תלמוד בבלי · אחרונים · חידושי הרי״מ

חידושי הרי"מ על בבא מציעא

יצחק מאיר רוטנברג (אלתר)

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

חידושי הרי"מ על בבא מציעא

יצחק מאיר רוטנברג (אלתר)

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

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

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/חידושי-הרימ-על-בבא-מציעא/
הקובץ נוצר ב־20 בנובמבר 2026 מגרסה v39-202611200317 של הספרייה.

תוכן העניינים

דף ב. 4
דף ג. 8
דף ג: 14
דף ד. 19
דף ד: 30
דף ה. 31
דף ז. 39
דף ח: 47
דף ט: 50
דף י. 57
דף יב: 59
דף יג. 79
דף יג: 98
דף יד: 105
דף טז: 119
דף יט. 127
דף יט: 130
דף כ. 132
דף לג: 143
דף לד. 156
דף לד: 165
דף לה. 180
דף לה: 183
דף לו. 214
דף לו: 227
דף לז. 244
דף מד. 290
דף מד: 304
דף מה. 305
דף מה: 310
דף מז. 322
דף סד: 328
דף סה: 331
דף סו. 353
דף סו: 357
דף סז. 368
דף סז: 372
דף סח. 372
דף סט: 373
דף עב. 373
דף עג: 384
דף עד. 387
דף צו. 388
דף צו: 403
דף צז. 429
דף צז: 437
דף צח. 444
דף צח: 456
דף ק: 459
דף קיג. 460
דף קיג: 465
דף קיד. 466
דף קטו. 470
דף קטז. 473

דף ב.

מתני' שנים אוחזין בטלית. רש"י דוקא ששניהם כו' כח יותר כו' ליטול בשבועה. ותמוה פי' דרבותא יותר שיהי' מוחזק פטור משבועה. גם התחיל שאין לזה כח יותר ואח"כ שאלו הי' ביד א' לבדו. גם מ"ש עליו להביא ראיה בעדים הלא פשוט הממע"ה ולמה ליה כאן הך בעדים. ולענ"ד כוונתו גם לסומכוס דס"ל חולקין לחד מ"ד גם בברי וברי. ואף שפי' רש"י ע"ב במציאה לא חשיב דררא דממונא שאין חסר. מ"מ מודה רש"י לפי' תוס' ב"ק סוף המניח דהחילוק דררא דממונא להיות חולקין הפי' בלא טענותיהם ס' לב"ד דכן פי' להדיא לקמן ו' ע"א אידך מסרך כו' מודה סומכוס דסרוכי לאו כלום ואין שור שחוט לפניך ול"ד לנמצא עוברה כו' והיינו פי' תוס' הנ"ל. גם פי' שם אפילו לסומכוס כו' דכה"ג מודה דאפילו בשבועה לא שקיל דהא לאו ממון המוטל בספק הוא עכ"ל דהא ש"ס קרי ליה אנן סהדי דמה דתפיס דידיה כו' והחזקה כל שביד אדם שלו אלים שאינו ספק כלל כשלא איתרע רק במשנה לענין שיהי' חולקין יש כאן דררא דממונא בתפיסי בכרכשתא דבלא טענותיהם בחזקת שניהם. רק לענין שבועה הוכרח רש"י לפרש דאינו דררא דממונא היזק ממון אף שבלא טענותיהם ספק כנ"ל מ"מ מודה סומכוס במתני' דצריך שבועה. וא"כ לכאורה אף שא' תפיס בכולו וא' תפיס בכרכשתא כיון דחשיב תפיסה בכר' למוחזקת וספק בלא טענותיהם א"כ היו חולקין דבשלמא לרבנן כל א' נוטל עד מקום שידו מגעת דהוי מוחזק ואף דיש דד"מ הממע"ה. משא"כ לסומכוס בדד"מ חולקין אף שא' מוחזק וכאן חשיב דד"מ. וכן משמע קצת מדאמר אפילו לסומכוס סרוכי לאו כלום אבל תפוס קצת שוב חשיב דררא דממונא וספק דחולקין בכולו. אך באמת ס"ל לרש"י דז"א דקרי ליה סרוכי כה"ג דכל מה שהוא תפוס לגמרי אינו מוטל בספק כלל כנ"ל דחזקה ואנן סהדי כו'. א"כ גם לסומכוס כל אחד נוטל ע"מ שידו מגעת ואין הלה נאמן ליטול בשבועה שיהי' הדין חולקין ובמציאה יהיו חולקין בשבועה דלענין זה מודה סומכוס דאינו דד"מ לענין שבועה. והוא הלשון רבותא עצמה שכ' רש"י ז"ל גבי סרוכי כו' איצטריך לאשמועינן לסומכוס דאפי' בשבועה לא שקיל ע"ש. וטעם החילוק דבנמצא עוברה או שור שהי' רודף הספק לב"ד על כל החיוב הוי דד"מ. וחולקין לסומכוס דאיתרע כל החזקה וא"כ כאן בשניהם תפיסי בכרכשתא הוי ג"כ בחזקת שניהם בלא טענותיהם. משא"כ בתפיס א' יותר אינו ספק כמ"ש רש"י כנ"ל. ומדויק כל הלשון דוקא אוחזין כו' אין כח כו'. היינו דתפיסי בכרכשתא דלענין מוחזקין חשיב בחזקת שניהם שאלו הי' ביד אחד לבדו היינו אף דהב' הי' תפוס בכרכשתא מ"מ היה אידך מוציא כו' ועליו להביא ראיה בעדים שלענין מה שלגמרי בידו כל שאינו מביא עדים גמורים אנן

סהדי דדידיה ולא הוי ספק כלל להיות חולקין לסומכוס רק כודאי ולכך א"י להוציא רק בעדים ממש ולא ליטול מחצה אף בשבועה היינו במציאה דמודה בשבועה דאינו דד"מ מ"מ אינו נוטל כלום כמו בסרוכי וממילא כשיש לזה כח יותר נוטל ע"מ שידו מגעת גם לסומכוס כנ"ל. רק בזה י"ל דצריך שבועה להפ' לקמן דע"י גלגול מהשאר צריך לישבע גם על מה שתפוס. וקמ"ל רבותא דאף דלענין שבועה לא חשבינן כודאי מה שתפוס מ"מ לענין שהמוציא יטול שפיר לא הוי ספק כנ"ל. ומשום דמוקי למתניתין גם כסומכוס ויקשה א"כ למה תנן שנים אוחזין דהיינו בשוה הא גם בזה תפוס יותר חולקין ולכך הוצרך רש"י ז"ל לפרש דאינו כן דלכ"ע דוקא שאין לאחד כח כו'. שוב ראיתי בשיטה ז"ל האריכו בפי' דברי רש"י ז"ל הנ"ל. והרשב"ץ מפרש כעין מ"ש. וב"ה:

תוס' שנים. איידי דאיירי בסוף ב"ק במחלוקת נסורת נגר ובעה"ב דתני במעצד שלו ובכשיל של בעה"ב תני גם הכא חלוקה ולכאורה אין דמיין זה לזה כלל. ונראה משום דהתם אף שבעה"ב טוען שהתנה שגם במעצד יהי' שלו והנגר טוען שהתנה שבכשיל יהי' ג"כ שלו. והוי כהכא שכל א' טוען כולה שלי. עכ"ז הדין חולקין שבמעצד דנגר ובכשיל לבעה"ב ובלא שבועה. והיינו אף דהוא ברשות הנגר ע"ש מ"מ כיון דבלא טענותיהם הי' מה שבמעצד בחזקתו של נגר ומה שבכשיל בחזקת בעה"ב אין נאמנים להוציא מחזקת מי שהוא בחזקת שלו ע"י טענותיהם. כן ממש כאן דת' בכרכשתא והוא בחזקת של שניהם ג"כ א"י להוציא ע"י הטענה כנ"ל. רק שם א"צ שבועה דלא שייך שלא יהא כו' תוקף כו' דלכל א' חזקה מיוחדת שהוא שלו. גם דמי לעד מקום שידו מגעת דבלא שבועה. ומיושב שפיר הסמיכות דכאן בשבועה דוקא אף דדמי כנ"ל. גם קמ"ל דא"צ שבועה שם אף דבגווני הנ"ל שכל א' טוען על כולו. לכאורה הנגר מחויב במקצת מתוך טענתו מה שבכשיל וישבע ש"ד גם על מה שבמעצד דאינו הילך כיון שכופר. רק די"ל דהמנהג הוי כודאי שפוטר משבועה ולכך תני ה"ה שלו לשון ודאי. דגם מגו לא מהני נגד מנהג כיון שאין דרך להתנות כנ"ל:

בא"ד ואע"ג דאין ס' למשנה מ"מ כשסדרם כו' וצריך טעם ע"ש. ולע"ד קשה דאדרבה נראה משום שיש טעם למה המ"ס זא"ז לכך אמרינן אין סדר לענין סתם ואח"כ מחלוקת דאם לא הי' טעם למה הפך רבי הי' לו לסדר המס' שהוא סתם קודם וכה"ג איפכא ולא הי' מקום לטעות. רק משום שיש טעם והוצרך לסדר באופן זה והי' צריך להפוך המשניות ומשנה לא זזה ממקומה כנ"ל:

בטלית למה לא תני סתם בחפץ. י"ל שיהי' שייך תפוסי בכרכשתא שאינו מגרע מהחלוקה כלום ומ"מ חשוב אחוזה כנ"ל. או י"ל דסתם טלית יש בה סימן דילפינן

משמלה מיוחדת שיש לה סמנין וע"כ הזכי' רק משום רוב כותים וקמ"ל כרבנאי דגם דאתי לידי' מותר. גם קמ"ל דלא נימא כיון שא' מהם משקר י"ל דגם זה שאומרים שמצאו מקום שרוב כותים שקר ושמא במקום ישראל ויהי' מונח ביד ב"ד שמא יתן סימן וקמ"ל דלענין זה נאמנים דעכ"פ א' אמת או דתרוייהו אגבו' כו'. גם י"ל למאי דמוקי במו"מ חד מדעתי' וחד בע"כ ולפי' רש"י ז"ל משום דאין מקחו בידו אינו נאמן. ובדבר העשוי להשאיל ולהשכיר חשיב מקחו בידו דיכול להוציא משניהם אף שמוחזקין. והי' נאמן ותני טלית דסתמא אינו עשוי להשאיל כנ"ל:

ז"א כו' ז"א כולה שלי כו'. לכאורה למה הקדים מציאה למו"מ. הא מו"מ שכיח טפי ממציאה וי"ל דקמ"ל דמירי ז"א כ"ש דומיא דמציאה ששניהם מחלקין על מה שזכו עכשיו. דאל"ה הי' יכולין לפרש ז"א כולה שלי בטלית דשלו מכבר וטוען ששלו ולא מכרתי לך והלה טוען כולה שלי שקנה ממנו דכיון דשניהם מוחזקין יחלוקו ולא הי' קשה ק' הש"ס נשאל למוכר כו'. ובאמת י"ל דאין הדין כן דבדבר העשוי להשאיל א"כ גם שמוחזק נאמן הראשון שהי' שלו. אך י"ל דהוי כטוען גנובים דא"נ אף מיגו דהשאלתים להרבה פ'. אך אפשר כיון דלפי טענת כל א' השני תפס שלא כדין והוא גזלן שוב לא שייך אחזוקי בגזלן לא מחזיקינן ומוקמינן בחזקת מ"ק כיון דא' מהם גזלן. אך עכ"פ על המחצה שאין לוקח תפיס הוי דמוכר בלא שבועה משום חזקת מ"ק כנ"ל. ובדברים שאין עשוי' להשאיל. י"ל שהדין יחלוקו דעל מה שתפוס נאמן מ"מ ג"כ מוכר י"ל דנוטל מחצה בלי שבועה משום חזק' מ"ק דע"ז אין הוכחה עיין מ"ש לקמן:

שאין לי בה פחות מחצי'. רש"י בגמ' מפ' אמאי תקנו כי האי לישנא. וקשה למה הוזכר זה הלשון ולא הוזכר שיש לי בה וא"ל בה פחות מחצי' כדמסיק. גם הרמב"ם השמיט וכ' רק כלשון המשנה. ונראה דכיון דפסקו דעד מקום שידו מגעת נוטל בלא שבועה דחזקה זו דכל שביד אדם ממש שלו אלים כודאי דאף מגו לא מהני נגדו ע"ש בש"ך ופוטרו משבועה רק על השאר שאין תפוסים ממש. א"כ חזקה זו עצמו פוטרתו מלשבע שיש לו בה וא"ל בה פחות מחצי'. דידוע שיש לו בה ע"י החזקה מה שתפוס וממילא על השאר סגי שישבע שא"ל בה פחות כו' לחוד. ואף דמוקי למתני' בתפוסי בכרכשתא מ"מ יש לו בה. ואפשר דגם שהוא פחות מש"פ למאי דקי"ל יצאו כלים למה שהן אף פחות מש"פ חשוב יש לו בה כמו דחשוב מוחזקין. אך פחות מג' לאו כלי כמבואר בש"ס (וי"ל דר"ה דס"ל כרב ואין חלוק בין כלי) וראי' לזה דהא ז"א כ"ש וז"א חצי' שלי תנן זה ישבע כו' שאלבפ"מ משמע דלשון שני השבועות שוים. ולמה הא האומר כ"ש סגי שישבע רק שאין לו בה פ"מ דהא השני מודה שיש לו חצי' והאומר חצי' שלי צ"ל שיש

לו בה ושאין לבפ"מ כנ"ל. אך י"ל דאומר רק חצי שלי וא"י כלל אם חצי של הב'. גם י"ל שמא הפקיר מקודם כדי שיוכל לשבע שאין לו כו'. אך קי"ל הפקר דוקא בפני ג'. ועיין מ"ש לקמן למה ר"ה ס"ל דהשבועה כנ"ל משא"כ לדידן:

ויחלוקו הקשו תוס' מ"ש מהא דארבא דכד"ג ותי' כו' דנפקד תופס בחזקת שניהם כו'. תמוה לע"ד למה חשוב כשניהם מוחזקין כיון שיודע נפקד דהוא של א' א"כ תופס רק עבור מי ששלו באמת רק שא"י בשביל מי הוא תופס והוי כמו בארבא דמונח באיזה מקום בר"ה או סימטא דכל היכא דאיתא ברשותא דמרא בפקדון כמו אם מונח באיזה מקום והספק של מי הוא והוא ברשותו רק השני אינו מניחו ליקח בגזלה:

ועוד דע"כ ק' תוס' רק למ"ד שם אי תפוס מפקינן דלמ"ד לא מפקינן א"כ כ"ש כשהן עצמם תפוסין דלא מפקינן להיות הדין כל דאלים כו' רק למ"ד מפקינן א"כ כיון שתפסו ב"ד גם כן בחזקת שניהם כמו בנפקד ויהי' חולקין. אך יש לחלק כיון שהתפיסה אחר שכבר הדין כל דאלים גבר אין תפוסין כלל בחזקת שניהם ולכך עדיין מפקינן כמו קודם שתפסו להיות כד"ג משא"כ כאן בנפקד דהדין מיד יחלוקו והוי בחזקת שניהם. אך הנ"ל קשה ועוד נהי דאם הי' אחר תופסו עבור שניהם מס' הי' כשניהם מוחזקין דזכין כו' וכשליח של שניהם. אבל הנפקד לא חשיב תפיסה כדאמר בהכותב א"ל סהדי דתבעינהו ולא יהיב ואל"ה לא חשוב תפיסה חדשה כלל. וגם אף שהי' אחר תופס י"ל ג"כ דלא מהני לסברת תוס' עכשיו דיהא מונח עדיף מחלוקה לזה ששלו באמת דהשני יודה כשאין מרויח משא"כ כשלוקח מחצה. א"כ ע"י שתופס עבור שניהם יהי' הדין יחלוקו והוי חב לאחרים דלא זכה וכאן גרע דחב לזה ששלו באמת ע"י תפיסה זו שתופס עבור שניהם:

ונראה או דדוקא בנפקד שם דמיירי שהפקידו בכרך א' דאמר אנתו גופייכו לא קפדיתו כו' וחשיב כאלו הפקידו שניהם ג' מאות ומה"ט חשוב גם התפיסה בחזקת שניהם כנ"ל. דתפיסתו של הנפקד הי' מיד הכל כמו בחזקת שניהם נגדו. רק הטו"ת יהי' בין המפקידים ולכך חשוב כשניהם מוחזקין משא"כ בארבא וכה"ג דהספק ברשות מי כנ"ל וכן כשתפסו הב"ד או אחר כנ"ל למ"ד מפקינן לא חשוב כלל כשניהם מוחזקין כנ"ל:

ומיושב הא דסוף פ' במצא שטר הנפקד וא"י יהא מונח והא לתוס' תופס בחזקת שניהם ס' מלוה ולוה והוי כמו ב' אדוקין בשטר דיחלוקו. ולמ"ש א"ש דשם רק נפקד של א' ואין שייכות להב'. ונ"מ לדינא:

עוד י"ל דכיון דנפקד משאיל ביתו משמירת ממון המפקיד ביתא דמפקיד קרינן כמ"ש הרא"ש פ"ק דפסחים ע"ש וא"כ כיון שהפקידו זה ק' וזה ר' והוי לענין זה כמונח בחצר

של שניהם ושפיר בחזקת שניהם כנ"ל. וכמ"ש בש"ע בחצר של שניהם דחולקין. ומיושב ג"כ כל הנ"ל. דבנעשה שומר רק לא' לא חשוב כלל בחזקת שניהם:

מה שהקשו תוס' מדפריך ממנה ג' אמתני' ודילמא משום מוחזקין ומזה הוכיח הא דנפקד תופס כו' ולכאורה מה קשיא להם ניהו דלענין שיהי' כל דא"ג שפיר החילוק כיון שתפוסין איך נאמר שחבירו יגזל ממנו כמ"ש הרא"ש אבל לענין שיהא מונח שפיר פריך דכשיהי' הדין יהא מונח עדיין מונח בחזקת שניהם כמו שהיו תפוסין בכרכשתא. ועי"ז יודה שלא ירויח ויתברר א"כ אין חילוק בין מוחזק. אך קושייתם מה פריך הא לרבנן רק שאר מונח לא מה ששלו בודאי אף שיש תועלת לענין שיודה כדס"ל לר"י. א"כ כאן שתפוסים ובחזקת שניהם אנן סהדי כו' אין מוציאין מה שודאי שלו היינו מחצה כו' שיהי' מונח משא"כ מנה ג' דאין מוחזקין והיה ראוי להיות כל דאלים גבר וזה אינו פסק ועדיף שיהי' מונח דהא חד מ"ד שם בארבא ג"כ אי תפיס כו' יהא מונח כנ"ל. ולכך כ' תוס' דמה שנפקד כו' חשיב כמוחזקין וג"כ הי' ראוי להיות חולקין ולמה יהא מונח ומשני משום דהחלוקה אי"ל אמת. והיינו דלא שייך שם דאנן סהדי דהוא של שניהם מה שודאי אינו כן דהא ידוע לנפקד דשל אחד הוא א"כ שוב ראוי להיות כד"ג וממילא עדיף שיהי' מונח כנ"ל. וי"ל דזה טעם רק דשוב לא חשוב נפקד תופס בחזקת שניהם כיון דידוע לו שהוא של א' קודם שטענו בודאי שאינו רוצה לתפוס בשביל המשקר ואין הנפקד רוצה לגזול שיהי' יחלוקו שיקח הגזלן חצי רק יהא מונח והוי כהאי דארבא וממילא יהא מונחין משא"כ היכא דחלוקה י"ל אמת בלי טענותיהם חשוב תפיסת הנפקד כמו הם עצמם. וזה לע"ד לשון הרא"ש ז"ל כיון שידוע כו' והוא ג"כ כדברי תוס'. ונ"מ דכששניהם מוחזקים בעצמם כהאי דמתני' ב' אוחזין כו' או מונח בחצר של שניהם בזה גם באני ארגתיה וכדומה אף שאין החלוקה י"ל אמת אעפ"כ חולקין ול"א יהא מונח דלענין להוציא מידו החצי אנן סהדי דשלו ואין לגזול ממנו ואף דכיון שאין החלוקה יכולה להיות אמת א"כ יש אנן סהדי להיפך גם כן ע"י מחצה שחבירו תפוס א"ס על כולו. ז"א דכשדנין על המחצה שביד זה יש רק חזקה זו דא"ס דמה שבידו שלו דאין החזקה רק על מה שדנין לא שיועיל החזקה שע"י מה שביד השני על מה שביד זה כמו בתרי ותרי ודנין על ענין אחר וי"ל שפיר דחולקין:

דף ג.

תני ר"ח ק' לי בידך א"ל בידי כלום ועדים שיש לו בידו נ' כו' נותן לו נ' ונשבע כו'. לכאורה מאי קמ"ל דנותן נ'. וי"ל להפ' דא"י לכפור הוי הילך ומ"מ דוקא שמודה אבל

כ"ה ובתורת העדאת עדים חייב. דכשכופר לאו הילך הוא כמ"ש הפ'. ולכאורה שוב ליכא הק"ו מפיו דדיו כו' שהודאתו לא הי' מחייבו שבועה כשיש עדים שלוה ולא פרע כן העדאת עדים לא עדיף. א"כ ז"א דה"ע חשוב כאלו עדותם כהודאה וכמו שהודאתו זולת העדים היה מחייב כן ההעדאת עדים כיון שזולת עדותם לא היה חייב אינו פטור משום שע"י עדותם נעשה א"י לכפור וכמו שנעשה ע"י הודאתו אי"ל כנ"ל. והיינו דקמ"ל דנקט בהאי לישנא שמשיב סתם אין לך בידי דע"כ העדים מעידים שיש לו עדיין בידו ולא פרע דאל"ה עדיין מצי טעין פרעתי. ובזה ע"י העדים נותן לו הנ' שא"א לכפור ומ"מ חייב שבועה על השאר כנ"ל. ואף דאידך דר"ח דהילך חייב מ"מ ברייתא זו גם לדידן דהילך פטור מ"מ כה"ג חייב דהברייתא כהלכה. וגם ר"ח קמ"ל דגם הילך לא חשיב כנ"ל. ועוד דקמ"ל דלא מיפטר מטעם הודאת שעבוד קרקעות כיון דהעדים מעידים על חיוב גמור גובה מה"ת ממשועבדים כק' נ"י ע"ש. קמ"ל אף שנותן ע"כ ה"נ מ"מ כיון דחכמים הפקיעו שעבוד לקוחות חייב מה"ת כמ"ש תוס':

או י"ל דקמ"ל דלהפ' ס' ע"ה דאף דהב"ד אומרים ברר דבריך הלוית או הפקדת כו' וכן למשיב אלב"כ אומרים היך כמבואר ריש ס' ע"ה מ"מ כששניהם אין מבררים אין נזקקין להם ע"ש. א"כ נקיט לישנא כנ"ל. שזה תובע סתם מנה כו' וזה משיב סתם אין לב"כ בלא בירור. וא"כ כשהעדים מעידים סתם שיש לו בידו נ' ניהו דנכלל בעדותם שלא פרע ולא נאנס אם פקדון דמעידין שעדיין חייב מ"מ כיון דמלוה ופקדון ב' מינים ותבעו פקדון ומודה מלוה הוי ט"ח והל"ב. א"כ כיון שלא בירר התובע אם הלוה או הפקיד כו' רק דמ"מ חייב. א"כ ניהו דאין נזקקין כנ"ל וגם אין לפטרו דשמא תובעו פקדון והעדים מעידים מלוה דהוי ט"ח. דכיון דאינו ברור שמחל חייב מ"מ לענין שבועה דפטור כשאינו מן הטענה אף בלא מחל ס"ד דאינו חייב שבועה כנ"ל. כיון דתבע סתם ומעידין סתם שמא אין עדותם ממין הטענה כנ"ל. קמ"ל כיון דעכ"פ נותן נ' דלא אמרינן מספק שמא תובע מין אחר שוב לענין שבועה ג"כ חייב דמסתמא תבעו מה שמעידים העדים כנ"ל:

עוד י"ל כיון דתנן סנהדרין היך אתם יודעין שזה חייב כו' ע"ש. ויש להסתפק אי רק לכתחילה וכשהלכו להם והעידו סתם שחייב אינו מעכב דחשש טעות בדין רק חשש בעלמא. וכמו בבע"ד ריש ס' ע"ה או דבעדות גם דיעבד לא מהני להוציא ע"י שמא טועין ובחי' הר"ן שם כ' דדיעבד מהני עדותן. ומ"מ נ"ל דדוקא אחר התקנה דא"צ דו"ח בממון. אבל מה"ת ודאי דלא מהני דעכ"פ במה שאומרים סתם שחייב אין כאן באיזה יום וצריכין להעיד המעשה שחייב ע"י שלוה וכה"ג. וגם בל"ז חשיב חקירות היך יודעין כו'. וא"כ שפיר קמ"ל ר"ח דאף שמעידין סתם שיש לו בידו נ' לא שלוה וכה"ג וא"א לברר יותר די

בכך דיעבד וחייב נ' ע"י עדותן כיון שא"צ דו"ח ואעפ"כ צריך לישבע על השאר שבועת התורה. וקמ"ל דעדות המועיל מדרבנן כגון בלא דו"ח מחייב על המותר ש"ד. וזה רבותא גדולה ונ"מ לענין מתוך וכה"ג. ועוד דס"ד כיון דיליף מפיו שמחייב קנס ובקנס צריך דו"ח לא העדיפו לענין שבועה וכמ"ש ט"ז באמת לענין עדות מיוחדת בה' עדות סי' ל'. וקמ"ל דליתא וחייב ש"ד כנ"ל:

שם מאי שלא תהא כו' ואף דבקרא אשר יאמר כה"ז ואיך בלא ק"ו נחייב בה"ע. וצ"ל דמ"מ כיון דהטעם דחייבה תורה מ"מ משום אומד כשחייב מקצת ממילא גם בעדים כן. או דר"ח כולל בדבריו ב' גווני העדאת עדים הן שמעידין שעדיין חייב דמהני בלי צירוף הודאתו. והן באומר לא לוה ועדים שלוה נ' דהחיוב ע"י צירוף הודאתו שלא פרע. ודין א' באמת רק מק"ו ודין הב' בלא ק"ו הא יש כאן החיוב ע"פ הודאתו שלא פרע. ומ"מ הי' סברא לפוטרו דדוקא פיו לגמרי דמשתמיט משא"כ הודאה שע"י כפירה שייך א"א מעיז ובשביל שתבע יותר כפר גם מה שחייב כמ"ש הנ"י קמ"ל דגם בזה חייב. ולנ"י אין הפי' כרש"י ותוס' דקמ"ל מק"ו דמה ענין הק"ו רק מסברא קמ"ל דלא אמרינן חזקה א"א מעיז כיון דכפר מקצת. והך מק"ו הוא ציון הש"ס לפרש מה ק"ו. אולם דוחק בלשון ר"ח שלא תהא כו' מק"ו הי' לו להקדים זה נשבע על השאר מק"ו שלא תהא כו' ולכך מיאן רש"י ותוס' בפי' הנ"ל. ובפרט לנ"י דבמעידים שעדיין חייב הוי ש"ק מה"ת א"כ מה"ת רק בלא לוה וע"ז הוא דיליף הק"ו:

והנה לכאורה למה שנסתפקו בקנס אי מהני הודאה שע"י כפירה לחייבו דמ"מ חשוב ע"פ עצמו או לא כגון אמר לא גנבתי אי א"צ להחזיר בעדים והמעידים רק שגנב ע"כ לחייבו עפ"ע דכאומר לא החזרתי. ואין מחייבין כפל עד שיעידו שלא החזיר וכה"ג עיין ת' רשב"א ח"ג ס' ק"י משום דכבר נתחייב ע"ש. וא"כ איך יליף כה"ג ק"ו שמחייבין קנס הא עדים ע"י צירוף הודאתו דומיא דלא לויתי ועדים שלוה לא מחייבו קנס כלל. אך לא קשה דהודאת פיו שמחייב שבועה א"צ ללמוד מק"ו רק על מה שמעידים והוא כופר וע"ז שפיר הק"ו דעדים על מה שמעידים בבירור מחייבין קנס. ומהני עדותן שלוה לחייב שבועה. ואף דעל פרעון א"י מה בכך ע"ז יש הודאתו דודאי מחייב שבועה. אמנם לכאורה למ"ש הר"ן סוף פ' ש"ה במודה נ' דחבלה דהוי הודא' גורם לממון מ' דמשתבע וחשוב יצאה הודאה מפיו בפטור וגם אחר שנשבע הלה פטור דומיא דאינו במדה ומשקל ע"ש. רק העדאת עדים דנעשה רק אחר שנשבע הבירור ע"ש. וא"כ כמו דכשהודאתו לא הי' חיוב גמור כנ"ל. אף דאח"כ נעשה חיוב פטור כנ"ל. כן כאן דהודאתו שלא פרע ע"י שאמר להד"מ לא הי' הודאה המחייב שבועה דהי' פטור רק אחר שבאו

העדים שלוה יהי' נעשה הודאה המחייבת א"כ ג"כ א"א שתחייבו הודאתו שמכבר שיצאה מפיו בפטור. ובשלמא אם עדים לחוד מחייבינן א"כ החיוב רק ע"י העדים וזה נעשה כשמעידים כנ"ל. אבל למ"ש דהעדים לחוד א"י לחייבו שבועה דלא שייך ק"ו על עדות כזה שאין מעידים בירור שחייב דלא מהני בקנס. רק דיהי' החיוב שבועה מצד דעל מה שאין העדים מעידין הודאתו דמקודם מחייבתו שבועה ע"י שהודה שלא פרע. והא הודאה זו יצאה בפטור כנ"ל. דמה חילוק בין שאינו חיוב גמור רק גורם או אינו חיוב כלל כנ"ל. ויש לחלק קצת ודוחק:

ורק אי נימא כהרשב"א דגם קנס חייב כה"ג דחשיב עכשיו החיוב רק ע"פ עדים כיון שכבר כפר לא אנסתי וכה"ג. גם כאן שפיר הק"ו דחייב שבועה רק ע"פ העדים דמעידים דלוה. ומיושב בזה תמיהת תוס' כיון דכר"מ ס"ל למה לא אמר הק"ו אם הביאוהו למיתה חמורה כו' ע"ש. ולמ"ש א"ש דעיקר הרבותא כנ"ל דאין מעידים בבירור רק בצירוף הודאתו ובמיתה לכ"ע אין מחייבין כנ"ל. וליכא ק"ו על עדים שלוה ושוב ע"כ נחייב ע"י ההודאה ויצאה בפטור כנ"ל. ולכך יליף רק מקנס דכה"ג מהני כנ"ל:

ומיושב דנקט ר"ח שאמר מקודם אל"ב כלום ואח"כ עדים מעידין כו'. דאלו העידו קודם וכפר אח"כ לא לויתי לא הי' מוכח להיפוך. דמחייב שבועה. דשפיר חייב ע"י צירוף הודאתו דעכשיו לחיוב כנ"ל. רק להיפך ס"ד דפטור. ולכך על דין א' בעדים שעדיין חייב י"ל בל"ז משום אם הביאוהו למיתה כו' רק קמ"ל ר"ח שלא תהא הפי' היינו כנ"ל שמעידים רק שלוה שהיה סברא כנ"ל. וקמ"ל דחייב בכל גווני ובכופר קודם ואח"כ העידו רבותא דמהני ק"ו לחייב ע"י העדים לחוד ובהעידו קודם יש רבותא דכיון שכבר ידע מעדים יהי' נאמן על נ' דאין עדים במיגו דפרעתי הכל כיון דגם עתה מעיז קמ"ל כיון דע"פ עדים שמשקר מקצת לא מהני המיגו כמ"ש הנ"ל. וע"ז מפרש הש"ס אח"כ מאי ק"ו דעכשיו א"א לומר ממיתה הנ"ל. וקאמר מקנס דמחייבים כה"ג. גם י"ל דקמ"ל דלא חשוב יצאה הודאה בפטור כה"ג כנ"ל. דאין אנו מחייבין מצד הודאתו רק דהוחזק כפרן וכשמעידים דאוזפיה ופרע דמצד הודאתו י"ל דלא מחייבו באמת שבועה כנ"ל:

שם מפני מה א"ת ממ"ה ישבע. ופרש"י דלא חשבו משיב אבידה. וכתובות פ"ב ול"ל לראב"י משיב אבידה פי' ג"כ דהא מוצא מציאה לא ישבע כו' ע"ש. וזה רק תקנה. ולמה לא פי' כתוס' משום מגו וי"ל דהא פסקו דמיגו לפטורי משבועה ל"א ומה"ט ש"ש גם בלי שטר ע"ש. ועכ"פ מה קושיא מפני מה כו'. הא לא דרשינן טעמא דקרא רק דניליף דל"א מגו כמ"ש תוס' ומה בכך באמת כן. דמ"ש דהקושיא דלא יהיה חייב שבועה ולא יחשב מיגו לפטורי משבועה ז"א דע"כ הטעם דחשיב כמו חזקה וכהנ"ל באיכא לברורי מבררין

כן אף דא"ל מיגו מ"מ אינו ודאי דמה"ט לא מהני להוציא רק לפטור. ולכך עדיין הבירור דע"י השבועה מבררין וא"כ שפיר חייבה תורה שבועה כיון דאינו שואל הטעם כמ"ש תוס' כתובות רק דניליף דל"מ מגו והא אין ללמוד דשפיר חייבה תורה לברר ע"י שבועה אף דא"ל מיגו כנ"ל. אמנם רש"י ז"ל פי' שפיר כיון דחזינן דתקנו מוצא כו' לא ישבע דאם נחייבו שבועה לא יחזיר כלל עי"ז ולכך פוטרו. אולם שם רק תקנה דמה"ת לא שייך זה דהא זה מחזיר ויש עליו שבועה רק בשביל אחרים שלא יחזירו עי"ז כשיהי' חייב פטרו חכמים. אבל כיון שדנין על עיקר החיוב פריך שפיר על התורה ניהו דלא דריש טעמא דקרא מ"מ הא ע"כ התורה חייבה שבועה למודה מקצת לטובת התובע. ואיך כיון שכ"ה פטור ומ"מ יהי' חייב א"כ עי"ז לא יודה כלל וא"כ החיוב שבועה ריעותא לתובע לעולם. דהא חזינן דחכמים פטרו מה"ט שע"י החיוב לא יודה. א"כ כ"ש שא"א שתחייב התורה כנ"ל. שעי"ז לא יודה כלל. וא"א שיהי' נגד הסברא שאמרה תורה לתועלתו והוא להיפוך. וראוי שעי"ז או דכ"ה יתחייב שבועה ג"כ או שגם מ"מ יהי' פטור כנ"ל. ופי' רש"י שפיר משום משיב אבידה כנ"ל. ומיושב הלשון מפני מה כו' ולא הזכיר מיגו כנ"ל. ומשני חזקה א"א מעיז והאי דלא כפרי' כו' ואף שחייבה תורה שבועה למ"מ ולא כ"ה מ"מ אין גריעותא לתובע דלא יכול לכפור הכל דא"א מעיז כנ"ל. וממילא כיון שכבר חייבה תורה שבועה מ"מ שוב וודאי אף כשיכול להעיז כמו בבנו כו' ג"כ לא מיפטר מה"ת דהוי מיגו לפוטרו משבועה דל"א ולא שייך לפטור זה מה"ת מחיוב שבועה שעליו כדי שאחר שיזדמן כזה יודה ולא יכפור הכל כדי לפטור מן השבועה שזה ענין תקנה ולא מדאורייתא. דבשלמא על כל החיוב שייך הקושי' על התורה שלא הועילה בחיוב שבועה אדרבה כנ"ל משא"כ כשהועילה וחייב שוב חייב בהנ"ל ג"כ. רק משום תקנה פריך על ראב"י כפירש"י כתובות. וכן לקמן דף ע"ב פירש"י בשטר סלעין כו' ד"ג משיב אבידה חכמים פטרו כנ"ל ע"ש. דאף דשטר מסייע ומעיז. מ"מ מיגו לפמ"ש לא מהני. ורק מדרבנן כנ"ל. ומיושבים דברי רש"י ב"ק ק"ז שפי' בפקדון דמעיז ולכך גם כ"ה חייב ע"ש ותמהו תוס' הרבה ע"ש מהא דבנו וכמה דוכתי דאף דמעיז פטור במלוה ע"ש. ולמ"ש א"ש דשם מסופקין אי ערוב פרשיות כו' או עיקר קרא דכי הוא זה קאי אפקדון קאמר שפיר דע"כ עירוב פרשיות כו' דא"א דעיקר קרא חיוב מודה מקצת אפקדון כיון דלעולם יכול להעיז ממילא א"א לומר דחייב התורה שבועה במ"מ בפקדון דאין תועלת במה שחייבה תורה שבועה כנ"ל דאדרבה עי"ז יהי' כ"ה. וע"כ דקרא אמלוה כנ"ל ופקדון או דגם מ"מ פטור או גם כ"ה חייב כנ"ל. וממילא כיון דבמלוה מ"מ חייב אין סברא

שיפטר בפקדון ואמרינן להיפוך דגם כ"ה חייב כנ"ל. [אבל במלוה אף דיכול להעיז פטור כנ"ל]:

תוס' פי' משום מגו. וסוברים דאמרינן מלאמ"ש. או די"ל דהא ע"כ הטעם דחייבה תורה שבועה מ"מ יותר מכ"ה משום שיש אומד וראיה קצת כיון שמודה מקצת כמ"ש תוס' ד"ה שע"י טענה כו' משא"כ כ"ה. וא"כ פריך שפיר דאדרבא כיון שפטרה תורה כ"ה שוב יש יותר ראיה במ"מ שאומר אמת מכ"ה דהמגו מסייעו משא"כ כ"ה כנ"ל:

תוס' מנ"ל דכ"ה פטור כו' לכאורה מה"ת לחייב כיון דכ' כי הוא כו'. ודוחק דקרא לרבותא כמ"ש בש"מ. וי"ל דלשמואל כסף כו' דב' כסף ועלה כ' כי הוא זה אף דחסרה טענה סגי כשכל הטענה ב' כסף. וא"כ שפיר י"ל דכ"ה חייב שכופר כל הב"כ ומ"מ קמ"ל קרא באומר כי הוא זה שמ"מ ג"כ חייב אף דחסרה טענה ולא נשאר כפירת ב"כ. משום דאערומי קמערים להודות וחייב ומגו ליכא דכשיכפור הכל חייב:

בא"ד מעד א' כו' אף די"ל היכא דשייך א"א מעיז. י"ל דס"ל עכשיו דאי כ"ה חייב ומהני חזקה דאא"מ לפטרו ע"כ שהוא חזקה גמורה היה מהני גם לפטרו משבועת ע"א. ולכאורה צריך על פחות מב' כסף וי"ל ג"כ דאי כ"ה חייב ואעפ"כ בעי ב"כ גם בשבועת ע"א צריך ב"כ למ"ש תוס' תי' א' כתובות פ' הכותב ע"ש:

בא"ד שמעיד שגנב או אביו הלוה. לכאורה למה לא נקטו פשוט בטענת ספק. והיה משמע משום קושיות העולם שיוכל לשלם ויחזור ויתבענו ויהי' משאיל"מ כיון דכ"ה חייב. ולכך נקטו בלא הו"ל למידע או אביו דמעטי' קרא ולא בין היורשים. אך אין נראה קושיא דמה שזוכה ע"פ ב"ד שאינו רוצה לשבע א"י לחזור ולתבוע דלימא ליה אי מהדרנא לך עדיין אתה צריך לשבע וע"כ לא קאמר בהכותב אלא שתובעו להנך קמאי שפרע מעצמו דמוקי ליה במלוה ע"ש. וגם כאן בטוען פרעתי שייך כנ"ל. שיחזור ויתבענו מעות ראשון שפרע. משא"כ בלא לויתי שיתבע רק מה שמשלם עתה ע"פ דין א"י לתובעו כנ"ל. וכ"ש למאי דקי"ל קם דינא כנ"ל. רק תוספות הוצרכו כו' משום ברי ושמא דלהחזיק לכ"ע ברי עדיף וכמו בשטר שתובע א"י אם פרעו דקי"ל ברי עדיף ופטור. כן י"ל דפוטר משבועת ע"א דברי דעד הוי מנה לאחר בידך כו'. ולכך נקטו בלא הוי ליה למידע ביורש וכה"ג והי' מוכח מתוס' דטעין בס' ע"פ עד במה שהוא שמא גרוע א"י להשביעו כנ"ל. אך אפשר דרצו למנקט לכ"ע גם לר"ה ור"י דברי עדיף דלדידהו ודאי דא"י להשביע בס' ע"פ עד כיון דמהני להוציא אם הי' משלם וחוזר ותבעו הי' חייב ואיך יחייב שבועה. דבשלמא לענין מתוך כו' אין עכשיו החיוב שבועה על התובע כמו אח"כ כו' דלטול לא מחייב שבועה. ושפיר יכול לטול כשאינו נשבע וממילא א"י לתובעו אח"כ

שזכה ע"פ דין כנ"ל. משא"כ מטעם ברי ושמא דאותו ברי ושמא שיש אח"כ כשחוזר ותובעו יש גם עתה קודם שגובה כשאינו נשבע. וכיון דכשכבר יפרענו הדין דצריך לשלם לו ולהחזיר. ואיך יהי' הדין דכשלא נטל עדיין יוכל להוציא כנ"ל. ועוד דשייך ק"ו של הרא"ש אי מהני להוציא ממון כ"ש לפטור משבועה. אך זה יש לדחות רק כנ"ל. ולכך נקטו שמא טוב דלכ"ע ל"א ברי עדיף. וא"כ י"ל לדידן מודו תוס' אף בשמא גרוע יכול להשביע עפ"ע כנ"ל. גם מוכח דהוגד לי ע"פ אחר לא מחשב ברי לענין ש"ד דאל"כ א"צ בתורת עדות לחייב שבועה כיון דכ"ה חייב גם פסול לחייב וע"כ כנ"ל:

בא"ד דמכה"ז משמע גזה"כ דוקא מ"מ לכאורה א"צ רק כדאמר סוף הסוגיא כ' הוא וכ' זה. וע"כ או למעט העדאת עדים או למעט כשאינו ממין הטענה. ואי כ"ה חייב לא אפשר למעט לא דר"ח ולא טחוהל"ב דעכ"פ כ"ה הוא וחייב. וא"כ מוכח דכ"ה פטור כנ"ל. אך י"ל כמ"ש לעיל דקרא דהודאה אף דחסרה הטענה מב' כסף. א"כ י"ל המיעוט למעט העדאת עדים על מקצת שאינו מחייב בתורת הודאה במקצת שיתחייב שבועה על פחות מב"כ ורק בתורת כ"ה חייב וצריך כפירה ב"כ כנ"ל. לכך הוצרכו תוס' לומר דקרא משמע גזה"כ מודה מקצת דוקא כו'. או דלס"ד קשה דלא ידע הברייתא דאבוה דר"א כנ"ל:

גמ' חזקה אא"מ כו' והאי בכולא בעי כו'. למה לי' מה דאמר חזקה אא"מ הא מהני לסלק המגו במה דאמר בכולא בעי כו' ומזה משמע כפי' רש"י דהקושיא הי' שכ"ה יהי' ג"כ חייב. ואי פטור יפטור גם מ"מ דמשיב אבדה כמ"ש. ותי' דכ"ה פטור משום חזקה. ומ"מ חייב אעפ"כ דלא שייך שעי"ז לא יודה דאף דבכולא בעי כו' לא כפרי' משום אא"מ דיותר העזה כנ"ל:

דף ג:

והאי בכולא בעי דלודי פרש"י מגו דחשיד כו' ותוס' דחו דקי"ל לא חשוד כו'. ובל"ז ג"כ תמוה דקושיא זו על כל השבועות גם שבועת ע"א. ומה ענינו להא דהתחיל משום מגו כו'. וגם תמוה מה דמסיק קמ"ל מק"ו ופי' תוס' דגם ק"ו דלא אמרינן מגו דחשיד. ותמוה מאוד מה מהני הק"ו כיון דאין תועלת בשבועה ע"ש. ויש ליישב הכל בעזה"י. דכבר כתבנו דהטעם דמגו לפטורי משבועה דחשיב איכא לברורי כנ"ל. ולהפ' דרק מגו דהעזה ל"א לפטור משבועה הטעם דכשהמגו ברור חשיב ברור שאין צורך לברר ע"י שבועה. משא"כ מגו דהעזה אינו בירור כ"כ וניהו דמהני לפטור ממון אבל אינו חשוב ודאי שלא נצרך לברר כשאפשר לברר ואינו פוטר משבועה כנ"ל. והנה אף דקי"ל דל"א

חשוד אממון חשוד אשבועה. מ"מ פשוט שאין זה ודאי רק דאפשר חמור ליה ומספק לא פסלינן ליה. וגם אין פטרו מחיוב שבועה המוטל עליו כיון דאפשר שיהי' תועלת דלא חשוד כנ"ל:

והנה הפ' פסקו באיכא לברורי בחזקה וכה"ג דדוקא כשיהי' בירור גמור אבל ב' ספיקות ואפשר לברר רק ספק א' שעדיין ישאר ספק לא חשיב איכא לברורי וא"ל לברר ע"ש. וא"כ מיושב שפיר פירש"י ז"ל דמקודם פריך מפני מה כמ"ש לעיל דמגרע עוד ומשני דהוי העזה והא מגו דהעזה לפטור ממון אמרינן. ורק משום דלשבועה חשוב איכא לברורי. ופריך דהא השבועה לא יהי' בירור לגמרי דאפשר דחשוד אממון חשוד גם אשבועה וא"כ בשלמא ע"א וכה"ג אין פוטרין מספק. אבל כאן שיש מגו וגם עכשיו בירור שאמת רק שאינו בירור גמור משום העזה. וא"כ בשלמא אם השבועה היה בירור ודאי חשיב איכא לברורי משא"כ כשאינו בירור גמור דחשוד כו' ויכול להיות כמו שכופר כן ישבע כנ"ל. נשאר הקושיא דלהימן במגו. ושפיר קאי על דלעיל ומשני בכולא כו' ואשתמוטי ואינו ספק כלל. דאותו בירור עצמו שיש עכשיו המגו מורה דאישתמוטי ולכך לא כפר הכל ושוב תהיה השבועה בירור גמור כי היכי דלודי כיון שאינו חשוד כנ"ל. ומסיק שפיר אבל העדאת עדים דל"ל הכי דאין שום ראיה דמשתמט דל"ל מגו. שוב י"ל דאין השבועה בירור כלל רק ספק אי חשוד י"ל דלא חייבה תורה שבועה כלל כשאין ראיה דמישתמט. ועל זה אמר מק"ו וכיון דיש ק"ו דחייב שבועה שוב אין פוטרין מספק שמא חשוד כדקי"ל דלא אמרינן מגו דחשוד כנ"ל. וגם למסקנא ילפינן מפיו וע"א דבע"א ג"כ אין ראיה דמישתמט וחייב. ואף דע"א על מה שמעיד ישבע ושוב החיוב שבועה יותר. ומש"ה אף שהבירור אינו כ"כ ג"כ חייבה תורה בירור אף שאינו גמור. פיו יוכיח דאין החיוב שבועה כ"כ רק אומדנא ע"י שכופר. ויליף שפיר מהצד השוה כנ"ל. וכדקי"ל באמת דל"א מגו דחשיד כנ"ל:

תוס' הקשו הא כ"ה ג"כ שייך אישתמוטי כדאמר להדיא בהא דר"נ ותי' דמ"מ יותר העזה ע"ש. ולע"ד י"ל פשוט דאינו מובן תי' תוס' דמ"מ לשון הגמ' שם לפשוט דפריך א"א מעיז ודחי אישתמוטי וכאן אמר לדבר פשוט א"א מעיז כו' וגם תמוה מאוד לפי' רש"י ותוס' דכל הס"ד לפטור העדאת עדים משום דלא שייך משתמיט כמו מודה מקצת וא"כ איך יליף מק"ו הא הפירכא בפנינו מה לפיו דאישתמוטי. ומהדר בתר פרכי אחריני שאינו בהכחשה. ותי' תוס' אינו מובן כיון דהתחיל בזה ואמר דקמ"ל מק"ו מה שאינו ק"ו כלל. וגם דקשה מנ"ל לגמ' בכל דוכתי דגם היכא דלא שייך א"א מעיז מ"מ כ"ה פטור דלמא באמת רק משום א"א מעיז כמ"ש תוס':

ונראה לישב הכל בעזה"י דודאי הסברא דלא שייך אישתמוטי בכ"ה כמו מ"מ הוא דאין סברא שאין לו כלום ועכ"פ אי משום דלית ליה ולהשתמיט הי' ראוי להודות דבר מה שלא יעיז לגמרי. וע"כ שרוצה לכפור אולם זה שייך אלו לא הי' חיוב שבועה במודה מקצת אבל עכשיו שיש חיוב שבועה מה"ת ודאי דשייך אישתמוטי גם בכ"ה ומה שאינו מודה קצת הוא שאז יתחייב שבועה ולא יוכל להשתמט כלל. וע"כ משום אישתמוטי הוצרך לכפור הכל כנ"ל. וא"כ מיושב דכאן דהקושיא שלא הי' ראוי לתורה לחייב שבועה מודה מקצת דהא אית ליה מגו או כמ"ש לעיל. וע"ז משני שפיר הא אם יהיה הדין דפטור משבועה מ"מ משום מגו א"כ אין כאן מגו כלל דא"א מעיז דלא יהיה שייך משתמיט כשיכפור הכל מדאינו מודה כלום כיון שפטור ג"כ משבועה וא"כ איך אפשר לפטרו משום דאית המגו כיון דאי יהי' הדין דפטור לא יהי' מגו כלל כנ"ל. ולכך חייבה תורה שבועה למ"מ אבל עכשיו דכבר חייבה תורה שבועה שוב שפיר אמר לענין היסת דחייב דלא שייך א"א מעיז דשייך גם בכ"ה אישתמוטי דא"י להודות כנ"ל. וגם מוכח שפיר בכל דוכתי דאף דיכול להעיז פטור כ"ה דעכשיו יכול להעיז גם כ"ה דשייך משתמיט ואעפ"כ פטור כנ"ל. וא"כ מיושב ק' תוס' ג"כ דלענין שנאמר בלא הק"ו רק ממילא מסברא דבכלל מודה מקצת שחייבה תורה נכלל גם העדאת עדים. זה א"א ללמוד די"ל דוקא פיו חייב שבועה כיון דבלא החיוב שבועה אמרינן דמשתמיט כיון שמודה וא"י לכפור הכל דהוי העזה דל"ש משתמיט מדאינו מודה משא"כ העדאת עדים שכ"ה ולא שייך משתמיט בלא החיוב שבועה מדאינו מודה כנ"ל דג"כ מפטר. וא"כ לענין התחלת החיוב של התורה א"א ללמוד מסברא שנכלל בכי הוא זה גם העדאת עדים. דהא אין דומין דבכ"ה ועדים על נ' אין להטיל חיוב שבועה כיון דבלא החיוב א"א מעיז דלא שייך משתמט בין לפי' תוס' משום חשוב ובין לפי' הנ"י משום שהשטה בו ותבע יותר ע"ש. ולכך ה"א דרק פיו חייב כנ"ל. אמנם מק"ו שפיר יכולין ללמוד דכיון דקרא באמת רק על פיו א"כ שוב כיון דהודאה מקצת חייב שבועה שוב מק"ו דגם העדאת עדים מחייב שבועה דשוב שייך גם בכ"ה אישתמוטי כנ"ל דא"י להודות כיון שיתחייב שבועה כיון דהק"ו הוא ללמוד אחר שכבר יש החיוב שבועה גבי מ"מ שוב הק"ו שפיר דעכשיו גם בכ"ה אישתמוטי כנ"ל וא"ש. דצריך לפירכא אחרת כנ"ל:

שם מה פיו שא"מ קנס כו'. בשלמא למ"ד מב"ק ואח"כ באו עדים חייב ורק דאין עדים א"נ בהודאתו לחייב א"ע א"ש. אבל למאי דקי"ל מודה בקנס ואחכב"ע פטור ע"כ דאין הטעם דאינו נאמן בהודאתו לחייב א"ע דהא באו עדים וע"כ דההודאה פטור שפוטרתו א"כ מה ענין הק"ו שאינו מחייבו הא גזה"כ דפוטר ואף עדים אין מחייבין אח"כ. וצ"ל

כיון דבאין מחייב א"ע בקרן חייב אם באו עדים אח"כ ואין זה פטור ומ"מ בלא עדים אינו חייב ויליף כנ"ל. אך מ"מ קשה דבזה הטעם רק כשאין קרן לא חשוב מרשיע א"ע כיון שהדין דפטור. וא"כ א"א לחייבו דאי יהי' חייב שוב הוי פטור שפטרתו לגמרי כנ"ל. וצ"ל דמ"מ לא הי' ראוי שיפטור כיון דאם נפסוק שפטור לא חשוב מרשיע א"ע ויודעין שחייב כיון דלא פטרו ההודאה וע"כ דא"א לחייבו ע"פ עצמו אף כשאינו פוטרתו. אך קשה מזה על רמב"ן ז"ל הובא בש"ך חו"מ סי' א' שפוסק במודה חוץ לב"ד בפני עדים דכשאין הודאה בחוץ לב"ד פוטרתו שוב חייב ע"ש. וא"כ מה דייק כאן. ונראה דגם הרמב"ן סובר דא"א לחייב ע"פ עצמו מ"מ היינו בפני ב"ד דומי' דירשיעון אלקים פרט כו' אין ב"ד מחייבין ע"פ עצמו אבל מודה חוץ לב"ד בפני עדים דאין פוטרתו ואמר א"ע דיודעין העדים שחייב ע"פ הודאתו שוב אח"כ קרינן ירשיעון אלקים בפני ב"ד דב"ד מחייבין אותו ע"פ עדים דאין חילוק בין עדות שעל המעשה או ע"י הודאה וכמו ראינו עדות שנחקרה בב"ד כנ"ל. ולכך פסק רמב"ן ז"ל שחייב אבל מודה בב"ד שפיר גם כשאינו פוטרו א"א לחייב דנכלל מרשיע א"ע דפוטר וגם אינו מחייב ולכך כשאין מחייב א"ע בקרן מ"מ בלא עדים פטור כנ"ל. וכמו דמחלקין בראו חוץ לב"ד לענין מגו כנ"ל:

שם ר"ח כר"מ כו' תוס' נימא ק"ו דר"מ כו' תי' מה שמעידין כו' וק' דמ"מ לימא הק"ו מה פיו שאין מחייבו מיתה כו' וי"ל דלענין מיתה לא מיקרי כלל הודאת פיו דאין לו רשות להרוג א"ע כמו לאחרים. וכמו דלא שייך ק"ו מה פיו שאינו נאמן לאחרים כו' ודוקא לחייב קנס דממונו הוא ויכול לעשות בו מה שירצה ואעפ"כ אין הודאתו מועיל לחייבו שייך ק"ו כנ"ל:

שם מה אם ירצה כו' פירש"י מטעם מגו ותוס' דחו דמגו במקום עדים ל"א. ופי' תוס' תמוה ג"כ דלמה לא יוכל לתרץ דיבור' ולא נזכר כלל ע"ש. ולע"ד דהא כ' או הודע אליו כו' דבעי ידיעה לחיוב קרבן א"כ אף דעדות מהני מ"מ כשאצלו ברור שלא כדברי העדים שלא אכל באמת אינו חייב קרבן רק בעדים שאכל אף דא"א להעדים לידע אם אצלו ברור או לא. מ"מ אין אומרים שוב שמשקר מה שאומר שלא אכל דלמה יהי' ברור אצלו שלא כד' עדים. אבל במגו דמזיד שפיר מאמינים לו שאצלו כן שלא אכל ואף שטועה מסתמא ואינו זוכר דמסתמא העדים אמת מ"מ פטור שוב מקרבן. וע"ז שפיר מהני מגו שאינו כלל נגד העדים. דלא דמי כלל לשאר מגו במ"ע שכיון דאמת בעדים מה לנו איך הוא אצלו עכ"פ חייב. משא"כ בקרבן כנ"ל. וכן הלשון בגמ' כריתות משום מגו ע"ש. וא"כ שפיר גם ללישנא דאם ירצה לומר מזיד כו' לא אתי ר"ח כרבנן. בפרט דלרבנן כאן ממש דמי להנ"ל למ"ש הנ"י דקמ"ל אף דחזקה א"א מעיז כיון שכופר הכל מ"מ הא חזינן

שמעיז וכופר מקצת שמעידים ע"ש. וא"כ הפירכא דניהו דק"ו דלענין בירור של המעשה שאמת ע"י עדים יותר מע"י פיו אבל איך הוא אצלו מהני המגו יותר מעדים דמה"ט פטור מקרבן כנ"ל ושוב לענין שבועה מהני החזקה שאצלו שלא לוה אף שמעידים ושוב נאמן על השאר שאינו מוכחש מטעם חזקה דאא"מ כנ"ל. ורק כר"מ דאמרינן שמשקר וגם הוא יודע כעדים שייך הק"ו כנ"ל:

עוד י"ל דבשלמא בממון כשאומר לא לוה הוי הודאה שלא פרע משא"כ בקרבן עכ"פ שאומר לא אכלתי נכלל באמירתו שאינו חייב קרבן. א"כ פ"ד ומאמינים לו לענין זה שאינו חייב קרבן וכאלו אמר סתם איני חייב ולא פירש דבריו דא"י העדים לחייבו דשמא מזיד כן אמירתו לא אכלתי אינו מגרע. דאינו רוצה לומר מזיד ולכך משקר ואומר לא אכלתי. ומה בכך שמשקר בזה מ"מ נשאר האמירה שאינו חייב קרבן. וליל"ק בלי מגו נאמן ע"ז. וליל"ב דוקא בא"ל מגו אמרינן אף שאינו מתרץ דיבורי' שאכל מזיד ובמה שאינו רוצה לתרץ דיבורי' לומר מזיד או דלא לשוי' רשע או טעם אחר. ומ"מ א"א לחייבו מש"ה. כיון שאינו בין אדם לחבירו שיחשב הודאה כנ"ל:

עוד י"ל למ"ש תוס' כריתות י"ב אם ירצה ל' מזיד כו'. כלומר דל"ד לעדי חיוב מיתה שגומרין הדברים כו' אבל הכא אין גומרין עדותן שא"י אם שוגג הי' כו' ע"ש. ונראה דטעם דהוי כחצי דבר שבלא אמירתו לא אכלתי אין עדותן מועיל כלום דבשלמא בממון שאומר לא לויתי ועדים שלוה מהני אף דג"כ אין מועילין בלי צירוף הודאתו שלא פרע מ"מ כיון דבהודאה אינו מזיק חצי דבר דרק לענין עדים מעט קרא יקום דבר כו' וממילא מהני הודאתו לענין דלא פרע שוב מהני גם עדותם כמו עדי גניבה וטביחה כיון דעדי גניבה ל"צ לעדי טביחה דבר קרינן בי' אף דעדי טביחה צריכין כו' ע"ש. כיון שכבר הועיל שוב גם זה דבר שלם. וכן בהודאה כנ"ל. מהני שוב העדות ג"כ. אבל לקרבן דמשום אמירתו לא אכלתי אין חיוב ולא שייך הודאה שוב הוי עדי אכילה חצי דבר שאין גומרין עדותן כנ"ל. וא"כ גם כאן דחי גמ' שפיר דהא ר"ח קאי על שאמר לא לוה ועדים שלוה נ' וא"י על הפרעון כמ"ש נ"י דמה"ת א"א רק כנ"ל. ורק ע"י צירוף הודאתו שע"י הכפירה. א"כ פריך על הק"ו ניהו דבממון מהני עדים כנ"ל. אבל מה לפיו הודאה לגמרי שמחייב קרבן משא"כ עדים כנ"ל כשאין מחייבין לגמרי כנ"ל:

תוס' הקשו איך נאמן מזיד הא אאמע"ר. וקשה הא בלא אמירתו ג"כ לא יתחייב מספק שמא מזיד וא"צ אמירתו רק לאמתלא על אמירת לא אכלתי ואין דומה לשאר אאמע"ר דבלא אמירתו לא מחזקינן כן. וצ"ל דס"ל דגם כאן מוקמינן אחזקת כשרות דשוגג הי'. ובסתם חייב. אולם ריש מכות לענין גלות הקשו להיפוך ע"ש וי"ל:

תוס' אשם היינו קרבן תימא דבמשנה דע"פ עדים אינו חייב חומש ואשם ע"ש. ולע"ד פשוט. דהא אמר בגמ' ב"ק ק"ז ע"ב דממון המחייבו כפל פוטרו מחומש כו' ע"ש. וא"כ מה פירכא דעדים אין מחייבין אשם אדרבא מטעם חומרא הוא בשביל שמחייבין כפל לכך אינו משלם חומש. ורק פיו שאינו חייב כפל. וכמו תורת הזמה דלקמן אך ב"ק ס"ה ע"ב פליגי ר"י ורבנן ור"ש בהודה ואח"כ באו עדים דפטור מכפל משלם חומש. ואם משבאו ע' הודה לר"י חייב חומש רק דעולה לו בכפילו ולרבנן פטור מחומש כיון דיש כפל וחייב אשם ולר"ש גם מאשם פטור ע"ש. וא"כ לר"י שפיר כאן הפירכא דהא הודה אח"כ חייב חומש אף שיש כפל וע"כ בלא הודה גריעותא דעדים מפיו שאינו מחייבו כנ"ל. משא"כ לרבנן ור"ש הא גם הודה אח"כ לא מחייב חומש ואשם וא"כ לא גריעי עדים כלל רק משום החיוב כפל וגם הודאתו אינו מחייבו כשיש כפל כנ"ל. וא"כ מיושב דלס"ד דחי מה לפיו כו' והיינו דנימא כר' יעקב כנ"ל. ודחי גמ' כיון דכר"מ ס"ל שוב כמו דמחייב קרבן מק"ו כן חייב חומש ואשם מק"ו וא"א לפטרו מטעם גריעות עדים מפיו וע"כ לר"מ כרבנן ור"ש ס"ל דרק מטעם חיוב כפל פטור מחומש ואשם וגם הודה אחר שבאו עדים ושוב אין זה פירכא כלל מה לפיו כנ"ל. אבל שפיר גם לר"מ פטור בעדים מחומש ואשם כנ"ל וא"ש:

דף ד.

פיו שאינו בהכחשה כו'. לכאורה הא כמו עדים שישנם בהכחשה דכיוצא בהם מעדים כן פיו ישנו בהכחשה דכיוצא בו הודאת פיו דתובע דב' הודאות דסתרי אהדדי קי"ל דפטור וכמו טחוהל"ב ע"ש ס' ע"ה ודאי לי' כו'. אך מ"מ פריך שפיר דפיו אינו בהכחשה מעדים משא"כ עדים שישנם בהכחשה מעדים ומפיו ג"כ כנ"ל:

ובזה תמוה לי ד' מהר"ם ז"ל הובא ברא"ש לראי' דעד מסייע פוטר דאל"ה לימא מה לפיו וע"א שאינם בהכחשה מכיוצא בו דעד לא מיפטר ע"ש. ואיך מיישב כיוצא בו דפיו מה שיאמר לפטור עצמו או אחר אומר מה שאינו לחובתו לא מקרי כיוצא בו דהודאת פיו. וע"כ כיוצא בו היינו הודאת פיו מן התובע שאינו חייב וזה ודאי פוטר כנ"ל:

שאינו בתורת הזמה. אינו מובן כמ"ש תוס' דאדרבא משום דאינו מחייב הוא. וי"ל דהפי' הוא דריב"ש מסתפק בע"א לשבועה אם בעי מה"ת דו"ח ע"ש. וי"ל דלא בעי יכול להזימו אף למלקות כיון דלא קאי עליו כאשר זמם גם והנה עד שקר וכל מקום כו רק ב וכמ"ש תוס' גבי בן גרושה כו'. ושפיר מהני לשבועה אף שא"י החקירות וא"א לקיים הזמה אף במלקות. א"כ הפירכא שפיר שאינו בתורת הזמה וכשר אף שאאי"ל משא"כ עדים

דישנן בתורת הזמה וכשא"י החקירות שאאי"ל בטל עדותן ואף שבועה אין מחייבין והוי גריעותא מה שישנם בתורת הזמה כנ"ל. עוד למ"ש תוס' גבי טריפה פ"ק דחולין דא"א לחייב הנידון יותר ממה שמתחייבים העדים כשיוזמו ולכך אי לא קטלינן להו עד אחר יב"ח גם לנידון כן ע"ש. וכן גבי ממון ונפשות כ' תוס' כן ע"ש וא"כ לענין שבועה דלא ישלמו העדאת עדים ד"נ על השבועה שמחייבין אותו על השאר דרק גורם. וא"כ יש סברא שאין יכולין לחייבו שבועה כיון דא"נ רק כשיכול להזימם ולענין החיוב שבועה לא יתחייבו בהזמה א"כ שפיר גרוע מפיו וע"א שאינם בתורת כו' וא"צ עשי"ל משא"כ עדים דישנן כו' וצריך עשאי"ל. ולשבועה א"י להזימן י"ל דלא מהני. ור"ח לא פריך כיון דעכ"פ ע"י נ' שמעידין יכול להזימם והחיוב ברור שוב ממילא חייב שבועה על השאר כיון דעל מה שמעידין יש ק"ו כנ"ל:

עדים כו' פיו אינו בהכחשה כו' וכ' נ"י דא"ל בעומד בהודאתו אין ראיה על הנאמנות דודאי מצי יהיב מה שיש לו רק כשחוזר ואומר נזכרתי שפרעתי ויש עדים ג"כ לא מהני ע"ש שתמהו על הרמב"ם שכתב כשטען והודה בב"ד שחייב ואח"כ אומר נזכרתי שפרעתי והרי עדים ה"ז עדות מועלת ועושין ע"פ שהרי לא הכחיש עדות ואינו כאומר לא לויתי כו'. ע"ש שמאריך ומחלק בין חזר קודם שבאו עדים ובין אח"כ ע"ש. ואינו מובן דענין אי נאמן נזכרתי אינו ענין אם ישנו בהכחשה או לא דאם אמת שהי' הודאתו בטעות לא הוי הודאה ואם אין מאמינים ואמרינן שההודאה מסתמא כדין אין זה מה שיותר מעדים דבעדים עצמם ג"כ כיון שהגיד כו' אין נאמנים לחזור ולומר נזכרתי שאינו כן. ואין שייך גם בהודאה לומר כיון שהגיד דבעדים גלי א"ל יגיד חדא הגדה כמ"ש רש"י משא"כ הודאת בע"ד:

אך בהכרת בכור יכיר כו' ובני זה ממזר כו' שם בטור וש"ע דשייך ג"כ כיון שהגיד כו' ומשמע דכיון דגלי בעדים שוב לכל הנאמנים בעדים כן. ובאמת נחלקו הפ' בטעיתי מגו דפרעתי ונראה דתליא בהנ"ל:

ולכאורה פשוט אי אין בתורת נאמנות רק שרוצה ליתן יכול לחזור בו סתם שלא ליתן דבמאי קנה שלא יכול לחזור דאף דאודיתא קנין ומתחייב היינו עכשיו דהודאה כעדים בתורת נאמנות שוב מתחייב ג"כ משא"כ אם לא הי' נאמן בהודאתו רק שרוצה ליתן לא הי' קנין כלל וכמו רוצה ליתן מתנה שכשאינו נותן אין כופין ורש"י פ' האומר קדושין דף ס"ה כ' דילפינן מכי הוא זה הרי שסמכה תורה על הודאתו ע"ש והיינו ע"כ בתורת נאמנות דבתורת חיוב לא הי' חייב שבועה. אך לכאורה קשה עכ"פ נאמן במגו ובידו דא"ב יהיב ליה במתנה או מתחייב כדפריך בש"ס אקרא דיכיר כו'. וא"כ להפ' דמחוייב

במקצת מתוך טענתו מהני ג"כ לחייב שבועה א"כ מנ"ל דהודאה מצ"ע נאמן דילמא רק משום מגו כנ"ל. ואעפ"כ מחייב שבועה על השאר. וי"ל כיון דבמגו או בידו אינו נאמן רק מכאן ולהבא ואי אמר למפרע גרשתי יש פלוגת' אי נאמן כלל גם להבא. וא"כ כיון דרק מכאן ולהבא לא מקרי הודאה על טענתו מכבר ולא הי' חייב שבועה וע"כ דנאמן מצד עצמו גם על שעבר. ומ"מ קשה דחזינן אי לאו קנוניא הי' נאמן גם לגבי אחריני וכן מתוך שנאמן להפסיד שכרו כו'. דזה עצמו ראי' והוכחה שאין אדם מודה חובתו אם לא שחייב באמת וא"כ י"ל דהודאה מהני לשעבר ג"כ מצד זה דעכ"פ על להבא נאמן במגו ויצטרך לשלם. וממילא מסתמא לא הודה אא"כ חייב ושפיר מהני ראיה זו כהעדאת עדים במקצת לחייבו שבועה. וא"כ מנ"ל שיהי' מועיל ראיה זו נגד עדים וכמו דעדים עדיפי מכל מגו וחזקה כן ראיה הנ"ל ואיך נוכל ללמוד מכי הוא זה הנ"ל דעדיף מעדים. וצ"ל דזה מסברא דע"ע לחובתו אדם נאמן יותר מק' איש כדאמר לענין קרבן. אך א"כ ל"ל לרש"י ז"ל ללמדו מקרא דכי הוא זה כנ"ל:

והי' נראה דכמו דקי"ל בזוזי ואשכח טופינא דבכדי שאין הדעת טועה אמרינן דילמא גזלי' ואבלע לי' או מתנה הוא יהיב ליה ע"ש. וגם בהודאה אף דעדים מעידים שאינו חייב מ"מ כיון שההודאה בדבר שאין עשוי לטעות ממילא תלינן שמא גזלו כו' או מתחייב א"ע בדבר שאינו חייב והוי ממש כמו שנותן לו במה שאין הדעת טועה דתולין במתנה כמו כן בהודאה בחיוב של מתנה כנ"ל. וממילא גם שאומר אח"כ נזכרתי כו' והרי עדים לא מהני כיון דבלא עדים אינו נאמן נזכרתי כו' וטעיתי רק ע"י שיש עדים יהי' נאמן וז"א כיון דבמה שאין הדעת טועה תולין במתנה היינו חיוב מה שאינו חייב. וע"ז אין עדים שלא נתחייב אף דמעידים שאין לו בידו כנ"ל אדרבא ודאי נתחייב כנ"ל. והא גיטין פרק השולח האומר נתנו שדה זו כו' אע"פ כו' שמא זיכה לו ע"י אחר כנ"ל ע"ש:

ובדברי רמב"ם ז"ל נראה טעם החילוק בין הודאה ובין אומר לא לויתי כו'. משום דהטעם דנהי דאם הי' ברור שההודאה גמורה ורוצה לחזור לא הי' מועיל עדים. אבל כיון שאומר נזכרתי כו' אינו סותר ההודאה רק שלא הי' נזכר ונהי דעדות העדים אינו בירור על ההודאה שלא הי' זכור אבל עכ"פ אנו יודעין דמסתמא כדברי העדים שאינו חייב ונצרך לומר דמ"מ הודה ובמתנה ושוב תולין יותר שלא הי' זכור ואח"כ נזכר ונאמן נזכרתי. אבל שם בלא לויתי דהוחזק כפרן ע"י עדים אינו נאמן שוב לומר נזכרתי דהא רואין שרצה לכפור כן גם עתה בשביל העדים אומר שנזכר כמו כל הוחזק כפרן שאינו נאמן. משא"כ בהודאה שאינו כפרן אדרבא חזינן שרצה ליתן כשמגיע ממנו א"כ בחוזר ואומר נזכרתי מסתמא באמת כן ונאמן כשיש עדים כנ"ל. וכ' שפיר שהרי לא הכחיש עדות

כו'. ועוד דבהודה ואומר נזכרתי הוי אמתלא על ההודאה בשביל שלא הי' זכור. אבל בלא לויתי על אותו ההודאה שמכלל הכפירה אין כאן אמתלא וכי בשביל שהי' סבור שלא פרע לכן אמר לא לויתי ושפיר אינו נאמן כשחוזר כנ"ל. ומ"מ קשה מנין לו לנ"י דבעובדא דלא לויתי חוזר ואומר פרעתי. הנה לשון הרמב"ם אינו מובן גם לנ"י מה זה שכ' שהרי כו' וגם מה זה שכ' ה"ז עדות מועלת ועושין ע"פ הא אין דנין אם לעשות ע"פ העדות רק אי נאמן לחזור מההודאה. גם מיותר אריכות לשון הרמב"ם ז"ל ונראה לע"ד דהא באמת אינו מובן בהא דאומר לא לויתי כאומר ל"פ דמצינו הודאה לחובתו אבל לא כשכופר ומה"ט יכולין לחזור מפטור לפטור. וא"כ מנ"ל דהודאה כזו יועיל. ונראה דהוא מטעם דחשיב כמו שאומר אין לי עדים וראיה דקי"ל אינו מביא דהוי כהודה שכשיבאו עדים הם שקר. וממילא כשאומר לא לוה דהוי כאומר לא פרע ושאין עדים על שפרע והמעיידין הם שקר וזה נראה דשייך רק במי שרוצה לפטור עצמו וטוען אין לי עדים בזה ודאי רמי עלי' ודייק דהא רוצה להפטר ומ"מ אומר שא"ל עדים כו'. אבל במודה שחייב אין זה שיהי' כאומר א"ל עדים שאינו חייב דכשרוצה לשלם לא איכפת ליה בין יש עדים או לא ואינו חשיב הודאה שהעדים שקרים רק שחייב. וא"כ מחלק שפיר הרמב"ם ז"ל דבשלמא באומר לא לוה לא מהני כשאומר אח"כ נזכרתי כו' אף שיש עדים כדבריו דהא הודה שאין לו עדים כיון שהי' רוצה להיפטר והודה שא"ל עדים על הפרעון וכיון דלפי הודאתו אינו עדות א"כ אין כאן עדים שעי"ז יהי' נאמן נזכרתי אבל בהודה שחייב שאין הודאה על פיסול עדים רק שחייב שפיר נאמן אח"כ נזכרתי שהרי יש עדים כשרים כיון דלא הי' חשיב הודאה לפסול העדים כנ"ל וכשיש עדים כשרים שפיר תולין ונאמן שלא נזכר אז. ומדויק לשון רמב"ם ז"ל נזכרתי כו' והרי עדים ה"ז עדות מועלת ועושין ע"פ שהרי לא הכחיש עדות היינו דבהודאה שחייב אינו כמכחיש העדים שאין לו והם שקרים כנ"ל ושפיר הוי עדות כשר ועושין ע"פ ואינו כאומר לא לויתי דבזה הוי כא"ל עדים כנ"ל:

שם ותנא תונא כו' ללוה ל"ל סהדי כו' דאלו הו"ל לא בעי ר"ח כו' הכא כי היכי כו'. תמוה אריכות לשון הגמ' מאי דפשיטא. וגם כי היכי כו' מיותר. וי"ל דהא הך סברא דא"ס דמה דתפיס דידיה חזינן דאינו מועיל לפטור משבועה דכל מוחזק חייב שבועה מ"מ או ע"א אף דחזקה ששלו. רק קושית הגמ' ממ"נ א"כ אינו העדאת עדים ג"כ ואם אתה חשבו לעדים דא"ס דמה דתפיס דידיה א"כ אותו הבירור שיש על המקצת זה הבירור והראיה עצמה יש שאינו חייב יותר. ולכך מאריך אלו הוי ליה סהדי כו' היינו אף עדות דלא הי' מועיל מצד עצמו. רק כמו שזה העדות שהוא מחייב המקצת כן היה לזה שאינו חייב

יותר ג"כ ודאי דלא הוי בעי ר"ח אשתבעי. וכגון שעדים אלו מעידים שרק חמשים לא יותר. ואף דהנתבע מודה שפסולין דמשקרים על הנ' ושוב יועיל הודאתו על עדותן דלא יותר שאינו מועיל מ"מ ודאי דא"י לחייב שבועה משום דר"ח דממ"נ א"כ גם על הנ' לא מהני ואם אתה מחשיב עדותם על הנ' שחייב הא אותו ראיה יש שאינו חייב יותר כנ"ל: שם באידך דר"ח הילך חייב כו' ע"ש. ותמוה מאד כיון דע"כ משום דר"ח קמייתא ג"כ א"כ למה נד מהנ"ל ע"ש בתוס'. ונראה לע"ד דהא תמוה עוד בתפיסי בכרכשתא כדאמר בגמ' למה חשוב הילך ממ"נ אי חשוב כאלו כבר תפיס כל א' מקצת בידו. א"כ זה קודם טענתם והא גם לר"ח דהילך חייב מ"מ כשכבר פרע לו מקצת שמודה או שמעידין העדים דהיה חייב נ' ופרעם ודאי דליכא למ"ד שיהי' חייב. דפליגי רק באומר הילך עכשיו בב"ד. ובמתני' אם חשיב ככבר יש לכל א' המחצה א"כ גם לר"ח אין כאן מ"מ. וע"כ דכיון ששניהם תפוסין בו וכל א' טוען כנ"ל. ואינו רוצה להניח כל א' לחבירו ליקח גם המחצה חשיב רק עדים על המקצת ומ"מ חשיב שכל א' תפיס בכולו כדאמר לקמן. וצריך עדיין פסק ב"ד שיקח כל א' החצי. וא"כ שוב גם הילך לא הוי ככל הודאה ועדים בב"ד כיון שעדיין אינו רוצה להניח לו ליקח המחצה כנ"ל. ועוד דהא א"י ליקח בלא שבועה ולא חשיב הילך כנ"ל וי"ל דהא בכל א' תפיס מקצת בידו קי"ל לקמן דכל א' נוטל עד מקום שידו מגעת והשאר חולקין בשבועה. ונחלקו הפ' אי גם על מה שבידו צריך שבועה ע"ש. וא"כ מצינן למימר כפשטי' דכה"ג שפיר חייב ש"ד מדר"ח דכל א' לענין מה שבידו חשיב שפיר אנן סהדי דמה דתפיס דידיה דחזקה מה שביד אדם שלו. וממילא על השאר שאין שום א' תפיס בידו חייב כל א' שבועת התורה. דחשיב הודאה ועדות על מה שביד חבירו ממש ועל השאר ישבע מדר"ח דלא שייך כי היכא דאנן סהדי להאי דעל מה שבידו שפיר חשוב בירור לא על השאר וממילא על מה שיקח מחצה ממה שאינו תפיס שייך שבועה מדר"ח כנ"ל על כל א' מהם. רק לס"ד דהילך פטור לא הי' אפשר לפרש כנ"ל. דמה שבידו ממש שוב חשיב הילך דזה שלו בלא שבועה כנ"ל ובידו וע"כ הי' התקנה משום היכא דתפיסי בכרכשתא שאינו הילך כיון שאינו בידו והלה אינו מניחו ליקח המחצה ע"ז יהיה שייך דר"ח ושוב דחו שפיר כי היכי דאנן סהדי להאי כו' דעל מה שאין תפוסין ויהי' חשוב העדאת עדים על מחצה שוב אותו עדות על השני ג"כ כנ"ל. ומשני דאידך דר"ח דהילך חייב ושוב שפיר הפי' כנ"ל דהיה התקנה משום היכא דכל א' נוטל עד מקום שידו מגעת כנ"ל דשייך שפיר דר"ח קמייתא כיון דהילך חייב כנ"ל ושוב איתא כוותיה מה"ת ותיקנו גם בתפיסי בכרכשתא כנ"ל שלא

יהי' כו' כיון דבתפיס מקצת חייב מה"ת. כנ"ל ואף להפ' דגם מקום שידו כו' בשבועה כו' היינו למסקנא דקי"ל כר"ש. משא"כ לדר"ח כנ"ל:

עוד י"ל דלכאורה. י"ל הפי' כ"ה דאנן סהדי כו'. אף דאין זה ראיה כלל לפטור משבועה רק כמו מוחזק כמ"ש לעיל. מ"מ י"ל למ"ש הר"ן סוף פ' ש"ה בנ' דחבלה דמודה דלא חשיב מ"מ כיון שאינו נאמן ליטול אלא בשבועה הוי רק גורם לממון דמי יימר דמשתבע ושוב יצאה הודאה מפיו בפטור ואף אחר שנשבע לא הוי מ"מ. ומחלק דלענין העדאת עדים זה נעשה אחר השבועה שאז הבירור וחייב ע"ש. וא"כ י"ל כאן איך נאמר הטעם במשנה דב' אוחזין משום דר"ח דמה דתפיס דידיה כו' א"כ כ"ה אנן סהדי להאי וגם הלה יצטרך לישבע וא"כ הוי שוב רק גורם לממון משום מ"מ דמשתבע כיון שכל א' א"י ליטול החצי עד שישבע. ושוב אין כאן העדאת עדים על מקצת לחייב שבועה דלא עדיף מהודאה שהוא רק גורם כנ"ל. וא"כ איך נפסוק שחייב כל א' שבועה משום דר"ח הא אם יהי' הדין כן שוב אין כאן חיוב שבועה כלל נגד כל א' שנגד הב' רק גורם לממון כנ"ל. ולא שייך סברת הר"ן דנעשה העדאת עדים אחר השבועה דז"א דלא שייך שיש העדאת עדים כנ"ל רק נגד א'. אבל הכא איך נאמר חיוב שבועה בשביל דאחר השבועה יהי' נעשה העדאת עדים. הא אינו מתחיל שבועה אם יהי' הדין שיהי' כל א' חייב שבועה אין חיוב שבועה קודם השבועה. ואיך יצטרכו לישבע כנ"ל. שאח"כ יהי' חייב. וממילא א"א לומר מטעם ר"ח קמייתא. ושפיר אמר כ"ה דא"ס להאי א"ס להאי ושוב לא יוכל ליטול המחצה רק בשבועה ג"כ ושוב אין חיוב שבועה כנ"ל. אמנם לשון הגמ' דאלו הוי ליה סהדי להאי כנ"ל. ובל"ז הלשון תמוה כמ"ש לעיל. ואדרבה במ"ש י"ל דהפי' הוא אלו הי' גם להנתבע תביעה על התובע וג"כ הי' עדים על מקצת תביעתו כמו שיש לתובע שהי' גם התובע חייב שבועה מדר"א שוב לא הי' על שניהם חיוב שבועה מדר"ח דאי נימא שחייבים כל א' שבועה מדר"ח שוב א"א ליטול החצי שמעידים עד שישבע ושוב אין חיוב שבועה כנ"ל אך גם אם הפי' כפשוטו ג"כ י"ל דהא תמוה כנ"ל באמת. אך יש לחלק דהר"ן לא אמר רק נ' דחבלה דצריך ליטול וכיון שא"א ליטול אלא בשבועה הוי רק גורם דעדיין אינו ממון דהא אאמש"ל מה"ט. אבל מוחזק במה שבידו אף דצריך לישבע מ"מ חשיב ממון כיון שבידו לישבע ולכך במוחזק לא שייך אאמש"ל כנ"ל. וא"כ שפיר י"ל כאן משום דר"ח במשנה ואף דיצטרך לישבע חשיב מודה מקצת על מה שבידו כנ"ל. אמנם דחי הגמ' שפיר ממ"נ נגד החלק שאין תפוסים דנחשב מחצה כהודאה וע"ז כ"ה דאנן סהדי להאי כו' שרק משום ספק ועל מה שידו מגעת ממ"נ אי א"צ שבועה הילך הוא ואי גם זה בשבועה עכ"פ ע"י גלגול א"כ שוב הוי רק גורם לממון. וע"כ דנימא

משום שבידו וחשיב מוחזק ובידו על מה שתפיס אף שהלוה אינו רוצה להניחו א"כ שוב הוי הילך כיון דכל מה שיהי' חשיב הודאה הוא רק משום דמוחזק ובידו א"כ הוי הילך כנ"ל. ולכך למאי דמסיק אידך דר"ח שוב י"ל כנ"ל. וגם למאי דמסיק אין תקנ"ח הוא רק דאיתא כוותיה כו' י"ל שוב דחשיב איתא כיון דיש חיוב שבועה משום עד שידו מגעת רק דא"א לחייב דאז יהי' פטור. ושוב עכ"פ הוי איתא כוותי' דשייך התקנה כנ"ל: עוד י"ל דלכאורה מה הועילו בתקנתם שלא יהיה כל א' תוקף כו' כיון דבשבועה דרבנן לא נחתינן לנכסי' ולא משמתינן כו' רק עבריין כו'. עדיין יתקוף ומה שבידו לא נוכל להוציא אף שלא ירצה לישבע. וי"ל כיון דהא דלא מחייב ש"ד משום דר"ח הוא רק משום כ"ה דאנן סהדי להאי כו' ואף דרק מספק מ"מ כיון שאין בירור יותר גם לחיוב שוב פוטר ג"כ כמ"ש לעיל. וא"כ עתה שתקנו שבועה שוב אם לא ירצה לישבע מי שתפיס בגזלה יוכל זה שהדין עמו לישבע שאל"ב פחות מחצי כדינו. ושוב יהי' השני חייב שבועה דאורייתא משום דר"ח דאנן סהדי דמה דתפיס האי וכבר נשבע שהוא שלו ונעשה העדאת עדים אחר השבועה דמהני כמ"ש הר"ן גבי חבלה כו'. ואז לא שייך כי היכי דא"ס להאי דהב' שאינו רוצה לישבע אין כלל א"ס לפטרו כיון שאינו רוצה לישבע כתקנת חכמים כו' דאדרבה נראה דשקר רק דלא נחתינן בשביל זה אבל אנן סהדי ליכא כנ"ל. ועוד דבשלמא כפשוטו אותו ראי' שלזה יש לזה כנ"ל. משא"כ כשנשבע דרוב ב"א אינן נשבעין לשקר כדאמר פ' שה"ע דחשיב מה"ט גורם כו' ופירש"י דרוב ב"א א"נ שקר כנ"ל. ושוב שפיר משום השבועה אנן סהדי כנ"ל. ואין ראיה זו למי שלא נשבע ותפיסה עצמה אינו ראיה לפטור כמו כל שבועה דגם שתפיס לא מפטר כנ"ל. וא"כ שפיר יהי' חייב שבועה דאורייתא ונחתינן לנכסי' ושפיר נוציא ממון כשלא ישבע והועילו בתקנה כנ"ל. אך אחר שישבע ודאי חשיב הילך מה שבידו שכבר זכה. ולכך לס"ד דהילך פטור לא הי' אפשר לפרש ותנא תונא כנ"ל לפי אידך דר"ח דהילך חייב א"ש ותנא תונא דאף דבאמת תקנת חכמים מ"מ אין תועלת רק אם איתא כוותיה בדאורייתא שפיר תיקנו ויהי' אחר שישבע זה שוב על הב' ש"ד ונוציא ממנו. משא"כ אי דלא כר"ח מה הועילו כו' ודייק שפיר. ולר"ש סבר דסגי שנקרא עבריין כמו בהיסת או דהי' התקנה שנוציא ממנו כשלא ישבע. ור"ח סבר דאין סברא לתקן נגד הדין דבדרבנן כנ"ל. ומיושב דאינו מובן הך דליתא כוותי' כו' הא כל תקנ"ח כן היסת ונוטלין ושותפין וכה"ג ולהנ"ל א"ש: עוד י"ל דהא אינו מובן מה דחשיב ליה עדים מה דחולקין בתפיס בכרכשתא. אטו לסומכוס יהי' חשיב העדאת עדים דר"ח מה שחולקין. וע"כ דהחלוקה רק מספק לא מטעם ראיה וכן לדידן באין מוחזקין או שניהם מוחזקין כנ"ל. וי"ל כמ"ש תוס' חולין

פ"ב ובכמה מ' בא"א לצמצם דאי מחצה ע"מ כשר חשיב רוב להתיר דיש ב' צדדים או יותר או שוה. ורק מיעוט היינו צד א' לאיסור שמא פחות משא"כ אי מחצה ע"מ פסול הרוב להיפוך ע"ש. וא"כ י"ל דכאן דספק אי תרוייהו בהדדי הגביהו כדאמר לעיל א"כ לענין שיש לכל אחד מחצה יש רוב שמא הגביה הוא קודם ואם ביחד ג"כ א"ל פחות מחצי' ואותו צד שלהב' הכל רק מיעוט וכן להב'. ושפיר יש רוב וראיה שחצי שלו ושייך למחשבי' כעדים דר"ח שיחייב שבועה אשאר. דלענין שבועה אף על ספק א' צריך ליישבע היינו כל א' על הספק שמא כולו לב' אף שרק צד א' כנ"ל. ומ"מ דחי שפיר דאותו רוב שמורה שלא פחות מחצי לב' מורה ג"כ שגם לו אין פחות מחצי ב' צדדים כנ"ל ולפטרו משבועה. אמנם ז"א דע"כ לא כ' תוס' הנ"ל דחשיב רוב רק כשנדמה מחצה רק דא"ח לצמצם ושוב שגם הספיקות משהו יותר או משהו פחות או שוה או מכוון בין ב' עיירות דהספק כיון שנראה שוה רק מה שא"א לצמצם שוב מכריע ספק שוה. אבל כשהספק על כולו אין ספק הרחוק דבצמצום שוה מכריע כלל ליחשב רוב. א"כ כאן בשלמא אם היינו יודעין שהגביהו ביחד רק דא"א לצמצם שפיר היה שייך כנ"ל דמכריע צד ששוה ביחד בצמצום לב' הספיקות השוים שמא רגע קודם משום א"א לצמצם כנ"ל. והיינו סיפא דיש עדים או מודים דבאמת חולקין בלא שבועה אף דאא"ל כנ"ל. ולע"ד זה הפי' בגמ' ח' דקמ"ל מגבי' מ"ל קני כו' דמ"מ לא הול"ל בהאי לישנא דפשיטא. ולהנ"ל א"ש דמודים שהגבי' ביחד או עדים ומ"מ טוען שרגע קודם אף שנראה ביחד. וי"ל דשוב ע"ז יש רוב כנ"ל. ויש לדחות:

וא"כ כשטוען כל א' שרק לבדו הגבי' והב' תפס בו אח"כ וע"ז הספק אין ספק זה שבצמצום ביחד מכריע כלל לשוי' רוב כנ"ל. וא"כ לא שייך טעם הנ"ל שיחשב ראי' ועדות והוי רק ספק ככל ספיקות כנ"ל. אמנם למאי דאמר לעיל דראוי להיות מפקינן ויהא מונח כמו במנה שלישית רק הטעם דחולקין משום דתולין דתרוייהו בהדי הדדי הגביהו והחלוקה י"ל אמת ולרש"י דליכא ודאי רמאי רק שהגביהו ביחד וכל א' סבר שהוא קודם כנ"ל ע"ש. וא"כ שוב י"ל כנ"ל. דמה"ט צריך לישבע על חצי כיון דכל מה שנוטל החצי ולא מוציאין שיהיה מונח הוא רק מצד שאנו מחזיקין שביחד הגביהו וכל א' סבור כנ"ל. ואי הגביהו יחד ואא"ל שוב יש רוב שלשני עכ"פ מחצה וחייב הוא שבועה מדר"ח. ואעפ"כ אין ראיה זו פוטרו משבועה מטעם דגם לו יש רוב דז"א דהא לענין הספק שיש עוד שמא רק חבירו הגביהו והוא משקר לענין זה אינו מכריע כלל הס' שמא ביחד רק דהי' הדין יהא מונח אבל הוא לא יטול. ושפיר צריך לישבע מדר"ח

כנ"ל. דע"ז יש רוב שלא יטול יותר מחצי דממ"נ אם לא הגבי' ביחד יש רמאי והדין יהא מונח ואי ביחד שוב רוב:

וממילא לענין שיטול חצי יש עדות שאין לו יותר מחצי ומ"מ לענין חיוב השבועה דאין רוב לפוטרו דהשבועה על הספק שחבירו לבד הגבי' כנ"ל. ואף דבזה הס' הדין יהא מונח עכ"פ לא יטול רק בשבועה דהרא"ש ז"ל כ' גבי ס' וס' וע"א דקי"ל יניח דצריך לישבע נגד העד ע"ש וע"כ דחשיב ליה כפירת ממון אף שלא יקח רק מניח. כן י"ל גם להיפוך מה שלא יהי' הדין יהא מונח רק יטול חשיב ממון כנ"ל. אך הילך חשיב כיון דההעדאת עדים אינו שהוא של הב' רק הממ"נ שאינו בחזקתו שיטול. וזה כבר נגמר ע"י האנן סהדי כנ"ל. כיון שהדין שאינו נוטל יותר מחצי אינו בחזקתו ולא חסר כלום. ולכך דחי. משא"כ אי הילך חייב שוב י"ל כנ"ל. ולא קשה כי היכא דא"ס להאי כנ"ל. ואף שיש לדחות מ"מ י"ל דעכ"פ איתא דכוותה בדאורייתא חשיב כנ"ל שיהי' שייך התקנת חכמים כנ"ל:

עוד י"ל דודאי ידע דתקנה היא שלא יהא כו' אולם מסיפא קשה דז"א חצי שלי וזה כ"ש. דלכאורה לא שייך כלל התקנה על שניהם דהאומר חצי שלי בלא התקנה יצטרך לישבע מה"ת דמ"מ הוא אי הילך חייב ומ"מ לא יטול יותר מרביע שבחזקת שניהם כנ"ל. ועל השני האומר כ"ש ג"כ לא שייך שיהיה תוקף כו' דהא השני מודה שלא תקף בחנם רק חציה שלו וכיון דלא שייך התקנה למה לא ישאר כדין תורה שזה מ"מ וישבע מה"ת וזה יטול ג"ח בלא שבועה כנ"ל. אך בזה י"ל שוב שהאומר כ"ש צריך לשבע מדר"ח באמת בלא תקנה כיון דע"כ האומר חצי שלי ישבע קודם דהוי מ"מ. ואחר שנשבע שוב חשיב העדאת עדים דאנן סהדי דמה דתפוס היינו הרביע שכבר נשבע או מצד דרוב ב"א א"נ לשקר או דעכשיו דחייב שבועה ונשבע דלא שייך איערומי כו' דאמר גמ' ח' כו' שוב יש ראיה דאית ליה מגו דכ"ש כיון דגם עתה נשבע וגם הב' יצטרך לשבועה מדרבנן גם כשיאמר כולה שלי כנ"ל. וא"ל מגו דלהחזיק כנ"ל. ולא שייכי כל התי' דתוס' ונ"י. וחשיב העדאת עדים על רביע דגם האומר כ"ש צריך לישבע מדר"ח כנ"ל. רק אי הילך פטור לא שייך זה דמקצת שמודה ודאי הילך הוא ודחי כנ"ל. ומייתי אידך דר"ח דהילך חייב ושוב תנא תונא מסיפא. ור"ש דהילך פטור שוב שייך התקנה גם על האומר חצי שלי וממילא תיקנו גם על הב'. ור"ח סבר דלא הוי מתקני כו' וסבר מסברא דע"כ הילך חייב ושוב תנא תונא אקמייתא מסיפא כנ"ל:

רש"י הילך לא הוצאתים ושלך בכ"מ שהן. תמוה בפקדון לא שייך לא הוצאתים. ומלוה קי"ל דגם ברשות בעלים ניתן להוצאה וקני מיד. וצ"ל כמו מפקיד מעות מותרין דישתמש

בהן וכשמשתמש נעשה הלואה לא קודם וכשאומר לא הוצאתים ממילא שלו בכ"מ. וקמ"ל אף דא"י שמא הוציאם ולאו הילך הוא. אך זה כפירת שבועה וט' ספק. דלפי הודאתו הילך הוא. או אף מלוה ניהו דלהוצאה כו' מ"מ בהגיע זמן ולא הוציאם אפשר דאז אין לו רשות להוציאם דאף שהקנין מיד היינו מעכשיו כשמוציאם תוך זמן. משא"כ כשכבר חייב להחזיר שוב ברשותיה דמריה. אך ז"א דא"כ בקדושין תהיה מקודשת בהגיע הזמן במלוה ברשות בעלים. ובגמ' משמע דאין חילוק ורק בארוח ובההנאה ע"ש. [ועיין מ"ש לקמן בכונת רש"י בעזה"י]:

שם והילך כו' פירש"י לא הוצאתים והן שלך בכ"מ שהן. ותמוה למה לא פי' ככל הפ' שנותן לו עתה. ועוד הא קי"ל מלוה ברשות בעלים להוצאה ניתנה. ואי בפקדון אצ"ל לא הוצאתים. ונראה דלא רצה לפרש שנותן עתה והיינו תוך כ"ד להודאה. וודאי דאם היה נותנו קודם ההודאה גם לר"ח פטור שאין כאן הודאה כלל א"כ ע"כ טעם דר"ח דכבר נתחייב בהודאתו ואין הילך דאחר הודאתו פוטרתו משבועה שבשעה שיצאה הודאה מפיו נתחייב וכמו לענין פטור דהדין כן. וא"כ איך מדמי הש"ס למתני' הא במתני' ענין אחר דכבר הילך קודם טענותיהם מיד שבאו לב"ד א"כ או דגם לר"ח פטור או דגם לר"ש חייב דטעמא דר"ש דתוך כ"ד להודאה כדבור דמי וכפרעו קודם ההודאה ואינו ענין למתני'. ולכך פי' דהילך באופן הנ"ל דמודה שכבר בחזקתו והיינו או במפקיד מעות מותרין דישתמש וכשהוציא קנאן ואי לא הוציא הוי פקדון וכמבואר פ' המפקיד. וממילא כשאומר לא הוצאתים ברשות מפקיד קאי. או בעיסקא דפירש"י קדושין פ"ב כיון דלא יהיב למשתי שכרא ע"ש. וכיון דקי"ל דמקבל העיסקא יכול לחזור בו כדין פועל ע"ש בח"מ וא"כ גם על חלק מלוה כשאומר לא הוצאתים בעיסקא וחוזר בו מלעסוק ברשות הנותן קאי והוי הילך. או די"ל דרש"י ז"ל ס"ל דגם במלוה דקי"ל להוצאה ניתנה היינו רק שאין המלוה יכול לחזור בו דהא נתן שיהי' הרשות ביד לוה להוציאן. אבל הלוה יכול לחזור בו קודם שהוציאם כיון דאפילו משלו פירעון בע"כ שמי' פירעון כיון שהי' לטובתו כן לענין כשלא הוציאו דהא זבין ולא איצטרכי ליה זוזי הדר זביני דאומדנא כו' כן מעות שלוה כשלא הוצרך לו אדעתא דהכי לא קנאן הגם דלענין אחריות אונסין לא מיפטר ע"י החזרה ה"ט משום דלא גרע משואל כדאמר בש"ס למ"ד מלוה בר"ב לחזרה ע"ש אבל עכ"פ מהני החזרה דלוה שנעשה פקדון וא"צ מלוה לקנין אחר במעות וכשאמר למלוה שאינו רוצה להוציאן וחוזר בו קן דמלוה בכ"מ שהן וא"י אח"כ הלוה לחזור בו ולהוציא שלא מדעת מלוה. ואפשר דכשקידש מלוה אח"כ בהמעות מקודשת. א"כ שפיר פירש"י כאן דכה"ג הילך הוא ודמי שפיר למתני' דע"י ההודאה הוי הילך

מכבר ומ"מ פליגי ר"ח ור"ש. ורש"י ז"ל דייק מלישנא דאמר לר"ש כמאן דנקיט ליה מלוה בידו ואי באמת נותנו תוך כ"ד הול"ל משום דפרעון בע"כ שמיה פרעון ותוך כ"ד כדבור. ולכך משמע דבאמת אינו נקיט בידים גם אחר ההודאה רק שנעשה ברשותו ככל פקדון והוי כנקיט בידים כנ"ל. והא דלא פי' בפקדון ממש. משום דלטעמא דבפקדון גם כ"ה חייב דלא עשה לו טובה ומעיז. וכבר כתבתי לעיל בעזה"י דלא קשה תמיהת תוס' עליו ובהילך שפיר חייב פקדון אף דחשיב כ"ה. לכך ע"כ בא' מאופנים הנ"ל דשפיר עשה לו טובה גם במעות מותרין כיון דנתן לו רשות להוציאן ומ"מ הוי הילך כשלא הוציאן כנ"ל. אבל לדינא י"ל דרש"י מודה לכל הפ' בנותן תוך כ"ד דחשיב הילך כיון דבע"כ שמיה פרעון כנ"ל. ואפשר דגם לר"ח פטור כאלו פרע קודם. אך גם בדין הנ"ל הגם דאפשר כשאין מכירין שהוא אותו המעות אינו נאמן שלא הוציא מ"מ אין הודאתו מחייבו שבועה כיון דלפי הודאתו הוי הילך כנ"ל:

תוס' דייקי דהלכה כר"ש מדאמר סתמא דש"ס לקמן ועוד הילך הוא בעבד גדול וקטן ובס' חפץ פ' דהלכה כר"ח ע"ש. וקשה ק' תוס' הנ"ל. ונראה לע"ד לישב דאין ראיה. דלכאורה קשה למה שכ' תוס' והוכיחו דגם לר"ג דט"ח והל"ב חייב רק שבועה הוא דחייב אבל משעורין פטור ע"ש ב"ק. וא"כ שם דפריך על עבד גדול כו' מה שטענו לא הודה ועוד הילך הוא א"כ משמע דהקושיא ועוד גם אי נימא דט"ח והל"ב חייב כר"ג מ"מ קשה דהילך הוא. והא אי כר"ג חייב שבועה ופטור מליתן העבד קטן אין חשיב הילך הא לא יתן לו כלל א"כ גם ק' שניה לא קשה אי כר"ג. אך י"ל הא לר"ג למה יתחייב שבועה איך חשיב הודאה כיון שפטור וע"כ הטעם דזה הפטור הוא מצד טענת התובע אבל מצד הנתבע הוי הודאה חשיב הודאה לחייב שבועה על החטין וא"כ פריך שפיר דמצד הודאתו לחוד הוי שוב הילך ופטור דהודאתו שכבר ברשותו ואם לא הי' התובע פוטרו או הודה הוי הילך ורק ע"י התובע לא שוב אין כאן הודאה ופריך שפיר כנ"ל:

והנה י"ל טעם ר"ח ור"ש דהא פרעון בע"כ במקצת כ' הפ' דלא שמי' פרעון וא"י לכופו לקבל רק כל החוב. וא"כ לפי טענת תובע אינו הילך כלל דפורע רק מקצת. אך א"כ כופר זה עצמו דלפי הודאתו אינו מ"מ כלל שכשאינו חייב רק מה שמודה פורע כל החוב ופטור. ונ"מ למ"ד טענה ב' כסף וכה"ג וגם לפי הודאתו חסר פרוטה שוב לא הוי הילך ומצטרף הכל להודאה דחשיב ב"כ אף שלא כפר אלא פרוטה חייב כנ"ל:

וא"כ י"ל דר"ח סבר כיון דבשעת הודאה נתחייב שבועה וכ"ז שאינו נשבע חייב הכל שוב חשיב פירעון במקצת מה שאומר הילך אח"כ ואינו פוטרו מהחיוב שבועה כיון דכמו שהוא החיוב שבועה כל שלא נשבע א"י לפורעו ע"כ המקצת כנ"ל. ור"ש סבר

דאינו מתחיל חיוב שבועה כלל כיון דאומר הילך תוך כ"ד. ולר"ח חשיב כבר מחויב קודם שאמר הילך ועדיין כמו שאומר התובע והחיוב שבועה לא מהני הפירעון כנ"ל. וא"כ מיושב שם דאמר ועוד הילך הוא כיון דהוי טחוהל"ב רק לר"ג דמחייב והטעם כמ"ש דלר"ג דנין מצד הודאת הנתבע כמו שהי' בלי טענת התובע ומה"ט הוא דחייב ושוב הילך הוא. וא"כ לר"ג לכ"ע הילך פטור דהא לפי דברי הנתבע מצד עצמו בלא התובע הוי העבד קטן כל המגיע והוי הילך כנ"ל וגם לר"ח פטור אליבא דר"ג כיון שמצד טענת התובע פטור לגמרי ואינו הודאה רק מצד ההודאה לחוד ושוב הילך פטור גם לר"ח. משא"כ לדידן דלא כר"ג י"ל כר"ח דהילך חייב כנ"ל. ומדמי שפיר ג"כ למשנה דב' אוחזין דג"כ לדברי כל א' אינו רוצה שיחלקו ויקח חצי אף דחזי לקטנים א"כ אינו הילך רק לפי האנן סהדי:

שם אנן סהדי דמה דתפוס הילך הוא. תמוה הלשון. ורש"י פ' אותו אנן סהדי דמה דתפוס כו' הילך. וחסר דידיה וגם ל"ל זה האריכות הול"ל מה דתפוס הילך הוא. וי"ל הפי' דהא חייב שבועה ולמה חשיב הילך הא מקרי רק גורם לממון משום מ"י דמשתבע אולם שם לטול משא"כ מה שבידו אף דצריך שבועה מ"מ כיון שבידו לישבע והוא שבועת אמת חשוב הילך א"כ מיושב שע"ז אנן סהדי שהוא אמת מחצה שלו והוא שבועת אמת שבידו והוי הילך ושפיר אנן סהדי דמה דתפוס הילך הוא היינו שבידו לישבע כנ"ל:

דף ד:

א"נ על כפירת ש"ק. הקשו תוס' למ"ד ש"ד איך משכחת לה ש"ד כו'. ולע"ד דהא תובע ומודה חיוב שעל עצמו שאינו קרקע ורק נכסוהי ערבין בי'. וכמו באין לו קרקע דמ"מ חשיב הודאה לחייב שבועה ע"י שמודה חיוב גופו לשלם א"כ גם ביש קרקע מה"ת לפטרו מ"מ יש הודאה מחיוב הגוף דחשיב מטלטלין. והא אדרבא מטלטלין זוקקין גם קרקע כו'. וא"כ מנ"ל לש"ס דשטר א"נ דהוי ש"ק. דלמא רק תובע ומודה קרקע עצמה מיעט קרא משא"כ שטר כנ"ל, וי"ל כדאמר כתובות ריש פ' נערה דפליגו ר"ש ורבנן ביש בו"פ וקנס כו' אי לא שביק איניש מידי דאי מודה ומפטר ותבע כו'. ואף שבאמת יש תביעת שני החיובים מ"מ כיון שב' החיובים על דבר א' אנסת כו' פליגי מהו עיקר תביעתו ופטור מק"ש אי עיקרו קנס תבע משום דקיץ אף דממילא גם בו"פ כנ"ל ע"ש וא"כ כיון דעיקר סמיכת המלוה על קרקע לפי שא"י להבריח ומה"ט שיעבודא דאורייתא בקרקע ולא במטלטלין א"כ מה"ט אמר שפיר בשטר שתובע סתם דואי תובע עיקר הש"ק שא"י להבריח לא החיוב גוף כנ"ל. דלא שביק מידי דמצי מבריח כנ"ל.

ולכך פטור משבועה כנ"ל. וא"כ ממילא ע"פ אף דשיעבוד דאורייתא מ"מ כשאינו יכול לגבות מלקוחות שוב אין חילוק ואדרבא סתמא מידי דיתחייב של לנתבע כנ"ל. ואף שיש שיעבוד מ"מ לא מיפטר כנ"ל. ובזה י"ל דלא הקשו תוס' על שבועת ע"א דבזה י"ל סברא להיפוך דודאי תובע חיוב גופו כדי שיתחייב שבועה דהא יודע שיש ע"א וכשיהי' תביעתו הש"ק יפטור משא"כ מודה מקצת איני יודע אם יודה. ושוב י"ל דעיקרו תובע ש"ק לשטת תוס' ולכך הקשו רק ממ"מ. ובאמת גם במ"מ י"ל כנ"ל כיון דאין תועלת במה שתובע ש"ק כנ"ל שוב חייב כנ"ל. גם דמסתמא יודה קצת דא"א מעיז לכפור הכל: רש"י ז"ל פי' על הודאת קרקע ומייתי כמו דאין נשבעין על כפירת ש"ק כן הודאה. ותמוה למה לא נקיט א"נ על הודאת קרקע וי"ל לרב דבעי כפירת ב' כסף דקרא דכסף או כלים לכפירה ע"ש א"כ הכלל ופרט עלה קאי ולא מצינו מפורש המיעוט רק על כפירת קרקע רק ממילא ילפינן דהודאה מסתמא דמי' לכפירה ולכך מייתי כנ"ל. או י"ל דלענין ההודאה לכאורה אין לדמות ש"ק לקרקע מטעם שכתבנו דהא מודה החיוב לשלם דדיני' דבע"ח בזוזי והוא שיעבוד גופיה כשמשלם אין גובין מנכסיו דרק ערבין ביה ולא יפרע מערב תחלה כמפורש בש"ס ב"ב האי דיינא דירד לנכסים מקמי דלתבעינהו וסלקי' מטעם הנ"ל. רק לענין הכפירה דכשכופר א"י לגבות בתורת תשלומין וע"ז נכסוהי ערבין ויש ע"ז השיעבוד קרקע מדמי שפיר לכפירת קרקע. אך א"ל כן דע"כ הא דרש"י לא מפרש בשטר ג"כ דהוי כפירת ש"ק הוא משום דלא ס"ל כתוס' כאן בס"ד רק בע"פ לא חשיב ש"ק כדמסקי תוס' שהפקיעו חכמים וא"כ מה שכופר אינו ש"ק כלל דגם שיודה הוא רק בע"פ דמוכח מהשטר רק ב'. וע"כ פי' ע"י ההודאה דמוכח. וא"כ שוב אי כנ"ל אין הוכחה. אך י"ל דמהודאה א"ל כמ"ש החלוק דמודה מעות אך בכפירת קרקע הא יש השווי ממון ג"כ ועכ"פ כופר גם החיוב ממון שזה ב' דברים על גוף הדבר אף שמשלם. וכן עכ"פ החיוב תשלומין. ואעפ"כ פטרו תורה משבועה וע"כ כיון שהוא תובע קרקע כנ"ל. וא"כ גם כאן בהודאה עכ"פ תובע הש"ק דעיקרו כו' כנ"ל:

דף ה.

ההוא רעיא כו' כל יומי בסהדי. קשה ל"ל הא ובתוס' כ' דא"ל אל תחזיר כו'. וי"ל דקמ"ל דהא מסירה לרועה וגם גודרת יש לו חזקה רק משום דרועה כאומן דא"ל חזקה ובדברים עשויין להשאיל ע"ש. וא"כ י"ל בלא עדים אין עשוין להשאיל נהי דסתמא באומן גם שלא בעדים שאין דרך להעמיד עדים תמיד כמ"ש תוס' והפ' ב"ב סוגיא דאומן ע"ש. אבל היכא דידעינן דכל יומא מסרי בסהדי ואין מאמינים שוב לענין ליתן לו בלא עדים

באופן זה הוי כאין עשוין להשאיל ויהי' נאמן לקוח מצ"ע בלא מגו א"כ גם על הב' שאכל אינו גזלן דבמה שאמר להד"ם היינו שלא הפקידו כלום בידו וכשטוענין על דבר שהוא בפנינו הוי להד"ם כאינו לקוח משא"כ באוכל שלו ודאי שייך להד"ם. ושפיר רבותא דמ"מ חשיב גזלן ועדיין א"ל חזקה דאף דכל יומא כו' מ"מ אין הדרך תמיד להעמיד עדים כנ"ל. ועוד דכשראו שלא כפר לטעון נאנסו האמינוהו כנ"ל. ולכך צריך תוס' לומר באל תחזיר דאל"כ אינו רבותא כלל כנ"ל:

ובזה מיושב בעזה"י דפריך בסוף ותיפוק ליה דהוי ליה רועה ורבים תמהו הוא אומר גזלן דאורייתא ולמה יאמר דרבנן גם למה המתין הקושיא באחר דשנו תקנתא כו'. ולמ"ש י"ל דלכאורה אין תועלת מה דמסרי בסהדי דיהי' נאמן נאנסה אף שא"ל אל תחזיר כו' וע"כ דנהי דלא הי' נאמן להם בדבור אבל בשבועה לא חשיד בעיניהם לישבע שקר. והמה הפ' דבנשבעין ונוטלין שמדינא היו נוטלין בלא שבועה מתקנה בזה הדין דאם התובע א"י לישבע בב בלא שבועה משא"כ אותן שמדינא לא היו נוטלין כלל רק תקנה כשא"י לישבע אינו נוטל ע"ש בש"ע. וא"כ בחשוד תליא בשני תי' תוס' אי מדינא משאיל"מ רק תקנה שישבע שכנגדו כשאי"ל נוטל בל"ש. ולתי' ב' תקנה ליטול וכשאי"ל אינו נוטל כלל ומדמשני תקנתא לתקנתא לא עבדינן ע"כ כתי' ב' של התוס' דמדינא בחשיד לא הוי משאיל"מ רק תקנה שיטול ושייך תקנתא לתקנתא לא עבדינן וכמ"ש תוס' באמת ע"ז ומתוך שא"י לישבע לא שייך כדפי' ע"ש. וא"כ פריך אח"כ תיפוק לי' דהו"ל רועה א"כ מאי קמ"ל מה דמסרו ליה כל יומא בסהדי הא יוכל לטעון נאנסה והוא חשיד מטעם רועה ופסול והמפקידים א"י אם לא נאנס וא"י לישבע ויהי' פטור בלא שבועה ואין שום תועלת מה דמסרו בסהדי. דבשלמא אי ה"א בחשיד מדינא משאיל"מ א"ה שפיר כשיטעון נאנסה ואי"ל יטולו בלא שבועה כשא"י משא"כ למאי דאמר תקנתא כו' ע"כ דמדינא פטור פריך שפיר הא בל"ז פסול ולמה נקיט דמסרו ליה בסהדי כנ"ל. ומשני שאינו פסול כנ"ל:

עוד י"ל דנקיט כל יומא כו' רבותא למ"ש תוס' הא דגזלן פסול אף דחשיד אממון ל"ח אשבועה הוא דרבנן והוא מחשש שמא הוא חשיד אשבועה ג"כ וה"א דוקא בסתם אבל זה דכל יומא כו' ולא כפר לטעון נאנסה או החזרתי מיגו דנאנסה א"כ הוחזק שאינו חשוד אשבועה וי"ל דגם שרואין דאכל יתנו לו שבועה. קמ"ל דלא מהני דאמרינן השתא הוא דאיתרע להיות גזלן וישבע ג"כ:

עוד י"ל דהא כלים שלא שבעתן העין אין ט"ע מועיל בהם ומה דלא רמי' עלי' לאו אדעתי' אמרינן גם על עדים כשלא נתכווין להעיד. ומשמע דאתו סהדי אחריני לא אותן דכל

יומא מסרי בפניהם ותרי מינייהו משמע רק מאותן שראו אצל הרועה כל יומא שמכירין עדים הראשונים שהם של בני העיר. והוי ס"ד דלא חשיב ט"ע בחיותא מה שלא הי' רמיא עלייהו. וקמ"ל דמהני מ"מ כיון שמעידין עכשיו בתורת עדות. גם אף שהוא חצי דבר:

עוד י"ל דהא לשון הש"ס משמע שהרבה ב"א מסרו לרועה בהמתם דנקיט לשון רבים בכולהו דהוי מסרו לי' כו' וכן פירש"י לקמן רועה בהמות העיר. וגם דאכל תרי מינייהו משמע מאותן שהכירו הראשונים כנ"ל כל יומא דמסרו בפניהם אף שאלו א"י של מי הם. א"כ לכאורה אין כאן העדאת עדים דר"ח כלל שאין הודאה לשום אדם. ולכל אחד שמא אין אלו הב' שלו דמשמע דכולם היו תובעין הרועה והוא כפר ועדים על ב' מאותן שהן של בני העיר א"כ א"י למי. וא"ל כמו בשותפין שיכול לתבוע כל א' הכל. ז"א דדוקא כשאין מיוחד חלק כל א' משא"כ כאן דמיוחד לכל אחד. אמנם י"ל לר"ע בגזל א' מב' א"י עד שמשלם לכל אחד. ובברי ושמא מדינא לחד תי' והלה שותק ג"כ כברי ושמא מ"ש לקמן וא"כ גם ביש עדים שגזל א' מה' ואין יודעין למי והנגזל שותק ג"כ הדין לר"ע שישלם לכל אחד דמה חילוק וא"כ כאן כיון דמסהדי דאכל תרי וא"י של מי מבני העיר ממילא צריך שישלם לכל א' כאותן תרי דאכל דא"י למי גזל ויש כאן טענת ברי שכל א' אומר אותי גזל הגם שאינו מה שאכל וע"ז אין ברי אולם עכ"פ ברי שגזל וחייב וכו'. וחשוב כמו כופר כיון שעל טענתו להד"ם הוחזק כפרן אלא דהא אין טוען טענה אחרת לומר של זה א"כ לכאורה הוי נגד כל א' מחויב מקצת מתוך טענתו אותן השנים שאכל ושוב צריך לישבע לכל א' על טענתו כהעדאת עדים. אך ז"א דעכ"פ הודאה אין רק לא' דמה שצריך לשלם לכולם היינו אף שאינו מגיע להם רק כדי שזה שנגזל יקח את שלו. וכיון שאינו מגיע להאחרים אין כאן העדאת עדים לחייב שבועה. אף שנותן כדי שיקח זה ששלו:

אך י"ל כיון דעכ"פ לאחד הוי משאיל"מ זה שבאמת אותן תרי שאכל הם שלו ואי"ל נגדו ומחויב לשלם מדינא שוב כיון שלא' צריך לשלם כל תביעתו וא"י למי שוב צריך גם זה החיוב לשלם לכל א' כל תביעתו דאם לא ישלם לכל א' יפסיד זה שבאמת שלו הב' שאכל. וישלם לכל א' כדי שיקח גם זה שמגיע לו משאיל"מ. מ"מ יש לדחות כיון דלר"ע רק מצד קנס אין סברא שגם על משאיל"מ יהי' הדין כן מ"מ אינו מוכרח. כיון דיהא מונח א"כ כל שלא ישלם לכל א' יהי' הדין יהא מונח ולא יקח שום א' א"כ לא יהי' חיוב שבועה כלל וליכא משאיל"מ. אך גם זה אינו מוכרח דעכ"פ יש כאן הודאה לזה שמגיע אף שא"י ליקח בשביל האחרים אך באמת נראה שיהי' הדין חולקין דדוקא בגזל א' מב' או ה' ודאי חד רמאי דאומר אותי גזל ויהי' מונח כו' משא"כ כאן דמה שכל

אחד אומר שהפקיד וכופר לו אין כאן ודאי רמאי דבאמת כולן מסרו לו ואף דאלו שאכל הן של א' מ"מ אמת דגזל לכולן וכיון שמשלם מעות לא החיותא א"כ ג"כ החלוקה י"ל אמת. וכשהדין חולקין א"כ מגיע חלק לכל א' ושייך מתוך. וי"ל דגם לר"ט דמניח גזילה ביניהם כו' היינו שם ברמאי משא"כ כאן הדין יחלוקו כנ"ל וא"כ אם ה' מבני העיר תובעין לרועה כל א' ח' בהמות וכה"ג והעדים מעידים שאכל ב' שפיר גם לר"ט כשא"י של מי יהי' הדין יחלוקו ויגיע לכל א' חלק מהב' ועכ"פ לא' מחמשה הנ"ל הוא מודה מקצת משום דר"ח דגם לו יש הודאה ושוה פרוטה החלק וחייב לישבע לזה שהן שלו וחייב לשלם כל הח' בהמות שתובע א' מהם עכ"פ ושוב כשא"י חולקין בכל הח' בהמות בין החמשה שתובעין כנ"ל ואמר שפיר וא"א לדרח"ק משתבע כו' וכיון דגזלן נשבע שכנגדו כו'. ומיושב תמיהת תוס' לקמן דכשמשלם אינו חשוד דמתקן לאו דגזל והקשו הא גם כאן משלם אותו ב' דמסהדי דאכל ותי' דע"כ משלם ע"ש. וקשה דמ"מ שמא מרצון מתקן דהא אפילו תלוה וזבין אמרינן דגמר ברצון משום מצוה כנ"ל. ולהנ"ל י"ל כאן דכיון דהדין יחלוקו א"כ אינו מתקן דלזה שהן שלו באמת ונוטל רק חלק חמישית מהב' ועדיין גזלן הוא. וי"ל בזה מה שחוזר אביי ואומר אם איתא משתבע והא גזלן הוא הוי סגי למימר והא גזלן הוא דקאי על ר"ז דאמר כנ"ל. ולמ"ש י"ל דהא אם כל אחד מהחמשה תובעו עשרה בהמות. א"כ דנימא שחולקין הב' ועל השאר שאי"ל משום גזלן ישלם והיינו שישלם י' ויחלוקו א"כ יקח זה ששלו שנים כמו שאכל ושוב אינו גזלן כלל להנ"ל דכשמשלם אינו פסול א"כ איך נימא שישלם משום דהוי גזלן אם יהי' הדין כן מתקן. אך עכ"פ א"א לפסוק שישלם ב' וישבע על השאר א"כ יהי' יחלוקו והוי גזלן כנ"ל. ומדויק לישנא דאביי אם איתא משתבע והא גזלן אם יהי' הדין דישבע א"כ אינו מתקן וא"ל באמת שכנגדו כו'. ומיושב דפריך ת"ל דהוי ליה רועה וא"צ לסברא הנ"ל דמטעם זה ב"כ וב"כ פסול כנ"ל:

א"א לדר"ח קמייתא כו' כ' תוס' דהלכה כר"ח ומצינו לשון כזה א"א לדר"ה ע"ש. ולע"ד קשה דלשון דאמר אח"כ השתא נמי דליתא לדר"ח לא מצינו כזה על מה שהלכה. ועוד גם לשון א"א שם דפריך פירכא שייך אם איתא לדר"ה דמשום הקושיא עצמה נולד לו. ספק אם יהי' הלכה ובתר דמשני שפיר נקבע אחר כך הלכה כר"ה. משא"כ בלי הקושיא רק הדין שיאמר אם איתא עכ"פ מוכח שמסופק ואינו ודאי הלכה. והי' נראה לע"ד דהא קשה למה חשיב ליה העדאת עדים מה דאכל תרי הא צריך שומא עכ"פ כמה הי' שוה דעדים לאו בני שומא נינהו לחייב. וא"כ הוי הודאה דבר שאינו במדה במשקל ומנין וגם אח"כ שיהי' נישום כפחות שבבהמות שמעידים שאז הוא דבר שבמדה מ"מ כבר

יצאה הודאה מפיו בפטור כמ"ש הר"ן גבי מה שהנחת אתה נוטל אף דנעשה אח"כ דבר שבמנין כנ"ל. דלא עדיף העדאת עדים מפיו. וכמו שהקשה ראב"ד ז"ל על הא דאינו יודע כמה הי' שוה המשכון ושם התי' כמ"ש הש"ך דא"א לחייבו יותר מפרוטה חשיב במדה ע"ש מ' ע"ב. משא"כ כאן דאחר השומא יתחייב כמו שיהי' נישם הפחות עכ"פ שוב קודם שומא לא הוי דבר שבמדה דעומד להתברר. ולא שייך חילוק הר"ן ז"ל שכ' פרק ש"ה בין הודאה לעדות בנ' דחבלה דשם החילוק בנאמנות דלא נולד הנאמנות עד אחר שנשבע א"כ לא הי' עדות כלל קודם משא"כ בהודאה ע"ש. משא"כ כאן שהעדות נגמר רק אינו יודע כמה א"כ גם כן יצאה הודאה מפיו היינו בשעה שהעידו בפטור שאינו במדה כו' ומה שנעשה אחר השומא מדה לא מהני לחייבו כמו בהודאה כנ"ל. ודוחק לומר דבאמת א"א לישום רק פרוטה הפחות דזה דוחק:

וי"ל דהא לכאורה בלאו טעמא דר"ח ישבע ויטול מתקנת נגזל דקי"ל כרבנן דגם בלא מודה מקצת כשגזל וא"י כמה נשבע ונוטל. אך ז"א דוקא שם במשנה נטל תחת כנפיו ע"ז עצמו הספק אי ב' אי ג' והדרא דממונא על הכל דיכול להיות ג' כמו ב'. אבל כשהעדים ראו שגזל ב' והלה טוען שגזל עוד ע"ז אין דרא דממונא דמצד עדות העדים ידוע כמה גזל ואינו נוטל בשבועה. וכן כאן דמסהדי דאכל תרי אין על השאר שטוען שכופר שייך תקנת נגזל כו'. אמנם על אותן הב' שאכל כמה הי' שוה שייך שוב תקנת נגזל דע"ז הספק שודאי גזל וא"י אותה הגזלה כמה הוא כנ"ל. וא"כ הדין שישבע הלה שהשנים שלו כמה הי' שוה ויטול משום תקנת נגזל כנ"ל. וא"כ שפיר אחר שבועתו חוזר שוב ונעשה מחויב מקצת מתוך טענתו אותו השיוי שע"י השבועה וזה כבר מסוים ודבר שבמדה. וזה ההעדאת עדים שוב נעשה אחר השבועה ושייך חילוק הר"ן ז"ל דנהי דקודם השבועה הי' רק גורם לממון אף שהי' טוען כמה דשייך מי יימר דמשתבע מ"מ אחר שנשבע נעשה הבירור על כמה מה שלא הי' יכולין לחייבו קודם שבועה רק הפחות וא"כ העדאת עדים זה נעשה רק אחר השבועה ואז הוי במדה. ולא חשבינן זה יצאה מפיו בפטור כנ"ל:

אולם באמת אין הכרח כלל לסברא הנ"ל כיון דעדים לא עדיף מפיו וקודם שבועה בשעה שהעידו הי' פטור לא מיחייב ע"י אחר שנשבע דהוי רק בירור על החיוב שיצא בפטור וכמו מה שהנחת כו'. אך י"ל לר"ח קמייתא דאמר ותנא תונא ממתני' דחשוב לי' עדים מה דתפיס וס"ל הילך חייב וכעין דאורייתא כו'. והא כיון דהדין יחלוקו בשבועה א"כ הוי רק גורם לממון מי יימר דמשתבע ונפטר ושוב אחר שנשבע ג"כ אין כאן חיוב. ומוכח דס"ל כר"ן הנ"ל דאחר השבועה נעשה החיוב וכמ"ש שם ע"ש. א"כ גם כאן

משתבע אשארא דאחר השבועה מתק' נגזל שוב מתחייב שבועה כנ"ל ואמר ע"ז אם איתא לדרח"ק היינו תנא תונא דאמר דהילך חייב ומייתי ראי' ממתני' דכעין דאורייתא ומוכח כנ"ל. וע"ז שפיר מסופק ואמר אביי השתא דליתא לדר"ח היינו דקי"ל כר"ש דהילך פטור וע"כ דלא כר"ח במתני' שאין החיוב משום העדאת עדים דהילך רק דרבנן כדאמר לעיל ושוב אין כאן ראי' לסברת הר"ן הנ"ל. וי"ל שגם בזה יצאה מפיו בפטור ולא מיחייב גם שנשבע אח"כ מתקנת נגזל כנ"ל. אבל גוף הדין דר"ח ס"ל שפיר תרוייהו כמו ר"ש רק התנא תונא לאו הלכה דקי"ל הילך פטור כנ"ל:

ומיושב ג"כ מה דאמר אביי השתא נמי דליתא לר"ח נחייבי' מדר"נ וכי לא ידע החלוק בין שבועה דרבנן. אולם להנ"ל כיון דאמר דא"א לדר"ח אף דבמה שנעשה דבר שבמדה הוא ע"י שנטל בשבועה מתקנת נגזל א"כ איך יועיל לחייב עי"ז שבועה שיהי' נשבע ונוטל מדר"ח דהוי ג"כ תקנתא לתקנתא ושוב נמי נחייבי' מדר"נ. ומשני דר"נ תקנתא שיש חילוק בין היסת לשבועת המשנה לטול וזה עיקרו רק תקנ'. ומיושב דיוק דשני דר"נ תקנתא כו' הא קאי על דר"נ והול"ל רק תקנתא לתקנתא לא עבדינן ולהנ"ל מיושב דגם מהנ"ל דאיתא לדר"ח מוכח דעבדינן רק עיקר התי' דר"נ תקנתא ול"ד להנ"ל:

י"ל הא דהחזיר אביי דברי ר"ז א"א משתבע כו'. דלכאורה מה פריך והא גזלן הא יכול להיות לקוח ודידי' אכיל וניהו דמוקי אחזקת מ"ק לענין שישלם אבל לא לפסלו לשבועה. דהא פירש"י פ' מרובה שאם אין גניבה אין טו"מ דלמא דידי' שקנאו אף שמכירין מרא קמא והוא גודרת מ"מ אין לחייב' קנס וכן לפסלו ג"כ א"א. וי"ל דקושייתו הוא רק ממ"נ אם אתה חושב זה להעדאת עדים מה שאכל לחייבו שאינו לקוח שוב א"א להשביעו מה"ט דגזלן הוא. ואף דבטוען גזלתני או ע"א שגזל מתחייב שבועה כיון שאינו ודאי גזלן בפנינו שייך הספיקות. היינו שאין השבועה באה מכח ודאי רק אדרבא להכחיש העד שאינו גזלן. אבל בהעדאת עדים שנחייבו בתורת ודאי כעדים על התרי דאכל שוב א"א להשביעו דהוי גזלן ואם נשביעו שלא נתפוס ברור שאינו לקוח א"כ אין חיוב שבועה כלל כנ"ל. ושפיר לא הוי מצי למפרך סתם והא גזלן די"ל דלא חשוב גזלן כלל כנ"ל. רק פריך א"א לדר"ח משתבע הא גזלן הוא אם נתפוס זה לעדות וממ"נ כנ"ל.

ומיושב ג"כ דפריך ת"ל דהוי לי' רועה. דסברא הנ"ל אינו מוכרח כ"כ די"ל גזלן לא הוי שמא לקוח ומ"מ מחייבו מדלא מתרץ דיבורי' דלהד"ם כונתו לקוח כמ"ש תוס' גבי לא לויתי כנ"ל ומ"מ חשוב ע"פ עצמו שאינו נפסל. ת"ל דהו"ל רועה ופסול לכ"ע. ומשני הא דעלמא כו' וא"ש:

תוס' הקשו כי נמי כדר"ח מ"מ כאן שייך הפרכא מה כו' משא"כ שהוחזק כפרן וי"ל שמא כיון דכבר ילפינן אין חלוק בין מלוה כו' ואינו מובן. ונראה פשוט הטעם דבשלמא לענין חיוב השבועה י"ל שלא חייבה תורה על הספק לישבע רק כשמסברא לא ישבע שקר והוי בירור משא"כ בהוחזק כפרן שאינו בירור לא חייבתו. וא"ל דא"כ ישלם ככל משאי"ל. ז"א כיון דתמיד בהעדאת עדים כן לא חייבתו תורה כלל שבועה ולא שייך מתוך. משא"כ עתה דילפינן במלוה העדאת עדים דמחייב שבועה וא"כ איך נימא דבפקדון משום דכפרן בעדים אין חיוב שבועה עליו הלא לענין החיוב שבועה הוי ככל העדאת העדים רק שא"י לישבע משום שהוא גזלן וממילא הוי משאיל"מ דגם בהעדאת פיו המחייבתו שבועה ונתברר שהוא גזלן וחשוד ג"כ חייב לשלם משום מתוך כנ"ל ושפיר גם בפקדון כן וכמ"ש תוס':

תוס' בחשוד נימא מתוך שיטול בל"ש. קושיתם הוא רק למ"ד בדאורייתא לא מפכינן אבל למ"ד מפכינן א"כ כשהי' עליו החיוב שבועה יכול להפוך ולמה יגרע במה שחשוד לענין ההיפוך דבשלמא בנ' ידענא כו' ונ' א"י משלם דא"י להפך דאם הי' טוען ברי יכול להפוך כמ"ש הרי"ף דגם אם שטר עליו יכול להשביע כ"ש חיוב שבועה והוא משום דטוען ברי משא"כ נ' א"י א"י להפוך ולהשביע בטענת ספק. משא"כ חשוד דטוען ברי הוא כמו שעדיין השבועה עליו שיכול להפוך ולהשביע הנוטל בברי כנ"ל. רק למ"ד לא מפכינן הקשו שפיר. ומ"מ נראה ג"כ דהטעם הוא דהא יש ראי' מדאינו רוצה לישבע שחייב רק שיאמר שגם אמת אינו רוצה לישבע וא"כ איך אתה מהפכו עלי מש"ה טעמא דאם האמת כדבריך תשבע הא גם אתה י"ל אלא שאינך רוצה לישבע גם אני א"ר גם בשבועת אמת ולכך א"י להפוך אף דבשטר יכול להשביע בטענת אשתבע הוא משום שאין אותה הראי' עליו דחייב לשלם יכול לומר תשבע משא"כ כשיש חיוב שבועה עליו כנ"ל דיש אותה ראי' שאינו רוצה לישבע ע"כ שחייב גם עליו וכנ"ל. וא"כ בחשוד שאין נותנין לו לישבע ואין ראי' ממנו לכ"ע יכול להפך ולא עדיף משטר כמ"ש הגאון די"ל או תשבע אי האמת כן כנ"ל. וי"ל שזהו כונת התוס' בתי' הב' כנ"ל:

שם השתא דליתא לדר"ח כו' מדר"נ וכ' תוספות לחד פי' דגם בלא דררא דממונא ולתי' ב' דכאן דמסהדי דאכל ב' עכ"פ חשוב דררא דממון גם אי דלא כר"ח ע"ש. ועל מה דמשני דר"נ תקנתא ותל"ת ל"ע כ' תוספות ומתוך שאינו יכול לישבע משלם לא שייך כדפי'. והא תוספות כ' ב' תירוצים. ולתירוץ א' מדינא בחשוד מתוך שאינו יכול לישבע משלם רק משום לא שבקת כו' אם כן י"ל גם בהיסת כן דלא מיקרו תל"ת. [דלא הי' שתי התקנות לטובת אחד רק תקנה א' לטובת התובע וא' לנתבע]. ולתירוץ ב' הטעם

[דל"א מתוך כיון דרוצה לישבע ומטעם זה הי' ראוי לפוטרו לגמרי רק כדי שלא ירויח החשוד על ידי שהוא חשוד דאחר צריך לישבע] והוא יפטור בלי שבועה ולכך תיקנו שישבע שכנגדו וע"כ אף שהי' ראוי מה"ט לתקן גם בהיסת שישבע שכנגדו כדי שלא ירויח לפטור בל"ש מ"מ תקנתא לתק' ל"ע. אבל אי בשבועה דאורייתא מה"ת מתוך רק משום לא שבקת י"ל גם בהיסת אינו רק כעין דאורייתא וי"ל דהא לא שייך לא שבקת כו' הא כשיתבענו יותר מהמגיע יכפור הכל. וע"ז לא שייך לא שבקת דאינו חשוד לשקר. וע"כ שילונו בפני עדים ויאמר אל תחזיר או תוך זמנו וכשיכפור הכל יתחייב, שבועה מדר"ח. וא"ש השתא דקי"ל כר"ח אבל אי ליתא לדר"ח ע"כ אין הטעם דלא שבקת וע"כ כתירוץ הב' דמדינא לגמרי פטור א"כ ע"ז תירץ שפיר תקנתא לתקנתא לא עבדינן וכ' תוס' שפיר דלא הוי מתוך שאינו יכול לישבע משלם כדפי' דע"כ תירוץ זה עכשיו דליתא לדר"ח. משא"כ לדקי"ל כר"ח י"ל ב' הטעמים כנ' לכאורה תמוה דפריך נחייבו מדר"נ הא טעמא דר"נ חזקה א"א תובע אא"כ יש לו. ועיקר הטעם למה יתבע בחנם הא מסתמא יכפור ומה לו לתבוע חנם. וא"כ לכאורה בתר דתיקון היסת שוב אין כאן חזקה הנ"ל דתובע שמא לא ירצה לישבע באמת ג"כ וישלם. וצ"ל דז"א דמסתמא כיון דאמת כן ישבע ושפיר תיקן היסת. אבל אי נימא בחשוד גם בהיסת שחייב לשלם א"כ ודאי דלא שייך חזקה אא"ת כיון דמיד שיתבענו יהי' חייב לשלם גם שיכפור ומנ"ל לאביי שגם כה"ג שייך א"א תובע לחייב היסת כנ"ל. אך זה רק אי מדינא חשוד חייב מטעם מתוך שייך החילוק דכאן אם יהי' הדין שחייב אין כאן חיוב שבועה כלל. אבל לתי' הב' דלעולם פטור רק שלא ירויח שייך גם בהיסת אף דשייך כנ"ל מ"מ אין לפטרו שיהי' עדיף מכשר כנ"ל. [וע"ז תי' שפיר דהכא הוי תל"ת וכנ"ל]. ומיושב ג"כ כנ"ל דהקושיא הוא רק לתי' הנ"ל דל"ש משאיל"מ מדינא וע"ז משני שפיר כנ"ל. והנה י"ל ג"כ דאדרבה אזיל לל"ב דשבועות דבלי דררא דממונא אינו חייב רק משום דמסהדי דאכל תרי חשוב דד"מ על השאר וא"כ שוב שייך החזקה אא"ת אא"כ יש לו דאז שתבעוהו ולא הי' עדים על ב' א"כ היה כופר להד"מ ואין עליו היסת כלל ושייך שוב החזקה דמה תועלת כנ"ל. וממילא אח"כ שבאו עדים על תרי ונעשה דררא דממון על הכל יחייב היסת מדר"נ ממילא יהי' חייב לשלם ומשני תקנתא כו'. אך הא שייך גם להיפוך דכיון דמסהדי דאכל תרי שוב לא שייך החזקה א"א תובע גם קודם שבאו עדים דחשבו שיודה האמת על השנים ויהי' חייב שבועה על השאר וישבעו ויטלו. אך ז"א דכשיודה בעצמו אינו חשוד כלל ויוכל לישבע ומה תועלת כשישבע אמת ושייך החזקה דמגיע הכל וממילא אח"כ חייב. וא"כ מיושב מה דפריך ות"ל דהו"ל רועה דתמוה ולהנ"ל א"ש כיון דרועה פסול א"כ מה פריך

אביי לחייבו מדר"נ הא אין כאן חזקה אא"ת אאכי"ל דסברי שיודה אותן התרי ויהי' מתוך דגם שיודה בעצמו חשוד בל"ז משום רועה וישבעו ויטלו ולא שייך החזקה ושוב אף שיש עדים אין היסת לשלם. ומשני ברועה דאינו חשוד כנ"ל וא"ש:

דף ז.

ת"ר ב' אדוקין בשטר מלוה א' כו' וממני נפל ומצאתיו ולוה א' שלך הוא ופרעתיו לך כו'. לכאורה למה נקיט במציאה ולא פשוט זה אומר שלי ואתה תפיס שלא כדין כו' דבמשנה בטלית מה דחלוקה י"ל אמת הוא משום דבהדי הדדי הגביהו בין לרש"י ובין לתוס' הוצרך לשנות מציאה או מו"מ דבסתם אין דרך להקנות חצי כמ"ש תוס'. משא"כ כאן דאין הזכי' מצד המציאה רק מה דחלוקה י"ל אמת דפרע מחצה כמ"ש תוס' ואין זה ענין להמציאה. ונראה דרבותא קמ"ל אף דנפל איתרע גם לפי טענת המלוה מ"מ כיון דמצאו בעצמו לא חשוב ריעותא וממילא לפי טענתו מצאו בעצמו ולא איתרע וזה תקף שלא כדין וספק אם איתרע ויחלוקו. ולכאורה אף מצאו בעצמו מ"מ איתרע דאטו ידע שימצא שלא נזהר. והיה אפשר דמטעם מיגו שהיה אומר שלא נפל כלל כיון שמוחזק והי' יחלוקו. והיה מוכח דנאמן במיגו ולא חשוב להוציא כיון שיש לו שטר אף דמודה דאיתרע שטרא. ועיין בטור בשם הרא"ש בהחזירו וא"י רק ע"פ דמשמע דחשוב מיגו להוציא דלא חשוב שטר כיון דמודה דאיתרע ע"ש מ"ש. אך הא משמע דגם בידוע שנפל ע"פ עדים ג"כ יחלוקו. היינו בראו שמצאו וא"י מי מהם או ביחד. ולרמב"ם דגם כשאחר מצא שטר חוב ועבר והחזירו למלוה גבי בו דלא מהני הריעותא רק שלא יחזיר. ואם כן מה שהמלוה תפיס ניהו דאיתרע מ"מ הא מוחזר לו. ואפשר דמכאן יליף לה. אבל לשאר פוסקים קשה. וצ"ל או דמיירי בלי עדים והיל"ל שלא נאבד כנ"ל או דלפעמים דרך שכחה כמ"ש תוס' ריש אלו מציאות. והדרך כשנזכר חזר ומצאו ולא איתרע כלל. דכשמצאו בעצמו מורה שדרך שכחה כנ"ל. ומ"מ ספק דהא לוה טעין שהוא מצאו והוא תקיף בו:

אך לכאורה הניחא בתפוסים כולו אבל בתפוסין רק בכרכשתא רק ממילא כתפוסים בכולו. א"כ על החצי שאין המלוה תפוס דאיתרע לא היה גובה אף בלא תפיסת הלוה רק אחר היה תפיס והי' מפסיד חצי רק מצד שאינו תופס הוא א"כ שוב חשוב שלוה תופס מחצה גם בחצי השנייה דהא גם הוא תופס כמוהו. והוי ככ"ש וחצי שלי דיטול מלוה רביע. וצ"ל דזה הכל דבר א' מה שבחזקתו ודלא איתרע ולכך החצי שחשוב תפוס ומוחזק ולא איתרע נוטל כנ"ל. והפירוש ומצאתיו הוא שבעצמו מצאו והלוה תקף בו.

דאם הי' מודה שמצאו לוה אפשר לא גבי דמודה דאיתרע. רק במיגו אפשר דמהני אם חשוב שטר כנ"ל דמהני להוציא ולהחולקים לא מהני דחשוב מיגו להוציא. ומה"ט י"ל דגבי לוה נקיט רק שלך ופרעתיו לך ולא נקיט ג"כ ממני נפל כו'. משום דאצלו רבותא להיפוך אף שמודה דממלוה נפל נאמן במיגו דאצלו להחזיק וסגי מה שטוען פרעתיו להיות הדין יחלוקו. ואף שמודה שמלוה מצאו והוא תקף בו. דהוי כתפיסה שלא בעדים דנאמן דידי חטפי מגו דשלי ולא חטפי כו'. וא"כ קצת ראיה לפ' הנ"ל דאם לא כן לינקט רבותא גם במלוה דאף שאומר דלוה מצאו וממנו נפל ג"כ נאמן במיגו על מחצה שתפיס כתפיסה שלא בעדים וע"כ דלא מהני להוציא דלא חשוב שטר כנ"ל:

ולמ"ש הרא"ש ס"פ בתכריך דשייך יאוש בשט"ח ע"ש. ואף להפ' דלא מהני מבואר ס' ס"ו משום דאין אותיות נקנין במסירה. דאי ניקנין חשוב יאוש כמסירה מיד ליד להרבה פ' דל"ד להפקר וגם בהפקר יש דעות ע"ש. וא"כ לגבי לוה שנקנה במסירה שפיר נקנה ביאוש. ודמי לב' אוחזין בטלית דדנין ג"כ מצד המציאה שזכו ושייך בהדי הדדי הגביהו כנ"ל. ולפי זה נקיט דוקא מצאתיו שאם מודה מלוה דלוה מצאו קנאו ביאוש ולא מהני מגו דמלוה דאף לדבריו קנאו לוה ביאוש. ואף אי לא מהני יאוש להחוב כהח"ק מ"מ לענין השטר מהני כמ"ש תוס' ומ"ש לעיל ע"ש. ואם כן אף דיהיה למלוה מיגו דמצאתיו מ"מ הוי שוב מיגו להוציא בלא שטר כיון שזכה לוה בשטר ביאוש לענין שאין שטר עכ"פ למלוה ע"ש. ולכך נפל נקיט רבותא דאף שמודה נאמן או מצ"ע או במיגו דחשוב דיש לו שטר כיון שמצא ומצאתיו דוקא דאל"ה לא מהני המיגו כנ"ל. משא"כ בלוה דמ"מ טוען פרעתי ואף דמצאו מלוה מה יזכה כיון שנפרע. ושוב נאמן במיגו שממני נפל כנ"ל. ולכך נקיט סתם כנ"ל:

יחלוקו לכאורה ל"ד לשניהם אוחזין דממון המוטל בספק חולקין גם לרבנן בב' מוחזקים. משא"כ בשטר דהלוה מוחזק בממון וכיון דשניהם מוחזקין בשטר וספק בשטר יד בעה"ש עה"ת ואיך יגבה מספק. וצ"ל דלא חשיב ספק רק אנן סהדי דמה דתפיס האי דידיה כו' כדאמר בגמ' גבי טלית. אך דוחק דשם כל מה שבי"א בחזקת שלו ומורה דיחד הגביהו. משא"כ כאן דאף בידוע שהגביהו יחד ג"כ ליכא כלל א"ס שנפרע מקצתו. וניהו דמדמי הש"ס לעיל גבי רכוב כו' דמוחזקות כקנין. וממילא כיון דנגד הלוה והמלוה הוי כשטר שנקנה במסירה לחוד ותפיסת המלוה מודה דשלו ותפיסת הלוה דשלו יחלוקו. מ"מ קשה דגם אם היה תרי ותרי על הכל לא היה גובה. וע"כ שנאמר שתפיסת שניהם מורה שנפרע מקצתו. ולהנ"ל ראוי שיתחייב המלוה שבועה אף דלא שייך טעם שלא יהא כו' בטלית כמ"ש הפ' דלא שכיח. מ"מ הוי כפוגם שטרו דאנן סהדי כו' כדאמר

לעיל דמדמי לדר"ח קמייתא. דלא שייך תירוץ הש"ס דכי היכא דאנן סהדי להאי אנן סהדי להאי. דהא מה דאנן סהדי למלוה הוא רק שהשטר בחזקתו המקצת והא אפילו כל השטר בידו ופוגם צריך לשבועה דאנן סהדי מצד תפיסתו השטר ליכא סהדי עדיין שלא נפרע. ואף דלוה גם כן ליכא אנן סהדי שנפרע עכ"פ מצד יאוש ואיתרע הוי נתחייב מתוך טענתו דביטול השטר במקצת בודאי. וצ"ל דמ"מ לגבי המקצת שתופס המלוה מחזיקינן שלא נפרע כלל רק שגם לגבי מקצת שתופס לוה מחזקינן להיפך ולא חשוב פוגם. ודוחק כיון דאם היה הספק בכולו לא היה גובה כלל רק משום שנפרע מחצה כנ"ל חשיב פוגם. ולמ"ש רשב"א גיטין פ' הזורק במחצה ע"מ יחלוקו וכן בחוב כו' בב' כיתי עדים דכיון שיש דררא דממונא וספק לפנינו יחלוקו בב' כיתי עדים ע"ש. מיושב כאן דהספק על הכל ותפיסת מלוה מורה שלא נפרע כלל ותפיסת לוה להיפך ומ"מ יחלוקו כיון שהספק לפנינו כנ"ל. אולם משמעות הפוסקים שם דלא ס"ל כהרשב"א ע"ש:

וגם קשה כיון דכששטר ביד מלוה גובה רק משום חזקה דשטרא בימ"ב. וכיון דשניהם אדוקין וע"כ א' תקף שלא כדין אין חזקה יותר שלוה תקף משהמלוה תקף. ומה בכך שהמחצה בחזקת המלוה כיון שאין חזקה גם אם היה כולו בידו לא גבי. וצ"ל דהחזקה מורה שפרע מחצה ודוחק. וי"ל דגם לדידן סברת שמואל דא"א דפרע הוי קרע ליה ורק משום דנפל איתרע ח' לפרעון דיש ראיה מדלא נזהר להיפך. וא"כ החזקה שלא נפרע יש בודאי אף שהלוה תפיס דאא"ד הוי קרע ליה. ומה דאיתרע הוא ספק שאם המלוה מצאו לא איתרע כלל כנ"ל. רק שמא לוה מצאו ואיתרע נגד חזקה הנ"ל שוב יחלוקו כיון דהחזקה של השטר בתקפו כנ"ל. גם י"ל כיון דמוכח פרק הכותב דהוי פשיעה דשליח דא"צ ליתן המעות עד שמלוה יתן לו השטר מקודם. א"כ מורה החזקה אף שתפיס לוה ויותר ראיה תפיסת המלוה שלא פרע ותקף הלוה. ורק משום מוחזקת דלוה בשטר וחולקין:

במקום ד"ה כו' במודה בש"כ פליגי כו'. ותמוה למה נקט המחלוקת במציאה דאינו ענין לכאן הוי להו לאפלוגי בעלמא בשטר. וי"ל דהא קשה מ"ש הפ' באל תפרעני כו' דלא חשיב מיגו דפרעתי בפני פו"פ שמא יכחישוהו כו' כבר כתבתי ישוב זה ס' מ"י ס"ק ג' ע"ש עוד י"ל לטעם שכתבו תוס' למ"ד מודה כו' אצ"ל אף דאיכא מיגו משום דק"ש דרבנן ע"ש. ובנפל איתרע י"ל דבעי קיום מה"ת וממילא צריך לקיימו דאיכא מיגו. ואף דמה שתפיס מלוה לא חשוב איתרע י"ל דהיינו דקמ"ל. ועוד דס"ד כיון דעל מחצה שאינו תפיס נאמן לוה במיגו דבאיתרע צריך קיום. א"כ שוב מחצה ודאי שלו ויחלוקו על חצי הב'. קמ"ל דלא דבאמת משמע לקמן גם בנפל איתרע ק"ש דרבנן דכ' לקמן דיחזיר בלי

קיום ממ"נ אם יקיימו יגבה ע"ש בתוס' ולא חיישינן שיגבה בקיום א' גדול וא' בקטנו. או שלא בפני בע"ד שלא ידעו שנפל וכיון דנפל לא מהני קיום כזה כיון דצריך מה"ת קיום. ומשמע דגם שבאמת נפל ואיתרע סגי בהני קיומים דמהני משום דק"ש דרבנן כנ"ל. ועוד למ"ש ס' מ"ו ס"ק ג' דבאמת אין כאן מיגו ללוה כיון דתפיס והדין יחלוקו אף שיבאו עידי קיום רק משום דכיון דזה מצד תפיסתו שוב הוי כתפוס הלוה בכולו דאי לאו תפיסתו אין למלוה כלום כיון דאינו מקוים:

ומיושב אריכות לשון הגמ' מאן משוי כו' לוה כו' ע"ש. ועדיף מא' אדוק בתורף כו' ע"ש. ואם כן שוב למ"ד א"צ לקיימו. רק דנימא משום דלוה תפוס חשיב אתרע ונאמן במגו. הא שוב להיפוך הא אין לו מגו כלל כיון שתפוס כנ"ל. ולא שייך דחשיב תפוס בכולו. דאדרבא בלא תפיסתו יש למלוה בשטר דהא א"צ קיום כשלא הי' לוה תפוס כנ"ל. וא"ש:

שם מ"ש ליד דיין כו' ואחר שמצא שטר כו' ה"ד דכ' בי' הנפק. ותמוה דנקיט הרבותא שכ' קיום ולא הזכיר גוף הדין אחר שמצא כו'. גם ק' תוס' אי לא גרס ה"ד. א"כ הו"ל לשנוי' רק לא מבעי' קאמר כיון דגם לס"ד באחר שמצא. ולגרסת ה"ד תמוה איך הי' מפרש לס"ד. ונראה די"ל למ"ש תוס' לשמואל בטוען מזויף לא מהני קיום. רק כשנתקיים קודם שטען לא מהני טענתו אח"כ ע"ש. דמ"מ א"נ פרוע מגו דמזויף כיון דיש קיום אינו רוצה להכחיש ע"ש ד"ה הא כו'. וא"כ אפשר לפרש דקאי אפלוגתא דלעיל ר' ורשב"ג כו' יתקיים בחותמיו דמיירי במודה בש"כ דיועיל מה שנתקיים להיות יחלוקו. והיינו משום דטוען פרוע כנ"ל. ואמר אח"כ נפל ליד דיין היינו כשהוא באופן שלכ"ע צריך קיום היינו שטוען מזויף שגם לרשב"ג צריך קיום ונפל לי"ד שוב לא יוציאו עולמית אף שיתקיים דלא יועיל עוד קיום כיון שכבר טעין מזויף כ"ד תוס' הנ"ל ור"י סבר דמהני קיום. ופריך רק אלשון מ"ש ליד דיין הא אין זה הגורם רק מה שטוען מזויף ולמה נקיט כהאי לישנא הול"ל ואם טוען מזויף. ומשני ה"ק ואחר שמצא כו'. היינו כשהשטר באופן שיועיל רק משום שכבר נפל ליד דיין. והיינו ממילא כשמצאו אחר דאי לאו דנפל לי"ד כבר ודאי דלא יחזיר אף שיתקיים עכשיו מחשש כתב ללות ולא לוה ורק מה שיחזיר משום דכבר נפל ליד דיין היינו דכ' בי' הנפק וע"כ כבר לוה קמ"ל דמ"מ לא יחזיר משום ח' פירעון. ומיושב הלשון נפל ליד דיין היינו כשתהי' החזרה מצד שנפל כו'. והוצרך לומר לא מבעי' כו' דזה הפירוש על דנקיט נפל כו' משום דזה פשוט דבלי הנפק לא יחזיר ורק משום דנפל לי"ד כו' קמ"ל דמ"מ לא יחזיר כו':

ובזה מיושב מה דתמוה לשמואל דל"ח לפרעון איך מפרש וא"ל דשמואל כר"י ולרבנן חיישינן דא"כ מה פריך בסוגיא דמצא שט"ח לשמואל ממתני' דלמא מתני' כרבנן וע"כ

דמשמע לש"ס דשמואל לכ"ע ל"ח לפרעון. ולמ"ש א"ש דלדידי' דבטען מזויף לא מהני קיום מפרש כנ"ל. רק רבא דס"ל באמת דאין חילוק משני כנ"ל. ומב' אדוקין לא קשה לשמואל דכשלוה מוחזק בשטר מודה:

עוד י"ל בס"ד היה מפרש כפשטי'. דהא תוס' ריש מס' הקשו בשנים אוחזין יחלוקו מ"ש מארבא דכל דאלים גבר ע"ש. ותמוה דלמא באמת כל דאלים גבר והיו מחזיקין ביחד הי' של שניהם דשניהם גברו ותפסו. וממילא כיון דתפוסין ועומדין איך יגרע. ומתירוצם משמע משום אנן סהדי דמה דתפיס כו' ולמה להו זה. וצ"ל או דקושייתם אי בתורת כד"ג לא היה שבועה כמו שם. או דהא תוס' גבי מסותא מספקא להו היכא דכדא"ג אי תפס א' וחזר ב' ותקף ממנו אי מהני ע"ש. וממילא במשנה משמע יחלוקו לגמרי דלא מהני תקף א' כדפריך פשיטא אתקפה בפנינו. וע"כ לאו בתורת כדא"ג כנ"ל. אולם הרא"ש מסיק שם דלא מהני תפיס אידך. וכן תוס' למסקנא. וא"כ ממילא אפשר לומר דבאמת כל דאלים גבר ומה"ט יחלוקו. אולם תוס' ב"ב ל"ד ע"ב מחלק ריב"א בין איכא רמאי כד"ג ובטלית דליכא רמאי ל"א כל דא"ג רק יחלוקו ומה"ט ב' אדוקין בשטר דאוחזין יחלוקו אף דאיכא רמאי דלא ס"ל דפרע חצי כתוס' ב"מ ע"ש. וה"ק ר"י דא"כ מה דפריך ול"ל ב' אוחזין בטלית הא ע"כ יש חלוק דבשטר אין אוחזין כל דאלים גבר ע"ש. ולמ"ש י"ל בפשיטות דבמשנה דליכא רמאי יחלוקו ול"א כל דא"ג כמ"ש ריב"א ולכך בשבועה. ובשטר דבל"ז ליכא שבועה שוב באמת יחלוקו מטעם כל דא"ג כיון שתפסו שניהם. ולא גרע מאם לא היו אדוקין שהיה פוסקין כל דא"ג ותפסו שניהם דהי' הדין יחלוקו. ובאמת גם במשנה כן רק תקנה דשבועה הוא משום דליכא ודאי רמאי כנ"ל:

וא"כ יש לפרש נפל ליד דיין כפשטיה כדאמר ב"ב שם ל"ד דהיכא דכל דא"ג לא תפסינן ואי תפסו ב"ד לא מפקינן עד שיתברר ע"ש. וא"כ י"ל גם כאן ב' אדוקין יחלוקו משום כל דא"ג כנ"ל. נפל ליד דיין קודם שתפסו ומחולקין שוב לא מפקינן ולא יוציאו עולמית כנ"ל. ור"י ל"ח לפירעון ופריך הש"ס רק מ"ש ליד דיין דגם בא ליד אחר לא מפקינן כמ"ש תוס' שם ב"ב במנה ג' דנפקד האי טעמא דאי תפיס ע"ש. ומשני באמת הפי' אחר שמצא רק לרבותא דכ' הנפק כו':

וגם בלא הנ"ל לריב"א דבשטר כשאין אוחזין כד"ג וע"כ אף דמצא שט"ח לא יחזיר. ע"כ מיירי תוס' בלא נפל רק מונח ומחולקין. וא"כ י"ל דנפל ליד דיין כשאין אדוקין ואין מחולקין במציאה רק שלי ונפל לי"ד כנ"ל לא יוציאו כו' כיון דהדין כד"ג ותפסוהו כו' ופריך מ"ש דיין:

בזמן שהבעל מודה כו' כ' תוס' ולקנוניא ל"ח. ולא פי' למה. וי"ל בעודה ת' בעלה דלא שכיח ולא טענינן אי לא טעין או דח' פירעון מודו רבנן דל"ח רק צררי כדאמר בגמ' והיינו כמו משכון. וממילא כשמודה מוחל המשכון או שקונות באודיתא וממילא נשאר חיוב הכתובה נגד לקוחות דלא נמחל השיעבוד ע"י צררי כנ"ל:

אך רישא משמע דקאי גם אאינה ת' בעלה ונתגרשה שייך ח' פירעון וקנוניא. ולכך י"ל דהא קי"ל טוען אחר מעב"ד לא"כ ולתוס' גם במקום שכותבין ואין לה גובה והוי תמיד לא אפשר וכ' שובר. וא"כ לא שייך כלל ח' קנוניא דבלא כתובה יכולה לגבות מלקוחות ושובר יכול תמיד להטמין. ודוקא אין בעל מודה אין מחזירין לפי שיכול לבא להפסיד ע"י שהכתובה בידה במקום שאין מכירין וכה"ג כמ"ש תוס' בכמה דוכתי אבל קנוניא לא שייך כנ"ל. ולרי"ף והפ' דמקום שכ' ואין לה לא גבי'. י"ל דמיירי במקום שאין כותבין וכ' לה דשייך כנ"ל. גם י"ל דלטעמייהו שפ' הרמב"ם דהחזירו מוחזר ורק השטר דאיתרע לכתחלה לא יחזיר. ובלי ריעותא ל"ח לקנוניא וא"כ כיון דטוען אמעב"ד לא"כ ורק משום ריעותא דמקום שכותבין ואין לה. ממילא ל"ח לקנוניא דהא החיוב שמצד מעב"ד הוא בידה בלא חזרת הכתובה לגבות מלקוחות וספק ריעותא של הכתובה אינו מפסיד מה שכבר בידה וכמו אם החזירו לה הכתובה דלא היה מזיק החשש ריעותא למנעה מלגבות מלקוחות רק לא יחזיר לכתחלה וזה שייך כשהגובייגא ע"י השטר. משא"כ בכתובה כנ"ל דחשיב ככבר הוחזר דהא כבר בידה הראי' שע"י מעשה ב"ד והספק ריעותא בא להפסיד מה שבידה כבר כנ"ל. ומיושב גם קושיא שניה של תוס' דניחוש שמא כ"ל בניסן כו'. דממ"נ אי אסור החשש רק אקרי וכ' ולא חיישינן בלי איתרע וממילא אינו מפסדת הגביה שמחמת מעשה ב"ד כנ"ל. ומכ"ש להפ' דספק שובר אינו מבטל שטר ודאי ע"ש א"כ בשלמא בשאר חוב בשטר כשנפל הספק בשטר ע"י דאתרע שמא מלוה נפל ובס' בשטר יד בעה"ש עה"ת משא"כ בכתובה דהראיה דמחמת מעשה ב"ד ודאי אף בלא הכתובה. רק אם הכתובה ממנו נפל איכא ריעותא נגד המעשה ב"ד מה שאין שטר כתובה בידה שוב ספק ראיה המבטל השטר. והוי ס' שובר דאינו מבטל שטר ודאי כנ"ל. ולכך דוקא בטוען כו' משא"כ במודה כנ"ל. שם רבינא אמר לעולם איפוך ק' וטעמא דרבנן דח' לב' כתובות ור"י לב"כ ל"ח. לכאורה מיירי באין מודה שאינו כאן לכך לרבנן לא יחזיר מח' ב' כתובות ור"י ל"ח לב"כ לכך עודה תחת בעלה יחזיר נתגרשה לא יחזיר מח' פירעון. אבל רש"י פי' שבפנינו וטוען ב' כתובות לא פירעון א"כ איך אמר ר"י עודה כו' נתגרשה כו' הא לא טעין פרעון רק ב"כ. וצ"ל ר"י לצדדין אי טעין פרעון יש חילוק בין עודה כו' ודוחק. ולכך צ"ל אף דר"י ל"ח לב"כ דוקא בלא מגו ולכך עודה

ת"ב יחזיר. אבל נתגרשה נאמן ב"כ במגו דפרעתי. וא"ל דא"כ למה אמר איפוך הא י"ל דמיירי בטענת פרעון ורבנן חיישי ור"י לא חייש רק נאמן במגו דב"כ דחייש לב"כ ועודה ת"ב סבר דלא מהני מגו דאלים משאר תוך זמנו דסלקא בתיקו כדאלים לדידן באיתרע ע"ש. דלא קשה דפרעון במגו דב"כ לאו מגו הוא דצריך לשלם עכ"פ ע"י שובר כנ"ל. משא"כ בטענת פירעון. ולהיפוך מגו טוב ב"כ מגו דפרעתיו כנ"ל:

הנה נ"י כ' דאף דרבינא מוקי רבנן דל"ח לפרעון. פסקו דח' כר"י דפליג אשמואל ע"ש. ולכאורה תמוה הא ע"כ שמואל ור"י לאו בפלוגתא דר"י ורבנן פליגי דא"כ הול"ל כתנאי. ועוד מה פריך לשמואל מתני' דמצא שט"ח לימא מתני' כר"י והוא סבר כרבנן וכן דף י"ד דמסיק שמואל בתיובתא דאמר ל"ח לפרעון ותני הכא אע"פ כו' לא יחזיר כו' ומאי תיובתא ברייתא כר"י או כרבנן למאן דמפיך. ועוד ד' ט"ז דפריך אר"י ממתני' דכל מעב"ד ג"כ לוקי כר"י כנ"ל. ובזה אפשר משום סתם משנה. מכל הנ"ל מוכח דלאו כתנאי אמרו רק שמואל סבר דבין ר"י ובין רבנן ל"ח לפירעון ומוקי לברייתא דנפל ליד דיין בגווני אחריתא. או דעכ"פ סבר כרבינא או כשנוי' קמא דרבנן קאי כוותיה. והא דלא אמר הלכה כחכמים משום דאיכא דמפיך. ולכך מסיק תיובתא דרבנן אדרבנן. דלא מסתבר ליה לגמ' אי לא מפיך שיסבור שמואל כר"י דלא כרבנן. וכן ר"י משמע דסבר ג"כ דרבנן כוותיה י"ל כר"פ דלא תיפוך. ולא אמר הלכה כחכמים משום דאיכא דמפיך. וא"כ ממילא רבינא דבתרא ומפיך א"כ ס"ל דחכמים ל"ח לפרעון וכשמואל ולמה לא פ' כוותיה. ונראה דמשום דסתמא דש"ס מסיק בתיובתא הא דשמואל דל"ח לפירעון א"כ הלכה כסתם גמ' גם נגד רבינא. והגם דרק אי כאביי ס"ל הוי תיובתא מ"מ כיון דאמר בהדיא אהא דאמר לא ח' לפרעון דתיובתא. מוכח דח' לפרעון כנ"ל. ונ"י ור"ן כ' דניהו דקי"ל כר"י דח' לפרעון אבל בענין כ' קי"ל כרבנן דחיישינן מדאמר רבא ש"מ כו' אי משום כתובה ח' לב' כתובות ע"ש. ותמוה למה השמיט הרי"ף ברייתא דמצא שטר כתובה ואוקמתא דרבינא דעכ"פ נ"מ בעודה ת' בעלה דל"ח לפרעון לכ"ע אף דשאר שטר גם תוך זמנו לא יחזיר כמ"ש הנ"י וא"כ היה לו להביא דרבינא כנ"ל. ואי משום דכיון דהביא לקמן מימרא דרבא דח' לב' כתובות א"כ ממילא גם עודה ת' בעלה לא יחזיר מחשש ב' כתובות ושוב דמי לשאר שטר ולא הוצרך להביא. ז"א דהא חשש ב' כתובות לא מהני רק שלא יחזיר שטוען שיש לה עוד כתובה. ואף דהא קי"ל כ' שובר א"כ ע"כ צריך לשלם ע"י שובר ורק שנאמן שלא יחזירו לה דכשכתובה בידה א"צ לשלם עד שתחזיר דיכול לבא להפסד. וא"כ אף שהאמינה מקודם וכ' לה כתובה אחרת מ"מ אינו רוצה עתה שיחזירו לה. אבל אם תובעת לשלם מחויב לשלם ומחזירין לו הכתובה קרוע דאף שטוען שיש

לה עוד כתובה א"כ תתן לו שובר כמו בכל מלוה שטוען אבד שטרו שנאמן ע"י שיתן שובר כנ"ל. א"כ עדיין נ"מ בעודה ת' בעלה כשנמצא ואח"כ מגרשה יחזיר דלפרעון ל"ח ומשום ב' כתובות חייב לשלם עכ"פ כנ"ל:

ונראה דס"ל כיון דכשהשטר קיים א"צ לשלם ע"י שובר רק תמיד נאמן מלוה ע"ז שאבד דלא עדיף ממשכון והוי ברי ושמא. משא"כ כאן שטוען ברי דיש לה עוד כתובה וכיון שהיא מכחשת הוי כאומרת שלא נאבדה דכל האומר ל"ל כו' וכמבואר ס' ע"ב במשכון כשהמלו' טוען להד"מ יכול לוה לישבע שאינו חייב לו דודאי לא נאבד. וכן כאן אף שיוחזר לו כתובה זו קרוע ותתן שובר ג"כ פטור מלשלם דטוען ברי שכ' לה עוד כתובה שלא נאבדה וא"צ לשלם ע"י שובר כנ"ל. וא"ל דליהמנא שלא כ' לה עוד כתובה במגו שהי' אומרת שנאבדה גם השני' דהי' נאמנת שישלם לה ע"י שובר. ז"א דרוצה באמת להטמין ולגבות בלי שובר ע"י שמכחשת שלא כ' וליכא מגו. ועוד דהוי מגו להוציא ואף דעם שטר אמרינן מגו להוציא מ"מ למ"ש הפ' הטעם דניהו דשטר העומד לגבות כב"ה דלאו כגבוי עכ"פ להוציא לא מקרי ע"ש. א"כ זה שייך לענין ספק שנולד כו'. אבל לענין לגבות בלי שיחזיר השטר ללוה לעולם אין שטר עומד לגבות כלל. רק ע"י שיוחזר השטר וא"כ לענין ספק זה שמא השטר כתובה עדיין בידה וא"צ לשלם כל שאינה מחזרת לו לא מהני כלל המגו דהוי להוציא דלא שייך שטר העומד לגבות כו' דאינו עומד מעולם לגבות רק כשיוחזר השטר כנ"ל. אך בל"ז ג"כ לא הוי מגו כנ"ל. וא"כ דבטוען ב' כתובות א"צ לשלם לה כלל שוב גם באומר פרעתי נאמן אף דעודה ת' בעלה במגו דב' כתובות למאי דקי"ל מספק דאמרינן מגו תוך זמנו נגד חזקה. ואף בכתובה דגרע מ"מ שוב איתרע ומהני מגו כנ"ל. וממילא אין נ"מ ודינו כשאר שטר ולא הוצרך רי"ף ז"ל להביא כנ"ל:

שם שטרא דא"ב זמן כו' תוס' תמהו על רש"י. וי"ל דרש"י ז"ל לא ס"ל כתוס' שמה שנפל זבל"ז חשיב שניהם בשוה ומה שא' תופס הזמן דכשר זולתו חשוב תפוס לבדו. מה בכך שכשר זולתו מ"מ בלא חלק חברו אין תפיסתו בזמן כלום וא"כ כמו שחשוב תפיסת חברו לענין ב"ח כן חשוב תפוס ג"כ במשעבדי. ולכך פירש כיון דקי"ל שטר שבידך זכות יש לי בו מחויב להראותו ואף הלוה גופיה כמבואר בש"ע. רק מה שצריך ללוה שיהיה נאמן במגו ודאי דא"צ להראותו קודם הטענה רק בב"ד שיטעון במיד טענתו כמבואר פ' חזקת מ"ו איברא לא מחוינא ולכך ס"ל דדוקא בשניה תפוסין בגוף השטר חשיב בשוה כנ"ל. כיון דא' בלא הב' אינו שטר. אבל מה דצריך רק בירור על השטר זה אף שביד חברו הוי כבידו דהא צריך להראותו לזכותו. כמו אם כתוב בשטר הנפק וא' תפוס כל השטר והלוה בהנפק היה מיקרי הכל ביד מלוה דהקיום רק בירור שאינו מזויף. רק אם

היה הדין חש"ש מב"ש צריך לקיימו. א"כ א"צ להראות רק עם טענתו פרוע כנ"ל. וגם רש"י סבר דצריך להחזיר כו' ואי לא החזיר פסול כמ"ש הרא"ש פ"ק דגטין וכפשט הגמ' והא בעינן צריך שיחזיר כו'. והוי חזרת השטר כמו שריר וקיים דלמדין משטה אחרונה כשמוחזר דאין חשש כלל כיון שמוחזר ובלא"ה פסול כנ"ל. וא"כ שפיר חשוב שכל א' תפוס בכולו בעיקר השטר. ואף דאם היה חסר שיטה וכה"ג היה פסול זה הפסול היה רק משום חששות שמא היה כתוב דבר וכה"ג. וזה שוב שביד הב' זה הזכות וראיה שלא היה כתוב ג"כ מחויב להראותו ושוב חשוב זה תפוס בכולו כנ"ל. וגם הב' כן. וא"כ שפיר רק לענין הזמן חשוב שזה תפוס השטר עם זמן וזה שטר בלא זמן דגבי ממשעבדי כנ"ל. ופירש"י דאף שזה תפוס העדים. מ"מ מה בכך הא זה דין של הגאונים ז"ל גבי שטר כו' זכות יש לו כשיש ביד זה שטר בב' דברים והעדים חתומים ומעידים גם על מה שזכותו חייב הלה להראותו ושלא לכבוש עדות העדים ע"ש בש"ע וב"י. וא"כ כיון דלענין השטר חשוב כל א' תפוס בכולו שכ' כל ענין השטר. א"כ אף דלוה אדוק בטופס ובעדים. מ"מ הא צריך להראות העדים המעידים על מה שתפוס המלוה כמו שטר הנ"ל זכות יש לי שאינו רשאי לכבו' כו' ושפיר כאלו היה המלוה תפוס גם בעדים. רק אם היה הדין מודה בשטר שכ' צ"ל. א"כ אין הלוה צריך כלל להראות העדים מקודם בב"ד רק עם טענתי פרוע דא"צ לשוי' ראה כנ"ל. וא"כ שפיר היה חשוב שהלוה תפוס בכולו דמצד תפיסת מלוה בלי עדים אין לו כלום. שמה דלוה יצטרך להראות הוא רק עם טענתו פרוע ונאמן במגו שלא הי' מראה. וא"כ עדיין אין למלוה כלום. והוצרך רש"י לפרש דקאי למ"ד מודה בשש"כ א"צ לקיימו. ושפיר כשיראה העדים אף דיטעון פרעתי תוך כ"ד ג"כ יהי' חייב. ולכך שפיר חשיב מלוה תפיס ג"כ בכולו. וגובה כנ"ל וא"ש הכל:

דף ח:

גמרא אמר ר"י כו' ש"מ דמר שמואל רכוב ומנהיג כו'. מה דמוכח ממתני' דרכוב לחוד או מנהיג לחוד קני משום דאל"ה לא הי' נקראין מוחזקין כלל כמ"ש תוס'. ואף דהא מסיק בש"ס ב"ב ל"ה גבי ארבא דאם בא אחד וחטפה שלא בטענה דמוציאין אותו מידו ואף דשני הראשונים אינם מוחזקין כלל רק דכל אחד אומר דידי הוא חשבינן לה בחזקת שניהם עכ"פ שלא יוכל אחר לתפוס שמא אינה של שניהם כלל. כיון שלא הי' הספק רק בין שני אלו ואם כן גם במתניתין אף אי הדין דרכוב לא קני ומנהיג גם כן לא קני מכל מקום כיון שכל אחד אומר שלו הוא אין אחר יכול לתפסו ושפיר תני יחלוקו כשכל א' טוען שעשה קנין אחר המועיל. ואיך מוכח דחשיב קנין רכוב או מנהיג. וכמו דאי רכוב

במקום מנהיג לא קני ואף על פי כן מהני כשטוען שעשה קנין המועיל כמ"ש תוס'. וצ"ל דהוכחת הש"ס דאם לא הוי קנין לא נקראו מוחזקין ושוב אין דינו יחלוקו רק כל דאלים גבר למ"ש תוס' לעיל במשיכה החילוק בין ארבא למתני' משום דשניהם מוחזקין ואם כן אם לא הוי קנין רק מצד שהספק בין שניהם שוב הוי כהא דארבא כנ"ל:

אך לשיטת ריב"א בתוס' בבא בתרא ל"ד ע"ב דאף דאינם מוחזקין כל היכא דליכא ודאי רמאי יחלוקו ומחלק בין ארבא משום דודאי רמאי ע"ש. ואם כן קשה כנ"ל דלא מוכח כלל דאף דאינו קנין מכל מקום כיון שכל אחד טוען שעשה קנין המועיל יחלוקו כיון דאין ודאי רמאי. אך מא' וא' מנהיג מוכח דאם כן כיון דמנהיג ודאי קני הי' חשוב זה מוחזק והרכוב מוציא וע"ה וע"כ דגם רכוב קני. אך למ"ש תוס' דא"א כר"ש דזו וזו בהגבהה דמוכח ממתני' דמנהיג עכ"פ קני כו'. ולהנ"ל י"ל שפיר כר"ש וגם מנהיג לא קני ושוב שפיר יחלוקו שאין שניהם מוחזקין וגם לא קשה דמיותר הך בבא כדאמר בש"ס לעיל דקמ"ל דרכוב קני ע"ש. דלהנ"ל יש להיפוך דקמ"ל דרכוב ומנהיג לא קני וא"כ לא חשובי מוחזקין וקמ"ל דאעפ"כ לא אמרינן כל דאלים גבר רק יחלוקו כשיטת ריב"א הנ"ל. ושפיר איכא דרבותא דלא מוכח מרישא כנ"ל. וצ"ל דא"כ ליתני באין מוחזקין כלל. ואי לאשמעינן דרכוב ומנהיג לא קני וחשיב אין שניהם מוחזקין. הא עדיין אין זה מוכח דכמו כן י"ל דשניהם קנו כמו די"ל דשניהם לא קנו ואין הוכחה כלל. ויותר הי' ראוי לאשמעינן כשאין רוכבין כנ"ל:

עוד קשה הא איך אמרינן דהוי מוחזק בשביל שבא לפנינו ועושה הקנין שרכוב או מנהיג אף שאינו תופס החפץ בידו חשיב מוחזק. והא עודר בנכסי הגר וסבור שהן שלו לא קני כיון שאינו מתכוין לקנות בקנין זה דסבר ששלו מקודם. וא"כ קנין זה שעושה בפנינו שרכוב כו' אינו קנין שיזכה בזה דהא טוען כולה שלי שכבר קנאו קודם שרכב הב' א"כ מודה שאינו מכוין עתה לקנות דלחוב מהני הודאתו ואין כאן קנין כלל עתה בפנינו ושוב למה יחשב מוחזק כיון שאינו תפוס בו רק מצד קנין והא אין כאן קנין כלל עכשיו לפי הודאתו. וצ"ל דאין זה ענין לזה דהא כל קנין שקונה הוא מצד שהדבר מורה שבא לרשותו ונעשה שלו וא"כ בשביל זה עצמו מיקרי מוחזק ג"כ אף שאינו תפוס בו לגמרי. וא"כ ניהו דאמרה תורה דכל קנין אף שהוא קנין מ"מ צריך כונה לקנות בקנין זה ובלא כונה אינו קונה אף שהוא קנין מ"מ לענין מוחזקות חשיב מוחזק דהא כיון דחזינן שזה קנין ע"כ דמוקי מעשה זה שמורה שבא לרשותו ושוב הוי מוחזק אף שאינו מכוין עתה כנ"ל:

אמנם א"כ קשה דהא אמר לקמן דהא דלא קני מטעם ד' אמות משום דנפל גלי דעתי' דבנפילה ניחא לי' כו' ד' אמות לא ניחא דליקני כו'. וא"כ כאן ברכוב ומנהיג לכאורה אף אי לא קני מ"מ יוחשבו מוחזקין משום הקנין דד"א. וע"כ גם משום דרוכבין ומנהיגין גלי דעתיה' דלא ניחא להו דליקני בד"א. וא"כ להנ"ל קשה הא כיון דד"א הוי קנין ואין החיסרון רק מצד שאינם רוצים לקנות בקנין זה ושוב הוי רק כמו בלא נתכוין לקנות דמ"מ לענין מוחזקות חשיב מוחזק כיון שהוא קנין וממילא גם מצד קנין ד"א חשיבי מוחזקין כיון שעושים בפנינו קנין שקונים הוי מוחזקין אף שאינם רוצים לקנות בקנין זה. דהא גם אם רכוב או מנהיג קני ג"כ אינו קונה עכשיו דאינו מתכוין ואעפ"כ חשיב מוחזקין כנ"ל. וא"כ שוב י"ל דשניהם לא קנו ברכיבה או הנהגה ומ"מ חשיבי מוחזקין משום קנין ד"א כנ"ל. ודוחק לומר דמיירי בר"ה דוקא וכשנוי' קמא דמנ"ל. ועוד דהא משיכה קונה דוקא בסימטא וצידי ר"ה ושם גם ד"א קונה:

אך י"ל כיון דד"א קנין דרבנן וקי"ל דאומר א"א בתקנת חכמים אין כאן תקנה כלל. וא"כ בשלמא קנין דרכוב ומנהיג שהוא קנין דאורייתא משיכה במציאה א"כ שפיר אף שמחוסר כונה לקנות' עכשיו מ"מ עכ"פ יש כאן הקנין בפנינו ושפיר לענין מוחזקות חשיב מוחזקות שיש כאן קנין המורה שנעשה שלו וברשותו. אבל קנין ד"א שהוא דרבנן כיון דגלי דעתי' דלא ניחא לי' הוי אומר אי אפשי כו' ואין כאן התחלת קנין כלל דלא תיקנו כשאינו רוצה ושוב ממילא גם מוחזק לא חשיב כנ"ל:

עוד נראה די"ל למ"ש תוס' לקמן דבגנב וגזלן לא תיקנו ד' אמות ע"ש. ובכל גזלן צריך קנין שיהי' נקרא גזילה וברשותו כדאמר בש"ס ב"ק בהא דגונב כיס ומגרר ויוצא כו' ודוקא קנין גמור שקונה קונה לענין גניבה וגזלה ג"כ ע"ש. אבל ד"א לא קני ע"ש. וא"כ בשלמא לענין קנין שפיר קונה אבל לענין שיהי' חשיב מוחזק דנימא בכל א' אומר כולה שלו שעשה בו קנין גמור קודם האחר שיהי' נקראין מוחזקין בשביל שעושין קנין בפנינו היינו קנין ד"א. והא לפי הספק מטענת כל אחד א"כ אם הוא שלו שוב אין השני מוחזק כלל דבגזלה לא קני ד"א שיהי' נקרא מוחזק וברשותו. דבשלמא ברכוב ומנהיג וקנין משיכה דקונה בגזלה לענין זה שהוא נקרא ברשותו לשלם כשעת הגזלה ולכל הדברים א"כ שפיר גם לענין הטענות חשיבי שניהם מוחזקים דאף שהוא של זה מ"מ גם השני מוחזק כיון שרוצה לגוזלו ועושה קנין דמהני בגזלה א"כ עכ"פ הוי ברשותו ג"כ ושוב הוי שניהם מוחזקין בודאי משא"כ קנין ד"א אם הוא של אחד דשוב השני גזלן ולא הוי ד"א קנין כלל ואינו מוחזק כלל א"כ על זה עצמו הוא הספק אם של זה הוי זה מוחזק

לבדו ואם של הב' הוי רק הב' מוחזק לבד מצד ד"א. ולא חשיב לענין הטענות בשניהם מוחזקין כנ"ל:

אך יש לדחות דהא במנה שלישית כ' תוס' דמה דנפקד תופס בחזקת שניהם חשיב כשניהם אוחזין ואף דאם הוא של אחד הוא בחזקתו לבדו מ"מ מצד הס' וחשיבי שניהם מוחזקין כנ"ל. וכן ברמב"ם וש"ע גבי שנים יושבים בצד ערימה של חטין נראה דמטעם ד' אמות חשיבי מוחזקין כנ"ל:

שם גמ' מנהיג לחודי' מי איכא למ"ד דלא קני כו'. והקשו תוס' הא ר"ש דאית לי' דלא קני כנ"ל וי"ל בפשיטות דפריך כיון דחד לא קני שוב ע"כ רכוב קני מטעם אזלא מחמתי' ושוב איך אפשר דמנהיג לא קני כיון דע"כ סבר משיכה קונה דאל"כ למה רכוב קני. ולשון הש"ס הוא רק מנהיג כו' מי איכא מ"ד שלא יקנה אי נימא דמשיכה קונה שוב ליכא מ"ד שיסבור דמנהיג לא מיקרי משיכה וכי איכא למימר רכוב הוא דאיכא למימר שלא הוי משיכה דלא אזלא מחמתי' ואף אי מנהיג קני מטעם משיכה מ"מ רכוב לא קני אבל להיפוך אין מ"ד שיסבור דמנהיג לא יהי' חשיב משיכה וכיון דע"כ משיכה קונה מרכוב ע"כ גם מנהיג קני. וכן מדוקדק לשון רש"י ז"ל:

גמ' הנ"ל. קשה הא מתני' בין במציאה ובין במקח וממכר ומה פריך מנהיג מי איכא כו' דלמא אמרה שמואל אמו"מ:

דף ט:

מתני' הי' רוכב כו' וראה כו' תנה לי כו' נטלה כו' זכה בה כו'. קשה למה נקט הי' רכוב. ובשיטה הקשה כן ובתוי"ט וכ' דאורחא דמלתא נקט שא"י ליטלה כו' ובטור השמיט ע"ש:

והנה י"ל דהא קי"ל ד"א קונות ומדתנן סתמא משמע גם בסימטא וצידי ר"ה. ולחד שינוי' לקמן גם בר"ה קונין. וא"כ ממ"נ אם הי' הרוכב תוך ד"א ולא ה"ב רק שקראו א"כ זכה קודם. ואם השני הי' ג"כ תוך ד"א קנו שניהם. וע"כ צ"ל דמשום דאמר תנה גלי דבד"א לא ניחא לי' דלקני כמ"ש תוס' לעיל ב' לס"ד דבראי' קנה ע"ש. וקשה דשוב יקנה להשני הד"א דקנין שלא מדעתו בלא נטלה כו'. וצ"ל דגם הב' שהגבי' לצורך הרוכב גלי למפרע דלא ניחא לי' לקנות בד"א כנ"ל. או אפשר גם נטלה לצורך עצמו גלי כו' כמו נפל עלי' ודוחק דלא דמי כלל לנפל עלי'. וא"כ בהי' שניהם תוך ד"א לא שייך גם על הרוכב גלי במה שאמר תנה לי שא"ר לקנות בד"א דהא י"ל כיון שזכה שניהם בד"א אמר תנה על חלק הב'. וא"כ למאי דמפרש אמר אני זכיתי בה שרוצה לזכות עתה שנטלה לא תחלה.

א"כ הנוטל גלי דעתי' דבהגבהתו ניחא לי' דלקני לא בד"א ושוב זכה הרוכב במחצה עכ"פ דלא גלי כו' וזכה קודם להב' כנ"ל. וגם י"ל דזכה בכולו דניהו דעל מחצה ב' אמר תנה שיתן לו גם חצי שלו הי' משום דסבור שזכו שניהם. א"כ עכשיו דגלי זה שלא ניחא דלקני קני לרכוב הד"א כולו שלא מדעתו. דמה דהי' סבור שזכה שניהם הי' בטעות ובאמת הי' ניחא לי' דלקני בד"א. ולא דמי לנפל עלי' אף דהי' סבור דקנה בנפילה והי' טעות אבל עכ"פ זה אינו בטעות דגלי שא"ר לקנות בד"א. משא"כ בכאן דרצה לקנות בד"א רק דהי' סבור שהב' רוצה ג"כ וא"י הד"א לקנות. ממילא כשלא רצה הב'. קנה לו הד"א שלא מדעתו. כמו כל קנין ומחילה בטעות דסבר שאינו שלו ע"ש. וי"ל דגם רכוב לא קני דאף דב' שנכנסו לתוך ד"א קנו שניהם כמ"ש בש"ע מ"מ י"ל דוקא בשניהם רוצים לקנות כמו ב' שהגביהו מציאה דלעיל. אבל כשא' גלי כו' י"ל דגם הב' לא קנה. דהא הוי חצר שאינו משתמר רק מצד עומד בצדו קנו ד"א דמשתמר לדעתו. וא"כ בשלמא כשקנו שניהם סגי דמשתמר ע"י נגד אחרים. אבל בזה כמו במתנה צריך שיהי' משתמר להמקבל נגד הנותן כדאמר וכי ר"ג וזקנים כו' לעיל. כן בהנ"ל כיון דשניהם תוך ד"א אינו משתמר לזה משום הב' שיכול ליטלו כמותו דאז לא הי' גלוי דעת ושוב חשיב לזה ג"כ אינו משתמר והוי כחרש ופקח שהגביהו דמתוך שלא קנה כו' ע"ש. וא"כ אח"כ דגלי המגביה שלא רצה לקנות בד"א ומ"מ לא הי' אז משתמר לגבי הרוכב נגדו ולא קנה גם הוא כנ"ל. ומ"מ אינו מוכרח. גם י"ל דשוב אין המגביה נאמן במ"ש שרוצה לזכות להחשב גלי למפרע דלא קנה בד"א ועי"ז לא יקנה הרוכב גם החצי. ואמרינן שמשקר ורצה אז וזכה הרוכב בחצי כנ"ל וא"כ עדיין מחצה של רוכב:

והנה בטור ח"מ ס' רס"ח כ' דהראב"ד ס"ל דמהלך אין ד"א קונין לו רק עומד. והטור חולק ע"ש. א"כ מיושב דנקט א' רוכב. ולא כהטור דנקט מי שראה כו' ואמר לחברו ע"ש. דלראב"ד ז"ל תני שפיר דוקא א' רוכב דקי"ל רוכב כמהלך ולא קנה בד"א כלל ושוב המגביה שאומר שרוצה לזכות בהגבהתו וגלי דלא ניחא לי' בד"א. בזה דוקא הדין דזוכה בה משא"כ אם הי' הראשון עומד ג"כ הי' שניהם זוכין דלא חשיב ג"ד רק על החצי הב' כנ"ל. ויש ליישב בזה מאי דתמוה למאן דמוקי מתני' משום דמגבי' מציאה לחברו לא קנה ולכך אף שנטלה לצורך הרוכב לא קני כו', למה תני שזכה בה הול"ל רק דמגבי' מציאה לחבירו לא קנה חברו וממילא כיון שהוי הפקר מה קמ"ל שזוכה בה למה לא יזכה כיון שבידו ולהנ"ל י"ל דלראב"ד דמהלך אין ד"א קונין י"ל דמ"מ א' מהלך וא' עומד לא קני גם העומד כיון שיכול מהלך ליטלו שוב הוי אינו משתמר נגד העומד כנ"ל. וא"כ שפיר קמ"ל במתני' דמיירי ג"כ שהרוכב הי' יכול לפשוט ידו וליטלו ומה"ט

דוקא נטלה ואמר אני זכיתי כו'. משא"כ לא נטלה לא זכה משום ד"א כיון שהב' רכוב והי' יכול ליטלה ולא קנה משום מהלך כנ"ל. וממילא י"ל גם לענין מגבי' מציאה למ"ש דלא קנה י"ל דוקא בר"ה למסקנא וכה"ג שאין ד"א קונין אבל במקום שד"א קונין י"ל דלכ"ע מגביה מ"ל קני חברו דלא חשיב חב לאחרים כלל בהגבהתו לצורך חבירו דניהו דנימ' שע"י ההגבהה עבור חברו גלי דלא ניחא ליה בד"א. מ"מ קודם ההגבהה לא היה שום אדם יכול ליטלה שקני לו ד"א כבר כל שלא הי' ג"ד. ורק כשהגבי' ואז זכה חברו כנ"ל. וא"כ י"ל דוקא א' רכוב וא' עומד דאז לא היה קונה גם העומד בד"א כנ"ל שאינו משתמר ושוב הוי חב לאחרים ולא קנה מה שנטלה עבור רוכב וזוכה אח"כ משא"כ אם הי' שניהם עומדין כנ"ל הי' זוכה הב' כנ"ל:

ולשיטת הטור דמהלך קנה בד"א י"ל דנקיט רוכב לאשמועינן דוקא רכוב ואי' יכול לפשוט ידו וליטלה אז לא קנה והב' לא רצה ונטלה לצורך הרוכב כנ"ל. אבל אם הי' מהלך דומיא דרוכב הי' קונין לו ד"א למ"ש תנה לא הי' חשיב ג"ד דלא ניחא ליה כנ"ל: שם מתני' אם משנתנה כו' ל"א כלום. ופירש"י ממ"נ אי קנייה קמא הא יהביה במתנה כו' וא"ל הו"ל הפקר כו' וזכה ע"ש. וקשה לישנא דלא"כ הא נאמן מ"ש שזכה בה תחלה רק דמ"מ במתנה נתן לו. וי"ל דהא קשה על ממ"נ הנ"ל דנ"מ כשיחזור תוך כדי דבור לנתינה דאי במתנה מהני חזרתו אף שנתן לו. ואי משום דהוי הפקר כיון דלא נתכוין לקנות וזכה המקבל מההפקר אין שייכות לחזרה של זה דלא ממנו זכה. ומתני' משמע דאם משנתנה לו אמר כו' אף תוך כדי דבור. וקשה דע"ז לא שייך ממ"נ דהא חוזר בו. והי' אפשר דלא מקרי חזרה כדאמר גטין פרק השולח דהני לשנות דלשעבר אינו בטל על להבא ולא חזרה. אך שם ל"ד פליגי אביי ורבא בסבור לקיומי לתנאים ע"ש. גם משמע אף שאומר אני זכיתי ורוצה שיחזיר לו. ולכך י"ל הטעם דהא דהוצרך רש"י לממ"נ דמתנה הא גם מספק אינו יכול להוציא. וצ"ל דכה"ג ברי ושמא ברי עדיף דלא חשיב מוחזק כמו באבידה שכ' תוס' פ"ק דכתובות דלא חשיב מוחזקות בטענת ספק כשבא לידו ש"ב ע"ש. וכן כאן שזה טוען ברי שהגביה לעצמו וכבר זכה בה והי' בידו. וזה טוען שמא לא נתכוין רק עבורו והי' הפקר וזכה מההפקר עכ"פ התפיסה לאחר שנולד הספק אם בא לידו בזכיה או פקדון כנ"ל והי' ברי עדיף גם להוציא כנ"ל. ולכך פי' שפיר דממ"נ דאמרינן בתורת מתנה אף אי זכה בו. ונ"מ רק אי מצי הדר ביה תוך כדי דיבור שוב הוי זה מוחזק גמור ברשות וספק אם החזרה מהני שוב לאו ברי עדיף דהוי להוציא כנ"ל. ואמרינן שהגביה לצרכו וזכה מהפקר ואינו יכול לחזור כיון דבין כך ובין כך זכה בו כדין רק שיועיל החזרה. וכמ"ש הרא"ש ז"ל ב"ב פרק יש נוחלין בהני בעיות דאם עמד

חוזר בתיקו דאינו יכול לחזור מספק אף דנכסי בחזקתו כיון דמתנה ודאי והספק אי מהני חזרה ע"ש. ואף דיש לחלק דתוך כ"ד כיון דכדיבור חשיב בב"א שאין חל עד אחר כדי דיבור מ"מ נראה כנ"ל. דעכ"פ מוחזק חשיב כנ"ל. וא"כ מיושב לישנא דמתניתין אם משנתנה כו' אמר אני זכיתי בה תחלה ורוצה לחזור ממתנתו תוך כ"ד לא"כ שאינו נאמן כנ"ל וא"ש:

עוד י"ל דהא קשה על הך ממ"נ למ"ד כרגלי הממלא דפירש"י ותוס' דסבר כיון דלא קני חבירו קני הוא אף שלא נתכוין לקנות חבירו והטעם י"ל אף דבהפקר בעי כוונה לקנות דקי"ל עודר בנכסי הגר וסבור שלו לא קני. י"ל כיון דמתכוון לקנין עבור חבירו שוב אף דלא קנה חבירו עכ"פ חשיב כונה לקנות בהגבהה זו דשוב קנה הוא וכעין סבר שהן של גר אחר ע"ש. וא"כ למאי דאמרינן עכשיו דתן כזכי שרוצה שיזכה לו בהגבהתו כמ"ש רש"י שהי' סבר דמגביה מציאה לחבירו קנה. א"כ כיון שבאמת זכה המגביה אף שלא נתכוין רק שיזכה חבירו א"כ מה שנתנו לו אח"כ הוי מחילה בטעות ממש כמו באסמכתא ודבר שלא בא לעולם דהי' סבר שהקנין קיים ונותן לו מה ששלו לא להקנות בנתינתו כנ"ל וכן כאן אם נתכוין בהגבהה לחבירו והיו סבורים שקנה שוב מה שנתן לו אינו מתנה ועדיין לא קנה והוי של המגביה. וא"כ שפיר מה שאומר אני זכיתי בה תחלה אח"כ שנודע לו דמ"מ לחבירו לא קנה וקנה הוא גם אחר שנתן יהי' שלו כנ"ל. ולמה לא אמר כלום כנ"ל:

ובזה י"ל לכ"ע בטעות לא הוי מחילה דל"ד לשמוט ואכול דשייך אולי ידע ניחא ליה דלוקי בהימנותי' ע"ש בתוס' דזה דוקא במכר וכה"ג שאמר לו. משא"כ כאן בסתם שהגביה לו ולא קני ולא הבטיח כלל ליתן מה שהוא שלו כנ"ל:

ואפשר לומר דכמו בכל מקום דלא תלינן בטעות דדוקא מוכר דבר שלא בא לעולם דחזינן דטעה. משא"כ כאן נגד המגביה שהגביה סתם י"ל דידע דמגביה מציאה לל"ק וזוכה לעצמו ואעפ"כ נתן לו והוי מתנה כנ"ל. אך כה"ג דכשנגדו טעה נאמן גם הוא שטעה כדאמר ב"ב פרק חזקת הבתים גבי גידא דתברי דר' ענן את גופך כו'. ועוד דהא משמע ברישא קודם נטלה ואמר אני זכיתי כו' דמחלק רק שהאמירה הי' שנתנה לו משמע דאף שאח"כ נתנה לו מ"מ זכה הראשון. ובסיפא להיפך דאם משנתנה אמר אף שחזר הלה והניחה וזה מוחזק ג"כ לא מהני. וצ"ל הטעם דהא בנותן לחברו חפץ סתם נחלקו הפ' אי סתמא מתנה או פקדון דלא יהבי אינשי מתנות. וא"כ למה נימא דבמתנה יהיב ליה כמ"ש רש"י ולא פקדון. רק ביש לכשנגדו טענה על החפץ ששלו לא תלינן בפקדון כדאמר כיון דשמי' כשמי' לא מפקיד גבי' ולעיל עד השתא חשדת ליה בגזלן כו' ושתיקה

כה"ג כהודאה. וכן נתינה בשתיקה הוי מתנה אף אם באמת שלו ולכך כאן שאמר הלה לזכות ויש לו דין ודברים לא היה נותן לו סתם לפקדון וכ' רש"י שפיר דבמתנה כו'. משא"כ ברישא שאמר קודם שנתנה לו שזכה בו לא לחבירו כבר נסתלק שאין לו טענה ואף שנתנה לו אח"כ י"ל דאמרינן לפקדון ככל נותן חפץ שלו סתם כנ"ל. וא"כ גם בסיפא כיון דהדין אף למה שסבור הרוכב דזכה בשבילו ג"כ הדין דקנה המגביה לעצמו שוב י"ל דלא תלינן במתנה רק פקדון דאין לשכנגדו טענה כלל גם לפי מה שסבור כנ"ל. ואפשר לומר למה דקי"ל בשלח לקנות ע"י שליח והוסיפו או טעה כיון דהי' ע"י מה ששלחו הריוח לשניהם דחולקין ע"ש בכתובות וכן פסקו הפ'. וא"כ י"ל כיון דקי"ל דכשלא נתכוין לקנות בהפקר לא קני ורק משום שנתכוין לקנות עבור חבירו ולא קנה חשיב נגדו כוונה שנקנה כנ"ל. שוב ממילא יהיה הדין חולקין בין שניהם דע"י שציוהו לזכות עבורו וזכה עבורו עי"ז קנה לעצמו הריוח ע"י וע"י המשלח וכיון שיהי' הדין דמחצה ודאי של הרוכב שוב י"ל דהוי כס' ויבם בנכסי סבא דאין ס' מוציא מידי ודאי. דלא דמי לחצי וכולה שלי שכ' תוס' ר"פ. דכאן ג"כ ודאי על הכל שעל ידו הזכות כנ"ל. ושוב כיון דאף שטעה ג"כ הוי ודאי שוב אמרינן דלא טעה ונתן לו במתנה וכולו של הרוכב. ושייך שפיר לא אמר כלום דאינו נאמן כנ"ל מ"מ אינו נראה די"ל ג"כ כמו בחצי שלי דלא חשיב ודאי בכולו. ועוד דאותה זכיה שמחמת מתנה ע"ז אינו ודאי כלל כנ"ל. ועוד דלהרבה פוסקים הכל לשליח. ועוד י"ל ולכך צ"ל דנהי דאמרינן תן כזכי היינו אם הדין דמגביה מ"ל קני חבירו. משא"כ אי לא קנה י"ל דלא הוי כלל כזכי וגם נגדו לא תלינן בטועה כלל וי"ל גם כן שיודע דלא קני בזכותו של זה ואומר תנה לי שיהי' מקנה לו אף שקנה ושפיר נתכוין לזכות במתנה וממילא גם הוא נתכוין להקנות כנ"ל. וכן לשון רש"י דעקרי' לשם קנין כו'. ובזה מיושב דהא תמוה למה נקיט תנה הול"ל רבותא דאמר זכי דעכשיו א"ל דתן לאו כזכי כמו דאמר ר"י ובשלמא למ"ד קני והפי' זכיתי תחלה קמ"ל דאף תנה אי לאו דאמר תחלה הי' זוכה אבל למ"ד ממ"ל לא קני והפי' שזוכה עתה הו"ל זכה ואעפ"כ מהני שזוכה לעצמו כנ"ל. ולמ"ש א"ש דאדרבא אי הוי אמר זכה לי הי' גרע כיון דהי' סבר דזכה עבורו ל"א נתכוין לקנות וגם למגביה תלינן שעשה כדבריו ולא נתכוין להקנות אח"כ בנתינה ושוב גם אחר שנתן אם אינו מוחזק הי' עדיין הפקר או שזכה המגביה כנ"ל ודוקא תנה לי כנ"ל. ומיושב בזה תמיהות תוס' על רש"י שפי' לקמן לר"נ דאמר לא קני כו' תופס כו' מאחר שלא עשאו שליח והא מפורש פרק הכותב גם בעשאו שליח ע"ש. ולהנ"ל י"ל דבשלמא לר"ש דכרגלי הממלא דזכה המגביה י"ל דלא נקיט זכי מטעם הנ"ל דגם אחר שנתן הי' נאמן. אבל ר"נ לטעמיה דס"ל כרגלי מי

שנתמלאו דהוי הפקר ומ"מ זוכה זה שנותן לו ועיין מ"ש לקמן א"כ לא שייך הנ"ל והו"ל למינקט זכה וע"כ דבעשו שליח באמת זוכה עבורו. משא"כ לדידן דקי"ל כר"ש התם י"ל שפיר גם שליח לא מהני כנ"ל:

שם ולימא מר מעני לעני מחלוקת כו' מציאה כו' הלשון אינו מובן ולימא כו' ולא בדרך קושיא. וי"ל דקשה עוד דאמר ר"י אבל מעני כו' מגו דזכה לנפשיה והול"ל מגו דאי בעי זכי לנפשיה כו' חד מגו כו'. ולכך י"ל דס"ל דמגו דאי בעי אין לחלק בין חד מגו לתרי דמ"מ בידו רק הטעם דס"ל כמ"ש תוס' דכיון דמגביה לחבירו לא קני חבירו שוב קנה המגביה אף שלא נתכוין. וא"כ י"ל דמה"ט גופיה שוב ס"ל לר"א דזכה חבירו דזכיה שזוכה בשבילו אינו חב לאחרים כלל דאם יהי' הדין שלא יזכה חבירו ישאר שלו לא הפקר. וא"כ נהי דההגבהה תחלה הי' חוב אבל כשכבר הגביה שוב אין הזכיה שיקנה חבירו חב לאחרים כלל. ושפיר נקיט מעני לעני מגו דזכי לנפשיה היינו אם לא יזכה חבירו יהי' שלו שוב זכה לאחריני. משא"כ בעשיר מגו דאי בעי לא אמרינן כלל כנ"ל:

והנה קשיא לי למאי דאמר ב"ב פרק [מי שמת דף קנ"ו] ר"י אליבא דר"א ור"י דר"א סבר זכין לקטן ואין זכין לגדול דלא תקנו כלל זכיה לגדול [והכי קי"ל כר' יהודה שם דר"א ס"ל הכי] וסתם משנה שם כן ע"ש. וא"כ איך ס"ל לר"א כאן בפיאה זכה לו ודוחק לפרש לעני קטן. ועוד דבמשנה מס' פאה תנן ה"ז לאיש פלוני עני ואיש גדול הוא. ונראה ליישב דדוקא במתנה וכה"ג שדעת אחרת מקנה ס"ל לר"א דזכין לקטן שאינו יכול לזכות בעצמו משא"כ גדול יכול לזכות בעצמו ואף שלא יזכה עכשיו יוכל לזכות אח"כ. אבל מציאה והפקר שאם לא יזכה עבורו יוכל אחר לזכות מי שירצה הוי כמו בקטן דחשיב א"י כנ"ל. ושפיר זכין גם לגדול כנ"ל. וא"כ להנ"ל שוב א"א לומר לר"א הטעם כנ"ל דלכך זוכה ולא חשיב חב לאחרים משום דאם לא יזכה האחר יזכה הוא אינו חב כו' הא שוב א"י לזכות כלל עבורו דאין זכין לגדול דבזה הגם שלא יועיל הזכיה עבורו ישאר שלו ויוכל ליתן לו ויזכה בעצמו וכמו במתנה כנ"ל וא"א כל מה שיוכל לזכות עבורו הוא רק משום דחב לאחרים ולא קני ולא שייך כלל מגו דזכי לנפשיה כנ"ל. דממ"נ אם דנין על תחלת ההגבהה דיוכל לזכות לגדול משום דאם לא הגביה יזכה אחר שוב הוי חב לאחרים ואי דנין כשכבר הגביה דאין הזכיה לאחר חוב לאחרים משום דיהי' שלו אם לא יזכה הב' שוב לא מהני דאין זכין לגדול כנ"ל. ומוכח דנשאר הפקר גם אח"כ כדסבר ר"נ באמת ושוב אין חילוק בין מעשיר לעני כנ"ל. וע"כ ס"ל לר"א תופס לב"ח קני ורבנן ס"ל דלא קני כמ"ש תוספ'. אך ר"מ סבר התם להיפוך דר"א ס"ל זכין לגדול לא לקטן ע"ש א"כ אפשר דריב"ל ס"ל כר"מ אליבא דר"א ולא קשה כנ"ל די"ל הטעם כנ"ל. וממילא גם

ממתניתין אין קושיא די"ל דמתני' כר"י דאליביה ע"כ פלוגתייהו בתופס לב"ח ואתיא כרבנן. ולכך א"ל רק ולימא מר מעני לעני מחלוקת דהא הלכה כר"י נגד ר"מ וגם ע"כ המשנה כר"י דהא מציאה כו' וא"ש:

עוד י"ל הטעם דאף דר"א סבר אין זכין לגדול מ"מ בהפקר כמו דאף דתופס לבע"ח לא קני ומ"מ מציאה מהני משום מגו דא"ב זכי לנפשיה כן אף דאין זכין לגדול דוקא מתנה שא"י לזכות לעצמו משא"כ הפקר מה"ט גופי' זוכה משום דא"ב זכי לנפשיה זכי לחבירו. הגם שי"ל דוקא לענין חב לאחרים כיון שבידו לחוב משא"כ בהנ"ל. מ"מ לעיל מייתי הש"ס גם על שליח לדבר עבירה בשותפין שגנבו כו' [לדעת רש"י ע"ש] משמע דגם בשאר דברים שייך מגו כו' שיועיל אף במאי דלא מצי זכי מצד עצמו כנ"ל. [ואף דהתם בשליח לדבר עבירה גם לדעת רש"י מהני רק בגנב לעצמו ולחבירו דשייך מגו דזכי כו' אבל מגו דא"ב זכי בודאי ל"א בכה"ג י"ל דזה רק בדבר עבירה דל"ש א"ב זכי דא"ר לעשות עבירה אבל בעלמא י"ל דאין חילוק. עוד י"ל] ומיושב בזה דהא תוס' כ' ולימא מעני לעני כו' ויחלקו בתופס לב"ח שאין מובן כלל מאי בעו תוספות בזה הא אי פליגי במגו ג"כ א"ש. וי"ל פשוט דאי הכוונה כמ"ש רש"י דמעני כו' משום מגו אבל עשיר ב' מגו לכ"ע ל"א. וכיון דיש סברא בין דשייך מיגו דזכי [או אי בעי זכי] קשה למה נקיט בפאה דאיכא למיטעי מעשיר לעני הול"ל בשאר הפקר ומציאה פלוגתא דר"א ורבנן מגביה מציאה לח' אי קני משום מגו כנ"ל ושפיר הוכיח עולא דמעשיר לעני מחלוקת ומה"ט נקיט בפאה. א"כ איך א"ל ולימא מר מעני כו' משמע בלא הקושיא ממתניתין הא ע"כ דייק כנ"ל. ולכך כ' תוס' דנימא דל"א כלל סברא דמגו רק בתופס לבע"ח פליגי בין עשיר ובין עני ושפיר נקט פאה לרבותא דר"א אף בעשיר דלא שייך מגו ולרבנן אף בעני כנ"ל. דאי הוי פליגי במגו למה נפליג מחלקותם כנ"ל. וא"כ למ"ש מיושב דעולא סבר כר"י אליבא דר"א דאין זכין לגדול וא"כ ע"כ מה דמהני כאן רק משום מגו דאי בעי זכי לנפשיה כו' א"כ ע"כ דר"א א"ל מגו ואי דוקא מעני לעני לפלגו במציאה וע"כ דוקא מעשיר לעני כנ"ל ואין קשיא ממתני' דלר"מ דס"ל לר"א זכין לגדול שפיר מחלקותו בתופס לבע"ח ומתני' כרבנן אליבא דר"מ. ולכך א"ל רק ולימא מר די"ל כנ"ל או דלוקי מתני' סתמא כר"מ וס"ל כוותיה כנ"ל:

י"ל דהא י"ל לחד שנוי' לקמן דגם בפאה קני ד' אמות ומתניתין דנפל עלי' רק משום דגלי בנפילה דלא ניחא ליה לקנות בד"א ע"ש. וא"כ י"ל דמה"ט נקיט ריב"ל מגו דזכי מעני לעני ולא נקט אי בעי זכי משום דהא קני ליה כבר ד"א רק משום דאמר ה"ז לפלוני עני גלי דלא ניחא ליה לקנות בד"א ושוב זכי העני ולא הוי חב לאחרים בזכיה זו כיון דאם

הי' שותק כבר הי' קנוי לו ולא הי' יכול שום עני ליטלו עוד כמ"ש לעיל. ובפרט למ"ד כרגלי ממלא דממ"נ אחר הגבהתו שוב הזכיה לאחר אינו חב לשום אדם דאם לא יזכה האחר יהי' שלו כמ"ש לעיל. רק תחלת ההגבהה בשביל האחר. והא אז אינו חב דקודם הגלוי דעת א"י אחר ליטלו דד"א קני כנ"ל. ולכך נקט מגו דזכי מעני לעני רק מעשיר לעני הוי תרי מגו אם כבר באו עוד לד"א כנ"ל. וא"כ אין קושיא ממתני' די"ל בר"ה שאין ד"א קונין בזה מודה ר"א דלא מהני מגו דאי בעי אף חד מגו. משא"כ שדה לפאה עדיף מר"ה כנ"ל. או דבמתני' גם הרוכב עומד כמ"ש לעיל. ולכך אמר רק ולימא מר דהוא ס"ל כר"פ לקמן דלמהוי חצירו לא זכי ליה ואין ד"א קונין בפאה ושוב ע"כ מעני כו' מחלוקת ממתניתין ורק דס"ל כן וא"ש:

גם י"ל דס"ל לעולא כר"ש דכרגלי ממלא וא"כ אא"ל דבעני לעני מחלוקת דא"כ למה ס"ל לרבנן יתננו לעני הנמצא כו' הא כיון דלא זכה הלה זכה עני זה שהגבי' ממילא דפיאה לעניים כהפקר בכ"מ וע"כ דמעשיר לעני מיירי. ואפשר לומר למ"ש תוי"ט דלכך לא שייך הכא קנס כמו נטל מקצת כו' וזרק כו' משום דהעני שזכה בשבילו לא עביד מידי ולא שייך למקנסי' ע"ש. דכאן עשה אסור יותר דלא תלקוט אף אי נימא דלא כר"פ וא"ע מהני עכ"פ קנס היה שייך רק כנ"ל. וא"כ למ"ד דלא קני ושוב מה"ט יזכה העני המגביה לר"ש כנ"ל נגדו שייך שוב הקנס דע"י לקיטתו לאחר יזכה הוא בפרט למ"ש דמה"ט הוא דחשיב כונה לקנות וזה באיסור ושפיר י"ל גם לר"ש סברי יתננו לעני הנמצא ראשון ולא זכה הוא כנ"ל. ומיושב דנקיט פלוגתייהו בפיאה כנ"ל:

דף י.

רש"י אלא לאו הא קמ"ל כו' אני הגבהתי' תחילה לצרכי כו' לא"כ דגלי דעתי' כשנתנה לו דאדעתא דהאי אגבה כו'. והקשו המפרשים דרש"י סותר דלעיל פי' משום ממ"נ. ולמ"ש לעיל לא קשה דלמאי דקיימינן דמגביה לחבירו קני חבירו ותן כזכי ממילא לא שייך ממ"נ כיון דהלה היה סבור שהגבי' בשבילו וזכה הוי כעודר בנכסי גר וסבור דשלו דכשנתן לו אח"כ לא נתכוין לקנות דסבור ששלו כבר משהגביה בשבילו. וכיון שהגביה באמת לעצמו. אף אי כוונתו בנתינה למתנה מ"מ להרבה פ' גם בדעת אחרת מקנה צריך כוונה לקנות. ואם היה נאמן שמתחלה לצרכו לא שייך כנ"ל והוצרך רש"י לומר רק דאינו נאמן ומטעם הודאה שלא היה נותן לו אם לעצמו הגביה וגלי דלחבירו הגביה וזכה כנ"ל. משא"כ לעיל למ"ד מ"מ לחבירו לא קנה חבירו פי' רש"י שפיר ממ"נ דל"א כלל תן זכי דלא תלינן בטעות ואמרינן שיודעין דממ"ל לא קני חבירו וכוונתו תן וממילא

כשנתנה נתכוין לקנות ופי' שפיר דעקרא מידא דקמא לשם קני' ע"ש. רק על מ"ש רש"י גם לגלויי רישא למ"ד ממ"ל לא קני חבירו ג"כ כנ"ל. סיפא דל"א בלא תחלה אמר אני זכיתי בה תחילה קודם שנתתיו לך וא"כ דגלי דעתיה כשנתנה לו דאדעתא דהאי אגבהה ע"ש זה קשה למה לא משום ממה נפשך:

שם רש"י הוי תופס כו' מאיליו כו' ובא לקדם כו' שלא יתפוס כו' ונמצא חב כו' כל האריכות איננו מובן למה. ואח"כ לא קנה פי' דלאו כ"כ להיות קופץ מאיליו וחב לא לו מאחר שלא עשאו הנושה שליח לתפוס. ותמהו תוס' דמעובדא דיב"ח דא"ל זיל תפסה ואמר עלה תופס לב"ח כו' וכאן כ' תוס' משמע ע"ש שאין אצלם ראיה גמורה. והנה למ"ש רש"י שם אנן מחריפותא דנהרא שהשליח היה מוליכו ומשם תפסוהו דהוי כר"ה וא"כ השליח עצמו תפסה מרשות יתומים סמטא וכה"ג ולא הועיל כלום גם לר"ט אם כן מצד השליחות לא הועיל כלל. רק אחר שהוליכה בחריפותא דנהרא אז יוכל לתפוס בשביל מי יימר והוי תופס בלי שליחות ולא קני כנ"ל. ואפילו היה עושהו שליח על אחר שיוליכנו לר"ה ויזכה בשבילו ג"כ לא היה מהני דמה דלא מצי למעבד השתא לא משוי שליח אף שבידו כמ"ש תוס' פ"ק דנזיר:

גם י"ל אם שייך לא תבא כו' ביורשים א"כ תפיסה מרשותם על חוב בלאו ואין שליח לדבר עבירה. או י"ל דמשמע שם דלא ידע מקודם השליח דחייב לרפות"ה ואם כן במה שאמר זיל תפסה אין הוכחה שיהי' בתורת שליחות יותר מזכי' עבורו דבקדושין וגיטין דצריך שליחות ניכר כשעושה הדבר שעושה בשליחותו. משא"כ בזה דמהני התפיסה בלא שליחות אם כן כשהי' סבור דאינו חב לאחרים תפסו רק בתורת זכי' ושוב כשחב לא מהני וגם אמירת זיל תפסה הוא כאומר תנה ולא אמר זכי. ודוקא שיאמר בפירוש שעושהו שליח לזכות עבורו דתפיסה הוא רק שלא יקדים אחר ועוד דהא מיתומים צריך שבועה ואין לו זכות כלל לתפוס קודם שנשבע דהוי רק גורם לממון וכדאמר ר"ע ורק שיהיה בידו וישבע. אבל השתא לא שייך זכייה ושליחות. ועוד כיון דמשמע דאין השליח רשאי לתפוס בחב לאחרים ולהפסיד אחרים שהיה הדין חולקין. ונהי דאי תפיס מהני אבל אפשר דחיוב בד"ש כמו כופף קמה כו' ושוי' טמון [ברישׁ פ' הכונס] אף דגרם רק לפטור ע"כ דין א"כ כשלא ידע שליח שחב לאחרים הוי בטעות ודוקא כשידע ונעשה שליח כנ"ל. [ועיין בפוסקים בענין שליח לדבר עבירה בשוגג וי"ל כנ"ל]:

דף יב:

מתני' מצא שטרי חוב כו'. למ"ש הרא"ש לקמן באגודה של שטרות כו' כדי שיוכל ליתן סימן במנין דאל"ה שמא לא נפיל אהדדי ומתייאש כי לא יוכל ליתן סימן במנין ע"ש. ואם כן כאן דאין סימן לכאורה מייאש למה יחזיר אף בלי החששות. אולם הפי' בדברי הרא"ש הנ"ל. הא בחוב לא מהני יאוש להרבה פ'. וי"ל או דלטעמי' דפ' פ' מרובה דיאוש לחוד ספק דקני כרבה אף בגזילה דבאיסורא א"ל ואם כן גם בחוב מהני אף שנתחייב כבר. ואף דשם חייב דמיו עכ"פ ובחוב אין רק דמים. י"ל דס"ל דטעמא כפשטי' דש"ס ב"ב פ' ח"ה ניהו דמגופי' כו' מדמי מי מייאש דסובר שיוציא הדמים. משא"כ במייאש מדמיו מהני ואף דבאבידה לכ"ע לא מהני באתי לידיה קודם יאוש הוא כמ"ש הרמב"ן דברשותיה משא"כ בחוב לענין זה כגזלה דלאו ברשות מלוה כו'. אך אין לזה טעם שיהיה הלוה פטור מטעם יאוש דלמה יתייאש מהחוב ולחשבו לגזלן מסתמא ישלם לו ולא יכפור. אף דעתה כופר לא שייך איגלאי למפרע. אך לענין השעבוד נכסי לגבות ממשועבדים י"ל שפיר דמתייאש דאף שיודה לוה לא יגבה כשלא יהי' סימן. וי"ל דאף אי לגבי לוה הוי יאוש לחוד מ"מ לגבי לקוחות הוי יאוש ושינוי רשות דלכ"ע מהני. דאף שקני קודם יאוש מ"מ לא נתחייבו מעולם רק ערבין כשלא ישלם הלוה ומהני היאוש כמו בהתירא א"ל דמה"ט יכול למכור נכסיו. ועוד דעכ"פ מאותן שקני אחר האבידה יגבה שלא כדין דקדים היאוש. אך ז"א כיון דכשהי' נכסיו ביד לוה לא מייאש דמב"ח גבי כנ"ל. רק אחר שמכר מייאש שלא יועיל הודאות לוה שוב הוי שינוי רשות קודם יאוש. אך לרמב"ם מהני. ועוד טעם א' שייך כנ"ל דאף שקני קודם יאוש הוי בהתירא כמו אח"כ. וכתב הרא"ש ז"ל שפיר דא"ל תכריך או אגודה לא יחזיר אף בסימן דנתייאש ויגבה מלקוחות שלא כדין כנ"ל:

וא"כ לכאורה קשה הכא מה פריך לוקי שפיר דחייב מודה ומכל מקום ביש אחריות לא יחזיר דנתיאש ויגבה שלא כדין מלקוחות משא"כ אין אחריות. אולם לא קשה מידי דשם למסקנא דלא מהני חייב מודה משום קנוניא שפיר מייאש השעבוד נכסי אף שלוה בחזקת כשר אצלו שלא יכפור מ"מ לא יגבה מלקוחות. משא"כ לע"ד עכשיו דחייב מודה יועיל גם למשעבדי אם כן לא מייאש כלל גם מהשעבוד נכסי דלקוחות כנ"ל כיון דמסתמא יודה כנ"ל:

אמנם למ"ש הרמב"ם ז"ל דאם החזירו גובה בו ודייק מתנן לא יחזיר דדוקא לכתחילה ע"ש. ולמ"ש כיון דלכתחילה לא יחזיר שוב גם החזירו לא גבי ביה מטעם יאוש. דבשלמא לענין גוף החשש שמא כתב ללות בניסן כו' או לפרעון כו' דזה חשש רחוק ודוקא

לכתחילה. משא"כ החזירו אנו אומרים שמסתמא ביום שנכתב נמסר כו' ולא נפרע. אבל לענין יאוש כיון דעכ"פ הדין דלא יחזיר אף שמודה לוה שוב מייאש. וממילא אף שהאמת כדברי מלוה א"י לגבות מלקוחות שנתייאש כנ"ל. וקשה למה תנן לא יחזיר דמשמע הא החזיר מהני לגבות כנ"ל. ולר' אסי דהחשש שמא כתב ללות כו' י"ל דלא מייאש דכיון דדיעבד כשהחזיר אנו מחזיקין שנכתב כשלוה וראו עדים ההלוואה. אם כן לא מייאש שיוכל לברר בעידי חתימה שראו ההלואה ושפיר יגבה ממשעבדי ואף דאיתרמי שאין קיימין העדים מ"מ יאוש לא הוי כהאי דכריתות [דף כד] דאמר בעדים שרבע שורו לא מייאש דימצא עדים ע"ש. אבל לחשש פרעון הוי כרבע שורך שם דל"ש שימצא עדים שלא נפרע ומתייאש וממילא כיון דלא יחזיר גם החזירו לא גבי. וי"ל דמה"ט נד ר' אסי מפשטי' דחיישינן לפרעון. דאי מחשש פרעון למה תנן לא יחזיר הא גם החזירו כנ"ל. וע"כ דל"ח לפרעון רק שמא כ' ולא מייאש כנ"ל:

אולם לאביי דחייש לפרעון קשה דגם דיעבד כנ"ל. וי"ל גברא אגברא כו' דהרא"ש דס"ל באמת דאף החזיר לא גבי משום יאוש. והרמב"ם ס"ל דיאוש לא מהני בחוב כמ"ש ח"צ בהגהות ט"ז ח"מ ס' קס"ג. ואף דכ' משום דכבר נתחייב כו' ע"ש ובלקוחות י"ל דלא שייך כמ"ש. מ"מ י"ל דאף לרמב"ם דשינוי רשות קודם יאוש מהני מ"מ כיון שלא נתייאש אצל הלוה כמ"ש רק כשמכר. לא חשיב כלל שינוי רשות. דבשלמא בגזלה מה שמוכר חשוב שינוי רשות לקנות שתועיל המכירה דמה שאינו שלו אינו יכול למכור וקונה ע"י השינוי רשות ויאוש משא"כ בשעבוד שגם שמגיע החוב מהני המכירה דלוה אף שמשועבד א"כ אין מכירת נכסיו המשועבדים שינוי רשות כלל לענין יאוש של השעבוד שע"י המכירה עם היאוש יפקע השיעבוד. כיון שגם אם לא יפקע מהני המכירה כנ"ל רק שגובה כנ"ל:

אולם למ"ש רש"י פסחים ל"א זבין לוה כ"ע כו'. דהטעם דאין המכירה מפקיע מחיוב דהא לוקח לא לוה רק משום דאינו ברשותו למכור לענין זה שלא יטרוף המלוה כו' דלענין זה הוי כבר דמלוה ע"ש שייך שפיר שיחשב שינוי רשות עם יאוש של השעבוד שתועיל המכירה לגמרי שיפקע השעבוד כנ"ל. כיון שמצד חסרון במכירה גובה כנ"ל. בפרט לאביי לטעמיה דלמפרע גובה א"כ היה שלו ונתייאש ומכר דהוי שינוי רשות ויאוש לגמרי ככל חפץ שלו. אך י"ל דשוב אין יאוש בקרקע כיון דשלו למפרע. והיה מיושב דאביי לטעמיה משני שפיר משום חשש פרעון ומ"מ שפיר לא יחזיר לכתחילה הא החזיר גבי דלא מהני יאוש דלמפרע גבי כו':

אך תוס' כתבו דגם בקרקע מהני יאוש בפרט ר"מ דמתני' דסבר קרקע נגזלת ע"ש. אך שינוי רשות י"ל דלא חשוב כמ"ש תוס' פ' חזקת הבתים. אך זה אינו דדוקא בגזל. משא"כ כאן בע"ח אף דלמפרע גבי מהני המכירה כדאמר סוף פירקין לענין שבח כו'. ויש לדחות:

גם י"ל להיפוך דאף למהרי"ק וש"ע דמהני יאוש בחוב דוקא גוף החוב דמהני סלוק ומחילה בע"פ כדעת רוב הפ' דאף בשטר מהני מחילה ע"פ מהני יאוש ג"כ אבל כשלא נתיאש מגוף החוב נגד הלוה רק מהשיעבוד נכסים שקנה לוקח דמבואר בש"ס כתובות צ"ה דלא מהני דו"ד וסילוק מלקוחות בע"פ רק בקנין וכן פ' בש"ע ס' קי"א וקי"ח בח"מ. וע"כ דמגרע גרע דמגוף החוב מהני כשנמחל שיעבוד הגוף ממילא פקע מנכסי משא"כ באינו מוחל החוב רק השיעבוד נכסי שכבר משועבד לו צריך קנין. א"כ י"ל דגם יאוש לא מהני. וגם מטעם הפקר לא מהני שאין השיעבוד נכסי יוצא מרשותו ע"י הפקר שאין בו ממש דמה"ט אינו נמכר מה"ת רק חכמים תיקנו מכירת שטרות ובהקדש לא תיקנו שאין צורך כמ"ש תוס' ב"ב ע"ז וא"כ גם הפקר כן. אולם בש"ע ס"ו פסק דגם בהפקר שייך קנין בשטר ורק מצד שאין דעת א' מקנה ע"ש. מ"מ משמע דלא יצא כלל מרשותו ועדיין השיעבוד שלו כיון דלא חשיב מכירה. ממילא גם יאוש אינו מפקיע מרשותו השיעבוד נכסי כנ"ל. ואף דעכ"פ הקרקע שקנה לוקח ונתיאש ממנה יועיל כמו באבדה וגזלה. והקרקע אינו ברשותו. אך זה דבר שלא ב"ל. אך לאביי דלמפרע גבי ואקדיש מלוה מהני בגבאו לבסוף א"כ נראה בקנה לוקח קרקע מלוה והפקירה מלוה א"י לגבותה מלוקח דאף דבלא גבאו אינו שלו ולא הועיל ההפקר ולא זכי לוקח מצד הפקירו רק מהלוה ויכול לגבות. מ"מ איך יגבה הא אם יגבה יהי' שלו למפרע ומהני הפקירו וזכה לוקח מצד הפקרו ומחויב להחזיר ללוקח וא"כ גם כאן אם יגבה יהיה שלא כדין דהיה שלו למפרע והועיל היאוש להקרקע שקנה לוקח והוי שלו [והוי ג"כ] (כ"כ) יאוש וש"ר [ומ"מ] ברשותו לא היה ולא שייך טעם של הרמב"ן באבידה בנטלה לפני יאוש. דלענין השיעבוד שייך שהשיעבוד ברשותו אבל לא לענין הקרקע. מ"מ יש לדחות ועוד דדוקא כשנתכוין לוקח לזכות משום הפקירו דמלוה משא"כ סתם הוי כעודר כו' וסבור שהן שלו דלוקח מחזיק מצד קניתו מלוה מקודם ושפיר גבי. מכ"ש כאן דלוקח מלוה לא נתכוין לזכות בקרקע בתורת יאוש:

ועוד בשלמא יאוש וש"ר עכ"פ הקונה מתכוין לקנות מהגזלן והוי כסבר שהן של גר אחר כו'. דבמכוין לזכי' שוב זוכה מהפקר ואף בש"ר קודם יאוש לרמב"ם מ"מ במטלטלין זכה חצרו שלא מדעתו אחר היאוש כו' משא"כ בקרקע ובבע"ח דבמה שקנה הקרקע

אין זכיה ואח"כ כבר שלו ואין במה יזכה ומה שמחזיק ועודר אח"כ סבור דשלו. ועוד שאינו מורה כלל דשלו מתורת הפקר דמלוה דגם שאינו זוכה מחזיק כבשלו כל שלא גבאו מלוה וזה אינו קנין כמ"ש הרא"ש גטין פ' הזורק ותיחוד ותפתח כו' דבאשה שגם בלא קנין סוגרת אינו מורה דנעשה שלה לא קני בנעילה לחוד רק תיחוד ותפתח ע"ש. וא"כ גם לאביי לא מהני וגבי שפיר כנ"ל. ועוד דאין לוקח יודע שנפל השטר ממלוה להתכוין לקנות כנ"ל. ואף בדין הנ"ל בהפקיר המלוה קודם שגבה יש להסתפק לאביי אף במתכוין לוקח לזכות די"ל דרפוי מרפי' בידים כדאמר ב"ב קמ"ב דכשמסופק בזכותו מהפקר לא קני. וגם כאן בלוקח אם יפרע לוה לא זכי בתורת הפקר כנ"ל. ואינו מוכרח די"ל דוקא רפוי כו' אם ישאר שלו ע"י זכי' זו. אבל ברפוי רק אם ע"י זכי' זו זוכה או דבלא"ה שלו אבל עכ"פ שלו יהיה ודאי י"ל דמהני כנ"ל:

אולם בש"ע פ' תרווייהו כהרמב"ם ז"ל דאם החזיר גובה ובתכריך ואגודה כהרא"ש ע"ש. ודוחק לומר דלהרא"ש ג"כ כנ"ל דלא מהני רק אי מיאש מגוף החוב. רק במוצא ניהו דסתם לא מיאש שסובר דהלוה יודה מ"מ בתבעו אחר שאבד השטר וכפר י"ל דמיאש כדאמר בש"ס פ"ב בהשכירו לג' ב"א כיון דתבעינהו ולא אהדרי דעתי' למגזל ומיאש וכן סלע מג' כו'. ואף דעתה נפלי אהדדי ומתברר דממלוה נפל מ"מ בלא אגודה נתיאש כבר דלא יוכל לברר. ושוב אף דלוה אינו נפטר ע"י היאוש דכבר נתחייב וכגזלה. מ"מ עכ"פ לא גבי מלקוחות כיון שנתיאש מגוף החוב והם לא נתחייבו כנ"ל וגם שקנו קודם חשוב בהתירא דאין עליהם חיוב. וגם הוי ש"ר כנ"ל. או עכ"פ כשקנו אחר כפירת הלוה. וא"כ יגבה שלו כדין ולא יחזיר דשפיר יש לחוש כשאבד מלוה שטרו שתבע ללוה בע"פ וכפר דזה שכיח כנ"ל. אבל בלא נתיאש מהחוב רק מהשיעבוד שצריך קנין י"ל דלא מהני גם להרא"ש כנ"ל:

אך א"כ גם כאן ניחוש להכי אף לשמואל דל"ח לפירעון מ"מ שמא תבע כנ"ל ונתיאש ויגבה מלקוחות שלא כדין אף דמודה משא"כ באין אחריות כנ"ל. ואי לא חיישינן להכי משום דעמד בדין קלא אית ליה והי' יודעין א"כ גם שם באגודה שכ' הרא"ש שייך כנ"ל. וגם גוף הדין לא מצינו בכפר ואח"כ מצא השטר שיחשב יאוש. וי"ל דלא קשה הנ"ל בכאן. דלענין אם כפר לא לויתי אינו מיאש דימצא עדים אף שכפר רק על פרעתי כנ"ל וא"כ הא גוף השטר דבר שיש בו סימן שכ' מלוה והלוה רק הספק בין שניהם אבל עכ"פ ימצא והמוצא יהיה ידוע. וא"כ בשלמא לדידן דח' לפירעון בנפל שפיר י"ל כשכבר כפר פרעתי קודם שנמצא מתיאש דכשלא יפלו אהדדי אף שימצא יהיה הדין לא יחזיר מח' פירעון ושפיר מיאש מגוף החוב גם נגד הלוה כשטוען פרעתי ושוב מהני היאוש נגד

לקוחות כנ"ל ואף דנפלו אהדדי לא יחזיר. משא"כ כאן למ"ד ל"ח לפירעון א"כ מ"מ לא מיאש אי כפר לו לוה יוכל למצא עדים. ואי כפר פרעתי לא מיאש דהא ימצא השטר עכ"פ ויחזיר למלוה דל"ח לפירעון ופריך שפיר כנ"ל. ומיושב ג"כ דלמאי דחייש לפירעון מהני החזיר דיעבד שיגבה גם מלקוחות דכיון דבלא כפר שלא נתיאש מגוף החוב לא מהני היאוש כנ"ל. ורק חשש שמא עמד בדין וכפר ונתיאש כנ"ל. שוב כיון דקלא א"ל ולא שכיח רק מ"מ חשש איכא וזה שוב רק לכתחלה אבל דיעבד אין חוששין להנ"ל כמו בחשש פירעון וכ' ללות דבהחזיר לא חיישינן כנ"ל. כן לענין חשש הנ"ל. ושפיר י"ל גם לדידן כהרא"ש ומ"מ דיעבד מוחזר כנ"ל:

אולם דוחק שיחשב יאוש אף בכפר. וי"ל כיון דכופר במלוה כשר משום אשתמוטי משמט מה"ט גופא לא מיאש אף שכפר דמ"מ ישלם. ולא דמי להא דפ"ב בפקדון כו'. אך בכפר ונשבע היסת כדינו דלא שייך אשתמוטי שוב מיאש. והא קי"ל דלא כרב דסבר שבועה קונה ונשבע ובאו עדים חייב. אך י"ל כיון דבאו עדים איגלאי שלא נתיאש דידע שיש עדים. או דכפירתו היה על ההלואה דסתמא ימצא עדים כנ"ל. כמו ברבע שורו כנ"ל. מ"מ לא מצינו גם כה"ג באבד ותבעו וכפר ומצא השטר שלא יגבה מלקוחות ולמהרי"ק גם מלוה. ואף דבמה דקי"ל קם דינא אף דממ"נ כו' כ' ת"ה הטעם משום יאוש ע"ש. מ"מ היינו בספק לתובע ג"כ שהדין כן. משא"כ במה שמצד כפירה יפטור בדבר שיודע שחייב:

ואפשר לפרש בד' הרא"ש כמ"ש תוס' ב"ב ע"ו דהא דממעט שטרות מאונאה במצא אחר יאוש ומוכרו למלוה דמהני מכירתו מה"ת ופי' הח"צ הנ"ל שקני המוצא הנייר ביאוש ומוכרו למלוה לגבות מלקוחות ע"ש. אף דלכאורה תמוה דניהו דנייר דמוצאו מ"מ בשטר שבידך זכות יש לו בו צריך להראותו כו' וגם בלי מכירה צריך להראותו שיגבה בו. אך תוס' כתובות פ"ה כ' דמהני תפיסת השטר הן עבור חוב והן בקנין מסירה לחוד לענין לעכב שלא יצטרך ליתנו למלוה לגבות בו ויהיה דחוק ומוכרח לשלם לזה התופס ע"ש. וקשה ג"כ זכות יש לו בו כו' אך בתפיסה י"ל בתורת כפי' עד שישלם חובו דרשאין כל מיני כפי' מותר ג"כ שלא להראות זכותו כדי שישלם. אך בלקוח שכ' תוס' דקני לענין זה במסירה מה בכך דשלו מ"מ כנ"ל. ושוב ראיתי דשטה מק' הקשה שם על תוס' כנ"ל. ותי' כיון דהקנה לו לזה שיתפסנו ולא יצטרך להראותו מהני ע"ש. וא"כ יש להסתפק דכיון דמבואר ס' ס"ו דהפקיר שט"ח לא מהני משום דמסירה בעי מיד ליד ומאן מסר ליה כו'. והא דלא מהני משיכה כו' כ' שם טור ופ' משום דאין השיעבוד נמשך או מוגבה ע"ש. וא"כ לענין הקנין שכ' תוס' שיזכה בנייר שיוכל לדחוק המלוה.

דנקנה במסירה לחוד משום דע"ז שפיר תפיסתו מוכחת עליו שזה הקנין יש בתפיסת גוף השטר. א"כ נקנה במשיכה והגבהה ג"כ דלא שייך טעם הנ"ל שאין השיעבוד מוגבה כו'. וא"כ שוב גם בהפקר ויאוש מהני ג"כ אף דאינו מיד ליד וזוכה המוצא אחר יאוש לענין קנין זה בשט"ח שלא יצטרך ליתנו למלוה עד שיקנה ממנו. והיה מיושב יותר לשון תוס' וסמ"ג שהמוצא מכרו למלוה כנ"ל דשפיר המכירה לגבי' כנ"ל:

אך להנ"ל מה בכך שהוא שלו מ"מ זכות יש לו בו כו' דבשלמא שם בלוקח הקנה לו השטר לענין זה וכמו שיכול להקנותו לענין כל החוב ג"כ כן מהני הקנאתו שיהיה לענין זה קנוי לו גם החוב שלא יצטרך להראותו לזכותו שיוכל לגבות בו כמו עבדו לקנס וכה"ג דמהני. משא"כ ביאוש והפקר ניהו דזכי המוצא מ"מ אף דשלו צריך להראותו. אך י"ל דא"כ לא הי' מהני מסירה לחוד ג"כ דאין התפיסה מוכחת רק דשלו הנייר והא מ"מ צריך להראותו וקנין זה לענין החוב שיהי' קנוי לו שלא יצטרך להראותו שוב אינו בגוף הנייר שזה דבר נוסף על מה שהנייר שלו. וע"כ צ"ל שמ"מ לא דמי להשיעבוד לענין לגבות אינו כלל בגוף הנייר משא"כ לענין הנ"ל שלא יצטרך להראותו שהוא רק מצד תפיסתו כנ"ל. וגם כיון דכתיב שם המלוה אדרבה תפיסתו של זה האחר מוכחת בתורת תפיסה שלא יצטרך להראותו כנ"ל. וא"כ כיון שזה נתפס בקנין נייר השט"ח י"ל ביאוש ג"כ מהני דהא נתיאש באבידת השט"ח שלא יהיה לו זכות זה לגבות בו ממילא זכה המוצאו ג"כ לענין זה שלא יצטרך להראותו ומהני זכי' זו בגוף השטר כמו אם היה הדין דהחוב נקנה במסירת השטר שהיה זוכה המוצא בהחוב ג"כ וכמ"ש בעה"ת וש"ע הנ"ל. וכיון דלענין זה מהני מסירה ומשיכה זכי ביאוש ג"כ כנ"ל. וי"ל דתליא ג"כ אי זכו בגוף המשכון עד שאתן לך מנה אי מהני שנסתפקו תוס' פ"ק דקדושין אי מנה אין כאן כו' שכל שאין לו שיעבוד הגוף א"א שיהיה לו זכות זה שיחזיק חפץ של חברו עד שיתן לו מעות וכמשמעות לשון הש"ס אם אינו קונה משכון צדקה מנין דהיה מחויב להחזיר אף שנתנו לו ע"ד כן להחזיקו בתורת תפיסה עד שישלם לו לא היה מהני בלי קנין בהחפץ. או דמ"מ מהני כיון דמצינו כבר קנין משכון ע"ש. וא"כ כיון דהחוב לא יקנה לו לא מהני כלל הקנין לענין זה שלא יצטרך ליתן לו לזכות לראיה. ואי מהני זכי מהני גם בהנ"ל אולם אף להפ' דלא מהני שם מ"מ יש להסתפק במלוה על המשכון יכול להקנות המשכון בלא החוב כיון דהוא יש לו שיעבוד הגוף. ומדרבנן ודאי מהני כמו מכירת שט"ח רק מה"ת י"ל ג"כ דמהני:

אך בשטר לענין שלא יצטרך להראותו אין תלוי בהנ"ל במשכון גמור דאף דהפ' מדמין הנייר למשכון מ"מ מטעם זכות כו' והשבת אבדה. ומהפ' בקדושין בקדשה במסירת

שט"ח דאחרים בלי כתיבה דשמינן הנייר ע"ש ס' כ"ח. והא אף דאינו ש"פ שוה למלוה לגבות כיון דמסירה לחוד קני לענין זה שלא ליתנו לו וע"כ דצריך כנ"ל. אך מגמ' לא מוכח ובש"ע ח"מ ס' ס"ו ס"א דבמסירה לחוד יכול לתפוס הנייר ע"ש. ובש"ך ס"ק ו' בשם הריטב"א דבמתנה קני הנייר ומ"מ צריך להראותו משום זכות יש לו בו כו' ע"ש. ומ"מ לבעה"ת דסובר דמכירת שט"ח במסירה לחוד ג"כ קני הנייר כו' ע"ש בש"ך ס"ק ט' י"ל דקני גם שלא יצטרך ליתנו למלוה לגבות בו שבמכירה הקנה לו זה כיון דאמר קני כו' וכל שיעבודי' רק לגבות א"נ במסירה אבל לענין להחזיקו שלא להראותו בתורת השבת אבידה שקנין זה תלוי בהחזקת גוף השטר שפיר קנאו גם לשיעבודו לענין זה כנ"ל. דבשלמא מתנה תולין בפחות דרק גוף הנייר לחוד כמו דאחריות לאו ט"ס במתנה. משא"כ מכר דהדמים מודיעים ואדרבא מתמה בש"ס וכי לצור. וא"כ באומר קני כו' וכל שיעבודי' שוב שפיר עכ"פ אמרינן דהקנין כנ"ל שלא יצטרך ליתנו עד שיקנהו מלוה ממנו כיון דגוף הנייר של לוקח מ"מ צריך לטעמא דלצור דאל"ה היה זה נהנה וזה לא חסר. משא"כ כיון דקנאו לצור שוב קנאו גם לענין זה שלא יצטרך להראותו כו'. ואף אי נימא דצריך להראותו כנ"ל מ"מ למ"ש בעה"ת הובא ב"י וש"ך שם ס"ק ס' דיכול לוה לומר לא אפרע עד שתחזיר לי שטרי כיון שישנו בעולם ביד לוקח א"צ ליקח שובר והש"ך פ' כן ע"ש ואין כופין ללוקח ליתנו דהא הנייר שלו. א"כ כ' שפיר בעה"ת דשוב במסירה לחוד נתפס קנין זה שישאר שלו ולא יוכל מלוה לגבות כלל מלוה כשלא ירצה לפרעו עד שיתן שטרו עד שיתן לו המלוה כמה שירצה לוקח ושפיר קנין זה מהני. וממילא א"ש ד' תוס' וסמ"ג דמשכחת מכירה בשטר מה"ת בקנאו ביאוש דלענין זה מהני קנינו כנ"ל:

ומיושב בזה מה דמתמה הש"ך ס"ק ה' וכ' על רמ"א שלא כיון יפה ועל בעה"ת שד' אין ישרים בעיניו שכ' דאין בו משום אונאה כו' דתמוה הא לא קנה ע"ד הנייר. ועוד דשוב יש בו אונאה אי מכרו לצור כמ"ש בש"ס להדיא ע"ש. ולע"ד לא קשה מידי דבעה"ת לטעמי' כנ"ל. ומהני במסירה לחוד קנין השטר חוב לצור וממילא שלא יוכל מלוה לגבות בו מלוה כנ"ל עד שיקנהו לו הלוקח. ושוב אף שנתן דמים יותר שוב אין אונאה לשטרות. דגם קנין הנייר הוא לענין השיעבוד לא לגופו לחוד כנ"ל פשוט. ובחנם השיג על בעה"ת ואף דמתוס' מוכח קצת דנקטו במוצא שטר חוב ויאוש ולא כ' דמהני מה"ת מכירה זו לענין זה שיוכל לתפוס כנ"ל. ושייך למעט מאונאה. די"ל דתוס' ס"ל דגם לענין זה לא מהני מה"ת דלדעת ר"ת לא מהני זכי במשכון כשאין חוב כנ"ל. משא"כ עתה דמהני מכירת שטר חוב מדרבנן שוב נקנה קנין זה במסירה לחוד כנ"ל. ועוד די"ל דבעה"ת סבר

דמהני זכי במשכון כו' ומהני באמת מכירה זו לענין תפיסה מה"ת וצריך למעט מאונאה כנ"ל. דאי לא יועיל המכירה גם יאוש לא הי' מהני כנ"ל. והיינו דקאמר הש"ס אין לצור וכנ"ל. או משום דלא אמר וכל שיעבודי' אין זה בכלל ע"ש משא"כ באמר ומסירה לחוד כנ"ל. ואדרבא מיושב יותר דלא אמר בגמ' בקדושין שמין כו' בברייתא דאוקי במסירה לחוד ע"ש וא"ש בתוס' כתובות גבי מלוגא דשטרי הנ"ל דהי' מועיל לקוח במסירה לחוד לענין לדחוק את המלוה כנ"ל ע"ש:

אמנם אין ראי' מתוס' הנ"ל דשם מיירי שתטעון לקוח לגמרי עם כתיבה רק שטר הי' לה ואבד רק דא"נ וצריך להביא ראי'. והיינו לגבות. משא"כ לענין לדחוק המלוה ושלא תצטרך להראותו שפיר נאמן הלוקח וא"צ להביא ראי' דלענין זה חשיב מוחזק גמור דהא טוען דהשטר לגמרי שלו עם החוב וא"צ להראותו כלל למלוה לגבות דאין לו זכות בו כלל דיגבה שלא כדין. וכמו טוען שטר שלך זכות יש לי והלה כופר כנ"ל ושפיר א"ל מיגו כנ"ל. אבל במודה שלא הי' רק מסירה לחוד אפשר דמודים תוס' שא"י לתפוס וצריך להראותו שיגבה בו מלוה משום זכות כנ"ל. אולם לשון התוס' כתובות פ"ה קני בלא שטר כו' משמע קצת דקני במסירה לחוד לזה ע"ש. ומלשון הרא"ש שם משמע קצת דרק לענין ראי' ע"ש:

וא"כ הי' אפשר לפרש כאן בהרא"ש ז"ל דאי לאו כרוכין הי' יאוש וקנה המוצא נייר השטר כנ"ל לתפוס עד שיקנהו והי' הדין דא"צ להחזיר עכ"פ. ואף דפ' הכותב כתב הרא"ש כחכמי פריוונציא דכשלא פרע צריך להחזיר הנייר דשל לוה הוא ע"ש. מ"מ עכ"פ משכון ביד מלוה הוא. או לגמרי שלו קודם פורעין דס' מקנה היא כו' רק כשפורע הוי דלוה. ועכ"פ זכה המוצא אחר יאוש של המלוה בתורת משכון או דאף אי דלא כנ"ל רק שזוכה בגוף הנייר וגם צריך להראותו לזכות המלוה לגבות. מ"מ כל מלוה שוה אצלו שיהי' ראי' שלו אצלו ולא יצטרך לכוף בכל זמן שירצה לגבות את אחר להראות כנ"ל וא"ש ג"כ לשון תוס' וסמ"ג דהמכירה למלוה מה"ת כנ"ל. ושייך אונאה ואימעוט כנ"ל. ובפרט עכשיו דתיקנו מכירת שטרות. שוה למלוה שיוכל למכור החוב משא"כ כשהשטר ביד המוצא עכ"פ לא שייך לשון יחזיר כיון שא"צ להחזיר כנ"ל. ורק משום כרוכין כו' אך מ"מ גם כאן למה נקיט יחזיר הוא ג"כ כנ"ל שא"צ להחזיר עד שיקנהו ממנו כנ"ל:

וי"ל דהא נגד הנייר שוב חשוב דבר שיש בו סימן והספק רק נגד הלוה ואי יודה יחזיר לו ולא מיאש דבשלמא לענין השיעבוד עכ"פ לא יגבה. משא"כ לענין הנייר כנ"ל. אך כיון דעכ"פ הדין לא יחזיר מחשש פרעון וקנוני' אף שמודה לוה א"כ גם לצור לא יהי'

לו למלוה שא"א להחזיר לו שלם. ואף דקרוע יחזיר מ"מ שוב אינו שוה פרוטה ואבדה שאינו שוה פרוטה אינו צריך להחזיר א"כ שפיר מיאש לגמרי מגוף הנייר והוי דמוצאו וכ' הרא"ש שפיר באינם כרוכין דזוכה עכ"פ בנייר ולא שייך יחזיר. משא"כ כאן אם הדין דחייב מודה מהני ויחזיר למלוה שוב אין מיאש גם מהנייר דכשיודה לוה יוחזר לו שלם שראוי לצור ושוה פרוטה וגם לראי' כנ"ל. ומ"מ בש"ע פסק שפיר כהרמב"ם ז"ל דאף דחיישינן לפרעון ולא יחזיר באמת זכי המוצא בנייר ומ"מ צריך להראותו לגבות משום זכות כנ"ל וכשפורע צריך להחזיר ללוה כנ"ל. ושפיר הדיוק במשנה לא יחזיר ואינו גובה הא החזירו שפיר גובה דחוב אינו יאוש כנ"ל. ובשטר שאין בו אחריות שפיר יחזיר גם לצור דאינו מיאש דכשיודה לוה יוחזר לו שלם לצור וש"פ דע"כ בהכי מיירי דש"פ שלם לצור דאל"ה למה יחזיר. וקרוע אינו שוה פרוטה דאל"כ גם יש אחריות יחזיר קרוע וע"כ דמיירי כנ"ל. וא"כ אמר גמ' שפיר בא"ב אחריות לר"מ מחויב להחזיר גם הנייר דלא מייאש כנ"ל. וא"ש:

עוד י"ל לכאורה דאינו מובן לשון הגמ' גבי תכריך ואגודה מה מכריז כו' למ"ל הכרזה הא כ' שם המלוה ולוה והספק רק ביניהם מי שיאמר, סימן. וי"ל דנכלל במשנה בשטרות שכ' סתם ממך או לכל מי שמוציאו דשייך שפיר הכרזה. ולכך בסיפא ג' מא' כו' יחזיר למלוה או ללוה ובהא דתכריך סתם כי נכלל כנ"ל. ושייך מי שיתן סימן לו מחזירין. וממילא א"ש ד' הרא"ש דשטר כזה נקנה במסירה כמ"ש בש"ע. וממילא מהני יאוש ג"כ להפ' דחשוב מסירה ע"ש. דנכלל כל השיעבוד בשטר ותפיסתו מוכחת וי"ל דזכה המוצא בחוב ג"כ כנ"ל. ולמהרי"ק ורמ"א שפיר נפטר לוה מחובו אם אין המוצא זוכה ביאוש להפ' דהפקר לא חשיב מסירה מ"מ בזה שפיר נתיאש מהחוב דמי שימצאנו לא יחזירנו כיון שאין סימן מי המלוה אם אין כרוכין. ואף שהלוה כשר לא יצטרך לשלם ע"פ דין דשמא יתבענו אחר ולא יועיל שובר של זה והוי יאוש לגמרי כנ"ל:

ובזה יש לישב מה דתמוה מאוד פ"ב כ"ח דדייק רבא דאי ס' דרבנן משום ניחא לי' ופריך מתכריך של שטרות כו' א"א רבא ס' דאורייתא דכ' עד דרוש הדר אמר רבא את"ל ס"ד ופריך הא מיפשט כו' ומשני משום דא"ל כשדנין כו' היינו בעדים. ותמוה דהפשיטות מתכריך שטרות לא משני מידי. ע"ש בראשונים שנדחקו מאוד וכן בהא דדייק מדרשהו אם רמאי מ"ל בס' ודחי לא בעדים ופי' רש"י עדים דשלו. ומה שייך דרשהו כו' דמינה יליף במתני' דרמאי אף בס' לא יחזיר ובעדים ודאי מחזירין ע"ש בתוס' ובעה"מ פי' עדים שאינו רמאי ועדיין הקושיא ע"ש. ולמ"ש י"ל בפשיטות דודאי דסמנין הם ראי' גם מה"ת רק דלא מהני נגד הרוב שאינו זה כמ"ש הפ"י וא"כ כשיש עדים שא' משני ב"א אבדו

דבר זה רק א"י מי מהם שוב מהני ס' מה"ת א' נגד הב' אף שאין הב' כאן וא' נותן ס' מחזיר לו ובזה שייך מה"ת דרשהו אם רמאי אין מחזירין לו בס' שמא שמע מהב' כנ"ל. וא"כ מיושב דבהא דתכריך כו' אף אי ס' לאו דאורייתא מ"מ בספק בין מלוה ולוה שפיר י"ל דמהני ס' מה"ת כנ"ל. וא"כ אף בכ' לכל מי שמוציאו כנ"ל. דהספק מכל עולם על מלוה אחר. מ"מ לענין אחרים שוב שייך טעמא דרבא ניחא לי' לבעל אבדה כו' דאל"ה לא יהי' לו ג"כ כנ"ל:

וא"כ א"ש דמחזירין למלוה בס' דנגד אחרים מהני התקנה ולענין הספק בין מלוה ללוה דלא שייך התקנה שוב ע"ז מהני מה"ת שאינו נגד הרוב כנ"ל:

וממילא גם בכ' עד דרוש כו' דס"ד בש"ס בסימנים דע"כ בעדים לא שייך מ"ש במשנה אם רמאי כו'. ומשני בעדים ואי ס' לאו דאורייתא יש לפרש בעדים שנפל מב' ומחזירין לא' שנותן ס' דמהני מה"ת כנ"ל ודרשהו אם רמאי כו' וא"ש דאמר רבא את"ל ס' ל"ד ופריך כו' ומשני דאיכא למימר כדשנין והיינו בעדים כנ"ל. דנגד א' מהני מה"ת ושוב לא קשה מהא דתכריך כו' והדין ס' וס' יניח כמ"ש ראב"ד אף א' נותן ס' מובהק והב' אמצעי כיון דשניהם מה"ת יניח משא"כ סל"ד הי' לזה דנותן מובהק כנ"ל:

אך קצת דוחק דלא הוזכר מובהק ואינו מובהק רק ס' וס' משמע שלוה דאח"כ הוא דמחלק מדת ארכו כו' ע"ש:

ולמ"ש מיושב בפשיטות דקאי אמלוה ולוה דמיירי בי' מתכריך שטרות דאי ס' דאורייתא במלוה ולוה יניח דגם ס' דמלוה מהני מה"ת לראי' דשלו גם נגד אחרים משא"כ אי ס' ל"ד ומ"מ בשטרות מהני ס' המלוה כנ"ל. דנגד אחרים מדרבנן ונגד הלוה מה"ת כנ"ל. א"כ זה דוקא כשאין הלוה נותן סימן כנ"ל. משא"כ בלוה נותן ג"כ ס' אמצעי כמו המלוה שוב מחזיר רק ללוה דס' דמלוה עכ"פ לענין דשלו רק דרבנן ומה"ת שמא אינו חייב לו רק לאחר דיש רוב כנ"ל אבל סימן דלוה שפיר מהני מה"ת שמי שהוא המלוה באמת אינו רק א' ואינו כאן ליתן ס' ומהני ס' דלוה נגדו מה"ת. והוי ממילא כמובהק ואמצעי כו'. ואין הדין יניח רק את"ל ס' דאורייתא. ושפיר אמר לה אחר הא דתכריך כנ"ל:

אמנם עיקר נראה לע"ד הפי' בד' הרא"ש ז"ל. דהנה קשה הא נפל איתרע וקי"ל ח' לפרעון ואיך יחזיר אף אי ממלוה נפל. אולם הרא"ש ז"ל כ' מצא בכלי כו'. דכיון דע"י הסימן מתברר אי ממלוה נפל אי מלוה לא חשיב איתרע ע"ש. ולכאורה הפי' הפשוט דאין המלוה נזהר כ"כ שלא יאבד כיון שיש בו סימן וכשימצא יחזירנו לו שיתן סימן ושוב לא איתרע בנפילה כנ"ל. וא"כ קשה למה לי' להרא"ש ז"ל כאן בתכריך לומר הטעם באין כרוכין משום יאוש דלמא לא נפלי אהדדי ולא יהי' ס'. הא בלא יאוש הא שוב נפל

איתרע דודאי הי' לו ליזהר דכשלא יפלו אהדדי לא יהי' לו סימן ובירור כנ"ל. וממילא אף דעתה יש סימן ובירור דממלוה נפל מ"מ שוב חיישינן לפרעון ולא נזהר לשמרו ככל נפל איתרע כנ"ל:

אולם נראה דאין הטעם של הרא"ש ז"ל דלכך אינו נזהר משום הסימן דמ"מ אולי לא ימצא כלל או ברוב נכרים מא"ל. ולכך לע"ד הפי' דסבר ג"כ כהרמב"ם ז"ל דההחשש דנפל איתרע רק לענין דלכתחלה לא יחזיר הא החזירו גובה בו ולא מפקינן השטר מחזקתו על ידי החששות כנ"ל:

אך דסובר דכיון דפקדון כל היכא כו' ברשותיה דמריה א"כ בשלמא כשיש חשש ספק מצד עצמו או השטר של המלוה או דלוה וכה"ג עכ"פ לא חשוב ברשותו דמלוה ושוב אף דמודה לוה עתה שייך חשש קנוניא וממילא אין מחזירין ועדיין לא חשוב ברשותיה דמלוה דכל שאינו יכול להוציאו בדיינין חשוב אינו ברשותיה ולכך מה שנאמר הדין מחזירין הוא שעל ידי זה יחשב ברשותו וזה חשוב לכתחילה ולא יחזיר כנ"ל. משא"כ ביש ס' ובירור דממלוה נפל והמוצא אינו גזלן וחשוב ברשותיה דמלוה אצל שומר שלו כמ"ש הרמב"ן דלא מהני יאוש מה"ט דברשותיה קאי אם כן הוי כהחזירו דגבי בו כיון דמיד חשוב ברשותו כנ"ל. ושפיר כתב הרא"ש כיון דעל ידי הסימן מתברר כו' כנ"ל. ואם כן גם תכריך אי לאו יאוש לא היה מזיק מה שאיתרע בנפילה דסבר שלא יפלו יחד דמ"מ עתה מתברר דממלוה כנ"ל. ולכך כתב הרא"ש שפיר דעכ"פ מייאש מגוף הנייר שמא לא יפלו אהדדי וא"כ זכה המוצא בגוף השטר. וא"כ שוב אינו ברשותיה דמלוה. וא"כ מצד זכות יש לו בו כו' א"י לגבות כלל שוב מטעם נפל איתרע כנ"ל. דלא יחזיר לכתחילה כשאינו בידו כנ"ל. וא"ש בפשיטות. ומיושב כאן בפשיטות דצריך לחששות הנ"ל דנפל איתרע דאל"ה לא היה מזיק היאוש כלל דלא מהני בחוב ורק משום דנפל כנ"ל. וכן דיעבד שהחזירו שפיר גובה בו כיון דהחששות לא ח' דיעבד שוב גובין בו כנ"ל דיאוש לא מהני בחוב. ואדרבה מוכח דסבר כהרמב"ם ז"ל ושפיר בש"ע פסק תרוייהו כנ"ל:

שב"ד נפרעין כו'. הלשון אינו מובן מה לו לתלות בב"ד היה ל"ל שגובה מלקוחות או אינו גובה ולר"א ושמואל א"ש דנקיט אין ב"ד נפרעין כלל גם מב"ח דאומר ר"מ כו' ואתי לאורויי דבמפורש בהדיא לגבות ב"ח שלא מחל ג"כ לא יחזיר. ורק משום דאין נפרעין. וגם נראה דגם לתוס' דטעמא משום שמחל על ב"ח כמו משעבדי. מ"מ אין הפירוש דפטור לגמרי דאם כן למה לקח השטר הא רק מתנה. רק נראה דהכפי' מחל לו מה שב"ד גובין מב"ח בתורת שעבוד דמיניה או בתורת כפי' מדר"פ דמכין כו' ועד שאתה כופהו בגופו כופהו בנכסיו:

זה מחל כיון שאין בו אחריות הפירוש דמחל הגבי' מנכסיו. אבל על הלוה בעצמו עדיין המצוה עליו פריעת בע"ח. וכעין ההוא דכתובות בלוה על מנת שלא לפרוע ע"ש. ומ"מ שפיר יחזיר דאין הפסד כיון שב"ד לא יגבו בע"כ והלוה יודע אם חייב או לא. ושפיר נקיט רק שאין ב"ד נפרעין מהן. ולר' אסי י"ל דנקיט ג"כ משום דחייב מודה אם כן אין נפרעין כלום ע"י השטר דממנו בל"ז הא מודה וממשעבדי לית ביה אחריות. ולאפוקי כשאין מודה דנפרעין על ידי השטר מב"ח לא יחזיר כנ"ל. והיינו למסקנא:

עוד יש לומר דהא גם באין בו אחריות קשה למאי דפ' בש"ע מלוה על פה מוקדם קודם לשטר מאוחר לגבות מלוה אם כן שייך שמא כתב ללות בניסן כו' והלוה אחר כך בשטר ויפסיד בעל השטר. אך בשיטה מקובצת לקמן י"ט ע"ב גבי מתנה וכי תימא כו' דילמא יזייף כו' ולא מצי גבי מיניה כו' לא דמי דהתם אי טריף שלא כדין בגזילה ממש הוא בידו אבל מתנה זה כו' אעפ"י שמונע בע"ח מלגבות שלא כדין כו' מ"מ שלו כו' עיין שם. ואם כן לא קשה דכיון דחייב מודה שזמנו קודם אם כן מקנה לו מדעתו וניהו דבעל חוב מאוחר שקדם כו' קי"ל לא גבה מ"מ כיון דמודה שמגיע לו קני באודיתא דבידו ליתנו לו רק שבעל השטר היה גובה מבעל חוב זה שגבה כמו שגובה מלקוחות. א"כ כיון דהמכירה כדין דמכאן ולהבא גבי רק מונע מלטרוף וע"ז לא חיישינן שאינו גזלה. ומיושב גם כן הלשון דבאחריות ב"ד נפרעין וחשוב גזילה כו' וחיישינן. משא"כ א"ב אחריות אין ב"ד נפרעין רק מונעים מלטרוף מה שקנה ע"פ הודאתו וע"ז לא חיישינן שמא כתב כנ"ל:

ולהרמב"ם ז"ל דהחזירו גובה בו ולא חיישינן לחששות הנ"ל בל"ז א"ש דבשלמא יש אחריות אין מחזירין לכתחילה לגבות שלא כדין. אבל א"ב אחריות דהקנין כדין רק שלא יטרוף ממנו בע"ח בשטר והא כשגבה שוב אין חוששין ושמא כתב ללות בניסן וכדין יהיה מה שלא יטרוף ממנו. ממילא יחזיר כיון דהגביה במודה כדין שוב כנ"ל כיון דגם עכשיו אין חשש הנ"ל מועיל לענין שנוציא ממנו כנ"ל. ומיושב ג"כ הלשון דבשלמא החשש לענין לקוחות דעיקר השטר עומד לכך שייך לכתחילה לא יחזיר דהא ב"ד נפרעין דלזה עומד ושמא שלא כדין. משא"כ א"ב אחריות דעומד לגבות מלוה וזה כדין רק חשש מן הצד שמא יש עוד מלוה. ולענין זה אינו עומד ויחזיר כיון שדיעבד מוחזר כנ"ל:

גם יש לומר למה דאמר בש"ס דפריך כי אתי למטרף יאמרו לקוחות אייתי ראיה אימת מטי שטרא לידך כו' דהנפילה א"ל קול עיין שם. ומשני דכיון דאהדרוה רבנן לשטר חוב למאי הלכתא אהדרו למטרף הוא ש"מ קמו רבנן במילתא כו' ע"ש י"ט. ואם כן זה

שייך ביש אחריות ועומד למטרף לקוחות שייך קמו ביה כו'. מה שאין כן אין בו אחריות דעומד רק לגבות מלוה וכשמזדמן בעל שטר יאמר אייתי ראיה דלא שייך מדאהדרו כנ"ל. דאין עיקר השטר עומד לראיה נגד מלוה בשטר. וא"ש לשון אין ב"ד נפרעין כו' ולא שייך מדאהדרו כו' כיון שאינו עומד לטרוף כנ"ל. וזה להפוסקים דלא כהרמב"ם. דבאמת קשה מש"ס הנ"ל דכיון שיחזירו שוב לא יוכלו לומר אייתי ראיה כיון שבידו וע"כ דגם שכבר בידו יכולין לומר כו' בידוע מהנפילה. ואף דגם להחולקים מ"מ כשכבר יגבה לא יוכל המלוה בשטר לומר אייתי ראיה להוציא מספק. דע"כ לא נחלקו רק לענין לגבות בהחזירו דיעבד משא"כ להוציא. מ"מ כשיבאו שניהם לגבות יאמר אייתי ראיה כיון דהנפילה ידוע ויהיה כהאי דחד בכ"ה בניסן וחד ניסן סתמא דקי"ל הך דכ"ה קדים. ויגבה שפיר בעל השטר ורק לחוש כשיגבה ולא יהיה נודע משטר ואחר כך לא יוציא. אם כן לענין זה שייך כמ"ש דבאמת א"א להוציא מספק. ושפיר יחזיר ואין מונעין מחשש הנ"ל שיהיה כדין אם יתרמי כן. (ובלא זה י"ל דלא שייך קנוניא לענין בעל שטר מאוחר כיון דישאר בע"ח ל"א כמ"ש תוס' במוחל אי צריך לשלם כל דמיו ל"ח עיין שם. וכן רש"י פירש קנוניא משום לוקח שלא באחריות עיין שם). אולם י"ל שמא יש עוד קרקע שמכר ומדינא אין בעל השטר גובה שיאמר הנחתי כו'. וכשיגבה הבע"פ על ידי שטר זה הקרקע מב"ח יגבה בעל השטר מהלוקח שלא באחריות שלא כדין דבאמת הניח כיון דל"ל עד תשרי (שוב ראיתי בתומים שהקשה כן):

וי"ל דהא טעמא דר"ה גאון דע"פ קודם לשטר משום דשיעבודא דאורייתא ורק משום פסידא ודוקא מלקוחות. משא"כ נגד שיעבוד דשטר מאוחר לא שייך פסידא כו' עיין שם דהא גם הוא מלוה כמוהו כו'. ואם כן אפשר דדוקא מיניה לחוד משא"כ כשמכר כנ"ל שכשיגבה הבע"פ מוקדם מקרקע זו דבנ"ח יגבה בעל השטר מאוחר ממשעבדי כנ"ל. אם כן שייך שפיר פסידא דלקוחות כיון שלא ידע מהבע"פ היה יכול ליקח שהניח מקום לבעל השטר ב"ח מה דא"ל קלא. ואם כן יש לומר שאין בע"פ מוקדם טורף כלל מב"ח המשועבד לבעל השטר כשיש לוקח כו'. מכל מקום לא מצינו שחילקו בכך:

גם יש לומר כיון דחזינן דאף אי שעבודא דאורייתא מכל מקום אי לאו דאחריות טעות סופר לא היה גובה ואף דא"ל קלא דה"א דמסתמא כפי' שאינו רוצה לשעבד נכסיו. רק דטעות סופר. אבל לר"מ דלאו ט"ס שוב ניהו דמלוה על פה בעדים קדים משום דשיעבודא דאורייתא. אבל שטר שאין בו אחריות י"ל דגרע דפי' שאינו משעבד נכסיו כנ"ל. ומה"ת לא משעבדי נכסיו כנ"ל:

עוד י"ל פשוט דהא כתבו תוס' בכמה דוכתי דלכ"ע מוקדם ושטר ריבית עכ"פ כשר מב"ח ולענין לא לויתי לכ"ע דעכ"פ עדות שמשקר רק אף לענין פרעתי עיין שם. אם כן בשלמא יש בו אחריות לא יחזיר לגבות מחשש כתב ללות כו' ומוקדם פסול גם מזמן שני. משא"כ אין בו אחריות אף דיש חשש נגד מלוה כנ"ל מ"מ עכ"פ כשר מזמן שני דנלענין ב"ח לא פסלו דלא גרע ממוקדם גמור ושפיר יכולין לכתוב עליו שנפל ושיגבה מזמן המציאה דלא שייך נראה פסולו שאינו פסול כלל לענין ב"ח כנ"ל. ובלא נראה פסולו בב"ד מסיק הש"ך ס' מ"ג דמהני לכתוב עליו כנ"ל ע"ש:

ואף לר"מ לטעמיה דברבית משום קנס היתירא אטו איסורא ואם כן גם במוקדם אף מב"ח פסול לשיטת תוס' ב"מ ע"ב ע"ש. אולם דוקא במוקדם גמור דהא מחלק הש"ס ב"ק ל' עד כאן לא קאמר ר"מ אלא בריבית דמשעת כתיבה עביד שומא אבל כו' מי יימר דהוי שבחא כו' כיון דאינו ודאי עיין שם. אם כן במוקדם דכתב ולא מסר לענין בעל השטר דבשעת כתיבה מי יימר כו'. וגם לר"מ רק הפסול משום גזירה כו' וכשר מב"ח כנ"ל:

ועוד בפשיטות לא קשה מידי דלרש"י דהפירוש כתב ללות כו' תשרי שכבר לוה עכשיו רק שהיה סבור שכשר כו':

וחכמים אומרים לא יחזיר כו'. לכאורה תמוה לדידן דפלוגתייהו באחריות טעות סופר אינו ענין כלל למצא שטר חוב הא בזה ר"מ ורבנן שוים דהיכא דגובה ממשעבדי לא יחזיר וכשרק מב"ח יחזיר כו' והול"ל בעלמא שטר שאין בו אחריות ר' מאיר אומר אינו גובה וחכמים אומרים דגובה ממשעבדי כדתני בברייתא לקמן ולמ"ש לעיל אתי שפיר דקמ"ל בא"ב אחריות בחייב מודה דיחזיר אף דיש חשש לענין מלוה בשטר מאוחר וכיון דהוצרך לר"מ הוכרח לשנות פלוגתא דרבנן דלא יחזיר. אולם להרי"ף דשטר מאוחר קדים ואין רבותא כלל בחייב מודה דיחזיר כשגובה רק מב"ח אם כן לא שייך כאן:

וי"ל דקמ"ל דלכאורה באין בו אחריות לרבנן גרע דניהו דבעלמא טעות סופר מ"מ בנפל איתרע ונימא דבאמת התנה שלא באחריות ואינו טעות סופר ולכך לא נזהר בו דפסול לגמרי ויגבה בו שלא כדין לגמרי דנימא טעות סופר כשלא ידעו מהנפילה ויגבה ממשעבדי. והוי ס"ד דבאין בו אחריות גרע מיש בו ואף דיעבד החזירו לא גבי בו דמורה ע"ז מה שאין כתיב אחריות ונפל שהתנה בלי אחריות. משא"כ ביש אחריות דהחשש רק שמא כתב ללות כו' ואיקרי וכתב. וקמ"ל בין כך ובין כך לא יחזיר כדיוק הרמב"ם דשניהם שוים דרק לכתחילה הוא דלא יחזיר הא החזירו גבי. דכיון דהדין אט"ס אם כן אם התנו שלא באחריות וכ' סתם גם כן שקר גמור דיגבי ממשעבדי שלא כדין וגם כן רק

איקרי וכתב ודיעבד מוחזר כנ"ל. ומיושב דהוצרך להשמיענו כאן בנפל באין בו אחריות כנ"ל. וגם מיושב הלשון בין כך ובין כך הול"ל רק אפילו א"ב אחריות לא יחזיר. ולהנ"ל אתי שפיר שהרבותא רק דשניהם שוים כנ"ל:

ולהראב"ד דאינו גובה גם בהחזיר יש לומר ג"כ דקמ"ל דלא חיישינן כלל לחשש הנ"ל ונ"מ ביש עדים שנמסר יום שנכתב יחזיר גם באין בו אחריות דלחשש הנ"ל שמא התנה בלא אחריות ונימא גם כן איקרי וכתב ואף אם ראו ביומו אצל מלוה לא היה גובה וקמ"ל בין כך ובין כך כו' דגם אין בו אחריות לא חיישינן להנ"ל דהוא שקר גמור מהעדים שכתב סתם לגבות לגמרי שלא כדין וגם בזה החשש רק שמא כתב ללות בניסן כו' דמאן דלא ידע דר"א לאו רשע הוא ח' דאיקרי וכתב משא"כ להנ"ל וגם כן ביש עדים שמסרו מיד יחזיר וקמ"ל דשוים בין כך ובין כך לא יחזיר ורק משום כתב ללות כו':

שם אילימא בחייב מודה כו' לעולם כו' שמא כתב ללות בניסן כו'. ולכאורה תמוה כיון דס"ד דמהני חייב מודה ולא חיישינן לקנוניא א"כ גם חשש זה לא שייך כשמודה שנמסר ביום שנכתב ובשיטה מקובצת נדחק מאד דזה מלתא דלא רמיא עלי' ע"ש. ולע"ד פשוט דלכאורה קשה איך ס"ד דיועיל הודאתו בחב ללקוחות אף בלי קנוניא למה יהי' עדיף מעד אחד דעלמא דלא מהימן לממון. וע"כ הטעם כדאמר בגיטין נ"ד ע"ב מתוך שנאמן להפסיד שכרו נאמן ג"כ לפסול ס"ת ע"ש. דבלא חשש לקנוניא כיון דמודה לחייב עצמו שאינו פרוע ויגבה ממנו מה שיהי' לו אף דיכול להבריח מ"מ לא חיישינן להכי ונאמן גם לענין לקוחות דמסתמא אמת כנ"ל. ומש"ה ס"ד דמהני חייב מודה. משא"כ לענין חשש שמא כ' ללות בניסן ולוה בתשרי דאינו נוגע לו כלל דעכ"פ חייב רק לענין לקוחות פשיטא דאין מועיל אמירתו שלוה מיד ביומו שיועיל לענין לקוחות דלמה יהי' עדיף מעד דעלמא כנ"ל. ומה"ט נקיט בפירכא לישנא דחייב מודה לא דלוה מודה כדתני בברייתא לקמן ע"ב בזמן שלוה מודה כו'. דרצה למינקט הטעם שמתחייב בהודאתו ומה"ט ראוי להיות נאמן אף למשעבדי כיון דיש חיוב לעצמו כנ"ל ע"י ההודאה:

וי"ל דמש"ה לא רצה רש"י ז"ל לפרש כפי' תוס' עד תשרי שרוצה ללות עתה. דעדיין יש חוב בהודאתו שכבר לוה דהא המלוה יכול לתבעו ע"י הודאה זו אף שלא ילונו. וכיון דלא חיישינן לקנוניא שוב תועיל הודאתו שלוה כבר כשנכתב ולכך פי' שכבר לוה בתשרי וא"ש כנ"ל. ולתוס' צ"ל שמאמין למלוה. ורש"י סבר כיון דלא חיישינן לפרעון מכ"ש שיאמינו כמו דלא חיישינן לאמנה שטענה גרוע יותר מפרוע:

גם י"ל דמה דס"ד דמהני הודאתו דכמו דביש סימן בכלי במצא בחפיסה מחזיר למלוה כיון דידוע. דממנו נפל כמ"ש במשנה והרא"ש הנ"ל. וכן אם הי' ידוע דמלוה נפל שפרע

ולקח השטר היו מחזירין ללוה דלא מצינו שאסרו חכמים להשהות שטר פרוע רק למלוה דעולה הוא אבל לא ללוה. ואף דיכול לעשות קנוניא מתי שירצה ולהחזירו למלוה לגבות מלקוחות לא חשו כלל לזה. וא"כ מוצא זה אם היה מלוה מודה דמלוה נפל הי' הדין להחזיר ללוה רק דספק ממי וא"כ כשלוה מודה למה לא יחזיר ממ"נ הא עכ"פ מא' נפל והדין להחזיר לו וכשיחזיר ללוה ג"כ בידו ליתנו למלוה ומה חילוק כשמצוה ליתנו למלוה או נותנו בעצמו כיון דלא חשו כנ"ל. וממ"נ אי ממלוה נפל כדין מחזיר לו ואי מלוה נפל הדין להחזיר ללוה והוא מצוה ליתנו למלוה. ולכך משני דהחשש אף דממלוה נפל מ"מ כיון דאיתרע שייך שמא כתב ללות כו' ומוקדם ופסול ושוב שפיר לא מהני כלל הודאת לוה דאינו שלו רק ממלוה ומ"מ פסול דל"ד ליש בו סימן דכאן אם אין לוה מודה עכ"פ לא יחזיר וצריך ליזהר בו וכשלא נזהר איתרע ויש חשש מוקדם ואסור להחזירו למלוה שהוא שלו כנ"ל:

ומיושב ג"כ דרש"י אינו מפרש דלא לוה כלל דשוב מלוה נפל ורשאי להחזירו לס"ד הנ"ל ולמסקנא דחיישינן לפרעון כו'. הטעם דנהי דכשפורע בעצמו אין לנו לתקן החשש שמא יחזירנו למלוה מ"מ כשהוא ביד אחר אסור כשיוכל לבא לאיסור. ואף דאם הפקיד הלוה שטר פרוע נראה דצריך הנפקד להחזירו שלם ללוה לצור ואין לו לחוש שמא יתנו למלוה דלא מצינו שיהי' אסור כנ"ל. מ"מ אם מצוה לוה ליתנו למלוה ודאי דאינו רשאי להיות שליח לדבר עבירה דאצל מלוה עולה הוא. ואפשר דשוב אינו רשאי ליתנו גם ללוה שלם כיון שיודע שרוצה ליתנו למלוה עובר על לפני עור כו' כקאי בתרי עברי נהרא דבלא"ה לא יוכל ליתן לו שטר מוקדם ושוב יקרענו כשטר רבית ומוקדם. ולכך כאן כיון דחייב מודה א"כ אם באמת פרוע ואעפ"כ מודה ומצוה ליתנו גרע וחוששין לקנוניא וממילא אין רשאי להחזירו למלוה ולא ללוה כיון שיודע שרוצה ליתנו למלוה כנ"ל. ואף דא"כ אם הי' מלוה מצוה ליתנו ללוה היו מחזירין ללוה שלם ושוב הי' בידו ליתנו למלוה ויהיו נאמנים במיגו דלא חשיב מיגו בשנים אם עשו קנוניא כיון שנוגע להם. מ"מ לא קשה דדוקא שם בשלוחים שנוגע לשניהם ענין א' לפטרם. משא"כ כאן דמה שנוגע רק משום קנוניא ועל טענה אחרת שלא דברו לא יסכימו. דגם בעדים מסתמא יש טעם למה משקרים ואעפ"כ ל"א מיגו בב'. ועוד דאינו מיגו דע"כ יודה מלוה שפרוע שיחזיר ללוה ושוב כשיהי' נודע הודאתו לא יוכל לגבות בשטרו אף שיתנו לו הלוה. משא"כ כשלוה מודה ויחזירו לו כו'. ועוד דעכשיו אף שיודע ללקוחות מהנפילה יאמרו מדאהדרוה רבנן ש"מ קמו ביה כדאמר בגמ' וזה כשהדין יחזיר למלוה. משא"כ כשיחזיר ללוה והוא יתנו לו וכשידעו מהנפילה יאמרו אייתי ראיה ורק כשלא ידעו א"כ טוב לו

יותר שיחזירו לו בהודאת לוה ואין כאן מיגו ולא יחזיר כנ"ל. ומ"מ לס"ד שפיר דמהני ההודאה דנהי דבודאי פרוע הדין כן דאסור לנפקד ליתנו גם ללוה כשיודע משום לפני עור מ"מ באין יודע צריך להחזיר אף דאפשר שיתננו למלוה. דמספק וחשש לא נפקע חיוב חזרה. כן כאן דהוא ספק פרוע ורק חשש. ג"כ לא פקע חיוב חזרה ממוצא אף דודאי יתנו למלוה מ"מ הרי ספק פרוע כו' ודמי להנ"ל. ולמסקנא אף דיהי' הדין בלוה שהפקיד סתם שטר ומצוה לנפקד ליתנו למלוה דיכול ליתנו לו כיון שאינו יודע שפרוע. מ"מ היינו משום מיגו דביד הלוה שיקחו מהנפקד דבסתם חייב להחזירו ללוה ובידו ליתנו למלוה. משא"כ כאן במוצא דבלא הודאת מלוה שפרוע לא יחזירנו ללוה ג"כ ואינו בידו עד שיודה למלוה שפרוע ושוב לא יגבה כנ"ל:

ובזה מיושב להחולקים על הרמב"ם הדיוק דתנן לא יחזיר דמ"ש הנ"י כיון דמשום חשש לא תני פסול ע"ש. אינו מספיק כלל דהול"ל אינו גובה בו דזה עיקר הדין ולמה תליא בלא יחזיר. ולמ"ש א"ש דזה כל הטעם שאינו גובה משום דלא יחזיר לא לזה ולא לזה כנ"ל:

עוד י"ל דס"ד דמהני הודאת לוה לרמב"ם ז"ל דהחזירו גובה בו דלא פסלינן מחששא שטר. שמוחזק בו רק לכתחלה שדנין אם להחזירו הדין לא יחזיר. וא"כ זה שייך בספק אבל בלוה מודה א"כ אף דהנייר דלוה אם פרוע מ"מ קני' מלוה באודיתא כיון דס' מקנה ואי אינו פרוע הנייר דמלוה וא"כ בהודאת לוה נעשה של המלוה ושוב הוי רק פקדון אצל המוצא דבין כך ובין כך של מלוה הוא וברשותיה דמריה הוא והוי כהחזירו כבר דגובה בו ולא פסלינן מחשש הנ"ל. ומשני שמא כתב כו' והחשש דגם שהוא של מלוה מ"מ איתרע ולא יחזיר א"כ לא מהני כלל הודאת לוה. ולא חשיב ברשותיה דמלוה גם בשלו דכשא"י להוציאו בב"ד אינו ברשותו והדין לא יחזיר וממילא אינו ברשותו. משא"כ אם מה דלא יחזיר רק מצד ספק שמא דלוה שוב אם מודה חשיב ברשותו כנ"ל. ולמסקנא משני חיישינן לקנוניא א"כ אינו קונה כלל בהודאתו גם הנייר כמו משטה וכה"ג דאינו מתכוין להודאה להקנות כלל. ושוב שפיר לא יחזיר או דמשני כיון דלא יחזיר גם ללוה הוי גם נגד הלוה אינו ברשותו ולא מהני הודאתו בתורת קנין אף למלוה גופיה. ומטעם מעמד שלשתן כשהמלוה כאן ג"כ לא מהני דא"י להקנות וגם דבשטר לא תקנו מעמד שלשתן כמ"ש תוס' גטין פ"א. וכן זכי לא שייך דחב לאחרים ושפיר לא יחזיר. והא בנפקד שאינו יודע מה טובו פ' הרא"ש סוף פירקין דבלוה מודה יחזיר למלוה ולא חיישינן לקנוניא כיון דלא נפל. וא"כ א"א לומר טעם א' הנ"ל משום מגו דאם יהי' הדין לא יחזיר גם ללוה לא יחזיר כיון שאינו יודע מה טובו וליכא מגו ומ"מ יחזיר. ואיך תועיל הודאתו אף בלי חשש קנוניא הא אין ראיה שלא פרע כמלוה ע"פ כנ"ל.

ולהנ"ל א"ש דכיון שמודה חשיב שמוחזר כבר. או כטעם דלעיל דמה איכפת למוצא כיון שמיד לוה נפל וכאלו הי' ביד לוה דלא חייש שיעשה קנוניא כנ"ל:

עוד י"ל דס"ד דמהני למ"ש, תוס' חולין צ"ו דאף דפלניא דהאי סימנא כו' אין מוציאין ממנו מ"מ שטר מחזירין ע"י סימן שאין דנין על החוב רק על גוף השטר שאין אדם מוחזק בו וכיון דמחזירין השטר ממילא גבי ביה ע"ש. דלא מיקרי להוציא כיון שאין דנין על הממון. וכן משמע לעיל גבי ב' אדוקין בשטר כו' דלא אמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה ע"ש. וא"כ כיון דלענין הגוף השטר מהני הודאת לוה כיון דהספק רק בין שניהם ממי נפל שפיר מחזירין וממילא גבי. ומשני דגם שממלוה נפל איכא חשש כנ"ל:

עוד י"ל דס"ד למ"ש הפ"י דהא דאין מחזירין אבדה בלי ס' מטעם ברי ושמא כיון דליכא ח' ממון למוצא כו' דאף שמא טוב מוציאין ע"ש פ"ק דכתובות. ותי' דאיכא רוב דעלמא שאינו של זה הטוען שלו ע"ש. ולכאורה מוצא שט"ח דהס' רק בב' מלוה ולוה שוב יועיל בלא סימן כשא' מהם תובע מהמוצא בברי דשלו שאין כאן רוב. אך ממ"נ כשהלוה טוען נגדו הוי ברי וברי. וא"כ שפיר ס"ד בלוה מודה שוב א"צ להודאתו דעכ"פ ברי אין כאן ושוב יחזיר למלוה מצד ברי ושמא דעדיף כיון שאין חזקה כנ"ל. וצריך מוצא להחזיר למלוה דטוען ברי ועכ"פ מודה לוה כהיה טוען שמא כנ"ל. אך הא שוב בשט"ח איכא חזקת ממון נגד הברי דהא דנין להוציא אולם לד' תוס' הנ"ל כמו דסימן אף דאינו מועיל להוציא מ"מ מהני להחזיר שט"ח דלא חשוב להוציא כן לענין ברי ושמא דמהני שיחזיר גוף השטר דע"ז דנין וממילא גובה כנ"ל. אך הא נגד לקוחות טענין להו וחשיב ברי ממש כמ"ש הרא"ש ריש פ"ב דכתובות דמשני ר"ג ברי וברי מי אמר דאף דאלמנה היורשים טוענין שמא כיון דטענינין להו חשוב ברי לא כשמא טוב ע"ש. א"כ לענין לקוחות שפיר טוענין והוי ברי כנ"ל:

אך כמו שכ' תוס' דלא חשוב להוציא כיון שדנין רק על חזרת השטר. א"כ כמו כן לא חשיב מה [שישן] ללקוחות לטעון כנ"ל. דהא דנין רק על הספק אם ממלוה נפל ושלו או שפרע ודלוה הוא א"כ שפיר יחזיר למלוה שטוען ברי ואין לוה מכחישו עכ"פ וברי עדיף לענין החזרה ואף שאח"כ יגבה מלקוחות זה אינו ענין למה שדנין עכשיו על השטר חזרתו. כמו דלא חשיב להוציא כנ"ל. ולכך שפיר ס"ד דמהני מודה כנ"ל. ומשני שמא כ' בניסן כו'. א"כ כיון דספק זה רק לענין לקוחות שוב לא מהני ברי דמלוה שביום שנכתב נמסר דטוענין ללקוחות חשיב ברי וברי. וממילא לא מהני הודאת לוה כנ"ל. ולמסקנא דחוששין לפירעון ולקנוניא הטעם אדרבא כיון דמודה א"כ שוב אין בחזרת השטר

תועלת רק לגבי לקוחות טוענין וחשיב ברי וכאלו היה הלוה טוען ברי כיון דחושבין הודאתו לקנוניא כנ"ל:

י"ל דס"ד דהא להרבה פוסקים איני יודע אם פרעתיך חייב אף בלא הוי ליה למידע משום חזקת חיוב וברי וא"כ בחשש פירעון לגבי לקוחות אף דאיני יודע אם פרעתיך הפטור רק משום דטענינין להו חשוב ברי. וא"כ ניהו דלא ס"ל כשמואל שיועיל אם איתא דפרעי' הוי קרע ליה לענין שלא יהיה נאמן. אבל עכ"פ ס"ד דחשיב מה"ט מלתא דלא שכיח שנחוש לפירעון וקנוניא במודה ועכ"פ לא טענינן להו ונשאר חיוב משום איני יודע אם פרעתיך כנ"ל. ומשני שמא כתב ללות כו' דהספק נגד הלקוחות אם התחיל שיעבוד עליהם כלל ולא מהני הודאתו כנ"ל. משא"כ ס' פירעון אף דנכסי רק ערבין וכשפרע אין ערבות מ"מ כיון שהיה השיעבוד וספק אם נסתלק כנ"ל. ושייך ג"כ אין ס' מוציא מידי ודאי כנ"ל:

שם שמא כתב כו'. ופירש"י שכבר לוה ותוס' דחו דא"כ לא שייך נפל איתרע כיון שלוה על שטר זה הי"ל לשמרו רק שרוצה ללות עתה. ולישנא דגמ' דייק כרש"י וי"ל דהחשש שמא כתב ללות כו' ונתן לו השטר למלוה רק אמנה עד שילונו ואבדו שלא נזהר כ"ז שלא הלוהו. ואח"כ לוה ממנו דלא רצה לישבע שאבד השטר דקי"ל דצריך לישבע דשוה נגדו פרוטה. וכששוה לצור פרוטה חייב ש"ד ש"ש דכל שלא הלוהו הנייר דלוה ופקדון בידו והוי כשלם ולא רצה לישבע. דהלוה על ס' אם ימצאנו יהיה לו השטר לגבות בו ואם לאו יהיה ע"פ וישלם לו ע"י שובר ושפיר יגבה מלקוחות שלא כדין ולגבי דידיה אין חילוק דלוה. ולא אמר חשש שלא לוה כלל דלקנוניא לא חיישינן עכשיו. וכיון דנפל איתרע חיישינן כנ"ל:

ומיושב בזה תמיהת הרא"ש דמשני בשטר הקנאה לרש"י בין ילוה כו' מה מועיל כיון שלא מסר לו השטר במה זכה בלא קנין. ולמ"ש מיושב דלחוש שלא מסר לו עד תשרי אין חשש דהי"ל לשמרו. ורק החשש שמסר מיד בלי הלואה והאמין ושוב נשתעבד אף שלא ילוה כנ"ל ע"י מסירת השטר. ומיושב ג"כ שלא פירש"י דנשתעבד אם ילוה אח"כ יהיה מעכשיו החיוב. דזה שוב לא מהני כיון שמסר לו דהוי אמנה גמור דפסול כמבואר פ"ב דכתובות ברש"י ור"ן דאין עדות כלל שלוה כיון שמסר קודם כנ"ל:

ולא מסר לא מהני. וע"כ בין לא ילוה כנ"ל. ומיושב לשון רש"י בפירכא דא"ה מתני' כו' דבשטר דלאו הקנאה כו'. אא"כ ראו הלואת המעות מתני' כו' ע"ש למה פי' זה על הקושיא ולא אברייתא דאע"פ שאין מלוה עמו כו'. ולמ"ש מדויק לאפוקי מהפ' דסגי כשמלוה עמו דא"כ לא הוי פריך מידי דכל החשש כאן שהיה מלוה עמו ומסר לו רק

לא הלוהו. ולכך פי' בהקושיא דע"כ אין כותבין אא"כ מלוה עמו היינו שרואין ההלואה. ופריך שפיר דלמאי ניחוש כנ"ל. ומשני דאיקרי וכ' לו ומסר לו אח"כ בלא הלואה כנ"ל: ובפשיטות י"ל דכמו דעדים נאמנים שמוקדם דכ' ללות כו' משום דמאן דלא ידע דר' אסי לאו רשע כמ"ש הר"ן פ' א"נ דעבידי למיטעי כמו כן אמרינן אמלוה דלא ידע אז וסבור דכשר וכשנודע לו אח"כ דפסול לא נזהר לשמרו. כלשון רש"י אם היה כשר היה נזהר כו':

אמנם קשיא לי למ"ש הש"ך ס' מ"ג דבלא נראה פסולו בב"ד מהני במוקדם שיכתוב על השטר שלא יגבה בו רק מזמן שני. וא"כ לא שייך דלא נזהר משום דפסול דבידו לכתוב עליו כו' ולהראות בפני עדים ויוכל לגבות בו ממשעבדי מזמן ב'. וי"ל כיון דצריך לעדים לא נזהר כו':

אך קשה דלמה נפסל השטר משום הך חששא יכתוב המוצא עליו שיגבה רק מזמן המציאה ועוד גם הב"ד מהני שיכתבו עליו דלא חשיב נראה פסולו בב"ד כיון שמיד בא הספק לב"ד שא"א לגבות בו מזמן הראשון דנודע להם שנפל וכאלו כבר כתיב עליו וכ"ש דאין אלא חשש ואיך יחשב נראה פסולו. ובפרט למ"ש הר"ן פ"ב דכתובות בחתום ב' ולא מקוים רק א' מחייב שבועה ולא חיישינן שמא מזויף וע"א בכתב לא מהני. כיון דקיום דרבנן לא פסול רק על אותו שאינו מקוים אבל לענין הב' שמקוים אין חוששין כלל גם לאותו שאינו מקוים לענין שיפסול מה שודאי אמת ע"ש. א"כ החשש שמא כ' ללות דרק חששא דרבנן לכתחלה ודיעבד גבי להרמב"ם. א"כ זה שייך לענין לגבות מזמן הראשון דיש החשש. אבל לענין לגבות מזמן שני דמציאה דודאי כדין רק משום גזירה שמא יגבה או קנס לר"מ הא לענין זה שודאי כדין אנו תופסין שגם מזמן ראשון כדין כמו שם לענין קיום כנ"ל:

וי"ל כשא"א לכתוב עליו כמ"ש הש"ך שם שכתוב על כולו ע"ש. ועוד ניהו דלא חיישינן שלא לוה כלל לרש"י משום דמודה ולא חיישינן לקנוניא לפסול השטר שהיה כשר. אבל כיון שפסול רק שנבא להכשירו ע"י שנכתוב עליו שייך גם חשש שלא לוה כלל כנ"ל אף שמודה ועוד דלר"מ דקניס פקע השיעבוד כשלוה בתשרי ואין עדים כמו שטר שלוה בו ופרעו כו' וחזר ולוה דלא מהני גם לב"ח שאין עדים כנ"ל. ויש לדחות ולפי' א' א"ש. וכשאין הנייר ש"פ דאימעט מחיוב השבה רק השיוי מחמת הראיה ויליף פ"ב מאשר תאבד כו' דצ"ל בשעת אבדה ומציאה שוה פרוטה א"כ כיון דפסול ואינו שוה פרוטה בשעת מציאה זכה המוצא. וא"צ לכתוב עליו ולהכשירו שיהיה שוה פרוטה כנ"ל:

דף יג.

בשטרי הקנאה כו' הנה לכל הפי' תמוה רש"י פי' שמקנה נכסיו כו' בין לא ילוה כו'. וקשה מה מהני כיון שלא מסר לו השטר במה זכה בשיעבוד. הא מחייב א"ע במה שאינו חייב דוקא בקנין או שטר דהיינו מסירת השטר. והי' אפשר דרש"י מפרש ג"כ שקנו מידו שמתחייב בין ילוה או לא דכן פירש"י לקמן י"ז ע"ב שטר הקנאה שקנו ממנו כו' ע"ש. רק מ"מ קשה דא"כ סגי בקנין לחוד אף שאין כ' בשטר כלל שמשעבד גם לא ילוה רק שלוה וגם אינו כתוב בו שהיה בקנין רק ככל שטר. דכבר נשתעבד ע"י הקנין וא"כ למה קרי ליה שטרי הקנאה כיון שאין הקנין ע"י השטר ועוד דפריך אמתני' דמצא שט"ח וניחזי אי בשטר הקנאה מה שייך ניחזי כו' אף שאין רואין מתוך השטר. הו"ל למפרך ממ"נ נהדר אם היה קנין שיעבד נפשי' ואי לא היה קנין לא הוי כתבי בלי הלואה כו'. גם הרא"ש ז"ל דחה פי' הרי"ף מ"ש שטר שיש בו קנין כו' מה חילוק בין יש בו קנין לא"ב קנין כיון שכ' פלוני לוה נשתעבדו נכסי לוה אף בלי קנין דש"ד שכל מה כו' ואי משום קלא עדים החתומים על השטר מפקי לקלא ולא הקנין אלא ה"ט דר"א דא"ל שלא זכה משעת החתימה לגבות מלקוחות משום דלא נפיק קלא עד שימסור לו השטר א"נ אין דעתו אע"פ שציוה לכתוב השטר שיחול השיעבוד עד שיבא המעות לידו הלכך נראה כפי' רש"י שפי' שטר הקנאה כו' שמקנה כו' ודבר תימא שאדם ישתעבד קודם הלואה ומש"ה הקול יוצא משעת כתיבה עכ"ל. ואינו מובן. אם לפירש"י ג"כ ע"כ ע"י קנין נשתעבד א"כ מה דחה ד' הרי"ף. גם מה זה שכ' מה חילוק גם בלא קנין נשתעבדו כו' דש"ד. זה שפיר אם היה מסירה ונתחייב אבל כיון שלא מסר השטר במה קנה החיוב בלי קנין משא"כ בקנין. גם קשה למה לא סגי לרש"י במשתעבד שאם ילוה יהיה למפרע מעכשיו כמ"ש הר"ן פ"ב דכתובות גבי שטר אמנה דכה"ג לאו מוקדם. לא שייך שמא כ' ולא לוה עד תשרי דכדין כו' ולמה ליה בין לא ילוה. ובמשרים כ' די"מ שדעת רש"י כהרי"ף דגם סתם הוי גם שלא ילוה ע"ש הובא ב"י ס' ל"ט וגם הריב"ש ס' קס"א כ' כן. אולם לשון רש"י אם לא ילוה אינו משמע כן:

ולע"ד בד' הרא"ש ז"ל שהבין בדבריהם להיפוך דלשון הרי"ף ז"ל משמע להדיא שרק כתוב בשטר שהי' בקנין אבל לא שהי' קנין דכן כ' שטרא הקנאה פי' שטר שיש בו קנין שמשעה שקנו כו' אבל שטר שאין בו קנין כו' דכיון דשקיל לי' מלוה לשטרא משתעבד כו' ע"ש. ומ"ש שמשעה שקנו הוא רק טעם דלכך כשכ' בו קנין הוי הודאה שנשתעבד גם שלא ילוה כ' וע"ז תמה הרא"ש שפיר מה חילוק בין יש בו קנין או לא ממ"נ אי סובר הרי"ף ז"ל דגם בלא מסירת השטר חשוב הכתיבה וחתימה כקנין אודיתא כמו חייב אני

לך מנה בשטר א"כ גם בלא קנין כיון דש"ד וכשלוה משתעבד א"כ מה שמצוה לחתום ומודה שלוה ג"כ הוי אודיתא דמודה שנשתעבד כיון דאי לוה באמת משועבד. ואי דכל שעדיין לא מסר לו לא זכה בהשיעבוד מטעם הודאה א"כ מה מהני שכ' בו קנין הוי ג"כ רק הודאה בשטר שהי' קנין ונשתעבד ועדיין כל שלא מסר לו לא נשתעבד. ומ"ש הרא"ש ואי משום קלא היינו דאי הפי' בהרי"ף דקנו מידו באמת ואעפ"כ צריך שיהי' כ' בשטר שהי' בקנין משום קלא. והיינו דאף דקי"ל בעדים שקנו מידו גובה ממשעבדי אף שלא נכתב ע"ש ס' ל"ט. מ"מ היינו בסתם קנין דלכתיבה עומד ויכולין לכתוב וליתנו. למלוה וא"צ לאמלוכי שפיר מוציאין הקול כאלו כבר נכתב משא"כ כשקנו ומצוה לכתוב וליתנו ללוה דא"י לכתוב עוד למלוה לא מפקי קלא כלל בקנין זה עד שיכתב ולכך לבעי שיהי' כ' בשטר שהי' הקנין. ע"ז דחה הרא"ש אי משום קלא הא עדים החתומים מפקי לקלא לא הקנין. וא"כ עדיין לא מהני כיון שלא מסר לו השטר אף שכ' בו שהי' קנין כיון שציוה ליתנו לידו כנ"ל. דאל"ה הי' סגי בקנין לחוד. ואח"כ כ' אלא היינו טעמא דר"א וכ' ב' טעמים משום דהא קי"ל זכו בשדה וכתבו לו השטר חוזר בשטר ולא בשדה ואף שבאמת גובה ממשעבדי ולמה לא יכתבו למנוע מעולה כ' תוס' והרא"ש ב"ב ע"ז דאעפ"כ כיון שיש קצת טעם דלא ניחא לי' דליפשי שטרי עלי' א"י לכתוב בע"כ שאינו רוצה שיהי' לו ראי' עליו אף כדין. ואף שהי' קנין יכול למחות ע"ש. וכשאמר זכו ע"מ שתכתבו לו כו' חוזר בין בשטר בין בשדה דממילא בטל ע"ש. וא"כ כאן שהי' קנין וסתם קנין נתחייב מעכשיו מ"מ כשמתנה שיכתבו השטר ליתנו לידו א"כ הוי עכ"פ כחזר בשטר דהא מפרש בהדיא שאינו רוצה שיהי' לו שטר עליו. וא"כ אף דנימא שנשאר חיוב של הקנין ככל קנין שלא תלאו בשטר שיהי' כע"מ שתכתבו. רק במה שאמר שיכתבו ויתנו לו הוא רק על השטר שלא יהי' לו אף שכדין אינו רוצה כנ"ל. ומ"מ שוב לא גבי ממשעבדי דעכ"פ אינו עומד לכתיבה ושוב אין לו קול עד שימסר לו. וזהו שכ' הרא"ש דלא זכה כו' לגבות מלקוחות עד שימסור לו כו' אף דהחיוב נשאר אף שלא ילוה כנ"ל. וכ' עוד טעם אי נמי אע"פ שציוה כו' אין דעתו כו' עד שילוה כו'. היינו כדאמר כתובות נ"ה במתנת ש"מ בקנין שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר כו' ע"ש. כן בזה אף שקנו מ"מ כשציוה לכתוב וליתנו לו שילוה בו א"כ הוי כע"מ שתכתבו כו' ואתני לו דלא גמר שיחול אלא ע"ת שילוה וא"כ ודאי לא גבי ממשעבדי קודם שילוה כיון שאינו מחויב כלל אין קול אם לוה וכמו באמנה כיון שהתנאי ביד הלוה אינו מתחיל שיעבוד כמ"ש הר"ן פ"ב דכתובות החילוק בין תנאי ע"ש. ולכך כ' הלכך כרש"י שמקנה בפי' בין לא ילוה. וי"ל בקנין סתם ובשטר כ' בין לא ילוה וממילא במה שמצוה ליתנו לו אינו תנאי

ע"מ שיכתבו וילוה דבאמת משעבד עצמו גם שלא ילוה רק שאף שישאר השיעבוד אינו רוצה שיהי' לו הראי' עד שירצה ליתן ולא שייך טעם ב' רק טעם א' משום קלא ובזה כ' משום דדבר תימא הוא יוצא הקול כמו מוכר שדהו בעדים ולכך אף דהשטר בידו גבי כדין. אף שאין רשאין ליתן השטר למלוה כמו בזכו וכתבו כנ"ל. ומ"מ פריך שפיר ממתני' דמצא שט"ח דלא שייך שמא כ' דכדין גבי כנ"ל. ובקנין לחוד שפיר הי' גובה רק כיון שאמר כתבו ותנו לו הוי כנ"ל. ודוקא בין לא ילוה. אבל אם הי' משעבד מעכשיו אם ילוה לא הי' מהני דשוב ליכא קלא כיון שלא מסר לו כנ"ל. ומיושבים ד' הרא"ש ז"ל. או דאפשר גם בלא קנין לרש"י רק הא דלא ס"ל לר"א עדיו בחתומיו זכין לו הוא כטעם הרא"ש דמסתמא אינו רוצה עד שילוה אבל במשעבד גם שלא ילוה שוב גם לר"א עדיו בחתומיו זכין לו ואף בלא מטי לידי' רק שרוצה שתשאר הראי' בידו כמו בזכו וכתבו כנ"ל. אך זה קצת דוחק כיון דלא הזכיר ר"א כלל עדיו בחתומיו זכין לו:

ולהפ' הובא ש"ך ס' ל"ט וסמ"ע פ' כן דבקנין דלכ"ע ויכול לחזור דוקא במתנה דאף שזכה זה מ"מ אינו רוצה שיהי' לו שטר. משא"כ לוה ומוכר לא מהני מחאתו מלכתוב כיון דע"פ הדין ראוי להיות לו השטר ע"ש. וא"כ י"ל בפשיטות דלא פירש"י שקנו מידו סתם מוקדם דממילא חייב. דא"כ הדין דכותבין למלוה ואף דאומר לוה אח"כ ליתן לו השטר לא מהני כמו מוחה מלכתוב כנ"ל. כיון דהודה בקנין שחייב וכשחייב צריכין ליתן השטר למלוה. ואין רשאין ליתנו ללוה כמו זכו במנה זו לפלוני דאם רצה לחזור וליקח ממנו אינו רשאי ליתנו לו ע"ש פ"ק דגטין. דכשיכתבו ויתנו ללוה לא יוכלו עוד לכתוב למלוה דע"ש כנ"ל. ולא הי' נקרא זה כ' שטר ללוה כו' רק למלוה וכאומר זכו. ואם שהתנה בשעת קנין שלא יכתבו רק ליתנו השטר לו א"כ כיון דהדין בחייב דא"י למחות א"כ שוב הוי תנאי זה כע"מ שיכתבו כו' דחוזר גם במתנה. דע"כ אין החזרה מהראי' שאינו רוצה שיהי' למלוה אף שחייב כיון דאם חייב לו א"י למחות וע"כ יתנו לו הראי'. וא"כ ע"כ כוונתו על עיקר השיעבוד שע"י הקנין שאינו רוצה שיועיל רק בתנאי שינתן לו השטר וממילא נכלל שלא יזכה ע"י הקנין רק אם ימסור לו השטר. ושוב אינו גובה ממשעבדי עד שימסור כנ"ל. ולכך דוקא במקנה ומפרש בשעת קנין שמקנה בין ילוה ובין לא ילוה דהקנין מפורש מתנה. והדין דיכול למחות מלכתוב. ושוב בין שמתנה מיד או אח"כ לכתוב וליתנו לידו מ"מ אין התנאי רק שאינו רוצה שיהי' הראי' ביד הזוכה אף שזכה דבתנאי מהני מחאתו כנ"ל מלכתוב. אבל אינו תנאי וחזרה מגוף הזכי' כלל ושפיר כדין טריף. ואעפ"כ רשאין ליתנו ללוה שאינו רוצה שהראי' יהי' בידו עד שימסר לו כנ"ל. ומדויק לשון רש"י שמקנה לו נכסיו כו' לא ילוה. היינו שפי' בקנין כנ"ל. וגם

צריך להיות מפורש בשטר שקנו מידו בין ילוה או לא דניהו דרשאין לכתוב כנ"ל כשקנו בפי' בין ילוה כנ"ל. מ"מ אח"כ שבא מלוה לגבות וכשמתברר שלא נמסר למלוה רק ללוה ובמצא שט"ח א"י אם הי' הקנין בפירוש כנ"ל. ולכך אמר וניחזי כו':

ודעת הרי"ף ז"ל שתמוה כמ"ש הרא"ש וכמ"ש לעיל ממ"נ. נראה לע"ד דהא הרמב"ם ס"ל דבאומר חייב אני לך ק' בשטר מתחייב ומשתעבד באמירה זו אף שאינו חייב כיון שהזכיר שטר ע"ש ס' מ'. וא"כ בציוה לכתוב שטר וכ' בו שלוה והוי הודאה שלוה ומה שנכתב בציויו הוי כמודה בפי' דאין חילוק בין כתב לע"פ א"כ באין כ' בו שהי' קנין רק שלוה כנ"ל אין זה הודאה שחייב בשטר דהא מודה רק שלוה וחייב וכל זמן שאינו מוסר השטר אינו שטר. ומצד אמירתו דהיינו הכתיבה שבציויו כאלו אמר חייב אני בפני עדים אינו רק אמירה חייב אני לך גרידא ולא הזכיר בשטר. ומה שנעשה שטר ממילא ע"י חתימת עדים זה לא מהני עד שימסור לו השטר כנ"ל. ושפיר לא מהני משא"כ כשכתוב בשטר שהי' קנין אף אם לא הי' מ"מ כיון דבקנו מידו סתם ממילא משתעבד וגובה ממשעבדי גם בלא כתיבה כאלו נכתב משום קלכ"ע א"כ בכתיבה זו שבציויו דהוי כאומר חייב אני לך ק' בשטר דהודה שחייב ע"י קנין שקודם הכתיבה. ושפיר מהני מצד הכתיבה לחוד שמודה בפני עדים חייב לך בשטר. ומהני אף שלא מסר כנ"ל:

עוד י"ל למ"ש הפ' דהרי"ף מפרש בקנו מידו באמת דהטעם כדאמר פ"ק דגטין י"ז באומר הילך ותן ק' לפלוני אם בא לחזור כו' אינו חוזר ולשמואל מתוך כו' ובפקדון אין רצוני כו' רק בהוחזק כפרן כו' ע"ש דמשמע דוקא כשרוצה לחזור מהמתנה א"י לחזור. אבל אם מזכה ק' ע"י אחר ורוצה ליקח ממנו עבור המקבל מתנה מחייב להחזירו לו דשייך אין רצוני שיהי' פקדו' ביד אחר דנתנו לו רק כדי שיזכה. ואם המקבל כאן ותבעו לזוכה צריך ליתנו לו אי כזכי. אבל כשאינו כאן אינו צריך להניחו אצל הזוכה דהא כבר פקדון הוא ולא נתנו שיהי' בידו וכשאינו הוחזק כפרן אינו זכות שיתפוס עבור המקבל כנ"ל. וא"כ בקנין סתם דקי"ל דרשאין לכתוב וליתן למלוה ואמר כתובות ריש פ' אע"פ דהוי כאומר כ' והבו לי' ועדיף דא"צ לאמלוכי בי' ע"ש. וא"כ אף להפ' דאם מוחה מלכתוב אין יכולין היינו קודם כתיבה דא"י לעשות שלוחים בע"כ. אבל כשכ' וחתמו קודם שמיחה נראה דהוי ממש כתן וזכי דבקנין הוי שאמר כ' והבו לי' וממילא מיד שחתמו זוכין עבורו. להפ' דס"ל תן כזכי אף בלא מסר מיד ליד דלא כר"ת ע"ש בגטין. וא"י למחות עוד כמו שא"י לחזור. רק מ"מ כל שאין המלוה תובע השטר ולוה רוצה שיתנהו לו צריכין ליתנו כמו שם דהא לא הוחזק כפרן וא"י לתפוס עבורו. ויכול לומר דאינו רוצה להניחו בידם כנ"ל. ומיקרי שפיר כ' שטר ללוה אף שאין מלוה עמו דכיון שהי' קנין יכולין לכתוב

וליתנו ללוה כנ"ל. דכבר זכה בו המלוה כנ"ל. ובלא קנין דהדין גם אף דאמר כו"ח והבו לי' צריך לאמלוכי ואף אחר החתימה יכול לחזור היינו כיון דהדין כן שעדיין אין מוסכם אצלי עד שישאלו כמ"ש הרא"ש ממילא לא הוי כזכי. משא"כ בקנין דהדין א"צ לאמלוכי בי' דיכולין ליתן ממילא הוי ככל תן דכזכי שמיד שחתמו זכו עבורו כנ"ל. רק להפ' ס' קכ"ה דדוקא בחוב ופקדון תן כזכי ולא במתנה ע"ש מבואר שם החלוק דשם דהחוב ופקדון מגיע לו בקל זוכה אבל במתנה שבזו הזכי' הוא שיוצא מרשותו כו' לאו כזכי ע"ש ובש"ך. וא"כ כיון שאמת הי' קנין קודם א"כ זכה בשיעבוד והדין לכתוב לו שטר בסתם שוב הוי זכות השטר כתן בחוב כזכי ושפיר זכו עבורו מיד שחתמו כנ"ל. ושפיר בלא הי' קנין דצריך לאמלוכי בי' ולא הוי כזכי כלל כנ"ל. רק אף שכ' בו שהי' קנין אם באמת לא הי' קנין ג"כ לא מהני. דאף דחשיב הודאה וכיון דאם קנו מידו הי' כזכי א"כ שוב קני באודיתא. מ"מ זה אינו דכיון דמ"מ כל מה שזוכה בחיוב ושיעבוד הוא בזכי' השטר שוב הוי כמתנה דהא קודם לא הי' חיוב רק ע"י שטר זה וזכה ובמתנה לא הוי תן כזכי כלל. ולכך צריך דוקא שיהי' קנין ושיכתוב. וגם לענין מצא שט"ח פריך שפיר ונחזי דאי אין כ' בו קנין א"י אם הי' קנין כלל. וע"כ שכ' בו שהי' בקנין כנ"ל. וכשבאמת לא הי' קנין אין רשאין לכתוב שהי' קנין דשקר ונ"מ דאם הי' באמת זכי מיד משעת כתיבה משא"כ רק כתוב וע"כ שבאמת הי' כנ"ל:

ונראה דמה"ט פ' הרי"ף דבשטר הקנאה בעי מטי לידיה בהא דדייתיקי קשורה ע"י דגם בהקנאה עיין שם בב"י ס' ל"ט דלטעמיה אזיל דסבר פ"ק דגיטין גבי תנו שטר שחרור זה כו' דכזכי ואף שאינו מיד ליד משום דא"ל דעביד נייח כו' הוי כפרעון עיין שם. ואעפ"כ כתב דלא חל השחרור עד דמטי לידיה ולכך לא יתנו לאחר מיתה והביא ראיה מדחייב באחריות אף דתן כזכי עיין שם רק דא"י לחזור בו. וכן ממש בקנין דהוי כתנו אחר הכתיבה וכזכי כיון שכבר קנו מידו כנ"ל. ובאמת אינו יכול לחזור ורשאין ליתנו ע"כ ומ"מ בעי מטי לידיה בסוף לאפוקי הא דדייתיקי שמת פקע כמו התם דלא יתנו לאחר מיתה אף שכבר זכו כנ"ל. ומ"מ שפיר גובה כדין ממשעבדי מזמן הקנין דנשתעבד עכ"פ כמוכר שדהו בעדים דלא שייך מאן דיזיף כו'. דהא ע"כ ינתן לו השטר אח"כ. ומיושב שפיר מה שתמהו עליו משמואל דמצא שטר הקנאה יחזיר אף שאין חייב מודה והא דלא מטי לידי' ולא קשה כלל למ"ש דאף בע"כ יכולין ליתן לו וחשוב מטי לידיה כמו בשחרור דאינו יכול לחזור בו ונותנין בעל כרחו. ומ"מ הוי מטי לידיה. ורק לאפוקי מת כדייתיקי דפקע כמו התם דלא חשוב מטי לידיה א"מ עיין שם. דנראה עיקר בהרי"ף שם דהוי כמעכשיו ולאחר ל' לר"י דמתחיל עתה ולא יגמר עד דמטי לידיה וכמו משוך

פרה כו' דצריך להיות אז ראוי לקנין ע"ש. לכך נותנין בע"כ אף שחוזר מ"מ אחר מיתה אין נותנין דאינו ראוי אז לקנין. ולכך מייתי שפיר ראיה מחיוב אחריות דכיון שזכה ואנן סהדי כאלו שוי' שליח אם כן נפטר מהפקדון ולמה יתחייב באחריות. דמה שכ' הר"ן דאם כן חוב ותמה עליו. לע"ד אדרבה דבריהם תמוהים ניהו לקי הגדילו יכולין למחות היינו דאיגלאי שלא הי' זכות כלל כיון שאינו רוצה בזה לכ"ע הוכיח סופו ע"ת אבל בנולד דבר אח"כ כמו באחריות שנאבד ולכך אינו רוצה מה מהני מ"מ כיון דבשעת זכי' כאלו שוי' שליח נפטר והא אמר להדיא פ' ה' דחולין ד' פרקים כו' בזיכה ע"י אחר כו' דזכות הוא זכין כו' ותנן לפיכך מת השור מת ללוקח עיין שם. וע"כ כמ"ש משום דלא שייך איגלאי כנ"ל ולמה יהיה חייב באחריות. וע"כ משום דבתן לא נגמר עד דמטי לידיה היינו שראוי אז לחול הקנין לאפוקי לאחר מיתה אין נותנין כנ"ל. ולכך שפיר חייב באחריות כיון דנאבד אינו ראוי אז כנ"ל. וממילא גם כאן שפיר אף דטריף ממשעבדי מיד ואף שאין חייב מודה נותנין בע"כ כיון דאינו יכול לחזור בו מכל מקום בדייתיקי שמת או שנאבד השטר ולא מטי לידיה כלל לא מהני. אבל שפיר יחזיר כו' ואין זה כהך מטי לידיה דאמר לאבייי כנ"ל. והרא"ש לטעמיה דחולק שם. וגם פ' כר"ת דכשאינו נותן מיד ליד לאו כזכי לכך תמה גם כן על הרי"ף כאן וא"ש:

עוד י"ל למ"ש הג"א הובא סמ"ע וש"ך ריש ס' ל"ט בהודאה בקנין דוקא לזמן כו' שנעשה שום חיוב חדש על ידי הקנין אבל בלא חיוב על מה יחול דכבר לוה. ואף שעל ידי זה יהיה דין שטר ז"א דאיך יחול וכיון שאינו חל אינו שעבוד שיהיה דין שטר ע"ש כשיש חיוב ממילא הוי כשטר. ואם כן לכאורה להיפוך כשקנו מידו סתם שחייב לו כמ"ש הרי"ף בשלמא אי באמת לא לוה א"כ נתחייב ע"י הקנין במה שאינו חייב ושוב גבי ממשעבדי ג"כ כדין שטר דלכתיבה עומד כנ"ל. אבל אי באמת כבר לוה אין שום תוספת חיוב בקנין וממילא אין משועבד כדין שטר עד שיכתוב וימסור לו. ואם כן גם שבקנין אין כותבין כשאין מלוה עמו דעדיין החשש שמא כבר לוה ושוב א"מ הקנין וימסור לו השטר אח"כ דכיון שאין מלוה עמו שייך כנ"ל. ויגבה שלא כדין:

אמנם יש לומר דהא דאינו כזכי שיזכו העדים עבורו הוא רק כטעם שכתב הרא"ש דאינו רוצה עד שילוה מסתמא. ואם כן אי כבר לוה שוב זוכין עבורו גם לר' אסי ומשתעבד על ידי השטר משעת חתימה. דבזה ודאי דכפרעון חוב דמי דכזכי. וא"כ בקנין ושטר שפיר מהני ממה נפשך אי כבר לוה זכו בשטר וכאלו מטי לידיה. ואי לא לוה והוי כמתנה ואינו כזכי א"כ שוב נתחייב על ידי הקנין וגובה שפיר. משא"כ קנין לחוד שמא לוה וכן שטר לחוד שמא לא לוה כנ"ל:

ושוב יש לומר הטעם דשפיר לא סגי אף בתרוייהו רק עד שיהיה כתוב בשטר שהיה בקנין כלשון הרי"ף ז"ל ולשון הגמרא שטרי הקנאה כו'. משום דכיון שאינו ביד המלוה ולא שייך שיחשב כעידי מסירה מצד תפיסתו. וצריך מצד עידי חתימה כרתי דבעינן מוכח מתוכו. ואם כן כשלא נמסר חוששין שפיר שמא לוה ולא הועיל הקנין ורק מצד השטר והא אינו מוכח מתוכו שמא לא לוה אם כן אין חיוב בלא מסירה כלל שלא זכו בשבילו. וכיון שאינו מוכח מתוכו לא מהני בתורת שטר ושוב אי לוה אין כאן שעבוד. ולכך דוקא שכתב בשטר שהיה קנין. אם כן שפיר מוכח מתוכו השעבוד מטעם ממה נפשך בין לוה משועבד על ידי השטר ובין לא לוה משועבד על ידי הקנין ושפיר גבי. ומדויק כפשטי' כנ"ל ומיושב גם כן דבעי מטי לידיה דאי לוה ורק מצד שזכו העדים שוב בעי מטי לידיה כמו לאביי דעדיו בחתומיו זכין לו. ואם כן בלא מטי לידיה שוב אמרינן שמא לוה ולא מהני הקנין ולא מהני בלא מטי לידיה ולכך בדייתיקי פסול וכה"ג. ומ"מ אמר שמואל שפיר במוצא שה"ק דיחזיר אף שאין חייב מודה דהיינו שאומר לא לויתי. והא אי לא לוה שוב לא בעינן מטי לידיה דהועיל הקנין כנ"ל וא"ש:

או י"ל אף בלא טעם דזכי' שייך ממ"נ אי לא לוה גובה ממשועבדים ע"י הקנין ואי לוה אם כן כיון דקיימא לן שעבודא דאורייתא ורק מדרבנן לא גבי שוב בדרבנן לא חיישינן שלא ימסור לו מיד וסומכין שימסור כיון דגם אם ימסור אח"כ גבי מה"ת משעת הלוואה. וגם כן שייך ממ"נ הנ"ל. ולכך בעי מטי לידיה דכשלא מטי חיישינן שלוה ואם כן לא נשתעבד כיון שרואין שלא מסר לו אבל במוצא שטר הקנאה שפיר מחזירין ג"כ ממה נפשך דלא חיישינן שמא כתב כיון דמן התורה מהני וגם דשמואל לטעמיה דסבירא ליה שיעבודא לאו דאורייתא ואם כן עדיין למה כתב בקנין שמא לוה והוי ח' דאורייתא אף שלוה. אך לשמואל י"ל דלא כהג"א הנ"ל דכיון דעל ידי ההלוואה לא נשתעבד מן התורה שוב חשיב הקנין חיוב חדש שנשתעבד ושפיר מהני הקנין אף שלוה. והג"א כתב לדידן דשעבודא דאורייתא ואם כן לשמואל שוב א"צ מטי לידיה כלל. דהא מהני על ידי הקנין ע"כ אף שלוה כנ"ל:

עוד יש לומר דהנה לשון רש"י ז"ל שטר הקנאה שמקנה לו נכסיו כו' בין לא ילוה מהיום ע"ש. ויש לדקדק למה כתב שמקנה הי"ל שמשעבד כדאמר בגמ' הא שעבד נפשיה. וכן למה קרי להו שטר הקנאה באמת. והנה קשיא לי לפירש"י דמחייב במה שאינו חייב מעכשיו בין ילוה או לא אם כן כשלוה אח"כ יצטרך לשלם ב' פעמים החוב בשטר שנגמר מיד וחוב ע"פ שלוה אח"כ כיון דאף מטי לידיה א"צ. ואטו אם יחייב א"ע במה שאינו חייב כדינו ואח"כ לוה אינו חייב ב' החיובים. ובש"ס פרק הנושא להדיא גבי כתב

לכהן שחייב ליתן לו ה' סלעים אמר דבנו אינו פדוי דכבר חייב ע"ש. וכן קשה להרי"ף גם כן דקנין סתם גם כן החיוב אף שלא ילוה קשה גם כן כנ"ל. וכן אף אי בעי מטי לידיה מ"מ גם בתנאי מעכשיו שמחייב א"ע על מנת אם ילוהו אח"כ יהיה חייב למפרע הוי כשאר תנאי דכשמלוהו נתחייב למפרע במתנה וחייב ב' החיובים. וצ"ל דע"ת אם ילונו ויפטור וימחול לו חוב ההלואה יהיה חיוב הראשון קיים ואין כאן אלא חוב זה. ודוחק דאם כן צריך עכ"פ לומר למלוה שיפטרנו מחוב הב' ולא מצינו זה. ואם כן ע"כ הפירוש לרש"י דהחיוב הוא אם לא ילוה יהי' החיוב במה שאינו חייב ואם ילונו יהיה רק זה השעבוד נכסים מעכשיו על מה שילוה לו אחר כך וממה נפשך אין רק חיוב א'. אולם זה שפיר להפוסקים גבי משכון דמהני זכי במשכון עצמו ובלי חיוב עיין שם. וכן שעבוד. אבל לרוב הפוסקים דמנה אין כאן משכון אין כאן וכן שעבוד נכסי רק ערבון על שיעבוד הגוף וא"א בתורת שיעבוד שיחול על הנכסים כשאין חיוב הגוף עליו ומה"ט למ"ד שעבודא לאו דאורייתא גם שיעבד בפירוש לא מהני. ואם כן אי אפשר לומר כאן כנ"ל. דאי אפשר שיחול השיעבוד מעכשיו על מה שילוה אחר כך כיון שעתה אין חיוב הגוף אי אפשר שיחול רק שעבוד נכסי לחוד. וע"כ דמתחייב מעכשיו אף שילוה ואם כן קשה כנ"ל. דחייב ב' החיובים. ואם דהפי' חיוב לזמן וכשילוה יהיה פקע השיעבוד והחיוב דמעכשיו ויחול חיוב הב' זה אינו דא"כ נמחל שעבודו ואין חל אח"כ:

אמנם ניהו דבתורת שיעבוד אי אפשר בלא חיוב. אבל בתורת הקנאה מהני שמקנה נכסיו ע"ת אם ילונו אחר כך ולא ישלם לו לזמן ויגבה מנכסיו יחול הקנין על הנכסים שיגבה בתורת קנין למפרע וככל קנין על תנאי מעכשיו. ובאמת יהיה הדין למפרע גובה אם ילוה בסוף דהם שלו ממש כנ"ל:

ומיושב שפיר דקרי ליה שטר הקנאה. ולשון רש"י שמקנה לו נכסיו כו' דאם ילוה ע"כ מעכשיו בתורת קנין. ומ"מ אמר בגמרא הא שיעבד נפשיה דאי לא ילוה ומתחייב הוא רק שעבוד וממילא מש"ה מכאן ולהבא גובה ככל שטר כנ"ל:

אמנם גם זה דוחק כיון שלא הזכיר קנין על הנכסים וסתמא ככל החיובים ושעבוד כיון שרוצה חיוב הלוואה ולא שיהיה חילוק בין ילוה כנ"ל. ועוד דעדיין יהיה מתנה למפרע הקרקע שיקח והחוב יהיה עליו כשיוכל לשלם:

ולכך נראה לע"ד עיקר כדאמר בש"ס ב"ב ע"ט אם קדם מוכר וכ' כאותה ששנינו כותבין שטר למוכר כו' ופריך מילי במילי לא מקני כו' דאין אותיות נקנו' במסירה ותמהו תוס' והפ' הא שטר של ע"מ לא שייך שמקנה לו ככל שטר ותי' הרשב"א הובא בש"ס שם דכל שטר שנעשה ונכתב לצורך הלוקח והמלוה עם כתיבתם זכו בהקנין והשיעבוד ולכך א"צ

להקנותם דשלהם הן אבל שטר זה לא ללוקח כתבוהו כו' אלא למוכר אלא שאם יתפייס לו הלוקח יתן לו שטר זה ושיקנה אותו לו הוא כשטרות דעלמא של מוכר זה ושהוא מזכה אותם לאחר מכירה שיקנה ממנו הלוקח וימסור לו השטר שיזכה בשיעבודו ובמה שיש בתוכו בהקנאת אותיות דעלמא ע"ש. ונראה דס"ל דאף שהקנין נגמר מ"מ יש לו עדיין הזכות בשטר כמו אחר שהי' השטר שלו ואח"כ מקנהו ללוקח כמו לאחר ומהני מזמן ראשון כקנין שטרות ע"ש. וא"כ נראה בשט"ח בקנין אף שמשתעבד מעכשיו ומתחייב בין ילוה בין לא ילוה אף שזוכין בשיעבוד למלוה. מ"מ כיון שמצוה ליתנו לידו עדיין שטר שיעבוד זה שלו. ואח"כ כשנותנו ליד המלוה מקנה לו שטר שיעבוד זה כמו לאחר שמוכר. וא"כ אף שמלוהו נותן לו שטר שיעבוד זה בעד ההלואה כאלו הקנה לאחר ושפיר קרי ליה שטר הקנאה. ואף דקי"ל אין אותיות נקנין במסירה לחוד י"ל דוקא בשטר מכר דאין כתוב בשטר דנקנה כל שיעבודיה שהוא רק לקנין שכתוב בו שדי מכורה לך ואין כאן רק מסירה כנ"ל. משא"כ שט"ח י"ל דשטר זה עמו שכתוב בו שמשעבד הוי מסירה וכתיבה ביחד דהא כ' שיקנה איהו וכל שיעבודא דאית ביה דמפורש השיעבוד כנ"ל:

ועוד דנגד המלוה הוי כמו כתב בו לכל מי שמוציאו דנקנה במסירה לחוד וכ"ש לבעה"מ בשני יוסף בן שמעון דמהני מסירה אף דשל אחר כיון דשמו כן תפיסתו מוכחת גם על השיעבוד שבו. ואפשר לומר דגם בשטר מכר ומתנה מהני המסירה לחוד ללוקח דהוי כקני כו' וכל שיעבודיה כיון דשמו כתב בו ותפיסתו מוכחת. רק שם בב"ב פריך שפיר כיון שאינו מוסר לו רק שקונה השטר אגב קרקע שיחשב כמסירה והא מסירה זו שאינו בידו ואין תפיסתו מוכחת שוב לא הוי רק כמסירה לחוד באינו כ' על שמו ואין נקנין במסירה לחוד והוצרך לשנוי' אגב שאני כו'. אבל מסירה ממש שפיר מהני ללוקח עצמו כנ"ל. וא"כ מהני שפיר שטר הקנאה גם במכר ומתנה. ומה"ט בעי מטי לידיה דהרי כמוכר לו אז כנ"ל:

ומיושב דצריך דוקא שיהי' כתוב בו שקנו מידו להרי"ף ז"ל. דכשאינו כ' בו הוי כלא כתוב קני וכל שיעבודיה דהא בלא קנין אינו מתחיל השיעבוד עד שמסר לו א"כ אין כאן כתיבה אף שמוסר. ורק כל שכתוב בו שקנו כו' הוי וכל שיעבודיה כנ"ל. וגם לרש"י ז"ל צריך שיכתוב בין ילוה בין לא ילוה כנ"ל:

וי"ל דהרי"ף מודה בשט"ח בקנין דלא בעי מטי לידי' למ"ש לעיל דאף דסברי בתן כזכי בשחרור דלא נגמר כו'. מ"מ בשט"ח כיון שזוכה בשיעבוד שוב חשיב כמטי לידי' דזוכה בגוף השטר מטעם אגב שנקנה השטר אגב השיעבוד קרקע כהאי דכ' כו'. דמשני אגב

שאני דזכה בשטר בכ"מ שהוא. דלא בעינן צבורין ולא אגב וקני דספסרא דארעא הוא כמ"ש תוס' שם בב"ב. ואגב שיעבוד קרקע ג"כ נקנה ביה קרקע בשכירות ומטלטלין במתנה כו' וכמו דמשתעבד מטלטלין אגב קרקע. וממילא הוי מטי לידיה ודוקא בשחרור לא שייך אגב. ובמתנה ומכר אם קנו מידו קודם כתיבת השטר א"כ נגמר קנין הקרקע בלא כתיבה ושוב אין כאן אגב וכקני אח"כ שכבר כתבו. היינו הדין דהחזיק בקרקע נקנה שטר בכ"מ שהוא דבאמת זכה כנ"ל. ורק בש"ח אף שקנו קודם מ"מ לא משעבדי נכסי עד שיהי' השטר ורק משום דקנין לכ"ע ואל"ה לא משעבד א"כ כיון שזוכה בשיעבוד ע"י הכתיבה וזוכין עבורו רק שלא נגמר עד מטי לידיה שוב הוי מטי לידיה משום אגב כנ"ל: עוד נראה דהגם דסברת רשב"א הנ"ל לכאורה תמוה דאיך שייך שיזכה הלוקח בקרקע והשטר ישאר שלו כמו אחר שיש לו שטר קנין למי נקנה הא אינו שטר קנין כל שלא קני לוקח וא"כ איך יתחיל. אולם לע"ד נראה כמו בק"ס שהוא שלא מדעת הזוכה שמבואר בראשוני' ובש"ע דהעדים מקנין סודר שלהם להנותן מתנה והוא זוכה בשביל המקבל וחוזר וזוכה ממנו דבעינן כליו של מקנה. ואף שאין כאן מי שחוזר ומקנה לו הסודר דזה אינו זכות מ"מ כיון שכל הענין זכות כדי שיזכה מקנה לו ע"מ להקנות דזה מהני שגם זה בכלל זכין שלא בפניו מה שחוזר ומקנה לנותן ע"י הנותן עצמו כנ"ל. וא"כ כיון דמתנה ע"מ להחזיר קי"ל דכוונתו ע"מ להקנות לו כנ"ל. א"כ שפיר כשמצוה לכתוב השטר עבור המלוה שיזכו עבורו בשיעבוד והחיוב ואעפ"כ יחזרו ויתנו השטר לו הוי כמצוה לזכות השטר בשביל המלוה וע"מ להחזיר לו היינו שיחזיר ויקנה לו השטר כמו שהי' מוכר ומקנה לאדם אחר השט"ח שהי' נקנה במסירה לרבו כן יקנהו לו כמו מעמ"ל שהוא להקנות כנ"ל. וא"כ שוב אח"כ מתי שירצה או ילוה יוכל לחזור ולהקנות השטר למלוה כמו לאחר כיון דמה שקנאו הי' בתורת קנין שטר על עצמו כמו על אחר כנ"ל. ושפיר מהני מזמן ראשון. וכן בשטר מכר שם בגמ' ג"כ כנ"ל. כיון דכתב שטר למוכר ואין לוקח עמו ורוצה שיזכו עבורו בשדה ואעפ"כ שיהי' מוחזר לידו עד שיתן לו מעות ויקנה א"כ ג"כ כנ"ל שמצוה שיזכו בשטר עבור הלוקח שיזכה בשדה ועל מנת שיחזירהו לו בתורת להקנות לו השטר כמו שמוכר השטר קנין לאחר לרשב"ג דחזרה מתנתו אי אותיות נקנות במסירה כנ"ל. עד שיתן לו מעות ואז יתן לו השטר שיחזיר ויקנה לו השטר כמו כל שמכרו לאחר ומהני זה שלא בפניו ג"כ כיון שמקנה לו רק ע"מ לחזור ולהקנות ואל"ה לא יזכה הוי גם זה זכות כמו דמהני בק"ס ממש כנ"ל. רק שם פריך שפיר דמילי כו' לא מקני דהא למ"ד אין אותיות נקנות במסירה מבואר בברייתא שם דהחזיר לו השטר למוכר לא חזרה מתנתו מטעם אין אותיות נקנין כו'. ולמה יזכה

בשטר ומשני אגב שאני כו'. אבל בשט"ח שטר הקנאה שפיר כשחוזר המלוה ומקנה ללוה השטר בתורת מכירה וקנין ודאי דנקנה במסירה לחוד דהא שיעבודו של עצמו ת"י דגבי קרקע כיון שמכרו הוא כאדם אחר וא"א שנקנה השטר קנין קרקע בכתיבה ומסירה כמו לוקח אחר. משא"כ בלוה דקונה שיעבוד של עצמו ודאי דלא גרע מלכל מי שמוציאו או כשגבה הקונה במסירה לחוד. דשפיר נמסר עם השיעבוד כנ"ל. ומהני. וממילא א"צ לשלם רק פעם א' שכשלוה אח"כ חוזר ומקנה לו השט"ח בעד החוב וצריך מטי לידיה כנ"ל. ובמכר ובמתנה דקי"ל החזיר לו השטר לא חזרה מתנתו. מ"מ בזה י"ל שוב דהוי תנאי כפשוטו דדוקא בחוב דאי ילוה יהי' עליו ב' חיובים וע"כ כוונתו כנ"ל שיזכו ומ"מ יהי' ע"מ לחזור ולהקנותו לו. משא"כ מכר מהני שמקנה לו ע"מ כנותן לו מעות ויתרצה ויתנו יחול הקנין למפרע שאין כאן רק קנין קרקע א'. דדוקא בחוב שא"א לשעבד אא"כ נתחייב ואף דע"ת מ"מ כבר מחויב משא"כ מכירה ומתנה התנאי כפשטיה כנ"ל:

שם אביי אמר עדיו בחתומיו זכין ליה משום דקשיא ליה כו'. ותמוה מאד כמ"ש תוס' דאותו תי' דלאביי יכול לתרץ גם אם יאמר כר' אסי. ולמה לא פריך מיד ממתני'. גם ד' רש"י תמוהים כמ"ש מהרש"א ופירושו אינו במשמע לשון הש"ס דיהי' אלא הא קאי אדלעיל ע"ש. עוד בלשון רש"י אהא דמשני ה"מ היכא דמטי לידיה ציין ואפי' לאחר זמן זכו כו' ואי קשיא כו' שט"ח המוקדמין פסולין כו' במה מוקי לה אביי תריץ במוקדמת כתיבתן לחתימתן ולהכי פסולין שבא לטרוף משעת כתיבה א"נ שכתב וחתם בתשרי והם כתבו בתוכו ניסן שהוא ר"ה לשטרות ע"ש. וכולו תמוה למה ציין על התי' דבעי מטי לידיה הא לס"ד דא"צ מטי לידיה ודאי קשה. היל"ל מיד על אביי דעדיו בחתומיו זכין לו כנ"ל. גם מה ס"ד דרש"י בקושיא זו הא פשוט דמי לא משכחת מוקדם רק בלא נמסר. גם בתי' שכ' ולהכי פסולין שבא לטרוף כו' הא זה בכל מוקדם. וכן בתי' ב' שהזכיר ר"ה לשטרות למה:

ונראה לע"ד בעזה"י בפשיטות דעוד דקדוק בלשון הגמ' משום דקשיא ליה כיון דאמרת בשטרי דלאו הקנאה כל"מ כו' ליכא למיחוש דאקרי וכ' ע"ש וכל הלשון כיון דאמרת כו' הוא מיותר הא מיד קאי אשנוי דאקרי וכ' והול"ל דאביי לא חייש דאקרי וכ'. ולכך י"ל דהא ודאי גם לאביי דעדיו בחתומיו זכין ליה מ"מ אם פירש שאינו רוצה שיזכה עבורו עד שילוה ודאי דאין זוכין וע"ש בש"ע אף באומר תנו לידו כו'. רק דכה"ג שוב אין כותבין ללוה כו'. וא"כ י"ל דוקא לר"א דרק בשטר הקנאה כותבין דלרש"י שכ' בשטר בין ילוה בין לא א"כ השינוי בשטר עצמו זה ידוע לעדים וסופר דכן הדין תמיד בשטר

שכ' כן כותבין ללוה ושטר סתם אין כותבין עד שמלוה עמו א"כ במה יטעו ולא חיישינן דאיקרי וכ'. משא"כ לאביי דתמיד כתב ללוה שטר סתם דעדיו בחתומיו זכין לו. א"כ לפעמים אף שהלוה מתנה ע"פ שיתנהו לו ולא יזכו מ"מ זה ע"פ ואינו שינוי בשטר ושייך דאקרי וכ' שיטעו לכתוב ללוה ככל שטר דרגילין שכ' ללוה. ומיושב לשון הגמ' כיון דאמרת בשטרי דלא הקנאה כי לל"מ לא כ' ל"ח דאקרי וכ' דבמה יטעו כיון שתמיד כן בשטר כזה שאין כ' בין לא ילוה כו'. משא"כ לאביי שפיר החשש שמא אמר תנוהו לו ולא יזכו ואף דאין כ' בזה שייך דאקרי וכתב כנ"ל ולא קשה ממתניתין:

אמנם זה שפיר לס"ד דא"צ מטי לידיה לאביי א"כ ודאי שכיח שיאמר הלוה שלא יזכו כיון שרוצה ללות למה לו להתחייב סתם שיזכו אף שלא ילוה וחיישינן שמא אמר כנ"ל. אבל למאי דמסיק דלאביי ג"כ דוקא דמטי לידיה בסוף א"כ שוב לא איכפת ללוה שיזכו מיד דכשלא ילוה לא יתן לו. א"כ לא שכיח כלל שיאמר שלא יזכו ופריך שפיר ממתני' כנ"ל. דלא שייך לחוש שמא אמר כנ"ל. וזה שכתב רש"י ולקמן פריך כו' היינו בתר דמסיק דבעי מטי לידי' כנ"ל:

והנה רש"י ז"ל הקשה אהא דמוקדמין פסולין דהיינו מדרבנן שמא יגבה מז"ר כדאמר בש"ס. והקשה רש"י דהא מוקדם גמור שהקדימו בכונה העדים פסולין דשקר כמ"ש תוס' פ' א"נ וא"צ לתקנה. וא"כ בשלמא לר"א דחוששין לאקרי וכ' שכיח שאומר שלא יזכו וכה"ג תיקנו שפסול גם מזמן שני. ולא קשה רק עכשיו דמסיק דבעי' מטי לידיה ופריך ממתני' דשוב לא שכיח כלל שיאמר שלא יזכו ואף בנפל לא חיישינן דלכך פריך ממתני'. ושפיר הקשה רש"י מוקדמין פסולין במאי מוקי לה אביי הא משום מלתא דלא שכיח לא שייך שתיקנו וכשהקדימו בכונה פסולין העדים מדינא. ותירץ כגון שהקדימו כתיבה לחתימה דזה שכיח כמ"ש הר"ן ז"ל דע"ז חתמנו כו' דעבידי למטעי בהא וזהו שכ' רש"י דאתי למטרף מזמן ראשון היינו שהוצרכו בזה לתקנה גזרה שמא יגבה מז"ר. א"נ שכ' וח' בתשרי וכ' ניסן שהוא ר"ה לשטרות דבאמת גם תשרי ר"ה לשטרות למלכי א"ה וג"כ עבידי למטעי ושכיח ופסלו גזרה כו' ושוב פסול גם במאמר שלא יזכו כנ"ל. כיון שהוצרכו לתקן ומדויק לשון רש"י ז"ל כנ"ל:

ומה דפריך מהא דתנן מצא ג"נ כו' ואף דלס"ד דא"צ מטי לידיה שייך בנפל החשש דאמר שלא יזכו ואקרי וכ' מ"מ פריך שפיר טעמא דנמלך כו' כדדייק לקמן הא אמר תנו נותנין והא שייך שמא כ' בניסן כו' כמו במשנתינו ופריך ממ"נ או דחיישינן גם מודה לא יחזיר ואי ל"ח כי נמלך מה הוי ומשני כנ"ל. דבעי מטי לידיה. ולכך הקשה רש"י מהא דמוקדמין פסולין דא"א לומר דבאמת לאו מתקנה רק משום פסול העדים דא"כ

מאי פריך מהתם דמצא ג"נ כו'. אי מודה אף דח' כ' ליתן בניסן מ"מ כשר מזמן שני. וע"כ דפשיטא להו לש"ס דפסולין מגזרה כנ"ל. דבפסול עדים פשיטא. והקשה [רש"י כנ"ל ותי' שפיר כנ"ל:

עוד י"ל דהנה קשה למ"ש הרי"ף ז"ל יבמות פ' ד"א אהא דלינחיה גבי עדים דכל שהשטר אצל העדים דאי בעי כבשי לשטרא הוי מפי כתבם ולא מהני שיחשב עדות עד שיוצא מת"י ע"ש וכן פ' בש"ע ס' מ"ו וא"כ אי ע"ח כרתי א"כ איך שייך עבז"ל היינו שזוכים העדים בשטר עבור המלוה הא כל זמן שהשטר אצל העדים אינו שטר כלל דאין כאן עדי חתימה דהוי מפי כתבם דא"ב כבשי כו' וא"כ אינו שטר שיוכלו לזכות למלוה עד שיוצא מת"י ונותנין ללוה ושוב אין זוכה בשלו לאחרים ולא שייך כלל עבז"ל. ולר"א דע"מ כרתי י"ל שפיר דמהני דהא קי"ל הן שלוחיו הן עדיו א"כ כיון דעבז"ל שפיר אחר שחתמו זוכין עבור המלוה דהוי כנמסר לידו והן עצמן עדים על מסירה זו ויש כאן ע"מ ונעשה שטר בזכי' זו ומהני אף שנותנין אח"כ ללוה. אבל אי ע"ח כרתי לא מהני כנ"ל. והנה למאי שפ' תוס' ושאר פ' דלא הכשיר ר"א אלא בגטין כו' דבשטר שעיקרו לקנין קי"ל ע"מ כרתי ומהני לראיה ג"כ אבל שטר שעיקרו לראיה נעשה קי"ל ע"ח כרתי ע"ש פ"ב דגטין. א"כ מיושב בזה שנויא דר' אסי בשטר הקנאה לרש"י בין לא ילוה כו' ותמוה במאי זכה כיון שלא נמסר לידו ולמ"ש א"ש דגם ר"א י"ל דסבר עבז"ל רק דבשטר ראיה דע"ח כרתי לא מהני כנ"ל. אבל שטר הקנאה בין לא ילוה א"כ עיקרו לקנין דבזה ע"מ כרתי שפיר זכו בשבילו ומהני משום עבז"ל כנ"ל. משא"כ סתם שטר דרך לראי' כנ"ל. ומדויק דקרי ליה שטר הקנאה דמה"ט הוא דמהני כנ"ל. ולכך במתני' סתמא אף בשטר הקנאה דלר"מ גם בשטר קנין ע"ח כרתי ושייך ג"כ שמא כ' ואף דאין כותבין לר"מ מ"מ דאיקרי וכ'. ולאביי שפיר עבז"ל בכל שטר ולס"ד דלא בעי מטי לידיה ובכל שטר מתחייב אף שלא ילוה א"כ הוי שטר שעיקרו לקנין להתחייב בו מיד והדין ע"מ כרתי ומהני גם לראיה כנ"ל. וממילא לר"מ לכאורה לא אמרינן כלל עבז"ל א"כ ודאי קשה ממתני' דלדידיה אין כותבין ואקרי וכ' ל"ח. אך למ"ש הרמב"ן בד' הרי"ף הנ"ל דדוקא כשאינו ראוי למסור לבע"ד כמו התם לנחי' גבי עדים כו' אבל כשבידם ליתנו לבע"ד מהני מיד ולא חשוב מפי כתבם ע"ש. וא"כ י"ל בשטר הקנאה או לאביי או א"צ מטי לידיה וזכו לו ויכולין ליתנו למלוה שוב מהני מיד וחשיב ע"ח ושפיר זכו גם לר"מ וכותבין כנ"ל. והיה אפשר דגם אי מצוה ליתנו לידו שאין רשאין ליתנו למלוה מ"מ מהני דכיון שנותנין ללוה עכ"פ נפיק מת"י שהוא יכול ליתנו למלוה וג"כ חשיב ראוי לרמב"ן ומהני מיד. אולם בש"ע

ולהרבה פוסקים דלא מהני מה שראוי למסרו דמ"מ כל שת"י העדים דא"ב כבשי לאו עדות הוא כנ"ל. וקשה כנ"ל:

אולם לר"מ לא קשה די"ל דאביי מודה דר"מ לטעמיה דחייש למעוטא חיישינן דאקרי וכ' ולכך דחה לרבנן כיון דבשטר דלאו הקנאה כי לל"מ לא כ' והיינו לרבנן דמהני ש' הקנאה ורק בלאו הקנאה כנ"ל. לא חיישינן אקרי וכ' דלא שכיח כנ"ל. ואמר בהך לישנא לאפוקי לר"מ כנ"ל דאל"ה גם לדידיה לא הוי ניחא ועכשיו שפיר לאביי לרבנן ע"מ כרתי והוי תמיד שטר קנין:

אך עדיין החשש שמא כבר לוה וא"כ השטר רק לראיה ועח"כ ול"א עבז"ל ושוב שמא ימסר אח"כ השטר ויגבה שלא כדין. אך בהא דכ' שטר ללוה כ' תוס' לקמן דהא דחיישינן שלא ימסר אף דבלא ריעותא לא חיישינן הוא רק משום שאין רואין ההלואה הוי ריעותא דמורה שעדיין לא לוה ע"ש. וא"כ משני שפיר אביי דכותבין ממ"נ אי לא לוה הוי שטר קנין ועבז"ל ואי לוה שוב אין ריעותא ומסתמא ימסר ביום שנכתב כנ"ל. וא"כ מתני' דמצא שט"ח לא קשיא כלל דשם הריעותא מצד דנפל שוב החשש שמא לוה וכ' אח"כ השטר והוי לראי' דל"ש עבז"ל ומסר אחר זמן ולכך לא נזהר דפסול כמו שפירש"י ושפיר לא יחזיר:

ופריך עלה ממתנה דלא יחזיר שמא נמלך והא במתנה אי לא נתן שוב עבז"ל וזכה כבר ואי כבר הקנה לו קודם כ' השטר לכ"ע יחזיר. והוצרך לשנוי' דבעי מטי לידיה ושוב פריך ממתני' דע"כ כיון דבעי מטי לידיה שאינו רוצה להשתעבד מעכשיו רק אם ילוה בסוף א"כ שוב הוי תמיד עיקרו לראיה ועח"כ. וע"כ דסבר אביי כר"י דגם בשטר ראיה ע"מ כרתי ומהני עבז"ל. ופריך א"כ ממתני' דמצא שט"ח דהא גם אי לוה מקודם והשטר לראיה ג"כ עבז"ל כנ"ל וא"ש:

עוד י"ל דהנה ד' הרמב"ן ובש"ע ס' ל"ט דכש"כ שטר בציוי מלוה ושיעבד לו נכסיו מחויב מלוה להלות לו כקנין ע"ש דהוי כחליפין חיוב גופו להלות עבור שקנה השיעבוד נכסי. וא"כ למאי דפסק רמ"א ז"ל דמכר לא חשיב זכות אף בפחות דשמא אינו מרוצה ואף דרוצה אח"כ לא זכו עבורו. ואף דבידו שלא ירצה כשיודע דאף בזכות יכולין למחות מ"מ כיון שמצד עצמו אינו זכות א"י לזכות דאל"כ היה כל דבר חשיב זכות דהברירה בידו רק כנ"ל. דלא שייך טעמא דכ' רש"י בזכות דאנן סהדי אלו ידע היה משוי שליח. דבהנ"ל אם ידע לא היה עושה שליח דלא יוכל לחזור ואינו זכות. ודוקא מתנה ע"ש. וא"כ לרמב"ן הנ"ל אין כאן זכות כלל למלוה מה שמשתעבדי נכסיו הא עי"ז יהיה מחויב להלות לו והוי כמכר עכ"פ כנ"ל. ואף דאינו חייב להלות משום שהיה שלא מדעתו. אבל

ממש הוא כנ"ל דגם במכר לא יתחייב כשלא ירצה שהיה שלא מדעת כן בזה דעכ"פ לא שייך אם היה יודע אנן סהדי דהיה עושה אותם שלוחים לזכות השיעבוד נכסים דז"א דלמא לא היה רוצה דכשהיה מדעתו היה מחויב ע"י זכי' זו להלות לו כנ"ל ואינו זכות כלל. ואיך נימא עדיו בחתומיו זכין לו:

אמנם למסקנא דבעינן מטי לידיה וא"כ הזכי' רק על תנאי אם ילוה ויתנו לו השטר א"כ שפיר זכי' זו על תנאי הוי שפיר זכות שלא היה חייב כלל להלות לו גם אלו ידע והיה עושה שלוחים לזכות בשיעבוד ע"ת כזה דאם אינו מלוה לא קני השיעבוד כלל ואין כאן קנין חליפין כלל דעדיין לא קנה כיון שהברירה ביד הלוה אינו מתחיל שיעבוד כלל כמ"ש הר"ן פ"ב דכתובות. ואם באמת ילונו הוי שפיר זכות מה שמשועבד למפרע מעכשיו כנ"ל. וא"כ למ"ש בשטר הקנאה דא"צ מטי לידיה:

או לס"ד דש"ס באביי דעדיו בחתומיו זכין לו גם בלא מטי לידיה ואינו על תנאי א"כ שוב אינו זכות כלל ואיך עבז"ל:

אמנם למ"ש הר"ן פ"ב דקדושין גבי שמא נתרצה אב דיש ג' חלוקים בדבר שסתמא חוב לא מהני רצוי אח"כ שיהי' איגלאי כו'. אבל בדבר שעומד לכך ולכך בקדושין תלי' אי נתרצה אח"כ אגלאי מלתא למפרע שהי' זכות והועיל. ואי לא נתרצה איגלאי להיפוך. וגבי מכר כ' ג"כ הפ' דאמרינן אגלאי ע"ש החולקין על מהרי"ו ובד' פרקים מבואר בגמ' ע"ש:

וא"כ י"ל גם כאן כיון דחזינן דהלוה לו אח"כ א"כ איגלאי מילתא שהי' רוצה להלות לו ושוב הוי זכות מה שנשתעבד מאז שחתמו. ואף שהי' מחויב להלות מה בכך הא מלוה לו באמת ואף להרמ"א במכר דלא מהני ריצוי דהא ממ"נ אם לא נולד שינוי שהוקר וכה"ג א"כ לא הי' זכות דאם יודע לו יוכל לקנות אז דאין חילוק בין למפרע. ואם שינוי שוב לא שייך אגלאי למפרע. משא"כ כאן דכשרוצה להלות כשמלוהו ואז א"א שיחול השיעבוד למפרע שפיר אגלאי שהי' זכות מה שזכו אז בשיעבוד כנ"ל. ושפיר ס"ד דעבז"ל אף בלא מטי לידי'. וא"כ שפיר לא הוי קשה כלל משנה דמצא שט"ח דניהו דחייב מודה וחשיב מטי לידי' אבל עכ"פ שמא לא הלוה לו כלום א"כ אף שרוצה ליתן לו בחנם מ"מ לא מהני להיות עדיו בחתומיו זכין לו למפרע דהא אז לא הי' זכות כלל כנ"ל דהי' חייב להלות. ולא שייך כלל אגלאי למפרע ע"י שמקבל חנם שהי' רוצה להלות כנ"ל. וא"כ עדיין יגבה שלא כדין אף דמודה והי' שפיר לאביי כנ"ל. ולכך פריך ממתנה דנמלך מה הוי הא מתנה זכות גמור ועדיו בחתומיו זכין לו שכבר זכו ומשני דצריך מטי לידי' וע"ז פריך

שפיר ממתני' דשוב זכי' זו על תנאי הוי זכי' בשעת מעשה וא"ל משום אגלאי למפרע כנ"ל. א"כ ממילא כשחייב מודה דהוי מטי לידי' אמאי לא יחזיר כנ"ל וא"ש בעזה"י:
עוד י"ל דכמו דמגבי' מציאה לחברו חשוב תופס לבע"ח בשחל"א וכ' הרא"ש דלא רבי רחמנא זכי' רק כשאין חוב לאחר ע"י זכי' זו ע"ש. וא"כ ניהו דמחייב עצמו בשטר במה שאינו חייב יכולין לזכות השטר למלוה אף דחב ללקוחות בזכי' זו מ"מ עיקרו הוא מתנה דבר שלו דיכול לעשות בשלו מה שירצה דעדיין לא מכר לאחר ואין כאן חוב רק שמסתעף ולא חשיב חב כו'. אבל כשבאמת לוה. דהלוה חייב ב"כ וב"כ רק כל הזכי' שיהי' לו דין שטר לגבות ממשעבדי שימכר א"כ אין בזכי' זו רק במה שחוב לאחרים. דבשלמא במתנה ומכר כשחל זכי' זו לא מהני מכירתו לאחר ואין כאן חב. משא"כ בשט"ח דהמכירה מהני אף דמשועבד וכל הזכי' הוא רק שיוכל לגבות מן אחרים שלקחו שפיר הוי הזכי' לחוב לאחרים דלא רבי רחמנא זכי' כזו ולא מהני כמו מגבי' מציאה כו' אף שעדיין לא זכה בו אחר רק מונע כנ"ל. והגם דאפשר לחלק כיון שבידו שלא למכור ותלוי בדעתו לא חשיב חב. מ"מ אינו מוכרח כלל דהא אם לא ימכור אינו זכות כלל דמיני' אין חילוק. וכל הזכות הוא רק כשיהי' חוב לאחרים וי"ל שפיר דלא מהני וא"כ לא הוי קשה ממתני' די"ל לאביי דהא דכותבין שטר ללוה הוא ממ"נ אי לא לוה א"כ עיקרו זכות שמתחייב במה שאינו חייב אף שלא ימכור לאחרים ושפיר עדיו בחתומיו זכין לו אף לגבות מלקוחות כנ"ל. ואי באמת לוה דלא שייך עדיו בחתומיו זכין לו שוב אין ריעותא ומסתמא ימסור השטר מיד. משא"כ מתני' דנפל איתרע שפיר חיישינן שלוה וכ' אח"כ ליתן בניסן כו' דלא שייך עדיו בחתומיו זכין לו דחב לאחרים כנ"ל. ופריך ממתנה כי נמלך כו' והא בזה שפיר זכות כנ"ל ומשני דבעי מטי לידי'. וא"כ שוב אף אי לא לוה חשיב חב לאחרים דכשלא יתנו אח"כ לא יזכה ואם יתנו אח"כ שוב מיני' אין חילוק דגם שיזכה משעת מסירה יתחייב ויגבה מיני'. וא"כ זו הזכי' שיזכו בשבילו מיד מזמן ראשון ע"ת אם יהי' מטי לידי' הוא רק חב לאחרים שאין נ"מ רק ללקוחות. ואף אי לא לוה חשיב חב ולמה כ' שטר ללוה לאביי וע"כ דסבר דלא חשיב חב לאחרים כנ"ל כמו שמתפיס הלוה בעצמו וכנ"ל. וא"כ ממילא אף שבאמת לוה לא חשיב חב ושפיר זוכין בשבילו ופריך שפיר ממתני' כנ"ל וא"ש משא"כ מעיקרא לא מצי למיפרך כנ"ל:
שם היינו טעמא דחיישינן לפרעון ולקנוניא. ותמהו בתוס' דא"כ גם כר' אסי מצי למימר ומשום דחיישינן לפירעון וכנ"ל:
וי"ל למ"ש לעיל די"ל מה דס"ד דלא חיישינן לפירעון. דהא א"י א"פ חייב אף בלהל"ל להרבה פוסקים ורק בלקוחות ברי דטענינן להו וא"כ במודה לוה רק ח' פירעון וקנוניא

דעכ"פ מהני טעמא דשמואל א"א דפרע הוי קרע לי' דהוי מלתא דלא שכיחא ולא טענין להו כשלוה מודה ושוב נשאר א"י א"פ גם נגד לקוחות דעכ"פ ודאי נשתעבדי נכסי וספק אם פקע ע"י פירעון כנ"ל. וי"ל דאביי סבר ג"כ כנ"ל. רק עכשיו דיש חשש שמא כ' ללות בניסן ואין כאן שיעבוד כלל על הלקוחות ורק משום עדיו בחתומיו זכין לו וזה למסקנא דוקא במטי לידי' בסוף ורק דמה שמודה חשיב מטי לידי' שיהי' השיעבוד למפרע. וא"כ שוב לא שייך לחייב הלקוחות מטעם א"י א"פ שהוא משום חזקת חיוב. דהוי חזקה שלא נתבררה דעד עכשיו שייך שמא כ' ללות כו' ואין התחלת שיעבוד על הלוקח. ורק עכשיו שמודה ומצוה ליתן יהי' השיעבוד למפרע ושוב יש הספק שפרע וככל חזקה שאין מבוררת כנ"ל בטריפה יב"ח ע"ש. ואף דלא דמי לגמרי דתרתי דסתרי דאי פרע ע"כ לוה ז"א דגם כה"ג חשיב לא נתבררה ועוד דלרש"י לוה אח"כ ופרע וכנ"ל:

וא"כ מישב הש"ס שפיר לאביי עכשיו דבעי מטי לידי' דהטעם במשנה משום חשש פירעון כנ"ל משא"כ כר' אסי לא מצי אמר דבשטר הקנאה דא"צ מטי לידי' א"כ החיוב ודאי שוב לא הי' חוששין לפירעון וקנוניא כנ"ל. ולכך נטר הש"ס עם הקושיא והתי' ממתני' עד דמשני מטי לידי' כנ"ל:

והא דפריך לשמואל כו' ולכאורה להנ"ל דלמא דוקא בשטר הקנאה סבר שמואל דלא חיישינן לפירעון כנ"ל כיון דע"כ לא בעי מטי לידי' א"כ ג"כ י"ל דמוקי מתני' בשטרי דלאו הקנאה ומודה דחיישינן לפירעון. אך ז"א דשמואל גם באין חייב מודה סבר יחזיר בשה"ק דלא חיישינן לפירעון א"כ אא"ל הטעם כנ"ל דהא טוען ברי פרעתיי. וע"כ דל"ח כלל ופריך שפיר. ומיושב לשון רש"י ולשמואל כו' ל"ח לפירעון בשטר הנמצא ואפילו אין חייב מודה כו' דלכאורה למותר הא מיירי עכשיו בחייב מודה. ולמ"ש מיושב דאל"ה לא הוי קשה ורק מה"ט הוא דפריך:

עוד י"ל דבשבת פ' המוציא ע"ט מסיק ר' אשי במוצא שטר פרוע דלוה חייב לר"י מהני מפני שצריך לו להראותו לבע"ח שני דגברא דפרענא אנא שפורע חובותיו ע"ש. וא"כ לא שייך כלל טעמא דשמואל א"א דפרע כו' דהא צריך לו כנ"ל ומשהי לי' לוה. ומצי מוקי מתני' כר"י:

אמנם זה שייך אי אין כותבין שטר ללוה בלי מלוה א"כ כשהשטר ביד לוה יכול להראות דפרע דהא ודאי לוה. אבל אי כ' שטר ללוה [בלי מלוה] א"כ אין הוכחה כלל ממה שהשטר בידו דגברא דפרע הוא דשמא כ' לו שטר ולא לוה בו כנ"ל. וא"כ לר' אסי י"ל דדוקא בשטר הקנאה אמר שמואל דל"ח לפירעון כיון דכותבין שטר כזה ללוה בלי מלוה שוב לא שייך כנ"ל. משא"כ בשטר דלאו הקנאה רק לאביי דעדיו בחתומיו זכין לו וכן

שטר כותבין ללוה ולא שייך הנ"ל ול"ח לפירעון דא"א דפרע כו'. וא"כ י"ל לפי דיוק הרמב"ם ז"ל דלא יחזיר הא אם החזירו גבי. והיינו ע"כ דאינו חשש גמור לפירעון מטעם אם איתא וא"כ י"ל דאביי לא בעי לאוקמא כר"א דא"כ יש חלוק דבש' הקנאה דכ' ללוה כו' שייך א"א דפרע כנ"ל ודיעבד מוחזר וגבי. ובש' דלאו הקנאה אף דכי ל"ל לא כ' מ"מ שוב חשש פירעון ספק גמור דשייך להראות דגברא דפרע הוא וגם דיעבד לא גבי וא"כ אינו שוה במתני' הדין דלא יחזיר דסתמא תני מצא שט"ח והוא בין שטר הקנאה או לא הדין דלא יחזיר והא יש חילוק בהחזירו כנ"ל כיון דמשום ח' פירעון ואמר שפיר משום דקשי' לי' בש' דלה"ק כו' וע"כ משום ח' פירעון ויש חילוק ולכך אמר עדיו בחתומיו זכין לו ושפיר שוה בכל שטר דלכתחלה הוא דלא יחזיר ודיעבד גבי כנ"ל:

עוד י"ל דלכאורה מאי שייך א"א דפרעי' כו'. עכ"פ אחר שנפל יש חשש שתבעו ופרע לו דכן הדין באבד שט"ח וכ' לו שובר. ועתה מצוה להחזירו משום קנוניא ואף דלעולם יכול לעשות קנוניא כשיש לו שובר מאי דא"י לתקן א"א. דגם בלוקח השטר בחזרה שייך כן. ומ"מ כיון שנפל שייך כנ"ל אך א"כ לא שייך נפל איתרע דע"כ נפל מקודם שפרע. אך נהי דליכא ריעותא מ"מ כיון דעכ"פ אבד השטר גם לדברי המלוה וא"כ חזר אח"כ כמלוה ע"פ שאפשר שנפרע דליכא חזקה. ואיך יגבה מלקוחות. כיון דהודאת לוה לא מהני. וצ"ל דגם לקנוניא לחוד לא חיישינן בליכא ריעותא. וממילא כיון דלא שייך איתרע כנ"ל. שוב מהני הודאת לוה אף בלי חזקה:

אך לכאורה א"צ לקנוניא כמו דלא מהני הודאתו על שנמסר ביום שנכתב משום שאין חב לעצמו בהודאתו לא עדיף מעד דעלמא כן בזה שיש לו באמת שובר ואינו ירא שיגבה ממנו. שוב הודאתו אינו מפסיד רק ללקוחות ולא מהימן. אך ז"א כיון דמודה בב"ד שלא פרע מודה שהשובר פסול דהודאתו יותר מעדים ורק קנוניא ולא חיישי' כנ"ל:

אמנם א"כ שוב איכא לאוקמי מתני' באין הלוה כאן לא מודה ולא כופר. דשפיר ביש אחריות לא יחזיר דשמא פרע אחר שנפל ויש לו שובר ומ"מ יגבה מלקוחות דאין הפסד ללוה דכל שלא הודה יועיל השובר והחשש משום לוקח שלא באחריות כמו שפירש"י ז"ל. משא"כ אין בו אחריות יחזיר דלגבי לוה אין חשש דע"כ החשש שפרע אח"כ ויש לו שובר כנ"ל:

אמנם כיון דלאביי אף דעדיו בחתומיו זכין לו מ"מ בעי מטי לידי' א"כ באין לוה כאן לא יחזיר גם בא"ב אחריות שמא לא לוה כלל דכ' הי' ונמלך כו'. וא"כ ע"כ שלוה מודה ושוב אא"ל כנ"ל וצריך לומר משום חשש קנוניא. ולכך לס"ד דלא בעינן מטי לידי' לא הוי קשיא לי' מתני' דשפיר חיישינן לפרעון גם לשמואל כנ"ל דאיכא לאוקמי כנ"ל

דיחזיר בא"ב אחריות. רק עכשיו דבעי מטי לידי' א"א לאוקמי כנ"ל ופריך שפיר ומשני לקנוניא כנ"ל:

שם אי ס"ל כרב אסי כו' וכ' רש"י אי קשיא ע"כ כר"א ס"ל ותי' דמודה אביי בלא מטי לידי'. וא"כ מוכח מגמ' דבשטר הקנאה לא בעי מטי לידי' וקשה על הרי"ף שפ' דגם בש' הקנאה צריך מטי לידי'. אך לק"מ דגמ' אמר שפיר דאי כאביי ס"ל ע"כ לא מיירי שמואל בחייב מודה דא"כ ל"ל שטר הקנאה כיון דמטי לידי' וע"כ דמיירי באין חייב מודה ואעפ"כ בש' הקנאה יחזיר וע"כ דלא בעי מטי לידי' בש' הקנאה אבל אי ס"ל כר' אסי י"ל שפיר דבעי מטי לידי' בש' הקנאה ושמואל מיירי בחייב מודה ואעפ"כ דוקא ש' הקנאה כיון דמטי לידי' משא"כ סתם שטר ח' דאיקרי וכ' ולא יחזיר משום שמא כ' כו' ולא מהני מטי לידי' כנ"ל. ומאי דאמר לקמן י"ד וכ"ש הכא דלא מודה דחיישינן לפרעון קאי הכל על דלעיל אי ס"ל לשמואל כאביי ע"כ בלא מודה מיירי כנ"ל. דעלה הוא דמסיק תיובתא דשמואל בתרתי דאי ס"ל כר' אסי ליכא תיובתא דשפיר אע"פ ששניהם מודים לא יחזיר שמא כ' בניסן כו'. ורק אהא דאמר שמואל אומר הי' ר"מ שטר שאין בו אחריות כו'. אבל לא על מה דאמר במצא שטר הקנאה כו':

שם לטעמי' דאמר שמואל אומר הי' ר"מ שטר חוב שאין בו אחריות כו'. אינו מובן הטעם. ותוס' כ' כיון דמחל השיעבוד מחל גם מב"ח הקרן ע"ש. ותמוה למה נאמר כן. וגם א"כ למה לקח שטר. וצ"ל כמו הכיר כו' לשם מתנה כו' כסיפא לי' כו' ודוחק. וי"ל דהפי' הוא דהכפי' מחל לו דבכל מחילת השיעבוד נכלל גם שיעבוד דמיני'. וממילא מיתומים ושלא בפניו לא יגבה. ובתורת מצוה דמכין אותו כו' י"ל דגבי. לחד פי' בתוס' דמלוה עצמו גובה בקיום. א"כ שפיר יחזיר אף שטוען מזויף דכשלא יקיים לא יגבה ובקיום מיני' כדין גבי ומיתומים לא יגבה. ולפי' אחר בתוס' דגם מיני' לא מהני קיום א"כ ע"כ הפי' דלא גבי כלל אף בתורת כפי'. י"ל דמ"מ מצוה דפריעת בע"ח לא מחל רק הכפי' בכלל השיעבוד שמחל וכהאי דפ' בתרא דכתובות ע"מ שלא לפרוע כו' בסיפא מיהא א"ל ע"ש. ואפשר דמהני תפיסה:

אך אם הי' תועלת קשה מה פריך אמאי יחזיר והוצרך לשנויי לצור. והא מועיל לתפיסה כנ"ל. ולפי' תוס' הנ"ל תמוה דהא יחזיר לגבות מיני' ע"י קיום. ונראה דפי' הש"ס כיון דלא מיירי שהוא רוצה עתה לגבות ממנו דממ"נ יקיים ויגבה מיני' ואי לא לא. רק לענין להחזיר לו השט"ח. וא"כ כיון דלוה טעין מזויף אינו רוצה שיהי' לו שטר מזויף עליו אף שא"י לגבות בו דלנ"ל דליפשי' שטרא עלי'. רק כשהשטר ביד מלוה א"י לכופו שיקרענו דיכול לטעון שיבקש קיום וימצא ואין לוה נאמן מזויף להוציא שנחייבו לקרעו.

אבל כשהשטר ביד המוצא שאבד שפיר כיון שטוען מזויף אמאי יחזיר למלוה מספק כל שלא קיימו כיון דאי מזויף מחויב לקרעו ושלא להחזיר למלוה. ומדויק לשון הגמ' אמאי יחזיר. ולא למה לי' למלוה דיש תועלת כנ"ל. רק הקושיא כנ"ל. ומשני לצור דכיון דהנייר שלו וראוי לצור כשהוא שלם ולא כשיקרענו. א"כ החיוב עכ"פ להחזירו למלוה רק כשיש חשש גבי' שלא כדין לא יחזיר משא"כ אין חשש רק דלא ניחא לי'. מ"מ יחזיר כנ"ל:

ועוד דס"ד דש"ס כשאין בנייר שוה פרוטה לצור'. ואבידה שאין בה שוה פרוטה הוי של מוצא ואינו חייב להחזיר כדיליף מאשר תאבד כו' ורק משום דהשטר שוה לגבות חשיב שוה פרוטה דלא אימעט שטרות. ואם כן כיון דבלא קיום אינו יכול להוציא מלוה דשמא מזוייף כן לענין להוציא מהמוצא ניהו דאם יקיימנו שוה פרוטה כדי לגבות מלוה מ"מ אם באמת מזוייף לא ימצא קיום ואינו שוה פרוטה והנייר דמוצא אם כן אינו חייב להחזירו כלל עתה כל שאינו מקוים. ואם יקיימנו באמת יחזיר. ועוד דאף שיקיימנו א"צ להחזיר דכיון דלוה טעין מזוייף לא מהני אף הקיום לגבות מיתומים ולקוחות משום דנפל איתרע. ורק מלוה גופיה כמו שכתבו תוס' הטעם דאי מזוייף יכול לברר ע"ש. אם כן לענין המוצא לא מהני הקיום כמו לענין לקוחות ומחזיקינן שמזוייף אף דיקיימו. ופריך אמאי יחזיר ומשני לצור היינו דמיירי ששוה פרוטה לצור. וגם אי מזוייף יש חיוב השבה כנ"ל. ואם כן יש לומר גם כן דמהני בתורת כפייה או דיועיל תפיסה כנ"ל:

דף יג:

שם ע"ב רש"י ז"ל פירש לאו שטרא והוי כמע"פ ושאין עליו עדים עיין שם. ותמוה למה יחשב כאן עדים. ונראה פי' דכל שטר הוי מפי כתבם רק דיליף מכ' בספר וחתום דשטר מהני כמ"ש רש"י גיטין פ' מ"ש. ותוס' פ"ב דכתובות ע"ש. וממילא אין בו אחריות שאין בו שעבוד לאו שטרא ואינו רק עדות לחוד דהוי מפי כתבם וגם עדות לא חשוב. ורש"י לטעמיה שלא ישלח לב"ד בכתב כו'. ותוספ' לטעמייהו דראוי להגדה מהני בכתב הוצרכו לפרש כאן משום מחילה. עוד יש לומר דכל שטר עדות שאין אתה יכול להזימו כמו שכתב הרמב"ם דשמא אחרוהו כו' רק מדרבנן משום נעילת דלת. ובזה שאין בו אחריות דשדי זוזי בכדי לא שייך נ"ד כמו שכתבו תוס' גבי מלוה על פה. ואף דגם מלוה על פה אין צריך דרישה וחקירה. מ"מ לש"ך עדות שאי אתה יכול להזימו פסול ובשטר דמהני דהיה תקנה מיוחדת משום נ"ד דצורך לשטר כמו דו"ח ע"פ. והך לאו שטרא כנ"ל ואין עדות. ועוד דכמו לתוס' ע"כ גרע דע"פ לא מחל וע"כ כשכ' שטר ואין בו אחריות

טפי מוכח דמחל דלא היה חסר כלום לכתוב אחריות כנ"ל. ואם כן בלא מחילה שייך כנ"ל כיון דאינו חושש לא חשו לתקן משום נ"ד שיועיל בלי דו"ח. וגם דהוי כמילתא דלא שכיח וגם כדין מרומה דמסתמא לא שדי זוזי בכדי ומורה שלא לוה ולא מהני עדותן שאאי"ל ובלי דו"ח נאמן גם להד"מ כנ"ל. ולהנ"ל י"ל דאין צריך לדחוק כלל דנאמן מזוייף נגד קיום כמו שכ' תוס'. דיש לומר דנפל איתרע וקי"ל שטרי ריעא לא מגבינן בהו כו'. יש לומר דריעותא דנפילה משוי לה דין מרומה דצריך דו"ח ופסול עדותן שנאמן להד"מ כיון דשטר אאי"ל. דבשלמא לר' אסי אין מורה ריעותא דנפילה רק דאיקרי וכתב בניסן כו' אבל לא ששקר שלא לוה אם כן לא הוי מרומה לענין שיוכל להכחיש העדות כמו שכתב הריב"ש דדוקא לאותו ענין שמרומה ע"ש. וכן לר"י דח' לפירעון גם כן אין הריעותא מורה רק על ח' פירעון. משא"כ לשמואל לאביי דאו"כ ל"ח ופרעון ל"ח שוב מורה ריעותא דנפל דלא לוה כלל ובעי דו"ח ונאמן לא הי' דברים מעולם כמ"ש ב"ש בקדושין כשמכחשת ויש עוד ריעותא חשוב ד"מ דבעי דו"ח. וכן כאן בטוען להד"מ. וממילא לא יחזיר דיגבה אח"כ שלא ידעו מנפילה ובאין בו אחריות לר"מ לעולם חשוב ד"מ גם בלא נפילה שפיר יחזיר כנ"ל. ושמואל בשטר הקנאה דמיירי שאין כאן ואינו מכחיש לא חשוב דין מרומה כנ"ל:

י"ל לע"ד הלשון אומר היה ר"מ מהיכן למד. ואי בפי' אמר הא ר"י פליג. וי"ל דהא לר"מ דעידי חתימה כרתי אם כן כל מה דשטר מהני וחשוב מוכח מתוכו. או משום דאין כותבין שטר ללוה כו' אם כן מוכח מחתימתם שראו שהלוה וחייב. או אם הדין כותבין ואין מוכח משטר עצמו שלוה כלל רק שנכתב בציוי הלוה ובמה מוכח שחייב. וע"כ מצד תפיסתו מוכחת כיון שהוא ביד מלוה. ואף דהא אין מוכיח כלל שלוה. מ"מ כיון שגם שלא לוה עכ"פ מתחייב בשטר אף שאינו חייב בתורת הודאה. וכיון שע"כ מיד לוה בא לידו מוכח מתוכו שחייב עכ"פ וכמו שכתבו תוס' ריש גיטין בכת"י דמהני גם לר"מ ע"ש. כיון דאין כ' רק בשטר הקנאה או לאביי דעדיו בחתומיו זכין לו עכ"פ במטי לידיה נשתעבד משעת חתימה אם כן מוכח מתוכו כיון שביד מלוה כנ"ל:

אמנם זה שפיר בשטר עם שעבוד. אבל שטר שאין בו אחריות לר"מ לאו שטר הוא היינו לענין הודאה להתחייב במה שאינו חייב בתורת חייב אני לך ק' בשטר ודאי הסברא דלא מהני שטר כזה שאין בו שום שיעבוד וכסתם חייב אני לך בלי שטר דאינו מתחייב ואם כן שוב אין כאן שטר כלל גם לגוף החיוב דהא לא מוכח מתוכו כלל שלוה דהא שטר כזה לכ"ע כותבין ללוה דאין שום חשש שמא כתב כו'. וממילא לא שייך עדיו בחתומיו זכין לו דהוא רק תקנה שיוכלו לכתוב ללוה כמו שכתבו תוס' כ' משא"כ אין בו אחריות

דבלא זה כותבין. ואם כן רק שיהיה מוכח שנתחייב והא אי לא לוה לא נתחייב כלל במה שאינו חייב ע"י שטר זה. ואינו מוכח כלל שלוה. דגם שנתן לו בלי הלואה אינו חייב ומה שטוען שהלוה הוי תביעה ע"פ. דלמה נאמר שהוא שטר ויהי' חשוב מוכח מתוכו אדרבה כשאינו שטר אינו מוכח. ותלי' בפלוגתייהו דר"מ ורבנן. דבשלמא אי עמ"כ ואף שלא מוכח הוי שטר. לתוס' אף בלי ע"מ בממון. ואף להר"ן כורתים מצד תפיסתו דאנן סהדי שמסר. שפיר גם א"ב אחריות מ"מ עכ"פ בא לידו מהלוה והוי כע"מ וממילא אף דלענין להתחייב מה שאינו חייב אין לו דין שטר מ"מ בתורת הודאה מהני דגם כו' הוי הודאה דא"נ משטה והשבעה. ובשעה שמוסר לו הוי שטר לענין הודאה כיון דמסרו בעדים דחשוב מה שבידו כע"מ. משא"כ לר"מ דעח"כ ממילא כיון דלהתחייב אינו שטר וכ' ללוה אינו מוכח מתוכו שהוא שטר גם לענין ואין כאן הודאה באותו שטר ושוב גם במסירה לא מסר לו שטר כלל שיהיה ככ"י שמודה שלוה כנ"ל:

וגם יש לומר דמוכח מהשטר כיון דלא שדי אינש זוזי בכדי אלו לוה וע"כ שלא לוה רק נתחייב במתנה מה שאינו חייב ולא רצה רק בלי אחריות ולענין חיוב אינו מתחייב בשטר כזה. ומוכח מתוכו שאין חייב. וי"ל גם כן דאינו מוכח כלל דמה דחשוב תפיסה מוכחת משום דאי לנפילה מזהר זהיר כו' ואל"ה הוי ח' לנפילה דחד גם כן ע"ש ב"ב קע"ג. ושטר שאב"א דלא זהיר אין מוכח כלל. אך א"ב הי' הנייר דלוה ולא שייך תי' הגמ' דאמר להד"מ. ועיין מ"ש לקמן:

שם גמ' הא קאמר להד"מ. ותמוה כמ"ש תוס' דע"כ שטוען מזוייף וממה נפשך אם יקיים כו' ומסקי דכשטוען מזוייף ונפל איתרע אף שיש קיום נאמן מזוייף עיין שם. והסברא תמוה דפליגי שמואל ור"מ בסברות הפוכות לשמואל טענת פרעון לא מהני אף דנפל אף דא"א דפרע כו' ולא עדיף משאר חזקות דמהני מיגו נגדה. וטענת מזוייף נגד עידי קיום שלא מצינו בשום מקום שיועיל אף במיגו. מהני כאן בנפל. ולר"י ושאר אמוראי ממש להיפוך:

ובפ"י תמה על התוס' שהקשו כו' דהא ביש אחריות לא יחזיר שמא כתב ללות ולא לוה כלל וכיון שאין מודה לא מיקרי מטי לידיה. וכ' דמשמע לתוס' דרישא וסיפא בחד גווני וכיון דאב"א כו' יש בו אחריות גם כן בטוען מזוייף כו' וכ' דנ"ל ברור דאין מקום לק' תוס' דודאי הא שלא יחזיר משום דח' שמא כלו"ל וא"צ לכל הדחוקים שבתוס' עיין שם. ואינו מובן דבריו כלל במחכ"ת דאם היה אפשר לפרש כן למה הוצרך הגמרא דשמואל לטעמיה דא"ב אחריות לא גבי גם מב"ח. הא אף שגובה מב"ח גם כן אתי שפיר כיון דטוען מזוייף א"ב אחריות יחזיר ממה נפשך אם יקיים כו'. ואי לא לא יגבה. ויש בו

אחריות לא יחזיר שמא כתב ללות כו' ולא מיקרי מטי לידיה כיון דטוען מזוייף וע"כ דאי אפשר לומר כן ופשוט דאין ממש בדבריו שכתב דלא מהני נגד לקוחות מה שאינו אומר כתב ללות כו' רק מזוייף דניהו דל"ח לפרעון אבל לשאר קנוניא חייש עיין שם. ותמוה דקנוניא שייך במה שאם היה אומר אמת לא היה מהני. אבל בזה כיון דכשמודה חשוב מטי לידי' ואמרינן עבז"ל ויגבה כדין מהלקוחות למה יעשה קנוניא לומר מזוייף בשקר ושיגבה שלא כדין דמ"מ יחזיר. ופשיטא ליה לגמרא דכשאומר מזוייף מהני גם נגד לקוחות שלא היה כתב ללות ולא לוה רק דמערים מזויף כדי שיחזיר הא אם יודה הדין דיחזיר. ואם שלא יחזיר יאמר האמת דכתב ללות ולא לוה. וע"כ הוחזק כפרן כמו בכל מקום כשמוכחש מעידי קיום. וגם י"ב אחריות יחזיר. גם מ"ש דמשמע להו רישא וסיפא בחד גווני כו'. אתמהא הא סיפא לחוד פליגי רבנן דא"ב אחריות לא יחזיר שגובה מלקוחות וקאי אטענת מזוייף דמיירי ר"מ. והקשו תוס' שפיר ומוכרחים לתירוצם כנ"ל. ולמ"ש לעיל משום מפי כתבם. או בלי דו"ח אתי שפיר הלשון גמ' כפשטיה דאמר להד"מ ונאמן:

עוד נראה לע"ד פשוט ליישב תמיהת תוס' ממ"נ הנ"ל דמוקי מתני' באין חייב מודה שאומר להד"מ כלשון הגמרא ונכלל בו או מזוייף או כתב ללות ולא לוה וכיון שאינו בא עתה לגבות בו רק דנין על חזרת השטר שפיר יש בו א' לא יחזיר שמא ימצא קיום ויגבה ובאמת כתב ללות ולא לוה דא"צ לברר דבריו להד"מ אי זייף או כתב ללות ולא לוה. ואין ב"א יחזיר דלטעמיה דאב"א אינו גובה כו' וי"ל כפשטיה שלא מחל כלל רק דנאמן כתב ללות ולא אף בלא נמצא כלל רק ביד מלוה. דכמו ב' יב"ש כו' ורק משום דל"ח לנפילה ופקדון דנזהר:

שטר שאין בו אחריות לר"מ כיון דיכול להבריח אינו נזהר ומצי אמר שנפל ממנו ומצאו או פקדון. וגם כשיחזיר לא יגבה גם מב"ח עם קיום כשיטעון כ' ללות ולא לוה ואי אמת כן יטעון כן ויהיה פטור. ואי כוונתו מזוייף לטעון אז מזוייף ממה נפשך אם לא יקיים לא יגבה ואם יקיים כדין יגבה ושפיר יחזיר. ופריך מאחר שאינו גובה אמאי יחזיר היינו דמ"מ טוען לוה לא היו דברים מעולם ואי כדבריו אינו ראוי להחזיר שטר שקר שיהיה לו אף דאין חשש ומשני לצור היינו דאף דאינו ש"פ לצור מ"מ בספק אם ש"פ מבואר בגמרא וש"ע גבי נפל מב' שמא שותפין דצריך להחזיר מספק כיון דעכ"פ שלו. וכן בגיזת זנבו שיהיה ע"י זה ש"פ גם כן חייב עיין שם כ"ו וכ"ז ואם כן משני שפיר דעכ"פ לצור הוא דמלוה אי טעין לוה מזוייף. ויש ספק נגדו שמא אינו מזוייף וימצא קיום ועדים שמסרו לידו ויהיה ש"פ נגדו שאי"ל פרעתי דל"ח לפרעון דא"א דפרעי' כו' לשמואל.

וכיון דעכ"פ שלו וספק אם יהיה שוה פרוטה נגד המלוה חייב להחזיר לו דהוי ברי ושמא נגד המוצא דאמר ברי ששוה פרוטה אצלו וחייב להחזיר לו והמוצא לא חשוב מוחזק. וגם דהא נגדו אינו ש"פ. ופריך נהדרי' ללוה היינו דהא לוה טעין דשלו והדין יניח ולא יחזיר גם לזה. ומשני הא אמר להד"מ. ולדבריו שמזוייף ודאי נייר דמלוה וגם אי כתב ללות ולא לוה עכ"פ לא ימצא עדים שמסר לו ואם כן אינו ש"פ גם אם הוא שלו שכ' ללות ולא לוה כיון שא"י לגבות כלל בלא עדים שמסר לידו ולוה וכיון דאינו כן לא יהיה עדים ואינו ש"פ ואין צריך להחזיר לו עכ"פ דלדבריו זכה המוצא. ושוב הוי מנה לאחר בידו דברי שלו אינו מועיל להמוצא. וחשוב עדיין ברי ושמא נגד המלוה דלדבריו שוה פרוטה ושפיר יחזיר למלוה כנ"ל. אולם עדיין אין הלשון מיושב כ"כ. ונראה עיקר לע"ד. דבאמת דוחק גדול מ"ש תוס' דמיירי שטוען מזייף ולא מהני עידי קיום שלא מצינו זה כנ"ל. ועוד דלא הוזכר כלל בגמרא כאן רק חשש דכתב ללות ולא לוה או פרעון. ועל מה דפריך ולשמואל דלא חיישׁ לפרעון הול"ל דח' לזייף ולא הזכיר טענת מזוייף רק סתם מוקי באין חייב מודה ומבואר דקאי אטענות שהזכיר. וכן מסיק הא אמר להד"מ הול"ל טעין מזויף כבכל דוכתי שמזכיר מזוייף להדיא בפרט כאן שלא הוזכר מקודם כלל. ולכך י"ל פשוט דמוקי באין חייב מודה דטוען להד"ם וביש בו אחריות לא יחזיר דכ"ל ולא לוה. ופריך א"ה אין בו אחריות נמי. ומשני אומר הי' ר"מ כו' והטעם דאינו גובה מב"ח הוא דמורה שלא לוה כלל דל"ש זוזי בכדי רק שרצה להתחייב מה שאינו חייב ולא רצה אחריות ככל מתנה. והי' סבור שמועיל להתחייב ובאמת אינו מתחייב כמ"ש לעיל דלא אמרינן אלימא מלתא דשטרא כיון שאין בו אחריות. ולכך אינו גובה גם מב"ח כנ"ל:

ואמר דיחזיר למלוה לצור ופריך נהדרי' ללוה לצור ומשני הא אמר להד"מ היינו שלא לוה והא יש עדי' א"כ כ' ללות ולא לוה לא שייך ג"כ דאיך יזמין לוה שטר שאין בו אחריו' שילוה עליו הא ל"ש זוזי בכדי וע"כ שבמתנה להתחייב בלי הלואה. וא"כ הא במתנה קי"ל מקבל נותן שכר הסופר. וא"כ כיון שהי' סבור שיועיל להתחייב בלי אחריות ע"כ הנייר דמקבל היינו המלוה. ומיושב לשון הגמ' כפשטיה הא אמר להד"מ שלא לוה וא"א רק שבתורת חיוב וכנ"ל דסבור שמועיל א"כ ודאי לא נתן הש"ס ודמלוה הוא לצור כנ"ל. דלא שייך כלל שכתב ללות בשטר כזה שאין גובין בו כנ"ל. רק במתנה ושפיר יחזיר למלוה כנ"ל. ומיושב הכל בעזה"י:

עוד י"ל למאי דאמר בש"ס גטין ע"ה ע"מ שתחזיר הנייר דחשיב תנאי ומעשה בדבר אחד דתנאי בטל. ותוס' כ' דוקא כשסותר. וב"ב קל"ז כ' תוס' לחד תי' והרא"ש שם דאף

שאינו סותר ע"ש. וא"כ כיון דבעינן ספר מקנה. ממילא לאביי דעדיו בחתומיו זכין לו אף שחשיב תנאי שיהי' מטי לידי' הוי תנאי ומעשה בדבר א' היינו שמצוה לזכות עבורו בשטר ע"ת שיתן לו אח"כ שטר הזה. ואף סותר חשיב דזכיה הוא דמטי לידיה דשלוחו כמותו שזכין כו' וע"ת שיהי' מטי לידיה. וע"כ התנאי בהשיעבוד דאף שזוכין עבורו והשטר כבידו מ"מ אינו רוצה להשתעבד במסירה זו רק ע"ת שיתנו לו. ואינו שוב תנאי ומעשה בדבר אחד דהשיעבוד ע"ת דמטי לידיה. אבל הזכיה בנייר בין כך ובין כך. א"כ שוב אף אי כ' ללות ולא לוה הנייר דמלוה אף דלא מטי לידיה ושפיר יחזיר כיון דאמר להד"מ ע"כ שכתב ללות ולא לוה א"כ הנייר דמלוה כנ"ל. ואף בשטר שאין בו אחריות אין שיעבוד ולא שייך כנ"ל. אך על חיוב במה שאינו חייב י"ל כנ"ל דרצה להתחייב והתנאי בהחב ע"מ דמטי לידיה ולא בזכות הנייר וממילא יחזיר למלוה לצור כיון דאמר להד"מ והיינו כנ"ל:

עוד י"ל דתוס' כתבו דא"ל הפי' להד"מ פרעתי דהא שמואל לא חיישׁ לפרעון ע"ש. ותמוה לי נהי דבשמואל בשטר הקנאה דל"ל מיגו ל"ח לפרעון אבל כאן איכא מיגו דכתב ללות ולא לוה שפיר גם פרעתי נאמן אף לשמואל. ועוד נהי דביש אחריות לא חיישינן אבל אין בו אחריות י"ל דהוי ככ"י דנאמן פרעתי. וא"כ יש לפ' בפשיטות דשמואל מוקי באין חייב מודה שטען פרעתי ונאמן מגו דכ' ללות ולא לוה. ופריך אין בו אחריות נמי דכשיחזיר יגבה מיניה דלא יהי' לו מגו ומשני אומר ר"מ כו' אינו גובה מב"ח דלעולם נאמן פרעתי באב"א ככ"י. וכיון דטוען פרעתי יהי' נאמן גם כשביד מלוה ופריך כו' ומשני לצור. ומ"מ משני שפיר הא אמר לוה להד"מ היינו פרעתי ולא צריך לו שלם דקרע ליה דלא משהי ליה כשפרוע כדאמר שבת ע"ח ע"ש. דלשמואל קרע ליה אף שאין בו אחריות. וכאן איירי להחזירו שלם דלמלוה נצרך דמשהי ליה כיון שלדבריו מגיע לו אף שאין נאמן עכ"פ לצור יחזיר משא"כ לוה שגם לדבריו יקרענו כנ"ל ואינו ש"פ:

שם אמר ר"א כו' לפרעון ולקנוניא כו'. וכ' תוס' דלמה נקיט קנוניא ע"כ משום יש בו אחריות ע"ש דמשמע דאין בו אחריות קאי ד"ה כו'. וי"ל דנקיט דוקא לשניהם לא חיישינן פו"ק אבל לפירעון לחוד לא ס"ל כשמואל ובאין מודה אף שיש עדים שלוה בשטר זה חיישינן לפירעון כיון דנפל איתרע:

שם ובריית קתני כו' ממשעבדי הוא דלא גבי הא מב"ח גבי ותמוה מאד דמפורש בברייתא וגובה מבני חורין וכתבו תוס' שכן דרך הגמ' ע"ש. ולא מצינו כזה דהא לא תנן כלל שאינו גובה ממשועבדים רק וגובה מנכסים בני חורין. והגמ' מהפך הדיוק ממה דלא תניא ולא ממה דתניא. ונראה לע"ד דהא יש לישב דברי ר"א למ"ש לעיל די"ל לר"מ

באין בו אחריות דאינו גובה מב"ח היינו שמחל הגובייגא גם מיניה בתורת שיעבוד אבל מ"מ בתורת כפיה מכין אותו לקיים פריעת בע"ח. רק דא"כ אמאי יחזיר כיון שאין ח' מודה הא יגבה בתורת כפיה:

אמנם כיון דמיירי מתני' ע"כ שטוען מזויף כמ"ש תוס'. וא"כ לחד תירוץ בתוס' בכמה דוכתי דרק כשטוען מזויף צריך קיום. וא"כ באין בו אחריות אין חשש דהא שלא בפניו או יתומים ולקוחות לא גבי שזה בתורת שיעבוד ורק בפניו בתורת כפיה. וא"כ ממ"נ אי יקיים יגבה כדין ובלא קיום כשיטעון אז מזויף ג"כ לא יגבה כנ"ל. וא"כ לא קשה דמתני' דטוען מזויף ע"כ מדתנן לר"מ יחזיר לצור כנ"ל שפיר כנ"ל. משא"כ בברייתא א"ש כפשטיה כשלוה מודה שלוה יחזיר כנ"ל. אין לוה מודה היינו שטוען כתב ללות ולא לוה לא יחזיר שהי' ר"מ אומר אין בו אחריות גובה מב"ח היינו בתורת כפיה עכ"פ וכיון שטוען לא לוה יגבה מיניה בפניו שלא כדין. וגם למסקנת תוס' דטענין מזויף מ"מ הא באמת רחוק שלא יועיל קיום משום דנפל. וי"ל כיון דאיתרע מורה זיוף וצריך קיום מה"ת. וא"כ אותן הקולות לקיים שלא בפני בע"ד דזה שכיח והוא רק משום דק"ש דרבנן. וא"כ בנפל לא יחזיר שכשלא ידעו שנפל יקיימו אחר כך שלא בפני בע"ד כבכל שטר ויגבה בו מלקוחות וכה"ג. וכיון דנפל צריך קיום מן התורה ולא מהני קיום הנ"ל שלא בפני בע"ד. ולכך כיון דטעין מזויף לא יחזיר כיון שעתה אינו מקוים יש חשש כנ"ל. וא"כ באין בו אחריות י"ל שפיר יחזיר כיון שא"י לגבות שלא בפניו או יתומים וכה"ג. ורק מיניה ובפניו בתורת כפיה. ושוב כשיטעון מזויף הא כ' הפי' בטוען מזויף לעולם צריך מן התורה ע"ש ס' מ"ו. וא"כ כיון דהחשש משום בפניו בתורת כפיה ואז יטעון מזויף ולא יועיל הקיום דשלא בפניו וכה"ג ולא קשה כנ"ל. ועוד למ"ש תוס' דמיני' גבי שפיר במקיים דאלו מזויף ימצא פסול בקיום וכשאינו מברר אינו נאמן אף שנפל ורק החשש משום שלא בפניו. וא"כ בא"ב אחריות שאינו גובה מב"ח בתורת שיעבוד רק כפי' וזה רק בפניו והא ממ"נ אם יקיים יועיל בפניו ואי לא לא יגבה ושפיר יחזיר. משא"כ ברייתא שטוען כ' ללות כו' תני משום דגובה מבני חורין היינו בתורת כפי' וגם זה שלא כדין כנ"ל:

ולכך דייק הש"ס ממשעבדי הוא דלא גבי כו' היינו כיון דתני יש בו אחריות גובה ממשעבדי ואין בו גובה מבני חורין משמע דומיא דמשעבדי דרק ממשעבדי לא גבי הא מבני חורין דומיא דמשעבדי היינו מיניה גובה אף בתורת שיעבוד מנכסים ואף שלא בפניו דכל שאינו ממשעבדי כו' גבי ופריך שפיר לר"א דשייך כנ"ל שיגבה שלא בפניו גם במתניתין:

עוד י"ל דהא מצינן למימר דר"א אמר רק לפרעון וקנוניא לא חיישינן ב' חששות רחוקות דא"א דפרע כו' וגם חייש קנוניא כיון דמודה אבל לחד חיישינן. וא"כ י"ל דמוקי מתני' בשטר הקנאה ולכך מחלוקת באין חייב מודה היינו שאינו כאן לר"מ י"ב אחריות לא יחזיר מחשש פרעון דחוששין לפרעון לחוד וא"ב אחריות יחזיר דסבר ר"מ א"ב אחריות אינו גובה מבני חורין היינו דנאמן פרעתי כמו כתבים לרוב הפוסקים דאינו חושש להניחו. ולכך יחזיר ממ"נ דכתב ללות ולא לוה לא שייך בש' הקנאה רק פרעון וזה יהי' נאמן תמיד. ואעפ"כ יחזיר שלא יוכל להכחיש ההלואה. ולא שייך להדרו ללוה כיון שאינו כאן לטעון כלל ואינו יודע אם מכחיש שפיר יתנו למלוה כיון דאין חשש שלא כדין כנ"ל. ובריייתא בשטר דלא הקנאה אמר ר"מ שפיר ביש אחריות אף שמודה לא יחזיר שמא כתב ללות כו' ואין אחריות כשמודה מחזיר ואינו מודה לא יחזיר שמא כתב ללות ולא לוה וכשיטעון לא לויתי יהי' חייב ויהי' שלא כדין. ולכך הוצרך למידק מדיוקא ממשעבדי הוא דלא גבי הא מבני חורין גבי דומיא דמשעבדי שגם פרעתי אינו נאמן. וא"כ א"א לפרש בר"א כנ"ל דא"ב אחריות למה יחזיר כו':

דף יד:

איתמר המוכר שדה לחברו ונמצאת שאינו שלו רב אמר יש לו מעות ויש לו שבח כו'. פי' רש"י שלא היתה של מוכר שהיתה גזולה בידו והנגזל בא ומוציא כו'. לכאורה מיותר אריכות לשון רש"י הא מפורש בגמ' שאינה שלו. וי"ל לאפוקי שלא נפרש נמצא שאינו שלו של לוקח שהי' מום וכה"ג מקח טעות דגם מזה שייך סברתם אי הוי כרבית דקרקע אין לו רק לענין הוצאה לא שייך. גם מקמ"ל דיש לו מעות. ולכך פי' שלא הי' של מוכר. ומה שכפל רש"י שהי' גזולה בידו. לכאורה דוקא שמברר בעדים שהי' גזולה. אבל כשמוציא בחזקת אבהתא נהי דגם פירי משלם כמ"ש רש"י פרק חזקת כיון שהקרקע יוצאת מידו גם פירי כן אבל רק משום דמוקי ארעא בחזקת מרא קמא אבל אינו בירור. אבל נגד המוכר בלא אחריות רק שלא הי' מכר כיון שאינו שלו. דדנין רק על המעות להוציא לא מהני חזקת מ"ק להוציא ממוחזק דאם באמת שלו רק שאבד השטר הוי כאנס שמוציא שלא בדין. וא"ל דכיון שאין למוכר שטר או עדים הוי קרקע שאינו יכול להוציא בדיינים ואינו ברשותו ולא הוי מכירה כדאמר לעיל במסותא. דז"א דמספק תולין שאבד השטר אח"כ דכאן נמצא כו' ואינו מבטל המכירה ע"ש כתובות ע"ו ובתוס' שם דבברי ג"כ א"י להוציא ע"ש. וע"כ או דהוי מ"מ כנטלוהו מסיקין מחמתו. וז"א דבלא אחוי הוא רק קנס בגזלן ע"ש ב"ק פרק הגוזל וע"כ דגם זה מכלל אחריות דאף מוכר

שט"ח ואינו נשבע חייב משום אחריות. וכן בזה כיון דע"י שלא שמר השטר גובה חייב משום אחריות. וא"כ שוב לא הוי רבית כיון דהמכירה הי' כדין רק בתורת אחריות הוי כבע"ח שורף דא"ל שבח. ולכך י"ל דמפרש רש"י בעדים שגזולה בזה חשיב רבית כנ"ל. אך אא"ל כן דא"כ מה פריך לשמואל מברייתא ומתני' דאין מוציאין לשבח הא שם תני רק והרי יוצאה מת"י וי"ל בעידי אבהתא כנ"ל. וא"ל שבח וגבו מבני חורין. וגם מהפ' משמע דאין חילוק. וצ"ל כמ"ש תוספ' ב"ב דהדרי פירי משום שתלוין בהקרקע. כן דמי המקח שתלוין במקח וכיון שזה מוציא ע"י דמוקי ארעא בחזקת מ"ק וממילא לגבי מוכר ג"כ חשיב כודאי לא הי' מכירה כל שאין בירור. ומיושב לשון הגמ' כיון דל"ל קרקע מחזי כרבית דמיותר דהיינו אף שאינו ודאי מ"מ עכ"פ א"ל קרקע משום חזקת מ"ק שוב מחזי כנ"ל. וי"ל לשון רש"י לרבותא לרב דלא נימא דע"כ לא ס"ל יש לו שבח רק באינו ודאי גזולה וטעמו כנ"ל. דלדברי המכשיר בה ופוסל בבתה לא מהני חזקת דידה לבת. וכן מאן דמחלק בפרק המדיר מנה לאבא בידך ע"ש. כן לא יועיל חזקת מ"ק דקרקע להוציא ממון מהמוחזק ורק משום אחריות כנ"ל. משא"כ בודאי גזולה. לזה כתב רש"י דאף ודאי גזולה סבר רב יש לו שבח כנ"ל. ודייק לה מדלא מפליג וכן מדהוצרך לקמן לומר בהכיר בה שאינה שלו דא"ל שבח מוכח דבלא הכיר דומיא דהכיר שנודע שודאי אינו שלו מ"מ ס"ל לרב דיש לו שבח כנ"ל:

שם ויש לו שבח. רש"י וא"ת נגזל יתן לו שבח כו' שגזלה משובחת והכסיפה כו'. ותוס' פירשו על שבח היתר על הוצאה. ומדברי הרי"ף משמע דמפרש ביוקרא מדכ' על הא דרבא בהכיר בה דל"ל שבח דמיירי ביוקרא ממילא בלא הכיר דיש לו שבח מיירי ג"כ ביוקרא וכל הג' פי' תמוהים. ונראה לפרש בעזה"י. דפי' הרי ביוקרא למה ישלם ניהו דבבע"ח לרוב הפ' משלם יוקרא דהיה מכירה ומשלם כשעת טירפא משום אחריות כדמשמע כתובות פ' משה"נ וכ"כ תוס' שם בחמש מאה דל"ד ליוקרא ע"ש אבל גזולה דלא היה מכירה כלל למה ישלם יותר ממה דיהיב כמ"ש הרי"ף בהכיר בה ע"ש,. אולם הא חזינן פ' ח"ה מ"ד דפליגי ר"פ ור' זביד בשלא באחריות דגם נמצא שאינו שלו אינו חוזר עליו ע"ש דתמוה מה זה ענין לאחריות עכ"פ הוי כשאר מום דבטל המקח ובזה י"ל כמו בטריפות דסירכות להרבה פ' בש"ע דשכיח ובעי לאתני ולא אתני אינו בטל. כן בהנ"ל דרגילין להתנות באחריות ולא אתני כנ"ל. אך שם דוקא במה ששניהם א"י משא"כ במום שמוכר יודע ולא לוקח ע"ש בפוסקים. וי"ל כמ"ש הר"ן כתובות בלא הכיר בחייבי לאוין דבעי גט ולא הוי כמום כיון דרק מצד איסור וכיון שלא חקר סבורה שיערב עליו המקח אף באסור ולכך אף דהיא ידעה ולא הוא אינו טעות לבטל ע"ש והיינו דשוב

היה ליה להתנות כמו בשניהם א"י ע"ש. וכן גבי גזלה דמצד עצמו שוה ואינו מום רק מצד גזל שייך ג"כ שיחזיקו בגזל כמו המוכר וסבור שיערב לו כנ"ל ושוב בעי לאתני כנ"ל. אולם ז"א דדוקא התם עכ"פ דקדושין תפסו רק מצד טעות. משא"כ גזל דבר שאינו שלו א"י למכור לא הועיל מכירתו כלל וממילא צריך להחזיר הדמים. וצ"ל אי משום כיון דפי' שלא באחריות כמ"ש תוס' לעיל י"ד ע"א הוי כפירש שמוחל דמיו אף אי גזלה. ומ"מ אינו מובן דבשלמא כשהחיוב מצד אחריות שייך כיון דפירש כנ"ל. משא"כ דהחיוב מצד שלא היה מכירה כלל צריך מחילה בפירוש ולמה יהיה נכלל בשלא באחריות שיש לפרשו לענין בע"ח דהוי מכירה כיון דקי"ל אחריות ט"ס גם בסתם היה צריך לפרש כנ"ל. וכמו מום ושאר טעות דאינו נכלל בלשון שלא באחריות. ולכך נראה כיון דאמר בש"ס לקמן ע"ב ע"ב דלכך גובה ממשעבדי בנמצאת שאינו שלו דחשיב ניתן לכתוב משום ניחא ליה דלא לקרייה גזלנא או דליקו בהמנותיה וטרח ומפייס למריה ומוקים לשטרא בידיה ומה"ט חשיב מכירה וכן פירש"י בקושית הש"ס דלא ניתן לכתוב ובטל השטר ואחריות שלו ע"ש וממילא למאי דמשני נשאר השטר ואחריות שלו להעמיד מקחו בידו. ושפיר סבר הך מ"ד דכיון דפי' שלא באחריות אינו חוזר עליו דמ"מ חשוב מכירה דסמך שיחזור ויקנו דליקו בהמנותיה ובשביל ספק זה נתן המעות ומ"מ כשאינו חוזר וקונה אין חיוב תשלומין עליו. ומאן דפליג הוא דכיון דשלא באחריות שוב הוי טעות. גם עכ"פ הוי אונאה יותר מפלגא דבטל להרבה פוסקים. אבל כשהוא באחריות שפיר חשוב מכירה משום ספק זה דאם יהיה גזולה יטרח להעמיד מקחו ואם לא יקנה לא יפסיד דיחזיר עליו משום אחריות כנ"ל. ובפרט להגאון הובא בטור וש"ע סי' רי"א במוכר בחזקת שלו ונמצא שאינו שלו חייב להעמיד לו מקחו ע"ש דחיוב גמור עליו וא"כ שפיר הוי מכירה דנותן המעות בשביל חיוב זה. וממילא גם טעות לא הוי כלל כדאמר לקמן ס"ו ע"ב דבזבינא לא חשיב מחילה בטעות כמ"ש תוס' דגם אי הוי ידע היה מוחל משום דליקו בהמנותא ע"ש גם כאן אלו הוי ידע י"ל ג"כ דהיה מרוצה משום דסומך שיקנה משום ניחא ליה דליקו כו'. דניהו דכשבאמת הכיר לא שייך דליקו בהמנותא כמ"ש תוס'. אבל כיון שבאמת לא הכיר ושייך דליקו כו' שפיר אינו טעות דאי הוי ידע שגזולה ובאופן דהיה שייך ניחא דליקו ג"כ היה מרוצה דסמך דטרח וזבין כנ"ל ואי לא יקנה יחזיר עליו משום אחריות ואדרבא אי משום בטול מקח יגבה רק מב"ח וחשיב שדי זוזי בכדי כמו שיעבוד בהלואה דאחריות ט"ס מה"ט. משא"כ כששם מכירה עליו ויחזיר עליו משום אחריות גובה ממשעבדי כנ"ל. ולא הוי טעות כנ"ל:

וא"כ כיון דהחיוב מצד אחריות להעמיד מקחו בידו שפיר י"ל דגובה גם יוקרא כמו שוי' בשעה שטורף הנגזל כמו בע"ח כנ"ל. וכמו אלו הי' חוזר באמת וקונה מהנגזל אז שלא יטרפנו דהיה נשאר ביד לוקח עם היוקרא וכן דיקלא ואלים וכה"ג כנ"ל. וכן בהוזל ארעתא ג"כ י"ל דכמו בטירפא דבע"ח בהוזל משלם ללוקח כשוי' אז כמ"ש הפ' כן באינה שלו כיון דמצד חיוב להעמיד מקחו בידו ולא היה ללוקח רק כשוי' אז ואם הי' קונה אז מנגזל לא היה יותר כן משלם לו. וע"כ לא נחלקו הפוסקים על ר' נסים גאון רק במוכר כו' ונמצא שאין לו ע"ש אבל במוכר חפץ בחזקת שלו ונמצא שאינו שלו מפורש בירושלמי תרומות פ"ו הובא ב"י סי' רי"א דחייב להעמיד לו מקחו. ואף דבש"ס דילן משמע רק דסמיך עליו דטרח וזבין מה"ט ניתן לכתוב אבל לא שיהי' חיוב גמור. לק"מ דתליא הא בהא אי לאו דסמיך עליו דליקו בהמנותיה הוי טעות ולא היה שטר ולא היה חיוב להעמיד מקחו כלל כמו במום ושאר מקח טעות. רק כיון דסומך שגם אי גזולה יטרח ומה"ט ניתן לכתוב וחשוב שטר ושוב מה"ט יש עליו חיוב גמור להעמיד כנ"ל. אך למה לקמן דוקא חזר ולקחה מבעלים הראשונים משום דקנה ע"ד דליקו בהמנותא אבל במתנה או ירושה לא יהא חייב להעמיד מקחו ויש לו הקרקע ולכך נראה דהחיוב דירושלמי הנ"ל הוי רק כמו פוסק על הפירות כשיצא השער דחיוב רק לענין מי שפרע כיון דסמיך עליו. וכן בהנ"ל משום דסמך עלי' דליקו כו' יש חיוב אבל לא להוציא בב"ד. ועוד נראה עיקר דאף שהוא חיוב גמור מ"מ כמ"ש הרא"ש ז"ל ע"ז גבי אתנן כשאדם מבטיח לחברו בשכירות כו"כ כורים חטים אף דשכירות נגמר חיובו בדיבור מ"מ לא קני גוף החטים בלי משיכה רק מחויב ליתן דמי חטין כשווים אז דחיוב תשלומין נגמר בדיבור לא גוף הדבר ע"ש. וכן ממש בהנ"ל ניהו דחל החיוב להעמיד מקחו לחיוב שויו לממון תשלומין דזה יכול להתחייב אבל לא שיקנה עי"ז גוף הקרקע שאינה שלו והוי דבר שלב"ל דא"י כלל להקנות בפירוש ג"כ וא"ש דדוקא בחזר ולקחה דע"ד כן קני משא"כ מתנה וירושה כנ"ל. דקי"ל בדבר שלב"ל דיכול לחזור בו גם אחר דבא לעולם כנ"ל. וא"כ לענין החיוב תשלומין שפיר שם מכר עליו בתורת אחריות ובין הוקר ובין הוזל משלם כשעת טירפא. ואינו טעות כלל דניחא ליה יותר שיהיה החיוב בתורת אחריות משיהיה בתורת ביטול מקח דבתורת אחריות גובה ממשעבדי כנ"ל. משא"כ בתורת ביטול כנ"ל:

ובזה מיושב לע"ד מה דתמוה למה אמר הש"ס רק דמחזי כרבית והא קי"ל כרבנן דר"י דגם צד א' ברבית אסור מה"ת וחשוב ר"ק אף בתנאי דלהבא אם לא אפרע תוך ג' שנים יהיה מעכשיו שלו אעפ"כ כשלא נתקיים הוי פירי דאכיל רבית קצוצה וכ"ש כשנתברר

שמיד לא היה מכירה שאינו שלו וקנה ע"ד שהוא שלו ופי' לו השבח שאם גזילה ואינו מכירה ישלם לו שבח ופירות דהוי ר"ק וניהו דהיה מכירה על תנאי עכ"פ צד א' ברבית הוי ולמה יהיה עדיף מתנאי דלהבא דהי' יכול להתקיים. ולמ"ש א"ש כיון דלענין זה הוי מכירה ממש ומחויב להעמיד מקחו ולקנותו וא"ל ישלם דמיו אז בין הוזל ובין הוקר הוי ממש כפוסק על הפירות דאף דקני רק למש"פ אינו רבית רק מדרבנן אף בלא יצא השער כנ"ל. כן בהנ"ל דלענין החיוב חשיב מכר כנ"ל. ומה"ט נראה דביש לו קרקע לא הוי רבית. כמו דקי"ל לקמן בפוסק על פירות עושין אמנה בפירות ולא בדמים דכשנותן דמיהן מחזי כרבית דלא כר"י דאמר מ"ל הן ומ"ל דמיהן ע"ש. ולכך בנותן קרקע לא הוי רבית משא"כ דמיו לשמואל כנ"ל. ולרב לא הוי כלל רבית ועדיף מפוסק על הפירות כיון שהיה הקרקע בידו והיה מכירה בין שהוא שלו ובין אינו שלו לענין חיוב להעמיד מקחו ובעד זה נתן מעותיו ושוב א"צ להחזיר המעות משום ביטול מקח רק בתורת קיבול אחריות הוי מכירה ממש לא הלואה ואף מעות יכול ליתן לו כנ"ל. כיון דבין יוקרא ובין זולא ברשותיה דלוקח הוי כהא דאם תקפה כו' ס"ד ע"ב כיון דמקבל עליו זולא מותר ע"ש. ומיושב מ"ש הרי"ף ז"ל בהכיר שאינו שלו דאין לו שבח משום רבית כו' דאינו מובן החלוק גם בלא הכיר בטל המקח. ואי משום דהכיר היה כונתו לפקדון והלואה זה טעם ב' שכ' הרי"ף ע"ש. ולמ"ש מיושב דבהכיר דלא שייך ניחא דליקו בהמנותא ואינו חייב כלל להעמיד מקחו הוי רבית ממש כנ"ל. משא"כ לא הכיר כנ"ל. וי"ל דגם יש לו קרקע לא מהני כמ"ש רמב"ן ז"ל דדוקא לא הכיר דחייב להעמיד מקחו ולקנותו מהנגזל וממילא היה נשאר של לוקח עם היוקרא והשבח. ולכך גם דמיהן יכול ליתן ולשמואל קרקע כנ"ל. משא"כ הכיר אף אם היה קונה מהנגזל לא היה רשאי להניחו עם היוקרא דהיה ג"כ רבית כמו בלא יצא השער ופסק דהוקר והוזל נותן רק כשעת היוקר כן כאן כיון דאין חיוב שוב אסור כנ"ל. ודוקא לא הכיר יש חילוק לשמואל כנ"ל. ולרב לגמרי מותר כנ"ל. ויתר דברי הרי"ף ז"ל נפרש אח"כ בעזה"י:

והנה רש"י ותוס' תרווייהו לא ניחא להו לפרש ביוקרא כהרי"ף ז"ל י"ל או דלא ס"ל הדין כנ"ל רק דחשיב בטל מקח ומחזיר רק דמי המכירה. או דכיון דאח"כ הוא דמייתי גמ' דבעי שמואל מרב חזר ולקחה כו'. א"כ לס"ד לא הוי מכירה כלל. אך ז"א דהא גבי ממשעבדי וע"כ ניתן לכתוב כנ"ל. או דמשמע להו לשון שבח שהשביחה כנ"ל והנה פירש"י תמוה א' למה לא ניחא ליה כתוס' דלקמן פי' בעצמו דהוצאה נוטל מנגזל גבי פירות ע"ש. ועוד מה שפי' דהכסיפה הגזלן מה בכך מ"מ יטול הוא הוצאה מנגזל ויתבע נגזל מגזלן מה שהפסידו. ונראה דהא פי' התוס' תמוה ג"כ שפי' כיורד שלא ברשות

והיתר מהוצאה נוטל מגזלן ומשמע דנגדו הוי כיורד ברשות ונוטל כשתלי העיר. וקשה דקי"ל בשדה העשויה ליטע שמין כשתלי העיר וכן כל העומד לכך וא"כ ממ"נ אי השביח מה שראוי להשביח באותו קרקע נטע העשוי ליטע או זבל וגדר כמ"ש רש"י א"כ גם נגד הנגזל ידו על העליונה ונוטל כשתלי העיר למחצה לשליש כו'. ואם השביח במה שאינו עומד לכך שנטע בשדה שאינו עשוי ליטע למה ישלם לו הגזלן המותר אם לא פירש השבח הא לא שייך כלל ע"ז אחריות ט"ס לא שדי זוזי כו' או שיהיה חשוב ברשות כאלו ציוה להשביח כיון שאינו עומד לכך כלל כנ"ל. ואין לומר דכונת התוס' המותר משתלי עיר רק כל השבח ישלם לו הגזלן דז"א דתוס' כ' להדיא משום דכיורד שלא ברשות ע"ש. ועוד המותר הוי שוב כיוקרא דארעא אשבח וכיון דסוברים דיוקרא אינו משלם גם המותר כנ"ל כיון דמטעם בטול מקח מחזיר כנ"ל. ודוחק לומר באומר טול עיצך ע"ש. וצ"ל כיון דכותב לו עמליהון ושבחיהון נכלל גם מה שאינו עשוי ליטע. אך ז"א דצריך לענין ב"ח כמ"ש תוס' לקמן מדאינו כ' פירי הכתיבה רק לענין בע"ח דצריך גם על העשוי ליטע ומנ"ל לחייב במה שאינו עשוי כנ"ל. ועוד קשה למה ישלם לו כלל הגזלן הא קי"ל ריש המוכר פירות במוכר זרעוני גינה ולא צמחו אף דודאי לזריעה מ"מ אינו משלם לו רק דמי הזרע לא ההוצאה כרבנן די"א ע"ש דחשיב רק גרמא דפטור ולמה בשבח ישלם לו הגזלן בלא פי' בשלמא להרי"ף הוא מטעם אחריות כיוקרא משא"כ לתוס' כנ"ל. ואף להרמ"ה שהביא טור ס' רל"ב דאם המוכר ידע משלם לו ההוצאה משום דינא דגרמי הוא רק בברי היזק שודאי יוציא ויזרענה. אבל בשבח שאינו עומד בודאי לעשות גם הוצאה לא ישלם הגזלן במכירתו כיון דרק משום גרמי כנ"ל. ובזה מיושב ד' רש"י ז"ל דלקמן באכילות פירות פי' שפיר ועשה פירות כו' מיהו הוצאה כו' ואם אין השבח כו' אלא הוצאה יתירה נותן לו הוצאה שיעור שבח ודיו ע"ש. דלכאורה למותר גם סותר לדלעיל. ולמ"ש א"ש דבפירות מפרש כגון הוצאות לחרוש ולזרוע שעומד רק לכך להוציא הפירות דבזה כשהוצאה יתירה על השבח שלא הוציא כ"כ או אשתדיף וכה"ג דאין נגזל משלם רק הוצאה שיעור שבח ומותר הוצאה צריך הגזלן לשלם לו כיון דהוא ידע שגזולה והוי גרמי כמו בזרעוני גינה דידע שיוציא הוצאות לזריעה כנ"ל. ואף דלא ידע שמא יהיה יותר השבח ויקח מנגזל. מ"מ אין זה פוטר מדינא דגרמי ושפיר תני לאכילת פירות. ואדרבא מיושב יותר מה דקשה הא נכלל בשבח קרקעות ולמה פלגינהו ולהנ"ל א"ש דאינו שבח כלל דהוצאה יתירה משבח כנ"ל. ופי' שפיר משא"כ כאן בשבח דע"כ ביתר מהוצאה אינו מפרש כנ"ל דלא היה צריך הגזלן לשלם בלא פירש כנ"ל. ועוד לקמן מיירי בפירש השבח. משא"כ כאן דאמר בלא פירש. ולכך פירש"י בהכסיפה גזלן.

וזה הלוקח השביחה כמקדם. דנראה דא"י נגזל לשלם ללוקח כשתלי עיר ולתבוע מגזלן מה שקלקל. דכיון דחיוב על המזיק למלאות החפירות כמבואר בראב"ד ורמב"ם הובא טור וש"ע ס' צ"ה דחשיב תביעת קרקע כשחפר בורות כו' ע"ש. וא"כ גם אם היה מעצמו מתמלא החפירה כמקודם ג"כ היה פטור הגזלן והמזיק מלשלם לו כמו לקמן ע"ז באגר אגורה לדוולא ואתי מיטרא ע"ש ובתוס' דשייך על המחויב משמי' דרחימו דעכ"פ יש לך וא"כ כיון שעכ"פ השביחה לוקח כמקודם נפטר הגזלן מנגזל. וכ"ש דחשיב לוקח מכח המוכר וכאלו עשה שליח להשלים הזיקו כנ"ל. ושוב ממילא צריך הגזלן לשלם ללוקח כל השבח דהוי פורע חובו של חברו בע"כ ואית ליה פסידא דלכ"ע צריך לשלם כל מה שנהנה כדאמר ב"ק פ' הכונס ב' התירוצים בש"ס ע"ש. וא"כ כיון שהוציא הלוקח להשביח וגזלן נהנה שנפטר מחובו צריך לשלם ללוקח כל מה שנהנה כנ"ל.. וכמו אנס גורנו דמשתרשי ליה כו'. וא"כ מה"ט גופא אמרינן דאדעתא דפירעון חוב הגזלן אשבח כמ"ש הר"ן נדרים גבי הלך למד"ה ועמד א' לפרנס אשתו דסתמא ע"ד הלואה דבעל שטוב לו יותר ואי פטור אמרינן סתמא ע"ד האשה ע"ש. וגם בהנ"ל כיון דכשישביח ע"ד הנגזל לא יטול יותר משתלי העיר ובאינו עשוי ליטע רק הוצאה שוב אמרינן דהשביח ע"ד הגזלן לפרוע חובו ויטול הכל כנ"ל:

ומיושב מה דקשה למה יהי' לשמואל רבית ההוצאה עכ"פ ואי באמת אינו רבית מה פריך לשמואל ממתני' ולהנ"ל א"ש דשוב כיון דיותר מהוצאה אינו נוטל מגזלן משום רבית שוב טוב לו יותר להשביח ע"ז הנגזל שמיד כשיוציא הקרקע יצטרך לשלם לו ושוב כיון דאדעתא דנגזל הוציא אין לו כלום על הגזלן ונוטל רק מנגזל הוצאה או בעשוי ליטע כשתלי עיר. ואפשר דגזלן א"צ לשלם לנגזל כלל דאומר לו הרי שלך לפניך אי אין אומן או שתל קונה בגוף השבח הוי רק כזרק לים ושקלי' ע"י בר אמוראה דפטור לרוב הפ' דהוי רק גרמא מה דיהיב לבר אמוראי. ויש לדחות:

ותוס' י"ל דלא ס"ל כרש"י רק דנגזל משלם כיורד שלא ברשות ותובע הפסדו מגזלן. או דכיון דחייב משום פורע חובו לא הוי חשיב רבית. ולכך מפרשי בשבח היתר מהוצאה. וי"ל אף דבעשוי ליטע שמין כשתל כו'. מ"מ נגד הנגזל י"ל דלא חשיב עשוי ליטע. דשם משביח ע"ד בעל השדה והוי זכות שלא בפניו וכאלו הי' שוכר שתל עיר כנ"ל. ומבואר ס' רס"ד דהיכא שהי' עושה בלא"ה בשביל עצמו הוי זה נהנה וזה לא חסר וא"צ הלה לשלם לו כלום וא"כ כאן שהי' משביח בלא"ה על הספק שמא שלו וגם אם לאו יצטרך המוכר לשלם לו שוב הוי נגד הנגזל כזה נהנה וזה לא חסר וגם הוצאה לא ישלם. רק מ"מ ס"ל לתוס' דהוי כירד ע"ד שניהם שמבואר בש"ע שם כיון שהוציא על הספק הוי

אדעתא דידי' וגם בשביל הנגזל כו'. ומ"מ לענין המותר שיחשב כעשוי ליטע שיהי' זכות לא אמרינן דשם הוי זכות גם מה שמתחייב לשלם. ואף דמכירה יש דמעות אי חשיב זכות מ"מ בזביני חריפא חשוב זכות ולכך כיון שמרויח מותר השבח בעשוי ליטע הוי זכות דאם לא יתחייב לשלם לו לא יטע. משא"כ כאן דגם אם לא יהי' הנגזל מחויב ג"כ ישביח מספק שלו וגם דהא המוכר יתחייב דנגדו הוי ברשות. ושוב אינו זכות שיהי' כעשוי ליטע שיתחייב לשלם. וא"צ לשלם רק כיורד שלא ברשות באינו עשוי ליטע דאף שאינו זכות מ"מ נוטל הוצאה כנ"ל. והוי שפיר נגד הנגזל לעולם כמו אינו עשוי כנ"ל. ולשמואל דאין לו שבח מגזלן י"ל באמת דשוב נוטל מנגזל. או דכיון דעכ"פ הוצאה איתי לי' מגזלן שוב ג"כ על הספק שלו ועכ"פ אם גזול לא יפסיד הי' משביח ג"כ אף אם לא ישלם נגזל ושוב הוי כאינו עשוי ליטע כנ"ל:

גם י"ל דשוב אינו עשוי דכיון שמחזיק בתורת גזל ואם יהי' הדין כעשוי ליטע לא יחזיר לו השדה וישביח ויאכל הפירות דאם יבא הנגזל ויקחנה לא יפסיד דיקח כשתלי העיר משא"כ אם יטול רק הוצאה לא יחזיקנה דלא יטרח שמא יבא נגזל ויפסיד טרחו. וא"כ מה"ט גופא הוי אינו עשוי ליטע נגד הנגזל כנ"ל:

והנה לכאורה למ"ד אומן קונה בשבח כלי דכל השבח שלו. ומ"ד אינו קונה הוא משום דע"ד כן עושה שישלם לו שכירתו וכמוכר מקודם השבח. משא"כ בהשביח אדעתא שלו י"ל דלכ"ע קונה ועכ"פ חצי שבח י"ל דאית לי' למאי דקי"ל כתובות פ' משה"נ בג' שהטילו לכיס ש' ר' ק' בשור העומד לחרישה חולקין הריוח בשוה כיון שלא הי' הריוח בלי המיעוט. וא"כ כיון דהוצאה הוצאות משלו אף דהקרקע שוה יותר מ"מ כיון דשבח ע"י שניהן חולקין בשוה. ואף דתוס' כ' שם דדוקא שנשתתפו משא"כ בכור ופשוט ע"ש. מ"מ נגד הגזלן שמכר לו הוי כמדעת שאלו מכר לו רק לשבח שציוהו להוציא משלו הי' חולקין בשוה אף דהקרקע שלו. ועוד כיון דאם לא הי' מוצא להשביח לא הי' שבח הוי כמו מדעת גם נגד הנגזל ועוד נראה דכל השבח שע"י הוצאה שלו למאי דאמר ב"ב קמ"ג באחין כו' ראו מה שהניח כו' השביחו לעצמן ומסקי תוס' והרא"ש דכל השבח של המשביח וכ' לחלק דלא דמי ליורד שלא ברשות כו' וליורד ברשות דנוטל רק כאריס היינו משום דיכולין להרויח זה כמו זה אבל הכא אם הגדולים לא ירויחו הקטנים לא ירויחו וכן דעת הרמב"ם והה"מ פ"ט מה' נחלות ע"ש. וב"י ס' רפ"ז אף באין נזונין יחד. בשבח ששבחו מחמת עצמם היינו שהוציא הוצאות משלו כו'. ולע"ד דה"ט דר"י ריש פ' הגוזל דשבח שע"ג גזלה דגזלן ור"ש סבר למחצה לשליש כו' כמקבלי לפטם כו'. ותוס' כתבו דתקנה ע"ש. ולהנ"ל בפשיטות לר"י כל השבח דגזלן דהוי כאומר

ראו מה שהניח דמשביח בודאי לעצמו כמו בצורבא מרבנן כו' ע"ש ב"ב. וכן במרובה אנא מפטימנא ואת שקלת דמשמע דכולא דידי' ע"ש. רק אף בקרקע דאינה נגזלת מ"מ כיון דקי"ל בתוקף עבדו כו'. או חצרו דלא קיימא לאגרא פטור דהוי זה נהנה וזה לא חסר ומבואר ס' שס"ג ס"ו אף שהוציא בעה"ב מביתו בע"כ ואח"כ דר בו מ"מ פטור דהוצאה גרמא הוי ואח"כ הוי זה נהנה וזה לא חסר מה שדר כנ"ל כל שלא אמר לו צא כו' ע"ש. וא"כ ניהו דקי"ל דכיון דקרקע אינה נגזלת הפירות של הנגזל וממילא צריך לשלם. אבל בשבח דבא מחמת הוצאה והשביח ע"ד עצמו כיון שכבר בגזלה אצלו ואם לא הי' מוצא הוצאות לא הי' השבח דחזינן דהנגזל לא הוציאו שוב הוי כגדולים וקטנים דזה נהנה וזה לא חסר וכל השבח של גזלן כנ"ל. ואם חסר דבר מועט כחשא דארעא וכה"ג י"ל דשוב צריך לשלם כל מה שנהנה כדקי"ל בשחרותא דכותלא. ובזה יש חלוק בין מטלטלין דנגזלין בתוקף ספינתו ועשה מלאכה ונחית ע"ד גזלנותא פטור. כן בזה שנשתמש בגזלה כדי להשביח שיהי' שלו מ"מ פטור ושוב שפיר כל השבח שע"ג גזלה שלו אף דחסר. משא"כ בקרקע ניהו דהשבח שלו מ"מ צריך לשלם מה שנהנה ונשתמש בקרקע דנגזל כדי להשביח ולקנות השבח וכיון דחסר מעט צריך לשלם כל מה שנהנה. וממילא לא נשאר לו רק כאריס כנ"ל. דהמותר הוי מה שנהנה דאלו קיבלה לעבוד בשל אחרים הי' נוטל כאריס כנ"ל. אבל בזיבל וזרע כנ"ל מה שאינו חסר כלל דפטור לגמרי מה שנשתמש כדי להשביח ולקנות השבח שוב גוף השבח שלו לגמרי לדעת הרמב"ם ותוס' ורא"ש שם כנ"ל. ולר"ת ז"ל עכ"פ מחצה כמו בשור העומד לחרישה כנ"ל. ואף דבכור ופשוט כו' היינו דאינו רשאי לגזלו לכתחילה ולהשתמש בע"כ בב' חלקים שלו שיקח ריוח מחצה ולכך עובד לזה ב' ימים ולזה יום אחד אבל כשכבר נשתמש להשביח במה שבלא"ה לא הי' השבח שפיר יש לו מחצה כאלו מדעת נשתתפו דהוי זה נהנה כו' ופטור וממילא יש לו מחצה כו':

וי"ל דבאמת רק מטעם קנס כיון דמה שיהי' שלו בשביל שהחזיקו בתורת גזלה חשוב לא חסר שייך הקנס כמו גבי מטלטלין דקניס ר"מ ור"י בהגוזל צ"ה שלא יהי' נשכר ע"י הגזלה כמ"ש רש"י ע"ש. וי"ל דכמו דפליגי בשבח שע"ג גזלה דשייך יותר לקנות מאילו כבר נטלה כיון שעדיין עומד על של הנגזל. כן י"ל אף מאן דלא קניס בע"ג גזלה הוא רק משום דמ"מ ברשותי' קאי גם גוף הפרה והגזלה. משא"כ בקרקע דעדיין ברשות בעלים לכ"ע קנסו שלא יטול אף דשלו. וכן משמע בתוס' ר"ה י"ג קצירכם ולא דנכרים דאף דא"י ירושה כו' מ"מ יש להם במה שזרע ע"ש. משמע דמה"ת יש חלק לגזלן בגוף הפירות עכ"פ כנגד הוצאה וכן ב"מ לקמן קי"ז לר"י בונה העלי' כו' דאמר משום דאסור

שיהנה מממון חבירו כו'. ע"ש בתוס' אף דנהנה וזה לא חסר כו' תקנו חכמים שיהי' חייב כו'. וכן בצבעו אדום ג"כ משום קנס כנ"ל:

ושוב למ"ש הי' נראה דמדינא כל גוף השבח של גזלן גם בקרקע כשהוציא משלו והשביח ובגוונא דלא חסר בעל הקרקע כלום לא הי' צריך לשלם כלל כנ"ל והיכא שחסר דשוב צריך לשלם אבל מ"מ גוף השבח שלו רק צריך לשלם לנגזל כיון דנשתמש בקרקע שלו להשביח כנ"ל כיון דמ"מ לא הי' השבח אלולי שהוציא כמו באחין הנ"ל. ואף לנ"י שם דדוקא ביש לו שייכות עכ"פ בשדה דמקצת שלו כאחין ושותפין. משא"כ באחר ע"ש. י"ל דג"כ יודה בהנ"ל. ועוד כיון דנגד הוצאה לכ"ע השבח שלו שוב הוי כשותף ומיד שהוציא מעט יש לו חלק ושוב השאר כל השבח שלו כנ"ל. ורק משום קנס ועכ"פ כנגד הוצאה גוף השבח שלו. רק מ"מ הי' תקנה דשמין לו דא"י לכוף שיהי' שותף בע"כ ואף לחלוק כנ"ל:

ומיושב בהנ"ל מה דתמוה מאוד ב"ק צ"ה דפריך משבח פירות דאתא בעל ארעא ושקיל ארעא ושבחי' מ"ל בע"ה דא"י אם קרקע נגזלת כו' ומשני בת"ח. ותמוה כמ"ש תוס' מה מדמי הא קרקע דאינו נגזלת השבח היתר ע"ה לא הוי קנס ע"ש. גם ק' תוס' ד"ה דלמא ע"ש. גם מה דלא ידע אם נגזלת הא גם אם נגזלת הוי גזלן ואי דהי' סבור דקני ביאוש כמו שפי' בשיטה מק'. קשה ג"כ למה לא מוקי בלא הכיר כפשטי' כמ"ש תוס' ע"ש. ולמ"ש א"ש דבאמת מדינא כל השבח שלו גם בקרקע והתם תנן שבח פירות א"כ כל הפירות שלו. וכיון דמשום קנס א"כ בלוקח דלא קנסו ראוי להיות שלו ולא יטול הלה כלום משבחא וסבר דגם לא הכיר מ"מ יורד על הספק דקיבל אחריות דשמא גזילה. וא"כ בשלמא לדידן דקי"ל כר"י בנתן לצבוע אדום כו' ושינה וכ' תוס' ד"ה בשבח דלפי שאינו מתכוין לקנות בתורת גזלה לא קני שבח. ממילא גם לענין שבח פירות שע"י היציאה דלוקח ג"כ. ממ"נ לא קני דכיון דאינה נגזלת אינו רוצה להשתמש בקרקע כדי לקנות השבח שלא ברשות וכמו דקי"ל בתוקף ספינה בלא נחית אדעתא דגזלנותא ע"ש. וא"כ הוי כמו באחין שלא אמר הריני משביח לעצמי דשייך לשאר אחין כן ממילא השבח דנגזל. ואם הי' כונתו ע"ד גזלנותא להשתמש שוב שייך בי' הקנס כגזלן עצמו. ולעולם אין לו אלא היציאה לדידן דקי"ל כר"י :

אבל לר"מ דסבר בשינוי בצבעו אף שלא נתכוין קונה כיון דהוי שוגג וליכא קנס כנ"ל פריך שפיר דממילא בלוקח שהשביח ע"י הוצאה קני הכל וכיון דע"ה שוגג דלא ידע דחשיב זה גזילה בקרקע להשתמש שלא מדעת שיהי' השבח שלו כנ"ל וממילא אף על

הספק שמא גזילה הוי שוגג וכיון דהשביח לעצמו למה שקיל נגזל שבח פירות כלל ומשני בת"ח וידע א"כ אם גזילה ומ"מ מתכוין הוי מזיד כנ"ל:
גם יש לפרש דבאמת הוי שוגג משום דלא הכיר והספק גזלה לא שייך הקנס בשוגג רק דפריך מ"ל בע"ה דלא ידע אי קרקע נגזלת ואם כן הוי כתוקף ספינתו דאין צריך לשלם כלל מה שנשתמש. ושוב יהי' כל השבח שלו והשביח אדעתא שיהיה שלו והוי באמת שלו כמו באחין כנ"ל. ומשני ת"ח וידע דצריך לשלם לנגזל כיון דחסר מעט כנ"ל. ושוב משביח ע"ד להסתלק וליקח מהגזלן דאז יטול כל שבחו. ושוב באמת כדין גבי נגזל כולא שבחא ונותן רק הוצאה כנ"ל:
וממילא להנ"ל י"ל דעכ"פ שבח שנגד הוצאה לכ"ע דלוקח הוי מדינא רק תקנה שיהיה שמין וישלם לו אבל כל שאינו נוטלו ממנו דגזלן הוי או דלוקח ואם כן נראה דאם הוקר שבח שכנגד הוצאה. הוי דגזלן ולוקח ואין הנגזל נוטל אם לא שישלם כשוי' בשעה שנוטלו כיון דלא תיקנו להפסיד מה שכנגד הוצאה ומה שמסלקו בדמים אף שהוא שלו הוא שלא יצטרך להיות שותף או לחלוק עמו. אבל לא שיפסיד משוי' משלו. וכמ"ש הרא"ש לקמן פ' המפקיד גבי שומא הדרא דצריך לשלם כיוקרא דאז כיון דרק מתקנה שמחזירו עיין שם. וכן כאן כיון דמדינא שלו כנ"ל. וזה לע"ד כוונת הרי"ף ז"ל שכתב דשבח שכנגד הוצאה דידיה ע"ש מה שתמהו עליו. דהתחיל ביוקרא כו' ומפורש שע"י הוצאה ר' שוה ר' יותר הו"ל רק דנוטל הוצאה ומה האריך שבח שכנגד הוצאה כו'. וראייה מגזל והשביח ומכר עיין שם. מה מדמי קרקע למטלטלין. וכן הבעה"מ תמוה שדחה כו'. הא מפורש ברי"ף דיתר על הוצאה לא שקיל עיין שם במלחמות. ולמ"ש מיושב דרי"ף קאמר דגוף השבח שכנגד הוצאה דגזלן ודלוקח בהכיר בה ג"כ וממילא רק מתקנה מסלקי' וצריך כהוקר השבח לשלם לו היוקר כנ"ל. ועל זה מייתי ראיה מדרבא גזל והשביח ומכר דלכאורה תמוה מה קא משמע לן רבא כיון דהשבח כבר זכה בו גזלן לר"י למה לא תועיל המכירה. ולכך פירשו רמב"ם וש"ע שס"ג דגבי לוקח עביד תקנתא יותר מגזלן עיין שם. ולהנ"ל אתי שפיר דקאי אקנין השבח לענין כשנתייקר דלענין זה קנוי לגזלן שעל ידי הוצאתו השביח קנה השבח לענין יוקרא עד שעה שמסלקו בדמים וכן השביח לוקח אף דאינו רוצה לגזול. ואף להשתמש בקרקע של זה לעשות סחורה לקנות השבח מ"מ מה מכר כו' כיון שכבר גזלן במטלטלין ואפשר גם בקרקע עדיף משנוי' דצבע כיון דלענין זה לא קנסו ונשתמש כבר ע"ז שהוא שלו. ולהרי"ף גם בהכיר בה כיון שהציל מיד הגזלן דאי אתי מרי ארעא כו' הוי זה לא חסר כנ"ל וקני נגד הוצאה כנ"ל. ומייתי הרי"ף שפיר ראיה כנ"ל וע"ז הוא שנחלק בו בעה"מ דלא קני כלל השבח

רק הוצאה חיוב תשלומין אבל יוקרא דנגזל וכן הטור וש"ע שהרא"ש סובר כרז"ה אבל הוצאה שפיר נוטל ולא קשה ק' הש"ך ז"ל כלל ס' שע"ג ע"ש:

וזה טעם רש"י הובא בהה"מ פ"ט מה' גזילה וב"י ס' שע"ג דאכילת פירות שזרע וגדלו ואכלן לוקח מגזלן אין צריך לשלם דדוקא כשעדיין הפירות מחוברין ותמה הה"מ למה ע"ש. ולמ"ש מיושב היטב דהוי כמו באחין כיון דמחמת הוצאה ובלאו הכי לא הי' הפירות הוי זה נהנה וזה לא חסר כנ"ל. ובגזלן עצמו קנסו ולא בלוקח בלא הכיר בה. ודוקא שעדיין ע"ג קרקע חשוב עומדים ברשות נגזל וגרע משבח שע"ג גזלה במטלטלין דהפרה עם הגזיזה ברשות גזלן כמ"ש לעיל משא"כ בקרקע. אבל כשכבר תלשן הם שלו ואין צריך לשלם. ולא קשה גם מהא דהדרא פירי. דזה באילנות או תבואה ואיכא כחשא דארעא שחסר מעט דשוב צריך לשלם כל מה שנהנה. משא"כ בלא חסר כנ"ל. ושאר פ' חולקין אבל כנגד הוצאה סברי שפיר כנ"ל:

עוד נראה פי' הרי"ף ז"ל דכוונתו דהא קי"ל בנזקין אכלה ערוגה אין שמין הערוגה רק אגב שדה כמה היה שוה בלי ערוגה מלאה פירות ובין כו' דאין השיוי כ"כ קפידא בקונה בית סאה בין חסר כו' ע"ש וממילא כשהגזלן או לוקח זרע והשביח אם היה הנגזל נוטלו מיד קודם שגדלו הפירות היה ההוצאה יתירה על השבח כשנישום כמה היה שוה השדה בלי הזריעה למכור וכמה שוה עם הזריעה שאין פירות עדיין או סמדר עיין שם ב"ק נ"ט. ואם כן אף שנשתהה ולא נטל השדה הנגזל עד שגדלו ויש פירות גמורין דאז שוה השבח יותר או כהוצאה עכ"פ. דלהרי"ף ז"ל כיון דשבח זה מחמת מה דהוציא צריך לשלם לו כל ההוצאה כנגד השבח כשוי הפירות עכשיו. ואי הוי אמרינן דההוצאה רק חיוב ממון אנגזל אם כן מיד שזרע אלו היה נוטל השדה לא היה משלם ההוצאה יתירה אשבח כמו שהוא עכשיו. וממילא כיון שהיה של נגזל שוב מה שגדל אח"כ הפירות דנגזל אשבח ועדיין לא יתן לו ההוצאה יתירה ממה שהיה השבח מיד וע"ז כתב הרי"ף דליתא רק כיון דשבח עכשיו מחמת הוצאה צריך ליתן לו כשיוי פירות גמורין וא"ש אף אי סבר כשאר פוסקים דרק תשלומין כנ"ל ונראה דהיינו שבח פירות דב"ק צ"ה היינו מה שהשביחו הפירות מכמו שהיה בשעת הוצאה ולכך כתב הרי"ף מקודם ביוקרא כו' אבל שמחמת הוצאה דומיא דיוקרא דנגד השבח הושבח יותר גם כן ממילא כדיקלא ואלים מ"מ זה השבח דלוקח הוא דמ"מ אתי מחמת הוצאה כנ"ל. ועל זה י"ל דנחלקו ג"כ הרז"ה והרא"ש. וצ"ע לדינא:

שם ממשעבדי הוא דל"ג הא מב"ח גבי. לכאורה מיותר דהוי מ"ל מגופיה דמפני ת"ה הוא דלא גבי כו'. ויש לומר כיון דביש לו קרקע מודה שמואל כדמסיק. ואם כן מה דגבי

ממשועבדים ע"כ קרקע ושפיר היה גובה גם שבח אי לאו מפני תה"ע. ולכך פריך רק מדיוקא דמשמע שאינו גובה השבח ממשעבדי אלא מבנ"ח ואדרבה ע"כ בל"ל קרקע ב"ח דאל"ה בלא זה אין נפרעין כו'. ואעפ"כ הא מבנ"ח גבי ומשמע דחייב לשלם אף דל"ל קרקע כנ"ל:

או יש לומר דלהפוסקים דבהוזל ארעא בשעת טירפה אין צריך מוכר לשלם רק כשוי' בשעה שטורפה דלא היה לו יותר אם נשארה אצלו. ואף בגזל מ"מ שם מכר עליו להעמיד מקחו ולקנותו מנגזל ולא היה לו רק כשוי' אז. ואם כן בהשביחה ושוה עם השבח רק כדמים שנתן שוב לא הוי ריבית. ואיכא לאוקמי כנ"ל דגבי שבח. אך אם כן הוי השבח קצוב דיותר מדמים שנתן אין צריך לשלם ושוב יגבה ממשעבדי ודייק שפיר משעבדי הוא כו' כנ"ל:

שם מדרישא בגוזל כו' כתבו תוס' מרישא גופיה כו' עיין שם. והוא תמוה דשביק מתני' דאיירי בי' אכילת פירות ופריך רישא נמי כו' ואח"כ מברייתא כו'. ונראה די"ל דמבואר גבי אוונכרי באחר יאוש ניהו דבקרקע לא מהני אבל על הפירות מהני מה שנתייאש מהקרקע ע"ש. ואם כן כיון דמוקי ב"ב הך מתני' כר"מ דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם. ומהני לכשאקחנה קנוי' לך וכן פירות דקל. וסוף מרובה בנותנו לבכורת בנו חשוב כמגביה וגוזל בשליחות הגנב וחזר והקנה לו. ואם כן למ"ד דשינוי רשות קודם יאוש קני. ובב"א לרוב הפוסקים קני. וא"כ כשמכר פירות הקרקע ללוקח מהני דחשוב לכשאקחנה קנויה לך דכשתולש קונה ביאוש וזה, קנאו בתורת מקח מהגזלן וכנותנו לבכורת בנו הנ"ל והוי שפיר יאוש ושינוי רשות ביחד כשתולש חל יאוש אגזלן וקנוי כנ"ל וקנאו. רק לרשב"ם פרק חזקת הבתים דבמוכר באחריות לא חשיב שינוי רשות במטלטלין כיון דלוקח לא יפסיד במה שיטלנו נגזל דיחזיר על המוכר עיין שם. ואם כן אתי שפיר דהוי מצי למימר לאכילת פירות דמתני' שפיר בגזלן רק שמכר הפירות כנ"ל ומהני משום יאוש ושינוי רשות רק דלא קני משום דבאחריות ולא הוי שינוי רשות כרשב"ם הנ"ל. ואם כן בזה שפיר גם לשמואל חוזר וגובה הפירות מגזלן כו' דלא שייך מחזי כריבית משום דלאו מכר הוא הא אם יהיה הדין דלא יחזיר ויגבה הפירות שוב יהיה מכר גמור דקני ביאוש ושינוי רשות והועיל המכירה כנ"ל. ושוב לא הוי ריבית מה שחוזר עליו והדין דחוזר ובאמת מהאי טעמא גובה נגזל הפירות ולא חשיב שינוי רשות כנ"ל. לכך פריך רק מדסיפא כו'. ומברייתא פריך שפיר דתני מקודם והרי יוצאה מת"י כשגובה כו' פירות כו' משמע דמקודם עכ"פ יוצאה ממנו עם הפירות בדין. הא אי כנ"ל הוא להיפך דאם לא יגבה הפירות מגזלן אינה יוצאה כלל מת"י דהוי שינוי רשות

כנ"ל. וע"כ דלא מיירי כנ"ל ודייק שפיר:. גם מבואר דמכר השדה לגמרי לא לפירות כנ"ל. גם יש לומר דכיון דקנין מדעת וקנין דגזילה שוין כמ"ש בגמרא גבי הגבהה כו'. א"כ י"ל דלר"מ אף דקרקע אינה נגזלת מ"מ לפירות נגזלת למ"ש תוס' לקמן ס"א דהא דקרקע אינה נגזלת מסברא שא"י לזוזה כו' משא"כ עבדים ע"ש. וא"כ ניהו דלרבנן דגם עבדים אינם נגזלים כמבואר בש"ס ב"ק שפיר אינה נגזלת גם לפירות דגם לקנות לא מהני פירות דקל כדבר שלא בא לעולם רק השדה לפירות ושוב שייך קרקע אינה נגזלת כיון דצריך שיחשב גזלת גוף לפירות ואף דהפירות יוכל לתלוש מ"מ הגוף לפירות הוי כעבדים דמכלל ופרט יליף כו'. אבל לר"מ דעבדים נגזלין רק קרקע י"ל דרק מסברא כמו שכתבו תוס' הנ"ל ואם כן לפירות דיוכל לתלושם יש לומר כיון דקני דבר שלא בא לעולם לר"מ מהני גזילת השדה לפירות. דבשלמא לרבנן כיון דהשדה אינה נגזלת גם לפירות שוב אין כאן קנין גזילה דפירות שצריך משיכה והגבהה דחזקה דקרקע לא הועיל וברשות דמריה גדלי. משא"כ לר"מ מהני חזקה בקרקע ליחשב גזלה והוציאה מרשותו לפירות כיון שיכול להחזיק הקרקע בתורת גזילה עד שיגדלו הפירות ויקחם נגזלת לענין זה כמו עבדים. והיה מיושב היטב הש"ס דב"ק צ"ה דפריך משבח פירות על מטלטלין עיין שם. דהתם לר"מ קאי ע"ש. ודייק שפיר דנגזלות לפירות כנ"ל. וממילא הוי שבח שע"ג גזילה דהוי דגזלן לר"מ. ואף אם היה גוזל רק הפרה לחלב ועז לגיזה וולד היה קונה שבחה ע"ש בכתובות בהכניסה לו עז לחלבה כו' דחשוב קרן כו'. וגם בלצבוע אדום כו' בא הגזילה והשבח בב"א וקני עיין שם. ועיין שם תוס' יבמות צ"ג דמהני מעכשיו לר"מ בדבר שלא בא לעולם אף שנקרע שטר או בקנין חזקה דכלתה. וממילא מוכר פירות דקל מעכשיו אף שלא בא לעולם מהני קנין החזקה לקנות פירות שיגדלו ושייך בגזילה ג"כ. ויש לדחות:

עוד י"ל למ"ש דבפירות לרש"י דכשאכלן ליקח מגזלן פטור ע"ש לעיל דבזה השבח מדינא דלוקח רק משום קנס כו'. וא"כ במכר השדה לפירות דשפיר מדינא הי' הפירות דלוקח והקנס רק על הגזלן אם הדין דמשלם. ושוב י"ל דלא חשיב רבית דאם לא יצטרך לשלם לא יגבה הנגזל כלל הפירות. וגם המקח מהני מה"ת והוי מ"ל לאכילת פירות שמכרו לפירות כנ"ל. ורק מברייתא דמפורש הרי שגזל ומכרה כו' כשיוצאה כו':

עוד י"ל דבמוציא ע"י חזקת אבהתא לכאורה אינו רבית. וע"כ הטעם כיון דמ"מ מחזיקין בקרקע דאינה שלו הוי רבית. אבל לכאורה כיון דמוכר בחזקת שלו הוי הודאת בע"ד יותר מעדים לחובתו דהי' המכירה כדין ומ"מ נלקחה מחמתו שלא שמר השטר ומחויב לשלם גם השבח שאינו רבית. ואף אי נימא דהמכירה בחזקת שלו לא חשיב הודאה

אבל מ"מ י"ל דעומד בטענתו דלקוח בידו ומ"מ נגזל טרפה. ומהני הודאתו שחייב כנ"ל. וי"ל דמיירי כה"ג ומודה שמואל. ואי משום דתני אין כו' ממשועבדים ולגבייהו לא מהני הודאתו. ז"א דתני משום יש לו קרקע כמ"ש לעיל רק הדיוק הא מבני חורין גבי וי"ל שפיר כנ"ל. וצ"ל דגם משום אחריות אינו חייב אי באמת לקוח בידו אף דנאבד השטר ממנו או לא לקח והוי כאנס וגזלן שלא מחמתו. וא"כ לא שייך לחייבו משום הודאה דממ"נ פטור משבח אי גזול הוי רבית ולפי הודאתו הוי אנס ופטור כנ"ל. אולם לפירש"י בהכסיפה המוכר י"ל שפיר כיון דעכ"פ הי' חייב לשלם מה שהזיק כיון שיש עידי אבהתא. א"כ אדרבא למה דמבואר בש"ע באלם דאף למ"ד פורע חוב חבירו פטור. מ"מ אם באמת אינו חייב ומ"מ הי' צריך לשלם שלא כדין וזה פרע לכ"ע חייב ע"ש. וא"כ לפי הודאתו דלקוחה בידו ואעפ"כ הי' צריך לשלם מה שהכסיפה שלא כדין והלוקח פרע במה שהשביח וגבה זה. א"כ חייב לו משום פורע חובו. וי"ל דלא הוי רבית כנ"ל דנהי דמשמע דלרש"י גם ההוצאה שלקח נגזל בשביל שהכסיפה מוכר ג"כ הוי רבית אף דהוי פורע חובו כמ"ש לעיל בע"כ ומפסיד. מ"מ י"ל דמה שהוציא להשביח הוי כפורע חובו מרצונו אף שמפסיד דלא הי' לו להשביח מספק. ולכך הוי רבית. משא"כ בע"י הודאה דשלא כדין הי' משלם דבזה חייב פורע חובו גם מדעת כנ"ל. ולכך דייק מברייתא דקתני הרי שגזל שדה דמשמע לא בעידי אבהתא רק גזל כנ"ל:

דף טז:

אמר שמואל המוצא שטר הקנאה בשוק יחזירו לבעלים אי משום כתב ללות ולא לוה הא שיעבד נפשיה כו'. והפ"י תמה מזה על הרי"ף דפ' בש' הקנאה בעי מטי לידיה. והא מפו' דלא בעי ע"ש. ולק"מ כמ"ש לעיל דלעיל קא' אי ס"ל לשמואל כאביי ע"כ דמיירי באין ח' מודה דאל"ה למה ליה שטר הקנאה כיון דמודה הוי מטי לידי' וכיון דבאין חייב מודה מוכח דא"צ מטי לידיה בש"ה כמ"ש רש"י לעיל. אבל כיון דמסיק לעיל הש"ס שמואל בתיובתא אי ס"ל כאביי וע"כ כר' אסי ס"ל ממילא מיירי שפיר בחייב מודה ומ"מ בשטרי דלאו הקנאה לא יחזיר שמא כתב ללות בניסן כו' דלא מהני מטי לידיה. ורק בשטרי הקנאה יחזיר כיון דמטי לידיה כנ"ל. והא דאמר אי משום כתב ללות ולא לוה ולא אמר שמא כתב ללות בניסן כו'. היינו דשם גבי סתם שטר הפי' הפשוט כרש"י שמא כתב ללות בניסן ולא לוה עד תשרי היינו שכבר לוה ומ"מ לא נזהר לשמרו כיון שפסול משום מוקדם. ובשטר הקנאה לא שייך זה דאי לוה אח"כ ומסר לו מהני למפרע והי' לו ליזהר דכשר א"כ מה דנפל איתרע מורה שלא לוה כלל. רק מ"מ כיון דמודה מהני

מצד דעכשיו מטי לידיה ואמר שפיר אי משום כתב ללות ולא לוה ולכך נפל שעדיין לא לוה. ועכשיו רוצה ללות כחשש שכתבו תוס' הא שיעבד נפשי' דכיון שמצוה להחזיר ומודה חשיב מטי לידיה כנ"ל:

ואדרבא קצת ראיה דאל"כ מה מסייע ממתניתין דכל מעשה ב"ד יחזיר. דלמא התם בחייב מודה דהא לקמן בעי לאוקמי בהוחזק כפרן ע"ש. וא"כ איכא לאוקמי יותר במודה דהוי חשש פרעון מלתא דלא שכיח משום א"א דפרע הוי קרע ליה. אבל ליכא סייעתא באין חייב מודה לפנינו. ומוכח דבאמת שמואל בחייב מודה. אך תוס' כתבו דמשמע הלשון אי משום כתב ללות ולא לוה שאינו בפנינו ע"ש לעיל י"ג. אולם תוס' לטעמייהו דהחשש בשטר ל"ל עד תשרי היינו שרוצה ללות. והול"ל כמו שם עד תשרי ובכופר חזינן מה טעין. אבל לרש"י מיושב הלשון אף במודה אי משום כתב ללות ולא לוה היינו שרוצה עתה ללות כו' והוי כלשון עד תשרי לפי' תוס' דשייך גם אמודה כנ"ל:

ועוד קשה דלפי' א"כ פליגי שמואל ור"י בפלוגתא דר' יוסי ורבנן דלעיל ז' ע"ב בנפל ליד דיין שכתב הנפק דלרבנן לא יוציא עולמית דחיישינן לפרעון ולר"י לא חיישינן. ולמסקנת רבינא רבנן כשמואל ור' יוסי כר' יוחנן ע"ש. ולמה לא פריך כאן דכתנאי דהול"ל שמואל הלכה כרבנן ור"י הלכה כר"י כדפריך בכל דוכתי. ועוד מה מסייע ממתניתין דמעשה ב"ד ופריך אר"י לימא דמתני' כרבנן ור"י דאמר כר' יוסי דבשלמא ר"י סבר הלכה כסתם משנה שייך למפרך אבל לשמואל ליכא סיוע. ולמ"ש י"ל דשמואל כד"ה דבמודה לא חיישינן לחשש רחוק דפרעון וקנוניא דהא לא טענין מלתא דלא שכיח. ובזה מודה ר"י ורבנן די"ל דפליגי רק באינו מודה. דהא תנן התם בכתיבה כשבעל מודה יחזיר ולא חיישינן לקנוניא כמ"ש תוס' שם ולא כתב טעם ע"ז ולהנ"ל סבר שפיר שמואל כנ"ל וככ"ע. רק משום דלמ"ד התם דשטר כתובה כולה ר"י הוא א"כ לא מוכח לרבנן בנפל ליד דיין אי גם ב"ח מודה חייב לפרעון או לא קמ"ל שמואל דגם לרבנן בחייב מודה לא חיישינן לפרעון כנ"ל. או כרבינא שם ע"ש:

הנה לכאורה קשה למ"ש תוספ' ריש פירקין דמנה שלישית דנפקד תופס מספק בחזקת שניהם חשיב כשניהם מוחזקין דיחלוקו אי הוי החלוקה יכול להיות אמת ורק משום דאין דרך להקנות משא"כ בשניהם אדוקין בשטר חשיב חלוקה יכול להיות אמת שפרע מחצה דזה דרך להיות ע"ש. וא"כ קשה גם במצא שט"ח ויש ספק אי פרע או לא הוי כשניהם אדוקין בשטר דהא המוצא תופס בחזקת שניהם מספק והחלוקה יכולה להיות אמת שפרע המחצה ויהי' הדין יחלוקו דבשניהם אדוקין כ"ע ס"ל יחלוקו ע"ש. ובנפקד כתב הרא"ש עוד טעם דקודם מחלוקתם ידוע הי' לו דשל אחד הוא ואין החלוקה

כו' ע"ש. אבל במוצא הספק מיד שמצאו כנ"ל. וקשה בין לשמואל בין לר"י דחיישינן לפירעון ומ"מ מודה בשניהם אדוקים שגם מלוה תפוס דיחלוקו אף דלוה טוען פרעתי ע"ש. א"כ גם במצא כן דחשיב שניהם מוחזקים כנ"ל. ואי מהני יאוש בחוב כמ"ש לעיל ורק משום דחשיב יש בו סימן כמ"ש הרא"ש בתכריך שטרות כו'. א"כ אם יהי' יחלוקו א"כ שוב נתייאש ממחצה עכ"פ אף שממנו נפל. וא"כ שוב מחצה ודאי פטור ותופס המוצא רק מחצה עבור שניהם ושוב יחלוקו באותו מחצה הב' והוי יאוש על עוד מחצה עד שפטור לגמרי כנ"ל. משא"כ שניהם אדוקין שתופס בעצמו מחצה. אולם כבר כתב לעיל דלא חשיב יאוש ע"ש:

ונראה דשם דאי לא תפיסת הנפקד עבורם יהי' הדין יהא מונח א"כ הוי זכות לשניהם תפיסתו עבורם שיהי' הדין יחלוקו חשיב תפיסתו עבורם כשניהם מוחזקים דזכין לאדם כו' וכאלו בידם כנ"ל. משא"כ בשטר דאי לא חשיב כתפוסים בו חיישינן לפירעון ולא יגבה כלל א"כ מה שיהי' תפיסתו עבור המלוה לזכות שיהי' חשיב מוחזק חב לאחרים בזכיה זו שיפסיד לוה מחצה כנ"ל לא מהני כתופס בחב לאחרים דלא קני ולא חשיב כלל כמוחזקים תפיסת המוצא כנ"ל. ולשמואל דלא חיישינן לפירעון הוא להיפוך דכשיועיל תפיסתו עבור הלוה חב למלוה דבל"ז גבי שוב לא הוי כאלו לוה תפוס כנ"ל:

אמנם עיקר נראה דלא דמי כלל דוקא נפקד משניהם זה ק' וזה ר' חשיב תפיסת הנפקד מספק עבורם כשניהם מוחזקים דהא כיון שהנפקד השאיל ביתו לשמירת ממונם ביתם קרינן כמ"ש הרא"ש ריש פסחים. ולכך חשיב כל הש' ברשות שניהם. משא"כ כשהוא נפקד רק מא' לחוד ואינו יודע של מי ולא חשיב כלל מספק כשניהם מוחזקים שאינו תופס רק עבור מי שהוא שלו והספק מי מוחזק לא שניהם. וממילא במוצא כנ"ל דהספק שמא של אחד לבד לא חשיב כלל כשניהם אדוקין. וראיה דהא ספק וספק קי"ל יניח. ולא אמרינן יחלוקו כאלו שניהם אוחזין וג"כ החלוקה י"ל אמת דשל שניהם הוא כיון ששניהם נותנין סימן וע"כ כנ"ל ופשוט:

לכאורה למה נקיט בכתוב בו הנפק כברייתא דלעיל ור"י לקמן. וי"ל דהא קשה דקי"ל אף תוך זמנו לא גבי בשטר שנפל אף דגובין בלא שבועה וכ"ש נגד חזקה דא"א דפרעי' דמודה שמואל כמתניתין דאין נפרעין אלא בשבועה ולא אלים כחזקה הנ"ל. וצ"ל דלשמואל באמת כנ"ל וסברתו הפוכה ממאי דקי"ל וי"ל דלמ"ש הרא"ש בתכריך כו' דכיון שיש ספק ומתברר דממלוה נפל לא חשיב איתרע. והפי' הפשוט שאינו נזהר כ"כ כיון שיהי' ידוע כשימצא דשלו. א"כ כיון דהוא שטרי הקנאה מבורר דשל מלוה והוי כיש בו סימן. ורק משום פירעון וא"כ למה נחוש לפירעון ויחשב איתרע אדרבא

כיון דסתם אינשי א"א דפרע קרע ליה ומורה שלא פרע שוב אמרינן כן ולא איתרע כלל כשיש ספק גם ע"ז דממלוה נפל ולא נפרע וממילא א"צ ליזהר ואין ריעותא כנ"ל. וא"כ א"ש הסברא דדוקא לשמואל דלא חיישינן לפרעון שוב לא איתרע. אבל לדידן דחיישינן ועכ"פ אחר זמן לא גבי שוב אף שהוא עדיין תוך זמנו לא מהני דאיתרע דנפל והי' לו ליזהר שכשלא ימצא עד לאחר זמנו לא יוכל לגבות וכיון דאיתרע שוב לא מהני גם חזקה כנ"ל. משא"כ לשמואל לא הוי ריעותא כנ"ל:

אך למאי דמסיק תוס' לעיל דבטוען מזויף לשמואל נאמן ולא מהני קיום רק דמיירי כאן שאין לוה כאן ע"ש. וא"כ שוב איתרע דהו"ל ליזהר דכשטוען מזויף לא יגבה גם אם יקיים ושוב כיון דאיתרע גם שאין כאן ח' לפירעון. אולם לא קשה דהא אינו מורה כלל מה שנפל שנפרע ומלוה נפל דאי ממלוה הי' ליזהר שלא יטעון מזויף. דהא אי מלוה נפל ג"כ הי' לו ליזהר דכשיטעון פרעתי כמו שהוא אמת יהי' חייב כשימצא השטר. דבשלמא לדידן דחיישינן לפירעון ונאמן שפיר הריעותא על מלוה דצריך ליזהר שלא יגבה. משא"כ לוה דיהי' נאמן שפרע. משא"כ לשמואל שוב אינו הריעותא מורה יותר שנפל מלוה ממלוה דלא שייך דסומך עצמו שיטעון מזויף מה שהוא שקר למה ליה זה דהא כתבו תוס' דמה"ט לאו מגו דאינו רוצה להכחיש עדים. ושפיר אמר שמואל וקמ"ל כנ"ל. ואם בכתוב בו הנפק לא הוי שמעינן רבותא הנ"ל דהא כתבו תוס' כשכבר קיימו קודם שטען מזויף לא מהני אח"כ אף שטוען ע"ש. וא"כ ה"א משום שכתב בו הנפק שכבר מתקיים לא איתרע כלל שא"צ ליזהר דגם מזויף לא יהי' נאמן כנ"ל אבל באינו מקוים ס"ד דחשיב איתרע כנ"ל דיהי' נאמן מזויף וקמ"ל דלא איתרע כנ"ל:

ומ"מ מסייע מהא דכל מעשה ב"ד עכ"פ לגוף הדין דל"ח כו'. ועוד דיש לישב דקדוק דאמר ר"ע אאנ"ת בתר דאמר ר"נ אבא מספרי דיינא כו' והוי מכרזי כו' דאשתכחי בשוקא כו'. ולא מיד אשמואל די"ל דלא הוי סייעתא כנ"ל דשם בכ' קיום לא איתרע כנ"ל. משא"כ דר"נ אמר מספרי דיינא כו' ולמה ליה להזכיר זה וגם דמשתכחין בשוקא למותר. וי"ל כדאמר לקמן י"ח דוקא בשוק שאין שיירות מצויות לאפוקי דאשתכחי בבי דינא דש"מ אף לא הוחזק אין מחזירין כר' זירא דמעשה ב"ד יחזיר בדלא אשתכח בב"ד ע"ש. וקמ"ל ר"נ מספרי דיינא כו' ואכרזו דוקא דמשתכחין בשוקא נהדרינהו כו' וא"כ דייק שפיר עלה ממתניתין דמעשה ב"ד יחזיר כשמואל. דאף דכתב קיום מ"מ איתרע דהי' ליזהר שמא יאבד בב"ד דשיירות מצויות ולא יגבה כנ"ל. וממילא שוב אף שנמצא שלא בב"ד איתרע וחיישינן לפרעון. אך ג"כ שייך כנ"ל דאין הריעותא יותר על המלוה

מלוה דגם לוה א"א דפרע הי"ל ליזהר שמא יאבד כשאין ש"מ ויגבה מלוה וא"כ מוכח שפיר כשמואל גם בשטר הקנאה בלא הנפק כנ"ל:

עוד י"ל דלא נקיט כ' הנפק. למ"ש לעיל לר"י שבת ע"ט במוצא שטר פרוע דסבר דצריך ללוה להראותו דגברא דפרענא אנא. א"כ לא שייך טעמא דשמואל א"א דפרע הוי קרע ליה דנצרך ליה כנ"ל. אולם בשטר הקנאה דכותבין ללוה בלי מלוה א"כ א"צ לו דאין הוכחה ממה שהשטר בידו דפרענא הוא דשמא כ' לו בעצמו בלי הלואה ושייך א"א דפרע כו'. אבל שטר שכ' הנפק דודאי היה ביד מלוה דלוה לא מקיים כו'. שייך שוב סברא הנ"ל וי"ל דמודה שמואל דח' לפרעון. ודדייק ממתני' דכל מעשה ב"ד לס"ד מכח כ"ש כיון דבקיום ל"ח לפרעון אף דלא שייך כ"כ א"א דפרע כו' מכ"ש בשטר הקנאה אבל למסקנא דמתני' בשטרי חלטאתא כו' י"ל דמודה שמואל דבכ' קיום לא יחזיר ומיושב דלא תליא במחלוקת ר"י ורבנן בנפל ליד דיין כו' כנ"ל:

שם כל מעשה ב"ד כו' פירש"י אלמא כיון דל"ל שמא לא לוה שהרי אין מקיימין את השטר אלא בפני בע"ד כו'. ותמוה מאוד ניהו דבגוף הדין י"ל רש"י לטעמיה שפי' שם דדוקא בעדיו מבקשין לילך למדה"י מקיימין גם לדידן אבל למה הוצרך זה בכאן הא פשוט דלוה לא מקיים שטרא כדאמר סוף פירקין. ואי מקיים אינו מועיל טעם הנ"ל דכשהלוה מביאו ודאי מקיימין. וי"ל דהא דאמר בגמ' גבי ג' שלוו מא' דלוה לא מקיים כו' היינו דלא שכיח דכל הג' כ"ל ולא לוו וכל א' רצה לקיימו. ויותר יש לתלות במלוה האחד. אבל מ"מ הוי חשש כמו שהלוה מכין וכ' שטר כדי ללות ויהיה השטר מוכן בידו ליתנו למלוה כן מכין ומקיימו בב"ד שימסור למלוה שטר מקוים שלא יצטרך מלוה לבקש קיום כנ"ל. ושפיר בשטר א' שנפל ואיתרע יש לחוש גם שמקוים שמא כ"ל ולא לוה. אולם בשטר דלאו הקנאה דאין כותבין כו' והחשש רק דאיקרי וכ'. וא"כ גבי ב"ד לא שייך זה ואם היה הלוה מביאו לב"ד לקיימו לא היה מניחין בידו השטר ומכ"ש לקיימו כנ"ל. דבתר ב"ד לא דייקי ולא תלינן שום חשש שלא כדין. אך הא קי"ל כתובות ק"ט וש"ע ס' מ"ו דדיינים מקיימין השטר אע"פ שלא קראוהו כלל ע"ש. וא"כ כשא' מביא שטר לב"ד לקיימו תולין שהוא המלוה ומקיימין ושייך החשש כנ"ל:

אמנם בש"ע שם ס"ב ב' דיעות אם צריכין להכיר עכ"פ המלוה והלוה. אולם שם בשביל העדים שלא יהיו קרובים וכשמפרשין שמות העדים א"צ ע"ש. אולם זה לדידן דקי"ל דלא כפי' רש"י רק תמיד מקיימין שלא בפני בע"ד אבל לרש"י ז"ל דאין מקיימין שלא בפני בע"ד בלי עדים מבקשין כו'. א"כ אף שיסברו שזה המלוה מ"מ צריכין לשלוח אחר הלוה שיהי' הקיום בפניו ושוב נתברר להם שעדיין לא לוה ואין כותבין כנ"ל וליכא

חשש. ושפיר הוצרך רש"י ז"ל לפרש משום דאין מקיימין כו' דאל"ה עדיין החשש שמא כלו"ל וקיימו כנ"ל. ולחוש שהיה עדים הולכין למדה"י ודאי לא ח' דאיקרו וכ' ושקיימו ושהיה מבקשין לילך כנ"ל. והוי כהא דג' שלוו מא' כצ"ל. גם י"ל דלרש"י ז"ל הא דאמר בגמרא לוה לא מקיים שטרא הוא ג"כ מטעם הנ"ל דאין מקיימין שלא בפני בע"ד כנ"ל. עוד י"ל למאי דאמר ב"ב קע"ב למ"ד דגם לנפילה דיחיד הוי חיישינן שאבד יב"ש זה ומצאו יב"ש הב' ורק משום דל"ח לנפילה דמזהר זהיר והיינו דכשר כו'. משא"כ נפל איתרע דמורה שפסול י"ל דכלו"ל ואבדו ומצאו המלוה הנ"ל וקיימו ולפי שפסול שלא הלוה לא נזהר ואבד. ורק משום דבפני בע"ד והיה טוען שלא לוה. ואף דלא היה נאמן מ"מ היה קול. עוד י"ל דהא לתוס' לעיל לשמואל בטוען מזויף לא מהני קיום גמור ורק דמיירי ש' הקנאה כו' ואינו לפנינו וכיון שנתקיים בהיתר דל"ח לא מהני טענתו אח"כ לבטל למפרע. והגם שקצת דוחק כיון דטעין מזויף ולא היה אז למה לא יבטל ע"ש. וא"כ עכ"פ י"ל דלא מהני רק בקיום המועיל מה"ת וזה משום דנפל רק חשש אינו מבטל שכבר נתקיים אבל אם נתקיים שלא בפני בע"ד שאינו עדות מה"ת כלל רק בקיום דרבנן הקילו כמ"ש תוס' והפ' שם. א"כ י"ל בנפל איתרע וקיימו שלא בפניו מהני אי טעין אח"כ מזויף לבטל הקיום למפרע די"ל דצריך קיום מה"ת כיון דאיתרע כמ"ש לעיל כנ"ל. וא"כ בשלמא דנקיט סתם ש' הקנאה יחזיר ולא הזכיר קיום י"ל דבאמת לא מקיימין ליה רק בפניו שיהיה עדות מה"ת. או דאי כתוס' דמשמע שלא בפניו מ"מ י"ל דכותבין עליו שלא לקיימו רק בפניו. אבל מתני' דכל מעב"ד יחזיר משום שכבר נתקיים קודם שנאבד,. א"כ י"ל שמא היה הקיום שלא בפני בע"ד. וא"כ עכשיו דנפל איתרע וכשיטעון מזויף יבטל קיום הנ"ל למפרע דיש הוכחה שהוא מזויף ושלא כדין נתקיים שלא בפני בע"ד. ולכך הוצרך רש"י לטעמיה דאין מקיימין כשאין עדים מבקשים ודאי היה בפני בע"ד דל"ח למבקשין ומהני כנ"ל:

שם בשטרי חלטאתא ואדרכתא דלאו ב"פ כו'. ותמהו תוס' אדרכתא שלא זכה בקרקע למה ל"ח ע"ש. וי"ל למ"ש לעיל דשייך גברא דפרענא אנא. וא"כ אף בש' הקנאה דכותבין ללוה מ"מ אף דלא שייך כ"כ מ"מ גם בזה שייך דסתמא תנן בשבת ע"ש. דלא יחשדוהו שבמכוון כ' לו שטר להפסיד פד"מ כדי להראות ולכך י"ל דלא שייך כ"כ א"א דפרעי' כו'. משא"כ ש' חלטאתא אי פרע ודאי קרע ליה דאין זה גברא פרענא שהוצרכו ב"ד להחליט נכסיו. ורק חלטאתא שייך שצריך להשטר שחזר ולקחו ולא שייך אם איתא דפרעי' כו' וע"ז פריך שומא הדרא כו'. אך הלשון הני לא ב"פ צריך לדחוק דלאו ב"פ בלי קריעת השטר. עוד י"ל דדוקא בנפל איתרע השטר שהשיעבוד בו לא יחזיר כמו שט"ח

ושטר קנין דמה"ט נקנין בכו"מ משא"כ שטר ראיה כמ"ש הרא"ש ב"ב. ולכך דוקא שט"ח או חלטאתא שהוא כשטר קנין מכירה. משא"כ אדרכתא לאו בר פירעון שיפקיע החוב שבאדרכתא שאין החיוב בשטר זה ולא קנין רק ראיה על הפ"ד. ונראה שאינו נמכר כנ"ל. וממילא אין הריעותא מאבדתו מפסיד לגוף החיוב כלל. דלרמב"ם ז"ל החזירו מוחזר רק לכתחלה השטר שאיתרע לא יחזיר והיינו השטר שהשיעבוד בתוכו כנ"ל:

שם הדר זבין כו' אבעי לי' למכתב שטר זבינא כו'. לכאורה ל"ל ה"ט בל"ז כיון שקנה הקרקע ודאי איך נוציא מספק שמא חזר ומכרו אף דאיתרע אך מ"מ לא יחזיר כמבואר לקמן בשובר. אך שם י"ל שיועיל תפיסה משא"כ בקרקע. וצ"ל דמ"מ כמו לרשב"ג ב"ב דהחזיר השטר חזרה מתנתו דנקנה במסירה לכך באמר אבד שטרו אין כ' לו שטר אחר שמא חזר ומכר. כן בנמצא שודאי אבד הספק שמא החזיר השטר וכאן לכ"ע חזר דהא שומא הדרא. עכ"פ לא יחזיר לכתחלה. כמו שם דאף שהס' שמא חזר ומכר ודאי אינו מפקיע זכותו שהיה שלו מ"מ אין לעשות דבר חדש לכתחלה דאפשר שיפסיד כן כאן לענין החזרה. אך כיון שהקרקע אין מוציאין א"כ שוב לא שייך נפל איתרע להיות הוכחה שמן הלוה נפל דאדרבא הלוה היה לו לשמרו יותר דכשנאבד החלטאתא ולא ימצא או ימצא ב"כ וב"כ תשאר הקרקע ביד המלוה. משא"כ מלוה רק שלא יהיה לו שטר. וצ"ל דאף שממלוה נפל מ"מ איתרע ומורה שנפרע והניח בידו. ואף שכ' הרא"ש ביש בו סימן כיון שמתברר דממלוה נפל לא איתרע היינו דוקא בסימן שמבורר וידוע משא"כ הנ"ל:

שם אפשיטי דספרי זייר ליה. תמוה לי כיון דעכ"פ ודאי ממלוה נפל כיון שמודה לסברא דא"א דפרע ולקח השטר קרע ליה. ורק דזייר ליה וא"כ יחזיר למלוה. כמ"ש הרא"ש סוף פ' במצא בחפיסה כיון שמתברר דממלוה נפל לא איתרע. וא"ל דסימן עדיף. דידוע לכל מ"מ הא גם במביא עדים שממנו נפל פ' הפ' דיחזירו למלוה אף דהיה לו ליזהר. וכ"ש כאן דיודע שאין לתלות רק דממנו נפל כיון שהוא שטר הקנאה או מקוים. וכשהוא ביד לוה הוי קרע לי':

ונראה לע"ד דהא הלשון דאמר שמואל יחזירנו לבעלים תמוה כמ"ש הפ"י הא ע"ז דנין בעליו מי הוא וגם סברת שמואל קשה דהך א"א דפרע אינו חזקה אלימתא כ"כ כמ"ש לעיל וי"ל דעיקר הטעם כמ"ש תוס' גבי פלניא דהאי סומנא כו' אף שלא היה מועיל להוציא ממון מ"מ בשטר שדנין רק על חזרת גוף השטר מהני הסימן שלא מיקרי להוציא וממילא גבי ע"ש חולין פ' ג"ה. והנה בד' העשוין להשאילן או גודרת כל שאין הוכחה ממה שבידו מוקמינן אחזקת מ"ק אף להוציא וכ"ש באינו מוחזק כהאי. וא"כ כיון דקי"ל דס' מקנה בעינן ואף דלוה נותן שכר סופר מ"מ מקנה הנייר למלוה והוא שלו לגמרי רק

כשפורע חוזר ומקנה לו ע"ש לרוב הפוסקים. וא"כ י"ל בספק כדהכא שמצא השט"ח והוא ש' הקנאה או מקוים שהיה של המלוה בודאי ומסופקים אי פרע וחזר והקנהו ללוה א"כ כיון שדנין על חזרת השטר שפיר מהני החזקת מ"ק שלא יצא מרשותו והוא שלו וכמו בסימן כנ"ל. ובכל מקום בשטר שהיה נאמן פרעתי א"ל חזקה דשטרך בימ"ב ולא מוקמינן אחזקת מ"ק הוא דשם דנין להוציא הממון משא"כ כאן שדנין על השטר מהני החזקת מ"ק ואח"כ ממילא גבי. אמנם כיון דכל שטר עומד לפירעון לא שייך חזקת מ"ק כדבר העשוי להשאיל להיפך וכהאי דעשוי למכור כליו ע"ש דעומד לצאת מחזקתו להמכר ללוה כנ"ל:

וא"כ מיושב דאמר שמואל רק א"א דפרע הוי קרע לי' וא"כ אין גוף השטר עומד כלל להקנותו ללוה דכשפורע הדרך שקורעו ואינו ש"פ א"כ השטר שלם כמו שהוא אינו עומד כלל לצאת מחזקת המלוה ושוב מוקמינן בחזקת מרא קמא וממילא גבי אח"כ כנ"ל:

ומיושב היטב לישנא דשמואל יחזירנו לבעליו. דזה עיקר הטעם כיון שהמלוה הי' בעליו בודאי שוב מוקמינן בחזקת מרא קמא דאינו עומד משום א"א דפרע כו' כנ"ל:

וא"כ מיושב הנ"ל דאמר כיון דלפעמים משתמיט כשפורע או זייר לי' אפשיטי כו' ואז הנייר דלוה כיון שפרע החוב כמ"ש הפ' בלי הקנאה ורק בתורת משכון שוב עומד לצאת מחזקתו להיות דלוה כשהוא שלם בלתי קרוע כיון שעומד לפרוע כנ"ל ושוב ליכא חזקת מרא קמא ואמרינן דפרע ולקח השטר דמשום א"א דפרע מצד עצמו לא מהני להחזיר למלוה כנ"ל:

שם אמר ר"י כו' שטר שכ' בו הנפק כו' שמא כלו"ל ותמהו תוס' דמשמע באין חייב מודה. ולקמן מוקי ר"כ בכ' זמנו ביומו בחייב מודה ואי אין זמנו בו ביום לא יחזיר אף שמודה ע"ש דתי' דאמוראי אליבא דר"י ע"ש. ולע"ד י"ל כמ"ש לעיל דבלא ריעותא לא הוי ח' לקנוניא וא"כ קשה למה נימא דח' משום דאיתרע הא הוי כיש בו סימן ולא איתרע כלל. אולם כיון דכאן חייב מודה הדין דנאמן בלא איתרע שוב ממילא איתרע דהי"ל לזהר שמא לא יודה. ושוב כיון דאיתרע לא מהני גם שמודה דח' לקנוניא. וא"כ א"ש דקאמר ל"מ בלא הנפק דא"ל כלו"ל. היינו כיון דעדיו בחתומיו זכין לו א"צ לאקרי וכ' דרשאין לכתוב. וא"כ ודאי דשייך שמא כ' לו"ל דספק שקול ממי נאבד אף בלי ריעותא. וכשיטעון כן יהי' נאמן א"כ שוב איתרע ואף שמודה ח' לקנוניא. ושפיר הוצרך למנקט כלו"ל לגמרי. דחשש כ"ל ול"ל עד תשרי לא שייך כלל דעדיו בחתומיו זכין לו. אלא אף כ' הנפק דלא שייך כנ"ל לא יחזיר דח' לפירעון היינו ג"כ כנ"ל דסבר פרעון נאמן

כשטוען אף בלי ריעותא כיון דאין השטר בידו וליכא חזקה דשטרך בימ"ב נאמן. ושוב ממילא אף שמודה ח' לקנוניא כיון דשוב איתרע שכשלא יודה יהי' נאמן כנ"ל. וא"ש דהזכיר רק גוף הטעם כנ"ל. באין חייב מודה דנאמן ושוב מה"ט ממילא גם במודה לא מהני דאל"ה לא הוי חשיב איתרע כנ"ל. וא"ש. ומ"מ אין הוכחה דר"י ס"ל כאביי. דרק ר' אבהו הוא דאמר לה לרבותא ל"מ דלאביי כנ"ל דבאמת חיישינן לפירעון:

דף יט.

מצא שטר שחרור כו' דלמא קני עבדא נכסין כו'. ותמוה למה לא פריך שמא מכר העבד בין ניסן כו' ומפיק שטר שחרור דקדים. כמ"ש תוס' גטין דמה"ט תקינו זמן בש"ש. והי' קשה גם לאביי להרי"ף ז"ל כפי' הרא"ש דזה הוי חזרה גמורה שמכר העבד אחר הכתיבת ש"ש. משא"כ בנכסים שקנה שלא נק' חזרה כדאמר הניחא לאביי כו'. ונראה למ"ש תוס' כ' דכשמצריך לשלם הכל לא ח' לקנוניא והחשש לעיל רק משום לוקח שלא באחריות וכן פירש"י לעיל י"ג. וא"כ ניהו דבנמצאת שדה שאינו שלו ג"כ בפי' שלא באחריות אינו חוזר עליו. ואף דלא הוי מכירה כלל ומה ענין זה לאחריות. וע"כ משום דמ"מ שם מכר עליו כדאמר לקמן ע"ב ע"ב דניתן לכתוב משום דניחא לי' דליקו בהמנותי' מפייס למרי' ומוקי לזביני' שיחזור ויקנהו, מהנגזל ע"ש. וכיון דנקרא מכר שייך לאחריות כנ"ל. משא"כ בעבד כשכבר משוחרר ומכרו אינו ענין לאחריות ואף בפי' שלא באחריות יתחייב להחזיר דמיו דלא שייך שיחזור ויקנהו. וממילא במודה לא שייך חשש הנ"ל. ולכך אמר הש"ס רק על הנכסים דזבין הרב וזה רק גזלה שנמצא השדה שאינו שלו דשייך לאחריות ויש חשש לוקח שלא באחריות כנ"ל ויש בזה לישב מה דקשה לכאורה להרמב"ן ז"ל בשטר שכלול רבית עם הקרן דכשר לענין הקרן אף דשייך גזרה שמא יגבה גם הרבית כיון דגם שיגבה הרבית יהי' גביית הקרן כדין ודוקא מוקדם שכל הגבי' יהי' שלא כדין כשיגבה מז"ר לכך פסול גם מז"ש ע"ש פ' א"נ. וא"כ בעבד דפריך דקני נכסין כו' והא מ"מ מזמן שני ואילך יהי' כדין מה שיגבה וגם השחרור בדין אף אם יגבה נכסים הנ"ל שלא כדין. וא"כ אף אי כ' בניסן כו' ולא מסר עד אח"כ ג"כ כשר מזמן שני. וא"כ שפיר יחזיר ומה פריך. ואף דצריך לסלק החשש שלא כדין מ"מ מהני שוב שיכתבו עליו שלא יטרוף רק מזמן זה שנמצא. ואף דמוקדם שנראה פיסולו בב"ד לא מהני היינו משום שכבר פסול מז"ש ג"כ משא"כ בזה שכשר מז"ש ורק לסלק החשש שפיר מהני לכתוב עליו כנ"ל:

ולהנ"ל א"ש דשוב יש ב' החששות דזבין נכסי כו' שלא באחריות ושייך ג"כ שמא מכר העבד ואף שמודה ויצטרך לשלם ללוקח העבד ולא ירויח ז"א דירויח הנכסים שמכר שלא באחריות. וכיון שאין ראי' מהודאתו יש חשש מגוף העבד דיהי' שלא כדין מה שיחזיקוהו משחרור דעבד הוא ושוב הכל שלא כדין ופסול גם גוף השחרור מזמן שני ג"כ ככל מוקדם אף דעכשיו כדין. אך עדיין ישאר הקושי' להרי"ף כנ"ל דהוי חזרה גם לאביי כנ"ל:

עוד י"ל למ"ש תוס' גטין שם דכשלא יהי' זמן וימכור יהי' העבד מוחזק בעצמו ויהי' נאמן שהי' משוחרר קודם המכירה ע"ש. ואף דלא שייך הרי משוחרר לפניך דכשמכרו קודם עדיין עבד מ"מ ס"ל לתוס' דמהני חזקתו בעצמו נגד החזקה. וא"כ כאן לענין העבד לא שייך שמא כ' כו' ול"נ ע"ת. דהא גם שהי' הלוקח לפנינו והי' ספק זה אם נמכר קודם ג"כ מהני חזקת העבד בעצמו שמשוחרר. ואף דגבי שובר לקמן אמרינן החשש כנ"ל אף שא"י להוציא מספק מ"מ שם שייך כמ"ש לקמן דעכ"פ מהני תפיסה בספק וכשמחזירין עושין מהספק ודאי ולא יועיל תפיסה. משא"כ בעבד דלא שייך תפיסה ותמיד מוחזק בעצמו. לא שייך החשש שמא כ'. ולכך אמר לענין הנכסים דאזיל וטריף כו' וזה שלא כדין דמספק א"י להוציא כנ"ל:

הניחא למ"ד זכות וכאביי כו'. לכאורה לרש"י דהפי' ל"ל עד תשרי שכבר נתן ולא נזהר משום פסול מוקדם וא"כ בעבד איך בשביל שנודע לו פסול מוקדם לא נזהר הוא פסול רק מדרבנן ואי"ל שפחה ולא ב"ח וכופין את רבו לעשותו ב"ח ליתן ש"ש כשר והי' לו לשמרו ולא שייך ריעותא דנפילה ושוב לא חיישינן כלל. ובלא דאביי ניחא. וי"ל דהא דלא ס"ל לרש"י לעיל כפי' התוס' דעתה רוצה ליתן משום דא"כ בהודאתו מפסיד לעצמו דיכול לתבעו ועדיין לא לוה ולס"ד דל"ח לקנוניא לא פי' כנ"ל. משא"כ למסקנא דח' לקנוניא גם לרש"י שייך חשש התוס' שעתה רוצה ליתנו לו כדי שיגבה מלקוחות דזבין נכסי ומהרב נפל שלא נזהר כנ"ל:

רש"י וכיון דזכות הוא איכא לתרוצי דמשעה שנכתב כו' דלכי מטי שטר גט לידיה נעשה ב"ח למפרע כו'. עיין שם אריכות לשון מה שאין דרכו ז"ל. גם מ"ש איכא לתרוצי. הא פשוט כן. וי"ל דלהרי"ף הנ"ל גם לאביי קשה שמא מכר העבד והוי חזרה מהשיחרור. ועוד גם אי דלא כהנ"ל יש לומר דלא מיקרי מטי לידי' כלל כיון שכבר נמכר ואין יד לעבד בלא רבו. וכיון שצריך להיות מקודם מטי לידיה ואח"כ משוחרר למפרע וכאן כל זמן שאינו משוחרר לא חשוב מטי לידיה כלל דמה שקנה העבד קנה רבו שני. דאף דבכל שיחרור אמרינן גיטו וידו באין כאחד דאין יד כו' מ"מ היינו לגבי הרב עצמו שמשחררו

ומסלק עצמו מזכייתו. משא"כ כשכבר עבד של אחר יש לומר דלא מהני נתינת רב זה לחשב מטי לידיה אף שיהיה עי"ז למפרע. אבל מ"מ אינו מוכרח וזהו שכתב רש"י איכא לתרוצי כו' דמ"מ דלכי מ"ל ב"ח למפרע כנ"ל. ופירש"י כן כדי דלמסקנא דאמר אייתי ראיה שוב אינו מוכרח סברא הנ"ל. וי"ל לאביי דלא מהני בשיחרור כנ"ל כשנותן לו אחר שנמכר שיהיה נקרא מטי לידיה כנ"ל:

עוד נראה לענ"ד למ"ש תוספ' לקמן כ' דהא דעבז"ל תקנת חכמים כדי שיוכלו לכתוב ולענין איסור כ' תוס' כשבא על ב"ח פסלה רק למ"ד יש כח ביד חכמים לעקור כו' עיין שם. ולכאורה תמוה הא כל הזכות מה שהוא מותר בב"ח כמבואר בגמרא. ואם כן כיון דלענין איסור לא מהני עבז"ל. אם כן שוב אינו זכות כלל דאדרבה נאסר בשפחה גם כן מדרבנן ובכח מה"ת ושוב לא מהני כלל גם לממון כיון דאינו זכות. ואפילו למ"ד יש כח ביד חכמים לעקור כו' מ"מ קשה דאחר החתימה כל זמן דלא מטי לידיה ודאי אסור בשתיהן אי עבז"ל דבשפחה אסור שמא ימטי לידיה ויהיה ב"ח למפרע ובב"ח אסור שמא לא יתנו לו ולא יהיה כלל עבז"ל. וממילא לא שייך עבז"ל שבזכי' זו ע"מ דמטי לידיה אין כאן זכות כלל עד דמטי לידיה ואז בל"ז מהני. וצ"ל דמ"מ הוי זכות דשטר זה כשיהיה מטי לידיה אחר כך אי לא יהיה זכין לו עכשיו יהיה פסול משום מוקדם גם מאז ואילך מדרבנן עכ"פ וכשנאמר עבז"ל לענין ממון עתה יהיה כשר עכ"פ מאחר שיהיה מטי לידיה לגמרי שיהיה מותר בב"ח משעה דלמטי לידיה וגם זה זכות אף שאסור עד שיהיה מטי לידיה מה שיהיה עי"ז מותר בב"ח מאז ואילך שלא יחשב מוקדם כנ"ל. וזהו שדייק רש"י ז"ל שהקדים זכות כו' טובה לו שמתירו בקהל כו' איכא לתרוצי דמשעה שנכתב זוכין לו דלכי מטי לידיה ב"ח למפרע כו'. והיינו דעכ"פ חשוב זכות מיד דכשיהי' מטי לידיה יועיל לענין ממון למפרע ויהיה מותר בקהל מכאן ולהבא כנ"ל. ומ"מ אין סברא זו מוכרח ולמסקנא י"ל דלא אמרינן זה לאביי גם כן ולא מהני כיון שעכשיו אינו זכות כלל כנ"ל. בפרט לענין החשש שמא מכרו לאחר אף דלא נימא כנ"ל. דמהני גם כן מטי לידיה לסוף. מ"מ הא בזה אינו זכות כלל כיון דרק מדרבנן עבז"ל ואם כן מן התורה גם שמטי לידיה בסוף עדיין עבד דכבר נמכר ולא מהני כלל מן התורה ויהיה אסור בב"ח לעולם ואין כאן זכות ולא שייך כנ"ל. וצ"ל כיון דלענין ממון כח ביד חכמים שוב פקע המכירה למפרע דקנין איסור לחוד אינו יכול למכור כדאמר פרק השולח. וגם דהוי מקח טעות. וגם דזכות שיכופו הב' לשחררו כנ"ל:

שם רש"י ד"ה מא"ל דהשתא ל"ל עבז"ל דא"ח לאדם כו'. ואין פי' לדבריו והגי' חבין ג"כ אינו מובן. ונראה דהא למ"ש גם למ"ד זכות הוא רק כאן לענין כשיהיה מטי לידיה

שיועיל ולא יהיה מוקדם וא"כ גם למ"ד חוב הוא לעבד מודה כאן דהטעם דחוב הוא רק משום דניחא לי' בשפחה. וכאן כשיהיה מטי לידיה ולא נימא עבז"ל יהיה אסור בשפחה ובב"ח דמוקדם פסול מדרבנן ואסור בשתיהן א"כ לכ"ע זכות היא לו שיזכו עדיו ויהיה מותר בב"ח כשיהיה מטי לידיה כנ"ל. אך מ"מ כיון דגוף השחרור הוא חוב לא שייך טעמא דזכין שלא בפניו דאנן סהדי דהוי משוי שליח כיון דבאמת חוב. ומיושב לשון רש"י דל"ל עבז"ל דמ"מ אין חבין כו'. וגם די"ל אם לא יהיה עבז"ל לא יתן לו הרב כלל אותו המוקדם דמה תועלת לו הא אם יכופוהו ליתן לו ש"ש כשר. ומה שמאחר ליתן לו זכות לו. משא"כ למ"ד זכות כנ"ל:

שם דייתיקי מתנה כו' טעמא כו' הא אמר תנו נותנין ורמינהו אע"פ כו'. ולמה לא פריך אמתני' לחוד וניחוש שמא כתב ליתן בניסן כו' כדפריך לעיל אגט בזמן שמודה מיהת יחזיר כו'. וי"ל דהיה י"ל ונמלך וכתב לאחר ועתה מצוה ליתן כמו שכתב רש"י לקמן אמתנות. ולכך בגט וש"ש מייתי הברייתא בזמן שמודה יחזיר. ולא פריך אמתני' לחוד עיין שם. ובדייתיקי בל"ז לא קשה דבאמת מתנת ש"מ מצי הדר ביה וליכא חשש:

דף יט:

והא אידי ואידי דייתיקאות. ותמוה כמ"ש רש"י ותוס' ליפרוך והא מתנות קתני. ותי' ר"ת שכ' מהיום אם לא יחזור עד לא"מ. וק' דא"כ ל"ל נמלך שלא ליתנן הא גם שנתן יכול לחזור. וצ"ל דיצטרך לברר שחזר בו האב ושמא לא נתן כלל וא"צ לברר. ומ"מ אמר תנו יחזיר דאי הדר ביה יועיל. ודוחק. ומה שדחו תוס' דברי רש"י דא"כ פי' דנמלך יהיה בשני ענינים. ועוד בגט דדייק האמר תנו כו' יפרש משום דנמלך כו' ע"ש. ולע"ד יש לומר דרש"י סבירא ליה כהרי"ף ז"ל והרא"ש הנ"ל. ומתוקמי שפיר סוגיין כאביי דעדיו בחתומיו זכין לו ומ"מ כשחזר בטל הזכוי והיינו דהאריך הש"ס מהדר קא הדר ביה כמה זמני דמיותר. ולהנ"ל א"ש. וא"כ לא קשה קושית תוס' שבעצמם כתבו לעיל י"ח הא דדייק בגט הא אמר תנו כו' וא"ת מנלן דילמא כו' וי"ל דדייק מדתני ונמלך ולא תני כתוב היה ולא נתן ע"ש. ואם כן כאן כיון דבאמת עדיו בחתומיו זכין לו ומהני למפרע ורק משום דחזרה מבטלת שפיר תני ונמלך כו' ולא סגי ולא נתנן לחוד דמ"מ זכה למפרע רק משום דנמלך וחזר בו ונתן לאחר בטל הזיכוי. וא"ל דאם כן מוכח כאביי. נראה דרש"י הקשה רק לאביי דלהרי"ף דבשטר הקנאה בעי מטי לידיה לא קשה כלל ממתנות די"ל מתני' בשטר הקנאה ולכך אמר תנו יחזיר דבשטר הקנאה מודה הרי"ף דלא מהני חזרה כשמטי לידיה כנ"ל ולא"ת אין נותנין. ובברייתא בלאו הקנאה ורק מדייתיקי פריך ומשני

כנ"ל דבר מהדר. דבמתנת ש"מ לא שייך שטר הקנאה ומשני כנ"ל. ובמתנות מיושב בין לר"א ובין לאביי. וי"ל דמכאן למד הרי"ף דלאביי מהני חזרה כנ"ל. ותוס' לטעמייהו דבהקנאה א"צ מטי לידיה. ואא"ל דמתני' בשה"ק דאם כן כי נמלך מה הוי ורש"י שפירש בדשמואל דשה"ק א"צ מטי לידיה י"ל רק אליבא דשמואל אי ס"ל כאביי כ' כן דע"כ כנ"ל כמ"ש לעיל. משא"כ למסקנא:

שם ת"ר מצא שובר כו' וליחוש דילמא כתב ליתן בניסן כו'. ותמוה הא עכ"פ ספק הוא וכדין לא יגבה ואף שהיה נודע לנו עתה שמכרה הכתובה והיה הלוקח בפנינו גם כן לא יגבה מספק שמא נמסר ביום שנכתב דלא מהני נפל איתרע רק דלא מגבינן בי' בשטרא ריעא. והא החזירו גבי להרמב"ם. וכ"ש שלא יועיל להוציא. והא שובר שאין בו זמן אמר ב"ב קע"א כל אימת דנפיק לרעי' כו' ולא גבי עיין שם. ולא דמי' לשטר חוב ומתנה שייך חשש שמא כתב כו' ויגבה שלא כדין משא"כ בשובר. ולמ"ש הש"ך ז"ל ס' מ"ב דדוקא לבטל השטר אז על ידי ספק שובר יד בעל השטר על התחתונה. משא"כ לענין החיוב שבלא שטר שוב שובר מיקרי בעל השטר וידו על התחתונה עיין שם. וכן משמע פרק הכותב לענין פירות נגד התנאי ב"ד ע"ש. ואם כן בכתובה דתנאי ב"ד בלא כתב גם כן שוב ספק שובר לא מבטל דיד בעה"ש על התחתונה. והי' מיושב דנקיט הדין שובר דכתובה ולא בשאר חוב דקמ"ל רבותא כנ"ל. וגם מאי דלא דייק אמתני' דשוברין האמר תנו כו' וליחוש כו'. משום דמיירי בשובר דשאר חוב. וגם מיושב קושית תוס' שמא מכר במעמד שלשתן או לכל מי שמוציאו דא"י למחול עיין שם. ולהנ"ל א"ש דלכאורה נגד הלוקח שוב אינו תנאי ב"ד ורק מחמת השטר שקנה ושוב ספק שובר מבטל. אך מה מכר כו' זכות כו' שעדיין כל החיוב כתובה שלה יש ללוקח. כיון שלא נסתלקה וחשיב כאלו מגיע ללוקח אותו חיוב התנאי ב"ד שלה ומשני שפיר דמחיל. ואם כן אי מכרה במעמד שלשתן או כנ"ל דהטעם דא"י למחול משום דנסתלקה לגמרי והשיעבוד הגוף רק ללוקח כמ"ש רא"ש ז"ל. אם כן שוב פקע התנאי ב"ד לגמרי דמה ענין הלוקח להתנאי ב"ד שלה רק כשטר חוב דעלמא שנשתעבד לו אם כן ספק שובר מבטל ליה דיד בעה"ש על התחתונה ולא קשה כלל וליחוש שמא כתב כו' דמ"מ לא גבי כדין כנ"ל. וממה נפשך לא קשה כנ"ל:

אולם להחולקים על הש"ך ז"ל שם. וי"ל דמ"מ ספק הוא ומהני תפיסה עכ"פ וכשיחזירו לבעל יהי' ודאי ויגבה אף שיהיה הלוקח מוחזק וראוי להיות לא יחזיר לא לזה ולא לזה. ומדוייק לשון הש"ס דאמר שמא כתב כו' ואתי למטרף לקוחות כו'. מה ענין למטרף הול"ל דלא ישלם כו'. ולמ"ש א"ש דכל הקושיא רק שיוצא מהלוקח כשותפות כנ"ל.

ואף דכתובה נגבת רק מקרקע ולא שייך תפיסה. מ"מ כשכבר גבתה קרקע המיוחד לכתובתה ומכרה חשיב תפיסה ברשות על פי ב"ד שאינו יכול להוציא מספק ובשובר יוציא. ומיושב דפירש"י בעודה תחתיו כו' דעכשיו גרשה וכן כתבו תוס' ולמה פי' כן: ולמ"ש אתי שפיר דאם לאו הכי איך גבתה. ולכך כתב רש"י קרקע המיוחדת כו' ע"ש. ושמא תגבה ותמכור. ומיושב גם כן קושית תוספ' והפוסקים דכשמוחלת צריכה לשלם מדד"ג ומהמיגו הוא לדידן דלא כתוס' רק צריכה במוחלת לשלם כל דמי שוי' ועתה מגורשת ושוה כולו. וכשהשובר שלו א"צ לשלם ללוקח רק ט"ה שנתן עודה תחתיו. ולמ"ש י"ל דלענין התשלומין מדד"ג באמת מספק אין צריך לשלם אף שיהיה הדין לא יחזיר לא לזה ולא לזה דאין כאן גרמא דבלא זה אינו יכול לגבות מספק רק שהיה מועיל תפיסה ועל ס' תפיסה אין צריך לשלם שמפסיד כנ"ל:

מה שפירש"י בעודה תחתיו ועתה גרשה. י"ל דאי עדיין תחתיו לא שייך קנוניא דאינה מרוחת דט"ה צריכה לשלם ואין לה יותר רק הספק כנ"ל וכמו שכתבו תוס' ע"ש:

תוס' דלא תקנו מעמד שלשתן בכתובה. יש לומר טעם פשוט דאף דאמר פרק החובל דכשמכרה לא שייך אסור לשהות בלי כתובה דלא תהא קלה כו' שיתחייב ללוקח. מ"מ מבואר בש"ע כשמתחייב לאדם אחר כשיגרש אשתו ישלם לו אסור לשהות כו' אף שאינו קלה כו'. דהתקנה דוקא שיהיה לה חיוב עליו. וא"כ הא דבמכירה מותר הוא משום דעדיין שיעבוד הגוף שלה נשאר ורק מכחה כו' חשוב יש לה כתובה. משא"כ מעמד שלשתן שאינו יכול למחול משום שנסתלקה לגמרי והשעבוד הגוף משתעבד ללוקח כמו שכתב הרא"ש א"כ שוב כמו חיוב לאדם אחר כשיגרש ואסור לשהות כנ"ל. ובפרט לרמב"ם כיון דאסור ממילא עדיין החיוב כתובה מחדש עליו. ולשניהם לא משתעבד כמו שכתב הרא"ש וודאי דלא תיקנו שיועיל מעמד שלשתן אם הדין דאינו יכול למחול כנ"ל:

דף כ.

ואביי חדא לב' כתובות לא ח' ועוד שובר בזמנו טריף אביי לטעמיה דאמר עדבז"ל. ותמוה הך ועוד אינו תי' על מה שתירץ אביי בששטר כתובה יוצאה מת"י והגמרא בא ליישב דברי אביי ואדרבה קשה למה הוצרך אביי לשנויי שכ' יוצא מת"י כיון דסבר עבז"ל ואיך שייך אביי לטעמיה ותמוה מאוד. ונראה ליישב בעזה"י למ"ש הרי"ף דבשובר כיון דמחילה לא בעי מטי לידיה כיון שא"צ זכי' בשטר וכמו שכתב הרא"ש דאם לאו הכי לא היה מהני מטי לידיה כיון דהוי חזרה מהשובר עיין שם. והנה פרק

אעפ"י פ' כר"י דלא מהני בכתובה מחילה בע"פ רק כתובת התקבלתי כר"י וכן פסקו הרבה פ' ע"ש אה"ע ס' ו'. ואם כן שוב צריך זכי' בגוף השטר ככל שטר חיוב כיון דלא מהני המחילה רק על ידי השטר וממילא בעי מטי לידיה וקשה כנ"ל דהוי חזרה ושוב לא מהני מטי לידיה:

אמנם עיקר הטעם שם דלא מהני הוא כיון דחכמים תיקנו כתובה כל שהיא תחתיו דאסור לשהות כו' לא נפקע במחילה דעדיין החיוב כיון שהיא תחתיו. רק התקבלתי הוי הודאה שחייבת לו עיין שם. ומ"ש שם. ולכך בתוס' כתובה מהני מחילה בע"פ ככל חוב ורק משום דאסור כו'. ואם כן שפיר קאמר הש"ס חדא דל"ח לב"כ ועוד אי ח' שיש לה ב' כתובות וא' נשאר לה אם כן שוב יש לה כתובה ואינו אסור כו' אם כן שוב מהני מחילה בע"פ על הכתובה א' ושוב עבז"ל. וא"צ מטי לידיה דהוי מחילה כמו שכתב הרי"ף. דהא ע"כ הכתובה שת"י גם כן הזמן קודם דאם לאו הכי ניכר שכ' אח"כ. וממילא כיון שהיה לה כתובה זו שיוצאה מת"י מועיל השובר על הכתובה האחרת בע"פ ושפיר בזמנו טריף בלי מטי לידיה. והוצרך שפיר אביי לשנויי בשכ' ויצא מת"י דאם לאו הכי לא מהני עבז"ל דלא מהני ע"פ ושוב בעי מטי לידיה ולא מהני. ורק כיון שיוצא מת"י רק שנחוש לב"כ שוב א"צ מטי לידיה כנ"ל. ומדוייק לשון הגמרא שובר בזמנו טריף אביי לטעמיה כו' הא הול"ל עבז"ל מה שייך לטעמיה היא היא זה עצמו. ולמ"ש אתי שפיר דאמר שובר בזמנו טריף מיד בלי מטי לידיה דלטעמיה כנ"ל במה שצריך זכי' ע"י מטי לידיה כן במחילה בלי מטי לידיה ואדרבה ראיה מגמרא לדעת הרי"ף ורא"ש ז"ל כנ"ל:

עוד יש לומר דלכאורה אינו מובן טעם הרא"ש דחזרה דהא הוי תנאי למפרע. וי"ל דלא חשיב כלל מטי לידיה. דבשלמא בשטר חוב זכין לו על תנאי שיהיה מטי לידיה היינו שיתן לו השטר כדין שטר דמהני עכ"פ מכאן ולהבא משעת המסירה וזכי לו למפרע על תנאי זה. ואף שמכר נכסיו אינו ענין להחיוב דמ"מ מחויב במסירת השטר. משא"כ בשובר שזכו על תנאי דיהיה מטי לידיה כדין שובר משא"כ כשמכרה הכתובה ונותנת לו השובר ניירא בעלמא הוא מאדם שאין החוב שלו ולא קרי מטי לידי' כלל דאין לו דין שובר גם ממסירה ואילך לא יהיה למפרע ולא חשוב מטי לידיה כלל כנ"ל ואין כאן קיום התנאי כו' וממילא לא זכו למפרע:

אמנם יש לומר כיון דהא שמואל וקיימא לן דמוכר שטר חוב מהני מחילה דמכירת שטר דרבנן וכיון דמן התורה מהני המחילה לא תקנו להפסיד הלוה ואם כן ניהו דעכשיו אמר דליתא לשמואל ולא מצי מחיל היינו כשגם אחר שיועיל המחילה הוא של לוקח ולמה יחושו ללוה יותר מללוקח כו' אבל כיון דנכתב השובר מקודם שוב שפיר עבז"ל

דחשוב מטי לידיה דאח"כ ג"כ מועיל המחילה כיון דאם תועיל שוב זכו למפרע ואין כאן לוקח כלל ודלה מחלה דלא הועיל המכירה שוב לכ"ע מהני המחילה. וכמו דאמר פרק אע"פ דאף דאלמוה רבנן לשיעבודיה מ"מ לענין דבר שלא בא לעולם נשאר הדאורייתא כאלו לא תיקנו ע"ש. וכן בהנ"ל כיון דמן התורה מהני המחילה וכיון דאם יועיל נתבטל מכירה שוב לכ"ע מהני המחילה ממסירה ואילך דכשתועיל זכו למפרע כנ"ל. ושפיר גם בשובר שייך עדיו בחתומיו זכין לו:

אמנם הא שיעבודא דר"נ א"י למחול ולהרבה פ' גם בכתובה. וא"כ הא דבמוכר שט"ח לשמואל מהני מחילה הוא דאף שנתן הלוקח מעות מ"מ אינו מגיע לו חוב שלקח השט"ח ואין כאן שדר"נ וחיוב דד"ג נעשה אחר המחילה ומהני. אבל כאן דנאמר דמהני המחילה משום שאם תועיל שוב יהי' עדיו בחתומיו זכין לו למפרע ומהני המחילה דשלה הוא. והא אדרבא כיון שנתבטלה המכירה למפרע משום עז"ל א"כ מגיע ממנה המעות ללוקח ואיכא שיעבודא דר"נ ולא הועיל המחילה כלל דלהבא ממסירה ואילך ושוב גם למפרע לא זכו דלא שייך טעם הנ"ל שאם יועיל מכאן ולהבא יהי' כדין דאדרבא כנ"ל:

אך בא"ל נכסי מהני דליכא שדר"נ. וא"כ אי אית לה כתובה שיוצאה מת"י רק דח' לב' כתובות שוב שובר בזמנו טריף דשייך עדיו בחתומיו זכין לו כנ"ל. דא"ל נכסי לגבות מכתובה האחרת מדר"נ כנ"ל. ויש לדחות. ובל"ז פשוט להנ"ל דכשיש ב' כתובות א' שלא מכרה א"כ עכ"פ חל השובר והמחילה ממסירה ואילך שנמחל כתובה הב' וכיון שהמחילה חל חשוב מטי לידי' וזכו למפרע כנ"ל. ומ"מ יש לדחות. ואינו מוכרח:

שם תוס' שובר כו' שאינו ניכר מתוכו כו'. אינו מובן בשלמא למ"ד עידי חתימה כרתי לא חשוב שטר עד שמוכח מתוכו משא"כ כיון דעל מנת כן ע"כ עדי חתימה זכין לו בתורת ע"מ כאלו נמסר לו מאחר שזכין כו'. וא"כ הוי כמסר תחלה אף שאינו מוכח שעכ"פ שטר בידם. ואי ס"ל כר"ן דע"ח מהני בתורת ע"מ שע"י תפיסתו אנן סהדי כו'. א"כ גם ביומו תפיסתו מוכחת וכשנמסר לו שט"ח בע"ח מהני באותו יום ג"כ בתורת ע"מ ע"י התפיסה כיון שגם אחר היום מה דחשוב ע"מ רק מצד הוכחת התפיסה כשרואין בידו וזו ההוכחה גם באותו יום כשרואין בידו חתום בעדים כנ"ל. וי"ל למ"ש תוס' פ"ב דגטין דבעינן ראוי לעמוד ימים רבים גזה"כ רק בע"מ ג"כ ראוי כיון דמכשיר אחר י' ימים ע"ש. וא"כ כאן לענין הזכי' שבאותו יום אף דחשיב ע"מ ביומו שרואין בידו דתפיסתו מוכחת אבל אין עדות זה ראוי לעמוד ימים רבים. דאחר יומו שוב אין כאן ע"מ על התחלת או אמצע היום רק התפיסה מוכחת על סוף היום דאח"כ אין הוכחה אלא על קודם סוף

היום כנ"ל. ושוב אין הע"ח כורתים מצד ע"מ ג"כ רק על סוף היום דהעדות דקודם אינו ראוי כנ"ל ולא מהני:

ובזה י"ל ק' תוס' דלמא באותו יום עצמו מכרה הכתובה ולא יוכל להוציא ובאמת לא מוכח מתוכו כו'. ולמ"ש א"ש דלענין שיהי' ספק וא"י להוציא שפיר מוכח מתוכו דבשלמא מצד ע"ח כרתי וכשאינו מוכח ומבורר לא חשיב ע"מ אבל כיון דביומו חשיב ע"מ כנ"ל. ולאביי עמ"כ רק שאינו ראוי לעמוד כו' דאח"כ לא יהי' הוכחה וכיון דלענין ספק ראוי ויועיל אח"כ שפיר מהני באמת לענין שא"י להוציא כנ"ל:

או י"ל כיון דרק תקנה עדיו בחתומיו זכין לו כדי שיוכלו לכתוב כו' א"כ כיון דסגי במה שיזכו מסוף היום דשוב לא שייך במכר שימכור לאחר דלא יוכל להוציא. א"כ באמת אין זוכין רק מסוף היום כיון דסגי בהכי ולכך זה שמסר תחלה קני. ומיושב ג"כ דלענין שובר לפי ק' תוס' א"כ לא יהי' רשאין לכתוב ביומו שלא יוכל להוציא א"כ שוב עידיו בחתומיו זכין לו מיד שחותמין כדי שיהי' רשאין לכתוב:

אך באמת קשה דלתוס' יהי' צריכין שיהי' השטר ביד העדים בסוף היום ולא מצינו זה ואף שמחזירין ללוה ג"כ עדיו בחתומיו זכין לו ואי כנ"ל בסוף היום אין אצלם לזכות עבור המלוה. ואי הזכי' מיד על סוף היום הוי כלאחר ל' דכלתה משיכה. וצ"ל לתוס' דהי' תקנה עדיו בחתומיו זכין לו אף שאינו כדין זכי'. ודוחק:

מה שהקשו תוס' שמא מכרה ביומו כו' וא"י להוציא. אינו מובן דהא באמת ספק הוא שמא כ' בניסן כו'. וגם שידוע לנו שמכרה הכתובה ביומו הדין דא"י להוציא מספק. ולמה לא יחזיר ומשום תפיסה הא גם שמחזירין הוי ספק כיון שבאמת עדיו בחתומיו זכין לו. וגם שמחזירין אין לו ראי' רק על ספק. וא"ל דתוס' סוברים שבשובר דאיתרע אינו מבטל כלל השטר ברור וכיון דהריעותא מורה שנמסר אח"כ יכול לוקח לגבות בשטרו. או דתוס' לטעמי' דבס"ס מוציאין ממון. ויהי' ס"ס שמא נמסר אח"כ כיון דנפל ושוב משום עדיו בחתומיו זכין לו לא מהני רק מסוף היום. ואת"ל שנמסר ביום שנכתב כ' שמא נכתב ונמסר אחר שקנה לוקח משא"כ כשיחזיר לבעל יהי' רק ס' א' דמסתמא יום שנכתב נמסר. רק מי קודם וא"י לגבות:

הרי"ף ז"ל כ' דמחילה הוא ואע"ג דלא מטי לידי' כו' ע"ש. ופי' הרא"ש דע"כ שסובר דבחזרה לא מהני מטי לידי' ע"ש. ולע"ד נראה די"ל כפשטי'. למ"ש לעיל דקשה כיון דא"א לשעבד נכסיו בלא חיוב הגוף לרוב הפ' וא"כ בהקנאה או עדיו בחתומיו זכין לו הפי' דמתחייב מעכשיו במה שאינו חייב ע"ת שיהי' מטי לידי' א"כ כשלוה ונותנו ונתקיים התנאי חייב למפרע מה שאינו חייב וההלואה ג"כ ע"פ ויהי' ב' חיובים. וע"כ

כמ"ש שם דהוי כע"מ להחזיר ולהקנות לו בתורת קנין החוב של עצמו ונותן לו אח"כ השטר בתורת קנין בעד ההלואה ע"ש. וא"כ שפיר בחוב אבל שובר דכשנמחל א"א להקנות לו השובר. וא"כ כיון שמוחל קודם שנפרע שכשיהי' מטי לידי' תהי' למפרע מחילה בלא פירעון א"כ צריך להחזיר מעות הפירעון שקיבל מלוה דהא נמחל. ואם א' מוחל ללוה חובו בתורת מחילה מעכשיו ע"ת שיפרע לו כשנתקיים ונמחל לקח שלא כדין הפירעון כנ"ל. ואיך נאמר עדיו בחתומיו זכין לו כנ"ל בשובר כיון שמכין ורוצה שיפרע לו א"כ ע"ת דמטי לידי' יהי' למפרע מסתמא אינו רוצה כנ"ל:

אך בשובר דמחילה בלי פירעון שפיר מהני כנ"ל דאין חילוק רק ע"ת דמטי לידי' כשאר שטר. או בפרעון שכבר נפרע וכ' שובר אח"כ שפיר מהני ג"כ אף שמוסר לו אח"כ דבזה שוב מחילה לחוד כנ"ל:

וא"כ י"ל למאי דבעי' בש"ס ב"ב קמ"ט ש"מ שהודה אי חשיב כמתנת ש"מ דמצי הדר בי' כיון שבאמת לא לוה או דכיון דאי לוה א"י לחזור א"כ מודה שא"י לחזור ואף שלא לוה אינו מתנה ע"ש. וא"כ בשובר שכ' התקבלתי ומודה שנפרע א"כ כיון דאי באמת נפרע כבר עדיו בחתומיו זכין לו ע"ת ומהני למפרע כל"ל. א"כ שוב אף שבאמת לא נפרע מהני מיד הודאה דהא מודה שזכין לו מיד וכנ"ל. רק אם לא הי' מועיל הודאה בלי מסירת השובר לא הי' מהני. אבל כיון דת"י ומהני מחילה בע"פ ג"כ שוב מהני ההודאה דהוי לי' כמחילה ואע"ג דלא מטי לידי' אז היינו דהא אם לא נפרע לא אמרינן שזכו לו שיהי' כמטי לידי' דהזכי' שזכין לו נק' ג"כ מטי לידי' כאלו נמסר כנ"ל. מ"מ כיון כמחילה מהני ההודאה כנ"ל בלי מטי לידי' אז. ומ"מ בעי אח"כ מטי לידי' שיועיל למפרע ככל שטר כנ"ל:

עוד י"ל דלכאורה תמוה פי' הרא"ש שיועיל שובר אף דלא מטי לידי' כלל. הא סמפון היוצא מת"י מלוה כו' סוף פירקין דהכין לו זמנין דפרע כו' ע"ש בש"ס וריף ורא"ש. ולעיל בשובר כ' הי' ונמלך כמ"ש הש"ך. ובריייתא זו גופי' אין אשה מודה לא יחזיר כו'. ולכך י"ל דלכאורה למה תלי בגמ' התנאי שיהי' מטי לידי'. ולא בגוף ההלואה דעדיו בחתומיו זכין לו ע"ת שילוה לו אח"כ. וע"כ כיון דבהלואה לחוד לא משתעבדי נכסי לענין לקוחות לכך התנאי שיהי' מטי לידי'. אבל בשובר דהוי כמחילה ומהני בלי מסירת השטר. שפיר התנאי שיהי' עדיו בחתומיו זכין לו ע"ת כשיפרע לו אח"כ או ירצה למחול לו. ולכך כ"ז שלא פרע לא מהני שובר שת"י מלוה רק כשפרע או מחל אח"כ מהני למפרע אף דלא מטי לידי' גוף השובר מ"מ כבר זכו לו עדיו כנ"ל והיינו דאם הי' ע"ת שיהי' מטי לידי' ראוי להיות לא יחזיר דבשלמא בשט"ח אף דבחזרה זו גורמין הפסד

ללקוחות מ"מ אינו גזל דרשות ביד לוה למכור אף דמשועבד משא"כ שובר כשמועיל למפרע הוי גזל מה שמכרה סתם הכתובה. ונעשית גזלן למפרע כמ"ש הרא"ש סוכה בעמ"ל דחשיב שולח יד למפרע ע"ש. וא"כ כיון שתלוי במטי לידי' וכשלא יחזיר הוי כדין א"כ למה יחזיר שיתבטל המכירה למפרע. ולא חשיב כלל הודאתו כמטי לידי'. דהתפיסה שביד המוצא ל"מ דחב. ואינו זוכה בשבילו שיהי' כמטי לידי'. רק דבל"ז אינו ראוי שיחזיר שיהי' גזל למפרע. ועוד כשהנייר אינו ש"פ וכשבשעת אבדה ומציאה אינו ש"פ א"צ להחזיר וא"כ כיון שמכרה הכתובה אין השובר ש"פ דהי' חזרה ולא רצתה ליתן. וזכה המוצא. ואף דעכשיו רצונה ליתן לו והוי ש"פ דמהני למפרע מ"מ כבר זכה המוצא ולא יחזיר וממילא לא מטי לידי' ויזכה לוקח כדין. והוצרך לומר דבשובר שת"י התנאי רק עדיו בחתומיו זכין לו יפרע או ימחול כנ"ל. ושוב הודאתה הוי כמחילה ופקע ולמפרע הועיל ושוב ממילא צריך המוצא להחזיר כמו שטר כו' זכות יש לי בו דאף שלא יחזיר נגמר המחילה והזכי' למפרע שזכה הבעל בשובר. וגם שוב הוי ש"פ למפרע בשעת אבדה דלגבי הבעל ש"פ כיון דעכ"פ זכה למפרע אף שלא יחזיר ושוב יחזיר כנ"ל וא"ש: עוד י"ל אף דנימא כהרא"ש ז"ל וגם בשובר מהני חזרה ובעי מטי לידי' מ"מ י"ל למ"ש הרא"ש ב"ב פ' מ"ש גבי בעי' דאם עמד חוזר דכיון שודאי זכה רק ס' חזרה אינו מבטל הודאי זכי' ע"ש אף דהחזרה מבטל למפרע ע"ש. וא"כ לכאורה גם במתנה דעדיו בחתומיו זכין לו וספק אי נמסר אז ואף אי נמסר אח"כ מ"מ עדיו בחתומיו זכין לו רק דהוי חזרה קודם שמטי לידי' א"כ ספק חזרה אינו מבטל כיון דודאי זכה ושפיר יחזיר אף דיש חשש שמא כ' ליתן בניסן כו'. אמנם כיון שדנין אם יחזיר או לא א"כ עכשיו עדיין לא נתקיים התנאי ושפיר לא יחזיר מספק שמא כ' כו' ולא נתקיים התנאי אף בלי החזרה מצד הספק דשמא חזר וממילא לא יחזיר ולא נתקיים התנאי כלל. ולא שייך דאין ספק חזרה מבטל ודאי זכי'. דעדיין אינו ודאי זכי' כנ"ל. משא"כ בשובר דהתנאי נתקיים שמוחלת דהודאה הוי כמחילה ושוב אף דחזרה מהני מ"מ הא שוב ספק חזרה לא מבטל ודאי זכי' דעכ"פ זכה למפרע בשובר דעדיו בחתומיו זכין לו ושפיר קאמר הרי"ף דהוי מחילה ואע"ג דלא מטי לידי' וכיון דכבר נתקיים לא מבטל ס' חזרה והדין דיחזיר ממילא משא"כ היכא דצריך מטי לידי' כנ"ל. וא"כ י"ל שפיר בודאי חזרה מבטל גם בשובר כשמכרה כנ"ל אף דמסר אח"כ ולכך לזה שמסר תחלה קנה כמ"ש תוס' וכן אינו מודה לא יחזיר כנ"ל:

שם מתני' אגרות שום פירש"י ששמו ב"ד כו' עי' תוי"ט דתמוה דהיינו ש' חלטאתא דאמר לעיל הפי' דכל מעב"ד וחילוק הסמ"ע בין בפני הלוה אינו מובן דמה חילוק. ונראה לפי'

ר"ת דקרי אגרות ששולחין ב"ד לב"ד אחר לשום נכסי לוה. וי"ל הפי' דמוצא השטר בב"ד זה ונתקיים ונתחייב. ונכסי לוה במקום אחר. לוקחין ב"ד השטר לידם וכ' אגרת לב"ד שבמקום הנכסים לשום על כו"כ וחוזרין ב"ד דשם וכותבין לכאן ששמו דא"י ליתן ש' חלטאתא עד דקרעינן לשטרא כדאמר ב"ב קס"ט. וכותבין לב"ד ששמו ושיקרעו השטר וליתן לו ש' חלטאתא. וכשמצא אגרת זה יחזיר דליכא למיחש לפירעון דלא פרע ע"י שמחזיר אגרת הנ"ל כיון שאינו לא שט"ח ולא חלטאתא שבמקום שטר קנין. ועוד דאף דאיתרע אגרת זה בנפילה לא איתרע השט"ח כיון שאין קנין וחוב באגרת זה אין ריעותא שלו מפסיד להש"ח דלא אתרע כלל כנ"ל. ופירש"י ז"ל ששמו ב"ד הוא ג"כ כתוס' הנ"ל שאגרת הוא ששמו כנ"ל. אבל אינו חלטאתא עדיין כנ"ל:

שם אגרות מזון פירש"י קבל עליו לזון בת אשתו. ותמוה דהא ש' פסיקתא לא ניתן לכתוב עד שמצוה וא"כ הוא ככל שטר דשייך נמלך דלא ליתנם. וי"ל דאף דבשאר קנין אם מוחה מהני שלא לכתוב. היינו בדבר שאפשר לבטל ובאמת יכול מלוה לתבוע להחזיר מעותיו. אבל קיבל בשעת נשואין דהחיוב מטעם שכירות דהנשואין לא יתבטלו וכיון שקיבל עליו וציוה לכתוב שוב א"י לחזור בו דנתחייב ג"כ ליתן שטר ונתחייב בתור' שכירו' וכופין אותו ליתן השטר. וממילא זכו עבורה ויחזיר וח' פירעון לא שייך במזונות דלהבא דגרע מתוך זמנו. וכתיבה דעודה ת' בעלה ג"כ חיישינן היינו משום דהוא תנאי ב"ד שייך צררי דמה"ט אלמנה צריכה שבועה טפי משאר חוב ת"ז משא"כ בת אשתו דכבע"ח והיה מוכח דשאר בע"ח תוך זמנו גם נפל מחזירין עיין בש"ע ד' הרמב"ם דת"ז גובה ע"ש כשיש עדים כנ"ל:. שם שטרי חליצה ומאונין קמ"ל דל"ח לב' שוירי כדאמר תרדא ש' חו"מ תנן כו' דגם באסור לא חיישינן שם מצא בחפיסה או בדלוסקמא תכריך ש"ש או אגודה וכמה אגודה ג' קשורין כו'. ותמוה למה לא מפרש תכריך כמו ברייתא דלקמן תכריך ג' כרוכין אגודה ג' קשורין כו'. וגם למה לא תני או תכריך ככל הני:

והיה אפשר לפרש בחפיסה דזה עצמו ס' שמנח בחפיסה שאין דרך כמ"ש תוס'. ואף שטר אחד או בדלוסקמא תכריך ש"ש דאין הדלוסקמא ס' שדרך להניח כמ"ש תוס' רק הסימן מנין דלא מיאש שמא יתפרדו כמ"ש הרא"ש דאין קשורין כיון דמונח בדלוסקמא ויהיה הכריכה כמו שהוא. או אגודה אף בלי כלי כיון שקשורין ג"כ מנין ס' כנ"ל. ולא היה קשה מחשש דשאלה. וגם לא הוצרך לפרש רק אגודה כנ"ל:

אולם רש"י ז"ל בא להוציא מפי' זה והוסיף או בדלוסקמא שום שטר. והוסיף או תכריך ופי' בגמרא מפרש מאי תכריך כו' והיינו דהברייתא קאי לפרש המשנה תכריך כו' ג' כרוכין כל חד בראשה כו' א"כ ע"כ דלא כנ"ל רק גם בלא כלי הוי תכריך סימן כנ"ל.

ומיושב בזה מה דסיים הרא"ש ותדע דלא מייתי מתני' דמצא פירות בכלי ע"ש. ולא כ' מתני' דידן דאיירי בה ע"ש ובסמ"ע. ולמ"ש א"ש דאין ראיה דאפשר לפרש כנ"ל. וגמ' דילן שאינו מפרש כן הוא למ"ד ל"ח לשאלה אבל אי חיישינן י"ל כנ"ל ואדרבא פשטא דמתני' כן כמ"ש דלא תני או. וגם לא הזכיר סימן בדלוסקמא. והיינו דמנין שטרות הוי סימן גם להדלוסקמא. ולכך נקיט הרא"ש מתני' דפירות בכלי:

אולם לע"ד י"ל בין הכא ובין פירות בכלי הא עכ"פ הכלי שלו וא"כ שוב מונח הפירות או השטר בכלי שלו וברשותו דכליו כחצרו ורק ברשות מוכר מבעיא משא"כ ברשות הפקר או ברשות מוצא אבדה דחשיב שומר על הכלי וככל נפקד כו'. ושוב מח' שאלה לא נוציא מרשותו. והש"ך פריך רק מחמור בס' אוכף דלא שייך כנ"ל משא"כ כשמונח בתוכו כנ"ל:

ואפשר לישב בזה ד' הרא"ש התמוהים שכ' מקודם אבל לענין ממון ל"ח לשאלה ואפי' א"י ח' לשאלה מדאורייתא כו' משמע דמעיקרא בעי לומר דח"ש דרבנן ורק באסור החמירו ולא בזמן. ותמוה דאי בממון ל"ח א"כ הא דפריך חמור בס' אוכף כו' ע"כ אקרא כדמסיים הרא"ש וא"כ ממילא מוכח דח' שאלה מה"ת ומה מספקא ליה. ולמ"ש י"ל דגם הרא"ש מודה דאי ח"ש דרבנן י"ל דלא תיקנו בממון כשמונח בכלי שלו ושפיר החלוק כנ"ל ופריך חמור כו' מדרבנן. רק אי ח"ש דאורייתא לא מסתבר ליה לחלק בכך. ולכך כתב ואפילו כו' כנ"ל. או י"ל דהא החלוק פשוט בין שאלה דרבים לדיחיד דכאן הספק רק שהשאיל ללוה כמ"ש הח"צ. ולכך אי ח"ש דרבנן יש לחלק כנ"ל ולא קשה מדפריך חמור בס' אוכף דהוא דרבים. משא"כ אי ח' שאלה מה"ת לא מסתבר לחלק בין דיחיד כו' וכ' דחכמים תיקנו שלא לחוש בממון כנ"ל. ופריך חמור בס' אוכף אקרא כנ"ל:

ומיושב שכ' ותדע כו' דלא פריך ממתני' דפירות בכלי. ואי ההוכחה ע"ז דח' שאלה דאורייתא וח' תיקנו כו' דהתם ג"כ שאלה דרבים. משא"כ ממתני' דהכא אין הוכחה דזה ג"כ שאלה דיחיד וי"ל דדרבנן ומחלקין בין דיחיד כנ"ל. עכ"פ מוכח מתוס' והרא"ש דאי ח' שאלה גם דיחיד חיישינן. ומהתימה על ח"צ שלא הביאם כנ"ל:. תוס' ורא"ש כ' דתקנו לענין ממון דלא נחוש לשאלה כמו שתיקנו להחזיר ע"י סמנין את"ל ס' ל"ד ע"ש. וקשה דהא מה דמוקי דח' לשאלה הוא רק אי ס' דאורייתא כמבואר בתוס' יבמות. והא דמסיק רבא לקמן כ"ח דס' דאורייתא הוא ע"י פירכא דמצא תכריך ש"ש דלא שייך התקנה דמי ניחא ליה ללוה כו' אלא אמר רבא ס' דאורייתא ע"ש. וא"כ גם לענין ח' שאלה איך נאמר אי ס"ד דמהני משום שתיקנו הא בשטרות לא שייך התקנה ולמה לא נחוש לשאלה דהא מה"ט הוא דאמר ס' דאורייתא ואיך נאמר אי ס"ד בח' שאלה הטעם משום התקנה כנ"ל.

וצ"ל דלרבא באמת ל"ח לשאלה וסבר כשנוי' דחוורי וסומקא. ולדידן לר"א דמספקא ליה אי ס"ד לאו מטעמא רבא מספקא ליה ודוחק. או אפשר דדוקא אי כל ס' ל"ד צריך טעמא דניחא ליה משא"כ אי עיקר ס' דאורייתא רק בכלי ח' שאלה י"ל דשייך התקנה בלא טעמא דניחא ליה להשוותן לכל ס' דמהני מה"ת. ודוחק דג"כ שייך הקושיא דמה צורך היה לחכמים לתקן להפסיד מה שמה"ת פטור. דמה"ט הוצרך רבא לטעמיה דניחא ליה. וגם על ח' שאלה כנ"ל. וי"ל עוד למ"ש לעיל דהטעם דלא חשיב המוצא תופס בחזקת שניהם כמנה שלישית ויהיה הדין יחלוקו דיכול להיות אמת שפרע מחצה כב' אדוקין ע"ש הטעם דשם ודאי שומר של שניהם עכ"פ על ק' משא"כ כאן דהספק של אחד ואינו תופס כלל עבור הב'. וא"כ בשטר בדלוסקמא דעכ"פ הדלוסקמא דמלוה ע"י ס' ושוב שומר אבדה של שניהם אף אי השטר דלוה והוי כמנה ג' דתופס בחזקת שניהם ויהיה יחלוקו ושוב שייך ניחא ליה דתוס' כ"ח ד"ה מצא כו' אף דשייך ניחא כו' אינו רוצה להפסיד משום ספק פעם אחרת והיינו כשהדין יהיה מונח ופטור לגמרי משא"כ כשיהיה הדין יחלוקו ניחא ליה דלא נחוש לשאלה דרוב פעמים הכלי שלו ואינו שאול משנחוש ויהיה הדין יחלוקו כנ"ל. ומיושב בזה דפריך התם מרשב"ג שלשה שלוו מא' כו' ואח"כ פריך ממצא תכריך ש"ש מצא בחפיסה כו'. ותמוה דהי' לו לומר מרישא דמצא בחפיסה כו'. ולמ"ש מיושב דבזה שייך ניחא ליה כיון דלענין הכלי שייך התקנה ושל מלוה הוא ושוב יהי' הדין בשטר יחלוקו כב' אדוקין ושוב שייך ניחא ליה כו' כנ"ל. ולכך פריך רק מתכריך כו'. ולמ"ש לעיל ג"כ א"ש דלא פריך ממצא כו' דהוי מ"ל דמצא בחפיסה תכריך ש"ש דיש ב' ס' וחשיב מובהק להרבה פוסקים דמהני מן התורה ולכך פריך מאגודה דתני או כו' וע"כ בפני עצמו בלא כלי כנ"ל:

ולמ"ש לעיל דחשיב כמונח ברשותו ג"כ א"ש דלא מצי למפרך מרישא כנ"ל:

שם רשב"ג ג' כו'. לכאורה י"ל דלא קאי אתכריך. אך לרא"ש מתיאש וגם ג' שלוו מא' למה יחזיר למלוה. וע"כ בתכריך ומ"מ בשלמא אחד מג' גם דמלוה נותן ס' אינו יכול להוציא ועדיף מס' אמצעי. אבל ג' מא' ולוה נותן ס' אפשר דהוי כס' וס' יניח דהא בש"ס כ"ז פריך אי ס' דרבנן מג' שלוו מא' ומשני סברא כו' והיינו דהוי כס' מובהק אבל לא עדיף דהא לס"ד היה רק ס' אמצעי ולמה נפליג הסברות וא"כ בא' ס' מובהק והב' ס' אמצעי ג"כ יניח דכן פי' הריטב"א שם כ"ח את"ל ס"ד ס' יניח. ואפשר דהוי כס' וודאי. אולם אין זה סברא מאחר שהספק כדין:

גם י"ל דהפי' דאינו מכריז כלל רק א' מג' מחזירין ללוה וג' מא' למלוה דמסתמא זה יודע הסימן ולא הג' אבל אם רואין שהם יודעין ולא הא' י"ל דריעותא כזו מגרע הסברא דאיך

קבצם. ועוד דהא רשב"ג סבר אותיות נקנין במסירה ב"ב פ' י"נ דחזרה מתנתו כו'. א"כ שמא קנה א' מהב' השט"ח בפרט למ"ד א"צ להביא ראיה ויועיל הסימן שאומר א' מהם. מ"מ כשכולם אומרים כל א' ס' י"ל דגרע. ומגו דשתקו לא שייך שאין מאמינים לא'. וגם לדידן אפשר כיון דנאמן שטר היה לו ואבד לענין שלא להוציא ממנו. כן י"ל דנאמן עכ"פ לענין השטר שלו שלא להפקיע ע"י ראיה דמי קבצם כיון שטוען דכולן שלו שקנאם בכו"מ ולענין קנייתו נאמן רק לא להוציא כ"מ ס' ס"ו. ובש"ע פסק פשוט דלא מהני סימן ללוה ע"ש ס' ס"ה ומש"ס אין הכרח. אך מהפירכא דלמא כו' אפשר דע"כ בסימן משמע. דאל"ה דלמא לא תלינן במידי דלא שכיח רק פריך דיועיל סימן וא"כ מוכח דלא מהני סימן נגד הראיה דג'. אך א"כ שוב י"ל דהא דבעי דמקיימו וכן בג' ספרי דוקא נגד סימן. ובש"ע משמע להיפוך ע"ש:

הא דרשב"ג בעי ג' י"ל לטעמיה דבג' ז' הוא דהוי חזקה וב' תלינן במקרה משא"כ לרבי סגי א' שלוה מב'. וא"כ לדידן ספק להוציא דקי"ל נשואין כו' וסתות כו' דמספיקא אין להוציא כמ"ש תוס'. ויש לדחות דכאן לכ"ע ג' דוקא:

שם מצא שטר ואינו יודע מה טיבו כו' פירש"י אם הלוה הפקידו אם המלוה או שמא מקצתו פרוע ומסרוהו להיות שליש ושכח כו'. ואינו מובן הא אף אי ברור לו שאין מקצתו פרוע רק או כולו או לא כלום ג"כ הדין כן. וי"ל דלרבותא נקטי' דכה"ג אין החלוקה י"ל אמת כיון שזה זוכר או כולו דמר כו'. וקמ"ל אף שהספק אצלו גם על מקצתו פרוע וא"כ שפיר החלוקה י"ל אמת וראוי להיות יחלוקו כב' אדוקין בשטר. מ"מ הדין יניח דלא חשיב תופס בחזקת שניהם כיון דאפשר שנפקד רק מא' ולא מהב' כלל א"כ יש ספק שמא תופס עבור אחד ולא דמי לב' שהפקידו דודאי נפקד משניהם חשיבי מוחזקים משא"כ בספק אם נפקד רק מאחד. או דחשיב תופס במקום שחב לאחרים כמ"ש לעיל. ודוחק דרש"י ז"ל יפרש רבותא להלכה מה שאין צורך להמשנה. וי"ל דקשיא לי למ"ש הרא"ש דמהני הודאה כאן דלא איתרע כמו בנפל ול"ח לקנוניא ע"ש. וקשה דא"כ לשמואל דבמוצא שטרי הקנאה או מקוים יחזיר למלוה אף דאין לוה מודה דל"ח לפירעון אף בנפל דהוי קרע ליה מכ"ש כאן בלא איתרע דודאי לא הפקידו לוה. ואי משום שמא כתב ללות ולא לוה הניחא לאביי שכתב כו' דרשאין לכתוב אבל אי ס"ל כר' אסי כדאמר גמ' לעיל איך מיישב המשנה הא לא שייך שמא כתב ללות דאין כותבין שטר ללוה באין שטר הקנאה ורק במוצא דנפל איתרע חיישינן דאיקרי וכתב משא"כ כאן דלא איתרע לא חיישינן כלל ואין שום חשש. והדין דיחזיר למלוה וקשה לשמואל למה יהא מונח. וי"ל דבשלמא שם במוצא שפיר לא חיישינן לפירעון דהוי

קרע ליה. וא"ל שמא פרע מקצת ומש"ה לא קרע ליה. ז"א דא"כ ע"כ ממלוה נפל ושוב לא איתרע דהי' לו לשמרו משום המקצת ושוב מחזירין למלוה כמו ידוע שממנו נפל משא"כ בנפקד שמצא שטר כו'. שוב אדרבא מורה זה שאינו תחת יד מלוה וגם הלוה הוי ליה למקרעיה אי פרע ומורה שפרע מקצתו והושלש כנ"ל. וממילא כיון שאינו יודע כמה אינו יכול לגבות כלל ויהא מונח גם לשמואל ושפיר הוכרח רש"י לפרש שמסופק גם ע"ז שפרע מקצת דאם הי' זוכר זה שלא נפרע מקצת רק אי המלוה הפקידו או לוה. הי' הדין לשמואל דיחזיר למלוה כנ"ל. אך לכאורה לשמואל עכ"פ פרוטה יגבה. ואפשר באמת כן ומ"מ יהא מונח כו'. עוד קשה דלטעם הנ"ל שוב יהי' הדין יחלוקו לשמואל דעכ"פ ש"פ ודאי מגיע למלוה שוב תופס גם עבורו וכמוחזק. והלוה ספק אם מוחזק כלל שוב או יחלוקו או אין ספק מוציא מידי ודאי. וי"ל טעם הב' כנ"ל:

עוד י"ל דלכאורה גם לר"ע בא' מכם הפקיד אצלי ואיני יודע איזהו משלם לכל א' וא' כיון דה"ל למידק. א"כ גם כאן ישלם הנפקד למלוה דהא אומר שאחד מהם הפקיד ואינו יודע איזהו. ובשלמא אי אמעוטי שטרות מפשיע' א"כ לא מיחייב אף דהול"ל והשכח' כפשיעה שעי"ז א"י לגבות ג"כ פטור. אבל להרמב"ם ז"ל דבפשיעה חייב גם בשטרות דכמזיק וכשרף שטרותיו דחייב מדינא דגרמי. א"כ הוי כשאר פקדון כיון שע"י שאינו זוכר בפשיעתו א"י לגבות חייב עכ"פ לצאת ידי שמים. לכך הוצרך לומר דגם זה מסופק שמא הפקידו שניהם ושוב הוי כב' שהפקידו בכרך א' דלא הול"ל ופטור וגם בספק אי הול"ל ג"כ פטור דספק פשיעה אינו חייב כיון שאין שבועה בשטרות ולא שייך מתוך כנ"ל. אך א"כ ביודע ברור שא' הי' הנפקד חייב. ואינו נראה:

וי"ל פשוט דשם דאף דקי"ל לאו ברי עדיף כתבו תוס' הטעם דהא עכ"פ ל"א ודאי ומה"ט חייב לאחד וחייב לצאת ידי שמים כדי שיגיע להא' שחייב. משא"כ, שאר ברי ושמא די"ל שאינו חייב כלל. וא"כ כאן אם הלוה הפקידו אינו חייב לשלם לו דהדין יהא מונח ואינו מפסיד. א"כ שוב לגבי המלוה לחוד הוי כשאר ברי ושמא דשמא דלוה ואינו חייב כלום לשום אחד מהם. ועל שווי הנייר לצור באמת צריך לשלם לשניהם. ומ"מ לא הוי לגבי מלוה נ' ידענא דלא שייך מתוך שאינו יכול לישבע בשטרות כנ"ל. אך י"ל כיון שכבר א"י לגבות בשטרו כיון דשכח ורק ע"י פשיעתו חייב שוב הוי תביעת ממון לא שטרות כיון שע"י פשיעתו א"י לגבות וכשורף כו' אך לרמב"ם במסתעף מקרקע ג"כ פטור משבועת התורה ע"ש ס' צ"ו בחופר בורות כו' וכן בהנ"ל שמסתעף משטרות וכשכבר שרף וא"א להשלים לא חשיב מסתעף ע"ש בפ' משא"כ כאן שהתביעה לגמרי שטר דאינו יודע ששכח וע"י טענתו א"י הוי פשיעה ואם יזכור והי' לו השטר חשיב

כתבעו להשלים הקרקע. ועוד דהוי קדמה הודאה לתביעה דהתביעה הי' שטרות ורק ע"י תשובתו א"י נעשה ההיזק ונעשה ממון משטרות וקדמה הודאה. ועוד דכשיטעון ברי לא יהי' חיוב שבועה כלל דלא יהי' החיוב מתוך טענתו רק ע"י שאומר א"י כנ"ל. ועוד דשייך הרי שלך לפניך כהיזק שאינו ניכר דעדיין השטר קיים רק ע"י שכחה גרם שא"י לגבות ואף דחשיב פשיעה לא מחייב כמו גורם לשרוף שטר שכתב הרמב"ן דפטור ע"ש: ואף דבשומר לרמב"ם חייב ע"י דחשיב כמזיק היינו בע"י פשיעה נאבד. משא"כ כשישנו והוי על השטר אינו ניכר ורק על החוב והא החוב לא הפקיד אצלו ובלאו קבלת שמירה גם להרמב"ם פטור דחשיב רק גורם דגורם מה שע"י שכחה א"י לגבות. ועל גוף השטר שהוא שומר אומר הש"ל. ודוקא בק' ור' שנפסד ממון שלו ע"י ששכח שא"י ליקח אותו משא"כ כנ"ל. ועוד דגם שם רק קנס כנ"ל ע"ש. עוד יש לחלק:

עוד נראה דשמואל מודה כאן דדוקא כשאין א' מוחזק כמו במוצא שייך א"א דפרעי' כו' אבל כששטר ביד לוה ודאי דלא שייך. וכאן כיון דפקדון כו' ברשותיה דמריה ממילא כיון דמסופק שמא נפקד מהלוה א"כ הספק שמא השטר עדיין ביד לוה כנ"ל:

דף לג:

או שאבדו כו' תוס' שטוען כו'. לכאו' ל"ל תרווייהו בין לפי' א' דתוס' בין לפי' ב'. וי"ל דס"ד דהא דמקני כפל שעי"ז יתרצה הנפקד יותר לשלם שיש לו ספק ריוח. וזה דוקא ביודע עכ"פ שנגנב משא"כ במסופק שאבד. ואי תני טוען שאבד י"ל נגד המפקיד כנ"ל שהספק רחוק מקני משא"כ אומר נגנב שספק ריוח קרוב וכענין מ"ש בש"ס דנפרש כפלי'. וכן לפי' ב' דתוס' י"ל כנ"ל דעל שיהי' עדים שנגנב קרוב הספק ריוח יותר כנ"ל. ולהפ' דשאינו ברשותו עיקר והשאר גלגול ליכא למימר תי' ב'. וע"כ תוס' ס"ל שלא פשעתי ג"כ עיקר. ואף דהא ר"ה אמר אמתני' ומשביעין שאינו ברשותו אף ששילם ומשמע באין עדים שנגנב. י"ל דקאי רק על גוף הדין. ודוחק:

ובפשיטות י"ל או שאבדו כו' שנאבד דלא ידע היך אותבהו דפשיעה הוא וחייב והוא ברשותו וכשנמצא הגנב שנגנב אח"כ מרשותו. ג"כ קני כפל במה ששילם בעד שנאבד ושפיר רבותא אף דחייב מדינא. וגם דאין ח' שמא לא נאבד כלל. דבשלמא נגנב איגלאי כשנמצא גנב שבאמת לא ברשותו הוי משא"כ בנאבד קמ"ל כיון דנשבע שאינו ברשותו מהני לגבות הכפל כו' ומיושב דר"פ ש"ח פשעתי דדייק לה ממתני' ונגנבו כו' שילם ולא רצה לישבע כו' תמוה כמ"ש תוס' למה לא אשמעינן רבותא אף בפשעתי דחייב מדינא מ"מ קני כפילא. וב' תירוצי תוס' אינם מורווחים. תירוץ א' אורחא דמילתא כו'

תמוה למה הדרך לטעון שקר אדרבא כיון שרוצה לשלם אורחא לומר האמת. דאיסורא איכא ועכ"פ גניבת דעת שסובר שנותן בחנם ובאמת חייב. גם תי' ריב"ן אינו מובן דלשון המשנה שהרי אמרו כו' נשבע ויוצא משמע שבועת אמת וגם סתם גניבה ואבידה הוא הפטור בש"ח ולע"ד י"ל דאדרבא בכה"ג רבותא טפי. דהא לר"ש פ' מרובה דקדשים שחייב באחריותן חייב הגנב כפל וארבעה וחמשה דגורם לממון כממון. ומה בהקדש דפטור ואעפ"כ חייב הגנב משום גורם כו' מכש"כ כאן בנפקד מהדיוט דיהי' הכפל וד' וה' דשומר משום גורם לממון דע"י גניבתו נתחייב זה. וה"א מש"ה חייב ומשלם לנפקד אם הי' שומר שכר או בפשיעה. ולא הוי ידעינן כלל לדידן טעמא דקנויה מעכשיו כדמסיק. אבל עכשיו בשומר חנם בגניבה דבאמת פטור לא הוי כלל גורם לממון דהא פטור. ולא מיבעיא להפוסקים בחמץ דאחריות פשיעה לא חשיב גורם לממון א"כ ודאי מוכח עכשיו דלאו מטעם גורם לממון דהא שומר חנם הוא. רק דאף להפוסקים בחמץ דגם אחריות פשיעה חשיב גורם כו'. וא"כ גם בשומר חנם עדיין י"ל כנ"ל. אך ז"א דכמו דאמר פ"ק דפסחים לחד לישנא דע"כ לא אמר ר"ש אלא שם דבגניבה זו גורם שישלם. משא"כ בחמץ דעדיין לא נגנב ע"ש. ממילא גם לאידך לישנא דלר"ש אף דבעין אמרינן אלו מיגנב כו' חשיב גורם לממון. מ"מ היינו דוקא כשהוא בעין שייך גורם כו' אלו מיגנב בפשיעה להפוסקים הנ"ל. אבל כאן שכבר נגנב שלא בפשיעה א"כ גם לר"ש לא חשיב גניבה זו שגנב דבר של השומר משום אלו מיגנב בפשיעה דהא כבר פקע זה הגורם דנגנב שלא בפשיעה שהוא פטור. וגם לר"ש לא שייך לשלם לשומר מטעם גורם כנ"ל. ומוכח שפיר דהטעם לכשתגנב כו' קנויה לך. משא"כ אי הוי תני בנגנב בפשיעה ה"א טעמא משום דר"ש כנ"ל וא"ש:

י"ל דממילא שמעינן דגם בפשיעה שחייב ג"כ מקני ליה דאם לא הי' קונה רק כשמשלם בחנם א"כ כשלא נשבע ושילם יש ספק שמא פשע ולא קני הכפל א"כ לא הי' שניהם יכולין לגבות כפל מהגנב דלכל חד מצי מדחי כמו ב' יוסף בן שמעון דא"מ שט"ח על אחרים. לבעלים פטור שמא לא פשע השומר. דבעצמם אין יודעין. ולשומר שמא פשע ואף דשילם לא קני כפילא דהא התורה עשתה זה לספק. ואף דהשומר נגד הגנב הוי ברי ושמא מ"מ הא קי"ל דלאו ברי עדיף ואף די"ל כמו חנוני על פנקסו שכתב הש"ך כיון דעכ"פ ל"א חייב ליכא חזקת ממון וברי עדיף וכן כאן. ז"א דבקנס לא שייך זה כיון דכל כמה דלא מחייבו ליה ב"ד אין שום חיוב עליו אף לצאת ידי שמים. שפיר מצי מדחי ויש חזקת ממון שאינו חייב וגם לב' מדחי ולא יוכלו לחייבו וממילא אין חיוב ואוקי ממונא בחזקתו כנ"ל. ולמסקנא דהפרה קנויה לו י"ל דמוקמינן מספק אחזקת מרא קמא

ואומר פשע ולא קנאו וממילא גם הכפל לבעלים כיון שדנין על הפרה. וכהא דהדרא ארעא והדרי פירי. ושפיר מוכח דגם אי באמת פשע הקנה לו כנ"ל:

ומיושב מה דקשה לרבא דאף נשבע ושילם מקני ליה ליתני רבותא אף נשבע ושילם. ולהנ"ל א"ש דאי נשבע ה"א משום דמהימן ע"י השבועה שלא פשע וה"א דאי פשע או לא נשבע לא קני כלל. וקמ"ל שפיר גם בלא נשבע כנ"ל:

י"ל דקמ"ל דהוי ש"ח דהא לכאורה למאי דמסיק כשתשלם כו' פרתי קנויה מעכשיו א"כ כמו לוקח כלי כדי לבקרו כו' הוי שומר שכר בזביני מציעא דהוי הנאה דלוקח שבידו לקנות כשירצה. א"כ גם בנפקד כיון שיש לו זכות כשיגנב וירצה לקנותה למפרע יכול לקנות והכפל וד' וה' שלו. והספק זה ש"פ שוב יהי' שומר שכר כנ"ל. בפרט לצריכותא דאמר בהמה דנפיש טרחא מש"ה מקני ליה הוי ליה שכר שמירה והא באמת הוי ש"ח. אך החילוק דשם נהנה שחפץ של הבעלים ספק זה מה שבידו לקנותו דהא הקנין מכאן ולהבא א"כ עכשיו שעדיין של הבעלים ויש לו הנאה שיוכל לקנותו הוי שומר שכר. אבל בזה שהוא תנאי דמעכשיו א"כ אם ישלם ויתקיים יהי' שלו אז למפרע ולא הי' כלל שומר של המפקיד. וכשלא יתקיים ולא ישלם אין לו הנאה. א"כ לעולם אין לו שכר מחפץ של המפקיד כלל. וכן נראה דלא מצינו בתנאי שבידו לקיימו וכשלא נתקיים יהי' שומר שכר משום בידו לקיימו כיון דאם יקוים הי' שלו למפרע. א"כ שפיר קמ"ל דאף דהכפל שלו כשמשלם מ"מ ש"ח הוא ובידו לישבע אם רצה כו' שהרי אמרו כו'. ובזה מיושב תמיהת תוס' הא עבדי לקנס בעיא בש"ס גם לרבנן. ותי' דקאי את"ל דלא מהני תמוה מ"מ מאי פריך וגם ר"ז ורבא איך הכל לס"ד. ולמ"ש י"ל דהנה עדיין קשה למאי דאמר רבא כלשון ב' לכשתגנב כו' סמוך לגניבתך קנויה כו' דשוב יהי' ש"ש דהא כל זמן שהוא דבעלים אף שמשלם אח"כ ומ"מ יש לו הנאה זו שיכול לקנות עם הכפל וזה הקנין הוא משעת הגניבה. ושוב יהי' שומר שכר. ובפרט אי באמת פשע וחייב הוי עכ"פ זביני מציעא ואפשר חריפא מה דלא אטרחיה לב"ד ומשלם וקונה ע"י זה מסמוך לגניבתה כנ"ל. והא באמת אינו רוצה להיות שומר שכר ואינו מקבל רק כש"ח. וממילא נימא דאינו נקנה כלל. דאין סברא לומר דהאומדן דעת יהי' כאלו התנה שומר שכר להיות כשומר חנם דזה ליתא. אך לא קשה דאי אמרינן סמוך לגניבתך אם כן עד אז יכולין שניהם לחזור בהם ככל קנין דלאחר ל'. וגם המפקיד יכול לחזור ואין כאן הנאה. וא"כ ממילא לא קשה אי מעכשיו לא הוי שומר שכר דהי' שלו. וללישנא דסמוך לגניבה שוב הוי אחר ל' דיכול לחזור ואיננו בידו לקנותו בע"כ דמפקיד הגם שיש לדחות:

וא"כ א"א לומר כקושיות תוס' דמקנה הפרה לכפל דהוי כדקל לפירות. דאם כן שוב קונה נפקד מיד במשיכת הפרה קנין זה לכפילא וא"י המפקיד לחזור ואעפ"כ גוף הפרה דמפקיד אם כן שוב יהיה ש"ש דשפיר אית ליה הנאה מפרה דמפקיד מה שקונה לכפילא אם ירצה לשלם דהא חלק זה נתן לו בעד השמירה שיהיה שלו לכפל אם ירצה וישלם. והא כיון שאינו רוצה להיות רק שומר חנם אי אפשר לומר כנ"ל פרה לכפילא רק או דקנאה לגמרי מעכשיו או סמוך לגניבה כנ"ל. ולכך הקדים הצריכותא בהמה דנפיש טירחא כו' דבלא זה היה אפשר דלא חשיב זה בעד השמירה. משא"כ להנ"ל דמקנה לו רק בשביל דטרח פריך שפיר כנ"ל:

שם ולא רצה לישבע שהרי אמרו כו'. משמע עכ"פ דוקא שהיה יכול לפטור עצמו אף בשקר כפירוש התוספות אבל ביש עדים שנגנב בפשיעה דא"א לפטור לא קני כפילא וכדאמר בגמרא אי בעי פטר כו' ובירושלמי אמר דגם בעדים קני עיין שם. וקשה לשון המשנה. וכן גמרא דידן משמע שלא כנ"ל ועיין בפוסקים וגם סברת הירושלמי קשה למה יקנה לו כיון דבלא זה חייב לשלם. וי"ל דלכאורה בנגנב בפשיעה למה ישלם כלל הגנב כפל. הא כדאמר בשומר שכר דלא משכחת לה בטוען טענת גנב כפל. דהא לא בעי למפטר נפשי' ואף אי קפץ ונשבע חייב מ"מ פטור עיין שם. ואף עכ"פ כפר לו גוף החפץ. וע"כ כיון דמשלם לא מיחייב כפל על גניבת גוף החפץ דהוי כדבר שאינו שוה ממון. וכמו דלא מחייב שבועת התורה שאינו ברשותו כשמשלם כנ"ל. ואם כן לכאורה בנגנב בפשיעת השומר דחייב לשלם וקי"ל דבר הגורם לאו כממון דמי. וא"כ לשומר לא מחייב הגנב לשלם דהוי רק גורם לממון אם כן לבעלים גם כן לא יתחייב דלהם לא גנב רק גוף החפץ בלי הפסד ממון דהשומר חייב לשלם להם. ומאי חילוק בין שחייב הוא עצמו. או חיוב השומר כנ"ל. מ"מ יש לבעליו דמי החפץ כנ"ל:

אך י"ל להנ"ל בטוען טענת גנב דפטור דגם בגנב שגנב חפץ והניח מעות תחת החפץ ברשות בעלים דפטור מכפל. דחמסן דיהיב דמי לא חייבה תורה כפל. ומהאי טעמא טוען טענת גנב פטור כיון דחייב דמי' בש"ש. אבל זה שגנב לגמרי דגנב מיקרי שוב אף דיש לבעלים דמיהם משומר מ"מ הוא גנב מיקרי ולא חמסן וחייב כפל. מ"מ אינו מוכרח. וי"ל כיון שאינו מפסיד השיוי לא מיקרי גנב שהפסידו דבר השוה. וכיון דלמ"ש פוסקים שטרות וחובות יכול ג"כ לשלם דהוי שוה כסף. אם כן מה שעל ידי גניבתו עדיין יש לבעלים חיוב על השומר אם כן הוי כיש להם דמי החפץ אך היכא דאין החיוב ברור ואפשר לשומר להפטר בשבועה שוב ודאי הגנב חייב כדאמר פרק הגוזל בחמץ אלו מיגנב כו' וכן מודה שח' אני עליו דהוי כפירה. אף לדידן דקיימא לן דלא כר"ש דגורם

לממון כממון דמי. מכל מקום בזה שהחפץ שלו רק לענין אי הוי כפירת ממון בזה סגי אם אפשר שיהי' כפירת ממון אלו מיגניב כו' בקיימא באגם עיין שם. אם כן שפיר חייב הגנב דשפיר יש שיווי ממון דאם יפטר השומר עצמו בשבועה יהיה גניבה שיש בו ממון כנ"ל אבל ביש עדים שפשע דאי אפשר לפטור שוב י"ל דהי' פטור הגנב [כנ"ל דלא גנב זה שיש הפסד ממון כנ"ל]. אמנם כיון דהשומר קנאו למפרע דהוי כאומר לכשתגנב כו' קני' מני' מעכשיו אם כן שפיר חייב הגנב כפל דהא גנב של השומר שהפסידו לגמרי דנגדו יש שוי' כנ"ל. ולכך שפיר משלם. וא"כ מיושב סברת הירושלמי דשפיר מקנה לו אף כשהי' עדים שפשע ונגנב אף דאי אפשר לשומר למיפטר נפשיה. דע"כ לא צריכין לטעם זה דאי בעי פטר. רק היכא דאפשר שיפטר השומר ואם כן אם לא יקנה לשומר יהיה הכפל של בעלים ומפסידים ולמה יקנו לשומר. רק בזה שוב הטעם משום אי בעי פטר נפשיה משום הכי מקני ליה כדי שישלם להם ולא יפטר עצמו. אבל בעדים כנ"ל דאם לא נקנו לשומר לא ישלם כלל כפל גם להם כיון דשומר חייב ואי אפשר לפטור כנ"ל. אם כן שוב בלא זה מקנים לשומר דאין להם הפסד כלל. ואם כן כלל לא בעי פטר נפשיה כנ"ל. ואם כן ממה נפשך מקנים לשומר בין יהיה עדים או לא דכשלא יהי' ויש להם הפסד שוב מקנים משום אי בעי כו' ואם יהי' עדים שוב אין הפסד כנ"ל. ותני שפיר במשנה שילם ולא רצה כו' דהיכא דאיפשר להיפטר בשבועה שוב אינו מקנה לו רק משום שהי' יכול לפטור עצמו כנ"ל ובאינו יכול בל"ז קני כנ"ל:

וא"ש לשון המשנה משלם למי משלם כו' ומיותר. ולהנ"ל קמ"ל דכ"ש בין כך ובין כך משלם אף שלא יקנה לשומר מ"מ משלם לשומר משום שהי' יכול לפטור. משא"כ כשלא הי' צריך לשלם לבעלים רק לשומר שפיר מקנה אף בלא טעמא דשהרי אמרו כו' כנ"ל. וי"ל דבשואל גם לירושלמי לא קני דכיון דמצי פטר במתה מחמת מלאכה ומ"מ לא שייך אי בעי כו' דלא שכיח:

ומ"מ שוב ישלם לבעלים דהוי רק גורם כיון דמ"מ יכול לפטור שוב לא מקני לשומר כיון דלא שכיח ולא אמרינן אי בעי כו'. ולא הוי תרתי דסתרי דלענין גורם כיון שיש צד לפטור שוב הוי כפירה כנ"ל. משא"כ ביש עדים:

אמנם באמת אינו כן דהא קיימא לן שבועות ל"ז דכופר במלוה שיש עליו עדים חייב דחשיב כפירת ממון משום זימנין דמייתי עדים כו'. אם כן אף שיש עדים שפשע מ"מ הוי הגניבה שיוי ממון נגד המפקיד דבשעת גניבה לא העידו והוי ממון כנ"ל ולא דמי לטוען טענת גנב דכבר הודה וכמו שכתבו תוס' שבועות ל"ג ע"ש:

רק הירושלמי י"ל דסובר כרבה התם דכופר במלוה שיש עליו עדים פטור דהוי כפירת דברים וא"כ יש לומר דלא חשיב הפסד ממון כנ"ל. משא"כ לדידן שפיר גם ביש עדים הוי הפסד והיה משלם לבעלים. וי"ל דלא מקני כיון דלא שייך אי בעי פטר כו'. ובל"ז גם כן יש לחלק בין טוען טענת גנב בש"ש דעל כפירתו אתה מחייבו והא השיוי ממון לא כפר לו כלל. משא"כ בגנב דהגניבה היה דבר השוה ממון לגמרי. והחוב על השומר מצד אחר לא נפטר הגנב ע"י זה. וממילא אף היכא שפירש המפקיד שאינו מקנה לשומר מ"מ חייב הגנב לשלם כפל לבעלים כנ"ל:

שם במשנה טבח ומכר משלם כו' למי משלם כו' קשה למה ליה כפל לישנא היה לו לומר משלם למי שהפקדון אצלו. וזה הלשון משמע דזה ב' דינים דקא משמע לן דמשלם וגם שמשלם לשומר. והא מה שמשלם פשיטא כנ"ל. ונראה די"ל דהא לכאו' קשה כיון דקיימא לן גונב אחר הגנב פטור דלא מיקרי מבית האיש. וע"כ הא דחייב כאן הוא משום דפקדון ברשותיה דמרא איתא וקרינן ביה מבית האיש כמ"ש הרא"ש פרק קמא דפסחים דחשיב בבתיכם מהך כל עיין שם:

אמנם כיון דקיימא לן ג' שבועות כו' שלא שלח בהן יד ופירש"י דהשבועה שמא שלח יד והוי גזלן ונתחייב באונסין כו'. ואם כן כל שלא נשבע אם כן יש ספק זה דשליחות יד ואם שלח יד קודם שוב הוי גונב אחר הגנב דלאו ברשות מריה ופטור הגנב מכפל ודו"ה ואם כן בשילם ולא רצה לישבע לא יוכל להוציא כלל כפל מהגנב. רק דנימא כיון דהוי פרתו קנויה מעכשיו כו'. אם כן נעשה של השומר למפרע וגנב את שלו מביתו וחייב כנ"ל. אך אם כן הא מתני' אשמעינן בהמה משום דנפיש כפלייהו והא להנ"ל לא שייך דאם לא יקנה לשומר לא יהיה כלל לבעלים כפל ד' וה' ואין כאן רבותא. ושפיר קא משמע לן מתני' גוף הדין דמשלם כפל ד' וה' אף אם בפירוש לא הקנה לשומר דלא כנ"ל ואמר למי משלם כו' דגם גוף התשלומין רבותא כנ"ל. והטעם דלא מיפטר באמת כנ"ל היא לא מבעי' לשיטת ר"ת תוס' ריש ב"מ דשלא שלח יד היינו שאכלו והיינו דס"ל דכשאין ריעותא ודאי לא מספקינן בש"י דבגזלנא לא מחזקינן. והשבועות שחייב התורה לשומר הוא משום האומדנא כיון שאינו מחזיר מה שהפקיד מסתמא או עדיין בידו או פשע או אכלו. אבל אי ידעינן שנגנב אין שום אומד ע"ז ששלח יד מקודם אינו ספק כלל להשביע ואם כן ודאי לא קשה כאן דהא יודעין שנגנב ושוב אין ספק כלל בשליחות יד. רק גם לרש"י לחד תי' תוס' גם כן רק על ידי גלגול וכשיש עדים שנגנב לא הוי ספק גם כן אתי שפיר. רק לתי' א' של תוס' שם לרש"י דמה דאמרינן יביא ראיה ויפטור היינו רק מב' שבועות אבל שלא שלח יד חייב. אם כן ע"כ דאף שיודעין שנגנב ואין שום הוכחה

ששלח יד קודם מ"מ הוי ספק ומשלם כשאינו נשבע אם כן לכאורה כ"ש שלא יוכל להוציא כפל ד' וה' מספק כיון דבכל נפקד ספק כנ"ל. מ"מ נראה דזה אינו דהא ודאי דאף דשולח יד והוזל ילקה ביתור למ"ד דמשלם המותר. מ"מ ודאי דכל נפקד שמחזיר החפץ שהוזל משעת פקדון אינו יכול להשביעו שמא שלחת בו יד ואתה חייב המותר. וע"כ דדוקא כשאינו מחזיר הפקדון דמ"מ זה נפסד ולכך אף דיודעין שנאבד מ"מ כיון דאם שלח יד קודם הוי שלו לאונסין אם כן הוי ספק אם של הבעלים נאבד או דשומר. ואם כן הוי כאילו הבעלים אינם יודעים שנאבד כלל שלהם דשמא שלח ידו. וכיון דודאי הפקידו אצלו ואינו מוחזר להם הוי הספק שלא נאבד כלל על ידי ששלח יד וכמו חזקה דכאן נמצא כו' דהיפך נולד ברשות האומר כנ"ל הטילה תורה שבועה. אבל מחזיר החפץ רק שיהיה ספק מצד עצמו שמא שלח בו יד ודאי אמרי' בגזלנא לא מחזיקינן דהא לא מהימן גנובין אף במיגו כנ"ל. ואם כן נגד הגנב שוודאי חייב כפל וארבעה וחמשה אינו פוטרו כלל ספק זה שמא שלח יד דבגזלן לא מחזקינן וכנ"ל. ושפיר קא משמע לן דמשלם כנ"ל: אמנם בין השומר והבעלים לכאורה הא אף דמסיק לכשתגנב ותשלם כו' מ"מ אם באמת שלח בה יד קודם לא קני למפרע כיון שנעשה גזלן קודם שנגנב אינו בכלל נעשה כנ"ל. ואף שהיה יכול לכפור שלא שלח בה יד מ"מ לא אמרינן זה בגזלן שבשביל, שמשלם מקנה לו החפץ כנ"ל:

וא"כ כיון שלא נשבע זה אף ששילם לא נקנה הכפל ויהיה דבעלים דלענין הכפל עדיין הספק שמא שלח בה יד קודם לרש"י כנ"ל ולא קנה הפרה והכפל אף ששילם. והא כשאינו נשבע דהדין דחייב לשלם משום ספק דשליחות יד אף דנשבע ב' השבועות. אם כן כ"ש דמספק זה מוקמינן הפרה בחזקת מרא קמא דשלח יד ולא קנאה השומר וממילא כפל ארבעה וחמשה דבעלים כיון שלא נשבע כנ"ל. ונגד הבעלים עשתה תורה זה לספק גמור כנ"ל. אך לענין כפל דו"ה לא קשה כלל דהא הבעלים א"י לגבות מהגנב ממה נפשך אי לא שלח יד הוי הכפל דשומר ואם שלח יד פטור לגמרי מכפל כגונב מגנב כנ"ל. ואם כן שוב שפיר השומר גובה כפל ארבעה וחמשה מן הגנב דבינו ובין הגנב לא מצי פטר נפשיה מספק זה דשליחות יד כנ"ל. גם חזקת מרא קמא דמפקיד לא מהני לשומר כדאמר בכמה דוכתי. ושפיר לשומר כנ"ל:

ומיושב בזה דעת הרמב"ם דגוף הפרה חוזרת לבעלים ותמורה דהא קנויה לו מעכשיו כנ"ל עיין שם ולהנ"ל שפיר דלענין גוף הפרה מוקמי' אחזקת מרא קמא דהא לא נשבע. וספק שליחות יד ולא שייך שישבע עדיין דלא אמרה תורה לישבע וליטול כנ"ל רק לפטור כנ"ל:

עוד י"ל לשון המשנה למאי דבעי סוף מרובה בהודה הגנב לבעלים דפוטרתו מכפל דמ"מ חשיבי בע"ד כו' היכא דעבדת לן כו' עיין שם. אם כן שפיר אמר משלם אז משלם לנפקד משא"כ לענין לפטור מתשלומין. לזה חשיב המפקיד עדיין בעלים שפוטרת הודאת גנב בתביעת המפקיד כנ"ל:

עוד י"ל דהנה קשה למאי דמסיק נעשה כו' חוץ מגזותי' כו'. והא א"י לשייר דבר שלב"ל ג"כ בשייר לעצמו קי"ל דמהני דשייר בגוף הפרה לגזותיה כנ"ל. וא"כ למ"ד פ' מרובה דחיובא דארבעה וחמשה דוקא לאחר יאוש דאהני מעשיו שהועיל המכירה ע"ש ודייק מזה דסתם גניבה יאוש בעלים מדחייב דו"ה ולא בעי לאוקמי' בשמעוני' דאייאש דסתמא כו' ע"ש. וסוף מרובה בעי במכר הגנב חוץ מגזותיה אי חייב דו"ה דמכירה כולה בעינן וסלקא בתיקו ע"ש. וא"כ כיון דקי"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש. א"כ בגנב מהנפקד הבעלים לא ידעו. וגם כל שאינו נשבע שאינו ברשותו הבעלים לא מתיאשו כלל דשמא לא נגנב ובידו הוא כדאמר פ' א"מ בסלע שנפל כו' דאינו מתיאש כשיכול להטיל שבועה כנ"ל. וא"כ הא דחייב הגנב דו"ה למ"ד דחיובי' לאחר יאוש ע"כ משום יאוש דשומר שידע שנגנב וכיון דנעשה והוי שלו למפרע מהני יאוש דידיה וממילא אהני מעשיו דמכירת הגנב כנ"ל. אך כיון דשייר המפקיד הפרה לגזותיה כנ"ל. א"כ כיון דהוא לא נתיאש אינו מועיל מכירת הגנב הפרה לענין הפרה לגזותיה שזה של הבעלים שלא נתיאשו ושוב הוי כמכרו חוץ מגזותיה דלא מחייב דו"ה כלל כנ"ל:

אך לא קשה ל"מ לרבנן דהגוזל דשבח שע"ג גזילה דגזלן דקנה בשינוי' א"כ שפיר מהני המכירה לגיזה דאח"כ רק אף למ"ד דשבח כו' דנגזל היינו מקנסא ולטובתו ניתקן ומצי אמר אי אפשי בתקנת חכמים וחייב ארבעה וחמשה ולא מיפטר בשביל התקנה כנ"ל. ושפיר קמ"ל רבותא דמשלם ארבעה וחמשה כנ"ל:

שם למי שהפקדון אצלו. אינו מדויק. ונ"ל דאתי למעוטי קיימא באגם למסקנא דדוקא כשהי' הפקדון אצלו בשעת גניבה. או י"ל דאתי למעוטי טוען טענת גנב ונמצא בידו דלא מיפטר בנשבע ושילם לרבא ולא אמרינן כיון דנעשה והיה שלו למפרע אין חיוב כפל עליו דשלו כפר. דז"א דלא מקני' ליה רק כשנגנב מאחר לא שיגנוב בעצמו אף שישלם. לכך תני למי משלם כו' באחר דוקא כנ"ל:

שם נשבע ולא רצה לשלם. קשה מאי קמשמע לן. וי"ל דקמשמע לן דמשלם וקרינן וגונב מבית איש בפקדון כו'. ואף שגורם לממון. וגם שאי"ל שמא שלח בו יד ולא תועיל השבועה ליטול כפל. דלא האמינה תורה רק לפטור ומרישא לא מוכח דשם י"ל דקנה הנפקד למפרע משא"כ לא שילם. וגם לאביי קמ"ל הדיוקא דרצה אף דלא שילם כר"י

דסגי הריני משלם. ולרבא כדאמר ב"ק ק"ח דלא רצה הא שילם אף שנשבע קודם קנה כנ"ל. גם לרב דשבועה קונה היינו לפטור אף בפקדון אבל לא שיטול אף בשבועת שקר מהגנב דשאינו ביד הנפקד כנ"ל. תוספ' כגון פירות דקל כו'. ואם תאמר היך יקנה הכפל במעות ששילם והא מעות אין קונות אלא למי שפרע כו' ע"ש. ותמוה איך מפרשים תוספות לקושייתם. מה ענין קנין מעות ומשיכה וכפל. הא חוב ע"פ אינו נקנה אלא במעמד ג' ועל אחר שיבא לידי גובייא כיון דלר"מ קיימינן ואז בענין הא מעות אינו נקנה במעות דמטבע אינו נעשה חליפין כו'. וגם כשאין מה למשוך הא מעות קונה כמבואר בש"ס. וגם לא שייך נשרפו חטיך כו':

ונראה דתוס' סוברים גם עכשיו דמקנה פרה לכפל בשעת תשלומין. ואף שכבר נתחייב הכפל אז כשגנב ואין שייכות לקנין הפרה מ"מ י"ל כיון דקנס מחייב בשעת העמדה בדין ושייך לתשלומי הפרה דאמרה תורה שנים ישלם הוי כעדיין הוא שבח של הפרה כמו יוקרא וכה"ג. שניתוסף עליה בהעמדה בדין כפל שויו כיון דעבד לקנס חשיב יוצא מגוף הדבר כדקיימינן עכשיו ושפיר נקנה לו במעות שמשלם הפרה והכפל שיבא או מעות היה קונה. ואף דעתה שנגנב הוי דבר שאינו ברשותו ושניהם אינן יכולין להקדישו כו'. י"ל או דסבר כצנועין עכשיו. או דכיון דלר"מ קיימינן מהני הקנין על כשיבא לרשותו ואף דהשתא לא מהני מ"מ מהני על אח"כ כיון דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם ולא גרע מלכשאקחנה כו'. ולכך הקשו רק דמעות אינו קונה הפרה. וממילא הכפל לחוד א"א דמטבע אינו נעשה חליפין. או דסברו כדעת רמ"א ס' ר"ג סעי' י' דדבר הנקנה עם דבר שאינו נקנה קני הכל. ורק היכא דאפשר להקנותו רק שקנין זה אינו מועיל. ומשא"כ דבר שלא בא לעולם עם דבר הבא כמ"ש סמ"ע שם וא"כ לר"מ דאדם מקנה כו' מהני קנין הפרה עם הכפל לכשימצא הגנב ויבא לגובייא אף אי לא נימא כנ"ל ואין הכפל שייך לפרה רק כשאר מטבע מ"מ מקנה לו הפרה ומעות במעות שהיה קונה הפרה ממילא קני הכל דהא מטבע אפשר לקנות אז כשכבר בא ושפיר קני הכל כנ"ל. גם עכשיו מטעם אדם מקנה. והקשו דמעות אין קונה גם הפרה כנ"ל. ושייך גם נשרפו חטיך אז כשבא לגובייא ותהיה אצל הבעלים אם יהיה המעות קונה לא יציל משא"כ אי לא קני יכול לחזור אף ששילם כנ"ל וא"כ אף דעכשיו לא שייך וגם אין מה למשוך מ"מ כיון דעכשיו אינו ברשותו שנגנב רק דמהני משום אדם מקנה ויחול אז. והא אז שכבר ישנו לפרה אין מעות קונה דאפשר למשוך כנ"ל. וא"כ הוי כמשוך כו' לאחר ל' דכלתה כו'. ורק בכסף לא כלתה דאיתנהו אבל כאן הוי כלתה הקנין כסף דאז כשבא לעולם אין כסף קונה. ועתה א"א לקנות כנ"ל:

אך עדיין קשה הא קודם שבא לעולם יכול לחזור גם לר"מ א"כ הקנין רק על כשיבא לגובייא. יכולין לחזור קודם. ולמי משלם משמע שאינו יכול לחזור. וי"ל ג"כ דסתמא כל כמה שלא העידו עדים בב"ד אין הבעלים חוזרים דעדיין ספק וכשהעיד חשיב הבהמה ברשותו אחר שחייבו ב"ד וא"י לחזור דבא לעולם:

אך בטביחה קשה דקנאו גנב ע"י שינוי ואין הבהמה חוזרת רק דמים. ומטבע אינו נקנה דלא בא הבהמה לידי גובייא ולא בא לעולם כלל. וצ"ל כתי' הנ"ל או דחשיב הכל שבח דגוף הבהמה. או דאפשר לר"מ יכולין להקנות דבר שאינו ברשותו ג"כ על הספק אם יבא וחל הקנין מיד וכמו שיכולין למכור כתובה בטובת הנאה וחל מיד מכירת ספק זה. רק מה שאירש כו' לדידן אינו יכול למכור גם הספק דחשיב שאין לו עכשיו זכות והתחלה כלל. משא"כ לר"מ דספק לכשאירש או כשאקחנה חשיב זכות. יכול למכור גם דבר שאינו ברשותו היינו הספק שיש לו שיכול לבא לגובייא דניהו דאינו ברשותו הודאי אבל הספק הוא ברשותו דהא יש לו ספק זה לגבות מהגנב ושפיר חל הקנין מיד על הפרה וגם להקנס אם היה עבידי דאתי כנ"ל:

ומה"ט נראה מ"ש תוס' יבמות צ"ג דבאומר לכשאקחנה קנויה לך מעכשיו נקיט מעכשיו כדי שלא יהיה כלתה כו' ע"ש. דתמוה דבדבר שלא בא לעולם דגם לתוס' יכול לחזור מה מהני מעכשיו הא א"א לחול עכשיו. ולמ"ש י"ל דלר"מ חל מעכשיו כנ"ל. וי"ל דוקא מוכר פירות כו' סתמא יכול לחזור קודם דסתמא אינו חל עד שיבא לעולם דלא מכר הספק רק הודאי וזה כשבא לעולם. משא"כ בפירש מעכשיו יכול לחול כנ"ל. או דפירות הוי דבר שלא בא לעולם ואין חל עתה. אבל לכשאקחנה חשיב הרמב"ם דבר שאינו ברשותו ע"ש. י"ל דחל דהספק ברשותו כנ"ל. וקצת דוחק. ואי נימא כנ"ל א"כ לא קשה קושית תוס' כיון דחל עתה כשמוכר במה ששילם והא עתה אין מה למשוך ושפיר מעות קונה. וגם לא שייך נשרפו חטיך כנ"ל:

ופשט לשון הגמ' משמע דלס"ד עכשיו מקנה בשעת תשלומין. ולדיעה שבח"מ ס' ר"ג דמעות וקרקע כו' בחליפין וכה"ג קני הכל רק בס' ר"י דבר. שלא בא לעולם שאין קנין בו שיחול ע"ש. מיושב הגמ' כאן כפשטיה דס"ד דאתי מתני' כצנועין דיכולין להקנות דבר שאינו ברשותו. וממילא גם הכפל כיון דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם משכחת ביה קנין ואפשר דמהני ביה מעמד ג' כשאר חוב כיון דאדם מקנה כו'. ורק שאינו נקנה בקנין זה דתשלומי מעות וכיון דהפרה שפיר נקנה לצנועין. וממילא נקנה במעות ששילם דאין מה למשוך דאינה ברשותו ומעות קונה ושוב כשמקנה הכפל ג"כ עם הפרה בקנין מעות

הוי כדין הנ"ל דס' ר"ג שקנה גם הכפל כנ"ל. ולכך פריך רק דלכ"ע הכפל אינו נקנה דהוי דבר שלא בא לעולם א"כ לא מהני לקנותו עם הפרה כה"א דס' ר"י כנ"ל:

וקושיא ב' של תוס' דאי בשעת תשלומין איך אמר מי יימר דמיגנבא הא כבר נגנבה. ולע"ד י"ל דהנה עוד קשה דמשמע דמסיק נעשה כאומר כו' דלס"ד לא צריך לנעשה. והא גם לס"ד צריך לומר נעשה עכ"פ בשעת תשלומין דהא לא אמר כלל שמקנה לו כנ"ל. ונותן המעות רק בעד השבועה כנ"ל:

ולכאורה י"ל דא"צ עכשיו לנעשה כו'. דהא אי אמרינן דלא מקני ליה כפילא והקרן. ואף שמשלם כפשע וכה"ג מ"מ אח"כ שנמצא חוזר לבעלים וכן הכפל לבעלים. וא"כ לכאורה להפוסקים דגם שטרות כשאר שוה כסף ויכול ליתן בדמים כפי השיוי למכור וכמ"ש תוס' פ' מרובה דבשטרות לכ"ע דבר הגורם לממון כממון דיכול למכרם לכל עולם הוי כשאר שוה כסף. וכן טובת הנאה דכתובה אף שהיא ספק שמין הספק כמה שוה וזוממין משלמין שיוי הספק למכור כנ"ל. וא"כ בגניבה אי לאו יאוש בעלים דשייך ג"כ נקיטנא ליה א"כ ספק זה שוה עדיין ממון שימצא הגנב וישלם קרן וכפל. א"כ בנגנב בפשיעה יכול הנפקד לשום ספק זה לבעלים בתשלומין שיש להם עדיין ספק זה אף שנגנב שמא ימצא גנב וישלם קרן וכפל. וישלם לו רק המותר. וינכה שיוי זה ששוה הספק כנ"ל. דבשלמא לדידן דקי"ל אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם או אינו ברשותו א"כ אין יכולין למכור זה הספק. ממילא לא חשיב שוה כסף והוי רק גורם לממון ממילא אינו יכול ליתנו בחובו למפקיד ג"כ כיון שפשע או אינו נשבע כנ"ל אבל עכשיו דקיימינן לס"ד כר"מ דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם וגם אינו ברשותו כצנועין וכה"ג. כמו שמקנה לשומר זה בשעה שמשלם כן יכולין הבעלים למכור לאחר ספק זה כנ"ל. ושוב ממילא יכול גם הנפקד לשומו בדמים כנ"ל. ולשלם המותר. אך י"ל דהא כולן כאבות לשלם ממיטב. ועכ"פ לאו מיטב הוא. או למ"ד או כסף או מיטב אינו יכול ליתן זה בחובו בעד מה שפשע כנ"ל:

אמנם הא קי"ל שמין לשואל כו' ולנזקין וכ' תוס' פ"ק דב"ק דאף היכא דלא קני בשינוי כו' מ"מ הא במזיק אינו חייב רק מה שהזיקו ממילא פחת נבילה דניזק דזה לא הזיקו והנבילה הנשאר ממה שהי' ממילא של ניזק. דמעולם לא נתחייב רק המותר שהזיקו כנ"ל ע"ש בגמ'. וא"כ כיון דמוכר לקנס מהני עכשיו והי' יכולין הבעלים למכור הפרה גם קודם שנגנב לקנס ולספק קרן וכפל דאם תגנב וימצא הגנב יהי' קרן וכפל של הקונה והי' שוה ממון זכות זה. וא"כ עתה שכבר נגנב ג"כ עדיין נשאר זכות של בעלים שיכולין למכור הספק כשימצא כנ"ל. כיון דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם כנ"ל א"כ לא הזיקו

כלל בפשיעתו זכות זה מה ששוה הספק כנ"ל דעדיין זה של הבעלים כנ"ל. וממילא א"צ הנפקד לשלם רק המותר ויכול לשום זכות זה בדמיו כנ"ל:

וא"כ ממילא כשמשלם הכל ואינו מנכה זה הספק שפיר קונה הוא זה הספק דהא נותן דמים בעד זה הספק ג"כ וכאלו מכרו לאחר כיון שלא הי' צריך לשלם זה השיוי ספק כנ"ל. ונותן הכל ממילא קנה זה הספק. וא"צ לומר נעשה כנ"ל:

וא"כ מיושב קושית תוס' דפריך שפיר דאפילו לר"מ אין אדם מקנה כו' דלא עבידי דאתי כו'. מי יימר דמיגנבא דקודם שנגנב לא הי' יכול הנפקד כלל למכור על כשיגנב וימצא דהי' ג' מי יימר ואף אם ב' מי יימר חשיב עבידי דאתי כמ"ש תוס' במוכר עבדו כו' רק ג' מ"מ כאן יש ג' קודם שנגנב ולא הי' לו כלל קודם שנגנב זכות זה שיוי הספק למכור כשיגנב כנ"ל. וממילא אף דאחר שנגנב בפשיעתו יש רק ב' מי יימר דנימא דחשיב עבידא דאתי מ"מ זה נולד שוב אחר שכבר נגנב והזיקו כל הפרה וחייב לשלם. ולשום זה הספק חדש בשיוי שוב אינו יכול דהא לאו מיטב הוא. ושפיר צריך לשלם הכל בעד הפשיעה או השבועה. ולא קנה כלל הספק כפל דהא לא הקנה. ונעשה לא אמרינן כלל לס"ד. ושפיר הוצרך לשנוי נעשה. וממילא משני גם לדידן דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ואינו ברשותו כלל כנ"ל. ועיין מ"ש לקמן שמיושב בזה דברי הרמב"ם ז"ל. ולמ"ש לעיל הפי' במשנה או שאבדו כו' ואח"כ נגנב מיושב כפשטי' מי יימר דמיגנב כו':

תוס' הנ"ל תמהו מה פריך הא פרה לכפילא מהני דמבעי' לי' במוכר עבדו לקנס כו'. ותירוצם אינם מובן דמנ"ל להקשות כיון דנשאר בתיקו שם ע"ש:

ולע"ד בפשיטות י"ל. דהא אינו מובן הדמיון שם עבדו לקנס לדקל לפירותיו שהפירות יוצאים מגוף הדקל שייך שקונה מיד כח זה בדקל משא"כ קנס ע"ש ברשב"א. ונראה דתלי' בהא דאמר בש"ס נדרים דף מ"ז דחליפין כגידולין דמי ולכך חליפי איסורי הנאה אסורין כגידולין. ובגדולין יש חילוק בין דבר שזרעו כלה או לא ע"ש. ושפיר מדמי לדקל לפירות כשמקנה חפץ לדמיו דחשיבי חלופי דמיו כגדולין היוצאין מגוף הדבר:

אך הר"ן כ' שם דחליפי איסורי הנאה רק מדרבנן אסורין דהוי כגדולין דזרעו כלה ע"ש וכ"פ כל הפ' דחליפי איסורי הנאה דרבנן. אך הטעם פשוט דבירושלמי הובא בר"ן ריש חולין הטעם שאין [תופסין] דמיהן. והיינו דכיון דשאר איסורי הנאה אין תופסין דמיהם א"כ כיון דאיסורי הנאה הם ואין להם שיוי כלל א"כ הדמים שנותן אינם דמי איסורי הנאה והוי רק גורם שיתן לו ממון זה הוי שפיר כגדולין במה שזרעו כלה דאין יוצאין כלל מגוף החפץ רק גורם לממון ולכך בהקדש ושביעית שתופסין דמיהן אסור מה"ת. וא"כ בדבר שמותר בהנאה שפיר הדמים שנותנין בעד החפץ כגדולין במה שאין זרעו

כלה. דהמעות דמי החפץ וכמו בהקדש כנ"ל. ושפיר מהני הקנין החפץ לדמיו כמו דקל לפירות דיוצא מגוף החפץ כנ"ל. וא"כ שפיר מבעי' לי' במוכר עבדו לקנס דמה שחייבה תורה ל' של עבד הוא בעד שיוי העבד רק דתורה אמרה בין שוה מעט ובין הרבה ישלם דמיו דבר קצוב אבל עכ"פ התשלומין דמי העבד וחשיב שפיר יוצא מגוף העבד כחליפין התופסין דמיהם ומהני הקנין לפירות אלו. או דכיון דלא עבידי דאתי אין זכות זה בעולם כלל כל שהעבד קיים. ולא חשיב כלל זכות שיוכל למכרו. היינו דקא מבעי' להו. אבל פרה לכפל דו"ה שהקרן משלם כשעת הגניבה והכפל חיוב נוסף כשעת העמדה בדין א"כ אין הכפל דמי שיוי החפץ כלל רק שקנסה התורה לשלם דמים אלו כמו ששוה החפץ בשעת העמדה בדין. דהא החפץ חוזר לבעליו. והוי ממש כדבר שאין תופס דמיו כנ"ל. והחפץ רק גורם לממון לענין הכפל ושפיר לכ"ע אין יכול להקנות הפרה לכפילא כנ"ל:

ועוד דטבח דחייב ארבעה וחמשה. וכ' תוס' פ' מרובה למ"ד אינו לשחיטה אלא בסוף והא כיון דשחט מקצת קנאו בשינוי לגמר דידי' טבח מ"מ כיון דלעולם כן בהכי חייבה רחמנא ע"ש. וא"כ זה החיוב הוא כגדולין בזרעו כלה. דכבר אינו שלו גוף הפרה ואח"כ נעשה חיוב זה דארבעה וחמשה כנ"ל:

אך באמת גם בכפל מיושב כנ"ל. וראי' דהא לר"ש קדשים שחייב באחריותן משלם כפל לבעלים. ולמה לא חשיב נהנה מהקדש הכפל שלוקחים הבעלים מגנב בעד בהמת הקדש. דנהי דחיובא משום דבר הגורם כו' וזה הוא של הבעלים ז"א דמ"מ גוף הבהמה דהקדש. ודו"ה לא הי' חייב על היזק ממון רק בעד גוף הפרה וגם כפל מזיק רק שזכות זה חשיב שלו גוף הבהמה אבל הכפל בעד גוף הבהמה וכ"ש דו"ה. והוי נהנה כשאר פירות דבהמת הקדש דמועל. וכל הפירות וכל גדולי הקדש עכ"פ איסורא איכא מה"ת ע"ש בב"ב וע"כ דכפל לא חשיב כלל גידולין שאינם חליפי דמים כנ"ל. ומה"ט כתובות פ' הא"ש דגונב בהמת מלוג הכפל לאשה דפירא דאתי מעלמא לא תקינו לי' ע"ש:

ומה"ט נראה לע"ד במקדש באיסורי הנאה דאינה מקודשת דהקשו תוס' דכיון דאפרן מותר תתקדש וכן שלא כד"ה ע"ש דתי' תמוהים דלא מחלקינן כלל בין אפרו ש"פ או לא. וכן למה איסורי הנאה לא ברשותי' הא מצי להנות כנ"ל ויש לו זכות זה. ולהנ"ל לא קשה דזה א"י להקנות כלל כיון דמה דמותר האפר ע"כ שאינו גדולי האיסור ולא חלופיו כלל כיון שנשרף. ממילא אינו יכול למכור החפץ לאפרו כלל כנ"ל:

שם גמרא ואפילו לר"מ כו'. לכאורה לדיעה בש"ע ס' ר"ח דלכשתלד קנה בכל דבר שלא בא לעולם כפי' לכשיבא לעולם ע"ש. א"כ נימא דמקנה לכשיבא לעולם. ואי משום דא"כ

יכול לחזור בו קודם שבא לעולם. א"כ למה ניחא לי' לש"ס לר"מ אם הי' עבידי דאתי הא מ"מ קודם שבא לעולם לכ"ע יכול לחזור וע"כ דמיירי בלא חזר בו. א"כ לרבנן ג"כ י"ל כפי' לכשיבא לעולם כיון דמצד האומדנא דנין כפירש כנ"ל:

וי"ל דהא תני למי משלם כו' ומוכח דמחויב הגנב לשלם לנפקד ואין המפקיד יכול לחזור קודם התשלומין עכ"פ. והא אז אף שנתחייב כבר ועמד בדין מ"מ הא חוב אינו נקנה אלא בכתיבה ומסירה או מעמד ג' לכ"ע א"כ בשלמא לר"מ דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם אף שי"ל קודם שבא לעולם מ"מ בא בב"א מיד כשבא לעולם קנה זה. א"כ לא נעשה כלל חוב דמפקיד וכמו בכתוב על שם הקונה דא"צ כתיבה ומסירה. ורק חוב שכבר שלו א"י להקנותו בלא כתיבה ומסירה אבל זה שהקנה קודם מיד כשעמד בדין ונולד החיוב בא לעולם ונתחייב לנפקד. ושפיר מהני וא"י לחזור בו קודם ששילם. ותני שפיר למי משלם כו'. אבל כיון דלא עבודי דאתי ואין מקנה דבר שלא בא לעולם רק לכשיבא לעולם מהני לכשתלד. וזה חל אח"כ כשבא לעולם. והיינו כשעמד בדין ונתחייב למפקיד אח"כ וקנה הנפקד ואז כבר חוב שלו ואינו קונה רק בכתיבה ומסירה כנ"ל. ורק אחר שכבר שילם למפקיד וקנה ממילא יכול המפקיד לחזור קודם ששילם והא תני למי משלם כו' וא"ש: ומיושב הלשון למי משלם ג"כ דאל"ה ס"ד דמשלם למפקיד והוא יתן לנפקד דס"ד דאז קני כשבא לידו כנ"ל. וקמ"ל דמחויב לנפקד כנ"ל. גם דהוי ס"ד דהא יכולין לחייב עצמו בדבר שלא בא לעולם ומחייב עצמו ליתן לנפקד הכפל. וקמ"ל למי משלם כו' דהחיוב לנפקד כנ"ל:

דף לד.

לכשתגנב ותרצה ותשלמני הרי פרתי קנוי' לך מעכשיו יש להסתפק אי זה כמכר דהיינו שמוכר לו הפרה מיד בשעת משיכה בעד המעות שישלם אח"כ. ואף שלא פסקו דמים מ"מ הוי כדשיימי בי' תלתא דהוי כפסק וכאן הוא כפי השומת ב"ד על הפשיעה או השבועה שא"ר לישבע כנ"ל. ושפיר קנאו במשיכה כנ"ל רק על תנאי מעכשיו כשתגנב ותרצה כו'. והי' מיושב בזה מה דתמוה דאמר ר"י דבהריני משלם מקני לי' כו'. ולשטת תוס' לקמן מהדר קא הדר בי' דמהני החזרה. א"כ אין שום טעם למה יקנה לו ע"י אמירתו והוא יוכל לחזור בו וכמ"ש הרא"ש ז"ל. ולמ"ש י"ל להיפוך דאף אי גרסינן ונשבע כו' ובכל מקום כשאומר איני נשבע מצי הדר בי' כו' מ"מ כאן אי סגי בהריני משלם לחוד א"כ הי' התנאי כשתגנב כו' ותרצה היינו שע"י אמירתו הריני משלם לחוד יקנה למפרע הפרה. א"כ שוב הדין ודאי דא"י לחזור בו דהא ע"י אמירתו שנתקיים התנאי נגמר המקח

למפרע והי' המשיכה לשם קנין וממילא נתחייב בדמיו כמו כל משיכה שא"י לחזור וחייב בדמיו. רק כל שאינו רוצה לא נתקיים התנאי ולא הי' מכר כלל. אבל כשרצה ואמר הריני משלם נתקיים המכר ושפיר ממילא חייב אח"כ וא"י לחזור בו. וחייב לשלם כנ"ל. ומיושבים הרבה קושיות בעזה"י. מה שתמהו תוס' לר"י דסגי הריני משלם למה תני שילם במשנה. ומה מועיל תי' הש"ס דסתרי דוקא וליכא למשמע מינה. מ"מ למה תני שילם ותי' תוס' אינו מרוח כמ"ש לקמן. ולמ"ש י"ל להיפוך דיש סברא דמקנה לו מתחלה כשתגנב וירצה ויאמר הריני משלם יותר מבשלם. דקי"ל בעייל ונפיק אזוזי דלא קנה ומשום דסתמא לא מכר רק שישלם ולא לדחותו. ומוכר שדהו מפני רעתה קנה. דאדרבה סתמא רוצה שיהי' המכירה קיימת ויהי' חיוב על הלוקח שלא יוכל לחזור בו כנ"ל. ודין זה גם במטלטלין ע"ש. וא"כ י"ל דזה הוא הבעיא בגמרא בחזר ואמר איני משלם אי מהדר הדר כו' או דחוי' מדחי ובמלתי' קאי כו':

ולב' השיטות בתוס' אינו מדויק דאי א"י לחזור למה אמר סתם מיהדר כו' וחסר עיקר הטעם דאטרחיה כו' ואי יכול לחזור למה שייך דנימא דחויי מדחי כו'. ולהנ"ל מיושב דהא בהא תליא או דע"ד שיטריחו ויחזור לא אקני ליה דהוי כעייל ונפיק אזוזי ושוב באמת יכול לחזור בו דלא קנה כמו בעייל כו' דשניהם יכולין לחזור כמ"ש בש"ע. או דבמילתיה קאי ודחוי מדחי כו' ושפיר לא נתבטל התנאי והקנה ע"ד כן וממילא לא מצי הדר ביה כלל דנתקיים המקח למפרע ונתחייב במשיכה כנ"ל:

וא"כ ממילא יש סברא דאמר הריני משלם יותר קנה משילם דשפיר הקנה לו מיד ע"ת כשיגנב וירצה שיאמר הריני משלם יקנה למפרע וממילא עי"כ לא יוכל לחזור בו שוב כיון שקנה כנ"ל. משא"כ אם לא הי' מקנה יהי' יכול לחזור בו ולא ישלם כנ"ל. משא"כ ע"ד שישלם ולא אמר קודם כלום למה יקנה לו על תנאי כשישלם יקנה הא בל"ז כבר שילם בסתם ואין לו תועלת דגם אם לא יקנה קנה התשלומין וקמ"ל דאף שילם קנה דגם על תנאי זה הקנה כדי שע"י ספק ריוח זה ישלם כנ"ל. ולא קשה ממאי דתני שילם. רק קושית הש"ס מנ"ל מסיפא הא מרישא איפכא ואמר דליכא למשמע מינה כנ"ל:

ומיושב ג"כ מה דאמר ר"פ שומר חנם שאמר פשעתי כו' ופי' הב"ח דג"כ באמר הריני משלם ע"ש. ומה קמ"ל הא היינו דר"מ. ולמ"ש א"ש דה"א ב' הטעמים בשילם מקנה בשביל הטובה. אבל באמירה הריני משלם מה לו להקדים הקנין כל שלא ישלם ממש. רק מטעם הנ"ל כדי שלא יהי' יכול לחזור בו. וזה שפיר בסתם אמר הריני משלם בש"ח יכול לחזור בו ולישבע. אבל באמר פשעתי אף שאמר הריני משלם למה נקנה לו ע"ד כן הא גם אם לא יקנה לא יוכל לחזור מהודאתו לחיוב. וקמ"ל ר"פ דמ"מ מקנה משום דאי

בעי פטר נפשיה כו'. וע"י שיודע שיש לו ספק ריוח מכפל יודה האמת ושפיר מקנה גם במודה כנ"ל:

ומיושב דברי הר"ח לל"ק ודאי לא הוי תיובתא דבשואל דוקא שילם דאין טעם לכאורה כלל. ולמ"ש א"ש דבשואל דא"א לו לפטור למה יקנה קודם שישלם כנ"ל. ומה"ט י"ל בירושלמי דיש עדים שפשע בכלל שילם כמ"ש נ"י דמשמע מגמ' דידן דוקא אי בעי פטר ע"ש. ולמ"ש י"ל דדוקא היכא דמצי פטר נפשיה הוי כמוכר מפני רעתה דקנין זה לכשתגנב כו' הוי כמפני רעתה דאם יטעון טענה שקר הי' פטור ולא יהי' כלום למפקיד ומקנה ע"י דיבורו הריני משלם לחוד כנ"ל בעייל ונפיק דמקנה אף קודם שמשלם כדי שישלם משא"כ על אם יהי' עדים שפשע דבל"ז יהי' לו הממון שוב רוצה דוקא שישלם.

ושפיר אמר דבכלל שילם דוקא משא"כ הריני משלם ובלישנא דשואל עד שישלם:

אך משמעות הלשון ורש"י ותוס' משמע דלאו בתורת מכר כנ"ל. רק מתנה שנותן לו בשעת משיכה הפרה במתנה על תנאי כשיגנב וישלם תהי' קנויה מעכשיו במתנה. רק התשלומין תנאי כשאר תנאים דאין התשלומין דמי המכירה רק בעד הפשיעה או שבועה כנ"ל. וא"ל דא"כ כשמשלם ונתקיים התנאי שוב הי' הפרה שלו למפרע ואינו חייב כלל על הפשיעה א"כ שילם שלא כדין ומחויב להחזיר לו. ז"א דאם יחזיר לו לא נתקיים התנאי ושוב חייב בעד הפשיעה. וכן באמר הריני משלם שפיר מחויב עדיין לשלם דאם לא ישלם ויחזור בו לא נתקיים התנאי וחייב כנ"ל:

שם סמוך לגניבתה קנויה לך כו' דקיימא באגם כו'. וקשה הא כיון דהאומדנא שמקנה א"כ בקיימא באגם דלא יהי' מועיל סמוך לגניבתך שוב מקנה מעכשיו חוץ מגזותיה ואף שלא פי' חוץ כו' מ"מ הא הכל בסתם רק אומד ונעשה ולמה לא נאמר כאומר חוץ מגזותיה כו' ולמה פליג אידך לישנא. ולמ"ש לעיל י"ל דא"כ הוי שומר שכר כנ"ל. ועוד דא"כ הא א"א לשייר גזות וולדות דהוי דבר שלא בא לעולם רק הבהמה לגזותי' כו' דלעצמו בעין יפה משייר ושייר בגוף הבהמה ע"ש בגמ' ב"ב. וא"כ למה תני דמשלם הכפל לנפקד דמשמע כל הכפל וד' וה' הא חלק הנפקד בבהמה לגזות וולדות צריך לשלם לנפקד כגונב משותפין כיון שחלק זה לא הקנה לנפקד. וי"ל דלישנא קמא סבר דקני את וחמור קני הכל ודבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם קנה הכל. וא"כ נהי דפרה לכפילא הוי דבר שלא בא לעולם מ"מ עכשיו לשנוי' דמקנה לו גוף הפרה מעכשיו לגמרי א"כ אף שמשייר חלק בבהמה לגזות וולדות מ"מ שוב מקנה לו גם זה החלק לכפילא דלענין הכפל יהי' הכל שלו גם הכפל מחלקו כיון דזה שבחא דמעלמא דמקנה הכל. ושפיר מהני דהוי דבר שבא לעולם עם דשלב"ל וא"ש דכל הכפל שלו. משא"כ הך

לישנא סבר כדקי"ל דאת וחמור קנה מחצה וא"כ עדיין לא מהני הקנין בחלקו לכפילא ולמה כל הכפל לנפקד. וע"כ דרק סמוך לגניבה ואז מקנה הכל. ולכך מקדים הש"ס איכא בינייהו קושי' דר"ז א"נ דקיימא באגם. דמטעם קושיא דר"ז לא קנה אי קיימא באגם כנ"ל:

עוד י"ל כמ"ש לעיל דא"כ למה משלם ד' וה' למ"ד חיוביה אחר יאוש דוקא דחלק הבעלים לא נתיאשו כל שלא נשבע השומר שאינו ברשותו. ולא הועיל מכירת הגנב לאותו החלק לגזותיה. דמ"ש לעיל משום דשבח גזילה דגנב ליתא דמ"מ חלק הפרה לגזות וולדות דלעולם לא הי' יכול למכור דזה של הבעלים ולא נתיאשו וצריך הלוקח להחזיר חלק זה דפרה לגזות וולדות דאחר כך. והוי כמכר חוץ מגזותיה דליכא ארבעה וחמשה וכנ"ל. ואם שנאמר דמשייר הבהמה לגזות וולדות רק עד שעת הגניבה וסמיך לגניבה מקנה לו גם לגזותיה. א"כ עדיין צריך לקנין דסמוך לגניבה ושוב אמרינן דרק אז הקנה. ואפשר דקיימא אז באגם לא יקנה לגיזות וולדות כנ"ל דצריך קנין חדש. אך י"ל דסגי בסילוק:

עוד י"ל דהא קי"ל פרק איזהו נשך במכר לו שדה ואמר לכי מייתית זוזי קני מעכשיו אסור כשמוכר אוכל פירות דהוי רבית כיון דהמכירה מעכשיו הי' ראוי ללוקח שיהי' הפירות שלו ומה שמתנה שהוא יאכל הוי בשביל שאינו נותן המעות מיד ע"ש אף שתליא בדעת הלוקח אם ישלם או לא הוי צד אחד ברבית דכשמשלם בסוף איגלאי שהי' הקנין מעכשיו והוי רבית בדמי המקח ע"ש דלרבא אפילו משלם אח"כ ע"ש. וא"כ למ"ש לעיל דמטעם מכר הוי לכשתגנב כו' ותשלם יהי' קנויה למפרע בעד המעות שמשלם א"כ הוי ממש כנ"ל לכי מייתית זוזי קני מעכשיו. וממילא דהוי כחוץ מגיזות וולדות משעת פקדון עד הגניבה הי' אוכל המוכר. וכשמשלם אח"כ והקנין למפרע מעכשיו הוי רבית בשביל שלא נתן המעות מיד ואסור כנ"ל. דאף שיש עוד תנאי לכשתגנב מה בכך מ"מ כשנתקיים הי' למפרע שלו ולכך לא אמרינן מעכשיו וחוץ כנ"ל. רק סמוך לגניבה והוי כמו לכי מייתית קני דמותר מוכר אוכל פירות כנ"ל דעד אז הי' שלו הגיזות וולדות כדין. וי"ל דדוקא כשיש חיוב עליו הוי אגר נטר. משא"כ הכא דקודם שנגנב לא הי' חיוב עליו. אך גם שם התנאי אם לא יבא מעות לא יקנה כלל ואין חיוב עליו כלל רק דכשמקיים ומביא מעות איגלאי שקנה וממילא הי' חיוב דמי המכירה והוי אגר נטר כנ"ל:

ומ"מ י"ל דכאן התשלומין מהמכר הוא מה שמשלם בעד הפשיעה כדינן או בעד השבועה. וזה לוקח המפקיד בדמי הפרה וחיוב זה נולד אח"כ כשנגנב. א"כ לא איגלאי

כלל שהי' חיוב עליו אז דמי המכירה אף שקנאו מעכשיו כנ"ל. וכמו בשכירות דאינה משתלמת אלא בסוף דמרבין על השכר ע"ש:
ומ"מ אינו מוכרח. די"ל דהוי כשאר קנין כשמשלם שוב הוי דמי קנין הפרה. ואף דמשלם רק כפי השיוי דשעת הגניבה מ"מ אסור גם כה"ג ע"ש. וי"ל דמה"ט סבר רבא דסמוך לגניבה להך לישנא. ולאידך לישנא אמרינן דאינו מכר כלל רק מתנה על תנאי שישלם ושפיר ליכא איסור כלל דאין כאן המתנת דמי מכר. ושפיר אמרינן חוץ מגיזות כו' כנ"ל. ולהך לישנא אמרינן כיון דאפשר במכר למה נאמר מתנה כנ"ל:
עוד י"ל כיון דאם הי' קונה בהמה לכפילא ודאי דלא הי' מקנה גופא רק משום דלא מהני וא"כ למ"ש תוס' הטעם דשם עבד לקנס הוי רק ב' מי יימר משא"כ כאן ג' ע"ש. וא"כ זה שפיר אם הקנין מעכשיו אבל כיון דהקנין רק סמוך לגניבה אז ליכא מי יימר דמיגנב דהיינו עם התחלת גניבה. ומהני אז הקנין פרה לכפילא דרק ב' מי יימר. ושוב אמרינן דלא הקנה גוף הפרה כלל כנ"ל:
ולכאורה מוכח כנ"ל דתוס' גטין פרק השולח אהא דמי איכא עבדא דלא מזדבין לקנס והקשו דיכול למכרו לגמרי ויהי' הקנס ממילא שלו אף אי לא מהני עבד לקנס ותירצו כיון דאינו שוה כלום רק לקנס אף אי מוכרו לגמרי לא מהני דחשיב לקנס ע"ש. וא"כ קנין זה דסמוך לגניבה אינו שוה כלום רק לקנס ולמה יועיל אף שמקנה הפרה לגמרי כיון דקאי את"ל פרה לקנס לא מהני. ולהנ"ל א"ש דסמוך לגניבה שוב מהני לקנס כנ"ל. אך לאת"ל שם דלא מהני ב' מי יימר ג"כ א"כ עדיין קשה. אך ז"א דכאן שוה למכור גם סמוך לגניבה לענין גוף הפרה כשתגנב וימצא שתהי' גוף הפרה שלו. או סתם גניבה לאו יאוש ומהני כנ"ל. אך להרמב"ם דהפרה תחזיר רק קנין לזמן שייך כנ"ל:
שם סמוך לגניבתה כו'. לכאורה למאי דאמר בגטין פרק מ"ש באומר מעת שאני בעולם דתליא בברירה דאי אין ברירה לא מהני כיון דאין גט לאחר מיתה ואין מבורר השעה סמוך למיתה עד שימות איגלאי למפרע כו' לא מהני כיון שאינו מבורר עד שעה שא"א לחול ע"ש פרק כל הגט. גם כאן כיון דגזל כו' אינו יכול להקנות דבר שאינו ברשותו ואינו מתברר סמוך לגניבה עד שנגנב שאי אפשר לחול שאינו ברשותו כנ"ל ולא מהני אי אין ברירה. וי"ל דדוקא בגט שצריך הגט להיות מתיר וכשאינו מתיר לא מהני כמבואר פרק המגרש. ואז לא הי' מתיר כלל כיון שלא הי' ידוע שהוא הרגע סמוך למיתה רק אח"כ איגלאי ואז א"י לחול. אבל בקנין כשהוא בחצירו דקי"ל חצירו קונה שלא מדעתו א"כ כיון דאיגלאי שהי' סמוך לגניבה אף שלא הי' מבורר מ"מ קנה חצירו אז כיון דקונה שלא מדעתו. והי' מיושב קושית תוס' דנימא מעכשיו וסמוך לגניבה יהי' גמר הקנין ויועיל

אף קיימא באגם כו' ולמ"ש י"ל כיון דקיימא באגם רק ממילא יהי' גמר הקנין אז שוב לא מהני דאין ברירה כנ"ל כיון דליתא בחצירו. ומ"מ יש לדחות חילוק הנ"ל דחצר לא קנה רק בדאיהו מצי קני. וגם מ"מ צריך שיחול שם קנין אז וכשאינו מבורר לא מהני:

ואפשר דהא ב"ב קל"ט דלאביי דאמר עם גמר מיתה אף בגט מהני כמ"ש רשב"ם שם דדוקא אחר מיתה לא מהני משא"כ ביחד או בהתחלה וא"כ גם כאן. כיון דדבר העומד לכך אינו צריך ברירה כדאמר חולין ט"ו אי בהמה עומדת כו' מהני גם אי אין ברירה רק היכא דעומדת לשתיהם צריך ברירה נשחטה הוברר ע"ש. וא"כ ברגע סמוך לגניבה בהתחלה קודם שהוציאה הגנב שפיר מבורר שהוא סמוך לגניבה וחל הקנין דאז כבר עומד לכך ואף שלא הי' יודע קני חצירו. וי"ל גם בגט טעם זה דקי"ל דמהני גט שכיב מרע אף דקי"ל אין ברירה ע"ש. עוד יש לחלק. אך אז שוב שייך מ"ש לעיל אי סתם גניבה יאוש כדקי"ל א"כ רגע זו אינו שוה כלום רק לקנס כפל ארבעה וחמשה או דמיו דג"כ דבר שלא בא לעולם וכעבד מוכה שחין שכתבו תוס' גטין דאף שמכרו לגמרי לא קני את"ל מכר לקנס לא מהני כנ"ל:

וי"ל דזה הטעם דלישנא קמא דלא בעי למימר סמוך לגניבה כו' כיון דהקושיא הי' את"ל עבד לקנס לא מהני א"כ כיון דאין ברירה א"א על קודם רק על רגע סמוך לגניבה ואז כיון דסתם גניבה יאוש אינו שוה גוף הבהמה ואין הקנין רק לדמי' וקנס ועדיין אף שמקנה לגמרי הוי דבר שלא בא לעולם. דאף דלענין דמי הבהמה רק ב' מי יימר מ"מ להך את"ל עבד לקנס לא מהני גם ב' מי יימר לא מהני כנ"ל ואפי' חד מי יימר. א"כ גם בהמה לדמי' לקרן ג"כ לא מהני דדמיה הוי דשלב"ל רק בכל מכירה מהני חפץ לדמיה כדקל לפירות דעבידי דאתי. אבל בגניבה דסתם יאוש רק מדמי מי מייאש. אבל שוב גם דמיה לא עבידי דאתי מי יימר דמשתכח גנב. ולא מהני המכירה ברגע סמוך לגניבה בהמה לדמי' מהגנב אף להקרן ולא לכפל כנ"ל. וללישנא בתרא י"ל דסבר יש ברירה ומהני שפיר הקנין כנ"ל. ומיושב קושית הרא"ש דלל"ב לא מיושב לשון הברייתא חוץ מגזותיה כו'. דקודם הגניבה הכל דמפקיד ואח"כ דנפקד ע"ש. ולמ"ש מודה ל"ב דלמ"ד אין ברירה דלא יועיל סמוך לגניבה מקנה מעכשיו חוץ מגזותיה כו' ואתי כמ"ד א"ב רק אי יש ברירה דמהני סמוך לגניבה אינו מקנה מעכשיו רק סמוך כו'. וממילא אף שנולד אח"כ דקיימא באגם מ"מ אז לא אסיק אדעתיה שמא תהי' קיימא באגם. משא"כ אי א"ב דלא מהני כלל סמוך לגניבה מקנה מעכשיו כנ"ל:

שם לא שילם שילם ממש כו' תנן שילם כו' אלא מהא כו'. וכ' תוס' דלמה תני שילם דלרבא דוקא נשבע ושילם אבל נשבע ואמר אח"כ הריני משלם לא מהני לרבא ע"ש.

ותמוה דהא רבא דייק שם בב"ק מסיפא נשבע ולא רצה אחר השבועה לשלם הא רצה אף שנשבע כו'. וכיון דהכא דייק הש"ס מסיפא כר"י שרצה היינו שאמר הריני משלם מוכח ממילא דגם אחר שנשבע מהני אמר הריני משלם. ועוד מאי פריך הש"ס מרישא אר"י הא לרבא הפי' ברישא ולא רצה לעמוד בשבועתו וכשנשבע קודם וא"כ שפיר תני שילם דוקא דלא סגי בהריני משלם לתוס' כנ"ל:

וי"ל משום דהא פשטא דרישא דוקא כאביי כדאמר ב"ק ק"ח דלר"ל היינו שבועה רק לרבא לא קשיא דהוצרך לדחוק לא רצה לעמוד בשבועתו משום דדייק מסיפא ולא רצה לשלם היינו אחר שבועה. ונראה דרבא דייק כיון דלא רצה פי' לר"י אמר הריני משלם. א"כ אם היה הפי' על קודם השבועה משמע הדיוק הא רצה ואמר הריני משלם קודם שנשבע קני. וז"א דכה"ג שאמר הריני משלם ואח"כ נשבע לכ"ע מהדר הדר ביה כמ"ש לקמן. וע"כ על אחר השבועה ושוב יש לפרש נשבע ולא רצה לשלם היינו שלא שילם דהא אין חיוב עליו כיון שנשבע רק אם היה רוצה היה משלם שייך לא רצה לשלם על מה שלא שילם שע"י שנשבע לא רצה לשלם אח"כ. משא"כ אי קאי אקודם שבועה מיותר לגמרי הך לא רצה דכיון שנשבע ודאי לא שילם קודם וע"כ לדיוקא או כנ"ל. או דאם רצה ואמר הריני משלם ולא נשבע קני כר"י וא"כ פריך שפיר הש"ס אר"י מרישא שילם דוקא ונימא דלא כרבא כפשטא דרישא. ואמר הא סיפא מוכח או כר"י דסגי הריני משלם או כרבא דעל אחר שבועה ושוב ע"כ רישא הפי' לא רצה לעמוד ושוב מיושב שילם כפשטיה דאח"כ דוקא שילם כיון שנשבע. ואי הפי' בסיפא רק כר"י ולא כרבא שוב סותר הרישא וליכא למשמע מינה. ולכך ע"כ כרבא ושוב לא קשה רישא כנ"ל:

עוד י"ל דנראה טעם תוס' דלא מהני אמר הריני משלם אחר שנשבע. הוא כמ"ש הרא"ש להוכיח דלא מצי הדר ביה דאל"ה ודאי לא מקני ליה ע"ש. והא דא"י לחזור כ' תוס' דהוי כגמר דין וזה שייך כשמשלם בעד השבועה. משא"כ כשכבר נשבע ופטור לגמרי ודאי כשאומר אח"כ הריני משלם הוא רק כשאר מחייב עצמו בדבר שאינו חייב דבלא קנין מצי הדר ביה. ומה"ט לא מקני ליה באמר לחוד כנ"ל. אך אי כמ"ש לעיל דהוי כמכר ע"ת שיאמר הריני משלם. י"ל דמהני גם אחר שנשבע דמ"מ כיון שאומר הריני משלם ונתקיים התנאי שוב הועיל המכירה למפרע ונתחייב דמיו ע"י המשיכה וא"י לחזור בו כלל ושפיר מקני ליה כנ"ל. וי"ל דר"י לטעמי' דד"ת מעות קונה ולא משיכה במכר רק מדרבנן:

ותוס' כ' הטעם דמשיכה קונה בלא מעות הוא שלא יאמר לוקח נשרפו כו'. וכאן לא שייך זה בקנין אם תרצה ותשלם דעדיין לא יציל אף שקונה דבידו שלא לשלם ולא יקנה.

וא"כ י"ל דלא קני בלי מעות. ויש לדחות דמחמת שהברירה בידו לקנות ג"כ יציל כמ"ש לר"ש ע"ש. אך אפשר דלא מהני כלל קנין דרבנן לחייב כפל דו"ה להפוסקים דלא מהני דרבנן לקנות מה"ת. דהא הרא"ש וטור פסקו סתם גניבה יאוש. וגם דיאוש קונה מדרבנן. וא"כ ע"כ הא דחיוביה דדו"ה בגנב אף דשלו הוא טובח כו'. ע"כ כיון דמה"ת לא קנאו אין הקנין דרבנן פוטרו מדו"ה. וזה שפיר כשהוא של בעליו מה"ת. אבל כיון דמשיכה לא קני רק מדרבנן. והא מדרבנן שלו הוא טובח דקני ביאוש ולא מחייב כלל דו"ה. וגם למוכר לא מחייב דעכ"פ אינו ברשותו חשיב קנין דרבנן מה"ת כדאמר פ"ק דפסחים כיון דמדרבנן כו' לאו ברשותיה כו'. ולא קרינן וגונב מבית האיש כו'. וא"כ למה חייב דו"ה. ומוכח לר"י דלאו משום מכר למפרע רק מתנה ע"ת שתרצה ותשלמני כו'. ובמתנה שפיר משיכה קונה מה"ת. וא"כ מה"ת לא מהני אמירת הריני משלם אחר שנשבע דהוי רק מחייב בדש"ח דמצי הדר ביה ולא מקני ליה. וא"ש שילם דוקא אבל רבא לטעמיה דאמר קרא ומתני' מסייע לר"ל דמשיכה קונה מה"ת שפיר י"ל מטעם מכר למפרע כנ"ל וא"כ גם אמר הריני משלם אחר שנשבע מהני דנתחייב בדמיו וא"י לחזור וקני כפילא כנ"ל. ושפיר דייק מסיפא נשבע ולא רצה אח"כ דאפילו רצה ואמר הריני משלם אחר שנשבע ג"כ מהני כנ"ל. כן י"ל דרך פלפול קצת:

שם תניא כוותיה דר"י השוכר פרה מחבירו כו'. ופירש"י אף דשוכר כשומר שכר מ"מ לא רצה לפטור עצמו בשבועת שקר ע"ש. ותמוה שסותר לגמ' ב"ק נ"ז דדייק מה"מ ואינו נשבע דמצי פטר נפשיה בשבועת אמת דלסטים מזוין גנב או דאתי כר"מ דשוכר כש"ח ע"ש. ונראה דהוי קשה ליה לרש"י ז"ל דא"כ אין ראיה לר"י רק היכא דבאמת פטור מהני אמירת הריני משלם משא"כ כשפשע וחייב באמת י"ל דלא מקני בדיבורא לחוד שאין זה טובה כדמחלק בשואל כמ"ש רש"י ז"ל. ור"י אמר אמתני' דמיירי אף שנגנב בפשיעה כמ"ש ריב"ן. ומה"ט פירש"י כנ"ל אף בגוונו דחייב כו' והיינו לפי אוקימתא דהתם בטען טענת לסטים מזוין ונמצא שאינו מזוין א"כ ג"כ נודע עכשיו שהיה חייב באמת ולמה הכפל שלו בדיבורא. וע"כ כר"י אף שחייב מקני ליה בדיבורא לחוד ושפיר תניא כוותיה וזה לא מסתבר לרש"י לחלק בין שהיה בשעת טענתו יכול לפטור עצמו ע"פ דין. כיון דמ"מ נודע עכשיו שהיה חייב ואדעתא דהכי לא אקני ליה מתחלה ע"ת שיאמר שקר ועי"ז נקנה בדיבור לחוד כנ"ל. וע"כ דאף אי באמת חייב ע"פ דין מקנה ליה בדיבור לחוד ג"כ כנ"ל. וע"כ הכא מייתי הגמ' ראיה לפי אוקימתא דר"פ התם. ופי' שפיר כנ"ל רק אי שוכר כש"ש כנ"ל:

שם שואל כו' תוס' נ"מ אם התנה להיות כש"ח. והא דלא כ' בש"ח שהתנה להיות כשואל ע"כ משום דלא מצי פטר נפשיה כלל דמ"מ מלאכה לא שייך גבי'. ולכ"ע לא מקני. ואף לירושלמי דבעדים שפשע מקני דעכ"פ בשעת פקדון היה ספק משא"כ ש"ח שהתנה ידע מתחלה שא"א לפטור כנ"ל. אך מ"מ היה לתוס' לומר נ"מ שוכר שהתנה להיות כשואל דלל"ק לא מצי פטר רק בלא שכיח וללי"ב אין כל הנאה שלו כנ"ל:

ולכאורה י"ל דהא מצי פטר נפשיה בלהד"ם והחזרתי. ואף באפקד בשטר הא יהיה נאמן החזרתי במגו דמתה מחמת מלאכ' דמה"ט קי"ל מפקיד בשטר אצלל"ב. והיה נאמן בשבועה רק החזרתי הוי העזה. וי"ל לרש"י דדוקא בעשה לו טובה אינו מעיז וגם לתוס' מפרש הש"ך מידי דכפירה העזה ע"ש. א"כ י"ל דוקא שואל שעשה לו טובה לא מהני מה דהוי מצי פטר בהחזרתי דאינו יכול להעיז. משא"כ שוכר שהתנה כשואל אך לל"ק כיון דלא עשה מהני דמצי פטר בהחזרתי בשבועה. אך י"ל דלהך לישנא דלא שייך אי בעי פטר נפשיה במאי דלא שכיח. א"כ גם מיגו לא הוי. וע"כ או דלא היה נאמן כלל החזרתי במגו דמתה מ"מ או דחשבי' טענה דהעזה אף במה שלא עשה טובה כמו מלתא דלא שכיח. א"כ שוב לא שייך א"ב פטר נפשיה בהחזרתי כמו מתה מ' מלאכה כנ"ל. ואף דלדידן אמרינן החזרתי מגו דמתה מ"מ היינו משום דקי"ל כל"ב שואל הואיל וכל הנאה שלו כו' אבל אל"ה מהני מה דמצי פטר נפשיה במאי דלא שכיח ולכך גם מגו הוי משא"כ לל"ק כנ"ל:

ובזה יש לישב הגירסא לל"ק ודאי לא הוי תיובתא דפי' ר"ח אינו מרווח למה נחלק בין שילם לאמר כיון דלא מצי פטר כו'. ולמ"ש י"ל דהתם לא תני שבועה רק קדם ושילם. א"כ שפיר מיירי בסתם דלא אפקד בשטר. ולכך מהני שילם דמצי פטר בהחזרתי בלא מיגו. ולכך לא מהני אמר דכשאין עליו שבועה יכול לחזור בו ולא מקנה בדיבור. משא"כ במתני' דתני נשבע מיירי על כרחך באפקיד בשטר לפי פשטא דגמרא בשבועות פ' כ"ה:

אך תוס' והפוסקים סוברים דדוקא בטענת שומרים שיכול לפטור אבל להד"ם או החזרתי שצריך להעיז לא מהני אף דהיה יכול לכפור כנ"ל. דאל"ה למה אמר תניא כר' זביד כו'. דלמא שם בלא שטר. אך י"ל כמ"ש לעיל דסבר הש"ס דא"כ גם שם היה מהני שיהי' נאמן גם בשטר במגו דמתה מחמת מלאכה וע"כ דלא מהני כנ"ל:

לכאורה מאי פריך מהך דהשואל ונגנבה כו' למאי דמבואר בש"ע בשואל לדרך שמצוים ליסטים וגנבים אם נגנבה חשיב מחמת מלאכה דלהכי אושליה ע"ש. וא"כ י"ל בשואל כנ"ל דשכיח. וצ"ל דפשטא לא משמע הכי. דבל"ז לוקי שהתנה להיות כש"ח. וע"כ דסתמא תני כנ"ל:

דף לד:

שם ע"ב מהדר קא הדר ביה כו' תוספ' אי גרסינן ונשבע כו' כאן יכול לחזור בו. ותמוה שאינו ענין לכאורה להך דהתם דאף לגי' ונשבע ע"כ הטעם שאינו יכול לחזור אחר שנשבע הלה ומ"מ במה נתחייב זה דא"ל דהוי כשכירות שבדיבור מתחייב זה דוקא בעד פעולה. אבל בזה אטו משלם בעד השבועה ואין החיוב דמי השבועה שיהיה שכירות וע"כ גם כן הטעם דהוי לאחר גמר דין דלגי' זו אין הגמר דין עד לאחר שנשבע כיון שלא נתחייב רק אחר שישבע ויכול לחזור קודם שבועה. אבל כאן שאין כאן שבועה ונתחייב לשלם אם כן הוי אחר גמר דין כמו שם אחר שנשבע. ובתוס' ב"ב קכ"ח מבואר להדיא הטעם דאחר שנשבע הוי אחר גמר דין משא"כ קודם. ואעפ"כ כתבו הראיה מהך דהכא דמהאי טעמא מצי הדר ביה. ואינו מובן. וצ"ל דדוקא שנעשה איזה מעשה על ידי דיבורו אז חשיב גמר דין. משא"כ בלא נעשה כלום אף שאינו מחוסר דבר. ואינו מובן למה כיון שמחוייב לשלם בלי שום דבר הוי כשם אחר שנשבע דג"כ רק חיוב וא"י לחזור בו:

ונראה טעמם. דהא ש"ס ב"ב מדמי להדיא השבע וטול לנאמן עלי אבא כו' לאחר גמר דין ע"ש אך ספיקם הוא אי דנימא דמה שפוסק הדין בעצמו חשוב כגמר דין של ב"ד כמו שכתבו תוס' ב"ב. ולסברא זו גרסינן נשבע דכמו באומר נאמן עלי אבא כו' לב"ד ופסקו דיהיה התובע נשבע ונוטל דחשיב גמר דין ואינו יכול לחזור בו אף קודם שנשבע זה. וממילא לטעם זה גם הכא שאומר הריני משלם ואינו נשבע חשיב גם כן גמר דין שפסק על עצמו ואינו יכול לחזור בו כנ"ל. וכן פירש רש"י אינו נשבע פוטרין אותו מיד כנ"ל דאינו יכול לחזור דהוי אחר גמר דין כנ"ל. או די"ל דמה שפוסק על עצמו אינו כלל כגמר דין. רק הטעם שם. כמו שמבואר בש"ע ס' כ"ה בנאמן עלי אבא לעדות דכשכבר העידו חשוב גמר דין שאינו יכול לחזור דלענין הקבלה נגד העדים הוי גמ"ד במה שהעידו כנ"ל. כן יש לומר באומר השבע וטול הוי שמאמינו בשבועה כעדים והוי נאמן עלי הבע"ד בבירור זה של שבועה. אם כן מה שנשבע הוי כהעיד אבא ואביך כנ"ל. דחשוב גמ"ד ולכך אינו יכול לחזור. משא"כ קודם שנשבע הוי כמו שם קודם שהעיד דיכול לחזור. אבל אין פסק של עצמו כלל כגמ"ד ומהאי טעמא גרסינן שם ונשבע דוקא כנ"ל. ושוב כאן אף דאמר הריני משלם ואינו נשבע אין כאן גמ"ד כלל. דמה שפוסק בעצמו אינו ג"ד. וכאן לא האמין לשום אדם דתובע א"י רק פסק על עצמו. והוי כשאר מחייב דלא מהני בדיבור כנ"ל. ושפיר תלי לה תוס' בהך גירסאות נשבע או ונשבע כנ"ל:

עוד יש לומר דהא נ"י ריש סנהדרין כתב הטעם לחלק בין פשרה דצריך קנין ובנאמן עלי כו' לאחר גמ"ד אי"ל משום דמקבל עליו רק מה שע"פ דין רק הם פסולין ע"ש.

ובהשבע וטול קשה. וכן כאן למה באמת יהיה עדיף משאר מחייב במה שאינו חייב. ורשב"ם ב"ב פירש מטעם הודאה עיין שם. וצ"ל בנאמן עלי אבא גם כן שמודה שמה שיאמר הוא אמת. ואף שעתה אינו מודה כלל מ"מ מצינו כזה הודאה על תנאי בנדרים אי לא אתינא כו' ליבטלין זכוותי' שפי' גם כן הודאה עיין שם. ונראה דזה החילוק דאף להפוסקים דנאמנות למלוה שלא בשעת הלוואה בעי קנין ומ"ש דהשבע וטול לפי שרק בשבועה לא הוי כנאמנות כבי תרי ליתא דמה חילוק לענין קנין. ולהנ"ל החילוק הוא דשם קודם שנפלו כל חילוקים ביניהם רק סתם שמאמינים על חילוקים שיפלו לא שייך כלל דהוא מודה שיהיה אמת דלא שייך הודאה על המעשה קודם שהיה. משא"כ כאן שכבר מחולקים ואם היה מודה שחייב מהני. מהני ג"כ מה שמאמינו כשישבע דמודה שאמת:

ומה"ט יש לומר דקודם שנשבע יכול לחזור דקיימא לן מפטור לפטור יכול לחזור אף שאחר כך נולד ואיגלאי שהיה לחייב שטען לא היו דברים מעולם וחוזר ואומר פרעתי אף שאחר כך באו עדים שלוה מ"מ כיון שבשעת חזרה לא היה חיוב מהני. ועיין שם ס' ע"ט. ולכך בנאמן עלי אבא קודם גמ"ד עדיין אין חיוב והוי מפטור לפטור כנ"ל. וכן קודם שנשבע י"ל דהא עדיין אינו רק גורם לממון דמי יימר דמשתבע הוי מפטור לפטור. וכמו שכתב הש"ך ס' ע"ה למהרש"ל באיני יודע אם פרעתיך דיכול לחזור דשערים דר"א לשיטתיה דצריך הנוטל לישבע באיני יודע אם פרעתיך ולא הוי חיוב עדיין מצי הדר ביה עיין שם. וכאן גם כן אף שביד התובע לישבע וליטול מ"מ לא היה עדיין חיוב רק גורם כו'. והטעם נראה דהא רש"י קדושין פ"ג פי' דהודאה לחיוב נפקא לן מכי הוא זה דמודה במקצת עיין שם. והא שם במודה בדבר שאין הלה נוטל אלא בשבועה אינו הודאה לחייבו שבועה דהוי מודה רק בגורם לממון כמו שכתב הר"ן סוף פ' שבועת העדות כמו בשבועות דאמר בגמרא דפטורין מי יימר כו'. ואם כן כיון דלא חשיב הודאה לחיוב יכול לחזור בו לגמרי כנ"ל. ולכך גרסי ונשבע כו'. והפוסקים דגרסי נשבע סוברים דמ"מ מה שניתוסף חיוב הוי הודאה לחיוב דמ"מ נעשה מפטור דבר הגורם לממון שבידו לישבע וליטול שוב מהודאה לחיוב זה אינו יכול לחזור. ושפיר נשבע בע"כ. והוי כלאחר גמ"ד לענין זה החיוב. ויש לומר דתוס' מדמים גם כאן דאמר הריני משלם ואינו נשבע דחוזר בו ונשבע ג"כ החזרה אינו לפטור רק בשבועה וי"ל גם כן דלא חשיב מחיוב לפטור דהא גם עתה אינו פטור רק להיות נאמן בשבועה וכמו חזרה מחיוב שאינו ברור לפטור מהני כן מחיוב ברור לשאינו ברור. ולהגורסים נשבע גם כאן אינו יכול לחזור דעכ"פ שוב הוי מחיוב לפטור כנ"ל. דהיה חיוב גמור ועתה רק גורם כו'. ומ"מ דוחק. דכאן לא

שייך הודאה דהתובע אינו יודע כלל אם פשע או לא. וממה נפשך אם מה שאומר הריני משלם ואינו נשבע הוי כמודה שחייב שפשע אם כן ודאי דאינו יכול לחזור מהודאתו בב"ד אף אי גרסינן התם ונשבע ואי אמרינן דאין זה הודאה דאפשר שלא היה רוצה לישבע שבועת אמת גם כן ועתה רוצה אם כן אין כאן הודאה כלל ולא דמי לנאמן עלי אבא כנ"ל:

ונראה דהוי כאומר אין לי ראיה דאינו יכול להביא ראיה שידע בה דהוי כפסל ראיה שלו והודאה שבטלה עיין שם. ואם כן בחיוב שבועה שהאמינתו תורה בראיה זו שישבע ואמר הריני משלם ואיני נשבע הוי כאומר אין לי ראיה דלא מהני אח"כ שמביא כנ"ל. מ"מ אינו מוכרח דהתם זה הוכחה שפסולין מדלא הביא משא"כ כאן דאפשר שגם באמת אין רוצה לישבע. מ"מ י"ל כנ"ל. דהא לרוב הפוסקים מתוך שאינו יכול לישבע משלם דוקא בהוי ליה למידע והטעם דחשדינן. שיודע ואומר איני יודע כדי שלא ישבע. משא"כ אם באמת אינו יודע לא חייבתו תורה מחמת שאינו יכול לישבע. ואם כן ע"כ דלא עשתה תורה זה לספק כלל שמא אינו רוצה לישבע באמת גם כן. רק זה ראיה ברורה כשאינו רוצה לישבע שבאמת חייב. ואם כן כשאומר הריני משלם ואינו נשבע באמת חייב מן התורה דלא גרע ממחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם. והוי הודאה גמורה שחייב ושפיר אינו יכול לחזור בו. דגם בנ' ידענא כו' לא מהני שחוזר ואומר נזכרתי. [[ועיין באחרונים סי' ע"ה בחו"מ]. והוי מחיוב לפטור כנ"ל. ומכל שכן להפוסקים דגם בלהל"ל חייב. דכשחייב שבועה אם כן החיוב לישבע או לשלם. ומיד כשאומר שאינו רוצה לישבע הדין דחייב לשלם מן התורה. ושוב לא מהני חזרתו ממה שכבר חייב באמת:

ומ"מ כיון שאינו חזרה גמורה תלי' אי הוי מחיוב גמור לפטור כמו שכתב רש"ל הובא בש"ך ס' ע"ה בנזכרתי שפרע כו' לפי שמן איני יודע ונזכרתי אינו חזרה גמורה דאפשר שנזכר. מ"מ תלי' אם איני יודע אם פרעתיך חיוב גמור לא מצי הדר משא"כ אם לא היה נוטל רק בשבועה באיני יודע אם פרעתיך מהני חזרה כזו שאפשר שאמת עיין שם. וכן כאן כנ"ל:

וברמב"ם הלשון נגמר הדין ונשבע כו' משמע דתרתי בעי שהב"ד פסקו דישבע ויטול ונשבע עיין שם. שוב ראיתי בחידושי רמב"ן ב"ב קכ"ח תמה גם כן על ר"ת כמ"ש דאף לגירסת ונשבע כאן אינו יכול לחזור בו עיין שם:

עוד נראה דהטעם דאחר ג"ד אי"ל. דפרק הנושא במחייב ב"ד שאינו חייב. מהני חייב אני לך מנה בשטר ולרמב"ם והרבה פוסקים גם באומר חייב אני בשטר. וגם באומר אתם עידי חייב עיין שם וס' מ'. ואם כן גבי נאמן אבא כו' לב"ד כיון דעמד בדין כמלוה בשטר.

אם כן חיוב זה דלאחר ג"ד הוי חייב אני לך בשטר כיון שמקבל שידונו ויהיה חייב כגמר דין שלהם וכן לעדות הוי כאתם עידי עכ"פ רק מ"מ קודם ג"ד יכול לחזור דשם האתם עידי מיד שיכולין להעיד על הודאתו שאמת שהודה. אבל כאן קבלה זו שיעידו או ידונו ויהי' נאמנים נעשה אמירת אתם עידי רק אחר שמעידים או דנים דהא זה הוא כל החיוב שנתחייב שיועיל עדותם והדין וכל שלא העידו אין כאן חיוב שיהי' חשוב אתם עידי כנ"ל ומהאי טעמא אחר גמר דין אינו יכול לחזור כנ"ל:

והספק כאן ע"פ דאמר פ"ג דסנהדרין אודיתא כו' דלא כתבינן אפילו בג' דוקא בקבעי דוכתי כו'. והיינו כיון שאין עושים שום דבר בתורת ב"ד רק שהודה לפניהם אין להם דין ב"ד מצד עצמם. שנאמר דהן ב"ד ויכולין לכתוב. וכראו ג' שלוה עיין שם. רק הנ"י כתב שם דאם ע"י טענה ותביעה חשוב ההודאה כשטר עיין שם. והיינו גם כן כנ"ל דשוב הוי מעשה של ב"ד כנ"ל. ואם כן שם בהשבע וטול י"ל גם כן או דחשוב כאמירת אתם עידי דמקבלו כב' עדים בשבועה ואי"ל אחר שבועה כנ"ל. או דכיון דהוא בפני בית דין ועל ידי טענות ותביעות שוב יש להם דין ב"ד וכיון שיכולין לפסוק שחייב הוי כשטר ועכ"פ כאומר חייב בשטר דהוי העמדה בדין כנ"ל. וממילא גם כאן באומר בפני ב"ד הריני משלם ואיני נשבע דהדין דב"ד מחייבין אותו דכך הדין כשאינו נשבע חייב לשלם. והוי מיד בחייב אני לך בשטר דאי"ל בו כנ"ל. ותוס' סוברים דאומר חייב בשטר לא מהני א"כ לא מהני עד אחר שפסקו אף שיכולין לפסוק כנ"ל. וי"ל:

ולמ"ש לעיל מטעם מכר א"ש כפשטי' ואינו תלי' כלל בגרסות הנ"ל. רק אי מקנה ע"ת וקנה למפרע במשיכה וממילא א"י לחזור. או דע"ד שיחזור ויטרח לב"ד לא אקני לי' ובטל המקח. ושוב באמת מצי הדר בי' אף לגי' נשבע כו'. דהוי הודאה או קבלה. משא"כ מה שרצה לשלם הוא כדי שיקנה הפרה למפרע וכיון שחוזר בו וע"ד כן לא הקנה שוב יכול גם הוא לחזור. אבל בקבלה סתם איני נשבע שפיר פירש"י איני מיד דא"י לחזור בו כנ"ל:

עוד י"ל למ"ש לעיל דהוי מתנה למפרע כשירצה וישלם. א"כ כיון שאמר הריני משלם נתקיים התנאי והוי שלו במתנה למפרע. וא"כ שוב נפטר מגניבה אף בפשיעה ושלא כדין מה שמשלם. וא"כ ניהו דבשילם א"צ להחזיר לו דאם יחזור שוב חייב כמ"ש לעיל אבל באמר ה"מ דג"כ חשוב נתקיים התנאי ושלו למפרע א"כ שוב אינו חייב לשלם כלל. וע"כ ג"כ כנ"ל כיון דאם יחזור בו ויהי' הדין דפטור לא קנה למפרע ושוב עדיין חייב. ואף שהי' התנאי כשיאמר הריני משלם. מ"מ תנאי זה ג"כ כשלא יחזור בו אח"כ יקנה משום האמירה. ולא כשיחזור בו ולא יצטרך לשלם כנ"ל. א"כ ניהו דאחר ג"ד א"י לחזור

ובכל מקום כשאומר איני נשבע הוי ג"ד משום דהב"ד יכולין לפסוק שחייב ובאמירתו נגמר כנ"ל. משא"כ כאן דכשאומר הריני משלם אדרבא כבר נפטר מחיוב שעליו דהא קנה למפרע ופטור. רק כשחוזר בו שוב מתחייב למפרע דיש עוד תנאי אם יחזור בו יתבטל למפרע. ושוב ע"ז החיוב הוי קודם גמר דין דלא עמד בדין אחיוב זה שנולד רק ע"י החזרה וחיוב שהי' עליו נפטר מיד כשאמר הריני משלם. ושפיר מהני החזרה כקודם גמ"ד. והיינו דמספקא לש"ס אי מהדר הדר כו' ויכול לחזור כנ"ל. או כיון דמ"מ יהי' הדין שחייב אמרינן דבמלתי' קאי ורק דחוי מדחי ואינו חוזר כלל כנ"ל:

דלכאורה להסוברים דיכול לחזור אין לזה טעם כלל דדחוי מדחי כיון דהדין דפטור ולמ"ש א"ש דניהו דמהני החזרה מ"מ שוב יהי' חייב כנ"ל. אך אפשר דמהני לגמרי החזרה מטעם הנ"ל. וי"ל הפי' דכל שלא תבעו אחר החזרה לב"ד אמרינן במלתי' קאי ומדחי וכשיתבענו שישבע או ישלם מסתמא ישלם כמו שאמר. אבל הא ודאי להפ' הנ"ל אם תבעו אחר חזרה ורוצה לישבע בב"ד לא שייך דחוי מדחי ולא קנה כפל כנ"ל:

שם רש"י שלם לבנים כו' מתו ואח"כ נגנבה כו' י"ל דפי' כן משום אין אדם מוריש קנס כו' וסברא דאקני גם בלא נייח כיון דשלו לא יהי' ובשלמו בנים י"ל דהספק אי באמת משלם כיון דהוא הקנה לנפקד ליוקרא ממילא גם הכפל שלו ובאמת פטור. משא"כ כאן למה לא יקנה לכפל עכ"פ. ודוחק. או כריטב"א דשם הקנה למי שישלם וקנאו הבנים למפרע הפרה:

שם שלם מחצה כו'. הא דלא נקיט מקצת דגם שליש ורביע כן. י"ל משום דקי"ל שותפין שהטילו לכיס זה ק' כו' ובשור לחרישה שהריוח ביחד חולקין בשוה. א"כ בשילם שליש וקנה שליש הבהמה ומ"מ יהי' ארבעה וחמשה לשניהן בשוה ויפסיד המפקיד מחלקו בבהמה לכפל ודו"ה ע"י תשלומי חלקו שיקנה. וסברא דלא איקני לי' כלל כדי שלא יפסיד בחלק שלא שלם כנ"ל. ולכך נקיט מחצה דאין הפסד ומ"מ מבעי' לי' אם קני כנ"ל:

שם רש"י פי' לא אמר מתחלה הריני משלם רק מחצה ע"ש. י"ל לאפוקי אמר הריני משלם ואח"כ שלם מחצה דלא חשיב חזרה ממחצה הב' רק עדיין לא שילם אבל במלתי' קאי. גם מה שפי' מהו לקנות חצי הכפל. הוא למעוטי אם נתפשר עם המפקיד בעד מחצה דלכאורה ספק אם קנה כולו כיון שנתרצה בעד המחצה. אך באמת ליתא ואפשר דגם חצי אינו קונה. דדוקא שילם מחצה ועדיין השבועה על מחצה הב' ולא יגרע משל המפקיד ע"י התשלומין משא"כ נתפשר עמו דלא שילם המחצה בשלימות שבעד זה מחל לו שבועה ממחצה הב' כנ"ל י"ל דלא קני:

שם גמרא אמר רב הונא ומשביעין אותו שבועה שאינה ברשותו. הנה לכאורה שבועה דאורייתא הוא. דכמו דאמר ר"ש ג' שבועות כו' דכשפוטר עצמו יש ש"ד שאינה ברשותו וא"כ אף דמשלם במאי נפטר משבועה זו. דניהו די"ל דלא חשדה תורה אותו רק כשאינו משלם משא"כ כשמשלם. מ"מ כמו דקי"ל ביש עיקר שבועה ומגלגל עליו לא מהני כשמשלם העיקר עד שישלם גם הגלגול או לישבע. וא"כ כ"ש בזה דמה התם דג"כ לא חשדה תורה בגלגול לחוד ומ"מ כיון שכבר יש גלגול חייב ולא נפטר בתשלומי העיקר. וכן בהנ"ל דיש על הש"ח שבועה שאינה ברשותו ועדיין אף שמשלם נשאר תביעת החפץ מהחיוב שבועה שזה לא שילם ועדיין יש החיוב עליו לישבע אף אם לא הי' ע"ז מצד עצמו חשד להשביע מ"מ כיון שכבר יש עליו החיוב שבועה לא נפטר בתשלומי מעות כנ"ל עד שישבע שאינה ברשותו דהחפץ לא שילם וכ"ש מגלגול דכאן עדיין נשאר מהעיקר שבועה לענין החפץ כנ"ל:

ואי משום דנימא דאין זה כפירת ממון השוה פרוטה כיון דמשלם כל שוי' וגם בגלגול אין נשבעין. ז"א דהא קי"ל יצאו כלים למה שהן ואפילו פחות מפרוטה חייב שבועה להגאונים ז"ל דחשוב. וא"כ כפירה זו דגוף החפץ אם היא בידו הוי כפירת כלי דאף פחות משוה פרוטה חשוב. ועכ"פ בכלי יהי' שבועה דאורייתא. ויש לדחות. דעכ"פ פחות משוה פרוטה שוה דבר מה וע"י חשיבות הכלי הוי כשוה פרוטה משא"כ בהנ"ל שאין שיוי כלום דכל השיוי משלם רק כלי לחוד בלא שיוי. ודוחק דמ"מ שוה דבר מה בין גוף הכלי לשוי' כיון שאין מצוי בשוק למכור דשייך עיניו נתן בה, וא"כ קשה לכאורה מאי פריך הש"ס אר"ה ממתני' דמלוה על המשכון דלמא ע"כ לא אמר ר"ה אלא אמתני' דהכא בש"ח שמשלם ולא רצה לישבע. דשייך טעם הנ"ל דיש עליו השבועה שא"ב מה"ת ולכך אף שמשלם עדיין לא נפטר לענין החפץ כנ"ל כמו בגלגול משא"כ ש"ש דחייב לשלם ואין עליו שבועה כלל. שוב מחשד זה כיון שמשלם אין עליו שבועה כלל דאינה ברשותו כנ"ל. ומנ"ל לגמרא דרב הונא גם בש"ש אמרה למלתי':

אך להפ' דמגו לפטורי משבועה בלא העזה אמרינן א"כ שפיר הוכיח דאי כנ"ל יהי' נאמן שאינה ברשותו בלי שבועה במשלם במיגו דהי' מודה פשעתי והי' משלם דלא הי' עליו שבועה כלל וליכא העזה וע"כ דסבר ר"ה דגם במודה חיוב ממון מ"מ איכא שבועה שאינה ברשותו וממילא גם בש"ש כן ופריך שפיר. אך באמת טעמא בעי:

וי"ל הטעם באמת כנ"ל כיון דאמרינן מגו לפטור משבועה מהימן כשמשלם שאינה ברשותו מיגו דפשעתי בלא שבועה מה"ת. משא"כ מדרבנן גם בפשע או בש"ש חייב וליכא מגו ונשאר השבועה דרבנן וא"כ שפיר כ' הר"ן פ' ש"ה והרא"ש סוף שבועות

דשבועה דר"ה רק שבועה דרבנן. דממ"נ מוכח אי אמרינן מגו לפטורי משבועה א"כ גם בש"ח אין שבועה מה"ת במגו כנ"ל. ואי לא אמרינן מגו לפטור משבועה. א"כ מוכח מהש"ס דא"כ מה פריך ממתני' אר"ה וע"כ דס"ל דדרבנן ואין חילוק בין שומר שכר לשומר חנם:

וא"כ להפ' דמגו לפטורי משבועה דאורייתא ולישבע שבועה דרבנן לכ"ע לא אמרינן. א"כ שפיר עכשיו דכבר תיקנו שבועה שאינה ברשותו אף בש"ש ובפשע. שוב בש"ח שמשלם איכא שבועה דאורייתא דלא מהני המגו משבועה דאורייתא לדרבנן ועדיין עליו שבועה דאורייתא כנ"ל. ויש נ"מ דניהו דלענין נחתינן לנכסי' אין נ"מ דהא משלם. וכן להיפוך אין נ"מ דתובע אינו יודע. וגם לנקוטי חפצא אין נפקא מינה דגם שבועת המשנה בנק"ח. מ"מ נ"מ גדולה לענין גלגול להפוסקים דגם בגלגול מתוך שאינו יכול לישבע משלם וזה דוקא בגלגול על שבועת התורה אבל גלגול על דרבנן לא עדיף מעיקר ולא אמרינן מתוך. ולהנ"ל בש"ח שמשלם וגלגל עליו על השבועה שאינה ברשותו על הגלגולים א"י אמרינן בהו מתוך וי"ל בזה בח"מ ס' ע"ב ע"ש:

ויש לפרש בזה הירושלמי הובא בריי"ף שבועות והרא"ש סוף פ' הכונס חד ב"נ אפקיד שק צרור וארעו אונס חד אמר מטכסין הוי מלא כו' נשבע ונוטל כו' שתמה הרא"ש ע"ש. ולהנ"ל י"ל דעוד קשה נפקד פטור באונס והוי לי' למימר פשיעה. ולמ"ש י"ל דבאמת פטור רק ששילם דמ"מ איכא שבועה שאינה ברשותו דאורייתא ממילא הגלגול דאורייתא דמטכסין. והוי על הגלגול מתוך אף דלא חשיב הודאה מקצת כמ"ש ראב"ד ע"ש. עוד נ"מ באינו רוצה לישבע על הגלגולים דאם דאורייתא נחתינן לנכסי' דגם הגלגול דאורייתא ואי דרבנן כשמשלם העיקר שוב הגלגול דרבנן ולא נחתינן לנכסי' כשאינו רוצה לישבע הגלגול כנ"ל:

ומיושבים בזה דברי הריי"ף שכ' סוף שבועות דכשמשלם העיקר צריך לישבע על הגלגול או לשלם וגאון הקשה מירושלמי דהכא אמר הריני נשבע וראה שמגלגל עליו שבועות אחרות וחזר ואמר משלם אני חוששין כו' ותי' הריי"ף דר"י דאמר לא חייבה תורה שבועה להחמיר אלא להקל פליג את"ק והלכה כת"ק ע"ש והרא"ש דחה דבריו שאין ענינו לכאן דהפי' חוששין שאמר הריני משלם כדי שלא ישבע הגלגולים ולא לעשות נחת רוח למפקיד ולא מקני לי' כפל ואמר ר"י לא חייבה כו' אלא להקל והוי כאמר מתחלה שמשלם ומקני לי' כו' והקשה דלפי' הריי"ף צ"ל דאין מגלגלין בדרבנן דכי נמי משלם אכתי יש עליו שבועה שאינה ברשותו דרבנן כו' דאף דריש ב"מ אמר דשבועת אינה ברשותו דאורייתא דכתיב אם לא שלח ידו כו' וכן שלא פשע דהיינו שבועת שומרין אגב

נשבע נמי שאינו ברשותו אבל כשמשלם כו' ואינו כו' שאינה ברשותו הך שבועה דרבנן כו' ע"ש:

והנה מ"ש הרא"ש אגב כו' נראה דסבר דעיקר שבועה שליחות יד ופשיעה ושאינה ברשותו ע"י גלגול. ומדברי כל הפוסקים להיפוך דשאינו ברשותו עיקר ע"ש. וממילא מוכח מדברי הרא"ש דאי הוי שאינה ברשותו עיקר מודה לסברא שכתבנו דהי' שבועת התורה גם שמשלם. רק דסובר דהוא גלגול וכן פי' בעל תי"ט דבריו. וממילא לדידן דאורייתא כנ"ל:

ומה שהקשה לפי' הרי"ף לא קשה כלל למ"ש דאף דמגלגלין בדרבנן מ"מ לא ישבע ולא יהי' נחתינן לנכסי' משא"כ כשלא ישלם ויהי' דאורייתא. או שיאמר אינו יודע על הגלגולים כנ"ל. וקמ"ל דעדיין לא נפטר מהשבועה דאורייתא עד שישלם הגלגולים או ישבע. אך מוכח ג"כ דכשמשלם השבועה דרבנן. אך למ"ש הטעם באמת משום מיגו כנ"ל בכל מקום שמשלם כנ"ל דסבר דאמרינן מגו לפטורי משבועה גם לדרבנן כנ"ל:

ולע"ד נראה פי' רי"ף ז"ל כפשטי'. דלפי' רא"ש ז"ל תמוה דברי ר"י לא חייבה תורה כו' להקל. מה ענין זה דאקני לי' דמ"ש הרא"ש דהוי כאמר מתחלה משלם אני. אינו מובן כלל הלשון לא חייבה תורה זה שייך לענין הדין. אבל לא לענין אי חשוב נחת רוח או לא. ועוד גם לרא"ש קשה הא לא נפטר מגלגול דרבנן. וצ"ל שטועה וסבר שיפטור וכן פי' תי"ט ע"ש:

ולכך נראה שגם הרי"ף מפרשו לענין כפל רק הפי' הוא כיון שאמר מתחלה אני נשבע ואח"כ שראה שמגלגל עליו אמר הריני משלם וא"נ חוששין שאמר רק כדי לפטור מהגלגולים וכיון שבאמת הדין שאינו פטור מצי הדר בי' ממה שאמר הריני משלם כיון שהחיוב בטעות שסבור הי' שיפטור מגלגולים. וממילא לא אקני כפל כמ"ש הרא"ש כאן לפשוט דהיכא דיכול לחזור בו לא אקני ע"י דיבורו. והיינו משום דת"ק סבר דצריך לישבע הגלגול או לשלם והוי טעות. ור"י פליג לא חייבה תורה כו' להקל כו'. וכיון שמשלם העיקר א"צ באמת לישבע על הגלגולים ואין כאן טעות ואינו יכול לחזור ממה שאמר הריני משלם ושפיר קני כפל כנ"ל. וכ' רי"ף שפיר דפליגי בזה כנ"ל. ואף דשבועה דרבנן יש אין כאן טעות דרצה לפטור משבועה דאורייתא שלא יהי' נחתינן לנכסי' או כנ"ל:

או דמיירי ירושלמי במינו מצוי בשוק דשבועה דרבנן שמא עיניו כו' ליכא כמ"ש הרמב"ם וש"ע. ולכך אמר שפיר שישלם כדי שיפטר לגמרי גם מגלגולים. ואמר הדין דחוששין דבשביל זה רוצה לשלם ועדיין החיוב שבועה דאורייתא עליו וצריך לישבע

הגלגול או לשלם. והוי בטעות ולא אקני כפל. ור"י פליג דבאמת פטור וממילא קני כנ"ל וא"ש בפשיטות הכל כנ"ל:

והנה נראה דאף במידי דלאו כלי ג"כ לא שייך טעם הנ"ל דנימא דאין זה כפירת ממון הש"פ כיון שמשלם דז"א דהא אין זה רוצה כלל לקנות המעות אם החפץ בעין תחת ידו. ואף דאם כבר נתן הוי רק חמסן מ"מ כיון דא"א לכופו לכתחלה למכור החפץ. וכיון שזה רוצה החפץ ולא דמיו רק שא"י מ"מ כיון שע"ז דנין עכשיו עדיין השבועה שאינו ברשותו כפירת ממון לגמרי כפירת החפץ דאף שרוצה לשלם הא הספק שברשותו ואין זה רוצה בתשלומין. והא אפילו תבעו דוקא וזה מודה שוה הוי טענו חטין והודה לו בשעורין דמה שתבעו לא הודה דאין זה רוצה דמים רק החפץ מכש"כ דלא מהני בתחלה מה שרוצה לשלם. כיון שזה תובע רק החפץ אם הוא בידו וע"ז כופר ויש כאן לגמרי השבועה דאינה ברשותו מה"ת. וא"ל דלא חייבה תורה שבועה רק בדבר שאם לא ישבע יש כפי' למיחות לנכסי' משא"כ בזה דמשלם אין עליו בב"ד כפי' יותר. ז"א דלר"פ דפריעת בע"ח מצוה והדין רק מכין אותו עד שתצא נפשו. ולהפ' דלא נחתינן לנכסי' ואעפ"כ חייבה תורה שבועה במודה מקצת כיון דאם יודה יהי' הדין מכין אותו עד שישלם. וכן כאן אם יודה שברשותו יהי' הדין מכין אותו עד שישיב גוף החפץ ולא דמיו. ושייך בי' שבועה דאורייתא כנ"ל. וא"כ גם בשומר שכר או שומר חנם שאומר פשעתי איכא לאסתפוקי דניהו דכשכבר שילם וזה קיבל דמיו י"ל דא"י להשביעו שוב מה"ת שאינה ברשותו כיון דקיבל דמיו אין כאן כפירת ממון שוב דהוי שוב רק חמסן. אבל אם הלה אינו רוצה לקבל דמיו שמא החפץ ברשותו שפיר י"ל דיש עליו חיוב שאינה ברשותו מה"ת דהוי כפירת ממון ולא גרע משומר חנם כנ"ל. ואחר השבועה צריך לשלם. דע"י השבועה שמבורר שנגנב מרוצה זה בתשלומין. ואעפ"כ הי' השבועה כדין כנ"ל:

וא"כ י"ל דר"ה לגמרי קא' משביעין אותו שאינה ברשותו מה"ת בכל השומרין ופריך הש"ס שפיר ממלוה על המשכון. ואין להקשות דא"כ למה אמר דש"ש לא משכחת כפל בטוען טע"ג הא שפיר משכחת שנשבע שאינה ברשותו מה"ת וכיון שנמצא בידו הוי כפיר'. דז"א דלא חייבה תורה רק כשפוטר עצמו בשבועתו לא כשעדיין חייב לשלם. דחזרה קרן לבעלים כדאמר פ' מרובה ולא מחייב כפל כה"ג כיון דעל כפירתו מחייבו ולא כפר שיוי ממון כנ"ל וחמסן לא מחייב משא"כ כשדנין בתחלה כנ"ל:

והרא"ש לטעמיה דשאינו ברשותו רק גלגול על שלא פשעתי א"כ ממילא במשלם או בש"ש אין שבועה שא"ב ממילא משא"כ לדידן דהוי עיקר י"ל שפיר כנ"ל גם בשומר שחייב לשלם מ"מ שא"ב מה"ת. וקצת משמע הלשון כן משביעין כו' דאי תקנתא דרבנן

הוי ליה לפרושי דמה"ט תיקנו. ועוד דלא מצינו כלל שבועת המשנה לפטור רק בנוטלין דמפרש במשנה. ולמה באמת ליתא במשנה בשום דוכתא. ועוד דאי תקנה מנ"ל לש"ס דשבועות המשנה הוא דלמא תיקנו אח"כ כדאמר ר"נ משביעין אותו היסת וניתקן אח"כ. ודלמא ר"ה ג"כ הכי קאמר דתיקנו אחר המשנה. וע"כ דמשמע לגמרא דאין כאן תקנה כלל רק מדינא ופריך שפיר כנ"ל. אמנם צ"ל טעם הפ' שהוא דרבנן. דמ"מ לא מצינו בתורה השבועה דאינו ברשותו ושאר שבועות רק בבא לפטור עצמו. א"כ א"א ללמוד מזה לחייב שבועה כשמשלם ואין הלה נפסד ודוחק:

שם אמר ר"ה ומשביעין כו' פירש"י אמתני' דשילם כו' קאי כו'. קשה מה ענינו לכאן אמתני' דד' שומרין הוי ליה לר"ה לומר הדין דגם שומר שמשלם צריך לישבע כו'. וי"ל דקמ"ל דאף דאמר הריני משלם ואיני נשבע וזה קיבל דלא אמרינן דמחל לו כל השבועות גם שבועה שאינו ברשותו כיון שלא הי' מחויב לשלם. וקמ"ל דמשביעין אותו. דלשון הריני משלם ואינו נשבע הפי' אותן השבועות שהן בעד התשלומין שהדין בהם ישבע או ישלם אבל שא"ב שמחויב גם כשמשלם אינו בכלל זה כנ"ל. ומיושב גרסת הרי"ף ג"כ אמר הריני משלם משביעין אותו שא"ב שתמוה הא גם שילם משביעין עיין ברא"ש ז"ל. ולמ"ש י"ל אדרבא לא מבעיא שילם א"י להוציא אלא אף אמר הריני משלם ואיני נשבע כלשון הברייתא והמשנה שילם ולא רצה לישבע דג"כ הדין דלא מצי הדר ביה כמ"ש תוס' והרא"ש. ואמר שפיר דמשביעין אותו שאינה ברשותו היינו דמחויב לשלם וגם משביעין אותו שא"ב וא"י לחזור בו שלא אמר הריני משלם רק בשביל כל השבועות. ועתה שרוצה להשביעו שא"ב הוי בטעות קמ"ל דלא כנ"ל:

והרא"ש פי' להרי"ף דקמ"ל באמר הריני משלם דכל שלא נשבע שאינה ברשותו לא מקני כפל דלא סמכא דעתיה עד שישלם דסובר שכשיבא לישבע יחזיר ע"ש. ואינו מובן דמאי חילוק הא עכ"פ או ישלם או יחזיר החפץ. וכיון שאין מקנה לו אז בשעת תשלומין רק מתחלה לכשתגנב ותשלם כו' או שיאמר ה"מ למה לא יקנה לו על כשתגנב הא אי גנב באמת לא נתן עיניו בה:

והיה נראה גם לרש"י אף דשילם ולא נשבע שא"ב לא מקני ליה דהוי כשילם מחצה כיון דעליו ב' החיובים לשלם וגם לישבע שאינה ברשותו ולא סגי בחד א"כ במה ששילם עדיין אינו מרוצה עד שישבע לא נתקיים התנאי דתנאי היה שתגנב ותרצה כו' שיהיה מרוצה שנותן לו המגיע ממנו ומה"ט בעי שילם מחצה ולכך גם בזה שחסר השבועה השייך להתשלומין גרע משילם מחצה דשם מהמחצה לא יגרע מהמוטל עליו משא"כ שאינה ברשותו דשייך לכל התשלומין וחסר לא אקני לי'. ואף דלענין הקנין לכשתגנב

א"כ באמת אינו ברשותו אף שלא ישבע. מ"מ התנאי שיהיה הוא מפויס אז למחצה וכיון שנשאר לו הספק שמא ברשותו ואינו רוצה בדמיו אדעתא דהכי לא אקני כנ"ל. ולפי' הרא"ש בהרי"ף י"ל דוקא באמר הריני משלם דלא סמכא דעתיה היינו די"ל דבאמת יכול לחזור בו כשרוצים להשביעו שאינה ברשותו דיכול לומר שלא רצה לשלם רק כדי שלא ישבע כלל וא"י להוציא ממנו. וממילא לא אקני עד שישבע משא"כ שילם דא"י להוציא וצריך לישבע כנ"ל. או דאף אי לא מצי הדר ביה כמ"ש לעיל מ"מ לא סמכא דעתיה במה שאמר הריני משלם דשמא היה כוונתו שלא ישבע כלל וכשיחייבוהו שבועה שא"ב יחזור בו ואף שלא יועיל יהיה אטרחיה לב"ד שיצטרכו לגבות בע"כ ולא אקני ליה כמ"ש תוס' משא"כ שילם דאף שלא ירצה לשבע מ"מ הא בתשלומין לא אטרחיה לב"ד ושפיר נמצא גנב קודם שנשבע שאינה ברשותו ג"כ קנה משא"כ באומר הריני משלם לא קנה עד שנשבע כנ"ל לדעת הרא"ש:

וקשה לדעת הרא"ש ז"ל מאי פריך ב"ק ק"ח ארבא דנשבע ושילם מקני ליה מרישא דשילם ולא רצה לישבע הא י"ל אדרבא לא מבעיא נשבע קודם דכבר נשבע שאינה ברשותו ודאי אקני' ליה וקמ"ל מתני' דאף שלא נשבע ושילם ולא רצה לישבע מ"מ מקני ליה כיון דשילם אף שלא נשבע שאינה ברשותו עדיין. והוי א"ש ג"כ מה דתני שילם דקשה לר"י דסגי באמר הריני משלם ולהנ"ל שפיר תני דוקא שילם כיון שלא נשבע לא סגי באמר כנ"ל. וי"ל דבאמת כן הפי' והיינו דמשני לא רצה לעמוד בשבועתו היינו לפטור ע"י השבועה רק שילם. וכלל שתי הדינים במשנה ודוחק. וי"ל דמשמע לש"ס דלא רצה לישבע אותן השבועות שבעד החיוב תשלומין משא"כ שאינה ברשותו כמ"ש לעיל וג"כ דוחק. ואפשר דבאינו רוצה לישבע שאינה ברשותו מודה הרא"ש דלא מקני ליה אף ששילם. רק בסתם קודם שנשבע מהני נמצא הגנב בשילם משא"כ באינו רוצה כנ"ל. וא"א לפרש במשנה לא רצה לישבע שאינה ברשותו ג"כ דא"כ לא קנה:

עוד היה נראה לפ' דקמ"ל ר"ה ומשביעין אותו שאינה ברשותו דדוקא שילם בסתם ועדיין נשאר החיוב עליו לישבע שאינה ברשותו קני כפילא. אבל אם פירש להדיא שמשלם כדי שיפטור אף משבועה שאינה ברשותו והוא קיבל ומחל לו בשביל התשלומין שבועה שאינה ברשותו לא קני כפל. דגרע משילם מחצה דהמחצה שילם לגמרי משא"כ בזה הוי כנתפשר עמו הכל בעד מחצה כמ"ש לעיל די"ל דלא מהני דלא שילם כלל כדינו וגם בזה דשבועה שאינה ברשותו מחויב אף שמשלם. ונתפשר שבעד התשלומין מוחל השבועה שאינה ברשותו וחסר לו מגוף התשלומין לא אקני ליה כנ"ל. אולם לכל פירושים הנ"ל

אינו מדויק דר' הונא אמר רק משביעין. ולא הזכיר כלל מקנין הכפל דלפי' היה לו לומר דוקא כשנשבע כו'. ולפי' רש"י דלא מיירי כלל מכפל קשה דאין לו שייכות לכאן:

והנה לרש"י ז"ל אין הוכחה לדין הרא"ש. וי"ל דאף שאינו רוצה כלל לישבע שאינה ברשותו מ"מ קנה הכפל כיון דשילם ואם כן יש לפרש כפשטיה דהא כיון דאמרינן לכשתגנב ותרצה כו' קנויה לו מעכשיו וכיון דנתקיים התנאי ששילם קנאו למפרע שוב אין כאן שבועת שומרין דאינה ברשותו. דנתבטל השמירה למפרע והיה שלו בתורת קנין. דבשלמא אם הקנין תליא בהשבועה דכל שלא נשבע לא אקני ליה אם כן עדיין לא קני ושייך השבועה כנ"ל. אבל אי אמרינן דלא תליא בזה דמ"מ שילם. וזה חיוב בפני עצמו שאינו מגרע כח התשלומין. ושפיר קנאו למפרע אם כן לא יצטרך כלל לישבע שאינה ברשותו. ואף דהא ספק זה שמא ברשותו ואם באמת ברשותו מסתמא לא אקני ליה זה אינו דלא חייבה תורה שבועה בטענת ספק רק בשומרין כו'. ואם כן כאן שנתקיים התנאי ושילם וקני למפרע. אף שלא נשבע שאינה ברשותו דכל שהוא ספק לו אם ברשותו אקני ליה אף שלא נשבע. רק דנשאר ספק מצד עצמו שמא ברשותו ולא הקנה לו אם כן זה רק כשאר טענת ספק שלא בשומרין אם קנה החפץ למפרע אי לא ואינו יכול להשביע על זה כלל בטענת ספק וחזקת מרא קמא ליכא דהוי כבעל הבית עשוי למכור כליו דמכירה זו לכשתגנב יודעין שמכר כנ"ל. וגנובין לא מהימן עיין שם. ושמא ברשותו הוי גובין דאחזוקי בגזלנא לא מחזקינן כנ"ל ושבועת שומרין ליכא דאינו שומר כיון דשילם כנ"ל. ושפיר קא משמע לן ר' הונא גוף הדין דמשביעין אותו שאינה ברשותו אף דשילם כנ"ל:

והטעם דהא שבחא דאתי מגופיה לא אקני כו'. והיינו שאינו רוצה שעל ידי הקנין יהיה נפסד מה שכבר יש לו עיין שם. ואם כן כאן שעל ידי שיקנה לו למפרע כו' יפסיד השבועה שאינה ברשותו שיש לו עליו יש לומר דשוב לא אקני ליה דמגרע כחו החיוב שיש לו עליו כנ"ל. ומהאי טעמא משביעין דאי אפשר לומר שיהיה פטור על ידי זה אם כן לא אקני לי' כלל כנ"ל. אך אינו מוכרח דיש לומר כיון דתלי' זה בזה ממילא פטור דמ"מ הא קנה למפרע דבשלמא שם אפשר לשייר חוץ משבחא מגופה משא"כ כאן דאי אפשר למפלג וכיון שהקנה לו מעכשיו ממילא פטור משבועה כנ"ל. אך שוב אמרינן התנאי באמת רק כשישלם וגם ישבע שאינה ברשותו. כיון דאם יהיה התנאי על התשלומין לחוד יפסיד לגמרי החיוב שבועה שאינה ברשותו. והא זה אינו רוצה וממילא התנאי שישלם וישבע. ושפיר כולל ר"ה ב' הדינים דקא משמע לן כאן דאף דשילם משביעין כו' אף דקנה למפרע מעכשיו כנ"ל. וממילא שאינו קונה עד שישבע כנ"ל:

וגם לגירסת הרי"ף שפיר כנ"ל דאמר הריני משלם משביעין כו' דגם כן הוי לן למימר כיון דהתנאי כשירצה כו' ויאמר הריני משלם מקני ליה שוב קנאו ופטור משבועה שאינה ברשותו. קא משמע לן דלא רק צריך לישבע דלא אקני כנ"ל. ושוב גם בשילם הדין כן דלא נפטר מהשבועה. וממילא לא קני קודם כנ"ל:

ובזה מיושב הגמרא ריש בבא מציעא דפריך ארב הונא נימא מיגו דחשיד כו' ומשני דמי קא יהיבנא כו' לא תחמוד בלא דמי כו'. ומדמי לחמסן דיהיב דמי עיין שם. ומה דמיון הא שם בתלוה וזבין. אבל כאן לא מכר לו כלל ולא שייך אגב אונסא וזוזי מקני. ולהנ"ל שפיר כיון שבאמת הקנה לו מעכשיו כשתשלם כו'. רק אם הוא ברשותו אף דאקני לי' מ"מ הא הוא כפה אותו לזה הקנין במה שכופרו ושייך כנ"ל כמו תלוה וזבין כנ"ל:

שם ויוציא הלה כו'. קשיא לי להפוסקים ריש סי' ע"ה דאף אי צריך לברר דבריו מ"מ כשאינו מברר אינו מפסיד בפרט כשרואין שאי אפשר לברר עיין שם. וגם בשבועה כן דייק המרדכי מהא דספק מלוה כו' דאמר משתבע נמי מספיקא והא נשבע לא לוה וזה ודאי שקר וע"כ שנשבע רק שאינו חייב בלי בירור איך עיין שם:

וא"כ כאן ניהו דעל שבועות כמה היה שוה שייך שמא יוציא ויפסלנו כו'. מ"מ ישבע הלוה שאינו חייב לו יותר מדינר בלי בירור איך. ולא יופסל כלל אם יוציא אף שטען כן מ"מ לא מפסל שמא פרע וכה"ג. ובשלמא למסקנא מי נשבע תחילה אתי שפיר דזה רק לכתחילה שצריכין לברר וראוי שישבע זה תחילה כדי שיכול לברר זה בשבועה כמה היה שוה. אבל לשאר התי' דעל ידי שמא יוציא כו' יהיה שכנגדו נשבע ונוטל קשה למה הא אינו מפסיד על ידי שאינו יכול לברר וכאן הא אין יכול לברר בשבועתו שאין מניחין אותו הב"ד אף שרוצה לברר ולמה יפסיד. יהיה די כשנשבע שאינו חייב יותר כנ"ל:

ואפשר לומר דכאן דהא טענת לוה יש לי בידך כנגדו על ידי המשכון ולא מהימן בשאר דוכתי בלי מיגו רק כאן כיון שידוע שהיה בידו משכון ממילא הספק כמה היה שוה הוא ספק מבורר לפנינו. ובזה נאמן בלי מיגו. ואם כן כל נאמנות שלו הוא מצד הטענה כמה היה שוה שפיר לא מהני עד שישבע מפורש כמה היה שוה. דבשלמא התם דהטענה איני חייב לך נאמן גם בסתם בלא הבירור שפיר אף דאינו מברר בשבועה הוי השבועה שאינו חייב בלי בירור דגם כן נאמן. משא"כ כאן דמה שנאמן הוא רק משום בירור הטענה דכמה היה שוה שבאופן זה יש לו בידו כנגדו ושוב לא מהני שישבע בלי בירור כנ"ל:

אך הא גם כאן אית ליה מיגו דפרעתי אותו הדינר שכופר ששוה המשכון יותר. וא"כ נאמן יש לי בידך כנגדו מצד עצמו במיגו דפרעתי אף בלי טענת כמה היה שוה. ושוב יהיה די בשבועה שאינו חייב בלי בירור כנ"ל. אך י"ל דהא לאביי כל חיוב השבועה

משום שמא ספק מלוה ישינה כו'. ואם כן כיון דלכתחילה צריך לברר אם כן אם יטעון פרעתי דינר זה שפיר יצטרך לברר בשבועתו והוא ודאי שקר מה שאין כן עתה שטוען ששוה דינר יותר דאי אפשר לו לברר מטעם שמא יוציא כו'. והדין יהיה דישבע בלי בירור רק סתם שאינו חייב. ואם כן שוב אין כאן מיגו דלכך טוען שוה יותר דהדין דישבע סתם והוא רק ספק שקר כשיש לו מלוה כו'. משא"כ כשיטעון פרעתי דאפשר לברר ויצטרך לישבע מפורש. ושוב אין כאן מיגו אם יהיה הדין כן וממילא רק מצד הטענה כמה היה שוה ושוב גם עכשיו צריך לברר גם בא"א כנ"ל. ושייך שמא יוציא כנ"ל:

שם יוציא כו'. פירש"י ויפסלנו כו'. אינו מובן כיון שהאמינה תורה בשבועה מסתמא אמת ולמה נחוש דהוא שקר ויפסל. ואפשר דהא איכא מיגו דנאנסה למלוה רק מיגו להוציא לא אמרינן וחזקת ממון אינו מברר רק דאין להוציא. אבל לענין החשש שמא יוציא שפיר אין מאמינים שמסתמא אמת כמלוה ויוכל לפסלו אם יוציא כנ"ל:

עוד תמוה כקושית תוס' וכי תקנה לרמאי. ועוד למה חשו יותר משיפסל לרשע מגוף האיסור דשבועת שקר. ולמ"ש לעיל י"ל דסבר רש"י באמת כהפוסקים דא"צ לברר אף לכתחילה ויכול לישבע סתם שאינו חייב יותר מדינר רק מ"מ אפשר דיכול לפסלו כיון שטען בב"ד ג' היה שוה וחייבוהו שבועה ונשבע שאינו חייב יותר והא לא טען טענה אחרת. ונתברר אחר כך דשוה רק ב' אפשר דפסול דלא תלינן במלוה ישינה להכשירו כשודאי עבר כמו שכתבו תוס' בכופר בפקדון וגזלן. או דעכ"פ לעז לפסלו איכא כמו שכתבו תוס'. ואם כן עכשיו שניתן לו השבועה דכמה באמת תלינן במלוה ישינה דמהאי טעמא לאביי נותנין לו השבועה. ואם כן שפיר איך ניתן לו שבועה משום מלוה ישינה. הא אי כן יש לחוש שיפסלנו בחנם. דעכשיו דתלינן רק ספק לא ישבע אבל ודאי מלוה ישבע. וכדין ישבע. ואעפ"כ יהיה לעז פסול אח"כ ושפיר לאו תקנתא לרמאי כנ"ל. ופריך שפיר גם אי משתבע מלוה כו'. דגם לו יהבינן השבועה משום ספק מלוה. ויש לומר חשש הנ"ל דודאי מלוה וישבע כנ"ל:

עוד י"ל דהא שומא צריך ב"ד. וא"כ מה ששם בעצמו החפץ דכך הי' שוה שפיר תלינן בטעות דאי אפשר לו לצמצם שויו כמו ע"פ ב"ד. רק מ"מ א"א להוציא כיון דאומר ברי כך הי' שוה אבל על שבועה חוששין שטועה כנ"ל. וסבור כן. והוי ממש כהא דשכיר דמשום בעה"ב טרוד וסובר שקלוה ויהבו שבועה לשכיר כנ"ל. ואף דגם במלוה שייך זה י"ל דדוקא הנפטר שייך אף שאינו ברור רוצה ליפטר מספק וסומך על אומדנא שלו כיון דגם בס' פטור וחיישינן שישבע ג"כ על אומד שלו. אבל הנוטל אין סברא כשאין ברי אצלו רוצה ליטול מספק על האומד. לכך סומכין שלא ישבע רק אם ברור לו. ומה דפריך

כי משתבע מלוה היינו בסיפא שהמלוה מודה מקצת נימא אצלו שמא כו' דהמלוה הנפטר ושייך כנ"ל. ומשני. ולכך על גוף איסור השבועה לא חשו דהוי שבועת שגגות דלבי' אנסי' רק מ"מ כשיתברר אח"כ יופסל דלא תלינן בטעות ולא מהימן שוגג הייתי והפסול שלא כדין כנ"ל. ודוחק:

שם והוינן בה כו' אסיפא כו'. לכאורה לא הוצרך להביא זה איך שהוא הפי' עכ"פ תנן יוציא כו' וכיון דנשבע היך מפיק לה כו'. וי"ל דלכאורה קשה להמבואר בש"ע והגאונים הובא ברי"ף ורא"ש סוף הכונס דעשו תקנת נגזל בפקדון. ובפשיעה וא"י כמה נאמן המפקיד שהי' כך וכך ונוטל ע"ש. וליש פוסקים אף בטוען הנפקד ברי כדקי"ל בנגזל ועכ"פ בנגזל לכ"ע כן. וסי' ע"ה מבואר כשאין רוצה להשיב לב"ד על מה ששואלין דנין אותו כאלו הודה וכאלו הי' ודאי כן ע"ש. וא"כ בשבועה כיון שהדין מתוך שאינו יכול לישבע משלם וכ"ש כשאינו רוצה לישבע דחייב לשלם ודנין כאלו היו יודעין שחייב כיון שאינו רוצה לישבע וא"כ נראה בשבועה שאינה ברשותו כשאינו רוצה לישבע דנין כאלו יודעין שברשותו. וא"כ נאמן המפקיד כמה הי' שוה משום תקנת נגזל דכיון שאינו רוצה לישבע שאינה ברשותו ואם באמת ברשותו הוי כופר בפקדון שהוא גזלן ונאמן הנגזל כמה הי' הפקדון ככל נגזל. ממילא אם אינו רוצה לישבע שאינה ברשותו ג"כ שייך תקנת נגזל כנ"ל. ואין לומר דכיון דמשל' דמי' לא שייך תקנ' נגזל בחמסן. ז"א דלהרמב"ם ז"ל עיקר התקנה במשנה פי' שנכנס לביתו למשכנו היינו בחובו ומ"מ גזלן הוא לענין התקנה. אף דנתן דמיו ע"ש. וכ"ש בכופר כנ"ל דגרע מפשיעה עכ"פ. וא"כ לא קשה כלל ממתניתין ארב הונא די"ל דמירי שאין המלוה רוצה לישבע שאינו ברשותו ואדרבא משום דרב הונא ממילא כשאין רוצה כנ"ל הדין משום תקנת נגזל דהלוה נשבע ונוטל כמה הי' שוה. דאין חילוק בתקנת נגזל בין מחולק אם הי' יותר או ששוה יותר. וא"כ כיון דראוי להיות הדין דנשבע הלוה ונוטל. ושייך שמא ישבע לוה כמה הי' שוה ויוציא אח"כ מלוה הפקדון ויפסלנו כו'. לכך הדין דנשאר השבועה גבי מלוה. ושפיר קאי מי נשבע אסיפא דמלוה מודה מקצת. רק כיון שאינו רוצה לישבע שאינה ברשותו דרב הונא וא"א למיחות לנכסי' דהא משלם. רק הדין כאלו יודעין כנ"ל משום תקנת נגזל הי' ראוי להיות לוה נשבע ונוטל. ומשום שמא יוציא כו' א"א ללוה לישבע. ונשבע השבועה למלוה ולא עקרוהו מיניה. דאף דשם בנגזל כשאין הנגזל יכול לישבע אינו נוטל כלל משום דהגזלן אינו יכול לישבע דפסול. משא"כ כאן דאף שדנין אותו כנגזל משום שלא נשבע שאינה ברשותו אבל פסול לא הוי ונשאר הדין דנשבע ונפטר. ולא הי' קשה ב' קושיות הגמ' לא דרב הונא. וגם מי נשבע קאי שפיר אסיפא כפשטיה:

וא"ל דא"כ הא לרבנן אין צריך מודה מקצת בתקנת נגזל כמבואר פ' כ"ה. וא"כ גם ברישא שהמלוה כופר הכל יהי' גם כן הדין דתקנת נגזל כיון שאינו, רוצה לישבע שאינה ברשותו. ז"א דהא לכאורה יש לדחות הנ"ל דכמו דחשיד בשבועה דרבנן תקנתא לתקנתא לא עבדינן ממילא כיון דשבועה שאינה ברשותו דר"ה הוא דרבנן. א"כ מה שנדון עי"ז שהוא בידו להיות שייך תקנת נגזל הוי תקנתא לתקנתא דלא עבדינן כנ"ל. אך בסיפא דמלוה מודה במקצת א"כ ע"י גלגול מחויב לישבע שאינה ברשותו מן התורה. דבשלמא בלא דר"ה אפשר דלא שייך כלל שבועה שאינה ברשותו כשמשלם אף ע"י גלגול משא"כ כיון דר"ה דשייך השבועה רק כשמשלם לא חייבתו תורה שבועה אבל ע"י גלגול הוא מן התורה ושפיר כיון שאינו רוצה לישבע שייך תקנת נגזל כמו דלרוב הפוסקים שייך מתוך שאינו יכול לישבע משלם בגלגול. וא"כ שפיר ברישא דהמלוה כופר הכל לא שייך תקנת נגזל לרבנן דר"י דהוי תקנתא לתקנתא ופטור. משא"כ בסיפא שפיר חייב מן התורה שאינה ברשותו. ושייך תקנת נגזל ומשום שמא יוציא אוקמוהו אדינא שיהי' נשבע ונפטר כנ"ל להפוסקים דשייך תקנת נגזל גם בברי כנ"ל:

ומיושב דמייתי הש"ס הא דשמואל דאסיפא דרישא קאי. ואז פריך שפיר ארב הונא דע"כ לא סבר שמואל כנ"ל. דאל"ה הוי מוקי לה אסיפא כנ"ל:

והטעם דשמואל לא מוקי כנ"ל. י"ל דא"כ רישא קשה למה פטור הא צריך לישבע ע"י גלגול כדפריך לקמן ועכ"פ חייב שבועה ע"י גלגול כמה הי' שוה. וע"כ ביש עדים וכה"ג דאין כאן שבועה שאינה ברשותו משום א"א לאוקומי כנ"ל:

ויש לישב בזה הגירסא בשבועות סוף פרק ש"ה שהביאו תוס' שם והשתא דאמר ר"א זה נשבע כו' ולעולם אסיפא קאי ודחו תוס' איך אפשר ע"ש. ולמ"ש א"ש דלמסקנא דר"א מוקי כנ"ל. ורישא במאמינו רק בסיפא אין דרך להאמינו שנפסד ממון ע"י שיאמינו כמ"ש תוספ'. וא"כ לא קשה ברישא ע"י גלגול כיון שמאמינו. ושפיר קאי מי נשבע בין אסיפא דרישא ובין אסיפא דסיפא דרישא הפי' מי נשבע תחלה. ובסיפא כשאין מלוה רוצה לישבע שאינה ברשותו דהי' ראוי להיות נשבע ונוטל כשאין מאמינו מ"מ מי נשבע כו'. רק מלוה ולא עקרוהו משום שמא יוציא כנ"ל. וא"ש דלא תני בהדיא מי נשבע תחלה דקאי גם אסיפא כנ"ל:

דף לה.

וכיון דמשתבע שאינה ברשותו כו'. לכאורה קשה הא מנורה גדולה וקטנה הוי טענו חטין והודה לו בשעורין דפטור אף משעורין רק בדמי קי"ל דחייב. וא"כ למה שכ'

הפוסקים דעיקר טעמא דרב הונא משום דלא תחמוד בלא דמי משמע לאינשי ומורי היתירא הטילו שבועה עליו כמו שלוחין ושותפין כו'. וא"כ לכאורה כאן הא לפי דברי הלוה ששוה יותר ואינו משלם הכל א"כ אין כלל על המלוה שבועה שאינה ברשותו דאם הוא באמת ברשותו אינו משלם הכל ולא שייך מורי היתירא. וע"כ דז"א דמ"מ כיון דלדברי המלוה ששוה רק כמו שאומר יש עליו שבועה לא נפטר משבועה שאינה ברשותו. ועוד דלדברי תובע עדיין עליו החיוב שבועה שאינה ברשותו מן התורה כיון שאינו משלם כל דמי החפץ. רק דאי לאו דר"ה הי' זה רק כפירת שבועה דלדברי מלוה שרק שוה ב' אין עליו שבועה שאינה ברשותו דמשלם הכל ולא צריך לישבע מן התורה. רק משום דר"ה אם כן ממ"נ יש עליו שבועה שאינה ברשותו דלדברי לוה מן התורה ולדבריו משום דר"ה כנ"ל:

אמנם למ"ש א"כ איכא לאוקמי שתובע הלוה שהי' חפץ גדול השוה ב' ומודה חפץ קטן ששוה רק ה' דינרין דהוי טענו חטין והודה לו בשעורין. רק כיון שנאבד ותובע רק דמיו חייב מלוה דהוי דמי חטין ושעורין כנ"ל:

וא"כ לא שייך כלל שבועה שאינה ברשותו דר"ה שמא עיניו נתן בה. הא אם אמת כדברי מלוה שהיא מנורה קטנה א"כ גם אם יראה החפץ ישאר שלו דהוי טענו חטין והודה לו בשעורין שפטור גם מגוף החפץ. ואי כדברי הלוה אין עליו כלל שבועה דר"ה. רק מחשש שמא אמת כדבריו ומשלם ומורי דמי יהיבנא. וא"כ אי כדבריו לא שייך עיניו נתן בה ואינו צריך כלל לישבע שאינה ברשותו משום דר"ה כנ"ל:

אך י"ל דהא בטענו חטין והודה לו בשעורין בתפס התובע מהני ולהרבה פוסקים אף שלא תפס גוף הדבר ע"ש. א"כ הכא דקאי על כשהלוה מודה במקצת שפיר פריך דצריך מלוה לישבע שאינה ברשותו גם אי כנ"ל. דשייך שאם ברשותו ויראנה לא יצטרך לוה להחזיר לו גם מה שמודה עד שיחזיר החפץ דתפוס ועומד הוא ומהני גם לזה שיוכל לתפוס יותר עד שיחזיר לו דשתפוס לא הוי כלל מחילה והודאה ע"ש:

ובמ"ש יש לישב מאי דפריך אח"כ רישא דסיפא תיובתא לרב הונא כו'. ולמה לא פריך מיד מרישא וסיפא כנ"ל. ולמ"ש א"ש דמרישא לא הוי קשה כלל די"ל כנ"ל וברישא שהמלוה כופר הכל אינו צריך כלל לישבע שאינה ברשותו דאין הלוה תפוס ושייך כנ"ל. רק מסיפא דפריך כנ"ל ומשני ר"א מי נשבע תחלה. וע"כ דלא מיירי במנורה גדולה וקטנה רק ב' חפצים ומודה באחת או כך וכך מדה וכה"ג דלא שייך טענו חטין ופריך רישא דסיפא כנ"ל. דא"א לומר דסבר שיכול לתפוס יותר משיוי המשכון אם הוא ברשותו דא"כ ל"ל טעמא דשמא יוציא כו' לזה נשבע תחלה שאינה ברשותו הא בלא זה

אינו מודה מקצת כלל עד שישבע שאינה ברשותו כמ"ש הר"ן שבועות. דאם ברשותו גם המותר אינו חייב. וע"כ דאינו יכול לתפוס יותר משויו. ופריך שפיר גם מרישא דא"א לומר כנ"ל דע"כ לא מיירי בגדולה וקטנה דגם תפיסה לא מהני כנ"ל שישאר לו ולא יועיל התפיסה רק על שויו וזה רוצה לשלם גם עתה וע"כ היכא דלא שייך טענו חטין והודה לו בשעורין ופריך כנ"ל מרישא ארב הונא כנ"ל:

ולמ"ש בח"מ לישב קושית מינו מצוי לרמב"ם ז"ל גם הנ"ל מיושב ע"ש:

שם שיש עדים שנשרפה אי הכי מהיכא מייתי לה. אינו מובן מה עלה ע"ד רבה. וי"ל למ"ש הרא"ש למ"ד עד המסייע פוטר במפקיד בשטר דנקיט צריך בעדים היינו עדות המועיל כלומר עד אחד ע"ש. א"כ גם כאן י"ל שיש עד אחד שנשרפה ונקיט עדים היינו עדות המועיל לפטרו משבועה. ומ"מ לענין שמא יוציא חיישינן ורבא דחי מהיכא מייתי כו' דכיון דע"א נאמן לפטרו משבועה שאינה ברשותו נאמן גם לענין החשש שלא ניחוש שמא יוציא:

עוד י"ל להמבואר בש"ע ס' רצ"ג ביש עדים שנשרפה חפץ אחד ואינו יודע אם זה של הנפקד אינו צריך לישבע שאינה ברשותו כיון שידוע והוא טוען זה הוא והקשה ב"ח א"כ מה פריך כאן מהיכא מייתי לה הא י"ל כנ"ל ופטור משבועה שאינה ברשותו ושייך שמא יוציא ע"ש. וי"ל דהנה תמוה עוד למה נקיט נשרפה שע"כ באונס או פשיעה ואין זה דין שומר שכר דמיירי בי' המשנה דתני אבד ולמה לא אמר שיש עדים שאבד כלשון המשנה אבד המשכון. ולכך י"ל להיפוך דרבה סבר אם הי' עדים שאבד או נגנב לא היו חוששין שמא יוציא דמהיכא מייתי לה ולא ס"ל דטרח כו'. רק דהנה ישבו שם הפוסקים קושית הב"ח דדוקא כשפוטר עצמו בטענתו שיש שבועה דאורייתא פטור כה"ג דיש עדים שנאנס חפץ א'. משא"כ שבועה דר"ה כשמשלם שתקנו משום מורי היתירא גם כה"ג חייב דמ"מ שייך דמורי ע"ש:

וי"ל דלכך לא מוקי רבה ביש עדים שנגנב. דאי חפץ זה מהיכא מייתי. ואי סתם חפץ א' עדיין חייב שבועה דר"ה כיון שמשלם כנ"ל. ולכך מוקי דיש עדים שנשרף היינו חפץ א' כנ"ל. ובאמת באונס רק הוא עצמו מודה שלא זה החפץ שנשרף וזה הי' שלו והמשכון אבד כלשון המשנה. ומ"מ פטור משבועה דר"ה דלהפוסקים דאמרינן מיגו לפטורי משבועה בלא העזה א"כ נאמן שאבד מגו שהי' אומר שזה שנשרף הי' המשכון והי' פטור משבועה שאינה ברשותו דאז הי' פוטר את עצמו והשבועה דאורייתא ופטור כנ"ל. וגם עתה פטור משבועה דר"ה. ומ"מ שייך שמא יוציא כו' דהא מודה שהמשכון

לא נשרף רק אבד כנ"ל. וא"ל דא"כ יהי' נאמן על הדינר במיגו זה אינו דלהוציא לא אמרינן כנ"ל:
ופריך מהיכא מייתי לה כו' היינו כיון דנאמן במיגו שאבד שוב מאמינים גם לענין החשש דאין לחוש שמא יוציא דיש ראיה שאומר אמת שאבד כיון שהי' בידו לומר זה נשרף והי' פטור ממון ומשבועה ומשני עדים שנגנב ושוב צ"ל שזה נגנב דאי סתם עדיין חייב מדר"ה ופריך סוף סוף כו' ומשני דטרח ומייתי כו':

דף לה:

משנה השוכר פרה כו' והשאילה כו'. לכאורה למה לא תני במפקיד שומר חנם שמסר לשומר שכר ונגנב דשייך ג"כ הך פלוגתא וכדאיירי מתני' דלעיל. ומדשינה למיתני בשוכר כו' משמע דדוקא הוא. והנה עיקר טעם פלוגתא דר"י ורבנן לע"ד דלרבנן מה דחייבה תורה שואל באונסין משום דכל הנאה שלו. חיוב זה הוי שכירות על מה שמשתמש בחנם. דהא כיון דאונס מה לי הכא מה לי התם א"כ למה ישלם כל הפרה. וע"כ דחייבתו תורה תשלומין בחנם בשביל מה שמשתמש בלי שכר. ואף דשכירות לא הי' שוה כל כך דמשלם כל הפרה ומ"מ ספק זה של אונסין אינו שוה כל כך. וחייבו תורה בשכירות זה כשמשתמש בחנם וכל הנאה שלו שיהי' עליו חיוב של אונסין בזמן ששאול אצלו וא"כ ממילא כמו שאם הי' השוכר משכירו לאחר על ימי שכירתו. הא כל השכירות שלו לכ"ע אף אם הוא יותר ממה שנתן הוא למשכיר שלו דאינו עושה סחורה רק בשלו הזמן שמושכר אצלו. ממילא כן בהשואל שהתורה חייבו שכירות זה הספק אונסין. גם כן של השוכר כיון שהוא בעד הזמן שמושכר אצלו כנ"ל. וזה הוא החילוק בין אם הי' אחר מזיק הפרה דודאי דהי' חייב לשלם לבעלים אף שמושכר לזה דשם התשלומין בעד הפרה וגוף לבעלים. משא"כ אונס דשואל דאונס רחמנא פטר תמיד ולא מיקרי הפסד כלל לבעלים דמה לי הכא כו'. רק שתורה חייבו לשואל במה שאינו חייב בשביל התשמיש א"כ הוי שכירות כנ"ל:
ור"י סבר דזה אין סברא שיהי' זה שכירות. רק התורה חייבו שלא יפסיד בעל החפץ את שלו ואף דאונס בכ"מ פטור וכאן בשואל סילקה התורה פטור זה. דכמו שכשנאנס אצל בעליו ההפסד שלהם כן כיון שסלקו זכותם על זמן הזה שהשאילו לזה וכל הנאה שלו השואל הוא הבעלים לענין ההפסד דאונס דלהם נפסד. וכאלו לא הי' המשאיל בעליו לאותו זמן וכמו בלוקח שנאנס אצלו דאמרינן נסתחפה שדהו ולא מצי טעין הא גם בבית המוכר הי' נאנסה. כן בשואל דכל הנאה שלו. וממילא כיון שאין האונס פוטרו

חייב לשלם בעד הפרה כמו בפשיעה וגניבה כו' דחייב להחזירה לבעליו. וא"כ כיון שהתשלומין חיוב חזרה לבעלים. מה ענין שיזכה השוכר בו אף שהוא נתן זה שיהי' כל הנאה שלו הוא רק גורם שיהי' חייב שלא יהי' האונס פוטרו. אבל החיוב בעד החפץ לא בעד השכירות. ממילא משלם לבעל הפרה דכיצד כו' עושה סחורה כו'. ומדויק לשון אלא תחזיר פרה לבעלים כו'. דאינו מובן הא הפרה מתה הי' לו לומר אלא התשלומין לבעל הפרה. ולמ"ש אשמעינן ר"י עיקר הטעם דחיובא דשואל כיון שאין האונס פטרו נשאר החיוב חזרה של הפרה לבעלים. רק דא"א לו להחזיר גוף הפרה משלם דמיה דשוה כסף כו' מה לי הן מה לי דמיהם. ומ"מ רק בתורת חזרה כנ"ל. ושפיר של המשכיר כנ"ל:
וא"כ ממילא בשומר חנם שמסר לשומר שכר ונגנבה דבזה לא שייך מה לי הכא שהחיוב שלא שמר כראוי הוי ממילא כמו במזיק כנ"ל דהחיוב בשביל גוף הבהמה רק ש"ח אינו חייב בשמירה דלענין גניבה ואבידה ושומר שכר חייב אבל אין החיוב דגניבה ואבידה בעד שכר שמירה שקיבל רק כשקיבל שכר מחויב יותר לשמור וכשלא שמר לענין גניבה ואבידה הוי כשומר חנם לענין פשיעה דממילא חייב ושייך לבעל החפץ כנ"ל ואף שהשומר חנם נתן השכר משלו מ"מ הוי כאם לא הי' הוא שומר כלל רק ציוה אחד לשמור חפץ של פלוני ואמר שכרכם עלי דזה שומר שכר מ"מ ודאי דאינו משלם להנותן שכר גם לרבנן. דחשיב כהילך מנה. והתקדשי לפלוני כו' דחשיב מה שנותן בשביל האחד כאלו הוא נתן וגם הכא הוי האי הילך פרוטה ושמור חפץ פלוני דהוי כאם בעל החפץ נתן כנ"ל. ומ"ה נעשה שומר שכר של בעל החפץ כנ"ל. רק בשואל הוי כמשכירו בעד החיוב כנ"ל משא"כ בשומר חנם כנ"ל. וכן אם הראשון הי' בבעלים ונתן לאחר לשמור לרבנן דחייב ב' לשלם לא' נראה ג"כ דמודים דמשלם הב' לבעל החפץ כיון שפשע חייב בעד החפץ כנ"ל ודוקא באונס כנ"ל:
וגם יש לומר דלא פליג רק במתה לרבא דמ"ל הכא וכו'. וסובר תנא קמא דלא שייך נסתחפה שדהו כיון שהוא שכרו מהבעלים אם כן נשאר לענין אונסין ברשות המשכיר. אם כן להיפוך עדיין שלהם נאנס וחייב שואל בחנם וממילא החיוב שלו. דנגד הבעלים אמרינן מה לי הכא כו'. אבל שאר אונסין כמו ליסטים מזויין יש לומר דמודה תנא קמא שהחיוב אינו בחנם רק דעל ידי רשותו נאנס ומשום הכי חייב בתה"ש וכהחילוק דתחילתו בפשיעה וסופו באונס. רק במתה דגם אצל הבעלים כו' ע"כ החיוב בחנם בעד שמשתמש כנ"ל. אך באמת זה אינו דהא לאביי גם במתה אמרינן דרשותו גרם. ואעפ"כ סבר תנא קמא דלשוכר. וכן לרבא אין לחלק לענין זה בין שאר אונסין כיון דאונס פטור

תמיד ע"כ החיוב כנ"ל. שוב ראיתי בפ"י שהניח בצ"ע על שומר חנם שמסר לשומר שכר ולא כ' טעם:

עוד נראה דבשוכר דשכירות ליומא ממכר הוא דאינו יכול להקנות תוך ימי שכירות עיין שם כתובות פרק אע"פ בתוספ' נדרים דס' הוא. והוי כקנין לזמן ובגיטין מ"ב נגחו יום של רבו לרבו יום של עצמו לעצמו ופריך מחצי כופר ומשני דכליא קרנא כו' עיין שם. דהחילוק הוא אף שחלקו לזמנים וכיון שאירע בזמן שלו ראוי להיות שלו רק בכליא קרנא אם כן התשלומין הוא בשביל של הב' גם כן ודוקא בלא כליא קרנא הוי של זה של זמן שלו עיין שם. וא"כ כאן לרבנן דהתשלומין של אונסין דשואל חשוב ריוח דלא מיקרי כליא קרנא דאונס מה לי הכא מה לי התם. רק מ"מ חייבתו תורה אבל לא מיקרי מצד הפסד הבעלים. ולא חשוב כלל כליא קרנא ממילא לשוכר של זמן זה שלו הפרה. ולר"י שהתשלומין דשואל בשביל הפסד הפרה כנ"ל. ממילא הוי כליא קרנא ואף שאירע בזמן שלו מ"מ שייך לבעל הפרה דלא עדיף משותף שחלקו לזמן דמ"מ בכליא קרנא הוא להב' חלקו כנ"ל. ואף דבבתו בפצעה בפניו דאפחתה מכספא פליגי רב ור"י בבא קמא פרק החובל פ"ז ע"ב וכתבו תוס' ד"ה א"ל דנחלקו בפחיתה שנפחתה על כל ימי' בפציעה זו אף לאחר שכלו ימי הנעורים דלרב ור"ל דידה הוי ולר"י הואיל ואירע פחיתה זו בנערותה גם זה לאביה עיין שם. מ"מ בהא אף לר"י הוא לבעל החפץ דהא בבא קמא פרק ו' בקוטע יד עבד עברי של חבירו בין לאביי ובין לרבא שבת גדולה לעבד רק לרבא ילקח קרקע והרב אוכל פירות. ואף שאירע בזמן שיש לאדון בו קנין הגוף דעבד עברי גופו קנוי מ"מ לענין התשלומין בעד ההפסד דלאחר זמן של העבד כנ"ל. וע"כ גם ר"י דוקא באב סבר כנ"ל. ואפשר דיליף מכסף קדושין דאף שהיא בעד הקדושין דלעולם גם על אחר ימי נעורים מ"מ זכתה תורה לאב כיון שבא בזמן נעורים שהוא שלו כן בפצעה כנ"ל. משא"כ שאר קנין לזמן כנ"ל. ובשוכר לא עדיף מקנין דעבד עברי. וגם בזה הא יאכל פירות עד הזמן דשכירות שצריך ליתן לו פרה לזמן כנ"ל וכמו בקרקע שבעד השבת כנ"ל:

וי"ל דר"י לטעמיה דשכירות לא קני כדאמר ע"א כ"א לא לבית דירה כו'. גם יש לומר דניהו דחשיב ריוח מה דשואל משלם אונסין. מ"מ הא זה החיוב כשמתה ואז כלתה השכירות שלו דבפרה זו אין צריך להעמיד לו פרה אחרת. ואף בסתם מ"מ על פרה זו' כלתה. וכאלו בא הריוח אחר זמן השכירות שלו דהוא לבעליו. וכן בזה כיון דחמרא לדמי כשמכר הוי דבר שלא בא לעולם כיון שבא אחר שנמכר כן חיוב הנ"ל להפוסקים דחיובא משעת אונסין אם כן בא זכות התשלומין בשעה שכלה זמן השכירות וכהאי דמתנת שכיב מרע דקדמו אחריך כו'. ותנא קמא י"ל דסבר דמשעת משיכה אישתעבד

נכסיה דיש ב' לשונות בגמרא פרק א"נ. אם כן קנה החיוב של אונסין בזמן שכירות שלו וממילא כשקנה החיוב התשלומין לשוכר כנ"ל:

גם יש לומר למ"ד קנין פירות כקנין הגוף ובכותב לבן אין מכירת הבן מועיל כשלא מטי לידי' אחר כך אף שיש לו קנין הגוף דאיגלאי מילתא דלא חזר הגוף לו והיה נקרא לגמרי של אב שהיה לו הקנין פירות כדאמר בבא בתרא ובבא קמא פרק החובל עיין שם. ואם כן אי שכירות ממכר כנ"ל. וחשיב קנין פירות ממילא כיון שמתה הפרה ולא מטי לידיה של בעל קנין הגוף שוב היה חשוב של השוכר למפרע לענין החיוב דשואל כנ"ל. ור"י דסבר דלא קניא שכירות אם כן גם קנין לזמן לא הוי. וגם דקיימא לן קנין פירות לאו כקנין הגוף. ור"י גופא מספקא ליה פ' החובל ע"ש:

וממילא בשומר חנם שמסר לשומר שכר י"ל גם לרבנן כיון שאין לו קנין כלל בגוף החפץ ממילא של בעל החפץ כנ"ל. גם אפשר דדוקא בלא השאיל על כל ימי השכירות י"ל דלא כלתה. דהא יכול לשכור בדמי הפרה פרה על זמן להשלים כמבואר בש"ע דקנאה לענין זה. ולא מיקרי כלתה כו'. מה שאין כן כשהשאילה על הזמן. וכמו לענין הבעלים לקמן. ויש לומר בזה דלכך פירש"י על ימי שכירותה שאף דהשאילה על כל ימי השכירות מ"מ אמרינן כנ"ל. דקנה החיוב שמשעת שאלה ואז היה בזמן השכירות כנ"ל:

ומיושב בזה דלכאורה לאביי בבא קמא פ"ו דכל השבת לעבד בקוטע יד כו' וכתב הרא"ש ז"ל הטעם דאף דהא נפסד הרב שהיה ראוי למלאכה מ"מ הוי כחלה נגד הרב דחלה אין צריך להשלים עיין שם. ואם כן יהיה הדין בשוכר פרה ובא אחר והזיקה בידים יהיה גם כן התשלומין של השוכר דהא נגדו הוי אונס כשלא היה יכול להציל וכיון שפטור באונסין ממילא הוא שלו. ודאי זה אינו דאם כן לשמועינן רבותא כנ"ל:

ולמ"ש אתי שפיר דכאן בא לגמרי החיוב אחר שנפסדה ואז כלה השכירות. ודוקא השאילה דהחיוב אונסין היה בזמן וכיון שקנה החיוב ממילא התשלומין שלו. משא"כ בהיזק שבא רק אח"כ כנ"ל. ולטעם הנ"ל שכ' לעיל גם כן אתי שפיר דבזה שמשלם רק בעד הפסד הפרה לכ"ע לבעלים כנ"ל. ודוקא בשואל אונסין חשיב ריוח כנ"ל:

ובזה מיושב בעיא דש"ס לעיל שאל מאשה ושילם לבעלה אי אקנית ליה כפל. ותמוה מאד כמו שכתבו תוס' דהא משלם כמו ששאל שילקח קרקע בעד התשלומין וילקח קרקע ויאכל פירות והגוף שלה ע"ש. ולמ"ש יש לומר בפשיטות דהבעיא לרבנן דר"י דמתני' דהא איכא מ"ד דחלוק ר"י אף בראשונה אם כן ע"כ הבעיא לרבנן דר"י. ואם כן הא מבואר פרק האשה שנפלו. דגונב בהמת מלוג כפל לאשה משום דפירי תקינו ליה פירי דפירי לא תקינו ליה כו'. ופי' תוספות משום דכפל חשוב אתי מעלמא ולא תקינו

עיין שם. כן מה דפשיטא להו לתוס' דשאל מהאשה פרת מלוג שיהיה התשלומין גם כן הגוף לאשה ופירות לבעל כו'. ולמה הא זה פירי דאתי מגופא. רק לדידן דקי"ל כר"י אם כן שפיר התשלומין כמו גוף הפרה דקרן לאשה כנ"ל. אבל לרבנן דר"י החיוב אונסין רק ריוח שפיר הוי כשאר פירי שהרויח על ידי פרה דהוא לבעל לגמרי דלא חשיב כלל כליא קרנא כיון דאונס מה לי הכא כנ"ל. ולא גרע הבעל משוכר דהא החיוב שמשלם השואל משום דמשתמש בחנם וזה היה של הבעל. ואתי שפיר הבעיא כפשטיה דשאל מהאשה ושילם לבעל כדינו או שנגנבה בליסטים מזויין באונס למ"ד גנב. או שטען מתה ושילם לבעלה ואחר כך נמצא שנגנב. דהכפל לאשה דאתי מעלמא לא תקינו ליה. ובעי אי הקנתה האשה בשביל לכשתרצה ותשלם לבעלה כיון שהיא אין לה מתשלומין אלו רק ריוח ביתא. וממילא הכפל שלה. או דכיון ששילם כדינו הוי בכלל לכשתשלם שהקנית לו גוף החפץ מעכשיו וממילא הכפל דשואל כנ"ל וכן בעיא ב' י"ל כנ"ל:

לכאורה למאי דפליגי בש"ס בשליח שהוסיפו לו דקיימא לן דחולקין בש"ע ס' קפ"ב ואפילו אמר בפירוש שנותן לשליח מ"מ להרבה פוסקים חולקין עיין שם וכן בהטעה כו' שנתן יותר בעד המקח עיין שם. לפי שהריוח על ידי שניהם על ידי השליח ועל ידי החפץ של בעל החפץ עיין שם דלכך חולקין. וא"כ קשה לרבנן למה הכל לשוכר הא עכ"פ הריוח ע"י הפרה של בעל הפרה ועכ"פ יהיו חולקין. ודוחק לומר דמאי דקי"ל חולקין הוא רק למאי דקי"ל כר"י דכיצד הלה כו' משא"כ לרבנן. דמשמע דלא תליא בהך. ולמ"ש יש לומר גם כן דהחילוק כנ"ל דשם מ"מ כשמוסיף מוסיף בעד החפץ אף שדמי' קצובין. וכן בטעות כנ"ל. ונעשה על ידי שניהם החפץ והשליח וכשותפין דחולקין. משא"כ כאן דשכירות ליומיה ממכר. אם כן כיון שהוא ריוח הוי רק בעד של השוכר היינו השימוש ששואל משתמש בחנם וזה דשוכר הוא כנ"ל. אם כן יש לומר בשומר חנם שנתן לשומר שכר בשכר שלו שהי' חולקין ולא תני כנ"ל ואין הוכחה שיהיה הכל לבעלים כנ"ל:

גם י"ל כיון דהתשלומין בעד שנאנסה ואז אין כאן החפץ של בעלים. רק התשלומין לבד בעד השימוש. ודמי לשליח לקבל מעות ונתן יותר דלשליח ע"ש:

אך לכאורה לר"י קשה ניהו דאמר כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו כו'. מ"מ יהי' הדין חולקין דהא ע"י השוכר ג"כ בא תשלומין אלו דאל"ה לא הי' חיוב אונסין רק ע"י שנתן זמן שכירות שלו לשואל שישתמש בו ולא גרע משליח כנ"ל ועוד דכאן ראוי להיות לכ"ע חולקין דהא קי"ל ס' קע"ו ב' שותפין שהטילו לכיס זה מנה וזה מאתים ולקחו שור כו' הריוח בשוה כיון דלחרישה א"א רק במעות שניהם שוה מיעוט כמרובה ע"ש וא"כ כאן ע"י הפרה דמשאיל והפרוטה של זמן השכירות דשוכר בא התשלומין

דאונסין של שואל שא' בלא הב' לא הי' תשלומין אלו וראוי להיות חולקין בשוה גם לר"י כמו בשור לחרישה כנ"ל:

אך י"ל דלא דמי דדוקא בשותפין שע"ד כן נשתתפו. וכן בשליח כנ"ל כיון שדמיו קצובין והרויח במעשה שלו הריוח בא מחפץ ומטירחא של השליח והוי לשניהם. משא"כ תשלומין דאונסין למ"ש לר"י דהתורה סילקה פטור זה וממילא משלם בעד הפרה א"כ אין השוכר רק גורם שישלם זה לבעל הפרה. וכנותן שכירות שלו במתנה שיהי' נעשה שואל של הבעלים כנ"ל. והילך פרוטה והי' שומר שכר לבעלים. דלרבנן דלא אמרינן כיצד א"כ סתמא בשביל עצמו ולא הוי כהילך כו'. משא"כ לר"י דכיצד כו' ונעשה שואל דבעלים ממילא נותן השכירות במתנה בשביל שיהי' שואל דבעלים:

אך זה הי' שייך בשוכר שאינו רשאי להשאיל וכמו דלא מצי אמר לעצמי קניתי ביש איסור. אבל כיון דמתני' בנתנו לו רשות להשאיל. וא"כ למה לא יהי' בשביל עצמו וכאלו פירש. וגם אפילו בפירש לעצמו משאיל משמע דלא מהני. ולמה לא יהי' חולקין. וצריך לחלק בין ריוח ובין הפסד כיון דחייבו תורה רק בשביל הפסד הפרה א"כ הכל לבעל הפרה ואין לשוכר זכות בו רק גורם כנ"ל:

ועוד דשם הרויח בטרחו מיד שזה נתן יותר. אבל בתשלומי אונסין הוי רק גורם ע"י שכירות שלו או הפרוטה שנתן שיצטרך לשלם כשיאנס. וכמו דלענין היזק לא חשיב מזיק בלא ברי הזיקא רק גרמא. דלא מיקרי שהוא עושה רק גורם. כן לענין הריוח אינו רק גורם אם יאנס ישלם בעד הפרה ולא מיקרי שותפות שע"י טרחתו עדיין לא בא התשלומין דלא ברי רק גרמא. דקי"ל משעת אונסין אישתעבוד נכסי' דשואל לרוב הפ' ע"ש:

אך עדיין י"ל דמ"מ החיוב ספק אחריות דעל השואל בא מיד כשהשאילו. וספק זה כמו טובת הנאה דכתובה ששוה ממון וריוח זה מיד במעשה שלו שהשאילו. וכיון שיש לו חלק בחיוב אונסין שוב ממילא כשנאנס מחצה שלו כיון שהחיוב הי' לשניהם כנ"ל:

אך ז"א דהא אפילו בשכירות כ' הרא"ש דאינו קונה גוף החפץ רק כשיוי דמיו דמעות אינו קונה ע"ש ובהבטיח לא' חלק בשטר שיגבנו צריך כתיבה ומסירה לקנות חלק ע"ש ס"ו. וא"כ א"א שיהי' לו מחצה חלק בהחיוב אונסין דשואל דאף דע"י מעשה שלו נעשה מ"מ כיון דהחיוב הוא לבעלים רק שע"י מעשה שלו נעשה חיוב וריוח זה יקנה מחצה בהחיוב. וז"א דחיוב ע"פ אינו נקנה אף בכתיבה ומסירה רק במעמד ג' וכשאין החיוב ברור בכתיבה לדעת תוס' והרבה פוסקים גם מעמד ג' לא קני. וא"כ א"א לו לקנות חלק בהחיוב אונסין דשואל שהוא לבעלים. דלא עדיף מאם פירש שיהי' לו חלק דלא קני כנ"ל. רק שיהי' לו השיוי דמים ששוה החיוב. וזה שוב אין לו רק כהשיוי של הספק

בשעת שאלה. דבשלמא אם הי' לו חלק בספק החיוב שוב אח"כ שנעשה ודאי ג"כ המחצה שלו משא"כ כיון שלא קנה חלק בחיוב רק כפי השיוי שוב אין לו חלק בהודאי אח"כ. רק כשיוי הספק אז. וזה לא שוה יותר מהשכירות שנותן דהא משכירין כמו שמשאילין ואף שאין על השוכר חיוב אונסין ואדרבא יותר קיימא להשכיר מלהשאיל וזה אפשר באמת מנכה משכירות שלו כפי שניתן מי ששוכר ומקבל עליו חיוב אונסין שנותן מעט פחות ממי ששוכר סתם ואין עליו חיוב אונסין כנ"ל. וגם זה י"ל דאינו מנכה כנוטע בשדה שאינו עשוי' ליטע. דלא קיימא להשכיר באופן זה. ויש לחלק:

שם והשאילה לאחר כו'. משמע אף שלא הודיעו ששל אחרים הוא. ולכאורה למה יהי' חייב באונסין בלא נתן רשות להשאיל כמוכר דבר שאינו שלו דלא קנה. וכיון שמשיכה קונה בשואל לזמן שלא יוכלו הבעלים תוך זמן לחזור בהם. וע"ד כן נעשה שואל שהי' סבור שלו הוא וקנאו לזמן וכיון שאינו שלו יוכלו הבעלים למחות שלא ישתמש דא"ר שיהי' פקדוני ביד אחר ולא קנאו במשיכתו כלל ממילא לא הוי שואל ולא חייב באונסין דהיתר תשמיש לחוד אינו עושה רק ש"ש. וביורשין משתמשין בהם ימי שאלה. ואעפ"כ אין חייבין באונסין כו'. וגם א"ל דשוב הוי שולח יד נגד הבעלים. דהא כיון דסבור שלו הוא לא מיקרי שולח יד דסבורין של אביהם טבחוה ואכלוה משלמין בזול רק כמו שנהנו לא מטעם שליחות יד ע"ש:

וי"ל לר"י דמשלם לבעלים. כמו דאמר פ"ק דגטין בהילך כזכי דאף דחייב באחריות אם בא לחזור אינו חוזר ואף דאין רצוני שיהי' פקדוני ביד אחר מ"מ כשכבר נתנו לו זכות הוא לו ע"ש. ואף למאן דפליג שאין תועלת לו בין הוא או אחר ולכך בהוחזק כפרן לכ"ע אינו חוזר ע"ש. וא"כ כאן ניהו דאין רצונו שיהי' פקדונו ביד אחר כו' מ"מ כשכבר בידו שוב הוי זכות מה שהשאילו בתורת שאלה שחיוב אונסין לבעלים וזכין לאדם שלא בפניו שזה לא חסר ועדיף מקרדום ומרא דרשות למלוה על המשכון להשכירו ע"ש. א"כ הוי שפיר שואל דבעלים. ואף דבכל זכות קי"ל פ"ק דכתובות הגדילו יכולין למחות ובטל למפרע א"כ עדיין הוי טעות דאדעתא שיהי' רשות ביד בעלים למחות ולחזור ויתבטל למפרע לא רצה להיות שואל. ז"א דלא מקרי בטעות כיון שבאמת אינו מוחה ונשאר הזכות הי' שפיר שואל כשאר מקח דקי"ל אף בשליח ששינה דפחתו לו והותירו לבעל הבית דעל אופן זה הוא זכות ואף שיכול להתבטל מ"מ לא הוי מקח טעות כיון שלא מיחה ולא נתבטל כנ"ל. רק לרבנן דמשלם לשוכר א"כ אינו זכות כלל למשאיל וממילא לא יהי' שואל גם נגד השוכר כיון שיוכלו בעלים לחזור ולמחות. וע"ד כן לא שאל כלל כיון דהי' סבור שהוא שלו. וגם י"ל דאיסורא לא ניחא לי' דליקני שישתמש באיסור:

אך י"ל כיון דהתורה חייבה לשואל כשמשתמש בחנם. וקי"ל ב"ק פ' הגוזל בתוקף פרתו של חבירו ועשה מלאכה בקיימא לאגרא ונחית אדעתא דשכירות רצה שכרה נוטל כו'. ובלא קיימא לאגרא פטור לגמרי ע"ש. וכאן לגבי הבעלים הוי לא קיימא לאגרא דלא חסר שהי' ביד השוכר וכמ"ש תוס' פ' א"נ במשכון כו'. וא"כ לא הוי כלל איסורא דניהו דאין רצוני כו'. מ"מ כשכבר בידו בין כך ובין כך ממילא במה שמשתמש בה אין איסור דזה לא חסר ואף שיוכל למחות מכאן ולהבא אבל למפרע לא מהני. וממילא כשלא מיחה בזמן ששאל הי' שפיר שואל על הזמן שרצה דנשתמש בהיתר בחנם. דבזה אינו נוטל שכרה שכבר נתן לו השוכר כנ"ל:

גם י"ל שלא השאילו כלל לזמן רק סתם דג"כ יכול לתבעו מתי שירצה ומ"מ נשתעבד להיות שואל כל זמן שלא יחזירנו ממילא חייב גם נגד הבעלים כל שלא החזירו. ומשפי' רש"י לזמן מיירי באמת בהודיעו. אך גבי בעל בנכסי אשתו משמע אף בלא הודיעה:

לכאורה למ"ש הר"ן בשואל ספר דהוי רק שומר שכר דאין כל הנאה שלו דאית למשאיל שכר מצוה א"כ סובר דאף שאין השואל נותן כלום משלו מ"מ כיון שיש למשאיל הנאה פרוטה ג"כ אין זה שואל רק שוכר. וא"כ כ"ש אם א' נותן פרוטה לא' שישאיל חפץ לפלוני דהוי רק שוכר. דבזה שייך יותר לכ"ע כהילך שוה פרוטה והתקדשי לפלוני וא"כ לר"י כאן למה יהי' שואל של הבעלים הא מ"מ הבעלים קיבלו שכירות מהשוכר בעד זמן זה של שואל. ואף שלא קיבלו ממנו רק משוכר מ"מ הם יש להם פרוטה ולא גרע מספר כנ"ל:

וצ"ל החילוק דבספר נהנה משאלה זו שמשאיל. משא"כ כאן השכירות שלו אף שלא הי' משאיל לזה וא"כ בעד השאלה של השואל לא נהנה כלום והוי שואל כנ"ל. אך בשכר לימים כל יום בכך וכך. וא"כ אם לא הי' משאיל לזה הי' מחזיר תוך הזמן ולא הי' נותן שכירות. וא"כ נותן לו שכירות בעד הימים שהשאיל לזה. ושפיר נהנה מהשאלה כנ"ל. וצ"ל דמ"מ כל שלא החזיר הפרה חיוב השכירות בעד שכירתו לא עבור מה שהשאיל הוי רק גורם הנאה שאינו מחזירה. וממילא החיוב מהשכירות לא מהשאלה:

או די"ל דלא הוי כלל כנותן הפרוטה בעד השואל רק להיפוך שמוחל השכירות למשכיר על זמן זה אף שאינו עושה בה מלאכה דכיון דלר"י ראוי התשלומין לבעליו והוי כשלוחו להשאיל. א"כ הוי כמוחל השכירות כנ"ל. ונשאר הב' שואל כדינו. ולמ"ש לעיל די"ל דמנכה משכירות מה ששוה הספק חיוב אונסין דשואל. א"כ שפיר אינו משלם כלל בעד זמן השאלה כנ"ל:

שם מכדי שוכר במאי קני כו' בשבועה ונימא ליה דל אנת כו' מי סברת כו'. תמוה מאוד מאי ס"ד דקני לה בשבועה מה קנין הוא זה הא קי"ל דלא כרב בבא קמא ק"ח וגם לרב אינו ענין לזה וכמבואר לעיל בנשבע ולא רצה לשלם דלא קני אף שפטור. ואי כשפטור ממילא התשלומין שלו מה פריך דל שבועתך כו' הא ע"כ יהיה נשבע ונפטר. ואי מוחל השבועה א"כ כ"ש דפטור בלא שבועה. וגם שנוי' דגמ' אינו מובן איך קני במיתה הא רק פטור. וגם למה אמר דשבועה כדי להפיס דעתו כו' אין שייכות להתירוץ:

והיה נראה לפרש דלס"ד כיון דקי"ל מתוך שאינו יכול לישבע משלם וסבר דבשומרין אף בלא הו"ל למידע חייב דהתורה חייבה ג' שבועות משום דמסתמא כיון שהיה הפקדון בידו עדיין קיים דמוקמינן אחזקה. ולכך עיקר שבועה שא"ב. וכן מסתמא בפשיעה דאל"ה לא היה נגנב דאונס לא שכיח. רק כיון שאינו ברור אמרה תורה שנפטר בשבועה וא"א להוציא ממנו. אבל כל שלא נשבע מחזיקין בחזקת כנ"ל שחייב. וא"כ הא נשבע ונוטל אין מה"ת רק שנאמן ליפטר. א"כ כשהשאילה לאחר דאי באמת ברשותו או פשע ממילא התשלומין לבעל הפרה. רק שטוען נאנסה וכיון שהשואל אינו נשבע שנאנסה דב"כ וב"כ חייב לשלם. וגם שאינה ברשותו אינו נשבע מה"ת רק מדרבנן. וא"כ רק שהשוכר רוצה לישבע שנאנסה כדי ליטול. ובזה לא האמינתו תורה כלל שיהיה נשבע ונוטל. כיון שמצד עצמו כיון ששואל חייב ממילא כיון שאינו נשבע אנו מחזיקין שלא נאנסה כלל כנ"ל. ורק שישבע שוכר שנאנסה ליטול וזה לא מהני כלל. דרק שלא נוכל להוציא האמינתו תורה בשבועה לא ליטול כנ"ל. רק דנימא ממילא הא המשכיר יש לו טענה גם עליו דאם נגנבה חייב גם הוא דרצה מזה גובה כו'. דלא נסתלק מחיוב שלו. וממילא צריך לשבע לפטור עצמו שנאנסה וא"כ ממילא שוב התשלומין דשואל שלו. וכמו בנשבעין לטול שכרן אף דזה תקנה. מ"מ גם במלוה על המשכון כן דנשבע ונפטר מהמשכון וממילא חייב לשלם לו כנ"ל. וגם בהנ"ל כן. והוי שפיר כהך שבועה קונה דרב ב"ק ק"ח דכשכבר נשבע א"א להחזיק שבועתו לשקר. רק רב סבר גם נגד עדים ולא קי"ל הכי. אבל בלא עדים כן הוא כמ"ש רמב"ן לענין צירוף עד שנשבע נגדו ע"ש:

וא"כ פריך שפיר מכדי במה קני כו' היינו שיהיה נאמן כנ"ל בשבועה נימא ליה דל אנת ודל שבועתך שאינו רוצה להשביעו כלל מצד התביעה על חיוב שלו. וממילא משתעינא דינא בהדי שואל דשוב אמרינן שלא נאנסה רק ברשותו אי נגנב והתשלומין לבעלים כנ"ל. כיון שמשלם ואינו נשבע כו'. ואף שאינו משביעו את השוכר מצד חיוב שלו כשאין השואל משלם מ"מ חיוב דשואל אם פשע או נגנב לא פקע דרצה מזה גובה כנ"ל

ושוב א"י השוכר לישבע כדי לטול דכיון שאינו נשבע לפטור אינו נאמן בשבועה ליטול כנ"ל. וברי של שניהם לא מהני כשאין נשבעין כנ"ל:

ומשני משעת מיתה קני כו' ושבועה כדי להפיס דעתו של בעה"ב כו'. היינו דאין כלל זה חיוב ממון שחשדה תורה כשאינו נשבע שנחזיקו במשקר דברשותו או פשע ז"א אדרבא מדינא היה לפטור בלא שבועה דאחזוקי בגזלנא לא מחזקינן ואף אונס דלא שכיח מ"מ ברי עדיף כיון שזה טוען ספק רק התורה חייבתו לברר בשבועה כדי להפיס דעתו דבעה"ב כו' כיון שמפסיד חפץ שלו. וממילא כשאינו רוצה לישבע חייב לשלם דזה עצמו ראיה שמשקר כיון שחייב שבועה ואינו רוצה לישבע. אבל כשאנו יודעין שאינו יודע ואינו יכול לישבע אינו חייב כלל כמ"ש הפוסקים וכמו שהדין בנשבעין ונוטלין באותן דשבועה להפיס דעתו שאין מפסידין כשא"י לידע כנ"ל. וא"כ כאן בשואל שאינו נשבע משום שמשלם וא"צ לישבע לא מחזקינן כלל בחזקת משקר ומהני ברי שלו לחוד שאינו חייב למשכיר. וגם השוכר נאמן בשבועה דממילא חיוב אונס דשואל שלו כנ"ל. וא"י להוציא מספק שמא נגנב כנ"ל. אך מכל מקום אינו מיושב כ"כ הלשון במאי קני כו':

עוד י"ל. וגם בטעמא דר"י כיצד כו'. דהא לכאורה לרבנן דהוי שואל של השוכר כנ"ל. והא כיון דקי"ל דלא כר"ש בקדשים שחייב באחריותן דלא משלם כפל דגורם לממון לאו כממון אף דיש עליו חיוב אחריות מ"מ גוף הפרה אינו שלו. וא"כ כיון דשטרות שאין גופן ממון רק גורם לממון אימעוטי מדין שמירה כו' וא"כ כיון דשכירות לאו מכר ולא קני וקנין פירות לאו כקנין הגוף א"כ אין לו בו רק גורם לממון לשוכר בפרה זו וא"כ למה ישלם לו השואל באונסין הא הוא נתן לו בשאלה דבר שאינו שלו רק גורם לממון ומה חילוק בין שגוף החפץ הקדש או של אחר מ"מ נגדו הוי דבר שאינו גופו ממון שלו. דבשלמא בשואל שהשאיל לאחר שפיר חשיב לענין החיוב אונסין דבר שגופו ממון שגם הוא קנאו לחיוב אונסין א"כ נכנס גם הב' תחתיו דהא גופו ממון של המשאיל וחייב כנ"ל. אבל בשוכר שהשאיל לרבנן דנגד הבעלים אינו שואל כלל רק חיוב השאלה נגד השוכר והא אצלו לא השאיל דבר שגופו ממון להיות חיוב שאלה חל עליו. וממילא ראוי להיות פטור לשניהם. או דכיון דפטור נגדו ממילא השאילו רק בשביל בעליו בתורת שליחות ונעשה שואל שלהם וחייב. כיון דאי לעצמו יהיה פטור לגמרי כנ"ל. וכמ"ש מהרש"א לעיל גבי כפל בשילם לבנים ע"ש. אך ז"א דהא באגרא מעלמא והדר נסבה תליא בפלוגתא דר"י ורבנן והא שם נגדה בבעלים ופטור ואעפ"כ לרבנן אינו משלם לבעלים. אך י"ל לגבי בעלה לא אמרינן כנ"ל:

ואפשר לומר דהא מספקא לש"ס אי שכירות ממכר כו'. רק דלהרבה פוסקים מסיק דשכירות לא קניא. וי"ל הטעם אף למ"ד קנין פירות כקנין הגוף מ"מ שם אין עליו חיוב להחזיר רק שאין לו אלא קנין פירות משא"כ שוכר שיש עליו חיוב להחזיר הפרה בזמנה וא"כ למ"ש תוס' גטין פ' השולח דבאפותיקי מפורש שאינו יכול לסלקו בזוזי קי"ל לכ"ע דלמפרע גובה. ואף בהלואה שעד הזמן אינו חייב מ"מ כשגובה לבסוף והחיוב מיד לשלם לזמנו למפרע גובה והוי של המלוה. וא"כ בשכירות דיש חיוב להחזיר גוף החפץ א"כ עכ"פ הוי כאפותיקי מפורש דאינו יכול לסלקו בזוזי וכשמחזירו ממילא למפרע גובה ובטל קנין השכירות ושפיר לא קני לענין שבת ותרומה ע"ש. וא"כ הא כ' תוס' שם דכשלא גבאו לבסוף שפיר היה דלוה ע"ש. דלא שייך למפרע רק כשגבאו לבסוף כו'. וכן בהקדישו מזיק כו' ב"ק ע"ש:

וא"כ סבר הש"ס דחיוב חזרה בשוכר דכשנאנס פטור שפטרתו התורה כיון שהוא אונס שאינו יכול להחזיר פטור מחיוב החזרה א"כ ממילא הפרה שלו משעת מיתה דקני לה לגמרי כיון שלא גבאו לבסוף ונפטר מחיוב החזרה א"כ שפיר השואל צריך לשלם לו דלגמרי קנאה בשעת מיתה כנ"ל. ולס"ד דש"ס כיון שלא נפטר בלא שבועה א"כ כל שלא נשבע לא פקע עדיין החיוב חזרה כלל וממילא לא קנאו עדיין דלראב"ש משביע ע"א חייב דגורם כממון דמי דחיוב שבועה חשיב ממון ושפיר פריך מכדי במה קני לה שוכר בשבועה. א"כ הוא רוצה לפטור בשבועה ולקנותה לימא ליה דל כו' שאינו רוצה להשביעו ומ"מ לא נפטר ולא קנאה ויגבה מהשואל ועדיין יהיה למפרע גובה דמה לי הן כו'. ומשני דמיד כשמתה באמת נפטר מחיוב חזרה וממילא כבר קנאה למפרע. רק דיש עליו שבועה להפיס כו' וכשאינו רוצה להשביעו קנאה בלא שבועה כנ"ל:

אך א"כ בשומר חנם שמסר לשומר שכר לרבנן היה פטור הב' לגמרי מגניבה ואבידה. דנגד שומר הא' הוי רק גורם לממון ושניהם אינם שומרין דבעל החפץ לענין גניבה ואבידה כנ"ל. אם לא שנאמר דשוב מסר בשליחות הבעלים כנ"ל. וכחילוק הנ"ל בין אגרא כו' והדר נסבה כו' דכמו לגבי בעלים ודאי מחלה כן אין ראיה שבשליחות הבעלים. דאדרבא רצונה שיפטר לגמרי משא"כ בשומר דעלמא ודוחק. ולכך היה נראה דהא חזינן דמחלק הגמ' ב"ק צ"ח בין שטרות שאין גופן ממון משא"כ שור הנסקל וחמץ דעיקרו ממון אמרינן טפי דבר הגורם לממון כממון דמי ופירש"י ז"ל דאף דאסור בהנאה מ"מ כיון שהיה בתחלתו ממון ועכשיו אף שאינו שוה כלום גורם לממון הוא כנ"ל ע"ש היינו דלא נפיק מתורת ממון כיון שעדיין מקצת תורת ממון משא"כ בדבר שלא היה כלל ממון כשטרות ע"ש. וא"כ ניהו דלא קי"ל כר"ש ואף בשור הנסקל וחמץ שיכול הגזלן

לפטור או השומר ומסרו לשומר אחר אינו חייב דפשיעה דגם זה אימעוט מדין שומרין כשטרות. וכמ"ש רמב"ן ב"ב בדד"ג דאף דאם היה מזיק השור הנ"ל היה חייב מדינא דגרמי מ"מ בפשיעה פטור כנ"ל. משום דעכשיו לאו ממון כנ"ל. ואף דלגבי דידיה שוה מ"מ כיון שאין שוה לכל עולם לאו כממון דמי כנ"ל. מ"מ בנ"ד בש"ח שמסר לשומר שכר או שוכר לשואל שוב אמרינן להיפך כיון דבאמת שוה ממון לכל עולם ולבעל החפץ. רק דנגד שומר א' אינו שלו רק גורם לממון שוב לכ"ע כממון דמי דהא עדיף מחילוק הנ"ל שלא יצא מתורת ממון שהיה שוה. דבזה עדיין שוה לכל ולגביה הוא גורם לממון ודאי דחשיב זה הגורם ג"כ כממון. דכמו דלהיפך כשלכל עולם אינו שוה אף ששוה לו שגורם כו' לא מהני לשוי' ממון. כן בהנ"ל דשוה לעולם. רק לדידיה יש לו בו גורם לממון שפיר כממון דלא נפק גם לגבי דידיה מתורת ממון ששוה לכל כיון שמקצת הוא גם לדידיה דעכ"פ גורם לממון. וכמו החילוק דלר"ש בין חמץ. כן לדידן במה שגם עכשיו שוה כנ"ל. ולכך שפיר הוי בכלל כי יתן כו' דלא אימעוט מדין שמירה וחייב לשומר א' לרבנן וכן בשוכר ושואל כנ"ל:

ויש לפרש בזה ג"כ לשון הגמ' כנ"ל. דהא מ"מ כיון דהטעם כנ"ל דלגבי דידיה גורם כו' כממון דמי. וא"כ כמו דמחלק הש"ס ריש פסחים דע"כ לא אמר ר"ש רק שם דנגנב לענין כפל דבזה גורם לממון דחייב. אבל כשבעין רק הואיל ואלו מגניב גם גורם י"ל דלא הוי ע"ש. רק לל"ב אמרינן לר"ש גם הואיל ואי מיגנב ג"כ חשיב גורם לממון וכן אמר רבה בגזל חמץ ונשבע עליו כו' דמשום הואיל ואלו מיגנב חייב לר"ש דכממון כו' וא"כ לדידן עכ"פ נראה להיפוך ניהו דהואיל ואי מיגנב הוי גורם לממון מ"מ לענין שנדין על חיוב שנאנס ונפטר שומר א' שוב גם גורם לממון לא הוי דכשכבר פטור ע"י מעשה זו פקע הגורם לממון רק כשבעין דשייך אלו מיגנב כו' משא"כ כשכבר נאנס דלא שייך אלו מיגנב כו' וכהחילוק הנ"ל. וא"כ כאן דנימא דלכך חייב שואל לשלם לשוכר אף שאין הפרה שלו. ורק משום דהא שוה לעולם ולגבי השוכר הוי גורם כו' שוב כממון דמי והוי כשלו כנ"ל. והא ז"א דכיון דדנין על מה שמתה דזה החיוב יהיה של שוכר הא כשמתה שוב גם גורם לממון לא הוי לגבי דידיה דלא שייך אלו מיגנב דהא כבר נפטר לגמרי וא"כ פקע לגמרי הגורם כו'. ואינו שלו ואיך יקנה שיהיה התשלומי אונס דשואל שלו:

אך י"ל למאי דאמר פ' שבועות העדות משביע ע"א לראב"ש חייב דסבר גורם לממון כממון והחיוב שבועה חשיב גורם לממון דכשאינו נשבע חייב לשלם ע"ש. רק דקי"ל לאו כממון. אבל כאן שוב אף שמתה לא פקע הגורם לממון לגבי השוכר דהא צריך לישבע שנאנסה ואל"ה חייב לשלם א"כ עדיין הוי נגדו דבר הגורם לממון. וכיון דשוה

לעולם כנ"ל די במה שנגדו גורם לממון ושפיר קני התשלומין. וא"כ פריך הגמרא שפיר כפשטיה מכדי שוכר במאי קני להאי פרה בשבועה שרק ע"י חיוב השבועה חשיב גורם כו' וכשלו דמיא. ולימא לי' דל כו' שמוחל לו השבועה ואין כאן גורם כלל כו' ואין לו בו זכות כלל שיהי' התשלומין שלו כנ"ל. וסבר לס"ד דכשאינו שלו ממילא הוא לבעלים כנ"ל. ומשני מי סברת בשבועה כו' משעת מיתה הוא דקני לה כו'. היינו דהא כיון שהי' ביד המשכיר להשביעו מ"מ הי' בשעת מיתה דבר הגורם לממון דאם ישביעו יצטרך לשלם אם לא ישבע וממילא כיון דהואיל ואלו ישביעו כו' חשיב גורם לממון וקני התשלומין בשעת מיתת הפרה. ממילא אף שמוחל השבועה אח"כ לא מהני דכבר קנאו כנ"ל:

אך אינו מיושב מה דאמר ושבועה כדי להפיס דעתו כו' שאינו ענין לטעם הנ"ל אדרבא כשחיוב השבועה יותר. שייך יותר הקנין. ועוד דא"כ כשפטור משבועה מודו רבנן והא לקמן פעמים שהבעלים כו' דיודעין בעלים שנאנסה ופטור משבועה ומ"מ לרבנן קני כנ"ל:

רק דאפשר לומר דלס"ד הוי ס"ל כנ"ל דקנאו בשבועה משום גורם לממון כנ"ל. ודחי הש"ס דאין הקנין בשבועה דזה הגורם אינו רק בירור וכשבאמת מתה אף גורם לא הוי. דמשביע ע"א חשיב גורם לענין ההפסד וגם שהי' שבועת שקר כמבואר שם דרוב בני אדם אין נשבעין שקר ע"ש. משא"כ כאן אם אמת לא הוי גורם כלל ועוד דלא שייך גורם זה שיהי' חשיב זכות בפרה ע"י שצריך לישבע כנ"ל. ולא דמי להואיל אי מיגנב שבאמת תלוי ועומד שיכול להיות חיוב עליו. משא"כ כשמתה באמת רק אם לא ישבע ישלם בחנם זה הגורם לא משוי זכות בגוף הפרה גם לר"ש. רק משעת מיתה כו'. היינו די"ל כיון שקודם שמתה הי' שפיר גורם לממון אלו מיגנב כו'. וא"כ מתחלת השאלה עד שמתה הי' חשוב של שוכר כנ"ל כיון דשוה ממון ונגדו עכ"פ גורם לממון כנ"ל. שפיר חייב השואל על מה שהוא של שוכר ולא אכפת לן במה שפקע הגורם ע"י שמתה דאז כבר החיוב. ושפיר החיוב של שוכר כנ"ל ושפיר משעת מיתה קני לה. והשבועה רק להפיס מחויב לישבע אבל אין . הקנין תלוי בזה כנ"ל:

וי"ל דטעמא דר"י באמת כנ"ל כיון דמצד גורם לממון אין חיוב בשאלה כשטרות רק משום שגופו ממון נגד בעל הפרה שוב התשלומין עיקר בשביל מה שהוא דבעלים ושפיר כיצד עושה כו' בפרתו של חברו כנ"ל. וממילא שנעשה שואל של הבעלים עיקר הממון שלהם כנ"ל:

אך כל הנ"ל נראה דוחק בלשון הש"ס משעת מיתה הוא דקני לה כו'. וכן בס"ד בשבועה דקני כו'. ונראה לע"ד עיקר דהנה הפוסקים נסתפקו בפקדון אם יש עליו חיוב השבה לבעלים או שאין עליהם חיוב רק שיבאו הבעלים ויטלו שלהם. עיין ח"מ ס' פ"ו לענין שיעבודא דר"נ. ולע"ד דיש חילוק בין פיקדון דשומר חנם ושומר שכר דלא הוציאו כלל מרשות בעלים ואף שתיקנו משיכה היינו על חיוב השמירה אבל מ"מ כל היכא דאיתא ברשותא דמרי' איתא שפיר אין עליהם חיוב חזרה והשבה כלל דהא מונח ברשות בעלים ויכולין ליטלו מעולם לא נתחייבו בהשבה לרשות אחר. אבל שואל ושוכר דמשיכה שלהם לקנות החפץ לצרכם והוציאוהו מרשות בעלים להיות שלהם על זמן המושאל או המושכר. ודאי דיש עליהם חיוב השבה להחזיר לרשות בעליו כמבואר פ' הכונס כיון דאפקוה מרשותי' כו'. דכמו דבמלוה יש חיוב פריעת בע"ח כיון שנעשה שלו. כן שאלה ושכירות שנעשה שלו לזמן כמ"ש הרמב"ם פ"א מה' שאלה יש עליהם חיוב השבה לרשות בעליו כנ"ל. רק בכלה זמן השאלה יש להסתפק שמא אינו צריך עוד השבה דכיון דכלה שוב ברשותי' דמרה איתא והוי השבה. או דאפשר דכיון דמחויב להחזיר בזמנו שוב לא נעשה נפקד להקנות רשותו לבעליו אחר הזמן שיהי' ברשותו דמרי'. ומה"ט מחלק הש"ס ב"מ צ"א בין החזירה תוך ימי שאלה או אח"כ ע"ש ברש"י ז"ל דלא כלתה כו'. והירושלמי הובא ב"י ס' שמ"ג בשאלה היום כו' אם דרכה ללון ע"ש מה שפירשו תלמידי רשב"א. וכן ב"ק ק"ד בפקדון כו' דאתו בעלים ושקלו לי' כו'. דברשותי' ע"ש. ולכך כשכפר כתיב והשיב הגזלה כו' או את הפקדון כו'. דכלתה שמירתו ואינו ברשותי' דמרי' בשעת כפירה כר"ע ב"ק קי"ח ממילא חיוב השבה עליו לרשות בעלים. וממילא גם בשואל ושוכר כן כנ"ל:

והנה גנב וגזלן דמחייבו באונסין הוא רק מדכ' והשיב את הגזלה כו'. ואף דהא כשנאנס א"א לו להשיב ואונס רחמנא פטרי'. ע"כ דליתא דבכל חפץ יש גוף החפץ וגם השיוי ממון שיש בו וכשמחויב והשיב ונאנס ניהו דא"א לו להשיב גוף החפץ אבל השיוי אפשר לו להשיב וממילא החיוב עליו והשיב לשלם כנ"ל:

ולכך גם ביאוש ושינוי דקנה מ"מ דמים בעי לשלומי דלא נפטר מהשבת תשלומי שויו כנ"ל. ומה"ט כופר בפקדון חיוב באונסין דנעשה גזלן כיון דלאו ברשותי' דמרי' כו' ויש עליו והשיב כו' שוב חייב באונסין. וא"כ בשומר חנם ושומר שכר שפיר ראוי לפטור מאונסין וגניבה כו'. כיון שאין עליו השבה רק כאלו ברשות בעלים ממילא כשנאבד מה חיוב עליו. רק שומר חנם בפשיעה ושומר שכר בגניבה ואבידה חייבתו תורה ונעשה אז החיוב עליהם. משא"כ מה שלא חייבו תורה אין עליו ממילא שום חיוב כנ"ל:. אבל

בשואל דמחויב בהשבה מטעם זה עצמו חייבתו תורה באונסין דבמה נפטר כיון שיש עליו חיוב השבה וגם השיוי ממון בכלל וכשנאנס וא"י להחזיר החפץ מ"מ השיוי יכול להשיב ומחויב כנ"ל. ולכך מדמי הש"ס סנהדרין פ"ב גנב וגזלן לשואל כי אוקמי' רחמנא ברשותי' לענין אונסין ע"ש:

ולא מבעיא ללישנא דרבא פליג אדר"פ ב"ק קי"ב דמשעת שאלה איחייב באונסין ובהיתה פרה שאולה וטבחה בשבת לא מיפטר כמו בהיתה גניבה כו' וכן פסק הרמב"ם ז"ל. א"כ ודאי כנ"ל מטעם חיוב השבה כמו בגנב דהחיוב מיד. רק אפילו לר"פ דמחלק בין היתה פרה גנובה לשאולה דמשעת אונסין מחייב מ"מ י"ל כנ"ל. רק הטעם דבגניבה לעולם החיוב עליו להחזיר ולשלם בכל שעה חשיב שפיר דהחיוב קודם ואין פוטר קם ליה בדרבה מיניה דטביחה. אבל בשאולה לזמן דהוי כלוקח על אותו זמן כמ"ש הרמב"ם פ"א מה' שאלה. א"כ אין חיוב כלל קודם להשיב רק לזמן שיכלה השאלה רק כשנאנסה פקע זמן השאלה א"כ נעשה החיוב תשלומין אז ולכך פוטרו טביחה דשבת. דבחיוב ספק לא חשיב כלל מקודם דהחיוב תשלומין הי' לכשיכלה זמן השאלה או שנאנס דחשיב כלתה וזה בא אז דקם ליה בדרבה מיניה. ולכך לענין יורשים י"ל דשפיר גובה כנ"ל:

וא"כ שפיר שואל חייב ממילא באונסין כנ"ל מטעם חיוב השבה דלא שייך אונס רחמנא פטרי' דהשיוי עכ"פ חייב כנ"ל:

אך א"כ בשוכר הי' ראוי להיות ג"כ חייב באונסין מה"ט כיון שיש ג"כ חיוב השבה עליו כנ"ל. אך התורה פטרתו דכתיב אם שכיר הוא כו'. וכמ"ש הרמב"ם פ"א מה"ש דשואל כאלו לקח הקנין פירות לזמן בחנם ושוכר כאלו לקחו בעד דמים ע"ש. וא"כ כמו דלוקח פטור מאונסין לזמן כמ"ש בבא מציעא פ' השואל גבי בעל לוקח הוי ובתוס' שם בלוקח לזמן ובש"ע ה"ש. וכן פטרה תורה שוכר מאונסין כיון שלקח לזמן בדמים והוי לענין אונסין כלוקח דשלו נאנס ופטור ומה"ט סבר ר"מ דכשומר חנם דמי. רק דקי"ל כשומר שכר דלענין זה לא הוי כלוקח לזמן. אבל לענין אונסין שפטרתו תורה הוא מטעם דלענין אונסין הוי כשלו ונפטר מהשבה ותשלומין:

וא"כ מיושב שפיר דין דמשנה כפשטי' דממילא כשהשאילה לאחר ומתה שפיר משלם לשוכר דלענין זה כשתאנס קנאה השוכר כלוקח וכשלו כיון דמה"ט פטור ממילא גם החיוב דשואל שבעד אונסין ג"כ שלו כמו עבדו לקנס ופרה לכפילא ולא אמרינן בעבד לקנס הא מ"מ לא הזיקו ממון כלל דכשהי' קיים לא הי' שלו ז"א כיון דקנאו לקנס א"כ לענין זה הקנין הוי לגמרי שלו וכדאמר בבבא בתרא פרק יש נוחלין לענין אתרוג שנתנו לצאת בו ע"ש. ולכך עבדו לקנס החיוב שלו אי עבידא דאתי. וכן אם הי' נקנה לא' לענין

אונסין שיהי' שלו כלוקח לזמן והי' משאילו דהי' שלו כשנאנס שישלם לו. ואף דכשהי' קיים לא הי' שלו מ"מ לענין זה הקנין הוי לגמרי שלו כנ"ל. ולכך לא נקיט המשנה הדין כלל בשומר חנם שנתן לשומר שכר ונגנבה כו'. דבאלו הפטור שלהם מצד שאין חיוב השבה עליהם וממילא של בעל הבית נגנב אם כן מה ענין שיקנה החיוב שבעד החפץ. רק בשוכר שיש עליו חיוב השבה ואע"פ כן פטרו תורה סברי רבנן דהפטור דלוקח כו' שמטעם שהוא שלו לענין אונסין. וממילא גם החיוב דשואל עבור האונס שלו כנ"ל. ור"י פליג דסבר דניהו דלענין הפטור קני לפטור הוא רק מחילה שנפטר מחיוב השבה באופן זה שנאנס אבל שיקנה הריוח שבעד האונס לעשות סחורה בשל חברו כנ"ל:

וא"כ מיושב הכל בעזה"י דס"ד דש"ס כיון דהקנין רק ע"י שנפטר והא צריך שבועה ובלא שבועה לא פטרו תורה כלל וממילא לא קנאה קודם שנשבע כלל וכמו דקי"ל אין אדם מוריש שבועה לבניו דקודם שנשבע לא חשוב כלל ממונו שיוכל להורישו. ופריך מכדי במאי קני בשבועה דרק ע"י שישבע ויפטור יהי' לו קנין זה ולימא לי' דל כו' שאינו רוצה להשביעו ולא יקנה זכותו. דבכל דבר שלטובתו כמו שאלה לזמן וכה"ג יכול לומר שאינו רוצה. וכן כיון שחייבה תורה שבועה לטובת בעל החפץ ודאי דיכול לומר שאינו רוצה לדון כלל עמו ולהשביעו רק שישאר הספק כמו שהוא קודם שבועה. ולא יקנה פרה שלו. וכמו פרעון בע"כ אף שיש הפסד ע"י הפירעון שלו מהני בע"כ כיון שעיקרו לטובתו. ואף דבזילי נכסי' נזקקין לנתבע הוא דעתה יש לו הפסד וצריך לסלקו הפסדו. אבל לא כדי שירויח כנ"ל. ומשני מי סברת כו' משעת מיתה הוא דקני לה ושבועה להפיס כו'. היינו כיון דמתה ובאמת נפטר רק שחסר הבירור ע"י שבועה שפיר קני לה מיד כיון שפטור קנה חיובא דשואל. רק בירור דשבועה להפיס. וכשאינו רוצה להשביע פטור בלי שבועה ומ"מ חייב השואל שלו דקני כנ"ל כיון שנפטר כשנאנס כנ"ל:

וא"ל דאם כן בשוכר שטען טענת ליסטים מזויין יקנה הכפל אף שפטור דהא קנאו כשפטר ובש"ס פ' הכונס נ"ז אמר דברייתא דהשוכר ואמר נגנבה היינו בליסטים מזויין ולמ"ד גנב הוא ואעפ"כ דוקא שילם. לא קשה מידי דלא קנה רק לענין האונס דפטור אבל לא לענין כשנמצא הגנב דהדר למריה לענין זה לא שייך לפטור שלו כלל כנ"ל:

ולמ"ש נראה דבלוקח פרה לל' יום דקי"ל דפטור מאונסין וגניבה ואבידה רק פשיעה חייב. והשאילה לוקח זה לאחר ונאנסה מודה ר"י דתשלומין ללוקח אף דקנין פירות לאו כקנין הגוף דלא שייך כנ' אך אפשר דמ"מ לענין הגוף שייך כיצד עושה סחורה כו' דזה אינו שלו:

אך נראה כנ"ל דמודה ר"י דהא אם כן מה חילוק בין לוקח לזמן ובין שואל. יתחייב לוקח לזמן גם כן באונסין דהחיוב על הגוף וזה אינו שלו כיון דלאו כקנין הגוף דמי. וע"כ כמו שכתב הרמב"ם דקנין לזמן בונה והורס ואף שמפסידו פטור וכמו באחריך. אם כן פטור אז גם על הגוף דע"כ קנאו לענין זה שבתוך זמן גם לענין הפסד הגוף על לעולם גם כן יפטור מטעם שלו. ואם כן שוב קני לגמרי החיוב אונסין דשואל ולא שייך כיצד כו'. דלענין האונס שתוך הזמן קנאה לגמרי. ורק שואל ושוכר סבר ר"י דלא חשוב קנין כדקיימא לן וכמו שכתב רמב"ם החילוק בין לזמן ובין שדה לפירות:

אך להרמב"ם פשיט כן בלוקח ל' יום כיון דבונה והורס רשאי למכור וליקח מעות מאחר שיהרוס. רק לש"ע דפסק דחייב בפשיעה ע"כ מחלק דרמב"ם דוקא בקרקע קאמר דהורס דבדידיה קעביד אף שגורם היזק על אח"כ וכאלו אמר קרע כיון שמכרו לזמן שיהי' כמי שעושה בשלו ושומר לא נעשה מעולם בקרקע. מה שאין כן בהמה ומטלטלין אף שלקח לזמן. נעשה שומר חנם על הגוף שיש לבעליו. דאף דעכשיו דלוקח הוא מ"מ כיון דאחר ל' לבעליו. והא פסחים כ"ט בחמץ שלאחר המועד מותר קיימא לן דגורם לממון כזה כממון דמי וחייב אף במועד. וי"ל דעדיף משטרות. וכל שכן כאן דגופו ממון גם עכשיו רק שהוא דלוקח. ושוב מה שיש בו דבעלים על אחר ל' הוי עכ"פ גם עתה גורם לממון כנ"ל וחייב בפשיעה על הגוף דנעשה שומר חנם על הגוף ואף דלא קיבל שמירה בפירוש מ"מ סבר הש"ע דבסתם כן כמו הנח כו'". ואף דהמשיכה היה לקנין לא לשם שמירה. ואם כן יש לומר דתוספות לטעמייהו דאין צריך משיכה רק שנסתלקו בעלים מלשמור חייב זה בפשיעה אם כן עכ"פ נסתלקו. מה שאין כן לרמב"ם דבעי משיכה. ולמה סתם ש"ע. וי"ל דסבר דנכלל במשיכה זו שניהם לקנין הזמן הפירות. ושמירה לקנין הגוף דלא חשוב משוך וקני לאחר ל' כו'. דנעשה מיד שומר חנם משום גורם לממון כנ"ל. בפרט כיון דקיימא לן קנין פירות לאו כקנין הגוף. רק באונסין וגניבה ואבידה פטור דלא קיבל עליו. ועיקר הרבותא דלא מיקרי שואל על קנין הגוף כיון דמשלו נהנה. ואף דכל שואל כן. דבשלמא כפי לשון הרמב"ם החילוק דל' יום הוי קנין הגוף על זמן הזה ולכך הורס ואין לאחריך כו'. רק דקנין הגוף לזמן חשוב גם כן רק קנין פירות מ"מ על תוך הזמן לגמרי שלו כמו החוזר ביובל כו' ומשום הכי פטור ממילא דלגמרי שלו משא"כ שואל. אבל לתוס' וש"ע דאינו קונה רק לפירות ולכך חייב בפשיעה אם כן שוב דמי לשואל דגם כן קנין פירות לזמן. ואפשר גם התוס' וש"ע דוקא בסתם מתנה לזמן ולא לפירות דהא למדו מבעל בנכסי אשתו ושם לא סגי לגמ' בקנין פירות דבעל רק מצד תקנת אושא דלוקח הוי:

אולם לשון הרא"ש וטור ס' שמ"ה שכתב לא שואל ולא שוכר דבלשון מקח לקחה והוא שומר חנם עליו עיין שם. משמע דהחילוק בלשון שאלה חייבה תורה באונסין וכשלוקח קנין זה עצמו לפירות בלשון מקח או מתנה לא נעשה שואל ושוכר. ויש לומר כמ"ש דאין עליו חיוב השבה כיון דבתורת קנין. וממילא פטור מגניבה ואבידה כנ"ל. או דקנאו לענין זה אם יאבד או יאנס כנ"ל. ומ"מ נראה דלא שייך כיצד כו' בשל חבירו כיון דבתורת מקח ושלו היא כשהשאילה גם החיוב דשואל שלו כנ"ל:

ובשוכר הטעם כנ"ל לרבנן דטעם הפטור מהשבה באונס דהוי כאי תקפה ברשותך כו' ב"מ ס"ד דלענין אונסין יהיה הפרה שלו ונכלל זה בדמי השכירות שמשלם נקנה לו לענין שיפטור מאונסין מטעם שלו כשיאנס. ומ"מ הנבילה דבעלים דלא תקנה לו רק מה שנאנס ונאבד לא לענין מה שנשאר כנ"ל:

עוד יש לומר למ"ש לעיל כיון דחיוב באונסין בעד מה שמשתמש השואל בחנם דשוכר הוא. והא בגיטין פרק השולח נגחו יום של רבו לרבו ואפילו למאי דמסיק בהכהו וצמתה וסופו לחזור ע"ש מ"מ אף שסופו לחזור לזמן רב שיש בו זמן של העבד ג"כ מ"מ לרבו כיון דהחיוב על ההכאה וזה היה בזמן של רבו הוא שלו אף שהתשלומין בעד הפסד זמן של העבד גם כן. וכן קיימא לן בבתו בבא קמא פרק החובל דבפניו ואפחתיה מכספא כתירוץ ב' דתוס' דאף הפחת שאחר ימי נערות מ"מ כיון שנעשה בזמן של אב הוי שלו. והרמב"ם ז"ל לא מחלק גם בנגחו יום דרבו בין עתיד לחזור עיין שם. ואף דבכופר דכלי' קרנא אמר שם דחולקין. נראה החילוק דאף דנעשה בזמן של רבו מ"מ לענין זה לא חלקו כלל כיון שחלקו לזמן היינו למלאכה אבל לענין כלי' קרנא אינו בכלל החלוקה דזמנים. ונשאר בשותפות ולא הוי כלל ביום של רבו לענין זה דכליא קרנא כו'. אבל לענין מה שהוא של רבו לזמן היינו למלאכה שוב כיון שאירע ביומו הכל שלו אף התשלומין שבעד זמן העבד כנ"ל. ומהאי טעמא לאבי' בפצעה כו'. ואם כן ממילא בשותפין בפרה שחלקו לזמנים נראה כשהשאיל ונאנס בזמנו הוא של זה שבזמן שלו. כיון דאירע בזמנו והחיוב בשביל התשמיש יש לומר דר"י מודה דלא שייך כיצד כו' וכנגחו יום של רבו. ואף דבמזיק היה לשניהם הוא מטעם הנ"ל דלענין זה לא חלקו ונעשה החיוב בשעה שבטל החלוקה וחולקין כנ"ל בכופר. משא"כ חיוב דשואל שבעד תשמישו בזמן של זה החיוב שלו. ולרבנן גם בשוכר כן שהחיוב דשואל מחמת תשמישו בחנם וזה החיוב בזמן של שוכר אף דהחיוב בעד הפרה שגם אחר זמנו מ"מ החיוב בשעת זמנו וקנאו. ואף דהחיוב על שעת מיתה ואז בטל זכותו. מ"מ כיון דלא היה חייב כלל על אונסין רק החיוב על השאלה כנ"ל הוא כמו שם בההכאה כנ"ל. דהא בזמן שכירתו יש לו זה הזכות

שהוא משתמש בעד שכירתו ושיפטור מאונסין. יש לו גם הזכות מהחיוב אונסין שבעד התשמיש בזמן שלו וכמו שבת בעבד עברי שהוא של רבו. ולהפוסקים לעבד מטעם אחר עיין שם. וכאן הוא להיפוך דנגד שוכר הוי אונס דפטור כנ"ל:

א"כ יש לפרש גם כן קושית הש"ס דמכל מקום כיון דבמיתת הפרה פקע השכירות רק דהחיוב היה בחייב שהזמן שלו ואז קנה לענין אונסין דאח"כ והא לא קנאו רק כשישבע ויפטור. ולא היה לו הזכות רק כשישבע ושוב לימא דל אנת כו' ומשני דקני ליה על שעת מיתה רק להפיס דעתו השבועה ושפיר קני כנ"ל:

ויש ליישב בזה פירוש התוספ' שתמוה מאוד שפירשו דבעלים יכול לומר אני פוטרך מהבאת עדים. וכשיודע בעצמו דלא מחסר כלום מודה ר"י עיין שם. וממה נפשך אי כשבאמת נאנסה מודה ר"י דשל השוכר איך שייך אני פוטרך מהבאת עדים ע"כ יביא עדים שמתה והתשלומין של שוכר ומה חילוק בין מודה לעדים גם, לישנא דר"י כיצד כו' אינו מובן לפירוש תוספות:

ולמ"ש יש לומר דר"י סבר כיון דלא היה זכות לפטור רק כשישבע שנאנסה לא חשוב שזכה כלל קודם שמתה כמו האי דאין אדם מוריש שבועה כו'. רק כשנשבע זכה למפרע. ומצי אמר דל כו' כמ"ש. והפי' כיצד כו' קאי על השבועה שרוצה לישבע ולפטור כדי שיעשה סחורה ולקנות למפרע החיוב. ומצי בעלים לומר שאינם רוצים לדון עמו כלל. ונשאר הספק ולא קני החיוב. וכן עדים דחשיב פרק שבועת העדות כופר במלוה שיש עליו עדים גם כן כפירת ממון דזימנין כו' וכיון שאינו רוצה לדון עמו על חיוב שלו כלל. אין נזקקין לנתבע שרוצה להביא עדים לפטור. ודוקא בזילא נכסיה כמ"ש לעיל לא להרויח לקנות. משא"כ ביודע שאינו מחוסר כלום עוד יש לומר דכמו דאמר לעיל נעשה כו' לכשתגנב כו' ותשלמני פרתי קנויה כו' לכפילא עכ"פ כו' דכיון שאין לו הפסד שמשלם מקנה לו הריוח כו' היינו הפרה לרווחא וכן יוקרא כו' עיין שם. רק שם צריך לשלם כל הפרה. י"ל דכאן בשוכר גם כן כיון שמשלם לו השכירות בעד התשמיש לזמן מקנה לו גוף הפרה לענין הריוח שבא מתשמיש של זמן זה דהא שילם בעד זה והיינו לענין חיוב השואל במתה שאין הפסד לו דמה לי הכא כו'. וכמו שם דמהני שילם בעד כל הפרה לענין קנין כפל שהוא בעד כל הפרה כן מהני כאן שילם בעד הזמן שיקנה הפרה לריוח שבעד תשמיש של זה הזמן היינו מה דמשלם שואל משום כל הנאה שלו ובא התשלומין ממה שזה שילם עבורו וקנאה לענין ריוח זה שהקנה לו מעכשיו כעבד לקנס ודקל לפירות דאין כאן ג' מי יימר. דמהני כנ"ל. ומיושב מה דמדמי לה הש"ס

בסוף סוגיין דחולק ר"י אף בראשונה דלכאורה אין לו דמיון כלל. ולמ"ש מיושב דהוא ממש כנ"ל:

ופרק החובל אמר הש"ס גם כן באדם דלא קפדנא דמסתמא מקני ברווחא דמעלמא ולו אין הפסד ולבתו יש הפסד עיין שם. וכן בהפסד הנ"ל שהשוכר הפסיד שכירותו שהשאיל בחנם ועל ידי זה בא הריוח חיובא דשואל. ולו לא הפסיד כלל כנ"ל. ולכך אף דשם דוקא במצי פטר נפשיה כאן לא צריך לרבנן. או דבשילם אף אי לא מצי פטר מהני כדר"פ. ולכך פריך במאי קני בשבועה דהא כמו שכתב הרא"ש לעיל דדוקא כשנשבע שאינה ברשותו מקני ליה עיין שם דשבועה זו שייך לתשלומין עיין שם. כן סבר כאן דכל שלא נשבע לא סגי במה שנתן השכירות דשמא מעכב כל החיוב וכהא דלעיל ולא אקני ליה כל שאינו נשבע. ופריך דל שבועתך ואינו יכול לכופו שיקנה. דשם מרוצה דקודם שנמצא הגנב הוא בספק הפסד. משא"כ כאן דחיובא דשואל כבר יש. ובלא השבועה לא חשיב שילם יאמר דל כו' ומשני משעת מיתה קני. דשכירות לבד חשיב שילם לקנות כשתמות. רק בירור על ידי השבועה ויכול לישבע בע"כ. דחשיב זיל נכסיה דכיון שאם מתה כבר קני החיוב וזה רוצה להפסידו ע"י שלא ישבע נזקקין לנתבע שלא יפסיד. דבשלמא אם הקנין על ידי השבועה הוי רק להרויח ולא מיקרי זילא כו' כנ"ל. אבל כיון דבמיתה קני רק שבועה להפיס כו' חשיב זילא נכסיה שיפסיד שלו ולא מצי אמר דל כו' דישבע ויפטור ע"כ דנזקקין כנ"ל:

ור"י פליג כו' ואמר לקמן מודה ר"י בראשונה שכבר שילם כו'. היינו דשם מקנה לו מתחילה כשישלם כדי שעל ידי זה יהיה לנפקד ס' ריוח וישלם ולא ישבע כל שיהיה בספק. מה שאין כן כאן דהתשלומי שכירות אף אם לא יקנה לו. ואף די"ל כדי שישכיר וימצא על ידי כן שוכרים שיש להם ספק ריוח כשישאילו לאחר כיון דמיירי בנותן רשות להשאיל. מ"מ סבר ר"י דאינו מקנה בשביל ספק זה כיון דהספק מיד ואינו ענין להשכירות ודוקא שם שנולד אחר כך ומשלם לו. והפי' מודה ר"י שכבר שילם כו' היינו כשהיה בספק משא"כ כאן כנ"ל. או דחשיב ליה שבחא דאתי מגופא כיון דהתשלומין בעד הפרה ולא דמי ליוקרא ולא קני כנ"ל:

עוד יש לומר. דהנה כבר כתבנו דקשה איך נעשה שואל של השוכר הא אין הפרה שלו. ועוד גם לר"י קשה הא מיבעיא ליה לש"ס בבא מציעא צ"ו שאלה לראות בה מהו ממונא בעינן והא איכא או דילמא ממונא דאית ליה הנאה כו'. שאלה לעשות בה פחות מפרוטה מהו ממונא בעינן כו'. וכן שאל ב' פרות לעשות בהן פרוטה כו' בתר שואל ומשאיל ואיכא או בתר פרות כו'. והספק הוא אי תלי' בגוף החפץ ששוה פרוטה או

שהשאלה לתשמיש ששוה פרוטה דוקא עלה קאי וכי ישאל כו' עיין שם וסלקא בתיקו אם כן לכאורה היינו פלוגתא דרבנן ור"י דהכא דלר"י איך נעשה שואל של המשכיר ניהו דלענין גוף הפרה שלו מ"מ אי השאלה על התשמיש שיהיה שוה פרוטה והא לא מפסיד משאיל שוה פרוטה כלל דשל שוכר היא. ואף דנראה דהנך בעיא כמו ריש קדושין שתי בנותיך בפרוטה כו' בתר נותן ומקבל עיין שם. ואעפ"כ כתב הר"ן והה"מ כיון דאיהי יש לה שוה פרוטה סגי אף שאין לגבי נותן שוה פרוטה כמו חליפי איסורי הנאה וגזל אחר יאוש עיין שם ר"ן פ"ק דחולין. אך גם שם נחלקו הפוסקים ועוד דשם הנותן נותן לה מה ששוה פרוטה אצלה והנתינה שלו. אבל מקדש בחלקו לס"ד ממון גבוה מפורש בגמרא דלא מהני אף ששוה אצלה פרוטה מ"מ נותן לה שוה פרוטה ממה שאינו שלו עיין שם. וכן כאן השוה פרוטה של השאלה לתשמיש הוא דשוכר וממילא אינו כלל שואל של בעלים להתחייב אי בתר השאלה אזלינן והא קיימא לן כר"י ושם ספיקא הוי. וניהו דסבר ר"י כיצד ולא קני הוא מ"מ נגד הבעלים גם כן לא יתחייב כנ"ל. וכן לרבנן קשה לאידך צד דאיבעיא הנ"ל:

ונראה דמטעם זה הוצרך הרא"ש ז"ל לומר דהוי כאלו בשליחות הבעלים השאילו לר"י ע"ש. אך אינו מובן למה נימא כן כיון שהשכירות שלו. וצ"ל כמ"ש לעיל כיון דהוא לא יקנה הוי כהילך פרוטה בשביל הבעלים כנ"ל. והוי שפיר גם התשמיש של בעלים. ומ"מ דוחק. ומכל שכן באגרא פרה והדר נסבה למה נימא דנותנת בשביל הבעלים שיתחייב הבעל ובפרט בלא נתנו רשות:

ועוד דהנה בח"מ ס' שמ"ו כתב רמ"א בשאלה ואחר כך נשאת כו' דלוקח כו'. אבל לא מיפטר מטעם שמירה בבעלים דהא אין החפץ שלה רק שאול בידה וכן גזלן שהשאיל כו' לא מקרי בבעלים אלא בעל החפץ עיין שם. ותמהו שם הסמ"ע ושאר פוסקים דמוכח מרא"ש וטור דפטור מטעם בבעלים ע"ש. והש"ך תמה על הרא"ש וטור הא מבואר בגמרא דלר"י לא מיפטר מטעם בבעלים כיון דהוא שואל דבעלים והם אינם עמו ע"ש. ותוספות יום טוב ג"כ תמה ע"ש. ומה שפי' הש"ך ז"ל דברי רמ"א משום דר' יוסי אינו מובן דאין זה הטעם שכתב רמ"א לפי שאין החפץ שלו ע"ש. ולע"ד שדברי רמ"א ודאי אמת דהא בש"ס צ"ו שם בשאל מהאשה ונשאל בעלה פי' תוספות שהבעל בעצמו השאיל ששלו התשמיש ואעפ"כ אף שנשאל עם הפרה לא מיפטר מטעם בבעלים אי קנין פירות לאו כקנין הגוף כיון שאין בעל החפץ ע"ש. וא"כ קשה להרמ"א למה אמר בש"ס דאגרא פרה מעלמא והדר נסבה לרבנן דר"י אף אי שואל הוי מיפטר מטעם בבעלים הא

אין הפרה שלה ולמה יפטר אף לרבנן. הא לתוס' הנ"ל אף שהבעל עצמו השאיל ונשאל ג"כ אין פוטרת משום בבעלים כנ"ל:

ונראה דהנה מצינו בכמה דוכתי בגמ' דחיוב אחריות דשומרין הוי קנין הגוף החפץ דב"ק ע"ט כשמסרו גנב לשומר קנה במשיכת השומר דתקנו משיכה בשומרין לפי' רש"י ותוס' ע"ש. והראב"ד תמה באמת הא משיכה דשומר אינו לקנין ואיך יקנה גנב ע"ש. אבל מ"מ כן הוא לרש"י ותוס' וכן הלשון שם כדרך שתקנו בלקוחות כך תקנו בשומרין. ובכמה דוכתי כי אוקמיה רחמנא ברשותיה כו'. ובחמץ דחשיב דידיה מחמת אחריות דקאמר כיון דאלו מיגנב כו' כדידיה דמי. ונהי דגלי קרא לא ימצא כו'. מ"מ איך נכלל זה במה שאין שייכות קנין כלל רק חיוב. ולכך נראה דהא חזינן דפליגי ר"ש ורבנן בקדשים שחייב באחריותן דסבר ר"ש דחייב כפל דדבר הגורם לממון כממון דמי וסובר דקרוי גוף החפץ שלו לגמרי שיתחייב כפל כיון שגורם לשלם עבורו רק רבנן סברי דלא חשיב ע"י זה שלו. אבל למה נשוי פלוגתא רחוקה שלא יחשב קנין וזכות כלל לרבנן. רק פשוט דאף דגם כן זה מקצת קנין ששלו לענין החיוב אחריות שיהי' ההפסד כמפסיד דבר שהוא שלו. מ"מ אין קנין זה משוי החפץ שלו לענין שאר דברים. וכמו טובת הנאה אף דא"א להכחיש שיש לו בו זכות ליתן למי שירצה מ"מ קי"ל טובת הנאה אינו ממון דבשביל זכות זה לא מיקרי החפץ שלו. ובחמץ ג"כ אינו עובר כמ"ש פרק א"ע בגמרא. וכן כיון דדבר הגורם לממון לאו כממון דמי. אף שיש לו קנין זה בחפץ לענין האחריות מ"מ לאו כממון שיהי' חשיב החפץ שלו. וממילא ככל ד' וה' שצריך להיות גוף החפץ שלו לא מיקרי וגונב מבית האיש ופטור מכפל וארבעה וחמשה כנ"ל. אבל מודו רבנן דקנין זה לחיוב אחריות יש בו. ולכך בחמץ רביי קרא דיחשב לגמרי כשלו בשביל קנין זה. דהא ע"כ כן הוא דעדיף מזכות של טובת הנאה דאי אינו ממון אינו עובר בחמץ ג"כ ומשום גורם לממון עובר. ואמר שפיר כדידיה דמי כו'. ושייך תקנו משיכה כו' כמו בלקוחות.

וגם מה"ט קנה גנב במשיכת שומר לענין להתחייב באחריות דלענין זה הוי קנין:

וממילא י"ל דבהא פליגי דטעמא. דרבנן כיון] דקנאו לענין האחריות ממילא חשיב שלו לענין כל האחריות לפטור ולחיוב וכמו מוכר עבדו לקנס הקנס שלו דלענין מה שקנאו כל החפץ שלו. כן לענין האחריות וכמו היכא דבאחריותו להפסד ממילא גם לשכר כן לענין אחריות כל שומר כדינו. ושוכר שחייב בגניבה ואבידה ופטור מאונסין. וכשמשאילו נעשה שואל שלו דלענין האחריות כל הפרה שלו ונקרא בעליו. וכמו לר"ש לענין כפל כן לדידן לענין האחריות ושפיר משלם לשוכר. ור"י סבר כיצד כו' דנהי דקנאו למה שחייב באחריות אבל לענין הריוח דאונסין של חיוב זה לא נעשה הוא שומר עליו

לא קנאו לענין זה כלל. וממילא אף שהוא השאילו והנאת תשמיש דידיה הוי מ"מ כיון דאין לו קנין לענין זה השאילו הוא פרה דמשכיר מ"מ חיוב זה שמחויב לו מצד שאלה שלו גם כן דבעלים הוא וכמו אי אין אומן קונה בשבח כלי דהשבח ממילא דבעלים כיון שהשביח בשל חבירו. ולכך שפיר חשיב כאלו בשליחותו דמשאיל אף דאינו מטעם שליחות ממילא הוי כן אף שהחיוב מחמתו כנ"ל:

והיינו הטעם דפרתי גבך ואעפ"כ לענין בבעלים אמר הגמ' שפיר דאגרא מעלמא ונסבה דלרבנן אין נ"מ. דאף אי שואל הוי ע"כ לרבנן משום שקנאה לענין כל האחריות גם לאונסין. ושוב הוי שואל שלה שוב פטור משום בבעלים דנקרא שפיר בעליו דחפץ דהא לענין האחריות חשיב בעל החפץ דמה"ט הוי שואל שלה ממילא הפטור דבעלים ג"כ כמו אי קנין פירות כקנין הגוף דחשיב בבעלים כן בהנ"ל כיון דקנה לענין אחריות ומה שדנין הוא לענין האחריות כנ"ל. רק לר"י דתחזיר כו'. שוב אף דהחיוב אונסין ג"כ רק מצד שהיא השאילתו מ"מ כיון דלא קנאה לענין אונסין דמה"ט תשלומין דבעלים שוב לא מיפטר מטעם שמירה בבעלים דהא אינה בעל החפץ שאינה שלה לענין חיוב אחריות זה דשאלה. וממש כמ"ש רמ"א והמרדכי כנ"ל:

וא"כ י"ל דהרא"ש וטור כפשטיה דנ"מ בלוקח ל' כו' כ' דאין נ"מ בבעל כו' דאף אי חייב בפשיעה פטור משום בבעלים היינו דלענין חיוב פשיעה דחייב שומר הראשון י"ל גם לר' יוסי דקנאו לענין חיוב אחריות זה ונעשה הב' שומר שלו לענין חיובים שהוא חייב וממילא פטור משום בבעלים דלענין שמירה וחיוב זה נקרא שפיר בעל החפץ כמו לרבנן. ודוקא לחיוב אונסין דלא קנאו לענין זה כנ"ל. משא"כ על אותן האחריות שחייב הוי אמינא שפיר ב' שומר שלו ובבעלים פטור. וממילא אף אי לוקח על ל' חייב בפשיעה מ"מ פטור בעל כנ"ל:

אמנם רמ"א ז"ל לא סבר כן והטעם פשוט. דבשלמא לענין חיובא דאונסין שנחייב לב' מטעם שואל וזה א"א לחייבו מצד של בעל הפרה בעצמו דהא הנאת שוה פרוטה משימוש בעינן וזה אינו שלו רק דשוכר. וע"כ נחייבו רק מצד השוכר שהשאילו. ובזה שפיר אם הי' השוכר קונה לחיוב אחריות אונסין הי' פטור מצד בעליו עמו כשהשוכר עמו. ולכך לרבנן פטור שם בעל לענין אונסין כיון דהיא עמו ומה שנחייבו באונסין הוא מצד שאלה דידה. רק לר"י כיון דהיא פטורה מאונסין לא קנתה ושוב חייב גם מצד שאלה שלה לבעל הפרה דלא מיקרי בעליו עמו כנ"ל. ורק דפטור משום דלוקח הוי. אבל לענין פשיעה אי נימא דלוקח על ל' חייב בפשיעה ע"כ כיון דאח"כ דבעלים גורם לממון כזה ממון כמו בחמץ כנ"ל. דנעשה שומר על גוף החפץ דאחר ל' חוזר לבעלים להתחייב מיד

בפשיעה. וא"כ לא שייך כלל לפטור משום בבעלים דאשה. דנימא דקנתה לענין אחריות על זמן השכירות. הא לא קנתה רק על זמן השכירות ולא עדיף הקנין דגורם דאחריות מלגמרי מ"מ הוא רק לזמן שכירות ומה שנעשה בעל שומר חנם הוא מצד השמירה דעל אחר ל' דכלתה זמן השכירות ואיך יפטור מטעם בבעלים הא לענין השמירה דאחר ל' אין היא כלל בעל החפץ אף להגורם לממון רק כאיש אחר וא"כ נעשה הבעל לענין פשיעה רק שומר דבעל הפרה ואין פוטרתו בבעלים דאשה:

אך ז"א דמ"מ כיון דהחיוב הוא מצד דהוי תוך ל' גורם לממון על אח"כ נעשה שומר חנם על הגוף ושוב על עכשיו היא בבעלים כנ"ל. רק הטעם כנ"ל דדוקא כשאי אפשר לחייבו אלא מצד השוכר שהשאילו כנ"ל. אבל בפשיעה דאפשר לחייבו מצד בעל החפץ לבד עכ"פ שומר חנם של בעלים. ושוב אין דנין מצד השוכר דלא קני רק לענין החיוב שלו אבל לענין מה שהוא ביד שומר הב' והחיובים שלו נגד הבעלים דגורם לאו כממון רק הקנין לענין חיוב שלו. אבל לא לענין לפטור הב' מחיובו נגד בעלים משום שמירה בבעלים. וכמו לענין אונסין דבשלמא לרבנן קני כל החיוב. משא"כ לר"י דוקא כשדנין מצדו כנ"ל. ולכך חייב בעל בפשיעה וסובר הרמ"א דאף דמדברי תוס' משמע דגם בעל חייב בפשיעה מ"מ רא"ש וטור כתבו דפטור משום בבעלים היינו דוקא בבעל בנכסי אשתו לבד. או דאף באגרא מעלמא ונסבה מ"מ הא הטעם דלא חשיב שלא קיבל עליו חיוב כלל כיון דבלא הודיעתו מיירי כמ"ש בש"ע והי' סבור שהוא בבעלים שפטור מפשיעה. וכן בשומר א' שנתן לב' והוא עמו למה יהי' חייב. שוב ראיתי בספר מחנה אפרים שנדחק הרבה בזה ע"ש. וע"כ צ"ל דמדקיבל שמירה סתם ולא התנה דבשביל שהוא בבעלים מקבל לשמור לא חשיב טעות וקיבל עליו חיוב שמירה ואם הוא בבעלים פטרתו תורה ואי לא ממילא נשאר החיוב כנ"ל. והיינו כיון דקיבל שמירה בבירור רק הפטור דבבעלים מצד אחר איבעי ליה לאתנוי' אמרינן שלא מיקרי בטעות דאף אם הי' יודע יכול להיות שמקבל ככל שומר. כמו דבבא מציעא פרק איזהו נשך לא חשיב מחילה בטעות במה שאפשר דמשום דליקו בהימנותיה הי' מרוצה אם הי' יודע. אף שספק מ"מ אינו מבטל מה שעשה להחשיבו טעות כיון שאינו ודאי ע"ש. אבל בלוקח על ל' יום דלא קיבל עליו שמירה כלל ואין הוכחה ממשיכתו דהי' לקנין שלו. רק ע"כ דאמרינן סתמא כן דהי' לו להתנות שאינו מקבל שמירה על הגוף וכיון דלא פירש מסתמא קיבל כשומר חנם. וא"כ לענין זה אמרינן ודאי להיפוך דהא לא הי' צריך להתנות כיון דהי' סבור ששלה והוא בבעלים ואין עליו חיוב כלל. ואין ראיה כלל על הקבלת שמירה. דבזה צריך לומר אומדנא להיפוך שלא יהי' דברים שבלב הקבלת שמירה. והא אין כאן שום אומדנא דלא

הוצרך לאתנוי' כיון שהי' סבור שהוא בבעלים כנ"ל. ולכך פטור אף מפשיעה רק מטעם לוקח. ותוספ' מיירי בהודיעתו כ' שפיר דחייב משא"כ בש"ע דקאי רמ"א בלא הודיעתו כמבואר שם שפיר כתב רמ"א דרק משום לוקח פטור גם מפשיעה כיון שהוא בבעלים נגדה וסבור כנ"ל מחמת ב' הטעם. משא"כ לוקח דעלמא חייב בפשיעה כנ"ל. וכן באינו לוקח אין פטור מטעם בבעלים כיון שאין החפץ שלו:

עוד יש טעמים בבעל לפטור דהא בשלמא שאר לוקח לזמן חשיב מיד שומר חנם דגורם כו' כממון ששוה על אח"כ ויכול למסור עתה על אח"כ אבל אשה הא אין לה רק ספק ושוה רק טובת הנאה. וא"כ אם הוא שלה אף בלי פטור דבעלים אינו שומר רק על השיוי דטובת הנאה. וא"כ הוי ממש כשל כסף ונמצא זהב פרק הכונס דנטירותא כו' קבילת לא דזהב וגם בפשיעה פטור ע"ש. וכן כאן נטירותא דשיוי טובת הנאה קיבל לא כשהוא דאחרים שהוא כל שויו וא"כ יותר מטובת הנאה ודאי פטור רק על השיוי דטובת הנאה ג"כ גרע דהוי כשטרות ממש. דאין לה כלום עתה רק מכירה שעל הספק וגורם זה רק כשטרות דאימעוט מדין שומרין אף בפשיעה. וכיון דסבר דשלה לא קיבל כלל שמירה דסבור שהיא כשטרות כנ"ל. אך לשון הרא"ש משום בבעלים:

עוד י"ל דהטעם בלוקח לזמן שנעשה שומר חנם אף דלא קיבל עליו. הוא כמו בדרך שכ' ס' רצ"א ובסמ"ע שם. דכיון דיודע שבעל החפץ יסתלק שלא ילך עמו הוי כקיבל עליו ע"ש ודוקא כשגם הוא נשאר שייך תיב ונטר לך ע"ש. ומה"ט לוקח לזמן שהבעלים מסתלקים דמשתמש בשלו הוי כקיבל שמירה על הגוף. משא"כ בדאשתו שהיא עמו במלאכתו שייך תיב ונטר לך כמו שהבעלים שם כנ"ל. וכשהוא לוקח לא מיקרי כלל קיבל עליו שמירה. והפטור משום בעליו עמו לא משום בבעלים דגזירת הכתוב. וממילא גם כשהוא דאחרים פטור דלא קיבל עליו כלל כנ"ל ואין להאריך. עכ"פ כ' רמ"א שפיר בגזלן שהשאיל דלא מיקרי בבעלים ע"ש. דזה ודאי דיכולין לחייב השואל מצד שהוא שואל דבעלים שמשתמש בשלהם ואיכא הנאה פרוטה משלהם דהגזלן לא קנאה. וזה לכ"ע. אבל בשוכר ושואל שהשאיל והוא עם הב' יש להסתפק דלהנ"ל אין לחייבו מצד הבעלים דהנאת שימוש אינו שלהם רק מצד השואל ונגדו בבעלים י"ל דחשיב בעלים בקנין דאחריות גם לר"י:

אך לשון רמ"א גבי אשה ששאלה שכ' ג"כ ולא פטר משום בבעלים שאין שלה רק שאול בידה כו'. משמע דגם שואל שהשאיל או שוכר ג"כ לא מיפטר ב' משום בבעלים וצ"ל דסבר ר"י פליג לגמרי כמו שלא קנאו לענין החיוב רק על מה שהוא חייב באחריות ולא לענין מה שפטור כן ג"כ לענין בבעלים לא קנאו לענין לפטרו משום בעליו עמו להיות

נקרא בעל החפץ כנ"ל או דניהו דכשרוצה החיוב שלו הוי קנין החיוב אחריות אבל מצי אמר דל כו' שאין הקנין בע"כ רק החיוב לטובתו וכשאינו רוצה להשביעו ולא לחייבו פקע הקנין ושוב גובה מהב' דלא מקרי בבעלים. וחייב מצד החיוב להא' משום כיצד כו'. וי"ל דהיינו דפריך לרבנן לימא דל כו' ואין לו קנין כיון שאינו רוצה חיוב אחריות שלו. ומשני לרבנן דמשעת כו' קני כיון שהיה עליו חיוב כנ"ל משא"כ לר"י. או דפריך להם צד איבעיא דלא בעי הנאת שימוש רק דגוף החפץ שוה פרוטה ושוב יכול לדון עם השואל מצד עצמו לא מצד השוכר ולימא דל כו':

עוד היה נראה טעמא דר"י. דהא דפטרה תורה מאונסין שוכר. ולסטים מזוין פטור. מ"מ ביכול להציל קי"ל דחייב ונראה דאף שאינו יכול להציל גוף החפץ מהלסטים רק דמיו ג"כ ודאי חשיב יכול להציל דעכ"פ השיוי יכול להציל דמה לי הן ומה לי דמיהן ובאיצטלית חזרת דמים חשיב חזרה. ובגזלן בשינוי בכלל והשיב דדמים בעי שלומי. ואין השומר יכול לומר כיון שאין יכול להציל החפץ נפטר שנאבד ושוב המעות מציל לעצמו דז"א דהא לא נאבד כלל לענין השיוי דמים. וכיון דשומר חנם שיכול להציל ולא הציל הוי פשיעה א"כ לא פקע החיוב שמירה מעליו להציל הדמים עבור בעל החפץ. ומה"ט עדיפא מיניה קאמר פ' הגוזל ק"ח ע"ב נגנבה באונס והוכר הגנב דאביי סבר אם שומר חנם רצה נשבע והבעלים יגבו מגנב רצה עושה עמו דין ושומר שכר עושה עמו דין ואינו נשבע ומשלם לבעלים ואח"כ עושה דין וגובה מהגנב ופירש"י אף דשומר שכר פטור בלסטים מזוין הכא כיון דהוכר הגנב ולא יפסיד כלום עליו לטרוח אחריה לכך ישלם קודם ואח"כ יחזור ליפרע מהגנב ורבא סבר דאף שומר חנם כן דצריך לשלם קודם ואח"כ עושה דין עם הגנב כו' ופירש"י דעליו לחזור אחר האבדה ע"ש. והיינו דעדיין החיוב עליו להציל דלא כלתה שמירתו כיון שיכול להציל. ודאי דאין חילוק בין יכול לגבות מגנב גוף הגניבה או דמי'. ותלי' לה באידך בעיא שם אי נגנבה באונס כלתה שמירתו או לא ע"ש. ובקידם ונשבע אמר התם דאינו משלם דכבר נפטר לגמרי וכלתה ע"ש:

וא"כ מיושב הכל כאן די"ל טעמא דר"י דלא מיפטר השוכר כלל משום שמתה אצל השואל דהא לא נאנסה כלל לענין השיוי דמים וניהו דגוף הפרה נאנסה אבל השיוי דמים עדיין קיים אצל השואל דהא חייב לשלם דמי'. א"כ שפיר גם השוכר לא נפטר כלל ע"י אונס זה כיון שדמי' לא נאנס ואינו יכול כלל לגבות לעצמו כיון שלא נשבע עדיין. הוי כהוכר הגנב דעדיין מחויב לשלם לבעליו כיון שלא יפסיד כלום ויחזור ויגבה מהשואל ואינו יכול כלל לגבות בשביל עצמו כיון שיכול להציל עבור הבעלים ולא

כלתה שמירתו ומחייב להציל מה שלא נאבד. ומחויב הוא לשלם ולטרוח לגבות כנ"ל. וי"ל דהיינו הטעם שכ' תוס' דמצי אמר לי' פרתי גבך ששילם דמיו. רק למ"ש מחויב מקודם לשלם לבעלים כנ"ל. כיון שיגבה כנ"ל. רק דאי אמרינן דהוא רק של השוכר לא הי' שייך כנ"ל דשם יכול להציל את של הבעלים. אבל כאן אינו מחויב להציל את שלו בשביל הבעלים. דאף דשומר שכר צריך להציל בשכר ג"כ לפי שלא יפסיד משא"כ כאן כיון דהתשלומין שלו א"צ ליתן שלו לבעלים. רק דבאמת אמרינן דהחיוב דשואל יכול להיות לכל א' מהם. ל"מ למאי דסבר ר"י פ' החובל דשניהם בדין יום או יומים. ותוס' כ' שם דלא דמי לשותפין דעלמא דיש לכל א' מחצה משא"כ פירות וגוף חשוב הכל לזה והכל לזה. או להיפוך לא של זה ולא של זה. רק דשם לר"י מספק אי קנין פירות כקנין הגוף. וי"ל גם כאן בספק כו'. ומי מהם שיגבה הוי כדין. רק אף דלא נימא כהתם מ"מ יש לומר לענין שאלה לב' צדדי האיבעיא שייך לזה ולזה. דנגד השוכר חשיב שואל דהנאת שימוש דידיה וגם הא נותן לו הפרה ג"כ דעכ"פ יש לו הפרה השוה ממון לזמן. וכן נגד הבעלים ג"כ הא יש לשואל גוף הפרה דבעלים וגם יש לו הנאת שימוש פרוטה אף שזה דשוכר כנ"ל. ומ"מ הא אינו חייב רק חיוב א'. וממילא כמו בשותפין שא' מציל מקצת מ"מ לשניהם כל שלא פירש לעצמי אני מציל אך דיכול להציל לעצמו בפירוש. ובשליח שקנה לא מהני לעצמי קניתי בסתם כיון דאינו רשאי במעות משלח אינו רשאי לעבור ולעשות לעצמו. וליש פוסקים אף פירש לא מהני במעות המשלח כנ"ל:

וא"כ י"ל דכאן כיון שיכול לגבות עבור הבעלים מהשואל וג"כ כדין כנ"ל שוב כל שלא נשבע דלא כלתה שמירתו ומחויב להציל שוב אין מניחין לגבות לעצמו ושיהיה ג"כ כדין דהא מחויב להציל בשביל הבעלים וצריך לשלם ולא לישבע וכהא דהוכר הגנב כנ"ל. רק לס"ד דש"ס היה סבור דלרבנן הטעם דישבע בע"כ דלא דמי להא דהוכר כו'. דלא יפסיד כלום דכשמשלם יגבה ואי לא ישלם לא יגבה ואין משביעין בחנם כיון שאין חילוק ומחויב להציל כשלא יפסיד. משא"כ כאן עכ"פ יפסיד כשלא ישבע ותהיה ההצלה בשביל בעלים יכול לישבע ולסלק שיהיה כלתה שמירתו ועי"כ יוכל לגבות משואל בשביל עצמו. ואף שהוא ריוח מ"מ גם ריוח א"צ להפסיד בשביל בעלים. דלא דמי לשומר שכר שמציל בשכר דחוזר וגובה מבעלים משא"כ כאן ולכך סברי רבנן דישבע שוכר כו'. וממילא אח"כ משלם לשוכר. ופריך עלה במה קני בשבועה שעי"כ מסתלק משמירה לימא ליה דל אנת כו'. שאינו רוצה להשביעו ושתהיה כלתה כו'. דאין נזקקין לנתבע דלא מיקרי זילא נכסי' שאין כאן הפסד דכשאינו נשבע באמת התשלומין דשואל ואין זה מפסיד שלו. ובשלמא אם היה רוצה ממנו שישלם כדין הוכר כו' היה חשיב

זילא נכסי' כו' אבל יאמר לו דל אנת ודל שבועתך שאינו רוצה כלל שישלם וגם לישבע אינו רוצה וממילא לא זילא נכסי' ולא כלתה שמירתו והתשלומין דבעלים. וא"י לכלות שמירתו בע"כ כדי שלא יציל בשבילו דכבר החיוב עליו להציל בשביל בעלים כנ"ל. ומשני מי סברת כו' משעת מיתה דקני כו'. היינו דלא דמי להתם אף לבעיא דאמרינן בנגנבה באונס דלא כלתה שמירתו היינו משום דשם לענין מה שיהיה אפשר להציל לא כלתה דעדיין זה מגוף החפץ. משא"כ כשמתה דגוף הפרה לא תהיה עוד כלתה שמירתו לגמרי דעל הדמים לא נעשה שומר. ושפיר כיון שכלתה התשלומין שלו כנ"ל ואף שלא נשבע השבועה רק להפיס כנ"ל. או דמשני לרבנן דסברי דגם נגנבה באונס כלתה שמירתו דהא נשאר בתיקו שם ב"ק ושפיר לרבנן משעת מיתה קני כיון דכלתה כנ"ל. לא שייך דל אנת כו':

ור"י סבר דלא כלתה כל שלא נשבע כנ"ל וא"ש מ"ש תוס' לר"י הטעם משום דמצי אמר דל כו' והיינו כנ"ל. ושפיר כ' דאף שרוצה להביא עדים ואמר אני פוטרך כו' שתמוה ע"כ יביא עדים כנ"ל. ולמ"ש א"ש דכיון דבלא נשבע הדין דלא כלתה ושומר חנם משלם. ומשמע שם דגם אם ירצה השומר חנם להביא עדים לפטור משבועה מ"מ הדין דמשלם וגובה מהגנב בהוכר דכיון שאינו יכול לסלק ע"כ מעליו החיוב להציל שכבר עליו. ורק בקדם ונשבע ע"ש. וממילא גם כאן כיון דעתה יש עליו חיוב שבועה ולא כלתה שמירתו ומחויב להציל שוב א"י לפטור עצמו לא בשבועה ולא בהבאת עדים לפטור דיאמר אני פוטרך ואיני רוצה שתביא עדים ולסלק מעליו החיוב להציל שיהיה נקרא כלתה כיון שכבר עליו החיוב כנ"ל. ושפיר אמר ר"י כיצד כו' עושה סחורה כו' שרוצה להסתלק כדי שירויח ויהיה שלו אינו יכול כיון שכבר החיוב. וכ' תוס' שפיר דהיכא דהבעלים עצמם היו שם שראו שמתה שאינו חסר כלום מודה ר"י דבזה לכ"ע כלתה שמירתו כמו קדם ונשבע שם בב"ק בהוכר כו'. כיון שלא היה עליו חיוב כלל לגמרי נסתלק בשעת מיתת הפרה דכלתה כנ"ל. וממילא התשלומין של שוכר גם לר"י:

ותוס' הוכרחו לפי' הנ"ל כדי שלא יהיה ר"פ ור' זירא לקמן פעמים שבעלים משלמין כמה פרות כו' שלא אליבא דהלכתא דלר"י לא שייך דינים אלו. ולפי' תוס' אתי שפיר דשם שהשאיל לבעלים והי' שם כשנאנסה שפיר כלתה שמירתו ומודה ר"י דמשלמין לשוכר כנ"ל. וגבי אגרא פרה אמר שפיר לר"י דמשלם מצד שואל דבעלים ולא היה עמו: והפוסקים דלא ס"ל כתוס' ולא חילקו בין שהיה בעלים שם י"ל דסוברים לר"י חשיב מיד כשהשאיל שנותן שימוש שלו בשביל להציל מאונס לענין השיוי דמים שלא יאבד לענין השיוי והוי כשומר שכר שהציל בשכר דאין לו אלא שכרו. וממילא אף דבשעת

מיתה וא"צ לישבע כלתה מ"מ הא כשהשאיל היה קיימת ולא כלתה וכבר הציל במה שהשאיל בשביל בעלים. ומה"ט כתב הרא"ש ז"ל דהוי כשלוחו כנ"ל:
שם אמר ר"ז פעמים שהבעלים משלמין כו' תמהו הפוסקים הא קי"ל כר' יוסי. ואיך יהי' הכל דלא כהלכתא ע"ש ברא"ש ז"ל:
ולכאורה י"ל בפשיטות. דהא אינו מובן מה דאמר ר"י כיצד כו' בפרתו של חבירו כו'. ולמה הא קי"ל זה נהנה וזה לא חסר פטור ואפי' כופין במה דליכא קפידא דלא מיקרי כלל נהנה משל חבירו במה שאינו חסר. וא"כ הא כתבו תוס' פ' איזהו נשך דמה"ט לא שייך במשכון לא ישכור בפחות דכיון שכבר ממושכן אצלו הוי זה נהנה וזה לא חסר דהא לא קיימא לאגרא שממושכן אצלו זה ע"ש. וא"כ כאן שמושכר אצלו הוי נגד הבעלים לא קיימא לאגרא דא"א לו להשכירו ומה שמשאיל לזה הוי זה נהנה וזה לא חסר. ולא נקרא כלל עושה סחורה בשל חבירו. והיה אפשר לומר דע"כ לא אמר ר"י רק כיון דקי"ל אין השוכר רשאי להשאיל משום אין רצוני שיהי' פקדוני ביד אחר. ואף דלא חשיב פשיעה למאי דקי"ל כרבא בשומר שמסר לשומר. מ"מ כיון דאינו רשאי אף דלא קי"ל מעביר ע"ד בעה"ב נקרא גזלן כמ"ש הרי"ף. אבל עכ"פ הריוח שבא מזה שוב הוי עושה סחורה בשל חבירו דלענין זה אינו של השוכר כלל להשאיל כנ"ל:
וי"ל ב' טעמים או דהא קי"ל בחסר פרוטה ואף פחות משוה פרוטה שוב חייב על כל מה שנהנה כמבואר ריש ב"ב ותוס' כתובות פ' אלו נערות. ועיקר הטעם דבלא חסר כלום לא מיקרי כלל נהנה בשל חברו משא"כ חסר מעט דלענין זה שלו וחייב על כל ההנאה. וממילא כיון דספק זה דאין רצוני כו' הוי כחסר עכ"פ פחות מפרוטה שהיה נותן שלא יהיה ביד אחר ומחסרו כיון שיש קפידא וממילא חייב לשלם הכל כל הנאה כנ"ל. דהטעם דאין רצוני הוא שיש ספק שמא יכפור. א"כ נפחת אצל הבעלים משויו עי"ז הספק והוי חסר דשוב משלם כל הנאה ושפיר כיצד עושה כו' בשל חברו והתשלומין דבעלים כנ"ל:
ועוד טעם דהא קי"ל שליח ששינה פחתו לעצמו והריוח לבעלים. ואף דמם"נ מ"מ אמרינן כיון דלא היה רשאי לשנות שוב הריוח דמחמת השינוי לבעלים דעל אופן זה הוי זכות לבעלים שיהיה ההפסד למשנה והריוח שלו. א"כ בהנ"ל שהשאיל ואינו רשאי שפיר אף דההפסד עליו אם יכפור הלה. מ"מ הריוח שע"י מה ששינה היינו החיוב אונסין הוא דבעלים כיון דהשאיל שלא מדעתו במה שאינו רשאי. אבל ברגיל להפקיד או נתנו לו רשות להשאיל י"ל דמודה ר"י דכיון דרשאי להשאיל לכתחלה ובדיעבד עביד דנגד הבעלים הוי זה נהנה וזה לא חסר שפיר מודה ר"י דתשלומין לשוכר. אך

הא אביי מוקי לקמן מתני' בנותן לו רשות להשאיל מקושיא דאין רצוני כו'. אולם י"ל דרק לאביי מוכרח לומר כן משא"כ לרבא דמוקי מתני' כפשטיה בלא נתן רשות. א"כ י"ל דמתני' לר"י דוקא באין לו רשות דחשיב חסר או דמשתכר במה שאין שלו שאין לו רשות להשאיל משא"כ היכא דמותר י"ל דמודה ר"י. אך זה דוחק כיון דלאביי ע"כ כן אף ברשות לר"י. ולא מצינו שיחלוק רבא בזה דלא מוכח לדידיה:

אמנם י"ל דגם בנותן לו רשות להשאיל מ"מ כיון דמצד השכירות לבד אינו רשאי להשאיל דאין רצוני שיהי' כו'. רק דאמר ליה לדעתיך ולא עשאו שליח בפירוש. מ"מ כיון דקי"ל אכול או דר עמי סתם צריך לשלם דאין הוכחה דכונתו בחנם. וא"כ במה שנתן רשות להשאיל מ"מ כיון שלא שכרו לזה. שפיר כמו אם לא הי' נותן רשות הדין לר"י דתשלומין אונסין דשואל הוא לבעלים שוב כשנותן רשות היינו שלא יהי' איסור מצד אין רצוני כו'. אבל מ"מ התשלומי אונסין שלו דרק הנתינת רשות להשאיל בשבילו. דאף דחסר ויש לו קפידא שיהי' פקדונו ביד אחר מ"מ מרוצה שבעד זה יהי' לו אחריות אונסין דשואל. אבל מה הוכחה יש מנתינת. רשות שיהי' ביד אחר ושלא יהי' שלו התשלומין. וממילא פליגי רבנן ור"י כמו שהי' הדין בלי רשות כשאינו פשיעה כמו לרב ולרבא. כן הדין גם בנתן רשות דלרבנן שהדין דשייך לשוכר ממילא כיון שנתן רשות ואין כאן פשיעה ממילא התשלומין [לשוכר]. משא"כ לר"י דאף בלי פשיעה מ"מ מיקרי חסר קצת דתשלומין לבעלים ממילא גם בנתן רשות כן דרוצה בעד שחסר שיהי' שלו כנ"ל:

וא"כ י"ל שפיר דכשלא חסר כלום בלי נתינת רשות כמו ברגיל להפקיד אצלו. י"ל דמודה ר"י דשוכר בשלו משתכר כיון דזה נהנה וזה לא חסר כנ"ל ולא שייך כיצד כו'. ומיושב דמוקי מתני' לקמן בנתן רשות ופריך ואיצטריך לשנויי לדעתך. ולא מוקי בהא רגיל להפקיד דמיירי הגמ' שם מזה. ולמ"ש אתי שפיר דברגיל ר"י מודה דלא חסר כלום. ודוקא בלא רגיל רק שנתן רשות שייך כנ"ל:

וא"כ מיושב הא דר"ז כשמשאיל לבעלים עצמם דאין שום קפידא ולא חסר כלום. שפיר תשלומין לשוכר דזה נהנה כו' גם לר"י. והנה הרא"ש כ' הטעם דר"י דחשיב כאלו בשליחות דבעלים השאילו ע"ש. וזה שייך בנותן רשות כנ"ל משא"כ בלי רשות. וי"ל ממ"נ בנותן רשות הטעם כהרא"ש. ובלי רשות בל"ז דבעלים דאין רצוני כו'. וכשליח שקנה במעות משלח לעצמו דלהרבה פוסקים המקח דבעלים כנ"ל. משא"כ בלי רשות ואין קפידא כמו רגיל או לבעלים י"ל דשפיר שלו. ובנותן רשות להשאיל לדעתו אפשר דגם משאיל לרגיל או לבעלים הוי דבעלים דבשליחותיה כו' ולא נפקי הנך מכלל כיון

דלא פירש אף דהי' יכול להשאיל בלי רשות מ"מ כיון דברשות סתמא בשליחותיה כנ"ל ומה"ט י"ל דהוצרך הרא"ש לנ"מ שכתב כיון דקאי ר"ז אמתני' דמירי בנתן רשות:
אך כל זה לאביי אבל לרבא וקי"ל כן דמתניתין בלי רשות א"כ הכל כפשטי' ומימרא דר"ז כהלכתא דכשאין קפידא לא שייך עושה כו' בשל חבירו. שוב מצאתי בנמוקי יוסף בבא קמא פרק כיצד הרגל כתב להדיא סברא הנ"ל:
ולמ"ש מיושב דברי נמוקי יוסף פרק כיצד בבא קמא ורמ"א פסק כותיה סי' שס"ג בשוכר שהשכיר לאחר ביותר ממה ששכר דאם אין הדיורין מרובין דרשאי להשכיר המותר שלו. משא"כ כשאינו רשאי להשכיר המותר של בעלים דאמרינן כיצד הלה עושה סחורה כו' משא"כ כשרשאי כו' דזה נהנה וזה לא חסר ולא דמי לר' יוסי שאין השוכר רשאי להשכיר וכ"ש להשאיל עכ"ל. ולכאורה תמוה מאד דבנמוקי יוסף מוקי להדיא מתני' בנותן רשות היכא דרשאי ולמ"ש מיושב שפיר כנ"ל. דדוקא כשאינו רשאי אז גם בנותן רשות בבעלים הוי. משא"כ כשרשאי בלי רשות דבעלים כנ"ל. ומפורש להדיא כמ"ש דכשזה נהנה כו' דאין קפידא לא שייך דר"י כיצד כו'. והגם דבל"ז לכאורה דברי נמוקי יוסף תמוהים מאי צורך לו לזה הא בלא זה לא דמי כלל להכא דשם משתכר רק בשלו שבעד זמן המושכר לו נוטל יותר כשמשכירו לאחר ומה שייך עושה סחורה. כמו שמשתמש בעצמו כן כשמשכירו לאחר ומה ענין לכאן דמשלם השואל בעד גוף הפרה שנאנסה. וצ"ל דסבר נמוקי יוסף כמ"ש לעיל דגם לר"י החיוב אונסין בעד שכל הנאה שלו הוי ג"כ שכירות בעד השימוש שהיא של השוכר ולכך הוצרך לחלק כנ"ל:
וא"כ יש לתמוה על רמ"א ז"ל שהעתיק להלכה דברי נמוקי יוסף סי' שס"ג ס"י. א"כ למה השמיט מימרא דר' זירא ור' אשי דפעמים שהבעלים כו'. דממילא כשהשאילו לבעלים מודה ר"י כנ"ל. וצ"ל דרמ"א סבר כנמוקי יוסף בחדא ופליג עלי' בחדא דכאן דתשלומין בשביל הפסד הפרה סבר דלא כנמוקי יוסף דלא דמי כלל. וסבר ר"י כיצד כו' אף ביש לו רשות או לבעלים עצמם. מדהרי"ף ורמב"ם ורא"ש השמיטו דין דר' זירא ור' אשי דפעמים כו'. ע"כ לא סבירא להו כנמוקי יוסף הנ"ל. רק היכא דשוכר השכירו ונוטל בעד זמן שלו יותר בזה סבר רמ"א כנמוקי יוסף דדוקא ביש לו רשות משא"כ באין לו רשות שייך גם בזה כיצד כו' שנהנה ממה שאינו שלו שלא הי' שלו רשות להשכירו כנ"ל:
אולם עדיין תמוה לע"ד דכיון דנימא כסברת נמוקי יוסף אף בשכירות שבעד שלו. א"כ מנ"ל דר"י פליג את"ק בזה שהפסד הפרה לא חשיב כשכירות והא נדחקו ורא"ש בטעמא דר"י. ולמה לא נימא משום שאין לו רשות לרבא דקי"ל כותיה. ומימרא דר' זירא כהלכתא דבשלמא אי לא סברי כלל כנמוקי יוסף שעבור שלו אף דאין רשות מ"מ של שוכר. א"כ

ע"כ א חילוק. אבל אי סברי כנ"ל מנ"ל דר"י פליג מטעם החילוק בין פרה או שכירות שמא משום דאין לו רשות. אך י"ל כיון דלאביי ע"כ כן דמתניתין ביש לו רשות. שוב לא משוינן פלוגתא בין אביי לרבא:

אך א"כ כיון דע"כ נימא לרבא דמתניתין בין יש רשות ובין אין רשות ומ"מ פליג ר"י רק בהפסד הפרה דלא חשיב שכירות דהא אף ביש רשות פליג. א"כ ממילא גם באין רשות כשהוא שכירות בעד שלו. למה נימא דפליג ר"י את"ק. ושפיר שלו אף באין רשות ודברי רמ"א צ"ע. ואפשר דמספקא ליה והך דפעמים ע"כ מדהשמיטו הפוסקים אינה הלכה. וביש רשות בשכירות פסק כנמוקי יוסף דאינו יכול להוציא. ודוחק:

עוד י"ל דמחלק בין קרקע למטלטלין דקי"ל בבא קמא פרק הגוזל בתוקף עבדו כו' דאין נגזלין רצה שכרה נוטל משא"כ מטלטלין הנגזלין ע"ש. א"כ אף דבזה קי"ל דמעביר ע"ד בעל הבית לא מיקרי גזלן מ"מ למ"ש רמב"ם וש"ע סי'. דכשרוצה להשכיר הבית לאחר יכולין הבעלים אף תוך הזמן לנכות לזמן השכירות ובע"כ ליקחו שלא ישכיר לאחר כדינא דבר מיצרא ע"ש. דכשאינו צריך לו הזמן לטובת הבעלים יכולין ליקחו בע"כ ע"ש. וא"כ ממילא היכא דאינו רשאי להשכירו וממילא כשהשכירו והוא אינו דר בו ממילא קרקע בחזקת בעלי' וברשותו. והוי הב' כדר שלא מדעתו וקיימא לאנרא כו' שהשכירות לבעלים והבעלים ינכו לשוכר שכירות זמן הנשאר כנ"ל. משא"כ ביש לו רשות הי' גם הבעלים צריך ליתן לו כמו שנותן הב' כנ"ל. משא"כ מטלטלין דכל שלא החזירו ברשותו קאי. ולא שייך ביה דינא דבר מיצרא אף שאינו צריך לו. ולכך בין יש רשות ובין אין רשות י"ל דמ"מ כשעבר והשכירו השכירות לשוכר אף שהוא יותר ממה שנתן הוא דמ"מ בעד שלו לוקח דבעלים לא היו יכולין לכופו להחזירו. וכן אף ביש רשות לענין הפרה באונסין הוי דבעלים כר"י. ומה"ט לא כ' רמ"א דין הנמוקי יוסף במטלטלין רק בבית כנ"ל. אולם הנמוקי יוסף כתב להדיא בר' יוסי משום דאינו רשאי להשאיל וע"כ סובר כמ"ש:

דף לו.

איתמר שומר שמסר לשומר כו' פטור כו'. פירש"י מכל מה שהי' נפטר אם הי' אצלו. ומשמע דבמה שהי' חייב גם עכשיו חייב בשומר חנם כשפשע הב' ושומר שכר גניבה ואבידה. וכן מוכח ממתניתין דישבע שוכר כו'. וכן למסקנא דרבא דאת מהימנת כו'. ולכאורה קשה למה הא כיון דמסרה לבן דעת חשיב שמירה כראוי אף גרועי גרעי כדאמר לרב. א"כ אף שפשע הב' מ"מ הוא לא פשע. וכהעלה למרעה טוב ותקפתו כו'. והעבירה

בנהר כו' דלא בעי לשומר חנם לעבורי חדא חדא. ועל בעידנא דעיילי כו'. שבמה דלא איבעי ליה לאסוקי אדעתיה ולא הוי פשיעה פטור. וכיון דע"כ לאו פשיעה מה שמסרו לשומר למה יתחייב הוא כשפשע ב' מ"מ נגדו הוי כגניבה ואבידה. וכן אפילו שלח בו יד הב' או גנבו הוי נגד הא' גניבה ואבידה. ובשלמא כשהא' שומר שכר שפיר חייב דעכ"פ אונס לא מיקרי וכיון שנאבד שלא באונס הן ע"י גניבת ושליחות יד של ב' או פשיעה דב' הוי נגד הא' גניבה ואבידה דחייב. דא"ל דגם בשומר שכר יפטור דהוי גניבה באונס נגד הא' מה שפשע הב' או אכלו. ז"א דהוי רק כנם בעידנא דניימי אינשי כו' ונגנב כשישן דחייב ואף טמנו בקרקע כתבו תוספ' דחייב. ואף להפוטרים גניבה באונס. מ"מ שומר שכר חייב משום איבעי ליה לעבורי חדא כו' דבעי ליה לאסוקי דעתיה על כל הפסד שאפשר. ואל"ה לא הוי אונס ושפיר חייב כנ"ל. אבל שומר חנם בפשיעת ב' שפיר יהי' פטור. וא"כ אין ראיה ממתניתין דישבע שוכר כו'. דשומר שכר הוי וחייב בגניבה ואבידה כנ"ל. משא"כ בפשיעה בשומר חנם. ומרש"י ז"ל מבואר דגם שומר חנם חייב כנ"ל. והא הוי כטמנם במקום המשתמר ונאבד כנ"ל:

וי"ל דמה דלא חשיב פשיעה אף דמודה רב דאסור משום אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר. היינו רק משום דהא נשאר עליו החיוב אחריות כמו שהי'. ולכך רק אסור לכתחלה דיש קפידא על גוף החפץ שמא יכפור או יפשע ב'. אבל פשיעה לחייבו ממון לא חשיב דהא אין קפידא לבעלים. שאם יכפור ב' או יפשע ישלם הא' ומה"ט לא חשיב פשיעה. וא"כ לא קשה דנימא שלא יהי' חייב כשפשע ב' דנגדו אינו פשיעה. דז"א דאם יהי' הדין דפטור שוב הוי פשיעה גמורה מה שמסרו לב' שאם יפשע יפטור הוא. ולב' אינו רוצה לבע"ד וממילא חייב כנ"ל. דהטעם דאסור דהוי ספק אם מקפיד. משא"כ לחיוב כן משמע קצת. וא"כ י"ל דע"כ לא מספקא רק כשחיוב אחריות עליו משא"כ אם יפטור ודאי קפידא כמו בחנוני על פינקסו דאמר את האמנתי' כו'. שאינו רוצה שיהי' חיוב על הב':

אך מרי"ף ותוס' משמע דאינו ספק רק אף דודאי מקפיד מ"מ אינו פשיעה לענין חיוב. לשון רי"ף משמע שהוא ספק שכ' דיעבד לא מחייבינן לי' ומ"מ י"ל כנ"ל. ואף דממ"נ אם הדין שיהי' פטור דלא פשע א"כ יפטור. ואי כיון שפטור הוי פשיעה שוב יתחייב אף באונס משום תחילתו בפשיעה וסופו באונס. מ"מ י"ל דבאופן זה שנשאר החיוב עליו שוב אינו פשיעה. וממילא באונס פטור. וכמו בשליח ששינה דפחתו לו והותירו לבעה"ב. וכהך דגטין י"ד דסבר רב בתן והילך דאינו חוזר ומ"מ חייב באחריותו כו'. ואף דהא פשע ויצאה לאגם ונאנסה חייב משום דהוי לי' פשיעה לענין זאבים כו' נימא ג"כ

כיון דאם יטרפוה זאבים יהי' חייב לשלם לא ליהוי פשיעה ויפטור באונס וע"כ כיון דהוי פשיעה לענין גוף החפץ חייב אף שהי' צריך לשלם מ"מ הוי פשיעה וחייב אף באונס. מ"מ י"ל דלא דמי דשם החיוב לשלם הוא מחמת פשיעה זו א"כ ממילא חייב אף באונס שבא ע"י פשיעה זו. משא"כ כאן דחיובו מטעם שלא נסתלק חיוב שלו אף שמסרו לזה. ועדיין החיוב לענין פשיעה עליו. ממילא לא הוי כלל פשיעה מה שמסרו. כיון דהפשיעה רק אם נפטר כנ"ל. ומ"מ דוחק דשייך ממ"נ כנ"ל. ולמה נתפוס לחצאין שחייב ואינו פשיעה כיון דמסרו לבן דעת הוי שמירה ראוי להיות פטור וממילא יהי' פשיעה ויתחייב גם באונסין:

אך י"ל דהא כשמסרו לשומר ב' בתורת שליחות כמותו שפיר ראוי להיות חייב. דשמירת הב' בשליחותו הוי כשמרו בעצמו דשלוחו כמותו. וממילא אם פשע הוי כפשע הוא דעכ"פ לא שמרו אף דלא עשאו שליח לפשוע מ"מ ממילא הוי פשיעתו ששמרו ע"י שליח וכשלא שמר פשע בעצמו וחייב. וכן בשלח יד או אכלו ניהו דנגדו לא הוי שליחות יד שלא ציוהו מ"מ עכ"פ לא שמרו מגניבת עצמו כמו מגנב אחר. ולא שמרו הוא כיון שהיא בתורת שליחות כנ"ל. רק כשאינו בתורת שליחות אלא בתורת סילוק שמסתלק משמירה ומוסרו לב'. בזה הי' שייך כנ"ל דהוא לא פשע כנ"ל:

וא"כ י"ל שפיר דמלבד האיסור דאין רצוני כו' שזה אף בתורת שליחות וזה לא חשיב פשיעה כיון דהחיוב עדיין עליו כמו שהי' כנ"ל. אבל כשמסרו שלא בתורת שליחות רק להיות שומר בעצמו מצד עצמו. דאז יפטר הוא גם בפשע הב'. שוב הוי פשיעה דהי' חייב אף באונסין כנ"ל. דפשע במה שסילק שמירתו שיצטרך לדון עם מי שאינו נאמן אצלו כנ"ל. וא"כ שפיר לענין אונסין א"א לחייבו די"ל שמסרו בתורת שליחות ולא הוי פשיעה ופטור כנ"ל. אבל בפשיעה והחיוב שהי' עליו שפיר ממ"נ חייב אי בתורת שליחות נשאר החיוב כנ"ל. ואי שלא בתורת שליחות שוב הוי פשיעה וחייב אף באונסין ולכך חייב כנ"ל:

ומיושב בזה תמיהת תוס' דלרב קשה הדיקא נמי דאמר בנו ובתו הקטנים הא אחרים אף גדולים חייב כו' ע"ש. ולמ"ש אתי שפיר דאם הי' גדולים דומיא דקטנים דלאו בני שליחות נינהו כנכרי וכה"ג שפיר הי' חייב גם לרב דהוי פשיעה כנ"ל. ובקטנים שאין בני שליחות גם לרב הפטור רק משום דע"ד הוא מפקיד ולא הוי פשיעה כנ"ל. ומה דאמר דיקא נמי הוא רק על מה דשני ע"ד או"ב מפקיד דאי נימא דאין חילוק בין בניו לאחרים והחיוב משום קטנים. א"כ ע"כ יהי' הדיוק דגדולים כה"ג גם כן פטורין ואין הטעם כנ"ל א"כ ליתני קטנים סתם. ומוכח דמשום דע"ד אשתו ובניו הפטור אף אם לא

הי' בני שליחות בגדולים וכעבד להפקיד או אף מפורש שלא בתורת שליחות ג"כ הי' פטור באשתו ובניו. משא"כ אחרים כנ"ל ולא קשה לרב:

עוד י"ל דהא ודאי דראוי להיות חשיב פשיעה מה שמסרו לאחר מה בכך שבן דעת הוא שמא אינו נאמן ויכפור או יפשע. ואף שהוא אומר שהחזיקו לנאמן. אין זה מועיל נגד המפקיד שאין לנו שום הוכחה גם עליו שמחזיקו לנאמן. רק למ"ש הפוסקים דכשמניח הפקדון במקום שהניח את שלו אינו פשיעה. רק בדבר שבבירור אינו משתמר. אבל בספק מהני ע"ש. וא"כ כיון שהחיוב אחריות פשיעה נשאר עליו אם יכפור הב' או יפשע. א"כ שוב חשיב שהניח את של המפקיד במקום שהניח את שלו. דע"כ בחזקת נאמן אצלו. דאם יכפור או יפשע יתחייב הוא. ולא חשיב כלל פשיעה. משא"כ אם הי' הדין דפטור לגמרי לא הניח כלל את שלו אצלו. רק של חברו. שפיר הוי פשיעה דאנו אומרין שגם הוא יודע שאינו נאמן. דהא חזינן שנאבד דסתמא בפשיעה. וכ"ש כשבאמת פשע. למה נימא דנשתנה וטעה. והוי שפיר פשיעה. רק אם חייב הוא שייך כנ"ל. וא"כ ברגיל להפקיד או היכא דע"ד אשתו ובניו. שפיר י"ל כרמב"ם ז"ל דפטור מכל החיובים דמ"מ אינו פשיעה כיון דהבעלים רגילין או באשתו ובניו דע"ד כן כו'. ואף שלא הפקיד עתה שלו אצלו מ"מ אינו פשיעה כנ"ל:

עוד י"ל פשוט דעל מי שלא ציוה הבעלים ויש ספק אם נאמן לשמירה או לא. ממילא נראה לע"ד הטעם דמודה רב דאסור משום אין רצוני. ולר"מ אפילו גזלן הי' חשיב מעביר ע"ד כמ"ש הרי"ף. וא"כ למה לא יחשב פשיעה. וכן לדידן גם לר"י אינו פשיעה. ונראה הטעם. דכשהוא מוסרו לו ומחזיקו לנאמן רק הבעלים שאין מכירין אותו לנאמן וגם הם אם היו מכירין שומר הב' לנאמן לא היו מקפידין רק לפי שאין יודעין מקפידים ואין רוצים להיות בספק מאחר שאין ידוע להם שנאמן. ולכך שפיר אסור לכתחלה אף שהוא מוסר בידו ומחזיקו לנאמן. מ"מ עובר ע"ד הבעלים שמכניס אותם שיש להם חשש הפסד אף שבאמת אין כן. ולכך לר"מ הי' נקרא גזלן דמ"מ מעביר ע"ד שכמו שהם מסופקים אין רוצים כנ"ל. אבל לענין פשיעה שזה תלוי בשמירת השומר. והוא אינו פושע כשאצלו נאמן שפיר חשיב ששומרו כראוי כשמוסרו לבן דעת. דבשביל שהבעלים אין מכירין לא חשיב פשיעה נגדו שמכירו כנ"ל:

ולכך שפיר לרב תלוי ועומד דכשבאמת לא פשע ב' רק נאנס לא חשיב תחלתו בפשיעה כו'. דכיון ששמרו כראוי איגלאי שבאמת לא הי' פשיעה ופטור. משא"כ אי לא שמרו ופשע הב' שוב איגלאי שלא הי' נאמן לשמור כראוי ובאמת הי' פשיעה מה שמסר לו וחייב:

ובזה מיושב לשון הגמרא בטעמא דר"י דמצי אמר אין רצוני כו'. והא גם רב מודה זה דמפורש במשנה רק דלא חשיב פשיעה ולר"י חשיב פשיעה וחסר עיקר הטעם. ולמ"ש אתי שפיר דמפרש דאמר לי' כו' היינו כיון שהוא אינו יודע אם הוא נאמן חשיב מיד נגדו פשיעה. ומפרש הטעם במה דאמר לי' אין רצוני כו':

גם מיושב בזה לשון התוס' שכ' בטעמא דר"י דחשיב כאלו פירש לו דאם ישנה מדעתו וימסרנה לאחר שיהי' כאלו פשע בה וכל אונסין שיארעו כו' ע"ש. ואינו מובן ממ"נ אי הוי פשיעה למה כ' דהוי כפירש כו' ואי לאו פשיעה מנין לנו שיהי' כפירש כו'. ולמ"ש אתי שפיר דנגד השומר באמת לא הוי פשיעה כיון שמכירו ומחזיקו לנאמן רק נגד הבעלים אין רוצים בספק זה שאין מכירין. ושפיר כיון דאין רוצים והוי נגדם פשיעה שא"צ לסמוך על החזקתו לב' לנאמן הוי כפירש שיתחייב נגדם כאלו הי' פשיעה באמת. אף שאצלו אינו פשיעה. דהם אין רוצים בספק זה. ובזה פליגי רב ור"י לאביי:

וי"ל דאביי לטעמי' דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש ואמר פ' א"מ יתמי דלאו בני מחילה כו' תמרי דזיקי כו'. אף בדבר שאם ידעו הבעלים לא היו מקפידין מ"מ כשאין יודעין לא מהני. ולרבא מהני. ולכך לאביי אליבא דר"י חשיב פשיעה אף דהוא מחזיקו לנאמן ואלו הבעלים היו יודעין לא הי' מקפידין מ"מ עכשיו שאין יודעין וכשא"י הוי קפידא הוי פשיעה משא"כ לרבא אינו חשיב פשיעה נגדו דאם הי' הבעלים יודעין כמותו לא הי' קפידא. ומה שמקפידין הוא רק בשביל שאין יודעין א"כ הוא שיודע אינו פשיעה כנ"ל:

ומיושבים בזה דברי ר"ח ז"ל שהביאו תוס' ד"ה את כו' שפסק כאביי דטעמא דר"י משום אין רצוני כו' ע"ש ותמוה מאוד דקי"ל כרבא לגבי אביי. ולמ"ש אתי שפיר דיאוש שלא מדעת הוא מיע"ל קג"ם דהלכה כאביי ממילא פסק שפיר כאביי דתלי' בהך דהוי פשיעה כיון שאין יודעין כנ"ל. אך להפוסקים כרבא אי אפשר לומר כנ"ל. רק דהכא עדיף דכיון שנגד השומר אין פשיעה א"כ הוא שמר כראוי ומה בכך שהבעלים מקפידין מ"מ פטור כנ"ל:

גם י"ל דניהו דרב לא סבר כאלו פירש כו' היינו על אותו חיוב אחריות שהוא לא הי' חייב. אבל עכ"פ על חיוב אחריות שהי' עליו לענין פשיעה וכה"ג שפיר גם לרב כאלו פירש שאם ישנה במה שאין רשאי שלא יפטור עי"ז ממה שהי' מוטל עליו כנ"ל. וגם דעל כל פנים מטעם ערב ראוי להיות חייב דעל אמונתו נכנס בספק כיון דבעלים אין יודעין רק שהוא מחזיקו לנאמן ולא גרע מצוה לבעלים ליתן לזה על אמונתו שנאמן ולא יפשע דהי' חייב אם פשע כנ"ל:

עוד י"ל דמלבד שהשומר מקבל עליו לשמור נכלל בו ג"כ שיעבוד נכסי אם יאבד החפץ בפשיעה על ידי סילוק שמירה יהי' חייב כמו שחייבתו תורה דכשאינו שומר פטור דהוי רק גרמא אבל כשהוא שומר חייבתו תורה בגרמא. א"כ גם כשמוסרו לאחר ונאבד בפשיעה עדיין החיוב עליו דמי פטרו מחיוב זה דעכ"פ החפץ נאבד ע"י פשיעה וסילוק שמירה שלא נשמר כראוי. דמהני רק שמירת הב' כשנשמר כראוי אין חיוב עליו יותר משא"כ כשלא שמרו הב' ופשע אף שהוא לא פשע מ"מ נשאר החיוב עליו כשיאבד ע"י שלא יהי' נשמר יהי' חייב. כיון שלא מדעת בעלים מסרו לא נפטר מחיוב זה אף שלא עשה עולה במסירתו לאחר. וזה הטעם נראה עיקר. ולכך לרב אף דלא חשיב פשיעה מסירתו לאחר מ"מ חייב בנאבד בפשיעה כנ"ל:

שם לטעמיה דרב לא מיבעיא שומר חנם שמסר לשומר שכר כו' דעלויי עלי'. לכאורה לרבנן דר"י למה חשיב עלי' הא תשלומין דגניבה ואבדה יהיה שלו אם לא נחלק בין שוכר כמ"ש לעיל. וצ"ל דמ"מ השמירה דשומר שכר יותר טוב משומר חנם ועכ"פ ישמרנו יותר שלא יצטרך לשלם. אך לכאורה יש סברא להיפוך דגרע שומר חנם שמסר לשומר שכר והריוח שלו לרבנן אם יגנב כו'. אם כן ניהו דלא ס"ל כר"מ דמעביר על דעת בעל הבית נקרא גזלן. מ"מ היינו בשוכר דלא שייך ביה שליחות יד. אבל שומר דקיימא לן שליחות יד אינה צריכה חסרון וטלטלה להשתמש בה חשוב שולח יד. ואם כן כיון דאין רשאי למסור לשומר אחר דאין רצונו שיהיה פקדונו ביד אחר וכשמסרו לשומר שכר שיהיה הריוח שלו וחשיב ליה ר"י עושה סחורה כו'. יש לומר דחשיב שליחות יד שמוציאו מרשותו לרשות שומר ב' לצרכו להרויח שיהיה תשלומין דגניבה ואבידה שלו: אך זה אינו ממה נפשך לרבנן כיון דמה דתשלומין שלו הוא משום דלא מיקרי בשל חבירו רק בעד השכר שלו. גם שליחות יד לא הוי דלא חשוב כלל שמשתמש בשל חבירו רק גורם כנ"ל. ולר"י דחשיב עושה סחורה בשל חבירו. אם כן שוב הדין בגניבה ואבידה דישלם לבעלים אם כן מעולם לא נשתמש לצרכו כלל. וי"ל דהיינו דקא משמע לן אביי כמ"ד לא מיבעיא כו' דלכאורה מיותר דהיה לו לומר דפלוגתייהו בין עלי' ובין גרעי' כו'. ולהנ"ל י"ל דקמ"ל דגרועי גרע מעליא כנ"ל:

שם אלא אפילו שומר שכר שמסר לשומר חנם דגרועי כו' פטור דהא מסרה לבן דעת. לכאורה למה באמת כן ומנ"ל. והא הרמב"ם ז"ל פסק לפשוט מסברא דגרע הוי פשיעה עיין שם. והא מה בכך דמסרו לבן דעת מ"מ ניהו דלענין פשיעה הוי שמירה. מ"מ לענין גניבה ואבידה דהיינו שמירה דשומר שכר הוי פשיעה דשומר הב' לא יצטרך לשמור

כלל שמירה זו כשומר שכר. ויכול להציל בשכר דשומר חנם פטור וכהאי גוונא דמהאי טעמא גם ברגיל להפקיד חשיב ליה הרמב"ם פשיעה:

אך י"ל כמו שכתבו תוס' דתחלתו בפשיעה וסופו באונס דוקא חייב. משא"כ בשומר שכר שתחילתו כעין גניבה ואבידה וסופו באונס פטור עיין שם. ואם כן כאן לענין פשיעה דשומר השני לא הוי פשיעה אצל הראשון דזה מוטל גם על הב' לשמרו מפשיעה דשומר חנם הוא ולא גרעי' רק שלא ישמור הב' שמירה דשומר שכר לענין גניבה ואבידה. אם כן הוי נגד הראשון רק תחילתו בפשיעה לענין גניבה ואבידה דפטור כשסופו באונס. והא מפשיעה שמרו הראשון כשמסרו רק מגניבה ואבידה ופטור באונס כנ"ל:

עוד יש לומר כיון דאין חשש על בכוונה מהב' דמסרה לבן דעת רק כשיזדמן כגניבה ואבידה והא נשאר החיוב אחריות דגניבה ואבידה עליו ויתחייב הוא ממילא אינו כלל פשיעה ולא חשיב כלל גרועי גרעי' ופטור באונס כנ"ל. וי"ל ברגיל להפקיד דנסתלק חיוב מעליו שוב בגרוע גרעי חייב לגמרי דהוי פשיעה:

חייב דאמר ליה אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר:

והנה כתבו תוס' דא"ל משום דסבר כר"מ דמעביר על דעת בעל הבית נקרא גזלן דאם כן יהיה חייב אף באונסין שלא באו מחמת הפשיעה ומה פריך כו' עיין שם. וגאון כתב הטעם משום מעביר כו' ותמוה כקושיית תוס':

ונראה דיש לומר דהא כל גזלן צריך קנין להיות ברשותו בתורת גזילה ככל קנינים כמבואר בש"ס פרק איזהו נשך מגרר ויוצא כו' דצריך הגבהה או משיכה. ואם כן בשלמא שוכר להוליכה בבקעה והוליכה בהר דחשיב ליה גזלן משום מעביר על דעת בעל הבית שפיר כיון דברשותו קיימא מיד כשהוליכה בהר נעשה גזלן כמו בנפקד דקני בדיבור כיון שברשותו כן בגזלן כנ"ל. מה שאין כן כאן דמה דמעביר ע"ד הוא מה שמסרו לשומר אחר והיינו אז כשמשכו שומר הב' לרשותו ואם כן איך יהיה נעשה הראשון אז גזלן עליו להתחייב באונסין הא אינו ברשותו כבר רק ברשות שומר הב'. והגזילה הוא כשכבר יצאה מרשותו כנ"ל:

אך יש לומר למאי דאמר בבא קמא ע"ט דמתחייב גנב במשיכת שומר לפירש"י שם במשנה הגביהו כו' חייב הגנב. אם כן גם כאן יש לומר כיון דקודם שנעשה גזלן ברשותיה דמריה קאי אף ברשות שומר א' ואם כן מה שמושכו שומר ב' בצויו הוי כמשכו מרשות בעלים לשמירה וכאלו הגזלן צוהו למשכו לשמירה דחשיב שלוחו כמשכו בעצמו בתורת גזילה ושפיר היה מתחייב באונסין אי מעביר על דעת בעל הבית נקרא גזלן כמו שכתבו תוס'. אך ראב"ד ושאר פוסקים חולקים שם כיון דשומר לא קא מכוין לקנות

רק לשמירה לא קני גזלן עיין שם. ואף לתוס' שם דוקא בלא הודיעו לשומר דבשוגג יש שליח לדבר עבירה כמ"ש אבל בהודיעו לא עיין שם. ואם כן כאן בהודיע לשומר ב' שהוא דבעלים לא שייך הנ"ל בתורת שליחות לגזול שיהיה כאלו הוא עצמו הוציאו מרשותו לרשות אחר ולהיות מעביר ע"ד. דאין שליח לדבר עבירה. ואף דבשליחות יד קיימא לן יש שליח לדבר עבירה היינו במה ששלח ידו לצורך עצמו זה נקרא שליחות יד אבל עושה שליח להזיק הפקדון וכהאי גוונא לא מיקרי שליחות יד רק כשאר גזלן. וזו הגזילה דמעביר על דעת בעל הבית מ"מ אינו לצרכו. וי"ל דהוי כשאר גזלן דאין שליח לדבר עבירה. בפרט אי שליחות יד צריכה חסרון. ועוד דבשלמא התם בגנב שצוה לשומר למשוך מבית בעלים שייך שפיר בתורת שליחות דאם היה משכו בעצמו היה חייב ושלוחו כמותו בשוגג כנ"ל. משא"כ כאן דמה שמעביר כו' יהיה חשוב גזלן וזה לא נעשה רק כשאינו ברשותו שהוציאו לרשות שומר הב' אם כן איך שייך שיתחייב על ידי משיכת שומר הב' בתורת שליחות כמותו הא גם אם הוא בעצמו הוציאו מרשותו לרשות שומר הב' גם כן לא היה חשיב גזלן דהגזילה כשכבר אינו ברשותו ולא הוי גזלן. ואם היה מוציאו לרשות עצמו ודאי לא היה גזלן. דהא שומר הב' אינו גזלן גם לר"מ מה שמונח ברשותו בתורת שמירה ונעשה שומר של בעל הבית. דלא מצינו כלל לר"מ בבא מציעא ע"ח ע"ב רק כשמעביר על דעת בעל הבית לצורך עצמו כמו חורש בהר כו'. ומייתי עיקר דברי ר"מ מנתן לעני ליקח בו חלוק לא יקח טלית שמעביר על דעת כו' וממילא מה שלוקחו לעצמו במה שאין דעת בעל הבית כן הוי גזל כשואל שלא מדעת. אבל כשאינו נהנה כלום לצרכו רק לצורך בעל הבית כמו שומר הב' הנ"ל ודאי דלא שייך גם לר"מ שיהיה נקרא גזלן. ואם כן בשלמא בגנב אם היה מוציאו לרשות עצמו הי' חייב ממילא שלוחו כמותו גם לרשותו כיון דהוא שומר שלו. משא"כ שומר א' אם היה מכניסו לרשות עצמו אין כ' גזל. רק לרשות הב'. ושוב גם בעצמו לא היה גזל דלא הכניס לרשותו וממילא גם בתורת שליחות לא מהני כנ"ל. דגזלן צריך לרשותו כמ"ש בגמרא ועיין תוספות בבא קמא ע"ט שם שדינו ככל קנין:

אך י"ל דלכאורה גם שומר א' שמסרו לב' הא אינו לצרכו ואיך יהיה גזלן לר"מ. וע"כ כיון שנעשה שומר. ומה שמסלק שמירתו ומוסרו לאחר ומעביר בזה על דעת בעל הבית שפיר הוי לצורך עצמו שלא ישמרנו ואף דפשיעה לא חשיב מעביר על דעת בעל הבית שיהיה נקרא גזלן דאם לא כן היה לעולם חייב לר"מ תחילתו בפשיעה וסופו באונס אף שלא על ידי הפשיעה היינו דפשיעה אינו עושה מעשה גזילה בגוף החפץ רק סילוק שמירה. מה שאין כן אם היה בעלים מיחדים לו מקום משתמר. והוא נטלו והניחו במקום אחר

שמעביר על דעת בעלים גם כן היה חשוב גזלן כיון שברשותו כנ"ל. ועושה רצון עצמו להעביר על דעת בעל הבית כו'. וממילא יש לומר במסר לשומר אחר דהב' שומר שלו ומשאיל ביתו לשמירת החפץ ומיקרי רשות שומר הא' כיון שהוא מסרו לו וכשפושע יכול שומר א' לגבות ממנו כנ"ל. וחשוב ברשות שומר א' ואם כן אם היה נותנו בעצמו לרשות של שומר הב' היה חשיב גזלן דמעביר על דעת בעלים. וגם מקום זה הוא רשותו של שומר א' וקונהו להיות גזלן. ממילא מהני משיכת שומר ב' בתורת שליחות כמותו כמו שמתחייב גנב במשיכת שומר כנ"ל ורשותו דשומר ב' קונה עבור הא' בתורת גזילה דחשיב רשותו כנ"ל. וחייב. וממילא יש לומר דגם באמירתו לב' למשוך נעשה גזלן דהוא שלוחו לשלוח יד וחייב. ויש לדחות:

אך כל זה שייך בלא הודיע לשומר ב' וסבר שהוא של שומר א'. אבל בהודיעו לא שייך הנ"ל דאין שליח לדבר עבירה כמו שכתבו תוס'. ויש לומר דחשוב שליחות יד דיש שליח כנ"ל. אך בלא זה בהודיע כיון דקיימא לן כר"י דתחזיר פרה לבעלים דנעשה, שומר דבעלים לא של השומר. ואם כן הוא מושך לשמירה שיהיה ברשותיה דמאריה היינו הבעלים לא רשותא דשומר א'. אם כן עכ"פ לא חשוב דהראשון עשה קנין להתחייב במשיכת שומר ב' משום גזילה דהא לא הוציאו מרשות בעלים כלל על ידי משיכת שומר ב' כנ"ל. אם לא דנאמר דגם שומר ב' חשוב מעביר ע"ד בעל הבית כיון שאין רצונו שיהא פקדונו ביד אחר. וחשיב משיכה זו שיהי' הפקדון אצלו כמשיכה לגזלה בהודיעו שהיא דבעלים. ושוב חייב גם הא' די"ל דלא שייך אין שליח לדבר עבירה כיון שגם הב' עושה האיסור כדאמר פרק קמא דבבא מציעא בשותפין שגנבו דחייבין כנ"ל. ודוחק דדוקא בראשון שייך שמעביר ע"ד בעל הבית שנתן לו שישמרנו בעצמו וזה מעביר ע"ד שמוסרו לאחר. משא"כ הב' מה שקיבל חפץ הבעל הבית ולא אמר לו בע"ה כלום שיהי' חשוב מעביר ע"ד כגזלן. דכשהראשון מסתלק משמירה ממילא ב' עושה לו טובה בשמירתו. דהא' שייך מעביר מה שמסתלק ממה שקיבל עליו לשמור ומוסרו לב' משא"כ הב' כנ"ל:

ולכך הי' נראה לע"ד לפי' הגאון ז"ל. דבאמת טעמא משום דר"מ דמעביר כו' נקרא גזלן רק לא דהוי גזלן ממש כאן ז"א דדוקא בהא דליקח חלוק ולקח טלית הוי גזלה מה שעושה לצרכו ואף דלבעלים אין נ"מ בענין שלזה אי חלוק או טלית מ"מ מעביר ע"ד כו'. הוי כלא נתנו לו לענין זה לעשות שלא כדעתו. וממילא גזלן הוא וכן הוליכו בהר כו'. הוי לזה כשואל שלא מדעת. אבל הכא אף דמסירתו לשומר ב' מעביר ע"ד מ"מ כיון דאין עושה בחפץ שום דבר לצורך עצמו ודאי דלא חשיב גזלן. רק לענין זה מדמינן לה דעכ"פ שוב פשיעה הוי. דהא ע"כ הטעם דלא חשיב פשיעה אף דאינו רוצה שיהא פקדונו ביד

אחר. הוא כמ"ש לעיל דאף דאין הבעלים רוצים מ"מ בגוף החפץ אין כאן פשיעה כיון שאצלו הב' נאמן אף דאין הבעלים מכירין אותו כנ"ל. והיינו לדידן דלא סבירא לן כרבי מאיר אבל לרבי מאיר דמעביר על דעת בעלים נקרא גזלן ואף דבאמת אין שום קפידא להם. דכיון שנתנו לזה מה להם אם יקנה חלוק או טלית. מ"מ כיון דמקפידין ואין רוצים באופן זה הוי גזלן ממילא כאן הוי פשיעה מה שמסתלק משמירה בעצמו ואף שמוסרו לבן דעת אחר מ"מ הא הבעלים מקפידין ואצלם הוי פשיעה מה שמסתלק ומוסרו. וכמו שם בעושה לצרכו לענין שיהיה גזלן כן בזה שאינו לצרכו רק מסתלק משמירה לענין שיהיה חשוב פשיעה כנ"ל. ולא קשה קושיית תוספ' דממילא אינו חייב רק באונסין שיכול לבא על ידי הפשיעה לא באונסין דמה לי הכא כיון דגם לר"מ אינו רק פשיעה. ויש לומר דגם הפי' בתוס' כן הוא לא שיהיה גזלן ממש משום מעביר על דעת כו'. רק בתורת פשיעה כנ"ל. ושפיר כ' גאון דטעמא משום דר"מ דמעביר כו' נקרא גזלן. ומהאי טעמא חשיב כאן פשיעה כנ"ל. וחייב באונס הבא על ידי פשיעה כנ"ל:

ובזה יש ליישב מה דתמוה לקמן דפריך לרבא דאמר מה לי הכא כו' מדפריך ר"ז וראב"מ ממתני' דהשוכר פרה כו' ושני ליה בנתן רשות ואי מ"ל הכא מה פריך כו' ושני רבא לדידך דטעמא משום אין רצוני שיהא פקדוני כו' קשיא לדידי את מהימנת כו'. ואינו מובן דקושייתו היה דע"כ ר"ז וראב"מ ס"ל דלא אמרינן מה לי הכא אם כן מה תירץ לו רבא ניהו דהוא סבר משום את מהימנת לי כו'. מ"מ הן דסוברים משום אין רצוני כו' ע"כ דס"ל דלא אמרינן מה לי הכא ודלא כוותיה גם בזה דמ"ל הכא כו'. ואי פליג עלייהו היה לו לשנויי דגם שסוברים כן פליג עלייהו:

ולמ"ש י"ל דלכאורה מה פריך ממתני' דהשוכר פרה כו' לרבנן דישבע שוכר כו'. ופריך עלה אביי לימא ליה מה לי הכא הא למ"ש שפיר י"ל דפריך ר"ז שפיר כיון דטעם דחשוב פשיעה משום מעביר על דעת בעל הבית נקרא גזלן רק שומר שמסר לשומר שאין ההעברה על דעת בעל הבית לצרכו לא חשוב גזלן רק פושע ממילא כנ"ל. ואם כן במשנה דשוכר כו' והשאילה לרבנן דנעשה שואל של השוכר והחיוב אונסין שלו. אם כן שפיר לר"מ במעביר על דעת בעל הבית שלא היה לו רשות להשאיל הוי גזלן גמור דמשתמש לצורך עצמו שמשאילה ומעביר על דעת כו' כדי שיהיה חיוב אונסין שלו. וכטלטלה להביא עלי' גוזלות כו'. דאף דהחיוב אונסין לרבנן הוא בשביל התשמיש שהוא דשוכר. מ"מ היינו לדידן אבל לר"מ בליקח חלוק כו' מ"מ הוי גזלן אם כן מ"מ כיון שמעביר על דעת בעלים ומשתמש באופן זה שמשאיל לאחר במה שאין רצונו כו' שיהא פקדונו ביד אחר. אם כן הוי כחורש בהר כו'. וכיון שעושה זה לצורכו הוי גזלן כנ"ל. דהא צריך לו

כל הבהמה לריוח זה שיהיה החיוב אונסין שלו. וכהך דניחא ליה דתהוי כולא חבית בסיס להך רביעית כו'. ואם כן שפיר פריך ר"ז דאף מתה דמ"ל הכא כו' גם כן יהיה חייב כמו בשומר שמסר לשומר דהוי פשיעה ובזה באמת פטור במתה לרבא שאינו גזלן גם לר"מ. מ"מ שוב במשנה דשוכר לרבנן הוי גזלן גמור וחייב אף באונס שלא בא מחמת פשיעה. ושפיר הוצרך ראב"מ לשנויי בנתן לו רשות כו':

אך י"ל דלמ"ש הא איך יהיה גזלן דכשנעשה הגזלה אינו ברשותו. ורק בשומר שמסר לשומר דנעשה שומר שלו חשיב ברשות שומר א' והוי כטלטלה ממקום למקום כנ"ל לר"מ ומתחייב במשיכת שומר כנ"ל. וזה שפיר בשומר שמה שמשכו הוא בשליחות שומר א' ולצרכו ושלוחו כמותו. אבל בהשאילה דהשואל קונאו במשיכה על זמן השאלה לצורך עצמו כקנין לזמן. אך הא מבואר במשנה ב"ק ע"ט דגם במשיכת שואל וכהן מתחייב גנב וע"כ דמ"מ אמירתו לך משוך כו' הוי כשליחות על המשיכה ואף שזה אינו מתכוין רק לצרכו קונה עבור הגנב וחוזר וקונה מהגנב כנ"ל ע"ש. אך להנ"ל הא ע"כ במשנה דהשוכר כו' מיירי בהודיע לשואל שאינו שלו דאל"ה לא נעשה שואל כלל. דבשלמא אי דלא כר"מ דמבעיר כו'. י"ל דלא שייך איסורא לא ניחא ליה כו'. וגם שיוכלו הבעלים להוציאו ממנו כמ"ש לעיל דאף דקפידא איכא משום אין רצוני כו'. אבל מ"מ אינו יכול להוציא כדמשמע מן הפוסקים בקדושין דיש פוסקים דאף דלא נתן רשות להשאיל מקודשת ע"ש. אבל לר"מ דגזלן הוא ודאי דשייך לא ניחא ליה בגזל. וגם יוכלו להוציאו ולא הוי שואל כלל בלא הודיעו. וע"כ בהודיעו ושוב אין שליח לדבר עבירה כמ"ש תוס' שם כאומר גנוב כו'. ואף דבשליחות יד יש שליח לדבר עבירה. אבל בשוכר שהתשמיש שלו רק מעביר ע"ד בעה"ב וזה מושכו לצורכו אינו כלל שליח על שליחות יד רק לגזילה גמורה דלא איתרבי שליח לדבר עבירה כנ"ל:

אך מ"מ קושית ר"ז שפיר דאי כנ"ל. א"כ השואל בעצמו נעשה נגד הבעלים שואל שלא מדעת דהוי גזלן כיון דגם השוכר שהשאילו הוא מעביר ע"ד כגזלן ממילא הוי השואל גזלן ככל שואל שלא מדעת. וכיון דחיוב אונסין שלו מצד גזלן שוב ודאי התשלומין לבעלים כמ"ש לעיל גם לרבנן ופריך שפיר אי משום אין רצוני חייב באונסין משום מעביר שוב יהיה לבעלים כנ"ל:

אך הא דשואל שלא מדעת גזלן הוא רק משום דחסרי' החפץ לתשמישו הש"פ. אבל בהך דשוכר שהשאיל כו'. דנגד השואל והבעלים הוי לא קיימא לאגרא דזה נהנה וזה לא חסר. לא מיקרי גזלן כלל השואל. דהא שכור לראשון ולא חסר לבעלים בתשמיש

שלו. דאף דאין רצונו קפידא אבל כיון דמ"מ לא חסר לא שייך הגזלה מטעם שואל שלא מדעת דהגזלה מצד לתשמישו וזה לא חסר וכפחות משוה פרוטה כנ"ל:

אך לרבא דאמרינן את כו' היך לא מהימן לי חשיב חסר מה שהוא ביד השואל דספק זה הוא אצל הבעלים פחת ממון משויו. ואף חסר פחות משוה פרוטה חשיב חסר לענין זה נהנה כמבואר בש"ס ותוס' פ' איזהו נשך ע"ש. וא"כ מיושב קושיא הנ"ל. דאמר ליה רבא שפיר לאביי לדידך דס"ל משום אין רצוני לחוד ולא סבר כלל את כו' היך לא מהימן רק סתמא נאמן זה כמו זה רק מ"מ קפידא דבעלים איכא דאין רצונם שיהא ביד אחר כמו לוקח חלוק וטלית אף שאין להם שום נ"מ מה שלוקח העני לעצמו מ"מ כיון שרצונם כן חשיב מעביר ע"ד לר"מ כו'. שפיר מקשי' מר"ז דא"א לומר דקושית ר"ז ממתני' משום מעביר כו' ושיתחייב השואל משום שואל שלא מדעת כנ"ל. דהא מ"מ לא חסר ולא הוי שואל שלא מדעת כנ"ל. וקשה אי מ"ל הכא למה יהי' חייב כנ"ל. אבל לדידי דאמינא משום את מהימנת כו' לא קשיא כלל. וניהו דר"ז ור"א ב"מ סברי משום אין רצוני כו' מ"מ סוברים ג"כ את מהימנת כו' דמהאי טעמא אין רצוני כו'. וחשיב חסר ושוב הטעם משום מעביר. ופריך ר"ז שפיר למה יפטר אף שנשבע הא חייב משום גזלן אף דמ"ל הכא כו'. וסוברים שפיר ג"כ סברא דמ"ל הכא. כנ"ל. רק דבזה פליג רבא עלייהו שאינו פשיעה כלל משום אין רצוני כו' רק את מהימנת וכשנשבע שפיר פטור כנ"ל:

עוד י"ל לכאורה למאי דאמר גטין י"ח הילך כו' אינו חוזר וחייב באחריותו לרב כו'. ומייתי מברייתא דתני פקדון כו' ופריך פקדון אינו זכות דאין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר כו' ומשני בהוחזק כפרן כו' לא שייך אין רצוני וזכות הוא מה שאצל הב'. וא"כ לכאורה אי נימא דמה שמסרו לב' הוי מעביר ע"ד בע"ה וגזלן הוא ממילא לא גרע מהוחזק כפרן ושוב זכות מה שאצל הב' כיון דראשון גזלן. ואף שזה עצמו הוא הגזלה שמסרו לזה. ואיך נאמר דזכות שיהיה אצלו. ז"א מה בכך מ"מ כיון דגזלן הוא מה שמשנה שוב הב' בעצמו שיודע דהוא גזלן שוב אינו רשאי להחזירו רק לבעלים דזכות שלא להחזיר לגזלן כנ"ל. וא"כ לכ"ע שוב נעשה רק שומר של בעלים וברשותיה דמריה קאי לא ברשות שומר א' כיון שא"י להחזירו לו כלל. וא"כ שוב אינו גזלה לענין שיתחייב א' באונסין דלא מיקרי כלל שמשכו לרשות עצמו. דאדרבא משיכת הב' רק לרשות בעלים כנ"ל. ואף דאי אינו גזלן לא יהיה כן. מ"מ איך אפשר לחייב א' משום גזלן הא אם הוא גזלן שוב אין כאן קנין דגזלה כלל דחזר לרשות בעלים כנ"ל. ואף שלא אמר לו הילך ותן. מ"מ כיון שהודיעו לכ"ע יכול בעצמו לתפסו בשביל הבעלים דלא נחלקו רק בתופס לבע"ח באינו חב לאחרים דמעות דלוה וגם שם קי"ל דמהני באין לוה נאמן אבל בפקדון

לכ"ע בזכות מהני אף שאין זה רוצה. וכמציל מגזלן כנ"ל. ואם יחזירנו יתחייב כמ"ש פוסקים שם. וממילא א"א לחייב הא' משום גזלן. ורק משום פשיעה וחייב רק באונסין שיכול להיות ע"י פשיעה הנ"ל. אבל במשנה דשוכר כו' והשאילה. ממ"נ אם השאילה על כל ימי השכירות והודיעו. שוב לכ"ע חשיב השני שואל שלא מדעת כיון דאינו רשאי להחזירה לשוכר. וברשות בעלים קאי שוב הוי שואל של"מ דאינו רשאי להשתמש בו כנ"ל. ובלא השאיל רק לזמן שיחזיר לו לשוכר די"ל אף דחשיב גזלן מ"מ שכירות ליומי' ממכר הוא ומחויב להחזיר לו על זמנו א"כ שוב ברשות שוכר קאי דמה"ט משלם לשוכר ושפיר חשיב שוכר גזלן כאלו משכו לרשותו. ופריך שפיר אף דמ"ל הכא מ"מ יתחייב א' באונסין משום גזלן כנ"ל. אך מ"מ פריך אביי שפיר דמוקי מתני' דלא כר"מ רק כרבנן דמעביר לא הוי גזלן ומה פריך ראב"מ לר' אמי. ושני רבא לדידי דמשום היאך לא מהימן כו' וי"ל שוב למאי דסבר ר"א ב"מ גם טעם דאין רצוני כו' דהוי מעביר כו' וסבר ג"כ היך לא מהימן י"ל דכ"ע דהוי גזלן דשולח יד לצרכו שיהיה חיוב אונסין שלו לרבנן. דבשלמא לרבא בעצמו לא סבר כלל משום אין רצוני כו' שיהיה דיעבד מעביר כו'. אבל הם דסוברים דלר"מ מעביר וגזלן אף שאין נ"מ לבעלים. שוב גם לרבנן כיון דהיך לא מהימן ליה כו'. פריך שפיר ממתני' דמשום אין רצוני כו' ויש נ"מ דהיך לא מהימן ועושה לצרכו הוי שליחות יד וחייב אף דאינו מחמת הפשיעה כנ"ל:

שם ולטעמיה דר"י לא מבעי' כו' אפילו עלויי עלי' כגון שומר שכר שמסר לשומר חנם כו'. י"ל הלשון דמיותר. דאתי לאשמעינן כמ"ש תוס' דלא כמ"ש דמטעם מעביר ע"ד בעה"ב כו' י"ל להיפוך דעלויי עלי' גרע יותר לרבנן דמתני' דחיוב אחריות דב' על גניבה ואבדה הוא של שומר א'. הוי שליחות יד לצרכו ולצרכה דג"כ חשיב שליחות יד. משא"כ בשוים או גרעי' דאינו לצורך עצמו וקמ"ל דאין הטעם כנ"ל. רק משום פשיעה וממילא לא מבעיא כו'. דעלי' עדיף לפטרו מן גרעי' כנ"ל:

לכאורה י"ל במשנה דפרה כו' למאן דאמר בהמה נקנית במסירה א"כ הקנין מצד שוכר שמסרה שפיר הוי גזלן כנ"ל דקנין דגזלה דמי לקנין גמור. והקנין בשעת מסירה וא"צ לשליחות. משא"כ בחפץ אחר דהקנין במשיכה דזה במעשה שומר ב' ורק בשליחות ושייך אין שליח לדבר עבירה כנ"ל. וי"ל דהיינו דנקיט הגמרא הלשון שומר שמסר לשומר כו'. לאשמעינן אף באותן שהקנין במסירה מ"מ פליגי כנ"ל דהטעם כנ"ל:

שם דא"ל אין רצוני כו'. הך דא"ל מיותר דבמשנה גטין תנן לא ישלחנו כו'. וגם לרב כן רק דיעבד פליגי. וי"ל דקאי על עלויי עליה דלכאורה אינו מוכח ממשנה גטין הנ"ל דשם שוים. משא"כ שומר חנם לשומר שכר י"ל דזכות הוא לבעלים וזכין שלא בפניו ואין

מקפידין משום אין רצוני כו' בפרט למאי דקי"ל כר"י דיהיה תשלומין דגניבה ואבדה לבעלים די"ל דזכות הוא אך קי"ל פ"ק דכתובות בכל זכות דהגדילו יכולין למחות דיכול לומר אח"כ שאינו רוצה ובטל הזכות. ולכך נקיט הגמרא דאמר ליה אין רצוני כו'. דאף אי נימא דזכות הוא כשמוסר לשומר שכר מ"מ יכול אח"כ לומר אין רצוני כו'. ובטל למפרע וחייב באונסין. וזה רבותא גדולה דלכאורה כיון דאינו פשיעה בשעה שמוסר לא יועיל אח"כ לחייבו למפרע באונסין. דבשלמא הגדילו דהתם אין טעם מה שנשתנה דעתו אח"כ וכשמוחה איגלאי למפרע שלא היה זכות. משא"כ כאן שנאנס י"ל משום הכי אומר שמקפיד ולא שייך הוכיח סופו וכיון שהיה זכות אין כאן פשיעה. וקמ"ל דמ"מ מהני דא"א בזכות שיועיל בע"כ כשאינו רוצה אח"כ. דמה"ט בגטין י"ח חייב באחריות אף דזכות הוא ע"ש. וכמ"ש הרא"ש בבא בתרא פרק יש נוחלין בתנאי דחייב למפרע מטעם שולח יד אף שהיה אז בהיתר ע"ש:

דף לו:

שם ע"ב ליתני קטנים סתמא כו' תוס' א"כ קשיא לרב. עיין מ"ש לעיל. עוד י"ל לרמב"ם ושאר פוסקים דעל דעת אשתו ובניו כו' פטור לגמרי אף אם פשעו א"כ הדיוק לרב דומיא דקטנים דמסתמא פשעו ולא שמרו כראוי בזה דוקא בנו כו' גדולים היה פטור אף אם פשעו דומיא דקטנים. משא"כ אחרים דפטור רק מטעם שומר שמסר לשומר פטור דמ"מ חייב בפשיעה שלהם דלא נפטר מחיוב שלו. משא"כ בעל דעת אשתו ובניו שקיבל ע"ד כן שיוכל למסור להם. עוד י"ל דומיא דקטנים דא"א להשביעם וגדולים שאינו יכול לשבע היה חייב באחרים. דניהו דלא ס"ל את מהימנת הוא רק דמהני שבועה של ב' אבל כשאינו יכול מחויב הוא לשלם מטעם אינו יודע אם פרעתיך להרבה פוסקים אי דלא נפטר מחיוב שבועה שהיה עליו. ובנו ובתו גם כה"ג פטור דנסתלק חיובו לגמרי ומה איכפת ליה שאינו יכול לישבע. גם י"ל ניהו דרב סבר משום אין רצוני כו' לא הוי פשיעה היינו דגם הב' יהיה חייב כשיפשע. ובטענה לפטור יצטרך לישבע. אבל כשמוסרו למי שלא קיבל שמירה כלל. או למי שיפטר משבועה או למי שאין לו לשלם י"ל גם לרב חשיב פשיעה וחייב דלא הוזכר לפטור לרב רק גרועי גרעי אבל עכ"פ שומר הוא. א"כ שפיר אמר גדולים דומיא דקטנים דלא קיבל עליו כלל דין שמירה או התנה לפטור משבועה מ"מ י"ל דפטור בבנו ובתו הגדולים דעל דעת מפקיד. והא אשתו אין לה לשלם ומ"מ פטור. משא"כ אחרים כה"ג חייב כנ"ל:

שם אמר רבא הלכתא כו' היך לא מהימן לי בשבועה. וק' מ"מ למה חייב וע"כ או משום דהוי ליה מחויב שבועה וא"י לישבע משלם. וי"ל דרב לטעמיה דלא ס"ל מתוך ולכך פטור ור"י מחייב משום מתוך. אך הא בלא הוי ליה למידע רוב הפוסקים דפטור וגם לש"ך ז"ל כשהוא ידוע שאינו יודע פטור. וכן בזה איך ידע אצל שומר הב'. ועוד להפוסקים דעיקר שבועת שומרין שאינו ברשותו ושלא פשע ושלא שלח יד הם רק גלגול. א"כ עיקר שבועה שאינו ברשותו יכול לישבע שומר ראשון דאף אם אצל הב' הוא ברשותו דלא מהימן ליה בשבועתו. מ"מ אף שברשות הב' אינו נגד ראשון אלא פשיעה וכיון דא' נשבע שאינה ברשותו שמסרו לב' נשאר רק הגלגולים עליו ולהרבה פוסקים לא אמרינן בגלגול מתוך כו'. ועוד דמשמע אף שידוע שמסרו לשומר ב' חייב. והא ידוע שאינה ברשותו ואין עליו כלל העיקר ממילא אין גלגול ג"כ עליו כנ"ל ולמה יהי' חייב כנ"ל:

אך י"ל דהא ע"כ הטעם דאינו ברשותו עיקר יותר משאר שבועות להפוסקים הנ"ל. הוא משום דע"ז יש אומדנא כיון שהי' אצלו מסתמא בחזקת שלא נאבד. משא"כ אי בפשיעה או באונס אין אומד יותר שפשע מאי לא דאין דרך לפשיעה ג"כ ולכך רק גלגול. וא"כ כאן עכ"פ כיון שאם ברשותו של ב' חייב הא' שוב אף דגם אי ברשות הב' מ"מ לגבי' אינו ברשותו רק פשיעה מ"מ זו השבועה שלא פשעתי אצל הא' מצד שמא עדיין ברשותו דב' שוב הוי עיקר שבועה כמו שאינו ברשותו אצל עצמו. דזו האומדנא יש שפיר שעדיין ברשות הב' ולא נאבד כיון שהי' אצלו. ושוב חייב הא' מטעם פשיעה כנ"ל. ושפיר לא' זה עיקר שבועה אי ברשותו דב' והוי מתוך שאינו יכול לישבע משלם כנ"ל. אך מטעם לא הוי ליה למידע קשה. אך י"ל דילפינן רק מיורשים דלא הוי ליה למידע פטור דאנוס הוא מה שאינו יכול לישבע. משא"כ בהוי ליה למידע דמחמת פשיעתו אינו יכול לישבע אף דבאמת שכח מ"מ כיון שמחמת פשיעתו מה שאינו יכול לישבע חייבתו תורה דבאמת יש חיוב עליו לישבע או לשלם רק אונס רחמנא פטריה. אבל הוי ליה למידע אף דלא שייך חיוב פשיעה במלוה מ"מ מה שאינו יכול לישבע הוא בפשיעתו לא נפטר מתשלומין כיון שאינו נשבע. ואף דעכשיו ששכח כבר אנוס מ"מ ע"י פשיעה בא האונס וכמו בפקדון תחלתו בפשיעה וסופו באונס חשיב ע"י פשיעה כנ"ל. וא"כ גם כאן נהי דלא הוי ליה למידע עכשיו מ"מ זה נעשה ע"י שמסרו לשומר ב' מה שאינו רשאי משום אין רצוני כו'. ונהי דזה לא חשיב פשיעה לענין חיוב תשלומין עצמו. אבל לענין מה שאינו יכול לישבע לא הוי אונס ורק ע"י פשיעתו בא מה שאינו יכול לישבע וכמו

במלוה הוי ליה למידע כנ"ל. ולא נפטר מתשלומין כשאינו יכול לישבע כנ"ל. ושבועת ב' אינו פוטרתו דלא מהימן ליה כנ"ל:

ומה"ט מיושב דברגיל להפקיד פטור גם לרבא כמ"ש הפוסקים דלכאורה מ"מ הוא אינו יכול לישבע וחייב כשפשע ב' לתוס' ושאר פוסקים. ואף שרגיל להפקיד מכל מקום ודאי דכשהוא עצמו מחויב שבועה ואינו יכול לישבע לא יפטרנו מי שרגיל הבעלים להפקיד אצלו כשיעיד שנגנב דבמה שלא האמינו אין לו נאמנות יותר משאר עד. וא"כ גם בהנ"ל שייך כנ"ל. ולמ"ש אתי שפיר דממילא פטור כיון שלא הי' פשיעה מה שמסרו למי שרגיל כו'. שוב פטור מטעם לא הוי ליה למידע כנ"ל. אך להנראה מקצת פוסקים דהטעם בהוי ליה למידע דחייב משום שאין מאמינים לו כלל שאינו יודע ואנו מחזיקים שיודע ומשקר שאינו יודע כדי שלא ישבע. אם כן לא שייך כאן דאף שפשע שמסר לשומר מכל מקום כיון שבאמת אינו יודע פטור דמה שמסר אינו מחייבו כנ"ל:

והי' אפשר לומר דרבא לטעמיה לחד לישנא בבא קמא קי"ב דמשעת משיכה איחייב ופליגא דר"פ ע"ש א"כ הוי ליה איני יודע אם פרעתיך דחייב כיון שמסופק אם נאבד ונפטר. ואף דבשמא ושמא פטור איני יודע אם פרעתיך מ"מ כשיש דררא דממונא כתב רשב"א גטין פרק הזורק דיחלוקו וכן כתבו תוס' שם. וכאן י"ל דגרע משם שאינו ספק שקול דהא התורה חייבה בתשלומין כל שאינו נשבע:

והי' מיושב בזה דברי הגאון שהביאו תוספ' דפסיק כאביי ולא כרבא שתמוה. ולהנ"ל י"ל כיון דקי"ל כר"פ דבתרא הוא דמשעת אונסין הוא דחייב והוי איני יודע אם נתחייבתי א"כ א"א לומר משום את מהימנת כו' דמ"מ פטור דאינו יודע אם נתחייב וע"כ לר"פ כאביי דהחיוב משום אין רצוני כו'. אך לדידן דקי"ל כרבא א"א לומר כנ"ל. וללישנא אחרינא שם גם רבא סבר כר"פ וא"א לומר כנ"ל:

גם הי' אפשר לומר דלעולם מוקמינן בחזקת שהוא קיים וזה חזקה אלימתא והא חזקת הגוף מהני להוציא עם ברי. וחזקת קיים עדיף במה שאין עומד לפסוק. והא בתנאי שבקום ועשה מוקמינן אחזקה שלא נעשה המעשה כל שלא נתברר ואף להוציא כמ"ש הר"ן ז"ל ובש"ע. וא"כ מה שהאמינה תורה לשומר שנאבד י"ל דמן הדין לא הי' נאמן רק מצד ברי ושמא לפטור נאמן בשבועה. ונגד הא' דלא מהני ברי של אחר כמו מנה לאחר בידך דאמר בבא בתרא פרק יש נוחלין דלא מהני ברי דאחר להיות ברי ושמא. ממילא חייב כיון שאינו יודע ואינו יכול לישבע מחזקינן שלא נאבד כלל מהב' וחייב ממילא כנ"ל:

אך א"כ ביודע שנאבד ואינו יודע אם בפשיעה הי' ראוי להיות פטור. וברי"ף ורא"ש מבואר דגם בזה חייב ודוקא בעדים דנטרה כי אורחה כו' ע"ש וגם שי"ל דגם זה סתמא כיון שנאבד ודאי שפשע דבלי פשיעה לא שכיח שיאבד וג"כ שומר מטעם ברי נאמן משא"כ הא'. ומיושב מה שהקשו דמה מועיל עדים דנטרה הא עדיין שבועה דשלא שלח בה יד יש עליו ושייך את מהימנת ע"ש. ולהנ"ל אתי שפיר דלזה שאין אומדנא שוב פטור אף שאינו יכול לישבע כנ"ל. מ"מ דוחק דמשום לא שכיח נוכל להוציא ממון דלא עדיף מרוב. והא יורשים פטורים וגם הוא עצמו באינו יודע ולא הוי ליה למידע ליש פוסקים פטור:

ולכך נלענ"ד עיקר דהא רמב"ם ז"ל פסק דגרוע גרעי חייב אף דלא שייך את מהימנת כו'. ותמהו מנ"ל. וי"ל דהא קשה ג"כ על מה דאמר רבא הלכתא כו' ולא מיבעיא גרוע גרעי אלא אפי' כו' את מהימנת כו'. ואינו מובן בשלמא לאביי דטעם דהוי פשיעה משום אין רצוני כו' שייך שפיר לא מבעי' דגרעי ודאי פשיעה רק עלי' ג"כ פשיעה. אבל לרבא שאין זה פשיעה רק משום את מהימנת וזה אין חילוק בין גרעי לעליה. ומה שייך לא מבעיא הא אין עדיפות כלל לזה הטעם דאת מהימנת כנ"ל:

ולכך י"ל דודאי סברת רמב"ם נכונה דגרעי חשיב פשיעה. ומה דאין רצוני כו' לא הוי פשיעה הוא רק משום דהא עדיין החיוב אחריות עליו כמו שהי' כמ"ש לעיל. ולהחולקים על הרמב"ם ג"כ הטעם רק כנ"ל דאף דגרעי מ"מ עליו נשאר החיוב כמו שהי' ואם יפשע יהי' חייב לא חשיב גרעי' כלל. וא"כ אם יהי' הדין דפטור בספק משום איני יודע אם נתחייבתי דבלא הוי ליה למידע פטור. א"כ שוב חשיב גרועי גרעי תמיד והוי פשיעה. דהא לעולם יהי' פטור אף אי באמת יאבד בפשיעה מהב' מ"מ יהי' פטור מספק שאינו יודע שמא לא פשע. ובשלמא לאביי דלא ס"ל היך לא מהימן לו א"כ אינו מגרע החיוב דממ"נ אם לא ישבע ב' יתחייב וכשישבע נאמן גם לגבי הא'. משא"כ לרבא דלא מהני שבועת הב' רק מצד חיוב שנשאר על הא' שוב אם יהי' הדין דפטור מספק יפסיד המפקיד אף אי יהי' נאבד בפשיעה או יכפור והוא תחת ידו ומ"מ יהי' הא' פטור ושוב הוי גרועי גרעי וחייב דהוי פשיעה כנ"ל. וממילא מוטל עדיין עליו כל החיוב כמו שהי' דכשלא יוכל לישבע בעצמו יהי' חייב כנ"ל ושוב אינו פשיעה. וממילא כשנאנס באמת ויודע בעצמו ויכול לישבע שפיר פטור דלא חשיב תחלתו בפשיעה כמו לאביי. דכיון דהחיוב עליו כמו שהי' שוב אינו פשיעה משום אין רצוני כו'. אבל לענין שנאמר שיהי' פטור מספק א"כ יהי' פשיעה וחייב לגמרי כנ"ל. וג"כ י"ל דשוב השמירה דב' מטעם שליחות וממילא מוטל עליו כנ"ל. ולא נסתלק מהחיוב כנ"ל כאלו הי' אצלו וכשא"י חייב ומה"ט

אינו פשיעה. וא"ש לישנא דרבא לא מיבעי גרועי גרעי כנ"ל. רק אפילו עלי' חייב משום את מהימנת דאי יהי' פטור הוי גרעי' כנ"ל:

עוד י"ל כמ"ש לעיל דלאו כל כמיני לסלק עצמו שלא מדעת בעלים מכל חיוב שהי' כשהי' אצלו דא"צ להיות בספק ע"י מה שהוא מאמין לאחר. וכמו דע"כ החיוב נכסי עליו כשיאבד מחמת מיעוט שמירה דמה"ט חייב בפשע הב' אף דלא פשע הוא כמ"ש לעיל. כן בכלל החיוב כל שלא יהי' ברי אצלו דנאבד שלא בפשיעה יהי' חייב דכך הדין אצלו משום מתוך שאינו יכול לישבע משלם דהוי ליה למידע. א"כ ממילא לא נפטר מחיוב זה ע"י שמסרו לאחר שיהי' לא הוי ליה למידע כנ"ל. דא"א לגרע החיוב מכמו שהי' עליו דכן קבל עליו כנ"ל. ויש לדחות:

גם י"ל דניהו דלא הוי כאלו פירש לענין אונסין כמ"ש תוס' דיהי' חייב במה שיהי' אפשר לתלות. דע"ז פליג רבא. אבל עכ"פ על החיוב שהי' עלי' גם לרבא הוי כאלו פירש שאם ישנה מדעת בעלים וימסור לאחר לא ירויח ע"י שינוי זה שיפטור אף אי באמת פשע הב' מטעם ספק דלא הוי ליה למידע, דזה רק מחמת שינוי שלו שעבר ע"ד בעלים. ושפיר כפירש שלא יפטר מהחיוב כאם הי' אצלו דחייב כשאינו יודע אם בפשיעה כנ"ל:

או די"ל כמ"ש לעיל דהוי ספק אם הב' אינו נאמן ודאי דהוי פשיעה. רק דספק הוא וכשבאמת נאנס אחר כך א"כ שמרו כראוי ולא הי' פשיעה כלל ולא שייך לחייבו משום תחלתו בפשיעה וסופו באונס. משא"כ כשלא נתברר שנאנס ונאבד החפץ אמרינן סתם שאינו נאמן והוי פשיעה מיד. דאין הבעלים צריכין להאמין לאחר וכדאמר היך לא מהימן לי' כו'. וכמו דלמ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור דמ"מ ודאי דאם פשע ויצאה לאגם ומתה וא"י אם טרפוה זאבים או מתה מעצמה ודאי דחייב ולא מפטר מטעם לא הוי ליה למידע דמשעת פשיעה נתחייב ואף דסופו באונס פטור צריך בירור לפטרו. וכן בהנ"ל כיון דהיך לא מהימן לי' צריך בירור שבאונס איגלאי שלא הי' פשיעה. משא"כ בלא בירור וא"י ממילא חייב. וכן משמעות לשון הרי"ף שהיא ספק פשיעה שכ' אף דאין רשאי כו' אבל דיעבד לא מחייבינן לי' כו' ע"ש ולא כ' אף דאסור אבל פשיעה לא הוי כלשון הרא"ש. משמע דרק א"א לחייבו והיינו דספק וא"א לחייבו באונס כנ"ל. ומ"מ יש לדחות טעם הנ"ל. דבודאי פשיעה אף דלא מיפטר אלא בברור שנאנס אח"כ למ"ד תחלתו בפשיעה וסופו באונס פטור. מ"מ כאן בספק רק איגלאי למפרע א"כ עדיין הספק שמא נאנס ולא הי' פשיעה מעולם. ג"כ פטור:

הנה הרי"ף ז"ל הביא הא דגינאי גם לרבא דברגיל להפקיד לא שייך היך לא מהימן לי ע"ש. וקשה לי מנ"ל הא בשלמא לאביי דחיוב משום פשיעה דאין רצוני כו' שייך כיון

שרגיל אינו פשיעה דאין בעל הבית מקפיד. משא"כ לענין טעם דאת מהימנת כו' דהפי' הפשוט דהב' כאדם אחר שמעיד שנאנס והשומר א"י דחייב משום מתוך דלא יועיל אם העד ירצה לישבע על עדותו שנאנס דודאי לא מהני דאדרבא עד הצריך שבועה אינו עד. ולא אמרינן דיהי' שבועתו כשבועת השומר דז"א דהתורה לא האמינו רק לבע"ד שישבע לא אחר. וממילא גם בזה היך לא מהימן לי ואף שנגדך הוי בע"ד ומהני שבועתו אבל נגד הבעלים לפטור הא' הוא כאדם אחר המעיד לפטרו וא"י לפטור מתוך כמ"ש הרא"ש. וגם שבועתו לא מהני כמו אחר רוצה לישבע בשביל השומר כנ"ל. וא"כ מה מהני רגיל להפקיד. הא ודאי כששומר אינו יודע אם נאנסה ומי שרגילים בעלים להפקיד אצלו יודע שנאנס אצל זה. דמ"מ לא יועיל שישבע הוא עבור השומר דנימא דהוא נאמן אצל בעלים בשבועה כמו זה. דאין זה ענין במה שהאמינו תורה נאמן וכשאינו בע"ד אינו נאמן. א"כ בזה ג"כ מה מהני שבועת הב' מה שרגיל כיון דמ"מ עכשיו אינו בע"ד של בעלים ונגדם כאדם אחר כנ"ל:

ואין ראי' כלל ממאי דמודה רבא באשתו ובניו. או נתן רשות להשאיל לקמן מ"ב. דבזה שפיר כיון דע"ד אשתו ובניו מפקיד וכציוה לו שיכול ליתן להם נעשים הם שומר דבעלים ולא שייך היך לא מהימן. דכאלו בעצמם הפקידו דשליחותייהו קעביד. משא"כ רגיל להפקיד דמ"מ עכשיו שלא ברשותו הפקיד הוא. ולא שייך כנ"ל. ולרמב"ם דסבר דברגיל פטור הא' גם אם פשע ב' א"כ נסתלק לגמרי ממילא שפיר לא שייך את מהימנת דאין עליו חיוב כלל. אבל לתוס' והחולקים. וסמ"ע ס' ע"ב ס' ל' דגם רמב"ם מודה ברגיל דלא נסתלק מחיובו. ממילא למה יהי' פטור. ולשון הרי"ף כסמ"ע דאי פטור לא צריך כלל דלא מצי למימר את מהימנת כו' היך לא מהימן דהא אינהו גופייהו כו'. מה שייך זה כיון דאי פשע פטור אין עליו חיוב שבועה כלל. ומשמע דחייב רק שנפטר ע"י שבועת הב' דלא שייך לא מהימן כנ"ל:

ולמ"ש מיושב ד' רי"ף ז"ל כיון דרגיל כו' ואין כאן פשיעה מה שמסר לו שוב פטור דלא שייך מתוך דלא הו"ל למידע דלא שייכי טעמים הנ"ל כיון שאינו פשיעה וכמו אצל עצמו אם הי' לא הוי ליה למידע כנ"ל:

וטעם הרי"ף ז"ל הוא דמסתמא לא פליג רבא אר"ח רבי' דאמר הא דרב כו' מכללא כו' דאינהו גופייהו. וע"כ רבא מפרש דברי ר"ח גם לטעם שלו משום את מהימנת כו'. ומוכח דרגיל פטור כנ"ל:

אך קשה דהא רב לא ס"ל מתוך כלל. וא"כ א"א כלל לומר דרב מודה דחייב משום את מהימנת רק משום דאינהו גופייהו מפקדי פטרי'. הא שפיר פטור לרב גם באינו רגיל

כנ"ל. וכן בהרא"ש פ"ק גבי עד המסייע כ' יש מקשין הבל בשומר שמסר כו' יפטרנו ב' כו'. ודחה דחיובי' דא' בשביל שאינו יכול לישבע הוא והוא אינו רוצה להאמין לשבועת הב' ומחויב א' ממון ואין עד פוטר מממון כו'. דמשמע דמשום מתוך חייב לרבא. וא"כ ע"כ ר"ח פליג ארבא כיון דאמר לרב משום רגיל כנ"ל. וי"ל ג"כ שזה טעם ר"ח ז"ל דפסק כאביי דר"ח קאי כותי' ואין הלכה כתלמיד כו' אף באביי ורבא להרבה פוסקים. אך להרי"ף קשה כנ"ל:

ולמ"ש לעיל י"ל להיפוך דלרב דלא ס"ל מתוך ולעולם פטור משום שאינו יודע אם נאבד אצל ב' בפשיעה שוב הוי פשיעה גמורה מהראשון דגרעי לחיובי' ע"י שמסרו לב' שאף אי באמת יאבד בפשיעה מ"מ יפטור הוא כנ"ל מספק. ושוב חייב לרב לגמרי. ואדרבא רק לדידן דקי"ל מתוך ולהרבה פוסקים אף לא הוי ליה למידע חייב א"כ אין כאן פשיעה כלל משום אין רצוני דלענין החיוב אין חילוק אם יאבד בפשיעה יהי' חייב ובספק ג"כ יהי' חייב משום מתוך כמו אם הי' אצלו. רק כשיהי' ברור באונס ושוב אינו פשיעה וחייב באמת רק משום מתוך וכשיודע שבאונס פטור. משא"כ לרב דל"א מתוך ובספק יהי' פטור שוב הוי פשיעה וחייב אף באונס. ורק משום דאינהו גופייהו כו'. ומהני שבועתו ולא הי' פשיעה כלל. דהב' ישלם או ישבע דגם כן נאמן ומה"ט פטרי' רב ושפיר מלתא דר' חסדא גם לרבא כנ"ל:

הרי"ף כתב אי איכא עדים דנטרה שומר ב' כי אורחה פטור עיין שם. ותימה שהשמיט רבותא אם שומר א' יודע ויכול לישבע דגם כן פטור כמו שכתב הרא"ש ומוכח בגמרא מרבא דאמר על מתני' דישבע שוכר לדידי לא קשיא כו'. ועכ"פ זה רבותא יותר מעדים ולמה לא כתבו. וי"ל לע"ד למ"ש הרא"ש דדוקא כשפטור מכל השבועות והעדים יודעים הכל. ולהפוסקים דשלא פשע עיקר ושאר שבועות גלגול פטור עיין שם. ממילא למה שפסקו רוב הפוסקים דשלא שלח בה יד ודאי גלגול כיון דנאבד רק הספק אם שלח יד קודם דחייב על ידי זה באונסין ואין שום אומדנא על זה וכמו שכתבו תוס' פרק קמא דבבא מציעא יביא ראיה ויפטר כו'. רק משום גלגול כנ"ל. א"כ מיושב דזה אי אפשר לראשון לידע כלל אם הב' שלח בו יד קודם שנאבד. ואם כן אי אמרינן בגלגול גם כן מתוך היכא דחייב העיקר שבועה. אם כן לא מהני כלל אף שיודע הא' שנאבד באונס ויכול לישבע מ"מ מה בכך הא כיון דצריך לישבע שנאנס אצל הב' ממילא יש עליו הגלגול שלא שלח בו יד קודם וזה אי אפשר לו לישבע וממילא חייב. ולא מועיל כלל שישבע. רק ביש עדים דנטרה כו' שנאבד שלא בפשיעה דאין שומר א' צריך לישבע העיקר שבועה ממילא אין עליו כלל החיוב גלגול דשליחות יד ופטור. משא"כ כשאין

עדים לא נפטר בשבועה כלל כנ"ל. ובגמרא אמר רבא שפיר אמתני' דשוכר ושואל דלא שייך בהו שליחות יד דמותרין להשתמש שפיר מהני ישבע. מה שאין כן בשאר שומרין דמיירי הרי"ף דוקא בעדים פטור כנ"ל:

מ"ש הרא"ש יש מקשין שיפטרנו הב' משום עד מסייע כו'. אינו מובן על מה מקשים. בשוים שומר חנם לשומר חנם הוי נוגע גמור. ושומר שכר שמסר לשומר חנם ואומר נאנסה הוי עד הצריך שבועה וצ"ל כיון דבין נגנבה ובין נאנסה צריך שבועה לאו נוגע. ואף דתוספות פרק ב' דקדושין כתבו באהדרינהו למלוה דעד הצריך שבועה אינו אף אחר שנשבע שאינו נוגע דבין כך ובין כך כו'. מ"מ כיון שאינו נאמן בדיבור לבד לא קרינן ביה ע"פ ב' עדים עיין שם. היינו שם דעל מה שאנו רוצים להאמין לו בתורת עדות שפרע למלוה אינו נאמן רק כשישבע ולאו עד הוא. אבל כאן השבועה רק שלא פשעתי ואין צריך לישבע כלל אם נגנב או נאנס. ושפיר לענין הנאמנות שנאנס ולא נגנב חשוב עד בדיבור בלי שבועה דעל זה אין צריך לישבע. ושלא פשע נשבע בין כך ובין כך ושפיר הוי עד לפטרו כנ"ל:

אך לכאורה מ"מ חייב הא' דילמא באמת פשע הב' וע"ז שלא פשע הב' אינו עד כלל דנוגע אם כן עדיין אינו יכול לפטרו משבועת שלא פשע וחייב לשלם דבשלמא אם הי' עדים דלא פשע ב' רק שעדיין על הא' שבועה שנאנס כיון דהוא שומר שכר שפיר היה פוטרו. מה שאין כן באין עדים דשלא פשע מחייבו:

אך נראה דזה אינו דבשלמא התם על מה שרוצין לדון מחמת עדותו שהלוה פטור על זה הוי נוגע וצריך שבועה ואינו עד על פרענו למלוה כנ"ל. משא"כ כאן כיון דמה שלא פשע אינו פוטר הא' שהוא שומר שכר. אם כן כיון שאין הב' נוגע בין נגנבה לנאנסה. ובין שיאמר לחייב הא' או לפטרו אינו נוגע ואף אי באמת פשע יכול לומר שנגנבה שיהיה הא' חייב כמו שאומר נאנסה שפטור הא'. דלענין זה אין חילוק לב' אם כן שוב הוי עד כשר שנאנס ושלפטור הא'. וממילא כיון שיש לו עד כשר שנאנס לא שייך שעדיין עליו שבועה שלא פשע. הא כיון שנאנס פטור דממילא לא פשע. דבשלמא כשהא' שומר חנם וכשפשע ב' חייב ואי לא פטור אם כן אמירת ב' לא פשע לפטור הוי נוגע דאי אפשר לומר לחייב הא' ושיהיה הוא פטור. מה שאין כן שומר שכר שמסר לשומר חנם. דאף אי פשע מ"מ אינו נוגע לפטור הא' די"ל נגנב לחייבו כמו נאנס שפיר הוי עד לפטרו. וממילא אין על הא' שבועה כלל כנ"ל:

שוב ראיתי לבעל תוספות יום טוב בפ"ח על הרא"ש שהקשה כנ"ל דהוי עד הצריך שבועה והאריך ונדחק דאין הכי נמי דהוי מצי הרא"ש לדחות קושייתם כנ"ל אלא כיון

דמטעי טעי בפשט אין לנו לדקדק עוד אחריהם ועוד דהיה צריך להאריך ועוד דאי הכי היה מניח דבריהם לאמת דמחוייב שבועה מיקרי ואינו כן שחייב ממון וע"כ צריך רבינו לגלות הטעות כי היכי דלא נטעי אנן הלכך מגלי טעותם ותו לא חש לקמחייהו כו' עכ"ל. ובמח"כ אין דבריו נוחים כלל. דהיאך הניח לנו לטעות עכשיו יותר דאם כן דנסבור דהוי עד רק שאינו יכול לפטור מן מתוך כו'. ועכ"פ כשיש עוד עד אחד עמו פוטרו. ובאמת אינו כן שאינו עד כלל ואין כאן רק עד אחד ואינו פוטר מממון. ולמה לא חש הרא"ש ז"ל שנטעה. והקצרה ידו מלכתוב ב' הטעמים שאין עד אחד פוטר מממון וגם שאינו עד כלל. וגם מה זה פשוט לטעות יותר מהא דעד הצריך שבועה אדרבה זה מוסכם מכל הפוסקים ומוכח מגמ' דקדושין להדיא. וזה רק מסברא שאין עד אחד פוטר ממתוך כו' שיש לדון הרבה על זה דכמו שמחייב שבועה וכשאינו יכול לישבע משלם ולא מיקרי קם לממון כן יכול לפטור משבועה ושוב אין דין מתוך ממילא. ועכ"פ הנ"ל פשוט יותר. ולכך לע"ד ברור כמ"ש לדינא דבאמת הוי עד כשר ולא מיקרי עד הצריך שבועה כנ"ל. ורק מטעם הרא"ש ז"ל שאין עד אחד וכשיש עד אחד עמו שפיר פטור כנ"ל רק לרמב"ם ז"ל דגרעי' הוי פשיעה דבזה לא מהני כנ"ל. ובשוים ובעלויי עלי' הוי נוגע ולא מהני עד אחד עמו:

ולכאורה מ"ש הרי"ף אי איכא סהדי דנטרה ב' כו'. הא סגי בעד אחד גם בשוים. כיון דיש לו עד מסייע ופוטר הב' משבועה שוב גם השומר ב' עד דאין צריך שבועה. ויש ב' עדים לפטור הא' ממתוך. אך זה אינו מב' טעמים. א' כיון דאינו נאמן בעדותו לבד רק על ידי סיוע הב' הוי כנכי ריבעא כו'. וגם כמו צריך שבועה אינו עד כן כשצריך עד לסייעו כמ"ש ח"מ אה"ע ס' ל"ח. אך אינו מוסכם ובלא זה כאן נוגע הוי דכיון שהעד מסייעו עתה ויפטור משבועה אם כן הוי נוגע דאף שיכול לומר לא היו דברים מעולם או החזרתי. יתחייב שבועה בתר דתיקנו היסת דלא יסייעו. ועכשיו פטור דעד מסייעו. וממילא כשא"צ שבועה שוב הוי נוגע שלא יצטרך לישבע. אך ליש פוסקים דגם מיגו לפטור מהיסת אמרינן כשלא יהיה העזה י"ל כשעד מעיד נאנסה אף אם יטעון החזרתי יפטור מהיסת במיגו דנאנסה שיהיה מסייעו עד. ושוב גם עכשיו אינו נוגע כשאומר נאנסה ועד הצריך שבועה אינו דפוטרו העד. והוי עד לפטור הא'. אך רוב פוסקים לא סבירא להו כנ"ל. דלא אמרינן מיגו לפטור מהיסת אף כהאי גוונא. ולכך בשוים או עלויי עלי' צריך ב' חוץ השומר כנ"ל:

שם איתמר פשע בה ויצאה לאגם כו'. הנה אינו מובן לכאורה טעם פלוגתייהו. גם בהא דתחילתו בפשיעה וסופו באונס דכתבו תוס' דדוקא כשאפשר לתלות שאונס בא מחמת

פשיעה ע"ש. ולמה כיון שאם אינו מחמת הפשיעה פטור אם כן גם בספק למה נוכל להוציא ממנו שמא לא מחמת הפשיעה נאנס וכמו בלא פשע והוליכה לאגם דלא חשוב פשיעה שמא הבלא דאגם כו'. אך בזה יש לומר דגם ספק לא הוי דאף אי באמת הבלא דאגם קטלה גם כן פטור כיון שאין צריך לחוש לזה ולא פשע. מה שאין כן כשבפשיעה יצאה לאגם. והבלא קטלה על ידי פשיעתו בא. אך מ"מ מספק למה יתחייב. ולכאורה היה נראה דכמו גזלן ושולח יד דחייב באונסין ואוקמי' רחמנא ברשותו מדכתיב אם לא שלח ידו כו'. ומ"מ כשבעין מחזירו אבל נאנס ממילא חייב על שעת גזילה ושליחות יד. כן בפשיעה דכ' על כל דבר פשע כו'. מתחייב מיד כשפשע לשלם. רק כשבעין מחזירו אבל כשנאנס ממילא חייב דכשלא החזיר נתחייב על שעת פשיעה. וממילא ברשותיה לאונסין כנ"ל. אך אם כן היה חייב אף באונס שלא בא מחמת הפשיעה כלל. דמ"מ נתחייב כשאינו בעין וע"כ דלא כנ"ל. רק דלא נתחייב בפשיעתו רק על כשיאבד מחמת פשיעתו. ואם כן בספק גם כן יהיה פטור ואף דיש לומר דאמרינן מתוך כו' שהיה צריך לישבע שלא בא האונס ע"י הפשיעה. והוא מכלל שבועה שלא פשע דאי בא ע"י הפשיעה בכלל פשיעתו הוא וכיון שא"י חייב. אך כיון שאי אפשר לו לידע וידוע לנו שאינו יודע לא אמרינן מתוך כנ"ל. וגם שיהיה איני יודע אם פרעתיך דע"כ לא כתב הנימוקי יוסף גבי שאולה או שכורה דהוי איני יודע אם נתחייבתי רק משום דקיימא לן כר"פ דלא מחייב משעת משיכה רק משעת אונסין. אבל כיון שהפשיעה ודאי יש לומר דהספק אם נאנס שלא מחמת הפשיעה הוי כאיני יודע אם פרעתיך. אך גם זה אינו כיון שגם תובע מסופק. וגם שהספק ברור לפנינו א"י להוציא. ואין אומדנא כלל לתלות יותר שבא מחמת הפשיעה דהא רשאי להוליכה לאגם וא"צ לחוש להבלא דאגמא כו':

ונראה כיון דש כשני מזיק דחייב להשלים לבעלים כמו שהיה שקיבל עליו שמירה. וכשאינו יודע היך אותבי' אמר בגמרא לעיל דפשיעותא וצריך לשלם מיד. ואינו יכול לומר שימתין עד שיחפש ואלו ימצאנו כמ"ש הג"א ובש"ע. ואינו יכול כלל לשום לו זה הספק בשיוי ושישלם המותר. דאף דשמין לשואל ולמזיק. היינו מה שודאי ממון לא ספק אין צריכין לקבל דצריך לשלם וודאי ממון כמו שקיבל כמ"ש לעיל. ומ"מ אם נמצא החפץ חוזר לו ממונו והחפץ לבעלים. והטעם כמו שכתבתי לעיל. דהחיוב על השומר להשלים לו החפץ כמו שהיה. ולכך אף שהספק שמא ימצאנו א"צ בעלים לקבל להיות בספק וצריך לשלם מ"מ משלם לו רק באם לא ימצא יהיה לו התשלומין. משא"כ אם ימצא יהיה החפץ של בעלים כשהיה והמעות יחזיר לו. דכשמשלם באופן זה שפיר ישלם לו הכל החפץ כשימצא וספק הפסד אין עוד על הבעלים דאם לא ימצא

התשלומין שלהם. ומחוייב זה השומר לשלם באופן זה כדי שאם יהיה החפץ יחזיר לו. דמה שאפשר להחזיר מגוף החפץ מחוייב. ומחוייב לשלם ולהחזיר הספק כנ"ל שלא ישאר להם ספק הפסד מחמת פשיעתו כנ"ל. וכשנתנו השומר במקום שאינו משתמר ויש ספק הפסד. ואי אפשר לו ליקח ולידע עכשיו. מ"מ מחויב מיד לשלם לבעלים ובאם לא נפסד יחזיר לו דאין הבעלים צריכין להיות בספק דכיון דקיבל עליו לשמור היינו שממונו יהיה משומר ולא בספק הפסד. אם כן כשפשע החיוב תשלומין הוא כמו קודם הפשיעה שיהיה הבעלים בטוח ולא בספק הפסד. וזה הוא החילוק בין גזילה לפשיעה. דגזלה שמוציא כל החפץ מרשות בעלים ונתחייב לשלם. ברשותא דגזלן קאי לאונסין. אבל בפשיעה אף שנתחייב מיד בפשיעה לשלם. היינו הספק כדי שלא יהי' הבעלים בספק הפסד. כיון שהוא במקום זאבים כו'. אבל אופן זה אם לא יטרפוה זאבים ותהיה הבהמה קיימת זה נשאר הבהמה ברשות בעלים וחוזר לשומר התשלומין. דדי בחיוב תשלומין זה בפשיעה. מה שחייבתו תורה לשלם מיד בין תאבד ובין לא כדי שלא יהיה בספק ושיהיה בטוח כמו קודם הפשיעה. אבל כשלא תאבד על ידי הפשיעה וקיימת שפיר ברשות בעלים קאי והתשלומין של שומר. וממילא לענין אונסין שאין על ידי הפשיעה שפיר פטור דשל בעלים נאנס דזה כשהבהמה לא תאבד על ידי פשיעה נשאר של בעלים דבגזילה שהוציא כל החפץ מרשות בעלים החיוב השבה גם כן לשלם לרשות בעלים כמו שהיה קודם גזילה או חפץ או דמיו. וממילא חייב באונסין כמו מלוה דכל שלא החזיר לרשותם חייב. אבל בפשיעה ניהו דגם כן מחוייב מיד מ"מ אין החיוב רק כמו אם לא פשע להחזיר שיהיה בטוח. וכשמשלם מיד על תנאי זה אם יאבד על ידי פשיעתו. שוב משלם הכל כשהיה אם לא פשע ואין עליו חיוב יותר. וכשלא תאבד מחמת הפשיעה עדיין הבהמה ברשות בעלים קאי והמעות של שומר. וכיון שאין עליו חיוב לשלם על ידי הפשיעה רק באופן זה. אם כן לא נתחייב בפשיעה יותר ועדיין הבהמה כשלא תאבד על ידי פשיעתו ברשות בעלים קאי. ושוב ממילא פטור באונס שלא בא על ידי פשיעתו דשל בעלים נאנס כנ"ל:

ומיושב שפיר טעמא דמ"ד תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב כשאפשר לתלות שבא ע"י פשיעה אף שהוא רק ספק ולא קשה מ"ש. דלענין הספק אם מחמת פשיעה. א"כ יהי' הדין דפטור א"כ יהי' עדיין ספק הפסד לבעלים ע"י הפשיעה. והא זה החיוב מחויב מיד בפשיעתו שלא יהי' לבעלים ספק הפסד ג"כ וממילא לענין אלו אונסין דס' אם ע"י פשיעה שפיר ברשותיה קאי דנתחייב בשעת פשיעה. דאם לא יהי' חיוב זה עליו עדיין ספק הפסד לבעלים דאף אם יהי' נאבד ע"י הפשיעה מ"מ יהי' השומר פטור מספק שמא

לא ע"י הפשיעה והא החיוב עליו לשלם להם שיהי' ודאי בלי ספק הפסד. ולענין אלו אונסין שספק שפיר ברשותיה קאי כמו בגזילה כנ"ל. דנתחייב מיד לשלם באופן זה שגם באונסין ספק כנ"ל יהי' התשלומין לבעלים וכיון שנתחייב ע"ז שפיר אין האונס פוטרו אף אם לא בא ע"י הפשיעה באמת דלענין זה ברשותיה קאי כיון דפשע ושפיר חייב כשאפשר לתלות. משא"כ באונס דבא ודאי שלא ע"י הפשיעה שפיר לא נתחייב כלל בשעת פשיעה וברשות בעלים קאי כנ"ל. וא"ש:

ומה"ט א"ש מ"ש תוס' דתחלתו כעין גניבה ואבידה בשומר שכר וסופו באונס פטור לכ"ע ע"ש שאינו מובן הטעם. ולמ"ש אתי שפיר. דכיון דגניבה באונס כתבו תוס' ג"כ חייב א"כ אין החיוב מחמת מיעוט שמירה רק חיוב עליו כשיגנב כו'. א"כ אין החיוב עליו אלא בשעה שנגנב או נאבד. וממילא כשבאונס פטור דלא הי' חיוב קודם עליו כלל כנ"ל:

עוד י"ל דלמאי דקי"ל כל שהספק נולד ברשותו עליו להביא ראיה פרק המדיר דאמרינן כאן נמצא כאן הי' אף להוציא ע"ש דלא איתרע רשות הא' מוקמינן אחזקה דרק רשותו איתרע ע"ש. א"כ בפשיעה כיון דברשותיה לענין אונסין שמחמת הפשיעה לחייבו. שוב גם בספק אי מחמת הפשיעה ג"כ חייב דאמרינן כיון דברשותיה נולד הספק מוקמינן רשות הבעלים אחזקתו שלא נאבד שלהם כלל רק של שומר דהאונס בא מחמת הפשיעה ונאבד של השומר לא דבעלים. וכמו לא הוגלד פי המכה דמשום חזקה הנ"ל אמרינן דאחר כך נעשה וממילא נסתחפה שדהו ושלו נטרף ולא מקודם ודבעלים נטרף דלא איתרע רשותם כלל. וכן בזה הספק שנולד אחר הפשיעה. לא איתרע רשות בעלים רק דשומר וממילא תולין שע"י הפשיעה ושלו נאבד כנ"ל:

ולכך לאביי אף למ"ד תחלתו בפשיעה וסופו באונס פטור חייב דהבלא דאגמא קטלה כו'. ותוס' כתבו במסר לשומר ג"כ דתולין דבית שומר הב' דאיגלאי מילתא שאותו מקום ואותו הבל כו' שמיד התחיל החולי כו' ע"ש. ומנ"ל שמיד התחיל הא גם באחר זמן הדין כן דלא מפליג מידי. ולהנ"ל אתי שפיר דתלינן משום כאן נמצא כו' שע"י זה בא כנ"ל. והחילוק דאמר אביי למ"ד פטור דהכא חייב. הוא משום דכאן איגלאי שהבל זה אינו טוב. א"כ אם הי' נודע זה הי' פשיעה גם לענין מיתה. רק אם הוליכה ולא פשע הי' גם זה אונס אף שהוא רק טעות שבאמת הוא פשיעה רק שאינו יודע מ"מ גם טעות הוי אונס במאי דלא איבעיא ליה לאסוקי אדעתיה משא"כ כשפשע ויצאה חייב דמתה ע"י פשיעה. ואף שאין שניהם ענין א' דהוי כנתכוין לחתוך מחובר זה וחתך מחובר אחר דחשיב מזיד. וכן בהנ"ל דהפשיעה בכונה לענין זאבים ומתה ג"כ ע"י פשיעה דהבל

רק שע"ז הי' שוגג וטעות דהבלא לא הי' יודע. והא מ"מ נתכוין כנ"ל. משא"כ בצריפא דאורבני אף דפשע לנורא. אבל מה שנגנב באמת אינו ע"י הפשיעה והי' באמת שמירה הראוי לענין גנבי כנ"ל. וכנתכוין לחתוך מחובר וחתך תלוש דפטור דאין כאן רק הכונה. וכן הנ"ל דאין כאן רק הפשיעה לחוד אבל מה שנאבד הי' ע"י שמירה הראויה. ומ"ד הנ"ל סבר דלא חייבה תורה בפשיעה רק לענין כשיאבד מחמת הפשיעה כנ"ל:

עוד נראה די"ל למאי שכתבו הגאונים הובא ברא"ש סוף פרק הכונס דקי"ל עשו תקנת נגזל בפשיעה ובירושלמי בעובדא דשק צרור אף דשמא סיגים הוי שאינו שוה כלום כמ"ש בש"ע סי' צ' מ"מ כיון דעכ"פ ודאי פשע חייבוהו חכמים על הספק ע"ש. ולע"ד שמה שכ' הה"מ בשם הרי"ן מיגא"ש פ"ה מהלכות שאלה דכיון שיש דררא דממונא חייב. ותמהו עליו הראב"ד ושאר פוסקים מא"י אם חטין כו' ע"ש. ולע"ד שגם כוונת רי"ן מיגא"ש משום תקנת נגזל בפשיעה כיון שהוא עשה הספק בפשיעתו שוב חייבוהו מספק כמו בנגזל על מה שתובעו אף דבכל מקום פטור והספק לב"ד מי אומר אמת והרי"ן מיגא"ש למדו מירושלמי הנ"ל. וכן בגמרא דידן לקמן באמר לב' גזלתי לא' כו' דפריך מספיקא לא מפקינן ממונא כו' ומסיק בגזל דעביד איסורא קנסוהו רבנן כו'. והיינו כיון שיש דררא דממונא דלא' ודאי חייב קנסוהו לשלם לכל א' ולהוציא מספק. וכן בפקדון ב' כריכות דהוי ליה למידע כו' חשיב הפשיעה ג"כ כגזל כנ"ל. והוא ממש כתקנת נגזל דעשו גם בפשיעה. כיון שהוא עשה זה הספק בפשיעתו אינו ראוי שיפסיד זה ע"י פשיעתו וחייב לשלם גם הספק אף דיכול להיות שאינו חייב לזה כנ"ל. ולכך גם בשק צרור כו'. סבר ג"כ דבלא הוי ליה למידע לא שייך מתוך. מ"מ הא זה עשה בפשיעתו שיהי' ספק דלא הוי ליה למידע. וכן אף בספק סיגים שאינו שוה פרוטה מ"מ כיון שיש דררא דממונא עכ"פ שהוא ספק גמור דחולקין אי לאו דהמוציא מחבירו עליו הראיה. וכיון שזה עשה הספק בפשיעתו וע"י זה יפסיד הלה אם באמת מגיע לו חייבוהו חכמים להפסיד ספק עצמו שמא אינו חייב ושלא יפסיד הלה ספיקו שמא חייב לו ושפיר כמו תקנת נגזל שהספק אצלינו חייבוהו מה שאינו ע"פ דין כן בפשיעה בדררא דממונא כנ"ל. כמו אלו הי' מחויב שבועה ואינו יכול לישבע. רק שם צריך הלה לישבע וליטול. אך בא"א לו לישבע י"ל דנוטל בלי שבועה כיון דידע זה שלא יהי' אפשר לתובע לישבע. עדיין שייך התקנה דבפשיעתו עשה, זה הספק ויודע שלא יוכל לישבע כנ"ל:

וממילא י"ל בתחלתו בפשיעה וסופו באונס דהספק אם בא האונס מחמת הפשיעה. כיון דודאי פשע שוב ספק זה שהוא דררא דממונא דהספק לפנינו. והוא עשה זה הספק בפשיעתו. שייך שפיר תקנת נגזל בפשיעה דחייב לשלם זה הספק כנ"ל. ואף

שאין התובע יכול לישבע מ"מ הא זה יודע שלא יוכל לישבע כנ"ל. ולא דמי להא דסי' רצ"ח בש"ע מת אביו והניח שק צרור והפקידו דכשאינו יכול תובע לישבע אינו נוטל משום תקנת נגזל דשם השומר אינו יודע אם התובע א"י ונשאר התקנה דישבע ויטול דלא שייך דיפשע על סמך זה. דשמא יודע ויוכל לישבע. וממילא לא שייך התקנה על שיטול בלא שבועה וכשא"י אינו נוטל משא"כ בזו הפשיעה דיודע דא"א לתובע לידע אם האונס מחמת הפשיעה שפיר שייך התקנה שלא יפשיע שיהי' נוטל בלי שבועה כנ"ל. ועוד די"ל דתיקנו רק כעין דאורייתא כאלו הי' מתוך כו' וביורש כשאין טוען ברי דלא שייך מתוך לא תיקנו ומצד שבועת שומרין אינו בזה הספק אם הי' יותר או לא אין זה שבועת שומרין. ובגלגול לא אמרינן מתוך כנ"ל. משא"כ זה הספק אם בא האונס מחמת הפשיעה שהוא בכלל שבועת שומרין דשייך ביה מתוך רק דלא הוי ליה למידע וכנ"ל וכיון דבפשיעה עשה הספק שפיר חייב מתקנת נגזל גם בלי שבועה כנ"ל:

ומיושב ג"כ מה שכתבו תוס' דתחלתו כעין גניבה וסופו באונס בשומר שכר לא מיחייב דדוקא בפשיעה עשו תקנת נגזל ולא בגניבה ואבידה בשומר שכר כמבואר בפוסקים ע"ש:

וי"ל בזה ג"כ מה דשני רבא לאביי דפריך מר"א וראב"מ לדידי לא קשיא דתמוה כמ"ש לעיל דמ"מ ר"א וראב"מ דסברי משום אין רצוני ע"כ לא ס"ל כרבא דמה לי הכא כו'. ולהנ"ל י"ל דודאי לא פליג רבא דא"א דהבלא דאגמא כו' רק דלא שכיח כ"כ ויותר י"ל מה לי הכא כו'. ולכך י"ל דהוי כלא אמוד דלא עשו תקנת נגזל להוציא כמבואר סוף הכונס ע"ש. ולכך כאן שספק זה אם בא מחמת הפשיעה אינו שקול הוי לא אמוד כנ"ל ופטור. וא"כ כיון דמבואר שם בראש ותוס' מירושלמי אריסא כו' דדוקא להוציא ל"א בספק שאינו שקול ע"ש. וא"כ שפיר פריך ר"א ממתניתין דהשוכר פרה כו' דלמה ישבע כו' ושואל משלם לשוכר. דבשלמא להוציא בשומר שמסר לשומר. במתה אינו יכול להוציא דל"ש מחמת הבל דבית שומר ב' וכלא אמוד כנ"ל. משא"כ במתני' דאין השוכר מוחזק למה ישלם לו כיון דודאי פשע ויש ספק שמא הבלא כו' ומתה ע"י פשיעתו. גם הוא אינו יכול להוציא ויהיו חולקין וכה"ג:

אך אביי דלא ס"ל היך לא מהימן והוי לנגד השומר שמירה גמורה רק אין רצון הבעלים כן ורק כמ"ש תוס' דהוי כאלו פירש שמא יאבד שיהי' מחמת מסירתו לב' יהי' חייב כנ"ל. אבל פשיעה אינו שיהי' שייך תקנת נגזל וע"כ דבאמת תולין הכל בית הב' קטלה כו' ופריך אביי שפיר דע"כ לא אמרינן מה לי הכא כלל. משא"כ לדידי את מהימנת כו'. א"כ הם דסברי אין רצוני כו' י"ל דסברי ג"כ היך לא מהימן והוי פשיעה גמורה משום

אין רצוני כו' שנתנו לאינו נאמן. ושוב י"ל משום תקנת נגזל. ופרכי שפיר אף דאמר מה לי הכא שלא להוציא מ"מ במתני' להוציא א"י כנ"ל:

והגם שי"ל דלא שייך התקנה שידקדק ולא יפשע רק שם בשמא סיגין ויפטור לגמרי. משא"כ בזה דעכ"פ לא יפשע שמא תאבד באמת מחמת הפשיעה ויהיה חייב. אך הא גם שם בפקדון אף דודאי שוה פרוטה פסקו ג"כ דשייך תקנת נגזל. ואף דג"כ שייך כנ"ל דלא יפשע וע"כ לא אמרינן כנ"ל:

הנה ושם ב"מ צ"ג אומדין אותו אם יכול להציל. היינו כנ"ל לא אמיד שאם ע"פ אומד לא היה יכול להציל פטור. ומ"מ אמר דאי תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב היה חייב. ומה"ט כ' הרי"ף דרבא פליג ע"ש. מבואר דסבר הרי"ף בלא שכיח שיבא האונס ע"י הפשיעה פטור. ורבא דאמר מ"ל הכא כו' היינו רק דל"ש דהבל דאגם כו' כמ"ש. דאל"כ מאי מקשה הרי"ף הא כאן ודאי משא"כ התם רק אומד ומ"מ אפשר היה מציל כנ"ל:

הנה לכאורה אף אי נימא דפשיעה החיוב מיד בשעת פשיעה מ"מ הא אמר ב"ק י"ז ע"ב זרק כלי מראש הגג ובא אחר ושברה במקל מבעיא ליה לרבא אי בתר מעיקרא אי בתר תבר מנא אזלינן. דאף שהיה הכלי עומדת ודאי להשבר מ"מ כיון דקודם שנשברה מגירי דא' שברה אחר לא נשברה ע"י הא ופטור הזורק והשני חייב כמ"ש רש"י ז"ל. ומסיק שם דלרבה פשיטא ליה דבתר מעיקרא ולרבא מספקא ליה ע"ש. וא"כ בפשיעה שיצאה לאגם דחשיב פשיעה לענין שמא יטרפוה זאבים. הא גם אם ודאי השליכה לפני זאבים וקודם שאכלה זאב בא א' והרגה היה הא' פטור רק הב' היה חייב. וא"כ כיון שמתה קודם שאכלוה זאבים ממילא פטור הא' אי בתר תבר מנא כנ"ל. דלא נפסדה מחמתו אף אי היה מזיק בידים שהשליכה שתאבד בודאי מ"מ היה פטור. וכ"ש שאינו ודאי ורק גורם כנ"ל. וכיון דקטלה מ"ה קודם דהוי כהרגה אחר דהא' פטור כנ"ל. וכן לכאורה בצריפא דאורבני דניהו דפשיעתא לענין נורא כיון דהוי לענין גנבי שמירה. א"כ אם היה משליכו לאור ממש ובא גנב וגנבה מאור קודם שנשרף היה פטור הזורק לרבא. ולמה יהא חייב וצ"ל דשם שאינו שומר רק מטעם מזיק חייב וגרמא פטור לכך אי בתר תבר מנא אזלינן היינו דמה שנשבר ע"י כחו הוי כשיברו אבל החיוב על שעת שבירה דכל שלא נשבר אף שהיה עומד לשבר בודאי מ"מ היה אז רק גורם ולא אמרינן כל העומד כו' ועדיין לא הזיק. משא"כ שומר דחייב בפשיעה וכל פשיעה רק גורם וחייבתו תורה כיון שאינו משתמר. א"כ שפיר כיון דעומד להיות נאבד מתחייב מיד דעכ"פ אינו משומר. וגם שם בזרק כלי י"ל אם היה שומר חנם דמודה רבא דאם אין למשבר לשלם דחייב הזורק דעכ"פ פשע בזריקתו שלא היה משתמר. ואף ששיבר זה באויר לא גרע מאונס

לגבי דידיה וחייב משום תחילתו בפשיעה וסופו באונס דבא האונס ע"י הפשיעה דהא שיברו באויר ואם לא זרקו לא היה משברו כנ"ל וחייב מצד השמירה ואף דפטור משום ההיזק בידים אבל פשיעה הוי וחייב כנ"ל:

ומ"מ דוחק דאין סברא דהתורה חייבה על פשיעה יותר ממזיק בידים דהא בבעלים פטור. וסגי דחייב כמזיק ומ"מ אי בתר תבר מנא כו' אינו חייב בפשיעה רק בשעה שנאבד ע"י הפשיעה. וי"ל דהיינו טעמא דרבא דמ"ל הכא כו' דכשהוא ספק פטור דהוי איני יודע אם נתחייבתי כיון דבתר תבר מנא ואם לא היה ע"י הפשיעה לא התחיל החיוב. ואף דאליבא דרבה קאמרה רבא ורבה פשיטא ליה דבתר מעיקרא כו'. מ"מ כתבו שם דמסתמא רבא דמספקא ליה סבר דלא אמרה רבה ע"ש. ולכך אביי דסבר בתר מעיקרא ממילא גם בפשיעה כן אף שאינו ודאי עומד לאבד מ"מ כיון שחייבו תורה הוא כמו במזיק על מה שעומד כו'. והוי החיוב ודאי משעת פשיעה ושוב אין הספק דמ"ל הכא כו' פוטרו ותלינן דהבלא דאגמא כו'. דאם הוא ודאי שלא מחמת פשיעה פטור אף דשם בתר מעיקרא אזלינן הוא משום כל העומד כו' כשבור דמי. משא"כ פשיעה דאינו ודאי אבל מ"מ לענין מה שיהיה נאבד ע"י הפשיעה החיוב מיד דבתר מעיקרא. ושוב מספק ג"כ חייב דאינו פוטרו כנ"ל:

ועוד דבודאי שלא ע"י הפשיעה איגלאי מילתא שהיה ראוי להיות נאבד בלא פשיעתו ולא נתחייב כלל על פשיעתו בדבר שיהיה נאבד בל"ז כהאי דלשמור ולא לקרוע כנ"ל. ויש לדחות. ולטעם הנ"ל הוי א"ש מה שפסק ר"ח כאביי נגד רבא. דסתם גמרא אמר ריש ב"ק דמלתא דפשיטא ליה לרבה לרבא מספקא ליה ופסקו שם כל הפוסקים כרבה דבתר מעיקרא אזלינן כנ"ל. בפרט למ"ש הרי"ף והובא בתוס' לקמן ע"ח דלאביי למ"ד תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב לא צריך לטעמא דהבלא דאגמא כו' רק אפי' שהאונס היה נארע בכל ענין אף שלא ע"י הפשיעה חייב ע"ש. דלכאורה אינו מובן למה. ולמ"ש אתי שפיר דסבר לטעמיה במזיק דבתר מעיקרא אזלינן ונתחייב לגמרי בשעת פשיעה וחשיב כעומד ודאי לאבד כיון דשומר חייב בפשיעה. וממילא אף אונס שלא ע"י הפשיעה אינו פוטרו כנ"ל. ולגמרי באחריותו קאי כמו בגזלן. וכמו דמודה רבה במתה בי גנב כנ"ל. ונראה דלאביי אי בשעת פשיעה שוה ד' וכשנאבד זוזא משלם ד' משא"כ לרבא. אך אפשר גם לאביי מ"מ אינו מחויב בפשיעה רק כשויו בשעת אבידה:

שם מ"ל הכא כו'. לכאורה הא אמרינן בכל מקום נסתחפה שדהו ואף שמתה אצל לוקח לא מצי אמר שגם אצל המוכר היתה עומדת למות וכן שואל. א"כ גם בפשיעה נראה דתליא בהנ"ל דאי תחילתו בפשיעה כו' חייב סופו באונס ונתחייב בפשיעתו על אונסין

א"כ שוב י"ל נסתחפה שדהו. ולא היתה מתה כלל אם היתה ברשות המפקיד היינו אם לא פשע ורק עתה דפשע והחיוב עליו מתה. רק דרבא סבר דתליא הא בהא אף אי נימא דחייב יהיה אפשר לתלות דמזלו גרם. מ"מ למה נחייבו כיון שלא נעשית ברשותו על ידי הפשיעה רק על אונסין שיבאו על ידי הפשיעה ואם הדין דפטור במתה אם כן מה לי הכא ועדיין מזלא דמפקיד לא מחייבינן ליה כנ"ל. וכמו במקבל וחוכר לקמן ק"ו אם אינו מכת מדינה מצי אמר ליה מזלך גרם ואינו מנכה ובמכת מדינה לא מצי אמר כו'. והיינו משום דנתחייב סתם. אבל בשוכר ופועלים באונס פסידא דמוציא כיון דתליא בזה אם האונס יהיה הפסד דפועל יהיה שייך נסתחפה שדהו ואם יהיה הפסד דבעה"ב שייך להיפוך מזלא דבעה"ב. תלי' במי שמוחזק שא"י להוציא כמבואר בש"ע:

ולכך במתה בי גנב מודה רבא משום דאלו שבקה מ"ה בי גנב הוי קאי. ולכאורה מה בכך הא מ"מ כיון דאם לא נגנבה ג"כ היתה מתה לא הפסידו כלום בפשיעתו. וע"כ כנ"ל. דבזה כשנגנבה דמתחייב השומר לגמרי שוב נסתחפה שדהו כיון דאי לא מתה ג"כ היה מחויב לשלם מחמת שנגנבה. משא"כ בהנ"ל דאלו לא מתה לא היה חייב עדיין מחמת הפשיעה קודם שנאבד שוב ברשות בעלים עדיין ומזלא דבעלים כנ"ל. ואביי דסבר באמת למ"ד תחילתו בפשיעה חייב מיד שפיר בכל אונס שאירע אח"כ י"ל אם לא הי' פשע לא היה האונס דנסתחפה שדהו כנ"ל. וכמו כל הקושית דאמר בגמרא ק"ו אי הוי זרעת חטין הוי מקיים בי ותגזור אומר כו'. וכן מרועה כו' הוי מקיים את הארי כו':

אך לכאורה כדאמר בש"ס שם נסתחפה שדותיו דמחכיר כו' יש ראיה דמזלא דידיה בחוכר ע"ש. א"כ מאי פריך אביי לרבא מר"א דמקשה ממשנה דהשוכר והשאילה כו' ואי מ"ל הכא מה פריך כו'. הא להנ"ל כיון דטעמא דרבא דאמרינן מ"ל הכא דאדרבא פטור וממילא לא הפסיד השומר ולא מזלא דידיה גרם. וא"כ במתני' דהשאילה דהשואל בין כך ובין כך חייב וע"כ נסתחפה שדהו דמזלא דשואל שיהיה נפסד גרם. א"כ שוב לא שייך מה לי הכא כו' גם לרבא דאם לא היה נותנן לשואל לא היה מתה כלל. וכנשתדפו שאר שדותיו דתלינן ביה כן בזה. ולא דמי לשומר כנ"ל. כיון דשואל עכ"פ חייב באונסין לא שייך מ"ל הכא כנ"ל. כיון דנסתחפה שדהו. וצ"ל כיון דמ"מ נגדו לא שייך נסתחפה שדהו ולרבנן דר"י חשוב כאלו עדיין ברשותו לפטור מאונסין אף דשואל חייב לשלם לו. א"כ מצי אמר ג"כ מזלא דמשכיר גרם להפסד. וגם אצלו היתה מתה והיה נפסד. ומה שמתה אצל שואל מזלו גרם להרויח כנ"ל. ודוחק:

דף לז.

אמר לשנים גזלתי לאחד מכם כו' ובגמרא אמר עלה מספיקא מפקינן ממונא ולא אמרינן אוקי ממונא בחזקת מרי כו'. ותמוה הא ודאי לא נסלק אדם דס' אין מוציאין ממון דהא פריך פ"ד דב"ק המוציא מחבירו עליו הראיה פשיטא כו'. רק הכא שאני דודאי חייב לאחד א"כ אינו ענין למאי דאמר מספיקא כו' אוקי ממונא כו'. ורש"י ז"ל פירש אוקי כו' דלא נפסדנו ממונא ויהא מונח כו'. ואינו מיושב הלשון מספיקא כו' הא על מנה אחד אין ספק. ועל מנה ב' ג"כ אין ספק דודאי נותן בחנם רק אי צריך להפסיד או לא. ולא שייך אוקי כו' דמשמע הלשון ככל ספק שבש"ס. ועוד למה ליה לש"ס להקדים טעם זה. הא בל"ז מצי למירמי גזל אפקדון:

ונראה דהנה י"ל טעמא דמתני' למ"ש כה"ג הובא בפוסקים טעמא דס' ממונא לקולא ולא מחייב מטעם ס' איסור גזל בטוען שמא דס' דאורייתא לחומרא וכ' הטעם דהתירה תורה ספק ממון ע"ש. וא"כ למאי דקי"ל דאף ספק טומאה בר"ה דטיהרה תורה לגמרי מ"מ בב' שבילין ובאו לשאול בב"א או עליו ועל חברו שניהם טמאין דא"א לפסוק טהורין דודאי א' שלא כדין כנ"ל. א"כ גם בס' גזל ניהו דמותר בשאר ס' מ"מ כאן באמר לב' כו' שבאו לשאול בב"א דודאי לא' חייב. ואם נפסוק דפטור הוי ודאי שלא כדין שוב חייב לשניהם ואף דלכאורה הוי כשם בהלך בב' הדרכים דודאי טמא. ז"א דשם טמא עכ"פ ממ"נ. משא"כ בזה דאינו חייב רק לא' ולכל א' בפני עצמו אם היה תבעו היה פטור מספק. רק כששניהם בב"א הוי כהתם ב' בני אדם באין לשאול בב"א מאחר דצריך לפסוק לשניהם פוסקין על שניהם טמא. ואין אומרים שנפסוק א' טמא וממילא הב' טהור כיון דאין טעם לזה יותר מזה כן כאן. ממילא צריך לשלם לשניהם. והיה מיושב מה דתני אמר לשנים כו'. דאם היה כל א' בפ"ע לא היה חייב כנ"ל. דבזה אחר זה היה פטור משניהם. רק משום ב"א כנ"ל. אך תוס' כ' דהא בב"א שניהם טמאים הוא מדרבנן ע"ש פ"ק דפסחים. וי"ל דבממון לא תיקנו:

אך תוס' פ"ק דחולין וריש נדה כ' דיש ב' טעמים בספק טומאה ברשות הרבים משום דהילכתא גמירי כו' דטהור. וזה דוקא באפשר להיות. משא"כ ב' חביות שאחת ודאי נטמא ואינו יודע איזה כגוונא דב' שבילין לא שייך לטהר מה"ת כיון דא"א להיות שניהם טהורין רק מטעם חזקת טהרה אף כה"ג דחד ודאי טמא מ"מ כל א' מוקמינן אחזקה מה"ת אף שיהיה שלא כדין אינו מגרע החזקה. ולכך מטעם חזקה כ' תוס' בב' שבילין דהא דבב"א טמאין רק מדרבנן ע"ש:

וא"כ למאי שנסתפקו הפוסקים אי חזקת ממון חזקה המבררת כמו חזקת מרא קמא. או שאינו מברר רק דא"א להוציא ולעשות מעשה מספק. וא"כ אי רק משום דספק גזל התירה תורה שפיר בכה"ג אמר לשנים כו' ודאי דמה"ת אסור דא"א להיות פטור לשניהם דודאי חייב לא' ושפיר מה"ת אסור דלא עדיף מספק טומאה ברשות הרבים כנ"ל. דלא התירה תורה ספק כזה דא"א להיות. ורק אי חזקת ממון היה חשיב חזקה המבררת שפיר אף דא' ודאי מ"מ מהני החזקה נגד כל א' אף דודאי א' שלא כדין. וב' שבילין מה"ט רק דרבנן דמה"ת מוקמינן אחזקה כנ"ל. ובממון דלא תיקנו נשאר הדאורייתא כנ"ל:

וא"כ מיושב לשון הגמרא אלמא מספיקא מפקינן ממון ולא אמר אוקי ממונא אחזקתיה. היינו שיהיה חזקה המבררת המעשה דאז גם בדינא דמתני' היה פטור אף שבאים בב"א כמו שם שכ' תוס' דמה"ת מוקי אחזקה. ומוכח דלא אמרינן אוקי כו' שאינו מברר רק מספק אין מוציאין ושוב כאן מספיקא מפקינן ממונא כיון דודאי חייב לא שייך שהתירה תורה כנ"ל:

אך באמת לא דמי דאדרבא בשלמא ב' שבילין א"א לפסוק טהור כיון דהוי שלא כדין ודאי וממילא שאין יכולין לפסוק טהור פוסקין לחומרא משא"כ בממון דנפסוק להוציא משום דלפטור א' שלא כדין. אדרבא כשאין מחייבין הוא פטור והוי נגד ב' התובעין באו לשאול בב"א דא"א לפסוק דישלם לשניהם דודאי א' שלא כדין וממילא פטור. אך נגד התובעין לא מיקרי כלל בא לשאול עליו ועל חברו. דכל א' תובע לעצמו:

אך למ"ש הר"ן פ"ב דכתובות גבי מחבואה דכיון דהספק בשוה אף שכל א' בא בפני עצמו חשיב בא לשאול עליו ועל חברו ע"ש. א"כ גם כאן חשיב כנ"ל. אך זה שייך לענין מדינא בתבעי לי' שנוציא ממנו שייך כנ"ל דא' שלא כדין כב' שבילין לענין שנפסוק לחיוב. אבל לענין לצאת ידי שמים בלא תבעי ליה דרק הוא שואל לב"ד על הספק משניהם. א"כ לענין זה הוא להיפוך דשפיר א"א לפסוק דפטור דודאי לא' חייב ובס' שא"א להיות ס' גזל אסור ושפיר פוסקין לו לצאת ידי שמים ישלם לשניהם דהוי ב"א. ולא שייך להיפוך נגדם ב"א דהא אין דנין כלל על התובעין. והא בידו ליתן להם שמי שבאמת אינו מגיע לו נותן לו במתנה. ואין כאן גזל נגדם. וכיון דלצאת ידי שמים אנו דנין רק על דין של הנתבע מצד עצמו. שפיר א"א לפטרו בבת אחת ומחייבין אותו ליתן לשניהם לצאת ידי שמים:

ומיושב שפיר החילוק בגמרא הכא דתבעי לי' הכא בבא לצאת ידי שמים. ותמוה הלשון מאוד דהוי ל"ל כאן מדינא כאן לצאת ידי שמים. דמלשון גמ' משמע דבתבעי ליה אף לצאת ידי שמים פטור ולמה. ולמ"ש אתי שפיר דבתבעי ליה דצריכין לפסוק על שתיהן ע"י תביעה שלהם שוב הוי באים בבת אחת דא' ודאי נפסוק שלא כדין לשלם. ושוב אף

לצאת ידי שמים אין פוסקין על הנתבע כמו שם דאין פוסקין לטהר כן כאן לחייב כנ"ל. משא"כ הכא דלא תבעי רק בא לצאת ידי שמים והיינו שבא מעצמו כנ"ל ודנין רק עליו ונגדו הוי להיפוך בבת אחת דחייב לצאת ידי שמים לשניהם:

אך לר"ט לא שייך כל זה כיון דסבר דבמניח גזלה ביניהם כו' מיקיים השבה. א"כ לא דמי כלל לב"א בב' שבילין דיהיה הפסק שלא כדין. משא"כ בזה דבתשלומין א' הכל כדין. רק לר"ע דלא מיקיים בזה השבה במה שמניח כיון שא"א ליטלו. רק דמ"מ ניהו דלא מיקיים כנ"ל. מ"מ למה יתחייב הא כיון שאם כל א' היה תובעו בפני עצמו היה פטור מספק דספק ממונא לקולא א"כ גם שניהם בב"א למה נחייבו הא בבכורות בכהן כו' דחייב ממ"נ לא' ומ"מ פטור דמצי מדחי לכל חד וחד ודוקא בא בהרשאה וכן בכמה דוכתי בב"ב בב' יוסף בן שמעון שאין מוציאין על אחר דמצי מדחי. ובב' כתי עדים מכחישים בשבועות פרק כל הנשבעים ב' מלוים ולוה א' היינו מתני' דוקא לר"ה דזו באה בפ"ע כו' ואם היה כל מלוה תובעו בפ"ע היה חייב אז כשתובעין שניהם הדין כחנוני על פנקסו דשניהם נוטלין בשבועה דגם בחנוני כו' אם כל א' תובעו חייב כמבואר בגמרא ריש בבא מציעא דלפועלים הוי איני יודע אם פרעתיך ולחנוני משום שציוה אותו. וכן לר"ה ב' מלוים לא מגרע מה שבבת אחת הם באים. אבל לר"ח דבהדי סהדי שקרא ל"ל דאם כל א' תובעו פטור. גם שניהם תובעים פטור כמ"ש רש"י ז"ל שם ע"ש. וא"כ כאן דקי"ל ברי ושמא לא מהני להוציא וכשתובעו א' היה פטור גם בשניהם ופטור כנ"ל. וי"ל דהטעם משום בבת אחת כשני שבילין כנ"ל:

אך הא שם אפי' בבת אחת פטור בלי הרשאה. אך י"ל ב' טעמים או דשם למסקנא דהכא דגם לר"ע רק בעביד איסורא ומשום קנס. אבל מדינא פטור. ולכך שם אפי' בבת אחת פטור. או דשם כיון דטוען ברי שאינו חייב בב' יוסף בן שמעון. וכן בב' כתי עדים ולא שייך לצאת ידי שמים. רק מדינא למיחות לנכסי' וא"כ שייך סברא דלעיל דאדרבא כיון דהוא בבת אחת הוי נגד התובעין כבאו לשאול בבת אחת דא"א לפסוק דחייב ויגבו שניהם דודאי שלא כדין וממילא פטור. דבשלמא לר"ה דזו באה בפני עצמה כו'. ואם כל אחד תובעו היה חייב. י"ל דלא חשיב כלל בבת אחת דמה לו למלוה זה תביעת האחר שיפסד ע"י הוא תובע בפ"ע ואינו בא לשאול על חבירו וגם הפסק לכל א' בפ"ע לגבות כנ"ל. ושפיר מחייבים לשלם לשניהם. משא"כ לר"ח דאם כל א' בפ"ע היה תובעו היה פטור. ורק משום ששניהם תובעין וכת א' ודאי פטור נדין לחייבו א"כ שוב ע"כ חשוב באו לשאול בבת אחת עליו ועל חברו דהא כל מה שנפסוק לחייבו הוא רק משום דשניהם תובעין אותו כנ"ל. ולכך לא מחייבין ליה כלל לר"ח:

ולענין לצאת ידי שמים אפשר דגם בכהן חייב. וכן ביוסף בן שמעון כשטוען שמא. וגם ב' מלוים בטוען שמא כיון דחייב לא' בודאי. וא"ל לר"ה דליחשב ג"כ בבת אחת לשטת הר"ן במחבואה. די"ל כמ"ש דאין שייכות למלוה זה עם האחר. ועוד דאף דכת א' פסולין מ"מ אינו ברור שאינו חייב. וכשאינו ברור לא שייך הדין דב"א ע"ש. אך בחנוני על פנקסו שם ברור דאינו חייב רק לא'. וצ"ל כטעם הנ"ל דבממון אין שייכות א' עם חבירו שיהיה חשיב בבת אחת דב"ד פוסקין לכל א' בפ"ע לשלם. ועוד דהא דבבת אחת שניהם טמאין רק מדרבנן. ובממון י"ל דלא תיקנו אף להפסיד ממונו של זה ולא משגחינן במה שהפסק של א' שלא כדין כיון דמה"ת הדין כן כנ"ל. אך יש לדחות דלא דמי לב' שבילין כמ"ש לקמן בעזה"י:

עוד י"ל דהנה לשון רש"י ז"ל מספיקא מפקינן ולא אמרינן כשזה תובע וזה אומר איני יודע אם לך אם לחברך אוקי ממונא כו' שלא נפסדנו כו' ויהא מונח כו' ע"ש. ומשמע מרש"י ז"ל דגם אם הי' א' תובעו בפ"ע וזה משיב גזלתי לא' מב' או לך או לשמעון ואיני יודע למי. ג"כ שייך פלוגתייהו ודינא דמתני' דהי' חייב לשלם לו וכשחוזר ב' ותובעו ג"כ חייב. ואף דאינו בבת אחת. א"כ הוי לכאורה כשאר ברי ושמא דלא שייך טעם שכתבו תוספ' כיון דלא' חייב בודאי דזה שייך בשניהם תובעין. משא"כ א' מה לו לחבירו מ"מ הוי איני יודע אם גזלתיך או לא. דמה"ט בכל דוכתי מצי מדחי לכל חד בספק כנ"ל. ולכאורה י"ל דכשא' תובעו הוי איני יודע אם נתחייבתי דפטור ופוסקין ב"ד שפטור. וממילא גם שתובעו הב' אח"כ ג"כ פטור אף דעכשיו ממ"נ חייב לא' מ"מ הא קי"ל יבמות פרק ד' אחין בספק ובני יבם דקם דינא אפילו באדם אחד דאח"כ ממ"נ חייב לו מ"מ כיון שאז הי' הפסק כדין דפטור. וגם עתה כדין וכבר נפטר. ומזה למד ת"ה ובש"ע סי'. בכל ספק שפסקו אף דאח"כ ממ"נ מ"מ פטור. או משום יאוש או משום דהפקר ב"ד הפקר ע"ש. וכ"ש כאן בב' תובעין אף דעכשיו ממ"נ מ"מ קם דינא כנ"ל. ורש"י ז"ל הוכרח לפרש כן דהלשון אלמא מספיקא מפקינן כו' תמוה כמ"ש לעיל דמנה ודאי חייב ומנה ב' ודאי אינו חייב ומה זה דאמר שמוציאין מספק. ולכך פירש"י שפיר דהפי' אלמא דאם א' הי' תובעו בפ"ע ג"כ היו מחייבין אותו ושפיר מוכח דמספקא מפקינן כנ"ל. די"ל דפשיטא להו לש"ס דאם הי' הדין דאם א' תובעו. וזה משיב איני יודע אם לך או לחברך הי' פטור. ממילא גם אם שניהם תובעין בבת אחת פטור. כמו לר"ח בב' כתי עדים הנ"ל. וע"כ מדחייב בב' תובעין אלמא דגם אם הי' תובע והי' משיב כנ"ל גם כן הי' חייב דמספקא מפקינן כנ"ל. ושוב דמי לחנוני על פנקסו ולר"ה בב' מלוין ולוה א' כנ"ל. אך למה ליה לגמ' הדיוק הזה בלא"ה הי' הקושיא שפיר גזל אפקדון. ועוד דא"כ למה

תני אמר לב' כו' הוי מצי למימר רבותא גם כשאחד תובעו ומשיב כך דחייב. אך זה י"ל דאדרבא רבותא קמ"ל כמ"ש לעיל דיהי' נגד התובעין כב' שבילין דודאי פסק א' שלא כדין מ"מ חייב וכ"ש אם א' תובעו בפני עצמו דהוי כזה אחר זה ודאי מחייבין כנ"ל:

ועוד י"ל דהא לכאורה כשא' תובעו ומשיב איני יודע אם לך כו' ומחייבין אותו. א"כ כשכבר שילם לא' ואח"כ תובעו הב' שוב הוי נגד הב' רק איני יודע אם גזלתיך דהא לא' אם גזלו הא כבר שילם לו. ואין כאן ממ"נ נגד הב' רק ספק לחוד כשאר ברי ושמא דמה חילוק בין אם לא גזל לא' או שכבר שילם ונפטר בודאי ודוקא בשניהם כנ"ל:

אך י"ל דבאמת כן אם תבעו א' ושילם פטור מן הב' שתובע אח"כ רק דמ"מ אתי שפיר כיון שכל א' אם הי' תובעו קודם בפני עצמו הי' חייב כיון דמשיב איני יודע אם לך וחייב לא' בודאי רק שאינו יודע אם לו או לחבירו. ממילא אף דהי' פטור מהב' כששילם כבר מ"מ שוב שפיר בשניהם תובעין חייב לכל א' וכמו ב' מלוין לר"ה וחנוני על פנקסו כנ"ל. דכיון דעדיין לא שילם לשום א' שפיר חייב לשניהם כמו אם א' הי' תובעו קודם וכן הב' אם הי' תובעו קודם דהי' חייב לו כן עתה חייב לשניהם. ומ"מ נקיט המשנה שפיר דוקא אמר לשנים דאם א' הי' תובעו והי' חייב שוב הי' פטור מן הב'. ורק משום דשניהם באים כנ"ל. ומ"מ הוכיח גמ' שפיר אלמא מספיקא דמוכח עכ"פ שלראשון הי' חייב מספק כשמשיב איני יודע אם לך כו' כיון דלא' חייב בודאי כנ"ל ופירש"י ז"ל שפיר. אך מ"מ טעמא בעי למה באמת יהי' חייב דמה לו אם חייב לאדם אחר אם לא מ"מ נגדו הוי רק איני יודע אם נתחייבתי. ובשלמא למסקנא דמטעם קנס א"ש די"ל גם כה"ג שייך הקנס לשלם לכל א' גם שתובעו בפני עצמו. אבל עכשיו דס"ד מדינא למה יהא חייב. והי' אפשר לומר דלס"ד מוקי גם רישא בברי ושמא ואמר שפיר אלמא כו' ולא אמרינן אוקי ממונא כו' רק ברי עדיף כר"ה ור"י. וגם לכל א' הי' חייב כנ"ל. אך דוחק דלא הזכיר ברי ושמא רק מספיקא מפקינן כו'. וגם הא תנן אביו של א' כו':

ולכך נראה דהא זה גרע מב' שבילין דהוא ב' ב"א משא"כ כאן דכשיהי' הדין דפטור מכל א' ודאי יעבור ויהי' איסור גזל ממילא חייב אף שתובעו כל א' בפני עצמו. ל"מ למה שכתבו תוספ' בבא קמא י"א ונדה כ"ט דאף דעכשיו ס"ס להתיר מ"מ אם נתיר עכשיו משום ס"ס יהי' גם כשתראה יום מ"א מותר משום ס"ס ויהי' תרתי דסתרי שוב פוסקין בשניהם מיד לאיסור. וע"כ כיון שהוא באדם אחד גרע משם ב' שבילין. ואף אי לא נימא היינו שאינו ברור אם תראה יום מ"א רק חשש. משא"כ כאן דכשנפסוק דפטור כשא' תובעו כו' ממילא גם לב' יפטור מספק ויהי' ודאי איסור. דבשלמא לר"ט במה שמניח ביניהם אינו עושה איסור עוד משא"כ לר"ע דלא הוי השבה א"כ יפטור

לגמרי ויהי' איסור ודאי חייב מיד לשלם לכל א'. ועל כזה אמר גמרא אלמא מספיקא כו' היינו ספק כזה דודאי חייב ואם יפטור יהי' ודאי שוב חייב גם אם א' תובעו שהוא ספק ולא אמרינן אוקי ממונא כו' כיון שיהי' תרתי דסתרי כנ"ל. והנה טעם הכה"ג דהא דאמר בכל דוכתי ספק איסור לחומרא וספק ממון לקולא משום, דהתורה התירה ספק גזל הגם שהאחרונים ז"ל כולם הביאו דבריו כאלו הי' פשוט לע"ד דליתא דמנין לו שיהי' איסור גזל קל משאר איסור והי' צריך איזה לימוד ע"ז. ועוד דא"כ מה פריך בבא קמא פרק שור שנגח את הפרה דף מ"ו ע"ב אהא דיליף המוציא מחבירו עליו הראיה מקרא פשיטא למה ליה קרא. הא איצטריך שלא יהי' כשאר ספק איסור כנ"ל. ולהרמב"ם ז"ל וסייעתו דס"ד מן התורה לקולא רק מדרבנן לחומרא אפשר לומר כנ"ל דבממון לא החמירו ונשאר הד"ת דספיקא לקולא. אבל להחולקין דמן התורה לחומרא אין לזה טעם שיהי' קל משאר איסור:

אמנם לע"ד הטעם פשוט כמו דילפינן בהשבת אבידה דשלו קודם ואף פרוטה שלו אינו צריך להפסיד כדי שיציל של חבירו הרבה. ודוקא מתנה בפני ב"ד שלא יפסיד אז חייב ע"ש פרק אלו מציאות ופרק המניח כו'. ואף דבשאר מצות עשה קי"ל עד חומש ממונו מחויב ליתן כדי לקיים כדאמר פרק קמא דבבא קמא ע"כ החילוק דמצוה של ממון חבירו מאי אולמא ממון של חבירו משלו. ואף בנפשות חייך קודמין כשאינו עושה מעשה בחבירו דמה חזית כו' כמ"ש תוס' סנהדרין. כ"ש בממון שאינו צריך להפסיד שלו בשביל ממון חבירו. ולא דמי כלל למצוה שבגופו דמסתמא הי' חייב להפסיד כל ממונו לקיים המצוה רק משום התקנה דאל יבזבז כו' כמ"ש בגמ' משא"כ בממון כנ"ל: וא"כ ממילא בספק שפיר ממילא פטור ואין כאן איסור כלל. דהא שוה ספק שהממון שלו ופטור כמו הספק שמא חייב והוא של חבירו א"כ כמו שאינו מחויב להפסיד ודאי ממון שלו בשביל ודאי ממון של חבירו משום מאי אולמא כו' כן אינו צריך להפסיד ספק ממון שלו בשביל ספק ממון של חבירו. והא יש לו הזכות ספק בממון זה כמו התובע ומאי אולמא. ולא חייבה תורה להפסיד שלו כנ"ל. כן למה ישלם ולמחול זכות ספק שלו כדי שיתן לחבירו מספק מאי חזית כנ"ל. ושפיר פטור ואינו ספק גזל דאינו גוזל כלל דעדיין הספק של חבירו וכשיתברר ששלו יתן לו ואינו רוצה לגזלו כלל וליקח זכות ספיקו שיש לו. רק זכות ספק שלו אינו רוצה למחול וממילא נשאר אצלו מספק כנ"ל. ומיושב בזה בכמה דוכתי בעזה"י וברור:

וראיה לזה דחולין קל"ד דפריך אמתניתין דגר שנתגייר מחורי הנמלים דספק לקט לקט כו'. אלמא לא אמרינן ספיקא לקולא כו' ומשני טעמא מקרא דכ' עני כו' הצדיקו צדק

משלך ותן לו כו' ע"ש. ומה ענין צדק משלך לספק הא מ"מ כשפטור אינו צריך ליתן לו והא רבא משני קמה בחזקת חיובא כו' פרה בחזקת פטור קאי והא בלא זה פטור ומ"מ אמר צדק משלך ומה בכך דאיכא חזקה. ולמ"ש מיושב שפיר כיון דפטור מספק רק משום דאינו צריך להפסיד זכות ספיקו השקול בזה אמרה תורה צדק משלך ולא שייך מה חזית כו'. וצריך למחול ספק שלו משום ספק לקט דשל עני כנ"ל. משא"כ בחזקה כנ"ל:

וא"כ מיושב כאן דזה שפיר למסקנא דר"ע מודה מדינא דאינו צריך לשלם לכל א'. ואף דהא סבר לא זהו כו' דלא מקיים השבה במניח כו'. וא"כ ודאי יעשה איסור מ"מ אינו צריך להפסיד ודאי ממון שלו בשביל ממון הנגזל כנ"ל כיון שהוא רק עשה דחיוב ממון כנ"ל. א"כ ממילא בספק ג"כ פטור ולא שייך ספק גזל כנ"ל. אבל לס"ד עכשיו דמדינא חייב להפסיד כדי שיגבה הנגזל ודאי יעבור צריך להפסיד ממון שלו. וע"כ נחלק בין השבת אבידה דלא חייבה תורה ואין מתחיל חיוב עליו משא"כ בזה שכבר מחויב כנ"ל. וא"כ א"א לומר הטעם בספק לפטרו כנ"ל. דהא שפיר כמו בודאי כן בספק צריך למחול ולהפסיד זכות ספיקו כדי שלא יעשה איסור ויגבה זה זכות ספק שלו כיון שכבר מחויב משא"כ האחר לא יתחיל חיוב עליו שזה ימחול לו כנ"ל. ומחויב למחול מספק כדי לקיים כנ"ל:

וע"כ הטעם כמ"ש לרמב"ם ז"ל דספק מן התורה לקולא רק מדרבנן ובממון לא החמירו ומה"ט פטור בכל ספק לס"ד עכשיו וא"כ הא קי"ל באיקבע ואיתחזיק איסורא לכ"ע מן התורה לחומרא בב' חתיכות א' חלב וא' שומן כל א' לחומרא מן התורה כיון שיש ודאי איסור. וא"כ שפיר אף דבכל מקום ספק ממון לקולא היינו ע"כ כנ"ל דהוי ספק אם חייב ומן התורה לקולא אבל בספק דמתניתין דגזל א' ואינו יודע למי דיש כאן ודאי א' שחייב הוי איתחזיק כו' כב' חתיכות א' חלב כו'. ושפיר מן התורה לחומרא וצריך לשלם לכל א' אף שתובעו בפני עצמו דמ"מ הוי חתיכה מב' חתיכות כנ"ל ולא שייכי ב' הטעמים. ודייק שפיר אלמא מספיקא מפקינן ממונא כו'. היינו ספק דאיתחזיק כנ"ל דמן התורה לחומרא ולא אמרינן אוקי ממונא כו' כפירש"י ז"ל להפסיד ממונו כו' דאי משום חזקה כשתובעו בפני עצמו החזקה מברר שלא נפסדנו דאינו ספק השקול כדאמר רבא בפרה כו'. רק דלא מהני ומחויב למחול ספיקו בשביל ספק חבירו. לס"ד דלר"ע מדינא חייב לכל אחד ואחד. ושפיר הוי ס"ד דאף נחתינן לנכסי' אפשר מטעם כפי' כמו לר"פ בפריעת בעל חוב מצוה בתורת כפי' כן אפשר גם בספק היכא דדינו לחומרא כנ"ל. או דאף דאין כופין מ"מ פוסקין שחייב כנ"ל:

והנה בגזל אפשר לומר דנהי דבספק פטור כנ"ל. מ"מ כיון שכבר גזל והוי לאו הניתק לעשה ואי קיימו ולא קיימו א"כ כל שאינו מקיים העשה עבר הלאו. א"כ הא בלאו לכ"ע צריך להפסיד ממונו שלא יעבור ושפיר כיון דעכ"פ גזל לאחד מחויב לשלם לשניהם אף דמצד חיוב השבה דתשלומין שייך כמ"ש דאין מחויב להפסיד. אבל מ"מ כשלא ישלם לא יתוקן הלאו ומחויב לשלם לכל אחד שלא יעבור למפרע שיתוקן כנ"ל. וכמו בבא קמא ק"ה גזל ג' אגודות בפרוטה והחזיר ב' דהשבה אין כאן כו'. וחמץ ועעה"פ כו' אף שאינו שוה כלום מחויב כדי לתקן אף דההשבה מצד עצמה אינו שוה פרוטה ע"ש. וכן בהנ"ל אף דספק פטור מ"מ כיון שלא יתוקן אלא אם כן ישלם לכל אחד מחויב כנ"ל.. ולא הי' קשה גזל אפקדון דשם עדיין לא עבר. אף בלא טעמא דגזל דעביד איסור קנסוהו כו' רק מדינא ג"כ שיחלוקו כנ"ל. אך מדכללו עם אביו של א' הפקיד ע"כ דאין הטעם כנ"ל ואין חילוק או דסבר דוקא. ולכך הקדים אלמא מספיקא כו' ואין הטעם כנ"ל רק דספק חייב גם כן ופריך אם כן גזל אפקדון כו':

ולדעת כה"ג הנ"ל דספק גזל התירה תורה. וכמו עשירי ודאי ולא ספק עיין שם בשיטה מקובצת פרק קמא דבבא מציעא. אם כן יש לומר לר"ע אף דודאי עבר ומחוייב לתקן מ"מ יש לומר כמו באבידה דאמר פרק אלו מציאות נטלה כו' ואע"ג דאהדרה לאחר יאוש מתנה בעלמא הוא דיהיב לי' ולא מתקן כלל הלאו עיין שם. אם כן כאן אף שישלם לכל אחד לא יתוקן כלל הלאו בזה אם מדינא פטור לגמרי מספק כיון שנגד כל אחד הוי ספק והתירה תורה ופטור לגמרי שוב לא יתוקן הלאו כלל אף שישלם לכל אחד דמתנה הוא דיהיב להו. וא"כ למה נחייבו כדי לתקן כיון שלא יועיל כלל. ובשלמא לר"ט מתקן במה שמניח. וכן לר"ע למסקנא מדינא. אבל אי נימא דלא חשוב השבה כלל מניח כדס"ד. ואם כן אי מספק לא מפקינן לא יצטרך ליתן לשום אחד. דמצי מדחי ליה כמו בבכור. ושוב לא שייך שישלם לכל א' כדי שיתוקן הלאו כיון דפטור מן התורה לכל א' בספק בתורת ודאי אף אי שלו. מתנה יהיב כנ"ל ולא יתוקן. וע"כ דמספיקא מפקינן כנ"ל:

אך י"ל כיון דבהרשאה יכולין לגבות שוב לא נפטר מהחיוב בתורת ספק לכל א' דעדיין החיוב עליו כיון שאם יבא בהרשאה יצטרך לשלם. ואף דמטלטלי דכפרי' לא כתבינן. וכאן גזל זה אינו דהא אינו רוצה לגזול עתה וחייב בהשבה וכשרוצה להשיב מהני הרשאה כמו שכתבו תוספות פרק קמא דבבא מציעא גבי אודויי אודי כו' דמהני ההקדש כו':

ובזה היה מיושב מה דתמוה מאוד בבא בתרא ל"ה ע"ב דאמר אם בא אחד וחטפה כו' דתני ר"ח גזלן דרבים כו' ר' אשי אמר לעולם שמיה גזלן כו' ומאי כו' שלא ניתן להישבון

עיין שם לפי' רשב"ם דהיינו כר"ע שצריך לשלם לכל אחד עיין שם בתוס'. ותמוה למה לא אמר כר"ע. ומה לשון לא ניתן להישבון הא ניתן שישלם לכל אחד. ולמ"ש יש לומר להיפוך דשם דאין כותבין הרשאה כמו שכתבו תוס' ד"ה אין כו' כיון דרשעים הן אין נזקקין כו'. ובלא זה לע"ד דהוי כלא הוכרו בבא בתרא קכ"ז דאמר רבא ב' נשים כו' הוכרו ואחר כך נתערבו כותבין הרשאה לא הוכרו אין כותבין כיון שמתחילה היה הספק עיין שם. וכן זה שחטף כשכבר מחולקין כנ"ל. ואם כן כיון דאינו יכול להוציא גם על ידי הרשאה שוב יפטור נגד כל א' לגמרי דמדחי להו. ומהאי טעמא אמר שם דאין מוציאין. ויש לומר או כר"ט וכאן פטור לגמרי כיון דאין חיוב בספק או כר"ע וע"כ לא אמר ר"ע רק כשיצטרך עכ"פ לשלם תשלומין א' שוב קנסו לשלם לשניהם דמה אולמא זה מזה. מה שאין כן שם דע"פ דין יהיה פטור לגמרי ובספק נגד כל אחד דתורה פטרו בספק אין חיוב עליו כלל נגד שום א' כיון שאי אפשר לגבות בהרשאה. שוב באמת פטור כנ"ל. ויש לומר דר' אשי לא פליג על זה כלל דאין מוציאין רק הוסיף דא"כ ודאי דשמיה גזלן רק שלא ניתן להישבון דשוב אי אפשר לתקן הלאו דוודאי עבר שעכ"פ גזל של א'. ולא יתוקן אף אם ישלם לכל אחד דמתנה הוא דיהיב להו כיון דפטור לגמרי כנ"ל. ואי אפשר לתקן הלאו כלל. וניהו דמלקות אפשר דאינו חייב אף דהיה מיד בשעת גזילה לא ניתן לתשלומין. דמ"מ כיון דאם מתברר הדבר של מי הוא יהיה ניתן לתשלומין אין מלקות. אבל מ"מ אינו מתקן כל שלא נתברר כנ"ל. וכהאי דאבידה כנ"ל:

אך למ"ש דספק גזל לא התירה תורה כלל רק דא"צ מספק להחזיר אם כן לא שייך זה דמ"מ אם ישלם לשניהם ורוצה לותר ספק שלו שפיר מקיים השבה. אך אפשר גם לטעם זה אינו מקיים. די"ל בהשבת אבידה דשלו קודם אפשר אף שרוצה להפסיד שלו ולהשיב של חבירו אינו מקיים מצוה כלל. כיון דלא חייבה תורה באופן זה הוי כמתנה שנותן מה שלא נצטוה דהא גם אחר יאוש המחזיר רוח חכמים נוחה. ואעפ"כ לא מיקרי שמקיים העשה. וממילא כיון דבספק לא חייבה תורה להפסיד שלו וממילא אין עליו עשה דוהשיב ולא מהני כשמשלם כמו מתנה כנ"ל:

ומ"מ אינו נראה. דכשמוחל ספק שלו ממילא נשאר החיוב להחזיר שלהם. ועדיין אינו מוכרח. לרמב"ם אף דספק מן התורה מותר. מ"מ כאן איקבע וגם ההיתר רק בתורת ספק ולא בתורת היתר דהא הכה את זה וחזר והכה זה חייב מיתה. ואם היה מותר איך חייב. וכן עושה מלאכה בשני בה"ש. וע"כ דההיתר רק בתורת ספק וכמו שאם יתברר יהיה איסור כן האיסור תלוי ועומד. ולא החמירה תורה לחוש להחזיר על הספק אבל מ"מ מותר רק מספק ואי באמת של זה מקיים כנ"ל:

ומ"מ אינו מוכרח. ניהו דבאמת תלוי ועומד וכשנתברר שחרלב אסור ועשה איסור למפרע. ולכך חייב בב' בה"ש וכה"ג דהא נתברר אבל מ"מ כל כמה שלא נתברר ע"כ מדהתירה תורה אין עושה איסור אף שהוא חלב. דאם לא כן איך מותר שמא חלב. וכמו שכתב הרא"ש חולין פרק גיד הנשה לענין ביטול ברוב עי"ש. ואם כן לענין ממון יש לומר דאין עליו חיוב כלל מספק ואף אי באמת חייב כל שאינו ידוע לו פטור. וממילא לא מקיים אף דמשלם. רק באותן שחייבוה חכמים לצאת ידי שמים בברי ושמא וכהאי גוונא. מ"מ אינו נראה כן. ובלא זה כאן איתחזק כמו שכתבתי לעיל. מ"מ גם זה אינו מוכרח דיהיה חשוב בממון איתחזק. דיש לומר דאין שייכות א' לחבירו ודנין רק על כל א' והוי כשאר ספק כנ"ל:

שם גזלתי כו'. הנה מדנקיט במשנה גזל ופקדון ושביק הלוואה דגם כן שייכי דינים הנ"ל. היה נראה לכאורה דיש לחלק די"ל בפלוגתא דר' טרפון ור' עקיבא דדוקא גזל ופקדון דקיימא לן דאומר לו הרי שלך לפניך אף שאינו שוה כלום כחמץ ועבר עליו הפסח חשיב השבה דלא נתחייב משלו רק להחזיר החפץ. לכך סבר ר' טרפון דגם זה חשיב השבה מה שמניח ביניהם ומסתלק דאף דהדין יהא מונח מ"מ הרי שלך כו'. ויש לומר דחשוב היזק שאינו ניכר. דהא בבא קמא צ"ח בזורק לים במים צלולין פטור דהא מנח קמך אף שצריך בר אמוראי כו'. ואף דאמר התם וה"מ דאדי' כו' אבל הגביהו כו' השבה בעי ע"כ זה למאי דקיימא לן כר"ע דבעי השבה שיוכל ליטלו והוא מטעם קנס. מה שאין כן מדינא ע"כ אין חילוק דבגיטין מדמי לה הש"ס במטמא כו' ומנסך אי היזק שאינו ניכר לא שמיה היזק במזיק גם בגזל חמץ כו' תרומה ונטמאת אומר הרי שלך לפניך. ובעשה בידים גם כן אין חילוק בין מזיק לגזלן. ואם כן גם בזה דהדין יהא מונח חשוב השבה כנ"ל. אם כן פטור גם נגד מה שבאמת גזלו או הפקיד בידו. ויש לומר דגם ר' טרפון סבר ברי עדיף או דמספיקא מפקינן. ומ"מ מהני בגזל ופקדון מניח דאין שייך לספק או ברי ושמא כלל. מה שאין כן הלוואה דלמי שחייב באמת אינו נפטר כלל במניח כו' דממון שלו הוא וכל שלא זכה בו מלוה לפרעון לא נפטר זה מחובו. ואף דע"כ שמיה פרעון היינו כשיכול ליטלו. מה שאין כן נותן לפרעון ממון שאינו יכול ליטלו או במים צלולין וכהאי גוונא ודאי דלא מהני. או תרומה טמאה ויין נסך דלא הוי פירעון אף שאינו ניכר. אם כן יש לומר דמספק חייב לכולי עלמא. ואם כן יש לומר דקא משמע לן רבותא בגזל ופקדון כנ"ל. דכר' עקיבא דלא חשיב השבה וחייב עכ"פ לזה שגזלו באמת או הפקיד ושוב חייב מספק לשניהם כדאמר אלמא כו':

והיה מיושב בזה בפשיטות חילוק דרבא גזל דעביד איסורא. וב' כריכות דהוי ליה למידק כו'. דיש לומר דהיינו הקנס עצמו דמטמא ומדמע כו'. דאף דהיזק שאינו ניכר לא שמיה היזק קנסוהו במזיד שיהיה חשוב היזק וכן גזל וטימא כו'. כן כאן כיון דהוי ליה למידק ובמה ששכח נעשה ההיזק שאינו ניכר בפשיעתו. דהא מבואר לעיל דלא ידענא היכא אותבי' הוי פשיעה גמורה ומחוייב לשלם על ידי ששכח ועל ידי שכחה שלו אין זה יכול ליטול פקדון שלו. כן בזה דהוי ליה למידק ועל ידי שכחה שלו דלא ידע למי אינו יכול ליטלו דהדין יהא מונח. שפיר אף דהוי אינו ניכר מ"מ חייבוהו כמטמא מזיד שיחשב היזק ולא חשיב השבה וכן בגזל כנ"ל. דלכאורה אינו מובן כלל טעמא דרבא. ניהו דהוי ליה למידק הוי פשיעה מ"מ הא לא נתחייב רק לזה שהפקדון שלו. ועדיין למה יהיה חייב לשתיהם. ולמ"ש אתי שפיר דהטעם רק בלא הוי ליה למידק בכרך א' דאינו פשיעה אם כן הוי כשוגג דהתם דהיזק שאינו ניכר לא שמיה היזק אם כן אינו חייב גם לזה שבאמת שלו דנפסד שלא בפשיעה. מה שאין כן בהוי ליה למידק שפיר לא הוי השבה וחייב לא' עכ"פ שוב מספק חייב לשניהם. וכן בגזל חשיב כטמאו בידים במה ששכח למי כנ"ל. ולא הוי השבה וחייב לשניהם כנ"ל:

וא"כ היה אפשר לומר דדוקא תני מתני' גזל ופקדון אבל הלוואה היה חייב אף בלא הוי לי' למידק ניהו דאין כאן פשיעה מ"מ הא חייב לאחד ולא נפטר במניח ושוב חייב לשניהם. ובאמת אינו כן דבש"ע סי' ע"ו ובפוסקים דגם בהלוואה פטור בלא הוי ליה כו'. וכן בבא קמא בדמי מקח דפליגי גם כן ר"ט ור"ע. מוכח דגם בחיוב שיש עליו גם כן סגי במניח לר"ט. וכן יבמות דקי"ח בכתובה דאמר גזל קתני לקח לא תני קידש כו'. והחיוב כתובה גם כן רק חיוב עליו דלא שייך ביה הרי שלך לפניך. וע"כ צ"ל דבתרתי פליגי ר' טרפון ור' עקיבא דלר"ט כמו שלא קנסוהו על מה ששכח לענין שלא יחשב השבה ונשאר הדין דמניח בגזל ופקדון ולא חשוב כמטמא מזיד על דעביד איסור. וגם דשכח. כן גם בדמי מקח וכתובה אף שוודאי חייב לא' מ"מ גם כן מדינא פטור דכהאי גוונא לאו ברי עדיף דמספק לא מפקינן. ורק מטעם קנסוהו כו' ולדידיה לא קנסו על שא"י כנ"ל. ולכך סבר בתרוייהו מניח. ולר"ע קנסו שלא יהיה השבה וממילא חייב לא' ושוב קנסו גם כן לשלם לשניהן על שא"י. ואף דהוי תקנתא לתקנתא דמדינא פטור בגזל ופקדון גם נגד זה שהוא שלו דהוי השבה וקנסו שיהיה חייב לו. ושוב אף שחייב לא' תיקנו שישלם לשניהם. מ"מ תיקנו כן. או דר"ע סבר דמדינא לא הוי השבה דחשוב היזק ניכר שאינו ברשותו כמו שכתב רמב"ן לענין קם דינא. וממילא לא' וודאי חייב ואין כאן רק הקנס לשלם לשניהם:

אך בגמרא יבמות הנ"ל מוכח דפשיטא להו דגזל גרע מדמי מקח דפריך לקח לא קתני כו'. ואף שי"ל דליתני גם לקח דלא משמע כן. ואם כן צריך גזל רבותא לר"ע גם כן דלא הוי השבה ולמה אמר רבותא רק לר"ט. וכן מפלוגתא דרשב"א ותנא קמא לא נחלקו מוכח דאין סברא שיהיה בדמי מקח גרע מגזל כנ"ל. דאם כן אי פליגי בלקח דילמא להיפוך דכ"ע מודו בגזל דפטור דהוי השבה. ואי דפשיט לש"ס דלא הוי השבה הא ר' טרפון סבירא ליה ע"כ דהוי השבה גם בגזל. ואם כן דילמא גם לר"ע כן. למ"ד לא נחלקו אלא בלוקח:

וכן בבבא קמא ק"ד מבואר דפלוגתא דר"ט ור"ע עיקר אם צריך להפסיד שלו עיין שם. ולכך נראה דאין חילוק בין גזל כו' להלוואה דגם ר"ט י"ל דמודה דלא חשוב השבה גם בגזל ופקדון דחשיב היזק ניכר וכדמסיק בש"ס בבא קמא הנ"ל כיון דאינו יודע למאן לא הוי כפקדון כנ"ל. והיינו דהא מבואר פרק קמא דבבא מציעא דאף בקרקע דאינה נגזלת דכל היכא דאיתא ברשותיה כו' מ"מ כל שאינו יכול להוציאה בדיינים הוי אינו ברשותו עיין שם. ואם כן בגזל אף דמיד שרוצה הוא להחזירו הוי כפקדון דברשותיה כו'. מ"מ כיון שאין זה יכול ליטלו ולהוציאו בדיינים דהדין יהא מונח עדיין אינו ברשותו כמו בקרקע כנ"ל. ואם כן אינו משיבו לרשותו כלל. וע"כ לא אמרינן היזק שאינו ניכר לא שמיה היזק שאומר לו הרי שלך לפניך ומחזירו לרשותו כמו שהוא. אבל עכ"פ צריך השבה לחצר המשתמרת לכ"ע כמבואר סוף בבא קמא וכאן שעדיין אינו ברשותו לא החזירו כלל. ומהאי טעמא לעיל בלא ידענא היכא אותבינהו חייב דהוי פשיעה. ואף דהא יודע שברשותו הוא כמו שהיה. אם כן יהיה חשוב היזק שאינו ניכר אף שנפסד על ידי שכחה שלו שאינו יודע. מ"מ מונח החפץ כמו שהיה מונח קודם ששכח רק דאינו יודע היכן הוא. וע"כ מטעם הנ"ל דניהו דאינו ניכר לא שמיה היזק היינו כשמשיבו כמו שהוא אבל השבה לרשותו בעי. וזה מיבעי להחזיר לו הפקדון ואינו מחזירו חייב. וכן כאן כיון דבמה שמניח אינו יכול ליטלו והוי אינו ברשותו משום דאינו יכול להוציא כו'. לא החזירו לרשותו כלל ואין כאן השבה ושפיר החילוק במים צלולין בין אדי' אדויי דאינו חייב על השבת החפץ רק על ההיזק ואינו ניכר לא שמיה היזק והא מנח כו'. משא"כ הגביה דחייב בהשבה והא אינו יכול ליטלו ואין כאן השבה מדינא ואינו מועיל מה שההיזק אינו ניכר כנ"ל. רק טעמא דר' טרפון דכיון דלדידיה הדין דאין צריך להפסיד משלו בשביל השבה דממון חבירו כמו שכתבתי לעיל ממילא פטור דאונס הוא שאי אפשר לו לקיים השבה לרשות הנגזל. ושלו אין צריך ליתן כדי לקיים. וכמו בשבועה בש"ע דאונס ממון חשוב אונס אי אינו מחוייב עיין שם. וכן בזה כיון דעל גוף ההשבה

דממון הנגזל הוא אונס שאי אפשר לו לקיים ממילא אינו חייב יותר. וא"צ ליתן שלו כנ"ל. ואף דגזלן חייב באונסין זה ענין אחר דהתורה אוקמה ברשותיה לענין אונסין כשואל וניהו שנאבד החפץ באונס מ"מ השיוי שלו יכול להחזיר ואינו אונס על קיום השבה של דמי החפץ ועדיין עליו והשיב שהתורה אמרה שישיב החפץ או דמיו כשאינו בעין. ואין שייך שאין צריך ליתן ממון שלו לקיים השבה דאינו ממון שלו רק מה שחייב כיון דחייב באונסין ושלו נאבד באונס כשואל כנ"ל. אם כן שפיר החיוב עליו והשיב דמי שויו כנ"ל:

אבל בזה שהחפץ בעין ובין שיחזיר החפץ ובין שויו מ"מ אינו יכול זה ליטלו דשמא של הב' הוא. אם כן הוי אונס על קיום השבה דפטור. ואף שאפשר לו לקיים על ידי שיפסיד ממון שלו שלא גזל זה אינו מחוייב דלא חייבתו תורה רק השבת חפץ שגזל או דמיו כנ"ל. ולכך שפיר פטור לר"ט. ורק מניח:

ומיושב דמ"מ צריך להניח הגזילה ולא נימא דמצי מדחי לכל אחד כיון דלא יקיים השבה. דזה אינו. דמ"מ מה שאינו אונס ואפשר לו לקיים השבה מחוייב. וכשאפשר חצי מחויב החצי. ואם כן מה שאפשר לו להשיב שיהיה ספק ברשותו ע"י יהא מונח מחויב. דעל זה אינו אונס שלא יפסיד על ידי זה משלו. ושפיר הדין מניח כו' ולענין שיהיה ודאי השבה שיהיה ברשותו שאי אפשר אלא אם כן יפסיד משלו שפיר פטור דאנוס בין בגזל ובין בפקדון:

וא"כ לענין זה שוה ממש הלוואה לגזל כנ"ל. דמצות פריעת בעל חוב דחייב רחמנא הוא רק לשלם מה שחייב לא שיפסיד משלו. ומה שחייב באונסין הוא דשלו נאנס. ומ"מ חייב לחברו. אבל כאן שזה אונס שאינו יכול לקיים פריעת בעל חוב במה שחייב אין שום חילוק בין מצות פריעת בעל חוב ובין והשיב דגזל לר"ט דאין צריך להפסיד שלו אם כן אונס הוא דאי אפשר לו לקיים. אלא אם כן ישלם משלו מה שודאי אינו חייב וזה אינו מחוייב כלל כנ"ל:

והא למ"ד אין כותבין שובר הדין דכיון שאפשר לו לבא לידי הפסד אין צריך לשלם ולקיים פריעת בעל חוב ויאכל וחדי כמבואר בש"ס בבא בתרא ופ"ב דכתובות ובתוספות שם. רק אי כ' שובר הוא מחשש רחוק לא מפסידינן למלוה בוודאי דעבד לוה כו'. ואם כן דלהפסיד מה שאינו חייב זה אינו מוטל עליו וממילא אנוס הוא מה שאינו מקיים פריעת בעל חוב כנ"ל:

ולר"ע דסבר שלא זהו הדרך מוציאתו כו' וחייב להפסיד שלו כדי לקיים שפיר בין בגזל ופקדון ובין הלוואה שייך כנ"ל. ולמסקנא כיון דעל ידי איסור או פשיעה שלו בא האונס

כמו דקיימא לן דתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב על החפץ כן זה האונס לקיים השבה כיון שעל ידי שכחה שלו בפשיעה בא האונס חייב ולא נפטר על ידי האונס. אך מ"מ לא דמי מדינא דהא בשלמא בחפץ כיון דהוי אונס שבא מחמת הפשיעה כפשיעה אם כן ברשותיה קאי לענין אונס כזה וחייב לשלם. מה שאין כן כאן דמ"מ לא נתחייב רק למי שחייב ולא למי שאינו שלו. ופריך שפיר לס"ד אלמא מספיקא מפקינן כו'. ולמסקנא רק מטעם קנס כנ"ל. ואתי שפיר בעזה"י דמדמי בש"ס קידש ודמי מקח לגזל ופקדון דאין חילוק וגזל דעביד איסורא גרע ופליגי תנא קמא ורשב"א כנ"ל. ושפיר הוציא רמב"ן וש"ע בהלוואה גם כן החילוק בין הוי ליה למידק או לא אי קנסו לשלם לשניהם דדמי להנ"ל כמו שכתבתי:

וא"ש דתני במתני' גזל ופקדון ולא איצטריך לאשמעינן בהלוואה כלל. דבזה יש בכל א' רבותא דבגזל אף דחייב באונסין מ"מ אינו חייב רק לצאת ידי שמים בשמא וכל שכן בהלואה כנ"ל. ופקדון רבותא די"ל דחשוב אונס מה שנאבד על ידי ששכח והא שומר חנם פטור באונסין אם כן אינו חייב כלל גם למי שבאמת הפקדון שלו. וקא משמע לן כיון דעל ידי פשיעתו בא האונס דהוי ליה למידק שפיר חייב עכ"פ לזה שבאמת שלו וממילא חייב לשניהם לצאת ידי שמים כנ"ל ואפילו למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור. מודה כאן דחייב דבא האונס מיד לענין ההפסד דמיד ששכח בפשיעה נאבד שאינו יכול ליטלו עוד בעלי' כנ"ל. ולכ"ע חייב ושפיר קא משמע לן מתני' בהיך תרתי רבותא וממילא שמעינן הלואה ב' הדינים כנ"ל. והנה יש סברא להיפוך גם כן דדוקא גזל ופקדון דהא לר"ט עכ"פ מניח כו'. וע"כ אף דבהלוואה קיימא לן ב' יוסף בן שמעון ובכור כו' דמצי מדחי לכל א' ורק בהרשאה גובין. אבל בלא הרשאה אף תובעין בבת אחת אינן יכולין לגבות. וע"כ לחלק דהתם דהמעות שלו וצריך לשלם משלו שפיר מספק אינו חייב לכל א'. ומה לו אם חייב לשני. וכן הב'. מה שאין כן פקדון וגזילה דעכ"פ אינו שלו והספק אם של זה או זה אבל שלו ודאי אינו לא שייך שידחה אותם. דעכ"פ הוא אין לו זכות כלל. ומהאי טעמא מסיק בארבא אם בא אחד וחטף מוציאין מידו כנ"ל. ואם כן יש לומר דבהנך כיון דעכ"פ חייב שוב כשכל אחד תובעו אמרינן ברי עדיף דליכא חזקת ממון דהראשון שתובעו בברי והוא אומר שמא יש לומר דחייב ליתן לו הגזילה או הפקדון דברי ושמא ברי עדיף ולא שייך אוקי ממונא אחזקי' דהא שלו ודאי אינו ואין כאן חזקת ממון וגרע מאבידה שכ' תוספות סוף פרק א' דכתובות דלא שייך חזקת ממון כיון דאינו שלו כנ"ל. ובאבידה דלא מהני ברי לחוד בלי ספק. או משום דהוי ברי גרוע ושמא טוב. או משום דשמא יבוא אחר עם סימנים. מה שאין כן

כאן דהוי ברי טוב ושמא גרוע דהוי ליה לידע. ויש לומר דחייב ליתן לאחד. אך כשתבעו הב' יש לומר דפטור דכבר הספק אם נתן שלו לאחד ואז חייב לשלם לו משלו. או לא ולאו ברי עדיף להוציא. דנגדו יש חזקת ממון דפטור. או דאפשר גם לו חייב כיון דעל החפץ ברי עדיף שוב חייב על שנתנו לאחר כהאי דהדרא ארעא וממילא הדרא פירי אף שזה להוציא כיון דמסתעף מהקרקע עיין שם. ואם כן ממילא גם לראשון א"צ ליתן דכיון דאין צריך להפסיד משלו לר"ט. וכאן יפסיד שאם יתבענו הב' גם כן יהיה חייב. ואם אמרינן דלהב' פטור כנ"ל. יש לומר דלראשון חייב. דאינו יודע כלל אם יטעון הב'. ועכ"פ לא יפסיד ומחוייב. ואם כן יש לומר דשוב כשתובעין בבת אחת חייב לשניהם כיון דאם היה תובעו כל אחד מקודם היה חייב. שוב דמי לחנוני על פנקסו ולב' כיתי עדים לר"ה ב' מלוין כנ"ל. מה שאין כן בהלוואה דאם א' תובעו מצי מדחי ליה ואינו יכול לגבות כלל. דלאו ברי עדיף אף שחייב לא' מ"מ א"צ ליתן ממון שלו ושוב גם בבת אחת אין גובין. ועדיין מצי מדחי להו וגם מנה א' אין גובין בלי הרשאה:

אך ז"א דגם אם היה הדין בגזל ופקדון דהראשון גובה מצד ברי ושמא היינו משום שאין יודעין עדיין מה טוען הב' ושמא לא יתבענו כלל. אבל א"א לומר דמה"ט חייב בתובעין שניהם בבת אחת משום דאם היה תובעו א' בפ"ע היה חייב. דז"א דעכשיו שטוען גם הב' ברי שלו איגלאי מלתא שלא היה חייב כלל גם אם א' היה תובעו והיה ידוע שהב' טוען ג"כ ברי שלו. לא היה ברי ושמא. ולא היה חייב להראשון ושוב לא שייך דמה"ט יצטרך ליתן לשניהם כשטוענין ברי. ושפיר מוכח דגם בהלואה כן:

מ"מ קצת רבותא יש בגזל כנ"ל. וגם נראה דאף ראשון שתבעו בפ"ע וזה משיב איני יודע אם שלך אם של חברך ג"כ לא מהני הברי שיהיה שלו דכיון שהוא מסופק הוי כמונח בחזקת שניהם כמ"ש תוס' ריש ב"מ דבמנה שלישית חשוב כשניהם מוחזקין דב' אוחזין אף דתפיסי בכרכשתא חשיב מיגו להוציא מה"ט ע"ש ממילא גם לענין ברי ושמא לאו ברי עדיף דחשיב כבא להוציא ממה שבחזקת שניהם. ואף דלא דמי לגמרי למוחזק כמ"ש ת"ה דלאו כמוחזק ממש חשוב לענין רוב ע"ש. מ"מ י"ל למ"ש הרא"ש פ"ב דכתובות באלמנה נשאתיך דמחלק הש"ס דע"כ לא אמר ר"ג אלא ברי ושמא כו' ואף בשמא טוב שאינו יכול לידע מ"מ כתב דביורשים אף דג"כ שמא מ"מ כיון דטענין להו מה דמצי למטען חשיב כברי וברי ע"ש. וא"כ כיון שקי"ל דגם שלא בפניו טענין ליה כמו ביורשים דמה"ט נפרע שלא בפניו צריך לישבע כמו ביורשים כנ"ל. א"כ כיון שמסופק אם של זה או האחר שוב טענין ליה שלא בפניו וכמו אם הוי קמן והוי טוען ברי ג"כ דאותו גזל. וחשיב שפיר ברי וברי וא"י להוציא כלל מטעם ברי ושמא של הגזלן.

ואף דליטול אין טוענין לתובע. אבל כאן שבחזקת שניהם כיון שמסופק שפיר לענין זה חשיב שמוחזק בשביל שניהם דטוענין בשביל הב' כנפרע שלא בפניו ולא חשיב ברי ושמא כלל שיוכל להוציא כנ"ל. וי"ל שפיר דקמ"ל רבותא בגזל דדוקא כשתובעין שניהם כו' ורק לצאת ידי שמים. אבל מדינא גם אם א' היה תובעו ג"כ היה פטור וחשיב תמיד כאלו ב' היה טוענין כיון דטענינן ליה כנ"ל. וחייב להם רק לצאת ידי שמים כנ"ל: שם שהודה מפי עצמו כו'. לס"ד דגמרא דמתני' מדינא. איך היה מפרש הך שהודה מפ"ע. וי"ל דאתי לאפוקי שע"י עדים כה"ג שמעידים שגזל לא' ואינו יודע למי לא היו מחייבים כלל דחשיב שא"י החקירות דעדותן בטלה לגמרי דגרע מסייף וארירן שעיקר חיובו הוא. ולא מיבעי' לש"ך דגם דיני ממונות באין יודעין בטל עדותן. רק אף לשאר פוסקים בגזלה גמורה בעי דרישה וחקירה להחולקין על תוס' סנהדרין ע"ש. וגם הרבה משנות קודם תקנה דר"ח כמתני' דאחד דיני ממונות כו'. ועוד די"ל דהוי תקנתא לתקנתא לענין שיהיה חייב לשניהם ותלי' שפיר נותן לזה כו' שהודה מפי עצמו. דדוקא ע"י הודאה כנ"ל:

או י"ל דקמ"ל דחשיב הודאה שאינו יכול לחזור בו לומר נזכרתי שלזה גזל דהוי מחיוב לפטור כיון דהדין דחייב לכל א' מדינא לס"ד הנ"ל כמו בא"י אם פרעתיך דמבואר בש"ע דאינו יכול לחזור בו ולומר נזכרתי שפרעתי. ובברי לרמב"ם דצריכין לישבע אפשר דיכול לחזור ולומר נזכרתי כמו באיני יודע אם פרעתיך לשערי ר' אלפס כמ"ש ש"ך סי' ע"ה דמי יימר דמשתבע לא חשיב עדיין חיוב גמור. משא"כ במתני' דשמא ומ"מ לס"ד חייב מדינא שוב אינו יכול לחזור בו:

או י"ל דקמ"ל דגם זה מיקרי מפי עצמו למעוטי בגנבתי לא' ואיני יודע למי דלענין כפל פטור דחשיב מודה בקנס כיון שהיה יכול לכל א' לכפור בברי שלא גנבו. ואפילו היה עדים שגנב וא"י למי מהם. ואף אם לא היה חשיב חקירות והיה מהני עדות מ"מ לענין הכפל מצי מדחי לכל חד אם היה טוען ברי דזה רק חיוב ובלא הרשאה לא מהני מה שחייב לא'. ועל קנס אין כותבין הרשאה. וממילא נחייבו רק מחמת שאומר איני יודע הוי מודה בקנס ופטור. ועכ"פ שיהיה חייב ליתן לשניהם ודאי אינו חייב כיון שאם היה טוען ברי היה חייב רק לא' והחיוב לשניהם רק מחמת שאומר אינו יודע הוי מודה בקנס ופטור. וקמ"ל דאף שאינו הודאה גמורה רק א"י מ"מ חשיב החיוב ע"י שהודה מפי עצמו:

לכאו' למה לא תני גנבתי לא' לענין הקרן למ"ש תוס' דבעי למיתני' אביו כו' שא"י ראוי ליה למיתני גניבה דשייך אורחא דמילתא שאין הנגנב יודע משא"כ גזל. וי"ל כיון דקי"ל

סתם גניבה יאוש בעלים. א"כ לא מיבעי' למ"ד יאוש קני הוי שוב כהלואה לענין המעות והא בעי למיתני רבותא כשחייב להחזיר החפץ דשייך הרי שלך לפניך כמ"ש לעיל. רק אפילו למ"ד יאוש לא קני. מ"מ י"ל כיון דנתיקר ותברי' או שתי' לאחר יאוש אינו חייב דהחיוב שבא אחר יאוש פטור א"כ י"ל גם בשכח למי גנב אחר יאוש ג"כ אינו חייב ליתן לשניהם. דזה החיוב שחייבוהו לשניהם דהוי ליה למידק בא עליו כששכח לאחר יאוש. וזה אינו מחויב. ויש לדחות. כיון דמ"מ חייב לאחד עכ"פ ואינו יודע למי לא גרע מהלואה כנ"ל. ואינו מוכרח די"ל דלא עדיף משבח גזלה ויוקרא דקונה אותו וכ"ש חיוב של עצמו:

שם שנים שהפקידו אצל א' זה ק' כו' זה אומר שלי מאתים כו'. והקשה נמוקי יוסף הא הוי מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם נ' ידענא כו'. ותירצו כיון שלא' ודאי אינו חייב יותר ע"ש. ולכאורה מה בכך מ"מ אם היה א' תובעו מאתים וזה מודה ק' חייב וק' איני יודע אם אני חייב לך או לאחר למה לא יהיה שייך מתוך מה חילוק אם אינו חייב לו כלל או לאחר. ואי משום שבאים בבת אחת וכשני שבילין כמ"ש לעיל. הא זה לא מהני בממון כחנוני על פנקסו וב' מלוין ולוה א' לר"ה דזו באה בפ"ע כו':

ונראה דעיקר הטעם מאחר דשניהם מודים שהפקידו בידו רק ש' רק כל א' אומר שלי הר' ושל חברו הק'. א"כ אם היה זה הנפקד טוען ברי של זה הק' לא היה חייב שבועת מודה מקצת דיש לו דין שליש דנאמן בלי שבועה משום חזקה דאין אדם חוטא ולא לו דלא חייבה תורה שבועה רק בספק שרוצה לכפור ולהחזיק לעצמו. וגם דהימני' כמבואר בטור וש"ע סי' נ"ו. וא"כ כיון דשניהם מודים שאינו מחזיק לעצמו כלום. רק שאומר על שלו שהוא של אחר א"כ מודה דאינו חייב שבועה כלל ככל שליש דהימניה לענין זה של מי הוא כשלא יחזיק לעצמו. וממילא כיון דאם טוען ברי אין עליו שבועה כשטוען שמא לא שייך ביה מתוך כנ"ל. והיינו דדייק במשנה שנים שהפקידו כו' זה אומר שלי מאתים כו' שמודים שהפקידו שניהם ש' רק אומר שלי הר' כנ"ל. אבל אם היה תובעו סתם הפקדתי בידך ר' וא"י כלל משל חברי י"ל דהיה שייך מתוך אף שזה משיב אינו יודע אם ר' שלך היה חייב בברי שבועת מודה במקצת. אך לכאורה להפוסקים דאמרינן מיגו להוציא בברי ושמא א"כ יהיה נאמן במגו שלא היה מזכיר של הב' כלל רק היה תובעו ר' כנ"ל דהיה חייב מתוך כו'. ולהפוסקים דלא אמרינן מגו לחייב שבועה. א"כ אם היה טוען ברי לא היה מהני המגו לחייבו שבועה לא שייך מתוך כשאינו יודע. וגם דלא היה יודע כשתבעו אם ישיב אינו יודע. רק להפוסקים דמהני מגו לחייב שבועה א"כ יהיה מועיל לחייב ושוב שייך מתוך כנ"ל. וי"ל דכמו בשטרא זייפא כו' לרשב"ם

כיון דודאי משקר לא מהנו מגו כן י"ל דא"א להאמין שניהם במגו דחד משקר ודאי שוב לא מהני המגו שיש לכל א'. ודוחק כיון דמ"מ כל חד באפי נפשיה היה נאמן לחייבו במגו הוי כב' כתי עדים כו' ב' מלוין ולוה א' דחייב:

גם י"ל דע"כ לא אמרינן מגו להוציא בברי ושמא. רק משום דספק אם חייב כנ"ל. לא חשיב להוציא דברי נגד החזקת ממון. משא"כ כאן שנוציא ממנו מה שודאי אינו חייב לא מהני מגו להוציא דלענין זה ברי החזקת ממון שאינו חייב יותר מש'. וגם זה דוחק דמ"מ בפני עצמו היה מהני להוציא שהיה ספק אם חייב לו או לא כנ"ל. ולמאי דקי"ל הילך פטור א"ש דפקדון הילך הוא ואף דעכשיו שאינו יודע גם הק' שמודה איזה הוא שלו ואינו מבורר אפשר דלא חשיב הילך דלאו ברשותיה קאי ליטול אותו מנה שהפקיד. מ"מ כיון דאם היה טוען ברי לזה ק' היה שפיר מבורר ופטור משום הילך ממילא ליכא מתוך כשאינו יודע. אך למ"ד הילך חייב. או כשנאבד בפשיעה ומשמע דאין חילוק. ונראה או די"ל דהוי מגו מגברא לגברא דלא אמרינן דעכשיו טוען על הק' של הב' ליקח אותם משא"כ כשיטעון סתם שהפקיד ר' בלי שיזכור של ב' דיהיה התביעה רק על הנפקד. אך גם בזה יש דיעות:

אך בל"ז לא קשה דכמ"ש תוס' בשנים אוחזין כו' דהוי מגו להוציא כיון שהוא בחזקת שניהם ע"ש. וממילא כיון דבנפקד חשיב תופס בחזקת שניהם כשמסופק כמ"ש תוס' שם. א"כ מה שנאמין אותו במגו הוא להוציא מן הב' שמוחזק ג"כ כמו הוא. ושהוא יקח הר' אף דספק של חברו. א"כ הא הב' טוען ברי והוי ברי וברי דלא אמרינן מיגו להוציא. דבשלמא לענין שיהיה מגו להוציא מהנפקד שייך דהוי ברי ושמא והברי של הב' אינו מועיל לפטרו כמנה לאחר כו' והוגד לו מפי נוגע לכ"ע לאו ברי הוא. משא"כ לענין דחשיב מגו להוציא עכשיו דמודה דב' הפקידו רק טוען שלי ר' אף שהיה טוען בפני עצמו שיהיה נאמן במגו שיקח הר' הוא להוציא ממה שנפקד תופס בחזקת שניהם וחשיב להוציא מהב' ונגדו הוי ברי וברי ולא מהני כנ"ל:

ועוד דאף אם היה הדין דכשתובע בפני עצמו היה נאמן במגו מ"מ עכשיו שתובעין שניהם לא מהני דלא דמי כלל לב' כתי עדים ב' מלוין כו'. דשם אף דכת אחת פסולין מ"מ אין ראיה שמשקרין. אבל על אותו מעשה שהן מכחישין זא"ז א"י להוציא. וכאן כיון שיש לכל א' מהם מגו. שוב אין שום א' יכול להוציא מחמת המגו דהא יש נגד המגו שלו מיגו של הב' שהוא אומר אמת וממילא הוא משקר. והוי כב' כתי עדים שמכחישין על המעשה. דהא א"א לחייב ע"י ראיה שלו מהמיגו שאומר אמת דיש נגדו ראיה של הב' ע"י מגו שהוא משקר ושוב כיון דא' משקר אף דאית ליה מגו לא מהני כלל כנ"ל:

אך נראה דאף אם תבעו בפ"ע ג"כ היה פטור דחשיב מה שהנחת אתה נוטל דכתב הר"ן ז"ל דאף שנמדד אח"כ ואינו כמו שתובע אינלאי מלתא דהיה כפירה מ"מ בשעה שיצאה הודאה מפיו היה בפטור לא מחייב אח"כ ע"ש. וגם כאן כל שלא בא הב' אין כאן הודאה וכפירה דבר שבמדה כו'. דהא מודה דגם מנה הב' אפשר שלו כשלא יטעון הב' שקר לא יהיה כפירה כלל דברשותיה קאי גם מנה שני'. בפרט לרמב"ם דצריך שבועה דשייך מי יימר דמשתבע כמ"ש הר"ן פרק שבועות העדות לענין חבלה. וא"כ אף שטוען אח"כ גם הב' שר' שלו. חשיב יצאה הודאה מפיו בפטור. ורק עכשיו שלא תבע קודם רק בבת אחת נחייבו. ושוב הוי כב' שבילין. וכמו לר"ח ב' מלוין דאינו חייב. אך בש"ס ב"ק ק"ה ע"ב מבואר דלענין כפירה חשיב כפירה אף בגורם לממון אף אלו מיגנב כו' כיון שאפשר שיהיה לידי כפירה חשיב מיד כפירה לחייב שבועה כממון גמור ע"ש. וע"כ לחלק בין הודאה לכפירה. וא"כ גם בזה שהיה תובעו סתם הפקדתי ר' וזה היה משיב ק' ודאי וק' ספק אם שלך כו' חשיב הודאה ברורה וכפירה אם יטעון הב' דשלו. חשיב ג"כ כפירה כמו אלו מיגנב. ואף שטוען שהוא שליש ודאי דאינו נאמן לפטור משבועה. וממילא גם במגו היה נאמן. וע"כ מטעם הנ"ל דגם כה"ג היה חשיב מגו להוציא כנ"ל. וממילא בהלואה דלא שייך להוציא וגם הילך לא הוי י"ל דחייב בל"ז משום מתוך כנ"ל:

וי"ל דמה"ט שביק התנא גזל שהתחיל בו ונקיט רק פקדון. והא גם בגזל שייך דין זה גזל משנים מא' ק' ומא' ר' ולמסקנא אתי שפיר דהי' חייב לשניהם רק לס"ד למה שבקי' ולהנ"ל אתי שפיר דהי' חייב משום מתוך אף לר"ט דגזל לאו הילך. וגם שליש לא הוי וגם אינו תופס בחזקת שניהם. אך גם בגזל מה שמודה נעשה כפקדון וי"ל דחשיב הילך.

ויש לדחות:

שם וכן שני כלים כו' את הקטן לא' כו'. לכאורה הא קי"ל מנורה גדולה וקטנה הוי טענו חטין והודה לו בשעורין דפטור מקטנה. ולהחולקים על הרמב"ם גם באיני יודע פטור משעורין ומקטנה דהוי מחילה. וא"כ כיון שכל אחד אומר יפה שלי כל א' מחל לו הכלי קטן ולא יצטרך כלל להחזיר הקטן. דאותו שהקטן שלו בתביעתו הגדול מחל לו הקטן ונשאר התביעה רק על הגדול שאינו יודע של מי ויהי' מונח הגדול והקטן יהיה דנפקד כנ"ל:

אך נראה דלא קשה דהרא"ש ז"ל כתב סוף המניח דכשרוצה להרויח כמו תם ומועד כו' לא חשיב מחילה רק מטעם הודאה ע"ש. אך מ"מ גם אודיתא קנין הוא. אך כיון דקי"ל בתרי הודאות דסתרי אהדדי דנשאר למוחזק כמו שהי' ובאומר ודאי שאינך חייב לי חייב ע"ש סי' ע"ה דיליף לה מטענו חטין ומזה אחי דפ' יש נוחלין ע"ש. ובכתבתי ונתתי

כו' דגטין מטעם דחיישינן כו' עיין שם. ואם כן כאן כיון שכל אחד רוצה הגדול והוי רק מטעם הודאה. א"כ הא אינו מודה שהקטן של הנפקד רק של מפקיד הב' א"כ הם בינם לבינם הוי ב' הודאות דסתרי אהדדי שזה אומר גדול שלי וקטן שלו וכן הב' מודה להיפוך שהקטן של זה א"כ נגד הקטן סותרים ההודאות ושוב נשאר בחזקת שניהם כמו שהי' וכאלו כל א' תובעו כנ"ל. ולא זכה כלל זה שאינו שלו. כיון שזכותו מצד הודאה והא מודה להיפוך שהוא של זה ואינו שלו כנ"ל. והנפקד לא זכה כלל דלא הודה שום אחד שהוא שלו כנ"ל. וכמו אם הי' לכל אחד עדים שהקטן שלו וסתרי אהדדי שאין אחר יכול לזכות דעכ"פ דחד וכמבואר פ"ג דקדושין בחבילה ע"ש. אך להחולקים על הרא"ש דהודאה זו מחילה הוא כשתבעו גדול ומודה שהקטן לא הזיק מחל וכן חטין ושעורין. א"כ מ"מ נימא שיזכה הנפקד ע"י ב' הודאות אלו שזה הודה שאין הקטן שלו וכן זה ממילא אינו צריך להחזיר הקטן דזכה דעכ"פ נקבל הודאתו שאינו שלו ומה שהודה שממילא הוא של הב' הא הב' אומר שאינו שלו ולא זכה בו. א"כ עכ"פ נשאר הודאתו שאין הקטן שלו וא"צ להחזיר ממילא. כיון דשניהם הודו שאינו שלהם ומ"מ י"ל דל"מ דכמו דקי"ל הנותן מתנה ואמר א"א דהדרה לנותן דלא כר"ל דלא יהיב אלא אדעתא דליקבל וכשאינו זוכה ממילא לא יצא מרשות הנותן אף אם הי' מהני סילוק מ"מ מתנה אינו סילוק רק שיזכה זה בו כו' כן בהודאה נהי דאם הי' מודה רק שאינו שלו לא הי' יכול להוציא מהנפק דהי' מהני הודאתו שמסולק וממילא פטור. אבל כיון שמודה דהוא של הב' והב' אינו זוכה בו משום שגם הוא מודה דאינו שלו שוב לא הוי סילוק כלל ונשאר שלו כמו שהי' כיון שלא זכה זה, בהודאתו. וההודאה הי' רק כמתנה וזה לא זכה דהדרא לנותן ולא זכה הנפקד כלל. דהא בודאי לי כו' דסי' ע"ה מבואר שם הטעם אף דזה יודע האמת שחייב חשיב מחילה ע"ש. וא"כ כאן שהנפקד יודע בודאי דשל א' הוא רק שיזכה בתורת שההודאה מחילה ומתנה והא הי' מתנה להב' דהודה דשלו וכיון שלא זכה בעל הגדול בו ממילא נשאר של מי שהי' הקטן שלו כנ"ל דהדרא לנותן כנ"ל:

אך להפוסקים כר"ל ע"ש ברשב"ם דחשיב הפקר. א"כ קשה כנ"ל דהוי סילוק עכ"פ וכשהב' אינו זוכה מחמת הודאתו יזכה נפקד. אך י"ל דבהודאה מודה ר"ל. ועוד דהא סי' מ"ז בשטר אמנה פסקו כל הפוסקים דכשטוען מלוה שטר אמנה כשתבע מלוה שלו יכול אח"כ לתבוע לוה שלו דמה שהודה אמנה הי' רק לדחות מלוה שלו ע"ש. ולמה בגדול וקטן כו' שלא הי' אפשר לתבעו שניהם יהיה חשיב הודאה הא ג"כ תובעו הגדול רק כדי לזכות בגדול ואף דשקר הוי אמתלא כמו באמנה. אך החילוק הוא דבאמנה לא

הי' אז הטענה בינו לבין לוה שלו רק נגד מלוה שלו אמר שטר אמנה שלא יגבה חשיב נגד לוה שלו כשלא בפניו ואף שהי' בפניו מ"מ לא היה אז הטענות נגדו. רק שיהי' חשיב ממילא הודאה מהני שפיר אמתלא שהי' רק לדחות בע"ח שלו כנ"ל. משא"כ בטענו חטין ותם ומועד שהדין בינו לבין המזיק והלוה והודה נגדו שאינו מגיע לו הקטן מיד נמחל ולא מהני אמתלא שכדי להרויח דבפני בע"ד בב"ד לא מהני אמתלא כמבואר בתוספ' ובש"ע החילוק בב"ד בין בפני תובע ע"ש. וא"כ כאן שהטענות וההודאות הם כל א' מהמפקידים נגד הב' שזה טוען יפה שלי ולא של הב' וכן השני רק דנימא דממילא יהי' הודאה נגד הנפקד שאינו שלו שוב לא חשיב הודאה כלל דהוי נגדו כשלא בפניו והוי שפיר זה אמתלא דהא יודעין שאומר יפה שלו כדי להרויח בשקר וכהאי דאמנה לדחות בע"ח כנ"ל. כיון שלא הי' ההודאה להנפקד כלל רק לב' רק ממילא שוב לא הוי הודאה כלל ולא זכה הנפקד כנ"ל:

אך לכאורה יהי' הכל לבעל הכלי הגדול גם הקטן דזה שבאמת הקטן שלו הודה שהקטן לב' במה שתובע הגדול וקנאו בעל הגדול באודיתא דנגדו הוי הודאה. וכהאי דגטין מ' נתתי לו וזה אומר לא נתת לי הודאת בע"ד כמאה עדים דכ' תוס' שם דוקא דהודאות נותן אינו ברור כהודאת מקבל די"ל שטעה דסבור שקיבל כו'. דמשמע מדבריהם דבהודאה ברורה הי' מהני הודאת נותן יותר. ורשב"א שם באמת תמה כיון דסותרים כמו שהי'. ולענ"ד אינו קושיא כ"כ דהמקבל קנאו באודיתא דנותן שהקנה לו,. ממילא זה שהודה לא נתת לי לא שייך שלא קנאו או שחזר והקנה כיון דמחזקינן שאף שאמת שלא נתן לו הוי קנין אודיתא. והא ע"ז לא הודה המקבל שלא הקנה לו באודיתא. ורשב"א ז"ל סובר כיון דקנין אודיתא ע"כ מסתעף רק משום דהודאה כמאה עדים בתורת נאמנות שוב הוי קנין. וכיון שזה מודה להיפוך ובתורת נאמנות נשאר כמו שהי' בחזקת מ"ק שוב ממילא אין כאן קנין כלל. ובאמת מעובדא דאיסור גיורא משמע כתוספות דאטו צריך להיות נזהר מלומר בפני עדים האמת שלא הי' המעות שלו דיתבטל הקנין. אך מהא דזה אחי ב"ב קל"ה מוכח כרשב"א. ונראה לענ"ד דבלמתכוין באמת לקנין כהא דאיסור אינו מזיק אחר כך שאומר המקבל האמת כיון שכבר קנאו בשעת הודאה. וכהאי דריש פרק הנושא במחייב עצמו בשטר במה שאינו חייב כמו שפי' תוס' והאמת שלא היה חייב לו אין סברא כלל דכשבעל השטר מודה האמת שלא הי' חייב לו רק שנתחייב במה שאינו חייב שיהי' זה פטור. וע"כ כנ"ל שנגמר החיוב. וחיוב זה לא מחל זה אח"כ ולא הודה שלא נתחייב. וכן לענין קנין כנ"ל. רק בשעת מעשה שזה מודה שחייב או הקנה לו וזה אומר שלא הקנה שפיר כרשב"א שאינו מתחיל קנין של זה דאין כאן הודאה כיון

שזה מודה להיפוך נשאר כמו שהי' כנ"ל. ושם משמע דגם אח"כ מהני. אך שם בזה אחי וט"ח הוא כס' הרא"ש ז"ל ב"ק דרואין שזה רוצה להרויח ואין כוונתו להקנות כלל באודיתא. רק דנימא דממילא הודאתו כעדים וזה רק מטעם נאמנות לחוד ושפיר כשזה מודה להיפוך גם אחר זמן ג"כ נשאר כמו שהי' בחזקת מרא קמא כנ"ל. ולכך בזה אחי דגם כן אמר להרויח ורק הודאה והם אומרים לאו אחונא אין נוטלין כנ"ל וכה"ג ותוס' גטין שם בשדה סוברים דהא אינו מבורר שם בהודאתו אי לקנין או נאמנות. ממילא אם זה יודע האמת שלא נתן לו ונאמר שהאמת כן א"כ שוב ודאי הי' כונת נותן בהודאתו לקנין דאין טעם אחר לתלות ושוב יועיל הודאת הנותן יותר ממ"נ כנ"ל. והוצרכו לטעמם דיש לתלות שטועה וסבור שקיבל. ולא כוונתו לקנין ושוב מהני הודאת המקבל יותר כנ"ל. וא"כ כאן שזה אומר יפה שלו כוונתו להרויח לא להקנות ורק בתורת נאמנות מהני מה שזה מודה להיפוך שהקטן של זה אף אם הודאת הב' אחר שהודה הא' כנ"ל. ונשאר הקטן למי שהי' שלו:

אך לכאורה כיון דאין שום אחד מהם מוחזק בקטן. ואם חפץ ת"י אחר שהוא של א' מב' ואחד אומר של חברי הוא והב' אומר להיפוך שלו הוא דסתרי. לכאורה יהא מונח או חולקין. והי' נראה דחולקין דפריך. בארבא מהמחליף ומשני דאיכא למיקם עלה כו'. ובזה ליכא למיקם דהודאה יותר מעדים ולא יועילו עדים להכריע הודאה שלהם. וא"כ יהי' הדין כאן דהקטן חולקין וגדול יהא מונח. וי"ל דגם נגד הקטן חשיב ודאי רמאי אף דהודאה להיפוך של חבירו מ"מ בא ממה שרוצה הגדול כנ"ל. ועוד דהוי כתפס דגם בטענו חטין והודה לו בשעורין מהני תפס. וכאן נפקד תופס בחזקת שניהם הקטן והגדול א"כ זה שבאמת הקטן שלו תפוס יותר משיוי הקטן ואינו מפסיד בהודאת הסותרים כנ"ל. שוב מצאתי במרדכי סוף פרק המניח ב"ק שר' יקיר הקשה קושיא הנ"ל דיפטור הנפקד מכלי הקטן משום טענו חטין והודה לו בשעורין ותי' דכמו שהריב"א אומר לענין מתוך דחשיב הספק בין שניהם כן הנ"ל ע"ש. וב"ה שכיונתי לדעתו כנ"ל:

שם אלמא מספיקא מפקינן ממונא כו'". תמוה מאוד דהקשה מגזל אפקדון ותירץ גזל דעביד איסורא ואח"כ הקשה פקדון אפקדון ולמה ליה קושיא א' והתירוץ הא מפורש ב' הדינים במשנה ולמה לא פריך מיד פקדון אפקדון. וגם למה הקדים אלמא מספיקא כו' דאינו שייך להקושיא בלא זה סותר ב' הדינים. וגם למאי דמסיק דכרך א' דהוי ליה למידק. וכתבו תוס' דלא אמר אלא דנשאר תירוץ דגזל דעביד איסורא כו'. למה ליה באמת הא סגי במאי דהוי ליה למידק. עוד כמה קושיות:

ונראה די"ל דלכאורה לא קשה פקדון אפקדון רישא וסיפא די"ל דשמא ושמא מגרע גרע מברי ושמא דאירי בה סיפא די"ל דיהא מונח כו' שפיר חשיב השבה כמ"ש לעיל דהוי היזק שאינו ניכר. דעדין של זה שהוא שלו אף שאינו יכול ליטלו. וא"כ לכך בברי ושמא דסיפא דשניהם טוענין ברי ואיכא ודאי רמאי דהדין יהא מונח ממילא הנפקד פטור דחשיב השבה למי ששלו כנ"ל. משא"כ רישא דטוענין שמא ואין כאן רמאי ויהי' הדין חולקין על מנה שיהי' מונח כמבואר בש"ע ורמב"ם דבזה חולקין. א"כ ממילא כיון שזה דבאמת שלו אינו נוטל רק מחצה. א"כ עדיין החיוב על הנפקד מחצה הב' שאומר של א' בודאי חייב מחצה ואינו יודע למי ששלו ויחזור ויתן המחצה ויהי' חולקין. ויהי' על השאר שחייב ואינו יודע למי עד שישלם הכל שיגיע למי ששלו כל מה שהפקיד. דבלא"ה לא יהי' השבה כלל כיון דהאחר לוקחו ואף שזה נוטל מחצה הזה באונס וכגזלן דנפקד פטור דז"א די"ל דהוי ליה למידק והוי פשיעה מה ששכח וממילא תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב והא זה האונס שנוטל הב' בא מחמת הפשיעה ששכח של מי כנ"ל:

ולכך פריך מגזל דע"כ אמר לב' גזלתי מא' מכם מיירי בברי ושמא מדתני ברישא מהם עצמם ואח"כ אביו של א' מכם ולא תני בגזל גזלתי לאביו של א' מכם ע"כ דמיירי בברי. דא"א לומר דמיירי ג"כ בשמא שא"י וקמ"ל רבותא דאף שראוי להם לידע ואין יודעין מ"מ חייב. דא"כ למה ליה כלל בבא דגזל ליתני בפקדון א' מכם ואין יודעין דחייב וממילא כ"ש בגזל. וע"כ דרישא דגזל בטוענין ברי וא"כ ג"כ יהי' הדין יהא מונח ואי חשיב השבה יהי' פטור וע"כ אלמא דמספקא מפקינן ממונא וכדמשמע מהרי"ף ז"ל דתלי פלוגתא דר"ט ור"ע בפלוגתא דר"ה ור"י אי ברי עדיף או כר"נ דאוקי ממונא בחזקת מרי' עיין שם. ומקדים אלמא מספיקא מפקינן כו' דברי עדיף ולא אמרינן אוקי ממונא כו' כלישנא דר"נ ור"י ופריך שפיר מסיפא דב' שהפקידו כו' דג"כ ברי ופטור. דהא מוכח מרישא דגזל דלא חשיב השבה יהא מונח ומספק מפקינן דברי עדיף כנ"ל. ומשני גזל דעביד איסורא קנסוהו כו'. והיינו דסבר עכשיו דשייך הקנס שיהי' ברי עדיף. ונראה דקנס הזה הוא כמו תקנת נגזל דקי"ל פ' כ"ה דכשיודעין שגזל ואינו יודע כמה הלה נשבע ונוטל אף שאפשר שאינו שוה פרוטה מה שגזל כמבואר שם וזה קנס כמבואר שם. וכן בזה כיון דודאי גזל עכ"פ ורק מחמת שאינו יודע יפטר שייך הקנס כנ"ל. אבל עכ"פ מוכח דלא חשיב השבה יהא מונח דאם הי' השבה לא שייך הקנס דהא מחזיר כנ"ל. ופריך דשוב קשה פקדון אפקדון דכיון דיהא מונח לא חשיב השבה שוב אין טעם שיהי' עדיף שמא מברי וכמו באביו של אחד כו' דהדין חולקין צריך לשלם לכל אחד כ"ש ב' שהפקידו

שטוען ברי ויהא מונח ג"כ לאו השבה וכ"ש שיהי' צריך ליתן לכל אחד כנ"ל. ומשני דסיפא בכרך א' דלא הוי ליה למידע דבזה פטור לגמרי אף נגד מי שהוא שלו דאף דלא הוי השבה מ"מ הא נאבד שלא בפשיעה דשומר חנם פטור. משא"כ רישא דהוי ליה למידע וחייב. ופריך אח"כ גזל אגזל דהא ר"ט דס"ל דחשיב השבה ומ"מ מודה באמר לשנים ומשני בבא לצאת ידי שמים. ומיושב הכל בעזה"י. דהנה הרא"ש ז"ל כתב דלכך נקיט של אחד דאלו גבי דידהו וא"י פטור אף לצאת ידי שמים כיון דהי' להם לידע ולא דקדקו גם הוא אינו חייב ולכך נקיט אביו כו'. ותמוה רישא דגזל דע"כ ג"כ באין יודעין ולמה חייב לצאת ידי שמים. וכתב בעל תוספות יום טוב במ"מ דבגזל חשבו שלא יחזיר להם לא דקדקו ואף דגזילה לאו יאוש מ"מ אין מדקדקין ע"ש. ודוחק גדול. כיון שאין מתיאשין אדרבא ודאי מדקדק שיוכל להוציא יותר מפקדון שאפשר לו לסמוך על הנפקד שנאמן:

אמנם לע"ד נראה פשוט. דהא זה ב' טעמים בגזל דעביד איסורא דגזל קנסוהו. חוץ מזה דהוי ליה למידק. ובפקדון הקנס הוא על הפשיעה דהוי לי' למידק ולא דקדק. אם כן בשלמא בפקדון דכל חיובו לצאת ידי שמים מטעם פשיעתו שהיה לו לידע וכיון דפשיעה זו עצמה פשעו גם הבעלים שלא דקדקו לזכור. שפיר אינו חייב מחמת שלא דקדק כנ"ל. וכמו שכתב בעה"מ ריש סנהדרין בטעה בדבר משנה והאכילו בעלים לכלבים דפטור הדיין דמשום פשיעותא דבע"ד נגעו בה דאותה פשיעה של הדיין שלא דקדק פשעו גם הבעלים בשלהם דאיבעי להו לגלויי טעותיה ולחקור עיין שם כן כאן בנפקד כנ"ל. אבל בגזל דהחיוב על מה דעביד איסור דגזל ודאי דאין זה פטרו מה שלא דקדקו הם לידע זה מסלק רק פשיעתו מה שלא דקדק. לא מה שגזל. ושפיר ברישא בגזל חייב לצאת ידי שמים אף שגם הם אין יודעין. ועוד דבפקדון דהפשיעה שלא דקדק ואם הם שכחו קודם הוי ככל המשנה ובא אחר ושינה דפטור וממילא אי אפשר לחייבו מספק דאי אפשר לידע מי שכח קודם. משא"כ גזל דאיסור שלו ודאי קודם דשכחו. ויש לדחות כיון דלא ידע מהשינוי לא שייך כל המשנה כו':

יש לומר דדוקא בפקדון כשלא דקדקו ואין כאן פשיעה מה שלא דקדק א"כ נאבד שלא בפשיעתו ופטור אף נגד מי שבאמת שלו ולא שייך לחייבו לצאת ידי שמים. משא"כ בגזל דחייב באונסין וחייב למי שגזל שפיר חייב לצאת ידי שמים אף שלא דקדקו כנ"ל. ועכ"פ החילוק בין גזל כנ"ל. ואם כן למסקנא צריך שפיר במשנה כל הבבות דרישא קא משמע לן אף שראויים לידע ואין יודעין דכהאי גוונא פטור בפקדון לצאת ידי שמים מ"מ בגזל חייב כנ"ל. ולכך לא נקיט גזלתי לאביו של אחד כו' דאדרבה עיקר הרבותא

בדידהו וטוענין שמא דחייב לצאת ידי שמים. ובפקדון תני אביו כו' לאשמעינן דגם בפקדון דלא עביד איסורא חייב לצאת ידי שמים בשמא משום דהוי ליה למידע. ובזה נקיט דוקא אביו שאין ראוי לידע דאם לאו הכי פטור לצאת ידי שמים כמ"ש רא"ש ז"ל. ואחר כך סיפא ב' שהפקידו דמדינא אף ברי ושמא פטור. ושפיר הוצרך רבא גם למסקנא לשנויי דגזל דעביד איסורא דאם היה החיוב רק משום דהוי לי' למידע גם בגזל היה פטור כשראויים לידע וא"י כמו בפקדון. ומיירי שפיר למסקנא רישא בלא תבעי רק בשמא. מה שאין כן לס"ד דרבא דמדינא היה מוכח שפיר מרישא דמיירי בברי ושמא דאם לא כן למה לא תני אביו כנ"ל. ומיושב הכל:

יש לומר דלא הוי קשה רישא לסיפא דיש לומר בשלמא באביו של אחד הפקיד כו' הוי שפיר פשיעה מה ששכח דהא מיד ששכח אביו של מי הפקיד לא יוכל עוד ליטלו מי ששלו וברי היזיקא דהא וודאי שאין היורש יודע ויופסד ממנו חייב. מה שאין כן ב' שהפקידו אף בב' כריכות מ"מ אינו פשיעה מה ששכח דמה בכך מ"מ מי שהפקיד ר' יבא ויטול את שלו. דלמה יהיה חשש שהב' יהיה גזלן וישקר דר' שלו. הא קיימא לן דאפילו שומר שמסר לשומר לא הוי פשיעה דאין צריך לחוש שזה יכפור דאחזוקי אינשי בגזלנותא לא מחזקינן. ואם כן גם בהנ"ל אין זה פשיעה כלל לחייבו מהאי טעמא דשמא יהיה גזלן ושפיר פטור. ואף דגם באביו של אחד אם שכח בחיי אביהם אם כן גם כן לא היה פשיעה כנ"ל. מ"מ כיון שעכשיו אינו יודע ואי אפשר לו לידע מתי שכח אם בחיי אביהם או אחר כך דהוי פשיעה. וכיון שאינו יכול לומר שלא פשע ממילא חייב כנ"ל. מה שאין כן סיפא דב' שהפקידו דאינו פשיעה כנ"ל:

ועוד כיון דהדין בשניהם טוענין ברי דצריכין לישבע כמו בחנוני על פנקסו כמבואר בש"ע. ואם כן כיון דאמר פרק שבועת העדות משביע עד אחד דחשוב גורם לממון דרוב בני אדם אין נשבעין לשקר עיין שם וקיימא לן דאפילו בשבועת אמת מי יימר דמשתבע הוי רק גורם לממון דמהאי טעמא פטור בחשוד משבועת עד אחד עיין שם. וכל שכן בשקר. ואם כן לא הוי פשיעה כלל מה דשכח דהא זה שבאמת אין הר' שלו יצטרך לישבע שקר ומי יימר דמשתבע וכשלא ירצה לישבע ממילא יטול זה הר' שהם שלו. ואינו חייב בפשיעה זו ששכח כלל מה שאין כן באביו דמיד לא יוכל ליטלו כיון ששכח והיורש א"י. ולא הוי קשה כלל. ולכך פריך רבא מגזל. דהא עדיין טעם הנ"ל אינו מספיק דניהו דחשוב פשיעה גבי אביו של א' כו' מה בכך הא מ"מ אינו חייב בפשיעה רק למי שבאמת הפקיד אצלו ולא לב'. ואם כן יפטור מספק. וע"כ שנאמר דכשחייב לאחד שפיר צריך לשלם לשניהם מספק כדי שלא יפסיד מי שחייב לו. ורק בסיפא שאינו פשיעה

אם כן פטור גם נגד זה שבאמת שלו כנ"ל. וא"כ פריך מגזל דא"כ קשה למה נקיט בגזל בברי הא גם באביו כו' בשמא ג"כ חייב דבגזל לא שייך אם חשיב פשיעה השכחה או לא דחייב באונסין וא"כ גם באביו כו' דהוא שמא ג"כ חייב כיון דלא' חייב ודאי כמו אביו כו' הפקיד דחייב. וע"כ דאין הטעם כנ"ל. רק דבספק היה פטור אף דחייב לא' אם היה שמא ושמא. רק בגזל משום ברי עדיף והיינו דאין דנין כלל מה שבין נגזל זה להב' דהיה ברי וברי. רק כל אחד נגד הגזלן הוי ברי ושמא וחייב דלא אמרינן אוקי כו' דהא טוען שחייב מה לו לב' אם גזלו או לא וכן הב'. ומהאי טעמא דוקא בברי וא"כ פריך דבסיפא דב' שהפקידו גם כן יהיה חייב דלא שייך שאינו פשיעה. דזה שייך אם יהא הדין יהא מונח או חולקין כשהדין בין ב' המפקידים רק אף שיהיה הדין כן אם יתחייב הנפקד על שגרם זה שייך חילוק הנ"ל כיון דלא הוי פשיעה פטור. אבל כיון דאמרינן בגזל דכל א' שתובעו ברי הוי כתובעו בפני עצמו וברי עדיף וחייב ואין לו ענין לחבירו וכן הב'. ממילא לא שייך כלל יהא מונח ולא יהיה פשיעה דאדרבה הא מ"מ כל אחד תובעו ברי גוף הפקדון ר' ולא פשע כלל מ"מ טוענו ר' והוא טוען שמא דחייב דברי עדיף. ולמה לא יהיה חייב לכל אחד ר' דלא שייך כלל טעם הנ"ל. ופריך שפיר. ומיושב הלשון שהקדים אלמא מספקא מפקינן ממון כו' היינו שאין דנין בין שני הנגזלים דאז לא היה חשוב שמוציאין רק דנין נגד הגזלן דמפקינן כו' דברי עדיף אם כן קשיא סיפא דב' שהפקידו. ומשני גזל דע"א קנסוהו כו'. אבל מדינא לאו ברי עדיף. ופריך פקדון כו' אם כן באביו של א' כו' ניהו דהוי פשיעה מ"מ חייב רק לאחד ולמה ישלם לשניהם כיון דליכא קנס ובלי קנס אינו חייב בספק כגזל כנ"ל. ומשני דהוי ליה למידק קנסוהו כמו בגזל כיון שפשע כו' כנ"ל:

עוד יש לומר דלכאורה כמו דאף דמדינא היה ראוי להיות חולקין ומ"מ משום דאיכא רמאי יהא מונח ואין מפסידין למי שבאמת הר' שלו מחצה מק' השניים כדי שלא ירויח הרמאי כדי שיודה. וכן לר"י מפסידין לבעל הר' מה שוודאי שלו גם כן כדי שיפסיד הרמאי ויודה. ולתנא קמא סגי במה שלא ירויח שיודה אם כן יש לומר דלענין שישלם הנפקד הכל אף אם היה חייב מדינא מ"מ עכ"פ מהני טעם הנ"ל שלא ישלם יותר ממה שחייב באמת דירויח הרמאי. ופטור ויהא מונח כדי שיודה הרמאי ולא יפסיד שום אחד מה שהוא שלו. ואף דבאמת יש לדחות דלא דמי בשלמא נגד התובעים יש לומר דזה תקנת בעל הר' יותר מאם יהי' חולקין שלא יודה וישאר נפסד חצי וכשיהא מונח קרוב שיודה ויקח הכל. וכן לר"י כשהכל מונח טוב לו יותר שיגבה הכל ע"י זה שיודה. משא"כ

אם הדין דנפקד צריך לשלם ר' ולזה א"כ מי שבאמת ר' שלו אינו נפסד. ולמה נפסדנו ע"י יהא מונח בשביל טובת הנפקד שחייב על פי דין. ולו אינו טובה במה שיהא מונח כנ"ל: אך מ"מ אינו מוכרח דיש לומר דהא לא יהי' נוטלין אלא בשבועה אף שישלם ר' לכל אחד כמבואר בש"ע ואם כן גם זה חשוב הפסד אף שבועת אמת וטוב לו שיהא מונח ולא ירויח הרמאי כדי שקרוב שיודה ויקח בלא שבועה מה שאין כן באביו של אחד דאינו יודע ולא שייך כלל שיודה שפיר חייב לשלם לכל אחד כנ"ל. ולא הוי קשה רישא אסיפא דפקדון. ועוד דכיון דאם מחזיקין ע"י יהא מונח שיודה הרמאי יש לומר שפיר דחשוב השבה מה שיהיה מונח דהוי ככחשא דהדר דחשוב היזק שאינו ניכר כיון דסופה לחזור כמו שהיה. וכן להנ"ל כיון שקרוב שיודה. משא"כ באביו כו' שאינו יכול להודות ולעולם יהא מונח חייב כנ"ל. ולכך פריך רק אח"כ דאמר גזל כו' קנסוהו רבנן וע"כ דלא מיחייב מדינא כלל רק משום קנס ופריך ורמי פקדון אפקדון דליכא קנס למה חייב בסיפא דלא שייך כנ"ל. רק אי חייב בספק מדינא י"ל כנ"ל משא"כ כיון דפטור. ומשני דהוי ל"ל כנ"ל: עוד יש לומר להפוסקים סי' פ"ח דאף תבעו מעות פקדון וזה מודה מלוה או חיוב שא"צ להחזיר בעין הוי טענו חטין והודה לו בשעורין דפטור כמו דוקא ושוה עיין שם. וגם באיני יודע אם חטין אם שעורין פטור וגם ביש עדים על שעורין פטור לרוב הפוסקים וכמבואר בש"ס בבא קמא. ואם כן לכאורה כאן ב' הנ"ל שכל אחד תובעו ברי ק' שהפקיד והוא אינו יודע. אם כן ניהו דיהיה הדין ברי ושמא ברי עדיף ואף דשניהם תובעין גם כן כל אחד ברי עדיף נגד הנפקד. מ"מ הא אי אפשר שישלם לשניהם ק' שהן פקדון בעין דהא לא הופקד בידו רק ק' וע"כ לשלם לאחד ק' אלו ולב' משלו. או מחצה לזה מהבעין ומחצה שלו וכן להב'. אם כן עדיין פטור דכל אחד תובע שק' בעין שהפקיד הן שלו לא המעות שלו שהוא שוה. והוי טענו חטין וזה מתחייב שעורין. דהא לא עדיף מה שמתחייב לב' לשלם מאלו היה באמת חייב גם לשני מעות משלו שאינו פקדון והיה טוען לכל אחד איני יודע אם מגיע לך ק' בעין שהן פקדון או ק' החיוב שאני חייב דהיה גם כן פטור מק' החיוב שהיה טענו חטין והודה לו בשעורין דמחל ק' של חיוב. וכן הב' שטוען ברי שק' בעין שלו מוחל החיוב. ואף אם היה עדים על ק' של החיוב היה פטור מהם דבזה לא שייכי טעמים שכ' לעיל בכלים. כיון שזה חיוב עליו ומהני מחילה ואם כן כששניהם תובעין ברי כל אחד שהפקידו. והוא אומר איני יודע. דאף שהדין דחייב לשלם לשניהם מ"מ החיוב לב' רק שוה. ושוב עדיין פטור דכל אחד מוחל השיוי ולא שייך לחייבו כלל רק ק' הפקדון ולא מביתו:

אך זה אינו דשם בטענו חטין משום דשעורין או שוה מחל ודוקא כופר זה ואינו חייב. מה שאין כן אם היה נאמן על תביעתו חטין או ק' פקדון ודאי דאף שאין לו הדוקא מחוייב ליתן לו השוה בעד הק' פקדון שלו. וכאן דהנאמנות מצד ברי עדיף אם כן מהימנינן לכל אחד נגדו שהק' שלו אותן שתובע וממילא חייב גם השיוי עבור ק' של דוקא כנ"ל:

אך לטעם דקנסוהו רבנן ומדינא פטור דבשמא וודאי ע"כ רק קנס. ואם כן נראה דאם היו שניהם אומרים אי אפשי בתקנת חכמים וקנס שלהם. וודאי דהיה פטור והיה נשאר מספק יהא מונח. ואם כן אף דקנסו שיהיה חייב גם למי שאינו חייב כדי שלא יפסיד בעל הפקדון. הא מ"מ אחר הקנס הא כל אחד תובע דוקא שק' פקדון שלו ומוחל חיוב החכמים שמשום קנס וכן הב' והוי כמו אי אפשי בתקנת חכמים וממילא יהא מונח. ואם כן לא קשה דרישא באביו דשניהם שמא כו' הוי שמא דליכא מחילה שייך הקנס שישלם לכל א' וק' א' משלו. מה שאין כן ב' שהפקיד דכל אחד ברי. לא קנסו כלל לחייב משלו דהא כל אחד מהם מוחל זה החיוב במה שתובע שגוף הפקדון שלו. ולכך דייק מגזל דגם כן ברי וגם שם תובע דוקא ק' שגזל. וע"כ או דמטעם ברי עדיף חייב ושוב לא שייך הנ"ל וגם סיפא יהיה חייב. או משום דעביד איסור קנסוהו וע"כ דאף שטוען ברי לא מיקרי מחילה כנ"ל. דגם כן כנ"ל הקנס שקנסוהו אינו חיוב חדש למי שאינו חייב רק שיהיה כל אחד נאמן נגדו וממילא חייב כנ"ל. ופריך שפיר אם כן גם בסיפא כנ"ל. פקדון אפקדון:

עוד יש לומר דהנה הלשון אלמא מספיקא ממונא כו' קשה כמו שכתבתי לעיל דהא ק' ודאי חייב וק' ודאי אינו חייב וכמ"ש. ואפשר לפרש כמ"ש לעיל דכל זמן שודאי חייב לאחד הוי כב' חתיכות אחת חלב ואחת שומן דאיתחזק איסורא והדין דשניהם אסורין מן התורה דספק כזה אסרה תורה. דאם יהיה מותר יהיה שניהם מותרין והא יש וודאי איסור כמבואר כריתות. וגם בממון יש לומר כן כיון דלאחד ודאי גזל שוב מה' שלא ישלם יהיה ודאי איסור הוי כחתיכה מב' חתיכות וממילא החיוב לשלם לשניהם ואסור למנוע מלשלם גם לאחד כנ"ל:

רק יש לומר דיוק הש"ס דמכל מקום למה נותן לזה ק' ולזה ק' הא כשמשלם לאחד שוב יהא פטור מלשלם לב' דהא שם בכריתות איכא פלוגתא בא כלב או נכרי ואכל א' לרבנן שוב השני' לא איתחזק ופטור. ולרבי גם בזה חייב דהא איקבע איסורא פסק הרמב"ם. ועיקר הטעם דאיתחזק על כל חתיכה שם ספק איסור קודם שאכלה הכלב ולכך נשארת באיסורה מספק. ואם כן לכאורה לרבנן דהתם כשמשלם לאחד הוי כאכלה דהתם דשוב אין כאן ודאי ופטור על הב'. וגם בזה יפטור מלשלם לב' כנ"ל. ולרבי גם בזה חייב כיון

דקודם שפרע לאחד איתחזק ושוב איקבע החיוב לשניהם ולא נפטר מספק אף שנסתלק הוודאי כנ"ל:

ומ"מ אינו מוכרח גם לרבי דיש לומר שאני איסור חפצא דחשיב כל חתיכה שהוחזקה בשם איסור מספק כיון דהתורה אסרה כל חתיכה מספק כזה שא' ודאי. שוב הוי חזקה דשם איסור ספק על כל א' ועדיין אסורה מספק אף שנאכלה א'. משא"כ בחיוב הגוף לשלם דספק ממונא לקולא דאוקי אחזקה רק כשיש ודאי חייב דאי אפשר שלא ישלם שיהיה וודאי איסור. אבל יש לומר דלא איתחזק כלל שיהיה עליו חיוב לכל א' מספק רק חיוב שלא ימנע מלשלם לשניהם דיהיה ודאי וזה רק כל שעדיין ודאי. מה שאין כן כששילם לאחד ממילא שאין עוד ודאי פטור נגד הב'. ולא מהני איקבע לחייבו כנ"ל:

וזה י"ל הפי' בגמרא אלמא מספק מפקינן כו' היינו בס' דאיקבע איסורא דאסור מה"ת גם בממון כן וחשיב איתחזיק דגם כששילם לא' חייב גם לב' מטעם ספק דאיקבע ול"א אוקי ממונא בחזקת מריה. ומיושב הלשון דעל הב' הוא ספק גמור כנ"ל:

והנה לכאורה הא גם לרבנן דהתם דוקא בא כלב כו' אבל הוא אסור לאבד ח' א' שתהיה הב' מותרת וגרע מאין מבטלין איסור ע"ש. וא"כ גם בזה שמשלם לא' כדי שיהיה הב' לא איתחזיק ויפטור. כיון דעכשיו החיוב לשניהם כנ"ל אינו רשאי וחייב לשלם לשניהם כי התם כנ"ל. ואף די"ל בשלמא התם הדין עכשיו דשניהם אסורים והוא עושה פעולה אחרת להתיר לאבד א' אסור כנ"ל. משא"כ בזה שפוסקין הדין משום איתחזיק שישלם לשניהם א"כ שוב כשמשלם לא' נפטר דהא היה צריך לשלם לכל א' ובמה שמשלם לא' אינו עושה דבר אחר רק מה שמחויב. ועדיף מאין מכוין לבטל. אך מ"מ ז"א כיון דאפשר לשלם לשניהם בבת אחת ואין עליו שום חיוב לא' לבד לשלם רק מצד זה הדין דיש ודאי א' וזה הדין לשניהם שוב מה שמשלם לא' בלי הב' הוי רק להפטר מן הב' דהא מצד עצמו אין חיוב לזה כלל. והוי כמו התם שמאבד א'. ושפיר אינו רשאי לשלם כדי ליפטר רק כשישלם גם לב' כנ"ל:

אך בשניהם טוענין ברי י"ל כיון דמצד עצמו כל א' ג"כ ברי ושמא חייב לצאת ידי שמים. רק כאן שיש ודאי איסור חייב מדינא. שוב י"ל כשמשלם לא' אין כאן מבטל לכתחלה דהא צריך לשלם לזה מצד עצמו לצאת ידי שמים מצד ברי ושמא וודאי דרשאי לשלם למי שירצה לצאת ידי שמים. ושוב א"א לחייבו לשלם לב' מדינא דאין כאן איתחזיק עוד כנ"ל. ולא הוי קשה פקדון אפקדון די"ל שפיר בשמא ושמא חייב לכל א' מטעם הנ"ל וסיפא דברי ושמא פטור מהב'. ומה שהדין יהא מונח י"ל כיון דרשאי לשלם למי שירצה ויפטור מהב' הוי זה שודא דב"ב פרק חזקת הבתים ופ"ק דגטין דשליח לאיזה שירצה

יתן. ולמ"ד התם חלוקה עדיפא כו'. דתיקנו חכמים שזה טוב יותר לשניהם ע"ש גבי ב' שטרות ביום א'. וא"כ י"ל שפיר גם כאן דתיקנו שוב יהא מונח כיון דהנפקד א"צ רק לשלם לא' למי שירצה ויפטור מהב' שוב הספק בין שניהם ותיקנו יהא מונח כדי שלא יפסיד מי שבאמת שלו. כמו דעדיף יהא מונח מכל דאלים גבר מה"ט. משא"כ ברישא דיצטרך לשלם לשניהם ולא יפסיד מי ששלו כנ"ל. ולכך פריך מגזל דמיירי ג"כ בברי ושמא כסתמא גזלתי לא' מכם. ואלמא מס' מפקינן מדינא כרבי דהתם משום איקבע כו' חייב גם שנאכל א' דהכי קי"ל ע"ש. ופריך מפקדון כיון דגם בברי כן כנ"ל:

וי"ל שפיר דמשני גזל דע"א קנסוהו כו'. היינו אף דבממון לא מפקינן מס' ולא מהני איקבע כו' מ"מ כל שיש ודאי אסור קודם שמשלם לא' דחייב מה"ת מספק שוב משום קנסוהו חיוב גמור זה לודאי חיוב לשניהם כיון דבאמת חייב מה"ת מספק שוב משום קנסוהו חיוב גמור מדרבנן ושוב לא נפטר כלל במה שמשלם לא' דלא נפטר מספק מחיובו כמו באיסור דכבר יש עליו שם איסור כנ"ל. ומיושב בזה דלמה לא קנסוהו בכל ס' גזל ברי ושמא. ולהנ"ל א"ש דקנסו רק במה שחייב מה"ת מספק שיהיה עליו חיוב ודאי וכשם איסור דהתם ולא נפטר וחייב לשניהם כנ"ל. ופריך שוב פקדון אפקדון כיון דאמרינן מדינא מספיקא לא מפקינן ולא מהני איקבע לחייבו שוב גם בשמא ושמא דאביו של א' ג"כ יפטור כשמשלם לא' דמעולם לא היה עליו חיוב רק שלא ימנע מלשלם לשום א' כדי שלא יהיה ודאי כנ"ל. ומשני כיון דהול"ל ג"כ קנסוהו כיון דפשע. ומיושב ג"כ מה דפריך אח"כ מר"ט דתמוה כמ"ש תוס' דלא פריך על ר"ט גופיה דמודה באמר לב' ולמה. ולהנ"ל אתי שפיר דג"כ היה החילוק בין ברי ושמא דיהיה מונח ובשמא ושמא י"ל דחייב רק עכשיו דמסיק מספיקא לא מפקינן לא שייך החילוק. וקנס שייך בשניהם. ומסיק דרק לצאת ידי שמים ע"כ חייב ליתן לשניהם דאינו רשאי ליתן לא' ושיפטור מב' מספק כיון דעכשיו חייב כנ"ל ושוב משלם לשניהם ואין הדין כלל יהא מונח. משא"כ בתבעי ליה מדינא דיהיה רשאי לא' כנ"ל שוב תיקנו יהא מונח שלא יפסיד כנ"ל:

שם וממאי דמתני' דהכא ר"ט הוא דקתני מודה ר"ט באמר לב' כו'. ותמוה מאוד דקושיא זו הוא ברייתא גופי' דבאמר לה' ברישא סבר ר"ט מניח גזילה ביניהם ולמה מודה באמר לב'. ואין לו שייכות למתני' דהכא שהוצרך להוכיח דמתני' ר"ט מסיפא ולמיפרך. ולמ"ש לעיל מיושב דהוי מצינו לומר דשמא עדיף כסברות הנ"ל ולכך הקדים. ונראה לישב דלכאורה הוי מצינו למימר דיש חילוק בין ה' לב' בגזל א' מחמשה א"כ כל א' שתובעו בפני עצמו לא היה חייב מטעם ברי ושמא אף למ"ד ברי עדיף. דשייך כל דפריש מרובא פריש ועל כל א' אמרינן שהוא מהרוב שלא גזל אותו כיון שכל החמשה בכלל הספק

ולא גזל רק אחד מהם שייך מרובא פריש כנ"ל. שלא גזל ממנו רק משאר הד' שהם הרוב. ואף דבקדשתי בתי ואיני יודע למי א' נאמן ולא אמרינן שהוא מהרוב. ז"א דע"א נאמן לברר אף ברוב. והטעם כיון שאומר בברי א"כ אומר שאינו מעורב כלל ולא שייך רוב נגדו ונאמן שאינו בכלל הספק. וכן כאן ניהו דזה שטוען ברי ג"כ לא מיקרי נגד הרוב דאומר ברי שהוא הוא שגזלו ואינו מעורב. מ"מ שיהי' זה חייב מטעם ברי ושמא. שפיר חשוב כברי וברי דהא זה שטוען שמא וכולם בכלל הספק שוב יש רוב שלא ממנו גזל. והוי כברי ע"י הרוב דלפי טענתו שאינו יודא רוב שפטור נגדו ופטור. ולא דמי לשאר ברי ושמא דהטוען שמא ספק השקול וברי עדיף משא"כ כנ"ל:

וא"כ כשיהיה טוענו כל א' בפ"ע היה פטור שוב גם כשכולם תובעין אותו פטור כמו ב' מלוין ולוה א' לר"ח דפטור וכמ"ש לעיל. או דשוב הוי כב"א בב' שבילין כיון שכל מה שנחייבו הוא משום שבאין כולם כנ"ל. ולכך פוטר ר"ט ברישא משא"כ אומר לשנים כו' מודה דחייב דברי עדיף דליכא רוב. ושוב כיון שגם כשכל א' היה תובעו בפ"ע היה חייב גם כששניהם תובעים חייב כמו ב' מלוין לר"ה דהתם כנ"ל או כנ"ל. ולא הוי קשה דר"ט אדר"ט כנ"ל אך הא הוי קבוע דבשעה שגזל אחד מחמשה היה זה קבוע כמו השאר. ולא מהני הרוב דכמחצה כו' וכלקח כו' גבי ט' חניות. אך לכאורה הא כל זמן שלא שכח למי גזל לא היה ספק כלל רק אח"כ ששכח ואינו יודע למי גזל נולד הספק ואז הוי פירש דהוי נמצא בידו. וכמ"ש המ"א גבי ט' צבורין לענין בדיקה דהספק כשנתעלם העכבר ואז הוי פירש ע"ש דאף שראינו שלקח העכבר מהקבוע מ"מ אז שלא נתעלם לא היה ספק ולא היה דנין עליו ע"ש:

אמנם לא דמי דשם שאנו דנין על הבשר הנמצא וכה"ג אם אסור או מותר וזה הענין מה שדנין עליו מכאן ואילך לכך כשהספק בשעה שלקח והוצרכו אז לדון על הספק והוי קבוע כו' משא"כ כשמה שדנין עליו הוא כשנמצא פירש הולכין אחר הרוב דמותר. אבל כאן לענין גזל מא' מחמשה דכל מה שדנין לחייבו הוא רק על שעה שגזל ולקח מהקבוע וזה הוא כל הספק ממי לקח. וא"כ אף דהשכחה אח"כ כשפירש מהקביעות מ"מ מה בכך הא עדיין אנו דנין רק על הקבוע. דבשלמא שם חיוב הבדיקה נולד כשנתעלם העכבר ואז נולד ספק אם צריך בדיקה שהוא חמץ או לא שפיר הספק אם זו החתיכה מהרוב לענין חיוב הבדיקה זה נולד כשפירש כנ"ל. משא"כ לענין גזל דגם עתה שדנין על למי יחזיר הוא רק על שעה שלקח וגזל ממי לקח דזה הוא כל הספק שדנין עליו ממילא גם בהנ"ל ששכח אח"כ שפי' מ"מ הוי קבוע שהספק במה שקבוע אף דאז לא היה ספק עדיין כנ"ל:

אמנם לפ"ז היה נראה בהא דקי"ל בגזל שהיה שוה דינר ואח"כ שוה ד' דאיתבר ממילא משלם דינר כשעת הגזלה ותבריה או שתי' משלם ד' דזה גזלה חדשה כנ"ל ע"ש. וא"כ בהך דגזל א' מחמשה בתבריה או שתי'. שוב י"ל דא"צ לשלם לכל א' רק דינר. והמותר יניח דלענין הג' דינרין שנולד החיוב כשתבריה כו' זה שוב נולד שעה שפירש דמרובא פריש. שדנין שפיר רק על שעת ההיזק למי הזיק ויש רוב נגד כל א' לפטור והוי כמו ברי וברי לפי טעם הנ"ל. ואף די"ל כמו בהדרא ארעא ופירי פ' חזקת הבתים דממילא כיון דעל הקרקע א"נ שוב משלם גם פירות כיון דהא בהא תליא ע"ש וכן כאן כיון שעל החפץ קבוע שוב על מה דתבריה ג"כ חייב. ז"א דגם במקצת קבוע ומקצת פירש כתב דאינו מכריע כיון שדין קבוע חידוש ע"ש בעובדא דטו"ז בסי' ק"י. ובל"ז ג"כ יש לחלק שזה דנין רק על שעת ההיזק שזה ענין אחר ואז פירש כנ"ל. וא"כ למ"ש לעיל הפי' בהא דהוי ליה למידק קנסוהו כו' די"ל דיהא מונח חשיב היזק שאינו ניכר דאומר הרי שלך לפניך דמנח קמך. ופטור גם נגד זה שגזלו באמת רק דהא קי"ל בגזל תרומה ונטמאת דוקא ממילא אבל טימאו או ניסכו הוא חייב דמזיד חייב היזק שאינו ניכר ולכך בהוי ליה למידק שע"י שכחה שלו למי גזל או הפקיד כו' בפשיעה גרם יהא מונח ההיזק אף שאינו ניכר חייב כמטמא ומדמע כו' מזיק והוא הקנס עצמו דמתני' דהתם כנ"ל. וממילא חייב עכ"פ לזה ששלו באמת דלא מהני יהא מונח לפטרו ושוב משלם לשניהם כנ"ל. וא"כ שוב לא קשה כלל דר"ט אדר"ט דשפיר בגזל א' מחמשה סבר יהא מונח. דמצד הגזילה מיפטר ביהא מונח דהיזק שאינו ניכר לא שמיה היזק ופטור גם נגד זה שגזלו. ורק על מה ששכח אח"כ נחייבו על הפשיעה דמזיד חייב. וזה החיוב נולד אז ששכח ושוב אף שבאמת חייב לזה שגזלו אבל שוב יש רוב נגד כל א' בפ"ע דנולד חיוב זה כשפירש כנ"ל כמו תברי' או שתי' כנ"ל. וממילא היה פטור נגד כל אחד שהיה תובעו מצד חיוב זה שפשע במה ששכח מטעם רוב והוי ברי וברי כנ"ל. ולכך גם כשכולם תובעין פטור כנ"ל. דלענין החיוב שעל הגזלה דהיה קבוע פטור במה שמניח ביניהם. דפטור גם נגד מי שגזלו ורק החיוב דאח"כ שפיר פטור כנ"ל לר"ט. משא"כ באומר לשנים שפיר מודה ר"ט דחייב על מה ששכח דהוי ליה למידק כנ"ל. ואין כאן רוב ושפיר חייב לכל א' שתובעו בפ"ע דברי ושמא ברי עדיף כנ"ל. ולא הוי קשה:

ולכך פריך מקודם מתניתן גזל אפקדון דהא תני אביו של א' הפקיד דהוי שמא ושמא. וע"כ משום דהוי ליה למידק קנסוהו לחייבו אף בשמא ושמא דלא מהני טעם הנ"ל דהיזק שאינו ניכר שמי' היזק דמה בכך שחייב לזה ששלו מ"מ למה ישלם לשני כיון שאין כאן ברי ושמא. וע"כ דמשום דהוי ליה למידק חייבוהו גם בשמא ושמא ומספיקא

כהאי מפקינן כנ"ל. ושוב פריך שפיר גזל אגזל דא"א לומר דטעמא דר"ט משום דאיכא רוב הא מה שטוען ברי לא שייך הרוב כיון דאינו בכלל הספק. רק דלפי טענתו שמא יהיה דינו כברי ע"י הרוב. ומה בכך שיהיה כברי וברי הא גם בשמא ושמא חייב בהויליה למידק כנ"ל. א"כ אף שאין כאן ברי ושמא חייב. ופריך שפיר גם דייק דע"כ מדתני במשנה אמר לשנים כו' או אביו של א' הפקיד ע"כ רישא דומיא דסיפא דאמר לב' ג"כ בשמא ושמא כמו אביו כו'. ופריך שפיר למה חייב דלא שייך חילוק הנ"ל דאי ברי וברי ע"י פטור. גם שמא ושמא פטור כשהיה תובע כל א' בפ"ע ממילא גם בשניהם תובעין יהיה פטור כנ"ל. והוצרך מקודם למיפרך כנ"ל וא"ש:

ובזה י"ל מה דתמוה דמשני הכא בבא לצאת ידי שמים כו'. ולמה שינה לשונו דמודה ר"ט באומר לשנים כו'. והוי ליה למיתני באותו הדין דא' מחמשה שהתחיל ומודה ר"ט דחייב לצאת ידי שמים. ולמ"ש אפשר לומר ניהו דשמא ושמא חייב לצאת ידי שמים ואף דבכל מקום פטור כאן קנסו דשכח כנ"ל. אבל בלא הוי ליה למידק פטור אף לצאת ידי שמים כמ"ש תוס'. וא"כ לענין החיוב לצאת ידי שמים דעל השכחה כנ"ל י"ל דדוקא בב' שאין כאן רוב אבל בחמשה הוי כשמא וברי מחמת הרוב דפטור אף לצאת ידי שמים לר"ט. ותני מקודם גזל א' מחמשה דברי ושמא ומ"מ פטור מדינא לר"ט דמונח הוי השבה. ומודה באומר לב' בשמא ושמא דחייב לצאת ידי שמים דהוי ליה למידק משא"כ שמא ושמא בחמשה היה פטור גם לצאת ידי שמים דכששכח הוי פירש כנ"ל. ואף דיש לדון אם זה חשוב רוב להיות שייך כל דפריש די"ל דוקא כשהרוב ומיעוט מחולקין רוב היתר ומיעוט איסור אי רוב כותים ומעוט ישראל ממי נפל וכה"ג. משא"כ בהנ"ל דאין חילוק ביניהם שמהחמשה שגזל חייב. רק שא"י מי הוא זה הא'. וכמו שיכול להיות אחר כן יכול להיות זה. מ"מ ז"א דגם זה חשוב רוב דאיסורא ברובא איתא כמבואר בע"א וזבחים. דיש ד' צדדין שמי מהד' שהוא הנגזל אינו זה עכ"פ והנגזל ברובא איתי' שאינו זה שתובע שאותו גזל. ואף אם אפשר דחשוב קבוע דרבנן כיון שהן אין בטלין מ"מ בממון לא תיקנו קבוע דרבנן כנ"ל. גם י"ל דאפשר שייך כאן ביטול ברוב לגמרי ככל איסורין. דהא מבואר בש"ס ביצה. דנתערב קב חטין של חברו בעשרה שלו דבטל לדידן איסור גזל דהחטין ככל איסורין ע"ש. רק דמשמע שם לענין גוף החטין אבל לא לפטור מהתשלומין. והטעם דלענין השיוי של החטין ודמיהן לא חשיב מעורב כלל דאפשר להכיר איסור דאיזה שיתן לו הוא דמיו. ולא בטל רק גוף החטין. והיינו משום דכל ביטול חד בתרי הוא משום דרוב מכריע המיעוט תמיד ולא להיפוך. א"כ כשלא יבטל יהיה כל הג' אסורין ויכריע הרוב. לכך אמרה תורה להיפוך דהרוב יכריע המיעוט והכל

מועט דא"ר להטות. משא"כ לענין התשלומין דלא יכריע כלל כשיהיה חייב לשלם מ"מ ישלם רק בעד קב של חברו לא שייך אחרי רבים כו' וחייב. משא"כ גוף הקב חטין אם יאסור עליו משום גזל יהיה י' קבין שלו אסורין מספק מותר הכל. ונהפך להיות היתר לדידן וא"כ בנ"ד כיון דקי"ל דכל מה שנכנס בכלל הספק הוי כמעורב. וא"כ בגזל א' מחמשה כו'. והיה משלם לכל אחד ואחד. ואח"כ עדיין המעות אצלו שהקנה ע"י אחר או שהפקידו אצלו וכה"ג. א"כ יש אצלו מד' שהוא מעות שלו וא' שהוא גזל א"כ שפיר בטל ברוב שלו שהכל מעורב ובכלל הספק ככל איסורין כנ"ל. ובזה א"צ לשלם כלל דאם יצטרך לשלם יצטרך בשביל האחד שהוא איסור גזל לשלם ד' פעמים כמהו שלו שהוא היתר כיון שהוא מן ד' שאינו שלהם א"כ בטל לגמרי שלא יצטרך לשלם כלל כמו שם לענין גוף הדבר כן בזה גם לענין חיוב התשלומין כנ"ל. דאם לא יבטל יכריע מיעוט הרוב שלו שיצטרך לאסור המותר רוב שהוא שלו כנ"ל. וממילא כ"ש כשלא שילם להם עדיין שבטל ברוב גזל מן הא' שלא יכריע הרוב שיהיה חייב לשלם לכל החמשה כנ"ל. ובשלמא אי מקיים השבה במניח ביניהם ומסתלק שפיר זה מחויב ולא שייך ביטול דלא יכריע כלל דישלם רק מה שחייב משא"כ אי נאמר דזה לאו השבה כיון שא"י לטלו רק שישלם לכל א' שוב א"צ לשלם כלל ונהפך להיתר ואין עליו חיוב כלל דבטל כנ"ל. וא"כ לכל הפוסקים דמדינא ביבש ב' בתרי מותר לאדם א' לאכול כולן רק חומרא להשליך דנהפך להיתר כנ"ל. וא"כ שפיר יש חילוק בין גזל א' מחמשה לב' כנ"ל. וי"ל דאף לצאת ידי שמים לא מיחייב כנ"ל:

אך מ"מ נראה דבשלמא כשנתערב כנ"ל בטל ושוב אין עליו חיוב כלל משא"כ כשכבר יש עליו חיוב לא שייך ביטול לענין החיוב. דזה שייך רק באיסור חפצא וכיון שבטל אין כאן אסור. וכן קב חטין של חברו ג"כ איסור שיש בקב זה משום גזל בטל בשלו. ואין חיוב כנ"ל. משא"כ כשכבר גזל וחייב עכ"פ לא' במאי פקע החיוב. אך מ"מ לענין תברי' או שתי' או הפשיעה כנ"ל שייך שפיר כיון ששכח מעורב שוב בטל והגזלה שלו ולא הזיק של אחרים רק מה שבטל כבר ואינו מתחיל חיוב מגזלה חדשה בשעה דתברי' לשלם ד' כנ"ל. אך בהוי לי' למידק לענין הפשיעה שבא בבת אחת לא שייך זה דהפשיעה נעשה במה שעדיין לא נתערב וע"י השכחה שהוא הפשיעה נתערב א"כ כיון שכבר חייב ואחר החיוב לא שייך ביטול. אך מ"מ י"ל דזה שחייב לו מעורב בד' שאינו חייב להם. וי"ל דשייך גם בזה ביטול ברוב אי לאו משום דחשיבי. וזה דרבנן דמה חילוק בין נשרפין בנסקלין וכה"ג מי שאינו חייב בחייבים. או מי שמחויב לו בין אותן שאין חייב להם כיון שכולם בכלל הספק. וא"כ הי' מדינא פטור אף מתשלומין א'. רק מניח משום

כמו דצריך להשליך א' ביבש שלא יהי' ודאי איסור ורק חומרא או במבטל איסור מזיד דקנסו. כן בהוי ליה למידק שפשיעה שייך הקנס שלא ירויח ע"י פשיעתו ושפיר סגי במניח ביניהם כנ"ל. משא"כ אמר לשנים דאין רוב י"ל דמודה ר"ט. ולכך הוצרך להקדים כנ"ל דגם שמא ושמא חייב ופריך אח"כ כמ"ש לעיל. מ"מ י"ל דלא שייך ביטול כה"ג ברוב. דהא קידש א' מה' נשים סוף יבמות. ופ"ב דקדושין א' מבנותיך מקודשת. מבואר דלא שייך ביטול ברוב כה"ג אף שכל החמשה בכלל הספק. דאי רק משום קבוע דרבנן הוי קדושין המ' לביאה מה"ת:

אך ז"א מב' טעמים חדא דדבר המעורב מתחלתו לא שייך ביטול כמ"ש המרדכי. גם כיון דדנין על שעת הקדושין הוי קבוע גמור מה"ת כמ"ש לעיל. ועדיין צ"ע:

עוד י"ל כאן דלא הוי קשה רישא אסיפא למאי דאמר בבא קמא ק"ג תקנה גדולה כ' כשהוצאה יתירה על הקרן א"צ משא"כ כששוה לקרן ע"ש. א"כ בחמשה שיתירה ד' פעמים א"צ להפסיד שיגיע ליד הנגזל מחמת תקנה הנ"ל משא"כ אמר לב' שיפסיד רק כמו הקרן מחויב כדי שיגיע לנגזל. ותוס' בבא קמא שם הוכיח דאין לר"ט הטעם משום הוצאה יתירה כו' דהא בב' אמר ר"ט מניח כו' במקח ע"ש. אבל לענין רישא אסיפא דלא תקנו שפיר הוי מה לי כנ"ל החילוק בין ה' לב'. רק דתוס' שם הקשו במקח בחסיד שם דרק ב' אמר יניח כו'. והוי מ"ל דבלא גזל אינו חייב כלל דלא עביד איסורא כרשב"א. רק בגזל דקנסו לא קנסו רק כשאין הוצאה יתרה מקרן. ולכך במקח גם ב' פטור. ובגזל שפיר חילוק בין גזל א' מה' דפטור וב' חייב כנ"ל. רק כשהקדים במתני' דפקדון ג"כ חייב בב' דהוי ליה למידק אף שלא גזל א"כ גם במקח בב' כנ"ל. ופריך שפיר. ומחלק בין תבעי ליה כנ"ל:

עוד לכאורה אם ברי עדיף רק כמו שכתבו תוס' דזה טוען ברי שאינו חייב רק לא'. וזה שייך רק כשהן ג"כ מודים שלא גזל רק לאחד אבל כשאין כל א' אומר כלום על הב' רק תובע אותי גזל ואפשר גם להם גזל לא שייך סברת תוספ' דמ"מ טענו ברי וזה שמא כמ"ש לעיל הטעם דלא מהימן במגו ע"ש. וא"כ י"ל כיון דמיירי שכל אחד אומר אותי גזל ולא להם א"כ ברישא יש נגד כל אחד עדים שלא גזלו דאינם נוגעין במה שאומר כל אחד שלא גזל להאחרים. דאדרבא אם לא הי' אומר כן רק תובע לעצמו יותר נאמן. משא"כ סיפא אין רק ע"א. אך ז"א דהא מודה שכל הד' משקרים שד' מעידים על מי שבאמת גזלו והן מעידים שלא גזלו כיון דכל א' מעיד שלא גזל לד' האחרים. אך י"ל כיון דצריכין לישבע כל אחד כמ"ש בש"ע כמו חנוני על פנקסו. ואז כשישבעו יהיו נגד כל אחד עדים שנשבע שקר. ולא יועיל הודאת הגזלן שמא ישבע כו' ואינו יכול לישבע

מפסיד. ויש לדחות. גם לא מיירי כלל בתורת עדות שלא גזל לאחרים. או שאינו אומר רק לשון זה אותי גזל וע"ז נוגע. ואף דממילא לא גזל לאחרים הוא ע"י שהגזלן אומר שלא גזל רק לא' ממילא כל אחד שאומר אותי הוא שלא גזל לאחרים. אבל עדות אין כאן דאינו יודע כלל רק ממילא ע"י אמירת גזלן או שפסולין וכה"ג:

שם התם דקא תבעי ליה הכא בבא לצאת ידי שמים כו'. בתוס' תמהו בעובדא דחסיד דאמר ר"ט הנח דמי מקח ביניהם כו' והא מודה ר"ט דחייב לצאת ידי שמים. ותירוץ אינו מובן שאמר לו שכך הדין למה לא אמר שחייב לצאת ידי שמים. ועוד הוזכר שם שטענו ברי כלל וכה"ג גם לר"ע פטור מדינא. ובפרק הגוזל תרצו דבפקדון ומקח דלא עביד איסורא פטור לר"ט גם לצאת ידי שמים ע"ש. ותמוה הא ברישא הכא אביו של אחד הפקיד חייב לצאת ידי שמים לר"ט. ומהרש"א הניח בצ"ע ע"ש:

עוד קשה א"כ בתרתי פליגי ר"ט ור"ע בברי ושמא לר"ע מדינא חייב ולר"ט פטור רק לצאת ידי שמים חייב. ובשמא ושמא בלא עביד איסורא לר"ט גם לצאת ידי שמים פטור כעובדא דחסיד הנ"ל ולר"ע חייב. וזה פלוגתא אחרת שאין ענין למחלקותם בברי ושמא,. והיכן מצינו הא משמע שם בגמרא דרק בחדא פליגי לת"ק בלקח ולרשב"א בגזל ע"ש:

ונראה לע"ד די"ל דשפיר תליא בפלוגתא הנ"ל. דהנה הרא"ש ז"ל כתב דרישא דוקא נקיט אביו כו' דאלו בהם עצמם וא"י פטור גם לצאת ידי שמים דהן עצמן פשעו ג"כ דהוי להו למידק ולא דקדקו ע"ש. ומ"ש לעיל. ונראה למאי דקי"ל דאף דברי ושמא לאו ברי עדיף מ"מ לצאת ידי שמים חייב דלענין לצאת ידי שמים ברי עדיף רק שא"י להוציא. ובשמא ושמא איני יודע אם נתחייבתי פטור גם לצאת ידי שמים. רק כאן משום דודאי חייב לא' לכך חייב לצאת ידי שמים גם בשמא ושמא. וגם מבואר בבא בתרא פרק יש נוחלין דמנה לאחר בידך לא מהני לשוי' ברי ושמא ע"ש גבי זה אחי כו'. וא"כ כאן לר"ט דמדינא יהא מונח גם ברי ושמא. רק לצאת ידי שמים חייב דמ"מ גרם לו הפסד בפשיעתו ששכח דגם גרמא חייב בדיני שמים. וגרם שלא יוכל ליקח אותו. וא"כ היכא דהוי ליה למידק כמו במקח ופקדון. שהפשיעה הוא נגד זה שבאמת הפקדון שלו. וא"כ כששניהם טוענים שמא לא מיחייב לצאת ידי שמים דזה ששלו ג"כ פשע ששכח. ואם הוא לא הי' שוכח והי' טוען ברי שוב אף אם הנפקד שכח וגם הב' הי' טוען שמא כמו עכשיו. מ"מ הי' הנפקד נותן רק לזה שטוען ברי ומהשני הי' פטור לגמרי כיון דלר"ט הדין אף בברי ושמא יהא מונח מדינא משום דמספקא לא מפקינן ממונא כו'. והיינו נגד הנפקד שישלם בחנם. ולכך יהא מונח אבל אותו מנה שמונח ממילא כיון שא' טוען ברי והב' שמא א"כ נגד הב' שפיר ברי עדיף דאין שום אחד מוחזק. והוי ברי טוב ושמא

גרוע א' נגד הב' דיש לו לידע כמוהו. ודאי הדין ברי עדיף וינתן לו אותו מנה. וממילא גם הנפקד פטור נגד הב' אף מלצאת ידי שמים. דהא אף אם הטוען ברי הי' נותן לזה הטוען שמא וחוזר ותובע ממנו הי' עכ"פ ברי ושמא ככל איני יודע אם נתחייבתי חייב להחזירו לצאת ידי שמים להטוען ברי וא"כ ברי זו עצמו פוטרת הנפקד מלצאת ידי שמים נגד הטוען שמא. דלא חשיב מנה לאחר בידך דהא מה שזכה הוא במנה המונח הוא מצד ברי ושמא שנגד הב' שאינו מוחזק. א"כ הברי הוא על תביעת עצמו מנה לי כו'. א"כ מהני ברי זו לענין לפטור הנפקד מלצאת ידי שמים מן הב' הטוען שמא. דאלו הי' הנפקד משלם לו וחוזר ותבעו בברי הי' חייב לשלם לצאת ידי שמים מכש"כ שא"י ליקח לצאת ידי שמים כיון שיש ברי נגד שמא שלו שאין הנפקד חייב לו. והא זוכה נגד הב' בברי זו ומאמינים לו ושוב ברי זו פוטרת הנפקד כנ"ל. לכך פטור גם לצאת ידי שמים:

וא"כ עכשיו ששכח זה שהפקדון שלו והנפקד נגד שניהם שמא ושמא ויהי' חייב לשניהם לצאת ידי שמים ע"י זה כיון שיהא מונח ומפסיד והוי גרמא. ושוב ג"כ פטור דאותו הגורם הוא גם זה שהפקדון שלו שע"י זה יהיה חייב לשניהם לצאת ידי שמים. ואם לא הי' שוכח הי' גובה הוא לא הב' א"כ מה שאינו לוקח ע"פ דין גרם לעצמו בהשכחה שלו. וגרם לו שיצטרך לשלם לצאת ידי שמים להב' שאינו חייב לו כלל. והוי ג"כ גרמא המחייבת המפקיד לצאת ידי שמים לנפקד. ולכך פטור הנפקד גם מן לצאת ידי שמים. דמדינא סגי יהא מונח רק הגרמא במה ששכח ואיך נחייבו מש"ה לצאת ידי שמים. הא א"כ שוב מי ששלו חייב לו לצי"ש ע"י פשיעה שלו ששכח. דאלו הי' זוכה לא הי' נפסד כלל וגם הנפקד לא הי' משלם רק לו ששלו כנ"ל. משא"כ לרבי עקיבא דסבר בברי ושמא חייב מדינא דלא סגי במונח כו'. א"כ שוב נראה דגם אם אחד הי' טוען ברי והב' שמא. גם כן הי' מחויב לזה לשלם מדינא ולהטוען שמא הי' חייב הנפקד לשלם לצאת ידי שמים דלא הי' פוטרתו ברי של זה כלל דהוי מנה לאחר בידך. דהא ברי שלו אינו נוגע כלל נגד הב' הטוען שמא דהוא גובה מהנפקד משום ברי ושמא שחייב לו ואין ענין טענתו ברי נגד אותו מנה דוקא רק טענתו ברי על הנפקד שחייב לו דמה"ט אמרינן ברי עדיף דמספיקא מפקינן ממון. ואין אנו דנין כלל מה שהנפקד טוען ברי שרק א' מהם גזל. רק כאלו תובעו לעצמו ברי שחייב לו והנפקד משיב שמא דחייב כמ"ש הרי"ף דטעמו כנ"ל. וא"כ מצד ברי שלו זוכה רק נגד הנפקד דברי עדיף נגדו. וא"כ מה שאומר עוד בברי שלו שאינו חייב להב' הטוען שמא הוי רק כעד הנוגע האומר שאינו חייב לזה וכמנה לאחר בידך. דמצד טענת ברי אינו פוטרו מן לצאת ידי שמים נגד הב' שהדין בשמא ושמא דחייב לצאת ידי שמים. כיון שזו הברי שאינו של הב' אינו נוגע לו שלא

בשביל זו הברי זכה המנה רק דמשום שברי שהנפקד חייב לו כנ"ל. וממילא כיון שהי' חייב לצאת ידי שמים אף אם הי' טוען ברי והשני שמא. שוב ממילא גם ששניהם טוענין שמא חייב לשניהם לצאת ידי שניהם דהוי ליה למידק. ומי שהפקיד ששלו לא גרם לו היזק כלל בשכחה שלו דגם אם הי' זוכר וטוען ברי והנפקד שמא וגם הב' שמא גם כן הי' חייב לשלם להב' גם לצאת ידי שמים כנ"ל. דלא הי' ברי שלו פוטרו כיון דלו חייב מדינא כנ"ל. ושפיר גם עכשיו חייב. ואתי שפיר בעזה"י הכל דאין זה פלוגתא חדשה כלל רק ר"ט לטעמיה דבברי מדינא פטור רק לצאת ידי שמים. ולכך במקח פטרו אף לצאת ידי שמים. דהמוכר פשע כנ"ל וגרם לו היזק אם יהי' חייב כנ"ל. ורק במשנה אביו של אחד כו' דלא פשע המפקיד כלל אז חייב לצאת ידי שמים לר"ט דהוי ליה למידק ופשע רק הוא אף דשמא ושמא חייב כנ"ל לצאת ידי שמים. משא"כ כשהי' להמפקיד לזכור או שם במקח כנ"ל. אבל ר"ע דסבר בברי ושמא מדינא חייב שפיר שם במקח אף שהי' שמא ושמא אמר לו ר"ע שחייב לצאת ידי שמים. דהוא פשע ולא המוכר שגם אם לא הי' שוכח והי' טוען ברי ג"כ הי' הוא חייב גם לב' לציי"ש כנ"ל:

ובזה י"ל דעת רי"ף ז"ל שכתב דקי"ל כר"נ ור"י דאוקי ממונא כו' רק משום דעביד איסורא כו' קנסוהו כו'. וכתב נמוקי יוסף שזה כתבו לראיה שהלכה כרשב"א דלא נחלקו ר"ט ור"ע אלא בגזל לא בלקח משום דקי"ל כר"נ דלאו ברי עדיף כו'. ותמוה דהא ודאי דר"נ מתרץ גם לת"ק דרשב"א דבלקח פליגי. דאף דבכל דוכתי אוקי ממונא כו' מ"מ כאן שודאי חייב לא אמרינן ברי עדיף כמ"ש תוס'. וכמו שמחלק ע"כ גם לדידן לענין לצאת ידי שמים. עוד תמוה הא רי"ף בעצמו מסיק דגם פקדון במתניתין משום פשיעה חייב כמו בגזל. וא"כ הא גם בלקח איכא פשיעה. והנמוקי יוסף נדחק הרבה דמקח שדרך לתבוע מיד לא הוי ליה למידק שהי' סבור שיתבענו מיד ע"ש. ותמוה דלא הוזכר שיעור לדבר ואם מיד תובעין שניהן לא שייך הנ"ל:

עוד קשה הך מעשה דחסיד לרשב"א. ורש"י ז"ל בבא קמא כתב דתנא דחסיד פליג ארשב"א עיין שם וג"כ תמוה דמעשה רב. גם הי' לו לגמ' למיפרך מברייתא ארשב"א כדפריך אמתני' שם מהך ברייתא. ולמ"ש י"ל הכל דהא טעם הנ"ל אם הי' א' טוען ברי וב' שמא דהי' הוא פטור. ולר"ע הי' חייב כיון שלא זכה בברי שלו נגד הב' רק נגד הנפקד. זה שייך אי לר"ע הטעם משום דברי עדיף בכל מקום דמספיקא מפקינן ממון. א"כ זכה מצד תביעתו לחוד נגד הנפקד. שפיר שוב מה שאומר ברי שאינו מגיע לב' הוי כמנה לאחר כו'. אבל לר"נ דלאו ברי עדיף. רק דנימא לר"ע הטעם מדינא כמ"ש תוספות כיון דלא' חייב ודאי שוב ברי עדיף וחייב ליתן לו אותה הק' וממילא נגד כל א' כן כאלו הי'

כל אחד טוענו לבדו על אותו מנה. א"כ. שוב יהי' הדין ג"כ בהנ"ל דזה זוכה בברי שלו ג"כ רק מצד הנאמנות שאותו הק' שגזל מא' הוא שלו לא של הב' כיון דמצד עצמו נגד הנפקד לא הי' מהני להוציא רק מטעם דשל א' עכ"פ ונאמן דשלו. שוב ממילא הברי מהני לפטור הנפקד מן לצאת ידי שמים נגד הב' הטוען שמא כמו לר"ט כנ"ל דהוי מנה לי בידך כנ"ל. וא"כ ממילא הי' פטור גם הנפקד מלצאת ידי שמים על מה ששכח. כיון דהמפקיד ששלו פשע דאם הי' זוכר הי' פטור כנ"ל:

וא"כ אתי שפיר דבגזל דעביד איסורא דקנסו מצד הגזל שיהי' הדין ברי עדיף. שפיר הדין במשנה אמר לשנים גזלתי כו' והן טוענין שמא ג"כ חייב לצאת ידי שמים דלא שייך שהנגזל פשע דשכח כמ"ש הרא"ש דז"א דאף שהי' זוכר ג"כ הי' חייב לצאת ידי שמים גם להטוען שמא. דלא הי' פוטרו ברי שלו כיון דמצד דעביד איסור גזל קנסו א"כ נאמן בברי שלו נגד הגזלן מצד הקנס הוי שוב נגד הב' כמנה לאחר כו'. דלא זכה כלל מצד שנאמן נגד הב' רק נגד הגזלן דקנסו כמו אם הי' הדין ברי עדיף בכ"מ. ואף שמסתעף הקנס מצד שודאי גזל מ"מ אינו ענין להנאמנות כנ"ל. ולכך ממילא חייב עכשיו ששכח הגזלן לצאת ידי שמים כנ"ל. ועוד כמ"ש לעיל דהקנס מצד שגזל אין פוטרו מה שפשע הנגזל כנ"ל:

אבל בפקדון תני אביו של אחד אז חייב לצאת ידי שמים כמ"ש הרא"ש דבזה פשע. דהם לא אפשר למידע כנ"ל. אבל הם עצמם אם שכחו הי' פטור גם לצאת ידי שמים דהמפקיד שבאמת שלו פשע דאם הי' זוכר הי' פטור מהב'. דכאן לא שייך דנימא ג"כ כנ"ל. כיון דברי עדיף משום קנס דפשיעה דהוי ליה למידק א"כ לא יפטרנו נגד הב'. ז"א דאדרבא למה נאמר דקנסו ויהי' פשיעה. הא כשלא נקנוס אין כאן פשיעה כלל דשפיר נאמן כשטוען ברי נגד הב' ויפטור גם הנפקד מלצאת ידי שמים נגד הב'. וממילא גם עתה אין פשיעה. ושפיר פטור גם לצאת ידי שמים רק משום אביו כנ"ל. ולכך בסיפא דזה ק' פטור גם לצאת ידי שמים דלא הוי ליה למידק היינו לפטרו אף בברי ושמא דזה חייב בכל מקום לצאת ידי שמים וכאן פטור כנ"ל:

וא"כ י"ל ברייתא דמקח בחסיד גם לרשב"א דלא נחלקו במקח מדינא אף ברי ושמא פטור גם לר"ע דכיון דלא עביד איסור לא קנסו משום הוי ליה למידק שיהי' ברי עדיף יותר מכל ברי ושמא דקי"ל אוקי ממונא בחזקת מרי'. מ"מ לצאת ידי שמים דכל ברי ושמא חייב שפיר גם במקח דהוי ליה למידק חייב לר"ע. ולא מהני הטעם שכתבו תוס' דעכ"פ ברי שרק לא'. רק כיון דהוי ליה למידק נשאר בטוען כל א' בפ"ע. ולכך במעשה דחסיד מיירי לרשב"א בברי ושמא וחייבו ר"ע לצאת ידי שמים. ור"ט גם בגזל לא קניס

דסבר דהוי כברי וברי שאין חיוב רק לא'. לכך גם במקח פטור לצאת ידי שמים ולר"ע חייב. ומ"מ בשמא ושמא הי' פטור גם לר"ע לצאת ידי שמים. דגם מוכר פשע דאם זוכר הי' מהני ברי שלו לפטור בלוקח מב' לצאת ידי שמים כיון שאין לו לצאת ידי שמים משום הברי שלו כנ"ל. וי"ל דגם בפקדון כן. ובגזל ברי היה חייב משום קנס לרשב"א כמ"ש רי"ף ומתניתין שמא ומ"מ חייב לצאת ידי שמים. שהקנס על הגזל ולא שייך שפשע הנגזל. ועוד דגם אם היה זוכר לא הי' פוטרו מהב' דהוא זוכה נגדו משום קנס דגזל כנ"ל. ובפקדון דוקא אביו דאל"ה הי' פטור לצאת ידי שמים כנ"ל. דאי זוכר היה זוכה לצאת ידי שמים מצד הברי והי' פוטרו דזוכה מדינא נגד הב' משום הברי. משא"כ למ"ד תמיד ברי עדיף א"כ ע"כ אי כרשב"א ע"כ לר"ע מה דפטור מדינא בלקח דדינו כברי וברי דאין חייב רק לא'. א"כ בשמא פטור אף לצאת ידי שמים וא"א לאוקמי מתניתין כר"ע והוכיח שפיר כנ"ל:

ולפירש"י דרשב"א פליג אתנא דחסיד וכפי' הנמוקי, יוסף דבפקדון חייב מדינא משום הוי ליה למידק. י"ל ג"כ כנ"ל כיון דלאו ברי עדיף רק דקנסו שפיר י"ל דאינו זוכה מהטעם שכתבו תוס' דחייב לא' ודאי רק הקנס כנ"ל. ושפיר לא היה פוטרו וחייב לצאת ידי שמים כנ"ל:

עוד י"ל על קושיא א' הנ"ל איך תליא בפלוגתא דר"ט ור"ע. די"ל באיני יודע אם נתחייבתי דחייב לצאת ידי שמים. אפשר דעד שאינו חייב פוטרו אף דעד אחד אינו קם לממון מ"מ היינו חיוב שע"פ ב"ד אבל לצאת ידי שמים הוי כשאר איסור דעד א' נאמן באיסורין וחזקת ממון מסייעו למה לא יהיה נאמן שאין עליו איסור גזל. א"כ י"ל כשא' ברי וא' שמא אם הדין דפטור גם ברי ושמא כר"ט ורק לצאת ידי שמים. וזה הי' מהני אף שלא היה יודע כלום אם גזל גם הב' או לא. מ"מ הי' נגד הגזלן ברי ושמא שתובעו ברי וזה אינו יודע אם גזלו או לאחר. והי' חייב לשלם לו לצאת ידי שמים. גם עתה שאומר שיודע שגזל או לקח רק מאחד מחמשה והוא הוא אותו שלקח ממנו ג"כ אין לו חיוב רק לצאת ידי שמים. ואין נוגע במה שמעיד שלא גזל ולקח מהאחר רק ממנו. והוי עד כשר לענין זה לפטור הלוקח מן לצאת ידי שמים נגד הב' הטוען שמא. ועד אחד שפיר פוטר מלצאת ידי שמים כנ"ל. דאינו נוגע כלל במה שמעיד על ה שאינו חייב לו כנ"ל. וא"כ שפיר נפסד זה בפשיעתו ששכח דע"י זה צריך לשלם גם לב' לצאת ידי שמים. ומה"ט פטור באמת משניהם כשטוענים שמא דזה שחייב לו פשע ג"כ וזה נפסד ע"י שכחה שלו כנ"ל. משא"כ לר"ע דברי ושמא חייב מדינא. ואף דקי"ל כר"נ דלאו ברי עדיף ורק כאן שלא' בודאי חייב שגזל או לקח כו'. וא"כ שפיר אף שהיה זוכר וטוען ברי והב' שמא ג"כ לא

הי' פוטרו מהב' בתורת עד דהוי נוגע דע"י זה שאומר שרק אותו גזל יש לו חיוב מדינא משא"כ אם הי' טוען סתם ברי שחייב לו היה כשאר ברי ושמא דפטור מדינא וכיון דנוגע לא הי' פוטרו מלצאת ידי שמים וגם עתה חשיב כששכח כנ"ל. אך ז"א דאין זה רק כובש עדותו. אף אם היה יודע ואינו מעיד דחייב רק בדיני שמים. וא"כ ע"י שכחה אף שפשע אין חיוב לצאת ידי שמים. ועוד דלא מיירי מתורת עדות וגם כשפסול וכה"ג. אך י"ל דחשיב הוגד לי כברי כשאינו נוגע כדמבואר בש"ע לענין להשביע כן י"ל לענין החיוב לצאת ידי שמים משום שמא שלו ושייך החילוק הנ"ל. ומ"מ יש לדחות דאף לר"ט נוגע שע"י שאומר שלא מאחר כו' יזכה מצד ברי ושמא אותה מנה שיהיה מונח כמ"ש לעיל.

רק אי נימא דאין הדין כן רק דלא מהני גם בזה ברי ושמא אז שייך תירוץ הנ"ל:

שם הכא בבא לצאת ידי שמים. הרא"ש ז"ל דייק דוקא אביו כו' אבל הן עצמן שאין יודעין פטור גם לצאת ידי שמים עיין שם דקשה מגזל עיין מה שכתבתי לעיל. עוד יש לומר דגם לדידן דכר"ע דברי ושמא חייב. מ"מ אם א' יטעון ברי והשני שמא וגם הנפקד אינו יודע יהיה פטור מהב' לצאת ידי שמים כנ"ל. כיון דבכ"מ שמא ושמא באיני יודע אם נתחייבתי פטור אף לצאת ידי שמים עיין שם בבא קמא וש"ע ס' ע"ה. ורק כאן משום דוודאי. חייב לאחד. ואף דהא ב' יב"ש מצי מדחי וניהו דעל הפקדון לא שייך כנ"ל. אבל יותר מיהא מונח אין חיוב דניהו דלא הוי השבה וחייב לשלם לזה ששלו כאלו נאבד מ"מ זה שוב רק חיוב כהלוואה ומצי מדחי לכל חד. אף אי לא סגי ביהא מונח מ"מ יועיל כשמניח ביניהם וע"כ דהוי כאיקבע איסורא וכב' שבילין דאם כן לא יתן לשום א' ויעשה איסור. והיינו דאין טעם לחייב לזה יותר מלזה חייב לשניהם וכמו שכתב הר"ן פרק ב' דכתובות. הוי כבב"א כו'. והיינו בשמא ושמא ששניהם טוענין שמא ועכ"פ חייב לא' שוב חייב לשניהם דאין טעם לזה יותר מזה. מה שאין כן כשא' ברי וב' שמא. שוב חייב להטוען ברי מצד עצמו לצאת ידי שמים ככל ברי ושמא ממילא לא חשוב כלל בבת אחת. ונשאר נגד הב' ככל שמא ושמא דפטור גם לצאת ידי שמים דאין כאן עוד ודאי חיוב דנסתלק על ידי ששילם להטוען ברי דהיה טעם חיובו לשלם לו מה שאין שייך נגד הטוען שמא כנ"ל:

וממילא כששכח גם זה שהפקדון שלו שפיר פשע וגרם לו שיהיה צריך לשלם גם לב' לצאת ידי שמים ושוב אין צריך כלל לשלם לצאת ידי שמים וכמ"ש מקודם. ודוקא באביו שלא פשע כנ"ל. משא"כ גזל דאיסור גזל קנסוהו כנ"ל:

עוד יש לומר דהא חזינן בהוי ליה למידע דאמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם וכתב ראב"ד ז"ל הטעם דלא מהימנין ליה כלל שאינו יודע רק שמסתמא יודע

ואינו רוצה לישבע טוען איני יודע לכך חייב מה שאין כן בלא הוי ליה למידע עיין שם. והנה באותן הנשבעין ונוטלין שתיקנו ליטול בשבועה שדינן שלא היו נוטלין כלל. מבואר שם דכשאומרים איני יודע ואינן יכולין לישבע מפסידין. ורק בבנים קיימא לן הבו דלא לוסיף אדרב ור"ש. שא"י לישבע. אבל בהיך דהוי להו למידע ואומרים איני יודע אינו נוטל כלל. ונראה דבטוענין ברי שדינם לישבע וליטול ואין רוצים לישבע דזה פטור גם לצאת ידי שמים בתקנת נגזל באשו וכהאי גוונא שאינו יודע. דראיה זו שאינו רוצה לישבע דודאי שקר חייבו תורה לשלם מחמת הוכחה זו מכל שכן שפטרתו מלצאת ידי שמים דאיזה כח מרובה כק"ו דעד מסייע כנ"ל. וכמו טוען ספק על פי עד וזה אינו רוצה לישבע ומשלם. ודאי דזה פטור מלחזור ולשלם לצאת ידי שמים והלה אף שטוען ברי והוא שמא ואף דנימא שאין עד א' פוטר מלצאת ידי שמים. מ"מ ראיה זה שלא רצה לישבע דבשביל זה נתחייב זה עצמו פוטר מלצאת ידי שמים כנ"ל. ואם כן כאן דהדין בשניהם ברי דחייבין לישבע כמו בחנוני על פנקסו. ואם כן בשניהם שמא למה ישלם גם לצאת ידי שמים. כמו בברי ואין רוצים לישבע דהיה פטור גם לצאת ידי שמים. וכן בשמא כיון דהוי להו למידע לא מהימנין להו כלל שאינן יודעין רק שאין רוצים לישבע ומפסידין כנ"ל:

אך זה אינו. דבשלמא שם זה הוכחה כשאינו רוצה לישבע או אומר איני יודע כדי שלא ישבע הוא ראיה שאינו מגיע לו. מה שאין כן כאן ששני התובעין טוענין שמא מה מועיל הראיה הא מ"מ לאחד ודאי חייב אף שאינו נשבע. ועדיין יש לומר דחייב לצאת ידי שמים כנ"ל. אבל באחד טוען ברי וב' שמא אם כן ודאי הדין דהטוען ברי שנשבע ונוטל שוב הב' שטוען שמא מפסיד משום שאינו יכול לישבע משלם דכיון דהוי ליה למידע אומרין שיודע ואינו רוצה לישבע וראיה זה פוטרתו מלצאת ידי שמים. שבאמת אינו שלו רק של אחד שנשבע. ואם כן אתי שפיר כנ"ל שעל ידי פשיעתו נפסד. דאם היה זוכר היה פטור מן הב' כנ"ל:

ועוד דיש לומר גם שניהם שמא דאין גובה שתולין שיודע ואף שאינו רוצה לישבע באמת מ"מ כיון שזה נפסד על ידי שאינו נשבע שעל ידי זה יהיה צריך לשלם לב' גם כן שוב גם הוא מפסיד אם יודע ומשקר איני יודע כדי שלא ישבע כיון דכך היה התקנה שלא יטול רק בשבועה פטור גם לצאת ידי שמים כשאינו נשבע. מה שאין כן אביו של אחד כו' דהבו דלא לוסיף דלא אמרינן אין אדם מוריש שבועה בשאר שבועות כנ"ל. ויש לדחות. ומ"מ יש לומר דחיישינן לקנוניא כשזה אומר מקודם שמא שאינו יודע מי הפקיד זה או זה ואחר כך טוענין שניהם שמא יש לומר שזה שבאמת שלו יודע רק כשיטענו שניהם

ברי יצטרכו לישבע וליטול ועושה קנוניא וטוענים שמא שישלם לשניהם בלי שבועה ויחלוק במנה הב' עם הגובה שלא כדין. ומ"מ יש לדחות דלא שייך דסומך שישלם לצאת ידי שמים. כיון דמדינא פטור:

מ"ש תוספות מלקח ואינו יודע כו' בחסיד דהא חייב גם לר"ט לצאת ידי שמים. ולכאורה יש לחלק בין פקדון להלוואה כמו שכתב הראב"ד גבי עבד שעשאו אפותיקי לחלק בגרמא בין עביד מעשה בדחבריה ובין היכא דבדידיה קעביד מעשה אף שעל ידי זה נפסד של חבירו פטור עיין שם. אם כן כמו שמחלק לענין חיוב בגורם גמור מדינא. כן יש לחלק לענין גרמא לצאת ידי שמים. דע"כ הטעם משום דפשע דהוי ליה למידק אף דמדינא סגי ביהא מונח והוי השבה מ"מ ע"י גרם פשיעתו נפסד זה שאינו יכול ליקח פקדונו. וגם גרמא חייב לצאת ידי שמים ומה"ט צריך לצי"ש לשלם לכל אחד. וי"ל בפקדון דוקא שמה ששכח של מי הוא פשע בפקדון שאינו יכול ליטלו וכמו לא ידענא היכא אותבי' דפשיעה הוא ששכח המקום כן כששכח של מי הוא ובשומר חייבו תורה שלא שמר והוי הגרם היזק בדחבריה. מה שאין כן בהלוואה כששכח ממי לוה בדידיה קעביד מעשה שהמעות שלוה שלו. וניהו דחיוב יש עליו ופשע בהחיוב של חבירו הא אינו שומר על החיוב ואף שטר גמור שהופקד בידו מיעטה תורה מדין שמירה ופטור בפשיעה לרוב הפוסקי' מכל שכן שאינו מוטל עליו שמירת החיוב וקודם הזמן שמשלם הוא שלו וי"ל דאינו חייב כלל:

ואם היינו אומרים דהיכא דחייב לאחד ממילא צריך לשלם לשניהם כדי שישולם זה שחייב לו. ורק בפקדון בלא הוי ליה למידע פטור בכרך א' דכשאינו פשיעה פטור גם נגד זה ששלו ואין חיוב כלל דשומר חנם הוא. מה שאין כן בהוי ליה למידע דפשע וחייב לזה ששלו ממילא צריך לשלם לשניהם. ואם כן בהלואה או דמי מקח שחייב לאחד אף שלא פשע חייב ממילא לשניהם כנ"ל. אך הא פסקו בש"ע ס' ע"ז גם בהלואה החילוק בין הוי ליה למידע ללא הוי ליה למידע ע"ש. וע"כ דאף שחייב לאחד גם כן פטור רק משום קנס דהוי ליה למידע ושייך גם בהלוואה החילוק. ואם כן שוב יש לומר דדוקא בפקדון שייך הקנס מה שאין כן בהלואה כנ"ל. אך נראה דזה תלי' בפלוגתא דתנא קמא ורשב"א אליבא דר' טרפון ור' עקיבא דלרשב"א דבלקח לא נחלקו רק בגזל. ע"כ אף דחייב לאחד סגי במניח כו' ורק משום עביד איסורא קנסוהו. אם כן ע"כ בפקדון במתני' דחייב הוא משום דהוי ליה למידע קנסוהו בפשיעתו כמו בגזל דהא לא סגי לחייבו במה שחייבו לאחד רק משום קנס לר' עקיבא. וע"כ דקנסו גם בפשיעה. וזה אינו שוב במה שפשע בדחברי' שזה שייך לחייבו. אבל מ"מ לענין שישלם לזה שאינו שלו

ע"כ דקנס משום דמ"מ על ידי גרם שלו נפסד. אם כן גם בהלוואה ודמי מקח יש לומר כן אף דבדידיה כנ"ל. אבל לתנא קמא דרשב"א דבלקח נחלקו שפיר כשחייב לאחד חייב לשניהם לר"ע. והחילוק בפקדון בלא הוי ליה למידע פטור לגמרי שהוא שומר חנם ונאבד שלא בפשיעה מה שאין כן בהוי ליה למידע דפשע וחייב לא' חייב ממילא לשניהם. אם כן לר' טרפון דמודה בגזל הקנס רק משום עביד איסורא דגזל. אבל פקדון לא קנסו כלל משום הוי ליה למידק. רק במתני' חייב לצאת ידי שמים דבדחבריה פשע. ובמקח אף לצאת ידי שמים פטור דבדידיה קעביד כנ"ל. ובשמא ושמא מיירי דפטור לר' טרפון גם לצאת ידי שמים ורק בגזל מודה ור' עקיבא דסבר בלקח ברי ושמא כיון דחייב לאחד אף בלא קנס וגרע משאר ברי ושמא יש לומר דמהאי טעמא בשמא ושמא חייב לצאת ידי שמים דהא מ"מ חייב לא' אף שלא מטעם פשיעה. ויש לומר עובדא דחסיד שמא ושמא ונחלקו ר' טרפון ור' עקיבא לצאת ידי שמים כנ"ל:

יש לומר גם דנימא דיש חילוק בין פקדון להלואה דבהלואה לא מחייב (או כנ"ל). או כמו שכתבתי לעיל. מ"מ הא במקח לכאורה קשה ר' טרפון דאמר הנח דמי מקח ביניהם כו'. הא קיימא לן עייל ונפיק אזוזי לא קני. אפילו במכר לו לשלם לזמן ואינו משלם דאומדנא דאינו מוכר רק שישלם לו ולא שיהיה חוב עליו. אם כן כיון דשכח והדין מניח ועכ"פ המוכר אין לו דמיו ואדעתא דהכי לא מכר אף שנולד אחר כך לא גרע מעייל ונפיק כו' ולא קנה החסיד המקח כלל. וצריך להחזיר החפץ ולמה אמר דמי מקח כו'. אך י"ל דהא מוכר מפני רעתה אין אומדנא דאדרבה ניחא ליה שיהיה חוב ולא יתבטל רק סתמא אינו רוצה בחוב רק מעות ואי לא טוב לו שיתבטל המקח אבל כאן אין כאן אומדנא שיתבטל משום שאין יכול ליקח הדמים דמה תועלת לו במה שיתבטל המקח הא אם כן יהיה הדין על החפץ יהא מונח וגם כן לא יהיה לו החפץ. ושוב טוב לו שיהיה התשלומין ביניהם כנ"ל:

אך לר' עקיבא ולטעם הנ"ל דבגוף החפץ הדין דצריך לשלם לכל אחד רק במעות שהוא כהלואה יהיה הדין מניח. אם כן שוב יהיה בטל המקח מטעם אומדנא כנ"ל. דכאן טוב לו שיתבטל ושוב על גוף החפץ דינו כפקדון דפשע בהחפץ ויצטרך לשלם לכל אחד ויהיה לו החפץ או דמיו כנ"ל. ואף דאז היה שלו מ"מ כמו שכתב הרא"ש סוכה ובבא בתרא במתנה על מנת להחזיר דכשלא החזיר ובטל למפרע חייב מטעם שולח יד בפקדון אף שאז היה ברשות עיין שם. ממילא גם כאן כיון דבטל המקח חייב על פשיעת החפץ ששכח של מי הוא. ושפיר דמי לפקדון כנ"ל. וממילא לר' עקיבא אינו יוצא עד שישלם לכל אחד ואז המקח קיים כנ"ל:

ובזה מיושב מה דקשה לכאורה למה שכתבו תוספות דר' טרפון דאמר הנח דמי מקח מיירי מדינא לא לצאת ידי שמים. אם כן למה חייבו כלל הא מצי מדחי לכל חד בלי הרשאה דבשלמא פקדון וגזל גוף החפץ אינו שלו כמו שכתבתי לעיל. מה שאין כן דמי מקח שהוא הלואה וכמבואר בש"ס בכמה דוכתי דמצי מדחי לכל חד מדינא:

ולמ"ש אתי שפיר דלענין שלא ישלם כלל לשום אחד שוב יתבטל המקח מטעם עייל ונפיק אזוזי דאומדנא כנ"ל ובזה טוב לו שיתבטל דעכ"פ יהיה הדין דלא יוכל לדחות ויהא מונח או יחלוקו כמו בפקדון כנ"ל ושוב גם עתה אינו יכול לדחות כנ"ל. וע"כ יניח דמי מקח ביניהם ושוב אין נ"מ וקיים המקח לר' טרפון כנ"ל וא"ש:

הרי"ף כתב אע"ג דקיימא לן כר"נ דלאו ברי עדיף בגזל קניס ר' עקיבא כו'. משמע דתליא פלוגתא דר' טרפון ור' עקיבא בהנ"ל אי ברי עדיף. ותמוה דע"כ הני אמוראי מתרצי אלייהו וכמו שכתבו תוספות. וגם לשון הגמרא ריש הסוגיא אלמא מספיקא מפקינן ממונא דמשמע כהרי"ף ז"ל וקשה שאין שייכות אי מספיקא מפקינן כו' כמו שכתבתי לעיל. וגם דמשמע דפלוגתא דר' טרפון ור' עקיבא אם מניח חשוב השבה דכן משמע לישנא דר' עקיבא לא זהו כו' וא"כ אינו ענין לברי עדיף:

ונראה דהנה מבואר בבא קמא קי"ח במשנה דגוזל הפקיד הלוה בישוב לא יחזירנו לו במדבר. ופירש רש"י דלאו מקום שימור אף שיחזירנו לידו כיון דיש ספק הפסד אף שהוא אחר החזרה. ודיעבד מבואר שם קט"ו מי שבא בדרך ומעות בידו וראה אנס בא לא יאמר כו' ואם אמר דבריו קיימין ומוקי ביכול להציל על ידי הדחק דיעבד מהני ולכתחילה לא ע"ש. ובש"ס בבא קמא קי"ז מחלק בפקדון אם באו גזלנים עליו ע"ד הפקדון אף שיכול להציל כשיתן להם ממון שלו אינו חייב דלא חשיב מציל ממונו בממון חבירו אדרבה כיון שבאו רק ליקח הפקדון כנ"ל. אבל אם באו לגזול ממון שלו אסור להציל עצמו במה שיראה להם הפקדון שיקחו ואי עביד חייב דמציל ממונו בממון חבירו חייב כנ"ל עיין שם. וגם מחלק בש"ס בהראה בין אונס למזיד. מה שאין כן בנשא ונתן ביד כו' חייב אף באונס וכמו שכתב הרי"ף דבמעשה לא חילקו רק בדיבור עיין שם. וכשהראה מקודם מיקלי קלי' ופטור אף שנשא ונתן ביד אחר כך עיין שם:

והנה כאן בהפקיד אחד או גזל כו' וכל אחד אומר אותי גזל הוי כאנס בא כנגדו. דזה טוען שלא כדין שהוא שלו ורוצה לגזול זה הפקדון או החפץ שגזל כנ"ל. ואם כן כיון דסבירא ליה אף אי חשוב השבה מניח כו' מ"מ אסור להשיב באופן זה כיון דאנס כנגדו ויפסיד הלה. והיינו דפריך לקמן שקלו כו' דאם הדין כל דאלים גבר במניח ביניהם אסור להשיב כנ"ל. ואם כן מיושב בזה מה דלא קשיא ר"ט דרישא אסיפא דגזל אחד מחמשה

סבר מניח ולמה מודה באמר לב' כו'. דשפיר היה אפשר לחלק בין טוענין ברי דמהאי טעמא יהא מונח דלא ירויח הרמאי ויודה על ידי זה ואם כן הוי כיכול להציל על ידי הדחק דכיון שאינו ודאי שהאנס יקחנו חשוב השבה דיעבד. ואף שאחר כך אינו יכול להציל כבר נפטר עיין שם. וכן כאן מהני השבה שלו מניח ביניהם דאינו ודאי שמא יודה כיון שלא ירויח:

וגם אם הדין כל דאלים גבר אינו ודאי והוי יכול להציל כנ"ל ונפטר דיעבד. מה שאין כן באמר לב' דטוענין שמא. ולא שייך שיודה. וכן כיון דקיימא לן חולקין בשמא ושמא. אם כן אינו יכול להציל כלל ומודה ר"ט דלא הוי השבה. לכך הקדים הש"ס הא דפקדון דע"כ משום דהוי ליה למידק חשוב פשיעה השכחה. ואם כן אי אפשר לומר טעמא דר' טרפון כנ"ל. דהא הוא בפשיעתו הביא האנס וכשאינו מציל חייב ולא מהני מה שאינו ודאי. דאם לא היה השכחה פשיעה היה שייך לחלק כנ"ל. מה שאין כן כיון דמוכח מפקדון דהוי פשיעה דאי לא היה חשוב פשיעה היה פטור בפקדון אף שודאי אינו יכול להציל וע"כ כנ"ל ופריך שפיר:

אמנם י"ל דזה חשיב דאתי אדעתא דפקדון דזה שטוען אותי גזל או שהוא הפקיד א"כ בא לגזול הפקדון וא"צ הנפקד שיתן ממונו לזה כדי שיציל הפקדון ולא יקחנו הגזלן ע"י יהא מונח דהא אינו מחויב ושפיר יכול להניח ביניהם כנ"ל. ואף שיפסיד זה כנ"ל. דבשלמא התם לא יחזירנו במדבר דאפשר להחזירו בישוב משא"כ כאן שא"י וא"א להחזירו רק במדבר כנ"ל. רק שיתן ממונו לשלם כדי להציל ואינו מחויב כנ"ל. וכן אפי' בגזלה מ"מ הא האנס בא על דבר הגזול עכ"פ אינו מחויב לשלם לו ממונו כדי להציל. ואף שחייב באונסין זה ענין אחר כמ"ש לעיל. דכשאינו מחויב להציל שוב חשיב השבה דהשא"נ לש"ה:

וא"כ י"ל שפיר דתליא אי ברי ושמא ברי עדיף בכל מקום ומספיקא מפקינן כו'. רק כאן לא יהיה הדין ברי עדיף דהא זה בברי מחזיר מה שמחויב וכמ"ש תוס'. א"כ שוב חשיב להיפוך דזה בא לגזול אדעתא דממונו וזה בא להציל ממונו בממונו של חבירו. דהא זה שטוענו ברי שגזלו ק' ובכלל תביעתו לשלם לו או הגזלה או דמיו כשלא מחזיר לו הגזלה א"כ תובע חיוב על הגזלן מצד עצמו בברי וזה מצד טענתו שמא חייב לשלם לו דברי עדיף וכשאינו מחזיר הגזלה מחויב דמיו משום ברי עדיף רק שרוצה לפטור עצמו במניח ביניהם דשוב יודע ברי שיותר אינו חייב. א"כ פוטר עצמו בממון של הב' שהוא באמת שלו והוא משיבו ע"י מניח ביניהם שעי"ז יפטור מהטוען שקר וגוזלו כנ"ל. ולכך שפיר אסור להציל ומחויב ליתן ממונו לשלם לכל א' שלא יפסיד מי ששלו כנ"ל.

משא"כ אם הדין כר"נ דלאו ברי עדיף בכל מקום רק להיפוך כאן יהיה חייב כמ"ש תוס' דשם שמא פטור אבל כאן ודאי חייב לא'. א"כ שוב להיפוך דבא לגזול רק ע"ד הפקדון דמצד התביעת חיוב על הגזלן או נפקד פטור דלאו ברי עדיף רק משום דהא עכ"פ של אחד הוא וזה שרוצה לגזול רק הפקדון שפיר א"צ ליתן שלו כדי להציל כנ"ל. ושפיר פריך אלמא מספיקא מפקינן ומה"ט לא סגי ביהא מונח כנ"ל. משא"כ אי מס' לא מפקינן דלאו ברי עדיף סגי יהא מונח וכנ"ל. וכתב רי"ף שפיר כנ"ל:

דף מד.

הזהב קונה את הכסף כו' מפרש בגמ' למ"ד אין מטבע נקנה בחליפין ע"כ בתורת דמים ומחייב איבעי למיתני רק קמ"ל שקונה החיוב כמו שהתנה מארנקי חדשה וכה"ג כו'. ולכאורה למ"ש תוס' מ"ג בטעם שתיקנו דאין מעות קונה משום נשרפו כו' דעתה יאמר נשרפו מעותיך כו' ומה הועילו ותירצו או משום דכספים אין להן שמירה אלא בקרקע כו'. או כיון דעכ"פ רשאי להשתמש במעות והוי שואל או לוה עלייהו ע"ש. וכאן שגם זהב מטבע לגבי נפשיה לענין אין להם שמירה ולענין מפקיד מעות מותרין כו' נשאר קושית תוס' למה כסף אינו קונה זהב הא שייך בשניהם בשוה נשרפו כו'. ולא פלוג לא שייך בתקנה זו כמ"ש בגמרא במושכרת דלא שייך לא תיקנו. שוב ראיתי שהפ"י הקשה כנ"ל והניח בצ"ע. ולע"ד לא קשה מידי דאי מעות יקנה לא נעשה שומר כלל על החפץ או על המטבע זהב שקנה הלוקח דהוי כטול את שלך דאף שומר חנם לא הוי דהא קי"ל אינו שומר עד שיקבל עליו לשמור כמבואר סוף הכונס תוס' ורמב"ן שם. וגמרא ב"ק גם לר' דבסתמא קיבל עליו נטירותא היינו כשאמר כנוס לרשותי כו'. אבל לא כשזה קנה החפץ ויכול ליקחו מיד ובמה שאינו לוקחו ממנו לא נעשה המוכר שומר על החפץ. לא מיבעיא לרמב"ם והפוסקים דבעי משיכה. ומכור במה שנטל מעות והקנה ללוקח אין בזה משיכה בתורת שומר על החפץ הנמכר. רק אף לתוס' דבמה שנסתלקו בעליו משמירה נעשה שומר. היינו כשציוה להסתלק והוא ישמור. משא"כ במוכר כנ"ל. דבמה שקיבל דמי החפץ הוי כאמר טול את שלך. וממילא לא שייך היתר תשמיש בהמטבע זהב דאינו נפקד כלל. ואף אם היה רשאי להשתמש לא מחייבו דקי"ל היתר תשמיש משוי ש"ש וכשאינו מקבל שמירה לא שייך שיהיה ש"ש אף שיכול להרויח בחפץ של חברו:

ובל"ז באמת אסור להשתמש במטבע זהב שקנה זה. דזה עיקר החילוק בין חפץ למעות דחפץ שיש בו יוקרא וזולא הוא שלוקח רוצה דבר זה שקנה שהחפץ הוא הנמכר ונקנה.

והתשלומין של החפץ הוא המעות המטבע שאין קפידא בגוף המעות רק שיהיה לו מעותיו בעד החפץ. ואין חילוק בין מעות זה למעות אחר. ולכך מה"ת מעות קונה שזה מורה יותר על הקנין שנסתלק מוכר שקיבל דמיו מן משיכה בלא מעות כיון דהחפץ של המוכר והקנין מצדו. וחכמים תיקנו להיפוך שמשיכת החפץ יועיל לחייבו ושיקנה מצד הלוקח כנ"ל. ומה"ט דהבא אף דלגבי מטלטלין טיבעא לגבי כספא הוי פירי והטעם דודאי אפשר ליתן מטבע זהב בתורת דמים שאין זה מקפיד דוקא בדינרי זהב רק בתורת מטבע ודמים. ופעמי' שזה רוצה לקנות הדינרי זהב בתורת חפץ כיון דשייך בהו יוקרא וזולא. ולכך לגבי כספא כיון דחריף לענין לצאת בהוצאה טפי מזהב ע"כ כיון שזה נותן הכסף בעד הזהב א"כ מורה קנין זה שזה רוצה הדינרי זהב בתורת חפץ לא בתורת תשלומין דהא אדרבא זה משלם הכסף דחריף טפי כדי ליקח הזהב. ומה"ט הוי דינרי זהב פירי נגד כסף. משא"כ במטלטלין אדרבא אמרינן שמוכר בעד דינרי זהב בתורת תשלומין בעד החפץ ככל מקח רק שמתנה מטבע זו והוי טיבעא כנ"ל:

וא"כ אף אי נימא במפקיד לשולחני מעות מותרין אף בדינרי זהב מותר להשתמש. היינו משום דלגבי נפשיה טיבעא ושייך שניתן להוצאה ומותרין סתמא נתרצה שכשירצה יוציאן והוי לוה שע"ד כן הפקיד. ואפשר דיש בו דין סתם הלואה ל' יום דעל דעת כן הפקיד באם ירצה יהיה לוה. וממילא גם קודם שהוציא הוי שומר שכר מטעם היתר תשמיש. אבל בחפץ שלא ניתן להוצאה לא מצינו כלל מפקיד כלי אצל בע"מ שדרכו להשתמש בכלים כאלו שיהיה רשות לנפקד להשתמש ודוקא מעות כנ"ל. וא"כ בכסף שקונה זהב שמורה שזה קונה הזהב בתורת חפץ שרוצה בדינרי זהב ודאי אסור זה להוציאן כשאר חפץ. וא"כ שייך שפיר נשרפו דאינו חייב מג' טעמים א' דלא קיבל מעולם שמירה על הדינרי זהב והוי כטול כיון שקנה הדינרי זהב במה ששילם הכסף וכיון שאינו נפקד לא מהני היתר תשמיש למשוי' שומר שכר כנ"ל. ועוד דאסור להשתמש כיון שקנאו בתורת חפץ שרוצה בד"ז וכי יעלה ע"ד שזה קנה שצריך לו ככל חפץ ויהיה מוכר רשאי להוציאו. ועוד ג' דאי מעות יקנה לגמרי א"כ אין לו שום זכות בד"ז והוי כמו שכ' תוס' לר"ל דמשיכה מה"ת שזה אינו רשאי להוציא המעות דדוקא לר"י שעכ"פ מה"ת קני ע"ש. ודוקא אחר התקנה שמעות לא קני ולא קנה הד"ז שפיר נגד הכסף לא שייכי כל ג' טעמים הנ"ל. דכסף שנתן לוקח בתורת טיבעא ותשלומין בעד הזהב שפיר נעשה שומר עליו דהא קיבל המעות לשם קנין ותשלומין בעד החפץ. וניהו דמסברא הא' שזה לא הקנה המעות לגמרי עד שיגמור קנין החפץ וימשוך מ"מ עכ"פ שומר הוא עליו דקיבלו ע"ד כן וככנוס ברשותו דסתמא קיבל נטירותא דצריך שיהיה

המעות אצלו עד שימשוך ושפיר היתר תשמיש משוי שומר שכר דהא נתנו שיוכל להוציאן ע"ד שיהיה שלו. דא"צ לחוש שמא יחזור ויתבטל ויקבל מי שפרע. וממילא הוי עכ"פ כמותרין בשולחני. וטעם א' דתוס' שייך ג"כ דאין לכספים שמירה אלא בקרקע דגם בלא היתר תשמיש עכ"פ שומר הוי. ומה"ט גם מטלטלין קונה דינרי זהב דכיון שנותן הזהב בתורת טיבעא ותשלומין שפיר יכול להוציאן גם אי אינו קונה כנ"ל. וגם נעשה שומר דהא צריך להיות אצלו כנ"ל. משא"כ בכסף וזהב שפיר על הכסף שייך כנ"ל. ולא על הזהב שקנה זה בתורת חפץ ושיקחנו מיד כיון ששילם המעות שייכי כל ג' טעמים הנ"ל דלא נעשה המוכר שומר כלל על הדינרי זהב ושייך נשרפו כנ"ל ולא קנה. אבל אחר התקנה לא יהיה שייך כלל על הכסף נשרפו דהכסף שפיר שייך טעם תוס' כנ"ל. וכן להיפוך אי דהבא טיבעא לילדותי' דר' ג"כ שייך כל הנ"ל להיפוך דדהבא בתורת תשלומין וכספא בתורת חפץ דאיהו דאיקור וזול והוא כנ"ל ג"כ וא"ש. רק לטעם שכ' תוס' עירובין דמעות קל להציל קשה. וצ"ל לא פלוג:

דלכאורה עדיין קשה ק' תוס' מ"ז דלמה עקרו קנין מעות היה להצטרך שניהם ותירצו דא"כ יאמר המושך נשרפו כו' אי לא יקנה במשיכה לחוד ע"ש וא"כ בזהב כו' מטבע נשאר כנ"ל. דאף אי משיכה לחוד לא יקנה מ"מ לא יאמר נשרפו כו'. דהמושך שפיר שומר על המעות ושייך כספים כו' וגם שואל שרשאי להשתמש כו' כמו המוכר על המעות דגם זה לקחו ע"ד שישאר שלו. ולא שייך ב' חלוקים הנ"ל. רק חילוק א' שייך גם בזה. דנגד מוכר בתורת מעות קני מה"ת ורשאי להשתמש גם אחר התקנה כמ"ש תוס'. משא"כ המושך הזהב בתורת פירי אי משיכה לחוד לא יקנה רק עם מעות א"כ לא קני הזהב לא מה"ת ולא מדרבנן ולא יהיה רשאי להשתמש כמו המוכר לר"ל דמשיכה מה"ת כמ"ש תוס' ויהיה שייך נשרפו כנ"ל:

אך גם בל"ז לא קשה דבשלמא במה שעקרו חכמים קנין דאורייתא של מעות לא תיקנו משום לא פלוג רק היכא דל"ש נשרפו כו' נשאר הד"ת להיות מעות קונה כמו היה חצרו מושכר כו'. ושייך קושיא הא' הנ"ל. ומיושב כנ"ל. אבל לענין שיצטרך שניהם לא שייך רק כמו שהקשו תוס' דהיה להם לתקן תחלת התקנה כך. אבל אחר שתירצו דבחפץ ומעות א"א לתקן כך דיהיה שייך לגבי הלוקח המושך נשרפו כו'. וע"כ הוצרכו לתקן דמשיכה לבד יקנה. א"כ ודאי דשייך לא פלוג ואף בזהב וכסף דהוי פירי לגבי אידך ואין שייך טעם הנ"ל מ"מ כיון שגם זה א"א לשאר הדאורייתא קנין מעות לחוד כנ"ל דיהיה שייך נשרפו כו'. רק דיהיה תקנה חדשה בזה להצטרך שניהם. וודאי דלא קשה דלא פלוג רבנן. ולא תיקנו תקנה מחודשת במטבע דהוי פירי שלא יהיה כדאורייתא ולא

כשאר תקנה דרבנן. ונשאר התקנה כמו בכל מקום. ומה בכך שגם כשיצטרך שתיהן יהיה מסולק חשש נשרפו מ"מ כיון שגם עכשיו מסולק כשמשיכה לחוד קונה למה יחלקו משאר קנין דחפץ. ופשוט:

שם הכסף אינו קונה את הזהב. למסקנא דלא בתורת חליפין רק מחייב א"כ הפי' דאינו מחייבו בזהב. וכמו פוסק על הפירות דלא קני רק למי שפרע. אך קשה אי מה"ת מעות קונה לחייבו בפירות א"כ למה לא יקנה מדרבנן הא לא שייך נשרפו כו' כיון שלא קנה פירות מיוחדין רק איזה שירצה. וגם זה הקשה הפ"י והניח בצ"ע ע"ש:

והנה היה נראה די"ל דלא מהני כלל מה"ת כיון דלר"י דבר תורה מעות קונה היינו שקונה חפץ מיוחד כיון ששילם דמי החפץ. אבל כשאינו מקנה דבר מיוחד. רק חיוב הגוף על עצמו שיתן לו זה לא מצינו שיהיה נקנה במעות וכמו שטרות דאחרים שאינו נקנה בכסף. וכן שיעבוד הגוף אינו נקנה כלל לשטת ר"ת. כמו כן שיעבוד הגוף של עצמו ג"כ אינו נקנה בכסף שישתעבד ליתן לו פירות דוקא. ובהלואה חייב לשלם אותו דבר שהלוה הן מעות הן פירות. דאף דלהוצאה ניתנה מ"מ לא נקנה לו לגמרי רק שיחזיר לזמן שקבע אותו דבר שהלוהו. ולכך אף הוזל או נפסל מטבע נותן מה שהלוהו. דכן הוא השיעבוד של הלואה מה"ת שיש חיוב עליו לשלם מה שלוה. אבל אם מתחייב בעד מעות שלוה ליתן לו פירות לא מהני וכמ"ש הרא"ש ע"ז ס"ג במחייב א"ע עבור שכר פעולה בחפץ. אך שם בחפץ זה ובטלה סתם אמר בגמ' שם דלא הוי אתנן. אך שם י"ל אף שקנה החיוב מ"מ הטלה לא קנתה עד המשיכה. וק"ס מהני גם בזה דאדם יכול להתחייב בקנין מה שאינו חייב ומחויב גם חטין וכה"ג דלקיים כל דבר כתיב. משא"כ מטבע דא"נ בחליפין ורק בתורת דמים והוי דמי חפץ הנמכר ונקנה מה"ת אבל לא דמי חיוב שיתחייב בחפצים בתורת קנין וחיוב אינו נקנה בכסף. דאף פועל יכול לחזור וע"ע דוקא נקנה בכסף דגופו קנוי. וא"כ י"ל דלא מהני פוסק אף כשמושך חפץ ומתחייב עבורו חטין וכה"ג רק בתורת חליפין דקונה החיוב אבל לא בתורת דמים וא"כ לא מהני גם מה"ת פוסק על הפירות ונותן דמים. ומ"ש תוס' דמשום דקני למי שפרע לא הוי רבית. היינו דהא ודאי דלר"מ דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם אף דקודם שבא לעולם יכול לחזור ונגמר הקנין כשבא לעולם מ"מ מהני אף אם נתייקר אז ולא חשיב רבית דהא קנה דבר זה כשיבא לעולם בין יוקר ובין זול. וא"כ גם לדידן לכשאקחנה קנוי' לך דכשבידו חשיב ברשותו ולכך ביצא השער שמצוי לקנות שפיר מהני הקנין שפסק לקנות כשבא לרשותו וכיון שקנה אינו רבית כמו לר"מ כנ"ל. רק דלא עדיף מבא לעולם ומעות אינו קונה דכיון דנגמר הקנין כשקנה ובא לעולם אפשר במשיכה. ולכך אמר הטעם דעכ"פ

קנה אז מה"ת למי שפרע במעות לחוד דיש חפץ מיוחד לקנות. אבל לענין שלא יוכל לחזור קודם שקנה י"ל דלא מהני כלל מה"ת שיהיה בעד המעות שנתן עליו נקנה החיוב עליו ליתן חטין דוקא. ולכך באינו מצוי גם מי שפרע ליכא עיין ברמב"ם:

וי"ל דכשחוזר מקודם יכול להחזיר המעות ולא לקנות וגם מי שפרע ליכא. ומאי דמשמע מדברי הפוסקים בפוסק על הפירות דגם כשחוזר קודם שייך מי שפרע. י"ל למסקנא דלר"ל דברים ואיכא בהדייהו מעות איכא מי שפרע אף דלא קני מה"ת. י"ל דגם לר"י אמרינן למסקנא סברא זו דאף במה דלא קני מה"ת מ"מ דברים עם מעות יש מי שפרע. וממילא גם לענין הפסיקה שנתחייב ונתן מעות אף שלא נתחייב מה"ת דאין מטבע נעשה חליפין מ"מ קני למי שפרע כמו לר"ל כנ"ל. וראיה לזה דאי הוי קני החיוב מה"ת בפוסק א"כ גם מדרבנן הוי קונה דאין מה למשוך עתה וכמו בלן דלא מחסרא משיכה וקני בכסף. וע"כ דהחיוב לא קני כלל רק את הפירות ושייך משיכה כשיקנה. וממילא גם, מה"ת לא קני עד שזה קונה הפירות:

וממילא אף שיש לו חטין או זהב ג"כ אינו קונה דגוף החטין הפקיעו חכמים הקנין דיהיה שייך נשרפו וכיון שאינו קונה גוף החטין ממילא החיוב לא קני כלל מה"ת ואין עליו חיוב ליתן לו כלל. ואף דלכאורה בתורת מחייב עצמו במה שאינו חייב יקנה כדאמר במתנה שומר חנם להיות כשואל בהאי הנאה דמהימן ליה משעבד נפשיה כו'. ז"א די"ל הנאה זו חשיב כחליפין וכלי וכמ"ש הנ"י. או דשם חילקה תורה דין שומרין מהני קבלתו להיות שומר כשואל דכה"ג מתנה על מה שכתוב בתורה תנאו קיים. ולכך בשטרות וכה"ג דאימעוט לא מהני הקבלה עד שיתחייב בקנין. ובלוה שמתחייב פירות שאין חיוב זה כלל צריך להתחייב בק"ס. ואפותיקי דלא יהיה לך פירעון אלא מזו דמשמע דמהני מה"ת. י"ל בקרקע ועבדים משום דקנינם בכסף וגם בל"ז שיעבודא דאורייתא על קרקע ועבדים. ועשה שורו אפותיקי אפשר באמת בקנין אחר לא מחמת ההלואה דאינו נקנה בכסף:

אך בפסחים בהא דלמפרע גובה בחמץ דאף במטלטלין היה מהני להיות שלו למפרע והא כסף אינו קונה. אך ע"כ לחלק דהא עכ"פ מדרבנן משיכה בעי ולס"ד דלא הרהינו איך מועיל. וע"כ דסבר לנכרי בכסף או דלענין שיעבוד שפיר י"ל כיון דמן התורה אף שיעבוד מטלטלין דאורייתא. א"כ לענין שנקנה בתורת שיעבוד למ"ד למפרע גובה א"כ שיעבדה תורה בענין זה שיהי' שלו למפרע כשגובה. וע"ז לא הוצרכו חכמים להפקיע דלא שייך נשרפו כנ"ל. ושפיר קני למפרע בכסף. וגם כיון דהלואה להוצאה נתנה רק לזמנו מחויב לשלם א"כ לענין שנקנה בתורת שיעבוד מטעם למפרע גובה אין אז מה

למשוך ושפיר קונה. משא"כ לדידן דמכאן ולהבא גובה רק במה שמחייב מעצמו כנ"ל צריך קנין. וא"ל כאן אף דלא קני הזהב בתורת קנין. עכ"פ הכסף הלואה ושייך לאביי למפרע גובה דהזהב משועבד לו. ז"א דהא רוצה להחזיר הכסף ולא יגבה כלל הזהב. ולדידן במטלטלין לא שייך כלל. וגם י"ל דרק בהלואה שייך בהאי הנאה דמהימן ליה שהוא לזמן גמור ומשעבד במה שאינו חייב וממילא מהני על חטין וכה"ג גם כן. וכמ"ש תוס' ריש פרק הנושא כתובות שהקשו על ר"ת במחייב בדבר שאינו חייב דמטלטלין אינן נקנין בשטר ותירצו דמצינו במה שגמר ומשעבד דמהני כקנין ע"ש. אולם אינו מבואר אותן קנינים אי מן התורה או דרבנן שהוא רק מסברא דגמר כו'. וי"ל גם בהלואה וכן פוסק כו' שהוא לזמן שייך דמהימן ליה ויכול להתחייב במה שאינו חייב ממילא מהני החיוב חטין כמו בקנין כנ"ל. משא"כ אם מתחייב מיד כמו כסף קונה זהב כו'. דלא שייך מהימן ליה דזה רוצה ליקח הזהב מיד. ודוחק:

עוד י"ל למ"ש לקמן דקשה לר"י דד"ת רק מעות קונה ולא משיכה. א"כ גם מעות לא יקנה דבמה זכה מוכר במעות שנגדו רק משיכה במעות. ואף דמציאה ומתנה מודה היינו שאינו מחוסר כלום ליתן בעד החפץ קונה משיכה. משא"כ מכר דמחוסר ליתן המעות. וא"כ גם על משיכת המעות מחוסר ליתן החפץ תמורת המעות. וממילא לא יקנה מוכר מעות במשיכה עד שיתן החפץ ג"כ ואז נקנו שניהם. ועיין מ"ש לקמן טעם החילוק:

אולם עוד י"ל פשוט דבמעות הא קונה זה הלוקח גוף החפץ מיוחד. ושוב אינו מחוסר כלום דכל היכא דאיתא ברשותיה דמריה איתא כפקדון ביד המוכר. ושפיר כשקיבל מוכר המעות זוכה במשיכה כיבי מתנה דאינו מחוסר כלום. ודוקא להיפוך משיכה דלוקח בחפץ לא קנה דמחוסר נתינת מעות דהא לא קנה מוכר המעות במשיכתו דלוקח רק שנתחייב לשלם לו ושפיר מחוסר ואינו קונה ולכך בחליפין שזה קונה גוף החפץ כמו המוכר שפיר קנה כנ"ל משא"כ הלוקח כנ"ל. אבל מוכר זוכה שפיר במעות דכבר נתן החפץ כיון דלוקח זוכה כנ"ל. ולכך מן התורה מעות קונה כנ"ל. וא"כ בפוסק חטין או במשנה כאן שנקנה בתורת כסף החיוב שמתחייב זה במטלטלין וכה"ג שוב לא קני מה"ת דאין כאן קנין מעות כלל. דאינו זוכה במעות שהוא רק משיכה ועדיין לא נתן תמורת המעות שהוא החטין או הזהב כו'. כיון שרק חיוב עליו ולא זכה לוקח בגוף החפץ כלל. שפיר הוי כמשיכת לוקח דלא קני מן התורה שמחוסר נתינת המעות כנ"ל:

וא"כ מיושב החילוק בין הלואה די"ל דשפיר מהני אפותיקי מן התורה או למפרע גובה וכנ"ל אף במטלטלין דשפיר לענין לקנות הלוה המעות בתורת הלואה ודאי דמשיכה קונה מן התורה דאינו מחוסר כלום ליתן עכשיו בעד ההלואה שהתשלומין לזמן וזה

עיקר ענין ההלואה שהוא שלו לזמן ובעד זה אינו נותן כלום וקנה המעות בתורת מלוה ממילא קני זה החפץ בתורת שיעבוד בעד ההלואה לענין כשלא ישלם שיהיה שלו בתורת גובייגא. וממילא גם מדרבנן קונה דלא שייך נשרפו כו'. משא"כ בתורת קנין שנותן מעות שיקנה החפץ ולא חפץ מיוחד רק חיוב הוי כחיוב המעות בעד החפץ ולא קני המעות כלל מן התורה. ואף למ"ש תוס' דאי אינו קונה המעות הלואה אצלו א"כ לכאורה עכ"פ קני המעות. ז"א דהקנין צריך להיות מורה שקונה וכאן בהיפוך אי קונה אינו הלואה ואין הקנין בתורת קנין מורה שיקנה בתורת הלואה ובלא זה אי אינו קונה מן התורה גם הלואה לא הוי כמו לר"ל כמ"ש תוס':

ובזה יש לישב ג"כ הא דפוסק על הפירות ויש מי שפרע כמבואר בש"ע דקשה למ"ש דלא קני מן התורה. דמנ"ל דר"י יסבור כר"ל לענין זה בדברים ומעות יהיה במי שפרע אף היכא דלא קני מן התורה כיון דרק מצד ההכרח משני כן לר"ל ולר"י נשאר כמו לס"ד דדוקא משום דמן התורה קני. ולמ"ש י"ל כיון דהטעם דלא קני משום דמחוסר כנ"ל ולא קני מן התורה המעות כנ"ל. וא"כ עכשיו דתקנו חכמים דמשיכה קונה אף שמחוסר נתינת מעות. א"כ שוב המוכר קנה המעות גם בחיוב כנ"ל כמו משיכה בלוקח כן זכה המעות במשיכה כנ"ל. ושוב קונה מן התורה החיוב פסיקה דחטין כנ"ל. דלענין זה שת"י קי"ל הפקר ב"ד הפקר שזוכה בו מן התורה. ולענין קנין משיכה עשו לא פלוג. ועוד דשייך נגד המוכר התקנה דאי לא יקנה המעות במשיכה יהיה שייך על המעות נשרפו כמ"ש תוס' בטעם הב' דלא יהי' רשאי להשתמש בהם כלל כיון דלא קני לא מן התורה ולא מדרבנן כיון שמחוסר כנ"ל. ושייך שפיר התקנה שנקנה המעות במשיכה. ואז כיון שקונה קונה לוקח למי שפרע וממילא מותר להשתמש בהם וליכא נשרפו כו'. וא"כ כיון שזוכה במעות מדרבנן והם שלו מטעם הפקר ב"ד כו'. קונה זה מן התורה החטין ושפיר רק מדרבנן ושייך מי שפרע גם לר"י כנ"ל:

ומ"מ לא קשה דאם כן גם מדרבנן יקנה דלא שייך נשרפו ולא אמרינן בזה לא פלוג דזה אינו דמה שחילקו חכמים בעלי' מושכרת כו'. היינו שנשאר הדאורייתא בלא התקנה ואוקמוה אד"ת בלא שייך החשש כנ"ל. אבל כאן אם ישאר הדאורייי' בלא התקנה לא יקנה כלל מן התורה דאין כאן קנין מעות כלל שלא זכה בהם. ורק מצד התקנה שקונה במשיכה ושוב שייך לא פלוג ונשאר התקנה לגמרי שלא יקנה גם הלוקח במעות לחוד בכל מקום אף דלא שייך נגדו נשרפו כו' כיון דמן התורה לא קני כלל רק ע"י התקנה א"כ נשאר התקנה נגד שניהם. ואעפ"כ לענין מי שפרע שפיר קני דהא אחר התקנה דמשיכה קונה שפיר קנה מה"ת כנ"ל:

וכן נראה לע"ד לדינא דהא מבואר במשנה דכסף אינו קונה הזהב וכן מטבע אינו קונה מטלטלין וכיון דבמשנה הפי' מחייב למאי דקי"ל אין מטבע נעשה חליפין ע"כ דאין מטבע מחייב מטלטלין. וכן מטלטלין קונין זא"ז דמפרש רש"י רק או בחליפין או בדמי משום לא שכיח וכן מבואר בגמרא להדיא ע"כ דבתורת דמים לא היה מתחייב כשאומר שבעד החפץ יתחייב לו חפצים אחרים לא מיחייב כלל. דמן התורה מעות קונה חפץ מיוחד. ומשיכה שקונה היינו לשלם דמיו דעכ"פ לקח ממנו חפץ וחייב לשלם לו ותשלומים הם דמים רק [דמרבינין] שוה כסף ככסף מישוב. אבל חיוב על חפץ שהוא שוה כסף אין כלל דשוב הוי שזה רוצה לקנות חפצים אחרים וצריך ע"ז קנין באותן החפצים. או בתורת מחייב עצמו דבר שאינו חייב זה מהני גם על חטין וחפצים. אולם ע"ז צריך ק"ס או שטר בגוונו דמהני להתחייב במה שאינו חייב. אבל לא ממילא בתשלומי החפץ דגם מן התורה לא מהני כנ"ל וכפשטא דמתניתין כנ"ל. והא דמתחייב ע"י הזהב ליתן מארנקי ישנה או חדשה. היינו כיון דתרווייהו מטבע ודאי מהני כשהתנה ליתן ממטבע שהתנה. דכמו שאמרה תורה דלוה דינא בזוזי דאדעתא דהכי אוזפיה כן במתנה איזה מטבע צריך ליתן כמו שהתנה ואין זה צריך קנין אחר רק נכלל בתשלומין. ועדיף ממ"ש תוספ' פרק הנושא ב"כ לכהן כיון שאינו אלא בירור למי מהני להתחייב ע"ש. וכן בזה שרק באיזה מטבע יהי' התשלומין. אבל לענין חפצים שצריך בהם קנין א"א להתחייב בתורת תשלומין ממילא:

שוב ראיתי בספר מחנה אפרים דף ל' סי' נ' שכתב דמחויב בחפצים דלא כנ"ל. וראייתו מארנקי חדשה ע"ש ואינו כלום כמ"ש ומרמב"ן בת' סי' רכ"ה אין ראיה כלל דשם זקוקין ג"כ מטבע. וגם שם בהלואה דשייך בהנאה דמהימן ליה וגם כמ"ש. אבל בקנין לע"ד פשוט דלא מהני כמבואר פשטא דמתניתין דמטבע אינו מחייב מטלטלין כנ"ל. ומ"מ מי שפרע איכא כמ"ש וכמבואר בש"ע כנ"ל. אך אפשר בפוסק שיתן לזמן שייך ג"כ כנ"ל בהלואה דקני המעות מן התורה שאין מחוסר עתה. אך לא מצינו שנקנה משיכה מן התורה כשמתנה ליתן המעות לאחר זמן דג"כ אינו מחוסר עתה נתינת מעות מ"מ לא הוי כמציאה ומתנה כיון שהוא חיוב בעד החפץ כן להיפוך ולא דמי להלואה כנ"ל. אך לטעם אחר שכ' לקמן בעזה"י י"ל דמוכר קני המעות ע"ש:

עוד י"ל במשנה דהפי' הוא כשמקנה בתורת קנין ואעפ"כ מחייב. היינו כשאומר שמוכר לו הזהב בעד הכסף מיוחד שיש לו. ואף שלא קנה אותו הכסף מ"מ לא בטל המקח מהזהב וצריך ליתן לו הכסף בתורת חיוב תשלומין אותו הכסף או כסף אחר כמוהו. כיון דכסף טיבעא אין הקפידא מסתמא בין אותו כסף לאחר כיון שגם אי לא קנה הכסף

ג"כ יצטרך ליתן לו כסף משום חיוב. וא"ל שמא לא יתן דהא עייל ונפיק אזוזי לא קני אף שבתורת חיוב וכשיתן אין קפידא. משא"כ להיפוך כסף אינו קונה זהב כשהקנה זהב מיוחד לא אמרינן דעכ"פ יהיה חייב ז"א דדהבא דפירי קנאו בתורת חפץ א"כ קפידא חפץ זה שקנה. וגם כיון דמעות אינו קונה יצטרך רק בתורת חיוב ליתן כסף מעות ולא זהב. דלא חייב עצמו בתורת חיוב רק ממילא א"צ רק לשלם ולהחזיר הכסף. משא"כ להיפוך דאף שהקנה בעד הזהב הכסף ואין מטבע נב"ח מ"מ עכ"פ קני במשיכה וחייב כסף וממילא אין קפידא ושפיר קונה מה שאין כן להיפוך כנ"ל:

והי' מיושב בזה מאי דמפרש בגמרא תני מחייב וכתבו תוס' דאינו מגיה המשנה רק מפרש קונה מחייב. ותמוה למה תני קונה ולא מחייב. ולהנ"ל א"ש דקמ"ל אף שהקנה מ"מ קונה לחייב דאין קפידא שיהי' בטעות כנ"ל. ולפי' זה אין ראיה מהמשנה למ"ש לעיל די"ל במתחייב בפירוש זהב בעד הכסף בתורת חיוב דמהני. רק בהקנה במיוחד לא מהני שממילא יהיה חייב כיון דלא קני כנ"ל:

ומ"מ אינו נראה'. גם דין זה אינו מוכרח די"ל כיון שהקנה זה כסף מיוחד א"כ לא קיבל עליו חיוב כלל ואינו רוצה להתחייב והכסף באחריות הלוקח. וכיון שזה לא קנאו אין כאן קנין. אך י"ל דעכ"פ אותו הכסף נתרצה בחיוב ליתנו. וממילא קונה וכמו אם סילק עצמו והתנה שלא יתחייב בעד החפץ רק ממעות שיש לו ושאינו מקבל אחריות. דהיה זה מ"מ קונה במשיכה וא"כ כיון שזה נתרצה למכור הזהב בעד שיקנה הכסף מיוחד. אף שיהיה באחריותו ואם כן אף שאנב"ח מהני בתורת דמים דעכ"פ קונה המשיכה שיתן לו דמיו מכסף זה דע"ז נתרצה לוקח ג"כ. ואינו מוכרח. דלא נתרצה מוכר שיהיה ב' לגריעותא שלא נקנה מיד גוף הכסף וגם שלא יהיה החיוב אחריות אלוקח כנ"ל:

עוד ראיה למ"ש דלקמן מ"ו ע"ב לא משכח הש"ס לפרושי מתני' דכל הנעשה דמים כו' נתחייב זה בחליפיו כיצד כו' לר"ל דמשיכה מן התורה ואמר דע"כ כר"ש סבירא ליה דבתורת דמי' לא מהני כמו לר"י כו' עיין שם. ולמה לא מוקי לר"ל כפשטיה להיפך בתורת משיכה כל הנישום כו' נעשה כל חפץ דמי חפץ השני וכיון שמשך זה נתחייב הב' ליתן לו חפץ השני בתורת דמים כמו שנתחייב ושפיר כיצד החליף שור בפרה כו'. וע"כ כמ"ש דאי אפשר להתחייב עבור החפץ רק דמים ולא חפץ אף שעשאו דמים צריך קנין אחר לקנות החפץ כנ"ל. ורק לר"י בתורת קנין מעות. וכנ"ל:

שוב מצאתי להדיא בשיטה מקובצת סוגיא דמעות קונה בשם רי"ן מיגאש תשובה דלא מהני כלל מן התורה פסיקא רק למסקנא דברים ומעות קאי במש"פ גם לר"י אף שלא קני מן התורה וכמו שכתבתי לעיל. וב"ה כוונתי דעת הגאון:

שם הנחושת כו' לב' הדיעות הובא ברא"ש וש"ע קשה, אי נחושת קונה זהב כמו שכתב הרא"ש ליתני רבותא דקונה אפילו זהב. ולתוס' דהוי טיבעא לגבי זהב קשה ליתני רבותא דהזהב קונה נחושת. ואף דאי הוי תני הכי הוי ס"ד דנחושת עדיף מכסף כדאמר בגמרא מ"מ הוי ליה למיתני תרוייהו דקונה כסף ונחושת כנ"ל:

והיה אפשר לומר למאי דמפרש גמרא מטלטלין קונין זה את זה בתורת דמים דמי שור כו'. אם כן לכאורה גם זהב ונחושת יקנו מטלטלין דכשמוכר לו דינר זהב בכ"ד דינרי כסף וקנה חיוב הכסף במשיכת הזהב ובעד החיוב כסף שהוא דמי קונה המטלטלין דהוי מלתא דלא שוי' וקני לר"י. כמו דמי שור בפרה. דא"ל דוקא שם חושבין כאלו החליף השור עצמו. זה אינו דהשור עצמו אינו מועיל למאי דסבר שם פירי לא עבדי חליפין ורק החיוב מהני אם כן גם החיוב שבעד הזהב יועיל. דבשלמא כסף מטלטלין אי אפשר לקנות דממה נפשך אם נתחייב בעד הכסף זהב לא מהני דאין קונה. ואי כסף אחר אם כן אין כאן דבר אחר רק כסף ולא מיקרי כלל דמי רק שחייב כסף ומשלם המטלטלין בתשלומי חוב כסף שאינו בעד חפץ דלא מהני. מה שאין כן זהב ונחושת דלגבי כסף פירא. והוי דמי וחיוב כנ"ל. ושוב בעד הדמי יכול לקנות החפץ כנ"ל. ואפשר דבאמת מהני במפרש דמי. ויש לומר דבמטלטלין בסתם מהני בפוסק דמים כדמשמע מלשון רש"י. משא"כ במטבע זהב על מטלטלין בסתם אף שפוסק דמי החפץ מ"מ לא מהני כשנותן הזהב דגם זה סתמא טיבעא לגבי חפץ. רק במפרש בהדיא פסיקה על הזהב בכסף יש לומר דמהני בעד דמי הזהב לקנות המטלטלין כשאר דמי חפץ כיון דלגבי כסף פירא כנ"ל. ומ"מ נכלל בלשון המשנה כיון דהפי' מטלטלין קונין זה את זה היינו שדמי שור החיוב נקרא מטלטלין גם כן. ואם כן יש לומר שדמי הזהב היינו חיוב כסף שנתחייב עבור זהב חיוב זה כבר נקרא מטלטלין דלתוספות דוקא בהנאת מחילת כו'. ולא מיקרי מטבע. ושפיר תני מטבע אינו קונה כו' אבל מטלטלין זא"ז קני. וממילא יש לומר גם חיוב שבעד זהב או נחושת גם כן קני חפץ כנ"ל. ואם כן אתי שפיר דתני במתני' זהב וכסף לעולם לא קני כסף וכן כסף לנחושת. דבזה לא מהני פסיקה גם כן דאי אפשר שהכסף יהיה דבר אחר שלעולם טיבעא מה שאין כן זהב ונחושת לא תני. דניהו דלא מהני בסתם אבל מהני במפרש שמוכר דינר זהב בכ"ד דינרי כסף ונעשה חיוב דקני זהב לכסף. ובעד נחושת פוסק גם כן דמים דגם כן לגבי כסף פירא. ובעד החיוב של א' קני הב' כנ"ל:

אך מלשון הפוסקים משמע דגם כן בדמי לא קני מטבע מטלטלין. וצ"ל דלא חילקו חכמים דהטעם דחפץ לא שכיח למכור בעד דמי חפץ רק במעות. ואם כן כיון דזהב

ונחושת טיבעא נגד חפץ ושכיח למכור חפץ בעדם. אם כן אם יועיל כנ"ל. לעולם יקנה זהב ונחושת לחפץ דיעשם דמי כנ"ל כיון שלוקח רוצה לקנות ויהיה שכיח ויהיה שייך נשרפו כו'. ולכך שייך התקנה גם בזה שלא יועיל אף בתורת דמים כנ"ל. ורק בחפץ דל"ש שהמוכר ירצה גם כן לקנות חפץ כנ"ל. משא"כ בדמים כנ"ל:

ומ"מ יש ליישב דלא תני כנ"ל. דהא לתוס' עירובין פ"א ע"ב דמה דלא שייך נשרפו מעותיך כו' דמעות נח להציל כו'. אם כן קשה בכסף זהב מה חילוק הא לא שייך גם בזהב ונחושת נשרפו כמו שכתבתי לעיל. וכמו שכתב הפני יהושע. וע"כ צ"ל דלא פלוג בזה. ואף דחצירו מושכר חילקו מ"מ בזה לא חילקו אף דלא שייך החשש מ"מ כיון דפירא לגבי כסף השוו חכמים לשאר חפצים דאינו נקנה בכסף כנ"ל. ואם כן בזהב ונחושת בתורת דמי שפוסק ועל החיוב יש לומר דשפיר קונה דהוי דמי ככל דמי שור בפרה דקונה. דאין לומר כנ"ל דזה יהיה שכיח למכור חפץ בעד נחושת ויהיה שייך נשרפו כו'. זה אינו דבשלמא שיקנה מטבע מטלטלין שייך שפיר כנ"ל דאם כן יהיה החשש נשרפו כו'. אבל זהב ונחושת דבאמת לא שייך כלל נשרפו דנח להציל שזה גם כן מטבע כמו זה כנ"ל ורק משום לא פלוג דלא חילקו משאר קנין חפץ כו'. וזה לא שייך בדמי דהא בשאר חפץ באמת דמי קנה דלא גזרו ביה כו'. ואם כן גם בזהב ונחושת כשעשאן דמי וחיוב שפיר קונה אם לא חילקו חכמים מחפץ כנ"ל והחשש לא שייך אף בגוף הזהב ונחושת אף שיהיה שכיח כנ"ל. ואם כן מיושב שפיר דכסף לא קני לא זהב ולא נחושת דלפ' אף דלא שייך החשש. ודמי לא שייך בכסף. וכן מטבע מטלטלין לא קני אף זהב כו' אף דמי דיהיה שכיח ויהיה שייך החשש. אבל זהב לנחושת או להיפוך שפיר קני כשעשאן דמי דלא שייך ב' הטעמים כנ"ל. ולא החשש ולא משום לא פלוג כנ"ל. ומהאי טעמא לא תני במתני'. וגם לדינא בדמי צ"ע דאפשר קני אהדדי זהב ונחושת:

שם מעות הרעות כו' תמהו בתוספות מאי קמ"ל הא כל שכן מנחושת כו'. ויש לומר דהנה משמע לקמן נ"א ע"ב במפרש שיודע שיש בו אונאה אין דין אונאה והמקח קיים. דאף שלא נתן לוקח המעות עדיין מחוייב ליתן יותר כמו שהתנה. כפירש"י ז"ל שם. ואינו יכול לומר לא אתן אלא דמיו עיין שם. ולכאורה ביתר משתות דבטל מקח למה יתחייב יותר אף שיודע הוי רק כמחייב במה שאינו חייב המותר על שיוי החפץ. וצריך קנין. וצ"ל דכשאין דין אונאה נתפס הכל בשיוי של החפץ כל מה שנתחייב:

אמנם יותר נראה שהוא מטעם לדידי שוה לי כדאמר פרק קמא דקדושין גבי פדיון הבן דמצי הכהן אמר לדידי שוה לי ולהרבה פוסקים אף באין דרכו להתייקר בו עיין שם. כן במקח יכול לקבל החפץ בעד כמה שירצה וכיון שיודע שאינו שוה וקונה אותו בכך הוי

זה לדידי שוה לי וחשיב הכל שיוי המקח ומתחייב במשיכה כנ"ל. ואם כן נראה דזה דוקא בדבר הנישום כחפץ וכהאי גוונא. אבל מטבע כמו כסף וזהב אף דזהב קונה כסף ומחייב מ"מ ביותר משתות משויו אינו חייב דאף דלגבי כספא פירי מ"מ כיון דלגבי נפשיה הוי טיבעא לא שייך ביה לדידי שוה לי. דהא ודאי דלא מהני בפדיון שנותן לכהן מטבע זהב או נחושת פחות מחמשה סלעים שיועיל לדידי שוה כיון שקצוב כנ"ל. ואם כן מיושב דתני זהב או נחושת קונה כסף היינו כשויו ככל מכירה ומחייבו בכסף והיינו דמפרש בגמרא רק בארנקי ישינה או חדשה. אבל לא ביותר משתות משויו כנ"ל. אינו חייב כלל יותר כיון דטיבעא כנ"ל. ואחר כך תני מעות הרעות קונה יפות ואף דוודאי יפות שוים יותר ויודע שמתאנה דהפירוש כפשטיה שקונה יפות כסך הרעות וקא משמע לן דמ"מ קונה ומחוייב ליתן היפות אף שיש חילוק יותר משתות דלענין זה מהני לדידי שוה לי כמו היפות כדאמר בבא קמא צ"ז לך הוציאו במישן כו'. וכיון דאפשר למי שצריך מהני לדידי שוה. ושפיר מחוייב היפות כנ"ל. ומיושב גם תמיהת תוס' השני' דתני אחר כך מטלטלין קונה מטבע כפשטיה. דלענין מטלטלין מחוייב כמו שהתנה אף הרבה יותר משויו היכא שיודע ולית ביה דין אונאה דבחפץ מהני לדידי שוה כמו שרוצה. ושפיר מיושב כל הבבות. דזהב ונחושת כו' בשויו כמו שהדרך כן והרעות ויפות גם כן כסך שוה ומ"מ מהני. אבל לא ביותר מסך הרעות דזה לא מהני לדידי שוה על הרעות יותר מיפות דלענין זה קצוב שאין בשום מקום יותר. ואחר כך מטלטלי קונה מטבע כמו שהתנה כנ"ל ואתי שפיר:

עוד יש לומר דאף אי מהני על יותר מ"מ אסור מטעם ריבית נחושת או זהב שמתחייב עבורם כסף יותר משויים הוי כמעכשיו בפחות דקצבתו ידוע ומה שאינו נותן מיד הכסף רק מתחייב יותר הוי רבית וכמו שכתב בש"ע י"ד סי' קע"ג דהא דשרי לקמן יפה דינר וטריסי' דוקא שנותן לו מעות שאינם טבועות אבל טבועות אף מין אחר אסור דלא כמשמעות תוספ' עיין שם. וממילא לא מהני המשיכה לחייבו. משא"כ מעות רעות נגד יפות אין קצבת הפחת מיפות ידוע ומותר וכמו דינר וטריסית לקמן ושפיר קונה ומחייב ביפות בתורת דמים. אבל לא יותר מיפות דשוב ריבית גמור ומטלטלין מטבע קונה כמו שהתנה דאין שער ידוע כנ"ל ומותר ומהני המשיכה כנ"ל:

או יש לומר דקא משמע לן דיפות א"ק הרעות דלכאו' כיון דאי אינו קונה הוי הלוואה כמו שכתבו תוס'. ואם כן עכ"פ מחל לוקח שהוא המלוה שיתן לו רעות בעד היפות שזה פחות ממה שהלוה והוי מחילה דמהני בדיבור. ולא דמי לזהב וכהאי גוונא דאין כאן מחילה ששוים. מה שאין כן יפות ורעות כו'. אם כן ניהו דאינו קונה הרעות מ"מ אין

צריך לשלם לו רק כדמי רעות בתורת הלוואה כאלו התנה שישלם רעות. וקא משמע לן דאינו קונה כלל וכשחוזר בו לוקח צריך להחזיר היפות בתורת תשלומין אף שהוא הלוואה. דלא נתרצה ברעות רק לקנותם אבל באופן שיתבטל הקנין ויהיה הלוואה אינו מוחל כלל כנ"ל:

שם משך כו' אינו יכול לחזור נתן מעות כו' יכול לחזור כו' היינו המושך והנותן כו'. ומשמע דיוצא בדיינים המעות כשחוזר לוקח. ולכאורה הא גזל דרבנן לא נחתינן לנכסיה. ובשלמא משך ולא נתן מעות אף דמשיכה רק מדרבנן קונה מ"מ יש לומר כיון דקונה מדרבנן שוב מחוייב דמי החפץ מן התורה כיון דמ"מ הוא שלו. אבל נתן מעות וחוזר לענין להוציא המעות מהמוכר כיון שקנה המעות לגמרי דלא הפקיעו חכמים קנין המעות שלגבי מוכר שזכה מן התורה דמהאי טעמא מותר להוציאם כמו שכתבו תוספות מ"ג ורק מדרבנן חייב להחזיר המעות. אם כן הוי רק גזל דרבנן:

אך י"ל דכאן ע"כ תקנו למיחות לנכסי' דאם לא כן לא יהיה תועלת בתקנתם דלא טרח ומציל כיון שלא נוציא ממנו כשישרף. ולא סגי במאי דמיקרי עבריין דהא תיקנו רק בשביל שאין מהוגנים כמו שכתבו תוס' מ"ז ע"ב. אך מ"מ קשה כיון דלוקח החוזר לאו עושה מעשה עמך מיקרי מן התורה כדאמר בגמרא דלייטינן ליה. ואיך יסייעו ב"ד ידי עוברי עבירה להוציא בב"ד שלא יהיה עושה מעשה עמך. ובשלמא להפוסקים דגם במפסיד לגמרי איכא גם כן מש"פ אם כן שייך גם כן טעם הנ"ל דע"כ הוצרכו לתקן שנוציא אף שאסור דאם לא כן לא יציל כשישרף. אבל למאי דקיימא לן כהפוסקים בנשרף ליכא מש"פ ומותר לוקח לחזור. אם כן לא שייך טעם הנ"ל דע"כ יציל דיוכל לוקח לחזור בו בהיתר ונוציא המעות. ואם כן שוב כשלא נפסד לא היה צורך לתקן באיכא איסור לחזור שיהי' ב"ד נזקקין להוציא המעות מהמוכר. וב"ב פרק חזקת הבתים בא אחד וחטפה כו' אין מוציאין כיון שרשעים כו' אין ב"ד נזקקין כו' עיין שם אף ששל אחד כדין כל שכן כאן שיהיה נזקקין רק לעשות שלא כדין. וכל החיוב רק מדרבנן כנ"ל. והיה אפשר לומר דהא לכאורה ניהו דמעות קני מה"ת משום דעל ידי זה קונה לוקח החפץ. אבל עכשיו שאין קונה עד שימשוך מסתמא לא אקני ליה לוקח המעות עד שימשוך ויקנה החפץ ואם כן אין כאן קנין מעות כלל שהרי לא זכה מוכר בהם. וי"ל דבשלמא לר"ל לא קני כלל המעות כנ"ל. אבל לר"י דמן התורה מעות קונה וקנה זה המעות וזה החפץ מן התורה רק חכמים הפקיעו משום נשרפו כו'. אם כן די להפקיע שיהיה על תנאי מעכשיו המעות שלו על תנאי אם לא יחזרו. דגם כן יהיה חייב כשישרף ויחזור בו דנעשה שולח יד למפרע כיון שנתבטל על ידי התנאי. וכמו שכתב הרא"ש בבא בתרא

גבי מתנה על מנת להחזיר ונאבד דחייב למפרע מטעם שליחות יד אף דבהיתר נשתמש עיין שם. אך זה דוקא אם הוציא דמטעם היתר תשמיש לא מחייב כיון שחזר ונתבטל איגלאי שלא היה היתר תשמיש כלל. אך שוב מטעם דהוי כמעות מותרין בשולחני. כיון דיהיה מותר להוציא שא"צ לחוש שיחזיר כמו מתנה על מנת להחזיר דמותר להשתמש ושוב הוי נתינת רשות להוציא אף שיתבטל יהיה הלוואה כמו שכתבו תוספות ושוב חייב אף שלא הוציאן. ואם כן הוי תנאי אם לא יחזור יהיה קנין ואם יחזרו יהיה בתורת הלוואה כנ"ל. ואם כן כשחוזר לוקח באמת בטל הקנין דאורייתא גם כן דלמפרע המעות הלוואה לא קנין ולא זכה במעות בתורת קנין. ומ"מ מש"פ איכא לטעם הגמרא משום דמעות מן התורה קונה היינו מטעם כיון שאם לא יחזור ישאר הקנין מן התורה וגורם על ידי חזרתו להתבטל. ואף דבשאר תנאי אין איסור שהתנה על דעת כן. מה שאין כן זה שע"ד שימשוך מיד לקחו ומן התורה כבר קנה. אבל כשחוזר באמת נתבטל הקנין והוי המעות גזל דאורייתא ויוצא בבית דין כיון שאין החפץ דלוקח כנ"ל:

וגם לפי פשט לשון התוספות מ"ג דלענין קנין המעות לא הפקיעו דמשמע בלא תנאי. גם כן לע"ד דלא הפקיעו דין דאורייתא קודם החזרה שתלוי ועומד אם יחזור וכיון שמן התורה קנו שניהם המעות דמוכר להוציאם. ואחר החזרה ניהו שלא הפקיעו למפרע הדאורייתא. אבל עכ"פ מחזרה ואילך הפקיעו לגמרי הדאורייתא דהפקר ב"ד כו' וכיון שאין ללוקח זכות בחפץ כלל. חייב מוכר להחזיר המעות מן התורה. דנראה דאין סברא כלל דמי שקנה חפץ בכסף ולא קני והחזיר המעות דישאר לעולם זכות ללוקח בחפץ של זה. ואם יקדש בו תהיה מקודשת וכשיקדש מוכר יהיה קידושין דרבנן. דאם כן צריך לחקור בקידש. אם לא היה דו"ד בחפץ זה מעולם. והא ודאי ליתא דאחר שחזרו וקבל מש"פ הפקיעו לגמרי. ומ"ש רש"י נפקא מינה אם קידש אשה היינו שקידש לוקח בחפץ קודם חזרה ואחר כך חזרו דלמפרע לא הפקיעו מה שאין כן אחר כך. והוי שפיר גזל תורה ומוציאין המעות כשחוזר לוקח רק איסור. ומטעם זה נראה דאין האיסור תמיד עליו רק כשקיבל מש"פ כבר נתבטל המקח ואיסור דעביד עביד. ושוב צריך ומחוייב לשלם על פי דין ואין כאן שמסייעים לעשות איסור דהגוביינא שוב אין איסור. ואף אם ירצה לקיים אחר כך המקח לא יתוקן כמו אבידה לאחר יאוש דמתנה הוא דיהיב ליה. וגם בהנ"ל הוא קנין חדש עתה. שקנין הנ"ל נתבטל בחזרתו וקיבל מש"פ כנ"ל:

ובל"ז לענין גזל דרבנן נראה דע"כ לא אמרו דלא נחתינן לנכסיה רק במה שהלה לא זכה בו מן התורה מעולם כעני המנקף כו' ומציאת חרש שוטה וקטן ושבועה דרבנן דלא זכה בזכות ממון. ומשחק בקוביא אף דהיה של חבירו מן התורה מ"מ הא מדעתי' יהיב

ואיסורו רק שא"ע בישובו של עולם. אבל במה שהיה של הלה מן התורה וחכמים תיקנו שעדיין שלו וזה רוצה בע"כ של חבירו ודאי נחתינן לנכסי'. דמטמא ומדמע כו' וגרמי דרבנן. וכל חיובים וקנינים דרבנן לא אישתמיט שום פוסק דלא יהיה נחתינן לנכסיה. וכן משמעות הגמרא לעיל י"ב ושבועות מ"א דגזל גמור מדבריהם מוציאין בדיינים ורק מפני דרכי שלום. ומה דפריך בשבועות ולר"י דאמר בדרבנן צ"ל דמשמע לרבנן לא כבר תמהו תוספות שם דגם לרבנן גזל גמור דרבנן מוציאין ע"ש:

דף מד:

שם ע"ב אמר רב אשי כילדותיה מסתברא מדקתני הנחושת כו'. ותמוה דהא ע"כ מתפרש המשנה גם לזקנותיה דר' דהא תני הזהב קונה כו' והנחושת כו'. והוי ליה למיפרך אמתני' לא להכריע ולכך פירש"י ז"ל דע"כ ר"מ ששנה לו המשנה כו' ומ"מ תמוה שיכריע מלשון המשנה דלא כרבי ששנה המשנה. וגם קשה שר"א יסבור שלא כהלכתא. גם לשון מסתברא. ולע"ד לפרש למאי שכתב הרא"ש דתוספות סוברים דנחושת לגבי זהב טיבעא כיון דס"ד דעדיף מכספא גם למסקנא עכ"פ לגבי זהב כו'. והרא"ש כ' להיפוך כיון דלילדותי' זהב עדיף מכספא גם לדידן עכ"פ לגבי נחושת עיין שם. ולכאורה דברי תוס' תמוהים למה עדיף אצלם ס"ד דש"ס מסברת ילדותי' דרבי וכמה תנאים דסברי הכי. וצ"ל כיון דמסיק דחריף טיבעא שוב לא אמרינן כלל הסברא דהבא דחשוב כו' וממילא גם לגבי נחושת פירי דחריף יותר. מה שאין כן הס"ד דנחושת טפי חריף מכסף בדוכתי כו' רק דמסיק דכסף משום דבכ"מ סגי חריף טפי אבל נשאר עכ"פ לגבי זהב סברא דחריף. כיון דסברא דחריף נשאר. מה שאין כן חשוב ל"א כלל מסברא רק מעיקרא סבר רבי דהדין כן מה שאין כן אחר כך לא אמרינן סברא דחשוב כו'. ולכך לא קשה לתוספות דליתני זהב קני נחושת. דכיון דאשמעינן דבתר חריף שוב פשיטא כנ"ל. דלא אמרינן סברא דחשוב כנ"ל:

והנה לכאורה יש ליישב פירכא דר' אשי דלמה לי' נחושת קונה כסף השתא לגבי דהבא דחשיב הוי כסף טיבעא כו'. למ"ש לעיל דיש סברא במטבע דנשאר הדאורייתא דמעות קונה ולא משיכה כיון דלא שייך נשרפו במטבע דכספים כו' ונח להציל לב' טעמים של התוס'. וא"כ י"ל בילדותיה דר' סבר ג"כ דהוי כסף טיבעא ואדרבא מש"ה קני לזהב דמעות קונה כיון דלא שייך נשרפו במטבע כנ"ל. ואי סבר בילדותיה כפשוטיה דדהבא דחשיב טיבעא א"כ י"ל דגם בזקנותיה סבר כן רק דסבר דבר תורה מעות קונה דבזה נחלקו תנאים ג"כ ומה"ט זהב דטיבעא קונה כסף דפירי כיון דל"ש נשרפו. משא"כ מטבע

מטלטלין דשייך נשרפו הדין להיפוך דנתן מעות יכול לחזור ומשך אינו יכול לחזור. משא"כ בשניהן מטבע דל"ש נשרפו הדין להיפוך כמו מן התורה דטיבעא קני לפירא ולא משיכה. אך מסיפא מוכח דאין הפי' כן דתנן נחושת קונה כסף כו' ואי כנ"ל א"כ הדין להיפוך דהא כסף לכ"ע טיבעא נגד נחושת דחשיב וחריף טפי א"כ יקנה כסף לנחושת מטעם מעות קונה. ומוכח להיפוך דפירי קניא לטיבעא משום משיכה כמ"ש לעיל. ושוב מוכח דברישא ג"כ הטעם משום דכסף טיבעא לגבי זהב. וא"כ לכאורה לא קשה פירכא דר"א דהא שפיר צריך למיתני סיפא דכסף לא קני נחושת. ולא קשה דכ"ש מלגבי זהב. הא אי לא הוי תנן סיפא ה"א להיפוך דטיבעא קני לפירי וממילא היה הדין דכסף קונה נחושת כנ"ל. ורישא טעמא דדהבא טיבעא וע"כ צריך סיפא דנחושת כנ"ל:

אמנם י"ל דזה עצמו כוונת ר' אשי דכילדותיה דר' מסתברא היינו דגם עכשיו לזקנותיה דסבר. רבי דכסיפא דחריף טיבעא מ"מ נשאר סברא דילדותיה דדהבא דחשיב ראוי להיות טיבעא רק כסף דחריף טפי וחשיב קצת ג"כ עדיף. וממילא נ"מ לגבי נחושת שוב דהבא טיבעא משום חשיב כסברת הרא"ש. והוכיח זה דאי נימא דאין זה סברא כלל משום חשיב א"כ למה ליה סיפא דנחושת כו' כיון שע"כ נאמר רישא דכסף טיבעא לגבי זהב דא"א לומר כנ"ל. כיון דאין סברא שיהי' דהבא טיבעא. וע"כ דסברא כן דחשיב טיבעא ולכך הוי ס"ד גם במשנה דזהב קונה משום טיבעא הוצרך לאשמעינן סיפא דנחושת דלא כנ"ל. רק משום קנין משיכה וכסף טיבעא. וממילא כיון דהסברא נשאר נ"מ דדהבא לגבי נחושת טיבעא כנ"ל. ודחי הגמ' דגם זה אינו מוכרח דאף דלא אמרינן סברא דחשיב הוצרך למיתני סיפא דנחושת באתרי דסגי טפי מכספא כו' קמ"ל דמ"מ כסף טיבעא דסגי בכל דוכתי. וממילא לגבי זהב שפיר י"ל דנחושת טיבעא כד' תוס' הנ"ל. וא"כ אין ר"א חולק כלל על זקנותיה דרבי כנ"ל. ומיושב הלשון דאמר ר"א בשלמא אי כספא לגבי דהבא פירי כו'. והוי ליה למימר בשלמא אי תנן כסף קונה הזהב כו'. ולהנ"ל א"ש דהיינו אם הסברא כנ"ל:

עוד אפשר דלזקנותיה דרבי באמת לא קשה גם לר"א דסבר דין תורה מעות קונה וי"ל כנ"ל משא"כ ר"א דסבר משיכה קונה ע"ש:

דף מה.

אילימא דינר של כסף כו' לגבי נפשיה מי איכא למ"ד לאו טיבעא כו'. ותמוה כמ"ש תוס' דמעיקרא דדייק מר"ח דדהבא טיבעא פשיטא לגמ' להיפוך דאף דלגבי נפשיה טיבעא מ"מ אם לגבי כסף פירי אסור. ותירוץ תוס' דהתם דייק דסבר כמסקנא דהכא. גם כן

עדיין תמוה דמ"מ מה הוכחה הוא מר"ח כיון דאדרבא הסברא דאי לגבי נפשיה טיבעא מותר ללות. דמהאי דמסיק כאן אינו הכרח רק דדחי לעולם כבר מחללין רק כיון דלגבי כו' דר"י סבר הכי. אבל ליכא הוכחה מר"ח כנ"ל. ועוד דקשה עכ"פ פשיטות הגמ' דלעיל נקיט לסברא פשוטה א"א פירי כו' אסור וכאן נקיט לפשוט להיפוך לגבי נפשיה כו'. ועוד תמוה דלתוס' למסקנא דללות תליא אי לגבי כספא פירי. א"כ למ"ד דהבא פירי כילדותיה דר' אסור ללות דינר כסף בדינר כסף וכ"כ תוס'. וזה דוחק גדול דכל סתם הלואות הוא כסף בכסף. גם לשון הגמ' דמשני שאני הלואה כיון דלענין מקח וממכר כו' שוי' רבנן כי פירי תמוה. דכיון דאיהו דאוקיר וזול וממילא פירי הוי כדאמר לעיל:

ונראה לישב דהנה בשיטה כתב טעמא דילדותיה דרבי דחשיב הוי טיבעא כו' משום דכיון דאיצטריך קרא לאשמעינן ישיב דשוה כסף ככסף ע"כ דהחשוב יותר הוא המטבע שבעד זה מוכרין הכל וממילא הסברא דזהב שהוא החשוב יותר עיקר המטבע ע"ש. ויש להסתפק גם לזקנותיה אי נד מסברא זו רק חריף עיקר טיבעא שנצרך לקנות הכל. ואינו תלוי כלל בחשיבות. או דע"י דחריף חשוב יותר מהחשיבות דזהב שמצד עצמו. אבל ג"כ כספא מטעם חשיבות דחריף. וג"כ מהוכחה הנ"ל:

והנה לכאורה למ"ש הר"ן פרק קמא דקדושין דאמר בגמ' דמהני לדידי שוה לי לשוי' ה' סלעים אף שאינו שוה. וכתב מה"ט דמסופק באינו שוה פרוטה אי מהני לדידי שוה לשויה תורת כסף. וכתב דלכך מהני שוה פרוטה במדי. דכיון דיש עליו תורת כסף באיזה מקום שוב מהני לדידי שוה לי שיהיה גם כאן עליו תורת כסף. ודוקא כשאין שוה פרוטה בשום מקום לא מהני לדידי כו' לשויה כסף משא"כ כשבאיזה מקום חשיב כסף שוב מהני גם היכא דאין שוה פרוטה ע"ש. ולכאורה לטעם הנ"ל דמטבע משום דחשיב יותר. יועיל במשנה לענין קנין זהב וכסף וכה"ג ג"כ לדידי שוה לי שאצלו כסף טיבעא אף שלשאר בני אדם דהבא חשיב יותר או להיפוך לשוי' חפץ הנמכר כיון שרוצה לקנותו בתורת חפץ. אך לא שייך זה לענין קנין דמ"מ אין הקנין מורה על זה דאף שמוכר הזהב בעד הכסף מ"מ אין הוכחה שרוצה הכסף בתורת טיבעא שחשוב אצלו יותר מזהב דדילמא להיפוך שרוצה לקנות חפץ ורוצה הכסף בתורת חפץ דאיקור וזול וכן להיפוך. וכן לגבי המוכר ג"כ אינו מוכח כנ"ל:

והנה הטעם דאסור סאה בסאה אינו מובן כדפריך פרק איזהו נשך יהא מותר כו' דא"ל שקילו טיבותך כו' חטי דקדחי באכלבאי. ומשני התם הלואה כו' ע"ש. אולם אינו מפורש הטעם דמ"מ גם אם היה החטין אצלו ג"כ הי' מתיקר ואינו מרויח כלום במה שהלוה לו. וע"כ הטעם כיון דתמיד מטבע טוב יותר משוה כסף. א"כ חשבינן מה שמלוה לו החטין

להוציאן וקונה אותם כאלו מכרם בדמים. דסתמא דהי' המלוה מרוצה יותר שישלם לו דמי שויו מיד דהא כסף טוב יותר משוה. ואף שמקיל עליו לשלם לו שוה כסף חטין. אבל מ"מ חשבינן כאלו הלוה לו מעות שיוי החטין וממילא משלם לו עכשיו יותר כיון שנתיקר ואסור. וממילא גם בזהב וכסף הך דהוי פירי שייך ג"כ כנ"ל. דמסתמא היה מוכר בעד זה שהוא טיבעא זה שהוא פירי וחשבינן כהלוה כנ"ל. אך בזה שוב י"ל דמהני לדידי שוה לי כיון דזהב לגבי נפשיה טיבעא וכן לגבי חפץ רק לגבי כסף הוי פירא א"כ מ"מ מהני לדידי שוה יותר זהב להיות מטבע אצלו יותר מכסף דאצלו חשוב יותר. ומהני ג"כ לשויה עליו תורת כסף. ואין ראיה מסאה בסאה דזה לעולם אין עליו תורת כסף לא מהני אמירתו לדידי שוי להיות עליו תורת מטבע. כחילוק הר"ן הנ"ל משא"כ זהב דיש עליו תורת מטבע לגבי נפשיה. שוב מהני גם לגבי כסף לדידי שוה דהוי טיבעא גם לגבי כסף. וממילא במלוה דינר בדינר זהב הוי כמפרש לדידי שוה לי דהא מפרש שאינו רוצה שישלם לו כסף עבור הדינר זהב. רק דינר זהב שאצלו חשיב יותר. וממילא י"ל דלא אסור כלל דלא דמי לסאה בסאה כנ"ל. וכיון דרק מדרבנן אסור במה שאינו טיבעא כנ"ל ממהני בהנ"ל מהני לדידי שוה דחשיב טיבעא כנ"ל:

אך י"ל דלענין זהב לגבי כסף לא מהני זה כיון דזהב בלא זה חשיב יותר רק מ"מ כסף דחריף הוי יותר טיבעא א"כ לא מהני לדידי שוה לשויה חריף דמ"מ אינו חריף דלדידי שוה לא שייך יותר רק לענין שיוי יותר או לענין החשיבות דאצלו חשיב יותר. אבל לא למשוי' חריף שהוא היוצא לכל אדם. דכמו דאמר בנחושת דאף באתרי דסגי טפי מכספא מ"מ כיון דאיכא אתרי דלא סגי וכסף סגי בכל דוכתא הוי כסף טיבעא יותר אף במקום שנחושת סגי יותר. א"כ גם לדידי שוה לא מהני דאף שנגדו יותר מ"מ כסף חריף לכל כנ"ל. אף שיש לחלק קצת דאדם יכול לעשות בשלו כאלו הי' בכל מקום חריף יותר מ"מ הסברא כנ"ל דלא מהני לענין חריף לדידי שוה כנ"ל:

וא"כ מיושב הכל בעזה"י דלעיל דייק שפיר דדהבא טיבעא דאי פירי לגבי כסף הי' אסור דינר זהב בדינר זהב דלנגד כסף לא מהני לדידי שוה כנ"ל. משא"כ כאן להיפוך אי דהבא טיבעא ללות דינר כסף בדינר כסף פריך שפיר לגבי נפשיה מי איכא למ"ד דלאו טיבעא וכיון שיש עליו תורת טיבעא רק דהבא דחשיב יותר הוי טיבעא יותר מכסף משום החשיבות. שוב מהני לדידי שוה דאצלו כסף חשוב יותר כנ"ל. וממילא מותר ללות דינר כסף בכסף דהוי לדידי שוה כנ"ל ופריך שפיר ואח"כ אמר אלא דינרי זהב כו'. ורצה להוכיח לס"ד דע"כ דהבא פירי דאי לג"נ טיבעא סבר עכשיו דהיה מותר ללות דמהני גם לנגד כסף לדידי שוה כנ"ל. או דטעמא דחריף ג"כ משום חשיבות בשביל זה

כמ"ש לעיל ממילא מהני גם בזה לדידי שוה כנ"ל. ודחי אח"כ דאף אי כנ"ל מ"מ דלמקח וממכר פירי לגבי כסף לא מהני לדידי שוה כו'. או דחכמים שוי' כי פירי כיון דלכל עולם כן לגבי כסף כנ"ל:

עוד י"ל דשם ברב לא הזכיר רק אוזיף דינרין כו' ולא מה ששילם. ממילא לא הוי כלל כלדידי שוה כו' ושייך כמו גבי חטין דמסתמא היה ניחא לה בכסף עבור הזהב שהוא טיבעא כנ"ל. ופריך שפיר דע"כ זהב טיבעא כנ"ל. משא"כ בר"י דאמר להדיא אסור כו' דינר בדינר דמשמע שפירש שישלם לו דינרין כו'. פריך שפיר כיון לגבי נפשיה טיבעא הוי לדידי שוה כנ"ל:

ובפשיטות י"ל דהא מכל המשנות משמע דמותר לוות דינר כסף כמ"ש הנמוקי יוסף וא"כ אי כסף פירי לגבי זהב ע"כ כיון דלגבי נפשיה טיבעא מותר ופריך שפיר כספא מי אלמ"ד כו'. משא"כ אי כסף טיבעא וזהב פירי מצינן למימר דזהב באמת אסור כיון דלגבי כסף פירי ואיקור וזול כנ"ל ולא מהני מאי דלגבי נפשיה טיבעא כהסברא הפשוטה:

עוד י"ל דהנה בבא קמא צ"ז ע"ב אמר בש"ס במלוה מטבע והוסיפו עליו דנותן לו מטבע היוצא ואינו רבית. ופריך והא זילא פירי ומסיק דאי מחמת טיבעא זיל אסור ע"ש. אף דהוא אותה מטבע מ"מ כיון שיכול לקנות כל פירי יותר מבעד מטבע ראשונה שהיה בשעת הלואה אסור. ואי מחמת תרעא זיל אף דשבח לענין נסכא מותר אם אינו דבר מופלג יותר מחומש ע"ש. והחילוק דהתם שהוא יותר לענין כל דבר המצוי לקנות מחזי רבית ואסור משא"כ כשלענין כל דבר הוא כמו שהיה רק לענין דבר מיוחד יש עדיפות למטבע זו לענין נסכא וכה"ג אינו רבית ומותר ע"ש. וא"כ לכאורה בדינרי זהב דאמר דאי הוי טיבעא מותר אף שנתיקר הזהב ונותנין עבורו כסף יותר מ"מ אמרינן כסף הוא דזל וטיבעא דזהב כדקאי קאי ומותר. ולכאורה למה נהי דטיבעא הוי מ"מ הא בשעת פירעון זילי פירי מחמת הטיבעא דכיון דכסף הוא היוצא בהוצאה דחריף לקנות הכל. וא"כ כשנותנין כסף יותר בעד הדינר זהב ממילא יכול לקנות הכל יותר בעד הזהב דכסף הוא המטבע היוצא לגבי כל דבר. וא"כ ממילא זילי פירי ע"י הטיבעא א"כ אף שהזהב טיבעא היה אסור דכיון שנתיקר הזהב ממילא יכול לקנות הכל יותר בעד הזהב בשעת פירעון מבשעת הלואה שהיה כסף פחות בעד הזהב והוי זיל פירי מחמת טיבעא דאסור אף שהוא טיבעא כנ"ל:

אך לא קשה למ"ש לעיל דטעם איסור סאה בסאה אף דגם שלו היה מתיקר מ"מ כיון דכסף עדיף יותר משוה כסף חשבינן הסתם שיהיה מרוצה אם הי' נותן לו דמי החטין מיד יותר מחטין שהוא שוה כסף וחשיב כאלו הלוה לו המעות ועתה מחזיר לו יותר.

וא"כ בדינרי זהב ג"כ אי חשיב פירי וכסף טיבעא חשיב גם כן כשמלוה דינר זהב בדינר זהב כאלו מכרו לו דמסתמא הי' מרוצה בכסף יותר כשהיה נותן לו מיד כסף שיוי הדינר זהב ולכך חשיב רבית. אבל אי דהבא טיבעא וכספא פירי לגבי זהב. ממילא ודאי דלא חשבינן להיפוך כשמלוה לו דינר זהב שישלם לו דינר זהב דנימא שיהיה מרוצה בכסף שהוא שוה כסף לגבי זהב שהוא טיבעא דאדרבא כיון שמתנה מטבע הטוב יותר ממה דהוי פירא לגביה לא חשבינן כסף שיהיה כמוכר בעד שוה כסף,. וא"כ אי זהב טיבעא לגבי כסף אין כאן רבית כלל אף דזילי פירי עכשיו מחמת טיבעא שהוזל הפירות ע"י הכסף דזל מה בכך הא אם לא הי' מלוה לו והי' הדינר זהב אצלו ג"כ הי' לו פירות כ"כ דלא שייך טעם הנ"ל כאלו מכר כיון שהוא טיבעא כנ"ל. דלא דמי להאי דב"ק דהוסיפו על המטבע דאם לא הי' מלוה לזה הי' לו מטבע הראשונה שהיה לו פירות פחות ממה שיש לו עכשיו ע"י הפירעון אסור כנ"ל. משא"כ כאן דהוא מטבע שהלוהו אז דוקא אי פירי כו' וחשיב כמכר בעד טיבעא משא"כ אי טיבעא אף דהזול תלוי בכסף והוזלו פירי בשביל המטבע מ"מ גם בלא הלואה היה לו פירות כעכשיו כנ"ל:

אמנם י"ל דשפיר סברת הגמרא לעיל בזהב דאף דלגבי נפשיה טיבעא הוי מ"מ אי לגבי כסף פירי אסור והוא מטעם הנ"ל דאף דלגבי נפשי' טיבעא מ"מ הא זילי פירי מחמת טיבעא דשוב חשיב כהוסיפו עליו שנעשה מטבע זו שלגבי נפשיה מטבע נעשה שוה יותר כיון דהזהב הוא דאיקור א"כ נתיקר שיכול לקנות הכל יותר בעדו שלוקח כסף יותר וממילא הכל יותר. ואף דגם אצלו היה מתיקר זה לא מהני כמו סאה בסאה כיון דודאי היה מרוצה כשיתן לו כסף או שויו כנ"ל. ושוב שיהיה ההיתר רק מצד דלגבי נפשיה הוי טיבעא וזה לא מהני דעכ"פ הוסיפו עליה שנתיקרה מטבע זו שיכול ליקח הכל יותר עבורו כיון דכסף כדקאי קאי וזהב הוא דאייקר כנ"ל. ודייק לעיל שפיר מדמותר ללות דינר זהב דטיבעא הוי גם לגבי כסף כנ"ל. אבל בכסף אי פירי לגבי זהב מ"מ אמר הגמרא כיון דלגבי נפשיה טיבעא מותר ללות כו' דהא ניהו דחשיב כאלו הכסף נתיקר לגבי זהב וכהוסיפו כנ"ל. מ"מ לענין כל הפירות לא נתיקר הכסף כלל דאינהו נינהו דזילי דלגבי פירות כסף טיבעא שהוא חריף היוצא כנ"ל. ולא נתיקר הכסף כלל לגבי כל הדברים רק לגבי זהב שיכול ליקח בעדו זהב יותר וא"כ הוי רק כשבח לענין נסכא שכשנתיקר רק לדבר מיוחד אינו אסור כלל במטבע כיון שע"פ דין צריך לשלם לו מטבע זו. ממילא הכסף דלענין כל הפירות לא אייקר כלל רק לקנות זהב שפיר אין איסור כלל. ודוקא בזהב כנ"ל. משא"כ כסף אף דפירי לגבי זהב מ"מ אמר שפיר מי איכא למ"ד לגבי נפשיה לאו טיבעא וממילא מותר אף דלגבי זהב פירי כנ"ל. ושפיר גם למסקנא דתליא

במו"מ מ"מ גם להסוברים כילדותיה דר' מכל מקום מותר ללות דינר כסף בדינר כסף כנ"ל וא"ש:

דף מה:

שם ע"ב איתמר רב ולוי חד אמר מטבע נעשה חליפין כו' וחד אמר אין נעשה כו'. הנה עיקר החילוק בין קנין מעות לחליפין הוא דבמעות אינו מיחד מעות אלו רק שמחויב לשלם דמי החפץ וכשנותן לו מקצת מהתשלומין היה קונה מה"ת בתורת כסף רק מדרבנן לר"י שמא יאמרו כו'. משא"כ כשמיחד חפץ זה בזה או מטבעות אלו בעד החפץ. וזה בתורת חליפין. ואף דהא קונה בתורת כסף ג"כ דלא גרע במאי שמיחד הכסף ונותנו לו מ"מ לא היה מהני מדרבנן ובתורת חליפין מהני. ואף דהא שייך ג"כ אותו החשש דנשרפו כו' כמו שהקשו תוס'. ותירצו דבאינו שוה לא שכיח כו'. ובק"ס כיון שעדיין חייב יטרח להציל שלא יצטרך למיקם בדינא כו'. ואף דלכאורה היה לחכמים לתקן דבנותן כל דמי החפץ לא יקנה וכשאינו נותן כל דמיו יקנה דיטרח כנ"ל. וצ"ל דאין ראוי לתקן כך שאינו סברא דיגרע נותן כל דמיו משאינו נותן רק פרוטה. או דלא רצו לחלק בקנינים כיון דבקנין כסף שכיח שנותן כל דמיו לא קני אף פעמים שאינו נותן כולו ובק"ס שהדרך שלא ליתן כל דמיו לא חילקו וקונה אף שוה בשוה. ואף דאמר גבי באלו ודמי שור בפרה כו' דבלא שכיח קני ולא אמרינן לא פלוג. צ"ל דדוקא במה שמתרמי אופן אחר שבקנין אבל בקנין השכיח וכשאינו נותן כל דמיו אף דלא שכיח מ"מ הוא באופן זה עצמו של קנין דכל דמים לא חילקו חכמים כנ"ל. והוא דוחק גדול:

גם צ"ל הא דלא קשיא להו לתוס' רק אמטבע אי נעשה חליפין ולא אכל קנין חליפין. משום דלא אפשר דבשלמא בכסף שהקשו תוס' לעיל מאי פעולה שלא יקנה יאמר נשרפו מעותיך כו'. ותירצו או דרשאי להשתמש והוי שואל כו' או דכספים אין להם שמירה אלא בקרקע ולא שייך נשרפו כו'. וא"כ בחליפין חפץ בחפץ לא שייך שיתקנו שלא יקנה משום נשרפו כו' דמאי פעולה שלא יקנה יאמר נשרפו חפץ זה שקיבל ממנו דלא שייכי ב' תירוצים הנ"ל דזה חפץ כמו זה שמכר. ולכך לא הקשו רק אמטבע אי נעשה חליפין דשייך החשש כו' וכשלא יקנה לא שייך דמטבע אין לו שמירה כו' וכמו בקנין כסף:

אך לפ"ז קשה דבחליפין חפץ בחפץ כיון דלא שייך החשש דנשרפו כו' דאם לא יקנה שייך ג"כ א"כ כיון דשוה כסף ככסף למה לא יקנה בתורת כסף כיון שזה נותן לו חפץ זה בעד חפצו והיינו דמיו א"כ קונה בתורת כסף כיון דליכא חשש הנ"ל. ולתירוץ ג' שכתבו תוס' עירובין דאי אינו קונה אז לא שכיח דאז לא יתן זה הדמים חנם עד שימשוך מיד

כיון דאינו קונה משא"כ אם היה קונה היה מתרמי דנותן דמים והיה שייך נשרפו כו' משא"כ עתה דלא קני לא שייך גם על המעות החשש. וא"כ א"ש דשייך התקנה גם בחפץ בתורת דמים. אך א"כ היה להו לתוס' להקשות כאן גם אחליפין דחפץ בחפץ דשייך שמא יאמרו כו' משא"כ אם לא יקנה לא יהיה שייך החשש דימשוך מיד גם הב' החפץ שקנה. וע"כ דתוס' תפסו עיקר ב' תירוצים הנ"ל ולכך לא קשה אחפץ כנ"ל רק במטבע כנ"ל. וא"כ קשה בחפץ בתורת דמים כנ"ל:

וצ"ל או דכיון דהחשש נשרפו כו' שייך גם בזה רק דלא יועילו בתקנתם ושוב שייך לא פלוג כיון דתיקנו ברוב הקנינים דכסף שהוא במטבע שמועיל התקנה שוב לא חילקו גם בחפץ אף שאין תועלת. משא"כ היכא דלא שכיח כנ"ל. או די"ל דהא כ' כסף בקנין רק דילפינן שוה כסף ככסף וא"כ כיון דבמטבע בכסף ממש תיקנו דלא מהני דשייך התקנה א"כ איך נימא דבשוה כסף קני מטעם כסף. אך גם כל זה דוחק דמ"מ כיון דלא שייך התקנה יקנה. כיון דחזינן דלא השוו חכמים בתקנה זו ובעלי' מושכרת כו' דלא שייך החשש דנשרפו שפיר קונה כדאמר בש"ס:

ועוד תמוה לשטת ר"ת דשוה בשוה איכא קרא אחרינ' שיועיל בחליפין על התמורה כו' דלא בעי כלי ואף פירי מהני כו'. ולמה קרא להכי הא קי"ל ד"ת מעות קונה וא"כ לעולם בחליפין שוה בשוה קונה בתורת דמים דהא נותן לו חפץ זה שהוא דמי החפץ אחר. ואף אי לא קני מדרבנן מ"מ קרא למה לי. ואף שמפרש בתורת חליפין מ"מ לא בטיל תורת כסף מיניה לגרוע שלא יקנה ולר"ל דאמר משיכה מה"ת א"ש דאף דיש משיכה מ"מ לא הי' קונים שניהם דבשלמא מכר כיון שמושך נתחייב דמיו וקני נגד שניהם משא"כ בחפץ בחפץ כל שלא משך הב' ולא קנה גם זה לא קני ועכ"פ זה שלא משך לא הי' קונה ומטעם חליפין יקנה. משא"כ לר"י:

והיה נראה לע"ד בחפץ בחפץ דלא קני בתורת דמים הטעם דהא ר"י דסבר דדוקא מעות קני ולא משיכה וכתבו תוס' ושאר פ' דרק במציאה ומתנה דליכא מעות קני משיכה ע"ש. והנה קשה לר"י איך קני במה שנתן המעות במה קונה זה המעות במה שקיבלו הא אין זה אלא משיכה ולא קני. וא"ל דהוי נגד המעות כמציאה ומתנה ז"א דכמו שזה נותן המעות בעד החפץ כמו כן נותן זה החפץ בעד המעות וא"כ כל זמן שלא נתן זה החפץ בעד המעות לא קנה המעות כלל במשיכה לחוד כיון שאינו כמציאה ומתנה דמחוסר ליתן שיוי המעות עדיין וא"כ לא יקנה עד שיקח זה החפץ ג"כ ויצטרך שניהם מעות ומשיכה כדי שיקנה זה המעות. דאין ראיה מקרא דונתן הכסף דהקדש כמ"ש רש"י דשם קונה הקדש המעות בדיבור משא"כ בהדיוט כנ"ל. וצ"ל החילוק פשוט דלא

נקרא החפץ תשלומין של המעות רק להיפוך. כיון דעיקר טעמא דר"י מסברא כמ"ש הנ"י דכל הקנינים עיקר בכסף וסבר דמה שמשלם בעד חפץ שקנה מורה דהוא שלו יותר ממה שמושכו לרשותו בלי דמיו היכא דאיכא דמים. וא"כ ניהו דאם היה מקבל המעות בתורת קנין שרוצה לקנותם היה צריך גם גבייהו קנין מעות אבל כיון שמקבלו בתורת תשלומי החפץ שקנה זה שפיר קני המעות דעל תשלומין שפיר מורה מה שנותן לו זה כיון שהדין דכסף קונה מטעם זה דקנין זה מורה על הקנין החפץ וממילא מורה על קנין התשלומין בתורת תשלומין ג"כ. ולא מיקרי זה מחוסר דמים אף שלא נתן החפץ שהוא תמורת המעות עדיין. כיון שאין החפץ תשלומי המעות כיון שאינו מקבלם בתורת קנין רק להיפוך כנ"ל. וא"כ ממילא מיושב הנ"ל דבקנין חליפין חפץ בחפץ שזה רוצה לקנות החפץ כמו זה לא מהני כלל בתורת דמים שאף שנותן לו חפץ א' והיינו דמי החפץ מ"מ איך יקנה בתורת קנין דמיו משום דשוה כ' ככסף ונתן דמי החפץ הא ז"א דזה לא קני כלל החפץ שהוא הדמים במה שקבלו דהא נגדו אין כאן רק משיכה לחוד שעדיין לא נתן להשני דמי חפץ זה שהוא החפץ אחר וממילא משיכה לחוד היכא דאיכא דמים לא קני כלל מה"ת ושוב ממילא אין כאן קנין מעות כלל כיון דלא קני המעות כנ"ל כיון שכל חפץ נעשה דמי החפץ הב'. ולא דמי למעות כלל. ושפיר לא קני רק מצד חליפין וצריך אף שוה בשוה לקרא דקנין חליפין ומיושב הכל כנ"ל. וכן בפ' השותפין ב"ב הלך זה והחזיק שתמוה הא סגי בא' דנקנה בכסף. ולמ"ש מיושב שפיר דאינו קונה כלל לר"י מה"ת בזה בתורת כסף רק בחליפין כנ"ל. וראיתי אח"כ בפ"י שנתחבט הרבה והקשה קושיא הנ"ל ודחה דברי הראשונים ע"ש. ולע"ד ברור כנ"ל:

עוד י"ל הטעם דזה קונה המעות בכל מכר במשיכה לחוד למ"ש הרא"ש והרי"ף ז"ל דאף היכא דלא קני הלוקח החפץ מ"מ אית ליה רשות למוכר להוציא המעות ועכ"פ הוי הלואה גבי' כיון דיהיב ליה לשם קנין. וא"כ כיון דבכל הלואה קונה הלוה המעות להוציאם במה שמושך המעות דלענין זה הוי כמציאה ומתנה שאין כאן דבר אחר ליתן עבור זה. וא"כ שפיר קונה מעות במכר דהא איך נימא שזה אינו קונה המעות במשיכה לחוד כיון שלא נתן עדיין החפץ לזה שכנגדו. והא אף אם לא יקנה ואין כאן קנין מ"מ קונה המוכר עכ"פ המעות להוציאן ונעשו מלוה דלענין זה אינו מחוסר ליתן בעדו דהא נותן לו שיהיה בהלואה שיוכל להוציאן אף שלא יקנה החפץ וקנין זה לחלוטין וממילא קונה המעות במשיכה לחוד להיות בידו להוציאן ושוב כיון שקונה המעות ממילא קני לגמרי זה החפץ ג"כ דמעות קונה כנ"ל. דהא במציאה ומתנה קני במשיכה לחוד. וקשה כיון שהוא קנין מנא ליה לר"י דבמכר אינו קונה. וצ"ל ע"כ כיון דקנין צריך להיות מורה

על הדבר שנעשה שלו כמבואר בש"ס ב"ב. ולכך מציאה ומתנה שפיר מורה מה שמושך לרשותו דנעשה שלו. משא"כ מכר דאינו מקנה רק עבור המעות אין המשיכה מורה כלל דנעשה שלו כל שאינו משלם דהא בפקדון כל היכא דאיתא ברשותי' דמריה דכל זמן שלא קנה אין כאן משיכה וממה יתחיל הקנין אף דאי נימא שיקנה יהיה ברשותו כנ"ל.
משא"כ בהנ"ל לענין הדמים דאף אם לא יקנה מ"מ יצא מרשותו הלוקח כמלוה והן של המוכר שפיר קני במשיכה ואף דאי קונה לחלוטין מחוסר ליתן החפץ בעדו מ"מ אי קנה ודאי המשיכה מורה ששלו רק ממה יתחיל הקנין כנ"ל. ולא שייך כיון דב"כ וב"כ הן של המוכר כנ"ל וא"כ מיושב ג"כ דבחפץ בחפץ לא מהני כלל בתורת דמים דגם זה לא קני כלל במשיכת החפץ שעדיין לא נתן דמיו דאין המשיכה קונה כלל דהא אין לו רשות כלל להוציא החפץ כמו הלוקח כשלא קני כנ"ל:
אך אינו נראה טעם הנ"ל דקנין בתורת הלואה אין שייכות לקנין החפץ בתורת קנין דאי קונה אינו הלואה:
וגם טעם א' יש לדחות כמ"ש ריש פירקין דלר"י דוקא משיכה אינו קונה מה"ת במכר דמחוסר נתינת המעות והמוכר אינו רוצה להקנות רק בשביל המעות. ואף שיהיה חיוב על לוקח ליתן מעות מ"מ הוא אינו רוצה למכור בעד החיוב רק בעד מעות שיקבל וזה מחוסר עדיין. משא"כ לענין שיקנה מוכר המעות שפיר קונה דאינו מחוסר כלום כיון דמעות קונה וקונה לוקח החפץ א"כ הוי ככבר נתן לו החפץ בעד המעות דרק פקדון בידו וכל היכא דאיתא ברשותו דלוקח הוא כיון שקנה גוף החפץ מיוחד ואינו מחוסר כלום ליתן בעד המעות וקונה המעות במשיכה כמו במציאה כנ"ל. וא"כ עדיין קשה גבי קנין חליפין למ"ל מה"ת הא כשזה נותן לו חפץ א' שיקנה הב' א"כ נתן לו דמי החפץ שלקח ושפיר המוכר זוכה בו בתורת דמי החפץ כיון דעי"ז קונה לוקח חפץ האחר ע"י כסף וברשותו הוא ואינו מחוסר כלום. וממילא קנו שניהם זה קנה החפץ בתורת דמי חפץ הב' וגם הב' קנה ממילא החפץ. וניהו דעכשיו שתיקנו דכסף לא קני א"כ הב' לא קנה ושוב מחוסר וגם זה שמשך החפץ לא קני מה"ת דמחוסר כנ"ל. אבל למה לי קרא לענין חליפין דשוה כנ"ל הא מן התורה שפיר קני שניהם כנ"ל:
ולכך נראה לע"ד עיקר החילוק דהא אמר ב"ב פ' ח"ה בכותי דמכי מטי זוזי לידיה איסתלק ליה וישראל לא זכי עד דאיכא שטר כו' והוי הפקר. רק בישראל אינו מסתלק כיון שזה לא קנה ויוכל לחזור בו ויצטרך להחזיר המעות כו' אבל כותי לא איכפת ליה ע"ש. אבל עכ"פ עיקר קנין המעות הוא שנותן למוכר דמי החפץ ועבור זה מסתלק מהחפץ שכבר קיבל דמיו ולא איכפת ליה אם זכה לוקח או לא רק התורה אמרה כשאינו

זוכה יכול לוקח לחזור בו וצריך להחזיר המעות ובמטלטלין אמרה תורה דמעות קונה היינו ג"כ כנ"ל. דכשלוקח נותן למוכר מעותיו ומסתלק מן החפץ ממילא כיון שנסתלק החפץ בעד מעותיו של זה הוי זה קנין שעי"ז נקנה החפץ ללוקח במה שנתן דמי המקח שנסתלק המוכר ע"י הדמים שקיבל כנ"ל. וגם אם היה הדין דלא קנה הלוקח בנתינת מעות לחוד עד שימשוך מ"מ היה קונה מוכר המעות שנתן לו עבור סילוקו מהחפץ והא איסתלק ליה דיכול למשוך ואינו חסר מצד המוכר כלום. ולכך ממילא קני המעות ונסתלק וזה עצמו הוי קנין מה"ת שלוקח קני החפץ כנ"ל ולא הוי הפקר כנ"ל. אבל בחליפין אינו דמי החפץ רק בעד קנין החפץ שזה מקנה לו חפץ זה כדי שעבור זה יקנה לו זה חפצו ולכך נקרא על התמורה או לקיים כל דבר כו'. וא"כ אם לא גילתה תורה דין חליפין לא היה קונה בתורת כסף כלל דזה לא קנה החפץ רק כשזה יקנה ג"כ החפץ ובמאי מתחיל הקנין מחפץ הב' שלא נתנו עדיין ושניהם לא קנו כיון שאינו נותן לו בעד שמסתלק רק בעד שמקנה לו שיקנה החפץ של המוכר וכיון שלא קנאו לא קנה גם הוא כיון שב' הקנינים תלוים זה בזה. ולכך הוצרכה תורה לומר שקונה בתורת חליפין וזה עצמו הטעם דשוב מורה על קנין חפץ הב' ג"כ. דבכסף דמי החפץ שמורה נגד המוכר רק על סילוק לא על קנין מ"מ קונה לר"י מה"ת דזה שנותן מעותיו שיסתלק הוי קנין. ולר"ל מה"ת אינו קנין דאינו מורה על הקנין של החפץ. וחליפין שזה מקבל כדי שיקנה לו החפץ שוב מה שמקבל זה החפץ מורה על שמקנה ללוקח חפץ שלו ומהני בתורת חליפין בין לר"י ובין לר"ל כנ"ל:

ומיושבים כמה דברים בעזה"י. הא דבקדושין לא מהני חליפין אף בשוה פרוטה ע"ש שנתקשו בזה דמ"מ נותן לה שוה פרוטה. ולמ"ש א"ש דהר"ן ז"ל נדרים כ' דאשה רק מבטלת עצמה לעשות כדבר של הפקר ולא שמקנית עצמה דכי יקח כו' ולא כי תלקח אשה לאיש כו'. וממילא לא מהני רק בתורת קנין כסף שמסתלקת עצמה שיוכל לקנותה ועי"ז קונה אותו והוי שפיר כי יקח דכל הקנין מצדו כנ"ל משא"כ בתורת חליפין דנותן לה בשביל הקנין שתקנה עצמה לו והוי כי תלקח כו' דאין הכסף שלה רק אם תקנה עצמה לו וזה לא מהני ואין כאן קנין כסף כלל. ואמר שפיר כיון דחליפין איתא בפחות משוה פרוטה וע"כ שאינו שמסתלק בשביל שקיבל דמי החפץ דאין פחות משוה פרוטה דמים כלל וע"כ שהקנין הוא שבשביל שקונה הכלי דמקנה החפץ. ומוכח שאינו בתורת כסף וכמ"ש תוס' שם כנ"ל. ומיושב ג"כ שכ' תוס' דחליפין בנכרי לא מהני ע"ש. וג"כ הטעם כנ"ל דבישראל מורה קבלתו שמקנה לזה החפץ דהא הלוקח אינו מקנה לו רק

כדי שיקנה לו חפצו. משא"כ נכרי דלא איכפת ליה אם כדין ואם יקנה הלה שוב אינו מורה כלל. רק בתורת כסף מהני דהא איסתלק לי' כנ"ל:

ומיושב ממילא גם קושית תוס' הנ"ל במטבע ניהו דנעשה חליפין מ"מ לא יועיל מטעם נשרפו חטיך כו' כמו קנין כסף דבטלו חכמים כנ"ל. וע"כ הקושיא דוקא אמטבע כמ"ש לעיל דבשלמא חפץ בחפץ לא שייך נשרפו דאי לא יקנה גם כן יאמר זה נשרפו על חפץ שמשך. רק מטבע נשאר הקושיא כמו במעות שכ' תוס' דל"ש נשרפו מעותיך דמותר להשתמש וחייב ע"ש. והנה תוס' מ"ג ע"א מסקי דלר"ל דמעות מה"ת לא קני אסור להשתמש בהם רק לר"י דמה"ת קני רק חכמים הפקיעו ולא הפקיעו לענין זה שקנה המוכר המעות שיכול להשתמש בהו ע"ש. ולכאורה אינו מובן דניהו דמה"ת קונה מוכר המעות היינו משום שעי"ז קני לוקח החפץ אבל כיון שהפקיעו חכמים קנין החפץ. א"כ ממילא לא קנה מוכר המעות גם מה"ת דלא הקנה לו המעות רק שיקנה החפץ:

אמנם למ"ש מיושב היטב דדמי החפץ אינו בשביל הקנין רק בשביל הסילוק שמסתלק מהחפץ ויכול ליקח אותו ומצדו נגמר. ורק מה"ת ממילא קונה החפץ הלוקח ע"י שנסתלק במעות שנתן. וא"כ ניהו דהפקיעו חכמים קנין החפץ עד שימשוך מ"מ שפיר המעות קנה מוכר מה"ת דהא באמת נסתלק ויכול לוקח למשוך וא"כ אף שאמרו חכמים שלא קנה החפץ קני שפיר מוכר המעות בעד שנסתלק. רק דמ"מ היה התקנה שכשחוזר הלוקח צריך להחזיר המעות. דאל"כ יהיה עדיין החשש דנשרפו כו'. אבל לא עשו רק חיוב על המוכר לשלם המעות אף שקנה אותם משעה שחזר בו הלוקח. אבל לא הפקיעו זכות המוכר במעות מיד ויכול להשתמש בהם דנגמר קנין המעות בעד שנסתלק אף שלא קני לוקח חפצו עד שימשוך כנ"ל:

וא"כ ממילא מיושב בחליפין אי מטבע נעשה חליפין לא קשה כלל נשרפו חטיך דמה תועלת אם לא יקנה יאמר נשרפו מעותיך דבזה שפיר לא יהיה רשאי כלל להשתמש אם יפקיעו חכמים הקנין שלוקח לא יקנה החפץ בחליפין של המטבע ממילא גם הוא לא קנה המטבע כלל גם מה"ת דבחליפין נותן לו רק בעד קנין החפץ וכיון שלא קנאו דהפקיעו ממילא לא הקנה לו המטבע ואינו רשאי כלל להשתמש גם מה"ת כנ"ל. ושפיר אין כלל תועלת לבטל הקנין משום נשרפו כו'. דיהיה שייך גם במעות נשרפו וכמו בחפץ דלא קשה. ודוקא גבי קנין כסף בתורת כסף שייך התקנה דנשרפו כנ"ל משא"כ בחליפין כנ"ל וא"ש:

שם תוס' ד"ה אין מטבע כו'. הקשו הא בעי כלי ע"ש. ולר"ת ז"ל י"ל בפשיטות דר"נ דבעי כלי מוקי מחלוקתם בשוה דפירי מהני ומטבע ל"מ להך מ"ד כמ"ש תוס' לקמן.

ואפשר דתוס' שהקשו הוא משום דלקמן הקשו דמטבע הא שייך נשרפו כו'. כמו בקנין מעות דהפקיעו כו'. והפי' כמ"ש דבשלמא חפץ בחפץ לא שייך דהא אי לא יקנה יאמר נשרפו על חפץ זה משא"כ מטבע. ותירצו רק משום דל"ש שיתן חפצו בעד מטבע שאינו שוה' ע"ש. ולכאורה בשוה בשוה למה יקנה מטבע הא שייך כנ"ל. וצ"ל דלא חילקו חכמים דבשלמא קנין מעות שהדרך ליתן כל המעות ושייך נשרפו הפקיעו וממילא גם בנתן מקצת לא קני. משא"כ חליפין דדרך באינו שוה ולא הפקיעו שוב גם שוה בשוה לא הפקיעו כיון שהוא קנין א'. וא"כ זה שפיר אי מטבע כלי וקונה גם באינו שוה שייך כנ"ל. אבל לקושית תוס' דאינו כלי וא"כ בפחות אינו כלל רק דנימא שוה בשוה יקנה ושוב הא ע"ז שייך נשרפו ויהיה שייך תקנת חכמים דלעולם לא יקנה מטבע. והוצרכו לתרוצם דמטבע חשיב כלי ושייך כנ"ל:

ובזה לע"ד מיושב דבקדושין כתבו תוס' תי' הגמ' לאמת משום דמטבע יוצא בהוצא' ויכול לקנות הכל חשיב כלי כו' ע"ש. והא כאן דחו תוס' טעם זה מהא דפרוטטת ואניקא ואניגרא כו'. ולמ"ש א"ש דכיון דמטבע היוצא חשיב כלי ושוב קונה גם בפחות משויו ולא שייך נשרפו כו'. שוב מהני שוה בשוה אף בפרוטטת שאינו כלי וא"ש למ"ד מטבע נעשה חליפין. ולמ"ד אין מטבע נעשה חליפין בל"ז ע"כ סבר דפירי עבדי חליפין ולא בעי כלי כמ"ש רש"י. ועוד דגם להך מ"ד בפרוטטת דליכא טיבעא שוב לא שייך נשרפו כמו בחפץ דגם בהפרוטטת אין רשאי להוציא. וכן מעות שנפסלו כנ"ל. ובל"ז ר"ל הוא דאמר כיס מלא מעות כו'. ור"ל לא ס"ל כלל חשש דנשרפו כו'. והכא אזלי תוס' למ"ש דמטבע אי לאו כלי גם פירי לא הוי דחי שפיר טעם הנ"ל דא"כ פרוטטת למה יקנו. משא"כ שם לא ס"ל לתוס' זה דאינו מוכרח כלל. וממילא לא קשה מפרוטטת ומעות אניקא כו':

בא"ד ובלא"ה צ"ל דמיקרי כלי כו'. הוצרכו לזה דאל"כ יקשה קושית רש"י מנ"ל לר"פ טעמא דצורתא כו' לימא מ"ד אין מטבע נעשה חליפין משום דלאו כלי ולא שייך תירוץ רש"י דלאשמועינן פירי דאדרבה קמ"ל דאפילו מטבע לא חשוב כלי. ולכך כתב דזה סברא פשוטה לכולי עלמא:

אולם אין מובן כלל מ"ש כיון דלאו כלי ולאו פירי כו'. הא עכ"פ דבר שוה הוא ולקיים כל דבר כתיב וכיון דלר"ש נעל ל"ד למה לא יקנה. וכמו שכתב רש"י להדיא לקמן מ"ז ד"ה אבל בפירי כל דבר שאינו כלי ונראה דסוברים תוספות דעכ"פ דבר הנישום בעינן שאינו קצוב לגמרי וכל אחד יכול לשומו כמו שרוצה. שייך עליו שם חליפין או כלי או פירי בעד החפץ כנ"ל. מה שאין כן במטבע הקצוב לגמרי לא שייך שרוצה בדבר הזה חילוף חפץ שנותן. דאי אפשר לשומו יותר ממה שהוא. וכמו דלא מהני במטבע לדידי

שוה לי בכהן מה שאין כן בחפץ כנ"ל. ורק תורת דמים עליו ובכלל על הגאולה זו מכירה ולא בכלל לקיים בכל דבר גם לר"ש. שזה הוא בכל דבר השוה אצלו כמו חפץ שנותן והוא כלי או חפץ ופירי כנ"ל. ולכך ע"כ דמטבע חשיב כלי לשקול או לתלותו. ולכך אף שקצוב מ"מ הוא רוצה המטבע בתורת כלי וזה יכול לשום מה שירצה וקרי ביי' בכל דבר כו'. וכן מורה לשון המשנה אי אין מטבע נעשה חליפין דמפרש כל הנישום דמים כו'. ומה לו להזכיר נישום. והיינו כנ"ל שזה ענין החליפין ששם אותו בעד החפץ כנ"ל:

עוד יש לומר דלקיים בכל דבר היינו שרוצה הדבר בעצמו כמות שהוא דכלי עומד להשתמש בגוף הדבר וכן חפץ ופירות לאכלם. משא"כ מטבע דעומד רק להוציאן ולקנות בהם שאר דברים ליהנות ואין זה הדבר בעצמו שרוצה ולא קרינן ביה לקיים בכל דבר ולכך אי לאו כלי גם פירי לא הוי כנ"ל ואין שם חליפין עליו. ומיושב בהנ"ל לשון הגמרא פרק קמא דקדושין מכסף מקנתו בתורת כסף יקנה ולא בתורת תבואה וכלים ומאי ניהו חליפין כו'. ולמה קורא חליפין בתורת תבואה וכלים ולהנ"ל א"ש:

ונ"ל דמוכח מהא דממעט גם לר"ש דבר שאינו מסוים כמו חצי רמון כו'. ולמה ממעט זה יותר מכל דבר. ולהנ"ל הטעם דכיון שאינו מסויים אם כן אינו ראוי להשתמש בו כמו שהוא ולא מיבעיא אי אחין שחלקו לקוחות דאין ברירה אם כן אף שיחלק הוי רק מכירה בעד חלק הב' אם כן לא היה כלל אותו חצי כלי שראוי להשתמש בו למכור וליקח חצי הב' וכמטבע הנ"ל. רק אף אי יש ברירה והוברר שהוא החצי שזכה מ"מ כיון שאין ראוי כמו שהוא שאינו מבורר עד שיחלוק לא חשוב ראוי כמו שהוא. ומהאי טעמא בסודר דכמאן דפסיק מהני כמו שכתבו תוס'. וממילא מוכח דמטבע שאינו ראוי להיות כמו שהוא רק מה שיכול להוציא ולקנות בעדם לא הוי פירי ולא מהני כנ"ל:

שם דעתיה אצורתא כו'. אינו מובן למה נקרא דבר שאינו מסוים כמו שכתב רש"י ז"ל. ולתירוץ תוספות משום ראוי לשקול כו' אתי שפיר דאף דראוי מ"מ דעתיה עיקר אצורה שיוצא בהוצאה וזה אינו כלי. ולהנ"ל גם לאו פירי. ומה שהוצרך לומר עבידא דבטלה הוא טעם למה שאינו נקנה בחליפין כדמסיק דאף לאו כלי ולא פירי ואינו מסויים גם כן נקנה בחליפין. וע"כ כמו שכתב נימוקי יוסף דהוי כשטרות שאין בהם ממש. ולהפוסקים דפירי חשוב מה שאינו מתקיים ונרקב. יש לומר דעבידא דבטלה אינו כלי כנ"ל מה שאין כן לרש"י דקאי אי פירי עבדי חליפין אף שנרקב. וצ"ל דשם הוא כמו שפירי ראוי להיות ועומדים לאכילה קודם שנרקבים. אבל מטבע שעומד להתקיים ופעמים מתבטל גרע. וגם דברי נימוקי יוסף תמוהים דמה קשיא ליה מקדושין ומכר. וע"כ דסבר דאי דעתיה אצורה אף במשיכה והגבהה לא הי' נקנין כשטרות. ולא הוי כ"כ בו לכל מי שמוציאו

שאינו חוב ושיעבוד רק זכות מדינא דמלכותא. ולכך הוצרך לומר דלא אמרינן דעתיה אצורתא רק בחליפין דרוצה גוף המטבע לא בתורת כסף. ואף דבתורת כסף לכאורה יותר דעתיה אצורה דעיקרו להוציא בהוצאה ומאי חילוק ונראה דנימוקי יוסף מפרש דעתיה אצורה אף לפירוש תוספות דחשוב כלי לתלותו בצואר בתו כו' היינו דמ"מ רוצה לתלות מטבע זו שחשוב שיוצא. ומהאי טעמא הוי כלי. וכיון דעביד בטלה כשנפסלה יתבטל חשיבות זה מלהיות כלי. ולכך בתורת כסף שרוצה רק במעות וזה יש לו ואינו מזיק מה שעביד דבטלה דיוצא אותם קודם שיפסלו דכך ענין המטבע. מה שאין כן חליפין שרוצה להחזיק המטבע להתקיים אצלו ובתורת חשיבות משום צורה היוצאת. וזה עביד דבטלה. ומהאי טעמא בתורת כסף קונה מטבע שקונה גוף הדבר וממילא השיוי צורה שלו משום דינא דמלכותא. מה שאין כן בתורת חליפין שעיקר דעתו אצורה וזה אינו נקנה. ואף שיהיה ממילא שלו לא מהני כיון דדעתיה כו' על מה שאינו קונה. כמלוה ופרוטה או דעתיה אמלוה כו'. ויתר ביאור דברי נ"י כתבנו בעזה"י בה' קדושין:

ולע"ד הפירוש דהא עבד לקנס וכהאי גוונא מחלקין בין דקל לפירות שהפירות יוצאין מגוף הדבר חשוב שעומד בגוף הדבר ונקנין מה שאין כן זכות שמבחוץ אינו עומד בהדבר להיות נקנה בקנין החפץ וכן טובת הנאה אינו ממון עיין שם. ומחלק הש"ס בין עבידא דאתי הוי גם כן כעומד ונכלל בהחפץ מה שאין כן במה דמי יימר כו' עיין שם פרק השולח. וכן מקדש בחלקו לא מהני אי ממון גבוה אף דשוה ממון הזכות לאכלו שאין בו קנין עיין שם. ולכך מטבע אי לא היה עבידי דבטלי היה נחשב השיוי בגוף הדבר שכסף שיש עליו צורה זו שוה כו"כ אבל כיון דבטלה שוב אין השיוי בכלל גוף הדבר רק מצד הגזירה דינא דמלכותא יש לו ממילא השיוי שיוצא בכו"כ ולכך בתורת כסף שפיר חשוב כסף דמ"מ יש לו השיוי מצד גזירת המלך. אבל לענין חליפין דונתן לרעהו כתיב דאינו בתורת שיוי רק נתינת הנעל גורם הקנין. ואף לר"ש דמהני בפירי מ"מ הנתינה עושה הקנין. ומטבע מה שנותן לו אינו השיוי שבו. וזכות השיוי שיש לו זה ממילא וזה לא נתן לו כיון שאינו בכלל גוף הדבר. ואם לא היה דעתי' אצורה היה מהני מצד הכסף שבו דעכ"פ פירי רק כיון דדעתיה אצורה וזה אינו נותן לו רק ממילא נעשה שלו על ידי נתינת הכסף שיש בו הצורה יש לו זכות השיוי מחמת דד"מ כנ"ל. ואין כאן נתינה שיהיה קונה בחליפין. משא"כ כסף אין צריך נתינה רק שיהיה לו דמי המקח ועכ"פ יש לו כנ"ל:

שם תנן הזהב קונה את הכסף מאי לאו בחליפין כו' תמוה מאוד כקושית התוספות וכי לא ידע סיפא דמתני'. ואמר אחר כך הכי נמי מסתברא כאלו היה דיוק בעלמא והא

הכרח גמור. וגם קושיא ב' של תוספות מה מייתי ועוד תניא כו' הא לא הוזכר בברייתא יותר ממתני' רק מפרש כסף אינו קונה כיצד כו'. ולע"ד יש לומר פשוט דהיה אפשר לומר הטעם דאין מטבע נעשה חליפין דכל קנין צריך להיות מורה על הקנין המעשה כמו שכתב הרא"ש בבא בתרא וכמה דוכתי. ולכך מטבע מורה רק בתורת כסף דמהאי טעמא כתבו תוספות דיבור המתחיל שמע מינה דסתמא אינו קונה רק מפרש בתורת חליפין עיין שם. ואם כן יש לומר דגם מפרש לא מהני דזה רק דיבור וכיון שהמעשה לקיחת המטבע מורה בסתם בתורת כסף. אין כאן מעשה קנין על חליפין ולא קני. אך להנ"ל אם נותן המטבע רק על מנת להחזיר כמו שכתבו תוספות או שאינו שוה שפיר מורה המעשה על קנין חליפין והי' קונה. ומיושב בזה מה דפריך הקושיא ממתני' אחר שהקדים דברי ר"פ דטעמא משום דעתיה אצורתא. ולהנ"ל אתי שפיר דבלא זה מ"ל הטעם דאין נעשה כנ"ל. והוי מצי לאוקמי מתני' כנ"ל עמ"ל או אינו שוה דמורה ומהני לכ"ע ורק אר"פ דטעמא משום צורתא כנ"ל א"כ לעולם לא מהני למ"ד אין נעשה ופריך שפיר:

והנה עכשיו על כל פנים למ"ד נעשה דוקא במפרש בתורת חליפין כמו שכתבו תוספות. ואם כן שפיר מצינו למימר במשנה בתורת חליפין רק דמיירי בסתם שלא פירש כלום כפשטא דמתני' דלא הוזכר שפירש באיזה קנין רוצה לקנות. ולכך שפיר הזהב קונה את הכסף דהיינו כסף מיוחד כדדייק הש"ס דממילא מהני גם בסתם דזה עצמו הוי כפירש בתורת חליפין כיון שמוכר הזהב ואמר שבעד הזהב שלוקח מקנה לו אותו הכסף מיוחד אם כן הוי מפרש בתורת חליפין דבתורת כסף ומשיכה אינו מקנה הכסף מיוחד רק חיוב לשלם. ואם כן שפיר הוי פירש וקונה הכסף מיוחד. מה שאין כן להיפוך הכסף אינו קונה הזהב היינו שאומר שבעד הכסף שלוקח מקנה לו הזהב מיוחד שפיר לא קני דזה אינו מורה כלל שבתורת חליפין. דהא אם לוקח הכסף בתורת דמים כיון דכספא טיבעא כו' גם כן מקנה לו בעד הכסף שמקבל הזהב מיוחד דדהבא פירי וממילא הוי רק בתורת כסף ולא קני דאינו מורה כלל בתורת חליפין. ומה שעל פי דין מעות אינו קונה זה לא מיקרי שמורה על חליפין דאם לא כן לא היה צריך תוספות שמפרש בתורת חליפין דלעולם היה קונה. וע"כ דצריך שיורה מצד המעשה או שמפרש. ואם כן שפיר החילוק כנ"ל. כיון דדהבא פירי וכשלוקח הזהב ואומר שבעד הזהב מקנה לו הכסף מיוחד הוי שפיר כפירש דאי בתורת משיכה אינו אלא חיוב כנ"ל. מה שאין כן הכסף שלוקח ובעדו מקנה הזהב גם בתורת כסף הוא כן ולא הוי כפירש ושפיר אינו קונה כנ"ל. ולא קשה כלל מסיפא. ואמר אחר כך רק הכי נמי מסתברא דאי בתורת חליפין תרוייהו ליקנו אהדדי

היינו דהא יש אופן שגם הכסף יקנה הזהב כשמפרש בתורת חליפין או עמ"ל ולמה תני סתם אינו קונה. והוא רק דיוק. ומייתי אחר כך ועוד תניא כיצד מכר לו כ"ד דינרי כסף בדינר זהב כו'. ודייק הברייתא דמפרש להיפוך דאף דכספא טיבעא והזהב הוא החפץ הנמכר מ"מ הוא פירש בהדיא שרוצה למכור הכסף בעד הזהב ואעפ"כ לא מהני לשוי' המעות חפץ. אבל להנ"ל הא הוי זה כפירש להדיא בתורת חליפין דאז גם הכסף דבר הנמכר כמו הזהב ומוכח שפיר מברייתא דאף מפרש לא מהני כנ"ל. דבמשנה י"ל כסף אינו קונה הזהב דגם כן אמר שמוכר הזהב בעד הכסף שמקבל והיה שפיר הטעם כנ"ל דאינו כמפרש. מה שאין כן בברייתא דלהדיא שמכר הכסף כנ"ל. ואף עפ"כ לא מהני ודייק שפיר:

עוד י"ל וגם מה שהקדים דברי ר"פ כנ"ל. דהנה הוי מ"ל טעם דמ"ד אין מטבע נעשה חליפין או משום דבעי כלי וכקושיית תוספות. או אף לר"ש דגם פירי עבדי חליפין מ"מ כמו שכתבו תוספות דמטבע לאו כלי גם כן לאו פירי ולא מהני גם לר"ש. ומזה עצמו הוכיחו תוספות דהוי כלי והיינו לר"פ. אבל לא הוי מצי למיפרך דיש לומר טעמא דאין נעשה חליפין באמת כנ"ל. ואם כן בחליפין שוה בשוה דמהני אף דלאו כלי וגם לאו פירי שפיר יש לומר לכולי עלמא מהני ולא קשה ממתני' דמיירי שוה בשוה. ולכך הקדים דברי ר"פ דאמר טעמא משום דעתיה אצורתא ומהאי טעמא גם שוה בשוה לא מהני כמו שכתבו תוס' לקמן ופריך ממתני':

אמנם לכאורה גם אר"פ לא קשה. דלכאורה טעמא דר"פ אינו מובן ניהו דאותו השיוי שבמטבע שהוא יותר על גוף הכסף מחמת טיבועו שיוצא בהוצאה זה עבידא דבטלה ואין בו ממש ואינו מסויים אבל מ"מ גוף השיוי שמחמת עצמו זה מסויים ויש בו ממש ולמה לא יקנה מחמת שויו שמחמת עצמו ולמה לא יהיה דעתיה רק אצורתא הא בקדושין דאמר מלוה ופרוטה דעתה אפרוטה משום שזה בעין עיין שם משא"כ כאן להיפוך דצורה עביד דבטלה כנ"ל:

אמנם לטעם ג' של תוס' וכדכתבו בקדושין שהטעם דמטבע מיקרי כלי לפי שיוצא ויכול לקנות כל דבר כו'. אם כן מיושב שפיר סברת ר"פ דהא על כרחך מה שיקנה מטבע הוא משום דדעתיה אצורתא דאינו כלי רק מהאי טעמא ועבידא דבטלה ולא מהני. ואם כן לכאורה בשוה בשוה יש לומר דמהני גם לר"פ ולא קשה ממתני'. אך אי אפשר לומר כן במתני' דאם כן למה סיפא כסף אינו קונה זהב כנ"ל. אמנם י"ל דהא גם לר"ש דפירי עבדי חליפין מ"מ למה שכתבו תוספות דמטבע אי לאו כלי גם פירי אינו אם כן אתי

שפיר טעמא דר"פ גם לר"ש כיון דמה שמועיל ע"כ רק משום כלי והיינו משום דיוצא בהוצאה כנ"ל וזה לא מהני דבטלה כנ"ל:

והנה למה שכתבתי לעיל טעם תוספות דלא חשיב מטבע פירי לר"ש משום שאינו דבר הנישום שיהיה שייך בו יוקר וזול רק קצוב בצמצום לכך אי לאו כלי לא מהני. ואם כן זה דוקא בטיבעא גמור כמו כספא דכדקאי קאי. אבל זהב דאייקר וזול לגבי כספא כדאמר לעיל אם כן שוב על כל פנים פירי הוי ולר"ש עבדי חליפין דשייך ביה נישום לגבי כסף כנ"ל. ואם כן מיושב דיש לומר שפיר דפלוגתא דרב ולוי במטבע היינו מטבע גמור ככסף דטיבעא לגמרי ואינו ביוקר וזול. דמ"ד נעשה חליפין דכלי הוי כמו שכתבו תוספות משום דיוצא ויכול לקנות כנ"ל. ומ"ד אין נעשה חליפין לטעמא דר"פ משום דמה דמהני משום דיוצא וצורה עבידא דבטלה כנ"ל. דאי לאו משום הצורה אינו לא כלי ולא פירי כנ"ל. ואם כן במתניתין שפיר יש לומר זהב קונה את הכסף כיון דזהב אייקר וזל לגבי כסף שפיר הוי פירי וקני ולא אמרינן דעתיה אצורתא מה שאין כן כסף דגם פירי לא הוי וע"כ דעתיה אצורה כו':

אך זה אינו דלישנא דר"פ דעתיה כו' משמע להיפוך דאף דהיה מועיל דהוי פירי כו' מ"מ לא מהני משום דדעתיה כו'. ואי כנ"ל א"צ דעתיה אצורתא כיון שאי אפשר שיהיה מהני רק משום הצורה שיוצא כו' וע"כ דלא כנ"ל. אך שוב אפשר לומר להיפוך דפלוגתא דרב ולוי בשוה בשוה ומ"ד אין נעשה חליפין מפרש ר"פ דדעתיה אצורתא ולא מהני אפילו שוה כמו שכתבו תוס'. ומ"ד נעשה חליפין משום דשוה בשוה מהני אף דלאו כלי ולאו פירי לכך מהני דלא אמרינן דעתיה אצורתא כנ"ל. אבל מתני' י"ל באינו שוה רק כדין חליפין דצריך או כלי או פירי גם לר"ש ולכך זהב קונה כסף דשייך בזהב יוקר וזול והוי פירי לכך נעשה חליפין דלא אמרינן דעתיה אצורה כמ"ד מטבע נעשה חליפין מה שאין כן כסף אינו קונה זהב כיון דקצוב ולא הוי פירי ויועיל רק מטעם כלי שיוצא בהוצאה כנ"ל וזה לא מהני דצורתא עבידא דבטלה ואם כן מה שהוא כלי אין בו ממש. ובלאו כלי לא מהני שאינו פרי כנ"ל. ופריך שפיר מאי לאו בחליפין וכמ"ד נעשה חליפין ואתי שפיר גם סיפא כנ"ל. ואמר אחר כך הכי נמי מסתברא דכסף אינו קונה כו' ואי ב"ח תרוייהו ליקני היינו דמשמע דאינו כלל והא משכחת שוה בשוה דבזה גם כסף קונה דאף דלאו כלי ופירי מהני ולא אמרינן דעתיה אצורתא כנ"ל. ומייתי ועוד תניא כיצד כ"ד דינרי כסף בדינר זהב דמפרש להדיא שוה בשוה ואעפ"כ אינו קונה וא"ש:

עוד יש לומר דלמ"ד מטבע נעשה חליפין והא אין המעשה מורה כלל שהוא בתורת חליפין כמו שכתבתי לעיל רק בתורת כסף. ויש לומר דכיון דמעות אינו קונה ממילא

לקיחת המעות שמורה על קנין המעות ממילא מורה על חליפין. דכשנותן בתורת כסף או אפשר גם סתם דאף אי לא קני עד שימשוך מ"מ קונה המעות כמו שכתבתי לעיל דמהאי טעמא מותר להוציאן שבעד הסילוק נותנו לו אם כן אינו מורה על חליפין דגם בתורת כסף קונה המעות. אבל במפרש בתורת חליפין לא קשה מה שכתבתי לעיל דהוי רק דיבור דזה אינו דכיון דמפרש בחליפין אינו רוצה להקנות המעות רק אם יקנה ואי בתורת כסף וזה לא יקנה לא קני המעות שוב מורה מעשה קבלת המעות על בתורת חליפין כיון שמורה שקונה המעות. ומהאי טעמא שפיר מטבע נעשה חליפין כנ"ל. ואם כן שפיר י"ל במשנה למ"ד מטבע נעשה חליפין דאדרבה אמרינן כילדותיה דרבי דדהבא טבעא וכספא פירי. ולכך הזהב קונה את הכסף מיוחד דמטבע נעשה חליפין ושפיר מורה על קנין דבתורת כסף מעות אינו קונה כנ"ל. אבל הכסף אינו קונה הזהב מיוחד דלהיפוך כיון דכסף לגבי זהב פירי אם כן אף בתורת כסף גם כן יקנה זה הכסף דהוי משיכה שקונה לחייבו בזהב רק לא יקנה הזהב מיוחד אבל מ"מ קונה הכסף בתורת משיכה לגבי זהב ואם כן שוב אינו מורה כלל קבלת הכסף על תורת חליפין ולא מהני אפילו מפרש שאינו אלא דיבור כנ"ל. ומהאי טעמא לא קני הזהב מיוחד בתורת קנין רק מחייב כנ"ל. ומשני בתורת דמים ותני מחייב שגם זה נקרא קונה החיוב. ואמר שפיר אחר כך ה"נ מסתברא כסף אינו קונה כו' ואי כנ"ל בחליפין ונימא דכסף פירי תרוייהו ליקני דזהב בתורת חליפין שמורה כנ"ל. וכסף בתורת משיכה וע"כ קונה לחייבו בזהב כנ"ל ולמה תני אינו קונה. ושפיר לס"ד דחיוב אינו בכלל קונה לא היה קשה כלל מסיפא דהוי מ"ל כנ"ל. רק עכשיו דגם זה מיקרי קונה שוב מוכח מסיפא דאינו קונה דלא כנ"ל. ומייתי ועוד תניא מכר לו כ"ד דינרי כסף כו' לא קנה עד שימשוך היינו שלא קנה הכסף כו'. ואי כנ"ל הא הכסף קנה לחייבו בזהב וע"כ דכספא טיבעא כזקנותיה דרבי כנ"ל:

דף מז.

טעמא דאין בידו מעות כו' דהכי עדיף כו' מבואר דיש בידו אסור ליתן הפירות רק המעות כמ"ש רש"י ז"ל. וקשה על הרמב"ם ז"ל פ"ה מה' מע"ש שהעתיק המשנ' דין ט' וכן מערים ונותן המעשר מתנה למה השמיט ואין בידו מעות כו'. וי"ל דלכאורה לשון הגמרא דהוי ליה כנכרי. מה חילוק כיון שנתן הפירות במתנה הוי נכרי על הפירות כמו זה לענין המעות. וצ"ל דיותר ידוע שהפירות היה שלו מהמעות ואינו במשמעות הלשון. וי"ל דהא קי"ל מעשר שני ממון גבוה ואינו יכול ליתן כלל הפירות במתנה. ורמב"ם בפי' המשנה פי' דסבר מתניתין ממון הדיוט ע"ש ודוחק לאוקמי דלא כהלכה. וי"ל דהא לכשאקחנה

קנויה לך מהני לר"מ דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם. ולדידן במה שבידו ג"כ מהני בשדה שמשכנת' לכשאפדנה תקדש או תקנה ע"ש כתובות נ"ט וא"כ במעשר שני נהי דאף דבידו לפדותו לא מהני הואיל ומ"מ חשוב ממון גבוה. אבל עכ"פ יכול ליתן במתנה לאחר לכשיפדה וחל הקנין בשעת פדיון דנעשה שלו כמו בשדה הנ"ל. דכיון שבידו אינו דבר שלא בא לעולם כנ"ל. וא"כ י"ל דגם בכה"ג אין הפודה מוסיף חומש אף שקודם פדיון שלו. מ"מ בשעת פדיון כשפודה נקנו הפירות לקונה א"כ לא קרי מעשרו שהפדיון בשביל אחרים כיון שע"י הפדיון נעשים של הקונה. וכדאמר בשיחרור לכשאקחך הרי עצמך קנוי לך מעכשיו שבאין בבת אחת ע"ש. ושפיר כאן יכול ליתנם כנ"ל. וא"כ אמר שפיר דיש בידו עדיף דהוי נכרי שנותן המעות מיד ואינו שלו משא"כ הפירות דא"א ליתנם רק על שעת פדיון ושפיר נראים בעלים דבשעה שפודה עדיין הפירות שלו. וא"כ רמב"ם שהעתיק שנותן הפירות בטבלם דבזה יכול ליתנם מיד שפיר מותר אף שיש בידו מעות דאין חילוק כנ"ל. או דאי מע"ש מקנה לו המעשר לפדיון אפשר דמהני כיון דקריא קרא בעלים לענין הפדיון כדאמר ב"ק פרק מרובה דלענין זכות זה הוא שלו דאין אחד יכול לפדות בלי רשותו יכול ליתן במתנה זכות זה כדקל לפירות. וג"כ א"צ הקונה להוסיף חומש כשפודה הוא ברשות המקבל מתנה דלענין זה לגמרי שלו וכעבד לקנס. ולכך עדיף במעות משא"כ בטבלם:

או בלא זה כשכבר הפירות מעשר ניכר ההערמה עדיף מעות משא"כ בטבלן אינו ניכר ואף אי בידו מעות י"ל דשרי רק גמ' דייק דלמה נקיט ואין בידו מעות. ע"כ א' מב' או דקמ"ל דכשאין המעות בידו אי אפשר להקנות המעות דאין מטבע נקנה בחליפין ולכך אין תקנה רק ליתן הפירות. ולפי' זה לא מוכח כלל דאי יש מעות אסור ליתן הפירות די"ל דקמ"ל רק דכשאין בידו אין תקנה רק הפירות אבל כשבידו מעות יכול לעשות כמו שירצה או ליתן המעות או פירות. פי' הב' דקמ"ל דאי בידו אסור ליתן הפירות כשאפשר במעות. ופריך שפיר אר"פ ממ"נ מוכח אין מטבע נקנה בחליפין. אי הפי' כנ"ל בטבלם דמותר ע"כ למה נקיט אין מעות בידו רק דאין מטבע נקנה בחליפין. ואי כשכבר מעשר וקמ"ל דאסור ג"כ מוכח אין מטבע נקנה בחליפין דאם לא כן יקנה כו' אבל לדידן דבאמת אין מטבע נקנה בחליפין י"ל דמיירי בטבלן ומותר גם ביש בידו וקמ"ל דכשאין המעות בידו אי אפשר להקנות כנ"ל. ופסק רמב"ם שפיר כנ"ל דאין מטבע נ"ח אשמעינן בדוכתיה:

ובפשיטות י"ל דבטבלם לא נראה הערמה כלל יותר ממעות ושרי כמ"ש רמב"ם רק כשהוא כבר מע"ש. ומה"ט גופיה מפרש רמב"ם בפי' המשנה דאתיא כמ"ד מעשר שני

ממון הדיוט כיון דתני ואין בידו מעות. וע"כ כשכבר הוא מע"ש אז נראה ההערמה ואי היה מעות עדיף כנ"ל. דאי בטבלם היה מותר אף אי בידו מעות כנ"ל. ולכך הרמב"ם לדידן דקי"ל ממון גבוה וא"א ליתן כשכבר מעשר רק בטבלם כתב הרמב"ם סתם דמותר אף יש בידו מעות:

ומיושב כאן דלכאורה מה פריך אר"פ הא משמע דיתן המעות רק לפדיון כדי שלא יחזיק בהם כרישא דאומר הילך מעות לפדות כו'. דגם זה מהני דבפירות הא יכול ליתנם על מנת להחזיר דגם כן מהני ולא יוכל הלה להחזיק בהם. ומ"מ לא יצטרך להוסיף חומש כיון דקי"ל על מנת להחזיר שמה מתנה א"כ יכול הוא לפדות הפירות בשביל הקונה. או כמ"ש דהקנין לכשיפדה ונעשים בשעת פדיון של הקונה. וממילא אף שמקנה לו על אז על מנת להחזיר ג"כ יועיל כשמחזיר לו אח"כ הפירות דנעשים של הקונה ויצאה לחולין ויכול לחזור להקנות לו ונתקיים התנאי והיה של הקונה בשעת פדיון. משא"כ המעות אם יקנה לו על מנת להחזיר לא יועיל דהא יהיה נתפסים בקדושת מע"ש ולא יוכל לחזור ולהקנותם לו. דע"מ להחזיר בלי קנין הוי שיור ואינו מתנה דמה"ט בקטן לא מהני. וא"כ ישאר המעות של הקונה לאכלם בירושלים. וא"כ אף יש בידו מעות אינו צריך להפסיד ועדיף ליתן הפירות דמהני על מנת להחזיר כנ"ל. דדוקא בשניהם שוים עדיף מעות. וגם לענין ההערמה אדרבא עדיף בפירות דנותן על מנת להחזיר וזה רוצה באמת ולא הוי כמתנת ב"ח. משא"כ המעות דא"א על מנת להחזיר רק מתנה גמורה ובאמת אינו רוצה הוי כמתנת בית חורון וכמו בכהן בפדיון דאזיל ואתי דלא מהני. א"כ אף יש מעות עדיף פירות:

אך י"ל דנותן המעות רק לפדיון וכמו קני על מנת להקנות וגם זה אפשר דלא מהני לענין חומש. ועוד דאם כן מה פריך דלמא בכל מקום מטבע נ"ח דלא אמרינן דעתיה אצורתא רק כאן כשנותן המעות לו רק לפדיון וכיון דמעשר שני אינו נפדה רק בכסף שיש עליו צורה ע"כ דעתיה אצורתא ואינו נקנה בחליפין. ולהנ"ל אתי שפיר דגמ' דייק דע"כ המשנה כמ"ד ממון הדיוט וא"כ יהיה מהני גם במעות מתנה ע"מ להחזיר דיכול לחזור ולהקנות. ולכך נקיט דוקא אין בידו מעות. ודייק שפיר דבכ"מ אין מטבע נקנה בחליפין ואם כן ממילא לדידן דמעשר שני ממון גבוה לעולם עדיף כפירות כנ"ל:

שם ולקנינהו אגב סודר. אינו מובן דלשון זה ללוי בכליו של מקנה משא"כ לדידן ובכתבים הרבה לשון קנא"ס ותמוה. וי"ל כיון דמתנה על מנת להחזיר היינו להקנות בחזרה כמ"ש הרא"ש ושאר פוסקים. ואם כן הפי' א"ס שנותן לו על מנת להחזיר ובמה שיחזיר ויקנה לו הסודר נקנה הדבר שמקנה לו ושפיר הוי בכליו דקונה. ואפשר דעדיף

הכי טפי דבק"ס מבעיא בש"ס דלמא אי תפוס ליה מתפיס ע"ש בנדרים. והא באמת אינו רוצה ליתן הסודר לחלוטין והוי כמתנת בית חורון דלא מהני כלל. משא"כ כשזה נותן הסודר על מנת להחזיר ממילא שמסלק ידו ומחזיר לו נגמר הקנין. וגם מרויחין דגם ללוי קנה דאית ביה תרתי מה שנותן יש כליו של מקנה ובחזרה כליו של קונה. ותוס' הוצרכו לראיות דהלכה כרב משמע דלא ברירא כ"כ. וגטין מ' דלא מהני כומתא דשדי כו' דהוי כליו דמקנה ולא אמרינן כנ"ל. משום דעבד אין לו קנין רק משום גיטו וידו באין כא' א"כ כיון דלא נשתחרר בזה שהקנה לו עד שיחזיר ויקנה א"כ לא קנה כלל ואין כאן חזרה דכליו דקונה. משא"כ במי שיש לו זכיה י"ל כשנתן מקנה סודר שלו לקונה ג"כ מהני דנותן על מנת להחזיר וממילא הוי בחזרה כליו דקונה כנ"ל. עפ"ז צדדתי להקל במי שהקנה חמץ ע"פ בכליו דמקנה והיה הפסד רב דלענין חמץ שעבר עליו הפסח דרבנן אפשר לסמוך כנ"ל כיון שנותן סתם בכל אופן שיועיל כנ"ל וצ"ע:

שם ולקנינהו אגב ארעא כו'. תמוה מאד שאין שייכות לר"פ רק אמשנה גופיה. ותירוץ תוס' דחוק מאד ע"ש. ואפשר לומר דלא הוי מצי פריך אמתני' די"ל כיון דקנין אגב דרבנן כמו שכתבו תוס' בבא קמא י"ל דלא מהני מן התורה לפטור מחומש כדעת הרבה פוסקים דדרבנן לא מהני על מן התורה. רק דלכאורה לס"ד דיש לו קרקע למה פריך בתורת אגב הא להפוסקים דקרקע כמו כלי חשוב א"כ מצי להקנות המעות בחליפי קרקע שהוא יקנה לו ויחזיר ויקנה הקרקע שע"י זה נקנה המעות כנ"ל כיון דמטבע נקנה בחליפין. אך היה אפשר לומר דלא מהני מטלטלין בקרקע בחליפין משום נשרפו חטיך ומעותיך כו'. דדוקא מטלטלין דאין תועלת בתקנה דאי לא יקנה יאמר על חפץ זה נשרפו כו'. וכן קרקע בקרקע לא שייך בשניהם נשרפו כו'. משא"כ מטלטלין בעד קרקע שייך נשרפו אי יקנה משא"כ אי לא יקנה לא שייך בקרקע נשרפו כו' ולא קני מהאי טעמא בחליפין כמו בכסף. וגם במטבע שייך נשרפו כמ"ש לעיל דלא קנאם כנ"ל. ולכך פריך משום אגב ליקני ואם כן ממ"נ קני אי מטבע נקנה בחליפין. דהא מן התורה קנה בחליפין ע"י הקרקע שמקנה לו ורק מדרבנן לא יועיל מטעם נשרפו כו' והא מדרבנן קנה אגב קרקע ופריך שפיר. משא"כ אי אין מטבע נקנה בחליפין לא קנה אגב דאינו אלא דרבנן וי"ל דלא מהני מה"ת כנ"ל. והקושיא רק לר"פ כנ"ל:

שם תוס' הקשו דלקנו בהודאה כו'. קשה דתוס' בבא בתרא מ' דחו דברי רש"י דקנין בפני ב' דוקא דא"כ מה פריך מגורן דלמא לא הי' ב' ע"ש. ולענין הודאה שיועיל לקנין לכ"ע צריך ב' עדים ואתם עדי בגווני דמהני אז קני וי"ל דלא היה עדים כנ"ל. וי"ל דקושייתם רק לריב"ם דמדפריך מק"ס ע"כ דמשמע להו סתמא שיש עדים והקשו כנ"ל:

עוד י"ל דכמו דבלא א"ע דמצי אמר משטה כו' שוב אינו מועיל לקנין. כן כאן כיון דרשאי להערים במעשר שני. א"כ מהני אמתלא דידיה שהודה רק שיקנה המעות לפדותו בלי חומש וי"ל דגם א"ע לא מהני דבקנין שבמעשה אף דנראה הערמה מ"מ דברים שבלב אף דמוכח לא מבטל מעשה הקנין משא"כ הודאה שבדיבור כיון שנראה של הערמה מכוין אינו הודאה כלל כמו שלא להשביעו דמה חילוק:

עוד י"ל דבקנין מקנה על מנת להחזיר או כדי לפדות ולהחזיר כמ"ש לעיל משא"כ הודאה לא שייך על תנאי ויוכל להחזיק בהם. אך ר"ן נדרים גבי לבטלין זכוותיה כתב דגם בהודאה שייך תנאי ע"ש. ויש לחלק:

שם דלית ליה סודר. קשה לר"ש דפירי נמי ע"ח והא פירי אית ויתנם לזה ויחזיר ויקנה לזה כדי שיקנה המעות בחליפין כנ"ל ובפירא א' סגי:

ולר"ת דשוה גם לר"נ מהני קשה גם לר"נ. ולמ"ש לעיל י"ל דהא מעשר שני ממון גבוה וא"א להקנות. רק כנ"ל שבשעה שיפדה יקנה הלה וג"כ יפטר מחומש כנ"ל. וא"כ שוב אי אפשר להקנות כדי שיחזיר ויקנה וע"י יקנה המעות דהא עדיין אינו שלו קודם הפדיון כנ"ל. וא"י להקנות על קודם הפדיון כנ"ל. ורק שיחזיר ויקנה לו על אחר הפדיון הדר סודר למריה וזה לא מהני שבשביל שמקנה לאחר שאקחנו יקנה זה חליפיו מיד. דאינו נותן לו כלום עתה שאינו שלו עדיין כנ"ל. אך לרמב"ם ז"ל דמפרש בפירות טבלים דאפשר להקנות קשה כנ"ל. אך י"ל למ"ש תוס' פסחים דטבל חשוב אינו שלו שיש ללוי חלק בו ואותו חלק אינו של בעליו ע"ש. וא"כ לא יועיל כנ"ל דהוי דבר שאינו מסוים כחצי רמון כו' דאין עושה חליפין. דהפירות שמקנה לו טבל וחלק מעשר מכל פירא אינו שלו דממון גבוה חשוב מותר הפירא אינו מסוים לא יועיל לקנות המעות ע"י בחליפי הפירי טבל כנ"ל. ויש לדחות:

שם אלא ש"מ אין מטבע נעשה חליפין וכתבו תוס' דמ"ד נעשה נמי איתותב דכ"ש הוא ע"ש. ותמוה למה לא פריך הש"ס למ"ד נעשה ומשמע דרק ר"פ איתותב. וי"ל בפשיטות דלפי סברא דעכשיו דאין מטבע נקנה ע"כ אין הטעם משום דבר שאינו מסוים כמ"ש רש"י דהיה נקנה. וע"כ כמ"ש נמוקי יוסף דהוי כאותיות שאין גופן ממון עיין שם. ונראה הפי' דהשיוי שמחמת הצורה שהוא רק גזירת המלך שיצא בכך וכך. אין זה גופו ממון רק מצד דינא דמלכותא. וגרע משטר שכתב לכל מי שמוציאו שיקנה דשם יש חוב ושיעבוד על הלוה. משא"כ בזה שאין חוב על המלך והוי כחותם מהמלך בח"מ סי' ס"ו ס"ד רשות לגבות ע"ש. ובמטבע רק הגזירה שמי שיש לו מטבע זו יש לו זכות ושיוי זה. ואינו נקנה רק במשיכה והגבהה דהא ודאי לכ"ע שיקנה בהגבהה ומשיכה ואינו כשטרות שיצטרך

כתיבה ומסירה. רק הקנין מצד דינא דמלכותא שמטבע שבצורה זו יהי' כך וכך ויכול להקנות זה ע"י משיכת גוף המטבע אבל לא בקנין שמבחוץ דאינו אצלו שאין לו הדינא דמלכותא ממילא לא קנה כלל ואינו נקנה בחליפין ולא בקנין אחר כנ"ל. וכמ"ש ט"ז ה' פסח ומהרש"ל בזכות מהמלך שאינו נקנה מדינא ע"ש. וא"כ י"ל להיפוך דאינו נקנה בחליפין כנ"ל. אבל שפיר נעשה חליפין דכיון שמושך המטבע ודאי דקני המטבע שפיר נקנה חליפיו. ואינו ענין כלל לנקנה כנ"ל:

ובשלמא ר"פ לס"ד דטעם דמ"ד אין נעשה הוא רק משום דהוי דבר שאינו מסוים שפיר אמר ר"פ להיפוך דאף למ"ד אינו נקנה מ"מ נקנה ככל דבר שאינו מסוים שנקנה. אבל עכשיו דמוכח דאינו נקנה וע"כ הטעם כשטרות כנ"ל שוב הוא להיפוך דאף שנעשה אינו נקנה כנ"ל. ולא קשה כלל על מ"ד נעשה. וכן נראה מרי"ף ורא"ש שלא הוכיחו מגמ' דקי"ל כמ"ד אין מטבע נעשה ע"ש. רק דהוי רבים וגם מר"פ דמשמע דר"פ ס"ל דשוים הם. ונראה טעם ר"פ דסבר אי עיקר שבמטבע הצורה ממילא כמו שאינו נקנה מטעם הנ"ל ממילא אין נעשה ג"כ דהוי אינו מסוים וגם לא חשיב כלי לתלותו כו'. שעיקרו אינו כך ודעתיה אצורה. ואי חשבינן עיקר שיוי שלו לגוף הכסף שוב בין נקנה ובין נעשה. וזה סברת ר"פ דאמר אין נעשה משום דעתיה אצורתא וזה למסקנא דר"פ דהדר ביה סבר שתליא זה בזה. אבל על מ"ד נעשה לא קשה כלל די"ל להיפוך כנ"ל. ורק אר"פ פריך וגם הרי"ף דייק רק מר"פ דלסברתו דתליא הא בהא שוב מוכח ממתניתין דאינו קונה וממילא אינו נעשה ג"כ כנ"ל:

ומיושב ג"כ תמיהת תוס' הנ"ל דלא פריך וליקני אגב קרקע לכ"ע. דלמ"ש י"ל דהא בבא בתרא ע"ז ע"ב דייק דחוב נקנה באגב דהא מטבע דאינו נקנה בחליפין ואגב ארעא קני דר"פ הוי ליה כו' ע"ש. ותמוה מאד מה ענין ראיה זו לחוב ממטבע. ולמ"ש אתי שפיר דמטבע דאינו נקנה בחליפין הוא רק מטעם הנ"ל דהוי כשטרות ואעפ"כ אגב מהני. ולמה הא בקנין שמבחוץ א"א לקנותן כיון דאינו מושך גוף המטבע וע"כ דאגב שאני דכיון דאמרה תורה דמטלטלין בטלים אגב הקרקע להיות נקנה ממילא ע"י קנין הקרקע שוב גם בזה שאין בהם קנין מצד עצמם מ"מ בטלין אגב קרקע להיות נקנה כנ"ל ודייק שפיר דגם שטרות נקנין אגב כנ"ל. וא"כ כיון דהוכחת הגמ' שם דמטבע נקנה באגב רק מר"פ דהוי ליה. א"כ כאן לס"ד דש"ס דלא ידע מהיך דר"פ. שפיר לא הוי קשה כלל דליקני אגב דכמו דאין מטבע נקנה בחליפין בקנין שמבחוץ כשטרות כן גם באגב אין נקנין. ופריך רק לר"פ דאמ' מטבע נקנה בחליפין רק דלית ליה סודר פריך ליקני אגב קרקע כנ"ל. והוכיח דאין מטבע נקנה בחליפין וי"ל דגם אגב לא מהני. ומסיק דאף ר"פ הדר

ביה דהוי ליה כו' והקנה באגב ושוב למסקנא ע"כ לר"פ אף דאין מטבע נקנה בחליפין מ"מ אגב שאני והוכיח כן מר"פ בבבא בתרא שם דגם בשטרות כן אבל בלא ר"פ לא הוי קשה כלל כנ"ל:

דף סד:

המלוה כו' לא ידור כו' ולא ישכור ממנו בפחות כו'. התוס' הביאו פרש"י דאסור נכייתא בבית במתני'. ורש"י ז"ל כתב זה בגמרא אהא קמ"ל כו'. ותמוה דבאמת הוי ליה לרש"י לומר הדין על המשנה דלא ישכור בפחות כו' ואינו ענין שם. ונראה דכוונת רש"י לדחות חילוק דר"ת שכתב דכשכבר ממושכן ואינו יכול להשכירו לאחר הוי כזה נהנה וזה לא חסר דמותר נכייתא אף בבית. לזה כתב רש"י ז"ל אהא דאמר קמ"ל דאף לא קיימא לאגרא כו אסור. וממילא גם אם אינו יכול להשכירו במשכון ג"כ אסור דמה בכך דחשיב זה נהנה כו' מ"מ אסור כנ"ל. ועוד דכיון דאמר דמתני' איירי בלא עביד למיגר כו' ועלה קאי לא ישכור בפחות מוכח דכה"ג אף דלא חסר מ"מ כששוכרו אסור בפחות וממילא גם במשכון כן. רק מחלק בין בית לשדה ותוס' לטעמייהו שכתבו אח"כ דהך קמ"ל לא קאי אמתני' דדוקא שלא מדעת אסור בזה נהנה כו' אבל מדעת מותר. ומתני' מיירי בקיימא לאגרא ע"ש בתירוץ הב'. ולכך שפיר מחלק ר"ת במשכון בנכייתא שהוא זה נהנה כו' והוי מדעת מותר. אבל רש"י שמפרש קמ"ל אמתני' דמיירי בלא קיימא כו' (ח"ש) שפיר הוכיח דאסור גם במשכון. וממילא לתירוץ א' בתוס' בין דבר שבפרסום כו' מיירי מתני' אף כו'. ומדעת סבר ג"כ כרש"י. וא"כ יש עוד חילוק לדינא דלרש"י ותירוץ א' שבתוס' אף בלא קיימא לאגרא כו' מ"מ כששוכר אסור לשכור בפחות בבית. ולר"ת ז"ל ותי' ב' מותר כיון שזה לא חסר כו'. דכל ההיתר במשכון רק משום דלא חסר וכ"ש בלא קיימא כו'. אך אפשר דגם רש"י מודה בזה כיון דלא חסר כל מה שנותן לא נקרא שוכר בפחות כיון שאם היה דר בלא שכירות הי' פטור לגמרי. וממילא אף אי רישא מיירי בלא קיימא כו' מ"מ לא ישכור כיון דתני בפחות קאי אקיימא לאגרא דאל"ה לא מיקרי בפחות:

תוס' על ר"ת הנ"ל וקשה דאטו לפי שזה מוחזק במשכון ירקבו הפירות ולמה לא יוכל לוה למכור כו' ע"ש. והוא תימה על ר"ת ז"ל. ונראה די"ל כמ"ש תוס' פ' הכותב במלוגי דשטרי דלענין זה מקנה מסירה לחוד שידחוק המלוה לשלם שאל"כ לא יוכל לגבות. ואף דשטר שבידך זכות יש לו בו קי"ל דחייב להראותו מ"מ כיון שמדעת מוכרו או ממשכון וזה עצמו הוא זכות שנותן לו שלא יצטרך להראותו כדי לכוף לפרעו או לקנות ממנו. וכן תפיסה של האשה בחובה כדי לדחוק היה מהני ע"ש וגם משכון מטלטלין היכא דצריך

להשיב וא"י למכרו לעולם ואמר קט"ו ובתוס' שם כדי שיתבייש וישלם. ולא אמרינן דהוי זה נהנה וזה לא חסר שיהיה מחזיר לחלוטין דחסר שעי"כ יהיה מוכרח לפרוע כנ"ל. וא"כ יש לומר במשכון בית או שדה ומחזיק למלוה בו דאין שום תועלת במשכונא באתרא דמסלקי דבלא"ה יכול לגבות לגוביינא אם יגיע ז"פ גם מלקוחות א"כ ע"כ ענין המשכון כדי שכשיגיע זמן פירעון יוכל להחזיקו במשכון שלא להניחו להשכיר הבית ולעבוד השדה למכור הפירות כדי שיהיה דחוק לשלם לו המעות לא לגבות הקרקע. ולא חשיב זה נהנה וזה לא חסר דחסר כנ"ל כדי שיהיה דחוק ויפסיד כדי שישלם לו. וכן הזכות עצמו ממשכון כמו במטלטלין כדי שיתבייש כנ"ל. וכן יליף מתהיה צדקה דקנו. ואי לאו הצדקה מחזיק בשל לוה כדי שיהיה יגוש כנ"ל. וממילא בקרקע ע"כ כנ"ל. ושוב כיון שהיה הדין כן ממילא כמה שנותן לו מלוה ומנכה לא חשיב בפחות דהוי זה לא חסר כיון דבלא"ה לא היה לוה יכול להשכירו לאחר כנ"ל. וכמו שכ' הרא"ש ז"ל דהלויני ודור בחצרי בלא קיימא לאגרא דלא הוי ריבית קצוצה אף דהא משכירו משום דאסורא לא מחזקינן ואין כוונתו שמשכירו רק שידע בו כיון דלא קיימא לאגרא ולא חסר ע"ש. כן ממש בהנ"ל במשכן לו בית ושדה בנכייתא אמרינן שב"כ וב"כ ממשכנו שיהיה מוכרח עי"כ לשלם לו וכל זמן שלא ישלם יהיה ממושכן כנ"ל שלא יוכל להשכירו או לעבוד השדה לפירות. כדי שעי"ז ישלם כנ"ל וזה יהיה אף אם לא ירצה מלוה ליקח הפירות בנכייתא כנ"ל וממילא שוב מה שמשכירו ונותן בנכייתא לא חסר כלום וזה נהנה והוי כלא קיימא לאגרא (ח"ש) דאין הכונה רק משום דלא קיימא לאגרא לכך מרוצה שידור בו כנ"ל. כן בנכייתא לפי שמשכון כנ"ל שלא יוכל להשכירו כל שלא ישלם לכך הוא משכיר לו בכו"כ שלא חסר. וממילא אף דשם אסור מדרבנן מ"מ בהנ"ל מותר גם מדרבנן דלא חשיב בפחות כנ"ל. ולכך י"ל דלר"ת ז"ל מה"ט בלא נכייתא אסור מדרבנן כמו הלויני ודור בחנם לגמרי אסור כנ"ל:

ומיושב בזה מה שתמהו תוס' מבתי ערי חומה דאמר רבית גמורה לר"י והא קי"ל משכנתא בלא נכייתא רק דרבנן ע"ש. ולמ"ש א"ש דאדרבא דוקא בהלואה ומשכון ממש דיכול לתבוע החוב אז שייך כנ"ל דעל דעת כן משכנו שכל שלא ישלם לא יוכל להשכיר כנ"ל. משא"כ בע"ח דבאמת מכר לו וא"י כלל לתבוע שישלם לו ומ"מ צד א' ברבית כשמשלם תוך שנה (חסר) והא הלואה שפיר רבית גמורה דלא שייך כלל שנתן לו כדי שיהיה דחוק לפרוע שלא היה מחויב כלל לפרוע ומכרו רק ע"ד שידור בו בחנם וכמו אם היה משכירו לאחר דמה שלא היה יכול להשכיר לאחר הוא בשביל שמכר לזה לא מצד משכון על הלואה ושוב כשמשלם ואגלאי דחשיב רק הלואה (חסר):

מ"ש תוס' אח"כ הטעם דהוי במכר תמוה דהא גם במכירה גמורה כשמתנה כשיהיה לי מעות תחזיר לי אסור. משום דלא חשיב מכר כה"ג ויש לישב. גם הראיה מדאמר לעיל אינהו בתורת זבינא כו'. ג"כ אינו מובן דאדרבא לשון אינהו כו' דאנן לאו בתורת זבינא כנ"ל. גם תמוה לי מה שדימו תוס' כמו דאמר משכנתא בלא נכייתא בתורת מכר מן בנכותא. והא ע"כ דברי רש"י ז"ל לקמן ס"ז ולעיל ס"ב ותוס' דחשיב מכר לזמן ולמה הא בל"נ הוי מתנה לא מכר שישלם אח"כ כל מעות שלוה והשדה לזמן הוי ברבית. ואי חשיב מכר שמכר לזמן בעד המעות א"כ יפטר מלשלם אח"כ והיינו מ' דסורא. וע"כ הפי' שמכר לגמרי בעד המעות שלוה ולא הוי הלואה כלל. רק אחר הזמן שקבע חוזר ומוכר בעד מעות הנ"ל והגם דקשה דא"כ יוכל לחזור בו בקנין לאחר ל' וי"ל דהוי כתנאי ע"מ שיחזור וימכר' לו אז דבתורת חיוב מהני בחליפין. אבל עכ"פ זה שייך רק בלא נכייתא אבל בנכייתא אדרבא איך יחשב מכר דא"כ אין הלואה וקיבול השדה בעד המעות ולמה מנכה לו בעד הפירות ומ"מ אפשר בדוחק דהני מכר ומתנה שיחזור וימכרנו אחר זמן בפחות ממה שקיבל עתה כפי הפסיקה דנכותא ודוחק. ועוד דבאתרי דמסלקי לא שייך כמכר כנ"ל. ולר"ת ז"ל נמ"ש דוקא דלוה על הבית ושדה ומתנה בנכותא מיד אחר הלואה אמרינן כנ"ל. אבל בלוה על זמן על משכון בית כו' ואח"כ משכיר בנכותא חשוב בפחות ואסור כיון שכבר קבע זמן יכול תוך הזמן להשכיר לאחר שא"ל לדחוק שכבר יש זמן כנ"ל. רק שבשעת הלואה מתנה בנכותא אף לזמן אמרינן דמצד הלואה עצמו לא היה קובע זמן כלל והיה למשכון שיהיה יגוש לפרוע רק הזמן קובע מחמת הנכותא שיאכל ואז מותר. או שהלוהו באמת בלי קביעת זמן על בית ג"כ מותר פסוק נכותא אח"כ לזמן כנ"ל:

ועיקר נראה דהחילוק בין נכותא לשוכר בפחות דכשמתנה בשעת הלואה בנכותא עלי כל שנה לנכות מדמי הלואה הוי על אותו סך רק שכירות ואינו מתחיל הלואה כלל רק כדקי"ל מרבין על השכר משום דאין משתלמת אלא בסוף ומוזיל גביה משום הקדמת המעות ואף דמוזיל הרבה דלא מחלק במשנה ע"ש. וכן כשמתנה ג' שנים י' זה' לנכות כל שנה והלוהו ק' הוי ע' רק הלואה ול' שכירות שהקדים לו מעות ולא חשיב שוכר בפחות כלל דמה שפוחת שכר הוא בשביל שהקדים דמי השכירות ככל מרבין על השכר. לא בשביל המותר היינו ע' שהם הלואה כנ"ל. וכמו אלו עשה פיסוק השכירות מן ל' קודם ואח"כ הלוהו ע'. כן בב"א. וע"ז כשמקדים שכירות אין ידוע כלל קצוב כיון דשכירות אין משתלמת אלא בסוף כנ"ל. משא"כ כששוכר בפחות אחר הלואה דדין כשאר שכירות שישלם בסוף והוי רבית בשביל הלואה דכבר ואפשר דכששוכר בפחות ומקדים

השכירות ג"כ לא חשיב כלל בפחות כיון דקי"ל מרבין כו'. ובנכותא אחר ההלואה אסור כיון ש כבר קבע זמן פירעון א"כ מה שינכה שלא יפרע חשיב נותן השכירות כשהגיע זמן פירעון החוב א"כ תוך זמן אסור הנכייתא כשאר שוכר בפחות דמשתלם בסוף כנ"ל. וכשהגיע זמן פירעון וארוח ליה על משכון בנכותא שוב הוי בשעת הלואה על בית כנ"ל. ואפשר דכוונת תוס' ג"כ כן דכמו בלא נכייתא חשיב כמכר וחשבינן דמי הלואה שאינו הלואה רק דמי השדה כן בנכותא חשבינן להו לדמי שכירות על שנים שפסק רק המותר הלואה כנ"ל. ואף כשמלוה יכול לתבעו תוך זמן לפדות י"ל מ"מ דהוי רק כאילו התנה שיכול לבטל השכירות מזמן שירצה ואילך אבל מ"מ עד שעת התביעה היה השכירות קיים כנ"ל. ואין כאן רבית. ונ' אף דיכול לסלקו בכל עת מ"מ כל זמן שאינו מסלק הוי שכירות. ואף דבמכר ומתנה כשיהיה לי מעות תחזירם אינו מכר ואסור היינו דלענין שיהיה חשיב מכירה לגמרי שאוכל פירות חנם שפיר כיון שכל עת יכול לסלקו אינו מכר והוי כמו ברבית. משא"כ לענין שיהיה חשיב שכירות שכל ענין שכירות הוא רק לזמן אינו מזיק כלל מה שיכול לסלקו בכל עת שישלם שאז יפסוק השכירות מאז ואילך מ"מ עד אותו זמן הוי שכירות גמורה ומרבין כו' כיון שהקדים לו המעות כנ"ל ומותר. ומ"מ צורבא כו' לא ליכול בנכותא דמ"מ מחזי כרבית שבשביל שאר המעות שהן הלואה מוזיל על אותו מקצת דהוא שכירות דאינו מבורר מה שמוזיל אם בשביל הקדמת מעות השכירות או משום שאר שהוא הלואה. ומה"ט משכנתא דסורא גם לת"ח מותר. ולא קשה קושית תוס' ס"ז ע"ב מה חילוק בין בנכותא למשכנתא דסורא ע"ש. ולמ"ש מיושב היטב דבמשכנתא דסורא הכל שכירות ולא נשאר הלואה כלל והוי רק כמו מרבין על השכר כנ"ל:

דף סה:

מתני' מכר לו כו' ונתן לו מקצת דמים כו' אימתי שתרצה הבא מעות וטול את שלך אסור כו' ומסיק במעכשיו אסור בין מוכר אוכל פירות ובין לוקח. דלגבי כל א' הוי צד א' ברבית כו'. וא"כ לכאורה בכל תנאי הדין כן שתלך למקום פלוני וכה"ג כשעשה קנין ולא נתן מעות והתנה תנאי דמעכשיו אסור המוכר לאכול פירות דכשיתקיים למפרע המקח אבל המוכר בשכר המתנת המעות כיון דקנה מעכשיו. וכשנתן המעות מיד והתנה אזי אסור הלוקח לאכול פירות דכשלא יתקיים התנאי ובטל אכל הלוקח ברבית. וכשנתן מקצת דמים והתנה איזה תנאי אסורין שניהם כנ"ל. וא"כ קשה למה נקיט התנאי בנתינת המעות דוקא הבא מעות כו'. ולמה לא נקיט סתם תנאי כשנתן מקצת דמים והתנה איזה

תנאי אסורין כנ"ל וכן בכל דמי' אסור הלוקח כנ"ל. ועיין בנ"י בשם הרשב"א בזבין ולא איצטרך לא זוזי כו' או אדעתא למיסק לא"י כו' דאסור הלוקח לאכול ע"ש. וקשה למה לא אמר הדין אכל תנאים. ולמה נקיט אותן שבטל מטעם אומדנא וא"כ תנאי גמור ע"ש: ונראה לע"ד דכשמתנה בפירוש שהמוכר יאכל פירות ולאביי דאמר ריבית על מנת להחזיר מותר ע"כ כשמתנה שיאכל בחנם. ואם כן ניהו דאמר מעכשיו הא הוי כמקנה גופא מהיום ופירי לאחר שיתקיים התנאי כיון דמפרש שיאכל הפירות עד שיתקיים התנאי בחנם אם כן הא דמתנה כשיתקיים התנאי יקנה מעכשיו היינו רק הגוף ממילא כיון שהפירות שלו עד שיתקיים התנאי אף שיתקיים התנאי ממילא הוי המכירה שהגוף יקנה מעכשיו כשיתקיים התנאי והפירות מאז ואילך ולמה יהיה אסור. וכמוכר להדיא גופא מהיום ופירי אחר ל' דמותר לאכול פירות עד הזמן. ומאי חילוק כנ"ל. ולרבא דריבית על מנת להחזיר אסור אם כן באינו מתנה שיאכל בחנם מגרע גרע דכיון דהקנין מעכשיו ולא התנה גם הפירות ממילא של לוקח מעכשיו דהא צריך המוכר לשלם בעד הפירות ואם כן שוב מה שאכל היה ריבית על מנת להחזיר כנ"ל. אבל כשמתנה בהדיא שיאכל בחנם שוב אדרבה יהיה מותר כנ"ל:

אמנם הא קיימא לן לעיל במשנה דכשמוכר אף דבר שאין לו שער ואין שומתו ידוע מ"מ כשמפרש אם מעכשיו בפחות ואם לגורן ביותר כשיתן המעות אחר כך אסור כו'. דאף דבסתם מותר למכור שיתן לו המעות אחר זמן וביותר ממה שהיה מוכר לו כשהיה נותן המעות מיד. מ"מ כשמפרש אם מעכשיו בפחות אסור עיין שם. ואם כן כשהתנאי הוא אימת שתרצה הבא מעות כו' ותקנה מעכשיו. ואם כן ניהו דהתנה והוי גופא מהיום ופירי לאחר ל'". מ"מ הא הוי כמפרש אם מעכשיו בפחות ולאחר זמן ביותר. דהא מוכר לו בעד סך שקצוב וכשיתן המעות מיד יהי' הגוף והפירות של הלוקח בעד סך הזה וכשיתן המעות אחר כך יקנה הגוף לבד מעכשיו בעד הסך הזה והפירות של המוכר עד נתינת המעות וממילא הגוף ביותר וממילא זה התנאי אימתי שתרצה תביא מעות ותקנה מעכשיו וכשלא יתן רק אחר כך יהי' הפירות של המוכר עד שיתן הוי כמפרש להדיא מעכשיו בפחות ואח"כ ביותר. דכשיתן המעות הגוף והפירות שלו ואחר כך כשיתן המעות לא יהי' של הלוקח הפירות כנ"ל ושפיר אסור. ואם כן ממילא בשאר תנאי שאינו בנתינת גוף המעות רק אם תלך וכהאי. גוונא שפיר היה מותר המוכר להתנות שיאכל פירות עד קיום התנאי אף במעכשיו דמה בכך הא הוי שמוכר גופא מעכשיו ופירי לאחר קיום התנאי כנ"ל דבזה לא חשוב כלל פי' מעכשיו בפחות דהא בין שיתן המעות ובין יתן אחר כך מ"מ יאכל הפירות עד קיום התנאי ואין התנאי שייך לנתינת המעות והיה

שפיר מותר כנ"ל דכיון דלא מיקרי מפרש אי מעכשיו בפחות שפיר מותר כנ"ל. אך בעל מנת להחזיר לרבא לא שייך הנ"ל. וכן אם לוקח אוכל פירות לא שייך כנ"ל:
ואם כן ניהו דאתי שפיר במשנה דנקיט תנאי הנ"ל להיות שניהם אסורין. אבל מ"מ יהיה הדין בתנאי מעכשיו דלוקח אסור לאכול פירות ובברייתא משמע דגם נגד הלוקח דוקא בתנאי דנתינת המעות אסור וגם כן לא נקיט שאר תנאי. וכן במשנה בסיפא דהלוהו על שדהו נקיט רק תנאי דהמעות כנ"ל. וכן בנ"י הנ"ל כמ"ש. וכן לרבא כנ"ל:
ונראה דהנה תוספות לעיל הקשו למה אסור לרבא ריבית על מנת להחזיר מ"ש נכייתא דמותר ותירצו דמיירי שלא ינכה לו מן המעות בעד הפירות רק כשיקיים התנאי ישלם לו בעד הפירות ולכך אסור עיין שם. ואינו מובן החילוק. ונראה דהטעם הוא דשם שמתנה כשישלם המעות ליום פלוני לא יהיה מכירה וכשלא ישלם סך שקיבל יהיה שלו למפרע. ואם כן קודם שמקיים זה התנאי שקיבל מאה זוז וכשמשלם פחות אינו מקיים תנאו ואף שאכל זה פירות בעד י' זוז מ"מ אם יתן לו פחות מק' זוז אי אפשר לו לחשוב הפירות למעות והוא ישלים לו עוד צ' ויהיה ק'. דהא כל שאינו נותן לו ק' הוא של הלוקח למפרע והפירות שלו הי' ואיך ינכה לו וממילא לא קיים תנאו. דהא התנה כשיקיים וישלם מעות שקיבל אז יהיה של המוכר וכל שאין משלם הכל לא קיים ואי אפשר לחשוב הפירות ושוב זה עצמו הוי צד א' ברבית דהא כשבאמת משלם לו כל הק' אחר כך נמצא היה של המוכר והלוקח חייב לו בעד הפירות י'. ואם כן היה ראוי שכשיתן לו עוד צ' יסולק הלוקח ויהיה קיום התנאי. ואעפ"כ לא היה הדין כן על פי תנאו כל שלא שילם לו כל הק' לא הי' נחשב לו פירות שאכל למעות. אם כן היה התנאי מגרע זכותי' במה שהוא באמת שלו. כיון דאיגלאי מילתא שהיו הפירות שלו ואעפ"כ לא היה נחשב לקיום התנאי והוצרך ליתן ק' כנ"ל. והוי זה ריבית בעד המעות זה הזכות של הלוקח שכל שלא יתן לו כל המעות יהיה שלו ולא יהיה נחשב הפירות למעות כנ"ל. מה שאין כן נכייתא שבאמת מנכו מחובו ואין גרעון זכותו כלל על ידי הפירות כנ"ל. ואם היה מתנה גם בזה שיוכל לחשוב הפירות ולהשלים זה הוא נכייתא ממש ובאמת היה מותר כנ"ל. ואם כן ממילא שאר תנאי אם תלך וכהאי גוונא שאין התנאי מגרע זכותו לענין המעות דאף אם היה משלם בעד הפירות מיד מ"מ אם לא יקיים התנאי לא יהיה מכירה ואם יקיים יהיה אף שלא יחשוב הפירות ואין ענין קיום התנאי לאכילת הפירות. שפיר לא הוי ריבית על מנת להחזיר כלל במה שאוכל הפירות כיון שישלם אם לא יקיים התנאי ובין הי' נחשבים הפירות למעות או לא בין כך ובין כך תלוי בקיום התנאי כנ"ל. שפיר מותר:

וגם במשנה בנתן מקצת דמים גם כן הטעם כנ"ל כיון שהתנאי במעות. וכשהמוכר אוכל פירות אף דיהיה הדין כשיתן מותר הדמים יהיה מעכשיו של לוקח ויתחייב המוכר לשלם בעד הפירות. מ"מ כל שלא יתן כל המותר לא יהיה שלו למפרע ולא יהיה יכול לחשוב הפירות שאכל המוכר למעות ולהשלים המותר דהא עדיין אינו שלו ואין המוכר חייב עדיין. וממילא כשיתן כל המותר ושלו למפרע. ואעפ"כ היה לו למוכר זכות זה שכל שלא יתן הלוקח כל המותר יהיה שלו והפירות שאכל לא נחשבו. וזכות זה שוה ממון וזה בעד המעות שמגיע לו למוכר. הי' לו זכות במה שאינו שלו עפ"י הדין דבאמת איגלאי מילתא שהיה חייב בעד הפירות והי' ראוי להיות נחשבים למעות ושיהיה די כשישלים המותר ואעפ"כ לא היה הדין כן דכל שלא נתן הכל לא היה נחשב. וחשוב ריבית שהזכות במה שאינו שלו כנ"ל. וכן אם לוקח אוכל פירות גם כן כנ"ל. שיהיה די כשיתן מותר המעות. ולא יחשוב הפירות. וכשלא יתן איגלאי מילתא שלא היה שלו והיה צריך לשלם בעד הפירות ולא היה די במותר המעות שיזכה בהקרקע שיהיה חשיב קיום התנאי דהא יכול המוכר ליקח מקודם בעד הפירות והיה חסר לקיום התנאי והיה נשאר הקרקע שלו. ואעפ"כ לא היה הדין כן דכשנותן המותר הוי שלו למפרע והיו הפירות בחנם והי' לו זכות זה שיהיה די כשיתן מותר המעות שיהיה שלו ולא יחשבו הפירות. ואף דעתה לא נתן ולמפרע היה חייב עבור הפירות והוי צד א' בריבית כנ"ל. משא"כ שאר תנאי כנ"ל:

גם ק"ל דהא לכאורה מה בכך שאינו מנכה מקודם קיום התנאי הא קיימא לן דזה גובה וזה גובה כשיש נפקא מינה כשיש לזה בינונית כו' וכהאי גוונא שאר נפקא מינה כדאמר סוף כתובות. ואם כן אף שזה חייב לו בעד הפירות חוב גמור מ"מ הדין זה גובה כו' וממילא הדין כן דאינו יכול לנכות ולחשוב הפירות שאכל למעות שיתן המותר ויהיה חשוב קיום התנאי. דהא כתב הר"ן והרשב"א ז"ל דלכך אינו יכול להגבותו החוב שלו לעצמו בתורת פרעון דמילי נינהו ואינו כשאר שוה כסף שיהיה ככסף עיין שם ובש"ע ב' דיעות. ואם כן לענין קיום התנאי שכשיתן לו המעות תוך ג' שנים לא יהיה מכר. ממילא אינו יכול לחשוב חוב שלו בעד הפירות למעות ולהשלים שיוחשב כנתן לו מעותיו וקיום התנאי דהא זה גובה כו' ומילי הוא ואינו ככסף כנ"ל. אף אם היה חייב חיוב אחר, וכאן יש נ"מ דלא שייך היפוכי מטרתא למה לי דאם אינו נחשב לא חשיב קיום התנאי ונשאר הקרקע שלו כנ"ל. וכיון שהדין כן אף שחייב ממילא אין כאן ריבית כלל וכמו בנכייתא שמפרש כן כיון שא"צ לנכות כנ"ל:

אך הטעם דמשום זה עצמו חשוב התנאי ריבית דכיון דכשאין נפקא מינה אין הדין זה גובה כו' דהפוכי מטרתא למה לי. ואם כן בלא התנאי לא היה נפקא מינה והיה שפיר יכול לחשוב הפירות למעות. ורק משום התנאי כנ"ל יש נ"מ והדין זה גובה כו' שוב הוי התנאי ריבית דנותן לו זכות זה כנ"ל בעד החוב כנ"ל אך הא בלא הגיע זמן מחוב שלו לכ"ע הדין זה גובה וזה גובה עיין שם. דאיך יחשוב חובו תוך הזמן שא"צ עדיין לשלם לו. ואם כן כיון שמתנה שכשיתן המעות תוך ג' יהיה שלו למפרע השדה ואז יהיה הלוקח מחויב לשלם הפירות כיון שהי' של המוכר. ואם כן הוי כקובע זמן לשלם בעד הפירות אחר שישלם הוא המעות. ואם כן ממילא אף אם החיוב מקודם היה הדין זה גובה כו' כיון שהזמן פירעון אחר כך ואינו יכול לחשוב החוב של הפירות למעות לקיום התנאי כיון שהזמן אחר קיום התנאי כנ"ל. ולמה יהיה ריבית:

אמנם היה נראה הטעם דהא קיימא לן הלויני ואלוך ג"כ אסור דחשוב ריבית דאגר נטר חשוב ממון ועדים זוממין חייבין כמבואר פרק קמא דמכות במעידין שהלוה לי' שנים אומדין כמה כו' רק התורה אסרה ליקח בעד זה. ולכך הלויני ואלוך חשוב ריבית עיין שם. ואם כן במה שמרויח הזמן על הפירות חשיב גם כן ריבית שבעד מה שחייב הוא ללוקח המעות מלוהו הפירות לשלם אחר זמן והוי כהלויני ואלוך כנ"ל:

וי"ל זה הטעם ברבית על מנת להחזיר אסור ונכייתא מותר. דשם אינו מרויח הזמן על חיוב הפירות דבכל שנה מנכה. מה שאין כן בתנאי הנ"ל שישלם בעד הפירות אם יקיים וישלם לזמן ג' שנים ובעד זה מלוהו הפירות ומרויח הזמן עד אחר שישלם הוא החוב הוי הלויני ואלוך הפירות כנ"ל דאסור וי"ל דזה כוונת התוספות וא"צ להפירוש שכתבתי לעיל בדברי תוספות. רק החילוק בין נכייתא כנ"ל. ואם כן גם בשאר תנאי יש לומר דאסור כנ"ל דהוי רבית על מנת להחזיר ההרווחת הזמן על תשלומי הפירות כנ"ל:

אמנם לב' הטעמים עדיין קשה הא במשכנתא בנכייתא מותר אף בפחות משויים. וכתב רש"י ותוס' לעיל החילוק בין הא דלא ישכור בפחות או משום דיש חילוק בין בית לשדה דשמא לא יהי' פירות וזה לא דמי לצד אחד בריבית כיון שהוא ספק אם נותן לו כלום. או כמו שכתבו תוס' שם דמשכנתא הוי כמו זה לא חסר או שאר חילוקים עיין שם. אבל עכ"פ מותר. ואם כן מה בכך דהוי הלויני ואלוך שאינו משלם לו הפירות מיד הא הוי כמוכר לו הפירות על זמן שישלם אח"כ וניהו דההרחבת הזמן חשיב ממון והוי כנתן לו פחות משויים במה שאינו משלם מיד בעדם מ"מ גם בפחות ממש מותר בשדה כשהוא ממושכן על ההלואה. וכן לטעם הא' שמגרע זכותו לענין התנאי גם כן לא גרע ממוכר לו בפחות משויים דמותר. ולמה יהיה אסור כאן בסיפא דתני הלוהו על שדהו. וזה הוא

משכנתא כדדייק ר"ת בתוספות לעיל דהלוהו על שדהו הוי במשכון. ואם כן ממילא במעכשיו כריבית על מנת להחזיר שישלם הפירות אף שהוא לזמן אחר קיום התנאי יהיה מותר כמו בפחות כנ"ל:

אמנם י"ל דאדרבה אם היה מפרש שמוכר לו הפירות שישלם לזמן ג' שנים שפיר היה מותר כנ"ל כמו בפחות. רק בזה דתני אם אי אתה נותן כו' הוא שלו כו'. ואינו קובע זמן כלל על תשלומין בעד הפירות רק ממילא הדין כן דאם משלם החוב יהיה של המוכר למפרע מחוייב הלוקח לשלם הפירות שאכל. והנה התוספות כתבו לעיל דאף בחצר דלא קיימא לאגרא אף דזה לא חסר במדעת מותר אבל שלא מדעת רק מעצמו דר בתורת ריבית אסור עיין שם. ואם כן לטעם הר"ת במשכנתא בנכייתא דמותר בפחות דהוי כזה לא חסר כיון שממושכן ואינו יכול למכור לאחר אם כן גם כן אינו מותר רק משום שהוא מדעת המוכר. ושלא מדעת לא משכחת לה בפחות דהא יצטרך לשלם כמו שהם שוים כנ"ל:

וא"כ כאן בתנאי בסתם מגרע גרע דכשהתנה שאם ישלם יהיה שלו למפרע ואם כן איגלאי מילתא שהיה הלוקח חייב לשלם בעד הפירות מיד שאכל דהא לא קבע לו זמן. רק מ"מ לא היה אפשר לכופו לשלם קודם ששילם הוא וקיים התנאי דהא כל שלא קיים יכול להיות שהוא של הלוקח למפרע. ואם כן שוב אותו הרוחת הזמן שעל הפירות דחשיב פחות משויים שוב הוי שלא מדעת דמעצמו היה הרוחת הזמן על תשלומי הפירות מה שהיה חייב באמת לשלם ושפיר אסור אף במשכנתא כיון דחשיב שלא מדעת מה שלא שילם עד שקיים זה תנאו כיון דאיגלאי מילתא שהיה חייב גם מקודם לשלם ואעפ"כ לא שילם כנ"ל. דמה שהתנה התנאי לא מיקרי הרחבת הזמן מדעת רק שתלוי ועומד אם יקיים התנאי יהיה למפרע או לא. והא באמת הדין משלשין הפירות. ואם כן כשאכל הלוקח ואעפ"כ צריך לשלם עד שיקיים זה התנאי שפיר הוי ריבית דהוא שלא מדעת ואסור אף בחצר דלא קיימא לאגרא כנ"ל. וכן מה שמגרע קיום התנאי כנ"ל וחשיב כפחות ג"כ כנ"ל:

אך לכאורה הא י"ל דבאמת יהיה הדין כשנותן ללוקח מותר המעות אפשר דיכול לחשוב הפירות שאכל ג"כ למעות וישלים המותר ויהיה חשוב קיום התנאי דלא מיקרי תוך זמן כיון שבאים בבת אחת דכשיחשב בזה קיום התנאי ממילא חייב למפרע לשלם בעד הפירות ושפיר אמרינן דחשיב כשמשלם המותר קיום התנאי עם צירוף הפירות ושפיר הגיע הזמן ממילא כיון שלא פירש אחר שיקיים דוקא. ואם כן היה חשוב בנכייתא דיכול בעצמו לנכות. וממה נפשך היה מותר דאם פי' להדיא שאחר שישלם הכל ויקיים התנאי

אז ישלם בעד הפירות דבזה אי אפשר לחשוב הפירות. אם כן מותר כנ"ל דהוי קבע זמן ואף שהוא בפחות מותר דהוי מדעת. ואי בסתם שאמר כשאשלם יהיה שלי למפרע וממילא מחוייב לשלם הפירות. שוב יוכל לחשוב הפירות שיהיה חשוב קיום התנאי והוי נכייתא ומותר:

אך הא יהיה הדין בזה דזה גובה וזה גובה כו' כיון שכבר אכל והוא רק חוב ויש נפקא מינה כמו בזה בינונית כו'. דאם לא יחשב לא יהיה נקרא קיום התנאי ויופטר הלוקח לגמרי מהפירות כנ"ל. וכיון דאי אפשר לחשוב הפירות ולנכות הוי ריבית ואסור דהוי שלא מדעת דבאמת כשנתקיים התנאי היה חייב מקודם לשלם ואעפ"כ לא הוצרך לשלם כנ"ל. ולא היה אפשר לנכות כנ"ל. ושייך ב' הטעמים כנ"ל:

ואף לשאר החילוקים שבתוס' שם בין שוכר בפחות למשכנתא גם כן אתי שפיר חילוק הנ"ל בין שהיה בתורת מכר הפירות או שהיה באמת חייב למפרע ומ"מ לא הוצרך ליתן כנ"ל:

וא"כ ממילא בשאר תנאי שאינו בנתינת המעות שפיר דמותר כשהלוקח אוכל פירות ואי לא יקויים התנאי ישלם הפירות. דממה נפשך אם פירש שלא ישלם הפירות עד אחר קיום התנאי אם כן הוי כשאר זמן שקבע ולא גרע ממוכר בפחות הפירות כנ"ל. ואי לא פירש מתי ישלם רק בסתם אם כן שפיר רשאי המוכר לנכות הפירות ולחשוב למעות וכשלא יתקיים התנאי ויהיה צריך להחזיר המעות יוכל שפיר לחשוב חוב של הפירות למעות דהפוכי מטרתא הוא שאין נ"מ כלל בין שיגבה ובין שינכה כיון שאין זה ענין לקיום התנאי בין כך ובין כך אם יקוים התנאי יהיה שלו ואי לא לא. והוי שפיר בנכייתא דמותר כנ"ל. וגם לטעם הא' הנ"ל. יש לומר גם כן דיוכל לחשוב הפירות ואינו מגרע זכותו כלל. ויש לדחות קצת:

עוד נראה עיקר לע"ד דהנה תוס' שדחו דברי ר"ת שכתב הטעם דנכייתא מותר אף דמבואר במשנה דלא ישכור בפחות. וכתב משום דממושכן בידו בלא זה לא יוכל למכור לאחר ולכך מותר. ודחי דלמא לא יוכל למכור וליתן למלוה בחובו ע"ש. והנה כאן לכאורה לא שייך זה כיון שמכר לו על תנאי דמעכשיו כשלא ישלם עד ג' שנים יהיה שלו. והדין דגם המוכר אינו אוכל פירות רק משלשין ביד שליש. וא"כ שוב יהיה מותר גם כן שהלוקח יאכל פירות אף בפחות דשייך שפיר סברת ר"ת דהא בלא זה אינו יכול למכור הפירות לאחר דאין הלוקח מחויב להניח למכור דהן ספק שלו למפרע אם יקוים התנאי דמה"ט משלשין. א"כ שפיר יכול למוכרם ללוקח עצמו בפחות אף אם ישלם עד ג' שנים ויהיה הלוקח חייב לשלם בעד הפירות מ"מ יהי' מותר למכור לו בפחות כיון

דלאחר אינו יכול למכור כנ"ל. דדוקא התם דהוא רק משכון דחו שפיר דאין המלוה יכול למחות שלא למכור הפירות לאחר כו'. משא"כ כאן בתנאי דמעכשיו שייך שפיר סברת ר"ת כנ"ל:

אך באמת ז"א דכיון שהלוקח לא ישלם בעד הפירות רק אחר שיהיה קיום התנאי היינו כשישלם לו עד ג' שנים ויתברר למפרע שלא הי' שלו רק של המוכר אז ישלם בעד הפירות כנ"ל. וא"כ שוב מכירה זו עצמו יכול המוכר למכור גם לאחר הפירות על תנאי זה שכשיקיים התנאי וישלם עד ג' שנים דאז יהי' שלו למפרע ויהיה מהני המכר. וא"כ שפיר אינו רשאי למכור בפחות ללוקח זה ולא שייך סברת ר"ת הנ"ל. דהא נהי דאינו יכול למכור הפירות שיקנה הלוקח מיד בודאי. מ"מ הא אותו מכירה עצמה שמוכר הפירות ללוקח זה שהוא ג"כ רק כשיקיים התנאי וישלם עד ג' שנים ויהי' שלו למפרע מכירה זו יכול למכור גם לאחר ביותר כשיקיים ויהיה שלו. ומה בכך שאינו יכול למכור על מיד. ושפיר אינו רשאי למכור בפחות וכמו שדחו תוס' סברת ר"ת שייך גם בזה כנ"ל.

דלענין מכירה זו על תנאי זה לא יוכל הלוקח למחות מלמכור אף שיהיה משלשין כנ"ל:

אמנם זה שפיר לענין למכור בפחות ממש. אבל לענין כשמוכר לו בשוים רק דנימא דזה חשיב בפחות מה שאינו מנכה ואינו חייב לשלם בעד הפירות רק אחר שיקוים זה התנאי וישלם עד ג' שנים כנ"ל. ויהי' זה כהלויני ואלוך או טעם הא'. ועי"ז יהי' חשוב מוכר בפחות. ולמ"ש ז"א דלענין זה הפחות מה שמשלם רק אחר הקיום התנאי כנ"ל זה שפיר מותר כסברת ר"ת. דהא גם לאחר אינו יכול למכור הפירות על מיד דהא הם ספק של הלוקח למפרע רק אותו המכירה על תנאי שיקח הפירות כשיתברר שהי' שלו למפרע ושוב גם הלוקח האחר אינו צריך לשלם רק אחר קיום התנאי של זה והוי כמרבין על השכר במשנה כיון דאינו משתלם אלא לבסוף. וא"כ אף שהלוקח זה עצמו אוכל הפירות מיד והי' צריך לשלם מיד מ"מ מותר מה שנקרא בפחות ע"י שלא ישלם רק עד אחר הבירור שהיה של המוכר דהא לענין זה הוא כזה לא חסר שכתב הר"ת דהא על מיד לא יכול למכור לאחר רק ג"כ על אחר הבירור שהוא שלו למפרע וג"כ לא ישלם עד אח"כ ואינו כלל בפחות במה שמוכר ללוקח זה כיון שגם מאחר לא יקח יותר ואף דהלוקח נהנה שהוא לוקח הפירות מיד ממ"נ ואינו נותן המעות עד אח"כ מ"מ הא זה מותר דאף שנהנה מ"מ כיון שזה לא חסר שא"י למכור לאחר ביותר כדברי ר"ת ז"ל הנ"ל דלא שייך דחיות התוס'. וא"כ שפיר יהיה מותר כאן בתנאי הנ"ל לכל הטעמים ברבית ע"מ להחזיר. דנהי דחשיב בפחות מה שמשלם אחר התנאי כמ"ש תוס' מ"מ יהיה מותר כנ"ל. כיון שאינו בפחות רק משום הנ"ל:

אך כמו שמבואר פשט לשון המשנה א"ש דלא הוזכר כלום שהתנה מאכילת הפירות רק שמכר לו על תנאי דמעכשיו. וא"כ שפיר אסור הלוקח לאכול פירות דשלא מדעת אסור גם בזה נהנה וזה לא חסר כמבואר לעיל בחצר דלא קיימא לאגרא רק מדעת כתבו תוס' שמותר ודוקא בזה חסר אסור א"ש. וא"כ כאן שהלוקח מעצמו יאכל הפירות שפיר אסור אף ע"מ להחזיר דנהי שישלם אחר קיום התנאי שיתברר שהיה של המוכר מ"מ יהיה רבית ההרוחת הזמן דאיגלאי מלתא שהיה צריך לשלם מיד ואעפ"כ לא הוצרך לשלם עד הבירור ואף שלאחר ג"כ לא היה המוכר יכול למכור הפירות שישלם מיד מ"מ הוא משום שלא היה יכול ליקח הפירות מיד. אבל הוא שלוקחם מיד ואינו משלם נהי דהוי זה לא חסר מכל מקום אסור כיון שהוא שלא מדעת כמו בדר בחצר כו':

אבל אם הי' מפרש שהלוקח יאכל פירות וישלם כך וכך אז יתברר שהיה של המוכר למפרע שפיר י"ל דמותר. כיון שאינו בפחות ואינו יכול למכור על אח"כ ביותר והוא מדעת שפיר מותר במה שמוכר לו הפירות שמשלם כנ"ל. ואתי שפיר הלשון בגמרא מי אוכל פירות כו'. דמיירי בסתם שלא התנו כלום על אכילת הפירות. וכן בברייתא לעיל לוקח אוכל פירות אסור. והכל משמע שלא פירשו ולכך אסור כו' וכן פירש"י לקמן ס"ג התם לא קץ ליה במשכנתא רק סתם וירד ואכל פירות ע"ש:

וי"ל עוד טעם כשאינו פוסק דמים בעד הפירות רק דממילא יהיה חייב לשלם כשיקוים התנאי ויהיה של המוכר דהא לא יהי' מחויב רק מה שיושם ששוים בשיפוי לכל אדם דאי אפשר להוציא יותר רק מה שודאי שוים א"כ הוי זביני חריפא דמבואר בנדרים דהוי הנאת לוקח ולא הנאת מוכר. וי"ל דחשיב רבית ג"כ דמקרי בפחות ממה שמוציא למכור בזביני מציעא. ויש לדחות:

עוד י"ל דהא בהלואה כשהלוהו פירות משלם פירות כמו היכא דהלוהו מעות דדינו בזוזי. ומה"ט חשיב סאה בסאה רבית דדינו שישלם סאה פירות בין הוקרו ובין הוזלו. רק במכר נתחייב דמים בעד הפירות בשוים בשעת מכירה. וכן באכל בגזילה גם כן נתחייב בתשלומין כשעת הגזילה דמים משא"כ בהלואה. והנה נראה דכמו בנותן לאחד מעות סתם דקי"ל דאי לא הוי מתנה חשיב הלואה כמבואר בר"ן ורשב"א שבועות פרק ש"ה ונדרים. כן בנותן לו פירות סתם שיוכל לאכלם ולא למתנה ג"כ אינו חשיב מכר בסתם רק ג"כ הלואה דבלא פיסוק דמים אינו מכר בסתם. כמבואר בבא בתרא פרק המוכר מדד ולא פסק כו'. וממילא חשיב הלואה שמלוהו הפירות כנ"ל ודינו לשלם פירות:

והנה דסאה בסאה קי"ל דאסור דשמא יוקרו הפירות והוי כרבית דמ"מ שוה יותר אף שדינו כן. לשלם פירות בין הוקרו ובין הוזלו כנ"ל. ושוב כשבאמת הוקרו הדין שאינו

משלם רק כשיוי שבשעת הלואה דהמותר הוי רבית דרבנן. ואם הוזלו משלם לו פירות סאה דא"צ ליתן יותר ע"ש. וא"כ כאן בתנאי מעכשיו כשלא ישלם עד ג' שנים יהי' של לוקח כו'. ולוקח אוכל פירות שפיר אסור אף שהתנה שיאכל פירות סתם ולא פסק דמים דכן מיירי רק דיהיה צריך לשלם ממילא דהא לא נתן לו למתנה רק אכל בספק שלו כנ"ל. וא"כ שפיר אמר רבא דרבית ע"מ להחזיר אסור. דהא כשלא יקוים וישלם לו תוך ג' והוי המעות הלואה למפרע ושוב מה שאכל הלוקח הפירות של המוכר הוי הלואה דהא לא הי' מתנה ולא הי' פיסוק דמים ואעפ"כ היה ברשות שנתן רשות לאכול ואינה גזולה שיהי' דינו כשעת גזילה. ממילא הוי הלואת פירות שדינו לשלם פירות אחר שנעשה של מוכר למפרע כשקיים התנאי. ושוב אסור מטעם סאה בסאה וכאן אסור ממ"נ דאם יוקרו הפירות הוי רבית כשישלם כמו שאכל פירות בכל סאה בסאה אף דדינו כן. ואם יוזלו גם כן הוי רבית דשוב משלם פחות וזה בשביל ההלואה של המעות דמי המכר של הקרקע. דכמו דסאה בסאה הוי רבית במה שהוקרו בשביל ההמתנה של דמי הפירות כן כאן שקיים ושילם תוך ג' ונעשו דמי הקרקע מלוה למפרע שוב הוי רבית כשהוזלו הפירות מה שמשלם פחות משוים בשעת אכילה אף שדינו כן מ"מ משלם פחות וזה בשביל ההלואה של דמי הקרקע וא"כ גרע מסאה בסאה נגד הפירות שאוכל דבין יוקרו ובין יוזלו יהיו אסור. ושוב נראה דהוי ודאי איסור דהא קרוב לשכר ורחוק להפסד אף במקח אסור. וא"כ כיון דאבק רבית אינה יוצאה בדיינין. וא"כ כאן כשאוכל הלוקח הפירות וחשוב הלואה הפירות כנ"ל. ושוב אם יוקרו לא יצטרך לשלם המותר רק כשויים בשעת אכילה דהמותר הוי רבית דרבנן ולא יצטרך ליתן. וכשיוזלו לא ישלם מותר רק כמו הסך פירות שאכל אף שהוא פחות בדמים ואף דגם זה יהיה אבק רבית שמשלם פחות מחמת ההלואה של דמי הקרקע מ"מ לא יוכל להוציא ממנו ולחייבו דאבק רבית אין יוצאה בדיינים. וקונה עפ"י הדין ואף אם ירצה בעצמו להחזיר מ"מ שוב הוי רבית כיון שאינו יכול להוציא ממנו וכשרוצה אינו נותן כנ"ל:

ושפיר הוי רבית גמור עתה זה התנאי שהלוקח יאכל פירות כיון דהוי הלואה למפרע ואעפ"כ יהי' הדין דכשהוקרו אינו משלם יותר וכשהוזלו אינו צריך לשלם פירות רק פחות כנ"ל. משא"כ בנכייתא דפוסק דמים והוי מכירה ומותר משא"כ בהנ"ל:

ומדוקדק שפיר לשון הש"ס רבית ע"מ להחזיר דהוי ליה למימר ע"מ לשלם דהא אוכל הפירות. רק כמ"ש אתי שפיר דהא כל האיסור משום דמחזיר פירות ואינו משלם מעות כנ"ל. גם מה דנקיט הלשון ע"מ להחזיר היינו אף שבדעתו שאף שיוזל משלם כמו שיוי כשאכל מ"מ אסור כיון שע"פ דין אי אפשר להוציא ממנו הוי רבית ואסור כנ"ל. ובלא

זה ג"כ אסור דכשיוזל גם כן לא יוכל לשלם יותר מע"פ הדין דיהיה רבית בשביל המתנת הפירות דהוי הלואה. דהא אפי' בהוקרו דע"פ דין מחויב לשלם סאה פירות כמו שאכל ולוה ומ"מ הוי רבית דרבנן כיון ששוה יותר. מכ"ש כשהוזלו וישלם יותר מסאה רק כשיוי שאכל דיהיה רבית גמור דמשלם יותר ממה שחייב ע"פ דין דאינו חייב רק סאה ע"פ דין דהלואה. ואם כן בין ישלם יותר ובין פחות הוי רבית ושפיר אסור כנ"ל:

ולמ"ש אתי שפיר דנקיט סתמא לוקח אוכל פירות אסור בין שהתנה שיאכל ובין לא התנה כלל כנ"ל. דאם לא התנה רק אוכל מעצמו דלא שייך טעם הנ"ל. דהא אינו הלואה דאוכל שלא מדעת ודינו לשלם כשעת הגזילה כנ"ל. שוב הוי רבית מטעם שלא מדעת כמ"ש לעיל דהוי כדר בחצר דלא קיימא לאגרא שלא ברשות כנ"ל. ואם התנה שיאכל הלוקח כנ"ל דהוי מדעת ולא שייך הנ"ל שוב אסור מטעם הנ"ל דהוי הפירות הלואה דאסור כנ"ל. אך בפוסק דמים על הפירות הי' נראה דמותר דהוי מכירה ממש כנ"ל ועיין מ"ש לקמן:

שם הלוהו על שדהו ואמר לו אם אי אתה נותן לי מכאן ועד ג' שנים הרי היא שלי ה"ה שלו וכך הי' ביתוס ב"ז עושה כו' הנה לכאורה משמע דהלוהו כו' ואח"כ אמר אם כו'. וקשה הא הוי כבר מלוה דלא קנה במכר לרוב הפו' דלא כרמב"ם ז"ל כפשטא דש"ס פ"ב דקדושין דאמר במכר אמאי קנה כו'. וכן לקמן דאמר ר"נ אף לאחר מתן מעות קנה הכל כו' דמשמע קצת דקאי אמתניתין דמירי אף לאחר מתן מעות. ואם כן בלאו אסמכתא במאי קני הא כבר מלוה הוא. ובדין שלהם י"ל שעשה קנין אחר אבל במשנה אי אפשר לפרש כן דהא קנין סודר וחזקה לא מהני אלאחר ל' דהדר סודר למרי' וחזקה כלתה כמו משיכה. וכסף הוי מלוה ואי נתן פרוטה מיקרי שעת מתן מעות רק בשטר מהני ובמשנה תנן ואמר לו אם א"א נותן כו' ודוחק לומר מאי אומר כותב. וא"כ למאי דמוקי בלא מעכשיו אף בלא טעמא דאסמכתא לא קני:

ואף להפוסקים דמשכונתיה קרקע מוחזקת הוי כמשכון מטלטלין דקי"ל במלוה דמשכון מקודשת וכן במכר וא"כ יכול לקנות קרקע במלוה שיש לו משכון קרקע מוחזקת וכאן דעל שדהו היינו משכון י"ל דקני. אך זה טעות דגם להנ"ל דוקא קרקע אחרת שע"י שהמוכר זוכה בהמלוה ומשכון הקרקע יכול זה לזכות בהקרקע שקונה. משא"כ לקנות קרקע זו עצמו שהוא משכונא במה יקנה בזה שזוכה המוכר בהמלוה וקרקע הממושכנת בזה תהיה שלו לגמרי א"כ מעולם לא זכה המוכר בהמשכונא כיון שתהי' נעשה שלו וממילא לא קני כנ"ל:

וצ"ל או דמפרש בהנאת מחילת מלוה. או אפשר דלשון זה שאומר המלוה אם אי אתה כו' הוי כפי' שתהיה המלוה נפקעת אז שלא יתן ויהיה הקרקע שלו והוי כמפרש במחילת מלוה כנ"ל:

אך עיקר נראה דמתני' הלוהו כו' ואמר כו' היינו בשעת הלואה או תוך כדי דיבור. והא דאמר ר"נ לאחר מתן מעות כו' לא קאי אמתניתין ומיירי בשטר. אבל במשנה הוא בשעת הלואה. ובזה נראה דלכך תני ואמר כו' וג"כ קשה הא צריך בקנין שהמקנה יאמר שדי קנוי' לך לא שהקונה יאמר שתהיה שלי מה מועיל זה. ואיך תני סתם כשאמר כו' הרי היא שלי ה"ה שלו. הול"ל שהלוה אמר שתהיה שלך. או עכ"פ שאמר הן. אך למ"ש בשעת הלואה א"ש דקי"ל שתיקה בשעת מתן מעות מהני אף בקדושין דאל"ה לא היה לה לקבל. וכן במקח אם הלוקח אומר שדך תהיה קנוי' לי בסך זה והמוכר מקבל המעות בשתיקה ג"כ ודאי מהני כמו בקדושין דע"ד כן קיבל. ומיושב דתני במתני' הך לישנא שהמלוה אמר כו' להורות דמיירי בשעת הלואה דאח"כ ודאי לא היה מהני דשתיקה לאחר מתן מעות לאו כלום הוא. רק בשעת הלואה שפיר מהני כנ"ל. וממילא לא הוי מלוה:

אך זה שפיר למאן דמוקי מתני' במעכשיו הוי תנאי דאם לא יתן תוך ג' לא הוי למפרע כלל מלוה רק בתורת מכר ושפיר קני אבל אי בלא מעכשיו רק לאחר א"כ לכאורה ניהו דקי"ל בלאחר ל' במכר דאף נתאכלו המעות קנה היינו כדאמר פ"ב דקדושין דהנך זוזי לא למלוה דמי כו'. דהא נתנו בתורת מכר ולא נעשה מלוה מעולם. ואם חוזר בו למפרע היה צריך להחזיר המעות בעין דלא נתן כלל למלוה כנ"ל ע"ש. משא"כ אם הלוהו בתורת הלואה ואמר בשעת הלואה דלאחר ל' יקנה שדה בעד מלוה זו ודאי דלא קנה דאז כשהקנין חל כבר הוא מלוה בתורת מלוה ולא בתורת מכר ואף אם לא יתקיים המכר הוי כבר מלוה והוי כנתאכלו בתורת מלוה וכמו בסודר דהדר למריה וכמשיכה דלא מהני כנ"ל. וא"כ כאן דתני הלוהו על שדהו כו' וא"כ אף שאומר שאחר שלא יתן תוך ג' יקנה אז השדה מ"מ לא קנה דהא אז הוא כבר מלוה בתורת הלואה ובמה יקנה וכנ"ל:

וצ"ל דזה הוי תנאי גמור בהמלוה שמלוהו רק אם ישלם לו עד ג' שנים ואם לא יתן לו תוך ג' אינו מלוהו כלל בתורת הלואה רק יהיה המעות אלו שנותן לו בתורת מכר על אחר ג' שנים ושוב מה שנתאכלו בתורת מכר נתאכלו ואם אינו נותן לו עד ג"ש לא נתקיים התנאי ולא הי' למפרע הלואה כלל רק מכר על אחר ל' ושפיר מהני דכשאינו נותן עד ג"ש. וממילא למפרע נתאכלו בתורת מכר כנ"ל מחמת התנאי כו'. ומיושב דתני דוקא התנאי על המלוה שהתנה ה"ה שלי כו'. דלענין זה התנאי בההלואה עליה דמלוה רמי

לאתנוי' דאל"ה הוי פטומי מילי כו' דהתנאי הוא שאינו רוצה להלוותו ולהקנות המעות רק באופן זה כנ"ל:

אמנם לכאורה היה צריך דיני תנאי בזה כפול ותנאי קודם למעשה מה שאינו מבואר במשנה דהא ההלואה הוא המעשה וצריך לתנאי שאם לא ישלם תוך ג' לא יהיה הלואה כו', וממילא כשלא היה דיני תנאי בטל התנאי והמעשה קיים וקנה הלוה המעות בתורת הלואה אף שאינו משלם תוך ג' ושוב לא קנה לוקח בתורת מכר כיון דב"כ וב"כ הוי הלואה כנ"ל. דבשלמא בתנאי דאם לענין המכר וקנין הקרקע י"ל דלא צריך דיני תנאי דהוי אומדנא כמ"ש תוס' לקמן שאינו רוצה להקנות הקרקע ע"ש כמו אדעתא למיסק כו' דסגי בגילוי דעת כו' משא"כ לענין ההלואה אין כאן אומדנא כלל שאינו רוצה להלות ושיהיה חייב הלואה ואונסין ב"כ וב"כ ככל מלוה. ובעי דיני תנאי כנ"ל. ולמה יקנה כשלא היה ד"ת כנ"ל:

אך הא הגאונים פסקו דמעכשיו לא צריך דיני תנאי ע"ש. וא"כ הא לענין המעשה של המלוה שיהיה הלואה הוי תנאי דמעכשיו דאם משלם תוך ג' הוי מעכשיו הלואה ושפיר לא בעי דיני תנאי כנ"ל:

ולמ"ש מיושב מה דעדיין קשה למאן דלא מוקי במעכשיו רק כר"י דאסמכתא קני. אם כן הא בעי דיני תנאי ואם כן כיון שלא היה דיני תנאי במכר שלא אמר רק אם א"א נותן כו' וכפי שפי' הפוסקים שהמוכר אמר ג"כ כלשון הזה וא"כ לא כפל ושאר ד"ת ג"כ. וממילא יהיה המכר קיים אף שנותן תוך ג'. וטעם הנ"ל דאומדנא קצת דוחק. דכמו שכתבו תוס' לקמן דעדיף כאן משאר אסמכתא דרצונו להקנות באמת שוב אין כאן אומד כמו בשאר מכר ובפרט היכא דאין הקרקע שוה יותר ובשעת מתן מעות י"ל כנ"ל:

ולמ"ש א"ש דניהו דבתנאי דאם בעי דיני תנאי ולענין המכר הוי תנאי דאם. מ"מ לענין ההלואה הוי תנאי דמעכשיו דלא צריך ד"ת כנ"ל וא"כ שוב אף שלא הי' במכר ד"ת מ"מ אם משלם תוך ג' ממילא הוי מלוה למפרע דעל המלוה מהני אף שלא הי' דיני תנאי וממילא שוב לא קנה הקרקע דהוי מלוה ולא קני כנ"ל:

ולהפוסקים דגם מעכשיו צריך דיני תנאי י"ל דכאן יש דיני תנאי שזה מיקרי כפל דהא הלוהו ומתנה ג"כ שאם לא יתן עד ג' יהיה מכר א"כ יהיה מיד בתורת מכר ולא הלואה א"כ פי' ב' הצדדים בין לענין ההלואה ובין לענין מכר. וכן הן קודם ללאו ותנאי קודם למעשה י"ל דלא צריך כאן. דיש ב' דברים שכל א' חשיב מעשה ההלואה שמקנה לו המעות בתורת מלוה והמכר שמקנה לו בתורת מכר ומתנה אם כך יהיה מעשה זו ואם כך יהיה מעשה אחרת. א"כ יש בכל א' עליו שם תנאי ומעשה וכן הן ולאו נגד המעשה

אחרת. וי"ל דמיקרי לגבי כל צד תנאי קודם למעשה והן קודם ללאו כנ"ל. ויש להסתפק בזה. וצ"ל או דפי' ד"ת. או במחילת מלוה דשפיר מהני אף שיהיה מלוה ב"כ וב"כ. ובמכר מטעם אומדנא. או דכיון דלא הקנה המוכר כלום רק שהמלוה התנה רק שתיקה בשעת מתן מעות מהני אבל עכ"פ אין כאן ראיה מקבלתו כשתיקה רק על הרצוי כמו שאמר המלוה והוי כדיני תנאי. כמו בע"י שליח דלא בעי ד"ת שלא עשאו רק ע"ת זה. ויש לדחות. או דהא גבי לאחר לא בעי ד"ת רק באם. א"כ לענין הריצוי של המוכר אין הוכחה רק על לאחר שלא יתן דלגוף הדבר אין חילוק בין אם או לאחר. ואף שהמכיר הלוקח אם מ"מ אין הריצוי ראיה רק אלאחר. אך במעכשיו כו' להפוסקים דצריך דיני תנאי לא שייך זה דהא נתרצה על מעכשיו:

שם הרי היא שלו. ותמוה דהא בדיני איסור מיירי ברישא והוי ליה למימר מותר. וכן סיום וכך היה ביתוס עושה משמע דעיקר לאורויי דמותר זאת. אך למאן דמוקי לעיל במעכשיו ולוקח אוכל פירות מצד א' ברבית מותר ע"ש. א"ש דזה עיקר הטעם שאינו רבית משום דהרי היא שלו ע"ת זה ולכך הוי צד א' ברבית ומותר וכך היה עושה כו'. משא"כ אם היה אסמכתא ולא קני אף אם לא יתן שוב הוי איסור רבית כשהלוקח אוכל פירות דב' הצדדין אסור כאן שאינו שלו הוי רבית. ואשמעינן דהוא שלו דמעכשיו לאו אסמכתא ולכך מותר כנ"ל. אכן למאי דמוקי כר"י דאסמכתא קני בלא מעכשיו וע"כ אייריי שמוכר אוכל פירות. וא"כ אינו שייך לכאורה להאיסור מה שהוא שלו. וכן מה קמ"ל שכך היה ביתוס עושה כו' כיון דמוכר אוכל כו'. אך ג"כ שפיר דקמ"ל דהוא שלו ורשאי הלוקח מאז ואילך לאכול פירות דאי אסמכתא לא קני. שוב אף ששמיט ואכיל כו' מ"מ היה רבית גם מאז ואילך כמסקנא דש"ס לקמן הכא הלואה ומחילה בטעות לאו מחילה כו'. רק משום דהוא שלו כר"י דאסמכתא קני. וכך הי' עושה כו' במותר מכאן ואילך. ועיין מ"ש לקמן עוד טעם דלא קשה:

שם ה"ה שלו כו' וכך כו'. וקשה כיון דהקרקע שוה יותר מחובו א"כ זה עצמו הוי רבית שאחר ג' שנים יתן לו בחובו שדה השוה יותר מחובו והא שוה כסף ככסף והוי כהתנה רבית קצוצה שישלם יותר מחובו ולמאן דמוקי במעכשיו לא קשה דממ"נ כשמשלם תוך ג' אינו משלם יותר. וכשאינו משלם הוי קנין למפרע מעכשיו ולא היה מעולם הלואה כלל. אבל למאן דמוקי בלא מעכשיו רק שהמוכר אוכל פירות קשה כנ"ל שמשלם יותר. וזה קושית תוס' לקמן אהא דלא תמכרם אלא לי בדמים הללו אסור מ"ש ממתניתין ותירוצם אינו מובן ע"ש דמה בכך שיכול למכור מהקרקע בעד החוב ולשלם מ"מ כשאינו עושה כן הוי רבית. והנה י"ל כיון דמכירה על אחר ל' הוי ג"כ מיד המעות בתורת קנין

ומכר דמה"ט אמר בש"ס דקני אף שנתאכלו המעות דלאו למלוה דמי ודידיה נתאכלו. וא"כ ודאי דלא הוי רבית כמכר על אחר ל' אף שהקרקע שוה יותר ממה שנתן. א"כ ממילא כאן אף שהלוהו מ"מ כיון שמתנה אם לא יתן עד ג"ש תהיה השדה שלו מאז ואילך וע"כ דהתנאי הוא שיהיה למפרע המעות בתורת קנין על אחר ג' שנים דאל"ה לא היה קונה במלוה כמ"ש לעיל רק כשהיה למפרע לקנין ולא היה הלואה כלל. א"כ שפיר לא הוי רבית ממ"נ כנ"ל. דאם אינו נותן עד ג' שנים לא היה מלוה כלל רק מכר על אחר ג' שנים כנ"ל. וזה מותר אף שנותן המעות קודם כמבואר לעיל ס"ג ע"ב ביהיב זוזי לקיראי ואזלו ד' בזוזי ונותן לו ה' מותר ביש לו. וכאן הא יש לו הקרקע. ואף דלכאורה משמע לעיל דדוקא משום דמעות קונה לענין מי שפרע כשחוזר לא הוי רבית כיון דאסור לחזור בו. אבל אם היה רשאי לחזור בו הי' אסור וכמ"ש תוס' ס"ב ע"ב כנ"ל:

אך תוס' לא כתבו זה רק על אין לו אלא שיצא השער ויכול ליקח בזה צריך לטעם דקני למי שפרע אבל ביש לו לא צריך למי שפרע. דהא לעיל פ' הזהב מ"ו ע"א מותר באומר תן לפועלי דינר ואני אתן לך יפה דינר וטריסית ממעות שיש לי בתוך ביתי. דמסיק רב אשי דכיון דיש לו הוי כהלויני עד שיבא בני כו'. וכ' תוס' דאף סאה בסאתים אסור גם בעד שיבא בני מ"מ כיון שאינו נותן אותו מטבע שלוה כו' לא הוי רבית כיון שהוא דרך מקח וממכר ע"ש. וממילא במוכר לאחר ל' דרשאי לחזור קודם ל' ואף מי שפרע אפשר דאין צריך לקבל. מ"מ מותר כיון שיש לו. ואף דמוכר שדה שאינו שלו אין לו שבח מה"ט דשכר מעותיו נוטל כו' דהתם אין לו שלא היה הקרקע שלו. משא"כ כשיש לו:

ובל"ז נראה החילוק דבקנין כסף צריך לטעם דמי שפרע משום דלעולם אין המעות קונה אף כשימשוך רק דכשימשוך תהיה המשיכה קונה אבל לא המעות ושפיר אין על המעות שם מכר קודם המשיכה והיה הלואה אי לאו דקני לענין מי שפרע ושוב יש על המעות שם קנין ולא חשיב הלואה. אבל בקרקע שמוכר לאחר ל' שיקנה בכסף לגמרי רק דיכול לחזור קודם ל' אבל כשאינו חוזר אותו המעות עצמו שנתן קני לאחר ל' אין על המעות כלל שם הלואה רק לקנין דלאו למלוה דמי כדאמר בש"ס דנתאכלו קני כו'. ושפיר דאף אם היה חוזר לא היה צריך לקבל מי שפרע מ"מ כשאינו חוזר הוי קנין ולא הלואה ומותר. משא"כ במטלטלין דאף שאינו חוזר אין המעות קונה. רק מותר מטעם דקונה למי שפרע כנ"ל. אבל אל"ה היה אסור. משא"כ בקרקע כנ"ל. אבל לקמן גבי לא תמכרם אלא לי כו'. י"ל דהוי קנין אתן דלא קני כלל. רק מה שמבטיח לו שוב הוי המעות הלואה שאינו קנין כלל ושוב הוי רבית כשמוכר אח"כ בזול. כיון דאף כשמוכר לו אח"כ לא

מחמת קנין המעות שנתן לו הוא קונה רק צריך קנין אחר ומי שפרע א"צ לקבל שפיר אסור כנ"ל:

ותוס' לא ניחא להו לפרש כן דמשמע דגם שם בלא תמכרם אלא לי איירי בגוונא שפי' שיקנה ולא אמכור שיהיה קנין אתן ואעפ"כ אסור. ונראה דסברי דמ"מ אסור דהא כיון דצד א' ברבית אסור א"כ כשמשלם לו תוך ג' דהיה הלואה למפרע ואעפ"כ היה לו זכות זה שימכור לו בדמים הללו בפחות. וכן כאן במשנה הנ"ל. שהיה לו זכות זה שכשלא ישלם יהיה הקרקע ששוה יותר שלו בעד פחות וזכות זה שוה ממון הוי רבית צד א' ולא מהני הממ"נ כנ"ל. דאף שבאמת ישלם לו תוך ג' והיה הלואה ואעפ"כ היה לו זכות זה חשיב רבית דלא ישכור בפחות כו' וה"ה דלא יקנה בפחות אסור גם קנין שהוא ספק כיון דלא סברי כרש"י לחלק בין שדה לבית משום שהוא ספק ע"ש. וע"ז תירצו תוס' שפיר דבמתני' שיוכל למכור מהשדה לאחר כנגד המלוה ויקח לעצמו המותר וכשהוא מניח לו אינו עושה משום רבית אלא מתנה כו' ע"ש. והיינו מצד הפסיקה שיהא שלו אין כאן רבית דנימא שיש לו זכות השוה ממון דאינו זכות כלל דלעולם יכול למכור מהקרקע לאחר ולשלם לו ואינו שוה כלום. ושפיר שייך הממ"נ דאם אינו עושה כן ומניח לו כל הקרקע הוי למפרע מכר ולא הלואה כלל ואף דאוזיל גבי' הוי מתנה המותר וכיון שלא היה הלואה מותר במתנה. ואם משלם לו יהיה הלואה אינו נותן לו יותר וזכות שוה ממון לא היה לו כלל. משא"כ בלא תמכרם אלא לי שאינו יכול למכור לאחר שפיר מיקרי דיש לו זכות השוה ממון שצריך למכור לו בפחות וכשישלם והי' הלואה היה לו זכות זה בחנם והוי רבית ואסור. ועיין לעיל ס"ד ע"א בתוס' ד"ה אי תקפה כו' דלא מהני הממ"נ מטעם הנ"ל:

ומ"מ פשט לשון התוס' לא משמע כן. רק דמה שמניח אחר הג"ש הקרקע להמלוה הוי כמתנה ולא בשביל הפסיקה כנ"ל ומשמע דרוצים ליישב במתני' כפשטא דלישנא דהלוהו כו' ואמר לו כו' דמשמע שהוא הלואה לגמרי ולא על תנאי רק דאם לא יתן עד ג"ש יהיה הקרקע שלו בפירעון חובו אבל לא שיהיה למפרע המעות בתורת מכר. ובזה ודאי קשה דהוי רבית גמור כיון שלא היה קנין כלל רק הלואה כנ"ל. וכן בלאחר מתן מעות דכבר היה הלואה דאמר ר"נ דג"כ קנה הכל וג"כ קשה דהוי רבית כנ"ל. ולכך תירצו לחלק דגם זה מיקרי דרך מקח וממכר. דדוקא בהלואה סלע בה' דינרים כו' שנתרבה חיוב עליו יותר הוי רבית דאורייתא דהוי שימה ואגר נטר. שיש על הלוה חיוב הקרן ועוד דבר. אבל במכר לרמב"ם ז"ל דקני במלוה ודאי דאינו רבית כשקונה הקרקע בעד

המלוה שלו אף שוה יותר דהא אז שקונה הקרקע פקע חיוב ההלואה ואינו עוד מלוה. רק חשש רבית מאוחרת. ועיין מ"ש לקמן:

וא"כ גם כאן שמתנה כשלא יתן עד ג' שנים יהיה הקרקע שלו בעד חובו אף ששוה יותר מ"מ כל זמן שהוא הלואה היינו עד ג' שנים אין כאן רבית שאין עליו חיוב כלל יותר רק לשלם החוב. ואחר ג' שנים אז פקע החוב ונעשה הקרקע שלו בעד חובו והוי מכר בעד חובו. ואין חילוק בין שמוכר הקרקע בעד חובו או בעד מעות דבשעה זו שנעשה הקרקע שלו אין חוב עוד עליו. ומקודם לא היה עליו חיוב כלל ליתן הקרקע. וזה כוונת תוס' שמה שמניח לו הקרקע בעד חובו מתנה הוא דיהיב ליה כו' היינו כיון שמקודם לא היה חייב אין כאן רבית דאורייתא. רק דעכשיו נותן לו בזול ואז פקע החוב. והוי דרך מקח וממכר ומותר אף בפחות כמו ביפה דינר וטריסית ביש לו דמותר אף דמוזיל גבי'. משא"כ בלא תמכרם אלא לי כו' דאינו יכול למכור לאחר ויש עליו חיוב זה גם קודם שנעשה הקנין ואז הוי הלואה ומ"מ יש עליו חיוב זה ג"כ שלא ימכור לאחר רק לו בפחות הוי שפיר רבית דבשעת הלואה יש עליו חיוב הקרן ועוד חיוב למכור לו בפחות. משא"כ בהנ"ל דלא היה עליו שום חיוב כלל יותר רק לשלם הקרן כל זמן שהוא הלואה כנ"ל:

ואף דלכאורה רבית מאוחרת הוי שעתה נותן בפחות מחמת ההלואה. י"ל ג"כ דאינו אסור. דמבואר במשנה סוף פירקין היה משלח לו בשביל שהלויתני כו'. וכן במוקדמת מפרש כדי שתלויני כו'. ומשמע דבסתם שאינו מפרש בשביל ההלואה מותר ליתן מתנה כו'. ולכאורה הא מבואר במשנה לעיל המלוה כו' לא ידור כו' ולא ישכיר הימנו בפחות כו' ומבואר דאף שאינו מפרש שבשביל ההלואה משכירו בפחות אעפ"כ אסור כנ"ל. וע"כ החילוק דכל זמן שחייב לו החוב אסור גם בסתם דהוי כפירש. משא"כ מוקדמת או מאוחרת אינו אסור רק מפרש בשביל ההלואה. וא"כ יש להסתפק גם בשעת פירעון כשנותן לו יותר במתנה ואינו מפרש בשביל שהלויתני אפשר ג"כ דמותר כמו מאוחרת כיון דאז אין חוב עוד עליו. וממילא כאן שמוכר לו בפחות בשעת פירעון בסתם י"ל דמותר. ואף אי נימא דאסור היינו כשפורע החוב ונותן לו תוספות שאינו דרך מקח משא"כ בדרך מקח שבעד חובו מוכר לו קרקע י"ל דמותר כמו בדינר וטריסית דיש חילוק בין דרך מקח כנ"ל [וכן מפורש בש"ע יו"ד סי' ק"ס ע"ש הטיב]:

ולהפוסקים דקנין אתן מהני כשמתחייב ליתן א"ש החילוק בפשיטות דבהא בלא תמכור אלא לי הוי חיוב ולא קנין רק שהוא מתחייב למכור לו שפיר הוי רבית דנתחייב הקרן וגם למכור לו בפחות. משא"כ במתני' דלא נתחייב כלל רק דאז אחר ג' שנים פקע החוב ותהיה הקרקע שלו אבל לא היה חיוב עליו ליתן לו הקרקע. ועושה ב' דברים ביחד

הלואה עד ג' שנים שישלם הקרן ומכר על אחר ג"ש ואז אינו חוב. משא"כ בלא תמכור אלא לי שיש חיוב יותר ניתוסף על הקרן דאסור כנ"ל:

ולמ"ש החילוק בין כל זמן שהחוב עליו דאסור בסתם כנ"ל. גם כן אתי שפיר סברת תוס' דחיוב זה דלא ימכור אלא לו נתן לו כשעדיין חייב ואסור גם בסתם. מה שאין כן בהרי היא שלי דמתנה זו אינו עד אחר שפקע החוב אחר ג' שנים. ומקודם היה יכול לשלם רק הקרן ושפיר מותר בסתם שאינו מפרש בשביל ההלואה כנ"ל עוד יש לחלק בין כשהוא דרך קנס שאינו ריבית שאינו בשביל אגר נטר רק שקנס את עצמו כשלא יפרע בזמן שקבע ואינו מקיים החיוב שהיה עליו לפרוע בזמנו כמו אם אוביר ולא אעביד כו' לא מיקרי זה כלל בשביל ההלואה רק בשביל שאינו מקיים החיוב כנ"ל:

ונראה ראיה לזה מהא דפרע מקצת חובו והשליש כו' דלר"י אסמכתא קני' ויתן ומחוייב לשלם כל החוב. והא הוי ריבית ממש שפורע מחצה יותר מחובו ומה בכך דאסמכתא קניי'. מ"מ איך מותר לכתחילה. ואין לומר בזה דהוי אחר הפרעון והוי ריבית מאוחרת וזה מיקרי אחר התשלומין של החוב אותו המותר שנותן כנ"ל דזה אינו דהא הר"ן והרא"ש נדרים כתבו דהא נמחל שעבודו ואיך יתן מ"כ דהא במפרש שאם לא יתן לזמן יהיה למפרע אותו המקצת שפרע בתורת מתנה כו' וממילא נשאר כל החוב שלם ע"ש. ואם כן מתנה זו היתה כשעדיין חייב כל החוב קודם הפירעון ויהיה אסור גם בסתם משום ריבית. ומוכח דכיון שהוא בדרך קנס בשביל שאינו משלם בזמנו לא חשיב ריבית כנ"ל וכמו בנדוניא תוס' שליש שאינו רבית עיין שם:

שוב מצאתי בראשונים ז"ל שהביאו ראיה זו משפרע מקצת חובו דדרך קנס לאו ריבית הוא כנ"ל. במ"ש מיושב במשנה דלכאורה לר"י לעיל דמתני' במוכר אוכל פירות הא בעובדא דביתוס כו'. אם כן מה קא משמע לן דכך היה עושה מה איסור יהיה במוכר אוכל כנ"ל. ולהנ"ל אתי שפיר דקמ"ל דקנין הקרקע ששוה יותר אינו אסור משום ריבית כנ"ל וכן מה דתני הרי היא שלו גם כן כנ"ל שרשאי ליקח הקרקע ואינו ריבית כנ"ל:

שם מוכר מותר כו' לכי מייתית קני כו' קמ"ל אף דמוזיל גביה ומוכר הקרקע בפחות משוי' והוא בשביל הקדמת המעות מ"מ מותר כיון שאין שומת קרקע ידוע מותר כמו פוסק על הפירות ביש לו דמותר ואף שיוכל לחזור וא"צ לקבל מש"פ כשיחזור קודם שיבא מותר המעות. מ"מ כיון שהמעות שנתן גם כן בתורת קנין על אחר שיבא המותר מותר דלא נעשה מלוה רק מכר כמ"ש לעיל. וגם לא מיקרי אם מעכשיו בפחות אף דאם יתן מותר המעות תהיה הקרקע והפירות שלו וכשיביא אחר כך יהיה בלא הפירות של עתה דמוכר אוכל עד אז. דזה אינו דדוקא כשמקנה מיד מעכשיו ועל נתינת המעות

אומר אם מעכשיו בפחות אסור דמה שאחר כך ביותר הוא בשביל איחור המעות מהקנין שכבר נתחייב לו כנ"ל. מה שאין כן כשאומר אם תתן המעות מיד תקנה מיד הקרקע וממילא הפירות שלו. ואם תתן אחר כך יהיה מאז ואילך שלו מה איסור יהי' הא כן ראוי להיות משעה שקונה הקרקע והפירות שלו כנ"ל:

שם שניהם אסורין כו' לכי מייתית קני מעכשיו. מבואר בנימוקי יוסף דאין תקנה רק משלשין הפירות למאי דקיימא לן ריבית על מנת להחזיר אסור כו'. ולכאורה כשפוסק דמים בעד הפירות בעד כך וכך לשנה אין שום טעם לאסור שהלוקח יאכל פירות או המוכר וכשלא תהיה שלו תשלם כך וכך שהוא מכר גמור על הפירות ומה ריבית על מנת להחזיר איכא. ולא שייכי הטעמים שכ' לעיל לאסור רק בסתם בלי פיסוק דמים עיין שם משא"כ כשפוסק דמים. ואף מטעם הלויני ואלוך שמלוהו תשלומי הפירות לא היה ראוי להיות אסור כמו בפחות דמותר במשכון כמ"ש לעיל. ולמה אין תקנה אלא משלשין:

ונראה די"ל הטעם כיון דקיימא לן דמוכר פירות דקל לא קני דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם כו' ומ"מ מבואר לקמן דקיימא לן אי שמיט ואכיל לא מפקינן מיניה ויש ב' טעמים או מטעם מחילה או כמו שכתב הת"ה עיין שם. ואם כן כיון שאוכל הלוקח הפירות אף אם יתייקרו מ"מ לא ישלם רק כפי הפיסוק דמים של עכשיו דשמיט ואכיל לא מפקינן ובאמת הוי דבר שלא בא לעולם ולא קני ואף עפ"כ לא נוציא והוי ריבית כשנתייקרו ומוזיל גביה בשביל נתינת המעות דעכשיו. דהא מיקרי זה פוסק על הפירות באין לו דאסור שמא יוקרו. וכאן אף יש לו שאר פירות לא מהני דדוקא בפוסק שמתחייב ויכול ליתן פירות שירצה מהני יש לו מה שאין כן כאן הא לא מכר רק אותן פירות של שדה זו וזה אין לו ובפרט למה שכתב רמב"ם ז"ל שם דוקא משום דקני למי שפרע וכמ"ש תוספות. מה שאין כן בדבר שלא בא לעולם דגם מי שפרע אין צריך. וגם יצא השער לא מהני להרמב"ם דגם כן כתב משום דצריך לקבל מי שפרע עיין שם. והיינו בנתחייב מה שאין כן בקנה דבר שלא בא לעולם ואף לשאר הפוסקים מ"מ הא כשאינו נותן מעות ובא לחוב בדמיהן אסור ביצא השער כמבואר לעיל בגמרא. וכאן הא נתן המעות על מכר השדה וכשלא יתקיים המכר יהיה למפרע חוב ושוב מיקרי אין לו מעות ובא לחוב בדמיהן. דלא היה אפשר לקנות במעות אלו בשער שבשוק דנתן אותם על מכר הקרקע אם יתקיים כנ"ל ושפיר אסור. ועיין לעיל גבי מה שעזי חולבת מכור לך דכשהוא דבר שלא בא לעולם אסור:

שם לכשיהיה לי מעות תחזירם לי אסור כו'. אינו מובן מהו זה החיוב שיחזיר לו. דאי אפשר שנאמר שכשמפרש כן אינו מכר כלל כיון שמתנה שמחוייב תמיד להחזיר לו

דאם כן לא הוי קרי' ליה צד א' בריבית. וע"כ דהני מכר אם כן במה נתחייב זה להחזירו כשיהיה לו מעות. וע"כ דהוי כמכירה לזמן שאינו מוכר לו רק עד שיהיה לו מעות ומאז תבטל וחייב להחזיר לו. ואם כן גם צד א' ברבית אין כאן דאף שמחזיר אחר כך מ"מ לזמן היה המכירה כדין ושלו אוכל:

וצ"ל דהא כיון שמתנה כשיהיה כו' ויחזיר כל המעות יחזיר לו הקרקע והא אם כן לא היה זה מכירה לזמן דהא לא קיבל כלום בעד הקנין לזמן כיון שמחזיר כל המעות. והוי מתנה לזמן והא לא אמר שנותן לו מתנה רק מכר לו. ולכך ע"כ מפרשינן דבריו כשיהיה לו מעות לא יהיה כלל מכירה למפרע וממילא מחוייב להחזיר לו הקרקע אם כן הוי הלואה למפרע ואכל הפירות בריבית. ומ"מ אינו רק צד א' דאם אין לו מעות הוי שפיר מכירה מעכשיו רק תנאי כשיהיה לו מעות לא יהיה מכירה למפרע:

גם יש לומר דהוי כתנאי על מנת להחזיר דקיימא לן דהוי מתנה ומכירה. וגם כאן מוכר לו בעד המעות על תנאי שיחזיר לו כשיהיה לו מעות. וממילא מחוייב להחזיר לו דאם אינו מחזיר בטלה המכירה והוי שלו. ואף דא"כ מחזיר לו שע"כ יוציאה ממנו. זה אינו דלא מיקרי חזרה רק כשמחזיר מעצמו. דאם לא כן בכל מתנה על מנת להחזיר דלא החזירו לא יצא כו' והא מוציאו ע"כ דנתבטלה המתנה ומוציאו בב"ד שהוא שלו. ושוב יהיה מתנה. וע"כ שמחזירו היינו מדעתו דצריך לחזור ולהקנותו לו כמבואר בפוסקים. וממילא כשלא יחזור וימכרנו לו בטלה המכירה למפרע ומחוייב כשיהיה לו מעות להחזירו ולהקנותו לו כנ"ל. אך שוב הצד א' בריבית הוא בהיפוך מפירוש הנ"ל. דכאן כשיהיה לו מעות ויחזיר וימכרנו לו היה שפיר מכירה למפרע דעל מנת להחזיר הוי מכירה גמורה ופירות שלו אכל ועתה חוזר ומוכרו לו. רק הוי צד אחד בריבית כשלא יחזירנו לו דאז בטלה המכירה למפרע והוי ריבית מה שאכל. ולהנ"ל כשמחזירו לא הוי רבית קצוצה רק אבק ריבית של צד א' בריבית אבל אין מוציאין ולפירוש הא' להיפוך כשמחזירו הוי ריבית קצוצה ופשיטא דלישנא משמע כפי' א' הנ"ל:

י"ל דהא דלא אמרינן שהוא מכירה לזמן או מתנה אף שאמר לשון מכר. דיותר משמע לכשיהיה כו' תחזירם שעד אז יהיה מכירה ולזמן כנ"ל. ובאמת לא יהיה ריבית. וי"ל להרמב"ם ז"ל דדבר שאינו קצוב לא הוי מכירה ומתנה ולא מהני. אם כן כאן שיהיה מכירה לזמן עד כשיהיה לו מעות תבטל. הוי המכירה לזמן דבר שאינו קצוב לגמרי דאינו ידוע כלל מה מוכר ונותן לו כיון דבכל זמן שיהיה לו מעות תבטל. ואינו מוכר רק לזמן ואינו קצוב איזה זמן עד שיהיה לו מעות ולא יהיה מהני כלל ולכך מפרשים כנ"ל:

ובזה מיושב מה דתמוה מאוד דעת רש"י ותוספות לקמן ס"ז ע"ב במשכנתא אתרא דלא מסלקי שפירש"י שג' שנים יאכל פירות ולא יוכל לסלקו ואח"כ יוכל לסלקו כשיהיה לו מעות דמוכר לגמרי שהוא מכר על אותו זמן עיין שם. והא זה הוי לכשיהיה לי מעות תחזירם לי אחר הג' שנים ומה חילוק בין מיד או אחר כך. הא אחר כך מחזיר לו כל המעות. ולמ"ש אתי שפיר דשם שג' שנים אינו יכול לסלקו הוי קצוב ומהני המכירה לזמן. רק הוי תנאי כשיהיה לו מעות ויתן לו תבטל המכירה ועד אותו זמן מוכר לו עד שיחזיר לו כל המעות והוי שפיר מכר ודידיה אכל ואף עפ"כ מחוייב להחזיר כשנותן לו המעות אחר ג' שנים כנ"ל. ולכך אין מפרשין כלל תנאי כנ"ל רק מכירה לזמן בלא תנאי רק התנאי על קנין הגוף כשלא יחזיר המעות יהיה קנוי' לעולם. וכשיחזיר המעות יפסוק אז המכר אבל לזמן הי' בלי תנאי ומותר כנ"ל. ורק כאן דאם נפרש כנ"ל בטל לגמרי דאינו קצוב כנ"ל. לכן מפרשין ע"כ תנאי לגמרי והוי צד אחד בריבית ואסור כנ"ל:

עוד י"ל דהא מסקינן דאסמכתא לא קניא רק בהא דאם א"א נותן לי כו' מוקי לה במעכשיו. והחילוק הוא דבאם או לאחר איני יודע אם יבא לידי קנין כלל. מה שאין כן מעכשיו דודאי קונה רק שיש בו תנאי לא הוי אסמכתא. ואם כן אם נפרש מכירה לזמן עד שיהיה לו מעות תבטל. שוב הוי אסמכתא דכשסובר שיהיה לו מעות מיד ותבטל מיד ולא יהיה מכר כלל לא חשיב מעכשיו והוי אסמכתא אף שאין לו מעות. וע"כ מפרשין כנ"ל. ומכל שכן למה שכתבו תוספות לקמן דהא דמהני מעכשיו בלא ב"ד חשיב. משום דעשה לו טובה בהלואה עיין שם. ואם נפרש מכירה לזמן לא היה הלואה מעולם כנ"ל. משא"כ בדלא מסלקי עד ג' שנים כו' אין כאן אסמכתא על המכירה לזמן דאינו יכול לסלקו ושפיר מפרשינן כנ"ל ומותר:

וזה אין לפרש דהוי כאומר הלוקח שחוזר ומקנה לו כשיהיה לך מעות. דזה לא מהני דהוי כאומר שדה זו שאני לוקח ממך כשאקחנה תהיה קנויה לך לא מהני דגם כן הוי דבר שלא בא לעולם כמו לכשאקחנה מאחר כיון שעכשיו אינו שלו כמבואר גיטין פרק השולח ויבמות צ"ג באומר לעבד לכשאקחך הרי עצמך קנוי' לך דלא מהני לרבנן דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם עיין שם. ולשון רש"י ז"ל ואמר לו על מנת כן אני מוכר לך שכשיהיה לי מעות החזירם לי וטול מעותיך כו'. משמע קצת דדוקא שפירש כן והפירוש בש"ס הוא שפי' בלשון תנאי ויתפרש כב' הפירושים שכ' לעיל. או אפשר דרש"י מפרש דאף שאמר כלשון הש"ס מ"מ אנו מפרשינן דבריו תנאי כנ"ל כיון שלא יועיל אם לא יהיה תנאי:

עוד יש לפרש מטעם חיוב שיכול לחייב עצמו בדבר שלא בא לעולם בחו"מ סי' ס' וכשאומר אחזירם לך מחייב עצמו להחזיר הקרקע כשיהיה לו מעות. וכן כשאומר תחזירם וזה מתרצה. וכדאמר ביבמות חלוץ על מנת שתתן לך ר' זוז כו' כיון דאין תנאי בחליצה מתחייב בתורת שכירות בדיבור עיין שם ברשב"א. וכן לכאורה בשאר דברים שאין בו דיני תנאי ולא בטל המעשה חייב בתורת שכירות. אך אינו נראה כן ודוקא בדבר שאי אפשר להתנות. משא"כ בדבר שאפשר ואינו מתנה כדין תנאי. וגם דוקא ששייך מטעם שכירות על הפעולה שעושה. מה שאין כן תורת הקרקע אינו ענין להיות זה שכר פעולה על המכירה. אך בקנין היה מהני החיוב שמתחייב עצמו מיד על אז כשיקנה יחזיר כשיהיה לו מעות להפוסקים דלא חשיב זה קנין אתן כשמתחייב מיד על אחר כך ואף בדבר שלא בא לעולם מהני ע"ש בתורת חיוב כנ"ל. וכאן אף שלא נזכר קנין ובדיבור אינו מתחייב מ"מ הני קנין חליפין כשאר קנין סודר. כיון שהוא בשעת מכירה ובעד שקונה הוא הקרקע קנה הלה החיוב שמתחייב להחזיר הקרקע כמו בכל קנין סודר שהוא כנ"ל. ולא שייך הדר סודר למריה. דדוקא קנין סודר שהוא להחזיר מה שאין כן כאן שנשאר הקרקע שלו ולא הדר כנ"ל. ואף לכאורה הא החיוב שיחזיר הקרקע ואז גם כן הדר למריה הקרקע ואיך נאמר דבמה שקונה הקרקע יועיל על תורת הקרקע הא אז הדר למריה הקרקע והוי כשאר קנין סודר דלא מהני על לאחר ל' משום דהדר כנ"ל. זה אינו כיון דלא חשבינן לו קנין אתן משום דהחיוב מעכשיו להחזיר אז ממילא מהני דלא חשיב הדר כו' דהא מיד שקונה הוא הקרקע קונה הלה החיוב להחזיר ועדיין הקרקע שלו כנ"ל. ועוד דהחיוב להחזיר אינו חזרה ואדרבה הקרקע שלו ומחוייב להחזיר ולהקנות ושפיר עדיין לא הדר למריה ומתחייב שפיר כנ"ל:

ואף דלכאורה אם כן הוי מכר גמור לחלוטין רק חיוב יש עליו להחזיר ולמה יהיה ריבית אף צד א'. או נראה דמ"מ כן דלא מיקרי קנין גמור כיון שמחוייב להחזיר. ונראה הטעם דהא כתבו תוספות גיטין פרק השולח דבאפותיקי מפורש לכ"ע למפרע גובה כשגבאו לבסוף כיון דלא מצי לסלוקי בזוזי עיין שם. והא לאביי אף בשאר חיוב למפרע גובה כיון שהחיוב מיד. רק רבא פליג משום דמצי מסלק ליה כו' משא"כ אפותיקי מפורש עיין שם ואם כן הכא זה החיוב להחזיר הקרקע לא גרע מאפותיקי מפורש דלא מצי מסלק כו'. ואם כן כשיהיה לו מעות ויהיה מחוייב להחזירו מחמת החיוב שיש עליו משעת הקנין הוי למפרע גובה והיה הקרקע שלו משעת קנין נמצא שלא היה קנין כלל והוי ריבית מה שאכל. וא"ל דאם כן לא הוי קנין חליפין כיון שלא קנה. זה אינו דבשעתו היה קנין רק מיד שקונה מחויב מעתה שגובה הוי למפרע משעת הקנין שלו כנ"ל. ולכך אסור.

ואעפ"כ הוי רק צד א' בריבית דכשאין לו מעות ואינו מחזירו כו' נשאר הקנין דכשלא גבאו לא אמרינן למפרע כו'. וא"ל דכמו דמכאן ולהבא גובה בחוב משום אלו הוי ליה זוזי כו' כמו כן כאן בחיוב זה להיפוך אלו לא הוי ליה זוזי כו' אישתכח דהשתא קני:
זה אינו דיש חילוק בין מה שבידו ולא ביד המלוה כלל מה שאין כן כאן להיפוך. ובמה שכתב הר"ן פרק ב' דכתובות בהחילוק בין תנאי לאמנה עיין שם. וכפירוש הזה נראה מלשון רש"י ז"ל ד"ה מדעתיה כו' שכ' אבל רישא שע"כ צריך להחזיר מעיקרא לאו מכר הוא כו'. משמע שמצד החיוב שצריך להחזיר לא מיקרי מכר. ומה שפירש מקודם על תנאי זה מכר כו'. אינו כתנאי כנ"ל. רק דמשום דעל תנאי זה מכר מהני מה שמבטיח להתחייב בדיבור. דאל"ה לא היה יתחייב בדיבור כנ"ל:
ומיושב ג"כ אתרא דלא מסלקי במשכנתא דעד הג' שנים דלא מצד מסליק לא נעשה למפרע, שלו. והוי מכר גמור כנ"ל. וא"כ להנ"ל הי' אפשר דבדרך תנאי ע"מ שיחזיר וימכרנו לו מותר כיון דע"מ להחזיר הוי מכירה גמורה רק שחוזר ומוכרו. רק דמ"מ י"ל דאסור ככל תנאי להפוסקים דאסור הלוקח בפירות גם בשאר תנאי כנ"ל:
ויש חילוק בין החזרה מצד התנאי ובין שיש חיוב חזרה שלא מצד תנאי. כדמסיק בש"ס גטין פרק המגרש בע"מ שלא תנשאי לפלוני לא הוי שיור וחוץ הוי שיור. דבע"מ אף שאסורה לינשא לזה מ"מ היינו משום דאז יבטל הגט מצד התנאי אבל כל שאינו נשאת לו והתנאי מקוים מותרת גם לו רק דאי אפשר ותנאי מילתא אחריתי הוא. מה שאין כן בחוץ דלענין זה אינה מגורשת עיין שם. וכן בע"מ להחזיר אף דאי אפשר לו שלא יחזיר דיבטל המכירה מצד התנאי מ"מ כשאחזיר והתנאי מקוים היה שלו לגמרי אף לענין החזרה. מה שאין כן ביש חיוב עליו להחזיר שלא מצד תנאי גרע דהוי שיור כנ"ל:
וכן משמע מתוספות ד"ה לכשיהיה לי כו'. דהקשו ממשכנתא בלא נכייתא כו'. ובתנאי כנ"ל אינו דמיון כלל דשם אינו מכר כלל ולהנ"ל אתי שפיר. אך י"ל דסוברים גם שם חשיב מכר אף דאמר לשון משכנתא כנ"ל:

דף סו.

אמר רב הונא בשעת מתן מעות קנה הכל לאחר מתן מעות לא קנה אלא כנגד מעותיו כו'. תוספות הקשו דע"כ פי' אלא כנגד מעותיו שפי' כנגד מעותיו והא גם בזה הוי אסמכתא ותירץ דרב הונא לטעמיה עיין שם. ואין מובן איך תליא הא בהא בשביל דסבר בשעת מתן מעות קני הכל יהיה שלא בשעת מתן מעות קונה כנגד מעותיו כיון דמודה שלא בשעת מתן מעות דהוי אסמכתא. וי"ל דרב הונא סבר דדוקא גזים הוי אסמכתא ולכך

בשעת מתן מעות קנה הכל דפסיקה זו בלא מעכשיו דע"כ מוכר אוכל פירות ג' שנים ויהיה אחר ג' שנים הקרקע שלו ונותן המעות עכשיו לא גזים כלל דהא שיוי הזמן הוי ממון גמור כדקיי"ל פרק קמא דמכות דעדים זוממין משלמין כמה שוה י' שנים כו' רק רבית אסרה תורה. וכיון דבגונא דמתניתין לא הוי רבית שכך התנאי שמלוה אם יפרע תוך ג' ואם לא יפרע לא יהיה הלואה כלל למפרע רק בתורת מכר על שיקנה אחר ג' שנים כמ"ש לעיל. וכיון שבידו לפדות לא הוי רבית כמ"ש תוספות. וממילא לא גזים כלל. מה שאין כן לאחר מתן מעות שכבר הלוהו על ג' שנים כיון שכבר המעות שלו הוי גזום על פחות משוי'. ולא קני רק נגד מעותיו דלא גזים כנ"ל. ושפיר תליא אהדדי מה שאין כן ר"נ סבר אף דלא גזים כל דאי אסמכתא וממילא גם בשעת מתן מעות דלא גזים כנ"ל מ"ע אסמכתא. וממילא נגד מעותיו אסמכתא ולא קני:

והיה אפשר ליישב בזה אלא כנגד מעותיו כפשטיה דדוחק כמ"ש תוספות אלא אם כן התנה כנגד מעותיו דלא הוזכר בדברי רב הונא כלל ולהנ"ל י"ל דגם אחר ההלואה לא חשיב גזום מה שנותן בשביל מעותיו שהיו בטלות אצלו כמבואר במשנה. סוף פרק ברבית מאוחרת דדרך כן רק שאסור. ואם כן לא הוי גזום וקונה רק כיון דאי לא בשביל מה שהלוהו הוי גזום ורק שנותן בשביל שהלוהו אם כן מבורר האיסור רבית וכאן לא שייך טעם הנ"ל דבשעת מתן מעות היה התנאי אם לא יפרע כו' אין הלואה כלל כנ"ל. מה שאין כן אחר ההלואה. וכיון דקי"ל לעיל גלימא מפקינן בדבר המסוים. וכנגד ההיתר המקח קיים. ואם כן שפיר כל המקח קיים אף דאסור דא"ע מהני. ולא חשיב גזום שבאמת מחמת ההלואה כנ"ל. ומ"מ אסור ליקח מותר הקרקע מכנגד מעותיו משום רבית כנ"ל דמסוים כו'. ומ"מ נגד מעותיו שפיר קני דע"ז אינו אסור. ולקמן דלא קני משום אסמכתא שפיר לא קני גם נגד מעותיו דלא א"ל קני כו'. אבל לרב הונא כנ"ל קני הכל רק מה שאסור. אבל מה שמותר הוא שלו כנ"ל. אולם לשון לא קני אלא כנגד מעותיו לא משמע כן. ומ"מ יש לפרש כן דלא חשיב גזום דאמרינן באמת שבעד חובו מוכר לו הקרקע כנגד שיוי והמותר נותן בתורת רבית. ואם כן כנגד מעותיו קני ושאר הקרקע מחויב להחזיר עמ"נ אי לא נתנו ברבית הוי גזים ולא קני כלל ואי ברבית הוי מסוים וחייב להחזיר עכ"פ המותר מנגד מעותיו שנתן בתורת רבית. מה שאין כן כנגד מעותיו קני דאינו יכול להוציא דאינו אומרים שבתורת רבית ולא גזים ונשאר הקנין על כנגד מעותיו שמכר בעד הקרן כנ"ל. דלרב הונא דסבר דבעי גזים היינו דמספק אין מבטלין הקנין רק כשגזים ומתנה מרובה אין דרך דמהאי טעמא בסתם לאו מתנה דלא עבידי כו' ולכך הוכחה בגזים שאין כוונתו לקנין רק אסמכתא בחשבו שלא יבוא לידי

קנין כלל משא"כ לא גזים מספק לא בטל. ולכך כאן די"ל שהקרקע בשויו והמותר ברבית ולא גזים אין מבטלין הקנין שכנגד מעותיו אבל המותר ממ"נ א"י ליקח כנ"ל. מה שאין כן בשעת הלואה והתנה שכשלא יפרע יהיה למפרע רק מכר דבזה אין אסור אף ביותר משוי' כדאמר לקמן ס"ג ע"ב יהיב זוזי לקיראי ה' בזוזי בשביל הקדמת המעות ביש לו מותר אף בסאתים כמו שכתבו תוספות ד"ה מ"ד. וכן כאן דא"ל הקרקע והוא מקדים מעות ומקנה לו הקרקע אחר ג' שנים לא גזים מה שבפחות כיון דאין שומתו ידוע ואין אסור כנ"ל. מה שאין כן אחר מ"מ שכבר הלואה אסור לכ"ע ביותר משוי' ע"ש:

גם י"ל לאחר מתן מעות היינו שהלוהו סתם ואחר מתנה אם אי אתה נותן לי עד ג' שנים. הרי היא שלי כו'. דהוי ליה זימנא דהוי רבית קצוצה שבעד זה נותן שוה מאתים בחוב מנה. וצד א' ברבית לרבנן רבית קצוצה ויוצא בדיינים וממילא קני רק נגד מעותיו והמותר אמרינן שנתן ברבית ומחזירינן דלא חשיב מיד כלל. ומיושב קושית תוספות דהוי ליה למפרך בנדרים דר"ה דהתם דאמר אסמכתא קני ארב הונא דהכא לאחר מתן מעות לא קני כו'. דלהנ"ל אתי שפיר דנהי דקני הוי רבית קצוצה דאינו מכר כלל רק ליתן לו בחובו. ויש לדחות:

שם איבעית אימא מתניתין רבי יוסי כו' איבעית אימא דאין לומר קני מעכשיו. ותמהו תוספות דהא כל קנין מעכשיו ואף עפ"כ מסיק בנדרים דלא מהני אלא אם כן קנו ממנו בב"ד חשוב ע"ש. והנה לענ"ד נהי דכ"מ סתם קנין סודר מעכשיו היינו דכיון דבלאו הכי אינו מועיל דהדר סודר למריה. וכיון דרצונם לגמור הקנין סתמא מעכשיו כדי שיועיל. כמו דלא אמרינן גם בעה"ש עה"ת כשיבטל לגמרי. אבל באסמכתא דאי לא אתינא כו' לבטלן זכוותיה וכהאי גוונא דסתמא אמרינן שאינו רוצה כלל דלבטלין רק סבור שיבוא ואם כן אף דמעכשיו אינו אסמכתא דכשמקנה לו מיד ודאי כוונתו לקנין גמור מ"מ בקנין סודר דשכיח דמעכשיו דאל"ה לא יועיל מה איכפת ליה אם מועיל או לא כיון דאסמכתא ואין כוונתו דליבטלין כלל וממילא אין הוכחה כלל מהקנין סודר דכוונתו מעכשיו ולא יחשב אסמכתא אדרבא אמרינן דאסמכתא ובאמת הקנין סודר בטל שאינו מעכשיו. ולכך דוקא פי' מעכשיו או בב"ד חשוב. דלכאורה אינו מובן ענין ב"ד מה מהני. ולהנ"ל אתי שפיר דודאי אינו רוצה להשטות בב"ד חשוב שיהיה הקנין סודר לאחר זמן דבטל וכוונתו מעכשיו. וממילא אינו אסמכתא כנ"ל. ואם כן בפירש מעכשיו שפיר מהני כנ"ל:

עוד נראה ליישב כאן. דבשעת מתן מעות כיון שזה ע"כ הלוהו בתנאי שיפרע תוך ג' שנים ואם לא יפרע יהיה למפרע המעות לא הלואה רק בתורת קנין על אחר ג' שנים. דאי

לאו הכי היה מלוה עד אחר ג' שנים ולא קני כדקיימא לן במכר דלא קני במלוה וע"כ כנ"ל כמ"ש לעיל דהמלוה התנה שאינו רוצה להלות לו אם לא יפרע תוך ג' שנים רק שיהיה בתורת קנין למכר דאחר ג' שנים כנ"ל. וממילא כי מתאכל' דידיה מתאכל' כנ"ל. ואם כן כמו דשתקנה בשעת מתן מעות חשיב ריצוי בפירוש כיון שמקבל ע"ד הנותן שמתנה כנ"ל. ואם כן אם זה אין כוונתו לקנין גמור רק אסמכתא והא ודאי דהמלוה ולוקח הנ"ל כוונתו לקנין גמור אם כן זה שקיבל המעות אם אינו רוצה באמת להקנות בתורת מכר אם כן אסור להשתמש במעות דלא הלוהו רק ע"ד שכשלא יפרע כנ"ל יהיה בתורת קנין ויוקנה אם כן ע"כ לקנין גמור. ושייך איידי דבעי למיקני גמר ומקני ג"כ כנ"ל ואינו אסמכתא:

אך י"ל דהא קי"ל בקנין לאחר ל' יום דיכול מוכר לחזור בו קודם הזמן דאתי דיבור ומבטל דיבור עיין שם ק' ריש האומר. וא"כ אי אפשר לומר שהמלוה לא הלוהו רק על תנאי זה שתהיה הקרקע שלו כשלא יפרע תוך ג' שנים ואין לומר אינו רוצה להלות. דהא אין תועלת בתנאי זה דשעה א' קודם תשלום הג' שנים יוכל מוכר לחזור בו מהקנין ואף שלא יפרע ובטל הקנין רק שיהיה צריך לשלם בתורת פירעון חוב. אם כן אי אפשר לחשבו בסתמא שאמר ב' הדברים שמלוהו ואם לא יתן תוך ג' שנים הוא שלו. שיהיה חילוק זה בזה משום אומדנא דזה אינו דעכ"פ אין קפידא שגם שיחשב תנאי יוכל לבטל הקנין והמעות יהיה הלואה עד הזמן שקבע כנ"ל. ואף שיהיה למפרע שליחות יד מ"מ מה בכך כיון דרשאי להשתמש במעות כנ"ל. ולכך כיון דאין תלוין זה בזה שוב הוי אסמכתא ולא קני כלל. ואם כן משני שפיר דאין לומר מעכשיו דבזה אינו יכול לחזור קודם וממילא לא הוי כלל אסמכתא דכיון דאינו יכול לחזור שוב אמרינן שלא הלוה רק על תנאי הנ"ל שיהי' מכר אם לא יפרע עד ג' שנים מעכשיו כנ"ל. וקיבל ע"כ ע"ד כן. ואי לא היה כוונתו לקנין גמור לא היה רשאי להשתמש במעות כנ"ל ואינו אסמכתא. משא"כ דלא בשעת מתן מעות או גבי אי לא אתינא י"ל גם מעכשיו חשיב אסמכתא כנ"ל:

עוד י"ל דהך איבעית אימא דמתניתין רבי יהודה ומעכשיו ואם כן מיירי דלוקח אוכל פירות כדאמר לעיל בהדיא דרבי יהודה יליף מזה מעשה דביתוס דצד א' שרי. וא"כ ע"כ לא אסמכתא מכוין רק לקנין גמור דאי לאו הכי הוי רבית גמור דאין כאן צד מכר וברשיע' לא מחזיקינן ודאי כוונתו למכר גמור מעכשיו ואינו אסמכתא כלל מה שאין כן אי מיירי בלא מעכשיו ע"כ מוכר אוכל פירות ולא שייך כנ"ל. אבל מעכשיו מטעם הנ"ל. ואם כן י"ל באין רבית לא מהני מעכשיו באסמכתא ובעי קנין בב"ד חשוב כנ"ל. ומיושב בזה דתמוה איך מוקי מתניתין בתירוץ קמא כרבי יהודה דאסמכתא קני והא

רבי יהודה דסבר אסמכתא לא קניא מייתי לעיל ראיה מעובדא דביתוס דעשה שדהו וצד א' ברבית שרי. והא לדידיה אסמכתא הוא. ולמ"ש מיושב דהיינו דקאמר איבעית אימא רבי יהודה ולא מיירי במעכשיו ומוכר אוכל ומ"מ קני איבעית אימא רבי יהודה דלא קני רק לדידיה במעכשיו ולוקח אוכל וממילא לאו אסמכתא ולר' יוסי ולרבנן דמוכר אוכל גם במעכשיו י"ל דהוי אסמכתא וע"כ כר"י דקני:

עוד י"ל למ"ש לקמן טעם דאסמכתא דכשנעשה ודאי אין מוכיח כלל שאינו חוזר מדעתו הראשונה שיהיה ספק ואם כן במעכשיו שאינו יכול לחזור בו לא שייך טעם הנ"ל. ולכך מהני בלא גזים דטעם רק משום דאי כו'. אבל בגזים י"ל גם מעכשיו לא מהני דבלא טעם הנ"ל לא היה כוונתו לחיוב כנ"ל. ומרש"י ז"ל נראה דאסמכתא לא הוי רק כשמבטיח לחבירו שנעשה הדבר ועיקר כוונתו להבטיח שיפרע או בפרע מקצת שכבר מוטל עליו והא מסמיכו שישלם. מה שאין כן כאן ספק אם ההלואה עיקר או המכירה ובמעכשיו אמרינן דהמכר עיקר לא הלואה רק תנאי ככל תנאי. מה שאין כן אי לא אתינא או פרע מקצת דהוצרך להבטיח אינו מועיל מעכשיו כנ"ל:

דף סו:

שם ע"ב דוקא שתי כו' קפיד בדמי כו' משמע דגם למסקנא כיון שרואין שאינו מקפיד ומרוצה שיקנה מהני דדי לו רק דילמא לפרוכי כו'. וקשה מה מועיל כיון שלא קנה בשעת קנין דהא אסמכתא. ואף אם הרצוי הי' קנין היה חשיב מחילה בטעות דלא מהני דסבר שכבר קנאו וכ"ש דאין זה קנין. וצ"ל דהוכיח סופו על תחלתו שלא היה אסמכתא כלל מתחלה. והא קי"ל סוף פרק ב' דחולין דספיקא הוי אי אמרינן הוכיח סופו כו'. והיה אפשר לומר כיון דבידו לגמרי לאו אסמכתא בלא גזום כדמחלק לקמן ע"ד רק להשיג מעות לפרוע אינו בידו כ"כ. אבל עכ"פ להשתדל על מעות בידו וכיון דשתי שכרא כו'. א"כ לענין זה כשלא ירצה להשתדל כלל לפרוע שבידו לגמרי לא היה אסמכתא כלל וקני על תנאי זה. אך זה אינו דגם שם איתא דפשע ולא זבין ליה שלא טרח כלל. אם כן זה בידו ומה משני לאו בידו הא עכ"פ על זה כשלא יטרח כלל לקנות שבידו לאו אסמכתא. וע"כ צ"ל כיון דהתנה כשלא יקח יין דנכלל בזה גם שיטרח ולא ימכרו לו שוב הוי גזום במה דלא בידי' ולא מתחייב כלל אף במה שבידי'. ואין לומר דאם לא ירצו למכור יהיה אונס וקיימא לן יש אונס בשאר דברים. ואם כן אינו כלל בכלל החיוב. זה אינו דעדיף מיפסקא מברא דשכיח ואיבעי לי' לאתנויי. וכן מה שלא ימכרו לו ושפיר בכלל ולא מחייב כלל. ואף דרי"ף ז"ל פסק פרק המקבל באומר אם אוביר כו' אשלם אלפא זוזי

עכ"פ חייב לשלם במיטב דלא גזים עיין שם. וכן בהנ"ל י"ל דוקא שם דגם בלא התנה כלל משלם במיטבא דדורשין כיון שהתקינו כן אף סתם כן לכך שוב גם שאמר אלפא רק התוספות אסמכתא לא מה שהיה חייב גם שלא התנה. אבל גבי יין דבלי תנאי לא היה מחויב כלל. שוב כשנתחייב על מה שאינו בידו והוי אסמכתא שוב אינו חייב גם שפשע כנ"ל. ואם כן גם כאן אף דשתי שכרא ואינו מטריח גם כן לא קני מצד התנאי כיון דאינו בידו שלא ישיג מעות לא מהני כלל אף דשתי כו'. והיה אפשר לומר דבלא גזום רק בשויו אלא דכל דאי אסמכתא כדמסיק בזה מהני עכ"פ על מה שבידו דהא כוונתו היה באמת לקנין רק מ"מ חשיב אסמכתא על מה שאינו בידו אמרינן דעל מה שבידו מהני ודוחק. ועוד דביתר משוי' מא"ל. וצ"ל דאמרינן בזה הוכיח סופו כו' כמו עייל ונפיק אזוזי כו' דהוכיח אך שם לאוקמי בחזקת מרא קמא לא להוציא. ועוד דסתם א"ל דצריך לזוזי לא מזבין כו':

והיה נראה דהטעם דכל דאי אסמכתא היא אף דלא גזים. משום שהרצוי שעל הספק קנין אז לא חשיב רצוי על ודאי קנין. ולכך כיון דיכול לחזור בו קודם שחל במקנה לאחר ל' ומ"מ בלא חזר כשבא ל' חל הקנין דסתמא בדיעה ראשונה עומד כל שלא ידענו דהדר ביה ולכך חל בסתם. ודוקא כשחוזר כנ"ל. מה שאין כן כל דאי דמיד מתחלה אף שנתרצה על הספק מ"מ אחר כך שחל בודאי אין ראיה מדעתו הראשונה שאינו חוזר בו כיון שמעולם לא נאמן ריצוי על ודאי קנין. ולכך בסתם לא חל הקנין אחר ג' שנים שלא פרע וכהאי גוונא. וצריך גילוי דעת להיפוך דמרוצה כמו שתי כו' או לא קפיד כו'. ושוב ממילא מהני קנין הראשון דחל כל שאינו חוזר. רק כיון שאינו בסתם בחזקת שרוצה אינו חל אז כמו דצריך להיות במקום הראוי לקנין אז דחל כנ"ל:

שם הדרא כו' פירי כו' הכא הלואה התם זבינא כו' פירש"י דמיחזי כרבית וכריבית קצוצה דמי ואין אבק רבית אלא דרך מכר כמרבה בפירות כו'. ותמוה כמ"ש תוס'. וי"ל דניהו דאין יוצא בדיינים מ"מ למ"ש הרא"ש והרבה פוסקים דהא דאמר לקמן סלוקי בלא זוזי אפוקי מיניה הוא דוקא בממושכן שייך זה דחשיב להוציא משא"כ בלא משכון מנכה לו מחובו ע"ש. וא"כ למ"ש לעיל דהא מלוה לא קני במכר ואיך יקנה אחר ג' שנים בלא מעכשיו הא אז מלוה הוא וע"כ דהיה התנאי בהלואה שאם לא יפרע תוך ג' שנים יהיה מיד המעות לא בהלואה רק לשם מכר על לאחר ג' שנים דשפיר קני אף נתאכלו כנ"ל. וא"כ כיון דלר"נ גם בשעת מ"מ אסמכתא דאין תלי' הא בהא דעכ"פ התנאי בהלואה כשלא יפרע מיד בתורת מכר. ואיך שהדין הוא אי קני או לא לא שייך להתנאי. וא"כ כיון שלא פרע ולא היה הלואה לא היה משכון כלל וכיון דאסמכתא לא

קני והוי רבית מה שאוכל אחר הג' שנים שפיר מנכה לו מחובו דלא הוי אפוקי כיון שלא היה משכון כלל למפרע וא"כ שפיר הדרי פירי כשבא לפדותו גם אח"כ מנכה פירות שאכל ומסלקינן ליה. וא"כ י"ל דאף אכל טפי משיעור זוזי ג"כ מוציאין די"ל דרש"י סבר ג"כ כתוס' דמחילה בטעות לא הוי מחילה רק היכא דאלו ידע הי' מוחל. רק דגם כאן שייך דלמא אי הוי ידע הי' מניחו לאכול בשביל המתנת מעות החוב שלא ידחוק אותו לפרוע אף שהוא אסור בפרט להפוסקים דאבק רבית עובר רק המלוה המקבל. ובפרט למאי דקי"ל באכילת אסור דרבנן שא"י לא חשיב אסור א"כ לא חשיב טעות דכיון שא"י ומצד עצמו היה מניחו לאכול כנ"ל. אך להנ"ל כיון דעד שיעור זוזי מזבנין וסלקינן ליה וא"כ שוב מה שאכל טפי צריך להחזיר משום מחילה בטעות דאלו הוי ידע שכבר נפטר מחובו ודאי דלא היה מניחו לאכול יותר וממילא הדרי פירי הכל כנ"ל:

עוד י"ל למ"ש תוס' לעיל דאף דלא תמכור אלא לי בדמים הללו הוי רבית ואיך במשנה אם לא כו' תהי' שלי מותר. ותירצו דכיון שיכול למכור הקרקע ולפרע לו מותר ע"ש. ולכאורה זה שפיר עד ג' שנים אבל אח"כ הא אינו יכול למכור. אך אז כבר נגמר המקח ואין כאן הלואה. אולם כיון דהוי אסמכתא ולא קני גם אחר ג' שנים. וא"כ אם היה באופן שאינו יכול למכור ולסלקו ודאי דהיה רבית קצוצה רק מ"מ משכנתא דלא חשיב אבק רבית משום דהוי כמכר כמ"ש תוס' נעיל כיון דמתחלתן מתנה שלא יסלקו. אבל אם היה באפשר שניהם שלא יהיה מכר ומ"מ א"י לסלקו היה רבית גמור. וא"כ בהנ"ל באופן זה שהוא מחילה בטעות דסובר שקנה אחר ג' שנים ואינו יכול למוכרו ולפדותו ובאמת אינו מכר דלא קני והמעות הלואה גם אחר הג' שנים, א"כ באופן זה אם היה יודע והיה כן הי' רבית קצוצה רק כשיודע יכול למכור ולפרעו. אבל בשאינו יודע איך נאמר דמחילה בטעות הוי מחילה הא אותה המחילה כמו שהיא בטעות דסבור שקני הוי רבית גמור כיון שבאמת הלואה ואינו יכול למכור דסבור שקני כנ"ל:

ומיושב דלכאורה אינו שייכות למחילה בטעות כלל והנ"ל א"ש. בפשיטות י"ל דרש"י סבר דכל רבית בהלואה אף דרבנן כרבית קצוצה דמיא כמו שסוברים תוס' לדברי רש"י ז"ל ובמשכנתא בלי נכותא כתבו תוס' בעצמם לעיל ס"ד לס"ת דלא מחלק בין כרם לבית ובבתי ע"ח שאמר להדיא רבית גמורה וכ' הטעם כדאמר בתורת זבינא אתי עלה ע"ש. וא"כ גם לרש"י דמחלק בין כרם לבית לענין דאורייתא וכן לענין דרבנן ע"ש בתוס' דאף דצד א' מה"ת היינו דבאופן שיהי' הלואה יהי' ודאי רבית אבל כרם דצד א' וגם באותו צד דהלואה ספק אם יהי' אינו רבית קצוצה. ורש"י כ' ג"כ לעיל ס"ב בתורת זבינא דכל זמן שלא פרע לו כו' הכרם מכור לו עד זמן שפסקו כו' שיכול לפדותה ע"ש וכ' וה"ה כו'

מרבה בפירות א"כ רש"י מדמי להדיא משכנתא בלי נכותא לבתורת מכר דהא לכאורה בשלמא בנכותא שייך מכר בעד הנכוי אבל בלא נכותא וצריך לפרוע כל מעות הלואה מה מכר הוא הא אינו נותן כלום בעד הפירות רק המתנת המעות. וכן פירש"י לקמן באתרא דלא מסלקי כו' שנים קצובות הכל מודים דכל אותן שנים כמכר ע"ש לקמן כ"ז דמותר. ובמה נקרא מכר. וע"כ הפי' שמוכר לגמרי בעד מעות שינתן רק תנאי שיחזיר וימכרנה לו בעד סך הזה שנותן לו כמ"ש לעיל ולכך דקבע זמן שלא יוכל לפדות רק אח"כ הוי מכר גמור ע"ת ומותר לרש"י. ובלי זמן כיון שהתנאי בכל עת שירצה צריך לחזור ולמכור לו הוי כהלואה אבל מ"מ חשיב מכר דקי"ל מתנה ע"מ להחזיר אף מיד להחזיר ג"כ חשיב קנין כנ"ל רק דאסרוהו כמו הלואה. וא"כ שפיר משכנתא בלי נכותא הוי רבית דדרך מקח ולכך אין מוציאין. ובנכותא דאינו מכר בעד המעות שוב הוי מכר הפירות בעד הניכוי כנ"ל. משא"כ אי הוי אסמכתא בלי מעכשיו דאינו מכר כלל מוציאין לרש"י ז"ל:

עוד י"ל דרש"י סבר ג"כ דמחילה בטעות דהוי מחילה משום דאי ידע ג"כ היה מוחל כמ"ש תוס'. ורק דנימא הכא ג"כ דהיה מוחל בשביל הרוחת הזמן כמ"ש אך הא אין זה הרוחת זמן כלל אלו ידע כיון שיכול לתבעו מתי שירצה אלו ידעו דאסמכתא לא קני. לא חשיב מרוח כלל. וע"כ דנימא כיון שבאמת עבר זמן א"כ אלו ידעו תחלה יהיה זה מרויח לו זמן כזה היה זה נותן לו הפירות שעד זמן שהיה מרויח לו. לכך יהיה מחילה והא זה היה רבית קצוצה ממש כשמתנה בעד הרוחת זמן כמ"ש הפוסקים ומה"ט לא הוי מחילה כנ"ל:

שם התם זביני. הנה י"ל דהא אינו מובן דמיון הש"ס דגבי מוכר דבר שלא בא לעולם חשיב מחילה שמכר כל הפירות בעד כו"כ וא"כ אחר שבא לעולם שמיט ואכיל מקצת אף שהמוכר חוזר מ"מ על מקצת שאכל המקח קיים ומחזיר חצי מעות אף דאייקר פירי. אבל כאן דהתנה שכשלא יתן עד ג' שנים תהיה הקרקע שלו בעד חובו ואז אי הוי קני הי' נפטר מהחוב וקרקע דמלוה היה אבל כיון דאסמכתא לא קני וזה נותן כל מעות הלואה ופקדה הקרקע למה לא ישלם הפירות הא למחול הפירות והחוב ישאר עלי' מעולם לא נתרצה כלל ליתן לו הפירות בחנם כנ"ל:

דקושית הש"ס מהמותר על דמי הלואה דמשמע הדרי פירי אף דאכל יותר מההלואה ולכך דייק הדרא ארעא והדרי פירי דאף שמחזיר הקרקע בחנם משלם פירות מותר שאכל. וע"ז פריך דיחשב מחילה בטעות דדמי למוכר דבר שלא בא לעולם דעכ"פ נתרצה שהקרקע תהיה שלו דכשיהיה נפטר מחובו תהיה הקרקע והפירות דמלוה א"כ אף

שחוזר והדרא ארעא בחנם מ"מ המותר שאכל לא יתחייב דקודם שחזר בו הוי מחילה על המותר כנ"ל כשיהיה נפטר מחובו ודמי לפירות כנ"ל. וא"כ י"ל דזו כונת התוס' התם זביני היינו דמכר הפי' ומה שאכל נשאר קיים בעד דמי המקח לפי חשבון כולם. הכא הלואה ומה שהתנה שתהי' שלו היה רק בשביל מעות ההלואה וא"כ כל שלא אכל כנגד החוב ודאי דחייב דלא נתרצה מעולם למחול כנ"ל כל שיהיה החוב עליו רק אחר שאכל יותר שכבר נפטר. וזה ודאי מחילה במעות אינו מחילה כאלו פרע לו וזה אכל אח"כ דלא חשיב מחילה דסבור שחייב ואינו חייב וכמו באונאה דאנן סהדי אלו ידע לא מחיל כנ"ל. ובפשיטות צ"ל דגם זה חשיב מחילה דעכ"פ נתרצה שיאכל הפירות אחר ג' שנים בלי שישלם בעדם כיון שהיה סבור שקנה ואף דהיה סבור שכבר נפטר מחובו מכל מקום הוי רק בטעות. ולכך באמת לפי' התוס' דהא דמהני מחילה בטעות רק משום דאי הוי ידע היה ג"כ מרוצה כדי דליקו בהימנותיה ע"ש. סוברים באמת החילוק כנ"ל דהתם זביני שייך ליקו בהימנותיה שישאר המכירה כמו שמכר ומהני על מה שאכל. הכא הלואה ולא התנה מעולם ליתן לו הפירות בחנם. זו לע"ד כונת ר"ת דהלוה הקנה בתורת מכר והמכר אינו כלום נמצא דהוי מחילה בטעות כו'. היינו בתורת מכר בעד החוב וזה בטל דהחוב עדיין עלי' כיון דלא קני. דאין הפי' בדבריהם משום דאלו ידע לא היה נותן משום אסור רבית. דלא הוזכר זה בדברי ר"ת בפי' הטעם. רק הדין כו' שאם נתנו בתורת רבית לא היה מוציאין ע"ש. ומשמע דבלאו טעמא דרבית ניחא ליה החלוק בין הלואה לזביני. והיינו כנ"ל:

תוס' הנ"ל לכך אית ל"ל דאפילו היה יודע שיכול לחזור לא היה חוזר דאין לו לחזור כ"ה דליקו בהימנותיה. לכאורה במוכר דבר שלא בא לעולם לא מצינו כלל שלא יהיה רשאי לחזור דליקו בהמנותיה הא אדרבא בש"ס לעיל מחלק בין מה שאירש דלא ס"ד משא"כ מכר שדה שאינו שלו וחזר ולקחה לא שייך ליקו בהמנותיה ע"ש והיינו דשם הטעה אותו דידע שאינו שלו ומכר שייך שיקחנה דליקו. אבל קנין שאינו מועיל מנ"ל דשייך דליקו. אך לעיל ט"ו משמע כן דאמר על מה שאירש דלא סמכא דעתא ע"ש משמע בעבידא דאתי כפירות דקל סמכא דעתיה ושייך דליקו כו' רק כשאינו עושה מעשה בשבילו כגון אורתה אין הוכחה ע"ש. אבל מ"מ ראוי דליקו. והיה נראה דתליא במחלוקת הפוסקים בטור וש"ע ס' רי"ב מה שיוציא האילן יהיה הקדש שיש פ' דחשיב אמירה לגבוה להקדישו. והרא"ש ושאר פוסקים דדוקא כשאמר אקדישנו או אתינא כו' אבל כיון שאומר יהיה הקדש ואינו מועיל אינו מחויב להקדישו דלא אמר שיקדיש ע"ש. אם כן לא שייך דליקו כו' אך מחוסר אמנה עכ"פ הוי דקי"ל גם בדברים כר"י ומכל

מקום י"ל דשם אינו מניחו לגמור הקנין שפסק עמו. משא"כ כשגמר הקנין ואינו מועיל דהא במעות דקאי במי שפרע. ואף לר"ל דמעות לא קני מה"ת רק משום מעשה ומ"מ דבר שלא בא לעולם לא. ע"ש בש"ע ס' ר"ד. דלבעה"מ והפוסקים דבנתיקר ותרי תרעי אין מחוסר אמנה. א"כ לר"ת שמיט ואכיל מפקינן. וגם למאי דקי"ל כרב לקמן דפרדיסא אסור וכ' תוס' לעיל ס"ד מה שעזי חולבת כו' דמקדים קדים שהפירות ישנם כלל אסור וא"כ מוכר פירות דקל שאינם כלל ודרך להוזיל אסור ולא שייך מחוסר אמנה כמבואר בש"ע דליכא מי שפרע כשאסור וכ"ש מחוסר אמנה. ולמה אמר סתם שמיט כו' לא מפקינן. וצ"ל כיון דנקיט לישנא דיכול לחזור מיירי שאין אסור דלא אוזיל גבי'. והיה נ"מ לדינא:

אך י"ל כיון שא"י והוא אסור דרבנן אם היה מרוצה שייך אלו ידע כמ"ש לעיל ואינו נראה. ועוד דקשה הא קי"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש ולא מהני דאלו הוי ידע היה מיאש ובש"ס מדמי שם פ' א"מ שליחות ומחילה ע"ש. ולמה יועיל כאן מחילה בטעות משום אלו הוי ידע היה מוחל. וי"ל או כמ"ש הש"ך בדבר שאינו מקפיד דאלו ידע לגמרי היה ג"כ נותן משא"כ ביאוש אלו ידע היכן הוא לא היה מיאש רק ידיעה במקצת שנאבד ע"ש א"כ גם כאן כנ"ל כאינו מקפיד. וא"כ באסור שוב הוי כיאוש שלא מדעת דאלו ידע הכל שאסור לא היה מוחל. או דהטעם משום מצוה כדאמר בכלך אצל יפות דוקא תרומה משום מצוה ניחא לי' ע"ש כן שלא יהא מחוסר אמנה. וא"כ ג"כ באסור לא שייך אך טעמים הנ"ל ליתא דגם בתרומה דמצוה דוקא מרוצה לבסוף דאומר כלך כו' אמרינן איגלאי למפרע משא"כ במוחה לבסוף וכמ"ש תוס' כ"ב ד"ה אם. וכאן הא חוזר בו בסוף. גם טעם ש"ך מוכח דגמ' שם כל הנ"ל דמייתי אף דאלו ידע הכל לא מהני. וצ"ל החילוק דשם עתה שא"י שנאבד לא מיאוש כלל רק אלו ידע כו' וזה לא מהני. משא"כ כאן דגם עכשיו מוחל שיודע שזה אוכל הפירות שהיה שלו ומרוצה. רק דטעות בריצוי שסובר שקנאם וא"י לחזור. ולכך כל שאין טעות ברור דאפשר אלו ידע היה ג"כ מרוצה אין מבטלין המחילה:

אמנם עדיין קשה דהא קי"ל העודר בנכסי גר וסבור שהן שלו לא קני דאין זה כונה לקנות וממילא גם הקנאה אין זה דסובר שהוא שלו מכבר א"כ ריצוי זה אינו מחילה כלל כיון דסבור שכבר שלו. וא"כ אפי' היה ודאי דאלו ידע היה מוחל היה יאוש שלא מדעת דלא מהני כיון דאין כאן מחילה עכשיו כלל:

והיה אפשר לפרש דלא תלינן כלל בטעות כמו שכתבו תוספות לעיל דיבור המתחיל אי קפיד כו' משום דידע דאסמכתא לא קני כו' אף שעשה מקודם הפסיקה דאסמכתא מ"מ

מסתמא נודע לו. או ידע מיד ומ"מ הסמיכו כנ"ל. וכן מוכר דבר שלא בא לעולם אין מוכרח שטעה דאף שידע מכר ויקיים דיבורו. דמסתמא לא תלינן בטעות בדין. רק כיון דלא עבדי אינשי דיהבי מתנה כו'. דמהאי טעמא בסתם להרבה פוסקים אינו במתנה כנ"ל לכך יש סברא יותר לתלות בטעות כיון שהיה פסיקה קודם כן. ואם כן אמר שפיר התם זביני תלינן שידע ומ"מ אינו מתנה רק מכר ואף דיכול לחזור ואינו חוזר הוא משום דליקו בהימנותי' שאינו ראוי לחזור כנ"ל. ועל זה הניחו לאכול ואם כן אף דמהני חזרתו על מה דלא שמיט. אבל על מנת שאכל לא מהני מה שאין כן הכא הלואה. ואי ידע והניחו צריך להיות מחילה ומתנה שעדיין חייב לו כיון שחוזר. וגם דל"ש דליקו דאסור תלינן בטעות. אך משמע מתוס' דדוקא לבטל המחילה אמרינן שמא ידע דאסמכתא לא קני:

עוד יש לומר להפוסקים דאומר לחבירו אכול עמי חייב לשלם דסתמא לאו מתנה וכן דור בחצרי וב' דעות בש"ע ואם כן שייך סברת תוס' דלעיל דאין הוכחה כלל שמחל דילמא ידע דאסמכתא לא קני והניח לאכול ובאמת יצטרך לשלם לו כאומר אכול פירות כו'. וכן מוכר פירות דידע דלא קני ויצטרך הוא לשלם כמו ששוים כנ"ל. ולא הוי כלל מחילה אף בטעות. דהא תוס' ד"ה הנ"ל כתבו דכשי"ל שיודע דלא קני מבטל הוכחה דמחילה כנ"ל. אך י"ל דהא ק"ל כתובות פרק א"נ כסבורין של אביהן הן משלמין דמי בשר בזול עיין שם. דכסבור ששלו ואכלו משלם שליש פחות משויו דאלו ידע שאינו שלו היה מקמץ עיין שם. וא"כ כאן ניהו דהוא ידע דלא קני לוקח אבל עכ"פ הוא יודע דלוקח סבור שקנה דעשה קנין זה ואם כן גם אם כוונתו שמניחו לאכול כדי שישלם מ"מ ישלם בזול פחות שליש דסבור ששלו כנ"ל. ואם כן שוב לא היה לו למוכר להניחו לאכול סתם. דבשלמא בשאר אומר אכול כיון דסתמא ע"ד לשלם אם כן גם האוכל יודע וחייב הכל כשוי' ושוב לא היה זה צריך לפרש. מה שאין כן כאן דעל כל פנים יודע שלוקח סבור דשלו וישלם פחות ושוב לא היה לו להניחו סתם. וע"כ דבאמת מחל רק בטעות ושייך כנ"ל דמהני. אולם בהלואה כמו דקי"ל לעיל ס"ד דאף דדר בחצר של חבירו שלא מדעתו פטור דבזה נהנה וזה לא חסר פטור הלוהו ודר חייב. וממילא כמו כן זה לא נהנה וזה חסר אף אי פטור מכל מקום בהלוהו חייב. ועיין ברא"ש דנשך בלא תרבית ותרבית בלא נשך שוים. וממילא כאן שפיר הניחו לאכול דאף דסבור דשלו ואכלו דמשלם רק בזול דלא חשיב נהנה דהיה מקמץ אף שזה חסר כל שוים. מ"מ בהלואה ואכל דסבור דשלו יהיה חייב לשלם הכל כמו בדר כו' בזה נהנה כו' דחייב משום שלא יהיה כמו ריבית. ואם כן שפיר אף אלו ידע והניחו לאכול אינו מחילה רק ע"ד לשלם ויהיה חייב

הכל. ושפיר אמר הכא הלואה כו'. כן י"ל דרך פלפול. אמנם לשון ר"ת ז"ל לא משמע שנתלה דבאמת יודע. רק אלו היה יודע היה מרוצה ואינו טעות. וקשה כנ"ל דהא עודר כו' לא חשיב קנין כלל:

ונראה עיקר דחלוק בין מה שצריך קנין בגוף הדבר וכסבור ששלו לא חשיב כוונה לקנות. וכן במקנה גם כן לא חשיב הקנאה כיון דסבור ששלו ואינו מקנה לו כלל אבל במחילה דאין צריך קנין אלא סילוק שפיר חשיב מסולק במה שמרוצה מה שזה אוכל הפירות ואין לו תביעה עליו וכמו שכתב הגהת אשרי דהוי יאוש וקנאו זה עיין שם דחולק על ר"ת. אבל לע"ד שגם ר"ת ז"ל סובר הסברא כנ"ל. דכמו דיאוש יליף משמלה כו' דאין לו תובעים כו' ביאוש כיון שמסולק שאינו תובע. כן בהנ"ל דעכ"פ אין לו תובעין אף דאינו חשיב הקנאה דסבור דשלו כנ"ל. ואם כן כמו דק"ל דיאוש כדי לא קני ומכל מקום אם אכלו אחר יאוש פטור. והיינו דבמה שאין לו תובעין לא קנאו זה רק כל זמן שאין תובעין פטור אבל כשיש תובעין חייב ושפיר כשתבעו חייב דלא קני וכמו דבר שאין מקפיד דבידו להקפיד עליו. אבל מאכיל אחר יאוש פטור דבשעה שאכלו אינו מתחייב כלל דאז אין לו תובעין. ושוב מה יתחייב אחר כך וכמתנות כהונה דאכלו פטור. ולכך חשיב שפיר מחילה במה שאכלו ברשות אחר שבאו לעולם דאז היה זה מסולק ומתייאש וניהו דלא קנאו ויכול לחזור ולתבוע מ"מ מה שאכל אז פטור כנ"ל. רק דר"ת ז"ל סבר דמ"מ בטעות אינו מועיל דבשלמא יאוש דגזלה ואבדה. אינו טעות דהיה ראוי להתייאש אז. מה שאין כן בזה אלו ידע הדין לא היה עומד להתייאש כלל אז דיכול להוציא ממנו שאינו גזלן והוי בטעות דאינו מועיל. ועל זה שפיר כ' ר"ת דלא חשיב טעות דדילמא אלו הוי ידע היה גם כן מוחל. ואם כן אדרבה להיפוך כמו דק"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש ולא אמרינן אלו ידע כיון דהשתא לא מייאש. רק בדבר שודאי עומד כמו כן כאן דעכשיו הוי מחילה וסלוק רק דיבטל משום טעות דאלו הוי ידע שוב צריך ברור דאלו הוי ידע לא היה מסתלק שיהיה ודאי דאם לאו הכי הוי כמו יאוש שלא מדעת כיון. דעכשיו מחיל כנ"ל. ובודאי טעות כדלא שייך ניחא ליה בזה לר"ת לא הוי אף מחילה וסילוק דאינו מועיל כיון דטעות ברור וחייב לשלם כנ"ל. וא"כ יהיה דוקא שמיט ואכיל אבל שמיט לחוד והן בעין צריך היה להחזיר:

אולם הנימוקי יוסף כתב דר"ת ור"י פסקו מכאן במכר שטר חוב בלי כתיבה ומסירה וגבה הלוקח אין צריך להחזיר אף דחוזר בו אחר כך משום שמיט ואכיל כנ"ל. ומשמע דגם שהן בעין שמיט לחוד גם כן הוי מחילה כנ"ל. וי"ל גם כן כדבר שאינו מקפיד דכשכבר זכה בו ולקחו כל שלא הקפיד ודאי דלא מהני כשמקפיד אחר כך מה שאין

כן קודם שזכה יבא להקפיד ולא יזכה מי לקחו אחר כך כנ"ל. אמנם מוכרח טעם זה דא"ל כן עדיין קשה דבשלמא אכלו דנתחייבו על שעה שמפסידו. וכיון שאינו מפסיד אז וברשותו עשה פטור. וכאומר קרע כסות בלא א"ל בתורת שמירה דאף שלא א"ל על מנת לפטור פטור. וכן גם אמר קרע כסות זה וטעה וסבור שאינו שלו והוא שלו מ"מ פטור הלה שקרעו על פי ציויו כיון שבאמת שלו ולא איכפת ליה בטעותו ולא נתחייב. וכן בהנ"ל כמו שצוה לאכלו ואף דהיה שסבור שאינו שלו מ"מ כיון דבאמת שלו פטור על מה שהפסידו בציויו כנ"ל. אבל כשבעין בשלמא אי מחילה מהני בדבר שלא בא לעולם היה שפיר זה ב' דברים שמוכר השטר חוב בלי כתיבה ומסירה דזה לא מהני שיקנה שיוכל לגבות החוב ומצי הדר. ביה. אבל זה שנכלל בהמכירה שיגבה החוב ויהיה שלו מה שיגבה זה מחילה ואין צריך כתיבה ומסירה רק מחילה שלא יצטרך לשלם לו ואף שבטעות מהני כנ"ל. וכן מוכר פירות כו' ניהו דלא קני שלא יוכל לחזור בו מ"מ לענין שכשיטלם לא יתחייב להחזיר לו זה רק מחילה ומהני דבר שלא בא לעולם ואף בטעות מהני. אבל למה שכתב הר"ן בת' ופ' בש"ע דלא מהני מחילה בדבר שלא בא לעולם שמוחל על חיוב שיתחייב ע"ש. ואם כן בתורת מחילה לא מהני גם כן שהחוב שיגבה לא יצטרך להחזיר לו מחילה זו קודם שמתחייב הוי דבר שלא בא לעולם. וכן פירות דקל אותו שכשיקחו ויהיה חייב להחזיר לו ומוחל שלא יצטרך הוי דבר שלא בא לעולם. וכיון דגם אחר שבא לעולם יכול לחזור בו מהני חזרתו אף דשמיט. דבשלמא אכיל אינו מתחייב כלל כיון דברשות וכמו קרע כנ"ל. מה שאין כן בעין דבר שלו דעדיין החיוב להחזיר. ורק משום מחילה וזה לא מהני. ובשלמא להג"א גם זה מהני כיאוש אף שבטעות מה שאין כן לר"ת כנ"ל. וגבי מכירת שטר חוב. נראה דהטעם דהוי כפוטר להלוה כשיתן לזה שלקח השטר חוב כיון שנכלל במכירה שישלם לו הלוה. וממילא כשפרע על ידי המכירה בציוי המוכר והמלוה שפיר נפטר מחובו דנגדו הוי מחילה בדבר שבא לעולם דכבר מחוייב. וכאומר תן לפלוני ותפטר מחובי וכל שלא חזר בו הוי ברשות כנ"ל. וממילא כיון דמעות הפרעון של לוה היא ונתנו ללוקח ממילא קנאו ואינו מתחיל חיוב כלל עליו להחזיר המעות למוכר והוי כאכיל כנ"ל. אבל בפירות דקל יש לומר שפיר כפשטא דש"ס דוקא אכיל. דבעין לא קני אותם והחיוב עדיין להחזירם לו כיון שחוזר בו אף דשמיט היה ברשות מ"מ לא קנאם והמחילה היה קודם החיוב כנ"ל. דגם כן יכול לחזור כיון שהיה דבר שלא בא לעולם כנ"ל. וי"ל לר"ת דשמיט לחוד לא מהני. דאם לא כן למה נקיט שמיט ואכיל כנ"ל. הוי ליה למימר רבותא שמיט לחוד כנ"ל. אך אם היה סברת ר"ת כנ"ל. גם אז היה בטעות הרצוי גם כן לא היה מחוייב כיון

דאינו מתחייב במה שהפסיד ברשותו לא איכפת ליה בטעותו. מ"מ מה שנהנה מחוייב כמו תחב לו חבירו כו' כתובות פרק א"נ. ואם כן י"ל דגם שהן בעין מהני כיאוש באבידה דבהיתירא, אתי לידיה דאם לא היה מקפיד וזכה בו לא מהני קפידא שלו אחר כך כנ"ל. כן כיון דשמיט ולקחן קודם חזרה שהיה מסולק וכלא מקפיד זכה ולא מהני חזרה אח"כ. רק כשהוא בטעות לא מהני כמו שכתבתי לעיל דלא דמי ליאוש שכאן היאוש בטעות דלא היה עומד להתייאש כנ"ל:

ולכך בזביני דאינו טעות. ברור מהני. וא"ל איך יזכה משום דשמיט הא גם היה הפקר הוי עודר בנכסי גר וסבור ששלו דלא קנה. וכאן סבור דשלו דקנאו במחובר בקנין כסף או שטר אי קני דבר שלא בא לעולם וכל שכן במתני' דסבור שגם הקרקע שלו. מ"מ זה אינו דדוקא עודר קנין חזקה וכהאי גוונא אבל מטלטלין שמכניסם לרשותו חצרו של אדם קונה שלא מדעתו ומהני שמיט כנ"ל. אך להפוסקים דמכר לא חשיב זכות אם כן בפירות דקל אין חצר זוכה. אך כיון דכבר קנה וגילה דעתו שרוצה חשיב זכות. ועוד דעדיין יוכל לחזור בכור בשלשים כו' כל שלא משך הכל ויהיה הברירה בידו ולכ"ע זכות:

ומיושב בזה תמיהת הג"א על ר"ת שכתב דרבא היה סבר טעם ר"נ דמחילה בטעות הוי מחילה. וכיון דרבא פירש כן למה נאמר פירוש אחר עיין שם. ולמ"ש יש לומר דרבא לטעמיה דיאוש שלא מדעת הוי יאוש ואמר התם כ"ב ע"ב דלדידיה אמרינן כיון דהשתא ניחא ליה איגלאי דגם מעיקרא הוי ניחא ליה. כיון דעומד לכך ולכך עיין שם. א"כ גם להיפוך כן במוכר דבר שלא בא לעולם כיון דהשתא חוזר בו ולא ניחא ליה דליקו בהימנותיה איגלאי דגם מעיקרא לא הוי ניחא ליה והי' מחילה בטעות לגמרי ומ"מ מהני ופריך ליה שפיר לר"נ ומשני דלרבא כנ"ל ע"כ הי' חלוק דר"נ דהכא הלואה משום ריבית וגם בזה רבא לטעמי' דסבר לקמן אכל שיעור זוזי מסלקינן ליה דגם באבק ריבית לא חשיב אביקי אם כן שפיר בהלואה בתורת ריבית הדרי פירי היינו כנגד החוב להיות הדרא ארעא בחנם. וגם אמותר יש לומר כמו שכתבתי לעיל שתולין שבתורת ריבית כל שממתין חובו. מה שאין כן כשפקע חובו אינו עומד למחילה כלל גם בתורת ריבית והוי כדבר שיש בו סימן דמודה רבא דלא הוי יאוש ע"ש. ועל זה השיבו ר"נ איילונית דמחילה בטעות הוי מחילה אי נימא דאיגלאי מדהשתא לא ניחא ליה למפרע כו' גם שם כשחוזרת נימא כן. ועל זה אמר הש"ס ולא היא לא אונאה תיובתי' ולא איילונית ריעותא דבאמת אין טעמו של ר"נ דבטעות הוי מחילה דק"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש. ובאבק רבית סילוקו בלא זוזי אפוקי היא. רק אונאה לא ידע דלמחול. וכן כל מחילה בטעות לא מהני דאלו ידע לא היה מוחל ואיילונית לא סייעתא דניחא לה כו' ואלו ידעה

היתה גם כן מוחלת שוב אף דעכשיו לא ניחא לה לא אמרינן מדהשתא לא ניחא כו' דק"ל יאוש שלא מדעת כאביי ולא אמרינן מדהשתא כו'. וממילא זה הטעם בפירות דקל גם כן דמהני שמיט ואכיל משום דאלו ידע היה ניחא ליה כדי דלוקי בהימנותיה. ואף דעכשיו חוזר בו לא אמרינן איגלאי. וא"כ מסיק הש"ס ממש חילוק זה של ר"ת כנ"ל ואתי שפיר. וכנראה מנימוקי יוסף לר"ת ז"ל הפירוש הוא דבדבר שלא בא לעולם שייך לוקי בהימנותי' דהמכירה היה ברצון רק גזירת הכתוב שאין מועיל קנין בדבר שלא בא לעולם אמרינן שלא נשתנה רצונו כל שלא חזר בו ואלו הוי ידע היה גם כן מרוצה אז. מה שאין כן הכא הלוואה היינו דעיקרו הלואה והיה קנין הקרקע אסמכתא רק להבטיחו פירעון ההלוואה אם כן מעולם לא היה ברצונו למכור דזה הטעם דאסמכתא לא קני. ממילא לא שייך לוקי בהימנותיה לקיים המכר. דהא לא נתרצה כלל. ולשון ר"ת בתוס' שלפנינו לע"ד לא משמע כן שכ' הכא הלואה דהלוה לא הקנה אלא בתורת מכר והמכר אינו כלום דאסמכתא לא קני' ע"ש. ועיקר חסר ולמה כ' דלא הקנה אלא בתורת מכר אדרבה היה לו לומר שלא רצה להקנות בתורת מכר רק לאסמכתא. ולפי' שכתבתי לעיל מדוייק דלא נתן בתורת מחילה מעולם רק מכר בעד החוב וכיון דמכר אינו כלום ועדיין חייב הוי מחילה בטעות דלא מהני כנ"ל. ויש נ"מ בין פי' הנ"ל לדינא:

ומ"מ אפשר לר"ת דהוי ספק הך דאלו ידע ולכך דוקא שמיט ואכיל אינו יכול להוציא. מה שאין כן בעין מוקמינן על חזקת מרא קמא בספק קנין אף במטלטלין וכ"ש בעין מתניתין דהספק על הקרקע והדרי ממילא הדרי פירי אף דאכלן כמו שכתבו תוספות פרק חזקת בבא בתרא דכיון דהדרי ארעא כו':

אך אם כן לא היה גמ' צ"ל הכא הלואה דאף שהי' דומה לפירות מ"מ כאן הספק על הקרקע והדרא ממילא צריך לשלם. מה שאין כן בפירות דהספק על התשלומין אם כן מוכח דלא מטעם ספק אתי עלה כנ"ל אלא מטעם ודאי דכל שאין טעות ברור דאפשר אלו ידע היה גם כן מרוצה שפיר נשאר המחילה קיימת ואמרינן אין ספק טעות מוציא מידי ודאי המחילה. ומהני נגד חזקת מרא קמא כיון דחשיב תפיסה ברשות עכ"פ אם כן שמיט לחוד י"ל גם כן דמהני. ומ"מ אינו מוכרח דבש"ס ריש פרק הגוזל ב'. באחר יאוש אף דלא קני מ"מ בא אחר ואכלן פטור וכשבעין צריך להחזיר. ומשמע התם דמדמי מעות רבית שאצל היורשים כו' דחשיב כיאוש כיון שנתנו מדעת אף דחשיב מחילה בטעות כמו שכתבו תוספות שם מ"מ חשיב ליה הש"ס כגזל אחר יאוש והוא ממש הסברא שכתבו לעיל. ומ"מ כשבעין חייב רק אכלן פטור עיין שם. וי"ל גם מחילה בטעות גבי פירות גם כן באכיל פטור כנ"ל כלשון הש"ס דבאמת בכל דבר שמצוה לעשות בציויו

הוי כעושה בשליחותו וכשמפסידו בציוי ודאי דפטור. ומ"מ כל שבעין יכול לחזור בו דאין רצוי קנין כנ"ל:

בנמוקי יוסף הוכיח דאקני אף דמשתעבד לא עדיף מדבר שלא בא לעולם לר"מ דיכול לחזור קודם שבא לעולם. ולע"ד אינו מובן דבשלמא דמקנה דבר שלא בא לעולם מ"מ הוי כלאחר ל' דאז חל כשבא לעולם ומצי הדר ביה דאתי דיבור כו'. מה שאין כן לדידן דדבר שלא בא לעולם אי"ל אם כן ע"כ שיעבוד דמהני משום דגופו משתעבד חל מיד וממילא הוי כמעכשיו דאינו יכול לחזור בו דאם הי' יכול לחזור ולא חל עד דקני ממילא לא היה חל כלל כשאר דבר שלא בא לעולם. וצ"ל דסובר דהיה תקנת חכמים בשיעבוד שיועיל דבר שלא בא לעולם וממילא לא העדיפו מ"ל ר"מ דחל אח"כ:

גם י"ל דהא אף דאקני רק שיעבוד אינו עליו כשמכרם. והיינו דנכסי ערבין כו' שעליהם הלוה וסמכא דעתי' מה שאין כן דאקני בערב לאחר מתן מעות כנ"ל. וא"כ בפירש דאקני שסומך ע"ז ערבין בי' גם שקונה אחר כך דעל ספק זה סמך כשיקנה שיהיה משועבד כנ"ל. וממילא לא מהני תורת הלוה דמ"מ כשקונה נשתעבדו בע"כ דע"ד כן הלוה. ומ"מ לוה ולוה שפיר מספקא להש"ס כנ"ל:

שם אונאה וקשה נהי דמחילה בטעות מהני מ"מ לא תונו כ' וצריך לתקן הלאו בהשבה. והא רבית דיהיב מתנה גמורה וחייבה תורה בהשבה. וצ"ל דנילף משם דלא הוי מחילה מדחייב רחמנא. אך דוחק כיון דמחילה זו ע"י שהונהו חייבתו תורה. וצ"ל דהא לא כתיב להדיא השבה באונאה. וע"כ מסברא בגזל ואם כן אי הוי מחילה אדרבא ילקה על הלאו ולא יקוים העשה בהשבה כמחזיר אבידה בהמתין עד שנתיאש דמתנה הוא דיהיב כיון שכבר קנאה וכן באונאה אם היה משום מחילה כנ"ל. אך רבא לטעמיה הא סבר כל דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני. ואדרבא ברבית בעי קרא דוחי אחיך שנתק' תורה מגזל להעמידו בעשה ע"ש ריש תמורה. ואם כן באונאה דליכא קרא אי עביד לא מהני. וי"ל דשם ברבית גם לוה עובר שייך אי עביד לא מהני דמה שמקנה אינו כלום. מה שאין כן אונאה דהמתאנה אין איסור ומהני מחילתו. ואף דעבד המאנה אסור מ"מ מחילה א"צ קנין ויפטר ופריך שפיר:

דף סז.

תוס' ד"ה ובלאות דחו דברי רש"י ז"ל עיין שם. ולע"ד רש"י פי' לר"נ דאמר גלימא פירי ומכסי עד דבלו והכי קי"ל. ותוס' הביאו מפרק אלמנה ק"א אשנוי' וליתנהו וקנסו דידה בדידה כו' והא אמר התם בההיא דר"נ פליגי עיין שם. ואיך מפרש המשנה הא מה

שבלה בכלל פירות דתני אין לה. ולכך לר"נ ע"כ הפי' אף דשחקים קיימינן דכמו שכתבו תוספות פירות שליקט ולא אכל עדיין שלו. כן גלימא כיון דכולא פירא לר"נ והיה יכול ללבשם עוד שלא ישאר. שוב מה שבלאות קיימים ג"כ כפירי שליקט כנ"ל וא"ש:

עוד י"ל גם בשמאתן בנכסי צאן ברזל מ"מ אף דקנסו לדידי' בדידי' לשלם. מ"מ מה שקיים ומבואר יבמות ס"ו באומר דמי אני נותן והיא אומרת כלי אני נוטלת הדין עמה משום שבח בית אביה אף דמדינא שלו עיין שם. אם כן שוב בלאות קיימים והיא רוצית גוף הבלאות לענין זה דהוי זכות דידה שיש בדידה כמו נכסי מלוג שא"צ ליתן לה גוף הבלאות רק דמי:

שם כל את ונולא אחי אמר סמכא דעתא ולא גמר ומקני כו' ארעא הדרי כו'. ס"ד ולא גמר כו' כתרתי דסתרי וגירסת הרמב"ם לא ס"ד ולא גמר כו' עיין שם. והקשה לחם משנה כיון דלתנאי גמור מה צורך דלא סמכא דעתיה עיין שם. ולע"ד כדאמר בכורות נ"א ע"ב ר"ח כו' דשקיל ומהדר כו' לא גמרית ויהבית כו' אין בנו פדוי והכי קי"ל עיין שם. ואף דלענין זה גמר ויהיב שיהיה על מנת להחזיר וקי"ל ע"מ להחזיר פדוי אף שאסור פ"ק דקדושין. אולם החילוק דכשמתנה ע"מ להחזיר שפיר גמיר ויהיב על תנאי זה דע"כ יקיים התנאי ויחזיר. מה שאין כן כשלא התנה ונותן סתם ורוצה דוקא שיחזיר לו שלא סמכא דעתיה כלל להקנות דשמא לא יחזיר לו ובאופן זה אינו רוצה להקנות. אם כן לא ס"ד כלל להקנות והוי רק כמתנת ב"ח או שלא ע"ת ואינו מתנה כלל. וזה הפי' כאן לרמב"ם ז"ל דאלו הוי ס"ד על דברי שליח הי' מכירה ע"מ להחזיר והי' רק צד א' ברבית. אבל כיון דלס"ד שמא לא תחזיר ובזה א"י למכור לא הוי מכירה כלל. והוי ר"ק ומ"מ ס"ל משום דלא קץ לאו ר"ק דשמא לא יהיה פירות. ואהא הוא דפליג רבינא ואפיק דהוי רבית קצוצה. אבל משכנתא דכשלא יפדנה הוי מכר הוי רק צד אחד ברבית ולא מפקינן. ואף לגירסת רש"י דסמכא דעתיה. ע"כ שלא הי' תנאי גמור דאם כן מה צורך להא דס"ד. רק שהיה בדרך שאלה כמו שכתב רש"י רוצה אני עיין שם. ולכך א"ל דס"ד כיון שלא חזר והתנה תנאי גמור הי' מכירה לגמרי רק משום דס"ד הוי כהתנה ולא גמיר ומקני לחלוטין רק ע"ת כנ"ל. אם כן גם כן י"ל דאהא פליג רבינא דלא ס"ד ואינו מכורה כלל גם צד אחד כיון שאינו תנאי ואף עפ"כ גלוי דעתיה דאינו רוצה למכור רק שיחזיר לו כהאי דבכורות הנ"ל. וחשיב רבית קצוצה כיון דאין צד מכירה מה שאין כן צד אחד ברבית. דאם לא כן למה לא קבע ש"ס פלוגתייהו לעיל גבי כשיהיה לי מעות תחזירם לי עיין שם. מה שאין כן משכנתא בלא נכייתא אף באתרא דמסלקי הוי רק צד אחד. ונראה דהא דמוקי בערכין מתניתין דהרי זה כעין רבית כו' כר"י דצד אחד מותר ובריית כרבנן הוא דס"ל

לר"י כאביי אבל רבא דסבירא ליה ע"מ להחזיר אין ברירה וגם לר"י צד אחד אסור אם כן קשיא מתניתין ובריית‍א וכתבו תוספ' לעיל ס"ד ע"ב דר"ת ג' מחלוקת ורבית גמורה היינו מדרבנן וכתבו תוספות בעצמם שהוא דוחק עיין שם. דלמה נשנו ג' מחלוקת גם למה דאמר רבית ע"מ להחזיר אין ברירה אין צריך לומר דפליגי בצד אחד כלל. ולר"ת ע"כ גם בזה פליגי אי מן התורה עיין ס"ג והוי ליה ע"מ להחזיר נמי אין ברירה. ולכך י"ל כמ"ש רש"י דלרבא פלוגתא דר"י בע"מ להחזיר ותנא דמתניתין ובריית‍א פליגי בצד אחד בלא להחזיר אי הוי רבית קצוצה גמור בתורה התירתו או דרבנן. ושפיר פליגי כאן רבה כרב הונא אם הלכה כתנא דמתניתין שם או כברייתא והוי רבית קצוצה. רק עדיין קשה רבינא אהדדי דכאן אפיק ולעיל פריך משכנתא בל"נ ע"ז מחלק רש"י בין בית לשדה דפסק כתנא דברייתא ודוקא בית רבית קצוצה. ועובדא דאת ונולא קנה חצר כמבואר ברמב"ם עיין שם ונקרא ארעא עיין שם:

ונראה די"ל הטעם לר"י דצד אחד ברבית מותר. דלרמב"ם דדוקא בשעת הלואה הוי רבית קצוצה דכ' בספק כו' תתן כו'. וא"כ כיון דהוי מכירה אם לא יפדנו ע"כ צריך לברירה שנאמר אחר כך שפודהו הוברר הדבר שהיה הלואה והיה ברבית וכיון דר"י סבירא ליה אין ברירה מדתני' איו. ומתניתין דהלוקח יין כו'. ממילא צד אחד אינו אסור דבשעת נתינת המעות אינו רבית קצוצה דאינו יודע אם יהיה כלל רבית משל לוה דשמא שלו. רק אחר כך נימא הוברר כו' ולר"י מותר כנ"ל והספק אינו רבית קצוצה כנ"ל. ולכך י"ל רבא לטעמיה בגטין דסבירא ליה דלר"י יש ברירה בין תולה כו' עיין שם. לכך סבירא ליה דלר"י צד אחד ברבית אסור רק בע"מ להחזיר פליגי ומ"מ מתניתין ובריית‍א פליגי בצד אחד ברבית דכמה תנאי דפליגי אי יש ברירה (וכן מיושב מה שכתבו תוספות מהא דמוכר בה"כ ע"ת דמשני ר"מ כר"י סבירא ליה דצד א' ברבית מותר כמ"ש לקמן) ולכך ר"י לטעמיה דסבירא ליה לר"י תולה בדעת עצמו אין ברירה אם כן י"ל דנגד הלוה שהוא המוכר הוי תולה בדעת עצמו אם יפדנה כיון דמסלק בע"כ דלוקח וכיון דתולה בדעת עצמו אין ברירה לא הוי לוה ברבית ממילא לא חשיב רבית קצוצה דחשיב כלא קיבל המעות בהלואה מעולם כיון דאין ברירה רק בתורת מכר. ואף דנגד הלוקח הוי תולה בדעת אחרים מ"מ כיון דלגבי לוה לא הוי הלואה לא הוי רבית קצוצה ולכך סבירא ליה לר"י שם דלר"י צד אחד ברבית מותר ורבא לטעמיה אליבא דר"י מ"כ דבע"מ להחזיר הוא דשרי ר"י כנ"ל. וממילא מיושב רבינא לעיל פריך לר' יוסף הרי משכנתא בלא נכייתא דאין מוציאין דר' יוסף סבירא ליה בערבון וכתבו תוספות גטין כ"ו דמחלק גם כן בין תולה בדעת עצמו עיין שם. ואם כן לדידיה הוי רק רבית דרבנן צד אחד כיון דלגבי' למה

אין ברירה כנ"ל. דהך סברא דאמר גמרא לעיל דף ס"ה מה חזית דבתר דידך זיל כו' הוא רק דרבנן אבל מן התורה, לא כנ"ל. אבל רבינא בעצמו סבירא ליה יש ברירה. דלענין הצד מכר שיכול לחול הקנין אז אינו צריך לברירה וחל מיד. משא"כ צד הלואה שיחשב רבית קצוצה אינו יכול לחול אז כשישלם ויפדנה רק למפרע שייך אין ברירה כמ"ש רשב"א החילוק בין ע"מ כו' לשאר תנאי עיין שם כנ"ל:

גם י"ל דס"ל לרבינא בהא דאת ונולא דהוי שנוי בשליחות שאמרה לקנות לגמרי וקנה על תנאי ובטל לגמרי והוי הלואה לא צד אחד. או דאין שליח לדבר עבירה כיון דעכ"פ מדרבנן אסור כנ"ל. ומדברי רש"י ז"ל שכתב שלא פירש רק ירד ואכל משמע דהפי' לעיל משכנתא בלא נכייתא היינו שלא אמר בנכייתא אבל לא פירש כלל שיאכל בחנם בלא נכייתא. אבל פירש הוי רבית קצוצה גם בשדה וכרם. וי"ל הטעם אף שפסק שמא ילקה כמ"ש רש"י לעיל מ"מ ספק הזה שוה למכור והוי ממון גמור כמו ט"ה דכתובה דחייבינן זוממין לשלם משום שיוי הספק למכור כנ"ל. והוי רבית קצוצה כנ"ל מה שאין כן בלא פירש רק הניחו לאכול דהוי רק כאינו מקפיד ונותן לו אז כל עת שאוכל פירות שפיר הוי רק ספק דהא למכור אינו יכול שזה יכול למחות בכל שעה ולא קני שיוכל למכור רק מ"מ הוי לרש"י רבית ועכ"פ הוי ספק בשעת הלוואה ולא קצוץ. וכן בבית כה"ג שלא פירש בלא נכייתא רק סתם גם כן לרבה בר הונא לאו ריבית קצוצה הוא ולא קשה מבתי ערי חומה דשם שפיר בלא נכייתא דהא פטרתו תורה ממילא ריבית גמורה כו' ולרבינא גם זה ריבית קצוצה. ורק לענין לשכור בפחות ובנכייתא מחלק רש"י בין בית לשדה כו' דיליף משדה אחוזה רבינא לקמן דהספק אף ששוה יותר מ"מ כמה שמסכימים ליתן חשיב שויו בכך. בזה דוקא שדה מה שאין כן בית שודאי לא ילפינן וחשוב בפחות כנ"ל. מה שאין כן לענין בלי נכותא כלל אין חילוק בין בית לשדה שהספק גם כן שוה. רק באכל סתם ולא פירש דלא חשיב קצוץ רק כעין ריבית מאוחרת רק דשם אחר הפרעון וכאן בשעה שחייב ואגר נטר רק בלי קצוצה פליגי כנ"ל:

אולם רש"י ז"ל כתב להדיא לעיל ס"ב ע"ב אהא דמשכנתא בלא נכייתא אין מחזירין דאבק ריבית הוא משום דזימנין שאין עושה פירות לאו ריבית קצוצה הוא עיין שם. אם כן ע"כ הפירוש כאן דמספקא אי משום דלא קץ וממילא בנכייתא גם כן יש חילוק בין בית לשדה או דאף דלא קץ חשיב רבית קצוצה כשאוכל בשביל המתנת המעות וממילא אין חילוק בין בית לכרם דעכ"פ אחר כך דסבר יש פירות ואוכל הוי רבית קצוצה. ולעיל דפריך רבינא ע"כ אליבא דתלי' בק"מ ואיהו לא ס"ל הכי. או דס"ל שאלו אמר בהדיא שמוחל הפירות בתורת רבית הוי אבק רבית ואין מוציאין. רק באכל סתם

ולרוב הפוסקים אף באומר אכול חייב לשלם דהכונה ע"מ לשלם מכ"ש כאן דאסורא הוא וכיון דהדין הלוהו ודר חייב לשלם אף בלא קיימא לאגרא ונהי דהוי אבק רבית. אבל עכ"פ אכיל סתם סתמא ע"ד לשלם וממילא שפיר חשיב ואפיק פירי כנ"ל. גם טפי משיעור זוזי כנ"ל:

דף סז:

שם ע"ב באתרא דלא מסלקי כו' כתב נמוקי יוסף בשם רשב"א כיון דזמן לא היה יכול לסלקו גם שעבר הזמן ויכול עתה לסלקו מותר דחשיב כאחר דל"מ ע"ש. ואין מובן למה. ולע"ד י"ל כמ"ש לקמן ע' ע"ב ופסחים ו' גבי בהמת ארנונא דמצי מסלק ליה חשיב דידיה וחייב בבכורה וגבי צאן ברזל חשיב דנותן כיון דאי לא יהיב זוזי תפיס לבהמה. וכתב דשם דהיה של כותי אינו יוצא מרשותו כיון דאי לא יהיב זוזי כו' ועדיין זכותו כנ"ל. משא"כ ארנונא דהיה של ישראל לא נעשה דכותי כיון דמצי מסלק ליה ע"ש. א"כ גם כאן ממש חילוק הנ"ל דבמצי מסלק מתחלה לא נעשה של לוקח כלל כיון דאי א"ל זוזי מסלק כנ"ל. משא"כ כשהיה זמן דלא מצי מסלק וחשיב מכר אז דשלו שוב אח"כ אף דמצי מסלק מ"מ כיון דאי לא יהיב ליה זוזי נשאר שלו אינו יוצא מרשותו ועדיין הוי לוקח כנ"ל. וא"כ י"ל מה דרבינא אכיל והקשו תוס' דצורבא מרבנן לא ניכול כו'. ולהנ"ל י"ל כיון דמסיק סתם משכנתא שתא דא"י לסלקו תוך שנה וא"כ שוב גם אח"כ הוי כלא מסלקי ושלו כנ"ל:

דף סח.

תוס' ונותן לו שכרו כפועל בטל כו' ועמהרש"א דחולק על דברי הטור שפי' כאלו היה אדם בטל שהיה נשכר בזול רק כמו שהיה נשכר לילך בטל ע"ש עיקר משום דאי כהטור עדיין קשה הצריכותא ע"ש. ובאמת התחלת ד' תוס' משמע כטור מ"ש שזה יותר ממה שנותנין לעשות ע"ש. אולם סוף ד' תוס' שכ' מהא כו' להדיא כמו שירצה פועל לישב וליבטל לגמרי והיינו כב"י ע"ש. ולע"ד דלא קשה על הטור. דהא כאן אין שום טעם לזה לחשוב כמו שרוצה לבטל כיון דלאו בטל. דבשלמא כאדם בטל שפיר כיון שבל"ז אינו עוסק במלאכה כבידה שהיה רגיל דרוצה לטרוח משום מחצה שלו. ולכך אין לחשוב רק כלא היה עוסק כלל ונשכר לחנות. אבל לחשוב כרוצה ליבטל אין שום טעם. אולם במה שהוא טורח מועט בחנוני יש לפרש כנ"ל דאין קפידא והוי כבטל לגמרי. א"כ י"ל דבפרושים יש בפועל בטל. ואמר שפיר הצריכותא דאי תני חנוני ה"א דסגי ליה

כפועל בטל דלא נפיש טרחא וה"א דפי' כרוצה לישב בטל ומש"ה נקיט חנוני דאין אדם חשיב ה"א דמעות דנפיש טרחי' ולא שייך כבטל שוב לא סגי כפועל בטל אף לנכות ואין יכול לפחות כלל ממלאכה שרגיל אף שכבידה כיון שגם זה טורח רק קל קצת אין חילוק כמו דחשבי' בטורח מועט כאלו בטל לגמרי. לכך תני מעות דג"כ יש טורח ושוב אא"ל כרוצה לבטל דהא טורח רק כהטור כאלו היה בטל וממילא גם בחנוני כן. משא"כ באבדה הסברא יותר לפרש כרוצה ליבטל כדי שלא יחשב שכר על המצוה. ומיושב לשון התוס' ע"ש:

דף סט:

ר"ח הוה מוגר זוזי בפשיטא כו' לא הדרי בעיני' כו'. לע"ד י"ל דהא פליגי בקדושין במלוה ברשות בעלים לחזרה וס"ד דה"ה לאונסין ודחי דלא גרע משואל ע"ש. והיינו בחנם אבל ר"ח אוגר היינו היתר תשמיש דקי"ל לעיל כר"נ נאנסה לא דמה שיש לו רשות להוציא עדיין אינו לוה עד שיוציא רק ש"ש ע"ש. וא"כ ר"ח השכיר לו המעות שיוכל להוציאם ויהיה נעשה לוה ומאז ואילך לא יתן לו שכר ויתחייב באונסין. רק כ"ז שלא הוציא רק מחמת הרשות להוציא יתן לו שכר וממילא לא יתחייב באונסין כשואל דהוי שוכר וס"ד דמותר כמרא דאף שאינו משתמש חייב השכירות לזמן ע"י שהיה יכול להשתמש בו כנ"ל. ודחי הגמרא דשם הקנין להשתמש הוא להיות הדרא בעיני' משא"כ בהנ"ל דהקנין להשתמש הוא להוציאן להיות מלוה ולא הדרא בעיני' דמיד קנאן לזה כנ"ל. ולא ידוע פחתי' היינו דאף דקי"ל אגרא ופגרא הוא רק משום חסכא דנחשא כדאמר לקמן ע' ע"ש:

דף עב.

שטר שכתוב בו ריבית קונסין אותו כו' וחכמים אומרים גובה את הקרן ואינו גובה את הריבית כו'. לכאורה פשיטא דאינו גובה הריבית והיה לו לומר רק גובה את הקרן. ויש לומר כדעת תוספות דבנכלל הקרן והריבית אינו גובה הקרן גם כן משום גזירה שמא יגבה הריבית כמו במוקדם עיין שם. וזה אשמעינן גובה הקרן דוקא משום דאינו גובה הריבית דמפורש בשטר הריבית אבל אם יש לחוש שיגבה הריבית גם כן בתורת קרן שוב גם הקרן אינו גובה משום גזירה כנ"ל:

בתוספות פירש ריב"ם דמב"ח כשר דעדים אינם פסולים שאינם מרויחין כלום כו'. ותמוה הא קיימא לן כאביי דלא בעינן רשע דחמס. וצ"ל כמו דמסקי תוספות אח"כ דלא מיפסלי רק מדרבנן משום דלא משמע להו איסורא ובפסולי דרבנן בעינן חמס עיין

שם. ועל כל פנים לא הוי ליה לריב"ם לומר בפשיטות והעיקר חסר. והיה אפשר לומר דהא לכאורה למה שכתב הר"ן ז"ל פרק קמא דחולין במשנה השוחט בשבת כשרה כו' והקשו בתוספות הא הוי שחיטת מומר לחלל שבת דפסולה ותירץ הר"ן ז"ל דבמאי דפסלה התורה לא מיפסל רק מכאן ואילך אבל מעשה זו עצמה שמיפסל בשבילה עדיין לא מיקרי פסול במעשה ההוא רק אחר כך ולכך כיון דעל ידי שחיטה זו נעשה מומר עדיין השחיטה כשירה רק אחר כך עיין שם. ואם כן י"ל קושיית תוספות שהקשו דהעדים פסולין דעברו אלא תשימון בחתימה זו ולמ"ש א"כ י"ל דעדיין עדות זה כשר כיון שבחתימה זו שחתמו על השטר דרבית נעשו פסולין לא מפסלו רק מכאן ואילך אם כן עדות זה שמעידין בחתימה זו עדיין כשר כנ"ל ושפיר השטר כשר וגובה בו כמו התם בשחיטה כנ"ל:

אמנם י"ל דהא קיימא לן חתם בשטר עד שלא נעשה חתנו ונעשה חתנו כשר אף שלא הוחזק כתב ידו בב"ד קודם שנעשה חתנו דקרוב לא מיפסל מטעם חשש שקר רק גזירת הכתוב לפוסלן וכיון שהזמן קודם שנעשה קרוב כשר דשמא הקדים לא חיישינן דלא משקר. אבל חתם עד שלא נעשה גזלן ונעשה גזלן בעינן דוקא הוחזק השטר קודם לכן בב"ד ואי לאו הכי חוששין שמא עתה שכבר הוא פסול להקדים הזמן על קודם בשקר עיין שם. ואם כן כאן בשטר דרבית דהעדים נפסלין דעברו אלא תשימון רק החתימה עדיין כשרה כנ"ל עכ"פ הוי חתם בשטר עד שלא נעשה גזלן ונעשה גזלן דהא מיד אחר חתימה פסולין. וכאן אי אפשר הוחזק השטר בב"ד קודם שנפסל דהא אחר החתימה מיד נפסלין כנ"ל. ואם כן שוב כיון דעכשיו פסולין יש לחוש שמא הוא שקר לגמרי ועכשיו שנעשו רשעים ופסולין חתמו השטר והקדימו וכל השטר שקר דעדים פסולין משקרי. ואף דלכאורה לא דמי דהתם נעשה גזלן ופסול בלא החתימה ושוב חיישינן שהקדים בשקר אבל כאן כל הפסול שלהם הוא בשביל החתימה ואיך נימא שלא חתמו כלל רק שיקרו עתה כשכבר נעשו פסולין חתמו והא קודם החתימה לא היו כלל פסולין כנ"ל. אך זה אינו דמ"מ איך שנאמר עכ"פ עכשיו הן ודאי פסולין ויש איזה עת שנעשו רשעים ופסולין ושוב י"ל שאחר אותו הזמן חתמו בשקר לגמרי על השטר דריבית וכל השטר שקר דאין ראיה מעדותן של החתימה כיון דודאי פסולין עכשיו כנ"ל (ואינו מוכרח) ולכך הקשו תוספות שפיר דפסולין כנ"ל:

אמנם תוספות בבא בתרא פרק יש נוחלין שם כתבו דכשאינו רשע דחמס הוי כנעשה חתנו דדוקא נעשה גזלן שהוא חמס אז הוי מחשש שקר וחיישינן להקדמה ובעינן הוחזק

אבל רשע דלאו דחמס אינו פסול רק מטעם גזירת הכתוב אל תשית כו' ואין חוששין לשקר כמו בקרוב כנ"ל ע"ש:

וא"כ מיושבים שפיר דברי הריב"ם ז"ל שכתב דעדים לא מיפסלי שאינם מרויחין כו'. והיינו דשוב י"ל כמ"ש דלא נפסלו רק מאחר החתימה ואילך כנ"ל והעדות של חתימה זו עדיין כשר ולא שייך כנ"ל דהא אינם מרויחין והוי כמו חתם עד שלא נעשה חתנו דלא בעי הוחזק כו' דכשאינו רשע דחמס אין הפסול משום שקר רק גזירת הכתוב כמו קרוב כנ"ל. ותוס' לקמן לא ס"ל כן רק דגם אותו עדות פסול. ולטעמייהו שם חולין י"ח דמחלקין בין פעם ראשונה דלא נעשה מומר רק ב' או ג' פעמים ודלא כתירוץ הר"ן שם עיין שם. ומיפסלי שפיר גם לאותו דבר שנעשו פסולין כנ"ל:

תוס' הקשו הא דהעדים פסולין וא"ל דאיירי שנכלל הקרן עם הריבית ולא ידעו העדים דאם כן נפסל לרבנן גם כן כמו מוקדם דגזרינן שמא יגבה מזמן ראשון וכן בזה שמא יגבה הריבית כיון שאינו מפורש עיין שם. והרמב"ן ז"ל דחה זה דבשלמא שמא יגבה מזמן א' אז יגבה כל החוב שלא כדין. אבל בזה גם אם יגבה הריבית גם כן מ"מ יגבה הקרן עכ"פ כדין ולכך לא שייך הגזירה על הקרן וגובה:

אפשר לומר לכאורה למ"ש רש"י ז"ל גיטין דלכך והנה לא חיישינן בכל השטרות דלא איתרע שמא כתב ללות בניסן ולא לוה עד תשרי כו'. משום דממה נפשך לאביי דעדיו בחתומיו זכין לו גובה כדין ולר' אסי ממה נפשך בשטר הקנאה גובה כדין ובלאו הקנאה כי ליכא מלוה בהדי' לא כתבינן ודאי וראו מסירת השטר. ודוקא בנפל איתרע חיישינן דאיקרי וכתב עיין שם. והנה לכאורה למאי שתירצו תוספות כאן דלא תשימון לא משמע לעדים וכהאי גוונא שהיו העדים שוגגין ולא ידעו שיש בו איסור ריבית כו' עיין שם. והנה קיימא לן דזכי' מטעם שליחות. גם קיימא לן דאין שליח לדבר עבירה ובטל השליחות. ולדעת הרבה פוסקים אף בהשליח שוגג גם כן אמרינן אין שליח לדבר עבירה ואם כן כאן בשטר שיש בו ריבית כיון דבחתימתן עוברין אלא תשימון נראה דאף לאביי לא שייך עדיו בחתומיו זכין לו דהא זכי' מטעם שליחות ואין שליח לדבר עבירה ובטלה הזכייה של החתימה שיהיו זוכין בשביל המלוה כנ"ל. ואם כן קשה ניחוש בשטר שיש בו ריבית שמא כתב ללות בניסן כו'. ועדיו בחתומיו זכין לו לא שייך כנ"ל. ואין לומר כיון דלא שייך עדיו בחתומיו זכין לו שוב כי ליכא מלוה בהדיה לא כתבינן וודאי ראו המסירה כנ"ל. זה אינו כיון דהעדים לא ידעו ע"כ שיש איסור בדבר כמו שכתבו תוספות. ואם כן שפיר היו רשאין לכתוב ללוה בלא מלוה דעדיו בחתומיו זכין לו כבכל השטרות כיון שסברו שאין איסור בדבר וכיון דבאמת לא שייך עדיו בחתומיו זכין לו שיש איסור שוב

פסול מטעם מוקדם דניחוש שמא כתב ללות בניסן כו'. ואם גם בשטר שיש בו ריבית יופסל לגמרי כמו מוקדם גם לרבנן דגזירה כו' ואמאי כשר לרבנן דלא שייכי ב' הטעמים לאביי דבכל דוכתי עדיו בחתומיו זכין לו כנ"ל:

אמנם הא באמת גם מוקדם פריך דיגבה מיהת מזמן שני רק משום גזירה שמא יגבה מזמן א' ואם כן בשטר שהריבית מפורש ניהו דחיישינן שמא כתב ללות בניסן והוי מוקדם מ"מ הא לא שייך גזירה שמא יגבה מזמן א' דהא מפורש הריבית וידעו הב"ד דשייך החשש שמא כתב ללות בניסן כו' דלא שייך עדיו בחתומיו זכין לו משום אין שליח לדבר עבירה ויאמרו אייתי ראיה אימת מטי שטרא לידך ולא יוכל לגבות בסתם מזמן השטר וממילא אף דשייך החשש שמא כתב ללות בניסן מ"מ כשר מזמן שני דליכא גזירה כנ"ל ואתי שפיר:

אמנם כשנכלל הריבית עם הקרן ואינו מפורש שוב כתבו תוספות שפיר דפסול לגמרי משום גזירה ולא שייך סברת רמב"ן ז"ל דעכ"פ יגבה הקרן כדין זה אינו דשייך שוב החשש שמא כתב ללות בניסן ואם כן יגבה מזמן הראשון ויהיה הכל שלא כדין כמו במוקדם כיון דלא שייך עדיו בחתומיו זכין לו והעדים לא ידעו והיו רשאין לכתוב ללוה כנ"ל. ובזה לא ידעו הב"ד אח"כ שיש בו ריבית ויסברו דעדיו בחתומיו זכין לו ולא יאמרו כלל אייתי ראיה ושייך החשש שיגבה הכל שלא כדין ופסול לגמרי משום גזירה כנ"ל וכתבו תוספות שפיר דנכלל הריבית פסול כנ"ל. וי"ל דתוס' לטעמייהו דפוסקין כאביי וכ' שפיר כנ"ל. והרמב"ן ז"ל דפוסק כר' אסי כ' שפיר דאף דלא ידעו שהוא ריבית אעפ"כ לא היו רשאין לכתוב בלא מלוה כיון דלא אמרינן בכל מקום עדיו בחתומיו זכין לו כנ"ל. אולם תוס' סברי דכשהשליח שוגג לא אמרינן אין שליח לדבר עבירה:

עוד י"ל דהא קשה לכאורה למה יתחייב הלוה לשלם הקרן בשטר שיש בו ריבית הא חייב הלוה מלקות על הלוואה זו שלוה בריבית והמלקות פוטרין מתשלומין וכיון שנתחייב כאחת המלקות ותשלומין בשעת הלוואה יופטר מהקרן לשלם כנ"ל. שוב ראיתי בספר קצות החושן הקשה כנ"ל ותירץ דאינו חייב מלקות רק כשבא אחר כך הריבית לידי גוביינא אז חייב מלקות למפרע על שעת הלוואה אבל כשאינו גובה כלל הריבית אחר כך אינו חייב מלקות על הלוואה בריבית עיין שם:

וא"כ י"ל דשוב כתבו תוספות דבנכלל הקרן והריבית שייך גזירה שמא יגבה הריבית כנ"ל ואם יגבה הריבית שוב יגבה גם הקרן שלא כדין דנתחייב מלקות למפרע ונפטר הלוה, מתשלומין והיה פטור גם מהקרן כיון שגובה הריבית וגבה הכל שלא כדין כנ"ל. וא"ל דמיקרי אין באין כיון שלא נתחייב המלקות עד שעת גביית הריבית. זה אינו

דנתחייב למפרע כנ"ל ועוד דהא אמרינן עקירה צורך הנחה היכא דאי אפשר. וגם כאן אי אפשר להחיוב מלקות בלא החיוב תשלומין דבלא ההלוואה לא הי' מחויב מלקות על הגבי' דרבית וממילא נפטר מתשלומין כנ"ל:

ואף דלכאורה היכא דמלקות פוטר מהני תפיסה וא"כ לא שייך שיגבה שלא כדין דאם יגבה יהיה כדין דכשתפס מהני. ז"א דלהרבה פוסקים לא מהני תפיסה. ועוד דעכ"פ מלקוחות יגבה שלא כדין לגמרי דכיון שעל הלוה אינן רק חיוב תפיסה אינו גובה ממשועבדים כלל וכ' תוס' שפיר בנכלל הרבית דיגבה שלא כדין ולא שייך סברת רמב"ן ז"ל הנ"ל:

ויש ליישב בזה מאי דנחלקו ר"ל ור"י דר"ל אמר במחלוקת שנוי' ור"מ היא ולמה לא מוקי לה כר"י משום גזירה שמא יגבה מזמן א'. ולמ"ש י"ל דר"י לטעמיה דסבר חייבי מלקות שוגגין חייבין בתשלומין וא"כ אמר שפיר במוקדם משום גזירה ולא קשה דגם ברבית נגזור כקושית תוס' כיון דע"כ איירי בנכלל דאל"ה פסולין די"ל שפיר כתי' הרמב"ן ז"ל דעכ"פ הקרן יגבה כדין ולא קשה הנ"ל דהמלקות יפטר דז"א דכיון דבלא התראה הוא ממילא הוי חייב מלקות שוגגין דחייבין ויגבה כדין. ולא שייך הגזירה ברבית ומשני שפיר. אבל ר"ל לטעמיה דסבר מלקות שוגגין פטורין כו' א"כ ליכא לאוקמי במוקדם כרבנן ומשום גזירה דא"כ גם ברבית נגזור כיון דע"כ בנכלל וא"ל כסברת רמב"ן ז"א דגם שם יגבה הקרן ג"כ שלא כדין והוצרך לשנוי' דלא גזרינן כלל רק במחלוקת שנוי' ור"מ היא כנ"ל:

שם תנן התם שטרי חוב המוקדמין פסולין והמאוחרין כשרין כו' ויש לדקדק למה מייתי הא דמאוחרין הא בעי לאקשויי רק ממוקדמין אמאי פסולין כו'. ויש ליישב דלכאורה מאי מקשה הש"ס דלרבנן דלא קנסינן היתירא יגבה מזמן ב'. הא מבואר בכמה דוכתי דהיכא דעיקר הדבר מהני רק מדרבנן שפיר קנסו חכמים דהם אמרו והם אמרו משא"כ היכא דמהני מדאורייתא לא ביטלו הדין תורה כנ"ל. וא"כ כיון דשטר שאין בו זמן הוי עדות דאין אתה יכול להזימו כמבואר ברמב"ם ז"ל שאינם יודעין החקירות באיזה יום רק דכשר מדרבנן משום נעילת דלת אבל מה"ת לא מהני דכל עדות בעי דרישה וחקירה מן התורה וא"כ י"ל דבשטר דרבית דמהני על הקרן מדאורייתא כיון שיש בו זמן לכך לא קנסו רבנן לפסול השטר דמהני מה"ת. אבל מוקדם דעכ"פ אין כתוב בו הזמן ופסול לגמרי מדאורייתא השטר רק כל מאי דמהני הוא מדרבנן ושפיר מודים רבנן דקנסו היתירא כו' לבטל השטר לגמרי דהם אמרו והם אמרו וממילא פסול אף מזמן שטר ולא קשה. אך באמת ז"א דכל שטר אף שכתוב בו זמן הוי מה"ת עדות שאי אתה יכול להזימו

דיכולין לומר איחרנוהו וכתבנוהו כיון דמאוחר כשר כמבואר בש"ע. וא"כ גם בשטר שיש בו רבית אינו כשר מה"ת אף שכתוב בו זמן רק מדרבנן ושייך כנ"ל. ואעפ"כ לא קנסו ופריך שפיר. וממילא מיושב דהוצרך לאתויי האי סיפא דמאוחרין כשרין דאל"ה לא הוי קשה כלל דאי מאוחרין היה פסולין הוי שפיר יכול להזימו בכתוב זמן דאין יכולין לומר איחרנוהו כו' דפסול ולא הוי קשה כלל דמצוים לחלק כנ"ל והוצרך שפיר לקושיא הא דמאוחרין כשרין כנ"ל:

בתוס' לעיל שכ' ריב"ם דאינם פסולין שאינם רשע חמס דאין מרויחין ותמוה דק"ל כאביי כמ"ש לעיל וי"ל פשוט דסבר דעדים לאו בני מלקות דלא עדיפי ממלוה וכן פסק הרמב"ם ז"ל ושאר פוסקים. ומבואר ברמב"ם ה' עדות דיש ב' פסוקים לפסולי עבירה. א' אל תשית רשע עד כו' והיינו מחויב מלקות שק' רשע מאם בן הכות כו' או מיתה כו'. ב' מי שאינו חייב מלקות כגון גנב וגזלן לא מיפסל מהאי קרא רק מכי יקום עד חמס כו' דלא כ' ביה רשע כו' ע"ש. ומיושבים דברי ריב"ם ז"ל. דהא דקי"ל כאביי באוכל נבילות להכעיס דאף שאינו חמס מ"מ רשע הוא ומפסל מאל כו' רשע עד כמבואר בש"ס שם. והיינו רק במחוייב מלקות משא"כ היך דלית בהו מלקות דלא מיפסל רק מקרא דחמס שפיר בעי דוקא לתאבון. ולכך בעדים דלא לקי ויפסלו רק משום חמס שפיר אינם פסולין כלל כיון שאין מרויחין. ודוקא מלוה ולוה ברבית פסולין דלתאבון משום חמס כנ"ל. ותוס' לקמן אפשר דסברי דעדים בני מלקות נינהו. דבאמת הטעם שכתבו הפוסקים לפטור העדים ממלקות טעמים דחוקים מאוד:

מ"ש הרא"ה דלא עדיפי ממלוה דאתי מחמתיה. תימה וכי כר"ש קיי"ל דדריש טעמא דקרא ואף דמלוה פטור בשביל שחייבה תורה בתשלומין אצלם דליכא תשלומין למה לא יתחייבו מלקות. ואף אי קילי מיני'. הא חובל בחבירו דמשלם ואינו לוקה. והכהו הכאה שאינו שוה פרוטה קי"ל דלוקה ואף שאינו חמור מהכאה גדולה מ"מ כיון דליכא תשלומין לקי:

ונראה הטעם כדאמר בש"ס נזיר נ"ב ע"ב בלאו דהקפה דכ' לא תקיפו ואמר ר"א דקטן הניקף או מקיף כו' פטור הגדול או באשה כו' כיון דלא תקיפו כ' וקאי אתרווייהו אמקיף ואניקף לא מיחייב א' עד דגם השני בר חיובא כיון שנכללין שניהם בלאו א' לשון רבים ע"ש. ולכך גם כאן בלאו דלא תשימון דכ' לשון רבים שעוברין המלוה וערב ועדים כמבואר בש"ס סוף פירקין דמשום דכ' לא תשימון לשון רבים כו' וכיון שכללן בלאו א' והמלוה אין בו מלקות בלאו זה דניתן לתשלומין ממילא גם הם לא לקו כנ"ל. וכן יליף בש"ס יבמות מלא יקחו כל דאיהו מוזהר כו' ועיין בתו' סוף נדרים כו'. גם אפשר למ"ד

לעיל דלאו דלא תשימון מיתלי תלי וקאי ואינו עובר עד שלוקח הרבית כמ"ש תוס' שם וא"כ י"ל דדוקא המלוה היה לוקה דעושה כל האיסור כיון שגובה לבסוף. ואף דהוי התראת ס' קי"ל דשמיה התראה. ולכך קאמר הטעם דלא לקי משום דניתן לתשלומין דיוצאה בדיינים. וא"כ כיון דניתן לתשלומין ומתוקן הקיחה דרבית בתשלומין כמו בכל ניתק לעשה דמתוקן הלאו. וכיון דתלה התורה לאו דלא תשימון בלאו דאל תקח ממילא כשמתוקן לאו דאל תקח מתוקן לאו דלא תשימון ג"כ כמו בלא גבה כלל כנ"ל. וא"כ ממילא גם נגד העדים מהני כמו אלו לא גבה שלא היה העדים עוברים ג"כ כיון דמתלי תלי בגבי'. כמו כן כשמתקן בתשלומין דהוי כלא גבה כנ"ל. והוי גם נגדם לאו הניתן לתשלומין ואין בו מלקות דלעולם אפשר שיתקן הלאו כמו בניתק לעשה כנ"ל. וזה מוכרח דאל"כ למה לא ילקה המלוה אלאו דלא תשימון הא השימה נגמרה מיד. וניהו דלאו דאל תקח מאתו ניתן לתשלומין אבל לא תשימון למה יתוקן בתשלומין. וכמו לס"ד דש"ס דאי שטר העומד לגבות כגבוי עבדי לאיסורי' כו' ואינו מתוקן כו' כן לדידן עכ"פ בגבה כנ"ל. וע"כ כמ"ש דמתלי תלי הלאו דלא תשימון בלאו דאל תקח ובלא גבה לא עבר כמ"ש תוס'. וממילא בתשלומין שמתוקן אל תקח מתוקן ג"כ לאו דשימה. וממילא גם אצל העדים שייך כנ"ל:

לכאורה קשה למ"ד קיימו ולא קיימו א"כ אף דרבית יוצא בדיינים מוחי אחיך עמך מ"מ כשאינו משלם למה לא ילקה הא לא קיים. וע"כ רק משום דכיון דאינו לוקה ומשלם א"כ כיון דריבתה תורה לתשלומין ע"כ שאינו לוקה דאל"ה לא היה חיוב תשלומין כדאמר בש"ס החובלו ועדים זוממין כו' ע"ש. וא"כ זה שפיר על לאו דאל תקח מאתו כו' שבאין בב"א והיה המלקות פוטר ומוכח דלא לקי כנ"ל. אבל לא תשימון ניהו דמתלי תלי כו'. מ"מ לענין הלאו דלא תשימון הוי שוב כשאר ניתק לעשה דאי אינו מקיים ילקה. דאין הוכחה מהחיוב תשלומין שלא ילקה אלאו דלא תשימון שהוא בשעת הלואה דגם אם יהיה חייב מלקות לא יפטרי' מתשלומי הרבית דהא בשעת לקיחה כנ"ל. וי"ל כמו דאמר בפ"ב דכתובות עקירה צורך הנחה דמיקרי בא בבת אחת. כמו כן לענין החיוב ממון י"ל ג"כ כנ"ל וכיון דדוקא רבית קצוצה יוצאה בדיינים ואי לאו ההלואה ברבית לא הי' עליו חיוב כלל להחזיר הרבית א"כ מתחיל החיוב ממון בשעת הלואה ברבית וא"כ אם היה חיוב מלקות אלא תשימון או אכספך לא תתן בנשך כו' ממילא היה פוטרו מתשלומין שבא החיוב מחמת הקצוצה בשעת הלואה וכמו עקירה צורך הנחה כנ"ל. ושוב כיון שריבתה תורה לתשלומין מוחי אחיך כו' מוכח דגם אלא תשימון ולא תתן לו כו' ג"כ ליכא מלקות כמו אלאו דאל תקח כנ"ל דאל"ה היה פוטרו ומוכח שפיר כנ"ל. ושוב י"ל

הטעם דגם לוה ועדים פטורי' מה"ט כיון דמוכח דלא מיחייב מלקות אלא תשימון אף שאינו מתקן ואינו משלם דבשלמא בניתק לעשה מי שמקיים פוטרו משא"כ מי שאינו מקיים כו' אבל בניתן לתשלומין כיון דמוכח דלא חייבה תורה מלקות אלאו זה גם הם פטורים כנ"ל כדאמר בש"ס אלאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד דאף מחמר לא לקי כו' ע"ש: התוס' הקשו הא העדים פסולין דעברו אלא תשימון כו'. ולע"ד נראה בפשיטות הא קי"ל פלוני רבעני לרצוני הוא ואחר מצטרפין להורגו דאין אדם משים עצמו רשע ופלגינן דיבורי' ואמרי' שעל פלוני אמת ולא אותו דלא שייך בזה עדות שבטלה מקצתו כו' דעל עצמו אינו בגדר עד ע"ש פ"ק דסנהדרין. וכן באונסים מחמת ממון הקשו תוס' דליהמני' אנוסים ולא מחמת ממון ע"ש פ"ב דכתובות. וא"כ מאי חילוק בין עדות בע"פ או בכתב הא ודאי אם היה מהני עדות בכתב והיו מעידים בכתב שפלוני רבעו לרצונו הוי אמרינן ג"כ פלגינן דיבורי' כנ"ל וא"כ כיון שמעידין בחתימתן שהלוה מאה על ק"ק ברבית ואם אמת שהיה ההלואה ברבית הם נעשים רשעים בחתימתן זו ופסולין לעדות שוב אמרינן ע"ז עצמו פלגינן דיבורם ונאמנים על גוף ההלואה שהלוה לו מנה וע"ז שהיה ברבית אין נאמנים כלל ואמרינן שהוא שקר דאין אדם משים עצמו רשע וחתמו ע"ז שקר שהיה ברבית ואעפ"כ אינם פסולין שאינו בגדר עד ע"ז כיון שעי"ז הם רשעים וכמו התם דאף דמשקרים ע"ז שאומרים שרבע אותו מ"מ אינם פסולין דשקר זה שאיני נקרא עד לא מיפסל כנ"ל. ואף שיש לחלק קצת דשם עיקר העדות על עצמו שהוא רשע מה שאין כן כאן עיקר העדות שהלוה ברבית אין הוא רשע עדיין רק שממילא נעשה רשע ע"י החתימה מ"מ מה חילוק כיון שבזה א"א למיפלג דיבורי' ואם הי' הלואה ברבית ממילא נעשה רשע שוב עדות זה בחתימתו הוא שהוא רשע. וממילא אמרינן שלא לוה כלל ברבית כנ"ל. וממילא מהני עדותן על הקרן כנ"ל. וא"ל דאם כן לרבי מאיר אמאי קונסין ואינו גובה גם הקרן הא אמרינן שלא היה כלל ברבית כנ"ל. י"ל כיון דבדיבור א' לא פלגינן כו' כמ"ש תוס' באנוסים כו' כיון דמעידין דאין כאן שטר א"כ לר"מ דאם ברבית אינו גובה גם הקרן א"כ הם שמעידין בחתימתן שהיה ברבית אינם מעידים כלל על הקרן דהא מעידים שגם הקרן אינו חייב משום הכי לא אמרינן פלגינן דיבורי' לחייב מה שאין מעידים כנ"ל משא"כ לרבנן שמעידים שפיר שחייב הקרן רק שמעידין שהי' רבית והם פסולי עדות. הני ממש כאומרים פסולי עדות היינו מחמת עבירה דאמרינן פלגינן דיבורי' כנ"ל ואין צורך לדחוק בעדים אחרים די"ל שפיר שמעידין בעצמם כנ"ל היינו שמקוים חתימתם ומפורש הרבית כנ"ל:

וי"ל טעם התוס' דהא מעידים על המלוה והלוה ג"כ שעברו אלאו דלא תשימון ופסולין עכ"פ מדרבנן כמבואר במשנה. וא"כ בחתימתן שמעידין שהיה ההלואה ברבית ומעידין בזה שהמלוה ולוה פסולין לעדות ועדות זה בטל דממ"נ אם היה הלואה ברבית שוב הם פסולין לעדות דע"ז לא שייך פלגינן דיבורי' דא"א לחלק וא"כ בטל עדותן לענין לפסול המלוה ולוה ושוב בטל עדותן גם על הקרן מטעם עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה דגם פלוני רבעני כו' כתב הראב"ד הטעם דלא שייך עדות שבטלה מקצתה כו' משום שעל עצמו אינו בגדר עד. משא"כ הכא שעל המלוה ולוה שפיר נקראין עד ואעפ"כ בטל עדותן לענין לפוסלן כנ"ל דא"א למיפלג דיבורי' כנ"ל ושוב שייך עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ובטלה עדותן גם לענין גוף הלואה כיון שבעדות א' מעידין בחתימתן על השטר כנ"ל. ואינו מוכרח דכיון דתלי' הא בהא י"ל דמ"מ שייך פלגינן דיבורא שאינו בגדר עד גם נגד לפסלם כנ"ל:

עוד י"ל דהא קי"ל בשטרי הקנאה כותבין שטר ללוה בלי מלוה או לאביי דעדים בחתומיו זכין לו. ואם כן בשטר הקנאה דמשתעבד בין ילוה בין לא ילוה אם כן למאן דאמר צד אחד ברבית מותר לא עברו כלל אלא תשימון דנגדם הוי צד אחד ברבית דאם לא ילוה אינו זה רק מתחייב בדבר שאינו חייב בק"ק לזמן פלוני. וגם אי עדיו בחתומיו זכין לו נראה דכיון דכהאי גוונא לא שייך עדיו בחתומיו זכין לו דאין שליח לדבר עבירה ובלא זה אין כאן זכות כלל כיון שהוא. איסור כמבואר להדיא בש"ס סוף חולין גבי אם על הבנים שלא זכי ליה חצירו כו'. וא"כ כיון שנותנין השטר ללוה אין כאן שימה כלל דמה חוב עליו כיון שעדיין השטר בידו. ונעשה השימה כשנותן השטר למלוה ואז אין העדים עושים שום דבר רק המלוה שמקבל השטר. וי"ל דלא עברו רק כשהם נותנים השטר למלוה. ויש לדחות כיון שגם ע"י מעשה שלהם נעשה השימה כשמוסר הלוה השטר למלוה חשיב שימה גם נגדם ועוברים. אבל מלקות ודאי ליכא כנ"ל:

תוס' כתבו דאף שהרבית מפורש בשטר עוברים אלא תשימון אף שיודעין שלא יגבו הרבית והוכיחו מהא דאמר בבבא קמא אהך שטרא משעת כתיבה עביד ליה שימה עיין שם. ושם בבבא קמא הניחו תוספות בתימה למה יעבור אלא תשימון כיון שמפורש הרבית ולא יגבו כלום עיין שם. והנה לכאורה גם בכלול הקרן עם הרבית. או בע"פ דעבר המלוה אלא תשימון קשה גם כן מה שימה היא זו הא אינו מתחייב כלל בהרבית. והנה לרבא דאמר ריש תמורה דכל מה דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני ומ"מ לקי משום דעבר אמימרא דרחמנא והיינו כיון שבלא האיסור היה המעשה שלו קיים אם כן על זה אזהר רחמנא עיין שם. ואם כן גם בהנ"ל כיון דחיוב הרבית בלא האיסור היה

חיוב גמור שכר מעותיו ככל שכירות דמחייב. דבהזמה פרק קמא דמכות חשבינן ליה המתנת הזמן לשוה כסף גמור. והוי שימה גמורה ורק משום האיסור לא מחייב אם כן עבר אמימרא דרחמנא כמו בכל מילי דאמר רחמנא לא תעביד כו':

וצ"ל דקושית תוספות הוא רק על השטר דאמר משעת כתיבה עביד והא גוף החיוב עביד בשעת הלואה דאי לאו האיסור היה מתחייב בהרבית. ובשלמא אם היו גובין בשטר זה נעשה תוספת שימה ע"י השטר שלא יוכל לכפור ויגבה בו ממשועבדים. מה שאין כשמפורש ולא יגבה בו כלום וגוף החיוב אינו ע"י השטר כנ"ל. אמנם לאביי דדייק דאי עביד מהני דאי לאו הכי לא לקי אם כן גם בהלואה ע"פ איך עבר אלא תשימון הא אינו שימה כלל דלא מיחייב. ובשלמא לאו דאל תקח עכ"פ לקח ובאמת בעי הש"ס למימר לאביי דאינו יוצא בדיינים עיין שם אבל שימה לא הוי כלל. ונראה דכמו דמסיק התם בש"ס תמורה דגם לאביי רבית קצוצה יוצאה בדיינים רק משום דגלי קרא וחי אחיך כו' אהדר ליה כו'. וקי"ל דבאמת קנה הרבית ואינו גזל רק מצות עשה עליו להחזיר ומהאי טעמא אין יורדין לנכסיו רק כופין ככל עשה דמכין אותו כו' כמבואר בי"ד. וכן היורשין פטורין משום דאינו גזל עיין שם. ואם כן לאביי ג"כ שפיר עבר אלא תשימון דעכ"פ יש כאן שימה דנשך ע"י ההלואה ברבית דאי לאו הכי לא הי' שום חיוב והיה גזל ועתה מועיל שיש חיוב וקונה הרבית שמקבל ורק מצות עשה להחזיר וזה ענין אחר ושפיר הוי שימה דכשמועלת השימה לשום דבר מיקרי שימה עליו כנ"ל:

ובזה מיושב לע"ד טעם דמ"ד. לעיל דלא תשימון מיתלי תלי וקאי אם גבי ואם אינו גובה אינו עובר עיין שם בתוספות ותמוה מה ענין לא תשימון להגוביינא. והא גם העדים וערב עוברין שאין עושים כלום בהגוביינא. ולמ"ש מיושב שפיר דהא אין כאן שימה כלל כיון שאין הלוה מחויב בהרבית כנ"ל,. רק השימה הוא דמהני שאם גובה הרבית אינו גזל וקונה אותו ואין עליו רק עשה כנ"ל. ואם כן כל מה דהוי שימה הוא רק אם יגבה הרבית דכל שאינו גובה אינו שימה כלל דכשהלוה אינו רוצה ליתן אין עליו חיוב כלל. ואם כן מיד בשעת הלואה אין השימה רק אם יגבה יהיה למפרע תועלת בההלואה ברבית שלא יהיה גזל כנ"ל. ועל אם לא יגבה לא היה שימה כלל כנ"ל. ואתי שפיר דמיתלי תלי כנ"ל. ואף לרבא נראה דהא מבואר בש"ס דגם לדידיה אין רבית קצוצה יוצאה רק משום מצות עשה דוחי אחיך כו' אבל לא הוי גזל כמו לאביי עיין שם. וע"כ כיון דגלי קרא וחי אחיך כו' דחייב להחזיר משום מצוה ע"כ מוכח שאינו גזל וקונה הרבית ורק משום מצוה כנ"ל. וממילא אמרינן ביה אי עביד מהני. דבכל דוכתי סבר דגם אי ל"מ לקי משום הוכחה דהא ע"כ אהא אזהר רחמנא כיון דמסתברא ליה דלא מהני. אבל בהנך

די"ל דמהני אמרינן דלא אזהר רחמנא רק היכא דמהני ואי לא מהני לא עבר כלל. וא"כ כיון דגלי קרא ברבית דקני. שוב אמרינן דגם לא תשימון אינו רק היכא דמהני השימה והיינו כשגובה דיש תועלת בשימה מה שאין כן לא גבה כלל ואתי שפיר גם לרבא:

אמנם לכאורה אם כן לענין העדים לא יעברו כלל אלא תשימון היכא שמפורש בשטר דבשלמא אם היו גובין אם כן מועיל עדותן לענין שלא יוכל לכפור. אבל כיון שאין גובין וכל השימה הוא רק אם יגבה שלא יהיה גזל וזה גם בלא העדים ומאי שימה ע"י העדים. דבשלמא אם היו אומרין דלא מהני ומ"מ עבר משום דבלא האיסור הי' שימה אם כן גם העדים היו מועילים אי לאו האיסור ושוב עוברין משא"כ בהנ"ל. וא"כ לכאורה י"ל דבאמת אין עוברין העדים רק באינו מפורש וכלול דהוי שימה שיכול לגבות מה שאין כן מפורש כנ"ל ולא קשה קושית תוספות. דבבבא קמא קאמר אמלוה דעובר ועל המלוה שפיר הוי שימה גוף הלואה אף שמפורש לענין אם יגבה כנ"ל. מה שאין כן עדים כנ"ל:

אך קושית תוספות י"ל מלשון הש"ס דאמר משעת כתיבה עבדי לי' שימה משמע דעובר על השטר ואם כן גם עדים יעברו דאי כנ"ל אותו השימה נגמרה בהלואה אבל לא ע"י השטר. אך לא קשה דהתם דמחלק הש"ס לזעירי דמי יימר דמזיק אבל התם משעת כתיבה עביד ליה שימה כו'. ואם כן ע"כ לא סבר כמאן דאמר דלא תשימון מיתלי תלי אם יגבה דאם כן היה שייך מי יימר שיגבה כמו בתבני וקשי כו'. וע"כ סבר דנגמר מיד. וקשה מה שימה הא אין גובין וע"כ דסבר דלא מהני ומ"מ עבר אמימרא דרחמנא. ושוב שפיר הוי שימה מיד בכתיבה דאם לא האיסור הי' גובה. ושפיר גם המלוה וגם העדים עוברים בשטר. מה שאין כן לדידן דמיתלי תלי כנ"ל. והשימה משום דמהני ושוב אין שימה ע"י השטר רק המלוה משום ההלואה אבל לא העדים כנ"ל:

עוד נראה די"ל שגם כשלא גבה הרבית עדיין מ"מ יש חיוב על הלוה כשאר חיובים רק איסור יש אל תקח מאתו כו'. ואם תפס המלוה מעות על הרבית קונה ואינו גזל רק מצות עשה להחזיר משום וחי כו' ואין יורדין לנכסיו והיורשין פטורין כנ"ל. וכן נראה מש"ס פרק קמא דקדושין על מקדש במלוה דאוזיף ד' ביה פריך רבית מעלי' הוא ולא פריך דאין כאן חיוב וכן כתב במשנה למלך עיין שם. ואם כן שפיר י"ל דחשיב שימה ע"י השטר גם שאין הלוה יכול לכפור ויש חיוב לענין שמועיל תפיסה כנ"ל. וגם העדים עוברים אף שמפורש כיון דיש חיוב כנ"ל חשיב שימה מיד ועוברין. אמנם נראה למאי דפריך בבבא קמא ארב דסבר קנסו גופן משום שבחן מרבנן דשטר שיש בו רבית דלא קנסו הקרן ומחלק דהתם קרן גופיה מזיק מה שאין כן ברבית אין הקרן האיסור רק הרבית עיין שם. ואם כן נראה דאף אי מדינא יש חיוב על הלוה גם הרבית שבאיסור

מ"מ שוב מטעם קנס אין שום חיוב דלענין החיוב שיהיה על הרבית שוב קנסו התירא משום איסורא שלא יהיה חיוב כלל דהא הרבית גופיה האיסור וממילא לרב דמי ממש לקנסו גופן משום שבחן בתבן וקש כו'. ומיושב בזה הלשון דאמר קונסין כו' ואינו גובה את הרבית למה ליה למיתני פשיטא. ולהנ"ל אתי שפיר דלענין הרבית ג"כ רבנן מודו דמשום קנס אין שום חיוב כו'. ואם כן אחר תקנת חכמים שוב אין כאן שימה כלל ע"י השטר ואין העדים עוברים כנ"ל. ולא קשה מש"ס בבא קמא דאמר משעת כתיבה עביד שימה דהתם דמשני זעירי דלא קנסו גופן כו' משני שפיר דבכתיבה הוי שימה דיש חיוב גם על הרבית כנ"ל. מה שאין כן לרב דקנסו גופן כנ"ל א"ש למאי דקי"ל כרב:

דף עג:

אר"ח האי כו' דיהיב זוזי לחבריה למזבין ליה חמרא ופשע כו'. אסמכתא כו' פירש"י אפי' הבטיחו ואמר אם איני קונה לך אפרע משלי אין זו אלא אסמכתא הואיל ולא קנו מידו ותמוה בלא קנין במה מתחייב גם אם לא היה אסמכתא ודוחק לומר לענין מחוסר אמנה או מש"פ בפוסק על הפירות דז"א דלא פסק רק למזבין ליה בשליחות. גם דוחק באתם עדיי או בשטר דלא הוזכר. ואפשר כזרוק מנה לים ואתחייב דליש פ' חייב מטעם ערב. א"כ ניהו דמבטל כיסו פטור מ"מ הפסד חשיב מה שמעותיו בטלות והיה יכול להרויח ומהני חיובו שקיבל עליו ודוחק. וי"ל דהא יכול למכור מעות לרוחא לכותי בליכא אסור רבית ואפשר גם לישראל דרק מוגר זוזי אסור ע"ש:

וכדקל בפירות בעבידא דאתי ועבד לקנס. וא"כ י"ל דשייך ענין שמירה על זה שקבל עליו כשומר על המעות מה שיש בו לרוחא דהוי זכות בגוף המעות. ושומר דחייב בפשיעה שהיה יכול לקדם במקלות ולהציל. כן שהיה יכול להציל ולהרויח חייב בפשיעה על הזכות של המעות לריוח שהיה שוה אז למכור להריוח לקנות בשעת הבציר וקיבל ע"ע לשמור זה השיוי וחייב עליו בפשיעה. אך הוי כשטרות דאין זה גופו ממון רק גורם. אולם לרמב"ם חייב גם באלו בפשיעה. אך א"כ גם בקרקע אם אוביר ולא אעביד ישלם מדינא דשוה להשכיר וקיבל ע"ע שמירת זה השיוי ויהיה חייב בפשיעה. גם להרמב"ם דחשיב מזיק אף דכשאינו שומר לא הוי מזיק מה שהיה יכול כו' אבל כשקיבל עליו לשמור חשיב מזיק פשיעה א"כ אם אוביר כו' יהיה פשיעה כמזיק דחייב כיון שקיבל עליו. וע"כ דלא חשיב קיבל על עצמו אותו השיוי. ודוקא פשיעה בגוף השטרות או הקרקע מה שאין כן בהנ"ל עכ"פ אומר לו הרי שלך לפניך דהדבר קיים כמו שהיה. ואין כאן ניכר שום היזק בגוף הדבר. אבל מ"מ במקבל עליו שמירה וחיוב לשלם כמו דמהני

מתנה שומר חנם להיות כשואל בדברים ואמר לקמן צ"ד משום בהנאה דמהימן ליה משעבד נפשיה. וכן קרקעות ושטרות קיבל עליו בקנין מהני וכ"פ בש"ע ס' ש"א ואף דשטרות רק גורם לממון. כן י"ל בקיבל עליו שמירת המעות להריוח דגם כן גורם לממון וכן הקרקע כנ"ל. מהני גם כן א"ל משום אסמכתא. דגם שם בשטרות וקרקע מבואר הטעם דהוי כאסמכתא ולכך בעי קנין עיין שם בש"ך. וכן בהנ"ל שפיר מהני בי' קנין דבקנין הוי שוב כשומר על שיוי הריוח. ויש לדחות:

ועיקר דרש"י ז"ל סבר במ"ש הגאון דבכל דומיא דאם אוביר שסומך עליו ומפסידו שייך התקנה לשלם במיטב. והיה מתחייב בלא קנין רק דהוי אסמכתא משום דאינו בידו כדמסיק:

וברמב"ם פרק ב' מהלכות שכירות בקיבל עליו לחפור כו' בקרקע חייב לשלם כל ההפסד בפשיעה כמזיק כיון שקיבל עליו עיין שם שכתב הה"מ דהיינו הפסד מקרן משויו. ועל הפסד הריוח שהיה יכול להרויח היינו אם אוביר דצריך קיבל עליו. והראב"ד מדמי לה עיין שם. ומיירי בלא קנין דבקנין כ' ה"א דגם שטרות כו' חייב עיין שם. ונראה דסבר כמו דמהני מתנה שומר חנם כשואל בדבור כיון שיש כבר זה החיוב שואל יכול לעשות ולקבל עליו כמו זה בדיבור בהנאה דמהימן וסמיך עליו. וכן קיבל עליו קא"פ בחד דלא גזים מהני בדיבור דאחר גמר דין אי"ל בו וכן דור לי וכה"ג. כן בשטרות וקרקע לחיוב פשיעה מהני הקבלה לשמור דנכלל בו ממילא שלא יפשע וכשיפשע יהיה חייב כמזיק כיון שזה סמך עליו וסילק שמירתו ע"פ. אם כן גרם במה שהבטיחו לשמור שסילק ונשאר החפץ או השדה אינו משומר שוב אף שאינו ודאי הפסד מ"מ מהני הקבלה לחייב. ובהפסד ריוח צריך שיתנה בפירוש. וחשיב גם כן שמקבל עליו הפסד הריוח כקרן וכהפסד בגוף הדבר ויש לומר גם כן דמהני קבלה בדיבור כנ"ל:

שוב מצאתי מפורש במרדכי פרק הגוזל קמא דבכל גרמא דפטור אם קיבל עליו חיוב בדיבור מהך דהכא דאף דמבטל כיסו פטור מ"מ כיון שקיבל עליו חייב עיין שם. ומשמע כטעם הנ"ל. דיכול אדם לקבל עליו גרמא כבידים והפסד של גורם לממון כממון. ובשיטה כתב בשם ריטב"א דהכא אף שלא קיבל עליו תשלומין כלל מ"מ כיון שנתן לו מעותיו ליקח לו סחורה ואלמלא הוא היה לוקח על ידי עצמו או אחרים אלא שזה הבטיחו וסמך עליו ונתן לו מעותיו ע"ד כן משתעבד ליה מדין ערב כו' וחייב לשלם מה שהפסיד על פי הבטחתו דבהאי הנאה דסמיך עליו ונותן לו ממונו כו' מדין ערב עיין שם. וגם כן אינו מובן מדין ערב שייך על גוף הממון לא על מניעת הריוח. ונראה דסבר כמו שכתבתי לעיל דניהו דמבטל כיסו פטור היינו כשכבר ביטל אבל קודם חשוב ממון

אצל בעל הממון מה שיכול להרויח דהא עדים זוממין משלמין בין י' שנים כו'. ואם כן מה שעל פי הבטחתו מבטל כיסו של עצמו חשוב שנותן ממון ע"פ ושייך דין ערב אף להפוסקים דזרוק מנה לים פטור משום שלא קיבל שום אדם הנאה שיהיה שייך דין ערב אבל כאן נותן לו זה השיוי. ולרש"י ז"ל עכ"פ באומר ואתחייב לך חייב מדין ערב. די"ל גם בהאי דלעיל דשרי למימר הילך ד' זוזי ואוזיף לפלוני מנה דאינו ריבית מלוה למלוה. אפשר דהבטיחו ד' זוז שילוה לפלוני ק' מתחייב גם כן בדיבור כאלו נותן לו השיוי של הזמן אם לא היה אסור רבית דהיה חייב כן שנותן לאחר בציויו חייב מדין ערב. רק לטעם ירושלמי בתן מנה לפלוני דזוכה בשבילו לא שייך דאם כן ריבית הוא אם יחשב זוכה בשבילו. רק לרש"י ז"ל דמחזר בשליח ע"ש:

ומ"מ לא דמי לכאן דשם זוכה בשיוי הזמן שייך דין ערב כאלו זכה הוא מה שאין כן הכא דלא נתן לו כלל שיוי זו דהא צריך לקנות בשבילו ועדיין שיוי זו שלו. והוי רק כזורק לים ויש לומר דסבר כהפוסקים דחייב מדין ערב. וגם כאן הוציא מת"י שיוי זו על פי צוויו: וגם יש לומר דכיון דהיה חייב על שיוי זו מדין ערב אם היה זוכה שוב אף שאינו זוכה שייך בו דין שמירה כמו שכתבתי לעיל דנותן לו מעותיו גם לשמור את שיוי הריוח ששוה המעות לפירותיו שיכול להרויח דלא דמי לשטרות דאימעוטי מדין שומרים. דהא אפילו בין חמץ שעבר עליו הפסח מחלק בש"ס פרק הגוזל דעיקרו ממון ועדיף משטרות כמו שפי' רש"י דשוב גם מה שיצא מתורת ממון ונשאר הגורם גם כן חשיב ממון וק"ל שם בנשבע עליו חייב דחשיב ממון יותר משטרות עיין שם. וכאן עדיף מהתם דשם יצא עכשיו מתורת ממון רק גורם. וכאן עדיין שומר על גוף הממון ממילא גם הגורם חשיב ממון ושפיר חייב בפשיעה שעל הגורם היינו הממון לפירותיו כנ"ל. ואף שלא פשע בגוף הממון רק בשיוי של פירותיו כנ"ל:

ומיושב דלא קשה על הריטב"א דבאם אוביר ולא אעביד צריך דוקא בפירוש אשלם במיטבא אף דגם כן נתן לו הקרקע וסמיך עליו כנ"ל. די"ל למ"ש דהריוח בפני עצמו הוי גורם ורק שטרות אלא שיחשב הקרקע לפירות כמקבל שמירה והא קרקע אימעט מדין שמירה גם כן ולכן דוקא בפירש שישלם כנ"ל. מה שאין כן כאן מעות נעשה שומר על המעות שגופו ממון וממילא גם על הגורם שקיבל לשמור שלא יפשע כנ"ל. ולרש"י ז"ל דוקא בפירוש. ולכך סגי לרש"י ז"ל בקנו מידו אף דבשאר אסמכתא בעי ב"ד חשוב. משום דהוי כשטרות דסגי בקנו מידו לדין שומרים כמבואר בש"ע ע"ש:

וי"ל דחשיב למכר בטול המעות דהא על זה משלמין. וגם לתוס' שומר חייב בהיזק שאינו ניכר כו' ע"ש תוספות פרק הכונס. ולפי לשון התוספות בשם ר"ת דמחלק בין קיבל עליו

קא"פ או דור לי כו' דמהני בדיבור לחוד דין הוא שיועיל כיון דיש להם תביעה זה על זה וקבלו עליהם כך הדין ולא דמי להיכא שאין לו שום תביעה עיין שם. משמע כמו שכתבתי לעיל טעם המרדכי דכשיש גרמא בנזקין או מבטל כיסו מהני שוב הקבלה על עצמו בדיבור שמקבל הדין שיהיה גרמא חייב דעכ"פ הוי כיש להם תביעה זה על זה דהא חייב בדיני שמים והוי כלאחר גמר דין כיון שכבר נפסד ונתחייב קודם שחזר בו כנ"ל. ואף דר"ת ז"ל כתבו רק על היכא דשייך גמר ומקני. זה שוב כאן שנתן לו מעות שייך דסמך עליו כמו במתנה ש"ח כו':

דף עד.

הכא לאו בידו כו' פי' רש"י שמא לא ימכרו לי' כו'. ולכאורה הא קיימא לן יש אונס בממון אם כן אינו בכלל החיוב כשיהיה אנוס שלא ימכרו אם כן שוב כיון דפשע ולא זבין ומשמע דלא טריח כלל וזה בידו ולא היה החיוב כלל רק על מה שבידו דלא יהיה אונס ועל זה אינו אסמכתא. וצ"ל לפמ"ש דאונס דשכיח ונכלל בתנאי לא הוי אונס מדלא פירש. אם כן זה האונס שלא ימכרו שכיח והוי בכלל לשון שכתב רש"י אם אינו קונה לך אפרע משלי. ושוב הוי אסמכתא. אך כמו שכתב הרי"ף סוף המקבל אי אמר אם אוביר כו' אשלם אלפא אף דאסמכתא מ"מ על במיטב דלא גזים משלם. וגם כאן עכ"פ על מה שבידו מהני. וכיון דפשע יהיה חייב. וצ"ל דשם גם שלא התנה חייב במיטב ושוב תנאי דאשלם אלפא דאסמכתא על כל פנים חייב כאלו לא התנה כלל. מה שאין כן כאן דבלי תנאי פטור לא מהני התנאי דנכלל גם שאינו בידו ולא מהני גם על מה שבידו:

אולם לשון הרי"ף ז"ל פרק המקבל מבואר דגם שהי' פטור בלי תנאי וגזים מ"מ מהני על מה שאינו גזום ע"ש. ויש לחלק בין שם דהאסמכתא משום דגזים ובין כשהוא משום אין בידו. או י"ל דהפירוש אינו בידו ולא סמיך עליו. או דאינו ברור שהפסיד אף בטיל כיסו ולא מהני בלי קנין למ"ש רש"י ז"ל כנ"ל:

תוס' הקשו ארש"י ז"ל עיין שם. ולע"ד יש, לומר דגם רש"י סבר בקוביא משום איידי דבעי למיקנא גמר ומקני כמו שכתבו תוספות. והטעם דאחזוקי אינשי בגזלן לא מחזקינן והא יודע שחבירו אינו רוצה להקנות לו כשירויח רק אם יקנה גם הוא. ולכך גמר ומקני כל א'. אך היה קשה לרש"י דגם באם אוביר אשלם אלפא גם כן הבעל הבית אינו רוצה להקנות לו השדה באריסות אלא אם כן יהיה החיוב שלו מהני דאם אוביר וכן משליש שטרו דהגיע הזמן והלה מרויח לו כדי שיהיה עליו חיוב לזמן שקובע לו ושייך גם כן איידי דבעי למיקני כו'. על זה כתב רש"י ז"ל הטעם קסבר כל זה שבידו לעשות כוונת

בעל השדה אינו על החיוב דאלפא זוזי רק שלא יוביר ויהיה בטוח על זה וכיון שבידו סומך על זה שבאמת לא יוביר אם כן אין כאן גזל כלל אף שבעל השדה נותן שיהיה חיובו קיים היינו כדי שלא יובירנו וזה בטוח על עצמו וכן במשליש סבור שיפרע וממילא יקויים מה שהלה רוצה כנ"ל. משא"כ אם לא היה בידו היה שייך איידי דבעי למיקני שבעה"ש אינו רוצה ליתן לו למחצה או לשליש רק שיהיה הספק בטוח אצלו כנ"ל. מה שאין כן דיהיב זוזי למזבין ליה ואינו טובתו כלל רק טובת הנותן דלא שייך איידי כו' הוי יותר אסמכתא כשאין בידו מבידו כנ"ל:

ובזה מיושב מה שתמהו תוספות על ר"ת דסבר משום איידי כו' דאם כן גם באם אני חוזר בי אכפול לך ערבונך דהוי אסמכתא והא שייך איידי. ולמ"ש מיושב דשם ב' שהמרו או קובי' דע"כ א' ירויח שייך כנ"ל שאינו גזלן כנ"ל. משא"כ התם אדרבה סומך עצמו שלא יחזור בו ולא הוא יכפול ולא זה ימחול ואינו רוצה לקנות כלל זה החיוב של הב' דאם חוזר ימחול גם כן והוי אסמכתא כיון שאין הוכחה. משא"כ התם דע"כ רוצה לקנות אסמכתא של הב' ע"כ כל אחד גמר ומקני כנ"ל:

ועוד הא ר"ת ז"ל כתב לעיל ס"ח דבתפיס בע"ש עצמו לא הוי אסמכתא וגבי ערבוני מחול לך הטעם דלא מהני משום דזה לא יצטרך לכפול. וע"כ היינו רק שיהיה בטוח שלא יחזור בו דאם לא יחזור והוא יחזור והיה ערבונו מחול אף שהוא אסמכתא רק דר"ת סבר דתלינן זה בזה דלא כהרמב"ם עיין שם. ואם כן זה שבידו ואומר לכפול לא שייך איידי דבעי למיקני' דגם אם כוונתו לאסמכתא ולא להקנאה גם כן כיון שבטוח שלא יחזור בו יהיה קונה כדין שערבון יהי' מחול לו דכיון דתפיס אינו אסמכתא והוא לא חזר בו והלה היה מרוצה כשלא יחזור הלה והוא יחזור יהיה הערבון מחול כנ"ל. רק דמ"מ לפי הדין לא קנה מיד כיון דתלינן זה בזה דרוצה עכשיו שיהיה בטוח הספק שאם לא יקיים הלה ויחזיר בו יהיה עליו חיוב לכפול דחושש שיחזור. וא"ל אינו רוצה למחול. מה שאין כן זה שבידו וסובר שלא יחזור אינו גזל ולא שייך איידי דבעי למיקני כנ"ל:

דף צו.

בעי רמי בר חמא שאלה לרבעה כו' לכאורה קשה למאי שכתבו תוספ' מ"א ע"ב דנילוף שליחות יד משואל דאינו צריך חסרון כמו דקני שואל אף לא ביקע בו עיין שם שתירצו כיון דלדעת כן שאלה והרא"ש הובא בש"מ שם תירוץ דשולח יד כיון דשלא כדין עביד אמלוכי מימלך וכן מגליון תוס' א"נ שואל כיון דמשכה ודאי ישתמש בה אבל שלא לדעת א"ל דילמא מימלך ולא יעשה אסור עכ"ל עיין שם. ואם כן משמע בשואל על

אסור לרבעה כו' לא קני משיכה רק ביקע בו כנ"ל. ואם כן החיוב אונסין כשרבעה ואז קם ליה בדרבה מיניה וחייבי מיתות שוגגין גם כן פטור כגונב בשבת כו'. ולא נתחייב באונסין כלל. ואף דלאונסין אמר דלכ"ע במשיכה מ"מ מדברי ריטב"א ושיטה מקובצת שם מבואר דגם לאונסין דוקא בהיתר שקנה כדי להשתמש ומורה המשיכה שישתמש מה שאין כן באסור עיין שם. ולל"ק בכתובות פרק אלו נערות דהיה פרה שאולה וטבחה בשבת פטור דחשיב החיוב בשעת אונסין י"ל דלהיפוך גם כן כשבשעת אונס ליכא חיוב מיתה לא פטור אף דבשעת חיוב האחריות הי' חיוב מיתה דלא דמי לגניבה ע"ש:

אולם ללישנא בתרא שם דפליגי אר"פ דבאמת משעת שאלה החיוב. אם כן קשה דפוטרו הח"מ כמו גנב בשבת כו'. וי"ל דהאבעיא לצאת ידי שמים. או דנהי דאי"ל דכ' שליחות יד לא הוי ילפינן משואל מטעם הנ"ל מ"מ עכשיו דגלי שליחות יד שוב גם בשואל כן אף באסור. אך למאן דאמר שליחות יד צריכה חסרון ל"ל כנ"ל. דבמה דבגזלן קני במשיכה הוא משום דכבר עשה האיסור במשיכה דגוזלו כו' מה שאין כן בשואל כנ"ל. גם י"ל כשרבעה ולא אימלך איגלאי מילתא דאיחייב משעת משיכה כנ"ל:

לכאורה כדאמר פרק מרובה דלא חשיב משיכה בעקוץ תאנה כיון דאלו תבע ליה לדינא פטרתו המיתה עיין שם. כן בשאלה אי בעי שוה פרוטה היינו דהיה צריך לשלם בעד השימוש וכשנותנו לו בחנם חשיב שואל מה שאין כן בהנ"ל דבלא השאלה אי תבע ליה הי' פטור על השימוש דקם ליה בדרבה מיניה אם כן לא חשיב שאלה. אך למאי דמסיק שם אתנן כו' ואפילו בע"א כיון דחי ב לצאת ידי שמים קרוי מכירה. גם כאן כיון דהי' חיוב לצאת ידי שמים וע"י השאלה פטור חשיב שאלה וחייב מדינא כנ"ל:

לכאורה למאן דאמר סוף החובל לשמור ולא לקרוע ופירשו תוספות דאומר אם תרצה תקרענו וכיון שאם יקרענו יפטור שוב אין חיוב שמירה ע"ש. ואם כן נרבע בעדים השור בסקילה ויהיה פטור דלהכי שיילא ולא התנה שלא בעדים. ואם כן הוי ליה לקרוע שאפשר ושוב אין דין שואל להתחייב באונסין כיון שבידו להפסיד לגמרי ולפטור. וצ"ל כיון דיתחייב מיתה בעדים לא חשיב בידו לענין הממון. גם אפשר שיתחייב אף שלא התנה דסמך ע"ז שלא יעשה באופן שחייב מיתה ולא איבעי ליה לאתנויי וכדאמר בבא קמא כ"ז הניח גחלת על לבו ונשרף פטור דסמך דבשביל חיוב ממון שלו לא יניח להמית את עצמו עיין שם. וממילא יהיה חייב בעדים לשלם ולא חשיב לקרוע:

אולם זה נראה דעל מה שנרבע נפחת משויו משום דנפסל למזבח דהא חשיב ליה במשנה בבא קמא צ"ו ע"ב בהדי היזק שאינו ניכר גזל בהמה ונעבדם בה עבירה דאמר הרי שלך לפניך עיין שם. אם כן על אותו הפחת חשיב לקרוע דשיילה לפחותה מדמיה

ולא מחייב בשמירה רק כמו ששוה אחר שנרבע. אך י"ל דכיון דהיזק שאינו ניכר לא שמיה היזק לא חשיב לקרוע. והיה הדין בנותן לשמור חמץ עד אחר הפסח וכה"ג לא חשיב לקרוע וחייב באחריות:

אך בחמץ י"ל כיון דיהיה חייב באחריות יעבור הנפקד ביה ויצטרך לשורפו שוב הוי לקרוע ואינו חייב באחריות. ושוב אינו עובר בבל יראה. ואף דאי אינו עובר שוב עובר. זה אינו דלא חשיב לשמור כיון דאם יהיה לשמור יהיה לקרוע ממילא פטור גם קודם פסח מאחריות. ומיושב בזה ש"ס דפסחים י"ג ע"ב גבי יוחנן חקוקאי דאמר ר' צא ומוכרן מפני השבת אבידה כו' וקאמר משום דהוי יותר מכדי חסרונן דפסדו לגמרי ופירש"י שיהיו אסורין בהנאה עיין שם. ותמהו הא בלא זה יצטרך לשורפו שלא יעבור הוא בבל יראה דנפקד עובר לרוב הפוסקים דאחריות פשיעה גם כן עובר. ולמ"ש מיושב דלא יעבור כלל דהוי לקרוע ופטור מאחריות כנ"ל ורק משום דפסדו מילתא דמפקיד ומשום השבת אבידה כנ"ל:

ומ"מ יש להסתפק כיון דאם הי' מפסידו אחר היזק שאינו ניכר ואחר כך נאבד אצל השומר הי' הי' פטור דמ"מ לא הי' שוה כלום בשעת אונס למאן דאמר דחיוביה משעת אונסין וגם למאן דאמר משעת שאלה מ"מ החיוב רק על השיוי דבשעת אונס בהוזל וכה"ג. וכמ"ש תוס' ב"ק מ"ה א"כ י"ל דחשוב לקרועי, ומ"מ עיקר כנ"ל:

גמ' הנ"ל. לכאורה בעיא זו אף אי בעי שואל לעשות ש"פ דוקא כיון דהנאה זו שוה פרוטה דלא תליא לה הש"ס בבעיא דאחר כך. וקשה דהא אסורי הנאה לא חשיב שוה פרוטה כלל אף שיכול לעשות אסור ולהנות. ונהי דמהא דמזיק חמץ כו' דלא בר דמים אין ראיה דשם אינו צריך לשלם מה שמפסידו שהי' יכול לעשות אסור דמה שמצינו מאסור אינו היזק לשלם ע"י זה. אך באוכל חמץ בפסח כו' דחייב על ההנאה אם הלה חסר אף פחות משוה פרוטה כדקי"ל בזה נהנה כו'. ומ"מ פטור פרק ב' דפסחים ע"כ דלא חשיב חסר כלום מה שיכול לעבור ולהנות. וצ"ל דשם בסתם לא חשיב מה שאפשר באסור מה שאין כן כאן ששואל ע"ד כן לעשות איסור:

אך אם כן הי' להפוסקים לחלק במקדש באיסורי הנאה כשיודעת ורצונה להנות ולעבור דמקודשת וכן במכירה. וע"ש ריש חולין בתוספות דאף דאם יחלוף מותר מ"מ כיון דאסור להחליף לאו בר דמים. ואם כן לא חשיב זכות ממון כלל בשאלה זו. ונהי דכשרבעה חייב באונסין דהא השתמש באסור אבל לא בשאלה וקשה כמ"ש לעיל. ונראה דהחילוק בדבר שאסור בהנאה כיון דהדין כשאין לאדם שום זכות בחפץ חשוב הפקר. שוב במה שאסרה תורה פקע זכותו. ואף שרוצה לעבור ולהנות הוי כנהנה בחפץ

של הפקר ואינו שלו ואינה מקודשת כמו מקדש בחלקו כו'. מה שאין כן בדבר שמותר ושלו שפיר אף שזה קונהו לאסור חשיב שוה פרוטה דהא לא הפקיע תורה השיוי כלל. ובזה מיושב פרק קמא דפסחים דמייתי דלאו ברשותיה דלבטליה מדר' גידל דמקדש א"ח לקדושין ומה ראיה דלמא לענין שוה פרוטה מ"מ אינו שוה באסור דרבנן מה שאין כן לענין שלו. ולמ"ש מיושב דסתמא אמר מקדש כו' אף שיודעת דא"ה ורצונה לעבור ולהנות ואי הי' חשיב שלו מן התורה שוב גם ש"פ הי' חשיב כנ"ל ושפיר מוכר דאינו שלו כנ"ל. וא"כ הי' נרא' דמאי דכתבו תוס' דבתרי דרבנן מקודשת אפשר דוקא ברצונה להנות דלא הפקיעו כו'. מה שאין כן באינה יודעת. ואפשר גם ביודעת רק שאין רצונה כלל להנות באסור רק רוצית להתקדש י"ל דלא חשיב שוה פרוטה וכמו שרוצית להתקדש בלא כלום:

הרמב"ם ז"ל מפרש האיבעיא לענין בבעלים ותמוה מאד ממה נפשך אי חשיב שאלה הוי בבעלים ואי לא לא הוי שאלה כלל מה גריעותא דלרבעה לענין בבעלים עיין שם. ולמ"ש י"ל כיון דלאו כדשיילי אינשי היינו שהוא באיסור ושייך דמימלך לא נעשה שואל במשיכה ואף שהיה עמו בשעת שאלה לא אח"כ לא הוי בבעלים. דהחיוב בשעת הרביעה כנ"ל. ואולם למה שפסק הרמב"ם ז"ל כלישנא קמא דר"פ שם בכתובות דהחיוב משעת אונסין וטבח בשבת פטור. ואם כן לכך כאן הרבעה אף דקם ליה בדרבה מיניה אינו פוטרו כשנאנס כמ"ש לעיל. וא"כ שוב לא שייך סברת הגמרא לעיל דלכך תליא בהיה עמו בשעת שאלה ולא בשעת אונסין משום דא"ל שאלה לא מחייב ופריך אי לאו אונסין כו' ומשני מ"מ שאלה עדיף דחייב במזונותיה כו'. ואם כן כאן דמצד חיוב אונסין דשעת שאלה שהוא שעת רביעה אינו חייב כלל דקם ליה בדרבה מיניה רק משום דהחיוב בשעת אונס. ושוב לא מפטר ע"י שהיה עמו בשעת שאלה דהכא ודאי אונסין עדיפא וגם לא נתחייב כלל במזונותיה ע"י שעת הרביעה דגם ע"ז פטור דקם ליה בדרבה מיניה כדאמר בש"ס גבי חוסם פי פרה כו' ואם כן א"ש בעיית הש"ס אי משום דלאו כדשיילי ולא נעשה שואל במשיכה רק כשרבעה ואף שהיה אז גם כן בעליו עמו רק לא בשעת אונסין לא פטור כנ"ל או דילמא דחשיב דאין לו הנאה וחשיב שאולה לקנות במשיכה. ואז לא הי' חיוב מיתה והוי ככל שאלה בבעלים כנ"ל. שוב ראיתי בלחם משנה תירוץ קצת כנ"ל דלא קני עד שעת תשמיש עיין שם. ולדבריו דוקא נאבד אחר שרבעה ע"ש. וכשהיה עמו בשעת רביעה גם כן פטור. מה שאין כן למ"ש ושייך שפיר הבעיא על מה דשני לעיל כנ"ל. ועיין מ"ש לקמן עוד מזה:

הנה לכאורה משמע דשאלה לרבעה ושאר תשמישים ישתמש המשאיל. אך זה אינו דכהאי גוונא לא הוי שואל דאין כל הנאה שלו. ואף בשואל ספר חשיב שוכר. וצ"ל כיון דשאלה לרשותו אין המשאיל יכול להשתמש בו רק גם הוא אינו רשאי להשתמש תשמיש אחר רק לרבעה. ומוכח דשואל לדבר מיוחד אף שאין כל הנאה שלו רק אותו דבר מ"מ הוי שואל להתחייב באונסין. גם מוכח דאף שהמשאיל חסר שוה פרוטה בהפסד תשמישו רק שאין השואל נהנה שוה פרוטה ששאלה על יום לתשמיש שאינו שוה פרוטה מ"מ המשאיל שחסר כל התשמישים שוה פרוטה מ"מ בתר שואל אזלינן. ואף דכעין בעי' דלקמן אי בתר שואל ומשאיל או בתר פרה כו' בעי בפרק] קמא דקדושין ב' בנותיך לב' בני בפרוטה כו'. ושם בעי גם כן אי בתר נותן או מקבל. ואם כן גם כאן הי' הך ספיקא כיון דמשאיל חסר שוה פרוטה כנ"ל. ומשמע דכאן דכתיב וכי ישאל רק בשואל תליא אי אית ליה הנאה שוה פרוטה כנ"ל. דעל זה חייבתו תורה לא על הפסד המשאיל בשאילתו כנ"ל:

שם כדשיילי אינשי כו'. או דילמא טעמא מאי משום הנאה כו'. אינו מובן הספק. וי"ל כמו כל מה שאמרה תורה לא תאכל דוקא כדרך אכילה וכהאי גוונא הנאה ושבת מלאכה כדרכה כו'. גם כן וכי ישאל כדרך, שאלה ובטלה דעתו. א"ד כיון דכל אדם שואל להנאתו והחיוב משום הנאה אם כן חשיב כדרך שאלה במה שהשאלה עכ"פ להנאתו ואינו תלויה במה שתשמיש זה אינו כדרך. כמו שכתבו תוספות גבי רפואה דחשיב שוה לכל נפש ולא דמי למיגמר. וכמו כלאים קוצים בערבי' כו':

שם שאלה לראות בה מהו ממונא בעינן כו' או דילמא ממונא דאית ליה הנאה כו'. והא הוי ממונא דאית ליה הנאה. וצ"ל הפי' דהא קול ומראה אין משום גזל ומעילה. וגם הוי זה נהנה וזה לא חסר. אם כן אינו נותן לו בשאלה זו שום דבר ממון דבלא השאלה אינו צריך לשלם לו עבור תשמיש הנאה זו. רק דמ"מ אם לא הי' מושכה לרשותו לא הי' לו הנאה זו ואינו רשאי למושכה בלי רשותו דבעל הפרה אם כן מ"מ נותן לו הנאה שוה פרוטה. רק שזה אינו אלא גורם הנאה שמטעים את עצמן וסבורים דשלו. וזה מותר גם באיסורי הנאה רק היכא דאסור רוצה בקיומו כנ"ל. ואתי שפיר לשון הבעיא ממונא כו' והאיכא מה שמשאילה למשכה לרשותו וגוף הפרה ממון וגם יש לו הנאה שוה פרוטה ע"י משיכה זו או דילמא ממונא דמתהני מיניה. היינו שלא יהיה דברים נפרדים רק מה שמשאילו היינו לתשמיש יהיה לו מזה הממון הנאת התשמיש שוה פרוטה לא דאם רק נותן רשות למשכה לרשותו שוב יהיה לו הנאה זו דנראה עשיר אף אם לא הי' רשות לשום תשמיש כנ"ל. וזה נראה פי' דברי תוספות ד"ה ממונא דמתהני מיניה:

לכאורה אם כן כל נפקד יהיה שומר שכר על בהמה דנראה שלו. וע"כ דסתמא לא חשיב הנאה כלל דאדרבא אדם עשוי שלא להשביע את עצמו רק זה דשואל על דעת כן. ואם כן ממילא לא הוי כדשיילי אינשי והיה בעיא זו באת"ל אדלעיל ולא משמע כן מהפוסקים. וי"ל דזה חשיב יותר כדשיילי שכל הנצרך ליראות עשיר שואל כנ"ל ולא דמי לרביעה דאיסור. ונראה דדוקא בדבר שאין עיקרו לכך מה שאין כן העומד לכך ודאי דחשיב שואל תכשיט להתקשט ולהתנאות כמו במעילה קטלא וטבעת כו'. ותוספתא הובא בתוספות לעיל ס"ב משכיר אדם מעות להראות:

אך באותן דברים שמותר להשתמש בלי דעת בע"ד פרק א"מ כ"ט וש"ע סי' רס"ז כלי נחושת כו'. אינו מבואר שם אי מתחייב באונסין כשמשתמש בהם כדין שואל כנ"ל. וכשבעליו במדינת הים או אבדה דמחויב להשתמש לצרכן אף שהשימוש לצרכו. מ"מ ודאי דאינו שואל כיון דמחויב רק כשבעליו בעיר דאינו מחויב ומ"מ רשאי כמו שכתב בטור שם. ובתוספות לעיל ל' ד"ה לצרכו כיון דאין שום חשש קלקול יש להסתפק אם נעשה שואל או כיון דזה נהנה וזה לא חסר פטור נהי דאי משאילו מדעת ודאי גם כהאי גוונא חשיב שואל דמ"מ אינו רוצה רק בתורת שאלה וכשהיה רוצה להשכיר הי' שוה פרוטה ההנאה. אבל שלא מדעת רק דסתמא אינו מקפיד אם כן לא מחשיב שואל וכן משמע שלא הזכירו רק בנשתמש בדמי אבידה עיין שם דלא עדיף משואל ספר כיון דגם משאיל נהנה חשיב רק שוכר רק אף במה שאין כלל צורך הכלי:

שם שכרה לעשות בה פחות משוה פרוטה ממון בעינן ואיכא או דילמא פחות משוה פרוטה לאו כלום. הלשון קשה איך אמר ממון והאיכא כו'. הוי ליה למימר אי פחות משוה פרוטה גם כן ממון או לא. ונראה דלזה כוונו תוספות ד"ה ממונא כו' ליישב דהפירוש ממון שישאיל והאיכא וגם א"ל הנאה אף שהוא פחות משוה פרוטה ע"ש וקאי ממונא על הפרה. ועדיין אינו מיושב דהול"ל אי בעינן שישאיל ממון או שיהנה ממון כנ"ל ואפשר לפרש דמיירי ששאלה ליום רק לעשות בה פחות משוה פרוטה ואין לו יותר רשות דהכי משמע לישנא אבל המשאיל חסר שוה פרוטה שהי' שוה תשמיש יום וכהאי גוונא שהיה שוה פרוטה להשכיר רק על חסרון דמשאיל לחוד לא מחייב כמו זרוק לים מנה דלרוב הפוסקים לא הוי כתן לפלוני ופטור. רק דכמו בזה נהנה וזה לא חסר דמבואר בגמרא ובתוספות דאשחרותא דכותלא כו' אף שאין החסרון שוה פרוטה מיקרי חסר שיתחייב על ההנאה דשוה פרוטה כן ג"כ להיפוך כיון דחסר שוה פרוטה אף שההנאה פחות משוה פרוטה חשיב ממון וחייב. ושפיר אמר ממונא בעינן שישאיל והאיכא דהא משאיל על יום וכהאי גוונא ששוה פרוטה שאילת תשמיש יום. או כל

פחות משוה פרוטה לאו כלום ולא חשיב כלל נהנה רק חסרון לחוד. ומחלק בין זה נהנה וזה לא חסר או דמסופק גם שם דאינו מפורש בפחות משוה פרוטה חסרון רק תוספות פירשו כן עיין שם. ואם כן היה נראה דהיכא שגם החסרון אינו שוה פרוטה לא איבעיא ליה כלל. דהוי רק כדבר שאינו מקפיד עליו. ואינו מוכרח:

הרמב"ם ז"ל מפרש הני ד' בעיות לענין חשיב שאילה בבעלים ותמוה מאוד אי חשיב שאלה למה יהיה שאילה בבעלים עיין שם וכתב לחם משנה ואולי י"ל דשאלה לראות ונראה כו' ורבעה ובעי אי הוי שאלה ופטור משום בבעלים או לא חשיב שאלה ומ"מ כשנראה חייב משום שנשתמש בה כמו במפקיד מעות דכשנשתמש חייב באונסין אף דלא שאלו לכך הכא נמי חייב עיין שם. ותמוה שאינו דמיון כלל דמעות מותרין דקיימא לן כר"נ דהיתר תשמיש לא מחייב באונסין היינו דלא קבלם בתורת שאלה בודאי רק כשירצה יכול להשתמש ויהיה אז נעשה שואל מה שאין כן קודם. וממילא כשנשתמש נעשה שואל דעל דעת כן הפקיד מותרין. ועוד דמעות שהוציאן פשוט דנעשה לוה עיין שם. מה שאין כן כאן דשאלה לכך ומ"מ לא חשיב שואל להתחייב באונסין בשימוש זה. אם כן מה בכך שנשתמש שימוש זה שאינו שוה פרוטה או שלא כדשיילי על ידי מה נעשה שואל להתחייב יותר מע"י השאלה:

ונראה לע"ד דהטעם דהא אמר לקמן דאמר ר"ה השואל קרדום ביקע בו קנאו כו' ומסיק דמשיכה קונה כו' וכתבו תוספות דבשואל משיכה קונה מן התורה דהוי כגופו לפירות ע"ש והרבה מהראשונים דגם בשואל דוקא בקע מה"ת ע"ש:

וא"כ למ"ש ר"י מג"ש והרבה פוסקים דמשיכה לא קני רק בהדבר שהקנין בגוף החפץ ואף למשכון לא קני משיכה ואם כן שפיר הבעי' כאן דלענין לרבעה שאינו כדרך כו'. לא חשיב כלל זכות בגוף הבהמה לענין זה כמו דלא חשיב באיסורי הנאה בר דמים שתוכל ליהנות שלא כדרך הנאתן כמו שכתבו תוספות. וכן לראות כמו שאין בו מעילה דלא חשיב מגופו. וכן לעשות בו פחות משוה פרוטה אין כאן זכות בגוף הבהמה לפירות כיון דלאו ממון וממילא הדין דבקע בו קנאו היינו כשנשתמש כנ"ל. וכיון דאז אינו בבעלים בעי' דש"ס וכדברי הלח"מ הנ"ל:

ומ"מ אינו נראה דאי לא חשיב מגופו היה כמו דקיימא לן בטובת הנאה דאי אינו ממון אינו יכול להקנותו כלל אף דשוה ממון הנאה זו לא חשוב שהוא בגוף החפץ שיוכל להקנותו אם כן גם שנשתמש כנ"ל לא קני גוף להתחייב באונסין. ויש לחלק בין שאין לו בו רק טובת הנאה אינו יכול להקנות דאין שלו כלל. מה שאין כן ביש לו כל הדבר רק שאינו מקנה לקונה אלא טובת הנאה יש לומר דמהני. וכן כאן:

אולם עדיין תמוה דהיה לו לרמב"ם לבאר דדוקא שלא היה עמו בשעת שימוש דאי היה בשעת שימוש הוי בבעלים. ועוד הך בעי' ממילא אם נאנס קודם שימוש. והיה לו להזכיר. ולכך נראה לע"ד דהא פליגי לקמן צ"ט רב ושמואל בהכישה במקל כו' דכיון שיצאה מרשות בעלים נתחייב זה אף שלא בא לרשותו דהוי כזרוק עיין שם ולשמואל פטור עד שהמשיכה תהי' לרשותו. ולתוס' חייב באונסין לדידן ביצאה מרשותו קודם משיכה ולרי"ף ורמב"ם דוקא משיכה.. ומ"מ י"ל דוקא משום דמחסרא משיכה. אבל כאן למ"ש דלענין חסרון המשאיל יש שוה פרוטה וגם כדשיילי אינשי שחסר למשאיל כל התשמישים על ידי שמשאילו לזה לרשותו לרבעה או לפמש"פ. אם כן ניהו דלא מהני המשיכה לשואל לקנותה משום דלאו כדשיילי או פחות משוה פרוטה מ"מ לענין יציאה מרשות המשאיל הוי כדשיילי ושוה פרוטה. ובזה לא מיחסרא משיכה דאין כאן קנין משיכה וכמו בלן דלא מיחסרא עיין שם. וממילא לכ"ע ביצאה מרשות משאיל מיחייב באונסין היינו במשיכה זו לרבעה או לפחות משוה פרוטה מטעם הוציאה מרשות משאיל כנ"ל גם לרמב"ם ז"ל כנ"ל כיון דאין קנין יותר ושפיר מיבעיא לש"ס אי חשיב בבעלים כיון דבעי עמו במלאכתו וניהו דאיתותב לעיל ר' המנונא דאמר דוקא פרה וחורש בה. מ"מ עכ"פ בעינן שיהיה במלאכתו דשואל וכן לר' אשי שנשאל רעהו עם הפרה והיינו שגם בהחפץ יש לשואל הזכות במלאכה שייך שגם בעליו עמו על ענין זה. אבל בהנך דבעי שאין חיובו דשואל כלל בשביל זכות מלאכה רק החיוב על מה שיצאה מרשות משאיל. ואין בעליו שאולים כלל בענין זה דהא מצי הדר ביה רק דש"י ומסתמא יעשה מלאכתו. ואם היה נשאלין עמו למלאכת פרה זו למה ששאל ודאי לא היה חשיב בבעלים. ממילא לא עדיף למלאכה אחרת מזו ששאל לר"ה כנ"ל. ומיושב כנ"ל אף שהיה עמו בשעת שימוש גם כן ספיקא דש"ס. וגם אם נאנסה קודם שימוש הספק כנ"ל:

ומיושב דרש"י לטעמיה דסבר כתוס' דבכל שואל חייב ביצאה מרשות משאיל ואעפ"כ אמרה תורה דבעליו עמו פטור אם כן גם בהנ"ל פטור בבעלים ולכך מפרש הבעיא רק לענין חיוב. משא"כ לרמב"ם בכל שואל החיוב רק מצד משיכה וזכותו במלאכה וכה"ג הוא דפטרה התורה בבעלים כו' משא"כ בהיך דבעי דהחיוב כנ"ל מספקא ליה אי פטור משום בבעלים כנ"ל:

והרמב"ם הוכיח זה הפי' מדנקיט הש"ס הבעיות הכא ובהדי שותפין ששאלו דמיירי רק לענין בבעלים. וזה הטעם שהרמב"ם הפך סדר הש"ס ונקיט מקודם ספק דשותפין כו' ואחר כך הני ד' בעיות לאו כמו סדר הש"ס. שבא לרמז דהוכחתו מבעיות דשותפין כו'

דגם הני לענין בבעלים כנ"ל. ועוד י"ל דהוכיח מברייתא נדרים ל"א וברמב"ם הלכות שלוחין פ"ב לשגר לבית חמיו דדוקא כשנותן כפי טובת הנאה ואם לאו הכי משמע דהוי שואל והוא כמו לראות ע"ש:

ובמ"ש יש ליישב דהרי"ף ז"ל השמיט כל ד' בעיות הנ"ל. ותמוה למה ולא ראיתי מי שהעיר ולהנ"ל י"ל דסבר דרב"ח סבר כר"ה דדוקא פרה וחורש בה שיהיה שואל למלאכת הפרה ששאל כנ"ל. ואם כן שפיר בעי לענין בבעלים דבהיך דחיובא באונסין דשואל לאו משום זכותו בפרה למלאכה כיון דלא שוה פרוטה ולא כדשיילי רק משום יציאה מרשות משאיל כנ"ל אם כן אינו עמו במלאכתו כלל דפרה זו אף שעושה עמו פחות משוה פרוטה או שמסייע לרבעה וכהאי גוונא. דאין חשיב כלל מלאכה להיות נקרא עמו במלאכה כחורש בה כנ"ל. וראיה דרב"ח ס"ל הכי מדבעי גם לקמן בעל אי שואל כו' ואמר רבא לפום חורפא כו'. וניהו דאמר אחר כך כי קמבעיא לרמב"ח היינו דמיישב לדידן באיזה ענין שייך בעיא שלו. אבל אינו מיושב דברי רב"ח גופיה דאמר לפום חורפא כו'. ואם כן באמת תימה על רב"ח. ולהנ"ל אתי שפיר דסבר כר"ה א"כ שפיר בעי סתם בעל בנכסי אשתו דאינה משועבדת לחרוש בפרתו ולא הוי כלל בבעלים כנ"ל. רק רבא אמר לפום חורפא כו' דהא איתותב ר"ה. או דרב"ח נקיט סתם כדי שיהיה שייך אליבא דר"ה דלא נדחו דברי ר"ה אצלו לגמרי. ואם כן רב"ח לטעמיה בעי שפיר הני ד' בעיות מה שאין כן לדידן דגם לשאר מלאכה חשוב בבעלים סובר דלא שייך כלל הני בעיא דכיון דחשיב שאלה חשיב בבעלים אף דהחיוב על היציאה מרשות משאיל כנ"ל. ולכך הביא הרי"ף מקודם לשון הש"ס כיון שיצאתה מרשות משאיל בבעלים עיין שם כנ"ל:

או אפשר דהרי"ף ז"ל מסופק בפי' האבעיות אי כרש"י אי כרמב"ם דבאמת יש הוכחות לשני הפירושים. ואם כן להפוסקים דבדררא דממונא מהני ס"ס להוציא אם כן כיון דלא איפשיטא. אם שאל שלא בבעלים יהיה ס"ס לחייב דילמא בעי' רק לענין בבעלים וחייב ואת"ל לענין שואל לא אפשוט. וכששאל בבעלים יש ס"ס לפטור כנ"ל אי בעי' לענין שואל פטור ולא מהני תפיסה. אם כן שפיר השמיט ויהיה הדין כשאר שואל דחייב ובבעלים פטור. אולם דוחק לומר כן על הרי"ף ז"ל:

שם שאל משותפין כו'. ופ' הרמב"ם סתם דאי תפס לא מפקינן. ותמוה דיותר מפלגא לא מספקא לש"ס דיהיה חייב דמפורש א"ד מפלגא דידי' מיפטר כו' ע"ש. ונראה דהנה תוס' תמהו דכולו פטור מכל השתא למה לא יפטר מחצי' ע"ש. ולע"ד י"ל דאי נימא דפטור מפלגא דחשיב בבעלים מ"מ יהיה הדין דבאותה מחצה שמשלם יחלקו ב' השותפין גם זה שהיה שאול לו בשעה ששאל מהם דהא כמו שהשאילו שניהם לא אמרינן שקיבל

עליו רק מחצה שויו אחריות דודאי דחולקין בחצי הב' וכן כאן שהיה מחצה בבעלים לא נתחייב רק אחריות חצי ומ"מ החיוב לשניהם דהא ודאי דלא חשיב פשיעה מה שהיה שאול לו והשאילו בהסכמת שותף הב' לא מבעי' אם ידע שותף הב' שהוא שאול לו א"כ נתרצה על קבלת אחריות חצי כנ"ל. רק דאפי' לא ידע. מ"מ הא אף שומר שמסר לשומר לא הוי פשיעה מכ"ש בזה דרגיל להפקיד דהא חצי השאיל גם הוא. וגם לא גרעי' כלל רק עלי' דגם שותפין הוי שמירה בבעלים. וגם אי הוי פשיעה פטור שותף משום בבעלים וכ"ש כנ"ל. וכמו אם היה שותף א' משאיל חצי ונאנסה דהיה חולקין בהחצי שחייב כנ"ל. וע"כ כשיהיה הדין דמשלם חצי מחלקו ויפסיד זה שאין עמו רביע והא נגד זה לא פטרה תורה ושפיר בעי כולו בעליו בעינן וליכא היינו בעליו דתשלומין שלו כדאמר לקמן באגרא מעלמא ונסבה דאי שלה התשלומין חשיב בעליו אף דאין הפרה שלה רק התשלומין ע"ש. וא"כ כאן בעליו דתשלומין דמחצה יהיה לשניהם ולא חשיב בעליו עמו על הרביע ולמה יפסיד שותף זה שלא נשאל עמו רביע. ואם ישלם ג' רביע שיטול שותף זה חצי עדיין יהיה הדין שיחלקו בג' רביע והמותר יפסידו שניהם ועדיין יחסר חצי רביע לזה שלא נשאל. ולכך חייב לשלם הכל כדי שלא יפסיד זה שאין בעליו עמו כנ"ל. ובעי או דלמא מפלגא דידיה מיהו מיפטר. היינו דגם להיפוך שייך כיון שהקפידה תורה שלזה שהיה נשאל לו לא ישלם וכאן אם ישלם מחצה יקח חצי גם זה שנשאל שוב אמרינן להיפוך דלא ישלם כלל כדי שיפטר מזה שהיה עמו וכיון דמפלגא דידיה עכ"פ ראוי להיות פטור שוב ע"כ פטור לגמרי. ושפיר פ' הרמב"ם שהוא ספק על הכל כנ"ל:

ולדידן אי דלא כמשמעות לשון הרמב"ם הפי' כפשוטו א"ד מפלגא דידיה פטור היינו שאין חוששין להנ"ל במה שיחלקו במחצה דמ"מ הוא פטור מחצי. או דספיקא דש"ס בהך דינא גופא דלמא אין חולקין במחצה שמשלם דהוי כאלו קיבל מפורש אחריות על חלק שותף זה שלא נשאל ולא על חלק מי שנשאל. ומדויק הלשון א"ד בההוא פלגא דידיה מיהו מפטר. כיון שהפטור על חלק שלו כנ"ל לא יחלקו. ובאמת יש להסתפק בזה ויותר נראה כנ"ל דחולקין:

ולא קשה מה' חצאי בקר דשם פירש"י שהודה רק על חלק השותף א"כ אף שיחלקו במחצה בלא הודה ראוי להיות כן דע"ז לא הודה משא"כ כאן. ועוד להנ"ל י"ל כיון דקי"ל שותף חולק שלא מדעת חברו כשאין לו שום הפסד א"כ י"ל כאן דהספק אי כנ"ל דע"י שיחלקו מחצה שישלם ישלם כולו א"כ לא הוי כחלוק חלקו של זה שלא נשאל דהא יפסיד הב' ע"י חלוקה זו דעכשיו יקח גם הוא כשאינו נחלק כנ"ל. או דלמא דלהיפוך הקפידא יותר על הפטור ויפטר לגמרי כנ"ל. ושוב הוי כחלוק שאין הפסד לב' דממ"נ

לא יקח רק שזה יפטור לגמרי ושוב הוי כחלוק חלקו של זה שלא נשאל ומשלם חצי לו וא"ש ג"כ הלשון מפלגא דידיה שהוא כחלוק. משא"כ בה' חצאי בקר הספק רק אי פטור לגמרי או מחצה א"כ לכ"ע הוי כחלוק דלא יפסיד אף דנימא שהקפידא שיפטור מודה בקנס ועי"ז יפטור מהכל כנ"ל:

וכן בשותפין ששאלו ונשאל לא' יש לפרש ג"כ כנ"ל. כמו דקי"ל במחל לא' דחוזרין ומשלמין שניהם מחצה דלא חלקו והזכות לשניהם. א"כ לא הוי כולו בעליו כיון שעי"ז יפטר גם זה מרביע שלא נשאל לו או להיפוך:

שם שאל מהאשה כו' ותמהו בתוס' מה כח לאשה אדרבא בעלה כו' ותי' דגם הוא אינו יכול בלי דעתה א"נ שאל מאיש נ"מ ע"ש. ועדיין תמוה לשון הגמרא הוי ל"ל שאל מהאיש ברצון האשה כנ"ל. ונראה דהא רב"ח בעי לקמן בעל בנכסי אשתו אי שואל או שוכר רק דדחי רבא דהוי בבעלים א"כ למאי דאמר לקמן בשוכר והשאילה לאחר דאגרה מעלמא ונסבה דכשהשאיל בבעלים לרבנן חשיב בבעלים כיון דתשלומין שלו אף שאין גוף הפרה דמשאיל ממילא פטור. וא"כ אי שוכר הוי זה ששאל מהאיש כשוכר פרה והשאילה לאחר ונשאל עמה וממילא אף דקנין פירות לאו כקנין הגוף מ"מ התשלומין דאונסין היה דבעל לרבנן דר' יוסי וממילא חשיב בבעלים כיון שהוא השאילה ונשאל עמה ורק משום דקי"ל כר"י שתחזיר פרה לב' הראשונים כדאמר לקמן כו':

אמנם למ"ש תוס' פ' המפקיד ל"ה אין הטעם משום פרתי גבך כו' רק משום דל אנת ודל שבועתך ואף שיביא עדים יאמר אני פוטרך כו' ומסקי תוס' ד"ה תחזיר דאם המשכיר עצמו היה שם שא"צ לישבע ולא להביא עדים מודה ר"י לרבנן ע"ש. וא"כ לפי המבואר בירושלמי דבבעלים אימעוט מדין שומרין לגמרי דאף שבועה שאינו ברשותו א"צ כשאר טענת ספק ע"ש וא"כ כיון דגם הראשון בבעלים א"צ שום שבועה נגדו וכמו שהמשכיר היה שם. א"כ כאן דבעל פרה דאשה חשיב שוכר בבעלים והשאילה לאחר ג"כ בבעלים ונאנסה ממילא אם יהיה הדין דמשלם ישלם לבעל כרבנן דמודה ר"י דהא אין הבעל צריך לישבע נגדה דהוי בבעלים וממילא כיון דתשלומין דבעל שפיר חשיב בעליו עמו מה שנשאל. ואף אי ק"פ לא כקנין הגוף מ"מ חשיב בבעלים כנ"ל. וגם טעמא דפרתי גבך לא שייך כמ"ש תוס' שם דהא פטור:

אמנם מבואר בגמרא ל"ו גבי שומר שמסר לשומר דפריך ממתני' דהשוכר כו' והשאילה ל"ל אין רצוני כו' ומשני כשנתנו לו רשות להשאיל ופריך א"ה לבעלים בעי שלומי דחשיב שהם השאילוהו כן פירש"י ומשני דא"ל לדעתך ע"ש. וא"כ בהשאיל הבעל והסכימה היא היה חשיב לדעתיך ולא שייך כלל בעי' הנ"ל כמ"ש באף א"ל כקנין הגוף

ג"כ פטור. רק בנתנה לו האשה רשות להשאיל דהא צריך רשותה דאין השואל רשאי כו' וגם משום רוח ביתא כמ"ש תוס'. וממילא כיון דנתנה רשות חשיב כאלו השאילה היא וגם לרבנן דר"י ל"ה בעי לשלומי ושייך בעי' הנ"ל אי חשיב מה שנשאל בעליו משום קנין הפירות כנ"ל. ומדויק לשון הש"ס דוקא דנקיט שאל מהאשה היינו אף דשאל מבעלה מ"מ כל הבעי' רק בנתנה לו רשות להשאיל דחשיב כשאל מהאשה כנ"ל מה"ט שייך הס' משא"כ בלדעתיך כנ"ל:

ולדידן דלוקח הוי קשה באמת כיון דחיובי' דשואל עבור התשמיש שהוא דבעל א"כ אף אי לאו כקנין הגוף לא גרע משוכר והשאילה ורק משום שנתנה לו רשות וכשהוא לוקח לא שייך כ"כ דמשום רשותה יהיה כשלוחה כיון שאין לה כלום בפירות דהוא השמוש וצ"ל משום רוח ביתא כמ"ש תוס' ואינו יכול להשאיל בלי רשותה שוב הוי כשלוחה. אך שוב היה כשאל משותפין ונשאל א'. כיון דהטעם משום שיש לה זכות בפירות ג"כ וניהו דקנין פירות לאו כקנין הגוף ספק כנ"ל. ולכך משמע מזה דבעינן דוקא בעליו דחפץ לא דתשלומין כמ"ש בש"ע ע"ש ומה דקשה מלקמן ע"ש:

שם אשה ששאלה ונשאל לבעלה. ופירש"י פרה לחרוש קרקע מלוג. ותמוה אי אינה נושאת ונותנת ושאלה בלא דעת בעלה ניהו דקנין פירות כקנין הגוף מ"מ הוא השואל לחיובא דאונסין עלה לא על בעלה וכמו שואל לחרוש בשל חברו. וי"ל בהודיעה למשאיל שלצורך נ"מ. וכמו בפועל דהראהו של חברו ולא אמר שכרכם עלי פטור כן בשואל פרה כיון דבעינן לעשות בה שוה פרוטה. ממילא כששואל לעשות לצורך חברו שוה פרוטה ואינו החיוב רק משום כמו תן מנה לפלוני וחיוב דעל חברו חל עליו וכיון דלחברו נשאל ופטור משום בבעלים ממילא אין הוא חייב מדין ערב כיון דהלוה פטור מדינא כנ"ל. אבל אי קנין פירות לאו כקנין הגוף הוי לעשות בשלה דחייב עלה מצד עצמו ואף דשאיל לבעלה חייבת. ואף דהחרישה לצורך הפירות שהם לבעלה מ"מ קרקע חרושה שוה יותר וחשיב שלה כנ"ל. וגם י"ל בנושאת ונותנת אף דחשיב כשלוחו מ"מ זה במה שעושית עבורו משא"כ אי קנין פירות לאו כקנין הגוף הוי כשאלה עבור עצמה לא עבורו. וא"כ עיקר ספיקא דש"ס אם החיוב אונסין עליה או על בעלה ונ"מ גם שלא בבעלים כנ"ל:

שם האומר לשלוחו צא והשאל לי עם פרתי כו'. פירש"י בשבילי כו' תמוה כקושית תוספות ע"כ בהפרה איכא שום לימוד דכל מקום שלוחו של אדם כמותו עיין שם. גם לשון הגמרא א"ד ששלוחו של אדם כמותו. שי"ן ראשונה מיותרת. ונראה דפשיטא ליה דענין שליחות לא שייך רק בדבר שיש לו שייכות יותר מהשליח ניכר שעושה הדבר

עבורו כמו לקדש לגרש א' המשלח או למכור שלו. אבל באומר השכר עצמך לפלוני לא מצינו שליחות רק עצה לעשות בשביל עצמו ולכך אפשר גם במפרש שנעשה בשליחותו לא חשיב כמותו כיון שאינו ניכר כלל ממעשה השליחות שהוא בשביל פלוני. ומה"ט בדבר עבירה דדברי מי שומעין אינו שליחות דאדרבא מורה שאינו עושה כלל בשביל השליחות. ולכך אם היה אומר מקודם לא' צא והשאל עצמך לפלוני בשבילי לא היה חשיב שליחות כלל. וממילא אם היה המשלח משאיל בהמתו לזה שהשליח נשאל לו לא היה חשיב כלל שאילה בבעלים. דא"כ הוי ליה למנקט הבעי' כה"ג רבותא יותר. אם לא דנאמר דהרבותא לאידך צד ואי כהנ"ל ע"כ לא מבעי' רק כה"ג שהוא ביחד השאל לו עם פרתי דכיון דלענין להשאיל פרתי דמשאל הוא משום ששלוחו כמותו שוב כיון דתלתה תורה שאלת הבעלים בשאלת הפרה שיפטור מאחריות עי"ז שוב חשיב שליח גם ע"ז שנשאל לו בשביל משלחו והיינו שנעשה שליח להשאיל פרתו לזה בבעלים ושייך שפיר ענין השליחות גם על שאלת עצמו. ומדויק א"ד ששלוחו של אדם כמותו היינו כיון דשאלת הפרה משום ששליח כמותו שוב גם על שיחשב בבעלים הוי שליחות. ומדמי לה שפיר להפרה דשם לחד לישנא הטעם דאינו מיפר בלי שמיעה וכ' שם הר"ן וראש דשמיעת השליח לא הוי כשמיעת הבעל דלא שייך ע"ז ענין שליחות דממילא הוא ע"ש. ולע"ד ג"כ הטעם כנ"ל דאין בזה שייכות היכר שעבור המשלח כנ"ל. ומ"מ כיון דההפרה תלוי' בזה דאינו יכול להפר בלי שמיעה. ולענין ההפרה שייך שליחות שוב מהני השליחות גם על השמיעה שיהיה חשיב כמפר ע"י שמיעה דענין השמיעה שייך להההפרה והוי כמותו וכמפר ע"י שמיעת בעל. והוי ממש כמו כאן:

שם בעל בנכסי אשתו שואל הוי או שוכר כו' תוס' הוי מ"ל אמתני' דתנן נ"מ אם פחתו כו' לה אלא דעדיפא פריך א"נ איכא לאוקמי בקרקע כו'. ותמוה לי דבריהם ז"ל שלא הוזכר שם נ"מ רק עבדי מלוג. ותני מתו לה כו' לא הוזכר פחתו במשנה. ופשיט דקי"ל עבדי כקרקע ולא צ"ל בקרקע. גם מתו י"ל פשוט מחמת מלאכה דפטור מטעם שואל ואלו היה כנכסי צאן ברזל חייב בכל אחריות:

עוד נראה דהא בהוזל לא מחייב שואל רק כשויו דשעת אונסין אף ללישנא קמא דר"פ בכתובות דחיוביה משעת שאלה היינו דחיוביה מיד על שויו כשיאנס כמבואר בהה"מ ושאר פוסקים דלא עדיף ממזיק בידים. וא"כ כיון דבפ"ק דמכות מבואר בע"ז דמשלמים לה רק הטובת הנאה שלא היה לה רק שויו זה למכור הספק. ולדידן אחר תקנת אושא גם בנ"מ כן כדאמר פ' החובל. וא"כ בעי' דרב"ח לשלם בתורת שואל או שוכר א"צ לשלם רק טובת הנאה שויו דספק השוה למכור בשעת אונסין כי אין לה יותר שיוי בהפרה בשעת

אונסין. אמנם ז"א דכמו שאינו יכול הבעל לחלוק וליתן לה טובת הנאה ויקח השאר רק בלי חלוקה שיהיה גוף ופירות והיא יהיה לה טובת הנאה הספק כן גם כשנאנס או הזיק נכסי מלוג שלה אינו רשאי לחלוק וליתן לה טובת הנאה לבד רק שיקח פרה אחרת ויהיה לה ספק הזה דטובת הנאה והפירות יהיה שלו כנ"ל. וזה מוכח גם מבעי' דלעיל בשאל מאשה ונשאל בעלה. דאי כנ"ל א"כ חלקם מיוחד לכל א' שהשואל מהם ונאנס ישלם לה זכות ספיקה ולו זכות ספיקו כמו פ"ק דמכות ע"ש. וכה"ג שניכר חלק כל א' משמע דלכ"ע פטור מחלק שהוא בבעלים ולא מהב'. וע"כ כנ"ל דכיון דאין יכולין לחלוק ממילא מחויב לשלם פרה שיהיה ביחד לשניהם זכות פסקו של כל א'. וכן בבעל עצמו כנ"ל דכה"ג שמחזיר פרה ישלם ממש כמו שהזיק. אמנם שם במשנה דיבמות דמיירי מהחילוק שבין נכסי מלוג לנכסי צאן ברזל כשגרשה או מת אחר שנאנס. וא"כ בזה אף דשאל או שוכר או הזיק שיחזיר וישלם פרה שלימה דזה יותר ממה שהזיק שלא היה לה רק טובת הנאה דספיקא ואיך ישלם לה כל הפרה א"כ לא יצטרך לשלם רק טובת הנאה כשיוי דבשעת אונסין כיון שכבר חלקו. משא"כ נכסי צאן ברזל דנתחייב מיד בכל דמי הפרה כנ"ל כלוה ולוקח כנ"ל ולא קשה:

אך לכאורה עדיין קשה ניהו דאין הבעל יכול לחלוק וליתן לה דמי הספק טובת הנאה היינו משום דא"י לכופה למכור זכות ספיקה אף שאינו שוה יותר. משא"כ מזיק ואונסין דאין חיוב לשלם רק דמי ההיזק כמו ששוה למכור כדמוכח פ' החובל פ"ט דדייק אביי דטובת הנאה לאשה דאי דבעל לימא לה מה אפסדך אי מזבנת דבעל הוי ע"ש. והא יכולה לומר לא הייתי מוכר ומ"מ היה לו ספק זה השוה לי וע"כ דלא משלמי רק מה ששוה למכור. א"כ גם בהפסיד בעלה נכסי מלוג יתחייב רק שויה דספיקה כעדים זוממין דג"כ בכלל כ"ד נזיקין. אמנם ליתא מב' טעמים א' כמו דמשני התם משום רווח ביתא מחויבים לשלם אף שהוא דבעל כדי שיהיה לה הרוחא וזה בכלל דמשלם ממיטב. ממילא גם מחויב לשלם כל הפרה אף שיאכל פירות כדי שיהיה לה הרווח ביתא מכל הפרה משא"כ בט"ה לחוד:

ולטעם זה י"ל כמ"ש דדוקא כל שהיא תחתיו מחויב לשלם כל הפרה כדי שיהיה לה הרוח ביתא כנ"ל. משא"כ כשגרשה או מת אחר שהפסיד או נאנס לא מיחייב רק כשויו בשעת ההפסד טובת הנאה והספק דעכשיו לא יהיה לה רווח ביתא וממילא אינו חייב רק גוף השיוי דכשעת אונס כנ"ל. וא"ש במשנה הנ"ל אמנם נראה עוד טעם ועיקר. דאף לדידן דאפשר דמשום רוחא ביתא א"צ לשלם כיון דקי"ל טובת הנאה לאשה ע"ש מ"מ חייב לשלם הכל. דע"כ לא אמר בע"ז דמשלמין רק שיוי הספק ומה דשוה למכור רק

בכתובה ונכסי צאן ברזל דשלו רק לה חוב עליו וקי"ל גורם לממון לאו כממון רק שורף שטרות כ' תוס' ב"ק ע"א ע"ב ד"ה וסבר כו' דחייב משום ששוה החוב למכור לכל העולם ע"ש. מה"ט מה שאינו שוה למכור שוב הוי רק גורם לממון ולא מיחייבי רק זכות הספק השוה למכור כנ"ל. אבל נכסי מלוג דשלה הם אף שאינו שוה למכור מ"מ גוף הפרה שלה ואף שהוא ספק מ"מ המזיק או מפסיד אף בעלה מחויב לשלם כל הפרה ושיהיה ספיקה קיים על כל הפרה. דהא דינא דנזקין במיטב וכמה שהזיק רק דמטלטלין כ"מ מיטב דיכולין לקנות בעד הדמים והטורח על הניזק משא"כ בתשלומין טובת הנאה לא חשיב מיטב לענין הספק שרצונה שיהיה לה ספק זה בכל הפרה וא"י לקנות כנ"ל. ושפיר מחויב הכל כנ"ל. ולטעם זה כשמתה או גרשה אח"כ שלה לגמרי דהספק על התשלומין כמו על הפרה ואיגלאי דשלה כנ"ל:

ובזה נתישב לי לשון הגמרא דאמר רבא לפום חורפא כו' ממ"נ אי שואל כו' אי שוכר שב"כ כו' מה צורך לאריכות הזה דממ"נ הוי ליה למימר הא שמירה בבעלים הוא. ולמ"ש י"ל דהא לכאורה יש ליישב דברי רב"ח דהא בעי לעיל שאל משותפין ונשאל א' כו' כיון דלא הוי כולא בעליו גם מפלגא דידיה לא פטר וא"כ גם בעל ששאל נכסי מלוג ממנה לא הוי איהי כולא בעליו ולא חשיב בבעלים כלל. ושפיר בעי אי שואל כו':

אך ז"א דא"כ הא דאמר בבבא בתרא פ' חזקת הבתים השותפין ש"ש כו' דהוי בבעלים והא לא הוי כולא בעליו. וע"כ החילוק דוקא אחר ששאל כל הפרה ונשאל א' אינו כולי' בעליו על מה ששאל. משא"כ בשואל רק מחצה של שותף א' ונשאל דעל כל מה ששאל וכל החיוב הוי בעליו חשיב כוליה בעליו וממילא שותפין שאינו שואל מהב' רק מחצה שלו ועל זה חיוב תשלומין שלו ועל אותו חלק הוי כולא בעליו כנ"ל:

אמנם לטעם א' הנ"ל בבעל מאשתו דבאמת אין לה רק טובת הנאה זכות שוי' ספיקה רק מ"מ מחויב לשלם הכל משום שיהיה לה רווח ביתא גם ממה שהוא שלו. שוב י"ל שפיר דלא חשיב בבעלים כלל דלא הוי כולא בעליו נגד חיוב התשלומין שלו דצריך לשלם גם חלק שלו שאינה נקראת בעליו ושוב חייב הכל כיון דליכא כוליה בעליו כנ"ל. ושפיר בעי' דרב"ח לצד בעי' דלעיל דנשאל א' חייב כנ"ל:

אמנם ספיקא דרב"ח אי שוכר הוי פירש"י ז"ל לקמן דפרקונה תחת פירות. ולכאורה מה הסברא שיהיה שואל וע"כ הטעם פשוט כיון דכבר תיקנו פרקונה תחת פירות ואף שאין לה ג"כ חיוב פרקונה משום לא פלוג שוב בפרה זו חשיב שואל דאין לה הנאה משמוש זה שמשתמש בפרה דגם אי לא היה לה היה חייב כנ"ל וא"כ אי נימא כנ"ל דרווח ביתא חשיב ממון שיש לה מהפירות שהם שלו שוב פשיטא דאינו שואל רק שוכר דהא הנאה

זו דרווח ביתא יש לה מהפירות שמשתמש בה. והא אף שואל ספר מבואר בש"ע דחשיב שוכר משום פרוטה דר"י כנ"ל וע"כ מדויק שפיר לשון רבא דקושיא דשמירה בבעלים לא היה יכול להקשות די"ל כנ"ל. והקשה ממ"נ אי שואל כו' היינו כיון דמבעי' ליה אי שואל אי שוכר ע"כ דלא חשיב ליה ממון משום רווח ביתא וע"כ הטעם דמשלם באמת רק טובת הנאה שלא יוקשה ממתני' דיבמות כנ"ל. ושוב ממ"נ בבעלים הוא דנגד חלקה שהוא טובת הנאה לחוד הוי כולא בעליו כנ"ל וא"ש:

ויש להסתפק בדין הנ"ל. דאפשר דניהו דאם הוזל מצ"ע קודם שנאנס לא מחייב רק כשויו דשעת אונסין מ"מ במה שנפחת והוזל על ידי השאלה כמו בבעל דעל ידי השאלה שלו לעולם הוזל שאין לה רק טובת הנאה אפשר דזה אינו מנכה והוי כקיבל שויו דאונסין כמו ששוה בלא הפחת שנעשה על ידי שאלה שלו. ונפקא מינה בשאר שואל לשנה ויותר ונאנסה מיד דודאי הוזל על ידי השאלה שאם היה המשאיל מוכרה היה לוקח פוחת מדמי' בשביל שמושאלת לשנה. ממילא גם השואל אינו משלם יותר. או כנ"ל:

שוב מצאתי בנימוקי יוסף לקמן סוף פ' גבי שואל בטובו לעולם בשם הר"ן שכתב ונפקא מינה לענין תשלומי אונסין כו' אם נאנס אין צריך לשלם אלא דמי שברים לבד שהרי אין למשאיל זכות בו בעודו שלם עיין שם. ונפשט הנ"ל דאף שמה שהוזל ע"י השאלה מ"מ אינו משלם זה הפחת כנ"ל. וכן בכחשה מחמת מלאכה ונאנסה אחר כך גם כן משלם רק כשוי' אחר הכחש כנ"ל. ומ"מ אינו מוכרח די"ל דוקא שם דלעולם אין צריך להחזיר כשקיים. מה שאין כן בכחשה דהדר או הפחת מחמת הזמן דהוי כחשה דהדר דעל כל פנים כשיחזיר הוא מחזיר כולה כשוי'. גם כשנאנס דכלתה שאלתו י"ל ג"כ דחייב כל שוי':

דף צו:

שם ע"ב ממ"נ כו'. עוד י"ל דיוק הנ"ל. דלכאורה בעי שפיר במתני' דאלמנה לכ"ג כו' דאינה משועבדת לו לשום דבר לא למעשה ידיה דכל שתחתיו ל"ל מזוני כדאמר יבמות פ"ה ועוד כשאמרה איני ניזונת ואיני עושה ולשאר דברים לא משעבדה כיון דבאסור. ומ"מ פירות שאכל לא משלם לתוספות שם פ"ה עיין שם וכן בשניות כו'. אך למה מספקא ליה אי שוכר הוי הא רבא סבר כתובות נ"א ע"ב דכל שאסור אחר גרם כגון אלמנה לכהן גדול אינו חייב לפדותה והוי ודאי שואל. ושפיר אמר רק ממ"נ במה דמספקא לך אי שוכר כו' ע"כ בהני דחייב בפרקונה ובהני דהיתה בבעלים הוא. אם כן

י"ל דרבא לטעמיה הוא דדחי שפיר אבל רמי בר חמא גופיה י"ל דסבר כאביי דאלמנה לכהן גדול חייב פרקונה ולכך בעי שפיר כנ"ל:

עוד י"ל דלכאורה בעייתו שפיר בהתנה על מנת שלא יפטרנו מאחריות ע"י שהוא בבעלים אף אי בלא קנין הוי מתנה על מה שכתוב בתורה מ"מ בקנין מהני כמתנה שומר חנם כו'. וכיון שקנו ממנו שיתחייב כאלו לא הי' בבעלים. אך י"ל דלכאורה שואל חשיב כל הנאה שלו הוא נותן לבעליו חיוב אחריות דשוה ממון ויהיה כשוכר. וע"כ זה אינו דזה הוא החיוב שחייבתו תורה בשביל דהנאה שלו חייב באונסין. וא"כ במה שפטרתו התורה שהוא בבעלים, ורק מתחייב במה שאינו חייב בקנין באחריות אף שפטור משום בבעלים שוב ודאי הוי רק שוכר דעכ"פ נותן בשביל תשמישו חיוב אחריות מה שפטור ע"פ דין. ואם כן שפיר הוצרך רבא לומר ממ"נ אי שואל כו' אי שוכר כו'. דאי התנה אין כאן ספק אי שואל כנ"ל:

קשיא לי לאותו צד דלעיל דכולא בעליו בעינן משכחת לה שהיה לה כה בשותפות עם ב ושאל הוא משותפה חלקו שלא יהיה שאול עד שעת נשואין שיהיה שאול גם חלקה. והוי שאל משותפין ונשאל אחד דחייב גם חלקו והוי ספק אי שואל על חלקה וחייב באונסין או שוכר ופטור. ואף דפרה במשיכה ואי אפשר לצמצם בשעת חופה. מ"מ בקיימא בחצירו משכחת לה כדאמר גמרא לעיל דאמר לא תשאל עד אז כו'. והיה מוכח מזה דע"כ לא בעי בשאל משותפין רק ביחד בבת אחת. אבל שאל מאחד חלקו ואחר כך מהב' חלקו חשיב זה כולא בעליו נגד שאלה זו דשאל מיוחד חלקו וכן ממילא אף דבבת אחת באו ב' החלקים בתורת שאלה מ"מ הוא מיוחד חלקו של כל אחד ופטור לזה וחייב לזה וכאלו חלקו ולכך לא משכחת כנ"ל. דאי שאל סתם כיורד ברשות והוי שואל על הכל. ואי חלקו א"כ מיוחד כנ"ל:

אך מ"מ משכחת בקיימא מחצירו ושאל משניהם שיהי' נעשה שואל בשעת נשואין. אך מ"מ י"ל כמו דשאילה בבעלים מפקעת שאילה שלא בבעלים דמעיקרא. כן כיון דהיכא דחלקה מיוחד הי' חשיב בבעלים שוב אף דשאל מקודם משניהם שיחול בשעת נשואין ואינו מיוחד וחשיב ע"י זה שלא בבעלים כו' מ"מ כיון שבשעת נשואין בא גם כן שאלה ממנה ע"י הנשואין דחשיב חלקה מיוחד דמצד בעל נעשה שואל גם כן ובזה חשיב בבעלים שפיר אתי שאילה זו דבבעלים ומפקע השאילה דשלא בבעלים מצד השאלה דמקודם שאינו מיוחד כנ"ל ושפיר פטור על חלקה כנ"ל:

שם אלא כו' דאגר מינה פרה והדר נסבה כו' ואתיא שאילה בבעלים ומפקע כו' ומ"ש דאי שואל כו' אי שוכר נמי כו'. ותמוה דמבואר לקמן צ"ח ע"ב דשאלה בבעלים ושכרה שלא

בבעלים מיבעיא עיין שם בתוספות ד"ה שאלה כו' אבל שכרה בבעלים וחזר ושכרה שלא בבעלים פשוט ליה דשכירות כדקיימא קיימא. ובתוספות תירצו שם דגזירת הכתוב דכל דאיכא בבעלים או בראשונה או בשניה פטור עיין שם. ותמוה מנ"ל גזירת הכתוב זה ולמיפרך מ"ש כיון דהסברא להיפוך. ולשון הקושיא מבואר דמסברא פריך כמו דשאילה מפקיע כן שכירות. ולמה:

ולע"ד י"ל כיון דמסיק שם בשכרה בבעלים וחזר ושאלה שלא בבעלים שאלה בשכירות לא שייכא כיון דניתוסף חיוב אונסין מחמת הקנין דשלא בבעלים. או כיון דשייכא במקצת כמאן דשייכא בכולה ופירש"י כיון דחיוב גניבה ואבידה דעליו יש לתלות במשיכה ראשונה כמה דשייך בכולה ופטור אף באונסין ע"ש. אבל בחזר ושכרה כיון שלא ניתוסף שום חיוב לכ"ע כדקיימא כו'. וא"כ למ"ש לעיל צד ספק דבשואל לזמן אף שנפחת שוי' החפץ למכור ע"י השאלה לשנה וכהאי גוונא מ"מ בנאנס צריך לשלם כל שוי'. כיון דאותו הפחת ע"י השאלה זו גופא. כיון דמשום דכל הנאה שלו בשאלה זו חייבתו תורה באונסין אם כן החיוב מש"ה כמו בלא השאלה השיוי דחפץ כנ"ל. ואי נאמר כנ"ל. א"כ מהאי טעמא בעל בנכסי אשתו אי שואל או שוכר שפיר חייב באחריות לשלם כל הפרה אף שאין לה בפרה זו בשעה שנגנבה או נאנסה רק ט"ה וזכות ספיקה. מ"מ זה הפחת ומה שהוזל הוא ע"י השאלה שלו צריך לשלם ואינו מנכה כנ"ל. ואם כן באגר מינה פרה והדר נסבה. אם היינו דנין חיובו דאחריות גניבה י"א מחמת שכירות הראשונה שוב לא הי' מחייב רק שוי' דפרה כשעת גניבה והוא רק ט"ה הספק כנ"ל דאין לה יותר והוי שפיר כהוזל אחר כך שזה הוזל נגדה לא בא מחמת שכירות הראשון שיהיה שייך סברא הנ"ל רק על ידי שנשאת אחר כך והוי ממש כששכר מא' ואחר כך מכר או נתן המשכיר לאחד או לזה גופיה על תנאי או כל הפירות דהוי הוזל ממש שלא הי' צריך לשלם רק שויו וזכות דשעת גניבה. וא"כ מצד החיוב שמחמת שכירות ראשונה דאגר מינה ולא הי' החיוב רק על כמו שיהיה שוה בשעת גניבה וכיון דהוזל ע"י הנשואין שלא מחמת השכירות אינו צריך לשלם רק ט"ה כנ"ל. אולם מחמת שכירות השני שע"י הנשואין או שוכר הוי שפיר חייב לשלם כל דמי הפרה דקיבל עליו החיוב שויו כמו ששוה בלא שכירותו זה. ואם כן שוב הוי כשכר ואח"כ שאל בבעלים כיון שניתוסף חיוב והי' בבעלים אמרינן כיון דשייך במקצת פטור דבבעלים פטור מכוליה. ופריך שפיר מ"ש דאי שואל אתי שאילה בבעלים ומפקע שכירות דשלא בבעלים משום דניתוסף חיוב כנ"ל. וע"כ דנימא כיון דניתוסף ופטור ממקצת פטור מהכל כנ"ל. א"כ שכירות נמי תיתי שכירות בבעלים ותפקיע דהא ניתוסף גם כן החיוב משום שכירות

זה לשלם הכל מה שע"י שכירות א' הי' משלם רק ט"ה כיון דנגנב אחר הנשואין ושוב פטור רק מתשלומי ט"ה כיון דפטור ממקצת פטור מכולו כנ"ל:

עוד ופשוט י"ל דכיון דהשני' בבעלים לא חשיב ניתוסף כלל חיוב אחריות דהא פטור. ולכך אי שאילה בבעלים מפקיע אף שלא ניתוסף גם שכירות יפקיע. ודוקא לקמן דהשני' שלא בבעלים שייך בשאלה שניתוסף כנ"ל. ויש לדחות דדנין כמו אם לא הי' בבעלים הי' חשיב ניתוסף שוב פטור משום בבעלים דאם לא כן יהיה חשיב לקמן ניתוסף גם בשכרה בבעלים וחזר ושכרה שלא בבעלים ויש לדחות:

עוד י"ל בפשיטות למה שפי' רש"י לקמן דספק הש"ס בשכרה בבעלים וחזר ושאלה מי אמרינן דלענין אונסין לא שייך דחיוב זה מחמת הקנין דשלא בבעלים בא. או דילמא דשייכא במקצת דחיוב גניבה כו' ופטור אף באונסין עיין שם משמע דבגניבה ואבידה ודאי פטור רק הספק לענין אונסין שניתוסף. ואם כן אמר כאן שפיר כמו דשאילה בבעלים מפקיע גם לענין החיוב דגניבה ואבידה שהיה שלא בבעלים ממילא גם שכירות מפקיע דאי אינו מפקיע גם בשאלה אינו מפקיע רק מחיוב אונסין הי' פטור. ושוב אין נ"מ אי שואל או שוכר דבין כך ובין כך פטור באונסין וגניבה ואבידה חייב. אולם אין זה סברא שנפרש כנ"ל לקמן דיהיה הדין דחייב באונסין ופטור מגניבה ואבידה ולא מצינו כזה. ועוד דאם כן משכחת לה כפל בשואל בטוען טענת גנב באופן הנ"ל ובגמרא משמע דלא משכחת לה. ולכך צ"ל גם ברש"י שם דהספק על כל החיוב דכיון דבאונסין חייב שוב גם בגניבה ואבידה יהי' חייב או להיפוך:

עוד י"ל למ"ש רש"י ז"ל לקמן שם הטעם אף על גב דכי משך לה מעיקרא בבעלים הוי ותו לא הדר משך מ"מ מיחייב דבשעת שכירות ברשותו היתה ולא מחסרא משיכה וקני חצירו באמירה ולעולם קנין אחריות הוא ושלא בבעלים עכ"ל. גם פירש"י שם שאלה וקודם שהחזירה חזר ושכרה כו'. גם אחר כך עיין שם דהיינו שכבר כלה זמן השאלה רק שלא החזירה עדיין אבל אם השאילה לזמן ובתוך הזמן שכרה יש להסתפק אי חשיב כלל רק כנותן לו מתנה בחנם השכירות כיון דבלא השכירות הי' לו להשתמש וכן להיפוך שכרה ושאלה בתוך זמן. או דכיון דמסכימים שניהם מבטלים השאלה ונעשה שוכר וכאלו מחזירה ושכרה:

אך בזה י"ל דאין חצירו זוכה לו כלל דאינו זכות רק חוב שיהיה חיוב אחריות עליו. ממילא כיון דלא אמר שיקנה לו חצירו החיוב רק משום משיכה ראשונה. וגם די"ל דלא חשיב משיכה כלל כיון שגם מקודם ברשותו ע"י קנין השאלה דבכלה הזמן נעשה פקדון וברשותיה דמריה חשיב משיכה בחצירו מה שאין כן תוך הזמן כנ"ל. וגרע מחצר

השותפין דאין קונין זה מזה אלא כו'. ולכך פירש"י בכלה זמן. אך הא קי"ל דאחר זמן אינו שואל רק שומר שכר כל שלא אמר טול את שלך ולא החזירה כדאמר לעיל פ"א ובש"ע. ואם כן איך שייך דמחמת משיכה ראשונה כו' ע"כ לחודא קיימא כיון שכלה. ועוד דהא הוי כשכרה וחזר ושכרה כיון דכלה ועדיין לא החזירה והוי שומר שכר עדיין משום משיכה ראשונה שהיה בבעלים ועכשיו שכרה וגם כן שומר שכר כנ"ל:

וי"ל דהיינו דקא בעי כיון דבאומר טול את שלך לא הוי תו שומר שכר אם כן ע"י ששכרה עתה הוי כאומר שאינו רוצה עוד שיהיה אצלו בתורת שאלה רק בשכירות והוי זה כאומר טול את שלך לענין השאלה ומיפטר משאילה א' וחיוב רק מצד השכירות ולחודיה קאי. או דמישך שייכי בשאילה היינו דלא חשיב רק שרוצה לפטור מהשאלה וישאר בשכירות וכמרחיב הזמן דנשאר הקנין דמשיכה ראשונה כנ"ל וכן בשכר ושאל. אף להפוסקים דגם בשוכר שכלה זמנו דהוי שומר שכר כל שלא החזירה מ"מ בשאל מסופק אי הוי כטול שאינו רוצה עוד בשכירות רק בשאלה או רק תוספות חיוב ומרחיב זמן אחד בתוספת חיוב אונסין בלי שכר.. ואם כן בשכר וחזר ושכר שפיר לא מספקא ליה כלל דהא לא חשיב כלל טול את שלך כיון דעדיין רוצה בתורת שכירות. וממילא כל שלא החזירה עדיין שומר שכר וחיוב גניבה ואבידה מחמת משיכה ראשונה דבבעלים ופטור כנ"ל:

אולם כאן בעל בנכסי אשתו דאם הי' מושכר ביד אחר מאשה ונשאת מחויב השוכר להחזיר לבעלה דשלו לפירות. אם כן באגר מינה פרה וכלה זמן השכירות הוי כהחזירה דמוחזר במה שנשאה וברשותו. וממילא פקע שכירות קמא ושפיר לחודיה קיימא והוי בבעלים כמו בשכר ושאל כנ"ל. ופריך שפיר מ"ש שאילה כו' כנ"ל. ובלא זה לא שייך כאן דהוי כמרחיב זמן והקנין ע"י משיכה ראשונה דהא ע"כ קני בנישואין כדאמר במעילה לקמן והוי רק קנין אחר ושפיר מפקיע כמו שאלה לכ"ע:

ונראה דכאן בכלה זמן השכירות פשוט דפקע והוי חיוב חדש כנ"ל רק גם בתוך זמן השכירות. מ"מ כאן קנין זה דנישואין קני גם בתוך הזמן. ואם הי' משכרת לאחר זמן ונשאת תוך הזמן הי' השכר לבעלה דחשיב השכירות פירות מחוברין דאף דעומד לקצור זכה בעל כמבואר בכתובות ובאה"ע. ואי אין לשכירות אלא בסוף אפשר דכל השכירות שלו לגמרי ואי ישנה מתחלה ועד סוף. עכ"פ מזמן הנשואין ואילך שלו דהם מחוברין כנ"ל. ואם כן בשכר הוא עצמו ונשאה תוך הזמן גם כן שלו ואינו צריך לקנות קרקע כנ"ל. וממילא פקע השכירות רק החיוב משום בעל בנכסי אשתו:

אך לכאורה כמו אם השכירה לאחר לזמן הוי קנין ואין הבעל יכול להוציא. כן לו לזמן הוי קנין ושוב אין זכה כלל ע"י הנשואין בתורת נ"מ דאינו שלה הפירות עד הזמן ורק בתורת השכירות אלא דחשיב כמשלם לה השכירות כיון שזוכה בפירות כמו באחר. ואם כן עד הזמן הוי רק שוכר מחמת שכירות הראשון דלא זכה ע"י הנשואין ואם כן לא יחשב בבעלים ויתחייב בגניבה ואבידה עד הזמן דנעשה שאולה או שכירות בבעלים רק על אחר כלות זמן א'. ומ"מ נראה דליתא כיון שהוא אצלו זכה בנשואין כיון דגם אם לא הי' שכרה הי' זוכה ואינו מוכרח:

שם אלא כו' דאגרא איהי פרה מעלמא והדר נסבה כו' ולרבנן כו' שאילה בבעלים הוא כי תיבעי לך לר"י דאמר תחזיר כו'. לכאורה קשה דהוי ליה לומר גם לרבנן בנתן לה רשות להשאיל ולהשכיר דלרבנן גם כן לבעלים בעי שלומי כדאמר לעיל ל"ו. וי"ל דהנה רש"י ז"ל פי' והדר נסבה אף הוא בפרה להשתמש בה כל יומי השכירות עכ"ל. וקשיא לי הא כליא קרנא כיון שאין לה אלא הפירות:

וי"ל דרש"י סבר כהפוסקים דאף שהכניסה לו עז לחלבה כו' ודקל לפירות אף שאין הדקל שלהן מ"מ אזיל ואכיל עיין שם כדעת הרי"ף כתובות פרק האשה שנפלו. אולם לפי דעת הרא"ש ז"ל שם וכן משמעות מרש"י שם וטור סי' פ"ח שדחה דברי רי"ף שפי' אף שאין לה רק פירות דקל כו' שכ' כיון דליכא שיור כלל אין לכלות. דבגלימא איכא שחקים ובהמה עורה עיין שם כו' שלא הכניסה אלא הפירות החלב והגיזה מסתברא דאין לכלותם עיין שם. ואם כן תמוה כאן הגמרא כיון שהפרה שכורה אצלו ואין לה אלא הפירות לא זכה כלל להשתמש בחנם רק השכר ילקח קרקע ויאכל פירות. אם כן שוכר הוא ולא שואל:

אמנם י"ל דהא לדידן מבואר לעיל ל"ו דאף שלא אמר לדעתך מ"מ משום אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר אף דאין שואל רשאי להשאיל מ"מ לא מחייב רק משום את מהימנת כו'. ואם כן כיון דקי"ל דר בחצר חבירו שלא מדעתו בלא קיימא לאגרא הוי זה נהנה וזה לא חסר ופטור וכן תוקף בעבדו ובפרתו רק משום שמכחישה ע"ש. ואם כן בשלמא אי שוכר הוי אם כן הא שכרה משום פרקונה כנ"ל. אבל אי שואל הוי רק דנימא שיתחייב לשלם בעד תשמיש הפרה שילקח קרקע שיהיה הגוף שלה. והא אצלה לא קיימא לאגרא דאין השוכר רשאי להשכיר ואם כן כיון דרשאי להשתמש דעכ"פ שלו רק דישלם לה השכירות שילקח קרקע והא אינו צריך לשלם כלל בעד התשמיש כיון שאין לה להשתמש ולהשכיר אינו רשאי. והוי זה נהנה וזה לא חסר דפטור ושוב הוי שואל כנ"ל. ולא דמי לשאל לפחות משוה פרוטה דבתר הנאה אזלינן לעיל והא שוה הרבה

כנ"ל. ואם כן מיושב הנ"ל דע"כ מוקי דוקא בלא נתן רשות דאי נתנו להבעלים רשות להשכיר. אם כן קיימא לאגרא גם אצלה ושוב חייב הבעל לשלם לה שכירות ושילקח מהמעות שיהיה הגוף שלה ופירי דידיה והוי ליה שוכר כנ"ל. ולכך אמר שפיר רק בלא רשות ולר"י כנ"ל:

אולם יש לדחות הנ"ל דלא חשיב זה נהנה וזה לא חסר כיון שע"י הנשואין שנעשה שואל חסר שהיתה מקודם יכולה להשתמש י"ל דלא חשיב זה נהנה וזה לא חסר. ואינו מוכרח כיון דעכ"פ זכה להשתמש שוב לענין התשלומין פטור. אך זה אינו כיון דכליא קרנא לא זכה כלל להשתמש רק אדעתא דאגרא דבגוף לא זכה ופירות אין כאן כשיהיה משתמש בחנם משום זה נהנה וזה לא חסר. ולא זכה רק על דרך שישלם וילקח קרקע כו':

אמנם י"ל עוד דלכאורה קשה למאי דמשמע מגמרא כדעת הפוסקים דאף דפליגי רבנן ור"י בשוכר והשאיל ונאנסה מ"מ פלוגתייהו גם בנגנבה או שאל והשאיל שכר והשכיר דלרבנן אחד משלם למשאיל והב' לראשון ולר"י יכול המשאיל לגבות מהב' ובע"ד דידיה הוא. דאי לאו הכי הי' הספק כאן אי שוכר הוי פטור לגמרי דגם לר"י בע"ד דידה. ומשמעות הש"ס דנ"מ רק לאונסין והיינו כנ"ל. ואם כן אמאי נקיט דוקא אגרא פרה מעלמא הא גם בשאלה פרה מעלמא ונסבה גם כן בעי' הנ"ל. אי שואל וחייב נאנסה למשאיל אי שוכר פטור והיא חייבת וכדדייקו תוספות לעיל. ושם באמת י"ל דדוקא נקיט ע"ש במהרש"א:

וי"ל דהנה לעיל ל"ה ע"ב תוספות ד"ה תחזיר כו' כתבו משום דא"ל משכיר לשוכר פרתי גבך דהא כו' דאגרא פרה מעלמא כו' לרבנן פטור כי תיבעי לר"י כו' והשתא התם כיון דלרבנן פטור הבעל מהאשה משום בבעלים גם לר' יוסי גם כן לא יתחייב דלא שייך הנ"ל עיין שם שדחו מש"ה דהטעם משום דל אנת כו' ע"ש. ונדחקו הרבה דפשטא דש"ס משמע התם דדחי לגמרי ה"ט דדל אנת וגם לישנא דרבי יוסי גופיה כיצד עושה סחורה משמע רק מטעם א' כיון שמשלם לו:

אמנם לע"ד קושייתם אינו מובנת. דהא חזינן דחשיב לקמן גבי שאלה בבעלים ושכרה שלא בבעלים ולהיפוך פי' רש"י ז"ל דכל חיובי' דשוכר נכלל בשואל דחייב בגניבה ואבידה ולהיפוך עיין שם. והא פטור משום בבעלים בשאילה ראשונה אם כן מה חילוק וכן כאן לעיל שכתבו תוספות משום שהוסיף חיוב אונסין הא אין כאן תוספת כיון שהוא בבעלים. וע"כ אנו דנין אי חשיב שאלה אם לא הי' בבעלים שוב אם בעליו עמו פטור. וכן כאן באגרא כו' ונסבה אם לא היה בבעלים הי' שואל שלה ממילא פטור משום בבעלים. ולכך לרבנן דאם היתה משאלת לאחר הי' נעשה שואל שלה ממילא כשהוא בבעלים

פטור. מה שאין כן לרבי יוסי דאם לא הי' בבעלים לא הי' נעשה שואל שלה כלל רק דמשאיל שהי' חייב לשלם לו שוב ממילא לא הוי בעליו עמו. והא באמת אין הפרה שלה רק דקרינן בעליו משום דהחיוב תשלומין לדידה להמשאיל ששכרה. והא כאן כשיש חיוב תשלומין אינו לה כלל רק למשכיר. ואיך נימא דמשום דהוא בבעלים שוב הוי שואל כמו שכתבו תוספות. הא אין כאן כלל בעליו עמו דאם הי' חייב אינו שואל שלה כלל רק משום דפטור במה נקרא בעליו ושפיר הטעם כנ"ל:

והנה י"ל עוד תי' אחר על קושיא הנ"ל דהא אינו זוכה כלל להשתמש בחנם כיון דאין לה אלא הפירות הוי קרן. כיון דמבואר שם בש"ס וש"ע דגלימא מכסי עד דבלי כיון דנשאר קצת אף דבר מועט שחקים או בבהמה עורה הוי שיור ואוכל כל הפירות. וא"כ כיון דאגרא הפרה ונסבה שפיר זכה להיות נעשה שואל דלרבנן הדין אם מתה דמשלם לה והיא פטורה א"כ יש לה שיור מהקרן זה עצמו החיוב אונסין דזה הוי פירא דפירא דלא תקינו ליה כיון שאכל הפירות שנשתמש כמו שכ' הרי"ף והפוסקים גבי כפל בהמת מלוג כו'. וא"כ יש לה עתה שיור זה החיוב אונסין זכות בגוף הפרה וממילא זוכה שפיר בנשואין לאכול כל הפירות היינו להשתמש בחנם ויהיה נעשה שואל דלמסקנא דלוקח ופטור כ' שם הפוסקים שפיר דלא הוי שיור משא"כ לרב"ח. וא"כ לכאורה שפיר הבעי' אי שואל הוי א"כ באמת שואל הוא דזכה בשמוש וממילא ישאר לה קרן הספק חיוב אונסין כנ"ל. כיון דהוא אגרא כו' ונעשה שואל או שוכר משום פרקונה ממילא אינו זוכה כלל להשתמש בחנם דכלי' קרנא דבגניבה ואבידה צריכה לשלם למשכיר ושוב צריך לשלם שכירות ודאי שוכר הוי כנ"ל. אך פטור משום בבעלים אף אי שואל כיון דהוי שואל שלה כנ"ל. ואמר שפיר דלרבנן לא תיבעי לך:

אמנם לר"י דתחזור פרה כו' א"כ שוב לא שייך כנ"ל דאין לה קרן חיוב אונסין כלל דמשלם למשכיר ושוב אין הפירות שלו. אך באמת למאי דמסקי בתוס' טעמא דר"י משום דל אנת כו' ואנא משתעינא דינא בהדי שואל ע"ש וגם למ"ש לעיל מ"מ עיקר הטעם דמשכיר יקח מהשואל בשביל הפרה. וא"כ זה שפיר התם אבל כאן בבעל למ"ש אם יהיה הדין דמשלם למשכיר שוב לא ישלם כלל דאין לו פירות בחנם וצריך לשלם שכירות לה בעד השמוש דאין לה שיור כנ"ל. והוי שוכר ופטור מאונסין. א"כ שוב גם לר"י לא שייך דל אנת כו' ויקח מהשואל דאם יתחייב לו לא יתחייב כלל דהוי שוכר. וממילא גם לר"י הוי שואל שלה והוי שואל כנ"ל. וא"כ גם משום שאולה בבעלים אינו פטור דהא אמר לעיל בשאל משותפין ונשאל א' דלא מיפטר דכולא בעליו בעינן. וא"כ ע"כ מה דפטור כאן בעל בנכסי אשתו אף דהא אין לשוכר רק קנין פירות והגוף דמשכיר א"כ אין כאן

כולא בעליו וכמו שאל מהאשה ונשאל בעלה דבעי לעיל ומסיק דלדידן דקנין פירות לאו כקנין הגוף לא חשיב בבעלים. ודאי דאין לשוכר יותר קנין פירות מלבעל בנכסי אשתו. וע"כ צ"ל דשם החיוב תשלומין לשניהם שילקח קרקע והוא יאכל פירות וכיון דקנין פירות לאו כקנין הגוף הוי הוא בלחוד בעליו דתשלומין. משא"כ כאן לרבנן דר"י הוי רק הוא בעליו דחיוב אחריות דמשלם לה כנ"ל. וא"כ זה שפיר לרבנן דר"י דגם חיוב דגניבה ואבידה ופשיעה לה והיא משלמת למשכיר א"כ הוי היא כבלא בעליו דחיוב האחריות כנ"ל אבל לר"י דבאמת משלם למשכיר. רק חיוב אונסין משום דל"א דל אנת כו' דאז יהיה שוכר ויפטור מאונסין לכך הוי לענין חיוב אונסין שואל דידה כיון דאין הפסד למשכיר כנ"ל. אבל לענין חיוב דגניבה ואבידה ופשיעה הוי שפיר למשכיר דעל זה שייך דל אנת ועבד ואשה כו' ולענין זה החיוב הוי שומר דמשכיר א"כ שוב לא פטור גם על אונס משום בבעלים דאין כאן כולא בעליו כלל גם לענין החיוב אחריות והוי כמו שאל משותפין ונשאל א'. ושפיר הבעי' אי שואל הוי וחייב באונסין לשלם לה אף לר"י ומ"מ לא חשיב בבעלים כנ"ל דאין כולא בעליו אי שוכר הוי ושוב ג"כ לא הוי בבעלים דהא משלם למשכיר א' לר"י. ובשניהם לא חשיב בבעלים כנ"ל:

ומיושב הדיוק הנ"ל למה לומר בשאלה מעלמא ונסבה כו'. דהא בשאלה א"כ גם אם הוא שואל אין לה שיור חיוב אונסין ושוב אין אוכל פירות בחנם והוי רק שוכר ואין כאן בעי' רק בשכרה דאי שואל ומשלם לה יש לה החיוב כנ"ל. וא"ש:

ומיושב הנ"ל דלא מוקי בנתן רשות להשאיל ולהשכיר דגם לרבנן לראשון משלם. דא"כ אין לה שיור ושוב אין לו פירות בחנם דכלי' קרנא והוי שוכר ודוקא כנ"ל ודו"ק:

עוד י"ל דטעם החולקין שם בכתובות דגם שאין לה רק הפירות אוכל שדחה הרא"ש ז"ל ע"ש וי"ל דחשיב שיור הטובת הנאה שיש לה דיכולה למכור בטובת הנאה הפירות אם יגרשנה או ימות תוך זמנו דפירות שלה. וזה יש לה מיד והוי כעור דבהמה ושחקים. וזה י"ל כונת הראב"ד ז"ל שם שכ' דמקום הפירות קנוי לה ע"ש היינו דיכולה למכור אף דהפירות דקל דבר שלא בא לעולם מ"מ מקום הגוף לפירות מהני. ושוב חשיב שיור שיש לה הט"ה בספק כנ"ל. וא"כ גם כאן אף ששכורה אצלה לזמן ונשאה מ"מ יכולה להשכיר בטובת הנאה הספק אם יגרשה תוך זמן השכירות דחשיב פירות מחוברין התשמיש בפרה דשלה. וחשיב שיור ואוכל כנ"ל:

אמנם זה שפיר בשכרה דניהו דאין השוכר רשאי להשכיר מ"מ דיעבד השכירות שלה דלא קי"ל במעביר ע"ד בעה"ב ע"ש. וחשיב שפיר שיור כדריש חולין פירש"י כיון דאי מכר ועבר כו' חשיב בר דמים אף שאסור ע"ש. אבל בשאלה והשכיר משמע דהשכירות

מגיע למשאיל כיון דאין רשאי להשכיר ואינו יכול לעשות סחורה בשל חבירו בש"ע ס' שס"ג בגזלן אף דהוא אינו משלם שכירות דתשמיש מ"מ אם השכיר הוי לבעליו ע"ש. וא"כ אין לה שום שיור דא"י להשכיר בטובת הנאה דאין השכירות שלה. ולכך דוקא בשכרה כנ"ל:

ומ"מ הדין אינו מוכרח דאף דמטעם זה נהנה וזה לא חסר אין לפטור השוכר נגד משאיל הראשון דלא היה אפשר לו להשכיר תוך זמן ששאל ביד ראשון. מ"מ הא גלי שוכר דעתו דרצונו לשכור בתשלומין כעמד ניקף וגדר ובחצר חברו שלא מדעתו והשכיר דמעלה שכר בעליו דגלי כו' ע"ש בש"ע. רק מ"מ כיון דהשמוש להשואל וזה השוכר משלם רק בעד התשמיש שייך לשואל דאין נקרא סחורה בשל חברו רק בשלו ולא דמי לתשלומי אונסין שבעד הפרה דמשכיר כנ"ל משא"כ השכירות כנ"ל. אולם הנ"י ב"ק פרק כיצד פ' בהשכיר לאחר ביוקר:

אך מ"מ י"ל כנ"ל לתוס' ריש חולין דלא חשיב ממון ח' א"ה כיון שאינו רשאי למכור אף דאי עבר מותר ע"ש ממילא כיון דאין שוכר רשאי להשכיר לא חשיב שיור ממון טובת הנאה דאינה רשאי להשכיר הספק כנ"ל. וט"ה אם אינו יכול למכור לא חשיב ממון כמ"ש לעיל. אולם י"ל דהא ברגיל להפקיד אצלו לא שייך אין רצוני כו' וא"כ יכולה להשכיר למי שבעלים רגילין להפקיד אצלו וחשיב שפיר שיור טובת הנאה כנ"ל. אך גרוע גרעי' פ' הרמב"ם ז"ל דהוי פשיעה וא"כ נקיט שפיר דוקא שכרה ונסבה כו' דחשיב שיור שיכולה להשכיר דלא הוי גרעי' משא"כ בשאלה אינו יכול להשכיר גם למי שרגיל דהוי גרוע גרעי'. ורק להשאיל ואין לה כלום שיור כנ"ל:

שם אמר רבא בעל לא שואל כו' אלא לוקח הוי מדריב"ח כו' באושא התקינו כו' ופירש"י אלמא אין לה רשות למכור דהוי הוא לוקח ראשון כו' ותמוה מאוד מה זה ענין לדריב"ח דחשיב לוקח ראשון מעכשיו כשתמות על הגוף וכאן דנין על הקנין פירות דמ"מ יכול להיות שואל או שוכר וחייב לשלם פרה אחרת דג"כ תהיה נכסי מלוג ובספק ואם ימות או יגרשה תהיה שלה ככל נכסי מלוג. ואי טעמא דרבא דחשיב על הקנין פירות לוקח ולא מיקרי שאלה או שכירות וכדמשמע מדברי תוס' דילפי מזה בלקח מלשון מקח כו'. א"כ מה לו לאתויי דרבי יוסי ברבי חנינא ותקנת אושא הא אין חולק בזה דיש לו קנין פירות. וגם רב"ח מודה בזה ומ"מ מבעיא ליה דשמא אף דתיקנו לו חכמים שזוכה בפירות מ"מ רק כמו זכי' בתורת שואל ושוכר ושיהיה חיוב אחריות עליו. ואין הוכחה מדריב"ח לענין זה כלל כנ"ל. ונראה לכאורה דהא לא דחה עכשיו ד' רב"ח רק מימרא בפני עצמו אמר רבא לא שואל כו' והא הו"ל למדחי ג"כ מתקנת אושא כו' אלא למ"ש

לעיל דמשמע מדרב"ח דבעי אי שואל כו' לשלם כל שיוי הפרה ואף שאין לה בה רק טובת הנאה בשעה שנאנסה מ"מ כיון דזה שנפחת הוא ע"י השאלה שפיר חייב בכל שויה בשעה שנשאה דהיינו השאלה כנ"ל. וא"כ שפיר דחי דלוקח הוא מדריב"ח היינו זכות ספיקו הוי לוקח ממש מעכשיו כשתמות וא"כ לא נעשה שואל רק על זכות ספיקה שהוא טובת הנאה וכלקח חציה ושאל חציה ואינו חייב באחריות רק על שיוי טובת הנאה שלה דעל השאר אינו כלל מחמת השאלה רק לוקח הוא וממילא אין לה רק טובת הנאה כנ"ל. ושפיר על הטובת הנאה נשאר בעי' דרמי בר חמא אי שואל או שוכר. וכמו שכתב הרא"ש סוכה במתנה על מנת להחזיר דכשנאנס ולא נתקיים התנאי הוי שולח יד למפרע וחייב באונסין עיין שם. כן בהנ"ל דהוי שלו מעכשיו כשתמות מ"מ אם מת או גרשה דהיה הגוף שלה למפרע רק הפירות הי' לו הי' השימוש בתורת שואל או שוכר רק משום בבעלים פטור. ואם כן הי' אפשר לומר דגם משום בבעלים אינו פטור דכבר כתבנו לעיל דלכאורה בשותפין דאמר דפטור כל אחד מחלק חבירו משום בבעלים. והא כולא בעליו בעינן וליכא. אך זה אינו דעל החלק שנעשה שואל היינו חלק השותף יש כאן כולא בעליו כנ"ל. ואם כן למאי דקי"ל בבא קמא פרק החובל צ' דאמר אמימר איש ואשה שמכרו שניהם בנכסי מלוג לא עשאו ולא כלום ופירש"י ותוספות דלא דמי כמו שותפות דעלמא כו' אבל הכא כולן קנוין לה וכולן קנוין לו וליכא מיוחד לא לה ולא לו ולא קרינן כספו כו' עיין שם. אם כן בזה י"ל שפיר כיון דלוקח הוא וחשיב שואל רק על טובת הנאה שלה שפיר גם על חלק שלה אין כאן כולה בעליו דלא דמי לשאר שותף כנ"ל. דגם על שלה לא חשיב כולא בעליו כלל כנ"ל. ואם כן הי' אפשר לומר דע"כ לא דחי רבא לעיל דברי רמי בר חמא רק ממ"נ אי שואל כו' היינו על כולא ממילא בבעלים הוא כנ"ל. אבל כדמסיק דלוקח ורק על חלקה י"ל דלא הוי כלל בבעלים:

אולם באמת משמע דגם זה חשיב בבעלים. ולכך הוצרך רש"י לפרש לוקח ופטור כנ"ל. ומיושב בזה דברי הטור אה"ע סי' פ"ה שכתב בשם ר"י בנכסי מלוג אם פשע בהם בעל פטור משום בבעלים ותמה בית יוסף למה הביאו בשם ר"י הא מפורש בש"ס דדחי רבא אי שואל כו' בבעלים עיין שם. ולמ"ש מיושב דלמסקנא דרבא דלוקח הוא י"ל שפיר דחייב דליכא כולא בעליו כנ"ל. והביא בשם ר"י דפטור כנ"ל. ושם בבא קמא צ' כתבו תוספות ד"ה רבי מאיר כו' ג"כ הלשון דאין שום א' נקרא בעליו עיין שם. ושפיר הוי אמינא דלא חשיב בבעלים כנ"ל:

אך הלשון משמע דפטור לגמרי אי לוקח הוא גם מטובת הנאה שלה וכן פירשו הפוסקים וקשה כנ"ל. ונראה די"ל למה שפי' רש"י בבא קמא פ"ח ע"ב באושא התקינו כו' דאף

על גב דבעלמא לא כקנין הגוף בעל בנכסי אשתו אלמוה רבנן לשיעבודיה והוי כלוקח ראשון וכן כתב רש"י פ"ט ע"ב ד"ה סברוה דאלים שיעבודיה למיהוי כקנין הגוף עיין שם. מבואר מדבריו דלא הי' התקנה רק לענין שיחשב מעכשיו ולא"מ לחוד דאם כן אמאי יוצאין לאיש ולא לאשה הא ממ"נ. אלא דהיה התקנה דקנין פירות יהיה כקנין הגוף וכמו למאן דאמר כקנין הגוף דמי. ואם כן כמו דלמאן דאמר כקנין הגוף הדין דמת הבן בחיי אב כיון דלא מטי לידיה הגוף מחיים אינו שלו כלל ואין מכירתו מכירה אף שמת האב ודוקא במטי לידיה מחיים זכה למפרע בגוף ואל"ה חשיב כולו לבעל הפירות עיין שם. ואם כן כמו שכתבו תוספות בלוקח בהמה על ל' יום דפטור באונסין וגניבה ואבידה וע"כ דאף דכל הנאה שלו מ"מ דוקא שואל דהנאה שלו בשל חבירו חייב באונסין וכן שוכר בגניבה ואבידה מה שאין כן זה דהנאה שלו בשלו לא מחייב בשביל זה לחבירו על גוף הבהמה וכן כתב הרא"ש סוכה גבי מתנה על מנת להחזיר דשלו נאבד. ואם כן י"ל דטעמא דרבא דפטור גם על טובת הנאה חלק האשה כיון דלוקח הוי כו' כדריב"ח וכפירש"י הנ"ל דאלמוה שיהיה קנין פירות כקנין הגוף ולכך מוציא דכיון דמתה ולא זכתה בפירות כנ"ל. אם כן כיון שנאנס או נאבד בחייו גם כן לא מטי לידה ולאו הוי כמתה זכתה כנ"ל דחשיב דבעל לגמרי וממילא פטור מלשלם לגמרי דשלו נאבד כנ"ל. והוצרך לאתויי דריב"ח דאי לאו הכי הי' חייב על קנין הגוף שלה דקנין פירות לאו כקנין הגוף דרבא פסק כר"ל. ורק משום דרבי יוסי ברבי חנינא חשיב לגמרי שלו ופטור כיון דלא מטי לידה הפרה אחר כלות קנין פירות שלו כנ"ל:

וא"כ אדרבא הי' מוכח מזה דלא כתוספות משום דרבי יוסי ברבי חנינא דחשיב הכל שלו ופטור כמ"ש הרא"ש במתנה ע"מ להחזיר דאין חיוב על שלו. מה שאין כן לוקח על ל' יום דקיימא לן קנין פירות לאו כקנין הגוף ואף בלא מטי לידי יכול למכור דשלו י"ל דחשיב שואל או שוכר על קנין הגוף:

אמנם תוספות לטעמייהו דפירשו דתקנת אושא בכתב לה דין ודברים אין לי בפירות עיין שם בבא קמא פ"ח אם כן לא הי' התקנה כלל שיהיה קנין פירות כקנין הגוף רק מעכשיו ולאחר מיתה, ואף שכתב זה לר"י מ"מ משמע להו דגם לר"ל התקנה כנ"ל. ואם כן לא שייך כאן טעם הנ"ל. וע"כ הטעם כמ"ש לעיל דכשקנאו לפירות משתמש בשלו וההנאה שלו בשלו כיון דלענין זה קנה הגוף ואינו לא שואל ולא שוכר על הגוף משום התשמיש. ואף דלכאורה כל שואל ושוכר כן דקני לפירות שואל כמתנה ושוכר כלוקח ואף על פי כן חייבתו תורה. ומה שכתבו תוספות בלשון מקח לכאורה אינו מובן דאטו בלשון תליא מילתא. וצ"ל או דס"ל לתוספות דהא חזינן דאף למאן דאמר קנין פירות

כקנין הגוף מ"מ שואל לא חשיב שלו כמבואר בבא בתרא פרק יש נוחלין לענין אתרוג וכן שכירות מסיק גמרא דלא קניא ומשמע דאין זה קנין כדקל לפירותיו. רק שנותן לו רשות להשתמש בשלו ולכך חייב באונסין דנהנה בשל חבירו וכן שוכר משלם בעד נתינת הרשות אבל אינו קנין. ומיושב מה דאמר לקמן תקנו משיכה בשומרין אף בשואל כו' שהקשה בש"מ דקני מן התורה. ולהנ"ל אתי שפיר דאי הוי קני לפירות לא הי' חיוב אחריות וע"כ שהוא רק נתינת רשות כנ"ל ולא קני וממילא מצי הדר ביה מן התורה רק שתקנו שאינו יכול לחזור ומ"מ לא תקנו שיפטור משום הכי כנ"ל:

אולם מדברי תוספות שם צ"ט משמע דמה"ת קני בשואל משיכה. ואפשר דבשאלה ושכירות קונה רק הפירות לא גוף לפירות. ואף דהוי דבר שלא בא לעולם מ"מ כיון שמשכה הוי כשמיט ואכיל דמהני בדבר שלא בא לעולם מה שתפוס לענין שאינו יכול לחזור בו וכמו פועל דאף דיכול לחזור מהני משך כלי אומנות שלא יוכל לחזור. ויש לדחות:

וצ"ל דהחילוק כיון דחייבה תורה באונסין במשתמש ונהנה בשל חבירו בחנם ובגניבה ואבידה בשכר אם כן כל ענין שאלה ושכירות הקנין באופן זה כיון דבשעת שאלה הוי דמשאיל אמרה תורה דחייב באונסין וממילא מה שמקנה לו לפירות בתורת שאלה הוא באופן זה שיתחייב באונסין כאלו לא הי' שלו הקנין לפירות דכן ענין שאלה ושכירות בגניבה ואבידה כנ"ל והיינו משום שחייבתו תורה כנ"ל. ומיושב במה שכתב ש"ס דלעיל צ"ה ע"א דיליף שואל דחייב בגניבה ואבידה קל וחומר מה שומר שכר דפטור מאונסין חייב בגניבה ואבידה שואל שחייב כו'. ותמוה מאד מאי צורך לקל וחומר וכי שואל לאו שומר שכר הא נהנה ומשתמש בחנם והא אף כלה זמן שאילתו פשוט לש"ס דהוי שומר שכר הואיל ונהנה כו'. ולמ"ש אתי שפיר דאדרבא גניבה ואבידה אלו לא מצינו שחייבתו תורה לא היה שומר שכר מצד הנאת השימוש דנהנה משלו דקני לפירות כנ"ל ולא דמי לשומר שכר דנהנה ממפקיד. וצריך לקל וחומר כנ"ל. ושפיר מצינו דחייבתו תורה בגניבה ואבידה כמו אונסין כיון שמה שמקנה לו הוא בתורת שאלה ואם כן שפיר כתבו תוספות דהלשון מקח שמוכר לו או במתנה גוף לפירות אין זה שאלה ושכירות שחייבתו תורה רק ממילא יתחייב ואין כאן חיוב דנהנה בשלו כיון שבלשון קנין והיכא דנהנה משלו אין כאן חיוב אונסין וגניבה ואבידה. ולכך לתוספות הפי' בדברי רבא דלוקח הוי היינו דיש לו הקנין פירות בתורת קנין ממילא נהנה משלו ואינו חייב על הגוף משום שואל ושוכר כנ"ל. והא דמייתי דרבי יוסי ברבי חנינא. דאי לאו הכי דילמא הי' התקנה שזוכה בעל רק בתורת שואל ושוכר לא בתורת קנין כיון שלא פירשו כלום רק

כשנשאה והזכיה מצד התקנה. לכך מייתי דרבי יוסי ברבי חנינא דחזינן דתקנו להעדיף כחו שיהיה לו קנין מעכשיו אף במה שהוא שלה היינו הגוף לענין כשתמות מעכשיו מכ"ש לענין קנין הפירות דשלו שתקנו בתורת קנין לא בשאלה. דלמה לא יזכה במה שאין לה שום נפקא מינה דגם אי שואל ושוכר פטור באחריות משום בבעלים. ממילא דזכיה שלו בפירות בתורת לוקח גם לענין שגרשה כנ"ל:

ועוד כמו שאל לפחות משוה פרוטה כיון דבלא זה יכול להשתמש כשנשאה משום הספק דשלו מעכשיו אם תמות קודם ואף שלא יתקיים התנאי לא ישלם שכירות דלא קיימא לאגרא שאינו יכול להשכיר. ממילא לא הוי שואל ושוכר כלל וודאי בתורת קנין הפירות שלו ולא מחייב באונסין וגניבה ואבידה. אבל בפשיעה חייב על שלה אם מת או גרשה דלמפרע שלה ועכ"פ על הטובת הנאה חייב רק דפטור משום בעלים. אבל נ"מ בלוקח ל' יום דנהי דלאו שואל ושוכר דלפירות שלו אבל בפשיעה חייב. ושפיר למדו תוספות מגמרא הנ"ל דכשנהנה משלו אינו שואל ושוכר כנ"ל:

אבל לרש"י ז"ל ושאר פוסקים הפטור דלוקח הוא משום דתקנת אושא הי' דקנין פירות דידיה כקנין הגוף וחשיב שלו. וכן אפילו אם הי' התקנה רק על הגוף גם כן לפי מה שמחלק הרא"ש והובא בשיטה מקובצת פרק החובל דלר"י דקנין פירות כקנין הגוף הוצרך לתקנת אושא משום דשם דהי' דאב מקודם הכל ונתן לבנו הגוף א"מ והפירות נשאר שלו בזה כקנין הגוף מה שאין כן בעל דלא הי' לו כלום וזוכה רק בפירות לא חשיב כקנין הגוף וצריך לתקנת אושא עיין שם. ואם כן עתה שתקנו תקנת אושא דהגוף שלו מעכשיו שוב הקנין פירות כקנין הגוף דהא גם בגוף יש לו הספק כמוה וי"ל דגם לר"ל עדיף מאב כנ"ל. וכן כתבו תוספות בבא בתרא נ' למסקנא ואם כן טעם הפטור מאחריות משום דעתה שלו או כנ"ל או כמ"ש לעיל ועל שלו פטור לגמרי ובלוקח על ל' יום פטור אף מפשיעה דשלו נאבד:

ובזה מיושב מה שפירש רשב"ם בבא בתרא קל"ט ע"ב ד"ה והיורש אשתו כו' ואי לוקח הוי משנשאה לא נפק מכלל מכר ותהדר ביובל ודחו תוספות הא מחיים אין לו אלא פירות עיין שם דג"כ מחולקים בהנ"ל דאין לו מה לירש כיון דמתה היה קנין פירות כקנין הגוף ולא היה לה כלום וכדאמר גטין פרק השולח מ"ח ביורש שקנה מאביו דאי קנין פירות כקנין הגוף לא ירית מידי:

ומיושבים ג"כ דברי טור הנ"ל שכתב בשם ר"י דנ"מ אם פשע פטור משום בבעלים. שהקשה ב"י דמפורש בש"ס ע"ש. ועוד לע"ד קשה שלא הוזכר כלל בדברי ר"י דפטור משום בבעלים בפשיעה. רק הרא"ש כתב זה דאין נ"מ בד' ר"י גבי בעל דהא הוא בבעלים

רק נ"מ בלוקח ל' יום ע"ש והו"ל לטור להביא זה מהרא"ש כנ"ל. ולכך נראה דכונת הטור בשם ר"י שאם פשע רק הפטור משום בבעלים לא משום דהוא שלו דאף דעתה שלו מ"מ קנין הגוף של חברו גם עתה וניהו דהשמוש שלו דלא לחשב שואל ושוכר אבל מ"מ חייב בפשיעה ונ"מ גם בבעל בהתנה שלא יפטור משום בבעלים וכן מכר זכותו לאחרים בהסכמתה דהלה חייב באחריות פשיעה. משא"כ להפוטרים משלם דבזמן ההוא היה שלו דפטור מפשיעה ג"כ. דלרמב"ם אפילו בונה והורס בקנין לזמן כ"ש פשיעה. ולא משום בבעלים:

אך באמת כאן לא שייך טעם הנ"ל לפטרו משום שלו אף אי בנכסי אשתו פטור משום שלו אבל באגרא פרה מעלמא ונסבה דאין לה רק הפירות א"כ עדיין חייב על הגוף דשל אחרים. ודוחק לומר דקאי רק על סתם בעל בנכסי אשתו וכדמשמע קצת דאמר בעל לא שואל כו' אלא לוקח מדרבי יוסי ברבי חנינא דזה רק אנכסי דידה:

אך מ"מ משמע קצת דקאי גם אאגרא מעלמא כו'. ולכך מוכח כתוס' דמשום דבתורת לוקח זוכה בפירות אינו שואל. ואף דלכאורה לא שייך בזה טעם שכתבנו דהוי נהנה משלו דעכ"פ נגד בעל הפרה הנאה שלו בשל חברו דרק השכירה. מ"מ אף דהמשכיר חשיב כהקנה שיתחייב באחריות כמ"ש לעיל אבל נגדו הקנתה לו בתורת לוקח אין עליו חיוב אחריות דנהנה משלו ובאופן דפטור. וכן אם המשאיל או משכיר הקנה לאחר השמוש בתורת מקח ג"כ יהיה הב' פטור מאחריות וכמסרו לש"ח:

והיה מיושב בזה ד' הרא"ש שכתב דאין נ"מ בפסק, ר"י כאן דבפשיעה בבעלים פטור רק בלוקח כו'. והא נ"מ באגרא מעלמא ע"ש. ולהנ"ל י"ל דדוקא שכרה ושאלה לר"י תחזיר דא"א ע' סחורה כיון דפטורה אבל שכר והשכיר או בגניבה ואבידה דחייב הראשון למשכיר שוב השני בע"ד דא' ע"ש דיש סוברים כן. וא"כ כיון דלוקח והוי ש"ח א"כ הוי נגדה גרוע גרעה לשמירתה וחייבת אף שנאנס לרמב"ם ושוב הוי גם לר"י בעל בע"ד דידה ופטור משום בבעלים. אך ז"א מכמה טעמים. ונראה דלתוס' דבכתובות פרק אלו נערות ל"ה בהניח אביהם פרה שאולה דמשתמשים בה כל ימי שאילתה ומ"מ מתה פטורים שתמהו למה כיון דיכולין להשתמש עכ"פ אם נשתמשו יהיה שואל כמו מעות מותרין ע"ש בשיטה בשם הראב"ד ושאר פוסקים. ולמ"ש ג"כ הטעם כנ"ל דכשנהנה בשלו אינו חייב באונסין רק שואל אף דשלו מ"מ בשעת שאלה רוצה הוא שישתמש ויהנה בשל חברו א"כ נותן לו התשמיש ומתחייב באונסין עבור זה ואף דאחר ששאלה כבר נהנה משלו מ"מ כבר עליו חיוב דאונסין מה"ט כמו קודם השאלה אבל היורשים שכבר נעשה אביהם שואל על כל הזמן ונתחייב באונסין וממילא שהם יורשים זכותו

להשתמש שוב אין מתחייבים באונסין מטעם כל הנאה שלהם כיון דכבר שלהם לפירות נהנים בשלהם ואין עליהם שום חיוב חדש דשואל כנ"ל. והוי כלוקח כנ"ל דאינו מתחייב ממילא באונסין משום התשמיש דשלו כבר על ל' יום כנ"ל כן כשכבר יש לו הפירות משום. השאלה כנ"ל. ואף דשם כ' תוס' דהן ש"ש וכאן כ' דלוקח כש"ח. הטעם דשם כתב שפיר כמו בשואל. שכלה זמן שאלה דאמר דהוי ש"ש כיון דנהנה ואף שכבר שלו והחיוב כלה הזמן מ"מ כיון שנעשה שואל והיה שלו בחנם הוי זה שכר שמירה שיהיה ש"ש גם אחר הזמן דלא גרע מפרוטה דר"י ממילא גם שם עכ"פ נהנים בחנם. משא"כ בלוקח כמו שכ' הפוסקים דבשוכר שכלה הזמן אינו אלא ש"ח דבעד ההנאה כבר שילם ממילא לוקח בשכר ל' יום הוי רק ש"ח ובמתנה אפשר דלתוס' הוי ש"ש על הגוף. ומ"מ בבעל עכ"פ לוקח הוי בשכר שבעד פרקונה הקנין. ולא שייך הבעי' רק אי שואל או שוכר דכל בהמה בפ"ע ובעד זה לא נתן שכבר חייב בפרקונה. אבל הקנין פירות שתקנו משום פרקונה ודאי דחשיב לוקח לא מתנה שכולל כל קנין הפירות כנ"ל ואיני מבין ד' הרמב"ן ז"ל הובא בשיטה שכתב על התוס' שנשתבשו התם במת שיהיה ש"ש שהטעם הוא שלקח זכותה והיא נשארת שומר וכן שם אב אני יורש שמירתו אינו שומר דלא שיעבד נכסיו רק שישמור הוא עצמו ע"ש. והא גם בכל היתר תשמיש באבדה וכה"ג דלא קיבל בשאלה וכן שואל שלא מדעת דאמר לקמן דלא גרע משואל ואמאי הא אינו רוצה רק הזכות ולא להתחייב באונסין וע"כ דזה ממילא כיון שמשתמש חייבתו תורה בדין שואל באונסין כבעליו וע"כ החילוק בין לשון קנין כמ"ש תוס'. וכמ"ש. ובשלא מדעת דבאמת נהנה משל חברו ודאי שפיר לא גרע משואל. ושם ג"כ הטעם ביורש כמו לוקח והוא הטעם של תוס' כנ"ל:

עוד נראה הטעם באגרא פרה ונסבה. אף דאין לה אלא הפירות ומה בכך דלוקח מדרבי"ח מ"מ הגוף דאחרים. וי"ל דהא בהודיעה לבעלה ששכורה נכנס תחתי' כמבואר בטור וש"ע דמיירי כאן רק בלא הודיעה. ולכאורה למה אמר באגרא כו' דלר"י דתחזיר פרה כו' חייב הבעל אי שואל כו' ולמה הא חשב דשלה ופטור משום שאלה בבעלים א"כ אף שבאמת אינו שלה מ"מ הא לא קיבל עליו כלל חיוב אחריות דשואל ושוכר. ויהיה כמו ביורש הנ"ל. וא"כ גם לר' יוסי פטור. וע"כ דז"א דגם בבעלים חשיב שואל ושוכר ונכנס בחיוב אחריות רק גזירת הכתוב לפטרו כשהוא בבעלים. וכשאינו בבעלים באמת נשאר חיובו ואם כן זה שייך רק אי בעל בנכסי אשתו שואל או שוכר דעכ"פ נתרצה להיות שואל כו' וממילא חייב כנ"ל אבל כיון דלוקח הוי וא"כ אם שלה לא נעשה כלל שואל ושוכר כמ"ש תוס'. א"כ אף דהוא שכורה בידה מ"מ כיון שלא הודיעתו לא נעשה כלל

שואל ושוכר דסבור דהוא שלה ולוקח הוא כנ"ל. ושפיר אין חיוב כלל כנ"ל. וא"כ א"ש גם לטעם רש"י שכתבנו דהוא פטור משום דשלו נפסד ג"כ בזה אף דאינו שלו מ"מ למה שהיה סבור דשלה וקונה דכקנין הגוף דמי לא נכנס כלל בחיוב אחריות ופטור. ולתוס' הוי רק ש"ח דע"ז קיבל אף דהיה סבור דשלה רק דהיה פטור משום בבעלים וכיון דשל אחרים חייב כנ"ל:

ואפשר לישב בזה ד' הרא"ש ז"ל הנ"ל שכתב ואין נ"מ בספק זה דפשיעה בבעלים פטור ותמוה דשפיר נ"מ באגרא מעלמא. ויותר תמוה ד' הטור ח"מ שכתב מפורש דאגרא מעלמא ונסבה פטור בפשיעה ג"כ. ואח"כ כ' בלוקח כתוס' דחייב בפשיעה והא קי"ל כר"י דתחזיר פרה כו' ואף במה שחייב הראשון חשיב הב' שוכר של הראשון כמבואר בפ' ולמה יפטור בפשיעה נגד הראשון. ולמ"ש אפשר דהרא"ש סבר באגרא ונסבה בלא הודיעה באמת פטור גם מפשיעה דצריך שיקבל עליו לשמור וכיון דסבור דשלה והוא בבעלים לא קיבל עליו גם אחריות פשיעה כלל ואף שהוא של אחרים פטור כדאמרינן ב"ק ס"ב ע"א גבי נתן כו' של כסף הוא ונמצא של זהב אם פשעה אינה משלמת אלא כסף דנטירותא דכסף קבלית עלי לא דזהב אף דהזיקה חייבת אבל בפשיעה פטורה כנ"ל. וכן בזה דסבור שהוא בבעלים לא קיבל עליו נטירותא דחיוב אחריות ופטור גם בפשיעה. אף שיש לחלק דחשיב גם בבעלים קביל שמירה מ"מ אינו מוכרח כנ"ל. ורק לס"ד דאוקי בעי' דרב"ח אי שואל באגרא ונסבה דאמר לר"י דתחזיר חייב היינו בהודיעה לבעל דשכורה ומ"מ שייך הבעי' דלא אמרינן כלל שנכנס תחתיה רק שואל שלה או שוכר. אבל למה דמסיק רבא דלוקח הוי דמיירי בלא הודיעה כנ"ל שפיר כ' הרא"ש דפטור גם מפשיעה ואין נ"מ בפסק ר"י גם באגרא ונסבה כנ"ל. וגם הטור כנ"ל:

אולם באמת נראה דהחילוק בין הודיעה שכתב הרמב"ם הוא משום דסובר טעם הרמב"ן ז"ל דמשום דלוקח הוי פטור משום דלקח רק זכותה לא החיוב ולכך בהודיעתו נכנס גם בהחיוב. אבל, לרא"ש ותוס' דהפטור בשביל שבלשון מקח ומשתמש בשלו י"ל גם בהודיעתו פטור. דמ"מ הוא לקח בתורת קנין הפירות. אולם בטור וש"ע משמע דגם להרא"ש דוקא בלא הודיעתו כנ"ל:

עוד נראה די"ל כיון דגם בלא טעם פטור בבעלים אין לה רק טובת הנאה א"כ למה דהיה סבור דשלה לא קיבל נטירותא רק כשיוי ט"ה שלה דהשאר שלו והוי על השאר כשל כסף ונמצא של זהב דפטור בפשיעה נגד המשכיר וגם אותו שיוי דטובת הנאה לא יצטרך לשלם רק כשיגרשה או ימות דלא קיבל נטירותא רק אותו צד ספק דאי תמות שלו למפרע מדרבי יוסי ברבי חנינא וגם אחר שיגרשה לא יצטרך לשלם רק טובת הנאה

דלא היה שוה יותר לה בשעת פשיעה דמשלם כשוי' דאז. וא"כ לא שייך כלל טעמא דר"י דתחזיר דא"ל דל אנת ומשתעינא דינא בהדי בעל דאדרבא ממנו לא יקח כ"א שיוי טובת הנאה אחר שיגרשה ואם יתבע ממנה יש לו או טובת הנאה מיד או כשיגרשה כל השיוי ואיך יאמר דל אנת וכיון שהיא חובתו לא נעשה כלל שומר שלו רק שלה וממילא פטור לגמרי משום בבעלים ושפיר כתב הרא"ש וטור כנ"ל. דבשלמא לס"ד דשואל כו' דאין לו כלום ממנה כשנאנסה שייך דל אנת ותחזיר כו'. משא"כ למסקנא דלוקח הוי מדריב"ח דא"ל דריב"ח היה צריך לשלם מיד הטובת הנאה והיה שייך דל אנת כו' ורק משום דריב"ח שמעכשיו שלו לא יהיה חייב רק אחר כך ופטור לגמרי כנ"ל:

הראב"ד ז"ל הובא בשיטה כתב הא דאמר לוקח הוי לפירות דאי גוף לא הוי מחייב בנזקי ממונה וקי"ל פרק חזקת הבתים אם חפר בורות שיחין כו' חייב ומסתברא לי דאע"ג דלוקח הוי אם נגנבה או אבדה שהוא חייב לבעלים וכמי ששכרה ממנה והוא נכנס תחתיו לבעלים ע"ש. ותמוה א"כ מה דחי רבא דלוקח עדיין שואל או שוכר כנ"ל. וצ"ל דקאי על הודיעתו וקיבל עליו. וגמרא איירי בלא הודיעה. או דרבא אמר לה על בעל בנכסי אשתו ממש דלא שואל ושוכר רק לוקח לפירות ופטור דקני הגוף לפירות אבל אגרא מעלמא ונסבה שאין לה רק בשכירות אף שהוא זוכה בשכירות מ"מ הוי שוכר דבעלים הראשונים. ונ"מ לדינא:

והנה למ"ש לעיל דלענין כשתאבד הבהמה או תמות דלא מטי לידה אחר שימות או יגרשה אין לה זכות דקנין הפירות כקנין הגוף אחר תקנת אושא דרבי יוסי ברבי חנינא ולכך פטור דשלו נאבד. ולכאורה קשה מחפר בה בורות כו' דג"כ יפטור. אולם להנ"ל לא קשה דשם שהקרקע נשאר קיים ותזכה בה אחר גרושין או מיתה ובמטי לידה שלה למפרע וחייב לשלם. ולא שייך שאותו הפחת לא מטי לידה כיון דקרקע זו מטי לידה. משא"כ בנאבד או מתה כנ"ל:

ועוד נראה יותר דניהו דכשלא זכתה הוי שלו לגמרי דכקנין הגוף כנ"ל. מ"מ עדיין השיוי שעל הספק דאחר מותו או גט קיים רק דעכשיו אינו שלה אבל עכ"פ דבר הגורם לממון חשיב כמו איסור הנאה חמץ של הקדש במועד דמעל דדבר הגורם כממון מה שיהיה ממונו אחר זמן ע"ש. אך לענין פשיעה כמו דאמעיטו שטרות מדין שומרין כן בהנ"ל שאין גופו ממון ושפיר פטור אבל מזיק בידים כחופר כו' שפיר חייב כמו שורף שטרותיו. ולהרמב"ם דגם פשיעה חייב בשטרות י"ל דחייב ג"כ רק משום בבעלים פטור כנ"ל:

ולכאורה י"ל דאפשר לוקח ל' יום חשיב כשוכר ואין חילוק בלשון מקח דג"כ בשעה שמקנה לו לזמן הפרה שלו ומקנה לו שיהיה נהנה בשלו חייב כמו קודם שהשכיר ככל

שוכר ושואל כנ"ל. רק בעל בנכסי אשתו דלענין הפירות קונה כשנשאה וחיוב שמירה דשואל ודאי דצריך שימשכנה לרשותו וכ"ש באגרא מעלמא ונסבה דזוכה בפירות בנשואין ולענין שיהיה שוכר או שומר חנם נגד בעלים הראשונים ודאי דצריך משיכה. וא"כ אז כשנשאה שואל כבר כל הנאה שלו ע"י הקנין פירות שמנשואין והנאה שלו בשלו ופטור רק שומר חנם י"ל כנ"ל. וי"ל דאין המשיכה מורה כלל על קבלת שמירה דבל"ז צריך ליקחנה דקנה לפירות וכבר שלו. והוי כמ"ש גטין גבי תיחוד ותפתח דכיון שבלא זה היה פותחת אינו מורה על קנין ולא קני עיין שם. וממילא לרמב"ם דגם שומר חנם בעי משיכה דתקנו כו' גם לחיוב פשיעה. וי"ל דבהנ"ל לא חשיב משיכה. רק תוספות לטעמייהו דבסילוק בעליו לחוד מחייב. שפיר חייב בפשיעה כנ"ל:

שם בעי רמי בר חמא בעל בנכסי אשתו מי מעל כו' מאן לימעול כו'. ותמוה מאד למה לא בעי ביורש שהיה בנכסי אביו מעות הקדש או לוקח כל נכסי פלוני. וע"כ כיון דלא לקח או ירש רק מה שהוא של אביו או דמוכר א"כ מה שהוא דהקדש אינו מתחיל קנין כלל. ממילא גם בנשואין כן שלא קני רק מה דהוא שלה. ולמה ליה הטעם דאיסורא לא ניחא ליה כמו שתמהו תוספות. גם נמעלו ב"ד אין לו שום פירוש עיין שם. וכ"ש לפירש"י ז"ל דאיבעיא בנפלו לה נכסים אחר שנשאת והיה בהן מעות הקדש דתמוה מה סלקא דעתך שימעלו:

ונראה די"ל הטעם דהא קיימא לן נכסין שאינם ידועים לבעל אינו זוכה בהן ומיד שיודע לו זוכה בהן וכן פסק בש"ע סי' פ"ה עיין שם. ואם כן במה שהודיעה לבעל ממעות זה דהקדש בתורת שלה ע"י זה זכה בהן בטעות שיהיה ברשותו להוציאן. והוי כמפקיד מעות מותרין דפריך לעיל. אפילו לא הוציא נמי דהוי כהלוה אותן לו אף שהוא בטעות ולא קנאם מ"מ עשה מעשה שרוצה להקנות דאי לא הי' הקדש הי' קונה וגם עתה לפי דעתו שאינו הקדש קנאן להוציאן ממילא מעל אם כן ביורש דממילא ובמה שסבור על הקדש שהוא מעותיו לא מעל שאינו צריך דעתו לזכות. מה שאין כן כאן אם לא הודיעתו ממעות זה בתורת שלה לא הי' זוכה אם כן לתוספות במה שנשאה זכה ע"י שהיה דעתו לקנות גם מעות ההקדש אם כן הוי כעושה קנין בהמעות הקדש עצמו דבשלמא בלוקח כל נכסי פלוני סתם ממילא קני רק מה ששלו. אבל כאן שזוכה בנשואין רק ע"י שידוע לו זה המעות בתורת שלה עושה קנין להוציא המעות הקדש מרשותה לרשותו להוציאן כנ"ל. וכן כיון דאם הי' מסלק עצמו בשעת נשואין לא היה זוכה כמו עודה ארוסה או בבת אחת עם הנשואין אם כן בא ע"י שרוצה לקנות מה שאין כן ביורש דאחר מיתה סילוק. וכן לפירש"י ז"ל שנפלו אחר הנשואין גם כן הטעם כנ"ל דכל שלא נודע לו שנפלו

לא זכה כמפורש בגמרא וש"ע רק כשיודע לו אם כן ע"כ צריך דעתו לקנותם וכשמסלק תוך כדי דיבור להודעה לא זכי כמו סילוק ועודה ארוסה. אם כן כשנודע לו במה שאינו מסלק את עצמו ורוצה לקנות גם מעות זה דהקדש זה הריצוי הוא הקנין שע"י זה שנודע ורוצה יוצא מרשותה לרשותו להוציאן ומעל. ורק דחי משום דאיסורא לא ניחא ליה דליקני. היינו דאף דכל מעילה כן ומ"מ מעל הלוה או המקבל מכל מקום מבואר בנדרים ל"ה סברא זו גופיה למעול מקבל כו' אסורא לא ניחא ליה ופירש הר"ן אף על גב דמוציא מרשות הקדש אפשר אף בטעות מעל שאני הכא שהוא לא הוציאן אלא חבירו הוציאן וזה לא עשה אלא שקבלם עכ"ל וגם כאן כן. וכ"ש משם דלא קבלן כלל ורק המחשבה. שע"י ריצוי שלו יחשב כמעשה והא אסורא לא ניחא ליה כלל ואין כאן ריצוי כלל כנ"ל: תמעול איהי כמלוה דמעל וכן היא ע"י שהודיעתו ממעות זה ומכניסתן לו בנשואין הוי כנותנת לו להוציאן. וממילא לא יהיה שייך כלל דאסורא לא ניחא ליה דליקני דכיון שמעלה הוא נפיק לחולין דקיי"ל אין מועל אחר מיתה וחברו רשאי לבקע בה לכתחלה כו' דהיתירא נמי לא ניחא ליה דליקני. היינו דבמה שהודיעתו קודם נשואין לא קני עדיין. רק בשעת נשואין ואז לא ניחא כו' וקונה בע"כ אף שאינה רוצה ולא שייך דתמעול כיון שא"צ דעתה. ולרש"י ז"ל ס"ד דבמה שהודיעה לו ממעות דהקדש הוי כמקנה אחר הנפילה דלא קני עד שיודע לו. או דלרש"י הפי' דלקחה ונתנתם לו דתהוי כלקחה להורישה לבניו דנדרים ל"ד דמעל לפי טובת הנאה. ודחי דלא ניחא לה להקנות רק בע"כ לפי ששלו ע"פ תקנת חכמים. ומשמע מרש"י ז"ל דבנפלו לה קודם נשואין ונשאה דהיה מועל. דבנשואין עושה מעשה לקנות. ולא דמי להא דנדרים ל"ה דמקבל לא מעל משום דלא ניחא כו'. דשם שייך מה שכתב הר"ן דאינו עושה אלא שקבלם דא"צ דעתו לקנות באיכא דעת אחרת מקנה. מה שאין כן כאן דעושה מעשה בנשואין דצריך דעתו. דאף שמתכוין לנשואין וממילא קונה. מ"מ במעילה שאינו מתכוין כמתכוין כדאמר פסחים פרק כל שעה בנתכוין כו' וסך כו':

ולע"ד דיש לפרש הבעיא בקונם דקיימא לן יש מעילה בקונם עיין שם נדרים ל"ה. וגם קיימא לן דאף שאסורין בקונם מ"מ הם שלו רק דאסורין עליו דב"ח נוטלין ובניו יורשין כדאמר במשנה פרק הגוזל ובר"ן נדרים מ"ז דנכסי דידיה נינהו אלא שאסורין עליו עיין שם. ובעי התם ל"ה ככרי עליך ונתנה לו במתנה לימעול נותן הא לא אסורא ליה למעול מקבל דאיסורא לא ניחא ליה עיין שם ומסיק מקבל מעל כשיוציא. ואם כן משמע דאם הי' אסור גם על הנותן בקונם שפיר מעל נותן. ואם כן בעי הכא היכא דאסור על שניהם בקונם שאסרן אביה עליה בחיי' ובמותו ועל זה שנשאה ג"כ ומ"מ כשמת

זכתה בנכסים רק דאסור בקונם ואחר כך שנשאה בעי שפיר מי מעל. ואמר למעול בעל כמו שם המקבל מתנה כיון דכאן עושה מעשה שקונה בה נכסים בנשואין אלו ובאמת קונה בתקנת חכמים ככל נכסים דאף שיהיו אסורין עליו מ"מ שלו הן להוריש לבניו אם תמות קודם ושיגבה בעל חוב כנ"ל ושפיר מעל וגם לא שייך דלא אקנו ליה חכמים דדוקא לקמן דנימעל ב"ד שייך דודאי לא תקנו אם ימעלו ע"י התקנה. מה שאין כן עכשיו דסלקא דעתך שימעול הוא אדרבא ודאי דלא חלקו בתקנתם בשביל מעילה דידיה. ולכך דחי רק דאסורא לא ניחא ליה דליקני. והוא כמו דאמר התם בנדרים דכיון דרק תקנת חכמים וכשאומר אי אפשי אינו זוכה דתקנו לטובתו. ואמר אחר כך תימעל איהי במה שנשאת ומכנסת לו כדאמר בנדרים שם דרק משום דלא אסורה אנותן מה שאין כאן דגם עליה אסור בקונם. ושוב באמת יקנה הוא בתקנת חכמים דכיון דמעלה היא נפקא לחולין למה שכתב הר"ן ז"ל דגם בקנס אין מועל אחר מועל עיין שם. ודחי דלא ניחא לה כלל. דדוקא שם מתכוונית להקנות משא"כ כאן דרק כשנשאת ממילא זוכה כנ"ל.
ואתי שפיר דמסיק דמעל כשיוציא ממש כמו התם בנדרים כנ"ל:
שם נמעלו ב"ד. עיין שם ברש"י ז"ל ותמוה מה עבדי ב"ד שבאותו דור שלא תקנו גם כן ומאי סלקא דעתך. ונראה דיש לפרש כפי' התוספות על כולן כשעשו מעשה לימעל בעל אם לקח המעות ודחי דאיסור לא ניחא ליה כמו שכתבו תוספות דסבור שהן שלו וכעודר בנכסי גר כו' דלא נתכוין להוציא בלקיחה כו'. תמעל איהי כשלקחה ונתנה לו כו' ודחי דלא ניחא לה כו'. נימעל ב"ד היינו כשלא רצתה ליתן לו נכסי מלוג שלה וגבו ב"ד ע"כ והוציאו ממנה ונתנו לבעל ובתוכן מעות הקדש או קונם כנ"ל. ואף ע"י שליח ב"ד קיימא לן יש שליח במעילה. ודחי כיון דלא עבדי רבנן תקנתא באסורא לא הקנו לו כלל כנ"ל:
שם איבעי' להו כחש בשר מחמת מלאכה מהו כו' מכלל דכי מתה מ"מ חייב נימא כו' אלא לא מיבעיא כחש כו'. וקשה מה חילוק מה לי קטלא פלגא. ומה דייק מכלל כו' וכן לא מיבעיא. וי"ל למה שכתבו תוספות גטין נ"ג ע"ב דהכחיש בידים הכחשה דהדרא חייב כמו מזיק. מה שאין כן הוכחשה ממילא אף בשומר וגזלן יכול לומר הרי שלך לפניך כדאמר ב"ק צ"ז בהמה והזקינה כו' עיין שם. ואם כן למה שתמהו הראשונים ז"ל הובא בשיטה מקובצת נהי דמתה מחמת מלאכה לא הוי כבידים. אבל למה עדיף ממתה ממילא דחייב. ותירץ רמב"ן ז"ל דפשיעותא דמשאיל הוא דהשאילה למלאכה שאינה יכולה עיין שם. ונראה דחשיב כמו קרע כסותי דאמר סוף החובל דלא אתי לידיה בתורת שמירה פטור דהמעשה ציוה לו אף שלא אמר על מנת לפטור אבל באתי לידיה בתורת

שמירה חייב דנהי דעל המעשה פטור מ"מ עכ"פ כנעשה מאליה הוא וחייב מצד חיוב האחריות עיין שם. ואם כן י"ל דזה הי' הסלקא דעתך כאן דכחש דהדרא פטור מחמת מלאכה אף דחשיב בידים מ"מ לענין זה הוי קרע כסותי דהא להכי שיילה. ורק שיתחייב משום חיוב אחריות דממילא. ושוב אומר לו הרי שלך לפניך כנ"ל. מה שאין כן מתה או לא הדרא דהוי כמתה שפיר נהי דהוי כקרע חייב בתורת אחריות דשמירה כמעילה כנ"ל. ודחי רבא דלאו לאוקמי בכילתא שאלה. והיינו דלא חשיב כלל אתי לידי' בתורת שמירה דמיד בתחלת השאלה הוי לקרוע דכיון דמתה מחמת מלאכה איגלאי דהיה לקרוע ולא נעשה שומר כלל ודוקא שכבר בא לידו בתורת שמירה ואחר כך אמר קרע כמבואר בש"ס שם ומדויק הלשון לא מבעיא כו' שיילה כו' כנ"ל. והי' ראיה לתוספות הנ"ל:

או דנהי דהכחישה בידים חייב לתוספות הנ"ל מ"מ דוקא מזיד כיון דהכחשה דהדרא חשיב היזק שאינו ניכר כדאמר בגמרא הוי כמנסך כו' דמזיד חייב שוגג פטור. ועכ"פ כאן שואל שוגג הוא דלא נתכוין להזיק ופטור משא"כ מתה או הכחשה דלא הדר כנ"ל:

או י"ל דגם דאי אפשר לידע בבירור אי מחמת מלאכה כמו שכתבו הפוסקים. ואם כן בכחש דהדר פטור ממ"נ או ע"י המלאכה פטור ואי ממילא בלא זה פטור דהרי שלך לפניך. מה שאין כן מתה וספק אי מחמת מלאכה דהוי כאיני יודע אם פרעתיך. ואמר דשיילה כו' והוי איני יודע אם נתחייבתי:

שם אייתי סהדי דלא שנית ואפטר. ותמוה דבשבועה סגי ואח"כ גם כן לשון זה בגמרא. והי' נראה לענ"ד כיון דהפטור במתה מחמת מלאכה אף דהא ממילא הי' חייב ורק משום פשיעותא דמשאיל כנ"ל. והוי כאומר קרע כסותי כו'. ואם כן הוי כקצוץ נטיעותיו הרג שורו אתה אמרת לי להרגו כו' דאמר בש"ס בבא קמא צ"א דאינו נאמן. דמסתמא אין דרך לעשות כן. וכן בשאלה כיון דחשיב פשיעה וציוה להזיק כיון שיודע שע"י מלאכה תמות ממילא אמרינן דודאי אינו כן ולא מחמת מלאכה מתה ואף בשבועה אינו נאמן כדהתם. עד דמייתי סהדי:

אמנם הא כל הפוסקים דנאמן שואל בשבועה מתה מחמת מלאכה וכן מפורש פרק המפקיד שואל כו' במאי הוי ליה למימר כו' מתה מחמת מלאכה לא שכיח הגם דאין ראיה כל כך די"ל היינו דאמר מתה מחמת מלאכה לא שכיח ואינו נאמן גם בשבועה. אך איכא מאן דאמר דגם שואל מקני עיין שם. ולכך נראה דהטעם כמו באילן העומד לקצצו ושור העומד כו' דנאמן כן בזה דשור עומד למלאכתו וכל דבר אם כן מה ששאלו למלאכה הראוי' לו ויש ספק שימות ע"י המלאכה כשור העומד להריגה היינו שעומד לספק זה וציוה אותו לכנוס לספק זה ואם ימות ימות והוי כאומר קרע בשור העומד

כו' ושפיר נאמן בשבועה כנ"ל. ואם כן זה דוקא במלאכה הראויה אבל אם ידוע שעשה מלאכה כבידה מהראוי רק שטוען ששאלה לזו המלאכה נראה דאינו נאמן בשבועה כיון דמסתמא אינה עומדת לכך הוי כמו אתה אמרת כו'. ושפיר י"ל הני עובדא כנ"ל דמודה שהיה במקום קשה וכהאי גוונא רק דאומר שלא שינה ממה ששאלה היינו דשיילה להכי. ואינו נאמן ואמר שפיר דבעי סהדי דלא שנית ואפטר כנ"ל:

ומ"מ עדיין אינו מיושב כל כך למה באמת נאמן מתה מחמת מלאכה בשבועה. דלא דמי לשור העומד כו' דכיון דחשיב קרע כו' וכן כתב נמוקי יוסף הלשון דהוי כמתירה למיתה. אם כן זה עצמו ראיה שלא מתה מחמת מלאכה והיתה בריאה דאי לאו הכי ודאי דלא היו הבעלים פושעים בשלהם אף על הספק. ואפשר שוכר דנוטל שכירות י"ל דנכנס בספק הפסד משום השכירות. וממילא שואל כמתנה דא"ל דעביד נייחא כו' כמכר וכשוכר ושייך שנכנס בספק. דאינו דומה ספק הפסד לודאי. אך אם כן שוב לא יחשב כאומר קרע שיהיה פטור דאף שנכנס לספק מ"מ אם יפסד ישלם דלא עדיף מאונס:

אך י"ל דהוי פשיעה שלא הודיעו דאינה בריאה שהוא ספק שתמות. ועוד כמ"ש לעיל דעכ"פ כיון שמתה או נפסד ע"י המלאכה איגלאי מילתא דהשאלה לקרוע ואין חיוב שמירה כלל. ומזיק בידים לא חשיב בעושה ברשות כמבואר בש"ס לקמן צ"ז מעביר חביות ושברה עיין שם ובתוספות שם ובבא קמא כ"ז נתקל כו'. עוד י"ל דכיון דאיגלאי שאינה ראויה למלאכה זו ששאלה הי' בטעות ואינו שואל ושוכר כלל וממילא פטור. עוד י"ל כמו שכתבו הפוסקים בלוקח על זמן דפטור נאבד תוך הזמן משום דהוא שלו עכ"פ זמן זה אף דלאו כקנין הגוף ונאבד גוף של חבירו מ"מ במה שהקנה לו פטור ככל דבר ששלו. ממילא לענין השאלה למלאכה דלזה הקנה לו וזה הקנין פירות שלו שהקנה לו ופטור על האונס דמחמת מלאכה כיון דלענין זה שלו וכמו לזמן כנ"ל. וזה י"ל טעם דברי הרמב"ם ז"ל דבעי דוקא בשעת מלאכה עיין שם:

י"ל הטעם דנאמן בשבועה מתה מחמת מלאכה ולא הוי כמו אתה אמרת כו'. די"ל אם יהיה הדין דאינו נאמן ויתחייב לשלם שוב אין כאן חזקה דאין אדם מפסיד שלו דאדרבא י"ל שידע שחלושה ואינה ראוי' למלאכה והשאילה בכונה דכשתמות ע"י המלאכה יצטרך לשלם כיון שלא יהיה נאמן כנ"ל. ולא דמי לאילן כו' דמה ירויח במה שציוה כו' מה שאין כן כאן. ולכך ע"כ דנאמן בשבועה. ואף דאי נאמן שוב שייך החזקה כנ"ל. מ"מ אי אפשר לפסוק שאינו נאמן דא"כ לא שייך כנ"ל. וגם מיושב כנ"ל דזה שייך רק במלאכה הראויה לה די"ל שמרויח כיון דאינה ראויה ואעפ"כ ישלם זה. מה שאין כן במלאכה כבידה יותר מהראוי ואומר דלהכי שאלה אינו נאמן דמה ירויח כיון שראויה

למלאכה למה ישאול על כבידה שאינה ראויה והוי כאילן כנ"ל. עוד י"ל משום דאונס גם כן לא שכיח ואי לא כנ"ל ע"כ דמתה מעצמה וגם זה לא שכיח מה שאין כן בקצוץ אילן כנ"ל:

שם ואי ליכא סהדי מאי כו' ת"ש כו'. ותמוה מה לו לשאול בליכא סהדי. הא הדין דשמין הוי ליה למימר בדשני או נאנס בודאי גם כן. וכן בהא דרב ואיתבר ופירש"י בפשיעה ולמה לא הוזכר בש"ס. והא בסתם לא מחייב כנ"ל. וכן מה דאמר רב באמת זיל שלים נרגא מעליא וא"ל ר"כ ור"א דינא הכי ושתיק. ולמה כיון דס"ל באמת כרב כהנא ור"א דשמין לשאול כדדייק בבא קמא י"א מהכא דגם רב ס"ל שמין ע"ש:

והנה לכאורה י"ל כיון דמחזקינן דשני כו' מלאכה כבידה שלא שאלה אם כן הוי שולח יד וגם שואל שלא מדעת דלאו להכי שיילה וקיימא לן שואל שלא מדעת גזלן וממילא בגזלן אין שמין וצריך לשלם כשעת הגזילה. אך כיון דלא קיימא לן כרבי מאיר דכל המעביר על דברי בעל הבית נקרא גזלן בשוכר להוליכה בהר והוליכה בבקעה עיין שם. וכן כתב הרי"ף פרק המפקיד בשומר שמסר לשומר דקיימא לן דחייב רק משום את מהימנת דמוכח דלא קיימא לן כרבי מאיר עיין שם. ולהנ"ל אין שליחות יד דמלאכה בשוכר ושואל כלל וצ"ל דוקא נפקד דברשותיה דמריה וכשמגביהו או עושה מלאכה חשיב דמפקיעו מרשות בעלים. מה שאין כן שוכר ושואל דברשותייהו קאי למלאכה ובמה שעושה מלאכה כבידה לא חשיב משיכה לענין גזל. ואינו מוכרח דנהי דל"ח גזלן על דעת בעל הבית דוקא כעין שומר שמסר לשומר אף דאין רצוני שיהיה פקדוני וקפיד אבל גזל אינו דגם כן אצל הב' שמור. וכן הוליכה בבקעה דעומד לשאלה בבקעה כבהר רק הוא לא רצה כן כנ"ל. אבל מלאכה כבידה שמתה ע"י או הכאה דמיתבר הנרגא ע"י כמו דאמר במנסך וכהאי גוונא מדאגביה להזיק ולנסך קנייה שיהיה חשיב גזלן. כן בהגבהה זו להפסידה במלאכה שלא שאל שתפסד ע"י דחשיב גזלן וקניה בהגבהה כשואל שלא מדעת. ואף דלא ידע ודאי שתפסד מכל מקום במנסך משמע דבשוגג גם אמר מדאגביה קניה. וי"ל דהיינו טעמא דרב דלשלם נרגא מעליא. ור"כ ור"א דחו דשוגג כיון שאינו מתכוין לגזול לא הוי גזלן כיון שכבר ברשותו ומעביר ע"ד לא חשיב גזלן ועוד דמיירי גם כן בלא היו עדים ולא רצה לישבע דלא שינה. ובשינה למלאכה שאינה כבידה אף דחייב כמבואר בהרמב"ם וש"ע מ"מ החיוב רק מצד כאלו התנה כשישנה יתחייב בכל מה שיהיה אפשר לתלות דמחמת השנוי אף שאינו כן כמו שכתבו תוספות פרק המפקיד ל"ו. ושוב אין החיוב משום גזלן והוי כשאר שואל דשמין. ולכך מייתי שפיר אהא דליכא סהדי דתלינן ששינה ובעי מהו אי אמרינן מסתמא למלאכה כבידה שע"י

זה נשברה וחשיב כשואל שלא מדעת וכגזלן או לא ומייתי דרב ור"כ ור"א כנ"ל. ואתי שפיר דבבבא קמא י"א בעי למידק מעיקרא דרב סבר לשואל אין שמין ודחי מדפרכי ר"כ ור"א ושתיק כו' כנ"ל ע"כ דמעיקרא לאו בתורת שואל רק משום גזלן ואקשי ליה דגם זה משום שואל. ומוכח דס"ל לרב בשואל שמין כנ"ל:

הנה הנ"י ושאר פוסקים פירשו דמיירי במקום רואין דקי"ל כאיסי ולכך אמר אייתי סהדי דאי לא מייתי אינו נאמן בשבועה ע"ש. וקשה דזה שייך כשמסופקין על גוף האונס אי מתה או לא אמרינן כיון דיש רואין הוי ידעי אי מתה וכשאין יודעין מסתמא לא מתה כלל והוי בזה לא ראינו ראיה. אבל כאן דא"ל אייתי ראיה דלא שנית. לענין אם שינה מה שייך במקום רואין הא גם שכנגדו יכול להביא ראיה ששינה כמו הוא שלא שינה. כיון דידוע דאיתבר. ולא מצאנו כלל הא דיש רואין רק על גוף האונס לא שמשגיחים איזה מלאכה עושה. וי"ל דבאמת כיון דאמר שעשה מלאכה במקום רואין ונשבר שם ולא מייתי ראי' אמרינן שלא נשברה כלל. ונרגא תבירא דמייתי דידיה הוא ולא זו ששאלה ומיירי שלא היה ניכר אם זו היא. וא"כ שפיר אמר רב דלשלם נרגא מעליא כיון דאם אומרים במקום רואין דלא נשברה כלל ועדיין הנרגא שלימה ברשותו ניהו דא"א לחייבו יותר מלשלם עבורה אבל צריך לשלם בלי הפחת שיוי ולא השברים שאינם של משאיל. ואף הטורח לקנות נרגא מעליא מחויב כיון שבחזקת שהוא אצלו. ואין לומר דנאמן עכ"פ שנשברה ואלו השברים דמשאיל ואם לא נשברה שם במלאכה נשברה בביתו דז"א דגבי לא עברתי בצד עמוד פלוני אי לאו דלא רמיא עליה הוי הוחזק כפרן וכן בקיצותא דתרעא ע"ש. וכיון דטוען שנשברה במלאכה במקום רואין דרמיא עלי' דפטור. והוחזק כפרן מדאין עדים דהימני' תורה להוציא ממון וע"כ דחשיב ברור שמשקר. א"כ אין אנו חוששין על מה שלא טען שמא נשברה בביתו דהודה שנשברה שם וע"ז מוכחש. ולכך לא הוזכר כלל דאיתבר בפשיעה כמ"ש רש"י ז"ל רק דטען דמחמת מלאכה רק היה במקום רואין ומייתי הש"ס אעובדא דלעיל דאי לא מייתי סהדי איך הדין אי חשיב בירור להיות הוחזק כפרן ומשלם הכל כנ"ל. ור"כ ור"א אמרו דינא הכי דס"ל דלא חשיב בירור לחשב כפרן. וגם דחשיב כפרן למקצת דאינו כפרן לשאר כדר"ח קמייתא. וניהו דהוכחש על מה שרצה לפטור לגמרי מתה מחמת מלאכה אבל על מה שנשבר עכ"פ להיות פטור מפחת השברים ע"ז לא הוחזק כפרן במה שטוען שזו הוא ששאלה. ואמר הלכתא כר"כ ור"א דגם בליכא סהדי ממילא דמי כו'. דאל"ה קשה דהיינו שמין לשואל דכבר פ' הלכתא ב"ק י"א. וגם רב עצמו סבר כן שם ולמה אמר הלכתא כר"כ ור"א דהלכה מכלל דפליגי

ולהנ"ל א"ש. ודייק התם בב"ק מדאמרו ליה ר"כ ור"א ע"כ דמעיקרא לא מטעם אין שמין לשואל רק מטעם הנ"ל ומודה דשמין לשואל כנ"ל. ומ"מ עדיין קצת דוחק:

וי"ל עוד כפי' הפי' הפשוט שכתבו הפוסקים אייתי סהדי דלא יצטרך לישבע והפי' אי לא מייתי כו' ואינו רוצה לישבע ג"כ. וא"כ למאי דקי"ל דהיכא שמרויח חייב שבועה שאינו ברשותו מה"ת וזו עיקר שבועה. וכשמשלם השבועה שאינה ברשותו מדרבנן מדר"ה. ובמינו מצוי לרמב"ם ז"ל פטור משבועה שאינה ברשותו כשאינו מרויח ע"ש. וא"כ להפוסקים דעיקר שבועה שאינו ברשותו והשאר גלגול ע"כ הפי' כאן דלא היה ניכר אם זו השבירה ששאל דאל"ה לא היה חיוב שבועה. וגם דלא כרמ"ה שהביא טור בידוע שפרה מתה אצלו דפטור משבועת שומרין ע"ש. רק דחייב כנ"ל כיון שאינו ידוע אם זו הוא. וא"כ כשאינו רוצה לישבע שבועה שאינו ברשותו דהדין דחייב לשלם נראה דחייב שפיר לשלם נרגא מעליא דמחזיקין שברשותו נרגא שלימה דמשאיל כנ"ל דאין הפחת על המשאיל ולא הטורח כנ"ל רק במצוי לקנות להרמב"ם דלא חיישינן עיניו נתן בה כשאינו מרויח. וא"כ כאן דהיה סבור שהדין דמשלם כשויו דשעת שבירה ועתה הוזל השברים א"כ אי באמת ברשותו נרגא דבעלים. אינו משלם כלל כל שויו במה שיהיה נותן הנרגא תבירא שלו וישלים על השיוי דשעת שבירה. ולא מהני מינו מצוי לקנות רק בשויו. וא"כ שפיר יש עליו שבועה שאינה ברשותו מה"ת וכשאינו רוצה לישבע צריך לקנות נרגא שלימה כמו ששאל ולהחזיר כיון דמחזיקין דברשותו וכופר וא"א להוציא. שוב גם הטורח עליו כנ"ל. ובדיוק אמר לו רב דלשלם נרגא ממש דכך דינו כשאינו רוצה לישבע שאינו ברשותו כנ"ל. ואמרו ליה ר"כ ור"א דינא הכי. הפי' דכיון דישלם כל דמי הנרגא היינו התבירא בתורת שוה כסף ולהשלים כפי שוי' דעכשיו כל דמיו שוב אין הטורח עליו לקנות. דשוב אין עליו שבועה שאינה ברשותו כלל דלא חיישינן עיניו נתן בה דבכל שויו מצוי לקנות ואף שהתחיל לכפור לא חיישינן שיגזול בחנם במינו מצוי א"כ אין הדין דלשלם נרגא כנ"ל. ושתיק רב דבאמת עכשיו כן הדין כר"כ ור"א ומ"מ אמר רב שפיר כפי טענתו שלא רצה לישבע ושישלם רק כזולא דשעת שבירה שוב הדין באמת כרב דצריך לשלם נרגא ממש דיש עליו שבועה שאינה ברשותו אף שמצוי. רק אחר שאומר לו דכך הדין שישלם נרגא והוא רוצה לשלם השבירה בש"כ ולהשלים בשיויו דעכשיו שוב באמת הדין דסגי בהכי כנ"ל. ושפיר שתיק רב דלא אמר להם כלל בפני בע"ד שהדין כדבריהם דהא כל שאין עושה מעצמו כן הדין לשלם נרגא ממש דמחויב כנ"ל. והם שאלו אם הדין באמת כן כו' דמחויב וע"ז אמר הגמרא הלכתא כר"כ ור"א דמהדר ליה תבריה וממלי ליה דמי מנא כו'. דלתוס' אין הלשון מדויק כלל דהא אינו

ממלא דמי מנא דעכשיו. ולמה לא אמר שמין כו'. ולהנ"ל מדויק שפיר דאדרבא ע"כ ממלי לי' לגמרי שיהיה אפשר לקנות נרגא מעליא. ושפיר מייתי אהא דאי ליכא סהדי כנ"ל כשאינו רוצה לישבע הדין. וכר"כ ור"א כנ"ל. ושפיר דייק מ"מ בב"ק דרב ס"ל שמין לשואל. דאל"ה גם לדברי השואל בעי לשלומי כל שויו דעכשיו ושוב למה אמר רב דלשלם נרגא ממש. הא אין עליו שבועה שאינו ברשותו מדר"ה כלל כיון דמינו מצוי דאי אינו מצוי מה שאלו ר"כ ור"א דינא הכי כו' ומדויק לשון הגמרא דב"ק מדאמרו ליה כו' ושתיק וע"כ כנ"ל וע"כ דס"ל שמין ולפי טענתו רצה להרויח הזולא ושפיר אמר רב דלשלם נרגא ממש כפירש"י ז"ל והם שאלו כנ"ל ושתיק. ומיושב הכל בעזה"י:

דף צז.

אמר רבא האי מאן דבעי למשאל כו' וליפטר נימא לי' אשקיין מיא דהוי שאילה בבעלים ואי פקח הוא נימא ליה שאיל ברישא והדר אשקייך. ותמוה מה קמ"ל רבא בזה. ומה הפקחות ודאי דאם אינו רוצה יאמר שאינו רוצה שיהיה בבעלים. ונראה לע"ד דקמשמע לן רבא שאין זו הטעאה דשמא אין זה יודע ואינו רוצה להשאילו רק באופן שיתחייב באחריות. וא"כ כשאומר לו השאילני כו' ואומר לו משוך ואח"כ אומר לו אשקיין מיא והולך להביא לו מים ובתוך כך ימשוך השואל הפרה. דלכאורה אסור דכשאמר לו לך משוך לא היה בבעלים והיה ע"ד שיהיה חייב באונסין ואחר שאמר לו אשקיין לא ידע שימשוך וע"ד כן לא השאיל והוי גזל וקמ"ל דשרי וגם שא"י משאיל לחזור בו אחר המשיכה לומר ע"ד כן השאלתיך. והטעם כיון דאמר לו מקודם לך משוך ולא חזר בו אחר שאמר אשקיין שלא ימשוך במלתא קמייתא קיים ורשאי למשוך כנ"ל. ואינו יכול לחזור בו. ואי פקח כו' היינו שאינו רוצה לחזור בו ממה שהבטיחו להשאילו וגם רוצה להשקותו שמא צריך למים. ושמא ימשוך בתוך כך. וכשיאמר שאינו רוצה שיהיה שאילה בבעלים י"ל דהוי מתנה על מה שכתוב בתורה כמו שלא יהיה דין אונאה למ"ד בטל. לכך יאמר לו שאיל ברישא והדר אשקייך היינו שאינו רוצה להשקותו אם ימשוך שיחשב בבעלים ויהיה המים לצורך עצמו. ושוב ילך וישקנו ואף שהשואל ימשוך בתוך כך לא חשיב שאילה בבעלים כיון דרק בעלים באמירה וכיון שמושך לא נשתעבד ע"ד כן כלל להשקותו ולא חשיב בבעלים כלל. ורק עכשיו משקה אותו בלא שיעבוד ולא היה עמו בשעת שאלה וקמ"ל רבותא שפיר כנ"ל:

שם שתלא כו' בעידן עבידתייהו כו'. תוס' ריש פרקין הקשו דהא בעלים באמירה ע"ש ובראי"ש ז"ל. ולע"ד נראה כדקי"ל נדרים פ' השותפין כו' באין בו דין חלוקה זה נכנס בתוך

שלו כו' ובר"ן שם דאמרינן ברירה דע"ד כן קנו שבשעה שמשתמש שלו לגמרי למפרע. כן בזה הפועל שנשתעבד באמירה לכל העיר וכשותפין הנ"ל באין בו ד"ח שהחלוקה לזמן שבעת שיעשה מלאכה של זה איגלאי דעל זו השעה נשתעבד לזה ובשעה אחרת לזה והוי בעידן עבידתא דכל אחד שאולה בבעלים נגדו ולא נגד אחר כנ"ל:

שם שאיל לן מר כו' לאשתמוטי ממס' למס' כו' ע"ש ריש ה' פסח שהקשו אף דיכול לשנות למלאכה אחרת מ"מ ודאי דחשיב בבעלים. ולע"ד נראה דהא לקמן דאזיל לדלויי כו' ולמיסר טעונה לא חשיב בבעלים כיון דהוא לצרכו. ואף דשלא ירבו משאה ג"כ לצורך השוכר שלא תוכל לישא. מ"מ עיקרו לצורך עצמו רק ממילא נעשה צורך חברו. וכן בעי לעיל פ' אלו מציאות לצרכו ולצרכה ע"ש. ובענין לימוד הרב לתלמידיו ודאי שהוא צורך שניהם דמתלמידי יותר מכולן ולצרכם שילמדם וכן התלמידים לומדים לצורך עצמם ולצורך הרב כנ"ל. וא"כ כל א' עיקרו לצורך עצמו דללמוד קודם מללמד. וממילא נעשה צורך חברו ולא היה חשיב בבעלים כלל רק משום דמצי לשנותם למסכתא אחרת שרוצה לצרכו א"כ משועבדים למלאכתו וזה השיעבוד רק לצורך הרב א"כ מה שלומדים בענין שרוצה הרב מיקרי עוסקים במלאכתו. ומסיק ביומא דכלה שחייבתו תורה לדרוש בהלכות הרגל ובזה עיקר מצוותו ללמדם לא ללמוד רק להודיעם מה שיעשו וחשיב זה עיקר וממילא צרכו וחשיב נגד הרב בבעלים כנ"ל. ומשמע מש"ס דבלא שום שיעבוד דאמירה מקודם רק שעושה מלאכתו דשואל חשיב בעידן עבידתיה בבעלים. וכן לקמן לדלויי טעונה משמע כנ"ל. וא"כ מיירי שלא שיעבדו כלל עצמן מקודם רק סתמא מ"מ הדין כנ"ל. מ"מ נראה דוקא בעת הקבוע להם ללמוד כנ"ל:

שם לדלויי טעונה כו' ופשעו כו' לא מיפשע פשעו אלא אגנובי איגנב ומתה כדרכה בי גנב כו'. ותמוה כמ"ש תוס' מה צורך לזה דמתה בי גנב. ותרוצם דחוק מאוד דע"כ טעו דמפורש פשעו בה דקאי על בי חוזאי כו'. ונראה לע"ד דיש לדקדק דאמר אוגיר כודנייתא כו' נפיק לדלויי ופשעו בה ומית. והא כיון דכבר אוגיר לא היה עמם בשעת שכירות מה בכך דנפיק אח"כ אף דהיה עמהם בשעת פשיעה לא מיפטרי כדאמר לעיל ואי מקודם היה לש"ס לפרש דנפיק לדלויי ואוגיר כו' שהיה המשיכה בעודה דלי. ואדרבא משמע שמשכו כבר והטעינו משאם אח"כ. דא"ל דזה היה הקנין מה שהטעינו דהא אין המשמעות כן. ועוד יש לדקדק למה אמר פשעו בה ומית הול"ל רק דפשעו בה כבכל מקום. ולכך י"ל הכל כמשמעות הלשון דאגיר קודם רק נפיק אח"כ והיה עמהם בשעת פשיעה. רק דמתה כדרכה אחר הפשיעה והחיוב משום תחלתו בפשיעה וסופו באונס דקי"ל דחייב וכבר כתבו תוס' הטעם ל"ו ע"א דבשעת הפשיעה מחייב בכל

אונסין שיהיה אפשר לתלות שמא גורם הפשיעה ע"ש. וא"כ ניהו דקי"ל לענין בבעלים דדוקא היה עמו בשעת שאלה היינו דבעי בשעה שחל החיוב עליו כדאמר לעיל אי לאו שאלה כו' וא"כ זה החיובים דממילא לכל שומר כדינו. אבל שומר חנם או שוכר כשתחלתו בפשיעה וסופו באונס והיה עמו בשעת הפשיעה י"ל דשוב פטור מן האונסין אח"כ דזה החיוב דאונסין חל עליו בשעת הפשיעה וכיון שהיה אז בעליו עמו פטור דהיה עמו כשחל החיוב בשעת שאלה כנ"ל. וא"ש כמשמעו ופריך למ"ד פשיעה בבעלים חייב אמאי אכסוף. ומשני לא פשעו כו' היינו שמת הכודנייתא ע"י הפשיעה רק איגנובי איגנב היינו דכל גניבה קרובה לפשיעה כמ"ש תוס' והיינו דפשעו שנגנב ואח"כ מתה בי גנב וג"כ הלשון שפיר כמעיקרא דפשעו בה ומית ובזה אמר הש"ס לעיל ל"ו ע"ב ומודה רבא היכא דאיגנבה ומתה בי גנב דחייב דאי שבקה כו' ע"ש. וא"כ כיון דסבר רבא ביצאה לאגם ומתה דפטור דמלאך המות מ"ל הכא מ"ל התם ע"ש רק במתה בי גנב חייב משום דאי שבקה בי גנב הוי קאי. וא"כ בזה שפיר י"ל כשהיה בעליו עמו בשעת פשיעה שנגנבה פטור כשמתה בי גנב כיון דמ"ל הכא והיה פטור רק חיוב זה. חל בשעה שנגנבה הוי כנ"ל דפטור משום בבעלים. וע"כ הוצרך לומר דמתה בי גנב כנ"ל וא"ש. וגם לדינא יש להסתפק בתחלתו בפשיעה וסופו באונס והיה בעליו עמו בשעת פשיעה כנ"ל:

שם השואל כו' שאלה חצי יום ושכרה חצי יום שאלה היום כו' שכר אחת ושאל אחת כו'. וקשה ל"ל כל הג'. ובתוס' כתבו דזו אף זו כו'. וקשה מה הספק יותר ביום א' מב' אדרבא בין השמשות ספק גמור בכל דוכתי אי יום או לילה. וי"ל דאדרבא מה"ט כיון דתני בגווני חדא ברי ושמא ושמא. וע"כ דלא בבה"ש טענתם דידוע שלשניהם ספק. וע"כ זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע דמשמע דאפשר לידע וע"כ שזה טוען בודאי היום קודם בה"ש וזה טוען ודאי לילה ושמא ושמא הוא א"י כנ"ל אם בודאי יום או בודאי לילה וגם הב' וס"ד דלא חשיב כ"כ דררא דממונא כמ"ש תוס' ודוחק דמ"מ אדרבא שייך שהיה בה"ש וטוען זה איני יודע וזה איני יודע. עוד קשה דתוס' לקמן ק' ד"ה הא מסקי בעצמם דלא קאי סיפא דיחלוקו רק על שאולה ושכורה דב' פרות ע"ש. וא"כ אא"ל דמשום הך סיפא נקיט לה כמ"ש תוס' כאן. ולע"ד י"ל דקמ"ל בכל חד רבותא. דבאינו מברר איזה חצי יום שואל ואיזה שוכר כגון שנותן חצי שכירות על יום ואומר שחצי יהיה שאול וחצי שכיר. ודאי דא"י להוציא כלום דמתי שמתה מצי למימר שזו החצי יום שכורה כמו שור א' משורי דמראהו מת כו' וחצי שדה נותן כחוש דביד המוחזק לברור. ולא היה שייך כל הטענות דברי ושמא או ברי וברי. וברישא לא תני כלל איזה חצי

יום שאול ואיזה יום שכור רק סתם. וע"כ משום דכך אמר כלשון המשנה ששואל על חצי יום ושוכר על חצי יום ממילא הפי' שחצי ראשון שאול והב' שכורה כמו דמשמע פסחים ס"ג למולים ולערלים הקדים מולין כו' ע"ש דסתמא מה שהזכיר ראשון רוצה שיחול ראשון. וא"כ היינו דקמ"ל ברישא בסתם שאלה חצי יום ושכרה חצי יום אמרינן דחצי א' שאולה כנ"ל. וי"ל דדוקא בלשון הנ"ל דשואל על חצי יום ושוכר על חצי יום אבל באמר ששואל ושוכר על יום שיהיה חצי יום שאולה וחצי שכורה הוי כמו תמורת עולה ושלמים התם כיון דא"א להזכיר ב' שמות כא' לר' יוסי אין הוכחה ממה שהקדים ודוקא שחזר ואמר תמורת שלמים ע"ש. וכן כאן באומר כנ"ל. ודוקא שהזכיר שכירות אח"כ ואינו מוכרח. גם י"ל דקמ"ל להיפוך בלשון המשנה שאלה חצי יום ואחר ששאלה שכרה על חצי יום דממילא כבר חיילא שאלה על חצי יום הראשון משא"כ אם היה אומר ביחד שניהם לא היה חשיב מבורר איזה חצי שאולה כנ"ל. משא"כ סיפא דתני מבורר היום ומחר כנ"ל:

והנה קשה דבב' בבי קמאי תני שאלה ברישא ובתרא תני שכר א' ושאל א' ולמה שינה וטעמא בעי וי"ל למ"ש תוס' ק' דנוקי בחזקת חי הבהמה וכ' מה"ט באמת דלא קאי יחלוקו רק על שאל א' ע"ש. ותוס' כאן לא ס"ל. א"כ מיושב דברישא לא תני מבורר רק שהיה בשעת שאלה מבורר איזה חצי יום שאול אבל הטענות בשעה שהיה שאולה י"ל דזמן המיתה ידוע רק מחולקין דמשאיל אומר שזו החצי יום היה השאולה וז"א שכורה ולהיפוך א"כ אין כאן חזקת חי כלל. וקמ"ל רישא דאף דליכא חזקת חי מ"מ שמא וברי פטור ולא יחלוקו. ובבא ב' שאלה היום דידוע כן וע"כ טוענין על המיתה שז"א קודם רי' ומסייע חזקת חי לפטור אעפ"כ יחלוקו וברי עדיף כו'. ואיצטרך למיתני מה"ט שאול ברישא דחזקת חי לפטור ומ"מ חולקין דלא כסברת תוס' לקמן. ואח"כ שכר א' דאין מסייע חזקת חי לא לזה לא לזה. ומ"מ כל השינוים כן. ובזה אין חילוק בין שכר קודם לאח"כ:

גם י"ל למ"ש נ"י דהוי איני יודע אם פרעתיך כיון דספק אי נפטר מחויב אונסין או לא ע"ש דרוצה להוכיח לישנא דר"פ דמשעת אונסין חל חיובא דשואל ע"ש. וזה דוקא בשאלה היום ושכרה למחר דהספק אי נפטר מחיוב אונסין שכבר היה עליו ושפיר תני כנ"ל משא"כ שכרה קודם והוי רבותא דגם כה"ג חשיב רק איני יודע אם נתחייבתי. דבאמת לע"ד אף ללישנא דר"פ דחיובא דשואל משעת שאלה מכל מקום החיוב רק מעכשיו על תנאי כשתמות בזמן שאולה נתחייב למפרע ונפקא מינה למה דאמר התם שיפטרנו המיתה או, לענין יורשים. אבל מכל מקום כל שלא נתברר אי מתה בשעה

שהיתה שאולה הספק אם חל החיוב למפרע כלל והוי איני יודע אם נתחייבתי. אבל על כל פנים הוי רבותא. ולמאן דאמר ברי עדיף הוי לא זו אף זו על שכר א'. ולדידן קמשמע לן דגם שאלה היום דומיא דשכר א' דדוקא ביש עסק שבועה חייב ואל"ה פטור דהוי איני יודע אם נתחייבתי כנ"ל אף דזמן שאלה קודם כנ"ל:

גם י"ל דאפשר באמת הטעם אף אי חשיב איני יודע אם פרעתיך כמו שכתב נימוקי יוסף משום דזמן שאלה קודם מכל מקום נגד החזקת חיוב יש חזקת חי דבהמה דבזמן שכורה דאח"כ מתה. ומיושב שפיר גם סיפא דשמא ושמא יחלוקו דכתב תוספות ק' דלא קאי אבזמן כו' משום דחזקת חי מסייע למוחזק עיין שם. ואם כן אין צריך לומר שתוס' חזרו שם מדבריהם כאן כמ"ש מהרש"א. די"ל דשם כתב לל"ב דר"פ בכתובות דמשעת אונסין הוא דאיחייב ואין כאן חזקת חיוב וכתב שפיר דלא קאי אליביה סיפא דיחלוקו אבזמן כו' מה שאין כן כאן פירשו ללישנא קמא דהתם דיש חזקת חיוב נגד חזקת חי וקאי סיפא אכל המשנה. אך לקמן בתוס' לא משמע כן. עוד י"ל דאם היה ביחד משיכה אחת לשכירות חצי יום ולהשאלה דחצי יום שלאחרים אפשר דלא היה חשיב שואל כלל להתחייב באונסין כמו כור בל' דיכול לחזור עד סאה אחרונה שהכל לקח ביחד וכשחוזר מקצת בטל הכל א"כ לא יהיה השכירות על חצי יום רק אם תהיה השאלה על חצי יום ב' ואם המשאיל יחזיר בו ולא ירצה להשאילו חצי יום הב' לא יהיה קיים השכירות ג"כ. וחשיב כמו שואל ספר דגם למשאיל הנאה מהשאלה שעל ידי זה מגיע לו השכירות כנ"ל. ואי נימא דחשיב שואל כהאי גוונא י"ל דלרבותא נקיט שאלה קודם למאי דאמר לקמן שאלה ואח"כ שכרה דשכירות בשאלה מישך שייכא ומהני משיכה ראשונה דשאלה על השכירות דאח"כ שנכלל משא"כ שכרה ושאלה צריך משיכה לחוד או קיימא בחצרו עיין שם ברש"י. וא"כ אם היה שכירות היום ושאלה למחר היה פשיטא דחשיב שואל ולא הוי ככור בל' רק כסאה בסלע דמשיכה זו אינו מועלת רק על השכירות לא אשאלה דמחר דלחודא קיימא והוי משוך כו' ותקנה למחר דלא מהני רק אז אם יהיה בחצרו ויכול משאיל לחזור קודם מחר ושפיר אינו תלויה בהשכירות וחשיב שואל מה שמניחה אז בתורת שאלה ואינו חוזר. רק בשאלה היום ושכרה מחר דמישך שייכא שנכלל ומהני משיכה זו דעכשיו על שניהם גם על השכירות דאח"כ והא דלא חשיב שואל כלל לחיוב אונסין דהוי ככור בל' דנהנה שעל ידי השאלה נגמר השכירות ג"כ. וקמשמע לן דