולכן נ"ל אף שהסמ"ע השוה כל הדיעות דאין כאן מחלוקת וכו"ע מודה דאין מגלגלין, במקצת מודה אנכי לדבריו, אכן בכל הענין נ"ל דבר חדש להשוות כל הדיעות, דהנה ודאי בהא דאמרינן במקום שאין יכול לישבע דמשלם, לא נוכל לומר שאין כאן לתא דשבועה כלל, ותחלת חיובו ממון, ולא חל עליו כלל חיוב שבועה, חדא דהלשון מתוך שאיל"מ לא משמע הכי, אלא משמע דעיקר חיובו הוא שבועה, ורק משום שאין יכול לישבע, ממילא יבוא התשלומין, ועוד דאלת"ה א"כ בטוענו איני יודע ע"י שבועת עד אחד דחייב לשלם, ואי נימא דאין כאן לתא דשבועה ותחלת חיובו ממון, א"כ עד אחד לממון אתא, אלא ודאי דתחלה לשבועה קאתי וחל על הנתבע חיוב שבועה, ומתוך שא"י לישבע יחויב אח"כ בתשלומין, ותיכף כשאמר איני יודע יצא מחיוב שבועה ובא לידי חיוב ממון, ומעתה יש לחלק ולומר, דאם מתחלת התביעה לא הזכיר לו כלל מטענת הגלגול, רק אחר שטען איני יודע על עיקר השבועה, יבוא לגלגל עליו עוד טענות אחרות, בזה שפיר אמרי' דאין יכול תו לגלגל, דכיון דבעת חלות השבועה לא היתה טענת הגלגול ב"ה, ורק דטענת הגלגול יבוא אחרי שכבר פרחה השבועה העיקריית מיני' ונתחייב ממון, וא"כ על מה יחול הגלגול, אבל אם מתחלת טענתו, טען מאתו טענה העיקריית וטענת הגלגול כאחת, וכיון דבעת חלות השבועה היתה נמי טענת הגלגול, נתחייב שבועת הגלגול שמיר, דבעת מעשה שהיה חל עליו חיוב שבועה העיקריית, חל עליו ממילא שבועת הגלגול, ולכן יש לומר דמ"ש הסמ"ע שכו"ע יודו שאין מגלגלין, היינו באופן שהוזכר בשו"ע שם, דהעובדא היה שמתחלה טענו מנה ואמר לו נ' ידענא ונ' לא ידענא, ואח"כ בא לגלגל טענות אחרות, וכיון שהגלגול בא אחרי שטען איני יודע, ובעת חלות השבועה לא היתה טענת הגלגול, ועתה כשיבוא לגלגל כבר פרחה השבועה, ובאופן זה צדקו דברי הסמ"ע דכו"ע יודו שאין מגלגלין, אבל במקום שטען שני הטענות כאחת, ובעת חלות השבועה היתה גם טענת הגלגול, בזה נאמר דכו"ע יודו דמגלגלין, ואין כאן שום מחלוקת בין הרא"ש ובעה"ת, דמה שסובר הרא"ש דאין מגלגלין, היינו דוקא במקום שטענת הגלגול יבוא אח"כ, ומה שסובר בעה"ת דיכול לגלגל, היינו במקום שהגלגול היה מתחלה, ומה לנו לאפושי פלוגתא במקום שנוכל להשוות דעותיהם. ולפמ"ש יתורץ מאוד דעת הרא"ש,

דאע"ג שסובר דבמקום שמשלם אין מגלגלין, היינו דוקא באם בא אח"כ לגלגל, אבל באם מתחלה גלגל עליו טענות יכול לגלגל. וצדקו דבריו שכתב דלהכי לא אמרי' בחשוד מתוך שא"י לישבע דמשלם משום שיטלנו כל אשר לו בגלגול, היינו דחיישי' שמתחלה יגלגל עליו טענות רבות שבאופן זה יכול לגלגל ויטלנו כל אשר לו באופן כזה, וזה נכון בעז"ה:

ולפמ"ש מגומגם מאוד דברי התומים בסי' צ"ד שהוכיח מן הרא"ש דריש מכילתין, דאין מגלגלין במקום שאין יכול לישבע, והוא ממ"ש הרא"ש על קושיית הרמב"ן מהא דאמרי' שומר שמסר לשומר חייב, והלא שומר השני הוי עד אחד המסייעו ויפטרו משבועה, ותי' הרא"ש דכיון שהשומר טוען אינו יודע, תו אין כאן חיוב שבועה כלל ואין עד אחד קם לממון ע"ש. ומזה הוכיח התומים דגם גלגול שבועה אין שייך כיון שכבר פרחה השבועה. ולא קרב זה אל זה, דבשלמא בעד המסייעו שיבוא אחרי טענת הנתבע, וכיון שכבר טען הנתבע איני יודע, באמת פרחה השבועה ונתחייב ממון מעתה, אבל במקום שטוען שני הטענות כאחת, דבעת חלות השבועה היה גם טענת הגלגול, וגם על הגלגול חל חיוב השבועה ודאי דמגלגלין, ובלא"ה תמוהים דברי התומים שמוכיח דעת הרא"ש מדיוקא, הא מפורש הדבר בתשובת הרא"ש דבמקום שאין נשבע אין יכול לגלגל, וכמ"ש לעיל דהרא"ש הוא מרא דשמעתא הזאת:

ויתיישב בזה נמי דברי הש"ך (בחו"מ סי' פ"ז) שלמד מדברי הרא"ש הנ"ל דבמקום שאין יכול לישבע, לא אמרי' דעד המסייע פוטר, והקצוה"ח שם הקשה, דהא בע"כ לא נוכל לומר דעיקרו ממון, דהא היכי דטען איני יודע ועד אחד מעיד דצריך לשלם משום משאיל"מ, וכן בחשוד דצריך לשלם עפ"י העד, וא"כ ע"כ צ"ל דעד אחד כי אתי לשבועה קאתי ולאו עיקרו ממון, דאל"כ איך אתי עד אחד לממון, ולדברינו יתיישב, דזה ודאי דמעיקרו חל עליו חיוב השבועה, וחיוב התשלומין בא ממילא אח"כ מחמת שא"י לישבע, אבל לענין עד המסייע שיבוא אחר טענת הנתבע, וגם חיוב השבועה בא ע"י הודאה במקצת, ודאי שאחרי שטען איני יודע, פרחה השבועה מיני', ומה ענין עד שבא מתחלה, ותחלת חיוב השבועה הוא רק ע"י העד, לעד המסייע שיבוא אח"כ, מתחלת עדותו ודאי דלא יחייב אלא שבועה, דשפיר קם גם ע"א לזה, אבל אחרי שטען הנתבע איני יודע פרחה השבועה וכי אתי אח"כ עד המסייע, הרי בא לפוטרו גם מממון וע"ז אינו קם, ודו"ק:

ועוד יותר נ"ל דבנדון דידן בחשוד, אפי' אם יבוא לגלגל אח"כ נמי יכול לגלגל, ויתורץ לנו נמי סתירת דברי הרא"ש אהדדי, דהוא עצמו כתב דהיכי דאיני נשבע אין כאן שבועת הגלגול, וכאן בחשוד כתב דחיישינן שמא יגלגל עליו דהרא"ש יחלק בין היכי שמניעת

השבועה תבוא מחמת טענתו אינו יודע, ובין היכי שמניעת השבועה תבוא מצד שהוא חשוד כמו שנבאר, דהנה טעם דחשוד שאינו נשבע הוא, כיון דעיקר השבועה באה לברר הספק שנולד לנו עפ"י טענותיהם, ולכן היכי דהוי חשוד על השבועה אין כאן שום ברור משבועתו, כיון דהוי חשוד לאותו דבר איבד נאמנותו, ולפי טעם זה העלה בס' נח"י סי' צ"ב ענ"ה, וכן מבואר במרדכי פ' שבועת הדיינים בשם רשב"ט, דהיכי דהתובע מתרצה שישבע הנתבע ומאמינו אף שהוא חשוד, אז מחויב לישבע. ולפי"ז מקום לפנינו לחלוק, דבשלמא היכי דמניעת השבועה הוא מחמת שאינו יודע, שבזה בשום אופן לא יבוא לידי שבועה, שפיר אמרי' שתיכף משטען איני יודע פרחה השבועה ונתחייב ממון, וממילא אין יכול שוב לגלגל, אבל היכי שמניעת השבועה הוי מחמת שחשוד, אז אפי' אח"כ נמי לא פרחה השבועה, דאולי יתרצה התובע להאמינו לשבועה ולהכי יכול נמי לגלגל. ויתורץ ביה דעת הב"י בסי' כ"ח, דאם יש גוי שחייב לישראל, והוא בכלל חשוד ויש לו עד המסייעו פוטרו משבועה, ותמה עליו הש"ך בסי' ע"ה, הא הרא"ש כתב דעד המסייע אין פוטר במקום שא"י לישבע, ולמ"ש א"ש דהרא"ש לא כתב כן כ"א במקום שהמניעה היתה מצד שטוען איני יודע כמו בשומר, אבל בחשוד ודאי דאפי' אח"כ לא פרחה השבועה, דאולי יתרצה להאמינו:

אלא דאכתי צריך באור, הא באמת יש טעם אחר ע"ז שאין חשוד נשבע והוא משום דחיישינן שישבע לשקר, ומשום לפני עור לא מסרינן לי' שבועה, וכמ"ש בשמ"ק ע"ש הריטב"א לקמן ע"ב וז"ל ונימא מיגו דחשיד כו' ולא נרמי עליו שבועה, דהא איכא משום לפני עור ע"כ. ולטעם זה אפי' אם נתרצה התובע אין שומעין כמבואר ברמב"ם (פ"ב מטוען ובחו"מ סי' צ"ב ובסמ"ע שם) ולטעם זה א"כ לכאורה דומה דין דחשוד לשארי המקומות שאין יכול לישבע, כיון שגם בחשוד לא יבוא מעול לידי שבועה. אכן לאחר העיון, אכתי יש מקום לחלק בין חשוד לשארי מקומות, דבשלמא היכי שמניעת השבועה בא מחמת טענתו איני יודע, וכיון דמניעה הזאת הוי מן התורה, דמה"ת א"א לישבע כ"א בברור וכמ"ש הש"ך בכ"ד, להכי שפיר י"ל דאין כאן לתא דשבועה כלל, וגם מתחלה לא נתחייב שבועה, דהתורה לא חייבהו שבועה כ"א במקום שיכול לישבע, אבל במקום שא"י לישבע, מתחלה חייבהו ממון, אחרי שהמניעה הזאת מן התורה הוא, אבל המניעה מצד חשוד, שמה"ת אין זה מניעה כלל וכמ"ש התוס' (ב"ק דף ק"ח ע"ב) ד"ה ותרי כפילא, דחשוד על השבועה מדרבנן הוא דפסול כדמוכח בשבועות ע"ש, דלהכי נמי חייבוהו כפילא, כיון שמה"ת שבועתו שבועה, וכיון דמה"ת חל עליו חיוב שבועה לא פרחה השבועה מיני' מצד המניעה שהיא מדרבנן, וכמ"ש התוס' לענין כפילא

דמיקרי משום זה שבועתו שבועה. הדרן לדברינו, דבחשוד בכל אופן מגלגלין ובשאר מניעות היכי דהטענות באו כאחת, ובעת חלות השבועה היתה נמי טענת הגלגול נמי מגלגלין, כנ"ל:

אלא דלכאורה צ"ע במ"ש בדעת התוס' והרא"ש, דלהכי לא אמרי' בחשוד מתוך שאיל"מ, משום דיגלגל עליו תביעות אחרות ומתוך שא"י לישבע יטלנו כל אשר לו, הא דעת הרא"ש דבשבועת הגלגול לא אמרי' מתוך שאיל"מ, כמ"ש לקמן בפ' השואל, וכ"כ הטור בסי' ע"ה בשמו. וי"ל דע"כ לא קאמר הרא"ש דלא אמרי' שישלם, כ"א היכי דהמניעה על השבועה הוא מחמת שטוען איני יודע וא"כ לפחות יכול לישבע היסת שאינו יודע, וכמ"ש הטור להדיא דשבועה זאת מוטלת עליו, אבל היכי דהמניעה מצד שהוא חשוד שלא יוכל לישבע גם היסת, בזה גם הרא"ש יודה דישלם, כיון שאי אפשר לו לישבע כלל, ולפוטרו בלא שבועה כלל נמי א"א שלא יהא חוטא נשכר, ובלא"ה הוכיח הגרי"א בספרו נח"י סי' ע"ה סט"ו, דהרא"ש יסבור לדינא דאפי' בשבועת הגלגול אמרי' מתוך שאיל"מ, דהא הרא"ש לא כתב זה בדרך הכרח כ"א בלשון ומצינו למידחי, וגם לפי הפוס' שכתב הרא"ש שם דמיירי במאמינו שמתה כדרכה כו' וכמ"ש התפארת שמואל, דלפי"ז א"צ לחלק בין גלגול שבועה לעיקר שבועה, וע"ש שהכריח דהרא"ש מוכרח לסבור כן, ואם כי הטור כתב בשם הרא"ש להלכה, דבגלגול שבועה לא אמרי' מתוך שאיל"מ, דחה זה שם ע"ש, וג"ז אין להקשות, דאיך נחוש שמא יטלנו כל אשר לו ע"י גלגול, הא כתב התוס' לקמן (דף צ"ז ע"א) ד"ה ביום, דאין מגלגלין כ"א כשהנתבע טוען ברי, אבל כשטוען שמא אין מגלגלין, א"כ יכול להציל עצמו ע"י שיטעון איני יודע, וי"ל דמה נעשה כשירצה לטעון האמת, או שמא ברצון אין יכול להשים עצמו כאינו יודע וכמ"ש התוס' שם, ודו"ק:

דף ה:

גמ' וכי מאחר שזה תפוס ועומד כו' שבועה זו למה. בס' מ"ה מקשה דלשיטת רש"י שסובר דבפקדון שלא עשה לו טובה מעיז וגם כופר הכל חייב, וא"כ מאי פריך הכא שבועה זו למה, הא מתני' דמיא לפקדון יחויב גם שבועה דאורייתא ע"ש שהאריך ביישוב קושיא זאת. ובמח"כ לק"מ, וכאילו היה בהעלם אתו מ"ש הש"ס לעיל (דף ד' ע"א) דאי הוי לי' סהדי ללוה דלא מסיק ולא מידי מי בעי ר' חייא לאשתבועי, הכא כי היכי דאנן סהדי להאי אנן סהדי להאי. וברש"י שם ד"ה אי הוי לי', אילו העידו העדים חמשים חייב וחמשים פרע, בכה"ג לא הוי חייב שבועה כו' ש"מ טעמא לאו משום

מודה מקצת, אלא תקנ"ח הוא שלא יהא כ"א הולך ותוקף, ע"ש, הרי כיון דמחזקינן דמה דתפוס כל אחד כאילו העידו העדים להדי' שפרעו, ומה דתפוס הרי הוא של הנתבע, אין שייך כאן שבועה, וכ"ש למ"ש התוס' שם ד"ה ותנא תונא, דמה דתפיסי מחשבינן לי' טפי מהעדאת עדים וחשוב כאילו מודה דדידיה הוא, דלא שייך שום שבועה, דאטו אם התובע יודה להנתבע, או עדים יעידו דמה שביד הנתבע שלו הוא, כלום שבועה צריך, ובלשון הזה מקשה כאן הש"ס, וכי מאחר שזה תפוס ועומד וזה תפוס ועומד, פי' דכיון דמה דתפיסי הוי כאילו עדים מעידין, או התובע בעצמו מודה דשל הנתבע הוא, וא"כ שבועה זו למה, הרי להדיא דרק משום מעלת התפיסה רצה הש"ס לפוטרו משבועה, ועמ"ש לקמן (דף ז' ע"א) בגמרא מש"ש:

והנה מה שהק' הגאון הנ"ל לק"מ, אחרי ששוברו בצידו, דרק משום מעלת התפיסה שתופס כ"א רצה לפוטרם מן השבועה וכמ"ש. אלא דאי קשיא הא קשיא, על עיקר הדבר שאמרו לעיל, דמפני שתפוס כל אחד הרי הוא כאילו העדים מעידין שהרי הוא שלו, ומשו"ה יפטור משבועה, דהא מעלת התפיסה, היינו ודאי מטעם החזקה שתח"י אדם הרי הוא שלו, ואי נימא דמעלת החזקה הזאת מועלת לפטור משבועה, דהוי כאילו העדים אומרים שיודעים בודאי דהרי הוא של הנתפס, א"כ איך משכחת כלל לדין דשבועה, ואם אחד תובע מחבירו שני חפצים, אשר הנתבע מוחזק בשניהם, והנתבע מודה לו באחד שהרי הוא שלו, דקיי"ל צריך לישבע כדין מודה מקצת, אמאי לא נימא כיון דהנתבע מוחזק ותפוס בחפץ השני, הוי כאילו העדים אומרים שהוא שלו ודאי, ומדקיי"ל דצריך לישבע א"כ מוכח דחזקה הזאת שתח"י אדם הרי הוא שלו, לא יועיל לפוטרו משבועה, ואין זה כמו שיעידו עדים בפירוש דשל התופס הוא, וא"כ איך קאמר בש"ס לעיל דף ד', דכיון דכ"א תפוס הוי כאילו עדים מעידים שודאי שלו הוא ומועלת לפוטרו גם משבועה. אכן באמת גם זה יש ליישב, דהנה זה ודאי אשר מצד הדין היה ראוי לומר, דחזקה שתח"י אדם הרי הוא שלו מועיל לפוטרו משבועה, ויש להוכיח מראיות, דהא זה פשיטא דחזקה הזאת עדיפא ממיגו, ואע"ג דשארי חזקות כגון חזקה דתוך זמנו וכדומה, מיבעי לן בש"ס (ב"ב דף ה') אי עדיפא ממיגו, אבל החזקה הזאת פשיטא דעדיפא ממיגו וכמ"ש בחו"מ (סי' צ"ט) בהג"ה סעי"א, דלא אמרינן מיגו במקום חזקה שתח"י אדם הוא שלו, והוכיחו זה מן הש"ס (כתובות פ"ב) דהאומר שטר אמנה הוא אינו נאמן, ואמרי' עלה דקאמר מלוה וכגון שחב לאחרים, והא התם דאית לי' מיגו דאי בעי מחיל ואפ"ה לא מהימן וע"ש בש"ך שהוכיח דגם דעת הרמב"ם ורמב"ן וכל הפוסקים כן. והיינו משום דהך חזקה אלימא טובא וכמ"ש הקצה"ח שם, וא"כ לשיטת

הסוברים דגם מיגו מועיל לאפטורי משבועה, כ"ש הך חזקה דעדיפא ממיגו, דמועלת לפטור משבועה, ואפי' לשיטות הסוברים דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרי' אפשר דבחזקה הזאת דעדיפא ממיגו יודו גם הם דמועלת לאפטורי משבועה, ואפי' אם נאמר דאכתי אין ראיה דאפשר לומר דלדידהו, גם חזקה הזאת אין מועיל לאפטורי משבועה, יש לי להוכיח ממקום אחר, דלפי מה שהוכחתי, דחזקה הזאת עדיפא מחזקה דתוך זמנו, דהא בחזקה דתו"ז מיבעי בש"ס אי אמרי' מיגו נגדה, ובחזקה הזאת פשיטא דלא אמרי' מיגו, וא"כ כיון דקיי"ל דחזקה דתו"ז מועלת לפטור המלוה מן השבועה של יתומים כמבואר שם בסוגיא, ובחו"מ סי' ע"ח, דאפי' מן הלוה גופא א"צ שבועה, כ"ש דחזקה הזאת מועלת לפטור משבועה, ואע"ג דבטור שם הביא דעת הרא"ש דמלוה עצמו צריך שבועה, ואין בכח חזקה דתו"ז לפוטרו, יש לומר דלהרא"ש נוכיח כן מק"ו דמיגו, דהא הרא"ש הוא מרא דשמעתא דאמרי' מיגו לאפטורי משבועה וכמ"ש בפ"ז דשבועות, מה לי לפטורי משבועה מה לי מממון. עכ"פ דלכל השיטות יש הוכחה דחזקה דתח"י אדם מועלת לפטור מן השבועה, דלשיטת הרמב"ם דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן יש להוכיח מן חזקה דתו"ז דמועלת לדידי' לפטור משבועה גם מן הלוה וכמ"ש הב"י בסי' ע"ח בדעת הרמב"ם, ולשיטת הרא"ש דחזקה דתו"ז אין פוטר משבועה, יש להוכיח מדין מיגו וכנ"ל. אלא דא"כ אמאי באמת חייב שבועה, היכי שטוענו שני חפצים והנתבע שמוחזק בשניהם הודה לו באחד מהם, ואמאי לא נימא דחזקה שתח"י אדם הרי הוא שלו, וחזקה כזאת יפטרנו משבועה. די"ל משום דלעומת חזקה זאת יש כנגדה חזקה גם להתובע, והוא חזקה שאין אדם תובע אא"כ יש לו, והוי חזקה נגד חזקה וכמי שאין כלל חזקה הוי, ולהכי מחויב לישבע:

ויתיישב בזה שיטת רש"י דס"ל דפטורא דכופר הכל לאו מקרא דכי הוא זה ילפינן, אלא מטעם חזקה דאין מעיז וכמו שהארכתי לעיל ד"ג, וכבר תמהו רבים דלא מצינו מעלת חזקה הזאת כ"א לסתור המיגו דמודה מקצת, אבל שתועיל לפטור מנ"ל. ולמ"ש א"ש, דבאמת גם במודה מקצת היה ראוי לפטור מטעם דחזקה מה שת"י הרי שלו, אלא משום דלתובע יש ג"כ מעלת חזקה דאין אדם תובע, והא תינח במודה מקצת דליכא חזקה דאין אדם מעיז לסייעו לנתבע כיון דלא מכוון להעיז אלא להשמטה מכוון, ולכן אוקי חזקה דנתבע כנגד חזקת התובע, וכמו שאינם לשני החזקות וחייב שבועה, אבל בכופר הכל, דלנתבע יש שני חוקות, חזקה דאין מעיז, וחזקה דת"י הוי שלו, ולהכי אע"ג דחזקה דאין מעיז נסתרת ע"י חזקת התובע, אכתי נשאר לנתבע חזקה דת"י למיפטריה משבועה:

ולפמ"ש דעיקר חיובא דשבועה במודה מקצת הוא מטעם דחזקה שת"י אדם נסתרת ע"י החזקה דאין אדם תובע אא"כ יש לו, וא"כ לא שייך זה כ"א בשארי התביעות שלא נוכל לתלות טענת תובע בדדמי, לכן שפיר יש בכח החזקה הזאת דאין אדם תובע, לסתור חזקת הנתבע דתח"י שלו הוא, אבל במתניתין דתלינן ששניהם בהדי הדדי אגבהוה, וכ"א טוען בדדמי שסבור הוא שהוא הגביה תחלה, וא"כ ליכא כאן כלל חזקה דאין תובע אא"כ יש לו, כיון דאומר בדדמי, וממילא נשאר חזקת הנתבע ומעלת התפיסה, שמה שתופס כל אחד שלו הוא, ולהכי יש בכח חזקה הזאת לפוטרו משבועה, כמו שיעידו העדים שודאי כדבריו, ועוד דהא שניהם תובעים, וא"כ בע"כ נסתרת חזקת התובע, דממ"נ אם זה יטעון מה שיש לו, גם לשני יש חזקה הזאת, וכיון דעכ"פ חזקת תובע נסתר, ונשאר חזקת הנתבע דהוא מעלת התפיסה מה שתפיס בידו לחוד, להכי מועלת לפטור משבועה וזה נכון:

בגמ' התם אשתמוטי קא משתמיט כדרבה תדע דאר"א ב"א הכופר במלוה כשר לעדות. וקשה התדע דקאמר, דמאי אולמא הא מדרבה. ונראה עפמ"ש רש"י לעיל (דף ג' ע"ב) דלהכי הוצרך רבה לטעם דאשתמוטי, משום דאל"כ נימא מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא, ואם כי התוס' שם הקשו דהא לא קיי"ל הכי, כבר הבאתי לעיל בשם המפרשים, דרבה יסבור כאביי לקמן דאמרי' מיגו דחשיד. ולפי"ז באמת אין הכרח מצד עצמו שנאמר אשתמוטי, ורק משום דקשה ליה דנימא מיגו דחשיד, לזה קאמר דלא חשיד כלל, אבל אם היינו אומרים דלא אמרי' מיגו דחשיד אממונא כו', אז א"צ לטעם דאשתמוטי, ושפיר משבעינן משום דלא אמרי' מיגו דחשיד, וא"כ הכא דע"ז גופא אנו דנין, אם אמרינן כלל מיגו דחשיד, איך שייך למידחי ולומר, דבאמת מאן דחשוד אממונא חשוד אשבועתא, ושבועה דמודה מקצת הוא מטעם דלא חשד כלל אממונא ומכוון להשמטה, דילמא באמת אמרי' דמכוון לגזול ואפ"ה משבעינן מטעם דלא אמרי' מיגו דחשיד, דבשלמא אם היה הכרח מעצמו לאמר דמכוון לאשתמוטי א"ש, אבל טעם דרבה דאומר אשתמוטי הוא מחמת דס"ל דאמרי' מיגו דחשיד, והא תינח לאחר דפשיטא דאמרי' הכי, אבל כאן שע"ז גופא אנו דנין, א"כ שפיר י"ל דמכוון לגזול ואפ"ה קאמרה התורה דישבע משום דלא אמרי' מיגו דחשיד, לזה הוכיח מדרב אידי, דע"כ לאו בגזלן קא חשדת לי', דהנה עיקר הספק אם אמרי' מיגו דחשיד או לא, היינו דוקא במקום שלא הוחזק כפרן עדיין, אבל במקום שכבר הוחזק כפרן ונעשה חשוד ודאי פשיטא לן דלא מהימן תו לשבועה, והיינו טעמא דכופר בפקדון, וא"כ הכא גבי כופר במלוה, דהוחזק

כפרן ע"י עדים אמאי כשר לעדות, אלא ודאי דלאו בגזלן חשדינן לי', אלא באשתמוטי וא"כ יש הכרח עצמיי דלאו בגזלן חשדינן, וז"ב:

ברש"י ד"ה בפקדון פסול לעדות, ואם אבד יטעון שאבד ויפטר. וקשה דלפי סברא זאת, א"כ להלן בדרמי ב"ח דקאמר דמשתמיט עד דמשכח לגנב, הא בע"כ לאו להשמטה מכוון, דאי להשמטה יטעון שנאבד, ועוד מאי הוצרך לאוקמי הא דפקדון פסול לעדות, דוקא בדאתו עדים דנקיט בידו, הא בלא"ה נמי לא שייך אשתמוטי. ונראה דבלא"ה קשה סברת רש"י, דאיך אמר שיטעון שאבד, הא אם בזה יודה שבאמת הופקד בידו ונעשה שומר, רק שנאבד ממנו, חייב שבועת השומרים, משא"כ אם יטעון להד"מ, ולא נעשה שומר מעולם פטור משבועת השומרים. וצ"ל דרש"י לשיטתו בב"ק (דף ק"ז) דבפקדון שיכול להעיז גם כופר הכל חייב, וא"כ גם כשיטעון להד"מ יהא חייב שבועה, ולכן נוח לו טפי לטעון שאבד, שבזה אין חבירו מכיר בשקרו, מלטעון להד"מ שחבירו מכיר בשקרו והוי העזה גדולה, ומדטעון הכי מכלל דדעתו למיגזל ולאו לאשתמוטי, אכן כל זה הוא אי אמרי' עירוב פרשיות, וכי הוא זה אמלוה קאי, אז אמרי' דגם כיפר הכל חייב בפקדון, אבל בדרמי ב"ח דלא ס"ל עירוב פרשיות, דהא ס"ל דד' שומרים צריכין כפירה במקצת, וכי הוא זה, אשומר חנם קאי, וממילא לדידי' גם בפקדון פטור כופר הכל, ולכן ליכא למימר לדידי' דיטעון שאבד, דבטענה הזאת יהיה חייב שבועה, ונהי דס"ל לרמב"ח דלא מחייב שבועה כ"א בכפירה במקצת, וכפירה לא הוי כ"א בכופר ממש כגון שטוען להד"מ, וא"כ אם יטעון שאבד גם על השני', לא יהיה בזה כפירה, ובלא"ה יהיה פטור משבועה. אכן בזה י"ל דרש"י יסבור כמ"ש התוס' לשיטת ר"ת, דמ"מ חייב בנאנסה שבועת המשנה, ואי"ל דכיון שעל הפרה שטען אבד, נשבע שבועת המשנה, א"כ בההיא דלהד"מ ישבע ע"י גלגול. די"ל דרש"י יסבור כר"ת דלקמן, דאין מגלגלין אלא בדבר הדומה, אבל על טענת להד"מ אין מגלגלין. ועוי"ל כמ"ש בס' מ"ה, דהא דלרמב"ח בעינן כפירה במקצת, היינו דוקא על שבועת השומרים, אבל שבועה שאינו ברשותו נשבע, דלא גרע משילם ולא מצינו מאן דפליג ארב הונא, ולכן נוח לו טפי לטעון להד"מ שיהא פטור משום שבועה, משא"כ כשיטעון נאבד יהא חייב שבועה שאינו ברשותו, וגם ע"י גלגול ישבע שנאנסה, ובטענת להד"מ יפטור מכל, ולהכי לדידי' מוכרחים לאוקמי דהכופר בפקדון פסול, דוקא בדאתו סהדי, אבל לדידן דס"ל עירוב פרשיות, איה"נ דבכל גווני פסול, דלא שייך אשתמוטי, דא"כ יטעון שאבד. והא דכתב רש"י לעיל (דף ד' ע"א) דכופר בפקדון פסול משום דאתו סהדי דנקיט בידו, היינו נמי משום דכל הסוגיא דהתם

אזלא אליבא דר' חייא דיליף במה הצד, ור' חייא ס"ל בסנהדרין (דף ה' ע"א) דלא אמרי' עירוב פרשיות כמ"ש שם רש"י ד"ה דן יחידי, וכיון שכן לא מצי לטעון שאבד וכנ"ל:

דף ו.

בגמ' אלא הא דאמר ר"נ משביעין שבועת היסת נימא מיגו דחשיד כו'. ראיתי מקשים דלפרש"י דעיקר הקושיא הכא משום דבכופר הכל לא שייך משתמיט, א"כ אמאי לא מקשו ביותר משבועת עד אחד, דהיא שבועת התורה אכן לעיל (דף ד') כתבתי לתרץ בשם הריטב"א, דהכא ודאי תלינן בהשמטה, ואע"ג דכל כופר הכל לאו להשמטה עביד, מ"מ בעד אחד, כיון שיודע שיש המכחישו לא היה כופר. ובזה יתורץ נמי דעת רש"י מקושית השמ"ק, שהקשה מההיא דכופר במלוה כשר לעדות, הרי דאמרי' משתמיט אפי' בכופר הכל, ולמ"ש א"ש דכופר במלוה מיירי שבאו עדים והעידו שהוא חייב, וכיון שבאו עדים להעיד, מסתמא ידע גם הלוה שיש עדים, ויבואו להעיד, להכי אמרי' דודאי לא היה מתכוון לכפור, כיון שיודע שיבואו העדים להכחישו, ובודאי להשמטה מכיון: **אלא** דאכתי פש גבן לתרוצי דעת רש"י מקושית התוס' שהביאו מההיא דשבועות (דף מ') דקאמר שם להדיא דתקנתא דרב נחמן הוי משום אשתמוטי וא"כ איך פרש"י כאן דמיגו דהעיז פניו לכפור הכל לאו לאשתמוטי מכוון. ובכדי לתרץ קושי' העצומה הזאת נ"ל, דהנה זה ודאי שסברת רש"י אלימתא טובא, דמשום אשתמוטי לחוד לא יהיה לאדם העזה כ"כ לכפור הכל, ומזה הטעם הוי כופר הכל פטור מה"ת משבועה, משום דדעת התורה הוא דלא חציף איניש לכפור הכל משום אשתמוטי לחוד, אלא דרב נחמן בדריה ראה שגברה ההעזה ונמצאו בעלי השמטות שיעיזו לכפור בכל אפי' משום אשתמוטי, להכי תיקן שבועת היסת וכמ"ש בשמ"ק, והנה זה ודאי שגם בימי ר"נ לא גברה ההעזה כ"כ לומר שכולם יעיזו לכפור הכל, אלא דנמצאו קצת אנשים שיכולים להעיז, אבל גם נמצאו הרבה אנשים שכמו אז כן עתה לא יעיזו לכפור הכל משום אשתמוטי, ומעתה א"ש, דבשבועות שם שאנו דנין על חיוב השבועה, אם יש להטיל עליו החיוב או לא, קאמר ר"נ שפיר דיכולים להטיל עליו חיוב הזה, מחמת שנמצאו אנשים, שגם בשביל אשתמוטי לחוד יעיזו לכפור הכל, דבאמת גם מה"ת היה מקום לחייב שבועה לנתבע מטעם החזקה דאין אדם תובע אא"כ יש לו, ורק דעד ימות רב נחמן עמד חזקה דאין אדם מעיז לסתור חזקת התובע ופטרוהו, אכן עתה שראה ר"נ דחזקה דאין אדם מעיז איתרעי, שנמצאו אנשים בעלי העזה שכופרים הכל בשביל אשתמוטי, ולהכי הטיל ר"נ חיוב שבועה, כיון דחזקת התובע לא איתרע וחזקת הנתבע איתרעי, ומספק יש להטיל

עליו חיוב שבועה, דשמא הנתבע העומד לפנינו הוא מבעלי ההעזה, אבל כאן אנו דנין על היתר נתינת השבועה, דאם נימא מיגו דחשיד אממונא חשיד נמי אשבועתא, אסור ליתן שבועה לחשוד, דאולי ישבע לשקר, ואיכא בזה לאו דלפני עור, וא"כ אם אך נימא דמיגו דחשוד אממונא חשיד אשבועתא איך תיקן ר"נ לתת שבועת היסת, כיון דלהרבה אנשים שאינם מעיזי פנים בשביל אשתמוטי, בע"כ שמכוון לגזול מדהעיז פניו לכפור הכל, וא"כ איך נמסור לו שבועה, ונהי שיש גם אנשים המעיזים גם בשביל אשתמוטי, אבל מספק איך נוכל לעבור על לאו דלפני עור, ויישוב זה נראה ברור בעזה"י, וסרה כל התלונות משיטת רש"י ועמ"ש לעיל (דף ג' ע"ב ודף ד' ע"א) בבאור שיטת רש"י:

ברש"י ד"ה נימא. גבי שבועה שאינו ברשותו. כוונתו בזה דשבועה שלא פשעתי איכא למימר דמשתמיט, וכן שלא שלחתי יד, אע"ג דאם שלח הוי גזלן, מ"מ י"ל דע"י שבועה יפרוש והשתא כפר דאין לו במה לשלם, וא"ל דמה בכך שרוצה לשלם, מ"מ כיון ששלח יד הוי גזלן וכבר נפסל, ומה בכך שישלם אח"כ, הא גזלן פסול לשבועה. די"ל דרש"י יסבור כשיטת הר"י חסיד, דאפי' גזלן גמור לא מיפסל אלא מטעם שאינו פורש מממון שכבר גזל, אבל אם היה מחזיר הגזילה לא מיפסל לשבועה, ואפי' בעובדא דההוא רעיא דלעיל, דגזלן גמור היה שאכל תרי, מ"מ אם היה משלם ע"י עצמו לא היה מיפסל, ואמנם הכא כיון דאמרי' שע"י שבועה ודאי יפרוש ומחזיר הגזילה מאי איכפת לן שכבר גזל. ואמנם התוס' לעיל (דף ג' ע"ב) ד"ה ובכולי, שהוכיחו דלא אמרי' מיגו דחשיד, משבועה דלא שלחתי יד, היינו כשיטתם הכא דגזלן פסול מדרבנן כל גוונא אפי' כשירצה להחזיר הגזילה, דמ"מ חבול ישיב גזילה משלם, וכמ"ש באשר"י כאן ע"ש, ולכן הוכיחו שפיר דאם אנו חושדין אותו ששלח יד והוי גזלן, היכי משבעינן ליה, ובע"כ דלא אמרי' מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועה, וגם גזלן גמור כשר מה"ת ורק רבנן פסלוהו כמ"ש, ודו"ק:

בגמ' ותו הא דתני ר' חייא שניהם נשבעים ונוטלים. המפרשים הקשו דלמה לא פריך בפשיטות, ותו כל הני נשבעין ונוטלין נימא מיגו דחשיד, וגם לשון רש"י שפי' בד"ה נימא מיגו, כיון דחד מינייהו ודאי חשוד, מאי בעי בזה, הא כל הקושיות כך הם, דלמה ישבע כיון דנחשוד אותו. ונראה דבאמת עיקר היסוד מקושית הש"ס דנימא מיגו דחשיד, ולא נמסור לו שבועה משום חשש זה, תמוה מאוד, דמהיכי תיתי נחזיק לאדם ברשע שחשוד הוא לגזול, ואדרבה עלינו להחזיק לכ"א בחזקת כשרות, דאחזוקי ברשיעי לא מחזקינן, וכי תימא משום דהתובע והנתבע מכחישים זה את זה, ואחד מהם ודאי חשוד למיגזל, אכתי יקשה דמ"ש מב' כיתי עדים המכחישין זא"ז, דקיי"ל ב"ב (דף ל"א) דזו

באה בפני עצמה ומעידה, ונהי דכת אחת מהם ודאי פסולים, מ"מ כל כת כשהיא לעצמה מחזיקין אותה בחזקת כשרותה, כמו כן נימא הכא, נהי דאחד מהם ודאי חשוד אממונא, מ"מ כ"א מהם כשהוא לעצמו נעמידנו בחזקת כשרות לומר דהצדק עמו, ולא חשוד הוא כלל אממונא, ואפ"ה צריך לישבע מצד טענת התובע, אבל להחזיקו בפסול ובחשוד מנ"ל. וצ"ל שיסוד החשש בנוי, מצד שבכאן יש הכרעה קצת, מי הוא החשוד, התובע או הנתבע, ולא דמי לב' כיתי עדים, שאין עלינו להטיל החשד על כת אחת יותר מעל כת השני', ולהכי מוקמי' לכל אחת בחזקת כשרותה, אבל הכא שאחד מהם ודאי חשוד, יש לנו הכרעה להטיל החשד יותר על הנתבע, דהנתבע מצד שהמעות או החפץ היה תחת ידו, ולפעמים היה לו איזה צורך ודוחק, שלח ידו להוציא בהוצאה דבר המסור תחת ידו, וקשה לו להחזירו גם עתה, כי קשה גזל הנאכל, אבל לחשוד לתובע שילך ויגזול כעת, דבר רחוק הוא, ויותר יש לנו לתלות החשד בנתבע, שאו מצד הדוחק, או מצד איזה סבה שקרה להחפץ בפשיעתו, ועליו לשלם כעת, ולהכי בחר לכפור ולגזול, מלחשוד לתובע שירצה בחנם לגזול בלי טעם. ואחרי שיש לנו הכרעה לתלות החשד על הנתבע, להכי שפיר הקשו, דכיון שאחד מהם חשוד ודאי, וההכרעה נותנת שהנתבע הוא החשוד, וא"כ נימא מיגו דחשיד, וכיון שכן אין להקשות בזה כ"א בנשבע ונפטר, דהשבועה לגבי הנתבע, אבל בנשבעים ונוטלים דשבועה לגבי תובע, אין להקשות כזה, דנמנע ממנו השבועה דשמא הוא החשוד, דודאי יותר קרוב להטיל החשד על הנתבע, ורק מהא דר' חייא מקשה שפיר, דאע"ג דהם נוטלים, מ"מ כיון שאחד מהם ודאי חשוד, להכי שפיר יש למנוע מהם השבועה, ושפיר פרש"י משום דאחד מהם ודאי חשוד, ואיך ניתן שבועה לשניהם, הא אחד ודאי חשוד והיינו משום דבתובעים גופא יש אחד ודאי חשוד, וכשנשבעין שניהם ודאי אחד אהם חשוד, לא נוכל למסור שבועה לשניהם, דאם אחד היה הנשבע, היינו יכולים להעמידו בחזקת כשרות ולומר שאין כאן חשוד כלל, אבל אם שניהם נשבעים איך נמסור להם שבועה, דנימא מיגו דחשיד, אבל כשמחולקים התובע והנתבע, אז יותר קרוב להטיל החשד על הנתבע, ולא קשה מכל הנשבעים ונוטלים וכנ"ל. ובפרט דזולת זה בכל הני דנשבעים ונוטלים השנויים בשבועות, אין להטיל החשד על התובע, דבשכיר הרי אמרו להדיא דבעה"ב טרוד בפועליו, והנגזל והנחבל נמי כיון דאוקמי דראוהו שהטמין כלים תחת כנפיו, שאינם ראוים להשאיל ולהשכיר, וכן בנחבל דראוהו נכנס שלם ויצא חבול, דבכל הני נראה טענת התובע צודקת ויותר קרוב להטיל החשד על הנתבע, ודו"ק היטב:

בגמ' אמר ר"נ ת"ש בד"א ששניהם אדוקים אבל אם טלית יוצאת מתח"י של אחד מהם המע"ה, ופרש"י דאיירי נמי בשותק ולבסוף צווח. ולכאורה מנ"ל באמת דמיירי הכי, דילמא מיירי הברייתא בשתק מתחלה ועד סוף ולהכי הוי המע"ה, אבל אם לסוף צווח אפשר דלא בעינן ראי'. וצ"ל דמכאן הוא הוכחת הרא"ש כמ"ש הטור בשמו בסי' קל"ח, דהיכי דהוי הודאה לא מהני עדים, משום דהודאת בע"ד כק' עדים דמי, ומעתה שפיר פשיט דמיירי בשתיק ולבסוף צווח, דאי בשותק מתחלה ועד סוף א"כ גם ראיה לא מהני, וכ"ה בבאורי הגר"א. והנה הש"ך בחו"מ (סי' קל"ח) כתב שדעת הטור דאפי' בשותק ואח"כ צווח נמי לא מהני ראיה, וסברתו כיון דמספקא לן אי הוי הודאה, ואחרי דבעיא דלא איפשטא הוא, א יכול התופס לומר שמא אודויי אודי. והנה לבד שיש לדחות סברתו ולומר, דנהי דכל זמן שלא הביא ראיה, אז יש ספק לנו שמא באמת הודה לו, אכן לאחר שהביא ראיה דשלו היא, איגלאי מילתא דהאי דשתק לאו משום הודאה הוא, אלא משום דסובר קא חזו ליה רבנן, וכ"מ מלשון הב"ח על הטור ע"ש. עוד תפסו כולם על הש"ך מש"ס דהכא, דלדבריו מאי מהני נמי דאוקמינן לברייתא בשותק ולבסוף צווח דאכתי תקשי היאך מהני ראי', דהא אפי' בכה"ג לא מהני ראיה לדבריו, ועיין בתומים ונה"מ שהסכימו לדעת הב"ח, דאי בשותק ולבסוף צווח מהני ראיה מחמת קושי' זאת:

והנה אם על הש"ך לחוד היתה תלונתם החרשתי, אמנם אחרי שמפשט לשון הטור מוכח כהש"ך, דז"ל הטור שתק הרי הודה לו שהיה שלו ואיבד זכותו, ואפי' שתק תחלה ואח"כ צווח הוי כהודאה כיון ששתק תחילה, והיה אומר א"א הרא"ש ז"ל דאפי' אם יביא עדים אח"כ שהיא שלו לא מהני דהודאת בע"ד כק' עדים דמי ע"כ. הרי דמקודם כתב הדין דשתק ולבסוף צווח הוי כהודאה, וע"ז מביא בשם הרא"ש דגם עדים לא מהני, א"כ משמע להדיא שאפי' בכה"ג נמי לא מהני ראיה, והמעיין בלשון הטור מוכרח להודות שכן כוונתו, ואחריו נמשך גם הרב בהג"ה שם, להביא דעת הרא"ש אחרי הדין דשתק ולבסוף צווח, ולכן בכדי שלא לעשות רבינו הטור ורמ"א וש"ך כטועים בש"ס מפורש, הכריחני לנוד בפי' בעיא דר' זירא מכפי המובן הפשוט, דהנה כולם יפרשו צדדי הבעיא כן, דאי נימא כצד הראשון דשתיקה דמעיקרא הוי כהודאה, אז בעינן ראי', הא ראיה עכ"פ מהני, דאי גם ראיה לא מהני, א"כ איך יפרשו הברייתא דראי' מהני, ואי כצד השני דאיגלאי מילתא דשתק משום דסבר קא חזו כו' גם ראיה לא בעינן, ופשיט מברייתא דקתני המע"ה, והרי רצו מזה לפשוט כצד הראשון, דשתיקה הוי כהודאה ולהכי בעינן ראיה, ולפי"ז שפיר יצא להם מש"ס הזה דלא כהש"ך, דהא בע"כ הברייתא ס"ל כצד הראשון, דאי כצד השני לא בעינן ראיה, וא"כ איכא למיפשט דאפי' אי נימא

כצד הראשון נמי מהני ראיה. ואמנם נראה לפרש באופן אחר, דצד הראשון דאמרי' דשתיקה הוי כהודאה ולא משגחינן על הצוויחה דבסוף, הוי זה כשתק מתחלה ועד סוף, והשתיקה הוי כהודאה גמורה, דאפי' ראי' לא מהני ולצד השני דנימא איגלאי מילתא כו' אז לא הוי השתיקה כהודאה, שלא יועיל גם ראיה, אלא דראיה מהני, אבל בלא ראיה גם לצד זה אין מוציאין דמידי ספיקא לעולם לא נפקא וכמ"ש הר"ן הובא בשמ"ק דמידי ספיקא לעולם לא נפקא, אלא דהבעיא הוא אי אמרי' דכיון ששתק מתחלה לא מהני הצוויחה שאח"כ גם להטיל ספק בשתיקה דמעיקרא, ולומר אולי שתק משום דסבר הא חזו לי' כו', אלא מחזקינן דשתיקה הוי כהודאה גמורה, וממילא דגם ראיה לא מהני, דהודאת בע"ד כק' עדים דמי, או דילמא כיון דצווח אח"כ מועלת הצוויחה להטיל ספק גם בשתיקה הראשונה, דשמא משו"ה שתיק דסבר הא חזו כו', ולא הוי כהודאה גמורה שלא יועיל גם ראיה, אבל ראיה מיהא בעי גם לצד השני, כיון שגם לצד זה מידי ספיקא לא נפיק, ורצה לפשוט מברייתא דטלית יוצאת מתח"י כו' המע"ה, ופשיט מזה כצד הב', דהצוויחה מועלת להטיל ספק בשתיקתו הראשונה ולהכי מהני ראיה, דאי כצד הראשון דכיון ששתק מתחלה, אין עלינו להשגיח כלל על הצוויחה דאח"כ ומחשבינן השתיקה כהודאה גמורה, א"כ גם ראי' לא יועיל, ומדקתני בברייתא דראי' מהני, מכלל דאמרי' כצד הב', ולפי"ז יש מזה סיוע ממש לדברי הש"ך, דהא דקתני בברייתא דראי' מהני, היינו משום דרצה לפשוט מזה כצד הב', אבל לצד הראשון ראיה לא מהני, וכיון שאליבא דאמת בעיא לא איפשטא, והמוחזק יכול לומר קים לי כצד הראשון, ולצד הראשון ודאי דגם ראיה לא מהני, וסרה כל התלונות מן הש"ך. ועד"ז נפרש גם מ"ש אח"כ בש"ס, את"ל תקפה מוציאין הקדישה אינה מקודשת, היינו כשהביא ראיה, דבלא ראיה אין מוציאין וכן כל הסוגיא יתפרש עפ"י פי' זה:

וארווחנא בזה נמי ליישב דעת כמה מרבוותא שהביא הנמוק"י, דס"ל מדקאמר הש"ס הא חזו לי' רבנן, שדוקא אם תקפה בפני ב"ד הוא דמיבעי לן, אבל תקפה לפני עדים אע"ג דהדר צווח לא משגחינן בי' דודאי אודויי אודי, ובשמ"ק הביאם ג"כ, והקשה עליהם קושיא חמורה, דא"כ מאי פשיט ר"נ מברייתא דקתני המע"ה, לוקמי דברייתא מיירי בתקף לפני עדים, דהוה ודאי כהודאה, ולהכי בעינן עדים ע"ש. ואמנם כ"ז הוא לפירושם, שגם אי נימא דאודויי אודי מהני ראיה בעדים, אבל לפמ"ש דאי נימא דאודויי אודי גם עדים לא מהני, א"כ ליכא לאוקמי לברייתא בתקף לפני עדים, דא"כ אפי' ראיה לא מהני. ואמנם אפי' לפירושם נמי תמוה מה שהקשו, דהא הם אינם סוברים דעדים מהני כ"א בשותק ולבסוף צווח, אבל בשותק מתחלה ועד סוף כו"ע מודו דל"מ ראיה,

וכיון שהצוויחה דלפני עדים לא נחשב כצוויחה, הוי זה כשותק מתחלה ועד סוף, וגם לדבריהם לא מהני ראיה, וא"כ איך נוכל לומר דברייתא מיירי בתוקף לפני עדים, אם לא שנאמר דיסברו שגם בשותק מתחלה ועד סוף מהני ראיה:

והנה דעת הרמב"ם לכאורה דלא כפירושי, דהא מבואר דעתו (בפ"ט מטוען) דאם חזר השני ותקפה מראשון חולקין, והנה בשתק מתחלה ועד סוף ודאי דלא יסבור דמהני תקיפת השני, כיון שהראשון זכה כבר בהודאתו, ובע"כ דדינו הוא בשותק ולבסוף צווח וכמ"ש הב"ח והש"ך, ולמ"ש דלצד הראשון מן הבעיא הוא, דשתיקה דהכא הוי כשתק מתחלה ועד סוף ממש, וא"כ לדידן דבעיא דלא איפשטא, הוי שתק ולסוף צווח כשותק מתחלה ועד סוף, וא"כ איך משכחת להאי דינא דרמב"ם, אלא דהרמב"ם יסבור שאפי' לצד הראשון נמי דאמרי' דשתיקה הוי כהודאה, לא הוי נמי כשותק מתחלה וע"ס. אכן באמת אין מזה ראיה, דודאי בצד הראשון מבעיתינו דאמרי' דשתיקה הוי כהודאה, כהודאה ממש הוא, ואמנם לדידן שרק מספיקא אמרי' כצד הראשון, א"כ כ"ז שמוחזק התוקף, אז לענין ההודאה אמרי' מספיקא דהוי כהודאה ממש ולא בעינן ראיה, אכן לענין אם חזר ותקפה, כיון דעתה מוחזק זה, בסל מעלת חזקתו של תוקף הראשון ואמרינן חולקין, וכן מה שהקשה הקצוה"ח, הא דרכו של רמב"ם למיפסק כאת"ל ולמה לא פסיק הכא כן, י"ל משום דהכא תרי את"ל הוי, ודו"ק:

בגמ' הקדישה מהו, ועיין בתוס' שכתבו הקדישה מהו כו' הוה הקדש כתקיפה דכיון ששתק אודויי אודי והוה הקדש כו' או דילמא הקדש לא הוי כתקפה דלמה יצווח כו'. והנ"מ בין פי' התוס' לפרש"י, דרש"י יפרש הבעיא, הקדש הוי כתקפה, פי' אם האמירה בפה נחשב כתוקף ביד, וצד הב' השתא מיהא לא תקפה וכתיב ואיש כי יקדיש כו', ולא נחשב זה כאמירה לגבוה, כיון דעדיין אין ברשותו להקדיש. ולפי"ז לא הוי שני צדדי הבעיא מסוג שוה, דצד הראשון מסופק, אם אמירה לגבוה נחשב כתוקף ביד, וצד הב' דכיון דאכתי לא תקפה לא נחשב זה לאמירה, ומשמע מזה דאם אך היה נחשב זה כאמירה לגבוה, לא היה שום ספק בדבר דנחשב כתוקף ממש, ובצד הראשון מסופק גם ע"ז גופא, ולא נוכל לפרש הכוונה השתא מיהא לא תקפה, פי' דלא נחשב האמירה כתוקף בפועל, והוי השתא שני הצדדים מסוג אחד, דצד הא' מסופק אם האמירה נחשב כתוקף, וצד הב' שמא לא נחשב כתוקף, דא"כ לא היה להש"ס לסיים הפסוק והטעם משום דאינו ברשותו, דאין זה כלל הבעיא בצד הב', דאפי' אם היה יכול להקדיש, ג"כ שייך הבעיא, אם נחשב כתוקף ביד, ועוד דאפי' צד הראשון אין ספק כלל, דמאי מהני דאמירה הוי כתוקף, כיון דכל זמן שלא תקף אין זה נחשב כלל כאמירה לגבוה, כיון

שלא יכול להקדישה, והוי כאילו אמר לתתה להדיוט, שבזה אין צד ספק כלל, ומחמת זה נאיד התוס' מפרש"י, אלא יפרשו שאין הספק אם אמירה נחשבת כתקיפה, אלא הספק הוא, אי ניחא הקדש הוי כתקיפה, פי' שחושש למחות על דבורו בזה כאילו היה חושש לצווח על התקיפה, וא"כ מדלא צוות אודויי אודי ליה ויכול להקדיש אפי' כשהיא ביד אחרים, משום דנחשב כפקדון, או דילמא לא הוי כתקיפה, פי' אין חושש למחות על דבורו כל זמן שלא תקפה, וממילא לא נחשב שתיקתו כהודאה וממילא לא יכול להקדיש מצד שאינו ברשותו. ואכן בכוונת רש"י י"ל, דמשו"ה מיאן בפי' התוס', משום דלפירושם יקשה לכאורה, למה הוצרך הגמ' לסיים הטעם משום שאינו ברשותו ותיפוק ליה דאי שתיקה לא הוי כהודאה לא יכול להקדיש מצד שאינו שלו, וצד אחד אי הוי כהודאה והוי שלו, וצד ב' אי לא הוי כהודאה וממילא לא הוי שלו, וכמו שהקשה באמת המהר"ש כן על תוס', ולזה הוכרח רש"י לפרש פי' אחר דחוק. אמנם באמת אי משום הא לא איריא, ואין בזה תפיסה על פי' התוס', די"ל דלהכי מביא טעם דאינו ברשותו, כגון אם אח"כ יודה לו השני בפירוש שהדבר שלו, ואי נימא דעד עתה היה החסרון מצד שאין שלו א"כ אם הודה לו אח"כ ונמצא דהיה שלו, הוה חל ההקדש דמעיקרא, אבל השתא לטעם דאינו ברשותו, א"כ אם אפי' אח"כ יודה לו מ"מ כיון שבעת ההקדש לא היה ברשותו, לא חל ההקדש, דאפי' דבר שהוא שלו ודאי א"י להקדיש אם אינו ברשותו, וא"כ נ"מ גדולה מטעם דאינו ברשותו, ודו"ק:

דף ו:

תוד"ה והא הכא, הקשו דאמאי אין מוציאין מידו והלא יאמרו הבעלים ליתן לכהן אחר כו'. ומשמע להדיא מדבריהם, שדבר שיש בו טובת הנאה לבעלים, אם לקח העני או הכהן שלא מדעת הבעלים מוציאין מידו, ולשיטתייהו אזלי בזה, שכ"כ להדיא בחולין (דף קל"א ע"א) תוד"ה יש בו, דאפי' בא עני ולקחו מוציאין מידו ע"ש. ואכן לא כן דעת הרמב"ם (בפי"ב מתרומות), והטור יו"ד (סי' של"א) שכתבו ואפי' לאחר הרמה אסור לכהן ליקח בלא ידיעת הבעלים, מ"מ אם לקחו שלא מדעת הבעלים זכה בהן שאין לבעלים בהן אלא טובת הנאה, וטובת הנאה אינה ממון והכריחו כן מש"ס דחולין (דף ק"ל) עיין במפרשי הרמב"ם והובא בטור בלי שום חולק, ולפי"ז אין התחלה לקושי' התוס'. ואמרתי בזה ליישב דעת הרמב"ם שפסק דתקפו כהן אין מוציאין וכבר תמהו רבים איזה הכרח הכריחו לנטות מדרך הרחבה בפירוש הסוגיא הזאת, אשר בפשוטה מפורש בה ההיפוך, ונהי ששערי תרוצים לא ננעלו, וכ"א מצא עצה איך יפרנס הרמב"ם

הסוגיא, ולדידי רק זה תמוה, איזה הכרח גרם לו לנטות מדרך הפשוט. ולפמ"ש ניחא. דהנה בטעם דתקפו כהן מוצאין, כתב הש"ך בס' ת"כ, דהיינו משום דכיון דהבעלים יוכלו לומר שיתנו לכהן אחר נמצא שאין לכהן התופס זכות בו, ומשו"ה חילק באמת, דבשארי ספיקות אם תפס אין מוציאין, כיון דהמחזיק יש לו זכות בברור, וא"כ בשלמא אי נימא כשיטת התוס' בחולין דהבעלים יוכלו להוציא מיד כהן לתת לכהן אחר, אה"נ דשפיר פסקינן דתקפו כהן מוציאין כיון דאין לו שום זכות, משא"כ לשיטת הרמב"ם דרק קודם שזכה הכהן הברירה ביד הבעלים לתת לכל כהן שירצו, אבל אם זכה הכהן אין מוציאין, ונמצא שיש לכהן הזכות לתפוס בזה כמו בשאר ספיקות, ולהכי הוכרח לפסוק דתקפו כהן אין מוציאין. ומיושב בזה קושיית האחרונים על הטור, שביו"ד (סי' שט"ו) הביא הדין דתקפו כהן אין מוציאין להלכה פסוקה בלי שום חולק, ומדוע לא זכר שבדין זה מחלוקת הראשונים, היינו נמי משום דהטור פוסק כהרמב"ם דהבעלים לא יוכלו ליקח מיד כהן לתת לכהן אחר, וכיון שכן מוכרח לפסוק דת"כ אין מוציאין, דהא עיקר הטעם דמאן דסובר מוציאין משום דהבעלים יאמרו ליתן לכהן אחר, ולשיטתו בטל הטעם וממילא פוסק דת"כ אין מוציאין, וז"ב:

אכן בעיקר קושית התוס' דהכא יש לפקפק, דאפי' לשיטתם בחולין שגם לאחר שזכה הכהן יש הברירה והזכות ביד הבעלים לתת לכל כהן שירצה, היינו ודאי רק שיוכלו לברור ליתן למי שירצו ואה"נ שגם עתה יש לו הזכות הזה לצוות לתת לכהן אחר, אבל למה לא יהנה תפיסתו בעד חלק כל הכהונה, לומר שע"י תפיסה של כהן זה זכו הכהנים בזה, שמחויב הבעה"ב לתת לכהן ולא לעכב לעצמו, הא היכי דאיכא פסידא לבע"ד, יוכל כל אחד לתפוס נכסי הנתבע לטובת התובע וכגון שהוא גברא דמפסיד, או שירד מנכסיו וכדומה במקום שנראה לתופס, שהתובע לא יוכל לבטוח על הנתבע, רשאו לתופסו בשביל התובע וכמ"ש בחו"מ (סי' ק"ה) כ"ש הכא שאם הוא ביד בעה"ב אין עליו חיוב לתת לכהנים, דיהנה תפיסת הכהן בשביל שארי אחיו הכהנים. וגם אין לומר בזה, דכיון שהוא עצמו אין לו זכות לזכות בהן, לא יוכל נמי לתופסו בשביל שארי הכהנים, וכמ"ש לקמן (דף י') דלהכי לא מהני אם ליקט עשיר לצורך עני משום דהוא עצמו אין רשאי לזכות בהן, דהתם שאני דכיון דליקט לצורך עני ידוע א"כ חב בזה לעניים אחרים והיכי שבתפיסתו חב לאחרים, התם בעינן התנאי שיהי' יכול לזכות בעצמו, אבל הכא שאין תופס בעינן כהן ידוע, לא שייך לומר בזה דחב בתפיסתו לאחריני, דהא הוא תופס בשביל איזה כהן שיבחר הבעה"ב, וממ"נ אם ירצה כעת ליתן לזה, בידו לתת לו, ואם לא ירצה א"כ לא חב לו מאומה, ואדרבה עוד היטיב בתפיסתו, דאם לא תפס הוא היה

בעה"ב מעכב לעצמו, ולא היה לשום כהן, ובמקום שאין חב לאחריני לא בעינן כלל התנאי שיהא יוכל לזכות בעצמו, דדוקא במקום שחב לאחריני, אז ע"י התנאי הזה, לא הוי חב, משום דיכול לתפוס לעצמו, אבל במקום שבלא"ה לא הוי חב א"צ כלל לתנאי הזה, וזולת זה הא ע"כ לא אמרי' דבחב לאחרים אין רשאי לתפוס כ"א במקום שחב ממש, אבל לא במונע ריוח לאחרים וכדאיתא בתשו' רעק"א סי' קל"ג בשם מוהר"מ אלשי"ך, והכא כשמונע מכהן אחר אין מונע לו כ"א ריוח:

וגם אין לומר דאכתי מיקרי חב לאחרים בתפיסתו, במה שיחוב בזה לבעה"ב עצמו. הא יש לומר דלגבי בעה"ב עצמו, כיון דלאחר שתפס אנו אומרים שהצדק עם התופס, וא"כ לא מיקרי זה כלל חב לפניו, כיון שמתחלה מסופקים אנו בדין, אם בעה"ב חייב לתת, ועכשיו כשתפס הכהן אנו אומרים שהדין עם הכהן, לא הוי חב כלל, דע"כ לא הוי חב, כ"א במקום שודאי חב לאחריני, אבל במקום שיש ספק אם חב, ואפשר אף דלא היה תופס, נמי חובה עליו ליתנו, רק שמספיקא לא מפקי' מיני', א"כ מה תופס לבע"ח שייך בזה, הא התופס יטעון שהצדק עמדו, ושגם בעה"ב עצמו היה חייב לתת לו. ואם כי קיימתי כזה מסברא, אכן אח"כ מצאתי הדבר מפורש, דז"ל הרמ"א באה"ע (סי' ע"ז ס"ג) במורדת אם תפס אביה מנדוניא הוי כאילו תפסה היא עצמה, ונהי שהח"מ והב"ש שם תמהו עליו דאיך יכול האב לתפוס בשביל הבת, הא הוי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים והרי חוב לבעלה ע"י תפיסת האב, וגם הש"ך בת"כ בסי' קכ"ז הביא בשם מוהר"א ששון דבכ"מ דמהני תפיסה מהני ע"ז שליח, ואם כי גם הוא הזכיר שזהו נגד הרמ"א באה"ע סי' צ"ג ע"ש, אכן בתומים בדיני תפיסה וכן באבני מלואים סי' ע"ז, נתכוונו לדעה אחת ולחלק, דבדבר שיש ספק יוכל לתפוס גם ע"י שליח, דלא הוי כלל חב לאחרים, כיון דתופס טוען שהצדק עמו וכנ"ל, ובלא"ה מוכרחים לומר כן, דאל"ה קשה דברי הרמ"א אהדדי מסי' ע"ז לסי' צ"ג כנ"ל, ולא שבקינן פשיטותא דרמ"א בשביל גמגומים של הח"מ וב"ש, בשגם שמוהר"א ששון הסכים לדבריו, וגם הסברא נכונה מצד עצמה כנ"ל, וא"ל שע"כ לא ס"ל למוהר"א ששון שאחר יכול לתפוס, כ"א בעשאו שליח, אבל בלא עשאו שליח לתפוס, כההיא דהכא שהכהן תופס מצד עצמו, אפשר יודה גם הוא דלא מהני תפיסתו, חדא שמהרמ"א דפוסק דתפיסת האב מהני, משמע שגם בלא עשאו שליח מהני, דלא הזכיר דמיירי שהבת עשאתו שליח, ואפי' למי שיתעקש ויאמר שדבריהם לא נאמרו כ"א בעשאו שליח, ג"כ לא קשה הך דהכא, דהא עיקר הטעם דבלא עשאו שליח לא מהני, היינו משום דמצינו לומר לו לאו כל כמינך לקפוץ מעצמך ולזכות וכמ"ש רש"י טעם זה, וא"כ לא שייך זה כ"א בדבר כזה שהתופס עצמו ודאי לא יזכה

בזה, שייך לומר דלמה לך לקפוץ מעצמך, אבל בנידון דידן, שלכהן התופס עצמו יש ספק אולי יתרצה הבעה"ב אח"כ לתת לו, וא"כ יש לו עצמו נגיעה בזה, ובכה"ג לא שייך לומר לו לאו כל כמינך. סוף דבר דברי התוס' אינם מובנים לי, דודאי הברירה של בעה"ב יהיה גם עתה, אבל להחזיר לידו מנ"ל, ודו"ק בזה:

תוד"ה פוטר ממונו, תימה דבפ' השואל כו'. ולפמ"ש לעיל בשם הש"ך דלהכי אמרי' דתקפו כהן מוציאין, משום דהבעלים יוכלו לאמר ליתן לכהן אחר, ונמצא דאינו מבורר זכות הכהן, א"כ מיושב קושית התוס', דלהכי התם גבי מרחץ דלא שייך האי טעמא שפיר מהני תפיסה וק"ל:

תוד"ה קפץ, תימה דלבטל ברובא ולחייבו כולהו במעשר והניחו בתימה. ונ"ל ליישב, דהנה בטעם הבטול דיבש ביבש נחלקו הראשונים, התוס' בחולין (דף ק' ע"א) ד"ה בריה, וכן הרשב"א ס"ל דטעם הבטול, דכשאוכל כל אחד אני אומר זהו ההיתר. טעם ב' כתב הרא"ש בפ' גיד הנשה סי' ל"ז, וכ"ה דעת הרמב"ם דלאו משום ספיקא שרינן, אלא דגזה"כ הוא מאחרי רבים להטות שהאיסור נתהפך להיות היתר ע"ש, והנה לטעם הראשון ודאי דלא קשה קושית התוס', דלשיטה זאת דאין האיסור נתהפך להיתר, וכל מקום שהוא באיסורו קאי, אלא דההיתר הוא לתלות שאין זה האיסור, א"כ גבי חתיכות איסור בהיתר נמי קשה, דאכתי האחרון יהא אסור, וצ"ל דבאחרון אני אומר להיפך, דמה שנאכל ראשון היה האיסור וכבר הלך לו, וזה של היתר, וכמ"ש הרשב"א, וא"כ לא שייך זה כ"א בדבר שנאכל כבר, דאותו שנאכל כבר הלך ומאי דהוה הוה ואין אנו צריכין לדון עליו כלל, אבל כאן שהעדר קיים, א"כ נהי דעל כל אחד שיצא ראשון אנו תולים שאין זה הפטור שכבר יצא, מ"מ האחרון ודאי שזהו, ואין לומר שבאחרון אנו תולים לומר שמה שיצא ראשון הוא הפטור, דאכתי מאי מהניא, דאפי' אם יצא החמישי או הששי וכדומה נמי פטור ממעשר, כיון שאין כאן עשרה בני חיובא, וא"כ שפיר י"ל שקפץ לתוך עדר של תשעה כבשים, ועם הטלה הזה היה עשרה, דסוף סוף לאו בני חיובא במעשר העדר הזאת, דאיך שיתלו לא יהי' בני חיובא וכנ"ל וז"ב. אלא אפי' לשיטת הרמב"ם והרא"ש, דטעם הבטול לאו משום ספיקא הוא, אלא דהאיסור נתהפך להיתר, נמי יש ליישב, דמ"ש דהאיסור נתהפך להיתר, היינו דוקא במקום שאיסור נפל לרוב של היתר, אבל להיפך אם היתר נפל לרוב איסור, בזה לא אמרינן שההיתר נתהפך להיות כאיסור ודאי דאין היתר מתהפך לאיסור, וכמ"ש המ"כ בח"א פ"א הובא בפמ"ג בפתיחה לתערובות, והגע עצמך היתר שנתערב ברוב איסור שמא אתה אומר שלוקין לאדם האוכלן, אלא ודאי שאיסור נתהפך להיתר, אבל אין היתר נתהפך לאיסור ודאי ואכתי ספיקא הוא,

וא"כ במעשר דבעינן עשירי ודאי, והכא שהפטור נתערב בחיוב הוי כמו היתר שנתערב באיסור, ולא אמרי' דהוי ודאי בר חיוב, ואכתי לא נוכל לקרותו עשירי ודאי. ולפמ"ש יהיה ממתני' דקפץ סיוע למיפשט ספיקא של הפמ"ג שם בפתיחה, אם בהיתר שנתערב באיסור נמי אמרי' שנתהפך ההיתר להיות כאיסור ולוקין ע"ז, דהוי כאיסור ודאי, ומכאן מוכח דבהיתר באיסור לא אמרי' הכי, דאלת"ה אלא דנחשוב זה כאיסור ודאי. א"כ ה"נ הו"ל למחשביה כעשירי ודאי ולחייבו במעשר, אע"כ דודאי איסור לא הוי. ואחרי כותבי זה ראיתי בשמ"ק שהביא בשם הרא"ש כעין תרוצינו, דאע"ג שנתבטל מ"מ עשירי ודאי לא הוה ע"ש, שלא זכר כלל החלוק בין איסור בהיתר להיתר באיסור, ותמוה הא להדיא כתב הרא"ש בחולין דלאו מטעם ספיקא שרינן, אם לא שנאמר כמ"ש לחלק, דבהיתר שנפל לאיסור לא אמרי' הכי:

בא"ד ודבר שבמנין לא בטיל היינו מדרבנן, מכאן קשה לכאורה עמ"ש הש"ך ביו"ד (סי' ק"א) דכבש כשהוא בעורו מבטל גם חשובות דדבר שבמנין והשיג על הת"ח ע"ש, דא"כ למה הוצרכו התוס' לומר משום דדבר שבמנין אינו כ"א דרבנן ותיפוק ליה דליתא הכא כלל החשיבות של דבר שבמנין, משום דהוי בעורו וצמרו. ונראה ליישב דהא דקאמר הש"ך דאם היא בעורה לא הוי דבר שבמנין, היינו בכבש שחוטה שאינה עומדת כ"א לאכילה, וא"כ מוכרח הוא להפשיט העור, דעם עורה אי אפשר לאוכלה, וכיון שמחוסר מעשה רבה כזה מבטל החשיבות, משא"כ בכבש חיה שאינה עומדת כלל להפשיט העור, ודאי שלא נוכל לחשב לחסרון מה שהיא בעורה, אחרי שאינה עומדת כלל להפשט, וא"כ הכא דמיירי בכבש חיה, לא חשיב לחסרון מה שהיא בעורה, וז"ב. ומיושב בזה קושית הפלתי, שבסי' ק"א הקשה על הש"ך הנ"ל, מההיא דזבחים (דף ע"ב) דפריך שם ונבטלי' ברובא, הניחא למ"ד כל שדרכו למנות, הרי דמחשבינן זה לדבר שבמנין אע"ג דהוי כבש בעורו, ולמ"ש א"ש דכ"ז שהיא חיה, לא נתבטל החשיבות מפני שהיא בעורה:

וארווחנא ליישב בזה קושית התוס' זבחים (דף ע"ב) ד"ה אלא, שהקשו דאמאי קאמר דלמ"ד את שדרכו למנות לא הוי דבר שבמנין, כיון דיש המוסיפין לפעמים אחת יתירה, ומי גרע שור גדול, מאת שדרכו למנות, הא אפילו חתיכה בעלמא חשיבא את שדרכו למנות משום דחשובה להתכבד לפני האורחים ע"ש. ובאור דברי התוס', דנהי דמצד דבר שבמנין, שייך בטול גם בשור גדול, כיון דיש המוסיפין לפעמים ארד יתר ואינם מדקדקים במנין תמיד. מ"מ אכתי לא ליבטל מצד שהוא דבר חשוב להתכבד לפני האורחים, ומי גרע מחתיכה גדולה. ואמנם למ"ש לעיל א"ש, דחשיבות דראויה להתכבד

לא שייך כ"א בחתיכה בשר שחוט העומד לכך, אבל בכבש חיה שאינה עומדת לכך, ואינה ראויה כלל להתכבד, או מצד שהיא בעורה, או מצד שכל בעלי חיים לא חשיבה כראוי להתכבד וכמ"ש להלן, עכ"פ חשיבות דראויה להתכבד לא שייך כלל בבע"ח כ"ז שהוא חי, וא"כ לא נשאר כ"א החשיבות דדבר שבמנין, ומפני שנמצא אנשים אשר אינם מדקדקים כ"כ במנינם ומוסיפין לפעמים שור יתר, להכי שפיר תלי זה בפלוגתא דכל שדרכו למנות, ודו"ק. ויש נמי ליישב בזה מה שקשה לכאורה על התוס' דסוגיין, למה לא הקשו נמי מחשיבות דראויה להתכבד, ובפלתי סי' ק' הרגיש בזה וכתב משום דהוי כבש בעורו ולא הוי ראוי להתכבד, אכן לפמ"ש לעיל דבכבש חי אין חסרון משום שלא הופשט, אין מקום לתרוצו, ובלא"ה לא יספיק תי' הזה, דאכתי הו"ל לתוס' להזכיר ולשאול למה לא הוי ראויה להתכבד ולשנות כתרוצו. ואכן הנכון בזה כמ"ש, דחשיבות דראוי להתכבד אין שייך כ"א בדבר מאכל, אבל בדבר שאינו עומד לאכילה לא שייך כלל חשיבות הזה. ואטו נימא על בגד חשוב וכדומה, דלא ליבטל מטעם ראוי להתכבד, ולהכי דוקא בבשר שחוט שאין עומד כ"א לאכילה הוי ראוי להתכבד, אבל בעודו בחיותו, לא הוי עליו שם מאכל ולא שייך גביה כלל חשיבות דראוי להתכבד וכן משמע מתוס' יבמות (דף פ"א ע"ב) ד"ה ר"י ע"ש:

דף ז.

בגמ' מחוי ר' אבהו והשאר בשבועה. והנה דעת בה"ג ורמב"ם (פ"ט מטוען) שדוקא על השאר נשבע, הא ע"מ שתפוס בידו א"צ לישבע אלא ע"י גלגול, דכיון שנשבע על השאר מגלגל עליו לישבע שגם מה שתופס כדין תופס, ודלא כשיטת התוס' כאן, שגם ע"מ שתופס צריך לישבע. והנה לעיל (דף ג' הוכחתי מלשון רש"י ד"ה ותוקף, דס"ל נמי כשיטת הרמב"ם שדוקא בדתפיס בכרכשתא משביעין, אבל כשתופס ממש בידו א"צ לישבע. ועתה נ"ל עוד להוכיח כן מרש"י לעיל (דף ד' ד"ה והא הכא וז"ל דאנן סהדי דמאי דתפיס כל אחד הוי הילך שהרי בפנינו הוא ע"כ, אשר לכאורה אינו מובן במ"ש דטעם דהוי הילך משום דהדבר הוא בפנינו, הא בש"ס גופא קאמר הטעם משום דתפיס, ומשמע דכיון שתפיס והוי כמאן דפסיק ולהכי הוי הילך, משום דכל אחד תופס בידו ממש, וא"כ מה זה, שאמר רש"י דהוי הילך משום דהדבר בפנינו, ותיפוק ליה דתופס בידו ממש, ואע"ג דבש"ס כאן מוקי לה בתפיסי בכרכשתא ולא בתפוס ממש בידו, היינו דלישנא דמתני' דנקט יחלוקו ולא קתני זה נוטל עד מקום כו' משמע הכי, אבל אה"נ אם היו מחזיקים כל אחד בידיהם בגוף הבגד ממש, היה נמי הדין כן, דהש"ס רוצה

רק למצוא לומר דפלגי ממש כהדדי, והיינו בדתפסי בכרכשתא, אבל פשיטא דאינו מוכרח לומר במתני' דמיירי בכה"ג, וכמ"ש בשמ"ק דף ה' ובחי' רעק"א. אלא ודאי מוכח דדעת רש"י הוא, שעל מה שתופס בידו א"צ לישבע, וא"כ במתני' דנקט שצריך שבועה, בע"כ דמיירי דוקא בתפיסי בכרכשתא, וא"א לאוקמי נמי בדתפסי בגוף הטלית, דא"כ לא היה צריך לישבע על חציה וכמ"ש להלן. ולזה הי' קשה לי' דא"כ אמאי הוי הילך, כיון שאין אוחז כלל בגוף הבגד, ולהכי דייק לכתוב דמשום דהדבר בפנינו הוי הילך, ופי' הדברים, דכיון שהדבר בפנינו ומזומן לחלוק הוי כאילו כבר נחלק וכפי' הבעה"מ המובא בשמ"ק ע"ש:

וכן נמי לעיל (דף ה' ע"ב) דפריך וכי מאחר שזה תפוס ועומד, וזה תפוס ועומד שבועה זו למה, משמע לכאורה כשיטת התוס', דהא משמע דעיקר קושי' הש"ס הוא רק כיון שזה תופס חצי הטלית וזה חצי', וכל אחד במה שבידו מיקרי מוציא מחבירו, ולמה אנו מצריכין לישבע על דבר שמוחזק בידו, ולכאורה קשה דמאי פריך, הא מוקמי' דמתני' מיירי בתפסי בכרכשתא ולא בגוף הבגד. ובשמ"ק תי' על זה, דכיון דאי הוי נמי מחזיק כ"א בגוף הבגד היינו נמי משביעים אותו, להכי מקשה, וא"כ מוכח להדיא כשיטת התוס' שגם על מה שבידו נשבע, דלשיטתם הוי באמת אפי' במחזיק בגוף הטלית נמי ישבע. אבל לשיטת ש רש"י א"א לומר דמיירי נמי בדתפסי בגוף הבגד, דא"כ לא הוי נשבע, ומאי מקשה שבועה זו למה, אכן באמת אין מכאן ראיה, די"ל דקושית הש"ס הוא לאו דוקא משום דתפסי כ"א בידו, אלא כוונת הש"ס כן, כיון דליכא חזקה לשום אחד, והדבר בחזקת שניהם. יש להחזיק שניהם בשוה ולמה ישבעו, ועיין בתוי"ט בסוגיין, וכמו כן צ"ל נמי לעיל דף ד' ע"א דקאמר אנן סהדי דמאי דתפיס דידי' הוא. ולכאורה משמע דהאנן סהדי הוא מחמת שתופס בידו, וחזקה דמה שבידו שלו הוא, וא"כ יהא מוכח מזה נמי כשיטת התוס' דמתני' מיירי נמי בתופס ממש, אכן באמת י"ל דלשי' רש"י יהיה האנן סהדי משום דתפיסי בכרכשתא, וכיון שאין אחד מוחזק יותר מחבירו, להכי אנן סהדי שהדבר בחזקת שניהם, ומה מאוד יומתק לפי"ז מחלוקת רש"י ותוס' שם, דרש"י סובר דתפיסתם הוא רק כמו אנן סהדי, והתוס' שם פרשו דתפיסתם עדיף מאנן סהדי והוי כמו הודאה ממש ע"ש, דלשיטתייהו אזלי, דלשטת התוס' כאן, דגם ע"מ שבידו נשבע, וא"כ דינא דמתני' הוא אפי' בדתפסי בידם ממש, ולדידהו יהיה כוונת הש"ס, שאמר כיון דתפיס, היינו תפיס ממש, ותפיס ממש כיון דכמאן דפסיק דמי, עדיף מאנן סהדי, והוי כהודאה ממש, אכן רש"י לשיטתו, דע"מ שבידו א"צ לישבע וממילא

דמתני' לא מצי לאוקמי כ"א דוקא בתפסי רק בכרכשתא ואינם מוחזקים ממש, ותפיסה בכרכשתא לא עדיף מאנן סהדי, וזה נכון:

אלא דאכתי פש גבן להציל שיטת רש"י והרמב"ם מקושית התוס' דכיון שהשבועה נתקנה שלא יהא כ"א הולך ותוקף, מטעם זה צריך לישבע גם ע"מ שתופס בידו, ונהי דעל רש"י לחוד הי' מקום לתרץ, דלשיטתו לק"מ, דהא לעיל (דף ג' ע"ב) ברש"י ד"ה ובכולה בעי דלודי, כתב הטעם משום מיגו דחשיד אממונא, ותפסו עליו התוס' דהא לא קיי"ל הכי, וכבר זכרנו לעיל בשם השמ"ק, דרש"י יסבור דאביי דמוקי משום מלוה ישינה פליג על ר' יוחנן וס"ל דאמרי' מיגו דחשיד, ונראה לו לרש"י לתפוס כאביי אליבא דאמת, וכיון שלשיטת רש"י הוא אליבא דאמת, אין טעם השבועה משום שלא יהא הולך ותוקף, אלא משום מלוה ישינה, ובזה שפיר י"ל שדוקא כשאין אחד מהם מוחזק תקנו השבועה, אבל היכי שמוחזקים גמורים א"צ לישבע כלל, משום דע"מ שבידו הוא מוחזק גמור, אכן מה נענה על הרמב"ם, דסובר טעם דשבועה משום דר' יוחנן, וכאן סובר כשיטת רש"י דע"מ שבידו א"צ לישבע, וכן נמי מרש"י עצמו מוכח דאפי' לטעם דר' יוחנן נמי א"צ לישבע ע"מ שתפוס, וכן הוכחתי לעיל (דף ג' ע"א) ע"ש, הן אמנם ראיתי בס' מ"ה שכ' דכיון שגם לשיטת הרמב"ם צריך לישבע ע"י גלגול גם ע"מ שבידו, דכיון דנשבע על השאר מגלגלין עליו לישבע גם ע"מ שתפוס בידו, וא"כ תו לא יהא הולך ותוקף, אכן זה אין תרוץ כלל, דהא היכי דליכא שאר לא נשבע ע"מ שתפוס לחוד כיון דאין כאן עיקר שבועה, וקושית התוס' דאפי' בדתפסי בכולו ואין שאר כלל, נמי הו"ל לישבע לטעם שלא יהא תוקף, ואכן העיקר נ"ל דרש"י ורמב"ם סוברים דכיון דמה דתפיס הוא כמאן דפסיק ואפי' לענין קנין חליפין מהני, הוי כאילו כבר נחלקו, ולא שייך ליתן שבועה ע"ז, דבשלמא בדתפיסי בכרכשתא אע"ג דהדבר עומד בחזקת שניהם, מ"מ כיון שאינם מוחזקים ממש, משבעינן להו מחמת החשש דשמא יתקוף, אבל אם תופסים בידם ממש כיון דהוי כמו שכבר חלקו, לא ראו חכמים להשביעם מחשש הזה, ודו"ק:

ואף אם אמנם יישבנו שיטת רש"י מכל הקושיות אשר הקשו על שיטתו, מ"מ אכתי מאי הכריח אותו לפרש כן, הא מכל המקומות שהבאתי משמע יותר כשיטת התוס'. וצ"ל דסוגיית הש"ס דהכא גרם להם, דפריך אלא מתני' דקתני יחלוקו היכי משכחת, ונהי דזה לא קשיא, דנוקי דכל אחד תופס החצי, דא"כ לאו מדין חלוקה הוא, והכי הול"ל במתני', זה נוטל עד מקום שידו מגעת, וכמו שדחה הש"ך בסי' קל"ח הוכחת הת"ח כיו"ב, אבל אכתי לוקמי דמיירי בתפסי כ"א בידו במקצת הבגד בשוה, אלא ודאי משום דבאופן זה לא הוי משתבע אכל החציה, דע"מ שתפוס א"צ לישבע, ואע"ג דע"י

גלגול משתבע נמי אמאי דתפיס, מ"מ לשון המשנה, זה נשבע שאין לו בה פחות מחציה, דמשמע שבחדא שבועה נשבע על כל החצי, ואם הי' זה ע"י גלגול, היה צריך לישבע מקודם רק על השאר, ולגלגל אח"כ ע"מ שתופס, ומזה הוכיחו שבע"כ ע"מ שתופס אין נשבע, ודו"ק:

בגמ' אמר רב משרשיא ש"מ האי סודרא כיון דתפיס ג' על ג' קנה כו' ומ"ש מדאמר רב חסדא גט בידה ומשיחה בידו אם יכול לנתקה אינה מגורשת. וקשה דילמא ההיא דרב משרשיא איירי נמי דוקא בכה"ג דהמקנה יכול לנתקה אצלו, והתם דוקא הוא דאמרי' דכמאן דפסיק דמי כיון דיכול לנתקו אצלו, והנה בב"ח חו"מ (סי' קצ"ה) הוכיח מכח קושי' זאת, שיטת הרמב"ם (פ"ה ממכירה) דסובר דאם יכול לנתקו אצלו אפי' אם אוחז פחות מג' אצבעות נמי מהני, וכיון דרב משרשיא נקיט בדתפיס ג' על ג', מכלל דמיירי באינו יכול לנתקו אצלו. ותמוה מאוד דברי הב"ח, דנהי דזה הוכחת, דהש"ס מיירי באופן דהמקנה לא היה יכול לנתק, אכן אכתי קשיא, מאי פריך מדרב חסדא, דילמא דרב משרשיא מיירי באופן שהקונה לא יכול לתפוס, דאז ג"כ ודאי שמועיל, ובע"כ לומר כמ"ש הפרישה בסי' קצ"ה, דכיון שעיקר הגלימא נשארת ביד הקונה, וביד המקנה לא הוי כ"א ג' על ג' אצבעות, ודאי מסתמא שהקונה יכול לנתקו מיד המקנה, וכיון שכן אין ראיה כלל לדין דהרמב"ם, דאפי' בלא דין דרמב"ם א"א לומר דמיירי שיכול לתופסה, דודאי אין סברא שהמקנה ע"י תפיסתו בג' אצבעות יוכל לנתק כל הגלימא מיד הקונה האוחז בכולה, ומסתמא א"א לאוקמי בהכי וכסברת הפרישה. ואמנם אעפ"י שאין ראית הב"ח ראיה, מ"מ דינו של הרמב"ם נכון מפשטות הסוגיא, דכמו בגט כיוצא בזה אינה מגורשת, דאזלינן בכל שהוא יכול לנתקו, הוא הדין גבי קנין דאזלינן בתר התופס שהוא יכול לנתקו, ואפי' אין בה ג' על ג' קונה בו וכמ"ש המ"מ והפרישה:

ומדי דברי ברמב"ם הזה, אבוא ליישב הסתירות שנפלו עליו הן הל"מ שם הקשה עליו, דכמו דלענין קנין אע"ג דאין אוחז ג' אצבעות כיון דיכול לנתקו מהני, א"כ גבי גט נימא נמי דאם הגט ביד הבעל ומשיחה ביד האשה והיא יכולה לנתק ולהביאו אצלה שתהא מגורשת, ע"ש מה שדחק בזה. ובמחכ"ת לא קרב זה אל זה, הן הוא הבין דע"י סברא דיכול לנתקו חשבינן כאילו הדבר בא לידו, ולהכי הקשה שפיר, דא"כ גבי גט נימא דכיון דיכולה לנתקו הוי כמו שבא הגט לידה, אבל באמת אין הדבר כן, דע"י יכול לנתקו, נוכל לבטל רק יד התופס, ולומר דכיון שיכולים לנתק מידו, הוי כמו שאינו תופס בזה, אבל לומר שכאילו בא לידו המנתק, בזה אין מועיל סברא דיכול לנתקו, ומעתה מיושב שפיר דגבי קנין לא בעינן דוקא שהסודר יבוא לרשות המקנה או לידו, ולא בעינן כ"א שיעשה

מעשה הקנין בסודר עד שיקנה אותו, דאז אמרי' דכיון שקונה מקנה, וכיון שאוחז בסודר קצת וגם יכול לנתק השאר, הרי קנין הגבהה יש כאן וכמו שנכתוב הלאה, ומעשה הקנין כבר נגמר, וכמ"ש בחו"מ (סי' רע"א) דאם יכול לנתק מועיל כמו שהגביה כולו, ואלא משום דכל זמן שהסודר הוא ביד הקונה, אין מועיל מעשה הקנין של זה, דאין יכול לקנות מה שביד חבירו, ולהכי נצרך לנו לבטל תפיסת יד הקונה, ובזה אמרי' שפיר כיון דיכול להביאו אצלו ולנתקו מיד התופס, הוי כאילו אין מונח בידו של תופס, אלא כמונח במקום הראוי לקנין ומהני מעשה הקנין של המנתק, אבל גבי גט דבעינן דוקא שהגט יגיע לידה או לרשותה, וע"ז לא יוכל להועיל סברא דיכול לנתקה לחשוב כאילו כבר ברשותה. ועוי"ל דאפי' גבי גט נמי אם היתה תופסת מקצת הגט בידה, והבעל תופס מקצת והיתה יכולה לנתק, הוי מהני נמי, דאטו בעינן שתאחז כל הגט בידה, דאם אוחזתו במקצת נמי מיקרי בידה ורק בעינן שביד הבעל לא יהיה ולענין זה מהני מה שיכולה לנתקו, לבטל תפיסת הבעל, אבל הכא שאינה אוחזת בגט כלל, ורק במשיחה אוחזת וזה לא אמרי' דכיון שתוכל להביאו יהי' נחשב כבידה וכמ"ש דלענין זה לא יועיל סברא דיכול לנתק, וז"ב:

אלא דאכתי יקשה קושית הש"ך בחו"מ (סי' קצ"ה) למה הוי קנין ע"י סברא הזאת, הא לקמן (דף ט') אמרי' בטלית שחציה ע"ג העמוד והגביה חציה שע"ג קרקע לא קנה אפי' יבול לנתק, וכ"פ הרמב"ם ובחו"מ (סי' רס"ט). אכן עפ"י האמור ג"ז יתיישב, דזה ודאי דהביא דיכול לנתק אין מועיל כ"א לבטל תפיסת התופס לומר דהוי כמו שאינו תופסה, ולכן אם מעשה הקנין נעשתה בשלימות, ולא יחסר לנו כ"א מה שהדבר הוא ביד התופס, ואין המקום ראוי לקנין, בזה שפיר אמרי' דכיון דיכול לנתק ממנו, הוי כמי שאינו תופסו כלל, ויועיל מעשה הקנין של המנתק, אבל היכי שמעשה הקנין לא נגמרה עד שינתק, מה יוכל להועיל בזה סברא זאת, דנהי דכשינתקה יוגמר הקנין, מ"מ אכתי לא נגמר המעשה ובמה יקנה, ומעתה ניחזי אנן, דבחציה שע"ג העמוד ובא זה והגביה חציה שעל גב הקרקע, דהקנין שיכול להיות בכאן, הוא רק הגבהה, ובעינן שיגביה כל הטלית, ונהי דזה לא בעינן שיגביה גם החלק שעל העמוד מלמעלה ג' טפחים, ובנדנוד כל שהוא נמי סגי, דטעם הגבהת ג' טפחים הוא כדי שיוצא מתורת לבוד, וכיון שמונח על עמוד גבוה מן הארץ, סגי נמי בהגבהה כל שהוא וכסברת התוס' כתובות (דף ל' ע"א), אכן עכ"פ הגבהה כל שהוא בעינן נמי לחלק שע"ג העמוד, וכיון דמחמת אורך וגודל הטלית לא הוגבהה החלק שלמעלה כלל, וא"כ נחסר כאן מעשה הקנין, ואע"ג דאם ינתקה מעל העמוד יוגמר מעשה הקנין, מ"מ כיון דעתה אין עוד פה שום קנין,

לא שייך סברא הזאת להועיל למחשבי' כקנין, אבל הכא גבי סודר, דכיון דמיירי שיכול לנתק אצלו, א"כ מסתמא הסודר קטן ולא נשאר ביד התופס כ"א מעט ממנו, דאם היה סודר ארוך, אין סברא שיוכל זה לנתק אצלו ע"י אחיזתו המועטה, וכ"ש הוא מסברת הפרישה דלעיל, ובדבר קטן ודאי דע"י שאוחז בקצה הראשון יתנדנד גם קצה השני ויוגבה קצת, אחרי שהדבר קטן הוא, והתופס נמי לא יעכב, דהא מיירי שאין תופסה בחזקה כיון שיוכל לנתק ממנו, ואם היה תופס בחזקה לא הי' יכול לנתק, וכ"כ הנה"מ סי' קצ"ה דבדבר קטן מסתמא הוגבה גם קצה השני, וא"כ הרי מעשה הקנין כבר נגמר בשלימות. ועוד יש לחלק ביניהם באופן אחר והוא העיקר, דבאמת היכי שהדבר הוא ביד הקונה א"צ להגבהה כלל, דקונה מטעם יד דהוי כמו ברשותו, אלא דבזה תלוי, אם הדבר הנקנה קטן הוא שיכול לאוחזה ברחבה בשלימות, שלא יהא נשאר מרוחב הטלית חוץ ליד, אע"ג דלמעלה ולמטה בולט קצת שאין נכנס לידו, קונה נמי מטעם חצר, ואפי' המעט שבולט למעלה, ומשום דהוי כאויר חצירו וכמ"ש הנה"מ בסי' קצ"ח, משא"כ אם הדבר רחב הוא הרבה ואין נכנס לתוך היד, בזה אתה צריך לבוא לקנין הגבהה דקנין יד ליכא הכא, כיון שאין נכנס לתוך היד. ולפי"ז גבי טלית דדבר גדול ורחב הוא, וא"א לקנותו מטעם יד, ובע"כ אתה צריך לבוא לקנין הגבהה, וכיון שהחלק שע"ג העמוד לא הוגבהה, אין כאן שום קנין, אבל גבי קנין סודר, דבע"כ מיירי בסודר קטן וכמ"ש, כיון שהאוחז בשפתו יוכל לתופסו מיד התופס, ודבר קטן כזה ודאי דנכנס כולו לתוך ידו, ואע"ג שבולט מלמעלה או למטה, אותו הקצה שאוחז התופס, מ"מ בזה קונה נמי מטעם אויר חצירו, וכיון שהקנין הוא מטעם חצר לא בעינן כלל להגבהה בקצה השני, וא"כ מעשה הקנין נגמר בשלימות, אלא דמה מעכב אותנו משום דהדבר הוא ביד התופס ואינו ראוי כלל לקנין, אבל אם היה עושה מעשה כזה במקום הראוי לקנין היה מועיל, דבמעשה הקנין אין שום חסרון, וכיון שאין לנו בזה כ"א לבטל מעשה התופס, שפיר אמרי' דכיון שיכול לנתקו מיד התופס, הוי כמו שאינו תופסה כלל ושפיר מהני, וז"ב בעזה"י. ומכאן יהי' ראי' דהרמב"ם יפרש דקנין יד הוי מטעם רשות ולא כמ"ש רש"י (כתובות דף ל"א) דיד גופא הוי מטעם הגבהה ועמ"ש לקמן (דף י"א) מזה:

ויתיישב לנו מה שטען הרשב"א והרנב"ר על הרמב"ם, הובאו דבריהם בנמוק"י במכילתין ובב"י חו"מ (סי' קצ"ה) דאיך יליף זה מגט, הא הכא נתינת כלי בעינן וליכא ע"ש. ולמ"ש א"ש, דאטו גבי קנין בעינן שיתן כל הכלי לידו, הא לא בעינן כ"א שיעשה בה קנין המועיל, וכיון שאוחזה בידו קצת וגם יכול לנתק קצה השני, הרי נעשה בזה

קנין מועיל, ואיכא כאן נתינה חשובה אחרי שבאמת קנה כל הכלי עי"ז. ועמ"ש לקמן (דף ט') בארוכה בבאור רמב"ם הלז:

והנה לקושיית הלח"מ דלעיל, אפי' אם נימא כהבנתו, דסברא דיכול לנתק מיחשב כאילו הדבר בא ליד המנתק נמי לא קשה מגט, דבשלמא גבי קנין דלא בעינן כ"א שהדבר יגיע ליד המקנה ברצון הקונה, אבל זה לא בעינן שיתן לו דוקא בידו, ובזה שפיר אמרי' דכיון שיכול לנתק אצלו, אע"ג דהנתוק הזה יעשה המנתק ולא הנותן, מ"מ מה איכפת לן זה כיון דס"ס דבר הנקנה בידו הוא. אבל גבי גט דבעינן שהבעל יעשה הנתינה בידו ממש, וא"כ איך נוכל לומר דכיון שהאשה יכולה לנתקו תהא מגורשת הא בעינן שהבעל יעשה הנתינה, ובכה"ג שהנתינה לא נגמרה כ"א עי"ז שהאשה תנתק הגט אצלו, הרי עשתה האשה הנתינה ולא הבעל, וק"ל:

בגמ' וגבי לי' מלוה כולה ולית לי' מתני' שנים אוחזין וכו' ובפנ"י מקשה דמאי קושיא, דילמא הא דגבי לי' מלוה כולי' היינו משום דלא חיישינן לטענת הלוה שאומר שממנו נפל, דשמא סובר האי תנא דלא חיישינן לפרעון כדר' יוסי לקמן דאומר הרי הוא בחזקתו משום דלא חיישינן לפרעון, דמאן דפרע מיזהר זהיר לקרוע השטר ע"ש. ויש ליישב, דאפי' מאן דסובר לא חיישי' לפרעון, היינו בנפל ליד דיין שאין אחר מהם מוחזק אבל הכא דמ"מ מצד חזקתו נאמין ללוה, דלא גרע משארי מוצאים, שבלא חזקתם לא היינו מאמינים להם על טענתם. ורק ע"י חזקתם נאמין טענתם, ובאמת רבי ס"ל דלא חיישי' לפרעון, דאם היינו חוששים לפרעון ומאמינים ללוה, היה פטור לגמרי, דכן הוא הדין למאן דחייש לפרעון, אלא ודאי שעל טענת פרעון אין אנו מאמינים לו וכמ"ש רש"י להדיא, דבשטר מקוים לא מהימן לומר פרעתי, ובאמירתו אין נאמן, אלא ע"י חזקה זה שאדוק בו, והרי הוא כשאר מציאה ופליג. ועיין ברש"י ד"ה כו"ע ותמצא כדבריי, ובלא"ה לפי גרסת ש"ס שלנו דלא גריס גבי לוה וממני נפל, א"כ יש לומר דהלוה טוען באמת שתיכף כשפרעו תקף ממנו המלוה ולא הספיק לקורעו ובזה מהימן, דע"כ לא אמרי' דלפרעון לא חיישינן, היינו משום דלא משהי שטר פרוע גבי' עד שיפול ממנו, וא"כ לא שייך זה כ"א במצאו אדם אחר ואין הלוה אדוק בו, ובע"כ ששהה איזה זמן עד שאבדו ולהכי לא חיישי', אבל הכא שהלוה אדוק בו וטוען שלא הספיק לו השעה לקורעו, מהימן על טענת הפרעון, ואפי' לפרש"י כאן שטענת הלוה הוא דממנו נפל, י"ל נמי דמהימן במיגו דבעי אמר תקפת ממני ולא הספיק לי השעה לקורעו, אלא דבאמת יש להבין לאיזה צורך הוצרך רש"י לפרש דטענתו היה שממנו נפל, ואפשר דלרבותא פי' הכי, שאע"ג דטוען דנפל מאתו, ולבד דטענת פרעון בזה הוא טענה גרוע, משום דלא

משהה כל כך, ועוד דכיון דנפל איתרע, אפ"ה מהימן, כיון דאית לי' מיגו וכנ"ל, או אפשר שעל טענה הזאת היה מהימן הלוה באמירתו כיון שהוא מוחזק במעותיו, והכא לא שייכי הטעמים דנפל איתרע, או הטעם דפרעון דלא משהה כל כך, להכי הוכרח רש"י לפרש דמיירי בטוען שנפל ממנו, שעל טענה הזאת לא מהימן באמירתו ורק מטעם שאדוק בה, ולהכי אינו נוטל כ"א פלגא, ודו"ק:

דף ז:

בגמ' מצא שטר כתובה בזמן שהבעל מודה יחזיר לאשה אין הבעל מודה לא יחזיר כו'. והנה הרמב"ם (בפי"ח מגזילה) כתב וז"ל מצא שטר כתובה אע"ג ששניהם מודים לא יחזיר לאשה דחיישי' שמא נפרעה או נמחלה והרי הוא רוצה לעשות קנוניא על הלקוחות ע"כ, ועמדו המפרשים דהא זהו נגד הש"ס דכאן דקאמר דבזמן שהבעל מודה יחזיר לאשה, והנה בעיקר פסק הרמב"ם בזה, העלה הש"ך בחו"מ (סי' ס"ה) דפוסק כרבנן אליבא דאוקימתא דרב פפא ע"ש, אכן זה קשה ביותר לדבריו, דאי כרבנן פוסק א"כ אמאי קאמר דאעפ"י ששניהם מודים לא יחזיר, הא אינהו להדיא אמרי דבזמן שהבעל מודה יחזיר לאשה, ובפשוטו היה נראה, דבאמת קשה מאי מהני דהבעל מודה, מ"מ ניחוש לקנוניא. והתוס' כתבו דלא חיישינן לקנוניא. וכבר צווחו כולם ע"ז, הא לקמן בכל הסוגיא דמצא שט"ח קיי"ל דחיישינן לקנוניא. ואכן בשמ"ק תי' בשם הרשב"א, דהאי תנא דברייתא יחידאה הוא דס"ל דלא חישינן לקנוניא, וכמ"ש התוס' לקמן דאיכא מ"ד דס"ל דל"ח לקנוניא, וא"כ הרמב"ם דפוסק אליבא דהלכתא דקיי"ל חיישינן לקנוניא, להכי כתב דאפי' כששניהם מודים נמי לא יחזיר, אכן יען שגם הרשב"א עצמו הרגיש בדוחק הזה לאוקמי דינא דברייתא דלא כהלכתא, לכן נ"ל תי' מרווח ביותר, דהכא באמת לכו"ע לא חיישי' לקניניא, דהנה אע"ג דבבא בתרייתא דאין הבעל מודה מיירי לרבנן בכל אופן, ואפי' בעודה תחת בעלה נמי לא יחזיר, דרק ר' יוסי הוא דפליג עלייהו ומחלק דבעודה תחת בעלה יחזיר לאשה, אבל רבנן ס"ל דאפי' בעודה תחת בעלה נמי לא יחזיר, מ"מ בבא קמייתא דבזמן שהבעל מודה דיחזיר לאשה, נ"ל ברור דהיינו דוקא בעודה תחת בעלה, אבל בנתאלמנה ונתגרשה ס"ל לרבנן נמי דאפי' בזמן שהבעל מודה נמי לא יחזיר, ומשום דחיישי' באמת לפרעון ולקנוניא, רק בעודה תחת בעלה הוא דמחזיר בזמן שהבעל מודה, משום דהכא לא חשש פרעון, וגם לא חשש קנוניא שייך, דחשש פרעון לא שייך כיון דעודה תחת בעלה ולא הגיע זמן הפרעון עוד, דבאמת סובר ר' יוסי, דאפי' כשיטעון הבעל דפרע נמי לא מהימן מהאי טעמא, ונהי דרבנן פליגי וסברי

דכשאין הבעל מודה לא יחזיר וחיישי' לפרעון, אכן די כשיפלוגו עמו כשטוען הבעל דפרע, ולא לעשות מחלוקת רחוקה ביניהם ולומר דרבנן ס"ל דאפי' כשהבעל מודה שלא פרע, שנחוש מעצמינו שמא פרע, ע"ז ודאי לא חיישינן, ולאפושי פלוגתא למה לן, ועוד דאפי' אם היינו חוששים לפרעון, חשש הקנוניא הוא נמי רחוק כאן, משארי מקומות דחיישי' לזה, דכיון שהיא עודה תחת בעלה, ולעת עתה לא הגיע עוד זמן פרעון א"כ אפי' כשיוחזר לה השטר כתובה נמי לא תגבה על ידו מן הלקוחות, אלא דצריך אתה למיחש אולי יגרשנה אח"כ, וזה עצמו יהיה הקנוניא דיגרשנה ואח"כ יחזירנה, דבלא זה לא שייך כלל למיחש אולי יתרצה לגרש אשתו בשביל הקנוניא, וא"כ נהי דקיי"ל דלפרעון ולקנוניא חיישי', אבל לפרעון ולקנוניא ולגירושין, לכו"ע לא חיישי', דלחששות רחוקות הרבה כאלו לכו"ע לא חיישינן, ולהכי דוקא בעודה תחת בעלה ס"ל לרבנן דלא חיישי' לקנוניא, אבל באין עודה תחת בעלה גם רבנן מודו, דאפי' כשהבעל מודה לא יחזיר, משום דבאמת חיישי' לפרעון ולקנוניא. ויש לי להביא ראיה ברורה לדברי, דבבא קמייתא מיירי דוקא בעודה תחת בעלה, דהא לעיל בברייתא, בשטר שנפל ליד דיין ס"ל לרבנן הללו גופא, דלא יוציאו עולמית, ולא מחלקי בין הבעל מודה לאינו מודה כמו שמחלקים גבי כתובה, אלא ודאי כמ"ש, דדוקא בכתובה הוא דמחלקי בזה משום דכשעודה תחת בעלה, לא חשש פרעון, ולא חשש קנוניא איכא וכמ"ש, אבל בשטר דעלמא דליכא טעמים הללו, אפי' כשהבעל מודה נמי לא יחזיר למלוה דחיישי' לפרעון ולקנוניא, ומה מאוד מיושב בזה קושית השמ"ק שהק' דלקמן כשפריך הש"ס, א"ה קשיא דרבנן אדרבנן, מאי פריך בלשון אי הכי, הא זאת הקושיא אינה נמשכת דוקא מכח המתרץ שאמר איפוך, ובלא"ה קשה נמי מדרבנן אדרבנן, שלמעלה אמרו נפל ליד דיין לא יוציאו עולמית בין הבעל מודה, בין אינו מודה, וכאן אמרי דבזמן שהבעל מודה לא יחזיר, ולמ"ש מיושב הכל. ועכ"פ הוכחנו בראיה ברורה, שהדין דהבעל מודה יחזיר היינו דוקא בעודה תחת בעלה, ולהכי שפיר כתבו התוס' בפשיטות דלא חיישינן לקנוניא. ואין זה סותר כלל למה דקיי"ל לקמן דחיישי' לקנוניא, והיינו משום דבעודה תחת בעלה, דאיכא הרבה חששות, כו"ע מודה דלא חיישינן וכנ"ל, אבל בנתאלמנה או נתגרשה, גם רבנן מודים, דאפי' כששניהם מודים לא יחזיר משום דחיישי' לפרעון, ומעתה א"ש מה שפסק הרמב"ם, דאפי' כששניהם מודים נמי לא יחזיר, היינו דדינו קאי דוקא באינה תחת בעלה וכמו שנוכיח בסמוך, ולכן פוסק שפיר דאפי' כששניהם מודים לא יחזיר, ודו"ק כי נכון הוא:

אלא דאכתי קשיא, נהי דדינו של הרמב"ם באין עודה תחת בעלה, מכוון להלכה, מ"מ למה לא הזכיר הדין הראשון המוזכר בברייתא, דבעודה תחת בעלה והבעל מודה דיחזיר לאשה, כמו שמוזכר בברייתא, דבזמן שהבעל מודה יחזיר, ואם כי בפשוטו אפשר ג"ז ליישב, משום דגם בזמן שבעל מודה לא פשיטא מילתא דיחזיר אפי' בעודה תחת בעלה, דרק משום קנוניא לא חיישינן, אכן הא אכתי יש חשש אחר, דניחוש שמא כתב בניסן ולא נתן עד תשרי, וכמו שהק' בתוס' כאן. ולאביי ניחא משום דעדיו בחתומיו זכין לו, אבל לרב אסי, לא בכל אופן מחזיר, אלא דוקא בשטר הקנאה, והרמב"ם בפרק הזה לא הזכיר כ"א פרטי חשש קנוניא ופרעון, חיישינן או לא חיישינן, ושארי חששות לא זכר כאן. ודוחק קצת, ולכן נ"ל יישוב כל דברי הרמב"ם באופן אחר לגמרי, דלפמ"ש דהדין דבזמן שהבעל מודה, מיירי דוקא בעודה תחת בעלה, לא משכחת בזה כלל שום קנוניא, ולא שייך בזה למיחש לקנוניא, דאפי' אם יהיה אמת כהחשש שאנו חוששים, לא יהיה בזה שום קנוניא, דהא הא דאמרו רבנן דאפי' עודה תחת בעלה לא יחזיר, אם אין הבעל מודה, לא משום דחיישי לפרעון, דהא ר' יוסי מקשה על טעם זה ואומר דלודו לי' כיון דלאו בת פרעון הוא, אלא טעמם משום דחיישי לצררי, וזה ודאי דצררי שהתפיס לה אינם פרעון ממש, אלא משכון הוא נותן לה ליחוד כתובתה, וא"כ אפי' אם תטרוף מן הלקוחות, נמי בדין טרפה, דבשלמא היכי דחיישינן לפרעון, וכיון שהשטר נפרע הרי נמחל שעבודו, אבל הכא אי מהדרת לבעל הצררי שהתפיסה, בדין טורפת, וגדולה מזה הקשה הריטב"א על רש"י, דאפי' כשאין הבעל מודה נמי היה צריך להחזיר לה השטר, כיון שאינו אומר שפרעה, אלא שהתפיסה צררי, ואטו מי שלוה בשטר והניח משכון מי לא מהדרינן לי' שטרא אי ידעינן דמיני' נפיל, ואפי' למי שיתעקש בסברא זאת, ויאמר כיון דהתפיסה הצררי ליחוד פרעון הוי כמו שפרעה, אכן באמת הקשו בלא"ה על פרש"י, וכל הראשונים פרשו, דלא התפיסה הצררי תיכף כשנשאה, אלא דעתה כשנאבדה הכתובה, ומשום דאסור להשהותה שעה אחת בלא כתובה, התפיס לה צררי, דעי"ז שרי להשהותה לשעה וכמ"ש בשמ"ק, ולפירוש זה, דהצררי לא הותפסו כלל לפרעון, וודאי דאם טרפה ממשעבדי בדין טורפת, וא"כ לא משכחת כלל חשש דקנוניא, אלא דלפי"ז קשה מה הוצרך הש"ס לאשמועי' דבזמן שהבעל מודה יחזיר, הא עיקר החדוש דמשמיענו בזה דלא חיישי' לקנוניא וכמ"ש במהר"ם לובלין, ולמ"ש דאין כאן חשש קנוניא, מה אשמועי' בזה, דלמאי ניחוש וצ"ל דמה דקאמרי רבנן אח"כ הטעם משום צררי, לא אמרי' שגם מתחלה נתכוונו לזה הטעם, ורק ר' יוסי לא הבין טעמם וסבור היה דטעמם הוא מחמת פרעון. אלא באמת מתחלה סברו נמי רבנן דהטעם הוא משום

דחיישי' לפרעון, ורק אח"כ כשהקשה להם ר' יוסי, דהא לאו בת פרעון היא, אמרו טעם דצררי. ולפי"ז יתיישב, דמתחלה כשאמרו הדין, והטעם שלהם היה אז מחשש פרעון, א"כ יש מקום לצייר בזה קנוניא, דשמא פרעו ויטרוף שלא כדין, אלא דאפ"ה לא חיישי בזה לחשש רחוק כזה, כיון דהוא תוך זמנו וכמ"ש לעיל, שפיר הוצרכו עכ"פ לאשמועי' זה החדוש, דבזמן שהבעל מודה יחזיר, דאע"ג דמשכחת בזה חשש קנוניא, מ"מ כיון דחשש רחוק הוא לא חיישינן. אבל לבסוף דחזרו מטעם דפרעון וס"ל טעם דצררי, לא הוצרך כלל לאשמועי' דין זה, דבזמן שהבעל מודה יחזיר כיון דלא יצויר בזה חשש דקנוניא כלל, ומעתה א"ש פסק הרמב"ם, דמה שפסק דאפי' כששניהם מודים לא יחזיר, מיירי באין עודה תחת בעלה, ובכה"ג גם לרבנן חיישינן לקנוניא. ומה דלא זכר בפירוש דהיינו באין עודה תחת בעלה, סמך עצמו על דיוק הלשון שדייק לכתוב, דחוששין שמא נפרעה הכתובה, וחשש דפרעון אינה כ"א בנתגרשה, דבעודה תחת בעלה אפי' לרבנן לא חיישי' לפרעון אלא לצררי, ומה דלא הזכיר הרמב"ם רישא דברייתא, דבזמן שהבעל מודה יחזיר, היינו משום דאליבא דאמת דטעם דרבנן משום צררי, לא יצויר כלל חשש דקנוניא, ולא שייך לאשמועינן דלא חיישי' לקנוניא, כיון דאין כאן קנוניא כלל, ודו"ק כי הדברים עמוקים כפתור ופרח בעזה"י:

ברש"י ד"ה לעולם איפוך קמייתא, ואין הבעל מודה דקתני לאו באומר פרעתי אלא באומר אל תחזרו לה שיש בידה אחרת. וקשה דא"כ לא הוי מחלוקת רבנן ור' יוסי בחדא גוונא, דלרבנן הוי טענת הבעל ששתי כתובות יש לה, ולר' יוסי הוי טענתו פרעתי, ומצאתי קושיא זאת בשמ"ק ע"ש, ואכן אלולי דברי רש"י היינו יכולים לפרש כפירוש הש"ך בחו"מ (סי' ס"ה סקל"ב) דמיירי הכא בטוען פרעתי, ואע"ג דבשטר ס"ל לרבנן דלא מהימן לומר פרעתי, הכא גבי כתובה, דיכול לטעון שתי כתובות, א"כ אפי' בטוען פרעתי מהימן במיגו דבעי אמר שתי כתובות, ונ"ל דלהכי מיאן רש"י לפרש כן. משום דס"ל שאין זה מיגו כלל, דהשתא שטוען פרעתי, הרי לא מחייב עצמו כלום, דלדבריו כבר פרע, משא"כ כשטוען שני כתובות, הרי מחייב עצמו עכ"פ באחת, ונהי דלידי גובייגא לא יבוא עד שתחזיר הכתובה השניה, ואחרי שהוא יודע שבאמת אין לה, א"כ מעולם לא תבוא לידי גובייגא, מ"מ נ"מ גדולה יש. דכשטוען פרעתי, יוכל למכור נכסים המיוחדים לכתובה, משא"כ כשטוען שני כתובות שגם לדבריו חייב לה לשלם, לא יוכל למכור נכסים המיוחדים לכתובה, וכמ"ש באה"ע (סי' פ"ה) ובמסכת (ב"ב מ"ט), וא"כ אין זה מיגו דניחא לו יותר לטעון פרעתי, ולהכי א"א לפרש דמיירי בטוען פרעתי, ובע"כ דטוען שני כתובות, ואע"ג דשיטת הר"י בתוס' דב"ב שם, שגם באותן ג' שדות

המיוחדים לכתובה נמי מקחו קיים עד שעת טריפה, מ"מ הא ידוע שיטת רש"י דמקחו בטל לאלתר, וזולת זה יש הרבה נ"מ, בין חייב לה באמת הכתובה או כבר פרע לה, ולא הוי מיגו, ודו"ק:

ברש"י ד"ה מחלוקת, האי יחלוקו דקאמר רשב"ג. הן אמת דבמה שלא רצה לפרש, דמחלוקת דקאמר, היינו פלוגתא דרבי ורשב"ג, כבר הסכים התוס' שהדין עמו בזה ע"ש, אכן אכתי אינו מדוקדק, דהא בשטר מקוים גם לרבי יחלוקו, ואפי' באינו מקוים, אם אך יכול לקיימו ס"ל נמי לרבי דיחלוקו, וא"כ דינא דר' אלעזר דמחלק בין שניהם אדוקים בטופס או בתורף, לבין אחד אדוק בטופס ואחד בתורף, מצי קאי גם אליבא דרבי, וא"כ הכי הו"ל לרש"י לפרש, דהאי יחלוקו דקאמרי' בשטר, לכל אחד כדאית ליה, דוקא בשניהם אדוקים בטופס או בתורף, ונ"ל דעל רש"י ודאי דלק"מ וצדקו מאוד דבריו. משום דמן הש"ס מוכח להדיא, דהש"ס יפרש מילתא דר' אלעזר דוקא לרשב"ג, דלהלן בסוף הסוגיא מסיק, דלר' אלעזר שיימינן הכי, שטרא דאית ביה זמן כמה שוה ודלית ביה זמן כמה שוה יהיב ליה היאך דביני ביני ויחלוקו, ומלשון זה משמע, דזה שאדוק בתורף, נוטל חלק יותר גדול מזה האדוק בטופס, מחמת המעלה דבתורף אית בי' זמן, ואילו לרבי, הא מעלה, ודאי שאין לתורף על הטופס, דהא רש"י מקשה דהא בטופס נמי איכא מעלה, חתימת העדים, שהוא תחת הטופס, ומשני דאין זה מעלה, דרשב"ג ס"ל מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו, וא"כ לרבי דס"ל צריך לקיימו, יש נמי בטופס מעלה, והיינו חתימת העדים, וא"כ הוי שניהם שוים. ולא עוד אלא דלרבי היה צריך להיות, דהאדוק בתורף לא שקיל מידי, דעם הטופס יכול עכ"פ לטרוף מבנ"ח, אבל עם התורף לחוד לא מצי לטרוף אפי' מבני חורי, דבלא קיום לא שקיל מידי לרבי, וא"כ מדקאמר הש"ס דהאדוק בתורף נוטל עוד יותר מזה שאדוק בטופס, מכלל דהש"ס יפרש מילתא דר' אלעזר רק אליבא דרשב"ג, ולא אליבא דרבי, דלדידי' האדוק בטופס יש לו מעלה יותר, ועכ"פ שניהם שקולים הם ודאי, ולהכי דקדק רש"י לפרש נמי מילתא דר' אלעזר לרשב"ג דוקא:

והנה הרי"ף והרמב"ם השמיטו הך דינא דר' אלעזר, ולא חלקו כלל בין אדוק בטופס לאדוק בתורף, וסתמו דבריהם דבכל גווני יחלוקו. ורבים תמהו עליהם, דזהו נגד הש"ס דהכא, ועיין במ"מ פי"ד מהל' מלוה, ובב"י חו"מ סי' ס"ה ובש"ך שם, ולמ"ש מיושבים דבריהם, דהא מן הש"ס מוכח להדיא דדינא דר' אלעזר קאי דוקא לרשב"ג ולא לרבי, ומדפסקו הרי"ף ורמב"ם כרבי דמודה בשטר שכתבו צריך לקיימו, להכי השמיטו החלוק דר' אלעזר, וכמעט שהי' נ"ל ברור שזהו כוונת הרי"ף ורמב"ם, יען כי זה ברור

דהש"ס יפרש כן מילתא דר' אלעזר, אלא דעל הש"ס עצמו תמיה טובא, דלמה באמת לא פרשו נמי לרבי, דהא רבי ורשב"ג לא פליגי כ"א בצריך לקיימו, אבל בדין דזה נוטל עד מקום שידו מגעת, גם רבי ס"ל קא ומ"ש בסי' מ"ה דלרבי דס"ל מודה בשטר שכתבו, ולעומת המעלה דבתורף, יש מעלה גם לטופס, והוא חתימת העדים, ולהכי לרבי בכל אופן יחלוקו, ולא שייך כלל הדין דזה נוטל עד מקום שידו מגעת, כיון שאין עדיפות לתורף מטופס, כמה מגומגמים דבריו, דאטו נוכל להשוות מעלתם, ששני המעלות שוים זה כזה ממש עד שאין צריך שומא, ועוד דלפמ"ש לעיל היה צריך להיות בהיפך אליבא דרבי, דהאדוק בתורף לא ישקול מידי, כיון דס"ל צריך לקיימו, א"כ התורף בלי טופס לא שוי מידי, ואם המלוה אדוק בטופס, היה צריך לשקול כל שווי השטר, ששוה לגבות מבני חורי לפחות, ואם הלוה אדוק בטופס היה ראוי להיות פטור לגמרי, וכמ"ש בשמ"ק דלרבי הי' ראוי להיות הדין כן, וא"כ יוחזר הקושיא על הש"ס, למה לא פרשו הדין דר' אלעזר גם אליבא דרבי, הן אמנם דמש"ס דהכא אכתי אין להביא ראיה, דרבי לא ס"ל דינא דר' אלעזר, דמצינן לומר דמשום דרשב"ג קאמר בהדיא לשון יחלוקו, להכי פירש ר' אלעזר, דהאי יחלוקו דקאמר הוא דוקא כששניהם אדוקים, ולא הזכיר לרבי, משום דרבי לא הזכיר בפירוש לשון יחלוקו, אבל לענין הדין אה"נ שגם לרבי במקום דס"ל יחלוקו בשטר, הוי נמי הדין חלוק, ואם אחד אדוק בטופס ואחד בתורף, לא ס"ל דיחלוקו, אבל בירושלמי דסוגיין איתא להדיא דדינא דר' אלעזר הוא דוקא לרשב"ג, וז"ל הירושלמי אמר ר' אלעזר הכל הולך אחר התפוס עדים, אמר ר"ח אין שמעתוני' אתיא כר' שמעון, ופי' בפנים מאירות, אם שמעת לחלק כן אתיא לרשב"ג, וכלומר דאליבא דרשב"ג איכא למימר הכי, אבל לרבי הכל הולך אחר קיום השטר ע"כ, ונהי דמעתה אין לנו תלונה על הרי"ף והרמב"ם, שהשמיטו להא דר' אלעזר, אחרי שמן הירושלמי וש"ס דילן מוכח דחלוקו דר' אלעזר הוי דוקא לרשב"ג, אלא דכבר אמרתי שנעלם מאתי להבין מדוע באמת לא מחלקינן נמי לרבי הכי, וצ"ע:

ברש"י ד"ה שטרא, ואי משום חתימת העדים דהוא תחת הטופס, הא אית לי' לרשב"ג מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו ע"כ. ובתוס' הקשה על פירושו, דמה ענין זה למודה בשטר, דשאני הכא דליכא עדים כלל, ובשמ"ק הביא בשם הריטב"א, דלא דמי הכא לשטר שאין בו עדים כלל, דנהי דבתורף ליכא עדים מ"מ כיון דאנן ידעינן שיש עדים תחת הטופס שביד חבירו, ושזה התורף הוא מזה השטר, א"כ הו"ל שפיר שטר שיש בו עדים, וגם בפנ"י כ"כ בדעת רש"י, ואמנם לענ"ד קשה לומר דלזה נתכוון רש"י. דא"כ למה הוצרך לטעם דמודה בשטר א"צ לקיימו, ועוד דעל עיקר סברת הריטב"א קשה

טובא לכאורה. דא"כ לענין זמן נמי נימא הכי, דכיון דאנן ידעינן שבשטר הזה יש בו זמן, לא איכפת לן אפי' אם ביד זה שאדוק בטופס אין בו זמן וכמ"ש בשמ"ק עצמו וכן בפנ"י ע"ש. אכן באמת נ"ל דרש"י סובר ודאי כסברת הריטב"א, והקושיות הללו, חדא מתורצת בחבירתה, דזה ודאי דלפום מאי דאמרי' השתא דמה שתופס כל אחד שלו הוא, יכול לבקש ליתן לידו מה שאדוק בו, אם אך דבר זה יביא לו טובה לענין הפרעון, ונהי דגם בזה סברת הריטב"א נכונה דאפי' במה שהשני אדוק, כיון שעכ"פ ידעינן שבשטר נמצא זה המעלה, שדינן זה המעלה גם על אותו שאינו אדוק בו. אכן היינו דוקא בדבר כזה שיתכן לעמוד בו עכשיו בשעה ששניהם אדוקים, אבל בדבר כזה שעתה אי אפשר לעמוד בו, ומוכרח עוד לבקש מחבירו שיתן לו מה שבידו להראותו לפני ב"ד, אז ודאי שהמוחזק יכול לעכבו. ומעתה א"ש הכל, דכשאנו דנין על עיקר העדים, אם יש על שטר זה עדים או לא, די לנו בזה שנראה כעת בשעה ששניהם אדוקים בו, דיש עדים על השטר ואע"ג דאחר החלוקה יקח התפוס בעדים את חתימתן עמו לביתו, לא איכפת לן תו לזה, כיון דמה שהיה עלינו לדעת, כבר ידענו טרם שחלקוהו ביניהם, אכן אם אך נימא דיוצרך עוד לקיימו, א"כ איזה תועלת יצא לנו בזה שראינו מקודם דעל השטר יש עדים. הא אכתי נצרך לנו חתיכת השטר החתומין בו העדים, בכדי שנוכל לקיימו עי"ז שנשוה חתימת ידם, ובלא השטר א"א לקיימו וזה פשוט שאחר החלוקה יוכל זה שתפוס עדים לעכב חתיכת השטר תחת ידו, ולא להראות חתימת העדים, דכיון שמה שבידו שלו הוא, למה לא יוכל לעכבו, וא"כ לא יבוא לידי קיום לעולם, ומה צדקו כעת דברי רש"י, דזה ודאי דכשטר בלא עדים לא נוכל לחשבו, כיון שזה ראינו תיכף שחתום עדים על שטר הזה, ואפ"ה הוצרך נמי לטעם דא"צ לקיימו, דאי הוי צריך לקיימו, לא היה מועיל במה שראינו העדים חתומין, דאכתי נצרך לנו חתימתן בכדי שנוכל לקיימו, אבל כיון שס"ל דא"צ לקיימו ולא בעינן אפוא כ"א שיהי' עדים חתומין על השטר, וזה ודאי סגי במה שראינו קודם חלוקה שהיו בו עדים. וזה ברור ואמת ברש"י. ומיושב נמי קושי' השניה שהקשה בשמ"ק, דאמאי לא אמרי' נמי גבי זמן הכי, דהא בזמן, נמי אין לנו תועלת בזה שנדע לפי שעה, דבשטר זה אית בו זמן, דאכתי יוצרך לנו הזמן למשמרת בשעה שיבוא לטרוף הלקוחות, שאז עליו להראות הזמן, וכיון שהאוחז בחתיכה דאית בו זמן, יכול למיגזייה ולמשקלי' א"כ ודאי דצריך למישם כמה שוה, משום דיכול לעכב בזה, והתבונן בזה כי הסברא אמיתיית ב"ה, וכן מוכח להדיא מפי' הר"ח ע"ש היטב ותמצא כי כנים דברי:

דף ח.

בגמ' ואילו שותפין שגנבו חייבין, ופרש"י והאחד הוציאה לדעתו ודעת חבירו כדאיתא בב"ק ע"כ. וכוונתו למאי דמוקמי' שם בב"ק, להך ברייתא בשותף שטבח לדעת חבירו, ובתוס' כאן השיגו עליו, דהא התם בטביחה מיירי דיש שליחות לדבר עבירה, ורק הטביחה לחוד מוקמינן דאחד טבח לדעת חבירו, אבל הגניבה ודאי ששניהם הגביהו, ואם אחד יגנוב לדעת חבירו אה"נ דלא מהני כיון דאין שליחות ע"ש שזה כוונתם. ואמנם יש ליישב דעת רש"י, דמוכח נמי מברייתא זאת, שגם על ההוצאה מבית בעלים דהוא הגניבה, מהני נמי אם אחד גנב לדעתו ודעת חבירו, דאלת"ה אלא כדברי התוס' שדוקא אם שניהם הגביהו קנאו, א"כ אמאי קאמר הלשון "שותפין" שגנבו, לימא שנים שגנבו חייבין, דלסברת התוס' דמיירי ששניהם הגביהו, אפי' אם הם שנים מן השוק ואינם שותפין נמי מהני וכמתני' דהכא אלא ודאי דמיירי הברייתא שבפעם הזאת לא הגביהו שניהם, אלא אחד היה המגביה לדעתו ודעת חבירו, ואפי' שליח לא עשאו בפירוש, רק מכבר עשו ביניהם שותפות, שכל מה שירוויחו הן בהיתר והן בגניבה יהיה הכל לשותפות, וכיון שגילו דעתם שניחא להו לקנות גם האיסור, והשותף עביד לדעת חבירו, הרי הוא כשליח. וכמבואר ברמ"א חו"מ (סי' קע"ו) ולהכי גופא קתני בלשון "שותפין" להורות דבפעם הזאת לא אמר לו שיגנוב, רק שותפין הם מכבר על כל הרווחים, וממילא מוכח זה דאחד קונה בעד חבירו נמי, משא"כ לסברת התוס' שבאמת מיירי בברייתא ששניהם הגביהו א"כ שותפין דנקיט למה, ודו"ק:

תוד"ה ושותפין שגנבו כו' אלא מיירי שהגביהו שניהם. נסתפקתי לרבא דס"ל דמגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו כ"א היכי דזכי נמי לנפשי' אבל מיגו דבעי זכה לנפשי' לא אמרי', אם אחד הגביה כל המציאה אדעת שיקנה הוא מחצה וחבירו מחצה, אם נימא בזה דמהני לדידי', ולכאורה תלוי במחלוקת רש"י ותוס' כאן. דלרש"י שפי' דהכא מיירי שאחד הגביה לדעתו ודעת חבירו, הרי דבכה"ג מהני. ולתוס' דיפרשו דמיירי שהגביהו שניהם, ומשמע דאם אחד היה המגביה, אע"ג שהגביה נמי לדעת חבירו לא מהני. ואמנם עיין בקצוה"ח סי' שמ"ח שהק' מאוד על סברת התוס', דהא אפי' היכי ששניהם הגביהו צריך אתה נמי לטעם דמיגו דזכי לנפשיה, דאל"ה הוי האי חציה כמונח ע"ג קרקע כו' ולא קנו שניהם, וכיון דמוכרח אתה לטעם המיגו א"כ אפי' אם רק אחד היה המגביה לנפשיה ולחבירו נימא נמי דזכי לחבירו מכח האי מיגו, דמ"ש אם אחד או שנים הגביהו ע"ש ולי נראה סברת התוס' נכונה דבלא"ה יש להבין כיון דהטעם דמגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו, הוא מטעם תופס לבעל חוב וכדאמרי' לקמן (דף י') א"כ מאי מהני אם

זכה במחצה שלו, מ"מ במחצה השניה שבא לזכות בעד חבירו, חב הוא לאחריני, ואטו משום דזכה הוא בחדא מחצה, נפל עי"ז טעם דחב לאחריני גם במחצה השניה. ולכן אני אומר שודאי אם אחד מגביה המציאה ע"מ שיקנה הוא מחצה וחבירו מחצה, דבאופן זה שאחד הגביה לכל המציאה, אפי' אם נימא דחבירו לא קנה, מ"מ המגביה יכול ודאי לקנות מחצה שלו, אחרי שהגביה לכל המציאה ואין שום חסרון בקנינו, וכמ"ש התוס' לקמן בד"ה אלא להדיא, ומה שחבירו לא יוכל לזכות, לא יוכל לגרע הזכות ממחצה שלו. ובאופן זה שהמגביה לא יוצרך לבוא לסיוע של חבירו ודאי דחבירו לא קנה, ולא מהני בזה סברא דמיגו דזכה לנפשי', כיון שא"צ לבוא לסיוע מחבירו א"כ ס"ס הוי חב לאחריני, וע"כ לא מהני סברת המיגו לרבא. היינו במתני' ששניהם הגביהו, ובאופן זה לא יוכל כל אחד לזכות במחצה שלו אם לא שיגביה מחצה השנית לצורך חבירו. ואי נימא דחבירו לא קנה, ממילא שגם הוא לא קנה מחצה שלו. וכדאמרי' הכא איהו לא קני לאחריני מקני וא"כ אף שכל אחד מגביה המחצה לצורך חבירו, לא מיקרי זה כלל תופס לאחריני אלא תופס לעצמו. כיון שבלא זה גם מחצה שלו לא יוכל לקנות, ולעצמו יוכל לתפוס אפי' היכי שחב לאחריני. וע"ז מייתי ראיה משותפין, דהא אילו אמר לשלוחו צא גנוב פטור ושותפין שגנבו, היינו ששניהם הגביהו חייבין, מטעם דלא מיקרי בזה כלל שליח אלא כאילו עושה בעד עצמו. ובעד עצמו מהני הקנין אפי' בדבר עבירה נמי, וצדקו מאוד דברי התוס', דע"כ לא מהני מיגו דזכי כ"א באופן ששניהם הגביהו, ולא יוכל לזכות גם במחצה שלו אם לא שיזכה להשני, אבל אם אחד היה המגביה כל המציאה לבדו. דבאופן זה יכול לזכות במחצה שלו אף אם לא יזכה לחבירו, דהא כל אחד יכול לקנות קנין בכל הבגד ע"מ שלא יקנה רק מחצה, ובאופן זה לא קנה חבירו לרבא, כיון דס"ס הוי חב לאחריני, ובזה נסתר כל דברי הקצוה"ח שם, במה שחקר אם שלח שליח לגנוב לדעתו ודעת חבירו אי מהני, דודאי לא מהני וכמ"ש, והנה לדעת התוס' פשיטא דלא מהני, אלא אפי' לדעת רש"י נ"ל נמי דלא מהני, דאע"ג שדעת רש"י הוא, דאם אחד הגביה לדעתו ודעת חבירו דמהני, לא כתב כן כ"א בשותפין וכמ"ש לעיל בדבור הסמוך, דלהכי נקט לשון שותפין שגנבו, ולא שנים שגנבו, להורות דמיירי שהם שותפים מכבר על כל הרווחים, דבכה"ג צריך לחלק עמו גם הגניבות, א"כ אפי' אם המגביה לא ירצה לקנות כ"א מחצה, מוכרח הוא לקנות מחצה השניה גם בעד שותפו, דאי תימא דלא קנה אלא מחצה שלו, לא ישאר לפניו מזה כ"א רביע, כיון שצריך לחלוק עם השותף, ולזה אפי' במחצה השנית שקנה חבירו, מיקרי בזה נמי תופס לעצמו ולהכי מהני אפי' אם אחד היה המגביה, משא"כ בשני אנשים מעלמא ואינם שותפים, אם אחד הגביה

אדעת שיקנה הוא מחצה וחבירו מחצה, אה"נ שאפי' לדעת רש"י לא מהני אליבא דרבא, כיון דהמגביה יכול לזכות בשלו אפי' אם לא יזכה לחבירו, א"כ אכתי הוי חב לאחריני במחצה שמגביה לצורך חבירו ולא קני, וז"ב. והנה כל הענין הזה רשמתי על הגליון זה איזה שנים, ועתה כשבאתי לסדור הכתבים, מצאתי עיקר הסברא שלי בנה"מ סי' ק"ה. שהשיג מזה על הש"ך והב"י והע"ש שם שכולם הבינו, דאם אך יש בו צד זכיה לנפשיה מצי לזכות גם עבור חבירו. והנה"מ השיג עליהם כדבריי, ואחרי שהענין יקר ושמור אצלי זה איזה שנים, לא זזתי ממקומו. ועמ"ש לקמן (דף י' ע"ב) באריכות בבאור הסוגיא הזאת ופי' התוס' משם תדרשנו:

תוד"ה ומאי מיגו. הניחו בתימה, דילמא תרי מיגו לא אמרי'. ונ"ל פי' הש"ס כן, דכמו דבשני חרשין, מן הדין היה לנו לומר גם שם דלא קני, דנהי דתקנו ליה הגבהה, היינו רק לנפשי', משום דלא ליתי לאנצויי, שיזכו אחריני עבורו, דע"ז לא שייך טעם הזה, הו"ל לאוקמי אדינא ולומר דאינה הגבהה, ומדאמרי' דבכל זה קני, מכלל דגם בזה היה התקנה, שגם אחר יוכל לזכות עבורם, וא"כ גבי פקח נמי שייך האי טעמא, דאע"ג דלעצמו לא קנה, מ"מ לצורך החרש היה יכול להגביה מצד התקנה, והתקנה שתקנו בשני חרשין זו התקנה עצמה יהיה נמי גבי פקח, ולפי"ז אין זה ענין לתרי מיגו, ועמ"ש לקמן (דף ס' ע"ב) ליישב קושית התוס' באופן אחר:

שמעתתא דרכוב ומנהיג

דף ח:

בגמ' אלא רכוב במקום מנהיג. והקשו הראשונים דהא מעיקרא פשיטא לן דמנהיג עדיף מרכוב, ואי איכא למימר דלא קני רכוב הוא, והשתא מיבעי לן אי עדיף רכוב ממנהיג, והן אמנם דרש"י תי' זאת, דבד"ה אלא רכוב במקום מנהיג סיים וכתב וז"ל וכי אמרי' משיכה קונה היכי דליכא רכוב אבל במקום רכוב לא, פי' דמתחלה כשהיינו סוברים דשמע משמואל ברכוב ומנהיג לחודי', בזה ודאי שהיינו אומרים, דאע"ג דמן הסברא היה מקום לומר שקנין רכוב עדיף משום דתפיס בי', מ"מ ודאי שלא נוכל להשגיח על הסברא, דא"כ קנין דמשיכה היכי משכחת, אבל השתא דשמואל ברכוב במקום מנהיג, שפיר י"ג דרכוב עדיף וכפי הסברא, ואפ"ה לא מקרי' לקנין משיכה, דמשיכה היינו בליכא רכוב בהדי', וברור שזהו כוונת רש"י, ואמנם בלא"ה נ"ל נמי ליישב סוגית הש"ס, דהנה שלשה מיני רכוב יש, זה למעלה מזה, רכוב לחודי', שהבהמה לא עקרה יד ורגל ולא זזה ממקומה רק שהרוכב יושב עליה ותופס בה, ובזה הרוכב לא נמצא שום מעלה,

זולת מה שתפוס בה, למעלה ממנו רכוב במקום מנהיג, שאע"ג דבהמה הולכת ע"י כח המנהיג, מ"מ ודאי דאזלא נמי פורתא מחמת הרוכב, דכשהבהמה מרגשת שאדם רוכב עליה, היא הולכת ג"כ, וברכוב זה, נתוסף מעלה מה שבהמה אזלא קצת מחמתי', ורק כמנהיג ממש לא חשוב, כיון שבלתי סיוע הרוכב ג"כ הוי אזלא ע"י כח המנהיג, וא"כ לא הועיל כלום בסיועו, למעלה מזה, רכוב במקום שהבהמה מהלכת רק מחמתו ואין אחר מנהיג עמו, ואין לומר שבאופן זה יצא מסוג רכוב ובא לכלל מנהיג, דמ"ש הוא ממנהיג כיון שהבהמה מהלכת רק על ידו, דמ"ש מהנהיגה בקול, די"ל דשאני ושאני, דמנהיג לא מיקרי כ"א כשעשה איזה פעולה בכדי שתלך, והנהיגה בקול נמי הוי פעולה שלו, אבל הכא שאין הרוכב עושה שום פעולה בעצמו, ורק הבהמה מחמת שתרגיש שאחד רכוב עליה מהלכת, לא נוכל לקרותו בשם מנהיג, והכל מסוג רכוב הוא ושמור זה. ומעתה יתיישב הסוגיא בטוב, דמתחלה כשאמר, אי נימא ברכוב לחודי', הוי פירושו ברכוב מסוג הראשון, שהבהמה לא זזה ממקומה, ע"ז קאמר לי' דאי איכא למימר דלא קני רכוב הוא דלא קני, דרכוב כזה פשיטא לן דגרע ממנהיג, ואח"כ קאמר אלא רכוב במקום מנהיג, פי' נהי דברכוב כזה שבהמה לא זזה ממקומה, פשיטא לן דלא קני, אבל רכוב במקום מנהיג, דאיכא בזה נמי המעלה דמהלכת מחמתי' כמו מנהיג, אפשר דרכוב הזה יקנה יותר ממנהיג כיון דאיכא ביה תרתי, והוא דהא תפיס בה נמי ועי"ז הוי עדיף ממנהיג, או דילמא מנהיג עדיף דקאזלא מחמתי', וסיועת הרוכב לא נצרך כלל, ומנהיג עדיף משום דהבהמה הולכת ע"י פעולתו, והרכוב לבד שלא יעשה שום פעולה בכדי להנהיגה, גם סיועו אין ניכר כלל, והדר פשיט מיושב, דמיירי ביושב בקרון, ובהמה אזלא מחמתי' לחוד, בלא מנהיג אחר, וא"כ ש"מ דאפי' רכוב לחודי', פי' רכוב לחוד בלא מנהיג, והבהמה מהלכת מחמתי' לחוד נמי לא קני, דכמו ביושב בקרון פטרי ליה ממלקות אע"ג דאזלא מחמתי' לחוד וניכר היטב דמחמתי' אזלא כיון שאין אחר מנהיג, וזהו רוכב מסוג השלישי, ואפ"ה פטרי ממלקות, והיינו מטעם דכיון שהלוך הבהמה לאו ע"י פעולה הוא, ורק ממילא מהלכת, לא נחשב כ"א לגרמא ופטור, כן נמי לענין קנין לא קני, וכ"ש ברוכב במקום מנהיג דלא ניכר כלל סיועת פעולתו דלא קני:

ויתיישב בזה נמי קושית התוס' בד"ה רכוב לחודי', דכיון דמיבעי לן ברכוב במקום מנהיג מכלל דרכוב לחודי' פשיטא לן דקני והשתא פשיט לי' דאפי' רכוב לחודי' ל"ק ע"ש. ואכן היינו להבנתם, דברכוב במקום מנהיג, גריע מעלת הרכוב, מברכוב לחודי', ומשום דהמנהיג מגרע כח הרכוב ולכן בע"כ לפרש דברכוב לחודי' פשיטא דקני, דאל"ה מאי מיבעי ברכוב במקום מנהיג, כיון דברכוב לחודי' דעדיף מיני' לא קנה, ולהכי שפיר

קשיא להו, כיון דזה פשיטא בע"כ דרכוב לחודי' קונה, איך פשיט ליה אח"כ דלא קנה, אכן לפמ"ש דברכוב במקום מנהיג הוי מעלת הרכוב עדיף מברכוב לחודי', וא"כ סוגית הש"ס בהבעיא יתפרש להיפך, דאע"ג דפשיטא לן דרכוב לחודי' לא קנה, מ"מ במקום מנהיג דבזה הוי מעלת הרכוב עדיף משום דנתוסף בו מעלה, אם קנה או לא, ופשיט לי' דאפי' כשבהמה מהלכת מחמת הרכוב לחוד נמי לא קנה. דמעלת ההנהגה שיש ברכוב לא נחשב למעלה, כ"ש כשאיכא נמי מנהיג בהדי', דלא נחשבת מעלת ההנהגה למעלה. ומיושב קושית התוס' דמשום רכוב לא היה פשיטא לן עוד דקנה. ורק להיפך דבעיא דרכוב במקום מנהיג פשיטא לן דרכוב לחוד לא קנה. ואפ"ה צריך למיפשט אח"כ דרכוב לחוד לא קנה. משום דזה הרכוב לחוד דבברייתא דיושב בקרון דפשיט מינה, אין זה כמו אותו הרכוב דבבעיא, דהוי פשיטא לן גבי' דלא קנה. דאותו רכוב דבבעיא, הוי רכוב מסוג הראשון, שאין הבהמה מהלכת כלל, דזה גרע גם מרכוב במקום מנהיג. ורכוב דבברייתא מיירי ברכוב מסוג השלישי דבהמה מהלכת מחמתי' לחוד, שזה עדיף מרכוב במקום מנהיג. ופשיט שפיר שאפילו ברכוב לחודי' דהוי עדיף מרכוב במקום מנהיג נמי לא קנה ודו"ק, ויצא לנו אפוא הדין, דשום רכוב לא קני, ואפילו כשהבהמה הולכת מחמתי' לחוד כמו ביושב, אם לא במנהיג ברגליו וכאוקימתא דש"ס, וזה נכון:

הן אמנם לא נעלם מאתי מ"ש הריצב"ש הובא בשמ"ק, דאם הולכת מחמת הרוכב אפי' בלא מנהיג ברגליו נמי קנה, דמ"ש מקורא לה והיא באה, וכי אמרינן בכולה שמעתא דרכוב לא קנה, היינו כשרוכב על הבהמה והיא עומדת במקומה ע"ש, ולבד שהלשון מנהיג ברגליו לא משמע כוותי', דלדבריו הכי הול"ל הב"ע במהלכת מחמתי', ומדמשני במנהיג ברגליו משמע שדוקא כשבועט ברגליו על הבהמה שתלך דהוא בעצמו עושה הפעולה, אבל כשהרוכב אין עושה שום פעולה, אף שבהמה הולכת מעצמה מחמתי' לא קני, וגם מה שהקשה דמ"ש מקורא לה, כבר תרצתי לעיל דסכינא חריפא מפסקא ביניהם, דהתם עושה הוא הפעולה, ומה לי אם עושה הפעולה ברגליו או בפיו, אבל הכא הבהמה מעצמה הולכת, ואע"ג דמחמתי' קא מהלכי, לא הוי הוא כ"א כגרמא, וכלשון הרמב"ם (בפ"ט מכלאים) שישיבתו גרם לה שתלך, זולת כל אלה תמוה לי, דמה יענה לפשיטות הש"ס, דפשטינן לה מיושב בקרון, והתם ע"כ כשהבהמה מהלכת, דאי עומדת במקומה ליכא מאן דמחייב בכלאים. דלענין כלאים הוי עיקר האיסור במה שהבהמה מהלכת מחמתי' וכמ"ש בתוד"ה רכוב עדיף, אם לא שנדחוק ונאמר, דס"ל לריצב"ש דגם בכלאים אין תלוי דוקא באזלא מחמתי', אלא דהישיבה על הקרון זה גופא הוי מעשה, כמו דתפיס ברגליו הוי מעשה לענין קנין, ה"נ הוי מעשה לענין כלאים. וכמו

שמוזכר סברא כזאת בשמ"ק, ולפי"ז היינו יכולים לפרש, דמתני' ויושב בקרון מיירי שהבהמה עומדת במקומה והוא יושב על הקרון, ובזה פליגי, דמאן דמחייב ס"ל דישיבה על הקרון הוי מעשה, וממילא שגם רכוב לחודי' הוי קנין, ומאן דפטר ס"ל דלאו מידי עביד וממילא שגם רכוב לא הוי מעשה. לפי"ז היה הפשיטות ק על רכוב לחודי' מסוג הראשון, כשהבהמה עומדת במקומה, אבל כשהבהמה מהלכת ס"ל לכו"ע דגבי כלאים חייב, וגם לגבי קנין מהני ודוחק. ובלא"ה כבר כתבתי דפשטות האוקימתא דמנהיג ברגליו לא משמע כוותי'. ועוד יש ליישב לשיטת הריצב"ש, דבאמת רכוב לחוד והבהמה מהלכת, גם בכלאים חייב, ומתני' דיושב בקרון מיירי בדאיכא נמי מנהיג בהדי' ואפ"ה פשיט מינה לרכוב לחודי' ג"כ, משום דבשלמא לענין קנין י"ל דכשאיכא מנהיג שרוצה לקנות מגרע כח הרוכב, ושפיר מחלקינן דרכוב לחודי' קנה, ובמקום מנהיג לא, אבל בכלאים אין מקום לחלק, בין מקום מנהיג לרכוב לחודי', ואי רכוב לחודי' הוי קנין, הו"ל להתחייב ביושב בקרון אפי' במקום מנהיג, ומדפוטר מכלל דרכוב לחודי' נמי לא קנה, אבל אה"נ דמיירי ברכוב מסוג הראשון וכשאין הבהמה מהלכת, אבל במהלכת מעצמה, לענין קנין, וכן לענין כלאים הוי ממש כמו מנהיג, וזה נכון בעז"ה ועיין במהר"ש לתוד"ה רכוב עדיף. ועיין מ"ש בסמוך בתוד"ה רכוב עדיף עוד מזה:

והנה ז"ל הרמב"ם (בפרק ב' מהלכות מכירה) כיצד במשיכה כו' או שרכב עליה והלכה בו פ"כ, ולא הזכיר דבעינן מנהיג ברגליו. ובנתיבות המשפט בסימן קצ"ז כתב דהרמב"ם יסבור כשיטת הריצב"ש דהלכה מהני אפילו בלא מנהיג ברגליו ע"ש. וכבר כתבתי דגם אליבא דריצב"ש נמי דוחק לפרש כן הסוגיא וכמ"ש בתירוצי הראשון לשיטת ריצב"ש אכן אף אם בשיטת הריצב"ש עצמו נסבול זה הדוחק אבל ברמב"ם קשה לפרש כן, דהא בפ"ט מכלאים כשפוסק דמחייב ליושב בקרון, הזכיר הטעם משום דישיבתו גורם שתלך, וכן בפיה"מ בכלאים כתב טעם המחייב, מהאי טעמא, הרי דלפירושו מאן דמחייב ליושב בקרון, היינו כשבהמה מהלכת דוקא, ומדפשיט מינה לקנין מכלל דבקנין נמי מיירי כשבהמה מהלכת ואפ"ה פוטר שמואל, הרי ראיה ברורה דלשמואל אפי' כשהבהמה מהלכת מעצמה נמי פוטר בכלאים ולא מהני לענין קנין, ובע"כ דהרמב"ם או שס"ל נמי באמת כשמואל, והא דכתב והלכה בו, כוונתו כשמנהיג ברגליו, או שיפסוק דלא כשמואל אלא כסתמא דמתני' וכמ"ש כ"ז מפרשי הרמב"ם, ודו"ק:

תוד"ה מנהיג לחודה, והא דתנן בפ"ק דקדושין בהמה גסה נקנית במסירה, אף במסירה קאמר וכ"ש במשיכה. מכאן הקשו בקדושין לפרש"י התם במתני', דמ"ד במסירה הוי דוקא במסירה ולא במשיכה, וכן פרש"י נמי בסוגיא דב"ב (דף ע"ו) דמסירה עדיפא

ממשיכה, וא"כ קשה דהא שמואל גופא דקאמר התם במסירה, דלרש"י הוי דוקא במסירה ולא במשיכה, והכא קאמר דמנהיג לחודא מי איכא למ"ד דלא קנה, הא איהו עצמו סובר דבאמת משיכה לא קניא ע"ש. ואפשר ליישב דעת רש"י עפמ"ש הסמ"ע בסי' ר"ן סקט"ו שתרי מיני מסירות יש, סתם מסירה הוא שנתנו לידו כדי שיזכה בו בתורת קנין אבל לא שיקחנה מיד לביתו ויזכה בו מיד בזכוי גמור להיות לו לחלוטין, ויש מסירה שנותן החפץ בידו שיקחנו מיד אל ביתו להיות לו לחלוטין וע"ש שכתב דאפי' במקום דלא מהני סתם מסירה, מהני המסירה הזאת, ואנכי מצאתי סמוכין לסברא הזאת מדברי הרשב"א המובא בש"ך חו"מ (סי' רנ"ה) שהקשה וז"ל אמאי אמרי' דכשמסר ליד גזבר לא מהני שאלה, והא אמירה לגבוה הוי נמי כמסירה להדיוט ואפ"ה מהני שאלה, וי"ל דהא דאמרינן אמירה לגבוה הוי כמסירה לא אמרי' כמסירה ממש אלא לענין קנין בלבד להיות האמירה לגבוה גומרת כמו שגומרת המשיכה או המסירה בהדיוט, שדוקא כי נימא דהו"ל כמסירה ממש ליד הגזבר הוא דאמרי' דלא מהני שאלה, אבל אי לא אמרי' אלא כמסירה להדיוט היינו כקנייה דהדיוט שפיר אמרי' דיש שאלה ע"כ, והנה בש"ך פירש כוונתו, דהיכי דמסר ליד גזבר דעשה מעשה, לא מהני שאלה, דלא אתי דבור ומבטל מעשה, אבל אם אמר, דלא עשה מעשה, שפיר אתי דבור ומבטל דבור ע"ש, ומלבד שאין לשון הרשב"א סובל כוונתו, דהא הרשב"א דייק הנ"מ דאמירה הוי כמסירה דקניה ולא כמסירה ממש ומה ענין זה לכוונת הש"ך, אלא ברור דכוונת הרשב"א הוא כפי' הסמ"ע. דהא דאמירה לגבוה הוי כמסירה אינו אלא כמו מסירה דקנין. פי' שאין זה כמו שמסר לידו לחלוטין ליקח זה לביתו, אלא כמו שעשה מסירה ע"ח לקנות ולהכי מהני שאלה, אבל במסר ליד הגזבר שיקחנו לביתו, לא מהני תו שאלה, וז"ב למדקדק בלשון הרשב"א. ועפי"ז יש ליישב דעת רש"י, דהנה גם במשיכה יש שני סוגים הללו, סתם משיכה, היינו שנותנו לידו רק לעשות קנין, ולא שיקחנה לביתו, ויש משיכה שהמוכר מסלק עצמו לגמרי מן החפץ, ויתן להלוקח שימשכנה ליקח אל ביתו, ומעתה י"ל דמה דאמרי' בקדושין דמסירה עדיפא ממשיכה, היינו ממשיכה דקנין, אבל ממשיכה כזאת, שיקחנה לחלוטין לביתו, לא אמרי' דמסירה עדיף, והתם בקדושין דמיירי במקח וממכר דהא אמר התם דקונה במסירה, ובהפקר לא קניא מסירה כדאמרי' בסוגיין דמאן מסר, ובמקח וממכר סתם משיכה הוא רק ע"מ לקנות, דלפעמים מחמת חסרון הכסף עוד, או סבה אחרת, לא יסלק המוכר עצמו מכל וכל, אלא יניחנו לעשות קנין, ולהכי שפיר אמר התם דמסירה עדיף, אבל הכא בשמעתן דמיירי במציאה,

וכשמנהיג הבהמה, ע"מ ליקחנה לגמרי לביתו הוא מושכה, דהא ליכא מאן דמעכב בידו ומשיכה כזאת ודאי דליכא מ"ד שלא יקנה, ועמ"ש לקמן דף נ"ח ובקדושין דף כ"ה מזה: **תוד"ה** רכוב הוא דלא קני, ומתני' דאחד רכוב דחי במנהיג ברגליו, והנה כבר נתעוררו המפרשים לשאול מדוע לא הקשו מבבא הראשונה דשנים רוכבים, ולקמן בסוגיין כשמקשה הש"ס ממתני'. משמע מן התוס' ומפרשים שגם קושית הש"ס הוא מבבא דאחד רכוב, ולא משנים רוכבים. וצריכים אנו אפוא לתת טעם גם על הש"ס, ובפשיטו היה נראה, דבבא דשנים רוכבים היה פשיטא לש"ס דמיירי במנהיג ברגליו, דהא ע"כ שהיה בזה הנהגה מצד הרוכבים, דבודאי לא מצאוה כעת במקום ב"ד, אלא בשדה מצאוה וישבו שניהם לרכוב עליה, וברכיבתם באו כה עד מקום ב"ד, וא"כ הרי יצאו מכלל רוכבים ובאו לכלל מנהיגים, ואע"ג שגם ברוכב הוי אזלא מחמתי' קצת וכמ"ש התוס' להלן. היינו שמחמת רוכב לחוד אזלא קצת, אבל שתלך כל הדרך מחמתי' א"א בלא הנהגה, שיבעוט אותה ברגליו, דבלא בעיטת הרגלים, אם כי אפשר שתלך מעט מחמת הרוכב, אכן תעמוד מלכת אח"כ, עד אשר יבעט אותה, ולהכי מבבא הזאת לא קשיא לש"ס, כיון דפשיטא דמיירי בהנהיגוה נמי, אבל בבא דאחד רכוב, היה אפשר לומר שמצד הרוכב לא היה שום פעולה בהנהגת הבהמה, וע"י כח המנהיג באה משדה לב"ד, ומשו"ה היה ס"ל למקשן לדוחק לאוקמי גם בבא הזאת, דמיירי במנהיג ברגליו. והתרצן דחה שגם בבא הזאת מיירי נמי במנהיג ברגליו, וא"ש מה שלא הקשו התוס' מבבא הזאת דשנים רוכבים. כיון דגם להש"ס עצמו לא היה קשה כלל מבבא זאת ואין להקשות דלפי"ז יהיה מיותר כלל הך בבא, דהא לעיל ע"א דפריך הש"ס אלא מהא היו שנים רוכבים ומשני ודילמא הא אתא לאשמועי' דרוכב קנה, ופרש"י דאע"ג שלא עקרה יד ורגל נמי קנה, ולמ"ש דבבא הזאת מיירי בע"כ בהנהגה נמי, א"כ יקשה דמאי אשמועינן, די"ל דהרבותא הוא דשניהם שוים בקנין, דלא נימא דקמא עיקר וכמ"ש הרא"ש, ואפי' לפרש"י נמי י"ל דלעיל נמי הוי הקושיא מבבא דאחד רכוב ולא משנים רוכבים, וע"ז שפיר אמר דאשמועי' דרכוב הוי קנין אע"ג שלא עקרה, וכן מוכח להדיא מלשון רש"י במתניתין דריש מכילתין, דבד"ה היו שנים רוכבים כתב וז"ל לאשמועינן אתא דרכוב ומנהיג שניהם שווים לקנות בהמה מן ההפקר ע"כ, וקשה דהא זה הדין ילפינן רק מבבא דאחד רכוב ואחד מנהיג וא"כ למה מציין רש"י זה על בבא דשנים רוכבים. ובשמ"ק הרגיש בזה וכתב, דרש"י רצה בזה להורות דבבבא דשנים רוכבים אין שום חדוש וכולה הך בבא אגב סיפא נקטה, הרי להדיא דבבא הזאת משנה שאינה צריכה כלל לפרש"י וא"כ ליכא למימר דמיני' מקשי לעיל, ובע"כ דהקושיא דלעיל הוי

ג"כ מבבא דאחד רכוב. ואכן מה שקשה לי טובא לפרש"י, דאף אי נימא דהקושיא דלעיל הוא נמי מבבא דאחד רכוב, איך נוכל לומר דאתא לאשמועי' דרכוב לחודיה קנה, היינו שלא עקרה יד ורגל, הא כאן בסוגיין מוקמינן לה במנהיג ברגליו, ומנהיג ברגליו לא הוי חדוש כלל דקני דמ"ש משאר מנהיג, וצ"ל לפרש"י דהאי דחויא דקא דחי במנהיג ברגליו הוא רק אליבא דשמואל דסובר דרכוב לא קנה, אבל סתמא דש"ס לא ניחא בזה, ופליג וסובר דרכוב לחודא נמי קנה, וכן איתא בהגהות ח"מ דסתמא דהש"ס פליג על שמואל, ומזה מצאתי המפתח לשיטת הרי"ף דלא הזכיר החלוק דמנהיג ברגליו וס"ל דרכוב לחודא קנה ותמהו עליו למה לא יפסוק כשמואל, ולמ"ש מבואר דהיינו משום דס"ל נמי דבבא דשנים רוכבים אגב סיפא נקטה וכמ"ש בשמ"ק בתחלת המסכת וכאן. ולהכי בע"כ דהקושיא דלעיל עמוד א', הוא מבבא דאחד רכוב. וא"כ ליכא לשנויי דהא דאשמועי' דרוכב קנה, היינו דרוכב קמא שוה בקניה לרוכב בתרא כתי' הרא"ש, כיון דלא מיירי כלל משנים רוכבים. ובע"כ דמה דקאמר דאשמועי' דרוכב קנה, היינו אע"ג שהוא רכוב לחוד ולא עקר יד ורגל, וא"כ ממילא נשמע מזה דסתמא דש"ס לא מוקי במנהיג ברגליו, דאי במנהיג ברגליו אין זה שום רבותא. ובע"כ דסתמא דש"ס פליג על הך דינא דשמואל ולכן פוסק כסתמא דש"ס, אכן הרא"ש לשיטתו דפירש דמה דמשני לעיל דמה דאשמועי' דרוכב קנה, היינו דשני הרוכבים. דינם דינם שוה. וא"כ יפרש דהקושיא לעיל הוא מבבא דשנים רוכבים. ולפי"ז אין לנו שום הוכחה דסתמא דש"ס פליג עם שמואל, וכו"ע סברי דרכוב לחודי' לא קנה, להכי פוסק כשמואל דרכוב לחודי' לא קנה כ"א במנהיג ברגליו, ודו"ק:

תוד"ה רכוב עדיף, אין לפרש כו' אלא מה שהוא תפוס במוסירה קרי תפוס, ראיתי בס' תורת חיים מקשה מלקמן (דף ט') דאחד רכוב חמור ואחד תפוס מוסירה ולישנא דברייתא משמע דהרוכב לא היה תפוס במוסירה, ולשיטת התוס' דקנין דרכוב הוא מחמת שתפוס במוסירה, א"כ בברייתא דלקמן דהרוכב לא היה תופס במוסירה במאי קנה הרוכב את הבהמה, ולא נוכל לדחוקי ולומר דברייתא נמי מיירי, שהרוכב נמי תפוס במוסירה, דא"כ אמאי קאמר רב אשי דזה קנה חמור ובית פגיה וזה קנה מה שתופס בידו, הכי הול"ל זה קני חמור ובית פגיה ומה שתפוס בידו, אלא ודאי דהרוכב לא היה תפוס כלל במוסירה וא"כ במאי קנה הבהמה. והנה בתחלת העיון גם אנכי נתעוררתי לקושיא זאת, אכן אח"כ חזרתי, דזה ברור שתפיסת המוסירה לא הוי עיקר הקנין אפי' לשיטת התוס', ולקנייה לא היה שום הוה אמינא, דתועיל תפיסת המוסירה, כיון דמוסירה לא קנה במציאה, אלא עיקר קנין רכוב הוא מחמת משיכה דאזלא מחמתי'

וכמ"ש התוס', ולא הוצרכו למעלת תפוס במוסירה כ"א להעדיף רכוב על מנהיג, דאע"ג דבעצם הקנין לא עדיף רכוב ממנהיג ממש, כיון דשניהם מחמת משיכה הוא, ולא ע משיכת הרכוב דהוי ממילא, ממשיכת המנהיג דהוי ע"י פעולה, ורק מחמת מעלת תפיסת מוסירה שיש ברכוב עודף על מנהיג, משו"ה הוי סברא להעדיף קנינו על קנין המנהיג, וא"כ הכא דנרצה להעדיף קנינו על המנהיג, הוכרח לטעם דתפיס במוסירה, אבל לקמן בברייתא דליכא מנהיג בהדי' רק הרכוב לבד קונה הבהמה, ולא נצרך כלל לתפיסת מוסירה, כיון דהרוכב שפיר קונה ע"י משיכתו שהבהמה אזלא מחמתי', וזה ברור בסוגיין, וכבר זכרתי לעיל דהריצב"ש פליג על תוס' וס"ל דכשהבהמה מהלכת מחמתי' קונה לכו"ע, ועמ"ש לעיל ליישב סוגיית הש"ס אליבי' וקאמרי' הכא דרכוב לא קנה היינו כשבהמה עומדת במקומה, ע"ש:

ואחשוב לא למותר לבאר חלוקי הדינים ועיקר קנין רכוב מהו לשני אלו השיטות, הן שיטת התוס', דמה שהרוכב יושב על הבהמה ותופס אותה בין רגליו, זה לא חשוב לכלום, לא לעצם הקנין, וגם לא להעדיף מחמת זה קנין דרכוב על קנין אחר, ומחמת זה גופא הוכרחו לפרש, דעיקר קנין רכוב, הוא רק באזלא מחמתי', וס"ל דרכוב הוי משיכה, דבלא זה אלא כשהבהמה עמדה במקומה, אין כלל במה לקנות, כיון דישיבתו עליה לאו כלום הוא, ומה שתפוס במוסירה נמי אין מועיל במציאה, ובע"כ שאין במה לקנות כ"א באזלא מחמתי' ומטעם משיכה. ולפי"ז יהיה הדין כן, דכשרכב והבהמה עמדה על מקומה, לכו"ע לא קנה, אחרי שלא נעשה בזה שום קנין, והיכי דאזלא מחמתי' דנעשה בזה קנין, תלוי זה בפלוגתת הראשונים, דהפוסקים אשר יפסקו כשמואל דרכוב לא קנה כ"א במנהיג ברגליו, גם בזה לא קנה, ולשיטת הרי"ף דסובר רכוב קונה, א"כ באזלא מחמתי' קונה, אבל דוקא באזלא מחמתי', הא כשעמדה על מקומה גם אליבי' לא קנה, ואכן שיטת הריצב"ש הוא דקנין רכוב אין זה מטעם משיכה כ"א במה שיושב עליה והבהמה תפוסה בין רגליו, זה עצמו הוי הקנין, ובזה הוא דסובר שמואל דלא קנה, אבל כשאזלא מחמת הרוכב, דיש בזה נמי משיכה, גם לשמואל קונה, דרק בקנין רכוב הוא דפליג, אבל במשיכה לא פליג, וא"כ להרי"ף דפוסק דרכוב קונה, אם אך ישב עליה אע"ג דעמדה במקומה נמי הוי קנין לשיטת הריצב"ש דזהו קנין רכוב. ומה שקשה לפי"ז דא"כ למה הוצרך הש"ס לאוקמי במנהיג ברגליו, לוקי במהלכת מחמתי', די"ל עפמ"ש לעיל דקושיית הש"ס הוא מבבא דאחד רכוב, וא"כ י"ל דרבותא קמ"ל, דאע"ג דאיכא מנהיג ממש בהדי רוכב, ואפי' כשהרוכב נמי מנהיגה ברגליו לא ניכר כלל משיכתו, אחרי שבלא"ה הבהמה הולכת מחמת המנהיג, והו"א דבכה"ג לא קנה, לזה אשמועי' דכיון

שהוא ג"כ מנהיג ברגליו נמי מהני, דאע"ג דכשאין מנהיגה ברגליו, ואיכא מנהיג בהדי רכוב, אין מועיל מה שהבהמה מהלכת מחמת הרוכב ג"כ, היינו משום כיון דהבהמה רק ממילא קא אזלא, וגם זה המעט, שהולכת מחמת הרוכב אין ניכר פעולתו, להכי לא מהני, אבל כשמנהיג ברגליו דעושה פעולה להנהיגה, מהני אפי' במקום שאין ניכר פעולתו, אבל כשהבהמה מהלכת מחמת הרוכב לחוד בלא מנהיג, ודאי דמהני אע"ג דממילא אזלא כיון שניכר פעולתו, ודו"ק:

תוד"ה מנהיג עדיף, דמן המשנה אין להוכיח דקני מנהיג במקום רכוב דאפי' לא קני מיקרי מוחזק כו' ע"ש. ומלשונם משמע דבמתני' אין רצונם לומר, זה אומר קניתי ברכיבה, וזה אומר קניתי בהנהגה, אלא שכל אחד אומר אני מצאתיה וקניתיה בקנין אחר ואתה חטפת ממני, אלא שמטעם שזה רוכב וזה מנהיג חשובים שניהם כמוחזקים ויחלוקו וכ"פ מהר"ם. אלא דקשה לי מ"ש התוס' אח"כ, דבש"ס שפיר הוכיח ממתני' דרכוב קונה, דאי רכוב לא קנה סברא הוא דאפי' מוחזק לא הוי, מה ענין מוחזק לקנין, אטו, כל חזקת המוחזקים, לא מיקרי מוחזק כ"א באופן שחזקתם עצמו יהיה ראוי לקנין, וכיון שהוא טוען שקנה בקנין המועיל, וגם ע"י הרכיבה הוי מוחזק, איך יוכל השני לחטוף ממנו בלא ראיה, ולמה לא נוכל לומר לו הבא ראיה כדין כל מוציא מחבירו. ומ"ש מהר"ם דמשו"ה מוכח שפיר דרוכב קנה דאל"כ לא מיקרי מוחזק לענין שנאמינהו שהוא לבדו היה רוכב עליה מתחלה שהרי אפי' אם כדבריו כן הוא לא היה קונה ע"ש, תמיהני אם יצאו דברים הללו מפה קדוש, דממ"נ אם טוען שהקנין היה ע"י הרכיבה, א"כ איך כתבו התוס', דסברא הוא דלא הוי מוחזק, ותלו זה הענין בסברא, הא כיון דכל עיקר טענתו הוא שקנה ע"י הרכיבה, ובאם נאמר שרכוב לא הוי קנין, א"כ הרי לדבריו עצמו לא קנה כלל, ומה תלו זה בסברא, ובע"כ דטענתו הוא, שלא ע"י רכיבה קנאה, אלא ע"י קנין אחר, א"כ קשה באמת על הסברא, מפני איזה סברא לא יהיה נחשב כמוחזק, אפי' אם רכוב לא קנה, דמה ענין מוחזק לקנין, וכן מוכח להדיא מדברי הרא"ש, גבי גמל בהנהגה וחמור במשיכה, וכן אם משך בהמה לקנות הכלים לקמן (דף ט') כתב שם הרא"ש, דאע"ג דקנין לא הוי בזה, מ"מ מוחזק מיהא הוי, ועמ"ש לקמן (דף ט') ועיין עוד בקצוה"ח סי' ר"ב מ"ש בזה. וכן נראה גם מהמהרש"א לעיל בתוד"ה רכוב שכתב דלהכי לא הקשו משנים רוכבים, משום דאיכא למימר דשניהם קרוים מוחזקים וברכיבה לחוד שניהם לא קנו, הרי דגם דעת המהרש"א שאין ענין מוחזק לקנין, ואפי' אם רכוב לא קני מ"מ מוחזק מיהא הוי. אלא שכתב המהרש"א דהיינו דוקא כששניהם שווים וגם חזקת השני לא הוי קנין וכגון בשנים רוכבים, אבל באחד רכוב ואחד מנהיג, שפיר כתבו התוס'

דאפי' מוחזק לא הוי במקום מנהיג דקונה לחוד ע"ש, והנה חלוק אנכי רואה, אבל סברא אכתי איני רואה בזה, דאכתי יש להבין דמה איכפת לן אם המנהיג הוא קונה, הא לדברי הרכוב גם הוא קנה בקנין גמור, וא"כ למה לא נחשבו כמוחזק. אמנם לאחר העיון נ"ל חלוקו של המהרש"א אמת וברור ומאומת מן השכל, דהנה במתני' דריש פרקין בבבא דזה אומר חצי שלי, הקשו התוס' אמאי שקיל כלל, נימא כיון דהטוען כולה שלי הוי ודאי מוחזק והטוען חציה הוי ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי, ותי' שאין סברא מה דודאי בחציו זה שיועיל לחצי השני ע"ש. ועפי"ז יתיישב חלוק המהרש"א, דבשלמא כששניהם שווים, כגון בשנים רוכבים, דכפי חזקתם כעת לפנינו, לא נראה בשניהם שום קנין, ורק שטוענים שעשו קנין טוב מתחלה וא"כ לפני הב"ד הוי ספק עם מי משניהם הצדק, שפיר אמרי' דיחלוקו, משא"כ כשאחד רוכב ואחד מנהיג, דהמנהיג הוי ודאי לפני הב"ד שעשה קנין, דהנהגה עצמו הוי הקנין, והרוכב ספק הוא אם עשה קנין אחר, הוי ממש כמו ספק ויבם שאין ספק קנין מוציא מידי ודאי קנין, ולכן סברא הוא דלא הוי הרוכב מוחזק לגבי מנהיג דעשה ודאי קנין וצדק חלוק המהרש"א:

אמנם הפנ"י ומהר"ם שי"ף כתבו דאפי' בשניהם שווים לא הוי מוחזק כ"א בדבר דלחודי' הוי קנין, אבל בדבר דלחודי' לא קני לא מיקרי גם מוחזק אפי' בשנים רוכבים נמי, ונסתייעו ממ"ש התוס' בסמוך וז"ל וכן לעיל כו' התם נמי אע"ג דכמו ששניהם מוחזקים לא קנו מיקרי מוחזק כיון דאם מגביהו לחוד היה קונה ע"כ, משמע דאפי' היכי ששניהם שווים לא מיקרי מוחזקים אלא היכי שכ"א לחוד היה קונה בכח תפיסתו ע"ש, ולבד שאין סברא לומר כן וכנ"ל, גם הראיה שהביאו יש להשיב עליה, דלעיל גבי שנים שהגביהו מיירי שטוענים כן באמת, שתחלת קנינם היה ע"י הגבהה, ולכך הצריך התוס' לטעם דאם מגביהו לחוד היה קונה, דאם גם בהגבהה לחוד לא קנה, א"כ גם לדבריהם לא עשו שום קנין, וכן ה"נ אם היו טוענים שתחלת קנינם היה ע"י רכובה, היה צריך נמי שהרכיבה יקנה, אבל לפי האמת דאין רצונם כלל לטעון שקנו ברכיבה, אלא שכ"א טוען שקנה בקנין המועיל, ולענין מוחזק לחוד הוי מוחזק נמי ברכיבה, אע"ג דהרכיבה לא הוי קנין. וכללו של דבר. לענין מוחזק לא בעינן כלל שיהא דבר הראוי לקנין, ובתוס' מיירי שבזה הוי נמי הקנין. והחלוק היה נראה בעיני לברור, שאין מן התוס' ראיה לדברי הפנ"י ומהר"ש, אכן בשמ"ק ראיתי שכתב נמי כסברת הפנ"י, שדבר דלחודי' לא קנה לא מיקרי מוחזק אפי' בשניהם שווים. והנלע"ד כתבתי:

אכן על עיקר תי' התוס' אנכי מתפלא דאיזה הכרח גרם להם לפרש דהמשנה לא איירי לענין קנין, שרצונם לזכות ע"י הרכיבה, כ"א לענין מוחזק, הא אי נמי המשנה לענין קנין

מיירי, נמי יתיישב קושיתם, דהנה ע"כ הא דמיבעי לן בסוגיין איזה מהן עדיף, היינו דוקא ברכוב במקום מנהיג כאחד, שאין אחד קדם לחבירו, אלא שניהם נתעסקו כאחד, זה ברכיבה וזה בהנהגה, ובזה מספקינן איזה מהם קנה, דאולי הרכוב לא קנה, משום דבמקום מנהיג ממש לא מהני רכיבה, דמשיכת המנהיג מבטל קנין דרכוב, או שמא רכוב עדיף משום דתפיס בה, אבל רכוב ומנהיג כשהם כל אחד בפני עצמן פשיטא דהוי קנין, וא"כ במתניתין י"ל שמכחישים זא"ז, זה אומר אני קניתיה ברכיבה תחלה, כשלא היה עוד בזה שום מנהיג, וז"א אני קניתיה בהגבהה תחילה, ובכה"ג אמרי' שפיר יחלוקו, אחרי שלטענת כל אחד זכה בה לבדו וכ"מ להדיא מפרש"י, הן אמנם דאפשר היה לכוון זה בדברי התוס', אלא דא"כ מה כתבו דאי רכוב לחודי' לא קנה אין סברא שיהיה מוחזק, ותלו זה רק בסברא, ואם טענתו היה שקנה ע"י רכיבה, וכיון שרכוב לא קנה, הרי ודאי דלא קנה, א"ו דהתוס' יפרשו מטעם מוחזק, וצ"ע:

תוד"ה רכוב לחודי', עמ"ש לעיל בגמ' ליישב קושיתם:

בגמ' מני אילימא ר"מ השתא יושב קני רכוב מיבעי, והרמב"ן הקשה ודילמא ר"מ היא וקמ"ל דרכוב אפי' במקום מנהיג קונה, והנה מזה מוכח לכאורה דרמב"ן יפרש דמתני' דיושב בקרון מיירי כשבהמה מהלכת מעצמה, ולא במקום מנהיג, דאי גם התם מיירי במקום מנהיג, א"כ הרי נשמע משם דיושב במקום מנהיג נמי סופג את הארבעים, ולא קשה מידי קושית הרמב"ן, וכן ראיתי באמת בשמ"ק בשם הרא"ש שתי' כן על קושית הרמב"ן, אמנם בכ"ז נ"ל דאפי' אי נפרש דיושב בקרון מיירי במקום מנהיג, נמי יקשה קושית הרמב"ן, דבלא"ה יש להבין, דלמאן דמפרש דמתני' דיושב בקרון מיירי במקום מנהיג, א"כ איך פשיט מינה לעיל דגם רכוב לחודי' לא קנה, הא י"ל דרכוב לחודי' קנה, ומתני' דפטר ממלקות ליושב בקרון, היינו משום דמיירי במקום מנהיג, ואה"נ דלענין קנין בכה"ג לא קנה, ובע"כ צ"ל דמאי דמחלקינן בין רכוב לחודי', לרכוב במקום מנהיג היינו רק לענין קנין, דשם שפיר י"ל דבמקום מנהיג קונה המנהיג ולא הרכוב. אבל לגבי כלאים לא שייך לפלוגי בהכי, וכמ"ש המהר"ש בתוד"ה רכוב, ולכך פשיט שפיר דאפי' רכוב לחודא נמי לא קנה, דאי לחודא קונה הו"ל לחייב ליושב בקרון אע"ג שהוא במקום מנהיג, וא"כ גם הכא נימא כן להיפך, דנהי דחזינן דסובר ר"מ דחייב לענין כלאים אפי' במקום מנהיג, היינו משום דהכא ליכא לאפלוגי, אבל לגבי קנין נוכל לומר דרק לחודי' קונה אבל במקום מנהיג לא, וא"כ יוחזר קושית הרמב"ן דנימא דזה אשמועי' שאפי' לגבי קנין נמי קונה רכוב במקום מנהיג, ולא יספיק תרוצו של הרא"ש, ובע"כ צריכין

אנו לתי' הרמב"ן, דבמתני' לא מיירי לענין קנין כ"א לענין מוחזק. ואם אך רכוב לחודא הוי קנין פשיטא לן דהוי מוחזק אפי' במקום מנהיג וכמ"ש התוס', ודו"ק:

דף ט.

בגמ' איכא חד צד דלא קני, וז"ל הרמב"ם (בפי"ז מאבידה) שנים שראו גמל או חמור וקדמו שניהם והנהיגוהו או משכוהו קנו שניהם ואם היה אחד מושך ואחד מנהיג בחמור קנו שניהם, ובגמל המושך קנה ולא המנהיג ע"כ, הרי מפרש דאם לא היה מי שעשה קנין דאורחיה, אז קונה בשניהם, ואפי' בקנין דלאו אורחא נמי, והחד צד דלא קני הוא דוקא כשאחד עשה קנין דאורחא והשני דלאו אורחא. בזה אמרי' דאיכא חד צד דלא קנה, משום דקנין דאורחי' מבטל להשני, אבל כשאין כאן קנין דאורחא כלל, קונה נמי בקנין דלאו אורחא. והראב"ד השיג עליו, דבש"ס משמע דחד צד לא קני כלל בגמל אפי' כששניהם מנהיגים נמי, ועוד ראיתי מקשים עליו דא"כ מנ"ל לש"ס לדייק מושך ומנהיג אין אבל רכוב לא, הא צריך לאשמועי' מושך ומנהיג, דהך קנין דאורחיה אין מבטל הך דלאו אורחי' וכמו שהקשו התוס', אלא דהתוס' מתרצים דהוא מילתא דפשיטא שאין מבטל וזה אינו לדעת הרמב"ם כיון דלפי האמת איכא חד צד דלא קני, והיינו שמבטל קנין חבירו, א"כ ודאי טובא קמ"ל, ועוד ראיתי קושיות רבות על הרמב"ם אשר אין פה המקום לפורטם, ובאשר לענ"ד שיטת הרמב"ם פשוט בסוגיין וכן הוא שיטת. רש"י ג"כ אפרש שיחתי:

דהנה ברש"י ד"ה א"ה דלת"ק איפכא נמי קני, תמהו עליו רבים בזה. דמשמע דבס"ד איפכא לא קנה, וליתא דהא בהדיא קתני אחד מושך ואחד מנהיג, ועוד דא"כ היינו ר' יהודה, ולכן נראה דסברת רש"י כן הוא, דנהי דבחד צד יש לנו הוכחה, דלת"ק אפי' כשעשה הקנין דלאו אורחי' נמי קנה, דאל"ה היינו ר' יהודה, אכן בצד השני יש לנו הוכחה להיפך, דאי לת"ק גם איפכא קני, א"כ אמאי לא ערבינהו ותננהו, שנים מושכין בגמל ובחמור, ומדנקט שנים מושכין בגמל ומנהיגין בחמור, מכלל דאתא לאשמעי' איזה קנין הוי אורחי', ואי לדידי' אין נ"מ בין קנין דאורחא לקנין דלאו אורחא, א"כ איזה נ"מ יהיה לנו במה שנדע איזה קנין הוי אורחי', אמנם הפשר בין שני ההוכחות הללו, הסותרות זא"ז, בע"כ יהיה כן. דבאמת אם שניהם מושכין בחמור או מנהיגין בגמל, אע"ג דעשו קנין דלאו אורחי', מ"מ כיון ששניהם עשו כן, ואין כאן קנין היותר טוב, קנו שניהם. ובזה פליג עם ר' יהודה, דסובר דאפי' בכה"ג לא קנו עד שיעשו דוקא קנין דאורחי'. ולת"ק מהני בכה"ג, ואמנם אם אחד מושך ואחד מנהיג בגמל או בחמור, שאחד מהם עשה קנין

דאורחי', בכה"ג שני לא קנה כלל, דהך דאורחא מבטל להך דלאו אורחא, ולפי"ז יש נ"מ טובא בזה שאשמועי' הת"ק דרכי קנייתם, בכדי שאם יפגשו שניהם במקום אחד, אז נדע איזה קנין מבטל להשני, אלא דלפי"ז לא נוכל לפרש, דמה דאמר אחד מושך ואחד מנהיג, דמיירי בבהמה אחת, כגון בגמל או בחמור, היו שני הקנינים הללו. דאי גם בכה"ג קנו שניהם, אע"ג דאחד עשה קנין דאורחא, א"כ יוחזר הקושיא למה לא ערבינהו. אלא הפירוש יהי' דמיירי בשני בהמות, זה מושך בחמור, וזה מנהיג בגמל, או להיפוך, וכלל דברי הברייתא בשני בבות הללו, דאשמועי' דאם אך לא היה בזה קנין דאורחי' אז מהני גם הקנין דלאו אורחי'. ויצויר זה או במקום ששנים עשו קנין שוה, או במקום שלא עשה הקנין כי אם אחד מהם, ובבא דשנים רוכבים, מצייר במקום ששניהם עשו קנין שוה, ובאחד מושך ואחד מנהיג מצייר אופן השני. ולפי"ז הוי בבא דאחד מושך ואחד מנהיג מיותר לגמרי, דהא מבבא דשנים מושכין ידעינן כן, דמאי נ"מ אם שנים היו עושים קנין דלאו אורחא, או אחד עשה קנין כזה והשני לא עשה קנין כלל, כיון דס"ס לא הי' כאן קנין דאורחא, מהני הקנין דלאו אורחא. ולכן הוי ס"ד דבבא יתירא אתי למעוטי רכוב. ולזה לדעת הס"ד לא יוכל להקשות דליערבינהו, דהא טובא אשמעי' בזה שנדע דרכי קנייתן בכדי שנדע איזה הוי אורחא שיכול לבטל להך דלאו אורחי'. אכן התרצן משני, דאתא לאפוקי מדר' יהודה, פי' דבבא דאחד מושך ואחד מנהיג, מיירי שבבהמה אחת נעשה שני אלו הקנינים, זה מושך וזה מנהיג. ואשמעי' דאפי' בכה"ג דאיכא חד דאורחא וחד דלאו אורחא אפ"ה קנו שניהם. ודאורחא אין מבטל לדלאו אורחא, ולזה פריך שפיר דאי הכי ליערבינהו, דכיון שאפי' בכה"ג דחד אורחא וחד לאו אורחא נמי קנו שניהם, וא"כ ליכא תו מקום, דהקנין דאורחא יהיה מועיל יותר מהך דלאו אורחי', א"כ לאיזה צורך אשמעי' דרכי קנייתן, ולמה לא ערבינהו. ומשני איכא חד צד דלא קני, פי' דבמקום שיפגשו יחד קנין דאורחא עם לאו אורחא, יש חד צד דקני הך דלאו אורחא, ויש חד צד דלא קני, ולהכי לא ערבינהו דאכתי יש נ"מ לידע דרכי קנייתן, לאותו צד דלא קני, ובע"כ מוכרחים אנו לפרש כן, דלא נוכל לפרש דחד צד דלא קני היינו אפי' כששניהם שווים. א"כ לדעת התרצן ימעט עוד מן הס"ד, דלס"ד הוי פשיטא לן דבמקום ששניהם שווים קנו שניהם בכל הצדדים. ולהתרצן איכא חד צד דלא קנה אפי' בכה"ג, ומלשון התרצן, דאחד מושך לאפוקי מדר' יהודה משמע, דהתרצן אתי לאוסופי על הס"ד ולא לגרוע קנינו, אע"כ דבשניהם שווים גם לפי המסקנא פשיטא דהוי קנין בכל הצדדים, ורק דלס"ד הו"א דבאין שניהם שווים ואיכא חד דאורחא, אז הך דלאו אורחא לא קנה כלל בשום צד, והתרצן מוסיף שאפי' בכה"ג דוקא בחד צד לא קני אב בחד ק מיהא קני,

זהו הנ"ל בפירוש הסוגיא. והוי ממש כשיטת הרמב"ם, דכששניהם שווים קנו שניהם בין בגמל בין בחמור, רק היכי שיש חד דאורחא וחד דלאו אורחא, אז בחמור קנה אפי' בכה"ג, ובגמל קונה הך דאורחא, והיינו משום דפוסק כאיכא דאמרי, ולמ"ש מיושבים כל הקושיות שהקשו עליו ואכ"מ יותר, ודו"ק:

בגמ' והא דר' אבהו בדותא דאלת"ה טלית שמונח חציה ע"ג קרקע וחציה ע"ג העמוד ובא אחד והגביה חציה שע"ג הקרקע ובא אחד והגביה חציה שע"ג העמוד כו', והנה הרמב"ם לא הזכיר כלל דדינו של ר' אבהו בדותא, ובטור ושו"ע חו"מ הביאו הדין, דאם אחד הגביה חציו שע"ג הקרקע אע"ג שיכול לנתקו לא קנה, והיינו כפי מסקנת הסוגיא דר' אבהו הוי בדותא, אכן הרמב"ם לא הזכיר כלל מזה, וסבור הייתי לומר דהרמב"ם סובר, דסוגיא דידן נדחית מפני הדין דרב חסדא דקאמר לעיל (דף ז') גבי גט, דאם יכול לנתקו ולהביאו אצלו אינה מגורשת, הרי מדרב חסדא נשמע כדר' אבהו דיכול לנתקו מילתא היא, וכן מוכח מהרמב"ם (בפ"ה ממכירה) שכתב גבי סודר של קנין דאם אחז אפי' פחות מג' אצבעות אם יכול לנתק השאר קני, וע"ש במפרשי הרמב"ם דילפ ליה מן דינא דרב חסדא דגבי גט, הרי דלשיטת הרמב"ם אין חלוק בין גט לקנין, וא"כ שפיר נוכל למילף מדרב חסדא כדר' אבהו, ולהכי פוסק דיכול לנתק מילתא היא, ולא זכר כלל דר' אבהו בדותא ועמ"ש לעיל דף ז' מזה:

אכן לאחר העיון קשה לומר דהרמב"ם יפסוק כר' אבהו, ולא יסבור כלל דר' אבהו בדותא, דהא לפי אוקימתא דר' אבהו הוי הדין, דמי שתופס במוסירה קני כל המוסירה ואפי' מה שבראש החמור נמי וכמ"ש רש"י להדיא ואילו ברמב"ם (בפי"ז מאבידה) פסק בזה כרב אשי, דהרוכב קנה חמור ובית פניה ותופס המוסירה קנה רק מה שתופס והשאר לא קנו שניהם, ואי ס"ל לרמב"ם דיכול לנתקו מילתא היא, א"כ תופס המוסירה ליקני לכולה מוסירה, ועו"ק דמה יעשה הרמב"ם עם סוגיא המפורשת הכא דר' אבהו בדותא היא. ואין להביא ראיה מדרב חסדא דלעיל, די"ל כמ"ש הנמוק"י ורשב"א דשאני קנין מגט הכא נתינת כלי בעינן וליכא ע"ש. ובשביל שלא יהיו שני הסוגיות כסותרות זא"ז, היה להרמב"ם נמי לפרש כן, שדוקא גבי גט אמר רב חסדא סברא דיכול לנתקו, ולכן נ"ל שבאמת יסבור הרמב"ם כסוגייא דהכא, דר' אבהו בדותא היא, אלא שיש לו פי' אחר בסוגיין. דהנה הש"ס מוכיח בא אחד והגביה חציו שע"ג קרקע ובא אחד והגביה כו', וקשה דלא היה לו לומר כ"א בא אחד והגביה חציו מע"ג קרקע והניחה שם, ה"נ דקנה ואין אחר יכול לזכות בו, ולמה הוצרך להוכיח שגם אחר הגביה לראש השני. וצ"ל דבאמת אינו מובן עיקר ההוכחה שהוכיח ה"נ דקנה, ומנ"ל באמת דלא קנה

בכה"ג, וצ"ל דההוכחה הוא ממתניתין דר"פ, דקיי"ל דתרוויהו קנו כי אמרי תרוויהו אני מצאתיה ולא דייקינן בהו היאך מצאוה, אם על עמוד גבוה או בקרקע שוה, וכמ"ש בשמ"ק בשם הראב"ד דמכאן יהיה ההוכחה, וכ"מ נמי מלשון רש"י שכ' דלא אשכחן תנא דמפליג, כלומר דתנא דמתני' לא מפליג בזה וכנ"ל, וכיון שכן דעיקר ההוכחה הוא ממתני', וא"כ לא נוכל להוכיח כ"א דומיא דהתם. ובמתני' הא מיירי דתרווייהו בהדי הדדי אגבהוה, ולכן הוכיח בש"ס נמי כה"ג שהמגביהים שנים היו וא"ש, ומעתה נוכל לומר שבאמת אם המגביה לא היה רק אחד שהגביה מע"ג קרקע אה"נ דקנה, דיכול לנתקו מילתא היא. ורק משום דר' אבהו קאמר דינו שאפילו בשנים שהגביהו נמי קנה זה שע"ג קרקע, דהא לפי מה דמוקים איהו לעולם כדקתני זה קנה חמור וזה מוסירה, היינו אפי' מה שעל ראש החמור נמי וכמ"ש רש"י להדיא. ומה שבראש החמור הוי כמי שתופס הרכוב, דכיון שתפוס הוא בבהמה עצמה, ומה שבראשה הרי הוא כבהמה עצמה דבטל לגבי הבהמה וכמ"ש רש"י לעיל בד"ה נקני רכוב, דתכשיט החמור כחמור דמי, וא"כ הוי שניהם תפוסים במוסירה הרוכב והתופס ואפ"ה קאמר ר' אבהו, דהתופס קונה כולה משום דיכול לנתקו, א"כ מוכח להדיא דר' אבהו אפי' בשניהם תפוסים ס"ל נמי דיכול לנתקו מילתא הוא, וע"ז דחה בש"ס דבריו דבדותא היא, דבשנים שהגביהו יש לנו הוכחה ממתני' דלאו מילתא היא, דהא לא מחלקינן באיזה אופן הגביהו וכנ"ל, אבל באמת כשרק אחד הגביה ודאי דמחלקין בהכי, ואם מונח חציה ע"ג העמוד, קנה זה שהגביה מע"ג קרקע משום דיכול לנתק, ולבד דמן הש"ס מוכח כן לחלק בין אחד שהגביה לשנים שהגביהו. דהא אי לאו ההוכחה ממתני' הו"א שאפי' בשנים שהגביהו נמי מהני אם יכול לנתקו. אלא דע"ז יש הוכחה ממתני' דבכה"ג לא אמרי' סברא דיכול לנתק. אבל באחד שהגביה שע"ז אין הוכחה ממתני' שפיר אמרי' דבכה"ג מהני. עוד גם סברא טובה יש לחלק ביניהם. דבשלמא כששניהם הגביהו, א"כ זה שהגביה מע"ג העמוד קנה לפחות מה שתפוס בידו, דעל מה שתפוס א"צ הגבהה, וכיון שהשני לא יוכל לזכות בכולה, ממילא לא קנה גם מה שביני ביני, כיון שהגביה רק ראש אחד, וראש השני הו"ל כמונח ע"ג קרקע, אבל כשלא היה כ"א מגביה אחד, וראש השני שע"ג העמוד לא הגביה שום אדם, אה"נ דמגביה מעל גב קרקע קונה מטעם דיכול לנתקו כיון שאין מי שיעכב על ידו, וכמ"ש הסמ"ע בסי' רע"א, ולפי"ז אין שום סתירה, ושפיר פוסק הרמב"ם גבי קנין, דכיון דיכול לנתקו הרי הוא כמי שאוחזה בידו. ומשום דלא קאמר הכא בדותא, כ"א על מה שרצה ר' אבהו לומר דגם בשנים שהגביהו יהיה כן. אבל בעיקר הדין יכול לנתק מילתא היא, ואע"ג דגבי קנין אוחז נמי המקנה בצד השני ואפ"ה אמרי'

דכיון שיכול לנתק מהני, היינו משום דהתם לא ירצה המקנה לעכב צד השני, שזה הצד יהיה שלו, אבל הכא דמגביה השני שעל גב העמוד, גם הוא רוצה לזכות במה שתפוס, וכיון שכולו א"א לקנות, דזה שעל העמוד מעכב בידו. להכי לא קנה כלל, וכן נמי גבי גט, רוצה הבעל לתת לה כולה גם המשיחה, וכיון שאין מי שיעכב בידה, אמרינן שפיר דע"י סברא דיכול לנתק הוי כמו שכולה בידה, אבל בשנים שהגביהו א"א למגביה מן הקרקע לזכות בכולה דהשני מעכב להכי לא קנה כלל, וז"ב:

ומעתה נבוא ליישב דעת הסמ"ע בחו"מ סי' רע"א, דהנה הרמב"ם (בפי"א מגזילה) כתב בהמת מציאה שאחד אחוז במוסירה כו' אבל קנה מוסירה לבדו, ובהלכה שאח"כ כתב היה אחד רוכב ואחד אוחז במוסירה הרוכב קני הבהמה והמוסירה שעל לחיי הבהמה וזה שאוחז המוסירה קנה מה שבידו והשאר לא קנו שניהם ע"כ, והנה קשה מן הדין שכתב בהלכה ראשונה לדין השני, דבראשון קנה לכל המוסירה, ובשני כתב דהאוחז לא קני כ"א מה שתפוס, והן אמת דבהגהות מיימוני ובש"ך וט"ז בחו"מ (סי' רע"א) כתבו דגם מה שכתב בדין הראשון דקנה המוסירה לבדו. היינו נמי רק מה שתפוס בידו. אכן הלשון לא משמע הכי, ובסמ"ע שם תי' דבאמת בדין הראשון קנה כל המוסירה, והיינו משום שאין מי שיעכב אותו, להכי קנה כולה ע"י שיכול לנתקה, אבל בדין השני דהרוכב נמי קנה מה שבראש החמור להכי מעכב הוא על האוחז דלא יוכל לקנות ע"ש, ובש"ך וט"ז שם השיגוהו בזה, דזה נגד הסוגיין דמסקינן דיכול לנתק לאו מילתא היא. ואמנם למ"ש הרי מן הסוגיא מוכח ממש כהסמ"ע, דדוקא בשני מגביהים אמרי' דלאו מילתא היא אבל במגביה אחד אה"נ דיכול לנתק מילתא, ולהכי שפיר כתב הרמב"ם במגביה אחד דקנה כולה. וכמו שסובר כן גבי קנין דאמרי' סברא דיכול לנתקו, ובשנים מגביהין שפיר פוסק כרב אשי דזה קנה בית פגיה וזה מה שתפוס, והשאר לא קנו שניהם. דהיינו הא דאמרי' בדותא היא לומר גם בזה סברא דיכול לנתקו וכנ"ל, דוק בזה ותמצא שכל דברי הרמב"ם מכוונים ממש לחלוק הזה, ואם כי מפרשי השו"ע בכמה מקומות צווחו ככרוכיא שזהו נגד הש"ס דהכא, ואכן לפמ"ש מקום הניחו לי להתגדר לתרץ סוגית הש"ס נמי כשיטת הרמב"ם:

ואין להקשות דהא לפי הלשון דש"ס, בא אחד והגביה חצי' מע"ג קרקע ובא אחד והגביה משמע דהמגביה מעל העמוד בא להגביה אח"כ, אחר שכבר הגביה זה מע"ג קרקע, וכן משמע נמי מלשון קמא ובתרא דקאמר אח"כ, שבשעה שהגביה זה מן הקרקע, לא היה עוד מגביה השני, וא"כ כיון שבשעה שהגביה זה לא היה עמו עוד מגביה שני דליעכביה ומ"ט לא קנה כולה, די"ל בע"כ דלשון קמא ובתרא לאו דוקא הוא, ובאמת

מיירי שהגביהו שניהם כאחת, חדא מדלא קאמר ואח"כ בא אחד כו'. ועוד כיון דעיקר ההוכחה הוא ממתני', ובמתני' הא מיירי שהגביהו שניהם כאחת, ואי נפרש דבש"ס מיירי, שבשעה שהגביה זה מע"ג הקרקע לא היה כ"א הוא לחוד, א"כ גם ממתני' אין ראיה, דשמא משו"ה לא מחלק במתניתין משום דמיירי ששניהם הגביהו כאחת, אבל אחד שהגביה אה"נ דקנה, אע"כ שגם דעת הש"ס מיירי כן ששניהם הגביהו כאחת, ולשון קמא ובתרא, היינו כפי ציור הש"ס, הוי זה הקמא, וזה הבתרא ודו"ק. והיוצא לדינא, דאם אחד היה המגביה מע"ג הקרקע, ובצד שע"ג העמוד לא הגביה שום אדם, אז מהני לכו"ע, וכמו דמוכח מלשון הרמב"ם דאבידה דקונה כל המוסירה, וכן מרמב"ם דגבי קנין דלעיל וכפשטות הסוגיא דרב חסדא דיכול לנתק מילתא היא, ובשני מגביהים, היינו דקאמר הכא בדותא ולאו מילתא היא וכ"פ הרמב"ם כנ"ל:

ודע דהא דלא קנה הרוכב, במוסירה ע"י ד' אמות, עמ"ש לקמן בעמוד ב' במתניתין דהי' רוכב יישוב על זה:

דף ט:

בגמ' ואי רה"ר הוא קנה, בקצוה"ח ונה"מ (סי' קצ"ז) וכן בחדושי רעק"א הקשו, כיון דמיירי הכא במנהיג ברגליו וא"כ היה הקנין מטעם משיכה, ואפי' כל מיני רכוב הוי נמי הקנין משום דאזלא מחמתי' וכמ"ש התוס' לעיל, והקנין הוא מטעם משיכה, וא"כ היכי קונה ברה"ר הא אין משיכה קונה ברה"ר ע"ש, ולכאורה יהיה מכאן ראיה לשיטת הריצב"ש שהבאתי לעיל דקנין דרכוב הוה רק משום תפיס בגופה והא דקאמר ואי רה"ר קני, לא קאי על האוקימתא דמוקי במנהיג ברגליו אלא ברכוב בעלמא ודוחק. ונ"ל ליישב קושיתם, דהנה בטעם דמשיכה לא קניא ברה"ר, אם כי הרשב"ם (בב"ב פ"ד) ואחריו נגררו הפוסקים, דהטעם הוא משום דבעינן שימשוך החפץ לרשותו דוקא, וברה"ר לאו רשותו מיקרי, אכן לענ"ד יש לתת טעם אחר לזה, והוא משום דברה"ר דפסקי רבים, אין דרך למשוך, פן יפסיקוהו עוברי דרכים, וכיון דלאו אורחא הוא לא תקנו שיועיל זה לקנין, וכמו שאמר רב כהנא דרכוב בעיר לא קנה משום דאין דרכו בכך. ואע"ג דרב אשי פריך עלה אלא מעתה הגביה ארנקי בשבת, ומשני דהיינו דוקא במקח וממכר וא"ל קני כדרך שבני אדם קונים, ומשמע דהא במציאה קונה בכל אופן אע"ג שאין דרכו לרכוב בעיר. אכן באמת אדרבה מסוגיין גופא יהיה סיוע לסברתי, דהנה רש"י פי' הטעם שאין דרכן לרכוב. משום צניעותא ומאי בעי בזה. ונראה דנתכוון ליישב קושית השמ"ק, דלמה פריך בש"ס מהגביה ארנקי בשבת, רק אחר שתירץ שאין דרכן כו', וכתב שם

דמתחלה היינו אומרים דסבת החסרון ברכוב בעיר, הוא מחמת שבשדה מצוי רכיבה, שרגיל לעשות כן לשמור גרנו, אבל בעיר אין מצוי כלל רכיבה, וכיון דסבת החסרון הוא מחמת שהרכיבה בעצם לאו אורחי' הוא. לא יוכל להקשות מארנקי בשבת, דהא עצם ההגבהה מצוי הוא, ואע"ג שמחמת צניעותא אין דרכו לעשות כן, כיון שעצם ההגבהה בארנקי מצוי הוא, לא יוכל לבטל הקנין, אבל לאחר שמשני שהטעם הוא לפי שאין דרך בני אדם לרכוב בעיר, דאין חסרון בעצם הרכיבה אלא משום צניעותא, ע"ז מקשה שפיר מהיא דארנקי ע"ש. וזה נמי שדייק רש"י, שאין דרכן משום צניעותא. כלומר שדוקא עתה דמשני דעצם הרכיבה מצוי הוא בעיר, ורק הסבה הוא מחמת צניעות, קא מקשה מארנקי, אבל אם היינו אומרים שעצם הרכיבה אין דרכם בעיר, אז ודאי דלא קנה ולא קשה כלל מארנקי. ולפי"ז הרי ראיה מכאן לסברתי, דכיון דמשיכה לאו אורחא ברה"ר, שלא יפסיקוהו עוברי דרכים, וכיון דהוי דבר דלאו אורחיה בעצם הקנין להכי לא קנה. זהו הנלע"ד הטעם דמשיכה לא קניא ברה"ר, אכן לטעם הזה לא שייך הכי כ"א במנהיג בעלמא שאין תפוס בבהמה, אבל ברכוב דלא שייך טעם זה, דברכוב לא יפסיקוהו, דהא משום זה גופא ירכוב ברה"ר כדי שלא יפסיקוהו וכמ"ש רש"י כאן, וממילא הוי הרכיבה מצוי מאוד דוקא ברה"ר, וברה"ר אין קנין מצוי יותר מרכיבה, להכי ברכוב קונה שפיר ע"י משיכה הזאת אפי' ברה"ר, והא דאמרי' משיכה לא קניא ברה"ר, היינו במושך דעלמא שאינו רכוב, דהוי לאו אורחי' וזה נכון. ועוד נ"ל דאפי' לטעם הרשב"ם משום דבעינן משיכה לרשותו נמי יש ליישב, דלטעם הזה יש להבין דא"כ מוסירה נמי אמאי קונה ברה"ר, וצ"ל דבמסירה דומה כמאן דנקיט בידי' וכמ"ש בשמ"ק שם בב"ב, וא"כ ברכוב כיון שתפיס בגופה ויושב עליה, כ"ש דהוי כמאן דנקיט בידו, ובזה גופא הוי כמו ברשותו, וכ"ש הוא ממסירה דמהני מטעם זה ופשוט:

בגמ' א"ל משוך בהמה וקני כלים שעליה, ועיין ברא"ש שכתב דכיון דבעיא דר"א לא איפשיטא, להכי במציאה אם אומר אני מושך הבהמה לקנותה ואת הכלים שעליה קני משום דהוה מוחזק מספק, וכ"כ לעיל גבי בעיא דגמל בהנהגה וחמור במשיכה, כיון דמסופק איזה צד קני, להכי במציאה הוי מוחזק מספק, מכאן ראיה למ"ש לעיל (דף ח' ע"ב) תוד"ה מנהיג עדיף, דחזקה אין תלוי כלל בקנין, ואפי' בדבר שלא היה מועיל כלל לקנות על ידו, כגון חצר שאין משתמר או חצר מהלכת, מ"מ מוחזק מיהא הוי עי"ז, ודלא כמו שהבינו המפרשים מן התוס' שם. דאי רכוב לא קני. לא יועיל גם להיות מוחזק, דא"כ יקשה גם כאן אמאי מיקרי מוחזק, הא הוי תפיסה שאין עמה קנין, כיון דלענין קנין אין מועיל, אין מועיל גם לענין מוחזק, וכמו שהקשה כן באמת על הרא"ש בקונטרס

הספיקות כלל ט'. אע"כ כמש"ש דמוחזק אין תלוי כלל בקנין, ומהתוס' דלעיל אין ראיה כמש"ש, ואע"ג דמן הרא"ש דכאן אין ראיה לענין רכוב, די"ל דרכוב כיון שודאי אין מועיל לקנין אין מועיל גם למוחזק, אבל גבי בעיות דהכא, בזה גופא מספקינן אם מועיל לקנין, והמוחזק יאמר קים לי דהוי קנין. אלא שהוא דוחק דלסברתם לא הוי כלל מוחזק כל זמן שלא קנה ודאי, וזולת זה אין סברא כלל לומר דמוחזק לא יהיה כ"א כשעשה קנין. וראי' מדברי המחבר בחו"מ (סי' קל"ח) גבי שנים שישבו בצד ערימה דמיקרו מוחזקים ע"י ישיבתם, אע"ג דישיבה לא הוי קנין, אלא דאפשר לומר שישבו בתוך ד' אמות דקנה ע"י הד' אמות וכמ"ש בנה"מ שם. ועיין בקצוה"ח סי' ר"ב סק"ו שהוכיח נמי דמוחזק אין תלוי בקנין, ועיין בתשובת רעק"א סי' קל"ג שהוכיח מדברי הריב"ש, דתפיסה בביתו במקום שהבית לא קנה לא מיקרי מוחזק, ותמוה שלא נתעורר להזכיר כלל כל הנ"ל:

בגמ' הא חצר מהלכת היא כו' ומסיק והלכתא בכפותה. הקצוה"ח בסי' ר"ב הקשה מכאן עמ"ש הש"ך שם דאין חצירו קונה כ"א היכי שמכבר היתה חצירו ואח"כ הכניס המטלטלין לחצר, אבל אם המטלטלין מונחים שם מקודם שהיתה חצירו וקניית החצר והמטלטלים באים כאחת לא קני, והקשה ע"ז הקצוה"ח. דמאי משני הכא דמיירי בכפותה. הא אפי' בכפותה לא מהני לדברי הש"ך, כיון דבאים בבת אחת ע"ש. ונ"ל ליישב דהנה בלא"ה נתקשו הרבה ראשונים בסוגיין, אמאי לא קנה הכלים במשיכת הבהמה, דהא במשיכת הבהמה מושך גם הכלים, וגם בתוס' הקשה כזה ותירץ משום שאין משיכתן שוה, דמשיכת הבהמה שהולכת מעצמה מ שייכא בכלים, שמשיכתן ע"י גרירה ע"ש, ולפי"ז בבהמה כפותה שאין הבהמה נמי מהלכת מעצמה. ומשיכתה שוה כעת למשיכת הכלים, דהא שניהם בגרירה. היה ראוי שפיר לקנות הכלים במשיכת הבהמה. הן אמנם הרא"ש הרגיש בזה וכתב שגם בכפותה לא מהני, כיון שסתם קניית הבהמה ע"י הלוך ע"ש, אלא דדוחק לומר כן. ונראה יותר דהתוס' מפרשים דבכפותה אה"נ דקנה הכלים במשיכת הבהמה, וכן מצאתי בשמ"ק להדיא ע"ש התוס', דעל קושיית התוס' שהקשו, אמאי נקיט משוך בהמה זו ולא נקיט קני כתב בשמ"ק וז"ל פי' ע"כ הא דמיבעי ליה משוך בהמה זו לא איירי בכפות דא"כ הוי כמו משוך קופה ופשיטא דקני, אלא ודאי לא איירי בכפות א"כ ליבעי נמי קני כו' ע"ש, הרי להדיא דבכפותה קונה הכלים מטעם משיכה, והא דמסיק הכא והלכתא בכפותה, ופרש"י הא דפשיטא לו דכי אמר קני בהמה וקני כלים קני, ומשמע לפי"ז דבעיא דמשוך הוא גם בכפותה, דרק בקני הוא דפשיטא בכפותה, אבל במשוך, מיבעי לי' גם בכפותה. התוס' לא יפרש כן. דבלא"ה תמוה מאוד הלשון והילכתא בכפותה, כיון דעל הבעיא לא קאי ובעיא לא

איפשיטא וכמה שהק' המפרשים, אלא התוס' יפרש דהא דמסיק והלכתא בכפותה, קאי גם על הבעיא דמשוך, פי' שדוקא באינה כפותה מיבעי במשוך, משום דמשיכתן אינן שוות, אבל בכפותה פשיטא שגם במשוך קני כיון שמשיכתן שוות וכ"פ בהגהות ח"מ ע"ש ולפי"ז לפי' התוס' יהיה הקנין בכפותה מטעם משיכה ולא מטעם חצר. וישבתי בזה נמי הקושיא המפורסמה שהקשו על התוס' דהא בגיטין (דף כ"א) גב עבד דמסיק הש"ס והלכתא בכפותה. כתבו התוס' עצמם דכפות וישן בעינן, והתוס' הוא מרא דשמעתא שס"ל דישן נמי בעינן, ואמאי לא הזכירו הכא מזה דישן בעינן, ועיין מזה בב"י חו"מ (סי' ר"ב) ובסמ"ע שם שחילקו בין עבד לבהמה. ולפמ"ש לק"מ דהא התוס' יפרשו הכא דהקנין בכפותה אין זה כלל מטעם חצר אלא מטעם משיכה, אבל אי הוי מטעם חצר, פשיטא דהוי צריך גם ישן ודו"ק, ועכ"פ זה ברור דהתוס' סוברים דבכפות קונה מטעם משיכה וכמ"ש בשם השמ"ק והגהות ח"מ, א"כ לק"מ על הש"ך מסוגיא זאת לפי' התוס':

ועוד נ"ל דאפי' לפרש"י והראשונים דבכפותה הוי הקנין מטעם חצר, נמי יש ליישב, דהא כבר כתבתי להקשות, דבאמת למה לא מהני משיכתה של הבהמה לקנות הכלים, כיון דבכפותה קנינם שוה, ותי' הרא"ש דחוק, והנכון כמ"ש הרשב"א משום כיון דא"ל משוך בהמה וקנה כלים שעליה ולא א"ל משוך כלים אלו ש"מ דקפידה הוי דלא בעי דליקנינהו לכלים במשיכה עד שיהי' ברשותו ממש, ולהכי קא"ל שיקנה הכלים מחמת הבהמה דאז הוי מונחים ברשותו ע"ש, ולפי"ז מאי איכפת לן אם החצר והקנין באו כאחת, הא לפמ"ש, לקמן (דף י"א ע"ב) באריכות דהטעם דבאו בבת אחת לא מהני, אף כי עתה מונחים ברשות הקונה, דמ"מ כיון שלא הוציאם מרשות המקנה לשם קנין לא מהני, והכא דבאמת ע"י המשיכה הוצאו מרשות המוכר וברצון המוכר לשם קנין, ורק דגלי דעתו שכל זמן שלא יבאו לרשות הלוקח לא יקנה, וא"כ כיון שעתה הרי הם ברשות הלוקח שפיר קנה, דהא יש כאן הוצאה מרשות מוכר והכנסה ברשות לוקח. ואפי' לשיטת הרא"ש דמשיכה דבהמה לא מהניא כלל לגבי בהמה, מ"מ בצרוף החצר מהני, כיון שס"ס איתעביד מעשה בהוצאתן מרשות מוכר ולא דמי להיכי שהמטלטלים מונחים בחצר מעיקרא. בלא איתעביד בהו שום מעשה לצורך הוצאה מרשות בעלים. ועמ"ש לקמן (דף י"א ע"ב), ליישב שארי הקושיות שהקשה בקצוה"ח על הש"ך משם תדרשנו בארוכה:

ברש"י ד"ה מי קני כלים כו' וחצר מהלכת לא שמעי' דתקנה דכי איתרבאי חצירו כו' דלא נייד והוי משתמר ע"כ, הרי כתב שני טעמים על חצר מהלכת דלא קני, מטעם דלא נייד, ומטעם דאין משתמר. והנה טעם הראשון הזכירו כל הראשונים, דמשום דנייד לא

דמי ליד, ואנן דומיא דיד בעינן דלא נייד. אכן טעם השני דחצר מהלכת לא הוי משתמר. רק רש"י הוא היחידי שהוסיף טעם זה, ונראה דנתכוון לתרץ בזה קושיית התוס' בגיטין (דף כ"א ע"א) ד"ה אטו שליחות, דנהי דליד לא דמי מטעם דנייד מ"מ אכתי יועיל החצר מטעם שליחות דכל שליח נייד הוא, וכזה הקשה גם הרשב"א והריטב"א הובא בשמ"ק כאן, וכן הרא"ש בפ' הזורק, ולהכי הוסיף רש"י טעם השני, שגם לשליח לא דמי, דבשליח הוי משומר, שהשליח שומרו, וחצר מהלכת דלא הוי משומר, גם לשליח לא דמי, וברור שזה כוונתו, אלא מה שקשה לי לפי"ז, הא גם בחצר שאינו משתמר מהני עכ"פ כשעומד בצד שדהו, והכא שעשה קנין משכה, מסתמא תפסה באפסר הבהמה, וא"כ הרי משתמר על ידו, ואכתי אמאי לא מהני עכ"פ מטעם שליחות, אלא דזה אפשר ליישב דמיירי שהנהיגה בקול או הכישה במקל ע"י זריקה מרחוק ולא עמד כלל אצלה, או אמינא ביותר, שמכאן יהיה סיוע למ"ש התוס' בעירובין פ' כל גגות, דבעינן דוקא שיהיה עומד בתוך השדה, אבל עומד בצד שדהו לא מהני, וכן הביא הרמ"א בחו"מ (סי' ר'), ולכך הכא אע"ג שתופסה באפסר כיון שאינו עומד ע"ג הבהמה ממש לא יועיל, אלא שאכתי יקשה דמאי פריך בסמוך מקלתא וספינה, והוכרח לתרץ דהתם לא הוי חצר מהלכת, הא התם דמיירי שעומד בתוך הספינה, כדקתני היה מהלך בספינה, וא"כ אפי' אי נימא דמיקרי חצר מהלך, ואין מועיל מטעם יד, ליקני עכ"פ מטעם שליח, והכא לא נוכל לשנויי משום דלא הוי משתמר, כיון שעומד בתוכה הוי משומר על ידו, ועיין מ"ש הרא"ש בגיטין (דף ע"ח) והיא לכאורה קושי' עצומה ונ"ל ליישב בפשיטות עפמ"ש הר"ן דבמציאה לא נוכל לומר שחצר יועיל מטעם שליחות, כיון דאין מועיל שליחות במציאה, דכן הקשה על מתני' דראה אותן רצין, אמאי מהני קנין חצר הא חצר הוי מטעם שליחות ובמציאה לא מהני שליחות ותי' דבזכות הוי מטעם יד אפי' באינו עומד בצדו דהוי כידו אריכתא ע"ש, ובגט ודאי דלא הוי נמי מטעם שליחות, דאין חבין אלא בפניו, וממילא מתורץ קושיתי, דמטעם שליחות ודאי דלא מצינן למימר שיקנה בספינה ובגט, דבספינה מיירי במציאה, ובגט משום דחוב, וע"כ דהכא הוי החצר משום יד, ולכן אי הוי מהלך לא קני מטעם יד דיד לא נייד, ועל זה לא מהני נמי מה שעומד בתוכה, דס"ס לא דמי ליד מטעם דנייד, להכי הוכרח הש"ס לומר דלא הוי חצר מהלכת כלל, דאם החצר היה יכול להועיל מטעם שליח, דבאופן זה הוי החסרון דמהלך משום דלא משתמר, אז אם הוא עומד בתוכה ומשתמר על ידו, היה מועיל באמת אעפ"י שמהלך, אבל במציאה וגט, דמשום שליח בלא"ה ליכא הכא, ורק מטעם יד הוא דהוי, ולכן אם היה חצר מהלך,

אכתי לא דמיא ליד דנייד. ושפיר מוכרח הש"ס לאוקמי דבספינה ובגט לא מיקרי כלל חצר מהלך, וז"ב:

ועוד נ"ל דלהכי לא מהני הכא עומד בצד שדהו. שכיון דליד לא דמי משום דנייד ולשליח לא דמי משום שאינו משתמר א"כ לא מיקרי כלל חצר, דחצר הוי או משום יד, או משום שליח, וכיון וחצר מהלך, דברוב הפעמים אינו משתמר, ולא דמי לא ליד ולא לשליח, לא הוי כלל בשם חצר, ולהכי אפי' אם איתרמי באיזה מקום דהוי משתמר אינו מועיל נמי, כיון שלא מיקרי כלל חצר, דהא דאמרי' דעומד בתוך שדהו מהני, היינו בשדה, דחצר מיהא מיקרי, אלא דהחסרון הוא שאינו משתמר, ולהכי אם עומד בצד שדהו דהוי השתא משומר על ידו מהני, אבל במהלך כיון דברוב הפעמים לא הוי משומר ואין נושא עליו שם חצר, ולא זהו חצר דמרבינן לקנין, א"כ מה יועיל דמשמרו, דאם ישמור ברה"ר, הכי נימא ג"כ דיקנה ע"י השמירה, הא העיקר בעינן שיהיה בחצירו, וחצר כזה דלא דמי לא ליד ולא לשליח, אין נקרא כלל בשם חצר, ודו"ק:

והנה מכל מה שכתבתי בזה, יתיישב לנו הסתירה אשר בין רש"י דסוגיין, לרש"י דגיטין (דף כ"א) דהכא כתב שני הטעמים, דלא נייד והוי משתמר. ושם בגיטין לא הזכיר כ"א טעם דנייד, והיינו משום דטעם דמשתמר לא הוצרך כ"א לתרוצי, למה לא מועיל חצר מהלכת עכ"פ מטעם שליח, וא"כ בשלמא הכא דמיירי לענין ממון דיוכל להועיל מטעם שליחות, לזה הוצרך להוסיף דלא הוי משתמר, ולא דמי לשליח, אבל התם בגיטין דלא יוכל החצר להיות מטעם שליח כיון דחוב הוא לה, ורק החצר מטעם יד הוא דמועיל, לזה לא זכר כ"א טעם דנייד, דהיינו טעמא דלא דמי ליד, אבל על שליח לא הוצרך לשום טעם אחרי דבלא"ה לא יוכל להיות מטעם שליח, משא"כ הכא דהחצר יוכל להיות משני הטעמים. מטעם יד, ומטעם שליח. לזה הוצרך שפיר לשני הטעמים, ודו"ק:

תוד"ה ספינה, אע"ג דרכוב כמהלך, הכא חצר משום יד איתרבאי והוה שפיר דומיא דיד דמינח נייח וממטי לה עם גופו ע"כ, ובחדושי רעק"א הקשה דלהבנת התוס', דהחסרון דמהלך. הוא מה שהחצר הוי נייד, ולכן כשמהלך ע"י דבר אחר, אין זה חסרון. ולא מיקרי חצר מהלך, א"כ בנותן גט ביד עבדה אמאי מיקרי חצר מהלך הא היד מינח, אע"כ דהיד והגוף חד הוא, אלא דמה דאמרי' מה ידה שאין מהלך, היינו דאין מהלך מהקונה, דבכ"מ שהוא מהלך שם הקונה, משא"כ חצר מהלכת דמהלך גם מהקונה ע"ש. והנראה מדבריו שהבין דחסרון דמהלך אינו משום דהחצר נייד. אלא מה שהוא מהלך מהקונה, אכן לענ"ד א"א לומר הכי, דא"כ מאי פריך בסמוך מנתן לתוך חיקה וקלתה דאמאי הוי מגורשת, הא התם מיירי שהקונה דהוא האשה נושאת הקלתה עמה,

וא"כ אין החצר מהלך מהקונה ולדברי רעק"א שרק ע"ז קפדינן מאי מקשה כלל מקלתה. וכן בספינה מיירי נמי שבעל הספינה יושב נמי בספינה. וכן יקשה דמאי משני ספינה מינח נייחא ומיא הוא דקא ממטי, כיון דחסרון דמהלך הוא משום שמהלך מהקונה. מאי נ"מ אם מהלך מעצמו מאתו. או מהלך ע"י דבר אחר. דהא תינח אם החסרון הוא מחמת שהחצר נייד. שז משני דספינה עצמה אין נייד כלל. ורק מיא הוא דממטי, אבל כשהחסרון הוא מחמת שאזיל מהקונה אין נ"מ בזה. ואפי' אם מחמת דבר אחר מהלך מאתו, כיון דס"ס מהלך הוא מהקונה. חצר מהלך הוא דמיקרי. ולכן נ"ל דבזה דאמרי' חצר דומיא דיד בעינן, נלמוד מזה שני אלו הפרטים היינו שעצם החצר לא יהיה מהלך ונייד. וכן שמהקונה לא יהלך, כמו יד דאית ביה הני תרתי. ולא קשה שוב מנותן גט ביד עבדה. דהתם אע"ג דהלוכו הוי מחמת דבר אחר, ומצד עצם החצר לא הוי מהלך, מכל מקום כיון דמהלך מהקונה. משו"ה לא קנה. והכא גבי קלתא וספינה. דהחסרון דמהלך מהקונה ליכא הכא, כיון דבשניהם מיירי דגם הקונה איכא הכא עם החצר. דבעל הספינה יושב נמי בתוכה, וכן האשה שנושאת הקלתה, הוי הקונה עם החצר וכמ"ש. ומחמת חסרון דמהלך מהקונה לא היה קשה כלל מספינה וקלתה. אלא דאע"ג דחסרון זה ליכא הכא מ"מ אכתי לא הוי דומיא דיד, משום דנייד מעצמו, ע"ז משני ספינה מינח נייחא. וכיון שאזלא ע"י דבר אחר והוי שפיר דומיא דיד בשני הפרטים, דמעצמו אין נייד. וכן מהקונה לא יהלך. וכן מה שהקשה תו רעק"א. דא"כ הגוף עצמו מהלך מחמת עצמו ואמאי מהני בנותן גט על גופה, התם נמי אבר אחד מהגוף לא יוכל להלך והלוך האדם בא בהשתתפות כל האברים יחד וא"כ אותו האבר שנותן עליו הגט אין נייד מעצמו ומינח נייח וממטי לה ע"י הגוף והוי ממש כמו יד, ודו"ק:

במתני' היה רוכב ע"ג בהמה כו'. בס' מ"ה נסתפק, הא דתקנו ד' אמות, אם היינו דוקא כשהולך ע"ג קרקע, אכן כשרוכב על הבהמה לא תקינו. או לא שנא. ולכאורה ממתני' דהכא יש להביא ראיה, דלרוכב לא קני, דאל"כ אמאי לא קני הרוכב בד' אמות, אכן בעיקר הספק מצאתי מפורש בשמ"ק בשם הרמ"ך בסוגיין, שכתב לפי תומו דגם ברוכב תקנו ד' אמות. וממתניתין אין ראי' די"ל דמיירי שהמציאה היתה רחוקה יותר מד' אמות של הרוכב. או די"ל שאפי' אם הרוכב היה בתוך ד' אמות של המציאה נמי לא קנה, משום דלא אמר מעיקרא יקנו לי ד' אמותי. וכמו בחצר דלא קני עד שיאמר זכתה לי חצירי, ואע"ג שבעיקר הדין אם בד' אמות בעינן נמי שיאמר דוקא. ראיתי מחלוקת בשמ"ק, ודעת רבינו יהונתן דד' אמות לא עדיף מחצר, וכמו בחצר בעינן דוקא שיאמר זכתה לי שדי, ה"נ בד' אמות, אבל הרמ"ך הביא ראי' מסוגיא דלקמן (דף י') כי תקינו

דליקנו כי לא אמר מאי הוי משמע דלא בעינן שיאמר, ואף אי לא אמר קני נמי, וכן נוטה דעת כל הפוסקים, ובשו"ע חו"מ פוסק בפשיטות דבד' אמות לא בעינן שיאמר. וגם במפרשי השו"ע לא ראיתי מי שהביא לחוש לדעת ר"י הנ"ל, מ"מ נ"ל לומר דברוכב כו"ע מודה דבעי' דוקא שיאמר, ואי לא אמר לא קני, והוא עפ"י מ"ש המ"מ (פי"ז מגזילה) לחלק מפני מה בחצר בעינן דוקא שיאמר, ובד' אמות לא בעינן שיאמר, משום דד' אמות אלים ביותר לקנין, משום דבנקל יוכל לנטות קצת ולהגביה ע"ש, ולפי"ז לא שייך זה כ"א במהלך ברגליו, אבל ברוכב שאי אפשר לו להגביה עד שירד מן הבהמה, א"כ יקשה לו ההגבהה עוד יותר מבחצר, וכ"ש דבעינן הכא שיאמר דוקא, ובזה נתיישב לי נמי מה שהיה קשה לי דברי הרמ"ך אהדדי, שבמקום אחד בסוגיין כתב, היה רוכב ע"ג הבהמה וראה את המציאה בתוך ד' אמות ואמר תנה לי ואמר הלה לעצמי אני נוטל זכה בהן כיון דהיאך לא אמר מעיקרא שיזכו לו ד' אמות ע"כ, הרי דמצריך דוקא שיאמר זכתה לי, ואח"כ פליג איהו גופא על רבינו יהונתן והביא ראי' דלא בעי שיאמר. אע"כ כמ"ש דברוכב כו"ע מודו דבעינן שיאמר וז"ב, ויתיישב בזה דיוקו של השמ"ק. דדייק למה קתני במתני' היה רוכב ומאי אשמעי' בזה שהיה רוכב, דלמ"ש אשמועי' דברוכב בעינן דוקא שיאמר ולהכי לא קנה בד' אמות משום דלא אמר, ועוי"ל דלהכי לא קנה הרוכב בד' אמות. דהא ד' אמות אין קונה כ"א בעומד אבל במהלך לא קנה וכמ"ש הר"ן והרשב"א לעיל בסוגיא דקלתא, וכן איתא בטור חו"מ (סי' רס"ח) בשם הראב"ד, ולהכי י"ל דמסתמא מיירי שרכב והבהמה מהלכת. ולא עמדה במקומה. והרכוב נמי כמהלך דמי. ולכן לא קנה. עכ"פ ממתני' אין ראי', והדין פשיט דברוכב נמי קה ד' אמות וכמ"ש משיטפא דלישנא דשמ"ק שהבאתי לעיל, אלא שברוכב בעי' שיאמר דוקא זכתה לי ד' אמות לכו"ע וכמ"ש:

ולמ"ש א"ש מה שקשה לעיל גבי אחד רכוב חמור ואחד תפוס במוסירה, למה לא קנה הרוכב במוסירה ע"י ד' אמות. בשלמא תופס במוסירה לא קנה ע"י ד' אמות, דכיון דתפס בתפיסה ניחא לו דליקני ולא בד' אמות, אבל הרוכב דאין בו שום גלוי דעת, למה לא יקנה בד' אמות, ואפי' כשלא אמר יזכה לי נמי הו"ל לקנות, כיון דמוסירה הוא בראש החמור ונוח לו ליקחה כשהוא רוכב. ולמ"ש יתיישב. משום דהתם מיירי במנהיג, א"כ הבהמה מהלכת ובמהלך לא תקנו ד' אמות, ונדחה בזה כל מ"ש בס' מ"ה שם באריכות, ודו"ק:

ברש"י ד"ה אדם בעלמא שאינו בעל שדה דאי בבעל שדה לא אמר ר' אליעזר זכה כו' דאפי' עני הוא מוזהר שלא ללקט פאה משדה שלו ע"כ, ובשמ"ק הקשה בזה על רש"י, דהא אי בעי הוה מפקיר לכל נכסיו וגם שדה זו בכלל ההפקר ושוב אינו מוזהר עליה

ולהכי חזיא ליה. ונ"ל דבלא"ה יש לדייק במ"ש רש"י דלא מיירי בבעל שדה, הא לכאורה כתב הוא עצמו בגיטין להיפך ממ"ש כאן. דז"ל שם מי שליקט, בעל הבית עשיר, וכלשון רש"י שם איתא נמי בירושלמי. ומלשון זה משמע דמיירי בבעל שדה, דאי לא, מאי בעי בזה שדייק לכתוב, בעה"ב עשיר, וע"ד הפלפול אמרתי, דהנה בסוגיין מבואר הטעם דר' אליעזר דאמר זכה, מטעם דאי בעי מפקר נכסיו, ואינו מובן מאי מיגו הוא זה. אם ע"צ האמת, איזה שוטה יעשה כן להפקיר כל נכסיו בכדי שיוכל לזכות מעט הפאה, ואם ע"צ הערמה, א"כ אין מקום כלל להלאו שאמרה תורה לא תלקט להזהיר עני על שלו, כיון שכל אדם יוכל ללקט ע"י מיגו הזאת, ולכן נראה, דודאי היכי שהנכסים שיפקיר שוים הרבה יותר מן הפאה שילקט, לא אמרי' כלל מיגו זאת, מטעם דעלינו להחזיק שבוודאי לא יפקיר, דמי פתי יעשה ככה, אלא דהכא מיירי באופן שאין לו כ"א פרוטה אחת יותר על סך שני מאות זהובים, ולזה כדאי לפניו להפקיר הפרוטה היתירה, בכדי שיזכה בפאה ששוה הרבה יותר מפרוטה ושפיר שייך מיגו וכמ"ש האחרונים, אלא דאכתי אין מדוקדק, דאי בכה"ג שאין לו כ"א פרוטה יתירה, לא שייך לקרותו "עשיר" דהא עד שני מאות עני מיקרי, ואטו בשביל פרוטה יתקרי עשיר, אינו עני הוא דנוכל לקראו, אבל לא בשם עשיר. ואמנם במס' פיאה מבואר שדוקא אם יש לו מעות מזומן יותר משני מאות אסור ליקח פיאה, אבל אין מחייבין אותו למכור ביתו וכלי תשמישו, וא"כ שפיר משכחת שבאמת עשיר הוא מצד שיש לו נחלאות ובתים. אבל מעות מזומן אין לו כ"א פרוטה אחת יותר ממאתים, ושפיר יש לו מיגו דיפקיר הפרוטה היתירה ויוכל ליקח הפאה, ומ"מ עשיר מיקרי שבאמת עשיר הוא בבתים, והיינו דדייק רש"י לכתוב, "בעל הבית עשיר" כלומר דעשרו הוא משום שהוא בעל בתים ונחלאות, אבל מעות מזומן אין לו כ"א פרוטה יתירה, דאם עשרו בממון מזומן לא שייך מיגו. ולפמ"ש שע"צ הערמה אין אומרים המיגו, ורק היכי דחזינן שבאמת בידו ודעתו לקיים כן, וא"כ בבעל השדה עצמו אם ירצה ללקוט הפאה, עליו להפקיר את השדה ממש, וזה לא אמרי', דמיגו כזה היכי שהשכל אין גוזר שיעשה כן לא אמרי' מיגו, והנה לדברנו דסברת רש"י הוא רק משום דלא אמרי' מיגו במקום שהשכל גוזר שודאי לא יעשה כן, א"כ דוקא מיגו לא אמרי', אבל אם עשה כן לפנינו והפקיר שדהו, בזה לא פליג רש"י ויסבור שאה"נ שגם בעל שדה יוכל לזכות אח"כ בפאת שדהו, ויתיישב בזה מ"ש בהגהות מצפה איתן מנדרים (פ"ד ע"ב) דר"א סובר שלא נחשדו עמי הארץ על מעשר עני משום דלית ליה פסידא, כיון דאילו מפקיר נכסיו והוי עני וחזי ליה, הרי דאם מפקיר נכסיו רשאי ליקח אפי' משדה שלו, ולמ"ש מיושב, דהתם קאמר באם מפקיר ממש שאז יוכל לזכות, והיכי

דמפקיר באמת. פשיטא שגם לרש"י מותר, דדוקא מיגו לא אמרי' בכה"ג וכמ"ש. אלא דאכתי צ"ע לכאורה, דהא ר"א אומר התם דעמי הארץ לא נחשדו על מעשר עני משום דאמרינן דלית להו פסידא, ואח"כ יפקירו נכסיהם ויזכו הם עצמם, והנה אם כי מה שהקשה במצפה איתן מעיקר הדין דקאמרי' דאחר ההפקר יוכל לזכות בעה"ב מעצמו לק"מ וכמ"ש שאחר ההפקר גם רש"י מודה דרשאי ללקט, אכן על תחלת דבריו קשיא לי, דאמאי לא נחשדו וסמכינן שודאי יעשה כן, מאיזה סברא נימא הכי, הא ודאי יהא מירתת להפקיר נכסי' וכמ"ש רש"י כאן, ואפשר יש לומר, דהתם בשביל טובת עצמו, שירצה הוא עצמו לזכות בהמעשר, אפשר יעשה כן על הספק, אולי יוכל הוא עצמו לזכות אח"כ בנכסים, דדוקא הכא דמירי שמלקט לצורך חבירו, ולצורך חבירו פשיטא שלא ירצה להעמיד עצמו בחשש הפסד, ולהפקיר נכסיו, ובכה"ג גם ר"א מודה דמירתת להפקיר נכסיו, אם לא באדם בעלמא שאינו בעל שדה, דעליו להפקיר רק פרוטה, ודבר קטן כזה יפקיר גם בשביל טובת ההנאה שיהיה לו, אבל להפקיר כל השדה לא ירצה להעמיד בחשש הפסד גדול בשביל טובת הנאה לחוד, ור"א דס"ל התם בנדרים דלא מירתת, היינו בשביל הנאת עצמו, וכנ"ל:

בגמ' ורבנן סברי חד מיגו אמרי' תרי מיגו לא אמרי', ויש להבין מהו החלוק בין חד מיגו לתרי, דכיון דשני המיגות טובים, למה לא אמרי' גם תרי מיגו. ונ"ל שבאמת אם שני המיגות טובים, אין חלוק בזה ואמרי' גם תרי מיגו, ורק הכא בעשיר לעני ס"ל לרבנן, דהך מיגו דבעי מפקר נכסיו לאו מיגו הוא משום דהוא מירתת להפקיר, שמא יזכו אחרים בנכסיו, ור' אליעזר סובר דסומך עצמו שיעלה בידו להקדים ולזכות אח"כ בנכסים ורבנן ס"ל דאפ"ה מירתת, ולהדיא איתא בנדרים (פ"ד ע"ב) דהכי הוא טעמא דרבנן:

ומיושב בזה היטב קושית התוס' לעיל א ח') ד"ה ומאי מיגו, שנשארו בתימה מנ"ל דילמא תרי מיגו לא אמרינן דהא שני חרשים שקנו היינו נמי מטעם מיגו, וכוונתם לרבנן דהכא שאמרו כן בהדיא לחלק בין חד מיגו לתרי, וכמ"ש בהגהות ח"מ, ולדברנו שבאמת אין חלוק בין חד מיגו לתרי, ודוקא הכא משום דהמיגו השני לאו מיגו הוא לרבנן, אבל היכי ששני המיגות טובים כמו התם גבי חרשין, אין חלוק כלל בזה, ודו"ק

בגמ' א"ל ר"נ לעולא ולימא מעני לעני מחלוקת, ופרש"י אמרי רבנן דלא זכה לו, והריטב"א דייק מלשון רש"י, שמחלוקתם אינו כ"א מעני לעני, אבל מעשיר לעני גם ר' אליעזר מודה דלא אמרי' מיגו, וצ"ע ע"ז דהא לאוקימתא דאביי בנדרים (דף פ"ד) דטעם דר"א דלא נחשדו עמי הארץ על דמאי משום דאי בעי מפקר נכסי', א"כ הרי גם בעשיר ס"ל לר"א דאמרינן מיגו דמפקר, וצ"ע:

דף י.

ברש"י ד"ה לא קנה, דלאו כל כמיניה להיות קופץ מאליו וחב לאחריני מאחר שלא עשאו שליח לתפוס, ובתוס' השיגו מהא דיימר בר חשו, והנה בעיקר שיטת רש"י, תיתי לי שכוונתי בזה למ"ש מהרש"א בכתובות שם. דע"כ לא קאמר רש"י דשליח מהני כ"א הכא דמיירי במציאה, ויש לו מיגו דבעי זכי גם לנפשי' אבל התם גבי יימר בר חשו, שאין לו שום מיגו, גם רש"י מודה דלא מהני שליח, ואם כי עיקר החלוק מוסכם מהמהרש"א והתומים בסי' ק"ה. בכ"ז נ"ל גם להסביר טעם החלוק. עפמ"ש הפנ"י בכתובות, הטעם דלא מהני שליח במקום שחב לאחרים, משום דחב לאחרים הוי עבירה ואין שליח לדבר עבירה ע"ש, והנה בטעם דאין שליח לדבר עבירה גופא כתב הסמ"ע בסי' (קפ"ב) משום דהמשלח לא סמיך דעתו שיאמר סבור הייתי שלא ישמע לי, וא"כ אין שייך זה כ"א במקום שהשליח לא יוכל לעשות הענין כ"א בדבר עבירה, דבזה יש לומר דהמשלח לא סמיך כלל שיגיע למבוקשו, דמימר אמר ודאי שיחזור השליח מהבטחתו ולא יעשה דבר עבירה, אבל במקום שלשליח יש שני דרכים, דרך היתר ודרך איסור בזה שפיר סמיך המשלח דעתו שיגיע למבוקשו, דאם לא ירצה השליח לעבור עבירה הרי יש לו גם דרך היתר, ובכה"ג הוי שליח, ולכן בנידון דידן נמי, דמבוקש המשלח, היינו שיתן לו זה המציאה, נוכל לומר דשפיר סמיך המשלח דעתו, שבודאי יקיים השליח הבטחתו שהבטיחו לתת לו, דממ"נ אם ירצה לעשות בדרך איסור, אז יגביה לצורך המשלח עצמו, ואם לא ירצה לעבור עבירה, הרי יש לפניו גם דרך היתר, שיגביהנה לצורך עצמו, ואח"כ יתננה למשלח, וא"כ בכה"ג סמיך דעת המשלח, שכיון שהשליח נתרצה להביא החפץ ליד המשלח, ודאי שיביאנו ולא יחזור מדברי הבטחתו, וכיון דסמיך דעתו, בכה"ג יש שליח. וכמ"ש ברמ"א חו"מ (סי' שפ"ח) דבמקום דהשליח הוחזק לעשות העבירה נמי יש שליח מהאי טעמא דסמיך דעתו. ועמ"ש לקמן בע"ב בתוד"ה כהן דאמר לישראל. הסבר אחר לדברי רש"י, ומה שטען התוס' בגיטין על רש"י, כיון דשליחות מהני, א"כ אפי' לא עשאו שליח נמי, כיון דזכיה היא מטעם שליחות הרי יכול לעשות שליח מעצמו, לא אבין זה, דכפי הנראה שרש"י במתק לשונו הרגיש ליישב זאת, דז"ל רש"י, דלאו כל כמיניה להיות קופץ מאליו וחב לאחרים מאחר שלא עשאו שליח לתפוס, הרי שתיקן זאת, משום דמאליו לאו כל כמיניה לחוב לאחרים, וכוונתו בזה דאע"ג שהתורה נתנה רשות לאדם שיוכל מעצמו לזכות לחבירו, היינו היכי שהוא זכות גמור, ואין בזה נדנוד רעה לאחרים, אבל היכי שיש בטובתו לזה, נדנוד רעה לאחרים, לאו כל כמיניה להיות קופץ מאליו, אבל בעשאו שליח ודאי דמהני, ועיין בקצוה"ח סי' ק"ה סק"א, ולפמ"ש מתורץ

נמי מה שהקשה בשמ"ק על שיטת רש"י דמאי מקשה הש"ס מפועל, הא פועל ששלוחו הוא, ובשליח יכול לתפוס לפרש"י ע"ש, דזה ודאי שסברת רש"י נכונה שמעצמו לא יוכל לזכות לזה במקום שיש נדנוד רעה לאחרים, ודוקא בעשאו שליח מהני, אבל היינו דוקא במקום שעשאו בפירוש שליח על התפיסה, אבל אם עשאו שליח למלאכות אחרות, ולא לתפיסה, בזה ודאי דלא יוכל לתפוס, דעל התפיסה הוי כקופץ מאליו, וכן גבי פועל אם היה שוכרו ללקט מציאות, אה"נ שהיה מועיל, אבל הכא מיירי בשכרו לעשות מלאכות אחרות של היתר. א"כ הוי על התפיסה כקופץ מאליו, וכן מה שטען הרא"ש בסוגיין ממתני' דאמר תנה לי, הרי עשאו שליח ואפ"ה לא מהני, י"ל דמה דאמר תנה לי, לא נתכוון כלל לעשותו שליח לזכות עבורו. אלא משום שהיה רוכב על החמור, ונתעצל לירד מעל החמור, להגביה המציאה, ולזה ביקש מאתו שיושיטנה לידו, אבל לא נתכוון כלל לעשותו שליח על הזכייה, והיה סבור לזכות אח"כ כשיגיע לידו, ודו"ק:

בתוד"ה ארבע אמות, הקשו מההיא דהיה מגרר כו', ולענ"ד היה נראה ביסוד הקנין דד' אמות דבר חדש, דתחלה התקנה לא היה שיקנה ע"י ארבע אמות, אלא דתחלת התקנה היתה רק שכיון שמונח בתוך ד' אמותיו אין אחר רשאי עוד לתופסו, והקנין יבוא מעתה ממילא, שכיון שאין אחר רשאי עוד לזכות בזה. ובע"כ שישאר לפני זה שמונח בתוך ד' אמותיו, זהו גופא הוי הקנין לגבי'. ואל תתמה על יסוד הזה, דדומה לזה ממש כתבו הראשונים לעיל (דף ח') דקאמר שם דיוקא דרמי בר חמא מהיכי אי נימא מרישא שנים אוחזין בטלית דיחלוקו התם האי קאמר כולה שלי ואנא אגבהתי' כולה ופרש"י דלעולם אימא לך המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו ודקאמרת דא"כ תעשה לזה כמי שמונחת ע"ג קרקע ולזה כו' ולא יקנה לא זה ולא זה ויבוא שלישי ויחטפנה מידם, א"א לשלישי לחטפה מידם שהרי אינם טוענים שהגביהוה יחד עד שנאמר שלא קנו אלא כ"א טוען שהגביה לעצמו ע"כ, ובשמ"ק מביא בשם הר"ן ורמב"ן וז"ל וא"ת נהי דשלישי א"א לחטפה מידם מ"מ למה אמר במשנתינו יחלוקו דהא משום דתלינן תרווייהו כי הדדי אגבהוה וי"ל דכיון דלפי טענותיהם א"א לשום אדם לזכות בהן וכיון שממון הפקר הוא חולקין אותה בין שניהן שהרי ע"כ לכך היא עומדת, ומיהו עדיין קשה היאך ישבע כ"א מהם שאין לו בה פחות מחציה דהא ממ"נ חד מינייהו משבע לשיקרא דאו כולה דמר או כולה דמר ואי לא"ה אלא דתרווייהו בהדי הדדי אגבהוה ליתא לשניהם, וי"ל נמי שכיון שממון הפקר ומתוך טענותיהם א"א לאחר לזכות זכו בה שניהם מן הדין ושפיר משתבעי שיש לו בה ע"כ, וממוצא דבריהם נלמוד שאע"ג דלמאי דתלינן שתרווייהו אגבהוה לא עשו בהגבהתם שום מעשה הקנין, אפ"ה כיון

שאחר א"א לזכות בה ובע"כ שישאר לפניהם, זהו גופא הוי קנין לגבייהו עד שיכולין גם לישבע שיש לו בה. ה"נ דכוותי' כיון שאחר אין רשאי עוד לתופסו, בשביל שמונח בתוך ד' אמות של זה, בזה גופא הוי הקנין לגבי'. אבל תחלת התקנה לא לקנין תקנוהו, וזולת שמצד הסברא היה ראוי לומר כן, דכיון דעיקר התקנה הוא רק מחמת דלא ליתו לאנצויי, ולזה יספיק אם תקנו שאין אחר רשאי לתופסו א אתו שוב לנצויי. ולמה היה להם לתקן שיקנה לגמרי. עוד נ"ל לדייק הכי מלשון רש"י בד"ה קונות כתב וז"ל אם יש סביבותיו דבר הפקר אין אחר רשאי לתופסה ע"כ, ומעולם נתקשיתי מאי בעי רש"י בזה, האם אתא לאשמועי' סגולת הקנין, דאם קונה אין אחר רשאי עוד לתפוס, ולמ"ש טובא אתא לאשמועי', דתחלת התקנה לא לשם קנין תקנו, אלא רק לענין זה תקנו. שאין אחר רשאי לתופסו. ולפי"ז אין מקום לקושית התוס', דבגניבה לא שייך כלל קנין ד' אמות, דבשלמא אם תחלת התקנה היתה לקנין, דהד' אמות יקנו כמו חצירו, אז אין מקום לחלק בין גניבה לשארי דברים. דכיון דתקנו דהוי חצירו קונה לו גניבתו נמי כמו חצר דקני ליה גניבה. אבל למה שהוכחנו מן הסברא ומרש"י דהתקנה לא היתה כ"א שאין אחר רשאי ליקחנה, איך שייך זה בגניבה, דאטו בעל הבית אסור ליקח שוב חפצו. כיון שמונח בד' אמות של הגנב, ולא שייך טעם התקנה כ"א בדבר הפקר, או גם בגיטין וקדושין י"ל נמי דתקנו שאם כבר הניחה הגט או הקדושין בד' אמותיה, אין הבעל רשאי שוב לקחתם בחזרה, וממילא קנתה האשה. אבל בגניבה ודאי דלא שייך כלל לומר הכי, דהא אפי' מביתו של גנב רשאי ליקחם בעה"ב, וכיון שבעה"ב יכול ליקח את החפץ, ממילא לא נשאר שום קנין לפני הגנב לזכות ע"י הד' אמות, וזה נראה נכון בעזה"י. ואפשר דיש להעמיס זה בכוונת התוס' נמי, במה שכתבו דבגניבה לא תקינו ד' אמות, אלא שאין לשונם משמע הכי, ועכ"פ לשון רש"י נראה להדיא כמ"ש, והיינו דמכוון ליישב קושית התוס'. לזה אשמועי' דד' אמות לא הוי קנין בעצם כמו חצר. אלא דהתקנה היתה רק שאחר לא יוכל לתפוס, וממילא מיושב קושית התוס' דבגניבה לא שייך הכי, וכמ"ש ועמ"ש לקמן (דף נ"ח ע"א) ביסוד הקנין דאמירה לגבוה בכה"ג, ודו"ק:

ולולא דמסתפינא הוה אפשר לומר שגם אליבא דאמת לא הוי זה קנין גמור שיקנה בזה לגמרי עד שלא יהא צריך קנין אחר, אלא דאין קונה כ"א לענין זה שאחר אין רשאי שוב לתופסו, אבל אה"נ דשל מגביה נמי לא הוי עד שיעשה:

קנין, והא דמהני זה בגט ובקדושין. י"ל דהנה לר' יוחנן בגיטין (דף ע"ח) דאמר התם אפי' מאה אמה וקרוב לה נמי מגורשת, הרי ודאי שאין הטעם מחמת קנין אלא משום דמשתמר על ידה, ומשום תקנת עגונות תקנו דניזל בתר שמירה, ועיין בב"ש אה"ע כב

ל') דמהאי טעמא מהני אפי' ברה"ר, אע"ג דד' אמות אינו קונה שם כלל ואפ"ה בגט מהני, אלא אפי' לרב דס"ל התם שדוקא בתוף ד' אמות, נמי אין ללמוד משם, דד' אמות קנין הוא, דהא בע"כ שבגט לאו משום קנין הוא, דאי משום קנין היכי מצי להקנות בע"כ, וכי היכן מצינו דאדם קונה בע"כ וגדולה מזה הוכיח התורי"ד שם, דאפי' חצירה ממש, לאו משום קנין הוא, מכח הוכחה הזאת, דהיכן מצינו קנין בע"כ, ואלא הטעם דרבי רחמנא חצירה בגט. מפני שמשתמר בחצירה, וא"כ בד' אמות נמי כיון שמשתמר על ידה מהני, ואפ"ה סובר רב דחוץ לד' אמות לא מהני, והיינו משום דעכ"פ מקרא דידה ילפינן שיהיה עכ"פ תוך רשותה, ולהכי חוץ לד"א אע"ג דמשומר על ידה כיון שאין ברשותה כלל לא מהני, אבל בתוך ד' אמות כיון דהוי רשותה עכ"פ לענין זה במציאה שאין אחר רשאי לתופסה, הוי עכ"פ רשותה היא ולהכי מהני. אבל לא מטעם דרשותה קונה, דעיקר הקנין הוי משום השמירה, ואלא דבעינן נמי שיהא ברשותה מקרא דידה, ובקדושין תקנו דליקני משום ליתא דגיטין וכדאמר שם, הכי הוא דעת רב, ור' יוחנן ס"ל דמשתמר לחוד סגי ואפי' מאה אמה ויכולה לשמרו נמי מגורשת, ואפי' תימא שדוחק לומר הכי דבגיטין לאו משום קנין הוא. אכתי אין ראיה מתקנת ד' אמות דגיטין לד' אמות בעניני ממון. דהא בע"כ טעם של זה לא שייך בזה. דטעם דמהני בעניני ממון הוא משום דלא ליתי לאנצויי, זה לא שייך בגירושין. וכן טעם דגירושין משום תקנת עגונות לא שייכי בממון, וכיון דהתקנות היתה מפני טעמים מיוחדים, שפיר יש לומר דכח התקנה נמי לא היתה שוה בשניהם, דבגיטין דלפי טעמם מחשש עגונות, הוכרחו לתקן שיקנה ממש, דאל"ה לא הועילו בתקנתם להכי היתה התם התקנה שד' אמות יהי' קנין ממש, אבל בעניני ממון דהטעם היתה משום דלא ליתי לאנצויי, ובכדי לתקן חשש הזה היה די גם שיתקנו דרק אחר אין רשאי לתופסו, כיון דעי"ז הוסר החשש ולמה להם עוד, ולפי"ז יהיה סגולת הד' אמות חלוק בין עניני ממון לגיטין וקדושין דהתם לפי טעמם הוצרכו לתקן שיקנה עי"ז בק"ג. ובעניני ממון די לתקן רק שאין אחר רשאי לתופסו וכמ"ש רש"י, אבל אה"נ שגם הוא צריך אכתי לקנין, ולזה פשיטא שאין מקום לקושית התוס', דכיון ששלו לא הוי עוד, א"כ לא שייך בזה איסור גניבה, דבגניבה בעינן שיכניסנה לרשות שלו, והכא לא מיקרי עדיין שלו, והיה מקום נמי ליישב בזה קושית הר"ן ותלמידי הרשב"א הובא בש"ך חו"מ (סי' ר') דלמה הוצרכו לתקן משיכה ומסירה בסימטא יקנו בד' אמות, ולמ"ש א"ש דאכתי בעינן קנין שיהא שלו, ודו"ק:

בגמ' ואי אמרת ד' אמות קונות כו', ואין להקשות דהא קרקע אין נקנה בתורת חצר וכמו שהוכיחו האחרונים מסוגיא דגיטין (דף כ"ב) עציץ של אחד, וד' אמות הוי נמי מטעם

חצר וכמ"ש הר"ן וא"כ מאי קשיא דליקנו הפאה בד' אמות הא קרקע אין נקנה בחצר, חדא די"ל דהכא מיירי בפאה תלושה, ואפי' במחוברת נמי י"ל כיון דעומדת ליתלש הוי כתלוש לענין קנין חצר, ואע"ג דקיי"ל דכל המחובר לקרקע הוי כקרקע, נ"ל דהיינו דוקא לענין אותם דברים דממעטינן בהו קרקע מכלל ופרט, משום דבעינן דומיא דפרט שיהא דבר המטלטל, וכמו אונאה ושבועה לקמן בס"פ הזהב, דכיון דבעינן כעין הפרט שיהא דבר המטלטל א"כ גם בעומדת ליתלש נהי דכקרקע לא הוי, מ"מ למטלטל נמי לא דמי ולא הוי דומיא דפרט, אבל לענין הדברים דבעינן קרקע, ודאי דדברים העומדים ליתלש לא הוי כקרקע, וא"כ לענין קנין דאין לנו ראיה כ"א דקרקע ממש אין נקנה בתורת חצר, וי"ל דדבר העומד ליתלש כיון דלאו כקרקע הוא אה"נ דנקנה בתורת חצר:

ובזה נפשט לי ספיקי בתלוש ולבסוף חברו לענין חצר מה דינו או כקרקע הוא אי לא. והנה בקצוה"ח (סי' צ"ה) כתב דרך אגב למילתא דפשיטא דבית נקנה בתורת חצר ע"ש, ולכאורה תמוה כיון דקי"ל דבית הוי כקרקע א"כ איך יקנה בתורת חצר, ולמ"ש א"ש דבית יצא מכלל קרקע ולכלל מטלטל לא בא, ולכן בכל הדברים דהקפידה הוא שיהי' מטלטל, בזה אמרי' דבית נהי דקרקע ממש לא הוי, מ"מ מטלטל נמי לא הוי, אבל לענין הדברים דבעינן קרקע ממש, בית לא הוי כקרקע ואע"ג דלענין שעבוד קיי"ל דבית הוי כקרקע, התם נמי כיון שעיקר הטעם דבמטלטלין ליכא דין שעבוד משום דלאו עלייהו סמיך דיכול להבריחם, ובקרקע דלא יוכל להבריחם סמיך עלייהו, ולהכי בבית נמי כיון שאין יכול להבריחה סמיך עלה כמו בקרקע, ויישבתי בזה קושית הש"ך בחו"מ (סי' צ"ה סק"ח) על הטור שכתב דבית הוי כקרקע לענין שבועה מהא דחולין (דף ט"ז) דמשמע התם דבית הוי ככותל בנין ע"ש, ולמ"ש דבית יצא מכלל מטלטל ממש, ולכלל קרקע ממש לא בא, ולכן לענין שומרים דממעטינן קרקע מכלל ופרט דבעינן דבר המטלטל ממש, דומיא דפרט דהוי הכי, להכי בית לא הוי כמטלטל, משא"כ בחולין דהתם מיירי לענין עבודה זרה, דממעטינן קרקע מקרא דאלוהיהם על ההרים, דדבר שאין בו תפיסת יד אדם לא נאסרה, משו"ה בית כיון דהוי בה תפיסת יד אדם, ודומיא דהרים לא הוי, להכי לא הוי כקרקע, ונדחה בזה נמי מה שהביא בקצוה"ח שם ראיה לדברי הש"ך מן התוס' דריש איזהו נשך, דהא התם נמי ממעטינן רבית בקרקע מכלל ופרט, ודומיא דכסף אוכל בעינן, ומשו"ה לא הוי רבית בבית, ואין ראי' משם. ומה שהביא הש"ך ראיות מזה, דבית נקנה בקנין קרקע בכסף ושטר, הנה משטר ודאי דלאו ראיה, דבקרקע גופא מנ"ל יליף בקדושין (דף כ"ו) מקרא דספר המקנה, ובקרא גופא כתיב יקנו בתים, הרי דקרא גופא קאמר בתים, וכן בחזקה דיליף מקרא דשבו בעריכם, ומסתמא בבתים ישבו וגם

אותם קנו בישיבה, ומקנין כסף י"ל כמ"ש המג"א דהוי מתורת אגב או כמ"ש הקצוה"ח, דכיון דקנה הקרקע קנה הבית מתורת חצר ועמ"ש מזה לקמן (דף נ"ו) לענין אונאה, ולקמן (דף ק"ב) לענין לא תלין:

והנה כל מ"ש הוא רק לדעת הר"ן דקנין ד' אמות מטעם חצר. וזכות דחצר תקנו גם בד' אמות. דבזה יש לומר שאותן הדברים דאינם נקנים בחצר ממש, אינם נקנים גם בד"א, אבל לפמ"ש לעיל בדבור הסמוך, דקנין דד' אמות לאו מתורת חצר הוא. וד' אמות לא נתקן כלל לקנין. אלא דמשום לא ליתי לאנצויי, תקנו רק ששום אדם אין רשאי לתפוס כל דבר המונח בתוך ד' אמות של זה, והקנין יבוא ממילא ע"ש בארוכה, וא"כ אין מקום לכל הפלפול בזה, דפשיטא שגם בקרקע דשייך נמי חשש דלא ליתו לאנצויי שתקנו נמי דאין רשאי עוד לתופסו, וממילא יבוא הקנין, א"כ פשיטא דאע"ג דבתורת חצר אין קרקע נקנה, אבל בד' אמות דהקנין לא יבוא מכח זכות החצר, אלא משום דאין אחר רשאי לתופסו ממילא הוי כשלו. גם בקרקע הוי הכי ודו"ק ובעיקר הדין אי קרקע נקנה בתורת חצר. עמ"ש לקמן (דף ק"ח) לפקפק בעיקר הדין הזה ע"ש:

ובענין אם יכול לקנות לחבירו ע"י הד"א שלו, הנה מדברי הר"ן בנדרים (דף ל"ד) על הא דאמר רבא, היתה לפניו ככר של הפקר ואמר ככר זו להקדש וכו' ופי' הר"ן דמיירי שהיתה בתוך ד' אמות ואמר דזוכה להקדש מטעם מגביה מציאה לחבירו ע"ש, הרי משמע דיכול לזכות ע"י ד"א שלו גם עבור חבירו, וכן מוכח מירושלמי דסוגיין דיליף מקרא (ד"ה א' כ"ב) ואני בעניי הכנותי, וה"ד אי בנתונים בתוך ידו עשיר הוא, אי בשאינן נתונין לתוך ידו יש אדם מקדיש דבר שאינו שלו, הוי אומר בנתונים בתוך ד"א שלו ע"כ, הרי משמע דזכה להקדש מטעם מגביה מציאה דקנה חבירו ולא הוא, ונמצא דהקדיש והוא עני, הרי דיוכל לזכות לחבירו ע"י ד' אמות שלו. והנה בפי' תוספות הרי"ד שעל הירושלמי הבין דלא מיירי הכא שהוא זכה עבור הקדש, אלא שהקנה להקדש את מקום הד"א, והקדש קנו בעצמן, ולפי"ז אין ראיה שיוכל לקנות בשביל חבירו, אכן דבריו תמוהים. וצדקו דברי האבני מלואים (סי' ל') דהא דתקינו ד' אמות לא תקינו ליה שהמקום יהא שלו, אלא תקינו ליה רק המקום לקנין החפץ, אבל גוף המקום אינו שלו, ואין בידו להקנות דבר שאינו שלו ממש, כמו טובת הנאה, דלמ"ד אינה ממון לא מצי להקנות, ומה שהוכיח בתוס' הרי"ד דלא כאבני מלואים מסוגיין, דאי לא נקנה לו גוף המקום, א"כ איך קנה הפאה ע"י הד' אמות, הא מחובר אין נקנה, לפמ"ש לעיל א"ש דאע"ג דעומד ליתלש הוי כקרקע, היינו דוקא לענין שארי דברים אבל לענין חצר לא הוי כקרקע ממש, או דגם קרקע ממש נקנה בד' אמות וכמ"ש בטעם השני, אין ראיה מזה

וכנ"ל, וכיון שכן א"א לפרש הירושלמי דמקנה לו מקום, אע"כ דהוא קנה בשביל ההקדש בד' אמות שלו, ושפיר מוכח מכאן דיכול לזכות עבור חבירו בד' אמות שלו, ודו"ק:

בגמ' ואי תקון רבנן כי לא אמר מאי הוי, הרי מוכח מכאן דבד' אמות לא בעינן שיאמר זכתה לי, ודלא כשיטת רבינו יהונתן שהבאתי לעיל במתני' דהי' רוכב, ובירושלמי דסוגיין איתא להדיא דבעינן שיאמר ועמ"ש לעיל שם, דברוכב כו"ע מודה דבעינן שיאמר, במציאה שמונח ע"ג הקרקע, שאינה נוח לו להגביה משם בשעה שהוא רוכב.

דף י:

תוד"ה ר' יוחנן, תימה דלקמן מסיק כו' אלמא שייך קנין ד' אמות בגט ובגיטין קאמר אפי' קרוב לה במאה אמה נמי מגורשת אם יכולה לשומרו, ובגהש"ס מקשה דהא אנן ילפינן רק דחצר הוי כיד, אבל מה נקרא חצר לא שייך למילף, דמה שהקנו לו חכמים הוי חצירו, ובגט הקנו לה מאה אמה, ובממון הקנו לה ד' אמות והניח בצע"ג, והנה הבין דמה דס"ל לר' יוחנן שאפי' עד מאה אמה נמי מגורשת, היינו נמי מטעם חצר, אלא דבגט תקינו ליה חצר אריכתא עד מאה אמה, ולא נהירא דחדא דא"כ במאי פליג עם רב התם דס"ל דקרוב לה היינו דוקא בתוך ד' אמות, אטו בשעור החצר יפלגו, דרב ס"ל דבגט לא תקינו כ"א ד' אמות, ור' יוחנן ס"ל דחצר אריכתא תקינו. וזה אין במשמע כלל דיפלגו בהכי ועוד דא"כ למה קאמר התם ר' יוחנן, לענין גיטין אמרו ולא לדבר אחר, ואי בגט אמרינן דהמאה אמה הוי נמי מחמת קנין חצר, וכיון דילפינן מציאה מגט, א"כ בכל מקום נימא נמי דעד ק' אמה הוי חצירו ויוכל לקנות על ידו, אם אך יכול לשומרו אלא נ"ל דרשותה לא מיקרי כ"א עד ד' אמות אפי' לר' יוחנן, וכיון דאשכחן דשעור ר כזה תקינו רבנן להיות כרשות לענין מציאה, הוי זה נמי כרשותה לענין גט, ורק בזה פליגי רב ור' יוחנן, דהנה כבר כתבתי לעיל בשם התורי"ד שם בגיטין, דבגט בע"כ שאפי' חצר ממש לא הוי משום קנין, דאי משום קנין איך מצי לגרשה בע"נ במקום שאינה חפיצה, אלא הטעם דחצירה מהני, היינו משום דמשתכרת על ידה, ובזה פליגי דרב ס"ל כיון דמקרא דידה ילפינן בעינן עכ"פ שיהיה הגט ברשותה, ולהכי ס"ל דוקא עד ד' אמות דהוי רשותה נמי, ור' יוחנן ס"ל כיון שאפי' בד' אמות ובחצירה ממש, נמי לאו משום קנין הוא, ובע"כ דלא בעינן כ"א שיהא משומר, ולהכי אפי' רשותה לא בעינן, ואפי' מאה אמה ויכולה לשמרו נמי מגורשת, ועמ"ש לעיל עמוד א' מזה, ולזה מקשו התוס' שפיר, כיון דס"ל לר' יוחנן דעד מאה אמה נמי, הרי דס"ל שאין זה מטעם קנין משום דנחשב כרשותה, אלא רק מטעם שמור, הרי מוכח דבגט לא בעינן קנין כלל, וא"כ איך יליף

מציאה מגט, הא י"ל דבגט מהני חצר וד' אמות, לאו משום דמיקרי רשותה אלא משום דמשתמר על ידו, וכמו דגם במאה אמה מהני מטעם זה, אבל רשותה לא מהני כלל בקטנה, וע"ז תרצו שגם בגט מהני רשותה גם לר' יוחנן, דברשותה אע"ג שיכול לשמרו כמוה נמי מגורשת, והיינו בע"כ משום מעלת הרשות, שזה נחשב כרשותה, וא"כ חזינן שגם לר' יוחנן יש בגט מעלת הרשות, ושפיר נוכל למילף מציאה מגט, ודו"ק:

תוד"ה ואי משום שליחות, וא"ת מה צריך להוכיח מכח דאין שליח כו' ע"ש. ונ"ל ליישב בשנדקדק לשון הגמ', דבקושי' הראשונה על ריש לקיש אמר, מי איכא למ"ד חצר משום שליחות איתרבאי, ובקושי' השניה אמר, מי איכא למ"ד חצר לאו משום ידה, ולזה נראה שהש"ס רצה בזה להקשות על ריש לקיש משני הצדדים. דאיהו דאמר חצר משום שליחות, הרי דס"ל בזה תרתי דחצר יוכל להיות שליח, וגם שאינו משום יד, ופריך ליה הש"ס מעיקרא על צד הראשון, דאיך נוכל כלל לומר שהוא שליח, והא אין שלד"ע, והקושיא הזאת יהיה אפילו אם לא היינו מצינו קרא דהוי משום יד, מ"מ גם משום שליחות ודאי שאי אפשר, ולהכי היה מוכרח להוכיח כן מכח ההוכחה דאין שלד"ע, ואין מספיק כלל ההוכחה מקרא דהמצא, דידעינן דחצר הוי משום יד כיון דמרבינן מקרא דיד, דמקרא זה לא נוכל לידע כ"א דחצר הוי משום יד אבל שלא יוכל להיות שליח, זה לא ידעינן מיני', ואפשר דהאי תנא סובר דלא גרע נמי משליחות וכדרב אשי לקמן, והכא דעיקר ההוכחה הוי רק דחצר לא יוכל להיות שליח, לא יוכל להספיק הוכחת הקרא, והוכרח להביא מצד דאין שלד"ע, והיינו נמי דדייק הכא לומר מי איכא למ"ד חצר משום שליח איתרבאי. כיון שזהו עיקר ההוכחה, אבל לבתר דמשני דחצר יוכל להיות שליח, ואין זה ענין לאין שלד"ע. וא"כ הקושיא השניה שמקשה תו על ר"ל בע"כ דהכי פירושה, דנהי דיוכל להיות כשליח, אבל הא בע"כ הוי מטעם יד כיון דמרבינן מקרא דיד, והיינו דדייק לומר כאן, מי איכא למ"ד חצר לאו משום ידה, וגם עיקר הילפותא הביא מקרא דזה שפיר נילף מקרא, דכיון דילפינן מידה מכלל דהוי יד וא"ש, רק אי קשיא הא קשיא, דלמה הוצרך כאן להביא מקרא אחר דונתן בידה, ולא הביא מקרא דלעיל דהמצא בידו, ואכן ע"ז שייך תירוצם שפיר, דבאמת לא משום דילפינן מקרא דיד, ידעי' דחצר הוי משום יד, רק משום התנא מוכיח וכמ"ש בתוס', אבל הקושיא מה צריך להוכחה דאין שלד"ע מיושבת שפיר כמ"ש:

והנה לשיטת רש"י אין אנו צריכין לתי' התוספת גם על קושיא השניה שהקשיתי דרש"י ס"ל דמה דילפינן חצר משום יד, אינו משום דילפינן מקרא דיד, אלא משום ייתורא דונתן יליף. דאי משום שליחות ל"צ קרא ע"ז, ובע"כ דקרא יתירא לאשמועי' דהוי משום

יד, ולפי"ז לא קשה כלל מקרא דהמצא, דהתם הו"מ שפיר לומר דהוי משום שליחות, ואפ"ה איצטריך קרא ע"ז לאשמועי' דבכה"ג יש שליח לדבר עבירה וכמ"ש רש"י לקמן (דף י"א), והנה בתחלת הסוגיא כתב רש"י, חצר משום יד, דידה רשותה משמע, היינו קודם דידעינן מייתורא דונתן, וכיון דקרא יתירא ליכא להכי, ודאי דלא נוכל לפרש, דיד היינו יד ממש, ולא רשות, דא"כ מנ"ל לומר דחצר הוי כיד אע"כ משום דיד האמור בתורה, היינו רשות, אבל לבתר דידעינן מייתורא דונתן, אה"נ דמפרשינן דיד האמור בתורה, היינו יד ולא רשות, והא דחצר משום יד, היינו דדומה ליד, וידעינן זה מייתורא דקרא, שאפי' לאו יד ממש, אלא חצירו דהוי רשותו מהני נמי כמו יד, ואין להקשות דלפי הס"ד דמפרשינן דיד הוי רשות, א"כ מקרא דהמצא נמי ידעינן דחצר משום יד, וא"כ מאי צריך להוכחה, דכבר תרצנו דההוכחה דאין שלד"ע הוצרך שלא נוכל לומר דהוי שליח נמי, אבל שהחצר הוא יד, באמת אין צריך הוכחה ע"ז, ודו"ק:

תוד"ה דאמר לישראל, הקשו דאפי' אמר לכהן נמי, קושיתם עצומה מאוד ותרוצם אינו מובן, דכיון דמשום לפני עור לא מיקרי בר חיובא, א"כ מה בכך דאילו מקדשה לעצמו היה אסור, הא השתא דלא קידשה לנפשה לא עבר על שום איסור זולת לפני עור, וכבר נאמרו בזה דברים הרבה ולולא דבריהם הקדושים הייתי מפרש פי' אחר בש"ס, אשר לפי"ז לא היה מקום לקושיתם, דמה שאמרו בש"ס "לישראל" לא כוונו בזה למעט כהן, דדוקא לישראל ולא לכהן, אלא כוונתם, לישראל ולא לעכו"ם, אבל לישראל לא איכפת לן לאיזה שיהיה, כהן או לוי או ישראל, ואלא עיקר הקפידה הוא שיהיה דוקא לישראל ולא לעכו"ם, ויבואר עפמ"ש המ"ל (פ"ה מהל' מלוה) שאפילו לרב סמא דס"ל שגם בשליח שאינו בר חיובא אמרינן אין שלד"ע אבל בשליח נכרי מודה דיש שליח, דדוקא בישראל שאינו בר חיובא, דמ"מ יודע שיש איסור להמשלח בדבר ולא היה לו לעשות הדבר הזה, אבל בנכרי שלא ידע כלל אם יש איסור להמשלח יש שלד"ע ע"ש, ולזה הכא בש"ס דקאתי לאשמועי' החלוק אשר בין ר' סמא לרבינא, היכי דשליח אין בר חיובא, דלרב סמא אין שליח, קאמר דהיינו דוקא לישראל כשהוא אין בר חיובא, אבל בנכרי אע"ג שאינו בר חיובא אפי' לרב סמא. ואין לומר דהא אין שליחות לעכו"ם, דלחומרא קיי"ל דיש שליח כמבואר ביו"ד (סי' קס"ח) ולאו דוקא ברבית אמרינן הכי, אלא אפי' בכל האסורים שבתורה אמרי' דלחומרא יש שליח, ומה"ת הוא דיש שליחות לחומרא כמ"ש בס' מאמר המלך דל"ח ועיין בס' שד"ח כלל א' אות רנ"ו:

והנה אי נימא כתי' התוס' אשר כלל כוונתם נראה, דכל היכי דבהך שליחות אילו נעשית לעצמו לא היה כלל עבירה לא מיקרי בר חיובא, וכמ"ש בשמ"ק כן בכוונת התוס', היה

נ"ל לתרץ דעת רש"י לעיל ע"א, דס"ל דהיכי שעשאו שליח מהני תופס לבע"ח אפי' במקום שחב לאחרים, והתוס' הקשו מיימר בר חשו, וממ"ש לעיל דרש"י לא קאמר כ"א בכעין מציאה דיש לו מיגו, דבעי זכי לנפשי', וביימר בר חשו דאין לו מיגו, גם רש"י מודה שאפי' בעשאו שליח לא מהני, ועמ"ש לעיל בהסבר כוונתו, וכעת נ"ל עוד עפ"י הפנ"י דתופס לב"ח לא מהני מטעם אין שלד"ע, ולכן היכי דאית לי' מיגו דזכי לנפשי', ואם היה עושה זה לעצמו לא היה איסור, להכי אפי' בתופס לפני חבירו ג"כ לא הוי שליח לד"ע וכפי' התוס' דכל היכי דנעשית לעצמו לא הוי איסור אין בזה משום שלד"ע, אבל באין לו מיגו דזכי שפיר שייך שלד"ע, ודו"ק:

בגמ' אמר רבינא היכי אמרי' אין שליח לד"ע היכי דהוה בר חיובא וכו', ופרש"י דאמרי' דברי הרב כו', והנה הסמ"ע בסי' (קפ"ב) פירש טעם סברא הזאת, דהמשלח לא סמיך דעתו שיאמר סבור הייתי שלא ישמע לי ע"ש, ולפי"ז בישראל מומר יש שליח, דהא הכא סמיך דעתו, וכן מוכח נמי ממ"ש הרמ"א בחו"מ (סי' שפ"ח) דאם השליח הוחזק בכך יש שליח, והיינו נמי מטעם הזה כיון דמוחזק בכך לא שייך לומר דסבור היה שלא ישמע אליו. אמנם הש"ך השיג על הרמ"א בזה, וסובר שאפי' בהוחזק בכך, כיון דס"ס ישראל בר חיובא הוא אין שלד"ע, וסברתו נראה דיפרש הטעם דדברי הרב, היינו שהיה לו לעשות דברי הרב, ואחרי שלא שמע לדברי הרב הוי שליחות באיסור ולא יוכל להיות שליח, ופירוש אין שלד"ע, כלומר אינו יכול להיעשות שליח בדבר עבירה, משום דיותר צריך לשמוע דברי הרב, וכן הבין רעק"א בחדושיו פי' הסברא דדברי הרב, ונסתייע עוד מן התוס' לעיל (דף ח') ד"ה ושותפין שגנבו וכמו שנכתוב בסמוך:

והיה נ"ל להביא ראיה כסברת הסמ"ע מרש"י דלעיל (דף ח') שמפרש דשותפין שגנבו דקאמר התם. היינו אחד שגנב לדעתו ודעת חבירו ולא כפי' התוס', דשניהם הגביהוה, ובשמ"ק טרח למצוא טעם מה דחק לרש"י לפרש הכי, ולא ניחא לו לפרש כפשוטו כפי' התוס', ונראה לי טעמו, דבש"ס הוכיח התם מכח ההיא דשותפין שגנבו, דאמרי' מיגו דזכי לנפשיה, ואם לא הטעם דמיגו דזכי, הוה אמינא שגם בזה בשותפין שגנבו אין שלד"ע, וזה היה קשה לרש"י, דאי נפרש דשותפין שגנבו, מיירי ששניהם הגביהו, א"כ אפילו בלא טעם דמיגו דזכי, אין שייך בזה לומר אשלד"ע, דכיון דביחד גנבו, והיה רואה שגונב גם לעצמו, א"כ לא שייך בזה כלל סברא דדברי הרב וסבור הייתי שלא ישמע, אחרי שרואה בעיניו שחשוד הוא לכך, ומדקאמר בש"ס דדוקא מטעם מיגו מהני השליחות, הא אי לא"ה לא היה מהני, מכלל דלא מיירי בשנים שהגביהו, ולזה הוכרח רש"י לפרש דמיירי באחד שגנב לדעתו ודעת חבירו, ולפי"ז יהיה מכאן

ראיה כסברת הסמ"ע, דאי כסברת הש"ך דלא יוכל להיות שליח בדבר עבירה, א"כ אפי' בשנים שהגביהו נמי אין שליח, ואכתי מה דחק לרש"י לפרש באחד שגנב, אע"כ כסברת הסמ"ע, וזהו ראיה נכונה, אלא דלפי"ז לפי' התוס' דמיירי באמת בהגביהו שניהם, ואפ"ה בלא המיגו הו"א דאין שלד"ע א"כ משמע כהש"ך דלסברת הסמ"ע בשניהם שהגביהו בלא"ה יש שליח, וזהו באמת סברת רעק"א שהוכיח מן התוס' כהסמ"ע ע"ש. ולפי"ז הסמ"ע והש"ך יפלגו בסברת רש"י ותוס':

והנה לכאורה היה אפשר לומר שגם מפי' התוס' יהיה ראיה לשיטת הסמ"ע, דז"ל התוס' רש"י פי' דמיירי בשותפין שגנב אחד כו' כדאיתא בב"ק (דף ע"ח) ואין נראה דהתם בטביחה מיירי וטביחה אפי' אמר צא וטבח לי חייב אלא שותפין שגנבו היינו שהגביהו שניהם ע"כ, ובהשקפה ראשונה נראה דתוס' חולקים בזה על פרש"י, וסוברים דאם אחד גנב לדעתו ודעת חבירו אין שליח ודלא כרש"י, ואע"ג דאיכא מיגו דזכי לנפשיה, מ"מ לענין הדין דשלד"ע לא מהני מיגו, ודוקא בשנים שהגביהו חייבין, ועיין בנה"מ סי' ק"ה ובקצוה"ח שהבינו כן דתוס' חולקים על רש"י, ובע"כ דבזה הוא פלוגתתם, אלא דאי נימא הכי ישאר לנו קושית הקצוה"ח בסי' שמ"ח חזקה מאוד, דכיון דבאחד שגנב לדעת חבירו ג"כ, אע"ג דאית ליה מיגו לא מהני, וא"כ מה הועילו בתירוצם דמיירי בשנים הגביהו, דהא בשנים בע"כ אתה צריך לבוא לעזרת המיגו, דבלא המיגו הוה חציה זה כמי שמונח ע"ג קרקע, ואלא דאמרי' שכל אחד הגביה לצורך חבירו ומהני מטעם מיגו, וממ"נ אם מיגו מהני, גם בגנב לדעת חבירו יועיל השליחות, ואם מיגו לא מהני, גם בשנים שהגביהו לא יועיל השליחות דמאי איכא בין אחד לשנים ע"ש שזה קושיתו בקצת הסבר, ועמ"ש לעיל (דף ח') לתרץ, ואמנם אי נימא כסברת הסמ"ע, א"ש החלוק של תוס', דבשנים שגנבו כיון דלא שייך סברא דסבור הייתי שלא ישמע לו, אחרי שרואה אותו חשוד בכך, ושפיר אמרי' דבכה"ג יש שליח, אבל באחד שגנב לדעתו ודעת חבירו, כיון דלא ראה אותו חשוד בכך אמרי' דאין שליח, ואע"ג דאית ליה מיגו לא מהני זה לענין שלד"ע, ולשיטת הסמ"ע יתיישב מה שחלקו התוס' בין אחד לשנים, אבל לסברת הש"ך דלדבר עבירה לא יוכל להיות שליח, א"כ אפילו בשנים שהגביהו נמי אין שליח, ויקשה קושית הקצוה"ח דמאי איכא בין אחד לשנים שגנבו, והנה אם כי ראיתי שוב בהגהות מהרצ"ח שיישב כזה קושית הקצוה"ח, בכ"ז חזרתי מזה, שא"א כלל לומר, דהטעם דשנים שגנבו יש שליח, משום דלא שייך בזה סברא דדברי הרב, דהא בש"ס קאמר דהטעם הוי משום מיגו דזכי, והחלוק בין אמר לשלוחו צא גנוב, לשנים שגנבו, הוי משום מיגו דזכי, ונסתייע מזה למגביה מציאה, דאע"ג דלחבירו לבד לא קנה, מ"מ

בשנים שהגביהו קנו מטעם מיגו, ואי נפרש הטעם בשנים שגנבו, משום דאין שייך בזה סברא דדברי הרב, א"כ יקשה בתרתי, חדא דלאו מטעם מיגו הוא, ובש"ס קאמר משום מיגו, ועוד דאין מזה ראיה למגביה מציאה לומר דבמקום שלחבירו לבד לא קנה, וכששניהם הגביהו קנאו, הא הכא הוי החלוק. דאם אמר לשלוחו לחוד להכא לא מהני מטעם דאין שלד"ע, ובשנים שהגביהו ו ש אין שייך כלל אשלד"ע. הא אי בשנים הוי שייך נמי הטעם דאשלד"ע, לא היה חלוק בין אחד לשנים, ובע"כ מדקאמר הכא טעם דמיגו דזכי, סובר הש"ס דבשנים שגנבו נמי שייך הטעם דדברי הרב, ושגם בזה היינו אומרים אשלד"ע, אם לא הטעם דמיגו דזכי, ומה שקשה לפי"ז קושית הקצוה"ח, האמת יורה דרכו, שהתוס' לא השיגו על רש"י בעיקר הדין דגנב לדעתו ודעת חבירו, רק על זה שציין רש"י כדאמרי' בב"ק, והיינו מדאמרי' התם שותף שטבח לדעת חבירו שניהם חייבין, ע"ז השיגו דהתם בטביחה איירי דרבי רחמנא דיש שליח, ואפי' בטבח לחבירו לחוד נמי יש שליח, ואין ראיה מהתם למציאה, ולהכי הוכרחו לפרש, דהיינו שהגביהו שניהם, דבזה הוי ההוכחה מכח הסברא, דאי תימא דשנים שהגביהו פטורים, א"כ כל אחד יפקיע עצמו מחיוב גניבה ע"י עצה הזאת שיגנבו בשנים, ואלא ודאי דסברא הוא שחייבין בהגביהו שניהם, וממילא מוכח דאמרי' מיגו, דאל"כ גם בשנים שהגביהו נימא כיון שאין אדם יוכל לזכות לחבירו בגניבה מטעם אשלד"ע, א"כ תעשה זו כמו שמונחת ע"ג קרקע כו' ולא יקנה לא זה ולא זה, אלא ש"מ דאמרי' מיגו, ולזה הוכרחו שפיר לפרש דמיירי בשנים שהגביהו, ולא נוכל לפרש כפרש"י דמיירי באחד שגנב לדעתו ודעת חבירו, וג"כ מכח הסברא, דבזה אין שום סברא, ודילמא באמת פטור בכה"ג, ומשו"ה הוכרח באמת לציין מראה מקום לקושיא דש"ס, דמן הסברא אין להוכיח שחייבין, דשמא באמת אפי' בכה"ג נמי פטור השני, אבל לפי' התוס' שפיר מכח הסברא חייב, דאל"ה יפקיע עצמו כל אחד וכנ"ל, אבל לאחר שנדע דבשנים שגנבו שהגביהו שניהם דחייבין מטעם מיגו, גם באחד שגנב לדעתו ודעת חבירו נמי חייב בכה"ג מטעם מיגו דזכי, ובעיקר הדין יודו תוס' לרש"י, והשגתם הוא רק על מה שפירש דמיירי באחד שגנב, ולזה אין להקשות מכח הסברא כ"א מחמת הראי' דב"ק, ובאשר שהראי' אינה ראיה, לזה בחרו לפרש בשנים שהגביהו והקושיא הוי מכח סברא וכנ"ל, נמצא דבעיקר הדין לא נחלקו תוס' עם רש"י, דהשתא שנדע דבשנים, שגנבו חייבין מטעם מיגו, גם באחד שגנב לדעתו ודעת חבירו נמי חייב ודלא כהקצוה"ח ונה"מ, וז"ב:

ואכן לפמ"ש דהטעם דבשנים שהגביהו הוי שליח, היינו דוקא מטעם מיגו, הא בלא המיגו הו"א דגם בשנים שהגביהו אשלד"ע, א"כ יהיה מפי' התוס' ראיה לסברת הש"ך,

דאי כהסמ"ע אמאי באמת אין שליח בכה"ג, כיון שראה אותו חשוד בכך, וזהו נמי ראית רעק"א שנסתייע מן התוס' דלא כהסמ"ע, והיינו משום דודאי יפרש הכי כוונת התוס'. אלא דבכ"ז נ"ל שגם מן התוס' אין ראיה, עפמ"ש התוס' כאן ד"ה כהן דאמר לישראל, שהיינו דוקא לישראל, אבל כהן שאמר לכהן הוי בר חיובא, וכבר כתבתי לעיל מה שקשה על דבריהם. אכן בנו"ב מהדו"ק חאה"ע סי' ע"ח הוכיח מדברי התוס' הוה שיחלקו עם פרש"י דסובר הטעם דבעינן בר חיובא משום דברי הרב, רק ס"ל דדינא דאורייתא הוא דמי שבעצמו מוזהר לעשותו אין בזה שליחות, ואף היכי שאין השליח עושה איסור רק אם מוזהר בדבר, דאילו הטעם משום סברא דדברי הרב, אף כהן שקידש גרושה עבור כהן חבירו יש שליח, דהא לא שייך דברי מי שומעין כיון דאין הוא עושה איסור, וא"כ התוס' לשיטתייהו הכא דלא סברי כלל הסברא דדברי הרב, להכי יוכלו לפרש לעיל דמיירי בשנים שהגביהו, דאפילו בכה"ג נמי לא הוי שליח, כיון דלדידהו הוי דינא דאורייתא, דבדבר עבירה לא נתנה התורה רשות להיות שליח, ואנן קיימינן לסברת רש"י דסובר הטעם משום הסברא, ופי' הסברא יוכל להיות באמת כשיטת הסמ"ע, ולפי"ז רש"י ותוס' לשיטתייהו אזלי, דרש"י דסובר הטעם דאשלד"ע הוי משום הסברא דדברי הרב, ופי' הסברא הוא כשיטת הסמ"ע משום דסבור הייתי כו', להכי לא יכול לפרש לעיל דמיירי כששניהם הגביהו, דא"כ אפי' בלא מיגו יש שליח, והוכרח לפרש דמיירי בשותף שגנב לדעתו ודעת חבירו, אכן התוס' לשיטתייהו דטעם דאשלד"ע הוי דינא דאורייתא, להכי יוכלו לפר לעיל דמיירי שהגביהו שניהם ודו"ק, הן אמנם דבנו"ב שם הרגיש בדברי התוס' בב"ק (דף ע"ט) ד"ה נתנו לבכורות בנו, שכתבו שם טעם דדברי הרב, וא"כ גם הם סוברים כשיטת רש"י דהוי מכח הסברא, אכן הוא עצמו תיקן זאת, דע"כ לא הזכיר התוס' הסברא דדברי הרב, דוקא למ"ד דשני כתובים אין מלמדין, ולא נוכל למילף משחוטי חוץ, לדידי' יליף מסברא ואליבי' כתבו התוס' בב"ק, אבל למ"ד דב' כתובים מלמדין לא הוי כלל מסברא, אלא דינא דאורייתא הוא דאשלד"ע, דיליף משחוטי חוץ, והנה לעיל רבא הוא דקאמר הדין דשנים שגנבו, ורבא ס"ל דב' כתובים מלמדין וכדמשמע בקדושין ק מ"ג) ולדידי' ודאי דהוי מדאורייתא לשיטת התוס', להכי יוכלו לפרש דמיירי בהגביהו שניהם, אבל ה"נ דלמאן דסובר משום הסברא דדברי הרב, יפרש כפי' הסמ"ע, ורש"י סובר דלכו"ע הוי הטעם משום הסברא, ודו"ק:

ודע דמה דמשמע מסוגיא דלעיל (דף ח') דאף דאשלד"ע מ"מ היכי דאית לי' מיגו דזכי לנפשיה מהני דיכול להיות שליח, אלא דלרש"י היינו נמי באחד שגנב לדעתו ודעת חבירו, ולתוס' לפי הבנת הקצוה"ח ונה"מ, היינו דוקא בשנים שהגביהו, ולפמ"ש גם

התוס' יודו לדין דרש"י, עכ"פ לכו"ע מהני המיגו דיש שליח, לא אוכל להבין ברירא דהאי מילתא, דלכל הסברות דאשלד"ע, מה יוכל להועיל הטעם דזכי גם לנפשיה, לומר דיש שליח, ואכן לפמ"ש לעיל שם, באמת להיות שליח לחבירו לא מהני בדבר עבירה אפי' במיגו, ורק בשנים שהגביהו, כיון דלא יוכל לזכות במחצה שלו אם לא שיגביה מחצה השני לצורך חבירו. אם כן גם במחצה השניה הוי מגביה לצורך עצמו ולצורך עצמו מהני אפילו בדבר עבירה, ומפי' התוס' ודאי דאין ראיה, ואפי' לשיטת רש"י דפירש באחד שגנב לדעת חבירו נמי אין ראיה כמ"ש שם דלהכי פירש דוקא בשותפין, שמחויב לתת לו מחצה מגניבתו, ואם לא היה מגביה מחצה לחלק חבירו, היה מוכרח ליתן לו מחלקו, וא"כ בזה הוי נמי מגביה לצורך עצמו, אבל שנימא דע"י מיגו יוכל לזכות לחבירו בדבר עבירה אין סברא כן נ"ל, אלא דמדברי המפרשים לא משמע כן, ועמ"ש לעיל שם:

דף יא.

בגמ' חצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו, האי שלא מדעתו יהיה פירושו שלא בכוונתו, שלא נתכוון לקנין, אבל עכ"פ בעינן שיודע במציאה, וכמ"ש הרמ"א בחו"מ (סי' רס"ח סעי"ג) דאין חצירו קונה אלא ביודע במציאה או דאסיק אדעתו ע"ש, וקאי אמאי דקאמר התם חצירו קונה שלא מדעתו, אע"כ דהפירוש דשלא מדעתו, היינו שלא בכוונתו אבל יודע הוא מהמציאה, אלא דלפי"ז יקשה לכאורה, הא התוס' בב"ב (דף נ"ד) כתבו להיפך, דהא דחצירו קונה שלא מדעתו, היינו שאין יודע שהוא בחצירו אבל אם הי' יודע הי' מתכוון לקנות, אבל אם יודע שהוא בחצירו ואין מכוון לקנות לא קני ע"ש, ונ"ל ליישב דבאמת יש לפקפק הרבה בהוכחת התוס' דב"ב שם, דמחמת הקושיא שנתקשו בדברי הש"ס דב"ק (דף מ"ט) במאי דקאמר בשטרא הא לא אחזיק, וע"ז נתקשו דאכתי ליקני ליה ידו גם שלא מדעתו כמו חצירו דקונה שלא מדעתו, ומחמת קושי' הזאת הוכיחו דבידע ולא מכוון גם חצירו לא קנה ע"ש, וראיה הזאת אמנם יש לדחות, דמעיקרא לא קשה קושית התוס' עפמ"ש המח"א בהלכות משיכה סי' ה', ובס' קהלת יעקב סי' ק"מ ובפנ"י בסוגיין, דהא דחצירו קונה שלא מדעתו, היינו דוקא בחצר כזה שאיתרבאי מתורת שליחות, ולכן דיינינן ביה כדין שליח גמור שיקנה בלא כוונת הבעלים דזכין לאדם שלא בפניו, אבל בחצר שהוא מתורת יד, דיינינן ביה כשארי קנינים דיד משיכה והגבהה דבעי' דוקא כוונה, ולפי"ז כ"ש ביד גופא דבעינן כוונה, וממילא אין מקום לקושית התוס', דבאמת חצר קונה גם שלא בכוונה, ובההיא דב"ק דהוי קנין יד אין קונה

עד שיכוון, וכיון שכן אין ראיה מעתה להוכחת התוס' דבידע ולא קא מכוון לא קני, ושפיר נוכל לומר שגם בכה"ג קנה:

והן אמנם דהתוס' לשיטתייהו שפיר קא מקשו, דהא הכא בסוגיין הוכיחו דלא בעינן שיאמר זכתה לי, ודנקיט במשנה ואמר זכתה לי לאו דוקא הוא, והא הכא במתני' דהחצר הוי משום יד, דהא שמואל מוקי למתניתין דמיירי בעומד בצד שדהו, ובכה"ג הוי החצר משום יד דסמוכה לו, ואי אמרת דכל היכי דהחצר הוי משום יד בעינן כוונה, א"כ אמאי לא בעינן אמירה, ובלא אמירה מנ"ל דמכוון לזכות, דהא זהו עיקר הטעם דבעינן שיאמר, בכדי לגלות דעתו שמכוון לקנין וכמ"ש בשמ"ק, ומדכתבו התוס' דגם בזה לא בעינן אמירה, מכלל דסבירא להו שגם בחצר שהוא משום יד לא בעינן כוונה, וטעם הדבר באמת למה לא בעי ביד כוונה, ומ"ש משאר קניני דיד, י"ל דגם בזה התוס' לשיטתייהו בכתובות (דף ל"א) שסוברים דקנין יד גופא הוי נמי מטעם רשות, וא"כ לא דמי למשיכה והגבהה, דנוכל לומר שבקנין רשות לא בעי כוונה, ודוקא בקניני דיד הבאים מטעם הגבהה או משיכה בעי' כוונה, אבל בקנין דיד שהוא מטעם רשות לא בעינן כוונה כמו חצירו דקונה שלא מדעתו, ועיין מ"ש בזה הקצוה"ח סי' רס"ח, וכיון שהוכחנו דהתוס' ס"ל שגם ביד גופא לא בעינן כוונה, להכי לשיטתייהו שפיר הקשו בב"ב שם. דאמאי לא קנה השטר גם בלא כוונה, וממילא יצא להם הדין דבידע ולא קא מכוון גריע טפי, אכן כ"ז הוא לשיטת התוס', אבל לשי' הרמב"ם דסובר באמת דבעומד בצד שדהו בעינן נמי שיאמר זכתה לי, א"כ סובר דהיכי דהחצר הוי משום יד בעינן נמי כוונה, דיפרש כשיטת רש"י בכתובות דקנין דיד גופא לא הוי מטעם רשות אלא בתורת קנין הגבהה, ועמ"ש לעיל (דף ז' ע"א) בדעת הרמב"ם, וכ"ש לדידי' דביד גופא בעינן כוונה, וממילא לשיטה הזאת אין שום הוכחה דבידע ולא קא מכוון גרע, דהא קושית התוס' לק"מ לפי"ז, כיון דיד אין קונה בלא כוונה, ולפי"ז א"ש דברי הרמ"א דקאי לשיטת הרמב"ם, להכי כתב דבעינן דוקא שידע במציאה, ואע"ג דידע ולא קא מכוון לקנות, אפ"ה לא איכפת לן בזה דמ"מ קונה חצר המשתמרת בלא כוונה אפי' בכה"ג, ואכן התוס' בלא"ה לא יסברו כדעת הרמ"א בזה, דהא מקור הרמ"א הוא מן המרדכי דפ' אלו מציאות, שהוכיח זה מן המשנה דמצא בגל וחנות, ואמאי לא קנה שם חצירו, ומזה הוכיח דחצר לא קונה כ"א ביודע במציאה, והתוס' שם לקמן (דף כ"ו) כתבו באמת תרוץ אחר, משום דאין הוה להמצא, והיינו דלשיטתייהו לא מצו לפרש כפי' המרדכי, דחצר אין קונה שלא מדעתו כ"א ביודע במציאה, דהא לשיטתייהו דביודע ולא קא מכוון גרע טפי ולא קנה כלל, ומשו"ה כתבו טעם אחר משום שאין הדבר הוה להמצא ואתי שפיר:

ואם כי המח"א שם כתב שגם התוס' לא כתבו בב"ב דידע ולא מכוון לקנות לא קנה, אלא אי אמרי' חצר משום יד ובעינן כוונה, לענ"ד לא משמע הכי מהתוס' דסוגיין. דהא הכא כיון שעומד בצד שדהו ודאי דהחצר הוא משום יד וכמ"ש הנה"מ בסי' ר', דבעומד בצד שדהו לכו"ע הוי משום יד, ואפ"ה כתבו התוס' דלא בעינן שיאמר זכתה לי, הרי דגם אי הוי משום יד לא בעינן כוונה לשיטת התוס' וכמ"ש כיון דלדידהו גם קנין יד הוי רק משום רשות:

ובפשוטו היה נראה לקיים הדין של הרמ"א גם לשיטת התוס', דע"כ לא קאמרי התוס' דידע ולא קא כוון לקנות לא קני היינו כשיודע שהמציאה בחצירו ואפ"ה לא מכוון לקנותה, אבל אם אין יודע שהיא בחצירו, אע"ג שזה יודע שיש מציאה כזה אין סברא לומר דלא קנה, והידיעה תזיק לו, דדוקא הידיעה שהמציאה הוי בחצירו ויכול לקנותה, תוכל להזיק לו אם אין מכוון לקנותה, והכא ברמ"א מה שכתב ביודע במציאה. הוי פירושו שרק צריך לידע שמציאה כזאת ישנה בעולם, אבל א"צ שידע שהיא בחצירו, וכיון שיודע שיש מציאה כזאת, הרי אסיק אדעתו, דעיקר הטעם של הרמ"א, דבעינן מציאה כזאת שיסיק אדעתו שיוכל לפעמים לקנותה, וכמ"ש להדיא ביודע במציאה או דאסיק אדעתו, ובאופן זה גם לתוס' קנה שלא מדעתו, כיון שעכ"פ יודע ואסיק אדעתו ממציאה הזאת:

והנה בנתיבות סי' רס"ח הרבה להשיג על הרמ"א דסתם דינו ומשמע מלשונו שדין זה מוסכם לכל הפוסקים, הא כיון דהמרדכי לא הוכיח כן כ"א מחמת הקושיא דמצא בגל, וגדולי הראשונים מתרצים שם תרוצים אחרים, דהתוס' יתרץ משום דאין הוה להמצא לעולם כיון שהדבר הוא קטן. והרמב"ם מפרש מטעם שהיא אבודה מכל אדם. והרא"ש יפרש מטעם יאוש שלא מדעת, וגם בכוונת המרדכי עצמו פקפק הרבה, אם כוונתו הוא כפי' הרמ"א, ועכ"פ אם הפירוש במרדכי הוא כהבנת הרמ"א, רק דעה יחידית הוא, ולכן כתב דט"ס הוא ברמ"א, והכי צ"ל יש מי שאומר דחצירו אין קונה כ"א ביודע א ע"ש, ואנכי מצאתי בירושלמי דסוגיין ובתוספתא וז"ל תני האומר יזכה ביתי במציאה שנפלה לתוכה היום לא קני יצא שם למציאתו בעיר דבריו קיימין. ומפרשי הירושלמי ותוספתא הבינו דהיינו טעמא דברישא לא אמר כלום כיון דלא יצא שם למציאה והזוכה לא ידע כלל ממציאה הזאת ולא אסיק אדעתו לקנותה, ובסיפא דיצא שם למציאתו וידע בה להכי מהני אמירתו ע"ש, ולפי"ז הרי ירושלמי ותוספתא כדעת הרמ"א, והן אמת שמתחלה נתפלאתי על מפרשי התוספתא שפי' דלהכי לא קנה מטעם דלא אסיק אדעתי', הא לקמן (דף ק"ב) פריך הש"ס על ר' יוסי ב"ח דסובר חצירו קונה שלא מדעתו

מברייתא כזאת ממש, דהאומר כל מה שיפול היום יזכה לי חצירי לא קנה, ומשני דמיירי בחצר שאין משתמר א"ה יצא שם מציאה בעיר אמאי קיימין, ומשני כיון דיצא לו שם מציאה מיבדל בדילי אינשי מינה ע"ש, וכפי הנראה דברייתא דמותיב מינה בש"ס, היינו הך תוספתא עצמה, ומוקי לה בש"ס מטעם דלא הוי משתמר, ואמאי פי' מפרשי תוספתא פי' אחר דלא כהש"ס, ואפילו תימא דהברייתא דקמותיב מינה בש"ס אין זה ההיא דתוספתא, מ"מ גם התוספתא נוכל לפרש כמו שפי' בש"ס לברייתא מטעם אין משתמר, ומנ"ל להסב דעת התוספתא לדעת אחרת לגמרי, ואמנם אח"כ נעניתי להם, דבתוספתא וירושלמי א"א לפרש מטעם שאינו משתמר כמו בש"ס, דהנה בברייתא המובא בש"ס קאמר, יזכה לי "חצירי" ונוכל לומר דמיירי נמי באינו משתמר, אבל בירושלמי ותוספתא דקאמר יזכה לי "ביתי" וסתם בית ודאי משתמר הוה וכמ"ש התוס' בסוגיין בע"ב. ויצא לנו עכ"פ שדין דרמ"א יש לו מקור בירושלמי ותוספתא. אלא דלפי"ז לא על הנתיבות לבד יהיה תלונתי, כ"א צריך להבין דעת כל הראשונים שכתבו תרוצים אחרים על הדין דמצא בגל, ולמה לא תרצו משום דלא אסיק אדעתו במציאה וכההיא דירושלמי, ואפשר דרצו בזה כל אחד לאשמועינן עוד דין חדש בקנין חצר, כל אחד לפי תרוצו. ועוד י"ל בדעת כל הני ראשונים דמפרשי פי' הירושלמי, משום דמיירי באומר יזכה לי חצירי קודם שנפלה המציאה לחצירו, ולא קנה מטעם דהוי דשלב"ל, וכן איתא באמת בתוספתא בזה הלשון, אם אומר כל מציאות שתפול לחצירו, ואע"ג דבירושלמי איתא בלשון "שנפלה" דמשמע שכבר נפל, הא כתב שם הפנ"מ דלאו דוקא הוא, אלא כוונתו שתפול לחצירו, ולא קנה מטעם דהוי דשלב"ל, וכמ"ש מפרשי התוספתא ע"ש, אלא דאכתי אין זה יישוב מספיק, דאם כי בדעת הרמב"ם יש לומר כן, אכן בדעת התוס' והרא"ש א"א לומר הכי, דאינהו לא יוכלו לפרש הירושלמי והתוספתא מטעם דשלב"ל, דהא באמת קשה דנהי דבעת האמירה הוי דשלב"ל מ"מ אח"כ כשיבוא המציאה לחצירו יקנה לו חצירו, ונהי דאמירתו הקודמת לא מהני, יזכה לו חצירו בלא אמירה, אע"כ יהיה מוכח מן התוספתא דבעינן דוקא שיאמר זכתה לי שדי ובלא אמירה לא קנו, ולהכי כיון דאמירה הקודמת לא מהני מטעם דהוי דשלב"ל, לא קנה גם אח"כ כשיבוא לחצירו, כיון דעתה לא אמר כלום ובעינן דוקא אמירה, וא"כ התוס' והרא"ש דסוברים דלא בעינן שיאמר זכתה, לא יוכלו לפרש הירושלמי והתוספתא מטעם דשלב"ל דאכתי יקנה אח"כ, ובע"כ שהם יפרשו דהטעם הוי משום דלא אסיק אדעתו, וא"כ יוחזר קושיתי למה לא יתרצו גם במצא בגל מטעם דלא אסיק אדעתו וצ"ע. ובמ"ש מיושב נמי מה שקשה לקמן (דף ק"ב) דמאי מקשה אר' יוסי ב"ח מברייתא זאת אמאי לא מפרש הברייתא מטעם

דשלב"ל, אלא משום דלפי"ז יהיה מוכרח עכ"פ דבעינן שיאמר זכתה לי, ולר' יוסי גם אמירה לא בעינן ואכתי יקשה לר' יוסי, ומשו"ה מוכרח התם לתרץ דמיירי בחצר שאין משתמר. אלא דבעיקר הדבר צ"ע, דאפי' אי נימא דבעינן שיאמר זכתה, אמאי לא מהני האמירה הזאת גם בשעה דהוי דשלב"ל, כיון דאין האמירה הזאת עצם הקנין אלא גלוי דעת שרוצה לקנות, ולמה לא יועיל אם גם מגלה דעתו בשעה דהוי דשלב"ל, כיון דאח"כ יבוא לעולם וצ"ע. ועמ"ש לקמן (דף ק"ב) מזה בארוכה

ובעיקר הטעם בדינא דרמ"א, מאיזה סברא בעינן שיודע במציאה או אסיק אדעתו, היה נראה לכאורה כיון דחצר הוי משום שליחות, וכאילו עשאו שליח לקנות עבורו כל מה פ ש שיפול לתוכו, ובמילתא דלא שכיח ולא רגיל לבוא אין שייך לומר דעשאו שליח אדעתא דהכי, אלא דא"כ אין מובן, מאי מהני ביודע במציאה השתא, כיון דעצם המציאה הוי דבר שאין רגיל לבוא ואין בכח החצר לקנות מציאה כזאת, דאדעת מציאה כזאת לא עשאו שליח, ולכן נראה דמטעם שאין משתמר נגע בזה, דאם הבעה"ב אין יודע כלל במציאה ולא אסיק אדעתו, אפי' בחצר דמשתמר לא משתמר לגמרי, דנהי דמשתמר מאנשים אחרים שלא יוכלון לבוא לתוכו וליטלה, מ"מ תוכל המציאה ליילך לאבוד מעצמו, אם אין הבעה"ב יודע לשומרה, דאם בעל חי הוא תגוע ברעב, ואם חפץ אחר הוא. אכתי תהא נדושה ברגלי אדם ובהמה וכדומה, ורק אם הבעה"ב אסיק אדעתו אז יודע לשומרה. ועמ"ש לקמן (דף י"ב ע"א) לתרץ בזה דעת הרי"ף ורמב"ם:

בגמ' ותקני ליה שדהו, ראיתי מקשים לפמ"ש הפוסקים דחצר דגברא משום שליחות איתרבאי וא"כ איך יקנה החצר משום שליחות הא המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו, רק דלעיל אמר ר' יוחנן דקנה משום מיגו דבעי זכה לנפשיה, וא"כ בחצר דלא שייך מיגו דבעי זכה לנפשיה למה יזכה לו שדהו, ונ"ל ליישב דהא הטעם דמגביה מציאה לחבירו ל"ק חבירו הוא מטעם תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים וכדקאמר לעיל, ובטעם דתופס לבע"ח דלא מהני כתב הפנ"י, משום דכשחב לאחרים הוי דבר עבירה ואין שליח לדבר עבירה, ולפי"ז לא שייך הדין דתופס לבע"ח לא קני כ"א באותו שאמרינן ביה דלא מהני שליחות לדבר עבירה, אבל בחצר דמהני ביה שליחות אפי' לדבר עבירה, בין לטעם דבר חיובא ובין לטעם דאי בעי עביד, ממילא שיוכל לקנות מציאה עבור חבירו בלא טעם דמיגו דזכי לנפשיה וק"ל:

בגמ' והוא שעומד בצד שדהו, והנה באם בעל החצר מעמיד שליח תחתיו בצד שדהו. אם מהני כעומד בעצמו. אם כי התוס' בגיטין (דף ע"ט) ד"ה פנימית כתבו להדיא דלהכי קונה המשכיר בזבל אע"ג דבעצמו אין עומד בצד חצירו משום דהשוכר הוי שלוחו. בכ"ז

נ"ל שלא פשוט הדין כל כך. ושזה תלוי בטעם דמהני עומד בצד שדהו, דלשיטת רש"י בסוגיין דלהכי מהני כשעומד בצד שדהו משום דאז הוי משתמר, פשיטא דהוא הדין אם עומד שליח לשמור השדה נמי מהני, כיון דס"ס החצר משומר לדעתו, אכן התורת חיים דחה פרש"י, דא"כ שדה גדולה כמה מילין דלא הוי משומר אפי' כשעומד מאי איכא למימר, אלא טעמא דכשעומד בצד שדהו אז אלים קניית השדה טפי, דכשעומד שם הוי כידו וכגופו ע"ש, ולטעם זה י"ל דלא מהני שליח שעומד בצדו, דבשליח לא שייך לומר דשדה הוה כגופו, כיון דעצם השדה לא הקנה לשליח, דנימא דהשדה הוי כגוף העומד וכאילו העומד קונה זה בידו, דשדה של חבירו לא יוכל להיות כגופו וידו, ורק גבי בעה"ב עצמו שייך לומר כן כיון דהשדה הוי שלו, וכשעומד אצלה הוי גם השדה כגופו וידו:

ולכאורה היה נראה להביא ראיה דשליח לא מהני מסוגיא דידן דמביא ראיה מפועלים, דבעיר אפילו זכור ולבסוף שכוח הוי שכחה דלא קני' ליה חצירו כיון דליתי' גבה, ואע"ג דהפועלים שהם שלוחיו עומדים בשדה ואפ"ה לא מהני שיקנה עי"ז, ואין לומר דהפועל לא יוכל לזכות עבור בעה"ב מטעם דהוי חב לאחרים לעניים, דהא הפועל אינו הזוכה, החצר הוא הזוכה, והפועל עושה את החצר למשומר, אכן באמת יש לדחות ראיה זאת עפמ"ש הר"ן כאן, דכיון דהטעם דעומד בצד שדהו מהני, משום שבזה הוי משתמרת ולהכי בעינן שהעומד בצדה יהיה יודע מן המציאה, ואם אינו יודע לא הוי משתמר אפי' כשעומד בצדו ע"ש. והנה הכא בע"כ מיירי שרק הבעה"ב זכור, אבל הפועלים שכחוהו, דאי גם הפועלים זוכרים, בלא"ה לא שייך כאן זכיית החצר, כיון דאפי' הוא שלו רחמנא אפקרי' וחייביה ליתן משלו, ואי תימא שבזה יועיל חצירו א"כ בטלת דין שכחה, דכל אחד יאמר שיזכה לו שדהו, אע"כ דמיירי כמ"ש התוס' דזכור היה בשעה שהשכחה מתחלת, היינו בשעת שכחת פועלים וכיון שנכנס לכלל שכחה הרי כאילו יצאה מרשותו, ועניים לא זכו לפי שעדיין לא נגמר השכחה עד שישכח בע"ה, ולפיכך יכול לזכות לו החצר כזוכה מן ההפקר, וכיון שכן דבע"כ הפועלים שכחוהו, א"כ לא מהני מה שהפועלים עומדים בצדה, כיון שאינם יודעים מן העומר ואכתי אין משתמר אלא דאכתי קשה קושית הר"ן דא"כ בשדה שכוח מעיקרו היכי משכחת, שכיון שקדמה שכחת בעה"ב לשכחת פועלים ומשישכח בעה"ב התחילה השכחה ולא נגמרה עד שישכחוהו פועלים, וביני ביני זכתה לו שדהו, ובזה לא שייך סברת הר"ן כיון דבעה"ב אינו יודע לא הוי משתמר, דמ"מ ליהוי משתמר ע"י הפועלים שהם שלוחיו, דהא הם זוכרים את העומר, ובע"כ דלא מהני העמידה ע"י שליח, ונראה שגם מזה אין ראיה, דהא

בלשון הברייתא בעה"ב אומר עומר שיש לי בשדה פועלים שכחוהו לא יהא שכחה, מלשון זה משמע דבעינן דוקא שהבעה"ב יאמר בפירוש שירצה שלא יהא שכחה, ואי לא גילה דעתו בזה לא קני, ואפשר גם לתת טעם לזה, דלא מיבעי לשיטת הרמב"ם דחצר לא קונה עד שיגלה דעתו ויאמר יזכה לי שדי, ודאי דאתי שפיר מה שבעינן הכא גלוי דעת מן בעה"ב שירצה לזכות בעומר, דבלא זה לא קני אפי' כשעומד בצדה, אלא אפי' לשיטת התוס' דלא בעינן שיאמר כתה, ובלא גלוי דעת נמי קני, הכא שאני דבלא גלוי דעת הו"א דניחא ליה דליהוי לעניים וכמ"ש מהר"י אבוהב, דלהכי בעינן במתני' שיאמר זכתה לי שדי אפי' לשיטת התוס' כיון דמיירי באחרים רצין לטול המציאה, ואם אינו מדבר כלל נראה שהוא מוחל להם לפיכך הוצרך לומר זכתה ע"כ, ואפי' אי נימא דהתם לא יסברו התוס' דבעינן גלוי דעת, דהא כתבו דבאמת זכתה דנקיט במתני' לאו דוקא, היינו משום דאין סברא שימחול להם, משא"כ הכא דמצוה היא לתת לעניים גם התוס' יודו דבלא גלוי דעת אמינא דמסתמא ניחא ליה שיהיה לעניים, ולהכי הוצרך דוקא שיאמר הבעה"ב בפירוש דאין רוצה שיהיה שכחה, הא בלא גלוי דעת בעה"ב, לא קניא חצירו בזה, ולהכי בשכוח מעיקרו שלא אמר בעה"ב כלום לא קניא לו חצירו, דנהי והוי משתמר שפיר ע"י הפועלים מ"מ בלא גלוי דעת לא יוכל לזכות, וק"ל:

דף יא:

בגמ' ר"ג מטלטלי אגב קרקע הקנה, והאחרונים דקדקו דלשיטת התוס' (ב"ק דף י"א) דקנין אגב הוא רק קנין דרבנן, וא"כ איך יוצא ידי ביעור מדאורייתא ע"י קנין שהוא רק מדרבנן וכמ"ש התוס' ב"ק (דף ק"ד) דלענין פדיית מע"ש בעינן שהמעות יהיה קנוי לו גם מה"ת, והנה בעיקר הדין אי קנין דרבנן מועיל לדאורייתא, האריכו בזה האחרונים, ומחלוקת הוא באה"ע סי' כ"ח) בין הב"י לר"י, וגם אנכי הארכתי בזה במקום אחר, ולא פה המקום, רק מה שנוגע לכאן, הנה על עובדא דר' גמליאל ודאי דלק"מ, דהא הרמב"ם בפ"א מתרומות) כתב דבכל ימי בית שני לא היה תרומות ומעשרות כ"א מדרבנן כיון שלא היה ביאת כולם, וא"כ הביעור שהיה אז הוי נמי מדרבנן, ור"ג וסייעתו שהיו בבית שני שאין הביעור אלא מדרבנן, להכי מהני נמי קנין דרבנן, אלא אי קשיא הא קשיא על הרמב"ם שכתב להלכה (בפי"א ממע"ש) דמי שהיו פירותיו ברחוק מקום מזכה אותם ע"י אגב קרקע, ואיהו כתב זה אף לעתיד כשיבנה בית השלישי, דאז יהיה מדאורייתא וכמ"ש להדיא (בפ"א מהל' תרומות) ואיך יקיים מצות ביעור ע"י קנין דרבנן, ובמנחת חנוך הרגיש בזה ע"ש, ונראה ליישב עפמ"ש האחרונים דאפי' למאן דסובר דקנין דרבנן

לא מהני לדאורייתא, היינו להוציא מחזקת בעלים, דלהוציא מחזקתו אין כח ביד חכמים לעקור דבר מה"ת מפני שהוא בקום ועשה, אבל היכי דליכא חזקת ממון וכגון בדבר הפקר מהני קנין דרבנן אף לדאורייתא, ולכן הכא דעיקר הממון אינו של בעלים אלא דיש לו טובת הנאה, ומה שיש לבעלים טובת הנאה, לא מיקרי זה חזקת ממון לשיטת הרמב"ם שכתב (בפי"ב מתרומות) דאפי' לאחר הרמה אם שאסור לכהן ליקח בלא ידיעת הבעלים, מ"מ אם לקחו שלא מדעת הבעלים זכה בהן ואין מוציאין מידו, וכ"ה בטור יו"ד (סי' של"א), וכ"ש לסברת רש"י שכתב דלמ"ד טוה"נ אינה ממון הוי הפקר, וכיון דהרמב"ם ס"ל דטובת הנאה אינה ממון והוי הפקר, וודאי דליכא חזקת ממון ולהכי ס"ל דמהני גם לדאורייתא, וכן בש"ס אליבא דעולא מתרצינן דס"ל טוה"נ אינה ממון, ומה שקשה לפי"ז כיון דהרמב"ם ס"ל טוה"נ אינה ממון, א"כ אינה ממון נמי לקנות באגב, עיין בקצוה"ח סי' ער"ה מ"ש בזה. ועוי"ל עפמ"ש הקהלת יעקב, דאפי' אי אמרינן דאגב הוא רק מדרבנן, זה במכר דאיכא קנין מעות מה"ת, וע"כ אגב הוי מדרבנן אבל במתנה דליכא מעות הוי אגב דאורייתא, והכא במתנות דקנין מעות לא שייך כאן, הוי אגב מה"ת, ודו"ק:

בגמ' אלא טובת הנאה אינה ממון לקנות בחליפין ה"נ אינה ממון לקנות אגב קרקע, וראיתי מקשים דלדידן דקיי"ל אין מטבע נקנה בחליפין, ואגב קרקע נקנה. א"כ יש לומר מטבע יוכיח דבחליפין אין נקנה ובאג"ק נקנה, ה"נ טובת הנאה אע"ג דבחליפין אין נקנה מ"מ נקנה אגב קרקע. אכן נ"ל דלק"מ, דבטעם דמטבע אין נעשה ונקנה בחליפין קאמר הש"ס לקמן (דף מ"ה) משום דדעתיה אצורתא וצורתא עבידא דבטלה, ופרש"י שם דלא הוי דבר מסוים כמו נעל ואנן דומיא דנעל בעינן שיהא דבר מסוים, ולטעם זה ודאי דלק"מ, דבאמת מטבע הוי גופו ממון וראוי לחול קנין, ורק החסרון דמטבע הוא, משום שאין דבר מסוים ולהכי קנין דבעינן דבר מסוים מגזה"כ דנעל, לא מהני במטבע, אבל לענין קנין אגב אין שום חסרון במטבע, וראוי לחול קנין, משא"כ בטובת הנאה, דהחסרון הוא מחמת שאין גופו ממון ואין ראוי לחול קנין ע"ז, ודאי דנימא דכמו שקנין חליפין אין ראו לחול, הוא הדין קנין אגב נמי אין ראוי לחול, אלא אפי' לפירוש הרשב"א שהשיג שם על רש"י, משום דאכתי יקשה למה אין נקנה בחליפין, שדוקא לענין נעשה חליפין בעינן דבר המסוים, ולהכי פי' דצורתא עבידא דבטלה והו"ל כדבר שאין גופו ממון ואין בי ממש שיהא ראוי לחול עליו קנין חליפין דומיא דאותיות ע"ש, ולפי טעם זה היה ראוי לומר לכאורה שגם באגב אין ראוי לקנות, אכן באמת שגם לפי"ז א"א לומר כן, דאיך אפשר כלל לומר שאין מטבע גופו ממון, משום דצורתא עבידא דבטלה, הא

עצם המטבע בלא הצורה יש בה נמי שווי ממון, ואם נפסלה צורתה יש לה דין ממון גם לאקנויי בחליפין, וא"כ בשביל שיש עליה צורה ויוצאת בהוצאה תאבד שוויה, ועוד דאם באמת אין בה ממש, א"כ במקח וממכר אמאי קונה ע"י מעות, נימא נמי כיון דצורתא עבידא דבטלה הוי כמו אין בו ממש, ובע"כ הנכון בזה כמ"ש הנמוק"י לקמן (דף מ"ו), שדוקא לענין חליפין כיון דמקפיד בהן ורוצה את המטבע בעצמה שיהיה בעין, וכיון שרצונו דוקא בצורה, והצורה מצד עצמה הוי ודאי אין בו ממש, משא"כ כשמקבלו בתורת דמים דהתם לא מקפיד שיהיה בעין הוי שפיר גופו ממון ע"ש, וא"כ כ"ש לענין קנין אגב הוי גופו ממון, דמ"מ עצם המטבע הוי גופו ממון, ולהכי במטבע דעצמה הוי ממון גמור, ורק שיש עליה גם הצורה שאין בה ממש, שפיר מחלקינן בין חליפין לאגב, דבחליפין כיון שמקפיד רק על הצורה אין ראוי לחול ע"ז קנין סודר, אבל באגב שאין מקפיד על הצורה, ודאי דהוי ממון וראו לחול קנין, משא"כ בטובת הנאה, דעצם הדבר אין בה ממון שפיר אין לחלק בין חליפין לאגב, ושום קנין אין ראוי לחול על זה, וק"ל:

בגמ' וכי לא היה להם סודר כו', וקשה אמאי לא הקנה להם באודיתא שהמעשרות הוא שלהם וכמו שהק' התוס' לקמן (דף מ"ו) גבי ר"פ ועוד בהרבה מקומות, ונהי דבזה י"ל כיון דבמתנות כהונה נתינה כתיב בהו, וצריך ליתן משלו, ואם יודה שהמעשרות הללו היו מתחלה שלהם, א"כ לדבריו לא קיים מצות נתינה, מ"מ אכתי יקשה דלודי להן שכבר נתן לכל אחד מהם בקנין גמור וכמ"ש בקצוה"ח (סי' קצ"ד) שגם לענין מכירת חמץ מהני אם כתב מודה אני שמכרתי בקנין גמור ע"ש, ומזה נ"ל ראיה למה שפקפקתי על הקצוה"ח הנ"ל ורציתי לומר, דאודיתא לא יועיל כ"א כשמודה לו שעצם הדבר היה של הקונה מתחלה, אבל אם לדברי המודה, עצם הדבר שלו היה, ורק שהודה לו שכבר נתן לו בקנין, ע"ז לא מהני אודיתא, וכדמות ראיה יהיה מאודיתא דרב מרי גופא, דקאמר שם ולודי ליה דהנהו זוזי דרב מרי נינהו ואמאי לא קאמר דלודי ליה שכבר זכהו ע"י קנין המועיל, דזה היה נוח טפי שאין בולט השקר כ"כ, אע"כ שע"ז לא יועיל קנין אודיתא, ובטעם הדבר נראה כמ"ש הרשב"א בחדושיו לקדושין (דף כ"ו) הביאו המקו"ח בהל"פ (תמ"ח) דאודיתא לאו קנין הוא, אלא התחייבות הוא מטעם שאדם נאמן ע"ע לחוב לעצמו וב"ד עושין עפ"י הודאתו ע"ש, והא דהקונה לא צריך לקנין, היינו משום דכיון שהמקנה הודה שזה היה שלו מתחלה וא"כ לדבריו א"צ כלל לקנין, ואם נצריכו קנין הרי אנו מעצמינו סותרים הודאתו, וכיון שעל הב"ד לעשות כהודאתו ממילא אין מצריכין קנין, וא"כ לא שייך זה כ"א במקום שהודה שעצם הדבר שלו היה, ושפיר יש לומר כיון שנתחייב מעצמו עלינו לעשות כהודאתו וגם בלא קנין, אבל אם לא הודה רק על הקנין,

אין מועיל ההודאה, כיון דבעצם שקר הוא ולא עשה עמו קנין. והתחייבות ג"כ לא שייך, דהא אין מתחייב בהודאתו לתת לו, וגם מן סוגיא דידן יהיה ראיה לדברייי, דאי נימא שגם על הקנין מהני הודאה, א"כ אמאי לא הקנה להם ע"י אודיתא, א"ו דעל קנין לא מהני אודיתא, ועל עצם הדבר לא שייך נמי אודיתא משום דנתינה בעינן וכנ"ל, ובדוק וראה בכל מקום בדברי הראשונים שהביאו הדין דאודיתא, לא הביאו זה כ"א באופן שמודה על עצם הדבר, ולא מצינו בדבריהם כשהודה על הקנין שיועיל נמי, ודברי הקצוה"ח צ"ע, ובלא"ה השיגו המקו"ח שם. וגם בט"ז יו"ד (סי' קס"ח) כתב להשיג מטעם אחר דבדבר איסור לא שייך אודיתא, דאטו ע"י שקר יבוטל האיסור ע"ש ואכ"מ יותר:

בגמ' ר"פ אמר דעת אחרת מקנה, ופרש"י שר"ג הקנה בתורת חצר. מסוגיא הזאת הרעישו כולם על הש"ך חו"מ (סי' קצ"ח וסי' ר"ב) שכתב דאין חצירו קונה כ"א היכי שמכבר היתה חצירו ואח"כ הכניס המטלטלין לחצר אבל אם המטלטלין מונחים מקודם וקניית החצר והמטלטלים באים כאחת לא קנה, והא הקנה ר"ג בתורת חצר אע"ג דחצירו ומתנתו באים כאחת, ועמ"ש הקצוה"ח ונה"מ שם ובמח"א הלכות קנין חצר. ובכדי שלא לשוויה להש"ך כטועה בדבר משנה הייתי רוצה לתרץ, דבאמת צריך להבין הטעם בסברת הש"ך, דמאיזה סברא נאמר שבכה"ג לא יועיל החצר, וי"ל דהיינו משום דבכל קנין בעינן שני פעולות, להוציא מרשות המקנה, וגם להביאנו לרשות הקונה, ושני פעולות הללו צריך לעשותן לשם קנין, ובשלמא אם מקודם קנה החצר ואח"כ הכניס המטלטלין לרשותו, הרי בהכנסת המטלטלין לרשותו עושה שני הפעולות כאחת, דבלקיחה שלקחן ממקום שהונחו שם, הוציאן מרשות המקנה, ובהכנסתן לחצירו, הביאן לרשותו, אבל אם המטלטלין היו מונחים בחצר הזה מקודם, א"כ נהי דעכשיו מונחים ברשות הקונה, כיון דהוא קנה החצר, אבל מי הוציאן מרשותו של מקנה, אחרי שמונחים עתה כמו שהיו מונחים מקודם ולא נעשה בהם שום פעולה לצורך הוצאתן מרשות בעלים, ולהכי לא קנה, זהו הנ"ל בטעם הש"ך, ולפי"ז לא יהיה דינו של הש"ך כ"א במטלטלים שיש להן בעלים, והקונה צריך להוציאן מרשות בעלים, אבל בדבר הפקר שא"צ כ"א להכניסן לרשותו, מהני אפי' כשמונחים גם מקודם בחצר הזה, כיון דעכשיו הם ברשות הקונה, ולפי"ז מיושב גם העובדא דר"ג, דכיון שאין לבעלים אלא טובת הנאה, וסוגיין קיימי דאמרי' טוה"נ אינה ממון, וא"כ אין בזה שום חזקת ממון לבעלים והוי כמו הפקר וכמ"ש רש"י הבאתיו לעיל, וא"כ הוצאה מרשות בעלים אין כאן, וא"צ כ"א להכניס לרשותו ולכן מהני אפי' בכה"ג, והנה בתשובת ברית אברהם כתב נמי דבדבר הפקר ל"ש סברת הש"ך מטעם אחר, והיינו דמה בכך דבא בבת אחת,

מ"מ כיון שמונח החפץ בחצר רגע אחת אחר שזכה בחצר תיקני ליה חצירו, אלא הטעם כיון דבעת הקנין לא זכה מפני שבא בבת אחת ואח"כ לא הקנה לו החפץ, ולפי"ז בדבר הפקר אפשר שיקנה לו החצר רגע אחת אח"כ ע"ש, ואם כי בעיקר טעמו בסברת הש"ך, מפני שאין יכול לקנות שני קנינים כאחת צריך עיון, מ"מ עכ"פ בין לסברתו, בין לסברתי, בדבר הפקר לא שייך סברת הש"ך, וא"כ בעובדא דידן שאין לו כ"א טוה"נ דהוי כמו הפקר שפיר מהני קנין החצר. והנה בקצוה"ח שם הקשה עוד על הש"ך מהסוגיא דלעיל (דף ט' ע"ב) גבי משוך פרה וכבר כתבנו לעיל שם לתרץ זה בטוב טעם. וקושי' השלישית שהביאו בקצוה"ח מההיא דגיטין דאמרי' גיטה וידה באין כאחד ודאי שאין ענין כלל לסתור דברי הש"ך, ופשוט כמ"ש החת"ס בח"מ סי' ס"ו, דהתם החצר היה מכבר שלה, רק שהבעל היה מעכבו ועתה סלוק רשות הבעל וקניית הגט באין כאחת ולא קניית החצר אלא דבעיקר מ"ש דבהפקר לא שייך סברת הש"ך, בשמ"ק לא משמע הכי, דעל קושית התוס' ממצא בגל הרי שלו ואמאי לא קניא חצירו, תירץ התם משום דחצר אין קונה בדבר שהונח בו מקודם, וכזה תי' גם בהג"א בשם ראבי"ה לקמן בפ' אלו מציאות, הרי להדיא שגם בהפקר שייך נמי לומר הכי, באם לא הונח בו מקודם, וצ"ע:

בגמ' דעת אחרת מקנה אותן שאני, ונפלאתי בזה מאי איכא לחלק לענין עומד בצד שדהו בין דעת אחרת מקנה, לאין דעת אחרת מקנה, כיון דהטעם דבעינן עומד בצד שדהו היינו משום שאז הוי משומר לדעתו, וא"כ מה יוכל להועיל אם גם איכא דעת אחרת מקנה, אטו בזה לא בעינן משתמר, וראיתי בשמ"ק שכתב בשם התוס' דבדעת אחרת לא בעינן כלל שיהא החצר משומר כיון דדעת אחרת מקנה הרי אין שום אדם יכול לקנות בה כ"א מדעת המקנה נמצא שהמתנה משתמרת להמקבל אף אם החצר אין משומר כיון שאין שום אדם יכול לזכות ואם זכה שלא מדעת המקנה מוציאין מידו, אבל מציאה דהפקר הוא וכל הקודם זכה, להכי כשאין עומד בצדה לא הוי משומר ולא קניא כלל ע"ש, שמזה הטעם חילק ג"כ בין רץ אחריהן ומגיען, ובדעת אחרת אפי' אין מגיען נמי, והיינו נמי דבדעת אחרת שאין יכול לזכות בלא דעת המקנה, בכל אופן הוי משומר והנה אם כי הדברים נחמדים, בכ"ז על ר"פ שמתרץ כן בעובדא דר"ג וזקנים יש לתמוה, דהא כיון דלבעלים אין בזה כ"א טובת הנאה, ולשיטת הרמב"ם (בפי"ב מתרומות) דאם לקחו שלא מדעת בעלים זכה ואין מוציאין מידו, וא"כ אכתי אין משומר כיון דכל אחד יכול לזכות, ואמאי מהני גם התם באין עומד בצדו, ואפשר לומר דמשו"ה פוסק הרמב"ם באמת דלא כר"פ, ולא ס"ל לחלק בין דעת אחרת מקנה וכמבואר (בפ"ד מזכיה ומתנה) וכבר תמהו רבים ע"ז למה אין פוסק כר"פ כיון דרב אשי דהוא בתרא מתרץ כוותיה,

ועיין בר"ן שדחק לתרץ דהרמב"ם יפרש דרב אשי לא בא לפרוקי דעת ר"פ, אלא בא לתרץ כי היכי דלא תקשי לדידן דמ"ש גבי גט דבעינן עומד בצדה אפי' במשתמרת, וע"ז בא לתרץ דבגט כיון שא"א להיות מטעם שליח בעינן דומיא דידה דסמוכה, ועיין בב"י חו"מ (סי' רמ"ג), אכן עיקר ההכרח שגרם לו לרמב"ם לנטות מפי' הפשוט, ולפרש כפי' הר"ן, י"ל דהיינו משום דקשה לו סברת ר"פ, דמאי איכא לחלק בין דעת אחרת לענין עומד בצדה, דא"א לומר דסברת ר"פ יהי' כמ"ש בשמ"ק, דהא לשיטת הרמב"ם א"א לומר כן וכמ"ש, ולכן לשיטתו דחק לפרש בדברי רב אשי ולא לפסוק כר"פ, ואכן התוס' לשיטתייהו בחולין (דף קל"א) דדבר שיש בו טוה"נ אם קדם וזכה שלא מדעת בעלים מוציאין מידם, ושפיר קיימא סברת ר"פ נכונה, דבדעת אחרת מקנה לא בעינן עומד ואפי' בטוה"נ לחוד, וזולת כ"ז מסוגיא דקדושין (דף כ"ו) מוכח להדיא דר"ג מטעם אגב הקנה, מדיליף מזה לענין צבורין, ועיין בבאורי הגר"א על הרא"ש כאן שציין לסוגיא דקדושין הנ"ל, ועמ"ש בסמוך:

בגמ' דעת אחרת מקנה אותן, הנה במרדכי כאן הקשה אמאי מיקרי בזה דעת אחרת, כיון דאין בזה אלא טוה"נ א"כ אין לבעלים במתנות כלום והו"ל כעין מציאה דאינו דעת אחרת מקנה, ותי' כיון דמקנה להם חצירו ג"כ, מיקרי דעת אחרת משום הקנאת החצר ע"ש, ומזה יהיה ראיה נמי דלא כסברת השמ"ק שהבאתי לעיל בדבור הסמוך, דלדבריו דלהכי לא בעינן עומד בצד שדהו משום דאיכא דעת אחרת ואין יכול שום אדם לזכות בלא דעת המקנה, א"כ משמע דהדעת אחרת הוא בעצם התבואה, דאי כסברת המרדכי דעצם התבואה הוי כמו מציאה, א"כ אם אחרים זכו שלא מדעת בעלים ודאי דאין מוציאין, ואמאי לא בעינן עומד בצד שדהו. אכן ראיתי בקצוה"ח סי' רמ"ג, שהשיג מזה על הפר"ח שסובר דמותר לתת מתנות לכהן קטן כיון דבדעת אחרת מקנה יש זכייה לקטן, והשיג ע"ז מן המרדכי הנ"ל, דהא מתנות לא הוי כלל דעת אחרת, ולמ"ש לעיל הרי התוס' והשמ"ק סוברים נמי דמיקרי דעת אחרת, כיון דס"ל שאם זכה אחר מוציאין מידם, א"כ רק זה דמהני למזכי נתינת הבעלים ובוודאי כיון דהם הגורמים לקנין דמיקרי דעת אחרת מקנה, ואין לתפוס כ"כ על הפר"ח ועמ"ש במנ"ח מצוה תע"ד בדעת הפר"ח:

דף יב.

בגמ' במתנה היאך קבלה מיניה אעפ"י שרץ אחריהן ואין מגיען, וכן פוסק הרמב"ם (בפי"ז מאבידה) והטושו"ע חו"מ (סי' רס"ח) לחלק בין מציאה למתנה לענין זה, ואמנם מאוד תמוה לי פסק הרמב"ם בזה. דהא שני אלו הדינים. מה דבעינן עומד בצד שדהו

וכן מה דבעינן רץ אחריהן ומגיען, חד טעמא להו, דמשום דבעי' שיהא חצר המשתמרת, להכי בעינן שיהיה עומד בצדו וכן שיהי' רץ אחריהן ומגיען, דאי אין עומד בצדו, או שרץ ואין מגיעו לא הוי משתמר, וכן מוכח לעיל בסוגיא דמייתי ראיה לחלוק דרב פפא, שדעת אחרת מקנה שאני, לגבי הדין דעומד בצד שדהו, מסוגיא דהכא דרץ אחריהן, שבמתנה לא בעינן מגיען, הרי להדיא דחד טעמא הוא, ומאן דס"ל לחלק בין דעת אחרת מקנה לענין רץ אחריהן, סובר דלענין עומד בצד שדהו נמי יש חלוק הזה, וא"כ הרי"ף ורמב"ם דלעיל לגבי עומד בצד שדהו לא ס"ל חלוק דר"פ, ואפי' בדעת אחרת מקנה נמי הצריכו שיהיה עומד בצד שדהו, א"כ בע"כ דס"ל דאפילו בדעת אחרת נמי בעינן משתמר, והכא פסקו לחלק בין מציאה למתנה, דבמתנה אעפ"י שאין מגיען נמי, מכלל דס"ל דבדעת אחרת לא בעינן משתמר, ולפלא גדול בעיני שמפרשי הרמב"ם והשו"ע לא העירו בזה כלום, ואם כי בסוגיא יש מקור לפסק הרמב"ם, דהא ההוא מרבנן דסבירא ליה דר"ג מטלטלי אג"ק הקנה, הרי דס"ל דבחצר לא יכול להקנות מטעם שאין עומד בצדו, אע"ג דאיכא דעת אחרת מקנה, ובדין דרץ ומגיען שקיבל ר' ירמיה דבמתנה לא בעינן מגיען ליכא מאן דפליג, וקבלה היתה ע"ז, כמ"ש בש"ס קבלה מיני' וכו', הרי דבש"ס גופא יש חלוק בין דין דעומד בצד שדהו, להך דינא דמגיען. אכן טעם הדבר בחלוק שביניהם לא נזכר, ונלע"ד לתת טעם וסברא לפסק הזה, דהנה לעיל הבאתי סברת השמ"ק דבדעת אחרת הוי משומר אפילו אינו עומד בצד שדהו כיון דבלא דעת המקנה אין יכול שום אדם לזכות א"כ ממילא משומר הוא מאחרים ע"ש, אכן באמת יש לפקפק על סברא זאת, דנהי דאדם אחר לא יטלוהו ומשומר הוא מאנשים אחרים, מ"מ אם אינו עומד בצד שדהו אכתי אינו משומר, דמעצמו יוכל הדבר לבוא לידי כליון והפסד, דאם בעל חי הוא המציאה הזאת, יכול לברוח מעצמו, ואם דבר מאכל הוא, בהמות וחיות יאכלוהו, ושארי חפצים נמי יהיו נדושים ברגלי אדם ובהמה וכדומה שארי סבות, והגע עצמך דהא אפי' בחצר המשתמר ממש בעינן נמי שדוקא שבעל החצר יהיה ידוע לו שנפל מציאה בחצירו ואם אינו ידוע לו לא קני וכמ"ש המרדכי בפ' אלו מציאות, וכ"פ הרמ"א חו"מ (סי' רס"ח), ולעיל (דף י"א ע"א) הוכחתי די"א שגם דעת הירושלמי ותוספתא כן הוא, וכתבתי שם שהטעם הוא ג"כ כזה, דזולת שמירת החצר, שמשמרה מאנשים אחרים ש"א יטלוה, בעינן נמי שמירת הבעל השדה שלא יופסד החפץ מעצמו, ולהכי בעינן שבעל החצר ידע ממציאה שיוכל לשומרה גם הוא, וא"כ כ"ש הכא שהחצר אינו משומר כלל, ורגלי אדם ובהמה מצויין שם שבקל יבוא מעצמו לידי הפסד, שאין מועיל שמירת החצר לחוד, שמשמרה מאנשים אחרים, היכי דליכא בהדיה נמי שמירת בעל

החצר, שלא יבוא מעצמו לידי כליון והפסד, ולפי"ז צדקו מאוד סברת פסקי הרמב"ם הנ"ל, דכשאנו דנין לגבי הענין דעומד בצד שדהו, ונרצה לחלק ולומר דבדעת אחרת מקנה לא ניבעי עומד בצדו משום דבלא"ה הוי משומר כסברת השמ"ק, בזה שפיר אמרי' דאין לחלק בזה, דנהי דמאנשים אחרים הוי משומר עי"ז כיון שבלא דעת המקנה אסור להם לזכות, מ"מ כיון שיחסר שמירת בעל החצר אכתי אין משומר מיקרי כיון שיוכל מעצמו לבוא לידי כליון, אבל כשאנו דנין לענין רץ ומגיען, דהתם מיירי שבעל החצר עומד בצדו, ושמירת בעל החצר יש כאן, אלא דיחסר לנו שמירת החצר עצמו, שאנשים אחרים לא יטלוהו, אבל מעצמו לא יבוא לידי כליון, דהא מיירי שלא לבוא מעצמו לידי כליון, ורק עיקר החשש הוא שאנשים אחרים יטלוהו אחר שיצא מחצירו, וכיון שלא יחסר בפה רק השמירה מאנשים אחרים, לענין זה שפיר יש לחלק ולומר דבמתנה כיון שבלא דעת המקנה אסור לשום אדם ליטלה, הרי משומר גם מאחרים ומהני אפי' כשאין מגיען, דבשלמא במציאה אע"ג דבעל החצר עומד בצדו, וישמרנה שמעצמו לא תבוא לידי הפסד, דאין מגיען בשדהו, אבל חוץ לשדהו יגיען. ואם כן יכול לשומרן מ"מ כיון שהכל יכולים לזכות בה הוי אין משומר, אבל במתנה הוי משומר מכל הצדדים אפי' באין מגיען בתוך השדה, וכל זה הוא לענין רץ ומגיען, דשמירת הבעל החצר יש כאן אפי' כשאין מגיען. ורק דשמירת החצר מאנשים אחרים, הוא שיחסר לנו באין מגיען, להכי מועיל הסברא דדעת אחרת מקנה, להועיל שאפי' באין מגיען נמי קנה, כיון שבדעת אחרת הוי משומר מכל הצדדים, אבל לענין עומד בצד שדהו, דשם יחסר גם שמירת בעל החצר שלא יבוא מעצמו לידי הפסד, מה יוכל להועיל בזה סברא דדעת אחרת, דנהי שיתוקן בזה שמירת החצר אבל שמירת בעל החצר אכתי יחסר, וצדקו מאוד חלוק פסק הרי"ף ורמב"ם עפ"י סברא נכונה ודו"ק:

רש"י ד"ה זרק ארנקי, והפקירו לכל הקודם. נראה דבמתק לשונו נתכוון להסיר קושית התוס' ד"ה ואפקרי', דלא גרסינן ואפקרי' דא"כ לא הוי דעת אחרת מקנה, ואכן רש"י ז"ל היה לו הכרח מסוגיא דלקמן (דף ק"ב) דמיירי בהפקר וכמ"ש הרמב"ן ע"ש, וקושיית התוס' יתרץ זה בעצם דקדוקן לחלק בין הפקר דעלמא, דמיירי שבעה"ב מסלק עצמו בלבד מן החפץ ואין כוונתו להקנות לאחר, זה ההפקר לא מיקרי דעת אחרת, אכן הכא מיירי שנתכוון להקנותו לכל הקודם, ולהכי הוי שפיר דעת אחרת. ועיקר הדין אי הפקר חשוב דעת אחרת עיין במ"ל (פכ"ט ממכירה) ובסמ"ע וש"ך (סי' רמ"ג) מ"ש בזה בשם הנמוק"י, והמ"ל כתב בשם רש"י דהכא דהפקר הוי דעת אחרת, ולפמ"ש יש חלוק בין הפקר דעלמא להפקר דהכא:

בגמ' אויר שאין סופו לנוח, עיין בהגהות מהרצ"ח שכתב דלא ידע למה לא פשיט לה מהך פלוגתא דמס' שבת (דף ו') אם אמרי' קלוטה כמו שהונח דשם הוי נמי אויר שאיך סופו לנוח, וכן מגיטין (דף ע"ט) הוא למעלה כו', ונעלם מאתו מ"ש השמ"ק דלא יוכל לפשוט מקלוטה, די"ל לענין קנין הוי כמו שהונחה, דמשום אינטורי הוא והא מינטר, ולמ"ד התם כמו שהונחה, י"ל איפכא, וע"ש שתי' דגם מגיטין אין ראיה:

במתני' פרש"י דבתו הקטנה וגם נערה מקראי ילפינן דמציאתה לאביה דכל שבח נעוריה לאביה, ובתוס' בסמוך בע"ב ד"ה ר' יוחנן השיגו ע"ז דהאי קרא בהפרת נדרים הוא דכתיב ואין ללמוד מיני' דממונא מאסורא לא ילפינן ע"ש, ומחמת חומר הנושא אפשר לומר, דסברת רש"י הכי הוא דאם כי על הקרא דכי ימכור גו' לאמה, דיליף מיניה דמעשה הבת לאביה, קאמר הגמרא כן, דלא נוכל למילף זה מקרא דבנעוריה בית אביה, משום דבהפרת נדרים כתיב ע"ש בכתובות (דף מ"ו), אבל השתא דגלי קרא דלאמה שגם בממון הוי הזכיה לאביה, וא"כ גלי קרא דאסורא וממונא שווין, ושפיר נוכל למילף מעתה מקרא דבנעוריה גם לדין ממון וכמ"ש התוס' כתובות (דף ל"ט) ד"ה הואיל כה"ג, ואין להקשות ע"ז דא"כ בכתובות (דף מ') דבעי הש"ס למילף בושת ופגם דלאב מקרא דבנעוריה ודחי התם נמי דאין ללמוד מיני' משום דקרא בהפ"נ הוא דכתיב ולמה לא נימא גם התם דכיון דגלי גלי, ובאמת הקשה כן בהגהות מל"ה שם. ונ"ל דשם יש ליישב ולומר דכיון דהגלוי דקרא הוא רק ממעשה ידיה, יש לומר שדוקא ממון כזה הוי לאב, משום דמיתזני מיני' ודעת האב על זה. וכמו דקאמר בקדושין (דף ד') אבל בושת ופגם שאין דעתו ע"ז, ממון כזה לא זכתה תורה לאב, וכמ"ש התוס' שם (דף ק ד"ה דאי, דלהכי לא מצי למילף ממעשה ידיה גופא, משום דיש לדחות מחמת טעם דמיתזני, כן י"ל נמי בקרא דבנעוריה דאע"ג דגלי קרא שגם ממון הוי לאב, היינו דוקא ממון כעין מעשה ידיה אבל בושת ופגם לא, אבל מציאה דהוי כמעשה ידיה כמ"ש בר"פ מציאת האשה בהדיא, מציאתה כהעדפה שע"י הדחק, שפיר ילפינן מקרא דבנעוריה, ואין לדחות מעשה ידיה שאני משום דמיתזני, דהא מציאה נמי משום דמיתזני, וא"ש מ"ש רש"י כאן דילפינן מקרא דבנעוריה, דבאמת השתא דכבר גלי קרא דמע"י הוי לאב, הרי גלי לן דאסורא וממונא שווין, שפיר נילף מבנעוריה גם למציאה דהוי לאב מה"ת, ואין להקשות דאכתי מאי הוצרך רש"י למילף מקרא דנעוריה לימא דהוי מה"ת משום דדמי למעשה ידיה, דהא גם בושת ופגם הוי ילפינן ממע"י וכמ"ש התוס' בכתובות (דף מ') ורק משום דהתם יש לדחות שאני מע"י דמיתזני, וא"כ במציאה דלא שייך לדחות הכי וכמ"ש, ילפינן שפיר ממע"י גופא, ואכתי קרא דבנעוריה ל"ל לרש"י. וי"ל דהנה בכתובות (דף מ"ו)

תוד"ה זכאי במציאתה כתבו שמציאה לא נוכל למילף ממעשה ידיה די"ל דמה למעשה ידיה שמתזנא מיניה ע"ש, ואם כי דבריהם תמוהים, דהא בפרק מציאת האשה כתבו התוספות עצמן דגם מציאה הוי כמעשה ידיה משום דמיתזני', אלא דיש ליישב דבלא"ה כתב המהרש"א דפירכא הזאת לאו פירכא גמורה היא, רק על מה הצד פרכינן פירכא כל דהוא, ולכן יש לומר דמה שכתבו התוספות דנוכל לפרוק שאני מעשה ידיה דמיתזני, היינו כשאנו ילפינן ע"י מה הצד, ומעתה מיושב דעת רש"י, דממה הצד מן מעשה ידיה לא נוכל למילף באמת, משום דעל מה הצד הוה פרכינן מה למעשה ידיה שכן מתזני וכסברת התוס', דע"ז פרכינן גם פירכא כל דהוא, להכי כתב רש"י, שבאמת לאו ממעשה ידיה ילפינן, אלא מקרא דבנעוריה, דכיון דגלי קרא דגם ממונא דמעשה ידיה לאב, ילפינן השתא דכל שבח נעורים שכעין מע"י הוי לאב, ומציאה הוי ודאי כעין מעשה ידיה, וע"ז לא נוכל לפרוך פירכא כל דהוא כיון דלאו ממה הצד ילפינן, והנה בב"ק (דף פ"ו) קאמר התם דאקני ליה רחמנא שבח נעורים לאביה, וגם התם פרש"י מקרא דבנעוריה, והתוס' השיגו נמי התם, דהאי קרא בהפ"נ כתיב, ודחקו התם לפרש דלשון אקני ליה רחמנא שבח נעורים לאו דוקא הוא ולסימנא בעלמא נקטיה ע"ש, ולשיטת רש"י א"ש כפשטיה, דבאמת השתא לאחר דגלי קרא, הוי בממון נמי לאב מה"ת וממונא ואיסורא שווין:

והנה נהי דעל עיקר סברת רש"י מצאנו טעם לומר דהצדק אתו, שבאמת הוי מציאת נערה מדאורייתא לאב. אכן מה נעשה להסוגיא דכתובות (דף מ"ז) דקאמר התם להדיא דטעם דמציאתה הוי לאב משום איבה, ולשיטת רש"י כאן דמה"ת הוא, למה הוצרך הש"ס התם לומר טעם דאיבה, ונראה דלרש"י לשיטתו ג"ז יש ליישב, דבטעם דאיבה נחלקו התם רש"י ותוס', וסברת התוס' דאיבה דמציאה, היינו שלא יקדשנה למנוול ומוכה שחין, וסברת רש"י דאיבה דמציאה הוי נמי משום מזונות דאי אמרת מציאה שלה איכא איבה ולא זיין לה תו. ויש נ"מ גדולה לדין בין רש"י ותוס', דלשיטת התוס' דאיבה דמציאה הוי שלא יקדשנה, ולא שייך זה כ"א בנערה דבידו לקדשה, אבל בבוגרת שבלא"ה אין בידו לקדשה הוי מציאתה שלה, אכן לשיטת רש"י דאיבה היינו משום מזונות, גם בבתו בוגרת נמי מציאתה לאב, וכ"כ בהג"א שם להדיא, ולפי"ז א"ש דעת רש"י, דבמתני' דהכא דקאמר להדיא, מציאת בנו ובתו הקטנים, וכיון דמיירי בקטנים, ובקטנים וגם בנערה הוי דאורייתא, להכי כתב רש"י דהוי מה"ת, ובכתובות להכי קאמר הש"ס דהוי משום איבה, להורות שגם בגדולה דהיינו בוגרת נמי מציאה של אב, אבל בקטנה ובנערה אה"נ דמה"ת הוי וכמ"ש כאן ומיושב מאוד דעת רש"י, ומעתה אין אנו צריכין לדחוקי בדעת רש"י כמ"ש התוס' כתובות הנ"ל, דלסברת רש"י מתני' דהכא לצדדין קתני, קטנה אפי'

באינה סמוכה, ונערה דוקא בסמוכה ע"ש. דלמ"ש גם נערה הוי אפי' באינה סמוכה, דבנערה הוי נמי מה"ת וכמ"ש רש"י להדיא דקטנה וגם נערה מקראי יליף, ותימה גדולה על תוס' שכתבו בדעת רש"י דבנערה דוקא בסמוכה הוי לאב, ואיך אפשר לומר הכי אחרי שרש"י עצמו כתב להדיא כאן דגם נערה ילפי' מקראי, ולמ"ש מיושב דעת רש"י:

בגמ' למימרא דסבר שמואל קטן לית ליה זכייה מה"פ, הא ודאי דאפי' אי הזכייה הוי מדרבנן, לא נוכל לומר דהקטן לנפשי' הוא דזכי ואבוה מיניה קא זכי וכמ"ש בתוד"ה שמואל, דמאיזה טעם יתקנו שהאב יזכה מיד הבן, כיון דליכא איבה, וכ"ש דאי הזכייה הוי מה"ת, שלא נוכל לומר דאבוה זכי אח"כ, ואי הזכייה הוי מדרבנן, י"ל דכן היה התקנתא, לא שהבן יזכה, אלא האב יזכה במקום הבן, וכל זה אי הזכייה הוי מדרבנן, אבל אי הזכייה הוי מה"ת א"א לומר כן, וא"כ שפיר ידעינן מזה דלית ליה זכייה מה"ת, ובחנם דחק הפנ"י למצוא טעם מנ"ל דלית ליה זכייה מה"ת:

דף יב:

תוד"ה ר' יוחנן, ופי' ר"ת דלשמואל דאמר הכא קטן אינו זוכה ה"ה גבי עירוב אין זוכה דידו כיד אביו כיון דמציאתו לאביו כו'. ולא זכיתי להבין בזה סברת ר"ת, דהנה אפי' לשמואל, אטו קטן לית ליה זכייה לנפשי' כלל, הא היכי דלית ליה אב, ודאי דזוכה גם לנפשיה עכ"פ מדרבנן וכסתמא דמתני', דמציאת חש"ו יש בהן גזל מפני דרכי שלום, אלא דהיכי דאיתא לאב תקנו דבמקום הבן יהא קאי האב, והאב הוא הזוכה בכל זכיות הבן, וא"כ לא שייך זה כ"א בזכיות הבאות מעלמא, דבזה שייך לומר, דמפני הטעם דמריצה אצל אביו, תקנו שהאב יזכה בהן, אבל בזכיות שהאב עצמו מזכה לבן, וניחא ליה לאב שהבן יזכה בהן לעצמו, מהיכי תיתי שלא יזכה בהן, ומ"ש מאשה דנמי מציאתה וזכייתה לבעלה, ואפ"ה אם בעלה עצמה נותן לה מתנה קנתה ואין הבעל אוכל פירות כדאיתא בב"ב פרק חז"ה, ולפי"ז אפילו במתנה גמורה שהאב עצמו נותן לבנו, היה צריך לזכות, וכ"ש גבי עירוב שהבן אין זוכה כלל לעצמו, אלא האב נותן לו שיקנה לאחרים דיכול לזכות, כיון דבאמת יש לו יד, ורק דבזכיות שרוצה האב לקנותן, אמרי' דהאב במקום בן עומד, אבל במה שלא זכה הבן כלל אמאי לא מהני. ואמנם בקושיא הזאת, אם כי גדולה היא, אכתי יש מקום לתרץ כסברת השמ"ק בסוגיין, וז"ל דבמקום אב לא תקון ליה זכייה כלל אלא לצורך אב עכ"ל, ומשמע מדברים הללו דאע"ג דבמקום דליכא לאב יש לו זכייה לנפשיה, מ"מ במקום אב לא נתנו לו שום זכייה כלל כ"א מה שנוגע לצורך האב, אבל מה שאין צורך האב שקלו מיניה הזכייה, ולהכי אפי' ברשיון

האב נמי לא מהני. או שי"ל כמ"ש התוי"ט דבאמת הא דלא מצי לזכות ע"י קטנים, אין הטעם משום דידן כיד האב, אלא משום כיון דהאב יכול לערב בשבילם, להכי אמרו שאין יכול לזכות על ידיהם, ומ"ש במתני' בעירובין שם הטעם, מפני שידן כידו, לא קאי כ"א אעבדו ושפחתו ולא אבנים קטנים ע"ש. אכן מ"ש הר"ת אח"כ דלר' יוחנן דאמר דגדול וסמוך על שלחן אביו הוי כקטן, הוא הדין דגבי עירוב נמי גדול וסמוך אינו זוכה בזה לא אדע שום עצה לתרץ דבריו, כיון שגדול ודאי דיש לו זכייה לנפשיה, אלא דמחמת איבה תקינו לאב בסמוך על שולחנו, דמציאתו יהא לאב, וא"כ ודאי דלא שייך זה כ"א בדבר שהקטן זוכה לנפשיה, אבל גבי עירוב שאין זוכה לנפשי' כלל ולא שייך שום איבה, מהיכי תיתי לא יוכל לזכות, ושוב מצאתי בנמוק"י בשם הרשב"א ור"ן ובב"י או"ח (סי' שס"ו) בשם הרמב"ן שכתבו כן דגבי עירוב אין לחלק בין סמוך לאינו סמוך. ושהכי הוא גם דעת הרמב"ם בפ"א (מהל' עירוב) שפוסק בסתם דע"י גדול מצי לזכות ומשמע דאפי' בסמוך על שולחנו, והיינו משום דלענין עירוב לא נראה לחלק בין סמוך לאין סמוך, אע"ג דבפי"ז (מהלכות אבידה) לגבי מציאה פוסק כר"י דמחלק בהכי, מ"מ לענין עירוב אין סברא לחלק כן, דהכא לא שייך איבה:

והנה זה פשיטא שדעת הרמב"ם הוא כמ"ש, דלענין עירוב אין שייך לחלק בין סמוך לאין סמוך אפי' לר' יוחנן, דא"א לומר כמ"ש הטור שם, דהרמב"ם פוסק לגבי עירוב כשמואל, חדא דיקשה קושית הב"י, דהא לענין מציאה פוסק כר' יוחנן, ועוד דאפי' לשמואל אין הכרע לומר דבגדול וסמוך לא הוי מציאה של אב, דשמואל ס"ל רק דבקטן אפי' שאינו סמוך נמי הוי של אב, אבל בגדול וסמוך אין הכרע, ואפשר שגם איהו מודה דמטעם איבה תקינו ליה מיהא בסמוך על שולחנו שיהא של אב וכמ"ש מהר"ם שי"ף בסוגיין, אלא ודאי שפוסק כר' יוחנן וס"ל דאפי' לר' יוחנן, בעירוב מודה דאפי' בסמוך יכול לזכות על ידו כשהוא גדול כיון דלא שייך איבה, אלא דאכתי קשה דנהי דמגדול וסמוך אין הכרח דפוסק כשמואל, כיון שגם ר' יוחנן מודה לזה, אכן ממה שפוסק דבקטן אפי' כשאינו סמוך אין יכול לזכות מוכח דפוסק כשמואל, דאילו לר' יוחנן בקטן כשאינו סמוך יכול לזכות, ואפשר שזה היה הכרח של הטור דהרמב"ם פוסק כשמואל, ועיין בפרישה שהרגיש בזה, אלא דלפמ"ש גם מזה אין הכרע, דהנה אפי' לשמואל קשה, מאיזה טעם לא יזכה בעירוב, כיון שאין הבן זוכה כלל לנפשי', דנימא דשקלו זכייתו ונתנו לבן, אלא הטעם כמ"ש בשם התוי"ט שכיון דמזכה בשבילם אין יכול לזכות על ידם, וטעם זה אפשר מודה גם ר' יוחנן, דאע"ג דקטן יש לו זכייה, מ"מ גבי עירוב לא יכול לזכות על ידם וכנ"ל:

ואמנם בסברת ר"ת נ"ל, דהא דקאמר ר' יוחנן דבסמוכין על שולחנו אפי' בגדול הוי מציאתו לאב, אין הכוונה דמתחלה זכה בזה הבן ואח"כ אבוה מיניה קא זכי, אלא הכוונה דמתחלה זכה האב, משום דבסמוכים על שולחנו אין לבנים שום יד, וידן כיד אביהן, ואע"ג דגדולים הם כעת, מ"מ אחרי שסמוכים הם עוד על שולחן אביהם לא יצאו עוד מרשות האב להיות להם יד ורשות בעצמן, אלא אכתי ברשות אביהן הן עומדים, ולא נכנסו עוד למדריגה כזה שיהיה להם יד בפני עצמן, וכן משמע לשון המשנה דפ' חלון, דקאמר הטעם דאין מזכה מפני שידן כידו, הרי משמע שאין להם יד כלל, ולפי"ז שפיר אין מזכה על ידם, דבשלמא אם הו"א דיש להם יד לזכות בעצמן, ואבוה מהם קא זכי, אז היה שייך לומר דבעירוב דליכא איבה יוכל לזכות על ידם, אכן לפמ"ש דהכוונה הוא דמשום איבה תקינו שלא יצאו עוד מרשות אב, ואין לו זכייה כלל בפני עצמו, וממילא א"א לחלק בין עירוב לשארי קנינים, ואפי' בעירוב נמי אין יכול לזכות על ידם, וכסברתי נ"ל נמי להוכיח מלשון הטור או"ח (סי' שס"ו) וז"ל ולא יזכה ע"י בנו ובתו הסמוכים על שולחנו אפי' הם גדולים מפני שידן כידו ולא יצאו עדיין מרשותו ע"כ, אשר לכאורה אין מובן במה שהוסיף הטעם דלא יצאו מרשותו ולמ"ש מדויק מאוד, דנתכוון לתרץ קושיתי אשר יפול בדין זה, דכיון דגדולים הם ויש להן זכייה למה לא יזכה על ידן כיון דלא שייך הכא איבה, ולזה תירץ דלא יצאו עדיין מרשות האב, לבוא ברשות וזכיית עצמו, ולא נתנו להם כלל דין יד עוד ודו"ק. היוצא לנו מזה דבכוונת ר' יוחנן דקאמר דגדול וסמוך על שולחנו הוי כקטן, נחלקו בזה הרמב"ם עם ר"ת, הרמב"ם ס"ל דמתחלה זכה הבן, כיון דגדול הוא ויש לו זכייה, ורק משום איבה תקינו דאבוה מיני' קא זכי, וממילא בעירוב דלא שייך איבה, יכול לזכות ע"י גדול אפי' כשסמוך, אכן הר"ת והטור ס"ל דמשום טעם איבה לא נתנו כלל דין יד לבן הסמוך על שולחנו, ולא בא עוד לרשות עצמו שיהיה לו זכייה בפני עצמו. ולפי"ז יצא לנו דין חדש לר"ת, דאם אחר נותן מתנה לבן גדול, ואפי' האב גופא אם נותן מתנה לבנו גדול, לא זכה הבן כיון שאין לו יד לזכות לעצמו וכן הובא בנמוק"י בשם יש מי שאומר. ולמ"ש יהי' כן גם לר"ת והטור:

ואחרי כל זה יש לי ליישב סתירת דברי הטור אהדדי, דבחו"מ (סי' ע"ר) כתב דבתו נערה אפי' באינה סמוכה על שולחנו הוי, מציאתה לאב, ובאו"ח (סי' שס"ו) פוסק דבנו ובתו הקטנים שאינם סמוכים מזכים העירוב על ידם, ותימה כיון שפוסק כר"ת, דזה בזה תלוי, דכל היכי דמציאתה לאב אין מזכין על ידו, וכיון דבבתו אפי' כשאינה סמוכה הוי מציאתה לאב, למה יכול לזכות על ידה, דמ"ש מגדול הסמוך דמשום איבה הוי מציאתו לאביו, ואין יכול לזכות על ידו, וכן נמי בנערה אפי' באינה סמוכה, דהוי הטעם נמי

משום איבה שלא ימסרנה למנוול וכמ"ש התוס' כתובות (דף מ"ז), אמאי יכול לזכות על ידה, ועין במג"ש כתובות שם מ"ש בזה. ואמנם למ"ש אתי שפיר, דאע"ג דטעם גדול הסמוך ונערה שאינה סמוכה, שניהם משום איבה, אפ"ה בעצם התקנה לא דמו כלל זה לזה, דהיכי דסמוך עוד על שולחן האב, אז משום תקנת איבה, אמרינן שאין לו לבן יד כלל לזכות דלא יצא עדיין מרשות אב להיות לו יד בפני עצמו, ולהכי ודאי דאין מזכין על ידו, אבל בנערה שאינה סמוכה, נהי דמציאתה הוי נמי לאב משום איבה, אכן בזה ודאי דיד יש לה בפני עצמה, כיון שיצתה מרשות אב וגדולה היא. אלא דמשום איבה אמרינן דאבוה מינה קא זכי, ולהכי בעירוב דלא שייך איבה, מצי לזכות על ידה, כיון דבאמת יש לה יד בפני עצמה, ואיבה נמי לא בזה, וז"ב:

ובפשוטו היה נ"ל לישב סתירת דברי הטור, דז"ל הטור בחו"מ (סי' ע"ר) מציאת בנו ובתו הסמוכים על שולחנו אפי' הם גדולים ומציאת בתו נערה אפי' אינה סמוכה על שולחנו כו' הרי הן שנו, ומציאת בנו ובתו שאינם סמוכים על שולחנו אפי' הם קטנים כו' הרי הן שלהן ע"כ, וגלוי לכל הסתירה בזה דלפני זה כתב דבתו אפי' נערה וגם אינה סמוכה הוי של אב ואח"כ כתב דבנו וגם בתו הקטנים אם אינם סמוכים הוי שלהן, והרבה מפרשים מוחקים תיבת "בתו" מהאי בבא דסיפא, אכן הפרישה שם כתב דא"א למחוק אחרי שכן כתב להדיא בקצור פסקי הרא"ש, ולכן קיים הגירסא ופירש, דבתו היינו דומיא דבנו, דהיינו היכי דלא שייך החשש דשמא ימסרנה למנוול, וכגון שכבר השיאה ונתגרשה שאז יצתה מרשות האב, ובמתכוון המציא הטור לכתוב כזה בכדי שלא נצטרך לומר דר' יוחנן דאמר לאו גדול ממש לא קאי כ"א אבן, דדוחק לומר כן דלא קאי כ"א אבן, ולכן טרח למצוא דמילתא דר' יוחנן קאי גם אבת, ובאופן דליכא חשש דשמא ימסרנה ע"ש, עכ"פ הרי הטור כתב להדיא דבבתו הקטנה אם אינה סמוכה הוי מציאתה שלה, ולזה כתב כן גם בהלכות עירובין, שע"י בתו הקטנה יכול לזכות, ומיירי נמי בכה"ג שלא שייך חששא, כיון שכן פירש הטור מילתא דר' יוחנן, ובעירובין דנקיט כר' יוחנן פוסק כן, ועכ"פ אין סתירה בדבריו, ודו"ק:

בגמ' האי שפחה ה"ד כו' אי דאיתי' לאב דאבוה הוי, מכאן הקשו כל המפרשים על שיטת רש"י דכתובות (דף מ"ז) דאיבה דמציאה היינו משום מזונות, דלפי"ז היכי דבלא"ה לא זיין לה אבוה, מציאתה לעצמה, וא"כ מאי מקשה הכא דאבוה הוא, הא אינה סמוכה על שולחנו דהא מכרה וליכא איבה וא"כ אין מציאתה שלו, ואי"ל דאכתי שייך איבה, שלא יזון אותה אחר שש כשתשוב לבית אביה, כמ"ש הפרישה בחו"מ (סי' ע"ר) ע"ש, ואכן לפמ"ש לעיל במתני', דרש"י יפרש באמת דהטעם דמציאתה לאב בנערה, מקראי יליף

לה ומדאורייתא הוא, ואין זה כלל משום איבה, והא דקאמר בכתובות דמשום איבה הוא, היינו בבוגרת ע"ש שהארכתי בזה, וא"כ אתי שפיר וק"ל:

תוד"ה ולא לוה, ויש הוכחה דמשום פסולו לא נזהר לשומרו והא לוה בו כבר כו'. ואי"ל דכיון שהמלוה יודע בנפשו האמת שמוקדם הוא ופסול לגבות על ידו, משו"ה לא נזהר לשומרו, דא"כ אמאי קיבלו כלל אחרי שאין לו צורך בו, דהא בע"כ צ"ל שקיבלו בעת ההלואה, דליכא למימר דלכתחילה כתב השטר ומסרו למלוה, כי חשב ללות ממנו תיכף, ורק אח"כ נדחה ההלואה מחמת איזה סבה, והשטר נשאר אצל המלוה, ובאשר המלוה יודע שפסול הוא לא נזהר לשמרו, שזה א"א, דאם מסרו תיכף למלוה, א"כ אפי' אם לא ילוה אח"כ, הרי הוא משועבד לו במסירת השטר גופא כמבואר בחו"מ (סי' ל"ט סעי"ג) ע"ש בסמ"ע וש"ך, דכיון שנמסר ליד המלוה די אף אם לא הלוה, ודלא כרש"י שפי' כאן דבעינן שיתן המעות בפני העדים, וא"כ בע"כ דבעת הכתיבה לא מסרו למלוה, ורק אח"כ בעת הלואת המעות לקח המלוה השטר, ומסתמא כשקיבלו יש לו למלוה איזה צורך בו, דאם לא היה לו שום צורך בשטר למה לו לקבלו, א"ו שיש לו איזה צורך, או שדעתו לגבותו מלקוחות אף בפסול, וכיון שיש לו צורך, פשיטא שהיה זהיר נמי לשומרו, ולהכי הוכרחו לפרש כפירושם, ודו"ק:

דף יג.

בגמ' בשטר הקנאה, ופרש"י שמקנה לו נכסיי מהיום בין ילוה בין לא ילוה ויש להסתפק, העדיפות והמעליותא שיש בשטר הזה יותר משארי שטרות, וכן השם המיוחד שנתנו לזה השטר לקרותו בשם "שטר הקנאה" מאיזה טעם הוא, אי משום דבעצם נוסח השטר יש שנוי משארי שטרות. והוא שבשטר זה נכתב בפירוש התנאי, שמשעבד נכסיו אפי' אם לא ילוה וזהו המעליותא שיש בשטר הזה, וגם משו"ה קראוהו שטר הקנאה לא משום שהיה בו קנין, אלא משום התנאי שנזכר בו שמקנה נכסיו מהיום אפי' לא ילוה, או שנימא דבאמת בעצם נוסח שטר הזה אין בו שום שנוי, ושום תנאי לא הוזכר בו בפירוש, ורק משום דשעבוד הזה היה ע"י קנין, שקנו מלוה למלוה, והקנין היה ג"כ בסתם בלא שום תנאי, ואפ"ה זכה המלוה משעת קנין, דקנין לטפויי קא אתי, דאם על תנאי שילוה לו הקנה הו"ל לפרש ומדלא פירש קנה משעת קנין, ומשו"ה נקרא שטר הקנאה, ע"ש הקנין שיש בשעבוד הזה, אבל אה"נ שלא היה בזה תנאי מפורש לא בקנין ולא בנוסח השטר, והנה אם כי הדבר מפורש באס"ז בשם הרמב"ן, דלא בעינן שיאמר או שיכתוב תנאי מפורש בין אלוה, או לא אלוה, ורק אם השעבוד היה בקנין, אז מסתמא הוא אפי'

אם לא ילוה, דאי על תנאי שילוה הקנהו הו"ל להתנות וכל עיקר המעליותא שבשטר הקנאה, הוא רק מחמת הקנין אבל בעצם נוסח השטר אין בו שום שנוי ע"ש, מ"מ לענ"ד שבדבר זה יפלגו הרי"ף עם הרא"ש, ולאו דבר פשוט הוא אליבא דכו"ע, דהנה הרי"ף פי' דשטר הקנאה, היינו שיש בו קנין, והרא"ש בסוגיין השיגו דלמה לו קנין, הא אפי' בלא קנין נמי שעבודא דאורייתא ומיד שהלוה נשתעבדו נכסיו ע"ש, ולכאורה תמוהים מאוד דברי הרא"ש, דשעבודא דאורייתא לא שייך כ"א כשבאמת הלוה, אבל זה שלא הלוה, מאיזה טעם יזכה המלוה לטרוף מן הלקוחות ואין לו שעבוד קרקעות אם לא לוה מעולם וכמ"ש המהר"ם שי"ף. ולכן נראה דהרא"ש יפרש, דמעליותא דשטר הקנאה, הוי משום דמתנה בפירוש בין ילוה בין לא ילוה, ולפי"ז הוי הדין דאפי' בשטר בלא קנין יכול לשעבודיה נפשיה בהכי, דבמזכה לו ע"י אחר קנה ודאי וכמ"ש כ"ז הרמב"ן שם, דאי באומר בפירוש אפי' בשטר בלא קנין מהני, ומיושב הקושיא דלעיל, דבמה זכה המלוה השעבוד, דשפיר זכה ע"י התנאי, וכיון שכן דהרא"ש יפרש בע"כ דמיירי בהתנה בפירוש שמקנה נכסיו מהיום אפי' אם לא ילוה, להכי שפיר הקשה על הרי"ף, דא"כ קנין למה, דבאמת היכי שהתנה בפירוש אפי' בשטר בלא קנין נמי מהני, ומיושב שפיר שיטת הרא"ש, וגם מה שטען הרמב"ן דאי בהתנה בפירוש קנין למה, ואפי' בשטר בלא קנין נמי מהני, ומדמוקי בשטר הקנאה מכלל דאיירי בלא התנה בפירוש, ונראה מזה דיפרש דהשם שנתנו לו, שטר הקנאה, היינו ע"ש הקנין שהיה בו, ולהכי הקשה דאפי' בלא קנין נמי מהני, אמנם לשיטת הרא"ש ג"ז אתי שפיר דבאמת מיירי הכא בלא הי' בזה שום קנין, ורק תנאי היה שמקנה לו נכסיו בכל אופן, ונקרא שטר הקנאה, ע"ש התנאי המוזכר בו ולא ע"ש הקנין. אכן הרי"ף יפרש כהרמב"ן דמיירי בלא התנה בפירוש שמקנה לו נכסיו אפי' לא ילוה, ובעצם השטר אין שום שנוי, ולהכי הוכרח לפרש דמיירי שהיה בקנין, דעיקר המעליותא הוא רק מחמת הקנין. ונמצא דפירוש דשטר הקנאה, להרי"ף ורמב"ן, ע"ש הקנין לחוד, אבל לא היה בו שום תנאי מפורש לא בשטר ולא בע"פ, ולרא"ש מיירי בלא קנין, ורק דתנאי מפורש הי' בזה, ודו"ק:

ברש"י ד"ה אביי אמר כו' אבל השתא דתנן כותבין כו' חיישינן שמא כתב ללות ולא לוה עכ"ל, ועיין ברש"ל ורש"א שטרחו ליישב דעת רש"י דמה חששא דשמא כתב ללות ולא לוה איכא אי אמרי' עדיו בחתומיו זכין ע"ש, ולעד"נ עפמ"ש הרשב"א לקמן בשנויי דאביי דטעמא דמתני' משום דחיישינן לפרעון ולקנוניא, אמאי לא מוקי בטעמא דחיישינן שמא כתב ללות ולא לוה כלל, ותירץ דכיון דס"ל עדיו בחתומיו זכין, אז אפי' אם לא לוה כלל כיון דאמר תנו נותנין דליכא קנוניא אלא דינא דהא אפי' ידעינן בברור

דלא נתן עד עכשיו הרי הוא יכול ליתנו בפנינו ונשתעבדו למפרע נכסיו משעת חתימה דזכו עדיו בחתומיו מעכשיו לכשיגיע השטר לידו ע"ש, ונראה שהרשב"א לא מסברא דנפשי' חידש דין הזה, דמצד הסברא קשה לחדש כן וכמו שתמה הרמב"ן ע"ז דהיכי אפשר לו לאביי לומר בשטרי הלואה שאם לא לוה כלל ישתעבדו נכסיו, אלא דהיה לו הכרח מן הש"ס דאפי' לא לוה כלל נמי משועבדים נכסיו, והוא ממתניתין דמתנות ושוברים, מוכח להדיא דהיכי שהמזכה מודה אחר הנפילה ואומר למוסרו לכשנגדו תו לא חיישינן לקנוניא במקום דשייך עדיו בחתומיו זכין, דאלת"ה אמאי קתני ונמלך שלא ליתן, ותיפוק ליה דאפי' אמר תנו אין נותנין, דהאי אמירה לא מהניא מידי כיון דנפל איתרע וחיישינן לקנוניא, אע"כ דבכה"ג אם אמר תנו נותנין, אלא דהמקשה סבר דהטעם משום שהעדים זכו לגמרי משעת החתימה ולהכי מקשה דא"כ כי נמלך מאי הוי ומשני ה"מ היכי דמטא לידו, וא"כ ממילא מוכח דהא דדייקינן הא אמר תנו נותנין, היינו משום דכה"ג מיקרי שפיר מטא לידו כיון שהוא בצווי המזכה, אבל בלא ראי' הזאת מן הסברא היינו אומרים דאפי' למאן דס"ל עדים בחז"ל, היינו כשבאמת לוה אח"כ זכה למפרע משעת חתימה, אבל אם לא הלוה אח"כ לא זכה כלום, ולפי"ז מיושב מאוד דעת רש"י, דמעיקרא ס"ד דלאביי אתי שפיר גם מתני' דמצא שט"ח לא יחזיר, משום דחיישינן שמא כתב ללות ולא לוה כלל, ולזה לא מהני, גם עדיו בחז"ל, כ"ז שלא נדע ממתני' דמתנות ושוברין אבל לקמן בתר דמוכח ממתני' דמתנות דמשמע להדיא דאם אמר תנו נותנין, דבכה"ג מיקרי שפיר מטא לידו מקשה שפיר, דא"כ במתני' דשט"ח נמי הרי זכו עדיו בחתומיו ושפיר טריף, ואח"כ מצאתי כעין זה בפנ"י, ות"ל שכוונתי לדעתו:

ברש"י ד"ה לא חיישי' לפירעון דאם איתא דפרעי' מקרע הוי קרע כו', וכ"ש כשחייב מודה מהאי טעמא גופא דמיום פריעתו הוא קורעו כו' ע"כ, ולכאורה קשה דבשלמא באין חייב מודה דלא שייך חשש דקנוניא, ודאי דיש לומר דלפרעון לא חיישינן דאם איתא דפרעי' הוי קרע, אבל בחייב מודה אה"נ דחיישי' לפרעון והא דלא קרעי' לשטרא משום דירצה לעשות קנוניא עם השטר. וי"ל דבעת הפרעון ודאי דלא חיישינן שעלה בדעתו עצת הקנוניא, דא"כ למה לו לשלם המעות לבע"ח ואח"כ יטול ממנו מחצה, הא יכול להטמין המעות ולא לשלם כלל לבע"ח, וכל המעות ישארו בידו, דהא בע"כ בדלית ליה נכסים בני חורי, דאל"כ אין נפרעין מנכסים משועבדים, וכיון דלית ליה נכסים אחרים א"כ אם ירצה לעשות עצה של רמאות יכול לעשות להטמין המעות ויהיה כל המעות נשאר אצלו, אלא ודאי שמתחלה לא עלה בלבו חשש הרמאות ורק אחר הפרעון נולד לו עצה הזאת, וכיון שבעת הפרעון לא עלה זה על דעתו, א"כ הו"ל למיקרע השטר

ומדלא קרע מכלל דלא פרעו. וא"ל דשמא אכתי גם מתחלה עלה בלבו עצת הרמאות, ואפ"ה בחר יותר לפורעו ולחלוק עמו אח"כ, באשר רצה דוקא במחצית השדה ממש, ואם לא פרעו היה גובה הבע"ח והיה נשאר תחת ידו. די"ל שגם ע"ז יש עצה, דאח"כ יבוא לבע"ח ויתן לו מאומה בכדי שימכור לו השדה, ואם לא ירצה יחזיר לו המעות ואז הדרי זביני, דקיי"ל דשומא הדרא, וצ"ע:

ברש"י ד"ה שמואל מוקי, שהלוה אומר מזויף, והא דלא מפרש שאומר כתבתי ללות ולא לוה, דא"כ היה צריך להחזיר ללוה את הנייר כיון דמודה שכתבו, ומדנקיט במתני' דיחזיר הנייר למלוה, בע"כ דהלוה טוען להד"מ ומזויף:

דף יג:

תוד"ה הא קאמר להד"מ, וקשה דאפי' יש בו אחריות נכסים אמאי לא יחזיר כו'. קושי' הזאת מיש בו אחריות, יש ליישב דחיישי' לפסידא, דלקוחות שמא כתב ללות ולא לוה היה ולא קנה מלוה דהא לא מטי שטרא לידו, ואע"ג דלוה לא טעין הכי מ"מ גם תנו אינו אומר דליהוי כמאן דמטא שטרא לידו ויזכה מלוה וכן מבואר בשמ"ק, ודו"ק:

בא"ד דהא אמרי' לקמן (דף ט"ז) אמר שמואל מצא שטר הקנאה יחזיר דאי משום כתב ללות ולא לוה כו' משמע דאין הלוה מודה מדקאמר שמא כתב ללות כו' ע"ש, מהך דינא דשמואל השיגו כל הראשונים והאחרונים על שיטת ר"ח וריי"ף ורמב"ם הביאם הב"י בחו"מ (סי' ל"ט) שסוברים דבשטרי הקנאה נמי בעינן דמטו לידו שטרא. וקשה לפי"ז א"כ אמאי אמר שמואל דיחזיר ולא חיישינן שמא כתב ללות, משום דהא. שיעבד נפשי', והא אכתי איכא למיחש לשמא לא מטא לידו דמלוה כלל, לפמ"ש התוס' כאן דמיירי בע"כ באין הלוה בפנינו שהוא מודה, וא"כ ניחוש לשמא לא מטא לידו ונ"ל ליישב דהנה הנך ראשונים הר"ח וריי"ף, פליגי נמי עם הרא"ש ורמב"ן ורשב"א בעצם שטר הקנאה, מהו שטר הקנאה, והריי"ף ודעימי' יפרשו דהיינו שטר שיש בו קנין ח והרא"ש ודעימי' יפרשו דהיינו במפורש בשטר שמקנה לו נכסיו מהיום בין ילוה בין לא ילוה וכמ"ש לעיל ע"א, והנה נ"ל בדעת הריי"ף, שגם הוא מודה דשטר הקנאה, כאופן שכתב הרא"ש, דמפורש בשטר בין ילוה בין לא ילוה ודאי דמהני, ואפי' בלא קנין נמי, דכיון דכתב לו בפירוש שמקנה לו נכסיו גם אם לא ילוה ומזכה לו ע"י העדים ודאי דמהני, אלא דס"ל דעל החשש דשמא כתב ללות בניסן ולא לוה עד תשרי, אין אנו צריכין לזה שיכתוב לו תנאי מפורש, אלא אם היה בזה קנין נמי מהני, דאמרי' דמשעת קנין שיעבד נכסיו, וכי טריף מניסן בדין טריף, ובזה הוא דפליג עם הרא"ש, דהרא"ש סובר שאפי' לחשש

מוקדם אין מועיל הקנין סתם, דנהי דהקנה לו בקנין, מ"מ כ"ז שלא התנה מפורש, אמרי' שאדעת שילוה לו תיכף שיעבד נכסיו והרי"ף ס"ל דהקנין מהני לומר דמשעת קנין שיעבדו נכסיו אע"ג שההלואה יהיה אח"כ, אבל שטר הקנאה כזה שמפורש בו בין ילוה ובין לא ילוה, ודאי דמהני אפי' לשיטת הרי"ף, ולפי"ז הבוא נבוא אל תוכן דבריהם, לענין אי בעינן דמטא לידו. דהנה נהי דהרי"ף יסבור, דאדם ישעבד נכסיו למלוה אפי' קודם ההלואה, ואע"ג דההלואה יהי' בתשרי, הוא מקנה לו נכסיו מניסן, ואפי' סתם קנין נמי מהני לזה, ופליג עם הרא"ש דסובר שמן הסתם לא ישעבד נכסיו קודם הלואה, בכ"ז בזה סובר גם הרי"ף דהקנין אין מועיל כ"א היכי שבאמת בסוף היה הלואה, ולהצילו מחשש מוקדם, רק לזה מועיל הקנין דאמרי' שמשעת קנין שיעבדו נכסיו וכי קא טריף בדין טריף, אבל היכי שגם בסוף לא היה הלואה, בזה לא יועיל הקנין, דנהי דשיעבדו נכסיו משעת הקנין, מ"מ מן הסתם ודאי שעלינו לאמוד דעתו שלא הקנה כ"א אדעת שילוהו, ודלא כהרמב"ן דס"ל שכל זמן שלא התנה בפירוש שאדעת שילוהו מקנה אמרי' שאפי' אם לא ילוה נמי הקנהו, והרי"ף יפלוג עליו בזה, והסברא נמי כן הוא דסתמא כפירושו דמי, דמהיכי תיתי ישעבד לו בלא הלואה, ובכדי להציל מחשש שמא לא לוה כלל, לזה הצריך הרי"ף דבעינן מטא לידו, וכיון שכבר מסר לידו אמרינן שודאי הלוהו כבר דזה ודאי לא יעשה למסור השטר למלוה ולא ילוה ממנו ויאמין לו, זה לא חיישינן. ובכן אפוא יהיה טעם הדבר דבעינן מטא לידו, לא כהבנת המפרשים. משום דקנין לחוד לא יועיל כ"א לעשות התחלת השיעבוד, וגמר השיעבוד יבוא בנתינת השטר, אלא דקנין לחוד נמי היה מועיל, אם אך היינו יודעים שבאמת הקנה לו אפי' אדעת שלא ילוהו, אלא להכי לא מהני הקנין, משום דמסתמא אמרי' שלא הקנה לו כ"א אדעת שילוהו, ובעינן נמי מטא לידו, דאז אמרינן שבודאי הלוה לו, ולפי"ז אין מחלוקת בין הראשונים, ורק לשיטתייהו אזלי, דהרי"ף וסייעתו דסבירא להו, דשטר הקנאה, היינו רק שטר שיש בו קנין, אבל אין מפורש בו בין ילוה בין לא ילוה, להכי הוצרך לתנאי דמטא לידו, להסיר החשש דשמא לא לוה כלל, אכן הרא"ש וסייעתו דמפרשי שטר הקנאה, היינו שמפורש בו בין ילוה ובין לא ילוה, להכי ס"ל דגם הקנין לחוד מועיל ולא בעינן כלל מטא לידו, וגם הרי"ף מודה דבשטר הקנאה כזה לא בעינן מטא לידו, ולפי"ז לא קשה מהך דשמואל, די"ל דהתם מיירי בשטר הקנאה באופן כזה המפורש בו תנאי גם אם לא ילוה, ומשו"ה אפי' לא מטא לידו נמי מהני, ועיין בלשון רש"י שם ד"ה שטר הקנאה, שקנו מידו שמקנה לו נכסיו בין ילוה ובין לא ילוה, ואע"ג דרש"י יפרש כשיטת הרי"ף דשטר הקנאה היינו שיש בו קנין וכמ"ש בשמ"ק, ואפ"ה בהך דשמואל פירש דמיירי

בשטר הקנאה המפורש וגם הרי"ף יפרש כן, ועמ"ש לעיל ע"א בכוונת הרי"ף בדרך אחר קצת:

אלא דאכתי צ"ע דלפמ"ש דלדבר המפורש מהני קנין לחוד, ורק דכיון ששטר הלואה הוא אמינא שאדעת שילוהו מקנה לו, וא"כ במתנה שלא שייך זה, היה ראוי לומר דמהני הקנין ולא בעינן דמטא לידו, והא עיקר ראיית הרי"ף דבעינן דמטא לידו הוא מהך דינא דמי שמצא דייתיקי מתנות דלא יחזיר, ואע"ג דסתמא מיירי גם בשטרי הקנאה, אלא מכלל דבעינן מטא לידו, ולפמ"ש במתנה לא יוצרך כלל לתנאי זה וצ"ע:

דף יד:

רש"י ד"ה יש לו שבח, וא"ת הנגזל יתן השבח שהרי השיבו קרקע משובחת כגון שגזלה משובחת והכסיפה ביד הגזלן ע"כ, והתוס' מיאנו לפרש כפרש"י משום דס"ל דבכה"ג שגזלה משובחת לא שייך מיחזי כריבית, כיון שאינו נוטל רק מה שהוציא על השבח, וגם שמואל לא יפלוג בכה"ג כיון דלא שייך מיחזי כריבית, ולכן פרשו דמיירי שגזלה ריקנית ולענין שבח היתר על ההוצאה ע"ש ועמ"ש לקמן דף ט"ו בגמ', טעם אחר לזה שמיאנו בפרש"י. ואכן מן התימה מי דחק לרש"י לפרש בכה"ג, ולא פירש נמי בגזלה ריקנית. ועו"ק דלקמן ברש"י ד"ה בגוזל ונגזל, כתב רש"י שני הטעמים גם יחד, או שגזלה והכסיפה, או שגזלה ריקנית, והכא לא הזכיר כלל מאופן השני, ולכן נ"ל דבר חדש בזה, דלקמן (דף ט"ו) גבי בע"ח שטריף מן הלוקח, הוכחתי דיש מחלוקת רש"י ותוס', במקום שהדין הוא דבע"ח טורף השבח היותר על היציאה מן הלוקח, אף אי לא מסיק אלא כשיעור ארעא בלבד וכגון שעשאו אפותיקי דאז הוי הדין דבע"ח נוטל כל השבח מטעם דארעאו אשבח, אם יכול לגבות מן המוכר השבח היתר, וצדדי הספק שבזה, דאע"ג דקיי"ל אחריות ט"ס, י"ל דהיינו דוקא היכי שהלוקח פורע בזה חובו של מוכר, אבל בכה"ג שהמוכר אין מחויב כלל לשלם לבע"ח, אע"ג דבע"ח נוטלה מטעם דארעאו אשבח פטור, או שמא כיון שמחמת המוכר וסיבתו בא לידי הפסד מחויב לשלם, והוכחתי שם שדעת רש"י הוא דהמוכר א"צ לשלם כ"א במקום שמסיק בו גם כשיעור השבח, וכיון שעי"ז פורע את חובו לכן מחויב לשלם לו, אבל היכי דלא מסיק אלא כשיעור ארעא, נהי דהשבח שייך לבע"ח מטעם דהוי כאילו שדהו נשבח. מ"מ מה ענין זה להמוכר שישלם לו עבור זה, דהא המוכר לא קיבל אחריות כ"א מה שיגבה עבורו, וז"ל רש"י (דף ט"ו ע"א) ד"ה נוטל השבח, דא"ל פרעתי חובך ע"כ, הרי שדוקא באופן זה חייב המוכר לשלם, ואמנם התוס' ס"ל שאפי' בכה"ג מחויב המוכר לשלם, כיון דמ"מ

ע"י שהוא חייב גוף הקרקע לב"ח, בסבתו בא גם השבח לידי גבייה, והרי הוא כאילו מחמתו גובה וחייב לשלם ע"ש שהארכתי בזה, ולפי"ז נוכל לומר דגם הכא בנגזל יפלגו בזה, ולשיטת רש"י אע"ג דאחריות ט"ס גם בשבח, מ"מ אין מקבל עליו אחריות כ"א על דבר שהוא בעצמו הי' מחויב לשלם וכגון שגזלה משובחת והכסיפה, שהגזלן הי' מחויב להחזירה משובחת כמו שגזלה, והשתא דהנגזל טורף השדה מן הלוקח ולוקח משלם בזה את חוב הגזלן, באופן זה מחויב הגזלן לשלם ללוקח אפי' בלא פירש, כיון דאחריות ט"ס, אבל בגזלה ריקנית ולוקח השביחה, נהי דנגזל טורפה מן הלוקח עם השבח מטעם דארעאו אשבח, מ"מ הגזלן אין מחויב לשלם זה ללוקח, דאחריות כזה לא קיבל אנפשיה, אם לא כשפירש בהדיא דמקבל על עצמו לשלם השבח, ולהכי בתחלת הסוגיא דמיירי עדיין גם בלא פירש, לא מצי רש"י לפרש שמיירי בגזלה ריקנית, דלשיטתו באופן כזה אין מחויב כלל לשלם השבח, ובע"כ מוכרח היה לפרש דוקא באופן שגזלה משובחת, אבל לבסוף דמסקינן דמיירי בדפירש, והיכי דפירש בהדיא דמקבל עליו לשלם השבח, אז אפי' במקום שגזלה ריקנית נמי חייב, ולהכי הביא אח"כ שני הטעמים יחד, וכ"ז הוא לשיטת רש"י, אבל התוס' לשיטתייהו דאפי' במקום שאין משלם את חובו נמי מחויב לשלם, ולהכי מצי לאוקמי גם בס"ד דמיירי בגזלה ריקנית, ודו"ק כי נכון הוא:

וממוצא הדברים ניישב דעת הראב"ד (בפ"ט מגזילה) שהרמב"ם. שם כתב גזל שדה ומכרה והשביח הלוקח אם השבח יתר צל היציאה כו' והקרן עם השבח נוטל מן הגזלן, וכתב ע"ז הראב"ד וז"ל א"א כשקיבל עליו אחריות ע"כ, וכל המפרשים צווחו ע"ז שזהו נגד הש"ס דמסקינן הכא אחריות ט"ס בין בקרן בין בשבח, ואכן למ"ש י"ל דהראב"ד יסבור כשיטת רש"י דמן הסתם אין מקבל אחריות כ"א היכי שנפטר עי"ז מלשלם, כגון בגזלה משובחת, אבל במקום שאינו נפטר עי"ז אין מקבל אחריות מן הסתם אם לא כשפירש בהדיא, ולהכי כיון שהרמב"ם הביא דנוטל שאר השבח מן הגזלן, ובגזלה ריקנית מיירי, דהא והשביח הלוקח קאמר, ולא נקיט נמי דהגזלן הכסיפה ואח"כ השביחה הלוקח, וכיון דגזלה ריקנית קאמר הרמב"ם, להכי ציין הראב"ד שדוקא בדפירש הוי הדין כן, אבל מן הסתם אין חייב לשלם בכה"ג וכנ"ל:

ועוד י"ל בשיטת הראב"ד דלשיטתו אזיל בזה, דהנה בעיקר הפלוגתא בין רב ושמואל, בדין דמעות יש לו שבח אין לו, פירשו כל הראשונים דמיירי בשלא כתב לו אחריות, ואע"ג דלפי"ז יקשה דא"כ לשמואל דלית ליה אחריות ט"ס אמאי אית ליה אפי' מעות, תרצו כולם כתי' התוס', דכי אמר שמואל אחריות לאו ט"ס, במקח וממכר, ה"מ בשטרפה בע"ח כו', אבל אם נמצאת שדה שאינה שלו הו"ל זוזי הלואה גבי', אכן

הראב"ד ז"ל כתב על דבריהם הובא בשמ"ק וז"ל א"א אני איני אומר כן כי זה הטעם אינו כלום שהרי לא היה יודע שאינה שלו ואדעתא דארעא נחית ועביד איניש דזבין ארעא ליומי' לדעת שמואל, אלא הטעם דדברי רב ושמואל מיירי בשכתב לו אחריות סתם, דרב סבר אחריות סתם אף על השבח ושמואל אומר על השבח לא, כדאמר שמואל אימליך וכתוב שבחא, כלומר אעפ"י שצוה לכתוב אחריות צריך להמלך על השבח עכ"ל, ולפי"ז מיושב בפשיטות, דכל הראשונים שיפרשו דפלוגתת רב ושמואל מיירי בלא כתב אחריות, ואפי' בכה"ג נמי ס"ל לרב דיש לו גם השבח, וכיון שהופסק בש"ס כוותי' דרב, ממילא פסקו שאפי' בלא קבלת אחריות נמי יש לו שבח, אבל הראב"ד לשיטתו דפלוגתת רב ושמואל מיירי בכתבו אחריות, א"כ שפיר י"ל דאפי' רב דס"ל יש לו שבח, היינו דוקא בקיבל עליו אחריות, אלא שלא הזכיר מפורש גם על השבח, בזה ס"ל נמי דהקבלה הוא גם על השבח, אבל בשלא קיבל שום אחריות גם רב מודה דשבח אין לו, וא"כ גם פסק הש"ס דפוסק כרב, יהיה נמי בכה"ג שקיבל אחריות, אבל בלא קיבל אחריות כו"ע מודו דשבח אין לו, ואע"ג דגם בזה פוסק הש"ס דאחריות ט"ס, ואי לא כתבו ככתבו דמי, י"ל דהיינו דוקא על הקרן אבל על השבח כו"ע מודה דאחריות לאו ט"ס וכמ"ש המ"מ שם (בפ"ט מגזילה) ועכ"פ הראב"ד לשיטתו דעיקר דינא דרב ושמואל מיירי בקיבל אחריות, שפיר פוסק דמיירי בקיבל אחריות, דודאי שגם פסק הש"ס הוא כן וכנ"ל, וז"פ:

ברש"י ד"ה מפני תקון העולם, ואכילת פירות ושבח קרקעות נמי דבר שאינו ידוע הוא ואין הלקוחות יודעין להזהר בכך ע"כ, הרי שהזכיר שני טעמים על התקון העולם, במזון האשה מטעם שאינו קצוב, ובפירות מטעם שאין ידוע, והא דלא הספיק טעם שאין קצוב גם על פירות, היינו משום דבפירות אפי' אם היה הדבר קצוב, וכגון אם גזל שדה מליאה פירות גמורים וכשבא הנגזל אח"כ לגבות הפירות אפ"ה אינו גובה ממשעבדי וכמו שאמר רבא לקמן, אע"ג דהתם הוי קצוב, ואפ"ה אינו גובה, ובע"כ דהכא הוי טעם אחר משום דהוי אין ידוע, וכשיצא הקול על השדה שגזלה, אין יוצא הקול על הפירות וכמ"ש בסמ"ע וש"ך (סי' שע"ב) ולהכי הוצרך רש"י לומר כאן טעם שאין ידוע, ומכאן יהיה סתירה למ"ש המהרש"א במהדורא בתרא דאם גזל פירות גמורים, באמת יכול הנגזל לגבות גם הפירות ממשעבדי כיון שהיה קצוב, ודברי רבא דלקמן מוקי דמיירי שגזל פירות שאינם גמורים ונגמרו אצל הלוקח, דבעת הגזילה לא היה קצוב עדיין, ולבד דסתמא דש"ס גזל שדה מליאה פירות מיירי אפי' היכי דהפירות היו גמורים, ואפ"ה אין גובה, זולת זה לא התבונן בלשון רש"י שזכרנו שבאמת כתב על פירות טעם אחר

מפני שאין ידוע, וזה שייך אפי' בפירות גמורים, ומה שדחק למהרש"א לומר כן, היינו מחמת שהוקשה לו דל"ל לרבא לאוקמי דמיירי כשהנגזל בא לגבות, ולא מתרץ בקיצור דשפיר איירי בלוקח מגזלן ואיירי שהגזלן מכר לו עם הפירות גמורים ואח"כ בא הנגזל וטורפה ממנו, וע"כ חוזר הלוקח שפיר אמוכר ואין כאן שום ריבית שהרי שילם הלוקח בעד פירות גמורים ע"ש, ובאמת גם מזה לא איריא, די"ל דאי כשהגזלן מכר לו עם פירות גמורים וא"כ כשכתב לו שטר המכירה היה ידוע לעדים כמה מעות קיבל מאתו גם בעד הפירות והוי דבר ידוע ושפיר היה לו לטרוף גם ממשועבדים אפי' הפירות, ומדקתני דפירות אין גובה כ"א מבנ"ח מכלל דלא מיירי שמכר לו שדה עם פירות, ומוקי לה דוקא בנגזל שבא לגבות, ובנגזל שפיר יש לומר דאע"ג דגזל מאתו שדה מליאה פירות מ"מ לא יצא הקול כ"א על השדה ולא על הפירות, דמי יכול היה לידע איזה שדה היתה, אם מליאה או ריקנית, משא"כ כשמוכר לו שדה מליאה, הרי העדים ידעו מזה שמכר לו וקיבל דמים גם בעד הפירות, והם יפקיעו קלא, ולא גרע זה מעמד בדין דקאמר לקמן שגובה ממשעבדי מטעם זה, ודו"ק:

דף טו.

בגמ' אלא לאו בלוקח מגזלן, מכאן נ"ל להקשות עמ"ש המפרשים לעיל בתוד"ה ויש לו שבח, דפי' התוס' דמיירי שגזל שדה ריקנית, ודלא כפרש"י דפי' שגזל שדה משובחת והכסיפה, וכתבו המפרשים דלהכי לא ניחא לתוס' בפרש"י משום דס"ל דבהכסיפה לא שייך איסור ריבית כיון דהגזלן היה מחויב בלא"ה לשלם מה שהכסיף ע"ש בדבריהם, וק"ל מכאן דא"כ מאי פריך הש"ס הכא, לוקי דמיירי בשבח שהכסיפה דלא שייך איסור ריבית ולהכי צריך לימלך, ונהי דמסוגיא דלעיל דמקשה משבח קרקעות, לא קשה דמאי פריך לוקי בשבח דהכסיפה, דיש ליישב, דא"כ היה צריך גם לגבות ממשעבדי, כיון דבעת הגזילה היתה כבר עם השבח, וא"כ הוי השבח דבר הידוע, דעיקר הטעם דלא גבי ממשעבדי הוא משום דהוי דבר שאינו ידוע וכמ"ש רש"י לעיל, אבל אם בשעת הגזילה היתה כבר משובחת והוי דבר ידוע היה צריך לגבות גם ממשעבדי, וכ"כ הרשב"א דבגזל משובחת גובה ממשעבדי נמי, ומדקתני דלא גביא ממשעבדי מסתמא מיירי בשבח שהשביחה אח"כ, אבל מהך דהכא קשה, דמוכח שאפי' בגזלה עם השבח נמי שייך מיחזי כריבית. והנכון דמשו"ה מיאנו התוס' בפרש"י, והיינו משום דאפילו בגזלה משובחת נמי צריך הנגזל לשלם ללוקח היציאה כדין יורד לתוך שדה חבירו שלא

ברשות, אחרי שהלוקח השביחה משלו, וכיון שכן א"כ גזלה ריקנית נמי, וכ"כ הרשב"א ומהר"ם שי"ף, דאפי' בגזלה משובחת צריך לשלם היציאה, ודו"ק:

בגמ' הב"ע כגון שיש לו קרקע, והנה בטעם דיש לו קרקע מותר, פרש"י כיון שמגבהו קרקע ולא מעות דהשתא לא מיחזי כריבית, ותוכן דבריו דאם מחזיר לו במעות, וכיון דזוזי יהיב וזוזי שקיל מיחזי כריבית, אבל כשמחזיר לו בקרקע ולא במעות מזומן לא מיחזי כריבית, וכעין שאמרו לקמן (דף ס"ב) אי אית ליה חמרא פירא קא שקיל מיני' ואי לא משקל זוזי מיניה מיחזי כריבית, ואם כי גם הרא"ש והנמוק"י פרשו כרש"י דההיתר הוא מפני שמחזיר לו קרקע ולא מעות מזומן, אכן בער אנכי מלהבין דבריהם הקדושים, חדא דא"כ אמאי בעינן דוקא קרקע, ואפי' אם משלם לו בפירא דהוי מטלטלי נמי יהא מותר כיון דלא שקיל זוזי ולא מיחזי כריבית וכמ"ש לקמן (דף פ"ב) גבי חמרא, דאפילו פירא אי שקיל לא מיחזי כריבית, ועוד דלשון הגמ' דקאמר ביש לו קרקע, משמע דרק שיהיה לו קפדינן, ולא על התשלומין ואם אך יש לו קרקע, אז אפי' אם משלם במעות נמי מותר, דאל"כ הכי הול"ל כגון שמשלם לו בקרקע, ועוד דמאי פריך וכי מותר ללות סאה בסאה במקום שיש לו קרקע, הא גם הכא לא הותר כשיש לו, רק דוקא כשמשלם בקרקע, ומכל אלה נראה, דעיקר קפידת הש"ס הוא לא על התשלומין, ורק שיהיה לו קרקע, ואם אך יש לו קרקע אפי' כשמשלם במעות נמי מותר, וטעמו של דבר נראה כמ"ש הראב"ד והריטב"א, דכיון שיש לו קרקע לגזלן ששעבד הקרקע לאחריות השבח, הו"ל כאילו מכרו לו באותה שבח משעה ראשונה ותו לא מיחזי כריבית, וכ"ה דעת הריטב"א שאפי' פרעו גזלן במעות הרי הוא כאילו חוזר ולוקחו מן הלוקח, וצ"ע להבין דעת רש"י:

דף טו:

ברש"י ד"ה הא דקתני נוטל יציאה מבע"ח דלא מסיק ביה בע"ח במוכר שעור ארעא ושבחא כו' ע"ש, הרי דרש"י לא יגרוס בש"ס דלא מסיק אלא כשיעור ארעא וכגירסת התוס', וכתבו המפרשים דכוונת רש"י בזה לתרץ קושית התוס' ד"ה הא, דכיון דלא מסיק אלא כשעור ארעא אמאי נוטל שבח היתר על היציאה, ולהכי לא יגרוס כגרסת התוס', דלא מסיק אלא שעור ארעא, אלא גורס דלא מסיק כשעור ארעא ושבחא", וכוונתו למ"ש הרא"ש בסוגיין דמיירי דלא מסיק כשעור כל השבח עם ההוצאה, אלא מסיק כשעור ארעא:

ושבח היתר על ההוצאה, ולכן גובה שפיר כל היתר, כיון דבאמת מסיק בו כשעור הזה, ומתורץ קושית התוס'. אכן אכתי טעמא בעי, מאי הוצרך רש"י ליכנס בדוחק הזה, ולא ניחא לו בגרסת התוס' ופירושם, ונ"ל לתת טעם נכון לזה, דהנה בלא"ה קשה לכאורה, אמאי לא הקשו התוס' קושיא יותר אלימתא, דכיון דלא מסיק בו אלא כשעור ארעא למה יחויב המוכר לשלם ללוקח מה שנטל ממנו הבע"ח, כיון דהמוכר לא היה מחויב כלל לשלם, ונמצא דהלוקח לא פרע בזה חוב המוכר, ועל קושיא זאת אין מתורץ גם לתירוצם דמיירי בעשאו אפותיקי, דבזה לא יתורץ כ"א אמאי נוטל בע"ח אחרי דלא מסיק כשעור הזה, ובזה אמרינן דכיון דעשאו אפותיקי נוטל מטעם דארעאו אשבח, אבל זה אכתי יקשה אמאי מחויב המוכר לשלם כיון דלא פרע בזה חובו, וצ"ל בע"כ שדעת התוס' שאפי' בכה"ג נמי מחויב המוכר לשלם, כיון שעכ"פ ע"י סבת המוכר בא הלוקח לידי הפסד, והנה רש"י ודאי דלא ס"ל כסברת התוס' בזה, דהא לעיל בע"א בד"ה נוטל השבח כתב הטעם, משום דא"ל פרעתי חובך, הרי שדוקא במקום שפורע חוב של מוכר, אז מחויב המוכר לשלם, אבל לא באופן אחר, ולהכי לא מצי רש"י לגרוס כאן כגי' התוס', דלא מסיק אלא שעור ארעא, דנהי דמה שהקשה התוס', אמאי גובה הבע"ח, יתורץ לפי המסקנא, דכיון שעשאו אפותיקי אינו גובה השבח מחמת חובו, אלא מטעם דארעאו אשבח, אבל זה אכתי יקשה, דאמאי מחויב המוכר לשלם, כיון דלא פרע בזה חובו, ולכן רש"י לשיטתו מוכרח לגרוס, דלא מסיק כשעור ארעא ושבחא, היינו כשעור כל השבח, אבל שבח היתר מסיק, ומחויב המוכר לבע"ח, ונמצא דהלוקח פרע בזה חובו ולהכי חייב המוכר לשלם ללוקח, אכן התוס' לשיטתייהו שאפי' אם לא פרע בזה חובו נמי מחויב המוכר לשלם וכמ"ש לעיל (דף י"ד ע"ב) תוד"ה ויש לו, ע"ש שהוכחתי בארוכה דהכי הוא שיטת התוס', ולשיטתם לא יוקשה כאן כ"א למה גובה הבע"ח, אבל על תשלומי המוכר לא קשה, להכי שפיר מצו למיגרס, דלא מסיק אלא כשעור ארעא וז"ב בעזה"י, ולפי"ז יצא לנו מחלוקת חדשה בין רש"י ותוס', דרש"י סובר דאינו מחויב לשלם כ"א במקום שפרע את חובו ולא באופן אחר, ותוס' סוברים שאפי' אם לא פרע חובו כיון דס"ס ע"י סבתו בא לידי הפסד מחויב לשלם, ואע"ג שבתוד"ה כגון כתבו דלמסקנא דאוקי בעשאו אפותיקי מצי איירי אפילו דמסיק כשעור ארעא ושבחא, וא"כ אין ראיה לדין זה, מ"מ אי לאו דתוס' לא סבירא כן, למה אמרו בלשון מצו' הא בע"כ צ"ל כן, דאל"כ למה יחויב המוכר, אלא ודאי דתוס' סברי דבכל אופן מחויב המוכר לשלם ועמ"ש לעיל (דף י"ד ע"ב) מזה:

והנה הש"ך בחו"מ (סי' קט"ו סקכ"ו) הוכיח דרש"י יחלוק על תוס' שכתבו דבעשאו אפותיקי נוטל הבע"ח שבח היתר אפי' היכי דלא מסיק אלא כשעור ארעא, דזהו רק לגי' התוס' דלא מסיק אלא כשעור ארעא, וע"ז קאי אוקימתא דעשאו אפותיקי, שפיר שמעת מינה דאפי' בלא מסיק אלא כשעור ארעא ג"כ גובה הבע"ח בעשאו אפותיקי, אבל לגרסת רש"י דמסיק כשעור ארעא ושבח היתר, וא"כ לא מוכח הדין דבמקום דלא מסיק אלא כשעור ארעא שיכול הבע"ח לגבות, ולפמ"ש נוכל לומר שבדין זה לא יחלוק רש"י, וגם הוא יודה דבעשאו אפותיקי גובה אפי' דלא מסיק בו, מטעם דארעאו אשבח, ולא יקשה דא"כ למה הוצרך רש"י לגרוס דמיירי במסיק בו שבח היתר כקושית הש"ך, דשפיר הוצרך לזה, משום חיוב המוכר, דאל"כ אמאי מחויב המוכר לשלם וכנ"ל, אבל הבע"ח שפיר גובה אפי' אי לא מסיק וכנ"ל ודלא כהש"ך:

תוד"ה חזר ולקחה, וקמיבעי ליה אם הגזלן יכול לבטל המקח ולהחזיר לו מעותיו ע"כ, כוונתם בזה כיון דבלא הכיר בה מיירי והתם אפי' לשמואל יש לו מעות, א"כ מאי נ"מ אם אח"כ חזר ולקחה, דסוף סוף אין הלוקח נפסד, שהרי אפי' אם מוציאה מיד הלוקח מעות יש לו ומאי בעי, לכך פרשו דמיבעי אם יכול לבטל המקח, ואמנם אכתי קשה דהא לשמואל יש נ"מ טובא, אם השביח הלוקח, דאם לא יוכל כעת להוציאה מן הלוקח, יהיה לו השדה עם השבח, ואם הגזלן יוציאה מידו, לא יתן לו השבח, דהא הכי ס"ל לשמואל דשבח אין לו, וא"כ למה דחקו התוס' לפרש דהנ"מ היא לענין בטול המקח, ונראה דע"כ לא קאמר שמואל דשבח אין לו, כ"א כשהנגזל מוציאה מיד לוקח והמעות ישלם הגזלן, שבאופן זה לא קיבל הגזלן מיד הלוקח כ"א המעות בעד השדה בלא שבח, וכשישלם לו יותר בעד השבח מיחזי כריבית, אבל הכא שהגזלן עצמו יוציאנה מיד לוקח כשהיא משובחת, אפי' כשישלם לו בעד השבח לא מיחזי כריבית, דהא באמת קיבל השבח, ולא משלם יותר ממה שקיבל, ולהכי הוכרחו לפרש דהנ"מ הוא לענין בטול מקח, וז"פ:

תוד"ה דמית לוקח, השיגו על פרש"י שפי' אחר שלקחה דמיד שקנה הגזלן זכה בו לוקח ואטו משום דמית ליה בתר הכי פקע כחו, והנה לכאורה דברי רש"י סותרים דברי עצמו דלקמן (דף ט"ז) בד"ה זבנה פרש"י דהיינו שזבנה קודם שלקח מן הבעלים ע"ש ומשמע דאי אחר שלקח מן הבעלים מכרה לאיש אחר, אין בכך כלום, כיון דמיד שקנה אותה זכה הלוקח ואח"כ לא פקע חובו, הרי שרש"י עצמו ס"ל דמיד שקנה אותה מן הנגזל קונה אותה הלוקח, וגם אח"כ לא יפקע כחו, וזהו ההיפך ממ"ש כאן, ומצאתי בפנ"י שהרגיש בסתירה זאת, ונ"ל דרש"י בד"ה הא מית כתב וז"ל הלכך לא נתכוון לזה אלא להעמידה בחייו ולא לאחר מותו כו' ע"ש, הרי בעצמו תקן קושיית התוס' דהן התוס'

הבינו דמשו"ה פרש"י כאן, אחר שלקחה, היינו משום דבאמת לא נגמר הזכייה של לוקח תיכף כשלקחה, ולהכי השיגוהו דמיד זכה, אכן באמת שזה גם רש"י סובר דקנין של לוקח הוי מיד, אלא שסובר דהקנין לא הוי קנין עולמית, שמקנהו לגמרי, אלא דלא נתכוון להקנותו רק כל זמן שיחיה ולא לאחר מותו, דכיון דכל עיקר הקנין הוא משום שלא יחרפנו, א"כ לא נתכוון להעמידה בידו אלא בחייו ולא לאחר מותו, ולהכי כיון דמית לוקח אפי' בתר הלקיחה, היה סבור שיוכל להוציאה מידו, כיון דמתחלה לא הקנהו כ"א כל זמן חייו, אבל לימי חייו קונה מיד כשקנה הגזלן, ואתי שפיר מ"ש אח"כ גבי זבנה אורתה, דהיינו קודם שלקח, דאי לאחר שלקח שוב לא יועיל דכבר זכה הלוקח, דכל מה שזכה זכה תיכף, וק"ל:

דף טז.

בגמ' מה שאירש מאבא מכור לך לא אמר כלום, נסתפקתי אם הא דאמרינן הכא דלא אמר כלום, היינו דוקא היכי שבסוף יירש הבן, וכיון דירושה ממילא היא וליכא אומדן דעת דטרח לאוקמי קמי לוקח, להכי לא מהני המכירה, משא"כ היכי דאח"כ זבנה הבן מאביו אמרינן דכיון דטרח לזבנה ודאי דלאוקמי קמי לוקח קא בעי ומ ני המכירה, או שמא לא שנא ואפי' בדזבנה אח"כ לא מהני המכירה, ולכאורה מסוגיין משמע דבטרח למיזבן מהני אפי' בדבר שלא בא לעולם, דמ"ש מגוזל שדה ומכרה וחזר ולקחה דאמרי' דקנה לוקח מטעם דאמדינן דעתיה דלאוקמי קמי לוקח קא בעי, ודוקא בירושה אמרי' דירושה ממילא היא ולא קנה לוקח, אבל בלקחה אח"כ קנה, וכ"ה להדיא ברמ"א חו"מ (סי' ר"ט) דאע"ג דאין מקנה דשלב"ל מ"מ אם טרח המוכר וקנה הדבר שצריך לקיים מקחו כי אדעתא דהכי טרח כי היכי דליקום בהמנותיה, וכן נראה נמי להדיא מרש"י דכתובות (דף צ"א) דלהכי לא מהני המכירה במה שאירש מאבא משום דלא טרח, דגבי ההוא גברא דזבין לכתובתא דאימיה דאי אתיא אם ומערערא לא מפצינא לך שכיבא אם ולא ערערא אתא איהו ומערער כו' א"ל רבא נהי דאחריות דידה לא קביל אחריות דנפשי' מיהא קביל, וז"ל רש"י שם, דמעותיו יחזיר ונהי נמי דחוזר במכירת הקרקע משום דאין אדם מקנה דשלב"ל כדתניא מה שאירש מאבא מכור לך לא אמר כלום והא לא דמיא לגוזל שדה ומכרה וחזר ולקחה מבעלים הראשונים דקיי"ל מה מכר כו' כל זכות שתבא לידה דהתם לקחה דוקא, דטרח אבתרה וזבנה כי היכי דליקום בהמנותי' אבל נפלה לו בירושה אמרי' התם ירושה ממילא הוי ולא טרח למיקום בהמנותי' כו' עכ"ל, הרי משמע להדיא דלהכי לא מהני המכירה במה שאירש, משום דירושה ממילא היא, הא

אם לא ירשה וטרח למיזבן מהני המכירה, אכן באמת כד דייקינן בסוגיא דהכא נראה ראיה להיפך, דלכאורה קשה טובא מאי פריך כלל רב ששת מברייתא דמה שאירש, על הדין דחזר ולקחה, כיון דהתם טעמא קאמר משום דטרח למיזבן ודאי דלאוקמי קמי לוקח קא בעי, ונפלה בירושה גם התם לא מהני וכדאמר דירושה ממילא אתי, וא"כ מאי מקשה מירושה, ואח"כ מצאתי קושיא זאת בר"ן ונמוק"י, ויבוארו דבריהם אח"כ, וכן על התירוץ קשה לי דמאי הוצרך לשנויי הכא סמכא דעתא והכא לא סמכא דעתא, ותיפוק ליה דהכא ירושה והכא מכירה, אע"כ מוכח מזה, דבמה שאירש, אפי' אם באמת לא נפלה לו בירושה אח"כ, אלא הבן טרח וזבנה מן האב, ג"כ לא מהני המכירה דמעיקרא משום דהוי דשלב"ל, ולהכי סתם ותנא מה שאירש מאבא מכור לך לא אמר כלום, ואפי' אם לקחה אח"כ נמי, ולפי"ז א"ש קושית רב ששת, דמדסתם ונקיט משמע דאפי' אם לקחה הבן אח"כ נמי לא מהני המכירה, ואמאי לא אמרי' גם כאן דטרח למיזבן בכדי להעמידה בפני הלוקח, וקושיתו לא יהיה מהיכי דנפלה לו בירושה אח"כ, אלא מהיכי דזבנה אח"כ, וע"ז תירץ דהתם סמכא דעתי' בכדי דלא ניקרי' גזלנא, פי' התם יש לנו אומדן דעת דלהכי טרח למיזבן בכדי שלא יקראנו גזלן, אבל הכא בלא"ה לא יוכל לקראהו גזלן אפי' אם לא יעמידה בידו, כיון שמתחלה התנה עמו דלא מכר לו כ"א מה שיירש, ואם לא יירש לא יהיה עליו שום דו"ד, וא"כ מהיכי תיתי נימא דטרח למיזבן לאוקמי קמי לוקח ולהכי לא סמכא דעתו, והנה המפרשים הבינו דמשו"ה לא סמכא דעתו משום דלא שייך הטעם דליקרייה גזלנא, כיון דלא גזל משום אדם, אכן א"א לפרש כהבנתם, דהא תינח טעם דלא ליקרי' גזלנא לא שייך כאן, אבל אכתי נימא דטרח למיזבן בכדי דליקום בהמנותי', שזהו טעם העיקריי וכמ"ש בתוד"ה ארצי, וטעם זה שייך גם כאן, אלא כוונת הש"ס כמה שכתבתי, דכיון שהתנה עמו דוקא שמה שאירש מכור לך, ואם לא יירש לא יהיה עליו שום דו"ד, א"כ ליכא כאן שום אומדן דעת דלאוקמי ללוקח קא בעי, אפי' לטעם דליקו בהמנותי' דאפי' אם לא יעמידה בידו לא איתרע נאמנותו כיון שמתחלה התנה כן:

ולפמ"ש יש מקום ליישב דברי רש"י דכתובות שהבאנו לעיל, אשר בפנ"י וברשב"ץ שם הקשו עליו קושי' עצומה, דהא קושיית רש"י שם דמ"ש מגזל שדה ואח"כ לקחה, הוא ממש קושית רב ששת בסוגיין, וא"כ אמאי בחר רש"י לתרץ תי' אחר שלא הוזכר בש"ס, דבש"ס כאן מחלק ביניהם מטעם דסמכא דעתא, ורש"י מחלק משום דהכא טרח וירושה ממילא, ולמ"ש א"ש, שבאמת לחלק בין ירושה ולקיחה א"צ לטעם דסמכא דעתא, דבזה הוי החלוק פשוט, דהכא טרח וירושה הוי ממילא, ורק משום דהכא בסוגיין הוי בע"כ

הקושיא מלקיחה אלקיחה וכמ"ש, דעיקר קושי' דרב ששת יהיה מהיכי דהבן לקחה אח"כ, ולהכי הוכרח כאן לחלק בין טעם דסמכא דעתא, אבל בכתובות התם דמיירי להדיא דשכיבא אימי', וכבר נתהוה המעשה ולא לקחה, וא"כ קושית רש"י הוא בע"כ מירושה אלקיחה, להכי משני כפשוטו משום דירושה הוי ממילא, וזה היה נראה נכון מאוד בפשט הסוגיא דהכא והתם, והיה מקום אתי ליישב בזה נמי קושי' עצומה בסוגיין, דהנה רמי ב"ח מתקיף מכדי האי לוקח במאי קני להאי ארעא בהאי שטרא האי שטרא חספא בעלמא הוא ואמר רבא תהא במאמינו כו' טרח ומייתי גמר ומקני ופרש"י גמר ומקני כשלקחה מבעלים הראשונים, ולפ"ז יקשה מאוד דמאי מותיב אח"כ רב ששת מההיא דמה שאירש, דהוי דשלב"ל, הא הכא במילתא דרב דמיירי שמקנה לו עכשיו בשעה שלקחה דהוי בעולם ודבר שבא לעולם הוא השתא ואכתי מאי מקשה, ובשמ"ק הביא קושיא זאת בשם הריצב"ש, ולכן נ"ל דקושיית רב ששת כן, דנהי דהמוכר הקנה לו, מ"מ אכתי הלוקח במאי קנה, דכיון דקנין הראשון היה בעת שלא בא לעולם, והשתא שבא לעולם נהי דהמוכר מצדו מקנה, אכן הלוקח במאי קני, ולזה פריך ממה שאירש דמיירי נמי שהבן לקחה אח"כ מאביו וכמ"ש, וחזינן נמי דטרח למיזבן לאוקמי קמי לוקח ואפ"ה לא מהני מטעם דלוקח לא עשה קנין, ומשני התם סמכא דעתו, פי' דלא הכיר בה וסמכא דעתו דלוקח והיכי דסמיך דעתא לא צריך שוב לקנין אחר, הכא דלא סמיך דעתא כיון דהכיר בה וידע דלאו דיליה זבין ולא קנה לוקח, וכמו שפי' כן הרשב"א, עיין ברש"י שפי' דלהכי לא סמיך דעתא דלוקח דקאמר מי יימר שיירש מאביו, ולא ניחא לו בפי' הרשב"א, היינו משום דלשיטתו אזיל דס"ל דהך דינא דרב מיירי נמי בלא הכיר בה ודלא כתוס' לעיל וכמ"ש בשמ"ק בכוונת רש"י לעיל, ואין להקשות דהא אכתי יש לומר דסמיך דעתא, שמא יקנה הבן מאביו להעמידה בידו, וכעין זה הקשה הריטב"א על רש"י ותי' דהכא כיון דברשות דגזלן הוה קיימא ארעא והורידו ללוקח בתוכה שפיר סמיך דעת הלוקח, דנגזל מזבין ליה לגזלן, אבל הכא יאמר שמא האב לא ירצה למכור ואכתי לא סמיך דעתו, וגם לפי"ז היה מיושב דעת רש"י דכתובות בפשיטות טפי, דהא דמשני כאן הש"ס החלוק דסמכא דעתא, היינו רק על הקושיא דאמאי קני לוקח, אבל על החלוק דמוכר, באמת יש נ"מ בין טרח ומזבין, לירושה דממילא, והתם דמיירי שלא זבנה הבן וכמ"ש לעיל, ובע"כ דהקושיא דרש"י הוא ממוכר אמוכר, ע"ז מחלק בין טרח וזבין לירושה דממילא, וכל זה היה נראה נכון, אלא שמלשון רש"י דסוגיין לא משמע כן, דז"ל בד"ה מה שאירש, ולכשיירש לא קנה לוקח. הרי דדייק דקושיית רב ששת הוא מירושה, היכי דבסוף ירשה, ואפ"ה משני בש"ס החלוק דלא סמיך דעתא וא"כ יוחזר

קושייתי על רב ששת, דמאי מקשי כלל, הא התם טרח והכא בירושה לא טרח, וגם על רש"י דכתובות יקשה למה לא משני התם כתי' הש"ס כאן וכנ"ל:
והנה מה שנוגע לישוב הסוגיא דהכא נראה, דבלא"ה קשה:
כאן לעיל דאמר רב מה מכר לו כל זכות שתבוא לידו, ואח"כ אמר, מאי טעמא, והלא טעמא רבה אמר דמכר לו כל זכות שתבוא, ומה יוצרך אפוא לטעמים אחרים, ובר"ן ונמוק"י הרגישו בזה, ופרשו דכוונת הש"ס בשאלו, מאי טעמא, היינו איך מהני זה דמכר לו כל זכות שתבוא, והא דשלב"ל הוא ואין אדם מקנה, וע"ז מביא טעמים דניחא ליה וכו', ומהני מפני זה אפי' בדשלב"ל ע"ש, ולבד דקשה טובא לדבריהם, לא שייך נמי לשון מאי טעמא דקאמר, כיון דטעם יש כאן, והכי הול"ל והא אין אדם מקנה, עוד יוגדל קושיתי, כיון שגם מעיקרא הוי קשיא לגמ' איך מועיל זה כיון דדשלב"ל הוא ומשני דמשום טעמים הללו דניחא, מהני נמי אפי' בדשלב"ל, וא"כ מאי מקשה תו רב ששת מברייתא דמה שאירש, דלא מהני בדשלב"ל, הא כבר הקשה זאת ותי' דאפ"ה מהני, ועוד אמאי בכל דוכתא שהוזכר בש"ס כהאי מילתא דמכר לו כל זכות שתבא לידו, לא פריך מאי טעמא כדפריך הכא, והא התם הוי נמי דשלב"ל. ולכן נ"ל דבאמת האי מה מכר כל זכות שתבוא דאמר הכא, אין דומה לכל מה מכר דאיתא בש"ס, ונקח לדוגמא בב"ק (דף ח' א גבי אתו כולהו גבי מעידית א"ל רבא מה מכר ראשון לשני כל זכות כו', וכיון דאילו אתו גבי לוקח ראשון מצי מגבי כו'. וכן (ב"ק דף צ"ו) השביח לוקח מהו הדר פשטה מה מכר ראשון לשני כל זכות, דהתם היה למוכר הזה בעת המכירה הזכות הזה, כגון ללוקח ראשון היה הזכות, שמצי להגבות מבינונית, וכן בעובדא השניה, היה לגזלן הזכות, דאם היה משביח היה נוטל חלק, ורק המעשה היה חסר לו, דבשעה שהיה הדבר בידו, לא נזדמן עוד לפניו המעשה הזאת, אבל הזכות היה לו בעת המכירה, וכיון דכשמכר לחבירו הרי מוכר כל זכיות שיש לו, ונתרוקן כל זכיותיו להלוקח ממנו, ולהכי לא קשה כלל, דהא דשלב"ל הוא. כיון דהזכות יש לו כעת בשעת המכירה, וגם א"צ לבקש טעמים אחרים, למה מהני המכירה, דהא ודאי דמוכר לו כל זכיותיו, וטעם זה די, אבל הכא באומרו מה מכר, הוי הכוונה, שמוכרו הזכות שיהיה לו גם אח"כ כשיקנה השדה, ולעת עתה אין גם לו לעצמו הזכות הזה, ורק דהוי כאומר לו שדה זו לכשאקחנה קנויה לך, לזה פריך מ"ט, פי' מאיזה סברא נאמר כן מעצמינו לאמוד דעת המוכר שיחייב עצמו גם במה שיקנה אח"כ, והשתא לא פריך עוד, איך יועיל הקנין כיון דדשלב"ל הוא. אלא דפריך דמאיזה אומדן דעת נאמר כן שיעדיף זכות הלוקח כ"כ אפי' במה שיקנה, וכיון דבפירוש לא התנה עמו ע"ז דלכשאקחנה קנויה לך, מאיזה טעם נימא כן מעצמינו, לזה

משני מטעמים דלא ליקרי גזלנא, וניחא לו דליקום בהמנותי', ומטעמים הללו אמדינן דעתו שירצה להעמידה ביד לוקח אפי' לכשיקחנה מן הנגזל, דכיון דחזינן דטרח אח"כ למזבנה, הרי יש לנו גלוי דעת שניחא לו לאוקמי קמי לוקח, ולפי"ז טעמים הללו לא יועילו לנו כ"א להיות כאומדן דעת על עיקר רצונו, שנתרצה כלל להעמידה ביד הלוקח אע"ג שלא התנה כן בפירוש דלכשאקחנה קנויה לך, אבל אין טעמים הללו מועילים לקיום הקנין, שיועיל משו"ה אפי' בדשלב"ל, ולכן מקשה תו רב ששת מברייתא דמה שאירש מאבא, דנהי דזה ודאי שע"י שטרח למיזבן הוי לנו אומדן דעת שמכוון להעמידה ביד לוקח, וכאילו התנה בפירוש לכשאקחנה קנויה לך, מ"מ אכתי איך יועיל הקנין הא אפי' אם מכר בפירוש זכות שתבוא לידו לא מהני כיון דדבר שלב"ל הוא, ומשני דמטעם דלא ניחא למיקרי' גזלנא גם הלוקח סמיך דעתו, ולכן מהני אפי' בדשלב"ל, דעיקר הטעם דלא מהני הקנין בדשלב"ל הוא משום דלא סמיך דעתו, אבל הכא כיון שסמיך דעתו מהני הקנין אפי' בדשלב"ל, ומיושב השתא הסוגיא מכל הגמגומים, ודעת רש"י יש נמי ליישב עפמ"ש הראב"ד והריטב"א בסוגיין, דלהכי לא משני הכא שאני ירושה דממילא, כיון שאומר בשעת המכר מה שאירש מכור לך, הרי הבטיחו שיזכה בה לאחר שירשנה והרי מאמינו וכאילו חזר וטרחה ולקחה דמי ע"ש, וא"כ התם בכתובות דלא קאמר לו להדיא מה שאירש מכור לך, ולא הבטיחו ע"ז, להכי משני רש"י כפשוטו משום דהוי ממילא ולא טרח, וז"ב ברש"י, ושם הארכתי לפרש דעת רש"י באופן אחר:

והנה לפמ"ש בפשט הסוגיא יצא לנו הדין נגד הרמ"א שהבאנו לעיל דפוסק דאע"ג דאין אדם מקנה דשלב"ל מ"מ אם טרח המוכר וקנה הדבר שצריך לקיים מקחו כי אדעתא דהכי טרח כי היכי דליקו בהמנותיה, והדין נובע מתרומת הדשן, ומקורו מסוגיין דאמר דאם טרח מהני למכור גם כל זכות שתבוא לידו, ואכן כ"ז הוא רק לפי' הר"ן והנמוק"י, דמה דשייל הש"ס מאי טעמא, היינו דמאיזה טעם מועיל הקנין כיון דדשלב"ל. הוא וע"ז משני דכיון דטרח מהני, שפיר נלמוד מזה דאפי' בדשלב"ל אם טרח מהני, אכן לפמ"ש דאין שום סברא לומר שטעם דטרח יועיל לקנות על ידו, וטעם דטרח לא מהני כ"א לענין אומדן דעת שהמוכר מתרצה להקנותו, אבל שיועיל לקנות עי"ז אין שום סברא, וגם זולת זה קשה לפרש הסוגיא כפירושם וכמ"ש, אלא הטעם דטרח יבוא לגלות על רצון המוכר ולומר דאע"ג דלא פריש עמו שגם לכשיקחנה יהיה קנוי לו הוי כמאן דפריש, ואכתי הי' קשה לש"ס דלוקח במאי קני כיון דהוי דשלב"ל, ומוכרח היה לשנויי משום דסמיך דעתו וא"כ לא מוכח כלל הדין דרמ"א:

הדרן למה שנסתפקתי, דכפי הנראה מפשט הסוגיא ודאי דאפי' אם אח"כ חזר ולקחה מאביו נמי לא מהני, דנהי דטרח וזבין וחזינן דעת המוכר שרצה להעמידה ביד הלוקח, מ"מ אכתי הלוקח במאי יקנה כיון דהכא לא שייך הטעם דסמיך דעתו, וכ"ה דעת כל הראשונים ואפי' לדעת הר"ן ונמוק"י דטעם דטרח מהני אפי' בדשלב"ל יש לומר דהיינו דוקא כשמכרו סתם ואיכא לכל הפחות אומדן דעת דטרח למיזבן בכדי דליקום בהמנותי', דהא טרח וזבין לחוד לא מהני בלא טעמים דלא ליקרי' גזלנא או דליקום בהמנותי' כמו שמוכח מסוגיין, ולכן היכי שמכר לו סתם ושייך עכ"פ הטעם דליקום בהמנותי' אבל הכא דקאמר בהדיא מה שאירש מכור לך, ואם לא יירש אין עליו שום דו"ד, א"כ איזה אומדן דעת הוא, דלהכי טרח וזבין בכדי דליקום בהמנותי', כיון שאפי' אם לא יעמידה בידו נמי יקום בהמנותי' וכיון שאין לנו שום אומדן דעת גם הרמ"א יודה דטרח לא מהני, דהא הרמ"א לא כתב דינו כ"א היכי דמכרו סתם, אבל באם פירש לו שרק כשיירש מכור לו גם הוא מודה וז"ב, ועמ"ש בסמוך בשם הט"ז ונה"מ שם, דאפי' בסתם לא קאמר הרמ"א כ"א היכי שהלוקח לא ידע שהשדה אינה של מוכר, וכיון שמכר לו בחזקת שיש לו אמרינן דטרח אדעתא דליקו בהמנותי', אבל כשהלוקח ידע שאינה ברשותו לא שייך סברא זאת, וא"כ כ"ש במקום שהתנה עמו בפירוש, דרק אם יירש יהא מכור דלא שייך סברא זאת ועמ"ש למטה בדבור הסמוך:

רש"י בד"ה הכא לא סמיך דעתא דמי יימר שיירש מאביו שמא ימכור נכסיו בחייו ע"ש, מכאן קשה לכאורה עמ"ש הט"ז בחו"מ (סי' ר"ט) דמ"ש הרמ"א שם דאם טרח למיזבן מהני אפי' בדשלב"ל דאמרינן דלהכי טרח כי היכי דליקו בהמנותי', דהיינו דוקא שהלוקח לא ידע כלל שהדבר אינו של מוכר, וכיון שמכר לו בחזקת שהיא שלו אמרין דטרח בכדי דליקום בהמנותי', אבל כשהלוקח ג"כ ידע שאינו ברשותו לא שייך סברא זאת דניחא לי' דליקום, כיון שגם לכתחלה ידע מזה פ"ש, והנה מרש"י דסוגיין משמע דלא כוותיה, דמאי הוצרך רש"י לומר דלהכי לא סמיך דעתו משום דמי יימר שיירש וא"כ אין זה בכוחו לעשות השתדלות שיבוא ליד הלוקח ותיפוק ליה דבלא"ה לא שייך כאן הטעם דליקו בהמנותיה כיון שידע מזה שהדבר אין ברשותו לעת עתה, דהא בע"כ מה שהוסיף רש"י טעם זה אשר לכאורה ללא צורך הוא, דבש"ס קאמר הכא סמיך דעתו משום דניחא לי' דלא ליקרי' גזלנא, וא"כ בברייתא דמה שאירש הוי לא סמיך דעתו כיון דלא שייך הטעם דלא ליקרי' גזלנא, אלא שלרש"י היה קשה, דנהי דטעם שלא ליקרי' גזלנא לא שייך, מ"מ אכתי ניחא דסמיך דעתו מטעם דניחא דליקום בנאמנותו, לזה הוצרך להוסיף דכאן לא שייך סמכא דעתא, דבשלמא היכי שאמר לו שדה לכשאקחנה,

דהדבר אפשר במציאות ואפי' אם המוכר לא יתרצה למוכרו יש לומר דכיון דניחא דליקום בנאמנותו יוסיף על המחיר עד שיתרצה, אבל כאן גבי ירושה לא שייך לומר דסמיך דעתו כיון שהדבר אין בידו כלל, דמי יימר שיירש מאביו, ולסברת הט"ז לא היה צריך רש"י כלל להוסיף טעם זה, דבלא"ה לא שייך כאן טעם דניחא דליקום בנאמנותו כיון שהלוקח ידע מזה מתחלה, ואכן מלשון רש"י בסמוך בע"ב בד"ה בשדה סתם בסוה"ד וז"ל אבל אמר שדה זו לא סמכא דעתא דמקבל מתנה ולא האמינו דנימא דניחא דליקו בנאמנותו ע"כ, ומאי בעי רש"י בזה שכתב ולא האמינו, הא כבר אמר דבשדה זו כיון דפירש לו שדה הזאת דוקא לא סמיך דעתו שמא לא יתרצה המוכר למוכרה, אלא ודאי כוונתו בזה, דנהי דבשדה זו לא סמיך דעתו מפני שקשה עליו לקנותו, מ"מ נימא דסמיך דעתו שודאי יקחנה מטעם דניחא דליקו בנאמנותו, וכמו דאמר לעיל טעם זה, ע"ז מתרץ "ולא האמינו" כלומר שגם טעם זה לא שייך כאן, כיון דמתחלה לא האמינו דהא ידע שאינו ברשותו ועיין במהר"ש שכ"כ בכוונת רש"י, וא"כ מוכח להדיא מרש"י כהט"ז, ופלא גדול על הט"ז שלא נתעורר לרש"י זאת, ולפי"ז צ"ל דמ"ש רש"י לעיל גבי ירושה טעם אחר, היינו דלרווחא דמילתא כתב כן, דאפי' אם היה שייך כאן טעם דניחא דליקום בנאמנותו, ג"כ לא היה מועיל לומר דמשו"ה סמיך דעתו אחרי שאין בידו כלל, דמי יימר שיירש כלל, וז"ב:

תוד"ה האי שטרא כו' א"נ במלוה אין יכול לקנות כו'. וקשה דא"כ לדעת הרמב"ם (פ"ז ממכירה) הובא בחו"מ (סי' ר"ד) דבמלוה יכול לקנות אמאי לא קני הכא ע"י מעות ההלואה ונ"ל ליישב דבאמת יש להבין סברת הרמב"ם שמחלק בין קדושין למכר, דבקדושין לא מהני במלוה, וממ"נ אם אמרי' דמלוה חשוב ככסף בעין, בקדושין נמי ליהני, ואי לא חשיב ככסף, מ"ש מכר דמהני, ועיין באבני מלואים סי' כ"ח מ"ש, ול"נ סברת הרמב"ם, דנ"מ גדולה יש בין קנין כסף האמור בקדושין, לקנין כסף האמור במכירה, דבמכירה לא נתינת וקבלת הכסף עושה הקנין, כ"א פרעון הדמים בעד החפץ זהו קנינו, דאם פרע לו השווי יוצא עי"ז מרשותו של מוכר לרשות הקונה, וזהו עצם הקנין, אבל אם אין נותן הכסף בתורת פרעון כ"א לשם קנין לאו מילתא היא וכמ"ש הסמ"ע (סי' ק"ץ סעי"א) דכיון דקנין כסף משדה עפרון ילפינן וכסף האמור שם, דמי שווי השדה הוא ע"ש, ואין להקשות דא"כ איך יוכל לקנות בפרוטה מקח ששוה הרבה, דהא אין כאן פרעון החפץ, דהתם נמי לאו בתורת קנין הוא אלא בשביל פרעון, דנותן לו פרוטה לשם תחלת פרעון והשאר זוקף במלוה, והוי כאילו קיבל כל המעות אבל אם נתן רק לשם קנין לאו מילתא היא, שאין זה קנין כסף האמור במכירה, וכן מפורש ברש"י

לקמן (דף מ"ח ע"ב) ד"ה בזמן שא"ל ערבוני יקון וז"ל יקנה שלא נתנה לו בתורת תחלת פרעון והשאר עליו מלוה אלא בתורת שעירבון זה יקנה הכל והא לאו מילתא היא ע"כ, הרי שדוקא אם זקף השאר במלוה קנה, ואי אמרת דקנין כסף הוא רק ע"י קבלת הכסף יתחייב זה לקנות וזה למכור וכמו ק"ס, אפי' אם לא זקף עליו במלוה נמי יקנה, כיון דפרוטה מיקרי כסף וראוי לקנות על ידו, אע"כ שרק פרעון החפץ הוא הקנין ועמ"ש לקמן בארובה, ואמנם כל זה אין שייך כ"א במכירה, אבל בקדושין לא שייך פרעון שוויה וכמ"ש הט"ז בחו"מ (סי' ק"ץ) ובע"כ דהתם הכסף עצמו הוי קנין דע"י הקבלה יתחייבו זה לזה, ולפי"ז יתיישב חלוקו של הרמב"ם, דבקדושין כיון דעצם הכסף קונה, להכי בעינן שיהא הכסף בעין שיהא ראוי לקנות על ידו דאם אינו בעין אין ראוי לעשות קנין על ידו, אבל במכירה דפרעון החפץ הוא הקנין א"כ מה איכפת לן אם הכסף אינו בעין, דאם רק המוכר קיבלו לשם פרעון ונתרצה, הרי נפרע בזה, וכיון שכן דכל עיקר טעם הרמב"ם דבמכר קונה ע"י מלוה הוא משום דהמוכר קיבלו לשם פרעון ונסתלק בזה, א"כ לא שייך זה כ"א היכי שתחלת המקח היה ע"י מלוה והמוכר נתרצה לקבל זה בפרעון, אבל בסוגיא דהכא, דמתחלה נתן לו כסף בעין אלא שהכסף הניתן לא היו ראוים לקנין משום שהשדה לא היה שלו, וממילא נעשו הלואה, ואנו רוצים שע"י ההלואה הזאת יקנה כעת, בזה ודאי דלא קני, דמי יימר שנתרצה המוכר לקבל עתה החוב בפרעון החפץ, וזה לשון הרמב"ם (בפ"ז ממכירה) מי שהיה לו חוב אצל חבירו ואמר ליה מכור לי מטלטלין אלו בחוב שיש לי אצלך ורצה המוכר כו', הרי דייק לומר שדוקא כשזה א"ל להדיא מכור לי בחובך וזה נתרצה, אבל באם הלוקח לא הודיע למוכר ולא נתרצה זה בפירוש לא מהני והוא כמ"ש, ונהי שזה ידעינן שהמוכר מתרצה להעמידה ביד הלוקח, מ"מ אפשר ירצה שבפרעון יתן לו דמים אחרים, והמעות הראשונות יהיה בהלואה וכללא הוא דבמלוה בעינן דוקא שהמוכר יתרצה לזה בהדיא:

הן אמנם לטעם שכתב הא"מ בסברת הרמב"ם עפמ"ש רש"י (קדושין דף ו') דלהכי מקדש במלוה אינה מקודשת דקיחה משדה עפרון גמרי' דיהיב מידי בשעת קדושין ומלוה להוצאה ניתנה, וא"כ קרקע דנקנה בכסף דלאו משדה עפרון יליף וכדאמר בקדושין משדות בכסף יקנו משו"ה נקנה נמי במלוה ע"ש, ולפי"ז לא בעינן כלל רצוי המוכר, כיון דבמכר הוי מלוה ככסף בעין, אלא דדבריו יש לדחות, דהא הסמ"ע הנ"ל כתב ההיפך מדבריו, שגם במכר ידעי' משדה עפרון, והא דקאמר בקדושין משדות בכסף יקנו, רמז ע"ז בפרישה סי' ק"ץ וז"ל דא"כ מהיכי ילפינן דאין כסף פחות מש"פ קונה מאשה ואשה גמרי' משדה עפרון כו' ע"ש ועיין בנה"מ שם מ"ש בזה:

דף טז:

רש"י ד"ה והא אשה כשדה זו דמיא, דיש באלו שאין בידו להביא עצמו לכלל קדושין כו' ע"ש, במתק לשונו נתכוון לתרץ קושית הראשונים דמאי קאמר מכדי רב כמאן אמרה לשמעתי' כר"מ, דמשמע דלא מצי לאוקמי כרבנן משום דסברי דאין אדם מקנה דשלב"ל ואפי' בשדה סתם ומנ"ל הא דילמא ע"כ לא קאמרי רבנן שאין אדם מקנה אלא בשדה זו אבל בשדה סתם מהני, דאע"ג דדבר שלב"ל הוא, מ"מ מתוך שבידו לקנותו שהרי ימצא מוכרים הרבה כדבר שבא לעולם דמי, לזה פרש"י והא אשה כשדה זו, פי' שיש באלו שהם כשדה זו כגון לאחר שימות בעלך או אחותך דכל הני אינם בידו, אבל יש מאלו דכשדה סתם דמי כגון לאחר שאתגייר, ואפ"ה סברי רבנן דלא מהני, הרי נשמע מזה שניהם דלר"מ אפי' בשדה זו מהני, ולרבנן אפי' בשדה סתם נמי לא מהני, אלא דלפי"ז א"כ לדידן דקיי"ל כרבנן, אפי' בשדה סתם נמי לא מהני, א"כ קשה טובא על הרמב"ם (פכ"ב ממכירה) והמחבר בחו"מ (סי' ריא) שסתמו וכתבו, דשדה זו לכשאקחנה קנויה לך לא קנה, והו"ל לכתוב רבותא יותר גדולה שאפי' בשדה סתם נמי לא קנה, ומ"ש דנקטו כולהו שדה זו, וראיתי בהגהות מהרצ"ח שדייק מזה לומר, דבשדה סתם ס"ל באמת דמהני ותמה על מהר"ם לובלין שכ' דלדידן דקיי"ל כרבנן אפי' בשדה סתם נמי לא מהני ע"ש, ובמח"כ א"א לומר כן דלדידן מהני אפי' בשדה סתם וכמ"ש דלרבנן אפי' בשדה סתם לא מהני, וגם לדידן קיי"ל כן. ומה דקשה על הפוסקים דנקטו דוקא שדה זו, היה נראה לכאורה עפמ"ש הע"ש הובא בש"ך חו"מ (סי' ריא) דלשיטת ר"ת דסובר (כתובות צ"א) דהא דנקט בברייתא מה שאירש מאבא מכור לך לא קנה, היינו דוקא בסתם, אבל אם פירש ואמר שדה זו שאירש מכור מהני, וכתב הע"ש שלאו דוקא בירושה סובר ר"ת הכי, אלא אפי' במכירה נמי אם פירש ואמר שדה זו לכשאקחנה קנויה לך מהני, דכיון שפירש ובירר מקחו מהני וכמ"ש הרא"ש שם טעם זה, ולדבריו בשדה זו מסתבר יותר לומר דמהני הקנין. ולזה כתב הרמב"ם והמחבר רבותא יותר גדולה שאפי' בשדה זו דבירר מקחו נמי לא מהני ולאפוקי מסברת ר"ת, וכ"ש בשדה סתם דלא בירר מקחו דלא מהני, ולפי"ז הוי בשדה זו רבותא יותר גדולה משדה סתם, אלא דדברי הע"ש תמוהים מאוד, דממימרא דרבא דהכא דקאמר מסתברא מילתא דרב בשדה סתם כו', משמע להדיא דבשדה סתם מסתבר יותר לומר דקני, ועל ר"ת גופא אין סתירה מש"ס דהכא דהוא לא אמר כן כ"א בירושה, וירושה כיון דממילא קאתי ואין תלוי כלל ברצון המוכר שפיר י"ל דעכ"פ כיון דבירר מקחו מהני הקנין יותר, אבל גבי מכירה שתלוי ברצון המוכר, ודאי דבשדה זו יש לומר דמי יימר שיתרצה המוכר, ובשדה סתם סמכא

דעתא כיון דהרבה שדות מצויין למכור, וכ"ה להדיא ברא"ש דכתובות שנתן הטעם כיון דירושה ממילא קאתי ובירר מקחו, הרי שדוקא בירושה מהני טעם זה, אבל במכירה היכי דבירר מקחו הוי חסרון לקנין, אכן על הע"ש שסובר דגם במכירה הוי מעלה היכי דבירר מקחו מה יענה לסוגיא דהכא. ואפי' הש"ך שהשיג על הע"ש לא השיגו כ"א על עיקר הדין שסובר דבשדה זו מהני הקנין, והכא משמע שאפי' בשדה זו נמי לא קנה. אכן בזה משמע שגם הש"ך מודה לו, דבשדה זו היה מסתבר ביותר להיות מועיל הקנין ומאוד תמוה הוא וכמ"ש, וכיון שדברי הע"ש נדחה, אכתי ישאר תמיהתינו על הרמב"ם אמאי לא נקיט רבותא יותר גדולה שאפי' בשדה סתם נמי לא מהני. ולכן נ"ל ליישב, דהא ידוע שיטת הרמב"ם (פ"ג מזכיה) וכן בחו"מ (סי' רמ"א) דצריך המוכר לסיים המקח ואם אמר קרקע מנכסיי נתונה לך הוי דבר שאין מסוים ולא קנה, ולפי"ז בשדה סתם הו"ל דבר שאינו מסוים, ואפי' בלא טעם דהוי דשלב"ל נמי לא מהני הקנין, ולהכי א"ש מה שלא הזכירו בדין זה שדה סתם לכשאקחנה, דבשדה סתם אפי' אם כבר קנה אותה וברשותו היא נמי לא מהני מטעם דבר שאין מסוים, ובהלכה הזאת שנתכוונו לאשמועינן רק הדין מדבר שאינו ברשותו, נקיט להכי שדה זו, אע"ג דהוי דבר המסוים אפ"ה לא קנה מטעם דהוי דבר שאין ברשותו, אלא דאכתי יקשה דא"כ מאי קאמר רבא דבשדה סתם קונה כיון דסמכא דעתא, ותיפוק ליה דאכתי לא יקנה מטעם דהוי דבר שאין מסוים, ומחמת זה נ"ל לדון בדבר חדש דע"כ לא קאמר הרמב"ם דדבר שאינו מסוים לא קנה, היינו דוקא לדידן דקיי"ל דבר שלב"ל לא קנה, הוא הדין דבר שאינו מסוים, דטעמים דשייכי בדשלב"ל, שייכי נמי בדבר שאין מסוים, אבל לר"מ דס"ל שגם בדשלב"ל מהני הקנין, כ"ש בדבר שאין מסוים דמהני לדידיה, דכמו בדשלב"ל אע"ג דלא סמיך דעתו, או מטעם שבשעת חלות הקנין אין על מה לחול, אפ"ה ס"ל לר"מ כיון שסופו לבוא לעולם חל הקנין דמפרע, כ"ש בדבר שאין מסוים דיועיל לדידי', וכמ"ש בעה"ת לגבי דבר שאין קצוב דלא מהני הקנין לשיטת הרמב"ם. מ"מ לר"מ דדשלב"ל מהני, יכול להקנות נמי דבר שאין קצוב, ועיין בקצוה"ח ובתומים ש ס') ה"נ נימא כן לענין דבר שאין מסוים דלר"מ מהני, ולפי"ז א"ש, דרבא דקאמר דבשדה סתם מהני, היינו אליבא דרב דקאי בשיטת ר"מ וכמ"ש בסוגיין, ולדידיה באמת שאין חסרון מה שהוא א מסוים ולהכי לדידיה קנה, ובזה א"ש נמי מה שקשה לכאורה על הרמב"ם באידך בבא דמה שאירש מכור לך, דקאמר סתם מה שאירש, הא איהו פליג על ר"ת וסובר דאפי' בשדה זו לא מהני, א"כ ליתני רבותא יותר גדולה, דאפי' אם פירש ואמר שדה זו שאירש נמי לא מהני, ולפמ"ש א"ש דבמה

שאירש בע"כ דאיירי בש"ס בדפי' דאי לא פי' מאי מייתי מינה בש"ס לענין דשלב"ל, ותיפוק דלא מהני מטעם דאין מסוים, דמי יודע מה יירש, אע"כ דמיירי בשדה זו, ודו"ק: **בגמ'** אמר שמואל המוצא שטר הקנאה, מה שקשה מכאן על שיטת הרי"ף דסובר דבשטרי הקנאה בעינן נמי דמטא לידו. ישבתי זה בארוכה בחדושי לעיל (דף י"ג ע"ב) בתוד"ה הא קאמר ע"ש:

דף יז.

תוד"ה הטוען, וא"ת למה כותבין כתובה כיון דבלאו כתובה נמי אין נאמן לומר פרעתי, מלשון התוס' משמע דקושיתם הוא דוקא אי אמרי' דאין נאמן לומר פרעתי אבל אי הוי אמרי' דנאמן לומר פרעתי אתי שפיר מה שתקנו לכתוב כתובה, משום דבלא כתובה נאמן לומר פרעתי, ולכאורה קשה לפמ"ש התוס' לקמן בע"ב ד"ה אלמנה דבמקום שאין כותבין ודאי שאין נאמן לומר פרעתי אף בלא טעם דמעשה ב"ד כיון דלא נתקנה כתובה באותו מקום, ואם הוי מהימן לומר פרעתי מה הועילו בתקנתן הא כל אדם יטעון פרעתי, וא"כ הדר הקושיא דאפי' אי נימא דנאמן לומר פרעתי במעשה ב"ד והשתא דתקון כתובה מהימן לומר פרעתי, מ"מ מאי הוצרכו לתקן כחובה, דהא אי לא הוה מתקנים כתובה והוה מקום שאין כותבין, לא היה נאמן ג"כ לומר פרעתי, כיון דאז היה מקום שאין כותבין, וי"ל דלמ"ד יכול לטעון אחר מעב"ד נוכל לומר דתקון הכתובה לא היה בשביל טובה של האשה שלא יהא נאמן לומר פרעתי, כיון שאף אם לא היה התקון הזה ג"כ לא היה נאמן, אלא דתקון הכתובה הוא בשביל טובה דידיה דאם לא היה הכתובה לא היה נאמן לומר פרעתי עד שיראה שובר והיה צריך ליזהר בשובר, ולפעמים יבוא לידי הפסד אם אבד השובר, ולהכי תקנו הכתובה ובלא כתובה לא תגבה וא"כ צריכה היא ליזהר בכתובה ואם אבדה תפסיד, אבל למ"ד דטוען אחר מעב"ד לא אמר כלום, לא נוכל לומר דהטובה היא בשבילו, כיון שאפי' אם הכתובה בידה אינו נאמן לומר פרעתי ובע"כ צריך הוא ליזהר בשובר, ובשביל טובה דידה נמי לא שייך כקושית התוס' להכי מקשו שפיר:

דף יז:

בא"ד וי"ל דהתם מיירי במזונות דלשעבר ולא בלהבא, פי' במזונות שלעבר חזקה דלא משהו להו וא"א לתת להם בכל יום מזונות בעדים:

תוד"ה לא אמר כלום כו' אלא אפי' במקום שכותבין כתובה ואינה מוציאה הכתובה אינו נאמן לומר פרעתי אפי' אם היא מודה שכתובה בידה נפרעת בעידי הגט גרידא ע"ש, והנה מ"ש התוס' דאפי' היא מודה שהיא בידה, לאו כשהיא בידה ממש איירי בעת הפרעון, דבכה"ג ליכא למ"ד דכותבין שובר, דדוקא כשטוען אבד מסקינן בב"ב דכותבין שובר, ובע"כ פירושם היינו שהיא מודה שהכתובה בידה והיא בעיר אחרת, והנה ראיתי בפנ"י שנתעורר להקשות, דהא אפי' כשהשטר בעיר אחרת כיון שעכ"פ ישנו לשטר בעולם ג"כ מבואר בחו"מ (סי' נ"ד) דהלוה פטור עד שיחזיר השטר, ותי' דבכתובה שאני כיון דמעשה ב"ד הוא ואינו נאמן לומר פרעתי, וא"כ מוכרח הוא לשמור אחת משתי אלה, או השטר כתובה, או השובר, ולכן אפי' אם הכתובה בידה גובה ע"י שובר, דמה לו אם ישמור השובר או הכתובה, וזה לא שייך במלוה ולוה, אכן תרוצו אינו עולה יפה, דהא אכתי הוא נפסד יותר מזה שהכתובה נשאר בידה, דאי תמסור לו הכתובה ואפי' אם יפסידה נהי דלא יהיה נאמן לומר פרעתי מ"מ נאמן לומר אלמנה נשאתיך או פרעתיך הכל במיגו דאין את אשתי, אבל עתה שהכתובה נשארת בידה, אם הוא יפסיד שוברו לא יוכל לטעון אחת מכל אלה, ואם בכל מקום לא כותבין שובר בכה"ג, גם בכתובה לא היה לנו לכתוב כיון שגם בכתובה נפסדת עי"ז, ובע"כ שדעת התוס' הוא דלמ"ד כותבין שובר אפי' בכה"ג נמי, בין במלוה בין בכתובה, ותמיהת הפנ"י מההיא דחו"מ, תמהני אטו מדבר המפורש בתלמיד קא מותיב על התוס', הא הטור לא הביא דין זה כ"א משמו של בעה"ת, והתוס' יפלגו ע"ז, שוב ראיתי בט"ז שם ציין נמי דעת התוס' החולקים עם בעה"ת, וק"ל:

דף יח.

תוד"ה הא אמר תנו וא"ת מנ"ל דילמא אפי' אמר תנו אין נותנין כו', לכאורה משמע בכוונתם, דאי לא הי' חיישינן לנמלך הוה מחזירין באומר תנו, כיון דחשש שמא של אחר הוא הגט לא שייך, דאפי' אינה שלה נחזיר לראיה בעלמא, ולחשוש דשמא לא גירשה כלל נמי אין שייך כיון דמודה ע"ז, והבעל מהימן באומר גרשתי את אשתי, וקושיתם יהיה אפוא כן, מנ"ל להוכיח דהא דאמר תנו נותנין הוי הפי' שאומר תנו ורוצה עתה לגרשה דילמא הא אמר נותנין, היינו שאומר ליתנה מחמת שכבר גירשה ועיין במהרש"א גיטין דף כ"ז) שהבין כן, אכן לפי"ז קשה דהא כתבו התוס' בסמוך בע"ב ד"ה ואפי' לזמן מרובה, דהיכי שאומר שכבר גירשה מזמן הכתוב בגט כמו שאינו נאמן למפרע כך אין נאמן להבא, ולכן לדעתי לא נחתי התוס' כאן להא מילתא, אי בעל שאמר גרשתי נאמן

למפרע או לא, רק כוונתם הכא, דאי לא חיישינן לנמלך הוי מחזירין בלי אומר תנו כלל, ומעצמינו נדון דכבר גירש ולראיה בעלמא נחזור, וכ"מ נמי מלשון התוס' כאן, ודלא כהבנת מהרש"א:

בא"ד אבל רבה דייק מדקתני ונמלך ולא קתני כתובין היו ולא נתן, נ"ב כוונתם דאי נימא דוקא לאלתר הו"ל למיתני כתובין היו ולא נתן והוה מפרשינן דמתחלה לא נתנן ומחמת כן לא חשש לשמור ועכשיו רוצה לחזור ולגרשה, ולהכי אין נותנין לזמן מרובה אפי' אם רוצה לגרשה שמא אין זה גט שלו, אבל לאלתר ודאי נותנין אפי' בכה"ג, דמאי חשש יש כיון דעתה רוצה לגרשה ובודאי הגט הוא שלו כיון דלאלתר מצאו, אבל השתא דקתני ונמלך דמשמע שעכשיו אינו רוצה ודייקינן הא אמר תנו נותנין, ובע"כ שאפי' לזמן מרובה, דאי לאלתר אפי' אם היה נקיט כתובין ולא נתנן, נמי נותנין לאלתר:

בא"ד וא"ת דאפי' לאלתר הוי חדוש דלא חיישינן שמא כתב ללות בניסן כו', נראה ברור דקושיתם הוא רק על דיוק דר' זירא דמדייק מברייתא דבזמן שהבעל מודה, אבל לרבה דדייק ממתני' לא קשה כלל, דהא לרבה הוי הדיוק הא אמר תנו נותנין, פי' שרוצה עתה לגרשה בנתינה הזאת וכמ"ש לעיל, והא ודאי דכיון שהנתינה והגירושין יהיה עתה, לא חיישינן כלל לשמא כתב ללות בניסן, דכיון דלא נמסר ביום הכתיבה קלא אית ליה למילתא ויזכרו הלקוחות לטעון אייתי ראיה אימת מטא לידך וכמ"ש התוס' לקמן (דף י"ט) ד"ה וליחוש, רק דעיקר הקושיא הוא לר' זירא דדייק מברייתא דבזמן שהבעל מודה, דמודה שכבר נמסר, ולא מסקי לקוחות אדעתייהו לטעון אייתי ראיה כיון שהבעל מודה ועמש"ש בחדושיי לתוד"ה וליחוש, וכן נראה להדיא מתרוץ התוס' שכתבו ועוי"ל דר' זירא דייק כו', ולמה נקטו ר' זירא ולא נקטו רבה דמוכיח ג"כ אפי' לזמן מרובה, אלא ודאי דלרבה מעיקרא לא קשיא, וז"ב:

בא"ד ואי לאלתר דוקא א"כ צ"ל שראינו הגט בידה ע"כ, ובפנ"י הקשה דמנ"ל הא, הא מצינו למימר דלאלתר איירי שראינו אותו סמוך לנפילה ביד הבעל, אלא שהאשה אומרת שבתוך כך מסרו לידה וא"כ כשהבעל מודה קתני דיחזיר כיון שלא ראינו אדם אחר שעבר שם, אכן בע"כ א"א לומר כן דראינוהו ביד הבעל, דא"כ אין הבעל מודה אמאי לא יחזיר לא לזה ולא לזה נחזיר לבעל אחרי שלאלתר ראינו בידו, וכ"מ בשמ"ק:

בגליון תימה כו' וי"ל דכיון שהבעל מודה וסובר שהוא שלו כו' ע"כ, וראיתי מקשים דהא אנן אדרבה חיישינן שכתב ליתן ולא נתן ורוצה להפקיע הפירות מלקוחות שלא כדין, וא"כ מאי מהני שמודה שהוא שלו דילמא יודע שהוא שלו ורוצה להפסיד ללקוחות, דהא כך עיקר הקושיא שכתב ליתן ולא נתן ומודה שכבר נתנו להפסיד הלקוחות, ונ"ל

ליישב עפמ"ש הריטב"א להקשות דמנ"ל לדייק הא אמר תנו נותנין, דילמא לעולם לא יחזיר ומשום דאיכא למיחש בקנוניא בכולהו כדאיתא לקמן, ותי' דמתני' קשיתיה דמ"ש ברישא דמצא שטרי חוב קתני ה"ז לא יחזיר ולא מפרש טעמא ומ"ש הכא דמפרש טעמא, דהא בין ברישא ובין בסיפא איכא למיחש לקנוניא, אלא מדתלי טעמא בהמלכתו של כותב ש"מ דאין הכל אלא ממנו ואם אמר תנו נותנין ע"כ, ולפי"ז א"ש תי' הגליון כיון דממתני' מוכח דהכא לאו משום קנוניא תלינן, והכל תלוי רק באמירת הבעל:

תוד"ה והוא שהוחזקו, דהשתא הוי דומיא דסיפא כו', נ"ב דמאי הוצרך לומר משום דומיא דסיפא ותיפוק לי' בלאו הכי דמאי הוצרך לאוקמי באין שיירות מצויות דהוי תרתי למעליותא לוקי בשיירות מצויות דהוי חדא למעליותא ואפילו הכי יחזיר דהוי רבותא טפי, ויש לומר דהשתא דאוקי באין שיירות מצויות, אוקי דאיירי בהוחזקו, דהוי נמי חדא לגריעותא, ולזה פריך דטפי הוה לאוקמי דהגריעותא דהכא הוא שיירות מצויות, דהוי דומיא דסיפא, וע"ז תרצו דעובדא דבסמוך הוי ברישא כו', כוונתם למ"ש הרא"ש בגיטין דף כ"ז, דהוחזקו בעיר גופא שני שמות שווין יש לחוש יותר שמא אבד השני הגט אפי' באין שיירות מצויות, מלחוש דילמא מאדם מעלמא נפל אפי' היכי דשיירות מצויות, ולכן לא נוכל לומר דמתניתין שנויה ברישא, דא"כ כיון דאשמועי' כאן דהיכי דהוחזקו בעיר גופא לא חיישינן, כ"ש דבשיירות מצויות ולא הוחזקו דלא חיישינן, ולכן הוכרחו לומר דההיא עובדא היה ברישא ואשמועינן דבשיירות מצויות ולא הוחזקו לא חיישינן, ואכתי הו"א דבהוחזקו בעיר גופא חיישינן אפי' באין שיירות מצויות, לזה אשמעינן דגם בכה"ג לא חיישינן:

בא"ד וא"ת ומ"ט יחזיר לאשה כיון שיש שני יוסף בן שמעון בעיר, כוונתם כיון דהוחזקו שני יוסף ב"ש מנ"ל למיתלי בהאי טפי מהאי, בשלמא במביא גט ממקום אחר לכאן, וכיון דהוחזק זה השליח שעבר בדרך הזה והאחר לא הוחזק בדרך זה שפיר תלינן בהאי שעבר, אבל כששניהם בכאן ולא הוחזק שעבר בזה אחד יותר מחבירו מאי איכא למימר, ותי' דכיון דידעינן שזה אבד אין לחוש שגם האחר איבד, וראיתי בס' תפארת יעקב שהוכיח דבע"כ מיירי שהגט הובא ממקום אחר למקום שנאבד, ושם במקום הכתיבה הוחזקו שני יוסף ב"ש, דאי באותו מקום שנכתב נאבד, ובאותו מקום הוחזקו שני יוסף ב"ש, א"כ אין כותבין כ"א בפני שניהם כמבואר בב"ב פ' ג"פ, ועפי"ז דחה קושית התוס', דכיון שאין שיירות מצויות משם לכאן, וזה ידעינן שעבר בדרך הזה והשני אין אנו יודעין אין לנו לחוש שמא עבר גם השני דרך הזה וכמו בשליח, אכן באמת ודאי דהש"ס מיירי בנכתב במקום שנאבד וכהבנת התוס' ולא קשה דא"כ היאך כותבים זה שלא בפני זה,

דכבר כתב הריטב"א דאם העדים מכירים המגרשים ונשותיהם יכולים לגרש זה שלא בפני זה וא"ש:

דף יח:

תוד"ה ואפילו לזמן מרובה כו' אבל הכא שאומר שכבר גירשה מזמן הכתוב בגט כמו שאין נאמן למפרע כך אין נאמן להבא כו'. ותמיה לי דתוס' כתבו כן למילתא דפשיטא, דכמו שאין נאמן למפרע אין נאמן בלהבא ג"כ, והא זהו בעיא שם ביש נוחלין ופלוגתא דאמוראי הוא, וחד מ"ד ס"ל דפלגינן דבורא ולמפרע אין נאמן אבל עכ"פ מגורשת מכאן ולהבא וא"צ עוד גט חדש, והכי קיי"ל דפלגינן דבורא, ותוס' סתים לדבר פשוט להיפוך, ועוד דמברייתא דהכא יקשה למ"ד דפלגינן דבורא, דלדידי' יקשה קושית התוס' דמילתא דפשיטא היא דיחזירנה אפי' אינו שלה, ונראה ליישב דע"כ לא פליגי התם אם מהימן מכאן ולהבא, היינו דוקא כשאומר גרשתי למפרע ואין כאן גט כלל, דבזה כשאנו מאמינים להבא לא יגיע שום תועלת לענין נאמנות דלמפרע, אבל כאן דמוסרין בידה גט מזמן למפרע, ממילא אין נאמן אפי' מכאן ולהבא, דאם נאמינו הרי יצמח מזה תועלת גם למפרע שע"ז אין נאמן וכו"ע מודה דלא מהימן, ודו"ק:

בא"ד ויחזיר לאשה דקתני היינו בעדים ותתגרש בחזרה זו, ובתו"ח הקשה דהא יחזיר לאשה אמוצא קאי וא"כ היאך תתגרש בחזרה זו והלא הבעל לא עשאו שליח לגרש את אשתו ע"ש, ונ"ל דרש"י בגיטין ד"ה מודה, פי' שאומר ליתנו לה ע"כ, ואין ספק שנתכוון נמי לפרש כפי' התוס' דלא מיירי האי דקאמר יחזיר, שהיינו בתורת חזרה ומגורשת למפרע, דהא ע"ז אין נאמן, אלא מיירי שתתגרש עתה בחזרה זאת, והוקשה לו נמי קושית התו"ח, לזה פי' דמיירי באומר ליתנו לה, כלומר שעשאו שליח, דאל"ה לא מצי זה לגרשה בלא צווי הבעל, ואין ספק שגם התוס' יפרש ק וז"ב:

והנה הרמב"ם (בפי"ח מגזילה) פסק כהך ברייתא סתמא ולא חילק בין לאלתר בין לזמן מרובה ובין שיירות מצויות, והראב"ד השיג עליו בזה, דנגד אוקימתא דבש"ס הוא, ובס' מ"ה תי' עפמ"ש התוס' דהא נאמן לומר גרשתי ורק משום דאין נאמן למפרע אין נאמן גם על להבא, וזה תלוי בפלוגתא דב"ב אי פלגינן דבורא וכמ"ש לעיל ולזה י"ל דלדידן דקיי"ל פלגינן דבורא להכי פוסק הרמב"ם דנאמן עכ"פ להבא ע"ש, ומאוד תמוה זה, חדא דהא אפי' באומר גרשתי עכשיו, פוסק הרמב"ם דאין נאמן וכמ"ש (בפי"ג מגרושין), ועוד דהא לפמ"ש לעיל דאפי' למ"ד פלגינן דבורא ומהימן להבא, היינו היכי שלא יצא מזה תועלת גם על למפרע, והיינו דוקא באומר גרשתיה ואין הגט לפנינו, אבל אם

הגט לפנינו וע"י החזרה לידה הגט, יצא מזה תועלת על למפרע אין נאמן לכו"ע, וזולת זה א"א לומר דהרמב"ם לא מחלק החלוקים דבש"ס, דהא בפי"ג מגרושין מחלק כל החלוקים ולא מכשר כ"א באין שיירות מצויות. והיה נ"ל ליישב הסתירה ברמב"ם גופא, דבהל' גירושין מחלק, ובהל' גזילה לא מחלק, בשנדקדק השנוי שיש בשני אלו ההלכות, דבהלכות גירושין כתב, המביא גט ואבד הימנו, והיינו הדין השנוי במשנה דמביא גט, ובהלכות גזילה כתב, מצא גט אשה בזמן שהבעל מודה, דהוא דינא דברייתא, והנה בדין הראשון ודאי לן שאכתי לא היה בזה גירושין, אלא שרוצית עתה להתגרש ע"י גט זה, אבל זה הוא והיא מודים שעדיין לא נתגרשה עוד, וא"כ אין כאן כ"א ספק אחד, זה הגט שלה, או שמא של אחר הוא, וכיון שאין כ"א ספק אחד, להכי לא יחזיר, אבל הכא בדין דבזמן שהבעל מודה, דמיירי שהאשה אומרת שכבר נתגרשה, וגם הוא מודה לזה וכמ"ש התוס' דלשון מודה משמע כן, וא"כ הוי בזה ספק ספיקא להיתירה, שמא כבר גירשה, ונחזור לה אפי' אינו שלה, ואם לא גירשה, שמא זהו הגט שאבד, ותתגרש עתה בחזרה זאת, ואם כי בשמ"ק כאן כתב דלא סמכינן בזה אספק ספיקא משום דהוה במקום חזקת איסור אשת איש, אכן לכאורה אין מובן עפמ"ש התוס' כתובות (דף כ"ב ע"ב) ד"ה הבא עליה, דמה שאשה דייקא ומנסבא מרעא לחזקת אשת איש, ובנתגרשה נמי כיון שיראה שלא יוזמו עדיה דייקא ומנסבא ע"ש, וכיון שספק ספיקא מעליא הוא להכי פוסק הרמב"ם דנאמן. אכן באמת ג"ז אינו, דא"כ מאי פריך הכא מברייתא דבזמן שהבעל מודה על המשנה דמביא גט, לימא דהכא שאני משום דהוי ספק ספיקא. אע"כ דהכא לא מהני הס"ס משום דהוי בחזקת איסור וכמ"ש בשמ"ק, ומה שהקשיתי דנימא דדייקא ומנסבא מרעא לחזקת אשת איש, עמ"ש בנו"ב מהדו"ק חאה"ע סי' מ"ג דלא שייך דייקא ומנסבא כ"א לענין נאמנות העד, פי' שהעד מסתמא יעיד אמת ומתיירא לשקר לפי שאשה דייקא, וע"י דיוקא דידה יתוודע שהוא חי ויתפס בשקרו ולכך ירא לשקר, אבל לענין שאר ספיקות בגוף הדבר לא שייך דייקא ומנסבא ונשאר חזקת א"א על מכונה לגמרי ע"ש ומכאן יהיה ראיה ברורה לשיטת הפנ"י והשב יעקב שהעלו דבאשת איש לא מהני ס"ס להתיר, ותמוה שלא התעוררו להביא מסוגיין, וצע"ג שיטת הרשב"א דמתיר ע"י ס"ס, ואכן עכ"פ יוחזר הקושיא על הרמב"ם שדבריו בהלכות הללו סותרים זא"ז וכהשגת הראב"ד, ובפשוטו נראה לתרץ, דהנה בתוד"ה הא אמר תנו הקשה הגליון דילמא קמ"ל דלא חיישינן דשמא הגט זה זמנו קודם לגט זה שנתגרשה ותטרוף שלא כדין ותי' דכיון שהבעל מודה וסובר שהוא שלו א"כ בודאי זמנו שוה לאותו שנאבד ע"כ, ולפי"ז כל החשש דהכא דחיישי' שמא אחר הוא, אין נוגע כ"א לענין איסור וכשאנו

דנין על הגירושין אם ראוי להתגרש בו, בזה שפיר חיישינן שמא אחר הוא, אבל כשאנו דנין רק לענין צד הממון אם ראוי לטרוף מלקוחות על ידו, שפיר יכולים לטרוף על ידו מזמן הכתוב בו, דאפי' אם זה הגט אחר הוא, מ"מ כיון שמודה הבעל ודאי זמנו שוה, ולפי"ז צדקו דברי הרמב"ם, דבהלכות גירושין, דשם אנו דנין אם ראוי לגרש בגט זה, פוסק שפיר דבשיירות מצויות אין מחזירין לגרש בו, דחיישינן שמא אחר הוא, אבל הכא בהלכות גזילה, שכל הפרק לא מיירי כ"א לענין חששות דבממון אם מחזירין למיטרף על ידו, ולענין הגירושין אין דנין בזה כלל, וכגון שגרשה עתה לפנינו עוד הפעם לצאת ידי החשש, ורק אנו דנין אי מצי למיטרף מלקוחות מזמן הכתוב בגט, ובזה שפיר כיון שהבעל מודה, ובודאי זמנו שוה, מחזירין לה למיטרף על ידו מזמן הכתוב, וז"ב ואמת:

תוד"ה מעולם לא חתמנו כו' במזיד לא ישקר אם חתמו לאחר לומר שלו חתמו דאינו חשוד לקלקלה כמו שנאמן לומר גרשתיה ע"כ, ולכאורה תמוה דהא שאני הכא כיון שאומר שגירשה למפרע וכמו שאינו נאמן למפרע אין נאמן גם על להבא וכמ"ש התוס' לעיל, וי"ל דלהכי הוסיפו כאן סברא דאינו חשוד לקלקלה, שע"י טעם זה א"צ כלל לנאמנות המיגו, דכיון דלא חשדינן אותו כלל, נאמנות המיגו למה יוצרך, וסרה בזה תלונת המפרשים בדבור זה, ואין להקשות דא"כ למה הוצרך הגמ' בב"ב לומר הטעם דבעל שאמר גרשתי את אשתי דנאמן משום מיגו דבידו לגרשה, תיפוק ליה דאינו חשוד לקלקלה, די"ל דסברת אינו חשוד אין מועיל כ"א במקום שגם האשה מודית שגירשה, שממילא נפטר הבעל ע"י הודאתה מכל החיובים שבין איש לאשתו, רק החשש הוא שמא גירשה בגט פסול, או לא. גירשה כלל, בזה אמרינן שפיר שאין חשוד לקלקלה בדבר שאין לו הנאה כלל, אבל במקום שמכחישתו ואומרת לא גרשתני, בזה אין שייך סברא דאין חשוד לקלקלה, דלא לקלקלה הוא בא, רק רוצה לפטור עצמו מן החיובים, להכי הוצרך לטעם המיגו דאפי' במכחישתו מהימן עי"ז:

ועתה נבוא ליישב מה שקשה לכאורה על דברי, דלסברת אין חשוד מהימן בלא טעם המיגו, א"כ איך יליף התוס' דין זה מהא דנאמן לומר גרשתיה, הא התם מטעם מיגו הוא אכן באמת בלא"ה קשה על דברי התוס' דתלו טעם דאין חשוד, בדין דמהימן לומר גרשתיה, דא"כ כיון דהך דינא דר' ירמיה לא מצי קאי אלא לסברת דאינו חשוד לקלקלה, דהוא מטעם דנאמן לומר גרשתיה, וא"כ לדידן דפסקינן דאין הבעל נאמן לומר גרשתיה כדאיתא, בב"ב קל"ד ובטוש"ע אה"ע (סי' קנ"ב) וברמב"ם (פי"ב מגירושין) ממילא ליתא גם להך דר' ירמיה, ובאמת הופסק להלכה הדין דר' ירמיה כמבואר ברמב"ם (פ"ג מגירושין ואה"ע סי' קל"ב) ולזה נראה דסברת אין חשוד לא ילפינן מהדין דבעל שאמר

גרשתי המבואר בב"ב קל"ד, דשם מיירי אפי' במכחישתו ומטעם מיגו, אלא מהא דאיתא בגיטין (דף ס"ד) בעל אומר לגירושין ושליח אומר לגירושין והיא אומרת נתן לי ואבד דאמרינן שם דלא מהני מטעם דהבעל אמר לא גרשתי, אלא אמר לגירושין שלא עשאו רק שליח להולכה, ומשמע דאילו אמר גרשתי היה מהימן אליבא דכו"ע, אפי' למ"ד בב"ב דלא מהימן, היינו מחמת שהיא מכחישתו, וכל עיקר הנאמנות אינו כ"א ע"י המיגו, ולהכי ס"ל דלא מהימן כיון דלדידיה הוי כמיגו במקום עדים כדאיתא שם, אבל הכא שגם האשה הודית לדבריו וא"צ לנאמנות המיגו ולכן מהימן אליבא דכו"ע, וכן איתא שם בתורי"ד דאם היה אומר גרשתי מהימן, ואי נימא דחשדינן אותו לקלקלה א"כ יקשה אכתי אמאי מהימן, דילמא בגט פסול גירשה והיא לא ידעה ניה, ואין ראיה מהודאתה, אע"כ מוכח מהכא שע"ז לא חשדינן אותו לקלקלה במזיד, ועיין ברא"ש בסוגיא דכל הגט, שציין באמת דסברת אין חשוד ידעינן מהך דינא דגרשתי האמור בגיטין (דף ס"ד) ולא ציין ההיא דב"ב, ומעתה י"ל שגם התוס' יסברו כתורי"ד, דהיכי דהאשה הודה לדבריו מהימן, ולכן ילפי שפיר הך דינא דר' ירמיה משם:

אכן כ"ז נוכל לומר רק בדעת התוס' שיסברו בהוא והיא מודים דנאמן לומר גרשתיה, וא"כ יהא מוכח מזה דאין חשוד לקלקלה, אבל מה נענה לדעת הרמב"ם והשו"ע, שהם פסקו להדיא שאפי' אם האשה הודית לדברי הבעל נמי אין נאמן לומר גרשתיה דחשדינן אותו לקלקלה במזיד, וז"ל הרמב"ם (פרק י"ב מגירושין) אמר הבעל גרשתי את אשתי אין נאמן כו', ואפי' הודית לו שגירשה אין נאמן שמא יתכוון לקלקלה בגט בטל לפיכך אומרים לו אם אמת הדבר הרי אתם קיימין גרש אותה עתה בפנינו, וכן הופסק באה"ע (סי' קנ"ב), אלא שבאה"ע אין מביא סוף דברי הרמב"ם לפיכך כו', והלא הכא פסק דחיישינן לקלקלה, וכן פסקו כר' ירמיה, ואיך נוכל להשוות שני הפסקים יחד, אמנם כשנדקדק בדברי הרמב"ם בשני המקומות נמצא את המבוקש, דבפ"ג מגירושין כשהביא הדין דר' ירמיה, הביא באופן דליכא התם הבעל והאשה, אלא השליח המביא תובע להחזיר הגט, דז"ל שם, המביא. גט ואבד הימנו מצאו כו' ואם לזמן מרובה פסול כו' ואם העדים אומרים לא חתמנו מחזירין ע"כ, ולכאורה קשה נהי דהדין אמת שאפי' בכה"ג שהבעל והאשה אינם כאן, רק השליח הוא הטוען, מחזירין הגט אם העדים אומרים דלא חתמו יותר, דלא נוכל לחשוש שמא הוא גט אחר ולאדם אחר כתבו, דגם השליח אין חשוד לקלקלה במזיד, ואם באמת אינו שליח, לא יאמר שהוא שליח, מ"מ הרמב"ם שדרכו תמיד להביא הדין דש"ס, ובש"ס מבואר דין דר' ירמיה על אופן שהבעל והאשה הוי התובעים, דלפי קושית ר' זירא קאי תרוץ של ר' ירמיה על ברייתא דמצא גט אשה

בזמן שהבעל מודה, וכן לקושית רבה קאי על דיוקא דמתני' דאמר תנו נותנין, וא"כ גם הרמב"ם הו"ל להביא הדין באופן כזה, אם מצאו גט אשה והבעל מודה יחזיר לאשה אם העדים אומרים מעולם לא חתמנו כו'. ולמה שינה לכתוב הדין בשטוען השליח וכן להלן בפי"ב אין מובן מה שסיים, לפיכך אומרים לו אם אמת הדבר הרי אתם קיימין גרש אותה בפנינו, דכיון דחייש לקלקלה במזיד, א"כ אפי' אי אפשר לברר הדבר נמי אין נאמנים, אלא האמת יורה דרכו, דדעת הרמב"ם הוא דכיון שהם בפנינו ונוכל לצאת כל החששות ע"י שיגרש עתה בפנינו, באופן זה חיישינן שמא קלקלה ואומרים לצאת ידי חשש הזה ולגרש עתה בפנינו, אבל אם הבעל והאשה אינם בפנינו, שאי אפשר לתקן, לא פסלינן הגט וסמכינן שפיר על טעם דאינו חשוד לקלקלה, דמה שאנו חוששין לקלקלה, היינו דוקא במקום ששניהם לפנינו שאפשר בקל לצאת ידי חשש הזה, ולכן לא שייך דינא דר' ירמיה במקום ששניהם לפנינו ורק במקום שהשליח הוא התובע, ואם לא נחזיר לו הגט, יתבטל כל מעשה הגט באופן זה דוקא סמכינן על הסברא דאינו חשוד לקלקלה ולפי"ז מיושב הכל, שבמכוון הוסיף הרמב"ם לפיכך כו' להורות שדוקא. באופן הזה אין נאמנים. אלא שאכתי צריך ליישב דעת המחבר באה"ע שלא הביא סוף דברי הרמב"ם, וסתמא פסק דאפי' אם האשה הודית לדבריו אינם נאמנים, משמע דסובר דבכל אופן אינם נאמנים אפי' היכי שא"א לתקן, וא"נ יוחזר הקושי' איך פסק להא דר' ירמיה, ואפשר לומר דכיון שהעדים אומרים שלא חתמו על גט אחר, א"כ אין חשש אחר בזה כ"א שמא לא זהו המגרש ואם הינו רואים מקודם ביד הבעל גט, אז לא היה אצלינו שום חשש, כיון דהבעל הזה שידוע בשם הזה כתב גט, ועל גט אחר לא חתמו, בע"כ שהגט שלו הוא, ולהכי באם אין כאן שליח שפיר חיישינן משום החשש דילמא לא זהו המגרש, אבל אם יש כאן שליח האומר שהבעל עשאו שליח ומסר גט לידו וא"כ ליכא שוב למיחש למידי, ואע"ג דלהכיר הגט אין נאמן השליח מטעם דהוא נוגע או שאין רוצה שהבעל ישא תרעומות עליו או להפסיד שכרו וכמבואר בב"ש סי' קל"ב, היינו דוקא להכיר הגט, דשם הוא החשש שמא אין זה הגט שנמסר ולכן אפשר לומר דמשקר מטעמים הנ"ל, אבל הכא דאי רק ידעינן שהבעל הזה כתב גט, אין חשש שמא אין זה של כיון דעדים לא חתמו אלא על גט אחד, וא"כ אם גם השליח מתירא ממנו שלא ישא תרעומות עליו מ"מ עכ"פ ידעינן שהוא הוא הבעלים שלו, דאל"כ לא היה חושש לתרעומות שלו, ואת זה אנו מבקשים, דכיון שהבעל מסר גט לידו אין שוב שום חשש בזה, ודו"ק:

דף יט.

רש"י ד"ה אירכס ליה גיטא, שהיה שליח להביא ואירכס ליה ע"כ, נ"ב דבירושלמי דגיטין פ"ג איתא מעשה הזה בזה"ל, רבב"ח אייתו גיטא ואבד, הרי להדיא דלא גט של עצמו היה, רק שליח שהביא היה, אלא די"ל מאי הוצרך רש"י לאשמעינן בזה ומאי נ"מ הוא, אם שליח, או גט שלו היה, ולכן נ"ל דרש"י סובר דבעל שאומר שיכיר הגט בטב"ע מהימן במיגו דבידו לגרשה, וכמו דבשליח אם מצאו השליח בעצמו דאית ליה מיגו דאי בעי לא היה מודה שאבד, כתבו התוס' בגיטין (דף כ"ח) ד"ה מצא, וברא"ש ור"ן שם, דמהימן מטעם מיגו, כן נמי גבי בעל דאית ליה מיגו מהימן וכ"ה להדיא בתורי"ד בגיטין (כ"ז ע"ב) דבעל שאומר שיכיר בטב"ע הגט דמהימן, ולכן אם הגט היה של רבב"ח מעצמו מ"ש דאמר שדוקא לצורבא מרבנן, אפי' לאיניש דעלמא נמי ניהדר כיון דאית ליה מיגו, ולהכי פרש"י שהיה שליח, שאין לו מיגו הכא במצאו אחר, ולהכי קאמרי שדוקא לצורבא מרבנן הא לשליח בעלמא לא, וז"ב, ולפי"ז יצא לנו שיטת רש"י דהבעל מהימן להכיר הגט בטב"ע:

והנה שיטת התוס' משמע לכאורה דלא כוותיה, דבתוד"ה מעולם הקשו דאמאי מהימן לומר ששלו היה הא אם לא אמרו העדים אינו מהימן הבעל להכיר בטב"ע ששלו היה א"כ גם כאן לא מהימן ע"ש, והרי להדיא בדבריהם דהבעל אינו נאמן בטב"ע ודלא כרש"י, וכן הופסק בשו"ע אה"ע (סי' קל"ב) דלא מהימן בטב"ע כ"א מי שמצא אותו דוקא, ומנאמנות הבעל לא הזכירו, משמע ג"כ שגם הבעל לא מהימן בטב"ע, ואפשר לומר בסברת התוס' דלהכי לא מהימן אע"ג דאית ליה מיגו, די"ל דתוס' לשיטתייהו שפירשו דיוכל להיות שאומר בדדמי, מחמת שחושב שמסתמא לא אבד אחר גט, ולכן אעפ"י שאינו מכיר אומר שמכיר, עיין בתוד"ה מעולם, וכיון שאומר בדדמי ואין חושב לשקר בכה"ג לא שייך מיגו אחרי שסבור הוא לומר אמת, וכמ"ש התוס' ביבמות פ' האשה שלום, ובשבועות מ"ה, ורש"י לא יפרש כסברת התוס' דאומר בדדמי ולכן מהימן במיגו, כן נראה לכאורה, ולפי"ז יהיה בזה מחלוקת רש"י ותוס' אם הבעל מהימן בטב"ע. אכן באמת א"א לומר כן, ואין כאן שום מחלוקת, וגם התוס' יודו לזה דמהימן במיגו, וראיה מוכרחת דבגיטין דף כ"ז קתני במתני' אם מכירו כשר, ובתוס' שם הקשו דהא דוקא לצורבא מרבנן מהדרינן ותי' דמיירי שהשליח בעצמו מצאו דאית ליה מיגו ולהכי מהימן, הרי דבמיגו מהימן אף על טב"ע אע"ג דאומר בדדמי, ובטעם הדבר י"ל דסברתם שתרצו ביבמות ובשבועות תועיל גם כאן, דבשבועות שם תוד"ה מתוך, הקשו על סברא זאת מהא דאמר שם בגמ' ל"ש אלא ששכרו בעדים אבל שכרו שלא בעדים מתוך שיכול

לומר לא שכרתיך יכול לומר נתתי לך שכרך, והא הכא סבור לומר אמת דטרוד בפועליו הוא ואין חושב לשקר ואפ"ה אמרינן מיגו ותי' דאפ"ה משקר קצת דמשום טרדת פועליו היה צריך לומר, שמא, וכשטוען ברי בזה משקר קצת ושפיר שייך מיגו, וסברא זאת שייך גם כאן, דאף שהבעל אין יודע שיש יוסף ב"ש אחר, או שאבד גם הוא גט, לא היה לו לטעון אלא שמא זה הגט שלו, ומנ"ל לטעון ברי בזה, וע"כ משקר קצת ושפיר שייך מיגו, ועכ"פ בזה דעת התוס' ברור מללו דמהימן השליח לומר שמכיר הגט בטב"ע ע"י מיגו, ולפי"ז ודאי שגם הבעל מהימן, ואפילו היכי שמצאו אחר, דהא בעל אית ליה מיגו בכל אופן ומ"ש בעל משליח, וזהו שכתבו התוס' ד"ה מעולם, דאם לא היו העדים אומרים כלל לא מהימן הבעל לומר שמכיר הגט בטב"ע, לבד דמעיקר הדין אין מוכרח, שנוכל לומר דאה"נ שאם היה מכיר הגט בטב"ע היה ודאי מהימן, והא דמצריך שהעדים יאמרו מעולם לא חתמנו אלא על גט אחד, משום דמיירי שהבעל לא מכיר הגט ואומר בפירוש שאינו מכיר, ומי דחק לתוס' לפרש שאפי' היכי שמכיר הגט ג"כ לא מהימן, וראיתי שהמהרש"א נתקשה בזה, ועיין במפרשים מה שדברו בזה, ואכן אפי' אי נימא כסברת התוס' דהברייתא מיירי כשהבעל מכיר הגט ואפ"ה לא מהימן, ג"כ אין ראיה מכאן דבמיגו לא מהימן, די"ל שאני הכא דהא ר' ירמיה קאי לפרש ברייתא דבזמן שהבעל מודה, ובתוס' יפרשו דלשון זה משמע שאומר שכבר גירשה, וכיון שאומר שכבר גירשה ע"ז אין לו מיגו דעל למפרע אין לו מיגו, וכיון שאין לו מיגו משו"ה לא מהימן, אבל אם הבעל רוצה לגרשה עכשיו בגט הנמצא ואומר שיכיר אותו בטב"ע, ודאי מהימן משום מיגו דבידו לגרשה עכשיו, כנ"ל נכון להשוות דעות שני דבורי התוס', דבגיטין כתבו דלא מהימן בטב"ע אפי' במיגו, ושם בד"ה מצאו, כתבו גבי שליח להיפך. ואין להקשות דכיון דהיכי דלא אמרו העדים כלום אינו נאמן לומר שיכיר בטב"ע, כיון שאומר שגירשה למפרע וע"ז אין לו מיגו, א"כ תיהדר קושית התוס' דאפי' היכי דאומרים העדים שלא חתמו אלא על גט אחד אמאי מהימן לומר ששלו היא, די"ל כמ"ש לעיל, דע"י הטעם דאין חשוד לקלקלה נאמן גם בלא מיגו. ומפני שראיתי רבים מפרשים, שגם לסברא זאת עיקר הנאמנות הוא מטעם מיגו, ולהכי הקשו הא אין לו מיגו בזה, ולכן כתבתי שהדבר פשוט, דלסברא זאת א"צ לנאמנות המיגו, וג"ז אין לומר דלפי"ז למאי הוצרך הש"ס בב"ב לומר גבי בעל שאמר גרשתי דמהימן הואיל ובידו לגרשה, תיפוק ליה דאין חשוד לקלקלה ולמה לו טעם המיגו, ועמ"ש לעיל בזה. וי"ל עוד דהתם מיירי שאין בא עתה לגרשה פעם שנית, אלא שאומר שכבר גירשה, ולכן אי לאו המיגו דבידו לגרשה לא הוי לן להימניה, דהוא אין רוצה לקלקלה, אדרבה רוצה להיטיב עמה לפוטרה מן היבום,

או שאם תזנה מכאן ולהבא תפטור ממיתה, ודוקא לקלקלה אין חשוד, אבל הכא רוצה לתקנה, ולכן לא מהימן רק ע"י המיגו דבידו לגרשה, אבל הכא דבלא"ה מגרש אותה פעם שנית כמ"ש התוס', דהאי יחזיר, היינו בעדים ותתגרש עתה בחזרה זאת, והתיקון שיוכל להיות בזה, בלא"ה הוא, ואי נימא שהגט אינו שלו, לא בא בזה כ"א לקלקלה, וע"ז אינו חשוד. הדרן למ"ש לעיל דאין כאן שום מחלוקת, וכו"ע ס"ל דבעל מהימן באומרו שיכיר הגט בטב"ע במיגו, ולכן פרש"י דרבב"ח שליח היה, שדוקא בשליח משום מעלה דצורבא מרבנן מיהדרו ליה, אבל אי בעל היה אפי' לאיניש דעלמא נמי מהדרינן:

אכן כ"ז הוא רק לשיטת רש"י בגמ' דידן, דפירש במתני' דגיטין, דמצא בחפיסה אם מכירו, היינו או מכירו, דשליח המכיר הגט בטב"ע מהימן מטעם מיגו, אבל ברש"י שעל האלפסי שם פי' דמתני' חדא קתני, ודוקא היכי שמצאו בחפיסה ויש לו סימן בכלי, בזה מהדרינן כשיכיר הגט, אבל אם אין לו סימן בכלי לא מהני מה שמכיר הגט בטב"ע, וכ"ה נמי דעת הרמב"ם (בפ"ג מגירושין) וכולם מקשים על רש"י ורמב"ם אמאי לא מהימן במיגו, ועלה בדעתי לומר שרש"י ורמב"ם ס"ל, דעם הארץ לבד שאין לו נאמנות להאמינו אם מכיר בטב"ע, עוד נימא שבעצמו ג"כ לא ידע להכיר, שאין יודע עד כמה הוא השיעור לומר דבר ברור, דודאי יש טב"ע גמור ויש שהוא דומה ואין יודע ערך שיעור ההכרה אימת לומר דבר ברור, אבל ת"ח יודע אימת לומר דבר ברור, וכן משמע להדיא מלשון רש"י בד"ה ודוקא לצורבא מרבנן, שכתב, דידע בטביעות עינא ולא משקר, משמע דבעם הארץ תרי חסרונות יש לו, דלא ידע להכיר, וגם משקר, ולפי"ז א"ש מה שאין נאמן במיגו דכיון שאין חושב בזה לשקר, רק שאנן לא סמכינן על הכרתו, ואכן הוא סובר לומר אמת ובכה"ג לא שייך מיגו. כמ"ש ביבמות גבי החזיקה מלחמה בעולם, ואין לומר כמה שכתבתי לעיל בכוונת התוס', דמ"מ משקר קצת, דהיה צריך לטעון שמא, לבד שלשיטת רש"י אין מוכרח כלל סברא זאת, דעיקר החלוק בזה, הכריחו התוס' משבועות, דאמאי מהימן במיגו כיון שאומר בדדמי דהא טרוד בפועליו, ולשיטת רש"י שם בשבועות, בלא"ה לא קשה משכיר, דהתם עיקר המיגו הוא לפוטרו משבועה, ולא מהימן טפי ע"י המיגו, דהא אפי' יש עדים ששכרו דאין לו מיגו ג"כ פטור מלשלם, אלא שחכמים תקנו לו שישבע משום כדי חייו דשכיר, וכשאין עדים דאית ליה מיגו פטור גם משבועה וכמ"ש התו"ח בשבועות בכוונת רש"י, דלהכי הוסיף שם לכתוב ברש"י ד"ה יכול לומר נתתי שכרך ונאמן בלא שבועה, דנתכוון לתרץ בזה קושית התוס' ע"ש, וא"כ כיון דמהך דשכיר לא קשה, שוב אין שום מקור לחלק ולומר דבכה"ג שייך לומר מיגו אפי' בדדמי, אלא דאפי' נימא דרש"י יסבור נמי כסברת התוס', לא נוכל נמי

לתרץ כן, דבשלמא לשיטת התוס', דאמרינן שגם עם הארץ יודע להכיר בטב"ע, ורק עיקר החשש הוא, דכיון שסבור שאין יוסף ב"ש אחר, ולכן אף שאינו מכיר אומר שיכיר מפני דחושב שמסתמא הגט הוא שלו, שייך שפיר לומר דעכ"פ היה צריך לטעון שמא, דכיון שבאמת אין מכיר הגט, ורק מפני דסבור שאין אדם אחר ששמו כשמו, מטעם זה לא יוכל עוד להחליט בברור, והיה צריך לטעון שמא, והשתא שטוען ברי משקר קצת, ויש לו מיגו, אבל למ"ש בכוונת רש"י, דע"ה אין יודע להכיר, ואף כשהוא יודע ויחשוב בעצמו שהכרתו אמת, אנן לא נסמוך אהכרתו, משום דאמרי' דהכרתו אינה הכרה, א"כ איך שייך לומר שהיה צריך לטעון שמא, הא הוא סבור שיכיר הגט והגט הוא ודאי שלו, וכיון שהוא סבור לומר אמת לא שייך כאן מיגו כנ"ל, כן היה נראה לתרץ שיטת רש"י ורמב"ם, ולא יקשה נמי הוכחת התוס' שהוכיחו דע"ה נמי קים ליה בטב"ע, מההיא דקדושין דאמרי' התם שידבר עם הארץ בהדי', וגם לענין עדות סמכי' אטב"ע דאילו אמרי תרי סהדי שיכירו ההורג בטב"ע מהימני וכמו שהאריכו בזה התוס' והרא"ש ועיין היטב מ"ש הר"ן בגיטין, די"ל דהיכי דרמיא אנפשי' מתחלה ונותן בו עיניו להכיר, ודאי שיוכל להכיר, משא"כ אם בעת שראה החפץ לא רמיא עליו מאומה וראה אותו רק דרך העברה בעלמא לא מהימן אח"כ לומר שזהו החפץ שראהו מכבר משום דלא קים ליה בשיעור אימת לומר דבר ברור, ועוד הא בלא"ה כתבו המפרשים לחלק בין טב"ע דאדם לטב"ע דחפץ ועיין בס' תפ"י, והשתא לפי"ז ממילא שגם בעל לא מהימן לומר שיכיר בטב"ע אע"ג דאית ליה מיגו כיון שסבור לומר אמת ומה יועיל המיגו:

ולפי"ז יהיה בדין זה מחלוקת הרמב"ם ורש"י שעל האלפסי, עם תוס', דלשיטת תוס' דכל אדם קים ליה בטב"ע וידע להכיר רק שאין נאמן ולכן היכי דאית ליה מיגו מהימן, משא"כ לשיטת הרמב"ם ורש"י דע"ה לא קים לו להכיר, אין כאן מיגו כלל כיון שסבור לומר אמת ואין נאמן וכמ"ש רש"י להדיא, דשליח לא מהימן. ואמנם באשר לפי"ז יהיה אפושי פלוגתא בין הרמב"ם עם התוס' ורא"ש ור"ן, חדא, דהם יפרשו דע"ה קים ליה בטב"ע רק שאין נאמן, והרמב"ם יסבור דלא קים לו כלל, שנית, דלתוס' ודעימי' יהא נאמן במיגו, ולרמב"ם לא מהימן, ולכן אפשר להשוות כל הדעות דלדינא לא פליגי כלל, וגם הרמב"ם יסבור דכל אדם ידע להכיר בטב"ע, ולכן אם היה לשליח מיגו הוי מהימן, ומה שכתב דדוקא היכי שמצאו בכלי וגם מכיר הגט כשר, הא היכי דמכיר הגט לחוד לא מהימן, היינו משום דיפרש המתני' דגיטין דקתני אם מצאו, היינו שאחר מצאו ולא השליח וכמ"ש בתוס' שם, דהכי פירושו דמתניתין וא"כ אין לו מיגו ע"ש דכן מפרשי התוס' לחד לישנא, הא אם מצאו השליח בעצמו, אה"נ, דמהימן במינו, וגם

הבעל כשיכיר הגט מהימן, ולפי"ז אפשר לומר דלדינא לא פליגי רק בפירוש המשנה, התוס' יפרשו דמצאו דנקיט, היינו שמצאו בעצמו דאית ליה מיגו, ולהכי פי' דתרתי קתני, ואם מכירו בטב"ע לחוד כשר בלא סימן הכלי, ואכן הרמב"ם יפרש דמצאו דקתני, היינו שאדם אחר מצאו ולהכי מוכרח לפרש דחדא קתני ודוקא בסימן הכלי כשר, אבל בטב"ע לחוד לא, כיון דאין לו מיגו לא מהימן, ולשון הרמב"ם דאם מצאו, הוי פירושו נמי שאחר מצאו כפי' המתניתין דדרכו להביא דין השנוי במשנה, אלא דאכתי צ"ע דאמאי לא הזכיר הרמב"ם הדין במצאו השליח ג"כ, ואשמועי' דמהימן במיגו:

רש"י ד"ה הא אמר תנו נותנין, אמתניתין פריך דתלי טעמא בשאני אומר נמלך עליהן שלא ליתנן ע"כ, רצה בזה לאפוקי מאית דמפרשי, דקושית הש"ס הא אמר תנו נותנין היינו דוקא לאוקימתא דאביי דמפרש דמתנה דמתני' היינו במתנת בריא שהוא כמתנת שכ"מ, כגון שאומר מהיום ולאחר מיתה וכפי' התוס' לקמן בע"ב דהיינו מהיום אם לא אחזור בי קודם מותי, וכיון דמתנת בריא נמי מיירי בכה"ג שיוכל לחזור ממתנתו להכי דייק דאמר תנו נותנין, אבל בלא אוקימתא דאביי וכדס"ד דמתנה דמתני' מיירי במתנת בריא ממש, לא שייך למידק כלל הא אמר תנו נותנין, דודאי איכא למיחש לקנוניא כדמסיק ר' אבא בר ממל, ועיקר הדיוק הוא רק אפירוש דאביי קא סמיך, עיין בראשונים שפירשו כן, וכ"נ גם מהרא"ש, אכן כ"ז הוא רק לשיטת התוס' דיפרשו, דמ"ש מהיום ולאחר מיתה, היינו שהיה בזה תנאי מפורש שיוכל לחזור עד לאחר מיתה, אכן לשי' רש"י דמהיום ולאחר מיתה דקאמר אביי, היינו הגוף מהיום ופירות לאחר מיתה, א"כ לא יתכן לומר דקושיא דהא אמר תנו נותנין נמשך לפירושא דאביי דוקא, דהא אפי' לאוקימתא דאביי, לענין חזרה, הוי כמתנת בריא ממש, ולהכי פרש"י דאמתני' קאי, כלומר דדיוק הש"ס הא אמר תנו לא קאי דוקא לפירושא דאביי כ"א אמתני', ואפי' בלא אוקימתא דאביי נמי, רק מלשון דמתני' דקתני נמלך שלא ליתנן ומשמע הא אמר תנו נותנין. ועוד נראה שאפי' לשי' התוס' נמי א"א לומר דקושית הש"ס הוא רק לפירושא דאביי, דהא לשיטת אביי דס"ל עדיו בחתומיו זכין לו, א"כ אפי' במתנת בריא ממש נמי יש לומר שפיר דאם אמר תנו נותנין, דכיון דמטא בידו לבסוף זכה למפרע, אלא דמאן דמפרש דקושית הש"ס הוא אפירושא דאביי קא סמיך יתרצו דאביי נמי מודה, דהיכי שמכרה לאחר קודם שמסר השטר לזה נתבטל זכוי החתימה לגמרי וכמ"ש הרי"ף להדיא, אכן בשיטת התוס' א"א לפרש כן, דהא בסמוך בד"ה ברייתא בברי כתבו דהיינו דלא כאביי, דלאביי דאמר עבחז"ל כו' הרי מפורש שסוברים דלאביי אפי' בכה"ג שנתנה לאחר קודם דמטא לידיה דקמא אפ"ה זכה למפרע מטעם עבחז"ל, וא"כ אין נ"מ בין

מתנת בריא ממש, למתנת בריא שהיא כשכ"מ, דאפי' בבריא ממש נמי אם אמר תנו נותנין לאביי, אלא ודאי דהתוס' נמי יפרשו דקושית הש"ס הוא אמתני' לחוד, וכן מוכח נמי ממ"ש התוס' ד"ה והא אידי ואידי וא"ת ולפרוך והא אידי ואידי מתנות ע"ש, ואי נימא דהתוס' יפרש דקושית הש"ס הוא רק לאוקימתא דאביי, דמתנות דמתני' הוא כמו מתנות שכ"מ, א"כ לא יוכל כלל לפרוך והא אידי ואידי מתנות, כיון דמתנות דמתניתין דין דייתקאות יש להן, אע"כ דהתוס' נמי מפרשי שגם עיקר הברייתא לא בא לפרש דין מתנה האמור במשנה, והברייתא דקאמרה איזהו מתנה, לא לפרושי מתנה האמור במשנה, אלא מילתא באנפי נפשה היא וכמ"ש מוהר"י מיג"ש בש"מ, ולעולם מתנה האמור במשנה הוא מתנת בריא ממש אפי' לאוקימתא דאביי ודו"ק:

דף יט:

בגמ' הא בבריא והא בש"מ, ובפנ"י הקשה דלפי הסברא דר"א בר ממל, דאע"ג דקתני נמי דייתיקי ואפ"ה מצי לאוקמי במתנת בריא א"כ לוקי אידי ואידי במתנת בריא והא דקתני במתניתין הא אמר תנו נותנין היינו במתנת בריא שיש בה קנין שזכה למפרע מיום הקנין, ובברייתא איירי בשטר דלאו הקנאה, ותי' דא"כ כי אינו מודה נמי אמאי לא יחזיר, כיון שקנה למפרע אפי' אם לא נתנה לידו ולא שייך כלל חששא דנמלך ע"ש. אלא דלפי"ז יקשה דלשיטת הר"ח והרי"ף דבעינן גם בשטר הקנאה מטא לידו, א"כ יוחזר קושית הפנ"י, דלוקי מתני' בשטר הקנאה ולהכי כי מודה ואומר ליתנו הוי כמטא לידו, ובאין מודה לא יחזיר כיון דחיישינן לשמא נמלך ולא מסר לידו, ולכן היה נראה מזה ראיה למה שכתבתי לעיל (דף י"ג ע"ב) בטעם הדבר דמצרכי מטא לידו, לא כהבנת המפרשים משום דקנין לחוד לא יועיל כ"א להתחלת השעבוד, וגמרו יהיה במסירת השטר, אלא דקנין לחוד נמי מועיל, אם אך היינו יודעים שהקנה לו אפי' אדעת שלא ילוהו, ורק להכי לא מועיל הקנין, משום דמן הסברא עלינו לומר שלא הקנה לו כ"א אדעת שילוהו, ולכן בכל שטר הקנאה עלינו למיחש שמא לא לוה כלל, ולהכי בעינן דמטא לידו, וכיון שכבר מסר לו השטר אמרינן שודאי הלוהו כבר ע"ש היטב, ולפי"ז לא יוצרך התנאי דמטא לידו כ"א בשטר הלואה דשייך בו החשש, שמא לא לוה כלל, אבל במתנה לא שייך זה, ולא יוצרך לתנאי דמטא לידו, וא"כ הכא דמיירי במתנה שגם לשיטת הרי"ף לא בעינן מטא לידו, ושפיר קאי התי' של הפנ"י, דליכא למימר מתני' בשטר הקנאה, דא"כ כי אין מודה אמאי לא יחזיר. כן היה אפשר לומר, אלא שכבר הערותי לעיל, דהא ראית הרי"ף הוא מברייתא דקתני מצא דייתקאות ומתנות דלא יחזיר ואע"ג דמסתמא מיירי

גם בשטרי הקנאות, הרי דס"ל שאפי' במתנה בעינן דמטא לידו. ובעיקר קושית הפנ"י נ"ל בפשוטו, דהרי"ף סובר כיון דסתמא קתני מיירי בכל אופני מתנה, הן שיש בהם קנין, או לא, וכמ"ש להדיא בלשון הרי"ף הנ"ל, ולכן ס"ל לדוחק לאוקמי דמתנה דמתני' מיירי דוקא בשטר הקנאה, ובזה ניחא נמי מ"ש המפרשים דלוקי אידי ואידי בש"מ, והא דקתני יחזיר היינו במתנת שכ"מ בכולה, והא דקתני לא יחזיר במתנת שכ"מ במקצת דקי"ל שא"י לחזור, והיינו משום דאין סברא לחלק באופני המתנה כיון דסתמא נקיט מיירי בכל האופנים:

בגמ' אי במתנת שכ"מ יהבה ניהליה לית ליה פסידא דבתרייתא זכי דקא הדר ביה מקמייתא, ובפנ"י הקשה דאדרבה כיון שאומר עכשיו ליתן לראשון הרי חזר בו מהמתנת שכ"מ שנתן לשני וחוזר ונותן לראשון ואמאי בתרייתא זכי, ובמחכ"ת נעלם מאתו פי' הראשונים, הריטב"א ורמב"ן שפי' באמת, דהאי בתרייתא זכי היינו בתרייתא בנתינה, שהוא הראשון, והא דקאמר לית ליה פסידא, באמת אית ליה פסידה דמפקינן מיניה ונותנין לראשון, אלא פירושו דלא עבדינן ליה פסידא שלא כדין דמאי דמפסיד כדין הוא, ופי' הש"ס יהיה כן, אי במתנת בריא יהבה ניהליה פי' לאותו שני לית ליה פסידא דכי נפקי תרתי בתרייתא זכי, פי' בתרייתא בזמן הכתיבה דהיינו מתנתו של שני, ואי במתנת שכ"מ יהבה לאותו שני לית ליה פסידא, פי' לא עבדינן ליה פסידא שלא כדין, דבתרייתא זכי היינו הראשון שנעשה אחרון בנתינה ואיהו זכי:

בגמ' הא בי' והא בבריה, הר"ן ז"ל הקשה היכי חיישינן בברי' ואמאי לא יחזיר אפי' בבריה, דאי שטרי הקנאה נינהו משעת הקנאה זכה מקבל מתנה ואע"ג דלא מטא לידו, ואי בשטרי דלאו הקנאה הא ודאי לית ליה לסהדי למיכתב לנותן אא"כ מקבל מתנה עמו ומסר לידו דבלא"ה איכא למיחש לשמא כתב ליתן בניסן כו'. והנה המהר"ש תמה על הר"ן דראה תחלת וסוף הסוגיא ולא ראה באמצע, דהא מתני' דשט"ח מוקי לה מכח קושיא זאת, דחיישינן דאיקרי וכתב ע"ש, ואני אומר דהר"ן ראה כל הסוגיא, ורק הוא לא ראה כל דברי הר"ן ולא ראה כ"א העתקת הנמוק"י בשם הר"ן, ואילו ראה כל הר"ן לא היה מקשה כלום, דלא נעלם מהר"ן הסוגיא דלעיל דמוקי דחיישינן לאיקרי וכתב, אלא שהר"ן כתב דלמסקנא דסוגיין דלעיל משמע דלא חיישינן לאיקרי וכתב, דכיון דמשום חששא דפרעון וקנוניא מוקמינן לה לית לן למימר ההוא טעמא כלל, דהא בע"כ לאו טעם גמור הוא אפי' לס"ד דהא אביי נמי משום דלא ניחא לו בהאי טעמא נאדי מאוקימתא דרב אסי, ולפי המסקנא דמוקמי' משום פרעון וקנוניא לית ליה כלל האי טעמא, ע"ש:

בגמ' וליחוש דילמא כתב ליתן בניסן כו' ואזלא זבנה לכתובתה כו', וקשה דאכתי מאי ירוויחו הלקוחות במה שלא יחזירו השובר לבעל דאפי' אם יהיה השובר מונח לא יוציאו מן הבעל מספיקא דהבעל מוחזק בכתובה, ואין לומר דבכתובה כיון דמעב"ד הוא וגם נקיטה כתובה נחשבת האשה וכן הלוקח ממנה למוחזקים וכמש"כ בתשובת רבינו מרדכי דמשו"ה אזלינן בתר רובא בכתובה משום דאלים מעב"ד וכמוחזקת היא, דהא אפי' לדבריו, היינו בע"כ שהאשה אינה נקראת מוציא, אבל לשוויה ככבר גבוי וכמוחזקת ממש זה ודאי לא אמרינן, דהא עיקר פלוגתא דב"ש וב"ה אי כגבוי אי לאו בכתובה הוא דפליגו במס' סוטה וקיי"ל כב"ה דלאו כגבוי, ועוד דהא התוס' בכתובות (דף ט') דסוברים דכתובה יכולה להוציא ע"י ס"ס, וכן המרדכי דס"ל גם רובא מהני בכתובה, הרי דוקא בס"ס ורובא ס"ל דמהני, אבל לא אישתמיט שום אחד לומר דבספק אחד מוציאה הכתובה, ואי נימא דכמוחזקת ממש היא והבעל נקרא המוציא, גם בספק אחד היה לה לזכות בכתובה כיון שהבעל הוא המוציא וכלום יכול הבעל להוציא מידה בספק, אלא ודאי ששניהם אינם נקראים מוציאים, הבעל משום דמוחזק בעצם הממון, והאשה משום דאלים מעב"ד, ולהכי דוקא בס"ס ורובא מוציאה, וא"כ יוחזר קושיתי דמה ירוויח הלוקח אם יהיה השובר מונח, דהא ע"י ספק לא יוכל להוציא מיד הבעל

והיה נ"ל מזה ראיה לשיטת הרמב"ם (בפי"ב מאישות) דאשה שכתבה לבעלה התקבלתי כתובתי לא מהני, וכבר נתקשו בזה מאין הוציא זה הרמב"ם ועיין בב"ש (אה"ע סי' ס"ו) שכתב דהרמב"ם ס"ל כר"מ בכתובות (דף נ"ז) דלא מהני מחילה אפי' בכותבת, אכן א"א לומר שזהו מקור הרמב"ם, דדוקא לס"ד דסוגיא שם היה משמע כן, אבל למסקנא אפי' לר"מ יכולה למחול ע"י כתיבה, עיין בתוס' כתובות דף נ"א ד"ה מני ובבאורי הגר"א לאה"ע סי' ס"ו, אכן מכאן היה נראה ראיה לשיטת הרמב"ם, דלשיטת הרמב"ם דסובר דכותבת התקבלתי לא מהני, אם אך לא קיבלה הפרעון ממש, א"ש הסוגיא, דודאי יש נ"מ טובא בחזרת השובר ליד הבעל, דאם לא נחזירנו לבעל שפיר יגבה הלוקח מן הבעל, דהא איכא ס"ס, שמא לא נתנה כלל השובר עד תשרי, ואת"ל נתנה לו מזמן הכתיבה, שמא לא קיבלה הפרעון ורק כתבה לו השובר בדרך מחילה וזה לא מהני, אבל לשיטת הפוסקים דכתיבה התקבלתי מהני אפילו כשהוא ע"י מחילה וא"כ ליכא אלא חדא ספיקא, וסוף סוף לא יוכל הלוקח לגבות מיד הבעל, וא"כ יוחזר קושיתי דמאי ירוויח בזה שהשובר יהא מונח, אלא לאו כשיטת הרמב"ם. ואכן אפי' לאינך פוסקים יש ליישב ולומר, דהכא יכול שפיר הלוקח להוציא אפי' מספק כיון דחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו מסייע לו, ואם לא היה ספק בעצם השובר לא מהני החזקה, אבל עתה שיש ספק

אם מסרה לידו, מועיל החזקה לאלומי הס"ס ולאמת הדבר שודאי לא מסרה לו בניסן כיון דאין אדם פורע תו"ז ועדיף יותר מס"ס ושפיר יכול להוציא:

ברש"י ד"ה ומפיק כו' ויחזיק הבעל בקרקע המיוחדת לכתובה עכ"ל וקשה מה דייק רש"י דהחשש הוא על שיחזיק בקרקע המיוחדת ולא פירש כפשוטו שלא יוכל לגבות מן הבעל פירעון הכתובה, ונהי דעל רש"י י"ל דלשון הגמ' ואתא למיטרף לקוחות, משמע שהבעל רוצה להוציא מהם דבר המיוחד, דאילו על עכוב המעות, לא שייך אתא למיטרף והכי הול"ל ואתא לעכב הכתובה, אלא דעל הש"ס גופא טעמא בעי למה הוצרכו לזה, ונ"ל דהא ע"כ דמיירי דמכירת הכתובה היתה בעודה תחתיו, דלאחר גירושין לא חיישינן שמא מכרה ורוצית לעשות קנוניא, כיון דאין מרווחת בזה וכמ"ש בתוד"ה ש"מ, וכן פרש"י להדיא ואזלא וזבנה בעודה תחתיו, ולפי"ז יש לומר דלענין עצם הכתובה אין שום נ"מ, דהא נהי דנימא שהאמת כדבריהם דכבר פרע לה הכתובה בניסן, בודאי כתב לה כתובה אחריתי כיון שאסור להשהותה בלא כתובה, ובודאי לאו ברשיעו עסקינן שידור עמה בלא כתובה, וכיון שלדבריהם דהפירעון היה בניסן ואח"כ שהתה עמו, הרי ודאי כתב לה כתובה אחריתי, וכשמכרה הכתובה ללוקח בין ניסן לתשרי, הרי חל המכירה על כתובה השניה, כיון דבעת המכירה היה לה כתובה, והיא מוכרת ללוקח הכתובה לכשתתאלמן או תתגרש, הרי חל המכירה עכ"פ על כתובה השניה, וא"כ לפי"ז בעצם הכתובה אין נ"מ דסוף סוף על הבעל לשלם ללוקח, וגם הוא מודה בזה, ורק דעיקר הנ"מ הוא על קרקע המיוחד לכתובה, דבכתובה הראשונה היה קרקע זו מיוחד, וכשפרעה בניסן אע"ג דכתב לה כתובה אחריתי נפקע השעבוד מקרקע זה, והסכסוך ביניהם כעת בזה, דהבעל רוצה להחזיק בקרקע המיוחד לכתובה הראשונה, ואין לומר שבאמת לא כתב לה כתובה אחריתי, ורק פירש ממנה תיכף לאחר הפרעון, חדא דמלשון רש"י ועודה תחתיו משמע שהוא ידור עמה עדיין ויותר נראה כן מלשון רש"י על האלפס שכתב ושהתה עמו, משמע להדיא שנתכוון בזה לומר דאכתי לא פירש ממנה וישהה עמה כמקדם, ועוד דאם הבעל יפרוש ממנה, אין סברא שלוקח יקנה ממנה, דודאי יחקור הסיבה שפירשה מבעלה ויהי' הקול שכבר פרעה, ועפי"ז יש ליישב קושית הרא"ש בשמעתין דקאמר ש"מ איתא לדשמואל והיינו מטעם מיגו כיון דבידה למחול לא חיישי' לקנוניא, והקשה דמאי מיגו זה, הא יותר נוח לה להודות בפרעון הכתובה מלמחול, דאם תמחול תהא מחויבת להחזיר ללוקח כל שווי הכתובה מטעם דינא דגרמי, ואם תאמר שכבר נפרעה קודם המכירה וא"כ לא חל המכירה והיה בזה מקח טעות, וא"צ לשלם כ"א מה שקיבלה מלוקח שהוא דבר מועט, ולפמ"ש א"ש דסוף סוף אין כאן

מקח טעות, דהא כיון שבעת המכירה כבר היתה לו כתובה אחריתי וכשהוא מכרה לו בסתם כתובתה שיהיה לה אחר הגרושין, הרי ודאי חל המכירה על כתובה השניה, וא"כ סוף סוף עליה לשלם לבעל כל הכתובה, ורק עיקר החשש הוא רק ע"י שעבוד הקרקע המיוחד לכתובה הראשונה ושפיר יש לה מיגו, דשעבוד זה יכולה להפקיע ע"י מחילה, ואין לומר דכיון דאם מכרה הרי בע"כ שמסרה לו הכתובה הראשונה וכמ"ש לקמן דבלא מסירת שטר הכתובה לא קני וכיון שמסרה לו הכתובה הראשונה יש לומר דהמכירה היתה רק על כתובה הראשונה ולא על השניה, וכיון שהראשונה נפרעת הוי מקח טעות, דהא אפילו אם מסרה לו הכתובה הראשונה, הא בע"כ דהמכירה היתה סתם, שמוכרת לו כתובתה לכשתתגרש, ולא פירשה שהיינו כתובה הראשונה, דאם הלוקח היה יודע שהכתובה זו ראשונה היא וכבר נפרעה לא היה לוקחה, ובע"כ שהמכירה היתה בסתם וכיון שמכרה לו כתובתה בסתם והיא יש לה כתובה בעת מעשה ודאי שחל המכירה על השניה, ולא יוכל לעכב מה שלא מסרה לו הכתובה השניה, דהא עיקר הטעם דבעינן מסירה לידו הוא משום דיהא סמוך דעתו וכמבואר בראשונים, והכא סמיך דעתו כיון שהיא מסרה לו כתובה ולא ידע שזו כתובה אחריתי הרי סמיך דעתו, ודו"ק:

דף כ.

בגמ' ש"מ איתא לדשמואל, והנה הראשונים פירשו דהיינו מטעם מיגו, דמשו"ה לא חיישינן לקנוניא דאי בעי למיעבד קנוניא מה לה לשקר תמחול כתובתה לבעלה ומדלא מחלה ש"מ קושטא קאמרה דיהבה ליה לשובר מומן הכתוב בו, אכן מרש"י משמע דלאו מטעם מיגו אתינא עלה, אלא דכיון דקא מודה דפרוע הוא ושובר מעליא הוא, זו היא מחילתה וכמאן דאמרה מחול לך דמי, דז"ל רש"י ש"מ מדלא חיישינן להכי דא"נ הוה הכי שפיר זכה בעל בשובר שנכתב לשמה איתא לדשמואל כו' הלכך אם מכרה זו כתובתה באייר וחזרה ומחלתה לבעל בתשרי מחול ושפיר טריף בעל ע"כ, וכלשון הזה כתב גם הנמוק"י, ונראה דלהכי לא רצה לפרש דמטעם מיגו הוא, משום דהרא"ש הקשה דמאי מיגו הוא זה, שמא ניחא לה טפי בהחזרת השובר ממה שתמחול הכתובה לבעלה, דאי מחלה היתה צריכה לשלם ללקוחות כל מה שהכתובה שוה עכשיו כשהיא גרושה וכשמחזירין השובר אינה משלמת אלא דמים מועטין שקיבלה מהלוקח כי המכר לא היה מכר שכבר נתקבלה כתובתה, ותי' דמיירי שעדיין היא נשואה גם עתה א"כ אין שוה הכתובה גם עתה כ"א דבר מועט, ואין נ"מ בין מחילה להחזרת השובר, ואכן רש"י לא ניחא ליה תי' הרא"ש, דמלשון רש"י בד"ה ואזלה וזבנה, בעודה תחתיו, ואי גם עתה

נשואה היא פשיטא דבעת המכירה נשואה היתה, ומאי אשמעינן בזה, אלא ודאי דרש"י סובר דעתה היא כבר מגורשת, לזה אשמעינן דעכ"פ בעת המכירה נשואה היתה, ואפשר לומר דלשון הש"ס ואתי לטרוף לקוחות משמע שהגיע זמן הכתובה לגבות, וזה גרם לרש"י לפרש דכעת היא מגורשת וכמו שהרגיש הרא"ש עצמו בדיוק הזה, ועכ"פ כיון דרש"י סובר דעתה מגורשת היא והכתובה שוה הרבה, לא יוכל לפרש מטעם מיגו כיון דאין לה מיגו, לזה הוכרח לפרש דפרעון גופא הוי המחילה, ואכן למ"ש לעיל דשיטת רש"י הוא דעל עצם הכתובה אין חשש ורק על קרקע המיוחדת לא הוצרך לזה דשפיר יש לה מיגו, וכן אי נימא כשיטת הפוסקים דאפי' מאן דדאין דינא דגרמי אין חייבת לשלם אלא מה שקיבלה לא הוצרך לזה דג"כ יש לה מיגו, אלא משום דשיטת רש"י פ' הכותב דצריך לשלם כל הכתוב בשטר וכדעת הרמב"ם ולשיטתו אין כאן מיגו והוכרח לפרש דלאו מטעם מיגו הוא, וז"ב:

וחוץ לענינינו יישבתי בזה דברי הרמב"ם מקושית הש"ך דבחו"מ לסי' ס"ו סקצ"ז) הקשה דברי הרמב"ם אהדרי, דבפ"ה מאישות כתב בהיה לו חוב ביד אחרים וכו' במעמד שלשתן מקודשת, והמ"מ הוכיח מזה דס"ל לרמב"ם דבמעמ"ש א"י למחול דאל"כ אמאי מקודשת הא לא סמכא דעתא וכמ"ש כאן בתוד"ה ש"מ, ובפ"ו מהל' מכירה משמע דס"ל דמוכר שט"ח יכול למחול אפי' במעמד שלשתן. ונ"ל בפשוטו עפמ"ש התוס' (ב"ב קמ"ז ד"ה המוכר) הביא הר"י ראיה שאפי' למאן דדאין דינא דגרמי א"צ להחזיר אלא מעות שנתן הלוקח ולא כל שווי השטר מסוגיא דקדושין (דף מ"ז) התקדשי בשט"ח כו' ר"מ אומר מקודשת וחכ"א אינה מקודשת ומסקנא דפליגי בדשמואל ומ"ד אינה מקודשת אית ליה דשמואל דיכול למחול ולא סמכא דעתה שמא ימחול, ואי נימא שצריך להחזיר כל השטר למה לא סמכה דעתה ע"כ, וא"כ למאן דס"ל באמת דמשלם כל שווי השטר ודאי סמכא דעתה וצריכה להיות מקודשת, דנהי שיוכל למחול מ"מ כיון שסופו לשלם כל השווי הרי סמכא דעתה, ואין לדחות ולומר דאכתי לא סמכא דעתה שצריכה להיות תובעת ממנו ויהיה לה בשת וזילותא דדינא וכמו שדחה בתוס', די"ל דהסמיכות דעת שלה הוא לא על התשלומין, מה שישלם אח"כ, דאם היתה יודעת שודאי ימחול, אה"נ שלא היתה מתרצה אף שתוכל לתובעו, כי לא ניחא לה זילותא דבי דינא, אלא הסמיכות דעת הוא, דכיון שיוצרך אח"כ לשלם כל השווי א"כ ודאי שלא ימחול, דאם לא היה מחויב לשלם כל השווי יש לומר שיעשה קנוניא עם הלוה וימחול, אבל השתא שמחויב לשלם כל השווי מהיכי תיתי ימחול, ולא שייך בזה חשש קנוניא, ולזה צדקו דברי הרמב"ם, דלשיטתו (בפ"ז מחובל ומזיק) דס"ל כרש"י שצריך לשלם

בעד כל שווי השטר, ולכן בהל' מכירה כשדן אי יכול למחול, כותב שיכול למחול, דכן הוא הדין כשמואל, ואפ"ה פוסק דמקודשת כיון דצריך לשלם כל שווי הכתובה סמכא דעתה שבודאי לא ימחול ודו"ק. וא"ל לשיטה הזאת, דא"כ מאי קאמר שם בקדושין דפליגי בדשמואל, ולחכמים דס"ל כשמואל אינה מקודשת, הא צריכה למיסמך דעתה כיון שמחויב לשלם לה, די"ל דהיינו רבנן דפליגי אר"מ ולא ס"ל דינא דגרמי כלל, דרק ר"מ הוא דדאין דד"ג, ורבנן דפליגי עמו וס"ל דלא דיינינן וא"צ לשלם לה כלל, להכי ס"ל דאינה מקודשת מטעם דלא סמכא דעתה. אלא דאכתי יקשה דא"כ אמאי הוצרך בש"ס לומר דבדשמואל פליגי ור"מ ל"ל דשמואל והא יכול לומר שגם ר"מ ס"ל דשמואל ואפ"ה מקודשת לדידיה דדאין דד"ג, וי"ל שבאמת מצד דין זה דקדושין אה"נ שהו"מ למימר כן, ורק משום שאליבא דאמת ר"מ לית לי' דשמואל וכמ"ש התומים בסי' ס"ו, דר"מ לשיטתו לא יוכל לסבור כשמואל, והוא עפמ"ש הרמב"ם (בפ"ו ממכירה) והתוס' בקדושין שם דלהכי יכול למחול משום דמכירת שטרות הוא רק מדרבנן והטעם דאינו אלא מדרבנן כתבו התוס' (ב"ב דף ע"ו) משום דקיי"ל בע"ח מכאן ולהבא גובה והוי כמוכר דשלב"ל, וא"כ לר"מ דס"ל אדם מקנה דשלב"ל הוי גם מכירת שטרות דאורייתא וממילא אין יכול למחול ע"ש, ואם כי קשה לי על התומים ממ"ש בסוגיא דקדושין כו"ע אית להו דשמואל, שוב ראיתי בריטב"א שכתב דאוקימתא הזאת לאו דסמכא הוא לפי המסקנא וא"כ בלא"ה לא יקשה מאוקימתא הזאת:

ומדי דברי בזה אזכיר מה שראיתי בס' ת"מ לתרץ קושית הש"ך דאע"ג דס"ל לרמב"ם דמוכר שט"ח יכול למחול מ"מ בקדושין מקודשת לפי מה דס"ל לרמב"ם טעם דיכול למחול משום דמכירת שטרות מדרבנן ומשום דהוי דשלב"ל, וברמ"א חו"מ (סי' ר"ט) הביא בשם הגהות מרדכי, דאע"ג דאין מקנה דשלב"ל מ"מ אם הוא רוצה לקנות מקנה ג"כ ולכן שנים שהקנו זמ"ז על מתנה שיקבל אחד מהם שלכל מי שיתן יחלוק עם חבירו דקנה, וכתב הסמ"ע הטעם דאגב דרוצה לקנות מקנה ג"כ, וא"כ בקדושין דרוצה לקנות האשה ע"י הקדושין מקנה ג"כ והוי בזה מכירת שטרות דאורייתא ואין יכול למחול ע"ש, ולע"ד טעה בתרתי בגמ' וסברא, בסברא. דזה ש שמ"ש הרמ"א דהיכי דרוצה לקנות מקנה ג"כ, היינו כשהדבר שרוצה לקנות הוי נמי דשלב"ל, ואז אמרינן דכיון שרוצה שיחול הקנין על הדשלב"ל של חבירו מקנה לו ג"כ את הדשלב"ל שלו, וכעין פי' ר"ת גבי אסמכתא דלהכי משחק בקוביא לא הוי אסמכתא משום דאגב דבעי לקנות מקנה ג"כ והיינו כשהדבר שרוצה לקנות שזה הוא לאותו דבר שמקנה לו, דבזה אמרי' שאגב שרוצה לקנות מקנה, דאי לא מקנה לחבירו את הדשלב"ל שלו, לא יוכל לקנות את של

חבירו דהוי נמי מסוג כזה, אבל אם הדבר שרוצה לקנות מחבירו הוא דבר הבא לעולם שראוי לחול בו קנין לא שייך סברא זאת, דאלת"ה א"כ בכל סוגי חליפין, אם יחלוף דשלב"ל על איזה חפץ, נימא נמי שאגב דרוצה לקנות מקנה, וכן במכירה נמי נימא דאגב דרוצה לקנות המעות מקנה ג"כ, אלא ודאי דהיכי שאינם מסוג אחד לא אמרי' סברא זאת, וא"כ ממילא שגם בקדושין לא שייך לומר כן, שאגב שרוצה לקנות האשה שהיא בעולם מקנה לה הדשלב"ל, ואע"ג שראיתי בתשובת חת"ס (סי' קפ"ו) כתב לדבר פשוט דהיכי דמצד אחד הוי דשלב"ל ומצד השני הוי דבר הבא לעולם כ"ש דמהני, מ"מ לענ"ד נראה כמ"ש, וגם בלא זה טעה בדבר המפורש, דהא הרמב"ם עצמו לא ס"ל כלל כהגהת מרדכי, דאמרי' אגב דרוצה לקנות מקנה, והרמ"א עצמו ציין דלעיל סי' קע"ו יש חולקין בזה והוא שיטת הרמב"ם דס"ל גבי אומנין שנשתתפו דלא מהני הקנין משום דהוי דשלב"ל, אע"ג דהתם נמי הוי אגב דבעי, וא"כ איך יתרץ דעת הרמב"ם מטעם דרוצה לקנות כיון דלא ס"ל לדין זה כלל, ומ"ש הוא נכון בדעת הרמב"ם:

ובעיקר הדין אי יכול למחול במעמ"ש, נ"ל דתלוי בשני הטעמים על הא דיכול למחול, דלשיטת ר"ת משום דשיעבוד הגוף נשאר אצלו וממילא פקע שיעבוד הנכסים, וא"כ במעמ"ש שהלוה כאן ונתרצה הרי הוא נשתעבד מעתה להלוקח להכי אין יכול למחול, ולטעם השני משום דמכירת שטרות הוא מדרבנן, א"כ מעמ"ש דהוי נמי מדרבנן יכול למחול והרמב"ם דס"ל כטעם השני להכי ס"ל דיכול למחול, וראיתי בריטב"א דקדושין שכתב נמי דמעמ"ש שיעבוד דלוה הוא ואין יכול למחול:

ב מתניתין מצא בחפיסה או כו', וכתב הרא"ש ולא איתרע בנפילה זו כיון שע"י הסימן מתברר אי ממלוה אי מלוה נפל ע"כ. כוונתו דלא תיקשי הא לעיל במתני' גבי מצא שטרי חוב אמרינן דלא יחזיר משום דאיתרע בנפילה, א"כ מה מועיל הסימן, לכך קאמר דשאני התם דהספק הוא דילמא מן הלוה נפל, אבל הכא ע"י הסימן מתברר דממלוה נפל כן נראה כוונתו לכאורה, ולפי"ז משמע שהיכי דידעינן ודאי דממלוה נפל כגון שיש עדים שראו שממלוה נפל גובין בו, והנה בקצוה"ח סי' ס"ה הביא בזה סתירת דברי רש"י אהדדי, דלעיל (דף ז') גבי נפל ליד דיין לא יציאוהו עולמית ופרש"י לא לוה ולא מלוה עד שיבוא אליהו או עדים שראו מיד מי נפל ע"כ, הרי משמע להדיא דאם יש עדים שמיד המלוה נפל יחזירו למלוה, ואכן מלשון רש"י לעיל (דף י"ב) ד"ה הני ריעי וז"ל הואיל ונפל איתרע די"ל אם היה כשר היה נזהר בו, וכן שם דף י"ג ברש"י ד"ה מוקי מתניתין וחיישינן דילמא איקרי וכתוב ולכן הופקר להשליכו עכ"ל, מזה משמע דעיקר הריעותא מדלא נזהר לשומרו ש"מ חספא בעלמא הוא, ולזה אפי' ידוע שנפל מיד המלוה נמי

ראוי לפסול ע"ש, ולעד"נ דאין בזה שום סתירה, דע"כ לא קאמרי' הסברא דכיון דנפל איתרע, כ"א דווקא במקום שיש לנו לחשוש על עצם כשרות השטר, אם כשר או פסול הוא, וכגון חשש מוקדם או שמא נמלך שלא ללות כלל וכדומה, דבזה שייך שפיר לומר כיון דפסול הוא ואין בו שום צורך להכי הופקר להשליכו, ובכה"ג שייך לומר דהנפילה מוכיח שפסול הוא, אבל היכי דעצם השטר כשר היה רק שאנו חוששין לפרעון, בזה לא יוכל הנפילה להוכיח על הפרעון ולומר דהנפילה מוכיח שהושלך מדעת מחמת שנפרע, דאפי' אם באמת נפרע, ודאי שלא ישליכנו דצריך הוא לשומרו בכדי להחזירו ללוה, דהלוה ודאי שיתבע השטר מאתו דצריך הוא לו להראות שכבר מסולק הוא מחובו וכמ"ש הבעה"ת, ועיין לעיל דף י"ב דקאמר הש"ס סברא דנפל איתרע, רק לגבי החשש דשמא כתב ללות בניסן כו', וכן ברש"י שם, אם כשר הוא היה נזהר לשומרו, הרי דוקא על חשש פסול אמרי' דהנפילה מוכיח, אבל בחשש פרעון לא הוזכר זה, והא דמוקמינן לעיל מתני' דמצא שט"ח דלא יחזיר משום חשש פרעון וקנוניא, לאו משום דאיתרע בנפילה, והנפילה מוכיח שהושלך מדעת, אלא משום כיון דנפל השטר ואינו ביד המלוה והוי כמלוה על פה דלא נקיט שטרא בידו דמהימן לומר פרעתי, דהא טעמא דלא מהימן במלוה בשטר, היינו משום דמצי א"ל שטרך בידי מאי בעי והכא דליתא לשטרא בידו מהימן לומר פרעתי כמו במע"פ, ובחייב מודה נמי לא יחזיר משום כיון דבלא הודאתו הוי מהימן לומר פרעתי, השתא כשהודה נמי חיישינן לקנוניא, דכללא הוא כל היכי שבלא הודאתו לא מצי לגבות, גם ההודאה לא יועיל, ולפמ"ש יצא לנו לענין חקירתינו, כשראו עדים דממלוה נפל, דהיכי שאנו חוששין על כשרות השטר, דהתם הנפילה מורה לנו שחספא בעלמא הוא והושלך מדעת, ודאי שגם עדים לא מהני, דמה מועיל אם מיד המלוה נפל, כיון דאמרי' שחספא הוא, משא"כ היכי שזה יודעין אנו שהשטר כשר היה, ורק שחוששין לפרעון, שבזה יפעול הריעותא דנפילה לא על השלכה מדעת, כ"א רק מחמת שאין בידו של מלוה, ולהכי בדאתו עדים שראו שמיד מלוה נפל הוי כאילו נמצא השתא בידו של מלוה ולא מהימן לומר פרעתי ושפיר גובה בו, ובזה א"ש דבורי רש"י, דבד"ז דמיירי התם בשטר שנפל ליד דיין, והיינו דכתב בו הנפק, דבשטר כזה לא חיישינן לשום פסול, דב"ד לא היה מקיים, ורק החשש הוא שמא פרעו, כיון שאינו ביד המלוה, ולהכי בזה שפיר כתב רש"י דאי אתו סהדי שנפל מיד המלוה מחזירין לו, אבל בדי"ב דמיירי התם לענין חשש שמא כתב בניסן כו', דחשש מוקדם הוא, שבזה הנפילה מורה שפסול הוא והופקר להשליכו, ודאי שאפי' אתו סהדי נמי לא מהני:

אלא דלפי"ז יש להבין מ"ש הרא"ש, דלהכי לא אמרינן כאן דאיתרע בנפילה משום שע"י הסימן מתברר דממלוה נפל, והא כיון דלאו בשטר מקוים מיירי הכא ואיכא למיחש בו נמי חשש דפסול הגוף, וא"כ מה מועיל הסימן לברר דממלוה נפל, והא הסימן לא עדיף מעדים, ועדים נמי לא מהני בכה"ג, ואמנם יש לומר דהא הכא מיירי שמצאו בחפיסה או בתכריך וניכר שדרך נפילה נפלו וכשרים הם שהדבר מוכיח שהיה מכוון לשומרם, ולא שייך כאן כלל לומר דנפילה מרעי לשטר, וא"כ החשש דשמא פסול הוא לא חיישינן, דשמירת השטר מוכיח דכשר הוא, רק שאפ"ה הוצרך הרא"ש לטעם דע"י הסימן מתברר, היינו משום דנהי דנפילה דהכא לא מרעי השטר כ"כ להוכיח שפסול הוא, מ"מ סוף סוף כיון דנפל הרי ליתנהו ביד מלוה, וא"כ עלינו לחוש לפרעון, שמא מיד לוה נפל, ואין לומר שהלוה לא היה שומרו בחפיסה, דהא שפיר מוכרחים אנו לומר דהלוה נמי ישמרנו היטב עד שיראנו לעולם שפרעו כי היכי דאי איצטריך עוד ללות מאחרים דלא לחזקיה בגברא דמסיק בו זוזי וכסברת בעה"ת, דאלת"ה אלא דהלוה לא ישמרנו בחפיסה, א"כ אמאי איצטריך הכא כלל לסימן דחפיסה, שהמלוה יכוון הסימן, אפי' אם המלוה לא יוכל לכוון הסימן נמי נחזירנו לידו, דכיון דבחפיסה אשתכח ודאי דממלוה נפל, אע"כ שמזה אין ראיה שממלוה נפל, דגם הלוה ישמרנו בחפיסה, וא"כ אכתי יקשה, נהי דחשש פסול ליכא הכא, מ"מ לפרעון נחוש כיון דנפל וליכא ביד מלוה, לזה הוצרך הרא"ש לתי' שע"י הסימן מתברר דממלוה נפל, כיון דהוא מכוון הסימן והלוה אין מכוון, וכיון שמתברר דממלוה נפל הוי כאילו השתא ביד המלוה ולהכי לא חיישינן נמי לפרעון. ואם כי בכאן סתם הרא"ש דבריו, אכן עמדתי על כוונתו ולמדתי סתום מן המפורש בשמ"ק בשם הרא"ש וז"ל או אגודה של שטרות לא דמי למצא שט"ח לעיל דאמרי' משום דנפל איתרע דהתם חשיב ריעותא מה שהוא מוטל באשפה ומוכיח עליו שמחמת פסולו זרקו, אבל הכא שהם בחפיסה או בתכריך ניכר שדרך נפילה נפלו שם וכשרים הם שהדבר מוכיח שהיה מכוון לשומרם ועוד דהתם יש להסתפק אם מיד הלוה או מיד המלוה נפל אבל הכא למי שנתן סימן מחזיר כו' הרא"ש עכ"ל, הרי דהביא שני טעמים בשם הרא"ש ולמה הוצרך לזה, אע"כ כמ"ש דהנפילה עושה ריעותא על השטר בשני ענינים, אחד, על כשרות השטר, שמוכיח שמסתמא פסול היה ומשו"ה הוזרק לאשפה, שנית, שע"י הנפילה יש לחוש לפרעון, ולא משום דהנפילה מוכיח ע"ז, אלא משום שאינו ביד המלוה, ולהכי יוצרך שני הטעמים, וטעם האחד לא יספיק על ריעותא השנית, דלהסיר החשש האחד יוצרך הטעם דמשום דנמצא בחפיסה מוכח שמתכוון היה לשומרו עוד וכ"ש דלא הופקר להשליכו, ואכתי היה לנו למיחש לפרעון

כיון שאינו בידו דמלוה, ע"ז יבוא ברור הסימן שיגיד המלוה שזה יברר דמיד המלוה נפל והוי כאילו בידו הוא, ולא מהימן לומר פרעתי, והדברים נכונים:

ובזה ניישב מ"ש הש"ך בחו"מ (סי' ס"ה סק"כ), דאפי' בנותן המלוה סימן לא מצי לגבות ממשעבדי דחיישינן לקנוניא שהלוה הגיד לו הסימן ע"ש, ואם כי בעיקר דינו לא נהירא כוותיה, דהכא ליכא שום חשש דקנוניא וכמ"ש בשמ"ק כאן, דא"כ יתן הוא בעצמו הסימן וימסרנו לו בצנעא, או משום די"ל דדוקא היכי דלא ידעינן של מי הוא בלא הודאה אין לנו לנטית לעשות עפ"י הודאה כלל דחיישי' לקנוניא, אבל הכא דלא אזלינן בתר הודאה כ"א בתר סימנין ניחא ע"ש, אכן בנתיבות שם השיג עליו מטעם אחר, דאפי' היה בזה קנוניא ג"כ לא היה לנו למיחש הכא לזה, דע"כ לא חיישינן לפרעון ולקנוניא כ"א היכי דנפל ואיתרע והכא דלא איתרע כלל כיון שיש בו סימן לא חיישינן לקנוניא ע"ש, והבין דחשש דפרעון היינו דוקא היכי דאיתרע בנפילה, ואם כי כן כתב הרא"ש כאן והובא בחו"מ (סי' ס"ה סעי"ג). אכן לענ"ד נראה נכון דחשש פרעון לא תלי כלל באיתרע בנפילה כיון שגם הנפילה לא מוכיחה שכבר נפרע דנימא דמשום הכי הופקר וכמו שכתבתי, ודו"ק:

היוצא לדינא דבמקום שאנו חוששין אם השטר פסול דבזה הנפילה מוכיח דהשטר חספא הוא, בכה"ג אפי' באו עדים שמיד המלוה נפל, או המלוה נותן סימן לא מהני, אבל במקום שאין אנו חוששין לשטר פסול כגון במקומים, או שניכר שבדרך נפילה נפל ולא בדרך השלכה, בזה אם באו עדים דממלוה נפל גובין בו, ומה שהביא בקצוה"ח ראיה ממ"ש בחו"מ (סי' מ"א סע"ב) דאם הניח המלוה שטרו במקום שאינו משתמר ונמחק אין עושין לו קיום דכיון שהניחו במקום שראוי להמחק בודאי פרעיה, יש לדחות דהתם כיון דהניחו בידים במקום שראוי למחוק מוכח בע"כ שפרעו, אבל מהוכחת נפילה אין ראיה שפרעו, ועוד דלמחוק יוכל להניחו, דעיקר הצורך מה שיוצרך בשטר הפרוע, להחזירו ללוה והלוה יוצרך להראותו לאחרים, וגם כשהוא מחוק קצת יוכל להחזירו ללוה, לכן לא יחוש להניחו במקום שראוי להמחק, אבל להשליכו לגמרי באשפה זה לא יעשה אפי' לאחר פרעון כיון שעדיין יש לו צורך בשטר וכנ"ל. אלא דלפמ"ש יהיה תמיה עצומה עמ"ש הש"ך (סי' ס"ה סק"כ) עמ"ש המחבר שם דאם נותן המלוה סימן בגוף השטר כגון נקב יש בו לא מהני, וכתב הש"ך דסימן מובהק אחר בגוף השטר מהני, ותמוה מאוד דמאי מהני סימן מובהק אחר, כין שיש לחוש אם השטר פסול, והנפילה מוכיח שחספא בעלמא הוא ואפי' עדים לא מהני בכה"ג, ודוקא בסימן כרוכין וסימן דחפיסה מהני, ומשום דהתם מוכח דמתכוון היה לשומרם ולא בדרך נפילה הושלכו,

אבל סימן אחר ודאי לא מהני, וכמו כן יש לתמוה עמ"ש הטור בשם בעה"ת דטעם דנקב יש בו לא מהני משום דנשתהה בידו וידע הסימן, תיפוק ליה דאפי' אם הסימן הוא מברר דממלוה נפל נמי לא מהני כיון דכל זמן שאין ראיה דמתכוון לשומרו הנפילה מוכיח שחספא הוא, וצ"ע:

דף כ:

בגמ' אלא כדאמר רבינא טבעא מכריז ה"נ שטרי מכריז, וכבר האריכו הראשונים ואחרונים בפי' הסוגיא לתת טעם למה הוצרך הש"ס לסימן דמנין עם הכריכה, כיון דכריכה לחודי' הוי סימן וכן מנין לחודא, ועיין ברא"ש כאן, ולולי דבריהם הקדושים היה נ"ל דהכא גבי שטרות לא סגי בסימן דמנין לחוד, לא משום גריעותא דסימן, אלא משום דסימן ודאי דלא עדיף מעדים ואפי' בדאתו סהדי שראו דממלוה נפיל ג"כ לא מהני דכיון דנפל השטר הרי איתרעי וחיישינן שמא פסול הוא, ולהכי בעינן שיהא בתכריך או בקשר, שמזה ניכר דלאו דרך השלכה הוא כ"א דרך נפילה וכמ"ש בחדושיי לעיל בדבור הסמוך, והן אמת שברש"י א"א לכוון זה, דז"ל רש"י וזה צריך שיאמר שלשה היו וכרוכים היו ע"כ, הרי משמע להדיא דצריך שיאמר נמי סימן הכריכה, ולמ"ש דכריכה לא יוצרך כ"א להורות דדרך נפילה היתה, לא בעינן שיאמר זה, דאפילו אם הוא לא ידע מזה שכרוכין היו, כיון שבאמת היו כרוכין סגי בהכי, ובודאי שרש"י ס"ל דכרוכין בעינן לסימן, אכן בפי' הש"ס היה אפשר לומר כן ואח"כ מצאתי בנה"מ סי' ס"ה קצת מזה, ולפי"ז היה מקום ליישב קושית הש"ך (חו"מ סי' ס"ה סקל"א) בסוגיין דקאמר כמה הוא תכריך ג' שטרות, מזה משמע דעיקר הסימן הוא המנין, דאי הסימן הוי הכריכה הדרא קושית הש"ס, מאי איריא ג' אפי' תרי נמי, ובאמת מדנקט במתני' סימן דכריכה משמע דכריכה הוי סימן וכן מוכח מכולה סוגיא דכריכה הוי סימן ע"ש ולמ"ש א"ש דכריכה לחוד ודאי הוי סימן, והא דנקט דכמה תכריך ג' שטרות דמשמע דבתרי שטרות לא מחזירין, אשמועינן בזה תרי מילי, א), דאפי' בג' שטרות דאיכא סימן מנין אפ"ה בעינן שיהיה דוקא בתכריך, ובלא זה לא מהני גם סימן המנין, ב), דבתרי שטרות אע"ג דאיכא סימן דתכריך מ"מ כיון שהנך תרי שטרי דחד לוה ומלוה אינון, ושמא בפעם אחת פרע הלוה, והמלוה נתנן לו כרוכין ולכך ידע שהן כרוכין, להכי לא מהני גם סימן דתכריך במקום שאינם לפנינו, אבל אם שניהם לפנינו והאחד יודע הכריכה והשני אין יודע, דאז לא שייך לומר כן ודאי שגם סימן הכריכה מהני, ואפי' בתרי שטרי נמי מחזירין, ומכוון זה ממש לפי' הרמ"ה שהביא הטור, וסרה הרבה קושיות הש"ך לדברינו אלה:

ולכאורה היה נראה שגם הטור יפרש כפירושי, דז"ל הטור שם, מצא שלשה שטרות כרוכין זה על זה כו' יכריז שטרות מצאתי ולמי שיאמר מנינם יחזיר וא"צ שיאמר היאך היו כרוכין ע"כ, וצריך להבין דעתו בזה, דלצרוף הסימן ודאי דלא מצריך הכריכה, דהא מסיים דא"צ שיאמר כרוכין היו, ואי נימא דס"ל כמ"ש הרא"ש דכרוכין בעינן כדי שיוכל ליתן סימן במנין, דאל"ה שמא לא יפול אהדדי ומתייאש כי לא יוכל ליתן סימן במנין, גם לפי"ז בעינן שנותן הסימן יודע עכ"פ שכרוכין היו, ואפי' אם באמת היו כרוכין והמלוה לא ידע מזה אכתי יתייאש שסבור היה שלא היה כרוכין, אע"כ דיפרש כפירושי, דכרוכין בעינן רק להורות שהיה דרך נפילה, ולזה אם אך היו כרוכין אפי' אם המלוה לא ידע מזה נמי מהני, אכן שוב חזרתי מזה כשדקדקתי לשון הטור שכתב וא"צ שיאמר "היאך היו כרוכין" ולא כתב שא"צ שידע אם כרוכין היו, משמע מזה דזה ודאי בעינן שיהיה יודע שכרוכין היו, רק א"צ שידע אופן כריכתם, אם זה ע"ג זה, או אחד היה כרוך בראש חבירו, דאם הכריכה היה סימן היה צריך שידע אופן כריכתם, אכן עתה שהכריכה אינה כ"א בכדי שלא יתייאש, סגי שיהיה יודע רק שכרוכין היו ונפלו במקום אחד וא"צ שידע "היאך היו כרוכין" הרי משמע מזה להדיא דהטור יפרש כפי' הרא"ש, דאי כפירושי למה צריך לכתוב שא"צ שידע היאך היו כרוכין, הא רבותא ותר הו"ל לכתוב שא"צ שידע אם גם היו כרוכין, ובדעת רש"י נ"ל ג"כ דמפרש כהרא"ש, דכריכה לאו לסימן הוא, אלא בכדי שלא יתייאש, אבל עיקר הסימן הוי המנין מדכתב רש"י וז"ל וזה צריך שיאמר כמה הם וכרוכין היו, ואי כהבנת המפרשים ברש"י, דהכריכה בעינן לסימן היה צריך לומר גם באיזה אופן היו כרוכים, ומדכתב רש"י שיאמר כרוכין היו ולא קאמר שיאמר היאך היו כרוכין מוכח להדיא דס"ל דהכריכה לאו לסימן הוא, וז"ב ברש"י, ואם כי כל המפרשים הבינו ששיטת רש"י חלוק משיטת הרא"ש, דלהרא"ש א"צ שיאמר, ורש"י שכתב שצריך שיאמר הכריכה מכלל דאין מפרש כהרא"ש, אבל באמת לא דקדקו כל הצורך ואין חלוק בין פרש"י להרא"ש, דמ"ש הרא"ש דא"צ שיאמר, היינו אופן הכריכה, ומ"ש רש"י דצריך שיאמר, היינו עצם הכריכה, ושזה צריך ודאי שידע אפי' לשיטת הרא"ש וכמ"ש, וממ"ש יצא לנו החלוק בין פי' הרא"ש ורש"י לפירושינו אנו, דלפירושם בעינן שיאמר עכ"פ שכרוכין היו, ולפירושינו דכריכה בעינן רק להורות דדרך נפילה היתה, אם אך היו כרוכין אע"ג שהמלוה לא ידע מזה ג"כ סגי, וכן בשני שטרות נמי אם שניהם לפנינו והאחד יודע והשני אינו יודע ג"כ מהני דתכריך לחוד נמי הוי סימן, ודו"ק:

סליק פרק ראשון

אלו מציאות פרק שני

דף כא.

ברש"י ד"ה ברה"ר שרבים דשים עלייהו ואם היה בהם סימן היה נשחת, והקשו המפרשים למה פירש דוקא למ"ד דסימן העשוי לידרס לא הוי סימן, ונ"ל משום דבמתניתין קשה תרתי, א), הסדור, דפתח בפירות שהוא מין אוכל, ואיפסיק בבבא דמעות מפוזרות, ואח"כ נקיט ועגולי דבילה דהוי נמי אוכל, ב), כיון דכולהו חד טעמא הוא משום דאין בהם סימן ונתייאש, א"כ ליתני חדא והוה ידעינן דהוא הדין לכולהו. ולכן נראה דכוונת התנא, שקודם שמודיע פרטי המציאות, רצה להורות סוגי המציאות שהם של המוצא, וטעמי סוגי המציאות נחלקים לשלשה, אשר עליהם יסוב הציר של כל פרטי הדינים בפרק הזה, ומחלוקת כל התנאים כפי ששנוים לקמן בפירקין, א), אבידה מדעת, שבסוג זה אין הטעם משום דאין בו סימן אלא אפי' ביש בו סימן נמי הוי שלו והטעם משום דאינו חושש לזה ומפקיר מדעת, ק דבר שאין בו סימן, שהבעלים מתייאשין, סוג השלישי, אפילו בדבר שיש בו סימן רק הסימן עשוי להתקלקל. ופתח בפירות מפוזרין לאשמועינן סוג דאבידה מדעת וכדאוקימנא בש"ס דמיירי במכנשתא דבי דרי, דהוי אבידה מדעת, ואח"כ נקט מעות מפוזרות, דבזה הוי הטעם משום דאין בו סימן והוא סוג הב', ואח"כ נקיט כריכות ברה"ר, לאשמעי' דאע"ג שיש בו סימן, מ"מ כיון שהסימן עשוי לידרס לא הוי סימן, ולא מכוון התנא לסתום בזה כאותו מ"ד דסימן העשוי לידרס לא הוי סימן, ודאי, אלא אשמעינן סוג מציאה כזה שהסימן עשוי לידרס, ושבזה איפלגו תנאים, דמסתמא גם בימי התנא נחלקו בזה, ומה ששונה אח"כ מבבא דעגולי דבילה ולהלן, בזה הוי הטעם משום שאין בו סימן וכסוג הב', רק דאשמעינן דכל השנוים כאן הוי שלו אפילו לאביי דלקמן, משום דבכל אלו הוי יאוש מדעת, אי משום חשיבות אי משום כובד הדבר כדאוקים בש"ס, ועיין ברש"י ד"ה מעות מפוזרות זהו מטעם יאוש וזה טעמא דכולהו ע"כ, פי' כל הנהו דחשיב במתני' מעגולי דבילה ולהלן וכדברינו, ואין להקשות דאכתי היה לו לתנא למיתני במציעתא עגולי דבילה דהוי נמי מין אוכל, וידעינן סוג השני, דבדבר שאין בו סימן הרי שלו, די"ל דהא באמת הוי בכל הני יאוש שלא מדעת, ורק משום דחשיבי וממשמש בהו הוי יאוש מדעת, והאב מכל דבר החשובים הוי מעות דשם נאמר עיקר הטעם דאיידי דחשיבי ממשמש, ולהכי כשרצה לאשמועינן דין זה, דבדבר החשוב הוי יאוש מדעת, בחר למיתני מעות, ומזה ילפינן נמי לכל דבר החשוב דהוי נמי כמו מעות דחשיבות שלהם גורם למשמש. ובזה יש ליישב קושית התוס' בד"ה וכמה, אמאי לא מוקי ר' יצחק בבא דפירות מפוזרות במציאה ממש ולא באבידה מדעת, ודרך נפילה ואפי' טובא נמי, ולמ"ש א"ש, דאם גם בבא זה מיירי

במציאה ממש ומטעם אין בו סימן נגע בה, א"כ אמאי פתח בו, הו"ל לפתוח במעות מפוזרות שהוא האב לכל דבר החשוב, ואח"כ למיתני כל מיני אוכלין בהדדי, אלא ודאי דבבא זו אשמועינן סוג דאבידה מדעת, ודו"ק:

רש"י ד"ה אי דרך הנוח אפי' בציר מהכי נמי עתיד לחזור וליטלן, כוונתו דלא נוכל לפרש כפשוטו דאמאי הם שלו כיון דדרך הנוח הוי מקום סימן, דבזה י"ל דלא ס"ל דמקום הוי סימן, ולכן פירש דהקושיא הוא, דאם דרך הנוח איך מותר לו ליקח כלל כיון שספק הנוח לא יטול וכ"ש ודאי הנוח מטעם דבעה"ב עתיד לחזור וליטלן, ולפי"ז עיקר הקושיא הוא על רה"י דברה"ר כיון דהוי מקום שאין מוצנע מותר ליקח אפי' בהנוח, אלא מדלא חילק בבבא זו בין רה"ר לרה"י א"כ אפי' ברה"י הרי אלו שלו, ע"ז מקשי דברה"י אמאי מותר כלל ליקחם כיון דהוי דרך הנוח, אלא דלכאורה קשה דלפמ"ש התוס' דלמ"ד סימן העשוי לידרס לא הוי סימן מיירי מתניתין בין דרך נפילה בין דרך הנוח, והמהרש"א שם הקשה דא"כ ברה"י דהוי מקום מוצנע אמאי מותר ליקח כיון דהוי מקום המשתמר, ומזה הוכיח דדעת התוס' שגם רה"י לא מיקרי מקום המשתמר, ודוקא אחרי הגפה או הגדר מיקרי מקום משתמר ע"ש, וא"כ קשה הך דהכא, דמאי מקשה כיון דהנוח הוא אמאי נוטלן, הא אפי' ברה"י מותר ליטלן, וביותר קשה לשיטת רש"י דמפרש מתני' אליבא דמ"ד סימן העשוי לידרס לא הוי סימן, וי"ל דרש"י יפרש דלמ"ד זה מיירי כולה מתני' דוקא בדרך נפילה, דבשלמא למ"ד דסימן העשוי לידרס הוי סימן מוכרחינן לאוקמי לפחות בבא דכריכות דמיירי בהנוח, דאל"כ אמאי חייב להכריז ברה"י, כיון דלדידיה מיירי בליכא סימן בגופו, ובע"כ דמיירי בהנוח והוי מקום סימן, אכן למ"ד סימן העשוי לידרס לא הוי סימן אין שום הכרח דמיירי בהנוח, דנוכל שפיר לומר דכולה מיירי בנפילה וברה"י מכריז הסימן, כיון דלדידיה מיירי ביש סימן בגופו, ואמנם בהנחה אה"נ שאסור ליקח ברה"י, דרה"י מקרי משתמר ושפיר מקשה כאן, ואפי' לפי' התוס' נמי אין הכרח לומר דרה"י לא הוי משתמר, דלא קאמרי התוס' רק דמיירי נמי דרך הנוח, אבל זה דוקא ברה"ר היכי דשרי ליטול וברה"י בדרך נפילה וכמ"ש בס' מ"ה, וא"ש דלזה יסברו נמי התוס' כהרא"ש דס"ל נמי דרה"י הוי מקום משתמר שאסור ליטול, ואילו לפי' מהרש"א יפלגו התוס' עם הרא"ש, ולמ"ש אין מחלוקת ביניהם ודו"ק:

תוד"ה כריכות ומיירי שמצא דרך נפילה ולכך לא הוי מקום סימן, משמע מכאן דהא דמקום הוי סימן היינו דוקא אם מכוון מקום החפץ ממש, אבל אם המקום ממש לא יוכל לכוון, רק שזה מכוון שנפל ממנו ברה"י אין זה סימן, דאלת"ה אלא שאפי' באופן זה הוי נמי סימן, א"כ אפי' דרך נפילה הוי סימן לפמ"ש התוס' בסמוך בסוה"ד, שאפי' דרך

נפילה יודע לכוון המקום אם ברה"ר או ברה"י נפל, אלא ודאי שדעת התוס' דסימן מקום לא הוי כ"א כשמכוון מקום החפץ ממש, וזה א"א בדרך נפילה, ואכן לולי דעת התוס' היה אפשר לומר שא"צ לכוון המקום ממש, ואם יודע לכוון שנפל ברה"י הוי סימן, והא דדרך נפילה לא הוי סימן, היינו משום דבדרך נפילה גם זה לא יוכל לכוון, אם ברה"י או ברה"ר, ואי משום דלפי"ז יהיה קשה קושית התוס' בסמוך דא"כ כריכות אפי' ברה"י, אמאי מכריז דהא מתייאש שסבור ברה"ר נפל, דמחמת קושיא זאת הוכיחו התוס' שזה יוכל לכוון, יש ליישב הקושיא באופן אחר, דבאמת הא דמייאש אפי' אם ודאי נפל ברה"ר, אין זה משום שיודע שהסימן יהיה נשחת בודאי, דהא אכתי יפול בלבו ספק, דשמא יגביהנו המוצא הראשון, בעת שהסימן לא הושחת עדיין, אלא דאמרינן שמספק יתייאש, וכל זה הוא דוקא כשיודע שהחפץ נפל ודאי ברה"ר, אבל אם גם ברה"י הלך, וגם ע"ז יש ספק אצלו שמא ברה"י אבדו, וא"כ יפול אצלו שני ספיקות לצד הטוב, שמא ברה"י אבדו ואז לא יהיה נדרס לעולם, ואפי' אם ברה"ר אבדו, שמא ימצאנו הראשון בעת שלא נדרס עדיין, וכיון שיותר קרוב אצלו שהסימן לא יהיה נדרס לכן ודאי דלא יתייאש, ולכן בזמן שמצאו ברה"ר תלינן דהאובד לא הלך כלל ברה"י, ולהכי אמרינן שנתייאש, אבל אם מצאו ברה"י, שמזה ידעינן שעכ"פ היה האובד גם ברה"י, ובאופן זה ודאי דלא יתייאש, ולפי"ז לא מוכח כלל הוכחת התוס' ושפיר נוכל לומר שבדרך נפילה ג"ז לא יוכל לכוון, ואפ"ה לא מתייאש כיון שיש גם ספק אצלו שמא ברה"י נאבד כמו שהאמת היה כן, וממילא נוכל לומר דהיכי שמכוון אם ברה"י או ברה"ר הוי סימן טוב, ודו"ק:

תוד"ה וכמה, עמ"ש לעיל ברש"י ד"ה ברה"ר ובסמוך בע"ב בגמ':

דף כא:

בגמ' יאוש שלא מדעת כו' מהשתא הוא דמייאש, ובשמ"ק בשם הראב"ד וז"ל הך פלוגתא דאביי ורבא ביאוש של"מ קשיא לי דשייך ביה ברירה ולפלגו בעלמא אלא שיש למבין להפליג מענין ברירה עכ"ל, ולא ביאר ההבדל שיש בין זה לברירה ועיין בהגהות מהרצ"ח, ולי נראה דכל ענין ברירה הוא רק לברר לפנינו את הספק שהיה לנו מתחלה, דהספק היה לנו עוד מקודם, ורק המעשה שאח"כ מבררת הספק, אבל הכא ביאוש, שלא נסתפק כלל אם נתייאש תיכף וידעינן ודאי שבעת מעשה לא נתייאש, ורק אח"כ כשנתייאש, הרי ענין מחודש בא, ומה שייך זה לברירה, ולא מיבעי שלא דמי זה לברירה מסוג כזה, שבעת חלות הענין התנה בפירוש ובירר דבריו שיחול על דעת

המעשה שיתהוה, אח"כ כגון מי ששחט את הפסח על מי שיעלה ראשון לירושלים, או שהניח העירוב למי שיבוא בשבת בצד זה דהכא הרי בירר ופירש תנאו דאדעתא דהכי עביד, אלא שאכתי אין מבורר לנו מי הוא שיבוא הראשון, בזה יבוא המעשה שאח"כ ומברר גם לפנינו שנדע מי הוא, כ"ש שלא דמי כלל לפלוגתא דיאוש, שלא תלה כלל במעשה דאח"כ, אלא אפי' לברירה דשני אחים שחלקו שלא היה שום תנאי מעיקרא ואפ"ה למאן דס"ל ברירה חל זכייתו למפרע על אותו חלק שמבורר אח"כ, היינו נמי שבשעת מיתת האב זכה כ"א מהאחים בחלק אלא שנסתפק איזה חלק, וכיון שספק יפול לנו גם בתחלה, לזה יבוא המעשה שאח"כ לברר הספק, דזהו עיקר פעולת הברירה לברר הספק דמעיקרא, אבל הכא גבי יאוש שידעינן בודאי שלא נתייאש עד עתה, ועתה שנתייאש הרי בא ענין מחודש לפנינו, ומה ענין זה לברירה לומר שגם מעיקרא הוא דמייאש, ודו"ק:

בגמ' בדבר שיש בו סימן כו"ע לא פליגי כו' בזוטו של ים ובשלוליתו של נהר אע"ג דאית בו סימן רחמנא שריא כו', וקשה טובא דמה ענין זה למחלוקת דאביי ורבא דפליגי ביאוש שלא מדעת, הא זוטו של ים לאו משום יאוש הוא אלא דרחמנא שריא ומטעם גזה"כ הוא, ולכן נראה שזה גרם לרש"י (ב"ק דף ס"ו) לפרש, דיאוש ילפינן באבידה מהא דאבידה ששטפה נהר, דלא כפי' התוס' (לקמן דף כ"ז) דילפי ליאוש מקרא דשמלה, וכן השיג בשמ"ק לקמן על פרש"י דב"ק, דאי מטעם יאוש הא הו"ל יאוש של"מ, ואין לומר דמיירי הכא דידע ששטפה נהר דהוי יאוש מדעת, דא"כ אכתי אין זה ענין למחלוקתם כיון דהכא מיירי בידע ומתייאש, ואכן נראה דסוגיא דהכא דחקתו לרש"י לפרש כן, דאי מטעם גזה"כ הוא, אין זה ענין למחלוקתם, ובע"כ דמטעם יאוש הוא, והוי נמי ישל"מ ואפ"ה מהני גם לאביי, וטעם הדבר נראה, דהנה שלשה סוגים יש ביאוש, ישנם דברים אשר מסתמא אינם עומדים ליאוש, כגון דבר שיש בו סימן, וישנם דברים אשר גם מסתמא אמרינן שהבעלים נתייאשו אבל אין זה ודאי וברור שיתייאש, רק דמסתמא אמרינן שבכגון זה מסתמא יתייאש, ויש סוג שלישי דידעינן בודאי שיתייאש, וחלוקי הדינים שבין כל הסוגים הללו עמ"ש לקמן (דף כ"ד בגמ'), ומעתה נוכל לעמוד על תוכן הפלוגתא דאביי ורבא, דהנה הא דמהני לרבא יאוש של"מ מטעם כיון דידעינן דמתייאש לבסוף מהשתא הוא דמייאש, צריך טעם והסבר איך יהיה היאוש למפרע, ורש"י פי' וז"ל מהשתא הוא דמייאש כיון שנפל וכשיודע שוב אין דעתו עליו עכ"ל, וגם טעם זה סתום וחתום, ונראה בכוונתו דהיינו משום דעיקר הטעם דלא מהני יאוש של"מ בדבר שאין עומד להתייאש הוא משום כיון דבשעת נטילה לא זכי דהא אכתי אית לו בעלים, והרי

המגביה כיד הבעלים וכנפקד שלהם דמי שאין יאוש מועיל בו, וס"ל לרבא דהיינו דוקא בדבר שיש בו סימן דאין עומד להתייאש, ולהכי כ"ז שלא נתייאש לא פקע שם הבעלים, וממילא הוי כשומר של בעלים דלא מהני בו שוב היאוש, אבל בדבר שכשידע יתייאש, הופקע שם הבעלים עוד משעת נפילה, כיון שכשיודע אח"כ שוב אין דעתו עליו ולא ישוב עוד לרשותו, והרי משעת נפילה נחשב כאינה ברשות הבעלים, וכיון שהופקע שם הבעלים, לא שייך לומר בזה דהוי כשומר של בעלים, אחרי שכבר הופקע שמם מזה, ממילא מהני היאוש דבסוף, ואמנם אביי ס"ל שבדבר כזה שאינה אבודה מכל אדם, ורק היאוש יבוא מצד שאין בה סימן, לא נוכל לומר עוד שודאי יתייאש לבסוף, ויוכל היות לפעמים שלא יתייאש ויחשוב שימצא עדים, ואם כי קרוב הדבר שיתייאש, אכן אין נכלל כ"א תחת הסוג "שסתמו יאוש" ולא תחת הסוג "ודאי יאוש" ולהכי לא נוכל לומר שתיכף משעת נפילה יופקע שם הבעלים, כיון דאפשר שלא יתייאש גם לבסוף, וממילא לא מהני היאוש דבסוף, כיון דקודם היאוש לא הופקע שם הבעלים, הרי נעשה שומר שלהם, ולא איפלגי כ"א בדבר שסתמו להתייאש, אבל באבודה מכל אדם כגון בזוטו של ים, שזה מן הסוג "ודאי יאוש" גם אביי מודה דמשעת נפילה הופקע שם הבעלים, ומהני בו היאוש דבסוף, כיון דלא שייך בזה לומר דנעשה שומר של בעלים, ולפי"ז יתיישב הסוגיא, דהגמ' דרצה לשנות פלוגתא דיאוש של"מ, דכל עיקר הטעם דלא מהני הוי משום דנעשה שומר של בעלים וכמ"ש בשמ"ק, והיכי דהופקע שם בעלים משעת נפילה לא שייך זה. ומסתעף דין זה לג' ראשים, בדבר שיש בו סימן, כו"ע מודו דלא מהני היאוש, כיון דאין עומד להתייאש, ואכתי שם בעלים עליו, ממילא לא מהני היאוש דאח"כ, בזוטו של ים כו', דהוי ודאי יאוש והופקע שם הבעלים משעת נפילה, כו"ע מודה דאפי' יש בו סימן שריא, כיון דלא שייך בזה לומר דנעשה שומר של בעלים, כי פליגי בדבר שאין בו סימן, דהוא מסוג "שסתמו להתייאש" ורבא מדמי זה לאבודה מכל אדם, וגם בזה הופקע שם בעלים, ואביי סבירא ליה כיון דאין ודאי שיתייאש, לא הופקע שם הבעלים משעת נפילה, ולכן לא מהני בו היאוש דאח"כ, ועיין ברש"י ד"ה יאוש של"מ, דבר שסתמו להתייאש, הרי דוקא בדבר שרק סתמא יאוש פליגי, ולא בדבר שודאי יאוש, והוא כדברינו, דבודאי יאוש גם אביי מודה דמהני ישל"מ, ואין להקשות דלפי"ז מאי פריך לקמן (דף כ"ב ע"ב) יתמי דלאו בני מחילה נינהו מאי, וכתבו התוס' שם דלרבא ניחא כיון דלכי גדלי מתייאש הוי יאוש מהשתא, הא בכה"ג אפי' לאביי הוי יאוש, כיון דלכי גדלי ודאי שנתייאש על האבידה שאבד בקטנותו, ובוודאי יאוש מהני אפי' לאביי, ונ"ל דהתם שפיר מקשה, דאכתי עד שיגדלו היאך רשאי המוצא להשתמש בזה, דהא

אפי' למ"ד ישל"מ הוי יאוש, יאוש עכ"פ בעינן, וקודם יאוש פשיטא דלא הוי של מוצאו, אלא דבתר דנתייאש אמרי' דמהני אע"ג שבא לידו קודם יאוש, ובשלמא הכא דזה ודאי הוא שעתה נתייאש כבר הבעלים, והחסרון הוא רק משום דבשעה שמצאו לא ידע עוד, בזה שפיר תרצינן דמהני ישל"מ נמי, אבל התם דמיירי שהסבה הוא מחמת קטנותו, ועד שיוגדל אין כאן יאוש כלל, להכי שפיר פריך דאיך שרי לאכול הפירות עד שיוגדל ועיין עוד ממ"ש, וג"ז אין להקשות כיון דבזוטו של ים נמי מטעם יאוש הוא, אמאי איצטריך קרא דממנו, וגם אמאי קאמר דרחמנא שריא, דבפשוטו י"ל דקרא איצטריך למילף מיניה דין יאוש באבידה, ועמ"ש לקמן (דף כ"ד) מזה הרבה, דקרא איצטריך דאפי' עומד וצווח דלא נתייאש לאו כל כמיניה, כיון דודאי יתייאש בטלה דעתו, והופקע שם בעלים והוי הפקר משעת הנפילה, ואפ"ה ילפינן מכאן ליאוש, דההפקר הוי נמי מטעם יאוש, דאי יאוש מהני שפיר חשבינן כאילו יצאה מרשותו תיכף, אבל אי יאוש לא מהני מהיכי תיתי שנאמר דהופקע שם בעלים מפני שיתייאש לבסוף, ועמ"ש לקמן בארוכה, ולמ"ש יצא דבר חדש שגם לאביי מהני ישל"מ בדבר כזה שלבסוף יתייאש ודאי, ודו"ק:

בגמ' הכא במכנשתא דביזרי עסקינן כו', ומדלא משכח תרוץ אחר כ"א זה דמיירי באבידה מדעת, מכלל דאי בדרך נפילה א"א לומר בפירות מפוזרין שיהא שלו, ומטעם דהוי ישל"מ, וכמ"ש התוד"ה וכמה, דאל"כ הו"ל גם כאן לתרץ דאגב דיקירי מידע ידעי בהו, ועיין בטור (חו"מ סי' רס"ב) שהשיג על הרמב"ם דס"ל מצא פירות מפוזרין דרך נפילה הרי הוא שלו, דהא הכא לא משכח פירוק אחר כ"א במכנשתא דבי דרי ע"ש, ולע"ד אי משום הא לא איריא, דשפיר י"ל דגם בפירות הוי יאוש מדעת מטעם דיקירי מידע ידעי בהו, כיון דמידי דמיכל חשיבי כמ"ש הרא"ש, והא דמשני במכנשתא דביזרי, היינו משום דסדורא דמתני' דחקו, דבע"כ הך בבא מיירי באבידה מדעת וכמ"ש לעיל, דאי גם בבא זה מיירי במציאה, ומטעם אין בו סימן והוי דבר חשוב הוי שלו אמאי פתח בהך בבא, בבבא דמעות מפוזרות הו"ל לפתוח שהוא האב לכל דברים החשובין, ואח"כ ליתני כל מיני אוכלים בהדדי, אע"כ דבבא זה סוג אחר לגמרי הוא, ומטעם אבידה מדעת נגע בה, ועמ"ש לעיל בריש פירקין:

בגמ' הא לא ידע דנפל, והק' מהרש"א דנימא דס"ל לאביי דכולה מתני' הזי בדרך הנוח ע"ש, ונראה להדיא מדבריו דגבי הנוח לא שייך ישל"מ, ובאשר לא כן דעת הש"ך בחו"מ (סי' רס"א סקל"א) דכתב להדיא שגם בודאי הנוח הוי ישל"מ, לזה צריך אני לבאר סברת המהרש"א, ולכאורה טעמו בזה, דכיון דהוי דרך הנוח הוי אבידה מדעת, דלא דייניגן בה שוב דין אבידה דליבעי יאוש בעלים, אלא דהוי מטעם הפקר, ולא הוצרך

כלל ליאוש, וכמ"ש רש"י בסוגיין גבי מכנשתא דביזרי דאבידה מדעת היא דהוי מטעם הפקר, וזהו סברת המהרש"א, דכ"מ דהוי דרך הנוח הוי אבידה מדעת ומטעם הפקר אתינן עלה ולא מדין אבידה דליבעי יאוש, אכן סברת הש"ך דעיקר ההיתר בהנוח היינו משום דאמרינן דהניחו שם לפי שעה ואח"כ שכחו, ואם נזכר אח"כ ששכחן יתייאש כיון שאין בו סימן וכמ"ש הרא"ש בר"פ וז"ל אבל כריכות סתמייהו דרך הנוח כו' ונשארו שם ע"י ששכחן ומייאשי בעלים כיון שאין בו סימן ע"ש, וכוון דעיקר ההיתר הוא משום דתלינן דכשיזכור ששכחן יתייאש, א"כ אכתי כל כמה דלא נזכר ששכחן הוי ישל"מ, דאולי לא נזכר עוד בשעה שמצאו, כן נראה בטעמי סברתם, אלא שתמה אני על הש"ך ומהרש"א שסתמו דבריהם וסברתם כאילו מילתא דפשיטא היא, ולעד"נ דטעמי סברתם תלוי בפלוגתת הרמב"ם והטור (בחו"מ סי' רס"א) דהטור ס"ל התם דאבידה מדעת הוי הפקר, דכיון שלא חשש לשמור ממונו ולפקח עליו הרי הוא הפקר לכל, ולדבריו ה"נ בהנוח כיון שהניח מדעת הוי הפקר, ולא בעינן כלל לטעם דיאוש וכסברת מהרש"א, אכן לשיטת הרמב"ם (בפי"א מגזילה) דאבידה מדעת רק חיוב השבה אין על המוצא, מטעם דאשר תאבד אמר רחמנא ולא במאבד מעצמו, אבל לענין זכייה אסור לזכות, ולדבריו הוי עיקר ההיתר לזכות בה, רק משום דמתייאש כשיזכור, וא"כ כל כמה דלא ידעינן שכבר זכר אכתי הוי ישל"מ וכסברת הש"ך, ולפי"ז סברת הש"ך לא מצי קאי כ"א לשיטת הרמב"ם, וסברת המהרש"א רק לשיטת הטור ומדוע סתמו דבריהם, אכן דעת הש"ך יש לתרץ, דהנה באמת שני סוגים ישנם תחת השם ,אבידה מדעת", א), הבא דרך איבוד והשלכה בידים, כגון מי שהשליך כיסו לרשות הרבים או הניח פרתו בכרם של עכו"ם במקום דאתרו בו ולא איזדהר, דחז"ל (לקמן דף ל"א) קראוה אבידה מדעת, ב), הבא דרך הנוח ושכחה, שמתחלה הניחה מדעתו במקום שאין משומר, אלא שכוונתו היתה ליקחנה משם אח"כ ושכחו, וגם בזה אע"ג שדעתו היה ליקחנה משם ולא להניחה לעולם במקום שאין משומר, אפ"ה קראוה אבידה מדעת על תחלת ההנחה שהניחה שם מרצונו במקום שאין משומר, ונראה ברור, דהא דפליגי הטור עם הרמב"ם, היינו דוקא בסוג הראשון, שהיה מכוון לאבד ממונו לעולם, דהרמב"ם ס"ל שבשביל שאין חושש לפקח על נכסיו לא נאמר שהפקירם וכמ"ש הב"י והב"ח שם, והטור ס"ל דכיון שמשליך ומאבד ממונו מדעתו מסתמא הפקירם, אבל בסוג השני הבא דרך הנוח, אין שום סברא לומר שהיה הפקר, אחרי שיודעין אנו שמחשבתו מתחלה היה ליקחנה משם רק ששכח, ואפ"ה לפוטרו מחיוב השבה שייך גם בכה"ג, דכיון שהניח מדעתו במקום שאין משומר, וא"כ בגרמו וסיבתו בא לידי הפסד, לא קרינן בו אשר תאבד, ובזה

גם הטור יודה לרמב"ם, דלזכות אין רשאי בלא יאוש, וצדקו דברי הש"ך שלא הזכיר דסברתו הוא דוק לשיטת הרמב"ם, דלפמ"ש בהנות גם הטור יודה דלא הוי הפקר, וכן משמע להדיא בשו"ע (חו"מ סי' רס"א) שלא הביא פלוגתת הטור על הרמב"ם כ"א על דין דמשליך כיסו ברה"ר, ע"ש ומכוון לדברינו:

אלא דלפי"ז יוגדל הקושיא על מהרש"א שהעלה לדבר פשוט, דבהנוח לא שייך ישל"מ, והא לפמ"ש בהנוח כו"ע מודה דלאו מטעם הפקר אתינן עלה לענין היתר זכייה כ"א מטעם יאוש ואכתי הוי ישל"מ, ודברי המהרש"א דלא כמאן, ובכדי לקיים דבריו נ"ל, דמה שהקשה המהרש"א דלוקי מתני' לאביי בדרך הנוח, לא הוי הטעם כמ"ש לעיל, דבהנוח כיון שאבידה מדעת היא, מטעם הפקר אתינן עלה ולא מטעם יאוש, זאת לא זאת, דגם המהרש"א יסבור דגם בהנוח הוי מטעם יאוש, אלא שס"ל דבמקום כזה גם יאוש של"מ מהני גם לאביי, דהא עיקר הטעם דלא מהני יאוש של"מ לאביי היינו משום דנתחייב בהשבה קודם היאוש וכמ"ש התוס' (בב"ק דף ס"ו) וא"כ באבידה כזה שבא דרך הנוח, דלכו"ע לא מחייב ם וכמ"ש, וא"כ קנה לה ביאוש שאח"כ, וכ"כ הקצוה"ח (סי' רס"א) לדרכו שם, דבכה"ג מהני היאוש גם לאביי, ולפי"ז מיושב כוונת מהרש"א:

והנה מה שהחלטנו דבהנוח עכ"פ חיוב השבה ליתא לכו"ע, אחר העיון בסוגיא הזאת, נראה ברור שגם דין דהנוח חלוק לשני סוגים, א), שמתחילה הניחה מדעתו במקום שאין משומר רק כוונתו היתה ליקחנה משם ושכחה, אבל בעת ההנחה ידע שיניחנה במקום שאין משומר, ובכגון זה שפיר י"ל כיון דמסיבתו וגרמו בא לידי הפסד, לאו אשר תאבד קרינן בו דלחייב בהשבה, אכן יש שתחלת ההנחה בא ע"י שכחה, כגון שעמד לפוש ברה"ר ופירק משאו, ובעת שרצה לילך לדרכו וליקח החפצים שכח על אחד מהם, ובכה"ג שעיקר הנחתו היתה ע"י שכחה, ודאי דאבידה גמורה היא אפי' לענין חיוב השבה, דלא נוכל לקרותה בשם מאבד מעצמו, כיון שאילו ידע לא הניחה שם אף רגע, וזה נ"ל ברור בטעמו, ואפ"ה שפיר הקשה המהרש"א, דאכתי נימא דאביי מוקי למתני' בהנוח שהניחה מדעתו ואח"כ שכחה, שבזה אין מחויב בהשבה, וגם יאוש שלא מדעת מהני לזה וכנ"ל, ודו"ק:

בגמ' הא לא ידע דנפל, אע"ג דספיקא הוא דשמא כבר ידע הבעלים ונתייאש, ומוכח מכאן שגם בספק ישל"מ אסור להחזיק לעצמו, וכמ"ש המ"מ (פי"ד מהלכות גזילה), ואכן מרמב"ם משמע דלא כוותי', דז"ל (בפט"ו מגזילה) אפי' אם נסתפק הדבר אם הוא דרך הנוח או אבידה ה"ז לא יגע בו כו' ואם עבר ונטלו והיה דבר שאין בו סימן זכה בו ואין חייב להחזירו ע"כ, והא הכא נמי הוי ספק אם נתייאשו ואפ"ה ס"ל לרמב"ם

דזכה בו, והראב"ד והרמב"ן השיגו לומר שיהא מונח עד שיבוא אליהו, וכן נמי דעת הטור, וטעמם נמי דהוי ישל"מ כמ"ש המ"מ ע"ש, ולפי"ז צ"ע מה יענה הרמב"ם לסוגיא דידן, הן אמת דהסמ"ע והש"ך (חו"מ סי' ר"ס) העלו שבאמת ס"ל לרמב"ם, דהא דקיי"ל ישל"מ לא הוי יאוש, היינו לענין אם נתבררו הבעלים צריך להחזיר להם, אבל כל זמן שלא נתברר של מי הוא יכול לעשות בו מה שירצה ע"ש, ולדבריהם צריך לפרש דקושית הש"ס הכא, היינו משום דלשון הרי אלו שלו משמע לעולם אפי' כשיתברר אח"כ מי הם הבעלים א"צ להחזיר להם, אכן אכתי לא יתיישב בזה דברי הרמב"ם, דא"כ לשון זכה לעצמו שכתב הרמב"ם ג"כ נפרש הכי דזכה לעולם ואפי' ברור עדים שוב לא מהני, ועיין בנתיבות כ ר"ס) שתמה ג"כ על דבריהם, דמהיכי תיתי יהיה רשאי השתמש בדבר שאין שלו. ואכן נ"ל ליישב דברי רמב"ם התמוהים אשר כל המפרשים תמהו עליו, עפמ"ש הרמב"ן (לקמן דף כ"ו) דהא דאמרינן דהיכי דבא לידו קודם יאוש לא קנה ביאוש של אח"כ, היינו היכי דנטל ע"מ להחזירה לבעלים דאז הוי שומר של בעלים וידו כיד בעלים וכמו פקדון בידו ולא מהני יאוש, אבל היכי דנטלה ע"מ לזכות לעצמו אין ידו כיד הבעלים וקני יאוש ע"ש, ולפי"ז עיקר הפלוגתא דאביי ורבא ביאוש של"מ, הוי דוקא היכי שנטלה ע"מ להשיבה, אבל בנטלה ע"מ לזכות לעצמו מהני היאוש לכו"ע, וא"כ יתיישב בטוב דברי הרמב"ם, דודאי גם הרמב"ם יסבור דבספק יאוש של"מ וכ"ש בודאי ישל"מ דאסור להחזיק לעצמו וכדמוכח פשטות הסוגיא דהכא, דאע"ג דספיקא הוא אם ידע שנפל אפ"ה אסור להחזיק לעצמו, אלא דהיינו דוקא הכא דמיירי בנטלה ע"מ להשיבה, אבל בדינא דרמב"ם דמיירי בספק הנוח דאסור לו ליטלה, ולא שייך לומר שנטלה בכדי לקיים מצות השבה כיון דאסור לו לעשות כן, ובע"כ כשנטלה ע"מ לזכות לעצמו נטלה, וכיון שאח"כ ודאי מייאש, דדבר שאין בו סימן הוא, להכי זכה בה ביאוש דאח"כ, ואין להקשות דא"כ אמאי סיים הרמב"ם דדבר שיש בו סימן חייב להכריז, יקנה נמי ביאוש דאח"כ כיון דלא הוי כשומר של בעלים, ועיין בקצוה"ח (סי' רנ"ט), די"ל דבדבר שיש בו סימן רשאי ומחויב לטול בספק הנוח וכמ"ש המ"מ שם, ולהכי כיון דנטלה ע"מ להשיבה לא מהני יאוש וחייב להכריז ועוי"ל שאה"נ אם ידעינן ודאי שנתייאש שא"צ להכריז, רק כיון דדבר שיש בו סימן הוא אמרינן שלא נתייאשו בעלים עוד ולהכי חייב להכריז, דכל זמן דלא שמעיניה דמייאש לא אמרי' מסתמא שנתייאש ודו"ק, ועיין בכ"מ (פט"ו הנ"ל) שכתב דכיון דלא יתברר לעולם מי המה הבעלים, כיון שאין בו סימן לא דיינינן בי' מונח עד שיבוא אליהו, ומזה יהי' סיוע למ"ש לעיל (דף ג')

לברר בארוכה, דפסק דמונח היינו בכדי לברר האמת, וכ"מ שעי"ז לא יבורר האמת לא דייניו מונח ע"ש:

תוד"ה ת"ש המוצא מעות כו' וי"ל דמשמע דבכל ענין כו' ואע"ג דאית בו סימן כו' ומשמע נמי כו' שעדיין היה בעל אבידה כו' ע"כ, ועיין במפרשים שנדחקו בזה הרבה, דמה עדיפא הקושיא מכח יש בו סימן לאין בו סימן דהא הכא אף ביש בו סימן עומד לייאש כמו אין בו סימן ועיין מ"ש בשמ"ק, ונ"ל דכלל כוונת התוס' הוא לתרץ, דמזה שהקשה עוד הפעם מברייתא, וגם ממה שאמר ר' יצחק לסברתו על הברייתא, ידעינן מזה רבותא יותר גדולה בסברת ר' יצחק, דהנה כשמקשה ממתני' הא לא ידע דנפל, דהתם לא שמענו ולא ראינו את אובד האבידה ויש לומר מעצמינו ג"כ, שמא כבר ידע שנפל, ואין לנו שום אומד דעת לומר דלא ידע עוד, וכיון שמעצמינו אין לנו שום אומד לומר דלא ידע, ע"ז הוי שפיר סברא דר' יצחק, דכיון שאדם עשוי למשמש בכיסו מסתמא ידע כבר מהנפילה, ולפי"ז לא ידעינן מהתם כ"א שסברא דר' יצחק מהני, כ"א במקום שאין לנו הוכחה להיפך, אבל בדינא דברייתא דמוצא בבית הכנסת, שגם בעל האבידה שם הוא, ומעצמינו יש לנו הוכחה נאמנה שמסתמא לא ידע עוד מהנפילה, דאילו ידע, ודאי שהיה צווח לחקור על אבידתו, ובכה"ג כיש לנו אומדנא דלא ידע עוד לא סמכינן אסברא דאדם עשוי למשמש, להוכיח מזה שודאי ידע, כיון שיש לומר להיפוך דאילו ידע הוה צווח, לזה קאמר ר' יצחק דינו על הברייתא לאשמועינן שעדיפא כ"כ סברא דאדם עשוי למשמש להוכיח מינה שודאי ידע אפי' במקום שיש אומדנא להיפוך. ובזה מיושבים שני הקושיות כאחת, דאע"ג דמקשי ממתני' הדר ומקשי מברייתא, כיון דע"י התירוץ שתי' בש"ס סברא דר' יצחק אמתני' אין ראיה עוד, די"ל דבדינא דברייתא לא יסבור הש"ס סברא דר' יצחק, לזה מקשה מברייתא ומשני שגם בזה סמכינן אסברא דר' יצחק, וכן א"ש על ר' יצחק גופא שאמר דינו על הברייתא ולא על מתני', דאילו היה אומר אמתני' אכתי לא ידעינן בברייתא זהו כלל כונת התוס' בתרוצם, שתירוץ אחד עולה לשני הקושיות, ומה שהוצרכו התוס' לומר דבברייתא הוי יש בו סימן, לא הוי כוונתם משום עדיפות הסימן, אלא דע"י הסימן יש לנו האומדנא שלא ידעו עוד הבעלים, דאם גם בברייתא הוי מיירי באין בו סימן, אין שום אומדנא מעצמינו לומר שלא ידע, דגם מעצמינו יש לומר שכבר ידע, והא דלא צווח היינו משום דיחשוב מה התועלת בצוויחתו כיון שלא יאמינו לו, אבל באמת ידע כבר, ואי נימא כן אין עדיפות בברייתא על המתני', כיון שגם בברייתא יש לומר שכבר ידע, לזה הוכרחו התוס' להוכיח דבברייתא בע"כ ביש בו סימן מיירי, וא"כ היה לו ליצווח אם היה ידע, דאין לומר שנתייאש מפני

שהרבים מצויין שם, דהא אי יאוש של"מ לא הוי יאוש, אכתי יש תועלת בצוויחתו להודיע שרק עכשיו נודע לו והרי הוא מחויב להחזירו אם מצאו קודם שנודע לו, וא"כ מדלא צווח יש לנו הוכחה דלא ידע עוד, ואפ"ה ע"י סברא דר' יצחק סמכינן לומר שכבר ידע אפי' בכה"ג, ופי' התוס' במ"ש וי"ל כו' וכתבו אח"כ ומשמע נמי דכשזה הגביה לא ידע עוד בעל אבידה, הכל תי' אחד הוא, ושני הקושיות מתורצים על ידו כנ"ל וזה נכון בעזה"י להמעיין, אלא דלשון התוס' ומשמע נמי, משמע שמכאן הוי תירוץ שני, והתי' הראשון הוי משום דאיכא סימן, וא"כ יוחזר הקושיא מה עדיפא דיש בו סימן:

ולכן נראה דבאמת יש שני תרוצים כאן בתוס', והתי' דאיכא סימן הוא תי' אחד, ומ"ש ומשמע נמי כו' הוא תירוץ השני, והוצרכו לשני התרוצים לשני הקושיות שהקשו, דעל הקושיא הראשונה שהקשו כיון דכבר הקשה ממתני' אמאי פריך שוב מברייתא, ע"ז תרצו דברייתא אלימא לאקשויי משום דמיירי ביש בו סימן, והעדיפות שבזה יבואר עפמ"ש לעיל בשם הש"ך (חו"מ סי' ר"ס) דהא דאמרי' דיאוש של"מ לא הוי יאוש, היינו אם שנתברר אח"כ מי הם הבעלים צריך להחזיר להם, אבל כ"ז שלא נתברר של מי הוא יכול לעשות בו מה שירצה ע"ש ולפי"ז צ"ל דמה שהקשו בסוגיין מכל הני דקתני הרי אלו שלו, היינו משום כיון דנקיט סתמא הרי הן שלו משמע אפילו נתברר אח"כ של מי הוא, אבל באמת לא אלים הקושיא כ"כ, די"ל באמת הא דנקיט במתני' הרי שלו, היינו נמי בעוד שלא נתברר הבעלים וכמו שנפרש דינא דרמב"ם, דהא דקאמר זכה לעצמו, היינו כל זמן שלא נתברר, וכן נפרש נמי במתני', לזה הקשה מברייתא דאלימא יותר הקושיא, כיון דמיירי ביש בו סימן ועומד להתברר ע"י הסימן של מי הוא, שפיר יקשה אמאי הוא שלו, שוב מצאתי בחי' רעק"א שכ"כ, ואכן בתירוץ הזה אין מיושב עדיין קושיתם השניה על ר' יצחק גופא, למה לא אמר למילתיה אמתני', וע"ז תרצו ומשמע נמי, אע"ג דכשזה הגביה עדיין היה בעל האבידה בבית הכנסת וא"כ יש לנו הוכחה דלא ידע, ואפ"ה סמכינן על סברא דאדם עשוי למשמש להוכיח שודאי ידע היפך האומדנא שלנו וכנ"ל, וז"ב בעזה"י:

בגמ' המוציא מעות בבהכ"נ כו' ואמאי הא לא ידע דנפל, ותמוה לי דאיך עלה בדעת המקשן להוכיח מכאן דיאוש של"מ הוי יאוש, הא אדרבה מברייתא עצמה מוכח דישל"מ לא הוי יאוש, דהא באמת קשה אעיקרא דדינא אמאי הרי הוא של מוצאו ולא קנה החצר להקדש גופא, אע"כ דהחצר לא קני משום דבחצר נפל ודאי קודם יאוש והוי ישל"מ ולא קני, וכמ"ש הרא"ש לקמן במתני' דמצא בחנות, דמשו"ה לא קני התם בעל החנות מטעם חצר, משום דבחצר הוי ישל"מ, ואע"ג דשם במתני' דחנות נאמרו

טעמים אחרים, אבל כאן לא שייך לתרץ כאותן התרוצים, דמ"ש הרמב"ם שם משום דהוי אבודה מכל אדם, וכן תי' התוס' התם, משום דאין הוה להמצא, לא שייך כ"א התם דמצא דבר קטן מאוד כגון מחט שאין הוה להמצא, וגם עי"ז הוי אבודה מכל אדם, אבל הכא דמצא מעות, ובע"כ דמצא בכיס והיו צרורין, מדכתבו התוס' דמיירי הכא שיש בו סימן, ואי מיירי במעות מפוזרות, הא לא הוי סימן, אע"כ דהמעות היו צרורין, וא"כ לא הוי אבודה מכל אדם דהא הוה הוא להמצא, וא"כ לא נשאר כאן כ"א תי' הרא"ש משום דהוי ישל"מ, דאין לומר נמי מטעם דאין חצר להקדש וכמ"ש המ"א (באו"ח סי' קנ"ד בשם האגודה), לבד שבעיקר הדין כבר השיגוהו כולם והוכיחו דיש יד להקדש, ועיין בקצוה"ח (סי' ר') ובחת"ס או"ח סי' מ"ד ובתוי"ט פ"ג ממעילה, עוד אפי' אי נימא דאין חצר להקדש, הא בתי כנסיות דידן אין להם דין הקדש, וא"כ קשה על המקשה שרצה להוכיח מכאן דישל"מ הוי יאוש, והא כיון שכבר ידע מסברת ר' יצחק מקושיא דמתני', רק דאפ"ה מקשה מברייתא משום דהיה סבור דבברייתא לא שייך כ"כ סברא דר' יצחק וכמ"ש בחדושיי לעיל בדבור הסמוך, והא מברייתא זאת מוכח בע"כ כאביי דישל"מ לא הוי יאוש, מדלא קנה החצר להקדש גופא, וא"כ בע"כ הא דקני המוצא היינו משום דר' יצחק, והיה נ"ל מחמת זה להוכיח ולקים סברת רבינו ברוך ממגנצא ור' אביגדור כ"ץ שבמרדכי בפירקין סי' רנ"ט הובא בסמ"ע סי' ר"ס דאין חצירו קונה אלא הפקירו אבל לא אבידה אפי' נתייאשו הבעלים. ובנה"מ שם השיג עליו שאין זה הלכה כלל, כיון דעיקר הוכחתם הוא מחמת קושיא דמצא בחנות, וכל הראשונים שכתבו תרוצים אחרים לקושיא זאת מכלל דלא ס"ל סברת רבינו ברוך ע"ש, ולמ"ש יהיה ראיה לסברתם מסוגיין, דהכא לא שייך התרוצים שתרצו התם מחמת אבודה מכל אדם ומחמת שאין הוה להמצא וכמ"ש, וא"כ אמאי אין קונה הכא החצר, אע"כ דבאבידה אין חצר קונה, והנה בתשובת חת"ס (ביו"ד סי' שי"ח) קילס לסברת רבינו ברוך הנ"ל עד שלא רצה גם לצרף לס"ס שמא אין הלכה כמותו, ולכאורה תמוה דהא צדקו דברי הנתיבות מ"ש דהראשונים לא ס"ל כן. ואכן לפמ"ש מסוגיא דילן יש לקיים סברת רבינו ברוך. ועוי"ל כמ"ש המרדכי שם והובא ברמ"א (חו"מ סי' רס"ח) דאין חצירו קונה כ"א ביודע במציאה שנפל או דאסיק אדעתו, ולהכי א"ש דלא קנה הכא החצר להקדש, כיון דהגזבר לא ידע מהמציאה, ואע"ג דהנתיבות שם השיג גם בזה על המרדכי כנ"ל, אכן בחדושינו (לעיל דף י"א ע"א) יישבתי זה בארוכה, ועיין בס' ענג יו"ט שכתב דבביהכ"נ לכו"ע אין חצר קונה, כיון שיש חלק בה גם לקטנים וחרשים, וא"כ כשם שהגביהו חרש ופקח אמרינן

דמתוך שלא קנה חרש לא קנה פקח, כן נמי בחצר זה שמעורב בו יד החרש לא קנה גם הפקח ע"ש, ולפי"ז בלא"ה א"ש כאן:

בגמ' ואמאי נהי דעניים דהכא מייאשי איכא עניים בדוכתא אחריתי דלא מייאשי, וק"ל הא מתנות עניים מדלא כתיב בהן ונתן לעניים, אלא תעזוב אותם, ילפינן מזה (בחולין קל"ד) שאין חייב לתת אותם לעניים, אלא כל זמן שהעניים תובעים אותם, ואם אין מצויין עניים הכא, או שפסקו העניים מלחזור עליהן, אז ממילא מותרין לכל אדם, והבעה"ב עצמו יכול לזכות בהן לעצמו וכמ"ש בחולין שם קי' לוי זרע בכישר לא הוי עניים אתא שאיל לרב ששת וא"ל לעני ולגר תעזוב ולא לעורבים ולא לעטלפים, וכן מבואר להדיא ברמב"ם (פ"א מהל' מתנות עניים, ובטו"ז יו"ד סי' של"ב) וא"כ מאי פריך הכא דעניים דעלמא לא מייאשי, וכי כלום ליאוש שלהם צריכין, הא כיון דלא באו מעצמו ללקוט, אין שום חיוב על הבעה"ב לתת, וממילא הרי הם של בעה"ב, דכי יניחם הפקר לעורבים ולחיות, וצ"ל דהעניים דבדוכתא אחריתי דקאמר הכא, היינו ממקומות הסמוכין, שמצויין פה תמיד לבוא וללקוט, וכיון שידעינן שודאי יבואו ללקוט היום או מחר צריך להמתין עליהם, ובע"כ דמטעם יאוש קא אתינן הכא אבל לעניי עולם שאין דרכן לבוא פה, באמת אין צריכין כלל לטעם יאוש. ובזה מיושב קושית רעק"א על הגליון, שהקשה הא גם לעניים קטנים יש חלק בלקט ומיקרי יאוש שלא מדעת עבור חלקן כדאמר לקמן (דף כ"ב ע"ב) דיתמי לאו בני מחילה נינהו ואין יאושן יאוש ע"ש. ולפמ"ש לק"מ דהא ודאי שגם הקטנים לא ילכו עוד ללקוט אחרי שכבר הלכו הנמושות, ומייאשי מלילך עוד, ויאוש ודאי דאיכא הכא, אלא שאין יאושן יאוש מחמת שקטנים הם, ובשלמא לקמן דמיירי בדבר שהוא של הקטנים עצמן, אלא דהיאוש מתירן לשקול לאחריני, שפיר פריך כיון שאין יאושן יאוש אסור לזכות בהן, אבל הכא שהלקט של בעה"ב היא, רק שיש לעניים זכות בו, שכל זמן שהם תובעים מחויב הבעה"ב לעזוב אותן, אבל הכא כיון שפסקו כל העניים וגם הקטנים עמהם מלבקש, הוי ממילא של בעה"ב ואין עליו שום חיוב לתתן לעניים, וא"כ מה איכפת לן שאין יאושן יאוש, אחרי שלא נצרך כלל להיתירא דיאוש, ורק למעשה היאוש צריכינן, היינו שיתייאש מלבוא עוד לבקש, וכיון דמעשה היאוש איכא הכא, ולא יבוא עוד ללקט, די בכך, אע"ג דאין יאושן יאוש, דבלאו היתירא דיאוש הוי של בעה"ב, וז"ב:

ברש"י ד"ה עם נפילתה נאמסת כו' הלכך כיון דידיע דנתרא מעיקרא מייאש משום מאיסותא כו'. והקשה בס' מ"ה דהא הכא קאי לרבא ולדידי' יאוש של"מ הוי יאוש, ולמה הוצרך לפרש דמעיקרא מייאש, ובאמת לק"מ, דע"כ לא מפרשינן לאביי טעם ההיתר

דתאנים משום דעבידא דנתרא כ"א לס"ד דלא ידעינן טעם דחזותו מוכיח, אבל לפום המסקנא דחזותא מילתא היא, שגם לכשידע לא יתיאש, יקשה לן גם לאביי אמאי מותר בתאינה, נהי דעבידא דנתרא, אכתי לא מייאש משום שהמוצא לא יקחם, וגם לאביי צ"ל הטעם משום נפילתה נמאסת ומפקירה, לכך פרש"י הטעם דידע מעיקרא שיהא שייך גם לאביי, וראיה ברורה לזה, דהא בטושו"ע (חו"מ סי' ר"ס) כתב הטעם דתאינה משום דעם נפילתה נמאסת, ואי נימא שדוקא לרבא הוי טעם זה ולא לאביי, א"כ לא הו"ל להשו"ע להזכיר טעם זה לפום מאי דמסקינן כאביי, אע"כ שגם לאביי הוי טעם זה, ועיין מ"ש הט"ז שם:

תוד"ה תאנה, וא"ת אם דין הוא לתלות בעוברי דרכים ולא באילן אמאי אסור בזתים וחרובין כו'. וקשה דהא קושית התוס' קאי לאביי, וא"כ כי נתלה נמי בעוברי דרכים אכתי הוי יאוש שלא מדעת, דהא אכתי לא ידעו שנפל, וי"ל דבזתים וחרובין שייך נמי טעם דגמ' שאמרו גבי קציעות, איידי דחשיבי ידעי בהו, וזיתים וחרובין נמי חשיבי וידעי שנפל, ולכן אי תלינן בעוברי דרכים הוי יאוש מדעת, אבל אי תלינן שמן האילן נפל הוי ישל"מ כיון דלא עבידי דנתרי, ולפי"ז צ"ל בע"כ דלפי תרוץ התוס' שכתבו דבדין אין לתלות בעוברי דרכים, הכוונה שאפי' ספק שמא מעוברי דרכים נמי אין לומר, ובודאי מן האילן הוא, דאי לפי האמת ספיקא הוא, אכתי אמאי אסור, והא הוה לן למישרי ע"י ספק ספיקא, שמא מעוברי דרכים והוי יאוש מדעת, ואת"ל מן האילן שמא נודע להבעלים שנפל, אלא ודאי דמן הדין אין לספוקי כלל שמא מעוברי דרכים ומחזקינן שודאי מן האילן, והכי יתפרש נמי כוונת התוס' בקושיתם ופירוקם, דמה שהקשו אמאי אסור בזיתים דניתלי שמא מעוברי דרכים, לא כוונו לומר שתלינן לודאי דמעוברי דרכים, דזה ודאי א"א, ואע"ג דעוברי דרכים הוי רובא מ"מ בקורבא דמוכח כזה ודאי דלא מחזקינן בתר הרוב לחוד, אלא כוונתם כיון דאמרת דהבעלים יתיאשו מפני שיסברו דהמוצא יתלה בעוברי דרכים, א"כ בע"כ שיש צד ספק לפחות לתלות בהם, דאי אין שום צד ספק לתלות בהם, מהיכי תיתי שיתלו בהם המוצאים, וכיון שיש גם ספק דמעוברי דרכים נפל אמאי אסור לישתרי מטעם ס"ס כנ"ל, ע"ז תירצו דבדין אין לתלות בעוברי דרכים, פי' ובודאי מן האילן ולהכי אסורים מטעם דלא עבידי דנתרי והוי ישל"מ, ואי כיון דאין ספק ע"ז וא"כ למה יתייאשו הבעלים גם כשידעו, לזה כתבו דחוששין לאינשי דלא מעלי, והם יורו היתר לנפשם גם בשלא מן הדין, אבל מדינא ודאי דאין ספק ובודאי מן האילן, ומה שתי' אח"כ בש"ס שאני זית הואיל וזיתו מוכיח, היינו כיון דזיתו מוכיח אין שום צד הוראת היתר אפי' לאינשי דלא מעלי נמי, דהא ודאי אפי' אינשי דלא מעלי יחפשו

צד הוראת היתר עכ"פ, דבגזלנים לא קא מיירי, דהם יוכלו גם ליתלוש מן האילן, אלא דמיירי שגם הם יחפשו אחרי צד היתר וכיון דזיתו מוכיח אין צד הוראת היתר אפילו לאינשי דלא מעלי:

בא"ד שאני זית הואיל וזיתו מוכיח כו' אבל תאנה עם נפילתה נמאסת, פירוש מתלכלכת כו' ומפקירה, אבל ברוב ספרים גרסינן הואיל וחזותו מוכיח עליו כו' אבל תאנה עם נפילתה נמסת בלא אל"ף ואין דומין לאותו שבאילן כו' עכ"ל, הנפקא מינה בין שני הגרסות, לגירסא דזיתי מוכיח, יבוא ההיתר דתאינה והיאוש מבעל התאינה, לא בשביל סבת המוצא, משום דהמוצא יקחם, שזה ידעו הבעלים שהמוצא לא יקחם, שיתלה בודאי שנפלו מן האילן כיון שנמצא תחת האילן, וכמו בזיתים וחרובין דאסירי מה"ט שלא יתייאש, אלא יאוש דתאינה יבוא מפאת שאינה חשובה בעיניו ומפקירה, אכן להגרסא דחזותו מוכיח, מפאת שנמצא תחת התאינה אין ברור כ"כ שהמוצא לא יקחם, דדוקא בזיתים דחזותו מוכיח ויש סימן שמאילן נפל, להכי לא מתייאשי הבעלים, אבל בתאינה שאינה דומה לזה שבאילן ואין סימן, יתייאשו הבעלים, ולזה היאוש בא מפאת סבת המוצא שסבור דהמוצא יקחם, זהו הנ"מ בין שני הגרסות, ולפי"ז יש לבאר היתירא דקציעות מהו, ובשלמא לגרסא השניה, דדוקא היכי שיש בו סימן שדומה לאילן לא יתייאש, אבל אם אין בו סימן יתייאש, אע"ג דנמצא תחת האילן, בזה י"ל שגם בקציעות יתייאש, אע"ג דנמצא בצד השדה קציעות, דבקציעות א"א להכירן עפ"י סימן המראה, דכיון שמתייבשין תמיד על השדה אין שום מראה עליהם, וכמ"ש הט"ז (מחו"מ סי' ר"ס) אכן לגירסא דזיתו מוכיח, דאם אך נמצא בצד האילן לא מייאש, ויאוש דתאינה יבוא רק משום מאיסותא, א"כ בקציעות אין שום יאוש, דמפני סבת המוצא ודאי לא יתייאש, דשדה קציעות מוכיחין עליהם, והמוצא ודאי לא יקחם, ומפאת מאיסותא נמי לא שייך, כיון שכל שארי הקציעות נמי על הקרקע מונחים בשדה, אם לא שנאמר לחלק דכל הקציעות כיון שמונחים על מחצלות אין נמאסים בעיניו, אבל הנהו שנמצאו על הקרקע נמאסים בעיניו. אכן אכתי לשון הש"ס דקאמר תאנה עם נפילתה נמאסת, משמע דתירוץ זה לא קאי כ"א אתאינה ולא אקציעות מדלא הזכירו כלל לקציעות, ועוד דמלשון הש"ס משמע שרק הנפילה גורמת להיות נמאסת, דע"י שנפלה ממקום גבוה מן האילן נתרככה ונטנפה עד שנמאסה ובקציעות לא שייך זה, ואכתי יקשה טעם דקציעות מהו לגרסא דזיתו, והיה נ"ל לומר דבקציעות הוי טעם היאוש בשביל סבת המוצא גם לגרסא זאת, ולא דמי לתאינה, דבקציעות אע"ג שנמצא בצד שדה קציעות, א"א לומר עוד דהשדה מוכיחה שודאי ממנה הוא, ולא מעוברי דרכים, ונהי שמראה הדבר שהם ממנה,

מ"מ לודאי א"א למיחשבי', דאכתי יש הוכחה אחריתי המראה להיפך, ויש להמוצא לספק ולומר, דאם מן השדה הוא, בתוך השדה היה להמצא ולא על אם הדרך, ומדנמצא על אם הדרך יש ספק לומר שמא מעוברי דרכים נפל, וממילא יתייאש האובד דסבור שהמוצא יקחם מפני שיתלה בעוברי דרכים, אבל בתאנה הוי ודאי דמן האילן נפל, וממה שנמצא בדרך אין ראיה, דהא גם התאינה גופא נוטה לדרך, וכיון שהזית מוכיח דודאי מן האילן, לא יתייאש האובד כיון דאין למוצא במה לתלות ודאי שלא יקחם, ולזה הוכרח לטעם דמפקיר, ועיין בטוחו"מ (סי' ר"ס) וז"ל המוצא קציעות בדרך אפי' בצד שדה קציעות שהדבר מראה שהם ממנו, וכן המוצא תאנים תחת תאנה הנוטה על אם הדרך ובודאי שממנו נפל כו' ע"כ, הרי דייק בדבריו גבי קציעות כתב שהדבר מראה שהוא ממנו, ובתאינה, שודאי מן האילן, והוא כדברינו, דבקציעות אין השדה מוכיח כ"כ עד שנימא שודאי מן השדה הוא כיון שיש גם הוכחה להיפך, ורק מראה שהיא ממנה, וממילא היתירן מפני יאוש שיבוא בסבת המוצא שסבור דהמוצא יקחם, והוי נמי יאוש מדעת כיון דחשיבי וידעי בהו, ובתאינה דהזית מוכיח שודאי מן האילן, וא"כ בשביל סבת המוצא לא יבוא היאוש, להכי הוכרח לטעם דמפקיר, ועיין בט"ז ובדרישה שטרחו למצוא טעם היתר דקציעות, ולפמ"ש הדבר נכון ומבואר. והנה התוי"ט (בפ"ג דמעשרות) כתב שהיתירא דקציעות היינו דוקא כשמצאן בדרך במקום שרבים מצויין שם וידוע שהבעלים נתייאשו אבל אם מצאן בינו לבין חבירו אסורין דלא מתייאש שידע שחבירו ימצאם, ועיין בפרישה (סי' ר"ס) שהשיג עליו, ולמ"ש הדבר נכון כהתוי"ט, ואם כי לא מטעמיה, אלא מטעם שכתבתי, דבנמצא בדרך דהמוצא יוכל לתלות גם מעוברי דרכים ויקחם, וממילא יתייאש האובד ולהכי מותרים, משא"כ במצאו במקום שאין רבים מצויין שם, א"כ ודאי הדבר שמן השדה הם, וא"א לתלות בדבר אחר, א"כ לא יקחם המוצא, וממילא שגם האובד לא יתייאש ואסורין משום גזל, וכ"ה להדיא בירושלמי (פ"ג דמעשרות) א"ר יונה לא אמרו אלא לדרך הא בינו לבין חבירו לא. ועיין שם בפ"מ שפי' טעם אחר בירושלמי, ומה שכתבתי נכון הוא:

דף כב.

בגמ' אלא גנב מי קא חזו ליה דמייאש, הש"ך (בחו"מ סי' שנ"ג) הקשה מכאן על הרמב"ם דס"ל (בפ"ה מגניבה) דשנוי רשות ואח"כ יאוש נמי קנה, וא"כ מאי מקשה הכא על אביי, הא י"ל כיון דאיכא הכא נמי שנוי רשות, ולכן אע"ג דבשעת נתינה לזה הוי אכתי יאוש שלא מדעת, מ"מ אח"כ כשנתוודע הוי עכ"פ שנוי רשות ואח"כ יאוש דמהני נמי,

אע"כ דהא בהא תליא, ולאביי דיאוש של"מ לא מהני מטעם דבאיסורא אתי לידו, ממילא נמי דשנוי רשות ואח"כ יאוש לא מהני מהאי טעמא ע"ש, ונ"ל דהנה אם כי הרבה מפרשים הבינו בדעת הרמב"ם דס"ל בכל אופן דשנוי רשות מהני אפי' אם אח"כ נתייאש ובאיסורא בא לידו, וכתבו הטעם דס"ל דשנוי רשות עצמו הוי קנין בצרוף יאוש וכמ"ש בקצוה"ח (סי' שס"ב), אכן לי נראה דגם הרמב"ם לא פליג היכי דבאיסורא אתי לידו דיועיל היאוש אפי' בצרוף השנוי רשות, אלא הרמב"ם ס"ל לחלק כמ"ש הב"י (בחו"מ סי' שס"ט) דע"כ לא מיקרי באיסורא אתי לידו כ"א היכי שהלוקח ידע שגזולה או גנובה היא, אבל אם בשעה שנתנוה לידו לא ידע שגזולה היתה לא מיקרי זה באיסורא אתי ליד המקבל ע"ש, והכי איתא להדיא בלשון הרמב"ם (פ"ה מגזילה) וז"ל נטלו מוכסין חמורו והחזירו לו אחרת ה"ז שלו כו' וחזקתה שנתייאשו הבעלים ממנה ואינו יודע בודאי שהיא גזילה ע"כ, הרי דייק בלשונו ובטעם היתירו משום דאינו יודע שהיא גזולה, אבל אם ידע שגזולה היא אה"נ שגם הרמב"ם מודה דלא מהני היאוש שבא אחר שנוי הרשות משום דבאיסורא אתי לידו, ולפי"ז א"ש בסוגיין דקאמר הגנב שנטל מזה ונתן לזה, דלשון זה מיותר, אלא בא להורות דמיירי הכא דהנטילה מזה והנתינה לזה היה כאחת ובמעמד אחד, והמקבל ראה גם את הנטילה איך שנטל ממנו ונתן לידו, וכיון שכן דמיירי הכא דהמקבל ידע שגזולה היא, גם הרמב"ם ס"ל דלא מהני היאוש שיבוא אח"כ, ובעינן דוקא דהיאוש יבוא קודם, ולהכי שפיר הקשה לאביי וז"ב, ועין בסמ"ע (סי' שס"א) שהשיג על הב"י וס"ל דאפי' בידע מקודם שגזולה היא ג"כ מיקרי שנוי רשות ע"ש, ולבד שלשון הרמב"ם עצמו משמע כהב"י וכנ"ל, גם הראיה שהבאתי לזה מן הש"ס דהכא, דאלת"ה יקשה קושית הש"ך, אע"כ כהב"י, ודו"ק בזה.

בגמ' תרגמה רבא אליבא דאביי בדשויה שליח, וקשה דמאי מהני דשוויה שליח, כיון דלא אמר לתרום מן יפות והשליח כי תרם מן היפות אכתי דמי ליאוש שלא מדעת כיון דבעידנא דתרם לא ידע שיתרצה לתרום מן היפות, וכנראה שלק שיא זאת נתכוון התוס' ד"ה אם יש יפות מהן, והיה נ"ל ליישב עפמ"ש בפסחים (דף פ"ח ע"ב) האומר לעבדו צא ושחיט את הפסח עלי שחט גדי יאכל שחט טלה יאכל, וקמ"ל דאע"ג דדרכו תמיד בגדי מ"מ אם שחט טלה יאכל, דכיון דלא פירש סמיך עליו, הרי דכיון דלא פריש סמיך על השליח אפי' באם ישנה מדרכו התמידי, ואפי' אם שינה נמי מדרך העולם נמי מהני, עיין בפיה"מ להרמב"ם שם, וה"נ דכוותה אע"ג שדרך העולם לתרום מן הבינונית, מ"מ כיון דלא פירש על השליח סמיך, ובזה היה מיושב גם קושית התוס' בד"ה אם יש יפות,

אלא דלפי"ז אפי' אם לא נמצאו יפות אח"כ, דמזה ניכר שבעה"ב לא נתרצה במעשה השליח, נמי הו"ל להיות תרומתו תרומה כיון דעלי' קא סמיך, וצ"ע:

ולכן נ"ל באופן אחר, דהנה בתוד"ה אם יש יפות הקשו דאמאי מקשה רק לאביי הא אפי' לרבא נמי קשיא, דבדבר שאין עומד להתייאש גם רבא מודה דלא הוי יאוש, והכא כיון שאין דרך לתרום מן היפות הוי כדבר שיש בו סימן דאין עומד לייאש, ותירצו דמצוה שאני, ועיין במהר"ם שי"ף שהבין דסברא זאת לא מהני כ"א לרבא, דלדידי' לא בעינן כ"א שיהיה עומד לכך, ולכן כיון דמצוה היא אמרינן שעומד גם לזה, אבל לאביי אין מועיל סברא דמצוה, דאלת"ה א"כ מאי מקשה לאביי והוכרח לתרץ בדשויה שליח, תיפוק ליה דמצוה שאני ע"ש, אבל באמת נראה ברור דסברא הזאת מועיל לאביי נמי, דכיון שמצוה הוא הוי כאילו אמר בפירוש, דכל הרוצה לתרום אפי' מן היפות ניחא לו, ואפי' לאביי דס"ל דלא אמרינן מדהשתא ניחא מכלל דלמפרע ניחא מהני נמי, משום דהוי כאילו התנה בפירוש, ועיין בט"ז (יו"ד סי' של"א) כתב מסברא דנפשיה דתי' זה מהני אפי' לאביי, ולי נראה שכוונת התוס' בקושיתם הוא גם להקשות על אביי, דכיון שלא אמר מן היפות וא"כ דמי ליאוש של"מ וקשה לאביי, וגם לרבא קשיא כיון דאין עומד להכי הוי כדבר שיש בו סימן, וע"ז תירצו דמצוה שאני וניחא גם לאביי, משום דלאו על הניחותא דהשתא סמכינן לומר שגם מעיקרא נתרצה, דזה לא היה מועיל לאביי, אלא כיון דמצוה היא הוי כאילו אמר בפירוש שמתרצה לכך, הרי משמעות תרוצם משמע דמתרצי גם לאביי וגם לדידיה מהני, והוכחת המהר"ש דאמאי לא משני בש"ס כן לעיל כשהקשה על אביי, י"ל דבס"ד דמיירי בלא עשאו שליח, והקושיא היה אמאי מהני הרמת השליח כלל ואפי' אי תרם מבינונית כיון דלא עשאו שליח, ולהכי לא מצי לתרוצי דמצוה שאני, דהא זה אין מצוה שיתרום האחר ולא הוא, ואדרבה מצוה בו יותר מבשלוחו, אבל השתא דאוקמי בדשויה שליח, ורק השנוי היה שתרם מן היפות, ע"ז שייך שפיר לומר, דכיון שמצוה היא הוי כאילו אמר בפירוש מעיקרא שניחא לו בזה, משא"כ בעיקר התרומה לא שייך לומר דמשום מצוה נתרצה בהרמתו של זה, כיון דזה אין מצוה שיתרום האחר שלא ברשותו וכמ"ש, ועיין בט"ז שם שהקשה כן דאמאי לא משני לאביי דמצוה שאני, ולפמ"ש לק"מ, ומיושב קושיתי דלעיל, דבדשוי' שליח שפיר מהני גם לאביי. ואכן כל זה הוא לפמ"ש אני בכוונת התוס', דסברא דמצוה יועיל גם לאביי, אכן לפי הבנת המהר"ש הנ"ל ושארי מפרשים בתוס', דסברא זאת לא יועיל אלא לרבא ולא לאביי, א"כ יוחזר קושיתי, דמאי מהני התירוץ דשויה שליח לאביי, הא אכתי דומה ליאוש של"מ, ונ"ל ליישב גם אליבייהו, דבשלמא היכי דלא שויה שליח כלל, או היכי שהשליח שינה ממה

שצוה לו בעה"ב בפירוש, שבאופנים הללו בעינן הגלוי דעת מניחותא דמשלח, לקיים המעשה שעשה השליח וכל זמן שלא קיים הבעה"ב אין במעשה הזה כלום, כיון דלא עשאו שליח, רק שאחר שיקיים השליחות ויגלה דעתו דניחא לו, רק אז מיקרי שליח, וכל זמן שלא בא הקיום מבעה"ב אין עליו שם שליח, ולכן דומה שפיר ליאוש של"מ, משא"כ היכי דשויה שליח סתמא, לא הוצרך הגלוי דעת כ"א לזה שלא יהא יכול עוד לבטל השליחות, דמן הדין ביד בעה"ב לבטל היכי דשינה ועיות להוסיף על שליחותו מטעם דמצי א"ל לתקוני שדרתיך כו', ורק אם גילה דעתו דניחא לו לא מצי שוב לבטל, אבל כל זמן שלא ביטל, הוי השליחות דמעיקרא קיים מעצמו והגע עצמך שליח שטעה באופן שבעה"ב מצי לומר לתקוני שדרתיך, היינו דוקא שיש לו כח לבטל מעתה, אבל אם לא ביטל, הרי המעשה דמעיקרא קיים, דכיון דלא ביטל הוי כאילו עשאו שליח בין לתקן ובין לעוות, ולזה לא דמי ליאוש שלא מדעת, כיון דלא מקיימינן המעשה דמעיקרא מחמת הגלוי דעת דלבסוף, דהמעשה קיים מעצמו בלא נחותא והנחותא דלבסוף עושה שלא יכול שוב לבטל, ודוקא בלא שוי שליח, דבעינן השתא לקיום המעשה, וכל זמן שלא קיים אין במעשה דמעיקרא כלום, דמיא ליאוש של"מ, אבל בדשוי שליח המעשה יש כאן מעיקרא, ורק אי מבטל יכול לבטל, אבל כ"ז שלא ביטל המעשה דמעיקרא קיים, ודו"ק:

והנה הרמב"ם (בפ"ד מהל' תרומה) פסק דהתורם שלא ברשות תרומתו תרומה, וכל המפרשים צווחו ע"ז שזהו נגד הש"ס המפורש כאן דדוקא בדשוי' שליח אבל בדלא שויה שליח לא. ונ"ל דהנה בע"כ סברת המקשה דהא דקתני בברייתא תרומתו תרומה, היינו גם למפרע משעה שתרם השליח, דאלת"ה אלא דכוונת הברייתא הוא דעתה לאחר ניחותא דבעה"ב הוי תרומה מכאן ולהבא, לא היה קשה מידי על אביי, ולכן לסברתו שפיר משני שדוקא בעשאו שליח אז מהני התרומה אפי' למפרע נמי, אבל זה ודאי שמכאן ולהבא הוי תרומה אפי' בלא שויה שליח, דנהי דהרמת התורם אין נחשב למאומה כיון דלא עשאו שליח, מ"מ כיון דתרומה נטלת במחשבה, ולהכי מיד שהסכים הבעה"ב שיהיה תרומה, הוי תרומה מעליא מטעם תרומה דנפשיה, ועיין בט"ז הנ"ל שכתב נמי דעל מכאן ולהבא לא בעינן שויה שליח, ולפי"ז יתורץ דעת הרמב"ם, דהנה בל"מ שם הביא דמ"ש הרמב"ם דתרומתו תרומה הוא דוקא מכאן ולהבא וכיון שכן לא הוצרך שישויה שליח וכנ"ל, וז"ב:

בגמ' אבל הכא משום כסיפותא הוא דאמר, ולכאורה משמע להדיא דמחילה הבא ע"י כסיפותא לא מהני ואפי' מכאן ולהבא נמי אסור לאכול, דהא גם מהשתא לא אכיל משום

טעם זה. ואמנם במס' קדושין (דף נ"ב) ברש"י ד"ה לא אמרו, כתב בסוה"ד וז"ל אבל הכא משום כסיפותא אמר דלא נכסף אבל למפרע לא ניחא לו ע"כ, וכלשון הזה כתב נמי הר"ן שם, וא"כ משמע להדיא להיפך דמחילה הבא ע"י כסופא נמי מחילה היא ואין בה חשש גזל, ועכ"פ מכאן ולהבא חלין הקדושין אם הדבר עדיין בעין ורק למפרע לא הוי קדושין, ומצאתי בב"ש (סי' כ"ח סקמ"ד) שהקשה על רש"י ור"ן מסוגיא דהכא דמוכח שאפי' מכאן ולהבא נמי לא הוי מחילה, וגם הריטב"א ועוד הרבה פוסקים הוכיחו מכח סוגיא דהכא שאפי' במכאן ולהבא אין מועיל המחילה. ונ"ל ליישב דבאמת מחילה מצד כסופא נמי מחילה היא, דמאי נ"מ לן מאיזה סבה באה המחילה, אם אך מחל לו בלב שלם עד שלא ירצה שוב לתבוע, והא דאמר הכא דמחמת כיסופא לאו כלום הוא, היינו משום דהכא י"ל שלא מחל לו כלל, דהכא הוי הכסופא מפני שיכסוף מחמת הנהו רבנן היושבים, ולכן אין מאמירתו כלך אצל יפות שום הוכחה שמחל לו כלל, ואין בדעתו לתבוע עוד, דיוכל להיות שכל זמן שהרבנן יושבים יכסוף ויאמר כן, אבל אח"כ כשילכו ישוב לתבוע מן האריס, ומאי דאמר כלך אצל יפות משום דיכסוף מפני היושבים, ולהכי לא מהני אמירתו כיון שלא מחל לו ובדעתו לתבוע אח"כ, אבל בקדושין דהכסופא דהתם הוי משום שכבר עשה המעשה לא ירצה להכסיף אותו ולבטל הקדושין, ואין שום סברא לומר שרק לשעה אמר הכי ולבסוף יתבע, דאותו העכוב שעכבו עתה, כ"ש שיהיה אח"כ, וכיון שלא רצה להכסיפו ולבטל הקדושין, ואותו הסבה יהיה גם אח"כ א"כ בע"כ שמחל לו לגמרי ולא יתבע שוב ממנו, ולהכי הוי מחילה מעליא, ועכ"פ מכאן ולהבא הוי קדושין, ועמ"ש בסמוך עוד מזה:

ברש"י ד"ה וליקט, לצורך בעה"ב, כוונתו בזה כמ"ש הט"ז (ביו"ד סי' של"א) שדוקא בליקט לצורך בעה"ב ולא נתכוון לגזול לעצמו, והחשש גזל שהיה בזה, רק מה שתרם שלא ברשות, בזה שפיר סמכינן על אמירתו כלך אצל יפות, כיון דמצוה הוא, ובמצוה מהני זה, אבל אם היה מכוון לגזול התבואה לעצמו, לא היה מועיל גם אמירתו דכלך אצל יפות, דלא סמכינן בזה כ"א במצוה כדאמר לקמן, אלא דצ"ע לפמ"ש לעיל דאפי' בתרומה גופא אימתי סמכינן אניחותא דמצוה, דוקא בעשאו שליח עיקר ההרמה, ולא דיינינן כ"א ממה לתרום אם מן היפות או מבינונית, דבזה ודאי מצוה היא לתרום מן היפה, אבל לס"ד דמיירי בלא שויה שליח, ודיינינן על עיקר ההרמה אם ניחא לו במעשה התורם בזה לא סמכינן אניחותא דמצוה, כיון דע"ז אין מצוה שיהא אחר התורם ולא הוא ואדרבה מצוה בו יותר מבשלותו, וא"כ אפי' לפרש"י דמיירי בליקט לצורך בעה"ב ולא מכוון לגזול, אכתי איך סמכינן אניחותא דמצוה, כיון דלאו מצוה היא, וצ"ל שדעת

רש"י דלפי הס"ד דגמ' גם זה אמרינן דניחא לו בהרמה אע"ג שאחר יהיה התורם וכן משמע קצת בשמ"ק, ועיין ברמב"ם (פ"ד מתרומות) שכתב להדיא שאפי' בליקט לצורך עצמו הדין כן, דאם אמר כלך כו' מהני ודלא כרש"י, ועמ"ש הט"ז שם:

תוד"ה הכי גרסינן ה"נ מסתברא ולא גרסינן ותסברא, ובאשר לעד"נ עיקר גרסת ותסברא, לזה אבאר סברת התוס', דהתוס' הבינו דלענין כוונת הש"ס אין נ"מ בין שני הגרסות, וכמו דלגרסת ה"נ מסתברא כוונת הש"ס לקיים בזה אוקימתא דרבא דמיירי בשויה שליח, ה"נ לגי' ותסברא, וכמ"ש בשמ"ק להדיא כן, דלגי' ותסברא יהיה פירוש הש"ס כן, ותסברא אי בדלא שויה שליח מי הוי תרומתו תרומה והא אתם כו' ומקיים בזה אוקימתא דשויה שליח, ולכן הקשה שם בשמ"ק דלא שייך ע"ז לשון ותסברא, שלשון זה אין שייך כ"א במקום שרוצה לסתור את ההוכחה ולא כשבא לקיים האוקימתא ע"ש, ומטעם זה מיאנו גם התוס' בגרסת ותסברא, דלקיים האוקימתא לא שייך לשון זה, אכן באמת מזה לא איריא, וא"צ למחוק הגירסא, דהיטב אשר דיבר בזה אדונינו הגר"א ז"ל בהגהותיו, דלגרסת ותסברא יהיה הפירוש כן, ותסברא והא אתם כו' ור"ל דאי בדשויה שליח למה צריך לכלך אצל יפות הא שלוחו כמותו אלא הב"ע כו' ע"ש, ולפי"ז הוי באמת כוונת הש"ס לדחות אוקימתא דשויה שליח, ודוקא אליבא שנויי דרבא קא טרח לשנויי, אבל באמת א"צ לאוקמי בדשויה שליח, וכיון שבארנו דמן הלשון ותסברא לא קשה ושפיר מצי לגרוס כן, נלע"ד דגי' הזאת גם עיקר, דהנה הא באמת בקדושין (דף נ"ב) גבי ההוא סרסיא דקדיש בפרוזמא דשיכרא אתא בעה"ב ואמר אמאי לא אייתית מהאי חריפא אמר רבא לא אמרו כלך כו' אלא בתרומה, משמע שאפי' בכה"ג דהתם דלא שויה שליח, אילו תרמו מהם ובא בעה"ב ואמר כלך כו' הוי תרומה, הרי משמע להדיא שאפי' בדלא שוי שליח, וא"כ יהי' סוגיא דקדושין סותרת לסוגיא דהכא דדוקא בשויה שליח אכן לגרסת ותסברא א"ש, דהנ"מ בין שני הגרסות לדינא כן הוא, דלגי' ה"נ מסתברא דהש"ס מקיים אוקימתא דרבא דמיירי בשויה שליח מוכח מזה שדוקא באם שויה שליח על עצם ההרמה, אלא דלא פירש ממה יתרום, בזה דוקא סמכינן אניחותא דמצוה, ואם אמר כלך כו' מהני, אבל בדלא שויה שליח לא מהני טעם דמצוה לסמוך אאמירתו, וכמ"ש המהר"ם שי"ף הבאתיו לעיל, ולפי"ז הוי הסוגיא הזאת היפך מסוגיא דקדושין, אכן לגרסת ותסברא דהש"ס מדחה אוקימתא דשוי שליח, י"ל שבאמת א"צ כלל לשויה שליח, וכיון דמצוה היא סמכינן על אמירתו גם בעיקר ההרמה, והוי ממש כסוגיא דקדושין, דדוקא רבא הוא דמוקי בשוי שליח, אבל הש"ס לא ניחא בזה, וכיון שכן נראה עיקר גרסת ותסברא, דלגי' ה"נ מסתברא יהיה הסוגיות חלוקות, וגם הכרח

התוס' מחמת הלשון מיושב בטוב כנ"ל. ולפמ"ש יצא לנו כנוגה צדקת הרמב"ם ז"ל ובפ"ד מתרומות) מ"ש דהתורם שלא מדעת תרומתו תרומה אפי' בלא שויה שליח, וכולם הרעישו שזהו נגד סוגיא דהכא דמוקי דוקא בשויה שליח, ונראה ברור שזהו טעמו, דלשיטתו אזיל דבתר בגרסת ותסברא כמ"ש הגר"א, וא"כ נדחה אוקימתא דשויה שליח, ולשני הסוגיות אפי' בלא שויה שליח נמי מהני, ועמ"ש לעיל (בדבור ותרגמה) ליישב באופן אחר, אכן זה נראה אמת וברור, ואפשר שגם הגר"א רמז ע"ז, אכן אין אצלי באורו על יו"ד לעיין שם:

תוד"ה אם יש יפות, עמ"ש לעיל בגמ' ועיין עוד מה שאכתוב בדבור הסמוך ליישב קושיתם:

תוד"ה ואם לאו אין תרומתו תרומה, הקשו דמ"ש מההיא דכתובות דפיחת או הוסיף תרומתו תרומה, ואפשר ליישב, דהא דבעינן דוקא שימצאו יפות, היינו משום דבעה"ב אמר כלך אצל יפות, ואמירה הזאת יש לפרשה בשני כוונות, או שנתכוון לקיים בזה מעשה השליח ונתרצה בעשייתו, או אדרבה דרך רוגז וכעס אמר כן, מדוע לא הלכת עוד אצל היפות, והבחינה לעמוד על אמתת כוונתו בזה, דאם נמצא יפות אצלו אז אמרינן שכוונתו היתה לקיים, ואם לא נמצאו יפות, אז בע"כ שכוונתו היתה למחות על מעשה השליח, ולפי"ז באם לא נמצאו יפות יש בזה מחאה גלויה על מעשה השליח דהוי כמו שמיחה בפירוש, ולהכי לא מהני, אבל התם דמיירי שבעה"ב שתק ולא מיחה כלל, רק אנן מעצמינו נסתפק, דכיון ששינה מדעת בעה"ב בטעות, אם יש ממש בעשייתו, בזה אמרינן שפיר כיון דעשאו שליח, והשליח בלא מתכוון שינה מהרגילו הוי תרומה מפליא, וה"נ אם היה שותק מעיקרא ולא היה אומר כלל כלך אצל יפות דנמי מהני, רק כיון שהמעשה היה שהבעה"ב כשמצאו תורם א"ל כן, ולהכי בעינן עכ"פ שימצאו, דאם לא נמצאו יש בדברים הללו מחאה מפורשה, ונהי דאנן קיום הדבר לא בעינן, אכן בטול המעשה ודאי דנצרך שלא יהיה כאן, ולפי"ז האי דקאמר ובא בעה"ב וא"ל כל אצל יפות, אין הכוונה דבעינן שיאמר לו הכי, דאפי' אם לא א"ל כלל נמי מהני, דכיון שעשאו שליח והשליח שלא במתכוון שינה מהרגילו התמידיי של בעה"ב, המעשה קיים וכההיא דכתובות, רק שאם אמר לו כלך כו' אז בעינן דוקא שימצאו יפות, דבאם לאו יש בדברים הללו בטול המעשה ודו"ק ולפמ"ש יתיישב גם מה שהקשה התוס' בדבור דלעיל, דאפי' אם נמצאו יפות מאי מהני, דנימא דהשתא ניחא לו ביפות אבל מתחלה אי הוי ידע לא היה ניחא לו, כיון דלפמ"ש לא בעינן כלל הסכמתו וניחותא דבעה"ב, ורק בטול הבעה"ב לא יהיה, וכיון שנמצאו יפות הרי אין בזה בטול, וא"כ לא גרע מאילו לא

היה אומר כלל כלך אצל יפות, דהוי מהני נמי, והתוס' שהקשו לשיטתם אזלי, דיפרשו דבעינן דוקא שיאמר כלך אצל יפות, באשר בעינן הסכמת הבעה"ב לזה, להכי שפיר הקשו דשמא לא היה ניחא מעיקרא, אכן למ"ש שהסכמתו לא בעינן כלל ורק מחמת שאמר כלך כו' וחוששין אנו אולי נתכוון בזה לבטל השליחות להכי בעינן שימצאו יפות לברר דעתו שלא נתכוון למחות, וכיון שנמצאו יפות הרי לנו דבדבורו ואמירתו לא ביטל, והרי הוא כאילו לא אמר כלל כלך כו' דמהני ומיושב קושית תוס':

תוד"ה מר זוטרא, כתבו שאין לומר דלהכי אכיל רב אשי משום דסמיך שיתרצה מרי בר איסק כשידע דהלכה כאביי ואע"ג דהשתא ניחא לו מעיקרא לא ניחא לו ע"כ, ומשמע להדיא מדבריהם דאפילו במקום שיודע בודאי שבעה"ב לא יקפיד כשידע אפ"ה אסור ליטול כ"ז שלא נתוודע לבעלים, ולכאורה לא משמע הכי דעת הרמב"ם, אלא דאם אך ידעינן שכשיתוודע לא יקפיד אין בו משום גזל אפי' קודם שנודע ואין זה ענין לדין דיאוש שלא מדעת, ואמנם בכדי לבאר דעת הרמב"ם צריך אני להאריך, דהנה בקדושין (דף נ"ב) גבי ההוא דקדיש בפרוזמא דשיכרא אתא בעה"ב וא"ל אמאי לא אייתית מהאי חריפא אמר רבא לא אמרו כלך כו' אבל הכא משום כסופא, וכלשון הסוגיא כתב הרמב"ם (בפ"ה מאישות) דאע"ג שהבעה"ב א"ל למה לא נתת לה הדבר הטוב אינה מקודשת דמחמת כסופא הוא דאמר, וכ"ה בריי"ף שם ובשו"ע (אה"ע סי' כ"ח), והנה בתורי"ד הקשה על הריי"ף ורמב"ם למה להו הטעם דמחמת כסופא כיון דאנן קיי"ל דיאוש של"מ לא הוי יאוש, תיפוק ליה דלמפרע לא הוי קדושין משום דלא אמרינן מדמחיל השתא מחיל למפרע, ועיין בב"ש (סי' כ"ח סקמ"ד) שהקשה כן על רש"י דקדושין שכתב שם וז"ל, אבל הכא משום כסופא אמר אבל למפרע לא, והשיג הב"ש דאיך יפרש הסוגיא דמיירי בקדושין דלמפרע, דא"כ ל"ל הטעם משום כסופא תיפוק ליה מטעם ישל"מ, אלא לאו שהסוגיא איירי בקדושין דמכאן ולהבא ע"ש, אכן דברי הב"ש קשים להולמם דהא הסוגיא דהתם אליבא דרבא קיימא ואיהו ס"ל באמת דישל"מ הוי יאוש, ולדידיה מוכרחים אנו לטעם דכסופא, וצדקו דברי רש"י שהוא אינו בא לפסוק הלכה כ"א לפרש הסוגיא, וכיון דסוגיא לרבא אזיל הוצרך לטעם דכסופא, אכן קושית הר"י הזקן על הריי"ף ורמב"ם שכתבו ג"כ לטעם דכסופא, הוי קושיא אלימתא, דלדידן דקיי"ל כאביי, בלא טעם דכסופא נמי לא הוי קדושין:

ונ"ל לישב עפמ"ש הרמב"ם שם דאם קידשה בדבר שאין בעה"ב מקפיד כגון תמרה או אגוז ה"ז מקודשת מספק, והמל"מ והפרישה סי' כ"ח כתבו דהקדושי ספק הוי רק משום דדבר מועט הוא ובמקומו לא שוה פרוטה, ואפ"ה מקודשת מספק שמא שוה

פרוטה במדי, הא אם היה פרוטה הוי קדושין ודאי, הרי ידעינן מזה שכשידעינן בודאי שאין הבעה"ב מקפיד אין בזה משום גזל ומותר לכל אחד ליקח זה, או משום הפקר, כסברת הנו"ב (מהדו"ק אה"ע סי' כ"ח), או מטעם מתנה כדעת הא"מ סי' כ"ח, ולפי"ז אפי' באם לא ידעינן אכתי דעת בעה"ב אם מקפיד בזה או לאו ואח"כ נודע לנו שלא יקפיד ג"כ מותר ואין בו משום גזל, אחרי שנתברר שגם בשעת הלקיחה לא היה בו דין ממון, והגע עצמך אם אחד לקח חפץ חבירו ואח"כ נודע לנו שהחפץ הופקר מקודם לקיחתו, האם יהיה בזה חשש גזל משום שלא ידע הלוקח ואין זה ענין כלל ליאוש של"מ, דהא התם היאוש בא מכח הנפילה וכל זמן שלא ידע שנפל הרי הוא מקפיד ע"ז ורוצה שיהיה ברשותו, אלא שאתה רוצה לומר אילו היה יודע שנפל היה מתייאש, בזה ס"ל דלא מהני כיון דבשעה שמצאו לא נדע עוד ולא נתייאש ובאיסורא אתי לידו, דהא בשעה שמצאו אכתי היה ממון מעליא, אבל הכא איגלאי השתא דגם למפרע לא היה בו דין ממון וא"כ בהיתר גמור בא לידו, וכ"ש לפמ"ש לעיל בפלוגתא דאביי ורבא, דבדבר שידעינן שבודאי יתייאש לבסוף גם אביי מודה דמהני היאוש, דכיון שכבר נפל החפץ ולא יבוא עוד ליד בעלים הופקע מרשותו תיכף, ולא פליגי כ"א בדבר שסתמו להתייאש אבל אין זה ודאי שיתייאש, ע"ש שהארכתי בזה, דלפי"ז אפי' ביאוש, בדבר שודאי יתייאש הוי יאוש מהשתא, כ"ש כשיתגלה ויבורר אח"כ שלא היה בו דין ממון כלל, ולפי"ז יהיה כוונת הש"ס דקדושין דקאמר שלא מהני כלך אצל יפות כ"א בתרומה אבל הכא משום כסופא אומר כן, דבתרומה כיון שעומדת לתרום לא תלינן רצון בעה"ב מחמת איזה סבה שנתחדשה אחר ההרמה, אלא אמרינן דגלי דעתו בזה שמעיקרא לא היה מקפיד ולכן מהני ההרמה, משא"כ הכא תלינן דמה שניחא לו כעת מחמת כסופא הוא, וא"כ רק השתא הוא דניחא, אבל מעיקרא הקפיד ולא מהני, ומיושב דעת הרי"ף ורמב"ם דמצרכי לטעם דכסופא, דאם לא היה לפנינו איזה סבה במה לתלות, דניחותא דידיה בא כעת, אז היינו אומרים שמדנתרצה כעת מכלל דאין מקפיד כלל ע"ז, דאל"ה מה הכריחו למחול כעת, ובכה"ג היה הקדושין אפי' לאביי כיון דהוברר דלא היה בזה דין ממון גם למפרע ואין זה ענין כלל ליאוש של"מ, רק מחמת טעם דכסופא אנו אומרים שרצונו נתחדש כעת מחמת כסופא, ומעיקרא היה בו דין ממון ולא מהני לאביי, וא"כ שפיר הוצרכו לטעם דכסופא אפי' לדידן:

ומיושב בזה נמי קושית הב"ח (באה"ע סי' כ"ח) על סוגיא הזאת וז"ל יש לתמוה דהלא קי"ל אפי' שואל שלא מדעת גזלן ואע"ג דהדרא בעיניה כ"ש האי דשקל לנפשיה וקידש בו האשה דבשעה שקידשה ואמר לה הרי את מקודשת היתה גזילה בידו ומאי מהני

אח"כ גלוי דעת דבעה"ב דניחא לו למפרע דקידשה בשלו, דאי איתא דמהני גלוי דעת, אמאי קאמר לעיל ש"מ קידשה בגזל מקודשת ולא מפליג דבגלוי דעת דניחא ליה למפרע דמקודשת ע"כ, ולמ"ש א"ש דבגזל היינו טעמא דלא מהני מה שמגלה דעתו אח"כ, משום דתלינן שהגלוי דעת דלבסוף בא מחמת איזה סבה, או מחמת כסופא או מחמת איזה טובה שעשה לו, ונמצא דבשעה שקידשה היה גזל ולא מהני, אבל כשאין אנו מוצאין שום סבה לתלות רצונו, ואז בע"כ שנאמר דרצונו בא מחמת שלא יקפיד כלל, אה"נ שגם בגזל גמור היה מהני, כיון דאיגלאי מילתא דלאו מידי גזל ממנו, ורק דבר שכבר הפקיר גזל ממנו ומעיקרא בהיתירא אתי לידו, אלא דאכתי יש להבין, דהנה בסוגיין מקשה על אביי מברייתא דתורם שלא מדעת תרומתו תרומה ואמאי הא בעידנא דתרם לא ידע, ולפמ"ש אין שום קושיא לכאורה, דבדין דאמר אביי גבי ישל"מ, דבלא הנפילה לא היה מתיאש, וא"כ כיון דבשעה שמצאה לא ידע עוד מהנפילה הוי באיסורא אתי לידו, אבל בתרומה שאין במה לתלות וכיון שגילו דעתם שאינם מקפידים ע"ז, גם מעיקרא לא היה בזה שום איסור וכנ"ל, ואמנם י"ל בזה כמ"ש הש"ך (בחו"מ סי' שנ"ח) ליישב לפי דרכו, דלענין תרומה ידיעה ממש בעינן ע"ש, ותי' הזה יהיה גם לדברינו, ויש עוד כמה אנפי לתרץ כמ"ש בשמ"ק, ולבד שלא יקשה על דברי מסוגיין, אדרבה נ"ל שמסוגיין מוכח סברתי ומכאן יהיה מקור הרמב"ם הנ"ל דבדבר שאין מקפיד מותר ליקח, והמפרשים לא הערו מקורו, וגם הנו"ב תמה מאיזה מקור ידע הרמב"ם כן, ולע"ד מסוגיין הוא מוכרח, דהנה רבא תרגמה בדשוי שליח אלא שא"ל לתרום סתם והשליח תרם מן היפות, וכבר כתבתי לעיל להקשות דאכתי מאי מתרץ, ומאי מהני דשויה שליח כיון דלא א"ל לתרום מן היפות והשליח כי תרם מן היפות אכתי דמי ליאוש של"מ כיון דבעידנא דתרם לא ידע שיתרצה, ולשיטת הרמב"ם א"ש, דבשלמא לס"ד דלא שויה שליח והבעה"ב לא ידע מעצם ההרמה, להכי אע"ג דחזינן דהשתא ניחא לו, מ"מ כיון דבתרומה ידיעה בעינן והוא לא ידע, אבל השתא דמשני בדשוי שליח וידע מן ההרמה אלא דלא ידע אם מן היפות, וכיון דהשתא ניחא ואין מקפיד ע"ז הרי איגלאי דלכתחלה נמי אין מקפיד ע"ז משום מצוה ובהיתר תרם ואפי' לאביי מהני, ועמ"ש לעיל בגמ' ובתוד"ה ואם לאו לתרץ באופן אחר:

ובזה יישבתי קושית התוס' בקדושין שהקשה דאמאי מייתי התם מדאביי והא לאביי בעינן דוקא דשויה שליח והכא דאירי בלא שוי שליח מאי מייתי מדאביי, ולפמ"ש יבואר, דהא דבעינן הכא שליחות אין זה מחמת חשש גזל, דלחשש גזל כיון דחזינן דלא קפוד אין בזה חשש גזל, ורק משום דבתרומה בעינן ידיעה, וא"כ בקדושין דלא קפדינן

כ"א אחשש גזל לא בעינן שישויה שליח ובגלוי מילתא שאין מקפיד סגי. ולכאורה היה נראה דהתוס' התם אזלי לשיטתייהו דהכא דמשמע מדבריהם דס"ל שאע"פ שידוע שהבע"ב לא יקפיד כשיתוודע, כל שלא ידע מזה אסור לאכול, ולכן הוכרחו התם לומר שמיירי בשויה שליח דאל"ה יש בו חשש גזל, ועיין בש"ך (חו"מ סי' שנ"ח), ולפי"ז לכאורה מחלוקת רחוקה בין הרמב"ם והתוס' דאילו בדבר שידוע שלא יקפיד כמו הך דסוגיין דידע רב אשי שמרי לא יקפיד, להרמב"ם מותר לכתחילה לטול כמ"ש מפורש כן, ולא עוד אלא אפי' בדבר כזה שבעת הלקיחה מסופקים היינו בדעת בעה"ב אם יקפיד או לא, ואח"כ איגלאי מילתא שלא הקפיד ג"כ מותר, כמו שהוכחנו מפסק הרמב"ם דסוגיא דקדושין, דכיון שאיגלאי שלא הקפיד, הרי לא היה בזה דין ממון גם למפרע, ואילו התוס' סוברים שאפי' בדבר שידעינן גם בעת הלקיחה שכשיתוודע לא יקפיד אסור נמי ליקח, אכן באמת אפשר לומר שבדינא דהרמב"ם גם התוס' יודו דמהני ואפי' בספק נמי, ורק הכא שאני, דהא עיקר הטעם דבאין מקפיד מותר ליטלה, היינו משום דאמרינן שבעה"ב סילק נפשו מזה והפקיר וכמו שהסביר בזה הנו"ב, ולכן בשלמא בתרומה אמרינן שפיר שאין חושש הבעה"ב שיתרמו בלי ידיעתו כיון שעומדת לתרום, וכן נמי בעובדא דסרסיא דבמס' קדושין הנ"ל, אי לאו טעם דכסופא היינו אומרים שאין חושש הבעה"ב אם יחלוק בלי ידיעתו וכיון שבעה"ב אין חושש לזה, הרי מעיקרא לא היה בזה חשש גזל, אבל הכא בעובדא דמרי בר איסק, אף אי נימא שיתרצה כשידע שאכל רב אשי, היינו משום דניחא לו שרב אשי אכל, ודוקא משום כבודו דרב אשי וחביבות הת"ח, אבל לאדם אחר לא היה רוצה שיאכל, וא"כ לא סילק עצמו מן החפץ, וכיון שמן החפץ לא נסתלק עוד רשות בעלים, לא נוכל לומר שכבר הופקר, וא"כ בשעה שאכל היה בו דין ממון בעלים ושפיר דומה ליאוש של"מ, משא"כ בדין דרמב"ם שמיירי בדבר כזה שידעינן שלא יקפיד ע"ז לשום אדם, וא"כ סילק נפשו מדבר זה ואין בו חשש גזל מעיקרא, ודו"ק בכ"ז:

דף כב:

תוד"ה איסורא כו', התוס' לא ניחא להו בפרש"י כיון דהיתירא לא כתיב להדיא בקרא ומדיוקא ילפינן לא שייך ע"ז לומר דמן היקישא ילפינן כיון דבקרא ליכא היקישא, ולכן פי' באופן אחר, וכלל כוונת פירושם קרוב לפי' הר"ן ורמב"ם דמהיתירא גופא ילפינן דהא בע"כ גם באבודה מכל אדם נתייאשו בעלים, וא"כ ל"ל קרא להיתר תיפוק ליה מטעם יאוש, ובע"כ דקרא אתא להתיר היכי דלא ידע דהוי ישל"מ, ודוקא אבודה מכל

אדם שרינן בלא ידע אבל מצויה אסור בלא ידע ודוקא בידע שריא, ועמ"ש לקמן (דף כ"ד ודף כ"ז) בכוונת התוס', אבל רש"י לשיטתו לא יוכל לפרש כן דה במס' (ב"ק דף ס"ו) פירש דיאוש גופא דקניא באבידה ילפינן מקרא דממנו, וא"כ לא קשה תו למה לי קרא תיפוק משום יאוש, כיון דיאוש גופא רק מהכא ילפינן, ואין להקשות דלשיטת רש"י דטעם ההיתר באבודה מכל אדם הוי נמי מטעם יאוש, אמאי מותר דהא הוי ישל"מ, ומצאתי בשמ"ק שהק' כן. ואכן באמת רש"י לשיטתו לעיל (דף כ"ב ע"א) דכל שטיפת נהר יש לו קול הוי יאוש מדעת בשטיפת נהר, ועוד דא"ש לפ"מ שכתבתי לעיל, דבדבר כזה גם אביי מודה דהוי יאוש אפי' שלא מדעת, דלא פליג כ"א בדבר שאין בו סימן, שרק סתמו להתייאש, אבל יוכל היות שלא יתייאש דיחשוב למצוא עדים, אבל בדבר שודאי יתייאש כגון בזוטו של ים הופקע הדבר מרשותו תיכף משעת הנפילה כיון שידעינן ברור שלא יבוא עוד לרשותו ע"ש, וכדברי רש"י איתא בירושלמי ורמב"ם דיאוש ילפינן מקרא דממנו, ומה שהק' התוס' דהא יאוש ילפינן משמלה, עמ"ש (לקמן דף כ"ז) ליישב, ואכן התוס' לשיטתם שם דיאוש ילפינן משמלה, א"כ א"א לומר דקרא דממנו הוא בידע ומתייאש, דלמה לו קרא תיפוק מטעם יאוש, ובע"כ בלא ידע, ודו"ק:

תוד"ה מאחר דאיתותב בשלמא כו', ולא ניחא להו לפרש כרש"י משום דפרש"י נראה דוחק שפי' דלהרבות בחומר איסור קא מקשי לרבא ופשטות הלשון משמע שדוקא לרבא הוא דמותיב, ומעודי תמהתי על רש"י מאי דחקו לפרש כן, ולא ניחא לו בפי' התוס' דמתמרי שהרוח מוליכן למרחוק קא מקשי, שפי' זה נוח טפי. ונ"ל דלשיטתם לעיל אזלי, דשיטת רש"י דהא דאמרינן לעיל (דף כ"א ע"ב) דבדבר שחזותו מוכיח אסור, היינו משום סימן נגע בה וגריס לעיל דזיתא דאיניש איניש, דכל אחד יש לו זיתים מיוחדים במראיתן וכמו שמסיים הכא דדבר שיש בו סימן הוא, וכיון דמשום סימן הוא א"כ גם התמרים שהרוח מוליכן מרחוק נמי אסור כיון שיש סימן, ולכן באמת מקשי הכא סתמא מכל התמרים בין שתחת האילן בין שמרחוק דאפילו מאותן שמרחוק יקשה נמי אפילו מקודם דאיתותב רבא כיון שיש בהם סימן ולא מייאש, ולזה הוכרח לפרש שרק לחומר האיסור הוא, אבל התוס' לא מיבעי לגרסת זיתו מוכיח ודאי שאין זה משום סימן על עצם התמרים, ואפי' לגרסת חזותו מוכיח נמי אין הסימן בעצם התמרים, מפני שמשונים הם במראיתם מזיתים דשאר אנשים, דהא לא גרסי זיתא דאיניש איניש, משמע דבעצם הזיתים אין שום שנוי ניכר, ורק הסימן הוא שדומין לזיתים שבאילן, ולכן אפשר אכתי למיחש שמא מאילן של אדם אחר הוא הדומה במראהו, ורק הסימן הוא מפני שהמקום מוכיח, שכיון שנמצאים תחת האילן, מכלל שמאילן הזה נפלי, וגרסי לעיל דוכתא

דאיניש איניש ולא זיתא דאיניש, וממילא לא אסור כ"א התמרים שהם תחת האילן, אבל אותן שהרוח מוליכן מותר דליכא שוב סימן, ולשיטתייהו מצו לפרש דמקשי מאותן שהרוח מוליכן ודוקא בתר דאיתותב ודו"ק, ועיין בהגהות חכ"מ לעיל תוד"ה תאינה מ"ש, ועיין עוד מה שאכתוב בסמוך מזה:

בגמ' יתמי דלאו בני מחילה נינהו מאי, נסתפקתי בהא דקיי"ל בזוטו של ים ואבודה מכל אדם דמותרת, אם באבידה של קטן נמי אמרינן כן דמותרת, או שמא בשל קטן כיון דלאו בר מחילה הוא אפי' בזוטו של ים נמי אסור, וטעמי צדדי הספק יבואר בדברינו, ולכאורה נראה שזה תלי במחלוקת הראשונים דפליגי בפירושא דסוגיא דידן, דהנה שיטת רש"י ותוס' הוא, דתמרים נמי עבידי דנתרא וידעו הבעלים שנפל, והא דמקשה הני תמרי היכי אכלינן, היינו משום דחזותא מוכיח ולא מייאש אפי' כשידע, והקושיא הוא אפי' לרבא נמי, ורק לחומר האיסור קאמר מאחר דאיתותב רבא וכמ"ש רש"י, ומה דמשני דכיון דאיכא שקצים ורמשים מעיקרא אייאושי, הפירוש הוא בע"כ, דהשקצים ורמשים אכלי להו לאחר שיפלו לארץ, ולהכי מייאש, אכן הרשב"א וסיעת הרבה ראשונים יפרשו, דתמרים מצד עצמן לא עבידי דנתרי, ולזה הקושיא כפשוטו, דוקא לבתר דאיתותב רבא וקיי"ל יאוש של"מ לא הוי יאוש, היכי אכלינן להו, דהא כיון דלא עבידי דנתרי ולא ידעו הבעלים שנפל, א"כ הוי ישל"מ, ומשני כיון דאיכא שקצים ורמשים, פי' נהי דמצד עצמם לא עבידי דנתרא במקום שאין שם שקצים ורמשים, אבל באתרא דשכיח שקצים, שהם עולין ומכין בשרשי התמרים והם מתייבשים ונעשים קלים בפני הרוח ועי"ז עבידי דנתרי, ולפי"ז אין כוונת הש"ס דהשקצים אכלי להפירות, אלא דהשקצים יגרמו רק שינתרו, ואז יקחם אנשים אחרים, ולא שהשקצים יפסידוהו, ואכן לפרש"י הוי הכוונה דהשרצים יאכלום בתר דנפלי והם יפסידום ויכלום מן העולם, זהו המתבאר מתוך פרושי הראשונים. והנה בטעם ההיתר דרש"י דשקצים אכלי להו, כתב השמ"ק בשם הראב"ד וז"ל הואיל ושקצים אוכלין אותם חשבינן להו כזוטו של ים מפני שאין כוונת אדם נופלת עליהן ע"כ, וא"כ כיון שע"י זה דשקצים אכלי להו חשבינן לה כזוטו של ים ואבודה מכל אדם, ואפ"ה פריך בש"ס ע"ז, יתמי דלאו בני מחילה מאי, הרי משמע להדיא שאפילו באבידה כזה שאבודה מכל אדם דמותרת, היינו דוקא בשל גדול, אבל בשל קטן אפי' בכה"ג אסורה, ואמנם כ"ז הוא דוקא לרש"י, משא"כ לשיטת הרשב"א וסייעתו, דהפי' כיון דאיכא שקצים, היינו שהשקצים פועלים רק שיחשב עבידי דנתרי וליהוי יאוש מדעת, אבל הם אינם אוכלים ומכלים הפירות מן העולם, וא"כ לא הוי זה

כזוטו של ים, וממילא יש לומר שדוקא בכה"ג פריך יתמי מאי, אבל באבודה מכל אדם אפשר שאפילו באבידת קטן נמי מותרת:

שוב ראיתי דלא לבד שאפשר לומר כן להרשב"א, אלא שמוכרח לומר כן, דאפי' באבידת קטן נמי מותרת, ואפשר שזה גרם לו לנטות בפי' הסוגיא מפרש"י וכמו שנבאר, דהנה בטעם ההיתר דאבודה מכל אדם נחלקו בזה הרשב"א והר"ן וסיעתם, עם רש"י ורמב"ם, הרשב"א ודעימיה יפרשו שאין זה מטעם יאוש, דיאוש ילפינן מקרא דשמלה, והיתירא דאבודה מכל אדם, ילפינן מקרא דממנו, ומטעם שהתורה התירה והפקירה לאבידה כזה, לא כן שיטת רש"י ורמב"ם, דהא יפרשו דאבודה מכל אדם היתירא משום יאוש, וקרא דממנו אתא להורות דין יאוש באבידה, דכן כתב רש"י להדיא (ב"ק דף ס"ו) והרמב"ם (בפ"ה מגזילה) וכ"ה נמי בירושלמי דסוגיין, ולפי"ז עיקר חקירתינו דאבידת קטן שאבודה מכל אדם, אסורה או מותרת, תליא בפלוגתתם, דלשיטת רש"י דההיתר הוא מטעם יאוש, וממילא קטן דלאו בר יאוש הוא, אבידתו אסורה אפי' בכה"ג, ולשיטת הרשב"א דהטעם הוא מפני שהתורה הפקירתו, פשיטא שאפי' בשל קטן נמי מותרת, כיון דלאו משום יאוש הבעלים יבוא ההיתר, ומעתה אפשר לומר דבפירוש הסוגיא דידן לשיטתם אזלי, דרש"י דסובר דאבודה מכל אדם הוי מטעם יאוש, וממילא שבאבידת קטן אסורה, יוכל לפרש כפשוטו, דהשקצים אכלי להו ויפסידום ויאבדום מהעולם והוי כזוטו של ים ואפ"ה מקשה אח"כ, יתמי דלאו בני מחילה מאי, דלדידי' אפי' בכה"ג שאבודה מכל אדם נמי אסור בשל קטן, משא"כ הרשב"א דסובר דהיתירא דאבודה מכל אדם לאו מטעם יאוש, אלא גזה"כ הוא, וממילא שאפי' בשל קטן נמי מותרת דמ"ש, לזה לא יוכל לפרש בסוגיין כרש"י דשקצים אכלי, דא"כ הוי זה כזוטו של ים, ומאי פריך אח"כ יתמי דלאו בני מחילה מאי, והא בכה"ג דאבודה מכל אדם אפי' בדיתמי נמי שרי, לזה הוכרח לפרש שבאמת בתר דנפלי לארץ לא יאכלום השקצים, אלא דהשקצים יחלישו שרשי גדילתם שבקל יוכלון לפול והוי עבידי דנתרי, וא"כ לא הוי עי"ז כזוטו של ים וכנ"ל, ועפי"ז אפשר נמי למצוא הדרך מדוע השמיט הטור להך דינא דיתמי לאו בני מחילה, והב"י (בסי' ר"ס) תמה ע"ז, אלא שאין כאן מקומו ועכ"פ בנדון חקירתינו, אבידת קטן שנאבדה מכל אדם, אסורה או מותרת, תליא בזה, לרש"י ורמב"ם אסור, ולהרשב"א ור"ן וסייעתם מותרת:

ואמנם באשר שום אחד מהפוסקים לא הזכירו רמז מזה, וסתמו לפסוק דאבודה מכל אדם מותרת, ומשמע שאפי' בשל קטן נמי, ואי כמ"ש דלרש"י ורמב"ם וגם הירושלמי דמפרשי מטעם יאוש, בשל קטן נמי אסור, לא הוי שתקי הפוסקים בזה, ולכן אפשר

לומר שאפי' לשיטת הנך פוסקים דמטעם יאוש הוא, אפ"ה שרי נמי בשל קטן, דהנה בלא"ה קשה לשיטתם דמטעם יאוש הוא, א"כ כל אבידה ששטפה נהר איך מותרת, והא יאוש של"מ הוא, ומצאתי בשמ"ק שמקשה כן על רש"י, הן אמנם שעל הדין דשטיפת נהר ועל רש"י לחוד לא קשה, דהוא סובר דשטיפת נהר יש לו קול וכמ"ש לעיל בע"א, אבל מה נענה לכל אבידות שאבודין מכל אדם וכגון הכא דהשקצים אכלי וכדומה שאין להם קול, וכן לירושלמי ורמב"ם אפי' בשטפה נהר נמי, הא הוי יאוש של"מ, ואמנם לעיל (דף כ"א ע"ב) הארכתי ליישב, דבאמת הא דלא מהני יאוש שלא מדעת, היינו משום דכיון דבעת הנטילה לא זכה עוד המוצא, דהא אכתי אית ליה בעלים, ולכן המגביה נעשה כיד בעלים וכשומר שלהם דמי דלא מהני בו שוב יאוש, ואכן כל זה רק בדבר שאין בו סימן, דבזה לא נוכל עוד לאמר שודאי יתייאש, דאולי יחשוב למצוא עדים, ואם כי קרוב הדבר שיתייאש, בכ"ז אין נכלל תחת הסוג "ודאי יאוש" כ"א תחת הסוג "סתמו יאוש", אבל באבודה מכל אדם דהוי ודאי יאוש, הופקע שם הבעלים עוד משעת נפילה, דכיון שהחפץ נאבד מרשותו, ואין תקוה שישוב עוד לרשותו, נחשב משעת נפילה כאילו אינה ברשות בעלים, וכיון שהופקע שם הבעלים לא שייך לומר בזה דנחשב כשומר של בעלים אחרי שאין עוד שם בעלים על החפץ, וממילא מהני בו היאוש שאח"כ, ע"ש שהוכחתי כן מהסוגיא ולשון רש"י דשם, ובזה גם אביי מודה דאפי' יאוש של"מ נמי מהני, וכיון שכן ממילא אפי' בשל קטן נמי מותרת בכה"ג, ואע"ג דהשתא קטן שלאו בר יאוש הוא, כיון דלכי גדלי מייאש ולא ישוב עוד לרשותו, נחשב כאילו אינו ברשותו משעת נפילה, וכשמצאו אחר לא מיקרי זה באיסורא אתי לידו, ונעשה שומר של בעלים אחרי שאין לו בעלים עוד, ולא גרע ידיעת קטן מאילו לא ידע כלל עוד משעת נפילה ואפ"ה הוי יאוש. אלא שיש לחלק, דבשלמא לענין יאוש של"מ, סמכינן שפיר אהיתירא דיאוש שיתייאש אח"כ, ואי משום דהוי יאוש של"מ, בזה אנו אומרים דכיון שהופקע שם בעלים לא נעשה עוד שומר של בעלים ומהני בו יאוש דאח"כ, אכן עיקר ההיתר הוא היאוש, אבל הכא א"א לומר דאהיתר שיתייאש אח"כ סמכינן, דא"כ עד שיגדיל היאך ישתמש בו, דהא עכ"פ יאוש בעינן, רק שמהני בו ישל"מ, והכא דעד שיגדיל ליכא יאוש איך יהי' מותר, ובע"כ דההיתר הוא גם בלא יאוש, וזה אינו לשיטת רש"י דההיתר הוי מטעם יאוש, וי"ל דאפי' קודם יאוש נמי מותר, דכיון דודאי יתייאש אח"כ, התירה התורה מיד, והתורה גופא התירה משום דמייאש אח"כ, וכמ"ש בשמ"ק לקמן (דף כ"ד ע"א) ועמש"ש:

ולפמ"ש דבאבודה מכל אדם שרי נמי באבידת קטן אפי' לרש"י, א"כ מאי פריך הכא יתמי לאו בני מחילה, כיון דלשיטת רש"י הוי הפירוש דשקצים אכלי להו והוי כזוטו של ים, ובכה"ג אפי' בשל קטן נמי שרי, וצ"ל דרש"י יפרש דע"י שהשקצים אכלי לא נוכל לחשבו עדיין כזוטו של ים וכאבודה מכל אדם, כיון שאין קרוב כ"כ הדבר שיאכלוהו השקצים, ועד שהשקצים יאכלום יקחום אנשים, להכי רק יאוש הוא דהוי משום הכי, אבל לא כאבודה מכל אדם, ודלא כהראב"ד דמחשיב לה עי"ז כאבודה מכל אדם, וראיה לזה מן התוס' בסוגיין, דהא דעת התוס' הוא כפרש"י דהשקצים אכלי להו וכמבואר בדבריהם ואי נימא שעי"ז נחשב כאבודה מכל אדם, א"כ מאי פריך יתמי דלאו בני מחילה, הא התוס' הוא הסוברים דאבודה מכל אדם לאו מטעם יאוש הוא, דיאוש ילפי מקרא דשמלה וכמבואר בדבריהם (לקמן דף כ"ז), וההיתר הוא מחמת שהתורה הפקירה, וא"כ לדידהו ודאי הדבר דבשל קטן נמי מותר, אע"כ דע"י דשקצים אכלי לא נחשב משו"ה כזוטו של ים, ועמ"ש לעיל בתוד"ה איסורא:

רש"י ד"ה באנא בארעא כו' אלא הולכין אחר הרוב, עיין בהגהות מהרצ"ח שתמה ע"ז דהא קיי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב ע"ש, ואיני רואה בזה שום תמיה, חדא דהא ודאי היכי דליכא ריעותא ואין מקום להסתפק, מעצמינו לא נחתינן לספוקי ולהחזיק ריעותא, והא דאין הולכין בממון אחר הרוב, היינו היכי דהספק לפנינו ויש במה להסתפק, וכמ"ש בש"ש (שמעתתא ב' פ"ד) וא"כ ה"נ היינו דקאמר הש"ס, אחזוקי באגא בדיתמי לא מחזקינן, פי' כיון דליכא מקום הוכחה להסתפק בזה, אנן מעצמינו לא נחזיק כן, שנית דהא דאין הולכין אחר הרוב היינו להוציא מחזקה, והכא באבידה דליכא חזקה דממונא, דבתמרים הרחוקים מהאילן ודאי דלא מיקרי מוחזק, אלא אפי' בתמרים שתחת האילן לא נוכל נמי לחשבו כאילו הוא מוחזק וברשותו הוא, דאי חשבינן כאילו ברשותו לא היה מהני כלל היאוש לשיטת הרמב"ן דברשותו לא מהני יאוש, ועיין בקצוה"ח (סי' רנ"ט ובנה"מ שם) ואפילו אי נחשוב זה כאילו ברשותו, אבל עכ"פ כתופס ומוחזק בו ודאי דלא נוכל לחשבו, והוי רק כקרקע שלא מיקרי מוחזק ותופס, ורק בחזקת בעלים הראשונים הוא דמיקרי, ובכה"ג אזלינן בתר רובא, כמו דסמכינן אסימנים בכה"ג וכמ"ש בקצוה"ח (סי' רנ"ט) אע"ג דלהוציא ממוחזק גמור לא סמכינן אסימנים, שלישית י"ל דע"כ לא אזלינן בתר רובא כ"א במקום שהמוחזק טוען כנגדו ורוצה לפטור, בזה אמרינן שיכול לומר אני מן המעוט, אבל הכא דהבעלים כבר נתייאשו, ואע"ג דהיאוש לא מהני להתיר, מ"מ הבעלים לא יחשבו לתבוע עוד, וכיון שאין מי שיטעון כנגד הרוצה להפטר סמכינן ארובא, ודו"ק:

ברש"י ד"ה מכריז מקום, ואינו מכריז שם האבידה אלא שם המקום כו', נראה שלשון מכריז מקום דחקו לפרש הכי, דלשון זה משמע שמכריז המקום, ומה שהקשו דלפי"ז מאי מייתי ע"ז פלוגתא דמקום הוי סימן, הא לפרש"י לאו המקום הוא הסימן, דמכריז המקום אבל הסימן הוא החפץ, י"ל בזה דמוכח מכאן דמקום נמי הוי סימן דברש"י דלעיל בד"ה לא הוי סימן פי' משום שאין בעליו סומך לתת בו סימן מימר אמר נשחת הסימן ע"כ, ומשמע להדיא דמטעם יאוש הוא ולא מטעם שאין בו סימן, דאע"ג דמצאה בשעה שהסימן לא נדרס עוד ויש בו סימן אפ"ה לא יכריז כיון שהאובד יתייאש ואינו סומך על הסימן שכסבור כבר נשחת הוא, ואפי' בנמצא סמוך לנפילה נמי יתייאש שיסבור שמא לא ימצא סמוך לנפילה ולהכי מתייאש תיכף וכמ"ש בשמ"ק, הרי לנו בדעת רש"י דאע"ג שבחפץ יש בו סימן מ"מ אם הוא אינו סומך ע"ז א"צ להכריז, ולכן הכא נמי אי לאו דמקום הוי סימן, לא היה סומך על סימן החפץ, דגם אם יכריז מצאתי במקום פלוני והוא יודע שהיה במקום פלוני לא יתעורר ליתן שם האבידה דמימר אמר שמא לאדם אחר איתרמי נמי האי מקום, ומספיקא לא עקר נפשיה ליליך וליתן סימן, ומדאמרינן דסומך הוא ליתן סימן החפץ מכלל דמקום הוי סימן ולא אמרינן כי היכי דאיתרמי לדידך האי מקום כן איתרמי לחבירו, דזהו הטעם דמקום הוי סימן וכמ"ש לקמן (דף כ"ג ע"ב) ולהכי מדמכריז שמצא במקום פלוני סובר הוא שודאי שלו הוא ויבוא ליתן הסימן שם החפץ, ושפיר שמעי' מזה נמי דמקום הוי סימן ובזה יתיישב נמי מ"ש בסמוך (דף כ"ג) ברה"ר הרי שלו משום דמינשתפי, והרש"ש תמה לפרש"י דהסימן הוי שם החפץ מאי איכפת לן אם מינשתף ולא יכוון סי' מקום ממש, ולפמ"ש א"ש כיון דעביד למינשתף ברגלי אדם ובהמה, וא"כ כל אבידה אינה עשויה להמצא במקום נפילתה, ולכן כשיכריז המוצא מצאתי במקום פלוני לא יסמוך האובד גם על סימן שם החפץ, דמימר אמר אם האבידה היתה שלו, לא היתה צריכה להמצא במקום הזה ממש שנפלה, ומסתמא של אחר הוא דנפלה במקום אחר ונתגלגלה לכאן, וא"ש:

תוד"ה ורבה, ולפי דס"ל מקום לא הוי סימן הוצרך לומר דסימן העשוי לידרס לא הוי סימן ע"כ, ויש להבין מה רצו בזה, ונראה דקשיא להו על לישנא דש"ס דאמר ורבה אמר, דמשמע מזה שהש"ס רוצה לתרץ גם אליבא דרבה, וא"כ יש לדעת מאי קשיא לש"ס על רבה שע"ז משני דס"ל מקום לא הוי סימן, והנה הנפקא מינה בין הני תרי לישנא שבש"ס כן הוא, דללישנא קמא, דרבה ורבא דייקו ממתני', משמע שמצד הסברא אין הכרע אי הוי סימן או לא, ורק כל אחד דייק טעמו לפי פירושו במתני', ולזה טעם רבה מסתבר טפי מטעם רבא, דלטעם רבה הוי המשנה כפשוטו ומיירי בכל האופנים,

ואילו לטעם של רבא ההכרח לפרש המשנה בדרך לא שנו כדמפרש, ומי יימר לפרש כן ואז יצא לו הדין דסימן העשוי לידרס הוי סימן, יותר נוח לפרש מתני' בכל האופנים ואפי' בדבר שיש בו סימן ויהיה הדין להיפך, ואמנם ללישנא בתרא דלאו מדיוקא דמתני' דייקו, ומילתא באפי נפשה קאמרי ומסברא אמרי הכי, משמע מזה דהסברא הפשוטה היא שהאדם מתייאש כשיהיה לו סימן העשוי לידרס, ובע"כ שגם רבה מודה דהסברא כן הוא, שזה א"א שיחלקו בסברא, ואיך הוא אומדן דעת האדם, וכיון שהסברא הוא שאדם מתייאש בסימן כזה, לכן מי שירצה לפסוק נגד הסברא עליו להביא ראיה ממשנה או מברייתא, והנה מתחלה מקשה על רבא ממתני' דמסתמא מירי אפי' ביש בו סימן ואפ"ה הרי אלו שלו ושמעינן מינה דסימן העשוי לידרס לא הוי סימן ודלא כסברא דידן, ומתרץ שמזה אין הכרח עדיין דהמשנה הוי נגד הסברא, דהא י"ל דמתני' באין בה סימן מיירי, ואע"ג דזהו דוחק קצת לאוקמי מתני' בכה"ג דוקא, כיון דסתמא קתני, אפ"ה כ"ז שאפשר לתרוצי שלא יהיה נגד הסברא מתרצינן, ולפי"ז סברא וטעמו של רבא עדיף טפי, דלדידי' מתרצינן המשנה כסברא דידן, ולרבה מפקיע מסברא, והיינו דהיה קשה להש"ס על רבה, דמה בחר לאוקמי המשנה נגד הסברא, ומשני דרבה ס"ל דמקום לא הוי סימן, ולהכי א"א לאוקמי מתני' באין בה סימן וברה"י מכריז מקום, ומוכרח הוא לאוקמי מתני' ביש בה סימן ואפ"ה ברה"ר הוי שלו, מכלל דסימן העשוי לידרס לא הוי סימן, וז"ש התוס' דלפי דס"ל מקום לא הוי סימן הוצרך לומר דסימן העשוי לידרס לא הוי סימן, אע"ג שזה הוי נגד הסברא כיון שלשיטתו מוכרח לפרש כן, וז"ב בכוונת הש"ס ותוס':

ומזה נבוא להבין כוונת הרי"ף ורמב"ן ז"ל, דהרי"ף פסק הלכה כרב זביד דבסמוך דמקום הוי סימן וסימן העשוי לידרס הוי סימן, והביא ראיה דהלכה כרב זביד, דהא לקמן פריך הש"ס ותיהוי מקום סימן ומשני במדדין, א"כ משמע דסוגיית הש"ס ס"ל דמקום הוי סימן, והרמב"ן הקשה דמאי הוצרך הרי"ף להביא ראיה ע"ז כיון דרב זביד פסק להדיא כן, ותירץ דהא רב זביד גופא משמיה דרבא אומר כן וא"כ מי יאמין לרבא לפסוק כסברא דנפשיה לכך הוצרך להביא מסוגיא דלקמן. ואמנם המפרשים הקשו דא"כ אמאי הימניה בדין דסימן העשוי לידרס בלא ראיה, ועיין ברמב"ן שהוא עצמו מקשה הכי ומתרץ דכיון דמקום הוי סימן, ממילא סימן העשוי לידרס הוי סימן, דהא הני תרתי פלוגתא מישך שייכי חדא בחבירתה ע"ש, ולכאורה קשה טובא, דהא ההכרח הוא רק ברבה, דכיון דס"ל מקום לא הוי סימן, וא"כ המשנה בע"כ באית בה סימן מיירי, דאל"כ ברה"י מאי מכריז, ואפ"ה ברה"ר הוי שלו, ומוכח מינה דסימן העשוי לידרס לא הוי

סימן, אכן לרבא דס"ל מקום הוי סימן אין הכרח לכאן או לכאן, די"ל דמיירי בלית בה סימן וברה"י מכריז מקום, וסימן העשוי לידרס הוי סימן, וי"ל נמי דביש בה סימן מיירי וברה"י מכריז הסימן, וברה"ר הוי שלו משום דסימן העשוי לידרס לא הוי סימן, ואמנם לפמ"ש יתיישב, דהרי"ף יסבור כלישנא בתרא דמצד הסברא אומר רבא דסימן העשוי לידרס לא הוי סימן, ולזה כל כמה שאין הכרח ממתני' להוציא מן הסברא, מוכרחים אנו לקיים דהמשנה יסבור נמי כהסברא, ורק רבה אחרי דס"ל מקום לא הוי סימן, מוכרח הוא להעמיד המשנה בדאית בה סימן, אע"ג דלפי"ז יהיה דין דמתני' נגד הסברא, אבל לדידן כיון שיש הכרח מסוגיא דלקמן דמקום הוי סימן, וא"כ אין הכרח לאוקמי מתני' בדאית בה סימן, דשפיר מצינן לאוקמי בלית בה סימן וברה"י מכריז מקום, וכיון שנוכל להעמיד מתני' שתסבור גם כפי הסברא, בע"כ מוקמינן הכי, וכיון שמתני' מיירי בלית בה סימן שפיר ידעינן דסימן העשוי לידרס הוי סימן כפי הסברא, דבשלמא ללישנא ידעינן דילפי האי דינא מדיוקא דמתני' ואז הדין עם רבה, אבל לל"ב, רבה צריך לראיה, אבל רבא א"צ לראיה והכרח, וכיון שהרי"ף פוסק דמקום הוי סימן, בע"כ שיפסוק נמי דסימן העשוי לידרס הוי סימן וכנ"ל, וז"ב:

דף כג.

בגמ' והא איכא נכרים, עיין בתוס' שגרסו והא איכא נכרים דלא איכפת להו, ולגירסא הזאת הוי הכוונה שידרסו הנכרים והקושיא יהיה רק לרבה, ולהכי הקשו דלפרוך והלא נכרים שקלי ליה, דאז הוי הקושיא אפי' לרבא, עיין בתרוצם, ובקושיתם השניה דאדרבה ניחוש לחומרא לרוב ישראל, והנה משמע מדבריהם דאילו חיישינן שהנכרים שקלם דאז ודאי שהיה שייך להמוצא מטעם שהישראל מייאש, ולדעתם הקשו שפיר דבאמת ניחוש להכי, ואכן עיין ברש"י ד"ה חיישי לכשפים וז"ל ונהי נמי דאין מגביהין אותן מ"מ אין דורסין אותן דחיישי לכשפים ע"כ, מלשון ונהי נמי שכתב משמע דאם החשש היה שמא שקלם הנכרים אז ודאי שהיה חייב להחזיר, אלא אפי' השתא דאין חוששין לזה נמי חייב להחזיר מטעם דאין דורסין, וא"כ משמע מרש"י דאם יש חשש שמא שקלם חייב להחזיר, וצ"ל דהיינו טעמו משום ש שנסתפק אם המציאה כבר הוגבהה והיא ביד המוצאה, או שמונחת היא עוד במקום נפילתה ועדיין לא באה ליד שום מוצא, ודאי דעלינו להחזיק ולומר שמונחת היא עוד כמו שהיתה מקודם, ולא נשתנתה לבוא לרשות אחר, ואפי' אם ידעינן בודאי שהוגבהה ולא ידעינן מתי, עלינו לתלות באיחור הזמן שרק השתא היא דהוגבהה, ועד עתה הונחה במקום נפילתה, ואין מחזיקין מזמן

לזמן, ולהכי אם היינו אומרים שגם הנכרים יגביהוה תיכף בראותם, א"כ ע"ז אין אנו דנין אם היא מונחת במקום נפילתה או הוגבהה, דהא ודאי שהוגבהה, דבין ישראל ובין נכרי הרואה אותה יגביהוה, והחשש אין לנו כ"א מי הגביהה, ודאי שעלינו לתלות דישראל הגביהה כיון דהם הרוב אבל כיון שאנו אומרים שהנכרי לא ישקלה אלא ידרוס עליה, וא"כ הוי הספק לדידן, אם הנכרי דרסה מקודם שהגביהה ישראל או שהישראל הגביהה מקודם, ובזה תלינן שהנכרים דרסוה עוד קודם שהוגבהה ביד ישראל, דכ"ז דנוכל לתלות המציאה באיחור הזמן תלינן, ובזה מיושב כל קושיות התוס', דגם קושיא השניה מתורץ ואין ראיה מצבורי מעות שהביאו, דהתם החשש הוא רק מי שקלם אם העכו"ם או הישראל שפיר תלינן ברוב, אבל הכא דדיינינן על זמן ההגבהה לא מהני גם הרוב, דאכתי עלינו לתלות ההגבהה באיחור הזמן:

דף כג:

רש"י בד"ה ברשום, והיינו סימן שיש רושמין ויש שנושאין אותו פתוחה ע"כ, מכאן משמע דס"ל לרש"י שבעצם הרושם אין שום שנוי דליהוי סימן מדהוצרך לומר דהסימן הוא רשומה או פתוחה, אלא דא"כ יקשה דגם פתוחה ליהוי סימן. ועו"ק דאיזה סימן הוא הרושם, כיון שיש הרבה חביות שהם רשומים, ונהי דגם הרבה פתוחות יש, מ"מ ודאי שגם הרבה רשומות יש ואין זה סימן, דבר שיש הרבה דכוותיה, וכמו בסמוך גבי רקתא דנהרא דמשו"ה לא הוי סימן משום דהרבה בני אדם מניחים שם, וכן מטבע לא הוי סימן משום דהרבה יש טבועות כמותה, ולכן אפשר לומר שגם רש"י סובר דברושם גופא הוי נמי סימן, דהרשימה של כל בעה"ב הוי משונה, ואפ"ה הוצרך נמי להסימן, רשומה או פתוחה, משום שבעה"ב אחד מוכר להרבה חנונים, ובכדי לידע מאיזה חנוני נפל בעינן הסימן דרשומה ולא פתוחה היתה, ובזה ס"ל דיספיק הסימן, דאין לומר דהרבה רשומות יש בעולם, דהא בעולם לא מספקינן כלל כיון דעצם הרושם מוכיח שמבעה"ב הזה הם, ולא מספקינן רק בבעה"ב הזה גופא, מאיזה חנווני הוא, ובכה"ג דמסתמא לא היה חנוונים מרובים כל כך, סגי בסימן דרשומה או פחותה, ומיושב לפי"ז למה פתוחה לא הוי סימן, כיון דפתוחה איכא לספוקי גם מאיזה בעה"ב הוא, אחרי שאין כאן סימן דרשומה, ולכן פתוחה לא הוי סימן כיון שהרבה פתוחות יש, אבל ברשומה דבבעה"ב אחר א"א לספוקי, ורק בבעה"ב אחד ומאיזה חנווני נפל, וכיון שלא רב הם מספר החנוונים הלוקחים מבעה"ב אחד בזה הוי סימן, ואביי ס"ל שאפי' בכה"ג נמי

לא הוי סימן, כיון שסוף סוף לאו חנווני אחד הוא הקונה מבעה"ב, אכתי גם רושם לא הוי סימן:

בגמ' אמר רב זביד הב"ע ברקתא דנהרא, והנה הרמב"ם (פט"ו מהל' גזילה ה"ט) פסק דכדי יין לאחר שנפתחו האוצרות הרי שלו, והשיג עליו הראב"ד דהא בש"ס מוקמי לה דוקא ברקתא דנהרא אבל בלא"ה חייב להכריז דמקום הוי סימן, ולמה לא הזכיר הרמב"ם לתנאי דרקתא דנהרי, ונ"ל שהרמב"ם סובר דהא דמוקי רב זביד ברקתא, ובלא"ה הוי מקום סימן, היינו דוקא בחביות של יין דעלה קאי, וחביות שהם גדולות וגבוהות לא מינשתפי והוי מקום סימן, או משום דגדולות וכבידות הם א"א בהן בדרך נפילה ובע"כ בהנוח הוי והוי מקום סימן, אבל בכדים שהם קטנים וקלים לא הוי מקום סימן, חדא דאימור דרך נפילה, ואפי' בדידעינן שבהנוח הוא, נמי לא הוי מקום סימן משום דמנשתפי, להכי הרמב"ם שהזכיר כדי יין ולא חביות, לא זכר התנאי דרקתא, דבכדים בכל אופן לא הוי מקום סימן, ויש להביא ראיה לזה, דהא בש"ס פריך הכא מחביות אכדים, דבחביות הרי שלו, ובכדי יין חייב להכריז, ואמאי לא משני דחביות מיירי ברקתא וכדי יין מיירי במקום אחר דהוי מקום סימן, ובאמת רבים הקשו כן על הש"ס, ועיין בהשמטות חדושי רעק"א ובפנ"י, אע"כ דבכדים לא הוי מקום סימן בכל אופן, וזה נכון:

בגמ' ל"צ לאהדורי לצורבא מרבנן בטב"ע, הן התוס' ד"ה ומודה ר"ש יפרשו דלרבנן אפי' לא שבעתן העין חייב להכריז, ולר"א דוקא בשבעתן העין ואי משום דלפי"ז יקשה דא"כ כל הני דמתני' דקתני הרי אלו שלו משום שאין בהם סימן, יכריז משום צורבא מרבנן דניהדר לו בטב"ע, יתרצו זה בסוף הדבור, דלא אמרו כן אלא במוצא במקום שת"ח מצויין שם, וכל הני דמתני' מיירי שמצא במקום דלא שכיחי רבנן ע"ש שזהו המתבאר מדבריהם, והנה הרמב"ם (בפי"ד מאבידה) מפרש נמי בתרוץ אחר, דלא אמרו הכי כ"א בכלים שדרכן להיות בהם טב"ע, אבל בהני דמתני' מיירי בפירות וכה"ג שאין דרך להיות בהן טב"ע, להכי א"צ להכריז בדבר שאין בו סימן, ומזה משמע נמי דלרבנן נמי חייב להכריז מחשש שמא צורבא מרבנן הוא, ואכן לולי דבריהם הקדושים היה אפשר לומר, דלרבנן אפי' בכלים ששבעתן העין נמי א"צ להכריז מחשש שמא צורבא מרבנן אבד, כיון דמעוטא הוא, וא"ש הך דמתני' כפשוטו אפי' במצא באתרא דשכיחי ת"ח וגם בכל הכלים נמי דינא הכי, ורשב"א הוא דס"ל דצריך להכריז מחשש שמא צורבא מרבנן, ונראה דהם דייקו מלשון ומודה דקאמר רשב"א דמשמע שמודה לרבנן בכה"ג, ומשמע דרבנן ס"ל דבכ"מ צריך להכריז, אמנם גם מזה אין ראיה כ"כ די"ל דהאי ומודה היינו

לנפשיה וכמ"ש הרשב"א שיש כיוצא בזה בר"פ המגרש גבי נכנסו ד' זקנים להשיב על ר' אליעזר, אלא שבטלה דעתי נגד הראשונים ז"ל:

דף כד.

רש"י ד"ה איגניב, כלי של אושפיזו היה, נ"ב דהיינו משום דקאמר דכפתיה במלקות עד שהודה ולעצמו לא היה עושה כן להלקותו בשביל חשדא בעלמא, ובע"כ דכלי של אושפיזו היה ומר זוטרא דיין הוה ועשה כן דרך פסק ב"ד:

ברור הדין באם עומד וצווח באבידה ששטפה נהר ובשארי אבידות אם מהני או לא:

מקור הדין הוא בברייתא דהכא, דתניא רשב"א אומר המציל מן הארי כו' ומזוטו של ים ומשלוליתו של נהר וכן המוצא במקום שרבים מצויין הרי אלו שלו מפני שהבעלים מתייאשים, וכתב הרא"ש דטעם דמפני שבעלים מתייאשים לא קאי כ"א אסרטיא ופלטיא ומקום שרבים מצויין, אבל במציל מן הארי ומכל הנך בלא"ה הרי שלו דנעשה כצווח על ביתו ע"כ, ונלמוד מדברי הרא"ש דבזוטו של ים כיון דההיתר אינו מטעם יאוש, אלא משום דאבידה כזה לא אסרה תורה, להכי אפי' בעומד וצווח לא מהני, אבל ברבים מצויין שם שההיתר הוא מטעם יאוש, אם עומד וצווח שלא נתייאש מהני, ועיין בפלפולא חריפתא שהקשה ע"ז מהא דלקמן גבי שוקי דגלדאי קאמר הש"ס והרי עומד וצווח ומשני דנעשה כצווח על ביתו, הרי דגם שם לא מהני עומד וצווח וכן הקשה המהר"ם שי"ף, אכן לענ"ד י"ל דהא דקאמר הכא גבי זוטו של ים, עומד וצווח, הכוונה שתיכף בשעה שנודע לו שנאבדה עמד וצווח לפנינו שאינו מתייאש, ואפ"ה לא מהני, כיון דאבידה כזה היתירה לאו משום יאוש, להכי אפי' ידעינן ודאי שלא נתייאש ג"כ אין מחזירין לו, משא"כ ברבים מצויין דההיתר הוא מטעם יאוש, להכי אם בשעה שנודע לבעלים ראינוהו שצווח שלא יתייאש מחזירין לו, והא דקאמר גבי שוקי דגלדאי והלא עומד וצווח, הכוונה דעתה כשבא לבקש ע"י הסימן עומד וצווח שלא נתייאש, אבל איך היה דעתו מתחלה לא ידעינן, ולהכי אמרינן דנעשה כצווח כו', דכיון שמסתמא מייאש לא מהימנינן ליה במאי דאמר השתא שלא נתייאש, ורק מטעם חסרון נאמנות הוא, אבל אי הוי ידעינן שהאמת כדבריו שלא נתייאש בשעה שנודע ודאי שהיה צריך להחזיר לו, ותדע שהכי פירושו, דאלת"ה אלא דמאי דפריך והלא עומד וצווח, הכוונה דמתחלה צווח, א"כ מאי קאמר והלא עומד וצווח, וכמילתא דפסיקא דודאי צווח, הכי הול"ל עמד וצווח מאי, דהוי משמע כשואל הדין אם אירע שעמד וצווח, אע"כ דקאי ע"ז דאמר התם בא ישראל ונתן סימן דלא מהני, וע"ז פריך והלא עומד וצווח, פי' דכיון שבא לבקש ע"י

הסימן, הרי עומד וצווח בזה שלא נתייאש דאי מודה שנתייאש מה מועיל הסימן, וא"כ להימנינן ליה ומשני נעשה כצווח על ביתו כו' פי' כיון דסתמא להתייאש לא מהימנינן לי' במאי דאמר השתא דלא נתייאש, וז"ב בעזה"י, ועיין בדרישה סי' רס"ב וכ"ה בטוחו"מ שם, דבזוטו של ים אפי' עומד וצווח לא מהני, ובשארי אבידות כתב הטעם משום יאוש ולא הזכיר מעומד וצווח, והיינו משום דהתם מהני וכדעת הרא"ש וכמ"ש:

אמנם ברמב"ם משמע שאפי' בים ובנהר אם עומד וצווח מהני ודוקא מסתמא הוי יאוש, וז"ל הרמב"ם (בפי"ד מגזילה) וכן אם מצא בים ונהר ובמקום שרבים מצויין ה"ז בחזקת שבעליו נתייאשו ואעפ"י שלא שמעו הבעלים שנתייאשו ע"כ, הרי להדיא שפי' דטעם יאוש קאי על כל הברייתא אפי' על זוטו של ים, ולכן דוקא סתמא הוי בחזקת יאוש, אבל בעומד וצווח לא מהני, ובאשר לכאורה דברי הרמב"ם מתמיהים, דהא בזוטו של ים פשיטא שאפי' צווח לא מהני כיון דהיתירה לאו משום יאוש ומקרא דממנו יליף שאבידה כזה לא אסרה התורה, לכן נבאר מקודם כל פסקי הרמב"ם שיש בענין זה, אשר לכאורה סותרים הם זה את זה, ואז נעמוד על הברור, בפ"ו מגזילה כתב, המציל מן הארי כו' ומזוטו של ים ומנהר כו' אם ידעינן בודאי שנתייאשו הבעלים הרי שלו ואם לא ידעינן לא אמרינן שמסתמא נתייאש ע"כ, והראב"ד שם כתב ע"ז שדברי תימה הם, כוונתו דהא בזוטו של ים אפי' צווח לא מהני, והרמב"ם כתב שאפי' בסתמא לא אמרינן שמתייאש, והמ"מ מתרץ דהרמב"ם פוסק בזה כפשוטו דברייתא של רשב"א, דהטעם הוא משום יאוש וכפשוטו דקאי על כל הדינים המוזכרים בברייתא ולא כהרא"ש ע"ש, ומתפלא אנכי על דברי המ"מ, הא בברייתא קתני מפני שנתייאשו, ומשמע שגם בסתמא אמרי' דנתייאש, דלא קתני אם נתייאשו, דהיה משמע דידעינן בברור שנתייאש, וא"כ הרמב"ם דפירש שדוקא בידעינן דמתייאש ולא בסתמא, הוי זה נמי דלא כברייתא דרשב"א:

והנה לבד אשר פסק הרמב"ם הנ"ל הוא גם נגד הברייתא דר"ש בן יהוצדק דיליף לשטפה נהר מקרא דממנו, א"כ אין זה כלל מטעם יאוש ואפי' צווח לא מהני, עוד סותר הוא דברי עצמו, דבפי"א מגזילה כתב, מצא בים ובנהר שאינו פוסק הרי שלו שנא' אשר תאבד ממנו יצתה זו שאבודה מכל אדם ובודאי נתייאש, הרי גם הוא הביא ברייתא דר"ש בן יהוצדק ופסק כוותי' דבודאי נתייאש, ואמנם לסתירת שני פסקי הרמב"ם הללו יש לתרץ עפ"י דברי הר"ן בחדושיו שהקשה בברייתא דשטפה נהר אם הבעלים מתייאשים הרי שלו ומ"ש מברייתא דר"ש בן יהוצדק דשטפה נהר יליף התם מקרא דממנו דמותרת לגמרי, ותי' דברייתא דר"ש בן יהוצדק מיירי בשטפה נהר שאינו פוסק וא"כ הוי אבודה מכל אדם בזה ילפינן היתירה מקרא דממנו, ובריייתא דשטפה נהר המובא לעיל (דף כ"ב

ע"א) מיירי בנהר הפוסק וכגון שיש עקולי ופשורי המעכבים את האבידה, ובאופן זה לא הוי אבודה מכל אדם ולכן בעינן דוקא דידעינן שנתייאש, וכשתדקדק בלשון הרמב"ם תראה להדיא שנתכוון לפסוק כשני הברייתות וכפי' הר"ן דבפ' כתב סתם ים ונהר, ולא הזכיר, שאינו פוסק, נתכוון להורות בזה דין הברייתא דשטפה נהר המבואר שם דף כ"ב, ולכן כתב דבעינן ידעינן דמתייאש וכמו דאיתא שם בברייתא לגרסת התוס', אם נתייאשו הרי אלו שלו, דלשון זה משמע דוקא בידעינן דמתייאש, ובפי"א כשהביא דין דאבודה מכל אדם, דייק לכתוב בים ובנהר שאינו פוסק, וא"כ הוי אבודה מכל אדם, וזה ילפינן מקרא דממנו להתיר בכל גווני, ועיין בלח"מ פי"א שכ"כ מדעת עצמו, ולמ"ש מקור הרמב"ם הוא משני הברייתות המובאות בש"ס וכנ"ל:

אמנם אכתי לא העלינו ארוכה לתרץ סתירת פסק הרמב"ם השלישי המובא בפי"ד שהבאנו לעיל, דכתב שם מצא בים ונהר ובמקום שרבים מצויין ה"ז בחזקת שנתייאש ואפי' לא שמעינן דמייאש, הרי משמע שבסתמא הוי יאוש ובצווח דלא מייאש לא מהני, והיכי מיירי, אם בנהר שאינו פוסק, כיון דיליף מקרא דממנו, אפי' בצווח לא מהני, ואם בנהר הפוסק, הרי בעינן דוקא דידע ומתייאש וכמ"ש בפ"ו הנ"ל, ואע"ג דבפי"א כשהביא ברייתא דאבודה מכל אדם, סיים הטעם דידעינן בודאי דמייאש, ומשמע שסובר דטעם דאבודה מכל אדם הוי נמי מטעם יאוש, וא"כ נוכל לומר שדוקא מסתמא מייאש, ובעומד וצווח לא מהני והוי זה כפסק דפי"ד, אכן כשתדקדק היטב א"א לומר כן, דבפי"א כתב, בודאי נתייאש, והכא כתב, בחזקה שנתייאש, ומסתמא מתייאש, ועוד דשם כתב להדיא בנהר שאין פוסק, ובפי"ד לא הזכיר מזה ומשמע דמיירי בנהר הפוסק, וא"כ אמאי הוי יאוש בסתמא, ולכאורה מבוכה רבה בפסקי הרמב"ם וקשה לצאת מן המצר:

אמנם באמת דברי הרמב"ם מזוקקים ויש לכל דין מקור מן הש"ס, דאותן הסתירות אשר מצינו בפסקי הרמב"ם, נמצא ג"כ בש"ס גופא, דבש"ס נמצא הנהו ג' פסקים וכתובים ג"כ כלשון הרמב"ם ממש, דלעיל (דף כ"ב ע"א) מביא הברייתא דשטף נהר קורות כו' אם נתיאשו הבעלים הרי אלו שלו, כגי' התוס', ובמס' (ב"ק דף קי"ד) תנן נמי כי האי לישנא, המציל מן הנהר אם נתייאשו הבעלים כו', מלשון זה משמע, שדוקא בידעינן דודאי מייאש, אבל בסתמא לא אמרינן דמייאש, ואכן בברייתא דרשב"א דסוגיין קאמר בזה הלשון, מפני שהבעלים מתייאשין, שלשון זה משמע, דגם בסתמא אמרי' דמייאש מפני שחזקתן להתייאש וכפשוטו דברייתא דטעם זה קאי על כל האמור בברייתא גם על המציל מים ונהר, והרי מברייתא הזאת שמעינן דבסתמא נמי מייאש, ובברייתא השלישית, היינו ברייתא דר"ש בן יהוצדק לעיל (דף כ"ב ע"ב) דיליף לשטפה נהר מקרא

דממנו, משמע שאפי' בעומד וצווח נמי לא מהני, וא"כ הני תלתא ברייתות סותרות זא"ז ופסקי הרמב"ם מכוונים ממש כפסקי הברייתות, והרמב"ם ז"ל נחית לתרץ ברייתות הללו ומזה הוציא פסקי דיניו, דברייתא דשטף נהר קורות וכן מתני' דב"ק, דנקיט התם בלשון, אם נתייאשו, לא קשה עם ההיא ברייתא דר"ש בן יהוצדק דיליף מקרא דממנו. שזה יתרץ כתי' הר"ן דהא דיליף מקרא דממנו, היינו דוקא בים ונהר שאינו פוסק דהוי אבודה מכל אדם, בזה ילפינן מקרא דממנו, ובריייתא דשטף מיירי בים ונהר הפוסק, שאינה אבודה מכל אדם, להכי בעינן דוקא בידע דמייאש, והכי דייק הרמב"ם בלשונו, דבפ"ו כאשר פסק דבעינן ידע ומייאש, לא הזכיר, שאינו פוסק, ובפי"א כאשר הביא ברייתא דר"ש בן יהוצדק דיליף מקרא דממנו, דקדק לכתוב ים ונהר שאינו פוסק, ומה שמסיים הטעם דבודאי נתייאש, אע"ג דיליף מקרא, ואילו מטעם יאוש א"צ קרא וכהוכחת הר"ן שנביא בסמוך, ס"ל לרמב"ם דבאמת טעם התורה גופא שהתירה אבודה מכל אדם הוי מטעם יאוש ואפ"ה צריך לקרא לזה גופא לאשמועינן דין יאוש באבידה, דהרמב"ם ס"ל כהירושלמי דיאוש גופא מהאי קרא יליף ודלא כהתוס' לקמן דף כ"ז, דיאוש יליף משמלה, או שי"ל דאי לאו קרא הו"א רק דמסתמא מייאש, אבל אם עומד וצווח דלא מייאש מהני נמי, וכמו בכל האבידות שעומדים מסתמא בחזקת יאוש, אי עומד וצווח מהני, להכי כתב קרא דאבודה מכל אדם ודאי שנתייאש ואפי' צווח לא מהני משום דלא מהימנינן ליה בזה שיצווח שלא יתייאש, אלא אמרינן שבלבו ודאי מתייאש, ורק לפנים הוא צווח, והיינו מ"ש הרמב"ם כאן שבודאי נתייאש, פי' ולא מהימנינן ליה תו אפי' אם צווח דלא מתייאש, הרי שני ברייתות הללו מתורצות, וגם הפי' שיפרש דאבודה מכל אדם הוי מטעם יאוש, יש לזה מקור מן הירושלמי כנ"ל, וגם רש"י ס"ל כן במס' (ב"ק דף ס"ו) ע"ש:

ואכתי נשאר לתרץ ברייתא דרשב"א דסוגיין דקתני מפני שהבעלים מתייאשים ובע"כ שברייתא זאת מיירי בנהר הפוסק דלא הוי אבודה מכל אדם, דבאבוד מכל אדם אמרינן דודאי נתייאש, ולא מיבעי לפי' הר"ן דהיתירה דאבודה מכל אדם, לאו מטעם יאוש הוא, ודאי דברייתא זאת לא מיירי באבוד מכל אדם, ואפי' לשיטת הרמב"ם דגם באבוד מכל אדם הוי מטעם יאוש אפ"ה לא נוכל לומר דברייתא מיירי באבוד מכל אדם, דבאבוד מכ"א הוי ודאי יאוש ואפי' בעומד וצווח לא מהני דלא מהימנינן לו, והכא קתני מפני שהבעלים מתייאשים, ומשמע שרק מן הסתם אמרינן כן, וא"כ ע"כ דברייתא זאת מיירי בנהר הפוסק דלא הוי אבודה מכ"א, וא"כ יקשה דמ"ש מברייתא דשטף נהר קורות אמרינן, אם נתייאשו, שמשמע דוקא בידעינן דמייאש, והכא אמר שגם בסתמא מייאש,

ופשר דבר הזה ילפינן משנוי לשון הרמב"ם בשני אלו ההלכות, דבפ"ו כאשר העתיק הדין דברייתא דשטף נהר דבעינן, אם נתייאשו, כתב המציל מן הים, ובפי"ד כשהעתיק דין דברייתא דרשב"א, כתב מצא בים ובנהר, ופלא הוא על הרמב"ם שדרכו תמיד להביא כלשון הברייתא, ובברייתא דרשב"א נכתב בלשון, המציל מן הים, ורק במקום שרבים מצוין נקט המוצא. אלא שבזה נתכוון לתרץ שני הברייתות, דהנה אופן ההצלה יוכל להיות בשני פנים, אופן אחד, שתיכף כשנפלה בנהר יבוא אחד וירדוף להצילה, וגם אפשר שהבעלים היו רודפים נמי להצילה אלא שזה קדם, ובאופן זה ודאי דלא הוה של המציל כל זמן שלא ידעינן בודאי שהבעלים נתייאשו, אחרי דמזה שלא רדפו הבעלים להציל אין ראיה שודאי נתייאשו, דאפשר שהיו רודפים ג"כ, אלא שזה קדם, אופן שני, אם שהה איזה זמן מהשטיפה ונשטף למרחוק, ואח"כ מצאו בנהר וירד להציל, בזה שפיר אמרי' שא"צ לידע שנתייאשו בפירוש, כיון שיש הוכחה שנתייאשו דאל"ה היה רודף להציל, ולהכי אמרי' שמסתמא נתייאש, ורק ודאי יאוש לא הוי הכא כיון דמיירי בנהר שיש עקולי ופשורי. והנה ההצלה באופן הראשון לא נוכל לכנותו בשם "מוצא" כיון שגם הבעלים היו כאן ולא נשטף עוד למרחוק, ולשון מציאה אין נופל כ"א כשמצא דבר שנעלם מן הבעלים, ולכך בפ"ו כתב המציל מן הים כו' אם נתייאשו, ודקדק לכתוב המציל, להורות שמיירי במקום שהציל תיכף כשנפלה וגם הבעלים היו כאן, ואפשר שגם הם בעצמם היו רודפים להציל, ולהכי בעינן דוקא בידע שנתייאש ובפי"ד דכתב מצא בים ובנהר, שלשון זה משמע דאחר זמן שנשטף והנהר הוליכו למרחוק מצאו, ולכן אמרינן כיון דבעלים ודאי שידעו מהשטיפה, דהא כל שטיפת נהר יש לו קול וכמ"ש רש"י (לעיל דף כ"ב) ומדלא רדפו להציל מסתמא נתייאש, וכך יתפרשו גם הברייתות, דבב"ק מיירי תיכף ולכן בעינן אם נתייאש, והך ברייתא דרשב"א מיירי במציל לאח"ז, דומיא דמצאו דנקיט בסיפא, ולהכי אמרי' דמסתמא מייאש, והא דלא קתני בברייתא להדיא מצא בים, היינו משום דקתני נמי מן הארי והדוב, דלא שייך התם לומר לשון מצאו מן הארי ולהכי נקיט מציל, אבל באמת מיירי במציל לאח"ז דומיא דמציאה דסיפא והכל על נכון, והרמב"ם השכיל מאוד לשנות הלשון בשני אלו ההלכות, ודו"ק:

ולפמ"ש יצא לנו הדין דהיכי דאבודה מכל אדם, לכו"ע לא מהני אפי' עומד וצווח, ולא מיבעי לשיטת הר"ן ותוס' דהיתירה לאו משום יאוש הוא ודאי דלא מהני הצוויחה, ואפי' לשיטת הרמב"ם שיפרש כירושלמי דמטעם יאוש הוא נמי לא מהני הצוויחה וכמ"ש, דהיינו משום דהכא ודאי מייאש ולא מהימנינן לו בזה שיצווח, ובשאר אבידות דהיתירן הוי מטעם דסתמא מייאש, אז אי צווח בעת מעשה ואמר דלא נתייאש מהימנינן לו כיון

שאין זה ודאי דמייאש, רק מסתמא אמרינן כן, להכי היכי דצווח מהני, ואמנם אי לא ידעינן דעתו בשעה שנודע לו, רק אח"כ אמר דלא נתייאש בשעה שנודע לו לא מהימן, וכדאיתא לקמן גבי שוק דגלדאי דנעשה כצווח על ביתו כו' וכמו שכתבתי לעיל לתרץ קושית הפלפולא חריפתא אכן כ"ז הוא לשיטת הרמב"ם ורא"ש, אבל מהר"ן ורמב"ן לא משמע כן, אלא אפי' בדבר שרק סתמא נתייאש לא מהני עומד וצווח אפי' בעת מעשה, דהנה לעיל (דף כ"ב ע"ב) דייק הש"ס מברייתא דשטפה נהר דיאוש של"מ לא הוי יאוש, ולפרש"י הוי הדיוק משום דאיסורא דומיא דהיתירא, ואכן הר"ן בחי' הביא בשם הראב"ד דלאו משום דומיא הוא, אלא מהיתירא גופא מוכח כן, דהא ודאי דאבודה מכל אדם לא גרע משארי אבידות העומדים להתייאש, ואילו שמעו הבעלים דנשטפו ודאי מייאש וא"כ ל"ל קרא דממנו להתירה תיפוק ליה מטעם יאוש אע"כ ישל"מ לא הוי יאוש, ולכן אי לאו קרא אז היה הדין שהיכי דלא ידע הבעלים משטיפתו לא הוי של מוצאו, אע"ג דכי ידע מתייאש מ"ח השתא אכתי לא אייאש ולהכי צריך קרא לומר דאבידה זו אינה מטעם יאוש אלא התורה התירה ואפקרי' לאבידה כזאת ע"ש, ואי נימא שהיכי דההיתר הוא מטעם יאוש אם צווח לא מהני, א"כ אכתי איך נוכל למילף מהכא דישל"מ לא הוי יאוש, דילמא ישל"מ הוי יאוש ואפ"ה הוצרך קרא לומר שאפי' צווח לא מהני, דאי מטעם יאוש ובלא קרא, הו"א דבצווח מהני, להכי איצטריך קרא לאשמועי' שאפי' צווח לא מהני, אע"כ שדעת הר"ן הוא דגם באבידות שהיתירן מטעם יאוש לא מהני עומד וצווח, דכיון דאמדינן דעת האדם אשר בסבה כזאת ודאי יתייאש, לכן אע"ג שברור לנו שזה האיש לא נתייאש בטלה דעתו אצל כל אדם. אלא שעיקר הוכחת הר"ן נעלם מאתי, דהא בלא"ה קשה מנ"ל לר"ן להוכיח מקרא דממנו לענין ישל"מ, דילמא ישל"מ הוי יאוש וקרא אתי להתיר אבידת קטן, דאי מטעם יאוש, באבידת קטן לא הוי שלו כיון דלאו בר יאוש הוא, וכדקאמר לעיל יתמי דלאו בני מחילה, ואתא קרא לומר שאין זה מטעם יאוש ואפי' באבידת קטן נמי מותר, ובע"כ צ"ל כמ"ש לעיל (דף כ"ב ע"ב בד"ה יתמי) דאפי' אי הוי הטעם משום יאוש נמי שרי באבידת קטן, כיון שאין סופו לבוא עוד ברשות בעלים דאבודה מכל אדם, ולהכי הופקע שם הבעלים משעת נפילה, ולא צריכא קרא לזה, א"כ כ"ש דל"צ קרא להתיר בישל"מ, דאפי' אי מטעם יאוש שרי נמי בישל"מ מזה הטעם, ועמ"ש לעיל (דף כ"א ודף כ"ב) וצ"ע. הדרן לדברינו דבשטפה נהר לא מהני צווח לכו"ע, ובשארי אבידות, לדעת הרמב"ם ורש"י ורא"ש מהני צווח מעיקרא, אבל אח"כ צווח לא מהימנינן כדמוכח משוקי דגלדאי, ולתוס' ור"ן ורמב"ן

שפי' נמי כהר"ן בהא דלעיל, גם בשארי אבידות לא מהני צווח מעיקרא ומטעם דבטלה דעתו וכנ"ל:

דף כה.

רש"י ד"ה בא בעל כו' ואמר אין המעות שלי זכה כו' ע"כ. והמפרשים העירו דמילתא דפשיטא היא ומאי קמ"ל ותי' דקמ"ל שלא נימא כיון דבשעת הגבהה לא נתכוון לקנות לעצמו דהא הגביה ע"מ להחזיר והוי הפקר ויכול אחר לחטוף ולזכות בה אם אין הדבר מונח בביתו לזה קמ"ל דאע"ג שמתחלה הגביה אדעתא דחברי' מ"מ השתא דנמצא שאין זה של חבירו מהני ההגבהה דמעיקרא עבורו זהו תוכן דבריהם, והנה לכאורה תליא זה במחלוקת רש"י ותוס' לעיל (דף י' ע"א) במה דקיי"ל דמגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו, אם אמרינן דהמגביה קונה מיהא לעצמו, ושיטת רש"י דיפלגו בזה ר"נ ור"ש (ביצה ל"ט) ור"נ סובר דהמגביה נמי לא קנה כיון שלא נתכוון לזכות לעצמו, ור"ש סובר דנהי דחבירו לא קנה מ"מ המגביה קנה ואין זה הפקר, וא"כ יקשה מברייתא זאת על ר"נ, דהא הכא אומר דזכה הלה במה שבידו אע"ג שלא נתכוון לקנות לעצמו, וצ"ל דלא דמי זה למגביה מציאה לחבירו, שלפי דעת המגביה, דסבור דאדם יכול להגביה בעד חבירו, לא היה בלבו שום ספק שהמציאה ישאר ביד חבירו, דמצד חבירו ודאי שלא יהיה שום מניעה, וממילא לא היה בלבו שום צד כוונה שיזכה לעצמו לכן לא קנה, אבל הכא אע"ג שהגביה ע"מ להחזיר מ"מ היה בזה צד זכייה מספק גם לעצמו, דאולי לא ישמע ההכרזה או שמא לא ידע מהסימן, וא"כ אדעתא דהכי הגביה, שאם לא יתנו הבעלים סימן שיזכה בזה לעצמו, להכי י"ל שיוכל לזכות בזה לכו"ע, וזה גופא קמ"ל דבמקום שיש ספק בהגבהתו, שמא יזכה בה הוא עצמו, בזה מועיל ההגבהה, וע"כ לא אמרינן שהיכי דלא נתכוון לזכות לא זכה כ"א במקום שלא היה שום ספק שיוכל לזכות לעצמו, אבל בכה"ג מועיל ההגבהה:

ברש"י ד"ה והוא שעשויין כמגדלין וזה בא ונותן סימן ואומר כמגדלין היו עשוין, ומשמע מלשונו לכאורה דהסימן הוא בזה, מה שהיו עשויין כמגדלין, וקשה הא סוגיא דשמעתין לא מסיק הכי, דמשני טבעא מכריז וא"כ המנין הוי הסימן, ונ"ל לומר שאין מסוגיית הש"ס ראיה דכמגדל לא הוי סימן, ושפיר נוכל לומר דמגדלין דר' חנינא דהיינו כעין שלשה מלכים, רוויחי תתאי ומציעי עילויה הוי סימן מובהק וכמ"ש רש"י, והא דמסיק הש"ס טבעא מכריז ומנין הוי הסימן, היינו דקאי על דברי ר' יוחנן דשל מלך אחד נמי חייב להכריז, ומשום דהוי סימן שאין מובהק כ"כ להכי לא יספיק סימן הזה אפי' לדברי

ר' יוחנן גופא, דר' יוחנן לא פליג עם ר' חנינא כ"א לענין ההכרזה, דר"ח סובר דשל מלך אחד א"צ אפי' להכריז, משום דזה אין מורה אפי' לומר שבדרך הנוח הוא, ור' יוחנן סובר דחייב להכריז משום דלא איתרמי דנפל הכי ובודאי דרך הנוח הוא, אבל להחזיר בסימן זה לחוד, גם לר' יוחנן א"צ להחזיר ולהכי שפיר קאמר הש"ס דמכריז טבעי ויתן סימן מנין, ומה שקאמר רש"י דהסימן הוא במה שעשוי כמגדלין, היינו מגדלים דר' חנינא, שזה הוי סימן אליבא דכו"ע, ואין להקשות דמנ"ל לרש"י לחלק בהכי, ואמאי לא פי' כפשוטו דהסימן הוא מנין, די"ל דמסדורא דש"ס הכריח כן, דפריך מאי מכריז ומשני טבעי מכריז, בתר דברי ר' יוחנן, ואי נימא דאפי' מגדלין ממש נמי לא הוי סימן, וגם בזה מוכרחין לסימן דמנין, א"כ היה לסדר קושית הש"ס ושנויי דרבינא מיד אחר המשנה, או אחר אוקימתא דמגדלין שאז הוי רבותא טפי שאפי' בכה"ג בעינן לסימן דמנין, ומדסידר זה דוקא בתר ר' יוחנן מכלל דלדברי ר' חנינא דכמגדלין ממש, לא בעינן טבעי מכריז, וכזה י"ל שהוא נמי דעת הרמב"ם בפיה"מ שכתב להדיא, דהסימן הוא בזה שיכוון כמגדלים, וכן בהלכותיו לא הזכיר דטבעי מכריז, ולכאורה הוא תמוה שזהו נגד תירוץ הש"ס כאן. ולמ"ש י"ל דסובר נמי כרש"י דתי' דרבינא אינו כ"א לדברי ר' יוחנן, אבל לדידן דס"ל מגדלין ממש, לא בעינן סימן דמנין, ועמ"ש להלן בדעת רמב"ם ע

אלא דלפי"ז צריך להבין סברת הטור שכתב דגם במגדלין ממש בעינן טבעי מכריז, הרי דסובר דשנויי דרבינא קאי גם לר' חנינא, וא"כ אמאי לא סידר זה מיד בתר דברי ר' יצחק, ונ"ל דהטור לשיטתו לא קשה כלל מסדורא דש"ס, דבלא"ה תמהו המפרשים עמ"ש רש"י ד"ה מאי מכריז, דזה יתן סימן דזה עג"ז היו, דמאי סימן הוא זה, פשיטא דיודע דזעג"ז היו דאל"ה לא היה מכריז, דאכתי לא ידע הש"ס דכסולם נמי מכריז וא"כ ליכא סימן אחר כ"א זה לחוד, ואמרתי לתרץ שרש"י פי' כן דוקא אליבא דר' יוחנן שסובר דזעג"ז נמי חייב להכריז, ומגדלין ממש ודאי דחייב להכריז, וא"כ הוי סימן מעליא אם מכוון ואומר שרק זעג"ז היו מונחים ולא כמגדלים, ומההכרזה אין ראיה דשמא כמגדלים ממש היו, אלא דלפי"ז יוחזר הקושיא על רש"י שהוכיח מדלא סידר הש"ס לקושיא ושנויי דרבינא מעיקרא, מכלל דס"ל דבמגדלין לא בעינן טבעי מכריז, מאי ראיה היא זו, דילמא באמת גם במגדלין בעינן סימן המנין, והא דלא סידר מעיקרא, היינו משום דבלא ר' יוחנן דהוה ס"ל דלא מכריז כ"א דוקא במגדלין, א"כ לא יוכל כלל להעלות אדעת המקשה דמכריז מנין, דא"כ מאי סימן יתן, דמגדלין אין סימן דיודע זה מההכרזה, כיון דבאופן אחר לא היה מכריז, אבל בתר דברי ר' יוחנן שגם בשל מלך אחד נמי מכריז, עלה שפיר אדעת המקשה דיכריז מנין והסימן יהיה אם כמגדלין או של מלך אחד, ואמנם י"ל דרש"י

ס"ל דמקום נמי הוי סימן במטבע וכדעת התוס' דהכא, וא"כ אפי' לדברי ר' חנינא הו"מ למיפרך דמכריז מנין והסימן יהיה שעשויין כמגדלים ומן ההכרזה אין ראיה כיון שיש נמי סימן מקום, ושפיר הוכיח רש"י מדלא סידר הקושיא לעיל מכלל דס"ל לש"ס לדבר פשוט דבמגדלין לא יאמר רבינא טבעי מכריז כיון דזה בעצם הוי סימן מובהק. ואין להקשות דלפי"ז אמאי בעינן תלתא מטבע, הא בתרי נמי סגי והסימן יהיה או מקום או כמגדל, ואפי' לשינויי דרבינא קשה כזה דאכתי מאי משני טבעי מכריז ובעינן תלתא משום דליהוה מנין סימן, בתרי נמי יהיה הסימן מקום, די"ל דתרי אפי' עשויין כמגדלים, לבד שזה גופא לא הוי סימן, אפי' לא ידעינן כלל עי"ז שדרך הנוח הוא, דנוכל לומר איתרמי דנפל הכי וגם סימן מקום ליכא, וכן נמי י"ל בדעת הרמב"ם שיסבור בזה כרש"י שגם במטבע הוי סימן מקום, וממילא מוכח לפי"ז מסדורא דש"ס דבמגדלין לא בעינן טבעי מכריז, אכן הטור אזיל בשיטת הרא"ש דס"ל לעיקר כשיטת הראב"ד דבמטבע כיון שהוא דבר קטן לא הוי מקום סימן, עיין בדרישה (סי' רס"ב) שכ"כ בשיטת הרא"ש מדהביא שיטת הראב"ד באחרונה, וכיון דמקום לא הוי סימן, לא מוכח תו מסדורא דש"ס כלל, ושפיר נוכל לומר דשנויי דרבינא קאי גם על ר' חנינא ולהכי פוסק שגם במגדלין ממש בעינן טבעי מכריז, וכנ"ל:

ואמנם בעיקר הדבר שכתבתי בדעת רש"י דס"ל דמגדלין ממש הוי סימן מעליא ורק הוא הוי הסימן, לא משמע הכי מדקדוק לשונו שכתב, נותן סימן ואומר דכמגדלים עשויין, ומיותר מלת "ואומר" והכי הול"ל נותן סימן דכמגדלים היו, כמ"ש אח"כ בד"ה מכריז מנין, וזה נותן סימן דזעג"ז היו, אלא מוכח כוונתו דצריך לומר שני הסימנים ביחד סימן מנין וגם כמגדלים, וכמ"ש המפרשים באמת בדעת רש"י, וה"פ נותן סימן, היינו סימן דמנין, ואומר שכמגדלים היו, כלומר שגם זה צריך לאמר, ולפי"ז יקשה דלמה באמת הוצרך לתרווייהו, וי"ל דרש"י יפרש בזה כשיטתו לעיל (דף כ' ע"ב) ד"ה שטרי מכריז, וז"ל צריך לומר כמה שטרות וכרוכים היו, וגם שם נתקשו המפרשים למה הוצרך לתרווייהו, והיטב אשר דיבר מהרש"ל שם שודאי היכי דליכא אלא סימן אחד א"צ לכוון כ"א סימן אחד, אבל במקום שיש שני סימנים צריך לכוון שניהם ואי לא מכוון אלא אחד לא מהני דניכר שאין האבידה שלו, וה"נ כן הוא כיון שבע"כ מיירי דכמגדל היו עשויות להורות שהוא בדרך הנוח, להכי צריך לכוון נמי סימן הזה, אלא דיקשה לפי"ז דכיון דהיכי שליכא אלא סימן אחד מהני אם אומר רק סימן אחד, א"כ אמאי בעינן דוקא ג' מטבעות, ובתרי לא חייב להכריז, ואמאי נהי דסימן מנין ליכא, יתן סימן דכמגדלין לחוד, ומ"ש לעיל דבשנים לא הוי סימן אפילו עשוי כמגדלים, לא משמע כן

מרש"י בסמוך בד"ה מאי מכריז מנין פירש דזה יתן סימן דזעג"ז היו, הרי דזה לחוד נמי הוי סימן, דע"ז מקשה מאי איריא תלתא אפי' תרי נמי, ונהי ודאי שעל תירוץ דרבינא דמשני טבעי מכריז לא קשה, דאמאי לא סגי בסימן זה לחוד ואפי' בשנים יהא חייב להכריז, די"ל כמ"ש הנמוק"י דקאי לר' יוחנן דרק זעג"ז מונחים ולא הוי סימן מובהק כמו מגדלים, ולא סמכינן אסימן זה לחוד, ולהכי בעינן תלתא דוקא בכדי שיהיה סימן מנין, אכן ברש"י הכא דקאי על דברי ר' יצחק במגדלין ממש, אמאי בעינן לתרווייהו ואפי' בשנים נמי יכריז, ולמ"ש לעיל דלמ"ד דוקא כמגדלין חייב ולא בזה עג"ז, אז גם במגדלין לחוד א"צ, דאין זה שום סימן כיון שיודע זה מההכרזה, אם לא שיש עוד סימן אחר ג"כ, וא"כ א"ש מה שמצריך רש"י לתרווייהו, דמגדלים לחוד לא הוי סימן דיודע זה מההכרזה, ומנין לחוד לא, דשמא דרך נפילה הוא, וכיון שצריך להיות תרווייהו, מוכרח נמי לכוון שתיהם וכשיטת רש"י לעיל, ובזה אתי נמי שפיר סדורא דש"ס דמאי מכריז ושנויי דרבינא בתר דינא דר' יוחנן ולא קודם, דבלא ר' יוחנן דהוה ס"ל דוקא כמגדלים חייב להכריז, הוה פשיטא לן דטבעי מכריז והסימן הוא מנין, שלא נוכל לומר דמכריז מנין והסימן יהיה מה שעשויין כמגדל, דזה אין סימן שיודע זה מההכרזה, ורק בתר דא"ר יוחנן דזעג"ז נמי מכריז, א"כ מספקא לו שפיר לש"ס דילמא מכריז מנין והסימן יהיה דזעג"ז ולא כמגדל, ומשני טבעי מכריז, דזה אין סימן מובהק במה שאומר זעג"ז ולא סמכינן עליו בלא סימן מנין:

ולפמ"ש יצא לנו הדין דלר' יוחנן דאמר דזעג"ז נמי מחויב להכריז, אלא דלהכי בעינן סימן דמנין משום דאין זה סימן מובהק וא"כ אי הוי להיפך שמצא מונחים כמגדל ממש, אז לא מצרכינן לסימן דמנין, ויוכל לכרוז מנין והסימן יהי' שעשויין כמגדל, ומההכרזה אין ראיה כיון שגם אם היו זה עג"ז היה מכריז, ומה דבעינן ג' מטבעות ולא סגי בשנים ומגדלים ממש, בע"כ מוכרחים לומר דבשנים אפי' כמגדלין לא הוי סימן מובהק, ורבינא שפיר משני טבעי מכריז כמ"ש התוס', והוא הדין דהו"מ לשנויי דבתרי לא הוי סימן, ואמנם לר' יצחק ולר' חנינא דדוקא כמגדלים חייב להכריז, מגדלים לחוד בלא מנין לא הוי סימן דיודע זה מההכרזה, ובע"כ לומר דטבעי מכריז ואיכא נמי סימן מנין, ויוצדק נמי בזה סברת הרמב"ם והטור, דהרמב"ם (בפט"ו מאבידה) כתב דמצא ג' מטבעות ועשויין כמגדל חייב להכריז, ולא זכר כלל לשנויי דרבינא דטבעי מכריז, והטור בחו"מ סי' רס"ב זכר ג"כ דיכריז טבעי ועמ"ש לעיל, ולהנ"ל א"ש, דהרמב"ם לא זכר נמי הפי' דמגדלין, אם כר' חנינא, או כרב יוחנן, ומדסתם משמע שגם בזעג"ז נמי חייב להכריז, דגם כמגדל דר' יוחנן נמי חייב וכמ"ש הנמוק"י בדעת הרי"ף מדסתם מכלל דגם בדר' יוחנן חייב להכריז,

וכ"כ הגר"א דהרמב"ם פוסק כר' יוחנן, ואמנם הטור פירש לדבריו, דמגדלין היינו דוקא ברויחי תתאי, ולפי"ז לשיטתם אזלי, דהטור דס"ל דמגדלין היינו דוקא ברויחי תתאי, ובזעג"ז אין חייב להכריז, ממילא לדידיה לא הוי שום סימן אם מכוון כמגדלים כיון שיודע זה מההכרזה, ובע"כ דהסימן הוא המנין, ולהכי פירש דמכריז טבעי בכדי שיהיה סימן דמנין, אכן הרמב"ם לשיטתו כר' יוחנן, שבזעג"ז נמי מכריז, ולזה אם מכוון דכמגדל ממש היה עשוי הוי סימן מעליא, להכי סתם וכתב רק דצריך להכריז, ומה יכריז, תלוי באופן מציאותו, אם מצאן זעג"ז, שזה לא הוי סימן מובהק, טבעי יכריז ויתן סימן דמנין, ואם כמגדל ממש מצאן יוכל לכרוז גם המנין, ודו"ק בזה:

דף כה:

בגמ' שמא איניש אצנעינהו ואי שקיל להו לית להו למרייהו סימנא בגווייהו כו', ומשמע מזה דאילו הוה סימנא לבעלים היה חייב לטול ולהכריז, וכן מוכח להדיא ממה שהקשה אח"כ וליהוי קשר ומקום סימן, וקשה דהא לדעת המקשן מיירי הכא בודאי הנוח, דאכתי לא ידע משנויי דמשני אח"כ, איכא למימר מעלמא כו' דהו"ל ספק הנוח, ובודאי הנוח לא חייב ליטלה כלל אפי' בדבר שיש בו סימן, ואפי' במקום שאין משתמר כ"א קצת אין מחויב ליטלה כיון שמדעת הניחה שם ואין זה אבידה כלל, והכי מוכח להדיא ממתני' דלקמן, דמצא טלית בצד גדר קרדום בצד גדר פרה רועה בין הכרמים, שאעפ"י דטלית וקרדום יש בהם סימן אפ"ה כיון שמציאתן מוכחת עליהם דודאי הנוח הוא, דהא לא שייך לומר בהו מעלמא אתו משו"ה לא יטלם, וכמ"ש הר"ן בטעם דמתני' דמצא טלית, וא"כ מאי פריך הכא וליהוי קשר ומקום סימן, כיון דלדעת המקשה מיירי בודאי הנוח, ובכה"ג אפי' ביש בו סימן אין חייב לטול ולהכריז, וצ"ל דהאי הנוח דקאמר הכא לא הוי במניח מדעת לצורך גניזה, שבכה"ג אה"נ דאפי' יש בו סימן לא יטול כיון דלא הוי אבידה כלל, אלא מיירי שהניחו באקראי בעלמא כדי לפוש, או מטעם אחר, ורצה לקחתו אלא ששכחו, וכיון דלא הניחה מדעת הוי שפיר אבידה שמחויב ליטלה אם יש בה סימן, דהוי טובה לבעל האבידה בנטילתו של זה כיון דמיירי במקום שמשתמר קצת, ואם לא יטלנה, יוכל היות שתלך לאבוד, ואם יטלנה יתן סימן, ואם לית בה סימן אסור ליטלה, דמפסיד לבעלים בנטילתו, דכיון שזוכרין המקום ששכחוהו ילכו ויטלוה אם יזכרוה, ואם המוצא יטלנה לית להו סימנא והוי אבוד לגמרי מבעליה, וכה"ג פי' התוס' בד"ה ואם נטל בפירוש השני דהכא מיירי בהנות כזה שבא ע"י שכחה ועיין מה שכתבתי שם, וכן מוכח להדיא מלשון רש"י ד"ה לכתחילה לא יטול, וז"ל הלכך לא יטול והבעלים

יזכרו ויבואו ויטלום ע"כ, הרי דמיירי בהנוח שבא ע"י שכחה, דאי בהנוח מדעת לא הול"ל לשון "יזכרו" אלא הכי הול"ל הבעלים יבואו ויטלוה וכמ"ש כן באמת לקמן (דף ל"ז ע"ב) ע"ש היטב, אלא ודאי משום דהכא מיירי בהנוח הבא ע"י שכחה, וכנ"ל:

ועפי"ז הבוא נבוא ליישב סתירת דברי רש"י אהדדי, דלקמן (דף ל"ז ע"ב) פי' ספק הנוח, דחיישינן שמא הניחו לגניזה וחיישינן שמא יבואו בעלים ולא ימצאוה, הרי להדיא דמיירי בהנוח מדעת, והכא שכתב בלשון, שמא "יזכרו" הבעלים, מכלל דיפרש בהנוח הבא ע"י שכחה, עיין היטב בשני המקומות הללו, ומקודם ניישב פרש"י דהכא שפי' דהאי לא יחזיר, היינו לבעלים מפני דליכא סימנא, והתוד"ה ואם נטל בסוה"ד הקשו ע"ז דפשיטא הוא ואטו עד השתא לא ידעינן שאין מחזירין אבידה בלא סימנין, ואכן ברש"י דהכא יש לומר דס"ל בזה בפי' הרמב"ם (בפט"ו מאבידה) דהאי לא יחזיר, לא שיהא מונח בידו עד שיבוא אליהו, אלא ששלו הוא לגמרי, וא"כ טובא קמ"ל בזה, אלא דלקמן (דף ל"ז) פרש"י להדיא להיפך דהאי לא יחזיר, לא שיהא שלו קאמר אלא יהא מונח בידו עד שיבוא אליהו, ואמנם לפי דקדוק שנוי הפרושים דהכא ודהתם כמ"ש יתיישב, דהנה על הרמב"ם שס"ל דאם נטל זכה לעצמו הקשו הקשו כולם, דמ"ש ספק זה שאנו הולכין בו לקולא למוצא האבידה, ובספק יאוש שלא מדעת, שאין אנו יודעין אי הוי מדעת או לא, אזלינן לחומרא עד שיהיה ודאי שהוא מדעת וכמו שמוכח לעיל (דף כ"א) מן הסוגיא דקאמר התם הא לא ידע דנפל מיניה ועמש"ש, ועיין עוד בב"י חו"מ (סי' ר"ס בשם המ"מ) ובט"ז שם ובפנ"י בסוגיין. אכן קושיא הזאת היינו דוקא אם נפרש דספק הנוח, היינו בהניח מדעת, ולזה בצד ההנוח ליכא שום ספיקא, דודאי דלא נתייאש, והספק הוא רק אם דרך הנוח או דרך נפילה, דהוי רק ספק השקול, ושפיר קשה מ"ש ספק זה משאר ספיקי דאבידה דאזלינן לחומרא, אבל אם נפרש דההנוח מיירי בהניח ע"י מקרה ושכח, א"כ בצד ההנוח גופא יש נמי ספק, דאולי שכח זה זמן רב וכבר נתייאש, וכי עד עולם לא יטלנו המוצא, וכן בתוד"ה ואם נטל, קורא הנוח כזה רק ספק אבידה וכמ"ש בסמוך, ועיין מ"ש בהגהות ח"מ בתוד"ה ואם נטל, וכיון דמספקינן נמי שמא בדרך נפילה, א"כ אית לן תרי ספיקי לתועלת המוצא, שמא בדרך נפילה, ואת"ל בדרך הנוח שמא כבר נתייאש, ואין זה דומה לספק יאוש של"מ דליכא התם כ"א חדא ספיקא, אבל הכא דהוי תרי ספיקי שפיר הוי של המוצא, ולפי"ז שפיר נוכל לאמר, דהכא בסוגין דמיירי בהנוח ע"י שכחה וכמ"ש, אם נטל הוי לעצמו וכפי' הרמב"ם ולזה נתכוון רש"י, ומיושב קושית התוס' דמאי קמ"ל, דטובא קמ"ל, ומה שפירש לקמן דמונח עד שיבוא אליהו, היינו משום דהתם מיירי בהנוח מדעת כמ"ש רש"י, וכיון שאין שם אלא ספק

אחד, ודאי דיניח בידו עד שיבוא אליהו ולא הוי של המוצא, וכשארי ספיקי דאבידה דאזלינן לחומרא, ובזה יתיישב סתירת דברי רש"י שהבאנו לעיל, דהסוגיות הכריחוהו לפרש בשנוי הזה, דמדקאמר בסוגיין הטעם דשמא אין לבעליו סימנא, וכן מדמקשה אח"כ וליהוי קשר ומקום סימן, דמכל זה משמע שאם יש בו סימן דחייב לטול ולהכריז, מוכרח היה לפרש דמיירי הכא בהנוח הבא ע"י שכחה וחיישינן שמא יזכרו הבעלים, דאי בהנוח מדעת לא הוי אבידה כלל, ואפי' ביש בו סימן נמי אין חייב להכריז, ולקמן (דף ל"ז) דפריך התם אדינא דספק הנוח מהך דמניח גזילה ומסתלק ומשני ע"ז ויניח, משמע להדיא שבספק הנוח הוי נמי הדין דיניח עד שיבוא אליהו, דהא מדמה אותם להדדי, לזה הוכרח לפרש דמיירי בספק הנוח מדעת, דאי בהנוח הבא ע"י שכחה הוי של המוצא וכנ"ל. ומיושב בזה נמי קושית הט"ז בחו"מ (סי' ר"ס) שהקשה על הרמב"ם מהך סוגיא דלקמן דקתני יניח, דהתם מיירי בהנוח מדעת ודו"ק, ועמ"ש עוד לקמן (דף ל"ז) בד"ה ושקלי כולהו, יישוב אחר על קושית הט"ז. והנה אם כי דברי רש"י אף אם יסבור כהרמב"ם א"ש, אבל ברמב"ם גופא קשה לומר כתרוצי הנ"ל, דמלשון הרמב"ם מוכח שאפי' בהנוח מדעת ס"ל נמי דהוי שלו לגמרי, ועמ"ש לעיל (דף כ"א) ביישוב הרמב"ם ועיין עוד מ"ש בסמוך:

תוד"ה ואם נטל כו', ויש לפרש דמיירי הכא בספק אבידה כו', דברי התוס' קשים להולמם במ"ש דמיירי השתא בספק אבידה, אטו לפירוש הראשון לא מיירי בספק אבידה, הא בזה אנו קיימין בספק הנוח ספק אבידה. ונראה ברור בכוונת התוס' עפמ"ש לעיל בדבור הסמוך, דבהנוח גופא יש שני סוגים, א), שהניח מדעת לצורך גניזה ובצד ההנוח כזה ליכא ספק אבידה, דאם אך נימא דהנוח הוא לא הוי אבידה כלל, רק הספק הוא בזה, אי הוי כלל דרך הנוח, דשמא דרך נפילה, ב), הנוח שבא ע"י שכחה, כגון שהניחו באקראי כשעמד לפוש וכדומה, ורצה לקחתו אלא ששכחו, שבכה"ג בצד הנוח גופא יש ג"כ ספק אבידה, אם זה מקרוב שכחה ובדעתו לחזור וליטלה, או שמא זה זמן רב שכח עד שכבר נתייאש, והנה התוס' בפי' הראשון פרשו, דספק הנוח דסוגיין, מיירי בהנוח מדעת, ולפירוש זה א"א כלל לפרש דאם נטל לא יחזיר, היינו רק שנטלה והגביה, ומטעם דהוי אבידה ונתחייב בשמירתה ע"י ההגבהה, כיון דהספק הוא רק אם בהנוח או בדרך נפילה, וא"כ ממ"נ ליכא כאן שום צד אבידה לענין חיוב שמירה דאי דרך נפילה, שלו היא לגמרי, ומה שירצה יוכל לעשות, ואי מדעת הניחוהו בעלים אמאי לא יחזיר, הא למקום שהניחוהו בעלים מדעת הוא מחזיר, ואטו מחויב המוצא לשומרה יותר ממה ששמרוהו הבעלים עצמן, וכמו שהקשה בשמ"ק כן על פי' התוס' ע"ש, לזה פי' התוס'

דמיירי הכא בספק אבידה, פי' בהנוח כזה שבהנוח עצמו יש צד ספק אבידה וחיוב שמירה, והיינו בהנוח הבא ע"י שכחה, דשל מוצא לא הוי אכתי כיון שתלינן שמא יזכרו הבעלים וישובו לקחתה, ולהחזירה למקום הזה נמי א"א ואין רשאי, דהמקום מצד עצמו אין משתמר, והבעלים לא הניחוהו מדעתם, רק ע"י שכחה הניחוה, ולא נוכל לומר ג"כ דלמקום בעלים החזיר, וכיון שנטל והגביה הוי אבידה ומחויב בשמירתה, ולפי"ז שפיר נפרש דאם נטל היינו שרק הגביה אע"ג שלא הלך משם ג"כ לא יחזיר כיון דהוי בזה שם אבידה ומחויב בשמירתה ועמ"ש לעיל בדבור הסמוך, וז"ב:

בא"ד ולפרש"י דפי' כו', עמ"ש לעיל בסמוך ליישב פרש"י:

במתני' מצא בגל ובכותל ישן הרי שלו, וחצירו לא קניא לו, עמ"ש בתוס', והרא"ש תירץ דמה שנשאר טמון מן האמוריים לא הוי לאותו שנפל הקרקע לחלקו אלא לכל ישראל ואחר שעמד שם זה הרי הוא כאבוד מכל ישראל והרי היא של מוצאו, וכ"ת תקנה ליה חצירו אחר שנתייאשו ישראל לא עדיפא חצירו מידו דאילו בא לידו קודם יאוש לא קני הואיל ובאיסורא אתי לידו חצירו נמי לא קנה בכה"ג ע"ש, באור דבריו, דהמוצא שפיר יוכל לזכות בה, אע"ג דכשמצאו זה לא ידעו ישראל עדיין שיש שלל בכותל זה והוי יאוש של"מ, מ"מ שפיר זכה, דזכייתו לאו מטעם יאוש הוא, אלא משום שאבודה מכל אדם והוי כזוטו של ים דהתורה התירה ולאו משום יאוש הוא, ובאבודה מכל אדם קנה נמי אפי' בלא ידעו הבעלים מן האבידה, אכן בעל החצר במה יזכה, אי מטעם דהוי של נכרים ושל אמוריים, ע"ז כתב דבשלל זכו כל ישראל, וא"כ מישראלים צריך לזכות, ואי מטעם דאבוד מכל אדם נמי לא יועיל כיון דבא לחצירו קודם שהיה אבוד ובאיסורא בא לחצירו, זהו המתבאר מתוך פירושו, ונראה מזה ראיה דהרא"ש סובר כשיטת הרשב"א והר"ן לעיל (דף כ"ב) דהיתירא דאבודה מכל אדם לאו מטעם יאוש הוא אלא מגזה"כ, דאי כהרמב"ם ורש"י דאבודה מכל אדם נמי מטעם יאוש, גם המוצא איך יזכה הא הוי יאוש של"מ. ואכן עיקר דבריו לא זכיתי להבין, דכיון דמה שטמון בגל חשבינן ליה כאבוד מכל אדם, שמפני זה, יצא מרשות כלל ישראל, א"כ איך יכלו הכלל ישראל לזכות בהן מתחילה, השתא בדבר שהוא שלו אם נעשה אבוד מכל אדם יצא מרשותו, איך יוכל להכניס לרשותו מתחלה דבר כזה שהוא אבוד מכל אדם, וק"ו כזה הובא ברמב"ם (פט"ז מאבידה) והכא לא שייך נמי השגות הראב"ד דשם, וכיון שכן דלכלל ישראל לא היה כלל זכייה בזה והוי של אמוריים שפיר מצי בעל החצר לזכות בזה, ונהי דהרא"ש כתב דאחר שעמד שם בעל החצר נעשה אבוד מכל אדם, ומשמע מזה שקודם לא היה אבוד

מכל אדם ושפיר זכו בו כלל ישראל, אכן שתמוה זה דמ"ש קודם שעמד בעל החצר או לאח"כ, דהא מה שטמון בגל חשבינן כאבוד, ובגל היה טמון עוד מקודם, וצ"ע:

בגמ' אטו אמוריים לא מצנעי כו', ועיין במהרש"א שהקשה דהשתא דאכתי לא אסיק אדעתא טעמא דשתיך הו"ל לאקשויי מחציו ולחוץ אמאי הוי שלו ע"ש, ונ"ל דהנה אע"ג דלמסקנא מוקמינן הרישא והסיפא בשתיך, מ"מ אין דומה שתיך דרישא לדסיפא, דשתיך דרישא מיירי בשתיך טפי עד שנתלה באמוריים, ושתיך דסיפא לא מיירי בשתיך טפי, דהא בכותל חדש קתני אלא כלומר דהוי מזמן רב עד שנתייאש ועיין במהרש"ל, וא"כ י"ל דזה הוי ידע המקשה דמיירי בשתיך, אלא דשתיך טפי לא הוי ידע, ומשו"ה לא מקשה כ"א ארישא אטו אמוריים מצנעי, אבל אסיפא לא קשה כיון דידע דמיירי בשתיך, וק"ל:

דף כו.

תוד"ה דשתיך, על קושית התוס' נאמרו כמה תרוצים בראש"ש ומרדכי ושמ"ק ועמ"ש לעיל (דף י"א ע"א וע"ב) בזה:

רש"י ד"ה הכא נמי, סתם שוכר בית כשהוא יוצא מחפש כל זויותיו כו' ונימא האחרונים שכחוהו דאילו הראשונים שכחוהו כבר מצאו האחרונים ע"כ, כל המפרשים נתקשו בדברי רש"י דארכיב אתרי רכשי עיין במהרש"א ומהר"ש, ובהגהות ח"מ כתב, דמ"ש כבר מצאוהו כו' הוא טעם שני, ולי נראה דמ"ש כבר מצאו האחרונים, אין כוונתו כהבנת המפרשים, שמצאוהו בשעה שהיו דרים בבית, דלפי"ז היה נראה באמת דברי רש"י כשני טעמים מיוחדים, אכן באמת א"א לומר דזהו כוונתו, דעל בדיקה כזה אין אנו סומכים כלל, דאנן דומיא דשוקי ירושלים בעינן שהיו מחפשין ובודקין אחר עצם כעדשה, שהוא חפוש היותר יפה, ובשעה שאדם דר בבית אין עשוי לחפש חפוש יפה כזה, דדוקא בשעה שיוצא מן הדירה אז מחפש בחורין ובסדקין אולי ישכח דבר מה, אלא כוונת רש"י הוא, דכבר מצאו האחרונים בשעה שגם הם יצאו מן הבית, דאז עשוי לחפש חפוש יפה, דסתם שוכר כשהוא יוצא מן הבית מחפש כל זויותיו, ולפי"ז הוא ממש טעם אחד, ועיקר הטעם הוא דסמכינן על החפוש בעת יציאה מן הבית, אלא דאפ"ה הוצרך להוסיף כבר מצאו האחרונים, היינו משום דקשה לו דמאי פריך נתלה בבתרא, הא בע"כ שגם האחרון כבר יצא מן הדירה וגם הוא חיפש ובדק, ואכתי למה נתלה באחרון יותר מבראשון, דאין לומר דאם האחרון יצא מן הדירה באמת לא תלינן בו, ורק הקושיא הוא כשאכתי לא יצא, דא"כ מאי פריך כלל, לישני דמיירי כשלא יצא

עדיין, אלא ודאי דאפי' כשגם האחרון כבר יצא מן הדירה נמי תלינן בבתרא, והיינו בע"כ משום דאמרינן דמסתמא שכח, ולזה היה קשה לרש"י כיון דאמרי' סברא דשכח, א"כ אכתי נתלה בראשונים שגם הם שכחו ולא מצאו זה בבדיקתם, ולזה תירץ דאפ"ה יותר טוב למיתלי השכחה באחרון מבראשונים, דאם הראשונים שכחוהו בע"כ לתלות השכחה בכל השכנים, דהא כל שוכר מחפש כשיוצא מן הבית, ואפי' אם הראשון שכח, הו"ל להמצא ע"י האחרונים, וזה אין מסתבר כלל לומר שכל השוכרים שכחוהו, ולהכי תלינן יותר השכחה באחרון שרק הוא לבדו שכח ומשו"ה תלינן בבתרא ודו"ק. ועוי"ל שהכוונה כבר מצאו האחרונים, היינו בשעה שדרו בבית, ואפ"ה הוצרך לטעם דשוכר מחפש, דעל טעם זה, דחפוש בשעה שהיו דרים לא סמכינן, דאנן חפוש יפה בעינן וזה אין רגיל בשעה שהוא דר בבית, לחפש בזויות, ולזה הוכרח לומר דבע"כ השוכר כשהוא יוצא מחפש, אלא דא"כ יקשה הא גם האחרון בדק ובע"כ שבאמת חיפש בזויות ומצא את החפץ הזה, רק אח"כ שכחו בבית כשהיה כבר גלוי, וא"כ בראשונים נימא הכי, לזה תי' דבראשונים לא תלינן דכבר מצאו האחרונים, כיון שהדבר היה גלוי, ולא היה מונח בחור וסדק, וזה היו מוצאים גם בשעה שהיו דרים שם, וק"ל:

תוד"ה וניזל, פירשו דהיינו בעל הבית שמסתמא דר עם השוכרים ע"ש. וקשה לי דלפי"ז א"כ אמאי הוצרך לומר דאזלינן בתר בעה"ב מפני שתלינן דודאי שלו הוא כיון דהוא בתרא והשוכרים כשיצאו כבר חיפשו בבתיהם, ותיפוק ליה דאפי' היה של אחד מן השוכרים נמי צריך להחזירה לבעה"ב משום דקניא ליה חצירו, דכל התרוצים שנאמרו בכל הסוגיא על הקושיא למה לא קנה חצירו לא שייך הכא וכמו שנבאר, דמ"ש בתוד"ה דשתיך, דבעל הגל לא קנה ע"י חצר משום שאין הוה להמצא, היינו דוקא כשמצאו טמון בגל או בעובי הכותל, אבל הכא שמצאו בבית הוה הוא להמצא, וגם משתמר הוא לדעת בעה"ב לחוד, כיון דלפי' התוס', השכן יצא כבר ולא נשאר כ"א בעה"ב, והרי הוא משתמר לדעתו וא"כ אמאי לא קניא חצירו לבעה"ב, וא"ל נמי משום דאתי לחצירו קודם יאוש, הא שיטת התוס' דבחצר לא שייך יאוש של"מ כמו שהוכיח המהרש"ל בסוגיין מתוד"ה דשתיך, ואפי' לשיטת הש"ך בחו"מ (סי' רס"ח) שהשיג על מהרש"ל והעלה שהעיקר דגם בחצר שייך יאוש של"מ, נראה דהכא כו"ע מודה דלא שייך יאוש של"מ, דהא היסוד דיאוש של"מ הוי משום דתיכף משבא לידו נתחייב בהשבה והוי שומר דבעלים, דלא מהני היאוש ביד שומר, וא"כ היינו דוקא במקום שנתחייב בהשבה קודם יאוש, אבל הכא דמיירי שהחפץ נאבד מאחד מן השוכרים בשעה שדרו בבית, וא"כ נהי דכל זמן שידורו בבית לא יתייאשו מזה וכמ"ש התוס' דאין מתייאש ממה שיפסיד

בביתו, אכן גם בהשבה ודאי לא נתחייב כיון דמשתמר לגמרי בתוך ביתו שידור הוא עצמו, וא"כ לא נתחייב כלל בהשבה קודם יאוש, ולא מיקרי באיסורא אתי לידו, ושפיר יוכל לקנות ביאוש אע"ג דנפל לחצירו קודם יאוש, ובלא"ה איך שייך לומר בחצר, שכבר נתחייב בהשבה, הא הבעלים לא ידעו בה עוד וכמ"ש במח"א קנין חצר סי' ה', וא"כ לא שייך בחצר באיסורא אתי לידו. והיה אפשר ליישב עפמ"ש הש"ך חו"מ (סי' קצ"ח וסי' ר"ב) דאין חצר קונה כ"א היכי שכבר היתה חצירו ואח"כ הכניס המטלטלים לחצר, אבל אם המטלטלים מונחים מקודם, וקניית החצר והמטלטלין בא כאחת לא קנה, והכא כל זמן שהחצר מושכר לשוכר הוי חצירו של שוכר דשכירות ליומיה ממכר הוא, ורק אח"כ כשיצא השוכר נתרוקן החצר לבעה"ב וא"כ עז המציאה לחצר קודם שהיה חצירו להכי לא קנה, ואע"ג דכבר העליתי לעיל (דף י"א ע"ב) דלא שייך סברת הש"ך כ"א במקום שדעת אחרת מקנה ולא בדבר הפקר, אכן בזה י"ל שתוס' יסברו כהשמ"ק בסוגיין דס"ל שגם במציאה שייך סברא הזאת, אלא דאכתי יש לדון בזה עפמ"ש האחרונים דחצר המושכר לאחר מיקרי חצר השותפות בין המשכיר והשוכר, שלזה יש קנין פירות ולזה קה"ג, וא"כ י"ל דע"כ לא קאמר הש"ך כ"א היכי שאין לו שום קנין בחצר מקודם, וקניית החצר והמטלטלים בא כאחת, זה לא מהני, אבל הכא שקנין הגוף יש לו בחצר מקודם שהיה החפץ, אפשר דיודה דמהני הקנין, וכ"ש לשיטת התוס' דגם לענין קנין מיקרי חצר דמשכיר וכמ"ש בש"ך חו"מ סי' ר"ס בשמם, וכן מוכח מפירושם בסוגיין, והנה יש מקום לומר גם להיפך דכיון דקיי"ל דשכירות ליומיה ממכר, וחז"ל נתנו ע"ז לשון מכירה, לפי"ז צריך היה להחשב כל משך השכירות כאילו הוא חצירו של שוכר ממש ואין למשכיר חלק בו, ולא מיבעי לשיטת הראב"ד המובא בחו"מ (סי' שי"ג) דלענין קנין הוי נמי של שוכר לחוד מהאי טעמא, אלא אפי' לשיטת הרמב"ם שם דמשכיר קונה בחצירו אפי' בשעה שהוא שכור, נראה כמ"ש בתשובת דברי ריבות סי' שכ"ו, דודאי למה דקיי"ל שכירות ממכר הוא ליומיה, הוי חצר של שוכר לכל מילי, אלא דהוי כמו שפירש ואמר שלא השכיר לו זכות של קנין ע"ש, ולפי"ז הכא שאין אנו דנין על זכות הקנין, דהא בשעה שהשוכר דר שם בלא"ה לא קנה המשכיר מטעם דהוי חצר שאין משתמר לדעתו, אלא על השם אנו דנין, אם נקרא חצירו של שוכר או של משכיר, יש לומר דלא מיקרי כ"א של שוכר לחוד, וכ"ש למה שמסיק שם בדברי ריבות, דהרמב"ם לא קאמר כ"א בחצר אשר איננו לעיקר תשמישו ולפיכך לא קנה לגמרי כ"א לתשמישיו אבל לא שיזכה לו החצר, אבל בבית שעיקר תשמישו בה הקנה לו לגמרי וביתו זוכה לו וא"כ בסוגיין דמיירי בבית הוי של שוכר לכל מילי, ומיקרי דהמטלטלין באו קודם ואח"כ

החצר, כן היה נמי מקום לומר, אלא שהראשון עיקר, דכיון שעיקר החצר שלו מקודם, רק שהוא משועבד לאחרים כל משך השכירות, ולא בעינן שהמשכיר יקנה החצר אלא שיסתלק רשות השוכר מעליו, ולפי"ז הוי סלוק רשות השוכר וקניית המטלטלים באים כאחת, ולא קניית החצר, והש"ך לא דיבר כ"א במקום שקניית החצר וקניית המטלטלים באים כאחת, וכמ"ש בגיטין גיטה וחצירה באים כאחד, דמהני נמי מהאי טעמא כיון דהחצר שלה היה קודם ולא בעינן כ"א סלוק רשות וכמ"ש החת"ס. ועוי"ל דכיון שהחצר הזה עשוי להשכיר תמיד לשכנים הוי כמי שלא שכיחא שימצא המשכיר והוי כמו דבר שאין הוה להמצא וכמ"ש ברא"ש כעין זה גבי פונדק, או שי"ל כמ"ש השמ"ק וראבי"ה הובא ברמ"א (חו"מ סי' רס"ח) דאין חצירו קונה, כ"א ביודע במציאה ומסיק אדעתא, וא"כ הכא שלא ידע ממנה לא קני, ואע"ג דלעיל (דף י"א ע"א) הוכחתי דדעת התוס' בב"ב דלא כשיטה הזאת, אכן אח"כ קיימתי שגם התוס' יסברו כן, והנה תי' כזה הו"מ התוס' לשנויי גם אההיא דמצא בגל, אלא ניחא להו לאורויי עוד דין חדש בקנין חצר, ועמ"ש לקמן (דף נ"ו ע"ב) במ"ש התוס' שם דלא אמרי' שכירות ליומי' ממכר כ"א לענין אונאה, והארכתי שם בזה ואכ"מ:

בא"ד וכי משני שעשאו פונדק לג' בנ"א אפי' כי יש סימן נמי. נ"ב שרצו בזה לתרץ מה שקשה לכאורה לפירושם, דס"ד דמיירי בדבר שאין בו סימן, וטעמא דמתני' דלא יחזיר, היינו משום שאין יודע למי יחזיר, וע"ז פריך הש"ס דניזל בתר בתרא, דבודאי שלו הם כיון שהשוכרים יצאו מן הבית וכבר חיפשו, וא"כ קשה דמאי מקשה, יתרץ כגון שגם השוכר ידור בבית עם בעה"ב ולא ידעינן של מי הוא, ומאי הוצרך אח"כ לשנויי כגון שעשאו פונדק לשלשה, ואפי' אם רק אחד ידור ביחד עם בעה"ב לא יחזיר כיון דלא ידעינן של מי הוא והחפץ אין בו סימן, לזה כתבו דמשו"ה תי' בש"ס שעשאו פונדק לג' משום דאז אפי' יש בו סימן נמי מתייאש, אבל אי רק אחד הוא הדר עמו, דוקא באין בו סימן לא יחזיר משום דלא ידע של מי הוא, הא ביש בדבר גופא סימן היה חייב להכריז, משו"ה מוקי בפונדק שאפי' בסימן מתייאש, וק"ל:

תוד"ה לשלשה בני אדם, בפחות מג' לא איקרי רוב, כל המפרשים נתקשו מאוד אמאי לא סגי בתרי גוים, דהוי נמי רובא נגד בעה"ב, ובפשוטו נ"ל דכשאנו דנין לענין לתלות ממי נפל האבידה, בזה אפי' אם אחד מכריע הכף נגד בעה"ב נמי סגי לתלות, דהאבידה פריש מרובא, משא"כ כשאנו דנין להחזיק המקום, שיהא מקום זה נקרא רבים מצויין שם, לענין שנאמר אח"כ דאפי' ידעינן ודאי מישראל נפל מייאש, וגם אפי' כשמצויין שם נכנסים ויוצאים הרבה ישראלים נמי יהיה שלו מטעם דתלינן דודאי שאותם המצויים

שם תדיר בקביעות הם מצאוה, וכמו שאמרי' לעיל גבי בתי כנסיות דידן דיתבי בהו עכו"ם, דאע"ג דרוב ישראל הם הנכנסים והיוצאים, מ"מ כיון דהמצויין בקביעות המה עכו"ם תלינן שודאי הם ימצאוה ומייאש, לענין זה להחזיק המקום שיהא נקרא רבים מצויין, ודאי, שבפחות מג' לא איקרי רבים, ואפי' בג' הוי רבותא גדולה, דהא רשב"א מארי דהאי דינא לא אמר אלא בסרטיא ופלטיא שהרבה מצויין שם, ומשמע דבמקום שקצת רבים נמצאים שם לא, והרשב"א ז"ל ס"ל באמת להלכה כן, שדוקא מקום שרבים מצויין דומיא דסרטיא ופלטיא, אבל במקום שמצויין קצת רבים כגון רה"ר דעלמא לא, וכ"ש בג' ישראל ודאי דלא, ועיין מ"ש הרשב"א בזה, אכן התוס' ס"ל דאפי' בג' נמי כיון דדרים שם בקביעות הוי נמי מיקרי רבים מצויין, ולא דמי לרה"ר דעלמא דלא דיירי בה בקביעות וכמו דאמרינן בכ"מ, מאי רבים תלתא, אבל בפחות מתלתא ודאי דלא מיקרי רבים מצויין לכו"ע, לענין שנוכל להחזיק המקום ברוב עכו"ם אפי' במקום שרוב ישראלים יוצאים ונכנסים שם. ואין להקשות דאכתי קשה אמאי בעינן כלל להחזיק המקום, ליסגי בשנים וליהוי של המוצא מטעם תלי' שמנכרים דהוי רוב נפל, חדא די"ל דאשמועינן אפי' במקום שידעינן ודאי דמישראל הבעה"ב נפל, ועוד דהכא א"א לזכות מטעם תליה אפי' כשיש רובא דמינכר נגד בעה"ב, דהא שיטת התוס' דבעה"ב ידור בקביעות עם כל השוכרים, וא"כ נהי דבמספר הדיורין הוי השוכרים הרוב נגד בעה"ב, אבל במשך הזמן, הוי בעה"ב הרוב, דהא הוא דר שם בקביעות עם כל השוכרים, ורובא דזמן עדיף מרובא דדיורין, וכמ"ש רש"י בסוגיין, דמשו"ה בהר הבית חולין אפי' בשעת הרגל, שמספר המעות של מעשר הוי הרוב, משום דלא שבקינן רובא דשתא ואזלינן בתר רגל, ה"נ בכה"ג לא שבקינן רובא דבעה"ב שדר שם תמיד ליזל בתר רוב השוכרין, והרי מטעם תליה לא שייך הכא, ומטעם יאוש נמי לא שייך היכי דלא הוחזק המקום ברבים מצויין, ואע"ג דאיכא שני נכרים לא מתייאש, דאין לומר שבתרי נכרים ואפי' בחד נכרי נמי יתייאש מטעם שסבור הוא דהנכרי ימצא, וכמ"ש התוס' לעיל (דף כ"ד) ד"ה כי קאמר, דאדרבה משם מוכח ההיפוך דהכא לא שייך יאוש, דז"ל התוס' שם, דהאובד מתייאש ואומר דנכרים שקלי ליה ואפילו אם ישראל ימצאם לא יכריז דתולה דמן הנכרים נפל דהן רובא ע"כ, ויש לדקדק למה הוצרכו התוס' לשני הטעמים ולא סגי ליה בטעם הראשון, דיתייאש מפני שסבור שהנכרי ימצאם, ומזה נראה דמטעם זה לחוד לא יתייאש, דמי יימר שהנכרי ימצאם ולא ישראל מהיוצאים ונכנסים שם, אלא דוקא במקום כזה שאפילו אם הישראל ימצא ג"כ לא יחזיר, התם ודאי יתייאש ממ"נ, אם הנכרי ימצא לא יחזיר, ואפי' אם ישראל ימצא ג"כ לא יחזיר משום דיתלה דמנכרי

נפל, ומשו"ה כתבו התוס' שני הטעמים להורות שדוקא בכה"ג דגם הישראל המוצא לא יחזיר יתייאש, הא במקום שא"א לתלות דמנכרי נפל וכגון בנידון דידן דלא שייך תליה וכמ"ש, דלא שבקינן רובא דבעה"ב לתלות בשל שוכרים, ואם ישראל ימצא ודאי יחזיר, וא"כ לא נשאר כ"א ספק אחד שמא הנכרי ימצאם ומספק לא יתייאש, וכ"ש בפונדק דרוב נכנסים ויוצאין, לזה מוכרחינן דוקא להחזיק המקום שיהיה נקרא רבים מצויין שם בקביעות שבזה מייאש ודאי, דיתלה שודאי אחד מן המצויים בקביעות ימצא, ועוד דכיון דמיירי בפונדק והרבה נכנסים ויוצאין מישראל לזה אי לא הוי כ"א תרי נכרי לא היה תולה שהם ימצאוהו, כיון דאין נקרא המקום רבים מצוין, והיה מקום לתלות שרוב הנכנסים ימצאו רק השתא דמיירי בתלתא דמיקרי רבים מצויין, תלינן בהם אפי' אם רוב ישראלים יוצאים ונכנסים וכדמוכח לעיל מבתי כנסיות דיתבי בהו נכרים, וכמ"ש לעיל: **והנה** בחדושי רעק"א הקשה על התוס' דאפי' נימא דהטעם הוא משום יאוש, אכתי אמאי לא סגי ברוב נכרים, היינו תרי נכרים דהבעה"ב יתייאש וסובר שהם מצאוהו ואפי' אם אינו סרטיא ופלטיא מעבר לרבים, דדוקא ברוב ישראל דהיאוש הוי משום אינשי דלא מעלי בעינן מקום מעבר לרבים דנמצאים בתוכם אינשי דלא מעלי, אבל ברוב נכרים אין לחלק ע"ש. ולמ"ש א"ש דרבים מצויין שם בקביעות מהני אפי' אם רוב ישראלים עוברים שם כמ"ש, ומ"ש עוד ומיירי שעדיין ישנם בבית דאל"ה הוי דבעה"ב, קשה לכאורה דהא אפי' אי הוי ודאי דבעה"ב ג"כ יתייאש, כיון דאיכא ג' גוים ומייאש, וי"ל דאם עכשיו אין דרים שם, עלינו לתלות האבידה באיחור הזמן שנאבדה אחר שיצאו השוכרים מן הבית, והשתא ליכא רבים מצויין שם, ודו"ק:

דף כו:

תוד"ה שנפל משנים כו' אפי' אין בו סימן וכו' ומיירי ששניהם בקשוהו יחד כו' עכ"ל, פירוש דאי בשלא בקשו יחד א"כ אמאי חייב להחזיר בשנים דודאי לא מייאש, ומנין הוא יודע שודאי השני לקחו ולא אדם אחר מעלמא, אע"כ דמיירי ששניהם בקשוהו ולהכי תולה שודאי הוא מצאו, והנה בטור ושו"ע (חו"מ סי' רס"ב) כשהביא דין הזה לא חילק בין שנים בקשוהו או לא, ועמ"ש הש"ך שם דברים תמוהים כמ"ש שם הנה"מ והפנ"י בסוגיין. ונ"ל שדעת הטור הוא כשיטת הריטב"א דלא מיירי הכא בשאותם השנים או השלשה הלכו בדרך כדרכם ונפל הסלע מאחד מהם, דבאופן כזה ודאי אפי' שנים מנ"ל למיתבע טפי מאיניש דעלמא, אלא הב"ע שישבו במקום אחד ואחד מהם משמש בכיסו, וכיון שהיו יושבין ביחד, קרוב הדבר שימצאנה חבירו שיושב עמו ומעיין במעשיו ורואה

מה שנופל ממנו, וכן יפרש הטור דמיירי נמי בשנים שישבו כאחד ולהכי לא חילק בין שנים מבקשים, ואפי' אין מבקשים נמי אין לתלות ברובא דעלמא אחרי שהם ישבו כאחד כנ"ל, ורבינו ירוחם דמחלק בהכי, יסבור כשיטת התוס', ולענין דינא י"ל דלא פליגי ורק בזה תלוי, דאם הלכו בדרך, אז דוקא כשמבקשים חייב להחזיר בשנים, ובאין מבקשים אין חייב להחזיר באין בו סימן אפי' בשנים, דתלה דאיניש דעלמא מצאו, ובאם ישבו כאחת, אפי' כשאין מבקשין נמי חייב להחזיר בשנים ואפי' באין בו סימן כיון דלא יתייאש, זה נראה נכון:

בגמ' ואע"ג דחזרה לאחר יאוש מתנה בעלמא הוא, ומשמע שמדינא אין עליו חיוב להחזיר, דהא מתנה קרי לה, וקשה טובא דהא בגזילה קיי"ל דלא מהני יאוש, ומצאתי באס"ז שהעיר כן בשם הראב"ד, ובפשוטו נראה דהא הכא בע"כ מרא דהאי דינא הוא רבה ולא רבא, וכמו שהוכיח הרמב"ן שאם אתה אומר רבא, הא ס"ל יאוש שלא מדעת הוי יאוש, והיכי משכחת לה לפני יאוש, ורבה הא ס"ל (בב"ק דף ס"ז) דיאוש קונה בגזילה, וא"כ לדידיה באמת אין מחויב להחזיר, ושפיר קרי לה מתנה, אלא דאכתי יקשה על הרמב"ם שכתב נמי כלשון הש"ס דהוי מתנה, וזהו נגד ההלכתא דיאוש לא קנה בגילה, ואמנם מכאן יהיה ראיה ברורה לשיטת מהרש"ל בב"ק פ' הגוזל ומאכיל, דהעלה בדעת הרמב"ם דפוסק נמי כרבה דיאוש קונה בגזילה וכשיטת הרא"ש וע"ש מה שיישב דברי הרמב"ם (בפ"א מגזילה) דלא משמע הכי ע"ש, ומכאן יהיה סיוע לדבריו, דמדקרי מתנה מכלל דמדינא א"צ להחזיר, והיינו משום דקני ביאוש וש"מ שס"ל דיאוש קונה, ועמ"ש בסמוך מזה:

בגמ' ואיסורא דעבד עבד, כל הראשונים נתקשו בזה הרבה, דהא גזילה הוי לאו הניתק לעשה, ועמ"ש התוס' דלא קאי כ"א אלא תוכל להתעלם בלבד, ואמנם פשטות הסוגיא משמע דעובר על כל הלאוין. ונ"ל לישב, דהנה זה ודאי דגזילה דהכא לא ניתק לקרא דוהשיב, דכיון דגזל הבא ע"י אבידה הוא, ניתק לעשה דהשב תשיבם האמור באבידה וכמ"ש בשמ"ק ע"ש, ועשה דהשב תשיבם לא יוכל לנתק הלאו, דהא ע"כ לא אמרינן לאו הניתק כ"א במקום שא"א לקיים העשה כ"א אחרי עבירת הלאו, דאז אמרינן שהעשה בא לנתוקי, אבל עשה דהשב תשיבם שיוכל לקיימה קודם עבירת הלאו נמי, לא בא לנתוקי ללאו, והוי לאו שקדמו עשה דלוקין וכמ"ש להדיא במכות (דף ט"ו ע"ב) ע"ש בסוגיא ובפרש"י:

ועוד היה אפשר ליישב עפמ"ש הרמב"ם (בפ"א מהל' תמורה) דעשה שאינו שוה בכל לא יוכל לנתק ללאו ששוה בכל ע"ש, וא"כ הכא דעשה דהשב הוי עשה שאינו שוה בכל

וכמבואר (לקמן דף ל') פעמים שאתה מתעלם, והלאו דלא תגזול הוי שוה בכל, ולהכי לא אמרינן שהעשה מנתק הלאו, אלא שהתומים בסי' צ"ד חילק, דהרמב"ם לא כתב כן כ"א בתמורה שאין שם ניתק גמור דממילא הוא קדוש בלא עשייה, לכך אמרינן היכי שאין העשה שוה בכל לוקין, אבל היכי דהעשה הוא בפועל כגון גבי השבת העבוט, א"א שנאמר החזר העבוט וחלקי, ולפי"ז ה"נ גבי השבת אבידה דהעשה הוא בפועל הו"ל לנתק אפי' שאינו שוה בכל, וגם בלא"ה הרא"ש כתב לקמן דעשה דהשבה הוי עשה השוה בכל, דגם זקן מחויב כל שבשלו מחזיר, ע"ש:

רש"י ד"ה עובר משום השב, לא תגזול אין עובר כ"א בשעת נטילה כמו ויגזול את החנית כו', לא תוכל להתעלם אינה אזהרה כ"א לכובש את עיניו כו' ע"ש. רבים הבינו מלשון רש"י דלאו דלא תגזול אינה כ"א דוקא היכי דתחלת לקיחתו הוא בגזילה, אבל אם מתחלה בהיתר לקחה שוב ליכא לא תגזול, ואמנם א"א לומר כן בכוונתו, דלבד שיקשה קושית התוס' דמ"ש משכיר, עוד יקשה בסוגיא דהכא גופא, דמאי קאמר ואחר יאוש נתכוון לגוזלה, לשמעינן רבותא יותר גדולה, דאפי' אם גם קודם יאוש נתכוון לגזלה כיון שמתחלה לקחה ע"מ להחזירה אין עובר כ"א משום השב תשיבם, דלא תגזול ליכא כיון דאינו בשעת נטילה, ולא תוכל להתעלם ג"כ אין עובר כיון דהגביה מתחלה ואין שוב מתעלם, ואע"ג דתיכף כשהגביה מכוון לגוזלה מ"מ כיון שעכ"פ הגביה ולא העלים עיניו, דודאי אין סברא לומר שבכה"ג יעבור על לא תוכל להתעלם, שוב מצאתי בבעה"מ כדברי שאפי' אם לפני יאוש נתכוון לגוזלה כיון שהכניסה לתוך ביתו ע"מ להחזירה כבר נפטר מלא תוכל להתעלם, וכן מוכח מרש"י שעל הרי"ף, שלא הזכיר כלל לאחר יאוש ע"ש, וא"כ אי נימא שגם לא תגזול אין עובר כ"א דוקא כשהלקיחה היה באיסור, אבל אם הנטילה בהיתר היתה אין עובר שוב, א"כ למאי קאמר ואחר יאוש נתכוון לגוזלה, לשמעינן רבותא דאפי' אם קודם יאוש מכוון לגוזלה אין עובר, אלא ודאי דעל לא תגזול עובר אם קודם יאוש מכוון לגוזלה אע"ג דמתחלה הגביה ע"מ להחזיר, והגזילה היתה לא בשעת נטילה, אלא ודאי שכוונת רש"י נמי כפי' התוס', ומ"ש דאין עובר כ"א בשעת נטילה, היינו היכי דבא ליטלה לעצמו אז יהא בגזילה והוא קודם יאוש וכמו ויגזול החנית, דהתם בשעה שבא לגזול הוי גזל, משא"כ אם לאחר יאוש מכוון לגזול, דעתה אין שום איסור, ורק משום דמעיקרא אתי באיסור לידו, ע"ז ליכא לאו דלא תגזול, ובשעת נטילה דקאמר רש"י אין פירושו בשעה שמגביה, אלא בשעה שמכוון ליטלה לעצמו, ודו"ק:

בגמ' הנ"ל ואע"ג דחזרה כו', וכבר הבאתי קושית הראשונים הא הוי לאו הניתק לעשה ועמ"ש לתרץ. אכן הרמב"ן תירץ דאע"ג דלאו דגזילה ניתק לעשה, הכא דין אבידה פתיך ביה ואבידה לאחר יאוש נקנית לגמרי ופטור אפי' מחזרת דמים, וא"ת תיהוי כאבידה דאתאי לידו קודם יאוש כו' ליתא דכי אמרינן הכי ה"מ שנטלה ע"מ להחזירה דנעשה שומר של בעלים והוי לה כאילו הוא ברשות בעלים לגמרי, ומשו"ה יאוש הבא לאחר מכאן אין יכול להפקיע מהם אבידה שהיא ברשותם אבל הכא כיון שע"מ לגוזלה נטלה לא נעשה שומר של בעלים וכשנתייאשו הבעלים לא היתה עומדת ברשותם כלל ולפיכך יאוש מפקיע מהם דהו"ל כאילו נתייאשו הבעלים קודם שבא ליד המוצא ע"ש, והר"ן השיג עליו דהא בפ' מרובה מפלגינן בין גזילה לאבידה משום דגזילה באיסורא אתי לידו משא"כ אבידה, וא"כ גם כאן באיסורא אתי לידו שתחלה נטלה ע"מ לגוזלה ע"ש, ובכדי להליץ בעד הרמב"ן נ"ל, דהנה הכי הצעת הסוגיא דב"ק שם, יאוש אמרי רבנן דניקני מיהו לא ידעינן אי דאורייתא אי דרבנן, אי דאורייתא מידי דהוי אמוצא אבידה לאו כיון דמייאש מרה קני או דילמא לא דמי לאבידה דכי אתא לידו בהיתירא אתי אבל האי דבאיסורא אתי לידו לא קני ע"ש, הרי להדיא דטעם דבאיסורא אתי לא מהני כ"א לענין שמשו"ה לא נוכל למילף מאבידה, וכיון דיאוש בגזילה לא כתיב ורק דנילף מאבידה, ע"ז מהני הטעם דבאיסורא, דכיון דלא דמי לאבידה לא ילפינן זה מאבידה, אבל באבידה גופא דיליף יאוש מקרא אפי' כי אתי באיסורא נמי קני, דכיון דיאוש הוי קנין מאי איכא בין איסורא להיתירא, וכדומה לזה י"ל נמי בתוס' (ע"ז דף ע"ב) שכתבו שם דכיון דמשיכה בנכרי אין קונה במקח אפי' בגזל דליכא מעות נמי לא קנה ולא דמי למציאה דקני כיון דליכא מעות משום דבהיתירא אתי לידו אבל בגזל דבאיסורא אתי אי לא מהני משיכה במקח לא מהני אף בגזל ע"ש, הרי להדיא שדוקא אם משיכה לא קני במקח ורק דנרצה לדמות גזל למתנה בזה מחלקינן דלא דמי זל"ז מטעם דבאיסורא, אבל אם משיכה הוי קנין במקח ולא היינו צריכין למילף מאבידה, היה מהני נמי בגזל אע"ג דבאיסורא אתי, דסברא דבאיסורא לא מהני לבטל הקנין, אלא רק לדחות דלא נוכל לדמות זה למציאה, ולפי"ז בסוגיין דמירי באבידה ממש, דיאוש דידה מקרא יליף להכי אע"ג דמכיון לגזול ובאיסורא אתי נמי מהני:

ואין להקשות ע"ז מהא דאמרו לעיל (דף כ"א) אע"ג דשמעיניה דמייאש אח"כ באיסורא אתי לידו, הרי דבאבידה ממש נמי לא מהני אם בא לידו באיסורא. אכן באמת מ"ש לעיל טעם דבאיסורא אתי לידו גבי אבידה, לא הוי פירושו כטעם דבאיסורא שאמרו בב"ק גבי גזילה, וטעם דלעיל שגבי אבידה לא שייך כלל בגזילה, וכן להיפך טעם שאמרו שם

בגזילה לא שייך באבידה, דמ"ש לעיל באיסורא אתי לידו אין לפרשו דהטעם הוא משום דלקיחתו באיסור היתה, דאדרבה כיון דאבידה היא ויש בה נמי סימן הרי מחויב ליטלה, אלא הכוונה דבאיסורא, היינו שלקחה קודם יאוש שהוא בשעת איסורא שאסור לקנות בה עדיין. והיינו טעמא דלא מהני היאוש, דכיון שכבר נתחייב בהשבה והוי כשומר של בעלים וידו כיד בעלים ולא מהני היאוש ברשות בעלים, ועיין בשמ"ק לעיל מ"ש בשם הריטב"א ובקצוה"ח סי' רנ"ט, ולטעם זה יש חסרון בעצם היאוש, כיון דהוי ברשות בעלים, וברשותו לא מהני יאוש, להכי אפי' באבידה ממש נמי לא קנה משו"ה, אחרי שיש חסרון בעצם היאוש, ואמנם טעם זה לא שייך כ"א גבי אבידה דלקחה ע"מ להשיבה ונעשה שומר של בעלים, אבל בב"ק גבי גזלן א"א לפרש נמי, דהאי באיסורא שאמרו התם, שהוי נמי משום טעם זה, דהא התם בגזילה מיירי שמתחלה לקחה ע"מ לגוזלה לעצמה ולא להשיבה לבעלים, ולא נעשה שומר כלל, אלא הכוונה דבאיסורא אתי, היינו כיון שתחילת לקיחתו באיסור הוא שנוטלה בגזילה, ואע"ג דבעצם היאוש אין חסרון כיון דלא הוי שומר כלל, וא"כ מאי איכפת לן אם באיסורא אתי, לזה צ"ל דכיון דיאוש לא כתיב בגזילה אלא שנרצה למילף מאבידה, ולענין לעשות דחויה מהני סברא דבאיסורא, דמשו"ה לא דמי לאבידה, ולא שייך זה כ"א בגזילה דיאוש לא כתיב גביה, והרי בארנו שני כוונות במה שאמרו באיסורא אתי, וטעם דאבידה לא שייך בגזילה וכן להיפך, ולפי"ז מה יוצדק דברי הרמב"ן, שבדינא דהכא דהגביה האבידה ע"מ לגוזלה, דפתיך ביה גזילה ואבידה כאחת, ודאי דקונה ביאוש דהא הכא לא שייך שום אחד מהטעמים דבאיסורא אתי, לא של אבידה דלעיל, ולא של גזילה דההיא דב"ק, טעם דאבידה, היינו שנעשה שומר, לא שייך, כיון דלעצמה לקחה ולא להשיבה, וטעם דגזילה דב"ק נמי לא שייך, כיון דבאמת אבידה היא, ויאוש דידיה יליף מקרא, וא"כ אפי' לקחה באיסור מאי הוי ועמ"ש בדף כ"ז בד"ה שור, וז"ב בעזה"י:

והנה זה כבר נסתפקתי במה דקיי"ל דיאוש לא קני בגזילה משום דבא באיסורא לידו, אם הגזלן לא עשה הקנין קודם היאוש רק שהטיל אימה ופחד על הבעלים עד שנתייאשו ואתר היאוש עשה קנין, ובזה הוי אתי לידו אחר יאוש, אי קנה הגזלן, או דילמא כיון שהוא היה הגורם להיאוש לא קנה, וכוונתי אמנם בזה למ"ש הנה"מ (בסי' שס"א) דבכה"ג ודאי קנה כיון דהטעם דגזלן לא קני משום דבאיסורא אתי וכבר נתחייב בהשבה, אבל בכה"ג דגזילה בא לידו אחר יאוש ולא נתחייב בהשבתה, ואע"ג דהוא גרם לזה אין חייב כ"א מטעם גרמי. ואכן עתה לפמ"ש נראה לי דספק הזה במחלוקת שנויה, בשיטת התוס' והרמב"ן, דהנה בשם הרמב"ן כתבתי דהטעם דלא מהני היאוש היכי דבא לידו

באיסורא, היינו משום דנעשה שומר של בעלים, ואמנם התוס' בב"ק שם כתבו דהיינו טעמא משום דכבר נתחייב בהשבה, וגם באבידה הוי טעם זה לשיטתם וכמ"ש שם, ויש להמתיק עוד דמשו"ה מיאנו התוס' בפירוש הרמב"ן, דלשיטתם אזלי דס"ל דאפי' אם החפץ מונח ברשות בעלים נמי מהני יאוש, דכן משמע להדיא לעיל ע"א בתוד"ה וניזל שכתבו שאין בעה"ב מתייאש מה שמפסיד בביתו, ולמה להו לומר שאין מתייאש תיפוק ליה שאפי' מתייאש נמי לא מהני כיון שבביתו וברשותו הוא, אלא ודאי דס"ל שאפי' ברשות בעלים נמי מהני יאוש, ולהכי לא מצו לפרש כפי' הרמב"ן מטעם דהוי כברשות בעלים, אלא מטעם דכבר נתחייב בהשבה, ולפי"ז י"ל דלשיטת התוס' דמטעם דנתחייב בהשבה הוא דלא קני יאוש בגזלן, וא"כ בכה"ג דלא שייך טעם זה כיון דבא לידו אחר יאוש, שפיר י"ל דגם הגזלן קונה ביאוש, אבל לשיטת הרמב"ן דטעם דאבידה משום דלא מהני היאוש דהוי כברשות בעלים, ובגזילה הוי רק הטעם משום דעי"ז לא דמי לאבידה, ולזה יש לומר נמי שאפי' בכה"ג שבא ליד הגזלן אחר יאוש, מ"מ כיון שהגזלן גרם שיבוא היאוש לא קנה ג"כ, דהא אכתי לא דמיא לאבידה, דבאבידה בא היאוש מעצמו בלא כפייה ואונס, והכא הגזלן גופא גרם היאוש, וא"כ ספיקא שלי תלוי בשני השיטות, לשיטת התוס' קנה הגזלן בכה"ג, ולרמב"ן גם בכה"ג לא קנה דאכתי לא דמיא לאבידה:

וחוץ לענינינו נראה ליישב בזה מ"ש הרמב"ם (בפ"ה מאישות) וז"ל המקדש בגזל ובחמס וגניבה אם נתייאשו בעלים ונודע שקנה אותו דבר ביאוש ה"ז מקודשת ע"כ, וכבר העירו המפרשים למה התנה דבעינן שיהיה נודע שקנה ביאוש, ולמ"ש א"ש דהא באמת קיי"ל דיאוש לא קנה בגזילה וא"כ איך כתב הרמב"ם דמקודשת, ואמנם למה שכתבנו משכחינן שגם בגזילה יאוש קונה והיינו היכי דפתיך בה אבידה וכההיא דסוגיין, ולזה נתכוון הרמב"ם בתנאי שהתנה דבעינן ונודע שקנה ביאוש, פי' שאינה מקודשת אם לא באופן שנודע לנו שהגזלן קנה ביאוש, והיינו בכה"ג שהיה בזה גזילה ואבידה ביחד. ואין להקשות דאכתי למה הוצרך לתנאי הזה, הא אפי' אם יאוש בעלמא לא קני, בקדושין קונה כיון שיש בזה נמי שנוי רשות וכמ"ש המ"מ באמת בטעם הרמב"ם כן. ואכן נ"ל דהרמב"ם לא ניחא ליה בפי' המ"מ, דז"ל המ"מ והטעם שבנתייאשו הבעלים מקודשת אע"ג דבעלמא יאוש כדי לא קנה, הכא שהוא ביד האשה הרי יש כאן יאוש ושנוי רשות וכיון דקנאתו היא אף הוא קונה אותה עכ"ל, וכוונתו במ"ש אף הוא קונה אותה, יש לפרש בשני פנים, א), דכיון שהאשה קנאה החפץ ע"י יאוש ושנוי רשות, אף הוא קונה אותה, פי' להאשה, ואע"ג דביד הגזלן לא היה עדיין כ"א יאוש לחוד ולא קנה הגזילה,

מ"מ כיון שהאשה קנתה החפץ ממילא נקנה האשה להמקדש, ואמנם לפרש כן ודאי דלא אתי שפיר, דבאופן כזה לא יוכל להועיל כ"א במכירה, אבל בקדושין דבעינן ממון של נותן, וההנאה יהיה דוקא של נותן וכמ"ש התוס' בקדושין, וכיון שהנותן בשעה שהיה בידו לא קנה עוד החפץ, לא היה זה ממון שלו ובמה מקדשה, ועיין בט"ז (אה"ע סי' כ"ח), ובחדושינו לקדושין (דף נ"ג) הארכתי בזה לבאר דממון דנותן בעינן, ואלא אפי' אם נפרש כוונת המ"מ באופן אחר, דמה שאמר אף הוא קונה אותה, היינו הגזילה, פי' שע"י שנוי רשות דהאשה קונה הגזלן עצמו ג"כ את הגזילה, והוי בזה הקנין והקדושין באין כאחד, וכמ"ש הא"מ בסי' כ"ח, והוא מדברי הרשב"א (בב"ק דף ס"ו) דמה דאמרינן שם הגנב והגזלן הקדישן הקדש משום יאוש ושנוי השם מעיקרא חולין והשתא הקדש, והקשה דהיכי חייל הקדישו כיון דיאוש לחוד לא קני ואין אדם מקדיש דבר שאינו שלו, ותי' משום דע"י ההקדש הוי שנוי השם והקדישו וקנייתו באים כאחת ע"ש, ואם נפרש כן כוונת המ"מ, הוי שפיר ממון של גזלן, ובכ"ז נ"ל שהרמב"ם גם בזה לא ניחא לו, דהא חזינא דהרא"ש ודאי דלא ניחא לו בזה, דבפרק מרובה כתב וז"ל וביאוש בגזילה פליגי בה רבה ורב יוסף, רבה ס"ל דיאוש קונה אלא דמספקא לו אם מה"ת או מדרבנן ורב יוסף ס"ל דאפי' מדרבנן לא קנה וקיי"ל כרבה וקני יאוש לחומרא לכל הפחות קונה מדרבנן אבל מדאורייתא יאוש לא קנה ע"כ, והובא ברמ"א (אה"ע סי כ"ח) וכבר הרעישו כולם שדברים הללו מרפסין איגרי, דהא אפי' אי יאוש לא קנה, בקדושין קנה כיון דאיכא נמי שנוי רשות, עיין בישו"ש בב"ק ובדרישה, ובמע"מ שם תמה עוד מדידיה אדידיה, דבקדושין דף י"ג גבי האי דקדיש בוורשכי כתב הרא"ש אם קידשה בתר דקני ביאוש בעלים הוי כדידיה, ואכן ישוב הדברים נראה עפמ"ש בס' בית מאיר בסי' כ"ח, דשנוי רשות ליד האשה לא מיקרי שנוי רשות משום דשם בעלה עליה ועל כל מה שיש לה והוה כעין מ"ש (ב"ק דף ע"ו) מעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן ע"ש, ואם כי מתחלה הייתי כמתפלא על דבריו, דהא התוס' שם כתבו דאע"ג דהוי הקדש כשם בעלים ולא מיקרי מכירה מ"מ שנוי רשות חשיב, דאל"כ יקשה מהא דאמרי' (ב"ק ס"ו) קרבנו ולא הגזול וכי הקדישו לאחר יאוש קני, ובע"כ דהוי מטעם יאוש ושנוי רשות, דליכא למימר מטעם שנוי השם, דאכתי לא אסיק אדעתו טעם דשנוי השם ע"ש, אכן בשמ"ק שם ראיתי יישוב אחר וז"ל דודאי לפי מאי דסברינן לעיל דהקדש חשיב שנוי רשות לא ידעינן האי מסקנא דהכא דטעמא דמתני' הוי משום דשנוי בעליו עליו, ולפי מסקנא זו דהכא ודאי נאמר לעיל משום שנוי השם ע"כ, הרי להדיא דלמסקנא אין חלוק בין שנוי רשות למכירה, וכמו דמכירה לא הוי מטעם זה, גם שנוי רשות לא הוי מטעם זה, ומעתה

מיושב דעת הרא"ש דלהכי לא חשיב זה כשנוי רשות משום דשם בעלה עליה וכסברת הב"מ, וכזה י"ל שגם דעת הרמב"ם כן דלא הוי שנוי רשות דיסבור נמי כהרא"ש, ואכתי יקשה אמאי מקודשת, לכך הוצרך להתנות ונודע שקנה כו', פי' שיהיה גזילה כזאת דמהני בה יאוש וכמ"ש ואע"ג דלעיל בסוגיין בד"ה ואע"ג דחזרה הוכחתי דעת הרמב"ם דס"ל שיאוש לחוד קונה בגזילה, ואכתי למה הוצרך לתנאי הזה, כיון דבכל גזילה קונה, י"ל דהיינו דוקא מדרבנן ומה"ת ודאי לא קני גזלן ביאוש, וכמ"ש הרש"ל ביש"ש (ב"ק פ"י) ולזה מצריך הכא לתנאי הזה דליהוי נמי קדושי תורה, ודו"ק:

בגמ' א"נ מצא בשולחנות, פי' לא יקשה לך אדתידוק מסיפא דע"ג השולחן הרי שלו, תידוק מרישא דהוא של שולחני מדנקט לפני השולחן הרי שלו מכלל דע"ג השולחן הוי של שולחני וכמדייק כן לעיל באמת, לזה בא רבא בהוכחה השניה לומר דמרישא נמי מוכח דע"ג שולחני הרי שלו, דהנה לשון מצא בחנות משמע ודאי, דהיינו ע"ג קרקע החנות, וא"א לפרשו ע"ג השולחן, אכן לשון לפני השולחני, נוכל לפרשו גם ע"ג השולחן, דזה הוי נמי לפני השולחני, והיינו שמדייק רבא, דאי תימא דהרישא סובר דוקא על קרקע החנות ולא ע"ג השולחן, ליתני מצא בשולחנות, והיינו מצא בחנות של שולחנות וכדקתני ברישא מצא בחנות, דלשון זה בע"כ נפרש שדוקא ע"ג קרקע הוא, ומדשינה ונקט לפני השולחני, דנהי דגם לשון זה נוכל לפרש שהיינו ע"ג קרקע, מ"מ בשביל שלא יקשה דיוקי דרישא וסיפא אהדדי וגם מדשינה בלשון מברישא, בע"כ שנפרש דלפני השולחן דקתני היינו ע"ג השולחן, כיון דגם כוונה זאת סובל זה הלשון, ולפי"ז לטעם דרבא לא קשה כלל דיוקא דרישא וסיפא אהדדי, ומיושב קושיית המהרש"א ושארי מפרשים בסוגיא הזאת ע"ש דלמ"ש א"ש, והאי א"נ דקאמר, אין כוונתו שבהוכחה זאת לחודא סגי בלי הוכחה דסיפא אלא שרצה לומר שלא יקשה לך אדתידוק מסיפא דייק מרישא, לזה קאמר שגם מרישא מוכח כן, ומעתה לא יקשה הדיוקים אהדדי, ומשני אלו ההוכחות כאחת דייק ר' אלעזר את דינו, והיינו שהרא"ש לא הביא כ"א הוכחה השניה דמצא בשולחנות משום דזו היא הוכחה העיקריית, דהוכחה דרישא איכא נמי בחנות ואפ"ה לא קאמר ר"א שם. ומיושב בזה נמי מה שקשה על ר' אלעזר דמדקאמר דינו גבי שולחני ולא בתיבה דלעיל מינה מכלל דס"ל דבתיבה אם מצא ע"ג התיבה הוי באמת של חנווני ואמאי הא גם שם נוכל למידק מסיפא דהוי שלו, דמדנקט בין התיבה לחנווני של חנווני משמע שעל התיבה שלו, ולמ"ש א"ש דמסיפא לחוד א"א להוכיח, דאדרבה דייק מרישא להיפך שדוקא מצא בחנות שלו הוא, הא ע"ג התיבה של חנווני וא"כ ליכא למשמע מינה כלל, דדוקא בדינא דשולחני שיש שני הוכחות מרישא ומסיפא ודיוקי לא

קשה אהדדי, בזה שפיר מדייק ר' אלעזר, אבל בדין דחנות, דלשון דרישא דנקט מצא בחנות א"א לפרשו באופן אחרי, כ"א דהיינו בקרקע החנות, וא"כ קשה דיוקא אהדדי, וממילא ליכא למשמע מינה כלל, וזהו דעת הטור (בחו"מ סי' ר"ס) שפוסק כר' אלעזר דוקא בשולחני ולא בחנות, אכן דעת הרמב"ם שם דסובר שגם בחנות הדין כן, יפרש דההוכחה דהכא מה דאמר אי נמי קאי ג"כ אסיפא בדשולחני, והפי' כן, מאי איריא דנקט בסיפא בין הכסא ליתני מצא בשולחנות וכמ"ש בבאורי הגר"א ע"ש, ולזה גם בשולחני ליכא הוכחה כ"א מסיפא ולא מרישא ואפ"ה דייק ר' אלעזר, וא"כ גבי חנות יש נמי הוכחה מסיפא ושפיר מצי למידק גם שם כן, ועמ"ש הש"ך בחו"מ סי' ר"ס:

דף כז.

תוד"ה בלוקח, וא"ת אמאי לא מוקי כו', וי"ל כו' דאם מצא קודם ששהה כו', משמע דנמצא אחר ששהה כדי לערבן הוי יאוש שנתייאש, ואע"ג דבא לחצירו קודם יאוש, בכ"ז לא הוי יאוש שלא מדעת, דכיון דחצירו אין קונה הכא משום דאין הוה להמצא הוי כמי שלא בא לרשותו עדיין ולא שייך באיסורא אתא לידו וז"פ. ועוד דעיקר הטעם דישל"מ לא מהני היינו משום שכבר נתחייב בהשבה לשיטת התוס', או משום דהוי כשומר של בעלים לשיטת הרמב"ן וכמ"ש לעיל בד"ה ואע"ג דחזרה, וזה לא שייך כ"א אם המוצא ידע מזה, אבל הכא דלא ידע התגר שמונחים ברשותו לא שייכי הני טעמים ומהני אפי' ישל"מ, והנה בשמ"ק בשם גליון תוס' כתב דתגר עצמו אין קונה דבאיסורא אתי לידו כו' ע"ש, וצ"ל דמיירי שהתגר מצאן קודם ששהה ולא מהני היאוש דאח"כ, אבל אם לא מצאן עד ששהה, ודאי דהוי של התגר דלא שייכי הני טעמי, דאיך שייך להתחייב בהשבה או להיות כשומר בלא ידיעה וכנ"ל, ודו"ק:

רש"י ד"ה סתם שמלה כו' וכל שמלה יש לה בעלים תובעין אותה שלא נעשית מן ההפקר אף כל שיש לו תובעין למעוטי מידי דידעינן דמייאש ע"כ, והתוס' בב"ק (דף ס"ה ד"ה המוצא) הבינו בדעת רש"י דקרא דשמלה למעוטי הפקר, ולזה הקשו דלמעוטי הפקר ל"צ קרא דפשיטא למי ישיב, אכן באמת איך נוכל לפרש כן בכוונת רש"י, הא מסוף דבריו שמסיים, אף כל שיש לו תובעין למעוטי מידי דידעינן דמתייאש, משמע להדיא דקרא ליאוש אתא, ולזה נראה ודאי שגם לרש"י קרא דשמלה ליאוש אתא וכפי' התוס', אלא דהנ"מ בין פרש"י לפי' התוס' דתוס' ס"ל דבשמלה לא מייאש משום הסימנים, ואפי' סימנים לאו דאורייתא נמי לא מייאש, שע"י הסימנים חושב למצוא עדים, ורש"י לא ניחא לו בסברת תוס', וכיון דמסיק הש"ס דסימנין לאו דאורייתא וסימנין כדי נסבה, אין ראיה

מן הסימנים דלא נתייאש, ולזה יפרש דמתובעין לחוד ילפינן יאוש, דמה שמלה לא באת מן ההפקר, אף כל אבידה שאינה דומיא דהפקר, ולאפוקי יאוש שהיא דומה להפקר:
אלא דלפי"ז שגם לרש"י קרא דשמלה ליאוש אתא, א"כ יקשה הא שם בב"ק כתב רש"י להדיא דיאוש ילפינן מברייתא דאבידה ששטפה נהר והיינו מקרא דממנו, וגם בסוגיא דהכא יש להבין למה מיאן רש"י לפרש כפי' התוס' דמסימנים ילפינן יאוש, ולמה לו טעם דהפקר, ואם כי כתבתי טעם, בכ"ז יש להוסיף דרש"י ותוס' לשיטתייהו אזלי, ורש"י מוכרח הכא לפרש מטעם הפקר, דהנה לעיל (דף כ"ב ע"ב) יליף הש"ס דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש מברייתא דשטפה נהר שמותרת מקרא דממנו ואיסורא דומיא דהיתירא כו' ע"ש, ושיטת רש"י שם דיליף זה מהדומיא דאיסורא להיתירא, ואמנם בחי' הר"ן הביא בשם הראב"ד להקשות על פרש"י דמניין לנו לומר כן, דאם היתירא הוא בכל ענין, דאיסורא נמי בכל ענין, ולזה פי' הר"ן ורמב"ן דלאו משום דומיא ילפינן לה, אלא דמהיתירא גופא ידעינן דישל"מ לא הוי יאוש, דהא ודאי אבידה ששטפה נהר לא גרע מכל הדברים העומדים להתייאש, ואם שמעו הבעלים דשטפה נהר היה מייאש ודאי, ועוד עדיף דהכא מייאש אפי בדבר שיש בו סימן, וא"כ למה קרא דממנו להתירה ותיפוק ליה מטעם יאוש, אלא ודאי דישל"מ לא הוי יאוש, ולהכי מטעם יאוש אז היה הדין שהיכי דלא ידעו הבעלים שנשטפה לא הוי של מוצאו אע"ג דלכי ידע מייאש מ"מ השתא אכתי לא אייאש, ולהכי צריך קרא דממנו לומר דאבידה זו אינה מטעם יאוש אלא התורה התירה ואפקריה. ועיין בס' מעה"ק שפירש גם כוונת התוס' שם בד"ה איסורא, נמי כפי' הר"ן ועי"ז מקיים הגרסא הישינה שם, ואע"ג דלכי ידע מתייאש אפי' יש בו סימן, וכוונתם דמדאיצטריך קרא דממנו להתיר אבידה כזאת מכלל דישל"מ לא הוי יאוש, דאל"ה ל"ל קרא תיפוק ליה מטעם יאוש, כיון דהכא אילו ידע מתייאש אפי' ביש בו סימן ע"ש, הרי יצא לנו דעת התוס' דקרא דממנו אין זה מטעם יאוש, אלא משום דהתורה התירה, ואכן רש"י דדחק לפרש לעיל דהילפותא הוי משום הדומיא דאיסורא להיתירא, בע"כ משום דס"ל דהיתירא דשטפה נהר גופא הוי נמי משום יאוש ולא משום דהתורה התירה, וכמו שמוכח בירושלמי שיליף מקרא זה ליאוש, דס"ל דקרא דממנו אתא ללמוד לדין יאוש באבידה, ולזה מהיתירא לחוד א"א למילף, להכי הוכרח לפרש דהילפותא הוא משום דומיא, ואחרי שהוכחנו דלרש"י קרא דממנו ליאוש אתא, וא"כ יקשה הא הכא ילפינן משמלה ליאוש וא"כ קרא דממנו ל"ל, והיינו דמתרץ רש"י, דשמלה הוא דבר שאין הפקר, ומזה ילפינן למעוטי יאוש, ולא ילפינן כ"א יאוש דהוי דומיא דהפקר היינו דידעינן ביה ודאי דמייאש וכגון שאמר בפירוש ווי ליה לחסרון כיס, וכמו שמדייק

רש"י בלשונו, למעוטי מידי דידעינן ביה דמייאש, אבל היכי דלא ידעינן ודאי דמייאש מנ"ל דמהני, כיון שאין זה דומיא דהפקר, ולהכי הוצרך קרא דממנו לאשמועינן שאפי' בלא שמעיניה דמייאש רק שהוא דבר שחזקתו להתייאש וכגון אבודה מכל אדם ג"כ מהני היאוש, ומשו"ה הוכרח רש"י לפרש דשמלה הוא שאין הפקר, דכיון דמטעם הפקר ממעטינן ליאוש לא נוכל למילף כ"א בשמעיניה דמייאש דהוי דומיא דהפקר ואיצטריך קרא דממנו להיכי דלא שמעיניה דמייאש, משא"כ אי נפרש כפי' התוס' דמסימנים ילפינן ומה שמלה דיש בו סימנים וסתמא אין עומד ליאוש לאפוקי דבר שאין בו סימן שעומד להתייאש, א"כ משמלה גופא ידעינן אפי' יאוש כזה שרק עומד להתייאש, וכ"ש באבודה מכל אדם שעומד להתייאש טפי וא"צ קרא דממנו למה לי, ומשו"ה הוכרח רש"י לשיטתו לנייד מפי' התוס', וא"ש לפי"ז מה שהביא בב"ק שם קרא דממנו ולא קרא דשמלה, דהא התם בעי למילף דיאוש מהני בגניבה ובגזילה והיינו אפי' בסתמא, דהא סתם גזילה הוי יאוש בעלים, להכי לא יוכל להביא משמלה, דמשמלה לא מוכח כ"א בידעינן דודאי מייאש. ואין להקשות כיון דמקרא דממנו ילפינן ליאוש אפי' בסתמא, וכמו אבודה מכל אדם דרק חזקתו להתייאש, א"כ לכתוב קרא דממנו ולא ליבעי קרא דשמלה, די"ל דאי לאו קרא דשמלה ולא הוי ידעינן כלל דיאוש מהני לא הוה מפרשינן טעם ההיתר דאבודה מכל אדם הוא מטעם יאוש, אלא היינו מפרשים משום דהתורה הפקירה, רק השתא דידעינן דבדשמעיניה דמייאש מהני יאוש, נוכל לפרש דקרא דממנו אשמועינן שאפי' בדברים שחזקתן ליאוש נמי מהני יאוש, וכ"ז הוא לשיטת רש"י שיש לו שני מקראות ליאוש, אבל התוס' לשיטתייהו, דקרא דממנו אין זה מטעם יאוש, וא"כ ליכא כ"א חד קרא דשמלה ליאוש, להכי לא יוכלו לפרש כרש"י דיאוש מתובעין יליף דאז לא הו"מ למילף כ"א בדשמעיניה דמייאש דהוי דומיא דהפקר, לזה הוכרחו למילף מסימנים, דבזה ידעינן אפי' דבר שחזקתו ליאוש, ודו"ק וז"ב:

בגמ' שור אפי' לגיזת זנבו, נסתפקתי שבח הבא לאחר יאוש אם מחויב המוצא להחזירו, מי אמרינן דעיקר האבידה חייב בחזרה משום דמטי לידו באיסורא קודם יאוש, אבל שבח הבא לאחר יאוש דכשבא לידו בהיתירא בא קנהו המוצא ואין חייב להחזיר, או דילמא כיון דגוף האבידה בת השבה היא, גם השבח הבא ממנו מחויב להחזירו. ונ"ל להביא ראיה מסוגיין דקאמר דשור אפי' לגיזת זנבו, ובתוס' הקשו דממ"נ אם יש בה שו"פ פשיטא ואם אין בה שוה פרוטה אמאי יחזיר הא ממעטינן לקמן מהשבה וע"ש מה שתי', ובאס"ז הביא בשם הריטב"א דמיירי באין בה שו"פ ואפ"ה חייב להחזיר כיון שיש שוה פרוטה בגוף האבידה וכ"כ גם הנמוק"י ע"ש, הרי שאע"ג דפחות מפרוטה

כשהוא לעצמו לאו בת השבה היא, מ"מ אם גוף האבידה בת השבה מחויב להחזיר גם הגיזה, וה"נ יש לומר בנדון חקירתינו שאע"ג דהשבח כשהוא לעצמו אין בו חיוב השבה מטעם יאוש מ"מ כיון דגוף האבידה בת השבה היא מחויב להחזיר גם השבח, ואין לחלק דהכא כיון שמצא השור ביחד עם גיזת זנבו חל חיוב ההשבה על כל האבידה כאחת, ולכן נהי דבגיזת זנבו כשהוא לעצמו אין בו שעור פרוטה מ"מ כיון שבבת אחת מצאו הוי כולה חדא אבידה, אבל בחקירתינו שהשבח בא לאחר מכאן ולא חל עליו חיוב ההשבה כלל, דהא בע"כ גם בגיזת זנבו מיירי בגיזה שבא לאחר מכאן, שברשות המוצא נתגדל דאי כשמצאו עם גיזת זנבו מאי קמ"ל, פשיטא דחייב בהשבה, דאטו כל אבידה אם נחלקה לחלקים קטנים עד שלא יהיה שעור פרוטה באחד מהם נימא שאין חייב להחזירו, ובודאי שאין שום סברא לומר כן, ופשיטא דאם מצאו ביחד הוי כולה חדא אבידה ומחויב בהשבה, ומדאיצטריך קרא בע"כ דהיינו לגיזת זנבו שגדל בבית המוצא לאחר שמצאו, והוי נמי כשבח הבא לאחר מכאן, וא"כ שפיר נלמוד מזה למיפשט ספקינו דהא פחות משו"פ הוי יותר לאו בר השבה, מדבר שיש בו שו"פ והיתירה רק משום יאוש, והשתא בפחות משו"פ דלא הוי בר השבה כלל ואפ"ה אם בגוף האבידה יש שוה פרוטה מחויב להחזיר, כ"ש בשבח הבא לאחר מכאן, דהיתירא דידי' אינו כ"א מחמת יאוש, דאם בגוף האבידה מחויב בחזרה שיתחייב גם בשבח, אלא דכ"ז הוא לשיטת הריטב"א, אבל לשיטת התוס' דסוגיין דלא ניחא לו בתי' הריטב"א מכלל דס"ל דבאין בה שו"פ אין מחויב להחזיר אפי' בכה"ג דבעיקר האבידה יש שו"פ, וא"כ י"ל דהוא הדין נמי בשבח הבא לאחר יאוש כיון דכשהוא לעצמו אינו בר השבה שאין מחויב להחזירו אפי' אם בגוף האבידה מחויב, כן היה מקום לומר בזה:

ואמנם אמתת חקירתינו יש לו יסוד אחר, דהנה כבר הבאתי לעיל כמה פעמים, דבמה דקיי"ל דבאבידה היכי דאתא לידו באיסורא קודם יאוש דלא מהני תו היאוש דאח"כ, אשר באמת קשה דאם יאוש הוי קנין מה לי בהיתירא ומה לי באיסורא אתי לידו, וביסוד הדבר נחלקו בזה הרמב"ן עם תוס', ושיטת הרמב"ן (לעיל דף כ"ו) דהיינו טעמא, דכיון שבא לידו באיסורא, היינו קודם יאוש, הוי כשומר של בעלים וידו כיד בעלים והוי החפץ כמו שמונח ברשות בעלים דלא מהני יאוש, דיאוש לא מהני כ"א כשכבר יצא מרשות בעלים ולא כשהוא בביתו, ולדבריו יש חסרון בעצם היאוש, דבכה"ג כשהוא בבית בעלים לא מהני יאוש, ולטעם זה מיושב מאוד קושית התוס' (בב"ק ס"ו) דאיך יליף ליאוש בגזילה מאבידה, הא בגזילה הוי באיסורא בא לידו ובכה"ג אפי' באבידה גופא לא מהני ע"ש, ולשיטת רמב"ן א"ש, דבאבידה שפיר לא מהני כשבא לידו קודם

יאוש משום דהוי כשומר, כיון שלקחה ע"מ להשיבה, אבל בגזלן דע"מ לגוזלה לעצמו לקחה ולא שייך לומר דהוי כשומר, ולזה בגזלן מהני אפי' כשבא באיסורא, ומה דקאמר שם בב"ק אח"כ או דילמא לא דמי לאבידה דבהיתירא בא וגזילה באיסורא, דמשמע מזה דבגזילה מסתבר עוד יותר לומר דלא קני מטעם דבאיסורא מבאבידה, מבואר זה לעיל (דף כ"ו) בחדושיי ד"ה ואע"ג דחזרה ע"ש היטב שבארתי יפה. ואכן התוס' בב"ק פירשו דה"ט דבאבידה לא מהני כשבא לידו קודם יאוש משום דכבר נתחייב בהשבה משעת הגבהה, ולדבריהם טעם אחד לגזילה ואבידה, דטעם זה שייך גם בגזילה, ולהכי שפיר הקשו התם איך יליף גזילה מאבידה וכן א"ש מה שלעיל (דף כ"ו ע"ב) כתבו דלאו דלא תגזול הוי ניתק לעשה, משא"כ לשיטת הרמב"ן וכמבואר שם והכל משום דלשיטתייהו אזלי ועמש"ש, זהו המתבאר מתוך דבריהם, וכשנעמוד על תוכן הדברים נמצא נ"מ גדולה לדינא בין שני הטעמים הללו, דלטעם הרמב"ן דבכה"ג לא הוי יאוש שום קנין, הרי מחויב להחזיר גוף החפץ, כיון דהגוף הוי של בעלים, ולשיטת התוס' דבעצם היאוש אין חסרון ורק חיוב השבה יש כאן משום שחיובו לא נפקע ע"י היאוש, הרי עצם החפץ קונה ורק שיש עליו חיוב דמים, אבל גוף החפץ אין מחויב להחזיר, והיינו שכתבו שם בב"ק להדיא, דבאבידה נמי מהני היאוש לענין שלא יצטרך להחזיר גוף החפץ ורק לענין חזרת דמים לא מהני היאוש משום שכבר נתחייב בהשבה והוא מבואר בטעמו לפמ"ש, ולפי"ז ספק שלנו תליא ביסוד טעמים הללו, דלטעם הרמב"ן דגם גוף הפרה הוי דבעלים בבא לידו קודם יאוש, וממילא השבח שהשביח הוי נמי דבעלים, אע"ג דהשבח בא לאחר יאוש, מ"מ סוף סוף פרתו של בעלים הוא דאשבח, וכיון שהפרה שלו גם השבח הוי שלו משא"כ לטעם התוס' דגוף הפרה הוי למוצא, ורק דמים הוא דחייב, אין שייך לחייבו כ"א בהקרן שהיה בשעת המציאה, שנתחייב עליו בהשבה, אבל בשבח הבא לאחר מכאן ולא נתחייב כלל הוי של המוצא, וכ"ש דאיכא למימר נמי פרתו של מוצא הוא דאשבח, זהו הנלע"ד שדין זה תלוי בפלוגתת הרמב"ן והתוס', ועיין מ"ש הפנ"י:

דף כז:

רש"י ד"ה לאהדורי, גט שאבד מן השליח כו' וי"ל למה דייק לומר דוקא מן השליח ולא מן הבעל, וא"ש עפמ"ש הפנ"י דהא דמספקא בסימנים לאו משום האי חששא דשמא איתרמי סימנים כסימנים, אלא דמספקא אי לא חיישינן לרמאי שכבר הכיר בסימנים או

לא ע"ש, ולפי"ז בנאבד מן הבעל והבעל הוא הנותן הסימנים אין שייך האי חששא דהא יש לו מיגו דבידו לגרשה, ודוקא בשליח שייך האי חששא כיון דאין לו מיגו, וק"ל:

תוד"ה חמור בסימני אוכף, ברייתא היא עכ"ל, ומהרש"ל כתב דלא ניחא להו בפרש"י דמאוקימתא דרבא פשיט, דמאי פשיטותא הוא זה דמנ"ל לרבא גופא לאוקמי בסימני אוכף לוקמי בעידי אוכף ע"ש, וגם לדבריו קשה, דא"כ יוחזר הקושיא על רש"י אמאי דחק לפרושי דמאוקימתא דרבא פשיט. ועוד כבר הקשו עליו דמ"ש מדלעיל (דף כ"ד) דפשיט ממימרא דאמוראי מרב אסי ורב יהודה. ונ"ל דרש"י לא רצה לפרש דברייתא היא דא"כ יקשה מאי דחי אח"כ, אימא בעידי אוכף, דמהיכי תיתי נשבש הברייתא בכדי שלא יופשט הבעיא, אדרבה לא תשבש ונפשוט בעיין, ולהכי פירש דמרבא פשיט משום דמוקי חמור לסימנין, וע"ז שפיר דחי דמנ"ל לאוקמי בסימנים לוקמי בעדים, ואכן לשיטת התוס' דלעיל דהא דקתני במתני' סימנין, אע"ג דסימנין לאו דאורייתא, מ"מ סימנין לאו בכדי לגמרי נקיט דעכ"פ מהני הסימנים שעל ידם ימצא עדים, ובלא סימנים לא יראם המוצא כלל, ולפי"ז אפי' אי נאמר הכא דדוקא בעידי אוכף, ג"כ לא יוצרך לשבש הברייתא, דקתני בסימני אוכף, והכוונה הוא שע"י הסימנים ימצא עדים, ואפי' אי נאמר דהפשיטות הוא חן הברייתא נמי מצי למידחי ולומר דלעולם בעידי אוכף, ואפ"ה נקיט סימנים, משום דע"י סימנים ימצא עדים, וכיון שגם הפשיטות דברייתא מצי למידחי בלא שבוש, להכי ניחא להו לפרש דהפשיטות הוא מברייתא, דוודאי יותר טוב למיפשט מברייתא ממימרא דאמוראי, אבל לשיטת רש"י דמיאן לעיל בפי' התוס', וא"כ אי נימא דברייתא היא תהא מוכרח לשבש אותה ולכן פירש דמימרא הוא:

ברש"י ד"ה בעדים, שיביא עדים שהוא שלו, מלשון זה משמע דהיינו עידי נפילה שידעון שגם עתה הוא שלו, דאי הכוונה רק עידי אריגה הכי הו"ל לרש"י לומר שיביא עדים שהיה שלו, ונראה דדבר גדול נתכוון לתרץ בזה, דהנה רש"י לא יפרש כפי' התוס' דהכא לא מיירי בודאי רמאי, אלא יפרש דהכא נמי מיירי בודאי רמאי, ודרשהו אם רמאי דקאמר, היינו אם רמאי הוא באבידה הזאת ג"כ וכמ"ש בבעל המאור כן בדעת רש"י ע"ש, וא"כ קשה טובא, דמאי משני בעדים, הא אכתי מצי למיפשט דסימנין מהני, דדוקא בודאי רמאי בעינן עדים הא בסתם בני אדם בסימנין נמי מהני, וכעין זה הק' הר"ן בסוגיין, ואין לומר כמ"ש בעה"מ בכוונת רש"י דלרמאי בעינן עדים ולשאינו רמאי בעינן מיהא סימן מובהק, אבל שאינו מובהק לא מהני, דזה דוחק גדול לחלק בין סימן מובהק לעדים, דהרבה ראשונים ס"ל דסימן מובהק כעדים דמי, ואי מחזירין לרמאי בעדים, הוא הדין בסימן מובהק, ובעה"מ עצמו הודה קצת שזהו דוחק ע"ש, ולמ"ש בכוונת רש"י

ניחא הכל, דהאי דנקיט הכא בעדים, לא מיירי בעידי אריגה שידעון שהיה שלו, דזה לא מהני ברמאי, וגם סימן מובהק נמי לא מהני, דנהי דעי"ז ידעינן שהדבר היה שלו, מ"מ ברמאי לא סמכינן ע"ז, משום דחיישינן לשאלה ומכירה בודאי רמאי, אלא בעדים דנקט, הכוונה בעדים שהוא שלו, פי' גם עתה, והיינו עידי נפילה, והיינו דוקא ברמאי ודאי, אבל בסתם בני אדם לא בעינן עידי נפילה, אבל עידי אריגה או סימן מובהק מיהא בעינן ובסימנים בינונים לא מהני, ובזה מיושב נמי גם קושית בעה"מ על רש"י דל"ל קרא תיפוק משמלה ע"ש, ולמ"ש קרא איצטריך שדוקא עידי נפילה בעינן, ועמ"ש בסמוך, ודו"ק:

בגמ' אוכף לא שאילי אינשי כו', הב"י בתשובה כתב שדוקא למ"ד מה"ת הוי סימנים, וכיון דלא בעינן מדאורייתא סימן ברור ומובהק סמכינן ע"ז דלא עבידי להשאיל, אבל למ"ד סימנין לאו דאורייתא, כיון דלדידיה בעינן סימן ברור ומובהק, גם בכלים הללו דלא שכיחי להשאיל נמי חיישינן לשאלה, דסימן מובהק אכתי לא הוי, וכבר תמהו האחרונים ע"ז, דא"כ להך מ"ד ישאר הקושיא, חמור בעידי אוכף היכי מהדרינן, הא לדידיה חיישינן לשאלה בכל מילי, ועמ"ש בחי' רעק"א. ולמ"ש לעיל בדבור הסמוך, י"ל דלהך מ"ד נפרש, דחמור בעידי אוכף, היינו בעידי נפילה, דבזה ליכא חשש שאלה, כיון דיודעין שבשעת נפילה היה שלו, וא"ל דא"כ קרא למאי איצטריך, דהא עיקר קרא שפיר הוצרך דלא בעינן עדים דגופא ואפי' בעידי אוכף נמי סגי, אכן שוב התבוננתי שא"א לתרץ כן, דהא באמת יש להבין איזה חדוש הוא דאשמועינן קרא דחמור, דמחזירין בעידי אוכף, והא כיון שהאוכף הוי שלו, והחמור לבוש בזה האוכף, ודאי שגם החמור שלו, ובפ"כ צ"ל דהחדוש הוא דלא ניחוש לשאלה, ולא נימא דמה בכך שהאוכף שלו, שמא השאילו לאחר וזה החמור של שואל הוי וקמ"ל דלא חיישינן לשאלה, וכמ"ש בנו"ב מהדו"ק (חאה"ע סי' ל"ב) ע"ש, ואי נימא דמיירי בעידי נפילה שידעו שזה אבדה, אכתי אין חדוש במה דמהדרינן בעידי אוכף דמה לי גופו ומה לי אוכף, כיון דלא שייך חשש שאלה וקרא למה לי, ובע"כ דחמור בעידי אוכף דקאמר, לא מיירי בעידי נפילה ושפיר הוי חדוש דלא חיישינן לשאלה, והנה אם כי מזה אכתי אין ראיה לדחות, די"ל דהא דמצריך קרא לעידי אוכף, לא משום חשש שאלה הוא, אלא שבלא קרא הייתי אומר דסימני אוכף לא מהני לחמור משום דהו"א דסימנים לא עדיפא מחזקה ורוב, וכמו דברור דחזקה ורוב לא מהני לברר רק במה דהוי בו החזקה והרוב, אבל לא להוכיח ממנו במה דאין בו החזקה והרוב, וכמ"ש התוס' (כתובות דף ע"ו) ד"ה רישא מנה לאבא, דחזקת אשה לא מהני לאב, וכן באה"ע סי' ל"ה כתב הב"ש סק"ל בשם הרמב"ן, דחזקת קרובות לא מהני לזו ע"ש, וכה"ג נמי כתבו הפוסקים (ביו"ד סי' ק"י) בחצי חתיכה דפריש

מקודם שנודע התערובות דהחצי השנית ממנה אחר דנולד התערובות אסורה, דאע"ג דאידך חציה מכשירין משום כל דפריש כו', עכ"ז אין מוכיחין ממנה על השניה, ועמ"ש. בתשובת עין יצחק חאה"ע סי"כ, הוא הדין דנימא דסימנים לא מהני לברר רק על החפץ דיש בו סימנים, אבל לא מהני להוכיח מהם על חפץ אחר, לזה קמ"ל קרא דאפ"ה מהני. אכן באמת ג"ז אינו, דהא תינח אם נימא דחמור לסימני אוכף אתא, בזה היה מקום לומר דברור הסימנים לא עדיפא מברור דחזקה דלא מהני כ"א על אותו החפץ, אבל הא אנן קיימינן בזה למ"ד סימנין לאו דאורייתא ולדידיה חמור כי אתא לעידי אוכף, ובעדים דהוי ברור גמור מהני נמי מאחד על חבירו, וא"כ אכתי מאי חדוש בזה וקרא למה לי, ועוד דבלא"ה א"א לאוקמי בעידי נפילה, דאם העדים היו בשעה שנאבדה ממנו, א"כ גם הם מעידים על אבידת האמור כמו על האוכף, א"כ אין זה אמור בעידי אוכף, כיון שמעידים גם על החמור, ובע"כ דלא מיירי בעידי נפילה, וא"כ דברי הב"י צ"ע ועמ"ש בסמוך מזה:

בגמ' ואי חיישינן לשאלה חמור בסימני אוכף היכי מהדרינן, והקשו הראשונים מ"ש דנקט חמור בסימני אוכף ולא מקשה מכל אבידות דעלמא דמחזירין ע"י סימנין, דניחוש לשאלה, והנה י"ל דניחא לו להקשות מזה משום דהאי ילפינן מקרא וידעינן דסימנים דאורייתא ומשאר אבידות אין ראיה, די"ל דהא דמחזירין, אה"נ שרק מדרבנן הוא, אכן לבד זה אפשר לומר עפמ"ש לעיל בסמוך, דעיקר חדוש בהא דמחזירין בעידי אוכף דלא ניחוש לשאלה, דבלא"ה ל"צ קרא להכי דמ"ש גופו ומה לי אוכף, וכיון דעיקר קרא להכי הוא דאתא שלא ניחוש לשאלה, להכי מקשי מינה:

בגמ' טבעת וכיס לא משאלי אינשי, הנה הא"מ (באה"ע סי' י"ז סקי"ב) כאב, דהא דקאמר הכא דחיישינן לשאלה, לאו דוקא שאלה, דהו"ה מכירה ואבידה וגניבה, ואמנם הנו"ב (חאה"ע סי' ל"ב) דחה את דבריו ממה דקאמרינן הכא טבעת לא משאלי ואי ס"ד דחיישינן לגניבה ואבידה, כי מצאו קשור בכיס מאי הוי ניחוש לגניבה ואבידה, דבזה לא שייך לומר דלא מסמני, דאטו הגנב יקפיד על מזלו של זה, וכן באבידה לא מהני מה דלא מסמני, אלא לאו דלגניבה ואבידה לא חיישינן כלל, ע"ש שכתב דראיה ברורה היא דלא כהח"מ, והנה גם לפי דעת הנו"ב דמחלק בין חשש שאלה, לחשש דגניבה ואבידה, דלהני לא חיישינן, משמע דמכירה מיהא עכ"פ דומה לחשש שאלה, דחיישינן למכירה דהא עיקר הוכחתו הוא מסוגיא דידן דמאי משני טבעת לא משאלי, ניחוש לגניבה דלא שייך טעם זה, וא"כ במכירה דשייך טפם הזה, דכמו דלא עביד דמשאיל להנך כלים, הוא הדין לא עביד למוכרם נמי מחשש דמסמני, וכיון שבזה אין הוכחה מן הש"ס,

ודאי די"ל דמכירה דומה לשאלה וחיישינן לזה, דהא גם לגניבה הוה חיישינן אי לאו ההוכחה, כן משמע מדברי הנו"ב, ואכן לא כן דעת כל הראשונים, שכולם החליטו דגם לחשש דמכירה לא חישינן, דכן מתבאר מדבריהם שהקשו דגם לשאלה למה ניחוש, כיון דהשאילו והחפץ הרי הוא בבית שואל, א"כ מנין הוא יודע שנאבד החפץ הזה מבית שואל שיבוא המשאיל לתת סימניו, ותרצו דבשאלה משכחינן לפעמים שהמשאיל יהיה יודע מאבידת החפץ, היינו שהוא תבע כליו מן השואל וא"ל השואל שנאבדו ע"ש, וכיון שכן דוקא למשאיל חששו אבל לא למכירה נמי, דמה לו לידע בחפצי הלוקח שנאבד מביתו חפצים הללו שיבוא ויתן סימניו, ולבד דמאומת זה מן השכל, הביאו לזה ראיה מן הש"ס נמי, דמאי שנא דפריך הכא רק מחמור בסימני אוכף ולא משארי אבידות דעלמא, דמחזירין ע"י סימנין, אע"כ דהיינו נמי מטעם הנ"ל, כיון דלחשש דמכירה ואבידה לא חיישינן, כ"א דוקא לחשש שאלה, ובשארי אבידות דמהדרינן בסימנין דגופא לא שייך כלל לחוש לשאלה, דאפי' ת"ל דהשאילו דידיה מהדרינן, דבשלמא אם היה חשש דמכירה אז היה מקום לחוש נמי לכל האבידות, דאולי מכר החפץ ועכשיו מחזירין לו חפץ שאינו שלו ע"י סימנין, אבל כיון דלמכירה לא חיישינן ובשאלה גופא אין חשש באבידות דעלמא, דשלו הוא נוטל, ורק דוקא בחמור בסימני אוכף הוא החשש, דחיישינן שע"י סימני האוכף יטול גם את החמור שאינו שלו, ובסברא הזאת הושוו כמעט דעות כל הראשונים עמוד על דבריהם בשמ"ק, הרי להדיא שגם למכירה לא חיישינן:

והנה אם כי לפי"ז הגדלתי עוד התימה על הח"מ, והוכחתי שגם למכירה לא חיישינן. בכ"ז נ"ל לקיים דבריו במ"ש דלאבידה נמי חיישינן, דבכה"ג דמיירי הח"מ צדקו דבריו, דהו"ה לגניבה ואבידה נמי חיישינן וכ"ש למכירה, וכמו שנבאר, דהנה בפעולת הסימנים יש שני סוגים, א), ההכרה, שע"י הסימנים אפשר להכיר האבידה, ב), הנאמנות, שעי"ז שבעל האבידה מכוון הסימנים, מאמינים לו שהחפץ שלו הוא, ובמקום שאין עדים להכיר ששלו הוא, אלא דסמכינן אסימני בעל האבידה, בזה עושים הסימנים שתי הפעולות כאחד, ההכרה והנאמנות, וממילא מובן שבכה"ג א"א להכריז הסימנים או גם להראותם לפני בעל האבידה, דהא עיקר הנאמנות הוא מה שמכוונם, ואם היה רואה את הסימנים, אין להאמינו עוד, אכן אם יש עדים, שמכירים הם ע"י הסימנים שהחפץ שלו, בזה אין עושים הסימנים כ"א פעולת ההכרה, אבל פעולת הנאמנות, אין אנו צריכים לסימנים דבזה על העדים סמכינן, ובכה"ג מראין הסימנים לפני העדים מראש והם יכירו עי"ז, ומעתה א"ש דברי הח"מ, דלפמ"ש בטעם הדבר דלא חיישינן כ"א לשאלה בלבד, ולא למכירה וגניבה וכדומה, משום דמה לו לידע בחפצי הלוקח או הגנב, אם

נאבד מביתו חפצים, שיבוא ליתן סימנים, וא"כ לא שייך זה כ"א במקום שאין עדים להכיר הדבר ורק הסימנים בלבד עושים הנאמנות, שבזה אין מראין החפץ עם הסימנים מראש, ושפיר שייך לומר דמנ"ל לבעל האבידה לידע שהחפץ הזה הוא שנאבד שיבוא ליתן הסימנים, ומדנתעורר לבוא וליתן הסימנים מכלל דמביתו הוא שנאבד, ולא חיישינן למכירה וגניבה, אם לא בשאלה שבזה אפשר לידע וכמ"ש, אכן במקום שיש עדים להכיר דבזה העדים רואין החפץ עם סימניה, וכיון שרואין שהדבר הזה הוא שנאבד ויבואו להעיד, ממילא ששייך בזה גם חשש דמכירה וגניבה נמי. ולפי"ז צדקו מאוד דברי הח"מ, דהוא כתב לדינו על מה שכתוב בשו"ע שם, דאין מעידין על האדם כו' ואפי' יש סימנים בגופו ובכליו דחיישינן לשאלה, ובדין זה דמיירי בהכרת עדים, שפיר כתב שלאו דוקא לשאלה, הוא הדין למכירה ואבידה נמי חיישינן. ואין סתירה ע"ז ממ"ש הכא בסוגיין דטבעת כו' לא משאלי, דמשמע מזה דלאבידה לא חיישינן כנ"ל, היינו משום דהכא מיירי בשליח הגט שרוצה להחזירו ע"י הסימנים וכמ"ש התוס', דלפי"ז ודאי שאין מראין לשליח הסימנים, כיון דהסימנים עושים בזה גם הנאמנות ובכה"ג ודאי דלא חיישינן כ"א לשאלה בלבד, וכיון שדברים כאלו לא מושלי סמכינן ע"ז, וכן נמי מ"ש לעיל אוכף לא מושלי, היינו נמי משום דקאי ע"ז שאומר חמור בסימני אוכף, דמחזירין גם לבעל האבידה בעצמו ע"י שיכוון הסימנין, ובכה"ג אין לחוש כ"א לחשש שאלה בלבד וכמ"ש, ואין מקום לקושית הנו"ב:

וארווחנא עוד ליישב קושית הב"ש סי' י"ז סקי"ט מסתירת המחבר אהדדי, דבסי' י"ז פסק דלא סמכינן אסימנים דכלים כלל ואפי' בכלים דלא עבידי דמשאלי, ובסי' קל"ב פסק דבדברים שאינם עשוים להשאיל מחזירין ע"ש, ולמ"ש א"ש, דבסי' קל"ב גבי גט דמיירי שהשליח בא ליתן הסימנים, והתם לא שייך לחוש כ"א לחשש שאלה בלבד, דלחשש אחר א"א לחוש, דמנ"ל להשליח לידע שהלוקח נאבד מאתו וכנ"ל, וכיון דליכא כ"א חשש שאלה, להכי בדברים שאינם עשוים להשאיל, שפיר מחזירין, כיון דהשתא ליכא תו שום חשש, אבל בסי' י"ז דמיירי בעדים שבאו להכיר ע"י הסימנין, דבכה"ג שייך נמי חשש דמכירה וגניבה, ולהכי אפי' בדברים שאינם עשוים להשאיל נמי סמכינן, דמה מהני דאינם עבידים להשאיל, עכ"פ ניחוש לשמא מכרו או נגנב, ואע"ג דהמחבר הזכיר הלשון דחיישינן לשאלה, היינו משום דתפס לשון הש"ס דמיירי נמי בכלים שעשוים להשאיל, דהתם חשש שאלה נמי איכא, אבל בכלים שאינם עשוים להשאיל, אע"ג דחשש שאלה ליכא, חשש מכירה מיהא איכא, והנה גם מ"ש הב"י בתשובה דלא סמכינן ע"ז דלא עבידי דמשאיל, הובא בב"ש שם, נמי יש לפרש בדרך הזה, שאין הטעם

משום דחיישי' לשאלה בהם, אלא משום דחיישי' למכירה ואבידה, והיינו במקום דיש עדים וכנ"ל, ויתורץ מה שהרבו האחרונים להקשות על הב"י דאיך יפרנס להההיא דחמור בסימני אוכף היכי מהדרינן ועמ"ש לעיל בסמוך, ולמ"ש א"ש דבמקום דאין עדים שגם הנאמנות הוא ע"י הסימנים, דהתם לא שייך כ"א חשש דשאלה בלבד, שפיר סמכינן ע"ז דאוכף לא משאלי, והנה האחרונים כתבו שהב"י לא כתב כן כ"א למ"ד סימנים דרבנן דבעינן סימן מובהק ביותר, עמ"ש בב"ש ובחי' רעק"א, ואצלי אין תשובת הב"י בעצמו, וכפי שמשמע מלשון הב"ש שם, רק הב"ש מדעתא דנפשי' תי' כן בדעת הב"י, אבל אין זה לשון הב"י עצמו, ואם גם בב"י עצמו תלי זה למ"ד סימנים דרבנן, אפשר נמי לומר שאין הטעם כמ"ש הב"ש, משום דלהך מ"ד בעינן סימן מובהק ביותר, ולכן אפי' בכלים הללו דלא עבידי דמשאלי, סימן מובהק לא הוי, דז"א דודאי הוי סימן מובהק כיון דאין חשש שאלה, ומה דלא סמכינן ע"ז היינו משום דניחוש לחשש מכירה, והיינו דוקא למ"ד סימנים דרבנן, דלדידיה א"א לאוקמי חמור לסימני אוכף, כיון דמה"ת סימנין לאו כלום הוא, וקרא כי אתא לעידי אוכף, וכיון דיש עדים חיישינן גם למכירה, ולהכי לא סמכינן אהך טעמא דלא משאלי, והא דמוקמינן בש"ס דבהנך כלים לא חיישינן, היינו למ"ד סימנין דאורייתא, דלדידיה חמור כי אתא לסימני אוכף וא"כ ליכא כ"א חשש שאלה, ולהכי בהנך כלים כיון דלא עבידי דמשאלי לא חיישינן לזה ועמ"ש לעיל, ודו"ק:

דף כח.

בגמ' את"ל סימנים דאורייתא, ועיין ברש"י שפי' דרבותא נקט דאפי' אמרינן דאורייתא אפ"ה עדים עדיפי כו', ולולא פרש"י היה נראה שדוקא נקט למ"ד סימנים דאורייתא, וסימן מובהק קצת הוי נמי מה"ת, והו"א דחשיב כעדים, לזה אשמועינן דאפ"ה כיון שהסימן אין מובהק לגמרי עדים עדיפי, אבל למ"ד סימנים דרבנן, ומדאורייתא מובהק לגמרי בעינן, לא שייך כלל לאשמועינן האי דינא, דאי לסימן שאין מובהק דהוי רק מדרבנן, פשיטא דעדים עדיפי, דעדים דאורייתא, והאי ק מדרבנן, ומה"ת אין מועיל כלל, הרי דלא הוי ברור כמו עדים, ואי לסימן מובהק דמהני מה"ת, א"א לומר דינתן לבעל העדים, דכיון דסימן כזה שוה הוא לעדים, א"כ הוי כמו עדים ועדים דיניח, ואכן לפרש"י דרבותא נקיט, ומשמע דלמ"ד סימנים דרבנן כ"ש דאמרינן ינתן לבעל העדים, מוכח מזה שאפי' סימן מובהק לגמרי לא הוי כעדים, דאי לסימן שאין מובהק, מאי קמ"ל פשיטא דעדים עדיפי, כיון דזה לא הוי ברור כלל מה"ת, ועמ"ש המהרש"ל כאן כהבנת רש"י,

דס"ל שסימן מובהק הוי כעדים ויניח, ולמ"ש א"א לפרש כן ברש"י, וגם הש"ך (חו"מ סי' רס"ז סק"ז) השיגו ע"ש:

והנה בתשובת רעק"א סי' ק"ז נסתפק, דלמ"ד סימנין דאורייתא אי לחד סימן אמצעי ולחד סימן מובהק, אם נותנים למובהק ע"ש, ולמ"ש תלוי זה במ"ש, דלמ"ש שרבא דוקא נקיט למ"ד סימנין דאורייתא, והיינו על סימן שאין מובהק, אבל סימן מובהק כעדים דמי, א"כ ודאי דנותנין למי שנותן סימן מובהק, דהא המובהק הוי כעדים, וא"כ הוי כסימנים ועדים דנותנין לבעל העדים, ולמ"ש בשם רש"י דאפי' סימן מובהק ממש נמי לא הוי כעדים, וא"כ למ"ד סימנין דאורייתא אין נ"מ בין סימן מובהק לאין מובהק, וא"כ הוי כסימנין וסימנין דיניח. ואמנם שוב ראיתי בשמ"ק מחלוקת הראשונים בזה, דהרשב"א וריטב"א הוכיחו מן הסוגיא דאמר, מדת ארכו ומדת רחבו ינתן למדת ארכו, א"כ כ"ש דסימן שאין מובהק וסימן מובהק דינתן למובהק, ועוד כמה ראשונים כתבו, שכיון דמה"ת מחזירין גם בסימן שאין מובהק אשתכח דמובהק ואין מובהק שקולים הם ולא יתן לא לזה ולא לזה, ומה שקשה לפי"ז מכל הסוגיא, דינתן לעידי נפילה ולמדת ארכו, דמשמע מזה דסימן מובהק עדיף, או שנאמר דהיינו דוקא למ"ד סימנין דרבנן, או שנימא דעידי אריגה לא נחשב כלל כעדות לענין שהוא שלו, דאימר אומן היה במלאכת אחרים, וכן מדת ארכו וכמ"ש הראב"ד שם ע"ש היטב, ופלא על רעק"א שלא זכר מזה:

בגמ' סימנים וסימנים יניח, בחי' רעק"א תמה אמאי לא פסקינן בזה דין דיחלוקו, דלשיטת התוס' דלעיל דהעיקר תלוי אם החלוקה יכולה להיות אמת, הא הכא ג"כ יכולה להיות אמת, דשמא דתרווייהו הוא, ואפי' לשיטת רש"י דבודאי רמאי לא פסקינן יחלוקו, הכא לא הוי ודאי רמאי, דשמא באמת היה חפץ כזה בסימנים הללו לשניהם וא"כ לכו"ע יהא הדין דיחלוקו ע"ש, ולע"ד תימה על תמיהתו, הא בתנאי דחלוקה בעינן שיהיה שניהם אוחזין ומוחזקין, הא אין אוחזין לא אמרי' דיחלוקו וכההיא דארבא בב"ב, והכא דאין שניהם אוחזין אלא הרי הוא ביד המוצא, היאך נימא דיחלוקו, ואין לומר נמי דמה שהמוצא תופס הרי הוא כאילו הם עצמן מוחזקים, וכדאמרינן במנה שלישי, דמה שהנפקד תופס בחזקת שניהם כאילו הם עצמם מוחזקים, כמ"ש התוס' בריש מכילתין, דזה לא שייך כ"א התם, דיודע הנפקד ודאי שהמנה של אחד מהם הוא, והרי הוא תופס בחזקת שניהם ודאי, אבל הכא הא י"ל שאין זה של אחד מהם, ושל אדם אחר לגמרי הוא, ויש עוד הוכחה לומר כן, כיון דשניהם נתנו סימנים שקולים, מוכחא ומגליא מילתא שאינה של שניהם וכמ"ש בשמ"ק, וא"כ איך שייך לומר דתופס המוצא בחזקתם. ועוי"ל דלא אמרי' שיד הנפקד הוא כידם כ"א להמפקיד שמסר בידו להפקיד וזה קיבל עליו הרי

ידו כיד בעה"ב, ולכן התם ששניהם הפקידו בידו ודאי הוי ידו כידם, אבל מנ"ל לומר הכי במוצא שיהיה ידו כיד בעלי הדינים, כיון שהם לא הפקידו בידו, ולהכי לא שייך בזה דין חלוקה, ודין דכל דאלים נמי לא שייך, דזה לא אמרינן היכי שמונח ביד אחד שיוציא החפץ מידו ולהיות כל דאלים, דאין לב"ד לעשות מעשה להוציא מידו לומר כל דאלים וכמ"ש הראשונים לעיל בריש מכילתין, ובע"כ לפסוק כאן דמונח:

תוד"ה לא כו' וא"ת דשבעה ימים ומחצה צריך כו', דברי התוס' דחוקים דאיך נימא דמשום דלא שכיחי שיירתא ואין הולך בלילה גם כל היום אין הולך דמ"מ איך יגיע לחשבון שיצטרך לילך ט"ו יום מה שהוא מהלך ג' ימים בשכיחי שיירתא, ולולי דבריהם היה נ"ל דהחשבון מכוון לג' ימים, דהנה זה ודאי אשר באבידה לא הטריחו יותר מדאי לחכות עד שילך ויבוא ברגליו, לפי שמי שחושש שאבדה לו אבידה מוכרח הוא לרכוב על סוס דכיון שאפשר לו למהר בואו ע"י שירכוב על סוס ודאי שמוכרח לעשות כן, ולא הטריחו יותר מדאי באבידה במקום שאפשר למהר, וכשילך ביום ובלילה על הסוס אז מכוון לשלשה ימים, ועוד פחות מעט, והוא דהנה הר"ן תי' עמ"ש התוס' לעיל, דהא ארץ ישראל מהלך ת' פרסה ולצד אחד הוי ל"ט יום, ותי' הר"ן דהא דסגי הכא בט"ו יום, היינו מפני שהיו רוכבים ומסגי טפי ע"ש, הרי נראה מזה דמהלך ש"צ פרסה, יכול לרכוב על סוסו בט"ו יום, ועולה ליום כ"ו פרסה, וכשהולך נמי ביום ובלילה, עולה נ"ב פרסה למעל"ע, ולפי"ז לפמ"ש התוס' דישוב יש בא"י רק מהלך ט"ו יום דהיינו ק"ן פרסה נמצא שברכיבה על סוס יעלה זה בג' ימים מעל"ע, דלפי החשבון דלעיל דבמעל"ע ירכוב נ"ב פרסה, בג' מעל"ע ירכוב קנ"ו פרסה, ונמצא דשפיר נקט בג' ימים, דעוד בפחות מג' ימים מעט יוכל לילך, רק דהאי פורתא לא חשיב, ודו"ק:

והנה בס' מ"ה תי' דודאי אין כוונת הש"ס שימתין באבידה ט"ו יום שאין לחוש כ"כ שדוקא האחרון שבנהר פרת הוא שאבד דאזלינן בתר רובא וסגי לחוש לאובדים הסמוכים ע"ש, ובמח"כ זה לא שייך כ"א כשאנו דנין על האבידה בפרט, אז עלינו לתלות דמהסמוכים נאבדה, אבל כשתקנו ההכרזה בדרך כלל, ודאי דעלינו לתקן אפי' למקום הרחוק, דאטו לא איתרמי שאדם היושב בקצה הגבול יאבוד אבידה, ועלינו לתקן גם עבורו שיוכל ליתן סימנים, וז"פ:

דף כח:

בגמ' ת"ר והשבותו לו ראה היאך תשיבנו לו שלא יאכיל עגל לעגלים כו', לולא משמעות הפוסקים היה נראה דהך ברייתא פליג על ברייתות הראשונות, דס"ל שגם בדבר שאינו

עושה ואוכל לא ימכור מיד, אלא ימתין כפי השעור שהוקצב בברייתות לכל אחד, והך ברייתא ס"ל דבדבר שאינו עושה ימכור מיד, דכיון דיליף מקרא דהשבותו שמחויב להשיב כל האבידה, א"כ גם אם יקיימם חדש או ג' חדשים, לא יוכל להשיב כל האבידה, דבע"כ ימכור עגל על המזונות של החדש, דהא אין סברא שהחדש או הג' חדשים יפרנסם המוצא משלו, וכן משמע מפר"ח דלהך ברייתא ימכור הכל מיד, וכן מוכח בשמ"ק בפי' הר' יהונתן ע"ש במ"ש ודבר שאינו עושה ואוכל ימכרם מיד כו', ועוד היה נראה שגם במתניתין דיליף נמי מקרא דוהשבותו, ס"ל נמי דבדבר שאין עושה אין שום קצבה, אלא ימכור מיד, והוי א"ש קושית המפרשים במתני' דכיון דדבר שעושה ואוכל נמי ימכור כמו דבר שאינו עושה ואוכל, ואין חלוק ביניהם אלא לענין זמן הטפול, דבעושה יטפל י"ב חדש, ובאינו עושה, חדש או ג', א"כ תנא דמתני' דלא נחית לפרושי זמן טפולן כמה הוא, אמאי פסיק ותני דדבר שעושה ואוכל יעשה ויאכל, ודבר שאין עושה ימכור, כיון דגם אין עושה צריך לקיים מעט, ולמ"ש דבאין עושה א"צ לטפל כלל אלא ימכור מיד א"ש, דבאין עושה ימכור מיד, ובעושה דצריך לטפל לא נקיט ימכור, כן היה נראה נכון לפי הפשט, אלא דמסתימת הפוסקים משמע שאין שום מחלוקת בשעור הקצוב לזמן טפולן, וכו"ע ס"ל דא"צ למכור מיד, דודאי לא הוי שתקי מלהזכיר דלמתני' ובברייתא אין שעור לאין עושה, והנראה דטעמם בזה, דיפרשו דהא דלא יאכיל עגל, היינו כל העגל לא יאכיל לשני עגלים, והיינו מחצית דמיו, וכמו שפרש"י כאן, ודוקא לקיימם זמן מרובה עד שעור כזה אסור, אבל לקיימם מעט ויאכיל מקצת עגל אין איסור בזה, ומחויב לעשות כן, ועיין במהרש"א שתמה על פרש"י, שכתב שלא יאכילנו חצי דמיו, והא לפום מאי דקאמר שלא יאכיל עגל לעגלים, היינו שליש דמיו, ולא אבין דהא כשנחשוב עגלים הנותרים, היינו ממש חצי דמיו, דאם מצא ג' עגלים כל אחד שוה סלע, אם ימכור אחד מהם להאכילם לשנים הנותרים, נמצא דמאכיל לכל אחד חצי סלע דהיינו חצי דמיה, ואכן בכ"ז תמוה לי פי' זה, דא"כ מה ענין הקצבה חדש או ג' חדשים, ניחזי לפי ערך המזונות, דאם יגיע מחצית הדמים בפחות משיעור הקצוב ג"כ אסור לקיימם יותר, ואם לא יאכלו חצי הדמים בשעור הקצוב הלא יוכל לקיימם יותר, ויותר היה נראה, דלפום מאי דיליף מקרא דהשבותו שמחויב להשיב כל האבידה, אסור לקיימם כלל וימכרם מיד, וכן משמע נמי בירושלמי דפירקין שלא זכר כלל משיעור הקצוב לקיום, אלא סתים ונקיט דאינו עושה ואוכל ימכר, אלא דבטלה דעתי נגד הפוסקים:

דף ל.

בגמ' לצורכו ולצורכה מאי, עיין ברא"ש שהק' אמאי לא פשיט ממתני' דקתני מצא ספרים קורא בהן, הרי שגם לצורכו מותר היכי דמכוון לצורכה, דאל"ה לא היה רשאי לקרות אלא לגלול, וכן מצא כלי נחשת משתמש בהן לצורכן, הרי שמותר גם להשתמש בהן, ומחמת קושיות אלו פי' בתוס' שדוקא בשטוח כסות מיבעי ליה כו' ע"ש, ומ"ש התוס' דבכלי נחשת אפי' לצורכו מותר, היינו היכי דאיכא נמי לצורכה, דלצורכו לחוד ודאי דלא שרי דהכי מפורש במתני' משתמש לצורכה, ובאשר רבים הק' על פי' התוס' והרא"ש, דא"כ מאי פשיט הש"ס מפרה ואמאי פסולה, נהי דלכתחילה לא יעשה שמא יניחנה לדוש אחר יניקה, מ"מ כשלא דשה אח"כ ודאי כשירה היא עיין במהר"ש, ולכן לענ"ד נראה ליישב קושיתם, דהנה מספר תורה ודאי לא קשה, דע"כ לא מיבעי לש"ס כ"א במקום דלצורכו לחוד הוי אסור מצד עצם התשמיש, שאסור להשתמש בשל חבירו, ולכן מיבעי אי הוי נמי לצורכה אי שרי, אבל בספר תורה אפילו לצורכו לחוד נמי אין שום איסור בעצם התשמיש, דהיינו הקרייה בו, דהא קיי"ל דניחא לו דתיעביד מצוה בממונו, ומה"ט כתב הרמ"א (באו"ח סי' י"ד) דמותר ליקח טלית של חבירו בלא ידיעתו, ומה שאסור בספר תורה, היינו משום דבקל עלול הוא שיתקרע, וכמ"ש הש"ך (בחו"מ סי' ע"ב), ולפי"ז עצם התשמיש דהיינו הקרייה בו אין איסור, ורק האיסור הוא הפתוחה והטלטול ולהכי היכי דאיכא נמי לצורכה, דמחויב לגלול ולפתוח לצורכה, וכיון דהפתיחה הוא בלא"ה שפיר יכול לקרות בו, דאפי' אי נימא דבכה"ג מיקרי לצורכו לחוד נמי שרי, דעצם הקרייה מותרת אפי' לצורכו לחוד, או אפשר כיון דהקרייה לחוד לא נחשב כהנאה, דמצות לאו ליהנות ניתנו, אבל בעלמא דעצם המלאכה אסור, אפשר דאפי' אי איכא נמי לצורכה אסור ליהנות, וזה נכון מאוד. וקושי' השניה מכלי נחשת נמי י"ל, דמיירי שמשתמש בה לצורכה לחוד, ובאופן שאין לו שום הנאה מתשמיש זה, וכגון היכי שיש לו כלים משלו ולא יגיע שום הנאה מתשמיש זה וכדומה, והוכחת התוס' מפקדון ודאי שאין ראיה, דהא רש"י והרא"ש פי' באמת מאי עבידתיה גביה, פי' אמאי מחויב כלל לטפל בה כיון שהבעלים כאן ע"ש, ולפי"ז אין מקום להוכחת התוס'. ועוד היה נ"ל דהיכי שנוטל מתחלה לצורכה ולטובתה, רק שממילא יקבל גם הוא הנאה, ע"ז לא קא מיבעי ופשיטא דשרי, מטעם זה נהנה וזה לא חסר, רק הבעיא הוא היכי שעיקר התשמיש מתכוון הוא לצורכו, אלא שממילא יגיע הנאה גם לצורכה, והכי משמע לשון הש"ס, לצורכו ולצורכה, דעיקר הלקיחה היה לצורכו, וצורכה ממילא קא אתי, דאי עיקר הלקיחה היתה לצורכה, הכי הול"ל לצורכה ולצורכו, ולפי"ז לא

קשה מס"ת וכלי נחשת דהתם י"ל דמיירי שלקחה להשתמש לצורכה, וממילא הגיע גם לו הנאה, ופשיט מברייתא דלא ישטחנה ע"ג מגוד דאפי' לצורכה ולצורכו נמי אסור, וא"כ אף אי נימא דמתניתין פליג ע"ז וס"ל דבכה"ג שרי, מ"מ לצורכו ולצורכה ודאי דלכו"ע אסור, שזה אין סברא דבברייתא הוי אוסר אפי' לצורכה ולצורכו ומתני' שרי אפי' לצורכו וצורכה, ודו"ק:

בגמ' הכניסה לרבקה, ורש"י פי' דרבקה היינו שמדבקים ג' בהמות זו אצל זו בצואריהן, ולא שייך לשון רבקה ע"ז, והר"ח פי' לרבקה לפטמה, מלשון עגלי מרבק, והר"ן הביא פי' הר"ח וכתב דלהכי לא ניחא לו שתדוש, דכיון שהעלה ע"מ לפטמה לא ניחא לו שתכחיש בדישתה. והנה נסתפקתי בזה דאמרי' דאם ניחא לו שתדוש אסורה ובלא ניחא לו שרי, אם היינו דוקא שלא ניחא לו שיגיע לו הפסד ומקפיד על הדישה, אבל אם לא מקפיד אע"ג דהנאה ג"כ אין לו אסור, או דוקא דניחא לו שיש לו הנאה הוא דאסור, אבל אם אין לו הנאה אע"ג דאינו מקפיד לא ניחא לו קרינן, ונראה שזה תלוי בין הפירושים הנ"ל, דלפי' הר"ח דכיון שרוצה בפטומה מקפיד שלא תוכחש, לא נוכל לילף כ"א דוקא במקום שמקפיד הוא דשרי, אבל במקום שאין מקפיד, אע"ג דהנאה נמי אין לו, ניחא קרינן ואסור, ולפרש"י דלא מיירי בעומדת ליפטום ואפי' אם תדוש ותוכחש קצת אין לו היזק מזה ואינו מקפיד ואפי' בכה"ג שרי, ומשמע דהא דניחא לו דאסור, היינו דוקא במקום שיש לו הנאה אז מיקרי ניחא, אבל אם אינו חושש איך שתהיה, לא ניחא מיקרי ושרי, אלא שיש לדקדק מה דחק לרש"י לפרש כן ולהוציא לשון רבקה ממשמעותו, ונראה דרש"י לשיטתו בזה, דבסמוך פירש דהכניסה לרבקה מיירי בעגלה ערופה, ועיין בתוד"ה בשביל, שהקשו אמאי מייתי הכא הך מתני' דשכן עליה עוף, אי משום דר"פ אמר למילתיה עלה, אמאי אמר ר"פ ע"ז ולא אמר אהך דהכניסה לרבקה, וכתב המהרש"א דקושיתם אינו כ"א לשיטת רש"י, דלשיטתם דהכניסה לרבקה מיירי נמי בפרה אדומה, א"כ לק"מ אמאי לא אמר אהך, דמאי אולמא האי מהאי, כיון דשניהם בפרה, אלא דלשיטת רש"י דהכניסה מיירי בעגלה וקרא דלא עובד כתיב נמי בעגלה, יקשה שפיר אמאי לא אמר אהך דהכניסה ע"ש, ובאשר באמת הקושי' עצומה לשיטת רש"י, לכן נראה שדעת רש"י בזה, דלהכי לא קאמר ר"פ למילתיה אהך דהכניסה שאז היינו יכולים לפרש דרבקה הוא כפי' הר"ח שהעלה לפטמה, וא"כ ע"י הדישה יגיע חסרון לבעה"ב ומקפיד להדיא ע"ז ודוקא בכה"ג שרי, אבל היכי שאין מקפיד להדיא, וניחא לו כך או כך אסור, להכי אמר ר"פ למילתיה אהך דשכן עליה עוף, והתם ודאי

ניחא ולא ניחא דמאי איכפת לו ואפ"ה שרי, שדוקא היכי דיש לו הנאה וניחא לו להדיא הוא דאסור, אבל ניחא ולא ניחא שרי, ומיושב קושית התוס', ודו"ק:

בגמ' אילימא לכהן בבה"ק פשיטא האי עשה, ופרש"י אע"ג דלא תעשה נמי איכא, אין ל"ת מועיל לדחות כו'. ודבריו הם ממש דברי הרי"ף, שכ"כ דלגבי הנדחה חשבינן גם הל"ת, אבל לגבי דוחה לא חשבינן כ"א העשה, הסבר הדבר, דטעם דעשה דוחה ל"ה משום דהתורה גילתה בזה שגדול זכות קיום העשה מאיסור עבירת הלאו, ולהכי עשה לעשה או ל"ת לל"ת לא דחי, דמ"ש הא מהא, והנה אם אדם מקיים מצוה כזה אשר במניעתה עובר בל"ת, אז כשיקיימה אין לו הזכות כ"א בעד קיום העשה, שאף דעי"ז נמנע גם מעבירה אין נחשב זה כזכות, ואמנם לגבי העובר עבירה שיש בה ל"ת ועשה, האיסור הוא בעד שניהם, ולהכי לא דחי, כיון דלמקיים אין נחשב הזכות כ"א בעד העשה, ולגבי העובר נחשב העבירה בעד שניהם, והנה הר"ן הקשה, היאך אמרינן כאן האי עשה, הא אמרינן לעיל (דף כ"ו) דעשה דהשבה אינה כ"א בדמטי לידו, והמתין עד שנתייאשו אין עובר כ"א בלא תוכל להתעלם, ועיין במהר"ם שי"ף שפי' לתרץ דה"ק דנהי דבצד העובר אם יעבור ולא יגביהנה ליכא כאן עבירת עשה, מ"מ בצד המקיים, דאם יגביהנה לקיים מצות השבה אז יקיים המצוה, וה"פ האי עשה, אם יקיים, וא"כ יאמר אני אלך להגביה ואקיים העשה ע"ש שזה כוונתו. ולי נראה שלבד שלא קשה מהכא אגמרא דלעיל, אדרבה מכאן יהיה ראיה דעשה אין חל כ"א בדמטי לידו, דאי כדברי הר"ן שגם קודם שהגביהה עובר גם על העשה, א"כ קשה דמאי פריך הכא ל"ל קרא, דמשמע דפשיטא הוא דעשה ול"ת דטומאה דוחה לאבידה, ואמאי כיון שגם באבידה אם יעבור ולא יגביהה יעבור נמי בל"ת נעשה, וא"כ מאי חזית דאבידה נדחה מפני טומאה אימא להיפוך, דטומאה ידחה מפני אבידה כיון דבשניהם יעבור על ל"ת ועשה, ועוד דטומאה הוי אינו שוה בכל ואבידה שוה בכל, וא"כ שפיר איצטריך קרא להכי לאשמועינן דאבידה נדחים אע"ג דשניהם שקולים, אלא ודאי שהעשה דהשבה אין חל קודם ההגבהה ורק הל"ת איכא, ולהכי פריך שפיר קרא למה לי, דהא פשיטא דאבידה נדחית, דאם הקרא אתא לקודם הגבהה שמותר לו לעבור, בלא קרא נמי ידעינן, כיון דבאבידה לא יעבור כ"א בל"ת, ובטומאה יעבור בל"ת ועשה, ואם הקרא אתא לאחר שיקיים, פי' שלא יאמר אגביה בכדי שאקיים, האי עשה, דאם יגביה אין לו כ"א זכות העשה, דמניעת העבירה לא נחשב לזכות, ובטומאה יעבור על שניהם, וא"כ על צד המקיים לא נוכל להשגיח שגם שם אינה כ"א זכות עשה, ועל צד העובר ודאי שלא

נשגיח כיון שבטומאה יעבור על שניהם, ובאבידה אינה כ"א ל"ת, ושפיר פריך קרא למה לי, וכנ"ל ודו"ק:

דף ל:

תוד"ה אלא לזקן כו' ומהכא לא ידעינן כו', ונ"ל דמהכא לא ילפינן דדחי, דמהכא י"ל שלאו מטעם דחוי קאתינא אלא משום דלא הוזהר כלל על מצוה זו, דבשלמא התם בקרא דולאחותו, שמצות פסח הוזהרה בסתם ולא נכתב בה שום רמז ליוצא מן הכלל, וקרא כי אתא על כל האופנים אפי' במקום מת מצוה נמי שייך במצות פסח, וכי נילף מלאחותו למיפטרא בע"כ שהיינו מטעם דחוי, אבל הכא בהשבת אבידה דבקרא גופא איתא והתעלמת להורות שזקן אין מוזהר, ועליו לא קאי כלל הלאו דלא תוכל להתעלם, וא"כ אין זה מטעם דחוי ולא נוכל למילף מינה לענין דחוי, ודו"ק:

ברש"י ד"ה הכישה נתחייב בה דכיון שהתחיל בהשבה ונתחייב לעשות השבה מעלייתא, ומלשון זה משמע שלאו דוקא בבעלי חיים אלא בכל אבידה נמי הדין כן, ויותר מפורש כן ברמב"ם (פי"א מאבידה) שכתב בטעם הדבר, שכבר התחיל במצוה, ולטעם זה משמע שבכל אבידות כיון שהתחיל במצות השבה מחויב לעשות השבה מעלייתא, וכבר הקשו כל הראשונים דהא במס' (ב"ב דף פ"ח) אוקמינן להא דרבה בבע"ח דוקא ומשום דאנקטה ניגרי ברייתא, והן אמנם בדברי הרמב"ם היה נראה לכאורה ליישב, דמסוגיא דהכא היה לו הכרח, דהאי דב"ב דמוקמא בבע"ח לאו דסמכא היא ודחויי בעלמא הוא, והיינו משום דקא מיבעי אח"כ, דרכו להחזיר בשדה כו' או דילמא בשדה מיהא מחייב וכיון דאיתחייב בשדה חויב אף בעיר משום דהזיזה ממקומה, הרי משמע שזה פשיטא להש"ס דאם אך הזיזה ממקומה בשדה מחויב להחזירה אף בעיר, והיינו מסתמא מטעם דכיון שהתחיל במצוה דהא בעיא סתמא קא מיבעי ובכל אבידות נמי, ובע"כ דההיא דב"ב דחויא בעלמא הוא וכמ"ש הב"י (סי' רס"ג), אכן באמת לא דמי הדין דרבה לבעיא דידן, דבבעיין כיון דבשדה מיהא איתחייב, נעשה שפיר בהגבהתו שומר אבידה ומחויב עשות בה השבה מעלייתא, וכמ"ש התוס' לעיל (דף כ"ה ע"ב) ד"ה ואם נטל, גבי ספק אבידה, דבהגבהה נעשה שומר אבידה ומחויב לעשות בה השבה מעלייתא, אבל גבי הדין דרבה דליכא עליו שום חיוב להשיבה, וא"כ כי התחיל בהשבתה מאי הוי, ובשלמא בבע"ח חייב עכ"פ מטעם שגרם היזק בזה שהכישה, אבל בשארי אבידות אמאי חייב כיון דלא נתחייב כלל בהשבה, ועמ"ש התוס' לעיל מפורש

כן, דבזקן ואינה לפי כבודו, דלא נתחייב בהשבתה, אפי' כי הגביה ממקומה נמי לא, ועמ"ש רעק"א בחדושיו, ועיין עוד מ"ש הנמוק"י והב"י, וצ"ע:

בגמ' כל שבשלו מחזיר בשל חבירו נמי מחזיר, ומהרש"ל הקשה דלפי"ז מאי איכא בין זקן לכל אדם, דאם בשלו אינו מחזיר אפי' אדם דעלמא נמי פטור, ואם בשלו מחזיר אפי' זקן נמי חייב ע"ש, ומכח קושיא זאת היה נ"ל ראיה לשיטה הריטב"א המובא בשמ"ק, שדוקא בזקן שהוא חכם בתורה ומשום כבוד תורתו דחי לה, אבל זקן או נכבד דעלמא לא חשיב אינה לפי כבודו, אלא או יטפל בה או יחזיר דמיה, ולפי"ז האי כללא דבשלו מחזיר, היינו נמי דוקא בזקן ות"ח, אבל אם אינו ת"ח אע"ג דאינו מחזיר בשלו, בשל חבירו מיהא מחויב להחזיר, ושפיר איכא נ"מ טובא בין זקן לאדם דעלמא, ומיושב קושית מהרש"ל, אכן הרמב"ם (בפי"א מאבידה) וכן בחו"מ סו' רס"ג כתבו דאם היה חכם או זקן מכובד, משמע מזה דכל אדם שאינה לפי כבודו לטפל בה פטור מהשבה, וא"כ יש להבין באמת מאי איכא בין זקן לאדם דעלמא. ונ"ל ליישב בשנדקדק בדברי רבא דאינו אומר כ"א צד אחד, דכל שבשלו מחזיר, בשל חבירו נמי מחזיר, ולמה לא פירש גם צד השני, דאם בשלו אין מחזיר בשל חבירו אין מחזיר, ונראה משום דהאי לאו כללא הוא, דדוקא אם לפי כבודו באמת אין ראוי להחזיר בשלו, אז פטור מהשבה, אבל אם לפי אומדן דעתינו במצב כבודו כי ראוי הוא לטפל בכה"ג בשלו, ורק הוא רוצה לנהוג סלסול בעצמו להתנהג כמנהג המכובדים ולא לטפל אפי' בשלו, בכה"ג חייב בהשבה אפי' אם גם בשלו אין מחזיר, דבשלו הוא דרשאי לוותר ולא בשל חבירו, ולהכי נקט רבא רק צד הראשון, דצד הזה הוי כללא שפיר, דאם אך מחזיר בשלו, ודאי מחויב גם בשל חבירו, אבל צד השני לאו כללא הוא, דיש שבשלו אינו מחזיר ואפ"ה בשל חבירו חייב, ולפי"ז דדוקא במי שהוא זקן שאינו ראוי לכבודו באמת אין חייב להחזיר אם בשלו אין מחזיר, אבל בשארי אנשים שרק הם בעצמם נהגו סלסול, מחויב להחזיר בשל חבירו, אפי' במקום שבשלו אין מחזיר ושפיר איכא נ"מ בין זקן לאדם דעלמא ומיושב קושית מהרש"ל, ועמ"ש בסמוך:

בגמ' והא ר' ישמעאל זקן ואינה לפי כבודו הוי, מכאן קשה לי לכאורה על מה שכתבתי זה כבר בטעם וזקן ואינה לפ"כ דפטור, אשר באמת יש לתמוה איך שייך לומר על עשיית מצוה שאינה לפי כבוד האדם, והלא אדרבה זהו כבודו וזכותו שזכה לעבוד את ה' בגופו, ועל משה רבינו נכתב התאר, כי עבד ה' הוא, ומצינו נמי במס' שבת, שכמה אמוראים התעסקו בעצמם במלאכות בזויות לכבוד שבת, והטור או"ח (סי' ר"ן) לאחר שהביא שם האמוראים ופעולתם סיים ע"ז וז"ל ומהם ילמוד כל אדם ולא יאמר לא אפגום כבודי

כי זהו כבודו שמכבד את השבת ע"כ, ובמש"ז שם כתב דמכוון ליישב בזה, איך הקילו בכבודם הא גדול כבוד הבריות, לזה מסיים שאדרבה זהו כבודם שעוסק במצוה, וא"כ איך פטרינן לו הכא ממ"ע דאורייתא משום דאין לפי כבודו, וחלקתי דבדבר שניכר לכל שעושה בזה לכבוד הש"י ועוסק במצוה, דהפעולה בעצמה מוכיחה שמלאכת שמים הוא, כמו מלאכות דערב ש"ק, שזמנן מוכיח עליהם שלצורך כבוד שבת הוא עושה, ודאי שמצוה הוא לעשותן, ואין זה שום זלזול בכבוד כי אדרבה זהו כבודו, משא"כ הכא בהשבת אבידה, שעצם הפעולה אינה מוכיחה, אם מלאכת שמים או מלאכת עצמו הוא וכגון מי שמצא חמור חבירו תועה בדרך, והמוצא יטפל בו להשיבו, בפעולה הזאת אין ניכר, אם בחמור של אבידה הוא מטפל, או בשל חמור שלו הוא מטפל, שזה אין נאה לת"ח, ולהכי פטרוהו, ועפי"ז אמרתי לפרש מ"ש רבא לעיל, דכל שבשלו מחזיר בשל חבירו נמי מחזיר, דה"פ דשל חבירו מחויב היה להחזיר בכל גווני, כי זהו כבודו, ורק מפני החשש שיחשדוהו שמא שלו הוא, ובשלו הוא דאסור לבזויי נפשיה, ולכן אם האבידה היא כזה שאין בה פגם לטפל אפי' כשהיא שלו, ממילא מחויב להשיבה, דאפי' אם נחשדו ששלו היא נמי אין בה פגה, וז"ש כל שבשלו מחזיר, פי' שהאבידה היא מסוג זה, שרשאי לטפל בה כשהיא שלו ודאי, בשל חבירו נמי מחזיר, ומיושב בזה נמי קושית מהרש"ל שהבאתי לעיל בדבור הסמוך ע"ש, ואם כי הדבר נכון מצד הסברא, אבל תמוה זה מן הש"ס, דא"כ מאי פריך הכא על ר' ישמעאל דאינה לפי כבודו, הא הכא אם היה טוען המשא לחבירו, היה ניכר שעושה בזה לצורך מצוה ואפ"ה פטרינן ליה מטעם שאינה לפי כבודו, אע"ג דמצות טעינה, פעולתה מוכחת דמלאכת שמים היא, והן אמנם דבזה היה אכתי מקום ליישב ולומר דנחשוב אולי עושה בשכר שאין זה מצוה, אלא אכתי יש לעיין במס' סנהדרין (דף י"ח ע"ב) גבי כוה"ג דמעיד ופריך ע"ז והא כתיב והתעלמת ע"ש, הרי דרצה לפטרו מלהעיד מפני שאינה לפי כבודו אפי' במלאכה דניכר שעושה לצורך מצוה כמו עדות, וכן מה דקיי"ל דאם הב"ד קטן אין מחויב העד לילך ולהעיד, משמע שאפי' במקום שניכר לכל שלצורך מצוה עושה, אפ"ה פטרינן ליה מטעם שאין לפי כבודו, ובע"כ דבדבר שבממון אין מחויב לזלזל עצמו אפי' לצורך מצוה, והיינו דאיכא בין כל הני דפטור מטעם אינה לפ"כ, להההיא דמס' שבת, שוב ראיתי בתשובת חו"י קצת מזה, ועמש"ש:

בגמ' יהיב לו פלגא דזוזי ואפקרה, ראיתי מקשים כיון דמעות אינן קונות רק משיכה בעינן וא"כ איך יכול להפקירה הא אינה שלו עדיין, ולענ"ד איני רואה בזה שום קושיא, דכל עיקר הטעם דבעינן משיכה הוא בכדי שלא יאמר נשרפו חטיך, וא"כ לא שייך זה

כ"א בדבר שהוא רוצה לקנות וליקח החפץ לעצמו, אבל הכא שר' ישמעאל לא יחפץ כלל בחפץ הזה ואינו חושש אפי' אם ישרף, שפיר הדר לדינו דמעות קונות, ועוד דבלא"ה כדבר שאינו מצוי לא תקנו דמשיכה קונה וכמ"ש בחו"מ א קצ"ט) ובכה"ג ודאי קנייה שאינה מצויה היא שיקנה ע"מ הפקירה ודו"ק. והנה בפנ"י נתעורר עוד להקשות, למה הוצרך להפקירה ולא מחל בלבו ע"ש, ולא אבין הא מחילה לא מהני כ"א בחוב ולא בדבר בעין וכמבואר בחו"מ (סי' רמ"א) ברמ"א ס"כ:

תוד"ה אפקרה, והא דאמרי' גיגית כו', אנן סהדי שהוא מפקירו כי היכי דלא ליעביד איסורא, פי' דעיקר הטעם דבעינן הפקר בפני ג' כדי שיהא אחד זוכה ושנים מעידין, וא"כ הכא דאנן סהדי דמפקיר לא בעינן עדים אחרים, וק"ל:

במתני' החזירה וברחה אפי' ד' וה' פעמים חייב שנא' השב תשיבם, פשטות המשנה משמע דנפקא ליה מייתורא דקרא דתשיבם והכי פי' הרע"ב להדיא ח"ל השב תשיבם התורה ריבתה השבות הרבה, ומאוד תמוה זה דהא בסוגין לקמן אמרינן דהשב אפי' מאה פעמים משמע בכמה מיני אבידות, וכגון אם השב לו אבידה אחת ואח"כ נאבדה לו אחרת שלא יאמר כבר קיימתי בו השבה, ע"ז אתא קרא דהשב שאפי' מאה פעמים, ועדיין אני אומר שבאבידה אחת אם השב לו פעם אחת והחזירה וברחה שלא יחזור לו עוד, ע"ז אתא קרא דתשיבם לרבות השבות הרבה אפי' באבידה אחת, וא"ת הא אכתי יקשה דבעינן קרא ותשיבם שלא בעינן דעת בעלים והיכי נפקא מינה להחזירה וברחה, די"ל דתרתי שמעת מינה שחייב להשיב כמה פעמים, וגם בכל אופן שהחזירה סגי, וכה"ג איתא בר"ן ורמב"ן לענין הוכח תוכיח דסוגיין, ע"ש:

דף לא.

תוד"ה ל"ל, עמ"ש לקמן דף ל"ב ע"ב ברש"י ד"ה זקוק, ליישב קושית התוס' דהכא בטוב לשיטת רש"י:

דף לא:

נותן לו שפרו כפועל בטל, באס"ז הביא קושית הריטב"א מ"ש דהכא אין נותן לו שכרו משלם, ואילו לקמן גבי רועה שקדם ברועים בשכר שהוא חוזר ונוטל מבעה"ב כל מה שהוציא ע"ש, ובאמת הא דין זה דומה ממש לדין דרועה, דגם הכא נוטל מה שהפסיד, ומה שאין נוטל כ"א כפועל בטל, היינו משום דכיון שהוא היה עסוק במלאכה כבידה ואמרינן דעתו שמסתמא ניחא לו במנוחה ממלאכתו הכבידה וליקח פחות, והתם שאין

מבטל ממלאכה כבידה שפיר נוטל כל מה שהפסיד, ועיין בסמ"ע (סי' רס"ה סק"ח), וכן מוכח בתוס' בסוגיין דמשוה דין דרועה דהכא, וז"ל בקושיתם דהכא משלם כו', וכן גבי רועה כו', ומלשון וכן משמע שהושוו כדינם, והנה הריטב"א שם כתב בשם התוס' חי' אחר, דגבי רועה אין עושה מרצון נפשו משום השבת אבידה, אלא משום שמירה שנעשה שלוחו של בעה"ב וכדין שליח נוטל מה שהוציא, ולפמ"ש דעת התוס' כמ"ש, ודו"ק:

דף לב.

ואמאי האי עשה והאי ל"ת ועשה כו', פי' דאי יגביה לאבידה אד מ"ע בהשבתה, דכל זמן שלא הגביה, לא תעשה בלחוד הוא דאיכא ולא עשה וכדקאמר לי (דף כ"ו ע"ב) ועמ"ש לעיל (דף ל') מזה, והנה בשמ"ק הקשה דמאי פריך, הא אמרינן לעיל דלא דחינן איסורא מקמי ממונא א"כ לית לן למידחי עשה דכבוד מפני השבת אבידה, ונ"ל דעשה דכבוד נמי דומה לממונא לענין זה, דהא עיקר הטעם דלא דחינן איסורא מקמי ממונא, היינו משום כיון דממונא הוא וביד בעל הממון למחול, להכי במקום איסורא מחויב למחול שלא יעבור זה האיסור עי"ז, וכמו שאם הוא עצמו היה מוצא לאבידתו בביה"ק שאסור לו ליטמא, כן נמי המוצא פטור וכמ"ש בשמ"ק לעיל, וא"כ מ"ע דכבוד נמי שהאב יכול למחול על כבודו, משו"ה הוי כמו כדבר שבממון לענין זה, ואע"ג דבמס' כתובות (דף מ' ע"א) בת"י כתב, דעשה דכבוד לא נכנס תחת הסוג, דאי אמרה לא בעינא מי איתא לעשה, דמ"מ מיד כשצוה הוי מ"ע לשמוע דבריו, היינו רק לענין זה דתתקרי מיהא מצוה, דבשארי דברים שמצי לומר לא בעינא, לא מיקרי כלל, מ"ע, לזה אמר דהשבת אבידה עשה מיהא מיקרי, אבל הכא שאנו דנין אם מיקרי כאיסורא או כממונא, שפיר אמרינן דכממונא מיהא מיקרי דמחויב האב למחול ולא לצוות במקום איסור, דאפי' עתה כשכבר צוה הלא יכול עוד לחזור ולמחול על כבודו, ומשו"ה מצוה כזו קל היא לדחות, ודו"ק:

בגמ' פריקה בחנם טעינה בשכר, בכדי לבאר כל שיטות דהראשונים שבדין זה מוכרח אנכי להאריך קצת, כי לענ"ד מחלוקת עצומה בזה, הן הרא"ש בסוגיין ס"ל דהא דפריקה בחנם, היינו רק כשהוא בטל ממלאכתו ואין לו הפסד א שיתעסק לפרוק, אבל אם הוא פועל שצריך לבטל ממלאכתו נוטל שכר כפועל בטל וכמו באבידה דהוי הדין כן, ומינה דהא דטעינה בשכר, היינו שכר משלם ואפילו בטל ממלאכתו נמי נוטל שכר, ודעת הר"ן דהא דפריקה בחנם, היינו לגמרי בחנם ואפי' כפועל בטל אין נוטל, ומינה דטעינה בשכר היינו רק כפועל בטל, אבל אם בטל ממלאכתו אין לו ליטול שכר אפי'

בטעינה, זהו המתבאר מתוך דבריהם ע"ש, ולעד"נ שגם רש"י ותוס' בכולה סוגיין נחלקו במחלוקת הרא"ש והר"ן, דז"ל רש"י בד"ה לומר לך, הלכך אי לא כתב פריקה ואתיא מק"ו מטעינה הו"א דיו לבא מן הדין כו' מה טעינה בשכר אף פריקה בשכר ע"כ, משמע להדיא מדבריו דייתורא דפריקה לגופא אתא להורות על פריקה דבחנם, וטעינה דבשכר ידעינן מסברא, ואכן מתוס' לעיל (דף ל"א ד"ה למה לי) משמע להיפך, דהקשו היכי אמר דאי אשמועינן טעינה דבשכר, הא לא ידעינן טעינה דבשכר כ"א משום דנכתב פריקה ע"ש, הרי משמע דייתורא דפריקה להורות על טעינה דבשכר אתא, דאי כרש"י דטעינה בשכר ידעינן מסברא אין מקום לקושיתם, ועיין במהרש"א שדחק להבין יסוד טעם פלוגתתם בזה. ול"נ דטעם פלוגתתם כן, דהנה באמת כל מצות שבתורה מחויב האדם לעשותן בחנם, ורק במצות השבת אבידה גילתה התורה דין חדש, דאם הוא פועל וצריך לבטל ממלאכתו רשאי לטול שכר כפועל בטל, ודין זה נאות בטעמו ג"כ, דכיון שעיקר המצוה הוא להציל לחבירו מן ההפסד, א"כ במקום שיגיע הפסד להמציל, פשיטא דשלו קודם, וחיוב המצוה הוי דוקא כשהוא בטל ממלאכה, ולפי"ז גם במצות פריקה וטעינה, שעיקר המצות הללו לא באו כ"א להציל מן ההפסד כמו שנבאר להלן, דע"י שהבהמה מצטערת אית בה חסרון כיס שהבהמה נשברת תחת משאה וכמ"ש רש"י, וגם בטעינה אית בה צער קצת כמ"ש הראשונים, וכ"ש היכי דבטיל נמי משוקיה דאית בה חסרון כיס וכמ"ש לקמן, להכי אם לא היה יתורא בקרא, אז היה הדין בשניהם כן, דבמקום שאין מתבטל ממלאכתו, היה צריך לטעון ולפרוק בחנם, ובמקום שמתבטל ממלאכתו, צריך לטול כפועל בטל, ורק כיון דהכא איכא ייתורא בקרא, לזה נוכל להרויח אחת משתי אלה ע"י הייתור, או שנימא דהייתור בא להורות על פריקה דבחנם לגמרי, ולא דמי לאבידה, ואז יהיה בטעינה בשכר, היינו רק כפועל בטל, אבל לא שכרו משלם, דכיון דמ"ע היא מחויב הוא לעשותה כל זמן שאין לו הפסד, או שנימא דהייתור בא על טעינה דיהא רשאי ליקח שכרו משלם, ואו בע"כ בפריקה נוטל כפועל בטל, דכיון דליכא יתור הרי דומה לאבידה, ולפי"ז נוכל לעמוד על יסוד הפלוגתא דרש"י ותוס', דרש"י דס"ל דייתורא דפריקה בא להורות על פריקה דבחנם, בע"כ שסובר כהר"ן דהא דבחנם, היינו לגמרי בחנם, ושפיר הוצרך קרא לזה, והתוס' דס"ל דייתורא בא על טעינה דבשכר, ובע"כ דיפרשו דהיינו כל שכרו, דאי רק כפועל בטל לא צריכא קרא לזה דמ"ש מאבידה, וא"כ ע"כ כהרא"ש ס"ל דפריקה בחנם, היינו רק כפועל בטל, דכיון דע"ז ליכא ייתורא הרי דומה לאבידה, שבמקום הפסד אין מחויב דשלו קודם:

אלא דאכתי יש להבין טעם התורה גופא בזה, ובשלמא לשיטת התוס' והרא"ש, דייתורא בא להורות דבטעינה נוטל כל שכרו אפי' במקום א לו הפסד, אע"ג דבאבידה כה"ג היה מחויב בחנם, היינו משום דבאבידה יש חסרון כיס גמור שהאבידה נפסדת מבעליה לגמרי, אבל בטעינה שאין ההפסד גדול, ואפי' כשבטיל משוקא אין זה נמי כ"א מניעת הריוח, ולא חסרון ממש, להכי נהי דמחויב לעשות אבל שרי ליטול שכר ע"ז, אבל לשיטת רש"י והר"ן דהייתור בא על פריקה דבחנם לגמרי אפי' במקום הפסד, וא"כ יש להבין מה ראתה התורה לשנות דינו מאבידה, דאמרינן בה דשלו קודם, ולהכי נראה בטעם הדבר, שיסוד פלוגתתם יש פלוגתא בש"ס גופא, דלרבא דסובר צב"ח דאורייתא והק"ו הוא משום צב"ח, שפיר י"ל כשיטת רש"י והר"ן דהוי בחנם לגמרי, ואע"ג דבאבידה אמרינן שלו קודם, היינו משום דעיקרו לא בא אלא להצלת ממון, להכי אין לו להפסיד שלו, אבל בפריקה דעיקרו משום צער הבהמה, מחויב בחנם, והיינו שגילתה התורה ע"י ייתורא דפריקה, אבל לר' יוה"ג דס"ל צב"ח לאו דאורייתא ואפ"ה ס"ל דטעינה בשכר, ולדידיה הוי הק"ו משום חסרון כיס וכמ"ש בתוד"ה מכלל, וא"כ פריקה לא עדיף מאבידה, דבאבידה ודאי הוי חסרון כיס גדול, ולא נוכל לומר דהייתור בא לפריקה דהוי בחנם לגמרי, דמ"ש מאבידה, אלא ודאי שהיתור בא על טעינה דהוי בשכר, היינו שמותר ליטול שכר אפי' שלא במקום הפסד, דכיון שאין החסרון כיס גדול מזה, לא דמי לאבידה ומותר לטול שכר:

ועפ"י הדברים שכתבנו נוכל להבין דעת הרמב"ם (בפי"ג מהל' רוצח) שכתב בהמת עכו"ם ומשא ישראל וכו' אין זקוק. ותמה הכ"מ דעכ"פ יהא חייב משום צב"ח, ואין לומר דס"ל כריוה"ג דיחידאה הוא, ולזה הוכיח דס"ל לרמב"ם צב"ח דאורייתא, והכא מיירי בטעינה, וכ"כ הסמ"ע (סי' ער"ב) ולבד הדוחק שבתירוץ הזה, עוד מה יענה למ"ש הרמב"ם שם, דאם הבעלים אומרים עליך מצוה פרוק אין זקוק לה, ובסוגיין מקשה אמאי אין זקוק לה, לחייב משום צב"ח, ומשני דפטור בחנם וחייב בשכר, וא"כ הרמב"ם שסתם וכתב פטור, ולא כתב דבשכר מיהא חייב, נראה להדיא שסובר דצב"ח לאו דאורייתא. ונ"ל שבאמת ס"ל להרמב"ם הכי דצב"ח לאו דאורייתא וכמו שהוכחתי, ובכ"ז לא קשה קושית הכ"מ מה ראה לפסוק כריוה"ג דיחידאה הוא, דהיינו משום שיש לו הכרח מן הסוגיא דלמסקנא כו"ע ס"ל כריוה"ג, דהנה בסוגיין מוקי בריתא דרובץ ולא רבצן כריוה"ג ופריך מסיפא ומשני לעולם ריוה"ג ובטעינה סבר כרבנן, וניחזי אנן, דלריוה"ג דסובר צב"ח לאו דאורייתא, הוי הק"ו מחסרון כיס, וא"כ בע"כ שלא נוכל לומר דהייתור בא להורות על פריקה דבחנם לגמרי, דמה ראתה התורה לשנות דינו מאבידה, אל היתור

בא על טעינה דבשכר, היינו שנוטל כל שכרו ואפי' במקום שאין לו הפסד, ומדקאמר דריוה"ג ס"ל בטעינה כרבנן מכלל שגם רבנן נמי ס"ל הכי, דטעינה בשכר היינו כל שכרו, דאי לרבנן יהיה הכוונה טעינה בשכר, דהיינו כפועל בטל, לא הושוו להדדי, ומדהשוה אותם בע"כ שגם רבנן הכי סבירא להו, וא"כ מוכח שגם רבנן ס"ל דצב"ח לאו דאורייתא, דאי כרבא ס"ל דצב"ח דאורייתא, נהיה מוכרחים לומר דייתורא דפריקה על פריקה אתא, דבחנם לגמרי משום צב"ח, ועל טעינה דליכא יתורא ודאי דנוטל כפועל בטל, ואין זה כטעינה דריוה"ג, אלא ודאי שלמסקנא כו"ע לית להו דרבא וס"ל כר' יוסי הגלילי דצב"ח לאו דאורייתא, הרי מצינו מן הש"ס מקור לרמב"ם ועיין במנ"ח מצוה פ' שכתב נמי בדעת הרמב"ם דס"ל צב"ח לאו דאורייתא וכ"כ נמי הפנ"י, ודו"ק:

אלא דלפי"ז יש להבין סברת הרא"ש בסוגיין, שפוסק להדיא דצב"ח דאורייתא ואפ"ה פוסק דהא דפריקה בחנם, היינו כפועל בטל, וי"ל דהרא"ש סובר דאע"ג דהק"ו הוא משום צב"ח מ"מ כוונת התורה במצות פריקה אינה משום צב"ח, אלא דהאזהרה והמצוה אינה כ"א מחמת חסרון כיס, וצב"ח הוא מהלכה למ"מ, וכדמשמע מלשון רש"י בסמוך בד"ה זקוק, שצב"ח ופריקה שני ענינים הם, מצות פריקה מקרא דעזב תעזב, וצב"ח מהלכה למ"מ, ולפעמים שפטור מצד מצות פריקה וחייב משום צב"ח, ואפ"ה יכול למילף ק"ו, כיון דס"ס יש בפריקה צב"ח שהיא נמי מה"ת, וכיון דמצות פריקה אינה כ"א מחמת חסרון כיס, הרי היא דומה לאבידה ושרי לטול כפועל בטל במקום הפסד, וא"ל דנהי דמצד מצות פריקה שאינה כ"א אזהרת ממון להציל מן ההפסד שרי ליטול שכר, מ"מ יחויב לעשותה בחנם משום צב"ח, ומ"ש מצוה דצב"ח מכל המצות שבתורה שהם חובת הגוף דמחויב לעשותם בחנם, די"ל כיון דצב"ח לא בא במ"ע מפורש ורק ידעינן זה מהלכה למ"מ, לא דמי לשארי מ"ע המפורשות, ושרי לטול שכר ע"ז. או די"ל והוא העיקר, דהרא"ש סובר כשיטת הנמוק"י דס"ל שמותר לטול שכר בעד צב"ח, דאיסור דצב"ח היינו רק במקום שמצערה שלא לצורך אדם, אבל לצורך אדם הותרה צב"ח וכמ"ש הפסקי תוס' (בע"ז דף י"א) ואפי' שכרו משלם יכול לטול במקום צב"ח, וכמו שנוכיח לקמן שגם דעת התוס' כן הוא, ועמ"ש בסמוך ברש"י ד"ה זקוק, והכי מבואר להדיא ברא"ש שזהו הנ"מ בין פריקה לצב"ח, דבצב"ח שרי לטול שכר, והר"ן ס"ל להדיא דאסור לטול שכר בצב"ח, וכמ"ש הנמוק"י בסוגיין ע"ש הר"ן ע"ש, וגם הרמב"ם סובר בזה כהר"ן דאסור ליטול שכר, ולהכי הוכיח שפיר דלמסקנא לא סבירא להו לרבנן צב"ח, דאי משום צב"ח היה צריך להיות פריקה בחנם לגמרי וטעינה כפועל בטל, ואין זה כר' יוסי הגלילי וכמ"ש, ועמ"ש בסמוך מזה:

ברש"י ד"ה לומר לך, עמ"ש בגמ' ולקמן בע"ב בד"ה זקוק:

דף לב:

בגמ' ואפי' לר"ש משום כו' אבל מסיימי קראי דרשינן ק"ו, וקשה למה לי הדיוק דהוי דרשינן ק"ו, הא מגופו מוכח דכיון דאמר דלא מסיימי קראי, ואם היה נכתב חד קרא הוי מוקמינן לפריקה דעדיף, ומשום מאי עדיף הוא, משום צב"ח, ומוכח דצב"ח דאורייתא, ונ"ל שמזה דפריקה עדיפא מטעינה אין ראיה עוד דהוי משום צב"ח, די"ל דהעדיפות הוי משום חסרון כיס, או משום דצערא דמרא גדול יותר בפריקה, דעי"ז שהבהמה מצטערת ומתקלקת יצטערו גם הבעלים, ורק עיקר ההוכחה הוא מזה דאמרינן דפריקה בחנם, שזה הוי ודאי משום צב"ח דאי מחמת חסרון כיס, מ"ש מאבידה דנמי אית בה חסרון כיס ואפ"ה רשאי ליטול שכר כפועל בטל, אלא ודאי משום דבפריקה איכא צב"ח, וכ"כ הר"ח בקצרה, שההוכחה הוי מזה שפריקה בחנם, ובלא"ה נמי צ"ל כן כמ"ש המהר"ם שי"ף ע"ש, ולזה הוכרח לסיים, הא לא"ה דרשינן ק"ו, וכלומר לאו אק"ו סמיך אלא משום דאי דרשינן ק"ו אז אמרינן דפריקה בחנם. אכן הא תינח לשיטת רש"י והר"ן שהבאתי לעיל דס"ל דפריקה לגמרי בחנם משום צב"ח, אנן לשיטת הרא"ש שגם בפריקה נוטל כפועל בטל כמו באבידה, וא"כ מזה דפריקה בחנם לא נוכל להוכיח צב"ח, ובע"כ שההוכחה הוא מן העדיפות דפריקה מטעינה וא"כ יוחזר הקושיא דלעיל. ולכן נראה באופן אחר, די"ל דאה"נ אי לא הוה כתיב כ"א חד קרא, והוה מוקמינן לו בפריקה, היה מוכח דצב"ח דאורייתא, מ"מ השתא דכתיבי תרי קראי יש לומר דלהכי כתיב נמי טעינה, להוציא מן הטעות שהיינו טועים דצב"ח דאורייתא, ולמימר דאטעינה נמי חייב אע"ג דליכא צב"ח, ולזה הוכרח להביא מן הדיוק, דאי הוי מסיימי דרשינן ק"ו, וגם רש"י היה סובר דצב"ח דאורייתא, דאל"ה אמאי פריקה בחנם, ודו"ק:

ברש"י ד"ה זקוק, אי משום מצות עזב תעזב הא בעינן משאו הראוי אלא משום צב"ח ע"כ, ובתוד"ה מכלל וז"ל המקשה סבור דת"ק נמי ידרוש משאו הראוי ושאינו ראוי נהי דאין מחויב בחנם משום דלית ביה מצות פריקה מ"מ בשכר חייב לסייעו משום צב"ח ע"כ, הנה ודאי שגם לרש"י המקשה סובר, דת"ק נמי ידרוש משאו הראוי ואין לחייבו משום מצות פריקה, וכמ"ש רש"י להדיא, דאי משום עזב הא בעינן משאו הראוי, וגם מוכרח לפרש כן, דאין לומר שלדעת המקשה יסבור ת"ק דלא בעינן משאו הראוי, ומשום מצות פריקה אתה יכול לחייבו, א"כ מאי ראיה מייתי מינה לצב"ח, ועוד שאח"כ הוא דדחי וקאמר, דילמא בתחת משאו פליגי, דאלמא מעיקרא ס"ל דלא פליגי כלל בדרשה,

וכו"ע דרשי משאו הראוי, אלא דזהו דאיכא בין פרש"י לתוס', דרש"י ס"ל דקושית הש"ס הוי כפשוטו, דאי צב"ח דאורייתא אמאי אין זקוק, דודאי דמחויב להזדקק בחנם וכ"ש מפריקה, דאי משום מצות פריקה לחודא, היה נוטל שכר כפועל בטל, ואי משום צב"ח מחויב בחנם לגמרי, דרש"י ס"ל כשיטת הר"ן דצב"ח מחויב בחנם, ואע"ג דצב"ח הותרה לצורך הנאת האדם, יש לומר דהיינו דוקא כשיש לו צורך בעצם הדבר שמצערה, אבל אם בעצם הדבר אין לו צורך, אסור להניחה בצער ואפי' במקום הפסד, כ"ש דאסור ליטול שכר בעד זה, ותוס' סברי להיפוך, דאי משום פריקה, עכ"פ בחנם כפועל בטל, ואילו משום צב"ח שרי בשכר ואפי' שלא במקום הפסד, וסברתם בזה, דכיון דלצורך אדם הותרה צב"ח, ואם רשאי לצערה בידים במקום צורך, כ"ש הכא דהוי בשב ואל תעשה דשרי, ויסוד פלוגתתם הוא מן הסוגיא דהכא, דקאמר הכא מי סברת פטור לגמרי דילמא פטור בחנם וחייב בשכר משום צב"ח, הרי מפורש דבעד צב"ח מותר ליטול שכר וכשיטת התוס', ומוכרח נמי דבשכר דקאמר, הינו כל שכרו אפי' שלא במקום הפסד, דלדעת התוס' והרא"ש שהבאתי לעיל, דפריקה בחנם היינו אם הוא אדם בטל, אבל אם הוא פועל נוטל כפועל בטל, א"כ כשאמר דעל צב"ח נוטל שכר, היינו אפילו אם הוא אדם בטל נמי, והר"ן יפרש דדוקא הכא כיון שהבעלים כאן ואינם רוצים לפרוק ואומרים עליך מצוה, בזה קנסוהו ליתן שכר ומשום קנס, הא בכל מקום צב"ח הוא בחנם:

ונראה דרש"י ותוס' לשיטתייהו אזלי בכל הסוגיא, דלעיל בגמרא הבאתי מחלוקתם, דרש"י ס"ל דייתורא דפריקה לגופא אתא, דפריקה הוי בחנם, ותוס' סברי דייתורא אתי לטעינה דהוי בשכר, וכתבתי דמזה מוכח דרש"י סובר בע"כ כשיטת הר"ן, דהא דפריקה בחנם, היינו לגמרי בחנם, וטעינה בשכר היינו כפועל בטל, ולזה הוכרח לפרש דהיתור לפריקה אתא, דבלא קרא הו"א שדומה לאבידה ונוטל כפועל בטל, ועל טעינה לא הוצרך ליתור דידעינן זה מסברא דמ"ש מאבידה, ואכן התוס' סברי כהרא"ש דפריקה בחנם, היינו כפועל בטל, וטעינה בשכר היינו שלא במקום הפסד, ולהני הוכרח לפרש דיתורא אתא לטעינה להורות דלא דמי לאבידה ושרי לטול שכרו משלם, אבל על פריקה לא צריך לקרא דלדידהו הוי דינה כאבידה ממש, וג"ז הוכחתי דיסוד מחלוקת דהרא"ש והר"ן הוא לשיטתם, אי שרי למשקל שכר בעד צב"ח, והר"ן דסובר שאסור לטול שכר על צב"ח, ודאי דפריקה הוי בחנם לגמרי, כיון דאיכא בהדה צב"ח, והרא"ש לשיטתו דס"ל דעל צב"ח שרי ליטול שכר, להכי ס"ל דבפריקה נמי נוטל כפועל בטל, דמשום מאי יהיה אסור, אי משום צב"ח, הרי שרי לטול אפי' משלם, ואי משום פריקה לחוד הרי דמיא לאבידה, ומותר ליטול כפועל בטל, ומעתה נראה שגם רש"י ותוס' אזלי לשיטתייהו,

דלפמ"ש דרש"י סובר דצב"ח הוי בחנם, ומינה שבע"כ דס"ל דפריקה הוי בחנם לגמרי, וממילא מוכרח היה לפרש דיתורא לפריקה אתא, להורות דמשום צב"ח דאית בו ישתנה דינו מן אבידה ומחויב בחנם לגמרי אפילו במקום הפסד, ואכן לשיטת התוס' דשרי ליטול שכר בצב"ח, בע"כ שגם בפריקה נוטל כפועל בטל, כיון דמעלת צב"ח לא יוכל לחייבו, ופריקה לחוד הוי דמיא לאבידה, ומינה דטעינה דבשכר היינו כל שכרו, להכי הוכרחו דהיתור לטעינה אתא, דעל פריקה לא יוצרך דדמיא לאבידה, וכ"ז ברור בעזה"י:

וארווחנא ליישב קושית מהר"ם שי"ף, דלרש"י דס"ל דטעינה בשכר ידעינן מסברא, א"כ לר"ש דלא מסיימי קראי הוה צ"ל דשניהם בשכר ע"ש, ולמ"ש לא קרב זה אל זה, דהנה לר"ש דלא מסיימי קראי וליכא שום יתור, ודאי דעלינו להשוות דין דפריקה לאבידה, דשלא במקום הפסד מחויב בחנם, ובמקום הפסד נוטל שכר דשלו קודם, וא"כ האי בחנם דר"ש דפריקה, היינו רק כפועל בטל, ולזה אי אמרת טעינה בשכר, היינו שכרו משלם וזה א"א בלא יתור, והא דס"ל לרש"י דטעינה ידעינן מסברא היינו במקום הפסד ומשום דדמיא לאבידה, אבל לומר שיטול כל שכרו זה א"א מסברא, ושפיר לר"ש דליכא שום יתור, שניהם בחנם, דדמיא לאבידה, ודו"ק:

תוד"ה וחדלת, וא"ת ולישני בחנם אבל בשכר חייב וצב"ח דאורייתא, גם בזה התוס' לשיטתייהו לעיל, דעל צב"ח שרי ליטול שכר, אבל לשיטת הר"ן דאסור ליטול שכר בצב"ח, ודוקא היכי דהבעלים אינם רוצים לפרוק נוטל שכר ומשום קנסא, אבל הכא דלא שייך לקנסו אין לטול שכר, וא"ש קושית התוס', וכן מ"ש התוס' לקמן גבי רובץ ולא רבצן, דלישני רבצן בשכר, היינו נמי לשיטתם. או אפשר דהתם כיון שיודע שהוא רבצן ודרכו בכך לא היה לו להניח משא עליו וראוי נמי לקנס, ודו"ק:

דף לג.

במתניתין ואם אביו חכם של אביו קודמת, ובירושלמי הוי הגירסא, ואם אביו שקול כרבו וכ"ה ברי"ף, ולגרסא זאת דוקא אם שקול כרבו אז של אביו קודמת, אבל אם אין שקול כרבו, אע"ג שהוא חכם, של רבי קודמת, והנה ידוע הסתירה שיש בזה בפסקי הרמב"ם, דבפי"ב מהלכות אבידה) כתב פגע באבידת רבו עם אבידת אביו אם היה אביו שקול כנגד רבו של אביו קודמת ואם לאו של רבו קודמת והוא שיהיה רבו מובהק כו' עכ"ל, ובפ"ה (מהלכות ת"ת) כתב וכן אם היה אביו ת"ח אעפ"י שאינו שקול כנגד רבו של אביו קודם ע"כ, ומפרשי הרמב"ם האריכו בזה, והם קדמוני לתרץ מה שכוונתי גם אני, ואין צורך לכפול הדברים, רק ע"ז באתי מה שכוונתי נמי למ"ש הכ"מ בשם בני בניו

של הרמב"ם, דבהלכות אבידה דמיירי ברב מובהק כמו שמסיים להדיא, להכי דוקא בעינן שיהיה שקול, ובהלכות ת"ת שלא זכר התנאי שיהיה רב מובהק, ומשמע דמיירי התם אפי' באין מובהק להכי אפי' אם אינו שקול, כיון שעכ"פ חכם הוא, של אביו קודם דנגד רב שאין מובהק לא בעינן שיהיה שקול, ואמנם לתירוץ הזה משמע דעכ"פ חכם קצת מיהא בעינן, אבל אם אין האב חכם כלל יש לרב דין קדימה אפי' כשאינו מובהק, וע"ז תמה הכ"מ שם דלא מצינו בש"ס שלרב שאין מובהק יהא קדימה נגד אביו, ואדרבה מצינו ההיפך, דעולא אמר ולענין אבידה במקום אביו אין חוזרין כ"א לרב מובהק, הרי להדיא דלרב שאין מובהק אין דין קדימה נגד אביו, ולעד"נ לתרץ דהא דקאמר עולא קאי על ת"ח שבבבל, שהם לא היו מחזירין זה לזה במקום אביו כ"א לרב מובהק, דאע"ג דדין רב יש להם לאחד על חבירו, כיון שלומדין זה מזה אפ"ה לענין אבידה במקום אביו לא החזירו כ"א ברב מובהק, ואצלם הוי ודאי הדין כן צריך להיות, דהא ע"י שלומדין זה מזה, נהי דיש להם דין רב לאחד על חבירו, אכן הא גם דין תלמיד יש להן זה על זה, דבמה שלמד הוא מחבירו, יש לחבירו עליו דין רב, ואמנם בזה שחבירו לימד ממנו יש לו לחבירו דין תלמיד, אלא דאפ"ה לענין קימה והדור החמירו לוותר צד התלמיד דיכולים למחול, ונהגו ביניהם דין רב לתת כבוד לחבירו, אבל נגד כבוד אביו אין בכחם לוותר ולהקדים כבודם נגד כבוד אביו, שבאביו מחויב ודאי, והכא יש צד תלמיד נמי, וגם בתלמיד וצריך לו רבו ק מיבעי בסמוך, אם יניח של אביו, הרי אע"ג דהרב מובהק הוא, מ"מ כיון שגם הרב נהנה חן התלמיד, יש ספק לומר שלא יניח נגדו כבוד אביו, כ"ש בת"ח שבבבל שכל אחד יש לו דין תלמיד ממש, בזה ודאי שאביו קודם. ולבד שלא יקשה מדעולא, אדרבה מזה גופא יהיה מקור הרמב"ם, מדקאמר עולא דת"ח שבבבל אינם מחזירים כ"א ברב מובהק, מכלל שדוקא, הם שאינו נחשב כל אחד כרב גמור, דיש בהם נמי גם צד תלמיד, להכי לא הניחו כבוד אביו נגדם, אבל במקום שהרב שאין מובהק הוי מיהא רב גמור, שאין בו לפחות שום צד תלמיד, שהוא לא נהנה כלל מתלמידו, לקבל תורה ממנו, של רבו קודמת אם האב אינו חכם כלל וז"ב בעזה"י. שוב מצאתי בפסקי הרמ"ך בשמ"ק, שאם אביו אין חכם כלל אפי' לרב שאין מובהק יש דין קדימה, והוא מכוון ממש לדברינו, ולפלא על הפוסקים שלא זכרו מזה, והלא דין זה ממקומו מוכרע וגם מן הבעיא דתלמיד וצריך לו רבו וכמ"ש, דאפי' אם הת"ח שבבבל היו בגדר תלמיד וצריך לו רבו ג"כ לא היה רשאי להניח של אביו, דכיון דבעיא לא איפשטא, להכי לענין קימה והדור יכולין להחמיר מספיקא, אבל במקום כבוד אביו א"א לוותר מספק, וכ"ש שהם היו גם תלמידים ממש זל"ז וכמ"ש, ודו"ק כי זה ראי' נכונה בעזה"י:

סליק פרק שני
המפקיד פרק שלישי

דף לג:

תוד"ה כגון, וא"א ואפילו עבידי דאתי היאך יקנה במעות כו' וי"ל דהמקשה סבר דבשעת משיכה הקנה לו הפרה לקנות הכפל ע"ש, המתבאר מתוך דבריהם, שאין לומר דסברת המקשה, שקנין הכפל יהיה במעות ששילם, דהא מפות אין קונה, אלא דסברת המקשה דקנין הכפל בא משעת משיכת הפרה, שהקנה לו פרה לכפילה, וסברת החרצן יהיה לפי"ז, דהקנה לו גוף הפרה, ואכן ז"ל רש"י ד"ה דמקלי לו כפילה, שבשעה שחסרה לו לשמור על מנת כן מסר שאם תגנב וירצה וישלם יהא הכפל שלו ע"כ, משמע מלשונו שלא הקלה לו הפרה לכפילה, ורק הכפל לחוד מקני לו משעת משיכה, ולפי"ז אין מקום לקושית התוס', מהא דמיבעי לן בגיטין בדקל לפירות אי מהני אפי' לרבנן והכא פשיטא לו למקשה שאפי' לר"מ לא מהני, והינו משום דהכא לא מיירי שהקנה לו הפרה לכפילה, ורק הכפל לחוד, דהוי כמו פירות דקל, ופשיטא שאפי' לר"מ לא מהני, שדוקא בדקל לפירות הוא דמיבעי אבל בפירות דקל פשיטא שאפי' לר"מ לא מהני, ואין להקשות דלפי"ז מאי הוצרך התרצן לאוקמי שהקנה לו גוף הפרה ממש, לישני דהקנה לו הפרה לכפילה שאז לא הוי קשה מגיזות וולדות, די"ל משום דבכה"ג מיבעי להו בגיטין ולאו מילתא דפשיטא הוא דמהני, ולהכי משני דהקנה לו הפרה ממש, ובזה נדחה ראיית האבני מלואים בסי' פ"א, שהוכיח מסוגיא דהכא דפרה לכפילה לא מהני, דאי מהני לוקמי דמקנה לו פרה לכפילה, ולמ"ש י"ל דלהכי לא משני הכי משום דזה איבעי לן בגיטין:

והנה בשמ"ק בשם תלמידי הר"ף כתב, דלהכי לא נוכל לפרש דהקנה לו הכפל לחוד, דא"כ מאי בעי לסברת הני מי יימר דמשמע דאי לאו הני מי יימר, דמהני משום דדמי לפירות דקל, הא בלא זה נמי לא דמי, דהתם הפירות יוצאין מגוף הדקל והכפל אין בא מגוף הפרה, ומשו"ה פי' דעת המקשה דהקנה פרה לכפילה, ואפשר לומר דמשו"ה הוצרך לסברא דמי יימר, היינו משום דבגיטין מיבעי אי גם פרה לכפילה דומה לדקל לפירות, וצדדי הבעיא הוא משום סברא דמי יימר, ואי לאו הני מי יימר הוה פשיטא דפרה לכפילה מהני, ולהכי מוכרח הש"ס כאן להביא סברא דמי יימר, דבלא זה היה קשה להיפך על התרצן, למה לו לאוקמי דהקנה לו הפרה ממש, ולא מוקי בפרה לכפילה, דבלא סברא דמי יימר הוי מהני בכה"ג כמו בדקל לפירות, ולהכי הביא הש"ס,

דכאן בפרה לכפילה איכא טובא מי יימר, ולא דמי לפירות דקל, ומוכרח לאוקמי בהקנה לו הגוף ממש, ואמנם כ"ז כתבתי לפי הבנת השמ"ק, וגם כדמשמע מרש"י, דמצד עצם חלות הקנין הו"מ נמי לפרש שהקנה לו בשעת משיכה הכפל לחוד, ורק משום קושיות אחרות דחו פירוש זה, אבל זה משמע דפ"י קנין משיכה יוכל לקנות הכפל, אי לאו דהוי דשלב"ל, ואכן אנכי לא אבין, על מה יחול קנין משיכה, בשלמא כשיש לו קנין בפרה לכפילה, בזה אמרינן דמשיכת הפרה מהני לזה, אבל כשאין לו בגוף הפרה שום קנין, מה מהני לזה משיכת הפרה, ואפשר שזהו טעם התוס' דפי' רק בפרה לכפילה, דכפל לחוד לא שייך לקנות במשיכת הפרה ועמ"ש לקמן בסמוך מזה:

דף לד.

בגמ' א"ה אפי' גיזותי' וולדותי', הפנ"י הקשה דטפי הו"ל לאקשויי שאפי' גוף הפרה אין משלם לו אלא כמו שמסרה, וא"כ מסר לו עגל ונעשה שור בשעת גניבה לא ישלם אלא דמי עגל כמו שמסרה שהרי מאותה שעה מקנה לו, ומה שגדל אח"כ ברשותו נתגדל ע"ש, והיה נראה לכאורה שזה גרם לרמב"ם (בפ"ח משאלה) לפסוק דגוף הפרה חוזרת לבעלים, והיינו משום דלא מקשה כ"א אגיזות וולדות, מכלל דגוף הפרה אה"נ שמחויב להחזירה כמו שהיא עתה, אכן מאוד תמוהים דברי הרמב"ם, דממ"נ אם יפרש דמיירי שהקנה לו גוף הפרה ממש, א"כ אמאי צריך להחזירה אח"כ, כיון שכבר היא שלו, או משעת משיכה או סמוך לגניבתה, ואי דלא הקנה לו כ"א הפרה לכפילה, א"כ אפילו גיזות וולדות אמאי שלו, ומאי מקשה, א"ה גיזות וולדות, ועוד דאי אפשר לאוקמי שלא הקנה לו כ"א הפרה לכפילה, דהא בגיטין מיבעי לן אי מצי למקנה בהמה לקנס ופרה לכפילה, וכבר האריכו המפרשים בזה, ועמ"ש בקצוה"ח ונה"מ (בסי' רצ"ה). והיה נ"ל ליישב דעתו, דהנה כתבתי דהטעם מה שהכריח לתרצן לאוקמי שהקנה לו גוף הפרה ממש, ולא פרה לכפילה, משום דזה בעיא הוא בגיטין אי מהני בכה"ג, וצדדי הבעיא הוא, אי דמי לדקל לפירותיו דמהני, או דילמא דקל לפירות עבידי דאתא אבל הכא מי יימר דמיגנבה ואי מיגנבה דילמא מודה ומיפטר, ולפי"ז לא שייך הבעיא כ"א בבהמה לקנס, אבל בבהמה ליוקרה, י"ל דדומה שפיר לדקל לפירות, דהוה נמי עבידי דאתא, ואפי' אם תאמר שזה לא הוי נמי עבידי כל כך, מ"מ רק חד מי יימר הוא דאיכא בזה, היינו מי יימר דתתייקר, ובחד מי יימר מהני, וכפי הנראה מהמפרשים, דיוקרא הוי עבידי דאתא כמו בפירות דקל וכמ"ש בחי' רעק"א, וכיון שכן נוכל לומר דעיקר הדין אם פרה לכפילה מהני או לא, יהיה תלוי בזה, דאם נימא דהכא כשהקנה לו הכפל

מקנה לו גם שבא דיוקרא, אז מהני הקנין גם על הכפל, וכמו בהקנה מעות ומטלטלין בחליפין שכתב המרדכי דמהני, אע"ג דמטבע אין נקנה בחליפין, מ"מ כיון שמהני הקנין למטלטלין מהני למעות, הובא בסמ"ע לסי' ר"ג), ואכן אי נימא שלא הקנה לו כ"א הכפל לחוד ולא היוקרא, לא חל הקנין על הכפל, דלא דמי לדקל לפירות וכנ"ל, ומעתה י"ל שפיר, דלהכי הוכרח התרצן לאוקמי בהקנה לו גוף הפרה, ולא הפרה לכפילה, דהיינו משום דבתחלה היינו סוברים דהבעלים לא הקנו כ"א הכפל לחוד ולא היוקר, אע"ג דהוי נמי שבח דממילא, די"ל דלא הקנה לו כ"א שבח כזה שבא ע"י הגניבה ושהגניבה גרם וכמ"ש סברא זאת בחי' רעק"א, וכיון דהבעלים לא הקנו לשומר כ"א הכפל מוכרח היה לאוקמי דגוף הפרה הקנה לו, דפרה לכפילה לחוד לא מהני ומיבעי לן בגיטין, אכן לפום מאי דמסיק אח"כ לחלק בין שבחא דגופא לממילא וס"ל דכל שבחא דממילא הקנה לו, ויוקרא דהוי נמי שבח דממילא וכמ"ש התוס' לקמן (דף ל"ה) ד"ה ואותביניה, ודאי שגם זה הקנה לו, וכיון שהשומר קונה היוקר עם הכפל בבת אחת שפיר נוכל לומר דלא הקנה לו כ"א הפרה לכפילה וליוקרה, ומיגו דחל הקנין על היוקרא חל נמי על הכפל, ונמצא לפי"ז דאליבא דאמת דכל שבחא דממילא מקנה לו, שוב א"צ לומר דמקנה לו גוף הפרה ממש, ושפיר נוכל לומר דלא הקנה כ"א הפרה לכפל, וא"ש דעת הרמב"ם דס"ל דגוף הפרה חוזרת לבעליה, היינו משום דאליבא דאמת מתפרש שפיר דלא הקנה לו כ"א הפרה לכפילה, ועצם הפרה לא הקנה להכי מחויב להחזירה, והנה אם כי מה שכתבתי היה נראה נכון בדעת הרמב"ם, בכ"ז כשאני לעצמי לא נ"ל כלל שהרמב"ם יסבור דין זה, דגוף הפרה יהיה חוזר לבעלים, דהא בהלכה ג' שם כתב וז"ל כיצד הפקיד ד' סאין אצל חבירו והרי הן שווין סלע ונגנבו או שאבדו ואמר הריני משלם כו' ואח"כ נמצאו והרי הן שווים ד' סלעים הרי הן של שומר ואינו משלם אלא סלע ע"כ, הרי כתב להדיא דרק ישלם הסלע בעד הקרן, ואי נימא דס"ל דגוף הדבר יחזיר לבעלים, הכי הול"ל דיחזיר הדבר לבעלים, והבעלים ישלמו בעד היוקרא לשומר, ובע"כ שגם הרמב"ם ס"ל דהקנה לו גוף הפרה ממש, והא דכתב חוזרת לבעליה היא וגיזותיה, הנכון כמ"ש הש"ך (חו"מ סי' רצ"ה) משום דהכא לא שילם עדיין והשומר אין מקפיד בכך ע"ש ואכ"מ, ואי דלפי"ז ישאר קושית הפנ"י דלעיל, עיין בסמוך מה שכתבתי לתרץ:

ברש"י ד"ה פסקא כו' ואין דעתו להקנות הוולדות ע"ש, ויש להבין למה לא הזכיר הגיזות דנקט בש"ס ברישא, ונ"ל דבדקדוק כתב כן, דהנה לעיל ברש"י ד"ה נעשה כתב הטעם שהקנה הכפל, משום דאומדן דעת הוא דניחא לבעלים שיהא בטוח בקרן ע"מ שיהא ספק כפל העתיד לבוא של שומר, ומשמע מלשונו שרק ספק ריוח הקנה לו ולא ודאי

ריוח, ולפי"ז יקשה דמאי פריך מאי פסקא הא טעמא רבה אית בהו לחלק, דכפל שהוא ספק ריוח מקנה, משא"כ הגיזות דודאי אתי לא מקני, לזה פרש"י שאה"נ דמגיזות לא קשיא, רק הקושיא הוא מוולדות דהוי נמי ספק ריוח, דמי יימר דתתעבר ואם תתעבר שמא תפיל הוולד, וא"ש דמסיים רק הוולדות, משום דעיקר הקושיא הוא מזה. וארווחנא ליישב בזה מ"ש הפנ"י, דמאי מקשה מגיזות הא טפי הו"ל לאקשויי, שגם גוף הפרה אין משלם אלא כמו שמסרה, ומסר עגל ונעשה שור אין משלם אלא עגל כמו שמסרה ע"ש, והבאתיו לעיל, ולמ"ש א"ש, דשבח כזה שבודאי יבוא כמו עגל ונעשה שור, דהוי ודאי שיתגדל ויהיה שור, זה היה פשיטא לש"ס דלא הקנה לו כלל וכאילו התנה חוץ משבח כזה, ורק מוולדות דהוי נמי ספק ריוח קא קשה להש"ס, דיהיה של שומר, ומשני דנעשה כאומר חוץ כו' פי' שגם זה לא הקנה משום דהוי שבחא דמגופא:

בגמ' שבחא דמגופא לא מקני, נראה פשוט דהיינו שבחא דמגופא דבא קודם תשלומין, אבל הבא אחר תשלומין הוי שלו כיון שכבר נגמר קנינו, וכמ"ש הריטב"א להדיא לקמן גבי עובדי דכיפי, ובזה מיושב דעת הראב"ד דס"ל דשבח דיוקרא לא הוי של שומר כ"א לאחר ששילם, ומשום דס"ל דיוקרא הוי כשבחא דגופא, ויש בזה כדי להאריך, אלא מפני שמצאתי שקדמני בזה הקצוה"ח (בסי' רצ"ה) קצרתי:

רש"י ד"ה נעשה כא"ל בשעת מסירה, עמ"ש לקמן בסוגיא דשילם לבנים מזה:

בגמ' שו"ח שאומר פשעתי מקנה לו כפילה מיגו דאי בעי פטר נפשיה כו', שואל שאמר כו' במאי הוי למיפטר, ומכאן הוכיח הריטב"א דהיכי שיש עדים שנגנבה בפשיעה לא קנה כפילה, כיון דלא מצי פטר נפשיה, אלא שהביא בשם הירושלמי להיפך, דגרסינן התם היה שם עדים שנגנבה בפשיעה ה"ז בכלל שילם ולא רצה לישבע, ומסיק דהירושלמי פליג עם הש"ס דידן, ופוסק כש"ס דידן דלא קנה כפילה היכי שיש עדים ע"ש, ובשמ"ק ונמוק"י בסוגיין, ולעד"נ דאפשר לומר דלא פליגי השסי"ן כלל, דהא לקמן אמרינן, ללישנא קמא דרב פפא ודאי לא הוי תיובתא, ופרש"י שגם ר"פ לא אמר כ"א באומר הריני משלם, אבל בשילם מודה ר"פ דגם בשואל קנה כפילה, והרי לישנא קמא סובר דבשואל ליכא מיגו דפטר נפשיה, ואפ"ה בשילם קנה כפילה, הרי להדיא גם בש"ס דילן, דהא דבעינן מיגו דפטר נפשיה, היינו דוקא באומר הריני משלם, אבל בשילם קנה כפילה אע"ג דלית ליה מיגו, ומה דקאמר הירושלמי דמקנה כפילה גם ביש עדים, היינו בשילם וכדקאמר הרי זה בכלל שילם, ובשילם גם ש"ס דילן יסבור דקנה, ונמצא לפי"ז דהיכי שיש עדים שנגנבה בפשיעה, באומר הריני משלם לא קנה, ובשילם ממש קנה לשני התלמודין, ואע"ג דבש"ס דילן היינו דוקא לגירסת רש"י דגורס ללישנא קמא לא

הוי תיובתא, אבל לגירסת הר"ח דלישנא קמא ודאי הוי תיובתא, ס"ל דגם בשילם ממש נמי לא קנה כפילה היכי דלית ליה מיגו, מ"מ גם בזה נראה העיקר כגרסת רש"י, דהא הטעם מה שמיאנו התוס' בפי' רש"י, משום דכיון דרב פפא מפרש טעמא משום דלא שכיח, והאי טעמא שייך אפי' בשילם ע"ש, ומשמע שהתוס' הבינו, דהטעם דמקנה לו כפילה הוא משום דניחא לו להיות בטוח בקרן וכמ"ש רש"י, ואפילו בשילם ממש נמי הוי טעם זה, ולא שייך זה כ"א היכי דיש לו מיגו, אבל בשואל דלית לו מיגו והוא בטוח בלא"ה בקרן לא מקנה לו כפילה, אכן באמת נראה, דבשילם ממש מקנה לו כפילה בלא טעם דירצה להיות בטוח בקרן, ורק מטעם נחותא דלא אטרחיה לבי דינא, ולא הוצרך לטעם דירצה להיות בטוח בקרן, כ"א באומר הריני משלם, דליכא הכא טעם דלא אטרחיה, דהא גם עתה יוכל היות שלא ישלם לו ויטריחו לבי דינא, ומשו"ה הוצרך לטעם זה, דעכ"פ כיון שאמר הריני משלם ולא יוכל עוד לחזור הרי בטוח הוא בקרן, ומחמת נחותא זאת מקנה לו כפילה, אבל בשילם ממש לא הוצרך לטעם זה, ואפי' היכי דאין לו מיגו דפטר נפשיה כגון בשואל, דבטוח בקרן בלא"ה, אפ"ה מקנה כפילה משום נחותא דלא אטרחיה לבי דינא, ומכל זה נראה ברור, דהיכי דשילם ממש מקנה לו כפילה בכל אופן אפילו היכי שיש עדים שנגנבה בפשיעה דבטוח הוא בקרן, אפ"ה כיון דלא אטרחי' לב"ד מקנה לו, וכגרסת רש"י והירושלמי, וקושית התוס' מיושב בעז"ה:

ומזה עמדנו על ברור הדברים שכתבו התוס' ד"ה אלא מהא, דאע"ג דאומר הריני משלם מהני, מ"מ היכי דנשבע תחלה בעינן שילם ממש, אפילו לרבא דס"ל שאין זה חסרון במה שאטרחיה כבר בשבועה, וטעמא בעי דא"כ אפילו אמר הריני משלם נמי, ולפי מה שכתבתי דיש שני טעמים להקנאת הכפל, א), משום דירצה להיות בטוח בקרן, ב), משום דלא אטרחיה לבי דינא, ובאומר הריני משלם דלא שייך טעם דלא אטרחי' התם יהיה ההקנאה מטעם דבטוח בקרן, דכל זמן דלא אמר הריני משלם, יכול לפטור נפשיה, ועתה שכבר אמר הריני משלם דאין יכול לחזור, בטוח הוא בקרן, וא"כ לא שייך זה כ"א כשאומר הריני משלם קודם שנשבע, דבאופן זה הוי אמירתו הריני משלם, קבלת הדין ממש, מטעם דין שומרים, ופטור עי"ז משבועת השומרים, שפיר אין יכול לחזור, אבל היכי דנשבע כבר, ונפטר ע"י השבועה מכל חיובי השומרים שהיה עליו, ואם אומר כעת הריני משלם, הוי כמו שירצה לתת מתנה, דבודאי יכול לחזור, וכיון שכן ליכא הכא שום אחד מהטעמים המועילים להקנאת הכפל, טעם דבטוח לא שייך, דגם עתה אינו בטוח דיכול לחזור, וטעם דלא אטרחיה נמי לא שייך, דמי יודע אולי יטריחו לבוא עוד

לב"ד, ובלא ב"ד שיכפוהו לשלם, לא ישלם, ולהכי לא מקנה לו כפילה, משא"כ כששילם ממש, הרי יש עכ"פ טעם דלא אטרחיה ושפיר מקנה לו כפילה, וכ"ז ברור לענ"ד:

תוד"ה אלא מהא, בסוה"ד אבל אם אמר הריני משלם כו', עמ"ש לעיל בדבור הסמוך בטעם הדבר

תוד"ה ללישנא קמא, ור"ח גרס כו' עמ"ש לעיל בדבור הסמוך ליישב:

דף לד:

ברש"י ד"ה שילם לבנים, מתו הבעלים ונגנבה כו', המ"מ (בפ"ח מהלכות שאלה) הביא בשם הרשב"א, דהא דפרש"י במתו הבעלים ואח"כ נגנבה, היינו דאם נגנבה בחיי האב ושילם שומר לבניו פשיטא דקנה כפילה, דלפי הטעם דקאמר השתא דהקנאת הכפל משום ניחותא, דהשתא היכי דחושב שהכפל היה ראוי לו לעצמו, אפ"ה מקנה לו הכפל משום ניחותא, כ"ש היכי דמת אחר הגניבה דהכפל היה שייך לבנים, ודאי דמקנה לו משום ניחותא, ורק הבעיא הוא היכי שמתו הבעלים ואח"כ נגנבה, דבעת ההקנאה לא היו הבעלים בעולם והבנים הם המקנים, ע"ז קא מיבעי אם גם אצלם שייך טעם דניחותא, ע"ש שזה כוונתו, אם כי אין זה לשונו ממש, ולפי"ז עיקר הבעיא דשילם לבנים לא שייך כ"א ללישנא בתרא דרבא, דההקנאה הוי סמוך לגניבה, דאילו ללישנא קמא, דההקנאה הוי בעת המסירה, שאז היו הבעלים עצמם המקנים, לא שייך למיבעי דפשיטא דקנה הכפל, ואע"ג דלעיל בע"א כתב רש"י שגם ללישנא בתרא צ"ל דנעשה כאומר לו בשעת מסירה שסמוך לגניבה יקנה, וא"כ גם ללישנא בתרא הבעלים הם המקנים, מ"מ א"א לומר דמחמת הקנאת הבעלים יקנה, דמה בכך דהבעלים אמרו לו כן בשעת משיכה, מ"מ כיון דבשעת חלות הקנין, דהיינו סמוך לגניבה כבר מתו הבעלים ופסק כח המקנה והוי כאומר משוך וקנה לאחר שלשים ומת המקנה קודם שלשים דבטל הקנין, ובע"כ דההקנאה הוא ללשון זה מחמת הקנאת הבנים ושפיר שייך הבעיא:

והנה לעיל ע"א ברש"י ד"ה נעשה, כתב טעם אחר להקנאת הכפל משום שרוצה להיות בטוח בקרן, ולטעם זה נוכל לפרש הבעיא גם ללישנא קמא, היכי שמתו הבעלים, ונמצא דההנאה מהקרן לא יגיע לו לעצמו כ"א לבניו, אם האב רוצה גם בתקנות בניו וניחא לו שיהיו בטוחים בקרן, או דילמא עבור הנאת בניו אין דואג ואדעתא דהכי שימות הוא לא הקנה הכפל, וכמ"ש בסמוך תוס' ד"ה שאל מן האשה לפי' ריב"ן ועיין במהרש"א ומהר"ם, והנה מתחלה תמהתי מי הכריח לרש"י לעיל לתת טעם אחר להקנאת הכפל, הא בש"ס לא הוזכר כ"א טעם דנחותא, ואכן אפשר שזה דחק לרש"י, משום דלטעם

דנחותא הוי הבעיא דשילם לבנים רק ללישנא בתרא, דללישנא קמא לא שייך למיבעי כיון דהמקנים היו הבעלים הראשונים, והם קבלו בעצמם ההנאה דנחותא ופשיטא דמקנה להו, וזה היה נראה דוחק לרש"י, דבעיא הזאת לא יהיה דומה לשארי בעיות דסוגיין, דהוו לשתי הלשונות, לזה הוכרח למצוא טעם אחר ג"כ להקנאת הכפל, ויהיה שייך הטעם גם ללישנא קמא עכ"פ לטעם זה, ודוחק הוא דיותר טוב לדחוק דהבעיא הוא רק ללישנא בתרא, מלבדות מעצמו טעם חדש שלא הוזכר בש"ס, ובזה יישבתי לנכון דעת הרא"ש והטור (סי' רצ"ה) שלא הביאו הבעיא דשילם לבנים, ותמהו כולם הא בגמ' איתא להדיא, ולמ"ש א"ש דהם יפרשו כפשוטו של הש"ס, ולא ס"ל טעם דרש"י שלא הוזכר בש"ס, ולפי"ז עיקר הבעיא הוא ללישנא בתרא, וללישנא קמא ליכא למיבעי כנ"ל, ולהכי הרא"ש לשיטתו דפוסק דוקא כלישנא קמא, כמו שהוכיח בריש פירקין, להכי לא הזכיר הבעיא וגם בטעם הרמב"ם שלא הביא הבעיא אפשר לומר נמי משום שפוסק כלישנא קמא, ועיין במ"מ פ"ח משאלה:

ואמנם שבתי ראיתי שטעם רש"י מוכרח מן הש"ס דלעיל, דקאמר ר"פ דהקנאת הכפל הוא מטעם מיגו דפטר נפשיה, וכל היני דלא מצי פטר נפשיה כגון בשואל לא מקנה לו כפילה, והיינו בע"כ כטעם רש"י, דהקנאת הכפל הוא משום שירצה להיות בטוח בקרן, ולהכי היכי דלא מצי פטר נפשיה דבטוח הוא בקרן בלא"ה לא מקנה לו כפילה דאילו לטעם המוזכר הכא משום ניחותא והנאה דאית ליה מן השומר, אפילו היכי דלא מצי פטר נפשיה, נמי הו"ל להקנות הכפל משום ניחותא, ואלא דמה שקשה לי לשיטת רש"י, דכיון דעיקר הטעם הוא משום דרוצה להיות בטוח בקרן, וא"כ מה הועיל בפירושו, דמיירי הכא שנגנבה אחר מיתת הבעלים, דאכתי מה שייך למיבעי ומה צד ספק יש בזה, דכיון דקודם הגניבה בא לרשות יורשין וא"כ אפי' אי לא ניחא להו בנחותא דאבוהון, אפ"ה ליהוי כאילו אמר הבן גופא שעה אחת קודם לגניבתה שיקנה, דהא גם אצלם שייך הטעם שרוצים להיות בטוח בקרן, ונ"ל דרש"י לשיטתו לעיל דאפי' ללישנא בתרא דרבא נעשה כאומר לו בשעה שמסרה לו לכשתגנב תהא קנויה לך שעה אחת סמוך לגניבה, הרי דעיקר התקנה לא הוי כ"א בעת המסירה, דאז שייך לומר דנעשה כאומר לו באותה שעה, אבל אשעה אחת קידם הגניבה לא שייך לומר כלל נעשה כאומר לו כן באותה שעה, שהרי לא נתבררה למפקיד אותה השעה ואין לו שום עסק עם הנפקד באותו זמן, כדי שנאמר דה"ל כאילו אמר כן, וכמ"ש הפנ"י לעיל לדחות דברי המהרש"א שכתב דלא כרש"י ע"ש, וכיון שכן לא שייך תקנת חכמים לגבי בנים, כיון דבדידהו ליכא שעת מסירה ולהכי עיקר הבעיא בבנים, אי אמרינן דבנים גופייהו ניחא להו במאי דעביד

אבוהון, ואע"ג שהקנין אין חל כ"א סמוך לגניבה, וכבר קדמו רשות היורשין, אפ"ה כיון שהבנים ניחא להו נמי במאי דעביד אבוהון מהני מסירה דאבוהון, או דילמא לא ניחא לבנים בנחותא דאבוהון, ולזה אע"ג דעל דעת כן מסרה לו שיקנה סמוך לגניבה לא מהני מסירתו כיון דבעת חלות הקנין כבר בא לרשות הבנים, שוב מצאתי בפנ"י קצת מזה, ואתי שפיר דעת רש"י:

והנה מכל האמור יש לנו לפשוט ספיקו של רעק"א בחדושיו, בשומר אבידה ונגנבה ממנו, דלא היה שם כלל מעשה המסירה מיד הבעלים, אלא דבעצמותו נעשה שומר, ולא היה שום התעסקות הבעלים עם השומר כלל, אי קנה כפילה כששילם, דכיון דחזינן בכולה סוגיין דבעינן נחותא, וא"כ בשומר אבידה דלא היה להם נחותא זע"ז י"ל דלא קנה ע"ש, שצדדי הספק הם שנים, א), כיון דלא היה שם מסירה מיד בעלים, אי נימא דהמסירה גרם, או השעה שנעשה שומר גרם אע"ג דלא היה מסירה, ב), כיון דליכא טעם דנחותא, ולמ"ש שני הספיקות נפשטים מן הסוגיא, דזה ודאי שעיקר התקנה לא הוי כ"א אשעת מסירה דאז שייך לומר דנעשה כאומר לו, אבל במקום שאין לו שום עסק עם הנפקד כדי שנאמר דהו"ל כאומר לו וכמו באבידה, לא שייך לומר נעשה, דאלת"ה מאי קא מיבעי כלל בשיל לבנים, נהי דלא ניחא להו בנחותא דאבוהון, תיפוק ליה דהו"ל כאילו הבנים עצמן אמרו כן קודם גניבה, אלא ודאי דכל היכי דליכא מסירה מיד הבעלים, לא אמרינן נעשה כאומר לו, ובאבידה נמי פשיטא דלא קני כיון דלא הוי מסירה, וטעם דנחותא בע"כ לומר שאין זה עיקר טעם התקנה וכמ"ש הפנ"י, דהא במפקיד גופא לא חלקו חכמים בתקנתן, אי יש לו קורת רוח או לא, ובע"כ דעיקר התקנה הוא משום דבטוח בקרן, וטעם זה לא הוי כ"א בעת המסירה, ובאבידה לא שייך כן ופשיטא דלא קנה, ואכן בריטב"א מפרש הבעיא מטעם הקנאת הבנים, אם הבנים מקנים כעת משהגיע לרשותם, ומשמע דאע"ג דלא היה מסירה מ"מ כיון שנעשה מעתה השומר שלהם, ובשעה שנעשה שומר בא ההקנאה, וא"כ גם באבידה נמי מועיל ודו"ק, וגם בתוס' ד"ה שאל, ס"ל כהריטב"א, עמ"ש שם:

תוד"ה הריני משלם ומת, הניחו בתימה הא אין אדם מוריש קנס לבניו, והנה באמת כולה סוגיא (בב"ק דף ע"ב) משמע להדיא דאדם מוריש קנס ע"ש, ודלא כדמשמע בסוגיא דכתובות (דף מ"ג), ואמנם יישובן של שתי הסוגיות למדתי מדברי רש"י בריש פרק נערה, ד"ה לא הספיקה וז"ל כיון דלא עמד בדין לאו ממונא הוא, להורישו לבניו ואמרינן לקמן דאין אדם מוריש זכות בתו לבנו עכ"ל, ומלשונו משמע שתרי טעמי כתב, טעם הראשון משום דלאו ממונא הוא, פי' דאי אתי לב"ד הוי מיפטר בהודאה וכמ"ש שם

להדיא במתני' ברש"י ד"ה מת האב, וטעם השני משום דאין מוריש זכות בתו, וכ"כ הפנ"י בכתובות שם, ששני טעמים כתב רש"י, וצריך באור למה הוצרך לשני הטעמים. והנ"ל בזה, דהנה ודאי שגם בקנס יש צד ירושה אפי' קודם העמדה בדין, דמאיזה טעם לא יוריש, אם מחמת שאין הממון בידו עדיין, הא גם בממון גמור נמי אין בידו קודם העמדה ואפ"ה יכול להוריש, וטעם שכתב רש"י דאי מודה ומיפטר נמי אין מספיק, דאכתי יהא מוריש לו זכות התביעה שהיה לאב בזה להעמידו בדין ולתבוע ממנו, ואמאי לא יוכל להוריש לבנו אותו הזכות מה שיוכל להעמידו בדין ואם יודה יפטר ואם לא יודה ישלם, אלא ודאי שאה"נ דזכות התביעה לדין יוכל להוריש, ורק דהנ"מ שבין ממון לקנס, דבממון יש לו זכייה בעצם הממון, דהמעשה עצמו מביא החיוב, ולא הוצרך לב"ד כ"א לברר ולכוף לקיים החיוב, ובקנס כיון דמודה ומיפטר אין לו זכייה בגוף הממון עדיין, ואין לו כ"א זכות התביעה לדין וזה הזכות יכול להוריש בשארי קנסות, ורק התם בכתובות דמיירי בקנס דאונס ומפתה לא יוכל להוריש כלל, דגוף הממון ודאי אין מוריש, והזכות ג"כ אין יכול להוריש, משום דאין אדם מוריש זכות בתו, והיינו מה שמדייק רש"י לכתוב שני הטעמים, דטעם הראשון דאי מודה ומיפטר לא יספיק כ"א על זה, שלא יוכל להורישו הזכות בעצם הממון, משום דמודה ומיפטר לא מיקרי עדיין ממונו, אבל אכתי יקשה דיהא מוריש להם זכות שיש לאב לתבוע לדין, ואותו הזכות גופא יוריש לבנו שהוא יעמוד במקום האב לתבוע לדין, לזה כתב טעם השני שאין מוריש זכות הבת, ונמצא דכל עיקר הדין דאין אדם מוריש לא שייך כ"א בקנס דאונס, אבל בקנס דכפל וכדומה שפיר יוכל להוריש עכ"פ זכות התביעה לדין, ומיושב קושית התוס':

אלא דאכתי יקשה קושית הריב"א בב"ק שם, מהא דאמר רבה בכתובות שם, כי קאמינא ממונא הוי משעמד בדין להורישו לבניו בשאר קנסות, הרי משמע שגם בשאר קנסות בעינן שיהא ממון להורישו לבניו, ואמאי בעינן כלל שיהא ממון, הא אפי' קנס גמור יכול להוריש עכ"פ הזכות, אכן למי שמעיין היטב בלשון רש"י דכתובות נראה שהרגיש בזה, ובנועם לשונו תירץ זאת, דז"ל רש"י התם, כי קאמינא ממונא הוי משעמד בדין להורישו לבניו בשאר קנסות ולא מיפטר תו בהודאה ע"כ, וכבר צווחו כל המפרשים על מה שסיים רש"י, דלא מיפטר תו בהודאה, הודאה מאן דכר שמיה הכא, עיין בפנ"י ומהר"ם שי"ף שם, והנ"ל דרש"י נתכוון לתרץ קושית התוס', ומפרש שבאמת רבה דאומר ממונא הוי להורישו, לא נתכוון לאשמועינן הדין שאז יוכל להורישו, דאפי' קודם העמדה בדין נמי יכול להוריש בשאר קנסות, אלא כוונה אחרת בדברי רבה, דהנה מצד הסברא הוה

אמינא, דנהי שיוכל להוריש זכות התביעה שהיורשים יעמדו במקומו, אבל הבע"ד יוכל גם להודות וליפטר, אע"ג שהאב כבר עמד בדין ואצלו אין יכול שוב להודות, מ"מ לגבי בניו שהם תובעים חדשים יוכל להודות וליפטר, כיון שעצם התביעה הוא קנס והם הוי תובעים חדשים, א"כ נאמר פרט למרשיע עצמו, לזה אשמועינן רבה, שלאחר העמדה בדין הוי ממונא, ולהכי אע"ג דהיורשים הם תובעים חדשים, מ"מ לא יוכל לפטור בהודאה, כיון דהוי כבר ממונא ולא קנס, וזהו שכתב רש"י, דלא מיפטר תו בהודאה, כלומר דמה שחידש רבה דלאחר העמדה בדין הוי ממונא, לא הוי החדוש לענין הורשה לבניו, דע"ז א"צ להעמדה בדין, כ"א עיקר החדוש הוא, דלא מיפטר תו בהודאה, ומיושב קושית הריב"א בתוס' דב"ק שם, ועמ"ש בכתובות שהארכתי הרבה ואכ"מ:

ברש"י ד"ה שאל שתי פרות, וז"ל שאל שתי פרות ונגנבו ואמר הריני משלם אחת ולא אמר מתה מחמת מלאכה ע"כ, וק"ל מי הכריחו לפרש דוקא בכה"ג שלא אמר מתה מחמת מלאכה, הא ודאי אפי' אם אמר מתה מחמת מלאכה ונתרצה לשלם ואח"כ נמצא הגנב, ודאי שמגיע לו הכפל כיון דפטר נפשיה ואפ"ה שילם. ונ"ל דלעיל בע"א מבואר דעת רש"י דגורס ללישנא קמא דר"פ ודאי לא הוי תיובתא, שאפילו ללשון זה דשואל לא מקנה כפילה, מטעם דמתה מחמת מלאכה לא שכיח, היינו דוקא באומר הריני משלם, אבל בשילם ממש גם בשואל קנה, ואח"כ אר"ז ג"כ הכי, דבשואל עד שישלם מטעם אחר כיון דכל הנאה שלו לא מקני לו בדבורא, ומאי נ"מ בין ר"פ לר"ז, כתבו התוס', דנ"מ הוא היכי שהתנה להיות כשו"ח ע"ש, והמפרשים כתבו נמי נ"מ אחריתי, היכי שטען מתה מחמת מלאכה ואפ"ה נתרצה לשלם ואח"כ נמצא הגנב, דלר"פ לא בעינן שילם ממש, דע"כ לא קאמר דבעינן שילם ממש, משום דלא היה לו במה למיפטר נפשיה, דזה לא שכיח, אבל אי באמת טען מתה מחמת מלאכה הרי פטר עצמו, וממילא מעתה הוא כשאר שומרים, ואפי' באמר, מקני לו כפילה, אבל לטעם דר"ז גם בכה"ג לא מקנה כ"א בשילם ממש, ולפי"ז נוכל לומר שס"ל לרש"י, דנהי דהיכי דהשואל אין טוען מתה מחמת מלאכה בעינן דוקא שילם ממש, דלא קיי"ל כלישנא בתרא דר"פ, שבכל אופן מהני אמר, משום דברייתא הוי תיובתא, דנקיט שילם דוקא, מ"מ בהא י"ל דקיי"ל כלישנא קמא דר"פ נגד רב זביד, דטעם דבעינן בשואל שילם ממש הוא משום דלא היה לו במה לפטור, דע"ז אין ראיה להיפוך, ולפי"ז אם טען מתה מחמת מלאכה לא בעינן שילם, והנה הכא אמר שאל שתי פרות ושילם, דמשמע דוקא שילם ממש, להכי פרש"י דמיירי בטוען נגנבו רק שנתרצה לשלם, אבל אם היה טוען מתה מחמת מלאכה לא בעינן שילם ממש, ואפי' באמר, נמי מהני, ואע"ג דרש"י הזכיר בלשונו אמר הריני משלם, לא נתכוון

לומר דמיירי באמר ולא בשילם, אלא נתכוון לומר דתחלת טענתו לזכות הכפל הוא רק ע"י שאמר הריני משלם, ואה"נ שאח"כ שילם:

בגמ' שאל מן השותפין ושילם לאחד מהם, והקשה רעק"א הא גם לזה ששילם לא הוי רק שילם מחצה, דהא כל פרוטה ופרוטה הוא בשותפות וכמ"ש הרא"ש פרק מי שהיה נשוי ע"ש. ובפשוטו אפשר ליישב, דמצי לאוקמי כגון שחבירו השותף נתרצה לזה, שיקח הוא החצי לעצמו, או שכבר נתחלקו ביניהם כל השותפות, לזה מחצית החוב ולזה מחצית וכל אחד מן השותפים כשקיבל לעצמו קיבל, ודו"ק:

בגמ' שאל מן האשה ושילם לבעלה מאי, מכאן היה נראה ראיה לשיטת התוס' (ב"ק פ"ט) ובכתובות (דף ע"ט) דכפל של בהמת מלוג הוי לאשה מטעם דאתי מעלמא, ולהכי שפיר מצי האשה להקנות הכפל דבידה הוא, ורק הבעיא הוא, מי אמרינן כיון דהאשה לא קיבלה התשלומין לא הקנתה הכפל, או דילמא כיון דהבעל אפוטרופוס הוא על נכסיה ואוכל הפירות, מקרי בעלים ע"ז ותשלומין מעליא הוא, דאי לשיטת הרי"ף שם, דהכפל לבעל, לא שייך למיבעי כלל, דהא המקנה הוי האשה בשעה שמסרה הבהמה, ולא תוכל להקנות דבר שאינו שלה, דאין לומר שגם לשיטת הרי"ף יהיה הבעיא, אם הבעל מקנה הכפל בקבלת התשלומין, דהא אע"ג דהכפל שלו הוא אין יכול הבעל להקנות לשומר, דלא מיבעי לשיטת רש"י דלעיל, שאפילו ללישנא בתרא דרבא, דהקנין נגמר סמוך לגניבתה, מ"מ נעשה כאומר לו בשעה שמסרה, ודוקא בעת המסירה לשומר הוי ההקנאה, ואפי' באתו לרשות בנים קודם הגניבה, אין הבנים יכולים להקנות הכפל מעצמם, כיון דלא היו בשעת מסירה וכמ"ש לעיל בסוגיא דשילם לבנים, כ"ש דהבעל לא יכול להקנות הכפל כיון דלא הוא היה המוסר לשומר, אלא אפי' לשיטת הריטב"א, דעיקר ההקנאה תלוי בשעה שנעשה שומר, ובאתו ליד בנים קודם הגניבה דהוי מעתה שומר שלהם, יכולים גם הבנים להקנות, וכן דעת המהרש"א לעיל, היינו דוקא בבנים, שהגוף שלהם ויכולים להקנות פרה גופא, אבל הכא גבי בעל שאין הגוף שלו ואין יכול להקנות כ"א הכפל, הוי דבר שלא בא לעולם, דבכל הסוגיא מוכח דבעינן דוקא שיקנה לו הפרה ממש, דאי לא, הוי דשלב"ל, ולהכי מצד הבעל א"א בשום אופן להקנות, והאשה נמי לא תוכל להקנות דבר שאין שלה, ומה קמיבעי הכא, ובע"כ דהעיקר כשיטת התוס' דכפל לאשה. והנה פלא ראיתי בשמ"ק בסוגיין בשם הרא"ש שכתב דאי הפירות לבעל, פשיטא דהבעל יוכל להקנות הכפל שהוא שלו, ולא שייך גם לאסתפוקי בזה, דפשיטא הוא שיוכל הבעל להקנות, ולא זכיתי להבין, דלע"ד פשוט ההיפך, דהבעל ודאי לא יוכל להקנות מטעם דשלב"ל וכמ"ש. ואפשר לומר דאין כוונת הרא"ש שהבעל מקנה

עתה כשקיבל התשלומין, דזה פשיטא דההקנאה בעינן משעת מסירה וגוף הפרה בעינן להקנות, אלא רצה לומר דמתחילה בעת ששאלה האשה את הפרה, הרשה לה הבעל להקנות הכפל לשומר, דניחא לו בזה, דליקני ליה כפילה כשישלם הקרן שיוכל לאכול הפירות ממנו מכאן ואילך, ובכה"ג שפיר מהני, דמצד דשלב"ל אין כאן, כיון דבאמת המקנה היתה בזה האשה, שהקנתה בשעת מסירה גוף הפרה, ובידה להקנות אע"ג שאינה שלו, כיון דהוי ברשות הבעל, וכעין זה כתב שם בשמ"ק בשם הריטב"א שהוכיח דהכא מיירי בע"כ בשהשאילה ברשות בעלה, שאל"כ היאך יש לה רשות להשאיל, ואין כאן שאלה כלל והו"ל שואל שלא מדעת דלא קנה כפילה ע"ש, והנה גם לזה קמה ראייתי דלעיל, שהעיקר כשיטת התוס', דאי כשיטת הרי"ף דהכפל לבעל הוי, אע"ג דמשכחינן שתהא בידה להקנות וכנ"ל, מ"מ בכה"ג דהוי ברשות הבעל והאשה הוי המקנה, לא שייך למיבעי כלל, דמאיזה צד יהיה חסרון וכמ"ש הרא"ש שם, דאי של בעל לא שייך למיבעי כלל, ומדמיבעיא מכלל דהכפל לאשה הוי, דבזה שפיר שייך למיבעי וכמ"ש בתחלת דברינו, ודו"ק:

תוד"ה שאל, והריב"ן פי' כו' דאפי' את"ל דשילם לבנים קנה כפילה משום נחותא דאבוהון וללישנא דמעכשיו אשה אינה חסה על בעלה יעו"ש היטב ובמהרש"א ומהר"ם, תוכן הדברים, דהתוס' יפרשו דהבעיא דשילם לבנים קאי ללישנא בתרא, ומיירי בנגנבה לאחר מיתת הבעלים, והבעיא הוא אם הבנים בעצמם מקנים הכפל, אבל יש למיבעי גם ללישנא קמא, ואף בנגנבה בחיי האב אם השומר מקנה בשביל תשלומי הבנים אם ניחא לאב שגם בניו יהיו בטוחים בקרן, ומזה נראה דהתוספות סוברים דגם הבנים יכולים להקנות מעצמם הכפל, כיון דקודם הגניבה בא הדבר לרשותם, ומעתה הוי שומר שלהם, והוא כשיטת ריטב"א שהבאתי לעיל ברש"י ד"ה שילם לבנים, ושמזה מוכח דעיקר ההקנאה הוי בעת שנעשה שומר, ולא בשעת מסירה, ודלא כמ"ש בשם הפנ"י דעיקר ההקנאה הוי בשעת מסירה, וכל היכי דלא היה מסירה לא יוכל להקנות הכפל, וכמו בשומר אבידה ע"ש, והנה ללישנא דמעכשיו, בע"כ דטעם הקנאת הכפל הוא משום דרוצה להיות בטוח בקרן, והבעיא הוא אם להאב ניחא שגם הבנים יהי' בטוחים עיין במהרש"א, ורעק"א בחדושיו תמה על התוס' מנ"ל לחדש בעיא דלא הוזכר בש"ס, דבש"ס לא מוזכר כ"א טעם דנחותא, ומנ"ל להמציא טעם דבטוח בקרן, ולמ"ש לעיל ברש"י ד"ה שילם, הדבר הזה והטעם מוכרח מן הסוגיא דלעיל, דקאמר ר"פ דלא מקנה הכפל כ"א היכי דיש לו מיגו לפטור נפשו, ושואל דבלא"ה חייב לא מקנה לו כפילה, ואי לטעם דנחותא מאי נ"מ בין אית ליה מיגו דליפטר או לא, אע"כ דעיקר הטעם משום

דרוצה להיות בטוח, וא"כ היכי דאין לו מיגו דבלא"ה בטוח לא מקנה לו כפילה, עיין היטב מ"ש לעיל בארוכה:

דף לה.

בגמ' ואותביניה שילם כו', התוס' מקשים דמאי פריך, הא לעיל אמרינן דשבחא דמגופא לא מקנה, ותי' דיוקרא הוי כשבחא דממילא ע"ש, וזה נגד דעת הרבה ראשונים שס"ל דיוקר הוי שבחא דמגופא, ואפשר היה לפרש דהקושיא הכא הוא ע"ז, שהכיפי בעצמם חוזרים למארייהו, והא ממתני' מוכח, דהיכי דשילם מקנה לו גופא דפרה משעת מסירה, ואגופא דכיפי קא פריך ולא איוקרא, דהיוקר ודאי שצריך לחזור, כיון דהוי כשבחא דמגופא ולא מקנה, והיה מקום ליישב בזה מה שהק' הרשב"א, דמאי פריך ממתניתין, הא התם שילם עפ"י הודאתו, משא"כ הכא שאמר לא ידענא, ורצה היה לפטור, רק נתחייב עפ"י טענתו ועפ"י פסק ב"ד, ולא מצינו בכה"ג דאקני לו כפילה, דדוקא כשמתחייב בהודאתו אמרו במתני' דמקנה לו ולא בכה"ג שרצה לפטור ע"ש, ולפמ"ש י"ל שדעת המקשה היה, דהא דבעינן במתני' שיתחייב בהודאתו, היינו לענין שמקנה לו כפל, אבל לענין שיהא גוף הפרה שלו, אפילו בכה"ג נמי, ומשני התם לא אטרחי', פי' ואפי' בגוף הדבר לחוד נמי לא מקנה לו היכי דלא בא החיוב בהודאת עצמו, ואפשר דמשו"ה לא ניחא להו לתוס' לפרש כן, דמלשון הש"ס דאמר אשתכח כיפי ואייקור, משמע שעל גוף הכיפי לא היה שום קפידה וסכסוך, ומרצון הטוב היה נמי ניחא לו להחזיר הכיפי וליקח האפדנא, שכל אחד ניחא בשלו, ורק הקפידה היה על היוקרא, דזה השומר תבע היוקרא, וכל השקלא וטריא קאי על השבחא דיוקרא, ולזה שפיר הוכיחו דיוקרא הוי כשבחא דממילא, דאל"ה מאי ס"ד דמקשה דהוי של שומר. ועוד י"ל בדעת התוס' דמדפריך ממתניתין דשילם, דהתם בא השבח ע"י רצון המפקיד כד שמקנה לו בשעת מסירה, ומשמע דאי לא הוי ידענא דינא דמתני' דנעשה כאומר לו בשעת מסירה, לא הוי קשה סוגיא דהכא, ואי נימא דפרכת הש"ס הוא על גוף הכיפי, א"כ אפי' בלא דינא דמתני' נמי קשה, אמאי יוחזרו הכיפי, כיון דשילם כבר, קנה הכיפי ע"י התשלומין, דהא הכא לא מיירי בנגנבה משומר, דנימא שבשעת התשלומין לא היה ברשות המפקיד שיכול להקנות, ובנאבדה מיירי הכא דכל היכי דאיתא ברשותא דמרא איתא, וא"כ אפי' בלא דינא דמתניתין הו"מ לאקשויי, כיון דשילם כבר קנה הכיפי, ואין לומר משום דבמעות לחוד אינן קונות, וכמ"ש התוס' בריש פירקין האי טעמא, דבמתניתין דמיירי בנגנבו ולא היו בבית שומר בשעת התשלומין, שפיר כתבו דבמעות

אינן קונות, אבל הכא הא אשכחו כיפי אח"כ, ונמצאו שהיו בביתו בשעת התשלומין, אלא שלא ידעו מהם, וא"כ ליקני מיהא ע"י חצירו אע"ג דלא ידע כיון ששילם, וגם אפי' במתני' צ"ע כוונת התוס' דאמאי באמת אין קונה הכא במעות לחוד, הא במילתא דלא שכיחי קונה מעות קנין גמור, וכמבואר לקמן (דף מ"ו) יש דמים שהן כחליפין, דדמי שור בפרה קונה במעות כיון דלא שכיחא, והכא דשילם לו באפדנא, הוי כמו דמי שור בפרה, וא"כ אפי' בלא דינא דמתניתין, דנעשה כאומר לו בשעת מסירה נמי הוי קשה אגוף הכיפי, ומדפריך דוקא ממתני' דשילם, מכלל דגוף הכיפי לא היה איכפת לו להחזיר, ורק הקפידה הוא על היוקר שבא עוד קודם תשלומין, והוכרח לאקשויי ממתניתין, דכיון דתנן שילם, שנעשה כהקנה לו גוף הפרה בשעת מסירה, א"כ אפי' היוקר שבא קודם תשלומין נמי הוי של שומר, ולזה שפיר כתב התוס' להוכיח דהיוקר הוי כשבחא דממילא, דאל"ה לא היה מקשה מידי, דהא בע"כ קושית הש"ס הוא על היוקר, ולא על גוף הכיפי:

ומתוך מה שיישבנו דעת התוס', קשה לי לעמוד על דעת הריטב"א שפי' דבאמת יוקרא הוי כשבחא דמגופא, ואפ"ה שפיר מקשה הכא, משום דמיירי הכא בנתייקר אחר התשלומין, וע"כ לא אמרינן לעיל שבחא דמגופא לא מקנה, היינו השבח שבא קודם התשלומין, אבל מה שבא אחר התשלומין שכבר נגמר קנינו, הוי של שומר אפי' בשבח דמגופא, הובא דבריו בקצוה"ח (סי' רצ"ה) ע"ש, אבל לפמ"ש תמוהים דבריו, דאי בשבח הבא אחר תשלומין מיירי הכא, מאי הוצרך לפרוך, ממתני' דשילם, הא אפי' בלא דינא דמתני' נמי הו"מ לפרוך, אמאי לא הוי השבח שלו, כיון דקנה הכיפי בתשלומין, וכי נתייקרו ברשותו הוא דאייקר דבשלמא אי הוי מיירי בשבח שקודם תשלומין, דעדיין לא היה כאן שום הוכחה לקנין, ורק מכח תקנת חכמים דאמרינן דנעשה כאומר לו בשעת מסירה, והיינו דוקא מכח דינא דמתני', ובלא מתני' לא נדע דין זה, אבל אי בשבח הבא אחר תשלומין, מאי הוצרך מכח מתני', אטו לא ידעינן דכל היכי ששילם והדבר מונח בחצירו שקונה, וכי אייקר אח"כ ברשותו אייקר, ועיין בפיר"ח מוכח נמי שהקנין הוא ע"י תשלומין וברשותו הוא דאייקר וצ"ע דעת הריטב"א. ואמנם בסמוך בגמרא כתבתי דהריטב"א לשיטתו דס"ל שבשעת תשלומין אין דעתו להקנות כיון שסבור שנגנבה ואתי שפיר, עמ"ש בסמוך בד"ה שאני התם:

תוד"ה אטרחיה, הקשו מבב"ק דלרבא בנשבע ואח"כ שילם דקנה הכפל אע"ג דאטרחיה לב"ד, ולעד"נ ליישב, דהתם הוי הטורח מה שטרחו לב"ד, למעליותא לענין הקנאת הכפל, דעיקר טעם דהקנאת הכפל הוא משום דהמפקיד יודע שהנפקד יוכל לפטור

עצמו ע"י שבועה, ולכן בנחותא שבטוח הוא בקרן מקנה לו הכפל וכפרש"י בריש פירקין, וא"כ אם מקנה לו הכפל מספק שמא יפטור, כ"ש כשנשבע וכבר נפטר אם אח"כ רוצה לשלם, ודאי שהנחותא יותר גדולה וראויה להקנאת הכפל, ובבה"ג אפי' אם אטרחיה נמי מקנה לו, מטעם דבטוח הוא בקרן, דטעם דבטוח לחוד נמי סגי להקנאת הכפל, וכמ"ש לעיל בדבור המתחיל, שו"ח שאומר פשעתי, שלא הוצרך לטעם דלא אטרחיה כ"א במקום שבלא"ה בטוח בקרן, וכגון בשואל שאין לו מיגו לפטור עצמו, בזה אמרינן דשילם מהני מיהא, מטעם דלא אטרחיה, אבל היכי שרק ע"י הודאתו בטוח הוא בקרן, אז אפי' אטרחיה נמי, דמצד נחותא דבטחון הקרן מקנה, ועיין מה שכתבתי שם, וא"כ התם בב"ק דהנחותא דקרן יהיה יותר גדול עי"ז שנשבע, כ"ש דמקנה לו כפל אע"ג דאטרחי', אבל הכא דלא נתחייב בהודאתו ואדרבה רצה לפטור, א"כ משום נחותא דהודאה א"א להקנות הכפל, וכיון דאטרחיה נמי, ליכא שום צד להקנאת הכפל, וז"ב:

בגמרא שאני התם דשומא בטעות הוה דקא הוה כיפי מעיקרא, זהו גרסת רש"י והר"ח, והרמב"ם והריטב"א לא גרסי, דהא הוי מעיקרא, ויסוד פלוגתתם כפי מה שלמדתי מלשון הריטב"א המובא בשמ"ק הכי הוא, דרש"י והר"ח ס"ל, דדוקא משום דהוי כיפי מעיקרא ולא הוי שומא כלל, אבל אי נאבדו הכיפי ולא היו ברשותו הוי קני הכיפי שפיר, ואע"ג דמשעת מסירה לא אקני לו הכיפי כיון שאטרחיה לבי דינא, מ"מ קונה השתא בשעת תשלומין, וכיון דזה קונה הכיפי, ממילא לא יחזיר גם האפדנא, כיון דעצם השומא לא היה בטעות, וזה קונה נמי הכיפי, מהיכי תיתי נימא שיחזיר האפדנא, אכן הרמב"ם והריטב"א ס"ל דבתשלומין ששילם השתא, א"א לו לקנות, כיון דהמפקיד כסבור שאין ברשותו שנגנבו או שנאבדו ואין דעתו להקנות, ונמצא שזה אין לו שום קנין בהכיפי, דבשעת התחלת השמירה ודאי לא הקנה לו כיון שאטרחיה לב"ד, ובשעת תשלומין נמי לא הקנה לו, ולהכי נהי דמצד עצם השמירה לא הדרא, מ"מ כיון שזה לא קנה הכיפי, דינא הוא דכי אשכחינהו דניהדרו למארייהו, וכיון דהדרי הכיפי, לא סגיא דלא יחזיר לו האפדנא, דהא לא נשום לו האפדנא כ"א בעד הכיפי, וכשיוחזרו הכיפי בע"כ שיוחזר גם האפדנא, וזהו פי' התרצן, דקאמר דשומא בטעות, פי' הטעות לא הוי מחמת שהכיפי היו ברשותו, כ"א מחמת שהשומא לא היתה רק בשביל הכיפי, וכשיחזיר לו הכיפי בהכרח שיוחזר האפדנא, ע"ש שזה כוונתם ומפרש גם דעת המקשה לפירושו, ומזה עמדתי על תוכן דעת הריטב"א שיפרש דהכא מיירי ביוקרא שבא אחר תשלומין, ולעיל בחדושיי בד"ה ואותביניה שילם, הקשיתי עליו, דא"כ מאי פריך המקשה לעיל מכח מתניתין דשילם, דנעשה כאמר לו בשעת מסירה, ותיפוק ליה דברשותו נתייקר וכמ"ש הר"ח

להדיא, והיינו משום דלשיטתו אזיל דס"ל דבתשלומין דהשתא א"א לקנות, כיון שאין דעת המקנה להקנות, ובע"כ דדעת המקשה הוא, אמאי לא נימא דמקנה בשעת מסירה, והוכרח להקשות דוקא מכח מתניתין, והר"ח לשיטתו שס"ל דבתשלומין דהשתא נמי יכול לקנות, ועמש"ש ודו"ק:

דף לה:

במתני' השוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר, בפנ"י העלה, דהא דס"ל לרבנן דהשואל משלם לשוכר, היינו דוקא בכה"ג שמתה הבהמה וכבר נפקע שם בעלים ממנה, אבל בשומר חנם שמסר לשוכר ונגנבה או נאבדה אח"כ, גם רבנן מודו דהשוכר משלם לבעלים הראשונים, דכיון דהבהמה הוא בעין, ואם יוכר הגנב תחזור פרה לבעלים, א"כ השתא נמי שמשלם השוכר חליפי הפרה המעות חוזרים לבעלים ראשונים, ונסתייע ממתניתין דנקט דינו בשוכר ושואל ושביק למפקיד דאירי ביה בריש פירקין, דהו"מ למיתני הך דינא במפקיד אצל חבירו והשכירה לאחר ונגנבו דשייך בו נמי האי פלוגתא דר' יוסי ורבנן, דהא אפי' למסקנא דמשעת מיתה קנה, ה"נ משעת גניבה קנה ע"ש, והנה דבריו נפלאו איך למד להביא ראיה לדינו החדש מדיוקא דמתני', הא גם לדבריו יקשה, נהי דבשומר חנם לשוכר א"א לאוקמי, משום דחיוב של שוכר הוא גניבה ואבידה, ובכה"ג גם רבנן יודו דלבעלים הראשונים משלם, מטעם דהבהמה בעין, אכתי ינקוט התנא במפקיד כמו ברישא, ולינקט הכי במפקיד אצל חבירו והשאילה לאחר ומתה, ובשו"ח ושואל שפיר הו"מ למינקט גם לפי דבריו, אע"כ דבשומר חנם א"א כלל למינקט ולאו מטעמי', אלא מטעם דבשו"ח שמסר לשוכר או לשואל, לא שייך כלל הפלוגתא דר' יוסי ורבנן, דבכה"ג ודאי שהשומר חנם עצמו חייב לשלם, דממ"נ אם לא נתנו לו הבעלים רשות להשאיל או להשכיר, וכיון דהשו"ח עצמו אין לו רשות להשתמש בפקדון, ואם השכירו או השאילו לאחר בלא רשות הוי שולח יד בפקדון וחייב באונסין, וכמ"ש הריטב"א והב"י (בחו"מ סי' שמ"ב), ואי בנתנו לו בעלים רשות להשאיל ולהשכיר, הרי תו לא הוי שומר חנם, דהא היתר תשמיש מחייב באונסין, וכ"ש כשנתן לו רשות ליקח שכר בעד התשמיש, וגם הפנ"י עצמו הרגיש בזה, ולהכי מוכרח התנא למינקט דינו בשוכר, דיש לו בלא"ה רשות להשתמש בעצמו. שוב ראיתי שעיקר קושית הפנ"י כבר הקדימו בשמ"ק, דלינקט בשו"ח, ותי' דמתני' מיירי בלא נתנו לו רשות, שדוקא לר' יוחנן מוקמינן לקמן בנתנו רשות, אבל אליבא דהלכתא, דטעם דאין רצוני הוי רק לכתחילה,

אבל בדיעבד לא חשיב כפושע לחייבו, מיירי מתני' כפשטה בלא נתנו רשות, ולהכי אם הוא השאיל והשכיר הוי שולח יד בפקדון וכדברינו לעיל:

לא דאכתי יקשה דלינקט תנא בשו"ח שמסר לשומר שכר ונגנבה אח"כ, דהכא ליכא שום חיוב על השו"ח עצמו, ושפיר שייך פלוגתא דר"י ורבנן, אלא לאו כסברת הפנ"י, דהיכי שהיא בעין גם רבנן מודו, והנה גם בזה דינו נסתר בראיה וסברא, בראיה, דהא התוס' בב"ק (דף י"א ע"ב) ד"ה לא מיבעי, כתבו וז"ל ומיהו ש"ש כי משלם משלם לבעלים כדאמרינן בהמפקיד דהלכה כר' יוסי ע"כ, הרי להדיא שגם בש"ח לש"ש, דוקא לר' יוסי הוא דאמרי' דמחזיר לבעלים הראשונים, ומשמע דלרבנן אפי' בכה"ג ס"ל דישלם לשו"ח, וגם עיקר הסברא שכתב הפנ"י, דהיכי דהבהמה בעין, ואם הוכר הגנב היה מחזיר הפרה לבעלים, א"כ השתא דהשומר שכר משלם, הוי חליפי הפרה ולבעלים צריך לשלם, ומשום דמצי א"ל פרתי גבך, לא נהירא כלל, דנ"ל ברור דתשלומי השומרים לא הוי חליפי הפרה כמו תשלומי הגנב או הגזלן, דבגנב וגזלן שהחיוב יבוא מצד ההפסד שהפסיד לו פרה, ומעשה הלקיחה גורם החיוב, הוי שפיר התשלומין חליפי הפרה, אבל חיובי השומרים לא בא בעד ההפסד שמתה הפרה או נגנבה, דמעשה ההפסד אין מביא לידי חיוב, כיון שהשומר לא עשה בידים שום מעשה להפסידו, הלקיחה מבית בעלים היה ברשות, וההפסד בא ממילא, ורק החיוב יבוא בשביל שעבוד קבלת השמירה והנאת השומר, ומשו"ה נחלק חיובו למדריגות, שו"ח שאין לו הנאה, פטור בכל, וש"ש שיש לו הנאה קצת, נתוסף שעבודו וחיובו בגניבה ואבידה, ושואל שכל הנאה שלו חייב בכל, וכיון דכל עיקר חיוב השומרים הוא לא בשביל הפרה כ"א בעד הנאת השומר הטילה עליו התורה שעבוד כזה, וא"כ לא יוכל להתחייב כ"א לאותו האיש שנשתעבד בשמירה אליו, אבל לבעלים הראשונים שלא נשתעבד אצלם בשמירה כלל לרבנן, אין לחייבו להחזיר לבעלים, דהשומר בעצמו ודאי שאין לו שום שייכות עם הבעלים, ולתבוע מהנפקד מטעם פרתי גבך נמי אין שייך, אחרי שהמעות לא הוי חליפי הפרה, כ"א בשביל קבלת השמירה, ולא יוכל לומר פרתי גבך, ולכן איני רואה בזה שום חלוק בין הבהמה קיימת למתה הבהמה, דבחיוב תשלומי הגנב, שהתשלומין בא בשביל עצם הפסד הפרה, ודאי שמחויב להחזיר לבעלים הראשונים ואפי' כשאין הבהמה בעין, והגע עצמך, בגנב גופא אפי' אם מתה הפרה בי גנב והגנב דמים משלם, ודאי שישלם לבעלים ראשונים, ומטעם דנהי דגוף הפרה אינה בעולם, מ"מ אם ישלם לנפקד יכול הבעלים לטעון פרתי גבך, הרי לנו דהיכי שהתשלומין הוא חליפי הפרה, אין חלוק בין הפרה בעין או לא, ובשומרים שחיובם הוי בעד קבלת השמירה ולא מצי

לומר פרתי גבך, ודאי דהוי של נפקד, כיון דלדידיה נתחייב בשמירה, ואין שום יסוד לחילוק הפנ"י. ובעיקר הדקדוק, דא"כ הו"מ למיתני בשו"ח שמסר לש"ש, אם היה לנו רשות לזוז מדברי התוס' היה אפשר לדייק מכאן ממש להיפך מן הפנ"י, וכמ"ש השבו"י הובא דבריו בפ"ת (חו"מ סי' ש"ז) דבכה"ג דהשו"ח נותן מכיסו לש"ש לשמור שמירה מעולה ביותר, גם ר' יוסי מודה דיחזיר לשומר, דזה מיקרי עושה סחורה בממון עצמו, אלא דהתוס' דב"ק לא ס"ל כן, ודו"ק:

שם במתני' ישבע השוכר שמתה כדרכה. והיכי דלא היה השוכר בשעה שמתה ולא יכול לישבע, כתב הרמב"ן דנשבע שאינו יודע ויפטר, דהו"ל כאומר איני יודע אם הלויתני, והראב"ד סובר דחייב, מטעם דהו"ל כא"י אם פרעתי הובא דבריהם בשמ"ק, וקשה טובא הא מחויב שבועה דאורייתא וא"י לישבע, ואמאי לא דיינינן בזה לומר דמחויב שבועה ואיל"מ, דגם הראב"ד לא אתי עלה לחייבו כ"א מטעם דא"י אם פרעתיך, ואמאי לא חייבו מטעם מחויב שבועה ואיל"מ, וכשיטת התה"ד בסי' של"ג, דאם אינו יודע אם מתה כדרכה חייב, מתוך שאין יכול לישבע. והיה נ"ל לכאורה, דטעמם הוי משום דאין התובע טוען טענת ברי, ולא אמרינן בזה מתוך, ואע"ג דעיקר שבועת והשומרים אינה באה כ"א על הספק, אפ"ה כיון דחדוש הוא אין לך אלא חדושו דמחויב לישבע, אבל לא לחייבו בתשלומין במקום שאין יכול לישבע, וכמ"ש הפנ"י (לקמן דף צ"ז) להוכיח כן מן הש"ס, וכזה י"ל גם דעת הנמוק"י בשם הרא"ה, המובא בש"ך (סי' רצ"א סקמ"ד) דס"ל דהיכי דאין יודע אם מתה מחמת מלאכה פטור, והש"ך הרבה להשיג עליו ע"ש, ולדברינו י"ל דס"ל נמי דבשומרין לא דיינינן ביה מתוך שאיל"מ, וכשיטת הרמב"ן והראב"ד, אכן שוב חזרתי, דבשיטת הרמב"ן ודאי דאין לומר כן, דהש"ך שם הביא בשם הרמב"ן, דהיכי דהשומר אין יכול לישבע דמשלם, הרי להדיא שגם בשומרים ס"ל נמי דאמרי' מתוך, וגם זולת זה לא ניחא לי בתי' הזה כיון שהרבה פוסקים ס"ל להדיא שגם בשומרים אמרינן מתוך, עיין בש"ך חו"מ (סי' רצ"א וסי' ש"ז סק"ו ובקצוה"ח סי' ש"מ מזה) ודוחק לומר דהראב"ד ורמב"ן יפלגו עם כל הנך פוסקים. ולכן נ"ל ליישב סתירת הרמב"ן, דהנה הכא אמרינן דמשעת מיתה קנה ושבועה כדי להפיס דעתו, ובטעם הדבר יש שכתבו דהשבועה אינה כ"א מדרבנן, עפמ"ש הרא"ש בריש מכילתין, אמאי ישבע הא השואל הו"ל עד המסייע וי"ל שאין הפרה לפנינו דצריך השואל לישבע שאינו ברשותו והו"ל עד הצריך שבועה שאינו עד ע"ש, וכיון דשבועה שאינו ברשותו אינו אלא מדרבנן, א"כ מה"ת אין לחייבו שבועה, דמה"ת נקרא עד המסייע שפוטר, ויש שכתבו טעמים אחרים, עכ"פ איך שיהיה טעם הדבר, זהו מפורש בש"ס דהשבועה אינה כ"א להפיס דעתו דאינה

אלא מדרבנן, ולהכי לא דיינינן ביה מתוך שאיל"מ, דבשבועה דרבנן לא אמרינן הכי, וגדולה מזה כתב בתשובת שמן רוקח סי' פ"ג דכיון דהשבועה אינה כ"א להפיס, היכי דאפשר להפיס אפשר, והיכי דלא אפשר לא מחייבינן בזה תשלומין, ואם כי הקשה ע"ז, דהא דוקא לרבנן אמרינן דמשעת מיתה קונה, אבל לר' יוסי דקיי"ל כוותיה ס"ל דקונה בשבועה, וא"כ השבועה הוא העיקר ע"ש, נעלם מאתו מ"ש השמ"ק, דמדקאמר מי סברת משעת מיתה כו' משמע שגם לר' יוסי אמרינן דהשבועה אינה כ"א להפיס ע"ש, ובזה מיושב סתי' הרמב"ן, דהכא במתני' דהשבועה אינה כ"א מדרבנן וכטעם הנ"ל, ס"ל דאם א"י שמתה כדרכה נשבע שא"י ופטור, אבל בהדין שהביא הש"ך משמו, דהתם ליכא הך טעמא והשבועה הוי מה"ת כשבועת השומרין, להכי ס"ל שפיר דחייב לשלם אם א"י לישבע

והנה בחי' רעק"א הקשה דמאי מהני שבועת השוכר, מ"מ הוי ספק שמא שלח בו השואל יד, דאטו לא זזה ידו ממנו ושמא שלח בו יד להשתמש, והן אמת דהרשב"א העלה, שגם בשלח בו יד ודאי ג"כ לא מחייב השוכר כיון שלא עפ"י דבורו נעשה, דדוקא היכי שעצם השמירה לא שמרה כראוי החיוב על השומר כאילו היה אצלו ולא שמרה, אבל אם השמירה כראוי היתה אלא ששלח בו יד, מה שייך זה לשוכר, אכן הרא"ש בסוגיא דשומר שמסר לשומר הביא, דחייב השומר בשליחות יד דשני, וא"כ קשה מתני', ובמחכ"ת לא אבין, דהרא"ש לא כתב כן כ"א בשומר חנם שמסר לש"ש, דלשניהם אין רשות להשתמש בפקדון, ואם אך ישתמש בו הו"ל שולח יד, להכי חיישינן, אבל במתניתין דמיירי בשוכר ושואל שלשניהם רשות להשתמש, וא"כ איזה שליחות יד שייך בזה, שוב ראיתי בס' תבואת השדה הביא נמי בשם הריטב"א דבשוכר ושואל לא שייך שליחות יד, והסביר עוד בטעם הדבר, דחיוב דשליחות יד הוא מחמת שע"י התשמיש יכניס הדבר לרשותו, אבל הכא דבלא"ה ברשותו להשתמש, גם אם ישלח בה יד אח"כ אין מוסיף עוד הכניסה לרשותו, ועיין בפ"ת (חו"מ סי' ש"ז) מש"ש, אלא דבקצוה"ח (סי' רצ"א) הביא בשם הריטב"א להיפך דגם במתניתין הקשה אמאי לא חיישינן שמא שלח יד, ולמ"ש לעיל בשם הנמוק"י דהכא אם טוען איני הר יודע נשבע שאין יודע כיון דהתובע טוען שמא, גם הכא אתי שפיר, דכיון שאין יודע אם שלח יד פטור מספק, ודו"ק: **תוד"ה** תחזור, אין לפרש משום דמצי א"ל פרתי גבך כו', ובטעם הדבר דבאמת לא אמרינן כן, עמ"ש לעיל במתני' בארוכה:

שם בא"ד ונראה אם המשכיר עצמו היה בשעת מיתה יודה ר' יוסי כו', נתכוונו לתרץ בזה קושית הרא"ש, דכיון דפסקינן כר' יוסי א"כ השקלא וטריא של ר' זירא ור"א מדיפתי

דלא כהלכתא, לזה כתבו שבכה"ג גם ר' יוסי מודה, ובשקלא וטריא שם מיירי שהבעלים עצמו היה השואל, ובכה"ג ודאי השוכר פטור גם לר' יוסי, וכל זה הוא רק לשיטת התוס', שטעם דר' יוסי משום דמצי אמר לו דל אנת כו', להכי במקום דליכא שבועה יודה, אבל להרא"ש שיפרש טעם דר' יוסי משום דהוי כשליח הבעלים, דלטעם זה פליג אפי' היכי דליכא שבועה, וקשה לדידיה השקלא וטריא, ולזה הוכרח לתירוץ אחר ע"ש:

בגמ' במאי קני לפרה בשבועה, הפנ"י הקשה דמאי ס"ד דקני בשבועה, ומ"ש מהא דאמרינן לעיל בר"פ דלא קני בשבועה אפי' לענין כפל כ"ש לענין גוף הפרה, ובמחכ"ת לא אבין זה, דאטו הכא קונה לגוף הפרה ממש, וגם הנבילה יהיה שלו, דזה ודאי א"א שיקנה, דמהיכי תיתי יקנה כיון שזה לא הקנה לו וזה לא עשה שום קנין ע"מ לקנות, דאטו המיתה או השבועה הוי קנין לקנות על ידו, כשארי קנינים, אלא ודאי שהכוונה הוא דהוי כמו שהפרה שלו לענין דפטור בהפסידה, וא"כ איך קרב זא"ז, דהתם דיינינן לענין קניית הפרה ממש, ובודאי לא קנה בשבועה, והכא דיינינן על הפטור דשומר, דזה ודאי שבשבועה נפטר מלשלם כמו שאילו הבהמה שלו היתה, ובהמה שלו הוא דמתה, ובלא"ה לא דמי, כמ"ש לעיל במתני' דתשלומי. דשומר לא דמי לתשלומי דגנב, דתשלומי דשומר אין לחייב כ"א למי שנשתעבד בשמירה ע"ש:

דף לו.

בגמ' שמתה כדרכה ואמרי שמתה מחמת מלאכה, דשואל באשם כו'. בשמ"ק הקשה והלא השואל לא כפר כלום, כי הוא טוען שמתה מחמת מלאכה והשוכר מודה לו ומבעלים הראשונים מסולק הוא דהא כדרכה מתה ע"ש, ופלא בעיני מלהבין זה, דהא בפשוטו ניחא דהא זה ודאי דתביעת השוכר מן השואל היה בראשונה, דאי תביעת הבעלים מן השוכר היה בראשונה, א"כ לאחר שנשבע השוכר כבר דמתה מחמת מלאכה, מה צריך השואל שוב לישבע אח"כ, כיון דהשוכר כבר הודה לדבריו, וגם זה צ"ל דלא הודה השוכר תיכף לדברי השואל, דאי בעת מעשה כשאמר השואל דמתה מחמת מלאכה הודה השוכר לדבריו, אכתי שבועת השואל למה, אלא בע"כ דתחלה טען השוכר מן השואל, וכשאמר השואל מתה מחמת מלאכה לא הודה לדבריו והוכרח לישבע, רק שאח"כ כשתבעו בעלים מן השוכר, סמך גם הוא על דברי השואל לאמור שמתה מחמת מלאכה, וא"כ בשעת שבועה של השואל היה שפיר כפירת ממון, דאכתי לא הודה השוכר, ואמאי לא נחייבנו אשם:

ואין לומר כיון דסוף סוף השתא שנשבע השוכר כדברי השואל הרי פטור השואל מלשלם לו עוד כיון שהשוכר הודה לו ואיגלי מילתא שמתחלה לאו ממונא כפר, דנראה פשוט דהודאת השוכר לאו הודאה הוא אפי' לפוטרו מממון, דהא במקום שנותן אמתלא על הודאה, ההודאה לאו כלום הוא וכמ"ש המרדכי פרק מי שמת, ועיין בקצוה"ח (סי' פ"א סקכ"א) שאפי' אמתלא שאינה ידועה לב"ד מועלת לבטל ההודאה, כ"ש הכא שהשוכר יש לו אמתלא אמיתיית שהודאתו אינה אמת, ורק על שבועת השואל קא סמיך, והראיה דהא מתחלה לא האמין לשואל ותבע מאתו שישבע, וא"כ מה שהודה אח"כ לדבריו, היינו משום דסמיך על שבועת השואל, וכסבור היה שנשבע באמת, וכיון שיש לשוכר אמתלא אמיתיית כזה פשוט הוא שיכולה לבטל הודאתו, והשואל מחויב גם לשלם, וגדולה מזה נ"ל שאפי' היה בזה הודאה גמורה, והשואל היה פטור עתה מלשלם, בכל זה לענין הקרבן ודאי לא מועיל הודאה מתרי טעמי, א), דיסוד דהודאת בע"ד שסמכינן ע"ז גם לבטל דברי עדים המעידים להיפך, אין זה בגדר ברור, שמברר שבודאי האמת היה כדבריו, דעל בירור המעשה אין מועיל כלל להאמינו עי"ז, וכ"ש במקום עדים, אלא משום דיכול אדם לחייב עצמו, להכי אמרינן דמתחייב מעתה לפלוני, וא"כ ההודאה אינה עושה פטור כ"א מכאן ולהבא, אבל קודם ההודאה מחויב גמור היה, ובעת מעשה ממונא כפר, דבשלמא אם ההודאה היתה מברר שהאמת הוא כדברי השואל, והיה נמצא שגם מתחלה לאו ממונא כפר, אבל כיון שטעם הודאה הוא מחמת שעתה מתחייב, לא יוכל להועיל זה כ"א לענין פטור ממון, דע"ז שפיר נוכל לפטרו, דאע"ג שאמרינן דמתחלה היה מחויב, מ"מ השתא הוא דמחיל לו, אבל כשאנו דנין לענין חיוב שבועה, אם בשעה שנשבע היה בזה כפירת ממון, ע"ז אין מועיל ההודאה שבא אח"כ, וזולת זה חושש אני, אם באיסורא מועיל כלל הודאה, דכיון שרוצה לעשות תשובה ולהביא קרבן שחייבתו התורה, ואם הוא יודע בעצמו שמחויב היה לו ובטענתו רצה לכפור לו, מה יוכל להועיל כל ההודאות של חבירו, אטו ע"י השקר ישתנה הקרבן, וכמ"ש כעין זה הט"ז (ביו"ד סי' קס"ח) דלענין איסור לא מועיל אודיתא מטעם זה, אלא די"ל דלא דמי להתם, דכיון שנפטר ע"י הודאת חבירו, א"כ לא כפרי' כלום, דנהי דהיה חייב לו, מ"מ כיון שנפטר בהודאתו וס"ס לא כפריה, ועוד דהכא לענין שבועה בע"כ כשהשואל הודה מעצמו כעת ששקר טען מתחלה, דבלא הודאת עצמו אין לחייבו שבועה, וא"כ יש לנו כעת הודאת בע"ד להיפך לחיוב, והנה כ"ז הוא רק אפילו אם ההודאה של שוכר היה מועיל לפטור ממון, אפ"ה לענין קרבן אין מועיל, אבל

העיקר נ"ל דהודאה זאת לאו כלום הוא אפילו לענין ממון, כיון דיש לו אמתלא להודאתו וכמ"ש, ודו"ק:

תוד"ה אין רצוני כו' דא"כ מאי פריך אביי לרבא כו', ואין לומר דהא דפריך היינו לרבא דלא ס"ל טעם דאין רצוני, וא"כ לישני מלאך המות מה לי הכא כו', אבל לאביי דס"ל טעם דאין רצוני אה"נ דמתחייב אפי' באונסין שראוים לבוא בבית שומר, דאי אביי היה יודע שטעם דרבא הוא מחמת אנת מהימנת ולא מטעם אין רצוני, א"כ לא פריך ליה מידי דהא לרבא ליכא לאותובי כלל וכדקאמר לקמן בהדיא, ואביי דקא מותיב לרבא, ודאי דלא ידע סברת רבא, והיה סובר שגם רבא ס"ל טעם דאין רצוני, ורק רבא הוא דקאמר ליה אח"כ, לדידי דאמינא אנת מהימנת כו', זהו כוונת התוס'. וקשה לי מזה עמ"ש הריטב"א לקמן, במה שא"ל אביי לרבא לדידך דאמרת כו' ואיכא דקשיא ליה, דהא אביי נמי מודה דאמרינן מלאך המות מה לי הכא ומל"ה היכי דליכא טעם דהבלא דאגמא קטלה, והכא במתניתין מאי הבלא איכא בבית שומר השני, ותי' הריטב"א דמשום הכי לא קשיא לאביי משום דאיהו ס"ל טעם דאין רצוני דחשיב פשיעותא לחייב עליה ומיד שהשאילה חייב כו', אבל לרבא דלית ליה טעם דאין רצוני ליכא למימר הכי, וא"כ נימא מלאך המות מל"ה ומל"ה ע"כ, הרי שכתב דלאביי אה"נ דע"י טעם דאין רצוני הוה כגזלן וחייב בכל אונסין אפי' שלא באו מחמת הפשיעה, ומה דפריך היינו לרבא דלית ליה טעם דאין רצוני, ולא כדברי התוס', וק"ל דכיון דאביי הוי ידע דטעם רבא הוא מחמת אנת מהימנת, א"כ אמאי פריך כלל לרבא, הא לטעם זה לא שייך כלל קושית ר' אבא וכדקאמר לדידי ליכא לאותובי:

בא"ד בסוה"ד ואפי' למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור הכא כשמסר לשומר אחר חייב דהתם בצריפא דאורבני אין האונס ראוי להיות נארע כו', אבל הכא איגלאי מילתא שאותו הבל היה מסוכן יותר כו' ע"ש, כוונת התוס' דלפמ"ש בכל הדבור, דאפי' מאן דס"ל דתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, היינו נמי דווקא כשהאונס בא ע"י הפשיעה, וא"כ מאן דס"ל פטור, אפי' בכה"ג דאונס בא מחמת הפשיעה נמי פטור, וא"כ יקשה מאי דקאמר אביי לקמן דאפי' למ"ד פטור הכא חייב משום דהבלא דאגמא קטלה, הא בע"כ שטעם דהבלא דאגמא לא חשיב כפושע גמור, דאי הוי כפושע, א"כ מאי קאמר פשע ויצאת לאגם, דמשמע מזה דעיקר החיוב הוא משום דפשע בשמירתה ויצאתה מעצמה שאינה שמורה מגנבי, הא אפי' הוליכה בעצמו לאגם דלא פשע לענין גנבי נמי ל אלא ודאי דטעם דהבלא דאגמא אין חשיב לפושע, ורק נחשב הוא שהאונס בא מחמת הפשיעה, וא"כ מאי קאמר דאפי' למאן דפטר, הכא חייב, הא למאן דפטר,

אפי' בכה"ג דאונס בא מחמת הפשיעה נמי פטור, ולזה כתבו התוס', שבאמת אם מתה כדרכה באגם הוי אונס, דלא היה לו לחשוב שהבלא דאגמא ימית הבהמה, ואין זה נחשב כ"א לאונס בא מחמת הפשיעה, ואפ"ה לא דמי לצריפא דאורבני, דהתם כיון דגם בצריפא הוי נטירותא מעליא לענין גנבי, ואין עלול לביאת גנבים יותר מאילו היה טומנם בקרקע, אלא דאמרינן אילו שמרם בקרקע אפשר שבמקום הזה לא חפשו הגנבים והיתה נצלת מאונס הגנבים, וא"כ התם לא הוי הפשיעה סבת האונס, לומר שע"י הפשיעה בא האונס, היינו שהיא גרמה להגנב, כיון שגם בצריפא משומרת כמו בקרקע, ואלא דהפשיעה הוא סבה שלא תנצל מן האונס, אבל הכא שאיגלאי מילתא דההבל דאגמא מסוכן, א"כ הוי הפשיעה סבת האונס ממש, דהפשיעה הולידה האונס, וזה דקאמר אביי, דאפי' למאן דפטר, היינו דוקא במקום שהפשיעה לא היתה כ"א סבת ההצלה אבל במקום שהפשיעה היתה סבת האונס כו"ע מחייבי, והיינו נמי כוונת התוס' במ"ש דהתם לא הוי האונס ראוי לבוא, פי' שגם עתה שהטמינה בצריפא, אין אונס דגנבי ראוי לבוא יותר מאילו לא פשע והיה מטמינה בקרקע, אבל הכא דההבל מסוכן, וא"כ הפשיעה הוי סבת מיתתה וכו"ע מחייבי, וגם דברי רש"י לקמן ד"ה הכא פטור, יתפרש כן, דז"ל שם אבל הכא איכא למימר שבפשיעה מתה שאם היתה בבית לא מתה ויציאתה לאגם הוא פשיעת מיתתה עכ"ל, ורבים הבינו מדבריו שס"ל דהכא הוי פושע ממש, דהבלא נחשב כפושע, ואמנם א"א לומר כן, דא"כ מאי איריא פשע, אפילו הוליכה לאגם נמי, אלא ברור שכוונתו כמה שכתבתי, דהיציאה לאגם הוי פשיעת מיתתה, פי' שזוהו סבת מיתתה, ובכה"ג כו"ע מחייבי, שאפי' מאן דפוטר, היינו במקום שהפשיעה אינה סבה לביאת האונס, כ"א שלא תנצל מן האונס, אבל היכי שהפשיעה הוי סבת ביאת האונס כו"ע מחייבי ודו"ק. ועוי"ל בכוונת חלוק התוס', דבצריפא דאורבני א"א להחליט ולומר לודאי דאם הטמינה בקרקע לא היה בא האונס דגניבה, דהא גם עתה היא משומרת כמו בקרקע לענין גנבי ואפ"ה שקלוה הגנבים, כמו כן י"ל שגם אם היתה בקרקע היו הגנבים שקלוה, ואין זה כ"א ספק לומר שמא בקרקע לא היו נוטלים הגנבים, וכיון שאין כ"א ספק אם בא האונס מחמת הפשיעה להכי פוטר, אבל הכא דמיד שבאת שם התחיל החולי, הרי איגלאי מילתא דודאי ע"י שנוי האויר מתה, והיכי דודאי בא האונס מחמת הפשיעה כו"ע מודו דמחייב, ועמ"ש (לקמן דף ע"ח בתוד"ה הוחמה), וכ"ז לענ"ד נכון בכוונת התוס':

דף לו:

תוד"ה אנת מהימנת, הביאו פי' הר"ח שפסק כאביי מטעם דאין רצוני, והתוס' הקשו עליו ופסקו דלא כהר"ח, אלא כרבא דהיכי דאיכא עדים פטור, ועיין ברא"ש שהקשה נמי על פי' הר"ח ע"ש, ולולי דמסתפינא הייתי אומר כוונה חדשה בדברי רבא, ושבזה יתיישב דברי הר"ח, דהנה התוס' וסייעתו הבינו בדברי רבא כפי' הרי"ף ורמב"ם, דמפני שאמר הטעם דאנת מהימנת בשבועה, מכלל דלא ס"ל טעם דאין רצוני כלל שיחשב לפשיעה מטעם זה, דאל"ה אמאי הוצרך לטעם דאנת מהימן, ולפי"ז שפיר הקשו עליו, דהא ממתניתין דגיטין דלא ישלחנו ביד אחר מוכח דאמרי' אין רצוני ואכן באמת אפשר לפרש דגם רבא ס"ל טעם דאין רצוני הוי פשיעה ומחייבינן בעד זה כפשוטו דמתני' דגיטין, והא דאמר הטעם דאנת מהימנת, בא להוסיף בזה עוד טעם של חיוב, דלטעם דאין רצוני, שהוא מטעם דתחלתו בפשיעה, א"כ אינו חייב כ"א באונס שהוא בא מחמת הפשיעה אבל באונס שאינו בא מחמת הפשיעה, וכגון במתה כדרכה לרבא דס"ל מלאך המות מה לי הכא ומל"ה, היה פטור מטעם זה, ולזה הוצרך רבא בע"כ להוסיף טעם אחר דאנת מהימן, שמטעם זה חייב נמי אפי' במקום שהאונס לא בא מחמת הפשיעה, ושני הטעמים צריכין דלטעם דאין רצוני היה פטור במקום דאין האונס בא מחמת הפשיעה ולכן חייב התם מטעם דאנת מהימן, ולטעם דאנת מהימן לחוד היה פטור היכי שיש עדים או השוכר בעצמו יכול, לישבע, לכך הוצרך לטעם דאין רצוני, ולאלו הטעמים חייב בכל גוונא, רק היכי דיש שני המעלות יחד שהשוכר בעצמו יכול לישבע וגם האונס לא בא מחמת הפשיעה וכמתניתין דישבע השוכר אז פטור, ואפשר להסביר נמי, דלישנא דר' יוחנן דאמר סתמא, שומר שמסר לשומר חייב, דחקתו לרבא להוסיף טעם דאנת מהימן, דאי לטעם דאין רצוני, דאין חייב כ"א באונס בא מחמת הפשיעה, לא הו"ל לסתום ולומר חייב, אלא הכי הול"ל, שומר שמסר לשומר פשיעה הוא, וממילא הוי ידעינן לחייבו במקום שהאונס בא מחמת פשיעה הזאת, כדין כל פשיעה דעלמא, ומדסתם ואמר חייב, משמע שאפי' באין אונס בא מחמת הפשיעה נמי חייב, לזה הוכרח להוסיף נמי טעם דאת מהימן, ולפי"ז דברי אביי בכלל דברי רבא הן, אלא שרבא עוד בא להוסיף ולהחמיר נמי מטעם אחר, וכזה הוי נמי כוונת הר"ח שפוסק טעם דאין רצוני, לא כאביי הוא, אלא כרבא נמי, ואדרבה פוסק דוקא כרבא, דחייב נמי מטעם דאת מהימן, וכן הביא הר"ח להדיא פסק דרבא, ומיושב כל קושית התוס' והראשונים מפי' הר"ח, ומאוד תמוה לפי' התוס' איך אפשר לומר דהר"ח דס"ל כטעם דאין רצוני

הוי כאביי, הא בפירושו הביא להדיא לפסק דרבא אע"כ כמ"ש דרבא ס"ל שני הטעמים והר"ח פוסק כרבא:

אלא דלפמ"ש שגם רבא ס"ל טעם דאין רצוני, א"כ יקשה מאי דקאמר בסמוך לדידכו דמתניתן אין רצוני איכא למיתב לדידי דאמינא אנת מהימן ליכא לאותובי כלל, דמשמע להדיא שרבא לא ס"ל טעם דאין רצוני. אכן באמת לבד שלא יקשה עלי מסוגיא דהתם, אדרבה סיוע גדולה יהיה לי משם, שבאמת תמוה מאוד הסוגיא, דמה השיב רבא דר' אמי ור' אבא הוי רק לטעם דאביי, הא מ"מ מוכח דכיון דמקשו הכי, דהם סבירא להו כאביי, ואת זה הלא יבקש אביי להוכיח דר' אמי ור' אבא כוותיה סבירא, ואם נימא דרבא אין חושש לזה, דיוכל לפלוג עליהם, למה לו להאריך כ"כ, בקצרה הוה לו לומר, מאי מותבת לי מר' אמי ור"א אנא פליגנא. ועל מדוכה זו ישבו הראשונים, הרמב"ן והר"ן והרשב"א, וכולם בסגנון אחד פירשו, דרבא הכי משני, ודאי שר' אבא ור' אמי כוותי ס"ל דאמרינן מלאך המות מה לי הכא ומל"ה, היינו משום דהם לא יפרשו לטעם דאין רצוני דהוי רק כפשע, שבאופן זה היינו צריכים שהאונס שאח"כ יהיה בא מחמת הפשיעה, אלא ס"ל דטעם דאין רצוני הוי כשינה מדעת בעה"ב דנקרא גזלן, ולהכי בכל אופן חייב, אפי' באונס שהיה ראוי לבוא בבית שומר הראשון, וכמ"ש התוס' לעיל בד"ה אין רצוני, לפרש כן בתחלה, וכיון שכן לא מצי לשנויי מלאך המות מל"ה ומל"ה, דהא אפי' באופן זה חייב. אכן גם תירוץ הזה אין נוח לי, דלפי"ז אכתי למה הוצרך להאריך ולומר לדידכו כו' ולדידי דאמינא כו', בקצרה הו"ל לומר, דנחשב כגזלן לטעם דאין רצוני, אלא הוא הדבר אשר אמרתי לעיל, דודאי גם רבא ס"ל טעם דאין רצוני, ובזה יתפרש היטב הסוגיא, שרבא השיב לאביי דודאי כו"ע כוותי ס"ל דאמרי' מלאך המות מל"ה כו', וגם ר' אבא בר ממל שהקשה ממתני' לא היה טעי בזה לומר שהיכי דמתה כדרכה יתקרי אונס בא מחמת הפשיעה, ואי הוי מפרשי שע"י טעם דאין רצוני לא הוי כ"א פשיעה, ודאי שלא היה מקשה כלל ממתני' לר' יוחנן, דכיון דמתני' מיירי במתה כדרכה פטור שפיר מטעם דמלאך המות מה לי הכא ומל"ה, ורק עיקר קושיתם משום דיפרשו דלטעם דאין רצוני הוי כגזלן, וא"כ עיקר הקושיא הוא רק לדידכו דמתניתו רק טעם דאין רצוני לחוד, יש שפיר מקום לטעות ולומר דהוי כגזלן, דאי לא הוי כ"א פושע ואין חייב אלא באונס הבא ע"י הפשיעה, לא הול"ל לר' יוחנן לסתום ולומר חייב סתמא, ומדסתם לומר חייב מכלל דהפי' דאין רצוני נחשב כגזלן, ואמנם כל זה הוא לדידכו דמתניתו רק טעם זה לחוד, אבל לדידי דאמינא גם טעם דאת מהימן ליכא לאותובי כלל, דלא יוכל לטעות ולומר, שמטעם אין רצוני הוי כגזלן, דא"כ לא הייתי מצריך להוסיף הטעם דאת מהימן, כיון שגם לטעם

דאין רצוני חייב בכל האונסין, דכל עיקר ההוספה שהוצרכתי להוסיף טעם זה, בכדי לחייב נמי במקום שהאונס לא בא מחמת הפשיעה וכמ"ש ואי נימא דמטעם אין רצוני הוי כגזלן לא הוצרכתי להוספה הזאת, אע"כ שטעם דאין רצוני הוי רק כפשיעה, וא"כ ליכא לאותובי כלל ממתני', דודאי במתני' פטור, כיון דיש שם שני המעלות, דמטעם גזלן ליכא לחיובא, ומטעם פשיעה נמי א"א לחייבו כיון דמתה כדרכה ואין האונס בא מחמת הפשיעה, וגם ר' אבא בר ממל לא הוי טעי כלל להקשות לדידי, והיינו דרבא דחי לאביי, לבד שלא קשה עלי ממה שהבאת, נהפוך הוא גמולך ישיב בראשך, שמקושיתם יהיה קושיא להבנתך בטעם דאין רצוני שהוא מטעם פשיעה, והא ר' אבא ור' אמי לא ס"ל כוותך דאי הוי ס"ל כוותך דהוי פשיעה לא הוו מקשו מידי, וזה כפתור ופרח בפי' הסוגיא בעז"ה, ואם כי לפי"ז יהיה מוכח דר' אבא ור"א לא ס"ל כרבא בטעם דאין רצוני ובטעם דאנת מהימן, דאי ס"ל כרבא לא היו מקשים, אכן בזה לא היה חושש רבא, כיון דהנך טעמים קיבל מרבותיו ואין חושש אם גם הם לא ס"ל כוותיה דעיקר קושית אביי היה רק על טעם דמלאך המות מה לי הכא ומל"ה, שזה חידש רבא מסברא דנפשיה, ולכן הוי קשה לו דמנ"ל להמציא סברא אשר האמוראים נחלקו ע"ו, אבל אם בטעם דאת מהימן ואין רצוני לא סבירא להו כוותיה אין חושש, ודו"ק כי נחמד הוא:

ויש לי עוד להוכיח מראיות נכונות שגם הרמב"ם יפרש כמ"ש, שגם רבא ס"ל טעם דאין רצוני, דז"ל הרמב"ם (בפ"ד מהלכות שאלה) אם מסרן לאחד מקרוביו שאין סמוכים על שולחנו ואצ"ל אם מסרן לאחר ה"ז פושע וחייב לשלם אא"כ הביא השומר השני ראיה שלא פשע כמו שביארנו עכ"ל, ומ"ש הרי זה פושע, תמוה מאוד לכאורה, הא התוס' בסוגיין כתבו, דמאי דאיכא בין טעמא דאביי דאין רצוני לבין טעמא דרבא דאת מהימן, שלטעם אביי הוי פושע בגוף השמירה וחייב לשלם עכ"פ האונסין שבאו מתוך הפשיעה, ולא מהני גם אם יש עדים שנאנסה, דאפ"ה חייב מטעם תחלתו בפשיעה וסופו באונס, ולרבא דלא ס"ל טעם דאין רצוני לא נחשב כפשיעה, וכי איכא עדים שנאנסה פטור, וא"כ הרמב"ם שפוסק (בפ"א מהל' שכירות) כטעם דרבא, איך אמר כאן דהוי פושע, הא לטעם דרבא לא הוי פושע, אלא ברור הדבר שהרמב"ם יפרש שגם רבא ס"ל טעם דאין רצוני, ושפיר הוי פושע מטעם זה. ואלא דלפי"ז יקשה על סיום דברי הרמב"ם, שכתב וחייב לשלם אא"כ הביא עדים שנאנסה, ואם הביא עדים נפטר, הא כיון דס"ל דהוי פושע, א"כ אפי' הביא עדים מאי הוי, דאכתי יתחייב מטעם תחלתו בפשיעה, ומצאתי שהמח"א (בהל' שומרים) כתב באמת שדברי הרמב"ם בהלכה זאת סותרים זא"ז תוכ"ד, דכיון דפושע הוא מאי מועיל שהביא עדים. ואמנם גם בזה נראה

ברור שהרמב"ם עצמו מיישב זאת, במה שסיים אא"כ הביא כו' כמו שביארנו, והיינו מה שביאר בפ"א (הלכות שכירות הלכה ח') וז"ל שם ואם הביא השומר השני ראיה כו' ה"ז פטור כיצד ש"ש שנתן הבהמה השמורה אצלו לש"ח אם הביא השומר עדים שמתה כדרכה ה"ז פטור וכן כל כיוצא בזה עכ"ל, וגם שם לכאורה תמוה האריכות שהאריך לבאר האונס איזה אונס היה, ולמה לא כתב בקצור, אם הביא עדים שנאנסה, ויהיה איזה אונס שיהיה, אלא משום דס"ל דשומר שמסר לשומר פושע הוא, וא"כ לאו בכל אונס פטור, דדוקא באונס דמתה כדרכה וכיוצא בזה שאין האונס בא מחמת הפשיעה הוא דפטור, אבל בשארי אונסין שיש לתלות שמחמת הפשיעה בא חייב, ולהכי הוכרח שם להאריך ולבאר איזה אונס היה שם, כגון שמתה כדרכה וכל כיו"ב, וזהו מ"ש כאן בהל' שאלה, כמו שביארנו, והוא כמו שביאר שם בהלכות שכירות, דדוקא באונס דמתה פטור, וא"כ מ"ש בהלכות שאלה, דאם הביא עדים שנאנסה פטור, מירי נמי באונס כזה שאין בא מחמת הפשיעה וכמו שביאר בהלכות שכירות, ולפי"ז צ"ל דמ"ש עוד הרמב"ם (בפ"א משכירות) עבר השומר ומסר כו' אם הביא ראיה שנאנס פטור, היינו נמי אונס דמתה כדרכה, ואע"ג דסתים היינו דסמיך עמ"ש אח"כ בהלכה הסמוכה לבאר איזה אונס וז"ב להמעיין ברמב"ם גופא. ונוכל ליישב בזה קושית המ"ל (בפ"א מהל' שכירות), ובכדי להבין קושיתו מוכרח אני להעתיק לשון הרמב"ם שם בהלכה ד' וז"ל ואין השואל רשאי להשאיל כו' שיאמר לו זה אין רצוני כו' עבר השומר ומסר לשני ה"ז חייב לשלם כו' אא"כ הביא עדים שנאנסה, ואח"כ כתב הדין ברגיל להפקיד אצלו דפטור והוא שלא מיעט בשמירתו ואם מיעט ה"ז פושע, ובהלכה ה' כתב דאם הביא ראיה שנאנס כיצד כו' דמתה כדרכה ע"ש היטב, והבין המ"ל דמ"ש הרמב"ם בהלכה ה', דאם הביא ראיה פטור, קאי זה רק על בבא השניה בהלכה ד', והיינו על רגיל להפקיד ומיעט בשמירתו, דאפ"ה פטור כשהביא עדים, דאי על בבא הראשונה באין רגיל להפקיד, מה בא להודיענו בזה דפטור בהביא עדים. הסבר הדברים דבשלמא אי קאי על בבא השניה ברגיל ומיעט בשמירתו, דהו"א דגם עדים שנאנסה לא מהני כיון דפושע הוא, אשמועינן הרמב"ם דאפ"ה מהני עדים, כיון דהאונס הוא דמתה כדרכה, אבל אי קאי על הרישא באין רגיל, דלא הוי פושע בזה שמסר לשומר אחר, וא"כ פשיטא דעדים שנאנסה מהני, ולזה קשיא ליה להמ"ל, כיון דבע"כ אסיפא קאי ברגיל להפקיד, א"כ מאי איריא עדים, אפי' שבועה שמתה כדרכה נמי מהני, דהא לא מצי למימר לא מהימן לי כיון דמיירי ברגיל להפקיד אצלו ע"ש, ולמ"ש בע"כ דהאי הלכה ה' קאי גם על בבא דרישא באין רגיל להפקיד, דהא אפילו עיקר שומר שמסר לשומר נמי הוי פושע, וכמ"ש להדיא

בהלכות פקדון, וגם בזה בעינן שהאונס יהיה דוקא דמתה כדרכה ושאר אונס לא מהני, וטובא אשמועינן הרמב"ם, דהא דכתב דהביא עדים מהני, היינו שמתה כדרכה דוקא, וכיון שקאי גם על הרישא לא מצי למינקט דשבועה מהני, כיון דאין רגיל גביה, ומצי למימר לא מהימן לי בשבועה, ודוקא עדים מהני ודו"ק. ומכל האמור תמוה אני מאוד על השו"ע (חו"מ סי' רצ"א) שהעתיק לשון הרמב"ם בהלכה ד', דשומר שמסר לשומר פטור אם הביא עדים שנאנסה, ולא כתב מ"ש הרמב"ם בהלכה ה' לברר, דהיינו דוקא באונס דמתה כדרכה, ולפי העתקת השו"ע משמע דבכל אונס פטור, והיינו דלא הזכיר כלל דשומר שמסר לשומר הוי פושע, וס"ל דלטעם דרבא לא ס"ל כלל טעם דאין רצוני ולא הוי פושע ומשו"ה פטור בכל האונסין, אכן באמת הרמב"ם שכתב להדיא דמיקרי פושע, הוכרח לבאר שדוקא באונס דמתה כדרכה וכיו"ב פטור, אבל בשארי אונסין חייב, והב"י יסבור כשיטת הרי"ף והרא"ש שאכתוב בסמוך דלא ס"ל טעם דאין רצוני כלל, ועמ"ש בדבור הסמוך עוד ראיה נכונה דהרמב"ם ס"ל טעם דאין רצוני גם לרבא, ודו"ק כי כל זה ברור לענ"ד:

בגמ' אמר רבא הלכתא שומר שמסר לשומר חייב לא מיבעי ש"ש שמסר לשו"ח דגרועי גרעה כו', וקשה ל"ל לאהדורי ולמימר בהלכתא האי לא מיבעי, והיה נראה מזה, דהיכי דגרועי גרעה לשמירתו חייב בלא טעם דלא מהימן לי, ומשום דהוי פושע שמסרה לשו"ח שאין מוסר נפשו כ"כ לשמור, וי"ל שזה היה מקור הרמב"ם שפסק (בפ"א משכירות) דאפי' אם הפקיד למי שרגיל אצלו מ"מ אם מיעט בשמירתו פושע הוא וכמ"ש הב"ח (בחו"מ סי' רצ"א ע"ש), והנה הרי"ף והרא"ש פליגי על הרמב"ם בזה וס"ל דברגיל להפקיד פטור אפי' בגרועי גרעה כיון שמסר לבן דעת, וכפי הנראה מדברי הרא"ש שטעמו הוא, דהא אמרי' לעיל דלטעמי' דרב דפטור בשומר שמסר לשומר, אפי' בגרועי גרעה נמי פטור מטעם שמסרה לבן דעת, הרי חזינן דהחלוק בין חיוב לפטור תלוי רק בדין דשומר שמסר לשומר לחוד, וכל היכי דליכא לחייבו מטעם שמסר לשומר אחר, גם מטעם דגרועי גרעה אין לחייבו כיון שמסרה לבן דעת, ולכאורה הוא טענה חזקה על סברת הרמב"ם. ונ"ל ליישב סברת הרמב"ם, דהנה באמת רב עצמו לא אמר דאפי' בגרועי גרעה נמי יפטור מטעם שמסר לבן דעת, אלא אביי הוא דאומר כן לטעמא דרב, ומנ"ל באמת לומר כן דרב פוטר אפי' בכה"ג נמי, וצ"ל דלסברת אביי דהטעם דמאן דמחייב שומר שמסר לשומר, הוי מטעם אין רצוני, והיה סובר נמי דרב דפוטר, היינו מטעם שומר שמסר לשומר, ומשום דלית ליה טעם דאין רצוני, ובע"כ דהוי משום כיון שמסר לבן דעת לא יוכל לומר אין רצוני, וכיון שכן שפיר אמר אביי, דלטעם דרב אפי' בגרועי

גרעה נמי פטור מטעם זה גופא, דכמו שלטעם דמסרה לבן דעת, לא חיישינן תו לקפידת דאין רצוני, ה"נ לא נחוש גם לקפידה דגרועי גרעה, דהא לר"י דלא ס"ל טעם דלא מהימן לי גם סברת וקפידת דאין רצוני ג"כ משום חשש גירעון בשמירה, מפני שיש בני אדם שפגיעתם יפה זה מזה ואין המקרים הרעים פוגעים בהם כשאר בני אדם וכמ"ש בשמ"ק, ולהכי אביי לנפשיה שהבין דרב דפוטר, היינו מטעם דס"ל שומר שמסר לשומר פטור, ולא ס"ל קפידת דאין רצוני, ה"נ דלית ליה קפידת דגרועי גרעה, וכ"ז הוא רק לסברת אביי בטעם דרב, אבל אליבא דאמת הא אמר רב חסדא דההיא דרב לאו בפירוש איתמר אלא מכללא, ורב דפוטר היינו משום דרגיל להפקיד אצלו היה, ואה"נ דרב אית לו נמי דשומר שמסר לשומר חייב, וא"כ אליבא דאמת לא ידעינן כלל, דטעם דמסר לבן דעת מילתא היא, שכדאי הוא לדחות קפידה דגרועי גרעה, ושפיר אמרינן דקפידה דגרועי גרעה מילתא היא ופושע הוא אע"ג דמסרו לבן דעת, ומיושב דעת הרמב"ם, כן יש ליישב בזה קושית רעק"א, על רבא דס"ל דגרועי פושע הוא ומנ"ל לפלוג על רב בזה ע"ש, ולמ"ש גם רב סובר כן אליבא דאמת:

ואלא דאכתי קשיא דהא לפמ"ש, דמאן דלא ס"ל קפידת דאין רצוני, לא ס"ל נמי קפידה דגרועי גרעה, וא"כ השתא דפסקינן לגמרי כרבא, דהא דשומר שמסר לשומר חייב, מטעם אנת מהימן הוא, ולא מטעם אין רצוני, בע"כ שגם לגרועי גרעה לא חיישינן, ויוחזר הקושיא על הרמב"ם דפוסק כרבא ואפ"ה פוסק דגרועי גרעי הוי פושע, וכ"ש לפמ"ש לעיל דמלישנא דרבא גופא משמע דס"ל דגרועי גרעי פושע הוא, ואמנם מזה יהיה ראיה נכונה למ"ש לעיל בדבור הסמוך דגם ס"ל נמי טעם דאין רצוני והכי הוא גם דעת הרמב"ם ע"ש באריכות, וכיון שס"ל קפידת דאין רצוני, סבירא ליה נמי קפידת דגרועי גרעה, ולפי"ז הרי"ף והרא"ש עם הרמב"ם לשיטתייהו אזלי, דלשיטת הרמב"ם דשומר שמסר לשומר הוי פושע מטעם דאין רצוני וכמ"ש לעיל, ולא ס"ל דמשום שמסר לבן דעת לא יקפיד ע"ז, להכי כמו שסברא דבן דעת אין דוחה סברת אין רצוני, כ"ש שלא ידחה סברא דגרועי גרעה, דבזה יש קפידה יותר גדולה, כיון דבוודאי גרע לשמירתו, ולהכי פוסק דאם מיעט שמירתו הוי פושע, אכן הרי"ף והרא"ש שס"ל דלרבא לא ס"ל כלל טעם דאין רצוני, ובע"כ מטעם שמסר לבן דעת אין מקפיד, אע"ג דיש אנשים שפגיעתם רעה ביותר ויש חשש דגרועי אפ"ה אין מקפיד, כמו כן אין מקפיד נמי היכי דגרעי ממש, וכמ"ש אביי לטעם דרב, ולהכי ס"ל דאפילו אם מיעט שמירתו נמי פטור ברגיל להפקיד, ועמ"ש לעיל, וז"ב:

אלא דלפמ"ש תמוה מאוד דעת המחבר (בחו"מ סי' רצ"א) שכתב נמי דהיכי דמיעט שמירתו פושע הוא, והא איהו בע"כ לא ס"ל כהרמב"ם דשומר שמסר לשומר הוי פושע, מדכתב אח"כ דאם הביא עדים שנאנס פטור, ולא פירש דהיינו דוקא באונס שמתה כדרכה וכמ"ש הרמב"ם, ואי דס"ל דהוי פושע אפי' כי איכא עדים מאי הוי, אע"כ דהמחבר לא ס"ל כהרמב"ם וכמ"ש לעיל בארוכה, וכיון דס"ל דאין חושש לקפידת דאין רצוני, ה"נ לא ניחוש לקפידה דגרועי גרעה, ואפשר לומר שס"ל דלקפידת אין רצוני דהוי ספק אולי יוגרע עי"ז השמירה שמא הוא אדם רע, אין חושש, אבל בגרועי גרעה דודאי גרע שמירתו הוי פושע, ולא מהני טעם דמסר לבן דעת לדחות קפידה הזאת, וצ"ע בדעת הב"י, ואמנם עיין בב"י (חו"מ סי' ש"ה) שכתב דהא דקרי לו פושע, לאו לחייבו בתשלומין הוא ע"ש, ולפי"ז א"ש:

כ רש"י ד"ה אפי' למ"ד פטור הכא חייב כו' דבפשיעה מתה, עמ"ש מזה לעיל ע"א תוד"ה אין רצוני בכוונת רש"י:

בגמ' לדידכו דאמריתו אין רצוני, עמ"ש מזה לעיל בסמוך בתוד"ה את מהימן לי וע"ש היטב:

דף לז.

במשנה וכן שני כלים כו', והקשו המפרשים איך אמר בדין זה דנותן הקטן לאחד הא הו"ל טענו חטין והודה בשעורין דפטור אפי' משעורים וכמו דאמרי' בס"פ המניח אם הניזק אומר גדול הזיק ומזיק אומר קטן הזיק דלא שקיל אפי' הקטן כדאמר מזיק. ואיני רואה בזה שום קושיא, דהא הכא בע"כ עיקר טענה וכפירה בין שני המפקידים, ולא בין המפקיד ונפקד, דהנפקד הא מודה בחיובו, ועוד דאי הטענה היה עם הנפקד, בלא"ה קשה דאיך אומר שאינו נותן כ"א מנה לזה ולזה, הא הו"ל מודה במקצת וטוען איני יודע על השאר דאמרי' משאיל"מ, אע"כ דהטענה וכפירה הוא בין המפקידים וכ"כ נמי בשמ"ק, וא"כ לא שייך הכא לפטרו מטעם טענו חטין והודה בשעורין, דלנפקד לא הודו כלום, והמפקידים בינם לבין עצמם הוי כל אחד תובע לחבירו ונתבע מחבירו, וא"כ מה שייך הכא לפטרם מטעם זה. וגדולה מזה נראה לי, דאפי' אם הטענה וכפירה היה בזה עם הנפקד, לא שייך נמי כאן פטור הנ"ל, דטעם הפטור לפי שיטת הרמ"ה דהוי מטעם משטה, או לפי שיטת הרא"ש דהוי מטעם הודאה, ולשני אלו הטעמים בעינן עכ"פ שהנתבע לא יחזיק בהודאת השעורים, דאם גם עתה מחזיק הנתבע בטענת הודאת השעורים לא שייכי טעמים הללו, דהא לטעם דמשטה בעינן שיטעון שהיה משטה, ואי

לא טעין משטה הייתי לא אמר כלום, וכמ"ש הראב"ד הובא בש"ך (חו"מ סי' פ"ח) כ"ש כשהנתבע עומד בשעורים, וגם לטעם דהודאה נמי לא יפטור כ"א במקום שהנתבע חוזר מהודאת השעורים, אבל אם מחזיק בהודאתו, הרי גם הוא מודה ששעורים חייב עכ"פ, דאפי' ביש עדים שחייב לו שעורים חייב לטעם זה, דלא אלים הודאתו לבטל העדאת העדים, וא"כ כ"ש כשיודע בעצמו ומודה שחייב לו שעורים וכמ"ש רבינו ירוחם בנ"ג הובא (בש"ך שם סקי"ז), דלטעם דהודאה אם נתבע מחזיק בטענתו ואומר שעורים יש לך בידי חייב בשעורים ע"ש, כ"ש הכא דהנפקד שיודע בעצמו שחייב להם את הקטן ואינו רוצה כלל לפטור עצמו, ואיך נפטרנו עי"ז, ואפי' לטעם דמחילה לבד שהש"ך דחה אותו הטעם לגמרי ע"ש היטב. עוד אפשר לומר שהתוס' לא כתבו לטעם זה כ"א בטענו חטים, דהתם אין שייך לומר דמשום דרצה להרוויח טען בחטין ולא בשעורים, דמי הכריחו שלא לטעון כ"א חטים לבד, הא יכול לטעון גם חטים וגם שעורים, ומדלא טען שעורים מסתמא מחל, אבל שלא יוכל לטעון ששני הכלים הם שלו ומוכרח לטעון רק אחת, אין ראיה לומר, דמדלא טעין כ"א הגדולה, מכלל שמחל על הקטנה, דהא י"ל דמשום דרצה להרוויח טען כן, ועיין בראש ס"פ המניח ובש"ך שם סקט"ז:

דף לז:

בגמ' ושקלי לה כולהו ואזלי, ועיין בפרש"י ד"ה ושקלי, נמצא זה מוציא מידו כדי להפסיד הנגזל, ובד"ה ואם נטל, בסוה"ד אלמא מידי דמספקא לן דמאן נינהו צריך להניחו בידו ולא להוציא מידו בלא ברור ע"כ. המתבאר מפירושו דפרכת הש"ס הוא על מה דקתני דמניח ביניהם, וע"ז פריך דאיך רשאי להוציא מידו והא אמרינן דאם נטל לא יחזיר ואסור להוציא מידו דבר שהוא ספק של מי הוא. ואמנם ראה זה פלא מ"ש השמ"ק בשם הראב"ד וז"ל ושקלי כולהו כלומר שיחלקו ביניהם בשוה והלא לא הניחה הוא אלא ע"ד שתשוב הגזילה ליד הנגזל, וא"ר אבא כל ספק הנוח כו' ואעפ"י שלענין אבידה נאמר, להכא נמי גמרינן כי מספק הניחה לכל אחד כי הוא לא הניחה אלא לאחד והשאר ספק ומספק אין להם לטול כלום דהא כל ספק ממונא באיסורא קאי עכ"ל, והמתבאר מתוך פירושו, דפרכת הש"ס לא קאי ע"ז דהגזלן מוציא מידו, אלא ע"ז שהם נוטלים ומחלקים ביניהם, והא הכא דהגזלן לא הניחה כ"א לאחר, נמצא דלפני כל אחד הוי ספק הנוח, וספק הנוח אסור ליטול, ולפי"ז הקושיא הוא מזה דקאמר ר' אבא לכתחילה לא יטול, ולא מואם נטל לא יחזיר, והנה מה שדחקו להראב"ד לסטות מפרש"י דהקושיא הוא על הגזלן איך רשאי להוציא מידו, י"ל משום דקשה לפי"ז, דמאי

פריך מר' אבא דמיירי באבידה, להך דינא דמיירי בגזילה, והא בגזילה מחויב עכ"פ להוציא הגזילה מתח"י, ומאי מקשה מאבידה שהתם אין חיוב להוציאה מתחת ידו, וזה דחק להראב"ד לפרש, שבאמת אין הקושיא ע"ז שהגזלן מוציאה מידו, כ"א על זה שיוחלק בין הגזלנים. ועוד שגם לישנא דש"ס מוכח כפי' הראב"ד, דאילו לפרש"י קשה למה הוצרך המקשה להקדים ההקדמה דשקלי כולהו ואזלי, הא גם בלא הקדמה הזאת שפיר יוכל להקשות, דאילו בברייתא קתני דמניח ביניהם, ור' אבא הא אמר דאם נטל לא יחזיר, ולפי' הראב"ד ניחא, דעיקר הקושיא הוא מזה דהם נוטלים ולזה הוכרח להקדים ולומר, ושקלי כולהו ואזלי, ועוד דלרש"י דס"ל דאסור להוציא מתחת ידו, וא"כ הא דמשני רב ספרא ויניח, היינו שיהא מונח ביד הגזלן, ויקשה אפוא למה שינה הלשון לומר, ויניח, ולא קאמר יהא מונח בידו כדקתני במשנה, אלא לאו כהראב"ד, שמידו מחויב להוציאה, להכי נקיט ויניח, להורות שמחויב להניחה ביד ב"ד, משא"כ במתני' דנשאר מונח ביד הנפקד, קתני יהא מונח, כלומר שישארו מונחים בידו, ומחמת כל אלו הקושיות בחר הראב"ד לנטות מפרש"י. ובכ"ז נ"ל דרש"י עצמו הרגיש בכל זה, ובנועם לשונו יישב לכל הקושיות, דזה ודאי שגם רש"י סובר, דהכא בגזילה לא דמי לשארי מקומות ומחויב עכ"פ להוציא את הגזילה מתחת ידו, אלא דסובר כיון דאף אם יניח בב"ד לא יקיים בזה מצות השבה, ורק התועלת שיש בזה הוא, שמראה בעצמו שהוא מסולק מן הגזילה ומצדו אין מעצור עוד להשיבה, וא"כ זה יוכל לקיים במה שיניח הגזילה לפניהם בב"ד ואומר להם בררו הדין, והרי הוא מסולק מן הדין, וזה גם רש"י סובר שמחויב לעשות כן, וכמ"ש מפורש ברש"י ד"ה ואם נטל, דמחויב להניחה בב"ד לפניהם, וסובר דבזה שמניח לפניהם ומראה לכל שמצדו אין מעצור עוד, די בזה, ואח"כ יקח את הגזילה להניחה תחת ידו, שלא להפסיד הנגזל, ואתי שפיר בזה גם הקושיא השלישית, דשינה למימר הכא לשון ויניח, היינו משום דבמתני' דמיירי בפקדון, שאין חיוב עליו גם להראותה לב"ד, נקט יהא מונח בידו, פי' כמו שהיתה מונחת עד עתה, כן תהא מונח להלן, משא"כ הכא בגזילה, שעכ"פ זה ודאי שמחויב להניחה לפניהם בב"ד להסתלק עצמו מן הדין, להכי קתני ויניח, להורות שעכ"פ זה מחויב לעשות להניח לפני ב"ד, ומה שהקדים לומר ושקלי כולהו, נמי יתיישב, דבלא הקדמה הזאת הייתי יכול לפרש לשון הברייתא דקתני מניח, היינו שנותן להם הגזילה בכדי להסתלק מן הדין, ולא שיהיה שלהם לגמרי, אלא שבידם יהא מונח ביד המרוצה לכולם עד שיתברר הדבר, ולא היה קשה מאם נטל לא יחזיר, לזה הקדים המקשה לפרש, דמניח דקתני, היינו דשקלי ואזלי, וכל אחד יקח חלקו, ע"ז שפיר מקשה דאיך רשאי להוציא ולהפסיד הנגזל

עולמית, ואחרי שרש"י מיישב קושיות הללו, להכי בחר לפרש כפירושו, דאילו לפי' הראב"ד דהקושיא הוא על מה שהם נוטלים, דהא לפני כל אחד הוי ספק הנוח, יקשה דהא לא דמי זה לספק הנוח דאבידה, דהתם ספק הוא להמוצא ומספק אסור ליטלה, אבל הכא דלגבי הנוטלים לאו ספיקא הוא דכל אחד יטעון ברי שאותו גזל, מותרים הם לשקול, אם לא שנפרש דהקושיא הוא על המחלקים ביניהם, שאצלם ספק הוא, וא"כ איך רשאי לפסוק שיחלקו כ"א בשוה מספיקא, והכי מוכח מלשון הראב"ד שיפרש כן, עכ"פ בפי' הסוגיא מחלוקת עצומה לפנינו בין רש"י וראב"ד:

ובזה יישבתי דעת הרמב"ם (בפט"ו מגזילה) דס"ל דבדין דספק הנוח אם נטל זכה בו לעצמו וא"צ להחזירו, ואם כי רבים השיגו עליו בעיקר הדין, ואנכי בעניי יישבתי קצת (לעיל דף כ"א בד"ה הא לא ידע דנפל) ע"ש, אכן הט"ז (בחו"מ סי' ר"ס) השיג על הרמב"ם שהוא נגד ש"ס ערוך דסוגיין, דפריך הכא מדין דספק הנוח אם נטל לא יחזיר, אההיא דמניח גזילה ומסתלק ומשני ויניח, משמע בהדיא דבספק הנוח הוי יניח דהא מדמה אותם להדדי ע"ש, והנה לפמ"ש י"ל שהרמב"ם יפרש הסוגיא כהראב"ד, ולפי' זה לא מדמה אותם כלל בדין זה, אם המוצא יקיימם או יחזירם, ורק מדין דלכתחלה לא יטול הוא הקושיא, ואין מקום עוד לקושית הט"ז ודו"ק, ועמ"ש לעיל (דף כ"ה ע"ב) בגמ' הני איניש אצנעינהו, יישוב אחר על קושית הט"ז, ובבאור רש"י דהכא ע"ש היטב:

רש"י ד"ה והא"ר אבא כו' ויש לספוקי שמא מדעת הונח שם לגניזה ע"כ, הרי משמע שיפרש דהספק הוא אם הונח מדעת, ולעיל (דף כ"ה ע"ב) בד"ה לכתחילה לא יטול וז"ל הלכך לא יטול והבעלים יזכרו ויבואו ויטלם עכ"ל, הרי דמירי בהנוח שבא ע"י שכחה, דאי בהנוח מדעת לא שייך לומר לשון "יזכרו" אלא הול"ל הבעלים יבואו ויטלוה כמ"ש הכא, ולכאורה דברי רש"י בשני המקומות הללו יסתרו זא"ז, ועמ"ש לעיל בד"ה שמא איניש אצנעינהו ליישב זה בטוב ע"ש היטב:

דף לח.

בגמ' ורנב"י אמר חיישינן שמא עשאן כו', הכא לא מקשה הגמ' וליזבנינהו לכהנים כדפריך לקמן היינו משום דעצה הזאת לא שייך כ"א ביותר מכדי חסרונן, אבל כשהחסרון הוא בכדי חסרונן לא שייך עצה הזאת, דהא ההפסד יהיה יותר מן הריוח, דכשמוכרם לכהנים מוכרם בזול הרבה, ולהכי השתא דקאי בטעם דרנב"י, דמירי נמי בכדי חסרונן, ליכא למפרך וליזבנינהו לכהנים, וקושית הש"ס לקמן לא קאי על עיקר

הטעם דרנב"י, אלא על מה דאמר שם, אדרנב"י ודאי פליגא שאיהו סובר דאפי' ביותר מכדי חסרונן נמי אסור למכור, ע"ז פריך דביותר מכדי חסרונן ליזבן לכהנים וק"ל:

בגמ' אלא לרנב"י מאי לפיכך הכי קאמר השתא דאמור רבנן כו', והקשו המפרשים דאכתי מאי משני הא היא היא, ונ"ל דהנה בלא"ה הקשו לרנב"י דלמה אמרו שאסור למכור מפני החשש דשמא יעשה, אע"ג דעי"ז יבואו בעלים לידי פסידא, אדרבה היה להם לתקן שהבעה"ב יהא אסור לתרום מהם, והנפקד יהא רשאי למוכרם בכדי להציל מן ההפסד. ונ"ל שאין כוונת רב נחמן דחיישינן שמא עשאן תרומה אחר שהפקיד, דבזה הוי יותר טוב לתקוני שלא יהא רשאי לעשות תרומה, אלא כוונתו דחיישינן שמא עשאן קודם שהפקיד בעודן בידו, ולפי"ז א"ש, דהמקשה היה סובר כוונת רב נחמן שמא עשאן אחר שהפקיד, ולהכי פריך מאי לפיכך, הא איסור מכירה משום הא הוא, וממילא ידעינן שמותר לעשותן, דאילו היה אסור לעשותן היה מותר למכור, ומשני דהכי קאמר, השתא דאמור רבנן לא נזבין דחיישינן, וקשה דליתקן להיפך, ובע"כ דהכוונה שעשאן מקודם, ואתי שפיר הלשון לפיכך, דכיון דאסור למכור משום שמא עשאן קודם שהפקיד, וא"כ הוי בחזקת שלא נמכרו, לפיכך מותר לעשותן אחר שהפקיד, אבל תחלת התקנה היה מחשש שמא עשאן קודם שהפקיד.

בגמ' ור"נ סובר יותר מכדי חסרונן שכיחי וחיישינן שמא יעשה, עיין במהר"ם שי"ף שהקשה דלמסקנא דאמרי' דלשמא עשאן לא חיישינן, דע"ז יש תקנה ליזבן לכהנים, ורק החשש הוא שמא יעשה אח"כ תרומה ומעשר, א"כ למה אמר רב נחמן טעמא דשמא עשאן, הול"ל שמא יעשה ע"ש, ולמ"ש לעיל דעצה דליזבנינהו לא שייך כ"א ביותר מכדי חסרונן, אבל בכדי חסרונן לא שייך עצה הזאת, ולהכי לעיל דנותן טעם על כדי חסרונן קאמר טעם דשמא עשאן. אלא דאכתי יש להבין למה הוצרך לתרי טעמי דשמא עשאן ושמא יעשה, נהי דבטעם דשמא עשאן לחוד אין מספיק ביותר מכדי חסרונן, אבל טעמא דשמא יעשה לחוד מספיק, דטעם זה יספיק גם לכדי חסרונן, וי"ל דבשמא יעשה לחוד ודאי לא יספיק, דהיה קשה מאי חזית לאסור המכירה, אדרבה יאסרו לעשותן תרומה אחר שהפקיד והמכירה יהא מותר למוכרם, לזה הוכרח לטעם דשמא עשאן קודם הפקדון וכמ"ש לעיל בסמוך, וכיון שכבר נאסר המכירה מטעם שמא עשאן, להכי אסור למכור אפי' ביותר מכדי חסרונן מטעם דשמא יעשה, ושפיר צריכי שני הטעמים, ואלא דלפמ"ש התוס' ד"ה מזבנינן, דר"נ יש לו נמי טעם דרב כהנא דרוצה בקב שלו, א"כ אכתי למה הוצרך לטעם דשמא עשאן, דבטעם דרוצה בקב, ושמא יעשה היה מספיק, דהוכרחו לתקן איסור המכירה מטעם דרוצה בקב שלו, וטעם דשמא יעשה יהיה ליותר

מכדי חסרונן. ואכן ג"ז לא קשה, דאכתי הוצרך לטעם דשמא עשאן, בפירות שאינן של מפקיד וידוע שלקחן, דבזה לא שייך טעם דרוצה בשלו, כיון שאינן משדהו, והיה מותר למוכרן, וכמ"ש רש"י הטעם דעמל בהן, משמע דדוקא בפירות שדהו שעמל בהן יש לו נחותא בהם, אבל בפירות הלקוחין לא שייך טעם דרוצה בשלו, ולטעם דשמא עשאן אסור למכור בכל אופן, ונמצא לפי"ז דלר"נ יש ג' טעמים, א), שמא עשאן, ב), שמא יעשה, ג), דרוצה בקב שלו, וכולם הוצרכו, טעם דשמא עשאן ורוצה בקב שלו, הוצרכו לענין עיקר התקנה דאסרוה למכור, ולא תקנו להיפך שלא יעשה תרומה ומעשרות, לזה הוצרך לטעם דרוצה בקב שלו, ומפני שטעם זה לא שייך כ"א בפירות משדהו עצמו ולא בלקוחין, הוכרח נמי לטעם דשמא עשאן, שאפי' בלקוחים נמי אסור, וטעם דשמא עשאן לחוד לא יספיק אכתי לפירות שאין בהם דין דתרומה, לזה איצטריך נמי לטעם דרוצה בקב שלו, ושני אלו הטעמים אכתי אין מספיק כ"א לבכדי חסרונן, אבל לטעם דשמא יעשה אסור גם ביותר מכדי חסרונן ולפי"ז השתא לדידן דליכא טעם דתרומה, אפ"ה בכדי חסרונן אסורים למוכרן מטעם דרוצה בשלו, אבל ביותר מכדי חסרונן או בפירות לקוחים, שרי למכור לדידן אפי' בכדי חסרונן, והנה בשו"ע (חו"מ סי' רצ"ב) פסק דבכדי חסרונן לא יגע בהן וביותר מכדי חסרונן מוכרן בב"ד, ולא חילק כלל בין פירות שלו לפירות לקוחין, והנה בזה שפסקו דביותר מכדי חסרונן מוכרן, אע"ג דרנב"י פליג על ר' יוחנן, וצריכין למיפסק כר' יוחנן, לא קשה לי ע"ז, דהא עיקר טעם דר"נ ביותר מכדי חסרונן הוא משום שמא יעשה תרומה ומעשר, וטעם זה לא שייך השתא לדידן דליכא דין דתרומה מדאורייתא דלא מחמרינן גבי' למיחש מספקא שמא יעשה, ולא נשאר כ"א טעם דרוצה בקב שלו, שזה אין שייך כ"א בכדי חסרונן, כדקאמר הכא בש"ס, ואפי' על הרמב"ם שכתב (בפ"ז משאלה) טעם דשמא עשאן, ואפ"ה פוסק דהיינו דוקא בכדי חסרונן, י"ל ג"כ, דהוא יסבור כשיטות הראשונים שס"ל דלמסקנא דסוגיין דידעינן העצה כי מזבנינן לכהנים, גם ר"נ מודה ביותר מכדי חסרונן, ולא פליג עם ר' יוחנן כלל, וכקושית התוס' בסוגיין, וכן ס"ל להרבה ראשונים עיין עליהם בשמ"ק, וכזה י"ל בטעם דהרי"ף דפוסק כר' יוחנן, והרא"ש תמה עליו שלא ידע למה פסק כר' יוחנן נגד ר"נ, ולמ"ש א"ש דס"ל ג"כ דלמסקנא לא פליגי כלל וגם ר"נ מודה ביותר מכדי חסרונן, אלא דהא קשיא לי טובא לדידן השתא דלא שייך טעם דתרומה, ואיסור המכירה הוא רק מטעם דשמא רוצה, דלפי"ז לא שייך כ"א בפירות שהיו משדה שלו ולא בלקוחין, וכמו שהוכחתי לעיל מן הסוגיא לחלק בזה, דאל"ה למה הוצרך ר"נ לטעם דשמא עשאן, וא"כ למה לא הוזכר מזה בשום פוסק לחלק, דבפירות לקוחין מותר למכור. ולדינא

היה נ"ל נכון כמ"ש, דבפירות לקוחין מותר למכור השתא לדידן, והיינו אפי' לשיטת הרי"ף ורמב"ם דפסקי כת"ק דמתני' דאסור למכור בכדי חסרונן, ובכ"ז בפירות לקוחין גם לדידהו מותר לדידן, ואכן אליבא דאמת נראה העיקר כשיטת הרא"ש דפוסק כרשב"ג דמתני', וא"כ בכל אופן מותר למכור וכמו שנוכיח בדבור הסמוך עיין שם היטב:

דף לח:

בגמרא במאי קא מיפלגי. הקשו הראשונים מאי פריך, במאי פליגי, ולא ניחא לאוקמי כטעם דמתני' דאדם רוצה בקב שלו, ואם כי תי' דטעם דאדם רוצה לא שייך הכא כיון שכבר הבאיש והחמיץ ונפסד לגמרי לא שייך לומר דניחא בשלו, וטעם דשמא עשאן תרומה ומעשר נמי לא שייך וכמ"ש הם עיין עליהם בשמ"ק ובר"ן, אכן מלשון רש"י משמע דגם הכא שייך לומר דניחא בשלו, דז"ל רש"י בד"ה במאי פליגי, מאחר דביותר מכדי חסרונן גם ר"ח מודה א"כ במאי פליגי ע"כ, ומשמע דלדעת המקשה דלעיל דפליגי גם ביותר מכדי חסרונן, היה ניחא בטעמי סברתם, והו"א דטעם דר"מ הוא משום דרוצה בקב שלו אפי' ביותר מכדי חסרונן נמי, ואי נימא כסברת הראשונים דכיון שהופסד לגמרי לא שייך לומר דניחא בשלו, א"כ אפי' לדעת המקשה דפליגי נמי ביותר מכדי חסרונן, קשה דבמאי פליגי ולהכי נראה דרש"י ס"ל שגם בזה שייך לומר דניחא בשלו, ואפ"ה לא ניחא לו לומר דפליגי בטעם דמתניתין, דא"כ הול"ל והני תנאי כהני תנאי כדאמר הכי בכל דוכתא דאיכא כה"ג, ומדלא קאמר הכי ודאי דקים להו להש"ס דפלוגתא דר"מ וחכמים אין דומה לפלוגתא דרשב"ג ות"ק דמתני', וגם המקשה דמותיב מברייתא הזאת לר' יוחנן היה סובר שאין זה דומה לפלוגתא דמתני', וס"ל דהכא פליגי אפי' ביותר מכדי חסרונן, ור"מ סובר דלטעם דאדם רוצה בשלו אסור למכור אפי' ביותר מכדי חסרונן, וכפשטא דמילתא דרוצה בקב שלו מתשעה קבין של חבירו, ולא סבירא ליה דגוזמא קאמר, אחד מתשעה, ורבנן ס"ל דביותר מכדי חסרונן מותר למכור, ולהכי קאמר לדבר פשוט, מאי לאו אפי' יותר מכדי חסרונן, ומאין פשיטא לו כ"כ דמיירי אפי' ביותר מכדי חסרונן, ומי עדיפא ממתני' דאוקימנא בכדי חסרונן, אלא משום דפשיטא היה לו דהני תנאי דברייתא לא ס"ל ממש כתנאי דמתני', מדלא קאמר, הני תנאי בהני תנאי, מכלל דפליגי אפי' ביותר מכדי חסרונן, וא"כ טעם פלוגתתם הוי ממש כטעמא דמתני', דפליגי בטעם דאדם רוצה ומ"מ לא הוי ממש כתנאי דמתני', דבמתני' פליגי בכדי חסרונן, ובברייתא אפי' ביותר מכדי חסרונן, ולא היה קשה כלל במאי פליגי לסברת המקשה, ורק לבתר דמשני דביותר מכדי חסרונן גם ר"מ מודה, פריך הגמ' שפיר במאי

פליגי, דלא נוכל לומר דפליגי כטעם דמתני', א"כ הוי הני תנאי ממש כתנאי דמתני', ואמאי לא קאמר, והני תנאי כהני תנאי, וזמ"ש רש"י לתלות דהקושיא במאי פליגי, היינו דוקא לדעת התרצן דפליגי בכדי חסרונן דוקא, דאילו לדעת המקשה דפליגי נמי ביותר מכדי חסרונן, היה ניחא לו דטעמם כטעם המתני' ואפ"ה לא הוי ממש הני תנאי, ומשני דפלוגתא דברייתא לא שייך כלל לפלוגתא דמתני' דבמתני' פליגי אם מותר למכור, וחכמים דס"ל דלא יגע, היינו שאסור למכור, ואמנם האי לא יגע דקאמר ר"מ בברייתא, פירושו שאינו מחויב לטרוח, אבל אם רוצה מעצמו לטרוח למוכרם שרי, אלא דחז"ל לא חייבוהו לטרוח בזה, דלהפסד מועט לא חששו להטריח את הנפקד, ורק ביותר מכדי חסרונן דהוי הפסד מרובה חששו חז"ל להטיל עליו טורח המכירה, וחכמים דברייתא סברי שאפי' בהפסד מועט חששו חז"ל לחייבו בטורח המכירה, ומדוקדק מאוד לפי"ז לשון לא חששו, שמשמע לא חששו להטריחו, וז"ב בכוונת רש"י:

ולפמ"ש מוכרחים לומר דר"מ ורבנן דברייתא, שניהם ס"ל כרשב"ג דמתני', דמותר למכור אפי' בכדי חסרונן, ולית ליה טעם דאדם רוצה בקב שלו, ולהכי שפיר פליגי אם חייבוהו הכא לטרוח, אבל אם היה רוצה לטפל היה מותר למוכרם, דאילו לרבנן דמתני', אפי' אם רוצה אסור נמי למכור מטעם דרוצה בשלו, ונהי דביין והחמיץ ושמן והבאיש, היה מקום לומר כסברת הרמב"ן ור"ן דלעיל, דלא שייך לומר בהם דניחא בשלו כיון שהופסד לגמרי, ואפי' לרבנן דמתני' נמי מותר, אכן הלא בברייתא קתני נמי פירות והרקיבו, ובזה לרבנן דמתני' אסור למכור, וא"כ איך יפלגו הכא בברייתא אם חייבוהו למכור דמשמע דאם רוצה מותר, אלא ודאי דתנאי דברייתא ס"ל כרשב"ג דמתני'. והנה ראיתי בשמ"ק שאיזה ראשונים רצו נמי לפרש, דפלוגתא דתנאי דברייתא, היינו אי מחויב למוכרם, אלא שדחו זה מטעם דפירות והרקיבו דבזה אסור למכור, ולמ"ש גם מזה לא איריא, דס"ל כרשב"ג דמתני', וברור שזהו דעת רש"י, ולפי"ז צ"ל דהלכה כרשב"ג דמתני' כיון דתנאי דברייתא כוותי' ס"ל, ועיין בראש בסוגיין שהכריח כרשב"ג מטעמים אחרים, אשר כולם השיגו על טעמי הרא"ש, ולמ"ש ההכרח לפסוק כרשב"ג כיון דתנאי דברייתא ס"ל כוותי', ושיטת רש"י כפי מה שביארנו, היא הברורה ביותר, דלשיטת הרי"ף קשה טובא וכמ"ש הרא"ש, ושיטת בעה"מ נמי תמוה וכמ"ש הרמב"ן, דלכל השיטות אין עולה יפה פי' הסוגיא, ולמה שכתבנו בשיטת רש"י מיושב הכל כהוגן, עיין היטב בדברי הראשונים ותמצא כן:

בגמ' ע"כ לא קאמר רשב"ג כו', והרא"ש כתב מדרשב"ג נשמע דמורידין, ובס' תפארת שמואל העיר דדברי הרא"ש תמוה מאוד, דהא בש"ס דוחה המאמר, ואמרינן ע"כ לא

קאמר כו' ע"ש, ונ"ל דהרא"ש הוכיח מן הסוגיא, דאליבא דאמת אית לן הוכחה דרשב"ג, והוא דבסמוך קאמר ומורידין קרוב לנכסי שבוי תנאי היא, והיינו התנאי, דחכמים ס"ל דיורד לנכסי נטושים מוציאין, ורשב"ג ס"ל דאין מוציאין, וקשה שם, דמנ"ל לש"ס לומר דפליגי גם במורידין לכתחילה, הא רשב"ג לא ס"ל כ"א דאין מוציאין, אבל לכתחילה מנ"ל, ועיין במפרשי הש"ס מ"ש בזה. ונ"ל דהש"ס סובר דרשב"ג ודאי ס"ל דגם לכתחילה מורידין, מדס"ל במתני' דמותר למוכרן, הרי דס"ל שאפי' לכתחילה מורידין לנכסי חבירו להצילו מן ההפסד, ועמ"ש בסמוך בתוד"ה היורד, ולפי"ז מוכרח דהש"ס אין סובר דחוי דהכא אליבא דאמת, ואע"ג דקאמר ה"נ מסתברא והכריח דתרי טעמי הוא, היינו לדחות הוכחה דרבנן, דהוכיחו דמדרבנן נשמע דאין מורידין, ההוכחה הזאת נדחית ע"י הה"נ מסתברא, אבל שי ס הוכחה דרשב"ג, לבד שלא נדחית, אדרבה נתחזקה ההוכחה דלרשב"ג בע"כ מורידין, ולית ליה הדחוי דמכליא קרנא דהשתא לרבנן דס"ל במתני' דאסור למכור, ס"ל דמורידין, כ"ש לרשב"ג דס"ל שמותר למכור דיסבור דמורידין, וצדקו דברי הרא"ש שהביא ההוכחה דרשב"ג, דמסוגיא דבסמוך מוכח להדיא דאליבא דאמת אית לן הוכחה דרשב"ג, דאל"ה מנ"ל דמורידין לכתחילה, וז"ב:

בגמ' ומורידין קרוב תנאי, עמ"ש לעיל בסמוך:

תוד"ה היורד לנכסי שבוי וכו' דהא נטושים מורידים לרשב"ג. דבריהם תמוהים מאוד, דבנטושים גופא מנ"ל דגם לכתחילה מורידין, דהא רשב"ג לא קאמר כ"א דאין מוציאין ומנ"ל דאפי' לכתחילה, וממ"נ אם יש סברא לחלק בזה בין דיעבד ללכתחילה, גם בנטושים גופא מנ"ל דלכתחילה, והן אמת דמלשון הש"ס דקאמר ומורידין קרוב תנאי היא, מוכח דע"כ ס"ל לש"ס דרשב"ג אפי' לכתחילה קאמר, אבל יש להקשות דמנ"ל לש"ס גופא לומר כן, דילמא רשב"ג דוקא אין מוציאין בדיעבד ס"ל, ועיין במפרשי הש"ס, ונ"ל ברור דמתוס' יהיה ראיה למ"ש לעיל בסמוך, דהש"ס הוכיח דרשב"ג ס"ל דגם לכתחילה מורידין, מדסובר במתני' דמותר למכור אפי' פירות שהרקיבו, הרי דס"ל שאפי' לכתחילה מורידין לנכסי חבירו בכדי להצילו מן ההפסד, וס"ל כהוכחת הש"ס דלעיל, דמדרשב"ג נשמע דמורידין, ולא ס"ל הדחוי דדחי לה לעיל וכמש"ש, וזמ"ש התוס' דהא נטושים מורידין לכתחילה, והיינו דמוכח כן ממתני' דס"ל מוכרן, ועיין היטב מ"ש בדבור דלעיל, וז"ב:

דף לט.

בגמ' השתא זריז ונשכר מאי דאשבח מיבעי, פי' פשיטא הוא ומאי קמ"ל, ומשני דקאי אנטושין דהתם לא הוי זריז ונשכר ליטול בכל מה שהרויח קודם שבאו הבעלים, ואשמועינן דאפ"ה נוטל בנזק שהוציא הוצאות קודם שבאו הבעלים ולא הספיק לאכול דנוטל אח"כ מיהא כאריס, ומשמע דמשום דזריז ונשכר הוי כ"ש דיטול אחר ביאת הבעלים כאריס, ותמוה דמאי כ"ש הוא, הא י"ל להיפך דהיא הנותנת כיון שיש לו זכות ליטול כל מה שאכל קודם ביאת הבעלים, דין הוא שאם לא הספיק לאכול קודם ביאת הבעלים שיפסיד הוצאותיו, משא"כ אם אין לו זכות בריוח לטול יותר מהוצאותיו קודם ביאת הבעלים, מהיכי תיתי שיפסיד ההוצאות אם לא הספיק לאכול עד שבאו. ונראה ליישב, דשפיר הוי כ"ש, דלעיל ברש"י ד"ה מפסיד להו כתב וז"ל ולא יזבל הקרקעות ויזרעם תמיד ויכחישם ע"כ, ומוכח מדבריו דהחשש דשמא יפסיד הוא מחמת שני טעמים, א), שלא יזבל הקרקעות, והיינו משום דיחוש להוציא הוצאות לזבלם ולהשביחם, שמא יבואו הבעלים ויפסיד הוצאותיו, וחשש הפסד הוא, ב), ויזרעם תמיד, היינו טעם אחר שיחוש להרויח לזורעה רצופין לתפוס ולאכול קודם שיבואו הבעלים ויכחישוה עי"ז, ולפי"ז א"ש הכ"ש שאמר הכא, דבשלמא אי הוה אמינא שאין זריז ונשכר ליטול כל מה שאכל בחיי הבעלים, אלא דהדין הוא דאחר שיבואו הבעלים צריך להחזיר מה שאכל יותר על הוצאותיו, דאז ליכא החשש דשמא יפסיד מחמת שיחוש להרויח לזורעה רצופין קודם שיבואו, כיון דסוף סוף לא ישאר לו הריוח, דהא יהיה צריך להחזיר המותר, ובזה היה סברא לומר שאם לא הספיק לאכול קודם שיבואו יפסיד הוצאותיו, דאע"ג דעי"ז היה מקום לחשוש שמא יפסיד ולא יוציא הוצאות, מ"מ מחמת חשש ההפסד לחוד לא נחוש כ"כ שמא יפסידה, אבל כיון דאמרי' דזריז ונשכר הוא, ומה שאכל קודם שבאו הבעלים הוי שלו, ויש בזה חשש ריוח, כ"ש שמוכרחים לומר דמאי דאשבח נוטל ההפסד, ולפחות נציל החשש הפסד, דאם גם לא יטול במאי דאשבח, א"כ יהיה שני החששות כאחד, ובודאי עלינו לחוש שמא יפסידה, מחמת שתי החששות הללו, ובע"כ דבמקום שיש חשש ריוח שעלינו לומר דכ"ש שיטול במה דאשבח, ועמ"ש בסמוך בתוד"ה וכולם:

בגמ' מאי דאשבח מיבעי, וקשה הלשון מאי דאשבח, הכי הול"ל שקיל כאריס מיבעי, ונראה משום דבפירות גמורים לא שייך הדין דנוטל כאריס כיון שיש לו הזכות לתולשם וליטול הכל, מהיכי תיתי יניח אותם אלא דעיקר הדין קאי על השבח שהשביח בשדה גופא, כגון שנטעה וגדרה שזה לא יכול ליקח לעצמו, ולהכי פריך בכ"ש, דהשתא

זריז ונשכר ליקח בפירות דממילא קא גדלי, מה דאשבח, פי' בשבח שבא ע"י טרחתו והוצאותיו לא כ"ש שיטול:

תוד"ה וכולם, פרש"י דבשבוי אוכל כל הפירות ואם באו הבעלים קודם שיאכל הפירות יטול כשאר אריסין ע"ש, הן ברש"י לא הוזכר מזה להדיא, דבשבוי יטול כשאר אריסין נמי, ועיין במהר"ם שי"ף שכתב להדיא להיפך, דגם רש"י יסבור דבשבוי לא יטול כאריס, דדוקא נטושין מדמה לאשתו קטנה, דכיון שלא שמע שמת לא סמיך דעתו, אבל שבויין דשמע בו שמת סמיך דעתו ואינו נוטל כאריס, ואע"ג דקושית הש"ס השתא זריז ונשכר מאי דאשבח מיבעי, משמע שנוטל כאריס, גם מזה לא איריא, דהא גם לפי' התוס' עצמו קשה מן הש"ס הנ"ל, ובע"כ צ"ל כמ"ש הרא"ש דהיינו דוקא לס"ד, אבל למסקנא דאמר הטעם דסמיך דעתו, אין נוטל כאריס, ויש לומר גם בדעת רש"י כן. אכן תמהני על המהר"ם שי"ף, הא רש"י בד"ה הא לא דמיא, כתב בלשונו נכסי שבויין, הרי להדיא שגם נכסי שבויין דמיא לאשתו קטנה, דהכא נמי לא סמיך דעת, דכיון שאין ברור גמור שמת, אלא שהקול יצא שמת, לא סמיך דעתו, והוא כמ"ש התוס' ברש"י, וכן דעת הרמב"ן והר"ן, וכ"ש למ"ש לעיל בכוונת הש"ס דהשתא זריז ונשכר, דצ"ל דנוטל עכ"פ כאריס ע"ש, ועמ"ש עוד בסמוך:

בא"ד ובנטושים לא יאכל כל הפירות כו', עיין שם כל הקושיות שהקשו על פרש"י, ואם כי כל הקושיות יש מקום ליישב כמו שנבאר, מ"מ יש להבין מראש, מי דחקו לרש"י ליכנס בדוחק כזה. ונ"ל דהוכרח לזה, דלפמ"ש רש"י לעיל בד"ה ומפסיד, ולא יזבל הקרקעות ויזרעם תמיד ויכחישם, וכתבתי לעיל דנראה מדבריו, שהחשש דשמא מפסיד הוי בשביל שני נגיעות, מחשש הפסד ומחשש ריוח, דמ"ש ולא יזבל הקרקעות, היינו חשש הפסד, דיחוש להוציא הוצאות דשמא יבואו הבעלים ויפסיד הוצאתיו, ומ"ש ויזרעם תמיד ויכחישם, היינו חשש ריוח, שיחוש לזורעה רצופין לתפוס ולאכול הכל קודם שיבואו הבעלים וירוויח עי"ז, ולזה כשנרצה לתקן הדבר שהקרוב לא יחוש להפסידה, עלינו לתקן באופן כזה שיבוטל שני הנגיעות הללו, וזה א"א כ"א כשנאמר דאינו נוטל יותר מאריס בעד כל השנים, דמעתה לא יהיה לו ריוח ברבוי הזריעה, כיון דאח"כ צריך להחזיר הכל, ויבוטל נגיעת הריוח, וגם כיון שכאריס מיהא שקיל יבוטל גם נגיעת ההפסד, משא"כ אי נימא כשיטת התוס' דמה שאכל קודם ביאת הבעלים הכל שלו, ורק במה שלא הספיק לאכול נוטל כאריס שלא יפסיד הוצאותיו, א"כ נהי דתקנתם צד נגיעת הפסד אבל צד נגיעת הריוח עדיין לא תקנתם, דאכתי יפסידה ברבוי הזריעה ויזרענה רצופין כיון דזריז ונשכר הוי, ולהכי מוכרח היה רש"י לפרש, שגם על העבר

אינו נוטל יותר מאריס, ומה מאוד מדוקדק לשון רש"י לעיל בד"ה כיון דאמר מר וכולם שמין כאריס אם יבואו הבעלים שמין לזה חלקו בכל שנה שעבד בה כמנהג אריסי העיר ע"כ, ודייק גם שם לכתוב, דמה שנוטל כאריס, היינו בכל שנה שעבד בה גם על העבר, משום שדוקא בתקנה הזאת יתוקן שתי הנגיעות הללו וליכא שום חשש דשמא יפסידה, משא"כ אם נפרש כשיטת התוס', אכתי לא נתקן כ"א נגיעת ההפסד וכנ"ל, ואמנם בשיטת התוס' י"ל דס"ל דהחשש דשמא מפסיד, הוי רק מטעם אחד, מחשש הפסד הוצאות, ולהכי אין עלינו לתקן כ"א חשש הזה, ודיו אם נאמר דישקול כאריס לאחר ביאת הבעלים אבל קודם ביאת הבעלים זריז ונשכר, דמחשש ריוח לא יחוש להפסידה, אבל רש"י לשיטתו דס"ל דחיישינן לשתי הנגיעות מוכרח היה לפרש כפירושו, ואין להקשות דהא בשבוי מורידין אע"ג דהוי זריז ונשכר ואין מתוקן נגיעת הריוח, די"ל משום דשמעו בו שמת סמיך דעתו יותר, ולא יחוש להפסידה מחשש ריוח לחוד, דסובר שהבעלים לא יבואו כלל ונשארת השדה בידו, ואפ"ה חשש ההפסד בעינן לתקן גם בזה, דבשביל השמועה ששמע שמת הבעלים יחוש אכתי להוציא הוצאות מכיסו על הספק, דאולי שקר השמועה ששמע וכ"ז בשבוי ששמע בו שמת, אבל בנטושים שלא שמעו שמת, גם מחשש ריוח יפסידה ובעינן לתקן גם חשש הזה, זהו הנ"ל נכון בשיטת רש"י, ודו"ק:

ועתה נבאר ליישב קושיות התוס' מרש"י, הן קושיא הראשונה והשני' דמאי משני לירד ולמכור, הא אפי' לאכול נמי אסור בחנם, כבר הרגישו בזה הראשונים, דלאו קושיא היא, דנוכל ליישבו בריוח, דאין כוונת רש"י דאסור לו לאכול יותר מאריס, אלא כוונתו כמ"ש הרמב"ם שמתחלה מניחין אותו לאכול הכל, רק אח"כ כשיבואו הבעלים עושין עמו חשבון ויחזיר המותר מה שאכל, והכי מוכח מלשון רש"י לעיל בד"ה לירד ולמכור, שכתב אבל לעשות ולאכול וליטול כאריס שפיר דמי, הרי משמע שמותר לו לאכול אם אח"כ לא יטול יותר מאריס, ומ"ש רש"י בד"ה שמין כאריס, אם יבואו הבעלים יטלו קרקעות ופירות כאריס, דמשמע דמתחילה לא היה נוטל, דאם מתחילה אכל הכל, א"כ אח"כ צריך להחזיר המותר ולא ליטול, יש לומר שלשון זה קאי על השבח בקרקע גופא, אבל פירות שאכל אה"נ שצריך להחזיר המותר ולא ליטול, וגם קושי' השניה מתורצת בזה, וכן קושיא הרביעית, אמאי מוקמינן אפוטרופוס כיון שגם קרוב לא יטול יותר, יש לתרץ נמי בדרך זה, דכיון שבארנו דמתחלה נוטל הכל ורק אח"כ צריך להחזיר, א"כ לפעמים יבוא הפסד מזה לבעלים, כשלא יהיה לו במה לשלם לבעלים המותר, ולהכי מהדרינן יותר אחר אפוטרופוס, וכן מה שהקשו מההיא דמוציא הוצאות, י"ל נמי

דפרכת הש"ס לא קאי על נטושים, דלמה אין נוטל יותר מאריס, אלא הקושיא יהיה על שבויים, דאמרינן דזריז ונשכר ואפ"ה נוטל כאריס, ע"ז פריך דמ"ש מהמוציא הוצאות, ובשלמא לשיטת התוס' דבשבוי כיון דסמיך דעתו אין נוטל כאריס, צריך לומר בהכרח דפרכת הש"ס הוא רק על נטושים, דעל שבויים לא מצי קאי התירוץ דדמיא לקטנה, אבל לשיטת רש"י, דגם שבויין דמיא לקטנה וגם בזה נוטל כאריס יתפרש שפיר קושית הש"ס ופרוקו על שבויין, ובנטושים אה"נ שאין יורד כ"א ליטול כאריס ודו"ק, ועיין ברש"י ד"ה הא לא דמיא, שכתב נכסי שבויין, הרי להדיא שפירש דהקושיא והתרוץ קאי על שבויין והיינו כמ"ש:

תוד"ה ש"מ, דע"כ כיון שמורידין א"כ יש לו דעת לתבוע ולומר אייתי ראיה וה"נ יש לו דעת למחות בסוף ג' וכ"ת דהא פשיטא כו' א"כ בלא ר"ה כו' ע"ש, דבריהם קשים להולמם, וגם קשה מה הוכחה הוא מדמורידין א"כ יש לו דעת לתבוע, דשמא אין לקטן דעת גם לתבוע וכ"ש למחות, והא דמורידין משום דנסמוך ע"ז שלאחר שיגדיל יגידו לו אחרים שהיתה של אביו ואז יתבונן לתבוע, ומוכח שפיר דאין מחזיקין, דאי מחזיקין א"כ מה יועיל דלאחר שיגדיל יתבע אם זה כבר החזיק, וי"ל דכוונת התוס' הוא בדרך ממ"נ, דמדרב הונא אין ראיה, שמא מצי קטן לתבוע וגם למחות, ולהכי מורידין נכרי משום דאין חשש כיון דודאי ימחה, וכ"ת דהא פשיטא לן מסברא שקטן לא יוכל לתבוע וכ"ש למחות, א"כ בלא ר"ה נמי ידעינן שאין מחזיקין, ואפי' תימא לחלק מסברא בין תביעה למחאה, ובמחאה פשיטא לן גם מסברא דלא ידע, ועל התביעה לא פשיטא לן מסברא, מכל מקום כיון דזה נדע עכ"פ שעל המחאה אין לו דעת, א"כ ממילא ידעינן שאין מחזיקין, דטעם חזקה הוא משום שלא מחה, ואם לא ידע למחויי ודאי שאין מחזיקין, וגם בלא ר"ה ידעינן זה, וממ"נ אם לא ס"ל לחלק מסברא בין תביעה למחאה, א"כ גם מרב הונא אין ראיה דשמא יש לו דעת גם למחות, ואי דזה פשיטא מסברא שאין יודע למחות, א"כ לא איצטריך כלל לדרב הונא, דמן הסברא הזאת גופא נדע שאין מחזקין, זהו כוונת קושיתם במ"ש וכ"ת, ותי' דבלא רב הונא הו"א שיש לו דעת גם למחות, ורק כיון שאמר רב הונא דאין מורידין קרוב מכלל שלא ידע למחויי דאי מצי למחות גם קרוב מורידין, ותרוצם בזה אינו בדרך השגה על פרש"י אלא שבזה מיישבים פרש"י:

ואכן בשמ"ק ובמהר"ש הקשו, דאכתי מאי יישבו בזה, דלפמ"ש התוס' בסוה"ד, דבקרוב לא יעלה על דעתו לתבוע משום דסבור שאומר אמת, א"כ אכתי לא מוכח מדר"ה דאין מחזיקין, דשמא מחזיקין ולהכי מורידין משום דמצי גם למחות ואין חשש, והא דאין מורידין קרוב, משום דבקרוב לא ימחה דיעלה בדעתו שיאמר אמת, אבל בנכרי ימחה.

ונ"ל דהנה אף אם נאמר דקטן ידע לתבוע וגם למחות, לא כל קטן שוה בזה שודאי תינוק בן חודש או שנה לא ידע כלל לתבוע, ובע"כ שבקטן גופא יש גבול, דבקטנותו ממש לא ידע מאומה, ורק אח"כ כשהגדיל מעט, יש סברא לומר דידע לתבוע ולמחות, וא"כ יש להבין דהא רב הונא סתים לומר דמורידין נכרי לנכסי קטן, ומשמע שאפילו לקטן בן שנה ג"כ נוכל להוריד, דסמכינן דידע לתבוע כשיגדיל, ומאין ידע זאת, כיון דבשעה שירד זה לנכסיו היה קטן ממש עוד, וצ"ל דבמשך ימי קטנותו ישמע מאחרים שיגידו לו שהיתה של אביו, ויתעורר לתבוע ולמחות לכשיגיע לימי הבינה לתבוע, ולפי"ז אף אי נימא שבקטנותו יש לו ג"כ דעת לתבוע ולמחות, אכן כח המחאה לא יבוא באופן אחד, דאם מת אביו בשעה שהגיע כבר לימי הבינה למחות, בזה יבוא לו המחאה מכח עצמו בלא עזרת אחרים, דכיון שידע למחויי כ"ש שיוכל להבין ששדה זו של אביו הוא ומעצמו יתעורר לתבוע ולמחות, אכן במקום שמת אביו בעודו בן חודש ושנה, אז יבוא המחאה מכח עזרת אחרים שיזכירוהו שהיתה של אביו, ואז יתעורר גם הוא לתבוע ולמחות, ומעתה נוכל לומר דסברת התוס' שחילקו בין קרוב לנכרי, דבקרוב לא יתעורר לתבוע דסבור שאומר אמת, היינו דוקא בקטן כזה שאביו מת בעודו בן חדש, דתביעתו ומחאתו לא יוכל לבוא כ"א ע"י עזרת אחרים שיזכירוהו, בזה שפיר יש לחלק, דבנכרי אם יזכירוהו שהיתה של אביו יתעורר לתבוע, ובקרוב סבור שאומר אמת, ובודאי לחלקו בא ולא יועיל בזה ההזכרה שאחרים יזכירוהו, דהם לא יוכלו לידע כ"א שהיתה של אביו אבל בפרטיות החלוקה לא יוכלו לידע, ולהכי כיון שמצאוהו מוחזק בנכסיו יסבור שבודאי הגיע לחלקו, אבל היכי דמת אביו בשעה שהבן כבר הגיע מעצמו לימי הבינה למחות, וכיון שיש לו דעת למחות מעצמו, ודאי שיש לו דעת להתבונן אם נפל זה לחלקו, ובזה אפי' בקרוב נמי יוכל למחות, ולא שייך לחלק בזה בין קרוב לנכרי, ולפי"ז א"ש, דהש"ס הוכיח שפיר מדרב הונא דקטן לא ידע כלל למחות מדסתים ואומר שאין מורידין קרוב לנכסי קטן ואפי' בקטן כזה שמחאתו יוכל לבוא גם בלא עזרת אחרים ג"כ אין מורידין, ומכלל דקטן לא ידע כלל למחות, והכא לא שייך כלל לחלק בין קרוב לנכרי, ולומר דבנכרי ידע למחויי ובקרוב יסבור שלחלקו נפל, דאם אך בנכרי ידע למחויי בעצמו, ידע למחות גם בקרוב ולהתבונן אם נפל זה לחלקו, כיון דמיירי נמי בקטן כזה שיוכל למחות מעצמו, ולא שייך כלל לחלק בין קרוב לנכרי, ומדאמר דבקרוב לא יוכל למחות מכלל דבנכרי נמי לא ימחה, ומשום דקטן כ"ז שלא הגדיל ממש לא ידע למחויי, ושפיר הוכיח הש"ס מדרב הונא דאין מחזיקין, וכיון שהוכיח הש"ס מדרב הונא דקטן לא ידע כלל למחות בקטנותו, וא"כ בע"כ האי דמורידין קרוב, היינו משום דסמכינן דאח"כ

כשיגדיל יזכירוהו אחרים לתבוע, וע"ז רצו התוס' להקשות, דכיון שהזכרת האחרים מועיל שיתעורר לתבוע מן הנכרי המחזיק עידי מכירה, גם בקרוב נימא הכי, וע"ז תי' דלא דמי קרוב לנכרי, פי' דכיון דמעצמו לא יתעורר למחות, ורק שהמחאה תבוא מכח הזכרת אחרים, בזה יש לחלק בין קרוב לנכרי, וא"ש חלוקם, אכן היינו דוקא לאחר שכבר הוכיחו מדרב הונא דקטן לא ידע מעצמו כלל לתבוע ולמחות, וא"כ התביעה אינה באה כ"א בעזרת אחרים, בזה שפיר חלקו התוס' דבקרוב לא יועיל גם הזכרת אחרים, משום דאחרים לא יזכרוהו אם נפל בחלקו, כיון שגם הם עצמם לא יוכלון לידע בפרטיות החלוקה, ומיושב מאוד קושית השמ"ק שהקשה דא"כ מה הוכיחו מדרב הונא דאין מחזיקין, דשמא מחזיקין, ואפ"ה אין מורידין קרוב משום דבקרוב שאני, דאי נימא דמחזיקין וקטן יוכל למחות מעצמו, בזה לא שייך כלל לחלק בין קרוב לנכרי, דכל היכי דהמחאה באה מכח עצמו, גם בקרוב יוכל למחות וכנ"ל, וז"ב:

בגמ' ואפי' הגדיל, והקשו הראשונים דאפי' שהגדיל מנ"ל, דהא מדרב הונא לא מוכח כ"א דקטן לא מצי למחויי, אבל משהגדיל דמצי למחויי שפיר י"ל דהוי חזקה, ומנ"ל דאפי' משהגדיל, והנה בדעת רש"י י"ל דס"ל דמחאה ותביעה שווין, ומאן דלא ידע למחות לא ידע גם לתבוע, וכיון שמדרב הונא מוכח דקטן לא ידע למחויי ידעינן שגם לתבוע לא ידע כשהוא קטן, ואם גם אחרים יזכירוהו בעודו קטן לא ישים לב לדבריהם, כיון שמעצמו אין לו דעת לתבוע וכיון דבקטנותו לא ידע כלל שיש לו תביעה ע"ז האיש, גם כשיגדיל לא יתעורר מעצמו לתבוע כיון שמצאוהו מוחזק בנכסיו ולא ידע כלל שיש לו תביעה עליו, רק דאח"כ משיגדיל כשישמע אז מפי אחרים שהיתה של אביו אז יתעורר לתבוע, וכיון שתביעתו לא יוכל לבוא כ"א ע"י עזרת אחרים, אין שייך לומר דיחזיק משהגדיל, דמדעבר ג' שנים ולא מיחה הוי חזקה, דאולי לא שמע עדיין כלל ולא ידע מה למחות, ואפילו אם שמע שמא לא עברו ג' שנים מיום ששמע, וא"כ שפיר ש"מ מדרב הונא שגם אם הגדיל אין לו חזקה, ואכן לשיטת התוס' שכתבו דמחאה קשה מתביעה, א"כ אכתי משהגדיל מנ"ל, דנהי דידעינן מדר"ה דקטן לא ידע למחויי, י"ל שדוקא למחות בסוף כל שלש זה לא ידע, אבל לתבוע ולהתבונן בלבו שיש לו תביעה עליו ידע גם בקטנותו, וכיון שהתביעה ידע עוד מקטנותו, רק ששכח למחות, וא"כ נימא דאם עברו ג' שנים משהגדיל יהא חזקה, ומנ"ל שאפי' משהגדיל. וצ"ל דלשיטת התוס' אה"נ דאם עברו ג' שנים משהגדיל דהוי חזקה מעליא, והא דקאמר הכא אפי' משהגדיל, לא מיירי שעברו כל ג' שני חזקה בגדלותו, אלא הכוונה דהשלמת החזקה היה משהגדיל, וכגון שאכל שנה בעודו קטן ושנתיים משהגדיל, דבזה כיון דלא עברו

כל שני החזקה משהגדיל שפיר לא הוי חזקה, אבל אם עברו כל הג' שנים משהגדיל הוי חזקה לשיטת התוס':

ואחרי כל זה נעמוד ע"ד מחלוקת הרמב"ם והראב"ד (בפי"ד מטוען) דהרמב"ם סובר דהא דאמרי' משהגדיל אין לו חזקה היינו שהשלמת החזקה היה משהגדיל, אבל כל הג' שנים משהגדיל הוי חזקה, וכן פי' גם הרי"ן מיג"ש, והראב"ד סובר שאפי' כל הג' שנים משהגדיל נמי לא הוי חזקה, הובא דעותיהם בחו"מ א קמ"ט) ועיין במ"מ ובש"ך שם מ"ש שבש"ס אין הכרח אחד מן הפירושים, ולמ"ש פליגי בסברת רש"י ותוס', דהרמב"ם יחלק בין מחאה לתביעה, ותביעה ידע גם בקטנותו, וכיון שהתביעה ידע מכח עצמו בלא עזרת אחרים, רק שלא ידע למחויי, אבל אם עברו ג' שנים משהגדיל הוי חזקה מעליא דעכ"פ הו"ל למחות משהגדיל, והראב"ד סובר דכמו דלא ידע למחויי לא ידע נמי לתבוע בקטנותו, ורק משהגדיל יוכל להתעורר אצלו תביעה ע"י עזרת אחרים, וכיון שכן לא נוכל למנות ג' שני החזקה גם משהגדיל, דאולי לא שמע עוד שיש לו תביעה עליו שידע למחות בו וז"ב, ודו"ק היטב כי לפמ"ש, כל המעקשים אשר בסוגיא החמורה הזאת עלו למישור בעזה"י:

דף לט:

ברש"י ד"ה אתא לו אחא, שהלך אביו לחוזאי וילד שם את זה ואח"כ חזר מרי כו', והמפרשים נתקשו בזה מה הוצרך לפרש דהקטן נולד בחוזאי ולא כאן, והנה במס' (כתובות דף כ"ז) פירש שם התוס' להיפך דהקטן נולד כאן ואח"כ הוליכו אביו לחוזאי, וביותר תמוה שגם רש"י פירש שם כפי' התוס', ונ"ל דהכא מוכרח היה רש"י לפרש שהקטן לא נולד כאן, דהנה בסמוך קאמר הש"ס התם ברשות הכא שלא ברשות ועוד קטן הוא, ולגירסא זאת צריכין לפרש דהאי שלא ברשות דהוי הכא, אין הכוונה שב"ד יצא במחאה והוא ירד באלמות, אלא הכוונה שלא נמלך בב"ד, מדקאמר אח"כ ועוד קטן הוא, פי' שאם היה נמלך לא היו מורידין אותו והיו מוחים, מכלל דשלא ברשות דקאמר, היינו שלא נמלך וכן פרש"י שם, ואמנם כל הראשונים הרעישו על גירסא זאת, דכיון דשלא ברשות היינו שלא נמלך, וא"כ התם ברשות דקאמר, היינו שנמלך בב"ד וב"ד הורידוהו, ומוכח לפי"ז דאין נוטל כאריס כ"א במקום שב"ד הורידוהו, והא באמת אפי' אם לא נמלך בב"ד נמי נוטל כאריס, וכדקאמר לעיל היורד לנכסי שבוי, וע"ז קאי הדין דשמין כאריס, ומחמת קושיא זאת הגיהו ומחקו, ועוד קטן הוא, וה"ג הכא שלא ברשות נחית דקטן הוא, ופי' דהכא ירד לתוך הנכסים במחאת ב"ד, היוצא לנו דלגרסת

כל הראשונים צ"ל שמרי נכנס באלמות, וב"ד מיחו בזה מתחלת הכניסה, ולגרסת הש"ס שלנו, צ"ל בע"כ דירד לתוך הנכסים רק בלא רשיון ב"ד, אבל מחאה מב"ד נמי לא היה, ולזה רש"י דגורס כגרסת הש"ס דילן, מוכרח היה לפרש דהקטן לא נולד כאן, וב"ד ל ידעו כלל שנולד בן לאיסק אביו, ולהכי לא מיחו בראותם שירד מרי לתוך הנכסים, וכדין היורד לנכסי שבוי, ולא יכול לפרש שהקטן נולד כאן, דא"כ היו ב"ד מוחים, כיון שידעו שיש בן קטן לאיסק אביו ואין מורידין קרוב לנכסי קטן, וכ"ז לשיטת רש"י, אכן התוס' יפרש באמת כגרסת ראשונים, ולגרסתם צ"ל דמרי ירד במחאת ב"ד, ולזה מוכרחים לפרש דמיירי שהקטן נולד כאן, ולהכי מיחו הב"ד כדין קרוב בנכסי קטן, דאי הב"ד לא ידעו שנולד הקטן, וא"כ לא היה בזה שום חשש כ"א מחמת אביו איסק דהוי שבוי, וא"כ למה מיחו ב"ד, ומ"ש מיורד לנכסי שבוי, וא"ש שיטת רש"י ותוס' שכל אחד לשיטתו היה מוכרח לפרש כפירושם, וברש"י גופא שפי' בכתובות באופן אחר, יש לומר נמי כזה, משום דהכא דהובא הגרסא דועד קטן הוא, דלזה מוכרחים לפרש שירידת מרי לא היה באלמות, להכי הוכרח נמי לפרש, שהקטן לא נולד כאן, אבל בכתובות דלא הובא שם כל השקלא וטריא דסוגיין, ולזה אפשר לפרש כפשוטו דמרי ירד באלמות, משום דהקטן נולד במקומו, ולהכי פי' גם הוא כן, והנה הכא פי' עוד, דמרי חזר משם, ומה שהוצרך לזה דמרי היה בחוזאי וחזר, דמדקאמר לא ידענא לך, וכן ממה דהביא מקרא דויכר יוסף, משמע מזה שזה ידע שהיה לו אח וגם ראה אותו מכבר, רק שעתה מפני שלא ראה אותו זמן רב לא הכירוהו, ולכך פי' שמתחלה ירד גם מרי לשם, דאי מרי לא היה בחוזאי, א"כ לא ידע כלל שיש לו אח, וגם לא שייך קרא דויכר כיון שלא ראהו מעולם, והא דקאמר בסמוך הכא מי ידע דמחיל, ופרש"י מי ידע שיש לו אח, לא הוי הכוונה שלא ידע שיש לו אח כלל, אלא שלא ידע אם יבוא כאן ליורשו, ושמא מת, וכמ"ש. הרא"ש:

דף מ.

בגמ' השתא דידיה לא יהבינן, וקשה לי הא בטעם דשיימינן כאריס קאמרו הטעם לעיל (דף ל"ט) משום דמפסיד להו, וא"כ לא שייך זה כ"א היכי שאין לו לעצמו חלק בנכסים, ושפיר חיישינן שמא יפסיד, אבל הכא דמרי עצמו היה לו נמי חלק בנכסי אביו, לא שייך החשש דשמא יפסיד, דהא לא ירצה להפסיד חלקו ואמאי יטול כאריס. ובמהר"ם שי"ף ראיתי שתמה על לשון הש"ס דקאמר השתא דידיה לא יהבינן, והא לעיל אמרינן הסברא להיפך, דהיכי שעשה לדעת עצמו לא יהבינן כאריס משום דסמיך דעתו, דזהו

הטעם במוציא על נכסי אשתו גדולה שאין נוטל כאריס כיון שעושה לדעת עצמו. ונ"ל דלק"מ דע"כ לא מצרכינן הטעם דשמא יפסיד כ"א במקום דהדין הוא דהוי זריז ונשכר, ומה שאכל אכל וא"צ להחזיר, שיש לו שכר בעד הוצאותיו וטרחתו, ואי לאו חשש דשמא יפסיד, אה"נ שאין ליתן לו כאריס, דכיון דמה שאוכל הרי הוא שלו, דין הוא דמה שהוציא לא יקח מבעה"ב, אבל במקום שצריך להחזיר מה שאכל נוטל כאריס מן הדין ולא מטעם דשמא יפסיד, וכדין כל יורד לנכסי חבירו ברשות דנוטל כאריס מן הדין, דכיון שאין לו שום ריוח מהיכי תיתי נימא שיטריח בנכסי חבירו בחנם, וא"כ הכא שודאי מרי צריך להחזיר מה שאכל, פריך שפיר דא"כ אמאי אין נוטל מיהא כאריס, ומשני דהכא הוי שלא ברשות, ויש לו דין דיורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות שגם כאריס אין נוטל, ואין לו כ"א יציאה שיעור שבח, ועיין מ"ש הנמוק"י בסוגיין, ודו"ק:

דף מא.

תוד"ה שנטלה ע"מ לגוזלה, והיינו חסרון שהכל גוזל ונוטל לצורך עצמו, ומשמע מדברי התוס' שגם בגזילה בעינן שיהיה בה חסרון, דדוקא כשמתכוון לגזול את כולה, דאיכא חסרון, היינו שנוטלה כולה, אבל כשאין מכוון כ"א לגזול מקצתה, דלא שייך האי סברא, אינו חייב עד שיהיה בה חסרון. ויש לתמוה מנ"ל זה לתוס', הא לא אשכחינן פלוגתא דצריכה חסרון כ"א בשליחות יד, אבל לא שמענו שיפלגו הכי בגזילה, וצ"ל דהתוס' מפרשים דשליחות יד היינו נמי גזילה, ורק כשמכוון לגזל את כולה, גזילה הוא דמיקרי, וכשאינו מכוון כ"א ליטול מקצתה קרי שליחות יד, דלפי"ז פלוגתתם בשליחות יד, היינו נמי בגזילה, ואפ"ה בעינן חסרון, ורק כשמכוון לגזול את כולה לא בעינן חסרון, משום דזהו החסרון שנוטל כולה וכסברת התוס', וזהו דלא כשיטת הרמב"ן, דאילו לשיטת הרמב"ן יש נ"מ בין גזילה ושליחות יד, דגזילה היינו כשנוטל כולה או מקצתה ואין מכוון לשלם לבעלים, והשולח יד, היינו כשמכוון לשלם בעד החסרון, ובין גזילה ובין שליחות יד איתא בין בכולה בין במקצתה, ואפי' כשאינו מכוון כ"א ליטול המקצת, אפ"ה אם לא יכוון לשלם בעד זה, גזילה הוא דמיקרי, ולא בעינן בזה חסרון, ורק כשמשך אדעתא שיגזול מקצתה חייב באונסין בכולה אע"ג דלא חסרה, ודוקא כשמכוון לשלם, בזה הוא דבעינן חסרון, ואילו לשיטת התוס' משמע דשליחות יד היינו נמי בלא דמים, אלא דבכולה מיקרי גזל, ובמקצתה מיקרי שליחות יד, ואין להקשות דכיון דשליחות יד היינו נמי בלא דמים, א"כ מה חדוש שחידשה תורה בפקדון לחייב בשליחות יד, הא גזילה בלא דמים חייב בכל מקום נמי, די"ל דהיינו החדוש שבגזל מקצת יתחייב בכולה,

וכן משמע נמי מפי' הר"ן המובא בשמ"ק ע"ש, ועמ"ש (לקמן דף מ"ג) ע"ב ברש"י ד"ה החושב, לבאר איך הוא שיטת רש"י בזה:

רש"י ד"ה והא לא חסרה, וז"ל ואי קשיא דילמא הא דהניח מקלו חייב לאו משום שליחות יד הוא אלא משום שואל שלא מדעת אבל שליחות יד אה"נ דבעי חסרון ע"כ. והנה כפי הנראה דמה שכתב דיתחייב משום שואל שלא מדעת, היינו משום דסובר דשואל שלא מדעת גזלן הוא, וקשה לי דא"כ לא יתיישב מה שסיים רש"י דשליחות יד צריכה חסרון, כיון דאין ממה להוכיח, הא למ"ד שואל שלא מדעת גזלן הוי א"צ לשום הוכחה, דמקרא עצמו מוכח שא"צ חסרון, דאי אמרת צריכה חסרון, למה לחייבו משום שליחות יד, תיפוק ליה דהוי שואל, דהא בבעלי חיים וכן בכלים, א"א שיבוא החסרון כ"א ע"י פחת תשמישן, שיש לו הנאה מן הפחת, דאי בשפיחתן בלא שום הנאת תשמיש אין בזה דררא דשליחות יד, כ"א חיוב דמזיק, וכמ"ש הנמוק"י בסוגיין להוכיח כן מהא דבעינן הניח מקלו עליה, דכיון דאוקים שהכחישה דהוי חסרון למה הוצרך שיניח מקלו עליה, אע"כ משום דבעינן שיקבל הנאה מן החסרון, וכיון שהחסרון א"א לבוא כ"א ע"י פחת תשמיש, וא"כ למה לן לחייבו משום שליחות יד, תיפוק ליה דהוי שואל מחמת התשמיש, ובשלמא למ"ד שואל שלא מדעת לאו גזלן הוא ניחא, דמשום שליחות יד גזלן הוא דמיקרי, ואע"ג דחיוב אונסין יש גם בשואל, מ"מ יש נ"מ טובא בזה דנקרא גזלן, דאי אינו אלא שואל אז כשיחזירה אפי' למקום שאינו מקומה נמי הוי חזרה, ואי גזלן הוא בעינן דוקא שיחזירנה למקומה ממש, וכמ"ש בשמ"ק מאוקימתא דרב ששת שטלטלה להביא גוזלות וס"ל שואל לא מדעת גזלן, ומדהוצרך לסיים גזלן הוא, מכלל דאי שואל הוא לא בעינן שיחזירנה למקומה ממש, וכן אי שואל הוי לא בעינן דעת בעלים, והוצרך הכתוב לחייבו משום שליחות יד לומר דמשום זה גזלן הוי ובעינן דעת בעלים, אבל למ"ד דשואל שלא מדעת נמי גזלן הוא, א"כ אי אמינא דצריכה חסרון ל"ל לחייבו משום שליחות יד, תיפוק ליה דהוי שואל כיון דהחסרון א"א לבוא כ"א ע"י תשמיש, אע"כ דסובר דשליחות יד א"צ חסרון והוצרך לחייבו משום שליחות יד, כ"ז שלא נשתמש בהם עדיין, שא"א לחייבו משום שואל, ומאן דס"ל צריכה חסרון אפשר נמי דיסבור דשואל שלא מדעת לא הוי גזלן, והוצרך קרא דשליחות יד שיתקרי גזלן ולפי"ז אין מקום לכאורה לקושית רש"י, דאי נימא שהחיוב הוא משום שואל שלא מדעת דהוי גזלן, אז ודאי, שא"צ חסרון, וא"צ שום הוכחה דמקרא גופא מוכח כן, ואין לדחות שבאמת ס"ל דצריך חסרון, וקרא דשליחות יד אתא לחייב במקום כזה שהחסרון בא בלא הנאת שמוש, וכגון בהגביה חבית ע"מ ליטול מקצתה, דהחסרון בא בהנאה

ואפ"ה לא הוי שואל דליכא הכא הנאת שמוש, חדא דרש"י עצמו (לקמן דף מ"ד ע"א) בד"ה ניחא לו, כתב דהתם נמי הוי מטעם דהוי שואל על כל החבית ע"ש, ועוד דהא בקרא דשליחות יד האמורה בש"ש לא הוזכר שם כ"א שור ושה, ובבע"ח ודאי שההנאה לא יוכל לבוא כ"א ע"י שמוש במלאכה, וא"כ חיוב זה ל"ל ותיפוק ליה מטעם שואל שלא מדעת דהוי גזלן, אלא לאו דא"צ חסרון, וצ"ל דמ"ש רש"י דיתחייב משום שואל, לא נתכוון למ"ד דהוי גזלן, אלא אפי' למ"ד שואל הוי נמי קשה לפי אוקימתת הש"ס דמיירי בעודן עליו, דבשלמא אי הוי מיירי שכבר נטל המקל דזה הוי כמו חזרה, דאז למ"ד שואל הוי אין לחייבו דלא בעינן דעת בעלים, ואע"ג דקיי"ל הכל צריכין דעת בעלים, כבר תי' המפרשים דהיינו דוקא בשואל מדעת דכיון שמתחילה לקחה מדעת מחויב להחזיר מדעת, אבל בשואל שלא מדעת כיון דלקיחתו היתה רק בדעת עצמו, מהני החזרה נמי לדעת עצמו, אבל כיון דמיירי בעודן עליו, אפי' למ"ד לאו גזלן הוי מחייב באונסים, וא"כ שפיר הקשה רש"י דמי יימר שהחיוב הוא משום שליחות יד, דילמא משום שואל שלא מדעת ולא שמעינן כלל דא"צ חסרון, וכשתדקדק בלשון רש"י תראה שלא הזכיר כלל שואל שלא מדעת גזלן הוא, ולא נתכוון כלל להקשות למ"ד זה דהוי גזלן, ועיין בפנ"י מ"ש כעין זה על רש"י ותלה שיטת רש"י בשיטת בעה"מ ע"ש, ולמ"ש למ"ד גזלן הוא בע"כ דא"צ חסרון דמוכח כן מקרא וכנ"ל, ועיין עוד מה שנכתוב בסמוך בע"ב מזה:

דף מא:

בגמ' רבא אמר לא תאמר כו' ותיתי משואל, ופרש"י ששואל חייב באונסין משום שכל הנאה שלו ושולח יד נמי כל הנאה שלו ע"ש, והנה למ"ש לעיל בסמוך, דבבעלי חיים לא יוכל לבוא החסרון כ"א ע"י הנאת השמוש בו, ולפי"ז כל שליחות יד שיש בו חסרון, היינו בע"כ שנשתמש בו, א"כ אין צריך למ"ש רש"י, דטעם דרבא משום דילף שליחות יד מדין שואל, אלא כוונת רבא במה שאמר ותיתי משואל, היינו דכל שולח יד א"א שלא יהיה בזה שאלה, וא"כ למה לן לחייבו מטעם שליחות יד תיפוק ליה דהוי שואל, ובע"כ דקרא קאתי לאשמועינן שא"צ חסרון, דהתם לא הוי אכתי שואל עלייהו, אלא דאפ"ה אכתי מוכרחים אנו לפרש"י, בדברים שלאו בע"ח וכגון בחבית יין ושמן דשלח בה יד ליטול מקצת, דבזה הוי שולח יד בלא שום תשמיש, דלא הוי שואל ממש, וצריך לפרש"י דאכתי למה הוצרך דנילף מדין שואל:

אכן בעיקר סברא דרבא לפי טעם רש"י צריך עיון, דאיך נוכל למילף מדין דשואל, הא בשואל אע"ג שגוף החפץ צריך לחזור לבעלים ונמצא שאין לו הנאה כ"א במקצת, אפ"ה

כיון דההנאה הזאת א"א להיות כ"א ע"י שמוש שישתמש בכל החפץ מחויב על כולו, אבל אם נוטל מקצת השמן א"צ למותר השמן ואמאי חייב בכולו, דלפמ"ש לעיל על שליחות יד דש"ש דמיירי בשור ושה דהוי בע"ח לא צריכינן כלל למילף מדין שואל, דשולח יד גופא שואל הוי, ורק שטעם זה לא יוצרך כ"א בשליחות יד דשו"ח וכגון בחבית יין ושמן, וא"כ דין זה א"א כלל למילף משואל, ונ"ל דרש"י לשיטתו מיושב מאוד, דלקמן (דף מ"ד ע"א) ד"ה דניחא ליה דתיהוי בסיס, כתב שם רש"י בסוה"ד, והוה כנוטל ומניח דהוי שואל על כל החבית ע"ש, ותמוה מאוד דלמה הוצרך לסיים דהוי כשואל על כל החבית, הא כיון דהוי כנוטל, א"כ חייב על כל המותר משום שליחות יד, וכדין כל שולח יד במקצת דחייב על כולו, ומצאתי בשמ"ק שם שעמד בזה ופי' שדעת רש"י דבאמת אין חייב משום שליחות יד על כולו כ"א דוקא בכה"ג שיהא שואל על כל המותר, והיכי דלא שייך שיהא שואל על כל המותר כגון בשמן וכדומה, אה"נ שאינו חייב על כולו ע"ש. ולכאורה תמוה מאוד דעת רש"י, דמנ"ל להוציא חדוש גדול כזה, ואמנם לפמ"ש צדק מאוד, דדברי רבא דהכא הכריח אותו לפרש כן, דקאמר דתרי קראי דשליחות יד אייתר ותיתי משואל, ובשלמא בבעלי חיים הוי שואל ממש, אבל בלאו בע"ח בע"כ דהפירוש הוא, דתיתי מדין שואל, וכיון דעיקר שלח"י יליף מדין שואל, לא נוכל למילף כ"א ביין וכדומה דהוי שואל על כולו, כיון דניחא לו דליהוי בסיס, אבל בשמן וכדומה שא"צ כלל להמותר, באמת אין חייב בכולו, דלא דמי לשואל, דהתם משתמש בכולו להכי חייב על כולו, וז"ב:

ולפי"ז יהיה הדין דאמר שמואל לקמן דניחא דליהוי בסיס, גם אליבא דמ"ד א"צ חסרון, דנהי דלדידיה א"צ שיחסיר המקצת ואפי' אם לא החסיר כיון שנטל ע"מ לחסר הוי כמאן דחסר, מ"מ אי לאו משום טעמא דבסיס אין חייב בהמותר, דמה יוכל להועיל דהוי כמו שחסר, דסוף סוף אם אין לו הנאה בהמותר א"א שיתחייב בכולו כיון דלא הוי דומיא דשואל, ודוקא משום טעם דניחא לו דליהוי בסים מתחייב בכולו כיון שיש לו הנאה גם מן המותר, ואין להקשות דלפי"ז שגם למ"ד א"צ חסרון אין חייב כ"א דוקא ביין, וביין חייב נמי למ"ד צריכה חסרון כדאמר התם, וא"כ במאי פליגי, דיש לומר דביין ודאי שאין נ"מ בפלוגתתם, והנ"מ יהיה בבע"ח, דלמ"ד א"צ חסרון חייב גם בנטל ע"מ להשתמש, אע"ג דלא נשתמש עדיין דהוי כמאן דנשתמש וחייב בכולו, ולמ"ד צריכה חסרון אין חייב עד שיחסיר דהתם אין שייך הסברא דהוי כנוטל ומניח, וגם בשמן יש נ"מ על המקצת שחשב ליטול, דלמ"ד א"צ חסרון נהי שאין חייב בכולו מטעם שאין לו הנאה בהמותר, מ"מ בהך מקצת גופא חייב כיון דהוי כמו שנטלה, ולמ"ד צריכה חסרון גם בזה

אין חייב עד שיטול, ונרוויח ליישב בזה דברי הרמב"ם (בפ"ג מגזילה) שהביא לבעיא דרב אשי לקמן דהגביה ארנקי, ותפסו כולם עליו בזה, דהא הך בעיא אינו כ"א למ"ד צריכה חסרון, אבל לדידן דפסקינן א"צ חסרון אין נ"מ בזה, ומהאי טעמא לא הזכירו הרי"ף והרא"ש לבעיא זאת, ועיין במ"מ שכתב שדברי שמואל הוי אפי' למ"ד צ"ח, ואם כן גם בעיא דרב אשי הוי אליביה פ"ש, והיינו כמ"ש, דכיון דשליחות יד משואל ילפינן לא נוכל לחייבו בכולו כ"א דוקא במקום שיש לו הנאה גם מן המותר, וע"כ לא פליגי כ"א דלמ"ד א"צ חסרון א"צ ליטול המקצת, ומ"ד צריכה חסרון צריך ליטלה, אבל בזה כו"ע יודו שצריך שיגיעו הנאה מן המותר, וא"כ בעיא דרב אשי בארנקי, אי הוי שואל על המותר, שייך גם למ"ד א"צ חסרון. שוב ראיתי בנה"מ (סי' רצ"ב) שהביא נמי השמ"ק והמ"מ הנ"ל לתרץ הרמב"ם, אלא שהקשה דא"כ במאי פליגי, ולמ"ש לעיל לק"מ, דיפלגו בבעלי חיים או בשמן בהך מקצת שנטל:

ולפי"ז יצא לנו פלוגתא חדשה בין רמב"ם ורש"י עם הרי"ף ורא"ש, דרי"ף ורא"ש סוברים, שאפילו בשמן וכדומה שאין לו הנאה מן המותר ג"כ חייב בכולו לכ"א כדאית ליה, למ"ד צריכה חסרון היינו דוקא בנטל, ולמ"ד א"צ חסרון אפי' בלא נטל, ולרש"י ורמב"ם אין חייב כ"א על המקצת שנטל או שחשב ליטול ולא על המותר. אלא דבאמת תמוה שיטת הרי"ף, דכיון דשליחות יד מדין שואל ילפינן, וא"כ איך נחייבו במקום שאין לו הנאה מן המותר. ונ"ל ברור שהם לא יפרשו כפרש"י דשליחות יד יליף מדין שואל, אלא יפרשו כפר"ח, דלא תאמר שליחות יד כ"א בשואל, והוה יליף שולח יד בשואל בש"ש ושו"ח משולח יד דשואל, והילפותא לא מדין דשואל דחיוב אונסין, דזה שפיר מצי לדחות דלא דמי משום דהתם הוי הנאה בכולו וכנ"ל, אלא משליחות יד דשואל, דהשתא דכתיבי שליחות יד בשו"ח וש"ש וכתיב וכי ישאל וא"ו מוסיף על ענין ראשון כמאן דכתיבי תלתא קראי, ע"ז פריך דלכתוב בשואל לחוד, וכיון דהילפותא הוי משליחות יד האמור בשואל, יש לומר דגם בשליחות יד דשואל נמי לא מיירי שיש לו הנאה מן המותר, והרמב"ם יפרש כרש"י, דבשואל לא כתיב שליחות יד, ובע"כ דהילפותא הוא מדין חיוב אונסין דשואל, ולא הוי אלא בכה"ג שיש לו הנאה בכולו:

אלא דלפמ"ש דעיקר החיוב בכולו הוי מטעם דניחא דליהוי בסיס וא"כ לא שייך זה אלא בלא נטל המקצת, אבל אם נטל המקצת שא"צ עוד להמותר מהיכי תיתי שיתחייב, ומצאתי בנה"מ שהעיר בזה, ואפשר לומר דאה"נ שאם נטל ממש אין חייב כ"א בהמקצת שנטל, והא דקאמר הגמ' לקמן לא נטל כו' אלא כיון שהגביה ליטול אעפ"י שלא נטלה דמשמע מזה דבנטל כ"ש דחייב בכולו, היינו בנטל לאחר זמן ומתחילה הגביה ע"מ

שיטול לאח"ז שלא הוצרך לו עוד היין לשעה, ועד אותו זמן ניחא לו שיהיה היין בחבית להשתמר, ופי' הגמ' כן, לא נטל ממש, פי' לא בעינן דוקא שהאונס יבוא אחר הנטילה, אלא אפי' אם עדיין לא נטלה כיון דהוי כשואל מכבר, וכ"ש בנטלה, פי' שהאונס אירע בהמותר אחר הנטילה דחייב, כיון דהוי שואל מכבר, אבל בנטל תיכף כששלח בו יד, היינו שלא נתכוון מתחילה שהיין ישתמר בה איזה זמן, בזה הוי הנטילה חסרון ואין חייב כ"א בהמקצת שנטל, וזה נכון:

הדרן לדינא, דבשמן הוי פלוגתת הראשונים, דלרי"ף ורא"ש חייב אפי' בכולו כשנטל מקצת, ולרש"י ורמב"ם אין חייב כ"א במקצת שנטל, וגם ביין הוי הפלוגתא דלרמב"ם דהחיוב הוא מדין דשואל אין חייב כ"א דוקא כשלא נטל המקצת תיכף, רק מתחלה שלח בה יד ע"מ לטול לאח"ז המקצת, אבל כשנטל תיכף המקצת אין חייב בכולו, ולרי"ף גם באופן זה יתחייב וז"ב, אלא דצ"ע בדעת המחבר (בחו"מ סי' רצ"ב) שמשמע מדבריו שבנטל חייב בכל אופן ואפילו כשנטלה תיכף, ועיין בנה"מ מ"ש שם:

דף מב:

בגמ' כל המפקיד ע"ד אשתו כו', ותמוה לכאורה הא טעם זה לא מהני כ"א לענין שלא יוכלו הבעלים לומר אין רצוני, שבלא טעם זה היה מתחייב אפי' בדברים כאלו שאילו שמרן בעצמו היה פטור, ובזה מהני טעם דע"ד אשתו הוא מפקיד, שלא נחייבנו בדבר שאילו שמרן בעצמו היה פטור, אבל לפוטרו כ"כ אפי' מדבר ששמרן בעצמו היה חייב, ע"ז לא מהני טעם דע"ד אשתו כו', וכמ"ש כל הראשונים לעיל בסוגיא דשומר שמסר לשומר וכן פרש"י שם, וא"כ הכא אילו שמרן בעצמו ולא הטמינם בקרקע היה חייב, מה יועיל טעם זה לפוטרו. ונראה שע"כ לא אמרינן התם דש"ש שמסר לשו"ח ונגנב בבית השו"ח דחייב הש"ש כיון שכבר נתחייב בשמירת הגניבה, היינו דוקא התם די"ל דהגניבה באה מסבת רפיון השמירה שלא טרח כ"כ לשומרן מגניבה מפני שלא נתחייב ע"ז, ולהכי הש"ש שנתחייב ע"ז משעת משיכה חייב, אבל הכא מה שהאם לא הטמינם בקרקע אין זה מחמת עצלות ורפיון שמירה, כ"א לטובה כוונתה, שחשבה שמעות הנצרך לעסק הוא וכמ"ש הרא"ש, ולהכי אין לחייב גם השומר הראשון ע"ז:

בגמ' נימא לאימי' כו' אמרה לא אמר לי דלאו דידיה נינהו, והראשונים נתקשו בזה דמ"מ תתחייב, דאפי' הן של בנה פשעה נגדו במה שלא קברתן. והרא"ש תי' דסברה דמעות של הוצאה הם ולהכי לא הטמינם בקרקע. וקשה לי כיון שגם מעות של בן שמזדהרת בהו טפי, לא תטמינם בקרקע כ"א היכי שתדע שאינם של הוצאה, אבל מעות של

הוצאה לא תקברם, א"כ אכתי פשע הבן במה שלא אמר לה שאינם מעות של הוצאה, ונהי דבזה שלא אמר לה דלאו דיליה הוא לא פשע דסבור היה כ"ש דכי סבורה דדידי נינהו תזדהר טפי, אבל אכתי פשע במה שלא אמר לה שאינם מעות של הוצאה, וכ"ת שזה א"צ להודיעה דאפי' מספק שמא אינם מעות של הוצאה היה לה לקוברה, א"כ פשעה האם. ונ"ל ליישב דהנה בלא"ה תמוה מאוד מה דקאמר, כ"ש דכי אמינא דדידי מזדהרא בהו טפי, דאפי' אם ידעה דדידיה הוא מאי עבדא בזה, שתטמינם בקרקע, וגם של אחרים נמי מחויבת לקוברם, וא"כ מאי שייך מזדהרא טפי, כיון דחד שמירה הוי בשניהם ונ"ל דהנה זה ודאי אשר אם האם היתה אוחזת המעות בידה ממש, לא לזוז ידה מהם, ששמירה כזאת היא מעולה ביותר מכל השמירות, גם משמירת קרקע, כי מידה ודאי שלא יוכלו לגנוב, ולהכי בכוונה לא אמר לה שאינם של עסק, דאילו הוי ידעה שאינם של עסק, וא"כ יהיה מונח כך זמן רב, שזה אין באפשר שתנקטם בידה ושתהא הולכת תמיד עם המעות, שלא תסיח דעתה מהם אף רגע, ובהכרח הוא שתקברם, אכן השתא שסבורה שמעות של עסק הם המונחים רק לשעה, וזמן מועט תתרצה נמי לנקטם בידה ולא להסיח דעתה מהם, ולפי"ז מה דקאמר דכי אמינא דדידי הוי מזדהרא טפי, אין הכוונה שהיתה מטמינם בקרקע, שע"ז באמת לא שייך לשון טפי, כיון דגם של אחרים חייבת נמי לקוברן, אלא הכוונה דהויא מנקטה בידה ממש, וזהו תשובה גם לזה שלא הודיעה שאינה של עסק, כי מצי אמר, לטובה כוונתי, בזה שלא הודעתיה מזה, דכיון שסבורה שלעסק הם עומדים, ולזמן מועט תנקוט בידה שזהו שמירה מעולה יותר מן קרקע ודו"ק, כי זה מסתבר בפשט הסוגיא:

והנה הרמב"ן בשמ"ק הביא ראיה מסוגיין שגם מעות שלהם היה מטמינם בקרקע, דאי ס"ד שמעות של עצמם לא היו מטמינים א"כ היכי קאמרי דהוי מזדהרא טפי, הרי אין להם שמירה אלא בקרקע, וא"ל מזדהרא בהו שתנקוט בידה, שזה לא יוכל לעלות על דעתו שתהא הולכת אמו כל שעה עם המעות ולמ"ש אין ראיה די"ל דמעות שלהם לא היו נוהגים כלל לקוברם, ומה דקאמר דמזדהרא טפי היינו לנקוט בידה, ומשום דסבורה דשל עסק הוא ורק לשעה יהיו בידה, תתרצה לנקטם גם בידה וא"ש:

בגמ' נימא לאימיה זילי שלימי, ומשמע מכאן דהאם חייבת גם לגבי בנה, ובתוס' כתוב להדיא שגם לגבי בנה חייבת, ועיין בש"ך (חו"מ סי' רצ"א סקל"ה) שכתב כן, והקשו המפרשים כיון דהבן מחויב לעשות רצונה, ואילו הוי אמרה לו אשקיין מיא מחויב בכבודה, א"כ הוי שאילה בבעלים, ומ"ש משתלא ואומנא וכן הרב לתלמידיו (לקמן דף צ"ז) דהוי שאילה בבעלים כיון דלא מצו לאשתמוטי ומחוייבים לעשות מה שיבקשום,

וכ"ש בן לגבי אמו דשעבודו יהוי מה"ת, וא"כ כיון שהיא סברה שהן שלו לא נתחייבה כלל דהוי שמירה בבעלים, עיין בהגהות אמ"ב בחו"מ סי' הנ"ל. ואפשר לומר דשאילה בבעלים לא שייך כ"א במקום שהשעבוד של הבעלים בא מרצונו כגון בכל הנך דלעיל בשתלא ואומנא, שמרצונם נשתעבדו לעשות מלאכת אנשי העיר, וכן ברב לתלמידו שמרצונו הכניס עצמו בכלל השעבוד, וכן באשה לבעלה הוי נמי מרצון עצמה, שנתרצה להנשא ולהכניס עצמו לשיעבוד, אבל בבן לגבי אב שלא הכניס עצמו מרצון עצמו, ורק התורה הטילה עליו החיוב והשעבוד, לא שייך לומר בכה"ג שאילה בבעלים, דהבעלים לא נשתעבדו כלל. ועוד נ"ל שדוקא האם חייבת לגבי בנה, משום דבכ"ז שהאב חי אינו משועבד הבן לעשות לה תמיד, דאולי בעת שתצוהו היא לעשות איזה דבר עבורה, יצוהו אז גם האב שיעשה עבורו, דאז מחויב לעסוק בכבוד אביו, ואפי' כשהיא מגורשת נמי הברירה בידו וכמבואר (ביו"ד סי' ר"מ), וא"כ אינו משועבד לה תדיר, להכי לא נקרא בבעלים, אבל האב שפשע בשל בן אה"נ דפטור מטעם שמירה בבעלים, והיינו דדייק הכא דאשלמינהו לאימיה, דאילו לאב היה פטור וכנ"ל, ודו"ק:

בגמ' הלכך משתבע איהו דאשלמינהו לאימיה ומשתבעה איהי דאותבינהו בקרטליתא כו', והרא"ש הקשה אמאי לא משבעינן אותה דלא אמר לה דלאו דידיה שזהו עיקר הפטור, ותי' משום דטענת שמא הוא ע"ש. ולא זכיתי להבין דבריו, דממ"נ אי אמרינן שהבעלים יוכלו להשביעה, כאילו היא שומר שלהם, א"כ מאי הוי דטענת שמא היא, הא כל שבועת השומרים טענת שמא היא, ואלא שאמרי' דהאם לאו שומר דבעלים היא, רק שומר דבן, ולזה לא יוכלו הבעלים להשביעה כ"א אותן השבועות שהבן היה משביעה כיון דמכחו הם באים, וא"כ אפי' היו טוענים הבעלים טענת ברי נמי לא יוכלו להשביעה, כיון דהם רק מכח הבן אתי', והבן ודאי שלא היה יכול להשביעה שלא אמר לה כיון דהוא מודה לדברי'. ונ"ל ליישב קושיתו, דהנה קושיא כזאת תהיה לכאורה להיפך על הבן, דבגמרא משמע שהבן א"צ לישבע כ"א שהשלימן לאמו, וא"צ לישבע שלא אמר לה, דע"ז מהימנינן ליה בלא שבועה, ולשיטת ר"ת דאם פשעה האם מחויב הבן לשלם, א"כ אמאי מהימן בלא שבועה, הא י"ל שבמתכוון אמר כן שלא אמר לה, דאם היה אומר שאמר לה דלאו דידיה הוא, וא"כ פשעה האם בזה שלא קברתן, והבן חייב לשלם, ובמתכוון אומר שלא אמר לה, ובע"כ דצ"ל שאה"נ דלא מהימן בלא שבועה וכשמשתבע הבן דמסרן לאמו, היינו כפי אותן הפרטים שאמר בפני ב"ד, היינו שלא אמר לה, והש"ס א"צ להזכיר פרטי השבועה, רק מזכרת כלל השבועה שצריך לישבע שמסרן לאמו, ובודאי שבשבועתו יפרט אופן מסירתו איך היה, והיינו שבשעת מסירתו

לא אמר לה דלאו דיליה, וכיון שהבן כבר נשבע ע"ז שלא אמר לה, להכי פטורה האם מלישבע תו ע"ז, ומתורץ קושית הרא"ש:

ויתורץ נמי בזה דברי התוס' ד"ה כל, שכתבו אומר ר"ת כו' ולכך תשבע האם דאותבינהו בקרטליתא שלא פשעה, ונתחבטו כולם בלשון ולכך, דהא כ"ש אם הבן היה פטור שצריכה האם לישבע, ולי קשה עוד, דלפי הבנת המפרשים שהתוס' יכוונו לתרץ בזה למה צריכה האם לישבע כלל, לא הוי להו לומר כ"א, ולכך צריכה לישבע שלא פשעה, ושפת יתר הוא מה שהזכירו גם נוסח שבועתה, דאותבינהו בקרטליתא, ולהנ"ל א"ש שבאמת לא נתכוונו כלל לתרץ למה צריכה האם לישבע, דזה ודאי לא תלוי בזה שהבן נתחייב בפשיעתה, דכ"ש הוא דאם הבן היה פטור לגמרי שהאם צריכה לישבע, ורק נתכוונו לתרץ קושית הרא"ש, למה לא תשבע כ"א דאותבינהו בקרטליתא ולא תשבע נמי שלא אמר לה, דזהו עיקר הפטור, והוא דלפמ"ש התוס' דהבן חייב בפשיעת אמו לא קשיא כלל קושית הרא"ש, דבשלמא אם הבן היה פטור מפשיעת האם, וא"כ אפי' אמר לה שלאו דידיה נינהו נמי אין מוטל על הבן חיוב לשלם, ובאופן זה אם הבן נשבע שמסרה לאמו א"צ לישבע שלא אמר לה, כיון דאין זה מעיקרי הפטור לגביה דידיה, דאפי' אמר לה נמי פטור, ולמה נשביע אותו בחנם, וכיון שהבן לא נשבע ע"ז, ודאי שהאם צריכה לישבע גם שלא אמר לה וכקושית הרא"ש, אבל לפמ"ש התוס' שהבן חייב בפשיעת האם, וא"כ טענתו שלא אמר לה, הוא מעיקרי שבועת הבן ג"כ, דאם היה אומר לה והיא פשעה היה הבן חייב לשלם, ובודאי כשישבע הבן שמסרתן לאמו שצריך ג"כ לפרט פרטי המסירה שלא אמר לה, או אפי' אם לא יפרוט מסתמא אין אנו חוששין ג"כ לרמאות, דעל דעת ב"ד אנו משביעין, וזה תלוי בפלוגתת הרא"ש עם הרמב"ם (לעיל ד"ה) גבי שבועה שיש לי בה, המובא (בחו"מ סי' קל"ח) ע"ש, וכיון דזה שלא אמר לה ידעינן משבועת הבן, להכי א"צ לישבע האם, כ"א הך שבועה דאותבינהו בקרטליתא, וזמ"ש התוס' ולכך צריכה לישבע שאותבינהו בקרטליתא, פי' ושעור דבריהם, דלכך כיון שהבן מחויב בפשיעת אמו, אתי שפיר מ"ש בש"ס דהאם א"צ לישבע כ"א השבועה דאותבינהו לחוד, ולא השבועה שלא אמר לה, וכשתדקדק בלשון התוס' משמע ממש כמה שכתבתי:

ברש"י ד"ה ומשלם, ותוס' ד"ה הכא, מספקא להו אי דמיא זה לדר' יוסי דלעיל. ובמהר"ם שי"ף הקשה, דלפמ"ש התוס' לעיל דטעם דר' יוסי משום דאמר לו דל אנת ודל שבועתך, ובמקום שלא שייך לומר הכי משלם לשוכר, ועמ"ש (לעיל דל"ה) תוד"ה תחזור, וא"כ הכא דלא שייך הסברא דל אנת ושבועתך, מאיזה ענין יעמוד במקום יתמי ע"ש. ונ"ל

דהא דמצרכינן לעיל לטעם דדל אנת, לא בכדי שלא יוכל לומר לו השואל לבעלים לאו בע"ד דידי את, דאפי' בלא טעם זה, כיון דהפרה שלו הוא לא מצי למימר לו לאו בע"ד דידי את, ורק טעם זה לא הוצרך כ"א לדחות השוכר מן הריוח, דאי לאו האי טעמא היה מגיע השכר לשוכר, לזה קאמר דהשוכר לא קני כ"א משעת שבועה ומצי לומר דל אנת, ולהכי הכא בסוגיין שאין אנו דנין למי ישלם הבקרא, דזה פשיטא שליתומים א"צ שוב לשלם כיון שהם קבלו כבר המעות מן הספסירא, ורק מה שאנו דנין בזה, אם הספסירא יכול לתבוע מן הבקרא כיון שלאו שומר שלו הוא, ע"ז מביא ראיה מדלעיל, שאפי' בלא טעם דדל אנת לא מצי לומר לאו בע"ד דידי את, דאלת"ה א"כ התם נמי נהי דהשוכר נדחה מן התביעה כיון דאומר לו דל אנת ושבועתך, מ"מ אכתי באיזה זכות יכולים הבעלים לתבוע נמי מן השואל כיון דלאו שומר שלו הוא, אלא ודאי כיון שהפרה שלו הוא יש לו זכות לתבוע מאתו, ה"נ כיון דהשוכר שייך נמי בגוף הפרה של בעלים יכולים לעמוד במקומן:

דף מג.

תוד"ה מאי כו' אסור המוכר להשתמש כו' עמ"ש מזה לקמן (דף מ"ט) תוד"ה אלא, ליישב קושיתם שבכאן:

בתוד"ה והתנן, ואע"ג דבפ' הגוזל כו', ואין לומר דבפשיטות נילף מהתם דאינו משלם כ"א טלה כמו שגזל, הרי דקונה אפי' לקולא, כ"ש הכא דמיירי דמעיקרא שוה היה יותר והוזל דמשלם כמו שגזל כיון דמההיא שעתא קיימא ברשותו, די"ל התם דהיה שנוי, קונה ע"י השנוי אפי' לקולא, אבל הכא שלא נשתנה הגזילה, י"ל שאפי' בחסר אח"כ אין משלם כשעת גזילה, דכן הוא ג"כ אליבא דאמת דשבח דיוקרא לא הוי דגזלן, ושבחא דמגופא הוי דגזלן וכמו דאמרינן לקמן בסוגיא, דבשבח גזילה פליגי, והכי קיי"ל להלכה (בחו"מ סי' שס"ב) והיינו משום דהכא יש שנוי וקונה בשנוי, ואפי' למ"ש הסמ"ע (בחו"מ שם סקי"ז) דהוא הדין אפי' לא נשתנה כגון גזלה מעוברת ועודה מעוברת או גזלה טעונה ועודה טעונה בחזרתה דהוי נמי של גזלן, וצ"ל דהיינו משום דגם בזה יש שנוי קצת, דמה שהוגדל העבור ונתוסף הגיזה זה גופא הוי שנוי קצת, וכן מוכח בסמוך בתוד"ה ר"ע, דהגדיל הגיזה הוי שנוי כמ"ש בהגהות ח"מ בדבור זה ע"ש, וס"ל לסמ"ע דלא בעינן שנוי גמור כגון גיזה ולידה, אלא אפי' לא גזזה והולידה בבית הגזלן דליכא שנוי גמור נמי מהני כיון דעכ"פ רבוי הגיזה וגודל העבור הוי נמי שנוי קצת, וכן מוכח להדיא ממ"ש הוא עצמו בפרישה (סי' שס"ג) דשנוי קצת מיהא בעינן, ואין להעלות כלל

על הדעת דס"ל לסמ"ע דאפי' בלא שנוי כלל קונה, וסרה בזה תמיהת הנה"מ שם על הסמ"ע ע"ש, ולזה שפיר הקשו התוס' כיון דמוקי מתני' דמיירי בשנוי, א"כ איך מייתי מינה ראיה לדינא דהכא דמיירי ביוקרא וזולא, דהא י"ל התם דהוי שנוי קונה ואין משלם כ"א כשעת הגזילה, אבל בלא שנוי אין קונה כלל ואפי' לחומרא נמי אין משלם כ"א כדהשתא, ולא הוצרכתי להאריך בזה כ"א מפני שראיתי לגאון אחד שמקשה על תוס' כנ"ל, דמאי מקשו הא שפיר ילפינן מהתם דקונה אפי' לקולא, ולמ"ש לק"מ:

דף מג:

בגמ' ומודה ר"ע במקום שיש עדים כו' דכיון דאיכא עדים מההיא שעתא הוא דאיחייב ליה אשמה, מכאן נתיישב לי תמיה עצומה שתמה רעק"א במס' מכות (ד"ה ע"א), במה שאמר רבא שם אמרו עדים שבאחד בשבת הרג פלוני את הנפש ובאו אחרים והזימום שבאחד בשבת עמנו הייתם אלא שבע"ש הרג (אין) נהרגין דבעידנא דקא מסהדי אכתי גברא לאו בר קטלא הוא, ובתוס' שם כתבו, אבל לענין דיני ממונות לא, דכשמעידין דבחד בשבת גנב ובאו שנים ואמרו דבע"ש גנב ובחד בשבת עמנו הייתם אין משלמין ממון דבההיא שעתא דמסהדי בר חיובא הוא, אע"ג דלגבי נפשות לא תדיננו לבר חיובא כל כמה דלא נגמר דינו, בממון הוי קרוב לודאי שיבואו עדים ויעידו, אבל בנפשות דבעינן דרישה וחקירה ודאי אמרינן דקודם שנגמר דינו לאו בר חיובא הוא עכ"ל, וע"ז הקשה רעק"א קושיא קשה כברזל, דלמאי הוצרכו התוס' לחלק בין ממון לנפשות מטעם דדרישה וחקירה, הא בפשוטו ניחא דבממון אף דליכא עדים כלל אלא הוא עצמו יודע שלוה בע"ש, ג"כ ליכא בזה דין הזמה, כיון שהוא יודע בנפשו שבר חיובא הוא ולוה בע"ש, המעשה עצמו עושה החיוב ולא איברי סהדי אלא לשיקרא, אבל בנפשות ק בקנס, דבמה שיודע בנפשו שהרג את הנפש אין עליו חיוב כלל להמית עצמו, וליכא חיוב כ"א עפ"י פסק ב"ד, נמצא דלקושטא דמילתא לא הוי בר חיובא כ"ז שלא נגמר דינו ע"ש שמסיים שזה החילוק נכון וברור. ולעד"נ דחלוקו של רעק"א נכון, היכי דליכא עדים כלל על המעשה, שבזה גם אין סופו לבוא לידי העדאת עדים וחיוב פסק ב"ד, ובזה בנפשות לא מיקרי בר חיובא, אע"ג שיודע בעצמו שהרג, אפ"ה בלא פסק ב"ד לא מיקרי בר חיוב, ובממון מיקרי בר חיוב אפי' בכה"ג, כיון שיודע בנפשו שמחויב הוא, אבל היכי דאיכא עדים ולא העידו אכתי בב"ד, אבל סופו לבוא לידי העדאת עדים, בזה אי לאו טעמא דדרישה וחקירה הוה ראוי לקרותו בר חיובא משעת ראיית העדים, וכמו דאמרינן בסוגיין, דר"ע סובר כשעת התביעה מטעם דכתיב ביום אשמתו ובי דינא הוא

דמחייבי אשמה, הרי דממון זה חלוק משארי ממון שהמעשה עושה החיוב בלא פסק ב"ד, ובממון זה לא הוי בר חיוב כ"א מה שפסקו לו ב"ד, דכך גזרה התורה שהחיוב יהיה תלוי ביום אשמתו, ואפ"ה מודה ר"ע במקום שיש עדים, דמשלם כשעת הגזילה, ומשום דכיון דאיכא עדים מההיא שעתא הוא דאיחייב ליה אשמה, הרי להדיא שאשמת ב"ד לא מיקרי דוקא משעת פסק הדין, אלא משעה דאיכא עדים וסופו לבוא לידי חיוב ב"ד, מקרי בר חיוב למפרע, וא"כ בנפשות נמי דנהי דצריכין אנו התם לידי פסק ב"ד, אפ"ה במקום שיש עדים וסופו לבוא לידי חיוב, היה ראוי לקרותו בר חיוב למפרע, ולכן שפיר הוצרכו התוס' להחילוק דדרישה וחקירה, דאכתי הוי ממון חלוק מנפשות, דבממון כיון דלא בעינן דרישה וחקירה, וא"כ קרוב הדבר שיבואו לידי חיוב, להכי מיקרי בר חיוב משעתא דחזו סהדי, אבל בנפשות דבעינן דרישה וחקירה, אפי' כי איכא סהדי נמי לא נוכל עוד לקרותו בר חיובא קודם פסק דין, דאין קרוב שיבוא לידי חיוב, דשמא לא יכוונו עדותן בדרישה וחקירה, וזה נ"ל ברור ביישוב התוס' דהתם:

בתוד"ה ר"ע בסוה"ד בין הוזל בין הוקר, ועיין בהגהות חכמת מנוח שכתב דהאי בין הוזל שכתבו התוס', היינו בין שעת התביעה לשעת הוצאה, אבל בשעת הגזילה היה יותר בזול דאי אז היה ביוקר ודאי שמשלם כשעת הגזילה, דהא קאמר לעיל מי איכא למ"ד לאו כשעת הגזילה, ואכן בשמ"ק כתב שאפי' בהוזל בין גזילה לתביעה ס"ל שאינו משלם כשעת התביעה, ונראה דאפ"ה לא קשה מההיא דכל הגזלנים די"ל דס"ל לר"ע דשליחות יד א"צ חסרון ולא הוי גזלן כלל עד שעת התביעה, ועיין במהרש"א ומהר"ש:

שם במתני' החושב לשלוח יד, כבר נתעורר הב"ח על הסתירה הגדולה שברש"י, דהכא פי' דהאי החושב היינו דוקא אמר בפני עדים ואילו במס' קדושין א מ"ב) פי' דהוא הדין מחשבה גרידא נמי מהני, וה' עזרני לומר בזה דבר אמת, דהנה ראה זה פלא חלופי הגרסאות מהכא להתם, דבשמעתין כשהביא ע"ז ברייתא דעל כל דבר פשע אמרו ב"ה לב"ש והלא כבר נאמר כו' א"כ מה ת"ל על כל דבר פשע שיכול אין לי אלא הוא אמר לשלוחו מנין כו', ולגי' הזאת האי שיכול, דברי ב"ה הם, אבל לב"ש לא מחייבי באומר לשליח שישלח בו יד, אכן בקדושין שם הגרסא אחרת, אמרו ב"ש לב"ה א"כ מה ת"ל על כל דבר פשע שיכול אין לי אלא הוא אמר לשלוחו מנין, ולגרסא הזאת, דב"ש אומרים האי שיכול, מפורש שגם ב"ש מחייבי באומר לשליח, ועיין במקנה וברש"ש שם, שהרגישו נמי בזה דהגרסאות חלוקות, ואע"ג דיקשה לפי"ז היכי מצינן למימר שב"ש מחייבי באומר לשליח, הא ב"ש סברי דאין שליח לדבר עבירה אפי' בשליחות יד, וכדקאמר שם הניחא לב"ה אלא לב"ש מאי ע"ש, יש לומר דהא דמחייבי ב"ש

באומר לשלוחו לאו משום מעשה השליח דהוי כמעשה עצמו, ומטעם שליחות הוא, אלא משום מעשה עצמו הוא דמתחייב, דכיון דלב"ש אמירה הוי כמעשה, חייב נמי באומר לשלוחו, מטעם מעשה המשלח, דהוא גופא עביד המעשה בזה, ורבותא קמ"ל דאפי' לא חשב לשלוח יד בעצמו אלא אמר לשליח שישלח יד, גם האמירה הזאת חשיב כמעשה ועיין במקנה וברש"ש שם, וא"כ תרוייהו ב"ש וב"ה מחייבי באומר לשלוחו, אלא דיש נ"מ בטעם החיוב, לב"ה הוי החיוב מטעם שליחות, וס"ל דבשליחות יד יש שליח לד"ע, ולב"ש הוי החיוב מטעם מעשה עצמו, ולפי"ז הסוגיות חלוקות, דסוגיא דידן סבירא דלב"ש לא מחייב כלל באומר לשליח, לא מצד שליחות ולא מצד מעשה עצמו, מצד שליחות א"א לחייבו דהא ס"ל אשלד"ע אפי' בשליחות יד, ומטעם מעשה עצמו נמי אין לחייבו, דאע"ג דב"ש סברי דאמירה הוי כמעשה, היינו באומר שישלח יד בעצמו, אבל באומר לשליח שישלח יד, אמירה כזה לא הוי כמעשה, וסוגיא דקדושין ס"ל דגם לב"ש חייב באומר לשלוחו, עכ"פ מטעם אמירה, דגם בזה אמרינן דאמירה הוי כמעשה. אלא אכתי צריך באור הסוגיא דקדושין, דלפמ"ש דהאי שיכול, דברי ב"ש הן, קשה דלמה הוצרכו ב"ש כלל לסיים האי שיכול, ולומר דקרא דעל כל דבר פשע לרבות שליח אתי, הא לב"ש ניחא בלא"ה האי קרא דאשמועינן דמחשבה הוי כמעשה, ועיקר דינו דב"ש מקרא דעל דבר פשע יליף, ומנ"ל לרבות שליח, וצ"ל שגם לב"ש קשה, דאילו הם מחייבי אפי' על מחשבה גרידא, וקרא דעל כל דבר משמע שעכ"פ דבור מיהא בעינן, ולזה מתרצי ב"ש לנפשייהו, דהאי דבור דקרא לחיובי שליח אתי, שאפי' אמירה כזאת, שיאמר לשליח שישלח יד נמי הוי כמעשה, אבל בחושב לשלוח יד בעצמו, אה"נ דגם במחשבה לחוד מחייב, ומעתה בוא וראה כמה מדוקדקים דברי רש"י, דלגרסת סוגיא דידן, דב"ש לא מחייבי באומר לשלוחו, וקרא דעל כל דבר למחשבת עצמו הוא דאתא, בע"כ מוכרחים לפרש, דהאי החושב, היינו אמירה ודבור, דלא נוכל לפרש דבמחשבה לחוד נמי, דהא בקרא דבר כתיב, ומשמע שעכ"פ דבור מיהא בעינן, אבל לגרסא דקדושין, דב"ש יליף מקרא דעל כל דבר לרבות שליח, לפי"ז בע"כ דבחושב לשלוח יד בעצמו אפי' במחשבה לחוד נמי מחייב, דאי לא"ה אלא קרא דדבר להצריך אמירה ודבור הוא דאתא, א"כ לרבות שליח מנ"ל, ולהכי פי' רש"י שם דבמחשבה גרידא נמי חייב, ואין ספק שזהו האמת ברש"י:

ברש"י ד"ה החושב, אמר בפני עדים אטול פקדונו של פלוני לעצמי ע"כ, ולכאורה תמוה למה דייק שאומר ליטול כל הפקדון ולא מקצת הפקדון, ונראה דקשיא ליה לרש"י, דהא מצינן למיגמר מינה דשליחות יד א"צ חסרון, מדמחייבי ב"ש על מחשבה דליכא חסרון

אכתי, וגם ב"ה לא פליגי כ"א משום דמחשבה לא הוי כמעשה, אבל אי לא"ה היו מחייבי על מחשבה אע"ג דליכא חסרון, וא"כ אמאי לא הוכיח מינה לעיל בשמעתא דצריכה חסרון, ואין לומר דכיון דלב"ש משוו מחשבה כמעשה, להכי מה שחישב לשלוח יד ולחסר מקצת הוי זה כמו שחיסר ממש, דא"כ שליחות יד בלא חסרון היכי משכחינן לדידיה, הא כשהגביה ע"מ לחסר יש בזה מחשבה עכ"פ, אע"כ שלענין זה לא אמרינן דהמחשבה הוי ממש כמעשה, ולמחשביה כאילו כבר חיסר, והן אמנם בשמ"ק כתב דשליחות יד בלא חסרון היינו שלא חישב לחסר, ולא זכיתי להבין זאת, דאי כשהגביה לא היה נמי מחשבה לחסר, למה נקרא שולח יד בזה, כיון שלא היה שום מחשבה לחסרה וליטול לעצמה, ונראה דלהכי תיקן רש"י לפרש באופן שלא נוכל למיגמר מינה דא"צ חסרון, והיינו שחושב לטול את כולה דוקא, ובכה"ג לא בעינן חסרון, דזהו גופא החסרון שנוטלה כולה לצורך עצמו, וכמ"ש התוס' (לעיל דף מ"א ע"א) שדוקא בשליחות יד במקצת בעינן חסרון ולא בכולה, וזמ"ש רש"י דהכא מיירי בחושב ליטול כל הפקדון ולהכי חייב גם על המחשבה, אבל בשליחות יד במקצת אה"נ דלא מחייב על מחשבה לחוד ומטעם דליכא חסרון. אמנם אכתי אין נוח לי לפרש כן, דלפמ"ש רש"י דמחשבה לחוד בלא"ה אין מועיל כ"א אמירה דוקא, א"כ שפיר י"ל דלב"ש דמשוו דבור למעשה לענין עצם השליחות יד, הוא הדין דהוי כמעשה לענין זה דמיחשב כמעשה ממש וכאילו כבר חיסר, ושליחות יד בלא חסרון היינו שהגביה ע"מ לחסר ולא דיבר כלום, וא"כ יוחזר הקושיא על רש"י דהא אכתי הו"מ נמי לפרש בשליחות יד במקצת, ואפ"ה לא מצינן למיגמר מינה דשליחות יד א"צ חסרון דזהו גופא הוי החסרון מה שאמר לחסר, וא"כ אכתי למה פירש בשולח יד בכולה:

ולכן נ"ל כוונה אחרת בזה, דהנה לעיל (דף מ"א ע"א) בתוד"ה שנטלה, הבאתי שם מחלוקת התוס' עם הרמב"ן, מהו שליחות יד ומהו גזילה, הרמב"ן ס"ל שגם בשולח יד בכולה נמי שולח יד הוא דמיקרי, ורק הנ"מ שבין גזל לשליחות יד הוא, דהיכי שמכוון לשלם דמים הוי שולח יד, וכשרוצה ליטלה בלא דמים גזילה מיקרי, ואכן דעת התוספת הוכחתי דס"ל שגם שולח יד בלא דמים הוא, רק כשנוטל כולה מיקרי גזילה, וכשנוטל מקצת הוי שולח יד. והנה בדעת רש"י לא בררנו שם מאומה, אכן עתה נ"ל שדעת רש"י הוי בע"כ כשיטת הרמב"ן, ונ"ל להוכיח כן עפ"י מה שהקשיתי לעיל לשיטת התוס' דגם שליחות יד הוא בלא דמים, א"כ מה חדוש שחידשה תורה בפקדון לחייב שולח יד, הא בכל מקום חייב כשגוזל בלא דמים, דבשלמא לשיטת הרמב"ן היינו החדוש שחייב אפי' כשמכוון לשלם, אבל לשיטת התוס' קשה, וכתבתי לתרץ דהיינו החדוש, שבגזל

מקצת יתחייב בכולה, דאילו בגזל דעלמא אין חייב כ"א באותו מקצת שגזל, ובפקדון אם שלח יד לגזול מקצת חייב בכולו, והנה ברש"י בע"כ א"א לפרש שזהו החדוש, דהא בסמוך בד"ה ניחא לו דליהוי בסיס פרש"י, והוי כנוטל ומניח דהוי שואל על כל החבית, ובשמ"ק הוכיח מכאן דשיטת רש"י הוא שבאמת אין חייב בכולה כ"א דוקא באופן זה שעל המותר יהא שואל, והיכי דלא שייך לומר דהוי שואל על המותר כגון בשמן וכדומה, אה"נ שאינו חייב כ"א בהך מקצת שנטל, ועמ"ש לעיל (דף מ"א ע"ב) בארוכה מזה, וכיון דאימתי הוא חייב בכולו כ"א כשהוא שואל על המותר, אין זה שום חדוש מה שחייב בכולו, דבמקצת שנטל חייב מטעם שולח יד ובמותר חייב מטעם שואל, וא"כ בע"כ דהחדוש הוא מה שחייב אפי' אם מכוון לשלם דמים, והיינו כשיטת הרמב"ן, ודו"ק בזה כי ראיה נכונה היא, וא"ש מה שפרש"י הכא דמירי בכולה, להורות דאפי' בכולה הוי נמי שולח יד וחייב במחשבה, ולהוציא משיטת התוס' דשולח יד היינו דוקא במקצת, ובכולה הוי גזילה, ולדידהו דינא דמתני' דב"ש מחייבי על מחשבה לא יהיה כ"א בשולח יד במקצת, דאילו בכולה דהוי גזל, ודאי שלא יחייבו ב"ש במחשבה גרידא בגזילה, דדוקא בשולח יד הוא דגלי קרא דעל כל דבר, לחייב נמי על המחשבה, ולהכי בא רש"י לפרש רבותא דמירי נמי בכולה, ואפי' בכה"ג הוי שולח יד להוציא משיטת התוס', ודו"ק:

דף מד.

בגמ' שיכול אין לי אלא הוא אמר לעבדו ולשלוחו כו', עיין בסמ"ע (סי' רצ"ב) שכתב אהך דינא דאמר לשלוחו חייב, דהיינו דוקא בשלא ידע השליח שהוא של אחרים או שאינו בר חיובא, דאל"כ הא קיי"ל אין שליח לד"ע ע"ש, והכל תפסו על הסמ"ע הא אדרבה בשליחות יד גלי קרא דיש שליח לד"ע כדיליף הכא מקרא דעל כל דבר פשע. והנה הקושיא מסוגיין היה אפשר ליישב דמה דמחייבי ב"ה באומר לשליח, אין זה מטעם שליחות, ומשום דמעשה השליח הוי כמעשה עצמו, אלא משום מעשה עצמו הוא דמחייב, דזה גופא הוי המעשה דידיה מה שאומר לשליח שישלח יד, ומתעביד מעשה ע"י דבור הזה, ואע"ג דב"ה לא משוו דבור כמעשה, מ"מ דבור כי האי שעשה שליח והשליח עושה מעשה על ידו, על דבור כזה מחייבי, דעכ"פ מהני קרא דעל כל דבר לחייב מיהא אדבור כי האי, ואע"ג דלא עביד מעשה, משום דהכא גלי קרא דדבר, דבדבורא נמי הוי מעשה, אבל באמת הוי החיוב על דבור של המשלח, ולא מטעם שליחות דגם הכא הוי אין שלד"ע, כמו בכל התורה, ורק הכא גלי קרא דהיכי דצוה לשליח מחייב המשלח

על מעשה דיליה, ולהכי בעינן שפיר שלא ידע השליח, דאל"ה כיון דאין שלד"ע מצי אמר סבור הייתי שלא ישמע לי כיון דדברי הרב ודה"ת מי שומעין, והמעיין בפרישה שם מוכח כמ"ש, אכן מסוגיא דקדושין מוכח להדיא דהחיוב הוא משום שליח, דהכא גלי קרא דיש שלד"ע ע"ש, והנה הש"ך שם פירש דברי הסמ"ע, דקר כי אתי לחייב המשלח ולא לפטור השליח ע"ש, ומאוד תמוהים דבריו, דהא חיובא דשליחות יד לא הוי כ"א בשומר, דבו גלי קרא לחייבו כששלח יד במקצת, לחייבו בכולו, אבל באיניש דעלמא אין מחייב כ"א בהך מקצת שנטל, וא"כ איך שייך כלל לחייב לשליח, אם לא שנאמר שגם השליח היה שומר בפקדון זה, ואפשר לומר דמ"ש הסמ"ע דאם השליח אינו בר חיובא דחייב המשלח, היינו כגון שהשליח אינו שומר, דזהו אינו בר חיובא דקאמר הסמ"ע, וחייב המשלח, וצ"ע:

בגמ' אמר שמואל לא נטל, בבאור הסוגיא דהכא ובפרש"י, ובדברי הרמב"ם בזה, הארכתי לעיל (דף מ"א ע"ב) בד"ה רבא אמר, ועמש"ש היטב:

סליק פרק שלישי

הזהב פרק רביעי

במתני' הכסף אינו קונה את הזהב, ובפנ"י הקשה, כיון דהדבר הנקנה הוא ג"כ מטבע דהיינו הזהב, ובמטבע לא שייך הטעם דנשרפו בעלמא כיון דכספים אין להם שמירה אלא בקרקע, וכמ"ש התוס' (לעיל דף מ"ג) וא"כ אמאי אין קונה גם במעות, ואפשר לומר דאם אך נימא דהכסף קונה לזהב קנין גמור, א"כ לא הוי הבעלים שומר כלל על הזהב, דכיון שהקנין נגמר ביניהם מסתמא אמר לו שיבוא ליטול הזהב, ובכה"ג אפי' שו"ח לא הוי כדקאמר לקמן, דהיכי דא"ל שקול זוזי אפי' שו"ח לא הוי, וא"כ אכתי יאמר לו נשרפו מעותיך בעליה, ושוב ראיתי אח"כ בנה"מ (סי' קצ"ח) הביא בשם הב"י דלא הוי אפי' שו"ח, וכוונתי לדבריו:

תוד"ה הזהב, תימה אמאי איצטריך למיתני דמעות הרעות שנפסלו כו' ותו דכל המטלטלין כו' ע"ש, הנה התוס' משמע להו דמעות הרעות היינו נמי ממין יפות, ואפשר דפסיקא להו הכי, משום דלא משמע להו דמעות הרעות הוי של כסף והיפות ה' של נחשת, דא"כ לא הוי הרעות מיקרי פירי, דסתמא קתני דכספא לגבי נחשת מיקרי טבעא ומשמע שאפי' רעות לגבי יפות נמי, כיון דסוף סוף כספא הוא וחשיב טפי ולפרש דהרעות הוי נחשת והיפות כסף, ודאי דשל כסף הוי טבעא, דהשתא נחשת דהוי יפית הוי פירי לגבי כסף כדקתני הנחשת קונה, כ"ש נחשת רעות, ומשו"ה הוי פסיקא להו, דהרעות הוי ממין היפות ושניהם של כסף, וכיון שכן לא קשה כ"כ קושית התוס',

דהשתא נחשת דסגי טובא הוי פירי כ"ש מעות שנפסלו, דהא י"ל דהא דנחשת הוי פירי היינו לגבי כסף דחשיב מינה, אבל כסף לגבי כסף, אע"ג דהללו רעות והללו יפות לא הוי משו"ה פירי, לזה הוצרכו התוס' להביא קושיא השניה דכל המטלטלין קונים ומוקי לה חד פסלתו כו', הרי דמעות הרעות אפי' לגבי נפשייהו נמי מיקרי פירי, כ"ש לגבי יפות, אבל בלא הוכחה דכל המטלטלין לא הוה אמינא דמעות רעות פירי מיקרי, ותי' דמעות הרעות יוצאים קצת, ולא ידענא זה מנחשת, דהו"א נחשת אע"ג דסגי טובא אפ"ה לגבי כספא דחשיב הוי פירי, אבל כספא לגבי כספא כיון שיוצאים קצת נמי לא מיקרי פירי, נהי דאי לא הוי יוצאים כלל הוי מיקרי פרי אפי' לגבי נפשיה, וכדמוכח מכל המטלטלין כו', אבל כיון שיוצאים קצת אפשר לומר דלא מיקרי פירי, ושפיר איצטריך לאשמועינן דאפי' בזה שיוצאין בדוחק הוי פירי לנגד חבירו דחריף טפי מיניה אע"ג דהוי מין במינו, ודו"ק:

דף מד:

בגמ' דרב אוזיף כו' אתא לקמי' דר' חייא. הט"ז (ביו"ד סי' קס"ב) הקשה, מדוע לא שאל הדין מקודם בשעה שלוה, ועיין בשמ"ק שקידמו בזה. ונ"ל דהנה בילדותו שנה רבי דהכסף קונה, ולפי"ז כיון דדהבא טיבעא הוי ודאי דמותר להלוות דינר בדינר, ורק למה ששנה בזקנותו הזהב קונה ודהבא פירא הוא אסור להלוות, דבפירי שייך ריבית, ולזה י"ל בפשיטות, דבשעת הלואה לא חזר רבי עדיין למיתני הזהב קונה, והיה הדין פשוט שדהבא טבעא הוי, ומשו"ה לא נפל שום ספק איסור אצלו, ואכן בעת הפירעון כבר חזר רבי למיתני הזהב קונה, ואתא למישאל איך הדין, אם כילדותו ומותר, או כזקנותו:

תוד"ה נעשה כאומר לה, ורב דבעי מר' חייא כו', הנה בירושלמי איתא להדיא דהשואלת מר' חייא היתה בתו ולא רב, ולזה י"ל בפשיטות, דהיא שלא היתה יודעת מהנעשה אצל רב, אם היה לו דינרין או לא, להכי שאלה מאתו, ואמנם רב שידע בנפשו שדינרין הוו ליה באותה שעה, באמת לא שאל כלל, כי פשיטא היה לו שמותר, ור' חייא ידע שפיר במילתיה דרב שהיה לו דינרין, להכי התירה ליטול הדינרין, ולפי גרסת הירושלמי היה מיושב נמי מה שקשה מכאן עמ"ש הרא"ש (לקמן דף ס"ח) דבריבית דרבנן אין איסור ללוה כ"א למלוה, והובא ברמ"א (יו"ד סי' ק"ס) וא"כ רב שהוא היה הלוה למה בא לישאל כיון דלדידיה ליכא איסורא, ולירושלמי א"ש שבאמת המלוה באה לישאל, ואמנם אפי' לגרסא דידן נמי א"ש, דהא הלוה עכ"פ עובר בלפני עור, ולהכי אתא לשאול הדין שלא לעבור אלפ"ע, ואע"ג דבריבית הוה האיסור בתחלת הלואה וכמ"ש

הר"ן בתשובה (סי' ע"ג) ודייק לה מדכתיב את כספך לא תתן בנשך, בשעת נתינה הוי האיסור, וא"כ אכתי מה בא לישאל כעת בשעת פירעון, אי משום איסורא דלפ"ע, הא איסורא דעביד עביד כבר בשעת נתינה, וא"א עוד לתקוני, דנ"ל פשוט שגם על הנתינה עובר הלוה עוד הפעם על לפ"ע, ויבואר עפ"י מ"ש רש"י (לקמן דף ע"ה ע"ב) גבי מלוה עובר בכולן איסורי דמלוה לא בבת אחת באו כולם, רק בכל הפעולה של ההלואה, מתחלת הפסיקה עד סוף הגוביינא יעבור על חמשה איסורי תורה, שיהיה בזה חמשה לאוין, דבשעת פיסוק התנאי עובר בלא תשימון, ובשעת נתינה עובר בלאו דלא תתן וכו' ע"ש שמשמע הכי מפרש"י, ולהכי ממילא נמי שהלוה עובר בלפ"ע על כל פעולה בפני עצמה, דבשעת הפיסוק שגורם להכשיל המלוה בלא תשימון עובר בזה משום לפ"ע, ובשעת פירעון שגורם להכשיל המלוה בלאו אחר, עובר נמי בלפ"ע משום לאו הזה וכן בכולם, והא דלא חשיב לקמן לאו דלפ"ע כ"א לחד לאו היינו משום דהתם לא חשיב כ"א סוגי הלאוין, ולהכי אע"ג דלפ"ע עובר כמה פעמים, לא חשיב לו כ"א לחדא, דשם האיסור חד הוא, ובלא"ה מוכרחים לפרש התם כן, דסוגי הלאוין חשיב התם וכמש"ש ע"ש, והנה בתשובת פ"מ ח"ב סק"ה כתב, דהיכי שראה הלוה דהמלוה היה מלוה אלו הדמים לאיש אחר בריבית וקדם הוא ולוה ממנו בריבית אינו עובר אלפ"ע, וכמו בנזיר בנזיר דלא עבר אלפ"ע כ"א בדקאי בתרי עברי דנהרא, ובס' טל אורות תמה ע"ז דהא לא דמי לנזיר דבשעת הושטה ליבא איסורא דאפשר שלא ישתה משא"כ בריבית דבשעת הלואה איכא איסורא, וראיתי בס' שד"ח מערכת וא"ו כלל כ"ו, שתמה דמנ"ל לומר הכי, דילמא כשם שבנזיר האיסור הוא השתיה, כן בריבית נמי נתינת הריבית הוא האיסור ע"ש באות ט', ומאוד תמוהים דבריו, הא זהו ודאי דבריבית איכא איסור מתחלת הלואה נמי וכמ"ש רש"י להדיא לקמן, ואפי' משעת פיסוק עובר בלא תשימון, וממילא דלאו דלפ"ע עובר נמי מיד כשהלוה ממנו, דהא הכשילו מיהא ודאי בלאו דלא תתן, ושפיר חלוק דין זה מנזיר, דהתם ליכא שום איסור בהושטה ושמא לא יבוא כלל לידי איסור, אבל הכא ודאי יכשילו גם בעת ההלואה דנהי דאיסורא דפרעון הרבית עוד מיתלא תלוי דשמא לא יתן הריבית, אבל בלאו דאת כספך לא תתן דקאי בנתינת המעות ההלואה ליד הלוה בזה ודאי הכשילו, דזה עבר מיד, ואם כי כן נ"ל פשוט, דאע"ג דכבר עבר על לפ"ע בשעת הלואה, אפ"ה בעת הנתינה יעבור עוד הפעם, והיינו דשאל רב לידע הדין אם יעבור כעת בשעת פירעון, ואמנם אפי' אם נניח דאם כבר עבר פ"א על לפ"ע אין עובר שוב, אפ"ה הכא בעובדא דרב, דבעת ההלואה לא עבר עוד בלפ"ע כלל, לפמ"ש לעיל בסמוך, דלהכי לא שאל רב הדין מתחלה בעת ההלואה, משום דהיה הדין שנוי כילדותו

דרבי, דכסף קונה את הזהב, ודהבא טבעא הוי, והיה הדין פשוט דשרי, רק אח"כ כשחזר רבי נולד לו הספק, וא"כ לא עבר כלל בעת הלואה, דהיה פשיטא לו דשרי, ובכה"ג עובר ודאי אח"כ בעת הנתינה ולהכי שאל לו, אם יעבור אלפ"ע:
שמעתתא דמטבע נעשה חליפין:

דף מה:

משום דדעתיה אצורתא וצורתא עבידא דבטלה, ופרש"י משום דהוי כדבר שאין מסוים ושלם ולא הוי דומיא דנעל, והרשב"א הקשה עליו דא"כ מה טעם אין נקנה הא אפילו דבר שאין מסוים נקנה הוא בחליפין. ונ"ל ליישב סברת רש"י, שאדרבה טעם דר"פ דצורתא עבידי דבטלה, מאומת הוא יותר על נקנה מעל נעשה, דבסברא דעבידא דבטלה יש בו נמי טעם אחר הראוי לבטל החליפין, זולת טעם רש"י משום דלא הוי דומיא דנעל, דהא כשמחליף איש עם רעהו איזה חפץ בתורת חליפין, אין כוונתו להשיג מחבירו תשלום הדמים בעד חפצו, כי אם עיקר רצונו ומטרתו רק בחפץ השני שיקבל מחבירו, ואשר ימצא חפץ בו, ומקפיד הוא שיהיה בעין ורוצה דוקא אותו החפץ, וא"כ כיון שבמטבע עיקר חפצו הוא בצורתא וצורתא עבידי דבטלה, לא ישיג חפצו שרוצה בו, ובודאי אין חל הקנין ע"ז, וכ"כ היה מסתבר לי טעמי זה, עד שהיה קשה לי על רש"י, למה הוצרך לומר דע"י דעביד דבטלה לא הוי דומיא דנעל, ותיפוק ליה כיון דעביד דבטלה לא שייך קנין חליפין, כיון דהוא מקפיד על עצם הצורה. אכן בדעת רש"י י"ל משום דהוא קאי על הדין דאין נעשה, שפיר הוצרך לטעמו, דעל נעשה לא שייך סברתי, דהא כל קנין סודר קני ע"מ להקנות הוא, וכל הקנין אינו אלא לפי שעה ואח"כ מחזיר לו הסודר, הרי דבדבר הנעשה חליפין לא בעינן שיהא לעולם בידו, ולהכי אע"ג דעבידא דבטלה ולא ישאר המטבע כמו שהיה, נמי שפיר לחול הקנין על ידה, כיון דלפי שעה מטבע שלימה היא, ולא גרע אח"כ כשיבוטל הצורה, מאילו החזיר לו הסודר לגמרי, ולהכי הוכרח רש"י להוסיף הטעם משום דלא הוי דומיא דנעל וגזה"כ הוא, וכ"ז הוא בדבר הנעשה, אבל בדבר הנקנה בחליפין, שבזה ודאי הוא שעיקר הקפידה הוי בעצם החפץ, וכיון דעבידא דבטלה ולא ישיג חפצו, ודאי שאין נקנה בחליפין. ובדברינו אלו נוכל ליישב קושית הראשונים לקמן בסוגיא, שהוכיח הש"ס ממתני' דעומד בגורן דאין מטבע נקנה בחליפין, דכיון דאין נקנה כ"ש דאין נעשה, וא"כ אמאי לא פריך מינה למ"ד נעשה חליפין, ועין בתוס' שם שכתבו דבאמת גם מ"ד נעשה איתותב, אכן הראשונים לא ניחא להו בתי' התוס' עיין בשמ"ק, ולמ"ש א"ש דאע"ג דטעם דאין נעשה ואין נקנה שניהם

הוא משום דצורתא עבידא דבטלה מ"מ סברת הטעם אין שוה בשניהם, דבאין נקנה הוא משום דהחפץ לא ישאר בעין, שזה טעם פשוט ומאומת מן הסברא, ובאין נעשה מוכרחים אנו לסברת רש"י משום דכיון דעביד דבטל הוי כעין דבר שאינו מסוים ולא הוי דומיא דנעל, ולזה שפיר י"ל דאע"ג דמוכח ממתני' דעומד בגורן דאין נקנה, אבל אכתי אין ראיה לומר שגם אין נעשה, דבזה י"ל דלא ס"ל שמשום דעביד דבטיל יהיה כדבר שאינו שלם, דממ"נ אם נשגיח כמו שהוא עכשיו, הרי דבר שלם הוא עתה, ואם על מה דעביד דבטיל אח"כ, הרי בלא"ה קנין סודר אינו כ"א לפי שעה וסופו לחזור, דהמוכר אין רשאי לעכב הסודר כמ"ש הרמ"א (בחו"מ סי' קצ"ה), וכיון שטעם דאין נקנה מאומת יותר, להכי אע"ג דמ"ד נקנה אתותב, אבל מ"ד נעשה לא איתותב, די"ל שגם מתני' דגורן סובר דנעשה, וזה נכון בעז"ה, ואין להקשות דא"כ איך היה ס"ד דר"פ דאפי' למ"ד אין נעשה אקנויי מיקני בחליפין, הא לפמ"ש אדרבה באין נקנה הוי סברתו מסתבר יותר, די"ל דבס"ד דטעם דר"פ קאי רק על אין נעשה, ושם הוי בע"כ הטעם משום דלא הוי דומיא דנעל, ולא נחית כלל לסברתי שכיון דעביד דבטיל אין ראוי לחול הקנין, ולטעם זה דלא הוי דומיא דנעל, שפיר אמר דאקנויי מקני, כיון דבאקנויי לא בעינן נעל, אבל לבתר דמסיק דר"פ גם אין נקנה קאמר, וא"כ בע"כ דסברת ר"פ דעבידא דבטלה יפורש מטעם דהחפץ לא יהיה בעין, דבנקנה לא שייך טעם אחר, ולטעם זה אה"נ מאומת ומסתבר יותר על אין נקנה מעל אין נעשה ודו"ק, ועמ"ש עוד בדבור שאח"ז:

בגמ' תנן הזהב קונה את הכסף, מכאן דחו הראשונים את דברי רב האי גאון שכתב דהבא פירי הוי לכל דבר ומיקני נמי בחליפין, ומאי פריך הכא מאי לאו בחליפין וש"מ מטבע נעשה חליפין, ואי ס"ד דזהב פירי הוא נמי לגבי חליפין, היכי שמעת מינה דמטבע נעשה חליפין, הא זהב פירי הוא, עמ"ש הרמב"ן במלחמות ובשמ"ק בריש פירקין. ולחמר הנושא אענה גם אני חלקי בזה, הנה לאחר העיון בדברי הראשונים נמצא שכוונות חלוקות יש בכוונת רב האי גאון הנ"ל, דמלשון הרי"ף בסוגיין משמע שרה"ג לא קאמר דפירא הוא לענין חליפין, היינו דוקא לענין שיהא נקנה בחליפין ולא לענין שיהא נעשה חליפין, דבכל הפעמים שהביא הרי"ף את דבריו, לא הביאו כ"א לענין דמיקני, ולא אשתמיט להזכיר שגם נעשה ע"ש היטב, ואכן מלשון השמ"ק נראה שהבין דרה"ג גם נעשה חליפין ס"ל, וכן משמע להדיא מלשון הרמב"ן המובא בשמ"ק וז"ל פה קדוש כו', ואפילו כשתמצי לומר פירא הוי לענין דמים, לענין חליפין לא מקנה דדעתיה אצורתא וכ"ש שאין נעשה חליפין כו' ע"כ, הרי מדהשיג עליו גם בנעשה חליפין, מכלל דרה"ג סובר שגם נעשה, ושם בסמוך כתב עוד בטעם דרה"ג וז"ל שמפני כך חשבו זהב כמטבע

לענין חליפין כו' דהא לאו מטבע הוא כלל ועביד חליפין כדברי רה"ג ע"ש, הרי להדיא שכתב דלרה"ג גם עביד חליפין. והנה להבנת הרי"ף שרה"ג מודה דאינו נעשה חליפין ודאי דשפיר מקשה הכא ממתני' דזהב קונה את הכסף, ולס"ד דמיירי בחליפין הרי משמע דזהב נעשה חליפין, ובע"כ דמשום חשיבות המטבע הוא, דאי משום חשיבות הזהב, הא לא הוי כ"א פירא, ובודאי דרב ולוי לא ס"ל דפירא עבדי חליפין וכמ"ש התוס' כאן שזה אין סברא דר"נ יפלוג ארב ולוי, אלא ודאי דמ"ד דמטבע נעשה חליפין, אפי' לר"נ נמי מועיל, דמטבע הוי כמו כלי וכמ"ש התוס', ומ"ד דאין מטבע נעשה חליפין ס"ל דמשום דצורתא עבידא דבטלה גרע עוד מפירי ושפיר מקשה ממתני', ולק"מ על רה"ג, דהא אפי' לדידיה מטבע זהב אין עושה חליפין ופירא לא הוי כ"א לענין נקנה, ומדקאמר במתני' שגם עושה חליפין בע"כ דמשום חשיבות המטבע הוא, וקשה למ"ד אין מטבע נעשה חליפין:

אלא דאפי' להבנת הרמב"ן, דרה"ג סובר דזהב גם עושה חליפין נמי י"ל עפ"י מה שכתבתי לעיל בדבור הסמוך, דאם כי טעם דר"פ דצורתא עבידי דבטלה הוא טעם על שניהם, על אין מטבע נעשה וגם על אין נקנה, מ"מ סברת וכוונת הטעם הזה אין מתפרש שוה בשניהם, דטעם דשייך באין נעשה ליתא באין נקנה וכן להיפוך, דגבי אין נעשה יתפרש כוונת טעם דר"פ דצורתא עבידא דבטלה היינו שעי"ז לא הוי כדבר מסוים ושלם ולא הוי דומיא דנעל, וטעם זה לא שייך כלל באין נקנה, דהא לענין נקנה לא בעינן נעל, ובע"כ דבאין נקנה יתפרש הכי כוונת ר"פ, דכיון דבחליפין מקפיד שהחפץ יהיה בעין, וכיון שדעתו אצורתא וזה עביד דבטיל, ממילא לא ישיג החפץ שרצה בו ולא חל הקנין, והנה הא ודאי כשאנו דנין לענין דין דאין נעשה, דמשום בטול הצורתא הוי החפץ כאינו שלם, טעם זה שייך גם במטבע של זהב כמו בשארי המטבעות, דגם במטבע של זהב כשהיתה עם הצורה היתה שלימה יותר, ובבטול הצורה נתבטל השלימות ולא הוי נמי דומיא דנעל, אבל כשאנו דנין לענין אין נקנה, בזה יהיה חלוק מטבע זהב משאר מטבעות, דבשארי מטבעות עצם המתכת אין לה שווי גדול, ובכמה מטבעות אין לה שווי כלל, ובע"כ דעיקר חפצו היה משום הצורתא, ואם הצורה תתבטל, לא ישיג החפץ שרצה בו, ושפיר אין נקנה, אבל מטבע של זהב, שעצם המתכת בלי הצורה יש לה נמי שווי גדול, לא שייך לומר שעיקר דעתו היה רק אצורתא, שודאי עיקר דעתו היה אעצם הזהב, דחשיבות הצורה אינה עיקר לעומת חשיבות הזהב, ולזה גם כשתתבטל הצורה, אכתי ישאר עיקר החפץ שמקפיד היה עליו, ושפיר נקנה הוא בחליפין. ולפי"ז א"ש דברי רה"ג, דהנה בס"ד דסוגיין דהיינו סוברים שמ"ד אין נעשה, הוי דוקא אין נעשה,

אבל אקנויי מיקני וכדקאמר הכי ר"פ להדיא אח"כ דאפי' למ"ד אין נעשה אבל אקנויי מיקני, וא"כ בע"כ שטעם דר"פ מתפרש מטעם דע"י בטול הצורה לא נחשב כדבר מסוים וכפרש"י דאי מטעם השני דלא ישיג החפץ שהקפיד עליו, הוא הדין שאין נקנה נמי, וכיון שבע"כ הטעם הוא משום דלא הוי דומיא דנעל, א"כ אפי' במטבע של זהב נמי שייך האי טעמא, וגם בזהב צריך להיות הדין דאין נעשה, ולהכי שפיר מקשה ממתני' דקתני הזהב קונה, אבל אליבא דאמת שר"פ חזר וס"ל שגם אין נקנה, וא"כ הוי בע"כ הטעם משום שאין משיג חפצו שהקפיד בו, וטעם זה לא שייך בזהב, להכי ס"ל לרה"ג דזהב קונה ונקנה כיון דטעם דדעתו אצורתא לא שייך במטבע של זהב, ואע"ג דלעיל כתבתי דטעם דרש"י דלא הוי דומיא דנעל נשאר גם לפי המסקנא בהא דאין נעשה, דבזה לא שייך לומר שמקפיד הוא דוקא על החפץ שיהיה בעין כיון דקנין סודר קני ע"מ להקנות הוא, וכל הקנין אינו כ"א לפי שעה, וא"כ בע"כ דבאין נעשה הוי הטעם משום דלא הוי דומיא דנעל, אפ"ה אין מזה תפיסה על רה"ג, די"ל דרה"ג סובר כשיטת התוס' (בקדושין דף ו' ע"ב) דגם בק"ס אי בעי לתופסה מצי מיתפס וכסברת רב אשי (בנדרים ס"פ השותפין), וא"כ גם לענין אין נעשה מקפיד הוא על החפץ שיהיה בעין, וטעם דר"פ שוה הוא בשניהם לפי המסקנא, דלרש"י מוכרחים אנו לדחוקי ולומר דטעם דר"פ חלוק הוא, באין נעשה, משום דלא הוי דומיא דנעל, ובאין נקנה, משום דאין משיג חפצו שהקפיד עליו, ולרה"ג טעם שניהם שוה משום דלא ישיג החפץ שנתן דעתו עליו, וממילא דבזהב דלא שייך כן ס"ל דנעשה וגם נקנה, וכ"ש דא"ש לשיטת הרי"ף דבנעשה מודה רה"ג דאין נעשה, דלפי"ז מצי סובר רה"ג דק"ס קני ע"מ להקנות הוא, ודו"ק:

ועוי"ל דלמסקנא דאמרי' שאין נקנה נמי קאמר ר"פ, וא"כ בע"כ מתפרש טעם דר"פ משום שלא ישיג החפץ שנתן דעתו עליו, וטעם זה לא שייך לגבי נעשה, כיון דבלא"ה הדר אח"כ סודר למאריה, שפיר י"ל דבאמת גם שארי מטבעות נעשה חליפין, דהא עיקר הוכחת הפוסקים דמטבע אין נעשה חליפין הוא משום דמ"ד נקנה איתותב ממתני' דעומד בגורן, וגם ר"פ דבתראה הוא הדר ביה וס"ל שאין נקנה, ומדאין נקנה כ"ש דאין נעשה, וא"כ היינו דוקא לסברתם, דאין נעשה הוי כ"ש מאין נקנה, אבל לפמ"ש שפיר י"ל דבנקנה הוא דאין נקנה, כיון דמקפיד על החפץ ואין משיגו להכי אין חל הקנין, אבל לגבי נעשה דלא שייך זה כיון דבלא"ה הוי הסודר רק לפי שעה, י"ל דגם ר"פ מודה דנעשה חליפין, ועמ"ש לעיל דכן מוכח מן הש"ס שלא איתותב כ"א על דין דאין נקנה אבל על נעשה לא איתותב, ואי נימא דאין נעשה כ"ש הוא, א"כ יותר הוי לי' לאותיב על אין נעשה וכאשר הקשו הראשונים באמת, ולמ"ש יתיישב, דדוקא על אין נקנה הוא

דאיתותב, אבל על אין נעשה לא איתותב כלל, דאין נעשה לא הוי כ"ש מאין נקנה, ואדרבה טעם דאין נקנה מסתבר טפי, וא"כ בלא"ה א"ש דברי רה"ג דסובר שזהב עושה חליפין, כיון דגם שארי מטבעות נמי עושים חליפין, ובנקנה נמי אע"ג דשארי מטבעות אין נקנה מ"מ זהב חלוק משארי מטבעות וכמ"ש:

דף מו.

בגמ' דלית ליה סודר, בשמ"ק בשם הרא"ש הקשה דלמ"ד פירא עבדי חליפין ניתיב ליה חד פירא וליקני ליה המעות בההוא פירא, ותי' דמע"ש ממון גבוה הוא ולא מצי קנה בו דחליפין הוי כמכר ע"ש, והנה דברי הש"ס תמוהים מאוד, דהא בע"כ לא מיירי הכא שאין בגורן כ"א המעשר, דא"כ היכי מצי למיהב כלל המע"ש במתנה, דהא מע"ש אין ניתן במתנה וכדאמר (בקדושין דף נ"ד) על מתני' דמע"ש, הפודה מע"ש מוסיף עליו חומש בין שלו בין שניתן לו במתנה, ופריך אילימא ר"מ מי מצי יהיב במתנה כו' ומשני כגון דיהיב ליה בטבלייהו, וא"כ בע"כ דגם הכא מיירי שנתן לו בטיבלא, והמקבל הוא שתרם המעשר בעודו בגורן, וא"כ אכתי מצי למיעבד חליפין בהפירות של חולין שהיו בגורן, וראיתי שהרבה מן האחרונים הרגישו בקושיא הזאת על השמ"ק. ולע"ד נראה ליישב, דהכא שפיר מיירי דנתן לו המעשר גופא במתנה ולא דמי כלל להההיא דקדושין, ועלינו רק לברר מקודם מקור וטעם האיסור לתת מע"ש במתנה, הנה במס' מע"ש (פ"א) קתני, מע"ש אין מוכרין כו' אבל נותנין זה לזה מתנת חנם, הרי לכאורה להדיא איתא להיפך, דנותנין זה לזה מתנת חנם, אלא דהר"ב פי' שם דמשנה הזאת מיירי דוקא במזמינו לאכול עמו על שולחנו וד"ה היא, אבל לתת לו במתנה ממש לדברי האומר מתנה כמכר אסור ע"ש, וכן בירושלמי דמע"ש מוקי למתני' דשרי לתת במתנה, דאתיא אליבא דמ"ד דמתנה לאו כמכר ע"ש, הרי לפנינו דמקור האיסור הוא משום דקיי"ל דמתנה הוי כמכר, דאי לאו דעביד לו נייחא דנפשיה לא הוי יהיב לו מתנה, ולהכי לא התיר במתני' כ"א מתנה שהיא ודאי בחנם, וכגון במזמינו על שולחנו, שזה עביד איניש להזמין לחבירו בלא שום נייחא דנפשיה, ולאו דוקא בכה"ג אלא הוא הדין בכל מתנה שהיא ודאי בחנם, וידוע לנו שלא נתן זה לכוונת קבלת איזה תשלום מהמקבל שרי, ועיין נמי בתפ"י שם שדייק לישנא דמתני' דנקיט מתנת חנם, ולא סתם מתנה, לאורויי שדוקא מתנה שהיא ודאי בחנם ולא עביד לו שום נייחא דנפשיה שרי, הרי מכל זה מוכח דמתנת חנם שידוע לנו שהיא בלא שום נייחא דנפשיה שרי לתת במתנה, וגדולה מזה מצינו (בירושלמי דמע"ש ובתוספתא) על הא דקתני דמע"ש אין מחליפין כיצד לא

יאמר אדם לחבירו הילך יין ותן לי שמן, אבל אומר לו הא לך יין שאין לי שמן ואם רצה חבירו ליתן לו שמן מותר שהרי לא החליף עמו אלא הודיעו שאין לו שמן ואם רצה הלה ליתן לו מותר, והכי פוסק הרמב"ם (בפ"ג ממע"ש), הרי שאפילו אם מצפה לאיזה קבלת תשלום גמול, כיון שלא התנה עמו להדיא שרי ליתן לו, וא"כ הכא בסוגיין, דכל עיקר המתנה אינו כ"א בדרך הערמה ולא תשאר כלל אצל המקבל אלא שתוחזר אח"כ ליד הבעלים, ובודאי שלא יקבל שום ניחא דנפשיה מהמקבל בעד מתנה כזאת, דהא אדרבה עיקר המתנה אינו כ"א לטובת הנותן והנאתו, דיפטר עי"ז מחומש, כ"ש דשרי דאיזה צד מכר שייך בזה, ואמנם ההיא דקדושין דמוקי דוקא בנתן בטיבלא, היינו דהתם קאי על דינא דמתני' (דמע"ש פ"ג) לענין המקבל מתנה שצריך לפדות המע"ש שקיבל במתנה שמחויב בחמש, דהתם מיירי שהמתנה היתה גמורה וחלוטה שתשאר לעולם ביד המקבל, עד שנחשוב למקבל כבעלים לענין חיוב חומש, ובמתנה גמורה כי האי למאי דקיי"ל מתנה כמכר ודאי דאסור, ולהכי מוכרח לאוקמי בנתן בטבלייהו, אבל בסוגיין שאנו דנין אם הנותן יפטור עי"ז מחומש, וא"כ המתנה הוא רק לשעה בדרך הערמה ודאי דמצי למיהב גם המעשר ממש, דשום צד מכר ליכא הכא כיון דאדרבה טובת הנותן הוא, ולפי"ז שפיר מצי מיירי דאין בגורן כ"א המעשר לחוד, וא"ש שלא מצי המקבל למיעבד חליפין בפירות הללו כיון שמעשר הם וכתי' השמ"ק:

והנה אם כי תי' הזה היה נ"ל נכון מאוד דמוכח כן מטעם הירושלמי וכן שארי הראשונים מפרשי המשנה, הר"ש והרא"ש, שכולם לא הזכירו האוקימתא דנתן בטיבלא כ"א על מתני' דמע"ש המובא בקדושין אבל מתני' דמע"ש דהיה עומד בגורן המובא כאן לא הזכירו דמיירי בכה"ג דוקא, וכן בירושלמי (בפ"ג דמע"ש) על מתני' המובא בקדושין מוקי ג"כ בנתן בטיבלא, ועל מתני' דעומד בגורן לא זכר מזה, מכל הלין מוכח כמ"ש, דהכא שרי גם ליתן המעשר, אלא דלפי"ז יקשה מאוד על הרמב"ם בפי' המשנה וכן בהלכותיו (בפ"ה ממע"ש), פירש גם מתני' דעומד בגורן בעומד בטיבלא, ואחריו נמשך גם הר"ב ותוי"ט ותפ"י (בפ"ד ממע"ש), ולבד מה שקשה טובא בסברתם, דכיון דטעם האיסור בנתינת מתנה הוא משום דהוי כמכר, א"כ ודאי שבכה"ג שאין מקוה לשום תשלום גמור מותר, עוד קשה מדידיה אדידיה, דכיון דס"ל דאפילו מתנת חנם כה"ג שהיא בדרך הערמה נמי אסור, א"כ מ"ט דשרי בחליפין היכי שלא התנה עמו לתת לו שמן, דמ"מ גם מתנת חנם אסור, ועיין בשמ"ק בסוגיין בשם תוס' שאנץ פי' ג"כ דמתני' דעומד בגורן מיירי בנתן בטיבלא וכפי' הרמב"ם. ואפשר לומר דסברת הרמב"ם הוא, דאיסור נתינת מע"ש יש בו טעם אחר נמי זולת הטעם דהוי כמכר, והיינו משום דכיון

דממון גבוה הוא לאו בר קנין הוא ואין נקנה כלל, ולא יוכל המקבל לקנותה באופן שיהיה הוא הבעלים של המעשר, וכן מוכח מלשון הרמב"ם (בפ"ג ממע"ש) וז"ל, מע"ש ממון גבוה ואינו נקנה במתנה ע"ש, ולהכי אפי' במקום שהמתנה היא ודאי בחנם ג"כ אין נקנה לענין שהמקבל יהיה הבעלים, והא דקתני (בפ"א ממע"ש) דנותנין זה לזה מתנת חנם, היינו דוקא במזמינו אצלו שבזה א"צ לקנין, שבאמת לא יצא הדבר מרשות הנותן, רק כיון דמרשהו לאכול מותר לאכול, ולא קנה זה המקבל כלל, והיינו נמי הטעם דהילך יין דשרי, משום דבאמת לא נקנה הדבר למקבל שיהיה הוא הבעלים לענין פדיון, רק דשרי ליקח היין כיון דברשות הנותן לוקחים ואוכלים, אבל הכא דמיירי לענין פדיון, שנותן המתנה למטרה שיהיה הוא הנותן כאדם אחר שאינו בעלים ולא יוצרך להוסיף חומש, וא"כ צריך דוקא לחלות הקנין שהמקבל יקנה את הפירות, וכיון דממון גבוה הוא ואין חל הקנין לא מצי יהיב כ"א בטיבלא דוקא, והירושלמי ושארי הראשונים דמוקמי למתני' מטעם דמתנה אין כמכר וכנ"ל, ס"ל דטעם האיסור הוא רק משום דהוי כמכר לחוד, אבל הקנין מצי לחול עליו וכדמביא בירושלמי שם ראיה ממעשר בהמה דמצי גם למיהב במתנה, והרמב"ם יסבור שגם קנין אין ראוי לחול והוכרח לאוקמי בנתן בטיבלא. אלא דאכתי יש להבין דכיון דמן הירושלמי דמוקי לה כמ"ד מתנה לאו כמכר מכלל דס"ל דטעם האיסור במתנה משום דהוי כמכר, ולזה בכה"ג דהוי דרך הערמה שרי לד"ה, למה בחר הרמב"ם לפרש שלא כירושלמי. ונ"ל שהיה לו הוכחה מש"ס דילן שגם אפי' למ"ד מתנה לאו כמכר נמי אסור לתת מע"ש במתנה, והוא מגמרא דקדושין הנ"ל, דפריך לר"מ דס"ל מע"ש ממון גבוה הוא מי מצי יהיב לו במתנה, ואי נימא דטעם האיסור הוא משום דהוי כמכר א"כ מאו פריך, הא ר"מ ס"ל להדיא (בבכורות דף נ"ב) דמתנה לא הוי כמכר, אלא ודאי שאפי' בלא טעם דהוי כמכר אין יכול לתת במתנה, והיינו מטעם דממון גבוה אין ראוי לחלות הקנין וכפי' הרמב"ם ודו"ק. ולפמ"ש ישאר צ"ע על הרע"ב (בפ"א דמע"ש) שהזכיר טעם דמתנה כמכר, שדוקא למ"ד מתנה לאו כמכר שרי אבל למ"ד מתנה כמכר אסור ע"ש וא"כ ס"ל דהאיסור הוא משום דהוי כמכר וכפי' הירושלמי ובפ"ד דמע"ש במתני' דעומד בגורן מוקי נמי בטיבלא וצ"ע, ודו"ק בכ"ז:

בתוד"ה וניקנינהו, הקשו דליקני ליה המעות בהודאה, מכאן יש לתמוה עמ"ש בקצוה"ח (סי' מ"ב) וכן בחדושי רעק"א כתב להדיא, דקנין אודיתא אין נגמר בלא עדים ע"ש, דא"כ מאי מקשו התוס', הא בפשיטות י"ל דהכא בגורן ליכא עדים, אלא לאו שאפי' הודאה בינו לבין עצמו נמי מהני, וכן משמע בתשובת חת"ס (באו"ח סי' ק"ו) שאפי' בלא עדים מהני ע"ש, ובעיקר קושית התוס' י"ל עפמ"ש הרשב"א ובקדושין דף כ"ו) דאודיתא לאו

קנין הוא אלא התחייבות הוא דאדם נאמן לחוב לעצמו, וא"כ לא שייך זה כ"א כשמכוון לתת מתנה גמורה לחבירו וחב לעצמו בזה משא"כ הכא שאין מכוון כלל לחוב לעצמו, דהא אינו נותן לו כ"א לשעה בדרך הערמה ויודע הוא שיחזיר לו אח"כ, דבוחר מתחלה לתת לאוהבו הסמוך עליו שיחזיר לו, וא"כ מה שייך בזה לומר דנאמן לחוב לעצמו, כיון שאינו מכוון לחוב לעצמו כלל, ובלא"ה המקו"ח (בהל' פסח תמ"ח) והטו"ז יו"ד (סי' קס"ח) כתבו דבדבר איסור לא שייך אודיתא, דאטו ע"י שקר יבוטל האיסור, ועמ"ש מזה לעיל (דף י"א בד"ה וכי לא היה להם סודר) ע"ש, ודו"ק:

שם בגמ' רב אשי אמר לעולם בדמים וכיון דאית ליה נעשה כאומר הלויני כו', וקשה כיון דהקנה לו בתורת דמים ל"ל לטעם דנעשה ותיפוק ליה דקנה מטעם קנין מעות ואע"ג דמעות אין קונות כ"א לענין מי שפרע, הא לקמן (דף ס"ב) כתבו רש"י ותוס', דלענין ריבית גם קנין כזה מהני, דכיון שאם בא לחזור קאי במי שפרע קיימי ברשותא דהיאך ולא הוי כריבית, וקושיא כזאת הקשה הפנ"י בסמוך ברש"י ד"ה ואי ס"ד ע"ש. ונ"ל ליישב דלא סוגי האיסור וגם לא הסתלקות האיסור דומין הך דהכא לדהתם, דההיא דלקמן (דף ס"ב), אין נותן לו בריבית איזה דבר יותר ממה שלקח מאתו, ורק צד הריבית הוא מה שנתייקר התבואה, ואי נימא דברשות לוקח נתייקר יסולק האיסור, ולגבי זה שפיר נחשבו כאילו ברשות לוקח נתייקר, דאף אי אמרינן דכסף אין קונה לגמרי ויכול לחזור כשירצה, מ"מ כל זמן שלא חזר ודאי דחשבינן כאילו ברשותו של לוקח, מפני שעלינו להעמיד כל אדם בחזקת כשרות ולומר שודאי לא יתרצה לחזור ולעמוד במי שפרע, וגדולה מזה מבואר בשער המשפט להלכות ריבית סי' קס"ג) שאפי' היכי דליכא גם מי שפרע, ורק שיהיה מחוסר אמנה לבד אם יחזור, הוי נמי כברשותו דלוקח וברשותו נתייקר ע"ש שהוכיח כן מכמה ראיות, ואע"ג דבכה"ג ליכא צד קנין כלל, מ"מ כיון דסלוק האיסור תלוי רק אם נימא דברשות לוקח נתייקר, וזה ודאי דכל זמן שלא חזר עומד ברשותו, דדוקא אם ראינו דחזר הופקע מרשותו של לוקח, אבל כל כמה דלא חזר עלינו לומר שבודאי לא יחזור ולסמוך על שארית ישראל לא יעשו עולה, וכמ"ש לקמן (דף מ"ט) גבי ישראל שאמר לבן לוי, אבל הכא בסוגיין, דצד האיסור הוא שנתן לו טריסית יותר, ולפי"ז סלוק האיסור לא יהיה כ"א כשנימא דקנה מיד לחלוטין והוי כאילו פורעו מיד ואין כאן אגר נטר, כיון דאין ממתין לו כלום וכמ"ש רש"י כאן, וכיון שכן כל כמה דלא נגמר הקנין לגמרי עד שלא יהיה יכול לחזור, לא יסולק האיסור, דכיון דמצי לחזור עדיין לא נוכל עוד לחשבו כאילו פרעו ונסתלק מאתו, ולכן אע"ג דכשאנו דנין באיזה רשות עומד חשבינן אותו כברשות לוקח, מ"מ כשאנו דנין לענין גמר המקח ודאי דלא

נוכל עוד לחשבו כגמר המקח, כיון דס"ס יכול אכתי לחזור כשירצה, ולהכי לקמן (דף ס"ב), דסלוק האיסור הוי בזה שנחשבנו ברשות לוקח, שפיר אמרינן דכיון דיש כאן מי שפרע אם יחזור, חשבינן כברשות לוקח, משא"כ הכא דסלוק האיסור תלוי בגמר המקח מיד, וזה ודאי דמיד לא נקנה עדיין לגמרי כיון דאכתי מצי לחזור, ועמ"ש עוד לקמן (דף ס"ג) בחדושיי לרש"י ד"ה יש לו מותר, ושם בע"ב בתוס' ד"ה מהו דתימא שהוכחתי כן גם מן הש"ס באריכות ע"ש היטב, ודו"ק בזה:

והנה בס' מעייני החכמה הקשה, דהכא צריכים המעות למיקני קנין גמור, עפמ"ש הרמ"א (בחו"מ סי' קצ"ט) דבנתן מעות על יין קדוש מעות קונות דבכה"ג דדבר מצוה הוא מוקמינן אדאורייתא, וה"נ דחמריו ופועליו תובעין אותו הוי נמי לדבר מצוה שלא יעבור על בל תלין ע"ש, ודבריו אינם מובנים כלל, דהתם שהדבר הנקנה הוא צורך קיום המצוה, כגון היין, ואי נימא דהמעות אינן קונות והמוכר יחזור ולא יתן לו היין, יבטל הלוקח ממצוה, ולכן בכה"ג בכדי שלא יבוא זה לבטול המצוה מוקמינן אדאורייתא, אבל הכא כיון שקיבל זה המעות וסילק לפועליו, אפי' אי נימא שלא קנה הדינר שבביתו והמוכר יכול לחזור ולתת לו מעות אחרים, מ"מ לבטול המצוה א"א לבוא בזה כיון דכבר סילק להפועלים, וא"כ מהיכי תיתי נימא לעקור בזה תקנתא דרבנן שמעות אין קונות, וזולת זה איני מבין דבריו, דהא כשאין לו מעות אינו עובר כלל בבל תלין וכמו דאמרינן לקמן אתך כשיש לך, אם לא שנאמר דמיעבר הוא דלא עבר אבל מצוה איכא ללות ולשלם בזמנו, וכמ"ש בפ"ת (חו"מ סי' של"ט) בשם האר"י ז"ל ע"ש, דמדת חסידות הוא ללות ולשלם בזמנו. ומה שקשה עוד בזה, דאכתי הוי צריך לקנות קנין גמור ע"י המעות, כיון דכספים אין להם שמירה אלא בקרקע, וא"כ לא שייך הכא הגזירה דשמא נשרפו חטיך, עמ"ש בריש פירקין ליישב זה:

ברש"י ד"ה לעולם בפרוטטות וז"ל אין כאן ריבית דאגר נטר שאפי' הלואה אם יש לו בביתו מותר לתת לו עודף דהו"ל הלויני עד שיבא בני ע"ש, ורבים הבינו מלשון רש"י דס"ל דהיכי דיש לו בביתו מותר ללות אפי' בריבית ממש, ואמנם חלילה לומר כן בכוונתו, דהא הוא עצמו כתב לקמן שדוקא ריבית דרבנן דסאה בסאה מותר ביש לו בביתו ע"ש לקמן (דף ע"ה ע"א), ואלא מה שכתב כאן שאפי' הלואה מותר לתת לו עודף, אין זה בעודף כזה שהתנה וקצב עמו בשעת הלואה דהוי ריבית קצוצה, דבכה"ג דהוי ריבית קצוצה מדאורייתא, אפי' יש לו בביתו אסור, אלא כוונתו בעודף כזה שלא קצץ מתחלה רק בשעת פירעון נותן לו עודף, דלא הוי ריבית מדאורייתא כיון דלא קצץ, ובכ"ז באין לו בביתו אסור אפי' בכה"ג, וכמבואר (ביו"ד סי' ק"ס), אבל אם יש לו בביתו

מותר, וכן דייק רש"י בלשונו, מותר לתת לו עודף, דמשמע שרק ליתן לו עודף אח"כ בלא קצוצה דמעיקרא שרי, והנתינה שרי, אבל הקצוצה לקצוץ עמו עודף אסור אפי' ביש לו, ואע"ג דהכא בעובדא דשולחני מיירי שקצץ לו טריסית יותר, וא"כ מאי ראיה מייתי מנעשה כאומר לו להך דהכא דמיירי בקצץ, וצ"ל דמייתי ראיה דכמו בהלואה מותר לתת עודף בלא קצוצה משום דהוי מדרבנן, כן ה"נ בטריסית דהוי נמי רק מדרבנן, דאע"ג דקצץ מ"מ כיון דהוי דרך מקח אינו אלא מדרבנן נמי מותר, דמ"ש התם דהוי דרבנן משום חסרון הקצוצה ומ"ש הכא דהוי מדרבנן משום דהוי דרך מקח, ס"ס כיון דלא הוי כ"א מדרבנן שרי, ועמ"ש לקמן (דף ע"ה ע"א) במתני' דשם ליישב דברי רש"י בדרך אחר, ע"ש היטב:

ואין להקשות דלמה הוצרך רש"י להביא ראיה מהיתר דנתינת עודף ולא פירש כפשוטו מהיתר דסאה בסאה וכפי' התוס', די"ל לפמ"ש רש"י (לעיל דף מ"ד ע"ב) ד"ה דינרי דהא דמותר סאה בסאה משום דברשותו אייקר, ולטעם זה משמע שדוקא שבח דיוקרא מותר לתת לו דאין זה ריבית ממש, דהא אינו נותן לו כ"א סאה כמו שנטל ממנו, אבל לתת לו סאתים בסאה אסור אפי' בריבית דרבנן, ולפי"ז מאי ראיה מייתי להכא, דמיירי בנתן לו יותר, ולזה יפרש רש"י הכא, דבאמת התם גבי סאה אפי' לתת לו עודף נמי מותר כיון דלא התנה מקודם, משום דלא מיחזי כאגר נטר, דכיון שהיה לו בביתו הוי כאילו פרעו תיכף ואין כאן אגר נטר, דכמו דבנתייקר מותר לתת לו משום דברשותו הוא דאיקר, ואחרי שברשותו הוא מתחלה ממילא הוי כאילו פרעו מיד ואין כאן אגר נטר, ועמ"ש לעיל בסמוך בדברי הגמרא, וכן ה"נ כיון דדרך מו"מ הוא מותר אפי' לקצוץ מתחלה, ומכאן ראיה למ"ש הב"י והב"ח (ביו"ד סי' ק"ס) בשם רש"י שבהלואה אסור לתת לו עודף אפי' אם לא התנה מקודם, דהא הכא דוקא ביש לו בביתו הוא דשרי, דאילו למ"ש הטור שם בשם רש"י שאפי' בהלואה ואין לו בביתו נמי מותר, א"כ מאי ראיה מייתי להכא דיש לו בביתו, הא באופן זה מותר בכל גווני:

בא"ד לעולם בפרוטטות כדקאמרת מדקתני יפה דינר ע"ש ורבים הבינו מלשון זה, שדוקא מדקתני יפה דינר הוצרך לאוקמי בפרוטטות, אבל אי לאו לשון זה הו"מ רב אשי לתרץ גם במטבעות טובות, וזה מה שגרם להם לטעות ולומר דס"ל לרש"י שבהלואה ממש נמי שרי לקצוב ריבית היכי דיש לו, דהא כיון דתירוץ דרב אשי הוא אפי' במטבעות טובות, והיכי ששניהם שוות אין שייך מקח וממכר כמ"ש התוס' והרא"ש, וא"כ הוי הלואה ממש ואפ"ה מותר, הרי משמע שאפי' בהלואה מותר לקצוב עודף היכי דיש לו בביתו. אכן באמת א"א לומר כן בכוונתו, דאי לאו הלשון יפה דינר הוה אוקים גם

במטבעות יפות, דא"כ יקשה באמת על התנא גופא, אמאי קתני יפה דינר, דמשמע דוקא פרוטטות וכמו שהקשה המהר"ם שי"ף, אלא כוונת רש"י כן הוא, דהוא יפרש נמי כפי' התוס' והרא"ש, דהשתא לתי' רב אשי מיירי שמעות דשולחני היו מטבעות טובות, כיון שיכול היה להוציאם, ורק דבעה"ב הוי פרוטטות, וכיון שאין שניהם מין אחד הוי זה מקח וממכר, אלא דקשה לרש"י כיון דלתירוץ דר' אבא דמוקי בפרוטטות הוה אידי ואידי בפרוטטות, א"כ רב אשי דבא לשנות מתירוצו של ר' אבא ולאוקמי דרק דבעה"ב הוי פרוטטות ולא דשולחני, היה צריך להזכיר זה בפירוש, וא"כ מדסתם לומר לעולם בפרוטטות משמע בפרוטטות דר' אבא, וזה א"א דא"כ הוו שניהם שוות ואין זה דרך מקח וממכר, ולזה בא רש"י לתרץ, שבאמת פרוטטות דרב אשי הוא רק דבעה"ב, ואפ"ה לא הוצרך לפרש זה, דמעצמו נמי נודע כן, דהא לכאורה קשה לתירוץ דלעיל דאידי ואידי בפרוטטות, הא עיקר הדיוק דמיירי בפרוטטות הוא מדקתני יפה דינר, וכיון דלשון זה לא הוזכר כ"א לגבי בעה"ב, ובשולחני קתני דינר סתם, וא"כ מנ"ל שגם של שולחני הוי בפרוטטות, אלא דיישוב הדברים כן, דלאוקימתא דלעיל דלהכי נקט התנא יפה דינר להורות דמיירי דוקא בפרוטטות משום דאל"כ הוי מטבע ואין נקנה בחליפין, ולהכי ממילא ידעינן שגם דשולחני הוי נמי פרוטטות ולא מטבע, דכיון דאשמועינן התנא דמטבע אין נקנה כ"ש דאין נעשה, וכיון שמעות דבעה"ב שהם הנקנים צריכים להיות פרוטטות דוקא, כ"ש שמעותיו דשולחני שהם העושים החליפין שצריכין להיות פרוטטות, ולכן פשיטא היה דגם השולחני הוי בפרוטטות, ואמנם כ"ז הוא רק לאוקימתא דלעיל, דיפה דינר נקיט משום דינא דחליפין, ממילא ידעינן דגם בשולחני אע"ג דלא קתני יפה דינר הוי נמי בפרוטטות, אבל לאוקימתא דרב אשי דמיירי במקח וממכר, שבזה הוי סברא יותר לומר דשל שולחני הוי מעות יפות בכדי שיהא שייך מקח וממכר, להכי י"ל ודאי שדוקא נקט התנא יפה דינר בבעה"ב ולא בשולחני, דשל שולחני לא הוי פרוטטות, ובמתכוון נקט יפה דינר בבעה"ב ולא בשולחני להורות שדוקא באופן זה הוי מקח וממכר, כיון דשל שולחני הוי יפות ושל בעה"ב פרוטטות ואין שניהם שווים, אבל בששניהם שווים לא שייך מקח וממכר וזה שביאר לנו רש"י, לעולם בפרוטטות, ולא תטעה לומר דמדסתים רב אשי הוי שניהם בפרוטטות וכאוקימתא דר' אבא, ע"ז יוסיף, כדקתני יפה דינר, כלומר דעיקר הילפותא שמיירי בפרוטטות הוא רק מהלשון יפה דינר, וכיון דלשון זה לא נזכר כ"א לגבי בעה"ב ולא גבי שולחני, בע"כ דשל שולחני הוי יפות, ולא הוצרך רב אשי לפרש כן, ואע"ג דלאוקימתא דר' אבא מוקמינן שניהם בפרוטטות היינו משום דלאוקימתא הזאת דמיירי בחליפין, לא הוצרך למינקט יפה גם

בדשולחני, דגם מעצמינו נדע דכ"ש דשל שולחני הוי פרוטטות וכנ"ל, אבל לתי' דרב אשי, אי גם דשולחני בפרוטטות הו"ל לתנא למיתני בהדיא גבי שולחני נמי יפה דינר, דמעצמינו הו"א להיפך, ומה שהזכיר רש"י, כדקתני יפה דינר, לא נתכוון כ"א לרמז המקור והטעם דמוקמינן בפרוטטות שהוא רק מחמת לשון יפה דינר, ולהכי גבי שולחני דלא נקיט הכי ודאי דמיירי ביפות, וז"ב בעזה"י:

תוד"ה ש"מ מטבע, הקשו אמאי מועיל קנין חליפין והלא יאמר לו נשרפו חטיך ע"ש, והמפרשים הקשו למה סמכו קושיתם על ברייתא זאת ולא לעיל בפלוגתא דרב ולוי למ"ד מטבע נעשה חליפין, ונ"ל דלק"מ דאטו נאמר שם דלמ"ד נעשה חליפין הוי ברשות לוקח אפי' לאונסין, דילמא רק בהא פליגי, דלמ"ד אינו נעשה חליפין אין זה קנין כלל, ולמ"ד נעשה חליפין הוי זה קנין כמו מעות, דבמקום דלא שייך החשש דליקה כגון במקום שעלייתו מושכרת ללוקח, או בבית התחתון לדעת העטור שס"ל דאין חשש דליקה כ"א בעליה כמ"ש בהגהות שניות במרדכי דפירקין, שם קונה חליפין, אבל במקום שיש חשש דליקה אה"נ דלא מהני הקנין חליפין מתקנתא דרבנן דשמא יאמר לו נשרפו חטיך כמו במעות דעקרו לקנין דאורייתא, ולכך לא הו"מ לאקשויי התם, דיאמר לו נשרפו חטיך, שהיינו יכולים לומר דאה"נ שבמקום שיש חשש זה לא קני, אבל הכא בברייתא דקתני בהדיא כיון שזכה זה נתחייב זה בחליפיו, דלשון נתחייב דנקט, ולא נקט זכה זה, אתא לאשמועינן, דכיון שמשך אחד מהם קנה חבירו ונתחייב בכל אונס שיארע בחליפיו למימר דבאחריותו דידיה קאי ולא באחריות בעלים ראשונים וכפרש"י, להכי שפיר הקשו, אמאי לא עקרו רבנן הקנין גם בזה, ולתקן דלענין חיוב אונסין לא יועיל הקנין מחשש דשמא יאמר נשרפו חטיך וכמו במעות, וק"ל:

דף מו:

ברש"י ד"ה כיצד החליף דמי שור בפרה, שם לו השור בדמים ע"מ שיתן לו זה פרה באותן מעות ע"כ, מלשון זה משמע שמתחילה קודם משיכת השור נתרצה ליתן הפרה, וכשמשך זה השור אדעתא דהכי משכו, שהשור יהיה דמי הפרה, ולפי"ז קנין של פרה לא היה זה במעות ההלואה, אלא בדמי השור שקיבל בשעת קנין, ומיושב קושית התוס' בד"ה יש לו דמים, דהיכי קנה להפרה בחוב, הא מלוה לא קני במכר ע"ש, ולשיטת רש"י א"ש, דהא טעם דמלוה אין קונה משום דבשעת הקנין לא יהיב לו מידי, והכא הרי נותן לו השור ושוה כסף ככסף. אכן דברי רש"י הללו תמוהים מאוד, ויש כאן חזרה מפירושו בדבור דלעיל, דז"ל בדבור דלעיל כיצד, מכר לו שור בכך וכך מעות ומשך את השור

ונתחייב לו מעות א"ל הלוקח פרה יש לי כו' ע"כ, הרי שפירש להדיא, שבשעת משיכת השור לא נתרצה עוד כלל ליתן הפרה, רק אחר משיכת השור שנתחייב כבר בדמיו נאות ליתן לו הפרה, ונמצא דקנין הפרה היה בחוב ההלואה, ולבד שקשה למה לו לפרש הכיצד תרי זימני בפירושים שונים לגמרי זה מזה, אלא שבאותו דבור גופא לא מסיים במה שפתח, דמסיים אח"כ וז"ל וה"ק כל הנישום דמים באחר, כל המטלטלים שאדם שם לחבירו ונותן לו שומת דמיהן בשביל חפץ אחר שהיה ללוקח כו' ע"ש, דמלשון זה משמע, שמתחילה בשעה שנתן לו החפץ, נתן לו בתורת שומת דמים בשביל חפץ אחר, והיינו כפי' כיצד השני, ועיין במהר"ם שי"ף שהרגיש בזה, וגם מצאתי בשמ"ק שגם הרא"ש ז"ל ישב על מדוכת סתירת רש"י והנלע"ד בכוונתו, דהנה בלא"ה יש לנו מחלוקת רש"י ותוס' בפירושא דהאי סוגיא, דהתוס' וסייעתו יפרשו דמאי דמקשה הניחא וכל השקלא וטריא שאח"ז, היינו רק למאי דס"ד מעיקרא כל הנעשה, דאילו למאי דמשני כל הנישום אתי שפיר אפי' לרב נחמן, דנפרש דכל הנישום, היינו כלים ממש, ושור ופרה דנקט, היינו נמי כלים, ואכן רש"י יפרש דהשקלא וטריא הוי נמי למאי דמשני כל הנישום, שגם כל הנישום לא אתי שפיר לרב נחמן, ובטעם הדבר דלא ניחא לו בפי' התוס' י"ל עפמ"ש רש"י בד"ה כיון שזכה ואשמועינן כו' ע"ש שיפרש דבע"כ כוונת התנא דכל הנישום, רצה לאשמועינן איזה רבותא וחדוש, ואי דמיירי בכלים ממש אין זה שום חדוש דפשיטא דנקנה בחליפין, ובע"כ דכל הנישום דנקיט לאו כלים ממש הם, וא"כ אפילו לתירוץ זה יקשה לרב נחמן, זהו המתבאר מתוך שיטת רש"י למי שמעיין בדבריו. ולפי"ז יצא לנו כנוגה צדקת רש"י, דהנה לפי' התוס' דהתירוץ דיש דמים שהן כחליפין, היינו רק למאי דס"ד כל הנעשה, בע"כ שנפרש דהאי כיצד החליף שור בפרה, היינו שבשעת משיכת השור לא נתרצה עוד בקנין הפרה, ולא נתן לו השור גופא בדמי הפרה, דאם משיכת השור היה ע"מ שיתן לו הפרה, א"כ הקנין היה בשוה כסף ממש שהוא דבר הנישום, ולאו כל הנעשה הוא, ואין לומר דכל הנעשה דרישא מיירי שנתן לו מטבע ממש ובתורת חליפין, ורישא וסיפא לאו חדא נינהו, דא"כ אכתי נשמעינן דמטבע נעשה חליפין, אלא על כרחך דרישא וסיפא חדא נינהו, וכמו שפי' רש"י דחדא נינהו, וגם הרישא מיירי ביש דמים שהן כחליפין, וא"כ בע"כ שנפרש דהקנין לא היה במשיכת השור, דא"כ דבר הנישום הוא, אלא הקנין היה בחוב שחייב לו, ואע"ג דלא נתן לו מטבע ממש מ"מ מיקרי שפיר כל הנעשה, כיון דכסף חייב לו, ועיין בפי' ר"ח ובשמ"ק משמע להדיא כפירושי, דקנין שע"י חוב מיקרי כל הנעשה ודלא כמהר"ם שי"ף ברש"י ד"ה ה"ק שפירש דלס"ד דכל הנעשה, רישא וסיפא לאו חדא נינהו, וכיון שזכינו לדין דקנין שע"י

חוב הרי הוא ככסף לענין שנוכל לקרוא כל הנעשה, צדקו מאוד דברי רש"י, דלשיטתו דהקושיא הוא בין למאי דס"ד ובין למאי דמשני כל הנישום, וממילא שגם התירוץ דיש דמים שהן כחליפין הוי נמי לתרווייהו, להכי הוכרח לפרש שני פירושים בהאי כיצד דברייתא, דלס"ד דכל הנעשה, בע"כ יתפרש דמשיכת השור לא היה ע"מ לקנות הפרה, וקנין דפרה היה ע"י החוב, דזה הוי שפיר כל הנעשה, אכן למאי דמשני כל הנישום, בע"כ לומר שהקנין היה במשיכת השור שנתן לו השור בדמי הפרה, דאי בחוב לאו כל הנישום אלא כל הנעשה הוא, וזמ"ש רש"י, והכי קאמר כל הנישום, כלומר דלפירוש ואוקימתא דכל הנישום בע"כ יתפרש שנתן לו השור שומת דמי הפרה, דהיינו שוה כסף דבר הנישום, וב"ה אשר הנחני בדרך אמת לתרץ הסתירה הגדולה שברש"י, ועמ"ש עוד בסמוך (בתוד"ה ופירי) מזה:

תוד"ה ופירי, הרבו להשיג על פרש"י והעלו דשור ופרה חיים מיקרי כלי כיון דראוים למלאכה, ולענ"ד נראה דהצדק עם שיטת רש"י, דהא דין זה דשור ופרה חי מיקרי כלי בשביל ההשתמשות תלוי זה במטבע, דגם במטבע יש סברא הזאת דראוי להשתמש בו לשקול משקולת או לתלותו בצואר וכמ"ש התוס' (לעיל דף מ"ה ע"ב), וא"כ למאי דקיי"ל דמטבע אין נעשה חליפין הרי חזינן שלא חשבינן לכלי בשביל ההשתמשות, ממילא שגם שור חי נמי לא מיקרי כלי וכשיטת רש"י, ועיין בחי' רעק"א מ"ש בזה, וזהו הוכחה גדולה לשיטת רש"י, ועוד כפמ"ש לעיל דברייתא דכל הנישום משמע שרצה לאשמועינן איזה חידוש, ואי בכלים מאי חדוש הוא, הא פשיטא דכלים מיקני בחליפין, ומחמת הוכחות הללו מיאן רש"י בפי' התוס', והשתא דזכינו לדין ניישב שיטת רש"י מקושיות התוס' כיד ה' הטובה עלי:

קושי' הראשונה, דא"כ ה"נ מסתברא לא קאי לפי המסקנא דמיירי ביש דמים כחליפין, הן רש"י עצמו הרגיש בזה, ובד"ה כיצד כתב, וה"ק כל הנישום כו' יעו"ש, הרי להדיא דגם למסקנא מיירי בכל הנישום, ואין לומר דכוונת התוס' בקושיתם כן, דנהי דלמאי דקאמר יש דמים כחליפין מתיישב שפיר כל הנישום, מ"מ גם כל הנעשה מתיישב בטוב, וה"ק כל הנעשה דהיינו מטבע כיון שזכה זה כו' כיצד קונה אותו מטבע שהזכרנו בכל הנעשה, כגון החליף דמי שור בפרה, פי' שקנה ע"י חוב המגיע לו בעד השור, ולא בנתן המטבע ממש, וכן רצה לפרש באמת בשמ"ק, וכ"ש לפמ"ש לעיל בדבור הסמוך שרש"י עצמו יפרש התירוץ גם לס"ד דכל הנעשה, וא"כ לא יתיישב הה"נ מסתברא, שמשמע דכל הנישום מסתבר יותר, ובאמת הא כל הנעשה מתיישב ג"כ, ואם כי ברור אצלי שכוונת התוס' בקושיתם הוא כן, מ"מ אפשר זה ליישב, דשפיר שייך ה"נ מסתברא, דנהי

שגם כל הנעשה מתיישב, מ"מ כל הנישום מסתבר יותר, והוא לפמ"ש בדבור דלעיל, דלאוקימתא דכל הנעשה, צ"ל בע"כ דהקנין לא היה במשיכת השור, כ"א בחוב המגיע לו, אבל בשעת משיכת השור לא נתרצה עוד ליתן לו הפרה, דאל"כ לאו כל הנעשה הוא, אבל ללישנא דכל הנישום בע"כ יתפרש שבשעת משיכת השור נתרצה ג"כ ליתן לו הפרה, וע"מ כן משך השור לתת לו הפרה, וכמ"ש רש"י להדיא, ולזה הוכיח שפיר ה"נ מסתברא דכל הנישום, מדקתני כיצד החליף שור בפרה, שלשון זה משמע שמתחלה בשעת משיכה של השור נתרצה בחליפי הפרה, ואי כל הנעשה, אין זה החליף שור בפרה, כיון דבשעת קנין של שור לא ידע כלל מקנין הפרה, ואם כי בדוחק יתיישב גם לכל הנעשה, ואמרינן דלאו דוקא החליף השור בפרה כ"א בחליפי השור דהיינו הדמים שחייב לו, מ"מ לישנא דברייתא מוכח יותר לכל הנישום, ודו"ק:

קושי' השניה, דלמאי דקיי"ל דפירי לא עבדי חליפין וא"א לתרץ כרב ששת ולשיטת רש"י דפוסק כר"ל דמשיכה מה"ת היכי מתרצא הברייתא, אמנם קושי' עצומה היא מאוד, וגם בבעה"מ שסובר נמי כרש"י ומיישב לכל קושיות התוס', לא נזכר פירוקא על קושי' זאת וצריכה אמנם נגר דליפרקינה. ונלע"ד ליישב בשנקדק בלשון הש"ס דקאמר, ר"ל ע"כ כרב ששת מתרץ לה, ולא קאמר כרב ששת סבירא ליה, מזה משמע שרק התירוץ הוא מתרץ כוותיה, אבל להלכה אין סובר כוותיה, ולהכי נראה שאע"ג דקאמר דכרב ששת מתרץ אין הכרח עוד לומר שגם סובר כוותיה דפירי עבדי חליפין ודלא כהילכתא, דשפיר מצינן למימר דגם ר"ל סובר כדקיי"ל דפירי לא עבדי חליפין, ואם כי המעשה היה בכאן בדרך חליפין שהחליפו שור בפרה, מ"מ הקנין לא היה מועיל בזה מטעם קנין חליפין, דחליפין ודאי אינה כ"א בכלי, רק הקנין מועיל מטעם משיכה, דכיון שמשך זה את השור, ומשיכה ודאי קניא, ממילא נקנה הפרה לזה ונתחייב באונסי הפרה, וכמ"ש בתשובת באר יעקב סי' ש"ך בכה"ג בעובדא דהוי התם שישראל אחד החליף שני שוורים עם כותי בפרה והעכו"ם משך השוורים, דאע"ג דמטעם חליפין לא מהני בזה להכרעת הש"ך (חו"מ סי' קכ"ג סעי"ד) דכותי אין קונה בחליפין, מ"מ מטעם משיכה של שוורים נקנה הפרה לישראל ע"ש, וה"נ דכוותה דנהי דמטעם חליפין לא מועיל דלאו כלי הוא מ"מ מטעם משיכה מיהא ליקני, ואין לומר דלפי"ז היכי משכחת להאי דינא, דפירי לא עבדי חליפין, דיקנה עכ"פ מטעם משיכה, דמצי למימר דמיירי במקום שמשיכה אינה קונה, ומה דקאמר כרב ששת מתרץ, אין הכוונה דס"ל פירי עבדי חליפין, אלא משום דלרב ששת מיתרצא הברייתא דהעובדא היה בדרך חליפין שהחליפו זה בזה, ולר"נ צריך לתרץ שנתן לו השור בתורת דמים, ולר"ל דס"ל משיכה הוי מה"ת א"א לאוקמי

הכי, ועמ"ש לקמן בדבור הסמוך להוכיח שבע"כ הכי הוי הפירוש בתירוץ הש"ס. וג"כ אין להקשות דכיון דאמרינן שע"י משיכת חפץ אחד נקנה חפץ השני לחבירו בכל מקום שהוא, א"כ אמאי לא מהני מעות מה"ת לר"ל, דהא המוכר משך המעות, ונהי דלא מהני מתורת קנין מעות, ליהני עכ"פ מטעם משיכה, וע"י משיכת המעות יקנה הלוקח החפץ, די"ל דריש לקיש סובר דדוקא משיכת הלוקח הוא דמהני ולא משיכת המוכר וכמ"ש המקנה (בקדושין דף כ"ח) דזהו עיקר הפלוגתא בין ר' יוחנן ור"ל במכירה, ר' יוחנן סובר דמשיכת המוכר בעינן ור"ל סובר שדוקא משיכת הלוקח הוא דמהני ע"ש, ולהכי לא מהני כשימשוך המוכר המעות, אבל הכא שמחליף חפץ בחפץ דהוו שניהם לוקחים, ואם משך אחד השור הרי יש בזה משיכת הלוקח ומהני שפיר. או אפשר שטעם דר"ל דכיון דגמרינן למשיכה מקרא דאו קנה מיד עמיתך, ומשמע שהמשיכה צריך להיות בדבר הנקנה, ולא בהמעות שהוא פירעון דבר הנקנה, ואנן בעינן שבחפץ הנקנה יהיה המשיכה, והכא דהוי חפץ בחפץ שפיר מהני:

הן אמנם שבעיקר היסוד שכתבתי דבקנין משיכה כשמשך חפץ אחד יהא נקנה אידך ממילא בכ"מ שהוא, יש לדון טובא, ולדינא נראה דלא מהני לקנות חפץ השני, דמשיכה לא מהני כ"א להתחייב באונסי חפץ הנמשך, אבל שיהא חפץ השני נקנה ג"כ לאידך לא אמרינן, דז"ל הב"י (בחו"מ סי' ר"ג) א בכ"מ (בפ"ו ממכירה) על מ"ש הרמב"ם שם, המטבע אין לו דרך שיזכה בו מי שאינו ברשותו אלא ע"ג קרקע כו', והקשה הב"י והכ"מ, דהא ע"י משיכת המטלטלין נקנה המעות למוכר, ותירצו דה"ק אין מטבע יוכל לקנותו וקודם שיבוא לידו יזכה בו לענין שאם נגנב או נאבד המעות יהיה ההפסד למוכר, אלא ע"ג קרקע, ואילו במשיכת המטלטלין נתחייב במעות ואם היה לו מעות ואבדו משלם אחרים תחתיהן ע"כ, הרי להדיא דמשיכה לא מהני אלא לענין שמחויב לשלם דמי שוויה של כלי הנמשך, אבל שיהא נקנה חפץ השני עד שיהא ברשות חבירו לא אמרינן, אם כי הב"י כתב שם תירוץ אחר, וא"כ אכתי י"ל דמשיכה מהני לגמרי, מ"מ הא גם מסוגיין מוכח דלא מהני לענין קנין, דלקמן (דף מ"ז פ"א) גבי חליפין ומקפיד מאי, ופרש"י מי קנו תרווייהו במשיכה דחד מינייהו או דילמא כיון דמקפיד עלייהו הוי כדמים ואין קונין עד שימשוך תרווייהו ע"ש, וקשה מה בכך נהי דלא קנה משום חליפין ניקני משום משיכה, אלא דבמשיכה לא קני אידך, אלא שנתחייב לו דמים, ועיין בתשובה ב"י הנ"ל שדחה באמת דברי הגאון השואל כנ"ל, מ"מ בנדון סוגיא דהכא אכתי מצינן למימר דהקנין הוי מטעם משיכה, דנראה נכון שע"כ לא אמרינן דמשיכה לא מהני כ"א לענין חיוב אונסין לחפץ הנמשך, היינו דוקא לר' יוחנן דמה"ת מעות קונה, והא דעקרו

לגמרי קנין מעות ותקנו דמשיכה לחוד יקנה גם בלא מעות, היינו משום דאל"כ יאמר הלוקח למוכר נשרפו חטיך לאחר המשיכה וכמ"ש התוס' לקמן, וא"כ מטעם זה סגי אם נאמר שמשיכה לא יועיל כ"א לחייבו באונסין של דבר הנמשך, דכיון דמדינא דאורייתא לא היה צריך להועיל כלל המשיכה, ורק בכדי שלא יאמר הלוקח נשרפו חטיך, א"כ כשנאמר דלענין זה מהני המשיכה שיחייב באונסי חפץ הנמשך ליכא למיחש תו לשמא יאמר הלוקח נשרפו, ודי בזה, ולמה לתקן עוד שיועיל גם לענין קנין, אבל לר"ל דס"ל משיכה הוי מה"ת, שפיר י"ל דמהני המשיכה גם לענין לקנות חפץ חבירו, וא"כ הכא דאליבא דר"ל קיימינן, שפיר יש לפרש הברייתא כל הנישום, אם החליף אחד עם חבירו דבר הנישום כגון שור ופרה כיון שזכה אחד בחפץ נתחייב בחליפיו, דחפץ השני נקנה ממילא ומטעם משיכה, וזה נכון בעז"ה:

והנה היה מקום אתי עוד לומר שאפי' לר' יוחנן דהקנין משיכה אין מועיל כ"א לחייב דמים, היינו דוקא כשהחליף עמו על מעות שאינם ידועים, דבזה אמרינן כיון דהמעות לא נקנה עוד לגמרי למוכר, להכי אם נגנבו או נאבדו חייב לתת לו מעות אחרים, אבל כשהחליף עמו על מעות ידועים, נהי שאינן ברשות המוכר, מ"מ אחרים ג"כ אין חייב לתת לו מטעם שלא נתחייב לתת לו כ"א אלו המעות הידועים, ומצאתי אח"כ סברא כזאת בס' מ"ה מה"ב בסוגיין ע"ש, וא"כ הכא שהחליפין היה על חפץ ידוע שפיר קאמר הברייתא כיון שזכה זה נתחייב זה בחליפיו, דודאי הפסד החליפין הוי שלו כיון שלא נתחייב כ"א החפץ הידוע, וכשנגנב אין מחויב לתת לו חפץ אחר. והיה נראה נמי ליישב בזה מ"ש הרמב"ם (ריש פ"ה ממכירה) וז"ל כל המטלטלין קונין זה את זה כיצד החליף פרה בחמור או יין בשמן אע"ג שמקפידין על הדמים כו' כיון שמשך האחד קנה השני המטלטלין בכ"מ שהוא ע"כ, ותמה המ"מ הא הרמב"ם פוסק דכלי בעינן וא"כ למה מהני יין בשמן, ומ"ש המ"מ דמירי בחליפין דשוה בשוה, לא משמע הכי מלשון הרמב"ם, דהא כתב אע"ג דמקפיד ושיערו הדמים, דמשמע דזה דכ"ש היכי דלא שיערו הדמים דלא הוי שוה בשוה דמהני, ולמ"ש י"ל שבאמת לאו מטעם חליפין מועיל הקנין כ"א מטעם משיכה, ואע"ג דמשיכה אין מועיל כ"א לענין התחייבות, מ"מ הכא שהחליף על דבר ידוע מהני וכמ"ש, והיינו דלא נקיט הרמב"ם דנקנין בחליפין. אלא דלשון קנה השני המטלטלין לא יתיישב לזה, דלפמ"ש לאו מטעם קנין הוא, אלא משום שלא נתחייב לתת חפץ אחר, ואפשר לומר דרמב"ם לישנא דש"ס נקיט, דקתני הזהב קונה הכסף וכן (לקמן דף מ"ח) טלית קונה דינר זהב, אע"ג דאינו קונה לגמרי כ"א מחייב אפ"ה נקיט לשק קונה, ולא יקשה נמי מרש"י דלקמן (דף מ"ז גבי חליפין ומקפיד שהבאתי

לעיל, דהא התם נמי דבר ידוע הוא וא"כ אכתי יתחייב באונסיו, די"ל דלענין חיוב אונסין שפיר מתחייב אידך, ורק התם מיירי לענין קנין לגמרי, וזה ודאי שלא נקנה חפץ השני במשיכת חפץ זה, אבל בברייתא דהכא דקאמר כיון שזכה זה נתחייב זה בחליפיו, ומיירי רק לענין הפסד אונסין, בזה י"ל דבמשיכת חפץ הזה הוי אחריות חפץ השני לאידך, ולא מטעם קנין אלא מטעם דלא נתחייב כ"א בחפץ זה הידוע וכשנגנב ונאבד ההפסד לקונה. אמנם בעיקר הסברא יש לומר גם להיפוך, דכשהחליף על דבר שאינו ידוע, עכ"פ קונה המושך את החפץ הנמשך לפחות, ואם החליף על דבר ידוע, ותלוי קנין זה בדבר הידוע, וכיון שעל אותו חפץ השני שלא משכו עוד השני לא קנה אותו, ממילא שגם זה המושך לא קנה נמי חפצו הנמשך, כיון שתלוי הקנין זה בזה וכמ"ש בתשובת בא"י שם לדבר פשוט ע"ש. שוב מצאתי להדיא כן בטור (חו"מ סי' ר"ג) הביאו הרמ"א שם (סעי"ג) וע"ש בט"ז ונה"מ, שבמעות ידועים לא קנה גם המטלטלים אעפ"י שמשכן, ע"ש:

ובפשוטו היה נראה ליישב קושיא השניה של תוס', דהא באמת לא מצינו בפירוש שיפסוק רש"י כר"ל דמשיכה קונה, וצ"ל שהתוס' הוכיחו כן מדסובר רש"י (בבכורות דף ג' ע"ב) דנכרי קונה בכסף פ"ש בד"ה קנין גמור, וכ"כ התוס' (בע"ז דף ע"א) בשם רש"י ע"ש, ומדנכרי בכסף מכלל דישראל במשיכה והיינו כר"ל, אכן באמת מהא לא איריא, די"ל דרש"י סובר כשיטת הרר"ח כהן (לקמן דף מ"ח) בתוד"ה נתנה לסיטון, דשניהם קונים בכסף, ודרשינן לעמיתך אתה מחזיר אונאה ע"ש, וא"כ לק"מ על רש"י, דאכתי מצי לתרץ יש דמים שהן כחליפין, ועיין בשמ"ק לקמן (דף מ"ח ע"ב) בד"ה ומ"ש קרקע, דמשמע מדבריו דרש"י פוסק כר' יוחנן, ומיושב קושית התוס' וקושי' השלישית מברייתא דלקמן פרתך בכמה, עיין בבעה"מ שמיישב זה, וא"כ לא נשאר על רש"י שום קושיא, ואדרבה עוד הוכחנו שצדק מאוד שיטת רש"י, ודו"ק:

בתוד"ה ולר"נ, וא"ת למ"ד פירי עבדי חליפין קרא למאי אתא וי"ל דאתא לרבות דבר שאינו מסוים ע"ש, וקשה לי דלשיטת רש"י לעיל (דף מ"ה ע"ב) דטעם דמטבע אין נעשה חליפין הוי נמי משום דהוי דבר שאין מסוים, ולפי"ז ודאי כמו דמרבינן דבר שאין מסוים לענין שיועיל בו חליפין דשוה בשוה הוא הדין דמרבינן נמי מטבע, וא"כ יוחזר קושית התוס' דלעיל, דמאי פריך בסמוך ממתני' דמטלטלין קונין ואמר ר"ל דמיירי בכיס מלא מעות, דילמא בשוה בשוה מיירי, הא תינח מאי דמקשה מכל הנעשה, וכן לעיל דמוקי בפרוטטות ולא מוקי בשוה בשוה, די"ל דהנך מתני' ס"ל כדקיי"ל באמת דפירי לא עבדי חליפין, וא"כ קרא דמייתר לשוה בשוה לפירי הוא דאתא ולא לדבר שאין מסוים, ולא מצי לאוקמי בשוה בשוה, דאפי' בכה"ג לא מהני במטבע, אכן מה דמקשה בסמוך מר"ל,

דאיהו הא ס"ל דפירי עבדי חליפין וכמ"ש בש"ס, ר"ל ע"כ כרב ששת מתרץ, ובע"כ יתורץ דקרא דשוה בשוה לדבר שאין מסוים והוא הדין למטבע לשיטת רש"י וא"כ מאי מקשה מינה, לוקי בשוה בשוה וכקושית התוס', וי"ל דהתוס' אין סובר כשיטת רש"י, דחסרון דמטבע הוי משום דבר שאינו מסוים, אלא יסברו דחסרון דמטבע הוי משום דהוי דבר שאין בו ממש וכמו אותיות דלא מהני בו קנין וכמ"ש הנמוק"י, דזה הוי גרע מדבר שאינו מסוים ולהכי אפי' לר"ל דפירי עבדי חליפין, וקרא דשוה בשוה לדבר שאינו מסוים, היינו דוקא לדבר שאינו מסוים ולא למטבע ושפיר פריך מינה, אלא דאכתי קשה דמלשון התוס' לעיל בתירוצם משמע דכל פלפולם בדבור זה, היינו רק לשיטת רש"י, דכתבו וי"ל דומיא דרישא דכל הנישום, והיינו דוקא לשיטת רש"י דלעיל דפרכת הש"ס הוי נמי למאי דמשני כל הנישום, דאילו לשיטת התוס' בדבור דלעיל לא פריך הש"ס מידי לשינויי דכל הנישום ועיין במהרש"א, וכן הוא בדין דעיקר קושית התוס' ותירוצם הוא רק לשיטת רש"י, דבאמת לשיטתם בלא"ה לא קשה קושיתם דלעיל וכמ"ש בס' מ"ה, דהא לרב נחמן דס"ל פירי לא עבדי חליפין בע"כ קרא דשוה בשוה לפירי אתא ולא לדבר שאינו מסוים, ולשיטתם לעיל דגרסי בשר שור, דבשר הוי דבר שאין מסוים וכמ"ש הרמב"ן, וא"כ לק"מ דלוקמי ברייתא דכיצד בשוה בשוה, דהא אפי' בכה"ג לא מהני לרב נחמן, ובע"כ דכל הפלפול שלהם הוא רק לשיטת רש"י דגריס שור ופרה חיים, דהוי דבר המסוים, ולשיטת רש"י יוחזר הקושיא דאכתי מאי פריך מריש לקיש, דהא לדידיה מועיל בדבר שאין מסוים והוא הדין למטבע דהוי דבר שאין מסוים לשיטת רש"י, ואכן למ"ש לעיל בדבור הסמוך להוכיח מלשון הש"ס ע"כ כרב ששת מתרץ, שרק התירוץ הוא דמתרץ כרב ששת דמיירי בדרך חליפין ולא בתורת דמים, אבל לדינא סובר ר"ל ג"כ כרב נחמן דפירי לא עבדי חליפין, וא"כ גם לר"ל בדבר שאין מסוים לא מהני שוה בשוה ושפיר פריך מינה למ"ד נעשה חליפין, ומכאן ראיה למה שכתבתי לעיל:

תוד"ה יש דמים שהן כחליפין, ומקני להו במחילת הדמים כו' ע"ש. הנה אופן הקנין האמור בעובדא הזאת יש לפרשו בשתי פנים, א), שבשעת משיכת השור לא נתרצה עוד ליתן לו הפרה, רק אחר שמשך השור ונתחייב לו דמיו נותן לו הפרה בדמיו, ולפי זה הוי קנין הפרה בחוב דמי השור, ב), שבשעת משיכת השור משכו ע"מ ליתן הפרה, והשור גופא נתן לו בדמי הפרה בתורת דמים, וכמ"ש רש"י בד"ה כיצד, ובזה קנין דפרה אינה בשום חוב, כ"א בשוה כסף ממש, ואין מקום לקושית התוס', ולכאורה נראה דהתוס' מקשים רק לשיטתם לעיל דתי' דיש דמים כחליפין היינו רק לס"ד דכל הנעשה, ולזה א"א לפרש דהקנין היה בשור גופא, דא"כ כל הנישום הוא ולאו כל הנעשה, ובע"כ

שהקנין היה ע"י החוב, שזה הוי שפיר כל הנעשה כיון דכסף חייב לו לשלם, ולזה שפיר הקשו דהא מלוה אין קונה, אכן לפמ"ש רש"י דקאי הכא למסקנא דכל הנישום, ולזה הוכרח לפרש, דמשך השור ע"מ ליתן הפרה, וקנין הפרה היה בשור גופא, דהיינו כל הנישום דאי בחוב היינו כל הנעשה, לק"מ קושות התוס', שבאמת הקנין לא היה ע"י החוב, ואע"ג שבד"ה כיצד הראשון כתב רש"י משך השור ונתחייב הדמים ואח"כ נתרצה ליתן הפרה ע"ש, דמשמע שגם הוא יפרש כפי' הראשון דהקנין היה ע"י החוב, כבר דיברו המפרשים ליישב, ומסקי דעיקר בכוונת רש"י פי' השני בכיצד השני, דמשיכת השור היה ע"מ ליתן הפרה, ורש"י רק לתי' דכל הנישום קאי, עיין בדבריהם ובס' מ"ה שהאריך בזה:

ובהיות כן תמה אני על הפנ"י שהעלה מרגניתא טבא בסוגיין לחדש דחליפין דשוה בשוה א"צ לקרא לרבות כפר"ת, אלא דמהני מתורת דמים דשוה כסף הרי הוא ככסף, ואף אם לא שם אותן בתורת דמים כ"א בתורת חליפין אפ"ה מהני מה"ת מטעם קנין כסף דשוה כסף ככסף ע"ש, וקשה מסוגיא דהכא, דלמה לאוקמי דנתן בתורת דמים ויש דמים שהן כחליפין, תיפוק ליה שאפי' נתן בתורת חליפין כיון דמיירי הכא בשוה בשוה וכמ"ש הפנ"י עצמו דכל הנישום הוי שוה בשוה, דהכי דייק לישנא דכל הנישום דמשמע שוה בשוה, שדרך לשומן בדמים, וכדאמרי' לקמן אטו בשופטני עסקינן ע"ש. הן אמנם הוא עצמו הרגיש בקושיא זאת, וכתב דהתי' דהכא קאי לס"ד דכל הנעשה, וכמ"ש התוס', ולמאי דס"ד ע"כ לא איירי שוה בשוה, דא"כ ודאי לא מהני מטבע במטלטלין דהו"ל מעות גרידא דאינה קונה, אכן לפמ"ש דלרש"י הוי התירוץ דוקא למסקנא דכל הנישום, ואפ"ה משני דיש דמים כחליפין, מכלל דאילו נתנו בתורת חליפין לא הוי מהני מטעם שוה כסף ודלא כסברת הפנ"י. אכן לפמ"ש לעיל בחדושיי על רש"י ד"ה כיצד, דרש"י יפרש דכמו שהקושיא הוא בין לפום מאי דס"ד ובין למסקנא, ממילא גם התירוץ הוא לשניהם א"ש דלהכי מוקי ביש דמים כחליפין בכדי שיתורץ גם לס"ד, דאילו אם נתנן בתורת חליפין לא היה מהני לס"ד וכמ"ש, ועיין מ"ש (לקמן דף מ"ז ע"א) בגמ' אטו חליפין באריכות, אלא דמ"ש הפנ"י בטעם דמהני חליפין דשוה בשוה בתורת דמים, הא מעות לא קנה, ותי' דבחפץ בחפץ לא שייך החשש דנשרפו חטיך, דכ"ש שיאמר זה המושך נשרף חפצך שמשכתי ע"ש, ואם כי גם הנמוק"י כתב כן, לענ"ד לא הוצרכו לזה, דבלא"ה א"ש, דהיכי דהקנין הוא בשוה כסף לא גזרו חכמים דמשיכה קונה, דמילתא דלא שכיחא הוא וכמ"ש כאן ברש"י, דלמ"ש מיירי נמי בכל הנישום, ובודאי ששם היה קנין הפרה במשיכת השור גופא, שנתן לו השור בדמי הפרה, וכמ"ש להדיא ברש"י,

דהיינו שוה כסף ממש, ואפ"ה אמרו דמועיל מטעם מילתא דלא שכיחא, ועיין מ"ש הריטב"א ע"ז. ויצא לנו אפוא דין חדש, דשוה כסף עדיף לענין קנין מכסף ממש, דבכסף עקרו הקנין, ובשוה כסף קונה, הן מטעמא דידי דהוי מילתא דלא שכיחא, והן מטעם הנמוק"י דחפץ בחפץ לא שייך הגזירה, הן אמנם דטעם הנ"י אין מספיק ללמוד ממנו למכירה, דהוא לא קאמר לסברתו כ"א בחליפין דשוה בשוה, דלהכי לא שייך החשש דנשרפו חטיך, דאם נימא שלא קנה יאמר זה שמשך נשרפו כו', ואפשר לומר דהיינו בחליפין דאין בזה שם של מכירה, אבל במכירה נהי דמצד הדין ראוי היה לקנות בשוה כסף, כיון דהכא לא שייך החשש דנשרפו כו', מ"מ כיון שהפקיעו חכמים לקנין מעות, גם בשוה כסף נמי אין מועיל, אע"ג דלא שייך הגזירה, ומשום דלא פלוג רבנן, וכמ"ש הנתיבות (בסי' קצ"ח) שאפילו אם לא נתן רק מקצת מעות דלא שייך הגזירה כיון שיש לו עוד לתבוע מעות מ"מ לא קנה כיון דעקרו קנין מעות לגמרי עקרוהו, וכן מסקנת הש"ך שם, שאפילו במקום דליכא חשש דליקה נמי לא קנה דלא פלוג רבנן, וא"כ י"ל דהנמוק"י דוקא בחליפין כתב כן שיש לו שם אחר. שוב מצאתי בחי' רעק"א בסוגיין שכתב דמהנמוק"י אין ראיה וכמ"ש, ולפי"ז תמיה לי על הפנ"י שכתב כסברת הנמוק"י גם לענין מכירה, מ"מ טעם שלי ברור הוא לשיטת רש"י, דקנייה ע"י שוה כסף הוי מילתא דלא שכיחא, ומתחלה לא גזרו ע"ז רבנן, וכן משמע מן הסמ"ע (סי' ר"ג סק"ב) וע"ש מ"ש בנה"מ, וז"ב:

אלא דיש להעיר עוד בזה, ממ"ש לעיל רב אשי לעולם בדמים ובפרוטטות וכיון דאית ליה נעשה כאומר הלויני כו', ומדהוצרך לטעם דהוי כאומר הלויני מוכח דמתורת קנין דמים לחוד לא קנה עוד לגמרי שלא יהא שייך בו שוב איסור ריבית, כמו בחליפין דלא שייך איסור ריבית משום דקני לגמרי מיד וליכא אגר נטר, והיינו בע"כ משום דמעות אין קונה כ"א לענין מי שפרע, ואע"ג דבאיסור דריבית מהני גם קנין למי שפרע וכמ"ש רש"י ותוס' לקמן (דף ס"ב) כבר כתבתי זה לתרץ לעיל במקומו, דבאיסור דהכא בעינן שיקנה דוקא קנין גמור, ודמים כיון דלא קונה לגמרי לא מהני לסלק איסור ריבית ע"ש, וקשה כיון דגם רב אשי מוקי בפרוטטות ופרוטטות הא לא הוי כמו מעות מזומן כ"א כשוה כסף וכדדייק בש"ס לעיל מלשון יפה דינר, דמשמע דהיינו שוה דינר, ולהדיא קראוה פירי לעיל בש"ס, ולמ"ש דבשוה כסף קונה קנין גמור א"כ אכתי למה הוצרך רב אשי לטעם דהוי כאומר כו' ותיפוק דקונה קנין גמור מתורת דמים ולא שייך בו שוב אגר נטר. הן אמנם דזה יש לתרץ לפמ"ש לעיל במקומו, דאם כי גם רב אשי מוקי בפרוטטות וכאוקימתא דר' אבא, מ"מ לא דמי האוקימתות, דר' אבא הוי אידי ואידי פרוטטות ודרב

אשי הוי רק דבעה"ב פרוטטות, אבל של שולחני יפות הם, ע"ש מילתא בטעמא, ולזה א"ש כיון דשל שולחני שהם עושים הקנין הוי יפות, הוי כסף ממש ולא שוה כסף, ולא קנה קנין גמור, וגם זולת זה הא כתבו התוס' (לקמן מ"ח) ד"ה אבל, דרב אשי ס"ל כר"ל דמשיכה מה"ת ומעולם לא קנה כלל, ולכן מרב אשי לק"מ, אבל אכתי יקשה באוקימתא דר' אבא, כיון דמוקי שניהם בפרוטטות, ל"ל למימר שהקנין הוא מטעם חליפין וכמו שמסיים ומש"ה ניקנו בחליפין, הא אפי' אי הוי מטעם מעות הוי נמי קנין גמור כיון דהוי ע"י שוה כסף, וצ"ל דמעות הרעות אע"ג דלא מיקרי מטבע, היינו דוקא לענין חליפין משום דטעם דמטבע אין נעשה חליפין דדעתיה אצורתא, אבל לענין תורת דמים שם מטבע עליהן, ולא שם שוה כסף, והא דקרי להו בש"ס פירי, היינו רק לענין חליפין יש להם דין פירי, אבל לשאר דברים שם מעות עליהן, וגם טעמים שכתבתי דמהני הקנין בשוה כסף ליכא בזה, דלמ"ש דמשום דלקנות בשוה כסף לא שכיח הדבר שיתן שוה כסף בתורת דמים, א"כ היינו דוקא כשהקנייה הוא בכלים וכדומה, אבל הני מטבע שכיח שיתן אותם בתורת מעות, דאע"ג שאינן יוצאין בהוצאה אפ"ה מסחר איתעביד על ידייהו, דהא חזינן הכא שלקחם מן השולחני וגם נתנם להפועלים, ושכיח הדבר שיתן אותם בתורת דמים וגזרו בו רבנן דלא יקנה, ודו"ק:

בגמ' ר"ל ע"כ כרב ששת מתרץ, הנה ראיתי ברמב"ן שכתב לדבר פשוט דר"ל סובר פירי עבדי חליפין, והיינו מדקאמרינן הכא דכרב ששת מתרץ, ואחריו נמשכו האחרונים בזה, ותמוה לי זה, דלא מיבעי לשיטת התוס' בד"ה ופירי, דכל השקלא וטריא הוא רק לס"ד דכל הנעשה, אבל למסקנא דכל הנישום אתי שפיר בלא"ה, וא"כ גם הא דקאמר ר"ל כרב ששת מתרץ היינו נמי רק לס"ד, אבל אליבא דאמת אמרינן דר"ל סובר דכלי בעינן וכדקיי"ל, ואיזה הכרח יש כאן לומר דגם אליבא דאמת יסבור דפירי עבדי חליפין דלא כהילכתא, ומצאתי בשמ"ק בתוד"ה ולר"נ, דלמסקנא לא אמרינן דר"ל כרב ששת סבירא, ואפי' לשיטת רש"י דהשקלא וטריא הוא גם למסקנא דכל הנישום וכמ"ש להדיא בד"ה כיצד, וה"ק כל הנישום, אכן לפמ"ש לעיל בחדושיי לתוד"ה ופירי, אדרבה לרש"י לא עלה כלל בדעת הש"ס לומר דר"ל ס"ל כרב ששת, והא דקאמר כרב ששת מתרץ, היינו רק שמתרץ הברייתא כרב ששת דמיירי שנתנו בתורת חליפין, ולא כר"נ ביש דמים שהן כחליפין, אבל לדינא לא יסבור כוותיה ע"ש מילתא בטעמא, ודקדקתי כן מלשון הש"ס דאמר, כרב ששת מתרץ, ולא כרב ששת סבירא, ואחרי כל האמור תמוה מאוד מ"ש הרמב"ן דר"ל ס"ל פירי עבדי חליפין שזהו דלא כמאן, ובשגם שהרמב"ן עצמו הוא יפרש כשיטת התוס' דשקלא וטריא הוא רק לס"ד ועמ"ש בסמוך:

בגמ' תרגמא רב אחא בדינר אנקא ואניגרא, לעיל (דף מ"ה ע"ב) בתוד"ה אין, הוכיחו מכאן דאין לומר דמטבע הוי כלי משום דיוצא בהוצאה, דהא הכא מוקי לה בדינר אנקא ואניגרא שאין יוצאין בהוצאה ואפ"ה עבדי חליפין ע"ש, וכל המפרשים הקשו ע"ז דמי יימר דהכא הוי הטעם דניקני משום כלי, הא לר"ל קיימינן הכא ואיהו ס"ל דפירי עבדי חליפין וכמ"ש ר"ל ש ע"כ כרב ששת מתרץ, אבל למאן דס"ל דבעינן דוקא כלי אה"נ דאנקא ואניגרא לא עבדי חליפין דלאו כלי הוא כיון שאינו יוצא בהוצאה, ואמנם למ"ש לעיל בדבור הסמוך, דבין לשיטת רש"י ובין לשיטת התוס', ר"ל לא ס"ל לדינא כרב ששת, אלא כרב נחמן דכלי בעינן אתי שפיר, ומכאן יהיה ראיה למה שכתבתי:

ברש"י ד"ה תרגמא רב אחא, בששתיהן מעות פסולות דהו"ל כשאר מטלטלין מחליף כיס מלא מעות אניקון בכיס מלא אניגרא ע"כ, הרי כתב שהחליפו גם הכיסים, והוצרך לזה משום דקשיא דמאי משני רב אחא דמיירי באנקא ואניגרא, אכתי מאי מועיל דהא הו"ל פירי ופירי לא עבדי חליפין, ואין לומר דלר"ל קיימינן ואיהי ס"ל כרב ששת דעבדי חליפין, הא כבר הוכחתי לעיל בדבור הסמוך, דלדינא לא ס"ל כרב ששת, ובשלמא לשיטת התוס' (לעיל דף מ"ה ע"ב) דמטבע הוי כלי, מועיל הכא מטעם כלי, אבל לשיטת רש"י שם דמטבע לאו כלי הוא מאי משני, ולזה רש"י לשיטתו הוכרח לפרש שהחליפו גם הכיסים, וכיון שמשך גם הכיס דהוי כלי, הרי נעשה הקנין ע"י כלי וכמ"ש המפרשים:

דף מז.

בגמ' אטו חליפין בשופטני עסקינן, ופרש"י חליפין דקרא, ראיתי לבאר בזה יסוד החליפין דקנין סודר הנהוג אצלינו, שהמקנה אינו נוטל הסודר בתורת תשלומין ושווי של חפץ הנקנה, דהא מחזיר הסודר אח"כ, וא"כ אינו נוטלו כ"א לעשות קנין על ידו, והפרעון ישלם אח"כ בדמים, והנה אם כי הרמ"א (בחו"מ סי' קצ"ה) הביא דמועיל קנין כזה בלא מחלוקת, מ"מ לענ"ד לאו קנין גמור הוא אליבא דכו"ע וכמו שנבאר, דהנה בנדרים (ס"פ השותפין פליגי ר"נ ורב אשי בקנין סודר, ר"נ ס"ל דק"ס קני ע"מ להקנות הוא, ולדבריו צ"ל שהמקנה אין זוכה כלל בסודר שיהא לחלוטין בידו, ושיהיה תשלומי חפץ הנקנה, ואין נוטלו כ"א לצורך קנין, היינו שהקנין יוגמר עי"ז עד שלא יוכלו לחזור, הרי שמעינן מזה דיסוד החליפין דק"ס אינה בתורת שווי ופרעון, כיון שאינו זוכה כלל בסודר, ורק עי"ז יוכלו לגמור הקנין, ורב אשי ס"ל דאי בעי לתופסה מיתפס, שהסודר נקנה לו לחלוטין ורק ברצונו הוא מחזיר, ולדבריו יסוד הקנין של סודר, נמי כעין פירעון ושווי בעד חפץ הנקנה, ואע"ג דהאי סודרא אין שוה כ"כ כמו החפץ, והיכי שייך לומר

דהוי בתורת פירעון, מ"מ בחליפי כלי בכלי לא נביט על השווי כי לפעמים יתן איש כפליים בעד החפץ אשר נצרך לו וחפץ בו וכמ"ש (בקדושין ד"ח) האי סודרא לדידי חזי חמשה סלעים, וכן קיי"ל דנשבעין על כלי פחות משוה פרוטה דהוי נמי מהאי טעמא, ומזה הטעם בעינן בחליפין כלי דוקא, מפני שהוא דבר חשוב ויש חפץ בו לפעמים להחליף בו גם הדבר ששוה הרבה יותר ממנו, וגם זה צ"ל דפלוגתתם הוא בחליפין דקרא, בנעל שנתן בועז לגואל, והגואל הקנה לו עי"ז כל ארץ מחלון וכליון, דלרב אשי לקח הנעל בתורת שווי ופירעון וזכה בו לחלוטין, ולר"נ לא לקח את הנעל לזכות בו לחלוטין כ"א לגמור הקנין על ידו, דאי תימא שלקח הנעל בתורת פירעון, א"כ מנ"ל לר"נ דקני ע"מ להקנות ג"כ מהני, שבלא קרא ודאי דמעצמינו א"א לומר דיועיל בכה"ג, כיון דבחליפין כזה אין שום סברא למה יועיל, ובע"כ דאיהו מפרש דחליפין דקרא מיירי בהכי, וקרא אשמועינן שאפי' בכה"ג שאינו לוקחה בתורת פירעון נמי מהני, ולפמ"ש תמוה מאוד דעת רש"י דהכא, דהא באמת פסקו הפוסקים כר"נ דקני ע"מ להקנות מהני, דכן פסקו הר"ן והרא"ש והרשב"א שם, וגם ברמב"ם וטור אם כי לא זכרו מזה, רק הרמ"א (בחו"מ סי' קצ"ה) הביא כן להלכה, בכ"ז אפשר להוכיח שודאי גם הרמב"ם והטו"מ נמי סוברים כן, דהא רב נחמן שם בנדרים קאמר שבמקום שהבן מודר הנאה מנכסי האב רשאי אפ"ה לזכות לצורך הבן דדמיא לקס דהוי נמי קני ע"מ להקנות, וא"כ הרמב"ם (בפ"ה מנדרים) והטור ומחבר (ביו"ד סי' רכ"ג) שפסקו בזה כר"נ, בע"כ שס"ל גם בק"ס, דק"ס ע"מ להקנות מהני, ולפי מה דקיי"ל כר"נ בזה, בע"כ דחליפין דקרא היינו רק ע"מ להקנות, וא"כ יקשה על רש"י שפירש דחליפין דקרא מיירי שהקפיד, דהא לפמ"ש בע"כ שלקח הנעל רק ע"מ להקנות, וא"כ מה קפידא שייך בזה אחרי שמחויב להחזירו, וי"ל שרש"י יסבור כרב אשי דאי בעי לתופסו מיתפס, וקני ע"מ להקנות לאו קנין הוא כלל, אלא כל ק"ס היינו שזוכה בו לחלוטין בתורת שווי ושייך בו שפיר, קפידה, וכן הוא נמי שיטת התוס' (בקדושין דף ו') וכ"ה בהגהות מיימוני (פ"ה מהל' מכירה) כרב אשי ע"ש:

ומזה עמדתי על טעמי רש"י ותוס' שמיאנו בפיר"ח לחלק בין חליפי דקנין סודר לחליפי דשוה בשוה, דלכאורה מסתבר טעמו מאוד, דבשוה בשוה דהוי הקנין מתורת כסף, דשוה כסף ככסף וכמ"ש הפנ"י שזהו טעם דשוה בשוה, ומשו"ה תסגי אפי' בפירי ולא בעינן כלי, דכלי לא הוצרך כ"א בחליפין, ולא בשוה בשוה דהוי מטעם כסף, וגם הסוגיא מתפרש יפה אליביה, וכמ"ש התוס' עצמו בכל הסוגיא, דלפיר"ת יתיישב כהוגן, וא"כ למה מיאנו גם הם בפירושו, ואפשר לומר דלשיטתייהו אזלי, דהתוס' דס"ל דחליפין דקרא היינו שנטל לזכות בו לגמרי וכמ"ש בקדושין, וכן רש"י דס"ל נמי הכי וכמ"ש,

וא"כ לדידהו גם חליפין דקרא הוי בתורת שווי ואפ"ה בעינן נעל דוקא, הרי דגם בחליפין שהוא בתור שווי ופרעון בעינן נמי כלי דוקא, וממילא דאפי' בשוה בשוה נמי כלי בעינן, דאין שום סברא מעתה לחלק בין חליפי דק"ס לחליפי דשוה בשוה כיון שגם הך דק"ס נמי הוי בתורת שווי, ואכן ר"ת יסבור כשיטת כל הראשונים, דחליפין דקרא לאו בתורת שווי הוא רק ע"מ להקנות, ולזה שפיר מחלק בין חליפין כאלו לחליפי דשוה בשוה דהוי מטעם פירעון, ואכן שוב חזרתי מזה, דאדרבה לשיטת רש"י ותוס', דחליפי דקרא היינו בתורת שווי, כ"ש דיש לחלק בין חליפי דק"ס לחליפי שוה בשוה, דבאמת לפמ"ש הפנ"י בטעם סברת ר"ת, דשוה בשוה הוא מטעם כסף דשוה כסף ככסף, א"כ קשה טובא דלמה לו שוה בשוה דוקא, הא בפרוטה אחת יכול לקנות כל המקח, וההי"ד בשוה פרוטה, דשוה כסף ככסף, וא"כ למה דייק הר"ת בדבריו שוה בשוה דוקא, דמשמע הא אינה שוה ממש לא. אלא ברירא דמילתא הכי הוא, דבאמת לאו בשופטני עסקינן שיקח ממנו שוה פרוטה בתור פרעון חפץ ששוה הרבה, והא דמהני באמת לקנות בשו"פ כל המקח, היינו משום דמותר דמי המקח זוקף עליו במלוה, דהוי כמו שקיבל כל דמי המקח, והכי מפורש ברש"י (לקמן דף מ"ח ע"ב) ד"ה בזמן שא"ל ערבוני יקון, וז"ל יקנה שלא נתנה לו בתורת תחלת פרעון והשאר עליו מלוה, אלא בתורת שערבון זה יקנה הכל והא לאו מילתא היא עכ"ל, הרי להדיא שדוקא כשזוקף השאר במלוה הוא דקונה בפרוטה, אבל אם ירצה לקנות הכל בפרוטה לא מהני בקנין מעות. ולפי"ז יקשה דא"כ בחליפי דק"ס דהוי נמי בתורת פירעון לשיטת רש"י ותוס' ואפ"ה מהני בכלי שו"פ וגם פחות, לקנות כל המקח ששוה הרבה יותר, וצ"ל דכיון שכלי הוא ויצאו כלים למה שהן, דלדידיה שוויא יותר וכמ"ש לעיל שזהו הטעם דבעינן כלי דוקא, שהוא דבר חשוב ויש חפץ בו לפעמים גם להחליף חפץ גדול וטוב ממנו, ולהכי אע"ג דק"ס הוי נמי בתורת פירעון והוי כענין מעות, אפ"ה בעינן כלי דוקא, דאי לאו כלי לא שייך לקנות ע"י פירעון כזה, דבר ששוה הרבה יותר, ולא זקף במלוה נמי, דבמעות ממש נמי לא היה מועיל כה"ג, משום דלאו פירעון מעליא הוא, ודוקא בכלי הוי פירעון מעליא, והיינו דוקא בחליפי דק"ס כיון שאינו שוה כ"כ כמו החפץ שנקנה, להכי בעינן דוקא כלי, אבל בשוה בשוה ממש, שזה הוי תשלומין מעליא, אה"נ שאפי' בפירות מהני כיון דהוי בתורת דמים וכל שוה כסף הרי הוא ככסף. אלא דלפי"ז יוחזר הקושיא על רש"י ותוס' דמיאנו בפר"ת, ואפילו בשוה בשוה נמי בעינן כלי דוקא, ואמאי תיפוק ליה דמהני מטעם מעות'. ונ"ל דיסוד הפלוגתא בין רש"י ותוס' עם הר"ת, יבואר עפמ"ש בשמ"ק בריש פירקין, היכי דנתן מעות בתורת חליפין, במה יש להכיר אם בתורת דמים או חליפין הם, ובשם

הרא"ש כתב, דההיכר. אין תלוי בלשון ותנאי הנתינה, כ"א בקפידת החשבון, אם לא הקפיד בחשבון הוי חליפין, ואם הקפיד בחשבון הוי כדמים אע"ג דנתנן בתורת חליפין, והן הן ממש דברי הפנ"י דשוה בשוה כיון שהקפיד על השווי הוי דמים, והפנ"י הוא כמגלה ישינות בזה, דבר שכבר מפורש יצא מפי הרא"ש, ואכן בשיטת רש"י מבואר שם, שהעיקר תלוי בלשון הנתינה, דאם נתנן בתורת חליפין הוי חליפין ולא דמים והכי מפורש ברש"י ריש פירקין וז"ל אע"ג דמעות אין קונות ה"מ בשנתנו בתורת דמים כדרך מקח וממכר אבל נתנן בתורת חליפין כו', וכדברים הללו כתבו התוס' (לעיל דף מ"ו) ד"ה ש"מ, דבזה שמא גרים ואי נתנו בתורת חליפין הוי ע"ז שם חליפין, ולשיטתם דהעיקר הוא בתנאי ולשון הנתינה, להכי אפי' בשוה בשוה דהיה מועיל מטעם תורת דמים, אפ"ה כיון דמפרש בתורת חליפין לא שייך בזה קנין מעות, ומטעם קנין חליפין נמי אין מועיל, דבחליפין דוקא כלי בעינן, דחליפין דקרא היינו נמי בתורת שווי ואפ"ה כלי בעינן, וא"ש בזה הא דאין אשה נקנית בחליפין וסתמא קאמר אפי' בחליפין דשוה בשוה, היינו שנותן לה הסודר לחלוטין, וא"כ יקשה בשלמא בחליפי דק"ס לא מיקדשא כיון דהדרא למאריה ונמצא שאין האשה נהנית, אבל כשנותן לה הסודר לחלוטין למה לא תתקדש עכ"פ מטעם כסף דאית בה, ולמ"ש בשיטת רש"י דשמא גרים, וכשנותנה בתור חליפין לא מיקרי זה כסף, ובאשה דילפי' משדה עפרון, לא ילפינן אלא כסף ולא חליפין, אכן הר"ת יסבור כשיטת הרא"ש דלאו בשמא תלוי כ"א בקפידה ואם הקפיד לדקדק בשווי ערכה יצא בזה מתורת חליפין והוי תורת דמים, ולהכי לא בעינן כלי, דבתורת דמים כל שוה כסף הוי ככסף ואפי' פירי נמי, ודוקא בחליפין דק"ס בעינן כלי דוקא, או משום דלא דיקדק בשוויה, או משום דס"ל דקני ע"מ להקנות הוא ואינה כלל בסוג קנין מעות, והדברים מבוארים ודו"ק. ולפמ"ש יתבאר דהאי מרגניתא טבא שחידש הפנ"י בסוגיין, דשוה בשוה מטעם כסף הוא, זולת דלאו חידוש הוא, וכבר קידמו הרא"ש בזה, עוד לאו מילתא דפשיטא הוא אליבא דכו"ע, דרש"י ותוס' יפלגו ע"ז. תבנא לדינא דק"ס כפי הנהוג אצלינו שאינו נוטלו כ"א לצורך קנין, ולא לחלוטין בתורת שווי, לאו דין מוסכם הוא דמהני, דרש"י ותוס' והגהות מיימוני פליגי וסוברים שצריך שיטלנו לסודר דוקא ע"מ לזכות בו לחלוטין, ואי נוטלו ע"מ כן ואח"כ מחזירו מרצונו שפיר דמי אבל ליטלו לצורך קנין לחוד לא מהני, דחליפין כאלו לא מצינן בקרא, ולעיל (דף מ"ה ע"ב) הוכחתי שגם ר"ה גאון יסבור נמי כן, ואע"ג דלפמ"ש בשם רש"י דעיקר חליפין שנוטלו בתור פירעון, וא"כ כשהתנה לשלם הפירעון בדמים, והקנין עושה ע"י הסודר, לא מהני לכאורה אפי' כשנוטל הסודר ע"מ לזכות בו, ואכן אפ"ה נראה כיון שנטל הסודר ע"מ

לזכות בו דמהני, וכמ"ש רש"י להדיא דגאולה זה מכירה ולא נתן עוד הדמים ורוצה לקיים המקח ע"י חליפין ע"ש בסמוך ד"ה גאולה, הרי להדיא שאפי' אם התנה לשלם בדמים נמי מהני ק"ס, והיינו משום דכיון דניחא לקונה שהמוכר יהא מקנה לו מיד קודם קבלת דמים להכי מקנה לו הסודר יתר על הדמים וכמ"ש בשמ"ק לקמן. ועוד י"ל דעיקר הפרעון הוא הסודר ורק תנאי מתנה במכירה לשלם לו עוד מעות וצ"ע בזה, אבל אם אין נוטל הסודר כלל ע"מ לזכות בזה פשיטא דלא מהני לרש"י ותוס' וכמ"ש, ולפלא על הפוסקים שלא זכרו מזה והרמ"א סתם למיפסק כר"נ בלי חולק, בעת שמחלוקת גדולה לפנינו, ודו"ק:

בגמ' אמר מר מכור לי באלו קנה לימא סבר ר"ה מטבע נעשה חליפין, הרמב"ם בפיה"מ (קדושין דף כ"ח) כתב, דהא דמטבע אין נעשה חליפין היינו דוקא כשהקפיד על המנין ועל החשבון דבזה י"ל דדעתא אצורתא ועבידא דבטלה, אבל כשלקח דינרים באומד וא"ל אלו חליפי חפץ פלוני מהני, דבזה כיון דלא הקפיד לידע החשבון והמנין א"א לומר דדעתיה אצורתא ושפיר מהני ע"ש, ובתוי"ט שם הקשה על הרמב"ם דא"כ מאי פריך הכא לימא סבר דמטבע נעשה חליפין, הא כיון דמכור לי באלו קאמר ולא דיקדק על החשבון משו"ה מהני ע"ש, ובפשוטו יש לומר דהרמב"ם לא כתב דבאומד מהני כ"א כשאומר בלשון חליפין וכמ"ש אלו חליפי חפץ פלוני, דבזה אין דין אונאה ואפי' אם ימצא שם פחות או יותר הגיעו, בזה שפיר אמרינן דבע"כ אין דעתו אצורתא דאיך שייך לומר שדעתו דוקא אצורתא כיון שאין יודע כלל מה יש שם, אבל הכא דמכור לי קאמר ויש בזה דין אונאה, א"כ בע"כ צריך להמצא בזה כשווי החפץ, ואם לא נמצא כזה יוסיף לו מביתו, א"כ ודאי אמינא שדעתו היה אצורתא דוקא, ומה שלא הקפיד על החשבון והמנין סמך בזה שיוסיף לו מביתו אח"כ כשלא ימצא בזה שווי חפצו אבל זה ודאי שסכום מעות הנמצאים בידו כעת יחשבנו בחשבון כמעות טובות וכפי שער והמקח שיש להם, ולהכי ודאי דעתו אצורתא בזה, ושפיר מקשה דבנ"ד בכה"ג שמכר לו באומד נמי אין נעשה חליפין במטבע, דגם בזה שייך הטעם דעבידא דבטלה, ודו"ק:

דף מז:

בגמ' ומפני מה אמרו משיכה קונה גזירה כו', הנה הא דמשיכה קונה היינו רק אותו החפץ הנמשך לענין חיוב אחריות, אבל לא אמרינן שמשיכה יקנה לגמרי גם את המעות, היינו שבמשיכת לוקח את המטלטלין יקנה המוכר המעות בכ"מ שהם, וכמו בחליפין דבמשיכה של אחד נקנה החפץ השני בכ"מ שהוא, זה לא אמרינן וכמ"ש ברש"י לעיל

ע"א ד"ה מהו, וכן מבואר להדיא בב"י (חו"מ סי' ר"ג) ובכ"מ (פ"ו ממכירה) ע"ש, ואכן לעיל (דף מ"ו ע"ב) בתוד"ה ופירי הוכחתי שם שהיינו דוקא לר' יוחנן דמשיכה לא קני מה"ת, והא דעקרו קנין מעות לגמרי ולא תקנו דבשניהם יקנו, היינו שלא יאמר הלוקח נשרפו וכמ"ש הריב"ן בתוד"ה נשרפו, ולזה די רק אם נתקן שהמשיכה מהני לענין שהחפץ הנמשך עומד ברשות המושך ושוב אין חשש, ומהיכי תיתי לתקן בחנם דמשיכה יקנה קנין גמור, אבל לר"ל דמשיכה הוי מה"ת, אה"נ דמשיכה הוי קנין גמור, וגם המעות יהא נקנה למוכר בכ"מ שהם, ועמש"ש בארוכה:

ברש"י ד"ה אי אמרת בשלמא, פי' דטרח ומציל משום שיכול לחזור אם יוקירו ע"ש, ולכאורה תמוה ל"ל לפרש דמשום חשש יוקרא יטרח להציל, שזה לא הוי ודאי כ"כ, דאולי לא יחוש לשמא יתייקר דכמו שיוכל להתייקר יוכל גם שיוזל, ומספק אפשר לא יטרח להציל וכמו שטען כן באמת הרמב"ן במלחמות, ולמה לא פירש כפשוטו משום חשש שיחזור הלוקח כשישרף. וצ"ל דרש"י לשיטתו הוכרח לפרש כן משני טעמים, חדא דהא רש"י ס"ל דלר"ש אין יכול הלוקח בשום פעם לחזור, ואפי' היכי שיש חשש הפסד, ודלא כשיטת ר"ת בתוספת, וא"כ אי נימא דהתקנה הוא שיטרח להציל מחשש חזרת הלוקח, לא יתיישב לר"ש, דלדידי' דלא יכול הלוקח לחזור, מפני מה משיכה קונה, ולזה הוכרח לפרש דמחשש יוקרא הוא וכמ"ש מהרש"א ע"ש. שנית י"ל והוא העיקר, דבסמוך ברש"י ד"ה כך תקנו כתב וז"ל דמכי מוקמת לחזרה ברשות לוקח מסר נפשיה וטרח ומציל שאם יראה דליקה באה יאמר חוזרני בי ע"כ, ובהגהות אשר"י הוכיח מלשון רש"י, דס"ל כשיטת בעה"מ, שדוקא קודם שנשרף יכול לחזור אבל לאחר שנשרף כיון שאין החפץ בעולם אין יכול עוד לחזור ע"ש, ועיין מה שכתבתי לקמן (דף מ"ט) בבאור סברת בעה"מ, וכשאני לעצמי הוכחתי זה ממה שמסיים שם באותו דבור וזה לשונו ולקמן אמרה רב חסדא כו' ומה צריך לכל האריכות, אלא משום שמעובדא דהתם מוכח שדוקא מקודם יכול לחזור, דאי גם אח"כ א"כ אמאי חזר מיד כששמע דבעי למינסביה דבי פרזק, ולא המתין עד שינסבו אותה, דאולי לא ינסבו אותה, אע"כ דמשום שאח"כ לא יוכל עוד לחזור, להכי הקדים לחזור קודם שקרה האונס, והכי הוא ראיית בעה"מ עצמו ע"ש, וכיון שכן הוא שיטת רש"י, להכי לא יוכל לפרש דהחשש הוא שמא יחזור הלוקח, ולהכי יטרח להציל, הא לאחר שנשרף לא יכול עוד לחזור, וא"כ למה יטרח זה להציל, דהא תינח אם הלוקח ידור במקום המוכר, אז יש אכתי חשש הזה, דמשעה שרואה דליקה יאמר חוזרני קודם שנשרף, ושפיר יטרח להציל בכדי שלא יחזור קודם שנשרף, אבל כשהלוקח במקום אחר ואין רואה שהדליקה קרוב לבוא, ורק אח"כ יתוודע

לו שנשרף, ואו שוב אין יכול לחזור, ומהיכי תיתי יטרח להציל, והוכרח לפרש דהחשש הוא משום יוקרא. ואמנם כ"ז הוא רק רש"י לשיטתו, אבל התוס' דלא ס"ל כרש"י בשני אלו, דהא ס"ל שגם לר"ש מצי לחזור כשנשרף, וגם ס"ל דאפי' אחר שנשרף נמי יכול לחזור, דהא אפי' לר"ש מצי לחזור אחר שנשרף וכ"ש לרבנן, ממילא ודאי שא"צ להם לדחוק כפרש"י דמשום חשש יוקרא יטרח להציל, אלא יפרשו כפשוטו דהחשש הוא שמא יחזור הלוקח אם ישרף וכמ"ש המהרש"א דהכי נוח טפי:

אלא דצריך ביאור לשיטת התוס' למה הוצרכו לתקן שגם המוכר יכול לחזור הא בהחזרת לוקח לחוד סגי, דשוב אין חשש שיאמר לו נשרפו חטיך כיון דהלוקח יכול לחזור יטרח ויציל, בשלמא לסברת רש"י ניחא מה שהוצרכו לתקן דשניהם יכולים לחזור, דחזרת לוקח לחוד ודאי שאין מועיל כלל במקום שאין הלוקח בקרבת המוכר כיון דאחר שקרה האונס לא יוכל עוד לחזור, וקודם שבא האונס לא יוכל עוד לידע, אחרי שאיננו בקרבתו, ובע"כ צ"ל דעיקר התקנה היתה בחזרת מוכר, שיכול לחזור משום חשש יוקרא, והכי משמע נמי לשון דרב חסדא כדרך שתקנו משיכה במוכרין כך תקנו בלקוחות, דמשמע שעיקר התקנה היתה במוכר, ורק מחמת שעל התקנה הזאת לא סמכו עוד כ"כ, דכיון דאינו אלא ספק שמא יתייקר, ואולי לא יחוש המוכר לטרוח מספק, לזה צרפו עוד לתקן שגם הלוקח יכול לחזור קודם שנשרף ועי"ז כ"ש דטרח טפי להציל, חדא מפני ספק יוקרא, ועוד מחשש שמא יתוודע ללוקח שהאונס ממשמש ובא ויאמר חוזרני בי, וע"י הצטרפות שני החששות הוי כ"ש שיציל טפי, אבל עיקר התקנה היתה במוכר לחוד, ובזה פליגי ר"ש ורבנן, דרבנן ס"ל שאע"ג דתקנו במוכר, אפ"ה צריך עוד לתקן חזרת הלוקח, דעי"ז כ"ש דטרח טפי, ור"ש סובר דלא נצרך לזה דמחשש יוקרא נמי יטרח להציל ודי בחזרת מוכר לחוד, אכן לשיטת התוס' דס"ל דלוקח לעולם חוזר אחר שנשרפה ואפי' לר"ש, וא"כ בתקנת חזרת לוקח לחוד ודאי דסגי, דבלי ספק יטרח להציל שלא יחזור הלוקח דאין מקום עוד לשום חשש, וא"כ למה תקנו חזרת מוכר נמי וצ"ל שבאמת חזרת מוכר לא היה בכלל התקנה, מחמת חשש דשמא נשרפו, רק הא דמוכר יכול לחזור ממילא מסתעף הוא מתקנת חזרת הלוקח, דכיון דתקנו דהלוקח חוזר כשאירע אונס ואוקמי הדבר ברשות מוכר לענין אונסין משו"ה יכול לחזור, דכיון דאי נשרף הוי ברשות דידיה, אכתי לא זכה בהו הלוקח וכמ"ש הר"ח, הלכך מצי למיהדר, אבל התקנה לא היתה באמת כ"א בלוקח לחוד:

אלא דלפי"ז יוגדל הקושיא, דלשון דרב חסדא כדרך שתקנו משיכה במוכרים כך כו', דמלשון זה משמע דעיקר התקנה היתה במוכר, וכבר עמדו בקושי' זאת כמה ראשונים.

ונ"ל ליישב, דהנה לשי' התוס' דאחר שנשרפו יכול נמי לחזור, א"כ קשה טובא למה יכולים לחזור גם כשלא בא שום אונס, ולא סגי בזה שנאמר דאם נשרף אז יכול הלוקח לחזור, ומחשש זה יטרח להצייל, אבל בלא אונס לא יהא יכול לחזור וכמו לר"ש דסובר כן באמת לשיטת התוס', דאם קרה אונס יכול לחזור ולא קודם, וא"כ מ"ט דרבנן דפליגי וס"ל שאפילו בלא אונס נמי יכול לחזור, ובשלמא לשיטת רש"י ניחא, דעיקר החזרה הוא דוקא קודם שבא האונס, דאח"כ לא מצי עוד לחזור, כיון שאינו שוב בעולם, אבל לשיטת התוס' דגם אח"כ יכול לחזור, א"כ מ"ט דרבנן דס"ל שגם קודם יכול לחזור, וע"ז לא נאמר בש"ס שום תירוץ, וקושיא זאת אלימתא טובא לשיטת התוס', לזה נ"ל דחדא קושיא מתורצת בחבירתה, דלפמ"ש דטעם חזרת המוכר אין זה מחמת חשש דשמא נשרף כ"א מחמת שאין ללוקח זכייה אכתי, דהא ברשותו עומד לענין אונסין, א"כ מזה הטעם גופא יכול הלוקח לחזור אפי' קודם שבא האונס, אלא משום שאין לו עוד זכייה, ובאמת מחמת חשש דנשרפו היה סגי אם יכול לחזור כשבא האונס ולא קודם, רק כיון דכבר הופקע החפץ מרשות הלוקח, ממילא יכול לחזור גם קודם בוא האונס, וזהו דקאמר הש"ס דפליגי בדרב חסדא, דנתכוון בזה לתת טעם לדברי רבנן דס"ל שהלוקח יכול לחזור גם קודם בוא האונס, והא אין נחוץ זה לחשש דשמא נשרפו, דלזה היה די גם בהחזרה שאחר ביאת האונס, ע"ז משני דרבנן ס"ל כמו שתקנו משיכה במוכרין, שגם תקנה הזאת אינה נחוצה לחשש דשמא יאמר, דבחזרת לוקח לחוד נמי היה די, ובע"כ דחזרת מוכר לאו מחשש דשמא יאמר הוא, אלא משום דכיון דברשותו עומד לענין אונסין ונמצא דלא נגמר המקח, ומשו"ה יכול לחזור, כך תקנו משיכה בלוקח, כלומר מפני זה הטעם גופא גם הלוקח יכול לחזור, דכיון שאין לו ללוקח שום זכייה עוד ודאי דמצי לחזור, ודו"ק היטב בשיטפא דלישנא דש"ס אשר מבואר יפה לדברינו, ולפי שחזרת הלוקח ילפי מחזרת המוכר, להכי קאמר רב חסדא כדרך שתקנו במוכר כו', ואין להקשות דא"כ מ"ט דר"ש דס"ל שהלוקח לא יכול לחזור קודם שנשרף, הא טעם דרבנן מסתבר מאוד, דכיון שהופקע קנין הלוקח ואינו עוד ברשותו למה לא יוכל לחזור, ומצאתי בשמ"ק שהקשה כן על ר"ש ותי' דר"ש מחלק בין מוכר ללוקח, דחזרת המוכר הוא על התבואה שלא ירצה לתת לו התבואה והתקנה היתה ע"ז להכי יכול לחזור, אבל הלוקח כשבא לחזור מבקש המעות ועל המעות לא היתה תקנה, דלענין זה נגמר המקח להכי לא מצי לחזור, ע"ש באריכות בשם תלמידי הר"ף:

הדרן לדברינו דלשיטת התוס' עיקר התקנה בכדי לתקן החשש שלא יאמר נשרפו כו' היה רק בחזרת לוקח לחוד, דבמה שהלוקח יכול לחזור לא ישאר עוד שום חשש בזה,

וחזרת המוכר אין זה לתקון החשש דשלא יאמר, כ"א מחמת שהעמידו ברשותו לענין אונסין ממילא יכול לחזור כיון שלא נגמר המקח, וטעם חזרת הלוקח קודם בוא האונס, נובע הוא מתקנת המוכר, דכמו שהמוכר יכול לחזור מטעם שלא נגמר המקח, מטעם זה גופא גם הלוקח יכול לחזור, אחרי שאין לו עוד זכיה במקח הזה, וא"ש לשון דרב חסדא כדרך שתקנו במוכר, דמשמע שעיקר התקנה היתה במוכר, שאה"נ דלפירושם הוא דהא דמשני הש"ס בדר"ח פליגי קאי זה רק לתרץ מ"ט דרבנן דס"ל שגם קודם האונס יכול לחזור ובזה אה"נ דחזרת הלוקח מחזרת המוכר יליף, וגם יתיישב לפירושם מה שהקשה בשמ"ק, דהא הא דפריך אלא לר' יוחנן מאי בינייהו, היינו טעמא דמילתא דכל אחד, דרבנן ס"ל שאפי' קודם האונס יכול לחזור, ולר"ש דוקא אחר בוא האונס, וא"כ מאי משני בדרב חסדא פליגי, הא אכתי מהכא לא ידעינן טעמא דפלוגתייהו, וגם מקמי הכי הוי ידעינן דרבנן ס"ל כר"ח, ור"ש לית ליה דרב חסדא, דהא לר"ש אין לוקח יכול לחזור ע"ש שטרחו לתרץ, ולמ"ש בשיטת התוס' ידעינן שפיר טעמא דמילתא עי"ז, דכמו שתקנו במוכר, טעם זה הוי גם בלוקח, ולפי"ז כיון דתי' הש"ס בזה, היינו לתרץ טעמא דרבנן לא ס"ל כר"ש שלא יוכל לחזור קודם ביאת האונס, ובזה הוי שפיר הילפותא בלוקח מחזרת מוכר, ולכן נהי דבעיקר התקנה דשלא יאמר נשרפו היה בלוקח, אבל חזרת הלוקח קודם ביאת האונס שע"ז קאי תי' הש"ס, זה יליף בלוקח ממוכר, וא"ש לשון דרב חסדא, זהו שיטת התוס' בפירוש הש"ס, וממילא מסתעף מזה שמוכרחים לפרש שגם ר"ש סובר דאחר השריפה יכול לחזור, כיון דלשיטתם התקנה דשלא יאמר נשרפו לא היה כ"א בחזרת לוקח לחוד, ואי אמרת דלר"ש לעולם אינו חוזר לוקח, א"כ מ"ט דר"ש דעקרו קנין מעות, הא לדידיה אינו מתוקן גם עתה, כיון דלא יוכל לחזור לא יטרח להציל, וג"ז מוכרח שהתוס' לא יסברו כשיטת בעה"מ, דאי כשיטת בעה"מ דאחר שנשרף אין יכול לחזור, אין די בחזרת. לוקח לחוד וכנ"ל. אכן רש"י מיאן בפי' התוס' לפרש דבחזרת לוקח לחוד סגי לענין שלא יכול לומר נשרפו, דלישנא דרב חסדא דכשם שתקנו משיכה במוכר משמע שעיקר התקנה במוכר הוי, ולפרש דהא דקאמר כשם, הוי טעם מפני מה יוכל לחזור קודם ביאת האונס, לא ניחא לו נמי, דא"כ קשה מ"ט דר"ש דס"ל שאין יכול לחזור וכמ"ש לעיל, דלשיטת התוס' יש לדחוק כמ"ש הש"מ לחלק בין חזרת מוכר דהוי בתבואה, לחזרת לוקח דהוי בכסף וכנ"ל, ורש"י לא ניחא לו בדוחק הזה, ולזה בכדי לתרץ לשון דרב חסדא בחר לפרש דעיקר התקנה לענין שלא יאמר היה במוכר, ומשום חשש יוקרא טרח ומציל, וחזרת לוקח הוי רק לענין צרוף הטעם, דאילו ליוקרא לחוד אפשר דלא הוי חיישׁ מוכר כולי האי, ור"ש ס"ל דסגי בחשש

יוקרא לחוד, וכיון שכן היה מוכרח ממילא לפרש כשיטת בעה"מ דאחר ביאת האונס אין יכול הלוקח לחזור אפי' לרבנן, דאי לעולם יכול לחזור הוי סגי בחזרת לוקח לחוד, ולמה לן חזרת מוכר ומשום חשש יוקר, אע"כ דלאחר שנשרף אין יכול שוב לחזור, וא"כ בחזרת לוקח לא היה מועיל כלל, אם לא מחשש יוקרא, ודו"ק היטב בכ"ז כי הדברים נכונים ואמיתיים וכל חלוקי השיטות זה בזה תלוי. ולפמ"ש נדחה מ"ש המהרש"א, דמ"ש רש"י טעם דיוקרא היינו רק לר"ש דס"ל שאין הלוקח יכול לחזור ולדידיה בע"כ הוצרכו בחזרת מוכר, אבל לרבנן דס"ל שגם הלוקח יכול לחזור יהיה הטעם מחמת חזרת הלוקח ע"ש, ולפמ"ש זה אינו, דלשיטת רש"י שאחר השריפה א"י שוב לחזור, לא יוכל להספיק כלל טעם חזרת הלוקח, דמה הועילו במקום שאין הלוקח בקרבת המוכר, ואין יודע עד אחר שכבר בא האונס, אע"כ שגם לרבנן הוי עיקר התקנה משום יוקרא, ומ"ש רש"י אח"כ בד"ה כך תקנו, דגם חזרת לוקח תקנו בשביל אותה תקנה, היינו משום דלא סמכו אחזרת מוכר לחוד וכנ"ל, והכי מדוקדק לשון רש"י שז"ל כך תקנו משיכה ללוקח בשביל אותה תקנה דכ"ש דכי מוקמת כו', הרי משמע מדבריו שעיקר התקנה היתה בחזרת מוכר, ורק הצטרפו לה נמי חזרת לוקח, דמעתה כ"ש שיטרח, וכן משמע מרש"י לעיל (דף מ"ו ע"ב) ד"ה גזירה, שהביא טעם דיוקרא בסתם, והיינו אפי' לרבנן, דהא התם לא קאי דוקא לר"ש, והיינו דלא כמהרש"א, ודו"ק היטב כי הרבה קושיות מפרשים מתורצים מכלל דברינו עיין עליהם, וכן מה שטען הרמב"ן על בעה"מ שהוכיח מלשון דרב חסדא דכשם שתקנו משיכה במוכר דעיקר התקנה היתה במוכר מכלל דלוקח לא יכול לחזור, והרמב"ן טען ע"ז דהא נוכל לפרש כרש"י, ומתוך דברינו מיושב, דהא אי לאו כבעה"מ לא היה דחק רש"י לפרש כן, דהא זה גופא צריך טעם מה שדחק רש"י לפרש כן, וע"כ דמשום דסובר כבעה"מ היינו דדחקו לפרש הכי, ודו"ק:

בגמ' ד"ת מעות קונות, והנה במתנה דליכא מעות כתב הרמב"ן דקונה בחליפין ובחצר, ועיין בקצוה"ח (סי' קצ"ח) שתמה דלדמ"ד מעות קונות היינו דוקא מעות ולא שום קנין זולתו וגם יד אין קונה א"כ כ"ש דחצירו דהוי מטעם יד אין קונה ע"ש. ולעד"נ דאפי' למ"ד מעות קונה לא בא למעט ששום קנין זולת מעות לא יקנה, דא"כ אפי' במעות גופא לא משכחינן קנין, דהיאך יקנה המוכר להמעות, וגם היכי משכחינן לקנין חליפין, דע"י שמושך זה החפץ נקנה אידך להשני, ובמה יקנה הראשון, ועוד היכי יעלה על הדעת דשום קנין לא יועיל, הא קנין יד מפורש בתורה ונתן בידה, אלא ודאי דבקנין יד לא פליג ר' יוחנן, ומודה דזה ודאי מהני, ולא פליג כ"א במשיכה ובשארי קנינים שלא הכניס עוד הלוקח לרשותו ממש, והו"ה חצירו דהוי מטעם יד נמי קנה, ועוי"ל עפמ"ש המקנה

(בקדושין כ"ב) שאפי' משיכה מהני לר' יוחנן ועיקר פלוגתתם במוכר מטלטלין במעות, באיזה דבר צריך להיות המשיכה, אם המוכר במעות, או הלוקח במטלטלין, אי בעינן משיכת מוכר דוקא או משיכת לוקח ע"ש וא"ש:

תוד"ה אא"ב, פרש"י דטרח מוכר ומציל שאם יתייקר יכול לחזור ולוקח לא יכול לחזור אם יוזילו כו' ור"ת מפרש דאם נשרפו יכול לחזור אפי' לר"ש כו' ואפי' משום יוקרא וזולא יכול לחזור אפי' לר"ש כו' ע"ש שהבינו דרש"י חולק עם ר"ת בשניהם, בנשרפו וביוקרא וזולא, דלר"ת יכול לחזור אפי' ביוקרא וזולא שלא נפסד לגמרי, ולרש"י אפי' בנשרף דנפסד לגמרי ג"כ לא מצי חוזר, וי"ל מנ"ל דרש"י חולק אפי' בנשרף, דהא תינח בזולא כתב להדיא דלוקח אין חוזר דז"ל בד"ה אא"ב בסוה"ד ולוקח לא מצי לחזור דמעות קונות, ואע"ג דלא הזכיר בהדיא דהיינו גם בדהוזל, כמו שהעת ק התוס' לשון רש"י, מ"מ בע"כ שהיינו אפי' בדהוזל דהא רש"י נתכוון בזה לתת טעם דמוקמינן החזרה במוכר משום יוקרא, ולא מוקמינן החזרה ללוקח משום זולא, ע"ז תירץ דלוקח אין יכול לחזור, הרי להדיא שאפי' בדהוזל נמי אין יכול לחזור לר"ש, אבל מנ"ל לתוס' דאפי' בנשרף שהופסד לגמרי ג"כ פליג רש"י וסובר דא"י לחזור, שמא בכה"ג דהופסד לגמרי גם רש"י מודה דיכול לחזור וכמוכח מש"ס לקמן גבי פרזק כמו שכתבו התוס', ונראה פשוט דפשיטא היה כן לתוס' שאפי' בנשרף פליג רש"י, והיינו משום דדחיק עצמו לפרש דטעם התקנה הוא, דטרח ומציל משום יוקרא, ושזה הוי טעם חלוש לומר דמספק שמא יתייקר יטרח להציל, ולמה לא פי' כפשוטו דיטרח להציל בכדי שלא יחזור הלוקח וכפי' התוס' ובע"כ משום דסובר רש"י דלר"ש אין הלוקח יכול לחזור לעולם אפי' בדנשרף, ולהכי לא מצי לפרש מטעם חזרת הלוקח, דא"כ מ"ט דר"ש דתקנו משיכה, הא לדידיה א"י לחזור אפי' בנשרף, ובע"כ דהטעם הוא דיטרח להציל משום יוקרא, וכמ"ש המהרש"א באמת כן בשיטת רש"י, ומזה הוכיח התוס' דלרש"י אפי' בנשרף נמי אין יכול לחזור לר"ש, ולשני אלו ההוכחות נתכוונו התוס' בזה שהעתיקו כל הפרש"י דטרח מוכר להציל שאם יוקירו כו' ולוקח לא יחזור אפי' אם יוזלו כו', היינו משום דטעם דטרח מוכר הוי הוכחה שרש"י פליג אפי' בנשרף להכי הוכרח לפרש דטעם התקנה הוא משום יוקרא, ומ"ש ולוקח לא יחזור אם יוזלו, הוי הוכחה דגם בדהוזל סובר שא"י לחזור, וזה פשוט בכוונת התוס':

ואמנם באשר לפי"ז יהיה ראיותיו של ר"ת קושיות חזקות לשיטת רש"י, לזה נלע"ד דאין מוכרח כלל לומר דרש"י פליג לגמרי עם ר"ת, והיכי דנשרף נראה פשוט שגם רש"י סובר כר"ת דיכול לחזור אפי' לר"ש וכיון שהופסד לגמרי אפי' מי שפרע נמי אין לו,

דכיון שבשום מקום לא נזכר ברש"י ההיפך מנ"ל לחדש מעצמינו דרש"י פליג גם בזה, והוכחת התוס' דא"כ למה דחק לפרש מטעם דיוקרא ולא משום שמא יחזור הלוקח, לפמ"ש לעיל ברש"י ד"ה אא"ב, להוכיח דרש"י סובר כשיטת בעה"מ דאחר שנשרף אין יכול לחזור אפי' לרבנן כיון שאינו כבר בעולם, ורק החזרה הוא קודם ביאת האונס, ולזה בלא"ה לא יוכל לפרש דטעם התקנה שמא יחזור הלוקח, דהא טעם זה אין מספיק כלל, דאיך שייך לומר דתקנו דמשיכה קונה שלא יאמר נשרפו, הא גם עתה כשתקנו משיכה נמי יכול לומר נשרפו, כיון דכבר בא האונס אין יכול לחזור, לזה הוכרח לפרש דטעם התקנה הוי משום יוקרא, ועמש"ש בארוכה, אבל בעובדא דפרזק דחזר קודם שנסביה פרזק דהוי קודם שבא ההפסד, גם רש"י מודה דמצי לחזור אפי' לר"ש, כיון דאם לא יחזור יפסיד לגמרי מצי חוזר, וא"כ אזדא הוכחת התוס' דמדפרש"י טעם דיוקרא מכלל דלר"ש אין יכול לחזור לעולם, דז"א דלהכי פי' משום יוקרא, היינו משום דטעם דחזרת לוקח אין מספיק לשיטתו, אבל בזה ודאי גם רש"י מודה דהיכי שיש חשש הפסד לגמרי יכול לחזור וכשיטת ר"ת, אלא דלר"ת הוי החזרה גם אחר ההפסד, ולרש"י רק קודם ההפסד, וגדולה מזה נראה, דאפי' בהוזל, שבזה לכאורה מפורש ברש"י דא"י לחזור וכמ"ש ודלא כר"ת, בכ"ז נ"ל ברור שלא בכל אופני זול ס"ל דאין יכול לחזור, דלפעמים גם בהוזל יכול לחזור, דהנה לכאורה קושית התוס' עצומה מאוד, היכי ס"ד דלר' שמעון א"י לחזור בדהוזל, והא ש"ס ערוך (לקמן דף ע"ד) כי קאמר ר"ש בחד תרעא בתרי תרעי לא אמר, ואיך יפרנס רש"י לש"ס הזה. ואמנם למי שמעיין בלשון רש"י דלקמן לק"מ, דרש"י עצמו מתרץ זה, דז"ל שם בד"ה חד תרעא, או הפוסק ע"מ לקבל מיד ונשתהה ובתוך כ נשתנה השער דכי פסק לאו אתרעא זילי פסק עכ"ל, הרי להדיא מחלק, דמה דאמרי' דבתרי תרעי חוזר היינו כשלקח ע"מ לקבל הסחורה לאחר זמן, ומשום דבזה אמרי' דמתחלת הפסיקה דעתו היתה אתרעא זילי, אבל בלקח ע"מ לקבל מיד ונשתהה, דבזה אין שייך לומר אתרעא זילי פסק, לא מצי לחזור אפי' בתרי תרעי. באור הדברים דטעם דחזרה דקאמר התם, אין זה משום דבקנין המעות לא נגמר המקח עוד, דוודאי המקח נגמר לגמרי במעות, רק שאפ"ה אם לקח ע"מ לקבל לאחר זמן, דבוודאי עלה בדעתו שבמשך הזמן יוכל השער להשתנות, להכי אמדינן דעתו שאתרעי זילי פסיק, וכאילו התנה בהדיא דאם הוזל יהא יכול לחזור, אבל כשלקח ע"מ לקבל מיד, שאין שייך לומר דדעתו היתה שישתנה השער תיכף, ומצד עצם הקנין, הרי הקנין נגמר להכי א"י לחזור, ובע"כ דהכי הוי כוונתו, דאי טעם החזרה משום שהקנין לא נגמר, מאי נ"מ יש בין לקח ע"מ לקבל מיד או לאח"ז, ותדע דהכי הוא כוונת רש"י, דאי כהבנת התוס'

דבתרי תרעי חוזר לר"ש לעולם משום דהמקח לא נגמר, א"כ איך רצה שם לפוטרו גם ממי שפרע, והא לענין מי שפרע לכו"ע קונה קנין מעות, ואיזה נ"מ יש בין חד תרעי לתרי תרעי, אע"כ כחלוק דרש"י, דבתרי תרעי דקאמר היינו כשלקח ע"מ לקבל לאחר זמן ומטעם דאמדינן דעתו דהוי כהתנה בהדיא שיכול לחזור, וא"ש מ"ש רש"י כאן דלוקח אין יכול לחזור אם יוזל הי נו בסתם קנייה שלקח ע"מ לקבל מיד, ומצד עצם הקנין ודאי דס"ל לרש"י שנגמר המקח לגמרי שאין יכול עוד לחזור, וז"ב ואמת, ואחר כותבי זאת ראיתי שכ"כ הפנ"י בקיצור, ומפני שכבר נכתב לא זזתי ממקומו. ולבד שאין סתירה מש"ס דהתם על רש"י, אדרבה יש ראיה מפורשת לחלוקו של רש"י, דאלת"ה אלא בכל מקום שנשתנה השער אין מי שפרע, א"כ יקשה מהא דלקמן דף מ"ט) גבי עובדא דרב כהנא, דאע"ג דנשתנה השער איכא מי שפרע, וא"כ גם הסוגיות יסתרו, דהא לקמן קאמר דבתרי תרעי ליכא מי שפרע, אע"כ כחלוק של רש"י, דדוקא היכי שלקח ע"מ לקבל לאחר זמן אמרי' דבתרי תרעי חוזר, ולא בסתם קניה שלקח ע"מ לקבל מיד, וכ"כ בשמ"ק לקמן בישוב קושי' זאת, הרי שיטת רש"י מוכרח מן הש"ס. היוצא לנו דלר"ת יכול לחזור בתרי תרעי בכל אופן, ולרש"י כשלקח ע"מ ליטול לאח"ז דוקא, ובנשרף שיש הפסד לגמרי גם רש"י מודה דיכול לחזור וכמ"ש ודו"ק. שוב עיינתי דיש לקיים הבנת התוס' ברש"י דס"ל לרש"י שבכל אופן אין יכול לחזור בהוזל, והוא ממ"ש רש"י לקמן (דמ"ח ד"ה מ"מ), ועמ"ש שם:

בגמ' בדרב חסדא פליגי, קושית השמ"ק דאכתי מאי משני מ"ט דפלוגתתם מבואר לעיל ברש"י ד"ה אא"ב דלשיטת התוס' א"ש:

ברש"י ד"ה כך תקנו ולקמן אמרה גבי פרזק כו', עמ"ש לעיל בכוונתו בזה:

דף מח.

רש"י ד"ה מכל מקום, כלומר אף לפי פורעניות העתידה כו'. ותמיה לי מאוד למה דחק רש"י לפרש, מכל מקום דברייתא, באופן דחוק כ"כ, ולא ניחא לו כמו שפי' הש"ס גופא (לקמן דף ע"ד ע"ב) דהאי מ"מ אתי לרבות שאפי' לוקח יכול לחזור, ולמה לרש"י לבקש טעמים אחרים, ונ"ל עפמ"ש התוס' לעיל ד"ה אא"ב, דרש"י סובר דלר"ש לעולם אין יכול לחזור ואפי' בהוזל נמי ע"ש, וא"כ יקשה הש"ס דלקמן דע"ד דקאמר להדיא דבתרי תרעי לא אמר, וצ"ל דרש"י ס"ל כיון דהש"ס לא קאמר כן התם בדרך החלטיי, דהש"ס לא קאמר כ"א אימור דאמר ר"ש בחד תרעי הרי דלא בדרך החלט קאמר כן, כ"א בדרך דחוי וספק, אבל אליבא דאמת אמרינן שאפי' בתרי תרעי נמי א"י לחזור לר"ש, אלא

דלפי"ז יקשה דהא בש"ס התם הביא לזה הוכחה ומכלל דהאמת כן הוא, לזה הקדים רש"י כאן לפרש שאליבא דאמת גם ההוכחה אינה, דהא ההוכחה דהתם הוא מברייתא דהכא, והכי קאמר התם, דאלת"ה מי שפרע לר"ש לית ליה בלוקח וכ"ת ה"נ והתניא אעפ"י שאמרו טלית כו' מ"מ, מאי מ"מ לאו לאתויי לוקח ע"ש, לזה כתב רש"י שאין מוכרח אליבא דאמת דהאי מ"מ אתא לרבות לוקח, די"ל דבאמת בלוקח לא משכחת מי שפרע, והאי מ"מ דברייתא, הוי פירושו לפי פורעניות העתידה וכמ"ש כאן, ואחרי דהמ"מ דברייתא לאו לרבויי לוקח אתא, א"כ נסתר הוכחת הש"ס ושפיר י"ל דאפי' בתרי תרעי א"י לחזור, ולכך הכא דר"ש הוא דקאמר להאי דינא, ואליבא דאמת הא ס"ל שאין הלוקח יכול לחזור לעולם אפי' בתרי תרעי נמי וכמ"ש התוס', וא"כ א"א לפרש, דהאי מ"מ לרבות לוקח, דהא בלוקח מי שפרע לית לי' אליבא דאמת, והוכרח רש"י לפרש האי מ"מ כפירושו וזה נכון, ומזה יש ראיה גדולה למה שהבין התוס' לעיל דשיטת רש"י מחולק עם ר"ת, ורש"י סובר שאפי' בתרי תרעי א"י לחזור לר"ש, ולעיל בחדושיי שדיתי נרגא בזה ע"ש היטב, אכן מפרש"י דהכא יהיה ראיה חזקה דהאמת כהבנת התוס' ברש"י דאפי' בתרי תרעי א"י לחזור ואפ"ה אין סתירה מלקמן דקאמר בתרי תרעי מי אמר, דהתם בדרך דחייה וספק קאמר וכנ"ל, ודו"ק:

ברש"י ד"ה קאי כו', ונ"מ לענין קדושין דלר' יוחנן הוי קדושין דמה"ת קנייה ע"ש, והריטב"א השיג פ"ז כיון דס"ס עקרו רבנן קנין מעות הרי לא קנה ולאו כדידיה הוא, ואם נאמר כיון דקני ליה מיהת לענין מי שפרע שפיר הו"ל כדידיה, א"כ לר"ל נמי ליהוי קדושין כיון דלדידיה קאי נמי במי שפרע, וכבר נאמרו ונשנו באחרונים הרבה תירוצים ע"ז. ולי נראה פשוט, דודאי כיון דקני לענין מי שפרע, כל זמן שלא קיבל מי שפרע נחשב כדידיה וכדאשכחן להדיא (לקמן דס"ב) גבי איסור ריבית, דכיון שקונה לענין מי שפרע ברשותו נתייקר וכמש"ש רש"י ותוס' והיינו משום דאע"ג דיכול לחזור מ"מ כל זמן שלא חזר נחשב כקנין גמור מפני, שעלינו להעמיד כל אדם בחזקת כשרות ולומר שודאי לא יתרצה לבטל המקח ולעמוד במי שפרע, אכן היינו דוקא לר' יוחנן ולא לר"ל דאם כי גם לר"ל צריך לקבל מי שפרע, מ"מ חילוק גדול יש בין ר' יוחנן לר"ל, דלר"י דמה"ת נקנה, וא"כ העונש דמי שפרע הוא בא שלא לעבור על הקנין ולהכי כל זמן שלא ביטל נחשב לקנין גמור, דנאמר שע"י העונש ודאי לא יבטל הקנין, אבל לר"ל דלא קנה עוד, ועונש דמי שפרע הוא רק לחייבו שיעשה קנין, להכי אע"ג דמעמידין אותו בכשרותו ואמרינן שודאי ישתדל לעשות קנין, מ"מ ס"ס אכתי כל זמן שלא עשה הקנין אין זה כדידיה ולא יכול לקדש וז"ב, ולפלא בעיני על האחרונים שרצו להוכיח מרש"י

דהכא דס"ל דקנין דרבנן אין מועיל להפקיע קנין דאורייתא, ובדבר שהיא דאורייתא כמו קדושין אזלינן בתר קנין דאורייתא אע"ג שחכמים הפקיעו, עיין באבני מלואים (סי' כ"ח) ובחת"ס (חיו"ד סי' שי"ד) ולמ"ש אין ראיה כלל, דודאי היכי שהפקיעו חז"ל הקנין מועיל לבטל דהפקר ב"ד הפקר, רק שהכא לענין מי שפרע לא הפקיעו ונשאר הקנין על עמדו לקנין גמור, וכ"ז שלא קיבל מי שפרע הרי הוא קנין גמור גם מדרבנן, ועיין היטב מה שכתבתי (לקמן דף מ"ט) להוכיח שהמעות הוי ברשות מוכר אפילו לאונסין, ולא מיבעי לשיטת בעה"מ שהבאתי לעיל (דף מ"ז ע"ב ברש"י ד"ה אא"ב), דס"ל דהא דלוקח יכול לחזור היינו קודם שנשרף, אבל לאחר שנשרף א"י שוב לחזור, ואפי' אם ירצה לקבל מי שפרע לא מהני, וטעמו כתבתי לקמן דסובר דהקנין נגמר ע"י מעות לחוד, אלא שחז"ל נתנו לו כח לחזרה, ואי לא הספיק לחזור עד שנשרף, ברשות לוקח הוא דנשרף, וא"כ לפמ"ש לעיל שם דגם רש"י ס"ל כבעה"מ, אתי שפיר מה שס"ל הכא דהוי קידושין, אלא אפי' לשיטת החולקים דאפי' אחר שנשרף נמי יכול לחזור היינו משום דס"ל דהמי שפרע עוקר הקנין למפרע, אבל קודם שחזר כו"ע ס"ל דברשות לוקח הוא ויכול לקדש, ועיין בפנ"י שטרח לחדש דלר' יוחנן דמעות קונה מותר המוכר להשתמש במעות הללו, וכיון דלהוצאה ניתן הוי כדידיה ויכול נמי לקדש, ולר"ל אסור להשתמש ולא הוי כדידיה ע"ש, וכן מבואר להדיא בתוס' (לעיל דף מ"ג), אכן לשון רש"י אין סובל תי' זה, דא"כ למה לא פרש"י הך נ"מ גופא דלר' יוחנן יכול להשתמש משא"כ לר"ל, וממילא הוי ידעינן למילתא דפשיטא שכיון דיכול להשתמש, דהוי נמי קדושין, דלא גרע ממלוה שבידו דיכול לקדש בזה כיון דרשות בידו להוציאם, והנכון כמ"ש דהטעם הוא משום דהקנין נגמר וברשות לוקח הוא, והנה יש נ"מ גדולה גם לדינא בין תי' הפנ"י לתי' שלי, דלתי' הפנ"י שהטעם הוא משום היתר התשמיש, א"כ דוקא המוכר שקידש בהמעות הוי קדושין, אבל אם הלוקח מקדש בחפץ שנקנה ע"י מעות לחוד לא הוי קדושין, דכיון דחז"ל עקרו קנין מעות, ממילא מקדש בדבר שאינו שלו ואין כאן קדושין כלל, דדוקא לענין המעות שייך לומר כתי' הפנ"י, דנהי דאין כאן קנין מ"מ כיון שיכול להוציאם לכל הצטרכותו ממילא יכול לקדש נמי דלא גרע ממלוה וכנ"ל, ואפי' אי הוו המעות פקדון לדידן דאנחנו הוי כשולחני מותרים להשתמש בהם, ומעות אחרים הוא חייב לשלם, אבל בכלי לא שייך זה, אכן לתי' שלי דהטעם הוא משום דהקנין נגמר וברשות לוקח הוא, ודאי דגם הלוקח אם קידש בהכלי דהוי קדושין דכ"ז שלא חזר עומד הכלי ברשות לוקח, וכמו לענין איסור ריבית דהוי נמי מילתא דאיסורא ואפ"ה פשיטא לן דברשות הלוקח נתייקר וכמ"ש לעיל, דכ"ז שלא חזר הוי קנין גמור ממש,

וכיון שכתבתי דמסתבר ברש"י כתירוצי, וגם בא"מ (סי' כ"ח) דחה תי' הפנ"י, ממילא נכון הדבר דהלוקח אם קידש בכלי נמי מקודשת. והנה במל"מ (פ"ה מאישות) נסתפק במוכר לענין אם שקידש בכלי שתחת ידו המכורה ע"י קנין כסף אי הוי קדושין ע"ש, ובמחכ"ת ספיקו בזה אין לו הבנה כלל, דפשיטא דמקודשת כיון שבידו לחזור והרי חזר בו וקידש האשה בחפץ הנמכר ואין לך חזרה גדולה מזאת וכמ"ש החת"ס שם, ומילתא דמספקא להמל"מ פשיטא דהוי קדושין, ורק אי איכא לספוקי בלוקח שקידש מספקינן, ולמ"ש גם בזה פשיטא דמקודשת, ועיין בפ"ת (אה"ע סי' כ"ח) שהביא שבס' יד המלך נסתפק בזה ולמ"ש מקודשת ודו"ק:

והנה בחת"ס לסי' שי"ד) כתב ביישוב של רש"י, עפ"י חלוקו של הב"ש בסי' כ"ח, בין מקדש אשה במעמד שלשתן דמקודשת מה"ת להב"י, אע"ג דמעמ"ש לא הוי כ"א קנין דרבנן, ובין מקדשה בגזל ביאוש כדי דאינה מקודשת אלא מדרבנן, וכתב החת"ס בהסבר של החלוק, דבמעמ"ש אילו רצה להחזיר המעות להמלוה ולהמפקיד ולא למי שהומחה עליו הרי הוא עובר אתקנתא דרבנן וכמפקפק על דבריהם, ותקון כזה הוי קנין גמור גם מה"ת, אכן בקנין יאוש כדי שאינו אלא משום תקנת השבים, ולא כוונו לעקור דבר מה"ת, אלא תקנו שלא נכוף אותו להחזיר גזילתו משום תקנת השבים אבל אם הוא ירצה להתחסד להחזיר הגזילה עצמה, הרי הוא זכור לטוב, א"כ לא תקנו לקנין גמור, להכי משגחינן על הדאורייתא ואינה מקודשת מה"ת, וכן ה"נ מה שתקנו לעקור קנין מעות לא עקרו הד"ת דהא לא ניחא לחז"ל שיתעקר הד"ת, דהא הטילו עונש מי שפרע להעובר, וע"כ חז"ל גופייהו לא תקנו זה לקנין גמור, להכי לא נשגיח בזה על תקונם, וכיון דמה"ת הוי קנין מקודשת ע"ש. ואם כי הדבר נכון מצד הסברא, אכן לענ"ד נדחה מן הגמרא, דבמס' (סוכה דף כ"ט) גבי ההיא איתתא דצווחא לקמי' ר"נ דרבנן בסוכה גזולה יתבי ואמר ר"נ פעיתא היא דא כיון דתקינו רבנן שיטול דמיה מפני תקנת השבים אין לה אלא דמי עצים ע"כ, הרי להדיא דאע"ג דתקון דרבנן לא היה כ"א מפני תקנת השבים, ומאן דבעי להחזיר עצם הגזילה זכור לטוב, אפ"ה מועיל התקנה לבטל הדאורייתא כמו התם דמה"ת לא מפקא מידי סוכה גזולה עד דסותר את ביתו, אפ"ה מכי תקון רבנן שאין לו אלא דמי עצים מתקנת השבים, עקרינן לדאורייתא דהפקר ב"ד הפקר, הרי להדיא דלא כהחת"ס ודו"ק, ובתשובה הארכתי ואכ"מ יותר:

בגמ' תשומת יד אמר רב חסדא כגון שיחד לו כלי להלואתו ראיתי לבאר בזה, לרב חסדא דבעי יחוד כלי, אם היחוד צריך להיות לחלוטין לגמרי, או אפי' אם יחדו רק בתורת משכון נמי מהני, והנה התוס' (כתובות דף מ"ב) ד"ה מאי לאו, כתבו בפשיטות דכשנתנו

בתורת משכון מהני ע"ש, אמנם מסוגיין יהיה לכאורה ראיה עצומה דלא כתוס', דהא קאמר דלהכי לא אהדר לתשומת יד משום דלא מיחסר משיכה, ולא קנה לאותו הכלי שיחדו, להכי אין מחויב להחזירו, ובשלמא אי אמרת דיחוד בתורת משכון לא מהני לענין קרבן שבועה, וא"כ בע"כ דהיחוד דקרא היינו כשיחדו לגמרי לחלוטין והתביעה וההכחשה הוא רק על גוף הכלי, ולא על מעות ההלואה, להכי שפיר דלא אהדר לתשומת יד, משום דאותו כלי חסר משיכה ולא קנה אותה, אבל אי נימא דיחוד בתורת משכון נמי מהני, והיחוד דקרא היינו בתורת משכון, א"כ בע"כ דהתביעה וההכחשה הוא על המעות ולא על הכלי, דהא הכלי אינה שלו רק לבטחון המעות, וכ"כ ההפלאה בכתובות שם, דבתורת משכון א"א לומר דהתביעה הוא על הכלי, וא"כ מה שייך לומר משום דלא מחסרא משיכה, דלא דאין דנין על הכלי, ועוד דאטו גם המעות א"צ להחזיר, דלא מיהדר קרא להחזירו, אע"כ דבקרא מיירי בע"כ לענין גוף הכלי, והיינו משום דבתורת משכון לא מהני יחוד, וביותר יש לתמוה על הקצוה"ח (סי' ע"ב) שרוצה לפרש דהך סוגיא גופא מיירי שהיחוד היה במשכון ע"ש, ובמח"כ אין שום הבנה לזה, דא"כ מאי קאמר משום דמיחסרא משיכה, ובכדי ליישב הסתירה העצומה הזאת על תוס' נ"ל לומר דבר חדש ונכון בעזה"י:

דהנה התוס' בסוגיין הקשו מכתובות דפוטר ר"ש מקרבן שבועה אפי' עמד בדין ע"ש, והנ"ל לתרץ קושיתם בזה, דהא יש להבין באמת היאך יפרש ר' יוחנן להך קרא דלא מיהדר לתשומת יד, ואטו ר' יוחנן אקרא פליג, ועוד דמאי מייתי כאן להוכיח מדרב חסדא ומשום דבעי יחוד כלי, הא גם בלא רב חסדא קרא גופא קשה, דמתחלה חשיב גם לתשומת יד, ומ"ט לא הדרי' בקרא דהישבון, ובלא רב חסדא איך יתורץ קרא, ויש לומר שמעצם הקרא הזה אין ראיה לדר"ל, דאדרבה לר' יוחנן יתיישבו הכתובים באופן טוב יותר, דהכי הם סדר הכתובים, וכחש בעמיתו בפקדון או בתשומת יד גו', זהו ענין החטא, והכא נכתב גם תשומת יד, ואח"כ כתיב, והיה כי יחטא ואשם והשיב את הגזילה גו', זהו מצות ההשבה, והכא לא הדר לתשומת יד, ואח"כ כתיב, או מכל אשר ישבע לשקר גו' ואת אשמו יביא גו', זהו ענין חיוב הקרבן, והכא איתרבי גם תשומת יד מרבוי דאו מכל, והנה לרב חסדא דס"ל דלקרבן שבועה בעינן דוקא יחוד כלי ואי לא לא מחייב, וכיון שהקרא מיירי בע"כ ביחד כלי, א"כ התביעה וההכחשה הוא על הכלי ולא על הממון, ולזה שפיר קשה אמאי לא מיהדר קרא גם לתשומת יד בקרא דהישבון, אע"כ דבא לאורויי דלפעמים אין חייב על תשומת יד, דהיינו היכי דלא משך, ולאשמועינן דמעות אין קונות והא דמרבה אח"כ לתשומת יד מרבוי דאו מכל, מיירי

בנטל וחזר והפקידו וכמ"ש רש"י, ושפיר הוכיח רבא מזה כריש לקיש, וכל זה הוא דוקא לרב חסדא דלדידיה קרא מיירי בע"כ ביחוד כלי, אבל אי נימא דלא כרב חסדא, וגם בלא יחוד כלי חייב קרבן שבועה, אז מיירי קרא בלא יחוד כלי, ולא יקשה כלל מ"ט לא הדר קרא לתשומת יד, דהנה בתורת כהנים (פ' ויקרא) למד מהאי קרא, דבעינן שישיב הגזילה קודם שיביא את האשם, והוא מדסידר מצות ההשבה קודם מצות הקרבן ועוד מדכתיב בקרא דוהשיב, והיה כי יחטא, וע"ז כתב התו"כ והיה מיד, ופי' הגאון מלבי"ם ז"ל דהכי כוונתו, דדעת חז"ל שלשון והיה מורה על התכיפות ולמד מכאן דמיד שיכיר חטאו יקיים מצות ההשבה קודם שהביא את אשמו ע"ש, וכיון דבקרא דהישבון מתנה לתנאי כזה שיקיים ההשבה קודם, לזה לא מצי למיכלל תשומת יד בהך קרא, דכיון דמיירי בלא יחוד כלי, ובע"כ שהתביעה וההכחשה דקרא, היינו על המעות של ההלואה, ובהלואה אם עוד לא הגיע זמן הפירעון די בשמודה וישלם לאחר זמן כשיגיע זמן הפירעון וכמ"ש בהתוה"מ שם, והשתא מיושב קראי שפיר, דאילו לרב חסדא קשה, מ"ש עושק דהדר קרא, הא התם נמי מיחסר משיכה, וצריך לדחוק דמיירי בנטלו וחזר והפקידו, ואילו למה שכתבתי מיושב טפי, דבגזל, עשק, פקדון ואבידה, שמחויב תמיד להחזירו תיכף, דגם בעשק נמי אין שייך לומר שלא הגיע זמן הפירעון עוד, דאם לא הגיע הזמן דגמר מלאכה אין מחויב לו עוד מאומה, דהשכירות אינה משתלמת אלא בסוף, ולא שייך למיקרי עשק, ומיד כשכלה המלאכה הרי מחויב לשלם, להכי כל הני הדר קרא לאשמועינן שצריך להביא גזילו קודם אשמו, משא"כ תשומת יד דלפעמים יכול להביא הקרבן קודם שהביא גזילו והיינו בלא הגיע זמן הפירעון, להכי לא הדרי' קרא, כי פה התנה התנאי שמיד ישלם, וכל שאין משלם מיד, לא הזכיר בקרא זה, וברור בעיני שזהו סברת ר' יוחנן, דאיהו יפלוג על רב חסדא, ויתיישב הקרא כפשוטו, ולפי"ז גם ר"ש דאיהו סובר נמי כר' יוחנן דמעות קונה וכמ"ש לעיל, אליבא דר"ש לא קאמינא, איהו ג"כ לא מצי לפרש כרב חסדא, דא"כ יהיה מוכח דמעות אין קונה, ובע"כ שיפרש נמי כר' יוחנן ויפלוג על רב חסדא, ולפי"ז לק"מ קושית התוס', דהא התם בכתובות ר"ש הוא דקאמר, ור"ש סובר דלא בעינן יחוד כלי, ואין להקשות דהא קאמר בסמוך לר"ש דמרבינן מרבוי דאו מכל תשומת יד להישבון, ולמ"ש לא שייך כלל גבי תשומת יד למיכלליה בהדי הנך, די"ל דלהכי גופא לא כלליה בהדי הנך, משום דהתם אשמעינן דהשבת הגזילה קודם ולא שייך גבי תשומת יד, ורק דמרבה לו הכא מקרא זה דאפ"ה הישבון מיהא בעי לאח"ז ועוי"ל דר"ש לא קאמר דהרבוי הוא להישבון, דר"ש סתם קאמר דמרבינן האמור למעלה למטה, ורק רב הוא דמפרש דהיינו להישבון, ובדר"ש נוכל לומר דלא מרבי כ"א לקרבן,

דבהכי מיירי קרא דאו מכל, ולא להישבון, ודו"ק כי כל זה ברור, וארווחנא ליישב בזה שיטת הרמב"ם (בפ"א מהל' שבועות) שלא הזכיר דבעינן יחוד כלי לענין קרבן שבועה, וכולם תמהו עליו שזהו נגד הסוגיא דהכא, ולדבריו יבואר, דלדידן דפסקינן כר' יוחנן דמעות קונה א"א לפרש קרא כרבא, דלהכי לא אהדר משום דמיחסר משיכה וע"כ לפרש כמו שפירשתי לר' יוחנן, וא"כ שפיר מוכח דלא בעינן יחוד כלי:

ואמנם אחרי כל האמור יוגדל הקושיא גם על מ"ש התוס' בכתובות שם, דיחוד בתורת משכון נמי מהני, והא מסוגיא דהכא מוכח להדיא ההיפוך דאי כשיטת התוס' א"כ אפי' לרב חסדא נמי אין ראיה דלהכי לא אהדר קרא משום דמחסר משיכה, הא שפיר נוכל לומר דהיחוד דקרא מיירי בתורת משכון, וא"כ הוי התביעה וההכחשה בע"כ על המעות ולא על הכלי וכמ"ש לעיל, ולהכי לא אהדר משום דבתשומת יד אין שייך התנאי דהשבת הממון קודם להבאת הקרבן, אע"כ דבתורת משכון לא מהני היחוד, והנה בחדושי רעק"א הוכיח נמי דבע"כ שהיחוד הוא לחלוטין ולא בתורת משכון, דאי לשעבוד בעלמא, הא לשעבוד לא מהני משיכה וכמ"ש הר"ן (רפ"ו דשבועות) ע"ש, ולדבריו משמע דלמ"ד מעות קונה, נוכל שפיר לומר דהיחוד הוא רק לשעבוד בעלמא, ואי נימא כן היה מיושב שפיר מ"ש התוס' התם דבתורת משכון, דהיינו משום דאליבא דר"ש קאי התם, ור"ש לטעמיה דמעות קונה, והכא בסוגיא דמוכחינן כר"ל דמשיכה קונה, בע"כ שהיחוד הוא לחלוטין, דאי לשעבוד בעלמא לא מהני משיכה, אכן תי' זה אין נוח לי כלל, דא"כ קשה מאוד על רבא שמוכיח מכאן כר"ל דבעינן משיכה דוקא, נהי דהשתא דאוכחינן כר"ל דמעות אין קונה, מוכח דהיחוד הוא לחלוטין, אבל מנ"ל להוכיח בזה, שמא כר' יוחנן דמעות קונה והיחוד הוא בתורת משכון, והא דלא אהדר קרא, היינו משום דבקרא קא מתנה דישיב הגזילה קודם, וזה לא שייך בתשומת יד, ואיך שייך להביא ראיה מזה כר"ל כיון שהראיה לא יוכל להיות כ"א אחרי שנדע דמשיכה קונה, דאז בע"כ דהיחוד הוא לחלוטין, וע"ז גופא אנו דנין, ואיך שייך להביא ראיה מכאן, ועוד הא תירוץ התוס' דכתובות הוא אפי' לרבנן דפליגי אר"ש, דאי לר"ש לא הוה מקשה כלל קושיתם, ועמ"ש מהרש"א שם ואכ"מ:

ומה שנ"ל ביישוב שיטת התוס' דהכא ודכתובות, דסברי התוס' שאין סברא לומר דהני אמוראי דס"ל מעות קונה יפלגו עם רב חסדא, דהא רב חסדא עצמו סובר נמי דמעות קונה וכמ"ש בתוד"ה נתנה לסיטון, אלא כו"ע סברי כרב חסדא, דבלא יחוד כלי לא מחייב קרבן שבועה, ואפ"ה קראי יתיישבו כהוגן כמ"ש, דהיחוד דקרא, היינו בתורת משכון, שגם יחוד כזה מועיל, והא דלא הדריה קרא לתשומת יד, משום דכיון דהיחוד

לא היה כ"א לשעבוד בעלמא, וא"כ בע"כ דהתביעה הוא על הממון, ובקרא זה דוהשיב, דרצה ללמדנו בזה, דהשבת הגזילה קודם להבאת האשם, לא מצי למיכלל גם תשומת יד, דאצלו לא שייך תנאי זה וכמ"ש, אכן כ"ז הוא למ"ש בתורת כהנים, דמקרא זה נדע דהשבת הגזילה קודם, אבל רבא לשיטתו אזיל דס"ל במס' (ב"ק דף ק"י) דדין דהשבת גזילה קודם ילפינן מקרא דאשר יכפר ע"ש, וא"כ קרא דוהשיב לא אשמועינן זה, ולכן לשיטתו לא מיתרצי קראי, דמ"ט לא אהדר קרא, אם לא שיאמר כר"ל דבעינן משיכה דוקא, ואז ע"כ שנאמר דהיחוד הוא לגמרי בתורת קנין גמור, דאי למשכון לא מהני משיכה, והא דלא מיהדר בקרא דוהשיב, אע"ג דקרא מיירי בע"כ כשיחד לו, דאל"ה לא מחייב קרבן שבועה, לאשמועינן דלפעמים א"צ והיינו היכי דלא משך ולאשמועינן דמשיכה דוקא קונה, וראיית רבא אינה משום דרב חסדא, דדין דרב חסדא שפיר נוכל לאוקמי גם אליבא דמ"ד דמעות קונה וכמ"ש, ורק ראיתו הוא משום דאי נימא דמעות קונה לא מתרצי קראי, וכ"ז הוא לרבא לשיטתו דוקא מוכח כן, דבאופן אחר לא מיתרצי קראי, אבל אנן לדידן שפיר מוקמינן קראי כהתו"כ, ואין מוכח מכאן דדוקא משיכה קונה, ואדרבה מוכח להיפוך דהיחוד לתורת משכון נמי מהני, וא"ש מ"ש התוס' בכתובות, וגם מה שהקשו כאן ניחא נמי, דודאי גם לר"ש ולר' יוחנן בעינן נמי יחוד כלי וכנ"ל וא"ש הכל, ועמ"ש בסמוך בתוד"ה נתנה לסיטון מזה, ואלא דא"כ יוחזר הקושיא על הרמב"ם דלא הצריך יחוד כלי, הא למ"ש כו"ע ס"ל כן, ולא שייך התי' שכתבתי לעיל, וכ"ש דקשה טפי למ"ש הרמב"ם בפיה"מ לב"ק, דדין דהשבת הגזילה קודם ילפינן מקרא דאשר יכפר וכרבא, ולא שייך כל התרוצים דלעיל, ואפשר לומר דהרמב"ם לא יפרש כרש"י, דמשו"ה מוקי רב חסדא ביחוד כלי משום קרבן שבועה, אלא כמ"ש הר"ח, דמשום דכתיב והשיב הגזילה דמשמע הידוע, לומר שנתייחד כלי והדר בעיני' דאי בהלואה גרידתא, הא לא משלם המלוה ממש שהלוהו דלהוצאה ניתנה, אבל קרבן שבועה לעולם חייב אפי' בלא יחוד כלי ע"ש, אלא דאכתי אין מדוקדק, דא"כ היכי יתורץ קראי להרמב"ם, בשלמא למ"ד דס"ל מעות אין קונה א"ש וכראיית רבא, אבל להרמב"ם דפוסק כר' יוחנן, איך יפרש מ"ט לא מהדר, ואם כי אין בידי לפרש הכתובים לשיטת הרמב"ם, מ"מ קושיא על הרמב"ם לא אדע ג"כ, דהא גם לר' יוחנן ולר"ש קשה היכי יתרצו הם, ואפי' לר"ל דס"ל משיכה קונה, מודה דלר"ש מעות קונה, ויקשה גם לר"ל אליבא דר"ש קראי הללו, וא"כ כפי שיתרץ ר"ל אליבא דר"ש, ה"נ נתרץ אנן אליבא דר' יוחנן והרמב"ם, ואיך שייך בזה להקשות על הרמב"ם, זולת למ"ש לעיל מצינן לומר דטעם דר"ש ור"י משום דס"ל כהתו"כ, אכן הרמב"ם דלא ס"ל הכי שפיר יקשה, וצ"ע:

והנה בפנ"י בסוגיין ראיתי שכתב, דלענין קרבן שבועה לא בעינן יחוד כלי אפי' לרב חסדא, דאל"כ למה כתב לתשומת יד בקרא קמא, אע"כ דלענין קרבן שבועה לא בעינן יחוד כלי, אלא הא דלא אהדר קרא לתשומת יד היינו בקרא דהישבון ע"ש. ולא ירדתי לסוף דעתו בזה, דא"כ מאי מוקי רב חסדא, דתשומת יד דקרא מיירי ביחד לו כלי, אי לענין קרבן שבועה הא לא בעינן, ואי לענין השבה, הא באמת לא אהדריה קרא כלל, ודו"ק בכל זה:

בגמ' אבל מידי אחריתא דמחסר משיכה לא מעל עד דמשיך, והרשב"א הקשה, דמאי פריך לר' יוחנן, הא כיון דעקרו חז"ל לקנין מעות א"כ מדינא לא מעל עד דמשיך גם לדידי' דהפקר ב"ד הפקר ע"ש, ולכאורה היה אפשר לומר כמ"ש לעיל ברש"י ד"ה קאי, דאע"ג דתקנו חז"ל שיכול לחזור, היינו דוקא אם חזר, אבל כל כמה דלא חזר הרי הוא קנין גמור גם מדבריהם, וגם ה"נ כיון שלא חזר עוד הרי הוא קנין גמור ושפיר פריך לר' יוחנן, אכן שוב חזרתי מזה, דהטעם דאמרינן דכ"ז שלא חזר הוי קנין גמור, היינו משום דעלינו להעמיד כל אדם בחזקת כשרות ולומר שודאי לא ירצה לחזור וליקום במי שפרע, ועמ"ש לעיל בארוכה, וא"כ הכא לא שייך זה, דעלינו לומר להיפוך, שודאי יחזור כי היכי דלא ליקום באיסור מעילה מה"ת, והנכון כמ"ש הרשב"א וכ"ה נמי שיטת התוס' עיין בשמ"ק, דלענין מעילה דאורייתא לא תקינו:

והנה רעק"א בחידושיו הקשה, דסברת התוס' שס"ל דלענין איסור מעילה לא העמידו, סותרים הם למ"ש הם עצמם (בפסחים דף כ"ט) ד"ה אין פודין, דכיון דמדרבנן אין פודין קדשים להאכילם לכלבים לא מעל, הרי דגם מעילה תלי' מדרבנן ע"ש. ונ"ל ליישב סברת התוס', שודאי היכי דחלות התקנה דחז"ל יבוא בשעה שגם האיסור דאורייתא כבר חל, ואם נסמוך על תקנתם, נצטרך להפקיע האיסור של תורה, בזה אמרינן שפיר שלא העמידו דבריהם להפקיע איסור תורה, אבל אם בשעה שהיה חל תקנת חז"ל, לא היה זה נוגע עדיין לשום איסור תורה, שבזה היה מקום לתקנת חז"ל לחול ולהתפשט על אותו דבר, ולהכי אפי' אם אח"כ יקרה המקרה שיהיה נוגע לעקירת דבר מה"ת, מ"מ כיון שכבר הוחזק התקנה ופשטה על אותו החפץ, לא זזה עוד ממקומה, ובסברא האמיתיית הזאת יתיישב הכל, דהתם בפסחים, תיכף שנתחמצה העיסה של הקדש, שאין ראויה עוד למזבח, דיינינן עלה אם יש לה היתר לפדות לכלבים או לא, ובעת מעשה שלא היה נוגע זה לאיסור מעילה, דהא לא אכלה עוד שום אדם, היה מקום לחול על העיסה תקנת חז"ל ואיסורם שאסרו לפדות לכלבים, וכיון שאיסור חז"ל פשטה על העיסה מכבר, ממילא אין לה עוד שום שווי דמים, כיון דאינה ראויה לכלום מתקנת חז"ל, ואפי' אם

אח"כ אכלה אדם לעיסה הזאת, שמעתה הוא נוגע לענין איסור מעילה, דאם נשגיח על דין התורה דראויה לפדותה לכלבים, הוי בת דמים ואפסדיה להקדש באכילתו והאוכלה חייב מעילה, אפ"ה אמרינן כיון דהשתא שתקנו רבנן דאין פודין, לאו בת דמים היא, ובשעה שחל איסורם לפדותה לכלבים, לא היה זה נוגע לענין איסור מעילה, והיה מקום לרבנן להחמיר לומר שאסור לפדותה, ואותה תקנה לא תזוז ממקומה אפי' השתא שנוגע לענין מעילה, אבל הכא בסוגיין, דכבר הוציא המעות של הקדש, ותיכף משהוציאה חל איסור המעילה מה"ת, ואם נאמר כתקנת חז"ל דמשיכה קונה, צריכים אנו להפקיע האיסור דאורייתא שכבר חל, ולהפקיע איסור מה"ת ע תקינו חז"ל

וכזה מיושב גם הסתירה מסוגיין לסוגיא דע"ז (דף ס"ג) אשר התוס' שם העירו ע"ז, דקאמר התם בזונה נכרית דלא מחסר משיכה, ומשמע כיון דחז"ל עקרו קנין מעות לא הוי אתנן, ונשגיח על התקון חז"ל גם במקום איסור אתנן דמה"ת, וזהו דלא כדמשמע בסוגיין, ולפמ"ש מיושב, דהתם נמי דהאיסור דאתנן הוא רק להקרבה לגבי מזבח, וקודם ההקרבה אין זה נוגע לשום איסור מה"ת, ולהכי כיון שחז"ל עקרו קנין מעות, גם הזונה לא קנתה, דבעת מעשה אין זה נוגע לעקירת דבר מה"ת, וכיון שכבר נעקר קנינה ולא חל שם אתנן על הטלה, אפי' אם תרצה אח"כ גם להקריבה למזבח נמי שרי, וז"ל התוס' שם ד"ה והא, ולא דמי להההיא דפ' הזהב נתנה לסיטון מעל שקניית הכסף מועיל, דכיון דמעל מה"ת מי יפקיע המעילה ממעות הקדש ע"כ, ומהר"ם לובלין נדחק מאוד בכוונת חלוק התוס' ע"ש, ואין ספק אצלי, שבלשון מי יפקיע שכתבו, מוכח להדיא כמ"ש, ושזהו עיקר כוונת חלוקם, בין הך דסוגיין לדהתם, משום דכאן האיסור מה"ת כבר חל וצריכים להפקיעו, בזה שפיר אמרו מי יפקיע, אבל באתנן כבר חל תקנתם בשעה שלא היה להפקיע איסור מה"ת, וז"ב בעזה"י, ודלא כמהר"ם ורעק"א שנדחקו מאוד בזה. גם מה שהקשה הפנ"י מלקמן (דף צ"ט) המשאיל קורדם לחבירו מעל, מטעם שחכמים תקנו משיכה, אלמא דמעילה שייך בתקנתא דרבנן, לק"מ דהתם לענין להתחייב במעילה הוא דקאמר, וכיון שלפי תקחז"ל, המשיכה מועלת בשומרים, הרי עכ"פ הופקע החפץ מרשות בעלים ומתחייב במעילה, דרק להפקיע מאיסור מעילה דחייב מה"ת לא העמידו חז"ל, אבל לחייבו במקום שמה"ת פטור העמידו דבריהם, ודו"ק:

בתוד"ה וספר הא בעי למשך תספורת, מכאן אור"ת כו', והנה רעק"א בחדושיו הקשה, דהיכי מוכח מהכא דהספר אין יכול לחזור, הא י"ל דהקנין מועיל דהבעה"ב אין יכול לחזור, כמו בכל קנין עם פועל דהבעה"ב אין יכול לחזור והפועל יכול לחזור, והכא כיון דעכ"פ הבעה"ב אין יכול לחזור וזכה הפועל במעות של בעה"ב ע"ש, ולא זכיתי

לעמוד על סוף דעתו, דהא הכא בספר שהוא קבלן מיירי וכמ"ש התוס', ובקבלן אין שום נ"מ בין הבעה"ב לפועל, דדוקא בפועל שכיר יום מחלקינן (לקמן דף ע"ז) בין בעה"ב לפועל, דבעה"ב א"י לחזור ופועל יכול לחזור, ואין ידו על התחתונה, ומשום דגזה"כ הוא כי לי בני ישראל עבדים, אבל בקבלן דין שניהם שוה, דאם בלא קנין שניהם חוזרים, רק שאם התחילו במלאכה שניהם ידם על התחתונה, אבל אין יכולים לכוף זה את זה על המלאכה, ומשום דהתחלת המלאכה לא הוי קנין גמור, וכמ"ש בש"ך (חו"מ סימן של"ג) בשם המרדכי, והיכי שהיה קנין גמור כגון משיכת כלי אומנות אין יכול לחזור לא הבעה"ב ולא הקבלן, ושום נ"מ לא מצינו בין בעה"ב לקבלן, ועמ"ש הרא"ש בפ' האומנין, וה"נ ממ"נ אם נחשוב משיכת התספורת כקנין גמור, וכההיא דבאת חבילה לידו דלקמן, גם הפועל א"י לחזור, ואי נימא שלא נחשב זה לקנין גמור גם הבעה"ב יכול לחזור, ואמאי יתחייב מעילה, אחרי שלא נעשה שום קנין, ומדאמר שאפ"ה מעל, שפיר הוכיח ר"ת דמשיכת תספורת הוי קנין גמור וגם הפועל א"י לחזור עוד, והוא הדבר אשר אמרתי כי לא הוברר לי מ"ש הגרע"א, דהמעילה יהיה בשביל שהקנין פעל שהבעה"ב לא יוכל לחזור, אע"ג דהפועל יכול לחזור, דאין שום חלוק בשניהם, ועוד אפי' אם נניח שהדין היה כדבריו, דהבעה"ב א"י לחזור והפועל יכול לחזור, גם כן לא היה שייך בזה קרבן מעילה, דעל מה תבוא המעילה, אם בשביל שקנה להפועל במעות הקדש, הא כיון שהפועל יכול לחזור לא קנהו עוד, ואם בשביל שהפועל רשאי להוציא מעות שקיבל מבעה"ב, וכמ"ש התוס' (לעיל דף מ"ג) חדא דה"נ כיון שאין הקנין נגמר ויכול לחזור עוד, ממילא אין רשאי האומן להוציא המעות, וכמו במוכר שאסור להשתמש במעות כ"ז שלא נגמר המקח לשיטת התוס' דלעיל, ומ"ש הכא שנאמר דהאומן יהיה רשאי להשתמש, דהא ודאי בפועל שכיר יום, דאע"ג דיכול לחזור אפ"ה רשאי להוציא המעות, היינו משום דהתם הקנין נגמר, וכי הדר מילתא אחריתי היא משום גזה"כ וכדאמרי' (לעיל דף י'), אבל בקבלן דחזרתו הוא משום דהקנין לא נגמר עוד, ודאי שדומה הוא למוכר, ואי נימא כשיטת התוס' דהמוכר אסור להשתמש במעות שקיבל, הוא הדין שגם הקבלן אין יכול להשתמש, ועוד שאפי' אי נימא דהמוכר רשאי להשתמש, מ"מ מעילה ודאי לא שייך, דהא פשיטא אם הספר דעתו לחזור שאסור להשתמש, דלאו אדעתא דהכי יהבינהו, ואיך שייך לחייבו מעילה, דאולי דעתו לחזור, וקרוב לומר שלרבינו הגרע"א נתחלף פועל בקבלן, הוא כתב דינו על פועל, ואגב חורפי' לא ראה שהכא בספר שהוא קבלן מיירי, וז"ב:

ברש"י ד"ה מעל אע"ג דלא משך כל הפירות שהרי הרבה פוסק עמו בבת אחת עכ"ל, ומלשונו משמע דמשיכה היה בכאן, רק שהמשיכה לא היה יכול להיות בכל הפירות כיון דהרבה הם, ואפי' במעט התבואה שמשך ג"כ לא מהני המשיכה, כיון שפסק על כולם בבת אחת צריך למשוך כל הפסיקה, ואי לא משך כולם אפי' להמקצת שמשך נמי לא מהני כההיא (דלעיל דף ש גבי חמור בפרה וטלה דלא קני כלל, וכוונתו בפי' הזה, דלא ניחא לא לפרש דהקושיא הוא משום דלא משיך כלל, דמנ"ל לש"ס לומר דמיירי בלא משך ולאקשויי מינה, שמא מיירי במשך, להכי פי' דאפי' אי משך נמי קשה, דהמשיכה לא מהני וכנ"ל, והנה בטור סי' ר"ג הביא שני דיעות, אי מהני במשיכת המקצת, ודעת הר"ן שע"כ לא אמרי' דלא קנה כלל כ"א דוקא גבי חמור בפרה וטלה דלא שייך לומר שכיון שמשך הפרה לחוד יזכה כנגדו במחצית החמור, דהא אין ראוי לחלק החמור, אבל אם היה מחליף חיטין בפרה וטלה, אז קונה במשיכת הפרה את מחצית החיטין, ולכאורה מרש"י דהכא משמע שסובר כדיעה השניה שאפילו היכי שראוי לחלוק ג"כ לא קנה כלל, דהא הכא חיטין שראוי לחלוק הוא, ואפ"ה אמרינן דמשיכה לא מהני כלל, ועיין במהר"ם שי"ף. אמנם לאחר העיון אדרבה יהי' מרש"י סיוע לשיטת הר"ן, דהנה ז"ל רש"י, דרך הסיטון שמוכר פירות הרבה לחנוונים ונותנין לו המעות על יד על יד כשהם מוכרים ובתחלת הקניה נותנין ערבון דמים מועטים על הכל עכ"ל, ומאי בעי רש"י באריכות הזאת, אלא כוונתו נראה ברור שרצה לתרץ, דמאי ראיה מכאן דלא בעינן משיכה, הא המקצת משך, ומהני מיהא המשיכה לאותה מקצת כיון דראוי לחלק הוא וכשיטת הר"ן, ושפיר מחייב מעילה בשביל אותה מקצת, וע"ז תירץ, דבתחלת הקנייה נותנין ערבון דמים מועטין על הכל, כלומר שהפרוטה שנתן להסיטון, לא נתן זה בפרעון מעט החיטים שלקח, אלא נתן שיהא לערבון על כל הקנוייה, וכ"ז שלא נגמר משיכת כל החיטין, הפרוטה היא רק בתורת ערבון על השאר, דאי הפרוטה יהיה פרעון על החטים שלקח, א"כ הרי כבר פסקו המעות ולא יהיה שוב על המותר במי שפרע, ולהכי אין מועיל במשיכת המקצת, כיון שלא הוציא עוד המעות לחולין, דכ"ז שלא נגמר המשיכה עדיין המעות רק בתורת ערבון על השאר, ואי אמרת שדוקה משיכה גומר המקח אמאי מעל הכא, הא במשיכת המקצת ודאי דלא קנה כלום ואהך מקצת שמשך לא הוציא עוד המעות מרשות הקדש, אע"כ דכסף לחוד גומר כל המקח, וז"ב:

דף מח:

בגמ' אלא קשיא לר"ל, והא דלא פריך הכי לעיל על ר' יוחנן מברייתא דבלן, היינו משום דפשיטא לו להש"ס דר' יוחנן לא איתותב, דאיהו מוקי בבלן נכרי וכמ"ש התוס', אבל ברייתא דסיטון לא ניחא להש"ס לאוקמי בסיטון נכרי וכמ"ש התוס', להכי פריך אלא קשיא:

בתוד"ה נתנה לסיטון, אע"ג דרבא קאמר קרא ומתניתא היינו לכאורה, אבל אפשר לשנויי כר' יוחנן ע"ש, סתמו ולא כתבו איך אפשר לשנוי הקרא כר' יוחנן, וברא"ש כתב דלר' יוחנן נפרש דלהכי לא אהדר לתשומת יד, משום דמעושק הדר קרא, ותמוהין דבריו, דהא בע"כ שיש איזה הכרח לאוקמי העושק דקרא בשנטל וחזר והפקידו, דאל"ה מאי סייעתא מייתי רבא, דמנ"ל לאוקמי בשנטל וחזר והפקידו ויהיה סייעתא כר"ל, דילמא העושק דקרא מיירי כפשוטו, ותשומת יד דלא הדר, משום דמעושק הדריה, וע"כ שיש הכרח לאוקמי כן העושק דקרא, וכמ"ש הר"ח הכרח לזה ע"ש, וז"ל שמסר לו אותו הכלי וחזר העשוק והפקידו אצלו דאלת"ה היינו גזל אלא לאו ש"מ כדאמרי' ע"כ, וכיון שהעושק דקרא בע"כ דמיירי בשנטל וחזר והפקידו לא מצינן שוב לומר כתירוצו של הרא"ש דמעושק הדר קרא, ואכן למה שכתבתי לעיל בגמ' בד"ה תשומת יד, אתי שפיר דודאי מצינן שפיר לתרץ כר' יוחנן וכמש"ש בארוכה מילתא בטעמא ע"ש היטב, ועוד הוכחתי שגם שיטת התוס' הוא כמ"ש, דרק רבא לשיטתו הוא דמביא סייעתא, אבל באמת יתפרש הקרא יפה אליבא דר' יוחנן, ולזה נתכוונו גם התוס' כאן במ"ש דאפשר לשנו' כר' יוחנן, ואמנם שמכאן יהיה סיוע למ"ש לעיל, דהסיוע הוא רק לרבא לשיטתו, דהא עיקר ראיית רבא בנויה על יסוד דין דרב חסדא, ורב חסדא עצמו הא סובר דמעות קונה וכמ"ש התוס' בסמוך, אע"כ כמ"ש, דמילתא דרב חסדא שפיר יתפרש גם אליבא דר' יוחנן, ורק רבא לשיטתו מוכרח לפרש מטעם דמיחסר משיכה, ע"ש היטב:

בא"ד והא דאמר (פ"ק דקדושין) אשכחן נכרי דכל קנינו בכסף כו' אור"ת דה"פ הואיל וכל קנינו בעבד עברי כו' ע"ש, פירוש ר"ת דחוק הוא, ובאמת א"צ כלל לדוחק הזה, דאפי' לפרש"י התם דכל קנינו בכסף, היינו בכל דוכתי נמי ולא נאמר בו משיכה כלל, ג"כ אין שום ראיה דהלכה כר"ל, דהנה בטעם דר' יוחנן דס"ל ד"ת מעות קונה כתבו הר"ח והרי"ף לעיל, דיליף זה מק"ו, אם גופו קונה בכסף ממונו לא כ"ש, ולהכי בסוף הסוגיא דקדושין דמסיק התם דעבד עברי נקנה בכסף, וכיון דידעינן כבר דגופו נקנה בכסף, שפיר ילפינן ק"ו דממונו ודאי נקנה, אבל מה דפריך התם, אשכחן נכרי שכל קנינו בכסף, היינו בס"ד שבזה גופא דייניגן אם עבד עברי נקנה בכסף, ובעי למילף

מנכרי, ע"ז פריך אשכחן נכרי כו' ואין ראיה מנכרי שגם עבד עברי נקנה בכסף, וכיון שמזה גופא סותר הילפותא מנכרי, הרי סבירא לן אכתי שלא יוכל לקנות עבד עברי בכסף, וממילא אין אצלנו ק"ו לממונו לומר שממונו יהא נקנה בכסף, וכיון שאין לנו הוכחה לומר דבישראל מהני קנין כסף, שפיר אמרינן דבנכרי בכסף ולא במשיכה, דהכי פשטיה דקרא, או קנה מיד עמיתך, דמשמע דהמשיכה הוא בעמיתך, ורק משום הק"ו מפיק לקרא מפשטיה, לומר דישראל בכסף ונכרי במשיכה, אבל כ"ז שלא נדע עוד דעבד עברי נקנה בכסף, קאמר שפיר אשכחן נכרי דכל קנינו בכסף, והיינו בכל מקום וכפרש"י ולק"מ:

ואמנם אפי' אם נפרש כשיטת רש"י לעיל (דף מ"ו ע"ב) דטעם דר' יוחנן דמעות קונה, משום דיליף מהקדש דכתיב ונתן הכסף, ולא שייך תירוצי הנ"ל, אפ"ה יש לומר שאדרבה גם לרש"י יהיה הכרח לומר, דבס"ד דהתם שלא ידע עוד דעבד עברי נקנה בכסף, שנפרש ההיפוך דלר' יוחנן ג"כ נכרי בכסף, דלכאורה יש להבין מה דחק לרש"י לפרש דטעם דר' יוחנן משום דיליף מהקדש, דע"ז יש להקשות, דהא אין דנין הדיוט מהקדש וכמ"ש בשמ"ק לעיל, ולא ניחא לו בפי' הרי"ף דמק"ו יליף, וצ"ל משום דהק"ו פריכא די"ל נמכר לנכרי יוכיח, דגופו בכסף וממונו במשיכה, וכדפרכינן להדיא בבכורות כן, וכ"כ הנמוק"י להשיג על הרי"ף, ומעתה א"ש דבשלמא למסקנא דהתם, דגופו בין בישראל בין בנכרי בכסף, וא"כ יש ק"ו אצל שניהם, ס"ל לרש"י שבע"כ לא דיינינן כלל הק"ו, דעל כל אחד שתרצה למילף תוכל לומר חבירו יוכיח, ובע"כ דנילף מהקדש ולא מק"ו, אבל לס"ד דהתם דלא ידעינן עוד דעבד עברי נקנה בכסף, ובנכרי ודאי הוא דנקנה בכסף כדכתיב קרא מכסף מקנתו, וא"כ ממילא גבי נכרי יש ק"ו, טוב למילף שגם ממונו נקנה בכסף ק"ו מגופו, ולא מצית לומר עבד עברי יוכיח שגופו בכסף וממונו במשיכה, דהא לא ידעינן אכתי דגופו בכסף, ולהכי בע"כ ודאי שבס"ד דהתם גם לר' יוחנן נכרי בכסף, דבדידיה איכא ק"ו ובישראל ממילא יהיה במשיכה, והא דקאמר דר' יוחנן סובר דד"ת מעות קונה בישראל, היינו למסקנא דידעינן כבר דגם בעברי גופו בכסף, וא"כ יש ק"ו בשניהם, וממילא שלא דיינינן כלל הך ק"ו, דנוכל לומר חבירו יוכיח וכמ"ש השמ"ק בטעם דרש"י, ובע"כ דנילף מהקדש, ולהכי בחר להטיל יותר הקנין דכסף על ישראל, שאצלו נוכל עכ"פ למילף מהקדש, וז"ב בעז"ה:

ואמנם באשר לפי"ז ישאר תמוה מאוד מה שהקשו התוס' על פרש"י, ובכדי ליישב קצת היה נ"ל דהתוס' לשיטתם לא מצו לפרש, דהא דרש"י לא ס"ל הק"ו דהרי"ף, משום דאמרי' נמכר לנכרי יוכיח, דהא במס' ע"ז (דף ע"א) כתבו דשיטת רש"י דנכרי קונה

בכסף, וכ"כ נמי בטויו"ד (סי' ש"ך) להדיא בשם רש"י, וא"כ הוי גם בנמכר לנכרי ממונו בכסף וממש כהק"ו, אע"כ דמשום טעם אחר מיאן בהק"ו הזה, ובחר לפרש מטעם דילפינן מהקדש, וא"כ גם לס"ד דש"ס דקדושין סבר נמי הכי, ולזה שפיר הקשו על רש"י, והקושיא יהיה רק לשיטת רש"י דוקא דיליף מהקדש, דאילו לשיטת הרי"ף ודאי לא קשה וכמ"ש, אלא דא"כ אכתי קשה, דעל רש"י עצמו ודאי לא שייך הקושיא דהא התוס' עצמם כתבו בע"ז שם, ולעיל (דף מ"ו ע"ב) תוד"ה ופירי, דרש"י פוסק כר"ל, וא"כ מאי מקשו, דאי כפרש"י דכל קנינו של נכרי בכסף הוא בכל מקום, יהיה סתמא דש"ס דלא כהילכתא, הא לשיטת רש"י דפוסק כר"ל הוא שפיר כהלכתא, סוף דבר דברי התוס' תמוהים דאילו לדידן ודאי שאין צורך לדחוק עצמו כפיר"ת, דהא מצינן לפרש כשיטת הרי"ף, וא"כ פרכת הש"ס דקדושין היינו רק לס"ד דקדושין וכמ"ש, ואפי' לשיטת רש"י, בלא"ה לק"מ, דהא לשיטת רש"י הוי כהילכתא ודו"ק:

ברש"י ד"ה כנגדו הוא קונה אי בקרקע כו', עיין במהר"ם שי"ף שתמה למה פרש"י דלא כמסקנא דלקמן, דבקרקע כו"ע יודו דכנגד כולו הוא קונה, ולא אדע מי הגיד לו דרש"י יפרש דבקרקע אין קונה כ"א כנגדו, דהא ז"ל רש"י, בקרקע קונה קנין גמור ובמטלטלין לענין מי שפרע כנגדו ע"כ, הרי שרק במטלטלין הזכיר כנגדו, ובקרקע כתב סתם קנין גמור, ואה"נ דקונה לכולו קנין גמור, שוב מצאתי בשמ"ק דללשון רש"י שלנו א"ש כפי המסקנא:

ברש"י ד"ה בזמן שאמר ערבוני יקון כו' אלא בתורת שערבון זה יקנה הכל ע"ש, וקשה טובא דהא רשב"ג לפרושי דברי ר' יוסי ור' יהודה אתי ואינהו לא איירי בכה"ג, דערבון דידהו היינו שלא נתן כלל לתורת קנין כ"א לקנס בעלמא, וכמ"ש רש"י גופא בד"ה הנותן ערבון, ואפשר לומר דמלשון דר' יהודה משמע שאפי' בכה"ג שנתן לשם קנין נמי לא קנה כ"א כנגד ערבונו, דתמוה לשון דיו שיקנה דקאמר, שלשון זה משמע דדיו שיהיה זה כמו בקנין אחר בכה"ג, ומזה למד רשב"ג שדעת ר' יהודה הוא שאפי' אם נתנו בתורת קנין, רק שלא בתורת תחלת פרעון, כ"א שזה יקנה הכל, ג"כ אין קונה אלא כנגדו, ומשו"ה אמר שפיר דיו שיקנה פי' הכא שלא נתנו כלל בתורת קנין לא יוכל להיות דינו עדיף מאילו נתנו בתורת קנין ודיו שיקנה זה כמו זה, ונתכוון ר' יהודה בזה לתת טעם למילתא, דמשו"ה היכי דנתנו בתורת משכון אין קונה כ"א כנגדו, דדיו שיהיה דינו שוה כמו במקום שנתנו בתורת קנין, וע"ז פי' רשב"ג דהא דמשמע מר' יהודה דהיכי שנתנו בתורת קנין אין קונה כ"א כנגדו, היינו כשאמר ש ערבוני יקון, יקנה הכל וכפרש"י וא"ש:

בא"ד בזמן שאמר לו ערבוני יקון שלא נתנו בתורת תחלת פירעון כ"א בתורת שערבון זה יקנה הכל ע"כ, ובתוד"ה בזמן הקשו ע"ז דכ"ש הוא דאם התנה בפירוש שיקנה הכל דמהני ע"ש ונראה ברור כוונת רש"י, דמה דקיי"ל דהיכי דנתנו בתורת פרעון שבפרוטה קונה הכל, אין הטעם משום דקנין כסף האמור בקרא מהני אפי' אם נתן רק מקצת כסף שזה א"א לומר, דהא קנין כסף מעפרון ילפינן והתם פרע לו בעד כל המקח, ומהיכי תיתי שנאמר מעצמינו שאפי' בפרוטה קונה הכל, אלא דהא דמהני בפרוטה, היינו משום דהשאר זקף במלוה, וכמ"ש רש"י להדיא כן, ולהכי מהני משום דאמרי' שבאמת קיבל המוכר כל הפרעון רק אח"כ הלוה לו, ואפי' אם לא זקף במלוה בפירוש, אלא שנתן סתם אמרי' נמי דכיון שירצו שניהם שהקנין יועיל, ולא יוכל להועיל עד שיקבל דמי כולו, אמרינן דהוי כאילו זקף בפירוש במלוה, והוי כקיבל דמי כולו, אכן לא שייך זה כ"א במקום שירד לפרעון, והפרוטה, שנתנה לו היתה בתורת פרעון, בזה אמרינן שפרע לו כולו, אלא שהמותר נזקף במלוה, אבל בזמן שא"ל ערבוני יקון שלא נחית כלל לפרעון, קא שנתן לו הערבון לחזוק הקנין, ולא שייך בזה לומר דהמותר יזקוף במלוה, להכי לא מהני כ"א לקנות כנגדו, ומשום דקנין כסף אט מועיל כ"א בעד קבלת הפרעון, וכנגדו דהוי מיהא פרעון, דהא אין מחזיר לו אח"כ הפרוטה, אלא שנחשבת בתוך תשלום הפרעון, קונה מיהא כנגדו, והמותר לא יקנה משום דלא הוי פרעון, וזה נכון בסברת רש"י, וגם דעת הטור כרש"י ס"ל, אכן התוס' לא ירדו לסברת רש"י ויסברו דפרוטה מועלת לקנין בכל אופן, להכי שפיר הקשו דכ"ש כשהתנה, ועמ"ש בסמוך בתוס' מזה ואין להקשות דלפמ"ש רש"י בד"ה הנותן ערבון, דערבון דהכא מיירי בתורת משמן, א"כ אפי' כנגדו אמאי קונה, הא במשכון לא קנה כלל וכדאמרי' בקדושין, מנה אין כאן משכון אין כאן, וכן כתב הרא"ש להדיא, ומצאתי שבשמ"ק מקשה כן ע"ש, ונ"ל ברור דלא דמי כלל להתם, דהתם הוי המשכון, שהוא נתחייב לתת לו כסף ובאשר אין לו לעת עתה יתן לו משכון עד שישיג מעות ואז יקח את המשכון בחזרה, להכי אין יוכל לקנות על ידו, אבל הכא כוונת המשכון, היינו שיהיה לו לקיום המכירה והמשכון לא יקח בחזרה וישאר לעולם ביד מוכר, ואם יתן לו הלוקח מותר המעות יחשוב גם סך הערבון בתוך המכר, ובאם יחזור ישאר לגמרי ביד המוכר, וכיון דלא יקח ממנו בחזרה לא שייך לומר משכון אין כאן, ושפיר קונה מיהא כנגדו. ולפי"ז שלשה מיני ערבון יש, חלוקים זה מזה לדינא, א), ערבון שנתן לו בתורת תחלת פרעון ובזה קונה הכל, ב) ערבון שיתן לחזוק הקנין, היינו באם שלא יחזור אז יוסיף לו על דמי המכר, ובאם יחזור יהא מחול הערבון ואז כנגדו קונה לדעת רש"י, ג), אפי' אם נתנו לו בתורת פרעון ואפי' אם המשכון הוא

כנגד כולו, רק שהמשכון לא ישאר ביד המוכר, ואם יהיה לו מעות יקח ממנו הערבון, לא קנה כלל, דמנה אין כאן משכון אין כאן וכההיא דקדושין, ועמ"ש בסמוך בד"ה לימא כתנאי, וכל זה לא הארכתי רק להבנת השמ"ק, דערבון דקאמר רשב"ג היינו בתורת משכון, אכן כבר כתבתי לעיל בסמוך, דערבון דרשב"ג אין זה כלל בתורת משכון כ"א לחיזוק הקנין, ואע"ג דרשב"ג לפרושי לדר' יהודה קאתי ור' יהודה ודאי בערבון בתורת משכון מיירי וכמ"ש רש"י, יישבתי זה, ולפ"ז א"ש, ואין מקום לקושית השמ"ק:

בגמ' מטלטלי דלא קני אלא לקבולי מי שפרע, הרי נלמוד מזה מפורש, שערבון אין קונה במטלטלים קנין גמור כ"א למי שפרע, ולכאורה תמוה דלפמ"ש התוס' (לעיל דף מ"ו) דמשו"ה בקנין סודר קונה קנין גמור, ולא חיישינן לשמא יאמר נשרפו חטיך, דכיון דלא קיבל עוד המעות יטרח ויציל פן יסרב הלוקח ליתן לו המעות, וא"כ היכי שקונה ע"י ערבון נימא ג"כ שיקנה קנין גמור, דכיון שלא קיבל כל המעות יחוש להציל, והיה נראה מזה ראיה למ"ש הנה"מ (בסי' ר"ד) וכן בתשובת רעק"א (סי' קל"ד), דכל היכי דשם קנין מעות לא פלוג רבנן ולא קנה אפי' במקום דלא שייך החשש דנשרפו חטיך, והביא ראיה מזה ששנינו ברישׁ פירקין, דהכסף אין קונה את הזהב, ואמאי הא במעות לא שייך נשרפו מעותיך, דכספים אין להם שמירה אלא בקרקע, כמ"ש התוס' לעיל (דף מ"ג), אע"כ דכל היכי דשם קנין מעות לא פלוג רבנן ולא קנה, ולמ"ש יהיה ראיה מפורשת מכאן, דקאמר בהדיא שבערבון נמי אין קונה כ"א לענין מי שפרע, ותמוה לי דל"ל לרעק"א להוכיח דבנתן מקצת דמים אין קונה כ"א למי שפרע ממתני' דהזהב, ולא הביאו דבר המפורש:

ואכן באשר לפי"ז יהיה תמוה מ"ש הרמ"א בשם הגהות מרדכי, דאם היה המטלטלין במקום דליכא למיחש לדליקה קונה קנין גמור במעות ע"ש (בסי' קצ"ח), וגם הסמ"ע (בסי' ר"א) כתב דבנתן רק מקצת מעות קונה קנין גמור משום דלא שייך בזה חשש דנשרפו, הרי דס"ל דלא אמרינן לא פלוג רבנן בתקנתא זאת, ויקשה עליהם מהך דסוגיין וממתני' דהזהב, לזה נ"ל שמכאן אין ראיה, דשפיר נוכל לומר כהמרדכי והסמ"ע דלאו אמרי' לא פלוג רבנן, והכא היינו טעמא דאין קונה כ"א למי שפרע, דהא זה פשוט דמה דאמרינן דיש חשש שמא יסרב הלוקח לפרוע אח"כ, לא שייך כ"א במקום שבעד המקח גופא לא סילק אותו, אבל אם בעד המקח פרע לו הכל, רק שמחויב לו הלוקח מעות אחרים שהלוהו, לא שייך כלל לומר שמא יסרב מלפרוע לו המלוה, כיון דמן המקח נסתלק ומעות אחרים חייב לו, מהיכי תיתי שלא יפרע לו, דלא אשתמיט בשום מקום לומר, שהיכי דלוקח חייב למוכר מעות הלואה שאו יקנה קנינו בכסף לחוד, ומשום דהמוכר יטרח להציל שמא יסרב הלוקח לפרוע הלואתו, אע"כ דהחשש זה אינו כ"א

במקום שמגיע כסף הפרעון ולא כסף הלואה. והנה לעיל בסמוך כתבתי הטעם מה שקונה בערבון פרוטה כל המקח, הא קנין כסף מעפרון ילפינן והתם פרע לו הכל, וכתבתי שבאמת אם לא סילק הפרעון בשלימותו לא קנה, וזהו הטעם דכשאמר ערבוני יקון, יקנה הכל, שלא קנה אלא כנגדו, היינו משום דקנין כסף הוא רק במה שפרע ולא יותר, והא דמהני בקניית פרוטה, היינו משום דאמרי' דהפרעון מסולק בשלימותו, והמותר זקפו במלוה, ואפי' בסתם נמי אמרינן כן ע"ש, ולפי"ז א"ש דכיון שהפרעון נסתלק, ומה שחייב לו היינו הלואה, ודאי דלא שייך לומר שמא יסרב הלוקח, ולהכי אין קונה כ"א לענין מי שפרע, וז"ב:

וראיה השני' שהביאו ממתני' דהכסף אין קונה, לפמ"ש לעיל בר"פ דהתם אפי' שומר חנם לא הוי המוכר במעות אלו שמכרם, שדוקא במעות שקיבל בעד חפץ הנמכר הוי שו"ח כיון שלקחם מיד הלוקח להביאם לביתו, אבל במעות שמכר ללוקח, על אלו המעות אפי' שו"ח לא הוי ואכתי שייך בהו החשש דנשרפו מעותיך, ולהכי הכסף אין קונה הזהב, ותמיהני על הנה"מ שסותר דברי עצמו, דבסי' קצ"ח כתב ג"כ לדחות ראי' ממתני' דהזהב כמ"ש, ומסיק דבמקום שאין שייך החשש דנשרפו קונה קנין גמור במעות, ובאותו סימן גופא וכן בסי' ר"א כתב שאמרינן לא פלוג, ואפי' אם לא נתן כ"א מקצת המעות דלא שייך שמא נשרפו ג"כ אין קונה כ"א למי שפרע.

יהנה לפמ"ש יוגדל מאוד התמיה עמ"ש הסמ"ע (בסי' ר"א) דבנתן רק מקצת המעות קונה קנין גמור, והא הכא קאמר בש"ס דאין קונה בערבון כ"א למי שפרע, ונהי שאין זה מטעם הנה"מ ורעק"א דאמרי' לא פלוג, אלא מטעם שכתבתי, דגם בערבון לא שייך שמא יסרב הלוקח לשלם, מ"מ יהיה מאיזה טעם שיהיה, ש"ס ערוך הוא דערבון אין קונה כ"א למי שפרע, הן אמנם דעל הטור והמחבר שם בסעיף ב' שכתבו נמי כהסמ"ע וז"ל וכן כל דבר שנהגו התגרים לקנות כגון ע"י שנותן הלוקח פרוטה למוכר כו' קונה קנין גמור ע"כ, לא קשה לי, דהתם לאו מדינא, אלא משום דכבר נהגו לקנות עי"ז והוי כמו סיטומתא וכמ"ש להדיא כל דבר שנהגו לקנות על ידו, וגם הרא"ש לקמן באיזהו נשך, שממנו מקור הדין למד זה מסיטומתא, אבל מדינא אפי' בפרוטה שהוא מקצת הדמים נמי לא קנה קנין גמור, אבל הסמ"ע שפי' טעם דטור ומחבר דהוי מדינא ומשום דהכא לא שייך החשש דנשרפו קשה לי מסוגיין. ובכדי ליישב שיטת הסמ"ע נראה שאדרבה עוד מש"ס זה יהיה סיוע לדבריו, דהא מחמת סברא זאת דמטלטלין אין קונה כ"א לענין מי שפרע, מוכחינן דערבון במטלטלין כנגדו הוא קונה, ולא דמי לקרקע דקונה כנגד כולו, היינו משום דהתם קונה קנין גמור בכסף, וא"כ למ"ד דס"ל שגם במטלטלין כנגד

כולו הוא קונה ודומה לקרקע, צ"ל דס"ל באמת שגם במטלטלין קונה קנין גמור, דאל"ה יקשה היכי מדמה לקרקע בכמות הקנין שיקנה כנגד כולו, כיון שגם באיכות הקנין לא דמי, וא"כ למאי דקיי"ל כר' יוחנן שגם במטלטלין כנגד כולו קונה, בע"כ שס"ל ג"כ דבאיכות הקנין דמיא שבמטלטלין נמי קונה קנין גמור, ואמאי הא זהו קנין כסף ואין קונה כ"א למשיכה, אע"כ כשיטת הסמ"ע דבערבון שלא נתן כ"א מקצת הדמים קונה קנין גמור, אלא דאי נימא כמ"ש דבערבון הוי כאילו פרע כל המקח והמותר הוי רק הלואה, וכן משמע מסמ"ע גופא (בסי' ק"צ) ע"ש, אכתי יקשה אמאי קונה לגמרי, וצ"ל דהסמ"ע וסבור דאע"ג שהלואה היא מ"מ בהלואה כזה שבאה מחמת המקח חיישינן שמא יסרב הלוקח ליפרע, ואע"ג דבשארי הלואות אין חוששין, ולהכי קונה קנין גמור, וזה נכון מאוד, ולפי"ז יהיה מכאן ראיה דלא אמרי' סברא דלא פלוג ודלא כהנה"מ והגרע"א, ודו"ק:

תוד"ה בזמן, הקשו על פרש"י ע"ש, ועמ"ש לעיל ברש"י ליישב, ונראה עוד, דדעת רש"י דקנין כסף האמור בכל מקום, אין זה כמו קין סודר דקבלת הסודר עושה הקנין, היינו בההיא הנאה דמקבל גמר ומקנה, ואמנם בקנין כסף לא אמרינן דבההיא הנאה דמקבל הכסף גמר ומקנה, ונשתעבדו זל"ז שאין אחד יכול לחזור, אלא שורש קנין כסף הוא פרעון הדמים בעד החפץ וכמ"ש הסמ"ע (בסי' ק"ץ), ומשום דמעפרון ילפינן והתם הוי דמי שווי השדה, וזהו מ"ש רש"י לחלק בין נתנו בתורת פרעון לאומר ערבוני יקנה, דבתורת פרעון שפיר קנה, דזהו קנין כסף, אבל אם אמר לו יקון, פי' שנתן לו הכסף בתורת קנין, היינו שע"י הפרוטה הזאת ישתעבדו זה לזה, וזה לאו כלום הוא, דאין זה קנין כסף, דוק ברש"י ותמצא כדברי, ולעיל (דף ט"ז ע"א) בחדושיי לתוד"ה האי שטרא, כתבתי שזהו טעם הרמב"ם לחלק בין קדושין למכירה לענין קנין ע"י מלוה, דבמכר מהני ולא בקדושין, והיינו משום דבמכר פרעון בעינן, ואם נתרצה המוכר לקבל את המלוה בפרעון, ס"ס כיון דעי"ז מסולק מן הלוקח קנה, אבל בקדושין דהתם לא שייכי תורת פרעון וכמ"ש הט"ז בחו"מ (סי' ק"צ), וקנין כסף דקדושין היינו בתורת קנין, ולכן במלוה שאינה בעין א"א לקנות ואע"ג דבקדושין נמי ילפינן קיחה קיחה מעפרון, דהיינו ממכירה, היינו דכמו דקיחה האמור התם הוי בכסף, ה"נ קיחה דקדושין, אבל באיכות הכסף לא הושוו, דבעפרון הוי בתורת פרעון, ובקדושין בתורת קנין ועמש"ש:

בגמ' לימא כתנאי המלוה על המשכון, אין כוונת הש"ס לדמות הערבון דפליגי רב ור"י, למשכון דפליגי רשב"ג ור"י, דהא ההיא דרב ור"י אין זה משכון שניתן לבטחון הדמים כמו הך דמלוה על המשכון, דמשכון שניתן רק לבטחון אין קונה כלל, דמנה אין כאן

כו' וכמ"ש לעיל, אלא הסברות רצה לדמות, דכמו שהמשכון דמועיל לענין שמיטה, דלשמיטה מועיל גם משכון שניתן לבטחון כיון דלא קרינן בו לא יגוש, וכמו דמה דמועיל לשמיטה אמרינן בו דהמקצת הוא ככולו, כן הערבון דמועיל לענין קנייה ופשוט:

דף מט.

בגמ' והא בעי לקבולי מי שפרע, ופרש"י ודילמא לא הוי מקבל ואשתכח דזוזי דידיה נינהו, מכאן יהיה ראיה למ"ש לעיל (דף מ"ח ע"א) ברש"י ד"ה קאי, דאע"ג דחז"ל עקרו קנין כסף והעמידו רק למי שפרע, מ"מ לענין מי שפר הוי ק גמור גם מדרבנן, דרק רשות לחזרה ניתן לו ואם חזר נתבטל הקנין למפרע, אבל כ"ז שלא חזר הוי קנין גמור, והחפץ הנקנה קאי ברשות לוקח והמעות ברשות המוכר, וכמו לקמן (דף ס"ב) גבי איסור ריבית דאמרינן כיון דבעי לקבולי מי שפרע, ברשותו של לוקח נתייקר, ומכאן יהיה ראיה ברורה לזה, דפריך והא בעי לקבולי מי שפרע, פי' נהי דמצד חיוב שמירה אין לחייבו כיון שאמר לו שקול זוזך כלתה השמירה, מ"מ יתחייב מטעם דדידיה הוא דאיתניסו, דכ"ז שלא קיבל מי שפרע המעות כדידיה נינהו וכדפרש"י, הרי להדיא דכ"ז שלא קיבל מי שפרע המעות הוי של מוכר אפי' לענין חיוב אונסין, ואלא דלפ"ז יקשה ע"מ שחקר התוס' (לעיל דמ"ג ע"א) אם המוכר רשאי להשתמש בהמעות כ"ז שלא משך, ובתי' הראשון שם העלו דאין רשאי ע"ש, ואי נימא שהקנין נגמר אמאי לא יהא רשאי להשתמש במעותיו, וי"ל דהתוס' לשיטתייהו אזלי, דסברי שבאמת לא נגמר הקנין עוד כ"ז שלא משך, דיש לי להוכיח דהכי הוא שיטת התוס', דהנה (לעיל דמ"ז ע"ב) הבאתי מחלוקת בעה"מ ורמב"ן, דבעה"מ סובר דהא דהלוקח מצי לחזור היינו קודם שנשרף, אבל לאחר שנשרף א"י לחזור דברשותא דלוקח נשרף, והרמב"ן חולק שאפי' אחר שנשרף יכול הלוקח לחזור, ויסוד פלוגתתם ביאר החת"ס בתשובה (יו"ד סי' שי"ד) דבעה"מ סובר שכ"ז שלא קיבל מי שפרע נגמר המקח והוי מקח גמור ולהכי ברשות לוקח נשרף, והרמב"ן סובר שכ"ז שלא משך, עדיין לא נגמר המקח ע"ש, ועיין בתוס' (לעיל דף מ"ז) ד"ה אא"ב שסוברים כשיטת הרמב"ן דאפי' אח"כ יכול נמי לחזור, א"כ מוכח דס"ל שעדיין לא נגמר המקח, ולהכי שפיר חקרו אם רשאי להשתמש במעות, והך דסוגיין יש ליישב נמי דאין כוונת הש"ס במה דפריך והא בעי לקבולי כו', דיתחייב באונסין מטעם דדידיה הוא דאיתניס, רק על פסק דרבא תמהו, שהם סברו דרבא פטר אותו לביתו בלא קבלת מי שפרע, ע"ז שאלו והא בעי לקבולי מי שפרע, וא"כ אמאי פטרת אותו מזה, אבל לא נתכוונו כלל שנחייבנו באונסין מחמת זה ודלא כפרש"י,

ועיין בשמ"ק דלחד גרסא שמביא מפרש כן באמת, אלא דאכתי יש להבין דא"כ למה כתבו התוס' (לקמן דף ס"ב) דכל זמן שלא קיבל מי. שפרע ברשות לוקח נתייקר, שמזה משמע להדיא דהמקח נגמר לגמרי, ואכן ברירא דמילתא בדעת התוס' בזה, דתלוי זה בשני התירוצים (לעיל דף מ"ג) דלתי' הראשון שכתבו דהמוכר אסור להשתמש במעות, מוכח שהקנין לא נגמר, ובתי' השני כתבו להדיא דלר' יוחנן דד"ת מעות קונה מותר להשתמש והיינו וודאי משום דס"ל דהמקח נגמר ע"ש, וכיון שבאמת יש שני דיעות בתוס' בזה א"ש, דמ"ש התוס' (לעיל דף מ"ז) כשיטת הרמב"ן, היינו לתי' הראשון, ומ"ש (לקמן דס"ב) דברשות לוקח נתייקר, היינו כתי' השני, ומסוגיא דהכא אין ראיה כלל, דיש לפרשה כזה וכזה וכמ"ש, ועמ"ש עוד בדבור הסמוך:

בגמ' א"ל ה"נ, ופרש"י או ישלם או יקבל מי שפרע, ותמיה לי לפמ"ש רש"י שדעת הנהו רבנן דשאלו מרבא, והא בעי לקבולי מי שפרע, היינו משום דאשתכח דזוזי דידיה נינהו דאיתניסו, וביארתי טעמו דרש"י ס"ל דאע"ג דעקרו לקנין מעות והעמידוהו רק על מי שפרע, היינו רק אם חזר, אבל כ"ז שלא חזר קנין גמור הוא והחפץ הוא של לוקח והמעות של מוכר, ולכי הדר מילתא אחריתי היא, ולהכי פי' דכ"ז שלא קיבל מי שפרע הוי כדידיה וברשותו של מוכר נשרף, וא"כ תמוה מה דמשני, שיקבל השתא מי שפרע, דמאי מהני זה שיקבל השתא, הא כיון דכ"ז שלא קיבל המי שפרע היה זה כקנין גמור, וכיון שלא הספיק לקבל מי שפרע קודם, אכתי ברשות המוכר נשרף, וכמ"ש באמת הבעה"מ (לעיל דף מ"ז) בפלוגתא דר' יוחנן ור"ל, דאע"ג דתקנו חז"ל שהלוקח יכול לחזור מחשש שמא יאמר נשרפו חטיך, היינו כשהספיק לחזור קודם שנשרף, אבל אם לא חזר עד שנשרף א"י שוב לחזור, אפי' כשירצה לקבל מי שפרע, ואין ספק שזהו כוונתו וטעמו, דכיון דכ"ז שלא חזר עומד החפץ ברשות לוקח מאי מהני חזרתו אח"כ כיון שבשעה שנשרף שלו היה, וכיון שרש"י פי' נמי דקודם החזרה שלו היה וברשותו נשרף, מאי מהני הקבלת מי שפרע, ואין לומר דרש"י יסבור כשיטת הרמב"ן החולק עם בעה"מ, וס"ל שגם אחר שנשרף יכול לחזור, דהא. הוא אין חולק עליו כ"א בזה, דהרמב"ן סובר דכסף לחוד אין גומר כלל, דכיון שעקרוהו לקנינו אין עושה שום רושם כ"א למי שפרע, ולא הוי כלל ברשות לוקח, אבל אם היה ס"ל דכ"ז שלא חזר הוי קנין גמור היה מודה שאפי' אם ירצה לקבל מי שפרע אחר האונס ג"כ לא מהני מלפוטרו עי"ז מאחריות האונס. ונ"ל דסברת רש"י כן הוא, דאע"ג דקודם החזרה עומד ברשותו, מ"מ אם יקבל אח"כ מי שפרע עוקר הקנין מעיקרו, וכאילו לא היה מעולם שום קנין, ויפלוג בזה עם הבעה"מ, דבעה"מ יסבור דהא דתקנו חז"ל שבקבלת מי שפרע סגי, היינו רק לתת יכולת בידם לחזור אבל

לא לעקור הקנין דמעיקרא, ולהכי ס"ל שאם לא הספיקו לחזור עד אחר ביאת האונס, לא מהני שוב אפי' אם יקבל מי שפרע, כיון דס"ס ברשותו הוא דנשרף, ורש"י ס"ל שהתקנה היתה, דהמי שפרע עוקר הקנין דמעיקרא, וכאילו מתחלה לא היה שום קנין, ולהכי אם מקבל מי שפרע מהני לפטור מאחריות האונס, וגדולה מזה כתב הרמב"ן הובא בנמוק"י דסוגיין, דאפי' אם המוכר הוציא המעות בהוצאה, דבזה יבוא חיוב האחריות עליו לכו"ע מטעם מלוה דהוי כהלואה בידו, ואפ"ה אם מקבל מי שפרע פטור, ואע"ג דרב האי גאון המובא ברי"ף כאן כתב, דאם הוציאום חייב באחריות אפי' אם מקבל מי שפרע, וכן הוא דעת הר"ן והרשב"א כמ"ש בנמוק"י, יש לומר דהיינו דוקא בכה"ג שהוציאם, דחיוב האחריות יבוא מטעם הלואה, ובזה ודאי אין סברא לפטרו מאחריות בקבלת מי שפרע, דמאי מהני שיחזור מן המכירה, מ"מ כיון שהוציא והשתמש במעות הללו הרי הם מלוה בידו, ונהי שהמכירה נתבטלה, יתחייב מטעם מלוה, אבל היכי שלא הוציא המעות, דמטעם מלוה א"א לחייבו, ורק מטעם הקנין, וכשמקבל מי שפרע בטל הקנין למפרע ונמצא שלאו דידיה הוא דאיתניסו ופטור:

אלא דאכתי עלינו לבאר לשיטת בעה"מ דסובר, דאי לא חזר קודם האונס אין יכול שוב לחזור איך יתרץ תשובת רבא, וכ"ש למ"ש לעיל (דף מ"ז ע"ב) ברש"י ד"ה אא"ב, להוכיח שגם רש"י סובר כבעה"מ דיקשה גם על רש"י, וי"ל דהא יסוד סברת בעה"מ בנוי ע"ז שסובר דכ"ז שלא חזר הוא קנין גמור, והיינו דוקא לר' יוחנן דד"ת מעות קונה, והקנין כבר נעשה, וא"כ העונש דמי שפרע הוא שלא לעבור על הקנין, שפיר אמרינן דכ"ז שלא ביטל נחשב לקנין גמור, אבל לר"ל דלא קנה עוד, ונהי שגם לדידיה צריך החוזר לקבל מי שפרע, אמנם המי שפרע הוי רק לחייבו לעשות קנין, ודאי דלא נוכל לחשבו גם קודם החזרה לקנין גמור, וא"כ רבא לשיטתו לעיל דאמר קרא ומתניתא מסייע לר"ל, הרי ס"ל כר"ל, ולהכי שפיר קאמר דאם מקבל מי שפרע יפטור, וסברת בעה"מ הוא רק לר' יוחנן דקיי"ל כוותי', אלא דאכתי צריך עיון דהא סברת רבנן השואלים היה כר' יוחנן, לפרש"י שפי' דרצו לחייבו מטעם דדידיה הוא דאיתניס, ותשובת רבא יהיה כר"ל, א"כ לא שייך לשון ה"נ דקאמר רבא, דלשון זה משמע שמודה לשאלתם, ובאמת רחוקים הם זה מזה, דלסברת השואלים לא מהני גם המי שפרע לפוטרו מאחריות, ולתשובת רבא מהני זה לפוטרו, וצ"ל דהבעה"מ יפרש שבאמת גם השואלים יסברו כר"ל, ובזה ששאלו לא רצו לומר דיחייב המוכר באונסין, אלא דסברו שרבא פוטר אותו גם בלא מי שפרע, ע"ז שאלו והא צריך לקבל עכ"פ מי שפרע, ולמה פטרת אותו כן בלא כלום, והשיב להם ה"נ שיקבל מי שפרע, וכמ"ש לעיל לשי' התוס', ועיין בשמ"ק שהביא בשם הריטב"א

שהוכיח דגם רש"י יפרש כן ע"ש איך שפירש לשון רש"י לפי"ז, וא"כ יתיישב שפיר, דהכא קיימא אליבא דר"ל, להכי כי מקבל מי שפרע פטור, ובעה"מ ורש"י דס"ל דלא מהני היינו דוקא לר' יוחנן. ועוי"ל דבעה"מ סובר, שודאי אם לא הספיק גם לחזור עד אחר ביאת האונס, אמרי' דברשותו נשרף, אבל אם החזרה היה מקודם, רק לא הספיק לקבל המי שפרע וכמו הכא, בזה שפיר אמרי' דכבר יצא מרשותו אפי' קודם המי שפרע, אלא שצריך לקבל מי שפרע, וכן יש לפרש גם לשון רש"י, ותי' זה נ"ל עיקר:

תוד"ה אלא כו' והא דאמר כו' משום דמעיקרא היה ש"ש כו' עכ"ל, והקשו המפרשים לפמ"ש התוס' (לעיל דף מ"ג) בתי' השני, דאי מעות קונות מה"ת יכול המוכר להשתמש במעות שקיבל, וכיון שיכול להשתמש ודאי דהוי ש"ש עלייהו, וא"כ אכתי הוי דומה לדין דאומנים דכי א"ל שקול זוזך שיהיה עכ"פ שו"ח. ואנכי איני רואה בזה שום קושי' על תוס', דהא מה שכתבו דמותר לשמש במעות היינו דוקא אליבא דר' יוחנן דמעות קונה, אבל לר"ל אסור להשתמש במעות וכמ"ש להדיא כן בדבריהם, וא"כ הכא דאליבא דרבא קיימינן ורבא ס"ל כר"ל כדאמר לעיל קרא ומתניתא מסייע לר"ל, שפיר כתבו התוס' דהשתא אפי' שו"ח לא הוי:

והנה בשמ"ק הביא ראיה מהתוס' דהכא דהמוכר אין מחויב על המעות באונסים גמורים, דאי הוי מחויב באונסים גמורים א"כ כשאמר לו אח"כ הא ביתא קמך יהא עכ"פ שו"ח, ועוד הביאו ראיה מהא דאמרי' לעיל נתנה לספר מעל וספר הא בעי לממשך תספורת ואי ס"ד מחויב באונסין כו' וכדאמרי' פ' המפקיד לדידך דאמרת אפי' נאנסו מאי איריא הוציא וכמ"ש התוס' (לעיל דף מ"ג). ולענ"ד שני הראיות אינן מוכרחות, דמתוס' דהכא אין ראיה, דהא רק אליבא דרבא דסובר כר"ל כתבו כן וכמ"ש, אבל אה"נ לדידן דקיי"ל כר' יוחנן חייב באונסין, וראיה השניה, אם כי גם התוס' לעיל כתבו נמי כן, בכ"ז ג"כ יש לדחותה לענ"ד, דהא עיקר טעם דנרצה לומר שהמוכר יהא חייב באונסין לר' יוחנן, היינו משום כיון דלדידיה הקנין כבר נגמר וכ"ז שלא חזר קנין גמור הוא, והסבר הדברים, דעלינו להעמיד לכל אחד בחזקת כשרות ולומר שודאי לא יתרצה לקבל מי שפרע, ולהכי אמרינן לחשוב הקנין ככבר נגמר וכמ"ש (לעיל דף מ"ח) בארוכה, ואמנם הכא דאם יחזור ירוויח הרבה, שלא יבוא לידי מעילה, וא"כ ליכא אומדן דעתא שלא יחזור, דאדרבה עלינו לאמוד דעתו שודאי יחזור בכדי שלא יבוא לידי מעילה, לא נוכל לחשוב עוד כנגמר הקנין, וממילא אין המוכר רשאי עוד להוציאם בכה"ג, ושפיר פרכו וספר הא בעי למימשך, דהספר אסור עוד להוציאם כ"ז שלא נגמר הקנין, אבל אה"נ בשאר דוכתא שבקיום המקח לא יבוא לידי עבירה אמרינן שודאי יקיים המקח שלא ירצה

לעבור במי שפרע, והמקח נחשב כגמור, וממילא המוכר חייב באונסין וזה נכון, ועמ"ש לעיל בסמוך בגמ':

בתוד"ה אפי' שו"ח לא הוי, הקשו דמאי שנא מטול את שלך, ועמ"ש לקמן (דף פ' ע"ב) מזה:

דף מט:

בגמ' ההוא גברא כו' לסוף שמע דבעי למינסביה כו', מכאן הוכיח הבעה"מ את שיטתו, דאחר שנשרף אין יכול הלוקח לחזור, דאי לא תימא הכי למה ליה להההוא גברא לערער קודם שבא האונס, ימתין עד שיבוא האונס ואולי לא יבוא, אע"כ משום דאח"כ לא יכול עוד לחזור, ועוד הוכיח מלשון דקאמר רב חסדא כדרך שתקנו משיכה במוכרים כו', הרי דעיקר המשיכה לא תקנו כ"א במוכרים ואגב מוכר תקנוה ללוקח, ואי כדברי הרי"ף, אדרבה עיקר המשיכה היתה ללקוחות ע"ש, והרמב"ן טען דלאו ראיה היא, שעיקר התקנה היתה במוכר לכו"ע וכפרש"י לעיל ע"ש, ונראה כוונת בעה"מ, דנהי דהשתא דקאמר רב חסדא דעיקר המשיכה במוכר, הוכרח רש"י לפרש הטעם, דיטרח להציל משום חשש יוקרא, אבל על רב חסדא גופא קשה, דל"ל לומר דעיקר התקנה במוכר הוא שזהו חשש רחוק לומר שיטרח על ספק דשמא יתייקר, ולא נימא כפשוטו דיטרח להציל שמא יחזור הלוקח כשיבוא האונס, אע"כ דלכשיבוא האונס א"א שוב לחזור, ולכן א"א לפרש דהתקנה היתה בלוקח, ובע"כ שבמוכר היתה מחשש יוקרא, ולעיל (דף מ"ז ע"ב) הארכתי הרבה לקיים שיטת רש"י ותוס', ועמ"ש לעיל ע"א בטעם דבעה"מ:

בתוד"ה ש"מ ותימה דלשתוק משתות למקח ע"ש, ואפשר ליישב, דהנה כבר איפליגו בה רבוותא, היכי דליכא שתות מצומצם בשום צד ובמקח הוי יותר משתות, ובמעות פחות משתות, כגון שמכר שוה כ' במעט פחות מכ"ד, למאי חשבינן ליה, ודעת איזה ראשונים שגם זה דין אונאה, משום דאין סברא דבמכר בפחות מכ"ד שיהא בטול מקח, ואם מכר בכ"ד יהא אונאה, ואמנם דעת המרדכי דס"ס כיון דליכא שתות מצומצם לשום צד, אזלינן בתר מקח והוי בטול מקח, ולפי"ז י"ל דהמשנה אתא להורות כהמרדכי, כלומר דוקא היכי דבענין המקח יש שתות מצומצם אז אמרינן דהוי אונאה, אבל אי בשום צד ליכא שתות מצומצם לא דיינינן דין אונאה, בין שהוא פחות או יותר:

דף נ:

בגמ' אמר ר"נ לא שנו אלא לוקח אבל מוכר לעולם חוזר, מלשון זה משמע דלעולם ממש מצי לחזור, ואפי' אחר שנודע לנו שאיתרמי לו זבינתא כזבינתיה וידע שטעה, מ"מ כיון דלא מצו חז"ל למיהב שיעורא אמרו דלעולם חוזר כדי שלא תחלוק בשעורין, זהו שיטת הרשב"א, והרי"ף סובר דהאי לעולם דקאמר היינו רק עד דנודע לנו שאיתרמי לו זבינתא כזבינתיה הא לבתר הכי א"י לחזור, ולעולם דקאמר פירושו, אי לא איתרמי זבינתא לעולם, יכול לחזור לעולם, ופשטא דש"ס ריהטא כפי' הרשב"א, חדא דלשון לעולם יתפרש שפירי אליביה, ועוד דלשון הש"ס (לקמן דף נ"א) מוכר דלא נקיט מקחו בידו עד דאיתרמי זבינתא כזבינתיה לא ידע הלכך לעולם חוזר, לשון זה משמע דהא דקאמר עד דמיתרמי, לאו שיעורא הוא דעד הכי יכול לחזור, אלא טעם קאמר למילתיה דלהכי לעולם משום דלא ידע עד דמיתרמי, והוא דבר שאין לו שיעור, להכי הוי לעולם ואילו לשיטת הרי"ף, האי עד דמיתרמי דקאמר שיעורא הוא, ולשון הש"ס לא משמע כן, ועיין בחו"מ (סי' רכ"ז) שלא הזכיר כלל דעת הרשב"א, היינו משום דהמחבר בב"י הכריע כשי' הרי"ף, ועכ"פ מחלוקת ראשונים הוא, דהא דקאמר לעולם חוזר, עד מתי הוא, אי לעולם ממש, או לא, והנה ז"ל הטור בסי' הנ"ל, שאלה לא"א הרא"ש, הא דאמרי' מוכר לעולם חוזר עד מתי יהיה זה כו', ובפרישה הקשה מאי שאל עד מתי, והרי בהדיא שנינו לעולם חוזר ומפרשינן בגמ' עד דמיתרמי זבינתא כזבינתי', וע"ש שנדחק מאוד לפרש, ולמ"ש אין ספק הוא דמקום השאלה היה, דהא דאמרי' לעולם חוזר עד מתי הוא, אי לעולם ממש כשיטת הרשב"א או עד שיתרמי זבינתא כהרי"ף:

דף נא.

בגמ' ההוא גברא דהוי נקיט ורשכי קרי שיתא ושויא חמשא ואי הוי יהיבי לי' חמשא ופלגא הוי שקיל כו' אמר אי יהיבנא לי' חמשא ופלגא הוי מחילה אתן שיתא ואתבעיה לדינא כו' ע"ש, והר"ח הוכיח מהך עובדא שאפי' אם ידע הלוקח בשעה שלקח שנתאנה ושתק, אפ"ה יכול לתבוע אונאתו, דהא הכא ידע הלוקח שיש בו אונאה ואפ"ה לא דחה בש"ס אלא מפני שקנה מבעה"ב ע"ש, ותמיה לי דמאי ראיה היא, דהא הכא כיון שידוע לנו שגם אי הוי יהיב לו חמשא ופלגא הוי שקיל וא"כ למה לו לתת עוד יותר, אלא ודאי משום דרוצה לתבוע אונאתו, וא"כ י"ל שדוקא הכא שיש לנו אומדנא דמוכח שדעתו לתבוע ולא למחילה, ומנ"ל ללמוד שאפי' במקום שאין אומדנא כי האי, שג"כ דעתו לתבוע ולא למחילה, ונ"ל דמה שהוצרכו להביא ראיה מן הש"ס, אין זה בכדי שלא נאמר

כיון דידע ושתיק מחיל, דזה אפי' בלא ראיה, וגם מסברת עצמינו לא היינו אומרים כן, דבאונאה נתלה השתיקה במחילה, דהא אין אדם רגיל למחול ולתת מתנת חנם, ורק במקום שלא היה לנו במה לתלות השתיקה, היה הכרח לומר מדידע ושתק מחיל, אבל בדין דאונאה הא י"ל משום דהיה לו רצון באותו חפץ ואם לא יתן כמו שירצה המוכר לא ישיג אותו, לזה הוכרח היה לקנות מתחלה במחיר גבוה, אף שידע שאין שוה כ"כ, וכיון שיש לנו במה לתלות שתיקתו, מהיכי תיתי נימא שלמתנה נתכוון, וסברא זאת שייך נמי במקום שאין אומדנא דמוכח, דלא בעינן כלל לאומדנא ע"ז, דבודאי כ"ז שיש לתלות השתיקה לסבה אחרת ולא למחילה תלינן, ורק הראיה מן הש"ס הוצרכו בכדי שלא נימא דלא מיקרי אונאה כ"א במקום שלא ידע הלוקח, אבל במקום דידע מתחלה, אם כי הוא לקח אדעתא דלתבועD אין זה כלום, דאין לו רשות לקנות לכתחילה בהערמה בכדי לתבוע אח"כ, ולא מיקרי זה כלל אונאה, וכמו גבי פחות משתות אמרי' באמת, דאע"ג שאסור להונות בפחות משתות, מ"מ אם הלוקח ידע מותר לכתחילה וכמה שכתבתי לקמן (דף נ"ב) שהוכחתי זה בארוכה, והו"א שגם באונאת שתות כן הוא, לזה מביא מעובדא דהכא שאפי' אם ידע מתחלה שיש בה אונאה, כיון שלקח ע"מ לתבוע, ולא למחילה יכול לתבוע, וממילא דבכל גווני שבאונאה כיון דודאי הוא שדעתו לתבוע, אין זה מזיק מה שידע מתחלה, דאפי' בכה"ג הוי מיקרי אונאה וא"ש, אלא שמלשון הר"ח משמע קצת שגם ע"ז הוצרך להראיה שלא נאמר דכיון דידע מחיל וקשה קושיתינו, ולעד"נ לפרש כוונתם כמה שכתבתי, ויש ליישבה גם בלשונם:

והנה הרמ"א בחו"מ ש רכ"ז) הביא לפסק הלכה כהוכחת הר"ח, שאפי' אם ידע הלוקח יכול נמי לתבוע אח"כ, אלא שהב"ח שם הרבה להשיג עליו, דהא בע"כ לא נתכוון הר"ח להוכיח כ"א דומיא דהנך עובדי שאמר הלוקח בפני עדים, אתן לו שיתא ואתבעיה לדינא, דהתם כיון שנתברר דידע ולא מחיל אעפ"י ששתק בשעת לקיחה אין שתיקתו מחילה, אבל אם לא נתברר שהיה דעתו לתובעו אח"כ אע"ג דנתברר שידע הלוקח שאינו שוה אלא חמשה וקנאו בשש אמרי' מתנה בעלמא הוא דיהיב, והביא ראיה דהא אפי' היכי דטעה בכדי שאין הדעת טועה פסק הרא"ש דמסתמא ידע ומחיל וכמבואר בחו"מ שם (סעיף ט'), כ"ש היכי שידוע לנו שידע בשעת לקיחה שאינו שוה אלא חמשה ולקחו בשש דאמרי' ידע ומחיל, וא"כ היכי סתים הרמ"א לפסוק דבכל אופן אמרינן דיכול לתבוע אח"כ ע"ש. ולעד"נ דודאי כוונת הר"ח הוא כמ"ש הרמ"א, שבכל אופן יכול לתבוע אח"כ, ולאו דוקא בדומיא דעובדא דהכא, דלשון הר"ח הוא ממש כלשון הרמ"א ולא הוזכר שם החלוק הזה שכתב הב"ח, וקושית הב"ח דא"כ אמאי אמרינן

דטעה בכדי שאין הדעת טועה דידע ומחיל, יתיישב בפשיטות, דהא זה ודאי שהדין המוזכר בהך עובדא, דיכול לתבוע אפי' כשידע מקודם, לא נאמר זה כ"א באונאה, אבל במקום בטול מקח הא אמרי' בכל דוכתי דראה ונתפייס ולא יכול לתבוע אח"כ, וכמ"ש בהדיא (כתובות נ"ח) מאי אמרת לסטים מזויין או מוכתב למלכות הנהו קלא אית להו, ופרש"י וסביר וקביל, הרי שאפי' במקום שלא נתברר שידע בודאי, אפ"ה אמרינן כיון דקלא אית להו וידע מסתמא אין יכול שוב לבטל המקח, כ"ש היכי דנתברר שידע בשעת הלקיחה מהמום דאין יכול שוב לתבוע, והחלוק שביניהם פשוט ומבואר, דבאונאת שתות שהמקח קיים לעולם, אמרינן דרגיל איניש למיעבד הכי ליתן מתחלה יותר מן השווי אדעת דלתבוע אח"כ, דכיון שרצונו להשיג החפץ והמוכר לא יתרצה כ"א במקח שמבקש הוא, ואע"ג דלוקח יודע שאין שוה כ"כ, יתרצה ליתן יותר אדעת דלתבוע אח"כ, וגם רשאי למיעבד כן להשתמש באותו חפץ, אע"ג דיודע בנפשו שיתבע אח"כ לדינא, כיון דס"ס המקח נשאר קיים ובשלו משתמש, אבל במקום שאם יתבע יתבטל המקח כגון באונאת יותר משתות או מום במקח, א"א לומר דלקח מתחלה ע"מ לתבוע, חדא דלאיזה תועלת יעשה כן, כיון דהמקח לא ישאר בידו כשיתבע אח"כ, וא"כ למה לו לקנות מתחלה ע"מ לבטל המקח, ועוד דאפי' במקום שיש לו חפץ בהמקח רק לשעה, ולא איכפת ליה אם יתבטל המקח אח"כ, מי שרי לעשות כן לקנות לכתחלה ע"מ לבטל המקח אח"כ, דהא במקום שהמקח טעות הוי המעות גזל ביד המוכר והחפץ גזל ביד הלוקח, וכמ"ש המ"ל (פ"ה מאישות) להוכיח כן מהירושלמי, ואפי' במקום שאין המוכר או הלוקח ידע שיש מום, שלא נראה לעין שנתכוונו לגזול, הוי גזל, כ"ש בכה"ג שידע מתחלה שיש בו מום או אונאה יותר משתות שאין רשאי לקנות אדעת שיתבע אח"כ לבטל המקח, דאז נראה כמכוון לגזול, ובכה"ג ודאי דאמרינן מדידע מחיל ואין דעתו לתבוע, ולפי"ז לק"מ קושית הב"ח, דהא התם כיון דטעה בכדי שאין הדעת טועה הוי יותר משעור אונאה, דבכדי אונאה הוי הדעת טועה, ובטוחו"מ (סי' רכ"ז) ששם מקור הדין, מבואר להדיא דפסק הרא"ש הי' ביותר מכדי אונאה, דז"ל השאלה, לפעמים שאדם דחוק לפי שעה ומוכר שוה סלע בדינר מחמת דוחקו וכשיזדמן לו מעות יחזור, וע"ז השיב הרא"ש דכיון שטעה בכדי שאין הדעת טועה מסתמא ידע ומחיל ע"ש, וכיון דמיירי בבטול מקח אמרינן ודאי דכיון שידע מחיל, דאין לומר שדעת המוכר היה לתבוע אח"כ, דהא אם יתבע יהיה בטול מקח והמעות גזל בידו, והיאך רשאי להשתמש בגזל, אלא ודאי שידע ומחיל, אבל בשעור אונאה שפיר אמרינן דאפי' כשידע דעתו לתבוע, וסרה הקושיא מן הרמ"א, ומשה ותורתו אמת:

הן אמנם בעיקר הדין שהחלטתי דבמקום בטול מקח אמרינן דמדידע מחיל, לכאורה לא משמע כן מהרמב"ם (בפט"ו ממכירה) שכתב והוא שלא נשתמש בו אחר שראה המום, משמע דאפי' ראה המום ושתק חוזר אח"כ, דאי לא, מאי איריא נשתמש אפי' ראה ושתק אינו חוזר, ומזה הוכיח המ"ל שם, דהרמב"ם ס"ל דידע ושתיק חוזר אח"כ ע"ש, וכן משמע נמי מהתוס' (בכתובות דף נ"ח) ד"ה הנהו קלא אית להו, וז"ל ותי' רבינו אליהו דהא דאמרי' (בב"ב דף צ"ב) דבלסטים מזויין אומר הרי שלך לפניך, מיירי בדלא נתן הלוקח המעות, והא דאמרי' דסבר וקביל, מיירי בדנתן כבר המעות ע"ש, ומשמע דבלא נתן המעות יכול לחזור אפי' כשידע בעת מעשה מהמום, ואמנם מפני שלענ"ד א"א כלל לומר במקום בטול מקח שלקח אדעת לתבוע אח"כ, וכפי הטעמים הצודקים שכתבתי, נ"ל פשוט דמהנהו אין ראיה, דהא התם לא מיירי שנתברר לנו שידע ודאי בעת מעשה דלסטים הוא, ורק מפני שהנהו קלא אית להו, ובזה אפשר לומר שאין הקול מחשיב לודאי ידע, אלא שע"י הקול יוכל לברר כשירצה, דאם ירצה לחקור ולידע יוכל לברר, ובכה"ג צדק סברת רבינו אליהו, דאם נתן המעות אז אמרי' דמסתמא כבר חקר ונודע לו וסביר וקביל, אבל אם לא נתן המעות עוד, לא חקר עוד אח"ז ולא נודע לו עוד, ולהכי מצי לומר הרי שלך לפניך, ודוקא בכה"ג שאמרינן דלא ידע עוד בודאי יכול לחזור, אבל אם נתברר שידע ודאי אמרי' דמחיל, דא"א לומר כשיכיר שיש בו מום יקנה ע"מ לתבוע וכמ"ש, וז"ב בפשט התוס', ומרמב"ם הנ"ל ג"כ אין להוכיח, דהרמב"ם מיירי שבשעה שלקח לא הוי ידע מהמום רק אחר גמר המקח נודע לו, ובזה בעינן דוקא נשתמש, אבל שתיקה לחוד אין ראיה דמחיל, דהא דשתיק לפי שידע שיש לו יכולת לחזור, אבל אם קודם הלקיחה נודע לו שיש מום, ודאי דהידיעה לחוד מהני שלא יוכל לחזור, דכי גרע מעשה הקנין מההשתמשות דאח"כ, ואם אמרי' דכשנשתמש גלי דעתו דמחיל, כ"ש כשאנו רואין שעושה מעשה הקנין, דהוי גלוי דעת שמחיל וז"ב, ומצאתי שקדמני בסברא זאת השבו"י, הובא בפ"ת לחו"מ (סי' רל"ב), ומאוד תמיה לי הוכחת המ"ל, דהרמב"ם יסבור דראה וידע קודם הקנין יוכל לחזור, דמי גרע כל מעשה הקנין מההשתמשות, ועוד דאיך יעלה על הדעת שיקנה לכתחילה ע"מ לבטל המקח, דהא הוי גזל וכנ"ל וכמ"ש נראה ברור בעזה"י:

ונראה להביא ראיה ברורה דלא כהב"ח, מהא דקתני בסמוך, כשם שאונאה להדיוט כך אונאה לתגר, והכי קיי"ל שגם לתגר יש אונאה, ואע"ג דתגר ודאי ידע בזבינתיה וכדקאמר לר' יהודה, ובזה ודאי לא פליגי רבנן לומר שתגר אינו בקי, דהא פשיטא דתגר ספסר כיון שלא שהה בין קנייתה למכירתה, יודע באונאתו, ואפ"ה ס"ל לרבנן דיכול

אח"כ לתבוע ולא אמרי' מדידע מחיל, שדוקא ר' יהודה ס"ל מדידע מחיל אבל רבנן פליגי עליה ואנן קיי"ל כרבנן, והא הכא לא נתברר שדעתו לתובעו, דהא לא אמר מידי, ואפ"ה קיי"ל דיכול אח"כ לתבוע ודלא כהב"ח שס"ל דוקא דומיא דהנך עובדי דלעיל דקאמר לפני עדים איזיל ואתבעיה, ועמ"ש בדבור הסמוך מזה:

בגמ' אמר ר"נ בתגר ספסר מ"ט מידע ידע כו' והאי דזבנה הכי משום דאיתרמי כו', משמע דעיקר טעם דר' יהודה משום דתגר הוא ומידע ידע ומדידע אחולי אחיל, ותמוה דהא לעיל גבי עובדי דורשכי דידע הלוקח שיש בו אונאה, ואפ"ה אי לאו דלקח מבעה"ב הו"מ לתבוע האונאה ולא אמרי' מדידע מחיל, ודוחק לומר דר' יהודה פליג גם התם ויסבור דכיון דידע לא מצי לתבוע, וג"ז אין לתרץ שדוקא בהנך עובדי דהתם, דהלוקח אמר מעיקרא שדעתו לתובעו לדינא, להכי לא אמרי' דמחיל, אבל היכי דלא גילה דעתו אמרי' מדידע מחיל, דהא הר"ח וראבי"ה הוכיחו מהנך עובדי שאפי' במקום דלא גלי דעתו בפירוש מצי ג"כ לתבוע ולא אמרינן מדידע מחיל ועמ"ש בארוכה. ונ"ל ליישב, דלכאורה אין מובן ג"כ, למה לו לאוקמי בתגר ספסר, הא כל תגר בקי, אלא ודאי שדוקא בספסר דמוכר וקונה בכל שעה, ויש לומר דהאי דזבנה בזול משום דאיתרמי ליה זבינתא אחריתי, אבל בסתם תגר שאינו ספסר, שאצלו לא נוכל לתלות דעביד הכי משום דמיתרמי ליה זבינתא, דלא עביד לקנות ולמכור בכל שעה, לא אמרינן גביה דמחיל, דדוקא במקום שיש לתלות דמכר בזול לשם זבינתא אחריתי, ומשום הריוח שיהיה לו במקח האחר נתרצה למכור בזול, ובזה אמרינן ודאי שדעתו היה למחול בלב שלם, כיון דלשם ריוח הוא מוכר, אבל היכי דליכא לתלות כה"ג לא אמרי' דמחיל, דמהיכי תיתי ימחול ואע"ג דידע דעתו לתבוע וכבעובדי דלעיל, וא"ש השתא בעובדי דלעיל דלא מיירי בספסר וליכא מידי במה לתלות המחילה, להכי לא אמרי' דמחיל ואפי' לר' יהודה דהכא, דבכה"ג כו"ע מודו דלאו למחילה עביד הכי, ולפי"ז מחלוקת ר' יהודה ורבנן כן הוא, דבתגר שאינו ספסר, אע"ג דידע ודאי שיש בו אונאה לא אמרי' דמחיל אפי' לר' יהודה, ורק בספסר פליגי, דרבנן ס"ל שאפי' במקום דיש לתלות שנתרצה למחול בלב שלם, אפ"ה לא תלינן במחילה, ור"י סובר דבמקום שיש לתלות שמחל בלב שלם תלינן:

בגמ' ע"כ לא קאמר ר' יהודה כו' דידע ומחיל, משמע שטעם דר' יהודה אין זה מטעם התנאי כ"א מטעם מחילה, אבל האומר בפירוש פ"מ שאין לך עלי דין דשאר וכסות, גם לר' יהודה תנאו בטל, וכן מבואר להדיא בנמוק"י בסוגיין וז"ל והתם מפרש הוא דידע ומחיל אבל בסתם דלא ידע ומחיל וכיון דלא מהני מטעם מחילה גם מטעם התנאי לא מהני נמי שהוא מתנה על מה שכתוב בתורה ולאו כל הימנו עכ"ל, וקשה לי דהא

מחילה לא שייך כ"א אחר החיוב, אבל קודם החיוב לא שייך כלל שיחול המחילה, וכמ"ש הרא"ה (בכתובות דנ"ו) וכ"כ הט"ז (חו"מ סי' ר"ט) ע"ש, וא"כ היאך תחול הכא המחילה דידה, אחרי שלא נתחייב לה כלל בשאר וכסות כ"א לאחר הנשואין, ואין לומר דהכא הוי מטעם סילוק, דהא סילוק לא מהני כ"א בדרבנן וכמ"ש התוס' (בכתובות דף פ"ג), דטעמא דרב כהנא הוא כדרבא, דכיון דלטובתו נתקנה יכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים, והיינו דוקא בדרבנן אבל בדאורייתא לא מהני גם הסלוק בדבר שלא בא לעולם, ואפי' לשיטת הר"ן שם דבדאורייתא נמי מהני הסלוק בדשב"ל, ג"כ הכא לא מהני, וכפמ"ש הסמ"ע (בסי' ר"ט סקכ"א) דסלוק לא מהני כ"א במקום שהשעבוד בא כבר אלא שלא קנה עדיין הנכסים, אבל במקום שלא נתחייב כלל עוד בשעבוד לא מהני סלוק ע"ש, וא"כ הכא שקודם הקדושין לא נתחייב עוד בשום שעבוד לא מהני גם הסלוק, ודוקא בההיא דכתובות שם דמיירי בכותב ועודה ארוסה, דיש לו שייכות קצת בשעבוד הוא דיכול לסלק, אבל הכא שאומר לה קודם הקדושין דלית ליה שייכות כלל אין מועיל הסלוק, ונ"ל דמה שאמר הכא לר' יהודה טעם דמחילה, אין הכוונה שמוחלת לו כעת בשעת הקדושין, דודאי השתא לא מהני המחילה אחרי שעוד לא בא החיוב, אלא הכוונה שמתנה עמו שתמחול לו אח"כ כשיגיע החיוב, ואע"ג דאכתי כ"ז שלא בא החיוב הוי מתנה על דשב"ל, אפ"ה מהני התנאי וכמ"ש הרא"ש (בב"ב דף ס"ג) גבי בן לוי שאמר ע"מ שמעשר ראשון שלו, דאם אדם אומר לחבירו שדי מכורה לך ע"מ שתתן לי סאה חיטים מהיוצא מן השדה שנה שנה ודאי תנאו קיים ע"ש, והא דלא מהני דשב"ל היינו במכירה ומתנה, אבל בתנאי לא שייך דבר שלא בא לעולם, וכ"כ בשמ"ק שם וכ"כ הטור (בסי' ר"ט), שוב ראיתי ברשב"א בחי' לקדושין שכתב בטעם דר' יהודה, דהוי כאומר ע"מ שתמחלי, ולר"מ הוי הכוונה ע"מ שאין לך עלי דין דשאר ע"ש, הרי להדיא כדבריי שכוונת ר' יהודה, דמתנה עמה שתמחול לו אח"כ, ולא שמחלה עתה. ועפ"י דברים הללו נוכל להבין כוונת התוס' (בכתובות דף פ"ג) ד"ה כדרב כהנא, וז"ל וא"ת בלא רב כהנא נמי למה לא יוכל להסתלק בכותב לה ועודה ארוסה מידי דהוה אשאר כסות דלר' יהודה מהני ור"מ נמי לא פליג אלא משום דסבר מתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל. וי"ל דהכא מיירי באומר לה שלא דרך תנאי אלא אומר לה דו"ד אין לי בנכסייך כו' ע"ש, וכפי הנראה מלשונם, דהא דמהני הכא בשאר וכסות לאו מטעם סלוק הוא, אלא מטעם התנאי, וזה תמוה לפמ"ש הכא טעם דר' יהודה משום מחילה, אבל מטעם התנאי גם לר' יהודה לא מהני, ולפמ"ש יתבאר מאוד כוונתם, דהא דאמרי' הכא דגם לר' יהודה לא מהני מטעם התנאי, היינו כשאומר בפירוש ע"מ שאין לך עלי דין

דשאר וכסות דעוקר דבר מה"ת, אבל באומר ע"מ שתמחלי מהני, ולזה נתכוונו גם התוס', שהכא כיון שאמר בלשון תנאי אמרינן דנהי דבעת מעשה לא מהני המחילה והסלוק דידה, מ"מ מצד התנאי מחויבת היא למחול אח"כ לכשיגיע החיוב, אבל התם שלא אמר לשון תנאי, וא"כ אין מחויב להסתלק אח"כ, ובעת מעשה הא הוי דשלב"ל, להכי הוצרך לדרב כהנא, אבל לא נתכוונו כלל לומר דהכא דמהני מטעם תנאי, היינו תנאי דדין דשאר וכסות, ועמ"ש לקמן (דף צ"ג) במתני' דקוצץ ע"י עצמו, וז"ב בכוונת התוס': **ועוי"ל** דהכא גבי שאר וכסות מהני גם המחילה דשעת מעשה, דהא י"ל דאע"ג דקיי"ל בכ"ד בש"ס, דארוסה אין לה מזונות, ודוקא משנשאת נתחייב במזונות וכמבואר כן גם (באה"ע סי' ס"ט), י"ל שהיינו דוקא למה דמבואר שם שפוסק כשיטת הרמב"ן והר"ן דמזונות הוי מטעם תקנתא דרבנן וכמ"ש בס"ב מעשה ידיה תחת מזונותיה, פי' דמתחלה תקנו מזונות ואח"כ מעשה ידיה, דהיינו כמ"ד דמזונות הוי מדרבנן, אבל למ"ד דמזונות הוי מה"ת וילפינן לה מקרא דשארה כסותה כמ"ש בכתובות דף מ"ז), וכיון דקרא דשארה כסותה מיירי ביעוד, א"כ מיירי הכתוב באירוסין, שפיר י"ל דגם לארוסה מחויב במזונות, שוב ראיתי בפנ"י שם בכתובות, ובמנ"ח (מצוה מ"ו), שתמהו באמת מנ"ל דלארוסה לא מחייב במזונות כנ"ל, וקצת יש לתמוה על תמיהתם, דמנ"ל באמת שאין מחויב במזונות ארוסה, וממ"ש בכ"ד דארוסה אין לה מזונות אין ראיה, די"ל דהיינו למ"ד דמזונות הוי מתקנתא, אבל למ"ד דמדאורייתא הוי מקרא דשארה, וכיון דקרא זה בארוסה מיירי, י"ל שאה"נ גם לארוסה חייב במזונות, והנה הכא ר"מ ור' יהודה דפליגי גבי שאר וכסות, אם מהני התנאי על מה שכתוב בתורה, ודאי דס"ל דמזונות הוי דאורייתא, וממילא שגם לארוסה יש מזונות וכמ"ש, וכיון שכן שפיר י"ל דמהני מחילתה דשעת מעשה, הן מטעם מחילה, והן מטעם סלוק, דמטעם סלוק ודאי דמהני דלא מיקרי כלל דשלב"ל, דדוקא בההיא דכתובות, דמיירי התם מסלוק הפירות, דבעל מסלק עצמו מן הפירות, וחיוב דפירות הוי אחר הנשואין, והסלוק הוא מן האירוסין, להכי מיקרי דשלב"ל, אבל הכא שהחיוב והסלוק באים כאחת בשעת הקדושין לא מיקרי כלל דשלב"ל, ומהני אפי' לשיטת התוס', ואפי' מטעם מחילה י"ל נמי שדוקא אם המחילה יבוא קודם החיוב לא מהני, אבל כשיבואו שניהם כאחד מהני שפיר ודו"ק, ועמ"ש בתוס'. ועוי"ל כשנדקדק לישנא דר' יהודה בדבר שבממון תנאו קיים, ולא אמר בפירוש, בשאר וכסות תנאו קיים כדאמר ר"מ, ודקדוק זה דיקדק ההפלאה (כתובות דף מ"ח), וי"ל דבשאר וכסות להכי תנאו קיים משום דלא הוי כלל מה"ת, וס"ל כהנך תנאי דכתובות, דמזונות הוי מדרבנן, ואף דר' יהודה ס"ל (כתובות דף נ"ו) דרבנן עשו חיזוק

יותר משל תורה, י"ל שהיינו דוקא בכתובה ומשום שלכל יש כתובה, אבל מזונות דלא לכל יש מזונות, דכשאמרה איני ניזונית ואיני עושה אין לה מזונות, לא גזרו רבנן, וא"ש לישנא דר' יהודה דקאמר דבר שבממון, דבשארי ממון הוא דפליג עם ר"מ וסובר דמתנה עמש"ב בדבר שבממון תנאו קיים, אבל גבי שאר וכסות הוי טעמו מחמת שהוא מדרבנן, וא"ש הכל לפי"ז, ודו"ק:

דף נא:

תוד"ה הכא מי ידע דמחיל, הקשו דא"כ מאי פריך בכתובות על רב מהא דס"ל הכא גבי אונאה תנאו בטל, הא בידע ומחיל גם רב מודה דתנאו קיים, ותרוצם דחוק וכמ"ש במהרש"א בכתובות שם שנתקשה בתרוצם ע"ש, ולעד"נ ליישב קושית התוס', דאפי' אי נימא התם גבי ירושה דהוי ידע ג"כ לא מהני מטעם מחילה, עפמ"ש לעיל בגמ', דמה דמהני לרב יהודה טעם דמחילה, הא מחילה לא שייך כ"א אחר החיוב, ומטעם סלוק נמי לא מהני כיון דדאורייתא הוא ובדאורייתא לא מהני סלוק בדשלב"ל, וכתבתי כיון המחילה דבעת מעשה מהני, אלא הכוונה שמתנה עמה שתמחול לו אח"כ כשיגיע החיוב, ותנאי מהני אפי' בדשלב"ל ע"ש, ולפי"ז היינו דוקא בהך דין דשאר וכסות דקאמר לה דרך תנאי מחויבת עכ"פ למחול אח"כ מטעם התנאי, אבל בההיא דכתובות דלא קאמר לה בדרך תנאי כ"א בלשון דו"ד אין לי, וא"כ אח"כ כשמגיע החיוב אין מחויב למחול ולהסתלק, והמחילה דבעת מעשה לא מהני, וכיון שמטעם מחילה וסלוק לא שייך התם, בע"כ דטעמו דרב שמצד עצם התנאי מהני לעקור חיוב הירושה, ולזה שפיר פריך וסבר רב דתנאו קיים, והא קאמר הכא גבי אונאה דכל היכי דלא שייך טעם דמחילה תנאו בטל, והנה רש"י בכתובות שם ד"ה ע"מ שאין לך עלי אונאה, הוסיף רש"י וכתב, דין אונאה, ואינו מובן לכאורה, דהא פלוגתייהו הכא לאו באומר דין אונאה מיירי. ולבי אומר לי כי רש"י נתכוון בזה למה שכתבתי לתרץ קושית התוס', דהא לפום מאי דאוקים רב לטעם דר' יהודה משום מחילה, א"כ ודאי דהיכי שאומר בפירוש ע"א שאין לך עלי דין אונאה דלא מהני וכמ"ש הרשב"א להדיא כן בקדושין, ודין דסלוק הירושה דכתובות כיון שלא נוכל לומר דהוי מטעם מחילה או סילוק וכמ"ש, ע"כ מוכרח אתה לבוא לכח התנאי, והתנאי לא מהני דהוי מתנה עמש"ב, ודמי ממש לע"מ שאין בו דין אונאה דלא מהני לכו"ע, ולהכי הוסיף רש"י, דין אונאה, לומר שדין דהתם דמיא לע"מ שאין בו דין אונאה, דלכו"ע לא מהני, ומיושב קושית התוס' וז"ב ברש"י, ותמיהני מאוד על הקצוה"ח (בסי' ר"ט) שלמד מרש"י דכתובות, שאפי' באומר ע"מ שאין בו דין אונאה נמי מהני

התנאי, והיינו מדהוסיף רש"י תיבת "דין" משמע דרב מוקי לפלוגתייהו אפילו בכה"ג, אבל למ"ש, ההיפך הוא, דאם כדבריו למה לא הזכיר רש"י חדוש כזה בסוגיין, דהכא הוא מקור פלוגתתם, אלא ודאי שדוקא התם דמוכיח הש"ס מאונאה דרב תנאו בטל ס"ל, והיה קשה קושית התוס', להכי הוסיף רש"י דדמי לע"מ שאין בו דין אונאה, ובסוגיין דמסיק דבידע ומחיל תנאו קיים, בע"כ דפלוגתתם לא הוי בדין אונאה, דבזה כו"ע תנאו בטל ס"ל, ועמ"ש להלן בדבור הסמוך לקיים דברי הקצוה"ח:

ולפמ"ש מיושב מ"ש הסמ"ע (בסי' רכ"ז) על הע"ש שכתב הטעם דלהכי בלא ידע דמחיל לא מהני מטעם דהוי מתנה עמש"ב, והשיג הסמ"ע דהא רב תנאו קיים ס"ל ע"ש, ולהנ"ל א"ש, דמצד עצם התנאי ודאי דתנאו בטל גם לרב וכדקאמר להדיא בכתובות, דבאומר דין אונאה תנאו בטל, והא דמהני בידע ומחיל, אין זה מטעם דיכול להתנות עמש"ב, אלא משום דמתנה עמו שימחול לו, ולמחול ודאי שרשאי אפילו חיוב התורה, ואמנם במקום דלא ידע, שא"א לומר מטעם מחילה, ומצד עצם התנאי ודאי דתנאו בטל וכמ"ש:

ברש"י ד"ה שאין בו אונאה, אני מבטיחך שאין בו אונאה ומקח טעות נמי הוי ע"ש, ובתוס' הקשו דא"כ היכי מדמה לה במס' מכות לע"מ שלא תשמיטהו שביעית ע"ש שתי' בדוחק לשיטת רש"י, ותמוה מה דחק לרש"י לפרש כן ולא ניחא לו בפי' רבינו שמואל, דע"מ שאין בו, משמע שלא יהא בו דין אונאה ולהכי לא מהני לעקור דבר מה"ת, ומכאן יהיה ראיה נכונה למ"ש הקצוה"ח בשיטת רש"י דס"ל שאפי' באומר ע"מ שאין בו דין אונאה נמי מהני, והוכיח כן מלשון רש"י דכתובות, ואם כי בדבור דלעיל שדיתי נרגא בדבריו, דמרש"י דהתם אין ראיה, אכן מרש"י דהכא שפיר מוכח כן, והיינו דלא פי' כפי' רבינו שמואל, משום דלשיטתו שם בכתובות ס"ל אפי' באומר ע"מ שאין בו דין אונאה נמי מהני, לזה הוכרח לפרש משום דמבטיחו ע"ז ומטעם מקח טעות, וכן מוכח בשמ"ק בסוגיין שמפי' רש"י מוכח דאפי' בדין אונאה נמי מהני ע"ש:

תוד"ה לא יחשוב כו' ועוד שכבר נתן שכרו משמע שמקודם כבר היה לו שכרו, פי' דמשמע שכבר יש לו השכר עוד קודם שנתן לו הסחורה באמנה, דאין לומר דכוונת הש"ס דעתה בשעת החשבון לא יתן לו ומשום שכבר נתן היינו בשעה שמסר לידו וכפרש"י, דזה פשיטא שא"צ לשלם שני פעמים, אע"כ הכוונה שגם פעם אחת לא יתן לו זה המוסר שום שכר, ומשום שיש לו כבר מקודם, היינו קודם מסירת הסחורה, ולפרש"י מי נתן לו:

תוד"ה שני פונדיונים כו' וי"ל דמיירי שמכר לו טלית שוה כ"ד מעות בסלע ונתן לו סלע חסר כו' דהוי שתות מקח, והמהרש"א הקשה דאכתי תקשה לשמואל דשתות מעות נמי

א"כ אמאי דוקא בחסר שמונה פונדיונין ע"ש. ונראה דהא דס"ל לשמואל שתות מעות, היינו במעות שפסק עמו, שפסק עמו לתת פחות, ובפסיקה גופא היתה אונאה, אבל הכא שמכר לו טלית שוה כ"ד בסלע טוב שהוא כ"ד, וא"כ בפסיקה לא היתה שום אונאה, ורק אח"כ לא נתן לו סלע כמו שהתנה, זהו לא ס"ל דליחשוב שתות מעות, שדוקא המעות והמקח שהוזכרו בשעת הפסיקה בזה לא יהיה אונאת שתות, והכא נמי שאם נחשוב כפסיקת המעות הוי אונאת מעות שתות המעות נמי, דהא פסק עמו לתת סלע שהוא כ"ד מעין, נמצא דבאונאת ד' מעין הוי שתות מקח ומעות לפי חשבון הפסיקה, וז"ב:

דף נב.

בגמ' סלע כיון דלא סגי לא מחיל, ופרש"י שאינו יוצא בהוצאה ע"ש, ומשמע דבחלק י"ב שחסר, נמי אין יוצאה בהוצאה עוד, וקשה דא"כ מ"ט דר"ש דסובר עד שתות, כיון שאינו יוצא בהוצאה ודאי דלא מחיל, ואין לומר דר"ש סובר שדוקא בחסר שתות אינו יוצא בהוצאה, דדוחק לומר שיפלגו במציאות, דמר סבר שבחלק כ"ד אינו יוצא, ולמר בחלק י"ב, ולמר בשתות, ונראה שזה יסברו כל הני תנאי שדוקא בחסר שתות אין יוצא בהוצאה, והיינו טעמא דר"ש דסובר דבפחות משתות הוי מחילה, דכיון דבפחות יוצא בהוצאה מחיל איניש כמו גבי טלית, ורק דהני תנאי סברי דאע"ג דבפחות משתות יוצא בהוצאה אפ"ה לא מחיל כ"כ, דאינו דומה לטלית, דהתם אף שימצא אח"כ שיש אונאה עד שתות, רק מה שנתאנה יחסר לו, אבל עכ"פ יש לו הנאה בהמותר, ולהכי כיון דעד שתות מחיל איניש, בפחות משתות אין בו כדי אונאה דמחיל, אבל במטבע שעומדת להוצאה, וכל היכי דחסר שתות דאינה יוצאה עוד בהוצאה נפסדת כל המטבע, וכמ"ש הרא"ש וכן בחו"מ (סי' רכ"ז) דבחסר שתות אסור לקיימה, ולהכי אין מוחל עד שתות, דנהי דבאונאת השתות היה מוחל, אבל הכא שבאונאת השתות נפסדת כל המטבע, וירא הוא לסמוך ולמחול עד פחות משתות ולא מחיל כ"א למר עד חלק כ"ד ולמר עד חלק י"ב, דבשיעור כזה בטוח הוא שלא תגיע הקלקול עד שיופסד לגמרי ולא יוכל להוציאה, ור"ש סובר דלא חייש להכי, וכיון דבפחות משתות יוצאה בהוצאה, דמיא לטלית דמחיל, ויובן בזה כוונת רש"י במתני' שכתב סלע היוצא ותמיד הוא שוחק וחסר כו', דלכאורה שפת יתר הוא, ולפמ"ש יבואר, דקשה לו מ"ט דר"מ ור"י דס"ל שפחות משתות לא מחיל נמי במטבע, ומ"ט לא דמיא לטלית, ולהכי פי' כיון דפוחתין והולכין להכי ירא הוא מלסמוך עד פחות משתות ממש, כי אז ע"י פחיתה קלה יהא שתות ויפסיד כולה, ומ"מ בלא טעם דקאמר בש"ס מטבע דלא סגי, לא היה די, דאפי' אם יופחת והולך עד שתות

מאי הוי, וכיון דאכתי ליכא שתות לא היה חושש שמא יופחת, אבל כיון שקאמר בש"ס מטבע דלא סגי ובשתות תופסד כולה, וכיון דמטבע פוחת והולך, אפי' בפחות משתות נמי לא מחיל, דירא הוא שמא יופחת ויופסד כולה, ומה שקאמר בש"ס סלע כיון דלא סגי, היינו בחסר שתות לא סגי עוד, ואין כוונתם שאפי' בחלק הי"ב לא סגי בהוצאה וכמ"ש, ודו"ק בזה:

בגמ' בברייתא יתר ע"כ מוכרה בשוויה, ופרש"י ביפה, ותמה הפנ"י הא לכתחילה אסור להונות אפי' בפחות משתות, וא"כ איך מותר לכתחילה למוכרה ביפה, ומזה הוכיח דרש"י יסבור דמותר להונות בפחות משתות ע"ש, ומלבד שזה דוחק גדול לומר דלרש"י פשיטא לו דבר כזה, מה ששום אחד מהפוסקים לא הכריע בזה בברור, דהרא"ש רק ספוקי מספקא בזה, וברמב"ם אין מוכח כלל, ובשו"ע חו"מ (סי' רכ"ז) הביא נמי שיש להסתפק בזה, והרמב"ן בפירושו על התורה בפ' בהר הכריע לאסור, אבל להיתר לא הכריע שום אחד מהפוסקים, זולת החנוך (מצוה של"ז) כתב דעתו להיתר ע"ש, עוד בלא"ה מפורש ברש"י ההיפך, דבסמוך ברש"י ד"ה מאי קאמר, כתב להדיא דבנפחת משקל אפי' משהו אסור גם לקיימה דילמא אתי לאפוקי בשקל, הרי להדיא שאפי' במשהו יותר אסור להוציאה בשויה, ולפי"ז יוחזר הקושיא, דא"כ מ"ש הכא גבי סלע שנפחת ס"ל לרש"י שמותר להוציאה בשויה, וג"ז אין לתרץ כתי' הרא"ש דבמטבע כיון שגם אחר מקבלה ממנו ביפה מותר לכתחילה, דא"כ מ"ש גבי שקל דס"ל שאפי' במשהו שנפחת אסור להוציאה, ועל הרא"ש עצמו לא קשה משקל, דאה"נ שס"ל שגם בשקל מותר להוציאה עד שיופחת כדי אונאה, והא דקאמר בברייתא סלע עד שקל, אין כוונתו דמיד שנפחת עד פחות משקל אסור לקיימו, אלא שעד שקל ואונאתו קאמר וכפי' הרשב"א והנמוק"י, אבל ברש"י שפי' להדיא דמיד שנפחת עד פחות משקל אפי' משהו אסור לקיימה, ואע"ג שאחרים יקבלוה בשקל בכ"ז אסור להונות לכתחילה, א"א לומר שיסבור כשיטת הרא"ש, דלהכי הוי מטבע חלוק משאר דברים מפני שגם אחרים יקבלוה. ואמנם לענ"ד נראה ברור, דודאי בשארי דברים אסור להונות אפי' בפחות משתות, וס"ל כן בהחלט, כמו שמוכח מההיא דשקל, ורק מה דס"ל דבסלע שנפחת פחות משקל דמותר, היינו משום דמטבע חלוק משארי דברים רק בזה, דבכל הדברים לא ניכר הפחת והאונאה, והלוקח לא ידע כלל שיש אונאה להכי אסור להונות, אבל במטבע שנפחתה דהפחת נראה לעינים שאינו שוה כמטבע יפה, וכיון שהלוקחה ידע מזה ואינו מקפיד, להכי מותר לזה לתתה לו לכתחילה, דמה אונאה שייך בזה כיון שרואה בעיניו הפחת, רק אם נפחתה שתות כשיעור האונאה אע"ג דידע הפחת, אפ"ה אמרינן שאין

דעתו למחול, ומה ששתק ולקחה היינו משום דדעתו לתובעו אח"כ שיחזיר לו האונאה דמותר לעשות כן, כמו שמוכח (לעיל דף נ"א) מעובדי דורשכי דידע שיש בה אונאה וקנה לכתחילה אדעתא שיתבענו אח"כ, אבל בפחות משתות דאין יוכל לתבוע האונאה, א"כ מדידע מהאונאה ונתרצה לקבלה מכלל דמחיל לגמרי ומותר לכתחילה, אבל לקמן גבי שנפחת פחות משקל כיון שלא ניכר הפחת, דאע"ג שרואה שמטבע חסירה היא מ"מ סובר דשקל מיהא יש בה, וכיון שאין הלוקח יודע מן הפחת אסור לכתחילה להונות אפי' בכ"ש, וכ"כ המהרש"א בסמוך לגבי דין דשקל ע"ש, דאילו בשקל ממש שנפחת פחות מכדי אונאה ודאי שמותר גם שם להוציאו ביפה כיון דהפחת ניכר, אבל בסלע שנפחת פחות משקל אין הפחת ניכר, דיחשוב שנפחת מסלע אבל שקל מיהא יש, ותימה רבה על הפנ"י מ"ש שרש"י סובר דמותר להונות בפחות משתות, אחרי שברש"י מפורש ההיפך, וז"ב:

וממוצא הדברים נפשט לי מה שנסתפקתי מכבר, למאי דקיי"ל שבדין אונאה אין חלוק בין אם הלוקח ידע מהאונאה או לא, ואפי' בדידע נמי יכול לתבוע שיחזיר לו, וכמ"ש הר"ח מעובדי דורשכי לעיל והובא ברמ"א (חו"מ סי' רכ"ז) אם אמרינן כן בפחות משתות לענין איסור למאן דסובר דבפחות משתות איסורא מיהא איכא, אם אמרינן ג"כ שאין חלוק בין ידע ללא ידע, ואפי' בדידע ג"כ יש איסור, או דילמא לענין איסורא אמרינן דכיון שידע שיש אונאה לא שייך בזה איסור דלא תונו, והא הכא דלשיטת רש"י יש בודאי איסור להונות אפי' בפחות משתות וכמ"ש, ואפ"ה ס"ל דבנפחת הסלע פחות מכדי אונאה מותר לכתחילה להוציאה ביפה ואין שום איסור בזה, וטעמא רבה יש לחלק בין ענין חזרת האונאה דלא מחלקינן בין ידע ללא ידע, ולענין איסור מחלקינן, דביש אונאת שתות אמרינן שאין ראיה מידיעתו דמחל ונתרצה, די"ל שדעתו היה לתובעו להחזיר האונאה, וכיון שאין הוכחה דמחל, ממילא הרי הוא באיסור האונאה כמו בלא ידע, אבל בפחות משיעור אונאה דידע שלא יוכל עוד לתובעו ואפ"ה קיבלה, מכלל דנתרצה בלב שלם, ואיזה איסור שייך בכאן, ואכן אי נימא כשיטת הרא"ש, דלהכי במטבע מותר להוציאה משום דגם אחר יכול לקבלה, אין ראיה למ"ש, אבל לשיטת רש"י יש ראיה נכונה ודו"ק, ועמ"ש לעיל (דנ"א ע"א) מזה:

רש"י ד"ה מאי קאמר וז"ל הא ליכא למימר פחות מכאן דאם עמד סלע על פחות משקל איסר אסור לקיימו דמאי אירי איסר אפי' משהו נמי כו' עכ"ל, ומלבד קושית התוס' טל רש"י, תמוה מאוד פירושו, דכיון דפסיקא לו לגמ' דלא מצי קאי אנפחת פחות משקל ולענין איסור קיום, דא"כ אפי' משהו, מה הועיל אביי בתרוצו דבפחתה יותר

מכדי אונאה איסר, הא הכא כ"ש דיקשה מ"ש איסר, דאפי' בכדי אונאה נמי אסור, ואי נימא דהש"ס לא חש לקושיא זאת עד שהקשה רבא, א"כ מאי פריך מאי קאמר, דהא מצינן לאוקמי נמי דמיירי בנפחת יותר משקל, ואכן כפי שראיתי בשמ"ק למדתי לדעת שיפרש בשיטת רש"י כוונה אחרת, דמאי דמוקי אביי בחסר יתר מכדי אונאה איסר, לא בשנפחת האיסר יותר משיעור האונאה, אלא ה"ק שאם פחתה יותר מאיסר לדינר שהוא שיעור אונאה לר"מ אסור להוציאה ביפה, ואיסר דקאמר אביי לאו אפחת היתר, אלא אשיעור האונאה, והפחת היתר אה"נ שלא היה כ"א משהו, ולא גרס בתר הכי קושית רבא דמ"ש איסר אפי' משהו נמי, אלא גריס רבא אמר פחתה איסר לדינר וכו' ע"ש, וכלל פירושו לפי"ז, דאביי מוקי דהא דקתני פחות מכאן איסר, אתא לאשמועי' בזה הדין אם נפחת יותר משיעור אונאה שאסור להוציאה ביפה, והא דהזכיר רק שיעור אונאה דר"מ, היינו משום דהוזכר ראשון, אבל הוא הדין לשיעור אונאה דר' יהודה וכמ"ש רש"י להדיא בד"ה יתר מכדי אונאה לר"מ כדאית ליה ולר"י כדאית ליה, והתנא לא אשמועי' כ"א דבנפחת יותר משיעור אונאה אסור להוציאה ביפה, ולפי"ז מתורץ קושיתי דלעיל:

אלא דאכתי קשה קושית התוס', דאי לענין להוציאה ביפה קאמר מ"ש דבנפחת יותר משיעור אונאה, הא אפילו בכדי אונאה נמי אסור, והנה לשון רש"י בד"ה אסור, שכתב להוציאה ביפה, מזה מוכח לכאורה להדיא שדעת רש"י דאוקימתא דאביי דיתר מכדי אונאה לענין איסור הוצאה הוא, וזה גרם לתוס' להקשות על פירושו דאפי' בכדי אונאה נמי. אכן לי נראה דרש"י יפרש דאוקימתא דאביי היינו רק לענין איסור קיום, משום דבברייתא לא הוזכר בהדיא כ"א דביותר משקל אסור לקיים, אבל אם נפחת הסלע רק יותר מכדי אונאה ולשקל לא הגיע, לא הוזכר בהדיא, ע"ז קאמר אביי, דמה דמסיים בברייתא פחות מכאן איסר, היינו דנפחת יותר מכדי אונאת איסר לר"מ אסור ג"כ לקיימו וכדרב הונא ובסמוך, ולא מיירי כלל התנא מאיסור הוצאה ביפה, שבזה ודאי דאפי' בכדי אונאה נמי אסור, והתנא רק איסור קיום אשמועי' שאם נפחת יותר משיעור אונאה למר כדאית ליה ולמר כו' אסור לקיימה, ומה שכתב רש"י אסור להוציאה ביפה, לא קאי זה על אוקימתא דאביי, אלא על אוקימתא דרבא דבנפחת רק כדי אונאה, דלדידיה יתפרש שפיר דהתנא איסור הוצאה קאמר וסתים כר"מ, אבל לאביי דמוקי בנפחת יותר מכדי אונאה לאו לענין איסור הוצאה מיירי התנא אלא לענין איסור קיום, ומיושב קושית התוס':

וא"ל דנהי דלרבא נוכל לפרש גם לאיסור הוצאה, מ"מ גם לאיסור קיום נוכל לפרש, וא"כ מי דחק לרש"י לפרש אוקימתא דרבא לענין הוצאה דלא כאוקימתת אביי, די"ל

דרש"י לשיטתו מוכרח לזה, דלקמן ס"ל דהא דנותנה למע"ש אכדי אונאה קאמר, דכן מוכרח ממ"ש לקמן בפ"ב בד"ה מאי קאמר ובד"ה וה"ק ועמש"ש, א"כ יש הכרח דהתנא סובר דבכדי אונאה יקיים, ודוקא ביתר מכדי אונאה יקוץ, ואם כי הרא"ש ס"ל שגם בכדי אונאה אסור לקיים, היינו משום דיפרש דנותנה למע"ש אפחות מכדי אונאה, אבל בכדי אונאה ן אכן לשיטת רש"י מוכרח ממתני' דבכדי אונאה יקיים, ולהכי לאוקימתא דרבא דמיירי רק בנפחת כדי אונאה, א"א לפרש דלענין איסור קיום קאמר התנא דהא התנא ס"ל דבכדי אונאה יקיים, ומוכרח לפרש דלענין איסור הוצאה קאמר, וז"ב ונכון ברש"י, ואם כי למ"ש גם אביי מוקי דאיסר דנקיט התנא לאו אפחת היתר שהופחת איסר יותר אלא אשיעור אונאה הוא, דנפחת יותר מאיסר שהוא שיעור אונאה, אפ"ה מיאן רבא לפרש כאביי, משום דלדידיה אין מדוקדק מאי תפס התנא דוקא שיעור אונאה דר"מ, ולדבריו הכי הו"ל לתנא לומר, פחות מכאן אסור, ולהכי בחר לפרש דבנפחת רק כדי אונאה ולענין איסור הוצאה וסתים כר"מ, ובזה נצול רש"י מכל הקושית שהקשו עליו, ודו"ק:

תוד"ה אמר אביי כו' בסוה"ד אבל בפחות מאיסר שרי דלהפסד מועט לא חששו ע"ש, וקשה לי דא"כ למה הוצרך אביי לאוקמי דמיירי בנפחת יותר מכדי אונאה לוקי בפשיטות דלענין סלע שנפחת פחות משקל איסר ודוקא באיסר יותר דהוי הפסד מרובה חששו ולא בפחות מאיסר דהפסד מועט הוא, וגם הפנ"י העיר בזה. ונ"ל דהנה בלא"ה הקשו הראשונים על שיטת רש"י דסובר שבנפחת הסלע עד פחות משקל אפי' משהו אסור, ומ"ש גבי סלע דמותר בכדי אונאה, והרשב"א והנמוק"י השיגו מחמת זה על רש"י וס"ל שבאמת מותר גם בנפחת יותר משקל, והא דקתני עד שקל, שקל ואונאתו קאמר, וי"ל שגם התוס' סוברים כהרשב"א ולהכי לא מצו לפרש דפחות מכאן היינו בנפחת יותר משקל איסר, דהא אפי' יותר מאיסר נמי מותר, כיון דהשיעור הוא שקל ואונאתו, ואונאת השקל הרבה יותר מאיסר, דבשלמא לפירושם השתא דקאי על הרישא דנפחת יותר מכדי אונאה א"ש, כיון דשיעור האונאה דסלע מוזכר בהדיא במתני' וקאמר אח"כ דבנפחת איסר יותר משיעור המוזכר אסור, אבל בשקל דשיעור האונאה שלו לא הוזכר בברייתא, לא נוכל לפרש דפחות מכאן איסר דנקיט היינו איסר יותר משיעור האונאה, דאיך שייך לומר פחות מכאן דמשמע פחות משיעור האמור, אחרי שהשיעור לא הוזכר כלל, אלא דהוי מפרשינן דפחות משקל איסר, היינו שהשקל הופחת כשיעור איסר וזה א"א דהא אונאת שקל הרבה יותר מאיסר ובע"כ דקאי על הרישא וכפי' התוס' ונכון:

דף נב:

בגמ' אם היה מכירה אפי' לאחר י"ב חדש כו', ונראה פשוט דהוא הדין ברישא דעד שיראה לשולחני בעינן נמי דוקא כשמכירה, ואם אינו מכירה אין מחויב לקבלה מספק, ואע"ג דתנאי דמכירה שנה התנא בסיפא גבי מדת חסידות, מ"מ פשוט שלענין זה אין נ"מ בין מדת הדין לחסידות כיון דכבר נסתלקו מן המכירה הוי זה כאיני יודע אם נתחייבתי לך דאינו מחויב מספיקא, וכמ"ש הט"ז (בחו"מ סי' ע"ה), וכן צ"ל בע"כ לשיטת הט"ז שם שהוכיח מכאן דכשמצא מטבע מזויפת הוי כא"י אם נתחייבתי והביא ראי' ממתני' דנקט אם היה מכירה מקבלה, משמע באינו מכירה אין מקבלה, ואי נימא דתנאי דמכירה הוא דוקא גבי י"ב חדש, אבל קודם שיראה לשולחני מחויב לקבל אעפ"י שאינו מכירה, א"כ יהיה ראיה להיפוך דהוי כא"י אם החזרתי מדמחויב לקבלה אע"ג שאינו מכירה, והא דבעי מכירה היינו דוקא לגבי מדת חסידות, אלא ודאי שלענין תנאי דמכירה אין חלוק בין מדת חסידות למדת הדין, וכ"כ הט"ז להדיא (בסי' רכ"ז) לגבי דין אחר, והא דלא הזכיר התנא תנאי דמכירה ברישא, היינו משום דזה ודאי אשר תוך השיעור שיראה לשולחני כיון דלא עבר זמן רב, ודאי מכיר אותה, אבל אם קרה המקרה שבתוך שיעור זמן המועט נשתכחה מלבו ואינו מכירה שאינו מחויב לקבלה מספיקא, וכ"ז פשוט ולא הארכתי בזה כ"א מפני שראיתי בס' מ"ה שכתב להיפוך דבתוך שיעור כדי שיראה אפי' אם אינו מכירה מחויב לקבלה, ולעד"נ פשוט כמ"ש

בגמ' למימרא דסבר חזקי' דמזלזלינן במע"ש כו' מאי ביפה בתורת יפה, מכאן תמוה מאוד מ"ש הרמב"ם (בפ"ד ממע"ש הי"ט) שכתב דאפי' אם היתה הסלע חסירה כדי אונאתה דהיינו שתות מחלל עליה לכתחילה כשלימה והא הכא אמרי' במסקנא דמאי ביפה היינו בתורת יפה, ומפרשי הרמב"ם שם כתבו דהרמב"ם יפרש דמתני' דנקיט ונותנה למע"ש היינו אפי' בכדי אונאה וכפי' הריב"ן המובא בתוס', ואכן שום ארוכה לא העלו בזה לקושיתינו, שזה אמנם במתני' נוכל לפרש כן אבל בדחזקי' דסובר שאין מזלזלין במע"ש בע"כ דאין סובר כמתניתין וכדקאמר הכא דלדידיה מוכרחים לומר דסובר שדוקא בתורת יפה מחללינן, וגם לפי' הריב"ן בע"כ שנאמר דלחזקי' אין מחללין ביפה ממש, וגם רש"י יפרש במתני' כפי' הריב"ן שאפי' בכדי אונאה מחללין דכן משמע מרש"י ד"ה מאי קאמר ובד"ה ה"ק, ואפ"ה בדחזקי' פי' שרק בשוויה מחללין ודלא כמתני', ואם כי מתחלה הביא ממתני' סיוע לדחזקיה, אכן לפום המסקנא ליכא סיוע ואדרבה דמתני' קאמר דמחללין ביפה ממש, וחזקיה רק בתורת יפה דהיינו בשוויה, וא"כ גם הרמב"ם שס"ל כדחזקיה דלא מזלזלינן במע"ש, וכמ"ש (בפ"ה ממע"ש) ולא פרקינן

בצמצום ואיך סובר דמחללין כשלימה ממש, והא הוי נגד מסקנת הש"ס דהכא, ותמהני מאוד ששום מפורש לא נתעורר לקושי' החמורה הזאת. ולחומר הנושא נ"ל ליישב, דהרמב"ם יפרש פי' אחר לגמרי בפירכא ושנויי דש"ס ושלפי"ז יהיה גם למסקנא דקאמר בתורת יפה, היינו נמי בשלימה, והוא דמאי דפריך למימרא דסבר חזקיה דמזלזלן לא דייקינן הכי ממאי דס"ל לחזקי' שרשאי לחללה ביפה והוי עוד פחות משווי המעשר וכפרש"י, דכיון דמיירי ביוצאת ע"י הדחק בסלע שלם וכדמוקי רב פפא, הרי לא פיחת מידי, ואם יטרח לפורטה אצל נפש היפה יקבלנה בסלע שלם, אלא הדיוק הוא הכי דמלשון דחזקי' מוכח שאין מוותרין במעשר לתת המעות יותר מעט משווי המעשר, דמעיקרא היינו סבורים דעיקר רבותא דחזקיה במה שאמר אעפ"י כשבא לפורטה כו', לאשמעינן דמתני' דקתני נותנה למע"ש היינו כאילו היא יפה, ואע"ג דבהדיוט כשבא לפורטה יפרוט בשוויה כיון שחסרה כשיעור אונאה, מ"מ בהקדש יחללנה ביפה ממש, ורבותא זאת לא שייך כ"א כשנימא דמחללין מע"ש בצמצום, שהמעשר הוא מצומצם כנגד המעות ממש, וכשמחלל על סלע הוי המעשר נמי שוה סלע ממש, דלפי"ז כשהסלע חסירה ד' איסרים והמעשר שנתן בסלע שוה כ"ד איסרין שלמים, הרי יש כאן בזה שיעור אונאה לגבי הקדש, ושבהדיוט כה"ג הוא דאסור לרמות להוציאה בשוה, א"כ הוי שפיר רבותא שאפ"ה בהקדש מותר לחללה ביפה ממש, אבל אי נימא דבחלול מעשר מוותר תמיד שהמעות יהיה קצת יותר משווי המעשר, וכשמחלל סלע, המעשר שוה כ"ד איסרים פחות מעט, וא"כ אפי' אם נמצא אח"כ שהסלע היתה חסירה ד' איסרים ואינה שוה כ"א כ' איסרים, ג"כ לא נתאנה ההקדש בד' איסרים שלמים, דהא המעשר היה שוה פחות מכ"ד איסרין, וא"כ מאי רבותא הוא דהקדש מקבלה ביפה כיון שאצלם אין האונאה משיעור שתות, ובהדיוט נמי כשאין האונאה שתות ממש מותר להוציאה ביפה, ורק דהא דקתני בהדיוט שאם חסרה ד' איסרין פורטה בשויה, היינו דוקא משום דאדם יצמצם במקחו וכשיתן זה סלע ידקדק להשיג התמורה ג"כ שוה סלע שלם, וכשנמצא הסלע חסירה ד' איסרים היה גם האונאה שתות, להכי ודאי שאסור להוציאה ביפה, אבל בהקדש אי נימא דמוותרינן, אף אם יהיה החסרון ד' איסרין, האונאה לא יהיה ד' איסרין, ופשיטא דהקדש צריך לחללה ביפה, ומדאשמועינן חזקי' הרבותא בזה שהקדש נוטלה ביפה מכלל דס"ל דמזלזלינן במע"ש לחלל תמיד בצמצום ולא בוויתור, וע"ז פריך והאמר חזקי' מע"ש שאין בו שוה פרוטה כו', ומשני מאי ביפה בתורת יפה, כלומר כמו ביפה בעינן וויתור, אף הכא נמי בעינן וויתור, היינו שהמעשר יהיה שוה פחות קצת מכ"ד איסרין, ואיצטריך לחזקי' לאשמועינן זה, משום דבלא חזקי' היינו מוכיחין ממתני'

דלא בעינן וויתור כלל במעשר, דאי בעינן וויתור א"כ מאי אשמועי' המשנה דנותנה למע"ש ביפה, הא פשיטא היא כיון דלגבי הקדש אין שיעור אונאה, לזה אשמועינן חזקי' שבאמת בעינן וויתור, וגם המשנה ודאי הכי ס"ל שעכ"פ בעינן וויתור, דתרי זילי לא מזלזלינן לתת סלע חסירה וגם בלא וויתור, והרבותא דמתני' אע"ג דהשתא דבעינן וויתור בכל מעשר הוי שיעור אונאה גם להקדש כיון שלעולם בעינן שהמעשר יהיה שוה פחות קצת מהמעות, ואם הסלע שוה כ' איסרין המעשר צריך להיות פחות מעט מכ', ונמצא שאפי' אם גם עתה המעשר שוה רק פחות מעט מכ"ד, אכתי יש אונאה להקדש בד' איסרין שהוא שיעור אונאה, ואכתי הוי רבותא גדולה, שאע"ג דבהדיוט כה"ג פורטה בשוויה, בהקדש מחללה ביפה, ולפי"ז גם למסקנת הש"ס ס"ל דמחללינן בשלימה ממש, רק דבעינן וויתור, וזה לא הוצרך הרמב"ם לאשמועינן דסמיך על מ"ש (בפ"ה שם) דבעינן וויתור, ודו"ק כי פי' חריף הוא:

ומה שבחר הרמב"ם לפרש כן ונטה מפרש"י ותוס', היינו משום דלפרש"י תמוה מאוד הסוגיא וכמ"ש בשמ"ק, חדא דלפירושו למסקנא דין הדיוט והקדש שווין ולא נאמר בחזקיה לשון אעפ"י כדלעיל, אלא נאמר כשם שבא לפורטה כו' כך כשבא לחללה, וכמ"ש רש"י להדיא, וכיון דחזר ממאי דקאמר לעיל הול"ל אלא, גם מה שפירש דמאי בתורת יפה היינו בשווייה, ג"כ קשה דכיון דהקדש אינו מקבלה אלא בשוויה כמו הדיוט אמאי שני חזקי' בלשונו, בהדיוט קאמר בשווייה ובהקדש אמר ביפה, וגם לפי' התוס' דחוק טובא עיין בכ"ז בשמ"ק, ולפי' הרמב"ם מתורץ היטב כל הסוגיא מכל הדקדוקים, וכפירושו מוכח להדיא בירושלמי בסוגיין דקאמר בא לצורפה בירושלים מצרפה ברעה, בא לצרפו בגבולין כלומר כשמחלל עליה מעשר, מצרפו ביפה, והיינו כפי' הרמב"ם, דאילו לרש"י ותוס' למסקנא אין חלוק בין ירושלים לגבולין:

והנה ראיתי בתורת חיים שהקשה דברי הרמב"ם אהדדי, דהכא פוסק שאפי' בחסר שתות מחלל מע"ש עליה, ואילו (בפ"ז מגניבה) כתב שאם לא חסר אלא פחות משתות יקיימנה, משמע דאם חסר שתות אסור לקיימה וכיון דלכתחילה נותנה למע"ש אמאי אסור לקיימה ע"ש ובפנ"י מ"ש בזה, ונ"ל דדברי הרמב"ם הם בפשטות, דודאי כשיש בידו מע"ש לחלל עליה תיכף יכול לחלל, אבל לקיים בידו המטבע החסירה עד שיזדמן בידו מע"ש אסור, שמא בתוך כך יעשנה משקל, או ירמה להדיוט, ואין שום סתירה בהלכותיו, ודבריו מפורשים בירושלמי דפירקין ובתוספתא, דז"ל הירושלמי הלכה ד', כשם שמוציאין לחולין כך מוציאין למעשר ובלבד שלא יכוון להוציאם, ופי' בפנ"מ,

היינו שלא יכוין מתחלה להחזיקו בידו עד שיפדה מע"ש שלו ע"ש, והרי זה ממש כהרמב"ם, דלחלל מע"ש יכול עליה, אבל לקיימה עד שיפדה מע"ש אסור וז"ב:

דף נג.

תוד"ה ואסורים כו', וי"ל כדמפרש בירושלמי ואסורים לזרים אפי' חצי שיעור, ובשמ"ק הביא בשם הרמב"ן להקשות דמה חידוש בא הירושלמי להשמיענו כאן, דמאי שנא מכל האיסורים שבתורה דחצי שיעור אסור, לר' יוחנן כדאית ליה, ולריש לקיש כדאית ליה ע"ש. ונ"ל ליישב דהירושלמי טובא אשמעי', דהנה במס' יומא (דף ע"ד) קאמר ר' יוחנן דחצי שיעור אסור מה"ת מטעם דחזי לאיצטרופי, והביא שם ברייתא, שגבי איסור חלב נפקא דח"ש אסור מרבוי דכל אוכל חלב, וע"ש בתוד"ה כיון, שנדחקו לתת טעם למה לי הסברא והקרא. ונ"ל לתרץ שודאי בכל איסורי תורה אמרינן דח"ש אסור משום הסברא דחזי לאיצטרופי, אבל באיסורא דחלב שהאיסור הוזכר גביה בלשון אכילה, וסתם אכילה הוי בכזית וכדאמרי' (בחולין דף ק"ב) א"ר אבר מן החי צריך כזית מ"ט אכילה כתיב ביה, ועוד בכמה מקומות בש"ס מוכח דאכילה אינה פחות מכזית, וא"כ אי לא הוי כתיב רבוי מפורש, הו"א דבחלב גלי קרא שדוקא בכזית, להכי איצטריך הרבוי, וא"ש שלא הביא ר' יוחנן קרא דכל אוכל, היינו משום דהרבוי לא הוצרך כ"א בחלב מדהוזכר גביה לשון אכילה, אבל בשארי איסורים לא בעינן לקרא דגם מן הסברא חייב בחצי שיעור, ולפי"ז טובא אשמועינן הירושלמי, דהו"א מדאיצטריך רבוי לחלב, א"כ בכל האיסורים שנכתב האיסור בלשון אכילה, ורבויא ליכא התם, הו"א דח"ש מותר, דגלי קרא שדוקא בכזית, מדנכתב בלשון אכילה, וממילא שגם באיסור תרומה לזרים דכתיב וכל זר לא יאכל קדש, היינו נמי דוקא בכזית מדהוזכר גבי' אכילה, לזה אשמועינן הירושלמי דאפילו הכא מותר גביה חצי שיעור, ואי קשיא על הירושלמי, היה קשיא לי להיפך, דמנא ליה באמת דחצי שיעור אסור כאן, דהא בחלב כיון שנכתב האיסור בלשון אכילה, איצטריך לרבוי על חצי שיעור, וא"כ הכא דלא כתיב רבויא נימא שגלי קרא שדוקא בכשיעור אסור, ומסתבר לומר דהירושלמי באמת רק מדרבנן קאמר דאסור לזר בח"ש, דודאי מדרבנן אסור ח"ש אפי' בהני איסורים שמה"ת מותר גבייהו ח"ש, וכמו לר"ל דסובר דמה"ת מותר ח"ש ואפ"ה מדרבנן ס"ל דחצי שיעור אסור:

אלא דלפי"ז יוחזר קושית הרמב"ן על הירושלמי, דכיון דרק איסורא מדרבנן קאמר, אכתי מאי חידוש אשמועינן, דהא בכל האיסורים נמי אסור ח"ש עכ"פ מדרבנן, וי"ל דאפ"ה הו"א דבאיסורים שהוזכר לשון אכילה אפילו מדרבנן נמי מותר, דכיון שהוזכרו בלשון

אכילה הוי כאילו נכתב מפורש גבייהו דכזית בעינן, והיכי שההיתר מפורש בתורה אין כח שוב ביד חכמים לאסור, וכמ"ש הט"ז (ביו"ד סי' קי"ז) שדבר המפורש בתורה אין חז"ל יכולים לאסרו, וריש לקיש דקאמר דח"ש אסור מדרבנן, היינו דוקא באיסורים שלא הוזכר גבייהו לשון אכילה, דלא נזכר היתר מפורש, אבל בהנהו דכתיב אכילה, כיון דמפורש בתורה להתיר ח"ש לא יוכלו חז"ל לאסור, לזה אשמועינן הירושלמי שאפי' בכה"ג אסרו חז"ל, ויש להם כח לאסור דבר המפורש להיתר ודלא כהט"ז. ולפי"ז יהי' מן הירושלמי הזה השגה על הט"ז, ובלא"ה רבים השיגו עליו, עיין בתשובת חו"י, ועיין בפ"ת ליו"ד שם, ולמ"ש יהיה השגה גם מן הירושלמי:

ולפמ"ש יש ליישב התמיה המפורסמה על הרמב"ם (בפ"א מהל' חמץ) שכתב דהאוכל חמץ בפסח אפי' בכל שהוא אסור מן התורה שנא' לא יאכל בציר"י ע"ש, והרעישו כל המפרשים ע"ז, דלמה הוצרך לרבוי, הא בכל האיסורין שבתורה חצי שיעור אסור, ולפמ"ש א"ש דגבי חמץ כיון שהוזכר בלשון אכילה הו"א דוקא בכזית, לזה הוצרך לרבוי מיוחד, וכמו גבי חלב נמי דאיצטריך משו"ה לרבוי מיוחד, והיוצא ממ"ש דבאיסורי תורה שהוזכר גבייהו לשון אכילה, הוי איסור דח"ש רק מדרבנן אפי' לר' יוחנן, אם לא היכי שיש רבוי מיוחד כמו בחלב וחמץ:

ואכתי צריך אנכי לבאר, דהא בטעם דריש לקיש דסובר דח"ש מותר, קאמר התם ביומא, מ"ט אכילה כתיב, משמע שדוקא באיסוריה דכתיב בהו אכילה ס"ל שח"ש מותר, אבל בשארי איסורי תורה שלא כתיב אכילה גבייהו מודה נמי ר"ל דח"ש אסור, ואי נימא שגם ר' יוחנן דסובר דח"ש אסור, היינו נמי דוקא באיסורים שלא הוזכר אכילה גבייהו, ובאיסורים שכתיב בהו אכילה, מודה דהוי מדרבנן, א"כ במאי פליגי, דהא באיסורים דכתיב אכילה מודו דח"ש מותר, ובאיסורים דלא כתיב אכילה ס"ל לשניהם דאסור, וי"ל דרק בחלב פליגי, דלר' יוחנן ס"ל דאע"ג דכתיב גביה אכילה אפ"ה אסור בח"ש מרבוי דכל, ור"ל סובר דקרא אסמכתא וכמש"ש, וא"ל כיון דפלוגתייהו בחלב, א"כ מאי איצטריך ר' יוחנן לסברא דחזיא לאיצטרופי, הא בחלב כתיב רבוי מפורש, די"ל דאי לאו הסברא הו"א דהרבוי אתא לרבות כוי וכמ"ש התוס' שם, וממילא ידעינן ע"י הסברא הזאת דבכל האיסורין שלא כתיב אכילה גבייהו הוי ח"ש אסור מה"ת:

ואמנם לאחר העיון בתוס' דסוגיין משמע להדיא דס"ל שאפי' בהאיסורים שהוזכר אכילה וכמו איסור תרומה לזר, מדאורייתא הוא דאסור, דהא הוסיפו בדבריהם לכתוב שח"ש אסור לר"י כדאית ליה ולר"ל כדאית ליה, דמשמע דלר"י הוי מה"ת, דאי כמ"ש, א"כ בא סור תרומה אין נ"מ בין ר"י לר"ל, ואפי' לר"י הוי מדרבנן, ואע"ג שבירושלמי

גופא לא הוזכר ההוספה הזאת, והיה אפשר לפרש כמ"ש, שרק מדרבנן הוא, אכן לפי הוספת התוס' משמע להדיא דיפרשו שהירושלמי מדאורייתא אוסר לר' יוחנן, וי"ל דהתוס' ס"ל לדוחק לפרש דלר' יוחנן הוי מדרבנן, דא"כ מאי איכא בין ר' יוחנן לר"ל כיון דגם לר"ל דוקא באיסורי דכתיב אכילה הוי מדרבנן, ודוחק לומר שרק בחלב פליגי, ועוד דא"כ יקשה מאי אתא הירושלמי לאשמעינן כיון דבכל האיסורים הוי נמי אסור מדרבנן, דא"א לומר כמ"ש לעיל, דאתא לאשמועי' לאפוקי מסברת הט"ז, דאע"ג שהוזכר בתורה מפורש להיתר אפ"ה יש כח ביד חז"ל לאסור, דהא חדוש זה ידעינן מריש לקיש גופא, דהא ר"ל סובר דבחלב מותר מה"ת משום דכתיב אכילה ואפ"ה מדרבנן אסור, הרי להדיא דיש כח לחז"ל לאסור דבר המפורש להיתר, ומשו"ה נראה לתוס' לפרש דהירושלמי מה"ת הוא דאוסר, ואע"ג דלא הוזכר רבוי מפורש כמו גבי חלב, אשמועי' בזה דהשתא דכתיב רבוי לגבי חלב תו לא איצטריך למיכתב בכל האיסורים, דילפינן מחלב שאע"ג דכתיב גביה אכילה ואפ"ה ח"ש אסור, הוה"ד לשארי איסורים, וטובא אשמועינן בזה הירושלמי, דאע"ג דלא כתיב רבוי ילפינן מחלב לאסור ח"ש מה"ת, דבלא הירושלמי היינו אומרים דכל היכי דכתיב אכילה ולא כתיב רבוי מיוחד דח"ש מותר, מדאיצטריך קרא לרבות חלב, ואשמעי' הירושלמי דהשתא דמרבינן בחלב נילף מיניה לכל האיסורין נמי, ולפי"ז לשיטת התוס' הוי פלוגתא דר"י ור"ל כפשוטו, דלר"י דס"ל דגבי חלב יש רבוי, ילפינן מינה לשארי איסורים נמי דח"ש אסור, ולר"ל דס"ל דקרא אסמכתא בעלמא וגבי חלב גופא ליכא רבוי, א"כ בכל האיסורים שיש בהן לשון אכילה הוי ח"ש מותר מה"ת, וכ"ז הוא לשיטת התוס', אבל לשיטת הרמב"ם א"א לפרש שלר"י אסור נמי מה"ת בכל האיסורין ומשום דילפינן מחלב, דהא לשיטתו שגם גבי חמץ יש רבוי לח"ש, א"כ הוי חלב וחמץ שני כתובים ואין מלמדין, דאלת"ה קרא גבי חמץ למה, נילף נמי מחלב, ולדידיה צ"ל כמ"ש שבאיסורין דכתיב אכילה הוי גם לר"י מדרבנן, ור"י ור"ל בחלב פליגי. ועוי"ל שגם להרמב"ם הוי אסור מה"ת לר' יוחנן וכמו לשיטת התוס' ולא הוי שני כתובים, דשניהם איצטריכו לגופייהו, דאי כתיב חלב הו"א דוקא חלב שלא היה לו שעת היתר אבל חמץ לא, ואי כתיב חמץ הו"א דוקא חמץ דאיסורו איסור הנאה, ואפי' ר"ל מודה דח"ש אסור וכמ"ש בירושלמי אבל חלב לא, ולהכי איצטריכו תרווייהו, אבל השתא דכתיבי תרווייהו ילפינן לכל האיסורין נמי שאע"ג שהיה להן שעת היתר כחמץ ואין איסורן איסור הנאה כחלב אפ"ה ח"ש אסור בהו, ועכ"פ דברי הירושלמי מיושבים, דטובא אשמעינן לכ"א מהשיטות הנ"ל:

והנה הרמב"ן עצמו תי' דהירושלמי אשמעי' דלא נימא מדילפינן עיקר איסור דח"ש מחלב והו"א דהיינו דוקא דומיא דחלב ששוה בכל אבל איסור שאינו שוה בכל לא, אשמעי' הירושלמי שאפי' איסור תרומה לזר שאינו שוה בכל נמי אסור, והנה במ"ל (פ"א מחמץ) כתב דלהכי בעינן רבוי בחמץ שלא נימא דומיא דחלב שלא היה לו שעת הכושר, ע"ש שתי' כן בשם מוהרלנ"ח, והגאון מוהר"ן טרייוויש כתב שיסוד מוהרלנ"ח בנוי עמ"ש הרמב"ן הנ"ל, דלא ילפינן חצי שיעור אלא דומיא דחלב דשוה בכל, ה"נ נימא דומיא דחלב שלא היה לו שעת היתר ע"ש ולא זכיתי להבין שיחתם, דהא הרמב"ן לא קאמר שאליבא דאמת כן הוא דלא ילפינן אלא דומיא דחלב, אלא שבלא הירושלמי הו"א כן ואשמעי' הירושלמי דלא אמרינן הכי, הרי ירושלמי מפורש שלא אמרינן דוקא דומיא דחלב ילפינן אלא דהוה"ד אפי' לאיסורין שאינם שוה בכל וכמו תרומה לזרים נמי אסור, ואיך סמכו הם גם אליבא דאמת לומר כן, וא"ל דהירושלמי למד זה גופא מרבוי דחמץ, דמדמרבינן שגם בחמץ דלא דמי לחלב אסור ח"ש, מכלל דלא ילפינן דומיא דחלב, דא"כ יוחזר קושית הרמב"ן דמה חדוש אשמעי' הירושלמי הא כבר ידעינן מקרא דחמץ דלא בעינן דומיא דחלב דוקא, ובלא"ה עיקר דברי הרמב"ן אינם מוכרחים דקושיתו יש ליישב כמה שכתבתי, וגם שיטת הרמב"ם מיושב כנ"ל ואין אנו צריכין לזה:

תוד"ה ועולה באחד ומאה דמה"ת תרומה וערלה בטלים ברוב ביבש ובלח בס', ובגהש"ס הקשה דהא במין במינו גם בלח בטל מה"ת ברוב ואם מין בשאינו מינו גם מדרבנן בטל בס' ע"ש, והן אמנם דמהר"ם מטראני בס' קרית ספר הוכיח מדברי התוס' דס"ל באמת שבלח אפי' במינו הוי בס' ע"ש אכן א"א לומר כן, דהא פלוגתת ר' יהודה ורבנן בלח, הוא בדם הפר ושעיר ואפ"ה קיי"ל כרבנן דאי לאו טעמא דעולין שאני הו"א דבטיל ברוב, והיה אפשר לומר דהתוס' קאמר זה עפ"י שיטת רש"י (בחולין דף צ"ט) דבאינו מינו בעינן ק' ולא סגי בס', שוב ראיתי בפמ"ג לפתיחה להלכות תערובות רצה נמי ליישב כן ומסיק שזה דוחק, וצ"ע:

תוד"ה דילמא אתי כו' אבל הכא טעה, ורעק"א בחדושיו המתיק סברת התוס', לפמ"ש המרדכי אההוא דיבמה שרקקה דם דאמרי' דמהני דא"א לדם בלא צחצוחי רוק, והקשה דליבטל הרוק בדם, ותי' כיון דלא היה המבטל מעולם עומד בפני עצמו אינו יכול לבטל ע"ש, א"כ י"ל דבעלמא אם מחללים בפרוטות הוי חשש דאורייתא, דליכא למימר בזה דהמעט המעשר ששוה יותר נתבטל, כיון דקודם היה הכל מעשר והוי כולו איסור וע"י החלול שנעשה רוב היתר הוא תיכף מעורב עם האיסור בזה הדין דליכא בטול, אבל הכא כיון דהמעשר נתבטל מקודם וליכא חשש דאורייתא שפיר חיישי' שיזלזל

לחלל בפרוטות דלא יחוש שמא המעשר שוה מעט יותר דיסמוך להקל על ספק דרבנן לקולא ע"ש שמסיים שכן נ"ל נכון מאוד. והנה מה דפשיטא לו לרבינו הגאון דדינא דמרדכי שייך גם כאן, לדידי מספקא לי טובא, דזה תלוי באשלי רברבי, דלפי סברת המ"ל דעיקר חלוק המרדכי תלוי רק בשעת חלות האיסור, ואע"ג דבשעת הווייתם בעולם היה כ"א עומד בפני עצמו, כיון שבשעת חלות האיסור באו שניהם ביחד בתערובות לא מהני הבטול, היה מקום לומר כדברי רעק"א, אכן המהריט"א (בפ' שלישי מהל' בכורות סי' ל') דחה דברי המ"ל והוכיח מכמה ראיות, דעיקר חלוק המרדכי תלוי רק בשעת הווייתם בעולם שיהיה בפני עצמן, ואם אח"כ נתערבו, אף שלא חלה עליהם שם ביטול, ובשעת חלות הבטול היו מעורבים ביחד, לא מיקרי זה באו שניהם כאחד ושייך בזה בטול, וע"ש שהביא ראיה מוכרחת מחמץ בפסח, דאפי' למאן דסובר דחוזר וניעור בפסח, היינו שיהיה אסור מדרבנן כדין חמץ שתקנו חז"ל דאסורו במשהו, אבל מה"ת בטל ברוב או בנותן טעם, ואמאי לא אמרינן דכיון דבשעת חלות איסור חמץ היה מעורב, גם מה"ת אין לו ביטול, ואם איתא דחלוק המרדכי משום דבשעת חלות האיסור היה מעורב, א"כ ה"נ אף דקודם הפסח היה החמץ ניכר בפני עצמו, מ"מ בשעת חלות האיסור היה מעורב, אע"כ צ"ל דחלוק המרדכי אהווייתן בעולם קפדינן ע"ש וכדבריו הסכימו כמה אחרונים, ולפי"ז לא שייך כלל הכא דין דמרדכי, דהא בהווייתן בעולם היה לכל אחד הויה בפני עצמו, ולא מיקרי זה מעורב מתחלתו. ועוד הא בפמ"ג (סי' ק"ב במש"ז סקי"א) כתב שדוקא בבאים בתערובות מתולדה, אבל כשבא התערובות ע"י מעשה בני אדם, גם המרדכי מודה דבטל, ודוקא ביבמה שרקקה דם שתערובתן הוי מתולדה, א"כ גם הכא נמי לא מיקרי מעורב מתחלת ברייתו. ובעיקר הדבר אין אנו צריכין לזה, דהתוס' יתיישב כהוגן בלא"ה, דהתם כיון אין מה לצרף, ויודע הוא שא"א לצמצם המעשר שיהיה שוה פרוטה ממש, כי באיזה אופן שיעשה לא ינצל, אם יתן בשופי, אז יהיה יותר מפרוטה, ואם מץ יהיה בפחות, ולא יוכל לצמצם שיהיה פרוטה ממש, להכי לא יטעה לחלל בפרוטות, אבל הכא כיון שיש לו מה לצרף, יחשוב שהעודף על פרוטה יצורף זה להמעורב ובשניהם יהיה פרוטה להכי טעה, ודו"ק

דף נג:

בגמ' בפלוגתא דר' אמי ור' אסי, אין בו ואין בחומשו, פרש"י דאין בחומשו היינו שאין תופס הפדיון עד שיהא בחומש שוה פרוטה, ובתוד"ה אין בו הקשו דאמאי לא בעי לאוקמי דפדיון תופס, ורק הנ"מ לענין חומש ע"ש, והנה ברמב"ם (פ"ו מהל' מע"ש)

מפרש באמת דלענין חומש הוא, וקשה לי לשיטת הרמב"ם, כיון דקרא דמעשרו אתא למעוטי מחומש, א"כ מנ"ל דלענין עצם הפדיון שאין תופס בפחות מפרוטה, דלרש"י יליף זה מהאי קרא וכמ"ש ולעיל דף נ"ב ע"ב) ואין לומר דהך מ"ד דס"ל אין בחומשו, יסבור באמת דפדייה תופס אפי' בפחות מפרוטה, דא"כ איך יתרץ הברייתא (לעיל דף נ"ג) ובאיזה מעשר במע"ש שאין בו שוה פרוטה, הרי דפחות מפרוטה אין פדיון תופס, ואע"ג שיש לומר דמ"ד זה יסבור כאוקימתא דרב ששת דחדא קתני שאין בו שו"פ שנכנס לירושלים ויצא, ולאוקימתא זאת אין הכרח דפחות מפרוטה לא תפיס, די"ל דהא דלא מהני הפדיון היינו משום דקלטוהו מחיצות, אבל עצם הפדיון תפיס, וראיתי שגם הרש"ש כ"כ. ואמנם דוחק גדול לומר דרב אסי דס"ל אין בחומשו יסבור כאוקימתא דרב ששת דוקא, ועוד דנ"ל שאפי' לאוקימתא דרב ששת, מוכרחים נמי לומר דבפחות מפרוטה לא תפיס הפדיון, דהא בגמ' פריך לעיל א"ה אפי' פרוטה נמי, פי' כיון דמטעם שקלטוהו מחיצות מאי איריא פחות מפרוטה אפי' פרוטה נמי ומשני לא מיבעי קאמר, לא מיבעי פרוטה דקלטוהו מחיצות, פי' כיון דבר פדייה הוא ודאי דקלטוהו מחיצות, אבל אין בו, פי' פחות מפרוטה דלאו בר פדייה הוא אימא לא קמ"ל, ומוכח להדיא שבפחות מפרוטה לא תפיס הפדיון, דאל"ה מאי רבותא דפחות מפרוטה, ונ"ל לומר שודאי גם רב אסי יסבור דבפחות מפרוטה לא מהני גם הפדייה, ומקרא אחר ידע זה, והוא עפ"י מ"ש בירושלמי (פ"ד דמע"ש) דאין מחללין בפחות מפרוטה דבעינן וצרת הכסף, ופחות מפרוטה הוי כאסימון, והכי מבואר להדיא ברמב"ם (פ"ד דמע"ש) טעם זה, ולפי"ז א"ש דרב אסי דמפיק קרא דממעשרו לענין חומש, יליף לענין עצם הפדייה מקרא דוצרת הכסף, ור' אמי לא ס"ל כהירושלמי, ולהכי מצריך לקרא דממעשרו לענין עצם הפדייה:

ולפמ"ש שטעם דלא מהני הפדיון בפחות מפרוטה, לאו משום דלא הוי ממונא כ"א מטעם דהוי כאסימון, יש ליישב קושיות הרש"ש, דכיון שגם רב אסי דאמר אין בחומשו יסבור דפחות מפרוטה לא תפיס פדיון א"כ מאי קאמר (לקמן דף נ"ה) דתנא דמתני' להכי לא תני מעשר בפרוטה משום דאתיא כמ"ד אין בחומשו, הא גם מ"ד אין בחומשו ס"ל דפחות מפרוטה לא תפיס, ולהנ"ל א"ש, דהתנא לא נקיט התם כ"א דברים הללו אשר הטעם דבעינן פרוטה בהם, משום דפחות מפרוטה לא מיקרי ממון, אבל גבי מעשר הטעם משום דכסף צורה לא הוי לא תני, וג"ז א"ש טפי לפי' הרמב"ם, לשון הברייתא דמותיב מינה, דלפרש"י יקשה לשון דיו דברייתא, דכמו דלמ"ד אין בו, לא שייך לשון דיו, משום דבאופן אחר אי אפשר, וא"כ גם למ"ד דאין בחומשו כיון דבפחות לא תפיס

הפדיון וא"א בענין אחר ומאי שייך לשון דיו, ורש"י נדחק בזה, ולפי' הרמב"ם מיושב, דלמ"ד אין בו, כיון שא"א בענין אחר לא שייך לשון דיו, אבל למ"ד שאין בחומשו, היינו שא"צ להוסיף חומש, אבל פדיון תופס, והו"א כיון דתופס פדיון אין רשאי לחלל על מעות הראשונות, לזה אשמועי' דמ"מ כיון דבחומשו אין שוה פרוטה דיו שיחלל על מעות הראשונות, ודו"ק:

דף נד:

ברש"י ד"ה או דילמא כו', וא"ת נשדייה באמצע תיבה וניקרי חמישיות, לא אשכחן גורעין ומוסיפין להפסיק התיבה, אלא או בראשה או בסופה ע"ש, ולא יקשה ע"ז מהא דכריתות (דף ז' ע"א) כתיב לא ייסך בשני יודין וקרינן לא יסיך, דשקל יו"ד מתחלת התיבה ונטיל אותו באמצע התיבה, דהתם שאני דאינו מוסיף כלל על התיבה, דכתיב בשני יודי"ן, רק שמסרס התיבה להטיל היו"ד דתחלתו באמצע, וכלל דרש"י הוא כשמוסיפין על התיבה ממקום אחר איזה אות, בזה לא מוסיפין באמצע:
בתוד"ה מוסיף חומש, ועמ"ש (לעיל דף מ"ח ע"א) בשיטת הרמב"ם דסובר דלא בעינן יחוד כלי:

דף נה.

כמ"ד אין בחומשו, והרש"ש הקשה הא גם צ מ"ד זה סובר דפחות מפרוטה לא תפיס ועמ"ש לעיל (דף נ"ג ע"ב) ליישב:
במתני' חמש פרוטות הן, הט"ז (ביו"ד סי' קל"ג) הקשה אמאי לא חשיב נמי הך דשכר יין נסך אין אוסר בפחות מפרוטה, וכאוקימתא דרבא (בע"ז דף ס"ה). ונ"ל ליישב, דעל התנא דמתני' דידן ודאי דלא קשה, דהנה המהר"ם שי"ף נסתפק בכוונת החידוש שאשמועי' התנא, אם פשיטא לו דפרוטה הוי ממון לכל הני דחשיב, ורק חדושייהו דלא נימא שגם פחות מפרוטה מהני, או להיפך דפשיטא לו לתנא דפחות מפרוטה לאו כלום הוא לכל הני, ורק חדושייהו דלא בעינן יותר מפרוטה דומיא דקדושין דהוי לאפוקי מב"ש דס"ל דלא סגי בפרוטה ובעינן דינר דוקא, ונסתייע ממ"ש רש"י בד"ה תנא גזל דאף פרוטה ממונא הוא, הרי משמע שכוונת התנא לאשמועינן החדוש שאף פרוטה הוי ממון ולא בעינן יותר מפרוטה ע"ש שזה כוונתו בתוס' באור, שוב ראיתי בשמ"ק הוכיח נמי שכוונת התנא כן הוא והביא ראיות לזה ע"ש, וכיון שכן אין מקום לקושית הט"ז, דהא ביין נסך אין חדוש מה דפרוטה סגי לאסור, דהא מן הדין היה ראוי לאסור

אפי' בפחות מפרוטה נמי, כיון דאיסור הנאה הוא, והנאה איתא אפי' בפחות מפרוטה, וכמ"ש התוס' (בע"ז ל י"ט) ד"ה מכוש, ועוד דלא ידבק בידך מאומה כתיב בע"ז, וא"כ עיקר החדוש הוא מה שבעינן דוקא פרוטה, והתנא דמתני' דלא חשיב כ"א החדוש מה שבפרוטה סגי ולא בעינן יותר מפרוטה, א"א לו למיחשב הך דיי"נ, וז"ב:

ובזה מיושב נמי מה שהק' בס' מ"ה, אמאי לא חשיב הקדש מנה שחללו על שו"פ, די"ל נמי דהתם הוי החדוש דבעינן פרוטה, כיון דעיקר הטעם דמאן דסובר הכי היינו משום דס"ל דערכך האמור בהקדשות כל דהוא משמע, ועמ"ש רש"י (לקמן דף נ"ז) ולזה גם בפחות מפרוטה היה סגי, והרבותא הוא מה שבעינן מיהא פרוטה, וזה לא חשיב תנא דידן, ועמ"ש לקמן דף צ"ו ע"א) מזה:

אלא דאכתי יש מקום לקושית הט"ז אליבא מתניתיה דלוי, דהוא תני ישיבת הדייניין לאפוקי מדרב קטינא דאמר ב"ד נזקקין אפי' לפחות מש"פ, הרי דלדידיה אשמועינן גם החדוש דבעינן פרוטה ולא סגי בפחות, א"כ אמאי לא חשיב נמי הך דיין נסך. ולכאורה עלה בדעתי לומר דתנא דלוי יסבור להיפך, דביין נסך הוי החדוש מה שפרוטה אוסר, והוא עפמ"ש הרשב"א בע"ז שם הטעם דפחות מפרוטה אין אוסר, אע"ג דלא ידבק מאומה כתיב, וכתב דאיסור דיי"נ ממש אפי' בפחות מפרוטה נמי אסור, רק הכא שעיקר השכר היתר הוא, אלא שיש בזה גם מעט מייי"נ, אין פחות משו"פ חשוב להיות נגרר אחריו כל השכר של היתר, וכיון שכן הוי חדוש גדול מה שגם פרוטה חשוב לגרור אחריו כל השכר, ולהכי תנא דלוי דאשמועי' החדוש דבעינן פרוטה ולא סגי בפחות מפרוטה לא יוכל לחשוב הך דיי"נ, כיון שהתם אין חדוש מה דבעינן פרוטה, אכן שוב חזרתי, דהא בע"כ דתנא דלוי חשיב גם העניינים שחדושייהו הוי מה דסגי בפרוטה ולא בעינן יותר, דהא בקדושין ודאי דהחדוש הוא מה שסגי בפרוטה, ולאפוקי מב"ש דס"ל דינר, וכן מה דהוצרך למיתני אונאה, היינו נמי לאפוקי מדרב כהנא דס"ל אין אונאה לפרוטות, ואשמועינן דדי בפרוטה, וא"כ בע"כ דתנא דלוי אשמעינן כל העניינים, הן מה שחדושייהו דסגי בפרוטה, והן מה שחדושייהו דבעינן פרוטה ולא פחות, וכההיא דישיבת הדייניין, וא"כ איך שיהיה החדוש ביין נסך, קשה אמאי לא חשיב לה תנא דלוי, וצ"ל כמ"ש בנקה"כ שם, שודאי התנא תני ושייר כמו דשייר ריבית ע"ש. ואכן מה שהק' בס' מ"ה אמאי לא תני נמי קנין קרקע בפרוטה, לק"מ דודאי בכלל קנין דקדושין הוא, ואם בקדושין סגי בפרוטה, אע"ג די"ל אשה מקפדת על עצמה שלא להקנות בפרוטה, כ"ש בקנין דקרקע דסגי בפרוטה:

בגמ' אין אונאה לפרוטות, ראיתי מקשים דא"כ מאי אסיק רבא לקמן (ר"פ איזהו נשך) דגזל נלמד מריבית ואונאה, הא צריך קרא לגזל גופי', דאי מאונאה לא נדע גזל דבפרוטה הוי, וא"כ להנך פוסקים דפסקו כרב כהנא לא א"ש ההיא דלקמן ולק"מ דהא דאמרי' דאין אונאה לפרוטות, לאו משום דפרוטה לא הוי ממון, דזה ודאי כיון דבכל מקום שוה פרוטה ממון הוא, הוא הדין לענין אונאה, אלא הטעם משום דאמרינן כיון דדרך מקח וממכר הוא עביד איניש דמחיל פרוטה, וכמו דאמרי' דפחות משתות הוי מחילה, אע"ג דעולה לסך גדול דהוי ודאי ממונא, וא"כ בגזל דליכא טעם דמחילה ודאי דפרוטה הוי ממונא, וכיון שלענין עיקר האיסור שפיר ילפינן גזל מאונאה, דבכולהו הוי אזהרת ממון שאינה שלו, ממילא ידעינן דבגזל הוי שיעורו בפרוטה, ודו"ק:

ועוי"ל דהא דאמרי' אין אונאה לפרוטות היינו רק שא"צ להחזיר את האונאה, אבל עכ"פ עובר בלאו ככל גזל כיון דנתאנה שתות, וא"כ שפיר יליף ל מינה, ואם כי כן משמע גם מהרמב"ם דרק מחזרת אונאה הוא דפטרינן וכ"כ במנ"ח (מצוה של"ז), מ"מ לדעתי אין ברור הדבר כ"כ שיהיה בזה איסור דמ"ש מאונאת פחות משתות, אע"ג דהוי יותר מפרוטה, וממונא הוי לכל מילי, ואפ"ה מבואר בשו"ע (חו"מ סי' רנ"ז) שיש להסתפק בזה אם מותר לכתחילה, והטעם כיון דדרך מו"מ הוא ונלע"ד דמחיל בשיעור כזה, מותר לכתחילה, ה"נ כיון ששיערו חז"ל דבפרוטה אין אדם מקפיד ומחיל, שייך נמי לומר דמותר לכתחילה, ואי נימא דבפחות משתות מותר לכתחילה, הוה"ד באונאת פרוטה דמ"ש, ומלשון הרמב"ם שכתב דאין מחזיר האונאה, אין ראיה דאפשר שגם בפחות נמי ס"ל דאיסורא איכא, אבל לדידן דבאונאת פחות משתות לא ברור לאיסור, גם באונאת פרוטה כן הוא דמ"ש ואין שום מקום לחלק ביניהם:

ברש"י ד"ה אין אונאה לפרוטות, בפחות מאיסר שהוא מטבע כסף ע"כ, מלשון זה משמע דס"ל לרש"י דהאונאה גופא לא תהא פחות מאיסר, ואם כי רב כהנא, רק אין אונאה לפרוטות קאמר, שמשמע דבפרוטה מכוונת הוא דאין אונאה אבל יותר מפרוטה אפי' כל שהוא יש אונאה, הרי רש"י יהיב טעמא למילתא דכיון דאפיקתא מפרוטה מכלל דמטבע כסף בעינן, ואיסר הוא מטבע הפחותה שבכסף, ועיין באשר"י שהשיג על רש"י וס"ל דאין אונאה בפחות ממעה כסף שהוא ד' איסרים, והיינו דס"ל נמי כטעם דרש"י, דכיון דאפיקתא מפרוטה בעינן מטבע כסף, וס"ל דמטבע הפחותה הוי מעה, ועיין בב"ח חו"מ (סי' רכ"ז) שמיישב שיטת רש"י, עכ"פ בזה כו"ע מודו דכיון דאפיקתא מפרוטה בעינן מטבע כסף אלא שפליגי איזה מטבע היא הפחותה שבכסף, ומזה יש לי לתמוה הרבה עמ"ש הרמב"ם (בפי"ב ממכירה) שדוקא פרוטה מכוונת אין מחויב להחזיר, הא

יתר מפרוטה מחויב להחזיר, והמ"מ כתב שפוסק כרב כהנא ולא יצא עוד ידי חובת הפרישה בזה, דכיון דסובר כרב כהנא דאין אונאה לפרוטות ואפיקתא מפרוטה, א"כ צריך לאוקמי אמטבע כסף, ולפחות איסר בעינן, ותמיהני ששום מפורש לא נתעורר לזה. ונ"ל ליישב, דהנה זה ברור שמ"ש רש"י אין אונאה לפרוטות בפחות מאיסר, לא נתכוון לומר שהאונאה גופא יהיה בכאיסר, אלא כוונתו דכל המקח לא יהיה פחות מכאיסר, דכשהמקח הוא בפרוטות ואין מגיע לכאיסר אין בו אונאה, דאפיקתי' מפרוטה ואוקמי אמטבע כסף, אבל אם במקח יש איסר דבזה הוי האונאה מעט יתר מפרוטה הוי אונאה, דבאונאה גופא לא בעינן דוקא כאיסר, והכי מפורש כמעט ברש"י לקמן (דף נ"ו ע"ב) ד"ה לפרוטות, וז"ל סתם מוכר שטרותיו לבשם אין שם המקח של איסר ביחד אלא של פרוטות עכ"ל, הרי להדיא כמ"ש בכוונתו, דאמקח קפדינן שיהא כאיסר ולא אאונאה, ועוד מלשון הש"ס גופא נראה בע"כ לפרש כן, דהאי אין אונאה לפרוטות דקאמר, היינו כשהמקח הוא בפרוטות, דכבר הקשה התו"ח למה נקט אין אונאה לפרוטות בלשון רבים, אין אונאה לפרוטה הול"ל, ועוד אין אונאה לפרוטות, אין אונאה בפרוטה מיבעי ליה ועמש"ש, ולמ"ש דהכוונה הוא שבמקח משערינן, וכל מקח שאין עולה לאיסר אין בו אונאה, אתי שפיר הלשון לפרוטות, דהיינו למקח שהוא בפרוטות, וגם מה דנקיט בלשון רבים, משום דבמקח הא יש פרוטות הרבה, ולזה א"ש פסק הרמב"ם דביתר על פרוטה כל שהוא הוי אונאה, דהא דאוקמי אכסף, היינו המקח גופא, ובמקח בעינן כאיסר, והאונאה לפי"ז הוי יתר על פרוטה כל שהוא והוא כפי' רש"י, וז"ב:

דף נו.

ממתני' אלו דברים שאין להם אונאה הקרקעות כו', ראיתי בזה שני נביאים אינם מתנבאים בסגנון אחד, הרמב"ן בפירושו על התורה תמה, דהא עיקר אונאה בקרקע כתיב דכתי' לפי רוב השנים תרבה מקנתו, דמשמע מזה שיש לו למכור לפי ערך השנים כדי שלא יבוא לידי אונאה, ותי' דלא נתמעטו קרקעות רק מהשבה, אבל לאו דלא תונו איכא בהו, וכ"כ מהרש"ל בישש"ש הובא בסמ"ע (סי' רכ"ז סקנ"א) ע"ש, ואכן הפנ"י בסוגיין שהקשה ג"כ כקושית הרמב"ן תירץ שרק איסורא לכתחילה איכא בקרקע, אבל אזהרה דלא תונו לא קאי על קרקע ע"ש, והנה מה שנסתפקו האחרונים אם יש מלקות באונאת קרקע, למ"ש הפנ"י ודאי א לוקין כיון שאינם כלל בכלל האזהרה, ולשיטת הרמב"ן דאזהרה איכא בהו, נ"ל דתליא במחלוקת הרמב"ם ותוס' (לקמן דף ס"א) דלפי מה שמוכח שם מתוד"ה לעבור בב' לאוין, משמע דס"ל דהא דאמרינן דלאו

הניתק לעשה אין לוקין, היינו היכי שהתורה ניתקה מפורש וכגון בגזל ואבידה שהתורה ניתקה להשבה מפורש, וכיון שהתורה גילתה שהשבה הוא תקון הלאו להכי אין לוקין, אבל אונאה אע"ג שחייב להחזיר האונאה מ"מ אחרי שבתורה לא הוזכר להדיא השבת האונאה ואין אנו יודעין אם ע"י החזרה יתוקן הלאו לוקין ע"ז, ומה"ט ס"ל שאפי' באונאת מטלטלין שמחויב להחזיר נמי לוקין, ועמש"ש בחדושיי להוכיח כן, א"כ כ"ש באונאת קרקע שנפטרו גם מתשלומין דלוקין ע"ז, ואכן לשיטת הרמב"ם (בפי"ח מסנהדרין) דכל לאו הניתן לתשלומין אין לוקין, נ"ל שאפי' באונאת קרקע דנפטרו גם מתשלומין מדינא, מ"מ כיון דלצאת ידי שמים ודאי מחויב להחזיר, דכיון דאיסורא איכא בהו, מחויב לצאת ידי שמים, וכמ"ש בס' ארעא דרבנן אות י"ג בהגהות עפרא דארעא, דאם אך נימא שאיכא איסורא מחויב להחזיר בכדי לצאת ידי שמים, מיקרי זה לאו הניתן לתשלומין, דהא לסברת הרמב"ם דס"ל שאע"ג דהתורה לא ניתקה מפורש, וא"כ אין אנו יודעין שהחזרה הוא תקונו של הלאו, ואפ"ה אין לוקין, וטעמו שכיון שעיקר האיסור אזהרת ממון חבירו הוא, ולזה מעצמינו נדע שבחזרתו מתוקן האיסור ולאו מידי עביד, ולפי"ז אין נ"מ אם מחויב התשלומין מדינא, או שמדינא פטור ומשלם מעצמו, דהא אפי' היכי שמחויב מדינא נמי אין לנו ראיה מה"ת שלאו זה מתוקן בחזרה, כיון שהתורה לא ניתקה מפורש, ואלא מסברא אנו יודעים שלאו הניתן לתשלומין כיון דעיקר אזהרתו אינו אלא בשביל ממון חבירו, בחזירתו יתוקן, ומה לי אם החזרה יהיה מחמת שמחויב מדינא, או יחזיר מעצמו דרך תשובה משום שרוצה לצאת ידי שמים, הן אמנם ראיתי בס' נחלת צבי (חו"מ סי' רכ"ז) שהק' על יסוד דארעא דרבנן מהא דאמרי' (לעיל דף כ"ו) נטלה לפני יאוש ע"מ לגוזלה ואחר יאוש נתכוון להחזירה עובר משום לא תגזול, דכיון דהדרה לאחר יאוש מתנה בעלמא הוא ואיסורא דעביד עביד, הרי משמע דהיכי שאין בו דין חזרה לא מתוקן האיסור ע"ש, אכן אין מזה שום תפיסה, שבאמת כמעט כל הראשונים העבירו בקולמוס על דין זה וכמבואר בשמ"ק שם, וגם בתוס' שם כתבו שרק הלאו דלא תוכל להתעלם לא ניתקן אבל לאו דלא תגזול ניתקן אפי' אם הדרה לאחר יאוש בשעה שהוא פטור מדינא, ועיין בפ"ת (חו"מ סי' רל"ז) בשם חמדת שלמה, שהיכי שמחזיר דרך תשובה יתוקן האיסור אפי' אם מחזיר חזרה שפטור מדינא ע"ש, וכיון שכן נראה פשוט שאפי' באונאת קרקע דפטור מדינא, נמי מיקרי לאו הניתן לתשלומין ואין לוקין לשי' הרמב"ם: **והנה** במנחת חנוך (מצוה של"ז) הקשה אמאי אין לוקין באונאת קרקע, דמ"ש מחובל בחבירו דעובר בלא יוסיף, ובהכאה שוה פרוטה דמפורש בתורה תשלומין ישלם ואינו לוקה, ובחובל בהכאה שאין בה שו"פ כיון דאינו משלם לוקה וכר"י (בכתובות דל"ב)

וא"כ ה"נ באונאת מטלטלין דניתן לתשלומין שפיר אינו לוקה, אבל באונאת קרקע דאינו משלם למה אינו לוקה, וע"ש שרצה להוכיח מזה דהרמב"ם יסבור שגם אזהרה ליכא בקרקע ולעד"נ שלא קרב כלל זה אל זה, דבחובל בחבירו, קפידת החבלה וחיוב הממון מחמת שני רשעיות מיוחדות הם, דקפידת אזהרת עשיית החבלה אינה מטעם הפסד ממון, שחובל לחבירו ומפחיתו מכספו, אלא עיקר הקפידה הוא החבלה בעצמה, אלא שממילא יש בזה גם דין ממון, במה שהזיק והפסיד שוויו של חבירו, והא דאמרי' דביש בה שו"פ נפטר ממלקות אין זה משום דע"י חזרת הממון מתוקן הלאו, דזה א"א כיון דעיקר האיסור אינה אזהרת ממון, איך יתוקן בחזרת הממון, אלא הטעם משום דמכדי רשעתו ילפינן דבשני רשעיות א"א לחייבו, והתורה ריבתה מפורש רשעה דתשלומין, אבל עיקר הלאו לא ניתן לתשלומין ולהכי באין בהכאה שו"פ דלא מחייבינן רשעה דממון, חייב מלקות מטעם הלאו דלא יוסיף, אבל הכא באונאה, שעיקר האיסור אזהרת ממון הוא, ועצם הלאו ניתן לתשלומין, ולאו בר מלקות הוא, ולהכי אין לוקין עליו אפי' באונאת קרקע נמי כיון דעכ"פ מחויב לצאת יד"ש, לאו הניתן לתשלומין מיקרי, ובחזרת הממון מתוקן האיסור ואין ראוי ללקות על לאו כזה, משא"כ לאו דחובל, דעצם הלאו לא מיקרי ניתן לתשלומין, ורק הפטור יבוא משום כדי רשעתו, ולהכי היכי דליכא חיוב רשעה דממון מלקינן שפיר:

ועוי"ל דאפי' היה לאו דחבלה, לאו הניתן לתשלומין, ג"כ בחבלה פחות משו"פ ראוי הוא ללקות, דהשבה דפחות מפרוטה לאו השבה מיקרי, וכמש"כ רש"י (בסנהדרין) דפחות מש"פ אינו בהישבון, וכיון שהאיסור הוא אפי' על פחות משו"פ נמי, וההשבה אינה כלום, נמצא שלאו מידי עביד בהשבה ולא תיקון כלום ודו"ק, ועמ"ש עוד לקמן (דצ"ב ע"א):

ולפמ"ש יצא לנו כנוגה צדקת הרמב"ם במה דס"ל לאו הניתן לתשלומין אין לוקין, והכ"מ הקשה שזהו נגד סוגיא מפורשת בכתובות, דכל היכי דאיכא ממון ומלקות מילקא לקי ממונא לא משלם ע"ש, והנה הכ"מ הבין דכל היכי דאיכא ממון ומלקות כגון בחובל ועדים זוממין, לאו הניתן לתשלומין מיקרי, ותמה אני אם יצאו דברים הללו מרבינו הכ"מ, להשוות הנושאים אשר אין להם שום שווי ודמיון, דסברת הרמב"ם הוא דוקא במקום שעצם איסור הלאו ניתן לתשלומין, היינו שבתשלומין יתוקן הלאו, וכגון בלאו כזה שעיקר הקפידה הוא משום אזהרת ממון חבירו, ובזה שפיר אמרינן דבחזרת הממון יתוקן האיסור, ונמצא דלאו מידי עביד ואין ראוי שוב ללקות, ומה ענין זה לכל היכי דאיכא ממון ומלקות שבחובל ועדים זוממין, דעיקר האזהרה אינה בשביל הפסד ממון

חבירו, ואפי' שלא במקום הפסד נמי אסור להעיד עדות שקר, אלא שיש בזה נמי חיוב ממון בשביל ההפסד שגרם לו, ואפי' כשיחזיר הממון נמי אין מתוקן האיסור, וא"כ לאו כזה לא מיקרי לאו הניתן לתשלומין, ולהכי ס"ל דמלקא לקי אם לא במקום שריבתה התורה מפורש לתשלומין כגון בחובל וז"ב:

והנה בס' מעיני החכמה הוכיח שבקרקע אין לוקין, דאי נימא דלוקין א"כ לקמן בר"פ איזהו נשך דאוקמינן הלאו דלא תגזול בכובש שכר שכיר ולא בגזל גופא משום דאין לוקין על גזל ואמאי לא מוקי באונאת קרקע דלוקין עליו אע"כ שגם בזה אין לוקין ע"ש, וראיה זאת אינה, דהא פריך שם באמת ולוקמי אריבית ואונאה ומשני דבענינא דשכיר כתיב ומה"ט לא רצה לאוקמי גם באונאת קרקע וק"ל:

דף נו:

בגמ' אחיו ולא הקדש, ראיתי מקשים דהא בקרקעות שנתמעטו ג"כ מאונאה, קיי"ל (בקדושין דף מ"ב) דבטעה ע"י שליח אומר לו לתקוני שדרתיך ולא לעוותי, א"כ בהקדש נמי שהגזבר אינו אלא שליח, וא"כ איך יאנה להקדש ע"י הגזבר, הא י"ל לתקוני שדרתיך כו'. ושותא הזאת לא ידענא, דהא כיון דמכירת הקדש א"א כ"א ע"י גזבר שהוא שליח, ואפ"ה גילתה התורה שאין אונאה, הרי פירשה התורה שאפי' בטעה ע"י שליח אין אונאה, ויש להסביר עוד הדברים, דהנה בהדיוט גופא כשהתנה השליח בין לתקון בין לעוות בתר תנאו אזלינן, ובהקדש שהגזבר שליח דרחמנא הוא, על תנאי משפטי האמורים בתורה ירד לשליחותו, וכיון שרחמנא אמר שאין אונאה להקדש, הוי כאילו נתרצה המשלח על העיות, וכיוצא בזה כתב הרשב"א במס' ב"ק (דף כ') ע"ז דאמר רבה התם, הקדש שלא מדעת כהדיוט מדעת דמי, דכמו בהדיוט מדעת היינו שהתנה עמו שישלם שכר הדירה שצריך להעלות לו שכר, כן בהקדש גם שלא מדעת, דכיון שמפורש בתורה שאסור ליהנות מן ההקדש, הוי כאילו התנה כן ע"ש שזה תוכן כוונתו, הרי מפורש מדבריו שבהקדש שאין מי שיתנה, דיני התורה עצמם הן הם תנאי השליחות, וה"נ כיון שלדין תורה אין אונאה בהקדש, הוי כאילו התנה כן שגם אם יעוות יהיה מעשהו קיים:

ועוד היה אפשר לומר, דהנה הא דאמרי' דמצי א"ל לתקוני שדרתיך כו' היינו דוקא בשליח, ומשום דאמר לו אדעתא דהכי לא עשיתיך שליח וכמ"ש רש"י (בבכורות דף ס"א) אבל בפועל ועבד דהוי מטעם יד, מסתבר שלא מצי למימר הכי, ואפי' אם עוות הפועל ג"כ לא מצי לבטל המעשה, ולפי"ז י"ל שהגזבר עדיף נמי משליח ויש לו דין

יד וכמ"ש (בב"ק דף ל"ו) גבי גבאי צדקה, אנן יד עניים אנן, אלא שקשה לי דא"כ באפוטרופוס שנתאנה נמי נימא הכי דיש לו דין יד וא"א לבטל המכירה, ובאמת מפורש בחו"מ (סי' רכ"ז) דאפוטרופוס דומה בזה לשליח דמצי א"ל לתקוני שדרתיך כו', ועיין בנה"מ (סי' ר') בפתיחה לסי' הנ"ל שכתב דהגזבר גופא דומה לשליח ע"ש:

שוב ראיתי שאין אנו צריכים כלל לכל התרוצים, דבלא"ה ניחא, דהא הטעם דמצי א"ל לתקוני שדרתיך ולא לעוותי, משום דהוי טעות בשליחות ואדעתא דהכי לא עשיתיך שליח, וכמש"כ רש"י שם בבכורות, וא"כ בהקדש הא לא שייך טעות דמאן טעה, ושום מקח טעות לא שייך בהקדש וכמ"ש לקמן (דף נ"ז ע"א) ברש"י ד"ה אבל אהקדשות וז"ל דאילו גבי הדיוט אמרינן טעה ואדעתא דהכי לא קנה, אבל בהקדש ליכא למימר הכי דמאן טעה עכ"ל, הרי להדיא דבהקדש לא שייך למימר אדעתא דהכי לא עשיתיך, ואין בזה אפי' ריח קושיא:

בגמ' בעי ר' זירא שכירות יש לו אונאה ממכר אמר רחמנא כו', וכל הראשונים פירשו דהבעיא הוא אי בשכירות יש לו אונאה כלל, דממכר אמר רחמנא ולא שכירות, ולפי"ז בשכירת פועל או בקבלת מלאכה פשיטא שאין בו אונאה, דאפי' למאי דפשיט דבשכירות יש אונאה, היינו משום דשכירות כיון דליומי' מכירה הוא הוי נמי ממכר, דאטו ממכר לעולם כתיב, אבל בהנהו דליכא מכירה כלל אין בהם אונאה, והכי איתא להדיא בשמ"ק ובנמוק"י בסוגיין. וקשה לי טובא מ"ש הרמב"ם (פי"ג מהל' מכירה) וכן הטור ושו"ע (בחו"מ סי' רכ"ז) שבקבלנות יש דין אונאה, והמ"מ כתב דטעם הרמב"ם משום דס"ל דקבלן לא דמי לעבד, ודוקא פועל דמי לעבד ולא קבלן, ומאי דאימעיט מאונאה הוא עבדים שהוקשו לקרקעות וקבלן לאו עבד מיקרי ע"ש במ"ל, ולפמ"ש יקשה טובא, דנהי דמטעם עבד א"א למעוטי מאונאה, מ"מ נמעטו מטעם דבעינן מכירה וליכא, ופליאה נשגבה על מפרשי הרמב"ם והשו"ע שלא דנו בזה כ"א מטעם מיעוטא דעבדים, ולא דנו כלל דהא לאו מכירה היא, ואיך לא נתעוררו דפסק השו"ע הוא נגד הסוגיא דהכא, הן אמנם דעל הטור והשו"ע יש לי ליישב, דהנה זה ודאי שמ"ש השמ"ק והנמוק"י דבקבלנות ליכא מכירה, היינו רק למ"ד אין אומן קונה בשבח כלי, וכיון דאין זוכה בהשבח, ורק שכר פעולה שקיל, אין שייך מכירה, אבל אי נימא דאומן קונה בשבח כלי, יש כאן מכירה ממש, דבתחלה זכה האומן בשבח ואם חוזרו הרי חוזר ומוכר לו, וכמ"ש רש"י לקמן (דף ק"ב) ד"ה אומן וז"ל וכשמחזירו לו הרי הוא כמוכר לו שבח שהיה לו בתוכו ע"ש, והנה כבר נתעוררו הרבה אחרונים על הסתירה שיש בזה בפסקי הטור ושו"ע, דבחו"מ (סי' ש"ו) פסקי דאין אומן קונה בשבח כלי, ובאה"ע לסי' כ"ח)

הביאו שני דיעות בזה, והכריע הטור כשי' ר"י ור"ת דאומן קונה בשבח כלי, וע"ש בב"ח ובדרישה באה"ע שתירצו, דבדבר שבממון ס"ל דאין אומן קונה, ובקדושין דאיסורא הוא פסקו להחמיר כשי' ר"י ור"ת דקונה ע"ש היטב, ובענין אי אונאה נחשב לאיסורא או ממונא, הובא בתוס' (לעיל דף נ"א) בד"ה בד"א שני דיעות ע"ש, והפוסקים הכריעו דהלכה כרב משום דאונאה הוי איסורא וכמ"ש האשר"י שם, וכן הופסק בטושו"ע (סי' רכ"ז), ולפי"ז א"ש, דהטור והשו"ע דסברי דאונאה הוי איסורא, ולשיטתם באה"ע דבאיסורא אמרינן להחמיר דאומן קונה בשבח כלי, ולהכי שפיר אמרינן דבקבלן יש אונאה כיון דקונה בשב"כ הוי מכירה מעליא, ועצה הזאת אמנם נכונה מאוד בישוב הטור והשו"ע. אכן הרמב"ם דס"ל שגם בקדושין דאיסורא הוא אין אומן קונה בשב"כ, וא"כ בקבלנות ליכא שום מכירה ואמאי יש בו אונאה:

ומה שנ"ל בישוב הרמב"ם עפמ"ש בשמ"ק בשם רבינו יהונתן וז"ל שכירות יש לו אונאה כלומר אם אדם משכיר לחבירו בית אחד יותר משתות שראוי לשוכרה מי מתבטל השכירות כדין מטלטלין, או דילמא דין מכר יש לה ובמכר הא אמרינן דאין לקרקע אונאה עכ"ל, והמתבאר מפירוש הזה, דמה דמספקא לר' זירא בשכירות, אין זה בשכירות מטלטלין ומשום דבעינן ממכר, ודינא דשכירות יהיה גרוע ממכירה בדין דאונאה, דזה פשיטא דבדין אונאה לא בעינן ממכר דוקא, ורק הספק הוא בשכירות קרקע, אי ממעטינן נמי מאונאה כמכר, ושמא שכירות עדיפא ממכירה, דדוקא במכירה ממעטינן קרקע מאונאה, אבל בשכירות אפי' בקרקע נמי יש אונאה, וסברת הספק י"ל עפמ"ש החנוך (בסי' של"ז) דהא דממעטינן קרקע מאונאה, אין זה גזה"כ, אלא טעמא רבה יש כאן, דבקרקע כיון שדבר קיים הוא לעולם, דרך הבריות למחול בו כל אונאה וכעין משארז"ל שקרקע דבר השוה כל כסף הוא ע"ש, ולטעם זה י"ל שדוקא במכירת קרקע דקיים מקחו לעולם עביד דמחיל, אבל בשכירות שאינו אלא לזמן הוי כקניית מטלטלין דאין דרך הבריות למחול יתר משתות, ופשוט ליה דכיון דשכירות הוי ממכר ליומא, וא"כ דמיא לגמרי למכר ואין בזה אונאה, ולפי"ז י"ל שהרמב"ם מפרש נמי כוונת הבעיא כן, וא"ש פסק הרמב"ם, דהא לפירוש זה פשיטא לן דבכל דבר שנתאנה הן במכירה והן בקבלנות יש אונאה, דלא בעינן מכירה דוקא, ורק הספק הוא בש"ם, אי בשכירות דיינינן אונאה אפי' בקרקע, אבל במטלטלין פשיטא דיש אונאה אפי' בשכירות, דלא בעינן מכירה דוקא, ומדוקדק לפי"ז לשון הרמב"ם שז"ל כשם שאין אונאה במכירת קרקע כך אין אונאה בשכירות קרקע, והפרישה (בסי' רכ"ז) תמה ע"ז, דמלשון הרמב"ם משמע דהיה הוה אמינא בש"ס שבשכירות קרקע יהא אונאה, והיכי אפשר לומר כן, והא כיון

דבמכירת קרקע אין אונאה כ"ש בשכירות דאפי' במטלטלין מספקא לן, ומאי אשמעינן הרמב"ם בזה ע"ש שטרח ליישב, ולמ"ש מדוקדק מאוד, דבאמת זהו הבעיא דר' זירא, אי שכירות קרקע יהא עדיף ממכירה לענין אונאה, ופשיט דבשכירות נמי אין אונאה דדמיא למכר וכלשון הרמב"ם ממש ודו"ק:

אלא דאכתי צריך באור מ"ש הרמב"ם אח"כ שם, אבל בשכירות מטלטלין יש אונאה משום דשכירות ליומא ממכר, ולמ"ש יקשה דלמה הוצרך לתת הטעם משום דהוי כמכר, דהא אפי' בלא זה נמי הוי אונאה, וצ"ל דמה שהוצרך לטעם הזה אין זה לעיקר הדין דאונאה, דבעיקר הדין דאונאה אפי' היכי דלא הוי מכירה נמי יש אונאה, ורק דבפרטי דין האונאה הו"א דשכירות לא דמיא למכירה, דאפשר שבמכירה עביד איניש דמחיל עד שתות, אבל בשכירות מטלטלין דהוי רק לשעה אפשר דאפי' פחות משתות נמי הוי אונאה, וי"ל דבעיא דר' זירא נמי כן הוא אי שכירות דמיא למכירה בפרטי הדין בין בקרקע בין במטלטלין, ובקרקע יש לומר דבשכירות לא עביד דמחיל יותר משתות, ובמטלטלין אפי' פחות משתות נמי מחזיר האונאה, ופשיט דכיון דליומא ממכר הוא ודמיא למכירה גם לפרטי הדין, וזה שנתן הרמב"ם הטעם בשכירות מטלטלין משום דדמי למכירה, אין זה לעיקר הדין, אלא לפרטי הדין, דמטעם זה דמיא ממש למכירה לענין שתות ופחות משתות, וכן משמע מהכ"מ שם ע"ש, אכן למ"ש דמצד הסברא הו"א דבשכירות לא עביד איניש דמחיל אפי' פחות. משתות, ורק משום דדמיא למכירה אמרינן דדמי גם לענין זה למכירה, א"כ בקבלנות דלא דמי למכירה, נהי דודאי יש לו אונאה, אבל בפרטי הדין אפשר דאפי' בפחות משתות נמי חוזר, ומהרמב"ם לא מוכח בזה כלל, דהוא לא כתב כ"א שבקבלנות יש אונאה, ולמ"ש יש לדון בזה אי דיינינן ביה דין דשתות ופחות משתות ודו"ק היטב, כי לענ"ד מ"ש בישוב הרמב"ם הוא ברור:

וי"ל שגם הטושו"ע יפרשו כפי' הרמב"ם, וניחא בזה מ"ש הטור והשו"ע דבשכירות פועל משום דדמי לעבד ועבדים איתמעטו מאונאה, ולמה מיאנו לומר דהטעם משום דבשכירות פועל ליכא ממכר, דטעם זה מרווח טפי, דאילו לטעם השו"ע דחוק קצת, דהא קרא דוהתנחלתם דמיני' ילפינן שעבדים הוקשו לקרקע, בעבד כנעני כתיב, ולמ"ש דיפרשו כשיטת הרמב"ם לא בעינן כלל מכירה באונאה, ומוכרחים הם לטעם שכתבו ודו"ק:

בתוד"ה והאי, הקשו דהא בע"ז מוכח דשכירות לאו מכירה היא דכהן ששכר פרה לא יאכילנה כרשיני תרומה, וכן ממ"ש דהשוכר ביתו לעכו"ם והכניס ע"ז לתוך ביתו עובר הישראל משום לא תביא תועבה כו' ע"ש, כוונתי בזה לדעת הגדולים בישוב קושית

התוס', דהא דאסור כל הני היינו משום דכיון דגוף הדבר הוי של המשכיר, נחשב זה כשלו לענין הנהו איסורים, אבל ודאי דהנאת התשמיש שיש לשוכר על אותו דבר הוי כמכר ממש, ובכל מקום נמי נחשב כמכירה, ולא צריכי לרבות באונאה מייתורא דקרא, והנה המהרש"ל ביש"ש (פ' הפרה סי' ל"ג) כתב שגם התוס' סוברים דשכירות נחשב כמכירה, ואע"ג דהגוף אין קנוי, מ"מ כיון שההנאה הוי ממש כמכירה, נחשב כמכר, והא דאיצטריכי ליתורא באונאה, משום דאי לאו יתורא הו"א שאע"ג דבכ"מ נחשב מכירת ההנאה כמכירת החפץ, אבל באונאה כיון דלא ריבתה התורה כל דבר לאונאה, דהא הוציאה עבדים וקרקעות והו"א דכמו כן נוציא גם מכירת ההנאה ונאמר כיון שהגוף לא נמכר לא נחשב כמכירה, לזה אתא יתורא לומר שאפי' באונאה נמי אמרינן דנחשב כמכירה, אבל בשארי מקומות פשיטא דשכירות ליומא נחשב כמכירה ע"ש, והנה אם כי מצד הסברא היה הדבר נכון, אכן מלשון התוס' (בע"ז דט"ו) דסיימו שם להדיא דבשארי מקומות אמרינן שכירות לא קניא, אי אפשר לומר הכי, וכן מוכח מהרמב"ם, דבשארי מקומות אמרי' שכירות לא קניא והיא ממ"ש (בפ"ו מהל' שכירות) דחצר המשכיר קונה למשכיר אעפ"י שהוא שכור ביד אחרים, והב"י בתו"מ (סי' שי"ג) הקשה דהא שכירות ליומא ממכר הוא ע"ש, אע"כ מוכח דהרמב"ם יסבור כתוס' דבשארי מקומות שכירות לא הוי כמכר, וכ"כ הט"ז שם, ועיין מה שכתבתי לעיל (דכ"ו ע"א) בתוס' ד"ה וניזיל:

בתוד"ה כל דבר שבמדה כו', וקשה דבפ' בית כור כו', ופי' רשב"ם שם כו', וקשה לפירושו מהכא ע"ש, הנה האי חוזר דקאמר רבא אפשר לפרשו דהמקח חוזר והוי מקח טעות, ואפשר לפרשו דאונאה קאי שחוזר האונאה, והמקח אין מתבטל, וכן פי' הרא"ם באמת שאפי' במטלטלין נמי אין מתבטל המקח וכמ"ש בשמ"ק בב"ב, וכפי אשר למדתי מתורת הרמ"ה בס' יד רמה (פ' הספינה) דהך דרבא לשיעורין ניתנו, לפעמים יתפרש כוונתו, חוזר אמקח ולפעמים אאונאה, דבמילתא דמצי האדם ליהנות מן המקצת כמו דמיתהני מכולו לפי חשבון, לא הוי מקח טעות, ובמילתא דבמקצתו לא מיתהני כמה דמיתהני מכילו לפי חשבון, כגון בגד העומד ללבישה, שם הוי מקח טעות ע"ש, ועפי"ז יתפרש ג"כ כוונת רשב"ם, דבקרקע כי האי דמיירי בפ' בית כור, שמיירי בקרקע העומד לזריעה או לנטיעה, דכיון דלפירא קיימי ועבדא פירי לפי חשבון, מינח ניחא ליה לקנות לפי חשבון, אבל בשארי דברים שבחסרון המקצת יופסד גם ההנאה מן המותר, וכגון שמכר לו בית גדול ונמצא קטן, דכיון דעומד להשתמש בדירה ולא ניחא לו בקטן, גם הרשב"ם יודה דחוזר המקח לגמרי, כן היה נראה, אלא שלשון הרשב"ם דמחלק בין קרקע למטלטלין לא אתי שפיר לפי"ז, דלפמ"ש אין חלוק בין קרקע למטלטלין דגם

במטלטלין היכי שלא יופסד הנאתו לפי חשבון, כגון בבישרא ופירי נמי אין חוזר המקח, ונראה דהרשב"ם יפרש שבכל קניית קרקע אין המקח חוזר, דקים להו לרבנן דנוח לו לקיים המקח אפילו בחסר מקצת, וקפידתו בזה לאו למיהוי בטול מקח, אלא דלא תיהוי מחילה, ובקרקע יתפרש האי חוזר דרבא דאונאה, ובמטלטלין הוי חוזר אמקח, ולא קשה קושית התוס' מהכא ומקדושין דודאי האונאה צריך לחזור גם בקרקע, היכי שהאונאה היה במדה, דדוקא אם האונאה היה במחיר המקח הוא דאימעיט קרקע מאונאה, ומשום דאמרי' דקרקע שוה כל כסף וכמ"ש לעיל, בשם החנוך, משא"כ אם האונאה הוא במדה, גם בקרקע צריך להחזיר, והרשב"ם לא קאמר רק שבקרקע אין המקח מתבטל, וז"ב למעיין ברשב"ם שם:

והמתבאר מתוך דברינו שד' שיטות חלוקות יש בהאי חוזר דקאמר רבא, מלשון רש"י משמע דסובר דבכ"מ הוי מקח טעות ומטעם כיון שפירש בעת הקנייה בחזקת כן ואינו כן נמצא דהוי מקח טעות, דאדעתא דהכי לא זבין, ושיטת הרא"ם דחוזר אאונאה הוא והמקח אין מתבטל, ולדברי שני השיטות הללו, רבא השוה מדותיו, לרש"י אמקח, ולרא"ם אאונאה, אין חלוק בין מכירה למכירה, ולשיטת הרמ"ה ורשב"ם, רבא לא השוה מדותיו, ולפעמים חוזר אמקח, ולפעמים אאונאה, ושיטת הרמ"ה דהחלוק אינו בין קרקע למטלטלין, אלא אם בחסרון המקצת יופסד גם ההנאה מן המותר, כגון בבגד העומד ללבישה ובית לדירה, חוזר המקח, דאיכא דניחא לו בגדול, ובמקום שלא יופסד ההנאה מהמותר כגון בבישרא ופירי או בקרקע העומדת לזריעה, חוזר רק האונאה והמקח אין מתבטל, ולרשב"ם הוי ש החלוק בין קרקע למטלטלין, ובכל מטלטל חוזר המקח, ובקרקע רק האונאה, ויש עוד שיטה חמישית, והוא הרמב"ן בב"ב, דבמקום שאפשר להשלים החסרון חוזר רק האונאה, ובמקום שא"א להשלים כגון בהך דסוגיין, שדאי שיתא ולא שדא כ"א חמשה בטל מקח:

והנה בתלוש ולבסוף חיברו, אי דמיא לקרקע לענין אונאה, מלשון הרמב"ם והשו"ע (בסי' רכ"ז) שכתבו אפי' שכר טרקלין ששוה אלף בדינר כו', מוכח להדיא דכקרקע הוי, וגם בזה אין אונאה, וצ"ע מנ"ל הא, דהא במס' (חולין דף ט"ז) משמע דבית הוי כמטלטל לענין איסור ע"ז, ומה שחילק הש"ך (בחו"מ סי' צ"ה סק"ח) בין איסורא לממונא, דבאיסורא הוי כמטלטל אין שום סברא לזה, וכן מה שהביא ראיה מקנין, דבית נקנה בקניני קרקע, וגם משעבוד, דמיקרי נכסים שיש להן אחריות לאו ראיה היא להך דהכא, דהתם שאני, דהא הטעם שבמטלטלין אין דין שעבוד, היינו משום דלאו עלייהו סמיך דיכול להצניעם, ולהכי מסתבר דבבית כיון שלא יכול להצניעם סמיך עלייהו כמו

בקרקע, ומקנין שטר נמי לאו ראיה, דבקרקע גופא יליף דשטר קונה מקרא דספר המקנה לקדושין כ"ו) ובקרא זה כתיב, קנו בתים ושדות, וכן בחזקה דיליף מקרא דשבו בעריכם במה תפשתם בישיבה, וכיון שישבו בבתים, גם הבתים קנו בישיבה ואין זה משום דהוי כקרקע, ומקנין כסף י"ל כמ"ש במג"א (סי' תתל"ז) דהוי משום אגב. ואכן אפ"ה נ"ל דינו של הרמב"ם אמת, שאפי' באונאה הוי בית כקרקע, ולא קשה מההיא דחולין, דבאמת י"ל דבית יצא מכלל מטלטל ממש, כיון שאינה מטלטלת, וגם לכלל קרקע ממש לא באה דהא ס"ס היתה תלוש מעיקרא, ולכן במקום דבעינן מטלטל דוקא, שם לא חשבינן בית למטלטל, ובמקום שהקפידה הוא על קרקע דוקא, שם ממעטינן בית, כיון דמתחלה היתה תלושה, ולפי"ז באונאה דממעטינן קרקע מקרא דמיד עמיתך, דבר הניתן מיד ליד, וכיון דבעינן בזה דבר הניתן מיד ליד דהיינו מטלטל ממש, א"כ בית דאינו ניתן מיד ליד הוי דינו כקרקע, וכן בדין דשומרים דממעטינן קרקע מכלל ופרט, דבעינן דבר המטלטל, התם נמי בית הוי כקרקע, כיון שאינו דומה לפרטא דהוי מטלטל ממש, אבל בההיא דחולין דמיירי לענין איסור עכו"ם, דממעטינן התם קרקע מקרא דאלוהיהם על ההרים ולא ההרים אלוהיהם, דכל דבר שלא היה בו תפיסת יד אדם לא נאסרה, ושם בית לא הוי כקרקע, דלא הוי דומיא דהרים, דהא היתה בה תפיסת יד אדם, ודרך הזה יהי' לנו לקלורין בהרבה מקומות המדברים מזה, ועמ"ש לקמן (דף ק"ב ע"ב) לענין איסור דבל תלין בבתים, ולעיל (דף י' ע"א) לענין קנין חצר, וז"ב:

ברש"י ד"ה אם מכרן, פי' שמכר הזרעים לחבירו לקצור התבואה כשתגדל, ואמר לו שדאי בה כמה דבעי וכמו שמסיק, ועיין בב"ח חו"מ (סי' רכ"ז):

דף נז.

בגמ' אונאה אין להם בטול מקח יש להן או אין להן, והנה קיי"ל שגם בטול מקח אין להן, וטעם הדבר הוא משום דהא דאין אונאה לקרקעות אין זה מגזה"כ, אלא משום דקרקע שוה כל כסף, וכמ"ש החנוך (סי' של"ז) וכ"כ הרשב"א (בב"ב דס"א), ונ"ל גם להביא ראיה מן הש"ס ע"ז, דלקמן (דק"ח) גבי מצרן זבין במאתן ושוה מאה סבור מינה מצי א"ל לתקוני שדרתיך ולא לעוותי א"ל ר"נ אין אונאה לקרקעות ע"כ, ואי נימא דאין אונאה לקרקעות לאו משום דשוה הוא, אלא מגזה"כ הוא, א"כ מאי משני דאין אונאה, הא אכתי הוי עיוות, ואין אנו דנין התם לענין החזרת האונאה אלא אם עיוות הוא או לא, ולענין לבטל השליחות, אע"כ דבאונאת קרקעות ליכא נמי שום עיוות, משום דשוה כל מה שנתן בעדם, וכן איתא ברא"ש שם, דאין אונאה משום דמדעתו ישלם יותר ע"ש,

ולהכי ממילא גם בטול מקח אין להן כיון ששוה מה שנתן ומדעתו נתן יותר. אלא דצ"ע לפי"ז, א"כ קרא ל"ל למעוטי קרקע מאונאה, וכעין זה הקשה התוספות (בב"ב שם) על פרשב"ם ע"ש, ואין לומר דקרא אתי למעוטי אונאת מוכר שאצלו לא שייך טעם הנ"ל, דהא חז"ל השוו מדותיהם שלא יהא כח המוכר עדיף מכח הלוקח, וכיון שבלוקח אין אונאה הוה"ד במוכר וכמ"ש בחו"מ (סי' רכ"ז סעי"ל) במה דקיי"ל דשליח שנתאנה מקחו בטל מטעם דא"ל לתקוני שדרתיך, הוא הדין שאם השליח אינה את המוכר ג"כ מקחו בטל, אע"ג דהכא לא שייך טעם דלתקוני שדרתיך, אפ"ה מקחו בטל מטעם דחז"ל השוו מדותיהם וכמ"ש הסמ"ע שם, ולשיטת הרמב"ם דפליג התם ע"ז ולא ס"ל הסברא דחז"ל השוו מדותיהם, אלא דבשליח שאינה כיון דלא שייך הטעם, יש לו אונאה, י"ל דגם הכא הוי כן הדין, דבמוכר הו"א דיש אונאה לקרקע, ואיצטריך לגזה"כ למעוטי מוכר, אכן לשיטת הראב"ד דחז"ל השוו מדותיהם, ל"ל קרא לאונאת מוכר, ולכן נ"ל דטעם שכתבתי משום דקרקע שוה כל כסף לא שייך כ"א היכי שהמוכר אין מכוון להונות, רק הוא סובר שהלוקח יתן זה מדעתו, אבל אם יודע המוכר שחבירו הלוקח טועה ומכוון להונות אותו, לא שייך לומר כן, דהא אונאה גמורה היא, והו"א שצריך להחזיר האונאה, להכי איצטריך קרא למעוטי וק"ל, ועמ"ש לקמן (דף ק"ח ע"א):

ברש"י ד"ה אף צריך לעשות דמים מה"ת, דגבי הקדשות ערכך כתיב וסבר ערכך שוויה משמע, ור' יוחנן סבר ערכך כל דהו ע"ש, והמפרשים הקשו מה הכריח לרש"י לפרש דפליגי בדרשות הללו שלא הוזכרו בש"ס ולא פירש בפשיטות, דמ"ד צריך לעשות דמים מה"ת, היינו משום דס"ל בטול מקח יש להן ולא נתמעטו אלא מאונאה. ונ"ל דיש נ"מ גדולה בין טעם דערכך שוויה, ובין אי נימא משום בטול מקח, דאי משום בטול מקח בטל כל הפדיון ולא יצא לחולין כל עיקר, כמו בטול מקח בהדיוט, שכל המקח מתבטל, וכ"כ רש"י להדיא בסמוך בד"ה ומר לית ליה דשמואל, דכיון דלגבי מקח לאו מידי הוא, לגבי הקדש נמי לאו מידי עביד, דמשמע דלא יצא לחולין כלל, ואי מטעם דערכך, יצא לחולין אפי' קודם שהוסיף אלא שאח"כ מחויב להוסיף מגזה"כ, ובאשר פשט המשנה, יצא לחולין וצריך להוסיף דמים, משמע שלחולין יצא גם בלי ההוספה, להכי הוכרח לפרש דהטעם הוי משום כערכך, דאי משום בטול מקח לא הי' יוצא גם לחולין בלי ההוספה, ונהי דלאוקימתא דבסמוך דבדשמואל פליגי וטעם דר' יוחנן משום בטול מקח, צ"ל שלא יצא לחולין כל עיקר, ומה שנקט במתני' יצא לחולין, היינו ובלבד שיוסיף הדמים ובלא זה אין יוצא לחולין וכמ"ש בשמ"ק בשם הר"י, וזה דוחק בלשון המשנה, ואפשר דמשו"ה מהדר הש"ס מאוקימתא הזאת, ולהכי הכא דרש"י מפרש המשנה,

יפרש כאוקימתא השניה דמוקי דכו"ע אית להו דשמואל דלזה הוי הטעם משום כערכך וכמ"ש רש"י התם, דכן מוכח לשון המשנה ומיושב בזה קושית התוס' בד"ה יצא לחולין ודו"ק ועמ"ש בסמוך:

ברש"י ד"ה לכתחילה לא דערכך שויה משמע, ויש לתמוה דלמה הוצרך לטעם מקרא זה, ותיפוק ליה דלכתחילה אסור להונות הקדש, דאפי' בהדיוט בפחות מכדי אונאה שא"צ להחזיר האונאה ואפ"ה לכתחילה אסור להונות וכמ"ש בדעת רש"י (לעיל דף נ"ב) ובהקדש נמי מחזרה הוא דאיתמעט ולא מאיסורא ואדרבה שלמ"ד לכתחילה יקשה היאך מותר להונות לכתחילה וכמ"ש התוס', ולמ"ד זה צריך למצוא טעם, אבל למ"ד לכתחילה לא, ודאי שאין צריך לשום קרא. ונראה לי דהנה כבר נתקשו הראשונים בסוגיא זאת, דמאי משני דכו"ע אית להו דשמואל, דלית ליה בטול, מקח ומ"ס שחיללו אין, פי' דמ"ד צריך לעשות דמים יסבור דלא אמר שמואל כ"א דיעבד, דהא מתני' דתמורה הוי נמי דיעבד ואפ"ה צריך להוסיף מה"ת, ומחמת זה הוכרח רש"י לפרש דמ"ד לכתחילה לא, מקרא דערכך הוא, וכיון דמחמת קרא הוא אפי' בדיעבד נמי צריך לתת שוויה, וכ"כ בשמ"ק בשם הרא"ש, דאי מקרא אפי' בדיעבד צריך להחזיר, וא"ל דא"כ מאי נ"מ הוא במה דאית ליה דשמואל, כיון שסוף סוף צריך לשלם מה"ת, דלמ"ש בחדושיו לעיל בסמוך, דאי מטעם ערכך, החלול קיים, אלא שצריך להוסיף אח"כ, ולמאן דלית ליה דשמואל וס"ל דבהקדש יש בטול מקח, גם החלול אינו קיים כלל, ויצא לחולין דקתני, היינו כשנתן מתחלה הדמים כשוויה ע"ש, ולפי"ז יהיה פי' הש"ס כן, מ"ס שחיללו אין, פי' שרק לענין זה מהני בזה דס"ל כשמואל שהחלול קיים, אבל לכתחילה לא, פי' ומשום קרא דערכך וממילא שאפי' בדיעבד נמי מחויב ו ש להוסיף, דנהי שיצא לחולין, אפ"ה צריך לעשות דמים ד"ת דגזה"כ הוא שצריך ליתן כפי שוויה, ושפיר הוכרח רש"י לפרש, דטעמו מקרא דערכך, דאי מטעם דאסור להונות, לא היה צריך אח"כ גם להוסיף, דרק אסור לכתחילה הוא אבל א"ל להחזיר האונאה, וא"כ מתני' דקתני שצריך להוסיף הדמים מכלל דהוי זה מקרא, ומתורץ קושית התוס' שהקשו על רש"י ודו"ק:

תוד"ה יצא, עמ"ש ברש"י ד"ה אף, ליישב:

דף נז:

בגמ' דאפי' בפחות מכדי אונאה חוזר, בס' מ"ה הניח בצ"ע, דלאוקימתא דרב חסדא הא דאמר ר"ש בקדשים שחייב באחריותן יש בהן אונאה, היינו דין אונאה שפחות משתות

יהיה מחילה, וקשה מ"ט דר"ש כיון דבהקדש אפי' פחות מכדי אונאה חוזר, וא"כ למה יפסיד הקדש בשביל שחייב באחריותו ונאמר בזה דעד שתות הוי מחילה, דבשלמא אי מפרשינן שאין דין אונאה להקדש אפי' ביתר משתות אין קושיא כלל, דהכא גזה"כ הוא, אבל ביש להם אחריות צריך להחזיר אונאה, אבל אם אמרינן שפחות מכדי אונאה נמי חוזר, אין טעם כלל לחלק בין חייב באחריותו לאין חייב באחריותו ע"ש. ולי נראה דטעמא רבה יש לחלק ביניהם, דבאין בה אחריות דהאונאה וההפסד הוא להקדש, ולהכי אפי' בפחות מכדי אונאה חוזר, דהא טעמא דפחות משתות אינו חוזר בהדיוט הוא משום דמחיל ובהקדש דלא שייך מחילה וכמ"ש בשמ"ק בשם הרא"ש בסוגיין להכי אפי' משהו נמי חוזר, אבל ביש בה אחריות, וכשמכר לקרבן הזה במומו הרי מחויב להביא קרבן אחר כמותו לצאת ידי נדרו, ואם ע"י האונאה הזאת אין במעות כדי קניית קרבן אחר יוסיפו הבעלים מכיסם, נמצא דהפסד האונאה הוא לבעלים ולא להקדש, ואצל הבעלים לא שייך מחילה, להכי סובר ר"ש דבפחות משתות אין חוזר, דאמרי' דהבעלים מחלוהו, אלא דקשה לפי"ז למה הוצרך רש"י במתניתין לעיל לפרש בטעם דר"ש משום דכיון שאם נגנבה או אבדה חייב באחריותה, של אחיו קרינא, ותיפוק ליה דהא חייב השתא גופא באחריות האונאה וההפסד של בעלים, ול"ל טעמא דכיון דאם נגנבה היה חייב, וי"ל דבאמת משכחינן לפעמים שאפי' בקדשים שחייב באחריותן לא יהיה אחריות הפסד האונאה על הבעלים, וכגון שהקרבן היה שור גדול, ובעלים יכולים לפטור עצמו גם בשור קטן או בכבש ואפי' בעולת העוף לראב"ע, כיון דלא קבע נדרו, ואפי' לאחר נכוי הפסד האונאה יש במעות כדי לקנות כבש או עוף, נמצא שהפסד האונאה אין על אחריות הבעלים, והשתא אין שום חיוב, ואפ"ה קרי ליה קדשים שחייב באחריותן משום דהיה יכול להתחייב אם נגנב או נאבד, ואליבא דאמת דקיי"ל דלא כאוקימתא דרב חסדא, והא דהקדש לן להם אונאה אפי' ביתר משתות נמי, דלפי"ז בקדשים שחייב באחריותן לר"ש דיש אונאה, אין חלוק בין מקום שהפסד האונאה הוי לבעלים, או שאין ההפסד לבעלים, ובכל אופן יש אונאה, דכיון דבאחריות גניבה היה חייב, של אחיו קרינא בו, אבל לאוקימתא דרב חסדא דבהקדש אפי' פחות נמי חוזר, ולדידי' אין סברא לומר שמשום שהבעלים היו מחויבים באחריות גניבה יפסידו ההקדש וכקושיא דלעיל, ולדידי' בע"כ נפרש דחייב באחריותן דקאמר ר"ש, היינו שחייב השתא באחריות האונאה גופא, וכגון שהקרבן הנידר היה הכחוש מן העופות שאין גרוע למטה ממנו, וכיון שמחויב ליקח קרבן אחר בע"כ שהבעלים ישלימו מכיסם שיעור האונאה, דבלא זה לא יוכל לקיים נדרו, ונמצא שההפסד הוא לבעלים ממש להכי יכולים למחול,

ורש"י שפירש אליבא דאמת, נקט מילתא דפסיקא שאפי' במקום שאחריות האונאה לא יגיע לבעלים, אפ"ה כיון דאם היה נגנב היה חייב של אחיו קרינא בו וז"ב:

ואין להקשות דלפמ"ש דאליבא דאמת אפי' אם השתא אין הפסד לבעלים, דאפי' לאחר נכוי האונאה יש די במעות לקנות קרבן לקיים נדרו אפ"ה צריך להחזיר המאנה את האונאה, ואמאי לא יהיה דינו שוה לגנב שור דמצי פטר נפשו בכבש וכמ"ש (בב"ק ע"ח). ונ"ל מזה ראיה ברורה למ"ש השמ"ק בב"ק בשם הראב"ד, דהא דמצי גנב פטר נפשו בכבש, היינו דוקא כשאבד ממנו שלא יהא אחריות הגנב חמור משל נודר, אבל אם אכלו הרי נהנה מן ההקדש שור וקרן מיהא משלם להקדש וכ"ש אם ישנו בעין ע"ש, וה"נ כיון דהלוקח מקבל הנאת שור גדול צריך לשלם בשלימותו, והנה בהגהות הרש"ש בסוגיין ראיתי שהעלה לדבר פשוט, דאם יש בה די מעות לקנות קרבן לקיים הנדר, גם ר"ש מודה שאין הלוקח צריך להחזיר אונאה וכההיא דב"ק, ובמח"כ אישתמיט תי' מ"ש הראב"ד, והרשב"א שם, ולמ"ש מוכח כן בע"כ מרש"י, דלדעתו שא"צ להחזיר האונאה כ"א במקום שא"א לקנות קרבן אחר, א"כ ל"ל לרש"י לומר משום חיוב דגניבה, תיפוק לי' שהשתא גופא חייב להוסיף ולקנות קרבן אחר, אע"כ שרש"י קאמר באופן שא"צ עתה להוסיף וכגון שיש די מעות לקנות לקיום הנדר ואפ"ה מחזיר האונאה, הרי להדיא שאפי' בכה"ג צריך הלוקח להחזיר האונאה וז"ב, ועמ"ש בסמוך להוכיח שרש"י יפרש בעיא דב"ק רק לענין כפל אבל הקרן חייב כמו שגנב, ולזה פשיטא שאין מקום לדין דרש"ש:

תוד"ה שומר חנם, נראה דאפי' פשע נמי פטור מדפריך לקמן מהשוכר את הפועל לשמור ולא משני כשפשע כו', ובשמ"ק הביא בשם הריטב"א לדחות שזה אין ראיה כלל מדקתני הכי נותן לו שכר שבת לפיכך אחריות שבת עליו, משמע דבאחריות שגרם להם השכר מיירי, דהיינו גניבה ואבידה דאי בשפשע אפי' שו"ח נמי חייב ע"ש. ונ"ל ליישב, דהנה בלא"ה כבר צווחו כולם על תוס', דהא קתני ברישא שכרו לימים אין לו שכר שבת לפיכך אין אחריות שבת עליו, ואי מיירי כשפשע אמאי אין אחריות שבת עליו דהא כשפשע אפי' שו"ח חייב, אכן באמת לק"מ דכיון דהשומר לא קיבל הפרה והזרעים לרשותו, אלא ששימרם ברשות הקדש, וא"כ ליום השבת שלא קיבל בעדו שכר, לא הוי אפי' שו"ח, דבשלמא בש"ש שקיבל לשמור בביתו, אמרינן שאפי' לאחר שכלה זמנו, שו"ח מיהא הוי וכמבואר בחו"מ (סי' ד"ש ושמ"ג) דכיון שהחפץ ברשותו הוא, או שגם שלחו ע"י שליח, מ"מ כיון דבתחלת השמירה לקחו מרשות בעלים לביתו, לא יסולק השמירה עד שיוחזר ליד בעלים, אבל כשהשמירה היה בבית וברשות בעלים כמו הכא

שודאי דהקדש לא ימסרו הפרה אדומה לרשות השומר, אלא שכרוהו שישמור ברשותם, וכמו גבי שכרו לשמור הזרעים והתינוקות דבע"כ מיירי בהאי גוונא, ועמ"ש לקמן (דף נ"ח) דעיקר הקושיא הוא מזרעים, א"כ ודאי שכיון שאין שכר שבת עליו ולא קיבל עליו שמירת שבת, שהוי כאדם מעלמא ואפי' שו"ח לא הוי ופטור אפי' בפשיעה, ואם כי זה פשוט, רק מפני ששוב ראיתי בש"ך חו"מ (סי' ס"ו ס"ק קכ"ו) שרצה ליישב כמ"ש ודחה אח"כ דאפי' בשבת הוי מיהא שומר חנם ע"ש, ולע"ד בכה"ג שנשכר רק כפועל לשמור, כל יומא שמירה חדשה ואפי' שו"ח לא הוי, וכיון שכן א"ש ראיית התוס', דאפי' מיירי כשפשע הוי א"ש נמי לשון המשנה דנותן לו שכר שבת לפיכך כו', שאה"נ דהשכר גרם לחיוב האחריות, דבלא השכר ששכרו לשבת היה פטור אפי' בפשיעה דאפי' שו"ח לא הוי, נמצא שאפי' לענין חיוב הפשיעה השכר הוא שגרם לזה, וא"כ הו"מ לשנויי שפיר כשפשע וכראיית התוס', ועמ"ש לקמן (ד"פ ע"ב) ברש"י ד"ה וכולן שאמרו:

בגמ' מ"ט תשלומי ד' וה' אמר רחמנא ולא ג' וד', הן רש"י בב"ק (דף ע"ח) גבי הדין שגנב שור דמצי גנב למיפטר נפשו בכבש, כתב שם בד"ה גנב, וז"ל דאתשלומין דבעלים מחייב ואפסידא דהקדש מיפטר דמבית האיש כתיב ולא הקדש ואליבא דר"ש נקיט דאמר קדשים שחייב באחריותן חייב עכ"ל, ומלשון זה משמע דלרבנן פטור אפי' מן הקרן בגונב מן ההקדש, ובהגהות הרש"ש בסוגיין כתב בטעמו, דדומה למזיק הקדש דפטור, ועפי"ז הקשה דא"כ הכי הול"ל הכא ולא ב' וג', שנית שגם כפל נמעיט משנים ולא אחד ע"ש. ולע"ד שגה בזה, דאיך יעלה על הדעת דפטור אפי' מקרן ומטעם מזיק, דהא רש"י התם הביא הקרא דוגונב מבית האיש, וקרא זה בכפל מיירי ומזיק לא אימעיט כ"א מקרא דכי יאכל וכדאיתא בסוגיין. והנ"ל בבאור דברי רש"י, דבלא"ה הקשו המפורשים על רש"י שפי' דאליבא דר"ש נקיט לה התם, והא מחלוקת דר"ש ורבנן הוא דוקא לענין כפל אבל לענין קרן חייב לכו"ע אפי' לרבנן, ועיין בשה"ג (פ"ק דב"ק מ"ש בזה), ובכדי ליישב כל אלו הקושיות נראה כשנדקדק ברש"י דלעיל מינה התם בב"ק ד"ה מי פטר נפשיה, והוסיף רש"י גבי בעלים, שג"ז צריך באור, דאטו לבעלים מחזיר, הא להקדש מחזיר, ולכן נראה דרש"י יפרש כפי' הראב"ד המובא בשמ"ק התם, דהא דמיבעי אי גנב מצי למיפטר נפשי' בכבש, לאו אקרן הוא דמיבעי דזה פשיטא שהקרן צריך לשלם בשלימות, שור כמו שגנב, ורק אכפל מיבעי לה, שזה צריך לשלם לבעלים, כמה ישלם, מי אמרי' כיון דהנודר מצי למיפטר נפשו בכבש, וא"כ לא נוכל לחשוב הפסד הבעלים יותר משה, ונהי דהגנב משלם להקדש בעד הקרן שור, אכן בתשלומי השור יש בזה שני עניינים, דעד דמי השה חייב גם לבעלים כיון שזה הפסידם דאם הגנב לא החזיר היו

הבעלים עצמם צריכים לקיים נדרם, והמותר מדמי השה משלם בעד פסידא דהקדש, ולהכי תשלום הכפל שבא רק על הפסידא דבעלים ולא אפסידא דהקדש, דוגונב מבית האיש כתיב, ולהכי א"צ לשלם הכפל כ"א שה, כיון שלא הפסידם יותר מזה, ומ"ש רש"י דאפסידא דהקדש מיפטר לא קאי זה על הקרן, רק ה"ק דאתשלומין דבעלים חייב, פי' שחיוב הכפל הוא דוקא על פסידת הבעלים ואפסידא דהקדש מיפטר, פי' מיפטר מלשלם הכפל בערך הפסידה דהקדש, ולפי"ז א"ש כל הדקדוקים, ודוקא אליבא דר"ש מיבעי, דאילו לרבנן ודאי פטור אפסידא דהקדש מלשלם כפל, וגם הך דהכא מיושב, דלא מצי למימר ב' וג' כיון דקרן חייב לכו"ע, וז"ב למעיין בסוגיא דב"ק, ועמ"ש לעיל בד"ה שאפי' פחות מכרי אונאה, והרש"ש שגה בתרתי במ"ש כאן ולעיל ע"ש:

בגמ' יצאו שטרות שאין גופן ממון, בס' מ"ה הקשה, דלמ"ד לא דיינינן דינא דגרמי ואפי' שורף שטר בידים נמי פטור וא"כ ל"ל קרא למעוטי משמירה. ולי נראה דשגה בזה, דודאי בשומר כיון שקיבל עליו לשומרו מאותו היזק חייב עליו, וראיה לזה שאפי' בדברים דמטעם מזיק אין לחייבו מ"מ שומר חייב מהא דקתני (לקמן דף נ"ח) לשמור התינוקות ופרש"י שהיו מגדלים אותם לשמור כדי שלא יטמאו, והנה אם טימא טהרות של חבירו אפי' במזיד קיי"ל דפטור מטעם דהוי היזק שאינו ניכר, ואפ"ה בשומר חייב, הרי להדיא ששומר חייב אפי' בדברים הללו שמטעם מזיק אין לחייבו, והיינו משום שקיבל עליו לשומרו מהיזק הזה, וז"ב:

שוב הביא שם בשם הקצוה"ח (בסי' רצ"א) להקשות, דלשיטת רש"י (ב"ק דף ע"ט) דמשיכה בעינן בשומרים להתחייב, א"כ שטרות דלא קני במשיכה עד שיכתוב וימסור לא משכחת בהו שמירה כלל, ואכתי ל"ל קרא. ולא יכולתי כעת לעיין בקצוה"ח גופא, וכפי אשר הביא הוא לא אדע הקושיא, דהא רבנן הוא דתקינו משיכה בשומרין וכמ"ש כדרך שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו בשומרין אבל מה"ת אפי' בלא קנין מתחייב בשמירה, דכיון דהבעלים סילקו עצמם מן השמירה עפ"י דבורו, בע"כ שיהא חיוב השמירה על השומר, וכמ"ש טעם זה בראש פ' השואל, וחו"מ (סי' ש"ז) וא"כ שפיר הוצרך הקרא למעוטי כיון דמה"ת שייך בהו שמירה, אכן לפי מה שכתבתי (לקמן דף צ"ט) דיש לפרש שמה דאמר תקנו משיכה בשומרין, לא על עצם הקנין, שזה ודאי שגם מה"ת צריך קנין, ובלא קנין לא יכנס לחיוב השמירה, אלא התקנה היתה שגם משיכה שאינו אלא קנין דרבנן, דמה"ת מעות או הגבהה וחליפין, ובמקח וממכר שייך קנין משיכה משום דלא יאמר לו שוב נשרפו חטיך, אבל בשומרין דלא שייך זה הו"א דלא תקנו התם משיכה, לזה אשמועינן שגם בשומרים מהני נמי משיכה, ולפי"ז יש מקום

לקושיא הנ"ל, ועמש"ש באריכות לבאר כל השיטות דתקנו משיכה בשומרין ותמצא מבוקשך, ואכ"מ יותר להאריך:

בגמ' ורמינהו בני העיר וכו' נשבעין לגזברין, והנמוק"י הוכיח מכאן דכל הני דפטרינן מדין שבועה, אפי' משבועה שאינו ברשותו נמי פטור ודלא כשיטת הראב"ד (בפ"ה מהל' טוען), דאל"ה מאי פריך הכא לוקמי דהא דנשבעין היינו שאינו ברשותו ע"ש. ולייישב שיטת הראב"ד היה נראה לכאורה דדוקא בשטרות וכדומה קאמר הראב"ד, דאע"ג דנתמעטו משבועת המשנה, אבל משבועה שאינה ברשותו לא נפטרו, אבל בהקדש לא שייך כלל שבועה שאינו ברשותו, מתרי טעמי, חדא לפום מאי דקאמר אביי (לעיל דף ו') בטעמא דלא אמרי' מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא משום דאמרי' שמא ספק מלוה ישינה, וכופר בפקדון דפסול לשבועה לפי"ז, היינו משום דהתם לא שייך שמא ספק מלוה יש לו, דאי יש להם איזה עניני תביעות לא הוי מפקדי גביה וכמ"ש בשמ"ק, ולזה ה"נ אם היה להם איזה סכסוכים לא היו משלחים על ידם, ועוד דבלא"ה הא מסיק אביי שם דממון איתא בחזרה שבועה ליתא בחזרה ולא שייך זה כ"א בממון הדיוט דאם יחזיר עוקר הגזל מעיקרו, אבל בהקדש אפי' לאחר שישיב, איסורא דעביד ליהנות מן ההקדש עביד, וא"כ הדר אמרינן גביה, כיון שחשיד אממונא חשיד אשבועתא, ולא שייך גבי הקדש כ"א שבועה דלא פשעתי ומשום דאמרינן דלאשתמוטי קא מכוון, אבל שאינו ברשותו לא שייך ומשום מיגו דחשיד כו':

ועוד היה מקום ליישב כמ"ש הב"ח (בחו"מ סי' צ"ה) והתומים (בסי' ס"ו) דבהקדש לא חיישינן שמא ברשותו הוא ומכוון לגזול במזיד, משום דהקדש אדם בדילי מיניה ואין אדם עושה קנוניא על הקדש, כ"ש לגזול במזיד ע"ש, ותיתי לי שבתחלת ההשקפה כוונתי לזה. ואם כי התרוץ הזה נפתח בגדולים, בכ"ז לעד"נ דאפי' בהקדש חיישינן שמא ברשותו, דהא משני הכא אח"כ, הכא בנושא שכר עסקינן ונשבעין ליטול שכרן, ושבועה דהכא היינו בע"כ שאינה ברשותו, דא"א לומר כאן דשבועה שלא פשע הוא, דהא לפום מאי דס"ד השתא דמיירי בנגנבה בלא אונס דש"ש חייב בה, וא"כ מאי הוי כשנשבע שלא פשע, דאפי' לדבריו דנגנבה נמי חייב, ואצל ש"ש הוי טענת נגנבה, כפשיעה בשו"ח, ואי נימא דבפשיעה מפסיד שכרו גם בגניבה דש"ש יפסיד, אלא ודאי דלס"ד לא מפסיד השכר עי"ז, וא"כ למה ישבע שלא פשע, אע"כ דשבועה דהכא היינו שאינה ברשותו, וכ"כ רש"י להדיא, ועיין במהר"ם שי"ף שתמה על רש"י, ובפנ"י מיישב דבריו כמ"ש, הרי להדיא דחיישינן שמא השקלים ברשותו הם ומכוון לגזול, ואע"ג דהשבועה הוא לבני העיר, מ"מ המעות הם הקדש ואפ"ה חיישינן שמא ברשותו הם. ואפשר לחלק שדוקא

כשבאין לפטור עצמן לא חיישינן ע"ז, אבל כשבאים ליטול החמירו לחוש גם לחשש זה, ולהכי בתחלה כשסבורים דהשבועה לפטור עצמן, לא משבעינן להו שבועה שאינו ברשותו, דכיון דחשש רחוק הוא שיעשה קנוניא ולגזול הקדש לא חיישינן לזה, משא"כ כשמשני בש"ש ונשבע ליטול, החמירו לחוש גם לחשש הרחוק הזה ודוחק קצת:

ולכן נ"ל ליישב בדרך אחר, דהנה הא דמשבעינן בכ"מ שבועה שאינו ברשותו, אע"ג דטענת ספק הוא, היינו משום כיון שזה הפקיד אצלו ודאי, הוי כטענת ברי, וכמ"ש הר"ן (ס"פ כל הנשבעין) וגם הרשב"א בקדושין, שרק לענין חיוב אחריות, שעל השומר ליכא טענת ברי כיון שאין חיובו של השומר כ"א משעת אונסין ואבידה, אבל לענין הטענה שמא עודנו ברשותו של השומר, אע"ג שאין הטענה ברי, מ"מ כיון שברי שהפקיד אצלו הוי כברי, וכ"כ בהגהות אמ"ב על חו"מ (סי' ס"ו סעי"מ) ע"ש בישוב קושיתו עמ"ש הש"ך דעיקר השבועה בשומרים הוא שאינו ברשותו, והקשה דהא אין כאן טענת ברי, ותי' כנ"ל, ולפי"ז היינו דוקא להמפקיד עצמו הוא דנשבע השומר, דלגבי המפקיד עצמו הוי כטענת ברי, אבל הכא דהשבועה הוא לגזברים, שהם לא הפקידו בידם אצלם, א"צ לישבע שאינו ברשותו מספק, ולהכי לא משני הכא דמיירי בשבועה שאינו ברשותו, משא"כ למאי דמשני בש"ש ונשבע ליטול שכרן, שהשבועה הוא לבני העיר המפקידים, שפיר משתבעו להם שאינו ברשותו כיון דאצלם הוי כטענת ברי, ומיושב שיטת הראב"ד, ועיין בש"ך חו"מ (סי' ס"ו) שכתב ליישב, דלהכי לא מוקי בשבועה שאינו ברשותו, משום דמשמע דונגנבו דקתני היינו שיש עדים שנגנב, ותימה רבה הוא דא"כ מאי משני בבא ליטול שכרן, דהכא הוי ע"כ השבועה שאינו ברשותו וכמ"ש, ואי ביש עדים שנגנב, מאי שבועה שייך בה, ודו"ק:

דף נח.

בגמ' הכא בנושא שכר עסקינן, מדלא קאמר הכא במאי עסקינן בנושא שכר, משמע שגם מעיקרא הוי סבירא לן שודאי בש"ש עסקינן, ולא שמואל הוא דחידש זה, רק דמעיקרא הוי ס"ל דהשבועה הוא ליפטר מתשלומין, ושמואל משני דהשבועה הוא רק ליטול השכר, דאי גם הא דמיירי בנושא שכר, מחדושו של שמואל הוא, הכי הול"ל הכא במאי עסקינן, ומדקאמר הכא בש"ש עסקינן משמע שזה פשיטא דמיירי בש"ש, דזהו הנ"מ בין לשון הב"ע דקאמר בכ"מ ובין לשון זה, והכי מוכח מפרש"י שלא הביא כלל בפירושו דמיירי בש"ש, אע"כ משום דזה פשיטא דמיירי הכי, דאי בשו"ח חייבים הבעלים בכל אופן אפי' משנתרמה התרומה דפשעו בזה שמסרו לשו"ח וכמ"ש הרמב"ם

(בפ"ג משקלים) ומיושב בזה מ"ש הכ"מ על הרמב"ם, דהא הכא משמע דשמואל הוא דמוקי בש"ש משום קושית הש"ס, אבל בלא זה הוי ניחא ליה דמיירי אפי' בשו"ח, וא"כ תיקשי משנתרמה תרומה למה יפטרו הבעלים, ואכן למה שכתבתי א"ש:

בגמ' וה"נ נהי דשלומי לא משלמי אגרייהו מיהא לפסיד, ופרש"י שהרי נשתעבדו לשמור מגניבה ואבידה כו' ע"ש, ולטעם זה שדוקא בגניבה ואבידה הוא דמפסיד שכרו משום דנשתעבדו לשמור מזה, אבל בנאנס שלא נשתעבד לשמור מאונסין לא מפסיד שכרו, ואמנם כן מוכח מהש"ס דמשני דמיירי בננבו בלסטים מזויין, הרי להדיא דבאונס לא מפסיד שכרו, והנה במרדכי (פ' האומנין), פסק בשכר שליח להוליך אגרת וקרהו אסון בדרך מפסיד שכר שליחותו ומשום דלא הרויח לבעלים מידי בשליחותו, והובא בחו"מ (סי' של"ה) ע"ש בסמ"ע, הרי שאפי' בנאנס דע"ז לא נשתעבד מפסיד נמי שכר שליחות כל היכי דלא הרויח מידי לבעלים, והא דאמרינן כאן דבאונס לא מפסיד, היינו משום דהכא הרויח לבעלים בשליחותן שא"צ ליתן שקלים אחרים, והן אמנם דבהגהות מרדכי שם מקשה מסוגיין דקאמר נשבעין ליטול שכרן ואפי' קודם שנתרמה התרומה דלא הרויחו הבעלים ע"ש, אכן לאחר המחילה מכבוד תורתן לא אבין דבריהם, הא מה דמשני הכא דהשבועה הוא ליטול שכרן, היינו לאחר שנתרמה התרומה, דמזה היה הקושיא, כיון דההפסד להקדש, ולהקדש אין נשבעין, והוכרח לתרץ דהשבועה הוא ליטול שכרן, אבל מקודם שנתרמה התרומה דנשבעין לבני העיר שפיר י"ל דהשבועה הוא ליפטר מתשלומין, ושכרם אינם מקבלים באמת כיון דלא הרויחו לבעלים, שוב ראיתי בתומים (סי' ס"ו) שתי' כעין זה בדרך אחר, דקודם שנתרמה יהיה השבועה שאינו ברשותו ע"ש, ותמהני גם עליו למה הוצרך לזה, הא קודם שנתרמה י"ל דהשבועה ליפטר מתשלומין הוי וכמ"ש, ולפמ"ש תמהני מאוד עמ"ש המ"מ (בפ"ב משכירות) והביאו הש"ך (בחו"מ סי' ש"ג) דמהשמועה דכאן יש ללמוד, דש"ש כיון שפטור באונסין לא הפסיד שכרו ע"ש, ולא זכרו כלל חלוקו של המרדכי, דהיינו דוקא היכי שהרויחו לבעלים, אבל אם לא הרויחו לבעלים מפסיד, דלענ"ד מסתבר מאוד טעמו של המרדכי כיון דלא הרויח לו כלל למה ישלם לו, ומרש"י דהכא אין ראיה, די"ל הא דכתב טעמא דנשתעבד, היינו משום דהכא מיירי בהרויחו לבעלים, ואפ"ה בגניבה ואבידה מפסיד שכרו ומשום דנשתעבד ע"ז, הרי לא גמר מלאכתו, אבל בלא הרויחו אפי' בלא טעם זה יפסיד שכרו, ודו"ק:

בגמ' שבועה זו תקנת חכמים כו', הש"ך בחו"מ לסי' ס"ו) הביא מכאן ראיה כשיטת הרמב"ם דבודאי פשע חייב אפי' בהקדש ודלא כשיטת התוס' לעיל שאפי' פשעו פטור, דא"כ מה מקום לשבועה זו כיון שאפי' אם ודאי פשע פטור, א"כ על מה ישבע ע"ש

שכתב זה לדבר ברור. אכן בעיני יפלא, איך יעלה על הדעת דשבועה דתקנה הוא לפטור על ידה מתשלומין, הא אפי' במקום שאין פסידא כלל להקדש ואין שום חיוב תשלומין מן השליח וכגון במקום שהשלוחים הה שומרי חנם, שאז מחויבים הבעלים לשלם בכל אופן, ואם גם בני העיר אומרים שיאמינו להם להשלוחים ואין אנו רוצים שישבעו אפ"ה מחויבים לישבע, משום דאין הקדש יוצא בלא שבועה, וכמבואר בירושלמי (פ"א משקלים וברמב"ם פ"ג שם), ואין להקשות דא"כ קודם שנתרמה נמי ישבעו לגזברים מטעם הנ"ל, די"ל שקודם שנתרמה כיון שאם שקל השליח לעצמו לא מעל והגנב חייב כפל וכמבואר ברמב"ם שם, מכלל דקודם שנתרמה הוי כהדיוט לכך נשבעין לבני עיר לחוד, אבל לאחר שנתרמה דעיקרו הקדש גמור נשבעין לגזברין ואפילו אם הבעלים משלמין, הרי להדיא שהשבועה לא באה לפטור מתשלומין, ואפשר לי לקיים דברי הש"ך, דהא מתוס' מוכח דלא ס"ל כטעם הירושלמי דאין הקדש יוצא בלא שבועה, דהא לטעם זה אפילו היכי דמשלמים הבעלים נמי צריכים לישבע וכמ"ש, וא"כ מאי מקשו התוס' בד"ה דתנן, דאמאי לא מוכיח מגופא דאינו חייב באחריות מדקאמר נשבעים לגזברין ולא לבני העיר, ואי כהירושלמי אין מקום לקושי' זאת, דהא בכל אופן נשבעים לגזברים, אע"כ דהתוס' לא ס"ל כהירושלמי, ובע"כ דהשבועה הוי לפטור מתשלומין, וא"כ שפיר מוכיח הש"ך דבודאי פשע חייב, דאל"כ מה מקום לשבועה זאת, והן אמת דלשיטת הרמב"ם גופא דסובר כטעם הירושלמי אין להוכיח מזה דפשיעה חייב, אכן לשיטת התוס' גופא מוכח דפשיעה חייב וכנ"ל, ובאשר דלפי"ז יוגדל הקושיא על תוס' דס"ל דפשיעה פטור, להכי נ"ל דתוס' סוברים דודאי מדין תורה פטור בפשיעה, אבל לאחר התקנה חייב גם בפשיעה וכמ"ש בפנ"י שיש לומר כן, ואלא שהקשה ע"ז, דא"כ מה הוכיחו התוס' לעיל דפטור בפשיעה מהא דפריך בסמוך השוכר הפועל לשמור ולא משני דמיירי בפשע, ואי נימא דגם לתוס' חייב מדרבנן א"כ גם לדידהו יקשה דלוקמי כשפשע וחייב מדרבנן ע"ש שמחמת זה דחה דבריו, ולע"ד אין בזה כדי דחוי דהא בשמ"ק הביא בשם כמה ראשונים לדחות פרש"י שפי' לקמן דכולה ברייתא דשוכר את הפועל מיירי בהקדשות, דהא בתוספתא היא שנויה עם דיני שומרים ולא גבי הקדש, אלא כולהו בשל חול נינהו, והקושיא הוא לא על דין דהקדש כ"א על דין דקרקעות ופריך מזרעים, דזרעים שהשרישו משמע דהיינו קרקעות ע"ש, ולפי"ז י"ל דגם התוספת הכי סברי, ולהכי לא מצו לאוקמי כשפשע וחייב מצד התקנה, דבקרקעות ליכא תקנה, ואח"ז ראיתי בתומים שכ"כ, וכוונתו לדעתו, וז"ב:

ברש"י ד"ה לשמור את התינוקות שלא יטמאו כו', וכבר הבאתי מה שהקשה בשמ"ק, דהא הך ברייתא גבי שומרים שנויה ולא גבי הקדש, ומה דחיק לרש"י לפרש דמיירי בהקדש, הא י"ל דמיירי בשל חול ועיקר הקושיא הוא מזרעים דהוי כקרקע וכפי' הרז"ה. ונ"ל דרש"י לשיטתו מוכרח לפרש כן, דהא מלשון רש"י במתני' שפי' דאינו נשבע דקאמר, היינו שבועה שלא פשע, וכן פי' לעיל בדף זה, וא"כ מוכח דס"ל כשיטת הרמב"ם, דפשיעה חייב בכל הני, דאל"ה ל"ל למעוטי משבועה שלא פשע, כיון דאפי' ודאי פשע פטור, וכן מוכח ממ"ש בד"ה אר"א דשבועת התקנה הוא ליפטר מתשלומין, ואי פשע פטור א"כ מה מקום לשבועה זו, ולפי"ז יקשה דא"כ מאי פריך הכא מפועל, לוקמי כשפשע, ובע"כ צ"ל כמ"ש בס' שער המשפט (סי' ס"ו) דלא מצי לאוקמי כשפשע דפשיעה מטעם מזיק הוא, ובמזיק בידים בהיזק שאינו ניכר קי"ל דפטור, וא"כ איך יתחייב כשפשע לשמור התינוקות ונטמאו עי"ז, הא אפי' בטימא בידים טהרות של חבירו פטור, כ"ש בפשיעה שאינו אלא גרם היזק, דבשלמא אי לא איירי בפשיעה חייב מטעם שומר, כיון שקיבל עליו לשמור מהיזק זה שאינו ניכר ולא שמרו חייב, אבל כיון דמדין שומרים אתמעטו ורק שנאמר דהחיוב הוא מטעם פשיעה, דזה הוי כמזיק, א"כ אמאי חייב בשנטמא, וכיון שכן בע"כ לומר דעיקר הקושיא הוא מתינוקות דאי מזרעים ופרה י"ל דמיירי בשפשע, דהתם הוי היזק ניכר, ולהכי הוכרח רש"י לפרש דכולה מיירי בהקדש, דאי כשיטת הרז"ה דהקושיא הוא מזרעים, יקשה דלוקמי כשפשע, דהא פשיעה חייב, ולהכי רש"י לשיטתו דפשיעה חייב בע"כ דכולה בהקדש מיירי ומקשה שפיר מתינוקות, וא"ש:

תוד"ה דתנן, עמ"ש בגמ' בד"ה שבועה תקנ"ח:

בגמ' מאי לאו לשלם, עמ"ש לעיל (דף נ"ז) תוד"ה שו"ח:

בגמ' אמר ר"י בשקנו, והנה הקצוה"ח והנה"מ (בסי' ש"א) הקשו דלמה לן קנין, הא אמירה לגבוה הוי כמסירה ע"ש. ונ"ל דיסוד הדבר דאמירה לגבוה הוי כמסירה ממש וזכה בה הקדש מכח קנין, צריך באור, דנהי דהנודר אסור לחזור ומחויב לקיים דבורו משום נדר דכתיב ככל אשר יוצא מפיך, אבל שיזכה ההקדש מכח קנין מנ"ל, ואפשר לומר דטעם הדבר הוא עפמ"ש הרמב"ן והר"ן (לעיל דף ח') דקאמר הגמ' דיוקא דרמב"ח דמגביה מציאה אש קנה מהיכא, אי נימא מרישא ו ד שנים אוחזין בטלית דיחלוקו, התם האי קאמר כולה שלי ואנא אגבהתה כולה ופרש"י דלעולם אימא לך המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו ודקאמרת דא"כ תעשה זו כמו שמונחת ע"ג קרקע וזו כמו כו' ולא יקנה לא זה ולא זה ואם יבוא שלישי ויחטפנה מידם, א"א לשלישי לחטפה מידם שהרי

אינם טוענים שהגביהוה יחד עד שנאמר שלא קנו, אלא כל אחד טוען שהגביה לעצמו ע"כ, ובשמ"ק מביא בשם הרמב"ן ור"ן וז"ל, וא"ת נהי דשלישי א"א לחטפה מידם מ"מ למה אמר במשנתינו יחלוקו דהא משים דתלינן תרווייהו כי הדדי אגבהוה וכדאיתא לעיל, וי"ל כיון דלפי טענותיהם א"א לשום אדם לזכות בה וכיון שממון הפקר הוא חולקין אותה בין שניהם שהרי ע"כ לכך עומדת, ומיהו עדיין קשה היאך ישבע כ"א מהם שאין לו בה פחות מחציה דהא ממ"נ חד מינייהו משבע לשיקרא דאו כולה דמר או כולה דמר ואי לא"ה אלא דתרווייהו בהדי הדדי אגבהוה ליתא לשניהם, וי"ל נמי שכיון שממון הפקר הוא ומתוך טענותיהם א"א לאחר לזכות זכו בה שניהם מן הדין ושפיר משתבע שיש לו בה ע"כ ע"ש. וממוצא דבריהם נלמוד שאע"ג דלמאי דתלינן שתרווייהו אגבהוה לא עשו בהגבהתם שום מעשה הקנין, אפ"ה כיון שאחר א"א לזכות בה, ובע"כ שישאר לפניהם, זהו גופא הוי קנין לגבייהו, וה"נ גבי הקדש כיון שהנודר א"א לבטל דבורו ומוכרח הוא לקיים דבריו ולתתה להקדש מטעם הנדר, בזה גופא הוי הקנין ושפיר קנה הקדש, ועמ"ש לעיל (דף י' ע"א) ביסוד הקנין דד' אמות נמי בכה"ג, וכיון שכן לא שייך זה כ"א היכי שהאמירה לגבוה היתה על דבר המסוים, כגון שור זה עולה בית זה הקדש וכמתני' (דקדושין כ"ח) כיצד אמירתו לגבוה האומר שור זה עולה בית זה הקדש, דבזה אמרינן דכיון שהנודר מסולק הוא משור זה, קנה אותו הקדש, אבל בנדון דהכא שאינו משעבד שום דבר להקדש, ורק שמשעבד גופו להיות כשומר דעלמא, ורק שעבוד הגוף יש כאן ולא שעבוד החפץ וכמ"ש בשמ"ק לקמן (דף צ"ד) גבי אמר שמואל בשקנו מידו, וז"ל וא"ת על מה חל הקנין קנין דברים בעלמא הוא, וי"ל דחל הקנין על גופו דגופו משועבד להיות כשואל ע"ש, ולהכי נהי דהנודר מחויב לקיים מטעם נדר, אבל הקדש במה קנו, דבשלמא אם האמירה לגבוה היה קנין ממש כמו כל הקנינים, היה חל גם על שעבוד הגוף, אבל לפמ"ש דעיקר הקנין בא רק מחמת שהנודר מסולק מן הדבר, א"כ לא שייך זה בשעבוד הגוף, ודוקא בקנו מידו הוא דמתחייב עכ"פ מטעם שעבוד הגוף, אבל באמירה לחוד נהי דמהני מטעם נדר אבל מטעם קנין לא מהני, ונ"מ שבמקום שלא נוכל אותו לכוף לקיים נדרו כגון שמת, אין הקנין כלום, וכמ"ש ברמ"א (חו"מ סי' ר"ט סעי"ד):

ובזה יש לי ליישב קושית הש"ך (חו"מ סי' רנ"ה) דכיון דאמירה לגבוה הוי כמסירה א"כ אמאי מהני שאלה ומ"ש ממסר ליד גזבר דלא מהני שאלה ע"ש, ולמ"ש ניחא דבמסר ליד גזבר כיון שיש כאן קנין בפועל ודל כח הנדר מכאן, דהא אפי' בהדיוט כה"ג שעשה קנין א"י שוב לחזור, ופשיטא שלא גרע כח הקדש מהדיוט, אבל באמירה בעלמא, דכל

כח הקנין הוא בא רק מחמת הנדר, וכיון שכח הנדר הופקע ע"י שאלה, ממילא אין בזה שום קנין, ולפי"ז לאו דוקא במסר ליד גזבר אלא הוא הדין היכי שקנה הקדש בקנין אחר כגון חליפין תו לא מהני שאלה, וגם הש"ך כתב לפי דרכו שלאו דוקא מסר ליד גזבר ע"ש אלא שטעמו חלוש, ולמ"ש הדברים מובנים בטעמם:

ודע דהרשב"א כתב בישוב קושיא הזאת, דמ"ש אמירה לגבוה דהוי כמסירה ממסר ממש ליד גזבר וכתב וז"ל דהא דאמרו אמירה לגבוה כמסירה להדיוט לא אמרו כמסירה ממש אלא כמו מסירה דקנייה לענין קנין בלבד להיות האמירה גומרת כמו שגומרת המשיכה או המסירה בהדיוט דדוקא כי נימא דהו"ל כמסירה ממש ליד גזבר הוא דאמרינן דאין שאלה אבל אי לא אמרינן אלא כמסירה להדיוט, היינו כקנייה דהדיוט שפיר אמרי' דיש שאלה, ועין בש"ך שם שדחק לפרש כוונת הרשב"א דהיכי דמסר ליד גזבר דעשה מעשה לא מהני שאלה דלא אתי דבור ומבטל מעשה אבל באמירה לחוד אתי דבור ומבטל דבור ע"ש. ואמנם לשון הרשב"א אין סובל פירושו, דהא הרשב"א דייק דאמירה הוי כמסירה דקנייה ולא כמסירה ממש, דמשמע שהחלוק הוא בעניני המסירה, ולא נזכר גם רמז מסברת הש"ך משום דלא אתי דבור ומבטל מעשה. ויש לי לפרש כוונתו עפמ"ש הסמ"ע (בסי' ר"ן) שתרי מיני מסירות יש, סתם מסירה הוא שנתנו לידו כדי שיזכה בו בתורת קנין אבל לא שיקחנה מיד אל ביתו, ויש מסירה שנותן החפץ בידו שיקחנו מיד אל ביתו ויזכה בו מיד בזכוי גמור לחלוטין ע"ש שכתב דאפי' במקום דלא מהני כתם מסירה, מהני המסירה הזאת, וברור אצלי שזהו נמי כוונת הרשב"א, דאמירה לגבוה הוי רק כמו מסירה דקנין, פי' דלא הוי כמי שמסר לידו לחלוטין ליקחנה לתוך ביתו, אלא כמו שעשה מסירה ע"מ לקנות, ולהכי מהני שאלה, אבל במסר ממש ליד גזבר שיקחנו לחלוטין לא מהני שאלה, וז"ב למדקדק בדבריו ועמ"ש באריכות בחדושינו לקדושין (דף כ"ו):

והנה בהגהות חשק שלמה תי' לקושית קצוה"ח הנ"ל עפמ"ש התוס' בקדושין (דף כ"ט ד"ה משכו) דכל היכי שאינו מכוון לוותר להקדש לא שייך אמירתו לגבוה, וה"נ אינו מתכוון לוותר כיון דברייתא מיירי בש"ש דנוטל שכר בעד השמירה ע"ש, ובמחכ"ת שגה בזה, דסברת התוס' הוא, שהיכי שיודע בעצמו שאינו שוה כ"כ כשומתו ומכוון רק לוותר, הוי זה כעין נדר דשייך בו אמירתו לגבוה, אבל אם בעת מעשה שוה כשומתו ולא נתכוון כלל לוותר, לא שייך בזה אמירה, וא"כ ה"נ כיון שיודע בעצמו שאעפ"י שנוטל שכר שמירה אפ"ה פטרתו התורה מלשלם, וכשמחייב עצמו לשלם אין וויתור גדול מזה והוי נדר גמור:

דף ס.

בגמ' ר' אחא מתיר בדבר הנטעם, והיינו ודאי במקום שנהגו שכל מי שקונה יין טועמו מתחלה וכמ"ש בחו"מ (סי' רכ"ח סעי"ד) להדיא, ואם יש מקצת אנשים שאינם טועמים אסור וכמבואר שם. והנה המ"מ (בפט"ו ממכירה) הביא בשם י"א דבדבר שיכול להבחינו ולנסותו לאלתר ולא הקפיד לעשות כן והמוכר מכר לו סתם, אינו חוזר, והובא בסמ"ע (סי' רל"ב סק"י) ע"ש, ובס' מ"ה הבין שהמ"מ יליף לה מדבר הנטעם דהכא, ולזה הקשה דלא דמי כלל, דהא הכא היינו דוקא במקום שנהגו כן ע"ש. ובמחכ"ת לא עיין בזה, דאיך יעלה על הדעת שהמ"מ למד זה מסוגיין, הא הכא מותר לערב אפי' לכתחילה, והמ"מ רק אינו חוזר קאמר, אע"כ דהכא מיירי במקום שנהגו לטעום, ולהכי מותר לכתחילה, ודין דהמ"מ הוא רק מסברא, דכיון שהוא דבר שבידו להבחין, אעפ"י שלא נהגו להבחין, מ"מ מ"ש משהה בכדי שיראה ולא הראה דאין חוזר עוד, ה"נ כיון דבידו להבחין ולא בחן מכלל דנתרצה ע"ז, דהא ודאי כל לוקח ירצה להבחין מקחו, ואם אינו יודע בעצמו להבחין יראנו לתגר, דמשו"ה לאחר ששהה כדי שיראה אין יכול לחזור, ובמקום שיוכל בעצמו להבחין אין צורך לשעור כדי שיראה ואינו חוזר, אבל לכתחילה אסור לערב על סמך זה כיון שלא נהגו לטעום וז"פ, ועמ"ש בפ"ת חו"מ (סי' רל"ב) בשם השבו"י ונה"מ:

סליק פרק הזהב

איזהו נשך פרק חמישי

דף ס:

בגמ' נשך בלא תרבית ה"ד כגון דאוזפי' מאה במאה ועשרים כו', נסתפקתי היכי שהלוה לו מאה במאה, אלא שהתנה שאם יוזל ויעמוד על מאה ועשרין שיתן לו מאה עשרין, אי הוי רבית קצוצה בכה"ג, ולכאורה מן הסוגיא דהכא דאמר דוקא דאוזפי' מאה במאה ועשרין, דאפי' אם לא יוזל יתן לו מאה ועשרין הוי ריבית קצוצה, משום דמעיקרא הוי נשך, וכן מאה במאה והוקר אח"כ דהוי ריבית קצוצה אי בתר סוף אזלינן, ומשום דהוי תרבית דנותן לו יותר ממה ששקיל, אבל בנ"ד דמעיקרא אין כאן נשך, דהא מאה במאה הוי, ובסוף אין כאן תרבית כיון שהוזל, אין כאן דררא דריבית דאורייתא, בין אי בתר מעיקרא ובין אי בתר סוף אזלינן, אכן אליבא דאמת א"א לומר כן, דכיון דמחמת שכר ההלואה מקבל עליו הלוה אחריות זילא, הוי זה ריבית קצוצה, ונהי שאין מתנה עמו לתת לו יתירות, מ"מ האחריות גופא הוי כמעות, דהא ודאי שהמלוה היה נותן פרוטה

בעד קבלת אחריות כזה, וכשהלוה עושה זאת בשכר ההלואה הוי כאילו קיבל המלוה מעות יתירות ממש, דההנאה הוי כממון, ורבית קצוצה ממש הוא. שוב ראיתי ברמ"א יו"ד סי' קס"ב) דהא דמותר להלות כשיש לו מאותו המין, היינו בסתם אבל אם המלוה מתנה שאם יתייקרו חיטין ישלם לו חיטין ואם יוזלו יתן לו מעות דמי שוויה כשער של עכשיו אסור דהוי קרוב לשכר ורחוק מן ההפסד ע"כ, ועמ"ש בחו"ד שם דאסור דקאמר הרמ"א היינו מה"ת, כיון דמחמת שכר ההלואה מקבל אחריות דזילא לא גרע מאילו התנה מלוה עם הלוה שיקבל עליו דבר שיש לו הנאה שוה פרוטה שאשה היתה מתקדשת בהנאה כזו כגון דבר עלי לשלטון דודאי ר"ק הוא והוא כדבריי, ואין לחלק דהתם היה התנאי גם על שבח דיוקרא ולהכי הוי ריבית קצוצה, משא"כ בנידון דידן דכשיתייקר לא יתן לו יותר מכפי שלוה לא הוי ריבית קצוצה, דהא התם נמי תצאי דיוקרא בהיתר הוא כיון שמיירי שיש לו מאותו המין ואמרינן דשלו הוא דאייקר, ורק עיקר האיסור הוא תנאי דזילא, ועוד דפשיטא הוא שאפי' אחריות דזילא לחוד ג"כ יש בה הנאה שו"פ, וכיון דמחמת הלואה הוא הוי ריבית קצוצה, ועיין עוד בפ"ת שם בשם תשובת בית אפרים, בנדון דכיוצא בזה לאסור משום ר"ק, ואין אצלי הספר לעיין טעמו, עכ"פ הדין נראה ברור דהוי ר"ק ומה"ת אסור, ומה שקשה מסוגיא דהכא, דמאי קאמר דנשך הוי כגון דאוזפי' מאה במאה ועשרין, עדיפא הוה לי' למימר שאפי' מאה במאה והתנה אחריות דזילא נמי אסור, לק"מ, דהכא הא בעי לאשכוחי שיהא נשך בלא תרבית, וזה א"א לאשכוחי כ"א כשהריבית היה מעות יתירות ממש, דבזה אם הוזלו אח"כ אין כאן הנאה, דדנקא יהיב ודנקא שקיל, משא"כ אם הריבית היתה הנאת קבלת אחריות, יש בזה גם תרבית לבסוף, דהנאה הזאת לא יופסד בין הוקר בין הוזל, ואדרבה כשהוזל יוגדל עוד הנאתו בזה שידע מראש להתנות ע"ז ולהטיל האחריות על הלוה, וז"ב:

בגמ' אי דאוזפי' מאה במאה כו' אי בתר סוף אזלת כו', והרי מספקא להו לש"ס אי בתר מעיקרא או בתר בסוף אזלינן, וכ"כ המרדכי והג"א דגם לפי האמת מספקא לן אי בתר מעיקרא או בתר בסוף אזלינן, והמפרשים הקשו דמאי ספק יש בזה, הא פשיטא הוא שעכ"פ לפי האמת בתר מעיקרא אזלינן, דהא סאה בסאה פשיטא דאינו אלא מדרבנן, ומסתמא דהיינו טעמא משום דבתר מעיקרא אזלינן, וכ"כ הר"ן להדיא הובא בשמ"ק וז"ל הלכך לענין דינא קיי"ל דבתר מעיקרא אזלינן כו' והיכי דאוזפי' מאה במאה אע"ג דבתר הכי אייקר מה"ת שרי, וה"ט דהלואת סאה בסאה אעפ"י שהוקרו החיטין אינה אלא ריבית דרבנן וכדאמרינן דבתר מעיקרא אזלינן עכ"ל, וידעתי שיש מקום לתרץ, דזה פשיטא להמרדכי והג"א דבתר בסוף לחוד ודאי דלא אזלינן, וכההיא דסאה בסאה

כיון דלא משכחת בה ריבית כ"א כדאזלת בתר בסוף להכי מה"ת שרי, אלא דהספק שלהם הוא אי גם בתר מעיקרא לחוד אזלינן, דאפשר דמה"ת אין איסור כ"א כשנושך מעיקרא ולבסוף, ואפי' מאה במאה ועשרין והוזלו נמי לא הוי ריבית מה"ת, וכמ"ש בס' א"א להגאון מוהר"א ברוידא ז"ל ע"ש, ואם שכן מוכח נמי מלשון המרדכי והג"א שהם לא נסתפקו כ"א על מאה במאה ועשרין, אבל מאה במאה והוקרו לא זכרו בדבריהם להסתפק גם בזה, ומכלל שע"ז לא עלה על דעתם להסתפק שיהא ריבית מה"ת, דהא בהדיא דלא אזלי' בתר בסוף וכההיא דסאה בסאה, ורק הספק הוא אי גם מאה במאה ועשרין הוי ריבית מה"ת. אמנם לשון הש"ס לא משמע כן שנסתפקו אי בעינן שני הצדדים מה"ת, דלשון הש"ס מוכח שרק בזה נסתפקו, אי בתר מעיקרא או בתר בסוף, אבל זה פשיטא שרק בצד אחד משניהם הוי ריבית מה"ת. ולכן נ"ל דבאמת מספקא להו אי גם בתר בסוף לחוד אזלינן וכפשטא דש"ס, ומסאה בסאה אין ראיה, דהתם לא הוי טעם היתירא משום דבתר מעיקרא אזלינן וכמ"ש הר"ן, אלא טעמא אחריני להיתירא איכא התם, משום דלגבי המלוה ליכא ריבית כלל דמצי אמר לו חיטיי דקדחי באכלבאי, וכמ"ש (לקמן דף ס"ג) דזהו טעמא דפוסקין על שער שבשוק, ואם כי בש"ס מסיים התם דבהלואה לא סמכי' אהיתר זה, היינו רק מדרבנן, דחז"ל החמירו לאסור בהלואה אפי' בכה"ג שלגבי מלוה אין ריבית, אבל מה"ת ודאי דלא הוי ריבית בכה"ג של מלוה אין ריבית, וראיה לדברי ממ"ש השמ"ק בשם הראב"ד (לקמן דף ע"ה) וכ"כ הרא"ש שם דדוקא גבי הלואת סאה בסאה אמרינן דמה לי הן מה לי דמיהן ולא בהלואה אחריתי וטעמא דמילתא משום דהכא מצי אמר לו חיטיי דקדחי באכלבאי ע"ש, וגם שם קשה הא בסאה בסאה נמי לא סמכינן אטעם זה משום דהלואה היא, אע"כ כמ"ש דרק חומרא מדרבנן היא אבל מה"ת סמכינן ע"ז גם בהלואה, והא דאמרי' הכא דכשאוזפי' ק' בק' מעיקרא ק' בדנקא ואח"כ ק' בחומשא דהוי מה"ת אי אזלינן בתר בסוף, ולא אמרינן גם כאן דלמלוה אין כאן ריבית משום דאמר לו, אטו זוזי דידי הוי קדחי, דהכא לא מיירי כלל בשבח דיוקרא, שהוקרו הפרוטות אח"כ, אלא מיירי בשהוסיפו על משקלם וקא זיילי פירות מחמת זה דצריך לנכות לו, וכמבואר (בב"ק דף צ"ז) וביו"ד (סי' קס"ה) אבל ודאי בשבח דיוקרא אין ריבית מה"ת אפי' אי אזלינן בתר בסוף ומשום דגם של המלוה הוי הוקרו ואין ריבית לגבי המלוה וכההיא דסאה בסאה, וניחא בזה מ"ש בשמ"ק בשם הריצב"ש על פרש"י ותוס', דהא אנן בפרוטות דהוי טיבעא משערינן דדהבא לגבי כספא פירי הוא ואין היוקר והזול תלוי בהן ואכתי איכא נשך ותרבית, ולמ"ש דהכא לא מיירי בשבח דיוקרא ניחא:

ובאופן אחר היה נראה ליישב בפשוטו, דהנה ריבית מדאורייתא לא הוי כ"א כשקצץ עמו וזהו לכל הפוסקים, אלא שהרמב"ם לץ מהל' מלוה) ס"ל דבעינן שהקציצה יהיה בשעת הלואה דוקא ואם אח"כ הרויח לו זמן וקצץ לו ריבית עבור זה לא הוי ריבית קצוצה דבעינן קצץ בשעת הלואה, והראב"ד ס"ל שגם בכה"ג דהקצוצה היה אחר הלואה נמי הוי ריבית קצוצה, אבל היכי שלא קצץ עמו כלום כו"ע ס"ל דלא הוי ריבית קצוצה, וכמו בהלויני ודור בחצרי דהוי אבק ריבית לכו"ע וכמבואר ביו"ד (סי' קס"ו) והיינו משום דלא קצץ, ולפי"ז י"ל דהא דסאה בסאה מותר מה"ת, היינו שלא קצץ עמו בפירוש שאף אם יוקירו יתן לו כשער היוקר, והא דקאמר הכא דאוזפי' ק) בק' דהוי ריבית מה"ת, היינו היכי שקצץ עמו בעת ההלואה שאף אם יוקירו יתן לו כיוקרא דלקמיה:

אכן שוב חזרתי מזה, דליכא למימר דהכא מיירי בשהתנה עמו כן בעת ההלואה, דא"כ מאי איריא דאי בתר בסוף אזלי הוי ריבית הא גם מעיקרא הוי ריבית גמור, דקבלה הזאת גופא נמי יש בה שווי ממון והלוה שעושה זאת בשכר ההלואה הוי ר"ק, ואפי' אם לא הוקר אח"כ ג"כ הוי ריבית מצד הקבלה, ולא דמי למשכן לו בית וא"ל כשתרצה למוכרה לא תמכור אלא לי בשוויה דמותר, ולא אמרינן דליהוי ריבית עכ"פ מצד הנאת הבטחת התנאי, דהתם שאני כיון דהוי רק הנאת המלוה וללוה אין זה חסרון לשום דבר, אין נופל ע"ז שם ריבית, וכמ"ש הט"ז ביו"ד (סי' ק"ס סקכ"ב) דלהכי המלוה מעות ע"מ שיתן לו כל מלאכה שיבוא לידו דמותר אע"ג שיש למלוה הנאה דתפיס אאגריה, והיינו משום דהנאת המלוה בלא חסרון הלוה לא נופל ע"ז שם ריבית, אבל הכא שמתנה עמו על היוקר שפיר הוי ר"ק משום הנאת הקבלה גופא, ועמ"ש לקמן (דף ס"ה) באופן אחר, וכיו"ב מבואר בשער המשפט הלכות רבית (סי' קס"ה) במ"ש הב"י בשם בעה"ת, דכל היכי דצריך לנכות ולא ניכה, די"א דהוי ר"ק וי"א דהוי אבק ריבית וכתב דטעם די"א דהוי ריבית קצוצה כיון דסתמא דמילתא הו"ל כאילו פירש שיתן לו כך וכך מטבעות שיהיו יוצאים בשעת פירעון והוי כאילו התנה שאף אם יוסיפו על המטבע הרבה יותר ממשקלו של עכשיו יתן לו מטבע היוצא דוקא ולהכי הוי ריבית קצוצה. ובעיקר הדין בהנאת המלוה בלא חסרון הלוה אי הוי ריבית, עמ"ש מזה (לקמן דף ס"ד ע"א) בד"ה א"ר כהנא באריכות. ואמנם בכ"ז אכתי יש לי ליישב הקושיא דלעיל דמ"ש מסאה בסאה, דהנה לפמ"ש יקשה טובא האי דינא גופא דאוזפי' ק' בק' דאי בתר בסוף הוי ריבית קצוצה, דממ"נ היכי איירי אי בדפירש שיתן לו כשער היקר, גם מעיקרא הוי ריבית קצוצה מצד הנאת הקבלה וכמ"ש, ואי בדלא קצץ, א"כ אפי' בסוף דהוקר אמאי הוי ר"ק, הא אפי' אם נותן לו מעות יתירות ממש, כ"ז דלא קצץ לא הוי ר"ק, ונ"ל מכאן ראיה

לפשוט ספיקו של הב"י (ביו"ד סי' ק"ס) דאם בתחלה לא קצץ אלא שבשעת פירעון יתן לו יותר ויפרש לו דלשם ריבית הוא נותן אי הוי זה ריבית קצוצה, ומכאן יהיה מוכח דהוי ר"ק, ולפי"ז שפיר מיירי בדלא קצץ מתחלה, ולהכי אי בתר מעיקרא אזיל אין כאן שום ריבית, אבל בסוף בשעת הפירעון קצץ והוי ר"ק, וממילא יתיישב קושיא דלעיל, דהכא דמיירי בקצץ מיהא בשעת פירעון והוי ר"ק, אבל בסאה בסאה דגם בעת הפירעון לא קצץ שנותנו לשם ריבית לא הוי כ"א אבק ריבית וא"ש. אלא דאכתי צ"ע לשיטת הרמב"ם דס"ל דדוקא קצץ בשעת ההלואה בעינן, יקשה לי טובא היאך יפרש סוגיא דהכא, דממ"נ אי קצץ הוי ריבית גם מעיקרא, ואי לא קצץ א"כ גם כשהוקר לבסוף אמאי הוי ר"ק, וצ"ע

דף סא.

בתוד"ה אם אינו ענין כו' לא תשיך כלל נשך אוכל פרט כו' יצאו קרקעות שאינן מטלטלין כו' ע"ש, הכא סתמו דבריהם ולא פירשו היכי מצי לאשכוחי ריבית בקרקע, אמנם במס' כתובות (דף מ"ו) ציירו ריבית בקרקע בשני אופנים, א), שאם לוה לו שדה שאם ישטפנה נהר ישלם לו שנים, וכמו כן עשר גפנים טעונות בי"א ע"ש, והנה ז"ל הטור (יו"ד סי' קס"א) מרבינין כל דבר לאיסור ריבית חוץ מקרקע כגון שהלוה לו עשר גפנים טעונות בי"א, ולא הביא הציור השני דלוה לו שדה ע"מ לשלם שנים, והלא דבר הוא, והיה נראה מזה ראיה למ"ש הב"ח שם בסוף הסימן, דהא דהרשב"א פליג על תוס' וס"ל דיש ריבית גם בקרקע, לא פליג כ"א אעשר גפנים אבל בשארי קרקעות מודה לתוס' דאין ריבית, וטעמו משום דס"ל דלא ממעטינן מכלל ופרט אלא הלואת קרקע בקרקע, אבל עשר גפנים בי"א נשך אוכל מיקרי ע"ש, ולהכי לא הוצרך הטור לצייר כ"א עשר גפנים, ולאשמועינן דאפי' בזה אין ריבית ולאפוקי משיטת הרשב"א, וכ"ש בשארי קרקעות דכו"ע מודו דאין ריבית, לא הוצרך לצייר זה כיון דכ"ש הוא, ואמינא עוד דאפי' לשיטת הב"י ודעימי' שהביאו דעת הרשב"א החולק בסתם, ואפי' בשארי קרקעות נמי פליג ולא ס"ל החלוק בין גפנים לקרקע, מ"מ אכתי רבותא הוי יותר בגפנים, שמצד הסברא הו"א דבגפנים יהיה ריבית ולא נמעטו מכלל ופרט, דאע"ג דבכ"מ דממעטינן קרקע מכלל ופרט, גפנים טעונות נמי הוי דינן כקרקע, היינו היכי דממעטינן קרקע רק מחמת חסרון שאינו דבר המטלטל, להכי גפנים טעונות נמי כיון דאינן מטלטלים ולא דמיא לפרטא, אבל בכלל ופרט דריבית, דקרקע לא דמי לפרטא בשני דברים, חדא דאינו מטלטל, ועוד דאינו אוכל, ובפרט נשך אוכל כתיב, דהוי מטלטל ואוכל, והו"א דגפנים טעונות, דנהי

דאינן מטלטלין כקרקע, עכ"פ בחד צד מיהא דמי לפרטא, דהוי נמי אוכל, לא נמעטנו מפרט זה, לזה אשמועינן הטור רבותא שאפי' גפנים טעונות נמי ממעטינן מכלל ופרט, כיון שס"ס לא דמי לפרטא בחד צד, וגם בכה"ג ממעטינן אע"ג דלא דמו לפרט כ"א בחד צד, כ"ש קרקע ממש שלא דמי כלל לפרט, דודאי אין בהם ריבית, לא הוצרך הטור לצייר זה משום דפשיטא הוא, והנה אם כי בפשט הטור היה נראה זה נכון, אכן האמת יורה דרכו דהטור לא לכך נתכוון, דהטור הולך בשיטת אביו הרא"ש, והרא"ש הא ס"ל דלא משכחינן כלל ריבית בשארי קרקעות כ"א דוקא בי' גפנים בי"א, וכמו שנבאר:

דהנה בסוגיין כתב הרא"ש דאע"ג דבכ"מ דדרשינן כלל ופרט ממעטינן נמי עבדים כמו קרקע, מ"מ הכא לא שייך למעוטי עבדים משום דלא שייך ריבית אלא בהלואה דבר שניתן להוצאה ולפרוע אחר במקומן אבל בשאלה לא שייך ריבית אלא שכירות מיקרי ע"ש, וקשה לפי"ז היכי ממעטינן קרקעות, ותי' בפלפולא חריפתא דהא דממעטינן קרקעות היינו עשר גפנים טעונות, דמה שטעונות ניתן להוצאה והוא פורע במקומן מה שיטענו הי"א האחרות ע"ש, והנה בב"י (סי' קס"א) כתב על דברי הרא"ש, דתמיה לו מילתא דאטו עבדים מי לא שייך בהו הלואה שנותן לו עבד אחד לחלוטין כדי שיתן לו לאח"ז שנים אחרים, וכן קשה לי על הפלפולא חריפתא הנ"ל דל"ל לדחוקי דלא משכחת ריבית בקרקע כ"א בגפנים, ומי לא משכחינן גם בקרקע שילוה לו קרקע ה' אמות שיתן לו לאח"ז ששה אמות אחרים תחתיהן. והנ"ל בדעת הרא"ש דכללא דריביתא הוא, דהתורה אסרה ליקח שכר בעד המתנת ההלואה, אכן במקום שאינה הלואה, או אפי' בהלואה, רק ששכר הניתן אינו בעד שכר ההמתנה, לא שייך בזה איסור ריבית, דהקפידה הוא על שני הפרטים, שיהיה הלואה, והשכר יהיה שכר ההמתנה, ולהכי בהלואת חפץ בחפץ א"א לאשכוחי ריבית כ"א דוקא כשיהיה בזה שני אלו הפרטים, היינו שלא יחזיר לו בעין זה החפץ שהלוהו, ורק חפץ אחר, אכן החפץ האחר המוחזר יהיה מאותו המין ושיהיה שוה במינו ושומתו לאותו חפץ שהלוהו, ואם יחסר אחת משתי אלה אין בזה שום חשש ריבית, דאם מחזיר לו בעין אותו החפץ שהלוהו, אין כאן שם הלואה, דהלואה הוא היינו שהדבר ניתן להוצאה, אבל כשמחזיר בעין או שאלה או שכירות מיקרי, דאם אינו קוצץ לו שכר בעד זה, שאלה מיקרי, ואם נותן לו שכר, אז מיקרי שכירות, וריבית לא אסור כ"א בהלואה, דכיון דהחפץ הוא שלו לחלוטין וניתן לו להוצאה, ומותר לו להשתמש בו, וממילא א"א לומר דהשכר הוא בעד השתמשות, דהא בשלו הוא דמשתמש, ובע"כ שהשכר הוא בעד ההמתנה, וזהו האיסור שאסרה תורה, אבל כשמתנה עמו להחזיר לו החפץ בעין, ועיקר החפץ של המלוה הוא, א"כ נוטל

השכר בעד ההשתמשות בחפץ של מלוה, וזהו מותר, דזהו שכירות ממש, ואם גם אין מחזיר לו חפץ זה בעין, אלא שאותו החפץ המוחזר אין מינו ושומתו שוה לאותו חפץ שלוה ממנו, אז לא שייך בה ריבית מטעם אחר, דנהי דהלואה הוא דמיקרי כיון שאין מחזיר לו חפצו בעין, מ"מ כיון דלא ישיג חפצו שנתן לו אמרינן דשכר היתרון שנוטל אין זה משום ההמתנה, כ"א משום שיפסיד חפצו, ולא ניחא לו להפסיד חפצו כ"א כשישיג יתרון שכר, דבשלמא בחיטין בחיטין או פירות בפירות שכל מינן שוה ושומתן ידוע ואין דרך להקפיד מחיטין הללו על חיטין אחרים כיון שכל מינו שוה, ובע"כ דהיתרון הוא משום שכר ההמתנה, אבל כשמחזיר לו מין אחר כגון שהוא לוה ממנו חיטין בסך חמשה רו"כ, ע"מ לשלם לו מעות או מין אחר שוה ששה רו"כ, לא שייך בזה ריבית, ומשום דאמרינן דהיתרון שנוטל לאו שכר ההמתנה הוא, רק לא ניחא לו להפסיד חפצו כ"א כשישיג זה היתרון, וכ"ש למ"ש הט"ז (ביו"ד סי' קס"א) דהיכי שאין משיג חפצו בעין לא מיקרי זה שאלה אלא מכירה, דמה בכך שאמר לשון הלואה, ס"ס אין משיג חפצו, ומכירה הוא, ובמכירה ליכא ריבית ע"ש, ואפשר שזהו גופא הסבר של הט"ז, דכיון דאינו משיג חפצו י"ל דהיתרון שנוטל הוא בשביל הפסד חפצו דזה שרי, והיינו משום דלדברינו יש לומר, דבאמת זהו גופא טעם התורה שהתירה במכירה, משום דלא ניחא לו להפסיד חפצו כ"א בעד יתרון רב, ואין זה כלל שכר המתנה, אבל אין כוונת הט"ז שזהו מכירה באמת, דודאי כיון דאמר לשון הלואה הוי הלואה וכמ"ש בשמ"ק בסוגיין, דהעיקר תלוי בלשון, אלא כוונתו דהלואה כזאת שרי כמו במכירה, דלא אסרה התורה כ"א בהלואת מעות או חטין בחטין וכדומה שאין אדם רגיל להקפיד עליהן, וא"כ א"א לומר דהיתרון שנוטל משום הפסד חפצו, כיון דישיג אחר דוגמתו ממש, ובע"כ דהיתרון הוי שכר המתנה, אבל בהלואה כזאת שרי כמו במכירה, דטעם דמכירה יש גם בהלואה כזאת, ולפי"ז י"ל דקרקע בקרקע ועבד בעבד כיון שאין שומתן שוה דאי אפשר להשוות קרקע ועבד זה לאחר, דהרבה קפידות יש בין זה לזה, ולהכי לא משכחינן בהו ריבית בשום צד, דאם מחזיר לו בעין הקרקע והעבד שהלוהו, אין כאן הלואה כלל, דאו שאלה או שכירות הוא וכנ"ל, וכשמחזיר לו קרקע ועבד אחר כ"ש דלא הוי ריבית, דהיתרון לאו שכר ההמתנה הוא אלא משום דיפסיד שלו, ועמ"ש לקמן (דף ס"ט ע"ב) תוד"ה מרא הדרא, ולכן בעבדים א"א לאשכוחי שום צד ריבית, אלא דבקרקע מיהא איכא לאשכוחי צד ריבית וכגון בהלוה לו גפנים טעונות, דזה ניתן להוצאה ואין מחזיר בעין אותן שהלוהו, ומיקרי עכ"פ הלואה, וכן מפני שמינו שוה ברוב הפעמים, אין דרך להקפיד מפירות הללו על אחרים מאותו המין, ונמצא דהיתרון הוא משום ההמתנה,

אבל קרקע בקרקע ממש אין צד ריבית, זהו הנלע"ד נכון ביישוב הרא"ש והיינו והינו מה שאי הטור ריבית דקרקע:

דוקא בגפנים, והשמיט הציור דלוה שדה ע"מ ליתן שנים, משום דבשיטת הרא"ש אזיל, ובקרקע ממש ליכא צד ריבית וא"צ למעוטי מכלל ופרט, ודו"ק:

ונ"ל עוד שהיינו נמי סברת הרשב"א שלא זכר בפלוגתתו כ"א בעשר גפנים טעונות, היינו משום דבאלו שבעצם יש לאשכוחי בהו ריבית ורק מכלל ופרט הוא דממעטינן, בזה פליג הרשב"א וס"ל דאין כאן כלל ופרט כלל, דכסף אוכל לאו לכלל ופרט הוא דאתא, וכמ"ש בס' א"א דהרשב"א ס"ל דכסף אוכל איצטריך כי היכי דניליף דכל דבר אשר ישך נמי קאי עלה ועובר נמי משום ב' לאוין של נשך ושל ריבית בכל דבר כמו בכסף ואוכל דעובר בכל אחד אתרי לאוי של נשך ושל תרבית, ה"נ בכל דבר עובר אתרווייהו, אבל בשארי קרקע דא"א לאשכוחי בהו ריבית בעצם, גם הרשב"א יודה דמותר, וכשיטת הרא"ש, ומן התימה על הב"י שהבין בהרשב"א אם כי לא זכר בדבריו כ"א הציור דגפנים, מ"מ גם בשארי קרקעות נמי פליג וס"ל לאסור, דמנ"ל לומר כן מסברת עצמו, אחרי שברשב"א לא הוזכר כ"א גפנים, ומצאנו גם טעם וסברא לחלוק הזה, הן לטעם הב"ח משום דלא דמי לפרטא, והן לטעמא דידי, וא"כ מנ"ל לומר דהרשב"א לאו דוקא נקיט גפנים והוה"ד בשארי קרקע ס"ל לאסור. והיוצא לנו ממ"ש דאם מלוה סאתים חטים ע"מ לשלם במעות שוה שלש סאין או במין אחר אין בהם ריבית לשיטת הרא"ש. שוב מצאתי שבעיקר הדין כוונתי לדעת החו"ד (בסי' קס"א) אלא לאו מטעמי' שהוא כתב מטעם שזה נחשב למכירה וכסברת הט"ז, אלא דכבר כתבתי שגם דעת הט"ז יש להסביר לדברינו, ועיין מ"ש (לקמן דף ע"ה) במתני' דלא יאמר לו נכוש ואעדור, דמשם למד הראב"ד דבשני מינים יש לאסור טפי, וכ"כ הרמ"א להדיא (ביו"ד סי' קס"ב) וזה לכאורה סתירה לדברינו, אכן עיין מש"ש ליישב:

בא"ד יצא שטרות שאין גופן ממון ויצא פחות מפרוטה שאינה ממון כו' ע"ש, יש להבין דבכל מקום דממעטינן מכו"פ אין גופן ממון, כגון (לעיל דף נ"ז) גבי אונאה, ובב"ק פ' הגוזל, לא ממעטינן כ"א שטרות שאינן ממון מצד עצמותן וכגון שטרות שאין עומדין אלא לראיה, אבל לא פחות מפרוטה שבעצמותו הוי ממון, רק אינו ממון מצד השיעור, וא"כ מ"ש הכא דממעטינן גם פחות מפרוטה. ואפשר משום דבפרטא דריבית, כסף כתיב, ואשמועינן דבעי' שיהא כסף גם מצד השיעור, ופחות מפרוטה לאו כסף מיקרי, אלא דא"כ בכלל ופרט דשו"ח דכי יתן איש כסף או כלים כתיב התם, ואפ"ה לא ממעטינן כ"א שטרות ולא פחות מפרוטה. ולכן נ"ל דבשאר דוכתא לא איצטריך לאפוקי פחות

מפרוטה כיון דלאו ממונא הוא ומחילה הוא ופשיטא דלא שייך בזה כל עניני דיני ממונות, אבל ברבית הו"א דאפי' פחות מפרוטה נמי הוי ריבית ויוצאה בדייניין, כיון דכל ריבית הוי מחילה, רק מחילה כזו אסרה תורה, והו"א דאפי' פחות מפרוטה דהוי נמי מטעם מחילה נמי אסור, וזהו באמת טעמו של הרמב"ם (בפ"ו ממלוה) דס"ל שאפי' ריבית כל שהוא יוצאה בדייניין וכמ"ש המ"ל שם, לזה אשמועי' התוס' דכו"פ ממעט פחות מפרוטה, ולאו מטעם מחילה, אלא משום שאין גופו ממון, ודו"ק:

והנה במנחת חנוך (מצוה ק"ל) נסתפק בהא דבעינן דוקא פרוטה בכל עניני ממון כגון בגניבה וגזילה וכיו"ב, אי הוי משום דבעינן שיעור בממון כמו בשארי איסורין דבעינן כזית וכדומה לכל השיעורין, והל"מ מסיני הוא דבממון בעינן פרוטה כמו כל השיעורין, ופחות משו"פ אסור מה"ת כמו חצי שיעור, או מטעם מחילה הוא, ונ"מ לחש"ו דלאו בני מחילה נינהו ע"ש ולדברינו דלעיל מוכח דמטעם מחילה הוא, ולהכי שפיר יש נ"מ בין איסור ריבית לשארי עניני ממון, ובריבית הוצרך למעוטי מכלל ופרט, דאל"ה הו"א שאפי' פחות מפרוטה נמי אסור, כיון דהכא אסור נמי מחילה, אבל אי נימא משום דבעינן שיעור ופחות מפרוטה הוי חצי שיעור, א"כ מ"ש ריבית משארי איסורין ולמה לן בריבית למעט מכו"פ, וכ"ש דיקשה לשיטת הרמב"ם דאוסר באמת בריבית בפחות מפרוטה, כיון דליכא הכא השיעור אמאי אסור יותר משאר איסורין, אע"כ דמטעם מחילה הוא, ועיין בסנהדרין (דף נ"ז) שכתב רש"י בהדיא דמטעם מחילה הוא, וכ"כ החנוך שם וז"ל לפי שישראל בני אברהם יצחק ויעקב נדיבים הם כו' ואפי' עני שבישראל מוחל פחות מפרוטה כו', ולמ"ש מוכח כן נמי מן התוס' והרמב"ם דהכא:

בא"ד והא דאמרינן בערכין בבתי ערי חומה ריבית כו', הקצוה"ח (בסי' צ"ה) הוכיח מדברי התוס' דבית אע"ג דהוי תלוש ולבסוף חיברו אפ"ה הוי כקרקע דאי כמטלטלין לא מקשו מידי ע"ש, וקשה מכאן על ההיא דחולין דף ט"ז) דבית הוי כתלוש לענין איסור עכו"ם ועמ"ש לעיל (דף נ"ו ע"ב) ליישב זה בארוכה, ע"ש היטב

בגמ' ל"ל דכתב לאו גבי ריבית וגזל, התוס' (כתובות דף מ"ו) הוכיחו מכאן דאין ריבית בפחות משו"פ, דאל"ה מאי מקשו ל"ל לאו בריבית, לימא דאיצטריך לפחות משו"פ דלא אתיא מגזל ע"ש, ואין להקשות דהא בגזל גופא נמי אסור לגזול חצי פרוטה מה"ת וכמ"ש הרמב"ם (בפ"א מגזילה) וא"כ אפי' אי ריבית אסור בפחות משו"פ אכתי נילף מגזל, די"ל דהא דבגזל אסור מה"ת בפחות משו"פ היינו משום דחצי שיעור אסור מה"ת וכמ"ש המ"מ (בפ"א מגניבה) אבל ודאי הלאו של גזל לא קאי עליו, וגה התוס' שהוכיחו דאין ריבית בפחות מפרוטה היינו לענין הלאו, שהלאו של ריבית אינו בפחות, ושפיר

הוכיחו דאם הלאו של ריבית ישנו בפחות א"כ לא מצי למילף מגזל וז"פ, ומה שהקשו בזה המפרשים למאי דקיי"ל לעיל דאין אונאה לפרוטות, א"כ מאי פריך דנלמוד מריבית ואונאה, הא מאונאה לא נדע דגזל הוי בפרוטה עמ"ש לעיל (דף נ"ה ע"ב) ליישב בתרי אנפי:

בגמ' מה לאונאה שכן לא ידע, עיין היטב מה שכתבתי בסמוך בע"ב ברש"י ד"ה לא תגנובו, באריכות מה שנוגע לכאן:

תוד"ה אלא לאו דגזל וכו', וא"ת ולוקמא בגזל עבדים דלא אתי מאונאה דאין אונאה לעבדים ע"ש, והנה למה שכתבתי לעיל (דף נ"ו אן במתני' דאלו דברים, בשם החנוך, דהא דממעטינן קרקע מאונאה, היינו דנתמעטו מחזרה, אבל הלאו דלא תונו יש בהן וכ"כ הרש"ל ביש"ש, אין מקום לקושית התוס', דבשמעתין דהלמוד הוא לענין הלאו שפיר יש למילף אפי' גזל עבדים מאונאה, ותמה אני על התוס' דמה הקשו דלא אתי מאונאה, שזה יש ליישב וכמ"ש, עדיפא הו"ל לאקשויי דלוקמא בגזל עבדים משום דלא אתי מריבית, דהא בעבדים לא שייך ריבית וכמ"ש הרא"ש בסוגיין, ואין לומר דדוקא הרא"ש לשיטתו דס"ל דהיכי דמחזיר לו קרקע או עבד אחר לא שייך ריבית וכמ"ש לעיל בחדושינו לתוד"ה אם אינו ענין, ולזה א"א לצייר ריבית בעבדים, אבל התוס' לשיטתייהו בכתובות, דס"ל דאם לוה קרקע ד' אמות ע"מ לשלם לאחר זמן ה' אמות מקרקע אחרת שייך בו נמי ריבית, א"כ גם בעבדים יצוייר נמי באופן כזה שלוה לו עבד ע"מ לשלם לאחר זמן שנים אחרים, וכמו שתמה הב"י (בסי' קס"א) גם על הרא"ש כן, דהא הב"י ודאי לא נתכוון שאה"נ דמחייב משום ריבית, אלא דקאמר דאפשר לצייר בהו איסור ריבית, אבל ודאי דנתמעטו עבדים מכלל ופרט כמו קרקעות, וכ"כ כל האחרונים דבעבדים אין ריבית ועיין בפ"ח על הרא"ש ובט"ז (יו"ד סי' קס"א). אכן באמת גם קושי' זאת יש ליישב, דהא זה ודאי דמה דאמרו דאין ריבית בעבדים, היינו שההלואה היתה ג"כ עבד, אבל אם הלוהו מעות והריבית הוי עבד פשיטא דאסור וכמ"ש הט"ז (בסי' קס"א) לענין קרקע כן, וא"כ הכא דבעי למילף דאסור לחסר ממון חבירו, אם ע"י ריבית או ע"י גזל, שיר י"ל גזל עבדים גם בריבית, דהא אסור לחסר עבד גם ע"י ריבית, ודו"ק בזה:

תוד"ה לעבור בשני לאוין וא"ת ולוקמי' בגזל גופא ולעבור בב' לאוין וי"ל משום דלא לקי אגזל ע"ש, ולפי"ז צ"ל דהתוס' ס"ל דאריבית ואונאה לקי, דאל"ה מאי פריך הש"ס ולוקמי אריבית ואונאה כיון דגם בהם לא מלקינן, אע"כ דסברי דאריבית ואונאה מלקינן, ולא מיקרי זה לאו הניתק לעשה, אע"ג דחייב לשלומי מדינא אפ"ה כיון דהתורה לא ניתקה בהדיא כמי שניתקה בגזל, והשיב את הגזילה, לא מיקרי זה לאו הניתק, זהו המתבאר

מדברי התוס', ופליגי עם הרמב"ם דס"ל בפי"ח מסנהדרין) דלאו הניתן לתשלומין נמי פטור ממלקות, ולהכי ס"ל דבכל לאו של ממון כיון דאפשר בתשלומין לא לקי ע"ש. ואמנם דברי התוס' צריכין באור, דהא תינח באונאה כיון דהתורה לא ניתקה בהדיא לא הוי זה לאו הניתק, לשיטתם דבעינן דוקא שהתורה ינתקנו להדיא, אבל בריבית למאי דקיי"ל כר' אליעזר לקמן דיוצאה בדיינין מקרא דוחי אחיך, אהדר ליה כי היכי דניחי בהדך, א"כ לאו הזה ניתק בהדיא ואמאי לוקין, ומה שרצה המהרש"א ליישב, דאע"ג דניתק לעשה מ"מ לוקין עליו כמו באונאה, תמיהני איך השוה ריבית לאונאה, דהא באונאה לא ניתקה הכתוב מפורש, וזהו עיקר סברת התוס', דמה שחייב בתשלומין לא מיקרי זה לאו הניתק, אבל בריבית דניתקה הכתוב להדיא מקרא דוחי אחיך וכמ"ש הרמב"ן שזהו מ"ע להחזרת הריבית, וא"כ דמיא ממש לגזילה, ואמאי לקי, ואין לומר דהתוס' סברי כהרמב"ם דלא מנה מ"ע זאת בכלל העשין, דהא בתוס' (לקמן דף ס"ב ע"א) ד"ה לא, כתבו דכו"ע ס"ל דלאו דריבית הוי ניתק לעשה דכר"א קיי"ל. אלא דקושיא הזאת היה נוח לי במ"ש המפרשים, דלשיטת התוס' גופא לקמן בע"ב, דרבא כר' יוחנן ס"ל דריבית קצוצה אינה יוצאה בדיינין, וא"כ לדידיה לא הוי זה לאו הניתק, והכא דמרא דשמעתא הוא רבא פריך שפיר, דלדידיה הו"מ לאוקמא גם בריבית, אלא דאכתי צ"ע לעיל דקאמר הש"ס דהיינו נשך והיינו תרבית ולא חלקן אלא לעבור בב' לאוין, הא התם אליבא דדינא הוא, ולפי מה דקיי"ל כר"א דריבית קצוצה יוצאה בדיינין הוי לאו דריבית לאו הניתק, וא"כ איך שייך לאוקמי בב' לאוין לשי' התוס' דהיכי דלא לקי לא שייך לאוקמי בב' לאוין. ונ"ל ליישב, דהנה באיסורא דריבית שאמרו דהמלוה עובר בחמשה לאוין, לאו עבירה אחת היא ומשום העבירה ההיא חייב בכל הני לאוין, אלא שעבירות חלוקות הם דפסיקה הוי עבירה בפני עצמה וכן נתינת המעות ללוה עבירה בפ"ע, ולקיחת הריבית עבירה בפ"ע, ובכל הפעולה מתחלתה עד סופה יעבור כמה עבירות שיבוא לחשבון ה' לאוין, משעת פיסוק התנאי עובר בלא תשימון ובעת נתינת המעות ללוה עובר בתרי לאוי דאת כספך לא תתן ובמרבית לא תתן, ובשעת לקיחת הריבית עובר משום אל תקח מאתו נשך, וכן משמע מרש"י לקמן (דף ע"ה ע"ב) דעבירות חלוקות הם, ולהכי י"ל בפשיטות דהא דאמרינן דלאו דריבית הוי ניתק, היינו רק לאו דאל תקח, דכיון שבזה הוי האיסור, לקיחת המעות, וזה מתוקן בחזרה, אבל לאוי דנתינה אין עוד תקנה לתקנם, דמיד שנתן המעות ללוה ע"י פסיקת ריבית, ואפי' אם לא יבוא עוד לידי גוביינא עובר בלאוי דנתינה, ומה יועיל אם יחזור לו אח"כ הריבית, כיון דהכא אין האיסור מצד הלקיחה, וכיו"ב מבואר בתוס' (לקמן דף ס"ב) שגם לאו דלא תשימון

אין מתוקן בחזרה ע"ש, ועיין היטב מ"ש שם בדבור, אלא שומא, להוכיח כן מן הש"ס ותוס' ורמב"ן, וא"כ א"ש ההיא דלעיל דמיירי בלאוי דנתינה, שפיר מוקי הש"ס לעבור בב' לאוין, כיון דבלאוי דנתינה שפיר מלקינן לשי' התוס', ועמ"ש לעיל (דף מ"ד ע"ב) בתוד"ה נעשה, וז"ב בעזה"י:

ומה נפלאו בעיני דברי רעק"א בחי' לסוגיין, דהנה במה דאמרינן דאין עשה מנתק תרי לאוי, יש דיעות חלוקות בתוס', דבחולין (דף פ"א) כתבו דהיינו דוקא כשהב' לאוי סמוכים, ובמס' זבחים (דף קי"ד) שם כתבו דדוקא אם הלאוים סמוכים להעשה כמו בתמורה הוא דאינו מנתק לב' לאוין, אבל בעלמא דהעשה מרוחק מנתק להב' לאוין, וכבר דשו בזה רבים, ועמ"ש השעה"מ (הלכות חמץ ומצה), ורעק"א בחדושיו הביא ראיה לשיטת התוס' דזבחים, דדוקא היכי דסמוכים לעשה, אבל אם אינם סמוכים לעשה מנתק כמה לאוין, מדאמרינן לקמן (דף ס"ב ע"א) דר"נ וראב"י פוטרין המלוה והערב מפני שיש בהן קום עשה, ואמאי הוי ריבית ניתק לעשה הא איכא כמה לאוין ונימא לא אתי חד עשה ועקר ב' לאוין, אע"כ דכיון דהעשה אינה סמוכה להלאוין להכי מצי לנתק כמה לאוין ע"ש, וגם בשאגת ארי' הוכיח נמי כן, וכתבו זה לראיה ברורה ע"ש, ולמ"ש אין מזה שום רא"ה, דהא באמת דבריבית אין מנתק כ"א לחד לאו דאל תקח, אבל לאוי דנתינה והשומא אין מנותקים כלל, ועיין לקמן (דף ס"ב ע"א) ברש"י ד"ה פוטרים, תמצא להדיא בלשון רש"י, דגם מה דפטרי ר"נ וראב"י את המלוה היינו רק מלאו דאל תקח, ועיין עוד לקמן (דף ס"ב) בד"ה ר' נחמי' מה שכתבתי ליישב בדרך נכון את קושיית הגאונים באופן אחר, ועיין מה שאכתוב בדבור הסמוך מזה:

וכעת הבוא נבוא ליישב גם שיטת הרמב"ם דס"ל דכל לאו הניתן לתשלומין אין לוקה, וכלל כולם בחדא, ריבית ואונאה וכובש ש"ש דהוי לאו הניתק, וא"כ לדידיה צ"ל בע"כ שאפי' היכי דלא שייך מלקות אפ"ה שייך נמי לאוקמי בב' לאוין, ולענין גודל האיסור שעובר בכמה אזהרות, ויקשה אפוא קושית התוס', אמאי לא מוקי אגזל גופא ולעבור בב' לאוין, ועיין מ"ש המפרשים, וגם עוד נתקשו מפרשי הרמב"ם, דהנה (בפ"א מגזילה) הזכיר לאו דלא תגזול דקאי אגזל, והוא נגד הש"ס דהכא דמוקמינו אכובש ש"ש, וביותר יקשה דבפי"א (מהל' שכירות) כתב גבי עשק דעובר נמי משום לא תגזול, ואיך הרכיב ללאו זה אתרי ריכשי, בגזל ובשכיר, ועיין בל"מ פ"א דגזילה. והנ"ל ליישב כל אלו הסתירות, דהנה בשמ"ק בסוגיין הביא בשם הריטב"א ח"ל לעבור בב' לאוין פי' משום לא תעשוק ומשום לא תגזול וכ"ש דגזלן ממש הוא בכלל והכי גרסינן בגמ' ולוקמי אגזל, ומאן דגריס ולוקמי אריבית ואונאה טועה הוא דהא ודאי שייך טפי גזל בעשק מאידך

עכ"ל, ולכאורה א"א להלום לגירסא זאת, דאי פרכינן ולוקי אגזל, א"כ מאי משני דבענינא דשכיר כתיב, והא ודאי דשייך טפי לאו דגזל אגזל גופא מאושקי ש"ש, דבשלמא לגי' דידן דהקושיא הוא דלוקי אריבית ואונאה, משני שפיר דבענינא דשכיר כתיב, ושייך טפי אשכיר מבריבית, אבל אם הקושיא הוא דלוקי אגזל לא יתיישב תי' הש"ס, אכן ודאי דהפירוש לגי' זאת כן הוא, דהנה אפי' לפום מאי דמוקי דבכובש ש"ש קאי, אגזל גופא ודאי קאי ולעבור בב' לאוין וכקושית התוס', דלא מפקינן לאו דלא תגזול מפשוטו, אלא דס"ל להש"ס דקאי נמי אכובש ש"ש, וע"ז פריך ולוקמי אגזל, פי' אגזל לחוד, דכיון שענין הוא על גזל גופא מנ"ל לומר דקאי נמי אכובש ש"ש, ומשני משום דבענינא דשכיר כתיב, פי' לאו משום דאינו ענין על גזל מוקמינן אותו על שכיר, אלא משום דלאו דלא תגזול קאי בענינא דשכיר ונכתב נמי בוא"ו החבור, משמע דקאי אשכיר נמי, אבל אגזל פשיטא דקאי, ולפי"ז אין מקום לקושית התוס' דלוקי אגזל, הא זה פשיטא דאגזל ודאי קאי, אלא דמשני דקאי על כובש ש"ש נמי, ומוכח דלפי"ז קאי לאו דלא תגזול אשניהם אגזל ואכובש ש"ש, והיינו ממש כשיטת הרמב"ם, ואחרי שהריטב"א העיד דכל מאן דלא גריס כגי' זאת טועה הוא, מנ"ל לעשות הרמב"ם כטועה, ופשיטא שגם הוא יגרוס כן, וסרה מאתו כל הקושיות הללו וז"ב:

ואין להקשות דהא בגמ' משמע דהלאו דלא תגזול מיותר ולא הוצרך אגזל, ומשום דגזל נדע מריבית ואונאה, ולגי' זאת בע"כ דלאו משום דמייתרא הוא, די"ל דבס"ד היה סובר הש"ס דכל היכי דלא מלקינן לא שייך לאוקמי בתרי לאוי, ולהכי כיון דהאיסור דגזל ידעינן מריבית ואונאה לא הוצרך לאו זה אגזל, אבל לבתר דמשני דקאי אכובש ש"ש ולעבור בב' לאוין, ולשיטת הרמב"ם שגם בכובש שכר שכיר לא לקי משום דהוי לאו הניתן לתשלומין ואפ"ה מוקמינן בב' לאוי משום חומר האיסור, א"כ מצי קאי זה ודאי על גזל עצמו ולעבור בב' לאוין, וגם הראב"ד כתב דקאי גם אגזל, וי"ל נמי דסובר כהרמב"ם:

אלא דאכתי צריך ביאור, דלפמ"ש דהרמב"ם סובר דלאו דלא תגזול קאי אגזל גופא נמי ולעבור בב' לאוין, א"כ בגזל גופא יש שני לאוין לאו דריבית ואונאה ולאו דלא תגזול, דשני לאוין הללו הם מחמת חסרון ממון חבירו, וא"כ הו"ל לרמב"ם למיחשב בגזל, צד האיסור דחסרון ממון בתרי לאוי, והוא לא חשב כ"א אחד, עיין (בפ"א מגזילה) שחשב בגזל ג' לאוין, לא תגזול, לא תחמוד, ולא תתאוה, ולפמ"ש בלא תגזול גופא, דהיינו צד האיסור לחסר ממון חבירו הוי תרי, ואפשר לומר דלא חשיב כ"א סוגי האיסור, וסוגי האיסור הוי רק ג', דלאו דריבית ולא תגזול שניהם מסוג אחד הם מצד חסרון ממון חבירו, ולא תחמוד ולא תתאוה סוגים מיוחדים הם, דחמוד היינו כשהפציר ולקח מחבירו,

ותאוה היא בלב תיכף שחשב בלבו עובר בלא תתאוה, ודלא כהסמ"ג שחושב חמוד ותאוה באיסור אחד, ועיין במנ"ח (מצוה ל"ח). ועוי"ל דהרמב"ם לא ימנה כ"א הלאוין דכתיב מפורש, אבל לאו דריבית דאתיא בגזל במה הצד, לא מנה, ומיושב בזה גם מה שחשב הרמב"ם במנין הל"ת דריבית ולא חשיב גבי לוה אלא תרי לאוי, לא תשיך, ולאחיך לא תשיך, והא בסוגיין אמרינן דבלאו דלא תשיך יש תרי לאוי דנשך ודתרבית משום דכתיב נשך נשך וכפרש"י ותוס', ולמ"ש א"ש דאע"ג דלענין איסורא יש בו תרי לאוי מ"מ כיון דמפורש לא כתיב, רק מייתורא דנשך לא מנה אותם, וכעין זה תי' בפנ"י ע"ש:

ומעתה לפמ"ש יצא כנוגה צדקת הרמב"ם במה דס"ל דלאו הניתן לתשלומין לא לקי, והצלנו אותו מכל הקושיות, ומה שהקשה הכ"מ שם מהא דכתובות, דאמרי' כל היכי דאיכא ממון ומלקות מילקא לקי, עמ"ש (לעיל דף נ"ו) במתני' דאלו דברים, ליישב בדרך נכון מאוד, ולבד שלא יקשה על שיטה זאת, אדרבה מפשטות הגמ' יש ראיה לזה, דאילו לשי' התוס', דדוקא לאו הניתק לא לקי, צ"ל דהא דר"נ וראב"י פוטרים את המלוה מן המלקות הוא רק מלאו דאל תקח, אבל לאוי האחרים מלקינן, דהם לא ניתקו וכמ"ש לעיל, ולשון הגמ' משמע דפטרוהו מכל הלאוין, ולשיטת הרמב"ם ניחא, דכיון שניתן לתשלומין לא לקי אשום לאו ודו"ק:

בא"ד אבל בכובש ש"ש לא לקי, ועיין במהרש"א שהקשה הא גם כובש ש"ש ניתק לעשה, בההוא קרא גופא, דכתיב והשיב את הגזילה או את העושק ע"ש, והיה עולה בדעתי ליישב עפמ"ש התוס' (חולין דף פ"א) דהיכי דהלאוין סמוכים לא אתי חד עשה לנתק תרי לאוי, והיכי שהלאוין אינם סמוכים גם חד עשה יכולה לנתק כמה לאוי ע"ש, ולהכי אי מוקמינן אכובש ש"ש דהלאוין הוי סמוכים לא אתי העשה ומנתק, משא"כ בגזל דהלאוין אינה סמוכים יכולה העשה לנתק תרי לאוי שאינם סמוכים, ומצאתי אח"כ בשעה"מ (הלכות חמץ ומצה) שהביא כן בשם הפר"ח וס' מוצל מאש, ואם כי התירוץ הזה נפתח בגדולים, בכ"ז לענ"ד א"א לומר כן, כשנדקדק בשמעתין דפריך כובש ש"ש בהדיא כתיב לא תעשוק שכיר עני ואביון, שזה הפסוק הוא בדברים פ' תצא, ואמאי לא מקשה מקרא דלא תעשוק את רעך האמור אצל לא תגזול דכתיב בפ' קדושים, אע"כ דמכאן מוכח כפי' הרמב"ם (בפ"א מגזילה) דקרא דלא תעשוק את רעך האמור אצל לא תגזול, לא קאי זה על שכר שכיר, אלא אכל עושק היכי שבהיתירא אתי לידו מעיקרא ועשקו אח"כ כגון מלוה ופקדון, ועושק דאמור בשכר שכיר, היינו קרא דלא תעשוק שכיר דפ' תצא, וכיון שכן גם לאוי דעושק אינם סמוכים, דלא תעשוק שכיר רחוק הרבה

מלאו דלא תגזול, ואם כי כובש ש"ש עובר נמי בלאו דלא תעשוק את רעך האמור אצל לא תגזול וכמ"ש (לקמן פ' המקבל) מ"מ כיון דעיקרו של לאו זה לא קאי אשכר שכיר, לא שייך לומר דהעשה לא תוכל לנתקם מפני שהם סמוכים, דזה לא שייך כ"א כשהלאוין הסמוכים באים על ענין אחד כמו בתמורה דכתיב לא יחליפנו ולא ימיר, שניהם על ענין אחד, בזה אמרי' דע"י שהלאוים סמוכים מאלמי אלומי זה לזה ואין כח ביד העשה לנתקן, אבל כששני הלאוין באים על ענינים נפרדים, ודאי אין מסמיכתן שום ראיה, וה"נ כיון דעיקר לאו דלא תעשוק רעך לא קאי אשכר שכיר, ואם כי ממילא ידעינן שגם בשכר שכיר עובר עליו דמ"ש מאיניש דעלמא, מ"מ כיון שעיקרו קאי על איסור אחר לא מיקרו שוב סמוכים. ובזה יישבתי מה שהקשה השעה"מ שם על התוס' דחולין שכתבו דהיכי דהלאוים סמוכים לא מנתק והביאו ראיה מעשה דגזל ע"ש היטב, והק' השעה"מ דהא לאו דלא תגזול ולא תעשוק סמוכים הם ואפ"ה מנתק, אע"כ כשי' התוס' בזבחים (ד' קי"ז) דדוקא היכי שהעשה סמוכה לב' לאוין לא מנתק ע"ש, ולמ"ש א"ש דברי התוס' כפשטן, ומלא תעשוק ולא תגזול אין ראיה דשניהם ענינים נפרדים הם ואינם סמוכים לענין איסור אחד, ועמ"ש לעיל בדבור הסמוך ליישב קושית רעק"א על התוס'. אלא דמצד אחר קשה לי על התוס' דחולין, דהוכיחו סברתן מעשה דגזל דהוי ניתק אע"ג דהיינו עשק והיינו גזל ויש בזה גם לאו דלא תעשוק ע"ש, וא"א לי להלום דבריהם, דאי נימא דמעשה דגזל קא מקשי אמאי דחי והא איכא בזה לאו דלא תעשוק, הא ודאי דבגזל אין עובר משום לא תעשוק, ולהיפך הוא דבעושק עובר גם משום לא תגזול, אבל זה לא שמענו שבגזל יעבור על לא תעשוק, ורבא נמי דקאמר היינו עשק והיינו גזל ולעבור בב' לאוין, היינו נמי בשכיר מיירי ואי נימא דהקושיא הוא משכיר, דמאי הוי ניתק כיון דאיכא בזה לאו דלא תגזול נמי, הא באמת כתבו הכא דכובש שכר שכיר לא הוי ניתק כלל וצע"ג דבריהם שם, אבל קושית השעה"מ בעיקר היסוד של התוס' מיושב שפיר כמ"ש, וא"כ אכתי נשאר לנו לתרץ קושית מהרש"א הנ"ל אמאי כובש ש"ש לא הוי ניתק, ונ"ל עפמ"ש רש"י בחומש פ' תצא, דקרא דלא תעשק רעך דפ' קדושים, מיירי בשכיר עשיר, וקרא דלא תעשק שכיר עני דפ' תצא מיירי בשכיר עני לעבור בעני בב' לאוין והוא מן הספרי ע"ש, ולפי"ז י"ל דבקרא דעשה דעושק כתיב ביה נמי, או עשק את עמיתו, דהוי דומיא דלא תעשוק רעך דמיירי בעשיר, וי"ל דדוקא לאו דעשיר ניתק, אבל לאו דשכיר עני לא ניתק כלל, והכא דמוקמינן הלאו דלא תגזול בשכיר עני, כמו שמשמע מפרכת הש"ס דפריך אח"כ מקרא דלא תעשוק שכיר דמיירי בעני, ולאו זה לא ניתק ולהכי שפיר לקי, וזה נ"ל נכון, ועיין מ"ש הפנ"י:

דף סא:

ברש"י ד"ה לא תגנובו כו' לילף מריבית ואונאה ע"ש, ובשמ"ק הקשה עליו דלמה כתב כן, דהא מאונאה לחוד שמעינן ליה, דהא ליכא למיפרך מה לאונאה שכן לא ידע דמחיל דגניבה נמי הכי הוא ע"ש. ונ"ל ליישב, דהנה בלא"ה יש להבין במה דפריך מה לאונאה שכן לא ידע, הא אפי' היכי דידע שיש בה אונאה נמי מצי לתבוע אונאתו, דכן הוכיח הר"ח והמרדכי מעובדא דורשכי (לעיל דף נ"א ע"א) הובא ברמ"א (חו"מ סי' רכ"ז) ועמש"ש ובדף נ"ב ע"א בחדושינו לרש"י שם, וצ"ל דהפירכא לאו דוקא מלא ידע, אלא מהמחילה הוא עיקר הפירכא דבאונאה כיון שלא ידע א"כ לא מחיל, ואפי' בדידע נמי אמרינן דלא מחיל אלא דעתו לתבוע האונאה, ובהכי יתיישב לשון רש"י לעיל בסמוך ד"ה לא לכתוב בגזל, וז"ל מה לאונאה שכן לא ידע דמחיל תאמר בגזל דידע ואיכא למימר דמייאש ומחיל עכ"ל, והוא דקשיא ליה דכיון דעיקר עדיפות דאונאה הוא לאו משום דלא ידע, אלא משום דלא מחיל, וא"כ בגזל אע"ג דידע מ"מ כיון דמסתמא לא מחיל לו והוי כאונאה, ומאונאה לחוד נמי מצינן למילף, ול"ל למילף גם מריבית, לזה תי' רש"י דבגזל הו"א דכיון דמייאש, והיינו דסתם גזילה הוי יאוש והו"א דמחיל, להכי מצרכינן גם ללילפותא דריבית. ולפי"ז מיושב גם הכא, דבגניבה נמי נהי דבצד זה דלא ידע דומה הוא לאונאה, מ"מ הנושאים אינן שווין, דבאונאה הוי שפיר מעליותא במה דלא ידע, דמשו"ה לא מחיל, אבל בגניבה, במה דלא ידע הוי גריעותא, דאדרבה כיון דלא ידע ממאן לתבוע נימא דאייאש ומחיל ונימא דסתם גניבה הוי נמי יאוש בעלים, דזהו גופא הטעם דמ"ד סתם גניבה יאוש בעלים בב"ק, משום דלא ידע ממאן לתבוע, ולהכי דקדק רש"י דגם בגניבה נילף מריבית ואונאה, אבל מאונאה לחוד א"א למילף דמצי למפרך מה לאונאה שלא מחיל, דכיון דידע ממאן לתבוע ורק האונאה לא ידע, ושפיר אמרינן דכיון שלא ידע שיש בזה אונאה לא מחיל, אבל בגניבה דלא ידע ממאן לתבוע הוי נמי יאוש, וכמו בגזל דמייאש ומחיל, וז"ב:

אכן עיקר סברת רש"י מ"ש דהו"א דגזל שרי כיון דאייאש ומחיל, נהי דהשתא הוי מחילה, אבל עכ"פ גזלן הוא מטעם שהוא גרם להתייאש ולמחול, דע"י שבא בעקיפין לגזול נתייאש ומחיל, וכיו"ב מבואר בנה"מ (סי' שס"א) דאם בא אנס ואיים על הבעלים עד שנתייאש גזלן מיהא הוי, ועיין היטב מ"ש (לעיל דף כ"ו ע"ב) בחדושינו בד"ה והנה נסתפקתי, וצ"ל דהו"א דהתורה לא אסרה לחסר ממון חבירו כ"א במקום שבשום פעם לא יבוא לידי מחילה, אבל בזה שאח"כ בא לידי מחילה, אע"ג דהמחילה גופא באה בסבתו שרי וצ"ע:

בגמ' לא תגנוב ע"מ למיקט, ראיתי מקשים דבגונב ע"מ למיקט ילקה על זה הלאו, ואע"ג דבגניבה ממש פטור ממלקות, היינו משום דהלאו ניתן לתשלומין, אבל בגונב ע"מ למיקט דלא שייך ניתן לתשלומין, דהא התורה לא אסרה מחמת חסרון ממון חבירו, דהא הוא אינו רוצה בממון אחרים דבדעתו להשיבו אח"כ ואפ"ה אסרה תורה א"כ לא הוי ניתן לתשלומין, וא"כ למה לא ילקה ע"ז. ואמנם מאן דמותיב זה לא עין בשמ"ק בסוגיין שכתב דהיכי דגונבו ע"מ למיקט ודעתו להשיבו אינו עובר, אלא דמיירי שגונבו ליקח לעצמו רק שעושה זאת בכדי לצערו ע"ש, ולפי"ז גם בלאו הזה יש חסרון ממון חבירו ושפיר ניתן לחשלומין, אלא דבקצוה"ח (ריש הל' גניבה) הביא בשם הרמב"ם דאפי' אם דעתו להשיבו נמי הוי ע"מ למיקט ע"ש, וא"כ לשיטת הרמב"ם יוחזר הקושיא אמאי אין לוקין, ובאמת ג"ז א"ש דהרמב"ם לשיטתו דסובר דע"מ למיקט אינו איסור תורה כלל, וא"כ בלא"ה לא שייך מלקות, ומה שקשה על הרמב"ם מסוגיא דהכא דיליף זה מקרא, עיין בלח"מ (פ"א דגניבה) מש"ש ליישב:

בגמ' לאו דכתיב במשקלות ל"ל לעבור משעת עשייה, בהגהות הרש"ש הקשה דילמא בא להזהיר אף אם מוזיל לו בכדי חסרון המשקל ועושה כן בכדי להרגיל הקונים ע"ש, וי"ל דהא כבר ילפינן מלא תגנוב ע"מ לשלם כפל, הרי שאפי' במקום דרוצה להנותו ולתת לו יותר אסור, כ"ש בכה"ג שעושה רק לטובת עצמו:

בגמ' אני הוא כו' ממי שמלוה מעותיו ותולה בנכרי, ונראה דעובר משעת תלייה וככל הני, וכ"כ המע"מ שעל הרא"ש, ועיין מה שכתבתי בדבור הסמוך:

תוד"ה שתולה קלא אילן, ואע"ג דעובר כו', עיין במפרשים מ"ש בד"ז, דאמאי לא קשיא להו בריבית ומשקלות דעובר על ריבית ומשקלות. ונ"ל ליישב דודאי היכי שבא באמת לידי עבירה א"צ לכתוב אני ה', לומר שהקב"ה יעניש, דפשיטא:

הוא שד' מעניש לעוברי רצונו, דאל"כ בכל העבירות יכתוב נמי אני ה', ובע"כ דבכל הנהו דכתיב אני ה', היינו משום דעובר בשעת עשייה, והו"א כיון דעדיין לא בא לידי עבירה לא יקבל עונש, לזה אמר אני ה', שיודע מחשבתך שסופך לרמות ולהכשיל בני אדם בזה, וגם במלוה בריבית ותולה בנכרי נמי משעת תלייה עובר וכמ"ש במע"מ שעל הרא"ש, והנה ג"ז צריך לומר דהאיסור משעת עשייה, היינו דוקא בדברים כאלו שסופו לרמות ולהכשיל בני אדם, דאילו בעבירות אחרות לא מצינו שיעבור עליהם בעד המחשבה, ושפיר פי' הרא"ש והשמ"ק דתולה קלא אילן נמי מיירי שבא למוכרו לאחרים ע"ש, ולמ"ש פירושם מוכרח, דאל"ה לא שייך לעבור על העשייה, אע"כ דהאיסור הוא בזה שיבוא לרמות אחרים שיקנו ממנו בחזקת תכלת, ומהי דקאמר לפי"ז שתולה קלא

אילן בבגדו, כיון שאין זה האיסור, צ"ל שבזה גופא מרמה הוא כשרואין שגם הוא לבוש בציצית כאלו, יקנוהו אחרים נמי ממנו, ותוס' הוי ס"ד דהרמאות לא יוכל לבוא כ"א לאחר שילבוש בעצמו ציצית כאלו, ולהכי הקשו ואע"ג דעובר על מצות ציצית, פי' כיון דהרמאות לא יבוא כ"א לאחר שילבש גם הוא, א"כ ל"ל לאשמועינן אני ה' שיענש ע"ז, תיפוק ליה שעובר על מצוה, וכל היכי דעובר להדיא בעת מעשה לא כתב קרא דאני ה' ותירצו לעבור משעת תלייה, פי' שאפי' בזה שהאיסור הוא משום המכשול לאחרים, יעבור ג"כ משעת תלייה, דגם ע"י התלייה בבגדו יוכל לרמות אחרים, כיון שרואים שהוא תלה בבגדו לשם ציצית יקנו אחרים ג"כ, וזה ברור בעיני:

בגמ' אפי' ע"כ יכין רשע וילבש צדיק, והנה הרי"ף והרא"ש כתבו דהבנים פטורים מלשלם מהאי קרא דיכין, והוא תמוה דהא (בב"ק דף קי"ב) יליף זה מקרא דוחי אחיך לדידיה אזהר רחמנא לבריה לא אזהר, וכ"כ התוס' בד"ה יכין, וא"ל דלדידן דקיי"ל דריבית קצוצה יוצאה בדיינין ומפיק ליה מקרא דוחי אחיך, א"כ ליכא ייתורא לענין שאין הבנים צריכין להחזיר, ולזה הוכרחו ללמוד מקרא דיכין, והתם בב"ק רבא הוא דקאמר, ורבא ס"ל דר"ק אינה יוצאה בדיינין כ"א בד"ש חייב להחזיר וכמ"ש בתוד"ה רבא, ואייתר לו קרא דוחי אחיך למעוטי בנים שפטורים אפי' לצאת ידי שמים, דהא ודאי מה שאמר רבא התם, לא טעמא דנפשיה קאמר, דאילו לדידיה דסובר שגם האב אין חייב כ"א לצאת ידי שמים, א"צ קרא למעוטי בנים, דפשיטא שאין הבנים צריכין לצאת יד"ש, כיון שהם לא חטאו אע"כ דלמ"ד דר"ק יוצאה בדיינין קאמר שהבנים פטורים אפ"ה מקרא דוחי, אי כמ"ש בתוד"ה רבא, דלא בא אלא לפרש הברייתא, וראיה לזה דאלת"ה אלא אפי' למ"ד רבית קצוצה אין יוצאה בדיינין צריכין נמי למעוטי בנים, א"כ מאי פריך הש"ס בסמוך על ר' יוחנן, מאי עביד בהאי קרא דוחי אחיך, לימא דלמעוטי בנים שאין צריכין אפי' לצאת יד"ש, אע"כ שלדידי' א"צ כלל למעוטי בנים. והיה נראה לומר דהרא"ש לשיטתו מוכרח לזה, דבאמת יש להבין איך נוכל ללמוד מקרא דוחי למעוטי בנים, הא איצטריך ליה לגופא דריבית קצוצה יוצאה בדיינין, וצ"ל דהך דרשה למעוטי בנים יליף מעמך וכמ"ש המע"מ, ואכן הרא"ש כתב שאע"ג דר' אלעזר מפיק לקרא דוחי אחיך לריבית קצוצה, מ"מ סובר נמי דרשה דר"ע דחייך קודמין ונפיק ליה מעמך ע"ש, וכיון שכן אין ללמוד למעוטי בנים, דוחי אחיך איצטריך לריבית קצוצה, ועמך לדרשה דר"ע, לכך יליף לה מקרא דיכין, אכן באמת ג"ז אין מוכרח, חדא די"ל דמעמך נפיק תרווייהו וכמ"ש הנמוק"י בב"ק, ועוד די"ל דמעוט דבנים יליף מדכתיב אל תקח ולא מקרא דוחי, וכן הוא מפורש בב"ק, ומ"ש התוס' מוחי, היינו משום דסופו דקרא אריש

קאי, אל תקח, ואם לקחת החזר, אבל לברי' לא אזהר וכ"כ רש"י להדיא בסמוך (דף ס"ב ע"א) ד"ה אינהו ע"ש. ומה מאוד יפלא על הנמוק"י ומע"מ שכתבו דמעמך ילפינן למעוטי בנים נמי, ובש"ס מפורש מקרא דאל תקח, ולכן נ"ל שודאי המעוט דבנים יליף מקרא דוחי אחיך וכפשטא דש"ס דב"ק, וכ"כ גם הרא"ש גופא שם, ורק משום דמקרא דוחי הו"א שאין מחויבים להחזיר אבל איסורא מיהא הוי ביד בנים, ואע"ג שכתבתי לעיל דעל הבנים אין חיוב לצאת יד"ש, היינו למ"ד דריבית קצוצה אינה יוצאה בדייניו, שגם האב א"צ להחזיר מדינא, ועל המעות גופא אין שום חיוב השבה, ולהכי אמרינן איהו דעביד איסורא מחויב לצאת יד"ש ולא בנים, אבל אי אמרינן דר"ק יוצאה בדייניו והאב גופא היה צריך להחזיר, א"כ הנהו מעות גופא דאיסורא הם, דהא מחויב היה להחזירם, והו"א שגם הבנים אין רשאים ליהנות מהם, להכי הביא הקרא דיכין לומר שלגבי בנים מותרים לכתחילה ליהנות מהם, וצדיק קרינן ליה, וא"ל דא"כ קרא דוחי עמך ל"ל למעוטי בנים ותיפוק ליה מקרא דיכין, די"ל דכ"ז שלא נדע שיש מיעוט על בנים, מקרא דיכין לחוד לא ילפינן כלל, דהו"א דספור דברים בעלמא הוא, ורק השתא דעיקר הדרשה למעוטי בנים ילפינן מקרא דוחי, שפיר ילפינן עוד מקרא דיכין שמותר ללובשם וליהנות גם לכתחילה, ומיושב דברי הרא"ש שהביא שני הכתובים, קרא דיכין כאן, וקרא דוחי בב"ק, ודו"ק:

ברש"י ד"ה ע"כ ריבית קצוצה וכופין אותו ב"ד להחזיר אם תובעו בחייו ע"כ, ולכאורה משמע מלשונו דהא דר"ק יוצאה בדייניו היינו דוקא אם תובעו, וכ"כ הט"ז להדיא (ביו"ד סי' קס"א) ונסתייע מדברי רש"י הללו ע"ש. ואכן קשה לי לומר שרש"י לזה נתכוון, חדא דא"כ מאי האי דמסיים אם תובעו בחייו, ואי למעוטי דמבנים לא מצי לתבוע, הא כבר ידעינן זה ממאי דקאמר בהדיא, אפי' ע"כ צדיק ילבש, ועוד דבסמוך שהביא הש"ס עיקר הדין דריבית קצוצה, שם הו"ל לרש"י לפרש כן, ומאי שייטי' דמפרש כן כאן שרק אגב גררא מביא הדין דריבית קצוצה לשנויי דוקיא דמתני', ולכן לבי אומר לי דרש"י לא נתכוון לומר שבר"ק בעינן דוקא תובעו, אלא כוונתו יתבאר עפמ"ש בשער המשפט להלכות ריבית (סי' קס"א) דאע"ג דאמרי' שהבנים אינם מחויבים להחזיר הריבית, משום דלדידי' אזהר ולא לבריה, היינו דוקא כשלא תבעו בדין בחייו, אבל אם תובעו ועמד בדין בחייו הו"ל כשאר חוב וגם הבנים מחויבים להחזיר ע"ש, והן הן ממש דברי רש"י, דהכא דמיירי לעיל מינה בענין דין דבנים, וע"ז קאמר עד כאן רבית קצוצה, ואפי' גם הבנים מחויבים להחזיר אם תבע לאב בחייו, והאי תובעו דקאמר רש"י, היינו שתבעו בב"ד ועמד בדין, ומה שהוצרך רש"י לפרש כן, היינו משום דהיה קשה לי' ע"ז דאמר

בש"ס אפי' עד כאן יכין, דלפי"ז אין חלוק לענין דין דבנים בין רישא לסיפא דמתני', ובשניהם אין הבנים מחזירין, וא"כ מאי קאמר כלל עד כאן, הא לשנויי דוקיא דמתני' קאתי להורות החלוק שבין נשך דאורייתא לתרבית דרבנן, ואי לענין זה אין חלוק מאי הביא כלל לדין זה אדוקיא דמתני', ועוד דמאי דקאמר אח"כ ע"כ ריבית קצוצה, לאיזה ענין קאמר לו כלל, אי משום דזה מה"ת וזה דרבנן, הא כבר קאמר הכי לעיל ע"כ של תורה כו', ולפמ"ש בדעת רש"י יהיה פי' הש"ס מדויק מאוד, דהש"ס רצה להורות החלוק בין רישא וסיפא דמתנ', ולאחר שהביא הנ"מ דעד כאן של תורה, וסיפא דרבנן, קאמר דיש עוד נ"מ לענין הבנים, וזהו מה דקאמר ע"כ יכין, ואכן ע"ז השיבו דעד כאן ותו לא, ובע"כ דאפילו עד כאן נמי וא"כ ליכא חלוק בין רישא לסיפא לענין בנים, ומשני דעד כאן ריבית קצוצה, פי' שאפ"ה יש נ"מ לענין הבנים, דעד כאן ר"ק וחייבים הבנים להחזיר כשתובעו בחייו מיהא, מכאן ואילך אבק ריבית ופטורים הבנים לגמרי כיון שגם על האב אין חיוב כ"א בדיני שמים, ולהכי הבנים דלא עבדו איסורא פטורים לגמרי, ולפי"ז מה דקאמר הש"ס, אלא אפילו עד כאן, הכל מן הקושיא הוא, פי' דכיון שבע"כ לומר דאפי' עד כאן, א"כ ליכא נ"מ בין רישא לסיפא לענין דין דבנים, ומשני דעד כאן ריבית קצוצה ואכתי יש חלוק בדין דבנים בין רישא לסיפא, ועיין בכנה"ג שהשיג נמי על הט"ז ודחק מאוד ליישב כוונת רש"י עד שהוא עצמו הרגיש בדוחקו, ולמ"ש הדברים מחוורים, וזה פירוש נאה ומחודד בעז"ה בש"ס ורש"י:

בתוד"ה רבא כו' אע"ג כו', מ"ש התוס' דרבא ס"ל דריבית קצוצה א"י בדייניו, כבר תמהו עליהם מההיא דלקמן (דף ס"ה ע"א) דס"ל לרבא להיפך ע"ש, ובאמת יש להבין מה דחק לתוס' לפרש כן, דהך דב"ק לאו דוקא, וטעמא דאידך מ"ד מפרש וליה לא ס"ל, ולא פירשו להיפך דהך דהכא לאו דוקא וטעמא דר' יוחנן מפרש וליה לא ס"ל וכמ"ש בשמ"ק כן, ואפשר לומר דהתוס' לשיטתייהו לעיל בד"ה לעבור בב' לאוין, דס"ל דכל היכי דלא לקי אין שייך לאוקמי בב' לאוין, וא"כ בע"כ דס"ל דאריבית לקי דאל"ה מאי פריך ולוקמי בריבית, וקשה דהא גם ריבית ניתק לעשה מקרא דוחי, ובע"כ כמ"ש המפרשים משום דהתם רבא קאמר ורבא ס"ל כר' יוחנן ועמ"ש לעיל, וא"כ לשיטת התוספות מוכרחים הם לפרש דרבא ס"ל כר' יוחנן, דאל"ה אמאי לקי אריבית ודו"ק:

דף סב.

ברש"י ד"ה אינהו הוא כו' ע"ש, לכאורה יש להבין מה בעי רש"י בכל האריכות, ואפשר דקשיא ליה דבשמעתין קאמר דוחי אחיך להחזיר הריבית, ועמך לדרשא דר"ע, וא"כ

למעוטי בנים מנ"ל וכמו שהקשה הנמוק"י באמת כן, ותי' דתרווייהו נפקא מעמך, לזה כתב רש"י דמיעוט דבנים הוא מקרא דאל תקח דסיפי' אריש קאי ולאו מוחי, והכי מפורש שם בש"ס דב"ק, ועמש"כ לעיל (דף ס"א ע"ב) בדבור ע"כ יכין:

בגמ' הגזלנין ומלוי בריבית כו' גזלנין מאי אעפ"י שגבו איכא אלא גזלנין מאי נינהו מלוי בריבית ע"כ. וק"ק דהכא דעיקר הקושיא הוא מריבית, לאיזה צורך הוצרך לפרש כלל הך בבא דגזלנין, ונ"ל דבלא זה היינו מפרשים דמה דקתני אע"ג שגבו מחזירין, היינו רק ולצאת ידי שמים, וכדמוקי בב"ק באמת כן, וא"כ לא היה קשה כלל מהך דקתני מחזירין, די"ל שגם בריבית מחויב להחזיר לצאת יד"ש וכפי' הריב"ן שבתוס', ולהכי הקדים לתרץ דגזלנין מאי נינהו מלוי בריבית, וכיון דקרי להו גזלנין מכלל דמחזירין דנקיט היינו מדינא דומיא דגזלנין, ומיושב בזה קושית התוס', דאמאי לא משני גם הכא דמחזירין היינו לצאת יד"ש, דהכא לאו ממחזירין קא מותיב, אלא מהא דקרי להו גזלנין, דמוכח ודאי שמדינא מחזירין דומיא דגזלנין, ובב"ק דמשני לצאת יד"ש, היינו משום דגזלנים גופא נמי אין מחויבים כ"א לצאת יד"ש לאחר התקנה ודו"ק:

וממ"ש יש להביא ראיה לשיטת הריב"ן דלצאת ידי שמים מחויב להחזיר הריבית, דלשיטת התוס' א"כ למה הוצרך הכא לפרש דמלוי בריבית גזלנין קרי להו, ולאשמועינן בזה דמחזירין דקתני בברייתא היינו מדינא וכמ"ש, דהא אפי' ממחזירין לחוד נמי הוי פריך שפיר, דהא מחזירין עכ"פ לצאת יד"ש, ואילו לר' יוחנן פטור לגמרי אפי' לצאת יד"ש, אע"כ כפי' הריב"ן שגם לר' יוחנן מחויב מיהא לצאת יד"ש, וא"כ ממחזירין לחוד אין ראיה, דהו"מ לפרש דמחזירין דקתני היינו נמי לצאת יד"ש, והוכרח לפרש דמלוי ריבית גזלנין הם וא"כ בע"כ מחזירין היינו מדינא וק"ל:

בגמ' ר' נחמי' וראב"י פוטרין המלוה והערב כו', השג"א ורעק"א הקשו דהא בריבית איכא כמה לאוין ואיך יכולה חד עשה לנתקה והא אמרינן בתמורה לא אתי חד עשה ומנתק לתרי לאוי ע"ש, ועמ"ש לעיל (דף ס"א ע"א) בחדושינו לתוד"ה לעבור, ליישב דבריהם, והנראה עוד עפמ"ש רש"י ד"ה פוטרין את המלוה מן לא תעשה ומלקות ע"כ ומשמע להדיא שלאחר שמחזירין הריבית פטורין אפי' מלאו, ואע"ג דבכל דוכתי דאמרינן דהלאו ניתק, היינו רק ממלקות אבל הלאו מיהא עובר, בע"כ דהכא שאני וכמ"ש הפנ"י כיון דגלי קרא דטעם דריבית היינו משום וחי אחיך ולא משום גזל כיון דיהיב לו מדעתו, ולהכי אם מחזיר הריבית ליכא אפי' לאו, וא"כ אין מקום לדברי הגאונים, דהא דאמרי' דאין עשה מנתק לתרי לאוי, היינו בכל האיסורים דהלאוין מיהא קיימין אפי' לאחר הניתוק, ואתה רוצה לנתקן ממלקות, שפיר אמרינן דאין חדא עשה

כחה יפה לנתק תרי לאוי ממלקות, אבל הכא בריבית שאחר החזרה לא נשאר עוד שום איסור ואין מה לנתק, ולהכי אע"ג דאיכא כמה לאוין אפ"ה לא מלקינן כיון דלא נשאר שום איסור, מהיכי תיתי ילקה, ודו"ק כי זה נכון:

תוד"ה לא מאי קום עשה וכו', והמקשה לא הבין טעמו יפה כו', עיין במהר"ם ובפנ"י שמקשין העולם למה הוצרכו התוס' לכתוב לפי פירושם שהמקשן לא הבין טעמו יפה הא גם לפרש"י נמי צ"ל דלא הבין המקשה טעמו יפה ע"ש, וכאשר זכיתי לעמוד על דברי הראשונים המובאים בשמ"ק עלה בידי לפרש בלי גמגום, דלפרש"י דכו"ע אין מחזירין ולא הוי לאו הניתק, י"ל דמה שהשיב המתרץ, לא מאי קום עשה לקרוע שטרא, אין זה משום דלאו דלא תשימון קיל ליה מאינך לאוי דריבית, אלא כוונת המתרץ דאינו ר"ל כדס"ד מעיקרא דהפטור הוא משום דניתק לעשה, אלא רצה לומר מפני שיש בה קום עשה, כלומר שיש בו תקנה לקרועי שטרא, ות"ק ס"ל דכמו דאינו ניתק, ה"נ לא מהני תקנתא דקרועי שטרא, והמקשה הבין יפה טעמו של המתרץ, דלר"נ וראב"י הוי הטעם משום תקנה דקרועי שטרא, ע"ו פריך המקשה מאי סברא היא זה דליתקן בקריעת השטר, אי שטר העומד לגבות כגבוי כו' ומשני דלא כמתרץ הראשון, דטעם דר"נ הוי משום תקנתא דקרועי שטרא, אלא דפליגי בלאו דלא תשימון אי שומא מילתא היא, ות"ק ס"ל מילתא, ור"נ וראב"י ס"ל דלאו מילתא ואין כאן איסור, ולפי"ז מתרץ השני דמתרץ דפליגי בשומא, אין זה כמתרץ הראשון, ותי' אחר לגמרי הוא, ושפיר הבין המקשה טעמו של המתרץ הראשון, ומשום דלא מסתבר לו כתירוצו, להכי השיב תירוץ אחר, וכ"ז הוא לשיטת רש"י, אבל לשיטת התוס' דכו"ע מחזירין דהוי לאו הניתק, וא"כ לא נוכל לפרש כוונת המתרץ, דמאי קום עשה לקרועי שטרא, שזהו בכל הלאוין דריבית ומשום תקנה אחרת ות"ק לית ליה התקנה, דנהי דתקנה זה דקרועי שטרא לית ליה, אכתי יפטור מטעם דהוי לאו הניתק, ובע"כ דדעת המתרץ הוא גם מתחלה, דבכל הלאוין כו"ע פוטרין משום דהוי ניתק, ורק בלאו דלא תשימון פליגי, שלאו הזה ודאי לא ניתק, דוחי אחיך לא קאי עליה, ות"ק ס"ל דכיון דלאו זה לא ניתק ושומא מילתא היא להכי חייב, ור"נ וראב"י ס"ל דשומא לאו מילתא היא, ונהי דלאו זה לא ניתק, מ"מ פטירי משום דשומא לאו מילתא היא, והיינו ממש כמו שמסיק בתר הכי דפליגי בשומא מילתא, וא"כ מאי פריך המקשה אי כגבוי, מאי ניחא לו אח"כ יותר מבתחילה, הא גם כוונת מתרץ הראשון כן הוא, דבשומא מילתא פליגי, אע"כ דהמקשן לא הבין טעמו יפה וז"ב:

בא"ד והיכי דלא גבה עדיין, עמ"ש מזה בדבור הסמוך:

בא"ד וי"ל דהיינו כשהערב לא קיבל כו', ועיין היטב מה שכתבתי בדבור הסמוך באריכות גדול:

בגמ' והא קמ"ל דשומא מילתא, הן למסקנא דלא פליגי כ"א בלאו דלא תשימון, אבל בשארי לאוין דריבית לא פליגי כלל, ולפרש"י דכו"ע אין יוצאה בדיינין, ומחייבי מלקות בכולם, ולתוס' דכו"ע ס"ל דיוצאה בדיינין ופטור בשארי לאוין אליבא דכו"ע, ורק בלא תשימון לחוד פליגי, ניחא מה דקתני בברייתא פלוגתייהו במלוה וערב, ולא הזכיר הלוה והעדים, והיינו משום דלאו דלא תשימון ליכא כ"א במלוה וערב, אבל לס"ד דפליגי בזה אם ריבית הוי לאו הניתק או לא, ור"נ וראב"י דפטרי היינו משום דס"ל יוצאה בדיינין והוי לאו הניתק, א"כ מ"ש מלוה וערב דנקיט, אפי' בלוה ועדים נמי הו"ל לפטור, ומכאן נראה ראיה ברורה למ"ש (לעיל דס"א ע"א) בחדושינו לתוד"ה לעבור, דאפי' למ"ד דריבית הוי ניתק לעשה מקרא דוחי אחיך, היינו דוקא במלוה, ובמלוה נמי לאו כל הלאוים דאיתא ביה מנותקים, אלא רק לאוי דלקיחה, דכיון דהאיסור הוא לקיחת הריבית, וכשמחזיר נמצא דלא מידי עביד, אבל שארי לאוין דבמלוה, כגון לא תשימון ואת כספך לא תתן, כיון דהפסיקה גופא הוי האיסור, וכן ההלואה עצמה אסורה מלאו דאת כספך לא תתן, אינם מתוקנים בהשבה נמי וכ"ש דלאוין האמורים בלוה אינם מתוקנים, וכ"כ הרמב"ן בתשובה דלאוי דלוה אינם מתוקנים בחזרה, והכי מוכח להדיא ממאי דקאמר הכא דלאו דלא תשימון לא הוי ניתק, ומשום דמשעת פסיקה עביד שומא, ואפי' מאן דפוטר היינו משום דשומא לאו מילתא היא ולא עשה שום איסור, אבל אי שומא הוי מילתא ועביד איסורא, היה חייב לכו"ע, דמצד ניתוק אין לפוטרו משום דאינו מתוקן בחזרה, וה"נ לאו דאת כספך וכדומה, דמשעת נתינה קא עביד איסורא אין מנותק בחזרה, וכן מוכח נמי מלשון התוס' בד"ה לא מאי קום עשה, דאפי' למאי דס"ד, לא פליגי כ"א בלאו דאל תקח ולא בשארי לאוין, והיינו כמ"ש דבשארי לאוין כו"ע מודו דלא הוי ניתק, ולפי"ז א"ש מה דלא הזכירו פלוגתתם בלוה, דבלוה לכו"ע חייב מלקות לס"ד כיון דלא הוי ניתק, וכן בעדים, דלאו שלהם נמי אין מנותק, וזה פשוט וברור בעיני, ולא הוצרכתי להאריך כ"א מפני שהרבה אחרונים לא הבינו כן, אלא דלמאן דאמר דניתק הוי כל הלאוין מנותקים וכמ"ש לעיל ע"ש היטב:

ואמנם בכדי לתרץ גם דעת האחרונים, שלא יקשה עליהם מהך דהכא, נ"ל שאפשר לומר דכל הלאוין דריבית הוי מנותקים, והוה"ד דגם לאוין דלוה נמי, והא דלא נקיט פלוגתייהו גבי לוה, יש ליישב בדרך חדוד, דהנה בתוד"ה לא מאי, הקשו דאיך ס"ד דפליגי באל תקח הא אמרי' לקמן דערב אין עובר אלא משום לא תשימון, ותי' דהכא מיירי שהערב

קיבל מן הלוה ע"ש, והסבר הדברים יש ללמוד ממ"ש הרמב"ן הובא בחי' רעק"א, דאם המלוה עצמו גובה מן הלוה אז אין על הערב שם לוה ומלוה, אבל אם המלוה גובה מן הערב כגון בערב קבלן והערב חוזר וגובה מן הלוה, הוי על הערב שם לוה ומלוה, דמה ששילם להמלוה לא היה זה בשביל הלוה אלא בשביל עצמו, דגם הוא היה חייב כיון דערב קבלן הוא, ומצד זה הוי עליו שם לוה, ומה שיגבה אח"כ מן הלוה הוי בזה כמלוה, ולזה כתבו דהכא מיירי נמי שהערב קיבל מן הלוה, היינו שהוא גבה לעצמו ומה שנתן להמלוה הוי נמי בשביל עצמו דהוי בזה כמלוה ולהכי חייב באל תקח כמו המלוה, וכזה יש לכוון גם בתירוץ התוס', והנה זה פשוט דכמו דערב כזה חייב בלאוי דמלוה מצד שהוא לוקח הריבית מן הלוה והוי בזה כמלוה, הוא הדין שחייב נמי בלאוי דלוה, דהא שם לוה נמי הוי עליו וכמ"ש, ולת"ק דמחייב לערב מחייבינן אותו בכל הלאוין, הן מצד ערב, והן מצד לוה ומלוה, ולר"נ וראב"י דפטרי יפטור ג"כ מכולהו, ולהכי לא הוצרך למינקט לוה, דממה דפטרי לערב ידעינן שהוא הדין דהלוה פטור דהא הכא בע"כ בערב כזה שהוא לוה מיירי וכנ"ל, וא"ל דא"כ גם מלוה לא ליתני, דהא הערב הוי גם מלוה, דהא זה וודאי שאע"ג שהערב הזה שם מלוה עליו, אפ"ה לא בכל האיסורין שיש במלוה יתחייב הערב, דמלוה עובר בכמה עבירות חלוקות, השומא, ההלואה, דהיינו הנתינה ללוה מקרא דלא תתן, הלקיחה מקרא דאל תקח, והערב הזה שנוטל מן הלוה את הריבית, רק באיסור דלקיחה הוי כמלוה, אבל בנתינה לא הוי כמלוה, דהא הוא לא נתן בידיו ללוה, והיינו דדייקי התוס' שדוקא באל תקח מחויב הערב, דאילו בלאו דנתינה ודאי שאין הערב עובר, וכיון שיש לאוין במלוה שאינו בערב, הוצרך לאשמועינן גם מלוה בפני עצמו, דפטור נמי בהנהו לאוי דליתא בערב, אבל בצד זה שהערב הוי כלוה, הוי כלוה ממש, דכל האיסורים שהלוה היה עובר, עבר הערב נמי בזה שנתן הריבית ליד המלוה, וכיון שנקיט ערב ידעינן ממילא בלוה ולא איצטריך למינקט שוב לוה, ודו"ק היטב כי עצה נכונה היא:

והנה המדקדק בלשון התוס', דהכא מיירי שקיבל ריבית מן הלוה ונתנם למלוה, מלשון זה משמע שהתוס' נטו קצת מפירוש הרמב"ן, דאילו לפי' הרמב"ן, דמעיקרא גבה המלוה מן הערב ואח"כ חזר הערב וגבה מן הלוה, הוי על הערב שם לוה ומלוה, משא"כ לפי' התוס', דהערב כששילם לא בשביל עצמו שילם, לא הוי עליו שם לוה, ורק בזה שקיבל בידיו הריבית מן הלוה ועשה פעולת המלוה הוי שם מלוה עליו, ועיין בחי' רעק"א שתמה למה הוצרכו התוס' לזה ולא פי' כפשוטו, דהמלוה תבע להערב ואח"כ חזר וגובה מן הלוה, ע"ש, ולמ"ש ניחא ובכוונה מיוחדה כתבו כן, דהנה למה שכתבתי לדקדק

מלשון התוס' שכתבו דבס"ד רק באל תקח פליגי ולא בשארי לאוי, היינו משום וסבירא להו שרק לאו הזה מתוקן בחזרה אבל שארי לאוין שבמלוה אינם מנותקים כלל, ולפי"ז כ"ש דלאו דלוה אין מנותק וכמ"ש, וא"כ אי מיירי הכא שהערב הוי גם לוה, היה קשה באמת אמאי פוטר להערב, הא הערב הוי לוה וקא עבר על לא תשיך כדין לוה דעלמא, ולאו זה לא ניתק כלל, וזהו מה שקשה לפי' הרמב"ן וכמו שהרגיש הוא עצמו בקושי' הזאת, להכי כתבו התוס' ליישב גם קושי' הזאת, דלא מיירי הכא שהמלוה גבה מן הערב, אלא מיירי בערב שגבה מן הלוה ונתן למלוה אלו המעות, דבזה לא הוי הערב כ"א מלוה, ולהכי פטרו אותו ודו"ק היטב:

אכן אכתי מה נענה לשיטת הרמב"ם (בפי"ח מסנהדרין) דלאו דוקא לאו הניתק לעשה אין לוקין אלא דכל לאו שבממון כיון דניתן לתשלומין ולהישבון אין לוקין, ולפי"ז ודאי שלאו דוקא מלאו דאל תקח פטרי הכא, אלא הוה"ד בשארי לאוין נמי פטרי כיון דניתן להישבון וכמ"ש להדיא טעם זה (בפ"ד ממלוה) וא"כ אכתי יקשה מ"ש מלוה וערב דנקיט, ולא הזכירו גם ללוה, דתירוצים שכתבנו לא שייך לשי' הרמב"ם, דתי' הראשון שכתבנו משום דהנהו לאוין לא ניתקו ומחייבי בהו, ודאי לא שייך, דאכתי יפטרו מטעם דניתן להישבון, וטעם הב' דהערב גופא הוי לוה נמי לא שייך, דלדידיה א"צ כלל לאוקמיה בערב כי האי, דאילו לפי' התוס' דלס"ד אינם פליגי כ"א באל תקח ולא בלאו דלא תשימון, דהא לאו הזה ודאי דלא הוי ניתק ובס"ד פליגי בדבר הניתק, ושפיר קשיא להו דא"כ בערב ליכא לאו דאל תקא, ובמה יפלגו בערב, והוכרחו לפרש דמיירי בערב שהוא לוה ומלוה, דאיכא ביה נמי לאו דאל תקח, אכן לשיטת הרמב"ם צ"ל דהא דפטרי ר"נ וראב"י היינו מכל הלאוין, ואפי' מלא תשימון נמי ומשום דהוי ניתן לתשלומין, ורק דבס"ד פליגי אי הוי ניתן כלל לתשלומין, דלת"ק דמחייב וס"ל דריבית אינה יוצאה בדיינין לא הוי ניתן כלל לתשלומין, וכיון שכן לא קשה כלל קושית התוס' דנהי דערב ליבא בלאו דאל תקח, אפ"ה שפיר נקטי' בברייתא משום דבלא תשימון מיהא איתא, ולפי"ז אין הכרח כלל לומר דאיירי בערב שהוא לוה, וא"כ קשה מ"ש מלוה וערב דנקט ולא לוה, ולע"ע אין לי עצה בזה, והייתי מסתפק במ"ש הל"מ (פ"ד דמלוה) לפי דרכו שם, דמלוה וערב לרבותא נקטיה, דאע"ג דאינהו לקחו הממון שהערב לקח מן הלוה והמלוה מן הערב אפ"ה פטורים וכ"ש לוה ע"ש, אלא דלמ"ש אן מוכרח זה לשי' הרמב"ם שהערב לקח המעות מן הלוה, דתוס' לא כתבו הכי כ"א לשיטתם וכמ"ש, אבל לשי' הרמב"ם א"צ לאוקמי הכי וצ"ע:

ומדי דברי ברמב"ם הזה, אדבר עוד מעט, הן הל"מ שם הרבה להקשות עליו שחשב כל הנהו לאוין דבמלוה ולוה וכתב דממלקות פטורים הן הלוה והן המלוה מכל הלאוין ומשום ניתן להישבון, וכמאן מפרש הרמב"ם להא שמעתתא, אי כרש"י ז"ל, הא לפי פירושו מסקנא דלא כר' אלעזר אלא כר' יוחנן דר"ק אינה יוצאה בדיינין, ואיהו פסק דניתן להישבון והיינו כר' אלעזר, וגם כפי' התוס' לא אתי שפיר, במאי דפטר גם מלא תשימון דהא לפי' התוס' נמי פלוגתייהו בלא גבה, אי הוי שומא מילתא, אבל בשגבה כו"ע ס"ל שומא מילתא היא ומחייבי וכמ"ש בתוס', והרמב"ם דמיירי גם בשגבה ואפ"ה פטר גם מלא תשימון וא"כ כמאן יפרש ע"ש, ולעד"נ משום הא לא איריא כלל, דאפי' בתוס' לא ברירא מילתא כל כך דדוקא בלא גבה פליגי ועיין במהרש"א שמסופק בזה ומצדד די"ל נמי דבגבה פשיטא דפטור, ומה שנסתפק למהרש"א פשיטא ליה לרעק"א בחדושיו, דבגבה ודאי דפטור, דמה בכך דהלאו לא ניתק מ"מ כיון דחייב ממון על הגבייה, דהא קיימינן השתא דיוצאה בדיינין איך חייב מלקות הא אינו לוקה ומשלם ע"ש, ואפי' אי נימא דדעת התוס' דבגבה כו"ע מחייבי, היינו רק לשיטת התוס' שדוקא לאו הניתק לעשה פטור, ולהכי בלאו דלא תשימון כיון שאינו ניתק מחייבי, ובלא גבה דפטרי ר"נ וראב"י משום דשומא לאו מילתא היא, אכן לשיטת הרמב"ם דלאו שניתן להישבון אין לוקין ואפי' גבה פטור כיון דניתן לתשלומין, וי"ל להיפך דבגבה דניתן להישבון כו"ע פטרי, ופלוגתייהו בלא גבה, דכיון דלא גבה אין מה להשיב עוד ולא ניתן להישבון, ולהכי מחייב הת"ק דס"ל שומא מילתא היא, וא"כ א"ש דהרמב"ם סובר כפי' התוס' דלמסקנא לכו"ע יוצאה בדיינין ופליגי רק בלא תשימון היכי דלא גבה, אבל בגבה כו"ע ס"ל דפטור ומשום דניתן להישבון, או משום דאין לוקה ומשלם, וא"צ להדוחקים שדחק הל"מ, וזה נכון בעזה"י:

דף סב:

ברש"י ד"ה ובדיננו אין מחזירין, לקמן (דף ס"ו ע"ב) בחדושינו לתוד"ה התם, הארכתי בכוונת רש"י דהכא ע"ש היטב:

ברש"י ד"ה אעפ"י שאין לזה יש לזה ויכול לקנותו עכשיו כו', עמ"ש בזה בסמוך בחי' לתוד"ה אעפ"י, לבאר שי' רש"י בכמה גווני:

תוד"ה לקח, הקשו על פרש"י, ועיין לקמן (דף ס"ג ע"א) בחדושינו לרש"י ד"ה ושמע מינה והוא שיש לו, שכתבתי ליישב:

תוד"ה אעפ"י שאין לזה כו' דאע"ג דלא משך חיטין אין זה ריבית כיון שאם היה בא מוכר לחזור הוי במי שפרע חשיבי כנתייקרו ברשותו ע"כ ע"ש, ובפנ"י הרבה לתמוה על ד' התוס' הללו, מי הכריח אותם לפרש טעם זה שלא נזכר כלל, ולא ניחא להו הטעם, מפני שאין בזה הנאה ללוקח שיכול להשיג במקום אחר ואין כאן ריבית, דטעם הזה אמרו רבה ורב יוסף לקמן (דף ס"ג ע"ב) משום דא"ל שקול טיבותך ושדיא אחיזרי ע"ש. ונ"ל ליישב בטוב טעם, דהנה כאשר נעיין בלשון רש"י ד"ה יש לזה, ובכולה סוגיין, שפי' הטעם משום דהמוכר יכול לקנות במעות שקיבל, ולכאורה כעין טעם דרבה ור"י הוא, משום דלא מיתהני מידי, אכן באמת שינה נמי מטעם רבה ור"י, דאילו לטעם דרבה ור"י משום דהלוקח יכול לקנות, ורש"י פי' משום דהמוכר יכול לקנות, וג"ז צריך טעמא למה שינה מטעם המוזכר בש"ס, וי"ל נמי דטעם רש"י הוא כפי' התוס', לאו משום דלא מיתהני, אלא משום שקנה הלוקח כיון דאם בא לחזור הוי במי שפרע, ואם שלא זכר כאן כיון דקונה אותו לענין מי שפרע חשיב כאילו ברשותו, סמך על מ"ש כן לקמן (דף ס"ג), ואיך שיהי' כוונת רש"י הכל קשה למה לא ניחא לו בטעם דבש"ס:

וב השקפה ראשונה היה נ"ל לתרץ דעת רש"י, משום דעל טעם דרבה ורב יוסף דמאי אהנית לי, יש להקשות, נהי נמי דלגבי לוקח ליכא ריבית משום דמצי א"ל מאי אהנית, מ"מ למוכר הא איכא ריבית דכשנתייקר השער אח"כ לא היה נותן לו הפירות כשער הזול אלא מפני שהקרים לו המעות, ומאי חזית דאזלת בתר לוקח זיל בתר מוכר וכדאמרינן כן לקמן (דף כ"ה ע"א) גבי טרשא דר"פ, דפריך נמי הכי מאי חזית דאזלת בתר דידך זיל בתר דידהו דאילו הוו להו זוזי הוו שקילי כדהשתא, וה"נ נימא כן, ולכן י"ל דרש"י סובר דרבה ורב יוסף דסמכי על טעם דמאי אהנית, אפשר שס"ל נמי התם כטרשא דר"פ, וכדס"ד התם, אבל לדידן דפסקינן דלית הלכתא כטרשי דפפונאי ולא סמכינן אטעם זה דלצד המוכר ליכא ריבית, וכיון שלגבי הלוקח יש ריבית אסרינן, ממילא שלא נוכל לסמוך גם אטעם דרבה ור"י, ולזה הוכרח לטעם אחר, והיינו משום דהמוכר יכול לקנות בדמים שקיבל והוי כמי שיש לו, וביש לו מותר לפסוק לכו"ע דברשותו אייקר, ולפי"ז א"ש גם התוס', דגם התוס' יסברו כרש"י שטעם דרבה ור"י אין מספיק לדידן ובע"כ דהטעם משום דכיון דהמוכר יכול לקנות והוי כמי שיש לו בביתו, אלא שהתוס' הוסיפו נמי לבאר, דהא ביש לו גופא מ"ט שרי משום דאמרינן דשלו הוא דאייקר, והא הכא אכתי לא משך ולא קנה, ותי' כיון דיש לו מי שפרע חשבינן כאילו ברשותו אייקר, ואשמועינן התוס' בזה דין חדש, דאפי' כשנותן מעות על פירות שאינן עדיין בביתו ולא הוי דבר מסוים, אפ"ה מגיע מי שפרע להחזור, ודלא כמ"ש השמ"ק

לקמן בשמעתתא דמה לי הן, דהא דכסף קונה לענין מי שפרע, היינו דוקא כשקונה דבר המסוים, כן היה אפשר לומר בטעם דרש"י ותוס', אלא דמדברי הפוסקים לא משמע כן, דכל הפוסקים הביאו לטעם דרבה ורב יוסף דמאי אהנית, וגם הרא"ש הביאו, הרי שגם אליבא דאמת קיי"ל נמי כטעם זה, ולאחר העיון אמנם הצדק כהפוסקים, שאפי' לדידן דלא קיי"ל כטרשא דר"פ, אפ"ה בטעם דרבה ורב יוסף שפיר נוכל לסמוך, משום דלא דמי כלל לטרשא דר"פ דהתם רק למוכר אין זה ריבית ומשום דאין לו ריוח דמצי אמר שכראי לא פסיד כו', הא ללקוחות יש הפסד, דאילו הוו להו מעות היו לוקחים כשער הזול, ולהכי שפיר קא מותיב מאי חזית דאזלת בתר מוכר זיל בתר לוקח, אבל הכא כמו שללוקח אין ריוח דהיה יכול לקנות במעות שנתן, מטעם זה גופא גם המוכר אין לו הפסד, דהא גם הוא היה יכול לקנות כל התבואה במעות שקיבל, ונמצא שלא זה נהנה ולא זה חסר, ואין כאן ריבית בשום צד ולהכי שרי וזה נכון, וא"כ אכתי יוחזר הקושיא על רש"י ותוס' למה מיאנו בטעם דרבה ור"י המבואר בש"ס:

ולכן נ"ל דמ"ש רש"י הטעם דיכול המוכר לקנות במעות שקיבל, לא נתכוון לומר שמשום זה חשבינן כאילו יש לו כבר וברשותו דלוקח אייקר וכפי' התוס', דזה אינו דכיון שהפירות אינן עדיין בבית המוכר ולא הוי דבר מסוים לא קנה לוקח אפי' למי שפרע וכמ"ש בשמ"ק הנ"ל, ואע"ג דבסמוך (דף ס"ג) ד"ה יש לו, כתב רש"י כסברת התוס', דכיון דאם בא לחזור קאי במי שפרע חשיב כאילו ברשות לוקח, היינו התם דמיירי שהתבואה הוא ברשות מוכר דכיון דהוי דבר המסוים שפיר קנה אותו ע"י ההלואה למי שפרע, אבל הכא דמיירי שאין למוכר תבואה לא קנה אותם הלוקח, ורש"י יפלוג עם תוס' דס"ל שאפי' בכה"ג קנה, אלא כוונת רש"י הוא, דכיון שהמוכר יוכל לקנותם ע"י המעות, א"כ אין לו שום הפסד בזה, דהא יכול הוא לקנותם במעות שקיבל, וכוונתו מבואר לפמ"ש דאפי' לטעם דרבה ור"י דההיתר הוא משום שללוקח אין הנאה, בע"כ צריך לומר שגם למוכר לא יהיה הפסד, דאם למוכר יש קצת הפסד לא מהני להתיר טעם זה, דמאי חזית דאזלת בתר לוקח זול בתר מוכר, וכמו דפריך הכי לגבי טרשא, אע"כ דהכא מזה הטעם שללוקח אין הנאה, שיכול לקנות במקום אחר ע"י המעות שנתן, מזה גופא אין גם למוכר הפסד, ומפני שבש"ס קיצרו בלשונם ולא כתבו כ"א זה הצד דללוקח אין הנאה להכי בא רש"י להזכיר לצד החסר בש"ס והוא שגם למוכה אין הפסד אבל, בעוקר הכוונה זהו גופא טעמו של הש"ס, דמפני שלזה אין הנאה ולזה אין הפסד להכי שרי, וטעם דרש"י זהו גופא טעם הש"ס דשניהם הוי באמת טעם אחד, אלא שרש"י

הזכיר מפורש לצד החסר שבש"ס, והיינו דלא זכר כאן רש"י כיון דקנה לענין מי שפרע, ומשום דהכא לאו משום קנין הוא, דבאמת לא קנה הלוקח, ודו"ק כי זה ברור בעזה"י:

ואמנם אכתי פש גבן לברורי טעם התוס' דס"ל להדיא דהטעם הוא משום דהוי כיש לו וקנה הלוקח וכאילו ברשותו נתייקר ונ"ל לפמ"ש כמה פוסקים דהא דשרי לפסוק ביש לו חיטין לאו דוקא חיטין, אלא אפי' יש לו מעות למוכר נמי מותר דהוי כמי שיש לו חיטין, ועיין בט"ז (יו"ד סי' קס"ג) שפוסק כן לדינא דלא בעינן כלל שהלוקח יתן המעות, אלי אפי' אם יש לו למוכר מעות משלו נמי מותר ע"ש, ולפי"ז י"ל דגם התוס' סברי הכי כהפוסקים הללו, ולהכי הוכרחו לטעם שכתבו הם, דאילו לטעם דבש"ס אין מועיל כ"א במקום שהלוקח יתן המעות, דאז שפיר יוכל לומר הלוקח מאי אהנית לי, במעותיי הייתי יכול לקנות בכל מקום, אבל אם הלוקח לא יתן מעות אע"ג דהמוכר יש לו במה לקנות ממעות של עצמו, לא שייך טעם דרבה ור"י, ואילו לטעם שחדשו הם, שכיון שהמוכר יכול לקנות הוי כמו שיש לו בביתו תבואה, אפי' אם הלוקח לא יתן מעות אלא שיש למוכר מעות של עצמו במה לקנות תבואה נמי שרי, ולהכי לא הספיק לתוס' טעם דבש"ס, שטעמם יפה ומועיל במקום שהלוקח יתן מעות, ומפני שסבירא לתוס' שאפי' אם יש לו משלו נמי מותר, הוצרכו נמי לטעם שכתבו הם, ולפמ"ש הט"ז והפנ"י שגם רש"י ס"ל כהפוסקים הללו, א"כ י"ל נמי דגם טעם דרש"י הוא כפי' התוס', לאו משום דלא מיתהני, אלא משום דחשיב כיש לו, והוצרך לטעם זה נמי וכמ"ש לשיטת התוס'. אלא דלשון רש"י ד"ה יש לזה, שדייק לכתוב ויכול לקנותו עכשיו בדמים שקיבל, וכן לקמן בסוגיא דמה לי הן, דייק לשון רש"י דלא ס"ל כהנהו פוסקים, אלא ס"ל שדוקא כשהלוקח יתן מעות משלו, וכן הבין הב"י ברש"י, ולכן לא נ"ל ברש"י לומר הכי, וגם למ"ש לקמן (דף ס"ג), משמע שגם התוס' לא ס"ל הכי, דאל"ה לא היו מקשים על פרש"י בד"ה לקח ע"ש, וא"כ אכתי יוחזר הקושיא על תוס' דלמה מיאנו בטעם הש"ס:

ולכן נ"ל פי' מרווח ביותר, שודאי טעם דתוס' הוא עדיף מטעם דרבה ור"י, כיון דלטעם דידהו אין זה ריבית כלל, אחרי שנחשב כאילו יש לו וברשות לוקח נתייקר, אלא שס"ל שטעם זה לא מהני כ"א היני שיצא השער הברור והוא שער של עיירות, דאז כיון שבקל יכול המוכר לקנות חשיב כאילו יש לו ברשותו, אבל בלא יצא כ"א שער שבשוק, שאז לא בנקל יוכל למצוא עדיין בכל מקום, ורק ע"י קצת טירחא, לא נוכל לחשוב כאילו יש לו החיטין בביתו, באשר עוד מחוסר מעשה הקנייה שבקל לא ישיגם, ולכן על שער שבשוק הוצרך הש"ס טעם אחר. ומדוקדק מאוד לפי"ז לשון הש"ס לקמן (דף ס"ג ע"ב) מ"ט פוסקין על שער שבשוק, כלומר שעל שער של עיירות לא מיבעי בש"ס כלל, דפשיטא

דשרי מטעם דחשיב כיש לו בביתו ואין כאן ריבית כלל וכפי' התוס', ואלא דוקא על שער שבשוק מיבעי להו, וע"ז נותנין הטעם דמאי אהנית, אבל אמתני' דיצא השער לא צריך לטעם זה, דבלא"ה יש טעם מרווח והוא טעם התוס' ודו"ק, ונוכל לפרש כן גם ברש"י, ועיין בתו"ח ובמהר"ש שגם הם דשו לחלק בין שער שבשוק לשער של עיירות ורק מטעמים אחרים לגמרי כאשר יראה המעיין והבוחר יבחר, ולמ"ש מתורצים כל הדקדוקים שהק' על התוס', וגם אין מחלוקת בין רש"י לתוס' שני הפירושים מתאימים כאחד בד בבד, והדברים נכונים ב"ה:

תוד"ה הרי שנושה, תימה והלא מעות קונה כו' ע"ש, הן למ"ש רש"י בד"ה דלא כאיסרו, שאין זה דומה לנותן איסר דאיכא למימר יקנה לו עכשיו במעות שקיבל, אין מקום לקושית התוס', דטעם האיסור שבברייתא אין זה משום חסרון הקנין, דבמעות אין יכול לקנות, אלא משום דררא דריבית, דכיון דאין נותן לו מעות מזומן ואין לו במה לקנות תבואה להכי אסור לפסוק ליתן לו לאח"ז כשער של עכשיו, ומה ענין הוא להההיא דפ' הזהב, דהתם אינו מיירי בבא לפסוק לאח"ז, ואין כאן דררא דריבית, ועצם הקנין מהני גם במעות בכה"ג, ואכן התוס' הבינו דהאיסור דהכא הוא נמי מחמת שיש חסרון בקנין, דבמעות הלואה אין קונה, להכי שפיר הקשו, וטעמי סברתם נראה עפמ"ש הראשונים להקשות, דלפרש"י דטעם האיסור בברייתא דהכא בשלא בא איסרו לידו, לפי שאז אין לומר אעפ"י שאין לזה יש לזה, שהרי כיון שאין זה נותן לו מעות, זה לא ימצא לקנות הא ברייתא דהכא מיירי ביש לו תבואה, דעומד בגורן קתני, וכיון שא"צ לקנות מה לי איסרו בידו, מה לי קונה בהלואה. ובתירוץ קושי' הגדולה הזאת נשנו שני תרוצים, א), דהכא כיון שהיה נושה בו מתחילה מיחזי כריבית כשיקח בפחות משוויה אפי' ביש לו, אבל כשלא היה נושה בו מתחלה אלא שבא באיסרו בידו דרך מקח וממכר הוא, ב), דס"ל לברייתא זו דבהלואה לא קני אפי' למי שפרע הלכך אפי' ביש לו אסור, עיין בדבריהם, ורש"י ס"ל כתי' האחד, ותוס' ס"ל כתי' הב', דהחסרון הוא מפני שהוא הלואה ולא קנה, לזה הקשו דבכה"ג הו"ל לקנות:

ובגוף קושית התוס' כבר נתעוררו הפנ"י ורעק"א בתוספותיו למשניות שהרי שם בהזהב כתבו להדיא, דאדרבה סתם מלוה אינו קונה אפי' מה"ת כדאמרי' בקדושין, אלא היכי דאמר בהנאת מחילת מלוה וא"כ מאי קשיא להו הכא, דילמא מיירי שלא אמר בהנאת מחילת מלוה. ונ"ל דהנה בהנאת מחילת מלוה דמהני, יש בזה שני שיטות, שיטת רש"י בפ"ק דקדושין דהנאת מחילת מלוה הוא, היינו במה שהיה נותן פרוטה לאחד שישתדל אצל המלוה שימחול לו החוב, ודוקא אם אמר לו בפרוטה זו מהני, אבל במחילת

המלוה, היינו במה שמוחל לו מעות ההלואה לא מהני, וכ"ש אם אומר במעות המלוה גופא דלא מהני, ואמנם שיטת התוס' (בכתובות דע"ד) דבמחילת ההלואה נמי מהני, שדוקא במעות המלוה לא מהני, אבל במחילת המלוה מהני, והנה בברייתא דהכא לפי התנאי שביניהם, שהוא תובע ממנו מעות החיטין וזה אומר לו שחיטין אין לו אלא יתן לו יין תחת החיטין, הרי לפי התנאי שביניהן יש כאן מחילת מלוה, דכן יאמר לו שתחת תביעת החיטין יתן לו יין ותביעת החיטין יהא נמחל, ואין לומר בזה דכוונתו שעצם המעות יקנו, דהא אינם מדברים כלל מהקנין, דהיכי שנותן לו מלוה בתורת קנין, יש לומר שצריך לפרש דכוונתו הוא במחילת המלוה, ואי לא פירש י"ל דכוונתו הוא שעצם המעות יקנו, אבל הכא שאינם מדברים כלל מהקנין, אלא שבאים לחלוף שימחול הוא תביעת החיטין, ותחת זה יתן לו דבר אחר, בע"כ שמחילת מלוה הוא, ובשלמא לשיטת רש"י שגם מחילת מלוה לא מהני עד שיפרש דבהנאת הפרוטה קונה, בודאי צריך זה לפרש בהדיא, ואם לא התנה י"ל דבמחילת המלוה ירצה לקנות, אבל לשי' התוס' דמחילת מלוה מהני, וכיון שזה אומר לו שתביעתו מה שתובע ממנו אין לו, היינו החיטין, ויין יתן לו, הרי יש בזה מחילת מלוה ושפיר מהני אפי' בסתם, וכן נמי (לעיל דף מ"ו) גבי המחליף פרה בחמור, שאינם מדברים אודות הקנין רק אודות מחילת החוב, שתחת השור יתן לו פרה, ודמי השור יהיו נמחלים, ג"כ מחילת מלוה הוא ומהני אפי' בסתם ועמש"ש:

וחוץ לענינינו יישבתי בזה קושי' עצומה בקדושין (דף י"ט ע"א) דאמר שם המקדש במלוה שיש עליה משכון מקודשת ויליף זה מקדושי יעוד, והתוס' שם פירשו דמיירי שקידשה במחילת המלוה, וקשה דלפרש"י דהא דמחילת מלוה דמהני היינו בפרוטה שהיה נותן לאדם בעד השתדלות המחילה, א"כ לא שייך זה אלא במקום שכל המלוה הוא הרבה יותר מפרוטה, דבזה שייך לומר שיתן פרוטה בעד השתדלות המחילה, אבל התם גבי יעוד דכי משייר בה שוה פרוטה, א"כ כל המלוה אינה אלא פרוטה, ובודאי לא שייך שתתן פרוטה בעד השתדלות המחילה, דמה תרויח בזה, וא"כ אמאי מקודשת, הא הנאת המחילה אינה שוה פרוטה, ובשלמא על רש"י עצמו לא קשה מידי, דהוא מפרש דהיכי שיש משכון אז אפי' במלוה גופא יכול לקדש, דכל עיקר הטעם דמלוה אין קונה משום דלא נתוסף לה שום הנאה חדשה, דהמעות היה אצלה מכבר, אבל הכא נתוסף לו הנאה חדשה בחזרת המשכון, או אפשר שס"ל לרש"י כשי' הרא"ש בקדושין, דמלוה שיש עליה משכון נחשבת כבעין, אבל התוס' שכתבו טעם הקדושין משום דמקדשה בהנאת מחילה יקשה דהא בהנאה זאת ליכא שו"פ, ולפמ"ש דתוס' ס"ל דבמחילת גוף

המלוה נמי מיקרי הנאת מחילה, א"ש שמקדשה במחילת הפרוטה, ועיין בב"ש אה"ע סי' כ"ח סקכ"ה מש"ש:

דף סג.

ברש"י ד"ה יש לו מותר כו' הואיל ואם בא לחזור קאי במי שפרע כו' ע"ש, ועיין בפנ"י שכתב שלא ידע הטעם למה הוצרך רש"י לטעם דכשיתייקר ברשותו יתייקר, הא אפי' אם היה ביוקר בשעת המכירה נמי שרי לו למכור בזול כשיש לו עכשיו וכדאמרי' להדיא בגמ' (לקמן ע"ב) גבי מאן דיהיב זוזי לקיראה וקא אזלי ד' ד' ואיהו יהיב לו ה' ואפ"ה שרי אי איתנייהו, ואין לחלק משום דעובדא דקיראה מיירי בבא באיסרו אבל הכא דבא בהלואתו אסור בכה"ג, דהא בכולה סוגיין משמע דביש לו אין חילוק בין בא באיסרו או מחמת הלואה ע"ש. ונ"ל עפמ"ש החו"ד (בסי' קס"ט סקל"ח) לחלק בין פוסק על הדבר להעמידו לזמן ההוא ומקבל אחריותו עליו, למוכר לו דבר ידוע שיתן לו לאח"ז ואין מקבל אחריותו עליו, דבפוסק כיון דאחריותו דיוקרא וזולא הוא על המוכר ויש עליו חיוב הגוף להעמידו דמיא להלואה, ובמוכר דבר ידוע הוי מכירה ע"ש שכתב עוד דההיא עובדא דקיראה לא מיירי בפוסק, דאי בפוסק הו"ל לומר הפוסק על השעוה, ולפי"ז א"ש דהא בהלואה דוקא סאה בסאה דבשעת ההלואה הוי שי בשוה, ורק שיש חשש שמא יתייקר מותר, אבל לפסוק מתחלה סאה בסאתיים אסור וכמ"ש התוס' (לעיל דף מ"ו) ובמכירה גם בזה מותר, ולהכי הכא בסוגיין דמיירי בפוסק דהיינו בהלואה כיון שמקבל הדבר בחוב עליו, להכי דייק רש"י לכתוב שכשיתייקר ברשותו יתייקר, כלומר דוקא חשש הזה שרי אבל אם בשעת המכירה היה ביוקר הוי אסור, משא"כ לקמן בעובדא דקיראה דמיירי במוכר לו דבר הידוע ואינו מקבל בחוב עליו שרי אפי' בכה"ג דבעת המכירה יתן לו יותר:

והיה מקום לומר דקושית הפנ"י לא תסוב עמ"ש רש"י דאין חוששין לשמא יתייקר כ"א עמ"ש רש"י דהכא הוי מטעם קנין דכיון דקנה למי שפרע הוי כדידיה, וע"ז ס"ל להפנ"י דבריבית לא בעינן כלל שיהי' נקנים ללוקח היכי שיש לו וכמו שנסתפק באמת השמ"ק בזה לקמן בסוגיא דמאן דיהיב זוזי אתרעא חריפא ע"ש, וכ"כ החו"ד להדיא (בסי' קס"ט שם) דכל היכי דנעשה דרך מכירה אפי' אם לא נתקיים בקנין ואין המוכר רוצה להיות ממחוסרי אמנה ורוצה הוא לקיים המקח דשרי ע"ש וי"ל שזה היה כוונת הפנ"י להקשות, דלמה לו לרש"י הטעם דמפני שקנה למי שפרע, ותיפוק ליה אפי' לא קנה כלל כיון דרוצה לקיים המקח רשאי, וכן משמע מלשון הפנ"י שלזה נתכוון, גם מן

השער המשפט ובסי' קס"ג) משמע שהבין כן כוונת הפנ"י ע"ש, אלא דלפי"ז מאי מייתי מעובדא דקיראה הא התם קנה נמי לפחות למי שפרע ע"י הכסף, והב"י והט"ז (ביו"ד סי' קע"ג) כתבו להדיא בשם הריב"ש דטעם ההיתר בעובדא דקיראה הוי משום דקנה למי שפרע ע"ש, אלא דמתוך הדברים נתעוררתי לעיין בלשון רש"י לקמן בעובדא דקיראה, וראה זה פלא ששם לא הזכיר באמת רש"י לטעם זה, דכיון דקנה למי שפרע הוי כגמר קנין לענין ריבית, אלא כתב הטעם משום דהו"ל הלויני עד שיבא בני, ואם כי גם הטעם דהלויני הוא מחמת קנין, דאמרי' דמה שיש לו יקנם להמלוה וכמ"ש רש"י (לעיל דף מ"ד) ע"ש, בכ"ז יש לשים לב למה ששינה רש"י הטעמים, כאן משום דקני למי שפרע, והתם משום דהוי כהלויני, והנה בש"ס גופא בלא פרש"י היינו יכולים לפרש דבעובדא דקיראה כיון דלא מיירי בפוסק וכמ"ש ומכירה גמורה היא שאין בה צד הלואה, לא בעינן קנין כלל וכמ"ש החו"ד הנ"ל, דכיון שאין המוכר רוצה להיות ממחוסרי אמנה למה לא נניח לו, ודוקא בעובדא דהכא דמיירי בפוסק, שיש בזה צד הלואה בעינן לקנין, ואם כי בש"ס שם מ"ד מסיק דהוי כהלויני, אין זה לטעם ההיתר באיתנהו, אלא דהו"א דהקפה שיש לו הוי כמו שיש לו מזומן וכמו בהלויני עד שיבוא בני אמרי' הכי, אבל ההיתר הוא משום דמכירה לא בעינן קנין ועמש"ש בתוד"ה מהו דתימא, אלא דמרש"י שכתב התם הטעם דהו"ל כהלויני, ואיהו גופא ס"ל דבהלויני הוי מטעם קנין דנקנים מיד למלוה ואין כאן אגר נטר, וא"כ יקשה למה שינה הטעמים, ונ"ל דבעובדא דהכא דהפסיקה היה שוה בשוה והחשש הוא רק שמא יתייקר ואי נימא דברשות לוקח אתייקר יסולק האיסור, לגבי זה שפיר נחשב כאילו ברשות לוקח, אע"ג דלא קני קנין גמור כ"א למי שפרע ויכול לחזור כשירצה, מ"מ כ"ז שלא חזר ודאי דחשבינן כאילו ברשותו של לוקח, מפני שעלינו לעמוד כל אדם בחזקת כשרות ולומר שודאי לא יתרצה לחזור ולעמוד במי שפרע, אבל בעובדא דקיראה דצד האיסור הוא שנותן לו יותר מהשווי, וא"כ סלוק האיסור לא יהיה כ"א כשנימא דקנה לחלוטין מיד ואין כאן אגר נטר כיון דאין ממתין לו כלום, וכיון שכן כל כמה דלא נגמר הקנין לגמרי שאין יכול לחזור לא נוכל עוד לחשבו דהוי כשלו, ולהכי לא מהני התם הטעם דקונה למי שפרע, דאע"ג דאם אנו דנין באיזה רשות עומד חשבינן אותו כאילו ברשות לוקח, מ"מ הכא לא מהני מה שהוא עומד ברשות לוקח, אלא דבעינן שלא יהא אגר נטר, וזה לא יסולק כ"א כשקונה לגמרי, ולהכי מוכרח הוא לומר דהוי כהלויני, ובהלויני נקנה לו מיד לגמרי וכמ"ש רש"י (לעיל דף מ"ו) דנקנה לו מיד ואין כאן אגר נטר ועמ"ש שם בהרחב הענין, ועמ"ש עוד בסמוך בע"ב בתוד"ה מהו דתימא להוכיח ק ומ"ש הפנ"י ביישוב רש"י, דכיון דהכא לא בא באיסרו והלואה הוא

אסור למכור בפחות משוויה ע"ש, תמיהני ע"ז, דהא זהו רק לתנאי דר' חייא דלעיל דס"ל דבבא בהלואתו אפי' יש לו אסור, וכדפריך אביי לעיל אי דלא כאיסרו הבא לידו מאי איריא אין לו אפי' יש לו נמי שזהו טעמו וכמ"ש השמ"ק והבאתיו לעיל בחי' לתוד"ה הרי שנושה, שזהו דעת רש"י, אבל הכא דאליבא דר' אושעיא קיימינן, ואי נימא שגם בזה אסור בבא בהלואה מאי איכא בין ר' אושעיא לתנא דר' חייא, סוף דבר לא הקושיא ולא התי' של הפנ"י איני מבין בזה, ולמ"ש מיושב דעת רש"י ודו"ק:

ברש"י ד"ה וש"מ והוא שיש לו וז"ל אבל פוסקין ע"י נתינת מעות כדקתני יצא השער פוסקין ואוקימנא מתני' כדקתני ר' אושעיא ע"כ, ואינו מובן מה שהביאו לראיה דפוסקין ע"י מעות מהא דר' אושעיא שלא מירי כלל מדין זה, וגם למה אין מספיק לו המשנה המפורשת שהביא יצא השער פוסקין ונ"ל הכוונה דהנה רש"י לעיל כתב דהטעם דיצא השער פוסקין, שהמוכר יכול לקנות בדמים הללו בכל מקום והוי כמי שיש לו, ולטעם זה היה ראוי לומר שאפי' אם לא נתן הלוקח מעות למוכר רק המוכר יש לו מעות משלו ג"כ מותר, דכיון שיש לו מעות יוכל לקנות, וכ"כ באמת הרבה פוסקים וגם הט"ז פוסק כן, ואמנם בב"י הביאו שדעת רש"י דלא מהני אם יש לו מעות משלו ודוקא אם הלוקח נותן לו מעות אז שרי, וכן משמע באמת מלשון רש"י דהכא, דדייק לכתוב אבל ע"י נתינת מעות פוסקין, מלשון זה משמע שדוקא בנתינת מעות שרי ולא ביש למוכר משלו, ולפי זה נראה דרש"י לא רצה לאוכוחי כי אם עיקר הדין דביצא השער פוסקין לחוד, אלא שרצה לאוכוחי נמי אופן הפסיקה, שצריך להיות דוקא ע"י נתינת מעות ולאפוקי מהפוסקים דס"ל שאפי' ביש לו למוכר משלו נמי מותר, ולהכי ממתני' דיצא השער פוסקין לחוד לא מצי זה לאוכוחי, דהא לפי הטעם דנקיט התם במשנה דאעפ"י שאין לזה יש לזה, והיינו שיכול המוכר לקנות בכל מקום, לטעם זה יש לומר שאפי' ביש לו משלו נמי מותר, אבל מדר' אושעיא מוכח שפיר שדוקא הלוקח יתן המעות, דהא בדר' אושעיא נקיט כולם אם יש לו מותר, ומשמע דאם יין או שמן אין לו אע"ג דחיטין יש לו למוכר נמי אסור פסיקת היין, וחיטין הוי המעות ממש לדר' ינאי דאמר מה לי הן ומה לי דמיהן, משום דיכול למוכרן ולקנות יין, וכיון דחיטין יש לו למוכר הוי כמי שיש לו מעות ואפ"ה אסור משום דמה שיש לו משלו לא מהני, רק בעינן דוקא שהלוקח יתן, הרי דמדר' אושעיא מוכח דמה שיש לו משלו לא מהני, ולהכי הביא נמי מדר' אושעיא:

ובזה יישבתי קושית התוס' דלעיל ד"ה לקח, דלרש"י מאי פריך הגמ' וכי אין לו יין מאי הוי, וכי לא ידע דאסור לפסוק יין מחמת חוב ע"ש, ולמ"ש ניחא דהמקשה היה סבור דלא בעינן שהלוקח יתן אלא אפי' אם יש למוכר משלו נמי מותר, ורש"י לשיטתו דמתני'

מיירי דחיטין יש לו, וחיטין הוי כמעות לסברת ר' ינאי, לכך פריך שפיר וכי אין לו יין מאי הוי הא יצא השער פוסקין כיון שיכול לקנות, וה"נ כיון שיש לו חיטין דהוי כמי שיש לו מעות ודאי אסור, ומשני בבא לחוב בדמיהן, כלומר אילו המוכר היה מוסר החיטין ללוקח ואח"כ היה מקבלם בחזרה ממנו בשביל פיסוק היין אה"נ דהוי שרי דחיטין הוי כמעות, אבל הכא שבא לחוב בדמיהן וגם החטין לא נתן ללוקח שיחזור ויקבלם ממנו להכי אסור, דאנן בעינן שהלוקח יתן ומה שיש לו משלו לא מהני, ועיין בלשון רש"י בכל הסוגיא ותמצא שכן הוא, ותימה על הט"ז (ביו"ד סי' קס"ג) שהביא דעת רש"י כהרא"ש שאפי' ביש לו משלו נמי מותר, ולענ"ד המדקדק בלשון רש"י בכל הסוגיא ימצא שהעיקר כהבית יוסף:

ברש"י ד"ה ואין עושין אמנה בדמים, פי' משום דזוזי יהיב וזוזי שקיל מיחוי כריבית עכ"ל, ומשמע מלשונו דרב דאוסר היינו דוקא מעות מזומן אבל פירות מותר ליקח, וראיתי בשמ"ק שהביא בשם הריטב"א דמאי דנקיט רש"י זוזי, לאו דוקא, דהוא הדין כי נקיט פירות אחרים בדמיהן כיון דשוו טפי מזוזי דיהיב מיחזי כריבית, דאלת"ה יקשה על רש"י הא דפריך לרב ממתני' דר' אושעיא, דהתם לא מקבל זוזי אלא פירות אחרים ע"ש, ולע"ד קשה מאוד לומר שרש"י לאו דוקא זוזי נקיט, ופשטות לשונו משמע שדוקא בזוזי אוסר רב, והוכחת השמ"ק מקושית הש"ס נ"ל ליישב, דסברת רב כן הוא, כיון שבאמת אין כאן ריבית, דהא מכירה גמורה היתה ושל הלוקח הוא דאייקר, אלא האיסור הוא משום דמיחזי כריבית, כלומר משום מראית העין שמא יבואו אחרים לזלזל גם בריבית שע"י הלואה, וא"כ לא שייך חשש הזה כ"א במקום שהיתה בעסק הזה שום צד הלואה וכגון שמתחלה באו המעות למוכר בהלואה, כגון בעובדא דר' אושעיא דהרי היה נושה נקיט התם, ותחלת הפסיקה היתה במעות הלואה, או אפי' אם בתחלה באו המעות דרך מכירה, והלואה בעצם לא היה בזה, אפ"ה אם זוזי יהיב וזוזי שקיל, כיון דאין בזה שום חפץ הנקנה, מיחזי עכ"פ כהלואה ואתי לאחלופי בהלואה ממש, אבל אם מתחלה לא בא בהלואתו, וגם בסוף יקח פירות ולא זוזי, שאפי' מיחזי כהלואה אין כאן, אין מקום לאסור בזה משום שמא אתי לאחלופי בהלואה אחרי שאין בזה שום דררא דהלואה, ולפי"ז הא דבעינן דוקא זוזי, היינו רק בפלוגתא דרב דמיירי שתחלת הפסיקה לא בא בהלואה, ואפ"ה אם ישקול אח"כ מעות מזומן שייך לאסור, דנהי דהלואה בעצם אין כאן מ"מ מיחזי כהלואה הוי ואתי לאחלופי בהלואה ממש, אבל אם גם אח"כ יקח פירות, דלא מיחזי נמי כהלואה פשיטא דשרי, והיינו דוקא בפלוגתא דמיירי בה רב, אבל במתני' דר' אושעיא דבא בהלואתו בתחלה, יש לאסור ודאי אפי' למשקל פירות, דבעצם הריבית

אין נ"מ אם הריבית הוא מעות מזומן או פירות, דאטו פירות מותרים ליתן בריבית ורק דקפידת הזוזי הוא דוקא במקום שבעצם הנתינה לא היה שם צד הלואה, וע"י הזוזי יהיב וזוזי שקיל מיחזי כהלואה, אבל היכי שהיתה צד הלואה בעצם לא הוצרך לזה, וא"כ שפיר מקשה לרב מדר' אושעיא דמה התם דהוי בהלואה בתחלה, לא כלתה ההלואה הראשונה כ"א לאחר שמשך או שיחד קרן זית וכמ"ש רש"י ד"ה כשמשך, אבל קודם שמשך אכתי שם הלואה ראשונה עליה, ואפ"ה שרי למישקל יותר ממה שנתן, כ"ש הכא דאין כאן שום הלואה, ורק שע"י שנוטל זוזי מיחזי כהלואה, שיהא מותר ליקח יותר ממה שנתן, והנה ברא"ש הסכים לפרשב"ם שבתוס' דאפי' לר' ינאי אסור למישקל זוזי, דאי נימא כפר"ת דלר' ינאי שרי למישקל אפי' זוזי, א"כ צ"ל דלרב דאוסר היינו דוקא בזוזי אבל בפירות שרי, דמנ"ל לאשוויי מחלוקת רחוקה ביניהם, דר' ינאי התיר אפי' זוזי, ורב אוסר אפי' בפירות, ובש"ס משמע דלרב אפי' פירות אסור מדפריך עליה ממתניתא דר' אושעיא ע"ש, ולמ"ש בדעת רש"י נדחה ראייתו, דודאי רב אוסר בזוזי דוקא וכפרש"י להדיא, ולפי"ז ר' ינאי מתיר אפי' בזוזי, ואפ"ה פריך שפיר מר' אושעיא דהתם בהלואה מיירי ואסור אפי' בפירות כמו הכא בזוזי וכמ"ש, וכן משמע מלשון רש"י ד"ה בשמשך, דמשמשך כלתה תורת הלואה, מכלל דקודם המשיכה תורת הלואה עליה ושייך לגזור משום מיחזי כריבית:

שוב ראיתי לקיים דברי הרא"ש, דהנה לכאורה יש סתירה בדברי הרא"ש, דהכא פוסק דאסור למישקל מעות, ובב"ק (פ' הגוזל) גבי עובדא דרב כהנא כתב דשרי למישקל זוזי דלית הלכתא כרב אלא כר' ינאי דאמר מה לי הן כו' אע"ג דבעובדא דהתם הוי זוזי ואפ"ה התיר, וכן ברמזי הטור העתיק כן דשרי, ומחמת זה היה אפשר לומר דהרא"ש ירד לחלק כמו שכתבתי בין הלואה לזביני, דבהלואה ודאי דר' ינאי לא התיר כ"א פירות ולא זוזי ומסתבר כן דכיון דרב אוסר בהלואה אפי' פירות וכדמוכח מדפריך ממתני' דר' אושעיא, וא"כ מנ"ל לעשות מחלוקת רחוקה ולומר דר' ינאי מתיר אפי' בזוזי, אלא ודאי שגם ר' ינאי לא התיר כ"א בפירי, אבל היכי שהי' במכירה דלרב נמי שרי בפירי וכמ"ש, וא"כ לר' ינאי אסיק חד דרגא ואמרי' דאפי' בזוזי שרי, ולפי"ז א"ש דברי הרא"ש, דהתם בהגוזל דמיירי במכירה שלא היה בה שום הלואה, שפיר כתב שמותר אפי' זוזי לר' ינאי, ובסוגיין נראה להדיא מדברי הרא"ש שרצה להוכיח דינו בהלואה כעובדא דר' אושעיא, דהתחיל ש"מ מעמידין מלוה ע"ג פירות, וע"ז מסיים ש"מ איתא לדר' ינאי, להכי פוסק שדוקא למישקל פירות שרי ולא זוזי, וכ"כ התוס' (ב"ק דק"ג) שהך ר' ינאי דהכא מיירי בהלואה וחילקו בזה בין הך דהכא לענין אי בעינן יש לו ע"ש, ואנן נחלק כן גם לענין אי

שרי למישקל זוזי, וכ"ש דאתי שפיר טפי למאי דפי' בתוס', דגם מה שפי' רשב"ם דאסור למישקל מעות היינו דוקא בהלואה אבל במכירה גם הרשב"ם יודה דמותר אפי' מעות לר' ינאי, ובזה מיושב קושית ר"ת על הרשב"ם, מעובדא דרב כהנא, דהתם במכירה מיירי וכמ"ש, ולפי"ז הרא"ש פוסק ממש כהרשב"ם, הכא בהלואה פוסק דמעות אסור, והתם בהגוזל במכירה מתיר אפי' מעות, ואין בזה שום סתירה, וכיון דהוכחת הרא"ש מיירי בהלואה, שפיר הוכיח דבהלואה אסור למישקל זוזי מסוגיין דאלת"ה אלא דלר' ינאי מתיר אפי' בהלואה למישקל זוזי, א"כ בע"כ דלרב זוזי הוא דאסור אבל פירי שרי, דמנ"ל לעשות מחלוקת רחוקה, וא"כ מאי פריך מעובדא דר' אושעיא, ומדפריך מכלל דלרב אסור למישקל אפי' פירי בהלואה, וא"כ גם לר' ינאי רק דרגא חדא נסיק דמתיר רק בפירי, ומנ"ל שיתיר אפי' בזוזי, ופירוש זה היה נכון בדברי הרא"ש ורשב"ם, זולת דמדברי הפוסקים לא משמע לחלק בזה, דבשו"ע (יו"ד סי' קע"ה) פוסק סתמא שאסור לישקול זוזי ואפילו בפסיקה שאינה בהלואה משמע, ולמ"ש בכה"ג גם הרא"ש מודה דמותר לדידן דפסקינן כר' ינאי, ואמנם הצדק עמהם, כי מהרא"ש משמע שלא ירד לחלק כמ"ש, והוא מדיישב קושית ר"ת על רשב"ם באופן דחוק ע"ש, ואם היה ס"ל כמה שכתבנו אין מקום לקושי' הנ"ל, דהתם במכירה מיירי, ומדטרח הרא"ש ליישבה מכלל דלא ס"ל לחלק כן, אלא דס"ל שאפי' במכירה נמי לא שרי ר' ינאי כ"א פירי, וע"ז אפשר סמכו הפוסקים, אכן עכ"פ ברש"י ורשב"ם נראה נכון כמ"ש, וגם סתימת הפוסקים היה אפשר לתרץ ולומר דס"ל דכל פוסק כיון דחיוב הגוף עליו הוי זה הלואה וכמ"ש לעיל בסמוך ברש"י ד"ה יש לו מותר, בשם החו"ד, שחילק בין פוסק באמנה למוכר דבר ידוע לענין כמה דברים, וה"נ יהיה חלוק למה שלפנינו, אבל במכירה דבר ידוע גם הם יודו דמותר לקבל אפי' מעות, ועיין בפרישה (סי' קע"ה) שהקשה דהכא התיר הטור ליקח פירות אחרים ובס"ס קס"ב אסר להלות חטין בדוחן, ותי' דהתם הלואה הוא, כלומר דהוי הלואה ממש שנשאר בהלואה. ולפי"ז ג' חלוקים בדין זה, בהלואה ממש כגון סאה בסאה אפי' פירות אחרות אסור, ובזביני שהוא כהלואה, כגון בפוסק, אסקי' חד דרגא ופירות אחרים נמי שרי וזוזי אסור, ובזביני ממש דבר מיוחד וגם המכירה היה במזומן לא תחת הלואה מותר אפי' זוזי:

ובזה יישבנו נמי קושית הפנ"י בסוגיין למה לא מקשה גם ממתני' דאוסר ביין באין לו ומשמע דביש לו מותר לקבל היין שהן דמי החיטין, ואע"ג די"ל דכיון דלא קתני בהדיא יש לו מותר אלא מן הדיוק ניחא לו להקשות מברייתא דקתני כן להדיא יש לו מותר, מיהו על התרצן עדיין הקושי' עומדת, דלפרש"י דלעיל דמתניתין מיירי באין לו חטין

וא"כ לא מצי לאוקמי בשמשך או ביחד מקום וא"כ קשה משם על רב, ולפמ"ש א"ש דרש"י לשיטתו לעיל דמתני' מיירי בנותן לו מעות על החטין, ואוקימתא דבא לחוב הוא רק על היין, אבל החיטין היה בדרך מקח במעות מזומן וכיון שלא בא בהלואה שרי לכו"ע ליתן לו אח"כ פירות אחרות, ובכה"ג גם רב מודה דשרי, אבל מדר' אושעיא דמיירי בהלואה פריך שפיר, ודו"ק בכ"ז:

תוד"ה דאמר ר' ינאי כו' ומה לי דמיהן כגון יין כו' כך פרשב"ם ואין נראה לר"ת דבהגוזל גבי רב כהנא כו' ע"ש, ולמ"ש בדבור דלעיל ברש"י, י"ל דמה דסובר רשב"ם דגם לר' ינאי אסור למישקל זוזי היינו דוקא בהלואה כעובדא דר' אושעיא וכ"כ התוס' (ב"ק דק"ג) דר' ינאי דהכא מיירי בהלואה, וכיון דרב אוסר בכה"ג אפילו פירי מדפריך ממתני' דר' אושעיא עליו והתם פירי שקיל, וא"כ מנ"ל דלר' ינאי מותר אפי' בזוזי, להכי פרשב"ם דבאמת בכה"ג גם לר' ינאי אסור זוזי, אבל בעובדא דרב כהנא דמיירי במכירה שבכה"ג אפי' לרב רק זוזי אסור אבל פירי שרי וכמה שדייקנו מלשון רש"י, ודאי דלר' ינאי אסקינן חד דרגא ומתיר אפי' זוזי, דאל"ה במאי פליגי, וסרה קושית ר"ת מרשב"ם ועיין היטב מ"ש ברש"י מזה באריכות:

רש"י ד"ה צד אחד, רבית שאינה ע"י הלואה כ"א ע"י מכר ופעמים שיבואו לידי ריבית כגון אם יוקירו וישלם דמים הוי ריבית כו', מלשון רש"י משמע דס"ל ג"כ כפי' התוס' דלא שייך צד אחד אלא דבר שיש ביד לוה לעשות אבל דבר התלוי בשער לא מיקרי צד אחד, דאלת"ה למה כתב דהצד אחד הוא אם ישלם פירות, הא אפי' אם ודאי ישלם דמים נמי רק צד אחד הוא דשמא לא יתייקר כלל, ואע"ג דתוס' לא הוכיחו כן כ"א מחמת קושיא דסאה בסאה, ולרש"י בלא"ה מיושב קושיא זאת, דהא רש"י דייק דריבית שאינה ע"י הלואה כו', ומשמע להדיא דע"י הלואה לא התיר צד אחד, וכתב כן לתרץ קושית התוס' מסאה בסאה וכמ"ש בסמ"ק, וכיון דמסאה בסאה אין ראיה מנ"ל חלוק התוס', וי"ל דמגופא דברייתא דר' אושעיא למד כן, דביש לו מתיר משום צד אחר, ובאין לו אוסר, והא צד אחד דיוקרא איכא נמי באין לו שאם לא יתייקר אין כאן ריבית, אע"כ דדבר התלוי בשער לא חשיב צד אחד, ובכ"ז אין להקשות על תוס', דא"כ למה הביאו ממרחק ולא הקשו מגופא דברייתא, די"ל משום שרצו להוכיח אגב אורחא דבהלואה ממש נמי התיר ר' יהודה, ואי הוי מקשו מברייתא לא הוו צריכי לזה, ועמ"ש בפנ"י:

ברש"י ד"ה ע"מ להחזיר כו' ואפ"ה אסר ת"ק דבשעת אכילה קאכיל ריבית כו' והיינו בע"כ כפי' התוס', דהתנאי היה שישלם לו מקודם בשלימות ואח"כ יחזיר, דאל"ה מאי ריבית איכא כיון שבתנאי אכלן, וכ"כ הריטב"א דהתוס' לתרוצי דעת רש"י באו:

תוד"ה ריבית ע"מ כו' וי"ל דמדאורייתא כו', הינו לשי' רש"י לקמן (דף ס"ד ע"ב) דבבית הוי ריבית דאורייתא, אבל לשי' ר"ת דסובר התם שאפי' בבית לא הוי כ"א אבק ריבית, א"כ ליכא בכה"ג ריבית דאורייתא כלל:

דף סג:

בגמ' מה לי דמיהן כו' איתיביה ר"פ כו' התם הלואה הכא זביני ע"ש, והמהר"ם שי"ף הקשה הא דינא דר' ינאי הוא דינא דמתני' דלקמן, וא"כ אמאי לא מקשה מתני' ובריייתא אהדדי, ולי קשה עוד, דמאי ס"ד דמקשה, הא עיקר ההיתר דר' ינאי הוא משום שאעפ"י שאין לזה יש לזה ויכול לקנות במקום אחר וא"כ לא שייך זה כ"א במקום שנתן לו מעות, אבל בדר' אושעיא דבלקח בהלואתו מיירי כולם מודים דאסור, וגם על התרצן קשה דל"ל לתרץ הכא הלואה, יתרץ ליה הכא באיסרו בידו התם באין איסרו, דא"ל שזהו באמת כוונתו באומרו הכא הלואה, דלשון זה לא משמע כן, דאטו בדר' אושעיא לא הוי וביני, הא התם נמי הוי זביני, רק שבזביני אית בה צד הלואה ג"כ, והכי הול"ל הכא באיסרו בידו התם כו', ומדקאמר התם הלואה הכא זביני, משמע שעיקר חלוק של התרצן הוא, דאע"ג ששניהם איסרו בידו, מ"מ התם אית בהו נמי צד הלואה ולהכי אסור, וא"כ קשה דל"ל לתירוץ זה, ותיפוק לי' דהתם אין איסרו בידו. ולכן נ"ל מכאן ראי' לשי' הרא"ש וסייעתו, דלא בעינן שהלוקח עצמו יתן מעות למוכר אלא אפי' אם יש לו למוכר משלו נמי מותר לפסוק דיכול לקנות במעות שקיבל, ולהכי אמתני' דיצא השער לא מצי לאקשויי דידע דמצינן לשנויי, שהתם באין איסרו בידו ולהכי אסור, ואף דגם בדר' אושעיא חיטין יש לו, ורק יין ושמן אין לו, מ"מ מה יעשה המוכר עם החיטין, דשמא חיטין אינו כמעות, אבל השתא דא"ר ינאי מה לי הן ומ"ל דמיהן, דחיטין הוי כממון, משום דמן התבואה ימצא דמים כשימכרם, א"כ קשה דבר' אושעיא נמי נהי דאין איסרו בידו מ"מ כיון שחוטין יש לו, דהכי משמע פשטות הברייתא שרק יין ושמן אין לו ואפ"ה אסור, וע"ז משני דנהי, דגם התם הוי כאיסרו בידו כיון שיש לו תבואה, מ"מ התם הלואה, פי' שיש בה צד הלואה, דמתחלה בהלואה בא המעות לידו אסור אפילו באיסרו בידו, והכא זביני שאין בה צד הלואה ומותר באיסרו בידו, וזה פי' נכון בסוגיא. אמנם לפמ"ש לעיל בע"א בשם רש"י שס"ל דאם יש לו משלו אסור, דדוקא בנתינת מעות מותר, יקשה קושיות אלו, אם לא שנימא דמה דמשני התרצן הכא זביני התם הלואה, כוונתו דהכא הוי איסרו בידו, ובר' אושעיא אין איסרו בידו, ופוסק בעד חוב שהיתה לו כבר ועתה אין נותן לו דבר, ולהכי אע"ג שחיטין יש לו למוכר ג"כ לא מהני דאנן נתינת

הלוקח בעינן, והמקשן והתרצן יפלגו בסברא זאת, דהמקשן יסבור דיש לו משלו נמי מהני, ולהכי פריך מדר' אושעיא, דהתם חשיב נמי כאיסרו בידו כיון שיש לו למוכר חיטין משלו, והתרצן סובר דנתינת לוקח בעינן, ולהכי בדר' אושעיא אין איסרו חשיב ליה, דהלוקח לא יתן דבר כעת, ומה שיש למוכר משלו אין נחשב, וג"ז היה א"ש אלא דלשון הכא הלואה התם זביני לא דייק שפיר לפ"ז וכמ"ש ודו"ק:

בגמ' אלא מעתה מותר ללות סאה בסאה התם הלואה הכא זביני, ויש לתמוה דהא אפי' בזביני כה"ג דסאה בסאה נמי אסור, דלכאורה יש לתמוה על טעם דרבה ורב יוסף דמאי אהנית, הא לקמן (דף ס"ה ע"א) גבי טרשא לא סמכינן ע"ז וכדפריך התם מ"ש דאזלת בתר מוכר זיל בתר לוקח דאי הוי ליה זוזי הוי שקיל כהשתא, וה"נ נהי דלוקח לא נהנה מ"מ מאי חזית דאזלת בתר דידיה זיל בתר המוכר, ומצאתי בשער המשפט (סי' קע"ה) שתמה כן, אכן לעיל (דף ס"ב ע"ב) יישבתי זה דלא דמי לטרשא, דהתם הלוקח יש לו הפסד דאילו הוי לי' זוזי היה לוקח כדהשתא, אבל הכא כמו שהלוקח יכול ליקח במעותיו, כן המוכר נמי יוכל לקנות במעות שקיבל, ונמצא דמשני הצדדים אין כאן ריבית, דזה לא נהנה וזה לא חסר, וע"ש שיישבתי בזה שי' רש"י, ולפי"ז הכא בסאה בסאה לא שייך היתירא הזה, דנהי דלמלוה אין הנאה אבל הלוה מיהא חסר, דאילו הוי לו זוזי הוי לוקח סאה תבואה כשער דהשתא, ואפי' בזביני נמי אסור כה"ג שרק מצד אחד אין ריבית, וי"ל שבודאי הו"מ הש"ס לשנויי כן דמשו"ה אסור משום מאי חזית דאזלת, רק עדיפא משני שאפי' לר"פ דלקמן דמתיר בטרשא אע"ג שרק מצד המוכר לחוד אין ריבית, ולא ס"ל כדחוי דמאי חזית, אפ"ה אסור גם לדידי' בסאה בסאה, דלא סמיך על היתירו כ"א בזביני ולא בהלואה, ובהלואה גם ר"פ מודה דאסור וז"פ, ובכ"ז נ"ל שדוקא בכה"ג דרק לצד אחד אין ריבית לא סמכינן בהלואה, אבל היכי שזה לא נהנה וזה לא חסר גם בהלואה שרי כה"ג:

ולפי"ז נ"ל טעם חדש בהיתר דסאה בסאה כשיש לו מאותו המין, ורש"י בפ' הזהב גבי רב אוזיף דינרי כתב הטעם משום דמעכשיו אלו שבידו נקנים למלוה וכשהוקרו ברשותו הוקרו ע"ש, וזה קשה ההבנה, דאיזה קנין עשה המלוה בחיטים של לוה עד שנאמר שברשותו הוקרו, ולמ"ש אין הטעם משום דנקנה לו, אלא מפני שזה לא נהנה וזה לא חסר ואין כאן ריבית כלל. דבאין לו נמי עיקר האיסור מצד הלוה, דמצד המלוה אין כאן ריבית, דמצי אמר מאי אהנית לי חיטי דקדחי באכלבאי, ואלא האיסור הוא דמ"מ הלוה הפסיד, דאם היה לו חיטין לא היה צריך לשלם כיוקרא דלקמי', ומאי חזית דאזלת בתר מלוה זיל בתר לוה, אבל ביש לו גם ללוה אין הפסד, דהא יוכל להשהות חיטין שלו

ג"כ, עד ומן היוקר, דאטו חיטין שלו הוי קדחי באכלבאו, וממ"נ כשלקח ממלוה חיטין לצורך תשמישו, הלא יוכל להשהות שלו עד שעת היוקר, וכיון שמשני הצדדים אין כאן ריבית להכי מותר, וזה טעם נכון ומושכל מאוד בעזה"י, אלא שרש"י ונמוק"י לא כ"כ:

בגמ' והא בעי למיתב זוזי לספסירא, ומשמע שאסור ללוקח ליהנות אפי' בדבר שאין המוכר מחסר, ועיין בשמ"ק, ועין מה שכתבתי לקמן (דף ס"ד ע"א) בד"ה א"ר כהנא באריכות מזה:

תוד"ה מהו דתימא כו' וא"ת והא ר"נ פסק כהלל דאסור כו', ולענ"ד היה נראה לתרץ דסברת פלוגתתם בעד שיבוא בני י"ל דמאן דמתיר ס"ל כיון שיש לו נקנים מיד למלוה ואין כאן אגר נטר וכמ"ש רש"י (לעיל דף מ"ו) ומאן דאוסר ס"ל דכיון שלא עשה המלוה שום קנין בחיטין של הלוה, למה נימא שנקנה לו, אבל אם היה קנין באמת גם ר"נ מודה דמותר, וא"כ הכא דמיירי שנתן מעות על הקירה, ואע"ג דמעות אין קונה כ"א לענין מי שפרע מהני זה לענין ריבית כקנין גמור וכמ"ש רש"י ותוס' לעיל (דף ס"ב ע"ב), וכיון שקנה את הקירה תיכף, ואין כאן אגר נטר, דמה שבידו נקנים מיד ללוקח, ונמצא דהיתרון שנותן לו אין זה בשכר ההמתנה, אחרי שאין ממתין לו כלל, אלא מתנה בעלמא וכמ"ש רש"י לעיל שם, וגם לר"נ שרי, ועמ"ש לקמן (דף ע"ה ע"א) במתני' כה"ג. ועוי"ל דהכא אפי' בלא קנין כלל שרי וכמ"ש לעיל (דף מ"ו) בשם החו"ד דעובדא דהכא לא מיירי בעוסק לקבל עליו בחיוב הגוף להעמיד לו אח"כ, אלא שמוכר לו דבר הידוע, ואין כאן שום צד הלואה להכי שרי אפילו בלא קנין, דמהיכי תיתי לא נניח לו לקיים מקחו, ודוקא בפוסק דהוי צד הלואה בעינן קנין ע"ש, ואם כי בש"ס דהכא אמרו מהו דתימא כעד שיבוא בני, דמשמע דההיתר הוא מצד דהוי כהלויני ועד שיבוא בני והתם מצד קנין הוא, מזה אין ראיה די"ל דמה דאמרו הכא כן, אין זה טעם ההיתר אלא רק לראיה בעלמא, דמה שיש לו הקפה נחשביה כאילו יש לו ברשותו, וכמו בהלויני עד שיבוא בני דאמרי' הכי דחשיב כיש לו, אע"ג שאין יכול לתת לו כעת. ובאמת יש לתמוה על רש"י ותוס' שהבינו דטעם ההיתר דהכא הוא משום דהוי כהלויני ומנ"ל זה, דהא מלשון הש"ס אין ראיה, וכ"כ הט"ז בשם הריב"ש להדיא דהיתירא דהכא הוא משום דקני לענין מי שפרע, הרי דבע"כ יפרש נמי דמה שאמרו הכא דהוי כהלויני היינו רק לראי' בעלמא ולא לטעם ההיתר, ולפי"ז אין מקום כלל לקושית התוס' דבהלואת סאה בסאה דהלואה הוא אוסר ר"נ, אבל הכא שרי:

ואמנם מדלא ניחא לתוס' לחלק בהכי, וס"ל דטעם ההיתר בעובדא דהכא הוי משום דהוי כהלויני, נ"ל מזה ראי' למ"ש (לעיל דף מ"ו ודף ס"ג) ברש"י ד"ה יש לו, דקנין למי

שפרע אינו מועיל כ"א במקום שהפסיקה היתה שוה בשוה, וצד האיסור הוא רק מחשש שמא נתייקר, אבל במקום שנותן לו יותר מהשווי בעינן קנין ממש, וקנין למי שפרע לא מהני, וכ"ש דבלא קנין כלל לא מהני ע"ש מילתא בטעמא, ולהכי הכא שנותן לו יתרון ממש א"א לומר דטעם ההיתר משום דקני למי שפרע, אע"כ דההיתר הוא משום דהוי כהלויני עד שיבוא, ולמאן דמתיר הוי זה כאילו נקנה בקנין גמור ואין כאן אגר נטר, ושפיר הק' התוס' דלר"נ דאוסר מ"ט הכא דשרי, ועמ"ש שם:

בא"ד וא"ת דטפי הו"ל לאתויי הכא דפוסק על הגדיש כו', היינו לשיטתם בזה הדבור, דמה דקאמר הש"ס מהו דתימא כעד שיבוא בני, שזהו טעם ההיתר דעובדא דהכא, ולהכי שפיר הקשו דלמה לו לומר מטעם הלויני הו"ל לאתויי טעם דפוסק על הגדיש, אבל לפמ"ש הריב"ש דטעם ההיתר בעובדא דכאן משום דקונה למי שפרע, וכן לטעם החו"ד (בסי' קס"ט) דהכא ולא בעינן כלל קנין ע"ש, ובע"כ דמה דקאמר דהוי כהלוני אין זה מטעם ההיתר ורק לראי' בעלמא דמה שיש לו הקפה יהא נחשב כאילו יש לו ברשותו כמו בהלויני עד שיבוא בני דאמרינן הכי דאע"ג שאין יכול לתת לו כעת חשיב כיש לו, א"כ אין מקום לקושית התוס', והנה למה שכתבתי לעיל בסמוך בטעם ההיתר דהלואת סאה בסאה כשיש לו, שאין זה מטעם קנין כלל, א"כ בלא"ה א"א לומר דהכא הוי ההיתר מטעם הלויני, ובע"כ נאמר כפי' הריב"ש או החו"ד, ודו"ק:

בגמ' אמר ר"נ האי מאן דאוזיף פשיטי מחברי' כו', מפרש"י ד"ה ואשכח משמע דהלוה אשכח הטופיינא בשעת הלואה, ודייק מינה המ"מ (בפ"ד ממלוה) שאם מצא המלוה טופיינא בשעת הפירעון לא שייך לומר מתנה בעלמא יהיב, דהא הו"ל ריבית מאוחרת, אבל הרמב"ם ז"ל כתב דין זה גם לענין פירעון, וכתב המ"מ דהא דלא חיישינן שלשם ריבית מאוחרת נתנו משום דאחזוקי איניש ברשיעי לא מחזקינן ע"ש, והק' הפנ"י שהרי הטויו"ד כתב בשם הרמב"ם דריבית מאוחרת ששיגר לו דורון אחר הפירעון אסור אפי' בסתם, וא"כ התם נמי נימא אחזוקי איניש ברשיעי לא מחזקינן. ונ"ל דהנה מן הש"ס ודאי מוכח כהרמב"ם, מדנקיט להך דינא כאן גבי איסורי ריבית מכלל דלאשמועינן דמותר משום ריבית, דאי כפרש"י שאין זה נוגע כלל לדין דריבית, מ"ש דנקיט לה הכא, וקושית הפנ"י יש ליישב, דמה דקאמר הכא אי איניש תקיפה מאי וא"ל דילמא מיגזל גזליה, ודאי שגם באיניש דלא תקיפה איכא נמי למיתלי בהאי, אלא דבאיש דלא תקיפה מצינן נמי למיתלי במתנה, ובאיניש תקיפה דוקא בהבלעה בחשבון תלינן ולא במתנה, אבל זה פשוט דבאיניש דלא תקיפה מצינן למיתלי גם בהבלעה בחשבון, וכיון שאיכא למיתלי נמי בהבלעה בחשבון מנ"ל לוטר דלשם מתנה נתן ורבית הוא, יותר טוב לאוקמי' בחזקת

כשרותו שבודאי לא לשם מתנה נתן אלא להבליעו בחשבון, והיינו דוקא כשנותנו בשעת פירעון ש הבלעה, אבל כשמשגר לו דורון לתוך ביתו דבזה לא שייך דלהבליעו קא מכוון, דהבלעה לא שייך כ"א במקום שהבליע לו עם הפירעון, דכיון שהגזלן יתבייש בחזרת הגזילה ולא ניחא לו שיתוודע הנגזל מהחזרה, ולכן עושה כל טצדקי שהנגזל לא יחשוב שחזרת הגזילה הוא, דאל"ה ל"ל כלל להבליעו בחשבון, ישלח מתנה להנגזל, ואם אינה רוצה בעצמו ישלח מתנה ע"י אחר, אלא לאו דמי שרוצה להבליע, לא יתרצה גם ע"י מתנה, דיחשוב אולי הנגזל בחקרו מה זה ששלח לו זה מתנה, ועי"ז יעמוד על הברור לידע הגזילה, ודוקא בהבלעה יתרצה, כי בזה יחשוב הנגזל שטעה בחשבון, וכיון דבמתנה לא שייך הבלעה, ולהכי אסור, והיינו מ"ש המ"מ דלא מחזקינן איניש ברשיעי, והפנ"י הבין בכוונתו דהיינו דתלינן ששלם מתנה נתנו ולא לשם ריבית, וכמו בתלמיד חכם דאמרי' הכי שמותרים לשלוח דורון אחר הלואה, דכיון דידעי דריבית אסור לשם מתנה מכווני, וסבור היה שכוונת המ"מ כן הוא, דגם הכא תלינן ששלם מתנה נתן, ולזה הקשה דמ"ש ממתנה בעלמא דלא אמרי' הכי, ולמ"ש לא כן כוונת המ"מ, דודאי בכל מתנה דעלמא לא תלינן באדם פשוט דלשם מתנה הוא, משום דאין רגיל אדם לתת מתנות ויותר קרוב דלשם ריבית נתנו, רק הכא דתלינן שמא לשם הבלעה נתנו, ואע"ג דאיכא לספוקי נמי במתנה, ע"ז כתב דיותר טוב לתלות בהלואה משום דאחזוקי ברשיעי לא מחזקינן. ולפי"ז צ"ל דמה דקאמר בש"ס כאן וברמב"ם דאמרי' דמתנה הוא, היינו רק לגבי לוה בצד ההלואה, שם תלינן נמי במתנה, אבל כשהמלוה מצא הטופיינא לא תלינן במתנה אלא בהבלעה לחוד, משום דאחזוקי ברשיעי לא מחזקינן. ועוי"ל דגם לגבי מלוה מספקינן במתנה ואפ"ה שרי כיון דאיכא ספיקי טובא, דשמא בהבלעה ושמא במתנה להכי שרי, משא"כ במתנה דעלמא דליכא כ"א חדא ספיקא דשמא לשם מתנה הוא ולא לריבית, וגם הספק אינו שקול, משום דאין דרך אדם במתנות, להכי אע"ג דריבית דרבנן הוא אסור נמי מספיקא וק"ל, ועמ"ש לקמן (דע"ג ע"ב) מזה:

דף סד.

בגמ' אמר רב כהנא כו' מאן דיהיב זוזי כו' יהבינא לך בני גרמידא כו' ליתנהו אסור, ויש לדקדק מהו צד הריבית בכאן, דאין לומר דהאיסור הוא בנתינה מה שיתן לו בני גרמידא, דהא מדידי' קא יהיב לו דכיון דבני זרתא יש לו ומחובר לקרקע הרי הוא כקרקע דנקנה בכסף וא"כ קנה הלוקח הקרי בקנין גמור, ומה שיגדלו אח"כ ברשות לוקח גדלי ולאו של מוכר הם כלל. וצ"ל דהאיסור הוא בזה שהמוכר מניח שיתגדלו הקרי בתוך גינה שלו,

ונמצא שע"י הקדמת המעות נהנה הלוקח מגינה של חבירו, וכן נמי בההולך לחלוב את עיזיו, צ"ל שהתנה עמו להשהות החלב בתוך דדי הפרה יום או יומים, ומשום דכל מה דמתאחרן מלמחלב להו קא רבי בהו חלבא, ונמצא שהלוקח נהנה מזה שמתאחר החליבה, וכיון דללשון קמא דמה שממילא קא רבו לא נחשב כאיתנהו ברשותו ושפיר הוי אגר נטר ואסור, ואיכא דאמרי סובר לחלק בין קרי לחלב, דבקרי כיון דמיני' קא רבו הוי כאילו בני גרמידא כבר ברשותו הם, פי' אע"ג דאכתי אינם בעולם, מ"מ כיון דבני זרתא הוי בעולם בשעת מכירה, יכול לקנות גם מה שיוגדל אח"כ, דהוי כמו דקל לפירותיו דמהני לכו"ע, ולכן חשבינן להו כאילו ברשותו הם, ובאיתנהו ברשותו שרי בכל אופן דאוזולי קא מוזיל, ואין כאן אגר נטר, דאין ממתין לו כלום, אבל בחלב דלאו מיניה קא רבו, ונמצא שלא היה יכול לקנות התוספת שיבוא לאח"כ, דהא אינם בעולם כלל, וכיון שלא קנה אותם כלל, כ"ש דלא נוכל לחשבו כאיתנהו ברשותו ולהכי אסור, זהו המתבאר מפרש"י ונמוק"י:

אלא יש לתמוה הרבה על שיטת רש"י, דנהי דלענין קנין שפיר מועיל הסברא דמיני' קא רבו וכמ"ש דהוי כדקל לפירותיו, וה"נ מוכר לו הקטנים למה שיצמחו גם אח"כ, אבל לענין איסור ריבית מה מועילו, דבשלמא היכי דהריבית הוא רק מחשש יוקר כמו בפוסק על התבואה, בזה מועיל הקנין להצילו מאיסור זה דאמרינן כיון שכבר קנה זה בקנין כי אתייקר ברשותו אתייקר, אבל במקום שהריבית הוא בזה שיתן לו איזה יתרון ממש כמו הכא, והאיסור הזה לא יסולק כ"א באופן שאין כאן שום המתנה, ונמצא דהשכר שנותן אין זה משום אגר נטר וא"כ לא שייך זה כ"א כשאותו דבר הנקנה הוא בעין ממש כמו שצריך לתת לו, וכההיא דאומר לשולחני ליתן לו דינר לפועליו וישלם לו דינר וטריסית ממעות שיש לו בביתו דמותר, והיינו משום דאמרי' דכיון שיש לו המעות מוכנים בביתו, אמרי' דהוי פורעו מיד ואין ממתין לו כלל, דמה שיש לו נקנית לו מיד, ואין כאן אגר נטר אחרי שאין ממתין לו כלל וכפרש"י (לעיל דף מ"ו), אבל אם הדבר שהלוקח צריך לקנות אינו עוד בעולם וכמו הכא שצריך לחכות עד שיגדלו הבני גרמידא, וא"כ השכר הוי אגר נטר ואמאי מותר, ועו"ק לפרש"י דבאיזה סברא יפלוגו רב ורבא, ואם סברא דמיני' קא רבו מהני לענין ריבית מ"ט דרב דמשוו הדין דקרי להדין דחלב, אטו לא ידע דהכא מיני' קא רבו. ולכן נ"ל פי' אחר לגמרי בש"ס, דטעם דרבא דהתיר בקרי ע"י סברא דמיני' קא רבו אין זה משום דעי"ז נחשב כאיתנהו כבר ברשותו, אלא דלפמ"ש דעיקר האיסור הוא, מה שהלוקח יהנה מזה שהמוכר מניח לו להתגדל בתוך גינתו, ולפי"ז בקרי כיון דמיניה קא רבו, ורק ע"י הקטנים יוכל לבוא ההוספה אבל כי שקלי להאי

לא יבואו אחרים במקומן, ונמצא שהמוכר אין מפסיד מידי בזה שהלוקח משהה אותם יותר בתוך גינתו, דאפי' אם ישקלם מיד מן הגינה לא יוכל המוכר ליהנות בעצמו מזה, ואע"ג שהלוקח נהנה, מ"מ כיון דזה לא חסר שרי, דס"ל שדוקא היכי שזה נהנה מחסרון של חבירו אסור, אבל בחלב כיון דכי שקלת להאי אתו אחריני, ונמצא שהמוכר מפסיד בזה שצריך להשהות החליבה, דאילו היה חיוב מיד, אז החלב הנוסף היה למוכר, וכיון שהלוקח נהנה מחסרון המוכר הוי זה ריבית גמורה ואסור, וזהו כוונת הש"ס במאי דקאמר, הכא מיניה קא רבו כו' וכמ"ש, ויש לי סיוע גדולה לפירושי מלשון הרי"ף וז"ל וכיון דממילא קא רבו שפיר דמי ואי קשיא לך הא דתניא ההולך לחלוב כו' אסור ואע"ג דממילא קא רבו התם לאו מיניה קא רבו דשקלי ליה להאי גיזה וחלב ואתי אחריני הכא קרי מיניה קא רבו דאי שקלת ליה להאי קרי לא אתי אחריני וכד שביק ליה התם לית ליה ללוה פס דא בגוה הלכך שפיר דמי ע"כ, ויגעתי להבין דעת הרי"ף דלמה לו לסיים דללוה לית ליה פסידא, כיון דחשבינן כאיתנהו ברשותו ובאיתנהו אפי' יש לו פסידא שרי, ולמ"ש א"ש דבאמת לאו מטעם איתנהו שרינן אלא משום דמה שגדלו ממילא הם בלא טרחת המוכר, ומה שמשהה אותם בתוך גינתו, נמי אין המוכר חסר מזה, וכיון דלית ליה פסידא שרי ליהנות ללוקח, וזהו טעמו של רבא באיכא דאמרי, וטעמו של רב דסובר שאפי' אם הנאה של לוקח אינו בא מחסרון המוכר ג"כ אסור, ולהכי לא מהני הטעם דמיני' קא רבו, ולענ"ד פירוש הזה יפה מאוד, וכמה קושיות יתורצו עי"ז, ועמ"ש (לקמן דף ע"ג) בתוד"ה בתורי, לקיים פירושי מר"ח ורמב"ם ע"ש:

והנה לעיל (דס"ג ע"ב) במה דפריך הש"ס והא בעי למיתב זוזי לספסירא ומשני דיהיב לו דמי ספסירא, דייק מינה הריטב"א דכל שהלוקח מרוויח בסבתו של מוכר אעפ"י שאין מחסרו כלום נמי אסור, דהא התם אין המוכר מפסיד כלום אלא שהלוקח מרוויח דמי הספסר ואפ"ה אסור, ובשמ"ק שם דחה ראייתו דאפשר לומר דבמידי דלא פסיד מוכר מידי לא גזור ובזוזי דספסירא פסיד מוכר דאפשר להזדמן אדם שיבקש לו פירותיו בלא ספסירא ויתן לו יותר מדמי שווין תחת דמי הספסירה, ע"ש, ולפמ"ש בפלוגתת הריטב"א והשמ"ק יפלגו רב ורבא, דרב ס"ל דאפי' אם אין המוכר נחסר אסור והיינו כהריטב"א, ורבא ס"ל דכיון דלית ליה פסידא למוכר שרי והיינו כשיטת השמ"ק, וא"כ יקשה אפוא על הריטב"א דלמאי דקיי"ל כרבא שרי בלית ליה פסידא. ויש לתרץ עפמ"ש החו"ד (בסי' קס"ט) דבפוסק על הפירות ומקבל על עצמו להיות חייב עליו להעמידו, דמיא להלואה, ובמוכר דבר ידוע ואין אחריותו עליו הוי מכירה ע"ש, וא"כ י"ל דלעיל דבפוסק מיירי דהוי כהלואה להכי אסור אפי' במקום שאין המוכר חסר, אבל:

הכא שמכירה גמורה היא לא מחמרינן כולי האי לאסור נמי במקום שאין המוכר חסר כלום, ודו"ק:

ועוי"ל עפמ"ש התוס' בקדושין (נ"ב ע"ב) על הא דאמרינן המקדש בחלקו אינה מקודשת ומ"ש מהמקדש ע"מ שאדבר עליך לשלטון דמקודשת אעפ"י שאין נותן לה הלום ותי' דהתם כיון דיכול ליטול שכר מדבורו הוי כאילו נותן לו ע"ש, ולפי"ז י"ל דמ"ש הריטב"א דכשהלוקח נהנה אעפ"י שאין המוכר חסר דאסור, היינו דוקא בהנאה כזאת שהיה יכול לפחות ליטול שכר עליה, וכמו בההיא דספסירא, דהיה יכול ליטול שכר מאחרים בזה שלא יוצרך ליתן דמי הספסירא, והיינו דמסיים שם הריטב"א, וז"ל דכשמדבר עלי' לשלטון נשמע מינה דאסור ע"ש, ופי' דוקא באופן כזה דדמיא למדבר לשלטון, שיכול ליקח שכר בעד זה אסור, אבל הכא דהמוכר אין יכול ליקח שום שכר בעד הגינה, דלזרוע אחרים אי אפשר עוד, ובכה"ג גם הריטב"א יודה דשרי, ועמ"ש עוד לקמן בע"ב בד"ה אר"י בר מניומי:

בגמ' מה שעזי חולבות מכור לך מותר, בהגהת מרדכי פירש דמוכר לו החלב שישנו בעין בשעת החליבה וכפשטא דההולך לחלוב דמיירי הכי, ומן התוס' דסוגיין משמע דמפרשי שמוכר לו החלב שיבוא ליום או יומים, ועיין במהר"ם שי"ף חלוקי הפירושים, ולפי' התוס' אע"ג דהוי דשלב"ל, מ"מ הכא שאין ההיתר מטעם הקנין, ומשום דנימא דנקנה לו מיד ואין אגר נטר, אלא ההיתר הוא מטעם שמקבל עליו בין רב בין מעט וכפרש"י, ולהכי אע"ג דודאי לא קנה כיון דהוי דשלב"ל, מ"מ איסור ריבית נמי אין כאן, והנה בחו"ד (בסי' קס"ג) הביא ראיה מכאן, דלענין איסור ריבית אף שלא נתקיים המקח בקנין נמי שרי, דהא הכא לא נתקיים המקח דהוי דשלב"ל ואפ"ה שרי ע"ש, ולמ"ש אין ראיה מזה, דהכא אין ההיתר מטעם הקנין, אבל ודאי היכי שההיתר הוא רק מטעם הקנין לחוד, כגון בפוסק על מה שיש לו ונתייקר אח"כ דאמרי' דשרי לתת לו כיוקרא דלקמי' משום דברשותו הוא דאייקר, יש לומר דאי לא נתקיים המקח בקנין אסור, וכ"ש דלפי' ההגהות מרדכי, דגם החלב הוי בא לעולם, שאין ראיה כלל:

תוד"ה מה שעזי חולבות כו' דהכא אין רגילות לזלזל בשביל המתנת יום או יומים כו', המהר"ם שי"ף והתו"ח הבינו מלשון התוס' דלא מכר לו מה שמחליב מיד, אלא מה שיחליב בעוד יום או יומים, ולהכי הרבה התו"ח להקשות על פירושם, חדא דההולך לחלוב לאלתר משמע, ועוד כיון שאין מעכב אלא יום או יומים אמאי אסור כשאומר לו מה שרחלי גוזזות כך וכך והלא הצמר כבר גדילה כל צורכה ועומד ליגזז וכאיתנהו דמי ובאיתנהו בההיא שעתא ליכא מאן דפליג דשרי ע"ש. ולמ"ש בפי' הגמ' ברור הדבר

שכוונת תוס' כן הוא, דמוכר לו החלב שישנו בעין וכפשטא דההולך לחלוב, אלא שמתנה עמו שישהה החליבה יום או יומים ועי"ז יתוסף חלב בדדיה, והאיסור הוא בזה שהלוקח נהנה מהשהיה הזאת דומיא דקרי ע"ש היטב, ולפי"ז סרה קושית התו"ח, דודאי מוכר לו החלב שיש בעין, וא"ש לשון ההולך לחלוב, והאגר נטר הוא בשביל התנאי שמשהה יום או יומים, ובכך וכך אסור אע"ג שאינו שוהה כ"א יום או יומים, ונהי דלענין קנין הוי כאיתנהו דבשביל המעט הזה אין לחשבם כליתנהו, מ"מ לענין איסור ריבית כיון דסוף סוף נהנה בשהוי הזה אסור, ועמ"ש בגמ':

ברש"י ד"ה אחביתא דחמרא, שיש בידך, פי' דאילו אינו בידו היין, הוי זה ממש דין דפוסק על שער שבשוק ואפי' אם אינו מקבל אחריות זילא נמי הוי שרי כמו בפוסק בשער שבשוק דהוי דינא הכי, ומשום דהפירות אינן מבוררין ולא הוי זה אגר נטר וכמ"ש התוד"ה האי קרוב לשכר, או כטעם שנכתוב בסמוך, ומדקאמר הכא דאחריות דזילא על הלוקח בע"כ דהתנה ש עמו על חבית ידוע:

תוד"ה אי תקפה, תימה דהיכי מיירי כו' ואי בשלא משך מה צריך להתנות כו' ע"ש, ובפנ"י הקשה דהא בשלא משך נמי הו"מ לאקשויי קושיא קמייתא דהא לעיל כתבו התוס' דלענין איסור ריבית מהני קנין מעות כמו משיכה וא"כ הקושיא שהקשו מאי ריבית שייך כיון שהתנה בפירוש שאם יוקירו יהא המקח קיים מעכשיו ואם יוזלו או יאנסו יהא הלואה, זו הקושיא שייך נמי כשלא משך דלענין ריבית שווים הם ע"ש. ונ"ל דהנה זה מבואר בחבורינו כמה פעמים, דהא דמהני לענין ריבית קנין מי שפרע אין זה משום דמחשבינן לענין זה קניית כסף כקנין גמור, אלא דהיינו דוקא לענין חשש יוקרא מועיל זה לענין שנימא דברשות דלוקח הוא דאייקר, ומשום דעלינו להעמיד כל אדם בחזקת כשרות ולומר שבודאי לא יתרצה לחזור ולקבל מי שפרע להכי נחשב כאילו ודאי ברשותו עומד, וא"כ לא שייך זה כ"א במקום שגם על הלוקח יש מי שפרע אם יחזור, ולכן שפיר אמרינן דודאי יתקיים המקח בסוף ונחשב כאילו מעתה עומד ברשות לוקח, אבל הכא אם הלוקח היה מתנה גם אחריות דזילא על המוכר, וא"כ הוא יכול לחזור מצד התנאי, ואיך נוכל לומר דברשות לוקח הוא מעתה, ושבודאי יתקיים המקח, דהא עלינו למיחש שמא יתבטל המכירה מצד הלוקח, שעליו אין שום איסור, ולהכי הקשו התוס' דוקא בשמשך, אבל בלא משך פשיטא דלא מהני הכא. ועוי"ל דהכא כיון דאיכא נמי צד הלואה, דאי תקפה מתבטל המקח ומעות הלואה, להכי בעינן דוקא לקנין גמור מעכשיו אבל אם מתחלה לא קנה אלא למי שפרע, מיחזי כאילו גומר עמו הקנין עתה כשהוקר בשביל ההלואה ומיחזי כריבית:

דף סד:

בגמ' האי קרוב לשכר ורחוק מן ההפסד הוא, ובעמדי לעיין הסבר הדברים, נוכחתי כי פליגי בה רבוותא בפירושא דהאי מילתא, ומפי' הנמוק"י למדתי לדעת שיפרש, דפסיקה אף שהוא קרובה לשכר, אינה עושה עצם הפיסוק להלואה, דכיון דעצם הפסיקה היתה דרך מכירה, אע"ג שהיה קרוב לשכר לא בטיל שם מכר מינה, ורק אי איכא בזה צד הלואה בלא"ה, אז קירוב השכר הוי ריבית, אבל אם אין בה צד הלואה מחמת התנאי אז קירוב השכר אין בו שום איסור, דבהלואה הוא דאסרו קרוב השכר ולא במכירה, ולפי"ז אין מקום לכל קושית התוס' בד"ה האי קרוב לשכר, מפוסק על שער שבשוק ומפוסקין על הגדיש, דדוקא הכא שקונה חבית ידוע ומצד המכירה היה צריך הלוקח לקבל גם אחריות דתקיפה כיין דברשותו עומדת, ומה שאין מקבל אחריות דתקיפה היינו מצד התנאי דאי תקפה ליהוי ברשותך ויתבטל המקח, וכיון דמחמת בטול מקח הוא, הרי יש בה צד הלואה, דאי תקפה מתבטל המקח ומעותיו הלואה, ולאותו הלואה הוי קירוב השכר ריבית, והרי זה דומה לאומר לחבירו הלויני ובשכר ההלואה אני נותן לך בספק זכות היוקר שיש לי, אבל בכל הנהו פסיקות שהביא התוס' דכולה מכר הוא ואין בה צד הלואה, דמה שהלוקח אין מקבל אחריות דתקיפה, אין זה משום בטול מקח אלא משום שאמרי' שלא קנה זה שהחמיץ ולא שייך אגר נטר, ותיתי לי כי בתחלת העיון כוונתי גם מדעת עצמי לזה ב"ה. ושיטת רש"י ותוס' הוא, דבכל פוסק אפי' כי אין בה צד בטול מקח מצד התנאי נמי אסור בקרוב לשכר, ומשום דפסיקה כזאת שהיא קרובה לשכר מבטלת השם מכר מפסיקה הזאת וכולה שם הלואה הוא, דכיון שאינה כדרך מכר הרגיל אין ע"ז שם מכר אלא שם הלואה, ולא רק צד הלואה יש בזה, אלא כולה הלואה היא, ולזה שפיר הקשו מפוסק על שער שבשוק, דהתם נמי נימא כיון דהלוקח אין מקבל אחריות ההפסד שיתבטל שם מכר מעסק זה ויהיה עליו דין הלואה ויאסור, ולזה הוכרחו לחלק בין דבר מבורר לאינו מבורר פי' דכשקונה דבר מבורר ומעמיד מקחו על אותו דבר, היה צריך להיות אחריות ההפסד על הלוקח, ואם אינו מקבל, יוצאה בזה מדרך מכר הרגיל ולהכי אין שם מכר ע"ז, אבל כשקונה דבר שאינו מבורר י"ל שלא קנה כלל זה שהחמיץ:

ומה שמיאנו התוס' בסברת הנמוק"י ובחרו לפרש כפירושם אשר צריך עוד הסבר מאיזה טעם נאסור כיון שבאמת לא נתבטל המקח, י"ל דסבירא להו דריבית לא הוי כ"א כשההלואה והריבית יהיו שניהם כאחד, ולשיטת הנמוק"י דההלואה הוא מצד בטול המקח, לא הוי ההלואה והריבית ביחד דאם תקפה ויתבטל המקח, אז אין מקבל שום ריבית, ובאם יוקר ויתקיים המקח, תהיה מכירה למפרע ולא היה במקח הזה שום צד

הלואה, וא"כ אין זה בגדר ריבית, אבל לשיטתם דההלואה הוא מצד עצם הפסיקה, א"כ כולה הלואה היא אפי' כשיתקיים המקח נמי, דמכירה כהאי לאו שם מכירה היא, אלא הלואה. והסבר הדברים נ"ל דכיון שאין דרך מכירה באופן כזה, אמרינן דעיקר הקנייה לא היה מחמת שרוצה לקנות היין, אלא כוונתו הוא רק ליטול הריוח ביוקרא דלקמיה, ופעולת המכירה לא באה כ"א להתיר הענין שלא יהא מיחזי כריבית ולהכי אסור, וכמ"ש הריב"ש בסי' ש"ה דאין הלשון גורם אלא הכוונה גורם לאיסור ריבית דאל"כ בטלת איסור ריבית שילוה ק' בק"ק ע"י מכירה, ובזה יש ליישב קושית התוס' לעיל בד"ה אי תקפה, דאם משך מאי ריבית יש בזה והא נגמר הקנין, ולפמ"ש ניחא דנהי דהקנין נגמר מ"מ כיון דאין דרך מכירה בכך מוכח שכוונתו הוי להריבית ולא למכירה, ולהכי לא מהני המכירה בזה, אלא שיש לכוון זה גם בתי' התוס' גופא, שתי' שם דאפי' משך לא מהני התנאי ולא כתבו טעם לזה, ולמ"ש ניחא, ויתברר נמי הסבר חלוקם בין קונה דבר מבורר לאינו מבורר, דבדבר מבורר כיון שדרך המכירה לקבל אחריות, והכא שלא קיבל אמרי' דמסתמא כוונתו להריבית ואסור, אבל באינו מבורר כמו בפוסק על השער שהדבר הקנוי עוד איננו ביד המוכר וא"כ איזה אחריות יוכל לקבל, וכיון שכן אין ראיה מחסרון קבלת האחריות שלריבית מכוון ושרי:

והנה גם נ"מ לדינא יש בין שיטות הללו, לשי' הנמוק"י דמצד עצם הפסיקה לא יהיה בזה שם הלואה, ורק מצד תנאי דבטול מקח, א"כ לא שייך האיסור כ"א כשמתנה אם תקפה יהיה ברשותך ויתבטל המקח לגמרי, אבל כשהתנאי היה שבאם יחמיץ יוריד אותו מהמחיר לחשבו כמו ששוה השתא כשהוחמץ, אבל המקח יתקיים אין בזה שום ריבית כיון ואין כאן בטול מקח ואין בזה צד הלואה, אבל לשי' רש"י ותוס' אפי' כשמתנה באופן כזה נמי אסור, דעצם הפסיקה כיון שהיא קרובה לשכר משוה לעסק זה כהלואה, וכן בזה נמי יש נ"מ, דלשי' הנמוק"י דעיקר ההיתר בפוסק על השער הוא מחמת שאין שם הלואה, להכי אפי' אם גם אחריות דזילא הוי על המוכר נמי שרי, דנהי דקירוב השכר איכא מ"מ כיון דהלואה ליכא התם, כי איכא ריבית מאי הוי, והיינו ההיא דפוסק על שער הגבוה, דאחריות דזילא נמי על המוכר, משא"כ לשי' רש"י ותוס' דעצם הפסיקה הוי כהלואה, ורק הכא דשרי משום דמקבל אחריות דזילא הוי קרוב לזה ולזה, אבל כשאחריות הזול הוי על הלוקח אכתי הוי קרוב לשכר מחמת הזולא ויוקרא ואסור, וגם תי' התוס' לחלק בין מבורר לשאינו מבורר לא שייך לענין זילא כיון שכל הפירות שבעולם הוזלו מה הפרש יש בין מבוררין או לא, והא דאמרי' לקמן דפוסקין כשער הגבוה, היינו לפסוק כשער של עכשיו או כשער הזול אבל כשמוכר מקבל עליו אחריות

דיוקרא וזולא ודאי אסור וכמ"ש הש"ך (יו"ד סי' קע"ג סקכ"ו) ועיין בסי' הנ"ל תמצא בזה מחלוקת הדרישה עם הש"ך, הש"ך סובר דדוקא אחריות דחמוץ על המוכר שרי אבל כשמקבל גם אחריות דזילא:

אסור, והדרישה סובר דאפי' אחריות דזילא נמי שרי ולמ"ש פליגי בפלוגתא דרבוותא, הפרישה הוא כשי' הנמוק"י, ודברי הש"ך מכוונים לשי' רש"י ותוס' ודו"ק, אכן באמת דוחק גדול לומר שהתוס' יאסרו היכי דהמוכר מקבל עליו אחריות זילא, כיון דמפורש שנינו דפוסקין על שער הגבוה, ותי' של הש"ך דחוק הוא וכמ"ש החו"ד שם, ולכן נראה דגם התוס' מודים דאחריות דזילא נמי שרי המוכר לקבל, דלמ"ש דטעם האיסור לשי' התוס' משום דכל שיוצא מדרך מכר הרגיל הוי בטיל שם מכר, והיינו דוקא אחריות דחמוץ יוצא מדרך הרגיל, אבל אחריות דזילא דרך ממכר הוא, דדעתא דאיניש אתרעא זילא וכמ"ש לקמן בשילהו פירקין דזהו טעמא דמאן דמתיר לפסוק כשער הגבוה, וכעץ זה כתב גם הפנ"י, נמצא דדברי הדרישה מכוונים לכל השיטות ודו"ק:

בגמ' אר"י בר מניומי אר"נ הלוהו ודר בחצירו צריך להעלות לו שכר, וכתבו הראשונים דהאי צריך להעלות לו שכר דקאמר ר"נ היינו מכאן ולהבא, דאילו בדיעבד ליכא למימר כין דלאו אדעתא דהכי אוזפיה, ובודאי ריבית קצוצה לא הוי וא"כ איך אפשר לומר דיחזיר לו מה שכבר דר, דהא אבק ריבית אינה יוצאה בדיינין, אע"כ הכי קאמר הלוהו ודר בחצירו צריך להעלות לו שכר, כלומר אסור לו לדור אלא בשכר עיין בשמ"ק. ולענ"ד דאי משום הטענה הזאת לא איריא עוד לפרש כן בר"נ, דשפיר מצינן לפרש דר"נ גם בדיעבד קאמר שצריך להחזיר, ואע"ג דאינו כ"א אבק ריבית, דהא ר"נ עצמו קאמר לקמן (דס"ו ע"ב) השתא דאמרי' אסמכתא לא קניא הדרא ארעא והדרי פירי, ולפרש"י שם דלמסקנא הוי הטעם משום ריבית, דבד"ה הכא הלואה כתב וז"ל ומיחזי כריבית וכריבית קצוצה דמי ואין אבק ריבית בהלואה אלא במכר כמרבה בפירות דמתני' עכ"ל, הרי להדיא שר"נ סובר דבהלואה אין חלוק בין אבק ריבית לריבית קצוצה לענין דיוצאה בדיינין, וגם אבק ריבית יוצאה בדיינין, ועיין בפנ"י מש"ש לתרץ לשון רש"י, דנראין דבריו כסותרין זא"ז, דבתחלה כתב ומיחזי כריבית וכריבית קצוצה דמי, דלשון זה משמע שריבית קצוצה ממש לא הוי, ואח"כ כתב דאין אבק ריבית בהלואה, ומשמע דריבית קצוצה ממש הוי, וכתב לתרץ דודאי ריבית קצוצה לא הוי כ"א בשקוצץ בשעת הלואה אבל התם דלא קצץ מעיקרא לשם ריבית ואף אם קצץ אין ההוספה ידוע דשמא לא יעשה פירות, להכי ודאי דלא הוי ריבית קצוצה ממש, אלא רק כריבית קצוצה לענין שיוצאה בדיינין ע"ש. הרי עכ"פ גם לדבריו לענין דיוצאה בדיינין הוי כריבית ממש,

וא"כ ה"נ נפרש דמה דקאמר ר"נ דצריך להעלות לו שכר, היינו בדיעבד ויוצאה בדיינין נמי, דבהלואה אין אבק ריבית, ואמנם ללישנא דהלוהו בע"כ דמטעם אחר מוכרחים לפרש דרק לכתחילה קאמר, דכיון דמסיק דר"נ מיירי בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר, ובזה אפי' אבק ריבית נמי לא הוי וכמ"ש הרמב"ן, דבהלוהו ואיכא נמי תרתי לטיבותא, לא קיימא לאגרא ולא עביד למיגר אפי' אבק ריבית לא הוי, והיינו דדייק רש"י ד"ה קמ"ל, דמיחזי כריבית, סי' דאפי' אבק ריבית מדרבנן נמי לא הוי, אלא רק מיחזי כריבית, וא"כ ודאי דרק לכתחילה קאמר שצריך להעלות שכר, דאיך אפשר להחזיר בדיינין בדבר שאפי' אבק ריבית לא הוי, ואין לומר דהא גופא יקשה, דמאי פריך הש"ס מאי קמ"ל, והוצרך לשנויי דמיירי בחצר דלא קיימא לאגרא, הא לפמ"ש י"ל דלעולם בקיימא לאגרא מיירי ר"נ, ואפ"ה טובא אשמועינן דצריך להחזיר בדיינין מה שכבר דר, אע"ג דאינה כ"א אבק ריבית אפ"ה יוצאה בדיינין, דבהלואה אין חלוק וכנ"ל, ואי ממתני' הו"א שרק אסור לכתחילה, אשמועי' ר"נ דצריך להעלות גם השכר שכבר דר, די"ל דכיון דנקיט במתני' מפני שהוא ריבית, דלשון זה משמע דריבית גמור הוי שצריך נמי להחזיר, ופשטא דמתני' מיירי נמי בהלוהו סתם, ואי נימא דגם ר"נ מיירי בקיימא לאגרא אין שום חדוש בדבריו, דלאשמועי' דהלוהו הוי נמי אבק ריבית א"צ, דממתני' ידעינן זה, ולאשמועינן דצריך זה להחזיר, לבד שגם זה ממתני' שמעינן מדקתני מפני שהוא ריבית דמשמע דהוי ריבית גמור, עוד בלא"ה כיון דזה כבר שמעינן ר"נ לקמן דהדרי ארעא והדרי פירי, ושמזה ידעינן דבאבק ריבית נמי צריך להחזיר ותו למה לי' לאשמועי' גם כאן גבי חצר, ושפיר הקשה הש"ס מאי קמ"ל, והוכרח לשנויי דר"נ בדלא קיימא לאגרא ולא עביד למיגר, ואשמועי' דאפ"ה איסורא יש כאן משום דמיחזי כריבית:

ומזה עמדתי ליישב מה שהקשו הראשונים, דמנ"ל לתלמודא ץ שאפי' בתרתי לטיבותא נמי אסר ר"נ, והיינו משום דס"ל לש"ס, דבחדא לטיבותא נמי הוי אבק ריבית ללשון זה, וא"כ אכתי יקשה מאי קמ"ל, דלענין איסורא פשיטא דאבק ריבית יש בו איסורא, ואי לענין החזרה ג"ז פשיטא דצריך להחזיר אפי' בדיינין דאין אבק ריבית בהלואה לר"נ, ואע"כ דבתרתי לטיבותא מיירי, שבזה אפי' אבק ריבית נמי לא הוי, ושפיר אשמעי' חדושא דאפ"ה אסור משום מיחזי כריבית:

ואמנם כ"ז הוא ללשון דהלוהו, מודינא נמי לשי' הראשונים דר"נ רק לכתחילה קאמר, ואם כי לא מטעם משום דהוי אבק ריבית, עכ"פ מטעמא דידי משום דלא הוי גם אבק ריבית, אכן מה שכתבו דגם ללישנא דהלויני, ר"נ רק לכתחילה קאמר, ומשום דגם בזה אינו אלא אבק ריבית, תמוה לי טובא, דלו יהבינא ליה להרמב"ן כטעמו דאפי' בהלויני

הוי נמי אבק ריבית ולא ריבית קצוצה, מ"מ הא גם באבק ריבית ס"ל לר"נ דהדרא, והן אמת דעל הרמב"ן אפשר לתרץ דהוא לא יפרש כטעמו דרש"י דלקמן דאבק ריבית נמי הדרי, ויש שם פירושים אחרים, אלא דעכ"פ לשי' רש"י דלקמן, בע"כ צ"ל דבהלויני אפילו אם אינו אלא אבק ריבית נמי הדרא בדיעבד, וללשון זה אין להקשות דא"כ מאי קמ"ל ר"נ הא ממתני' ידעין דזהו ריבית וכמ"ש לעיל, דללשון זה טובא קמ"ל, דאי ממתני' הו"א אפי' בהלוהו נמי אסור עכ"פ משום מיחזי כריבית, ור"ג אשמעי' דדוקא הלויני אסור אבל בהלוהו שאפי' אבק ריבית לא הוי גם איסורא לכתחילה ליכא:

ומכל מה שכתבנו היה מקום לנטות דבהלויני יהא צריך לחזור גם דיעבד, חדא דהרמב"ם סובר דהלויני הוי רבית קצוצה, ואפי' אי נימא כרמב"ן דגם בהלויני אינו כ"א אבק ריבית בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר, מ"מ יש לנו שי' רש"י דגם באבק ריבית ס"ל לר"נ דיוצאה בדיינין, ולענ"ד דברי רש"י דלקמן הם הערה נכונה להלכה זאת, אלא שהפוסקים לא זכרו מזה, ובכדי ליישב דברי הפוסקים היה אפשר לומר דאין ראיה מרש"י דהתם, דהא רש"י אין אוסר התם כ"א הפירות שאכל לאחר שלש שנים אבל פירות שבתוך שלש א"צ להחזיר, ובאמת יש להבין זה דכיון דמחמת איסור ריבית צריך להחזיר מ"ש לאחר ג' מתוך ג'. וכתבתי שם דכיון דחשבינן אכילת הפירות למחילה מצד הלוה, ומחילה מהני גם בריבית קצוצה, דדוקא כשנותן לו בתורת ריבית אסור אבל לא בתורת מחילה וכמ"ש (ביו"ד סי' ק"ס), ואם כי יש חולקין וס"ל דדוקא מחילה דלאחר פירעון מהני, אכן זה נמי דמיא למחילה דלאחר פירעון דמהני לכו"ע ע"ש שבארתי זה באריכות, ולהכי בפירות דתוך שלש א"צ להחזיר משום דהוי מחילה, ופירות דלאחר שלש כיון דהוי מחילה בטעות דסבור כיון שלא קיים תנאו הרי הוא שלו, ומחילה בטעות לא הוי מחילה ע"ש היטב, וא"כ לפי"ז הכא דמיירי שידור בחצירו תוך הזמן דידע שיכול לעכבו ואפ"ה מחיל, וא"כ מחילה שלימה היא וא"צ להחזיר אפי' לרש"י דס"ל דהוי כרבית קצוצה, מ"מ מטעם מחילה א"צ להחזיר, כן יש ליישב בדוחק דברי הפוסקים. ואכן לתי' הראשון שכתבתי שם ברש"י, שאפי' בתוך ג' אוסר נמי רש"י התם, אכתי צ"ל בע"כ כמ"ש, ועמ"ש לקמן דס"ו:

ובעיקר הפלוגתא שבין הרי"ף והרמב"ם בזה, דהרי"ף סובר דבחצר דלא קיימא לאגרא לא הוי ריבית קצוצה אפי' בהלויני. נ"ל דלשיטתו אזיל דלעיל בע"א גבי עובדא דקרי דשרי רבא משום דמיניה קא רבו דאי שקלת להאי לא אתו אחריני, ופי' שם הרי"ף דטעם ההיתר הוי משום דאין לו פסידא ללוה, וריבית לא נאסר כ"א בדבר שזה נהנה מחסרון של חבירו ע"ש, ולהכי ה"נ בחצר דלא קיימא לאגרא שאין הבעה"ב חסר לא הוי ריבית,

והרמב"ם דמפרש התם דטעם ההיתר משום דנחשב כיש לו, אבל בזה י"ל שאפי' אין הלוה חסר נמי הוי ריבית, להכי ס"ל שאפי' בחצר דלא קיימא לאגרא הוי ריבית קצוצה, ועמ"ש בארוכה, אלא שיש לומר דלמ"ש התוס' (בקדושין דנ"ב) דכל הנאה שהיה יכול ליקח בעד זה ממון נחשב כחסר, א"כ גם הכא הו"ל למיחשב כחסר הבעה"ב כיון שהיה יכול ליקח ממון בעד החצר, ודו"ק:

ברש"י ד"ה קמ"ל כו' ולא דמי למשכונא של כרם דהתם זימנין דלא שקיל ואפ"ה מנכי כו', ובתוס' הקשו ע"ז דהא גם בבית שייך תיוהא דאו נופל או נשרף ע"ש, ואפשר ליישב כוונת רש"י, דבכרם הוי התיוהא בשני פנים או שיהיה ברד וישחית הכל או אף שיצמחו ויגדלו הפירות רק שלא יעלו יפה ברבויין וטעמן כמו בשנים הטובות, והנה בע"כ דהא דשרינן בכרם משום התיוהא, היינו דוקא מחמת שני התיוהות הללו כאחת, דבתיוהא דאופן האחרון לחוד ודאי שאין שייך להתיר כ"א כשיוזיל לו מעט בעד יום או יומים, אבל בענין נכייתא של כרם שמוזיל לו הרבה אין שייך להתיר ולומר דלהכי מוזיל גביה משום דשמא לא יעלו יפה דהא אף אי נימא שלא ירבו הפירות כל כך כמו בשנים הטובות, ג"כ שווים הרבה יותר מן המחיר שלקח, וא"כ איך אפשר לומר דמשו"ה מוזיל גביה, הא אפי' אם יקרה כן, ג"כ יהא שוה יותר מהמחיר ובודאי אגר נטר הוא, וזהו גופא טעמא דפרדיסא דאסר רב, וכמ"ש התוס' לעיל בד"ה מה שעזי חולבות, ועיין במהר"ם לובלין שם, ואפי' לשמואל דשרי פרדיסא, א"א לומר דמשום התיוהא כזה מוזיל, דאיך יפלוג שמואל בזה שמצד הסברא א"א לומר כן, אלא טעמא דשמואל הוא כמו שנכתוב בסמוך, ובתיוהא דאופן הראשון לחוד, נמי לא שייך להתיר ולומר דמשו"ה מוזיל גביה, כיון שזה דבר שאין שכיח שיופסד הכל, אע"כ דההיתר הוא משום צרוף שני החששות ביחד, דלפעמים יופסד הכל, ואפי' אם לא יופסד הכל, שמא לא יעלו יפה, וגם בזה אוסר רב, דרב ס"ל דפסידת כל הכרם לא שכיח כלל, ואינו חושש כלל להוזיל לו מחמת זה, ומטעם שמא לא יעלו יפה לא שייך להתיר בפרדיסא שמוזיל הרבה, ושמואל ס"ל דאפ"ה בצרוף שני אלו החששות עביד דמוזיל, וכיון דגם שמואל לא התיר כ"א בצרוף שני התיוהות, א"כ לא שייך זה בכרם דהתם יש שני החששות, אבל בבית אין כ"א חשש אחד, דאולי יפול או ישרף ויופסד הכל, אבל חשש תיוהא השני לא שייך בבית, ולכן אפי' לשמואל אין היתר, דחשש שמא יופסד הכל, כיון דלא שכיח הוא, אינו מועיל כ"א לצרף לחשש התיוהא השניה, אבל להתיר מטעם זה לחוד, גם לשמואל לא שרינן:

בא"ד ויש ללמוד מכאן כו', נתקשו המפרשים למה נטר רש"י עד הכא ולא למד דין זה ממשנה גופא. ונ"ל דרש"י סובר נמי סברת ר"ת המובא בתוס', שבמקום שהלוה לו על

הבית או על השדה, היינו שמשכן לו הבית או השדה, אין הלוה יכול להשכירה לאחרים, ובכה"ג אין הלוה מפסיד בזה שהמלוה ישתמש בו, ולהכי ממתני' גופא דמוקמינן לה בחצר דקיימא לאגרא, ועצם החצר קיימא להשכיר, וגם ההלואה אין מעכב להשכיר אותו, דהא מתני' לא מיירי שהלוהו על הבית, דלא קתני בה המלוה על הבית, וא"כ חסר מזה הלוה במה שהמלוה ידור בתוכו, ולא מצי לאוכוחי דאסור, כ"א במקום שהלוה חסר, אבל בהלוה על הבית דלא חסר כלום, לא היו מצינן לאוכוחי ממתני', דהוי אמרינן שדוקא אם הלוה חסר מזה אז אסור, אבל לפום מאי דקאמר ר"נ דמתני' מיירי בחצר דלא קיימא לאגרא, דרש"י יפרש דר"נ פירושא דמתני' אשמועינן, דמתני' מיירי הכי בלא קיימא לאגרא, דלא כתוס' דמפרשו דר"נ מילתא דנפשיה קאמר וכמ"ש בסמוך מזה, וכיון שהחצר לא קיימא לאגרא, לא מפסיד מידי הלוה, כיון דבלא"ה לא קיימא לאגרא, ושפיר מוכח ממתני' דלא משגחינן על פסידת הלוה, רק על הנאת המלוה, לזה שפיר יש ללמוד מכאן, דהמלוה על ביתו, היינו שמשכן לו הבית נמי אסור, דאע"ג שאין הלוה מפסיד, כיון שזה נהנה אסור, והיינו דדייק רש"י, שיש ללמוד מכאן שאסור להלות על "בית" שהיינו במשכן לו הבית, וזה עצה נכונה ב"ה:

ברש"י ד"ה אבל הלוהו לא, ומתני' בדקצץ ליה או בשעת מתן מעות כו', ומהר"ם שי"ף הקשה דלמה הוצרך לכך, הא מצינן לאוקמי דמתניתין בהלוהו מיירי ואפ"ה אסור, דהא דשרי רב נחמן בלא אמר הלויני, היינו משום דתרתי לטיבותא, לא קיימא לאגרא ולא עביד למיגר, אבל בדאיכא צד ריבית כגון שזה נהנה או זה חסר, אף בהלוהו אסור, וא"כ מתניתין דמיירי בקיימא לאגרא ועביד למיגר אסור אפי' בהלוהו ונ"ל דרש"י מפרש דהא דקאמר ר"נ קמ"ל, ה"ק קמ"ל דמתני' מיירי בהכי בלא קיימא לאגרא ולא עביד למיגר, ולא ניחא לו בפי' התוס' בסוד"ה אבל חצר, דר"נ דינא אתא לאשמועינן, דאי מתני' מיירי בקיימא לאגרא ועביד למיגר, מנ"ל לר"נ לחדש מנפשיה שאפי' בתרתי לטיבותא נמי אסור, ועוד דאי מתני' מיירי בתרתי לריעותא, המשנה גופא מאי קמ"ל בזה, הא פשיטא דאסור, אע"כ דר"נ פירושא דמתני' אתא לאשמועינן, דמפני שהוא ריבית דקתני, לא מיירי בריבית גמור ובתרתי לריעותא, אלא מתני' מיירי בתרתי לטיבותא ואפ"ה אסור משום דמיחזי כריבית, וזה מה שאשמועי' ר"נ, וכיון שכן דרש"י מפרש דלר"נ מתני' מיירי בלא קיימי לאגרא, לזה הוכרח לפרש דבקצץ מיירי, דאל"כ אמאי אסור, דהא בהלוהו מותר ללישנא בתרא:

תוד"ה ולא ישכור כו' ור"ת אומר דבית נמי איכא תיוהא כו' אלא בין בית בין שדה אם הלוהו על השדה כו' ע"ש, והנה רעק"א בחדושיו ובגהש"ס הקשה דממ"נ איך הוא דעת

ר"ת, אם סובר דבנכייתא הוי הדין כמו בשכירות, שאם נפל הבית מנכה לו משכירותו ופסידא דמשכיר הוא, א"כ מאי מקשה על רש"י, הא בבית אין פסידא כלל, דאם יפול הוי פסידא דמשכיר, וא"כ מדמקשה על רש"י וס"ל דבבית נמי הוי קרוב להפסד, דשמא יפול, בע"כ צ"ל דאם נפל הבית אעפ"כ אין מנכה לו, דנכייתא לא דמי לשכירות ומשום דהנכיון הוא בין יפול בין לא יפול, א"כ ל"ל לר"ת לתרץ תי' אחר על הקושיא ממתני' דלא ישכור בפחות על הדין דמשכנתא דשרי, והיינו משום דהתם הלוהו על השדה, לישני בפשוטו, דהתם דהוי בנכייתא דאיכא תיוהא להכי שרי, והוה"ד בבית נמי כשהוא בנכייתא שרי, ומתני' דהכא דאסר, היינו משום דהכא בלא נכייתא מיירי, דלא ישכיר קתני דהיינו שכירות בעלמא, ושבזה הוא דאם נפל צריך לנקות לו וליכא הפסד כלל ע"ש שהניח בצע"ג. ולולי דברי הגאון לא. היה לי בזה אפי' כדי עיון קטן, חדא דמאין פשיטא לו כל כך דגם בשכירות בלא נכייתא הוי פסידא דמשכיר, הא דעת הרשב"א בעל התוס' דפסידא דשוכר הוא וחייב לשלם כל שכרו כשנפל הבית, הובא דבריו בתשובת מיימוני (לס' משפטים סי' כ"ז) ועמ"ש הסמ"ע (בס"ס שי"ב) ומאן מוכח שגם ר"ת לא סבירא כוותיה, וא"כ אף אי מתני' מיירי בשכירות בלא נכייתא נמי איכא תיוהא, ויותר נ"ל שבע"כ דגם רש"י יסבור כהרשב"א שאין לחלק בין שכירות לנכייתא, ושגם בשכירות אי נופל או נשרף פסידא. דשוכר, דאי נימא לחלק ביניהם א"כ יקשה זה גופא על רש"י שלמד ממתני' דאסור להלות על בית גם בנכייתא ומה ראיה:

היא זו, דילמא הא דאסר במתני' היינו משום שהוא בלא נכייתא. וליכא תיוהא כלל, אבל בנכייתא דהוי פסידא דשוכר. אפשר דשרי, דהא גם רש"י מודה דבבית יש תיוהא כשיפול או ישרף, אלא משום דקשיא ליה דא"כ מ"ט אסרוה במתני' לשכור בפחות ומ"ש ממשכנתא, לזה הוכיח לחלק דתיוהא דבית כיון שאינו אלא. בצד שישרף ויאבד לגמרי, לא דמי זה לתיוהא דמשכנתא, דאפי' אם לא יופסד לגמרי יש ג"כ חשש שמא ילקו הפירות במדתן או בטעמן, וכמ"ש באריכות ברש"י ע"ש, אבל אי נימא דבשכירות ליכא כלל תיוהא דפסידא דמשכיר, מנ"ל לרש"י ללמוד שגם בנכייתא אסור, דשמא אין חלוק בין תיוהא דבית לתיוהא דכרם, והא דאסרינן במתני' היינו משום דליכא תיוהא כלל, אע"כ דגם. רש"י סובר שאין לחלק בזה, ואפי' בשכירות בלא נכייתא ג"כ:

פסידא דשוכר הוא, וזהו גופא קושית ר"ת על רש"י, דכיון שלמד ממתני' דאסור להלות על בית גם בנכייתא מכלל דס"ל דאין לחלק בין שכירות לנכייתא, וא"כ בשניהם הו"ל למישרי כבכרם כיון דבשניהם איכא תיוהא:

ועוד אף אם נניח דר"ת יסבור דבשכירות הוי פסידא דמשכיר נמי לא יקשה מה שהוצרך מעתה לחילוק דבין הלוהו על. השדה להלוהו סתם, ולא תי' כפשוטו דבמשכנתא שרינן מטעם תיוהא, והכא במתני' דבשכירות מירי וליכא תיוהא אסרוהו, משום דס"ל לר"ת לסברא פשוטה דעל טעם דתיוהא לז סמכינן להתיר ואפי' בכרם נמי, ובטעמו י"ל דמאי מהני טעם דתיוהא. להתיר, הא סוף סוף שוכר ממנו בפחות, שהרי אם ירצה זה להשכיר השדה לאיש אחר יתן לו יותר אעפ"י שגם הוא יכנוס לספק זה שמא יהא בו תיוהא, ובע"כ דמשום ההלואה הוא מוזיל לו, ומשו"ה לא ניחא לר"ת לומר דטעם ההיתר במשכנתא דכרם הוא משום תיוהא, ובחר בחלוק אחר משום דהתם הלוהו על השדה, אלא דאפ"ה הוצרך נמי לטעם דתיוהא, דבלא טעם דתיוהא לא הוי שרינן משום ההיתר שהלוהו על השדה לחוד, כיון דהשכר הוא ודאי, רק כיון דאיכא נמי טעם דתיוהא א"כ עיקר השכר אינו אלא ספק, סמכינן להתיר בצרוף שני הטעמים וכמ"ש במהר"ם ע"ש, ולפי"ז כוונת ר"ת במה שאומר דבבית נמי איכא תיוהא, לא נתכוון להתיר גם בבית מטעם דתיוהא לחוד, אלא שיעור דבריו כך הוא, דבבית נמי איכא תיוהא, ואין לחלק עוד בין בית לכרם, ולהכי כמו בכרם בהלוהו על הכרם שרינן מטעם תיוהא, ה"נ בבית כשהלוהו על הבית נמי יש להתיר כיון דה"נ איכא טעמא דתיוהא, ויצא לנו אפוא שיטת ר"ת שלא כמובן הפשוט, דר"ת מיקל יותר מרש"י בטעם דתיוהא, דרש"י אין מתיר כ"א בתיוהא דכרם ולא בבית, ור"ת מתיר אפי'. בבית, אלא נהפוך הוא דר"ת אוסר אפי' בכרם בטעם דתיוהא לחוד, רק כשהלוהו על הבית אז התיר אפי' בבית, דלא ס"ל. לחלק בין בית לכרם בזה, וזה נכון ודו"ק:

בא"ד אבל היכי שהלוהו על הבית מותר בנכייתא דאין מפסיד י' בעל השדה כו', היינו התוס' לשיטתייהו בסמוך דהא דמסיק ר"נ קמ"ל, לא בעי למימר דמתני' איירי בחצר דלא קיימא לאגרא, דמתני' לעולם איירי בקיימא לאגרא, וא"כ לא ידעינן ממתני' לאסור כ"א היכי דמפסיד בעל הבית, ולזה י"ל דהיכי שהלוה על הבית כיון דליכא פסידא מותר, משא"כ להמפרשים דר"נ פירושא דמתני' אשמעינן, וגם מתני' איירי בלא קיימא לאגרא, והכן הוא נמי דעת רש"י, א"כ שמעינן ממתני' שאפי' במקום דלא מפסיד נמי אסור, ולהכי א"א להו לפרש כפיר"ת. שוב ראיתי דמזה אין ראיה, דהנה הב"י וכן הש"ך (ביו"ד סי' קס"ו) כתבו. בטעם הרמב"ם דס"ל דבהלויני הוי רבית קצוצה אפי' בחצר דלא קיימא לאגרא, שזה תמוה לכאורה, דהיכי שלא מחסר לו כלום והיה ריבית קצוצה, וכתבו בטעמו כיון דאמר לו הלויני ודור בחצירי היי כאילו משכיר לו בשכר מעותיו הבטילות אצלו, והשתא הוי, כאילו קיימא לאגרא והוי שפיר זה נהנה וזה חסר ואפי'

לפירושם דמתני' בלא קיימא לאגרא נמי אין ראיה דהיכי דלא חסר אסור, דזה הוי כחסר, וכמו כן ראיתי בס' אשל אברהם שתי' בזה קושית הל"ט על הרמב"ם למאי דס"ל אף בחצר דלא קיימא לאגרא הוי ריבית קצוצה, א"כ היכי אמרינן ברישׁ פירקין נשך בלא תרבית ותרבית בלא נשך לא משכחת לה, הא משכחת לה שפיר בחצר. דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר דהיינו זה נהנה וזה אינו חסר והיינו תרבית בלא נשך, וגם המהר"ש בר"פ הקשה כן ע"ש, ולמ"ש הב"י לק"מ, דגם בזה הוי זה חסר, ודו"ק:

בגמ' רב יוסף בר חמא הוה תקיף עבדי דאינשי דמסיק בהו זוזי כו' עבדא נהום כריסיה לא שוי א"ל אימור דאר"נ כגון דארו עבדיה כו' א"ל אנא כרב דניאל כו' א"ל ה"מ היכי דלא. הלוהו כו', וקצת יש לתמוה אמאי לא מקשה קושיא הזאת תיכף כשא"ל עבדא נהום כריסיה לא שוי, הו"ל לאקשויי דאפ"ה כיון דהלוהו אסור וכדר"נ, ויש מזה להביא ראיה למ"ש בשמ"ק ומהר"ש דמה דאמר לעיל אבל בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר, לאו בתרתי לטיבותא מיירי, אלא או או קאמר או לא קיימא לאגרא ועביד למיגר, או דלא עביד למיגר וקיימא לאגרא, אבל בתרתי לטיבותא לא אסר גם רב נחמן, ולכן על התי' דעבדא נהום כריסיה לא שוי, שלא נהנה כלל מעבודתם, והוי בזה תרתי לטיבותא, דזה לא נהנה וזה לא חסר, לא יכול לאקשויי מדר"נ:

דבכה"ג גם ר"נ מודה דשרי, רק לבתר דמשני ניחא ל', דלתי'. זה הוי זה נהנה וזה לא חסר פריך מדר"נ:

אלא שזה גופא צ"ע דמאי מייתי מדר"נ לאסור גם הכא בעבד. הא אליבא דר"נ הוי האיסור רק משום מיחזי כריבית, מחמת גזירת הרואים וכפרש"י והרא"ש, וא"כ לא שייך אלא בחצר, דלאו כו"ע יודעים בטיב האיש והחצר אם עביד למיגר ולאגרא, אבל בעבד כיון דסברא הוא שכל בעה"ב ניחא ליה בזה דלא ניסתרי עבדיה, וא"כ כו"ע ידעי זה ולא שייך גזירת הרואים ואמאי יהא. אסור וצ"ע:

דף סה.

בגמ' ארבע מפקינן מיני' אידך אוזולי קא מוזיל גביה, נראה פשוט שהיינו דוקא בכה"ג שנתחייב לו מעות בריבית ונותן לו חיטין דרך מכירה וכיון דהמקח קיים אמרינן דהשאר הוא דמוזיל גביה, אבל אם התנה עמו לתת לו ד' גריוי חיטי בריביתא וקא יהיב ליה אח"כ חמשה דלאו דרך מכירה הוא ולא שייך לומר אוזולי גביה, פשיטא דאסור אפי' לאביי, ולא אמדינן דאידך במתנה יהיב ליה, אלא אמרי' דכולה לריבית יהיב, וראיה מתמורה (דף כ"ט) נתן לה מאה באתננה כולן אסורין ופי' בגמרא דאגרה בחד ואחר כך

יהיב לה כולן אסורין וחייל שם אתנן על כולן כיון דמעיקרא בתורת אתנן אתא לידו ולא אמרינן. דאידך מתנה היא, וה"נ דכוותה, דדוקא היכי דשייך אוזולי הוא דשרי אבייי, אבל לומר דלשם מתנה גם הוא יודה דלא אמרינן כיון דמתחילה לאו. בתורת מתנה נתנו ועיין בב"ש (אה"ע סי' ל"ז) דאם קיבל האב בקדושי בתו מנה אמרי' דהקדושין לא הוי כ"א בפרוטה והמותר מתנה ולדידה הוי, והב"ח משיג ע"ז דלא שייך לומר המותר מתנה כיון דמתחלה בתורת קדושין ולאו בתורת מתנה יהיב, והיינו כמתני' דתמורה ודברי הב"ש צ"ע:

בגמ' רבא אמר חמשה מפקינן מיניה, מכאן הקשו המפרשים. עמ"ש התוס' לעיל (דף ס"א ע"ב) ד"ה רבא, דרבא כר' יוחנן ס"ל דריבית קצוצה אינה יוצאה. בדייניין, וא"כ איך משכחינן למה דאמר רבא הכא דמפקינן מיני' חמשה כיון. שאינה יוצאה כלל, ובחי' רעק"א הניח זה בצע"ג. ונ"ל ליישב דהנה זה ודאי שריבית קצוצה לר' יוחנן, לא גרע מאבק ריבית לר' אלעזר וכ"כ הר"ן לעיל דשווים הם, והא דאבק ריבית אינה יוצאה לר' אלעזר, היינו דוקא אם לקחם המלוה מדעת הלוה, אבל אם הלוה לא נתנו מרצונו, אלא שהמלוה הוציא ממנו על כרחו בדיני עכו"ם או בדיני ישראל כשטעה הדיין והכריחו לשלם, יוצאה בדייניין וכמ"ש ביו"ד סי' קס"א) בשם הרמב"ן ורשב"א ורא"ש ע"ש, ובודאי שריבית קצוצה לר' יוחנן לא גרע מזה, והא דאמר דאינה יוצאה בדייניין היינו כשנתנו מדעתו, וא"כ שפיר משכחינן דגם לרבא יוצרך להוציא ממנו, כגון שמתחלה לקחו בע"כ או בטעות הדיין, והוצרך לאשמועינן דכי מפקינן ה' מפקינן מיניה וז"ב:

בגמ' האי מאן דמסיק תריסר זוזי כו' ואגר ליה חצר כו', דר הפרישה וביו"ד סי' קס"א) דייק מדנקט ואגר ולא נקט שמכר, דבמכר לו חפץ שאינו שוה אלא י' בעד י"ב דמחזיר לו הכלי כמו שקנאו משא"כ בשכירות דכבר השתמש בו דחייב דמי השכירות שכבר עבר ע"ש, ובס' אשל אברהם להגאון מוהר"א ברודא הסכים עמו להלכה למעשה. ולעד"נ שהצדק עם הט"ז בסי' הנ"ל שחולק על הפרישה ומשיג עליו, חדא דלטעם המוזכר בסוגיין משום דסברת וקבילת, טעם זה שייך נמי במכר וכמ"ש הט"ז, ועוד דטעם הפרישה משום שכבר נשתמש בו זמן השכירות וחייב לו דמים, אין שייך כ"א אם מפקינן מיניה לאחר שכבר עבר זמן השכירות, ובגמרא לא חילק ואפילו אם מפקינן מיניה תיכף כששכר ממנו בקנין, ולא נשתמש עוד בתוכו, שג"כ צריך לשלם לו י"ב, והתם לא שייך טעם הפרישה, אע"כ משום דכיון דסביר וקיבל וחל קנין השכירות, וא"כ הוא הדין במכר נמי וז"פ, וממקום שדייק' מדנקיט ואגר, נמי אין ראיה, דלרבותא נקיט

אעפ"י שאין דרך לשכור ביותר משוויה ולא דמי למכירה דרגיל שאדם משלם ותר משום ניחותא דכלי אפ"ה אמרי' דסביר וקיבל וכמ"ש בס' א"א עצמו מזה:

במתני' מרבין על השכר ואין מרבין על המכר, המפרשים קצרו בזה מאוד, ואחרי העיון והחפוש בדברי הראשונים ראיתי בזה כמה שיטות חלוקות וסתומות הצריכין באור, והנני בזה לבארם כיד ה' הטובה עלי, הנה מסתימת לשון המשנה משמע דבתחלת השכירות הוא דמתנה עמו כן, אם מעכשיו בעשרה ואם חדש בחדש בי"ב, וכן פוסק הרמב"ם והטור והשו"ע (ביו"ד סי' קע"ו) בלי שום חולק, אמנם בשמ"ק הביא בשם הרמ"ך, דהא דשרינן בשכירות, היינו דוקא כשהחזיק או אקנייה בקנין אחר ע"מ לשלם י"ב, חדש בחדש, ובתר הכי אמר לו אם תרצה לפרוע לי מעכשיו לא תתן לי אלא עשרה, וכיון דכבר נתחייב לו בי"ב כי מוזיל לו בתר הכי הוי כמוכר חובו בפחות דשרי, אבל אם בתחלת התנאי אמר לו אם מעכשיו בפחות גם השכירות אסור ע"ש. ולכאורה תמוהים דבריו דמנ"ל לחלק כן נגד כל הפוסקים, ובשגם אשר לפי טעם האמור בש"ס לפי ששכירות אינה משתלמת אלא בסוף ואוזולי הוא דמוזיל, אפי' בתחלת השכירות נמי שרי מטעם זה. ונ"ל ליישב דבריו, דבאמת טעם ההיתר דבש"ס תמוה מאוד, דלבד שלא יועיל להתיר, אלא אדרבה עוד יועיל לאסור, דהא כמו שאסור להוסיף על המקח בשביל המתנת המעות ה"נ אסור להחיל משום הקדמת המעות, וא"כ נימא דלהכי מוזיל גביה משום שהקדים לו המעות, דכיון דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף, ואין שום חיוב על השוכר לתת לו המעות עד כלות הזמן, וכי מקדים לתת לו נימא דנחשב כאילו הלוה השוכר למשכיר עד כלות הזמן ומוזיל לו בשביל ההלואה, ומאי איכא בין מכר לשכירות, דהא במקום שאין הלואה שרי לזלזולי וגם לאוסופי, דכי לא מצי למכור בעד הרבה יותר בדמיו אם לא ניחא לו למכור בפחות, ואי איכא שם הלואה, אסור בין להוסיף בין להוזיל, וא"כ ממ"נ אם נימא במכירה לאסור, אע"ג דאין כאן הלואה בעצם, אפ"ה כיון דמתנה אם מעכשיו בפחות, אמרינן דהלואה הוא ותוספת השכר הוי אגר נטר, גם בשכירות נימא הכי, דהקדמת המעות הוי כהלואה, ומ"ט שרי לזלזולי בשכירות, ואי נימא דה"ט דשרינן לזלזולי בשכירות, דכיון שלא הוזכר בעסק הזה שם הלואה, שכירות גמורה היא ומעות שהקדים לו לאו הלואה נינהו כלל אלא אגריה הוא דהא מקדים לו, שהרי מעכשיו נשכר לו החצר, גם במכר נשתרי ונימא דכיון שלא היה הלואה בעצם, לא נחשוב המכר כהלואה אלא אגריה הוא דמוסיף שלא ירצה למכור בפחות, ומדאסרינן במכר בע"כ דאיחור הזמן נחשב כהלואה, ה"נ נחשוב קדימת הזמן להלואה, דכיון שאין מחויב לתת לו עד בסוף ומקדים לו, הוי זה כהלואה והזלזול הוא משום

ההלואה, וא"כ אדרבה אטעם דאינה משתלמת אלא לבסוף הו"ל למיסר בשכירות, וזהו גופא טעמו של הרמ"ך, דאם בתחלת התנאי מתנה באמת אין חלוק בין מכר לשכירות, ואפי' בשכירות אסור, משום דאמרי' דמה שמקדים השוכר לתת לו קודם זמן החיוב, נחשב זה כהלואה עד זמן החיוב, וכיון שיש הלואה אסור לזלזולי, ומה דשרינן בשכירות היינו דוקא כשמתחלה נגמר המקח ביניהם ע"מ לשלם י"ב בסוף הזמן ובתר הכי א"ל אם מעכשיו בפחות, דכיון שהשכירות כבר נגמר על י"ב ונתחייב לו כך, הוי כמוכר חובו בפחות דשרי, ואכן במכירה אפי' כה"ג שגמר המקח ע"מ לשלם לגורן י"ב מנה ובתר הכי א"ל אם מעכשיו בפחות נמי אסור, והחלוק שביניהם מבואר יפה לפי טעם הש"ס, דבשכירות משוה הוא דשוויא הכי, א"כ מה שנגמר המקח ע"מ לשלם י"ב אין שום חשש בזה כיון שאין נוטל שום יתרון, דהא הכי שוויא, ומה שמוזיל לו אח"כ וא"ל אם מעכשיו בפחות, הוי כמוכר חובו בפחות, אבל במכירה שאינה שוה אלא עשרה מנה, וכי מתנה עמו לשלם לגורן י"ב מנה, פיסוק תנאי זה גופא באיסור הוא ולהכי אסור, ונמצא דהאיסור דבמכירה אין זה מה שאומר אם מעכשיו בפחות, דזה הוי שרי כיון שנגמר המקח על י"ב הוי כמוכר חובו בפחות, אלא דהאיסור הוא על תחלת המכירה שנוטל ממנו יותר משוויה, וזה הוי אגר נטר, אבל אם היה מוכר לו דבר ששוה י"ב מנה לגורן ואחר גמר המקח היה א"ל אם מעכשיו בפחות, ודאי דהוי שרי כמו בשכירות, וכמבואר כן באמת בנמוק"י ובשו"ע (יו"ד סי' קע"ג) ע"ש. ובדרך זה צריכים אנו לפרש גם דברי רב האי גאון המובא בהגהת מרדכי כאן וז"ל מכר לו השדה וא"ל אם מעכשיו אתה נותן לי הרי לך באלף זוז ואם לגורן בי"ב מנה אסור ואם היה נתינת דמים מעכשיו ע"מ ליתן המקח לאח"ז מותר שאין אסור אלא תוספת האשראי ליתן לאח"ז יותר ממה ששוה היום אבל פחיתות המעות במהור הזמן מותר כמ"ש לקח ממנו לוג וחצי לוג ורביעות ושמינית רצה אומר לו תן לי מיד בפחות כו' עכ"ל והוא מן התוספתא פ"ו, ופירוש דבריו, דהאיסור שבמכר, אין זה הצד שאמר אם מעכשיו בפחות ופוחת לו בעד קדימת המעות, דצד זה הוי מותר כיון דהוי כמוכר חובו בפחות ורק צד האיסור הוא תוספת המעות בעד איחור הזמן, ולהכי אין אסור כ"א שבתחלת המכר אמר לו כן אם מעכשיו בפחות ואם לאח"כ ביוקר, אבל אם היה נתינת דמים מעכשיו ע"מ ליקח המקח לאח"ז, פי' שמתחלה נגמר המקח כמו ששוה מעכשיו בשעת נתינת הדמים היינו אלף זוז, והתנאי היה שימתין לו ליקח המקח לאח"ז, ובתר הכי אמר לו אם מעכשיו בפחות דשרי, דהצד שאם לגורן ביוקר אין אסור כיון דמשוה שוויא הכי, ואין כאן אגר נטר, וצד

דאם מעכשיו בפחות נמי אין אסור לאחר שנגמר המקח דהוי כמוכר חובו בפחות, וז"ב בשיטת הרמ"ך:

ואכן סברת הטור והרמב"ם שלא חילקו בשכירות ובכל אופן שרי, היינו משום דס"ל דבמכר מיד שנקנה הדבר ללוקח מחויב הוא בתשלומין, וכיון שהלוקח מחויב מיד, כשישהה לו המוכר עד הגורן, נחשב זה כהלואה ביד הלוקח, וכאילו המוכר הלוה ללוקח מעותיו עד אותו זמן, וכיון שנחשב להלואה, מעות היתירים הוי כאגר נטר, אבל בשכירות אע"ג שאין חיוב על השוכר לתת עד כלות זמן השכירות, מ"מ אין זה מוכרח שישלם לו דוקא בכלות הזמן ולא קודם, ולהכי כיון שהדבר הנשכר ישנו בעין ביד המשכיר, וקנין השכירות כבר נגמר, אמרינן דכשישלם לו נמי קודם זמן החיוב דלאו הלואה הוא אלא אגריה דשכירות מקדים ליה דיכול נמי להקדים לו התשלומין, ואין זה נחשב להלואה ולהכי שרי לזלזולי במקח השכירות, וכזה צריכים אנו לפרש גם מ"ש המרדכי בסוגיין וז"ל ומכאן הוכיחו דמותר למחול משום הקדמת הפירעון כגון אם המלוה אומר הריני מוחל לך קצת ע"מ שתפרע לי קודם הזמן ואין המחילה נחשבת לומר שיהא נחשב כאילו הלוה שוכר למשכיר עד אותו הזמן עבור המחילה עכ"ל. ודבריו צריכין באור אטו שרי בכל דוכתי למחול בעד קדימת הזמן, והא בהדיא שנינו אין פוסקין על הפירות עד שיצא השער, הרי שאפי' מספק שמא יתייקר אנו חוששין לומר דמה שהוזיל לו כמקח דהשתא הוא משום הקדמת המעות, כ"ש כשיוזיל לו ודאי כמו הכא, וכן לעיל במתני' דהמלוה את חבירו אסור לשכור בפחות. אמנם הבאור כמה שכתבתי, דודאי היכי שיש הלואה בעצם כמו במלוה את חבירו דלעיל, ודאי דאסור למחול מן השכר, דהמחילה הוא ריבית ממש, ואפי' בפוסקין על הפירות שליכא הלואה בעצם, דלשם מכירה ניתנו המעות, מ"מ כיון שהדבר הנקנה אין עוד ביד המוכר, שנוכל לומר דהמעות הם חליפי התבואה, חשבינן שפיר המעות הללו כהלואה עד זמן שיהיה התבואה, וג"כ אסור, אבל הכא שהדבר הנשכר ישנו בעין ביד המשכיר, להכי אע"ג דאין מחויב בתשלומין עד כלות זמן השכירות מ"מ כי יהיב לו נמי מעיקרא לא נחשב כאילו הלוה השוכר למשכיר עד אותו זמן, אלא אמרי' דהמעות לשכירות החצר ניתן שיכול ליתן גם קודם, וזה מ"ש המרדכי דאין המחילה נחשבת כהלואה, פי' שעי"ז נחשוב שהמעות הלואה, זה לא אמרינן. ובזה יש ליישב קושית התוס' לעיל (דס"ג ע"ב) ד"ה וא"ל, שהקשו אמאי אסור לפסוק ה' בזוזא מ"ש מטרשא ע"ש, ולמ"ש ניחא דדוקא בטרשא דיש לו הסחורה ומוסר לו תיכף הוי כמכר, אבל באין לו כי התם הוי כהלואה ואסור, והרמ"ך ס"ל דגם בזה נחשב כהלואה, אחרי שאין מחויב לתת עוד וכנ"ל:

והנה יש עוד שיטה שלישית בזה והוא מ"ש הב"י חל קע"ג) בשם חכמי לוני"ל, דגם במכירה יכול אדם לומר לחבירו קרקע זה אני מוכר לך ואם תפרעני מעכשיו הרי היא לך במנה ואם לגורן במאתים ואין בזה משום אגר נטר, שהרי כשאמר לו אם מעכשיו הרי היא לך במנה לא החזיק בו הלוקח, ויכול המוכר לחזור ולומר לא אתנהו לך כ"א במאתים, וכי תנן הכא במתני' דאסור להרבות במכירה מיירי שלא בתחלת המכר א"ל כך, אלא דוקא כשהחזיק הלוקח ע"מ ליתן עכשיו מנה, ואח"כ א"ל אם לגורן במאתים ולא א"ל כן קודם הקנין וכיון דהמכירה נתקיימה במנה כי שקיל מאתים לגורן אגר נטר הוא ע"ש, ושיטה הזאת ס"ל שגם במכירה לא נחשב כהלואה אם מתנה קודם שנגמר המקח דכיון שהמעות לאו להלואה ניתנו, וגם המוכר יכול לחזור ממה שאמר אם מעכשיו בפחות לא אמרינן דאגר נטר הוא דשקיל, אלא אמרינן שאינו רוצה למכור בפחות ושרי, ולפי"ז כ"ש בשכירות דשרי כשמתנה עמו בתחלת השכירות, דבשכירות הוא עוד יותר קשה לתלות שהלואה הוא וכמ"ש בדעת הרמב"ם והטור, ולא מיבעי בהחזיק מתחלה ע"מ לשלם י"ב בסוף הזמן ובתר הכי א"ל אם מעכשיו בפחות דזה שרי אפי' לשיטת הרמ"ך דס"ל דבהתנה מתחלת השכירות הוי כהלואה אפ"ה כשהחזיק בי"ב והמקח נתקיים כן דשרי דהוי כמוכר חובו בפחות, אלא אפי' בהתנה מתחלת השכירות אם מעכשיו בפחות, דזה אסור לשיטת הרמ"ך, אמנם לשיטת חכמי לוני"ל גם בזה שרי, כ"ש ממכירה דלא מחשבו כהלואה, אבל כשהחזיק בשכירות כמקח דהשתא בעשרה, ואח"כ אמר לו אם לאח"ז בי"ב ודאי דאסור גם בשכירות דזה הוי אגר נטר ודאי וכמ"ש הרשב"א, אלא דלפי"ז תמוה מאוד שיטת חכמי לוני"ל, דכיון דאיסור המכירה היינו דוקא בהחזיק כמקח הנמוך, והיתירא דשכירות הוא בלא החזיק, א"כ מאי איכא בין מכר לשכירות, דגם בשכירות בכיוצא דמכירה שהחזיק כמקח הנמוך, ואח"כ א"ל אם לאח"ז בי"ב אסור וכמ"ש, ולטעם הש"ס משמע שיש חלוק בין מכר לשכירות, ובאופן דבשכירות מותר במכר אסור, וכזה הקשה הב"ח ע"ש, וא"ל דאכתי משכחינן חלוק ביניהם בהחזיק, וכגון שהחזיק מתחלה כשער הגבוה לשלם לגורן ואח"כ א"ל אם מעכשיו בפחות, דבשכירות כיון דמשוה שוויא הכי, אין חשש ריבית לא בתחלת הפיסוק ולא אח"כ, בתחלה, כיון דהכי שויא הרי לא נטל ממנו יותר בעד שממתין לו עד הגורן דנימא שאגר נטר הוא, ובסוף מה שא"ל אם מעכשיו בפחות, הוי כמוכר חובו בפחות, אבל במכר, תחלת הפיסוק הוא באיסורא, דכיון דלא שויא יותר מעשר, כי פסיק לשלם לגורן י"ב הוי אגר נטר, ומצאתי אח"כ בס' א"א להגאון מוהר"א ברודא שתי' כן, ואכן תמהני אם יצאו דברים הללו מפי הגאון, דהא לשיטת חכמי לוני"ל דס"ל

שלא נחשב כהלואה כזה אין שייך אגר נטר, דהא זה ודאי שמסתבר לאסור יותר בלא החזיק כלל כשער הגבוה, מבהחזיק ונתחייב ליתן כשער הגבוה, דהיכי דנתחייב כשער הגבוה, הרי מתחלה היה בהיתר, כיון שלא הוזכר כלל אם מעכשיו בפחות, י"ל שאין זה אגר נטר, אלא שלא ירצה למכור בפחות, ומה שאמר אח"כ אם מעכשיו בפחות, כ"ש דאין חשש דהוי כמוכר חובו בפחות, אבל אם בתחלת המכר א"ל אם מעכשיו בפחות, היה מקום לומר דנחשב זה כהלואה, וכשיטת הרמ"ך דס"ל באמת כן בשכירות, דהיכי שבתחלת השכירות התנה אם מעכשיו בפחות אסור משום דהוי כהלואה, ובהחזיק מתחלה בי"ב מסתבר יותר להתיר, וא"כ לשיטת חכמי לוני"ל דס"ל שגם בהתנה מתחלה אם מעכשיו בפחות דשרי במכירה, כ"ש כשהחזיק מתחלה ע"מ לשלם לגורן בי"ב ואח"כ א"ל אם מעכשיו בפחות דשרי, הן אמנם דלשיטת הרמ"ך דאוסר כשהתנה בתחלת המכר, י"ל דכשהחזיק גם מתחלה בי"ב ואח"כ א"ל אם מעכשיו בפחות דג"כ אסור, דנהי דמתחלת הפיסוק לא היה מיחזי דנוטל היתרון משום אגר נטר, והיינו יכולים לומר שלא ירצה למכור בפחות, אבל בסוף כשאומר אם מעכשיו בפחות איגלי מילתא למפרע דהאי דא"ל אם לגורן בי"ב, משום אגר נטר הוא, אבל לשיטת חכמי לוני"ל כ"ש דשרי בכה"ג ולא אסרו כ"א כשהחזיק לשלם עתה בעשר, ואח"כ א"ל אם לגורן בי"ב, וא"כ יוחזר הקושיא מה איכא בין שכירות למכר, דבכה"ג גם בשכירות אסור, ואם כי זה פשוט, רק באשר הגאון מוהר"א ברודא הנ"ל לא כתב כן ותי' לדבר ברור, הוכרחתי להאריך ולברר שלא כן הוא:

היוצא לנו לדינא מכל השיטות, לשיטת רה"ג ורמב"ם והטור, במכר אסור בכל אופן, משום דכיון דמחויב לשלם תיכף, נחשב זה כהלואה והיתרון אגר נטר הוא, ובשכירות שרי בכל אופן ואפי' אם בתחלת השכירות התנה עמו כן, דבשכירות לא חשבינן כהלואה מה שהקדים המעות, כיון די"ל דאגר שכירותו הוא דמקדים לו, ולשיטת הרמ"ך גם בשכירות נחשב זה כהלואה, כיון שאין מחויב לתת השכירות עד כלות הזמן, כי אקדים לו חשבינן כהלואה ואסור לזלזולי, ואין היתר כ"א כשהחזיק ונתחייב כמקח הגבוה, ובמכירה גם כה"ג אסור, וכן דעת הנמוק"י, וגם רבינו אבי העזרי סובר כן כמ"ש במרדכי, ולשיטת חכמי לוני"ל, גם במכר לא חשבינן כהלואה, ושרי בשהתנה עמו בתחלה אם מעכשיו בפחות, כ"ש כשהחזיק מתחלה כשער הגבוה ואח"כ א"ל אם מעכשיו בפחות, ואין איסור כ"א כשהחזיק כשער הנמוך ואח"כ א"ל אם לגורן בי"ב, ותמיהני על הטור וב"י שלא הביאו שיטת הרמ"ך גם לדעה שניה, אחרי שהוכחנו שגם הנמוק"י ורא"ש ס"ל כן, ומה שלא הביאו שיטת חכמי לוני"ל ניחא, כיון שדבריהם תמוהים וכמ"ש, וגם

הבעה"ת כתב ע"ז שדבריהם צ"ע, אבל שיטת הרמ"ך כיון שיש הרבה פוסקים כן. וגם מה שהוכיחו מהתוספתא הנ"ל אין ראיה, דגם התם י"ל דמיירי בנגמר המקח בי"ב, וכן פירשו באמת מפרשי התוספתא ע"ש, ועכ"פ בשם י"א הו"ל להביא וצ"ע:

בגמ' התם קץ ליה, ולשיטת חכמי לוני"ל שהבאתי בדבור דלעיל צ"ל, התם קץ ליה פי' שנגמר המקח לשלם מעכשיו בפחות, ובתר הכי אמר לו אם לגורן בי"ב ודו"ק:

בגמ' מאי חזית דאזלת בתר דידך, עמ"ש מזה לעיל (דף ס"ג ע"ב) בד"ה אלא מעתה ע"ש היטב:

דף סה:

בגמ' רב ענן אומר משלשין את הפירות, הרשב"א דייק מדאמר משלשין ולא משכח היתירא ש"מ דריבית ע"מ להחזיר אסור, דאל"כ שניהם יכולין לאכול הפירות ע"מ להחזיר, והובא בנמוק"י ע"ש, וקשה לי טובא ע"ז הא התוס' כתבו (לעיל דף ס"ג), שאם התנה המוכר שכשיחזיר לו הלוקח החוב ינכה לו מהחוב שיעור הפירות שרי לכו"ע, ולא אסרו בע"מ להחזיר כ"א כשהתנה שמקודם ישלם כל החוב בשלימות ואח"כ ישלם לו הפירות, וא"כ אפי' לו יהבינא להרשב"א הוכחתו דבע"מ להחזיר אסור, אכתי קשה דלמה משלשין דוקא, הא איכא תקנתא ע"י נכוי, שוב מצאתי בט"ז (יו"ד סי' קע"ג) שהרגיש בזה, ומחמת זה הוכיח דהרשב"א יפלוג על תוס' וס"ל שאפי' ע"י נכוי נמי אסור, ומ"ש הרשב"א דבזבין ולא איצטריכו זוזי דאסור ללוקח לאכול הפירות אפי' בתנאי, היינו תנאי שינכה לו נמי אסור, וע"ש שמשוה להב"י כטועה מ"ש בסעיף ה' דע"י נכוי מותר, ואח"כ בסעי"ז הביא הדין דבזבין כו' אסור אפי' ע"י תנאי ע"ש היטב, ושארי ליה מאריה ע"ז שפי' דהרשב"א סובר שגם ע"י נכוי אסור, דהא בשמ"ק לעיל הובא כתי' התוס' דע"י נכוי מותר בשם הרשב"א עצמו, ועוד דאיך יעלה כלל על הדעת לאסור ע"י נכוי, הא מה שאוכל לאו לשם ריבית, אלא מחמת התנאי קא אכיל, וכמו שהרעישו כל הראשונים לעיל במקור הדין דע"מ להחזיר, ולא מצאו מנוח כ"א כשנאמר דהאיסור הוא שלא ע"י נכוי. והנ"ל לתרץ דעת הרשב"א עפמ"ש התוס' (לעיל דף ס"ג ע"א) בזה"ל וי"ל ודאי אם היה מנכה לו לא היה ריבית אלא מצריכו תחלה לפרוע הכל קודם שינכה לו כלום ואם לא יוכל לפרוע לו הכל תהא משוקעת בידו ע"כ, ואינו מובן סיום דבריהם, לאיזה צורך סיימו הכי דאם לא יוכל לפרוע תהא משוקעת בידו, ונ"ל דקשה להו לתוס', כיון דע"י נכוי שרי, ובודאי כל תנאי שבכה"ג ע"י נכוי הוא, דלאיזה צורך יתנה עמו שישלם לו תחלה בשלימות ואח"כ ישלם לו הוא הפירות, הפוכי מטרתא

למה לו, וכיון דרוב התנאים שבכה"ג הוא ע"י נכוי, איך אפשר לומר דהכא בשהתנו שישלם לו תחלה מיירי, ולהכי הוסיפו התוס' לבאר דאדרבה רוב התנאים, הם שלא ע"י נכוי, דמי פתי יתרצה לקבל מקצת הדמים מן הלוקח, ולהתנות עמו שמתי שיביא מותר המעות יחזיר לו הקרקע וינכה לו הפירות מהחוב, דכיון שהוא בלא זמן קבוע א"כ ודאי שימתין הלוקח עד שיעלו הפירות כשיעור החוב ויסולק לגמרי מן החוב, ולפעמים ימתין עוד יותר עד שיעלו הפירות הרבה יותר משיעור החוב והמוכר יוצרך להחזיר לו עוד המעות שקיבל מאתו, ואטו בשופטני עסקינן שיתרצה לתנאי כזה, שלבסוף ישאר השדה ביד הלוקח בעד הפירות שאכל המוכר משדה של עצמו, יותר טוב שלא למכור כלל ויהיה השדה בידו לעולם, ובע"כ שרוב התנאים שבכה"ג היינו שישלם לו תחלה הלוקח כל החוב בשלימותו, ותנאי כזה עביד איניש דמתרצה, דאין חשש שהלוקח ימתין בכוונה, כיון שסוף סוף יוצרך לשלם לו החוב בשלימות תחלה, ואין לו תועלת מזה שימתין עד שהפירות יהיו כשיעור החוב, וגם אם לא ימצא הלוקח לפרוע כל מעותיו תהא משוקעת ביד המוכר לגמרי, וזמ"ש התוס' ואם לא יוכל לפרוע תהא הכל משוקעת בידו, כלומר שעי"ז עביד המוכר שיתרצה לתנאי כזה, וכיון שרוב הפעמים הרגילות שהתנאי הוא שלא בדרך נכוי להכי אסרו חכמים בע"מ להחזיר, וכלשון התוס' הוא גם לשון הרשב"א בשמ"ק שם וז"ל וי"ל מפני שהמוכר רוצה לסבב שלא יהיה מעות מצויות אצל הלוקח, ופעמים שלא ימצא לפרוע לו כל מעותיו ואילו היה מנכה לו מן המעות כשיעור מה שאכל יקל עליו למצוא מעות כנגד מה שנשאר עכ"ל ע"ש היטב ותמצא שמבואר כדברינו. ולפי"ז א"ש מאוד הוכחת הרשב"א, דאע"ג דפשיטא שע"י נכוי שרי מ"מ לא יקשה דליתני הכא תקנתא דע"י נכוי, משום דהא לאו תקנתא היא, דפשיטא ששום אדם לא יתרצה לזה לעשות תנאי כזה, שהלוקח יכול לעכב בכוונה להחזיר לו המעות עד שיעלה הפירות כשיעור החוב ואז יטלנה בלא דמים, אבל אי גם שלא ע"י נכוי שרי, שזהו תנאי הרגיל דעביד איניש הכי כמ"ש, א"כ ליתני תקנתא זאת, ומדלא נקיט לה מכלל דשלא ע"י נכוי אסור בע"מ להחזיר, וסרה כל קושיות הט"ז, וגם דברי הב"י מכוונים במה שהשוה הדינים דבסעיף ה' לסעי"ז. ומ"ש אסור לאוכלו אפי' בתנאי, היינו בתנאי שישלם, ולא בתנאי שינכה, דבנכוי לכו"ע שרי ודו"ק, כי זה ברור מאוד בעז"ה:

ולולי דברי הרשב"א הייתי אומר, דאפי' מאן דשרי בע"מ להחזיר, היינו דוקא כשהתנו ע"ז בתנאי מפורש, אבל אם לא התנו ע"ז, אלא שמחשב בלבו שיחזיר לו אסור, והכי דייק לישנא ע"מ להחזיר, דתנאי היה בזה, ולפי"ז אין שום ראיה מכאן, דשפיר י"ל דע"מ

להחזיר שרי, והא דקאמר משלשין דוקא, היינו משום דהשאלה מי אוכל פירות הוא בכל אופן, ואפי' בלא התנו נמי, וכ"ש למ"ש הפנ"י דהכא מיירי דוקא בלא התנו, להכי לא מצי למינקט תקנתא דיאכל ע"מ להחזיר, דבלא ש ב התנו מתחלה ע"ז ליכא למאן דשרי, וגם מן הש"ס דבסמוך מוכח דע"מ להחזיר שרי מדקאמר דלא כר' יהודה דאמר צד אחד בריבית שרי, ולרבא דמוקי לעיל דפליגי בע"מ להחזיר גם לר' יהודה אסור צד אחד בריבית, ואם כי הנמוק"י והפנ"י טרחו ליישב זה אליבא דרשב"א ובכל דברי הפנ"י כוונתי מדעתי ב"ה, בכ"ז פשט הסוגיא לא מוכח כן, אלא דבטלה דעתי נגד דברי רבותינו, ועיין בפנ"י שסובר דאפי' בחושב בלבו להחזיר ג"כ. סגי, ולענ"ד הדבר צריך תלמוד:

בגמ' משכן לו בית כו' לכשתרצה למוכרם לא תמכרם אלא לי כו' דלא כר' יהודה דאי ר' יהודה האמר צד אחד בריבית מותר, וק"ל לפמ"ש החו"ד ק סי' קס"ב) דבלוה סאה בסאה והתנה שאם יזולו ישלם לו כמו ששוה דהוי ריבית קצוצה, אע"ג דשמא לא יזולו, מ"מ כיון שבשכר ההלואה יקבל עליו אחריות זילא, ובודאי דהמלוה היה נותן פרוטה בעד קבלת אחריות כזה והלה עושה זה בשכר ההלואה ריבית קצוצה היא, והארכתי בזה לעיל בריש פירקין, וא"כ ה"נ נהי דעצם הריבית הוי רק צד אחד, דשמא לא ירצה למוכרו ולא יבוא לידי ריבית, מ"מ קבלה הזאת גופא יש בה שווי ממון, וזכות תנאי זה אף שהוא ספק שוה עכ"פ פרוטה, ואח"כ מצאתי בהגהות אמ"ב לחו"ד סי' קע"ז שהקשה כן ע"ש, וי"ל דהנאה כזאת אין בה שווי ממון כיון דתלוי ברצון הלוה, ונמצא שאין נהנה מאומה מחמת התנאי, דהא אם לא ירצה לא ימכרנו, ואם אולי יגיע זמן הפרעון ואז יהיה מוכרח למוכרה בכדי לפדות השדה, אבל באופן זה כ"ש שיכול למכור לאחר, דהתנאי לא היה כ"א כשירצה למכור מרצון הטוב, וכשמוכר מצד ההכרח ע"ז לא היה התנאי וכמ"ש החו"ד (בסי' קע"ב) וא"כ לא דמי זה למקבל אחריות זילא, דהתם עצם התנאי יש בו שווי ממון, אבל הכא עצם התנאי אין בו שום הנאה וגם פרוטה לא היה נותן בשביל זה, כיון שתלוי ברצון הלוה, ועיקר האיסור הוא מה שלוקח ממנו השדה אח"כ בדמים הללו שהן פחות משווי השדה, וזה הוא צד אחד בשעת התנאי, ועיין מה שכתבתי בתוד"ה לא תמכרם:

תוד"ה לא תמכרם כו' ואפי' למאן דמוקי לה בלא מעכשיו מ"מ התם הלוה היה יכול למכור מן השדה לאחר כו' וכשהוא מניח לו כולה אינו עושה משום ריבית אלא מילתא בעלמא הוא דעבד לגבי מלוה שמחל לו בחנם ע"ש, ואע"ג שגם הכא תלוי ברצון הלוה ובידו שלא למכור לו וא"כ נימא נמי הכא דכשהוא מוכרו אינו עושה זה משום ריבית, ואין לומר דכשיגיע זמן הפרעון מוכרח הוא למכירה לפדות השדה, הא באופן זה כ"ש

שאין מחויב כלל למכור למלוה, דהתנאי לא היה כ"א כשימכור מרצונו בלי הכרח וכמ"ש החו"ד. וצ"ל שאפ"ה כיון שהתנה עמו מעיקרא שימכור לו דוקא, אעפ"י שבידו לא לקיים את התנאי, מ"מ כשבא לקיימו אסור לעשות כן, דכל שאומר ועושה בענין ריבית אסור, דהא בפוסק על הפירות כשאין לו דאסור, אע"ג שיכול לחזור בלא מי שפרע, אפ"ה כשבא לקיים דבריו אסור ה"נ דכוותה, והוצרכתי להאריך בזה מפני שראיתי בפנ"י שהבין בכוונת התוס', דהכא הוי האיסור משום שמוכרח הוא על המכירה, ואע"ג דא"ל לכשארצה מוכרח הוא לזה כשיזקק לפדותה, ומפני זה טרח מאוד בישוב קושית התוס' ע"ש, ולעד"נ שודאי שגם הכא יכול הממשכן למכרה למי שירצה כשיהיה אנוס על המכירה, רק עיקר האיסור דכיון דמחמת תנאו מוכרח לו אסור, אע"ג שאין מוכרח לקיום התנאי, וגם לשון הרא"ש יש לכוון כן, וכפירושי בתוס' מוכח להדיא מלשון הריטב"א המובא בשמ"ק, דמתחלה הקשה על שאמרו בדמים הללו אסור, ואע"ג דכה"ג יכול הממשכן לחזור ויכול למוכרה למי שירצה כדאיתא בהדיא בע"ז ואפי' קנו מידו דאמרי' זוזי אנסוה אפ"ה כיון שהתנה כן עם המלוה וקיים דברו אסור לעשות כן דכל שאומר ועושה בענין ריבית אסור ואעפ"י שיכול לחזור כו', ואח"כ הביא קושית התוס' מ"ש מהא דתנן הלוה כו' ותי' כתוס' ומביא זה בשם התוס' ע"ש, הרי להדיא דאע"ג שהסכים בעצמו דהכא מיירי באופן דיכול לחזור ואין מוכרח לקיום התנאי אפ"ה הביא תי' התוס', ואי כהפנ"י דכוונת התוס' משום שהכא מוכרח הוא ומחמת תנאי עביד אין מקום לדברי הריטב"א, אע"כ כמ"ש, וכיון שכן מיושב ממילא מה שהקשה הפנ"י עמ"ש התוס' דלמאן דמוקי האי דהלוהו במעכשיו א"ש, והא הך ברייתא דמשכן לו נמי צריך לאוקמי במעכשיו דאל"כ לא מהני התנאי דאסמכתא הוא, ולמ"ש א"ש דבשלמא במתני' דהלוהו דהתנאי היה מכריח אותו עד ג' שנים והוי גזים, והוי שפיר אסמכתא, ולהכי בעינן למעכשיו, אבל הכא דהתנאי לא הכריח אותו בשום דבר, דאם לא ירצה לא ימכור, ואף כשיהיה דחוק למכירה מחמת אונס, או שאחרים ירצו להוסיף על הדמים, יכול נמי למוכרה לאחרים, דע"ז לא היה התנאי, ונמצא דהתנאי אין מועיל כ"א כשירצה למכור בלי אונס ובמחיר הזה, ולא גזים מידי, והיכי דלא גזים לא הוי אסמכתא וא"כ אין אנו צריכין לאוקמי במעכשיו, וגם הפנ"י עצמו הרגיש בזה, שאם נימא כשיטת הנמוק"י דאם יוסיף אחר בדמים יכול לחזור הוי לא גזים, אלא שהוא סבור והתוס' בע"כ ס"ל שמוכרח הוא למכירה, וא"כ לא ס"ל כהנמוק"י, ולמ"ש א"ש ודו"ק, ועמ"ש בדבור הסמוך ליישב למה הוצרך כלל לתנאי זה כיון שבלא"ה מצרן הוא המלוה ואין יכול למכור לאחר, ובעיקר קושית התוס' דמ"ש מהלוהו עמ"ש לקמן (דף ס"ו) בדבור המתחיל א"ר הונא:

בגמ' בדמים הללו אסור, הלבוש כתב דאע"ג שבמשכון אין דינא דבר מיצרא כמ"ש בטור שהמלוה קודם להמצרן, מ"מ בהלואה זו שאמר לו לא תמכרנה אלא לי בשוויה אינו דוחה המצרן, דאל"כ הו"ל הנאת דחיית המצרן ריבית גביה דהא אין לו שום קנין בקרקע זו, והט"ז (ביו"ד סי' קע"ב סק"י) השיג עליו מאוד וז"ל ולא דק כלל דמה ריבית שייך כאן דהא אין הלוה נחסר כלום ומה איכפת ליה במה שהמלוה נהנה בדחיית המצרן, דלפי דבריו יהיה אסור להלות על משכון מטלטלין דהרי נהנה המלוה פרוטה דרב יוסף דמטעם זה חשיב ליה שומר שכר (בחו"מ סי' ע"ב) אלא פשוט שמותר למלוה ליהנות כל הנאות מה שאין ללוה עסק בהם ע"כ. ולענ"ד הדין של הלבוש ברור, דמה שהק' הט"ז דמה ריבית שייך כאן כיון שאין הלוה חסר, תמה אני מאוד, דמה פשיטא לו כ"כ דבכה"ג לא שייך ריבית, הא פשיטא שאפי' במקום שאין הלוה חסר נמי שייך ריבית וכדפריך לעיל (דף ס"ג ע"ב) והא בעי למיתב זוזי לספסירא, והא התם אין המוכר מפסיד כלום אלא שהלוקח מרוויח דמי הספסר ואפ"ה אסור, וכן דייק הריטב"א לעיל מגמ' זאת דכל שהמלוה מרוויח בסבתו של לוה אעפ"י שאין מחסרו כלום אסור, וכבר הארכתי בזה לעיל (דס"ד פ"א) בד"ה א"ר כהנא, לבאר בזה שיטת הרי"ף בעובדא דקרי ע"ש, ומה שהקשה עוד דלדברי הלבוש יהיה אסור המלוה בפרוטה דרב יוסף, גם זה לק"מ, דהא בהדיא קאמר הלבוש דבכל מלוה על המשכון יש לו דינא דבר מיצרא, ורק הכא משום שהתנה עמו ע"ז שלא ימכור אלא לו, ובע"כ דעיקר כוונת תנאי זה לא הוצרך כ"א לחזק כח מצרנותו, דאל"כ למה לו להתנות שלא ימכרנה אלא לו בשוויה, כיון דבלא"ה בר מצרן הוא, אע"כ משום שיש כמה דברים המבטלים כח המצרן, כגון אם אומר אטרח ואייתי זוזי, דאין צריך המוכר להמתין, או כגון דהנהו זוזי טבי והנהו תקילי וכדומה כמה דברים המבוארים לקמן (דף ק"ט) ובחו"מ (סי' קע"ה), לזה התנה שלא ימכרנה אלא לו אף שיוצרך להמתין עד שיטרח ויביא המעות, וכיון דבלא תנאי זה לא היה למלוה דין מצרן לדחות למצרן האמיתיי, רק שע"י התנאי בא לו הנאה הזאת, וכיון שקוצץ ומתנה עמו ע"ז הוי כריבית, וא"כ מה ענין זה לפרוטה דרב יוסף, דהנאה ההיא באה לו שלא ע"י תנאי ופשיטא דשרי ליהנות בזכות שזכתה לו התורה ולא הלוה, דדוקא בסבת הלוה אסור ליהנות, אבל זכות שזכתה לו תורה ודאי דיכול ליהנות, וה"נ אם לא התנה כלום יכול ליהנות מדין מצרן שזכתה לו תורה והוא קודם למצרן, אבל הכא כיון שהתנה שלא ימכור אלא לו וקצץ ע"ז הוי כריבית, וז"ב למדקדק היטב:

והנה בפנ"י הקשה דלשיטת הנמוק"י דתנאי זה אינו מועיל אלא אם יתרצה אח"כ למוכרה בדמים הללו, אבל אם אחר יוסיף על הדמים בלא איסור ריבית נמי יכול לחזור

ולמוכרה לאחר, וכן העליתי לעיל בתוס' דבכ"מ שיש איזה הפסד למוכר א"צ לקיים התנאי ע"ש, א"כ למה צריך להתנות, דבלא"ה זוכה בה בעל המשכון מדין מצרנות ועדיף מינה ע"ש שנדחק בזה. ולמ"ש ניחא דהתנאי הוצרך לו שימחול לו על כל הפרטים היכולים לבטל זכות מצרנותו. ועוי"ל עפמ"ש בשמ"ק (לקמן דף ס"ח) דהא דאמרי' דשכונה גביה היינו שאם בא ביחד עם המצרן הוא קודם למצרן, אבל אם קדם המצרן וקנה אין בעל המשכון יכול לסלק, א"כ הוצרך לו התנאי לענין שיכול לסלקם גם למצרן שכבר קנה ודו"ק. שוב ראיתי שבשעה"מ (סי' קע"ב) יישב לקושית הפנ"י כמ"ש בתי' הראשון:

בגמ' מכר לו בית כו' לכשיהיה לי מעות תחזיר לי השדה אסור ע"ש, הנה הצ"צ בתשובה סי' כ' פסק באחד שהיה צריך למעות ורצה ללות מחבירו על משכנות ובשביל איסור ריבית מכר לו המשכנות במכירה גמורה באותן מעות שקיבל ממנו ואח"כ הבטיחו המלוה מרצונו בדברים בעלמא שאם יעשה לו רצונו אח"כ יחזור וימכור לו המשכנות אבל לא שיהיה מחויב בדבר ואח"כ בא זה להחזיר לו מעותיו וזה אינו רוצה באומרו שכבר קנהו ממנו ופסק הצ"צ דצריך להחזיר לו המשכנות, דלא מכר לו אלא לענין היתר ריבית בלבד ולא לקנות ממש, והביא ראיה ממ"ש התוס' (לעיל דף ס"ג) ד"ה כשמשך דמשיכה דהכא לא הוי אלא לענין היתר פיסוק ולא לקנות ממש, וה"נ בנידון זה שצריך ללות מעות ומכר לו החפצים אף שבתורת משיכה אתו לידו מ"מ לא הוי מכירה אלא לענין ריבית ולא לקנות ממש וצריך להחזיר לו המשכנות ע"כ, ואכן השער המשפט (סי' קע"ד) כתב ע"ז שדין זה חימה רבה, דמ"ש מהך דהכא דאם א"ל כשיהיו לי מעות תחזיר לי דהוי ריבית קצוצה משום דכיון דצריך להחזיר לו אח"כ לא הוי מכירה כלל, וא"כ אם אמרת דצריך להחזיר כשיתן לו המעות א"כ לא הוי מכירה כלל והוי ריבית גמור, ומה שהביא מדברי התוס' לאו ראיה היא כלל דשאני התם כיון שהטעם דאסור לקבל אח"כ מעות הוא משום דמיחזי כריבית כיון דזוזי יהיב וזוזי שקיל לכך מקילינן במשיכה כי האי אבל הכא אי לא הוי מכירה הוי ריבית גמור כו' ע"ש היטב. ונ"ל ליישב דעת הצ"צ, דזה ודאי כשאנו דנין לענין היתר הריבית, ולהתיר הריבית שלקח ע"י מכירה כזאת ודאי שאין ראיה מן התוס' דלעיל להתיר גם ריבית קצוצה ע"י מכירה כזאת, ופשיטא שהריבית אסור כהך דסוגיין, אבל כשלא נחשוב אודות הריבית אם בהיתר או באיסור לקחו, אלא שנדון על עצם המכירה במקום שמפעולות והנהגת ומחשבות המוכר והלוקח רואין אנו שכל עיקר המכירה לא התכוונו למכירה ממש, בשביל שזה רוצה למכור וזה לקנות, אלא עיקר כוונת המכירה היתה רק להתיר הריבית,

מי אמרינן כיון דסוף סוף בתורת מכירה בא לידו ובקנין גמור ומועיל, אין אנו צריכין עוד להשגיח על כוונת המכירה, והקנין נגמר עד שאין יכולים שוב לבטל המכירה, או שמא כיון דלא זה רצה לקנות וזה למכור, אין במעשה הקנין כלום והמקח בטל, וע"ז יש לנו שפיר ראיה אמיתיית מן התוס' דלעיל, דבכה"ג על כוונת הלוקח ומוכר משגחינן ולא על פעולת הקנין, דהא באמת יש להבין למה הוצרכו התוס' לסיים התם, דהמשיכה אינה כ"א לענין היתר פיסוק, ואמנם היינו משום דבכולה סוגיא דהתם מוכח דהחיטין הם באונסי המוכר אפי' לאחר המשיכה, ולזה קשיא להו לתוס' דכיון דמיירי כשמשך אמאי הוי באונסי המוכר, ועוד דכיון שהלוקח קנה להחיטין א"כ אם אכלם המוכר, הוי שהלוקח הלוה לו, וא"כ אכתי ליתסר משום סאה בסאה, לזה תירצו התוס', דאע"ג דמשיכה גמורה היא מ"מ כיון שחזינן שהתנה עמו שיהי' ביד מוכר עד הזמן שקבע, ידעינן מזה דעיקר כוונתם לא היה לא זה לקנות ולא זה להקנות ממש, ורק לענין היתר הפיסוק, וכן מתבאר פי' התוס' מפירושי מהר"ם שי"ף ופנ"י ע"ש, וא"כ הרי לנו ראיה ברורה מהתוס' דלא בתר פעולות הקנין אזלינן אלא בתר מחשבתם, ואם מבינים אנחנו שכוונתם רק לענין היתר ריבית אין ממש במכירה הזאת וכאילו לא נעשה הקנין מעולם, ולפי"ז א"ש דברי הצ"צ, דהוא דלא דן כלל על עצם הריבית אם בהיתר לקחן המלוה, ורק שבאו לדון לפניו לענין עיקר המכירה אם קיימת היא אם לא, ואחרי שידוע לנו בבירור דכוונת המוכר לא היה להקנות ממש, שלא רצה כלל למכור החפצים ולא עשה זה כ"א בשביל היתר הריבית, שסבורים היו דבמכירה אין ריבית, להכי שפיר דן דבתר כוונתם אזלינן והמכירה בטילה והקנין אין בו ממש אחרי שלא היה כוונה להקנות ולקנות, אבל זה ודאי שהריבית שלקח המלוה שצריך להחזיר ויוצא בדיינין דריבית קצוצה הוא, כיון שהמכירה בטילה וכהך דסוגיין, וגם הצ"צ מודה לזה, דלא דמי למ"ש התוס' לעיל להתיר גם הריבית, דהתם כיון שבאמת אין איסור, ורק דמיחזי לעין הרואים כריבית, ע"ז שפיר מהני משיכה כזאת דלעין הרואים הוי בזה קנין גמור, אבל להתיר ריבית גמור פשיטא שאי אפשר כיון שבאמת לאו מכירה היא כלל, וז"ב בע"ה:

והנה בענין היתר הריבית נ"ל עוד גדולה מזה. דהנה מלשון הברייתא משמע שדוקא כשאמר לו בלשון הזה, לכשיהיו לי מעות תחזיר לי היינו שיבוטל המקח למפרע ונמצא שהמעות הלואה בידו, דוקא בכה"ג אסור אבל אם אמר לכשיהיו לי מעות תחזור ותמכור לי דנמצא שאף בחזרת המעות אין כאן בטול מקח למפרע ועד עתה מכירה גמורה היתה דשרי, וכ"כ באמת הנו"ב מהד"ת (חיו"ד סי' ע"ה) שבכה"ג אפי' צד אחד בריבית לא הוי, וכן משמע לכאורה מלשון רש"י דהכא, שכתב דלהכי שרי באם אומר מדעתו משום

דהוי כחוזר ומוכר לו. אכן באמת זה אינו, דבהדיא איתא בשמ"ק (לעיל דף ס"ג) בסוגיא דריבית ע"מ להחזיר, דמפרש דבדין זה פליגי ר' יהודה וחכמים, דהפי' דריבית ע"מ להחזיר, אין הכוונה להחזיר הריבית, אלא ע"מ להחזיר ולמכור לו הקרקע כשיהיה לו מעות, דר' יהודה סבר דכיון דעד ההיא שעתא מכירה גמירה היא, ופירות דאכיל לוקח דידיה נינהו ואפי' צד אחד לא הוי, ורבנן סברי דכיון דאין דרך לוקח קרקע לעשות כן, ירדה תורה לסוף דעתם דלהלואה גמורה נעשה ולפיכך אמר הכתוב את כספך לא תתן לו בנשך, ולא אמר לא תלוה בנשך לרבות מכר כיוצא בזה שיהא דינו כמלוה ע"ש, וכיון שקיי"ל כחכמים ואליבא דרבא, להכי אפי' במכר גמור והתנה שיחזור וימכרנו הוי הפירות ריבית קצוצה, ובלתי ספק שנעלם מהנוב"י השמ"ק הזאת. והיה נראה עוד לומר לכאורה, דהיינו לפי' השמ"ק בכוונת רבא בעל מנת להחזיר, אבל לפירש"י ותוס' לעיל, דעל מנת להחזיר היינו הריבית, אין מוכרח דין זה, ואפשר דלהכי פירש"י כאן דבחוזר ומוכרה שרי משום דלשיטתו אזיל בפירוש דריבית על מנת להחזיר, ולפי זה אכתי יהיה בזה מחלוקת רש"י ושמ"ק, ולרש"י שרי בכה"ג. אכן האמת יורה דרכו שגם רש"י לא התיר בכה"ג, ומ"ש הכא דהוי כחוזר ומוכרו, היינו משום דהכא אמר נמי מדעתו:

פי' לכשירצה, וכיון דברצינו תלוי, ודאי דמכירה גמורה היא, אבל היכי שהתנה ע"ז מתחלת המכר, דמוכרח הוא לחזור ולמכור לו, גם רש"י לא יתיר ודו"ק היטב, ועמ"ש לקמן (דף ס"ו ע"ב) ברש"י ד"ה ואבע"א, וכן לקמן (דף ס"ח ע"א) ברש"י ד"ה אימת קניא, להוכיח דרש"י סובר כהשמ"ק ע"ש:

ואחרי כל האמור יש לי להביא ראיה להט"ז ליו"ד סי' קס"ז) במה שהשיג על בהיתר שהמציא הלבוש למצוא תקנה למלוין, שיעשו בענין הזה, שימכור הלוה למלוה איזה סחורה שיש לו בביתו להעמידה למלוה לזמן פלוני ואם יעבור ע"ז ולא יעמידנה לזמן פלוני חייב לשלם לו בסך הרבה אפי' כפל ממה שנתן לו ע"ש, ולמ"ש לעיל דהיכי דידעינן דעיקר כוונתם הוא רק לענין היתר הריבית, אינו קונה כלל החפץ וכמ"ש התוס', וא"כ ה"נ לא קנה כלל הסחורה ואמאי שרי, ומ"ש האחרונים דטעם ההיתר משום דהכא, הוי לא בדרך ריבית כ"א בדרך קנס ובדרך קנס שרי דאין כאן ריבית אלא קנס וכמ"ש הריב"ש שנבוא בדבור הסמוך, ורצו בזה ליישב קושית החו"ד על ההיתר הזה אין נוח ג"כ, דאם באמת היה הקנין מועיל להתחייבות יש מקום לקונסו כיון שמחויב הלוה להעמיד לזמן פלוני. ולא העמיד, אבל כיון שהקנין אין מועיל בכה"ג היכי שכוונתם הוא רק להתיר הריבית א"כ מה מקום לקנוס ללוה כשלא יעמוד לזמן פלוני, והמעיין בחו"ד יראה שכוונתו למה שכתבנו, ולא נעלם גם מאתו החלוק, דהכא לא הוי אגר נטר כ"א

קנס, רק איהו הכי מקשי, מה מקום לקונסו בכה"ג, ובודאי שאין מקום להיתר הזה אם לא באופן שכתב הט"ז, שתחלה לא אמר הלויני מעות, אלא תיכף אמר יש לי סחורה למכור לך ואם לא אעמידנה לך לזמן פלוני אתן לך סך כך וכך, אבל אם אמר תחלה הלויני ואח"כ עושה עמו היתר זה, וכיון דכוונתם הוא רק להתיר לא מהני, ותמיהני על הט"ז שהביא ראיות רחוקות, ולא נתעורר להביא מן התוס' המפורש, דהיכי דכוונתם לא הוי רק להתיר הפיסוק לא מהני לקנות וכן מדברי השמ"ק שהבאתי, דאפי' אם עשו מכירה שלא כדרך מכירה הרגילה, אמרי' דמכירה כזאת הוי כהלואה, כ"ש הכא דידעינן ודאי שכוונתם לא למכירה הוא:

ולפי"ז מ"ש בקצור שו"ע להיתר גמור, דבמקום שהלוה אינו נוטל המעות לצורך עסק אלא לפרוע איזה חוב וכדומה דבזה לא מהני שטר עיסקא כיון שהוא שקר, שיעשו בענין אופן היתר הלבוש, נפל האי היתירא בבירא, להתיר במקום שבאו מתחלה לשם הלואה, ואם כי דברי הלבוש עצמו יש לפרש כמ"ש הט"ז שלא הזכירו עסק ההלואה כלל, אבל להתיר לעלמא במקום שמתחלה להלואה באו, לא נראה, וגם החו"ד אוסר, ומ"ש שם שהטעם משום קנס, ג"ז דחיתי כנ"ל, ועוד דאפי' לו יהבינא דהכא שייך קנס, עכ"פ עיקר ההיתר דריבית ע"י קנס לא הוסכם כלל וכמה רבוותא פליגי ע"ז וכמו שנכתוב בדבור הסמוך ע"ש בארוכה:

דף סו.

בגמ' א"ר הונא בשעת מתן מעות קנה הכל כו', ובשמ"ק הביא בשם הריטב"א וז"ל ואגב אורחין שמעינן מהכא דכל שלוה מעות מחבירו וקנס עצמו בקנין מעכשיו שאם לא אפרעהו לזמן שקבע שישלם לו כפלים שאין בו שום ריבית, וה"נ מוכח בפ' גט פשוט מההיא דמי שפרע מקצת חובו ע"ש וכזה כתב גם הריב"ש בתשובה, דכל שהוא משום קנס אין בו משום ריבית דלא הוי אגר נטר והסביר בטעם הדבר דכיון שאין מרוויח בהמתנה כלום שהרי אפי' ממתין לו כל הג' שנים אם הוא פרעו בסוף הזמן אינו מרויח כלל, א"כ כשלא פרעו והוחלט לו אין כאן ריבית אלא קנס, דלא נתכוון זה לשום אגר אלא שיפרענו בזמנו ע"ש, ובזה מיושב קושית התוס' לעיל ד"ה משכן לו בית דמ"ש מהלוהו כו' דאסור דבהלוהו הוי החיוב דרך קנס ושרי, משא"כ בההיא דמשכן דהתנאי אינו להתחייב לפרעון בזמנו רק לזכות למלוה בזכות הזה שלא יוכל למכרו לאחר, ובודאי דאגר נטר הוא, ואמנם מדלא ניחא לתוס' בתי' הזה מכלל דס"ל דאפי' ע"י קנס גמי אסור, וכן יש להוכיח מהראב"ד ואשר"י שהקשו נמי כקושית התוס' ולא תי' דהכא הוי ע"י

קנס, מכלל דס"ל נמי שאסור אפי' ע"י קנס והנה בריב"ש שם הביא לדבר פשוט דריבית ע"י קנס מותר ולא מצא מי שאוסר, ולמ"ש מוכח דתוס' ורא"ש וראב"ד לא ס"ל האי היתירא ונ"ל ליישב דברי הריב"ש, דנוכל לומר שבאמת גם התוס' מודים דכל דרך קנס לא הוי עליו שם:

ריבית להחזיר בדיעבד אלא שהערמת ריבית מיהא הוי לאסור לכתחילה וכמ"ש הרשב"א באמת כן, ולהכי הכא במתני' דקתני דבייתוס בן זונין היה עושה כך לכתחילה לא היה ניחא ולתוס' לומר דההיתר הוא משום דהוי דרך קנס, ומוכרחים הי' לתרץ דמטעם אחר היה עושה כן לכתחילה, וכיון שכל האיסור הוא רק משום הערמת ריבית, ודאי דלא שייך כן כ"א בהלואה כמו הכא אבל במכירה שמחייב עצמו בקנס על הסחורה שנתחייב להעמידו מותר גם לכתחילה, דבמכירה לא מחמרינן לאסור משום הערמה ריבית, ולהכי בעובדא דריב"ש דשם היה העובדא שאחד מכר לחבירו סחורה בששים זהובים שקיבל מיד והתנה לתתה לו לחצי שנה ואם. יעבור ע"ז שיתן עבורם ק' זהובים, ולהכי שפיר השיב הריב"ש להתיר בלי חולק, דבכה"ג כו"ע מודים דמותר גם לכתחילה. שוב דקדקתי בשו"ע (יו"ד סי' קע"ז) וראיתי להדיא כדברי דבסעי"ד הביא בהלואה דאסור משום הערמת ריבית, ובסעי"ח גבי מכירה דמותר לכתחילה וכתב שם הט"ז דהחלוק בזה הוי משום דהכא הלואה והכא זביני וע"ש:

ולפמ"ש מחלוקת הראשונים הוא בריבית דרך קנס הריטב"א ס"ל דאפי' הערמת ריבית אין בזה ומותר גם לכתחילה, מדמוקי למתני' בהאי טעמא ומתני' לכתחילה הוא, מדעשה כן בייתוס בן זונין, והתוס' ורא"ש והראב"ד והרשב"א ולא ניחא להו לאוקמי מתני' בהכי, ס"ל דאיסורא לכתחילה מיהא הוי בהלואה. ועפי"ז מיושב מ"ש מוהר"א ששון בסי' קס"ב וכן בב"ה בשם או"ח ומובא בש"ך (יו"ד סי' קע"ז סקל"ד) דדוקא בשעת הלואה אסור לעשות כן, אבל אם הלוהו כבר על המשכון ועתה אומר אם לא פרעתיך יהא שלך דמותר, ובס' אשל אברהם להגאון מוהר"א ברודא הקשה ע"ז דהא בסמוך פריך על ר"נ דאמר לא קנה ממתני', ואי נימא דמה דשרי במתני' הוא דוקא שלא בשעת הלואה אבל בשעת הלואה אסור, גם על רב הונא קשה, דהא איהו קאמר להדיא בשעת מתן מעות קנה, ובמתני' לא התיר כ"א לאחר מתן מעות, אע"כ דגם מתני' מיירי אפי' בשעת הלואה ואפ"ה מותר, ואיני מבין קושיתו, דהא למאן דסובר דגם הערמת ריבית ליכא בכה"ג, לא מחלקינן כלל בין שעת הלואה לאחר הלואה, דכיון דאיהו מוכח ממתני' דהיתירא דמתני' משו"ה, ומתני' ודאי דבשעת הלואה מיירי, ורק החלוק של הב"ה ומוהר"א ששון הוא אליבא שיטת התוס' וסייעתם דאיסורא לכתחילה משום מיחזי

כריבית ולא אח"כ, ולשיטת תוס' הא טעם היתירא דמתני' באמת לא משום דהוי דרך קנס אלא כמ"ש בתירוצם, וא"כ מאי מוכיח ממתני' דאפי' בשעת הלואה מותר ודו"ק. וכן מה שהקשה עוד שם על הגהת הרמ"א שם בסי' קע"ז, דהנותן מעות ומקבל פירות דמותר לכתחילה, ונרשם בצדו ריב"ש, וע"ז הקשה דהא הריב"ש מתיר בכל ענין, י"ל נמי כמ"ש דודאי במכירה כעובדא דריב"ש אין לחלק בזה, כיון דבדרך מכירה בלא"ה לא מחמרינן באיסור כזה שאינו אלא משום מיחזי כריבית, אבל בהלואה דאסרינן משום הערמה שפיר מחלקינן דאם נתן מעות וקיבל מעות הוי מיחזי כריבית, אבל בנתן מעות וקיבל פירות אין מיחזי כריבית אפי' בהלואה וכעין מ"ש בש"ס (לעיל דף ס"ג) גבי מה לי הן ועמש"ש, והכי דייק לשון הריב"ש שם על עובדא דתשובת הרשב"א דמיירי בהלואה מחלק בהכי, וק"ל:

בגמ' ר"נ אמר אפי' לאחר מתן מעות קנה הכל, ובס' תו"ח הקשה כיון שאין שם קנין ולא שעת מתן מעות במאי קנה הא קיי"ל דאין אדם קונה בדברים, ובפנ"י הוסיף עוד דאפי' קנין אין מועיל כיון שלא הקנה לו מעכשיו כלום כ"א לאחר ג' שנים, הקנין דתוך ג' לא מהני וע"ש שנדחקו ליישב. והנה לשיטת הרמב"ם דבמכירה קונה במלוה, בקרקע לקנין גמור, ודאי דא"ש דקונה הכא במעות המלוה, ואפילו לכל הפוסקים דמלוה לא קנה י"ל דקונה במחילת המלוה או בהנאת מחילת מלוה דמהני לכולי עלמא, אלא שבאמת אין אנו צריכין לכל זה, דכבר קדמוני הראב"ד והשמ"ק ליישב באופן מרווח וז"ל ואי קשיא לך כנגד מעותיו במה קנה והא מלוה הוא וקיי"ל דאין קונין במלוה, לא קשיא דכי אמרי' דאין קונין במלוה ה"מ במלוה שלא פ"י משכון, (פי' שרוצה לקנות במלוה דבר אחר לא המשכון, אבל אם בא לקנות המשכון גופא מהני) אבל הכא מלוה שע"י משכונה היא ומשכנתא למכירה דמיא מאי משכנתא דשכונה גביה דמכירה לשנה היא או לזמן שפוסק עמו והרי הוא כמי שמוכר לשנה שדהו וחזר ולקחו ממנו לאח"ז באותן הדמים עצמן קנה כנגד מעותיו, ובשמ"ק כתב הטעם דחשיב לה כעין אפותיקי וכדלקמן ע"ש, וכ"ז נעלם מהתו"ח והפנ"י:

תוד"ה ומניומי כו' ומיהו לרב הונא יש ליתן טעם כו', ולכאורה קשה דהא גם לרב הונא לא א"ש, דהוא אמר דגם לאחר מתן מעות מיהא קונה כנגד מעותיו, וכנגד מעותיו לחוד נמי אסמכתא הוי כמ"ש התוס' דלעיל מיניה, והתם לא שייך האי טעמא שכתבו התוס', ובמהרש"א כתב דהוה"ד דהמ"ל דגם לרב הונא לא א"ש ע"ש, וזה דוחק דמלשון התוס' משמע דלרב הונא א"ש בטעם זה על כל החלוקים שקאמר, וי"ל דמצינן למימר דרב הונא ס"ל דדוקא בדגזים הוי אסמכתא אבל כנגד מעותיו לא הוי אסמכתא כלל, ואע"ג דבסמוך

קאמר בגמ' דגם אי אמר קני לגוביינא הוי אסמכתא, התם לרב דפא דאמר בסמוך אע"ג דאסמכתא לא קניא אפותיקי מיהא הוי למיגבי מינה ומוקי בדא"ל קני לגוביינא ומשמע להדיא דס"ל לר"פ דגם בא"ל קני לגוביינא, לא קנה מטעם קנין משום דאסמכתא הוא אפי' בכה"ג אלא דקנה מטעם אפותיקי, ולהכי מקשה שפיר דלדידך דסבירא לך דאפי' בקני לגוביינא נמי אסמכתא הוי, אע"ג דהכא לא גזים, ולא סבירא לך הא דרב הונא דכנגד מעותיו מיהא קונה, א"כ גם מטעם אפותיקי לא יקנה, דהא לא עשאו אפותיקי כ"א לאחר ג' שנים וגם זה דאי הוא, וכל דאי הוי אסמכתא, אבל לרב הונא י"ל דסבירא ליה דהיכי דלא גזים לא הוי אסמכתא כלל, ולדידיה לא היה קשה כלל קושית הש"ס דלקמן, שוב מצאתי כעין זה בפנ"י ע"ש:

בא"ד אבל הכא על דעת כן הלוהו מעותיו שתהא השדה משוקעת בידו כו', מלשון זה משמע דבדעת מלוה תליא הדבר, וכיון שהוא חושב על דעת תנאי גמור לא הוי אסמכתא, ולכאורה קשה דהא בכל תנאי הוי דעת המלוה לתנאי גמור, אלא אמרינן דהלוה לא נתכוון להקנותו, ורק להסמיכו על דבריו בכדי שיפטר מאונסו, ומשו"ה הוי אסמכתא, הרי דבדעת הלוה תלוי, וא"כ ה"נ נימא דהלוה מפני שאנוס היה שרצה להשיג המעות, הבטיחו לגוזמא הזאת בכדי להסמיכו על דבריו, וי"ל שזהו הסבר התוס' דודאי בשעת מתן מעות דביד המלוה להתנות כל תנאי שירצה, ובזה לא נוכל להשגיח על רצון הלוה, דאלת"ה א"כ נבטל כל מכירות שבעולם, דהא כל מכירה אנוס הוא, מפני שדחוק למעות, ונימא דהמוכר לא נתכוון להקנות כ"א מפני האונס, אלא דאמרינן דמה בכך שהוא לא נתכוון לזה, הא מ"מ הלוקח לא נתרצה ליתן המעות כ"א אדעת מכירה גמורה, ובידו להתנות ע"ז, כן ה"נ נהי דהלוה לא נתכוון להקנותו, מ"מ המלוה לא נתרצה להלות לו כ"א שיקנה לאחר ג' שנים ובידו להתנות כרצונו ולא הוי כלל אסמכתא, רק לאחר מתן מעות דאין המלוה יכול שוב להתנות כיון שכבר הלוה לו, ואז תלוי בדעת הלוה לחוד והוי אסמכתא היכי דגזים. ואלא דלפי"ז צ"ע דא"כ אמאי באמת קיי"ל דאפי' בשעת מתן מעות הוי אסמכתא. ונראה דהתוס' לא כתבו זה כ"א לרב הונא לשיטתו דס"ל (בב"ב דף מ"ז ע"ב) תליוה וזבין הוי זביניה זביני מ"ט כל דמזבין אינישׁ אי לאו דאניס לא הוה מזבין ואפ"ה זביניה זביני בעל כרחו אפי' לא גמר ומקנה כו', ה"נ אע"ג דאניס קנה לוקח אע"ג דלא גמר ומקנה ע"ש, הרי דס"ל לרב הונא, דהיכי דהתנאי היה מתחלה לא איכפת לן אע"ג דזה לא גמר ומקנה, ה"נ אע"ג דהלוה לא גמר ומקנה מהני, אכן בש"ס דב"ב שם פריך על טעם זה, ודילמא שאני אונסא דנפשיה מאונסא דאחריני, פי' דבאונס דנפשיה הוי גמיר ומקנה, ומנ"ל ללמוד דאפי' לא גמר ומקנה נמי מהני, ומסיק דאגב אונסי' דזוזי

גמר ומקנה, וגם בתליוה וזבין הוי גמר ומקנה, וא"כ אם כי בעיקר הדין קיי"ל כרב הונא, מ"מ מטעם אחר והיינו משום דגמר ומקנה, אבל לא גמר ומקנה לא מהני, להכי נמי בהתנה המלוה עם הלוה על תנאי, דאסמכתא לא מהני לדידן אפי' בשעת מתן מעות, וא"ל דכיון דבמכירה מהני גם לדידן אפי' במקום שמחמת דוחקו מכרו ומטעם דאונסא דנפשיה הוא אמרינן דגמר ומקנה, וא"כ אכתי נימא גם בזה דכיון דאונסא דנפשיה הוא גמר ומקנה כמו במכירה, די"ל כיון דחזינן שהתנה התנאי לאחר ג' שנים, אנן סהדי דלא רצה להקנותו ובדעתו היה עוד לפדותו, ואילו ידע שלא יוכל לפדותו לא הוה מקנה, אבל במכירה כיון שנתרצה להקנותו בלי תנאי ואיחור הזמן אמרי' דגמר ומקנה משום אונסא, ועמ"ש לקמן בע"ב ברש"י ד"ה ואבע"א. ולפמ"ש צ"ל דמה דמסיק בש"ס התם בב"ב, אלא סברא הוא דאגב אונסא כו' לאו לרב הונא הוי טעם זה, אלא אנן לדידן, אבל טעמא דרב הונא כדקאמר לעיל, משום דכל דמזבין הוי נמי אנוס ולא גמר ומקנה, ועיין ברשב"ם שם שפי' דהטעם דמסיק הוי לרב הונא, וזה דוחק, דהא רב הונא קאמר בהדיא טעם אחר, וא"ל דמה דקאמר בדברי רב הונא מ"ט דכל דמזבין כו', לאו רב הונא עצמו אמר זה, אלא הש"ס רצה לומר כן בטעם רב הונא, דא"כ הול"ל מ"ט אילימא משום דדמי לכל דמזבין, וכדאמר הכי בכל דוכתא שבכיוצא בזה, שמסופק הש"ס בטעם האמורא, ובפרט לטעם כזה שהש"ס עצמו דחה אותו, לא הוי ליה למימר מעיקרא בדרך פשיטות, ויותר נח לפרש דרב הונא עצמו קאמר לטעם זה, רק הש"ס לא ניחא להו בזה ופריך עליו ומסיק דנוכל לומר טעם אחר, ודו"ק:

בא"ד ומפרש ר"י טעם שוה לשניהם דהכא קנו טפי מבעלמא שבתחלת המשכנתא הוי קצת כעין מכירה כו' וגם עשה לו טובה בהלואה ע"ש, וקשה כיון דטעם הזה שוה הוא לשניהם, וגם לר"נ דס"ל לאחר מתן מעות קנה הכל מהני זה, א"כ אמאי סובר רב הונא דלאחר מתן מעות לא קנה, וי"ל דיפלגו בזה, דרב הונא סובר דטעם דהוי כמכר היינו דוקא כשבתחלת המשכנתא התנה תנאי הזה, בזה אמרינן דהוי כאילו שניהם נתרצו לשעבדו על תנאי זה, וקרקע נקנית בכסף בכל הדרכים כפי התנאי, וכמ"ש רש"י לקמן בע"ב בד"ה ואמר לא מסלקנא, אבל לאחר מתן מעות לא מהני טעם זה, וטעם דעשה לו טובה לחוד פשיטא דלא מהני, דהא גם בההיא דגט פשוט עשה לו טובה וכמ"ש התוס' התם, ור"נ סובר דאפי' משכנו מתחלה בסתם ואח"כ התנה תנאי כזה ג"כ לא הוי אסמכתא, כיון דתחלת ביאת הקרקע לידו היה ע"י משכון דהוי כמכר קצת, וכאילו נמכרה השדה לידו מתחלה דמי, דמשכון הוי כעין מכר קצת, ועיין בב"י חו"מ (סי' ר"ז סקי"ט) בד"ה כתב הרמב"ם שנסתפק בזה וז"ל ואפשר דאפי' משכנו שלא בשעת

הלואתו יש לו דין זה כי אתחלת המשכנתא קפיד ולא אתחלת החוב וכנ"ל שאפי' משכנו מן הסתם ואח"כ התנה כו' לא הוי אסמכתא דתחלת ביאת הקרקע ע"י משכון היה ע"ש, ולמ"ש יפלגו בזה רב הונא ור"נ, ולרב הונא לא מועיל לסלק האסמכתא כ"א בשעת מתן מעות דוקא, ולר"נ אפי' לאחר מתן מעות, וכנגד מעותיו קונה אפי' לרב הונא, היינו או משום דס"ל דכנגד המעות כיון דלא גזים לא הוי אסמכתא כלל וכמ"ש לעיל, או משום דס"ל דטעם דתפיס מהני מיהא להיכי דלא גזים, ולכן אע"ג דלאחר מתן מעות ליכא טעמא דכעין מכירה לרב הונא, אבל עכ"פ תפיס מיהא הוי, ואע"ג דאכתי לא ידעינן דתפיס מהני, דרק מההיא דנדרים שמעינן לה, י"ל דלא גזים הוי פשיטא שטעם זה מהני, אלא דמנדרים נשמע שאפי' בגזים מהני נמי טעם דתפיס, ועמ"ש בסמוך מזה ליישב קושית מהר"ם שי"ף:

בא"ד ומשום דעדיפא הך אסמכתא כו' אתי שפיר כו' דמהני הכא מעכשיו בלא ב"ד חשוב ובפ"ג דנדרים אמרינן כו' והוא דקנו מיניה בב"ד חשוב כו' וק"ס אינו אלא מעכשיו ע"ש, והקשה הפנ"י, דהא לא מוכח כלל מנדרים דמעכשיו לחוד לא מהני, דהא דאיצטריך התם לטעם דב"ד חשוב לאו משום דמעכשיו או קנין סודר דהוי כמעכשיו לא מהני, אלא משום דקנין סודר דהתם לא הוי כמעכשיו כיון דא"ל בהדיא אי לא אתינא עד תלתין יומין א"כ אינו רוצה לבטל אלא לאחר שלשים, והיכי שאומר בפירוש שרוצה להקנות לאחר זמן ולא הוי כמעכשיו, אבל בסתם קנין סודר דהוי כמעכשיו או שאומר בפירוש מעכשיו מהני גם בלא ב"ד חשוב ע"ש. וליישב דעת התוס' נראה דמפרשי דמה דאמרינן בנדרים והלכתא אסמכתא קניא והוא דקנו מיניי' בב"ד חשוב, לא קאי זה אעובדא דמתפיס זכוותיה בב"ד, דהא ההיא עובדא מתרץ לה שפיר התם אפי' למ"ד אסמכתא לא קניא ושאני התם כיון דאמר לבטלן זכוותיה ע"ש, אלא שהש"ס אגב דעסיק התם בדיני דאסמכתא אתא לפסוק הלכתא בדין דאסמכתא דעלמא, וקאמר דבעלמא נמי אפי' במקום דהוי אסמכתא כי קנו מיניה בב"ד חשוב קניא, וכיון שלאסמכתא דעלמא קאי שפיר מוכיח התוס' מדבעינן שניהם, קנו וב"ד חשוב, אע"ג דקנין הוי כמעכשיו, מכלל דמעכשיו לחוד לא מהני, ואם כי שיטת התוס' נראה כן ברור, אכן גם כדברי הפנ"י הוא ממש שיטת הרי"ף בפ' גט פשוט, דהוא סובר דמעכשיו לחוד מהני ולא בעינן ב"ד חשוב, וההיא דנדרים מפרש דהפסק שפסקו והלכתא, לאו בדין אסמכתא דעלמא קאי אלא רק אעובדא דמתפיס זכוותיה דמיירי התם, ולהכי הצריך התם ב"ד חשוב משום דקנין דהתם לא הוי כמעכשיו משום דהוי לאחר תלתין יומין וכדברי הפנ"י, וכן מפורש התם בר"ן בטעם דרי"ף, ותמיהני על הפנ"י שהקשה על התוס' דמאי מוכח

מהתם דמעכשיו לא מהני, איך העלים עיניו מלראות שזהו גופא הציר אשר עליו יסוב שני אלו השיטות המפורסמות, שהתוס' יפרשו דפיסקא דש"ס דנדרים לא קאי אההיא עובדא ולזה שפיר הוכיחו, והרי"ף שמפרש דבאמת קאי רק על עובדא דהתם, ס"ל באמת דמעכשיו לחוד מהני, ושיטת התוס' נראה נכון להצעת הסוגיא דהתם, דדוחק לפרש דהאי והלכתא דאסמכתא קניא דקאמר קאי על ההיא עובדא, אחרי דההיא עובדא כבר איתרצא לה אפי' למ"ד אסמכתא לא קניא ומטעמא דקאמר שם, ע"ש היטב ותמצא כן:

בא"ד וא"ת דבפ"ד דנדרים דפריך מר"נ טפי הו"ל למיפרך דר"ה אדרב הונא כו', ועיין במהר"ם שי"ף שהקשה, דהא ההיא דנדרים מדמינן לה בע"כ לשעת מתן מעות, ראי לאחר מתן מעות דמי מאי התחילו התוס' בתחלת הדבור להקשות, ועוד קשה דמאי פריך התם ארב הונא והא אית לו הכא בשעת מתן מעות קנה הכל ואסמכתא קניא ואי ההיא דנדרים דמי לאחר מתן מעות אין התחלה לקושיתם, דבלאחר מתן מעות אה"נ דס"ל גם הכא דאסמכתא לא קניא, אע"כ דההיא דנדרים לשעת מתן מעות דמי, ואיכא חלוק בין שעת מתן מעות ללאחר מתן מעות, וא"כ מאי מקשו השתא מלאחר מתן מעות אההיא דנדרים דהוי כשעת מתן מעות, הא י"ל דבשעת מתן מעות מהני טעם דתפיס ולא לאחר מתן מעות ע"ש שזה תוכן קושיתו, וי"ל דמלבד שסברת התוס' דדוקא לטעמי שכתבו התוס' לעיל יש לחלק בין מתן מעות לאחר וכמ"ש התם, אבל בטעם דתפוס אין שום מקום לחלק בזה, ועיין מה שכתבתי בדבור הסמוך, עוד היה לתוס' ראיה לזה דלטעם דתפוס אין לחלק ואפי' לאחר מתן מעות נמי מהני דאלת"ה אמאי קונה מיהא כנגד מעותיו אפי' לאחר מתן מעות, אלא ודאי משום טעם דתפוס, אלא שסבורים היינו דטעם זה לא מהני כ"א בלא גזים אבל בגזים לא מהני טעם דתפיס, דהא בשעת מתן מעות דקונה הכל הוי משום דהוי כעין מכר, דבשיטת הר"י קיימינן השתא, ולא ידעינן עוד דטעם דתפוס יועיל אפי' בגזים, אבל בלא גזים פשיטא דמהני ולהכי כנגד מעותיו קנה דלא גזים, והכל לא קנה כיון דטעם דמכירה ליכא הכא וכמ"ש לעיל דלרב הונא לא מועיל טעם דמכירה כ"א בשעת מתן מעות, וטעמא דתפוס נמי לא מועיל בגזים, וא"כ דברי רב הונא מיניה וביה הוה א"ש, אלא דאפ"ה מקשה מנדרים דשמעינן התם דתפיס מהני אפי' בגזים, וא"כ אפי' לאחר מתן מעות יקנה הכל ואמאי קאמר רב הונא דלא קנה אלא כנגד מעותיו וקשה דרב הונא אדרב הונא, ודו"ק:

בא"ד ור"ת תירץ אקושיא דלעיל דלא קשיא דרב הונא אדרב הונא דנדרים דהכא קני משום דתפיס מלוה גופא ע"ש, והנה ר"ת לא קאמר טעם דמהני לרב הונא בשעת מתן מעות, ובלאחר מתן מעות אמאי לא מהני לרב הונא לפר"ת, היה נראה לכאורה משום

דטעם דתפיס לא מועיל כ"א בדאתפיס למלוה בשעת הלואה ולא לאח"כ, וכנגד מעותיו מיהא קנה משום דלא גזים ובכה"ג מועיל אפילו לאחר מתן מעות, ולפי"ז מתורץ בהך תירוצא גם קושיא האחרונה, דטפי הו"ל למיפרך דרב הונא אדרב הונא, ושני קושית התוס' מרב הונא אדרב הונא מיתרצא בהכי, דקושיא הראשונה משעת מתן מעות דמהני הכא, י"ל משום דתפיסה דהכא דהוי במלוה גופא עדיף מתפיסה דהתם דהוי ביד ב"ד, וקושיא האחרונה משלא בשעת מתן מעות, י"ל דתפיסה דבשעת מעשה אפי' כשהיא ביד ב"ד עדיף מתפיסה דשלא בשעת מעשה אפי' כשהיא ביד מלוה גופא, והתפיסה דהתם כשעת מעשה דמי דהא אתפסיה לב"ד אדעתא דתנאי זה וכמ"ש לעיל, וכן קושיא הראשונה מרב נחמן ג"כ מיתרצי בהכי, דשפיר איצטריך למניומי, דמהתם לא הוי ידעינן דהדר כ"א באתפסיה לב"ד, אבל באתפסיה למלוה גופא הו"א דלא הוי אסמכתא, ולפי"ז מתורצים כל קושיות התוס' לפיר"ת, אלא דמלשון התוס' דר"ת תי' אקושיא דלעיל משמע דרק ההיא קושיא מתורצת ולא אידך קושיא דרב הונא, וכ"כ המהר"ם שי"ף מדיוק הלשון, וצ"ל דתוס' ס"ל דלטעם דתפיס אין סברא לחלק בין שעת מתן מעות לאחר מתן מעות, ולהכי אידך קושיא לא מיתרצא, אלא דלפי"ז תמוה מילתא דרב הונא מיניה וביה, דאמאי לאחר מתן מעות לא קנה אלא כנגד מעותיו וצ"ע, ועכ"פ מכאן ראיה למ"ש לעיל בדבור הסמוך, דבסברא דתפיס לא ניחא לחלק בין קודם מתן מעות ללאחר מתן מעות, ויישבתי בזה קושית המהר"ם שי"ף שם, ועל מהר"ם שי"ף קשה ביותר, אחרי שהוא עצמו כתב דקושי' האחרונה לא מיתרצא בפר"ת, ובע"כ דלא מחלקינן בזה בין קודם מתן מעות לאחר, וא"כ מאי מקשה לעיל:

ובעיקר סברת ר"ת כפי שכתבו התוס' כאן רק טעם דתפיס מלוה גומא לחוד, ואמנם בב"ב (דף קס"ח) כתב ר"ת שני טעמים, דתפיס מלוה, וגם שפשה לו טובה, ועיין בב"י (חו"מ סי' ר"ז) דתרווייהו צריכי, דטעם דתפיס, לתרוצי ההיא דהתם דהוי אסמכתא, אע"ג דהתם בב"ב נמי עשה לו טובה, וטעם דטובה איצטריך משום קשיא דערבון, ור"ת לא ס"ל כתירוץ התוס' כאן בטעם דערבון, אבל התוס' הכא שכתבו טעם אחר על ערבון לא הביאו כ"א טעם דתפיס לחוד ע"ש היטב:

ברש"י ד"ה אני אומר כו' והא אסמכתא הבטחה בעלמא כו', עמ"ש בזה לקמן (דף ע"ד) תוד"ה הכא:

דף סו:

רש"י בד"ה ואיבעית אימא כו' והפירות לר' יהודה לוקח אוכלן ולרבנן משלשין אותן עכ"ל, כבר נתקשו המפרשים בזה אמאי אסור למוכר לאכול פירות דהא לא שייך כאן איסור ריבית כלל לגבי מוכר, דאף אם לא יביא המעות ותיחלט השדה ביד לוקח נמי אין איסור, כיון שהמוכר לא הלוה ללוקח כלום, ולא דמי להא דאמרינן (לעיל דף ס"ה) דשניהם אסורין ומוקמינן דהיינו בדא"ל לכי מייתית קני מעכשיו, דהתם איירי שנתן הלוקח רק מקצת דמים משו"ה שייך ריבית באכילת פירות דמוכר דשמא יגמור המקח ויראה שאכל המוכר בשביל שהמתין לו מותר המעות, אבל הכא שאין ממתין לו כלום מאי איסור יש בזה. ועוד קשה לי מאי דאמר דלר' יהודה לוקח אוכלן, ואמאי לא יאכל גם המוכר, דהא במוכר נמי רק צד אחד הוא, בלוקח הוי צד אחד שמא לא יגמור המקח, ובמוכר שמא יגמור. ונ"ל דהא דמוכר אין אוכל פירות לאו מטעם איסור ריבית, אלא משום בטול האסמכתא, דאם המוכר יאכל הפירות הדר הו"ל אסמכתא אפי' למאי דמוקי לה במעכשיו, דלא מיבעי לשיטת הר"י ור"ת דס"ל דמעכשיו לחוד לא מהני לבטל האסמכתא, אלא דבעינן נמי שיתפיסנו ליד מלוה גופא וכמ"ש בב"י (חו"מ סי' ר"ז) ע"ש, ובקרקע לא שייך תפיסה אחרת כ"א מה שיתפוס אותה לאכילת פירות, דבגוף הקרקע לא שייך תפיסה כ"כ, ועיין מ"ש בהג"א בסוגיין ובנמוק"י בשם הרמב"ן לעיל בסוגיא דערבון, דמוחזק במשכון של קרקע לא הוי מוחזק כמו במטלטלין, ולכן אם גם הפירות יאכל המוכר, לא הוי תפוס ביד הלוקח כלל ולא מהני מעכשיו, אלא אפי' לשיטת הפוסקים דס"ל דמעכשיו לחוד נמי מהני לבטל האסמכתא, נ"ל דהיינו דוקא במשכון כזה דלא שייך גביה אכילת פירות, אבל במשכון שיש בו פירות, אם המוכר יאכלם הו"ל אסמכתא לכולי עלמא, דהא עיקר המעליותא דמעכשיו שיועיל לבטל האסמכתא, היינו משום דאסמכתא לא הוי כ"א מי שאינו גומר ופוסק למכירתו מיד, אלא אומר אם לא יהיה זה הדבר יהיה מכירה וכלשון הגמ' כל דאי אסמכתא הוא, דאמרינן דסמך דעתו דיהיה אותו הדבר ולא יהיה מכירה ואילו הוי ידע שלא יהיה הדבר לא היה תולה המכירה בזה כגון זה שסבר שיהיה לו מעות ויכול לפדות שדהו תוך ג' שנים, נמצא שלא גמר בדעתו מתחלה להקנותו לגמרי, משו"ה לא קנה, אבל באומר מעכשיו ומקנהו בקנין גמור מיד שיהיה מעתה של הלוקח, אלא שהלוקח קיבל עליו שאם יחזיר לו מעותיו עד ג' שנים יקבלם וכמ"ש רש"י ד"ה ואבע"א, וכיון דגמר ופסק למכירתו מיד לאו דאי הוא ולא הוי אסמכתא, וא"כ אין שייך זה כ"א כשלא שייר המוכר לעצמו כלום ונסתלק לגמרי מן המכירה מיד, אבל כששייר הפירות לנפשיה עד כלות

זמן הג' שנים, אכתי לא הוי כמכירה, ולא מיבעי למ"ד קנין פירות כקנין הגוף דמי, ודאי דהוי כאילו השדה גופא הוא ביד המוכר עדיין, אלא אפי' למ"ד קנין פירות לאו כקה"ג, מ"מ לענין אסמכתא ודאי דצריכין אנו לומר דשיור הפירות הוי שיור, לענין דמשו"ה לא הקפיד להקנותו מיד, לאו משום דגמר ומקנה, אלא משום דעכשיו אין לו הפסד כיון שאוכל הפירות ועד שיגיע זמן הפסד פירות היינו לאחר ג' שנים יהא בידו לפדותה, ואילו ידע שלא יוכל לפדותה לא היה מקנהו ונמצא דאכתי הוי אסמכתא, דדוקא היכי שמכרה לגמרי בלא שום שיור לא הוי אסמכתא, אבל אם יש שיור הפירות אכתי הוי אסמכתא ודו"ק, וא"ש מ"ש רש"י דגם לר' יהודה רק לוקח אוכל הפירות כיון דאיסורא דמוכר לאו משום ריבית אין נ"מ בין ר' יהודה לרבנן:

והנה אם כי קושית המפרשים מ"ט אסור המוכר בפירות ישבנו בזה, אכן לדידי קשיא להיפך מאיזה טעם נאסור ללוקח לאכול הפירות כיון דמעכשיו נקנה לו ושלו אכיל, דלא דמי למה שאמרו (לעיל דס"ה) דמכר לו שדה ונתן לו מקצת דמים דאסורין שניהם בפירות ומוקמינן דהיינו בדא"ל לכי מייתית קני מעכשיו, ולהכי אסור גם הלוקח, דשמא א יגמור המקח ונמצא דמעות הוי הלואה ושכר מעותיו קא אכיל הפירות, דהא התנאי דמעכשיו יצויר בשני פנים, א), דאין מקנה לו מיד למכירה גמורה רק שגמר הקנין יהיה אח"כ, אלא דחלות הקנין יהיה אז מעכשיו, ויצויר גם באופן שני כגון שמקנה לו מיד במכירה גמורה, ומצד המוכר אין שיור עוד במכירה אלא שהלוקח קיבל עליו דאם יביא לו המעות עד ג' שנים יקבלם מאתו והוי כמכירה חדשה. והנה זה פשוט דמעכשיו דמבטל האסמכתא, היינו כאופן השני, שגמר המקח הוי מיד, אלא שהלוקח קיבל עליו להחזירו כשיביא לו המעות, דאם התנאי היה להיפך, דלעת עתה לא יקנה הלוקח, אלא כשלא יביא המעות עד ג' שנים יהיה שלו מעכשיו, מעכשיו כזה לא מבטל האסמכתא, כיון דלא גמר לפסק מקחו עד זמן ההוא אכתי דאי הוא וכל דאי הוי אסמכתא, והכי פרש"י להדיא בד"ה ואבע"א וז"ל דלאו אסמכתא הוא אלא קנין גמור הוא שע"מ מכר גמור החזיק בה מעכשיו כו' וזה קיבל עליו שאם יביא לו מעותיו עד ג' שנים יקבלם ע"כ, וא"כ לא דמי האי מעכשיו להההיא דהתם, דהתם הוי בע"כ הפירוש דגמר המקח יהיה כשיביא לו מותר המעות וכמו שאמר לכי מייתית קני מעכשיו, ועד שמייתי המעות לא קנה כלל, ואם יביא לו המעות נמצא דלא היה מעולם שדה של לוקח והמעות הלואה הוא, להכי אסור, אבל הכא אפי' כשיביא המעות אח"כ, הא עכ"פ עד עתה של לוקח היא ממש, וכי אכיל לפירות בתורת מקח גמור אכלן ואמאי אסור. ונ"ל מזה ראיה נכונה למ"ש לעיל שם בשם השמ"ק, דאפילו כשהתנה עמו לכשיהיה לי מעות תחזור ותמכור

לי דבזה הוי ודאי מכירה גמורה בעת מעשה, אפ"ה אסור הלוקח בפירות דכיון דאין דרך הלוקח לעשות כן ירדה תורה לסוף דעתם דלהלואה גמורה נעשה והוי נמי ריבית קצוצה ע"ש, והיה נראה שגם רש"י סובר כן, ולהכי אוסר ללוקח לאכול פירות, ולפי"ז צ"ל דמ"ש רש"י דלר' יהודה לוקח אוכלן לאו משום הטעם דהוי רק צד אחד בריבית, דאפי' אי הוי ריבית גמור נמי שרי לר' יהודה בכה"ג, דהא עיקר המקור של השמ"ק הוא משום דיפרש, דהכוונה דריבית ע"מ להחזיר, לאו להחזיר לריבית, כ"א להחזיר ולמכור לו השדה, ורבנן סברי דהוי אסור, ור' יהודה סובר כיון דבשעת מעשה מכירה גמורה היתה שרי, וא"כ למ"ש דהכא הוי מכירה גמורה שרי לר' יהודה בכל ענין, ועמ"ש לעיל בארוכה וזה נכון:

בגמ' אלא אפותיקי דאמר ר"פ כגון דא"ל לא יהא לך פירעון אלא מזו, הרא"ש והטור (חו"מ סי' ר"ז) ס"ל דכיון דלאו מטעם קנין הוא, אלא מטעם אפותיקי א"כ לא מהני זה אלא להכי שלא יוכל לסלקו בקרקע אחרת, אבל במעות יכול לסלוקי וכמו כל אפותיקי דעלמא דהוי דינא הכי, ואכן מלשון רש"י לא משמע כן, דז"ל בד"ה למיגבא מיניה קונה בה כנגד מעותיו ואם בא לפרוע המעות לאח"ז לא יקבלם עכ"ל, הרי להדיא דמפרש לשון אפותיקי דקאמר ר"פ לענין שלא יכול לסלוקי גם במעות, אכן בפרישה (סי' ר"ז) כתב דדעת רש"י הוא כהטור והרא"ש, וצ"ל דס"ל דמה דמפרש רש"י כאן בהדיא דגם במעות לא יוכל לסלוקי היינו בס"ד דסוגיין, אבל לבתר דפריך סוף סוף הוי אסמכתא ומשני דאפותיקי דקאמר היינו כגון דא"ל לא יהא לך פירעון אלא מזו, בע"כ דיפרש גם הוא דבמעות יכול לסלוקי, דאלת"ה מאי משני דא"ל לא יהא לך פירעון אלא מזו, ומשו"ה לא הוי אסמכתא כיון דאפי' בתוך ג' עשאו אפותיקי, הא אפותיקי דתוך ג' היינו דלא יכול לסלוקי בקרקע אחרת, אבל במעות יכול לסלוקי כמו כל אפותיקי, ותנאי דבמעות נמי אין יכול לסלוקי לא יהיה כ"א כשלא יפרע עד ג' שנים, וא"כ אכתי דאי הוא וכל דאי הוי אסמכתא, אע"כ דגם רש"י סובר דלמסקנא לא מועיל לענין דלא יכול לסלוקי בזוזי, ושפיר משני דכיון דאף בתוך שלש עשאו אפותיקי א"כ לאו דאי הוא, והנה אם כי מרש"י דהכא אין להוכיח דפליג על הרא"ש, מ"מ נ"ל להוכיח דדעת רש"י הוא בע"כ דלא כהטור, דלשיטת רש"י דמפרש דלמסקנא דמוקי דא"ל לא יהא לך פירעון אלא מזו, תרתי קאמר ליה, דאם לא אפרע לך עד ג' שנים תהא כולה שלך, ואף בתוך ג' שנים לא יהיה לך פירעון אלא מזו, ואי נימא דהוי ממש ככל אפותיקי דבמעות יכול לסלוקי, מאי אתא רב פפא לאשמועי', דאע"ג דאסמכתא לא קניא אפותיקי מיהא הוי, הא לענין אפותיקי לאו אסמכתא הוא, כיון דאף בתוך ג' נמי אין יכול לסלוקי בקרקע אחרת, וכמו

שהקשו כן באמת תלמידי הרשב"א על רש"י, הובא בב"י סי' הנ"ל, אע"כ דרש"י ס"ל דבמעות לא יוכל נמי לסלוקי אפי' לפום המסקנא, וא"כ טובא אתא לאשמועי' ר"פ, דאע"ג דמה שעשאו אפותיקי גם בתוך שלש אין מועיל כ"א שבקרקע אחרת לא יכול לסלוקי, אבל במעות יכול לסלוקי, אפ"ה כשבא לפרוע אחר ג' אין יכול לסלוקי גם במעות, דע"ז מהני התנאי, שוב מצאתי בשמ"ק בשם רמב"ן שכתב נמי דדעת רש"י דא"י לסלוקי גם במעות, וכ"ה במהר"ם שי"ף ע"ש. אלא דאכתי צריך באור, דמאיזה סברא יהיה הדין כן שא"י להלוקי במעות, ואי מטעם התנאי דלאחר ג' דנימא דקני מיהא לענין זה, א"כ אכתי הוי אסמכתא כיון דתנאי זה לא הוי כ"א כשלא יפרע עד אחר ג' והוי אסמכתא, ואי משום דמיירי שגם בתוך ג' עשאו אפותיקי, כיון דאחר ג' אתה בא לחייבו ביותר מהחיוב דתוך ג' ובע"כ דמחמת התנאי הוא, והתנאי הוי אסמכתא. ולתרץ זה נ"ל עפ"י מ"ש בשמ"ק להוכיח מלשון רש"י דבסמוך בד"ה גבי מהאי חמרא, ופסק דמים ולבסוף אייקר, דנתכוון לתרץ בזה קושית התוס' ד"ה ואי, דמאי פריך הכא דאסמכתא היא, והא כל היכי דלא גזים לאו אסמכתא היא, וכיון דאמר לא קני לגוביינא, וכן גבי חמרא דהוי נמי רק כנגד מעותיו ואין כאן גוזמא ואמאי הוי אסמכתא, להכי פרש"י דמיירי שלבסוף אייקר, והוא התנה עמו שאם לא יתן לו מכאן עד יום פלוני יטול כשער הזול של עכשיו, וכן גבי אפותיקי מפרש כן, דהא דאמרי' אפותיקי הוה למיגבא מיניה שיעור זוזי כדשויה בשעת מתן מעות והוא שער הזול, ומשו"ה קשיא לן דאסמכתא היא כיון שאח"כ הוקרה מ"ש, ולפי"ז אתי שפיר מאוד מה שאינו יכול לסלקו במעות, דהא כנגד החוב קונה שפיר מטעם התנאי בגוף הקרקע, ולאו מטעם אפותיקי אלא מטעם קנין הוא, דקונה ממש בגוף הקרקע כנגד מעותיו מיהא כיון דכנגד מעותיו דלא גזים לא הוי אסמכתא כלל, ולא הוצרך בש"ס לטעם דבתוך ג' נמי עשאו אפותיקי בכדי שיהיה רשאי ליקח גם במקח הזול דמעיקרא, דאי מטעם הקנין לא היה קונה כנגד מעותיו כ"א לפי השער היוקר דבשעת קנייה, כיון דלא מיירי בקנו מיניה מעכשיו, והקנין לא הוי כ"א לאחר, ג', מהיכי תיתי יקח כשער דמעיקרא, ואי מטעם שהתנה כן הוי אסמכתא, אבל כיון דעשאו נמי אפותיקי שאפי' בתוך ג' לא יהא לך פירעון אלא מזו, וכל אפותיקי הוי כקנו מיניה מעכשיו אע"ג דלא אמר בהדיא מעכשיו, דכיון שהמלוה אין יכול לתבוע ממנו פרעון ממקום אחר וסילק נפשיה משעבוד שאר דברים, מעיקרא אדעתא דארעא נחית וכמ"ש הראב"ד והרא"ש, ולהכי צריך לחשוב לו כמקח דמעיקרא, כיון דמחמת האפותיקי הוי הקנין בשדה מעיקרא כשהיה עוד בשער הזול, ומחמת שני תנאים הללו זוכה בגוף השדה וגם במקח דמעיקרא, ושפיר הוצרך לתרווייהו, דמטעם אפותיקי לחוד

נהי דהוי כמעכשיו, מ"מ אינו מוכרח לתת לו מגוף השדה, דתנאי הזה לא היה כ"א דכשיוכרח לשלם לו מתוך הקרקע אז יקנה מעכשיו, אבל אכתי יוכל לסלק גם במעות, ותנאי דלאחר ג' לא מהני לענין ליקח כמקח דמעיקרא, אבל כשיש שני אלו התנאים, נוטל גם כשער הזול, דע"י התנאי דאחר ג' זוכה הוא בשדה דוקא ולא במעות, וכיון שעכ"פ השדה הוא שלו, מעתה מהני תנאי דתוך ג' לענין שנחשוב הקנין בשדה, לא מלאחר ג' אלא ממעיקרא ודו"ק. ולפי"ז יצא לנו שיטת רש"י דלא כהרא"ש והטור, ודעת הפרישה נראה נמי, דהא עיקר ההוכחה שכתבתי דרש"י יפלוג על הרא"ש, היינו משום דאל"כ מה אתא ר"פ לאשמועי' וכנ"ל, ואכן בפרישה וסמ"ע תירץ, דרבותא אשמעינן דלא תימא כיון שבטל תנאי דלאחר ג' בטל נמי תנאי דתוך ג' ע"ש וכ"כ הפנ"י, ולפי"ז אין הוכחה מרש"י, ונוכל לומר דגם רש"י יסבור כהרא"ש:

תוד"ה ואי אמר קני כו' וא"ת והא משמע בס"פ דלא הוי אסמכתא אלא היכי דאין בידו כו' והכא מאי אסמכתא איכא כו' ע"ש, ובפנ"י הרבה לתמוה, דהא הכא נמי מיקרי לאו בידו דשמא לא יהיה לו מעות תוך ג' והשיגה ידו רק לאחר ג' ע"ש, ותימה לי על תמיהתו דהא קרקע יש לו ודאי ללוה, היינו זה הקרקע שהלוה עליה, ולמה לא ימכור קרקע כדי שיעור החוב, דהא כשאין לו מעות מחויב לפרוע במה שיש לו, ומחויב נמי למכור נכסיו לפרוע החוב, וכיון שקרקע יש לו ודאי הוי כיש לו מעות, וא"כ שפיר בידו הוא, ואלא דאפ"ה הוי אסמכתא מחמת שזה גופא גזים הוא, דאין אדם עשוי למכור קרקע, ופשוט שזה דעת התוס', ועמ"ש (לקמן דע"ד) ליישב קושית התוס' בטוב טעם:

ברש"י ד"ה והדרא פירי, לאחר שלש אם אכלן לוקח, והנה גם ברא"ש דייק לכתוב דהדרא פירי דלאחר שלש ע"ש, ומשמע להדיא דפירי דתוך שלש אין מחויב להחזיר, וטעמא דמילתא י"ל דסבירא להו דהא דהדרי פירי לרב נחמן, לאו משום ריבית הוא, דהא לא הוי כ"א אבק ריבית כיון דלא קצץ, אלא מטעם מחילה בטעות הוא ומשום איסור גזילה, ולהכי דוקא פירות דלאחר שלש, דבהם הוי מחילה בטעות, דכיון דכבר עבר הזמן סבור ששל לוקח הוא ולא ידע דאסמכתא לא קניא, אבל בפירות דבתוך שלש לאו מחילה בטעות הוא, וא"כ אין כאן שום איסור, דאיסור דגזל אין כאן כיון דמחילה גמורה הוא, ומצד איסור ריבית נמי א"צ להחזיר כיון דאבק ריבית הוא, וחילוק זה אמנם עולה יפה לשיטת הרא"ש דס"ל באמת דבכה"ג לא הוי כ"א אבק ריבית, אכן אכתי מה נענה לשיטת רש"י בסמוך ד"ה הכא הלואה, דהא דהדרי פירות לר"נ היינו משום איסור ריבית, ואע"ג דלא קץ הוי נמי כריבית קצוצה משום דבהלואה לא בעינן קץ דאין אבק ריבית בהלואה ע"ש, וא"כ מאי איכא בין תוך שלש לאחר שלש, דנהי דמצד איסור גזל

אין כאן בתוך שלש מ"מ אכתי ליהדרי מטעם איסור ריבית, והיה אפשר לתרץ, דהנה אפי' לשיטת רש"י דטעמא דהדרי פירי הוא משום ריבית היינו דוקא לפום מאי דמשני התם זביני הכא הלואה, אבל לס"ד ודאי דסבור היה דטעמא דר"נ משום מחילה בטעות, דאל"ה לא היה מקשה למימרא דסבר ר"נ מחילה בטעות לא הוי מחילה, כיון דטעמו לאו משום מחילה בטעות, וא"כ בע"כ דדעת המקשה הוא, דאפי' בהלואה בעינן נמי קץ ליה דוקא, ואי לא קץ אינו כ"א אבק ריבית, דאי גם המקשה סובר בזה דבהלואה לא בעינן קץ ואין אבק ריבית בהלואה, א"כ מאי ס"ד דטעמא דר"נ משום מחילה בטעות ולמיפרך עליה ממוכר פירות דקל, יפרש כפשוטו דטעמו דהדרי משום ריבית הוא, ולא היה קשה כלום, אע"כ דהמקשן סבור דאפי' בהלואה לא הוי ריבית קצוצה לענין שיוצרך להחזיר כ"א בדקץ ליה בפירוש, והכא דלא קץ ליה מתחלה לא הוי כ"א אבק ריבית וא"צ להחזיר, ולפי"ז נוכל לומר דמ"ש רש"י פירי דלאחר שלש, היינו רק להס"ד, דטעמו הוי משום מחילה בטעות, וא"כ בע"כ דגם בהלואה הוי כה"ג אבק ריבית, ולכן א"צ להחזיר פירי דבתוך ג', אבל למסקנא דטעמא דר"נ משום ריבית, ואפי' בכה"ג הוי ריבית קצוצה, באמת צריך להחזיר גם הפירי דבתוך שלש:

ועוי"ל דאפי' למאי דמשני דטעמא דר"נ משום ריבית הוא ג"כ א"צ להחזיר פירות שאכל בתוך שלש, דכיון דנחשוב אכילת הפירות למחילה, והרי מחילה מהני גם בריבית קצוצה, דדוקא בתורת ריבית הוא דאסור אבל בתורת מחילה שרי, וא"כ כי הוי ריבית קצוצה מאי איכפת לן, כיון דמחיל ובתורת מחילה יהיב לו א"צ להחזיר, ולא מיבעי לשיטת הרמב"ם (בפ"ד ממלוה), דאפי' מחילה דקודם פירעון נמי מהני, ודאי דא"צ להחזיר, אלא אפי' אי נימא כהכרעת הרא"ש בריש פירקין, שדוקא אם כבר גבה המלוה הריבית ואח"כ מחל מהני, אבל מחילה דבשעת נתינה לא מהני, וכן הופסק (ביו"ד סי' ק"ס), והמ"מ שם כתב שכן הוא נמי דעת הרמב"ם, ולפי"ז היה מקום לומר דמחילת הפירות נחשב כמחילה דבשעת נתינה, דהא אחר הנתינה לא חזינן דמחיל, וא"כ לא מהני המחילה. אכן באמת נ"ל פשוט שהכא מהני המחילה בשעת הנתינה לכו"ע, דטעם החלוק שבין קודם נתינה לאחר הנתינה מבואר בשמ"ק בריש פירקין, דאם מחל לאחר שגבה המלוה, הוי המחילה מדעת שלימה, מה שאין כן במחילה דקודם פירעון דחשבה רחמנא כמחילה באונס ע"ש, הסבר הדברים דכיון שכבר קצץ עמו בשעת הלואה ליתן לו יותר, אמרינן דאע"ג דנותנו עתה בתורת מחילה, אין זה משום שרצונו למחול לו בדעת שלימה, אלא דמפני שקשה לו לעבור על התנאי שפסק עמו ליתן לו יותר, ומפני שבתורת ריבית אסור ליתן, יתן לו דרך מחילה, הא אי לאו הפסיקה דמעיקרא לא היה

נותן לו כעת יותר ממה שהלוהו, וכיון דיש לומר דהתנאי דחקתו למחול, להכי חשבינן זה למחילה באונס וז"ב, וא"כ לא שייך זה כ"א במקום שקצץ עמו מעיקרא ליתן יותר, אבל הכא שלא פסק עמו בשעת הלואה שיאכל הפירות, לא נוכל לומר דהמחילה הוי כאונס מחמת פסיקת התנאי, דאיזה דבר הכריחו למחול הפירות אחרי שלא היה שום פסיקה ע"ז, וכיון שודאי דהמחילה היתה מדעת שלימה להכי מהני המחילה אפי' בשעת נתינה, ונהי דלענין עצם האיסור דריבית אמרינן דבהלואה אסור אפי' בלא קציצה, ואפי' לא קץ כקץ דמי, מ"מ לענין המחילה ודאי דיש חלוק בין קץ מעיקרא ע"ז, ללא קצץ כלל, ועיין מ"ש המ"מ (בפ"ו ממלוה) להשיג על הראב"ד שכתב דטעם דרבינא לעיל (דף ס"ב) דמשכנתא בלא נכייתא אין מחזירין, משום דמצד גזל אין כאן כיון דמחיל לאכילת הפירות ומצד ריבית אין כאן דהוי אבק ריבית, והשיג המ"מ, דכיון דמחל מהני אפי' בריבית קצוצה, ולמה לו לטעמא דאבק ריבית, ועיין בש"ך (יו"ד סי' קע"ד סק"ה), הרי להדיא כדברינו דמהני המחילה דאכילת פירות אפי' בריבית קצוצה, וכיון שכן אתי שפיר דיש חלוק בין תוך ג' לאחר ג', דבתוך ג' דלא הוי מחילה בטעות א"צ להחזיר הפירות, דנהי דהוי ריבית קצוצה מ"מ כיון שמחל מהני לענין שאין צריך להחזיר, דלענין האיסור ודאי דלא מהני המחילה כלום בשום ריבית, דמה מועיל מחילה לאיסור שכבר בלע, וכמ"ש הפרישה (ביו"ד סי' ק"ס), אבל לענין שא"צ להחזיר עכ"פ מהני, אבל לאחר שלש כיון דהוי מחילה בטעות ולא הוי מחילה כלל בהלואה, כיון שיש איסור, דאע"ג דבכ"מ הוי מחילה, אבל הכא תקנו שלא יהא מחילה בכדי שלא יבוא לידי איסור וכמ"ש הרא"ש, מחויב להחזיר מצד האיסור ריבית, ועמ"ש עוד בתוס' ד"ה התם, וגם לקמן (דע"ג ע"ב) מזה:

אלא דלפי"ז צ"ע דעת הרמב"ם דס"ל שאפי' פירי דתוך שלש צריך להחזיר משום דהוי ריבית של תורה, ואמאי לא מהני המחילה, ואפשר לומר דרמב"ם ס"ל שאפי' בתוך שלש נמי הוי מחילה בטעות, וכמ"ש הב"י (חו"מ סי' ר"ז סקי"ג) דסבור שכיון שלא נתן לו הדמים תוך שלש שנים הרי היא שלו ע"ש:

רש"י ד"ה הכא הלואה, עמ"ש לעיל (דף ס"ד ע"ב) בחדושינו לגמרא בדבור המתחיל אר"י בר מניומי באריכות:

תוד"ה התם זביני, הקשו על רש"י דס"ל דבהלואה אין אבק ריבית, וא"כ פליג רב נחמן אדרבינא דלעיל דאמר משכנתא בלא נכייתא בדינינו אין מחזירין ע"ש, ותמיה לי טובא על קושיתם, דהא גם רש"י לא קאמר דהדרי כ"א פירות שאכל לאחר שלש, אבל בפירות שאכל קודם שהגיע זמן פרעון מודה דלא הדרי וכמ"ש להדיא בד"ה הדרי פירי, ועיין

לעיל מ"ש בטעמו של רש"י, וא"כ התם נמי דמירי בפירות שאכל קודם זמן פרעון ודאי דא"צ להחזיר. ואמנם אם כי הקושיא כמובן התוס', שהקשו מעיקר הדין דהתם א"צ להחזיר, יש ליישב כן, אבל אכתי קשה לי על טעמו של רש"י דפי' התם, דלהכי בדינינו אין מחזירין משום דאבק ריבית הוא, ע"ז ודאי קשה, דהא טעם דאבק ריבית לא מהני בהלואה לפירושו כאן, ומה דמהני הכא בתוך שלש, היינו משום דהוי מחילה וכמ"ש באריכות ברש"י. אכן כמה מזוקקים ומיושבים דברי רש"י למדקדק בהם היטב, דראה זה פלא, דז"ל התם בד"ה ובדינינו אין מחזירין, דאבק ריבית הוא כיון דזימנין שאין עושים פירות שהכרמים לוקין אין זו ריבית קצוצה עכ"ל, דלכאורה פלא הוא ל"ל לומר הטעם דמשו"ה לא הוי ריבית קצוצה משום דלפעמים הכרמים לוקים, דטעם זה אין שייך כ"א בכרם דעביד הכי לפעמים להיות נלקה ולא יהיה בו שום פירי יותר משיעור הוצאתן המרובה, אבל בשדות ובתים לא שייך הכי, וכמ"ש בשמ"ק לעיל (דף ס"ד ע"ב) דבשדות שאין הוצאתן מרובה כגון גן אילנות וכדומה הוי ודאי ריבית ע"ש, וגם לשון רש"י דייק הכי, דבכ"מ דייק לכתוב כרם, משמע דבבתים ושדות הוי ריבית קצוצה, יותר הו"ל לפרש דלא הוי ריבית קצוצה, משום דלא קץ עמו לאכול פירות לשם ריבית אלא הלוהו סתם והוא ירד ועשה ואכל, וכמו שפירש בסמוך בד"ה משכנתא ולכן נראה ברור בדעת רש"י שסברתו שכתב דבהלואה לא מהני אבק ריבית, היינו דוקא כשהאבק ריבית יהיה משום חסרון הקציצה, בזה ס"ל לסברא פשוטה, דבהלואה אפי' לא קץ כקץ דמי, כיון דלא היה בזה שום עסק של מסחר ורק הלואה גרידתא, ודאי שהפירות הם לשם ריבית, וסתמא כפירושו דמי, אבל אם האבק ריבית יבוא מחסרון העצמיי, משום דאין הדבר קצוץ וברור שיבוא לידי ריבית, דשמא לא יגדלו הכרמים ולא יהיה שום יתרון, אבק ריבית כזה, אפי' בהלואה נמי הוי רק אבק ריבית, דמה יועיל דהלואה הוא ובודאי לשם ריבית יטול, כיון דהספק הוא שמא לא יהיה ריבית כלל, וזה אמת בעזה"י. ולפי"ז אין שום סתירה על רש"י, דהכא דאמתני' קיימא, דאיירי בשדה שא"צ להוצאות מרובות כ"כ כמו בכרמים, ודאי שיהיה בה פירות הן חסר או יתר קצת, דזה לא שכיח שילקו לגמרי, ואלא דהחסרון הוא מה שלא קצץ, בזה ס"ל דבהלואה הוי כריבית קצוצה אע"ג שלא קצץ, דבהלואה לא איכפת בקציצה, כיון שאפי' בלא קציצה ידעינן דלשם ריבית קא מכוון, והתם בדרבינא אשמועינן במשכנתא של כרם, ובכרמים לפעמים אין בהם ריבית בעצם, דטפולן והוצאתן מרובה, וכיון שמצד עצם הריבית לא הוי קציצה ודאי שאפי' בהלואה לא הוי כ"א אבק ריבית, ואין להקשות דאכתי למה דחיק לפרש התם מפני טעם דאבק ריבית ולפרש דהיינו במשכנתא של כרם, יפרש בטעמו דאין מחזירין

הוי משום מחילה וכמו הכא בפירות שבתוך ג', ובכל משכנתא נמי אין מחזירין, די"ל דרבותא אשמועינן שאפילו במקום שלא שייך טעם מחילה, כגון מחילה דקודם הלואה, או למ"ד דמחילה לא מהני בריבית, מכל מקום בכרם אין צריך להחזיר משום אבק ריבית, אבל זה ודאי דבמשכנתא של בתים ושדות, גם רבינא דלעיל מודה לר"נ דהכא צריך להחזיר במקום שאין שייך טעם דמחילה, ולהיפך במשכנתא של כרם או אפי' של שדה, אבל שדה כזה שהוצאותיה מרובה דדמיא לכרם, גם ר"נ מודה דלא הוי כ"א אבק ריבית, ומר אמר חדא ומר חדא, ר"נ דמיירי הכא בשדה, דבזה ברוב הפעמים יהיה פירות מרובה על ההוצאות, דבשדה אילן אין שום הוצאה דחרישה וזריעה, ואפי' בשדה זריעה נמי אין טפולן רב כ"כ כמו בכרם, אשמועי' דהכא הוי ריבית קצוצה, ורבינא אשמועינן דבכרם וכדומה בשדות שהוצאותיהן מרובות כ"כ עד שלפעמים יוכל היות שלא יהיה שבח הפירות יתר על ההוצאה, הוי אבק ריבית, ואפי' במקום דלא שייך מחילה נמי א"צ להחזיר, ודו"ק כי זה ברור:

ועוי"ל דהא דקאמר ר"נ דהדרי פירי, לאו שכופין אותו להחזיר, אלא דדינא אשמועינן דמחויב להחזיר לצאת ידי שמים, וכמו ההיא דר"נ (לעיל דף ס"ד) הלוהו ודר בחצירו צריך להעלות לו שכר, דפירשו הראשונים נמי דהיינו לצאת ידי שמים, דגם אבק ריבית מחויב לצאת ידי שמים, וא"כ לא קשה כלל מרבינא דלעיל, דרבינא אומר דבדינינו אין מחזירין, היינו שע"י כפיית הדיינים א"צ לכפות, וזה גם ר"נ מודה, אלא דתוס' לשיטתייהו (לעיל דף ס"ב) דס"ל שאפי' לצאת ידי שמים אין מחויב באבק ריבית, להכי שפיר הקשו, אכן כל הפוסקים הבינו, דהדרי דאמר ר"נ היינו בדיינין, וכן משמע נמי מרש"י לקמן ד"ה ה"נ:

דף סז.

ברש"י ד"ה ה"נ לא קץ ליה, ופליג אדרב נחמן דאמר לעיל הדרא ארעא והדרא פירי ע"ש, אע"ג דרב נחמן לא אמר דהדרי כ"א בפירי דלאחר שלש, אבל בפירי דבתוך שלש גם ר"נ מודה דא"צ להחזיר וכמ"ש רש"י עצמו שם, וא"כ הכא דמיירי בפירי שבתוך שלש, דבזה גם ר"נ מודה, אמאי קאמר רש"י דפליגי, ולמה שכתבתי שם, דטעם דר"נ דריבית הוי אפי' בתוך שלש משום דאין אבק ריבית בהלואה, אלא דבתוך שלש דהוי מחילה גמורה מהני מטעם מחילה, דאפי' בריבית קצוצה מהני מחילה ע"ש, וא"כ רבה דאמר הכא דמשום דלא קץ לא הוי ריבית כלל, פליג בזה ארב נחמן, דלר"נ ריבית מיהא הוי

אפי' בלא קץ, ונ"מ להיכי שנתנו בתורת ריבית ולא בתורת מחילה, דלרב נחמן צריך להחזיר, ולרבה אין צריך להחזיר:

תוד"ה פירי כו' מכל מקום רבינא דאפיק פירי כו', ולשיטת רש"י כבר כתבתי לעיל בסמוך, דודאי רבינא מטעם ריבית אפיק, ואפ"ה לא קשיא מלעיל, משום דאינו דומה האי אבק ריבית דהכא לדהתם, דאבק ריבית יהיה בשני פנים, א), דעצם הריבית אינו קצוץ שיהיה בזה בברור איזה יתרון, וכגון בכרמים דלפעמים לוקין ואין שום יתרון ב), שיתרון יהיה ודאי, רק דלא קץ עמו בשעת הלואה ע"ז, וס"ל לרש"י דבמקום דהחסרון הוא משום שלא קץ, בהלואה אין זה חסרון, ולא הוי משו"ה אבק ריבית, ועל כגון זה אומר רש"י לעיל דאין אבק ריבית בהלואה, ואפי' לא קץ כקץ דמי, ומשום דמסתמא ודאי לשם ריבית יהיב, אבל היכי שיש חסרון בעצם הריבית, ועצם הריבית אין דבר קצוץ, גם בהלואה הוי אבק ריבית, ולפי"ז א"ש דהכא דרבינא קאי על עובדא דרבה בר רב הונא, ובטעם דרבה בר רב הונא נאמר הכא הטעם משום דלא קץ, ומשמע דמיירי בזביני דהכי, שבעצם הריבית אין חסרון, דודאי יהיה בזה יתרון, דאל"ה לא הו"ל לומר הטעם דלא קץ, אע"כ דמיירי הכא שודאי יש יתרון וכגון בשדה אילן שאינה צריכה להוצאות חרישה וזריעה, וא"כ אפי' אם ילקו התבואות ג"כ יהיה יתרון, וכיון דהחסרון הוא משום דלא קץ, ורבינא סובר כר"נ דלעיל, דבהלואה לא הוי משו"ה אבק ריבית, להכי עבד עובדא להוציא הפירות, אבל במשכנתא דלעיל כתב שם רש"י הטעם משום דהכרמים לוקין ולפעמים אין שום ריבית, ובכה"ג דהחסרון הוא בעצם הריבית שאינו קצוץ שיבוא לידי ריבית כלל, כו"ע סוברים דלא הוי כ"א אבק ריבית אפי' בהלואה וז"ב, וא"ל דאכתי לא ליהדרי מטעם מחילה, דהא מחילה מהני אפי' בריבית קצוצה, דכיון דמחילה זו בטעות היא לא מהני במקום שיש איסור, דתקנוה דלא יהיה מחילה וכמ"ש בהג"א, ואע"ג דלעיל אמרו דבזביני מחילה בטעות הוי מחילה, היינו זביני דהתם דמטעם דבר שלא בא לעולם נתבטל המכירה, ואפי' לאחר שחזר ונתבטל המכירה אין חשש ריבית בפירות שאכל בתוך כך, דעד שלא חזר הוי הפירות כקנויין לו וכמ"ש הר"ן כיון שזה דעתו למכור ולהקנות וזה לקנות, ומעולם לא שמענו לחשוש בכגון זה לחשוש לאיסור ריבית, אבל זביני דעובדא דהכא דהוי בו איסורא דריבית, דכיון דאמר אי הוו לי זוזי מהדרת לי דמעיקרא אוקמינהו לזוזי בהלואה גביה כשיבוא לפדותה, ופירי דאכיל לוקח שכר מעותיו הוא, וכל היכי דאיכא איסורא תקינו דמחילה כשהוא בטעות לא ליהוי מחילה, שוב מצאתי לחלק בין זביני דהכא לדהתם כדבריי בחדושי אנשי שם על האלפס ע"ש, וזהו מה שנ"ל ליישב שיטת רש"י בסוגיא החמורה הזאת

אשר רבו בה מאוד פירושי הראשונים ז"ל וחלוקי הדינים המסתעפים מפירוש כל אחד עיין עליהם, ומפני שבמה שנוגע לדינא, לכאורה דעת הרא"ש שוה לרש"י, דבשניהם לא הדרי פירי באסמכתא כ"א לאחר ג' ולא פירי דתוך ג', ובאשר לפמ"ש בטעם רש"י יש חלוקים בין טעם רש"י להרא"ש, לזה נכפול הדברים לבאר הנ"מ שיש ביניהם, לשיטת רש"י הוי ריבית קצוצה בכל הסוגיא דהכא דמיירי שהחסרון הוא משום שלא קצץ ואין אבק ריבית בהלואה, ולאחר ג' דהדרי, היינו מטעם ריבית, ובתוך ג' דלא הדרי, משום דכיון דהמחילה היתה מדעת שלימה, ומחילה מהני אפי' בריבית קצוצה, דלאחר ג' דהוי מחילה בטעות, מחילה כי האי אין מועיל במקום שיש איסור ריבית, אבל בתוך ג' דמחילה גמורה היא מהני אפי' בריבית קצוצה, ולהרא"ש לא הוי בזה ריבית גמורה כיון דלא קצץ, ולא הוי כ"א אבק ריבית, ואפ"ה לאחר ג' הדרי מטעם גזל, דכיון דמחילה בטעות לאו מחילה היא הוי כגזל בידו, ובתוך ג' דמחילה גמורה היא א"צ להחזיר לא מטעם גזל כיון דמחיל, ולא מטעם ריבית כיון דלא הוי כ"א אבק ריבית, ומה שקשה לפי"ז, כיון דבע"כ צריך אתה לבוא מטעם מחילה, א"כ למה הוצרך לפרש מטעם אבק ריבית, דהא אפי' בריבית גמורה מהני נמי מחילה, באמת זהו הויכוח אשר בין הראב"ד והמ"מ (בפ"ו ממלוה) דהראב"ד מפרש כהרא"ש, והמ"מ הקשה ע"ז דכיון דמחל אפי' בריבית גמורה מהני ע"ש, ורש"י סובר כהמ"מ ודו"ק, וכן בהא דרבינא דאפיק פירי, לרש"י הוי מטעם ריבית קצוצה, ולא דמי למשכנתא דלעיל, דהתם הוי החסרון בעצם הריבית וכמ"ש, ולהרא"ש הוי מטעם מחילה בטעות ודו"ק:

ולהרמב"ם דס"ל דבעינן קצץ בשעת הלואה ואפ"ה ס"ל בכ"מ דבטיל המקח משום אסמכתא הוי ריבית קצוצה, י"ל דס"ל דכיון שהתנה אם לא כו' יהא שלך הוי כקץ וכמ"ש מהר"ם שי"ף ברש"י ד"ה ה"נ לא קץ, וכ"כ הרא"ש דמשכנתא בלא נכייתא הוי ריבית קצוצה דהו"ל כהלויני ע"מ שתאכל הפירות בחנם ע"ש:

בגמ' עבד רב אשי עובדא כו', והקשו הראשונים דהא רבינא עביד עובדא ואפיק פירי ומשום דס"ל דהוי ריבית קצוצה וא"כ קשיא הלכתא אהלכתא, ולמ"ש לעיל בשם רש"י דרבינא מיירי במשכנתא דבתי או שדה אילן דהוי ריבית קצוצה אף על גב דלא קץ, אבל במשכנתא דכרמים ושדות זריעה מודה דלא הוי כ"א אבק ריבית וכההיא דרבינא גופא לעיל דס"ב:

דף סז:

ברש"י ד"ה באתרא דמסלקי כו' אבל באתרא דלא מסלקי הוי כמכירה ובלא נכייתא נמי אכיל, ובשמ"ק הקשה דסוף סוף כיון שהוא חוזר אותה לסוף הרי אין כאן מכר כלל ותי' דאח"כ כשמחזירה הוי כחוזר ומוכרה ע"ש, והנה למה שהוכחתי לעיל (דף ס"ו ע"ב) ברש"י ד"ה ואבע"א ועוד בכמה דוכתי, דרש"י ס"ל דאפי' בהתנה עמו שיחזור וימכרנו נמי אסור, וא"כ לא אתי שפיר תירוץ זה, וצ"ל דבמקום שיכול לסלקו בכל שעה לא הוי כמכר, אבל הכא שא"י לסלקו עד הזמן שקבעו הוי כמכר וכ"כ במהר"ש ע"ש:

דף סח.

בגמ' למאי נ"מ לדינא דבר מיצרא, עמ"ש לעיל (דף ס"ה ע"ב) בחי' לדבור המתחיל בדמים הללו:

ברש"י ד"ה אימת קנייה כו' נמצא נוטל ריבית קצוצה, ובשמ"ק כתב דתימה רבה הוא, דהא לפחות דקונה אותה בתורת משכון בכסף וא"כ אמאי הוי ריבית קצוצה ופי' דכיון שחוזרים הבעלים וחוכרים ממנו איגלאי מילתא דמעיקרא אדעתא דהכי עבדו כו' ע"ש, ומכאן נ"ל נמי ראיה למ"ש לעיל (דף ס"ה ע"ב ודף ס"ו ע"ב) ברש"י ד"ה ואבע"א, דרש"י סובר דאפילו כשהתנה ואמר לו לכשאביא מעות תחזיר ותמכרנו נמי אסור, דכיון דאין דרך הלוקחים לעשות כן איגלאי מילתא דכוונתם לא היה כ"א להתיר הריבית וכל כה"ג אסור וכמו הכא דאמרינן כן וע"ש:

תוד"ה כפועל בטל כו' ועוד דקתני בתוספתא כו' נותן שכרו כפועל בטל דברי ר"מ משמע דמתני' אתיא כר"מ ע"ש, לפי' הסמ"ג דמפרש דהא דקאמר ר"מ בין מרובה בין מועט מיירי בלית לו עסק אחר והוא אדם בטל שא"א לשפר בו כפועל בטל וכההיא דשמואל דמיירי נמי בכה"ג, ועיין בבאור הגר"א על הרא"ש, אבל ביש לו עסק אחר גם ר"מ מודה דמשערינן כפועל בטל, לק"מ קושית התוס', די"ל דרש"י סובר כהסמ"ג. ועוי"ל עפמ"ש בשמ"ק דהאי דקאמר ר"מ בין מרובה בין מועט, היינו בשפסק עמו וקצץ על השכר, ורשאי לפסוק עמו הכל לפי תנאו וכההיא דקוצץ דינר דמיירי בכה"ג, וכן פי' הטור דקוצץ לו דינר מיירי בשפסק, ומתניתין דקתני שכרו כפועל בטל, היינו בסתם שלא קצץ, שוב ראיתי שגם הפנ"י תי' כן, אלא שלא זכר שבעיקר הדין כבר הקדמוהו הטור והשמ"ק, ואכן שוב ראיתי דא"א ליישב כתי' הראשון שכתבתי, דאפי' אי נימא דר"מ ס"ל נמי כפועל בטל, בע"כ דפועל בטל דר"מ לאו היינו שכרו משלם, דהכי איתא בתוספתא ר"מ אומר נותן כפועל בטל ר"ש אומר נותן שכרו משלם, מכלל דפועל בטל

דר"מ לאו שכרו משלם, ולפרש"י במאי פליגי, וצ"ל דגם התוס' נתכוונו להקשות מן סיום דברי התוספתא, וגם הרא"ש הקשה מזה, ובבכורות הביאו התוס' עצמן סיום התוספתא, דאילו מדברי ר"מ עצמו דקאמר כפועל בטל לא קשה, דיש ליישב כמ"ש דגם לר"מ משכחת כפ"ב:

בגמ' ורשב"ג לית ליה שכר עמלו ומזונו כו', וקשה לי הא רש"י פי' הטעם דכיון דשמין עם אמו לית ליה טרחא דנמשך אחר אמו, וא"כ אין כאן שום עמל ועל מה יחויב, ועוד דמאי משני דאיכא גללים, ולטעם זה משמע דחיוב יש כאן אלא שמשלם בגללים, ואילו לטעם רש"י אין כאן שום חיוב, ונ"ל דשכר כתף לאו היינו שכר עמל, דכתף לחוד ועמל לחוד, ושני מיני טרחא יש בזה, מה שצריך לעמול ולטרוח עם הולד בתוך הבית זהו עמל, ובשעה שצריכין להוליכן ממקום למקום והעגלים שקטנים הם ואין יכולים להלך, וצריכין להוליכן על כתיפו זהו שכר כתף, ורשב"ג דפטר כששמין עם אמו, היינו משכר כתף, באשר העגל נמשך אחר אמו וא"צ להוליכן על כתיפו, ומקשה בש"ס נהי דמשכר כתף ודאי שפטור מטעם זה, אבל בשכר עמלו ומזונו למה יפטור, דהא בזה אין נ"מ כשהוא בלא אמו או עם אמו, ולמה לא הזכיר רשב"ג שצריך לתת לו לפחות שכר עמל ומזון, ומשני דאיכא גללים, וזהו משום שכר העמל, ושכר כתף פטור בלא"ה משום דא"צ כלל לכתף, כשהוא עם אמו, ויישבתי בזה לשון רש"י וז"ל ובלא עמל ומזון כי אמו עושה ואוכלת וא"צ להעלות שכר כתף ע"כ, ועיין במהרש"א שכתב שדברי רש"י סותרים זא"ז, פתח ובלא עמל ומזון, דמשמע שגם ממזון פטור, ומסיים וא"צ להעלות שכר כתף, דמשמע שדוקא משכר עמל פטור, ועו"ק כיון דכבר כתב ובלא עמל, מאי מסיים עוד הפעם וא"צ להעלות שכר כתף ע"ש, וכ"ז לא קשיא כ"א להבנת המפרשים דעמל וכתף חד מילתא היא, אכן לפמ"ש דתרי מילי נינהו א"ש, וכלל דברי רש"י שבא לתת טעם מדוע לא הזכיר רשב"ג משום חיוב כששמין עם אמו, הא כששמין בפני עצמו יש בזה ג' חיובים, מזון, עמל, כתף, ואיך יופטר מכולם כששמין עם אמו, לזה כתב דשכר מזון ליכא, כי האם עושה ואוכלת, והולד פשיטא שא"צ למזון, דהא בששמין עם אמו היינו בע"כ כשכרוכה אחר האם, וא"כ בע"כ דהאם מניקה אותה, דאל"ה לא היתה כרוכה, וכיון דמניקה היא, אין צריכה שוב למזון אחר, והטעם דעמל, הוא משום גללים, ולא הוצרך רש"י לזכרו, אחרי שמפורש הוא בש"ס, ואח"כ כתב עוד, וא"צ להעלות שכר כתף, והוא משום טעם שכתב לעיל, כיון דנמשך אחר אמו ואין כאן טרחא וז"ב, ועמ"ש (לקמן דף ס"ט), ומיושב נמי קושית התוס' דאיך יהיה גללים שכר מזונו, ולמ"ש באמת

גללים לא הוי כ"א שכר עמל ואפ"ה אין צריך לתת שכר מזון, לאמו אין צריך כי עושה ואוכלת, והולד א"צ למזון, ודלא כהתוס' דצריך לתת שכר מזון ודו"ק:

תוד"ה מקום שרגילין כו' א"נ דכ"ש דפליג בסיפא כו' ע"ש, ולא אבין דהא הטעם דס"ל ברישא דא"צ להעלות שכר כתף הוא משום דלית כאן כלל טירחא דכתף כיון שנמשך אחר אמו, אבל אה"נ דלשנות אין יכול לשנות שום מנהג, ואפשר דתוס' לא יפרשו כרש"י דהטעם משום דנמשך אחר אמו, אלא יפרשו דעמל וכתף חד מילתא הוא, והטעם הוא משום גללים וכדמשני בש"ס, וא"כ משמע דהטעם משום דיכול לשנות וק"ל:

תוד"ה ורשב"ג, עמ"ש בסמוך בגמ' ליישב קושיתם.

בגמ' רב עיליש גברא רבה הוא ואיסורא לאינשי לא הוי ספי, והראשונים הקשו דמאי קאמר משום דגברא רבא הוא, הא אפי' לאיניש אחרינא נמי אסור לעשות כן ועמ"ש בשמ"ק ע"ז. ואפשר לומר, דהנה הרא"ש דקדק מכאן דאבק ריבית כי האי שאינו אלא טרחא אין עובר הלוה משום איסור ריבית כ"א משום לפני עור, דאלת"ה הול"ל ואיסורא לא הוי עביד, ומדקאמר לא הוי ספי, דהיינו לאחריני, מכלל דאין עליו איסור כ"א מה שהוא ספי למלוה והיינו לפני עור, וכתב התפארת שמואל דנ"מ היכא שידוע שבלא"ה מלוה בריבית ויש כמה אנשים שמוכנים ללות בריבית דשרי ליקח הימנו למחצית שכר, שהרי יכולין ליתן כוס יין לנזיר היכי שיכול ליקח בעצמו ע"ש, ולפי"ז קשה דמאי תמה על לשון השטר והוציא השטר ממשמעותיה, דילמא הוא כפשוטו דפלגא באגר ופלגא בהפסד, ואפ"ה עשה כן, משום דראה שהמלוה רצה להלות לאחר על תנאי הזה וליכא תו לפני עור, וכיון שיש אופן דשרי מנ"ל להוציא משמעות השטר מפשטיה, אכן באמת כבר כתבו התוס' (שבת ד"ג) דאע"ג שבכה"ג ליכא הלאו דלפני עור מ"מ איסורא מיהא איכא דחייב להפרישו מן האיסור ולא לסייעו, ולפי"ז א"ש, דאי לאו רב עיליש דגברא רבא הוא לא היינו יכולים לשנות השטר ממשמעותיה, כיון דאיסורא ליכא, לא דריבית, ולא הלאו דלפ"ע, ורק החיוב והמצוה להפריש מן האיסור אפשר לא חשש לזה, אבל רב עיליש דגברא רבא הוא מסתמא חשש גם לזה, ולפיכך תמה ע"ז והוציא השטר ממשמעותו ודו"ק, אלא דבמ"ל (פ"ד ממלוה) כתב, דבריבית יש הלאו דלפני עור בכל אופן, אפי' אם המלוה היה מלוה גם לאחרים, דלא דמי לנזיר דשם אם לא היה מושיט זה הכוס לא היה נעשה כלל האיסור דלפני עור, אבל גבי ריבית דאם לא לוה זה היה האחר עובר אלפ"ע בשביל זה לא נפטר הלוה, ועוד דהכא אסור דשמא הלוה האחר היה חוזר בו ע"ש:

והנה בעיקר הראיה שהוכיח הרא"ש מכאן דלוה לא עבר באיסור דרבנן, דחה זה החו"ד (יו"ד סי' ק"ס) דהא הלוה לא עבר רק בשעת נתינה כמבואר במ"ל שם, וא"כ לא שייך לומר לא הוי עביד, כיון דבשעת כתיבה לא עביד איסורא עוד, ולכך הוצרך לומר לא הוי ספי משום המלוה, דמלוה ודאי עובר בלא תשימון משעת כתיבה ע"ש. ולכאורה היה אפשר לתרץ דעת הרא"ש, דהא הכא, לא הפלגא דריוח שיתן לו, הוא הריבית, דנימא שאכתי לא היה בזה הנתינה, דהא שרי לפסוק נמי פלגא באגר ופלגא בהפסד ובלבד שלא יטריח בחלק חבירו, ועיקר התמהון שתמה רבא על לשון השטר דהוי כתיב בו פלגא באגר ופלגא בהפסד, בע"כ דהיינו משום שראה לרב עיליש בחייו שהטריח בכל העיסקא, ע"ז תמה, דאם השטר הוי כפשוטו, איך יעשה זה לטרוח עבור חלק השני, דאם לא ראהו מטריח בכל העסק, מה תמהון יש כלל בשטר זה, דאטו אסור לפסוק פלגא באגר ופלגא בהפסד, אם אך לא יטריח בחלק חבירו, וכיון שעיקר האיסור הוי העמל והטורח, וזה כבר נתן, ואין מקום לקושית החו"ד כיון דבאמת כבר היה נתינה בזה. שוב ראיתי דאכתי יש מקום להקשות על הרא"ש, דנהי דכבר נתן לו הריבית דהיינו הטורח, מ"מ כ"ז שלא החזיר עדיין העיסקא לבעלים יכול עדיין לתובעו שינכו לו מחלק הבעלים שיעור שכר טורחו, וידעתי אמנם שדבר זה במחלוקת שנויה, בין הרי"ף ורבינו אפרים לעיל (דס"ד ע"ב) בדין דהלוהו ודר בחצירו, דאם לא פרעו הלוה עדיין החוב ההלואה, ובשעה שבא לפורעו שואל הלוה שינכו לו מחובו שיעור השכירות, דהרי"ף ס"ל דלא מנכינן ליה, דדמיא להא דאמר רב אשי לעיל, דסלוקי בלא זוזי אפוקי מיניה ריבית שנתן כבר הוא, ולדעת הרי"ף ה"נ בנידון דידן, דכבר טרח עבורו לשם ריבית, אם מנכינן ליה אח"כ שיעור הטירחא הוי כמו שמפקינן מיניה אבק ריבית, אכן רבינו אפרים חולק וס"ל דרב אשי לא קאמר דסלוקי בלא זוזי אפוקי הוא כ"א במשכנתא כיון דשכונה הוא גביה בתורת זבינא אבל בלא משכנתא מסלקינן ליה, ועיין ברא"ש לעיל שהסכים לשיטת רבינו אפרים, וא"כ לפי"ז במה שטרח אין שום איסור עדיין כ"ז שלא החזיר לו העיסקא די"ל דהיה סומך שיתבע לנכות לו אח"כ שכר טורחו, ועיקר הריבית בשעת החזרה הוא, אם מחזיר לו פלגא באגר ממש ואינו מנכה לו בשביל הטורח, וכיון שכן שפיר קשה על הרא"ש, דלשיטתו דבכה"ג יכול לנכות לו, ונמצא דהאיסור לא יבוא כ"א בשעת נתינה, והכא דלא היה עוד הנתינה לא עבר רב עיליש על שום איסור, ושפיר קאמר לא הוי ספי, דרק למלוה יש איסור ולא ללוה, ומנ"ל לדייק דריבית דרבנן אין אסור ללוה, ואם כי החו"ד לא כוון לכל מה שכתבתי, מדלא זכר כלל מזה, בכ"ז קושיתו אינה כ"א לפמ"ש ודו"ק, ועיין בבאה"ג ויו"ד סי' קס"ו) שציין דהרא"ש הסכים לשיטת הרי"ף,

ולזה היה מיושב הקושיא, אכן פלא הוא דבהדיא כתב הרא"ש דנראה לו שיטת רבינו אפרים, וכ"כ הטור על שמו, וגם הרמ"א שם ע"ש:

עוד שם רב עיליש גברא רבא הוא, החו"ד (בסי' ק"ם) נסתפק לשי' הרא"ש דהלוה אינו עובר בריבית דרבנן, אם העדים עוברים בריבית דרבנן מי נימא דללוה מדמינן להו או למלוה מדמינן להו, ופשיט ליה מסוגיין דקאמר רב עיליש משום דגברא רבא הוא איסורא לא הוי ספי, ומשמע דבלא גברא רבא תלינן לשטרא כפשטותו וכמבואר א סי' קע"ז) דכיון דלגבי' דידי' ליכא איסורא ולאיסורא דאחריני לא חייש, ואי נימא דהעדים עוברים גם בריבית דרבנן, א"כ אפי' כשהלוה אינו גברא רבא, אכתי נימא דמ"מ העדים לא עבדי איסורא, אע"כ דלגבי עדים נמי ליכא איסורא, וגם לפני עור לא שייך, דאפשר שהיה מלוה גם בלא הם וכמ"ש לעיל גבי לוה, זהו תוכן ראייתו ולענ"ד יש לדחות ראייתו, דלמ"ש לעיל דאפי' כפשטות השטר דפלגא באגר ופלגא בהפסד אין כזה שום איסור לפסוק כן, ואדרבה סתם עיסקא הכי הוא, פלגא באגר ופלגא בהפסד וכדאיתא לקמן (דק"ד ע"ב) אמרי נהרדעי האי עיסקא פלגא מלוה ופלגא פקדון, ואי לא היה מקבל כ"א תילתא בהפסד לא הוי פלגא מלוה, אע"כ דסתם עיסקא הוי פלגא מלוה, ועיין בשמ"ק שם לקמן, אלא שבפסיקה כזאת אסור להמקבל לטרוח בכל העיסקא בחנם והטרחא הוא דאסור, אבל לא מה שיתן לו פלגא באגר, וא"כ כיון שבגוף הפסיקה הכתובה בשטר אין בזה שום ריבית, ורק מה שקיבל עליו לטרוח בחנם הוא האיסור, והפסיקה דבעל פה שהיתה ביניהם הוא האיסור, וכשהעדים לא ידעון מהקבלה הזאת אלא שמביאין לפניהם לחתום שטר כזה, ולא ידעון מהפסיקה שהיתה ביניהם בע"פ, אם ישלם לו בעד טרחו או לא, למה לא יחתמו על שטר כזה, כיון שבשטר אין ניכר שום ריבית, למה להו לחשוש דהטרחא יהיה בחנם, אדרבה על העדים להחזיקם בחזקת כשרות ולומר שמסתמא פסקו ביניהם כדין, שישלם לו בעד הטורח, וא"כ אין ראיה מחתימת העדים, דשמא לא ידעון כלל מהפסיקה שהיה ביניהם בע"פ, שלא ישלם לו גם בעד הטורח, ובשטר עצמו אין מפורש שום ריבית, ועיין בהגהות דג"מ (ביו"ד סי' קע"ז) על הש"ך סקמ"ט ובפ"ת שם סק"ו אבל אם היו יודעים העדים גם מהפסיקה שהיה ביניהם בע"פ שקיבל זה על עצמו לטרוח בחנם גם בעד חלק חבירו, ודאי דעברי בלא תשימון על עצם הפסיקה דבע"פ, ולא דמי זה למ"ש בהגהות מרדכי לקמן (דף ע"ב) דהיכי שאין הריבית מפורש בשטר מסתבר יותר לאסור, דשמא אתי לידי גבייה, אבל היכי שמפורש בהדיא דלא אתי לכלל גבייה יש להתיר, דהתם מיירי דההלואה ודאי לא היתה כסך הכתוב בשטר, אלא פחות, ומה שכתוב בשטר יותר מסכום ההלואה,

היינו משום שכלל גם הריבית, אלא שאין מפורש דההלואה היתה בפחות, והמותר הוא בשביל הריבית, רק שכלל הריבית עם הקרן, אבל העדים שראו ההלואה, דאסור להם לחתום אם לא ראו ההלואה, וא"כ יודעים הם שבשטר הזה יש ריבית, ודאי דאסור להם לחתום על שטר כזה, אבל הכא דכפי הסך הכתוב בשטר אין בזה שום ריבית, ואם יביאו לפני העדים לחתום בשטר כזה למה יהיו אסורין לחתום ולחשוש שמא לא ישלם בעד הטורח, וא"כ מחתימתם אין ראיה, להכי שפיר קאמרי' הכא, דאי לאו דגברא רבא הוא הוי תלינן לשטר כפשטותו, דמחתימת העדים אין ראיה, אבל ודאי העדים שידעון מהפסיקה דבע"פ ג"כ, עברי בלא תשימון על הפסיקה דבע"פ:

ואחרי שדחינו ראיית החו"ד, נ"ל בעיקר הדין, דודאי עברי העדים, דעיקר צד הספק שלו הוא, דשמא ללוה מדמינן להו, ולענ"ד נראה, דאין ללמוד עדים מלוה, דהא בעיקר סברת הרא"ש שהתיר ללוה באיסור דרבנן, וכפי הנראה מלשון הרא"ש שכתב דיש לדקדק דאבק ריבית כהאי אין אסור ללוה מדלא יהיב לדידיה טפי לא קרינן בו לא תשיך כו' ע"ש, ומדקאמר דאבק ריבית כי האי משמע דדוקא בהאי ליכא איסורא ללוה, אבל בשאר אבק ריבית גם הלוה עובר, ובטעם החלוק מבואר במ"ל (פ"ד ממלוה) בשם מהרלנ"ח דכיון דבלוה אין איסור דלא תשימון, ורק על הנתינה עובר, ובפלגא באגר ופלגא בהפסד, טעם הריבית הוא מצד שהשוו חלוקת השכר וההפסד שיקח בעל המעות בשתיהן החצי, ושתי החלוקות א"א שיצאו לפועל לעולם אלא האחד מהם ובערך אותה החלוקה לבדה אין כאן ריבית כלל, שאם היה לוקח רב עילית חצי הריוח לחוד אינו ריבית מצד אותה חלוקה שאם היו מתנים שיקח השליש בהפסד מותר היה, וכן גם כשפרע חצי ההפסד אינו ריבית מצד אותה חלוקה, שאם היו מתנים שיקח תרי תילתי באגר מותר היה, א"כ בפועל אין שום ריבית לעולם, והריבית הוא מטעם השומה, והלוה שאינו עובר בלא תשימון, להכי קאמר לא הוי ספי, אבל בכל ריבית דרבנן דיש ריבית בפועל שנותן יותר מן הראוי, גם הלוה עובר משום לא תשיך כמו המלוה ע"ש, וכיון דעיקר פטור דלוה הוא משום שהריבית אינו בפועל רק בשומה, והוא אינו כלל באיסור הזה, א"כ העדים דישנם בכלל האיסור דלא תשימון, ודאי דעברי גם בכה"ג וז"ב:

והנה לשיטת הרא"ש דמחלק בהכי פשיטא דאין ללמוד עדים מלוה, אלא אפי' לשי' הרשב"א והר"ן דגם בכל ריבית דרבנן אין איסור ללוה, וא"כ בע"כ דאין טעם ההיתר משום דאינו בלא תשימון, אפ"ה גם לשיטתם אין ללמוד עדים מלוה, דבטעם הרשב"א כתוב בנמוק"י, משום דאזהרת לוה חדוש הוא כיון דמדעתו יהיב, ודי במה שחידשה עליו התורה לאסור ע"ש, ולפי"ז אזהרת העדים דאינם חדוש יותר ממלוה, ודאי דעברי

בלאו שלהם כמו המלוה. ועוד נ"ל להביא ראיה לדבריי, דהמ"ל שם בהלכה ו' בד"ה ודע, נסתפק אם בריבית דרבנן יכול המוחזק לומר קים לי כהרמב"ן דעדים נפסלים ג"כ להעיד בעדות אחרת, והביא עוד בשם הג"ת דבריבית דרבנן אינם נפסלים לעדות אחרת משום דבעבירה דרבנן בעינן חמוד ממון דוקא ובריבית שאינם מרויחים כלום אינם נפסלים ע"ש, מכלל דזה פשיטא להו דעוברים העדים מיהא אפי' באיסור דרבנן, דאי לא עברי כלל מה מקום לספק אם נפסלו לעדות אחרת ודו"ק:

דף סט.

גביל לתורא כו', ואם מועיל טעם זה לפטור גם משכר ממון, עיין מה שכתבתי בדבור הסמוך ברש"י:

ברש"י ד"ה מכאן ואילך כו' ושכר עמל ומזון ליכא ואע"ג דחצי אחריות של מחצית חבירו עליו כיון דבעי למיטרח משום מחצה שלו כו' כי טרח משום דידיה טרח ולא מיחזי כריבית ע"כ, והמהרש"א הקשה דהא לעיל גבי גביל לתורי דנמי אית ליה בהמה שצריך למיטרח בדידי' ואפ"ה בעי נמי מותר שליש בשכרו, אבל בטעם זה דגביל לתורא גביל לתורי לחוד לא מיפטר, ותי' דהתם בהמה שלו לחוד והעיסקא לחוד, ובחלק העיסקא אין למקבל בגוף הממון כלום, רק שהחצי הוא מלוה עליו, ולכן מיחזי כריבית, אבל הכא יש לו בכל ולד פלגא שהוא קרן ואינו מלוה, ולכך הואיל שצריך לטרוח בכל ולד וולד בשביל חלקו, לא מיחזי כריבית, ע"ש שזה תוכן תירוצו, ודבריו מאוד תמוהים, דהא שיטת רש"י הוא, דהא דנוטל חצי מחצה בשל חבירו, היינו כשחלקו חלוקה קיימת עפ"י ב"ד, אבל אם לא חלקו עוד אינו נוטל כלל בשל חבירו, וכמ"ש בב"י (יו"ד סי' קע"ז) בשם תלמידי הרשב"א דהכי משמע מרש"י דבסמוך בעובדא דרב מנשיא בר גדיא, וכיון דהכא מיירי בע"כ שחלק בב"ד, נמצא שאין לו חלק עוד בולדות של חבירו ודמי ממש לעיסקא בעלמא, דלא מהני התם מה שצריך לטרוח בשלו כיון דבהמה שלו לחוד ועיסקא לחוד, ועמ"ש בסמוך ליישב קצת תי' מהרש"א. והנ"ל לתרץ קושית מהרש"א, דהנה בלאו האי קושיא נמי תמוהים דברי רש"י במ"ש ושכר עמל ומזון ליכא, ומשמע להדיא דמשום טעם זה דצריך לטרוח בדידיה, בעי למיפטר נמי ממזונות, ומאוד תמוה זה, דטעם זה לא שייך כ"א לפטרו משכר העמל, דבזה נימא כיון דבלא"ה צריך למטרח בדידיה א"כ אין טרחתו נוספת גם בשל חבירו ומשום דגביל לתורא גביל לתורי, אבל לענין מזונות אין שייך זה, דכל בהמה צריכה היא למזון בפני עצמה, ולעומת שיתרבו הוולדות יתרבו המזונות, ולעיל גבי גביל לתורא, דייק רש"י לכתוב שרק מטרחא נפטר,

אבל לא הזכיר דמשכר מזון נמי יפטר, ובשמ"ק כתב שם להדיא כן, שדוקא משכר עמל נפטר, אבל לא ממזונות, וא"כ איך כתב רש"י כאן דנפטר גם משכר מזון, ועוד מ"ש רש"י בסוה"ד דלא מיחזי כריבית, תמהני ע"ז, דאטו הכא הוי האיסור רק משום מיחזי כריבית, דאם אין משלם בשכר עמלו ומזונו ריבית גמור יש כאן כיון דפלגא הוי מלוה, ועוד דקדוקים אשר יתבארו בהמשך הדברים. ולכן נ"ל בבאור דברי רש"י, עפמ"ש רש"י לעיל (דף ס"ח ע"ב) ד"ה עם אמו, וז"ל ובלא עמל ומזון כי אמו עושה ואוכלת ע"כ, ודקדקתי דהא תינח אמו שעושה ואוכלת, אבל מזונות הולד אכתי יתן, וכתבתי שם, משום דכיון דהולד הוא עם אמו א"צ למזונות, דמשדי אמו יונק, ועמש"ש בארוכה להוכיח דבע"כ בעגל היונק מיירי, והנה הכא נמי מיירי שנתן לו בהמה לעיסקא, והפרה היא עודנה אצל המקבל, דאע"ג שהמקבל עשה חלוקה לפני ב"ד, מ"מ הבעלים לא לקחו עוד מאתו העיסקא, וכיון שהוולדות הם עם אמן א"צ הולד למזון, וכ"כ רש"י להדיא בסמוך בע"ב במתני' שא"צ מזון אלא לאם, אבל לולד אין צריך, ומ"ש רש"י הכא, דשכר מזון ליכא, אין כוונתו שנפטר ממזונות משום הטעם דכי טרח בדידי', אלא משום שאין צריך כלל למזון, והיינו דדייק לכתוב ושכר עמל ומזון ליכא, כלומר שאין כאן כלל שכר מזון, דאי נימא דבאמת יש מזון, אלא שא"צ לשלם לו, הכי הול"ל וא"צ לתת שכר מזון, אע"כ דליכא כאן כלל חיובא דמזון, ומה שהוצרך רש"י לטעם דבדידיה טרח היינו לשכר עמל לחוד אבל לא למזונות ולפי"ז מיושב נמי קושית מהרש"א, דהכא כיון שהולד עם אמו שאין העמל גדול כ"כ כיון שנמשך אחר אמו, ולרשב"ג פטור לגמרי משכר עמל מהאי טעמא וכמ"ש רש"י לעיל, ולהכי אפי' לרבנן דפליגי ארשב"ג מודו נמי דהיכי דיש לו בהמה משלו, כיון דבלא"ה צריך לטרוח א"צ לשלם שכר עמל, והוא משום דהא ודאי אפי' לרבנן צ"ל דכשהיא עם אמו אין צריכה למזון ואין טורחה רב כ"כ כמו לרשב"ג, דאטו במציאות יפלגו, וא"כ יקשה מ"ט ס"ל באמת לאסור, וצ"ל בע"כ דלאו משום ריבית גמור אסרי, אלא משום דמיחזי כריבית לעין הרואים, ולהכי כשצריך לטרוח גם בדידיה דלא מיחזי כריבית גם לרבנן שרי, וא"ש מ"ש רש"י דלא מיחזי כריבית, ולפי"ז היינו דוקא בכה"ג שאין העמל רב כ"כ סגי בטעם זה, אבל בשארי עיסקא לא סמכינן אטעם זה לחוד, אם לא שיהיה עוד מותר שליש בשכרו וכלעיל ומיושב קושית מהרש"א. והיה אפשר עוד לתרץ קושית מהרש"א דהתם דצריך למיפטריה גם ממזון לא סגי טעם זה לחוד עד שיהיה נמי מותר שליש, אבל הכא דמזון בלא"ה אין כא חיוב ורק מעמל לחוד, סגי טעם זה לבד, אלא מפני שנ"ל עיקר שגם לעיל לא נתכוון רש"י לפוטרו גם ממזון, ודלא כהבנת המפרשים לעיל שגם משכר מזון נפטר, לכן נ"ל עיקר כמ"ש ראשונה:

ברש"י ד"ה מאן פליג לך כו' שמא לא נשומית יפה, וכבר ף זכרתי לעיל מ"ש תלמידי הרשב"א בכוונת רש"י, דטעם זה לא לבד שמהני לבטל החלוקה, אלא מהני נמי לפוטרו דשלא יקח כלום בחלק הבעלים, דכמאן דלא חלקו דמי, ודלא כשיטת התוס' דס"ל דטעמא קמא דמאן פליג לך, לא מהני כ"א לבטל החלוקה, ומבואר בארוכה בב"י (יו"ד סי' קע"ז) ע"ש. אלא דאכתי יש לי מקום ספק בדעת רש"י, מי אמרינן דהיינו דוקא כשהמקבל חלק, אלא שהחלוקה נתבטלה מצד שלא היתה בפני ב"ד, בזה אינו נוטל חצי מחצה בשל חבירו, אבל היכי שלא חלק כלל נוטל בחלק הבעלים, או כ"ש כשלא חלק כלל דאינו נוטל. והנה בעיקר הספק ראיתי בפרישה (סי' קע"ז) שכתב לדבר פשוט, דכשחלק ונתבטל החלוקה גרע טפי מלא חלק כלל, והיינו דכיון שחלק גילה דעתו דלא רצה להיות שומר שלו בלא חלוקה, וכיון שהחלוקה בטילה אין לו גם שכר בחלק חבירו, משא"כ בלא חלק ועסק בסתם יותר על הזמן נוטל בחלק הבעלים, דכיון דמתחלה בתורת עיסקא ירד בה דהיינו למחצית שכר, אדעתא דהכי מטפל בריוח שיהא נוטל בה לעולם כענין זה ע"ש בסקכ"ד בסוה"ד כתי' האחרון, אלא שהט"ז שם הרעיש על הפרישה ע"ש. אכן נ"ל להוכיח דרש"י ס"ל בע"כ כתי' הפרישה, דהא רש"י כתב הטעם דא"צ לתת שכר עמל ומזון, דכיון דצריך לטרוח גם בדידיה לא מיחזי כריבית, וכבר הבאתי לעיל קושית מהרש"א, דמ"ש לעיל לא סמכינן אטעמא דגביל לתורי לחוד כ"א עד שיהא מותר שליש נמי, ותירץ דהכא שאני שיש לו חלק בכל ולד וולד, וא"כ בבהמה עצמה יש לו חלק שלו שהוא קרן גמור ואינו מלוה, משא"כ התם דבהמה שלו לחוד ועיסקא לחוד וכן פי' הפרישה בכוונת רש"י, וכיון שכן דבע"כ הכי הוא חלוקו של רש"י, דדינא דברייתא מיירי שיש לו חלק בכל ולד א"כ בע"כ דלא חלק עדיין, דאי כשחלק אין לו עוד שום חלק בכל ולד, אלא דחלק הבעלים לחוד וחלקו לחוד, ואע"כ דבלא חלקו מיירי ואפ"ה נוטל חצי מחצה בשל חבירו, וא"כ ע"כ דמ"ש רש"י דבנתבטל החלוקה אין נוטל כלום, היינו דוקא בחלק ונתבטל כעובדא דרב מנשיא, אבל בלא חלק כלל כדמיירי בברייתא נוטל חצי מחצה בשל חבירו, ואלא ששכר טרחא אין נוטל מעיסקא החדשה, אבל עצם החלק יטול, וזהו ראיה שאין עליה תשובה, אי נפרש כוונת רש"י כמהרש"א והפרישה, אכן לפמ"ש לעיל כוונה אחרת ברש"י, משום דהכא הוי עם אמו ואין עמלו רב כ"כ ע"ש באריכות, לא מוכח מידי מרש"י דמיירי בלא חלקו, ויתיישב דעת הט"ז. והנה האחרונים הבינו מלשון הפרישה שכתב דהטור ס"ל כדעת התוס', דגם הפרישה לא כתב כן, דבלא חלק נוטל חלק, היינו דוקא שהטור ס"ל הכי, אבל רש"י לא ס"ל כן, דאלת"ה למה יפרש לדברי הטור דלא כרש"י, אכן לענ"ד א"א בשום אופן לומר כן בכוונת הפרישה, דהא

הפרישה עצמו בסקכ"ז שם כתב כוונת רש"י כחלוק המהרש"א, משום קא לו חלק בכל ולד, וא"כ בע"כ בשלא ש חלקו מיירי הברייתא ואפ"ה נוטל חצי מחצה, אלא ברור דמ"ש הפרישה דהטור ס"ל כתוס', היינו לתירוצו הראשון שם, אבל לתי' האחרון שתי' דעת הטור דלא חלק כלל עדיף, ודאי שהטור ס"ל נמי כרש"י, דהא גם לרש"י בע"כ הכי הוא דלא חלק עדיף, לשיטת הפרישה עצמו ודו"ק בזה:

דף סט:

רש"י ד"ה זוזי לא הדרי כו' ועוד אי נמי אהדר ליה בעיניה לא ידיע פחתי' נמצא שכרו חנם משום ריבית ע"כ, ובתוס' הבינו בכוונת רש"י, דמ"ש אי נמי אהדר, היינו כששכרו ע"מ שלא להוציאם וגם באמת לא הוציאם אח"כ, אלא שהחזירם בעין ואפ"ה אסור, ולהכי הקשו דא"כ אסור להשכיר קטלא וכלי כסף כיון שאינם נפחתים, וגם בתוספתא איתא בהדיא דמותר להשכיר מעותיו ע"מ להתלמד. ולולי דמסתפינא הייתי אומר, דהיכי ששכרו ע"מ שלא להוציאם וגם באמת לא הוציאם אח"כ, דמותר אפי' לרש"י אפי' במקום דליכא פחת, דנהי דליכא פחת ושכרו הוי חנם, מ"מ פשיטא דלא שייך איסור ריבית כ"א במקום שיש הלואה, אבל כשאין הלואה מאי ריבית שייך בזה, והלואה לא הוי, או מצד הלשון שא"ל הלויני, או אפי' כשא"ל בלשון שכירות רק שאחריות הוא על המקבל הוי נמי הלואה, דכיון ששם אותו בדמים להחזירו אם נאנס, יצא מכלל שכירות ונחשב כהלואה, וא"כ כששכרו ע"מ שלא להוציאם וגם באמת לא הוציאם, דאין בזה הלואה כלל, לא מצד הלשון, דבלשון שכירות קאמר ליה, ולא מצד האחריות, מאיזה סברא נאסר, ומאי איכפת לן כי ליכא פחת ונותן לו בחנם, כיון דאין כאן הלואה, ובלא הלואה מי אסורא לתת לו מתנה, ואלא דמ"ש רש"י דאי נמי אהדר בעין אסורא, היינו כששכרו ע"מ להוציאם והמקבל לא הוציאם אח"כ והחזירם בעין, דכה"ג תיכף משששכרו נעשה הלואה דכיון דלהוציאם ניתנו, משעה שבא לידו כאילו הוציאם דמי, או אפי' כששכרו ע"מ שלא להוציאם, אבל המקבל הוציאם, ואח"כ איתרמי דהדרא ליה הנהו זוזי גופא והחזירם בעין דגם כאן נעשה הלואה שעה אחת שהוציאם, ובכ"ז אי הוי ידיע פחתיה הוה שרי דהו"א דהשכר הוא מחמת הפחת, אבל כיון דלא ידיע פחתיה אסור, ודוקא בכה"ג שנעשה הלואה הוא דאסור, וא"כ לא קשה קושית התוס' מן התוספתא, דהתם מיירי להדיא ששכרן ע"מ להתלמד, וגם באמת לא הוציאם אח"כ, ובכה"ג גם לרש"י שרי, דאי בשהוציאן אח"כ מפורש בתוספתא דאסור, דז"ל התוספתא, משכיר אדם מעותיו להתלמד נשתרשו עליהם אסור משום ריבית, ופי' בהגהות מרדכי

שנשתרש והוציא והרויח אעפ"י שבאו אח"כ אותן מעות עצמן לידו אסור משום ריבית, והכי איתא נמי בב"י (יו"ד סי' קע"ו), ולמה לא נפרש גם כוונת רש"י כן, וגם מקטלא לא קשה, דכששכרו ע"מ שלא להוציאם שרי נמי גם לרש"י, אע"ג דליכא פחת, אלא דבטלה דעתי נגד כל הראשונים שלא הבינו כן ברש"י, וסברי דאפי' כששכרו ע"מ שלא להוציאם נמי אסור:

ובכ"ז נ"ל ליישב דעת רש"י, דהנה בסמוך גבי אגרא ופגרא ס"ל לרש"י דהיתר השכירות לאו משום שהנותן מקבל עליו פחת שנפחת מחמת מלאכה, דאפי' כשאחריות פחת המלאכת על המקבל, וגם אחריות דאונסין על המקבל, רק דאחריות דזילא על הנותן שרי נמי למשקל השכירות, ושיטת התוס' שם בד"ה דקא מקבלי, דכיון דאחריות דאונסין על המקבל, אין היתר למשקל שכירות כ"א כשפחת המלאכה הוא על הנותן, וסברת פלוגתתם י"ל דרש"י ס"ל דמלוה לא הוי כ"א כשכל האחריות הוא על המקבל דומיא דמלוה, אבל כשיש גם קצת אחריות על הנותן לא הוי דומיא דמלוה, וכיון שאין כאן הלואה, אפי' כי לא הוי השכירות ק מחמת הפחת נמי שרי, דבלא הלואה אין שום איסור ריבית, ותוס' ס"ל דשכירות לא הוי כ"א אם אחריות האונסין על הנותן, דומיא דשארי שכירות דהוי הכי, אבל אם אחריות דאונסין על המקבל, אע"ג דאחריות דזילא הוא טל הנותן יצאה מכלל שכירות והוי הלואה, ואפ"ה אי מקבל הנותן פחת מלאכה, אכתי אין כאן ריבית, דשכרו הוא משום הפחת, אבל כשאין מקבל הפחת הוי שכרו חנם, וכיון דהוי הלואה אסיר משום ריבית. ולפי"ז מה שהקשו איך משכירין כלי כסף, ודאי דלא קשה לשיטת רש"י, דכיון דאחריות דזילא על הנותן לא הוי מלוה כלל, וכי ליכא פחת מאי הוי, דהא לא גרע היכי דליכא פחת, מהיכי דיש פחת ואין הפחת על הנותן, וכמו דלרש"י שרי גבי ספינה אע"ג דהפחת הוא על המקבל, וא"כ אין השכר משום הפחת, כיון שצריך לשלם לו בשביל הפחת בפני עצמו, ה"נ שרי במקום דליכא פחת כלל, והכי איתא להדיא לקמן בהג"א ובב"י (סי' קע"ו) דלשיטת רש"י שרי להשכיר כלי כסף, והטעם כמ"ש משום דליכא הלואה כלל, והא דאוסר רש"י כאן בלא ידיע פחתיה, היינו בזוזי דלא שייך בהו אחריות דזילא, דאין הזול והיוקר תלוי בהם וכדלעיל בר"פ הזהב. אלא אפי' מה שהקשו מתוספתא דמיירי במטבע, נמי יש ליישב בדרך זה, דלכאורה יש להבין, איך יעלה על הדעת דמה שאוסר רש"י בזוזי הוא בכל אופן אפי' כשאחריות אונסים הוא על הנותן, דכיון דס"ל לרש"י שאפי' אם אחריות אונסין על המקבל, אם אך יש גם אחריות קצת על הנותן כמו אחריות דזילא, לא הוי שוב הלואה, ושרי אפי' בלא ידיע פחתי', א"כ כ"ש כשאחריות אונסין הוא על הנותן דשרי, ומה איכפת

לן דלא ידיע פחתיה כיון דאין כאן הלואה, אע"כ דמ"ש רש"י דאי נמי אהדר בעיניה דאסור משום דלא ידיע פחתיה, היינו דומיא דזוזי דרב חמא דמיירי שאחריות אונסין על המקבל, דבדרב חמא ודאי דאחריות על המקבל, דהא מיירי ששכרן ע"מ להוציאן, ולזה כתב רש"י דאפילו כי לא שכרן ע"מ להוציאן אלא ע"מ ליהדר בעיניה, אבל דומיא דהכא כשאחריותן על המקבל נמי אסור, דכיון דהלואה הוי מצד האחריות ולא ידיע נמי פחתיה, א"כ הוי שכרו ריבית, ולפי"ז א"ש, דבתוספתא מיירי להדיא ששכרו כדרך שכירות דעלמא, שאחריות אונסין על הנותן, והכי מפורש בתוספתא שם, ובכה"ג ודאי שרי לרש"י, כיון דלא הוי הלואה, לא מצד הלשון ולא מצד האחריות, כי שכרו הוי חנם מאי הוי, וכ"מ להדיא מרש"י, דכשהאחריות אונסין על המקבל שרי למישקל שכר, ועמ"ש בהגהות חו"י שעל האלפס בשם רש"י, ועמ"ש בסמוך בתוספות ודו"ק:

תוד"ה אוגר זוזי בפשיטי, מקבל היה עליו אחריות אונסין להכי ס"ד דשרי כו', ומלשון רש"י ד"ה אוגר זוזי משמע, דדעת רב חמא היה משום דבלשון שכירות אמר ליה ולא בלשון הלואה ע"ש, ונראה דלשיטתייהו אזלי, דלשי' רש"י בסמוך, דאפי' אם הנותן לא קיבל עליו כ"א אחריות דזילא לחוד שרי לשקול שכירות, דלא הוי שוב הלואה, וכ"ש כשאחריות דאונסין הוא על הנותן דשרי, וכמ"ש לעיל בדבור הסמוך, ולהכי לא מצי לפרש דרב חמא קיבל עליה אונסין דזוזי, דא"כ גם לפי האמת היה שרי, דכה"ג לאו הלואה היא, ומדאמרי' דרב חמא טעה וגם כלו זוזי, מכלל דלא היה מקבל עליו שום אחריות, ומוכרח היה לפרש דדעתו היה משום דבלשון שכירות אמר ליה, אכן התוס' לשיטתייהו, דלא שרי למשקל שכר כ"א כשיש פחת, אבל במקום שאין פחת לא הוי דומיא דשכירות ואסור ליטול שכר, אפי' כשאחריות אונסין נמי על הנותן, אם לא כשכל האחריות בין דאונסין בין דגניבה ואבידה הוא על הנותן וכמ"ש בתה"ד, אבל באחריות אונסין לחוד אכתי הוי הלואה ואסור ליטול שכר במקום שאין פחת, להכי לא הוצרכו לדחוק בדעת רב חמא כפרש"י, אשר כבר תמהו עליו הראשונים עיין בשמ"ק, ושפיר פירשו דדעת רב חמא משום דקיבל אחריות דאונסין לחוד וסבור היה דבכה"ג לאו הלואה היא, וטעה דמ"מ אסור לשיטת התוס' ועמ"ש לעיל בסמוך:

תוד"ה מרא הדרא בעיניה, בסוה"ד אי נמי היה נותן המרא להוציא ולעשות הימנו כל חפצו ולשלם אחרת אעפ"כ מותר לקבל שכר כו' דהשכירות אינה בעבור הלואה שיש לו רשות להוציאה אלא השכירות הוא עבור הפחת כו' ע"ש היטב, ולכאורה נראה דהא דשרי היינו כשאח"כ לא הוציא הכלי והחזירו בעין, וכי נשתמש ונפחת בשל משכיר הוא דנפחת, להכי הוי השכר משום הפחת, ולא אמרי' בזה דכיון שנתן לו רשות להוציאה

ליהוי הלואה, אלא דכיון דסוף סוף לא הוציאה והפסד הפחת למשכיר, שרי לשקול שכר, אבל אם באמת הוציאה המקבל והחזיר לו מרא אחרת תחתיה, אסור לשקול שכר, דהא בכה"ג אין למשכיר שום הפסד פחת, כיון דמחזיר לו מרא אחרת לגמרי, וכן משמע מלשון התוס'. אכן באמת נ"ל דהיכי שאין מחזיר לו כלל המרא שלו אלא אחרת, פשיטא דשרי אפי' בלא טעם דפחת, או כסברת הט"ז (ביו"ד סי' קס"א) דהיכי שאין משיג חפצו בעין לא מיקרי זה שאלה אלא מכירה, ומה בכך שאמר לשון הלואה, ס"ס אין משיג חפצו, וא"כ מכירה הוא זה, ואין ריבית במכירה, או מטעם שכתבתי אני לעיל בריש פירקין בחדושינו לתוד"ה אם אינו ענין, דאפי' אי נימא דמיקרי הלואה, מ"מ כיון שאין משיג חפצו שרי, דאמרי' דהשכר שנוטל הוא משום שלא ירצה להפסיד מרא שלו כ"א כשישיג שכר בעד זה, דדוקא בחיטין בחיטין או זוזי בזוזי שכל מינן שוה ושומתן ידוע ואין דרך להקפיד מחיטין הללו על חיטין אחרים, ובע"כ דהיתרון הוא משום שכר המתנה, אבל במרא וכה"ג שדרך להקפיד ממרא זה על אחרת, יש לומר דהיתרון שכר שנוטל הוא משום שלא ניחא לו להוציא מרא שלו כ"א כשישיג יתרון שכר, ודוקא שכר המתנה הוא דאסרה תורה, אבל כה"ג שרי, ועיין לעיל שם שהארכתי הרבה בזה, ולזה נראה דגם התוס' הכי סברי, והיכי שאין מחזיר לו המרא פשיטא דשרי, אלא אפי' אם מחזירה בעין והו"א דאסור כיון דהלואה היא משום נתינת הרשות להוציאה, לזה כתבו דאפ"ה שרי משום הפחת, ומ"ש הרמ"א (ביו"ד סי' קע"ו) דכשמקבל עליו המשכיר כל האחריות יש מתירין כששכרו ע"מ להוציאם, היינו משום דבזוזי ליכא קפידה, אבל בחפץ שדרך להקפיד, אז כששכרו ע"מ להוציא, יש להתיר טפי ולכו"ע שרי, כן נ"ל:

בגמ' אמר רבא שרי לאיניש למימר לחבריה הילך ד' דינרים ואוזפי' לפלניא זוזי דלא אסרה תורה אלא ריבית הבא מלוה למלוה ע"כ. הב"י ביו"ד (סי' ק"ס) הביא בשם רבינו ירוחם דאם אמר לחבירו אמור לפלוני שיתן לך ד' דינרים ואלוה לך מעות שאסור ע"ש בטעמו, והב"ח השיג ע"ז, דנהי דהנאת מלוה יש כאן, וקבלת הלוה חשבינן כאילו המלוה עצמו מקבלם כיון שבצויו נעשה זאת, ודמי למ"ש תן מנה לפלוני ואקדש אני לך, אכן הלוה הא לא חסר, ולא אסרה תורה אלא ריבית הבא מלוה למלוה, וכבר חתרו הט"ז והש"ך שם והמ"ל (בפ"ה ממלוה) ליישב דברי רבינו ירוחם, אכן לכל התירוצים שלהם אין איסור כ"א באופן שכתב רבינו ירוחם, שהמלוה אמר ללוה שהלוה יאמר לפלוני שיתן לו ד' דינרים, ודוקא בכה"ג יש איסור, או מטעם דהלוה הוי כשלוחו וכטעם המ"ל, או מטעם דהלוה מהנה למלוה בשכר אמירה כטעם הט"ז והש"ך ע"ש, אבל כשהמלוה בעצמו אמר לפלוני שיתן ללוה ד' דינרים, ואני אלוה לו מנה, שרי לכו"ע, וכ"כ המ"ל

להדיא דכה"ג ליכא שום איסור. אבל אכתי מה נאמר לדברי הלבוש שכתב להדיא שאפי' כשהמלוה בעצמו הוא האומר ג"כ אסור, וא"כ אכתי יוחזר קושית הב"ח, דהא הלוה לא חסר מידי, והכא לא שייך כל התירוצים של כל האחרונים שהזכרנו. ונ"ל ליישב קושית הב"ח באופן שיתיישב גם דעת הלבוש, דודאי בריבית לא קפדינן שיהא הלוה חסר דוקא, ואפי' במקום שהלוה אין חסר כלום נמי אסור, וכמ"ש לעיל (דף ס"ג ע"ב) והא בעי למיתב זוזי לספסירא, ועמש"ש באריכות מזה, ומה שאמרו הכא לא אסרה תורה אלא ריבית הבא מלוה למלוה, לאו משום דבעינן שללוה יהיה חסרון כמו שהבין הב"ח, אלא בעינן שהנאת המלוה יגיע לו בסבת הלוה ועל ידו, ואם הנאת המלוה יבוא מאיש אחר, אין זה ריבית שאסרה תורה, ולפי"ז א"ש, דגבי הדין דקאמר רבא, הילך ד' זוזי ואוזפי' מעות לפלוני, דהריבית בזה הוא מה שהמלוה יקבל לעצמו הד' דינרים, וכיון שהנאה הזאת בא לו מאיש אחר ולא מלוה, ע"ז אמר רבא דריבית כי האי לא אסרה תורה, ולא מפני שהלוה לא חסר, כ"א מפני שהנאת המלוה לא מיד הלוה בא, אבל בדינא דרבינו ירוחם והלבוש, שהמלוה אין מקבל לעצמו מאומה, ורק עיקר הנאת המלוה הוא בזה שרוצה שללוה יהיה ריוח, ויקבל הד' זוזי, והנאה הזאת מיד הלוה ממש בא לו, דבזה שהלוה יקבלם יש לו למלוה הנאה, ואע"ג דהמעות הללו מאיש אחר לגמרי בא לו, מ"מ כיון שהנאת המלוה בזה, אינה עצם המעות, ורק קבלת הלוה זהו הנאת המלוה, והנאה הזאת מיד הלוה בא לו, הוי שפיר ריבית הבא מלוה למלוה ודו"ק:

בגמ' כי הא דאבא מר ברי' דר"פ הוי שקיל כו' הכא שכר אמירה שקיל, ראיתי להציג בזה מה שכתבתי להשיב בנידון מאורע אחת, שכמה אנשים יסדו למו בשותפות "באנק", ולמנהלי הבאנק נבחרו איזה אנשים שאינם חוששים לאיסור ריבית, ומלוים המעות בריבית בלא היתר עיסקא, ובאשר שבתוך השותפים המיסדים נמצאו כמה שותפים יראי אלקים, ושאלו אפוא כדת מה לעשות, אם מותר להם ליקח חלק מן הריוח, אחרי שבהריוח נמצא גם חלק מן הריבית האסור, והנה ראיתי לאחד מדבר בכחא דהיתירא דעדיף ליה, ובנה יסודו על שלשה היתירים, א), כיון דהשותפים היראים אינם נוטלים בעצמם הריבית כ"א ע"י המנהלים שהם שלוחים של המיסדים, וכלל גדול הוא דאין שליח לדבר עבירה לחייב המשלח, ב), כיון דהמנהלים עצמם גם הם שותפים בעסק, ושותף שאמר לחבירו גנוב, מבואר בחו"מ (סי' קע"ז) דפטור, ג), אחרי שהרבה מן הריוח אשר יבוא לבאנק, מריוח היתר באו, א"כ כ"א מן השותפין יתלה שחלקו ממעות ההיתר וכדין כל דפריש מרובא פריש, ובאשר שמדברי המתיר דנן ניכר שאין לו אפי' ידיעה במקצת בדין זה, ההכרח לי לבאר הדבר, הנה הגדולי תרומה הוכיח דריבית ע"י שליח

אסור מסוגיא דידן, דאבא מר בריה דר"פ הוי שקיל אוגנא דקירא מקיראי וא"ל לאבוה אוזפינהו זוזי א"ל רבנן לר"פ אכיל בריה דמר ריביתא א"ל כל כהאי ריביתא ליכול לא אסרה תורה אלא ריבית הבא מלוה למלוה הכא שכר אמירה קא שקיל ושרי, ואם איתא דכל שאינו מיד לוה למלוה שרי ע"י שליח, למה לו לר"פ לומר הכא שכר אמירה שקיל, דמשמע דאי לאו משום אמירה הוי אסור, לימא סתם לא אסרה אלא מלוה למלוה ע"ש, והן אמנם דמכאן אין ראיה לאסור בנדון דידן, דהא במרדכי בסוגיין איתא ומובא בד"מ, שאפי' לרש"י דמתיר בריבית ע"י שליח, היינו דוקא היכי דההלואה והריבית הוא ע"י שליח, אבל היכי דההלואה מיד לוה למלוה אף דהריבית הוא ע"י שליח מ"מ אסור, וא"כ הכא דמיירי שההלואה הוא בא מלוה למלוה, שפיר הוצרך לטעם דשכר אמירה קא שקיל, ובלא זה היה אסור, אבל בנ"ד דגם ההלואה הוא ע"י מנהלי הבאנק שהם שלוחים אפשר דשרי, אכן באמת כתבו הראב"ד והריטב"א דלאו דוקא אמרו הכא ריבית מלוה למלוה, אלא הוא הדין בריבית הבא משלוחו של לוה לשלוחו של מלוה נמי אסור, וטעמא דשרי הכא היינו משום דהאי מדנפשיה קא יהיב, וכ"כ הטור והמחבר (ביו"ד סי' ק"ס) על דין זה, ובלבד שלא יחזור ויקחנו מן הלוה, הרי דאם חזר ולקח אסור אע"ג דהנתינה היה ע"י שליח, וא"כ מכל אלו הראשונים מוכח דריבית אפי' ע"י שליח נמי אסור, ולא שייך בזה כלל לומר אין שלד"ע, כמ"ש במ"ל (פ"ה ממלוה), דכיון שהתורה אסרה שלא יהנה המלוה מן הלוה בשכר הלואה, וזה שולח לו הריבית ע"י שליח פשיטא דאסור, דנהי שאין שליח, מ"מ המלוה נהנה מן הלוה בשכר ההלואה, ואפי' אם שלח ע"י קוף נמי אסור כיון שעכ"פ באו מנכסי לוה למלוה בעד ההלואה ע"ש:

הן אמנם קצת נבואה נזרקה מפיו של המתיר דנן, אף שודאי לא נתכוון לזה, מדלא הזכיר שום רמז מזה, דהמרדכי סוף פירקין הביא בשם תשובת רש"י להתיר ע"י שליח מטעם דאשלד"ע, וז"ל שרי לישראל למימר לישראל חברי' לך ולוה לי מעות מפלוני ישראל וגם תביא לו הריבית דלא אסרה תורה אלא ריבית הבא מלוה למלוה וגם השליח לא עשה שום איסור דהאי ריבית לאו דידיה, ואי משום שלוחו של אדם כמותו הא קיי"ל אשלד"ע לחייב שולחו ואין לפרסם הדבר עכ"ל, הרי לפנינו לכאורה היתירא דרש"י בנ"ד, אכן כד מעיינין שפיר נמצא שג"ז אינו, דהנה בשו"ע לא הביא המחבר להיתר הזה, משום דלשיטתו בפי' הב"י על הטור הביא זה וכתב שאין שום דעת אחד מן הפוסקים שווים לזה וכדמשמע כו' וסיים שאין לסמוך ע"ז כלל ועיקר, וודאי שגם רש"י לא כתבו רק איזה תלמיד טועה כתבו ותלה באילן גדול, וגם הלבוש כתב שלא יצא זה מפה קדוש רש"י ז"ל, וכן הט"ז (ביו"ד סי' ק"ס) השיג ע"ז והעלה לדבר ברור שאין להתיר בזה, וכן בתשובת

חנוך ב"י העלה לאיסור, רק שהרמ"א שם הביא להיתר הזה והש"ך הסכים עמו. והנה לפנינו מבוכה גדולה בדעת רש"י, הב"י והלבוש והט"ז וכמה אחרונים החליטו שלא יצא זה כלל מפי רש"י, וגם העידו שכל הפוסקים אינם מסכימים להיתר הזה, ולעומת זה הרמ"א הוסיף עוד לחדש יותר מן החדוש שכתב רש"י, דלפי לשון רש"י שהעתקנו דשרי לישראל למימר לחבריה לך ולוה כו', לא הזכיר ההיתר כ"א בלוה הבא ללות ע"י שליח, ואמנם במלוה שרוצה להלות ע"י שליח לא נזכר בדבריו, וממשמעות הרמ"א למדנו שגם במלוה התיר, דז"ל הרמ"א אבל אם שליח המלוה הלוה ללוה בריבית ועשה שטר ע"ש המלוה הוי כאילו הלוה לו המלוה עצמו ואסור עכ"ל, משמע להדיא דאם לא נעשה השטר ע"י המלוה מותר ודינו כאילו גבי לוה דשרי ע"י שליח, וראיתי בס' שער המשפט בחדושיו להלכות ריבית הקשה טובא על הרמ"א שהשוה דין דמלוה ללוה, דבשלמא גבי לוה שלוה ע"י שליח שפיר הסברא להתיר, כיון שאין שלד"ע הוי כאילו הלוה אותם השליח לעצמו וחוזר ומלוה אותם, והריבית לא בא מיד הלוה למלוה, אבל כשהמלוה הלוה ע"י שליח איך שייך כאן הדין דאשלד"ע, דהא מ"מ לא זכה השליח במעותיו ומעותיו של משלח הוא והריבית בא מן הלוה למלוה, ע"ש שהכריח לסברא הזאת מכמה ראיות:

ולכן אנן נלך כעת בדרך התיכון, לא נוסיף על רש"י מה שאין בדבריו וכדעת הרמ"א, ומזה נרוויח שלא נשוה למאור עינינו כטועה וכיחיד נגד כל הפוסקים, ונאמר שודאי רש"י ז"ל דקדק היטב בלשונו, בלוה הבא ללות ע"י שליח, ובזה דוקא התיר, אבל במלוה לא התיר כלל משום דבזה אין סברא להתיר וכקושית השעהמ"ש הנ"ל, ובזה יסורו ממנו כמה קושית שהקשו עליו, קושית המ"ל מההיא דישראל שעשה לעכו"ם אפוטרופוס דאסור ללות ממנו בריבית, ודאי לא קשה, דהתם במלוה מיירי, והב"י שהקשה מהא דאמרי' דמותר לומר לחבירו הילך ד' זוזי והלוה לפלוני מעות, וכתבו הראשונים שדוקא באומר כן מעצמו וגם לא יחזור ויקחנו מן הלוה, הרי דאם חזר ולקח אסור אע"ג דלא היה כ"א ע"י שליח, יתיישב נמי בזה, דבמלוה מיירי ולהכי אסור, וכן קושית הט"ז מלקמן בסוגיין דאמרי' מעות של יתומים לא שרי כ"א בקרוב לשכר ורחוק להפסד ולא בריבית גמור, אע"ג דבב"ד נותנים הריבית ולא בא מיד לוה למלוה, ותו דמאי פריך הש"ס, הנהו זוזי דיתמי היכי עבדינן, ולמה אין עושין באמת להלות ע"י שליח וירויחו היתומים ליקח ריבית גמור, ג"כ לק"מ לסברא הזאת, דוק ותמצא שעי"ז יפלו רוב הקושיות שהקשו על רש"י, וגם מכוון דעת רש"י לדעת הפוסקים, ועיין בס' חו"ד (יו"ד סי' ק"ס) שמחלק נמי בין לוה למלוה מטעמים אחרים, הרי עכ"פ האמת הברור, שודאי רש"י לא התיר כ"א

בלוה ולא במלוה וכלשונו בעצמו, וא"כ אפוא בנ"ד שהלוים יקחו בעצמם המעות מן הבאנק, רק המלוים הם ע"י שלוחים, ובכה"ג אפי' לרש"י אסור:

ותמה אקרא על המתיר דנן שכתב שאין נדנוד איסור בזה, בדבר כזה שפשוט איסורו לכל הפוסקים, דלמ"ש הן הראב"ד והריטב"א כתבו להדיא שע"י שליח אסור, ולדברי המ"ל הסברא כן הוא דבכה"ג לא שייך אשלד"ע, משום דמעשה קוף בעלמא נמי אסור, והמרדכי הביא בשם הרשב"א וכמה ראשונים דאפוטרופוס שהלוה מעות יתומים בריבית צריכים להחזיר, וגם הבעה"ת פוסק שצריך להחזיר, מכח סברא חדשה, דאע"ג דהיתומים לא עשו שום מעשה, מ"מ כיון דבממונייהו איתעביד מעשה איסורא מחויבים להחזיר והביא ראיה משומר שאע"ג דהם לא פשעו, כיון דע"י ממונם בא הפסד חייבים, הובא דבריו במ"ל (פ"ד ממלוה) ע"ש, ולפי"ז אף אי נימא דאשלד"ע ולא עשו שום מעשה, מ"מ חייבים להחזיר מטעם דבממוניהו איתעביד איסורא, ואין לנו מי שהתיר בסברא הזאת כ"א רש"י, ולבד שי לנו עדות כל הגדולים שזכרנו, שרש"י לא כתב כן, אלא אפילו אם נאמין שרש"י התיר, מ"מ ודאי לא התיר כ"א בלוה ולא במלוה ובכן אין לנו שום צד היתר אפי' לרש"י:

וההיתר השני שכתב משותף שאמר לחבירו גנוב כו', דמי בזה כהא דמביא נורא לקיניה, דאדרבה בזה עוד גרע יותר, דאי נימא שמנהלי הבאנק יש גם להם חלק בהמניות גרע יותר, דאם לא היו רק שלוחים היה אפשר לומר לפחות כדעת הרמ"א ברש"י דמותר מטעם אשלד"ע אפי' במלוה, אבל בשותף, הא דעת רש"י (לעיל דף ח' ע"א) דיש שלד"ע וכמ"ש בגמרא שם תדע שאילו אמר לשלוחו צא וגנוב וגנב פטור ואילו אמר לשותף צא וגנוב וגנב חייב מטעם מיגו דזכי לנפשיה הרי להדיא דעת רש"י דבשותף יש שליח לד"ע, ועמ"ש לעיל (דף י' ע"ב) באריכות גדול מזה, ואף שבחו"מ הביא דין זה לפטור בשותף שגנב ומשום דאין שלד"ע, היינו משום דסוברים כשיטת התוס' דגם בשותף יש שליח לד"ע, אבל לשיטת רש"י אה"נ דבשותף מיגרע גרע, וא"כ אליבא דמאן נתיר בנ"ד, אי אליבא דתוס' וכל הפוסקים דס"ל דבשותף יש שליח לד"ע, הא הם סוברים דבריבית לא שייך להתיר כלל מטעם זה, כיון דהכא לא בעינן שליחות, והנאה אסרה תורה, אפי' ע"י קוף נמי אסור, ואי אליבא דרש"י דיחיד הוא בזה לומר שגם ריבית נכנס תחת הסוג דאשלד"ע, הא איהו ס"ל לפחות דבשותף אמרי' דיש שליח לד"ע:

ובלא"ה אף אם היינו יכולים לומר שדבר זה נכנס תחת סוג דאין שליח לד"ע, וגם היה זה בשליח ולא בשותף, ג"כ אין התירו פשוט כל כך, דהא תינח לחלוק דרב סמא מטעם דאי בעי עביד, ה"נ כיון דאי בעי לא עביד לא מחייב שולחו, אבל לחלוקא דרבינא משום

דשליח בר חיובא והטעם דמצי לומר דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין, וסבור היה שלא ישמע לו, א"כ איך שייך להתיר לכתחילה, כיון דאנן מתירין אותו לכתחילה ודאי ישמע, וכמו שהקשה הקצוה"ח כיו"ב (בסי' שפ"ח). והן אמנם דברש"י גופא עוד אפשר ליישב שקאי גם לרבינא וס"ל כמ"ש הריטב"א בקדושין, דעיקר הטעם אינו משום דברי הרב, אלא משום דכן הוא גזה"כ, ואמנם על הרמ"א קשה טובא, הא איהו פסק (בחו"מ סי' שפ"ח) דאם השליח הוחזק בכך חייב המשלח ואין לומר אשלד"ע כיון שהוחזק בכך, א"כ בע"כ ס"ל דעיקר הפטור הוא משום דמצי לומר סבור הייתי שלא ישמע לי, דאי כהריטב"א שגזה"כ הוא אפי' הוחזק נמי וכמ"ש שם בקצוה"ח, וכיון שעיקר הפטור משום סבור הייתי שלא ישמע, וא"כ איך פסק כאן להתיר ע"י שליח, דכיון שמתירין אותו לכתחילה ודאי יעשה, ולפלא שלא זכר שום אחד לקושי' הזאת. ועו"ק לי על הרמ"א והש"ך שפסקו להתיר בריבית ע"י שליח מטעם דאשלד"ע, ומשמע שסבירא להו דאי נימא אשלד"ע אין שום חיוב על המשלח, ובחו"מ (סי' ל"ב) פסקו הם גופייהו לעיקר דאפי' אי נימא אשלד"ע חיובא בידי שמים מיהא איכא. ועוד נ"ל פשוט, דבנ"ד אפי' הרמ"א יודה לאסור, דלפמ"ש שהרמ"א סובר דאם ידעינן שהשליח חשוד לזה אסור, כיון דודאי ישמע לו, וא"כ בנ"ד דידעינן מראש שהמנהלים ילוו בריבית, כפי חוקי הפראגראס של הבאנק, לא שייך בזה כלל אשלד"ע, ולפי"ז אפי' יסוד היחידי שהיה למתיר דנן, והוא שיטת הרמ"א ברש"י, ג"כ נסתר בפשיטות, דלבד הקושיות הרבות שזכרנו על הרמ"א גופא, אפי' לו יהבינא לי' דהעיקר בזה כהרמ"א, אין מועיל ג"כ לנידון דידן, דבנ"ד שידעינן דחשודים הם, פשוט שגם לרמ"א אסור:

גם ההיתר מהא דמרובא פריש, וכיון שיש נמי ריוח של היתר אמרינן דמהיתירא הם נותנים, לא ידע כלל מאי דקאמרי רבנן, דאטו אנן דנין על המטבעות גופא, אם אסורה או מותרת היא, דבזה היה שייך לומר דמטבע הזאת משל היתר הוא, אנן על חלק הריוח דיינינן, וחלק הריוח יקבל גם מן האיסור. קצרו של דבר, המתיר הזה שיצא לצווח על האוסרים, שאינם יודעים מה הם סחים, לזה הראיתי באריכות, כי גמולו ישיב בראשו, הוא אינו יודע מהו סח, וגם ידיעה במקצת אין לו בדין זה, לא פגע ולא נגע בדברי הפוסקים הראשונים, והאוסרים כוונו להוציא לצדק ומשפט דינם:

במתני' שמין עגל עם אמו, עמ"ש לעיל בע"א ברש"י ד"ה מכאן ואילך ובדף ס"ח ע"ב:

דף ע.

תוד"ה מעות של יתומים, עמ"ש לקמן ע"ב תוד"ה תשיך מזה:

שם תוד"ה דקא מקבלי, עמ"ש לעיל (דף ס"ט ע"ב) ברש"י ד"ה זוזי:
בא"ד ומכאן קשה לפי' ריב"ן כו', ואפשר ליישב דבשכירות שקוצץ עמו השכירות, ואי ליכא אחריות אז הוי קציצת השכירות ריבית קצוצה, ובריבית קצוצה לא סמכינן אזולא לחוד, אבל בעיסקא דלא הוי כ"א אבק ריבית, ועוד שאינה אלא טרחא ש א ולא הפסד ממון להכי שרי אפי' בזולא לחוד וכמו דשרינן לעיל בנסיובי ותותרי וטבל עמו בציר דהוי נמי מהאי טעמא, וראיתי אח"כ בס' תו"ח שתי' כן. וקושי' הב' ודאי דא"ש, דבשלמא אם הש"ס היה אומר כן מעצמו דרך פסק דלא שרי כ"א בתרי תילתי אגר ותילתא הפסד, הוי מקום שפיר לומר מדלא אשמועינן רבותא יותר שאפי' בקבלת זולא שרי מכלל דאסור, אבל התם עובדא הוי הכי שהיה כתוב בשטר באגר ובהפסד, והש"ס לא בא כ"א לפרש כוונת אותו עובדא באיזה אופן היה, ואה"נ דאם רב עיליש היה פוסק אחריות זילא על הנותן נמי הוי שרי, רק שהמעשה הוי שקיבל על עצמו כל האחריות, ועל המעשה עצמו ודאי דלא יקשה דלמה הוצרך לזה, היה לו לקבל אחריות דזולא, דשמא לא נתרצה באופן אחר, אבל אם היו מתרצים ע"ז, ודאי בזילא לחוד נמי הוי שרי:

דף ע:

תוד"ה תשיך כו' אבל אי תשוך ניחא כו' שאמר הכתוב להלות להם בריבית ע"כ, אבל אי נימא תשיך ליכא למימר דקאי אהיתירא, שמותר לתת להם ריבית, דזה לא איצטריך, חדא דבהדיא כתיב לא תשיך לאחיך, מכלל דלנכרי מותר, ועוד דהא הלוה אין מוזהר כ"א היכי שמלוה מוזהר, וכמ"ש התוס' לעיל בע"א ד"ה מעות יתומים, וכ"כ הנמוק"י גבי מומר, והכא כיון שהמלוה נכרי הוא ואינו מוזהר ליקח ריבית, פשיטא דגם הלוה מותר לתת. והנה בעיקר סברת התוס', דהיכי שאין המלוה מוזהר, גם לוה אין מוזהר, הקשה המהר"ם שי"ף, דא"כ למה הוצרך לעיל בריש פירקין גז"ש ללמוד במלוה מלוה, דהא כיון דהלוה מוזהר פשיטא שגם המלוה מוזהר, דהא אזהרת הלוה אינו כ"א שלא להכשיל ולהרגיל את המלוה ע"ש, ואפשר לומר דע"כ לא אמרי' הכי אלא השתא שכל דבר שאסור בלוה אסור גם במלוה, וגם במלוה כתיב אזהרה על כל דבר, אמרינן דטעם אזהרת הלוה מפני שהוא מכשיל את המלוה בדבר שאסור לפניו מן התורה, אבל אם במלוה לא היה כתוב שום איסור, איך שייך לומר דאזהרת לוה הוא בכדי שלא יכשיל את המלוה, אחרי שלא מצינו שום איסור במלוה, ובודאי היינו אומרים דטעם אזהרת לוה, איסורא דנפשיה הוא:

דף עא.

בגמ' מי כתיב אל תקח מאתו גו', מכאן הקשה הב"ח על הטור שכתב הטעם דמותר להלות לעכו"ם בריבית, מדכתיב גבי איסור ריבית וחי אחיך אהדר ליה כי היכי דניחי בהדך, וא"כ עכו"ם שאין מצווין להחיותו מותר להלות לו בריבית, והקשה שזהו נגד סוגיא דהכא דאמר בגר תושב דמותר ליקח ממנו ריבית, דאל תקח מאתו כתיב מישראל, וכתב רש"י וגר תושב דכתיב בההוא קרא לענין וחי עמך שאתה מצוה להחיותו, אלמא דגר תושב מצוה להחיותו ואפ"ה מותר ליקח ממנו ריבית, הרי דלא תלי זה בזה ע"ש. ואפשר לי ליישב, דהנה באמת תרי וחי עמך כתיב בפסוק, כי ימוך וגו' גר ותושב וחי עמך, אל תקח מאתו נשך ותרבית גו' וחי אחיך עמך, ולבד שיש להבין למה נכתב שני פעמים וחי עמך, עוד יש לדקדק, דבתחלה כתיב וחי עמך, ולא הזכיר אחיך, ובפעם השני כתיב וחי אחיך, לזה נראה, שעל תרי ענייני חיות אנו מצווין, אחד, באם נראה לאדם שאין לו במה להחיות נפשו, מצווין אנו לפרנסו להאכילו ולהשקותו, ובכה"ג שיש חשש סכנת נפשות מצויין אנו להצילו, וזהו שהזהירנו התורה בוחי עמך הראשון, ומשום דאזהרה הזאת מיירי במקום שיש חשש פקו"נ, להאכילו שלא ימות ברעב, או להצילו מסכנת נפשות אחר, אין חלוק בזה בין ישראל לגר תושב, ואפי' גר תושב נמי מצווין להחיותו להצילו מסכנת נפש, להכי לא הזכיר בכאן לכתוב אחיך, ואזהרה השניה תבא להזהירנו, שלא די להחיות לחבירו במקום שהגיע כבר לשערי מות, אלא שהחיוב להשתדל עוד שלא יבוא אחד מאחינו לידי עניות, ולא יתמוטט מצבו, ולהכי אסור ליקח ריבית, כי מזה יוכל לירד ממצבו, ובע"כ הוי כוונת התורה בהאי וחי אחיך האמור גבי ריבית כפירושינו, שמזהירנו להחיותו שלא יבוא לידי עניות, דאלת"ה אלא הכוונה להחיותו במקום שיש חשש סכנת נפשות, א"כ לוה עשיר שאין מצווין לפרנסו יהא מותר ליקח מאתו ריבית, אע"כ האי וחי האמור גבי ריבית הוא כמו שכתבתי, ואמנם חיוב כזה אינו אלא לישראל, ולא לגר תושב, ולהכי דייק הכתוב לכתוב כאן וחי אחיך, להורות שאזהרה הזאת לא קאי כ"א על ישראל ולא על גר תושב, וכאשר תדקדק בלשון רש"י דז"ל והאי גר תושב אוחי עמך קאי ע"כ, והיינו האזהרה הראשונה בלא כתיב בה אחיך. ולפי"ז א"ש דברי הטור, דודאי טעם דעכו"ם פטור הוי משום דאינו בכלל וחי אחיך האמור גבי ריבית, ומגר תושב אין ראיה, דגם גר תושב אינו בכלל וחי אחיך, האמור גבי ריבית, דדוקא בוחי עמך הראשון ישנו, ולא בוחי אחיך דריבית, ואדרבה מגר תושב יהיה עוד ראיה להטור, דמה גר תושב שישנו באזהרה הראשונה, מותר להלות

לו בריבית, כיון שאינו באזהרה השניה האמור גבי ריבית, כ"ש עכו"ם שאינו אפי' בוחי עמך הראשון שמותר להלות לו, ודו"ק:

דף עא:

רש"י ד"ה והא כיון דנכרי בתר ערבא אזיל, אינו תובע אלא את הערב ע"כ, ומשמע להדיא מלשון רש"י, דבדיניהם אינו תובע אלא לערב בלבד, ואין דינו עם הלוה כלל, ודוקא בכה"ג הוא דאסור כיון שאין דינו עם הלוה כלל, והוי הערב הלוה מן הנכרי, דהוי שפיר כערב שלוף דוץ, אבל אם בדיניהם היה כדין קבלן בדיני ישראל, שיכול לתבוע ממי שירצה, היה מותר לרש"י, ולפלא בעיני על הב"י (ביו"ד סי' ק"ע) שהבין בדעת רש"י שס"ל דאפי' בקבלן לחוד נמי אסור, והא לשון רש"י שכתב שאינו תובע אלא הערב, לא משמע כן, וממ"ש רש"י בד"ה לדון בדיני ישראל, יתבע מן הלוה תחלה, דמשמע שאין איסור אלא בהתנה שיפרע מן הלוה דוקא, אבל ביכול לתבוע ממי שירצה כמו קבלן שרי, אין להביא ראיה להב"י, דהכא פירושי מפרש רש"י להאי דקאמר לדון בדיני ישראל, ובדיני ישראל ודאי דערב מחויב לתבוע מלוה תחלה, אבל לענין היתר דערבות לעכו"ם אפי' כשהתנה לתבוע ממי שירצה נמי שרי, דדוקא בדיניהם שאין תובע אלא לערב הוא דאסור:

בגמ' כגון שנטל ונתן ביד, פירוש דמיירי השתא בדלא א"ל והפטר, דאי גם עתה נוקמי בדא"ל הפטר, א"כ מאי דעת התרצן, אטו לא ידע שיקשה לו מאי למימרא והלא גם על התירוץ דלעיל שלא נתן ביד פריך מאי למימרא, כ"ש עתה שגם היה נותן ביד, אלא ודאי אוקמינן השתא בדלא א"ל הפטר, וע"ז אומר דהו"א שבאמת לא רצה הנכרי לפטור את הישראל, רק החוב שלו יהיה על ישראל הראשון, והא דנותן לישראל השני הוא אדעתא דישראל, פי' שיהא לישראל והוא רק שלוחו, קמ"ל דלא אמרי' הכי אלא שבודאי נתכוון הנכרי לפטור לישראל הראשון ולהכי שרי:

בתוד"ה כגון, אומר ר"ת דהשתא תו לא אמרי' סיפא לחומרא כו' ומתוך פ"ה ור"ח משמע דלעולם סיפא לחומרא ע"ש. ונ"ל ליישב דעת רש"י כשנדקדק בלשונו בד"ה אדעתא דישראל, שהרי הוא המביאו אצלו והוי נכרי שלוחו ונחמיר מדרבנן כדמחמרינן בסיפא ע"כ, הרי דמפרש דאף אי נימא דאדעתא דישראל קא יהיב, טעם האיסור הוא משום שליחות, דהנכרי הוי כשלוחו, ולהכי בשלמא אי נימא דאיסור דקתני בסיפא היינו נמי משום שליחות, ואמרי' דלחומרא יש שליחות, וכיון וידעינן בסיפא דרבנן החמירו לאסור בשליחות נכרי, ולכן הו"א דברישא נמי אדעתא דישראל יהיב והנכרי הוא שלוחו ונחמיר

כמו שמחמרינן בסיפא, להכי הוצרך לאשמועינן דלא יהיב אדעתא דישראל ולא הוי כלל שלוחו, ושפיר איצטריך הרישא, אבל אי גם בסיפא לא היה האיסור משום שליחות עכו"ם, א"כ לא נזכר כלל דלחומרא יש שליחות, ומעצמו ודאי דלא נאמר כן להחמיר בשליחות עכו"ם, וא"כ אכתי יקשה הרישא מאי קמ"ל, דהשתא לא שייך התירוץ דהו"א אדעתא דישראל, כיון דאפי' אי נימא כן אין איסורו כ"א משום שליחות, ואי נימא דאין שליחות לנכרי, אפי' כשנותן אדעתא דישראל שרי, וכיון דקיי"ל דאין שליחות לעכו"ם, מהיכי תיתי נאמר מעצמינו להחמיר, אע"כ דהטעם דסיפא משום חומרא דשליחות, וזה נראה ברור לשיטת רש"י דמפרש להדיא דאפי' אי נימא אדעתא דישראל אין איסורו כ"א משום שליחות, ובדעת התוס' י"ל דס"ל דכשאמרי' אדעתא דישראל קא יהיב, אז אפי' אין שליחות לנכרי נמי אסור, כיון דהוי כזוזי של ישראל, ולפי"ז שפיר נוכל לומר דגם טעם דסיפא אינו משום שליחות, ודו"ק:

דף עב:

בגמ' מ"ש לקוט דכי לית ליה יזיף מלקוט חבירו, ומשמע מזה להדיא דהא דשרינן לפסוק על שער שבשוק ומשום דחשיב כיש לו, אין זה דוקא כשיש למוכר מעות במה לקנות, אלא אפי' אם אין לו מעות רק שיוכל ליקח באשראי או למיזף נמי מיקרי יש לו, וכ"כ הרמב"ן שהגאונים מתירין בסאה בסאה על סמך שער שבשוק אפי' כשאין לו מעות, וכן דעת רי"ף ורמב"ם, וכן כתב הרא"ש להדיא בסוגיא דהכא גבי פיסקא דאין לווין על שער שבשוק. ולכאורה קשה הא דאמרינן (לעיל דף ס"ב ע"ב) דלהכי אסור לפסוק במתניתין דריש פירקין משום דלאו כאיסורו הבא לידו דמי, ופרש"י התם דבשלמא אם נותן מעות אז אמרינן דמוכר יכול לקנות במעות שקיבל וחשיב כיש לו, אבל אם אין לו מעות במה יקנה, ולהכי לא מהני אפילו ביצא השער, וכן שם בדס"ג ע"א אמרו דאין מעמידין מלוה ע"ג פירות בברייתא דר' אושעיא ע"ש, והא לפי טעם דהכא דמצי למיזף, מאי איכפת לן שאין לו מעות, הא אכתי יכול למיזף או ליקח באשראי, וי"ל דלא שרינן בטעם זה דיזיף, כ"א במקום שלא היה בזה שום הלואה אפי' מתחלה, ותחלת הפסיקה במכירה היתה, וכגון שנתן לו מטלטלין במקח ליתן לו תבואה, דזה לא נחשב כיש לו מעות למוכר, כיון שאין דרך לקנות תבואה בעד מטלטלין וכמ"ש הט"ז (ביו"ד סי' קס"ב) בשם התה"ד, אפ"ה שרי מטעם דמצי ליקח באשראי או למיזף, אבל בההיא דר' אושעיא שמתחלה בהלואה באו המעות לידו, וכדקתני התם היה נושה בחבירו, וכן במתני' דריש פרקין לגרסת התוס' התם ומאי לקח לקח בהלואתו, ושגם

פיסוק החיטין היה ע"י הלואה, שמתחלה בהלואה בא לידו, ובכה"ג שיש צד הלואה לא סמכינן אהיתירא דיזיף לחוד דכשיתן לו מעות מזומן דמצוי הוא ביותר להשיג ליקח, סמכינן גם בהלואה, אבל לא בהיתירא דיזיף שאינו מצוי כ"כ, אבל היכי שלא היה צד הלואה כלל, כגון בנותן לו מטלטלין או בפוסק בחוב כזה הבא ע"י מכירה מתחלה, וכגון שמתחלה נתן המעות בתורת מכר לקנות ממנו מין אחד, ואח"כ לא נתן לו זה המין שקנה מאתו, אלא שבעד החוב פסק עמו לתת לו מין אחר, ואע"ג שאין לו למוכר מעות במה לקנות, אפ"ה שרי מטעם דמצי למיזף או ליקח באשראי, ומדוקדק לפי"ז הלשון שאמרו אין מעמידין מלוה ע"ג פירות, ולא אמרו אין פוסקין על החוב, דלפרש"י דהטעם הוא משום דאין לו במה יקנה, א"כ אפי' חוב הבא מחמת מכר נמי, ומ"ש מלוה דנקיט, ולמ"ש ניחא שבחוב הבא מחמת מכר מותר לפסוק אע"ג דאין לו במה לקנות, ומשום דמצי למיזף, ודוקא בחוב הבא ע"י מלוה בתחלתו, בזה אסור לפסוק, דבכה"ג שיש צד הלואה לא סמכינן אטעמא דיזיף, וכעין זה תי' הרא"ש בסוגיין על קושי' אחריתי ע"ש: **ולמ"ש** דסמכינן גם אטעם דיזיף לחוד, יתיישב קושי' עצומה שהקשה לעיל בשמ"ק בשם כמה ראשונים, דלעיל דס"ג אמרו רבה ורב יוסף הטעם דפוסקין על שער שבשוק משום דמצי א"ל שקילא טיבותך ושדיא אחיזרי, פי' משום שאין הנאה ללוקח, והכא אמר הטעם דאעפ"י שאין לזה יש לזה, וחשיב כאילו יש לו ולמה הוצרכו לשני הטעמים, ועיין מה שכתבתי לעיל באריכות מזה. ולפמ"ש יתיישב כעת בדרך אחר, דהנה ודאי דטעם דלעיל לא שייך כ"א היכי דהלוקח נותן כעת מעות מזומן, דאז שפיר נוכל לומר שאין זה טובה לגביה, משום דגם הוא היה יכול ליקח במעותיו, אבל אם הלוקח אין נותן מעות מזומן לא שייך טעם זה, אבל לטעם דהכא דכיון שיצא השער מיחשב כיש לו ומשום דמצי למיזף, אפי' כשהלוקח לא יתן מעות, וגם למוכר אין משלו מעות נמי מותר כיון דמצי למיזף, וטעם דהכא לחוד נמי לא סגי, דהנה הנ"מ בין שוק של עיירות דאין פוסקין עליו, לשוק דאכלבאי וארבי, קאמר בש"ס, דזה משוך תרעי' וזה לא משוך, דשער של עיירות אין מתקיים זמן רב, ואין מובן לכאורה מאיזה טעם יהא אסור לפסוק בשוק של עיירות, דבשלמא אם החסרון היה מצד ששער כזה אין קבוע לכל אדם, שלא מכל אדם יוכל לקנות בשער כזה, אז היה טעם לאסור, דאמרי' דאדם אחר לא היה מוכר בשער כזה, ורק המוכר הזה מפני דוחקו למעות מכר, ונמצא שהלוקח היה לו הנאה מן הקדמת המעות, אבל השתא שגם שער של עיירות קבוע לכל אדם, ובעת הקביעות יוכל להשיג מכל אדם במקח הזה, א"כ מה יוכל להזיק בזה שאין השער משוך זמן רב, וכי איזה שהות צריך הלוקח לזה, הא בעת הזאת שקנה מן המוכר זה, יכול היה

לקנות גם מאחר ואמאי אסור. ולכן נ"ל הסברא פשוטה מאוד, דאם הלוקח קונה במעות מזומן אה"נ שאין צריך לשהות שום זמן ע"ז, דבכל מקום שירצה יוכל להשיג בעד מזומן, ובכה"ג מותר לפסוק גם בשער של עיירות כיון דאין לו שום הנאה, אבל כשאין לו מזומן, דאז הוי ההיתר משום דהמוכר ישיג באשראי או למיזף, וע"ז ודאי שצריך זמן, דלאו אצל כל אדם יוכל להשיג תבואה בהלואה או באשראי, ובכה"ג אסור לפסוק בשער של עיירות, דאדהכי והכי יתבטל השער, ודומה לזה כתב בעל התרומות בשם הראב"ד, הובא בב"י (סי' קס"ב) שדוקא ביש בידו מעות, אבל אם יש בידו דבר אחר למזבן לא דאדמזבין פסיק תרעא ע"כ, וכ"ש דיש לחשוש להכי היכי שאין לו שום דבר למזבן, רק מוכרח הוא להשיג אשראי או למיזף, ובאופן כזה אסור לפסוק בשער שבשוק, אבל על שער דאכלבאי וארבי דמשוך טובא ואין לחשוש דילמא פסיק, מותר לפסוק אפי' באין לו מעות כלל. ולפי"ז הוצרך נמי גם טעם דלעיל דשקילא טיבותיך, דהיינו במקום שנותן מעות, דאל"ה לא שייך טעם זה, ומותר לפסוק אפי' בשער של עיירות נמי, ומעתה בא וראה איך צדקו דברי הש"ס כל טעם על מקומו, דלעיל (דף ס"ג) דקדקו לאמר מ"ט פוסקין על שער שבשוק, דהיינו שוק של עיירות, וכפרש"י ותוס' שם שזהו עיקר רבותא דר' ינאי, לזה הוכרח לומר טעם דשקילא טיבותיך, להורות שעל שער כזה אין רשאי לפסוק כ"א בשיתן לו מעות, ואע"ג דלטעם דהכא נמי אשכחינן שמותר לפסוק גם בשער של עיירות וכגון שיש לו למוכר משלו ויכול לקנות במזומן, מ"מ הא לא פסיקא ליה, דאפי' באין לו מעות כלל נמי שייך טעם זה ומשום דמצי למיזף, ושבכה"ג אסור לפסוק בשער של עיירות, להכי נקיט טעם דשקילא טיבותיך, שטעם זה לא שייך כ"א ביש לו מעות, ולהכי נקיט התם טעם זה, להורות דעל שער שבשוק אסור לפסוק כ"א בנתן מעות, אבל הכא דנותן טעם על שער הקבוע, לא הוצרך לטעם דשקילא, ובכוונה אמר הש"ס כאן טעם אחר דנ"מ לדינא שמהני אפי' בלא מעות ומשום דמצי למיזף, והדברים ברורים ומחוורים בעזה"י:

ומכל מ"ש היה נראה הדין פשוט, דבשוק דאכלבאי וארבי דמשוך תרעי' שרי לפסוק אפי' כשהלוקח לא נתן מעות, והמוכר אין לו נמי מעות משלו, ומשום דמצי למיזף, אלא שסתימת הפוסקים לא משמע הכי, וגם מדברי הראשונים המובאים בשמ"ק משמע, דאטעם דיזיף לחוד ודאי דלא סמכינן להתיר, אלא שאמרו הכא בש"ס טעמא דיזיף, ומשום דגם בטעם דמצי למיזבן לחוד לא סגי, משום דמאן דשקיל זוזי אפירי, אנן סהדי דלאו אדעתא דלקנות מיד וליתן ללוקח שקלינהו מוכר, אלא השתא דאיכא נמי טעם דיזיף, אמרינן דילמא יקח המוכר תיכף בהנהו מעות שנטל, ואי לא, אזיל ויזיף מחבריה,

אבל כל היכי דליתא להאי טעמא אסור, וכן משמע מלשון התוס' בד"ה יזיף, ובד"ה אין לווין, דתרווייהו בעינן, וכן יש להוכיח דעת רש"י, דהא באמת יש ראיה ממתני' דריש פירקין דאסור לפסוק בלא נתן לו מעות, דזהו טעם האיסור דריש פרקין, משום דלאו כאיסרו הבא לידו דמי. ואכן לשיטת תוס' דלעיל, דמתני' מיירי בלקח בהלואה, יש לומר דממתני' אין ראיה דהתם שאני כיון שמתחלה בהלואה בא להכי אסור, וכמ"ש בתחלת דברינו, אכן לשיטת רש"י (לעיל דף ס"ב) דלא גרס לקח בהלואתו, ומתני' נמי מיירי שתחלת הפסיקה דרך מכר היה, ואפ"ה אסור לפסוק משום שאין נותן מעות, הרי מוכח שדוקא כשהוא נותן מעות מותר לפסוק, אבל כשאין נותן מעות אסור, דמה שיכול למיזף לא חשיב כיש לו, וא"כ לפי"ז י"ל דמ"ש הרא"ש כאן והרי"ף והרמב"ם, דבהלואת סאה בסאה מותר כשיצא השער ואפי' כשאין לו מעות כלל ומשום דמצי למיזף, י"ל דבסאה בסאה שאני, ומשום דאיכא נמי טעמא אחרינא להיתירא, חיטי דקדחי באכלבאי, וכמ"ש בשם הראב"ד גבי מה לי הן מה לי דמיהן ע"ש, דקשה לומר דס"ל לסמוך אטעם דמצי למיזף לחוד בכל דוכתא נמי, נגד הראשונים שהבאתי ודו"ק בכ"ז. ובעיקר הדין מצאתי בס' שערי דעה (סי' קע"ה) כעין מ"ש לסמוך אטעם דיזיף לחוד בשער דמשוך טובא, ועיין היטב מה שכתבתי לעיל (דף ס"ג), והנה אי נימא כמה שכתבתי יהיה חדוש לדינא בכמה דברים, הן בשו"ע (יו"ד סי' קע"ה) סתם המחבר דבשער עיירות אין פוסקין, ולמ"ש הצדק עמו כשאין הלוקח נותן מעות, אבל כשהלוקח יתן מעות שרי מיהא מטעם דמאי אהנית, וכן בסי' קס"ג סתים, דהיכי דאין איסרו בידו אסור לפסוק, ולמה שכתבתי הצדק עמו בגוונא דמיירי התם שמתחלה בהלואה בא לידו, דאע"ג דבדרך מקח סמכינן אטעם דמצי למיזף, אבל בדרך הלואה אסור, אבל היכי שאין צד הלואה אז מותר לפסוק מיהא בשער דאכלבאי מטעם דמצי למיזף, ועוד כמה נ"מ למעיין בזה ודו"ק:

דף עג.

בתוד"ה והחמרים פי' בקונטרס כו' וא"א לומר כן כו' ע"ש, והנה לדברי התוס' משמע שהבינו דרש"י יפרש, דהחמרים כשקנו התבואה במקום הזול, לצורך עצמם קנו, ומעותיו של בעה"ב הלואה בידם עד שעת הפרעון, דהיינו כשהחזירו לו אח"כ התבואה, ולזה שפיר הקשו דהא הוי ריבית מעליא, דנותן לו יותר ממה שהלוהו אכן כשנדקדק בלשון רש"י ד"ה מ"ט בסוה"ד וז"ל נוח להם לטרוח ולהיות שלוחים לקבל עליהם אחריות הדרך ע"כ, הרי שרש"י מפרש שהחמרים לא קנו כלל התבואה לצורך עצמן כ"א לצורך בעה"ב, ואע"ג דבהליכה נמי נשתמשו החמרים בהמעות והוי הלואה, מ"מ

כשבאו לשם פרעו לו, וזה היה הפרעון מה שלקחו תבואה עבורו, ולפי"ז אין כאן ריבית בעצם דהא אין נותן לו שום יתרון, דמתחלה קנו לצורך בעה"ב, אלא דאפ"ה פריך בש"ס מ"ט משום דאכתי שכר טרחא ועמלם הוא עבור ההלואה, ומשני דניחא להו דמגלי תרעא, ופי' דוה הוי משום שכר טרחתם, ונמצא דאין כאן שום ריבית, ומצד קבלת אחריות דחזרה, ודאי דלא הוי מלוה, דהא רשאי לקבל עליו כל החיובים שירצה, ומתנה שו"ח להיות כשואל, ורק דעיקר הלואה הוא בזה שנשתמשו בהליכתן עם המעות, והלואה זאת פרעו כשהגיעו לאותו מקום וכמ"ש וז"ב, וכן משמע נמי מלשון רש"י ד"ה החמרים שכתב מותר להם ליקח, ולא אמר מותר ללות, דמשמע שעיקר המעות היה על התבואה לקנותם לצורך בעה"ב, רק שפסקו להשתמש בהם עד שעת הקנייה, ואילו להבנת התוס' דעיקר המעות להלואה ניתנו הכי הול"ל מותר ללות, ולפי"ז הוי פירוש רש"י ממש כפי' התוס' ודו"ק. ובעיקר מ"ש התוס' דלרש"י מיירי אפי' אחריות החזרה על החמרים, לכאורה ברש"י שלפנינו לא נמצא כן להדיא, אלא שראיתי בב"י (יו"ד סי' קע"ג) דהוכיח כן ממ"ש רש"י נוח להם לטרוח ולהיות שלוחים לקבל עליהם אחריות הדרך על כך, והיינו ודאי אחריות ההבאה, דאילו אחריות ההליכה, כיון שהם מרוויחים במה שמוליכים לא ניתן ליאמר, דפשיטא שאחריות עליהם הוא:

בגמ' פרדיסא רב אסר כו', עמ"ש מזה לעיל (דף ס"ד ע"ב) ברש"י ד"ה קמ"ל, משם תדרשנו:

תוד"ה בתורי דנפיש פסידייהו, ר"ח פירש כו', והוא כעין פי' הרמב"ם דמותר ליקח עגל קטן בדינר זהב אעפ"י שלקמי' כי שקיל ליה שוה טפי משום דנפיש פסידא שאפשר שימות, וכ"כ בשמ"ק לפרש פי' הר"ח, אלא דהקשה על פירושו, דלמה לו טעם דנפיש פסידייהו, בלא"ה נמי שרי כיון שיש לו וממילא קא רבי, ותי' דהכא לאו ממילא קא רבי אלא ע"י מזונות של מוכר ובטרחו ועמלו ע"ש, והוא כעין פי' הרי"ף שהבאתי לעיל (דף ס"ד ע"א) דטעם ההיתר דמיניה קא רבי דקאמר התם בקרי, אין זה משום דנחשב כאיתנהו ברשותו, אלא משום דלית ליה פסידא למוכר דאי עקרי להנך לא אתו אחרים במקומן ע"ש שבארתי שם הסוגיא, ולפי"ז א"ש דהכא שיש לו פסידא, אין היתר אפי' בדבר דממילא קא רבי. ומכאן יהיה ראיה דהר"ח והרמב"ם יפרשו נמי כפירושינו שם, דאילו לפרש"י התם, מטעם דניחשב כאיתנהו ברשותו, א"כ הכא נמי לישתרי, דכיון דהפרה תגדל ממילא ונחשב כאיתנהו ברשותו, ובאיתנהו שרי לכו"ע דיכול להוזיל, אע"כ דהטעם הוא משום דלית ליה פסידא וק"ל. ואכן רש"י לשיטתו התם דהוי כאיתנהו ברשותו, פי' הכא באמת דלא כר"ח והרמב"ם, דלדידיה הוי שרי כה"ג כיון דאיתנהו

ברשותו, והכא עוד עדיפא מדהתם, דהתם עכ"פ היה נדנוד איסור משום שמניח לו ליגדל בתוך גינתו בשכר ההמתנה, אבל הכא בעגל לא שייך ג"ז, והנה ברמב"ם (פ"ח ממלוה) פי' נמי דבעגל מיירי כפי' הר"ח, וכתב הראב"ד שזה אין נכון, ועיין שם במ"מ שנדחק בכוונת הראב"ד, למה אין נכון, ולמ"ש הדבר מבואר, דהראב"ד יפרש כרש"י, דבדבר דמיניה קא רבי הוי כאיתנהו כבר ברשותו, ופשיטא שאין זה ריבית אפילו בלא טעם דהפוכו וכו' כיון שמעכשיו מכור לו, וכזה השיג גם בשיטה מקובצת כאן על הר"ח עיין שם:

תוד"ה דשבשי שיבשא כו' ור"ח פירש שנותנין מעות לבעל הזמורות והם שווים יותר בשעת הזמיר, והנה לפי' ר"ח בע"כ צ"ל דמיירי בליתנהו לזמורות עוד בעולם, דאי איתנהו הוו שרי אפי' בלא טעם דהפוכו בארעא דהוי דמיא לקרי (דלעיל דס"ד) דשרי, דה"נ לית ליה פסידא למוכר דאי מתעקרו הני לא אתו אחרים במקומן, ובשמ"ק הביא בשם הריטב"א, דהר"ח אפילו באיתנהו מיירי, ואע"ג דממילא קא רבי מ"מ כיון שהשבח הוא גדול והענפים החדשים שמתחדשים לא היו בעולם, היה נראה כריבית בלא טעם דהפוכו, ודבריו תמוהים קצת דמ"ש מההיא דקרי, דהתם נמי השבח גדול, ומה שאין בעולם בעת הקנייה נמי אין חסרון, דהוי כדקל לפירותיו וכמ"ש לעיל שם, אלא הנכון הוא דר"ח מיירי בליתנהו, ואם נרצה לפרש דברי הר"ח באיתנהו נמי הכי נפרשו כפי' הרמב"ם המובא בנמוק"י, דלהכי בעינן שיהפוך בארעא, לפי שאין הדבר ידוע איזו תזמר ואיזו תשאר ולפיכך הוי המעות כהלואה והזול שכר המתנה וכמאן דליתנהו הוו, ודו"ק:

בגמ' א"ל רבנן לרבא קא אכיל מר ריביתא כו' א"ל אתון עבדיתון שלא כדין כו', יש לעיין למה השמיט הרא"ש והטור והמחבר להאי דינא, והרמב"ם והרי"ף הביאו:

דף עג:

תוד"ה דסתם משכנתא שתא כו' ורבא השיבו דלא עדיף מגברא דאתי מיניה ע"כ, הוצרכו לזה ולא פי' כפשוטו דרבא לאו מדינא פטרו, אלא ניחא דנפשיה עביד עמו ועשה לו כדיניהם, דלכאורה גם לשון הש"ס משמע הכי, מדהקדים לומר לו אי הוי ידענא דממושכן לך לא הוי זביננא השתא כדיניהם עבדינא, ומהקדמה הזאת משמע שמחמת שקנה השדה, אשר אם ידע לא היה רוצה לקנותה, לכן עושה עמו טובה ואינו לוקח ממנו לכל הפחות שכר המעות, דאי כפי' התוס' דמה שאמר כדיניהם עבדינא, היינו לפי דין ישראל נמי משום דלא עדיף מגברא דאתי, ובא מחמת עכו"ם הרי הוא כעכו"ם, למותר הוא הקדמת הדברים, דאילו ידע לא הוי זבין, ואכן משום דהתוספות מפרשים

דחששת רב מרי בזה היה משום ריבית, דרבא חשיב כלוה, ובריבית הא לא מהני מחילה דשעת פירעון לכו"ע, ולהכי א"א לומר דרבא דאמר כדיניהם עבדינא, מילתא בעלמא הוא, מה שאינו לפי דין ישראל, דמאי מהני זה, דכיון שבדין ישראל אין הדין כן, אסור גם למחול ולעשות כדיניהם, ולהכי הוכרחו לפרש דגם בדינינו הדין כן משום דלא עדיף מגברא כו'. ובסברת רש"י י"ל דמשום דמשמע ליה מלשון הש"ס, דרבא רק מחילה מדנפשיה עביד לו, להכי דחקו לפרש דחששת רב מרי לאו משום ריבית היה, אע"ג דבענינא דריבית מייתי לה הש"ס, אלא עיקר חששא דרב מרי היה שלא יהא דר בחצר חבירו שלא מדעתו, ומשום גזל נגע בה, ורבא השיבו דמפני שקנה השדה בלא ידיעה, לכן יעשה לו טובה ולא יתנהג עמו כדין ישראל אלא כדיניהם דיכול למחול, אבל אי משום ריבית לא היה מהני מחילה:

ואין להקשות דהכא תיהני המחילה לאסור ריבית נמי ואפי' מחילה דבשעת הנתינה נמי, דהא העליתי לעיל (דס"ו ע"ב) דע"כ לא קיי"ל (ביו"ד סי' ק"ס) דמחילה דשעת פרעון לא מהני, היינו במקום שמתחלה קצץ עמו על הריבית ולהכי אע"ג דבעת הנתינה נותן לו בתורת מחילה לא מהני, דהוי כמחילה באונס, דמשום שקשה לפניו לעבור על התנאי שהתנה עמו ימצא לפניו דרך היתר לתת לו בתורת מחילה, וכיון דהתנאי דוחקתו נחשב כמחילה באונס, אבל בכה"ג דהכא דרבא לא קצץ עמו כלום, וא"כ מחילתו היתה מחילה גמורה שלא באונס, מהני מחילה לכו"ע, ועמש"ש באריכות ברש"י ד"ה והדרי פירי, דהא הא דמהני מחילה כלל היינו רק לענין שא"צ להחזיר הריבית, אבל לענין האיסור לא מהני מחילה כלל, דמה מהני מחילה לענין איסור וכמ"ש הפרישה (בסי' ק"ס) ולהכי א"א לפרש הכא מטעם מחילה, דודאי שניהם לא ירצו לעבור האיסור, ודו"ק:

תוד"ה השתא, משמע דיכול אדם למכור מה שהשכיר ביד אחרים וכן קאמר להדיא בערכין (דף כ"א) דאם הקדיש המשכיר את הבית אין השוכר רשאי לדור בו ואם דר בו מעל, וקשה דאמרי' (כתובות דנ"ט) בית שמשכנתי לך לכשאפדנה ממך תקדש קדשה, משמע שכל זמן שהיא ממושכנת אין יכול להקדיש כו'. והנה על הסתירה הגדולה הזאת הרעישו רבותינו הראשונים ז"ל והרבה תירוצים נאמרו ע"ז, התוס' בכמה דוכתי תירצו, דמה שיתר על החוב יכול להקדיש, ולא מה שכנגד החוב, וההיא דכתובות מיירי שירצה להקדיש כולה ע"ש. והר"ן בנדרים (פ' השותפין) כתב, דבערכין מיירי בהשכיר לו בית סתם ולהכי מצי להקדיש ויהיב ליה לשוכר בית אחרינא, אבל בבית זה ודאי לא מצי המשכיר להקדיש, ובהכי מיירי ההיא דכתובות דקאמר לכשאפדנה. וסמ"ג בשם ריב"א תי' לחלק בין משכון לשכירות, דמשכון דומה להקדים שכרו דאין יכול

להקדיש, ועמ"ש התוס' בערכין שם מזה. ולפי"ז יש לתמוה על הרמב"ם (בפ"ו מהל' ערכין) שכתב להנהו חרי דינים בסתמא, דבמשכון כתב לכשאפדנה ממך תקדש קדשה, ומשמע דקודם שפדה אין יכול להקדיש, ואח"כ כתב דבמשכיר לחבירו בית והקדישה המשכיר פקע השכירות, ולא הזכיר שום חלוק מכל הנהו חלוקים. ואפשר לי לומר, דבעיקר הסתירה שהקשו התוס', יש ליישב ולחלק בין משכון לשכירות, דמשכנתא דהוי כמכר בידו עד שיסלק החוב וכדאמרי' לעיל (דף ס"ב), אינהו בתורת זביני אתו לידיה, וכיון דעד שיסלק החוב הוי כמכר להכי אין יכול להקדיש, דפשיטא שדבר המכור כבר א"י להקדיש, אבל בשכירות דלא הוי כמכר כלל, דגוף הבית ודאי דלא הוי כמכור, אלא אפי' הנאת התשמיש נמי לא חשיב כמכור, וכמ"ש התוס' עצמו לעיל (דף נ"ו ע"ב), דלא אמרינן שכירות ליומא ממכר כ"א לגבי אונאה אבל לכל מילי לא הוי כמכור, וכיון דלא הוי כמכור יכול שפיר להקדיש, וכן מצינו לענין איסור ריבית לחלק בין משכנתא לשכירות, ואמרי' נמי דמשכנתא עדיף משכירות, דגבי שכירות קיי"ל דהמלוה לחבירו אסור לשכור ממנו בפחות וכמ"ש (לעיל דף ס"ד) ואילו גבי משכנתא מותר בנכייתא אע"ג דהוי נמי בפחות, ותי' התוס' שם דמשכנתא דהוי כמכר הלכך התירו חכמים לאכול בנכייתא, אבל אם השכיר לו בלא משכנתא אם ישכור בפחות הוי ריבית, וכ"כ הרא"ש ביותר ביאור ע"ש, וא"כ גם לענין נדון דידן נמי יכולים אנו לחלק בין משכנתא לשכירות, דבמשכנתא כיון דהוי כמכור לו, ודאי דא"י להקדיש ולמכור, ומיושב שפיר הסתירה מערכין לההיא דכתובות. ולפי"ז מיושב נמי דברי הרמב"ם הנ"ל שסתם להנהו תרי דינים כפשוטם, משום דאיהו לשיטתו דס"ל נמי דשכירות לאו ממכר הוא כלל, וכמ"ש בט"ז (חו"מ סי' שע"ג) והבאתי זה לעיל (דף נ"ו ע"ב) ע"ש, להכי אתי שפיר הני תרי פיסקי הרמב"ם כפשוטם, במשכנתא דהוי כמכר, דייק לכתוב לכשאפדנה, ומקמי הכי לא, דאין יכול להקדיש דבר המכור, ובשכירות דלא הוי ממכר כלל, שפיר יכול להקדיש בכל אופן. ואין להקשות מהך עובדא דרב מרי בר רחל דסוגיין, דהוי נמי משכנתא ואפ"ה יכול היה למכור, דשאני הכא דישראל מנכרי לא קנה המשכון ולא הוי כמכור, וכמ"ש (בפסחים דל"א) דחכמים דר"מ ס"ל דישראל מעכו"ם לא קנה משכון, ועיין בפנ"י בכתובות שם, דנשאר נמי בתימה על התוס' דמדמו משכנתא דכתובות דמיירי בישראל, למשכנתא דהכא דמיירי בעכו"ם, ועמ"ש בהפלאה שם:

והנה על כל הראשונים הרא"ש והר"ן, שטרחו ליישב הסתירה הזאת וכמ"ש לעיל, ולא ניחא להו לחלק בין משכנתא לשכירות כחלוקי הנ"ל, דלשיטתם בפירושא דשכירות ליומא ממכר הוא אין לחלק בכך וכמו שנבאר, דהנה התוס' לעיל א נ"ו ע"ב) ד"ה והאי

ביומיה, הקשו איך אמרינן דיש אונאה לשכירות משום דשכירות ליומא ממכר הוא, והא בע"ז מוכח דשכירות לא קניא, מישראל ששכר פרה, ומלא לבית דירה אמרו, ותי' דדוקא גבי אונאה דכתיב ממכר מיותר אמרינן דשכירות ליומא ממכר הוא לא לכל מילי ע"ש. ואכן בנמוק"י שם תי' דודאי לכל מילי הוי שכירות כמכר, אלא דלא הוי כמכר כ"א הנאת התשמיש ולא גוף הדבר, וא"ש ההיא דע"ז, דקאי התם לגבי אכילת תרומה שאם כהן שכר פרה מישראל לא יאכילנה כרשיני תרומה, ונהי דיש לכהן בפרה קנין שכירות, אבל גוף הפרה כיון דשל ישראל הוא אסור להאכילה תרומה, וכן לענין להכניס ע"ז, כיון דביתו של ישראל הוא אף דיש לעכו"ם קנין שכירות, אסור להכניס בתוכה ע"ז, אבל ודאי דהנאת התשמיש הוי כמכור. ואמנם שיטת הרא"ש הוא דשכירות הוי מכר ממש אפי' לענין גוף הדבר, דהטור (בחו"מ סי' ר"ס) הביא בשם הרא"ש דשכירות ליומא ממכר הוא לענין קנייה ושלו הוא עד תום שנתו ע"ש. ויותר יש להוכיח ממ"ש הרא"ש בב"ק הטעם דמשכיר יכול להקדישו משום דסוף הקרקע לחזור ליד המשכיר, ובתשובה סי' א', ביאר יותר דהוי עי"ז כמו חצר השותפין, כיון שלאחר זמן השכירות יחזור להמשכיר ולכן הוי כחצר השותפין משום שיש לשניהם חלק בו, וע"ש בב"ק שכתב במסקנא וז"ל, ומתוך זה נ"ל דהקדש שחל על גוף הקרקע אעפ"י שמשכנו או השכירו יכול לאסור חלקו שיש לו כו' ע"ש, ואי נימא דס"ל להרא"ש כהנמוק"י דשכירות לא הוי ממכר כ"א לענין ההנאה ולא לגוף הדבר, למה לו לומר הטעם דיכול להקדיש הגוף משום דסופו לחזור ליד המשכיר, תיפוק ליה משום דבגוף הקרקע אין לשוכר שום קנייה, אע"כ דס"ל דגם הגוף מכור הוא ליומא, ולהכי אי לאו טעמא דסופו לחזור לא היה יכול לאסור אפי' הגוף, ועמ"ש מזה בתשובת ושב הכהן סי' מ"ז. ולפי"ז אתי שפיר דהרא"ש לשיטתו א"א לחלק בין משכנתא לשכירות, דהחלוק שכתבתי לא שייך כ"א לשיטת התוס' דס"ל דשכירות לאו ממכר הוא כלל, ואפי' לשי' הנמוק"י דמכר הוא לענין הנאת התשמיש, מ"מ אכתי לא דמי למשכונא, דמשכונא הוי הגוף כמכור עד שיסלק, אבל לשי' הרא"ש דגם בשכירות הוי הגוף כמכור, ורק משום דסופו לחזור והוי כחצר השותפין, א"כ דמיא ממש למשכנתא, דהתם נמי סוף הקרקע לחזור. ועפי"ז ניחא נמי מ"ש הטור והמחבר (ביו"ד סי' רכ"א) שהשוה דין דממשכן לדין דמשכיר, והוא דלא כהרמב"ם הנ"ל שחילק ביניהם, והיינו משום דגם הם לשיטתם שפסקו (בחו"מ סי' ר"ס) כהרא"ש, דשכירות ממכר ממש הוא, וא"כ דמיא ממש למשכנתא, וגם בר"ן י"ל נמי דס"ל כהרא"ש בזה, ולהכי הוכרחו לתירוצים אחרים בישוב הסתירה ממשכון לשכירות. אכן על התוס' בלבד יקשה, דהם עצמם ס"ל דשכירות לא הוי כמכר כלל אפי'

לענין הנאת התשמיש, ובמשכנתא ס"ל דהוי כעין מכר וכמ"ש בתוד"ה ולא ישכור (לעיל דף ס"ד ע"ב), א"כ למה טרחו למצוא ישובים אחרים ולא תי' כפשוטו, דבמשכנתא דהוי כמכר א"י להקדיש, ובשכירות יכול להקדיש:

ואפשר ליישב שיטת התוס', דהנה כבר כתבתי דמעובדא דרב מרי דסוגיין מוכח דאפי' במשכון יכול למכור, וישבתי דהיינו משום דישראל מנכרי לא קנה משכון, ואמנם הא חזינן לתוס' שבכל המקומות שדברו מזה, הביאו גם מעובדא דהכא להוכיח דבמשכנתא יכול למכור, מכלל דלא ניחא להו לחלק בזה בין נכרי לישראל, ובטעם הדבר י"ל כמ"ש ההפלאה בכתובות, דהטעם דישראל מעכו"ם לא קנה משכון, הוא, משום דקנין המשכון יליף שם מהך דר' יצחק דיליף מקרא דולך תהיה צדקה, ודר' יצחק מיירי שלא בשעת הלואה, וקנין מעות ליכא דהמעות הוי הלואה כבר, ורק קנין משיכה הוא דאיכא, א"כ היינו דוקא בישראל דמשיכה קונה, אבל בעכומ"ז דקנינו במטלטלין בכסף כדאיתא בע"ז דלישראל בחדא ולעכו"ם בחדא, א"כ אין לו במה לקנות המשכון, ורק ר"מ לטעמיה דס"ל (בקדושין דף מ"ח) דהמקדש במלוה מקודשת, והוא הדין במכר שפיר קונה בכסף ההלואה, אבל לרבנן דמלוה לא קנה ומשיכה נמי לא קנה בעכו"ם במטלטלין, לא יוכל לקנות המשכון, ולפי"ז היינו דוקא במשכון של מטלטלין, אבל במשכון דקרקע כהך דהכא דעיקר קנינו בשטר, אין חלוק בין ישראל לנכרי, וכיון שכן אתי שפיר מה שלא רצו התוס' לחלק בין שכירות למשכנתא, ולומר דבמשכנתא דעדיף משכירות אין מועיל המכירה דהא יש להם הוכחה מסוגיין דמיירי נמי במשכון ואפ"ה יכול למכור, והיינו דבכל המקומות שהביאו התוספות להקושיא מערכין אההיא דכתובות, הביאו נמי מהך עובדא דסוגיין אע"ג דא"צ לזה לכאורה, דהא הקושיא היה שפיר בלא זה, אלא משום דבלא עובדא דהכא הו"א לחלק בין ההיא דערכין דמיירי בשכירות, להההיא דכתובות דמיירי במשכון, להכי דייקו בכל מקום לצרף לזה גם סוגיא דהכא דמיירי נמי במשכון ואפ"ה יכול למכור, הרי דאין חלוק בזה דוק ותשכח. ואכן כ"ז נוכל לומר רק בדעת התוס', דיסברו כטעם דהפלאה בזה שאין ישראל מגוי קונה משכון, ושלפי"ז בקרקע אין חלוק, ושפיר מוכח מסוגיין דאין לחלק בין משכון לשכירות, אבל הרמב"ם לשיטתו א"א לו לפרש כטעם דהפלאה מחמת תרי טעמי, חדא דהא שיטת הרמב"ם ידוע דס"ל דבישראל במשיכה, ובנכרי או בכסף או במשיכה, וכמ"ש המ"מ והכ"מ (בפ"א מהל' זכייה ומתנה) וא"כ גם מנכרי יכול לקנות המשכון ע"י משיכה, ועוד דאפי' בכסף ההלואה נמי יכול לקנות, דאע"ג דמיירי במשכנו שלא בשעת הלואה ונעשו המעות הלואה, הא הרמב"ם ס"ל דמלוה קונה במכר, ובע"כ דהרמב"ם יסבור דטעמא דחכמים

דר"מ דס"ל דישראל מנכרי אין קונה משכון, היינו משום דיליף לה מקרא דולך תהיה צדקה וישראל מישראל דבר צדקה הוא קני, אבל משכון דנכרי דלאו בר צדקה הוא לא קני וכמ"ש הר"ח שם טעם זה, ולטעם זה אין חלוק בין קרקע למטלטלין ואפי' במשכון דקרקע נמי אין קנה ישראל מעכומ"ז, ובאמת כן מוכח כולה סוגיא דפסחים שם, דאפי' בקרקע נמי לא קנה וכמ"ש הפנ"י בכתובות ע"ש, וכיון שכן אין מוכח מהך דסוגיין כלל, דבמשכון נמי מועיל המכירה, די"ל דהכא מיירי במשכון של נכרי דלא קנה אותו כלל, להכי מועיל המכירה, אבל במשכון דעלמא ודאי דאין יכול למכור, כיון דמשכנתא נחשב כמכר, וא"כ לא קשה כלל מההיא דערכין דמיירי בשכירות דלא נחשב כמכר לשיטת הרמב"ם, להכי יכול להקדיש ולמכור, אבל במשכנתא א"י למכור, וצדקו דברי שניהם, דברי התוס' דמדמו משכון לשכירות, ודברי הרמב"ם דמחלק ביניהם, דלדעת התוס' היה להם הכרח מן הש"ס דהכא שאין לחלק ביניהם, ולהכי הוכרחו לתירוצים אחרים בישוב הסתירה מערכין לכתובות, והרמב"ם לשיטתו אין שום הכרח מש"ס דילן, להכי מיישב בפשיטות וחילק בין ההיא דערכין דמיירי בשכירות, להההיא דכתובות דמיירי במשכנתא:

ואחרי שעלה בידינו בעזה"י ליישב שיטת הרמב"ם והתוס', ננסה עוד את כחנו לישב שיטת הריב"א המובא בתוס' בערכין בישוב הסתירה הזאת, דבכתובות דמיירי במשכון שהקדים לו המעות, ובכה"ג גם בשכירות אם הקדים לו השכירות אינו יכול שוב להקדיש, דהוי כמי שאינו של משכיר, ובערכין מיירי שלא הקדים לו השכירות עדיין להכי יכול להקדיש ע"ש. וכבר הרעישו רבותינו גם על תירוץ הזה, דמאי נ"מ יש בין הקדים לו השכירות או לא, הלא שכירות קרקע נקנה נמי בשטר וחזקה בקנין גמור, ואפ"ה יכול להקדיש, א"כ כי נתן לו גם הכסף מאי הוי, ומה מועיל קנין על קנין, ועוד דהא ודאי שלא נתן לו הדמים לשם קנין מאחר שכבר קנה השכירות כדרך כל השוכרים אלא דהוי כמסיק ביה זוזי, עיין על דבריהם ברא"ש דנדרים פ' השותפין. והנה אם התלונה לא היתה כ"א על הריב"א בלבד החרשתי, אכן באשר שבירושלמי מפורש נמי כדבריו, דז"ל הירושלמי (פסחים פ"ד) המשכיר בית לחבירו ועמד והקדיש ה"ז מקודשת אימתי בזמן שלא הקדים לו שכרו אבל הקדים שכרו הרי זה דר בתוכו בחנם, והתוס' בערכין ובנדרים הביאו ראיה לזה גם מן התוספתא, וכן פסק הא"ז להדיא לעיל (בפ"ק ד"ו) וכ"כ נמי הסמ"ג, וקשה לעשות לכל אלה כטועים בדבר התלוי בסברא. לזה נ"ל ליישב, דכל הפוסקים הללו יסברו נמי כשיטת התוס' דשכירות לאו ממכר הוא כלל, או כהנמוק"י דאין ממכר כ"א להנאת התשמיש ולא לגוף החפץ, וכיון שכן מצד עצם

קנין השכירות אכתי יש זכות ביד הבעלים להקדישה, דנהי דהשוכר קנה קנין גמור להנאת התשמיש אבל הגוף הא לא קנה כלל, ובודאי יכולים הבעלים להקדישו, ואיך יוכל השוכר לדור בתוכה, הא תחת בית של הקדש הוא דר, וע"כ נהנה הוא מן ההקדש, ואף דיש לו קנין ליהנות, הקנין לא יוכל לבטל איסור הנאת הקדש, ואכן כל זה הוא דוקא כשלא הקדים לו שכרו, דאין לשוכר שום תביעה ושעבוד על גוף הדבר, כי אם מצד הקנין שהשכירו ליהנות בו, אבל אם הקדים לתת לו שכרו, אז יש לו זולת תביעת הקנין, עוד תביעה אחרת על ממון השכירות, ובעד התביעה הזאת גוף הבית משועבד לו לסלוק החוב, דאע"ג דלא עשאו אפותיקי מפורש, הא משכנתא ושכירות אפי' בסתם הוי נמי אפותיקי, וכמבואר בחו"מ סי' קי"ז), וכיון דגוף הבית הוי נמי אפותיקי ודאי דאין יכול שוב למכור ואפילו להקדיש נמי אין יכול, דע"כ לא קאמרינן בגיטין (דף מ') דהקדש מפקיע משיעבוד האפותיקי, דוקא קדושת הגוף כמו בעשאו שורו אפותיקי, אבל קדושת דמים הא ס"ל לרש"י התם דאין מפקיע מידי שיעבוד, והנה הירושלמי ודאי דס"ל בזה כרש"י וכמ"ש התוס' שם בשם הירושלמי, ולהכי לשיטתו שפיר חילק בין הקדים השכירות ללא הקדים, דבלא הקדים שאין לו כ"א קנין על ההנאה ולא בגוף הדבר שפיר יכול להקדישו, אבל בהקדים השכר, דהגוף משועבד נמי לחוב ממון השכירות, וקדושת דמים אין מפקיע מידי שעבוד. וכן י"ל נמי דהריב"א והא"ז סברי נמי כרש"י ושפיר חלקו. ועיין בתומים ונה"מ שכתבו להדיא דאפי' במשכון סתם א"י למוכרו מטעם דהוי כאפותיקי ודו"ק בכ"ז, ועיין במהר"ם שי"ף כאן שכתב נמי דמיירי בהקדים לו השכר, ובהגהות הקשה עליו כקושית הרא"ש בנדרים הנ"ל, ולא זכר כלל לא מהירושלמי ולא מהרא"ש:

בא"**ד** דמה שיתר על החוב יכיל להקדיש כו' ומה שאין יכול לדור משום דהקדש מעורב בו ע"כ, ומשמע לכאורה דאם אין המשכון שוה יתר על החוב אין יכול להקדיש, ואם הקדיש רשאי השוכר לדור, דהשתא אין בזה תערובת הקדש, ואמנם מדברי הרא"ש בב"ק שהבאנו לעיל, משמע להדיא דאפי' אין שוה יתר מהחוב נמי יכול להקדיש ואסור לשוכר לדור, דכיון דסוף החפץ לחזור לבעלים אכתי הוי כשותפין, וא"כ אכתי יש בזה תערובות הקדש, ואפשר יש לכוון גם דברי התוס' לזה ודו"ק:

בגמ' רבינא הוי יהיב זוזי לבני אקרא דשנוותא כו' א"ל אוזולי מוזלי גבך, הנה מרש"י משמע דבשעת הפירעון שפכי ליה כופיתא יתירתא ואפ"ה מותר הואיל ולא פסק עמהם ואין מזכירין לומר בשכר מעותיך שהיו בטילות, מתנה בעלמא הוא. והרא"ש ס"ל דריבית מאוחרת לא שרי כ"א היכי דשלח לו אחר הפירעון, אבל אם בשעת פירעון נותן

לו יותר אסור אפי' בסתם, וכן הוא שיטת הרמב"ם (בפ"ה מהל' מלוה) כפי שפי' הטור בסי' ק"ס והמ"מ שם. והך עובדא דהכא אליבא דהרא"ש יש לומר בפשיטות דלא יפרש כרש"י דמיירי שהקדים להם המעות ומשום חששא דריבית נגע בזה, אלא יפרש כשיטת הרמב"ן והראב"ד דרבינא לא היה מקדים מעות אלא שבשעת מקח היה נוטל פירות ורבינא לא מחשש ריבית היה שואל אלא מפני חשש גזל, דמפני שהכרמים לא היו שלהם והיה סבור שאינו אלא הלואה או פקדון גבייהו ולא היה להם לזלזולי בפירותיהן ע"ש. אכן על הרמב"ם שהעתיק לדינא דהך עובדא (בפ"ח ממלוה) גבי ריבית, דגם משום איסור ריבית אין בזה כיון שלא התנה, וא"כ קשה איך כתב (בפ"ה מהלכות מלוה) דאפי' בסתם אסור. ואמנם כמה ישובים נאמרו בזה, ממשמעות המ"מ נלמוד דהרמב"ם יפרש דהך עובדא דהכא לא מיירי שבשעת פירעון שהחזירו לו היין נתנו לו כופיתא יתירתא, אלא שמקודם פרעו להם המגיע לו, ולאחר שנסתלק מאתם נתנו לו אחת יתירתא, ועפי"ז יתפרש נמי כוונת הרמב"ם (בפ"ח ממלוה) וכ"כ הלחם משנה בפ"ה בכוונת המ"מ ע"ש. ותלמידי הרשב"א והנמוק"י תרצו, דבהלואה אסור אפילו בסתם, והכא שאני דהוי מכר ומשו"ה בסתם שרי. ואכן על שני תרוצים הללו קשה טובא, ממה שאמר ר"נ לעיל (דף ס"ג ע"ב) האי מאן דיזיף פשיטא מחבריה וכי אהדר אשכח בהו טופיינא בכדי שאין הדעת טועה מתנה בעלמא הוא דיהיב ליה, והתם דהוי בשעת פירעון והוי נמי הלואה ואפ"ה שרי, וראיתי בשמ"ק שהוכיח נמי מהך דר"נ, דשיטת רש"י הוא דאפי' בהלואה ובשעת פירעון שרי, וכ"כ נמי הטור ע"ש רש"י, והן אמנם דדבריהם נפלאו, דהא רש"י פירש לעיל, דהאי ואשכח טופיינא דקאמר התם, היינו שהלוה מצא טופיינא בשעת הלואה, וליכא התם חשש ריבית כלל, וא"כ לשיטת רש"י עצמו אין ראיה מהתם, דגם בהלואה שרי בסתם, וכיון שראיה אינה, נראה לי להיפך להביא מכאן ראיה ברורה למ"ש הב"י והב"ח בכוונת רש"י, דגם רש"י לא התיר כ"א במכירה ולא בהלואה מדדייק רש"י לפרש, דהאי טופיינא הלוה מצא, מכלל דאם המלוה היה מוצא טופיינא בשעת פירעון לא אמרי' מתנה יהיב ליה משום דהוי"ל ריבית, והכי דייק המ"מ (בפ"ד ממצוה) ע"ש, הרי לנו ראיה ברורה דגם רש"י אוסר בהלואה אפי' בסתם ודלא כהטור בדעת רש"י וז"ב, אבל אכתי על הרמב"ם שכתב להדיא (בפ"ד ממלוה) הדין דאשכח טופיינא גם לענין פרעון, וא"כ מוכח מינה דס"ל שאפי' בהלואה ושעת פרעון נמי שרי, וא"כ יקשה מ"ש בפ"ה דבשעת פרעון אסור, ועמ"ש הט"ז והחו"ד (ביו"ד סי' ק"ס) בישוב קושי' זאת. והנ"ל בזה, דהיכי שנתנו לו בעת הפרעון בידיעת שניהם, היינו שגם המקבל ידע מהיתרון שנתן לו, דבזה ליכא למיתלי שמא מיגזל גזליה והבליעו בחשבון, דהבלעה

אין שייך כ"א כשהבליעו שלא מדעת המקבל, וליכא למיתלי כ"א במתנה אמרי' דאסור, דאפי' בסתם נמי אסור לתת לו בשעת פרעון, וההיא דאשכח טופיינא דמיירי שמצא אח"כ ובעת מעשה לא ידע המקבל, ואיכא למיתלי בהבלעה וכדאמרי' בהדיא (לעיל דס"ד), להכי שרי דאמרינן ודאי דלהבלעה מתכוון ולא למתנה, שזה אסור משום ריבית, ואחזוקי איניש ברשיעי לא מחזקינן וזה תי' נכון בעזה"י, ועמ"ש לעיל (דף ס"ד ע"א) לפרש בזה כוונת המ"מ בדין זה, ואע"ג דלעיל התם קאמר בש"ס דבאיניש תקיפא תלינן בהבלעה, היינו דבאיניש תקיפא לא נוכל לתלות כ"א בהבלעה ולא במתנה, ובאיניש לא תקיפא נוכל לתלות נמי במתנה היכי דשרי לתת מתנה, אבל ודאי דגם באיניש דלא תקיפא נוכל לתלות בהבלעה, ועמ"ש לעיל בארוכה ומזה יהיה ראיה למ"ש התם, ודו"ק:

דף עד.

בתוד"ה הכא לאו בידו, הקשו על רש"י (סנהדרין דכ"ג גבי משחק בקוביא דלהכי לא הוי אסמכתא משום דלאו בידו, והכא אמרינן דאדרבה דהיכי דלאו בידו הוי אסמכתא טפי ע"ש. ונ"ל ליישב כאשר נדקדק בלשון רש"י שם וז"ל היכי דמי אסמכתא כגון אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא וכגון ההיא דג"פ דסמיך על דבר כסבור כל זה בידו לעשות ומרישא כי מתני אדעתא דלא יהיב ולאסמכתא קא מכוון דטועה שלא יבוא לידי כך ע"כ, וכבר הרגישו התוס' שם על הפליאה הגדולה שבדברי רש"י מ"ש דהיכי דמי אסמכתא כגון אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא, הא להדיא כאן דבכה"ג לאו אסמכתא, דדוקא אם אוביר אשלם אלפא זוזי דגזים הוי אסמכתא, והתוס' כתבו דודאי טעות סופר הוא ברש"י, ואפשר לי לומר דאין בזה שום ט"ס, וסברת רש"י כן הוא, דהנה בשם אסמכתא, קורין אנו לשני סוגי תנאי, א), היכי דהתנאי לאו בידו אע"ג דלא גזים, ב), היכי דגזים אע"ג דבידו, ואם כי שווים הם בשמותיהם, דלשניהם קורין בשם אסמכתא, מ"מ חלוקים הם בטעם הדבר, למה ניתן להם שם אסמכתא, נקח לדוגמא תנאי דלא גזים, כגון מאן דיהיב זוזי לחבירו למיזבן לו חמרא, דהוי אסמכתא, משום דאמרינן דהמתנה סמיך היה על איזה דבר וכסבור בידו לעשותה, ולהכי אין ממש בתנאי הזה דאמרי' דאילו היה יודע שלא יוכל לקיים התנאי לא היה מתנה, וא"כ ניתן לו שם אסמכתא, מצד שהמתנה היה סומך עצמו על איזה דבר, ואע"ג דבשעת התנאי דעת המתנה שלימה היתה ובלב שלם נתכוון לקיים הבטחתו, אפ"ה כיון דטועה היה וכסבור שלא יבוא לידי כך נתבטל התנאי, ואמנם היכי דגזים הוי נמי אסמכתא עוד מטעם אחר, דאמרי' דגם בשעה שהתנה לא היה דעתו כלל לקיים הגוזמא שהבטיח, ומה שהתנה כן, היינו שרצה

רק להסמיך חבירו על דבריו שעי"ז יתרצה לפיסוק התנאי ויאמין לו, וא"כ בכה"ג ניתן לו השם אסמכתא לא מצד שהמתנה היה סומך עצמו, אלא מצד חבירו שרצה להסמיכו על דבריו, ובזה נעמוד על כוונת שנוי הלשון שנפגוש בדברי רש"י בזה, בההיא דסנהדרין כתב בזה"ל, דה"ד אסמכתא כו' דסמיך על דבר וכסבור בידו לעשותה, ובתנאי דגזים דייק לכתוב בזה"ל, גוזמא בעלמא שלא נתכוון אלא להסמיך חבירו על דבריו, ומבואר כדברינו, דבתנאי דלא גזים, דייק לכתוב, דנקרא בשם אסמכתא מצד המתנה, שהוא הי' הסומך עצמו, ובתנאי דגזים, שרצה להסמיך חבירו על דבריו, דוק ותמצא. ומעתה ניחזי אנן, כיון דעיקר שם אסמכתא שמצד המתנה, היינו משום דאמרי' דסמיך היה וכסבור שבידו לעשותה, א"כ כל מה שהסמיכות הוא יותר קרוב למציאות, ובידו יותר לעשותה, ראוי נמי יותר להקרא בשם אסמכתא, ואם אמרו גבי מאן דיהיב זוזי לחבירו למזבן ליה חמרא דמיקרי אסמכתא, אע"ג שלאו בידו הוא לגמרי, דשמא לא יתרצה זה למכור, ואפ"ה אמרינן דבשעת התנאי סמיך ע"ז, כ"ש גבי אם אוביר ולא אעביד דבידו הוא לגמרי, שראוי להקרא בשם אסמכתא כיון שבידו ממש לעשותה, ובודאי שהמתנה היה סומך ע"ז, ולענין זה אין חלוק בין שהוא גזים ואמר לשלם אלפא זוזי, או לא גזים ואינו מתחייב כ"א לשלם במיטבא, אפ"ה הוי אסמכתא עכ"פ מצד המתנה, ואלא דבגזים הוי נמי אסמכתא מצד חבירו, ובלא גזים לא הוי אסמכתא כ"א מצד המתנה, אבל מצד המתנה ודאי דהוי אסמכתא, אלא אפ"ה מחויב לקיים התנאי, דכיון שבידו היה לגמרי הוי כאילו פשע, וכמ"ש בשמ"ק ונמוק"י טעם זה, דכיון דבידו קנסוהו רבנן, והיכי דלאו בידו אין ראוי לקנס. ומזה נראה ברור, דהא דלא מתבטל התנאי גבי אשלם במיטבא, לאו משום דלא מיקרי אסמכתא, אלא משום קנס, אבל אסמכתא מיקרי ודאי, דאי כהבנת התוס' דבכה"ג לא מיקרי כלל אסמכתא, למה לן טעמא דקנס, אלא ודאי דאם אוביר אשלם במיטבא כ"ש דמיקרי אסמכתא, ורק דאפ"ה מחויב לשלם ואין התנאי מתבטל משום קנס, וכן הוא להדיא בשמ"ק לקמן (דף ק"ד) ועמ"ש לקמן (דף ק"ד ע"ב) מזה, ואין להקשות דא"כ אפי' גזים נמי ואמר שישלם אלפא זוזי ניקנסיה לשלם כיון דבידו הוא והוי פשע בקיום התנאי, דאתי שפיר נמי בדברינו, דבשלמא בדבר דלא גזים, דאמרי' דבשעת התנאי היתה דעתו שלימה לקיים הבטחתו, ורק החסרון הוא משום דטועה היה דסבור הוא שיקיים התנאי, להכי אמרי' שפיר כיון דבאמת היה בידו לקיים, ומה שלא קיים מצד פשיעת עצמו הוא, אין זה חסרון וחייב לשלם, אבל בתנאי דגזים דהחסרון הוי משום דמעולם לא נתכוון לחייב עצמו בסך כזה, אין מקום גם לקונסו לשלם האלפא זוזי, אבל כפי שוויה אה"נ דקנסינן אותו לשלם אפי' בכה"ג, וכמ"ש הרי"ף והרא"ש (לקמן

דף ק"ד) דנהי דאלפא זוזי לא משלם, אבל במיטבא מיהא משלם, והיינו נמי מטעם קנס כיון דבידו הוא:

ונמצינו למידים דכשאנו דנין על תנאי, אם ראוי להקרא בשם אסמכתא או לא, אז כל מה שבידו יותר, ראוי יותר להקרא בשם אסמכתא, ואם בידו ממש הוא, כגון תנאי דאם אוביר הוי ודאי אסמכתא, אלא אפי' דבר שאינו בידו כ"כ כגון האי מאן דיהיב זוזי למזבן חמרא, נמי נקרא בשם אסמכתא, דאמרי' דמ"מ סמיך היה אולי יפעול ע"י השתדלות שיתרצה זה למכור לו, אבל בדבר שאינו בידו כלל ואין שום מקום לומר דסמיך היה על איזה דבר, תנאי כזה לא הוי אסמכתא כלל, וכ"ז הוא רק כשאנו דנין אם ראוי להקרא בשם אסמכתא, בזה הוא כל מה שיותר בידו, יותר הוי אסמכתא, אבל כשאין אנו דנין על השם, דזה ידעינן שהתנאי הוא אסמכתא, רק שנדון אם אסמכתא הזה מבטל הקנין או לא, בזה הוא להיפך, דהיכי דבידו לגמרי כגון אם אוביר אשלם במיטבא, ואע"ג דאסמכתא הוא, מ"מ אין מבטל הקנין כיון דבידו הוא ונחשב פושע, והיכי שאין בידו כ"כ, כגון גבי האי דיהיב זוזי אחמרא כו' דהוי אסמכתא כיון שקצת סמיכות דעת מיהא הוי, ולקונסו אין ראוי כיון דסוף סוף לאו בידו הוא ממש, אסמכתא כזה מבטל הקנין. ולפי"ז שיטת רש"י נכון מאוד, דהתם בפרק ז"ב, שאנו דנין על תנאי דמשחק בקוביא, אם הוי אסמכתא כלל, שפיר אמר דכיון שאין בידו לגמרי הוא, וליכא שום סמיכת דעת, אין ראוי להקרא בשם אסמכתא כלל, דה"ד אסמכתא כגון אם אוביר אשלם במיטבא, היינו דדבר שבידו הוי אסמכתא, אבל משחק בקוביא דלאו בידו לגמרי, שא"א כלל לומר דסמיך ע"ז, וכיון שהראיה שהביא רש"י הוא רק על שם האסמכתא, על איזה דבר ניתן שם אסמכתא שפיר נקיט אם אוביר אשלם במיטבא, דזה ודאי נקרא אסמכתא, ומה שמחויב לשלם. מטעם אחר הוא, אבל אסמכתא מיקרי, וכיון דעיקר החלוק התם הוא, לאיזה תנאי נקרא אסמכתא, ולאיזה לא, ועל זה, כל מה שבידו הוי מעלה, אבל הכא בסוגיין, דשני התנאים דאיירינן בהם, בין תנאי דאם אוביר, ובין תנאי דיהיב זוזי למיזבן כו', שניהם הוי אסמכתא, רק שאנו דנין על טעם החיוב, מפני מה אסמכתא הזאת מבטל הקנין, ואסמכתא דאם אוביר אין מבטל, ולענין זה הוי אין בידו מעלה, דכשהוא בידו ראוי לחייבו עכ"פ מטעם קנס, וכשאין בידו גם מטעם קנס אין ראוי, ומצד עיקר התנאי נמי אין ראוי כיון דאסמכתא הוא, אבל התם גבי משחק בקוביא דלאו בידו לגמרי ואינו נקרא בשם. אסמכתא חייב מצד עצם התנאי כיון דלאו אסמכתא הוא, ואין להקשות דאכתי יהיה אסמכתא התם מטעם דהוי גזים דהא לא מיקרי גזים כ"א כשהוא מפסיד וחבירו לא מפסיד וכמ"ש הנתיבות (סי' ר"ז) וגבי משחק בקוביא דחבירו מפסיד נמי

כמוהו, לא הוי נמי גזים, וא"כ לא הוי אסמכתא משום צד, לא מצד סמיכות דעת, ולא מחמת גזים, ודו"ק כי הדברים ברורים ומאירים, ואין שום טעות סופר ברש"י:

ומכל האמור יש ליישב נמי קושית התוס' לעיל (דף ס"ו ע"ב) ד"ה ואי אמר קני לגובייגא דהוי אסמכתא, והא כאן אמרי' דלא הוי אסמכתא כ"א היכי דלאו בידו או שגזים, אבל כשאמר קני לגובייגא דלא גזים וגם בידו אמאי הוי אסמכתא ע"ש, ולמ"ש דבדבר שבידו ממש כ"ש דהוי אסמכתא, אלא מטעם קנס לא מתבטל התנאי, וא"כ התם אין ראוי גם לקנס, דהא הפני' הקשה שם, אמאי הוי התם בידו דשמא לא היה לו מעות תוך שלש במה לשלם, וכתבתי ליישב, דכיון שקרקע יש לו, מחויב למכור הקרקע בכדי לפרוע החוב ע"ש, ולפי"ז אתי שפיר דבאמת עצם התנאי הוי אסמכתא, דסמיך היה שיהיה לו מעות לשלם, וא"כ מצד עצם התנאי אין לחייבו, ומצד קנס נמי אין לקונסו, כיון דלבסוף לא השיג מעות, ואע"ג דבידו למכור הקרקע, מ"מ כיון שדבר קשה הוא לאדם למכור קרקעותיו, אין לקונסו אם לא נתרצה למכור, וז"ב:

בא"ד ופר"ת דהתם לא הוי אסמכתא דאגב דבעי לקנות גמר ומקנה כו', וקשה דבהזהב חשיב אסמכתא להההיא דאם אני חוזר ערבוני מחול כו' ע"ש. ונ"ל ליישב סברת ר"ת, דאסמכתא לא הוי כ"א במקום שהגוזמא שנתחייב זה ליתן, אין זה עיקר רצון וחפץ המקנה והקונה, שזה רוצה להקנות וזה ירצה לקנות הגוזמא הזאת, אלא שהגוזמא הוא רק הבטחה ועירבון שעי"ז יקוים עיקר חפצם, וכגון בההיא דאם אוביר ולא אעביד אשלם אלפא זוזי, דעיקר כוונת שני הצדדים בחיוב הזה, לא היה בכדי להשיג האלפא זוזי, דעיקר חפצם ומטרתם לא היה כ"א שיעבוד השדה ולא יובירה, ולזה נתכוונו הקונה והמקנה, והגוזמא שהבטיח הוא רק לעירבון והבטחה שיהיו בטוחים על עיקר חפצם, ומשו"ה אמרי' שפיר דבאמת לא נתכוון כלל להיות גמור ומקנה, וכן באסמכתא דלאו בידו, כגון גבי האי מאן דיהיב זוזי למיזבן ליה חמרא, דהתם נמי אין תכלית התנאי שישלם זה אם לא יקנה, ועיקר תכלית התנאי הוא שיקנה עבורו חמרא, ומה שחייב עצמו לשלם אם לא יקנה, הוא רק הבטחה להכי אמרי' דלא גמור ומקנה בלב שלם, ואילו יודע היה שלא יקנה, לא היה מבטיחו כלל, אבל בתנאי דמשחק בקוביא, דמה שהבטיחו זה לזה, אין זה להבטחה בעלמא, כ"א זהו עיקר חפץ ותכלית ומטרת התנאי, ואיך שייך לומר בזה דלא גמיר ומקנה, דא"כ למה התנה מתחלה, כיון דהוא לא גמיר ומקנה גם מחבירו לא יקבל, וא"כ כל עיקר עסק התנאי למה בא, והיינו מ"ש ר"ת דאגב דבעי לקנות גמיר ומקנה, דאל"ה בחנם היה כל התנאי, דבדבר שבא רק להבטחה, אמרינן דעיקר מגמת המתנים לא היה באמת על ההבטחה ורק לקיום עצם התנאי, וההבטחה הוי

שפיר אסמכתא, אבל בדבר שזהו עיקר התנאי, ואם הוא לא יתן, גם מחבירו לא יקבל, ודאי דגמיר ומקנה, ולפי"ז אתי שפיר ההיא דהזהב, דהתם נמי ההתחייבות דערבוני מחול או אכפול, הבא משני הצדדים, לא לזה נתכוונו שניהם, ועיקר חפצם היה, זה למכור וזה לקנות השדה, ורק לקיום המכירה הבטיחו זה לזה, שפיר הוי אסמכתא, ואין מועיל בזה משום דאגב דבעי לקנות, דבאמת גם של חבירו לא בעי לקנות, ולא בעי כ"א בקיום התנאי ולא לקנות ההבטחה, וא"כ הבטחת שני הצדדים הוי אסמכתא וז"ב, גם מה שהקשו מההיא דאין אחד מהם נזיר, עיין במהרש"א בסנהדרין ובהגהות קרני ראם שם מ"ש בזה ליישב:

דף עד:

בגמ' כי קאמר ר"ש בחד תרעא, עפרש"י ועמ"ש לעיל (דמ"ז ע"ב) בתוד"ה אא"ב, בביאור הסוגיא ופרש"י, וגם בחדושינו (בדמ"ח ע"ב) ברש"י ד"ה מ"מ ע"ש:

דף עה.

הלויני כור חטים וקצץ לו דמים כו', נראה בפשוט דכשקצץ ליתן לו דמים, אז אפי' בשקצץ לשלם יותר משווי החיטין נמי שרי מה"ת, דמכירה ממש היא, אע"ג דאומר בלשון הלואה וכמ"ש הט"ז (יו"ד סי' קס"א) והארכתי למעניתי לעיל בר"פ ע"ש:
במתניתין אבל אומר הלויני עד שיבוא בני כו', חקרתי אם יש למצוא היתר להלות מעות בקציצת ריבית כשיש לו ללוה מעות בתוך ביתו. והנה ממתני' דהכא אין ראיה להתיר, די"ל שדוקא בסאה בסאה דאינה אלא איסור דרבנן, סמכינן אהיתר דעד שיבוא בני, וכמ"ש רש"י דכיון דאינה אלא מדרבנן בכה"ג לא גזור, אבל היכי דנותן לו יותר ממה שהלוהו דהוי ריבית דאורייתא, לא מצינו דיועיל זה ההיתר, אלא דלעיל (דמ"ו ע"א) בברייתא דאמר לשולחני ליתן לחמריו ופועליו מעות ואני אתן לך יפה דינר וטריסית ממעות שיש לי בביתי, ולמסקנא דהתם הוי ההיתר משום דהו"ל כהלויני עד שימצא מפתח, כיון דיש לו בביתו, א"כ מוכח לכאורה שאפי' כשנתן לו יותר ממה שלקח, דהתם נתן לו טריסית יותר ואפ"ה שרי, אכן באמת גם שם הקשו התוס', דהיכי שרי ליתן טריסית יותר, והא לא שרינן הכא במתני' כ"א סאה בסאה ולא סאה בסאתים, ותי' דהתם נמי משום דמכירה היא ואינה כ"א ריבית דרבנן, אבל בהלואה הוי אסור כה"ג ע"ש, וא"כ גם מהתם אין ראיה להתיר, וכן ראיתי שם בשמ"ק להדיא בשם הראב"ד וז"ל, רב אשי אמר לעולם בדמים כו' דהו"ל כהלויני עד שיבוא בני, יש בבני הדור שאומר שמותר

להלות בריבית אם יש לו מעות בביתו וסומך דבריו ע"ז שאמר רב אשי, וכמה הוא טועה שלא מצינו זה ההיתר כ"א בסאה בסאה כו' והכא משום דדרך מו"מ הוא עכ"ל, אמנם רש"י כתב שם להדיא דאפי' בהלואה נמי הוי שרי לתת טריסית יותר, דבד"ה לעולם בפרוטטות כתב וז"ל אין כאן ריבית דאגר נטר שאפי' בהלואה אם יש לו בביתו מותר לתת לו עודף דהו"ל הלויני עד שיבוא בני עכ"ל, הרי להדיא שאפי' בהלואה שרי נמי לתת לו עודף, ואלא דדברי רש"י הללו תמוהים מאוד, דסותר דברי עצמו, מה שכתב כאן דדוקא בסאה בסאה דרבנן שרי, אבל לא סאה בסאתים, ועיין בשמ"ק דדחה נמי פרש"י דהתם והנ"ל ביישוב דברי רש"י, דהנה זה ודאי שאם הלוה הקנה למלוה בקנין גמור מה שבביתו, דמותר נמי לתת לו עודף, סאתים בסאה, כיון דמה שבביתו נקנה לו למלוה מיד לא הוי כלל אגר נטר, שהרי אין כאן שכר המתנה אחרי שאין ממתין לו כלום, וראיה לזה, דהא לסלקא דעתך דלעיל (דף מ"ו) דברייתא דאומר לשולחני מיירי שהקנה לו מה שבביתו בחליפין, לא היה קשה לן כלל ממה שנתן לו הטריסית יותר, והיינו משום דאין ממתין לו כלום שהרי הוא פורעו מיד, דמשמשך את מעות השולחני נקנה לו הדינר שבביתו בכ"מ שהוא וכפרש"י שם ולפי"ז צ"ל דמה דאסרינן הכא סאה בסאתים אפי' כשיש לו, ולא אמרי' נמי דאין כאן שכר המתנה, היינו משום דהכא לא הקנה לו התבואה שיש לו בביתו, לא הלוה הקנה ולא המלוה קנה אותם בשום קנין דנימא שהם שלו מיד, דהא ואני אשלם לך לגורן קאמר, דמשמע שנתחייב הלוה לשלם לו מתבואה שבגורן, ולא ממה שיש לו עתה, והתבואה שיש לו בביתו, מצד האמת לא נקנו כלל למלוה, דהא רשאי הלוה להוציאן ולאכלן וכמ"ש רש"י להדיא בד"ה כמה כורין, ורק עיקר ההיתר הוא בזה, משום דמיחזי כהקנה לו מיד, ולהכי דוקא בריבית דרבנן שרי, הם אמרו והם אמרו להתיר בכה"ג שיש לו בביתו, אע"ג שאינה קנויה כלל למלוה, אבל אם היה מקנה למלוה התבואה שבביתו בקנין גמור לית מאן דמיחש לאסור בזה אפי' בריבית דאורייתא, כיון שפרעו תיכף ואין כאן אגר נטר, וא"כ מה צדקו דברי רש"י, דהכא דמיירי שנתחייב לשלם לו מתבואה שבגורן, ולא הקנה לו התבואה שבביתו, ודאי דלא שרי כ"א סאה בסאה ולא סאה בסאתים, דאיך אפשר להתיר בריבית דאורייתא, אחרי שאגר נטר ממש הוא, אבל התם בברייתא דאומר לשולחני, דמיירי שהקנה לו המעות שבביתו בקנין, דאפי' לפום המסקנא דהתם דמטבע אין נקנה בחליפין, מיירי עכ"פ שהקנה לו בתורת דמים וכמ"ש רב אשי לעולם בדמים, וכיון שהקנה לו אלו המעות ונקנו למלוה עד שמעתה הם ברשות המלוה, והלוה אסור להוציאן שוב, ולהכי שרי אפי' לתת עודף דאין כאן המתנה, והיטב מ"ש רש"י דאפי' בהלואה כה"ג נמי הוי

שרי דהו"ל כהלויני עד שיבוא בני, ובהלויני נמי כה"ג דהוי מקנה לו בקנין מה שבביתו הוי שרי אפי' סאה בסאתים, דדוקא משום דאמר לו ואני אשלם לגורן הוא דאסור סאה בסאתים, אבל בהקנה לו מה שבביתו בקנין דומיא דהתם אפי' בהלואה נמי שרי, וזהו חלוק אמיתי בעז"ה, וא"ל דנהי דהקנה לו התם דרך מו"מ, מ"מ הא מעות אין קונה כ"א לענין מי שפרע, ואכתי לא הוי של מלוה לגמרי, דהא שיטת רש"י מבואר (לעיל דף ס"ב) דבאיסור ריבית אפי' קנין למי שפרע נמי מהני ועיין מש"ש:

ולפי"ז יצא לנו דכשהקנה הלוה למלוה המעות שבביתו ע"י קנין שיהיו נקנים תיכף למלוה מותר לקצוב ריבית ממש וזהו דין חדש ופשוט כמ"ש, והן אמנם דלמה שהוכחתי (לעיל דף מ"ו) ועוד בכמה מקומות בחבורינו זה, דגם לרש"י לא מהני קנין דמי שפרע כ"א לענין שאם נתייקרו נימא דברשותו נתייקר, אבל לענין לתת עודף ממש לא מהני, וא"כ אכתי יש לפקפק בזה, אכן עכ"פ אם הקנה לו מה שבביתו בקנין גמור דמהני במטבע פשיטא דשרי, וכמו שהוכחתי דלס"ד דמיירי בחליפין דמהני במטבע, הוי אתי שפיר מה שנתן לו הטריסית היתר וז"ב, ולפי"ז מי שירצה להלות עד שיבוא בנו או עד שימצא מפתח, יש עצה להקנות למלוה המעות שבביתו בקנין גמור דמהני במטבע ואז שרי בפשיטות, ועמ"ש לעיל (דף ס"ג ע"ב) טעם חדש ומושכל על ההיתר דעד שיבוא בני, ועיין עוד מ"ש לעיל שם בחדושינו לתוד"ה מהו דתימא, ליישב קושית התוס' עפי"ז:

במתני' לא יאמר לו נכוש עמי ואעדור עמך כו', ומכאן למד הראב"ד דאע"ג דשרינן להלות סאה בסאה בשיש לו, היינו חטין בחיטין אבל סאה חיטין בסאה דוחן אסור אעפ"י שהם בשער אחד, ואעפ"י שיש לו הדוחן שהרי נכוש ועידור כמו שיש לו הן והם בשער אחד ואפ"ה כיון שהם שתי מלאכות ולפעמים אינן שוות אסור, ה"נ בשני מינים דלפעמים אינן שוות אסור, והובא זה ברמ"א (יו"ד ס"ס קס"ב). ולכאורה תמוה, דהא למ"ש הט"ז (ביו"ד סי' קס"א) דהיכי שהלוה לו חפץ ע"מ לשלם מעות או חפץ אחר שאינו מינו, אז אפי' סאה בסאתים נמי שרי, משום דאין זה הלואה כ"א מכירה, ואע"ג דאומר לו בלשון הלואה, אפ"ה כיון דמשלם לו במעות או במין אחר הוי מכירה וכמו שביאר שם החו"ד דברי הט"ז ע"ש, וכבר הארכתי לעיל ריש פירקין מזה, והכא אמר להיפך דבשני מינים אפי' סאה בסאה אסור. וצ"ל דלענין איסור דאורייתא ודאי דבשני מינים עדיף טפי, ואפי' סאה בסאתים לא הוי אסור מה"ת בשני מינים, אבל בסאה בסאה ולענין ריבית דרבנן, אז במין אחד אין שום איסור כלל, דאפי' מיחזי כריבית אין כאן כיון דמין אחד הוא, ובשני מינים מיהא מיחזי כריבית, כיון דלפעמים אינן שוות ומיחזי כריבית, וכן משמע מהחו"ד ס"ס קס"ב ע"ש:

דף עה:

לוה הימנו והחזיר לו את מעותיו כו', עמ"ש מזה לעיל (דף ע"ג ע"ב) גבי עובדא דרבינא יהיב זוזי כו' ושפכי ליה טפי כופייתא:

בגמ' מלוה עובר בכולן לוה עובר משום לא תשיך ולאחיך לא תשיך ולפ"ע לא תתן מכשול, הן ברמב"ם (פ"ד ממלוה) לא חשיב גבי לוה כ"א שני לאוין, והך דלאחיך לא תשיך לא חשיב, והוא לכאורה נגד סוגיא דהכא. וראיתי במסורת הש"ס שעל הרי"ף שכתב דהרמב"ם בשיטת הרי"ף ורא"ש אזיל, דלא גרסי כאן ללאו דולאחיך לא תשיך, וגירסת הרמב"ם היה נמי כגי' הרי"ף ע"ש, ומאוד תמוה זה דהיכי מצינו למימר דהלוה לא עבר על לאו דלאחיך לא תשיך, הא מסקנת הש"ס לעיל (ד"ע ע"ב) דמקרא זה על לוה נאמר, וגם עובר עוד בעשה דלנכרי תשיך ע"ש, ומצאתי בב"ח (יו"ד סי' ק"ס) שעמד בזה, ומה שהביא ראיה מגרסת הרי"ף והרא"ש אין מוכרח, דאפי' לגרסתם דלא גרסי ללאו זה בלוה אין זה הטעם משום דקרא לאו בלוה נאמר, אלא מטעמא אחריני נ"ל להרי"ף ורא"ש כן, דבלא"ה קשה במתני' גופא דלא חשיב גבי מלוה כ"א חמשה לאוין, הא בלאו זה דלא תתן גופא יש שני לאוין וכמסקנת הש"ס בריש פירקין, דלמה חלקן הכתוב לנשך ותרבית לעבור בב' לאוין, ובע"כ צ"ל דהמשנה לא נחית הכא למנין פרטי הלאוין, רק לסוגי הלאוין, דעובר בשעת נתינה ובשעת פרעון והשומה והגבייה, אבל אה"נ דבשעת הנתינה עובר על ב' לאוין בבת אחת, וכן נראה מפרש"י בד"ה מלוה עובר וז"ל דהוא נותן בעת הלואה ולוקח בשעת פרעון כו', ולכאורה שפת יתר הוא, אלא שבא לתרץ למה לא חשיב במלוה, תרי לאוי בנתינה, לזה מתרץ דאין מונה הכא כ"א סוגי האיסור, שיש איסור בשעת הלואה וכן בעת פרעון ושומה וגבייה, אבל אה"נ דעל הנתינה עובר בשני לאוין, ולהכי י"ל שזה דחק להרי"ף ורא"ש למחוק הך קרא דלאחיך לא תשיך בלוה, דכיון דבע"כ לא נחית התנא למנין הלאוים כ"א לסוגי האיסורים, וסוגי האיסורים דאיתנהו בלוה אינם אלא שתים, לא תשיך ולפני עור, ואע"ג דבאיסור דלא תשיך גופא יש שני לאוין ועשה, אפ"ה לא חשיב להו התנא כמו דלא חשיב שני לאוי דנתינה שבמלוה, כיון שמסוג אחד הם, וא"ש שיטת הרי"ף והרא"ש, אבל על הרמב"ם קשה, דהא איהו חשיב התם גבי מלוה ששה לאוין, דחשיב נמי שני לאוין דנתינה, הרי דחשיב נמי לפרטי מנין הלאוין, וא"כ למה לא חשיב נמי גבי לוה ב' לאוי דלא תשיך, ובמנין הסמ"ג ראיתי מפורש, דבמלוה חשיב ששה לאוין, לאו דלא תתן בשתים, ובלוה ג' לאוין ועשה, והיינו כמסקנת הש"ס דלעיל (דף ע'), אבל על הרמב"ם קשה:

והנה ראיתי בס' מראה הפנים על הירושלמי בפירקין, מתרץ דעת הרמב"ם, עפ"י שיטת הרמב"ם גופא, דיש מצות עשה ליקח נשך מן העכו"ם, וא"כ בע"כ יפרש דלנכרי תשיך, היינו תשוך, וממילא דלפי"ז האי דלאחיך לא תשיך, היינו נמי תשוך ובמלוה נאמר, וממילא הלוה אין עובר כ"א בשתים, והמלוה בששה, היינו לאו דלאחיך לא תשיך דקאי על המלוה ע"ש. ובמחכ"ת לא עיין ברמב"ם בשעה שכתב זה, דהא בששה הלאוין דפרט הרמב"ם גבי מלוה לא הזכיר כלל לאו דלאחיך לא תשיך, ורק הלאו דלא תתן חלק לשנים, לאו דנשך, ולאו דמרבית, ולדבריו שבעה לאוין הו"ל למנות במלוה, הנהו ששה דחשיב, גם לאו דלאחיך לא תשיך, ואין ספק שבעת כתבו לתי' הזה לא עיין בלשון הרמב"ם, ורק מה שידוע היה לו בע"פ, דבמלוה חשיב ששה ובלוה שתים, והיה קשה לו על מה שחסר הרמב"ם מלוה לאו אחד, ובמלוה הוסיף לאו אחד מכפי שחשב בסוגיין, לזה תי' דלשיטת הרמב"ם שקלוהו ללאו דלא תשיך מלוה ושדיוה אמלוה, ואם היה רואה בלשון הרמב"ם גופא לא כתב כן:

ומה שנ"ל ליישב שיטת הרמב"ם, דהנה כבר העליתי לעיל (דף מ"ד ע"ב) דלאו דלפני עור האמור בלוה, עובר ה' פעמים בלאו הזה, דכיון דאסורי דמלוה לא בבת אחת באו כולם, אלא שבכל הפעולה מתחלת השומה עד סוף הגבייה עובר המלוה חמשה לאוין, אבל כולם איסורין מיוחדות הן, דבשעת הנתינה עובר בלא תתן, ובשעת הגבייה עובר בלא תקח וכן כולהו וכמ"ש רש"י, ולזה פשוט דהלוה עובר על לפ"ע נמי על כל פעולה בפני עצמה, דבשעת הפיסוק שגורם להכשיל למלוה בלא תשימון, עובר משום לפ"ע על לאו הזה, ובשעת הנתינה שמכשילו באיסור אחר עובר נמי בלפ"ע משום איסור הזה. וא"כ קשה למה לא חשיב הרמב"ם לאו דלפ"ע בחמשה, ובשלמא על הש"ס דהכא ניחא, דלא חשיב כ"א סוגי האיסור ולא מנין הלאוין וכמ"ש, אבל על הרמב"ם קשה, וצ"ל דהרמב"ם לא חשיב כ"א הנהו לאוי דיש להם שם בפני עצמם, אבל אם כולן משם אחד הם באים לא חשיב כ"א לאחת, וא"כ אתי שפיר מנינו, דבמלוה חשיב שפיר ששה, דלאוי דנתינה האמור במלוה, יש להם שם בפני עצמן, חדא משים נשך, והשני משום תרבית, דבזה כתיב את כספך לא תתן בנשך, ובאידך ובמרבית לא תתן, אבל הנהו תרי לא תשיך שבלוה דשניהם משם אחד הם, לא קא חשיב לו כ"א בחדא, וכמו לאוי דלפ"ע:

ועל דרך הרחוק היה אפשר לקיים דברי הרמב"ם עפ"י סברת המראה הפנים הנ"ל, דשפיר נוכל לומר דלהכי לא חשיב בלוה לאו דלא תשיך לתרי משום דהרמב"ם ס"ל דשקלוהו מלוה ושדיוהו אמלוה, ואפ"ה לא חשיב לו גבי מלוה, משום דכיון שפשטי' דלא תשיך בלוה נאמר, וכמו לא תשיך קמא דהוי אזהרה ללוה, ואלא משום דאינו ענין

ללוה שדיוהו אמלוה, והרמב"ם לא חשיב כ"א הנהו לאוי דמפורש גבי מלוה, אבל מה שאין מפורש אצלו ולמדים באם אינו ענין לא חשיב, וכמו שכתבתי לעיל בריש פירקין בתוד"ה לעבור בב' לאוי, לתרץ מה שקשה נמי על הרמב"ם, דאפי' לסברתו דלא חשיב בלוה כ"א חד לא תשיך, הא בחד לא תשיך נמי איכא תרי לאוי, חד דנשך וחד דתרבית, וכמו דיליף לעיל שם מגז"ש דנשך נשך, שגם בלוה חייב משום נשך ומשום תרבית, וכתבתי דכיון דמפורש לא כתיב בלוה ורק דיליף לה מגז"ש, לא חשיב לה הרמב"ם וכ"כ הפנ"י שם, ולזה י"ל דגם לאו הנלמד ע"י אם אינו ענין נמי לא חשיב, וא"ש דבלוה לא חשיב כ"א ב' לאוין משום דשקלוהו לאידך לאו דלא תשיך, ובמלוה נמי לא חשבו, כיון דעיקרו בלוה נאמר, ורק ע"י אם אינו ענין קאי במלוה. ואם כי ברמב"ם היה מקום ליישב כן עפ"י הדוחק, אכן המראה הפנים ודאי שגם לזה לא נתכוון, דהא הוא אומר דבששה לאוין שחשב הרמב"ם במלוה, היינו לאו דלא תשיך, ולא נמצא כן וכמ"ש ודו"ק. ובסברא הזאת יש ליישב נמי מנין הלאוי דחשיב הסמ"ג, בלוה ג' לאוין, ואמאי לא חשיב נמי לאו דנשך ותרבית לשנים, ואפשר משום דאיהו נמי מה שנפיק מגז"ש לא חשיב:

שם עדים עוברים בלא תשימון, עמ"ש לעיל (דף ס"ח ע"ב) גבי עובדא דרב עילישׁ, אם העדים עוברים בריבית דרבנן נמי או לא ומשם תדרשנו:

סליק פרק איזהו נשך

השוכר את האומנין פרק ששי

דף עו.

בפרש"י ד"ה וליחזי פועלים כו' אי מיתגרי בד' ע"כ דבעה"ב כו' דהא קתני נוטל מה שההנה אותו ע"ש, בס' מ"ה הקשה דלכאורה נגד השכל הוא אחרי שפירש בעה"ב שאינו רוצה ליתן רק תלתא אפי' נשכרים כולם בארבעה, מ"מ הוא לא רצה ליתן רק תלתא, ואטו אם יאמר בעה"ב לפועל בתלתא והפועל יודע שהפועלים נשכרים בארבע יעבוד עבודתו וע"כ יתן לו ארבע, זו דבר שאין הדעת מחייבו ע"ש, ובמחכ"ת לא קרב זה לזה, דודאי כשאמר לפועל עצמו בתלתא, א"צ ליתן לו יותר, דמה לנו שכל הפועלים נשכרים בארבע, הוא לא נתרצה לזה ופירש עמו שאינו רוצה ליתן רק תלתא, וגם הפועל סביר וקביל, והשתא כשאמר בעה"ב בד' והשליח אמר בג' דאמרינן הכא דא"צ ליתן יותר מג' ואפי' בדשוי עבידתייהו ד' משום דסביר וקביל וכמ"ש ברא"ש, כ"ש כשגם הבעה"ב לא נתרצה ליתן יותר מג' והפועלים נתרצו לזה, אבל הכא דבעה"ב עצמו לא אמר לפועל מידי, ורק לשלוחו אמר בג', וכיון דהשליח שינה נמי בשליחותו נתבטל

השליחות לגמרי וכמו שלא התנה כלל דמי, והיכי דירד בסתמא ודאי דצריך למיתן ד' כיון דעבידתייהו שויא הכי, וכמ"ש הרא"ש והרי"ף להדיא לסברא הזאת, דכיון דשינה נתבטל השליחות ע"ש, ומ"ש שם שכן דעת הב"י, דאין בעה"ב צריך ליתן יותר מג' אפי' אם פועלים נשכרים בד' ורק אם נשכרים בד' השליח צריך ליתן להם ד' ומפסיד מכיסו, תמיהני אפוא מצא זה בב"י, הב"י לא כתב כן דמפסיד השליח כ"א כשאמר השליח שכרכם עלי, דבזה אפי' שויא עבידתייהו ד' פסידא דפועל הוא, אבל כשאמר בעה"ב, פשיטא דפסידא דבעה"ב הוא לדעת כל הפוסקים ע"ש ותמצא כן:

בגמ' לא צריכא דאיכא דמיגר בד' ואיכא דמיתגר בתלת, עיין בלח"מ (פ"ט מהל' שכירות) שהקשה על דברי הרי"ף ורמב"ם כיון דאיכא דמתגר בד' ואיכא בג' הו"ל לומר משמנין ביניהן כדאיתא לקמן (פ' הפועלים דף פ"ז) וכן פסק הרמב"ם שם, והיה להם ליטול הממוצע ג' וחצי ע"ש, מיהו נ"ל דהתם דוקא משום דאמר כאחד וכשנים מבני העיר הוי דינא הכי, אבל הכא דהוי כאילו עביד סתמא וכמ"ש לעיל, אמרינן דדעתא אתרעא זילא, שוב מצאתי כן בפלפולא חריפתא לקמן שם בפ' הפועלים:

בגמ' בריפקא דמלי מיא ולא ידיע, ראיתי מקשים דא"כ ליהוי אצל בעה"ב כחמשין ידענא וחמשין לא ידענא, שהרי שלש בודאי חייב ועל המותר טוענין הפועלים דשוה ד' א"כ נימא מתוך שאינו יכול לישבע משלם, ולא ידענא אמנם מאי קשיא להו, דהא הרי"ף ורמב"ם (בפ"ז מהלכות טוען) כתבו דמודה מקצת לא הוי כ"א כשמודה בדבר שיכול לכפור אבל בדבר שלא יכול לכפור לא מיקרי מודה, דהודאה לא הוי כ"א במקום שנצרך להודאתו, אבל בדבר שלא נצרך להודאתו לא מיקרי הודאה, וא"כ הכא על תלתא אין אנו צריכין להודאתו, שזה נוטלים אפי' בלא הודאתו, כיון דזהו פחות שבפועלים, ואנן סהדי דעבידתא גביה שההנה אותו בפעולתו, ולפחות נוטל תלתא כפחות שבפועלים, וכ"ש דהשליח הוי נמי עד על זה, דא"צ להודאת בעה"ב, ולהכי לא נחשב כלל למודה מקצת ולק"מ:

ברש"י ד"ה דעתייהו אעילויא כו' לא לפחות מקצבתו של זה אמרו אלא להוסיף וכך אמרו מהימנת לן דהכי אמר כו', נראה מדבריו דמפרש דדעתייהו אעילויא ומהימנת, חד סברא הוא, ועיקר כוונת הפועלים בזה שאמרו כמו שאמר בעה"ב, היינו דמהימני לשליח שהכי אמר, והא דאמר בש"ס דעתייהו אעילויא, אין לפרש דדעתייהו אולי הוסיף הבעה"ע עוד יותר ממה שאמר השליח שאז יתרצו כמו שאמר בעה"ב דוקא, דהא אמרינן דיאמינו לשליח, אלא פירוש דעתייהו אעילויא הוא כמ"ש מהרש"א, דהכא הא מיירי דשארי פועלין מתגרין בג', וכיון שאמר השליח ד' הוסיף על שאר פועלין,

והיינו מהימני לן דהכי אמר בעה"ב להוסיף על שאר פועלין, ולפי"ז פשיטא לן דכוונת הפועלים להאמין לשליח, ואמנם התוס' לא ניחא להו בפירוש זה, דא"כ מאי האיבעיא בבעיא דבסמוך אי אדיבורא דידיה סמיך, או מהימנת לן, הא פשיטא לן מעיקרא דכוונת הפועלים באומרם כמו שאמר בעה"ב, היינו דמהימנת לן, ולהכי יפרשו דדעתייהו אעילויא ומהימנת לן, שני סברות הם, ואי דעתייהו אעילויא אז אמרינן שאין מאמינים לשליח, אלא יחששו אולי אמר בעה"ב עוד יותר, ולכן בדין הראשון פשיטא להו, דבין לסברא דדעתייהו אעילויא ובין לטעמא דמהימני הדין אחד, ורק בדין השני מיבעיא להו ועיין במהרש"א. וליישב דעת רש"י נראה, דבדין הראשון דמיירי שהשליח הוסיף על שאר פועלין, לכן אין סברא לומר דכוונתם אולי הוסיף הבעה"ב עוד יותר, ולכן מסתבר יותר לומר דכוונתם של הפועלים באומרם כמ"ש בעה"ב, דמהימני לשליח, אבל בדין השני שלא הוסיף השליח, שפיר יש לומר שיחששו אולי הוסיף הבעה"ב, והתם יפרש גם רש"י דעתייהו אעילויא אולי הוסיף הבעה"ב, ודו"ק:

דף עו:

ברש"י ד"ה אין להם זה על זה אלא תרעומות, דאמר להן תשכירו עצמכם לאחרים כו' ותביעת ממון ליכא דהא דברים בעלמא נינהו ע"כ, וקשה לפמש"כ רש"י שיכולין להשכיר עצמן לאחרים, א"כ אפי' לא הוי דברים בעלמא היה נמי פטור, דכן מוכח ממ"ש בסיפא דבהלכו חייב, וכתבו בתוס' דהחיוב דהלכו היינו משום דסתמא דמילתא כיון שכבר הלכו לא ימצאו עוד להשכיר עצמן, ומשמע שאם יכולים להשכיר עצמן פטור אפי' בהלכו, וכ"כ כל הראשונים, דבמוצאים להשכיר פטור אפי' בהלכו, והלכו הא הוי קנין אצל פועלים, דשכירות פועלים נקנה בהתחלת מלאכה, וכמ"ש הרמב"ן והמ"מ והנמוק"י, א"כ תמוה מ"ש רש"י דהפטור הוא משום דהוי רק תביעת דברים, הא אפי' אם היה קנין גמור פטור נמי בכה"ג שיכולין להשכיר לאחרים. ונ"ל כוונת רש"י, משום דבהך דרישא משכחינן נמי דפטור אפי' בלא יכולין להשכיר, וכגון שגם מקודם ששכרן לא היו מוצאים נמי להשתכר, ומטעם דינא דגרמי אין לחייב אפי' בכה"ג, דנהי שלא ימצאו עתה להשכיר, מ"מ ש כיון שגם מעיקרא לא הוי מוצאין נמי להשכיר, סוף סוף לא גרם להם הפסד, והא דכתב רש"י טעם הפטור משום דאמר להן תשכירו עצמכם לאחרים, היינו משום דגם כשמצאו להשכיר עצמן מקודם נמי פטור, ובאופן זה אין פטור כ"א כשגם עתה ימצאו להשכיר, דאל"ה חייב מטעם דינא דגרמי שגרם להם להפסיד שכרן שהיו יכולים להשיג מקודם, ומשום דריהטא דברייתא משמע כה"ג,

מדנקיט אין להם זה על זה אלא תרעומות, ומשמע הא תרעומות מיהא יש להו, בע"כ דמיירי כשיכלו להשכיר עצמן מקודם, ועכשיו הוי הפטור משום דאמר להן תשכירו עצמכם לאחרים, דבזה תרעומות מיהא אית להו בעד הטורח להשיג עבודה או בעד שנוי דעתא, אבל אי גם מקודם לא יכלו להשכיר עצמן, דבזה פטור בכל האופנים אפי' אם לא יוכלו להשכיר עצמן כעת, גם תרעומות אין להם, דמאיזה צד יהיה להם תרעומות, וכ"כ הרא"ש להדיא דבכה"ג גם תרעומות אין להם, ומדנקיט בברייתא דתרעומות מיהא אית להו מכלל דבעי לאשמועינן בכה"ג שיכלו להשכיר עצמן מקודם, להכי נקט רש"י הטעם דפטור משום דאמר להן תשכירו עצמכם לאחרים, אבל באמת פטורים אפי' בלא טעם זה נמי כגון במקום שלא יכלו להשכיר עצמן מקודם, ואפי' תרעומות אין להם בכה"ג, והברייתא אשמועינן דלפעמים יש להם תרעומות לפחות, אבל ודאי דהפטור מממון הוי אפי' בכה"ג שלא יוכלו למצוא להשכיר עצמן כעת, וא"כ שפיר הוצרך רש"י לטעם דלא הוי רק תביעת דברים, דאי היה השכירות ע"י קנין היה חייב כשלא יוכלו למצוא להשכיר, אע"ג שגם מקודם לא היו יכולים נמי להשכיר, דמ"מ כיון שנתחייב להם ע"י קנין קנו שכרם וחייב להן לשלם אע"ג שלא הפסידן כלל, דבשלמא כשלא נתחייב בקנין דטעם החיוב הוא משום דינא דגרמי, שגרם להם הפסד, בזה שפיר אמינא, דאפי' כשלא ימצאו עתה להשכיר, כיון דגם מעיקרא נמי לא מצאו להשכיר, לא גרם להם שום הפסד, אבל אם ההתחייבות היה ע"י קנין, והפועלים קנו שכרן, אין שייך לפטור כ"א כשיוכלו להשכיר עצמן כעת, אבל אם עתה אינם מוצאים להשכיר כעת, אין סברא לפטור אפי' כשגם מעיקרא נמי לא מצאו להשכיר, ודו"ק כי זה ברור, ועמ"ש בתוס' מזה:

וע"ד החידוד נראה באופן אחר, דהנה אם יש בדין דלפנינו משום חסרון אמנה, מבואר בסמ"ע לסי' של"ג), דזה תלוי בפלוגתת הרז"ה והרמב"ן המובא בחו"מ (סי' ר"ד), דלשיטת הרז"ה דסובר דבתרי תרעי ליכא משום חסרון אמנה, ה"נ ליכא בזה משום חסרון אמנה, דודאי הכא נמי איכא תרי תרעי, דבחנם לא יחזור הבעה"ב ומסתמא ימצא פועלים בזול, ולהרמב"ן וסייעתו שגם בתרי תרעי יש משום חסרון אמנה, ה"נ הוי מיהא ממחוסרי אמנה מי שחוזר, וכתב הסמ"ע דלשיטה זו אין מדוקדק מה דקאמר הגמ' הכא, אין להם אלא תרעומות, דמשמע דזולת תרעומות אין שום נדנוד איסור ורשאי גם לכתחילה לחזור, וצ"ל דהא דקאמר אלא תרעומות לא בא למעט כ"א שתביעת ממון ליכא אבל איסורא מיהא איכא, והנה המעיין ברז"ה מקור הפלוגתא שבינו ובין הרמב"ן, דהרז"ה מביא ראיה מהא דלעיל (דף ע"ב ע"ב), דאמרי' התם אימור דאמר ר"ש בחד תרעי בתרי תרעי לא אמר, וכמו דבמי שפרע אמרי' דבתרי תרעי אין מי שפרע, ה"נ לענין

מחוסרי אמנה הוי הדין כן, והרמב"ן דוחה טענתו וס"ל דגם במי שפרע לא מפלגינן בזה, ובגמ' דלעיל הוי הכוונה משום דכיון דקנה הסחורה ע"מ ליקח לאחר זמן, ולהכי ודאי דאתרעא זילא פסיק ע"ש, ועיין מ"ש בחדושינו לעיל (דף מ"ז ע"ב) באריכות מזה, ושם הוכחתי דגם דעת רש"י הוא כהרמב"ן, דכן מוכח להדיא ממה שדייק לפרש לעיל (דף ע"ב) נמי כפי' הרמב"ן, משום דפסק עמו ליקח לאח"ז, וא"כ בע"כ ס"ל דלולי טעם זה היה מגיע מי שפרע אפי' בתרי תרעי, ומוכח ממילא דס"ל שגם בתרי תרעי יש משום חסרון אמנה, והיינו כוונת רש"י כאן, מה שסיים ותביעת ממון ליכא כו', דהיה קשה לו קושית הסמ"ע, למה אמר אין להם אלא תרעומות, הא איסורא נמי איכא משום חסרון אמנה, ע"ז תי' דתביעת ממון ליכא, כלומר שאינו בא למעט כ"א דתביעת ממון ליכא, דהא דברים בעלמא הוא, אבל איסורא מיהא איכא, וכמו בכל קנין דברים דדוקא תביעת ממון ליכא, אבל משום חסרון אמנה איכא, הכא נמי דכוותה:

תוד"ה אין להם זה על זה אלא תרעומות, הקשו דלמאי דקיי"ל דדיינינן דינא דגרמי א"כ אמאי לא יתן להם כפועל בטל אפי' בלא הלכו, ותי' דהלכו לאו דוקא, ואם לא ימצאו להשכיר עצמן אה"נ דמשלם להם אפי' בלא הלכו ע"ש והנה בקצוה"ח (סי' של"ג סק"ב) הקשה, מה בכך שנתבטל על ידו, הא דינא דגרמי היינו במקום שמפסיד חבירו ע"י גרמתו, אבל מקום שהיה יכול להרויח וגורם לו בגרמתו שאינו מרויח פטור, דהא קיי"ל המבטל כיסו של חבירו פטור וכן נועל חנותו של חבירו פטור, וא"כ אפי' מצאו אמש מקום להשתכר והיום לא מצאו נמי אין בו משום מזיק כיון דאינו אלא כנועל חנות חבירו, וע"ש שהביא ראיה לדבריו מתשובת מוהר"ם ב"ר ברוך שכתב להדיא דבמניעת הריוח לא שייך דינא דגרמי, ויסודו נמי מהירושלמי דמבטל כיסו של חבירו דפטור ע"ש, ולבי אומר לי דהקצוה"ח לא ראה בירושלמי גופא, דשם מפורש ממש להיפך, דז"ל הירושלמי לעיל פ' איזהו נשך הלכה ג', ולקמן בר"פ המקבל, הדא אמרת המבטל כיסו של חבירו אין לו עליו אלא תרעומות, המבטל שדה חבירו חייב לשפות לו, המבטל ספינת חבירו וחנות חבירו מהו ע"כ, הרי לנו דהירושלמי מחלק בהנך תלתא דינים, ובמבטל כיסו פשיטא ליה דפטור, ובמבטל שדה חבירו פשיטא לו דחייב, ובמבטל חנותו וספינה מיבעי להו, וטעמא דכולהו מבואר שם בפ"מ, דמבטל כיסו כיון שאינו אלא גרם ספק ריוח דמי יימר דהוי רווחא להכי פטור לשלם, ואמנם במבטל שדה, כיון דבשדה הריוח מצוי הוא וידוע והוי כמאבד נכסי חבירו בידים להכי פשיטא דחייב לשלם, ובספינה וחנות מספקא ליה, מי אמרי' דהואיל ועשויין להשתכר ומצוי בהם הריוח כשדה דמיין, או דילמא הואיל וגם ההפסד מצוי בהם ביותר מן השדה, למבטל

כיסו דמי, דג"כ אינו ידוע אם היה מרוויח בסחורה שקנה ע"ש, ולפי"ז לבד שלא יקשה מהירושלמי דמבטל כיס, אדרבה משם יהיה ראיה עצומה לחייב בעה"ב בשכרות רות הפועלים, דהא ע"כ לא פטר הירושלמי כ"א במבטל כיסו משום דכיון דלסחורה הוא מי יימר דאיכא רווחא, אבל בשדה פשיטא ליה דחייב משום דמצוי בהן הריוח ובודאי דשכירות הפועלים לשדה דמיא, דכיון דמיירי שהיו יכולים להשכיר עצמן א"כ מצוי בהן הריוח, ובכה"ג חייב אפי' במונע רווחו, דהוי כמאבד בידים וכמו בשדה וז"ב, ומוהר"ם ב"ר ברוך שפיר הוכיח מהירושלמי דבמניעת הריוח לא דיינינן דינא דגרמי, והיינו בגוונא דמבטל כיסו דלא הוי ריוח ודאי, אבל בודאי ריוח כמו בשכירות פועלים, גם הוא יסבור דחייב, דהוי כמאבד בידים. והנה בקצוה"ח (סי' ש') הביא עוד בשם החו"י להקשות על הירושלמי דמבטל כיסו, מהא דקיי"ל דהדר בחצר חבירו שלא מדעתו דחייב, ולמה לא נימא דהוי מבטל כיסו ע"ש, ולמ"ש לק"מ, דחצר דקיימא לאגרא דומה ממש למבטל שדה דבאמת חייב גם לירושלמי, ועמ"ש עוד לקמן (דקי"ז ע"א):

אלא דיש להעיר ממה ששנינו (לקמן דק"ג ע"א) המקבל שדה והובירה חייב שכך כותב לו אנא כו', ומשמע דטעמא דכותב לו, הא בלא"ה לא, תיפוק ליה דמדינא חייב כיון דהוי כמאבד בידים ואין זה דומה למבטל כיסו של חבירו, ואפי' למה שכתבו התוס' התם, וכל הפוסקים, דלאו דוקא כותב אלא אעפ"י שלא כתב כמאן דכתב דמי ע"ש, הוי נמי עיקר החיוב מטעם הכתיבה, דהא הסמ"ע (בסי' שכ"ח) פי' הטעם דאמרי' כן, דלא כתב כמאן דכתב דמי, דכיון דרגילין לכתוב כן, כל המקבל סתם על דעת הנהוג מקבל ע"ש, ומשמע דבמקום דלא נהיגי כלל לכתוב פטור, ואמאי לחייב מיהא מטעם מזיק וכסברת הירושלמי, וביותר תמוה דבירושלמי גופא בפ' המקבל כתב לטעם שכך כותב לו, ולמה לו לטעם הזה תיפוק ליה דבלא"ה חייב, אכן באמת לא קשה מידי, דהרשב"א כתב באמת דהך טעמא דכך כותב, לא שכותב באמת אלא שחייב כאילו כתבו, ואפי' במקומות שלא כתבו מעולם ללשון זה נמי חייב כאילו כתבו, והך שכך כותב דקאמר במתני' פי' דדיינינן בזה למיעבד עובדא כאילו כתבו ע"ש, ולפי"ז א"ש דבאמת לא חייב מטעם הכתיבה אלא מטעם מזיק, וע"ש בשמ"ק פ' המקבל שהביא גם בשם רב האי גאון כדברי הרשב"א, והיינו דלא כמו שהבין הסמ"ע דלהכי אמרינן לא כתב כמאן דכתב דמי, משום דרובן כתבי וכנ"ל, אבל במקום דלא נהיגי למיכתב פטור, אלא ודאי אפי' באתרא דלא כתבי כלל נמי חייב, ובתשובת חות יאיר (סי' קס"ח) פסק דלדידן דלא נהיגי למיכתב פטור, הובא בפ"ת (חו"מ סי' שכ"ח), ולמ"ש בשם הרשב"א אין הדבר כן, אלא דתלמידי הרשב"א הבינו דעיקר החיוב הוא מטעם הכתיבה אבל מדינא פטור משום

דהוי כמבטל כיסו של חבירו, הובא דבריהם בב"י (חו"מ סי' שכ"ח) ע"ש, ומהירושלמי שהבאתי מוכח שלא כדבריהם, ודו"ק, ועמ"ש לקמן (דק"ד ע"א) מזה:

ועוי"ל בישוב קושית קצוה"ח הנ"ל, דע"כ לא אמרינן דמבטל כיסו פטור כ"א במקום שלא הבטיח לו זה מאומה, ורק מטעם מזיק דיינינן בזה שפיר אמרינן דמזיק לא הוי במניעת הריוח, אבל הכא דהבטיח לפועלים והם סמכו עליו, חייב מטעם ערבות, וכמ"ש כן הריטב"א לעיל (דף ע"ג) גבי ההוא דיהיב זוזי למזבן ליה חמרא וז"ל דהכא אעפ"י שלא קיבל עליו תשלומין כלל כיון שנתן לו מעותיו לקנות בהן סחורה, ואלמלא הוא היה לוקח ע"י עצמו או ע"י אחר אלא שזה הבטיחו וסמך עליו ונתן לו מעותיו ע"ד כן הוא חייב לשלם לו כל מה שהפסיד בהבטחתו, דבההוא הנאה דסמיך עליו משתעבד ליה מדין ערב, וזהו ענין דין פועלים דלקמן שחייב לשלם מה שהפסיד עכ"ל ע"ש, הרי להדיא דטעמא דפועלין מטעם ערב, ולק"מ קושית הקצוה"ח ודו"ק:

בא"ד וי"ל דמיירי שכשחוזר בו עוד ימצאון להשתכר כו' וכי מפליג בסמוך בין לא הלכו כו' אלא אורחא דמילתא נקט כו' ע"ש, ודבריהם דחוקים קצת, ולמ"ש לעיל בסמוך אתי שפיר בריוח, דבלא הלכו דלא הוי שום קנין, ואינו כ"א דברים בעלמא, ועיקר החיוב שיש בזה היינו משום דינא דגרמי, משכחינן נמי דפטור אפי' כשלא ימצאון שוב להשתכר, וכגון שגם מעיקרא קודם ששכרן לא היו מוצאים נמי להשתכר דפטור כיון דלא גרם להם היזק, משא"כ בהלכו דההליכה הוי קנין ונתחייב כבר בשכרן מטעם הקנין, וא"כ לא יפטור כ"א כשימצאון מקום כעת להשתכר, אבל אם אינם מוצאים להשתכר כעת, אע"ג שגם מעיקרא לא מצאו נמי להשתכר ולא גרם להם הפסד חייב מיהא מטעם הקנין שכבר קנו שכרם, ושפיר יש חלוק גדול בין הלכו ללא הלכו, והיינו דעת רש"י מ"ש לעיל דלא הוי כ"א תביעת דברים, ומשום דההחלוק בין הלכו ללא הלכו דחקו לזה, ועמ"ש לעיל ברש"י:

ברש"י ד"ה לא סיירה מאורתא, עליו היה לתת לב לדבר ולהודיעם כו', ובסמוך גבי ריפקא פרש"י טעם אחר דכיון דלא סיירוה אמרי פועלים מי יימר דלההוא ארעא אגרתן, והמפרשים האריכו בזה וכתבו דבריפקא שאני דבזה על הבעה"ב לידע טבע שדהו, והיינו דלא כמ"ש התוס', ואפשר לומר בפשוטו דבדין הראשון דהפועלים מצאו השדה לחה, והיתה לחה גם מקודם שפסקו ביניהם, ומסתמא בעה"ב יודע הוא בשדהו והפועלים דלא סיירוה לא ידעו כלל מהסבה הזאת, להכי כיון שבעה"ב ידע בסבה והפועלים לא ידעו הוי שפיר פסידא דבעה"ב, אבל בהך דריפקא דהסבה נתהוה משום שבא מטר אחר הפסיקה, וכיון שהסבה נתהוה אח"כ ובשעת הפסיקה לא ידע גם

הבעה"ב כמו הפועל, שיבוא מיטרא, והיכי ששניהם לא ידעו חזר הדין להיות פסידא דפועל, להכי הוכרח רש"י לטעם אחר, משום דמצי אמרי מי יימר דלההוא שדה אגרתן, ואע"ג שגם בדין הראשון כתב רש"י שמא ירדו גשמים, דהסבה בא אחר הפסיקה ואפ"ה כתב דפסידא דבעה"ב, י"ל דדייק רש"י לכתוב התם דירדו גשמים בלילה, וא"כ נהי דבעת הפסיקה לא ידע מזה, מ"מ כיון דבעה"ב ידע מסתמא תיכף כשירד הגשם, וא"כ אכתי הו"ל להודיעם בבקר שלא יבואו, ועיין ברמ"א (חו"מ סי' של"ד) דטעם החיוב משום הכי הוא, אבל בריפקא מיירי שהגשם בא בשעה שבאו לעבודה, ולא ידע הבעה"ב יותר מפועלים להכי אי לאו טעמא דמי יימר דלההוא שדה אגרתן היה פסידא דפועלים וק"ל:

דף עז:

הנותן עירבון כו' אם אני חוזר בי כו', עיין מה שכתבתי לעיל (דף ע"ד ע"ב) בתוד"ה הכא לאו בידו:

בגמ' בד"א בזמן שא"ל ערבוני יקון, עמ"ש לעיל (דמ"ח ע"ב) מזה:

בתוד"ה עייל ונפיק כו' נראה דמיירי אפי' משך כו', בס' מ"ה הקשה דלפי"ז מה הועילו חכמים בתקנתן דמשיכה דוקא קונה שלא יאמר המוכר נשרפו חטיך, הא השתא דמשיכה קונה יאמר הלוקח נשרפו חטיך, דכשישרפו החטים לא יוכל המוכר להוציא ממנו המעות שיאמר לו פן היית עייל ונפיק אזוזי שלא היה המכר כלום, ובכל אונס שיפול בבית הלוקח יוכל הלוקח לפטור עצמו שמא היית דוחק למעות ע"ש. והנה הגאון הנ"ל סובר דכל זמן דבעי למיעל אזוזי מתבטל המכירה ואפי' לאחר כמה, ולהכי הקשה קושיתו, ומאוד תמיהני שלא עיין בדברי הראשונים ושו"ע, דכל הפוסקים הסכימו שדוקא כשהוא דוחק מיד, או בדגלי דעתיה דלא מזבין אלא משום דצריך לדמיה, אבל אם מיד לא דחיק וגם לא גלי דעתיה דמשום דוחקא הוא דמזבין, לא מצי שוב לבטל המכירה אפי' בדעייל ונפיק, והכי מבואר בשמ"ק בשם הרשב"א, דאלת"ה רוב הקניות אפשר להתבטל, ואם ירצה המוכר לחזור יעשה עצמו לאחר זמן כדחוק למעות, אלא ודאי דאם לא דחיק בעת המכירה לא מהני שוב מה שדוחק, וכן מבואר בשו"ע (חו"מ סי' ק"צ), ואפי' לפי' הסמ"ע שם, דביומא דאוקמי לזביני שכתב הטור, היינו יום הפרעון, היינו נמי דוקא כשקצב מיהא זמן פרעון, אבל כשלא קצב פשיטא דלא יכול שוב לבטל המכירה ע"י שדוחק למעותיו, ולק"מ קושיתו:

ברש"י ד"ה חמרא חמור, וכתב הרא"ש והנמוק"י דהוצרך לפרש כן, דליכא לפרושי יין, דיין יש בו דין חלוקה וקנה מיהא כנגד מעותיו ע"ש, ומוכח מכאן דרש"י ס"ל כהפוסקים

דאפי' בדעייל ונפיק אזוזי קיים המקח מיהא כנגד מעותיו, רק אחר שהמוכר יחזור על המותר יכול הלוקח לחזור גם מה שכנגד המעות, דמצי אמר אדעתא דכולה לקחתיה, והיינו מה שדייק רש"י לעיל בברייתא לפרש, דמהיכן מגבהו דנקיט בברייתא, מגבהו את חובו, ודייק מינה בשמ"ק דדוקא אתן לי מעות בלחוד קאי, אבל אם אומר תן לי קרקע דיניה כדין לוקח חצי שדה דמשמנין ונוטל כחוש ע"ש, והיינו משום דס"ל לרש"י דלענין כנגד מעותיו נקנה המקח שפיר ושלו הוא נוטל, ואין נוטל מהעידית:

דף עח.

ברש"י ד"ה עד כדי שכרם, אם עשאו קצת המלאכה ולא קיבלו כלום שוכר עליהן כל מה שהוא חייב להן יוסיף לאחרים ע"כ, והקשה הריטב"א דהא כשעשו קצת מלאכה, אפי' בדבר שאינו אבוד נמי ס"ל לר' דוסא יד פועל על התחתונה ואם הוקרו פועלים נותנין להם משכר שעשו להשלים על מה שעתיד לעשות, ומאי איכא בין דבר האבוד לאינו דבר האבוד. ונ"ל דבדבר שאינו אבוד דוקא כשהוקרו פועלים, וההוספה הוא מחמת היוקר, וכיון שא"א להשיג שום פועל כמקח הראשון, להכי צריך להשלים משכר הראשונים, אבל כשלא הוקרו הפועלים, ורק מחמת נחיצותו לשכור פועלים מיד ואין רוצה להמתין מוכרח לתת להם יותר מן המחיר, אבל אם היה רוצה להמתין היה יכול להשיג גם במקח הראשון, בזה אין מפסידין הפועלים הראשונים כלום, דכיון דהדבר אינו אבוד הלא יוכל להמתין, משא"כ בדבר האבוד, אף אם ישלם יותר רק מחמת הנחיצות ג"כ ההפסד לפועלים, שוב מצאתי כן בשמ"ק. ועוי"ל דבדבר שאינו אבוד היינו דוקא בקבלן, אבל בפועל לא אמרינן דידו על התחתונה, וכמ"ש לעיל דשאני ליה לר' דוסא בין שכירות לקבלנות, ובדבר האבוד אפי' בפועל נמי הפסד הפועלים הוא:

בגמ' כי תניא ההיא שבאתה חבילה לידו, והנה בשמ"ק הקשה מכאן על ר"ת שכתב לעיל (דף מ"ח ע"א) דאין פועל יכול לחזור מכי משך בעה"ב כלי אומנתו, והא הכא מוקמינן בשבאת חבילה לבעה"ב ואפ"ה מצי לחזור, דרק שוכר עליהן, אבל לחזור יכולין. ואפשר לי ליישב, דר"ת יסבור כשיטת הרמב"ם והסמ"ג דמפרשי דחבילה דקאמר הכא, לאו כלי אומנתו הוא אלא ממון בעלמא, ולא כרש"י דהיינו כלי אומנתו, וזה לא מהני כ"א לענין דיכול לשכור עליהן, אבל לא לענין חזרה, דדוקא כשמשך הכלי אומנות ס"ל לר"ת דאין יכול שוב לחזור:

ועוד נ"ל דאפי' אי יסבור כרש"י דחבילה היינו כלי אומנות, נמי א"ש, דמה דקאמר ר"ת דמכי משך כלי אומנתו מהני, היינו דוקא כשמשכו אדעתא דהכי לקנות הפועל

ע"י משיכה זאת, אבל הכא דאמר שבאת חבילה לידו, דמשמע שבדרך מקרה בא לידו וכפרש"י שכן דרך האומנים מביאים כלי אומנתן לבעה"ב, אבל לא הפועל נתן זה לשם קנין, וגם לא הבעה"ב נתכוון לזה, וא"כ מה קנין שייך בזה כיון דלא נתכוונו כלל לקנין, והא דמהני לענין דיכול לשכור עליהן, לאו משום קנין הוא דנימא דקנה את החבילה להשתלם ממנה, אלא משום דהבעה"ב מוחזק בממון הפועל ואין הפועל צריך לתת מכיסו יכול לשכור עליהן, והיינו דאיכא בין באה חבילה בידו, לאין חבילה בידו, דבאין חבילה בידו, א"כ כשישכור זה פועלין יוצרך הפועל הראשון להוסיף מכיסו, וזה אין מחויב, ובחבילה ביד בעה"ב כיון שא"צ לבקש מהפועל שיתן מכיסו יכול לשכור, וכמו בהתחילו במלאכה, דמחלקינן נמי בהכי לר' דוסא דס"ל יד פועל על התחתונה, היינו דוקא לנכות משכירות הפועלים במה שעשו כבר וישנו ביד בעה"ב, אבל מכיסם כלל כלל לא, וה"נ דכוותיה, אבל לא מטעם קנין הוא, אבל היכי שמשך החבילה לשם קנין מהני נמי לענין חזרה:

והנה בט"ז (חו"מ סי' של"ג) כתב דלאו דוקא משך אלא אפי' אם לא משך רק שנתנה לחצירו של בעה"ב קנאה נמי הבעה"ב דרשותו קונה כמו משיכה ע"ש, וצ"ל נמי שהפועל נתן לרשותו של בעה"ב לשם קנין, אבל אם הניחה ברשות בעה"ב שלא לשם קנין ודאי דלא קנה וכמ"ש, ואפי' למ"ש לעיל (דף י"א ע"א) דחצירו של אדם קונה לו אפי' שלא מדעתו, והיינו חצר שהוא מטעם שליח וכמו בשליח דזכין שלא מדעת בעה"ב, אכן עכ"פ דעת של מקנה מיהא בעינן, דדעת קונה לא בעינן בכה"ג, אבל דעת מקנה בעינן, והכא דליכא גם דעת מקנה לא מהני, אע"כ שהפועלים נתנו לחצירו לשם קנין, ועיין בש"ך שם סקל"ד שהביא דר' ברוך חולק על פרש"י דהכא דמפרש דחבילה היינו כלי אומנות, דא"כ איך יכולים לחזור, ולמ"ש א"ש, ועיין מה שכתבתי בסמוך בתוס':

בתוד"ה כגון שבאה חבילה לידו, וא"ת א"כ פשיטא כו', התוס' הבינו דפירוש חבילה, הוא משכון, וס"ל שדוקא בניתן ליד בעה"ב לשם משכון לצורך התשלומין, דכשיחזור ישתלם הבעה"מ ממנה, ועיין במהר"ם, ובמס' קדושין (דף ח') הוסיפו עוד לפרש דמיירי שהקנה לו בגוף המשכון דאל"ה מנה אין כאן משכון אין כאן ע"ש, ולשיטתם שפיר הקשו דמאי קמ"ל הכא פשיטא הוא כיון שהשליח הקנה לו והבעה"ב עשה קנין לצורך זה, דיכול להשכיר עליהם, ואמנם למ"ש לעיל בסמוך בשם רש"י, דאפי' כשלא נתן לו כלל לצורך משכון להשתלם מזה, אלא שבמקרה בא לידו מממון של פועל נמי מהני, ולאו מטעם קנין הוא אלא משום דמוחזק הוא ואין הפועלים צריכין לתת מכיסם, ושכן משמע לשון הש"ס שבאתה חבילה לידו, דמשמע שבא בדרך מקרה, דאל"ה הכי הול"ל

כגון שנתן החבילה לידו, וכן משמע נמי מלשון הרמב"ם והשו"ע שז"ל ואם היה להם ממון תחת ידו שוכר להשלים המלאכה, דמשמע שכל שהיה לבעה"ב ממון הפועלים אע"ג שלא ניתנו כלל לצורך תשלומין דמהני, וא"כ טובא אשמועינן דאע"ג דלא מסרו בידו לצורך תשלומין אפ"ה יכול לשכור על זה, ודו"ק:

ומיושב נמי בזה קושית הראשונים, דמאי מהני כשבאה חבילה לידו, ואמאי לא נימא מנה אין כאן משכון אין כאן כדאמרי' הכי בקדושין ד"ח, ועמ"ש התוס' שם, ואכן קושיא הזאת לא שייך כ"א להבנת התוס' דבעינן דוקא שהחבילה ינתן בתורת משכון לצורך זה, ובעה"ב יקנה אותו לדעתא דהכי, ולזה שפיר הקשו דאכתי מאי מהני, נימא משכון אין כאן, אבל לפמ"ש דהחבילה לא ניתן כלל לשם משכון ואפ"ה מהני מטעם מוחזק פשיטא שאין זה ענין כלל לדין דמשכון ואין מקום לקושית התוס', ועיין עוד בחדושינו לעיל (ד"ה ע"א) בבאור הדין דמנה אין כאן:

במתני' ברש"י ד"ה חייב המשכיר כו' שהרי חמור זה שיעבד לו או יחזיר שכרו ע"ש, והרא"ש הקשה במה נשתעבד להוסיף כיון דחמור זה אמר לו, ואמנם לקמן (דף ע"ט ע"א) ברש"י ד"ה לא מכלינן, הארכתי הרבה ליישב ע"ש היטב:

בתוד"ה הוחמה בסוה"ד ויש לדחות ראיתו דלמ"ד חייב נמי סמך אהאי טעמא כו', ואין להקשות דא"כ במאי פליגי, די"ל דמ"ד פטור ס"ל דהבלא דאגמא הוי סופו נמי בפשיעה להכי מודה דחייב וכמ"ש רש"י לעיל (דף ל"ו ע"ב) בד"ה הכא פטור וז"ל אבל הכא איכא למימר שבפשיעה מתה שאם היתה בבית לא מתה ויציאתה לאגם הוא פשיעת מיתתה ע"כ, הרי דמפרש דהבלא דאגמא נחשב כפשיעה גמורה, ואמנם אם כי המפרשים הבינו כן דהכי הוא דעת רש"י, אכן כבר דחיתי זה בחדושינו לעיל, דא"א לומר דהבלא דאגמא נחשבת לפשיעה ממש, מדקאמר התם פשע ויצאת לאגם, דמשמע דמשום שפשע ביציאתה, היינו שלא נעלה כראוי ופשע לענין גנבי, הוא דחייב, ותיפוק ליה דאפי' לא פשע לענין גנבי וכגון דהוליכה השומר בעצמו לאגם נמי חייב כיון דזה גופא פשיעה היא, וכ"כ הרא"ש שם, ואפ"ה אין להקשות דלסברת התוס' הכא דגם מ"ד חייב סמך אטעמא דהבלא דאגמא, א"כ במאי פליגי, די"ל דודאי שבדין דיציאה לאגם לא פליגי, ולשניהם חייב משום טעמא דהבלא קטלה, ורק עיקר פלוגתתם הוא בצריפא דאורבני, דיש נ"מ בין אונס שע"י הפשיעה האמור בצריפא, לענין אונס שע"י הפשיעה דגבי יצאה לאגם, דבצריפא גם השתא שהניחם בצריפא הוי נטירותא לענין גנבי, כמו שהיו טמונים בקרקע, דגם הכא אין עלול לביאת גנבים כמו בהטמינם בקרקע, ורק דאמרינן אילו שמרם בקרקע אפשר שבמקום הזה לא חפשו הגנבים והיתה נצלת מאונס, ולפי"ז התם

לא הוי הפשיעה סבת האונס לומר שע"י שפשע בא האונס כיון שגם הצריפא משומרת כמו בקרקע, אלא הפשיעה היא סבה שלא ינצל מן האונס, אבל גבי הבלא דאגמא, שמיד שבאה לשם התחילה החולי, ואיגלאי מילתא דההבל דאגמא מסוכן הוא, א"כ הוי הפשיעה סבת האונס ממש, דהפשיעה הולידה האונס, והיינו דקאמר אביי התם, דאפי' מאן דפטר היינו דוקא בצריפא, דהפשיעה לא היתה כ"א סבת ההצלה, אבל במקום שהפשיעה הוא סבת מיתתה כו"ע מחייבי, והיינו נמי כוונת רש"י במ"ש שהיציאה לאגם הוי פשיעת מיתתה, פי' שזוהי סבת מיתתה ועמ"ש לעיל (דף ל"ו ע"א) בתוד"ה אין רצוני, להוכיח כן באריכות, ולפי"ז לא פליגי כ"א בצריפא, דמ"ד חייב ס"ל דאפי' במקום שהפשיעה אינה סבת האונס כ"א סבת ההצלה וכגון בצריפא נמי חייב, ומאן דפטר ס"ל דבכה"ג דצריפא פטור, ואין מחייב כ"א ביציאה לאגם, דהפשיעה הוא סבת מיתתה, אבל היכי דאין האונס תלוי כלל בפשיעה, שגם סבת מניעת ההצלה לא בא מחמת הפשיעה, כו"ע מודו דפטירי, ושפיר כתבו התוס' דאפי' מ"ד חייב סמך נמי אטעמא דהבלא קטלה, דאי לאו האי טעמא, אין האונס תלוי כלל בפשיעה, דאפי' במקום אחר לא היתה נצולה מן האונס ובכה"ג גם לדידיה פטור, אע"כ דגם הוא סמך אהאי טעמא, ואה"נ דטעמא דהבלא מספיק גם למ"ד פטור, כיון שע"י טעם זה בא האונס ממש ע"י הפשיעה, והכא לא פליגי כלל, ורק פלוגתתם הוא בצריפא, ועמ"ש לעיל שם באופן אחר ליישב הנ"מ בין צריפא להך דהבלא, וא"כ י"ל נמי דגם בזה פליגי ודו"ק:

בתוד"ה כגון שמתה מחמת אויר, פי' שידוע שאותו יום היה אויר משונה בהרים יותר מבבקעה כו' והוי תחלתו וסופו בפשיעה ע"כ, הוכרחו לפרש מפני שתחלתו וסופו בפשיעה ובידוע שאויר משונה, ולא מוקי נמי באין ידוע ואפ"ה חייב דכיון דאיכא למיתלי דאוירא דהר יעשה שנוי הוי אונס בא מחמת הפשיעה וכמו לעיל (דף ל"ו) גבי פשע בה ויצאה לאגם, דאע"ג דאין ידוע בבירור דאוירא דאגמא משונה אפ"ה חייב, דאי בידוע שאוירא דאגמא משונה מ"ט דרבא דפטר התם ואומר מלאך המות מה לי הכא מל"ה, הא פשיטא די"ל שבמקום אחר לא היתה מתה, ורק באגמא דאוירו משונה גרם למיתתה, אע"כ דבאין ידוע מיירי התם ואפ"ה חייב, דכיון דיש מקום במה למיתלי נחשב כאילו האונס בא מחמת הפשיעה, וא"כ אמאי לא ניחא לתוס' לאוקמי גם למתניתין הכי, די"ל דאי באין ידוע וחיובו מחמת תחלתו בפשיעה וסופו באונס, א"כ יקשה ממתני' למ"ד תחלתו בפשיעה וסופו באונס שא וגם למה שכתבתי לעיל בדבור הסמוך, דלאביי דס"ל הבלא דאגמא קטלה, גם מ"ד דס"ל בצריפא דאורבני דפטור מודה הכא, ומשום דהכא הוי סבת האונס בא ע"י הפשיעה, וע"ש שחלקתי בין זה לצריפא דאורבני, ובכה"ג

כו"ע מחייבי, בכ"ז אכתי יקשה מכאן לרבא דס"ל לעיל מלא המות מל"ה מל"ה, ולא ס"ל למיתלי בשנוי אויר מספיקא, וגם קיי"ל כרבא, לזה מפרשי תוס' דבידוע מיירי הכא וגם סופו הוי בפשיעה וחייב לכו"ע אפי' לרבא. ואמנם מלשון רש"י שכתב הואיל ושינה יכול לומר לו לא מתה זו כו', משמע דבאין ידוע מיירי וחייב משום דתלינן לומר שמתה ע"י האויר המשונה, ואפ"ה לא קשיא ממתני' על רבא, די"ל דע"כ לא קאמר רבא מלאך המות מל"ה מל"ה, כ"א במצב שוה, מהר להר או מבקעה לבקעה, ומשום דאין מצוי להשתנות האויר ממקום למקום, אבל מהר לבקעה כיון דמסתמא אין אוירם שוה, להכי אפי' במתה כדרכה תלינן נמי לרבא דאוירא דהר קטלה מפני שאינה רגילה באויר הר וכמו שפרש"י, וכיון שהתנה עמו להוליכה בבקעה, היינו משום דבעה"ב יודע בטבע בהמתו שאינה למודה באויר הר, ולכן אפי' לרבא חייב בכה"ג אפי' באינו ידוע:

בתוד"ה ר' יוסי ב"ח כו' ואור"י דרבה לטעמיה כו' אבל אם שינה מבקעה לבקעה פטור דליכא תחלתו בפשיעה ע"ש, וכלל תירוצם דלאינך אמוראי דס"ל אפשר כמ"ד תחלתו בפשיעה וסופו באונס פטור מוקמינן בידוע שהיה אויר משונה דהוי גם סופו בפשיעה, אבל לרבה לא נוקי בידוע שהיה שם נחשים, דאפי' באינו ידוע דלא הוי סופו בפשיעה נמי חייב לדידיה דס"ל תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב, וקצת מגומגם הוא מה דמשמע מדבריהם, דבאינו ידוע שיש שם נחשים דוקא לרבה חייב משום תחלתו בפשיעה, אבל למ"ד תחלתו בפשיעה וסופו באונס פטור, פטור באינו ידוע, הא היכי דאיכא למיתלי חייב לכו"ע וכמ"ש אביי לעיל (דף ל"ו), אפי' למ"ד פטור הכא חייב משום דאמרינן דהבלא דאגמא קטלה, ואפי' לרבא דפליג התם וס"ל להיפוך, היינו דוקא במתה כדרכה, ובזה ס"ל מלאך המות מל"ה מל"ה, משום דאין תולין סבת מיתתה ע"י שנוי אויר משום דאין רגיל האויר להשתנות ממקום למקום, אבל במתה ע"י נחש, הרי ראינו שמלאך המות היה בשם, ואילו לא שינה להוליכה למקום אחר לא היתה מתה ע"י סבה הזאת, דאטו בכל מקום מצוי נחשים, וא"כ יש לתמוה עמ"ש התוס' דדוקא לרבה חייב באינו ידוע, הא לכו"ע נמי דינא הכי דבסופו באונס דכה"ג כו"ע מודו דחייב, ובשלמא לאמוראי דלעיל דהסבה היתה שמתה ע"י אויר, הוכרח התוס' לעיל לפרש דמיירי בידוע ומשום סופו בפשיעה, וכמו שפירשו בדבור דלעיל, דאי באינו ידוע וסופו באונס, א"כ לרבא דס"ל לעיל דלא תלינן בשנוי אויר יקשה ממתניתין וכמ"ש לעיל בתוס', אבל לאוקימתא דרבה דהכישה נחש, אפי' לרבא נמי יש לתלות זה בשנוי מקום, וא"כ לכו"ע נמי חייב אפי' באינו ידוע ודאי, ומהתוס' משמע דמדמו סבת נחש לסבת מתה מאויר, וכמו דהתם אמרינן לרבא דלא תלינן ומלאך המות מל"ה ומל"ה, ה"נ בכה"ג

שמתה ע"י נחש, והוא מגומגם, דבכה"ג לא שייך סברת רבא, כיון שחזינן דמלאך המות היה שם וכנ"ל, ולולי התוס' היה נ"ל לומר דבכה"ג אפי' לרבא חייב גם באינו ידוע, וכ"ש לשיטת רש"י שס"ל גם לאוקימתא דלעיל חייב נמי באינו ידוע, ודו"ק:

בא"ד והשתא כל אלו אמוראים סוברים כרבא כו', יש לתמוה דמאוקימתא דאובצנא ודאי אין ראיה דכרבא ס"ל, דאפי' לאביי דבמתה כדרכה נמי חייב, ג"כ י"ל דלרבותא מוקמי באופן זה שמתה ע"י אובצנא, דלא מיבעי במתה כדרכה ולסברת אביי דשנוי אויר גורם מיתה הרי בא המיתה ע"י השנוי דודאי חייב, אלא אפי' אם רואין שמתה ע"י אובצנא הו"א דפטור, דסבה זאת אין שייך לכאורה להשנוי, להכי אשמועינן דגם בכה"ג חייב, דאמרי' דאילו לא שינה לא היתה מתה, דאוירא דהר היה מועיל להחזיקה וכפרש"י, וכן מאוקימתא דר' ינאי דמוקי שמתה ע"י אויר, לפרש"י דמיירי באמת במתה כדרכה, הרי הוא להדיא כאביי, ואלא בזה י"ל דהתוס' לשיטתייהו דר' ינאי מיירי בידוע שהיה אויר משונה, אבל במתה כדרכה לא, וא"כ היינו דוקא כרבא, דלאביי אפי' במתה כדרכה חייב, ולפי"ז צ"ע מ"ש התוס' כולהו אמוראי, דמאן דמוקי באובצנא אין מוכח כלל, ומאוקימתא דרבה נמי אין מוכח דאשמועי' רבותא, דאע"ג דהכישה נחש הוי אונס גמור שאין מקום לכאורה לתלותו בסבת הפשיעה, אפ"ה תלינן שאם לא שינה לא היה בא האונס גם באונס דכה"ג, וכ"ש במתה כדרכה דחייב. מיהו כתבתי לעיל בסמוך להיפך, דבהכישה נחש יש סברא לומר דאפי' לרבא חייב, אבל התוס' הא לא ס"ל סברא זאת, ורק מאוקימתא דר' ינאי מוכח כן רק לשיטתם, ולמה כתבו דכולהו אמוראי סברי כרבא, ועיין במהר"ם שי"ף שכתב נמי דאין מוכח מהכא, ועיין במהר"ם לובלין ודו"ק:

דף עח:

בתוד"ה אם בדרך הליכתה כו' דמצי א"ל מזלך גרם שאילו היתה בבית לא היתה ניטלת ואפי' אינה חוזרת דלא דמי למתה דהכא מוכח דמזלא דידיה גרם ע"ש, ועל הסמ"ע (בסי' ש"י) שכתב כסברת התוס', הקשה עליו בנה"מ, דאי באינה חוזרת לגמרי, מ"ש מנשבה דמתני' דחייב להעמיד לו ע"ש, ולא אבין דהא התוס' כתבו להדיא דלא דמי, דהכא משום דמוכח דמזלא דידיה גרם ומחמת מהלך הדרך נעשה האונס משא"כ במתה ונשבה:

ברש"י ד"ה אבל אנגריא שאינה חוזרת הו"ל כמתה או נשברה, אע"ג דמרש"י בסמוך משמע שמפרש דאנגריא שאינה חוזרת, לא אינה חוזרת לעולם, דהא בדברי שמואל דקאמר דאפי' באנגריא שאינה חוזרת אם בדרך הליכה ניטלה אומר לו הרי שלך לפניך, ולפרש"י שם משום דכשיפגע חמור אחר יחזירנו לו, ואי אינה חוזרת דקאמר היינו אינה

חוזרת לעולם, מה נ"מ בין דרך הליכה, כיון דס"ס לא יחזירנו, אלא ע"כ דרש"י מפרש דאינה חוזרת לאו לעולם, כ"א עד שיפגע חמור, וא"כ מ"ט דרב דס"ל דאנגריא שאינה חוזרת, הו"ל כמתה או נשברה, הא לא דמי למתה, דהתם כיון שאינה חוזרת לעולם מפסיד כל שכרו, אבל הכא כיון דסופה לחזור ויוכל להשתמש בה אח"כ, ובשביל איחור הזמן אין מפסיד המשכיר, כמו בהבריקה דג"כ מתאחר במלאכתו וכמ"ש התוס'. ולכן נ"ל דמ"ש רש"י דכשיפגע חמור יחזירנו לו, היינו כשהשוכר הולך אחריה, ואז יחזירנו לידו כשיפגעו חמור אחר, אבל כשאין השוכר הולך אחר הבהמה, מעצמם לא יחזירו לעולם, או אפי' כשיחזירו, יהיה זה בשעה שיזדמן לפני שלוחי המלך דרך להכא לשוב למקום בעל הבהמה, ואז יביאוה עמם, אבל לילך לכתחילה בכדי להשיבה, זה לא יעשו, ואם כי הבהמה לא נצרך עוד להם, כיון שפגעו בהמה אחרת, מ"מ לא ירצו לטרוח ולהשיבה, וזהו עיקר הפירוש בין אנגריא חוזרת או אינה חוזרת, דחוזרת היינו שיטריחו להשיבה כשיפגעו חמור אחר, ואינה חוזרת, היינו שמעצמם לא יטריחו להחזירה עד שיזדמן לפניהם דרך לכאן, ובהא פליגי רב ושמואל, דרב ס"ל דבאנגריא חוזרת, כיון דמעצמם יחזירו להם בתוך ימי השכירות ויהיה בידו עוד להשתמש, אין חייב להעמיד לו חמור אחר, דדמיא להבריקה, ובאינה חוזרת מעצמה, דמיא למתה, כיון דלא יוכל השוכר להשתמש בה עוד, דאף משיחזירוה כשיזדמן להם דרך, בין כה יעבור זמן השכירות, ולא מפליג בין דרך הליכה או לא, דאפי' בדרך הליכה, היינו שיש לו לשוכר נמי לילך בזה הדרך, אפ"ה מחויב להעמיד לו חמור, דעד שיפגע חמור אחר אין לו במה להשתמש, ושמואל ס"ל דכיון דבדרך הליכה ניטלה מחויב השוכר לשכור חמור עד שיפגע, כיון דאף מזלו גרם, זהו המתבאר לפרש"י, ולפי' הר"ח המובא בתוס' דמפרש פי' אחר באם בדרך הליכה ניטלה, נוכל לפרש אינה חוזרת כפשוטו, דלאו מעצמה אינה חוזרת, אלא אינה חוזרת כלל לעולם, ואפי' כשהשוכר הולך אחריה נמי אין מחזירין לו, ואפ"ה לא דמיא למתה וכמ"ש בתוס' משום דהכא מוכח דמזלא דידיה גרם, והוצרכתי להאריך בזה מפני שראיתי להסמ"ע (בסי' ש"י) שכתב דלתוס' הוי אינה חוזרת לעולם או במשך ימי השכירות, ולרש"י אינה חוזרת עד שיפגע חמור, אבל במשך השכירות יוחזר לו עכ"פ ע"ש, וצ"ל דהיינו דוקא כשבדרך הליכתה ניטלה, וגם השוכר הולך עמה, דאז יחזירו לו כשיפגעו חמור אחר, אבל אם אין השוכר עמה, אינה חוזרת גם לרש"י, דאלת"ה מ"ט דרב דס"ל דבאינה חוזרת הו"ל כמתה וכנ"ל, ומסמ"ע לא משמע כן, אלא לרש"י בכל אופן חוזרת במשך קצר, וזה אינו וכמ"ש:

דף עט.

ברש"י ד"ה לא מכלינן, וכי תנן במתניתין חייב להעמיד לו חמור היכי דמתה בעודה בבית הבעלים דמוסיף ולוקח כו' ע"ש, מכאן יש להבין דעת רש"י במתניתין, והרא"ש הקשה עליו, דממ"ש שם שהרי חמור זה שיעבד לו, מכלל דמיירי דאמר לו חמור זה, ומדכתב ולהוסיף מעות להעמיד לו חמור אחר משמע דמיירי בחמור סתם, דאי בחמור זה הא לא משועבד לו להוסיף על דמי החמור ע"ש, ואמנם בכאן יישב זה רש"י, דבאמת אין מחויב להוסיף לו, רק שזה עכ"פ ודאי מחויב הוא לשכור לו בדמי החמור שמת, דע"כ לא אמרינן כאן דאין מחויב לשכור משום טעמא דכלוי קרנא, היינו כשהחמור מת בחצי הדרך ואין הבעלים עמו להוסיף על המעות ולקנות חמור, אבל כשהוא בבית הבעלים הרי הברירה בידו, דאם לא ירצה לכלות קרנו הרי יוכל להוסיף על המעות ולקנות חמור אחר, ואי אין רוצה להוסיף, מחויב עכ"פ לשכור בדמי הנבילה, כיון שזה מחויב מן הדין דהא חמור זה שיעבד לו, ואלא דאם אין הבעלים פה חיישינן לכלוי קרנא, אבל כשהוא עצמו בפה, ואם איהו לא חש, אנן מי חיישינן, וא"כ מה שכתב דצריך להוסיף היינו לאו דמחויב מדינא להוסיף, אלא דכשלא ירצה לכלות קרנו ולשכור חמור בדמי הנבילה, מחויב להוסיף, אבל אם מרוצה יותר למכור הנבילה ולשכור בדמיה, פשיטא דאין כופין להבעלים להוסיף, כיון דלא שיעבד לו רק חמור זה, ונפקא מינה כגון כשאין בדמי הנבילה גם לשכור חמור לכל הדרך, שאין הבעלים מחויבין להוסיף כלל, דיותר מחמור זה לא שיעבד לו, וזה היה נראה נכון בכוונת רש"י, אלא שלשון רש"י דהכא אין משמע כן, דאי כמ"ש דעיקר החלוק הוא דכיון שהבעלים בכאן הברירה בידו להוסיף ולקנות או לשכור, א"כ למה דייק לכתוב דמתני' מיירי בעודה בבית בעלים אפי' כשהחמיר הוא בדרך אלא שהבעלים מחמרים אחריה נמי הכי הוא דינא, ועוד מאי פריך בסמוך מיתיבי יבש האילן, הא שאני התם דבעלים בפנינו ואין למצוא תקנה אחרת, אבל הכא טעמא דרב, דשמא אם הבעלים היו בכאן היו מוסיפין דמים:

ולכן נ"ל כוונת רש"י באופן אחר, דהנה לכאורה אין מקום לקושית הרא"ש דבמה נשתעבד המשכיר להוסיף כיון דחמור זה אמר לו, הא זה לשון רש"י במתני', חייב המשכיר למכור כו' ולהוסיף מעות להעמיד לו חמור כו' שהרי חמור זה שיעבד לו או יחזיר לו שכרו ע"כ, ומשמע להדיא מלשונו דאה"נ שאין מחויב דוקא להוסיף, ואם רצה להחזיר לו שכרו ולחזור בו הרשות בידו, רק שאם אינו רוצה להחזיר שכרו מחויב להעמיד לו חמור, וא"כ מה מקום לקושית הרא"ש, במה נשתעבד להוסיף, דאה"נ שאם רצה שלא להוסיף הרשות בידו, כיון שלא נשתעבד לו, רק שאז צריך להחזיר שכרו.

וצ"ל דעיקר קושית הרא"ש הוא ממה שצריך להחזיר שכרו, דכיון שאינו מחויב כלל להוסיף, א"כ אפי' כשלא ירצה להוסיף נמי אין צריך להפסיד שכרו, אחרי שיותר מחמור זה לא שיעבד לו, ואם אין בדמי הנבילה לקנות או לשכור חמור אחר, הלא מחויב השוכר לשלם שכרו הראוי לו עד כאן, ולמה צריך המשכיר להחזיר השכר. ואמנם ישוב קושיא זאת יתרץ לנו רש"י במה שכתב דמתני' מיירי בעודה בבית בעלים, והוא עפ"י מה שחקר בשמ"ק בשם תלמיד הר"ף, דאם השכיר חמור לחבירו והחמור עודנו בבית בעלים וקודם שהתחילו במלאכה אי יכול לחזור כיון שלא נגמר עוד הקנין קודם שהתחיל במלאכה, וגם משיכה לא שייך בביתו של משכיר ע"ש שהביא ראיה דאין יכול לחזור ע"ש, ובטעם הדבר נ"ל דכיון שהבטיחו זה לזה וסמכו זה על זה, בההיא הנאה משעבדו נפשייהו כאילו קנו בקנין גמור, ונמצינו למדים דהיכי שהחמור עוד בבית בעלים, קנין ממש לא הוי הכא, ורק עיקר הקנין הוא משום סמיכות הדעת, ולפי"ז שפיר נוכל לומר דע"כ לא סמיך המשכיר על השוכר שלא יחזור, כ"א במקום שהשוכר יוכל ליהנות משכירותו, או מהחמור בעצמו, או שיקנה וישכור לו חמור אחר במקומו, בכה"ג סמיך דעת המשכיר דהשוכר ודאי לא ירצה לחזור, אבל כשאין בנבילה די לקנות או לשכור חמור אחר, שצריך השוכר לטרוח ולשכור אחר ממעות שלו, ועוד דלשיטת רש"י (לקמן דק"ג) גבי בית זה, שצריך השוכר לשלם השכירות אפי' מה שלא דר בו וכמ"ש הריטב"א בשמו, וכ"כ בתשו' מיימוני (לס' משפטים סי' כ"ז) בשם רש"י, י"ל דגם הכא כשמת החמור צריך השוכר להפסיד השכר בעד כל הדרך, והא דאמר הכא נותן לו שכרו של חצי הדרך, היינו כשיש בדמים לשכור, ורק משום דלא מכלינן קרנא לא שכרינן, להכי לפחות מנכה לו משכרו, אבל כשאין במה לשכור הוי פסידא דשוכר לגמרי, דמזלו גרם ושלו הופסד, ועמ"ש בסמוך בגמ' בד"ה ר' נתן, וא"כ אדעתא דהכי לא סמיך המשכיר מתחלה שיתרצה השוכר להפסיד שכרו, וממילא שבכה"ג יכול השוכר לחזור ולתבוע שכירותו, ורק שהברירה הוא ביד המשכיר, אם ירצה מעצמו להוסיף מעות ולקנות חמור, ואפ"ה ירצה השוכר לחזור מצד שימצא כעת בזול יותר, אין יכול לחזור, דאדעת מחיר הזה נתרצה מתחלה וסמיך המשכיר שלא יחזור ומועיל הקנין, אבל אם המשכיר אין רוצה להוסיף מעות ולקנות חמור מתבטל הקנין לגמרי ומחויב להחזיר שכרו, דאדעתא דלהפסיד שכרו לא סמיך דעתו מתחלה, ומה מאוד מכוונים דברי רש"י לפי"ז, דודאי אם החמור אינו בבית בעלים וכבר יצא מרשותו לרשות שוכר, דהוי קנין גמור, לית מאן דסובר דהמשכיר יוצרך להוסיף על מעותיו, כיון דלא שיעבד לו כ"א חמור זה, ואם אין בנבילה כדי לקנות או לשכור חמור אחר הפסד השוכר הוא,

וגם השוכר א"צ לחזור לו, משא"כ במתני' דמיירי בעודה בבית בעלים, דהקנין אינו אלא משום סמיכת דעת, ואדעתא דיפסיד שכרו לא סמיך מתחלה ובזה נהי דהברירה ביד המשכיר, אם ירצה שלא להוסיף, כיון דלא נשתעבד, אבל עכ"פ הקנין מתבטל לגמרי וצריך לחזור שכרו:

ונרויח עוד ליישב דעת רש"י מקושית הטור, דהטור (בחו"מ סי' ש"י) למד מדברי רש"י הללו, דמי ששכר חמור ומת בחצי הדרך ואם אין המשכיר מוצא לשכור אחר כ"א ביוקר גדול וירצה המשכיר לחזור מן השכירות ולהחזיר לו שכרו דרשאי לעשות כן, והטור השיג ע"ז דכיון שחמור זה מיהא שיעבד לו למה יכול לחזור ע"ש, ומפרשי הטור טרחו בזה הרבה מאוד ולעד"נ דע"כ לא קאמר רש"י במתני' דיכול לחזור, היינו בגוונא דמיירי הכא שהחמור עוד בבית בעלים, וקנין גמור ליכא כ"א מצד סמיכת דעת, ושפיר י"ל דגם השוכר מצדו לא סמיך על המשכיר, כ"א כל זמן שהחמור עצמו חי הוא, או אפי' כשמת ויכול לשכור אחר במקח הזול, דבכה"ג סמיך עליו שבודאי יקיים הבטחתו, אבל שיתרצה גם להוסיף ולשכור חמור אחר ביוקר גדול, ע"ז לא סמיך דעת השוכר גם מתחלה, ולהכי שפיר יכול המשכיר לחזור, אבל אם החמור מת בחצי הדרך שכבר התחיל במלאכה ונקנה בקנין גמור, פשיטא שגם רש"י מודה דאין המשכיר יכול שוב לחזור, ומחויב לשכור לו בדמי הנבילה אפי' ביוקר גדול, כיון דשיעבד לו חמור זה, ומיושב מאוד דעת רש"י, דאילו לכל היישובים שכתבו הב"י והב"ח שם ע"ש, קשה דכיון דהקנין מתבטל לאחר מיתה כמ"ש הב"י, א"כ מאי שנא דהמשכיר יכול לחזור כשלא ישיג כ"א ביוקר, ולא נימא דגם השוכר יחזור כשישיג עתה בזול, וזה לא אשתמיט שום אחד מהפוסקים לומר דגם השוכר יכול לחזור מחמת זילא, ולמ"ש מיושב מאוד, דלגבי השוכר שאצלו לא נתחדש שום שנוי דעתא מרצונו הראשון שהיה בשעת השכירות, דגם מתחלה נתרצה למחיר כזה, להכי אין יכול שוב לחזור מחמת זילא, דסמיך דעת המשכיר עליו שלא יחזור מחמת זילא, אבל כשהמשכיר רוצה לחזור מצד יוקר גדול, דלגבי הכי לא סמיך דעת השוכר מתחלה להכי שפיר יכול לחזור, ודו"ק כי כ"ז נלענ"ד נכון, ודרך חדש הוא אשר לא זכרו המפרשים:

בפרש"י ד"ה הדרא ארעא כו' ושמא יפגע יובל בתוך שני משכונא וכליא קרנא דלוה, הכי הוא גרסת רש"ל, ומה דדייק רש"י דיובל יפגע בתוך שני המשכונא, היינו משום דאם יפגע לאחר המשכונא, שהלוה יספיק עוד לאכול פירות, לא מיקרי מכליא קרנא אפי' לרב, ולא ס"ל לרש"י מ"ש התוס' דלרב אפי' בכה"ג הוי מכליא קרנא ע"ש, ואין להקשות דלפי"ז מאי פריך בסמוך כדמוקי בזבין ליה לשיתין שנין, ופריך הא סוף סוף

כליא קרנא דלוה, הא כשמכר לשיתין שנין גם הלוה יספיק לאכול פירות, ובכה"ג לא הוי מכליא קרנא, די"ל דשני המשכונתא הוא עד השיתין שנין, ואכתי כי שלמי השיתין שנין לא יאכל הלוה מידי, וא"צ לדחוק כמ"ש הרש"ש דלבסוף הדר ביה וס"ל דאפי' כשיספיק הלוה לאכול איזה שנין הוי נמי מכליא קרנא ועמ"ש בתוס', אלא דאכתי צריך באור, כיון דבתוך שני המשכונתא הוא הוי נמי פסידא דמלוה, וא"כ למה דייק רש"י לכתוב משום פסידא דלוה, ולא כתב משום פסידא דשניהם, וצ"ל דפסידת המלוה אין לתקן, דכשלא יקנה כלל שום שדה והאילן ישאר עומד כך, כ"ש דפסיד טפי, דהשתא מיהא יהיה לו פירות עד היובל, ואם לא יקנה לו שדה לא יהנה כלום, דליצלחיה לציבי הא אסור, אבל פסידת הלוה הא אפשר לתקן, דאם לא יקנו השדה, והאילן ישאר עומד כך עד שיעברו ימי המשכנתא ויוחזר ליד הלוה לעשות בו כחפצו, להכי לא פריך כ"א מכלוי קרנא דלוה, ודו"ק:

בתוד"ה במוכר שדהו לס', קס"ד כיון דלזמן ארוך כ"כ מכר לא חשיב כליא קרנא ע"כ, היינו לשיטתם בדבור דלעיל דלרב הוי קרי מכליא קרנא אפי' כשיאכל הלוה איזה שנים אם אך לבסוף לא תשאר בידו, ולהכי היה קשה להם, דמאי משני דזבין לשיתין שנין, ותירצו דס"ד דלזמן ארוך כ"כ לא חשיב כליא קרנא, אכן למ"ש ברש"י דס"ל באמת דכשיספיק השוכר לאכול מעט לא מיקרי כליא קרנא, צריך לפרש דבס"ד היה סבור כיון דזבין לשיתין שנין ומסתמא כבר כלו שני המשכונתא מקודם הס' שנין דאין רגיל למשכן לזמן ארוך כ"כ, וכיון דכבר כלו שני המשכנתא מקודם, ועד שיכלו הס' שנין יספיק עוד השוכר לאכול לא הוי כליא קרנא, ומשני סוף סוף לכי מטו שיתין שנין פי' דהא מסתמא קתני ואפי' כשהמשכנתא לא יכלו עד השיתין שנין, ולא יספיק השוכר לאכלה, דאכתי הוי מכליא קרנא, ועמ"ש ברש"י:

בגמ' ר' נתן אומר אם נתן לא יטול ופרש"י דאפי' נתן כולו נמי לא יטול כלום ואפי' שכר חצי הדרך שלא עבר, וכן פי' לקמן הב לי חמרא ואנא מייתי ספינתא, ואמאי לא יתן כל השכר, הרי להדיא דס"ל לרש"י דאפי' שכר חצי הדרך שלא הלך ג"כ לא יטול, וגדולה מזה ס"ל לרש"י (לקמן דף ק"ג) דכשהשכיר לו בית זה ונפל דצריך השוכר לשלם כל השכירות אפי' מה שלא דר בו, ואפי' לא נתן צריך ליתן דכן מוכח מדפי' שם הטעם דמזלו דשוכר גרם, ולטעם זה אפי' לא נתן צריך ליתן, וכן הבין הריטב"א מלשון רש"י וכמ"ש בשמ"ק לקמן, ולכאורה קשה טובא דהא בספינה זה ויין סתם אמרינן הכא דאפי' נתן כבר צריך להחזירו משום דשוכר מצי לקיים תנאו, ובבית זה נמי השוכר מצי לקיים תנאו דא"ל אנא הא קאימנא, והמשכיר לא מצי לקיים תנאו, וא"כ איך כתב רש"י התם

דפסידא דשוכר הוא גבי בית, ואחרי החפוש מצאתי קושי' זאת בתשובת מיימוני (לס' משפטים סי' כ"ז) ותי' דלא דמי, דהכא יפה כח האומר סתם כיון שחבירו פירש זה והוא אומר סתם, אבל כאן איכא למימר מזלו גרם ע"ש. אלא דאכתי קשה דהא לעיל גבי חמור שמת בחצי הדרך אמרינן דאין נותן לו שכר כ"א בעד חצי הדרך אבל לא יותר, ואמאי לא נימא גם התם דמזלו דשוכר גרם ושיהא מחויב לתת לו כל השכר, ומ"ש ממשכיר לו בית זה ונפל, וכפי הנראה שבתשובת מיימוני הנ"ל הרגיש בזה, וכתב דיש סברות הרבה לחלק בין בית לחמור שמת בחצי הדרך, ולא פי' שם החלוק, ולולי דמסתפינא הייתי אומר שבאמת אין חלוק ביניהם כלל, והא דאמרי' גבי חמור דנותן לו רק שכר חצי הדרך, היינו משום דלרב מרא דהאי מימרא, מיירי כשיש בדמי הנבילה לשכור, ורק משום דלא מכלינן קרנא לא שכרינן, וכיון שבאמת יש בדמיו לשכור, הרי לא הופסד כל השכר, ומן הדין היה משועבד חמור זה לשכור אחר בדמיו, ורק משום דלא מכלינן קרנא, להכי לפחות מנכה לו משכרו, אבל כשאין בדמי הנבילה לשכור בהופסד לגמרי, הוי פסידא דשוכר לגמרי ושלו הופסד דמזלו גרם, ועמ"ש לעיל ברש"י ד"ה לא מכלינן, ולפי"ז אין חלוק בין בית לחמור, דגם בחמור כשהופסד לגמרי פסידא דשוכר, וזה היה נ"ל נכון לשיטת רש"י, ואע"ג דהפוסקים פסקו סתמא דא"צ לשלם כ"א בשביל חצי הדרך ואפי' כשאין לו בדמי הנבילה לקנות, היינו לדידן דקיי"ל גם בבית זה שא"צ לשלם כ"א בעד העבר, אבל לשיטת רש"י דס"ל גבי בית דמזלו דשוכר גרם, גם בחמור יסבור הכי כשאין במה לשכור, אלא דמדברי הראשונים לא משמע הכי לפרש ברש"י, ועמ"ש בנה"מ (סי' שי"ב) ודו"ק:

ועיין היטב בסמ"ע (סי' שכ"א) בנדון תשובת מוהר"ם פדואה שכתב בעובדא דידיה דעל השכירות דלהבא בחזרה קאי, והד"מ הקשה עליו מתשובת מיימוני הנ"ל דגבי בית שנשרף צריך לשלם כל השכירות, וכתב הסמ"ע דאפשר גבי בית לא שייך חזרה כיון שנשרף הבית ואין לו מה להחזיר, אלא דקשה מהא דאיתא בש"ס גבי חמור שמת בדרך דאין משלם כ"א בעד הדרך שכבר הלך ולא בלהבא אע"ג דהכא נמי א"א לחזור ע"ש. ולמ"ש לא קשה מחמור, דהכא כיון שיש בדמיו לשכור ולא הופסד יותר להכי אין נפסד השוכר, וגבי בית דהופסד לגמרי פסידא דשוכר, וגם בחמור היכי שאין בדמיו לשכור פסידא דשוכר כיון שא"א בחזרה, ומיושב דעת מוהר"ם פדואה, ועיין בתשובת חת"ס סי' קס"א מ"ש בזה ואכ"מ יותר:

דף עט:

בגמ' לא צריכא דפרקא בגויה, ופי' התוס' שמכר הסחורה לאחרים ואותם אחרים רוצים להוליכה בספינה ולפרוע השכר לבעל הספינה ע"ש, והנה מכאן הביא הרמב"ם (בפ"ה משכירות) ראיה, שהשוכר בית מחבירו יכול להשכירה לאחר שאנשי ביתו כמנין אנשי בית הראשון כמו הכא דהשוכר יכול להשכיר לאחרים ספינה ששכר הוא, והראב"ד השיגו וז"ל יש בדורינו אומרים כן שיש בני אדם שמחריבין הבית בדירתן ע"כ, ולכאורה י"ל דהרמב"ם והראב"ד לא פליגי כלל, דהכי הוא סיום דברי הרמב"ם, שלא אמרו חכמים אין השוכר רשאי להשכיר אלא מטלטלין שאומר לו אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר, אבל בקרקע או בספינה שהרי בעליה עמה אין אומרים כן ע"כ, הרי דמשמע לכאורה דגם הרמב"ם לא התיר כ"א במקום שבעל החצר עמו, וידור עמו בבית, והתם לא שייך טענת הראב"ד, דשמא יחריב ויקלקל הבית אחרי שהבעלים עמו וישמרוה, וכמו דלא חיישינן כאן לקלקול הספינה מהאי טעמא, אבל אם אין המשכיר עמו בבית, אע"ג דקרקע הוא, ולא שייך החשש דשמא יבריח, מ"מ אכתי איכא למיחש לשמא יקלקלה וכטענת הראב"ד, גם הרמב"ם מודה שאסור לשכור לאחרים, ולפי"ז מה שסיים הרמב"ם שהרי בעליה עמה קאי זה על תרווייהו, על קרקע וספינה שהזכיר, דגם בקרקע בעינן נמי שיהא בעליה עמה לשומרה מחשש קלקול, והרמב"ם והראב"ד לא פליגי דמה שהתיר הרמב"ם היינו בבעליה עמה וישמרוה גם מקלקול, והראב"ד שאוסר היינו באין משכיר עמו, ואע"ג דחשש הברחה לא שייך בקרקע אכתי מצי אמר אין רצוני שיהא ביד אחר מחשש שמא יקלקלה ויחריבה, ואין להקשות דהא הרמב"ם עצמו כתב דיש חולקין עליו שאין יכול להשכירו לאחר, הרי הוא עצמו הודה שיש חולקין עליו, ובע"כ דטעם החולקין משום דלא דמי לספינה דהכא, דבספינה בעליה עמה, ובבית אין בעליה עמה וכמ"ש המ"מ בטעמם ע"ת, מכלל דהרמב"ם התיר אפי' באין בעליה עמה, די"ל שאין מזה הכרח, דשפיר י"ל דהרמב"ם רק בבעליה עמו התיר, וטעם החולקין הוא, דהא הרמב"ם עצמו מסברא לא היה מתיר זה, ולחלק בין שוכר בית לשוכר מטלטלין דאסור משום טעמא דאין רצוני, ורק משום ההוכחה מספינה דהכא, דחקו לחלק ביניהם, ואמנם הוכחה הזאת אינה כ"א כאשר נפרש, דהכא מיירי שהשוכר הראשון השכיר הספינה לשוכר אחר, אכן בשמ"ק בסוגיין כתב דהכא מיירי שבעל הספינה חזר והשכירה לשני, וא"כ אין מכאן שום ראיה דהשוכר יכול להשכיר, וכן דחה בשמ"ק לראית הרמב"ם, וכיון דמכאן אין ראיה מנ"ל לחלק בין קרקע למטלטלין לענין דין דאין רצוני, וי"ל דזהו דעת החולקין דמפרשי דהכא מיירי שבעל הספינה השכיר לשני, להכי סתמו דבריהם לאסור

דהשוכר אין רשאי להשכיר בכל אופן ואפי' במקום שבעליה עמה, דגם הרמב"ם רק מחמת ראיה הזאת התיר, וכיון דראיה זאת אינה מנ"ל להתיר, כן היה אפשר לומר, אלא דכל הפוסקים הטור והמ"מ והסמ"ע (בסי' שט"ז) הבינו דהרמב"ם פליג עם הראב"ד, ואפי' בשאין בעליה עמו התיר בקרקע, דבקרקע אין שייך טעמא דאין רצוני משום דא"א להבריח, ולדבריהם צ"ל דמ"ש הרמב"ם בסיום דבריו שהרי בעליה עמה, לא קאי זה כ"א על ספינה, דבזה מצרכינן לטעם דבעלים עמה, דאל"ה יכול להבריחה, אבל בקרקע בלאו האי טעמא נמי אין אומר אין רצוני כיון דלא יכול להבריחה, ועל טענת הראב"ד מחשש קלקול כבר תרצו בדבריהם, המ"מ כתב דלא חיישינן להכי משום דבקרקע אין הזיקו מצוי, והסמ"ע כתב משום דיכול להראות לו כל פרטי ביתו ויתנה עמו להחזיר לו בשלימות ע"ש, ומסתבר כדבריהם, דאי כמ"ש דאין מתיר הרמב"ם כ"א כשבעליה עמה לשומרה, ובכה"ג אפי' במטלטלין נמי שרי כשהבעלים עמה, וא"כ מאי האי דמחלק הרמב"ם בין קרקע למטלטלין, הא אין חלוק ביניהם, דבאין הבעלים עמו אפי' בקרקע אסור, ובבעלים עמה אפי' במטלטלין שרי, אע"כ דבקרקע אפי' אין בעלים עמו שרי משום דהכא לא שייך חשש דהברחה. ועוד דג"ז אינו מסתבר דהיש חולקים שהביא הרמב"ם יחלקו אפי' בבעליה עמה. ואע"ג דראיה מספינה אינה וכמ"ש, מ"מ גם מן הסברא נכון להתיר בכה"ג, דאפי' במטלטלין נמי פשיטא דשרי בכה"ג, דמאיזה חשש יכול לטעון שאין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר, אחרי שגם הבעלים עצמן יהיה עם חפצו, אלא ודאי שהחולקים לא אסרו כ"א כשאין בעלים עמו, והרמב"ם שהתיר אפי' בכה"ג נמי התיר וכהסכמת הפוסקים בזה ודו"ק:

דף פ.

בתוד"ה ואי דוכתא דמחזקינן בגונדרא תרווייהו משלמי, פי' בקונטרס משום דהוי ספק מי עשה, ואין נראה דבכה"ג שניהם פטורים דהמע"ה כו'. ונ"ל ליישב פרש"י, דכיון דבדבר מועט שעיות המנהיג יכולה נמי להשבר, וא"כ גם המנהיג פשע במה שעיות הדרבן ולהכי אם מספקא לן ע"י כח מי באה גמר ההיזק, נמי אין לפוטרו מספיקא, דכיון דפשע במה שעיות ובפשיעתו היתה יכולה נמי להשבר, הו"ל כאילו נתחייב ודאי, דמשעת פשיעה נחשב כבר חיוב, אלא דאם ידוע לנו שגמר ההיזק בא ע"י האחר, היה נפטר זה מחיובו, והשתא שמספקא לן מי עשה, הוי כאינו יודע אם פרעתיך דחייב מספיקא, וראיה לזה דכל היכי דפשע נחשב לחיוב ודאי לענין לחייבו ממון בכל הספיקות שיפלו בזה, מהא דקיי"ל דכל דתחלתו בפשיעה וסופו באונס דחייב, שהיינו

דוקא כשהאונס בא מחמת הפשיעה וכמו בההיא דצריפא דאורבני (לעיל דף מ"ב) דתלינן שאם לא פשע להניחם בצריפא, אלא היה מטמינם בקרקע כדין כספים, לא היה בא האונס דגניבה, והנה גם שם לא נוכל להחליט לדבר ברור, דאם לא פשע לא היה בא האונס, דכיון שגם הצריפא הוי ודאי שמירה מעולה לענין גנבי כמו קרקע, דאל"ה לא היה נחשב לסופו באונס, ואפ"ה גנבוה גנבי, וא"כ י"ל שגם אם היו טמונים בקרקע שמצאוה הגנבים, ואין זה כ"א בגדר ספק שנתלה מספיקא דשמא אם לא פשע לא היה בא האונס, וכן הוא לשון התוס' לעיל (דף ל"ו ע"א) דאפשר אם לא פשע מתחלה לא היה נארע אונס של גניבה, וגם לעיל (דף ע"ח ע"א) ד"ה הוחמה כתבו דלא מחייב אלא באונס שיש לתלות שאם לא פשע אפשר שלא היה בא האונס, הרי דרך בדרך אפשר ותלייה מספק מחייבינן, וא"כ גם שם יקשה כזה, כיון שלא נדע בברור דהאונס בא מסבת הפשיעה, איך נחייבו מספיקא, דשמא לא בא מחמת הפשיעה כלל והמע"ה, אע"כ דכיון דפשע מתחלה נחשב כבר חיוב משעת פשיעה, וכל ספק שיפול בו שוב דייניגן ביה כדין א"י אם פרעתיך, והמעיין בלשון רש"י והנמוק"י יוכח כי כנים דברי, וראיה ברורה לדברי ממ"ש הרמב"ם (בפ"ב משאלה) דשותפין ששאלו ונשאלו הבעלים לאחד ה"ו ספק פשיעה בבעלים לפיכך אם מתה פטור ואם פשע חייב ע"כ, וגם שם תמוה למה יתחייב מספק, אע"כ כמ"ש דכיון שפשע אין לפוטרו כ"א בידועה ברורה, ועיין במ"מ שם שאפשר שלזה נתכוון, ועמ"ש לקמן (דף צ"ו), שוב ראיתי בנמוק"י סוף ב"ק בדין שוכר חמור לרכוב, כמעט להדיא כדבריי ע"ש וז"ב:

ובזה יתיישב פסק הרמב"ם (בפ"ו מהל' חובל) חמשה שהניחו חמש חבילות על הבהמה ולא מתה ובא האחרון והניח חבילה ומתה אם היתה מהלכת באותם החבילות ומשהוסיף זה חבילתו עמדה ולא הלכה אז האחרון חייב, ואם מתחלתה לא היתה מהלכת האחרון פטור ואם אין ידוע כולם משלמים בשוה ע"כ, הרי מבואר להדיא דס"ל כרש"י דהכא דשנים שהזיקו ואין ידוע ע"י מי נגמר ההיזק משלמין שניהם, וגם ברמב"ם יקשה כקושית התוס' למה חייבין כלל הא כל אחד יכול לומר אני לא הזקתי והיכי מוציאין ממון מספיקא, והקצוה"ח (בסי' שפ"ג) הרגיש בקושי' זאת ולא כתב שום תרוץ ע"ז, ולמ"ש ניחא דהא ודאי שגם בחמשה חבילות הראשונות יש בהם כדי להמית באיזה גרם כל דהוא, דאל"ה לא היה נחשב זה לספיקא, אלא ודאי ע"י האחרון בא, אע"כ דגם בחבילות הראשונות יש בהם כדי להמית בעיות מעט, וא"כ גם הראשונים פשעו בזה שהניחו עליה משא כ"כ שע"י גרם כל דהוא תמות הבהמה, ואחרי שפשעו ודאי אין נפטרים שוב בספיקא דהוי כא"י אם פרעתיך וכנ"ל:

תוד"ה שפחה, הקשו אהא דאמרי' בכתובות דסמפון בעבדים ליכא, והא אכתי משכחינן באלו המומין דקאמר הכא דהוי מקח טעות ע"ש. ובפשוטו היה נ"ל ליישב שיטת רש"י, דס"ל דגם הנהו מומין קלא אית להו וסביר וקביל, וכמו במוכתב למלכות דס"ל לרש"י כן, ומברייתא דהכא דקתני דהוי מקח טעות לא יקשה, דהא זה ודאי דמה דאמרינן דסביר וקביל, היינו דוקא בסתמא כשלא התנה הלוקח כלום, בזה אמרינן מדידע ולא התנה מכלל דסביר וקביל, אבל אם הלוקח גילה דעתו שמקפיד הוא פשיטא דהוי מקח טעות, וא"כ הכא בברייתא דלא נחית לאשמועינן כ"א הדין דסנפו בין המומין שאין לה, דהוי מקח טעות, שפיר י"ל דמיירי שהלוקח שאל למוכר על המומין וגילה דעתו שמקפיד הוא על מומין אחדים מהם, אלא שלא הגיד לו בפירוש על איזה מום הוא מקפיד, אבל בזה גילה דעתו שיש מומין שמקפיד, והמוכר סנפם בתוך מומין הרבה שלא נמצא, ואשמועינן הברייתא דאע"ג דהמוכר הגיד לו בפירוש המום ונתרצה עליו, אפ"ה אמרינן דהלוקח יכול לומר מדבדק למומין האחרים ולא מצאם סבור היה שגם מום זה שמקפיד עליו לא נמצא, וכן משמע נמי ריהטא דלישנא דברייתא, שהיה איזה חליפות דברים בין לוקח למוכר אודות המומין, שהלוקח שאל למוכר על מומין ושע"ז השיבו המוכר דיש בה מומין וסנפו במומין האחרים, ולהכי שפיר הוי מקח טעות, כיון דגלי דעתא דמקפיד הוא, וגם במוכתב למלכות נמי הוי דינא הכי אם ידעינן דקפיד, אבל אם היה לוקח סתם ולא גילה דעתו דמקפיד, אה"נ דגם במומין הללו לא הוי מקח טעות, ומטעם דקלא אית להו וסביר וקביל:

ועוי"ל דהנה בלא"ה יקשה טובא במאי דאמרינן התם בכתובות סמפון בעבדים ליכא, אי מומין דגואי לא איכפת ליה כיון דלמלאכה קא בעי, ומ"ש ממומין דהכא דהוי נמי דגואי ואפ"ה הוי מקח טעות, ובע"כ החלוק ביניהם, דהנהו מומין דהכא כיון שמשפיעין לרעה גם על בריאות האדם ומתישין כל הגוף להכי מפריעין נמי ממלאכה, וכמבואר בשו"ע (חו"מ סי' רל"ב) וא"כ יקשה היכי סתים התם דמומין דגואי לא איכפת לו, והא איכא מומין כאלו שמתישין כח הגוף נמי דודאי הוי קפידה, ועוד הא יש כמה מיני מחלות פנימיות שודאי מפריעין ממלאכה, וכזה יש להקשות במה דאמרי' התם דנכנסה לחופה שריא למיכל בתרומה ולא חיישינן שוב לסמפון משום דבודקה ע"י קרובותיו, והא מום דנכפה אינו חולה תמידיי, אלא החולי תבוא מזמן לזמן הקבוע, וא"כ לא שייך לבודקה, דשמא בעת ההיא לא הגיע עוד זמן ביאת החולי, וכ"ה להדיא בכתובות (דף ע"ו) דנכפה שיש לה זמן הוי כמומין שבסתר, וגם בשוטה בע"כ צ"ל דאינה שוטה תמידיי, רק עתים חלים ועתים שוטה, דאי שוטה תמידיי הא ראה ונתפייס, וא"כ גם בזה לא שייך בדיקה

ואכתי בנכנסה לחופה נמי ניחוש דשמא נמצא מומין ומחלות הבא מזמן לזמן. ולהכי נ"ל דכל מומין הללו שהם משפיעין לרעה על גוף האדם עד שהוא חולה מהם, נחשבו שפיר למומין הגלויים דאמרי' בהם ראה ונתפייס, דאע"ג שעצם המום והחולי הם בפנימיות, מ"מ כיון דמתישין כח הגוף, חזותו של האדם ניכר עכ"פ שהאיש הזה חולי הוא, ומדחזי ולא בדק לידע בברור סבת מחלתו וגם לא קפיד להתנות עם המוכר שאם ימצא איזה מום דיבוטל המקח מכלל דסביר וקביל, והך דקאמר הכא דהוי מקח טעות, היינו משום דמיירי באמת שהלוקח כשהרגיש על תאר פני האדם, באמת שאל להמוכר סבת הדבר, אלא דהמוכר סינפו למים האמיתיי בתוך שארי מומין שאינם, וכיון שהלוקח גילה דעתו הוי שפיר מקח טעות, אבל אם לא התנה כלל הו"א מדחזי שיש ריעותא בתאר הפנים, ולא קפיד להתנות, סביר וקביל, ולפי"ז יצא לנו דלרש"י כל מומין שע"י חולי הם באים והאדם חולה מהם לא הוי מקח טעות בסתמא לא בקדושין ולא במכירה, דכמומין הגלויים נחשבו דאמרי' דראה ונתפייס, הן אמנם דבטור ושו"ע שם מבואר דאפי' מומין הללו מבטלים המקח בסתמא, ואמנם בשיטת רש"י י"ל כמ"ש והדברים מתקבלים על הלב, ועל הפוסקים שלא חילקו בזה יש להקשות כמ"ש, דאמאי לא אשתמיט בשום דוכתא למיחש לכל מחלות הפנימיות אע"ג דבזה לא שייך שום בדיקה, ולמ"ש א"ש, ועמ"ש עוד לעיל דף נ"א מזה ודו"ק:

דף פ:

ברש"י ד"ה וכולן שאמרו טול את שלך שכבר גמרתיו כו' שאיני מעכבו עוד על שכרו הרי הוא מעתה שו"ח ע"כ, מלשון רש"י משמע דמה שאמר טול את שלך, לא לסלק עצמו משמירה נתכוון, אלא שגילה דעתו שאינו רוצה לתופסו על שכרו, ואם ירצה יכול ליטול את שלו והוא ימתין לו המעות, וכ"כ להדיא בסמוך (דף פ"א) ד"ה קמ"ל. ולפי"ז צריך באור מה שדייק רש"י בתחלתו, שכבר גמרתיו, ובסופו הרי הוא מעתה שומר חנם, דלשון זה משמע, שדוקא באומר לו כן לאחר גמר מלאכה, מהני רק לענין שלא יהיה מעתה שומר שכר, אבל במשך ימי האומנות הוי מיהא ש"ש אע"ג שגילה דעתו מתחלה ובעת קבלת האומנות אמר לו שלא ירצה לעכבו על שכרו ולכשיכלה אומנתו יכול ליטול את שלו, לא מהני זה לפוטרו, וקצת תמוה דכיון דעיקר טעמא דהוי ש"ש אפי' בימי האומנות, היינו משום דתפיס אאגריה וכדמסיק בסוגיא, וא"כ כי גילה דעתו שאינו רוצה לעכבו כלל למה יתחייב כדין ש"ש, וי"ל דבמשך ימי האומנות יש עוד טעם אחרינא לחייבו כש"ש, משום דמשתכר בה ואית לו הנאה, והוי כמו שוכר דהוי נמי

ש"ש מהאי טעמא, ובש"ס דקאמר לטעם דתפיס, היינו למ"ד דשוכר כשו"ח, דלדידיה לא מהני טעם דמשתכר, דהא שוכר נמי להנאתו הוא אצלו ואפ"ה לא הוי כ"א שו"ח, אבל למ"ד שוכר כש"ש דמי מוכח להיפוך, דלא בעינן כלל לטעם דתפיס, ובטעם דמשתכר לחוד נמי הוי ש"ש, דהא בשוכר ליכא טעם דתפיס וכמ"ש בתוד"ה דקא תפיס, ואפ"ה הוי ש"ש, וכיון דבמשך ימי האומנות איכא טעם דמשתכר, להכי לא מהני אמירתו טול את שלך לפוטרו, אבל לאחר שכלו ימי האומנות שאין משתכר בה שוב, ולא נשאר כ"א טעם דתפיס אאגריה, כי א"ל טול את שלך וגלי דעתו שאין מעכבו על שכרו מהני זה לפוטרו, וא"ל דכיון דבמשך האומנות נשתכר בה וקיבל הנאה, בההיא הנאה יהיה ש"ש אפי' לאחר האומנות עד שיגיע ליד בעלים, ואפי' לאחר שכלו ימי האומנות לא יועיל נמי טול את שלך לפוטרו, כיון דאין טעם החיוב משום דתפיס אאגריה, די"ל כיון שכבר הודיע לבעלים שכלו ימי האומנות פסקה חיוב שמירתו, דאפי' נושא שכר ממש, כששכרו לזמן וכלה הזמן לא הוי תו ש"ש, אפי' כשהוא בביתו של שומר עוד, וכמ"ש בחו"מ (סי' שמ"ג), ועמ"ש מזה בחדושינו לעיל (דף נ"ז) בתוד"ה שו"ח, וה"נ דקיבל הדבר לאומנתו הוי כקצבו זמן שלא יהיה בידו כ"א משך ימי האומנות, וכשכלה ימי האומנות כלתה שמירתו, וכן משמע בסוגיא דבסמוך וברש"י, וממילא דכשאומר אח"כ טול את שלך וגילה שאינו מעכבו עוד על שכירתו מהני זה לפוטרו משני החיובים כאחת, דכיון שהודיעו זה פסקה הנאה קמייתא, וגם טעמא דתפיס לא שייך עוד, ולפי"ז שפיר דייק רש"י דאמירה דטול את שלך לא מהני כ"א כשאומר לו הכי לאחר שכבר גמר, ולא מהני כ"א לפוטרו שמעתה לא יהיה עוד ש"ש, אבל אם בתחלת הקבלה גילה לו זה, לא מהני לפוטרו מחיוב דתוך ימי האומנות, משום דבזה הוי נמי טעמא אחרינא לחיובא ודו"ק:

והנה בטור (חו"מ סי' ש"ו) לא כתב כ"א טעמא דמשתכר, וטעמא דתפיס אאגריה לא הזכיר כלל, ועיין בס' מח"א (הלכות שומרין סי' מ"א) שנסתפק אם ס"ל להטור טעם דתפיס נמי, או לא בעינן כלל שוב לטעם דתפיס, ונ"מ להיכי דהקדים לו שכרו, אי נימא דתרתי בעינן, שמשתכר ותפיס, בהקדים לא הוי ש"ש כיון דליכא טעם דתפיס ע"ש, ולמ"ש דטעם דטול את שלך לא מהני לסתור כ"א טעמא דתפיס, וא"כ הטור וכל הפוסקים שהביאו הדין דכשא"ל טול את שלך דהוי שו"ח, בע"כ דס"ל טעם דתפיס, דאי לא ס"ל כ"א טעמא דמשתכר, א"כ מה מועיל אמירתו דטול את שלך לסתור טעם חיוב דמשתכר, ומה ענין הם זה לזה, ומזה שלא הזכיר הטור טעם דתפיס, אין ראיה דלא ס"ל טעם זה, די"ל כיון שטעם זה מפורש בש"ס ולא הוצרך להזכירו, ורק אשמועינן דטעם

דמשתכר איתא נמי למסקנא דקיי"ל דשוכר כש"ש דמי, ונ"מ לענין שלא יועיל לפוטרו במשך ימי האומנות וכנ"ל:

ואמנם לאחר העיון יש לדחות ראיה זאת, דמה שכתבתי דטול את שלך לא מהני כ"א לסתור טעם דתפיס, היינו דוקא כשיפרש דהכוונה באומרו טול את שלך לא נתכוון לסלק עצמו מן השמירה, כ"א להודיעו שאינו תופסו עוד על שכרו וכפרש"י דלעיל, אכן אי נימא דהכוונה דמסלק עצמו לגמרי מן השמירה, אז מועיל זה לדחות אפי' טעם דמשתכר, דנהי דבתחלה היה לו הנאה, מ"מ כשהודיעו שכבר כלתה שמירתו ואינו רוצה עוד לשומרו, ודאי דמהני זה לפטור, והנה מתוס' דלעיל (דף מ"ט ע"א) ד"ה אלא אפי' שו"ח לא הוי, מוכח להדיא דיפרשו דטול את שלך, הוי סלוק לגמרי מן השמירה, שהקשו שם דמ"ש התם כשאמר לו שקול וזוך דאפי' שו"ח לא הוי, ומ"ש מטול את שלך דקאמר הכא דשו"ח מיהא הוי ע"ש מה שתי', ואי נימא דיפרשו כרש"י דטול את שלך לא הוי סלוק משמירה, לא הוו מקשו מידי, דהכא תלינן דלא לסלק משמירה נתכוון רק שהודיעו שאינו רוצה לעכב החפץ בעד המעות ואם ירצה יכול ליטול את שלו, והוא ימתין לו המעות, אבל אם הבעה"ב מרוצה מרצונו להניחו אצלו, ישמרנו ברצונו הטוב, ומשו"ה הוי שפיר שו"ח משא"כ התם לעיל כיון שהודיעו שחזר בו, בודאי כשירצה ליטול את שלו יטלנו, ולמה היה לו לומר שקול וזוך, אלא ודאי דלסלק עצמו מן השמירה נתכוון, ובש"ך (חו"מ סי' ש"ו) מיישב כן באמת קושית התוס' ע"ש ובנה"מ מש"ש, ומדהקשו התוס' והוכרחו לדחוק בתרוצם, מכלל דס"ל דטול את שלך דהכא הוי נמי סלוק השמירה לגמרי, וא"כ י"ל שגם הטור וסייעתו הכי סברי כתוס', ושפיר מהני טול את שלך לסתור גם טעם דמשתכר, ואמנם עכ"פ זה ודאי דלרש"י וכן להרמ"ה שמביא הש"ך שם, דטול את שלך לא הוי סלוק השמירה כ"א גלוי דעתא שאינו מעכבו לתופסו על השכר, דס"ל נמי טעם דתפיס, דאל"ה יקשה ממתניתין דטול את שלך מהני לפוטרו וכנ"ל, ובס' מח"א שם הוכיח דרש"י לא ס"ל רק טעם דתפיס לחוד ולא טעם דמשתכר כלל ע"ש.

ואמנם בעיקר הדבר מה שמשמע מהמח"א, דאי נימא דהטור ס"ל טעמא דתפיס נמי, שאז כשהקדים לו שכרו לא הוי תו ש"ש, דמטעם דמשתכר לחוד לא יהיה ש"ש, תמוה זה מאוד, דהא בשוכר ליכא כ"א טעם דמשתכר לחוד, דטעם דתפיס לא שייך התם וכמ"ש התוס', ואפ"ה הוי ש"ש, ואע"ג דהתוס' בסמוך (דף פ"א) ד"ה הא גמרתיו, כתבו נמי דתרתי בעינן משתכר ותפיס, היינו בע"כ לאוקימתא קמייתא דשוכר הוי כשו"ח, ומשתכר לחוד אין מועיל כלל, אבל לאוקימתא בתרייתא דשוכר כש"ש ודאי דמטעם

דמשתכר לחוד נמי הוי ש"ש כמו בשוכר, ועמ"ש מהר"ם לובלין שם, ולכן נ"ל ברור דלהטור דכתב טעם דמשתכר, אפי' אי נימא דס"ל נמי לטעם דתפיס, פשוט הדבר דבשהקדים לו שכרו הוי ש"ש מטעם דמשתכר לחוד, דגם מטעם אחד מהטעמים נמי הוי ש"ש, ולא מהני טעם דתפיס כ"א לאחר שכלו ימי האומנות, דאז כלתה הנאת השכירות קמייתא דהוי כמו שקיבל לזמן קצוב עד שיכלה האומנות וכמ"ש לעיל, דאז הוי מיהא ש"ש מטעם דתפיס, ודו"ק בכ"ז:

בתוד"ה דקא תפיס כו' וא"ת שוכר נמי בההיא הנאה דתפיס אאגריה כו', ובמהרש"א הקשה דהא שכירות אינה משתלמת אלא בסוף ע"ש. וצ"ל דכוונת התוס' הוא, דמי לא עסקינן למי שהקדים לו שכרו ואפ"ה אית ליה לר"מ דהוי שו"ח, ואמאי נימא דמשום דתפיס יהיה ש"ש, וקושית התוס' דומה לקושית הש"ס מי לא עסקינן דמשוי ליה טפי פורתא, וק"ל:

דף פא.

בגמ' הא גמרתיו ש"ש כו', ובשמ"ק הביא בשם הריטב"א דש"ש בעלמא שיש בו זמן והגיע זמנו הוי ש"ש א עד שיאמר לבעלים טול את שלך וכמו גבי אומן דבעינן שיאמר גמרתיו ע"ש, ולא נהירא דמסתבר לומר דכיון שהגיע הזמן כלתה שמירתו, וכמו גבי שואל דכלתה שאילתו מעצמו כמ"ש הכא, והא דבעינן באומן שיאמר גמרתיו, היינו משום דבלא זה לא ידעו הבעלים שגמר אומנתו ושכלה הזמן, אבל בדבר שיש לו זמן קבוע לא בעינן שיאמר לו, ולכשיגיע הזמן ממילא כלתה שמירתו, וכמ"ש בחו"מ (סי' שמ"ג) וכן משמע מלשון רש"י ד"ה הא גמרתיו, דאמירה דגמרתיו בעינן, בכדי להודיע לבעלים שכלו ימי האומנות, וכן בב"י שם למד ש"ש משואל דבכלה הזמן כלתה שמירתו ע"ש, ועמ"ש לעיל (דף פ' ע"ב) ברש"י ד"ה וכולן:

ברש"י ד"ה קמ"ל דאינו תופסו על שכרו כו' אבל מדין פקדון לא סילק נפשיה ע"כ, עמ"ש לעיל (דף פ') ברש"י ד"ה וכולן, והנה מלשון רש"י דהכא ודהתם משמע דאשמועינן דלא נימא דמה דאמר הבא מעות, היינו לסלק עצמו מן השמירה לגמרי, וקמ"ל דלא נתכוון לזה, רק כוונתו היתה שאינו תופסו עוד על חובו, אבל משמירה לא סילק נפשיה, ומשמע מכאן שאילו אמר בפירוש שאינו שומרו עוד, אפי' שומר חנם נמי לא הוי, ולזה נתכוון הב"י (בחו"מ סי' ש"ו) בשם תלמידי הרשב"א שדקדקו מרש"י דאם אמר איני שומרו פטור ע"ש, והיינו פטור דאפי' שו"ח לא הוי, והנה בפרישה שם משמע, דהדין הזה קאי על הסיפא, בהבא מעות וטול דהוי ש"ש, וע"ז קאמרו תלמידי הרשב"א דאם

אמר איני שומרו לא הוי ש"ש, ולא קאי על הרישא בטול והבא, דבכה"ג אפי' שו"ח לא הוי, ואמנם הכא משמע דקאי על הרישא וכ"כ בסמ"ע:

ברש"י ד"ה שמירה בבעלים היא, אשמור לי ואשמור לך קאי ששניהם זה במלאכתו של זה, אבל השאילני ואשאילך כו' אין כאן בעלים של חפץ במלאכתו של שומר ע"כ, ושיטת רש"י פשוט ומבואר דשאילה בבעלים לא הוי כ"א כשגוף הבעלים שאולים נמי במלאכתו, וידוע שיטת הרמב"ם (בפ"י משכירות) דס"ל בכל הני בבי דהוי שמירה בבעלים, וזה ניחא בהשאילני ואשאילך דהוי נמי עמו במלאכתו לשמור לו כליו השאולים בידו וכמ"ש הטור (חו"מ סי' ש"ה), וקצת ראיה יש לזה נמי מן הירושלמי (דפ' השואל הלכה ג') השאילני פרתך ואני נשאל לך וכמ"ש במראה הפנים שם ע"ש, אכן בבבא דשמור לי ואשאילך והשאילני ואשמור לך, כבר השיגו הטור, אמאי הוי שמירה בבעלים ומ"ש הב"י דהרמב"ם ס"ל דלאו בעלים ממש בעינן, אלא כל שכליו של אדם במלאכת חבירו, הוי נמי כאילו הוא עצמו במלאכתו, כבר הרגיש בעצמו שזה אין מספיק אכתי בהשאילני ואשמור לך, דאין המשאיל עם השואל כלל לא הוא ולא כליו, וכן מ"ש הט"ז (חו"מ סי' ש"ה) דסברת הרמב"ם לאו משום דכליו הוי כאילו הוא עצמו, אלא משום דבשמור לי ואשאילך הוי הוא עצמו ממש שאול, כיון שמשועבד ליתן לו בשאלה, ואפי' אם לא יתן לו בידים, מ"מ חייב הוא להראות ליה היכן מונח ולא ימחה לו ליקחנו ע"ש, ולא זכיתי להבין דבריו, דא"כ כל השאלות שבעולם יהיו שאילה בבעלים, כיון דהבעלים נותנים לשואל בידים החפץ או לפחות מראים לו היכן מונח, והרי מטריחים בזה לטובת השואל, ועוד דהא תינח כשקיבל זה תחלה חפץ הנשמר, דאמרי' כיון שנשתעבד גופו להמציא לו כלי הנשאל הוי כבעלים עמו, אבל כשזה השאיל לו מקודם חפצו, דכבר עשה חיובו ונסתלק שעבודו, וכשנכנס אח"כ זה לשמירה, אין בעלים עמו שוב וצ"ע:

דף פא:

תוד"ה דברי הכל, הרבו להקשות על מ"ש רש"י דלהכי מודה ר' אלעזר בסיפא, בהלוהו בשטר ונתן משכון, דכיון דיש שטר לגוביינא שקליה, והקשו ע"ז דאי ברישא לא שקל המשכון כ"א לזכרון דברים א"כ למה לא יהיה משמט ע"ש. ונ"ל ליישב דבלא"ה הקשה בשמ"ק על סברת רש"י, דלהכי הוי ש"ש משום דשקליה לגוביינא, ומה הנאה יש לו למלוה בזה דמשו"ה יהיה ש"ש, והא אם המעות היו בידו היה בטוח יותר, ולא דמי לאומן דהוי ש"ש מטעמא דתפיס אאגריה, דהתם נהנה בכלי זה להרויח שכר מלאכתו וכמ"ש התוס' לעיל (דף פ') ד"ה דתפיס ע"ש, שמכח קושי' הזאת השיגו נמי על פרש"י

והנה מקושיא הזאת מוכח להדיא שהבינו דכוונת רש"י במ"ש דשקליה לגוביינא, הכי פירושו דשקליה שיהא מוכן בידו ממה לגבות ויהיה בטוח בחובו, ולזה שפיר הקשו דמאי סברא היא. אכן באמת א"א לומר כן, דשקליה לגוביינא דקאמר רש"י, היינו שיהא בטוח במעותיו, דהא גם ברישא כשהלוהו בלא שטר דס"ל לר"א ישבע ויפטור, פרש"י הטעם משום דלא נטל המשכון לגובייגא כ"א להיות בטוח במעותיו שלא יוכל לכפור ע"כ, הרי דאע"ג דבטוח הוא במעותיו, אפ"ה אינו נוטל לגוביינא קרי ליה רש"י, אלא ודאי דבכה"ג שלא שקליה כ"א לבטחון המעות, לא מיקרי זה לגוביינא, וגם רש"י ס"ל דבכה"ג לא הוי ש"ש, כיון דאין לו הנאה בזה שיש לו בטחון על המעות, יותר מאילו לא הלוה לו כלל והמעות היו בידו, ונוטל לגובייגא דקאמר רש"י בהלוהו בשטר, הוי הכוונה שאין רוצה לגבות חובו ממקום אחר ורוצה הוא שהחפץ הזה ישאר תחת ידו אם לא יפרענו, ובכה"ג שפיר יש לו הנאה, כיון דלחפץ הזה הוא רוצה וצריך, וה"ק ר' אליעזר, דאם הלוהו בלא שטר נוכל לומר דלא שקיל למשכון כ"א לבטחון המעות, שזה לא נחשב להנאה, ולהכי לא הוי כ"א שו"ח, אבל בהלוהו בשטר דיש לו בלא"ה ממה לגבות, דסתם שטר יש בו שעבוד קרקעות, וגם לכפור אינו יכול, א"כ בע"כ שנטל המשכון רק לכוונה הזאת שיגבה חובו מזה החפץ דוקא, משום שלחפץ הזה הוא צריך ולהכי הוי ש"ש, והכי דייק לשון רש"י במ"ש, דהא משכון ודאי לגובייגא שקיל לגבות הימנה כו', בעצמו יפרש הכוונה, דמ"ש לגובייגא שקיל, היינו שרצונו לגבות הימנו דוקא, ומתורץ היטב קושית השמ"ק. ובזה סרה גם קושית התוס' משמיטה, דהא דאמרי' דכשלא נטל המשכון כ"א לזכרון דברים משמט, היינו כשעיקרו לא בא כ"א לזכרון דברים בלבד, ולא לבטחון המעות כלל, וכגון שהמשכון אין שוה כנגד החוב, דבכה"ג אינו בטוח במעותיו על ידו, ובודאי מוכרח המלוה לתבוע חובו, ואתי ודאי לידי לא יגוש, להכי משמט, אבל כשהמשכון שוה כנגד כל החוב, דבזה ודאי שלא יגוש עוד לתבוע חובו, אחרי שבטוח הוא בחובו, וכיון דאין סופו אתי לידי לא יגוש אינו משמט, וגדולה מזה כתב הג"ת, דאפי' אם הלוה לא נתן משכון רק המלוה בעצמו תפיס מן הלוה מטלטלין כנגד החוב, כיון שאין צריך להחזיר לו עד שיפרענו החוב, לא הוי בכלל לא יגוש, הובא בקצוה"ח (סי' ס"ז) ע"ש, וא"כ לפמ"ש דגם ברישא דפליג ר' אליעזר, מיירי נמי ששקיל המשכון לבטחון מעותיו, ורק לגובייגא מחפץ הזה דוקא לא שקיל, להכי לענין שמיטה מהני, דהתם אלא יגוש קפיד קרא ובכה"ג שבטוח במעותיו ולא אתי לידי לא יגוש אין משמט, ואפ"ה לענין חיוב השמירה לא מהני להיות דינו כש"ש, כיון דלאו הנאה הוא כלל לגביה וכנ"ל, ולהכי לענין שמירה בעינן דוקא שיטלנו לגובייגא וכפרש"י שרצונו

דוקא מחפץ הזה, וקושית התוס' נמשכת ג"כ מחמת הבנתם, דלגוביינא היינו לבטחון המעות, וממילא דלאו לגוביינא, היינו רק לזכרון בלבד, ושפיר הקשו משמיטה לפי"ז, אבל לפמ"ש דלגוביינא הוי כוונה אחרת לגמרי, ולאו לגוביינא היינו נמי דלבטחון מיהא הוי וכפרש"י להדיא, אין מקום לכל קושיתם, וז"ב למדקדק בלשון רש"י:

אמנם על עיקר הסברא שכתבתי בדעת רש"י, דלהכי הוי ש"ש בשקיל לגוביינא משום דמוכח שרצונו לגבות דוקא מחפץ הזה, א"כ הא תינח בדין דהלוהו בשטר וגם נטל למשכון, דבטוח היה בלא"ה משום השטר, ומשכון דשקיל למה, בע"כ שרצונו דוקא לחפץ הזה, אבל לקמן בגמרא במשכנו שלא בשעת הלואה דהוי נמי ש"ש, והתם נמי פרש"י מטעם דלגוביינא שקיל, הא התם ליכא הוכחה כ"כ, דנטל המשכון משום שרצונו דוקא לחפץ הזה, דהא י"ל אדרבה דכוונתו בלקיחת המשכון שיהא בטוח במעותיו, כיון דמיירי שלא רצה לשלם לו עד שמוכרח היה להעמידו בדין, ונהי דמהגמ' עצמה לא קשה, דנוכל לומר דשלא בשעת הלואה הוי ש"ש אפי' מטעמא דבטוח במעותיו נמי, דע"כ לא אמרי' דבשביל הנאה הזאת לא הוי ש"ש, היינו כשמשכנו בשעת הלואה, ומטעם שכתבו התוס' לעיל דלא איתהני מידי, דאין מרוויח במה שהלוה ממה שלא הלוה ולא היה לו משכון, משא"כ אם משכנו שלא בשעת הלואה, דשפיר מרוויח, כיון שכבר הלוה לו את המעות, והוא לא רצה לשלם לו, א"כ עתה יש לו הנאה במה שבטוח במעותיו, וכעין שכתבו התוס' סברא זאת לקמן (דף פ"ב) ד"ה אימור. ע"ש וגם ברא"ש וקדושין דף ח') ובש"ך (חו"מ סי' ע"ב סק"ט), אבל ברש"י שכתב הטעם משום דלגוביינא שקיל, והכא לא שייך כ"כ לפרושי הכוונה דלגוביינא כמו לעיל גבי שטר:

ולכן נ"ל דרך אחר בכוונת רש"י וגם בזה יתורצו קושית התוס', דרש"י יפרש דנוטל לגוביינא לא הוי חיובו מדין שמירה, אלא חיובו הוא משום שהמשכון הוא כשלו ושלו הוא דנאבד, דאם אינו נוטלו לגוביינא לא נחשב המשכון כשלו, ואינו עליו כ"א שומר בלבד, וכיון שאין לו הנאה על שמירתו לא הוי כ"א שו"ח ופטור, אבל כשנטלו לגוביינא, פי' שהמשכון יהא תמורת החוב ואם אבד המשכון אבדו מעותיו, דהוי כאילו חפץ שלו נאבד, והכי דייק נמי לשון הש"ס אבד המשכון אבדו מעותיך, דלא הוי חיובו מדין שמירה, ואע"ג דלישנא דמתני' הלוהו על המשכון הוי ש"ש, משמע דמדין חיוב שמירה הוא, צ"ל דלאו דוקא מטעם דהוי ש"ש ומטעם שמירה, אלא כדין ש"ש, דאינו נפסד כ"א בחיוב דגניבה ואבידה ולא באונסין, ה"נ הדין כן, שאע"ג דלקח המשכון תמורת החוב, והו"א דאפי' באונסין נמי חייב מהאי טעמא דשלו נאבד, לזה אשמועינן דדוקא בחיובא דכעין ש"ש חייב ולא באונסין, והיה מקום עוד שבאמת אה"נ דמטעם זה חייב

אפי' באונסין, ואי דיקשה לפי"ז, הא במתני' שומר שכר נקיט, והיאך מוקי לה כר"ע, דלדידיה חייב אפי' באונסין, לשיטת רש"י אתי שפיר, דהא שיטת רש"י לקמן בדר' יצחק דחייב אפי' באונסין:

וא"כ גם התם קשה איך מוקי למתני' כה"ג, והא במתני' ש"ש קתני, וכבר נתקשו בזה כל הראשונים, והריטב"א כתב דאה"נ שהו"מ להקשות כן, רק חדא מתרי פירכא נקיט, וכ"כ הרא"ש (בקדושין פ"ק) ועיין בש"ך (חו"מ סי' ע"ב) א"כ גם כאן נוכל ליישב כזה, כן היה אפשר לומר לכאורה, אכן לא ניחא לי לפרש כן, דהנה:

בלא"ה קשה טובא לשיטת רש"י דהוי ש"ש מטעם דשקיל לגוביינא, א"כ קרא ל"ל לדר' יצחק, כיון דר' יצחק לא איירי אלא שלא בשעת הלואה כדאמר לקמן, ושלא בשעת הלואה ודאי דשקליה לגוביינא וכמ"ש רש"י וא"כ קרא דולך תהיה צדקה ל"ל תיפוק ליה מטעם דנטלו לגוביינא, ובתומים כתב דזה דחקו לרש"י לפרש דר' יצחק מיירי אפי' לענין אונסין, וקרא איצטריך לחייבו באונסין ע"ש, והשתא אי נימא שגם בנטלו לגוביינא חייב נמי באונסין, יוחזר הקושיא קרא דר' יצחק ל"ל ותיפוק ליה מטעם דלגוביינא שקיל וחייב אפי' באונסין מטעם זה, אע"כ דבנטלו לגוביינא אין חייב כ"א בחיובא דשומר שכר ולא באונסין, וטעם הדבר דהוי באמת כן שאין חייב באונסין י"ל דאע"ג שנטלו לגוביינא והוי המשכון תמורת החוב וכאילו שלו ממש הוא, אפ"ה כיון דמחויב הוא להחזירו ללוה להשתמש בו ולאו לכל מילי הוא כשלו, דגם ללוה יש הנאה מן המשכון, להכי אין חייב באונסין, דלענין חיוב אונסין בעינן כל הנאה שלו, אבל זה ודאי דמה שמחויב בגניבה ואבודה לאו מדין שומר הוא, אלא מטעם ששלו הוא דנגנב, וגם טעמא דר' אליעזר בברייתא יתפרש כן, דבנוטל משכון לחוד לא אמרינן דלגוביינא הוא כ"א שיהא בטוח במעותיו, ולהכי לא הוי כ"א שו"ח, אבל בשטר דבלא"ה בטוח הוא, בע"כ דמשכון דנקט לגוביינא שקליה, ונהי דמדין שמירה פטור, חייב מיהא מטעם דשלו נגנב, וכן במשכנו שלא בשעת הלואתו עפ"י ב"ד ודאי דלגוביינא הוא, כיון שבא לידו עפ"י גביית ב"ד דגבייה גמורה הוא, כ"ש דהוי כשלו, וא"ש קושית האחרונים, שהקשו דמאי זה הנאה יהיה ש"ש, ולפמ"ש באמת לאו מדין שמירה והנאה חייב, כן קושית התוס' משמיטה נמי א"ש, כיון דגם בלא שקליה לגוביינא מיירי נמי דבטוח הוא במעותיו, אלא שלא נטלו תמורת החוב, ובשלמא לענין חיוב ההפסד אמרינן דכיון שאין לו הנאה פטור, אבל לענין שמיטה, כיון דס"ס בטוח הוא ולא אתי לידי לא יגוש אין משמט וכמ"ש לעיל:

ולא נעלם מאתי שיש להקשות ע"ז מגיטין (דף ל"ז) דקאמר התם המלוה על המשכון אינו משמט ופריך אלא מעתה הלוהו ודר בחצירו נמי ומשני שאני מטלטלין משום

דקני מדר' יצחק ע"ש, הרי להדיא דלענין שמיטה נמי בעינן שיהא לו קנין במשכון, ומה שתפוס לחוד לא מהני, ובקצוה"ח סי' ס"ז הקשה מכאן גם על הג"ת הנ"ל. אכן ג"ז יש ליישב, דבלא"ה הקשו. התוס' התם בהיכי אמר דקני מדר' יצחק, הא ר' יצחק לא אמר אלא שלא בשעת הלואתו, והתם בשעת הלואה מירי וכדקאמר המלוה על המשכון, וידוע תוכן תירוצם, דכיון דשלא בשעת הלואה קני קנין גמור בשעת הלואה נמי כו', וכבר נתקשו כל המפרשים בסברת התוס'. אכן הרז"ה שם ביאר יותר, דבאמת לא בעינן דוקא שיקנה המשכון, וה"ק שאני משכון הואיל דקני כדר' יצחק, כלומר כיון דמשכחת להו צד דקני כדר' יצחק, והוא שמשכנו שלא בשעת הלואה, מהניא נמי תפיסתו אפי' בשעת הלואה שיהא כנגוש ועומד, דלא קרינן ביה שוב לא יגוש הואיל ואיכא שם משכון בעולם דקניא ליה, משא"כ בהלוהו ודר בחצירו דלא מקניא ליה חצר לעולם הלכך לא מהני תפיסתו ע"כ, הרי להדיא דבמשכון דמטלטלין מהניא תפיסתו לחוד אפי' היכי דלא קני במשכון, ודו"ק:

דף פב.

בתוד"ה לא דכו"ע כו' ור"ע סבר דלא מיקרי אסמכתא אלא היכי שאמר להסמיך חבירו על דבריו כגון אם אוביר ולא אעביד אשלם אלפא זוזי אבל הכא המלוה מחל כל חובו אם יופסד המשכון ע"ש, וקיצרו מאוד בכוונת החלוק בין אסמכתא דאם אוביר לדהכא, והנה בשבועות (דף מ"ד) ד"ה מתני' סמכו דבריהם על אסמכתא דמשחק בקוביא, וביארו יותר, דלכך לא הוי הכא אסמכתא ולא דמי למשחק בקוביא דהתם לא הפסיד אבל הכא שהפסיד המשכון גמר בדעתו להפסיד כל החוב, ולכאורה יש לומר שגם כאן נתכוונו לחלוק הזה, דלהכי לא הוי אסמכתא משום דהפסידו למשכון, וכעין מ"ש התוס' לעיל (דס"ו ע"א) ד"ה ומניומי, דהיכי דמפסידו לאו לאסמכתא קא מכוון. אכן באמת א"א לומר כן בכוונתם דהכא, דכיון דמקשו הכא מההיא דאם אוביר, לא שייך תי' הזה דהא גם באם אוביר אשלם אלפא זוזי, מפסידו לנותן מה שהשדה היתה ראויה לעשות, ואפ"ה הוי אסמכתא כיון דגזים לשלם יותר מן ההפסד, ודוקא באם מבטיחו לשלם רק כפי ההפסד, כגון אם אוביר אשלם במיטבא, הוא דכתבו התוס' לעיל, דלא מיקרי אסמכתא מטעם דמפסידו, אבל אם גזים בתנאו לשלם יותר מן ההפסד אכתי הוי אסמכתא, ורק התם בשבועות דקושיתם הוא ממשחק בקוביא שזה אין מפסידו כלל, היו יכולים לתרץ דהכא שאני משום דהפסידו, אבל הכא דמדמו לה לאם אוביר אשלם אלפא זוזי, לא יכלו לתרץ כן, כיון שגם באם אוביר הוי הפסד, ואפ"ה הוי אסמכתא כיון שגזים, והיינו דלא

סיימו כן בתירוצם הכא, דהוי מטעם הפסד, כמו שסיימו בשבועות כן, דממשחק בקוביא לחוד בלא הך דאם אוביר, היה מקום לחלק כן, דהיכי שמפסידו אפי' גזים נמי לא הוי אסמכתא, אבל מאם אוביר מוכח שאינו כן, ולכן נ"ל דכוונתם כאן, אין זה משום הפסד, אלא סברא אחרת יש בכאן דלא הוי אסמכתא, דהא עיקר הטעם דבגזים הוי אסמכתא משום דאמרינן שלא נתכוון זה בתנאו להתחייב, רק שרצה להסמיך לחבירו על דבריו, דאם לא הבטיחו בגוזמא, אפשר שחבירו לא היה מתרצה להתקשר עמו בעסק הזה, ולכן הבטיחו בגוזמא להסמיכו על דבריו, וכמ"ש רש"י לעיל (דס"ו ע"א), וא"כ לא שייך לומר כן כ"א בעסק כזה, אשר עיקר העסק הוא לטובת המסמיך, וכגון באם אוביר ולא אעביד, דרוצה לקבל ממנו השדה באריסות לצורך פרנסתו, ומפני שבעל השדה היה חושש לתת לו השדה שמא יתעצל במלאכתו, לזה מוכרח היה להבטיחו בגוזמא שאם יוביר ישלם אלפא זוזי, ובכה"ג שייך לומר דלא נתכוון להתחייב באמת, רק להסמיך לבעל השדה, אבל הכא דהמלוה הוא שהתנה עם הלוה תנאי כזה, שבאם יפסיד המשכון ישלם כל החוב, לא שייך כלל לומר דלהסמיכו קא מכוון, דאטו המלוה צריך לבקש תחבולות שהלוה יקבל מאתו ההלואה, ובע"כ שגמר בדעתו להתחייב באמת אם יפסידו, דלהסמיכו ללוה לא שייך כלל, וז"ב:

בתוד"ה אימור דאמר ר' יצחק כו' וצריך לפרש מאיזה טעם יהיה ש"ש כו', ועמ"ש לעיל (דף פ"א) בתוד"ה דברי הכל בשם השמ"ק, דבאמת קונה אותו רק כיון שמחויב להחזירו ללוה ואין כל הנאה של מלוה להכי אין חייב באונסין, ואמנם אפי' לתירוצי התוס', בע"כ שנבוא לחלוק השמ"ק, דכלל כוונת התוס' בדבור זה, דלכתחילה רצו לומר דחיוב דר' יצחק לא הוי מדין חיוב שמירה כ"א מטעם קנין דקני למשכון ושלו הוא דנגנב ונאבד, וכמ"ש לעיל בדעת רש"י, וע"ז הקשו דממ"נ אם קונה אותו יתחייב אפי' באונסין, ולהכי תירצו דבאמת לאו מטעם קנין הוא, אלא מטעם שמירה, והנאתו הוא מה שיכול לקדש בו, ושוב הקשו גם ע"ז מההיא דפסחים, דמ"ט דרבנן דאינו עובר, דנהי דר' יצחק לית להו מ"מ הוי ש"ש, מטעמא דשמואל, וחזרו לומר דמשום חיוב שמירה לא מיקרי חמצו, רק מדר' יצחק דחשיב קנין והוי שלו ע"ש, וא"כ כיון דמסקו דטעם דר' יצחק מטעם קנין יוחזר קושיתם הראשונה, ממ"נ אם חשיב קנין וכנ"ל, אע"כ דלמסקנת התוס' ס"ל דאפי' כשהוא מטעם קנין אין חייב באונסין משום דאין כל הנאה שלו, ומעיקרא לא נחתו לסברא זאת:

בא"ד הקשו דלמה יחשב ש"ש בשביל כך והלא גם במעותיו היה יכול לקדש, וי"ל דכיון דעכשיו שנוטל המשכון ואין מעותיו בידו חשוב ש"ש לפי שיכול לקדש בו או

לעשות קנין אחר על ידו ע"כ, ואע"ג דלעיל (דף פ' ע"ב) כתבו התוס' דלהכי לא הוי מלוה על המשכון ש"ש מטעם דתפיס אזוזי משום דלא נהנה מידי, דכך היה יכול להיות בטוח במעותיו אם לא הלוהו, ואמאי לא אמרינן גם התם, דמ"מ עתה שכבר הלוהו יש לו הנאה במה דבטוח הוא, ועיין במהרש"א שהרגיש בזה, ומדבריו נראה שמחלק בין הנאה דבטוח על חובו, להנאת קדושין או קנין, דבתפיס אחוב אין זה הנאה בעצם, רק שמירת ההפסד, וכיון שגם מתחלה בלא הלואה היה בטוח מזה לא הוי כש"ש, הנאת קדושין או קנין שזהו הנאה בעצם, ואע"ג שגם במעותיו היה יכול ליהנות כן, מ"מ השתא שקיבל ההנאה ע"י המשכון נחשב כש"ש יעו"ש שזה תוכן תירוצו. הן אמנם דמחמת סתירת התוס' מהכא לדלעיל, אין מוכרח אכתי לחלק כמהרש"א, דדברי התוס' בלא"ה מיושבים, דנראה פשוט שמ"ש התוס' לעיל, דכיון שגם אם לא הלוה היה לו הנאה הזה לא נחשב כש"ש, היינו דוקא במשכנו בשעת הלואה, דבעת לקיחת המשכון לא היה לו שום הנאה, ואע"ג דהשתא שכבר נתן יש לו הנאה לא מהני, אבל במשכנו שלא בשעת הלואה, שלכתחילה הלוהו בלא משכון ואח"כ כאשר תבע ממנו ולא רצה לפורעו, משכנו בב"ד, דבשעת לקיחת המשכון יש לו הנאה, מיחשיב כש"ש, וכ"כ הש"ך (חו"מ סי' ע"ב סק"ט) להדיא, דבשלא בשעת הלואה הוי ש"ש נמי מטעם דתפיס ע"ש, ונראה להסביר עוד, דבמשכנו שלא בשעת הלואה כיון דכבר תבעו ולא רצה לפרוע לו, הרי ודאי שאין הנאה גדולה מזה שישיג המשכון, אבל כל זמן שלא תבעו, ולא איתרע ריעותא, דגברא דלא פרע הוא, לא נחשב זה להנאה, מה שהוא בטוח, וא"כ הכא בסוגיא דבדר' יצחק קיימינן, דדינו הוא שלא בשעת הלואה, שפיר כתבו התוס' דנחשב כהנאה, ואין אנו צריכין לחלוקו של מהרש"א, דאפי' בהנאה דתפיס הוי נמי ש"ש כה"ג שלא בשעת הלואה. אלא דמ"מ מוכרחים אנו לחלוק המהרש"א, בכדי ליישב דברי הרא"ש, דהנה גם הרא"ש נראה כסותר את עצמו תכ"ד, דבפ"ק דקדושין כתב וז"ל דליכא למימר משכנו שלא בשעת הלואה הוי ש"ש מטעם דתפיס אזוזי כמו באומן, דא"כ דר' יצחק למה לי, אלא ודאי דדוקא גבי אומן שייך האי טעמא שיש לו שכר, אבל בהלואה אם לא ילוה לא יצטרך למשכון, ושם בהך פיסקא גופא כתב, דאם יש לו הנאת קדושין הוי ש"ש אע"ג שגם בהמעות היה יכול לקדש מ"מ בשעה שנוטל המשכון תו אין המעות בידו ע"כ, הרי דבקדושין ס"ל דמשגחינן על של עכשיו, ובהנאה דתפיס כתב דכיון דגם מתחלה היה לו הנאה הזאת לא נחשב כהנאה, והכא א"א לומר כמ"ש הש"ך, דדוקא בשעת הלואה הוא דלא נחשב כהנאה, דהא הרא"ש קאמר להדיא דאפי' במשכנו שלא בשעת הלואה לא נחשב כש"ש מטעם דתפיס, וא"כ בע"כ לחלק כאן בין הנאה דתפיס

שאינה הנאה בעצם כ"א מניעת ההפסד, להנאת הקדושין דהוי הנאה בעצם וכחלוק המהרש"א, ועיין בתומים (בסי' ע"ב סקכ"ב) שטרח ליישב דברי הרא"ש, והעלה דהדין במחלות שנויה, ולפלא שלא הביא סברת מהרש"א שבזה מיושב שפיר:

ובדברינו יתיישב קושית הקרבן נתנאל שם בקדושין, דהרא"ש שם הוכיח דבמשכנו בשעת הלואה אין לו כח לקדש, דאם יש לו כח לקדש, א"כ כמו דאמרי' במשכנו שלא שעת הלואה דהוי ש"ש מטעם דיכול לקדש, ה"נ במשכנו בשעת ואם נימא נמי דהוי ש"ש מטעם זה ואמאי קאמר בש"ס אימור אמר ר' יצחק במשכנו שלא בשעת הלואה, אע"כ דבשעת הלואה אין לו כח לקדש ע"כ, וכ"כ התוס' הכא בזה הדבור, דלפי"ז דין דקדשה במשכון דוקא שלא בשעת הלואה, והקרבן נתנאל הקשה, דמאי ראיה היא זאת, דילמא י"ל דגם בשעת הלואה יש לו הזכות וכח לקדש, ואפ"ה לא מיחשיב כש"ש, משום דההנאה הזאת היה יכול לקדש במעותיו, אבל לאחר הלואה שאין לו המעות יש לו הנאה ע"כ. ובמח"כ לק"מ, דהא הרא"ש אין מחלק כלל בין שעת הלואה לאחר הלואה, ובהנאה דתפיס לא מהני אפי' שלא בשעת הלואה, והנאה דקדושין כיון דהוי הנאה בעצם, אפי' בשעת הלואה נמי מיחשיב כהנאה, דרק בזה מחלק הרא"ש בין הנאה דתפיס להנאה בעצם, וכל שיש הנאה בעצם אפי' בשעת הלואה נמי מחשיב כהנאה, להכי שפיר הוכיח הרא"ש, דבע"כ בשעת הלואה אין לו כח לקדש, דאי היה לו הכח הזה, היה לו להיחשב ש"ש אפי' בשעת הלואה, כיון דסוף סוף עתה יצא המעות מידו ויש לו הנאה מעצם המשכון, ועיין בגיטין שם כתב המהרש"א כמ"ש כאן, והקרני ראם השיג עליו כהשגת קרבן נתנאל הנ"ל, ולמ"ש אתי שפיר. ויצא לנו אפוא דבהנאת תפיס אחובו לא הוי ש"ש במשכנו בשעת הלואה לכו"ע, ובמשכנו שלא בשעת הלואה, במחלוקת שנויה, הרא"ש דקדושין ס"ל שגם בזה לא הוי ש"ש, והש"ך שם כתב דבשלא בשעת הלואה הוי ש"ש, ואמנם בהנאת קדושין או קנין, אפי' במשכנו בשעת הלואה נמי מיחשיב ש"ש, ודו"ק:

אכן כל מה שכתבנו הוא לפי הבנת המפרשים, שדברי התוס' יסתרו ממה שכתבו לעיל (בדף פ') לדהכא, וכשאנו לעצמינו אפשר לומר דאין כאן שום סתירה, דהנה מ"ש לעיל, דגבי הלואה לא נחשב כש"ש מטעם תפיס, כיון שגם מקודם שהלוה לו היה לו הנאה הזאת, לא כתבו זה כ"א לפום הס"ד שם בש"ם, דגבי אומן הוי ש"ש רק מטעם דתפיס אזוזי, והוי קשיא להו שפיר, דא"כ גם במלוה על המשכון אמאי לא אמרי' הכי, ומזה הוכיחו דלגבי מלוה לא נחשב זה כהנאה, אבל למה דמסיק שם דטעמא דאומן גופא לא הוי משום דתפיס, דתפיס לחוד לא מהני כלל, ורק מטעם דמשתכר וכמ"ש להדיא לעיל (דף פ"א ע"א) ד"ה הא גמרתיו, וא"כ לא מוכח כלל הך סברא, דהיכי שהיה לו

זה ההנאה מעיקרא לא נחשב כהנאה, ושפיר נוכל לומר דכיון דסוף עתה יש לו הנאה, אע"ג שגם מעיקרא היה לו הנאה כזאת, אפ"ה נחשב כהנאה, והא דלא אמרינן במלוה על המשכון טעם דתפיס, היינו משום דטעם זה לא מהני כלל אפי' באומן, אבל דבר שנחשב הנאה כמו קדושין, מחשיב ש"ש אפי' במקום שהיה יכול להשיג ההנאה במעותיו נמי, ודו"ק:

דף פב:

בתוד"ה וסבר ר' מאיר, ראיתי לבאר בזה דין דאדם המזיק, ולהציע הסוגיא דב"ק, ומתוכה נעמוד על מ"ש התוס' כאן, הנה בב"ק (דצ"ט ע"ב) אמר ר' יוחנן טבח אומן שקילקל חייב ואפי' הוא אומן כטבחי דצפורי ופריך הש"ס מר' יוחנן אר' יוחנן ומשני לא קשיא כאן בחנם כאן בשכר כי הא דאמר ר' זירא הרוצה שיתחייב לו טבח יקדים לו דינר ע"ש, והנה בלשון דר' זירא דאמר יקדים לו דינר, מבואר בשמ"ק שם בשם הרמ"ה, דיקדים דקאמר דוקא הוא, משום דלא מסר לו אלא לשחוט בלחוד, וזימנין דלא צריך למשיכה ולא להגבהה, ועוד דלא ניחא ליה למושכה ולהגביהה כי היכי דלא תיקום ברשותיה לכל מילי, הלכך אי אקדים לו דינר משתעבד אע"ג דלא משך, דהא לאו לאוקמי ברשותו לנטורא קא בעי אלא למיעביד לו עבידתא בעלמא דקא משעבד נפשיה והוי כשכיר בעלמא דמשתעבד בדמים ע"כ, הרי דהרמ"ה גילה לנו, דהחיוב בטבח אומן שקילקל לא הוי מטעם מזיק, דאי מטעם מזיק לא בעי שום שיעבוד וקנין, אלא החיוב הוא משום שיעבוד שמשעבד נפשיה לעשות לו המלאכה הזאת בלא קלקול, ולהכי מצריך ר' זירא דיקדים לו דוקא כי היכי דלישעביד נפשיה עי"ז, ומה שהוצרך ר' זירא לזה ולא חייבו באמת מטעם מזיק ואפי' בלא הקדים לו דינר נמי, י"ל משום דהוי היזק שאינו ניכר, וכמו שהקשה שח הרמב"ן כן, להכי פירש ר' זירא דבהקדים לו דינר מיירי, וחיובו הוא מטעם שיעבוד, ולא מטעם מזיק, להכי חייב אע"ג דהוי היזק שאינו ניכר, דכיון דנשתעבד לעשות לו מלאכה הזאת בשלימות בלא קלקול, חייב מטעם שומר ואפי' לדעת הש"ך שפוטר גם בשומר בהיזק שאינו ניכר, הכא חייב דכיון דנשתעבד על מלאכה הזאת ביחוד לעשותה בשלימות, הרי הוא כאילו קיבל בפירוש שיתחייב בהפסד וקלקול שיהיה במלאכה הזאת דודאי חייב, ולא דמי לשומר דאינו מתחייב לשמור ביחוד מהיזק שאינו ניכר, להכי י"ל דעל היזק שאינו ניכר לא קביל שמירה, אבל הטבח שנשתעבד לשמור השחיטה הזאת שלא יהיה בה שום פסול, הרי קיבל עליו ביחוד לשומרה מהיזק זה, ועמ"ש בחדושינו לעיל (דנ"ז ע"ב) בד"ה יצאו שטרות, ועמ"ש בס' יה"ת בזה, וא"כ

יהיה מכאן לכאורה קושיא גדולה על הרמב"ן שהקשה דלמה מחייב ר' יוחנן בטבח אומן, הא הוי היזק שאינו ניכר, הא לפמ"ש ר' זירא מפרש, דר' יוחנן בהקדים לו דינר מיירי, וחיובו הוי מטעם שיעבוד, ומטעם מזיק באמת אין לחייבו משום דהוי השא"נ, ור' זירא עצמו מיישב לקושית הרמב"ן, וכן מה שתי' הרמב"ן דהכא הוי היזק ניכר, דכיון שלא שחט כראוי השחיטה עצמה הוי ההיזק, שאין זו שחיטה אלא כמתיז ראשה בסייף והרי ניכר בין חי לשחוט ע"ש, הא מדר' זירא מוכח דלא אמרינן כסברת תרוצו, דאי כהרמב"ן דהיזק ניכר הוא בכה"ג, למה לן להקדים דינר ותיפוק ליה דחייב מטעם מזיק ואפי' בלא דינר נמי:

והנה זה מבואר עכ"פ מן הש"ס להדיא דבעינן דוקא שיקדים לו השכר, וא"כ יש לתמוה על כל הפוסקים שלא הזכירו כלל לתנאי זה, וסתמו לומר דבשכר חייב, ויותר תמוה עמ"ש הטור והשו"ע (בחו"מ סי' ש"ו) דאותן הטבחים שנוטלים הכרכשאות שומרי שכר הם ואם קלקלו חייבין כיון דשקל אגרא, הא שכר דכרכשאות לא בא אלא בסוף, ואנן בעינן דוקא שיקדים לו דינר כדאמר ר' זירא להדיא. והנ"ל בזה, דהנה עיקר דברי ר' זירא דמצריך דוקא שיקדים לו השכר, ומשום דמטעם מזיק אין לחייבו כמ"ש, תמוה זה מאוד, הא לעיל שם באותה סוגיא דב"ק עצמה, קאמר שמואל טבח אומן שקילקל חייב מזיק הוא פושע הוא, הרי להדיא דחייבו שמואל מטעם מזיק, ואע"ג דקאמר נמי פושע הוא, בע"כ דעיקר החיוב מטעם מזיק הוא, דאל"כ בחנם אמאי חייב, דנהי דשומר חנם חייב בפשיעה, מ"מ הכא דלא משך עדיין א"א לחייבו מטעם שומר, דשומר אינו מתחייב בשמירה כ"א משעת משיכה, ובע"כ דמטעם מזיק הוא, והא דקאמר נמי פושע הוא, היינו דבטעם דמזיק לחוד לא סגי, דאכתי הו"א דההיזק הזה קרוב לאונס הוא דפטור בו אדם המזיק, וכמבואר בתוס' כאן ובפ' המניח, דבאונס דכעין גניבה פטור אדם המזיק, לזה קמ"ל פושע הוא, פי' דההיזק הוי קרוב לפשיעה דחייב בו אדם המזיק, אבל חיובו הוא מטעם אדם המזיק. וישבתי בזה מה שהקשה בשמ"ק בב"ק, למה לו לשמואל לומר תרתי מזיק הוא פושע הוא ע"ש, ולפמ"ש מבואר, דאשמועינן דיסוד החיוב משום דהוי קרוב לפשיעה, דאל"ה לא היה חייב גם מטעם מזיק, וא"כ קשה על ר' זירא בתרתי, דפטר בחנם ולא מחייב כ"א בשכר, וגם מצריך שיקדים המעות דוקא ואמאי לא מחייב אפי' בחנם לגמרי מטעם מזיק וכדשמואל. והנה הקושיא הזאת מצד עצמה היה מקום ליישב, עפמ"ש התוס' כאן דאונס דכעין גניבה פטור אדם המזיק, והוכיחו זה מדברי ר' יהודה דקאמר שומר חנם ישבע נושא שכר משלם, והשתא מדפטר שו"ח ולא מחייב מטעם אדם המזיק, ש"מ דבאונס דכעין גניבה פטור אדם המזיק, ומדמה ר' יהודה נתקל לגניבה,

וכן מברייתא דב"ק דפוטר טבח אומן בחנם ומחייב בשכר, והיינו נמי משום דקלקול דשחיטה דמיא לאונס דגניבה, ומתחילה סובר המקשה דדמיא לאונס דאבידה, להכי שו"ח נמי חייב מטעם אדם המזיק, ומסיק דקלקול זה דומה לאונס דגניבה ואין לחייבו מטעם אדם המזיק, ולפי"ז א"ש דברי ר' זירא, דשמואל דאומר להדיא, מזיק הוא פושע הוא, וכיון שסובר דקלקול זה דומה לקלקול דפשיעה, ושפיר חייב מטעם מזיק ואפי' בחנם, ור' יוחנן ור' זירא סברי דקלקול זה דומה לאונס דגניבה, ומטעם מזיק אין לחייבו ורק משום שעבוד וכמ"ש בשם הרמ"ה, להכי אינו חייב עד שיקדים לו המעות דוקא, דבלא"ה לא משתעבד, אלא דאכתי אין מיושב סברת ר' יהודה דסוגיין, וכן ברייתא דב"ק דמחייבי בשכר אע"ג דלא הקדים לו המעות, הא מטעם שמירה אין לחייבו אפי' לשומר שכר כיון דלא משך ולא ניחא לו לקנות, דזהו עיקר טעם דר' זירא, דמצריך דוקא לקדימת המעות דליהוי כשכיר דמשתעבד בדמים וכנ"ל, וכן פסקי השו"ע אכתי תמוהים, דלפום מאי דפסקינן שדוקא ש"ש חייב ושו"ח פטור, מכלל דסבירא לן שאין החיוב מטעם מזיק, דאי מטעם מזיק לא שייך לפלוגי בין בחנם לבשכר, דאפי' בחנם נמי חייב, אלא ודאי דסבירא לן שקלקול זה דומה לאונס דגניבה שקרוב לאונס, ובלא"ה נמי בע"כ צ"ל דלא קיי"ל כשמואל, דקלקול דשחיטה ידמה לפשיעה, דהא טעמא דשמואל משום דמדמה לה לנתקל פושע כדאמר להדיא, ואנן הא קיי"ל דנתקל לאו פושע הוא כמ"ש (בחו"מ סי' תי"ב), וכיון שבע"כ הקלקול דשחיטה דמיא לאונס דגניבה ואין לחייבו מטעם מזיק, וגם מטעם שומר אין לחייבו כיון דלא ניחא לו למושכה, וא"כ אמאי לא הצריכו לתנאי דהקדמת המעות כמו שמצריך ר' זירא, ועל הטור י"ל דלשיטתו דפוסק כתוס' ורא"ש דשומרין לא בעי משיכה להתחייב באונסין, ולהכי שפיר חייב מטעם שומר שכר דחיובו בגניבה, דלענין שיהא ש"ש לא בעינן להקדמת המעות, אבל השו"ע שבכ"מ הביא דעת הרמב"ם דבעינן משיכה בשומרין וכמבואר בחו"מ (סי' רצ"א וסי' ש"ז), לדידיה יקשה למה לא מצריך תנאי זה שיקדים המעות:

אכן שוב התבוננתי שיש מקום לחייב גם לדידן מטעם מזיק ואפ"ה דוקא לש"ש ולא לשו"ח, דהנה אף שרבים הבינו בכוונת התוס' דהכא, במה שכתבו דאונס דכעין גניבה דפטור אדם המזיק, דהיינו אפילו בש"ש, והא דמחייב ר' יהודה בשכר, היינו מטעם שמירה, אכן לבבי לא כן ידמה בכוונת התוס', דאיך יעלה כלל על הדעת לומר כן, דש"ש שמחויב לשמור מהיזק דגניבה, ואם נגנב ע"י אחרים חייב, וכשהוא עצמו יעשה היזק כזה שהוא כעין גניבה יפטר, והא זה פשוט שאם ההיזק בא ע"י עצמו, יש לחייבו יותר מאילו קרה סבה כזאת ע"י אחרים, והראיה דהא שו"ח פטור מאבידה, כשלא שמרו

ונאבד, ואפ"ה אם הוא עצמו עשה היזק דכעין אבידה חייב, וא"כ ש"ש נמי שחייב בגניבה ממש, כ"ש כשהוא עצמו עושה היזק דכעין גניבה דחייב, ועוד דהא טעם חלוק התוס' לפטור בהיזק דכעין גניבה, היינו משום דאונס כזה לא הו"ל למירמא אנפשיה, וא"כ לא שייך זה כ"א בשו"ח, אבל בש"ש דחייב בגניבה, הרי חזינן שמחויב למירמא אנפשיה אונס כזה, וא"כ למה יפטור כשהוא בעצמו עשה היזק כזה. ולזה נ"ל לנכון, דמה שכתבו התוס' דבאונס דכעין גניבה פטור אדם המזיק, היינו דוקא בשו"ח, אבל ש"ש חייב ודאי מטעם מזיק, ולפי"ז הא דמחייב ר' יהודה הכא לשומר שכר שהעביר חבית ונתקל דהיינו נמי מטעם מזיק ולא מטעם שומר, ואפ"ה שו"ח פטור דאילו היה מזיק גמור הי' שו"ח נמי חייב, אבל מזיק כזה דכעין גניבה שקרוב הוא לאונס, ש"ח פטור, דהאי כדיניה והאי כדיניה, שו"ח דפטור בגניבה דלא הו"ל למירמא אנפשיה אונס כזה, אפי' כשהזיק הוא עצמו בכעין זה נמי פטור, אבל ש"ש דבגניבה ממש יתחייב, כ"ש דחייב כשהוא עצמו עשה היזק כזה, ואתי שפיר מה שלא הצריך ר' יהודה שיקדים המעות, כיון דאין חיובו משום שכיר, דלבעינן שישתעבד בדמים, אלא החיוב הוא מטעם מזיק, ושומר שכר מיקרי אפי' כשלא הקדים לו המעות, דבשלמא כשנצרך שישתעבד ע"י הדמים והדמים יעשו קנין, בעינן דוקא שיקדים לו המעות, אבל הכא דלא בעינן רק שיהיה עליו דין דש"ש, ואם אך תנאי השמירה היה ע"מ שישלם לו, ש"ש מיקרי אפילו כשלא הקדים לו נמי וחייב שפיר מטעם מזיק. וראיה לדברינו דחיוב דש"ש מטעם מזיק הוא, ממ"ש בב"ק שם, אי אמר מזיק הוא הו"א דוקא בשכר חייב ולא בחנם ועפרש"י, וקשה מאוד להלום זאת, דהיכן מצינו במזיק שיהא חלוק בין בחנם לבשכר, ולדברינו מבואר, דזהו הכוונה, אי אמר מזיק הוא הו"א דקלקול זה אינו דומה כ"א לאונס דכעין גניבה, ושזה דוקא בש"ש חייב, דשו"ח פטור במזיק כזה, להכי אשמועינן דפושע הוא, פי' שההיזק דומה לפשיעה ואפי' בחנם חייב. וגם פסק השו"ע מיושב לפי"ז, דבאמת חיוב דטבח מטעם מזיק הוא, ולהכי לא הזכירו לתנאי דקדימת המעות, ואפ"ה פטרינן בחנם, משום דקיי"ל דקלקול דשחיטה דמיא לאונס דכעין גניבה דרק ש"ש חייב ולא שו"ח, ולענין דליהוי ש"ש לא בעינן הקדמת המעות וכנ"ל:

אלא דלפי"ז חוזר וניעור הקושיא בסוגיא עצמה, דאמאי מצריך ר' יוחנן ור' זירא להקדמת המעות, כיון שאפי' לסברת ר' יוחנן דקלקול דשחיטה הוי כעין אונס דגניבה היה יכול נמי לחייב לש"ש מטעם מזיק. והנה ביישוב הסוגיא היה נראה לתרץ גם באופן אחר, דהבאתי לעיל קושית הרמב"ן למה מחייבינן לטבח אומן הא הוי היזק שאינו ניכר, וכבר כתבתי דקושיתו לא שייך כ"א כשנאמר דחיובו הוא מטעם מזיק, אבל אי נימא דהחיוב

הוא מטעם שיעבוד, ודאי שחייב אפי' בהיזק כזה שאינו ניכר, כיון שעיקר הקלקול שבזה אינו ניכר, וכשנשתעבד לשמור לו שלא יבוא לידי קלקול הזה, הרי הוא כאילו נתחייב עצמו בפירוש לשמור הבהמה מקלקול זה, ולפי"ז א"ש הסוגיא דהתם, דשמואל שאומר דינו אליבא דר"מ כדקאמר בהדיא, אנא אמינא אליבא דר"מ, ור"מ לשיטתו דסובר כחזקיה (גיטין דף נ"ג) דהיזק שאינו ניכר שמיה היזק, להכי שפיר קאמר דחייב מטעם מזיק ולא איכפת לן במה שאינו ניכר, משא"כ ר' יוחנן דס"ל בגיטין דהיזק שאינו ניכר לא שמיה היזק, לא מצי לחייבו מטעם מזיק כיון דהיזק שאין ניכר הוא, ובע"כ דחיובו מטעם שיעבוד, להכי הצריך דוקא שיקדים לו המעות, והיינו מה דקאמר התם בתי' דר' יוחנן, וכי הא דא"ר זירא הרוצה שיתחייב לו טבח יקדים לו דינר, דאינו מובן לאיזה צורך יביא מר' זירא, ולפמ"ש ניחא, דבמה שמשני הש"ס כאן בשכר, הו"א שאם אך הבטיח לתת לו שכר נמי סגי אע"ג דלא הקדים לו המעות, וזה א"א לר' יוחנן דמחייב רק מטעם שיעבוד, לזה מסיים כי הא דר' זירא, פי' דבשכר דקאמר היינו כגון דר' זירא שיקדים לו המעות דוקא ודו"ק. ומיושב נמי בזה מה שהקשו התוס' בסוגיין על לשון הברייתא דקאמרה בהמה לטבח וניבלה חייב מפני שהוא כנושא שכר, ולסברת המקשה דסובר לחייב גם בחנם, מאי נתינת טעם דמפני שהוא כנושא שכר דקתני, ועוד מאי ס"ד דמקשה דמחייב גם בחנם ע"ש, ולמ"ש לא עלה כלל ע"ד המקשן לחייב גם בחנם, וגם המקשה היה סובר דבחנם פטור משום דהוי כעין גניבה דפטור מטעם מזיק, אלא דמקשה מלשון הש"ס דמסיק בדר"י כאן בשכר וכי הא דר' זירא, היינו שמצריך דוקא להקדמת המעות, ובלא הקדים פטור אע"ג שהבטיח לו שכר, ע"ז פריך מברייתא דקתני מפני שהוא כנושא שכר דלשון זה משמע שאכתי לא קיבל השכר והרי הוא חייב כמו שנושא שכר פי' כאילו כבר קיבלם, ע"ז משני אימא מפני שהוא נושא שכר, פי' שכבר קיבלם, וחיובו מטעם שיעבוד וא"ש הסוגיא:

ואמנם אף שהסוגיא מיושב בדרך הזה, אכן אכתי דברי השו"ע צריך עיון, דלדידן דפסקינן היזק שאינו ניכר לא שמיה היזק, לא נוכל לחייב לטבח מטעם מזיק, ובע"כ דהחיוב הוא מטעם שיעבוד ואמאי לא הצריכו להקדים המעות ולכן בכדי להשוות הסוגיא עם פסק השו"ע, וגם ליישב סברת הרמב"ן אשר בתחלת דברינו הקשינו עליו מהך דר' זירא, נראה דודאי סברת הרמב"ן צודקת היא, דקלקול דשחיטה הוי היזק הניכר, והא דמצרכי ר' יוחנן ור' זירא להקדמת המעות, י"ל דסבירא להו דקלקול דשחיטה אפי' כאונס דגניבה נמי לא הוי, אלא כאונס גמור, וא"כ גם לש"ש א"א לחייבו מטעם מזיק, דדוקא אונס שהוא כעין גניבה, דכיון דעל גניבה ממש חייב ש"ש, חייב נמי מטעם מזיק,

אבל באונס גמור פטור נמי מטעם מזיק, ולהכי מצרכי דוקא להקדמת המעות דליחייב מיהא מטעם שיעבוד, ומעתה מתורץ הכל, דלסברת ר' יוחנן ור' זירא, דקלקול דשחיטה הוי אונס גמור, ובע"כ שחיובו הוי מטעם שעבוד, להכי הצריכו לקדימת המעות, אכן אנן לא סבירא לן בזה כר' יוחנן, אלא כפשטא דברייתא דמפני שהוא כנושא שכר, היינו שהבטיח לו השכר, דלמה לן לשבש הברייתא ולמיתני מפני שהוא נושא שכר, וא"כ מוכח דקלקול השחיטה הוי מיהא כאונס דגניבה, דשפיר נוכל לחייבו מטעם אדם המזיק אע"ג דלא הקדים לו המעות, ומשו"ה לא הוזכר בשום דוכתא תנאי דקדימת המעות:

והיוצא מכל מה שכתבנו, דכל היכי דלא הקדים המעות חייב מטעם מזיק, דדוקא בהיזק הניכר כגון קלקול השחיטה וכרמב"ן, אבל בהיזק שאינו ניכר, כגון בטבח שנותק הסירכא דהוי אינו ניכר לכו"ע וכמ"ש הנה"מ (בסי' ש"ו), או אפי' בשחיטה גופא כשעשה היזק כזה שהוא רק מן החומרא, דלא שייך לומר דהוי כאילו התיז ראשה וכמ"ש בקצוה"ח שם, לא נוכל לחייבו כ"א כשהקדים לו המעות דאז חייב מיהא מטעם שעבוד וכנ"ל, ודו"ק:

סליק פרק האומנין.

דף פג.

השוכר את הפועלים, פרק שביעי

ברש"י ד"ה עד שלא התחילו, דאין כאן אלא דברים ודברים אין בהן משום מחוסרי אמנה כו', והב"ח הקשה הא בפ' הזהב (לעיל דף מ"ט) מבואר דיש בדברים משום מחוסרי אמנה, ולמה פרש"י שלא אליבא דהלכתא ע"ש. ונראה דמוכח לעיל דטעמא דתנא דמתני' הוא משום דס"ל דברים אין בהם משום חסרון אמנה, דמעיקרא פריך התם בפ' הזהב, לרב דסובר דברים אין בהם משום חסרון אמנה ממתני' דר' שמעון אומר כו' הוא עתיד ליפרע ממי שאינו עומד בדבורו ומשני תנאי היא, דאשכחן תנא דפליג, והביא ממתני' דהכא, דר' יוחנן בן מתיא הוא דפליג וס"ל אין בהם משום מחוסר אמנה ע"ש, הרי מבואר דטעמא דתנא דידן הוא משום דס"ל דברים אין בהם משום חסרון אמנה, ונהי דדחי התם אח"כ דממתני' אין ראיה משום דשאני הכא דפועלים גופייהו לא סמכא דעתייהו כו', היינו רק לשנויי לר' יוחנן קא אתי, דלא יקשה לר' יוחנן דס"ל דברים יש בהן משום חסרון אמנה ממתני' דהכא, משום דאיהו יוכל לפרש דטעמא דתנא דידן הוא משום דפועלים לא סמכא דעתייהו, וכ"כ בשמ"ק שם, דלשנויי לר' יוחנן קא אתי, אבל

אליבא דרב בע"כ טעמא דתנא דידן משום דאין בדברים משום חסרון אמנה, להכי פרש"י לטעם זה שהוא האמת אליבא דרב, וא"ל דאכתי יקשה על רש"י, כיון דאליבא דר' יוחנן דקיי"ל כוותי', טעמא דמתני' משום דפועלים לא סמכא דעתייהו, א"כ למה לא פי' רש"י כן, די"ל דלרב בע"כ הוי טעמא משום דאין בדברים משום חסרון אמנה, דאל"ה יקשה עליו ממתני' דר' שמעון דלעיל, ולר' יוחנן לא הוי ודאי דטעמא דמתני' לא הוי משום הכי, דאפי' נפרש דטעמא הוי משום דאין בדברים כו', לא יקשה על ר' יוחנן ממתני' דידן, כיון דשפיר אשכח תנאי דס"ל נמי כוותיה, דיש בדברים משום חסרון אמנה, והוא ר' שמעון דמתני' דלעיל, ורק משום דשמא לא ניחא לר' יוחנן להעמיד דבריו כתנאי, קאמר התם דר' יוחנן מצי לאוקמי שגם תנא דמתני' דידן כוותיה ס"ל, וטעמו משום דפועלים לא סמכא דעתייהו, אבל אין זה מוכרח דטעמו משום הכי הוי, וכיון דלרב הוי ודאי דתנא דידן ס"ל אין בדברים משום חסרון אמנה, ולר' יוחנן אין הכרח להיפך, להכי בחר רש"י לפרש טעמא דמתני' משום דאין בדברים חסרון אמנה, דאין ספיקו של ר' יוחנן אלים כודאי טעם דרב:

ואמנם הא קשיא לי לפרש"י דהטעם הוא משום דאין בדברים חסרון אמנה, בע"כ צ"ל דר' יוחנן בן מתיא רצה לפחות להם כעת אפי' ממנהג המדינה, ולא כסעודת שלמה לא רצה ליתן, אלא אפי' כסעודת כל אדם כדרך פועלים לא רצה ליתן להם, דאי רק אסעודת שלמה היה מקפיד, מה ראיה הוא מהכא דאין בדברים משום חסרון אמנה, הא אפי' אי נימא דבדברים בעלמא שייך חסרון אמנה, הכא רשאי לחזור, דהא אפי' בנשתנה השער נמי מותר לחזור, וכ"ש דהכא אינו יכול כלל לעמוד בדבורו, כיון דצריך לעשות להם כסעודת שלמה וכמ"ש בשמ"ק (לעיל דף מ"ט), ומדפי' דהכא הוי טעמא משום דאין בדברים חסרון אמנה בע"כ דגם מסעודת דרך שאר פועלים דעלמא נמי היה רוצה לפחות, וכן משמע נמי מלשון דאמר ע"מ שאין לכם עלי אלא פת וקיטנית, דמשמע אף שהם פחותים מסתם מזונות דפועלים, ואם כן יקשה מה דאמר רשב"ג אח"כ, לא היה צריך לומר, הכל כמנהג המדינה, הא צריך היה לומר להם מפני שרצה לפחות גם ממנהג המדינה. וצ"ל משום דמשמע ממתני', שגם על סעודת שלמה מוכרח נמי לומר להם, ע"ז פליג רשב"ג ואומר דלא היה צריך לומר, אבל בזה שרצה נמי לפוחתם ממנהג המדינה, גם לרשב"ג צריך היה לומר, וכן מוכח להדיא לקמן בגמ', דרשב"ג פליג רק על מה דס"ל לת"ק דהכא כיון שלא הוצרך לתנאי והתנה, לטפויי מזונות קא מכוון, ופליג רשב"ג ואומר דאפ"ה הכל כמנהג המדינה ע"ש:

ועוי"ל והוא הנכון, דהנה בעיקר הדין אי בתרי תרעי יש משום חסרון אמנה, לא מוסכם הוא מכל הפוסקים, ופליגי בזה הרז"ה עם הרמב"ן, הובא דבריהם (בחו"מ סי' ר"ד), הרז"ה ס"ל דאין בזה משום חסרון אמנה, ומביא ראיה ממ"ש לעיל (דף ע"ב ע"ב) לגבי מי שפרע, אימור דאמרינן הכי בחד תרעי בתרי תרעי מי אמר, וכמו דלענין מי שפרע אמרינן דבתרי תרעי אין מי שפרע, ה"נ לענין מחוסר אמנה הוי הדין כן, והרמב"ן דוחה טענתו וס"ל דגם במי שפרע לא מפלגינן בין חד תרעי לתרי תרעי, ובגמ' דלעיל הוי הכוונה, דכיון דקנה הסחורה ע"מ ליקח לאחר זמן, להכי ודאי דאתרעא זילא פסיק, והנה לעיל (דף מ"ז ע"ב) הוכחתי מלשון רש"י דדייק לפרש התם משום דפסק עמו ליקח לאחר זמן, מכלל דס"ל נמי כהרמב"ן ועמש"ש בארוכה, וכיון דלשיטת רש"י לא מפלגינן כלל בזה, ואפי' בתרי תרעי נמי יש משום חסרון אמנה, ממילא אין צריך לדחוקי דר' יוחנן בן מתיא רצה לפוחתם אפי' ממנהג המדינה, דשפיר י"ל דממנהג המדינה לא רצה לפוחתם, ורק אסעודת שלמה היה מקפיד, ואפ"ה הביא לעיל ראיה מכאן דאין בדברים משום חסרון אמנה, דאי יש בזה משום חסרון אמנה, לא היה רשאי לחזור אפי' הכא דהוי כנשתנה השער, דלא מפלגינן כלל בזה לשיטת רש"י, ולפי"ז אתי דברי רשב"ג כפשוטן, ועמ"ש לעיל (דף ע"ו ע"ב) מזה:

בגמ' לא צריכא דטפא אאגרייהו כו' קמ"ל דאמרו ליה האי דטפת לן אדעתא דעבדינן לך עבידתא שפירתא, ומשמע דדוקא משום דים לתלות שיתרון השכר ניתן להם בכדי שיעבדו לו עבידתא שפירתא, אבל במקום שאין לפועלים במה לתלות, בע"כ דתלינן דהיתרון ניתן כמו שאמר בעה"ב, ולא אמרינן דלמתנה יהיב להו. ובזה היה אפשר ליישב קושית הקצוה"ח (בסי' של"א) על מש"כ בתה"ד סי' שכ"ג בשכר פועל ופסק לו עשרה זהובים לילך למקום פלוני ומנהג שוכרים שפוסקים שכירות חוץ מן הוצאות הדרך והשליח אמר קודם שדעתו שיתן לו ההוצאה חוץ מן השכירות והמשלח טוען שלכך פסק עמו שכר הרבה שלא היה ראוי ליתן אפי' שבעה זהובים רק מפני שלא יתן לו ההוצאות, ופסק בתה"ד דבכה"ג הדמים מודיעין, והקצוה"ח הקשה מהך דהכא דגם בטפא להו על אגרייהו לא מצי למימר אדעתא להשכים הוסיף להם ע"ש. ולמ"ש ניחא, דדוקא הכא שלטענת הפועלים יש לתלות יתרון השכר בצורך אחר ממה שאמר בעה"ב, אבל בנדון דתה"ד דלא שייך לתלות אדעתא דעבידתא שפירתא, כיון דלא למלאכה נשכר לו, וגם לדברי השליח אין במה לתלות היתרון, לזה שפיר פסק דתלינן דלשם הוצאות הדרך ניתן, דבמתנה א"א לתלות כמו שמוכח גם כאן, ובשלמא אם גם לדברי השליח יש לתלות היתרון באיזה צורך, ורק שמחולקים עם הבעה"ב לצורך מה

ניתן, בזה הוי הדין עם הפועלים, אבל אם לדברי פועלים אין כלל במה לתלות, ודאי דתלינן כמו שאמר בעה"ב. ועוד דהא התה"ד עצמו בנה היסוד על מ"ש התוס' (בב"ק דף מ"ו) דהיכי דאיכא חזקת ממון דמסייע להדמים כו"ע סברי דאמרינן הדמים מודיעין, ונ"ד נמי איכא חזקת ממון דמסייע לבעה"ב שהוא מוחזק והדמים מודיעין לו ג"כ, א"כ מאי מקשה הקצוה"ח מהך דהכא, דבעה"ב רוצה להוציא מפועלים שיעבדו עמו בקדמייתא ובחשכתא, דבכה"ג שהדמים סותרים להחזקה לא אמרי' הדמים ראיה, ואין לומר משום דשכירות אינה משתלמת אלא בסוף, א"כ הבעה"ב מוחזק עדיין במעותיו, דהא אין תביעתם על כסף השכירות, וגם לדברת בעה"ב לא בא לנכות לו משכירותו, רק שירצה שיעבוד עמו יותר, ועל זה הוי הפועל מוחזק בגופו. ולולי דברי התה"ד היה נ"ל לקיים דינו אבל לא מטעמו דדמים מודיעין, דאפי' למאן דלא ס"ל הדמים מודיעין נמי א"ש, דע"כ לא שייך הפלוגתא אי דמים מודיעין כ"א היכי שירצה לעיולי בזביני מידי אחרינא דלא זבן ליה בפירוש, כגון גבי צמד ובקר, שהמוכר לא אמר כ"א צמד, והלוקח ירצה לעייל גם הבקר, או כגון הכא שהבעה"ב ירצה לעייל בתנאי השכירות, גם עבודת הקדמייתא וחשכתא, אבל בעובדא דתה"ד, שבעצם השכירות לא זה בא להוסיף ולא זה לגרוע, רק שמסופקים אנו על יתרון המעות שנתן הבעה"ב לשליח, אם למתנה נתנו או לצורך ההוצאה נתנו, ופשיטא דכל היכי דאיכא למיתלי דלאו לשם מתנה נתנו אמרינן הכי דאין אדם רגיל למיתן במתנה ודו"ק, ועמ"ש בסמוך, ולקמן (דף ק"ג ע"ב) מזה:

בגמ' דעבדינן לך עבידתא שפירתא, הט"ז (בחו"מ סי' של"א) הקשה אמאי לא פריך הכא וניחזי עבידתייהו, דבכה"ג פריך לעיל דף ע"ו) ומשני התם דא"א למיחזי, וה"נ ניחזי עבידתיהו אי הוי טפי משאר פועלין ע"ש. ואפשר לומר דהכא אין תביעתם כלל על אודות יתרון המעות שהבטיח להם, וגם הפועלים אינם רוצים ליקח מאתו היתרון, כיון דלדבריהם ניתן היתרון בשביל לעשות עבידתא טובה, ובאשר שלא עשו באמת המלאכה שפירתא יותר, ממילא אין מבקשים היתרון, רק עיקר הסכסוך הוא ביניהם על זמן השכירות, דלדברי בעה"ב דההוספה היה בכדי דליקדמו וליחשכו, ולכן ירצה לכופם שישלימו לו הזמן, ולטענת הפועלים ההוספה לא ניתן כ"א לעשות עבידתא שפירתא, ואין יכול לכופם לעשות לו בערב ובבקר, אבל זה פשיטא שאם לא ניכר שעשו עבידתא שפירתא שאין נוטלים היתרון, ולהכי לא שייך לפרוך כאן וניחזי עבידתייהו, כיון שאין באים כלל לבקש היתרון, ואדרבה הבעה"ב תובע מהם, אבל לעיל (דף ע"ו) דעיקר הסכסוך הוא שהפועלים מבקשים היתרון, ע"ז פריך שפיר וניחזי עבידתייהו

שודאי אין להם ליטול יותר משאר פועלים כ"ז שאינם מבררים שעבידתייהו שוה יותר. ולמ"ש מיושב קושית הקצוה"ח על התה"ד שהבאתי בדבור דלעיל בפשיטות.

דף פג:

בגמ' הניח ידו על בני מעיו כו' מובטחני שאין רמה שולט בהם, ותמוה דכי בשביל שלא הרג לשום אדם בחנם אין רמה שולט בו, ומה ענין זה לזה, ועמ"ש בספרי מצח אהרן ברוש י"ט ליישב זה:

דף פד:

בגמ' אוגניתי' בעיליתא כו', ומהרש"א הקשה דהא קבורה הוא מ"ע מה"ת, ואיך הסכים לעבור על מ"ע, ובספרי מצח אהרן דרוש י"ט כתבתי ליישב ע"ש:
ברש"י ד"ה רשב"ג וריב"ק, ורבנן טובא בהדייהו, ומאי בעי בזה, משום דאמר בגמ', עבדו להו ספסלי, וכן מימיהן אנו שותים בלשון רבים, ורשב"ג ודאי דלא אמר הכי לבקש ליעביד ספסלי, דהא אח"כ כשנעשה אמר אתם מבקשין לאבד את בני, ואי דלא היו כ"א שניהם, בע"כ דרק ריב"ק אמר הכי, וא"כ מאי אמר לשון רבים, להכי פירש דרבנן טובא בהדייהו, והם היו המבקשים לעשות ספסלי, וכן הלשון אמר להם משמע לשון רבים:

דף פה.

א"ר חביבי יסורין קיבל עליה י"ג שנין כו' ואפ"ה דר' אלעזר בר"ש עדיפא דאילו ראב"ש מאהבה באו ומאהבה הלכו, ורבי ע"י מעשה באו, והקשו המפרשים דהא רבי נמי מעצמו קיבל, ואפשר לומר דבלא"ה אינו מובן, דהא רבי קבל עליה יסורי צמירתא וצפרנא שהוא חולי שיניים, וחולי מעיים לא קיבל, וממעשה דאהוריירי' משמע שהיה סובל הרבה יסורי חולי מעיים כדאמר אהוריירי' דרבי הוי מכוון דרמי כיסתא בההיא שעתא דעייל רבי לביה"כ, ולכן י"ל דרבי מחמת שראה שיסורין מועיל כ"כ, לכן קיבל עליה יסורי צפרתא, ומביא הגמרא אח"כ דגם קודם קבלתו יסורין דחולי שיניים, היה לו נמי יסורי חולי מעיים, והיסורין הללו שחולי מעיים באו לו באמת ע"י מעשה, ואי משום דא"כ יקשה כיון דבלא"ה היו לו יסורין א"כ למה הוצרך לקבל הנהו יסורי דחולי שיניים, ע"ז תי' ואפ"ה יסורי דראב"ש עדיפא כלומר דיסורי דחולי מעיים דרבי שבאו ע"י מעשה לא היו עדיפא כ"כ, משום שבאו ע"י מעשה, להכי הוצרך לבקש יסורים מדעתו:
בגמ' כל המלמד את בן חבירו תורה זוכה ויושב בישיבה ש"מ שנאמר אם תשוב ואשיבך לפני תעמוד, וז"ל רש"י אם תשוב ישראל למוטב בתוכחתך ואשיבך אלי ולפני

תעמוד הקב"ה אמר לי שאעמוד ואתקיים לפניו אם' אוכל להשיבכם ע"כ, ואינו מובן הכפל בלשון רש"י, וגם מ"ש הקב"ה אמר לי כו'. ונראה דרש"י דיקדק הכפל בפסוק עצמו, דכיון שאמר אם תשוב ואשיבך דהוי הפירוש, דמי שישיב לחבירו בתוכחתו, אז ישיב הקב"ה גם לו, א"כ מה יוצרך לומר עוד ולפני תעמוד, לזה יפרש רש"י כוונת המקרא, דהנה כפי הבטחת המקרא, דמי שיחזיר חבירו למוטב, השכר שמקבל בזה הוא, שמושיבין להמוכיח בישיבה של מעלה וכדרשת חז"ל פה, וא"כ אין שייך זה כ"א כשהמוכיח הוא אדם פשוט, שמצד עצמו אין ראוי לישב שם, ורק ע"י הזכות הזה זוכה לכך, אבל לאדם כמו רבינו הקדוש, אשר מצד עצמו נמי ראוי הוא לישב שם, וא"כ מה זה שכר לפניו, להכי אמר ירמיה שגם לאדם כזה יש שכר, דאע"ג שמצד עצמו נמי ראוי לישיבה ש"מ, אבל אם החזיר חבירו למוטב, מעלין אותו לגדולה יתירה, והוא שנהנה מזיו שכינתו ית', וזוכה לעמוד לפני הקב"ה בעצמו, וזמ"ש ולפני תעמוד, פי' הקב"ה אמר לי, דוקא לי, אשר מצד עצמי הייתי ראוי ג"כ לישיבה של מעלה, שלפני תעמוד, שאזכה לעמוד לפניו, ושפיר מביא זה גם על רבינו הקדוש, שאע"ג שמצ"ע ראוי לשכר דישיבה ש"מ, אפ"ה אל יתרשל נמי מלהחזיר אחרים למוטב, כי גם לפניו יש שכר, שיזכה עי"ז למדריגה יותר גבוה:

דף פז:

בגמ' הניחא למ"ד גזל עכו"ם אסור איצטריך דקרא למישרי פועל כו', ופרש"י פלוגתא הוא בפ' הגוזל ומאכיל, והתוס' השיגו ע"ז דהתם פליגי רק בהפקעת הלואה אבל גזילה ממש חודו כו"ע דאסור ע"ש. וליישב דעת רש"י נראה, דאי נימא כהבנת התוס' דאיסורא דואל כליך מיירי באופן שהוא גזל גמור, וכגון שלאחר שאכל די שבעו ירצה הפועל ליקח גם לכליו להביא לביתו, א"כ יש לשאול דלמה לן קרא דואל כליך, תיפוק ליה מלא תגזול, וכאשר שאל באמת כן החנוך (מצוה תקע"ז) ע"ש, ודוחק לומר כיון דפועל הוא הו"א דשרי, דאטו בשביל שעובד אצלו יקח כל הכרם, ובלא קראי הו"א נמי מסברא דלא התירה התורה כ"א אכילת די שבעו, וכיוצא בזה יקשה על מה דאמרי' דבכרם של עכו"ם מותר לתת גם לתוך כליו ואי נימא דהיינו לאחר שכבר אכל די שבעו, וא"כ יוכל ליקח גם כי הכרם, וזה לא מסתבר כלל, וג"ז אין לומר דקרא אתי לאשרו. לעבור בל"ת יתירא דואל כליך, הא ברמב"ם שלא נזכר כל מל"ת דלא תגזול, ועמ"ש הסמ"ע (בסי' של"ו סקל"ח). ולכן נ"נ דבאמת היכי שכבר אכל כדי שביעה ואח"כ רוצה בם ליקח לביתו:

מעט, ע"ז לא אתי קרא דואל כליך, כיון שזהו גזל ממש, ולא איצטריך קרא גבי פועל לאסור, דהתורה לא התירה לפועל כ"א לאכול כדי שביעה, ולאחר שאכל כדי שביעתו הרי היא כשאר אדם בעלמא, ואסור לו ליטול עוד, ואם נטל הוי גזל ממש, רק איסורא דואל כליך אתא למקום שאינו רוצה ליטול יותר מכשיעור רק שאותו השיעור הצריך לאכילתו, רוצה הוא להביאו לביתו, או ליתן לאשתו ובניו, דהו"א כיון דבעצמו מותר לו לאכול, יכו להביא גם לביתו ולאכול שם את חלקו, או גם ליתן לאשתו ובניה, ע"ז אתא קרא לאסור, דדוקא בשעת עשיית המלאכה הוא דשרי ולא להביא לביתו, וכן איתא (לקמן דף צ"ב) פועל שאמר תנו לבניי אין שומעין שנאמר ואל כליך לא תתן, הרי להדיא דקרא זה מיירי בכה"ג שרוצה ליתן חלקו לבניו, ולפמ"ש דאיסורא דואל כליך לא מיירי בגזל ממש, א"כ יקשה להיפוך, דמאי קאמר הניחא למ"ד גזל עכו"ם אסור צריך קרא למישרי, והא הך מ"ד לא אסר אלא גזל ממש, אבל דבר שלא הוי גזל ממש וכגון בהפקעת הלואתו שרי בעכו"ם, והכא נמי דלא הוי גזל ממש ודומה להפקעת הלואה, למה צריך קרא למישרי, ולכן הוכרח רש"י לפרש, דהך פלוגתא הוא בפ' הגוזל ומאכיל, דשם פליגי נמי בהפקעת הלואה, ומאן דאסר אפי' בהפקעת הלואה נמי אוסר, ולהכי הוצרך קרא למישרי, ולא מצי לפרש דהך פלוגתא הוי בגזל ממש, דלדידהו בהפקעת הלואה שאין גזל ממש שרי וא"כ למה הוצרך קרא הכא למישרי, כיון שגם כאן לא מיירי בגזל ממש, וא"ש דברי רש"י:

והיה מקום בזה ליישב קושית הלח"מ (בפי"ב משכירות) עמ"ש הרמב"ם אין הפועלים אוכלים משל הקדש שנאמר בכרם רעך, והקשה הא למ"ד דגזל עכו"ם אסור מבואר הכא דדרשינן רעך ולא עכו"ם, דבעכו"ם מותר לתת גם לתוך כליו, וא"כ הרמב"ם שפסק (בפ"א מגזילה) דגזל עכו"ם אסור מה"ת, אתא רעך למעוטי עכו"ם, ולמה כתב הרמב"ם דרעך למעוטי הקדש אתא ע"ש, ולמ"ש דהאיסור דהכא לאו גזל ממש אתי שפיר, דהא בלא"ה כבר הקשו על הרמב"ם (פ"א מגזילה) שכתב דאסור לגזול ולעשוק את העכו"ם, הא בקרא לא תעשוק רעך כתיב, ומשמע ולא לעכו"ם, ועוד הא הפקעת הלואה מותר, ועשק היינו הפקעת הלואתו, וכתב הכ"מ דהרמב"ם יסבור כדעת רש"י דהפקעת הלואה מותר מן התורה, והכא רק איסורא בעלמא קאמר ולהכי לא הזכיר שעובר בל"ת, ורק איסורא מדרבנן הוא, אבל מה"ת שרי במקום שאין גזל גמור ע"ש, ולפי"ז לא מצי הרמב"ם לאוקמי דרעך למעוטי עכו"ם אתא, פי' דבשל עכו"ם מותר לתת לתוך כליו, כיון דקרא דואל כליך לא מיירי בגזל ממש, ובדבר שאין גזל ממש שרי אפי' במקום שלא הוי פועל,

דהא הפקעת הלואה שרי כיון דלא הוי גזל ממש, וא"כ פועל מיבעי, ולא הוצרך קרא למישרי גבי פועל, ובע"כ קרא למעוטי משם הקרש, ודו"ק:

ואמנם בעיקר הדבר שכתבתי דאיסורא דואל כליך, היינו כשירצה ליקח לביתו שיעור אכילתו, או לתת לאחר במקומו, אבל אם לקח יותר מכדי אכילתו הרי הוא עובר בלא תגזול ולא צריך קרא להכי, לא משמע כן ברמב"ם, דז"ל הרמב"ם שם, וכן אם הוליך בידו לביתו או שלקח יתר על אכילתו עובר בל"ת שנא' ואל כליך לא תתן ע"כ, הרי דגם ביותר מכדי אכילתו אין עובר כ"א משום ואל כליך, ונהי דאכתי נוכל לפרש, שאם אכל כדי שביעתו ואח"כ הולך ליקח עוד יותר מעט בכדי להביא לביתו, דכיון דבשעת הלקיחה הני באיסור הוי גזל ממש, והכא מיירי שלקח לכתחילה כדי שיעור יתר מאכילתו בפעם אחת, באשר שסבור היה שכל זה צריך הוא לאכילתו, ואח"כ נותר מעט, ואותו המותר רוצה ליקח לתוך ביתו וכיון דהלקיחה היה בהיתר, שסבור היה שכל כך צריך הוא לאכילתו, אין עובר בלא תגזול, דגזל ממש לא הוי כ"א כשהלקיחה היה באיסור לשם גזל כעין ויגזול את החנית וכמ"ש ברמב"ם גופא (בפ"א מגזילה), והיינו דדייק הרמב"ם בלשונו לכתוב, שלקח יתר מכדי אכילתו, ולא כתב שאחר שאכל כשיעור לקח עוד מעט, משום דבאופן כזה, דלקיחה היתה באיסור, אסור משום גזל ממש ועובר בלא תגזול, ולא הוצרך לאשמועינן הכא ביחוד גבי פועל, ומה דאשמועי' גבי פועל היינו אפי' אם מתחלה כשלקח לצורך אכילתו, לא צמצם שיעורו ולקח יתר מעט, דלא תגזול לא שייך הכא כיון דהלקיחה בהיתר היתה, ואפ"ה אסור משום ואל כליך, כן היה אפשר לדחוק, אלא שבמנ"ח ראיתי דמפרש דלרמב"ם ליכא לא תגזול בכל אופן ע"ש:

והנה אפי' אם נאמר שדוחק לפרש כן, אלא דאיסור דואל כליך הוא בכל אופן אפי' כשלקח יתר מכדי אכילתו, אפ"ה יש ליישב דברי הרמב"ם ורש"י בדרך שכתבתי, דבאמת יש להבין, למה לא יעבור בלאו דגזל במקום שהתורה לא זכתה לו, והסמ"ע (בסי' של"ז) כתב באמת דעובר בלא תגזול, וצ"ל כמ"ש המנ"ח (מצוה תקע"ז) בשם התוס' דביצה (דף י"ב), דכל שיש היתר בפירוש כגון גבי אוכל נפש ביו"ט והתורה אסרה לגבוה מלכם ולא לגבוה, אינו עובר בלאו כ"א בעשה, דלא אמרי' בכה"ג אהדריה קרא לאותו איסור כיון דהתורה התירה בפירוש, וא"כ ה"נ דגבי פועל התירה התורה מפורש גזל מואכלת וגו', וכמ"ש התוס' בסוגיין בד"ה רעך, א"כ מה דאסרה תורה היינו ואל כליך, אינו רק לאו זה, ולא אהדרה קרא לאיסורא קמא ללאו דגזל ע"ש, ועכ"פ גם לפי תרוצו אין כאן איסור גזל ממש, רק איסורא דואל כליך, וא"כ הרמב"ם דס"ל דבמקום שאין גזל ממש מותר בשל עכו"ם אפי' שלא בפועל, כ"ש פועל דשרי בשל עכו"ם היכי שאין גזל ממש,

וע"כ קרא דרעך למעוטי הקדש אתא. וגם בדעת רש"י י"ל כן שגם הוא סובר כהרמב"ם, דאין כאן כ"א איסורא דואל כליך ולא גזל ממש, דלא אהדרה קרא לאיסורא קמא, ולהכי לא מצי לפרש דפלוגתא שמביא כאן, היינו פלוגתא דלקמן דמיירי בגזל גמור, דא"כ יקשה דמאי קאמר הניחא למ"ד גזל עכו"ם אסור אתא קרא למישרי, ואמאי צריך יקרא גם לדידיה, הא איהו לא אסר כ"א גזל ממש, אבל בהפקעת הלואה דקליש איסורא מותר, וה"נ גבי פועל כיון דקליש גביה איסור גזל הוי לדידיה כהפקעת הלואה וקרא למה לי, והוכרח לפרש דהפלוגתא הוא בהגוזל ומאכיל, דמאן דאוסר אפי' בהפקעת הלואה אוסר אע"ג דקליש איסורו, ושפיר איצטריך קרא למישרי גבי פועל, ודו"ק:

בתוד"ה רעך ולא הקדש כו', והקשו דלמה לי קרא דרעך הא כבר מוכח מדישו שלך ולא של הקדש ופועל ילפינן מבהמה ע"ש, קושיתם הוא רק לפום מה שכתבו מקודם דסלקא דעתך כי היכי דשרי רחמנא איסור גזל שאוכל משל חבירו ה"נ הו"א דשרי בשל הקדש, דלפי"ז מיעוטא דרעך למעוטי אכילת הקדש גמור אתא, וע"ז שפיר הקשו דל"ל קרא, תיפוק ליה מקרא דדישו גבי בהמה. אכן לולי דבריהם הקודמים אין מקום לקושיתם, דהראשונים הקשו ל"ל קרא למיסרי' להקדש והלא יש בו מעילה מה"ת, ותירצו דקרא אתא שלא נימא דהגזבר מחויב לפדות קצת מן הענבים כדי שיאכל הפועל, או כגון שהתנה שלא יחול עליו הקדש אלא בדמיו, וכההיא שאמרו בונין בחול ואח"כ מקדישין, עיין על דבריהם בשמ"ק, ולפי"ז אין מקום לקושית התוספות, דמקרא דדישו לא ידעינן כ"א דאסור לאכול הקדש ממש, דהא התם בבהמה מיירי ובבהמה לא שייך איסור מעילה, וקרא דרעך אשמועי' שאפי' בהתנה שלא יחול ההקדש אלא בדמיו נמי אסור לאכול, ולפי"ז צ"ל דמה דילפינן התם מקרא דדישו, היינו רק אבהמה, אבל בפועלים לא צריכין קרא להכי כיון דבלאו קרא פשיטא דאסור לאכול בשל הקדש, והתוס' שכתבו הכא דקרא דדישו קאי נמי אפועלים היינו לשיטתם בכאן, דהו"א דכמו נדחה איסור גזל, נדחה נמי איסור הקדש, אבל באמת דבריהם דחוקים, דמה ראיה הוא איסורא מממונא, דכמו דממונא נדחה ה"נ איסורא, הא בכ"מ מחלקינן בין איסור לממון, וראיה ברורה לדברינו דעל דבר האיסור לא צריך קרא למעוטי, ממ"ש לקמן (דף צ"ב) דאם שכרו לעשות בנטע רבעי אינו אוכל ואם לא הודיעו הבעה"ב פודה ומאכילן, דמיחזי כמקח טעות, אבל מה"ת אין אוכל דאיסורא לא זכי ליה רחמנא, הרי להדיא דדבר איסור לא זכי ליה רחמנא, ובלא קרא ידעינן דאסור, דהא בנטע רבעי ליכא קרא להכי ואפ"ה אסור, ואי כסברת התוס', דקרא איצטריך שלא נימא דכי היכי דשרי איסור גזל שרי גמי איסור אחר, א"כ בנטע רבעי דליכא קרא מנ"ל דאיסורא לא זכי ליה רחמנא, אע"ג

כמ"ש דדבר פשוט הוא דאיסורא לא זכי ליה רחמנא, ולא ילפינן כלל מגזל דממונא הוא, והנה בשמ"ק (לקמן דצ"ב) הקשה, דכיון דאיסורא לא זכי ליה, א"כ למה לי רעך למעוטי הקדש ע"ש, ופלא הוא, הא השמ"ק עצמו כתב כאן דרעך למעוטי שהגזבר לא יוצרך לפדות קצת, או כגון שהתנה מתחלה שלא יחול ההקדש וכנ"ל, ועמ"ש לקמן (ד"צ ע"א) בתוד"ה והדשות:

בתוד"ה שבעך ולא אכילה גסה כו' ולא הוי דרשינן ואכלת ולא מוצץ ע"ש, ואין זה מוכרח, דבטעמא דאכלת ולא מוצץ, מבואר בראשונים תרי טעמי, חדא כיון שאינו אוכל הקליפות אלא מוצץ היין וזורק את הקליפה מכלל דאינו תאב לזה ואוכלם אכילה גסה, שנית שאפי' כשהוא תאב להם אסרה עליו תורה משום שלא יפסיד יותר מן הענבים לבעל הכרם, וע"כ צוה התורה שיאכל גם הקליפה, ולפי"ז שפיר י"ל דאפי' אי לא כתיב כ"א ואכלת לחוד הוי ילפינן מיניה ולא מוצץ, והוי מפרשינן מטעם הראשון, משום דהוי אכילה גסה, וממילא הוי ידעינן נמי דאסור לאכול אכילה גסה, דהא טעמא דמוצץ משום הכי הוא, והשתא דכתיב שבעך לאכילה גסה, מפרשינן טעמא דמוצץ משום הפסד, ועכ"פ טעמא דמוצץ לאו גזה"כ הוא, אלא טעמא רבה יש בזה, ודלא כמ"ש קצת המפרשים, דאע"ג דבכ"מ שתיה הוי בכלל אכילה, הכא הוי גזה"כ דלא הוי בכלל אכילה, וזה אינו דאפי' הוי בכלל אכילה נמי אסור בכה"ג שמפסיד הרבה ע"י שיזרוק הקליפות וכנ"ל:

דף פח.

ברש"י ד"ה מאי לאו בשדה, ומקח לא עדיף מגמר מלאכה, אין כוונתו דמיירי הכא כשאין נגמרה מלאכה למעשר, ורק ע"י המקח נגמרה, דהא בסמוך בד"ה אי הכי, פירש הוא עצמו, דתלישה הוי גמר מלאכה, אלא כוונתו דמקח לא עדיף מגמר המלאכה, דהא טעמא דמקח הוא משום דחשיב כגמר מלאכה וכמ"ש רש"י לעיל, וא"כ כמו דגמר מלאכה לחוד אין קובע עד שיראה פני הבית, הוא הדין כי איכא נמי מקח בהדי גמר מלאכה נמי אין קובע, כיון דאין בזה שום מעלה נוספת, דמקח הוי נמי משום גמר מלאכה, והוי כתרי מיני גמר מלאכה דלא מהני, ובסמוך דפריך א"ה אפי' בעה"ב נמי ניחייב א"ש לפי"ז, כיון דמיירי בגמר מלאכה, ומיושב קושית התוס' בד"ה מאי לאו ע"ש:

בתוד"ה מאי לאו, פי' בקונטרס כו', עמ"ש ברש"י, ועין עוד מה שכתבתי בדבור הסמוך למטה:

בתוד"ה הכא בתאנה, לאו דוקא תאנה אלא דגן תירוש ויצהר ע"ש, וק"ל לפמש"כ התוס' עצמו לעיל בד"ה מאי לאו, דבית אינו קובע כ"א בדבר שנגמרה מלאכתו למעשר, והביאו ראיה מהא דר' אושעיא דמערים אדם על תבואתו, וזמן גמר המלאכה למעשר ביין הוא משירד לבור כמבואר במס' (מעשרות פ"א), וא"כ איך אפשר לומר דמיירי הכא בתירוש, דמאי מהני דעומד ונוטה לבית, הא קודם זמן חיוב המעשרות הוא, ואין הבית קובע. ואפשר לומר בזה דבר חדש דהא דבית אינו קובע כ"א בדבר שנגמרה מלאכתו, לאו גמר מלאכה למעשר הוא, אלא גמר מלאכה שיהא ראוי לאכילה, וכיון שראוי לאכילה אע"ג שלמעשר לא נגמר עדיין כגון גבי תירוש, הבית קובע, ומהא דמערים על תבואתו אין ראיה דבעינן דוקא גמר למעשר, דהא התם כל זמן שלא מרחו לא נגמר עדיין גם לאכילה, דאינו ראוי גם לאכול במוץ שלה ולהכי אין הבית קובע, אבל בתירוש דמכי תליש להו ראוי לאכילה, ואע"ג דלמעשר לא הוקבע עוד עד שירד לבור אפ"ה קובע:

ובזה יש ליישב קושית התוס' על רש"י, דלעיל בד"ה מאי לאו הקשו דלרש"י דמיירי בלא נגמרה, מאי פריך א"ה בעה"ב נמי חייב, הלא כיון שלא נגמרה מלאכתו יכול לאכול אפי' בביתו, ולפמ"ש א"ש דרש"י ס"ל דתלישה הוי גמר מלאכה לענין אכילה ולא למעשר, ולהכי בלא בית רשאי לאוכלה משום דלא נגמר עוד למעשר, אבל בית קובע לאיסור ולכך פריך אפי' בעה"ב נמי, וניחא נמי סתירת דברי רש"י אהדדי, דבד"ה מאי לאו כתב דמקח לא עדיף מגמר מלאכה, דמשמע דמיירי בלא נגמר מלאכה רק המקח עושה אותה כגמר מלאכתו, ואח"כ בד"ה אי הכי, כתב דתלישה הוו גמר מלאכה, ועיין במהרש"א, ולמ"ש ניחא, דתלישה נחשב רק כגמר מלאכה לענין שהוא ראוי מעתה לאכילה ולא למעשר, ולעיל דמיירי בלא בית קאמר שפיר דרק המקח עושה אותה כנגמר מלאכתה למעשר, אבל בלא המקח, תלישה לחוד לא הוי כגמר מלאכה למעשר, ולבסוף דמשני בעומד בבית, דבזה לא בעינן כ"א שיהיה ראוי לאכילה, פריך שפיר דאפילו בעה"ב נמי, דהא משנתלשה הוי עכ"פ נגמר לאכילה, ועמ"ש לעיל ברש"י:

ואמנם בעיקר קושיתי, דמאי מהני בתירוש כשנוטה לבית, כיון דיין גמר מלאכתו משירד לבור, יש ליישב בפשוטו, דהתוס' לשיטתם לקמן בד"ה כי קאמר ר' ינאי, דענבים נמי חייב במעשר, ולא סבירא להו כשיטת הרמב"ן דענבים פטור, ודוקא יין חייב, וכ"ה דעת רש"י לקמן בע"ב, דאם נתכוון ליין אז הוי גמר מלאכה משירד לבור, אבל בנתכוון לאכילה מחויב במעשר מקודם, ושיעורם מפורש במתני' דמעשרות, וא"כ א"ש דברי התוס', דמה דבעינן משירד לבור, היינו בנתכוון להוציא יין, אבל הכא דמיירי שנתכוון לאוכלים הוי גמר מלאכתן משנתלשו, ודו"ק:

בתוד"ה בעה"ב כו', ועוד למ"ד מקח קובע אפי' בשדה כו', וצ"ל דהיינו מדרבנן ומה"ת אינו קובע כ"א בבית כדמוכח כל הסוגיא:

דף פח:

בגמ' מה נפשך אם חסמת פטור אף פועל כו', ועיין בסמ"ע (סי' של"ז סק"ג) ובבאר הגולה שם, דדייקי מדקתני פטור, דאיסורא מיהא איכא, ומשמע מדבריהם שרק איסורא בעלמא יש בזה, ורק מדיוקא ילפי לה, ותמיה לי, הא זהו מצות עשה מפורש, כי תבוא בכרם ואכלת, ומ"ע הזאת על בעה"ב הוא להניח לפועל לאכול, וכל העובר ע"ז ולא הניח שכירו לאכול בטל עשה זו, וכמ"ש החנוך (מצוה תקע"ו) וברמב"ם (פי"ג משכירות), ומה דדרשינן כאן מכנפשך דפטור, היינו שלא נימא דגם לאו דלא תחסום יש בו, דיליף ק"ו מבהמה וכפרש"י להדיא, אבל עשה ודאי מבטל וק"ל, והנה הב"ח בחו"מ שם נדחק מאוד, מאין הוליד הרמ"ה דאיסורא איכא ע"ש, ולמ"ש הרי זה מ"ע מפורש:

שוב ראיתי ליישב דברי הב"ח דשפיר תמה על הרמ"ה, דהא יש להוכיח דהרמ"ה יסבור ע"כ דפסוק דכי תבוא בכרם רעך לאו למצות עשה על בעה"ב הוא דאתא, אלא לנתינת רשות לפועל אתא לומר שאין באכילת הפועל משום גזל, דהנה בדין חיוב תשלומין כשמונע לפועל לאכול, אי חייב הבעה"ב לשלם לו שיעור אכילתו, יש בזה מחלוקת הרמב"ם והרמ"ה, דהרמב"ם לא הזכיר חיוב תשלומין על בעה"ב, והוכיחו המפרשים מזה דס"ל דא"צ לשלם, דאל"ה היה לו לפרש, והטור מביא דעת הרמ"ה דצריך לשלם, ורמ"א בחו"מ מביא דעת הרמ"ה לפסק הלכה, ובטעם פלוגתתם נ"ל ברור דהרמב"ם לשיטתו אזיל, דמדסובר דקרא דכי תבוא הוי מצות עשה, ומנה זה במנין המצות, בע"כ יסבור דפטור מתשלומין, דאל"ה יקשה טובא בסוגיין, ל"ל קרא דכנפשך לפטור חסימת פועל, אי לפטורא ממלקות, הא לא צריך קרא, כיון דלא תחסום באדם לא כתיב, ורק דנוכל למילף בק"ו מבהמה, והא קיי"ל דאין עונשין מן הדין, ואי למעוטי מאיסורא, הא לשיטת הרמב"ם באמת איכא איסורא, ומבטל מ"ע בזה, אלא ע"כ דלפטור מתשלומין אתי, דהו"א כמו דבבהמה אמרי' לקמן, בחוסם את הפרה שמשלם ד' קבין, ואפי' מאן דפליג התם, היינו משום דלוקה ואינו משלם, אבל באדם דאינו לוקה, לכו"ע חייב לשלם, ע"ז אשמועי' קרא דכנפשך לפטור, ועיין במ"ל (פ"ב מהל' מאכלות אסורות) ובשארי מפרשים, דנדחקו בקושיא זאת, קרא דכנפשך למאי אתא, ולמ"ש מיושב שפיר, והרמ"ה יסבור דקרא דכי תבוא לאו למ"ע אתא, וא"כ קרא דכנפשך אתא למעוטי גם מאיסור, דבאדם אפי' איסור ליכא מה"ת, וממילא ליכא מעוטי לפטור מתשלומין,

ולהכי ס"ל דחייב בתשלומין כבבהמה, דכל זמן דליכא מעוטי לפטור ילפינן בק"ו מבהמה, וכיון שכן שפיר תמה הב"ח, דמנ"ל להרמ"ה דאיסורא איכא, כיון דלשיטתו מוכח בע"כ דמה"ת ליכא שום איסור, דהא ע"כ קרא דכנפשך או לפטור מתשלומין או מאיסורא ממעט, דממלקות לא צריכא למעוטי וכמ"ש, וכיון דס"ל דבתשלומין חייב, בע"כ דכנפשך מאיסורא ממעט, וא"כ מאין הוציא דאיסורא דרבנן מיהא איכא, וא"ש נמי דברי הסמ"ע ובאה"ג שדקדקו מלשון פטור דברייתא, דאיסורא דרבנן איכא, והיינו דלרמ"ה בע"כ ליכא איסור מה"ת, ורק איסור בעלמא מדרבנן, ומדיוקא דברייתא יליף, מדקתני פטור מכלל דאיסור איכא:

ואמנם אפ"ה נ"ל ליישב קושית הב"ח ולומר דמ"ש הרמ"ה דאיסורא איכא היינו מה"ת, ביטול מצות עשה, דגם הוא מצי לסבור דקרא דכי תבוא, לעשה על בעה"ב אתא וכרמב"ם, ולא יקשה אפ"ה דקרא דכנפשך למאי אתא, דשפיר י"ל דכנפשך למעוטי ממלקות, ואע"ג דאין עונשין מן הדין, י"ל דס"ל כסברת המ"מ (ברפ"ב ממאכלות אסורות) דהיכי דאיכא עשה בלא"ה, שפיר מצי למילף העונש מן הדין ע"ש, וה"נ כיון דאיכא עשה דכי תבוא הו"א דנחייב מלקות מק"ו דבהמה, להכי איצטריך קרא דכנפשך לפטור ממלקות, וממילא מחייב שפיר בתשלומין, כיון דכנפשך לפטור ממלקות אתא וליכא מעוטי לתשלומין, אכן הרמב"ם לשיטתו דלא ס"ל כסברת המ"מ וכמ"ש המ"ל שם בסוה"ד דהרמב"ם חולק ע"ז, וס"ל שאפי' בכה"ג אין עונשין מן הדין, וא"כ ליכא למימר דכנפשך לפטור ממלקות, כיון דבלא"ה אין מלקות, ולפטור מאיסור נמי א"א, דהא באמת איכא איסור בטול מ"ע ובע"כ דלפטור מתשלומין אתא, ולהכי ס"ל דפטור מתשלומין ודו"ק כי הדברים נכונים:

בגמ' ויהא שור מצווה להחיותו מק"ו, והראשונים הקשו איך אפשר לומר דיהא מצווה להחיותו, הא התורה אמרה וזבחת מבקרך א"כ אפי' לשוחטו בידים מותר וכ"ש שלא להחיותו עיין בשמ"ק. ונ"ל דבלא"ה קשה מה שאמר הכא דמשום דכתיב וחי אחיך אמרינן דאחיך ולא שור, הא תרי וחי כתיב בפסוק, והחזקת בו גו' וחי עמך, אל תקח נשך ותרבית גו' וחי אחיך, הרי דבוחי קמא לא כתיב אחיך, וא"כ נילף ממנו גם שור שמצווה להחיותו, והנה לעיל (דע"א ע"א) כתבתי, דהנהו תרי וחי האמורים בפסוק איצטריכו שניהם, דעל שני עניני חיות מצוה הכתוב, אחד להחיות נפש במקום שיש חשש סכנת נפש, אם סכנת רעבון הוא, מחויבים להאכילו, ואם סכנה אחריתא, מחויבים להסיר הסכנה מאתו, וזהו שהזהירה התורה בוחי עמך קמא, ומשום דלהסיר סכנת הנפש מחויבים אפי' בגר תושב נמי, להכי לא הזכירה התורה לכתוב בזה אחיך, כיון שאפי' לגר

תושב שאינו אחיך נמי מחויב להצילו, ואזהרה השניה תלמדנו, דמחויבים גם להועיל ולהיטיב מצב חיות הישראלי, ומשו"ה הזהירה מליקח נשך, כי החיוב הוא להלוות בחנם בכדי שיוטב מצב הישראלי, והיינו דסמכה התורה אזהרה הזאת ללאו דריבית, ואמנם חיוב הזה אינו כ"א לישראלי, להכי דייק לכתוב בו אחיך, והנה זה פשוט דמה דפריך הש"ס כאן, ויהא שור מצווה להחיותו, אין כוונתו שיהא החיוב להצילו מסכנת נפש בכדי שלא ימות, כיון דזה מצינו בפירוש שהתורה התיר את דמו לשחטו ולאכלו, ועוד דטעם דמצווים להחיות לישראל, היינו משום דבר מצוה הוא, אבל שור שאינו בר מצוה, מהיכי תיתי יתחייב להחיותו, ופשוט הוא שלא לבד שאין מצווים להצילו מסכנת נפש, אלא אפי' להורגו בידים שרי לצורך האדם, אבל כ"ז שהשור חי מצינו אזהרה שלא לצערו, דצב"ח דאורייתא, וא"כ אפשר דמחויבים נמי להועיל ולהיטיב לו, וכמו דענין דחסימה נמי אפשר דמהאי טעמא הוא, וכדמיבעי לה לקמן, משום דמעלי לה הוא, הרי דמחויבים גם להועילו, והיינו דפריך הש"ס ויהא שור מצווה להחיותו, פי' שיהא חיוב על האדם להועיל ולהיטיב מצב השור בכל מה דאפשר לו, וכמו איסור דחסימה דהוי משו"ה, ומשני שפיר דכתיב אחיך, דבהאי קרא דילפינן מיני' הטבת החיות, אחיך כתיב בו, ודרשינן אחיך ולא שור, ונראה שלזה נתכוון רש"י בד"ה שאתה מצווה להחיותו, וחי אחיך עמך, הראה מקום לאיזה סוג חיות הוי כוונת הש"ס, דהיינו על וחי אחיך השני, שזה מיירי לענין להועיל ולהטיב, ולא לענין להסיר הסכנה, ולפי"ז אין מקום לקושית השמ"ק, דלזבחו ולהורגו לצורך האדם אין איסור, דמאיזה סברא נאסור, כיון דמשום צער ליכא, דלהמיתו בפעם אחת ליכא משום צב"ח, וכמ"ש הנו"ב מהד"ת (חיו"ד סי' י') דלא שייך צב"ח אלא לצערו ולהניחו בחיים אבל להמית בהמות וחיות וכל מיני בע"ח לית בו משום צב"ח, וכמ"ש במס' חולין ד"ז ע"ב) עקרנא להו איכא צב"ח קטלינא להו איכא בל תשחית, הרי להדיא דבקטלנא ליכא משום צב"ח ע"ש, ובאדם אסור עכ"פ משום דבר מצוה הוא, אבל בשור לא שייך גם זה, ורק עיקר פרכת הש"ס דכ"ז שהשור חי הוא, דמוזהרין אנו מלצערו, וגם עוד יש חיוב להועילו כמו בחסימה, אפשר דיהא חיוב להחיותו להיטיב מצבו וכנ"ל, ודו"ק:

דף פט.

בתוד"ה סד"א, ותימה הא איצטריך חד לרבות כל בעלי קמה וחד לרבות אדם בתלוש כו'. ואינו מובן תמיהתם, דהא כי דרשינן חד קמה לרבות חולב ומחבץ, תו לא איצטריך לאדם בתלוש, דחולב ומגבן נמי תלוש הוא, וכן מה שנשארו בתימה אח"כ, דאכתי נרבה

מקמה דבר שאין גדולו מן הארץ כגון חולב, וכ"ת דייש דכתב ל"ל איצטריך לרבות אדם בתלוש כו', ג"ז תמוה, דכיון דמרבינן חולב ומחבץ, ממילא ידעינן תלוש, דמחבץ היינו ודאי תלוש. ואפשר לומר דקושיתם השניה כך הוא, דנרבה מקמה רק חולב ולא מחבץ, וחולב הרי הוא כקוצר מן המחובר כיון דהחלב מחובר וכנוס בדדי הבהמה, וכשחולבה ומפרק החלב הרי כקוצר מן המחובר ועצם גוף הבהמה ודאי דנחשבו מחובר יותר משארי דברים תלושים, ואפשר דהיינו דדייקו תוס' בקושייתם לכתוב רק חולב, ולא הזכירו מחבץ ומגבן, משום דע"ז לא קשיא כלל, דאי נימא דמרבה גם מחבץ א"כ דייש למה לי, דלתלוש לא יוצרך דידעינן זה ממחבץ ודו"ק, ועמ"ש מהר"ם ובמהרש"א במהדורא בתרא:

דף פט:

פרות המרכסות בתבואה והדשות בתרומה ומעשר אינו עובר משום לא תחסום, והנה במנחת חנוך (מצוה תקצ"ו) נסתפק כשדש בטבל אי עובר משום בל תחסום או לא, וצדדי הספק למ"ש הרמב"ם (פ"ג ממעשר) דטבל מותר להאכיל לבהמה ארעי ולא קבע, והאי אכילה אכילת קבע או ארעי הוא ע"ש, והיה נראה להביא ראיה ממ"ש רש"י דטעמא דמרכסות אין עובר משום דכבר נגמר מלאכתן, ותיפוק ליה כיון דכבר נתמרחו בכרי והוקבעו למעשר הוי בזה משום איסור טבל, והוי דומה לתרומה ומעשר דהוי נמי משום איסורא, אלא לאו דאכילת ארעי הוא ואינו רשאי לחסמה, אלא דיש לדחות, דמשו"ה לא נקט טעמא משום איסור טבל לאשמועינן דאפי' אם כבר עישר התבואה וניתקנו, דמשום איסור ליכא אפ"ה אינו עובר משום דהוי לאחר גמר מלאכה, ואדרבה מרש"י דהכא נ"ל ראיה להיפוך, דהנה לעיל בע"א פי' רש"י ותוס' דדבר הראוי לחלה כגון תבואה לא מיקרי גמר מלאכה עד שיגיע לחיוב חלה, והקשו הראשונים מרש"י דהכא, דלהכי אינו עובר במרכסות בתבואה משום דנגמר למעשר, ואמאי הא לא הגיע לחלה, ותי' הרמב"ן דמ"ש רש"י הכא, כוונתו ג"כ כיון שמירח והוקבע למעשר הרי הוא טבל גמור ואסור להאכיל לבהמה ומשום איסור טבל נגע בו ע"ש, הרי להדיא נלמוד מתורת הרמב"ן, דבטבל מותר לחסמה דלאו דישו הוא, ואע"ג דבשמ"ק הביא בשם הרשב"א שמגמגם על תי' הרמב"ן, דא"כ מ"ש דנקט פרות המרכסות, הכי הול"ל בטבל ובתו"מ אין עובר, עכ"פ בעיקר הדין גם הוא מסכים דבטבל מותר לחסמה, וממילא נפשט לנו ספיקו של המנ"ח, ודו"ק:

דף צ.

ברש"י ד"ה תרומה ומעשר, דסתם דייש לאו תו"מ הוא כו', ולקמן בד"ה ממון גבוה פרש"י הטעם משום דלאו דישו הוא. ונ"ל הטעם מה שבתחלה לא רצה רש"י לפרש משום דלאו דישו, משום דבברייתא כולל כאחד שני הדינים, דין דפרות המרכסות, ודין דדשות בתרומה ומעשר, ומשמע דטעם איסורם שוה, ולפי פירושו עתה הוי שני הטעמים שייכים זב"ז, דטעם דפרות המרכסות הוא משום דכבר נגמר מלאכתן וזה גופא דבדבר שכבר נגמר אין עובר דרשינן מדייש, דכל דייש לא נגמר מלאכתו למעשר, דהדישה הוא שעת גמרו, וכשכבר נגמר למעשר לא הוי דומיא דדייש, והיינו ממש כעין הטעם דתרומה ומעשר דהוי נמי משום הכי דלא הוי כסתם דייש, אבל לטעם דבתרומה הוי משום לאו דישו הראוי, א"כ יהיה טעם דפרות המרכסות וטעם דתרומה ומעשר חלוקים, רק אח"כ דמחלק בין ממון גבוה לממון הדיוט בע"כ הטעם משום דישו, דאילו לטעם זה דלא הוי כסתם דייש אין לחלק בזה, דאפי' אם ממון הדיוט הוא ג"כ אין עובר דעכ"פ לאו כסתם דייש הוא, ובע"כ דהשתא לא ס"ל כטעם דלעיל, וכ"כ מהרש"א דלבסוף לא ס"ל כטעם דלעיל, ועיין מה שכתבתי בתוד"ה והדשות בארוכה מזה:

בתוד"ה והדשות, הקשו דלסברת רש"י א"כ אפי' חולין מתוקנים נמי ע"ש. ונ"ל ליישב שיטת רש"י, דודאי אין לומר דאפי' בדבר היתר יסבור רש"י דאינו עובר משום דלאו דייש הרגיל, דא"כ בסמוך דקתני בברייתא עובר ומוקי לה כר' יהודה דממון הדיוט הוא, ומאי מהני זה, והא סוף סוף לאו דייש הרגיל הוא, ודוחק גדול לומר כהמהרש"א דלפום אוקימתא הזאת חזר רש"י מסברתו דלאו דייש הרגיל, ועוד דלטעם התורה שהקפידה שלא לחסום הבהמה בדישתה, משום דחזיא ומצטערי וכדלקמן, איזה סברא הוא לפטור בדייש שאין רגיל, כיון שהדישה מצד עצמה ראוי ומותרת להבהמה, וכי בשביל שדשה כשהיא מתוקנה יהא רשאי לחסמה, והא הכא דרשינן טעמא דקרא וכמ"ש המפרשים, ולטעם התורה אין נ"מ בין דייש רגיל לאינו רגיל, אלא פשיטא דגם לרש"י הוי טעם דתרומה ומעשר, משום דדבר איסור הוא להאכיל לבהמה וכמ"ש התוס' רק שהוצרך גם לסברא דדייש הרגיל, משום דלכאורה תמוה מאוד טעם ההיתר לחסמה בתרומה ומעשר, דכיון דאסור להאכילה לבהמתו, איסורא לא זכי לה רחמנא, והא הקדש דאיסורו חמור מתרומה ואפ"ה מצרכינן לעיל קרא דרעך למעוטי הקדש, הא אי לאו קרא דרעך הו"א דגם בהקדש אסור לחסמה, ובטעם הדבר י"ל דבלאו מיעוטא הו"א שפיר דאפי' בדבר איסור אסור לחסמה, דאע"ג דאסור להאכיל לבהמתו דבר האסור כגון הקדש ותרומה, היינו להאכילה בידים אבל גבי דישה דהבהמה אוכלת מעצמה, וכי מחויב

להפרישה, אתמה ע"ז, ועוד דאפשר לומר דמה שאסרה התורה להאכיל לבהמתו תרומה והקדש, היינו שלא בשעת דישה, אבל בשעת דישה דחזייה ומצערא לא אסרה התורה כלל, ובשעת דישה נדחה איסור הקדש וכמ"ש התוס' לעיל (דף פ"ז) ד"ה רעך, ועמש"ש, ויהיה הטעם איך שיהיה, עכ"פ זה ידעינן דאפי' בהקדש לא הוי שרינן לחסמה אי לאו מיעוטא דרעך, וא"כ גבי תרומה ומעשר דליכא קרא מנ"ל דרשאי לחסמה, ואמאי לא אמרינן כיון דסתמה התורה ללאו דחסימה ולא פי' מיעוטא לתרומה כמו דממעט גבי הקדש, מכלל דאפילו בתרומה אסור, לזה כתב רש"י סברתו דדייש הרגיל, פי' דמסתימת התורה אין ראיה, כיון דלאו דייש הרגיל, לא הוצרך התורה למעוטי בהדיא, דבשלמא גבי הקרש, דמצד עצם התבואה דייש הרגיל הוא, הוצרך קרא למעוטי, אבל גבי תרומה ומעשר דלאו דייש הרגיל הוא להקדימו בשבולין, לא הוצרך למעוטי, ולהכי אין ראיה מסתימת התורה לאסור בתרומה ומעשר, דודאי דנימא דכיון דדבר איסור הוא לפני הבהמה, לא זכתה לה התורה ורשאי לחסמה, והא דלא מיעטה בהדיא משום דבדייש כזה לא מיירי התורה, ומיושב קושית התוס', דא"כ אפי' חולין שאינם מתוקנים נמי, דודאי בדבר היתר לא שרינן מטעם דלאו דישו הרגיל, ורק עיקר ההיתר משום דדבר איסור לא זכה ליה, ודו"ק:

ודע דהסמ"ע (בסי' של"ז סקי"ג) כתב, דהא דכתב הרמב"ם דחיטין העומדים לעשות פת שחייבת בחלה לא הוי גמר מלאכה עד שיגיעו לחיוב חלה, היינו דוקא בחיטין דסתמו לפת ורגיל הוא לכך, משא"כ בשעורין וכוסמין וש"ש שסתמא אין רגיל לעשות ממנו פת אלא לעשות מהן משקה ולהאכילן לבהמתו לא בעינן גמר חיוב לחלה, ומשנגמרו למעשר אסור לאכול שוב, והשיג על הע"ש שהשוה שעורין לחיטין ע"ש, ובט"ו שם כתב דלפום סברת התוס' דלא איכפת לן בדייש הרגיל, ולא תליא מילתא כלל ברגיל ואינו רגיל א"ש דברי הע"ש, דאפי' בשעורין נמי דלאו רגיל לפת אפ"ה כיון דתבואה הוא בעינן שיעור של תבואה דהיינו חיוב חלה, אלא כיון דלפרש"י תליא ברגילות והיינו כדברי הסמ"ע יש להחמיר שלא יאכל הפועל במידי שאין דרך בעה"ב לעשות פת ע"ש, ולמ"ש גם לרש"י לא תליא כלל ברגילות, וגם למ"ש מהרש"א דלבסוף חזר רש"י עכ"פ לכו"ע גם לרש"י לא תליא ברגילות, ולפי"ז הדין עם הע"ש, ואין מקום להחמיר. כהסמ"ע, לפום מה שתלי הט"ז פלוגתא דסמ"ע והע"ש עם פלוגתת רש"י ותוס'. רק בעיקר מה שדמה הט"ז פלוגתתם לפלוגתת רש"י ותוס', לא אדע, דהא בדין דסמ"ע עיקר הדין תלוי ברגילות, דבאמת כיון שכבר נגמר מלאכתו למעשר לא היה רשאי שוב לאכול בשום תבואה, דדומיא דדייש בעינן שלא נגמר מלאכתו למעשר, אבל כשנגמר מלאכתו למעשר לאו

דומיא דדייש הוא, אלא דאפ"ה אמרינן דבחיטין שנטחנו ונעשו מהם קמח והן ראויין מעתה לחלה, דפועל אוכל בהן עד שיוגמר חיובן לחלה, והיינו כיון דחטים טחונים לקמח, הרגילות הוא לעשות מהן פת, ולהכי בתר הרגילות אזלינן ואוכל עד שיגיע לחיוב חלה, וכיון שעיקר הדין דחיוב חלה הוא משום דבתר הרגילות אזלינן, י"ל שפיר דבשעורים וש"ש דאין עומדים לפת, שוב הדר דינו לעיקרו דמשנגמר מלאכתו למעשר, אבל בדין דהכא מאן מוכח דאזלינן בתר הרגילות כלל, והיינו דגם רש"י ותוס' ס"ל דבדין דהכא לא תליא כלל ברגילות, ורק בדין דחלה ומעשר, דהתם גלי התורה מקרא דדייש שני דינים לאכילת פועל, דדבר שרגיל למעשר לחוד תלי במעשר, ודבר שרגיל לפת שיעורו משנתחייב בחלה, הרי התורה גלה להשגיח על הרגילות, ולפי"ז בדין דסמ"ע, הצדק עם הסמ"ע לכו"ע אפי' לסברת התוס', ודו"ק:

בא"**ד** ונראה דטעמא משום דכתיב דישו הראוי לו ומפשר ממין גבוה הוא ותרומה נמי לישראל אסור ליתן לבהמתו כו', ומשמע לכאורה דבתרומה לא הוי טעמא משום דלאו דישו הראוי כבמעשר אלא משום דאסור להאכילה, ותמוה לפרש כן, דהא הבהמה עצמה אינה מוזהרת על האיסור, ורק הוא אסור להאכילה בידים אבל גבי דישה דהבהמה מעצמה אוכלת, אטו יהא חייב להפרישה, ועוד דהא התוס' גופא (לעיל דף פ"ז) ד"ה רעך כתבו דאי לאו רעך הו"א דנדחה איסור הקדש, וא"כ בתרומה דליכא מיעוט אמאי לא ידחה איסור תרומה. וצ"ל דכוונת התוס' דבתרומה נמי משום דלאו דישו הראוי, דכיון שאסרה תורה להאכיל לבהמה תרומה, משו"ה מיקרי זה דישו שאין ראוי לבהמה, והתורה אמרה בדישו, דישו הראוי לבהמה, דע"כ האי דישו אבהמה קאי. והנה מכאן יקשה לכאורה על מה שכתבתי לעיל בסמוך, דלהכי כתב רש"י הטעם בתרומה משום דלאו דייש הרגיל, משום דבתרומה לא כתיב מיעוטא כמו בהקדש והו"א דגם בתרומה אסור לחסמה, דאיסור דתרומה נדחה בפועל להכי הוצרך להוסיף טעם דאין דייש הרגיל, להכי לא הוצרכה התורה למעט, והא באמת גם בתרומה איכא מיעוטא, דדישו משמע הראוי לו ותרומה לאו דייש הראוי, ומפורש אמרו במעילה דדישו אתי למעט, וכמ"ש התוס' כאן, וא"כ אכתי למה הוצרך רש"י לכתוב טעם דלאו דייש הרגיל. אכן באמת רש"י לשיטתו מפרש במעילה, דלאו מדישו קא ממעט, כ"א מרעך ע"ש במתני', ואע"ג דבגמ' הביא לקרא דדישו, סובר רש"י דלאו מדישו ממעטינן, אלא משום דכולה פרשה בחולין כתיב מדיליף מרעך וכפרש"י להדיא שם ד"ה דישו. ומה שדחקו לזה, נראה פשוט דקושיית השמ"ק בסוגיין הכריחו לזה, דבשמ"ק הקשה כיון דממעטינן מדישו א"כ למה לי קרא דרעך למעוטי הקדש, תיפוק ליה דלאו דישו הראוי, ועוד דאיך

נמעט מעשר מדישו שלו ולא של גבוה, הא דישו אבהמה קאי, להכי סובר רש"י דבאמת דישו לא אתא למעט שום דבר ואפי' בבהמה נמי, דלא תדוש בחסימה אמר רחמנא, ועיקר המעוט הוא מרעך, ובתרומה לא מצרכינן כלל למעוטי כיון דלאו דייש הרגיל, וא"כ אדרבה יהיה מכאן ראיה נכונה למ"ש לעיל. ואפ"ה לשי' התוס' דס"ל דמדישו ממעטינן, י"ל נמי קושית השמ"ק, דאי לאו קרא דרעך, מדישו לא הוי ממעטינן של גבוה משום דדישו אשור קא ולא אבהמה, רק השתא דילפינן מרעך אסמכינן נמי אקרא דדישו, וניחא לש"ס להביא קרא דדישו דמיירי בשור גופא. היוצא ממ"ש דלשיטת רש"י בכל דישה האסורה צריך מיעוטא להתיר החסימה וכמו בהקדש, אבל בלא מיעוטא אמרי' דאיסורא זכי רחמנא, לבד בתרומה דל"צ למעוטי כיון דלאו דייש הרגיל, ולתוס' גם בתרומה ומעשר איכא מיעוטא דדישו והאי לאו דישו הראוי. ואכתי צ"ע לרש"י ממ"ש לקמן (דף צ"ב) גבי נטע רבעי איסורא לא זכי ואע"ג דהתם ליכא מעוטי והוי דייש הרגיל, אכן מצאתי בשמ"ק שכתב דבאמת גם גבי נטע רבעי ממועט מקרא, ועמ"ש לעיל (דף פ"ז) בתוד"ה רעך:

ברש"י ד"ה ממון גבוה, ולא קרינא בי' בדישו, וא"ל הא כתבתי לעיל דרש"י ס"ל דדישו לא אתא לשום מיעוט, ואפי' בבהמה, דלא תדוש בחסימה אמר רחמנא, וא"כ היכי ממעטינן מיניה מעשר, וי"ל דה"נ לאו מדישו ממועט אלא משום דכולה פרשה בחולין הוי מקרא דרעך, ממילא ממועט גמי מעשר דלא הוי של רעך אלא של גבוה, ולא תהא לשון רש"י עדיף מלשון הש"ס עצמו במעילה דקאמר התם להדיא, דישו ולא של הקדש, ואפ"ה כתב רש"י שם דלאו מדישו ממועט אלא מקרא דרעך ואסמכיה רק אקרא דדישו משום דניחא לו להביא קרא דמיירי בשור גופא, ואכן זה לא שייך כ"א במעשר דממון גבוה הוא ואתמעט מרעך, אבל בתרומה דודאי ממון כהן הוא לכל חילי וכמ"ש בתרומות פ"ו, דהגונב התרומה משלם כפל, ואילו גבי מעשר פטור מכפל משום דלאו רעהו, אין למעטו מרעך, ורק מיעוטא דתרומה לרש"י משום דאיסורא לא זכי ליה רחמנא, או אפשר דמ"ש רש"י לא קרינא ביה דישו, לאו מדישו ממעט, אלא כוונתו נמי כדלעיל, כיון דסתם דייש לאו במעשר משתעי, א"כ היינו לאו דישו הרגיל וכ"כ בס' מ"ה, ודו"ק:

בא"ד וגבי תרומה מיתוקמא שהיתה פרה של ישראל, והוא דלא כתוס' ד"ה והדשות דלדידהו אפי' בשל כהן אסור להאכילה תרומה, והמפרשים הקשו דלפרש"י דבפרת כהן עובר, א"כ אמאי הוצרך לתרץ בגדולי תרומה, לוקמי כאן בפרת כהן וכאן בפרת ישראל, וי"ל דבפרת כהן לא הוצרך כלל לאשמועינן, כיון דאין איסור באכילתה, מאיזה טעם נפטרנה, אבל כי מוקי בגדולי תרומה דאיסורא דרבנן איכא והו"א דאינו עובר,

אשמועי' רבותא דגם בזה עובר, אע"ג דמדרבנן אסורה מ"מ לא העמידו דבריהם במקום לא תחסום דמה"ת, ואכן בעיקר הדבר שכתב רש"י דמיתוקמא בפרת ישראל דוקא, אינו מובן דהא בתו"כ (פ' אמור) איתא להדיא דאפי' פרת כהן אסורה לאכול תרומה משום הפסד, ודוקא כרשינים שרי וכמ"ש התוס', א"כ אפי' בפרת כהן מיתוקמא:

ברש"י ד"ה הא בעי חומה כו', והיכי אתי לאו דלא תחסום ודחי לאו דלא תוכל, מכאן ראיה נמי דאיסורא לא זכי ליה רחמנא, ואע"ג דמיעוטא לא כתיב הכא כמו בהקדש, הכא לא צריך למעט כיון דלאו דייש הרגיל הוא וכפרש"י לעיל וכמ"ש לעיל בכוונת רש"י, ומיושב קושית התוס' ד"ה כאן במעשר, אלא דהתוס' לשיטתם דהשיגו לעיל על רש"י, ואכן למש"ש מבואר, ועמ"ש שם:

דף צא:

במתני' וכולם לא אמרו אלא בשעת מלאכה, ובירושלמי הוי הגירסא אלא בשעת גמר מלאכה, פי' דעד שיגמור עבודתו אסור לאכול, ומכאן ראיה למ"ש הרמב"ם (בפי"ב משכירות) דמה"ת אינו אוכל עד שיגמר עבודתו, והטור השיג ע"ז, דהא ממתני' מוכח דבשעת מלאכה פשיטא דאוכל, אכן לגי' הירושלמי מבואר, ועיין בנמוק"י ובמראה הפנים:

דף צב.

ברש"י ד"ה לדידיה זכי לו רחמנא, בצדקה וכ"ז דלא מטי לידו לא זכי ליה כו', ומלשון זה משמע דלא מיבעי לן כ"א היכי דלא מטי לידו דפועל עוד, אבל מכי מטי לידו וזכה בו הפועל יכול ליתנו לאשתו ובניו אפי' אם משל שמים הוא אוכל, והיינו כדעת הי"א שבטור חו"מ (סי' של"ז) ומהגהות הגר"א משמע דהי"א שבטור הוא דעת רש"י דהכא. ולענ"ד קשה לומר כן דרש"י יסבור גם אליבא דאמת כן, דהא לקמן בע"ב בד"ה אלא א"א משלו הוא אוכל, ובסוף העמוד בד"ה משל שמים כתב להדיא שאינה של פועל עד שיתננה לתוך פיו. ובכדי שלא יסתרו דברי רש"י אהדדי נ"ל, דהנה כוונת הבעיא משלו או משל שמים יש לפרשו בשני פנים, א), אם הזכייה שזכתה תורה לפועל לאכול, הוא בתורת שכר על פעולתו, והיינו משלו, או בתור מתנה וגמ"ח כשארי מתנות עניים, והיינו משל שמים, אבל זה פשיטא דאפי' אי נימא דבתור צדקה הוא, יש לו הרשות לעשות בה כחפצו, וכמו שארי מתנות עניים ומתנות כהונה דהוי נמי משל שמים, ואפ"ה משזכה בהן יכול לעשות בהן מה שירצה ולתתם למי שירצה, והנ"מ הוא רק בזה, דאי נימא

משלו הוא אוכל בתורת תוספת שכר יכול הפועל ליתנם אפי' קודם דמטא לידו, דא"צ לזכות בהן, וכיון שהתחיל במלאכה נקנה לו השכר והתוס', ואי בתורת צדקה הוא, קודם שיזכה בהן אין לו לפועל שום זכות בהן, אבל בדמטא לידו וזכה בהם הרי הם שלו לכל מילי כמו כל מתנות עניים, ב), אי משל שמים הוא, ולא זכתה לו תורה כ"א מה שיכנס לתוך פיו, ולא השוה זכות הפועל לזכות שארי עניים במתנותיהם שיכולין לעשות בהם כחפצם, אבל בפועל לא זכתה לו כ"א מה שיכניס לתוך פיו, דאע"ג דעיקר קפידת התורה בזה הוא לטובת הפועל, מ"מ חשה התורה שיהיה בזה נמי איזה תועלת גם לבעה"ב, ואם הפועל יאכל יזדרז במלאכתו יותר, ולהכי לא זכתה לו כ"א מה שיתן לתוך פיו ולא לתת לצורך אחר כלל. ולפי"ז א"ש דברי רש"י, דהכא לפום מאי דמפרש הש"ס דנפקא מינה לפועל שאמר תנו לאשתי ובניי, דלשון זה משמע שאומר לבעה"ב ליתן לאשתו, ולא קאמר, לפועל שירצה בעצמו לתת לאשתו, משמע מזה דסתמא דש"ס סברי השתא, דבאמת הפועל עצמו כשמטא לידו יכול ליתן גם לאשתו, ובע"כ דסברי דאפי' אי משל שמים הוא, יכול לעשות בה כחפצו, ומשום דדמיא לשארי מתנות עניים, והיינו דדייק רש"י בד"ה משל שמים, לכתוב כשאר מתנות עניים, לומר דדינו הוי כשאר מתנות, דאע"ג דבתורת מתנה הם, אפ"ה משיגיע לידם יכול הזוכה לעשות בה כחפצו, והנ"מ הוא רק בזה, דאי משלו ובתורת תוספת שכר הוי אפי' בדלא מטא לידו נמי יכול ליתן, ואי מש"ש לדידיה זכיה רחמנא, פי' דוקא בדמטא לידו ולא קודם, ושפיר דייק רש"י לפרש כאן דקודם דמטא לידו אין יכול ליתן דאה"נ לפום פירוש הש"ס דהשתא בע"כ לפרש כן, אבל בסוף הסוגיא דפשיט ממתני' דאינו קוצץ ע"י עבדו ושפחתו הקטנים, בע"כ לומר דאי משל שמים אין לו לפועל שום זכייה קודם שיתנו לתוך פיו, ורחמנא לא זכתה לו כ"א מה שיכניס לפיו, דאי נימא דמשמטא לידו דעבד זכה בהן ושיהיה רשאי לעשות בה כחפצו, כמו שארי מתנות עניים, היה יכול שפיר האדון ליקצץ, דמשמטא לידו דעבד וזכה בהן, זכה בו רבו נמי דמה שקנה עבד קנה רבו ושל האדון הוי ואמאי אין יכול ליקצוץ, אע"כ דרחמנא לא זכתה לפועל כ"א מה שיתן לתוך פיו דבכה"ג לא קנה רבו כיון שגם העבד לא קנה כלל, וכמבואר בקדושין (דף כ"ג ע"ב) ובתוס' שם, ושפיר דייק רש"י לכתוב התם, דאפי' של פועל אינה עד שיתנה לתוך פיו, דממתני' ודאי דמוכח כן, ולפי"ז למסקנא דקיי"ל כתנא דמתני' דאינו קוצץ, ודאי דאפי' משמטא לידו אין יכול ליתן לאחר לכו"ע, דרחמנא לא זכה ליה כ"א מה שיתן לתוך פיו. ובדברינו מיושב מ"ש השלטי גבורים כאן דמ"ש משארי מתנות עניים דיכול ליתנן לאחר, ולמ"ש א"ש דהכא חשה התורה גם לתועלת בעה"ב ולא זכתה לו כ"א מה שיתן לתוך פיו בכדי

שגם לבעה"ב יהיה תועלת מזה, וכמ"ש בב"י בשם המרשים. אלא דלפי"ז צ"ע למה מוקי פלוגתת המתני' ובריייתא, דמ"ס משלו, ומ"ס משל שמים, ה יכול לאוקמי דכו"ע משל שמים, ומ"ס דרחמנא זכי ליה כשאר מתנות עניים דמשזכה בהן יכול ליתנן למי שירצה ולהכי ס"ל דקוצץ, ומ"ס דרחמנא לא זכי ליה כ"א מה שיתן לפיו, ומדלא מוקי הכי מכלל דאי משל שמים, אפי' אי נימא דרחמנא זכי לו לכל מילי אין יכול האדון לקצוץ, ודוקא כשמגיע לו בתורת שכר בזה אמרינן דכמו דאגרייהו של אדון כן נמי אכילתו דידיה, אבל אם האכילה הוא בתורת מתנה אין לאדון חלק בו ואין יכול לקצוץ, אלא דאין מסתבר לומר כן, דמאיזה סברא נימא שלא יקנה האדון, ויותר נראה דלא מסתבר לש"ס לומר דפליגי באופן הזיכוי שזכתה לו תורה, וניחא לאוקמי יותר דפליגי רק בזה, אי אמרי' דבמתנה הוא או תוספת שכר, ודו"ק:

בתוד"ה ואי אמרת משלו אמאי אין שומעין כו', וא"ת אלא, מאי משל שמים א"כ אמאי נקיט נזיר כו', והנה. ז"ל הרמב"ם (בפי"ב משכירות) והטור (חו"מ סי' של"ז) פועל שאמר לבעה"ב תנו לאשתי כו' אפי' נזיר שהיה עושה בענבים ואמר תנו לאשתי ובניי אין שומעין, ובסמ"ע שם סקל"ה כתב בטעם הדבר שכתבו על נזיר בלשון אפילו, דלא תימא כיון דידע בעה"ב שהוא נזיר ולא יאכל הו"ל כאילו התנה עמו שיתן לאשתו ובניו קמ"ל ע"כ, ולפי"ז לק"מ קושית התוס', דשפיר נקיט נדר לרבותא דאפי' בנזיר דידע בעה"ב שלא יאכל אפ"ה אין שומעין לו, ובודאי זהו טעם הרמב"ם והטור שכתבו דבנזיר הוי רבותא, דקושית התוס' דחקתם לזה, וסברת התוס' י"ל אמנם משום דמוסגיין מוכח לכאורה דבנזיר פשוט הוא יותר דאין שומעין לו. משום לך לך אמרי' וקנסוהו לו כמ"ש רש"י, וכמו שהקשה הש"ך שם על הרמב"ם. אכן גם מזה לא איריא, דכבר יישבו הדרישה שם לקושי' הזאת ע"ש ואכ"מ:

בגמ' מנין לפועל שאמר תנו לאשתי ובני שאין שומעין לו שנא' ואל כליך, ראיתי מקשים על הרמב"ם מכאן, דהרמב"ם (בפי"ב משכירות) כתב דמי שלקח יתר על אכילתו ונותן לאחרים ה"ז עובר בלאו דואל כליך, והא מכאן מוכח דאפי' בכדי אכילתו נמי עובר, דאל"ה למה דחיק לאוקמי בנזיר לוקי דמיירי ביותר מכדי אכילתו. ואכן למ"ש לעיל (דף פ"ז ע"ב) דהרמב"ם רבותא נקיט, דאפי' ביותר מכדי אכילתו נמי לא עבר כ"א בואל כליך, ולא בלאו דלא תגזול אבל לא נתכוון הרמב"ם כלל לומר דדוקא ביתר מכדי אכילתו עובר, ובכדי אכילה אינו עובר, דהא בהדיא כתב שם בדין י"ג, או שאמר הריני נותן מעט מזה שנטלתי לאכול לאשתי אין שומעין לו, הרי שאפי' משיעור אכילתו אוסר הרמב"ם, אלא ודאי דהרמב"ם אשמועינן דאפי' ביותר מכדי אכילה נמי אין עובר כ"א בואל כליך

לחוד ולא בלאו דלא תגזול וכמ"ש שם לעיל מילתא בטעמא ע"ש. והנה בס' מ"ה הקשה עוד על הרמב"ם שכתב דאין לוקין על לאוין אלו שאם אכל חייב לשלם, ומ"ש מהא דקיי"ל דחובל בחבירו הכאה שאין בה שוה פרוטה דלוקה, אף דבשוה פרוטה ממונא משלם ולא לקי, מ"מ בהכאה בפחות משוה פרוטה לקי, וא"כ אמאי לא לקי כלל אלאוים הללו, הא משכחת מלקות בנתן לאשתו פחות משוה פרוטה דלא ניתן לתשלומין וילקה ע"ז, ואמנם לפום חורפי' לא הרגיש בשבשתא ששיבש בזה, דבלאו דחובל, דאזהרת הלאו אינו משום אזהרת ממון חבירו כ"א מחמת קפידת עצם החבלה, וממילא אפי' בחבלה שאינה שוה פרוטה נמי שייך אזהרה הזאת, דמ"מ עשה חבלה וע"ז הקפידה התורה, רק דכשיש בחבלה שוה פרוטה דאית בה נמי היזק דממון, ושתי רשעיות א"א למידן, גילתה התורה לעשות בו רשעה דממון, אבל כשאין בחבלה שו"פ דהשבה דממון אינה בפחות מפרוטה, והלאו דחבלה יש גם בזה, ואין כאן אלא רשעה אחת להכי לוקה לפחות משום החבלה, משא"כ אזהרת הלאו דואל כליך, דעיקר האזהרה הוא משום חסרון ממון חבירו, וכיון דבממון בעינן שיעור פרוטה, כמו באיסורין אחרים שיעור כזית וכדומה, א"כ כשחסר לו פחות מפרוטה דהוי פחות מכשיעור, לא קעבר כלל הלאו, וכמו בנבילה פחות מכזית, דנהי דאיסורא דאורייתא יש בכאן כמו בכל פחות מכשיעור, אבל הלאו ליכא בפחות משיעור, והגע בעצמך, גזל או אונאה בפחות מפרוטה שאין מחויב בהשבון, האם נאמר דמחויב מלקות בזה, אע"כ דטעמא הוי דבפחות מפרוטה ליכא גם הלאו כיון דהלאו הוא אזהרת ממון חבירו, על פחות מפרוטה לא קאי האזהרה, כי התורה לא תחייב אלא בדבר שבממון ופחות מפרוטה לאו ממון הוא, וכמ"ש החנוך (מצוה רכ"ט), ושפיר כתב הרמב"ם דאין לוקין כלל, דממ"נ אי יש בזה שו"פ, הוי לאו הניתן לתשלומין, ואי אין שוה פרוטה לא עבר הלאו מעיקרו, ועמ"ש לעיל (דף נ"ו ע"ב) במתני' דאלו דברים שאין להם אונאה, ודו"ק:

דף צב:

בגמ' איסורא לא זכי ליה רחמנא, ועמ"ש מזה לעיל (דף צ' ע"א) ברש"י ד"ה תרומה ומעשר ובסוגיא שם:

ברש"י ד"ה אי אמרת משל שמים כו' דאין לפועל זכות עד שיתן לתוך פיו, עמ"ש לעיל בע"א ברש"י ד"ה לדידיה:

דף צג.

במתני' קוצץ אדם ע"י עצמו כו', והא דיכול לקצוץ עבור הגדולים משום דבני מחילה הם ומחלו, והנה במנ"ח (מלוה תקע"ו) הניח בצע"ג לדין זה, דהא מחילה לא שייך כ"א אחר שזכה, אבל בדבר שלא זכה בו עדיין לא שייך מחילה, וכמ"ש בחו"מ (סי' ר"ט) דבדבר שלב"ל לא מהני מחילה, והכא דהפועל אין זוכה כ"א משיתן לפיו וקודם לזה אינו שלו א"כ הוי זה דבר שלב"ל, ומצד עצם התנאי ודאי דלא מהני, דהוי מתנה ע"מ שכתוב בתורה דתנאו בטל לר"מ דסתם מתני' כוותיה פ"ש, ועוד כמה מפרשים הקשו כן, והנה לשיטת הר"ן (כתובות דף פ"ג) דבדאורייתא מהני סלוק, א"כ י"ל הכא דהוי מטעם סלוק דמהני אפי' בדבר שלב"ל, אלא אפי' לשיטת התוס' שם דסלוק לא מהני כ"א בדרבנן, דטעמא דרב כהנא הוא כדרבא, דכיון דלטובתו נתקנה יכול לומר אי אפשי בתקנות חכמים, והיינו דוקא בדרבנן אבל בדאורייתא לא מהני גם הסלוק בדשלב"ל, נמי יש ליישב, דאין הכוונה שמתנה עמו למחול לו כעת בשעת הקציצה, דודאי השתא לא מהני המחילה אחרי שהפועל לא זכה בו עדיין, אלא שמתנה עמו שימחול לו אח"כ כשיגיע החיוב, וירצה לאכול, שימחול לו אכילתו, ותנאי כה"ג מהני אפי' כשמתנה קודם שזכה וכמ"ש הרא"ש (בב"ב דף ס"ג) גבי בן לוי שאמר ע"מ שמעשר ראשון שלו, דאם אדם אומר לחבירו שדי מכורה לך ע"מ שתתן לי סאה חיטים מהיוצא מן השדה שנה שנה ודאי תנאו קיים ע"ש, והא דלא מהני דשלב"ל היינו במכירה ומתנה אבל בתנאי לא שייך דבר שלב"ל, וכ"כ בשמ"ק שם, וכ"כ הטור (חו"מ סי' ר"ט), ועיין מה שכתבתי לעיל (דף נ"ב ע"ב) להוכיח כן מן התוס' והרשב"א דבכה"ג מהני אפי' לר"מ, והא דלר"מ לא מהני בע"מ שאין לך שאר וכסות, היינו משום דלדידיה הוי הכוונה שאין לו דין דשאר וכסות דעוקר דבר מה"ת, ולהכי לא מהני, אבל כשמרנה שימחול לו כשיגיע החיוב מהני לכו"ע, ומיושב גם כאן, ועיין היטב בחדושינו לעיל שם באריכות:

בגמ' אתא לקמי' דרבה ופטריה, הקצוה"ח (בסי' ש"ג) העלה דגם רבה לא פטר כ"א בסבה כזאת שנפלה למים, אבל בנגנבה אפי' לרבה דחשיב לו אונס נמי חייב דכל גניבה קרובה לאונס ואפ"ה חייב ע"ש, וא"ל דא"כ מאי מקשה על רבה מהא דותפול שבא, ומהייתי ביום אכלני חרב וגו' ותידד שנתי מעיני, דמשמע מזה שאם נם או הלך חייב, לישני דאם נם או הלך חייב מיהא בנגנבה, אבל ע"י סבה אחרת אה"נ דבנם והלך פטור, דמלשון הברייתות אלו הן אונסין ששומר שכר פטור, משמע דליכא שום אונס אחר למיפטריה בנם והלך, וכן מלשון ברייתא השניה, עד מתי ש"ש חייב, דמשמע נמי שאין שום אונס שיכול ליפטר אם לא שמר כעין שמירה דהייתי ביום, ולרבה הא בכל האונסין

זולת גניבה פטור אפי' בנם והלך בעידנא דניימי ואזלי אינשי, ולכך הוכרח לתרץ בחזני מתא, ומיושב קושית הנה"מ על הקצוה"ח שם, ודו"ק:

דף צג:

בגמ' דהדר שקיל דמיהן מבעה"ב, וא"ל דלפי"ז שו"ח נמי לחייב להציל בשכר כיון דשקיל אח"כ מבעה"ב, ומ"ש מהוכר הגנב דאפי' שו"ח עושה דין אע"ג דהתם יהיה לו עוד טרחא עד שיוציא מהגנב, די"ל דכיון דאח"כ כשבא ליטול מבעה"ב צריך הוא לישבע שלא היה יכול להשיג כ"א בשכר וגם כמה הוציא, ועל שו"ח לא הטילו חיוב זה שיהיה מוכרח לישבע, והנה בחו"מ (סי' ש"ג) לא הוזכר כ"א שצריך לישבע כמה הוציא, אבל שבועה הזאת שלא יכול להשיג בחנם לא הוזכר ומשמע שא"צ לישבע ע"ז, ובשמ"ק בסוגיין איתא להדיא שגם ע"ז צריך לישבע ע"ש:

ברש"י ד"ה להכי יהבי לך, ונהי דלאו פשיעה הוא כו' והוי כאבידה, משמע להדיא דדעת רש"י דטעם דר"ח ורבה בר ר"ה משום דס"ל דלא הוי אונס, אבל אם היה זה אונס היה פטור אע"ג דהאונס הוא בגוף השומר ולא בגוף הפקדון, והרשב"א מפרש שטעמם דס"ל דאונס בגוף הפקדון בעינן דומיא דנשבר, אבל כשהאונס הוא בגוף של שומר חייב ש"ש:

דף צד.

ברש"י ד"ה אפי' תימא כו', אי אפשר להיות שומר שלך אלא בכך ושומר לא נחית לשמירה עד דמשיך וכי משיך כבר פי' על מנת כו' אבל המקדש את האשה מכי אמר לה הרי את מקודשת איתקדשה וכי אמר לה ע"מ מתנה עמשכ"ב דאין אישות לחצאים ע"ש. הראשונים הבינו בכוונת רש"י דמחלק הכי, דבשומר הוי התנאי קודם החיוב ולהכי כשבא החיוב אח"כ אדעתא דתנאי קמא הוא, אבל בקדושין החיוב בא קודם ולא מהני שוב התנאי, ועיין בתוס' (כתובות דף נ"ו) ובשמ"ק כאן, ובהגהות חו"י שעל האלפסי, שכולם הבינו כן, ולמדו מזה אפוא דין חדש, דאם התנה עמה התנאי קודם הקדושין ולאחר זמן קידשה על תנאי ההוא דלא הוי מתנה עמשכ"ב ומהני לכו"ע ואפי' בתנאי דעונה ע"ש בהגהות חו"י הנ"ל, ואם כי הדבר נפתח בגדולים, לענ"ד אי אפשר כלל לפרש כן ברש"י, דאי כדבריהם דכל עיקר הטעם בקדושין דלא מהני הוא משום דהחיוב בא קודם, א"כ למה לו לרש"י לומר הטעם דאין אישות לחצאין. להכי נראה לי ברור דכוונת רש"י לחלק בין תנאי דין השומר דלא אמרי' ביה אין שומר לחצאים, דכיון דבלא"ה דיני השמירות חלוקין זה מזה, להכי לא הוי מיקרי מתנה עמשכ"ב, דיכול לשעבד עצמו

בדיני שמירה הפחותה, וכיון דהתנאי הוי קודם החיוב, וגם אח"כ כשנעשה שומר אין שייך נמי אין שומר לחצאין, דאטו כל השומרים שווים בדיני הם, אבל בקדושי אשה דדינה שוה בכל הנשים, להכי אפי' כשהתנאי הוי מקודם הקדושין נמי לא מהני, דסוף סוף כי מקדש לה בתר הכי ותפסי קדושין תפסי בכל הדינים דאין אישות לחצאים, ומ"ש רש"י מכי אמר לה הרי את מקודשת איתקדשה וכי אמר ע"מ הוי מתנה עמשכ"ב, לא נתכוון משום דהע"מ שאין לך כו' אמר לה בתר הקדושין, אלא הכי פירושו, דכי אמר לה הרי את מקודשת איתקדשה, ותפסי בה כל דיני הקדושין, ולהכי כי אמר לה ע"מ שאין כו' אפי' מקודם נמי לא מהני, דאין אישות לחצאין, וא"ל, דא"כ למה הוצרך רש"י להזכיר גבי שומר משום דלא נחית לשמירה עד דמשיך, יאמר משום דהתם אין שייך לומר דאין שומר לחצאים, דודאי הוצרך לזה, דבשלמא כשהתנאי היה קודם פסיקת השכר או הבטחת השאילה, בזה אמרינן דמעיקרא לא שיעבד נפשיה וכי פוסק אח"כ לקבל שכר בשמירתו, אדעתא דלא להתחייב בשמירתו משום השכר וכתנאי קמא, אבל כשפסק עמו בתחלה השכר, או שהבטיחו להשאיל ואח"כ מתנה עמו שלא יתחייב כדינו, היה עלינו לומר דכיון שכבר פסק השכר ונעשה ש"ש, חל עליו חיובא דש"ש ולא מהני שוב תנאי דאח"כ, ובאמת במתניתין מתנה שומר שכר קתני, דמשמע שכבר היה פסיקת השכר עד שהוא מיקרי ש"ש ואפ"ה מהני התנאי, להכי הוסיף רש"י לומר דכיון דבדבורו לא נחית לשמירה ובדבורו לא נעשה שומר כלל, א"כ אפי' כשפסק תחלה השכר ואח"כ אמר, נמי הוי התנאי קודם החיוב, דהחיוב לא יבוא כ"א לאחר המשיכה, וזה נ"ל ברור ברש"י:

וג"ז אין להקשות דלמה לרש"י טעם המשיכה, דהא בלא"ה בכל הפסיקות בהכרח שהתנאי יהיה קודם הפסיקה, ובע"כ הכי מוכרח להתנות, ע"מ שלא אתחייב בשמירת ש"ש הריני נוטל השכר ונכנס לשמירה, דאי אמר להיפך הריני נכנס לשמירה ע"מ שלא אתחייב, א"כ הוי בטל התנאי בלא"ה, משום דמעשה קודם לתנאי, וכעין זה הקשו התוס' שם על רש"י. ונ"ל דסברת רש"י כן הוא, דבכה"ג אין ענין כלל להא דבעינן תנאי קודם למעשה ואפי' כשהתנה להיפך נמי מהני, דכל עיקר הטעם דבעינן תנאי קודם למעשה מבואר ברש"י (קדושין דף ס"א) משום דלא אתי תנאי דבתרה ומבטל למתנה דקדמי', וא"כ לא שייך זה כ"א כשהבטיח מעצמו לתת איזה דבר לחבירו, דבזה אמרינן דתיכף משהבטיח לתת הוי זה מתנה, ולא יכול שוב התנאי לבטל ההבטחה הקודמת, משא"כ גבי קדושין ושומר, דהבעל או השומר לא הבטיחו כלום מעצמם ורק זכות התורה הוא לתת לאשתו שאר כסות, וגבי שומר להתחייב בדיני השמירה, ולהכי אפי' תנאי דאח"כ

נמי מהני, דלא שייך כאן לומר דלא אתי התנאי ומבטל ההבטחה הקודמת, כיון שלא הבטיח כלום מעצמו, וא"כ מצד עצם התנאי יכול להיות כאן התנאי לבסוף, להכי הוצרך רש"י לטעם דמשיכה, דלטעם זה הוי בכל אופן התנאי קודם, דכל אימת שהיה התנאי הוי הכל קודם החיוב, דחיובו לא הוי עד דמשיך ודו"ק, ומיושב בזה נמי שפיר קושית התוס' מעל רש"י, דתיפוק ליה בקדושין נמי משום דתנאי קודם למעשה בעינן, ולמ"ש א"ש, ועיין עוד בס' מג"ש לכתובות שכתב דתנאים הללו לא מיקרי כלל תנאי דנצריך בהו משפטי התנאים, דתנאי מיקרי כגון שאומר אם תעשה לי כך אתן לך כך אבל הכא לא הוי תנאי רק שמתנה שלא יתחייב מה שראוי להיות חייב ומגרע זכותה ודמיא למוכר שדה ע"מ שלא יתחייב באחריות שאין זה תנאי רק שפוטר עצמו ממה שהוא ראוי להתחייב ולשון על מנת הוא לשון המורגל בכל דבר שאדם עושה אדעתא דהכי אעפ"י שאינו תנאי ע"ש:

בתוד"ה אמר ר"נ עמ"ש מהרש"א דאכתי לא תירצו כלום על קושיא דאבל קשה, ועמ"ש מהר"ם, וכתרוצו מבואר בשמ"ק בארוכה ואכ"מ:

סליק פרק השוכר את הפועלים

השואל, פרק שמיני

בתוד"ה פרה במשיכה ובעלים באמירה, הקשה ריב"ם דלקמן בפירקין שתלא כו' בעידן עבידתייהו כו' ע"ש, הנה לפרש"י לקמן שדוקא למאן דעסיק בעבידתיה בלחוד הוא דהוי שאילה בבעלים ולא לכל העיר, דלמי שאינו עוסק במלאכה לא הוי כלל שאילה בבעלים, וכ"ה דעת הרמב"ם (בפ"ב מהל' שאלה), אין מקום לקושית התוס', דלהכי בעינן התם בעידן עבידתייהו, בכדי שיהיה מבורר לפחות דלמאן דעסיק הוי שאילה בבעלים, ובלא זה לא הוי שאילה בבעלים לכולם, דבסברת הרמב"ם כתב הנה"מ (בסי' שמ"ו) שבשותפין אמרינן ברירה שבשעה שהשותף הזה צריך ליה הוי כשלו לגמרי, וממילא הכא כשהאחר צריך לעבודתו הוי כשכור לו כולו לזמן ההוא ולהכא לא הוי כשאול לאחר ע"ש, ולפי"ז ממילא בשעה שאין עובד לא הוי משועבד כלל להשואל דשמא יוצרך לו אחר למלאכה באותה שעה ואז יהיה משועבד כולו להעובד, ולהכי בנשתעבד לכל העיר בעינן בשעת עבידתייהו, אבל בנשתעבד לאיש אחד י"ל דבאמירה לחוד נמי משתעבד, ואלא דמכאן יהיה ראיה ברורה דהתוס' יסברו כשי' הראב"ד המובא בשמ"ק דאפי' לאחר שאינו עוסק עמו במלאכתו הוי שאילה בבעלים ולהכי שפיר מקשו, ודו"ק:

ודע דאע"ג דלרש"י והרמב"ם לא קשה מההיא דשתלא דלקמן, אפ"ה בעיקר הדין שכתבו התוס', דבאמירה לחוד לא משועבד כ"א כשיזמין לעשות העסק, בזה גם הם מודים,

ונהי דמקושיא דשתלא לא מוכח לחלק הכי לשיטתם, מ"מ עדיין מוכרח מראיה השניה שהביאו התוס', דלעיל אמרינן דאיגלאי מילתא דבההיא שעתא שכרא שתי, ואי אמרת דבאמירה לחוד הוי שעבוד א"כ מאי הוי דשכרא היה שותה, הא משתעבד בשעת אמירה, אלא לאו דמשעת אמירה לחוד לכו"ע לא משעבד, וגם התוס' גופא צ"ל דעיקר ראיתם סמכו על ההיא דלעיל ולא על ההיא דשתלא, דאפי' לשיטתם אין ראיה כ"כ מההיא דשתלא לחלק בין אמירה להזמנה, דהא יש לתרץ כמ"ש הרמ"ה המובא בטור (חו"מ סי' שמ"ו) לחלק, דבקבע לו זמן לעבידתיה לא הוי שאילה בבעלים באמירה כ"ז שלא התחיל לעשותה, ודוקא כשלא קבע לו זמן ואימת שירצה השואל, נמצא שעתה הוא שאול למלאכתו אעפ"י שלא עשה, וא"כ יש לומר דהא דבעינן התם בעידן עבידתייהו מיירי שקבע לו זמן, והא דאמרינן הכא דבאמירה לחוד סגי, היינו בלא קבע לו זמן, ומנ"ל לתוספות לחלק בין אמירה להזמנה, אע"כ דעיקר החלוק בין אמירה להזמנה מוכח רק מההיא דלעיל, דהא התם בע"כ מיירי שלא קבע לו זמן, מדאמר התם לסוף איגלאי מילתא דשתי שיכרא, ולא עסק באפייה בעת ההיא, ומלשון הש"ס משמע דמתחלה סברו דהיה עוסק במלאכתם בשעת מעשה, דהא איכסיף רב פפא דחייביה, ומשום דסבורים היו שעסק במלאכתו בעת חיוב השמירה, עד שנגלה להם אח"כ ע"י החקירה שלא עסק במלאכתו, ואי בקבע לו זמן מיוחד מיירי, הא ידעי מעצמם דלא היה זה שעת מלאכה, אע"כ דהתם מיירי בלא קבע לו זמן, ואי אמרת דבכה"ג באמירה לחוד משתעבד, מאי הוי כי שתי שיכרא הא מ"מ נשתעבד להו באמירה, אע"כ כחלוק התוס' דבאמירה לחוד לא משתעבד בשום אופן אפי' בלא קבע, ורק בהזמין למלאכתו משתעבד, וכיון שעיקר הראיה הוא מגמ' דלעיל, גם לרש"י ורמב"ם צ"ל כן. ומה מאוד אתמה על הט"ז (בחו"מ סי' שמ"ו) שהשיג על הסמ"ע שם, דאף הרא"ש שחילק בין אמירה להזמנה יסבור נמי כחלוק הרמ"ה בין קבע לו זמן ללא קבע, והשיג הט"ז דא"כ מנ"ל לראש לחלק בין הזמנה לאמירה, דשמא באמירה בלא הזמנה נמי מועיל, והקושיא משתלא דבעינן בעידן עבידתייהו יתורץ כחלוק הרמ"ה דמיירי שקצב לו זמן ידוע ע"ש, ולענ"ד כשגגה יצאה מלפני השליט הגדול, דהא אכתי מההיא דאומנין מוכח ודאי לחלק ולומר דבאמירה לחוד לא מהני אע"ג שלא קבע לו זמן והצדק עם הסמ"ע, ודו"ק:

דף צה.

בגמ' פשיעה בבעלים פטור, מכאן השיג הראב"ד עמ"ש הרמב"ם (בפ"ב מהל' שכירות) דכל הני דברים דאיתמעטו מדין השומרים כגון שטרות והקדשות וכדומה, אם פשע

בהן חייב, דפושע הוי כמזיק, והק' הראב"ד דא"כ פשיעה בבעלים אמאי פטור. ובתחלת ההשקפה רציתי ליישב דלענין בבעלים שאני, דהא זה פשוט שאפי' לשיטת הרמב"ם דפושע הוי כמזיק, שאינו חייב כ"א בשומר, אבל באיניש דעלמא שאינו שומר לא מחייב אם פשע, וא"כ למ"ש הש"ך (בחו"מ סי' ס"ו ס"ק קכ"ו) דטעמא דקרא דפטר בבעלים, משום דבבעלים לא הוי שומר כ"א כאיניש דעלמא ע"ש, וממילא דבבעלים א"א לחייבו אפי' בפשיעה כיון שאינו שומר כלל והוי כמו איניש דעלמא שפשע דודאי פטור, וכל כך היה נראה בעיניי תירוץ הזה כנכון, עד שתמהתי על הש"ך שכתב תירוץ אחר על הרמב"ם משום דפשיעה לא הוי כמזיק גמור, ושוב בתכ"ד על קושיא אחריתא שהקשה שם, כתב דבבעלים לא הוי שומר, ואיך לא הרגיש שבדברים אלו גופא מתורץ גם קושית הראב"ד, דכיון דבבעלים לא הוי שומר ממילא אין לחייבו אפי' כשפשע, ולמה לו תו לתרוצי משום דפושע לא הוי כמזיק גמור, ואכן זה אפשר לתרוצי, דכוונת הש"ך נמי הוא כמו שכתבתי בישוב הרמב"ם מטעם דבבעלים לא הוי שומר ואפ"ה הוצרך נמי לטעם דפשיעה אינו כמזיק גמור, דאי הוי כמזיק גמור אכתי אין לפוטרו בבעלים, דנהי דהוי כאיניש דעלמא שאינו שומר אפ"ה יש לחייבו, דהא מזיק גמור חייב אפי' באדם דעלמא שאינו שומר. אלא דעיקר יסוד הש"ך מה שהעלה דבבעלים לא הוי שומר לא נהירא, דאי כדבריו יקשה טובא מהא דקיי"ל דשליחות יד חייב אפי' בבעלים וכמבואר לעיל (דף מ"א ע"ב) לא תאמר שליחות יד לא בש"ש ולא בשו"ח ותיתי משואל ומשני דהו"א דיו לבא מן הדין כו' מה התם בבעלים פטור אף ה"נ בבעלים פטור, להכי איצטריך למיכתב בהו בהדיא לחייב אפי' בבעלים, והנה בשמ"ק וברש"י שם לעיל מבואר דחיוב דשליחות יד אינו כ"א בשומרים, וחדוש הוא שחידשה תורה בשומרים, אבל איניש דעלמא שאינו שומר לא מחייב כששלח יד ע"ש, ולדברי הש"ך דבבעלים לא הוי שומר, היכי אפשר לשכוחי חיוב דשליחות יד בבעלים, כיון דבבעלים לא הוי שומר כלל, והוי כאיניש דעלמא ששלח יד דפטור, אע"כ דלא כהש"ך ואפי' בבעלים מיקרי נמי שומר, ולפלא גדול הוא ששום אחד מהמפרשים לא התעורר בזה על הש"ך, וכיון שאיתרע היסוד ממילא נפל גם תרוצו על הרמב"ם:

ולכן נ"ל בישוב הרמב"ם, דהנה השם פשיעה הונח בלשון חז"ל על שני סוגים, א), שהשומר בעצמו לא עשה בידים שום מעשה בחפץ הנשמר, והחפץ נגנב או נאבד, או הבהמה מתה מעצמה, ורק השומר פשע בשמירתה, וע"י שפשע ולא שמרה כראוי בא ההיזק מעצמו, ב), שהוא בעצמו עשה ההיזק בידיו ממש, וכגון שומר שהניח החפץ באיזה מקום ואינו יודע באיזה מקום הניחוהו, דחז"ל קראוהו בשם פשיעה כדעיל (דף

מ"ב ע"א) כל לא ידענא פשיעותא הוא, או שומר שמסר לשומר אחר ומיעט בשמירתו, דמיקרי נמי פשיעה וכמבואר (בחו"מ סי' רצ"א). ולולי דמסתפינא הייתי אומר דמ"ש הרמב"ם דפושע הוי למזיק ואפי' בכל הני דאיתמעטו מדין שומרים, אפ"ה אם פשע בהן חייב, לאו בפשע בשמירה קאמר, וכגון שהשטרות או ההקדשות נגנבו בפשיעה, דבכה"ג גם הרמב"ם מודה דפטור, דכיון דההפסד בא ממילא, שזה לא עשה שום מעשה בגופו של חפץ, ואילו קרה כזה באדם אחר שאינו שומר היה פטור, ורק מטעם קבלת השמירה אתה בא לחייבו, וא"כ כל הנהו דברים דנתמעטו מדין שומרים ולא דיינינן בהו דין שומר כלל, מהיכי תיתי לחייבם אפי' בפשיעה, כיון דבפשיעה הזאת לחוד בלא טעם דשומר א"א לחייבו, ואחרי שהנהו דברים נתמעטו מדין שומר והוי כאיניש דעלמא פשיטא שפטור, ומה שכתב הרמב"ם דאם פשע בשטרות והקדשות וכדומה דחייב, היינו כשהפשיעה בא ע"י מעשה שעשה בגוף החפץ כגון שהניח השטרות ואינו יודע אנה הניחם, דפשיעה כזאת ודאי מטעם מזיק הוא, דלאו מכח קבלת השמירה נחייבנו, ואפי' מי שאינו שומר כלל חייב נמי בכה"ג, כגון אם ילך ראובן לבית שמעון ויקח מעות של שמעון ויטמינם באיזה מקום ואח"כ ישכח המקום שהטמינם, דודאי חייב ראובן לשלם כיון שעשה מעשה בחפץ חבירו, וע"י מעשיו ניזוק חפץ חבירו דמזיק גמור הוא וכמ"ש הנה"מ (בסי' רצ"א סקי"ד), דבכה"ג חייב אפי' בבעלים מהאי טעמא ע"ש הן אמנם המחבר בחו"מ לא הבין כן כוונת הרמב"ם דז"ל המחבר (בסי' ס"ו) אם היה שומר שכר עליהם ונגנבו או אבדו אפי' בפשיעה פטור מלשלם ויש מחייבין בפשיעה כו', הרי להדיא שהביא דעת הרמב"ם לחייב בפשיעה, אפי' בפשעו בשמירה וכמ"ש שנגנבו או נאבדו בפשיעה, אכן לשון הרמב"ם עצמו אינו כן, דז"ל (בפ"ב משכירות) יראה לי שאם פשע השומר בעבדים ושטרות וכדומה דחייב לשלם שאינו פטור בהם כ"א מדין גניבה ואבידה כו' אבל אם פשע בהן חייב שכל הפושע מזיק הוא כו' עכ"ל, הרי לא הזכיר דנגנבו בפשיעה וכמ"ש המחבר, ונוכל שפיר לפרש, דפשיעה דקאמר היינו בפשיעה שמטעם מזיק, דבכה"ג מסתבר טעמו לחייבו אפי' בכל הני דנתמעטו מדין שומרים, כיון דלאו מדין שומר מחייבינן בזה דאפי' באדם שאינו שומר היה נמי חייב, אבל בפשיעה שפשע בשמירה, דנגנב ע"י פשיעה, דאילו קרה כזה באדם שאינו שומר לא היה חייב, ורק מכח השמירה נחייבנו, א"כ כל הני דנתמעטו מדין שמירה אין מקום לחייבם, וראיה מוכרחת לזה, דאלת"ה אלא אפי' פשע בשמירה נמי הוי מזיק גמור להרמב"ם, א"כ למה דוקא לשומר מחייבינן בפשיעה ולא לאדם מעלמא, הא מזיק גמור מחויב אפי' כשאינו שומר, וא"כ גם פשיעה נחייב באדם דעלמא, ומ"ש הש"ך דפשיעה לא הוי כמזיק ממש,

אין זה אלא דברי נביאות, דלשון הרמב"ם פושע הוי כמזיק, וכל כי האי מילתא שכמה חלוקי דינים תלוי בזה, הו"ל להרמב"ם למידק בלישנא ולכתוב בהדיא, דפושע הוי קרוב למזיק, אכן למ"ש ניחא, דפשיעה דחשיבה כמזיק היינו פושע בגוף החפץ, ובכה"ג ודאי דהוי כמזיק ממש, ואה"נ שאפי' באינו שומר חייב:

וכל הקושיות שהקשו על הרמב"ם יתיישב לדרך הזה, דהתפיסה העיקריית שתפסו הרא"ש והר"ן (פ' שבועת הדיינים) מההיא דאמרי' (בב"ק דף צ"ג) ההוא ארנקי דצדקה דאתו לפומבדיתא אפקדה רב יוסף גבי ההוא גברא פשע בה אתו גנבי גנבוה חייביה רב יוסף א"ל אביי והתניא לשמור ולא לחלק לעניים א"ל עניי דפומבדיתא מיקץ קייץ להו ולשמור הוא ע"ש אלמא להני דמימעטי מהאי קרא אפי' מפשיעה מימעטי ע"כ, ולמ"ש אין התחלה לקושיא, דפשיעה דמיירי התם, היינו כשפשע רק בשמירה וכדקאמר להדיא אתו גנבי וגנבוה, ומעצמו לא עשה שום היזק, ובפשיעה כזאת גם הרמב"ם מודה דפטור, דכל הני דתמעטו משמירה אפי' בפשיעה כהאי נמי פטור, וכן מ"ש התוס' לעיל (דף נ"ז ע"ב) דאפי' פשע פטור מדפריך לקמן מהשוכר פועל לשמור, ולא משני כשפשע מכלל דאפי' פשע נמי פטור, התם נמי מיירי להדיא כשפשע בשמירה וכדמוכח שם להדיא ע"ש, ובכה"ג גם להרמב"ם פטור, דוק ותשכח דכל הקושיות מיושבים לדרך הזה, וממילא גם השגת הראב"ד מפשיעה בבעלים, ג"כ מיושב כמ"ש, דאה"נ דפשיעה כזה שמחשיב הרמב"ם למזיק והוא שעשה מעשה בגופו של חפץ, חייב בבעלים נמי, וכמ"ש להדיא ברמב"ם (פ"ב משלוחין) דאחד מן השותפין ששינה ומכר בהקפה וכדומה דחייב, אע"ג דשותפין הוי בבעלים, וכתב המ"ל שם דטעמו כיון דעשה ההיזק בידים הוי כמזיק בידים, וכ"כ החת"ס בתשובה (חחו"מ סי' קנ"ו) וגם (בפכ"א מהלכות אישות) כתב הרמב"ם דאשה ששברה כלים של בעל דפטורה רק משום שלום בית אבל מדינא היתה חייבת אע"ג דהוי בבעלים, והיינו נמי משום דההיזק נעשה בידים ממש, ופשיעה בבעלים דפטר הרמב"ם, היינו רק פשע בשמירה, והכי דייק להדיא לשונו של הרמב"ם (בפ"א משאלה) השואל בבעלים אפי' נגנב או נאבד בפשיעה ע"כ, הרי מפורש דדייק רק בפשע בשמירה, ופשיעה הזאת באמת לא השוה למזיק, אבל פשיעה שהשוה למזיק אה"נ דחייב אפילו בבעלים, ולשונו מדויק מאוד, דלענין פטור דפשיעה בבעלים דייק לכתוב ונגנב או נאבד בפשיעה, ובפשיעה שהיא כמזיק כתב סתם אם פשע, להורות דכ"מ דקאמר פשע סתם, לאו פשע בשמירה הוא, ועיין מ"ש לקמן (דף צ"ו ע"א ודף צ"ז או ולעיל (דף נ"ח ע"א), ותירוץ הזה ופירושינו ברמב"ם היה נ"ל ברור מאוד, באשר

שלשונו דייקא הכי וגם כל הקושיות שהקשו עליו מתורצים בזה, רק הפוסקים לא הבינו כן וס"ל דאפי' פשע בשמירה נמי מחייב הרמב"ם, והבוחר יבחר:

דף צו.

בגמ' שאלה לעשות בה פחות מפרוטה מהו, ורש"י פי' בעיא הזאת לענין חיוב אונסין, ואינו מבורר לי הספק שראוי ליפול בזה ולפטור השואל כשלא יהנה מהבהמה שיעור פרוטה, דהא חיובא של שואל אינו משום ההנאה, ורק משום דכיון שהחפץ שאול לו לעשות בו מלאכה שכל הנאת המלאכה של שואל, ממילא נחשבת הבהמה כשלו במשך זמן השאילה, אחרי שכל ההנאה הוא של שואל ולא לבעלים דאין לומר דחיובא דשואל הוא, משום ההנאה שנהנה מן השאילה, והנאה הזאת הוא שכר על חיוב שמירתו, דא"כ לא היה צריך להיות כ"א ש"ש לחייבו בגניבה ואבידה, דהיכי שהחיוב הוא משום השכר הוי רק ש"ש, ואטו שומר שכר שיקח שכר רב יתחייב באונסין משום הכי, ועוד דאי משום ההנאה יבוא חיובו, א"כ מאי קא מיבעי ליה כלל, דהא פשיטא דהנאת פחות מפרוטה לא מיחשבא כהנאה, וכמו בשומר שכר שנתנו לו בשכרו פחות מפרוטה דלא הוי ש"ש, ומ"ש בש"ש דפשיטא ליה דפחות מפרוטה לא נחשב הנאה, והכא מיבעי ליה, אע"כ דעיקר ההפרש שבין ש"ש לשואל הוא, דבש"ש דחיובו הוי משום הנאת השכר שיש לו על השמירה, ופשיטא דפחות מפרוטה לאו כלום הוא, ולא נחשב כשכר, ובשואל הוי החיוב משום דכיון דשאולה היא לו להשתמש בה כחפצו, באופן שכל הנאת השמוש יהיה שלו לחוד, ולמשאיל אין שום הנאה, הוי למשך השאילה בעלים של החפץ, דהא כל חפץ להנאת התשמיש הוא עומד, וכיון דכל הנאה הוי מעתה לשואל, נחשב הוא כבעלים עליו, ומשו"ה חייב באונסין, דכשלו הוא דנאנס, וכיון שכן כי עושה בה פחות מפרוטה מאי הוי, אחרי שהחיוב אין זה מחמת ההנאה, וסוף סוף כיון דהשואל משתמש בה לצורך עצמו, יהיה איזה מלאכה שיהיה, פרוטה או פחות ראוי הוא להתחייב באונסין דשלו הוא דנאנס, ואפשר לומר דהכא נמי אטעמא דבעיא קמייתא דשאלה לרבעה סמיך ומשום דבעינן כדשיילי אינשי, וסתמא דאינשי לא שאלי לעשות פחות מפרוטה, ואם כי אח"כ מצאתי בבאה"ג (חו"מ סי' שמ"ו) כתב בקצרה דטעם כדשיילי אינשי קאי אכולהו ע"ש, אכן קצת דוחק הוא, ואפשר דמשו"ה נייד הרמב"ם מפרש"י ומפרש דכולי הנך בעיא לאו לענין חיוב דאונסין מיבעי אלא לענין שאלה בבעלים ע"ש, ולפי"ז ניחא דמספקא להו בפחות מפרוטה, כיון דעיקר דין

דבבעלים הוי חדוש ואין לך אלא חדושו כסתמא דשאילה הרגילה, דמסתמא שאילה דקרא מיירי בשאילה הרגילה דשאלה לתשמיש פרוטה, ועיין מ"ש התו"ח:

וממוצא הדברים יש לנו לפשוט ספיקו של המנ"ח (מצוה נ"ט) היכי שהמשאיל נהנה ג"כ הנאה פחות מפרוטה, אם השואל חייב באונסין, מי אמרינן כיון דיש הנאה גם למשאיל ולא הוי כל הנאה של שואל אין חייב באונסין, או שמא דהנאת פחות מפרוטה לא מיקרי הנאה ע"ש, ובקצוה"ח (סי' ש"מ) כתב בפשיטות שאין חייב באונסין ע"ש. והנה מתחלה רציתי לומר שזה תלוי במחלוקת הרמב"ם ורש"י בפי' הבעיא, דלרמב"ם דמפרש לענין בבעלים, אבל לענין חיוב אונסין פשיטא דאפי' בשאלה פחות מפרוטה חייב, ולכן כמו דהנאה דשואל סגי אפי' פחות מפרוטה, כ"ש דהנאה דמשאיל דסגי בפחות מפרוטה, וכי נהנה גם בפחות מפרוטה לא הוי תו כל הנאה דשואל, ולרש"י דלגבי הנאה דשואל מספקא לן, דשמא הנאת פרוטה בעינן ובפחות לא מיקרי הנאה, א"כ יש לומר דספק הזה שייך נמי לגבי הנאת משאיל ולומר דפחות מפרוטה לא מיקרי הנאה, אכן לפמ"ש דבחיובא דשואל לא משגחינן על שיעור הממון שנהנה, דטעם חיובו אין זה משום הנאת ממון דבעינן בו פרוטה דוקא כשיעור ממון, ורק עיקר החיוב משום דמשתמש לצורכו בכל הנאת התשמיש הוי כשלו ומן השאילה, לפי"ז פשיטא דאם גם למשאיל יש איזה הנאה, אפילו פחות מפרוטה, ממילא לא הוי כשל שואל לגמרי וליכא לחייבו בחיוב דאונסין, דמשום מאי תחייבו, אי משום שיש לשואל שכר על שמירתו, משום הכי אין לחייבו כ"א בגניבה ואבידה כש"ש, ואי משום דהבהמה שלו, הא פשיטא דכיון שיש למשאיל קצת הנאה לאו ככולו של שואל הוא. ולכן נ"ל כדעת הקצוה"ח דאפי' אם הנאת המשאיל הוא בפחות מפרוטה נמי לא מחייב תו באונסין, ובלא"ה תמוה לי ספיקו של המנ"ח, ממ"נ אם השוה הנאת משאיל להנאת שואל, א"כ מאי שייך כלל לספוקי בזה, כיון דלגבי הנאת שואל בעיא דלא איפשיטא בש"ס הוא לפרש"י בהנאת פחות מפרוטה, וה"נ בשל משאיל, ואי נימא דבהנאה דמשאיל מסתבר יותר לפטור אפי' באין בהנאתו שו"פ, כיון שעכ"פ אין כל הנאה של שואל, ולא דמי להנאה של שואל, ולהכי אע"ג דבשואל מיבעי לן, במשאיל כרי י"ל דפשיטא דמיקרי הנאה, א"כ להרמב"ם דס"ל דאפי' בשל שואל נמי הנאת פחות מפרוטה הנאה היא, כ"ש דהנאה דמשאיל דהוי בפחות מפרוטה, וא"כ למה לא הביא המנ"ח דלרמב"ם וטור פשיטא דהנאת דמשאיל בפחות מפרוטה נמי סגי:

והנה המפרשים הקשו עוד דאי פרוטה דוקא בעינן א"כ ליחשבה לעיל (דנ"ה ע"א) בהדי חמש פרוטות, שאין שאילה בפחות משו"פ, ולמ"ש א"ש, דהתם לא נקיט התנא כ"א

אותן הדברים דבעינן בהו פרוטה מצד השיעור, דבפחות מפרוטה לא הוי שיעור ממון ואין ראוי להתחייב, אבל פרוטה דשאילה, לאו משום השיעור הוא משום דבעינן דוקא הנאת פרוטה, אלא משום דסתמא דקרא מיירי בשאילה דרגילה למישל והיינו לתשמיש פרוטה, ולהכי לא חשבה התם, ובלא"ה למ"ש לעיל שם בשם השמ"ק, דכוונת התנא דאשמועי' החמש פרוטות, לאו לאשמועי' דפחות מפרוטה לא מהני, דזה פשיטא, אלא אשמועי' דגם בפרוטה הוי סגי, ומשום דבכל הני פרוטות דחשיב התם היה מקום לומר דגם בפרוטה לא סגי, לזה אשמועי' דבפרוטה מיהא סגי ועמש"ש, וכיון שכן אין מקום לקושיתם, דליחשיב נמי שאילה בפרוטה, דהא בשאילה פשיטא דפרוטה סגי, והספק הוא רק דשמא פחות מפרוטה נמי סגי, אבל בפרוטה פשיטא דסגי, וכמו שמוכח מהא דמיבעי אח"כ שתי פרות בפרוטה, דמשמע דפרה אחת בפרוטה פשיטא דמהני, וא"כ עיקר החדוש הוא בזה מה שבעינן פרוטה ולא סגי בפחות, וזה לא נחית התנא דהתם לאשמועינן, אלא דלפמ"ש שם דלתנא דלוי דהתם אשמועינן גם החדוש מה דבעינן פרוטה ולא סגי בפחות, ולדידי' צ"ל דלא חשיב שאילה בפרוטה משום דהכא לאו משום חסרון שיעור הממון הוא וכנ"ל:

בגמ' שותפין ששאלו כו', וז"ל הרמב"ם (בפ"ב משאלה) שותפין ששאלו כו' ה"ז ספק שאילה בבעלים לפיכך אם מתה אינו משלם ואם פשע בה חייב לשלם ע"כ, ונדחקו המפרשים מאוד, כיון דקיי"ל פשיעה בבעלים פטור, למה יתחייב בספק פשיעה בבעלים, והמ"מ כתב דהרמב"ם לשיטתו דס"ל פושע הוי כמזיק ולכן חייב אפי' בספק ע"ש, ואכתי אין זה מספיק, דהא סוף סוף אחר שפטרה התורה פשיעה בבעלים למה יתחייב בספק. ואכן למה שכתבנו לעיל (דף צ"ה) לחלק, דהא דאמרי' פשיעה בבעלים פטור, היינו רק כשפשע בשמירה וכמו שדייק לשון הרמב"ם אפי' נגנב או נאבד בפשיעה, ופשיעה כזה לא הוי כמזיק גם להרמב"ם, וכל היכי דהרמב"ם נקיט לשון פשיעה סתם מיירי שפשע בגוף החפץ לעשות בו היזק בידים, וההיא פשיעה דקרי לה הרמב"ם מזיק, א"כ מיושב מאוד דברי הרמב"ם דבאמת פשיעה בשמירה פטור גם בשל שותפין, כיון דודאי בבעלים פטור, אין לחייבו מספק בשל שותפין, ופשע דמחייב הכא, היינו שעשה היזק בגוף החפץ כגון שאינו יודע אנה הניחם, או שמסר לשומר אחר ומיעט בשמירתה, דפשיעה כזה לא מיבעי כלל להש"ס, ופשיטא דחייב אפי' בשל שותפין כיון דמזיק גמור הוא, ועיין היטב מ"ש לעיל:

ועוי"ל דאפי' בפשע בשמירה נמי חייב מספק, למה שכתבנו לעיל (דף פ' ע"א) בטעם דרש"י דס"ל התם דאי דוכתי דמחזקי גונדרי תרווייהו משלמי ופרש"י משום דהוי ספק

מי עשה, וידוע קושית התוס' העצומה דמספק הו"ל לפטור תרווייהו דהמע"ה, וכתבתי לתרץ דכל היכי דפשע ודאי, הוי חיובו ברור משעת הפשיעה ואי אפשר שוב לפוטרו כ"א בראיה ברורה ולא מספק, דהו"ל כספק אם פרעתיך דחייב מספיקא משום דיש לו חזקת חיוב, וכל היכי דפשע הוי נמי חזקת חיוב, והוכחתי שם שגם הרמב"ם (בפ"ו מחובל) ס"ל כרש"י ע"ש, והיינו שכתב הכא דאם מתה בלא פשיעה דלא אתחזק חיובו פטור מספק, אבל אם פשע דאתחזק חיובו ודאי הו"ל כא"י אם פרעתיך וחייב מספיקא, והוא כעין סברת המ"מ שכתב נמי דאי אפשר לפוטרו כ"א בראיה ברורה, אלא שקשה למה הוצרך לטעם דפושע מזיק הוא, אפי' אם לא היה מזיק יכולים נמי לחייבו מטעם שכתבתי, ודו"ק:

ברש"י ד"ה שותפים ששאלו, לחרוש קרקע של שותפות, כוונתו בזה דלשיטתו אזיל, דלעיל בר"פ הוכחתי דרש"י ס"ל דכל אחד מהשותפין בשעה שהשתמש בדבר של שותפות הו"ל כולו כדידיה, ומה"ט ס"ל דשתלא וטבחא לא הוי בבעלים כ"א למאן דעסיק בעבידתיה ולא לכל השותפין, והוא כסברת הר"ן (בנדרים ר"פ השותפין), ולהכי ה"נ אם כל אחד עושה מלאכה שלו ודאי כל אחד היה דינו בפני עצמו וזה שעושה ומתה תחת ידו פטור אם נשאל לו והשני חייב, להכי דייק דהכא מיירי בע"כ ששאלו לחרוש בקרקע של שותפות דהמלאכה הוי לצורך שניהם, וק"ל:

בגמ' אשה ששאלה ונשאל לבעל, ובשמ"ק דייק למה לא מיבעי באשה ששאלה לצורך נכסי מלוג ונשאל הבעלים לצורך נכסיה שיש לה לבדה ואין לבעלה רשות ע"ש. ונ"ל דלא מיבעי הכא כ"א בתרי גופי אבל בחד גופא כה"ג שהפרה והבעלים שאולים להאשה פשיטא דהוי שאילה בבעלים, ובהכי ניחא נמי מה שלא מיבעי בכה"ג דשאל הבעל פרה לצורך עצמו ונשאלו הבעלים ג"כ לבעל לצורך נכסי מלוג, אלא לאו דבגוף אחד פשיטא דהוי שאילה בבעלים, ועמ"ש בסמוך בע"ב:

תוד"ה שאל מן האשה כו', וי"ל דאין הבעל יכול להשאיל כו', פי' דלעולם שאל מן הבעל ואח"כ לקח רשות נמי מן האשה, והיינו שאל מן האשה דקאמר, פי' שלקח רשות ממנה:

ברש"י ד"ה עבד דלאו בר מצוה כו', וזה אין דין שואל ומשאיל נוהג בו שאין לו כלום בלא רבו, כוונתו לתרץ דמאי קאמר עבד דלאו בר מצוה הוא ואינו בשליחות, הא בפ"ב דגיטין אמרי' להדיא אף שלוחכם בני ברית לרבות את העבד, לזה תי' דנהי דבכל מילי נעשה שליח, אבל להני מילי דשאלה לא מצי למיעבד שליח כיון דאינו בתורת שאילה כלל, דלית ליה כלום בלא רבו, ומ"ש הגמ' עבד דלאו בר מצוה, הכוונה דלהא מילתא

דומה לאינו בן ברית דלא הוי שליח משום דלאו בר מצוה הוא, וה"נ העבד ליכא בתורת שאילה:

דף צו:

בגמ' אמר רבא לפום חורפא כו' אי שואל הוי שאילה בבעלים, והקשה בס' מ"ה דהא יש נ"מ כגון אם פרה זו היתה לאשה בשותפות עם אחר ולמאי דאמרי' לעיל דכולו בעליו בעינן א"כ הכא לאו כולו בעליו הוא ע"ש. ונ"ל דממ"נ היכי מיירי אם השותף הזה של האשה, לא הלוה חלקו ג"כ לבעל, א"כ לא הוי הבעל שואל כ"א בחצי של האשה, וכיון שהאשה עמו במלאכתו הוי כולו בעליו, דע"כ לא קאמרי' לעיל דשאל מן השותפין ונשאל אחד מהן דלאו כולו בעליו הוא, היינו בדשאל כל הפרה של שני השותפין, דהשאילה הוי בכולו, והבעלים לא הוי בכל השאילה, אבל אם לא שאל כ"א החלק של השותף אחד לחוד, וזה השותף גופא נשאל לו ג"כ פשיטא דמיקרי בבעלים, כיון דהוי בעלים בכל השאילה, ואי מיירי הכא נמי באופן זה, שהשותף לא השאיל חלקו פשיטא דהוי בבעלים כיון דהוי בכל השאילה. וכ"ת דאכתי יהיה נ"מ אם השותף השאיל חלקו ג"כ לבעל, ומעתה הוי השאילה בכולו, ובעליו לא הוי כ"א בחצי, היינו בחלק האשה, ולאו כולו בעלים הוא. אכן באמת ג"ז י"ל, דהא השותף הזה שהיה מעיקרא בשותפות עם האשה, השתא כשנשאת לבעל, והבעל זכה לפירות בכל מה שיש לאשה, הוי השותף שותפו של בעל ג"כ לפירות, וכיון דהוי שותפו של בעל, ובשותף ששאל מחבירו הוי שאילה בבעלים אפי' בשעה שאין עוסק במלאכתו כמבואר (בחו"מ סי' שמ"ו) וא"כ הוי בבעלים בכל השאילה, בחלק האשה מצד שהיא אשתו, ובחלק השותף מצד שהוא שותף:

ואין לומר דכיון שהבעל אין לו כ"א קנין פירות בפרה הזאת, לא מיחשיב השותף רק כבעלים בנכסי האשה שיש לה קנין הגוף ולא כשותף של בעל שאין לו כ"א פירות וכמו לעיל אשה ששאלה ונשאל לבעל דלא מיחשיב כבעלים משום דהוי רק קנין פירות, וה"נ כיון דשותף הזה אינו לבעל כ"א לקנין פירותיו לא מיחשיב כבעלים, דבאמת לא דמי לדלעיל, דע"כ לא מיבעי לעיל כ"א כשהיו שני גופים מחולקים, שאילת הבהמה לאשה ושאילת הבעלים ורק שתרצה לומר דמשום שהבעל יש לו קנין פירות יהא חשוב כאילו שאילת הבהמה הוי נמי לבעל, בזה מיבעי ליה אי הקנין פירות משוי זה כגוף אחד, אבל בכה"ג דהכא דשאילת הבהמה והבעלים הוי לגוף אחד לבעל, רק שאנו דנין על ההנאה, אם נחשב הנאה גם לבעל משאילת הבעלים דהוא השותף, אחרי שאינו עוסק

במלאכת הבעל כ"א בענין כזה שאין לו אלא פירות, בזה פשיטא דנחשב כהנאה, כיון דס"ס יש לבעל הנאה מעסק השותף, ומי גרע הנאת עסק בפירותיו מהנאה דאשקיין מיא דהוי בבעלים, וכבר הוכחתי לעיל בע"א דבגוף אחד לא מיבעי לן וכ"ש דא"ש לסברת השמ"ק שכתב דלהכי לא מיבעי לעיל באשה ששאלה לצורך נכסי מלוג ונשאלו הבעלים לצורך נכסיה שיש לה לבדה, משום דבשאילה בבעלים רק בתר ההנאה דייקינן דהוא השואל והמשאיל, ולכן בכה"ג פשיטא דלא הוי שאילה בבעלים כיון שהפירות של הבעל פשיטא דאין האשה הנהנית ולא שייך בה שואלת ומשאלת ע"ש. ובזה י"ל דלהכי לא מיבעי להיפך בשאל הבעל פרה לצורך עצמו ונשאלו הבעלים ג"כ לבעל לצורך נכסי מלוג אי הוי כבעלים או לא, אלא ודאי דבכה"ג פשיטא דהוי בבעלים משום דהוי בגוף אחד, ועוד משום דלענין בבעלים בתר הנאת פירי אזלינן וכסברת השמ"ק, וגדולה מזו מוכח לקמן בסוגיין דאפי' אם שאילת הפרה והבעלים שניהם היו רק לקנין פירות לחוד כיון דבגוף אחד הוא הוי שאילה בבעלים, דקאמר אגרא פרה מעלמא והדר נסבה ואליבא דרבנן לא תיבעי דודאי שאילה בבעלים, וקשה לכאורה הא הפרה אינה של האשה לגמרי רק שכורה היא אצלה ואין לה בה כ"א קנין פירות, וא"כ מאי מהני שנשאלת עמה דהא אין זה בעלים, אלא ודאי משום דעכ"פ שאילת הפרה והבעלים לאחד הוי שאילה בבעלים אע"ג דלא הוי כ"א לפירות, ורק בתרי גופי בזה הוא דאמרי' לעיל דלא מהני קנין פירות לאשוויי דליהוי כגוף אחד, ואפי' אם נימא דלא כסברתי, וגם בכה"ג תליא בפלוגתא דקנין פירות דלעיל ג"כ לק"מ, דהכא מרא דשמעתא הוא רבא, ורבא הא ס"ל קנין פירות כקה"ג וכמ"ש התוס' (בגיטין דף מ"ח) ולדידיה הוי בכל אופן שאילה בבעלים ולק"מ, ודו"ק:

ברש"י ד"ה והדר כו' וזכה הוא אף בפרה, ובגהש"ס הקשה הא בכה"ג לא זכה הבעל בפירות דהפרה כיון דליכא קרנא, לשיטת רש"י גופא (כתובות ע"ט ע"ב) דגבי בהמה איכא עורה ויש שיור, הא בלא נשתייר מאומה אין לבעל פירות, ואילו הכא ליכא שיור כלל ע"ש. ולא זכיתי להבין קושיתו, דהא זה פשוט דאם היה ברשות האשה להשכירה לאחר למשך זמן השכירות שהיתה מחויבת להשכירה, ובעד כסף השכירות תקח קרקע, וכמו בפרה שלה ממש דאמרי' הכי דתמכור הפרה ויקח קרקע בהן כו', וכמ"ש הרא"ש בכתובות, דבהכניסה לו פרה שאין בה אלא פירות שתמכור הפירות ליקח בהן קרקע, אלא דאין לה רשות להשכירה לאחר משום שומר שמסר לשומר, וא"כ לבעל דרשאי למוסרו, אמאי לא נימא דמחויבת למסור הפרה אליו, והוא יחזיר לה דמי השכירות, דזה ודאי דכסף השכירות צריך להחזיר להאשה אם כבר שילמה למשכיר, דבזה לא דיינינן

כלל דפשיטא שאין הבעל זוכה בכסף השכירות ששילמה מכבר, ואם כבר שילמה אז יחזיר לה השכירות ותקח בהן קרקע, ואם לא שילמה עוד וכדרך כל שכירות שאינה משתלמת אלא בסוף, יחזיר הבעל להמשכיר:

ועוי"ל דהנה בלא"ה נסתפקתי בעיקר הדין דנפלו לה פירות דמוכרין הפירות וילקח בהן קרקע, הא ניחא במקום שיש תקנתא דמכירה עבדינן הכי בכדי שלא יפסדו שניהם, הבעל לא יפסיד את הפירות והאשה את הקרן, אבל אם הוא דבר שאין ראוי למכור באופן דתקנתא דמכירה ליתא, מי נדחה מפני מי, וכתבתי דבכה"ג מסתבר דהבעל אוכל הפירות אפי' לרש"י, דהא לשיטת הרי"ף שם דמפרש בעז לחלבה ודקל לפירותיו שאין לה כ"א זכות החלב והפירות ובדקל אין לה כלום, ואם יאכל הבעל לא יהיה לה שיור ואפ"ה הוי לבעל אע"ג דליכא שיור ואיכא נמי תקנתא דמכירה, ולכן נהי דרש"י פליג וס"ל דבליכא שיור לא הוי לבעל, היינו עכ"פ במקום דאפשר בתקנתא דמכירה, אבל במקום דליכא תקנתא זאת גם לרש"י הוי לבעל, דמהיכי תיתי להשוות מחלוקת רחוקה בין רי"ף ורש"י, וכיון דלהרי"ף אפי' במקום שאפשר בתקנתא הוי נמי לבעל, דיו שנימא לרש"י דבכה"ג שאפשר בתקנתא עבדינן לתקנתא, ורש"י לא פליג אהרי"ף כ"א מפני שאפשר בתקנתא דמכירה, למה לא נעשה תקנתא זאת ונציל את שניהם, אבל אם א"א בתקנתא הזאת, גם לרש"י הוי דבעל, ולפי"ז ה"נ א"א באופן אחר, דלמוכרה אין לה רשות כיון שהפרה אינה שלה לחלוטין, ולהשכירה לאחר למשך השכירות נמי אין לה רשות מטעם שומר שמסר לשומר, ודוקא לבעל מותרת למסור מטעם דכל המפקיד על דעתו הוא מפקיד, ועין בפלפולא חריפתא כאן שהאריך בזה דכל המפקיד אדעת הבעל, וכיון שאין תקנה אחרת ממילא הוי לבעל, וכ"ת שיכולה להשכיר לבעל גופא ולקבל מאתו השכירות, אה"נ דכסף השכירות יחזור לה או להמשכיר, דבזה לא דיינינן וכמ"ש לעיל ורק על עיקר הפרה דיינינן וזה הוי לבעל:

בגמ' בעל לוקח הוי, ובתוד"ה בעל כתבו דמ"מ שו"ח מיהא הוי וחייב בפשיעה ע"ש ואע"ג דפשיעה בבעלים הוא ומאי נ"מ אם חייבת, י"ל דנ"מ כגון היכי דאגרה פרה מעלמא ונסבה ואליבא דר' יוסי דצריך לשלם לבעלים הראשונים וא"כ לא הוי בבעלים וכמ"ש בגמ' דלר' יוסי לא הוי בבעלים, ואמנם הרא"ש כתב דאה"נ הכא לגבי בעל לא נ"מ מידי בדין זה, דבלא"ה פטור מטעם בבעלים, רק הנ"מ יהיה לענין לוקח בעלמא, והש"ך בחו"מ (סי' שמ"ו) תמה מאוד על הרא"ש, דהא להדיא מבואר הכא דלר' יוסי לא הוי בבעלים, וא"כ גם לגבי בעל יש נ"מ, וכן משמע מלשון התוס' כאן כהש"ך, דגם הבעל חייב בפשיעה. ונ"ל לתרץ דעת הרא"ש דלשיטתו אזיל, דהנה בטעם דר' יוסי דס"ל תחזור

פרה לבעלים ראשונים, נחלקו בזה התוס' והרא"ש (לעיל דף ל"ה) התוס' ס"ל הטעם משום דמצי לומר לו דל אנת ושבועתך ואנא משתעינא דינא בהדי שואל, והרא"ש כתב הטעם דהשוכר כשהשאיל הפרה לחבירו הוי זה בשליחות המשכיר וכאילו המשכיר השאיל ע"ש, הסבר הדברים מאיזה טעם נימא הכי דהוי כשלוחו, היינו דכיון דיש למשכיר ריוח מזה, שהעדיף שמירתו למוסרו לשואל אנן סהדי דניחא לו למשכיר בזה בכדי שיהיה לו גם אחריות אונסין, ונהי דאפי' בכה"ג שעלויי עלייה לשמירתו, אי טענו הבעלים דלא ניחא להו בכך, טענתם טענה וחייב השומר, וכמו דקיי"ל שאפי' שו"ח שמסר לש"ש חייב, מטעם דמצי א"ל אין רצוני שיהא פקדוני כו', היינו כשטעין להדיא הכי, אבל מסתמא אמרי' דניחא לו בזה, וא"כ לטעם זה לא שייך הך סברא כ"א בשוכר שהשאיל, דעלויי עלייה, ואמרי' דמסתמא ניחא לבעלים והוי כשליח הבעלים, אבל היכי שאין ריוח להבעלים, כגון בשוכר שהשכיר לאחר, וכ"ש היכי דגרעה עוד לשמירתו למסור לשו"ח, בזה אין לומר דהוי כשלוחו, דודאי מסתבר לומר להיפוך דהבעלים לא יתרצו ע"ז למסור הפרה לאחר וכפי הכלל דאין רצוני כו', ולפי"ז א"ש דברי הרא"ש, דמה דאמרי' הכא דלר' יוסי הוי דין של בעל עם הבעלים, היינו לפי הס"ד דבעל שואל הוי, ואנן סהדי דניחא לו לבעלים הראשונים בזה שהבעל יזכה בתשמישי הפרה ושפיר הוי האשה כשליח של הבעלים הראשונים, אבל לבתר דמסיק הש"ס דבעל לוקח הוי ואינו חייב כ"א כשו"ח, בזה גם ר' יוסי מודה דלא הויא שליח של בעלים הראשונים, כיון דהם לא היו מרוצים לזה, ואע"ג שאינם יכולים למחות ע"ז אם תרצה האשה למסור לבעל, ומשום דכל המפקיד על דעת שתמסור לבעל נמי הוא מפקיד, אבל גם רצון אין לו ע"ז שנוכל לומר דהאשה הויא כשלוחו, וכ"כ בפלפולא חריפתא כאן דמטעם דכל המפקיד לא נחשב כשליח וכיון דאינה כשליח הבעלים, גם לר' יוסי הדין דבעל רק עם האשה בלבד, ואין לו שום שייכות עם בעלים הראשונים, ולהכי שפיר כתב הרא"ש דלגבי בעל אין נ"מ בזה, דבכל אופן פטור מטעם בבעלים, כיון דאין לו עסק כ"א עם אשתו דהוי בבעלים, וניחא בזה לשון הש"ס דאגרא פרה, ולא קאמר דשאלה פרה, משום דבשאלה לא היה חייב לר' יוסי אפי' אי נימא דבעל שואל הוי, דאכתי אין להם שום ריוח, דמעיקרא נמי היתה חייבת באונסין, אבל באגרה פרה דהאשה אין חייבת באונסין, ובעלה אי שואל הוי חייב, להכי אמרי' דהוי כשליח של בעלים, וכ"ז הוא לשיטת הרא"ש דטעם דר' יוסי הוי משום דשליחותייהו עבדינן, אבל לטעם התוס' משום דדל אנת ושבועתך, אין נ"מ בין עלויי עלייה לגרועי גרעה לשמירתו, כיון דהמשכיר מרוצה כעת לתבוע מן השומר השני, דהא בע"כ שעתה בשעת התביעה ודאי מרוצים הבעלים לקבל השבועה משומר

השני, דאם אינם מרוצים, בלא"ה לא שייך זה לסברת התוס', וכיון שהבעלים מרוצים לקבל מן שומר השני, הלא בידם שלא לקבל השבועה מן הראשון ולומר לו דל אנת, דבשלמא לשי' הרא"ש דלא תלוי כלל ברצון הבעלים כעת בשעת התביעה, ורק ברצונם בשעת השאלה, אם היה זה מרצונם הוי השומר כשליח הבעלים, וכיון שלא ידענו אז דעת הבעלים, ומאומדנא דנפשינו אמרי' דבדבר שיש להם ריוח מסתמא ניחא להם, אבל לא בדבר שיגיע להם הפסד, אכן לשיטת התו' דתלוי זה ברצונם דהאידנא לתבוע מן הראשון או מהשני, א"כ כשירצו עתה לפטור לראשון ולתבוע משני, יכולים הם בכל עת שירצו לעשות כן, וממילא דלשיטתם הוי בכל אופן דין דבעל עם הבעלים הראשונים, להכי שפיר כתבו דנ"מ גם לגבי בעל, כגון דהיכי דאגרה, שוב ראיתי במוסגר שם בש"ך שגם הוא רצה לחלק בין שוכר שהשאיל לשוכר שמסר לשו"ח, אלא שכתב דדוחק הוא, ואמנם זה ודאי דלטעם התוס' דוחק הוא, אבל לטעם הרא"ש אדרבה מסתבר שפיר לומר כן ואתי שפיר הכל:

והשתא דזכינו לדין יתבאר לנו עוד דקדוק גדול שנמצא שנוי לשון בין העתקת הרמב"ם והמחבר להך דינא, להעתקת הרא"ש והטור, דהרמב"ם (פ"ב משאלה) והמחבר (חו"מ סי' שמ"ו) כתבו בזה"ל, שאלה פרה והדר נשאת לבעל פטור מטעם דהוי כלוקח, ובטור העתיק כלשון הש"ס שכרה פרה כו', וצריך באור דעת הרמב"ם למה שינה מלשון הש"ס דמיירי בשכירות, ועמ"ש בדרישה. ונ"ל דלשיטתם אזלי, דלעיל בחו"מ (סי' ש"ז) כתב המחבר בשם הרמב"ם (פ"ג משכירות) דשוכר פרה והשאילה לאחר תחזור לבעלים הראשונים, ובטור מסיים הכי, שאפי' אם המשכיר יודע שמתה כדרכה נמי תחזור לבעלים הראשונים, והרמב"ם דלא מסיים הכי, מכלל דס"ל דבמקום שהמשכיר בעצמו יודע לא אמרינן דתחזור לבעלים הראשונים, ואמרתי דפליגי בזה בסברת התוס' והרא"ש הנ"ל, דלטעם התוס' דדל אנת ושבועתך, לא שייך זה כ"א במקום שאין המשכיר יודע, אבל במקום שהמשכיר יודע שמתה וליכא שום שבועה, לא שייך לומר דל אנת ושבועתך, וכ"ה להדיא בתוס' (דלעיל דף ל"ה) דאם המשכיר עצמו יודע לא אמרי' תחזור לבעלים, משא"כ לסברת הרא"ש אפי' בכה"ג נמי שייך לומר דתחזור לבעלים, וא"כ הרמב"ם והמחבר יסברו כשי' התוס', ולהכי לא סיימו שאפי' במקום שהמשכיר יודע נמי אמרינן הכי, והטור דסובר כשי' הרא"ש, להכי סיים שאפי' במקום שהמשכיר יודע נמי אמרי' הכי. ולפי"ז יובן לנו גם טעם פלוגתתם כאן, דהטור שסובר כהרא"ש דטעם דר' יוסי הוי משום דכשלוחו הוא, וטעם זה לא שייך כ"א בשוכר שהשאיל דיש לו ריוח והוי כשלוחו, אבל בשואל שהשאיל דליכא שום ריוח לבעלים הראשונים כיון דגם שומר

הראשון חייב באונסים, אמרי' מסתמא דלא ניחא להו שימסור לאחר ולא הוי כשלוחו, ולכן אי האשה שאלה הפרה מתחלה אין לבעלה שום דו"ד עם בעלים הראשונים כיון דאינה כשלוחם, ורק עם אשתו יש לו דו"ד, ולאשתו פטור מטעם בבעלים, ולאו מטעם דלוקח הוא, והטור דרצה להשמיענו דין דבעל לוקח, מוכרח הוא להשמיענו בשכרה פרה, דבזה היה שפיר הפטור מטעם דלוקח הוא, וגם בבעלים לא הוי ע"י טעם דלוקח, דאילו לא היה כלוקח אלא כשואל לא היה כלל בבעלים, דמשום דעלייה לשמירתו היה דינו דבעל עם הבעלים הראשונים, ורק מטעם דלוקח הוא, מזה נמשך הסברא דלא הוי בבעלים, ואין חייב לבעלים הראשונים, וגם פטור הבעלים לאשה הוי נמי מטעם זה, אבל הרמב"ם ומחבר דס"ל כשיטת התוס', ולדידהו אין נ"מ בין עלויי עלייה לגרועי גרעה, להכי שינו לכתחילה לכתוב שאלה ערה לאשמועי' דאפי' בכה"ג לא הוי בבעלים ופטור מטעם לוקח, ודו"ק היטב בזה:

והנה עמ"ש המחבר (בסי' שמ"ו) דאשה ששאלה ואח"כ נשאת הוי הבעל כלוקח ואין בו דין שומר לפיכך הבעל פטור אפי' פשע בה מפני שהוא כלוקח, הגיה הרמ"א וז"ל אבל לא מיפטר מטעם שמירה בבעלים דהא אין החפץ שלה רק שאול בידה כו', ולמ"ש לאו מטעם הכי הוא, אלא משום דהכא לא הוי כלל בבעלים לדעת המחבר, דאם היה חיוב על הבעלים, לבעלים ראשונים היה חייב ולא לאשה, ואצלם אינו בבעלים, ועיקר הפטור הוי מטעם שהוא כלוקח, ואין עליו שום דין שומר כלל, וכמ"ש בשמ"ק דאם לוקח הוא אין עליו שום חיוב אפי' בפשיעה, אבל אם היה עליו איזה חיוב, לא היה נפטר מטעם בבעלים, דלבעלים ראשונים הוא חייב וכמ"ש התוס' הכא, דסבירא להו דאפי' אי לוקח הוי נמי יש עליו חיוב פשיעה, ושפיר צריך לשלם לבעלים הראשונים, ועמ"ש הסמ"ע שם, ולדברינו ניחא הכל:

דף צז.

בגמ' איכא דאמרי אכיל עכברי טובא וחביל ומת כו' גברא דנשי קטלוהו כו', הן בעיקר הפטור דמתה מחמת מלאכה כבר קיהו בה הראשונים, למה יפטור בזה, מי גרע ממתה כדרכה דלא אתא מחמת השואל, מתה מחמת מלאכת השואל לא כ"ש דחייב, ותי' הרמב"ן דשואל לא קיבל עליו כ"א האונסין דלא אתו מחמת פשיעה דמשאיל, אבל דאתו מחמת פשיעה דמשאיל לא קביל והכא המשאיל פשע דמידע ידע דלמלאכה קא בעי לה והו"ל לעיוני אם בת מלאכה היא או לא, וכיון דלא עיין איהו דאפסיד אנפשיה. והרשב"א תי' דכיון דהדרך ליכחש מחמת מלאכה ומידע ידע דעבידא לכחושי בשרה

ואפ"ה לא שם ליה מעיקרא בכחשא, וכיון דלא קפיד בכחשה, אף במתה כולה לא קפיד, דמה לי קטלה כולה או פלגא הובא זה בשמ"ק, והנה לסברת הרשב"א יש לדקדק מה דאמרינן הכא דשונרא שאכלה עכברים דהוי מתה מחמת מלאכה, הא במלאכה הזאת ליכא כחשה, דאם היתה עושה כדרכה לאכול העכברים מעט, לא היתה נכחשת אלא להיפך היתה משובחת, ואין ראיה דלא קפיד אכחשה, וא"כ כי מתה אח"כ למה פטור, ולמ"ש הסמ"ע (בסי' ש"מ סק"ח) דעיקר השאלה לא היתה לאכילת העכברים אלא להריגת העכברים ולרדוף אותן מן הבית, ואפ"ה כי אכלה טובא נמי פטור אעפ"י שלא המלאכה הרגתה, מ"מ כיון שבמלאכה ששאלה מתה וכסברת הרמ"ה שבטור, היה ניחא זה, דכיון דעיקר השאילה היה להריגת עכברים ולא לאכילה, דבזה ודאי היתה נכחשת קצת ביגיעתה לרדוף אחריהן ואפ"ה לא קפיד להכי כי מתה כולה נמי פטור. ועוי"ל דאכלה עכברין הרבה ומתה דפטורה לאו מטעם דמתה מחמת מלאכה הוא, אלא משום דהשונרא פשעה בעצמה מה שאכלה יותר מדאי והו"ל שלא תאכל, והשואל לא קיבל עליו כ"א אונסין דנשבר או מת מעצמה בלא פשיעת הבהמה, אבל כי מתה בפשיעת עצמה אונס כזה לא קביל עליו, והיינו דבש"ס שהביא לאיכא דאמרי אכיל עכברי טובא כה"ג מאי, ולא סיים בה כמתה מחמת מלאכה דמי או לא, וכדקאמר ללשון ראשון, משום דבכה"ג פשיטא דאין זה ענין לטעם דמתה מחמת מלאכה, דאפי' אם השאילה היתה עקריית לאכילת העכברין נמי לא שייך לפטור מטעם דמתה מחמת מלאכה, כיון דהכא אין ראיה דלא קפיד המשאיל, דהא הכא ליכא כחשה, ורק הפטור הוא משום דאונס כזה לא קביל עליו, וע"ז היה הבעיא אי קביל נמי אונס כזה או לא, ופשיט דלא קביל ופטור. ובזה היה ניחא מ"ש הרמ"א (בחו"מ סי' ש"מ) דהמשאיל שונרא לרדוף עכברים והרגוה העכברים דפטור משום מתה מחמת מלאכה, ובסמ"ע שם דייק למה לא כתב החלוקה הב', דכשמתה ע"י שאכלה הרבה עכברים ע"ש, ולמ"ש א"ש, דבכה"ג לאו מטעם מתה מחמת מלאכה פטור, והרמ"א נקיט הכא פטור דמחמת מלאכה קאמר, רק שהעכברים הרגוה, אלא הפוסקים לא הבינו כן, דלדבריי נפל כל הויכוח אשר בין הרמ"ה והרא"ש המובא בטור, להוכיח מכאן על בהמה שבאו לסטין עליה ע"ש, כיון דהכא לאו מחמת מלאכה הוא דפטרו, וע"ש בב"ח שכתב קצת כדבריי, אבל מן הש"ס והרשב"א מוכח דהאי פטורא לאו משום מחמת מלאכה הוא, ובב"ח כתב שגם הרא"ש יסבור כן, וא"כ על הרמ"א ודאי דלא קשה קושית הסמ"ע, משום דיסבור כהרשב"א והרא"ש וכמ"ש ודו"ק:

ברש"י ד"ה כשאלה בבעלים, אם משהיה זה במלאכתו כו', מלשון זה משמע דלא חשיב בבעלים אלא לאותו שהיה עמו במלאכתו, ודלא כהרמב"ם, ועמ"ש מזה לעיל בר"פ:
בגמ' שאיל לן מר, לכאורה נראה פשוט, דהאב שפשע במלאכת הבן פטור לעולם משום דהבן מחויב תמיד לעשות מלאכת האב, ומ"ש מתלמיד לרב או מאשה לבעלה דהוי בבעלים מה"ט, ואכן לעיל (דמ"ב ע"ב) נימא לאימיה זילי שלימי משמע דהאם חייבת לגבי הבן, ועמ"ש בחדושינו שם לחלק בין אב לאם שאינו מחויב לפעמים לעשות מלאכתה, וגם עוד באופן אחר יישבתי זה, משם תדרשנו:
בתוד"ה ביום שהיתה כו', וא"ת והיכי מגלגלין שבועה כו' יהא נאמן במיגו כו', היינו התוס' לשיטתייהו לעיל (ד"ג ע"א) דאמרי' מיגו לאפטורי משבועה, אבל לשי' הרמב"ם (פ"ב משכירות) דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן א"ש:

דף צז:

רש"י בד"ה חייב לשלם, דברי ושמא ברי עדיף, ותמה הפנ"י דהא מוקי לה בגמ' בטעמא אחריני, משום דיש עסק שבועה, והעלה בזה דבאמת גם לר"נ ור"י הוי עיקר החיוב משום ברי ושמא, דא"א לומר דטעמא דר"נ הוא משום דמחויב שבועה וא"י לישבע משלם, דהא ר"נ לית ליה הדין דמתוך שאי"ל משלם וכמ"ש בתוס', דר"נ עבד עובדא בשניהם חשודים דיחלוקו, אע"כ עיקר החיוב הוא משום ברי ושמא, ואפ"ה הוצרך לטעם דעסק שבועה, דברי ושמא לא מהני לר"נ כ"א בהצטרפות איזה חזקה עם הברי וכמ"ש ר"נ לכתובות די"ב) ע"כ לא אמר ר"ג ברי עדיף כ"א התם דאיכא חזקה דגופא, אבל היכי דליכא חזקה מודה, והנה בשיש עסק שבועה דהיינו מודה במקצת, איכא חזקה דאין אדם תובע אלא א"כ יש לו, לסייע למעלת הברי, דליכא למימר החזקה הזאת נסתרת ע"י חזקת הנתבע, דאין אדם מעיז פניו, דהא במודה מקצת אמרינן דמשתמיט, ולאו להעזה מכוון, ולכך הוכרח לאוקמי בשיש עסק שבועה, דבזה איכא חזקה דאין אדם תובע לסייע למעלת הברי, אבל באין עסק שבועה דהיינו בכופר הכל ליכא חזקה דאין אדם תובע, משום דחזקה דאין אדם מעיז סותר אותה, ולא נשאר כ"א ברי לחוד, דזה לא מהני, הארכתי בבאור והסבר דברי הפנ"י, בכדי להבליט מה דקשה לי על דבריו, דלענ"ד יש לפקפק בזה, חדא דלבתר דמשכח בזה עסק שבועה, מסיים בש"ס הטעם דמתוך שאי"ל משלם, ולדבריו למה לו לסיים הכי, כיון דאין הטעם משום הכי, ואפי' אם היה יכול לישבע לא היה מהני לפטור ע"י שבועה כיון דאיכא ברי וחזקה דמהני להוציא, ולא הו"ל לש"ס לומר רק, כשיש עסק שבועה, ולא לסיים דמשום מתוך שאיל"מ הוא,

ועוד דלמה לן כלל לטעם דעסק שבועה, הא ר"נ גופא הוא דסובר (בשבועות דף מ') דגם בכופר הכל שייך אשתמוטי, דמה"ט מחייב שבועה גם בכופר הכל, משום דלא אמרי' חזקה אין אדם מעיז, אלא אמרי' דלאשתמוטי מכוון, וא"כ אפי' כשאין עסק שבועה, וכופר בכל ממש הוא, נמי איכא חזקה דאין אדם תובע, ואינה נסתרת כלל ע"י החזקה דאין אדם מעיז, וכנראה מלשונו שם שהוא עצמו הרגיש בזה, ורצה לתקן משום דבכופר הכל לא שייך כ"כ אשתמוטי כמו במודה מקצת ע"ש, והנה אם כי אמנם כ"כ התוס' שם בשבועות, דהקשו דא"כ מודה מקצת יפטר במיגו דבעי לכפור הכל כיון דגם בכופר הכל אמרינן אשתמוטי, ותי' דאפ"ה לא שייך כל כך לאשתמיט בכופר הכל כמו במודה מקצת ואין זה מיגו ע"ש, אכן מהתוס' הזה אין ראיה לנדון דהכא דלענין מיגו שפיר כתבו התוס' דלא הוי מיגו בהכי, דאע"ג דגם בכופר הכל עביד לאשתמוטי, אפ"ה אין נוח לו להשתמיט מכל התביעה, ויותר נח לו להודות במקצת ולהשתמיט מן המותר, אבל לענין לסתור החזקה דאין אדם תובע, פשיטא שאפי' כופר הכל גמור אין סותר כיון דגם בו אמרינן דאין מעיז ועביד להשתמיט גם בכולו, דאל"ה לא היה מחייב שבועה בכופר הכל, ובהדיא איתא שם דמחייב שבועה בכופר הכל, מ"ט חזקה דאין אדם תובע כו' ופריך והא חזקה דאין אדם מעיז ומשני אשתמוטי קא מישתמיט הרי להדיא שגם בכופר הכל נשארת חזקה דאין אדם תובע בתקפה, ואינה נסתרת ע"י חזקה דאין אדם מעיז, הן אמת דקושי' הזאת לא הי' גדול בעיני כל כך, די"ל דרש"י לשיטתו לעיל (ד"ג ע"ב) דס"ל דבכופ"ה לא שייך אשתמוטי, והך סוגיא דשבועות יישבתי שם בחדושינו לשיטת רש"י בכמה אנפי עמ"ש (ד"ג ע"א) בתוד"ה מפני מה, ולעיל (דף ו' ע"א) בד"ה בגמ' אלא הא דא"ר נחמן, אבל קושי' אחריתי עוד תעמוד לנגדו, דלשיטת רש"י (ב"ק דק"ז) דחזקה דאין מעיז לא שייך כ"א במקום שעשה לו טובה שהלוהו, אבל בפקדון שלא עשה לו טובה אמרי' דאדם מעיז וחייב אפי' בכופר הכל, וא"כ בפקדון איכא לעולם בתקפה החזקה דאין אדם תובע, ונימא התם ברי ושמא ברי עדיף, כיון דחזקה דאין אדם תובע מסייע למעלת הברי, ובהדיא שנינו (בב"ק דקי"ח) גזלתני הפקדתני וא"ל איני יודע אם גזל או הפקיד פטור, הרי להדיא שאפי' בפקדון לא אמרינן ברי עדיף, ועוד דבכל טענות שמא לא שייך כ"כ אין אדם מעיז, כיון שאינו כופר כלל וטוען האמת שאינו יודע, ואכתי נאמר בכ"מ דברי עדיף, כיון דליכא חזקה דאין אדם מעיז לסתור חזקת דאין תובע כו', ומכל הלין נ"ל, דחזקה שאין אדם תובע אינה מצטרפת כלל למעלת הברי, ואע"ג דשארי החזקות מצטרפות, אבל הך חזקה לא, משום דשני המעלות הללו הכל ענין אחד, דע"י חזקה דאין אדם תובע תתעדף טענת הברי, דאי לאו הך חזקה, לא היה

מעלת הברי מעלה טובה, כי מה לנו לטענתו, אחרי שיש לומר שיטעון מה שאין לו, וא"כ החזקה הזאת עושה לטענת הברי טענה מעליא, ואין כאן כ"א הברי לחוד, ודמיא למ"ש הנו"ב (מ"ק חאה"ע סי' מ"ג) להשיג על הפנ"י שכתב דבעגונא יש שני חזקות לאיסור, חזקת חיים וחזקת אשת איש, והשיג הנו"ב דשני אלו החזקות נחשבים כחדא, דאחת רק לחבירתה משבחת ע"ש, וה"נ דכוותיה, ול"ד לכל החזקות דמצטרפות בהדי ברי משום דענינים מחולקים הם, זהו הנלע"ד לפקפק בדברי הגאון, ובשגם שאין שום הכרח לומר כדבריו, דקושית התוס', כבר יישבו התוס' גופייהו, ומה שדייק מרש"י, הודה בעצמו שדרך רש"י לפרש כפשוטה אף שלא אליבא דהלכתא, וניחא לו לפרש אליבא דר"ה ור"י בחדא פרה דפשוטה טפי ודו"ק:

בתוד"ה רב הונא בסוה"ד, וא"ת אע"ג דדחי בכתובות ההיא דר"ג אכתי דרב יהודה דשמואל הוא כו', וכיו"ב הקשו גם בכתובות ע"ש, ובכדי ליישב קושיתם אציע הסוגיא דכתובות (דף י"ב ע"ב) א"ל אביי לרב יוסף הא דרב יהודה דשמואל הוא דאמר רב יהודה אמר שמואל הלכה כר"ג כו' אף בראשונה מאי אף בראשונה אף על גב דאיכא למימר אוקי ממונא בחזקת מריה אפ"ה אמר ר"ג ברי עדיף, לימא ר"ה ור"י דאמרי כר"ג, ורב נחמן ור' יוחנן כר' יהושע א"ל ר"נ אנא דאמרי אפי' לר"ג ע"כ לא אמר ר"ג התם אלא משום דאיכא חזקה כו' ע"כ, והתוס' פה ושם הבינו, ששני קושיות מקשה הש"ס התם, א), דהא דרב יהודה דשמואל הוא, ב), דרב הונא ורב יהודה דאמרי כר"ג, וההכרח שהביאם לפרש כך, דאל"כ אלא עיקר הקושיא הוא מר"ג, א"כ לאיזה צורך הקדים לומר דרב יהודה דשמואל הוא עם כל האריכות, בקצרה הול"ל לימא ר"ה ור"י כר"ג, אע"כ דזה נמי קשה לש"ס, דרב יהודה דשמואל הוא, ולזה הקשו דאפי' לתירוץ הש"ס לא משני כ"א קושי' הב' מר"ג, אבל קושי' הראשונה דרב יהודה דשמואל הוא, לא מיתרצי, דאכתי מצי להוכיח וכמ"ש התוס', ובחי' הרשב"א שם בכתובות מקשה עוד, דלמה הוצרך הש"ס להוכיח דרב יהודה דשמואל מהתם מדפוסק כר"ג, ולמה לא הוכיחו מהוכחת התוס' דשמואל אית לי' ברי עדיף, ואכן בחדושיי לכתובות הארכתי לבאר, דהש"ס רק חדא קא מקשה, לימא דרב יהודה דאמר כר"ג, ודרב יהודה דשמואל הוא, לאו לפירכא קא מייתי לה, אלא שהוצרך להקדים זה דרב יהודה דשמואל הוא, משום דבלא זה לא היה קשה גם הקושיא, לימא רב יהודה כר"ג, דלא היינו מפרשים כלל לטעם דר"ג דס"ל נאמנת, שהוא מטעם ברי עדיף, אלא היינו אומרים דבאמת לאו ברי עדיף ס"ל ואפ"ה נאמנת אליבא דר"י שם דטענתייהו במאתים ומנה, וא"כ היא תובעת מאתים והוא מודה במקצת במנה, ולכן חייב לשלם כדין כל חמשין ידענא וחמשין לא ידענא, ואי נימא כן

לא קשיא כלל, דר"ה ורב יהודה כר"ג, כיון דטעמא דר"ג לאו משום ברי עדיף, להכי הביא דרב יהודה דאמר ברי עדיף דשמואל הוא כלומר דמסתמא אית ליה לרב יהודה דברי עדיף משום דאיהו גופיה אמר משמיה דשמואל דהלכה כר"ג אף בראשונה מטעם דברי עדיף, הרי שאמר להדיא דטעם דר"ג משום ברי עדיף, ולא משום מתוך שא"י לישבע משלם, וכיון שטעם דר"ג הוא משום ברי עדיף, שפיר מקשה אח"כ לימא רב יהודה דאמר כר"ג, ועל רב יהודה גופא לא קשה, מנ"ל באמת לומר טעם דר"ג משום ברי עדיף, דילמא טעמו כדאמרינן משום מתוך שמשואיל"מ, די"ל משום דלא הו"ל למידע לא אמרי' מתוך שאיל"מ, והיא גופה אשמועינן רב יהודה, דבלא ר"י היינו מפרשים טעם דר"ג משום מתוך שאיל"מ, ואתא איהו לומר דבכה"ג דלא הו"ל למידע לא אמרי' הכי, אלא טעמו משום ברי עדיף, ואפי' לרבא ור"נ דאמרי התם (דף י"א ע"ב) מקח טעות לגמרי משמע, וליכא התם מודה מקצת כלל, אפ"ה בלא ההקדמה, דרב יהודה דשמואל הוא, לא היינו מפרשים טעמו דר"ג משום ברי עדיף, אלא משום כיון שהבעל כבר מחויב היה בכתובתה וגם יש לה שטר כתובה, ועכשיו שרוצה לפטור עצמו מספק הוי כא"י אם פרעתיך ולהכי חייב, וכמ"ש התורי"ד שם לומר כן גם אליבא דאמת, ולא מטעם ברי, להכי הביא דרב יהודה דשמואל הוא, שאומר להדיא משום ברי, ולא ניחא לרב יהודה לומר באמת מטעם דא"י אם פרעתיך, כיון דלטענת הבעל שמא עד שלא ארסתיך, הספק הוא אם נתחייב כלל, ולפי"ז הוי כל הענין דמביא הא דרב יהודה דשמואל, לאו לפירכא, אלא משום דאיהו מפרש בהדיא טעם דר"ג משום ברי, בכדי שיוכל להקשות אח"כ לימא דר"ה ור"י דר"ג, ומיושב קושית התוס', וגם קושית הרשב"א הנ"ל מיושב, דמהכא לא הו"מ לאשכוחי כ"א דשמואל סובר דברי עדיף, והתם רוצה להוכיח רק דר"ג הוא דקאמר משום ברי, ולא על שמואל, ועל ר"ג לא מוכח מידי מהכא:

דף צח:

תוד"ה שאלה כו', וא"ת דאמרי' לעיל דאתיא שכירות בבעלים ומפקע כו', אפשר ליישב דבעיא דהכא הוא דוקא כשהשנוי בא למשך זמן השכירות השניה כגון ששכרה מתחלה לחדש בבעלים, ובתוך ימים הללו שכרה ממנו עוד הפעם דלכשיכלה זמן שכירות ראשונה תהא שכורה לו עוד לחדש, ושכירות השניה הוא שלא בבעלים, אבל במשך שכירות הראשונה לא נתבטלה תנאי דבבעלים, ובכה"ג שפיר מיבעי, דכיון דתנאי שכירות הראשונה לא נתבטל כלל, אפשר דשכירות השניה נמי אתנאי דמשיכה הראשונה בא ומתחברים כאחד, אבל אם גם בתוך ימים הראשונים נתבטל כל תנאי

השכירות, רק ששכר ממנו עוד הפעם, בכה"ג פשיטא דלא שייך לומר אדעת חיובי משיכה הראשונה הוא, כיון שחיובי ראשונים נתבטלו מעיקרן, והגע בעצמך אם שכר תחלה לחדש בבעלים, ואח"כ ביטלו תנאי הזה והשכיר לו מחדש לזמן הזה עצמו שלא בבעלים, האם יש בזה צד ספק לומר דהשניה מתחברת לראשונה, ודאי הדבר דבכה"ג לא שייך לומר דשניה מתחברת לראשונה כיון דראשונה נתבטל מעיקרו, והכא לא קא מיבעי ליה רק על משך ימי השכירות השניה כשבאים לאחר כלות משך שכירות הראשונה, אבל כשבא השנוי במשך שכירות הראשונה גופא לא קא מיבעי, דפשיטא דכאן לא שייך חבור השניה עם הראשונה, כיון שעל הראשונה גופא אנו דנין ולמי תתחבר. ולפי"ז מיושב קושית התוס', דהתם דאגר מינה פרה לחדש ונסבה בתוך הימים הללו, ואמרי' כיון דנסבה הופקע ונתבטל תנאי הראשון ונעשה שכירות חדשה, וגם על משך חדש הראשון גופא קאמר התם דאתיא בבעלים ומפקע, דאם קרה האונס גם במשך שכירות חדש הראשון נמי פטור, והיינו כמ"ש דכיון דתנאי הראשון נתבטל מעיקרו וא"כ לא שייך לומר שהשניה תתחבר עם הראשונה, כיון שלית כאן כלל ראשונה, דנתבטלה כעת משנסבה:

במתני' אמר לו השואל שלחה לי ביד בנך ביד עבדך ביד שלוחך כו' חייב, ותמהו הראשונים כיון דהמשאיל שלחו ע"י שלוחו שהוא כמותו למה יתחייב והא הוי שאילה בבעלים, ולכאורה אינו מובן תמיהתם, דאם נימא דמה ששלח ע"י שלוחו הוי כאילו המשאיל עצמו הוליכה, א"כ בלא"ה דשאילה בבעלים הו"ל לפטור, דהא לא נפיק אכתי מרשותו דמשאיל כיון דהוא עצמו מוליכה וכדפרכינן בסמוך גבי עבד, יד עבד כיד רבו ולא נפיק מרשותו דמשאיל, וע"ז לא שייך גם תרוצו דשמואל, דמיירי בעבד עברי, דס"ס מטעם שליח יהא נחשב כאילו היא עדיין ברשות בעלים, דעבד עברי לא גרע משליח דעלמא, ועדיפא הו"ל להקשות דהא אין כאן שאילה כלל כ"ז שהוא ביד השליח, ול"ל להקשות מטעם שאילה בבעלים, וי"ל דמשו"ה הקשו מטעם שאילה בבעלים, דבזה יפטור אפי' לאחר שיגיע כבר ליד השואל, כיון דבתחלת השאילה היה בעליו עמו. ואמנם בעיקר הקושי' אפשר לומר, דנהי דבעשיית שליח לא בעינן עדים וקנין, מ"מ זה בעינן שימנה אותו לשליח ויאמר לו הוי שליח לדבר זה, אבל אם שלח סתמא ע"י אחד, ולא מינה אותו שיהא שליח לא הוי שליח כלל, ועיין בחו"מ (סי' קכ"א) ובנה"מ סק"ד, ולזה י"ל דשלוחו דקאמר הכא, לאו שלוחו ממש הוא שמינה אותו בתור שליח, אלא שכירו ולקיטו או אדם אחר מעלמא, דלא מיקרי כלל כשליח שיהא תחתיו דמשאיל, והשואל חייב כיון שע"י מצותו ובקשתו עשה המשאיל כן, דהוא ביקש כן שבאם יזדמן

לפניו ע"י מי לשלוח שישלח לו, וכמו דשלוחו דשואל דנקיט, דבע"כ הכי יתפרש דלאו שלוחו ממש וכדאיתא בנמוק"י:

והנה בס' מ"ה ראיתי שביקש ליישב קושי' הזאת, וכן קושית התוס' דבסמוך ד"ה באומר הכישה, דהקשו נמי דהו"ל שאילה בבעלים, עפמ"ש לעיל (דף צ"ז ע"א) איגלאי מילתא דלמיסר טעונה הוא דנפיק, ובהג"א הביא בשם ראבי"ה ללמוד מזה דאם השואל רצה לעלות על הסוס ותפס המשאיל אשתגריי"ף, דהיינו כסא או ספסל, בשעה שהוא עולה על הסוס, דאין זה שאילה בבעלים שאין כוונתו של משאיל להנאת שואל אלא להנאת סוסו מתכוון שלא יגליד עורו כשהוא עולה ע"כ, וה"נ י"ל גם כאן כיון שנותנו לעבדו או לשלוחו שיזכה בה השואל, א"כ מתחייב באונסין מיד שיצא מרשותו והו"ל תועלת המשאיל שיתחייב באונסין קודם שיהא לשואל הנאה לכן לא הוי שאילה בבעלים ע"ש.

ובמחכ"ת דברי שגגה הם, דהכא לא הוי שום הנאה למשאיל במה שיתן ע"י עבדו, דהא ס"ס השואל רוצה הוא להביאה לביתו, ואם לא ישלחנה המשאיל ע"י שלוחו ישלח גם השואל שליח, או הוא עצמו יבוא לקחתה, ואז כ"ש שיתחייב השואל באונסין, ולא דמי להההיא דהג"א, דהתם אם לא יתפוס המשאיל הכסא, השואל לא יהדר אח"ז, אלא יעלה על הסוס בלא זה, דלא איכפת ליה בהגלדת עור הסוס, ולשואל אין הנאה מזה, ובע"כ רק טובת המשאיל לחוד הוא, משא"כ הכא הוי להיפך, דהשואל מוכרח הוא להביא מיד הפרה לביתו, דלמלאכתה הוא צריך, ואם לא ע"י שליח דמשאיל, יהיה מוכרח הוא לשלוח אחריה, ונמצא דלמשאיל אין הנאה, דס"ס יהיה אחריות דאונסין משיצאה הפרה מביתו אף ע"י שליח דשואל, וכל ההנאה אינו אלא לשואל, דאינו מוצא בנקל שליח, ושפיר הוי שליח בבעלים, לולי התי' שכתבו התוס' והראשונים, ודו"ק:

דף צט.

בתוד"ה הכישה כו', ואע"ג שעבדו מוליכה לא הוי שאילה בבעלים כו' דהו"ל כשואל שתי פרות כו', ובשליח דלא שייך טעם זה, וא"כ אכתי תקשי איך יפרשו בשלח ע"י שליח למה לא הוי שאילה בבעלים, וצ"ל דהתוס' יפרשו נמי דשליח דהכא כיון שהשואל אמר למשאיל שישלח ע"י שליח לא נחשב כשליח דמשאיל אלא כשליח דשואל שמזכה לשואל על ידם, וכמ"ש הראב"ד, או כתי' הר"ן דהכא לאו מטעם שליחות אלא מטעם ערבות חייב באחריות, דהמשאיל הוציא בהמתו למסרה לאותו האיש ע"י מצות השואל והוי כערב, הלכך לא שייך כאן פטור דבבעלים, ועמ"ש בדבור שאחריו:

תוד"ה כיון שיצאתה כו', שיצאתה לסימטא דחשיב כאילו משכה שואל כו', למ"ש לעיל דהתוס' יסברו נמי כשי' הר"ן, דהכא לאו מטעם שאלה נתחייב, אלא כיון שהוציא ממונו על פיו נתחייב מטעם ערב, וא"כ למה צריך כלל לקנין, ואפי' ברה"ר ממש נמי יתחייב, אכן הר"ן עצמו כתב דדוקא כי אזיל השליח בהדה מתחייב מטעם ערב דסמיך דעתו שהשליח ישמרנה בדרך, אבל אמר לו הכישה במקל לא סמכה דעתי', ובע"כ דמטעם שאילה מתחייב, ולהכי הוצרכו שפיר לקנין:

בגמ' למאי אי לאונסין מ"ש פרה דמשעת שאילה הוא מחייב, ה"נ צריכין אנו בע"כ למ"ש לעיל בשם הר"ן, דחיובא דהכא לאו מטעם קנין הוא אלא כיון שנסתלקו הבעלים משמירת החפץ חייב שוב השואל מטעם ערב, ולהכי אע"ג דסובר רב הונא דמשיכה ליכא בשומרין ויכול המשאיל לחזור, אפ"ה חייב השואל באונסין מטעם ערב, דאי נימא דחיובא דהכא לענין אונסין הוי נמי משום קנין, אין שום סברא לחלק דמ"ש שלענין חזרה אינו קונה, ולענין חיוב אונסין יועיל המשיכה, אע"כ דחיוב דאונסין לאו מטעם משיכה הוא:

בגמ' ופליגא דר' אמי כו' ואי לא קנאו אמאי מעל, וק"ל הא לעיל (דף מ"ג ע"א) אמר ר"ה דמסר לחנווני מעות מותרים מעל אפי' בלא הוציא, והתם ודאי דמצי לחזור ואפ"ה מעל, אלמא דר"ה גופא ס"ל דחיוב מעילה אין תלוי בחזרה, ומצאתי בשמ"ק שהק' כן, ותי' דהתם נמי רשאי לתת לו מעות אחרים ואינו מחויב להחזירו בעין מעותיו גופא וכיון שקנה אותם לענין זה מיחשיב כהוצאה גמורה ומעל:

בתוד"ה כך תקנו משיכה בשומרים, לא להתחייב באונסין קאמר דהא שו"ח חייב בלא משיכה כו', אלא לענין חזרה קאמר כו' ע"כ, הנה בב"ק (דף ע"ט ע"א) גבי בעיא דתקנו משיכה בשומרין, פי' התוס' נמי דהבעיא לאו לענין חיוב אונסין אלא לענין חזרה, אבל להיפך ממש ממ"ש כאן, דהכא כתבו דלענין חזרה בעינן משיכה, ולענין חיוב לא בעינן כלל, והתם יפרשו דמשיכה פשיטא דבעינן אפי' לענין חיוב אונסין, אלא דמיבעי אי מועלת המשיכה גם לענין חזרה או לא. וראיתי בפלפולא חריפתא שכתב, שגם הרא"ש סותר עצמו כזה מהכא להתם ע"ש. והנ"ל ביישוב הדברים, דהטעם מ"ש כאן דלענין חיוב לא בעינן קנין, היינו משום דכיון שהבעלים סלקו עצמן מן השמירה מחויב בשמירה מיד וכמ"ש הרא"ש טעם זה, וכ"ה בחו"מ (סי' ש"ז), ואמנם טעם זה לא שייך כ"א במקום שהדבר הניתן לשמירה אינו ברשות בעלים, אבל כשהדבר הניתן לשמור, אכתי ברשות בעלים הוא עומד, לא שייך לומר דהבעלים נסתלקו מן השמירה, וכמ"ש הנה"מ (בסי' ש"מ) דברשות בעלים לא מיקרי סלוק הבעלים, וא"כ בכה"ג ודאי דבעינן

קנין, ולפי"ז א"ש, דהתם בב"ק פשיט לבעיא הזאת ממתני' דהתם, נתנו לבכורת בנו או לבעל חובו לשו"ח ולש"ש כו' היה מושכו ומת ברשות בעלים פטור, מאי לאו שומר וש"מ תקנו משיכה בשומרין, ולהכי אין לפרש בעיא דהתם דתקנו משיכה, דהיינו אי בעינן כלל משיכה, דאי נפרש כן, א"כ בע"כ דמה"ת לא בעינן שום קנין, ומיבעי אי חכמים תקנו עכ"פ משיכה, וא"כ מאי פשיט ממתני' דמת ברשות בעלים פטור וש"מ דבעינן משיכה, הא התם ברשות בעלים עדיין, ומדאורייתא נמי בעינן משיכה, אבל בשארי שומרין דנסתלקו הבעלים אה"נ שגם מדרבנן לא בעינן שום קנין, לכך הוכרחו התוס' לפרש דהבעיא הוא רק לענין אי מועלת משיכה גם לחזרה, ומעתה אין סתירה בדבריהם, דמ"ש התם דזה פשיטא דבעינן משיכה גם לענין חיוב, היינו משום דהתם מיירי בשמירה שהיא ברשות בעלים עדיין, אבל הכא דלא מיירי ברשות בעלים, שפיר כתבו דלא בעינן משיכה כלל, ולבד שאין סתירה בדבריהם, אדרבה מדפירשו לבעיא דהתם לענין חזרה אי מועלת משיכה, מוכרחים היו לפרש דלענין חיוב בשארי שומרין לא בעינן כלל משיכה, דהא התם מביא הש"ס נמי ראיה מדר' אלעזר דאמר כדרך שתקנו כו', ואי נימא דלענין חיוב לא בעינן משיכה, ודברי ר' אלעזר לחזרה הוא דקאמר, שפיר הביא התם ראיה מדר' אלעזר דמהני המשיכה גם לענין חזרה, אבל אי אמרינן דר"א דהכא היינו נמי לענין חיוב אונסין, ולזה אפשר דלענין חזרה ס"ל דלא מהני, א"כ התם דבע"כ מיירי לענין חזרה, מאי מייתי מדר' אלעזר, דילמא לר"א לענין חזרה לא מהני כלל, אע"כ דלענין חיוב לא בעינן שום קנין, ודר"א לענין חזרה הוא דאמר, וגם הראיה שהביאו התוס' כאן ממתני' דהנח לפני, מזה מוכח כדברינו, דהכא מיירי בשמירה שאינו ברשות בעלים, דהא הנח לפני לא שייך כ"א היכי שהדבר אינו ברשות בעלים, וכמ"ש הפנ"י בסוגיא דב"ק ע"ש, ועד"ז יתפרש גם דברי הרא"ש, כאן כתב הדין משומר שאינו ברשות בעלים, והתם בב"ק משומר ברשות הבעלים, ואין שום סתירה לפי"ז:

ודע דהרמב"ם מפרש הך דהכא וגם הבעיא דב"ק לענין חיוב אונסין ולא לחזרה, ולפי דברינו יקשה על הרמב"ם, דהא לדבריו צ"ל דמדאורייתא לא בעינן שום קנין, כיון שמסלק עצמו מן השמירה, דאי גם מה"ת צריך קנין, לא שייך למיבעי אם חכמים תקנו, וא"כ מאי פשיט התם ממתני' דנתנו לבכורת בנו, הא התם גם מה"ת צריך קנין כיון דאכתי הוי ברשות בעלים, וי"ל דהרמב"ם יסבור שודאי מדאורייתא נמי צריך קנין בשומרים ולא ס"ל סברת הרא"ש, כיון שסילקו בעלים עצמן משמירה יתחייב השומר, והא דמיבעי אי תקנו משיכה, לא בעי על עצם הדבר, אי בעינן קנין או לא, דזה פשיטא שצריך קנין, אלא הכי מיבעי אם גם קנין משיכה מהני, או שמא בעינן קנין אחר, ומשום

דהאי משיכה הוי קנין רק מתקנת חכמים, דמה"ת מעות או חליפין קונה, ורק במקח וממכר תקנו נמי משיכה מטעם דנשרפו חטיך, ולכך מיבעי להו אי גם בשומרין תקנו שיועיל נמי קנין משיכה, או כיון דבשומרים לא שייך הטעם דנשרפו, לא מועיל משיכה רק קנין אחר, ופשיט דגם משיכה מהני, כדקתני או שהוציאו מרשות בעלים חייב, אבל כל הבעיא הוא רק לענין חיוב אונסין, וגם הך דכשם שתקנו משיכה דסוגיין, נמי הכי יתפרש, דהתקנה היתה שגם משיכה יועיל לענין חיוב אונסין:

אלא דלפי"ז יוחזר הקושיא על תוס', דהא עיקר ההכרח שגרם להם לפרש דהבעיא לענין חזרה הוא, משום דלענין חיוב ליכא למימר דא"כ מאי פשיט וכנ"ל, והא יש לפרש כפי' הרמב"ם דהבעיא הוא אם מועיל משיכה, ואכתי לענין חיוב אונסין, וי"ל דהתוס' לשיטתייהו א"א לפרש כהרמב"ם, דהנה במס' ע"ז (דף ע"ד) כתבו התוס', דהא דמשיכה הוי רק תקנתא דרבנן, היינו דוקא במקח וממכר דיש נמי כסף אבל במתנה ומציאה דליכא כסף הוי משיכה מה"ת גם לר' יוחנן, ולפי"ז הוא הדין בשומרים דליכא כסף הוי נמי משיכה מה"ת, להכי לא יוכלו לפרש הבעיא אם מועיל קנין משיכה, כיון דמשיכה הוי מה"ת, ומה שייך למיבעי אי תקנו חכמים שיועיל, ולהכי אם הבעיא יהיה לענין חיוב אונסין, בע"כ דהכי תתפרש, אם צריך כלל קנין, ומשום דמה"ת בסלוק בעלים מן השמירה סגי, והכי נמי א"א לפרש דא"כ מאי פשיט מברשות הבעלים דליכא סלוק, ובע"כ דרק לענין חזרה הוי הבעיא, ואמנם הרמב"ם ס"ל שאפי' היכי דליכא מעות הוי נמי משיכה רק מדרבנן, דהכי משמע דעתו (בפ"ב משכירות) לפמ"ש המ"מ שם, וכ"כ בס' מ"ה כאן בדעת הרמב"ם, להכי מצי לפרש שפיר דהבעיא הוא אי מועלת קנין משיכה ואכתי לענין חיוב אונסין:

ואמנם זה אכתי צריך באור, מה הכריח להרמב"ם לנייד מפי' התוס', הא גם לפי' התוס' א"ש. ונ"ל דהרמב"ם לשיטתו א"א כלל לפרש, דהבעיא דהתם הוי לענין חזרה, דהנה במתני' שם נתנו לבכורת בנו כו' והיה מושכו ומת ברשות בעלים פטור הגביהו או שהוציאו ומת ברשות בעלים חייב, ורש"י ותוס' פירשו דחייב דקתני במתני', אגנב קאי, כלומר דהגנב מתחייב במשיכת השומר, ואם כי בשמ"ק הקשה בשם הראב"ד, היאך אפשר לומר שתהא משיכת השומר כמשיכת הגנב שיקנה אותה הגנב באותה משיכה ויתחייב, בלא מיבעי למ"ד המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו ודאי דלא קנה, אלא אפי' למ"ד קנה הכא לא קנה, דהתם שאני שמתכוון לזכות למי שהגביה לו, אבל השומר כי מגביה לו לאו לזכותו לגנב הוא מגביה אלא לשמירה בעלמא ע"כ. ואמנם זה יש לתרץ דמ"ש דהגנב חייב במשיכת השומר, אין זה משום דהשומר זכה עבור הגנב, דודאי

שהשומר לא נתכוון לזכייה כ"א לשמירה בעלמא, ואפ"ה בזה גופא נתחייב הגנב, דזה עצמו הוי הקנין של גנב, דכיון שהגנב מסרה לשומר והועילו מעשיו של גנב שנכנס החפץ לתוך רשותו, מדמתחייב השומר בשמירה לגנב, זהו גופא הוי הכנסת הגנב לרשותו וכמ"ש הרר"י בשמ"ק לב"ק, דזה מיקרי הכנסה לרשותו, וא"ש קושית הראב"ד, וא"ל דלפי"ז מאי מקשו התוספות התם מאין שליח לדבר עבירה, הא חיובו דגנב לא הוי משום דהשומר היה שלוחו לזכות עבורו, די"ל נהי דהקנין לא היה לצורך הגנב, מ"מ חיוב קבלת השמירה גופא היתה זה בשליחות הגנב, שהוא שלחו לעשות קנין בדבר הגנוב, ואי נימא דאין שליח לד"ע לא היה יכול להיעשות שומר ע"ז, הכי הוא שיטת רש"י ותוס'. אמנם ברמב"ם (פ"ב מגניבה) כתב וז"ל הגונב ברשות הבעלים הואיל והגניבה עדיין ברשותם פטור מכפל ואם הגביה הגניבה נתחייב משום גונב אעפ"י שלא הוציאה מרשות בעלים כו' נתנו שם בבית בעלים לבכורת בנו או לשו"ח והיה מושכו זה שניתן לו ומת פטור השומר הגביהו או שהוציאו מרשות בעלים ומת חייב השומר מפני שעדיין לא הוציאו מרשות בעלים ע"כ, והנה זה פשוט דהרמב"ם לא יפרש כפי' רש"י ותוס', אלא יפרש דחייב דקתני במתני' לבעלים הראשונים, דכן נראה מלשונו שכתב הטעם דלהכי חייב השומר מפני שעדיין לא הוציאו מרשות בעלים, הרי דנתן טעם דלהכי חייב לבעלים הראשונים ולא לגנב משום דאכתי לא הוי שלו, אלא דביסוד החיוב שנתחייב השומר לבעלים ראשונים, הבינו הראב"ד והמ"מ והל"מ שם, דהוי משום גנב, פי' דמיירי שהשומר ידע שהוא גנוב, ולכן מיקרי השומר גנב, כאילו הוא עצמו גנב מהבעלים, וחייב דקתני היינו נמי כפל כדין גנב ממש, ולהכי השיג הראב"ד עליו, דא"כ מאי פשיט התם ממשנה זאת, דבעינן משיכה בשומרין, כיון דחיוב דמשנה הזאת מטעם גנב הוא ולא מטעם שומר. ולעד"נ דשלא כדת השיג בזה על הרמב"ם, דהא כל עיקר ההכרח שהכריח להראב"ד ומ"מ לפרש בכוונת הרמב"ם דחיוב דשומר לבעלים ראשונים הוי מטעם גנב, משום דחיוב אחר ליכא משומר לבעלים ראשונים, דבשלמא משומר לגנב יש חיוב שמירה, אבל לגבי בעלים ראשונים לא שייך חיוב שמירה כיון דהם לא מסרוהו לשומר, ומחמת זה חשבו דבע"כ החיוב הוי מטעם גנב, אכן באמת מזה אין ראיה, דשפיר נוכל לפרש דחיוב דשומר לבעלים הראשונים הוי נמי מטעם שומר, ואף על גב דהם לא מסרוהו אפ"ה חייב להם, למאי דקיי"ל לעיל (דף ל"ה ע"ב) כר' יוסי, דאין אדם עושה סחורה בפרתו של חבירו אלא תחזור לבעלים הראשונים, ושיטת הרמב"ן להדיא הכי הוא וז"ל הגביה השומר חייב לבעלים ראשונים כדרך שהוא חייב לשלם לבעלים ראשונים, אם היה שומר שלהם, כעין ששנינו תחזור פרה לבעלים הראשונים עכ"ל,

ופשוט הדבר שגם הרמב"ם יפרש כן, ולבד שלא קשה על סברתם הזאת, אדרבה לשי' התוס' יקשה, דלפירושם דהשומר חייב בשמירה לגנב יקשה מדר'. יוסי דתחזור פרה לבעלים ראשונים, ובע"כ לחלק דהכא שאני כיון שהגנב רוצה לקנותה ולגונבה, וע"י חיוב השמירה שנתחייב השומר לגנב קונה אותה הגנב וכנ"ל, א"כ הוי הגנב בעלים של החפץ מעתה, ולא מיקרי עושה סחורה בפרתו של חבירו, כיון שע"י קנין זה עצמו הוי שלו, והחיוב והגניבה יבאו שניהם כאחד, אלא שזה דוחק קצת, דהא בשעת מסירת השמירה דלא הוי אכתי של גנב, חל חיוב השמירה לבעלים ראשונים דאיך יוכל השומר להתחייב לגנב, כיון שאינה שלו עדיין, ולשיטת הרמב"ם א"ש, דאה"נ כיון שבעת קבלת השמירה לא הוי אכתי של גנב נתחייב לבעלים וכדינא דר' יוסי, והמעיין בלשון הרמב"ם ישפוט מישרים שהכי הוא כוונתו, דאי כהבנת הראב"ד ומ"מ דהחיוב הוא משום גנב, הא בבבא ראשונה דמיירי בגנב עצמו הזכיר בהדיא דהחיוב הוי משום גנב, ובבבא השניה כתב סתם חייב השומר, דאי נימא דהחיוב הוי משום גנב כ"ש דהו"ל להזכיר כן בהדיא, דלא נטעה לפרש כפי' הרמב"ן, אלא לאו דכוונתו הכי הוא באמת, דהחיוב הוי משום שומר וכדינא דר' יוסי, והשתא דזכינו לדין, יתבאר לנו טעמו דרמב"ם, במה שלא רצה לפרש בעיא דב"ק לענין חזרה, אי משיכה מועלת נמי לענין חזרה, דבשלמא לפי' התוס', דחייב דקתני במתני' אגנב קאי, דהגנב חייב לבעלים במשיכת השומר, מצו לפרש דהבעיא הוא אם מועלת משיכה גם לחזרה, ופשיט שפיר מדקתני דחייב הגנב במשיכת שומר ש"מ דמשיכה גמורה היא שאין יכול שוב לחזור, שאם היה יכול לחזור לא היה מתחייב במשיכתו ע"ש, פי' לדבריהם דכיון שיכול לחזור, לא יוכל הגגב להתחייב במשיכת השומר, דיחזור ולא יתחייב, אלא ודאי דלא מצו תו לחזור, זהו תוכן כוונתם, ולפי"ז יהיה השתא פשיטת הבעיא מסיפא דקתני חייב, ולא מרישא דמת ברשות בעלים פטור, וכ"ז הוא לשיטת התוס', אבל לפי' הרמב"ם דחייב דקתני התם, אשומר קאי ולא אגנב, לא יוכל לפרש דהבעיא הוא אי מועלת משיכה לענין חזרה, דא"כ מאי פשיט ממתני', הא לא מוכח כלל דין דחזרה, ונוכל לומר דלענין חזרה מהני משיכה, לכך הוכרח לפרש הבעיא לענין חיוב אונסין, ואם גם בזה תקנו משיכה וכמ"ש, והנה הל"מ (בפ"ב משכירות) על מ"ש הרמב"ם שם כדרך שתקנו משיכה בשומרים כו', הקשה דמנ"ל להטור לפרש כוונת הרמב"ם, דהמשיכה הוי לענין חיוב אונסין, הא הרמב"ם לא כתב אלא כלשון הש"ס, ונוכל נמי לפרשו דלענין חזרה הוא, ולמ"ש א"ש דהא הך דר' אלעזר דתקנו משיכה צריך להתפרש כבעיא דב"ק, מדמייתי מינה ראיה להההיא דב"ק, ובעיא דב"ק בע"כ יתפרש להרמב"ם דלענין חיוב אונסין הוא, ובפיה"מ

שם בב"ק כתב נמי להדיא דלענין חיוב אונסין הוא, ואדרבה אני תמה להיפך על מ"ש המחבר (בחו"מ סי' ש"ז) על שם הרמב"ם, דגם לענין חזרה מהני משיכה, מנ"ל הכי, כיון שבע"כ הרמב"ם מפרש דלענין חיוב אונסין, מנ"ל שגם לענין חזרה הוי דינו הכי. הכלל דבעיא דתקינו משיכה, יש לפרשה בג' פנים, א), אי בעינן כלל קנין אפי' מדרבנן, דשמא בסלוק בעלים מן השמירה סגי, ב), קנין בעינן והבעיא אי מהני נמי קנין משיכה, ג), אי המשיכה מועלת גם לחזרה, והרמב"ם מפרש כאופן הב', וכן מוכח לשון הש"ס, דאי כפי' התוס' מאי בעי דוקא על קנין משיכה יותר מעל קנינים אחרים, דגם בקנינים אחרים איכא למיבעי אי מהני לענין חזרה, ולרמב"ם א"ש, דעל משיכה דהוא מדרבנן מיבעי וכנ"ל, והתוס' לשיטתם בע"ז לא יוכלו לפרש כפן הב', וגם כפי' הראשון ליכא לפרש, דלא שייך הפשיטות ממתני', ובע"כ כפן הג'. ומסקנת הדברים היוצאים לדינא, דיש נ"מ בדין חיוב שמירה, כשהדבר עוד ברשות בעלים, גם לתוס' וראי"ש בעינן קנין מדאורייתא, ולענין חזרה, לשיטת התוס' מועיל גם בזה משיכה, ולרמב"ם לא מוכח מידי, ובאין ברשות הבעלים, לתוס' לא בעי משיכה לענין אונסין ולרמב"ם בעינן:

באו"ד ואי אשואל קאמר מדאורייתא נמי לא קנה אלא במשיכה, הא דפשיטא להו לחלק בהכי, ראיתי בבאור הגר"א שעל הרא"ש, דתוס' לשיטתייהו אזלי לעיל בד"ה אמר שמואל, דפסקו כשמואל, דהכישה במקל לא מהני וא"כ כ"ש דסלוק השמירה לחוד לא מהני ע"ש, אלא דאכתי קשה טעם הדבר לחלק בין שו"ח לשואל, ובפלפולא חריפתא עמד ג"כ ע"ז, דאדרבה כיון דשואל כל הנאה שלו, כ"ש שיתחייב מכי סלקו הבעלים משמירה. ונ"ל דבשלמא חיובא דשו"ח, דהיינו פשיעה, וכן חיוב דש"ש, הוי חיובים כאלו דתלוים ברצון ויכולת השומר, דאם ירצה לא יפשע בשמירתו, ולהכי שפיר אמרי' דמיד שנסתלקו הבעלים מן השמירה, ודאי דעל השומר מוטל לשמרה ולא יניח ממון חבירו לאיבוד, וכן מחויב לשומרה מגניבה, אבל חיוב דשואל דהיינו אונסים, שאין זה תלוי כלל ברצון ויכולת השומר, דאפי' אם ירצה לשמרם כראוי לא יוכל לשומרם מאונס, ובשואל גופא הוי עיקר חיובו משום דכיון דלזמן השאילה הוי כל הנאה שלו אמרינן דכשלו הוי ושלו הוא דאיתניסו, וכמ"ש לעיל (דף צ"ו ע"א) בארוכה, ולהכי כ"ז דלא משך ליכא לחייבו באונסין, דלא שייך הכא לחייבו משעת סלוק השמירה, כיון דהחיוב לאו משום שפשע בשמירה הוא, וזה נכון:

ובהכי אפשר ליישב תמיהת הש"ך (בחו"מ סי' ש"מ סק"י) על הרמ"א שם, דבסעיף ד' כתב המחבר, דהשואל בהמה חייב במזונותיה משעה שמשכה, והגיה הרמ"א שם, די"א דלא בעינן משיכה אלא מיד שנסתלקו הבעלים, ואח"כ בסעיף ז' שכתב המחבר, דבאמר

לו השואל הכישה במקל והיא תבוא אין השואל חייב בה עוד עד שתכנס לרשותו, לא הגיה הרמ"א כלום וסתם כדעת המחבר, ואמאי לא הביא כאן נמי דעת הרא"ש דחולק ע"ש. ולמ"ש מיושב מאוד, דהרמ"א בחר להכריע כן כסברת התוס', דאע"ג דס"ל לתוס' נמי דמשעה שנסתלקו הבעלים חייב השומר כסברת הרא"ש, אפ"ה בהא יפלגו עם הרא"ש, דהרא"ש סובר כן לענין חיוב אונסין דשואל נמי, והתוס' סוברים דא"א לחיובי משום הכי כ"א בדבר שביד השואל לשמור ולעשות, אבל באונסין דשואל לא מחייב כ"א במשיכה, ובדרך זה המסתבר טובא, הלך גם הרמ"א, ולהכי בסעיף ד' דשם מזכיר המחבר רק חיוב דמזונות ולא חיוב אונסין, ולענין חיוב מזונות שתלוי ברצון השואל הכריע הרמ"א כדעת הרא"ש, דמיד שנסתלק חייב, דדבר מסתבר הוא דכיון שהבעלים נסתלקו ממנה, שמחויב השומר להאכילה, דמי יאכילנה אם לא הוא, אבל אח"כ בסעיף ז' דמיירי לענין חיוב אונסין, שפיר הכריע הרמ"א כהמחבר, דסלוק שמירה לא מהני לענין זה וכסברת התוס', דהתוס' הוו כמכריעים בין הרמב"ם להרא"ש הרמב"ם ס"ל שבשום דבר לא מהני סלוק שמירה, והרא"ש ס"ל שאפי' לענין חיוב אונסין נמי מהני, והתוס' הם כמכריעים, דלענין חיובא דשו"ח וש"ש ומזונות, חייב משעת סלוק, ולענין חיוב אונסין משעת משיכה דוקא, ובעקבות התוס' הלך גם הרמ"א, ודו"ק:

דף צט:

בגמ' שכירות מאי עבידתי', ופרש"י ומשמע דכסף נמי לא קני בשכירות מטלטלין, וכ"כ בהדיא (בב"ק דף ע"ט ע"ב), ואע"ג דהכא לא שייך הטעם דנשרפו חטיך, מ"מ לא פלוג, דשכירות נמי מכירה ליומא, ועיין מ"ש הנמוק"י כאן ולעיל (דף מ"ח ע"ב) להביא ראי' דלא אמרי' סברא דלא פלוג, ושם הארכתי:

דף ק.

בתוד"ה וליחזי, הקשו דמ"ש מגודרות כו' וי"ל כיון דאיכא דררא דממונא ויש ספק בלא טענותיהן כו' ע"ש, הסבר הדברים, דכל דבר שאינו יכול לבוא בעצמו לרשותו של זה, בזה יהיה החזקה, חזקה המבררת, דמדנמצא כעת ברשותו מכלל דשלו הוא דאל"ה מי הביאן לרשותו, וחזקה כזאת מועלת אפי' במקום שאין שום ספק בלא טענותיהן, וידעינן בודאי דמעיקרא של מוכר היה, אפ"ה הלוקח מהימן כיון דחזקתו מברר שהצדק עמו, לא כן בגודרות וכדומה שיכולים להלוך מאליהן, חזקה מבררת לא הוי, לענין שתועיל לברר אפי' במקום שאין ספק לפנינו, אבל הכא שבלא טענותיהם יש נמי ספק, וכיון

שמעצמינו נסתפק אם ברשות מוכר או לוקח ילדה, וא"כ לא לבירור אנו צריכין, רק למוחזק אנו צריכין, ומוחזק מיהא הוי לענין שאין יכולין שוב להוציא מידו מספיקא, משא"כ בההיא דב"ב גבי גודרות, דליכא שום ספק של מי הוא, דזה ידעינן ודאי שעד עתה של מוכר היה, וא"כ מטעם מוחזק א"י לזכות כיון דאין ספק בדבר, ובירור לא שייך בגודרות, הארכתי בזה מפני שראיתי מפרשים לכוונת התוס' דהכא נמי משום בירור אתינן עלה, ואע"ג דבגודרות אינו מבורר, מ"מ כיון שהפרה ודאי של לוקח הוא, מהני חזקתו גם לגבי ולד, ולדעתי לשון התוס' לא משמע אלא כמ"ש. ועוד ראיה דהכא לא הוי נמי חזקה מבוררת, דאי נימא דהכא מטעם בירור אתינן, א"כ מאי מקשו התוס' בתר הכי, מהמפקיד טלה חי דמהני חזקתו מספק, דהא י"ל דהכא דבעינן חזקה מבררת שהאמת כדבריו, להכי אין שייך בטענת שמא כיון דהוא בעצמו טוען שאינו יודע, איזה בירור שייך כאן, אבל התם דהוי רק משום מוחזק משום דתפיס בה, אפשר שאפי' בספק נמי מהני, אלא לאו דגם הכא הוי רק מטעם מוחזק, וכתבו מסברא דבשמא לא מהני תפיסה, ושפיר מקשו מהמפקיד טלה דמהני התפיסה בספק, בתוד"ה הא מני סומכוס פרשב"ם כו', עמ"ש לקמן (דף ק"ב ע"ב) מזה:

באו"ד וי"ל התם שהמוחזק טוען שמא אין חזקתו מועלת כו', ואע"ג שבדבור הקודם כתבו, דהיכי דהוחזק בודאי מתחלה מהני אפי' אם אח"כ טוען ספק, וה"נ היה מוחזק ודאי מעיקרא במעותיו, וי"ל דהתם אליבא דרבנן דסומכוס כתבו כן, אבל לסומכוס לא מהני זה, דהא מה שהיה מוחזק מעיקרא בודאי, הוי זה כעין חזקת מרא קמא, ולרבנן דס"ל דאמרינן חזקת מרא קמא, אמרי' סברא זאת, דכיון שהיה מוחזק מעיקרא ודאי מועלת אפי' כשיטעון אח"כ ספק, אבל לסומכוס דלא מהני חזקת מ"ק לא מהני גם זה, וק"ל:

באו"ד ואם היה חזקת ממון עם חזקת מעוברת אפי' סומכוס מודה דהמע"ה כדאשכחן כו', עיין במהרש"ל שהקשה דמה ראיה מייתי מהתם, דהא י"ל דלהכי מהני התם הני תרי חזקה משום דליכא חזקה כנגד, אבל הכא דאיכא חזקת מרא קמא כנגד הני חזקות מנ"ל דמהני, ועוד דהא בדבור שלפני זה כתבו התוס' שדוקא כשלוקח טוען ברי אבל בשמא לא מהני חזקתו שמוחזק בממון, אע"ג דאיכא נמי חזקת מעוברת דמסייע, והכא הוכיחו דבתרי חזקה מהני בשמא, ואמנם המהרש"א הרבה להשיג על מהרש"ל וכתב שאולי איזה תלמיד טועה כתב כן בשמו, דהקושי' הראשונה לא קשה, דע"כ לא אמרינן חזקת מרא קמא כ"א היכי שאין אחד מהם מוחזק, אבל היכי שהשני מוחזק בממון לא שייך חזקת מ"ק, וקושי' השניה נמי לא קשה, דמ"ש לעיל דבשמא לא מהני, היינו

משום דבחזקת ממון של לוקח אינו חזקה כמו שהוכיחו מגודרות, אבל כשחזקת הממון היא טובה, ויש עמה עוד חזקת מעוברת מהני אפי' בשמא, וכזה כתב גם מהר"ם ע"ש. והנה השגות הללו לא נהירא כלל, דסברתו דהיכי שחבירו מוחזק בממון לא שייך חזקת מ"ק, כבר העיר בהגהות קרני ראם, שבתוס' פ' המדיר מבואר להדיא כמהרש"ל, דאפי' במוחזק בממון שייך חזקת מ"ק, ומ"ש עוד דחזקת דלוקח דלעיל אינה חזקה כמו בגודרות, כבר כתבתי לעיל שם בכוונת תי' התוס', דרק חזקה מבררת אינה בכה"ג שיכולה לבוא מעצמה, אבל חזקת ממון לענין להוציא מהמוחזק, הוי חזקה מעליא אפי' בכה"ג, כיון דסוף סוף מוחזק הוא בולד ותפוס בו ועמש"ש, ולזה שפיר הקשה מהרש"ל, דהא התם נמי הוי חזקת ממון וחזקת מעוברת ואפ"ה מהני בשמא, ודוחק לומר דדוקא חזקה מבררת וחזקת מעוברת מהני אבל חזקת ממון שאינה חזקה מבררת, רק חזקת מוחזק ותפיס לא מהני בהדי חזקת מעוברת, כיון דס"ס איכא תרי חזקות, ומאי נ"מ לענין זה, אם החזקה היא מבררת או לא, דדוקא לענין שיהא מהימן אפי' במקום שבלא טענותיהם יש ספק, בזה מחלקו התוס' דלעיל בין חזקה מבררת או לא, ולענין זה מסתבר טעמם כמ"ש לעיל, אבל הכא לענין להוציא מהמוחזק, כי אינה מבררת מאי הוי, כיון דס"ס מוחזק הוא:

ואמנם לענ"ד נראה לתרץ קושית מהרש"ל בדרך פשוט, דהא בש"ס מקשה ונוקי בחזקת מרא קמא ומשני הא מני סומכוס הוא, הרי דסומכוס לא ס"ל מעליותא דחזקת מ"ק ולפי"ז א"ש, דמ"ש התוס' לעיל דלא מהני ללוקח חזקת ממון בשמא, אע"ג דחזקת מעוברת נמי מסייע בהדה, היינו משום דהתם מיירי אליבא דרבנן, ולדידהו דס"ל דחזקת מרא קמא הוי מעליותא להכי יש בכח החזקת מרא קמא דמוכר, לבטל חזקת מעוברת דלוקח, ולא נשאר כ"א החזקת ממון בלבד, להכי לא מהני בטענת ספק, אבל הכא לסומכוס קיימינן, דס"ל דאין שום מעלה בחזקת מ"ק, ולאו חזקה היא כלל ואין בכחה לבטל חזקת מעוברת דהויא חזקה עכ"פ, ולדידיה נשארו קיימות שני החזקות, להכי מהני אפי' בשמא, ובזה מתורץ גם קושי' הראשונה של מהרש"ל, כיון דאליבא דסומכוס אין שום נ"מ אם יש חזקת מ"ק או לא, ודו"ק:

ועוי"ל דמ"ש התוס' כאן דאם היה חזקת ממון עם חזקת מעוברת היה מודה סומכוס, לא קאי זה אדין דהכא דמיירי דאיכא חזקת מ"ק, אלא אעלמא קאי, היכי שאין חזקת מ"ק, אבל בהך דסוגיין דאיכא חזקת מ"ק לא מהני באמת אפי' כי איכא נמי חזקת מעוברת, דחזקת מ"ק מבטלת אותה וכקושית מהרש"ל, אלא שמהרש"ל הבין שהתוס' כתבו זה על הך דשמעתין דמוקי לה בעומדת באגם דליכא חזקת ממון כ"א חזקת מ"ק, בהא

פליג סומכוס, אבל אם לא היתה באגם אלא ברשות לוקח, הוי מודה נמי סומכוס דאפי' בשמא מהני, משום דאיכא הכא חזקת ממון ומעוברת לזה שפיר הקשה, דמאי מהני הני תרי חזקות, כיון שחזקת מ"ק מרעי לחזקת מעוברת, והנלע"ד כתבתי:

ברש"י ד"ה מודה סומכוס כו', דלקמן מוקי לה בדקטעה כו', כבר עמדו בזה המפרשים על רש"י, למה נקיט אוקימתא דרב ששת דאיפריך לקמן ומסיק בסמוך כאוקימתא דר' הושעיא דמיירי בעבד בכסותו. ואיני מבין מה תמהו על רש"י, דהא לקמן בסוף הסוגיא קאמר הגמ' גופא לרבה בר רב הונא כאוקימתא דרב ששת, דהכי פריך לקמן, ולרבה בר ר"ה כו' מודה סומכוס היכי דאיכא שבועה דאורייתא ודקטעה לידה כדרבא, וא"כ לא על רש"י תלונתם, דהא רש"י יפרש כפי' הש"ס, רק על הש"ס גופא יהיה תלונתם, וי"ל דמאוקימתא דש"ס אין ראיה, דהתם לא להמשנה יפרש, כ"א הברייתא דב"ק שהביאה לעיל מינה, המחליף פרה בחמור כו', דהכי מוכח ממאי דפריך התם אימא סיפא זה אומר ברשותי וז"א ברשותי, ובמתני' ליכא כלל להאי בבא, והברייתא שפיר מצינו לאוקמי כאוקימתא דרב ששת, דהא באמת היה מסתבר יותר אוקימתא דרב ששת, דלדידי' מיירי בתביעת העבד גופא, וא"צ לדחוקי בעבד בכסותו, רק עיקר הפרכא על אוקימתא הזאת, משום דבמתני' קתני נמי שדה, ולר"מ אין נשבעין על הקרקעות, וא"כ בברייתא דלא נקיט כ"א הדין דפרה ושפחה ולא הוזכר שדה, שפיר מצינן לאוקמי כר"מ דס"ל נשבעין על העבדים, והילך לא הוי משום דקטעה לידה, ועוד דבע"כ לפרש הברייתא הכי, דאי כר' הושעיא דמיירי בעבד בכסותו ומטעם זוקקין, א"כ אמאי פליגי רבנן בברייתא וס"ל דאין נשבעין, אע"כ דברייתא מתוקמי בדקטעה לידה, אבל על רש"י שפיר יקשה, דהא השתא למתניתין מפרשינן ומתני' לא קיימא כרב ששת למסקנא, ולמה תפס רש"י אוקימתא זאת, ועמ"ש מהר"ם לובלין:

דף ק:

בגמ' אלא לעולם כדר' הושעיא, בס' תו"ח הקשה אמאי לא מוקי מתני' כר' אליעזר א הגוזל בתרא) דדריש להו ברבויי ומעוטי ולא ממעט משבועה אלא שטרות אבל אקרקעות ועבדים נשבעין ע"ש. ונ"ל דהא בלא"ה קשה לעיל מה דקאמר לעיל והא ר"מ איפכא שמעינן ליה, ומאי קושיא אי לא אתיא כר"מ ואתיא כת"ק דידיה, וצ"ל כמ"ש בשמ"ק, דבאמת שנויי דחיקא הוא לאוקמי מתני' דנשבעין על העבדים, וגם הלכה כר"ג דטענו חיטין והודה בשעורין חייב, דתרווייהו דלא כהילכתא הם, ורק בשביל דתוקי סתם מתני' כר"מ דחקינן הכי, אבל אי לא אתיא כר"מ לית לן לדחוקי כולי האי, ולפי"ז

מתורץ נמי קושית התו"ח, דאי כר' אליעזר, אכתי צריך לדחוקי נמי דהוי כר"ג, שלא יקשה דהא טענו חיטין והודה בשעורין הוא, ולית לן לדחוקי כולי האי בשביל לאוקמי כר' אליעזר:

בגמ' זה אומר ברשותי וז"א ברשותי ישבע המוכר, ובסמוך מסיק דהוי שבועה דאורייתא דמיירי בקטע לידה, דאם קא תבע ליה האי לוקח שפחה שלימה יש לי בידך עם ולדה, וזה אומר אין שפחה שלימה יש לך בידי אבל לא ולדה, דמודה ליה במקצת, ומשום הילך לא מיפטר דהא קטע לידה כו', הכי מתבאר מרש"י דהכא ובב"ק, דלשונו ממש כמ"ש ע"ש. והנה בחו"מ (סי' רכ"ג) הובא דעת הרמב"ם דעל הפרה נשבע בנק"ח ועל השפחה ישבע היסת משום דאין נשבעין על העבדים, ותנאי דקטע לא הוזכר שם כלל, וא"כ משמע דמ"ש הרמב"ם דעל הפרה נשבע בנק"ח, דלאו שבועה דאורייתא הוא, דהא בלא קטעה, ודאי דליכא שבועה דאורייתא, דהוי הילך, ומה דקשה לפי"ז א"כ אמאי ישבע בנק"ח, ומ"ש מכל הילך דעלמא, באמת כבר טרח הסמ"ע שם למצוא המקור לזה, וכתב משום דעובר ירך אמו הוא, וזה תבעו בפרה שהיתה מעוברת בשעת משיכה, וזה מודה בפרה בלא ולדה, והוי כעין מודה במקצת ולית בו הילך גמור, דהרי אינו נותן לו פרה כמו שתבעו ממנו ע"ש, פי' דמשום דהכא לא הוי הילך גמור, להכי החמירו בנק"ח דליהוי כעין דאורייתא, ואם כי הדבר פשוט דהכי הוא כוונת הסמ"ע, אפ"ה הוצרכתי להאריך, מפני שראיתי לרבינו הט"ז שלא הבין כן כוונת הסמ"ע והרמב"ם, ולזה השיג עליו בתרתי, א), דהא בגמ' חשבינן ליה להילך, ולא משכח לשבועה אלא בדקטעה לידה, אלמא דכל זמן דלא קטע לא הוי הילך, והסמ"ע כתב דכיון שתבע שפחה מעוברת והודה לו שפחה ריקנית לא הוי הילך, ב), מש"כ הסמ"ע דהשבועה הוי מצד תקנת חכמים, ג"כ תמוה, דהא המעיין בש"ס יראה דבשבועה דאורייתא מיירי ע"ש, ובמחכ"ת לא אבין השגתו, דהא חדא קושי' מתורצת בחבירתה, דודאי לענין לחייב שבועה דאורייתא בעינן דוקא קטע לידה, דרק עי"ז לא הוי הילך, וכל זמן דלא קטע הוי הילך, ורק מפני שגם בזה לאו הילך ממש הוא, ולא דמי לשאר הילך, להכי החמירו לחייבו בנק"ח, והרמב"ם דלא הזכיר תנאי דקטע, וכתב סתם דחייב שבועה, ודאי דהשבועה אינה שבועה דאורייתא ממש, אלא דהוקשה להסמ"ע כיון שאינה שבועה דאורייתא, למה מצריך גם נק"ח, וע"ז תי' משום דהוי כעין מודה במקצת, והט"ז הבין דלדעת הסמ"ע לא הוי הילך כלל בכה"ג, ולהכי השיג עליו, אבל מעולם לא עלה על דעת הסמ"ע כן, דאי לא הוי הילך כלל היה מחייב שבועה דאורייתא ממש, ובהדיא דייק בלשונו וכתב דכעין הילך מיקרי, ורק לאו הילך ממש הוא, אבל ודאי שבועה דאורייתא אין לחייבו בכה"ג, דאליבא דאמת הוי

הילך אפי' בכה"ג, כ"ז שלא קטע, וא"כ לא קשה כלל מה דאוקי בש"ס בדקטע, דהתם מיירי בשבועה דאורייתא, ושבועה דאורייתא א"א לחייבו כ"א כשלא יהיה הילך כלל, והיינו דוקא בדקטע לידה, אבל בלא קטע, דקצת דמי להילך וקצת לא, שבועה דאורייתא ליכא למחייב, ובנק"ח מיהא בעי, וזה ברור למעיין בלשון הסמ"ע, דלא נתכוון כלל לומר דלאו הילך הוא כלל, אלא כוונתו דלאו הילך גמור הוא, אבל קצת הילך מיהא הוי וז"ב:

ואמנם אי קשיא על הסמ"ע הא קשיא להיפך, דאמאי כתב דמשו"ה לא הוי הילך גמור, הא סברתו סברא מעליא היא, ולא היה להיות הילך כלל מה"ט, וכמודה מקצת ממש הוי לן למיחשבו ולחייב נמי שבועה דאורייתא, ויש לי עוד להביא ראיה דבכה"ג לא הוי הילך כלל, ממ"ש לעיל (דף ה' ע"א) ולמ"ד הילך פטור הא כל קרקע הילך הוא ומשני כגון שחפר בה בורות כו' ע"ש, ולכאורה תמוה דאכתי אמאי לא הוי הילך, הא המקצת שהודה הוי בעין, ובע"כ משום דאמרי' דלאו קרקע כהאי תבע ממנו, שהוא תבע קרקע שלימה והודה לו קרקע חפורה וכמש"ש בשמ"ק, והרי הוא ממש כסברת הסמ"ע, דאע"ג דהפרה שהודה לו הוי בעין, מ"מ לאו פרה כזה תבע ממנו, וא"כ לאו הילך כלל היה ראוי להיות כאן, ולחייב נמי שבועה דאורייתא כי התם. ועוד יקשה דלהבנת הסמ"ע, דהרמב"ם רק שבועה מצד תקנת חכמים מחייב ולא שבועה דאורייתא, ומשום דמיירי בלא קטע, הא הרמב"ם דרכו להביא תמיד דין המפורש בש"ס, וא"כ הול"ל נמי בקטע ולחייב שבועה דאורייתא, ולמה השמיט לדין המוזכר, ואפי' למ"ש הט"ז דשבועה דאורייתא קאמר הרמב"ם, ולא הזכיר תנאי דקטע משום דמיירי הרמב"ם בעומדת באגם, דבלא"ה לא הוי הילך, ג"כ יקשה כנ"ל, למה השמיט דין המוזכר דמיירי בקטע, והוצרך לבקש אופנים אחרים. ונ"ל דודאי הרמב"ם שבועה דאורייתא קאמר וכמ"ש גם הט"ז, והיינו ממש דין הש"ס, והא דלא הזכיר תנאי דקטע, יובן לנו כאשר נדקדק בלשון רש"י כאן ובב"ק, דעל מ"ש בש"ס דקטע לידה, הוסיף רש"י "דשפחה" ודוק וראה בכל המקומות שמזכיר הש"ס לתנאי דקטע, דייק רש"י לכתוב, דהיינו דשפחה, ולא דפרה, ואינו מובן דהא גם בפרה הוי הילך בלא תנאי דקטע, וכיון דבמתני' תרווייהו תננהו פרה ושפחה, א"כ למה דייק רש"י דוקא דשפחה, ועיין בספר מ"ה מ"ש ביישוב דקדוק הזה. ונ"ל שרש"י יסבור דבאמת בלא קטע נמי לא הוי הילך, כיון דהוא אינו מודה לו פרה כזה שתובע ממנו, דתובעו מעוברת והודה לו ריקנית, והא דמצריך בש"ס לתנאי דקטע, היינו דוקא בשפחה, דהתם לא שייך לומר כסברא הזאת, דהנה כשתובע מאתו פרה או שפחה מעוברת, עלינו להבין שורש תביעתו, על מה הוי הקפידה, אם הקפידה הוא רק על הולד, דבעצם השפחה לא איכפת ליה אפי' אם לא

תהיה מעוברת, ורק רצונו שיהיה לו שני גופים, ומשו"ה תובע הולד או הקפידה הוא נמי שירצה שעצם השפחה תהא מעוברת, ובקפידה הזאת תלוי עיקר הסברא, דאם קפידת התביעה בעצם הפרה או השפחה, ויתבע דוקא מעוברת, וכשהודה ריקנית ודאי דלא הוי הילך, משא"כ אם נימא דרק הולד הוא תובע, ובעצם הפרה לא איכפת ליה, נמצא דתביעתו הוא שני גופים, שפחה ריקנית עם ולדה, וכשהודה לו נמי שפחה ריקנית, הוי זה הילך גמור, ממש כעין שהודה, דבגוף שהודה אין חסרון. ומעתה ניחזי אנן להבין חלוק התביעה בין פרה לשפחה, דהנה בש"ס דב"ק נחלקו אם אשה משבחת קודם הלידה או לאחר הלידה, דקודם לידה יש מעלה, דנראית אז מליאה ובעלת אברים, אכן להיפוך יש גם חסרון, דיש סכנת לידה, וכן בשעת עבורה אינה ראויה למלאכה (ע"ש בדף מ"ט ע"א), ואכן מסתברא דהספק אינו כ"א באשה, אבל בפרה ודאי דמשובחת קודם הלידה משום דאז נראית שמינה ביותר ובעלת אברים, ורק באשה לא מהני זה, כיון דהספק שמא תסתכן בלידה ויופסד לגמרי, להכי חשש הספק דהפסד גדול, מכריע יותר מהנאת הריוח דשעת עבורה, משא"כ בפרה דלהפסד לגמרי א"א לבוא, דכשיראה שתסתכן בלידה, יכול לשוחטה וליהנות מבשרה, פשיטא דההנאה שמשובחת ביותר קודם הלידה עדיף, ולפי"ז י"ל בלוקח שפחה, שאינו לוקחה לשם תכלית אחר זולתי למלאכה, ולמלאכה אין שום מעלה כשהיא מעוברת, ואדרבה עוד הוי חסרון שאינו יכול לעשות בה מלאכות כבידות, ובכן לא נוכל לומר שהקפידה הוא בעצם השפחה, שרוצה דוקא שפחה מעוברת, דהשפחה מצד עצמה ודאי ניחא ליה יותר שתהיה ריקנית, דאפי' למאי דאמרי' התם בב"ק דבאינה מבכרת, משבחת קודם הלידה, היינו דוקא גבי מזיק, משום דבאמת יש צד מעלות כשהיא מעוברת, ואפשר שהאדון היה מוכרה בעבורה לאחר, ולענין מכירה טוב יותר בשעת עבורה דנראית בעלת איברים, להכי חייב המזיק לשלם, משא"כ בלוקח השפחה דסתמא לעצמו למלאכה לקחה, ולגבי לוקח הוי חסרון קודם הלידה, ובע"כ הא דקפיד אמעוברת, היינו שרוצה רק הולד, ותובע שפחה ריקנית עם הולד, ולהכי כשהודה ריקנית הוי הילך, ולא משכחת שלא יהא הילך כ"א בדקטע לידה, משא"כ בפרה דמשובחת קודם הלידה לכו"ע, שפיר י"ל דהתביעה היתה שהפרה תהא מעוברת, וכשהודה לו בריקנית לאו הילך הוא גם בלא טעם דקטע, וזהו סברת רש"י דדייק לומר בקטע ידה דשפחה, כלומר שדוקא בשפחה הוצרך לזה ולא בפרה, זהו הנ"ל בטעם רש"י. ועכ"פ יהיה איך שיהיה בטעם רש"י, עכ"פ זה שפתי רש"י ברור מללו, דתנאי דקטע לא הוצרך הש"ס כ"א על שפחה, וא"כ מיושב דברי הרמב"ם, דבאמת דין דמבואר בש"ס נקיט הרמב"ם, ואפ"ה לא הזכיר תנאי דקטע, דבש"ס דמזכיר תנאי

זה היינו רק על שפחה, דהא בש"ס קיימא למ"ד נשבעין על העבדים, וגם בעבדים הוי שבועה דאורייתא, משא"כ לדידן דקיי"ל אין נשבעין על העבדים, וא"כ על שפחה לא הוצרך כלל לטעם זה דקטע, ולהכי לא הזכיר זה הרמב"ם, אבל ודאי דהשבועה שמזכיר הרמב"ם הוי שבועה דאורייתא. אלא דאכתי צ"ע, דהא תינח כשהסכסוך הוא על הפרה, ברשות מי ילדה, בזה יש לומר דכיון דחזיה לבשר ואין הפסדה רב, ניחא ליה יותר במעוברת, וכשהודה לו בריקנית לא הוי הילך, אבל כשהסכסוך הוא על החמור, דבהמה טמאה הוא ולא חזיא לבשר, והוי דומה לשפחה, דהקפידה הוא בולד וא"כ לא הוי הילך בלא תנאי דקטע, ואכתי הו"ל לרמב"ם לאשמועינן דין זה ג"כ כשהסכסוך הוא על החמור ובדקטע וצ"ע:

דף קא:

ברש"י ד"ה להודיע כו' כלו ימי השכירות בימות הגשמים אינו יכול להוציאו כו', ומשמע להדיא דס"ל שאפי' בקבע לו זמן נמי צריך להודיעו ל' יום, ואמנם כל הפוסקים חולקים עליו וס"ל דבקצב לו זמן כמאן דהודיעו דמי וא"צ להודעה אחרת, ואפשר לומר דגם רש"י לא קאמר דבקבע זמן בעי הודעה, כ"א כשהקביעות זמן בא מצד השוכר, דהשוכר הקפיד לקבוע הזמן, ומצד המשכיר לא ראינו קפידה בזה, להכי מצי אמר השוכר סבור הייתי דלכשארצה להרחיב הזמן אח"כ ודאי לא תקפיד, אבל כשהמשכיר הקפיד לקבוע זמן, בזה אין סברא באמת להצריכו הודעה אחרת, כיון שכבר הודיעו מקודם שעל זמן יותר מאוחר לא ירצה להשכירו ואין לך הודעה גדולה מזו:

דף קב.

אילימא בחצר דאגירא לשוכר ותורי דשוכר אמאי הוי לבעה"ב, וק"ל לדעת רש"י דחצר השכורה לשוכר, קונה השוכר את המציאות שיפלו לתוכו, א"כ מאי פריך דוקא בכה"ג דתרתי למעליותא, חצר דשוכר ותורי דשוכר, הא אפי' בתורי דמעלמא נמי הוי לשוכר כיון דהחצר מושכר לו, ועיין במ"מ (פ"ו משכירות) שהביא מכאן ראיה לשיטת הרמב"ם, דלענין זכות הקנין הוי דמשכיר, ולהכי לא פריך כ"א דוקא בכה"ג דהוי גם תורי דשוכר ע"ש, אבל לשיטת רש"י קשה. וצ"ל דרש"י יפרש דהאי ותורי דשוכר דקאמר, הוי פירושו, או תורי דשוכר, ומכל אחד בפני עצמו מקשה, דאי אגיר לשוכר אפילו בתורי דמעלמא אמאי הוי לבעה"ב, ואי בתורי דשוכר, אפילו בלא אגיר לשוכר וחצר דמשכיר הוי, אפ"ה הוי לשוכר, דאע"ג דכל המציאות קונה המשכיר, אבל גללים דשוכר לא הוי עליהו שם

מציאה כלל, דכיון שהוא בעצמו ידור שם לא יפקירם, ולא דמי לגללים דעלמא דהוי הפקר, או משום דלתורי דשוכר משתעבד החצר וכמ"ש בשמ"ק. אלא דהפרכא השניה צריכה באור, מה דפריך ואי דלא אוגיר החצר ותורי דמשכיר פשיטא, אם גם כאן נפרש דאו או קתני, ואז יהיה פירוש הפרכא דבחצר דלא אוגיר אפילו בתורי דמעלמא פשיטא, ואיך פשיטא ליה זה, הא היא גופא אשמועינן דהחצר קונה שלא מדעתו וכדמשני אח"כ. ואי תפרש דמשניהם ביחד קא מקשה, דלא אוגיר וגם תורי דמשכיר, והיה ניחא מה דפריך פשיטא, אלא דלזה לא אתי שפיר מה שפרש"י על ותורי דמשכיר, דמשום דלא אוגיר לו מסתמא הוי תורי דמשכיר, משמע מזה שרצה לתרץ למה בעינן תרווייהו, וע"ז יתרץ שבאמת לא בעינן תרוויהו, רק דמשום דמיירי בלא אוגיר נקיט נמי תורי דמשכיר, דדבר ההוה ושכיח הוא, והא לפמ"ש א"א לומר דמצד דלא אוגיר לחוד קא פריך. ולכן נ"ל כוונת רש"י, דבאמת גם קושי' השניה הוי רק מצד אחד, רק לא מצד דלא אוגיר לחוד, דבזה לא הוי פריך פשיטא וכנ"ל, אלא מצד דתורי דמשכיר לחוד, דאי תורי דמשכיר אפילו בחצר דשוכר נמי פשיטא דהוי לבעה"ב, וג"כ מצד הסברא שכתבנו לעיל, דנהי דסתם גללים אפקורי להו, היינו אדם מעלמא שאין לו דריסת הרגל בחצר, וגם צריך אח"כ לטרוח ולפנות הגללים ואין חשוב זה לטרוח אבל המשכיר גופא דא"צ לפנותם דימתין עד שיכלו ימי השכירות, מסתבר שאין מפקיר הגללים, וגם לפמ"ש התוס' לעיל דמיירי שגם המשכיר יש לו פתח לחצר וגם הוא יש לו דריסת הרגל, א"כ ודאי דלא יפקירם, דהא יש לו רשות ליכנס וליקחם, וכמו בשוכר לדעת הרמב"ם דהוי נמי טעמו משו"ה, וכיון שהפירכא תוכל להיות גם מצד זה לחוד, לזה קשיא לרש"י, דלאיזה צורך נקיט נמי בחצר דלא אוגיר, כיון דגם בחצר דאוגיר הו"מ לאקשויי, וע"ז יתרץ דמשום דהוצרך למינקט בתורי דמשכיר, להכי נקיט נמי בדלא אוגיר, דאי בדאוגיר אין הוה שם להמצא תורי דמשכיר, אבל באמת אם השכיר החצר ותורי דמשכיר ג"כ פשיטא, רק דבר ההוה ושכיח נקיט, וז"ב בכוונת רש"י, והיינו דלא כדעת הרמ"ך המובא בשמ"ק דבחצר המושכר אפי' בתורי דמשכיר נמי הוי לשוכר, ולע"ד לא משמע כן מפרש"י ודו"ק:

ואמנם פשט הסוגיא מוכח יותר לדעת הרמב"ם, דלשי' רש"י יקשה, חדא קושית המ"מ שם (בפ"ו משכירות) דמאי משנה הש"ס בלשון, לומר דמיירי בחצר דמשכיר, ולא אמר כדפתח, לעולם בדלא אגיר ותורי דמשכיר ע"ש ובלח"מ, ועוד דלשי' רש"י הוי עיקר הצריכותא דמיירי בחצר שלא השכיר, וקמ"ל דאע"ג דשלא מדעתו הוא אפ"ה קנה, וא"כ הכי הול"ל וקמ"ל כדר' יוסי ב"ח, ומדלא אמר קמ"ל, רק מסייע ליה, משמע שאין זה עיקר הצריכותא, אלא דממילא ילפינן מינה סיוע לדר' יוסי ב"ח, וג"ז אין נראה לי

לומר, דאילו דהרמב"ם יהיה מסתימת פרכת הש"ס ותורי דשוכר, דמשמע שדוקא בתורי דשוכר הוי לשוכר, אבל בתורי דמעלמא הוי למשכיר אפי' בדאגירא לשוכר, ולא ניחא לו לפרש דאו או קאמר וכהוכחת המ"מ, דאדמסייע ליה מרישא יפרוך מסיפא, דאמר אי בחצר דלא אגירא לשוכר ותורי דמשכיר פשיטא אמאי לא אמר אפי' בדאגירא לשוכר נמי, דלפי דעת הרמב"ם אפי' בדאגירא לשוכר נמי קנוי למשכיר ופשיטא וכקושית הלח"מ שם. ולכן נ"ל כוונה אחרת לפי' הרמב"ם, דהנה הראב"ד השיג על הרמב"ם, מהיא דר"ג וזקנים ששכרו את מקומן, וכן מדין דשוכר את מקומו, דמכל אלה מבואר דשכירות החצר קנוי לשוכר לענין קנייה, וכשאני לעצמי לא אדע מזה שום קושי' על הרמב"ם, דהנה כששוכר החצר לתשמיש, אז אמרי' דמן הסתם לא השכיר לו כ"א תשמישי החצר, אבל זכות החצר לענין קנייה, שזה אין נוגע לתשמיש החצר, לא השכיר לו מסתמא, וא"כ לא שייך זה כ"א כשהשכירות היה לצורך תשמיש, משא"כ היכי דעיקר השכירות לא היתה לשום תשמיש רק לצורך הקנין, כמו בעובדא דר"ג, דעיקר שכירת החצר לא היתה כ"א לתכלית זאת שעי"ז יקנה המונח בתוכו, והמשכיר כשהשכיר לו לתכלית זאת, הוי כהתנה בפירוש שמקנה לו זכות הקנין, ופשיטא דמהני וסברא זאת ברורה מאוד, ועין בקצוה"ח (סי' שי"ג מ"ש בזה), ולפי"ז שני סוגי שכירות החצר יש, דהיכי דמשכיר לו לגמרי גם על זכות הקנין, אז אין למשכיר חלק בו, והשוכר קונה הכל, ואי כשהשכירו לתשמישין כתם, הוי לשוכר לענין תשמישין, ולמשכיר לענין זכות הקנייה, ובכה"ג מיקרי נמי חצר דמשכיר, כיון שגם למשכיר יש זכות אכתי בחצר, ומעתה א"ש הסוגיא, דגם הרמב"ם יפרש דאו או קתני, ואי בדאוגיר לשוכר, כלומר שהשכיר לו לגמרי ופירש עמו שגם זכות הקנייה יהיה שלו, אמאי הוי לבעה"ב, אפי' בתורי דמעלמא, דבכה"ג הוי המציאה לשוכר אפי' לרמב"ם, ובתורי דשוכר אפי' בלא אגיר נמי הוי לשוכר, כוון שאין זה הפקר כלל וכנ"ל, וכן קושי' השני' תפרש הכי, ומשני לעולם בחצר דמשכיר, כלומר דמיירי בחצר כזה שנקרא גם חצר דמשכיר, והיינו שיש גם למשכיר חלק וזכות בו, וכגון שהשכיר לו בסתמא על כל תשמישי החצר, דבזה אשמעי' דאע"ג שבאמת החצר מושכר לשוכר, אפ"ה אמרינן דזכות הקנין שייר לעצמו, והוא קונה הזבל, וממילא יהיה מזה סייעתא לדר' יוסי ב"ח, אבל עיקר הרבותא דהמשכיר קונה אע"ג שהשכירה לאחר, אפ"ה אמרי' דזכות הקנין לעצמו שייר, וניחא דלא נקיט הכא לעולם דאוגיר וכדפסח ברישא, דלשון זה משמע דאוגיר לו לגמרי גם זכות הקנייה, להכי קאמר בחצר דמשכיר, לומר דמשכירו באופן כזה עד שיקרא גם חצר דמשכיר, דהיינו דלדידיה נמי יש חלק בו וכנ"ל, והכל על מקומו לפי"ז ודו"ק היטב:

בגמ' אם אמר כל מציאות שיפלו לחצירי היום לא אמר כלום יצא לו שם מציאה דבריו קיימין, וקשה לי דלמ"ש הרמ"א (בחו"מ סי' קס"ח) דאפי' לר' יוסי אין חצירו קונה אלא ביודע במציאה או דאסיק אדעתא ממציאה אלא שלא נתכוון לקנות, אבל בדבר דלא אסיק אדעתא כלל, לא קני גם לר' יוסי, א"כ מאי פריך הכא, הא י"ל דלהכי אמרי' ברישא דלא אמר כלום, כיון שלא ידע כלל שיש מציאה בחצירו, אבל בסיפא דיצא שם מציאה בעיר, ואם אחרים כבר ידעו מזה, כ"ש שבעל החצר עצמו יודע מהמציאה, להכי מהני אמירתו. וי"ל דסברת המקשה הוא, דכיון דאמר כל מציאות שיפלו לחצירי היום, מכלל דאסיק אדעתו שצריכין לפול שם איזה מציאות היום, דאי לא אסיק אדעתו משום מציאה, לא הוי אמר הכי, ולפום סברתו משני לו התרצן דמיירי בחצר שאינה משתמרת, אבל אליבא דאמת אין סברתו מוכרחת, דאפי' בלא אסיק אדעתו משום מציאה נמי עביד אינש דיאמר הכי, דשמא יזדמן במקרה שיפול איזה מציאה, וע"צ הספק הוא אמר הכי דניחא לו דיזכה לו חצירו, וטעמא דהך ברייתא יתפרש באמת אפי' בחצר המשתמרת, וברישא לא אמר כלום כיון שלא ידע שיש מציאה, דבכה"ג אפי' לר' יוסי לא קנה וכדעת הרמ"א, ובסיפא מהני וכמ"ש, והנה כלשון הברייתא המובאה בכאן, הובא נמי בירושלמי ובתוספתא דלעיל בפ"ק, רק ששם נאמר, יזכה לי "ביתי" ולא "חצירי" ככתוב כאן, והתם א"א לפרש דלהכי לא מהני ברישא מטעם דאינו משתמר, דהא סתם בית הוי משתמר וכמ"ש התוס' לעיל (דף י"א ע"ב), ובע"כ דפירוש של הירושלמי והתוספתא יהיה כמ"ש, מטעם דלא אסיק אדעתו ממציאה וכסברת הרמ"א, וא"כ גם ברייתא המובא בסוגיין, אפשר נמי לפרש הכי אליבא דאמת רק דלסברת המקשה מתרץ לו דמיירי באינו משתמר, ועמ"ש לעיל (דף י"א ע"א) מזה:

ובהכי ניחא מה שהשמיטו הפוסקים לכל הברייתא, וכבר עמדו המפרשים בזה, למה השמיטו גם לסיפא, והא בסיפא הוי חדוש גדול, דביצא לו שם מציאה מיבדל בדילי והוי כחצר המשתמרת, ולמ"ש א"ש, דאליבא דאמת לא מתפרשא כלל הברייתא מטעם חצר שאינה משתמרת, וא"כ לא נשמע כלל הך דינא דמיבדל בדילי, ורק טעם דרישא הוא משום דלא אסיק אדעתו, וסיפא משום דאסיק אדעתו, ועיקר החדוש הוא לפי"ז בדין דרישא, דבדינא דסיפא דיצא שם מציאה מהני, אין חידוש כלל, דפשיטא כיון דיצא שם מציאה, כ"ש דהוא עצמו ידע ממציאה, ורק החדוש הוא ברישא, דכל היכי דלא אסיק אדעתא ממציאה לא קנה, וזה באמת משמיענו הרמ"א דכל היכי דלא אסיק אדעתא לא קנה חצירו. אלא דאכתי צריך ביאור, למה השמיטו הרמב"ם והמחבר להך דין המפורש בתוספתא וירושלמי, ואפשר לומר עפ"י מה שהעליתי לעיל (די"א ע"ב) דהרמב"ם

והשו"ע יפרשו את הירושלמי והתוספתא, דברישא לא מהני, משום דאומר שיזכה לי חצירי קודם שיפלו המציאות לתוכו, ולהכי לא קנה מטעם דהוי דבר שלב"ל, וכמו שפי' מפרשי התוספתא כן ע"ש, ובסיפא כיון שכבר הגיעה המציאה לחצר מהני אמירתו, עמ"ש לעיל שם בארוכה, ולפי פי' הזה צ"ל נמי דבסיפא אין שום חדוש, והחדוש דברישא נמי אין מובן, דאטו צריכה התוספתא לאשמועינן, דדבר שלב"ל א"א לקנות, ובע"כ צ"ל דהעיקר ישמיענו התוספתא, דבעינן דוקא שיאמר זכתה לי חצירי, לאפוקי משיטת הפוסקים, דאמר לאו דוקא, ואפי' בלא אמר נמי מהני, לזה אשמועי' התוספתא דבעינן דוקא שיאמר, וכיון שאמר בשעה שהיה דשלב"ל לא מהני, דאי אמר לאו דוקא, א"כ אפי' כשאמר בשעה שהיה דשלב"ל מאי הוי, דאכתי יקנה אח"כ כשיגיע המציאה לחצר, ונהי דאמירה הקודמת לא מהני, יזכה לו חצירו בלא אמירה, אע"כ דתוספתא ס"ל דבעינן דוקא שיאמר זכתה לי, ובלא אמירה לא קנה, ולהכי כיון דאמירה הקודמת לא מהני מטעם דהוי דשלב"ל, לא קנה גם אח"כ כשיבוא, כיון דעתה לא אמר כלום ובעינן דוקא אמר, וזהו עיקר החדוש דתוספתא, ובאמת משמיענו הרמב"ם והשו"ע דבעינן דוקא אמר כמבואר (בחו"מ סי' רס"ח), ולמה להם לכתוב עוד פרטי דין דתוספתא, דבהפרטים אין חדוש, ועיקר החדוש כתבו באמת. ולפי"ז א"ש לכל הפוסקים, להרמב"ם מטעמו ופירושו דעיקר החדוש דבעינן אמירה, וזה השמיענו, ולהרמ"א כטעמו משום דאסיק אדעתו בעינן, ישמיענו דין דאסיק אדעתו, והנה מזה עמדנו על שורש המחלוקת שבין המחבר ורמ"א בהנך תרי דינים, בדין דאמירה, כתב המחבר דבעינן אמירה, והרמ"א פליג וס"ל דלא בעינן שיאמר זכתה, ובדין דאסיק אדעתו, המחבר לא הזכיר מזה, מכלל דס"ל דלא בעינן אסיק אדעתו וכמ"ש בנה"מ, והרמ"א מצריכו, ולפי האמור הפירוש של הירושלמי והתוספתא הנ"ל הביאתם לזה, ושני דינים הללו תלוי חד בחבירו, דלמחבר דלא ס"ל שבעינן דוקא אסיק אדעתו, לא יוכל לפרש הירושלמי דלא כלום מטעם דלא אסיק אדעתו, ובע"כ מטעם דשלב"ל, ולזה יקשה דאכתי יקנה אח"כ כשיגיע לחצירו, אע"כ מוכח דבעינן דוקא אמירה ואמירה דקודמת לא מהני וכנ"ל, ולהכי פוסק דבעינן אמירה כהירושלמי, משא"כ להרמ"א דס"ל דלא בעינן אמירה, בע"כ לפרש הירושלמי מטעם אסיק אדעתו, ולהכי פוסק דבעינן דוקא אסיק אדעתו וכחדוש הירושלמי לפירושו ודו"ק, ועמ"ש עוד בדבור הסמוך:

תוד"ה קולט מן האויר, הניחו בתימה דאי ליתא לדר' יוסי אמאי שבחצר הוי לבעה"ב, והנה בשמ"ק מיישב להך קושיא הכי, דאא"ב דליתי' לדר' יוסי ובעינן דעת, ניחא דלהכי אמר דהקולט מן האויר הרי הוא שלו, דעל מה שבאויר אין דעתו, ועל מה שברפת הוי

דעתו דרגילות הוא לבוא שוורים דעלמא ברפת ע"ש, ומה דהתוס' לא ניחא להו בישוב הזה, י"ל בתרתי, חדא דלפי"ז אין שום חילוק בין קולט מן האויר לנוטל מן המונח בקרקע, ובדבר דדעתו עליה אפי' באויר נמי מהני, ובאין דעתו אפי' במונח ע"ג קרקע לא מהני, ומלשון הברייתא משמע דעיקר החלוק הוא בין קולט מן האויר לנוטל מן המונח בקרקע, ואפי' בשוורים דעומדים ברפת אם קלט הזבל באויר טרם שהונחו על הקרקע נמי הוי שלו, ועוד דהא סברת השמ"ק לא שייך כ"א כשנאמר כסברת הרמב"ם, דשלא מדעתו דקאמר ר' יוסי, היינו שלא מדעתו לגמרי שלא ידע כלל שיש מציאה בחצר ולא אסיק אדעתו, ואז אפשר לומר דכי אסיק אדעתו מן המציאה מהני לכו"ע, ואפי' למאן דלא ס"ל כר' יוסי, ושייך שפיר לחלק בין רפת, דבזה הוי אסיק אדעתו ומהני, לקולט מן האויר דלא אסיק אדעתו כלל, אבל לסברת הרמ"א שהבאתי לעיל בסמוך דאפי' לר' יוסי בעינן נמי שיהיה יודע מן המציאה או דאסיק אדעתו, והאי שלא מדעתו דקאמר, היינו שלא בכוונה וכמו שהארכתי בזה לעיל (דף י"א ע"א) ומינה דמאן דלא ס"ל כר' יוסי בעי כוונה לקנין, ולפי"ז צ"ל דאפי' בקולט מן האויר הוי נמי באסיק אדעתו מן הזבל, דאל"ה לא הוי מקשי לר' יוסי מידי, כיון דגם לר' יוסי בעינן נמי שיהא אסיק אדעתו, אע"כ דבקולט מן האויר מיירי נמי באסיק אדעתו, אלא דלא נתכוון לקנין, ולפי"ז אין שייך לתרץ כתי' השמ"ק, דהא לענין כוונה לקנין אין שייך לחלק בין קולט מן האויר לרפת, כיון דגם בקולט מיירי דאסיק אדעתו וידע מהמציאה ואפ"ה לא נתכוון לקנות, ומ"ש דברפת יכוון לקנות, דבשלמא לענין אסיק אדעתו מסתבר לחלק דברפת דרגיל לבוא שם שוורים אסיק אדעתו, אבל לענין כוונה אין שום מקום חילוק בזה, ובע"כ דעיקר תי' השמ"ק היינו עפ"י שיטת הרמב"ם, ואכן התוס' בע"כ דכהרמ"א סבירא להו, דהא כבר כתבתי לעיל בסמוך דמן הירושלמי ותוספתא יש ראיה לשי' הרמ"א, ועיקר דין דרמ"א תלוי בדין דבעינן שיאמר זכתה לי שדי, דלהרמב"ם דס"ל דבעינן דוקא שיאמר, יוכל לפרש הירושלמי מטעם דשלב"ל, והרמ"א דס"ל דלא בעינן שיאמר זכתה, מוכרח לפרש הירושלמי מטעם דלא אסיק ע"ש היטב, וא"כ גם התוס' לשיטתייהו לעיל (דף י"א ע"א) דלא בעינן שיאמר זכתה, בע"כ דיסברו נמי כהרמ"א, דגם לר' יוסי בעינן אסיק אדעתו, ורק כוונה לא בעינן, ולהכי לשיטתייהו א"א להו לפרש כתי' השמ"ק, דתי' זה אינו כ"א לשי' הרמב"ם וכמ"ש ודו"ק:

בתוד"ה תרתי כו', אבל בחצר שיש לשוכר בה הלוך כניסה ויציאה לביתו לא הוי דבעה"ב כו' עכ"ל, ואין להקשות דלפי"ז איך מדייק דהשכיר החצר לא השכיר הרפת נימא דמיירי שלא השכיר החצר כלל, רק משום הלוך כניסה ויציאה לא הוי החצר לבעה"ב רק ברפת,

די"ל דא"כ ל"ל לאשמועי' הך דינא מדיוקא דרפת, ולכתוב הדין ברפת שא"צ לגופא ורק לדיוקא דבחצר לא הוי דבעה"ב, יותר טוב היה לכתוב הדין מפורש, דבהשכיר לחבירו בית והחצר לא השכיר, דלא הוי המציאה לבעה"ב, אע"כ דבחצר השכורה מיירי ועיקר החדוש לאשמועינן דהמשכיר החצר לא השכיר הרפת, ומינה נלמוד שדוקא ברפת הוי לבעה"ב ולא בחצר כיון שיש לו כניסה ויציאה, וק"ל:

בגמ' חצירו נמי לא זכה, אע"ג דלעיל (דף י' ע"ב) אמרינן דגניבה קונה החצר אע"ג דאיסורא הוא, כתב הריטב"א שדוקא בגניבה הוא משום דמיותר קרא להכי, אבל בשאר איסורין לא אמרינן דקנה וכדהכא:

דף קב:

בגמ' ור"נ אומר קרקע בחז"ב וכולו למשכיר, בשמ"ק הקשה דאיך יפלוג ר"נ על מתניתין דקתני יחלוקו, ותירץ דרב נחמן יסבור דמתניתין הוא כסומכוס דסבירא ליה ממון המוטל בספק חולקין ורב נחמן סבירא ליה כרבנן דהמע"ה ע"ש. ואמנם לפי זה יקשה מכאן טובא לפרשב"ם בתוספות לעיל (דף ק' ע"א) דרק בקיימא באגם סבירא ליה לסומכוס דיחלוקו, משום דלא הוי מוחזק גמור כי אם חזקת מרא קמא, אבל במוחזק גמור גם סומכוס מודה דיחלוקו, והא הכא הוי מוחזק גמור ואפילו הכא סבירא ליה דיחלוקו, ואפשר לומר דהכא נמי כיון דהשתא משתמש השוכר בקרקע הזאת, אלא דקרקע עומדת אפילו הכי בחזקת בעלים הראשונים, ואם כן לא הוי חזקת הבעלים כי אם כחזקת מרא קמא ולא כמוחזק ממש, כיון דבאמת היא ברשות השוכר כעת, וכן משמע מן הש"ך (חו"מ סימן פ"ב) בכללי המיגו, דחזקת בעלים הוי חזקת מרא קמא:

ברש"י ד"ה ורב נחמן אומר קרקע בחז"ב עומדת, ואפילו בא בסוף החדש כולו למשכיר שהספק לא עכשיו נולד אלא מתחלת החדש נולד והעמיד קרקע על חזקתו ונמצא שדר בשל חבירו כו' ע"כ, ויש לתמוה טובא דלטעם שאמר רב נחמן דקרקע בחז"ב היא, ואין מועיל תפיסה בזה, דאפילו כשהשוכר תפוס לא מהני תפיסתו משום דבחזקת בעלים עומדת ונחשב כאילו בעה"ב מוחזק, א"כ לאיזה צורך פרש"י דהספק שדינן אתחלת החדש דאפילו אם הספק נולד בסוף החדש נמי למשכיר כיון דתפיסת השוכר לא הוי תפיסה. ואמנם באור דברי רש"י, דטעם דקרקע בחז"ב לחוד לא מהני הכא, דהא לא על גוף הקרקע אנו דנין בזה דיהא שייך לומר בזה קרקע בחז"ב, עיקר הסכסוך שבכאן על פירות הקרקע הוא, דהיינו שכירות הבית, השוכר רוצה לאכול הפירות עוד חדש והמשכיר טוען ששלו הוא ובפירות הא מהני תפיסה, ולכן אם הספק היה נולד רק בסוף

החדש, אז באמת מהני תפיסת השוכר כיון שבדין תפס ובהיתר קודם שנולד הספק, להכי הוסיף רש"י דהספק לא עכשיו נולד כי אם בתחלת החדש, וא"כ השוכר כשתפס הפירות, לאחר שנולד הספק תפס, ואחר שנולד הספק לא מהני תפיסה כמ"ש התוס' לעיל (דף ו' ע"ב) בד"ה פוטר ממונו, ולפי זה עיקר טעם דרב נחמן משום דהספק לא עכשיו נולד רק בתחלת החדש, רק שהוצרך נמי לטעם דקרקע בחז"ב, משום דע"כ לא אמרינן דלאחר שנולד הספק לא מהני תפיסה כ"א דומיא דלעיל בתפיסת כהן הבכור, דעד עתה לא היה תפוס בשום דבר, ועיקר תפיסתו יבוא לאחר לידת הספק, מה שאין כן בכה"ג דבגוף החפץ תפוס הוא ועומד קודם לידת הספק, היה מהני תפיסת הפירות של אותו הדבר אע"ג דתפיסת הפירות הוא לאחר לידת הספק כיון שבגוף הדבר תפוס הוא מכבר, נאמן הוא להחזיקו לצורך תשמישו עוד חדש אחד, ואילו היה הדבר הזה במטלטלין כגון שהשכיר לו סוס באופן כזה ונתעברה השנה, והמשכיר היה בא בסוף חדש לערער, הדין היה עם השוכר, דנהי דהספק נולד בתחלת חדש הי"ג, וכשמשתמש בו השוכר הוי אחר לידת הספק, אפילו הכי כיון דס"ס תפוס ועומד הוא בגוף הדבר בהיתר, מהני לו תפיסה הזאת שלא להוציא מידו גם הפירות, משא"כ הכא דהסכסוך הוא בשכירות קרקע, ותפיסת הגוף לא מהני כלל כיון שקרקע בחז"ב עומדת, והוי כמו שמשכיר תפוס בגוף הקרקע, ובשכירות הקרקע לחוד לא מהני משום דהוי אחר שנולד הספק, נמצא דשני הטעמים צריכי, דבטעם דרש"י לחוד לא מהני כיון שמוחזק הוא בגוף הקרקע בהיתר, ואם השוכר היה נקרא תפוס בקרקע, היה מהני תפיסתו גם בפירות דלאחר מכאן, והוצרך שפיר לטעם דבחזקת בעלים עומדת, ולא מיקרי השוכר תפוס בגוף הקרקע כלל, וטעם דקרקע בחז"ב לחוד כ"ש דלא שייך הכא, דאטו אנן על גוף הקרקע דיינינן, לא דיינינן כי אם על השכירות, ובשכירות הוי מהני תפיסה, אי לא מטעם דרש"י דהוי לאחר לידת הספק, וזה נכון:

ובדברנו אלה יש לתרץ הקושיא המפורסמה שהרעיש הש"ך בס' תקפו כהן על הרא"ש דריש מכילתין, שהביא ראיה דתפיסת שמא לאחר שנולד הספק לא מהני, מהך דהכא דס"ל לר"נ והכי קיי"ל דאפי' בא בסוף החדש כולו למשכיר, ואע"ג דספיקא הוא אי תפוס לשון ראשון או אחרון והשוכר תפוס ועומד ש"מ דתפיסה לא מהני בספיקא עכ"ל הרא"ש, והקשה הש"ך ע"ז וכן בתפארת שמואל לעיל שם, הא טעמו של ר"נ לאו משום דהו"ל תפיסת ספק, אלא הטעם כמבואר בגמ' משום דקרקע בחז"ב ולא הוי תפוס כלל, אבל אם היה מיקרי תפוס אפשר דאפי' בספק נמי מהני, ואכן למ"ש דעיקר טעמו של ר"נ לא הוי משום קרקע בחז"ב, אלא עיקר טעמו הוא משום דהתפיסה הוי לאחר שנולד

הספק, ותפיסת שמא לא מהני גם בכה"ג, ורק שלא נימא הא תפוס בגוף הקרקע עוד קודם שנולד הספק, ע"ז קאמר לטעם דקרקע בחז"ב, א"כ הוי ממש כראיית הרא"ש, ולפלא על הש"ך שנדחק לפרש דטעם דר"נ לא הוי משום תפיסה מדקאמר קרקע בחז"ב, הא לפמ"ש א"ש, והוצרך שפיר לשני הטעמים וכן מוכח להדיא מפרש"י דטעמו הוי משום תפיסה אחר שנולד הספק וכנ"ל:

ורק שיש לומר דהש"ך לשיטתו א"א לו לפרש כמ"ש דטעם דקרקע בחז"ב יוצרך בכדי שלא יהא נקרא תפוס בגוף הקרקע, דהא בעצם הדין מאימתי נקרא לידת הספק בכה"ג, מחלוקת הפוסקים הוא, דעת רש"י ורשב"ם הוא, דלידת הספק מיקרי בעת שנוגע לנו לענין דין הנדון, כגון הכא הוי זה בתחלת חדש הי"ג, אבל קודם חדש הי"ג אין כאן שום ספק באשר שאכתי אין נוגע זה לשום דין, דהא על שנים עשר חדש ודאי הוי של שוכר ושמא יצא אח"כ לגמרי מן הבית מעצמו ולא יבוא כלל לידי ספק, ואמנם הרבה פוסקים ס"ל דלידת הספק הוי תיכף כשאמר שני הלשונות ואף שלא עשה עדיין שום קנין ואין עוד שום דין עליו, מ"מ תיכף באמירתו נולד הספק, וכן הוא דעת הש"ך (בחו"מ סי' ס"ו). ולפי"ז א"א לומר דטעם דר"נ הוא משום דתפיסת ספק לא מהני, ורק במטלטלין היה מועיל בכה"ג משום דתפוס הוא בגוף הדבר שבא לידו עוד קודם לידת הספק, ולהכי הוצרך לטעם דקרקע בחז"ב, והא לשיטתו דהספק נולד תיכף בעת האמירה, א"כ גם גוף הדבר בא לידו אחר לידת הספק ואפי' במטלטלין נמי לא מהני התפיסה וא"כ ל"ל לטעם דקרקע בחז"ב, וכ"ש למ"ש הנתיבות בכללי התפיסה סקט"ו להוכיח שגם הרא"ש עצמו יסבור כהש"ך, להכי הוכרח הש"ך לפרש דעיקר הטעם לא הוי משום תפיסה, רק משום דקרקע בחז"ב, ואע"ג דעל השכירות אנו דנין ולא על גוף הקרקע, ס"ל נמי שגם בשכירות לא מהני התפיסה מטעם זה דלא הוי כתפוס, ששכירות קרקע נחשב נמי כגוף הקרקע ולהכי שפיר מקשה על הרא"ש. אלא דאכתי נהי דהש"ך מצד עצמו ולפי שיטתו הוכרח לפרש כן, אבל מה שהוכיח הנתיבות שגם הרא"ש יסבור כהש"ך א"א לומר כן, דהא בסוגיין כתב הרא"ש להדיא דהספק נולד מתחלת החדש, הרי להדיא דלא כהש"ך, וא"כ להרא"ש שפיר נוכל לפרש דטעמו דר"נ משום דלא מהני תפיסה, ואין צורך לדחוקי דשכירות קרקע הוי כקרקע וכשי' רש"י, וממילא שפיר נסתייע הרא"ש מזה דתפיסת ספק לאחר שנולד הספק לא מהני, וכן מה דאיתא לקמן (דף ק"י), דאם קדים ואכיל הפירי לר"נ צריך להחזיר, נמי מזה הטעם הוא, דבפירות לא מהני התפיסה משום דהוי לאחר לידת הספק, ובגוף הקרקע לא מיקרי מוחזק, כיון דבחז"ב עומדת וכנ"ל:

ולפמ"ש יתבאר לנו טעם פלוגתא דר"נ ושמואל, דאילו לשיטת הש"ך ופירושו בגמ', דטעם דר"נ הוא רק משום קרקע בחז"ב, יש לתמוה דא"כ מהו סברת שמואל דפליג עליו, ואטו לית ליה לשמואל הדין דקרקע בחז"ב, וצריך לדחוק דבזה יפלגו, דשמואל ס"ל כיון דהסכסוך הוא על השכירות ולא על גוף הקרקע אין זה ענין לקרקע בחז"ב ומהני תפיסה בזה, ור"נ יסבור דשכירות קרקע נמי הוי כקרקע ולא מהני תפיסה, וכ"מ בשמ"ק שזה טעם פלוגתתם. ואמנם לפמ"ש מרווח ביותר, דשמואל סובר דהספק אין מתחיל כ"א משעת התביעה שיתבע אותו לדין, ולהכי אם לא בא עד אמצע או סוף חדש מיקרי תפס קודם לידת הספק דמהני התפיסה, ודוקא כשבא לתבוע בתחלת החדש הוי כולו למשכיר דהוי תפיסה לאחר לידת הספק, ור"נ יסבור דהספק אתחלת החדש שדינן וכפרש"י, ולכן לעולם הוי אחר לידת הספק, ומצאתי סיוע לדבריי בשמ"ק בשם תלמיד הר"ף שהקשה על מה דמתרץ בגמ' לשמואל התם מאי משום דתפיס ה"נ תפיס, הא הוי תפיסה לאחר שנולד הספק ותפיסה כזה לא מהני, ותי' דאימתי הוי ספק כשבא לדין לפנינו וכבר היה תפוס ע"כ, הרי להדיא דטעם דשמואל משום דס"ל דהספק נולד בעת התביעה ועוי"ל דגם שמואל כר"נ ס"ל דלידת הספק מתחלת החדש הוא ויפלגו בזה, דהנה הרא"ש פוסק גבי מאה מעי איסתרא דתפיסה מהני, הקשה הש"ך ע"ז הא הרא"ש עצמו ס"ל דתפיסת ספק לא מהני כדמוכח מתקפו כהן, ותירץ שני תירוצים, א), דהתם הוי קודם לידת הספק, משא"כ בתקפו כהן הוי לאחר לידת הספק, ב), עפמ"ש הרמב"ן דתפיסה ברשות מהני לעולם, ובתקפו כהן הוי שלא ברשות ע"ש, ומשמע דלרמב"ן מהני תפיסה ברשות אפי' לאחר לידת הספק, ולתי' הראשון לא מהני אחר לידת הספק, וא"כ י"ל דבסברות הללו יפלגו ר"נ ושמואל, ר"נ ס"ל לתרץ ההיא דתקפו כהן משום דהוי לאחר לידת הספק ולא מהני אפי' ברשות, וכיון דהספק נולד בתחלת החדש, והתפיסה הוי לאחר לידת הספק להכי לא מהני, ושמואל יסבור כסברת הרמב"ן דתפיסה ברשות מהני לעולם אפי' לאחר לידת הספק, ולהכי נהי דסובר נמי שהספק נולד מתחלת החדש, מ"מ כל זמן שלא תבע המשכיר הרי דר ברשות המשכיר דידע ושתק ומהני תפיסתו משא"כ לאחר התביעה דמעתה הוי תו שלא ברשות ולא יכול שוב לתפוס:

הדרן לדברנו דלעיל, דלפרש"י והרא"ש יהיה עיקר טעמו דר"נ משום דהתפיסה לא מהני, אלא שהוצרך נמי לטעם דקרקע בחז"ב, משום דבלא טעם זה היה מהני תפיסתו כין דבגוף הדבר מוחזק ותפוס עוד קודם לידת הספק, ולפי"ז יהיה עיקר הפלוגתא בין שמואל לר"נ דוקא בקרקע, משא"כ במטלטלין הוי לשוכר אפי' לר"נ, והיינו מ"ש הרא"ש שדוקא בקרקע קיי"ל כר"נ אבל במטלטלין כשמואל פסקינן דמהני התפיסה, ולא רצה

לומר שבמטלטלין הוי דלא כר"נ, דהא לפמ"ש גם ר"נ יודה במטלטלין, אלא כוונתו שדין דר"נ כפי האמור בתלמוד דהכל למשכיר, לא שייך כי אם בקרקע אבל במטלטלין שייך דינא דשמואל דמהני התפיסה, ואה"נ שגם לר"נ הוי הכי, ובבא בתחלת החדש דהוי למשכיר אפילו במטלטלין הינו משום דאין מניחו לתפוס יותר, אבל אם היה מניחו לתפוס הוי מהני התפיסה אע"ג דהוי לאחר לידת הספק כיון שמוחזק הוא בגוף הדבר בהיתר וכנ"ל, ודו"ק בכ"ז:

שם ובגמ' לא צריכא שתבעו ביומא דמישלם זמנו, ופרש"י והוא אומר נתתיו לו בבקר ע"כ, ומשמע להדיא מפירושו דמה דאמרי' הכא דעביד דפרע ביום זמניה, לאו דוקא בסוף היום, אלא אפילו בתחלת היום והוא כדעת הטור והמחבר (בחו"מ סי' ע"ח) שדוקא אם התביעה היתה בבקר שא"א היה לפרוע היום אז אינו נאמן, אבל אי תבעו ב' או ג' שעות ביום והוא אומר נתתיו בבקר מהימן, דהא דעביד דפרע ביום זמנו, היינו בכל היום, ועיין שם בב"ח שהוכיח מהרמב"ם דסובר שדוקא אם התביעה היתה לאחר כלות היום והוא אומר אשר בסוף היום ממש פרע אז מהימן אבל אם אומר שפרעו קודם סוף היום לא מהימן דהוי כתוך זמנו, דהא דאמרי' כאן דעביד דמשלם ביום זמנו היינו בסוף היום, וכן ראיתי בהגהות מיימוני (בפי"ד מהל' מלוה) דעל מ"ש הרמב"ם פרעו בזמנו, ציין דהיינו בסוף היום, ומה שדחק לרמב"ם לפרש כן, היינו משום דלשי' רש"י דהבעיא שבכאן היה כשטוען שפרעו בבקר דהיינו קודם שהגיע זמן חיוב הפרעון, א"כ קשה מה ראיה מייתי משכיר, והא בשכיר לאו ביום דמישלם זמנו הוא, אלא אחר השלמת הזמן הוא שחייב לפורעו, אבל ביומא דמישלם זמניה אינו חייב לפרוע עד הלילה, וא"כ מה ראיה מייתי משכיר דהא י"ל דהא דאמרו דדוקא שכיר נשבע ונוטל משום כדי חייו, הא בלא"ה היה נאמן הבעה"ב דפרעיה, היינו בלילה משום שכבר הגיע זמן החיוב, והכא לא שאל כ"א ביום דמישלם זמנו שעדיין לא נתחייב בפרעון, ובכה"ג י"ל דלא מהימן שפרעו קודם החיוב, ועיין באס"ז שטרח הרבה ביישוב קושי' הזאת, ולכן מחמת קושית הזאת בחר הרמב"ם לפרש דבאמת הא דשאל כאן היינו נמי בסוף היום, שכבר הגיע החיוב דהוי השתא דומיא דשכיר, אבל קודם סוף היום אה"נ דלא מהימן. ואלא דאכתי צריכין אנו להבין דעת הטור שפי' דמיירי ביומא דמישלם קודם זמן החיוב, א"כ יקשה לדידיה קושית האס"ז הנ"ל, ועוד דחוק להטור שפי' שגם קודם זמן החיוב מהימן, א"כ מאי נ"מ בין אותו יום ליום אחר כיון דס"ס קודם החיוב הוא, ולרמב"ם החלוק מבואר, דבתוך הזמן כיון שלא הגיע עוד זמן חיוב הפירעון אמרי' שמסתמא לא פרעו, ולאחר שהגיע חיובו לא משהי חיובו ובודאי פרעיה, ולמה לא פי' גם הטור כהרמב"ם. ונ"ל

דהרמב"ם וטור לשיטתייה אולי, וכל אחד לפי שיטתו מוכרח לפרש כפירושו, דהנה הריטב"א בחדושיו הקשה דמאי מייתי הכא בשכיר, דילמא בשכיר חושש שלא יעבור בבל תלין משו"ה יפרענו תיכף כשיגיע החיוב, דאם ימתין עד הבקר אז יעבור בבל תלין, אבל הכא דליכא איסור בל תלין מנ"ל דיחוש לפרוע אפי' בזמנו ע"ש, ומשמע אפוא מן הריטב"א דסבירא ליה כדעת הרמ"ה הובא (בטוחו"מ סי' של"ט) דבשכירות בית ליכא איסור דלא תלין ולהכי שפיר מקשה, והנה סברת הרמ"ה דס"ל הכי, היינו משום דכתיב כל אשר בארצך ולא בארצך ע"ש, ובקצוה"ח שם כתב דלמ"ד תלוש ולבסוף חיברו הוי תלוש בבית, אז ממילא שגם בשכירות בתים איכא לא תלין ע"ש:

והנה בגוף הדין אי בית מיקרי כמחובר ממש או כתלוש ולבסוף חיברו, תליא זה בפלוגתא דרמב"ם וטור (בחו"מ סימן צ"ה) גבי שבועה דמודה מקצת, דז"ל רמב"ם שם, שכנת בחצירי שני חדשים והלה אומר לא שכנתי אלא אחד חייב דהסכסוך הוא בשכירות ולא בגוף הקרקע, והטור כשכתב זה הדין שינה בלשון וכתב שכנת בביתי, וטעמם בזה, דרמב"ם סובר דבית בלא"ה הוי כתלוש, ולכן בכה"ג אפי' אם התביעה הוא בגוף הבית נמי חייב שבועה, להכי כתב דוקא שכנת בחצירי שזהו קרקע ממש, ולא מחייב כי אם מטעם שהתביעה אינה בגוף הקרקע, אכן הטור סבירא ליה דבית הוי נמי כמחובר ממש ולכן אפילו בטענה דשכנת בביתי נמי צריך לזה הטעם ע"ש בש"ך, ולפי"ז א"ש הכל, דלשיטת הרמב"ם דבית הוי כתלוש לענין שבועה והוא הדין דלענין לא תלין נמי הוי כתלוש ממש, וממילא דלשיטתו גם בשכירות בית כהכא איכא איסור דבל תלין, ולא קשיא כלל קושית הריטב"א כיון דגם הכא איכא לא תלין, משא"כ הטור לשיטתו דס"ל דבית הוי כמחובר וא"כ בבית ליכא לא תלין וא"כ יקשה אפוא קושית הריטב"א דמאי ראיה מייתי משכיר, ובע"כ יהיה מוכרח לפרש דגם בשכיר מירי נמי דהבעה"ב טוען שפרעו עוד קודם זמן החיוב ודוקא התביעה הוא בזמנו דהיינו בלילה, אבל הפרעון טוען הבעה"ב שהיה קודם החיוב, דבכההוא גוונא אין לומר עוד דמשום חשש בל תלין ימהר לפרוע דזה לא אמרינן כי אם בשעת זמן החיוב דאו ימהר לפרוע קודם שיעבור זמן דלא תלין, אבל שימהר עוד לפרוט קודם זמן החיוב לא אמרינן, דאלת"ה א"כ לדעת הרמב"ם דסבירא ליה שגם בבית איכא לא תלין יהא נאמן אפי' תוך זמנו לטעון פרעתי דימהר לפרוע מחשש שלא יעבור בלא תלין, אלא ודאי דקודם זמן החיוב לא ימהר לפרוע משום הכי, רק אחר שכבר הגיע זמן החיוב, אע"ג דיש עוד שהות עד זמן שיעבור בלא תלין אפ"ה ממהר לפרוע בכדי שלא יעבור זמן דלא תלין, וכיון שלשיטת הטור בע"כ צ"ל דגם בשכיר מירי שטוען דהפריעה היתה קודם זמן החיוב, א"כ ממילא נלמוד דגם

הכא בשכירות בית נמי מהימן ביומא דמישלם אפילו קודם החיוב, להכי שפיר פירוש הטור דמיירי הכא שטוען דפרעו ביום דמישלם זמנו בבקר, ולא נשאר עליו שום קושיא, דקושית הריטב"א לא קשה כיון דגם בשכיר מיירי באופן דליכא חשש בלא תלין, וגם קושית האס"ז דלעיל מאי מייתי משכיר דמיירי שפרעו לאחר החיוב, דלשיטת הטור גם בשכיר מיירי שהפריעה היה קודם החיוב, מאי שאין כן הרמב"ם דסבירא ליה שגם בבית איכא לא תלין, ואם כן אפוא ההיא דשכיר מיירי שהפרעון היה בסוף היום ממש, ואם כן ממילא שגם בשוכר ליכא הוכחה כי אם דבסוף היום ממש עביד דפרע, דאל"ה מאי מייתי משכיר וכקושית האס"ז דלעיל, וזה כפתור ופרח בעזה"י:

ואמנם כ"ז הוא לסברת הש"ך וקצוה"ח דתלו דין דבל תלין בבתים בפלוגתא דתלוש ולבסוף חיברו לענין שבוטה, אבל לענ"ד היה נראה דאפילו לטור דסבירא ליה לגבי שבועה דבית כקרקע הוי, לענין בל תלין יודה גם הוא דכתלוש הוא, דהנה מצד הסברא היה נראה דבית יצא מכלל מטלטל, כיון דס"ס מחובר הוא השתא, ובכ"ז לכלל קרקע ממש נמי לא בא, דהא עכ"פ תלוש היה מקודם, ולהכי ניחזי אנן על מה הוא הקפידה, אם הקפידה בהא דממעטינן קרקע, הוי משום דבעינן מטלטל ממש, בכה"ג גם בית לא הוי כמטלטל, ואם הקפידה הוא רק שלא יהיה קרקע, גם בית לא הוי כקרקע ממש, ואם כן גבי שומרים דממעטינן קרקע מכלל ופרט, משום דבעינן כעין הפרט שיהיה דבר המטלטל ממש, וכיון דהתם מטלטל בעינן, סברא הוא דבית נמי ממעטינן מכלל ופרט כיון דאינה מטלטלת ולא הוי נמי כעין הפרט, משא"כ הכא לגבי לא תלין דממעטינן קרקע מכל אשר בארצך, וארצך ממש בעינן, אבל בית דלא הוי ממש כארצך לא ממעטינן, וסברא נכונה הוא, ועמ"ש לעיל (דף נ"ו ע"ב) לגבי אונאה בתלוש ולבסוף חיברו, ליישב בזה קושית הש"ך בסימן צ"ה שהקשה על הטור מההיא דחולין (דף ט"ז ע"א) דמשמע התם הוי כתלוש לענין עבודה זרה, דלסברא שכתבתי אין שום קושיא, דהתם לענין עבודה זרה ממעטינן נמי מקרא דאלהיהם על ההרים ולא ההרים, ואם כן דוקא הרים ממש ממעטינן ענה וכ"כ הש"ך שם דכיון דיושב בקרקע והחזיק ג' שנים אבל בית דלא הוי כהרים והוי בה תפיסת יד אדם פשיטא בקרקע הוי מוחזק כמו במטלטלין ולא מיקרי תו מיגו להוציא, דהוי כתלוש, וע"ש שהארכתי לדחות בזה כל הוכחת הש"ך, ולפמ"ש שגם לטור איכא בל תלין בשכירות בתים, א"כ יפרש הך דשכיר כפשוטו דהפריעה היתה לאחר שהגיע החיוב, ואם כן אכתי יוחזר קושית האס"ז על הטור דהכא דשאל ביום דמישלם זמנו קודם החיוב מאי מייתי משכיר, ובע"כ צריכין אנו לבוא למ"ש בשמ"ק שם, דכיון שאמרו שכיר בזמנו נשבע ונוטל, כל זמנו הוא, ואפי'

תבעו סמוך לשקיעת החמה שלא היה שהות לפרוע אחר השקיעה, ובע"כ שטענתו שפרעו קודם השקיעה ואפ"ה מהימן, הרי שאפילו אם טוען שפרעו קודם החיוב נמי:

דף קג.

ברש"י ד"ה וכתב ליה וזה אומר לא דרתי אלא שלש ע"כ, ותמיה לי כיון דגם לדברי השוכר אכלה שלש שני חזקה, אמאי מהימן המשכיר, לשוכר הוה לן למהימני משום מיגו דאי בעי כביש לשטר משכנתא ואמר לקוחה היא, ואין לומר דהוי מיגו להוציא מחזקת בעלים הראשונים, דהא השוכר נקיט שטרא, והיכי דאיכא שטרא דמסייע ליה אמרינן מיגו אף להוציא וכדמוכח מהך דסיטראי וכמ"ש הש"ך בכללי המיגו סעיף י"א, וי"ל משום דהשטר דהכא אן בו ממש לטובת הלוה כיון דלאו לטובתו נכתב אלא בשביל שלא יחזיק וכמבואר בש"ס, וכיון דהשטר לא מסייע לטובת הלוה שוב הו"ל מיגו להוציא. ומה דדחק לרש"י לאוקמי בכה"ג דוקא דטענת הלוה דאכלה שלש, י"ל נמי דמכוון לתרץ קושית השמ"ק שהקשה על פרש"י, דלמה לו למשכיר האי טעמא דקאמר הש"ס, דשטרא נכתב בכדי שלא תחזיק, תיפוק ליה דקרקע בחז"ב עומדת ועל השוכר להביא ראיה שיש לו לדור עוד בתוכה ע"ש, לזה מתרץ רש"י דבאמת אם השוכר לא היה מודה שאכלה שלש שנים, לא היינו צריכים להאי טעמא דבטול השטר, ובלא"ה היה מהימן משום דקרקע בחז"ב עומדת, ורק הכא מיירי דהשוכר טוען שאכלה שלש שנים דיש לו מיגו וגם מסייע לו שטרא והו"ל להימני' על טענתו, ולהכי הוצרך בש"ס לבטל השטר דשוכר, וא"כ מינה גופא מדקאמר בש"ס לטעמא דבטול השטר, למד רש"י דהשוכר טוען שאכלה שלש, דבלא"ה באמת לא היה צריך לזה, כן היה נראה לכאורה:

אכן שוב הדרנא בי הן מצד ההכרח שכתבתי והן מצד עצם הדין, דמה שכתבתי דרש"י היה מוכרח לזה לתרץ קושית השמ"ק, באמת לא זכיתי לירד לסוף דעת השמ"ק בקושיא הזאת, הא בע"כ מוכרח המשכיר לטענא דבטול השטר, דאי לא"ה לא היה מועיל כלל לומר דליהמניה למשכיר משום דקרקע בחז"ב, דע"כ לא קאמרינן כזה כ"א במקום שאין שטרא דמסייע, דאז אמרינן דקרקע בחז"ב ומספיקא לא מפקינן מחזקת בעלים, אבל אי איכא שטרא דמסייע לשוכר, ודאי דלא מהימן המשכיר לאורועי השטר והשוכר מהימן, והגע עצמך אם אוזפיה מאה זוזי בשטרא ואמר לו פרעתיך פלגא, דודאי הלוה מוחזק במעותיו, ואפ"ה המלוה מוציא ממנו, דבכה"ג דאיכא שטרא לא מהני מעלת החזקת ממון לאורועי השטר, ולס"ד דש"ס דשטרא דהכא נכתב גם לטובת השוכר, וא"כ השוכר מוציא עליו שטר הכתוב בו שחייב המשכיר לתת לו דירה על עשר שנים, והמשכיר

שטוען שפרע מחיובו חמש שנים, מרעי בזה לשטר שביד השוכר, ומה מהני כאן חזקת בעלים, והיינו מה דפריך בש"ס אלא מעתה אוזפיה ק' זוזי כו' והוצרך לשנויי דשטר הזה נכתב שלא תחזק ולא לטובת השוכר, ולהכי המשכיר מהימן מטעם דקרקע בחז"ב, אבל בלא האי טעמא לא היה מועיל טעם דקרקע בחז"ב וז"ב. ועוד דעיקר הדין שכתבתי דמשו"ה לא מהימן הכא במיגו משום דהו"ל מיגו להוציא, כיון דהשטר נתבטל ג"ז אינו נכון, דאליבא דאמת לא מיקרי זה מיגו להוציא, כיון דהקרקע הוא ת"י השוכר וכבר אכלה שלש שנים מיקרי הוא כמוחזק, ולא שייך בו עוד לומר דהוא מוציא מחזקת בעה"ב וכמ"ש (בטוחו"מ סי' ק"ן) בשם רבינו יונה וכ"כ הש"ך שם דכיון דיושב בקרקע והחזיק ג' שנים בקרקע הוי מוחזק כמו במטלטלין ולא מיקרי תו מיגו להוציא וגם ש"ס ערוך הוא (לקמן דף ק"י) מלוה אומר חמש ולוה אומר שלש דמלוה מהימן משום מיגו דאי בעי אמר לקוחה, הרי להדיא דמלוה מהימן במיגו להוציא הקרקע מחזקת בעלים הראשונים, ואע"ג דהתם ליכא שטרא וכדאמר התם, אע"כ דכיון שהמלוה מוחזק בה השתא לא מיקרי זה מיגו להוציא, ובתוס' לקמן (דף ק"י ע"א) ד"ה א"ל כתבו דאם הבעלים רוצים להוציא הקרקע מיקרי הוא מוציא לענין שאין מאמינים לו במיגו, הרי להדיא דהמוחזק לא נקרא מוציא, וגם בדין דסוגיין להדיא כתב הש"ך בחו"מ (סי' שי"ז) דאם השוכר טוען דאכלה שלש דהשוכר מהימן כיון דיש לו מיגו, וכ"כ הנמוק"י בסוגיין, ולפי"ז יוחזר הקושיא על רש"י דפי' דלטענת כיון דגם השוכר אכלה שלש וא"כ אמאי מהימן המשכיר, הן אמנם דזה יש ליישב דמיירי שיש עידי שכירות דידעו שבשכירות ירד זה לתוכה, ורק שכחו הזמן מאימתי מתחיל השכירות, ובכה"ג ליכא תו מיגו וכמ"ש הנמוק"י דמיירי בהכי ע"ש, אלא דאכתי אינו מובן מה דחקו לרש"י לדייק הכי דמיירי שאכלה שלש וביש עידי שכירות. ולכן נ"ל דלשיטת רש"י מוכרחים אנו להעמידה הכא ביש עידי שכירות, ובמ"ש רש"י דמיירי שאכלה שלש שנים, נתכוון בזה לתרץ קושיא אחריתי שהקשה השמ"ק על פירושו ושהיא גם קושית התוס' כאן, דלפרש"י דהמשכיר עשה, השטר לשוכר משום חשש חזקה א"כ היכי יהביה להאי שטרא, דהא מצי כביש ליה למימר מינך זבינתה, וביד המשכיר היה לו להמצא השטר, וקושי' זאת באמת גדולה מאוד, ואמנם אי מיירי שיש עידי שכירות משכחת להאי דינא, כגון שכבר הקדים לו השכר וא"כ ירא לטעון לקוח דשמא יביא המשכיר עדים ששכורה היא ויהיה כאומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי ואפילו השכירות לא יחזיר כיון דמכחיש העדים שהוא טוען לקוח והעדים אומרים שהשכירו, וכיון דהאי דינא לא משכחת כ"א ביש עידי שכירות, ממילא מהימן אפילו כשאכלה שלש שנים דתו לית ליה מינו, והיינו דדייק רש"י לפרש

דמיירי שאכלה שלש שנים, לרמז לנו דהסוגיא מיירי בע"כ דיש עידי שכירות, דאי בלא עידי שכירות הא יש לו מיגו והשוכר מהימן, וכיון דמיירי ביש עידי שכירות לא יקשה שוב קושית התוס', מאי תועלת למשכיר בהאי שטרא כיון דמונח ת"י השוכר ואכתי כביש ליה ויטעון לקוח, דזה אינו דמתירא לטעון הכי שמא יביא המשכיר עידי השכירות ויפסידו גם כסף השכירות וכנ"ל ודו"ק:

ברש"י ד"ה אזדא ליה כו' מזלו גרם כו', ובשמ"ק הבין מלשון רש"י דצריך השוכר לשלם כל השכירות אפי' מה שלא דר בו ואפי' לא נתן צריך ליתן, ומה דקשה ע"ז מהא דלעיל (דף ע"ט) בספינה זה ויין סתם דאמרינן התם שאפילו נתן כבר דצריך להחזיר משום דשוכר מצי לקיים תנאו, והכא בבית זה נמי השוכר מצי לקיים תנאו דא"ל אנא הא קאימנא, עמ"ש מזה באריכות לעיל התם ברש"י ד"ה לא מכלינן, ובגמ' בד"ה ר' נתן ע"ש:

סליק פרק השואל

המקבל, **פרק תשיעי**

דף קג:

בגמ' לא צריכא דכו"ע יהבי בתילתא ואזל איהו ויהבי בריבעא, מהו דתימא דא"ל האי דבצרי לך אדעתא דלא יהבינא באילנות קמ"ל דאיבעי לפרושי, ומשמע דאע"ג דליכא למיתלי בשום דבר, ומה דבצר ליה, אפ"ה לא תלינן נמי דאדעתא דלא יהבינא באילנות, אלא תלינן דבצר ליה ברצונו לשם מתנה בעלמא, וקשה לי דמ"ש מהא דלעיל ריש פ' הפועלים, דקאמר התם מהו דתימא אדעתא דקא מקדמיתו ומחשכיתו קא טפינא לכו אאגרייכו קמ"ל דמצו אמרי אדעתא דעבדינן לך עבידתא שפירתא, ומשמע שדוקא משום דיש לתלות שיתרון השכר ניתן להם בכדי שיעבדו לו עבידתא שפירתא, אבל במקום שאין במה לתלות תלינן בע"כ כמו שאמר בעה"ב ולא אמרי' דלמתנה מכוון. ונ"ל דהתם נמי לאו דוקא קאמר משום דיש במה לתלות, דאפי' אם לא היה במה לתלות ג"כ לא מצי בעה"ב לשנות מן המנהג משום ההוספה הזאת, אלא תלינן דמרצונו נתן ההוספה בחנם בלי שום מטרה, וראיה לזה דאי תימא שדוקא משום טענת הפועלים דההוספה ניתן לצורך אחר כי היכי דליעביד עבידתא שפירתא, א"כ היינו צריכים לדעת בברור אי באמת עבדו עבידתא שפירתא, דכה"ג פריך הש"ס לעיל (דף ע"ו) וניחזי עבידתייהו, אע"כ דהחלוק ביניהם דהתם דבעה"ב לא הבטיח להם שכר כ"כ, והפועלים מעצמם יבקשו יותר משום דטוענים דעבדו עבידתא שפירתא, להכי ודאי צריכים למידע אם באמת עבדו כמו שאמרי, אבל בריש פ' הפועלים, דהבעה"ב קצב להם השכר, רק

עתה רוצה לשנות ממנהג המדינה ולומר להם שבשביל שיקדמו ויחשכו, לא מהימן והפועלים אינם צריכים כלל לברר אם עשו עבידתא שפירתא, כיון שאפי' אם באמת לא עשו שום יתרון נמי אין יכול בעה"ב לגרוע מקצבתו, וכמו דמוכח הכא להדיא דאפי' אם אין לפועל במה לתלות אפ"ה אין נאמן הבעה"ב לשנות ממנהג, ורק התם לרווחא דמילתא קאמרי שהפועלים יש להם טענה דעבדו עבידתא שפירתא, ועמ"ש לעיל ריש פ' הפועלים, ובט"ז (חו"מ סי' של"א) ובקצוה"ח שם ואכ"מ:

דף קד.

במתני' אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא, עמ"ש מזה לעיל (דף ע"ד ע"א) בתוד"ה הכא לאו בידו:

בתוד"ה היה דורש לשון הדיוט כו' ואפי' לא כתב כאילו נכתב כו', הסמ"ע (בסי' שכ"ח) פי' הטעם לזה, דכיון שרגילין לכתוב כן כל המקבל סתם על דעת הנהוג מקבל, ומשמע דהיינו במקומות שכולם נהגו לכתוב ואחד לא כתב אמרינן שעל דעת הנהוג מקבל, אבל אם לא נהיגי לכתוב כלל לא אמרינן כמאן דכתיב וליחייב אכן הרשב"א כתב דטעמו דכך כותב, לא שכותב לו באמת אלא שחייב כאילו כתבו ואפי' במקומות שלא כתבו מעולם ללשון זה נמי חייב כאילו כתבו ע"ש בשמ"ק בשם הרשב"א ובטעמא, דהא מילתא י"ל דהחיוב הוא מטעם ערב כיון דקיבל לחרוש ולעבוד בשדה חבירו וזה סמך על דבריו חייב מטעם ערבות וכמו שכתב הריטב"א לי דף ע"ג) גבי ההוא דיהיב למיזבן ליה חמרא. ועוי"ל דהחיוב הוא משום מבטל כיסו של חבירו ומטעם מזיק מתחייב, ואע"ג דמבטל כיסו פטור, דגרמא אין חייב כי אם בהיזק ממש, ולא במונע ריוח, בכה"ג דהריוח הי' בא ודאי חייב וכמפורש בירושלמי דפירקין דיליף ממתני' דהמבטל שדה חבירו חייב, דדוקא מבטל כיסו פטור משום דמי יימר דהוי רווחא בלא"ה, אבל לא בשדה, ועמ"ש לעיל ר"פ האומנין תוד"ה אין להם, דע"ז חבירו חייב, דדוקא מבטל כיסו פטור משום דמי יימר דהוי רווחא בלא"ה אבל לא בשדה, ועמ"ש לעיל ריש פרק האומנין תוד"ה אין להם זע"ז אלא תרעומות. אלא דלפי זה אין מבורר לי מאי דאמר דרב מאיר היה דורש לשון הדיוט, הא אפילו אם לא היה בזה שום לשון ואפי' דהדיוט, ולא התנה עמו כלל דאם יוביר ישלם, נמי ראוי להתחייב, דלמ"ש דהחיוב הוא מטעם ערבות או גרמי, אפי' כשלא התנה עמו שום תנאי נמי חייב וכמו לעיל גבי ההוא דיהיב למיזבן לו חמרא ופשע ולא זבין, דלהריטב"א דחייב מטעם ערבות מחייב אפי' בלא התנה נמי וכמ"ש להדיא בשמ"ק, והן אמנם דהירושלמי מצד עצמו אתי שפיר, דהירושלמי לא הביא כלל הסוגיא

דר"מ דורש לשון הדיוט, ורק על המשנה דנקיט המקבל שדה והובירה חייב שכך כותב, כתב הירושלמי דהדא אמרת מבטל שדה חבירו חייב כו', והמשנה אה"נ שיכולין לפרש שפיר דהחיוב הוי מטעם גרמי ואפי' בלא התנה נמי והלשון דכך כותב מפרשינן דדייניגן בזה למיעבד עובדא כאילו כתבו, אכן לפום ש"ס דילן דטעמא דר"מ משום דדורש לשון הדיוט, משמע דהחיוב הוא מטעם הלשון ולא מטעם מזיק, אלא דיש לומר דהכוונה במה שאמרו דר"מ דריש לשון הדיוט, שאין החיוב בא משום הלשון משום שהתנה עמו כך, אלא שמלשון הכתב, מביא ראיה שבאמת חייב בכך, מדנהגו ההדיוטות לכתוב הכי מכלל דחייב לשלם לו במיטבא, אבל אה"נ שעצם החיוב בא מטעם מזיק ואפי' לא כתבו נמי, ובע"כ צ"ל הכי לדעת הרשב"א ורה"ג שכתבו להדיא דאפי' לא נכתב מעולם נמי דינא הכי דחייב לשלם. וכדבריי משמע בשמ"ק לקמן בסמוך על מה שפריך הש"ס טעמא דכתב, איתא התם וז"ל תימא מנ"ל הא אדרבה אית לן למימר אע"ג דלא כתב ליה כמאן דכתב דמי כדפירשתי לעיל, ומהאי טעמא קאמר ר' יוחנן דשומטו מע"ג בניו דכמאן דכתיב ליה דמי, י"ל דאע"ג דההיא דלעיל הוי כמאן דכתיב ליה דהכי משמע מדקאמר ר"מ דורש לשון הדיוט, ומייתי ראיה שכך כתב לו להביא ראיה ממנו שיש לו לשלם במיטבא כו' ע"כ, הרי להדיא כדבריי, דאין הכתיבה והלשון עושה החיוב, אלא מתוך הכתב מוכח שחייב לשלם ודו"ק, ועמ"ש בדבור הסמוך ליישב דעת הסמ"ע:

דף קד:

בגמ' ולרבא מ"ש מהא דתנן אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא. וקשה לי דלמה שהעליתי בדבור דלעיל, דהחיוב דמתני' לאו מכח התנאי הוא, אלא מטעם מזיק, א"כ אין שייך זה כלל לאסמכתא, וי"ל דהיינו מה דמשני התם לא גזים לשלם יותר מן ההפסד, ועל מה שהפסידו אין אנו צריכין כלל לתנאי, אבל הכא דגזים לשלם יותר ממה שהפסידו ואתה רוצה לחייבו מכח התנאי, דמטעם מזיק א"א לחייבו יותר ממה שהזיקו, והתנאי הוי אסמכתא, והכי יש לכוון נמי בלשון רש"י ד"ה לא גזים. ולפי"ז אין ללמוד מכאן דכל תנאי דלא גזים לא הוי אסמכתא, דשפיר י"ל דמטעם התנאי אין לחייבו אפי' בלא גזים, דס"ס דאי הוא וכל דאי הוי אסמכתא, ומה דחייב במתני', לאו מכח התנאי הוא, אבל במקום שלא הפסידו ואתה רוצה לחייבו משום התנאי אפי' בלא גזים נמי אין לחייבו דאסמכתא הוא, והכי מפורש בשמ"ק בשם רה"ג ור"ח דאפי' בלא גזים הוי אסמכתא ואין ללמוד מהכא, והיינו נמי מה שכתב רש"י (בסנהדרין דף כ"ג) דהיכי דמי אסמכתא כגון אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא, והתוס' שם כתב דט"ס הוא ברש"י, דהא במיטבא

לא הוי אסמכתא כיון דלא גזים, ולמ"ש א"ש דודאי אסמכתא הוי אפי' בכה"ג דלא גזים, ואפ"ה חייב הכא מטעם מזיק ולא מטעם התנאי, ועמ"ש לעיל (דף ע"ד) בבאור הרש"י דסנהדרין. ואמנם להבנת התוס' דהחיוב דמתני' מטעם התנאי הוא, דהא ילפי מהכא דבלא גזים לא הוי אסמכתא, ובע"כ דס"ל דמטעם מזיק אין לחייבו כיון דאינו אלא גרמא והוי כמבטל כיסו של חבירו, ולא סבירא להו לחלק כהירושלמי שהבאתי, דבשדה כיון דריוח ברור הוא דמיא למזיק בידים, ומיושב לפי זה דברי הקצוה"ח (סי' של"ג וסי' ש"י) ע"ש, ולעיל בר"פ האומנים הרביתי להשיג עליו מירושלמי הזה דמחלק בין שדה למבטל כיסו, ושבזה נדחה כל דברי הקצוה"ח, ואמנם למ"ש כעת מוכח דהתוס' לא ס"ל לחלק כהירושלמי, אלא דלפי זה יוחזר קושית הקצוה"ח על התוס' דהאומנין, ואנכי העליתי ליישב עפ"י הירושלמי, ולמ"ש משמע דתוס' לא ס"ל כירושלמי, ובתוס' דלעיל דאפי' בלא כתב כמאן דכתב דמי, צריכים אפוא לפרש כמ"ש הסמ"ע שהבאנו בדבור דלעיל, דכיון דרובם נהיגי למיכתב, אדעתא דמנהגא קיבל ועיקר החיוב הוי משום התנאי ודו"ק:

ברש"י ד"ה דקביל ארעא לשומשמי קבלנות היתה כו', נראה דרש"י סובר כשיטת הרמב"ן שדוקא בקבלנות מתוך שהיה יכול לכופו לזרעה שומשמין ולא היה לו לזה לזרעה אלא שומשמין וכיון ששינה ידו על התחתונה אבל בחוכר מנכה מנכה לו, דמי כחשא דארעא, ועיין בשמ"ק בארוכה:

ברש"י ד"ה ועבדה חיטין כשומשמי, הצליח זריעתו ואף החיטין הוקרו כו', דייק לפרש דההצלחה בא מחמת יוקר השער, דאי משום שהצליחו בגדולן לא היה צריך כלל לטעם דליכחוש ארעא, דבלא"ה הדין עם בעל השדה, דמצי אמר אי הוי זרעת שומשמין היו נמי מצליחין בגדולן והיה לי יותר מן הרגיל, אע"כ דמיירי דהסבה בא בשביל שהוקרו החיטין וא"כ רק החיטין גרמו לזה:

בגמ' האי עיסקא, עמ"ש לעיל (דף ס"ט) בסוגיא דרב עיליש:

בגמ' ולא למשתי ביה שיכרא, עפרש"י ותוס', ואפשר לתת עוד טעם לזה, דלפעמים יזדמן סחורה גדולה שיוכל. להשתכר בה הרבה אלא שאינה נמכרת בפחות ממאה זוז, וכשהוציא זה החמשים זוז דמלוה ולא נשאר בידו כ"א החמשים דפקדון ולא יוכל לקנות הסחורה ההיא ואם אינו מוציא פלגא דמלוה יוכל לקנותה ולהרויח בה הרבה, וכיו"ב כתבו התוס' (בב"ב דף י"ג) גבי בכור ופשוט:

דף קח.

בגמ' האי מאן דמחזיק ביני אחי כו' ור"נ אומר סלוקי נמי מסלקינן, ובשמ"ק כתב וז"ל דמסלקינן ליה בדינא דכיון דהוי ההוא קרקע הפקר זכה כל שדה ושדה הסמוכה לו במקצתו כעין חצירו של אדם שזוכה וקונה לו, וצ"ע היכא דלא הוי קיימי בצד שדותיהן לזכות באותה שדה וקדם הלה וזכה אמאי מוציאין אותה מידו כו' ע"ש. והיה נראה ליישב עפ"י מ"ש רש"י (לעיל דף י"א) הטעם דבעינן עומד בצד שדהו, בכדי דליהוי משתמר על ידו, וא"כ לא בעינן זה כ"א כשירצה לקנות ע"י חצירו מטלטלין וכדומה דבר הנייד שיכולים ליטלו משם אם אינו עומד לשומרה, אבל הכא לקנות הקרקע דבצדה, דבלא"ה משומרת היא שאין אדם יכול ליטלה, לא בעינן שיהיה עומד בצדה, אלא דאפשר לומר דנהי דאין יכולים ליטלה, אבל הא יכולין לחפור בה שיחין ומערות ולקלקלה ע"י חפירה ואכתי אין משתמר מיקרי. ועוי"ל דהשמ"ק יסבור כשי' התו"ח שהבאתי לעיל, דהא דבעינן עומד בצד שדהו לאו משום שימור הוא, אלא משום דאז אלים קניית השדה טפי דכשעומד שם הוי כגופו וידו ע"ש, דלטעם זה הוי החסרון בעצם החצר, דכשאין עומד בצדו לא אלים קנייתו, וא"כ אפי' בדבר המשתמר בלא"ה נמי לא קנה:

ואמנם מריהטא דשמ"ק הזה נלמוד דזה פשיטא ליה דאי הוי קיימי בצד שדותיהן היו קונים שדה הזאת של הפקר מטעם חצירו, דדוקא באין עומדין בצדו קשיא ליה במאי קנו האחים לאותו שדה כיון דחצר לא קונה כ"א בעומד בצדו, אבל בעומדין בצדו ניחא לו דהקנין הוי מטעם חצר, וא"כ משמע להדיא דס"ל שגם קרקע נקנה בקנין דחצר, והנה האחרונים הוכיחו דאין קרקע נקנה בחצר ממ"ש בגיטין (דכ"ב ע"א) עציץ של אחד וזרעים של אחד מכר בעל עציץ לבעל זרעים כיון שמשך קנה, מכר בעל זרעים לבעל עציץ לא קנה עד שיחזיק בזרעים, ומשמע מהך סוגיא דקרקע אינה נקנית בקנין דחצר, דחצר אינו קונה כ"א מטלטלין ולא קרקע, דאל"כ אמאי אינו קונה בעל העציץ את הזרעים, הא קיי"ל כלים של אדם קונים לו בכ"מ שיש לו רשות להניחו והוא מדין חצירו ורשותו וכמ"ש בשמ"ק לעיל (דף ט'), וכיון דחזינן דכליו אינם קונים את הזרעים מוכח דחצר ג"כ אין קונה את הזרעים, וע"כ הוא משום דקרקע אינה נקנית בחצר, וגם מכיון דחזינן דעציץ נקנה במשיכה וזרעים אינם נקנים במשיכה רק בחזקה, וע"כ הוא משום דקרקע אינה נקנית במשיכה, וכיון דקרקע אינה נקנית במשיכה חזינן דלא מהני לה יד, מכש"כ דלא מהני לה חצר, דהא חצר משום יד איתרבאי, ומה שאין לו יד אין לו נמי חצר וכמ"ש התוס' (בב"ב דף ע"ט) וכ"כ הקצוה"ח (בסי' קצ"ח) דבמקום דלא מהני

משיכה לא מהני נמי חצר מטעם הנ"ל, ולמ"ש בשם השמ"ק דקרקע נקנה בחצר, איך יתיישב האי סוגיא דגיטין. ונ"ל דהשמ"ק יסבור כשיטת התוס' (בב"ב פ' הספינה) והכי הוא נמי שיטת הרא"ש והטור שם, דאם הכלים אינן עומדין ברשות לוקח אלא בסימטא וכיוצא בזה אין כליו קונים עד שיאמר לך וקני וכמ"ש הרמ"א (בחו"מ סי' ר'), ולפי"ז י"ל דבסוגיא דגיטין מיירי שעמדו בסימטא ולא א"ל זיל וקני ולא מהני כליו, וההוכחה השניה כיון דמשיכה אינה בקרקע כ"ש חצר, זה גופא אין מוכרח עוד דמשיכה בקרקע לא מהני, ומה שהוכיחו דאי משיכה מהני א"כ ליקני הזרעים במשיכת העציץ אין מוכרח כלל, דהנה לעיל (דף ט' ע"ב) גבי משוך פרה וקני כלים שעליה, דכל הסוגיא מיירי התם בקנין חצר, ונתקשו התוס' וכל הראשונים דליקנו הכלים מדין משיכה דהא אימשיכו להו כלים במשיכת הבהמה, והרבה תרוצים נאמרו בזה, אכן בשמ"ק שם כתב, דלהכי לא מהני מטעם משיכה, כיון דכלים לא נפקו מרשות מוכר דלעולם עמדו ע"ג בהמתו ע"כ, הרי להדיא דבכליו של מוכר לא מהני משיכה משום דעודן לא נפקו מרשותו, ולהכי לא מהני נמי משיכת הזרעים כיון שהם בעציץ של מוכר, אבל אם לא היה בכליו של מוכר היה מהני המשיכה אפי' לזרעים אע"ג דקרקע הוא:

והנה ראיתי בתוס' הרי"ד על הירושלמי דלעיל בפ"ק הלכה ד' שנסתייע מתחלה מן התוס' דב"ק (דף י"ב) דקרקע נקנה בחצר, דגרסינן התם והתניא החזיק בקרקע קנה עבדים התם בעומדין בתוכה, וכתבו התוס' דמטעם חצר לא קני דסתם עבדים אינם משתמרים לדעתו כו' ול"ל נמי מטעם אגב דהא קרקע אינה נקנית באגב כו' ע"ש, ואי נימא דקרקע אינה נקנית בתורת חצר למה להו לתוס' לומר דלפיכך לא נקנו העבדים בחצר משום דאינם משתמרים לדעתו תיפוק להו דקרקע אינה נקנית בחצר, וכמו דסיימו גבי אגב, אע"כ דהתוס' סברי דקרקע נקנית בחצר, ושוב דחה זה מכח ההיא סוגיא דגיטין, ולזה העלה דלהכי עבדים נקנו בתורת חצר אע"ג דדמיא לקרקע, משום דקרקע דנייד הוא ושאני בין קרקע דנייד לקרקע דלא נייד ע"ש, ולא ירדתי לסוף דעתו דמה העלה ארוכה בחילוק הזה, הא בגיטין מיירי נמי בקרקע דנייד ואפ"ה לא מהני חצר, דהזרעים יכולים לניידם. ואמנם באמת אין אנו צריכין כלל לחילוק הזה, דהתוס' לשיטתם בפ' הספינה, דבסימטא לא קנו כלים כ"א בשאומר זיל וקני או כשמדד, וא"כ הסוגיא יש ליישב דמיירי שלא א"ל זיל וקני וכנ"ל, ועמ"ש לעיל (דף י' ע"א) בחדושיי המתחיל ואי אמרת ד' אמות:

בגמ' זבין במאתן ושויא מאה סבור מינה מצי א"ל לתקוני שדרתיך ולא לעוותי, ופי' הרא"ש דמיירי שהלוקח חפץ להחזירו ולבטל המקח ולהכי סבורים היו לבטל המקח

מכח שליח שעיות. ותמוה לי דהא במקום שיש פסידא למוכר לא דיינינן דין דבר מצרא כדמוכח בכולה סוגיא דבסמוך, הני זוזי טבי כו', והכא נמי אין פסידא גדול מזה כשנבטל המקח, דלא יוכל להשיג שוב אדם אחר שיתרצה ליתן לו מאתים כמו שנתן לוקח זה, וא"כ אמאי דיינינן בזה דין דב"מ, וי"ל כיון דהמוכר עביד איסורא בזה שאינה את הלוקח, דאפי' אם אין אונאה לקרקעות, היינו רק שא"צ להחזיר האונאה אבל איסורא מיהא יש גם בקרקע, להכי שפיר מבטלינן למקח זה בכדי שנציל אותו מן האיסור, ולא מיקרי זה פסידא לפני המוכר כיון שניצול מן האיסור. אלא דאכתי תמוה הסוגיא דלמה לן לטעם דשליח שעיות, דהא למאי דלא ידעי עוד דאין אונאה לקרקעות, אם כן הלוקח מצד עצמו יכול נמי לבטל המקח, ומצאתי שגם הט"ז (חו"מ סי' קע"ה) הרגיש בזה ע"ש, וכן מה שהשיבו אח"כ דאין אונאה לקרקעות תמוה טובא, דאטו בשביל זה לא הוי עיות, הא אדרבה כיון שאין אונאה ואין צריך גם להחזיר האונאה כ"ש דהוי עיות, ועוד יקשה דאיך אפשר לומר דמתחלה היו סבורים דיש אונאה, כיון דמקרא ממעטינן לקרקע מאונאה וכדלעיל (דף נ"ו). והנ"ל בזה עפ"י מה שכתבתי (לעיל דף נ"ו) דהתוס' (ב"ב דף ס"א) פירשו דטעם דאין אונאה לקרקעות, מחמת גזה"כ הוא, ואכן החנוך (מצוה של"ז) סובר דאין זה מגזה"כ אלא משום דקרקע שוה כל כסף שיתן ומדעתו הוא נותן, וכ"כ הרשב"ם בב"ב שם והאשר"י כאן ע"ש, ולפי"ז אם נתן יותר מן השווי אין זה שום עיות כיון דמדעתו נותן ושויא נמי הכי, ומעתה י"ל דגם בני הישיבה סבורים היו דאין אונאה לקרקעות, אלא דהם היו סבורים דהטעם הוא משום גזה"כ וכשיטת התוס', וזה לא מהני רק לענין שא"צ להחזיר האונאה, אבל עיות מיהא הוי כיון דלא שויא הכי, ולכן הוצרכו לבטל מכח עיות השליח, אבל הלוקח מצד עצמו אין יכול לבטל כיון דאין אונאה, והשיבו בשם ר"נ דטעם דאין אונאה משום דמדעתו נותן ואין כאן שום עיות כלל ומיושב הכל:

ומה מאוד יתיישב לפי"ז קושית השמ"ק בסוגיין, דסוגיא הזאת סותרת לסוגיא דכתובות (דף צ"ט ע"ב) בענין אמר לאחד קפידא ואר"נ לאחד ואפילו לק' אמרי ליה ואפילו טעה שליח אמר להו טעה שליח לא קאמינא אמרי ליה והא מר הוא דאמר אין אונאה לקרקעות ה"מ היכי דטעה בעה"ב אבל היכי דטעה שליח א"ל לתקוני שדרתיך ולא לעוותי ע"כ, הרי להדיא דר"נ סובר בטעה שליח דמבטל המקח ולא אמרינן בו אין אונאה לקרקעות, והא ההיפך ממה שאמרו כאן בשם ר"נ. ולמ"ש אין בזה שום סתירה, דודאי הסברא צודקת, דלשיטת הרשב"ם והחנוך, אפילו שליח שטעה נמי אין מתבטל המקח, אחרי שאין בזה שום עיות ומדעתו יהיב כיון דשוה כל כסף, אלא דסברא הזאת לא שייך כ"א באונאת לוקח, דמשום דרוצה לקנות קרקע שהוא דבר דלא כליא קרנא

לעולם יתרצה לשלם הרבה יותר ממחירה הרגיל, אבל באונאת מוכר כשמכר בזול לא שייך סברא זאת, ובאונאת מוכר בע"כ מגזה"כ הוא לכו"ע, והנה הכא בסוגיין דמיירי באונאת לוקח כדקאמר זבין במאתן ושויא מאה, קאמר ר"נ שפיר דאין אונאה לקרקעות, ואע"ג דהלוקח שליח המצרן הוא אפ"ה אין יכול לומר לתקוני שדרתיך, כיון דבכה"ג לא הוי עיות כלל, אבל התם בכתובות באונאת מוכר מיירי וכפרש"י שם להדיא, טעה שליח ומכר בזול, ובאונאת מוכר שפיר הוי עיות, דנהי דהאונאה א"צ להחזיר אבל עיות מיהא הוי, וכשטעה השליח מתבטל המקח, וז"ב בעזה"י. ויישבתי בזה נמי מ"ש רש"י בכתובות שם בד"ה והאמר מר אין אונאה כו' ומשנה היא בפ' הזהב ע"כ, והמפרשים נתקשו דלמה הוצרך לזה, ולא מקשה מר"נ גופא דקאמר כאן גבי מצרן דאין אונאה, ולמ"ש א"ש, דלפום מאי דמיירי התם באונאת מוכר, והטעם דאין אונאה משום גזה"כ, לא שייך להקשות מר"נ דהכא, דמיירי באונאת לוקח, מטעמא אחרינא לגמרי משום דלא נתאנה כלל, ורק ממתניתין דהזהב דהתם מיירי באונאת מוכר נמי, ושם הארכתי ליישב נמי קושית התוס' התם, ועמ"ש לעיל (דף נ"ז ע"א) מזה:

דף קח:

זבן מעכו"ם לית בו דינא דבר מצרא, ובשמ"ק הביא בשם הרא"ש להקשות דכי בשביל שעשה עמו טובה אחת אינו מחויב לעשות לו אחרת ואכתי יעשה הישר והטוב וישיב השדה להמצרן ע"ש. וצ"ל דחיוב דמצרנות לא הוי על ההשבה, אלא על שעת הקניה דאסור לו לקנותה לצורך עצמו, והכי משמע מדאמרינן דהלוקח הוי כשליח של מצרן, ואי נימא דהחיוב הוא על ההשבה, נימא דלקחה לעצמו, אלא שמחויב לעשות הישר והטוב ולהשיבה, אלא לאו דהחיוב הוא על הקניה, דאסור לו לקנותה לעצמו אלא להניחה לפני המצרן, ולפי"ז הכא כשזבנה מעכו"ם, בשעת הקניה ודאי דלא חל עליו חיוב דבן המצר, כיון דמצי אמר אלמלא מהרתי לקנותו שמא היה מוכרו לעכו"ם אחר, ובע"כ לומר הכי, דאל"כ מאי טובה הוא לגבי המצרן דאברחיה ארי, הא גם כשקנאה המצרן עצמו היה מבריח הארי הזה, אע"כ דהלוקח יאמר דשמא היה מוכרו לעכו"ם אחר, ובכה"ג דהיה לו למהר לקנותו לא חל עליו חיוב דב"מ וכדאמרינן למכור ברחוק כו' לית ביה דינא דב"מ דהוי נמי מה"ט דלא היה יכול לעשות איחור בדבר דשמא בין כך יופסד, וכיון שהקניה בהיתר היתה, ממילא דלקחה בהיתר לצורך עצמו, ואם כן מהיכי תיתי יהיה חיוב עליו להחזירה למצרן, ויש לכוון זה בתי' השמ"ק עצמו, עיין שם:

ברש"י ד"ה לאשה ולשותפי כו' אין לנו לסלקו משום דינא דב"מ ולומר אין אתה בא בחלק חבירך אלא כאחד המצרנין כו', ומשמע מלשונו שדוקא מתחלה לא יוכל המצרן לסלק לשותף בטענה הזאת, אבל כשקדם המצרן וקנאה, גם השותף א"י לסלקו, וכ"כ הש"ך (בחו"מ סי' קע"ה) בדעת רש"י ע"ש:

דף קי.

גמ' מלוה נאמן במיגו דלקוחה, עמ"ש לעיל (דף ק"ג :

דף קי:

במתני' שכיר שבת כו', בספר מ"ה נסתפק דבנדחה לפרוע השכר משום שבת אם עובר עוד בבל תלין, ואשתמיטתי' מ"ש החנוך (מצוה תקפ"ח) להדיא, דבכה"ג אין עובר, כיון דאידחי אידחי ע"ש:

שם האומר לחבירו צא שכור כו' שניהם אינם עוברים זה לפי שלא שכרן, והמפרשים הקשו אמאי לא נימא בזה שלוחו כמותו לענין שיעבור המשלח. ונ"ל לדייק בלשון הברייתא דקתני האומר לחבירו, ולא קתני האומר לשלוחו, דלשון שליחות הוי משמע ששלחו לשם כך, ולשון חבירו משמע שלא שלחו לשם כך, אלא אם יזדמן לו במקום פלוני דרך אצלם ישכרם, ודכוותה דייק במסכת קדושין (דף נ"ט), ודוקא בכה"ג דקתני הכא האומר לחבירו, דלא שלחו מתחלה לשם כך ולא סמכא דעתא דבעה"ב עליו שישכור לו הפועלים, משו"ה לא ידע לצמצם במעותיו שיהיו פנוים לצורך תשלומי הפועלים, וזבין עיסקי אחריתי שנצרך לו המעות על העיסקא, ולהכי אפילו אם יש בידו מעות אינו עובר דיכול להוציאם לצורך עיסקא אחריתי דזבין, אבל בשלח שלוחו ממש דסמכא דעתו שודאי ישכור הפועלים, אה"נ דעובר בבל תלין, דכיון דידע וסמיך דעתא הו"ל להיות הכסף שבידו מוכן לצורך תשלום הפועלין, ואם רוצה כעת להוציאם לצורך עיסקא אחריתי אסור ועובר בבל תלין, ומהא דקאמר בסמוך דיהודה בר מרימר אמר לשמעיה זיל אגיר לי פועלין, אין להוכיח כ"כ דאפילו בשליח ממש אין עובר, די"ל דשמעיה לא הוי כשליח ממש אלא כשכירו ולקיטו, ושליח ממש לא הוי כ"א כשימנה אותו לשליח ויאמר לו הוי שליח לדבר זה וכמ"ש לעיל (דף צ"ט ע"ב), ולכך נהי דהכא הוי ודאי סמיך דעתו דיהודה שישכור לו הפועלים, מ"מ א"א למחייבו כיון דלאו שלוחו הוא כלל, אלא דדעת הפוסקים אינו כן ולא חלקו בזה, ואפילו בשליח ממש כתבו דאינו

עובר, ובטעם הדבר כתב בס' רביד הזהב דכמו דדרשינן קרא דאתך לענין כמה דברים (לקמן דף קי"ב) ה"נ דרשי' ביה נמי אתך ולא שליח:

דף קיב.

ברש"י ד"ה אומן קונה בשבח כלי כו' וכשמחזירו הרי הוא כמוכר לו שבח שהיה לו בתוכו ע"כ, מלשון רש"י משמע דס"ל דהאומן יש לו קנין ממש בשבח עד שכשמחזירו הוי כמוכר לו והיינו כשיטת הרשב"א בב"ק דדעת האומן להשביחו נמי לצורך עצמו לקנות בו כנגד שכרן, ולפי"ז צריכים הבעלים קנין כשיחזיר להם השבח, וראיתי בנה"מ (סי' ש"ו) דהקנין הוא מטעם כסף ואם פרע לו הרי קנהו מאתו בכסף השכירות, ובכה"ג דלא שייך החשש דנשרפו חטיך הוי כסף קונה לכו"ע ע"ש. אמנם זה מספקא לי באם שילם לו בעה"ב השכר קודם שעשה האומן את השבח, אי קנה השבח ע"י הכסף כיון דבעת מעשה הוי השבח דשלב"ל עוד, או שמא כיון דהאי דהכא לא דמי לשאר דשלב"ל, דהכא אין יכול האומן אח"כ כשיבוא לעולם לעכב השכר לעצמו, ואם ירצה בעה"ב לסלק לו המעות יכול לסלקו וא"צ דעת האומן וכמ"ש בקצוה"ח (סי' ש"ו), להכי אפשר דדמי למוכר לאחר ל' יום דקונה בכסף דמעיקרא ואפי' בנתאכלו המעות וכמ"ש בתוס' ונמוק"י לעיל בפ"ק ובחו"מ (סי' רצ"א), ויותר מסתבר להיפך דכיון שבעת חלות הקנין לא היה יכו לחול, גם אח"כ לא יקנה בכסף הזה, ולא דמי למוכר לאחר ל' שגם בעת מעשה יכול לחול וצ"ע, ובחי' לב"ק הארכתי בביאור שיטת הרא"ש דב"ק בטעם דאומן קונה בשב"כ:

ודע דהפנ"י בגיטין (דף כ"ג) בהא דתנן התם הכל כשרין לכתוב את הגט אפי' חרש שוטה וקטן, הקשה דלמ"ד אומן קונה בשבח כלי, הא הני לא ידעי לאקנויי ונ"ל דאטו עצם הנייר נשבח בזה שנכתב הגט עליו, אדרבה עצם הנייר עוד נתקלקל ע"י הכתיבה, דמעיקרא כשהיה חלק היה עומד לכתוב עליו לכל הצריך, ועתה לא יוצלח עוד למלאכה לגבי אחרים, כ"א לגבי בעל שהוא צריך לו, אבל לאדם אחר ליכא בזה שום שבחא, ולא שייך כלל לומר שהאומן יקנה זה כיון שאין כאן שום שבח ולק"מ, וז"ב:

ברש"י ד"ה דאגר לביטשי כו' מיהו לא בקבלנות עסקינן אלא בשכירו בין ישביח ובין לא ישביח כו', וצריך באור דאכתי היכי דמשביח לא יעבור בבל תלין, כיון דקונה השבח וכשמחזיר הוי כמוכרו, ובב"ק (דף צ"ט) הוסיף רש"י דבכה"ג דשכרו לביטשי אינו קבלן אלא שכיר יום, וכבר השיגוהו בתוס' שם דמ"מ הוי קבלן ולא שכיר יום, והנ"ל בבאור רש"י, דדוקא כשמתנה עמו על כל השבח כאחד י"ל דהשבח קונה לעצמו, אבל אם אין

מתנה עמו על כל השבח רק על כל פעולה ופעולה בפני עצמה, לא שייך לומר דהאומן יקנה בשבח, דאכתי ליכא שבחא, דכל פעולה כשהיא בפני עצמה אינה משבחת כלל ורק בסוף כשיצטרפו כל הפעולות נגמר השבח, וברוב המלאכות ימצא אשר קודם גמר כל הפעולה עוד הדבר מקולקל, כגון מי שישכיר לתפור לו בגד בתנאי כזה, בעד מלאכת החתיכה כך וכך ובעד תפירת. כל חלק כך וכך, אע"ג שבכל אחד מהפעולות הרי הוא קבלן, האם שייך לומר בזה שיקנה האומן בשב"כ, דהא כל פעולה כשהיא בפני עצמה עוד קלקול יש בה, שמקלקל הסחורה, ורק בסוף כשיוגמר מלאכת כל הבגד, רק אז ימצא השבח, וא"כ איך שייך לומר שיקנה השבח כיון דהתנאי הוי על כל פעולה בפני עצמה ואז ליכא עוד שום שבחא, וכדומה ברוב המלאכות הוי הכי, דטרם גמר כל הפעולות ליכא שבחא, וזהו גופא החלוק בין שכיר יום לקבלן, דבשכיר יום כיון דאין התנאי על כל השבח בפעם אחד, וכ"ז דלא נגמר הפעולה אין כאן שבח אכתי דנימא שהאומן יקנה, והיינו נמי כוונת רש"י, דכיון ששכרו לכל ביטשא וביטשא, ועל כל אחת הוי תנאי בפני עצמו הוי כשכיר יום, כלומר כמו בשכיר יום לא אמרי' דיקנה בשבח משום דלא נגמר כל הפעולה, ה"נ בכה"ג דג"כ לא נגמר הפעולה, לא שייך לומר דיקנה בשבחא, כיון דרוב הפעמים ליכא שבחא כלל בכה"ג, ואף אי משכחת דאשבח מעט מכל ביטשא ובכל ביטשא נתוסף השבח, נמי לא שייך שיקנה לשבח וימכור אותו, כיון דאין מסוים וניכר שבח דכל ביטשא לא שייך מכירה בכה"ג, וכיון דשכירות פועלים הוא רק על שני האופנים, או שכר פעולה או כמכירה שימכור לו השבח בעד אלו הדמים, והכא דלא שייך מכירה כיון דאין מסוים כל שבח המועט איך וכמה נשבח ובכל אחד הוי תנאי בפני עצמו, א"כ בע"כ דבכה"ג הוי שכר פעולה ולהכי עובר בבל תלין ודו"ק:

דף קיב:

תוד"ה שכיר בזמנו, הקשו כו' עיין שם, ונראה דקושית התוספות הוא רק לשיטתם בסמוך, אבל באמת לשיטת הרי"ף ושארי ראשונים לק"מ, דהנה לפי פשט הסוגיא הכא בטעמא דשכיר נשבע ונוטל קאמר בש"ם דשקלוה לשבועה מבעה"ב ושדיוה אשכיר, מלשון זה משמע דבלא סברא דבעה"ב טרוד היה צריך הבעה"ב לישבע, ורק מחמת הטעם דבעה"ב טרוד שקלוה מיניה ושדיוה אשכיר, וכן פירוש הרי"ף לפי דרכו, דבלא סברא דטרוד היה צריך בעה"ב לישבע, ולפי"ז יש לומר סברא נכונה, דסברא דבעה"ב טרוד לחוד, אין בכחו לתקן שיהא השכיר נשבע ונוטל, רק משום דכיון שאפי' בלא סברא דטרוד היה מוטל נמי על הבעה"ב לישבע, ובלא שבועה לא היה מהימן, להכי

עתה שבעה"ב לא יכול לישבע מפני טרדתו, מהפכינן אשכיר ולא מהני סברא דטרוד כ"א להפוך השבועה מבעה"ב לשכיר, אבל במקום שבעה"ב היה מהימן אפי' בלא שבועה, לא מהני סברא דטרוד לשדיה אשכיר שיהא נוטל עי"ז, וכמו דמוכח לשון הש"ס, שקלוה לשבועה מבעה"ב ושדיוה אשכיר, הרי דוקא ע"ז מהני סברא דטרוד לשקול לשבועה מבעה"ב, אבל במקום דליכא על בעה"ב שום שבועה אה"נ דלא מהני, ולפי"ז אין מקום לקושית התוס' דהתם בשבועות דמיירי דשכרו שלא בעדים, דהיה מהימן בעה"ב בלא שבועה ע"י המיגו שיש לו, ולהכי אין מועיל סברא דטרוד ולומר דהפועל ישבע ויטול, ואין זה מטעם דהמיגו מבטל לסברא דטרוד כהבנת התוס', דודאי סברא דטרוד נשאר כמו שהיה ואין בכח המיגו לבטלה וכסברת התוס' דבכה"ג דאומר בדדמי לא הוי מיגו, ורק דכיון דיש מיגו שבלא סברא דטרוד היה מהימן בעה"ב בלא שבועה, להכי אין בכח סברא דטרוד לחוד לתקן אשכיר, אבל זה ודאי דעתה דאמרינן סברא דטרוד אין המיגו מועיל כלום לענין הנאמנות להאמינו יותר ע"ז, ומה דלא אמרינן בכה"ג דשכיר ישבע ויטול, אין זה משום דבעה"ב מהימן יותר ע"י המיגו, ורק משום דעתה לא מהני סברא דטרוד לחוד וכנ"ל, ומה מאוד מדויק לשון הש"ס דשבועות לפי זה, דאילו להבנת התוס' דטעם דשכרו שלא בעדים הוא מטעם נאמנות המיגו, אם כן הכי הול"ל אבל שכרו שלא בעדים מהימן מתוך שיכול לומר כו', דמקודם היה צריך לומר הדין, ואח"כ הטעם, וכמו שאמרו בכ"מ דהוי כה"ג, ואילו בש"ס לא נזכר מלת "מהימן" והיינו כדברינו, שבאמת לא מטעם נאמנות המיגו הוא, דודאי שהמיגו לא הועיל לענין הנאמנות כיון דאומר בדדמי, אלא המיגו הועיל שבלא סברא דטרוד היה מהימן בלא שבועה, ולהכי אפי' עתה דנימא סברא דטרוד לא מהני זה לחוד לתקן שבועה אשכיר, וז"ב:

אכן כ"ז הוא אי נימא כשיטת הרי"ף דבלא סברא דטרוד היה צריך הבעה"ב לישבע, אבל לשיטת התוס' בסמוך בד"ה שקלוה, שכתבו דבאמת אין על בעה"ב שום שבועה אפי' בלא סברא דטרוד משום דבכופר הכל ליכא שבועה ושבועת היסת לא נתקנה עדיין, א"כ מוכח דטעם דטרוד מהני לתקן אפי' במקום דליכא חיוב שבועה, והא דמהימן הבעה"ב בליכא עדים ששכרו היינו בע"כ מטעם נאמנות המיגו, להכי שפיר הקשו דמאי מהני המיגו כיון דאומר בדדמי. ועוי"ל דזה יסברו כו"ע דמשום סברא דטרוד לא נוכל לתקן להאמין לשכיר ולחייב לבעה"ב במקום שמדינא היה פטור, ואפ"ה יתיישב סברת התוס' מטעם אחר, דהנה בפירוש דטרוד בפועליו יש בזה מחלוקת הרי"ף והתוס', דהרי"ף וסייעתו פירשו דהכוונה הוא שחושדין אותו אולי שכח, אבל אין אנו מחליטין לומר שבודאי שכח, ולא חשבינן לטענת בעה"ב כטוען ממש איני יודע, ולהכי ודאי דאין בכח

סברא דטרוד להועיל שיהיה זה נשבע ונוטל, כיון שמן הדין פטור הבעה"ב, ולחייבו מטעם זה לחוד אין סברא, אכן התוס' בסוגיין פירשו, דהסברא דטרוד עושה אותו כטוען איני יודע ממש, וחייב כדין א"י אם פרעתיך, ואפי' שבועה לא היה צריך השכיר כדין א"י אם פרעתיך, וכמו שהוכיחו כן בר"ה אי הכי, ממ"ש דשבועת השכיר הוא רק כדי להפיס דעת בעה"ב, אבל מן הדין אפי' שבועה לא היה צריך, ולפי"ז סברא דטרוד אין מועיל לחייב במקום שפטור מדינא, אלא סברא דטרוד עושה לבעה"ב כאינו יודע וחייב מדינא, וממילא לשיטתייהו מוכח שפיר דבשכרו שלא בעדים דמהימן בעה"ב הוי בע"כ מטעם מיגו ולהכי שפיר הקשו דמאי מיגו הוי, אכן אי נפרש כפי' הרי"ף דטרוד לא הוי כא"י ממש, דמדינא פטור בעה"ב, וגם בזה נפרש כהרי"ף דבעה"ב היה צריך לישבע בלא סברא דטרוד א"ש קושית התוס', דלחייבו מטעם זה לחוד לא מהני לכו"ע:

דף קיד:

תוד"ה א"ל לאו כהן, תימה לר"י היאך החיה כו'. ונ"ל ליישב עפמ"ש התוס' (כתובות דף י"א) גבי הא דאומר רב הונא גר קטן מטבילין ע"ד ב"ד, והקשו היאך נוכל להטבילו הא אין שליחות לעכו"ם קטן אפי' מדרבנן כיון דלא אתי לכלל שליחות, ותי' כיון דבהך זכיה הוי ישראל חשבינן ליה ישראל מהשתא ואית ליה זכיה מדרבנן ע"כ, והרי דאע"ג דאכתי עכו"ם הוא שאין לו שליחות, מ"מ שפיר יכולים ב"ד להטבילו כיון דבשליחות זה יהיה ישראל, חל עליו שם ישראל גם קודם השליחות, וה"נ דכוותה דנהי דכהן אסור ליטמא למת, מ"מ הכא בתחיית המת דבהך טומאה יהיה חי, מיקרי חי מהשתא, ושפיר יוכל הכהן ליטמא כדי להחיותו:

דף קטו.

בתוד"ה וחייב, הקשו דהיכי לקי והא הו"ל לאו הניתק לעשה מדא"ל אביי זיל אהדר כו', ולכאורה תמוה דהא שיטת התוס' לעיל (ר"פ איזהו נשך) דלאו דאונאה אע"ג דחייב להחזיר האונאה אפ"ה לא הוי לאו הניתק לענין לפטור ממלקות משום דלא ניתקה התורה בהדיא, שהחזרה הוא תקון הלאו כמו שניתקה בגזל ועמש"ש בארוכה, וא"כ מאי מקשו הכא אמתניתין דאמאי לקי, וכן מה דמקשו אח"כ אאביי, דהיכי חשיב ליה ניתק לעשה כיון דלא ניתקה בהדיא, הא תרווייהו ניחא, דבמתניתין דמיירי לענין מלקות לא מיקרי זה לאו הניתק כיון דלא ניתקה בהדיא ושפיר מלקינן, ואביי דחייב לאהדורי, היינו משום דבחזרה מיהא חייב כמו באונאה, אבל לא משום דחשיב ליה

ללאו הניתק. וצ"ל דכוונת התוס' כן, דבע"כ אביי דקאמר לאהדורי, היינו לנתק ממלקות, דבשלמא באונאה י"ל דאע"ג דהמלקות אינם מנותקים אפ"ה חייב להחזירם כיון דסוף סוף ממון חבירו איכא גביה שנטלם ממנו באונאה, אבל הכא אי לאו לנתק המלקות למה יהיה חייב לאהדורי, דהא בעד החוב שמגיע לו הוא נוטל המשכון, א"ו דלנתק המלקות קאמר לאהדורי, ויסבור שאפי' בכה"ג דלא ניתקה בהדיא נמי פטור ממלקות כיון דאפשר לתשלומין, ולזה שפיר הקשו בתרתי, אמתני' דאמאי לקי, כיון אש מתוקן המלקות בחזרה, ואאביי גופא אמאי באמת מתוקן המלקות, כיון דאליבא דאמת כל היכי דלא ניתקה בהדיא שהחזרה הוא תקון הלאו לא הוי לאו הניתק לענין מלקות:

והנה ז"ל הרמב"ם (בפ"ג מהל' מלוה) ואם עבר וחבל כלים של אוכל נפש מחזירו בע"כ ואם אבד המשכון או נשרף קודם שהחזירו לוקה ע"כ, ולא כתב שום טעם לזה שהביא דהיכי דהמשכון קיים דמחזירו ואינו לוקה רק אח"כ גבי נכנס לביתו וכו' כתב דאינו לוקה משום שניתק לעשה שנאמר השב תשיבם, ואם לא קיים העשה כגון שנאבד או נשרף לוקה ע"ש, והכא ביאר להדיא דכל היכי דאיתא למשכון בעין דאינו לוקה מטעם דניתק לעשה, אבל בהך דינא דחבלו אוכל נפש לא כתב טעם דניתק לעשה, הן אמנם בסמ"ע ססי' צ"ז) האריך וכתב שגם בדין דאוכל נפש יהיה טעם הרמב"ם משום דניתק לעשה, וסמך כאן אמ"ש אח"ז וכ"כ המ"מ בדעת הרמב"ם ע"ש. ולע"ד לא מסתבר לומר הכי, דלשון ניתק לעשה לא שייך כ"א היכי דניתקה בהדיא, אבל לאו שלא ניתק להדיא אע"ג דאיתא בחזרה, לא שייך לקרוא אותו כ"א בלשון לאו הניתן לתשלומין ולא בלשון ניתק לעשה, וכמו דמחלק הרמב"ם גופא (בפי"ח מסנהדרין) לאו הניתק, וניתן לתשלומין, לשני סוגים. אלא טעמו דרמב"ם דפטור באוכל נפש היכי דהמשכון בעין, היינו משום דלשיטתו אזיל דס"ל דכל לאו הניתן לתשלומין נמי אין לוקין וכדס"ל הכי בפי"ח דסנהדרין ע"ש, אבל לא משום ניתק לעשה, והיינו דדייק הרמב"ם גבי לאו דנכנס לביתו לכתוב מפורש מטעם ניתק לעשה דהשב תשיב, אבל באוכל נפש דלא ניתק. הכתוב להדיא לא הוי לאו הניתק, ולהכי לא זכרו הרמב"ם, אלא טעמו משום דאיתא בחזרה. ואין להקשות דאם כן אפילו נשרף ונאבד המשכון נמי יפטור ממלקות דהא אכתי איתא בחזרה על ידי תשלומי הממון, וכמו באונאה דפטור ממלקות משום הכי דניתן לתשלומין, דיש לומר דלאונאה פשיטא דלא דמי, דהתם הוי עיקר הקפידה באזהרת ממון חבירו, והיכי דמחזיר הממון שפיר מתוקן האיסור, אבל הכא בחבל כלים דאוכל נפש דעיקר קפידת ואזהרת התורה שלא ליקח מאתו דברים שעושין בהם חיי נפש, להכי אין מתוקן האיסור בתשלום הממון עד שיחזיר לו דוקא החפץ בעין.

אלא דאכתי יקשה מההיא דמכות שהביאו התוס', דהתם גבי השבת העבוט נמי לא הוי הקפידה מחמת הפקעת ממון חבירו שהרי נוטלו בחוב, אלא הקפידה הוא שלא יעשה אדם ן לעצמו ואפ"ה מנותק ע"י תשלומין. אכן באמת גם מזה לא יקשה על הרמב"ם דאיהו לשיטתו דסובר דבאמת בהשבת העבוט גופא לוקה היכי דאין המשכון בעין וכמ"ש שם (בפ"ג ממלוה), ולא חשבו ללאו הניתן לתשלומין מהאי טעמא גופא כיון דהקפידה לא הוי מחמת ממון חבירו וס"ל דלא מיקרי לאו הניתן לתשלומין כ"א במקום דהחזרה הוא תקון מעין עבירה שעבר, וההיא סוגיא דמכות כבר כתב המ"מ שם דלרמב"ם היה גרסא אחרת שם בגמ', ולפי"ז מיושב קושית התוס' בדבור הזה, דשפיר אמרינן דהא דלקי היינו כשנשרף או נאבד דאינו מתוקן בתשלומין, דבכה"ג דהקפידה הוא לא מחמת אזהרת ממון אין מנותק על ידי תשלומין ודלא כהסוגיא דמכות וכסברת הרמב"ם:

וגדולה מזה נ"ל דאפי' אם נקיים הסוגיא דמכות כפשוטו דהשבת העבוט מתוקן בתשלומי הממון, אפ"ה אין ראיה מהתם להך דהכא באיסור דאוכל נפש, דהנה הראב"ד (בפ"ג ממלוה) נמי ס"ל כשיטת התוס' בזה, דהשבת העבוט מנותק בתשלומי הממון ואין לוקה אפי' כשנאבד המשכון, והשיג על הרמב"ם דפסק דכשנשרף המשכון לוקה, ואפ"ה בדין דאוכל נפש לא השיג על הרמב"ם ומודה לו דבשנשרף המשכון דלוקה, וכבר עמדו המפרשים בזה, ובטעם הדבר נ"ל דלא דמי איסור דאוכל נפש לאיסור דהשבת העבוט, דבהשבת העבוט כיון דבעצם המשכון אין נ"מ זה או זה, להכי הוי חזרת הממון דומה כחזרת המשכון, וכמו דבחזרת המשכון גופא מתוקן האיסור כדגלי קרא בהדיא השב תשיב, ה"נ בחזרת הממון, דאיזה נ"מ שייך לחלק בין ממון למשכון, אבל הלאו דרחיים ורכב שהקפידה הוא על עצם המשכון משום שהוא דבר שעושין בו חיי נפש, אפי' כי מחזיר לו שוויו בממון נמי אין מתוקן האיסור דאכתי אין מחזיר לו דבר שעושין בו חיי נפש, ואנן בעינן שיחזיר לו דוקא דבר שעושין בו חיי נפש כמו שלקח מאתו, והן אמנם דהמ"מ טען על הראב"ד דהא השבת העבוט נמי אין הקפידה כ"א משום שנכנס לביתו בע"כ, וא"כ איך יתוקן בתשלומין, אכן לי נראה סברת הראב"ד נכונה, דאי כסברת המ"מ א"כ אפי' בחזרת העבוט גופא נמי לא יהא מתוקן, דהא התקון אינו מעין העבירה, וס"ס איסורא דעביד ליכנס לביתו בע"כ עביד, וכיון שגילתה תורה דאפ"ה מתוקן בחזרת המשכון, א"כ ה"נ בחזרת הממון נמי מתוקן, דבין ממון למשכון גופא פשיטא דאין לחלק, ואם באנו לחלק ולומר כיון דאין החזרה והתקון מעין הלאו אין מתוקן אפי' בחזרת המשכון עצמו לא הוי תקון מעין האיסור, ומיושב שפיר סברת הראב"ד. ועוי"ל

דמטעם אחר לא דמי איסור דאוכל נפש לאיסור דהשבת העבוט, דהתם דניתקה התורה להשבה בהדיא אמרי' דכל מה דמשיב מהני ואפי' ממון, אבל באוכל נפש דלא ניתקה בהדיא להשבה די שנימא דבחזרת המשכון גופא מהני, אבל לא בתשלומי הממון, ויש להסביר זה, דהנה בעצם טעם הדבר דכל לאו שניתן לתשלומין ולחזרה דאינו לוקה אע"ג דהתורה לא ניתקה בהדיא, יש להבין דכיון דהתורה לא גלי לן שהחזרה הוא תקון הלאו, מנ"ל לומר מעצמינו דהאיסור שעשה כבר יתוקן ע"י החזרה, וזהו באמת טענת החולקים ס"ל דכל היכי דלא ניתקה בהדיא אין מתוקן בחזרה וכמו דמסקו התוס' וצ"ל דסברתם הוא שכיון דהקפידה התורה משום אזהרת ממון כמו באונאה וכדומה וכי מחזיר לו מה שגזל מאתו נמצא דלאו מידי עביד דלא חסריה מידי ודומה כמו שלא עבר כלל על הלאו, ואין הטעם משום דהלאו ניתקן, אלא דדומה כמו שלא עבר כלל, ולפי"ז יש לומר דבהשבת העבוט דניתק להשבה בהדיא, דההשבה הוא תקון הלאו, וכיון דמטעם השבה ותקון הוא, כל מה דמשיב הוי השבה ואפי' ממון נמי, אבל בלאו דאוכל נפש דלא ניתק בהדיא להשבה, וא"כ מטעם תקון הלאו ליכא הכא, דמנ"ל לומר מעצמינו דהלאו יתוקן בזה, ובע"כ דמטעם דדומה שלא עבר כלל, וזה אין שייך כ"א כשמחזיר המשכון גופא דבזה שפיר אמרי' כיון דאהדריה לאותו חפץ שנטל מאתו דומה כמו שלא חסרי' מידי, אבל בחזרת ממון א"א, דליכא למימר דלאו מידי עביד כיון דאפסדיה למשכון שלו ומטעם השבה נמי לא שייך וכנ"ל, ומיושב דברי הראב"ד דבהשבת העבוט ס"ל דהוי מתוקן בתשלומין אע"ג דהקפידה אינה אזהרת ממון, ובלאו דרחיים מודה דאין מנותק לתשלומין, ולפי"ז אין מקום לקושית התוס' מההיא דמכות, דלא דמי כלל להשבת העבוט וכמ"ש ודו"ק:

סליק פרק המקבל

הבית והעליה, **פרק עשירי**

דף קיז.

ברש"י ד"ה אמר ר' יהודה כו' וקסבר זה נהנה וזה לא חסר חייב וצריך להעלות לו שכר ואי לא מיחזי כריבית עכ"ל, דברי רש"י קשים מאוד להולמם, דלמה הוצרך לשני הטעמים, משום דזה נהנה וזה לא חסר חייב, ומשום דמיחזי כריבית, הא בכל אחד מהטעמים סגי, דאי סבירא ליה לר' יהודה דזה נהנה וזה לא חסר חייב, ממילא צריך להעלות לו שכר אפילו בלא טעם דמיחזי כריבית, ולטעם דמיחזי כריבית אפילו אי סבירא ליה בעלמא דזה נהנה וזה לא חסר פטור, הכא חייב משום דמיחזי כריבית

וכדאמר לעיל (דף ס"ד ע"ב) אפילו למאן דאמר הדר בחצר כו' פטור הכא חייב. ובפשוטו היה אפשר לומר דרש"י נמי חדא קאמר, דעיקר הטעם דחייב כאן לאו משום דסבירא ליה בעלמא זה נהנה וזה לא חסר חייב, אלא בעלמא פוטר ר' יהודה בכה"ג ורק הכא הוא דמחייב, משום דאי לא תחייבו יהיה מיחזי כריבית, ומ"ש רש"י וקסבר זה נהנה וזה לא חסר חייב, היינו דוקא הכא מטעמא דמסיק דאי לא מיחזי כריבית, ומוכרח יותר פירוש זה מרש"י שעל האלפסי, דהתם כמעט מפורש כן ע"ש. ועוי"ל דרש"י תרי טעמי קאמר, דמ"ש רש"י דקסבר זה נהנה וזה לא חסר חייב, היינו נמי בעלמא ואפ"ה הוצרך לטעמא דריבית דאי לא"ה הוה אמינא לפטור הכא, דע"כ לא מחייב כ"א כשהבעה"ב בנה הבית משלו וזה נכנס לדור בבית חבירו, ומטעם דאסור ליהנות מממון חבירו בחנם, אבל הכא שהוא עצמו בנה הבית משלו הו"א דשרי דלאו מממון חבירו הוא דנהנה, אשמועינן דאפ"ה אסור, דכיון דהמעות הם בהלואה לגבי בעה"ב וכי מיתהני המלוה מיחזי כריבית, ושפיר איצטריך לטעמא דריבית, וטעם דריבית לחוד דלא סגי, י"ל כמ"ש בקצוה"ח (סי' קס"ד) דכיון דלאו הלואה גמורה כאן אלא הלואה בע"כ דבעה"ב לא אסרי משום ריבית כ"א היכי דחייב בלא"ה מטעם זה נהנה, אבל אי זה נהנה פטור בעלמא, מטעם ריבית לחוד לא שייך לאסור ע"ש, ובעיקר סברת רש"י דסבירא ליה דהוי הלואה בכה"ג ע"ש בקצוה"ח שכתב ליישב קושית התוס'.

ברש"י ד"ה ויושב בבית התחתון דהו"ל זה נהנה וזה חסר כו', והקשו הראשונים דהא אכתי חסר ליה שחרוריתא דאשייתא, ולמד מכאן הרשב"א דכל שזה אין נהנה אף על גב דאידך חסר פטור שאינו אלא כמונעו ליכנס לביתו שהוא פטור דדומה למבטל כיסו של חבירו וכ"כ הר"ן עיין שם בנמוק"י, ואמנם כבר כתבתי לעיל (דף ע"ז) בשם הירושלמי דמבטל שדה חבירו חייב משום דרווחא הוי ברור, ודוקא במבטל כיסו של חבירו פטור לבעה"ב יותר שזה ידור בבית ויהנה מלהניחה ריקם ודומה כאילו בעל הבית מקבל שכר בעד הנאת בעל העליה, והוא דביתא מיתבא ודו"ק:

בכדי שלא להוציא הנייר חלק הצגתי הערה קטנה מאחי הרה"ג ר' זלמן וואלקין שיחי':

במתני' דריש מכילתין זה אומר כו' וזה אומר כו' יחלוקו, וכתב הרא"ש דמיירי בעיר שרובה עכו"ם דאל"ה הרי מחויב להחזיר. ויש לחקור, היכי שמצא בעל האבידה עצמו עם עוד אחד, אם אמרי' גם בזה יחלוקו כדינא דמתני', או שנימא שכולה לבעה"ב מצד חזקת מ"ק, ואע"ג דבע"כ לאחר יאוש מיירי, דאי קודם יאוש הרי גם השני מחויב להחזירה לבעה"ב, וכיון דלאחר יאוש הרי נפקא מרשותא דמרא ואין לו עוד חזקת מ"ק, גם מזה לא איריא עפמ"ש הנה"מ (סי' רס"ב) דיאוש לא הוי עד דאתי לרשות זוכה, אבל

קודם דאתא לרשותא דזוכה הרי הוא של בעה"ב וא"צ לזכות בה מחדש, דיאוש לא הוי קנין כלל, כ"א היתר שמתירה לקנות לכל הזוכה, אבל קודם שזכה האחר הוי של בעה"ב, וכיון שכן הכא שמסופקים אנו שמא בעל האבידה הגביה ראשון טרם שהגביה השני וזכה בה, א"כ נוקי בחזמ"ק, כן הי' נראה לכאורה, וא"ל דכיון שהשני מוחזק כעת לפנינו ואנן סהדי דמה דתפיס כל אחד דידי' הוא, וחזקה דהשתא שביד זה עדיף מחזמ"ק, דהא לקמן (דף ו') מוקים למתני' בדתפיסי בכרכשתי, ובכה"ג נהי דחשוב כאילו בחזקת שניהם, היינו רק שאין לאחד כח יותר מחבירו, אבל למחשבם כמוחזקים ממש ודאי לא, אחרי שאין הם מוחזקים בגוף הבגד, וכיון שכן יוחזר חקירתינו דאפשר שבכה"ג כיון דחזמ"ק הוא חזקה טובה, וחזקה דהשתא לא עדיף כ"כ, אפשר שבכה"ג חזמ"ק אלים יותר, דע"כ לא קאמרי' דחזקה דהשתא עדיפא מחזמ"ק, היינו חזקה שתופס בגוף הבגד, אבל במקום חזקה כזה אפשר שחזמ"ק עדיף, וכמו דאמרי' בכה"ג ברובא דאע"ג דלא מהני להוציא מחזקה, וכ"ש ע"י סימנין דא"א להוציא מחזקה, דהיינו נמי במקום שמוחזק ממש, אבל היכי שהדבר הוא ברשותו ואינו תופסה בידו כגון קרקע, בכה"ג גם סימנין וגם רוב מהני, משום שבכה"ג לא נקרא כ"כ מוציא וכמ"ש בקצוה"ח (סי' רנ"ט). ונ"ל שמצד הסברא בלא"ה לא נוכל לפסוק בנ"ד יחלוקו כדינא דמתני', והוא דהא עיקר הפסק דיחלוקו הוא מחמת דתלינן ששניהם בהדדי הגביהו, ובזה עצמו מוכרחים אנו לבוא לטעם דכל אחד בהגבהתו הגביה גם לחבירו, דהמגביה עושה שתי הפעולות כאחת, מכוון להגביה המחצה בעדו ובעד חבירו בכדי שלא יהיה נחשב כמונחת ע"ג הקרקע, ואע"ג דלא התנה כן שיכוון לזה בפעולתו, מ"מ אנן בעצמינו אומדין דעתו בזה, דכיון שהוא א"י לזכות בשלו אם לא שיגביה גם בעד חבירו דהוי האי כמונח ע"ג הקרקע כו' וכמ"ש לקמן, להכי אנו אומדין שבודאי דעתו להגביה גם בעד חבירו, וכיון שכן לא שייך זה כ"א במקום ששני המגביהים צריכים קנין, אבל בנ"ד שהבעה"ב בעצמו א"צ לשום קנין במחצה שהגביה הוא, וכיון שכן לא נוכל לומר שמכוון בהגבהתו לצורך חבירו אחרי שאין לו צורך בזה, ולהכי אפי' אם היינו רואים ששניהם הגביהו נמי צריכים לומר שהבעה"ב קונה והשני לא, וכיון שכן, כעת שאנו מסופקים מי הגביה, איך נוכל לפסוק בזה דין חלוקה אחרי שעיקר דין חלוקה הוא מחמת שתלינן ששניהם הגביהו ביחד, והחלוקה יכולה להיות אמת, והכא שאפי' שניהם ביחד הגביהוה נמי רק הבעה"ב זוכה ולא השני, איך נפסוק: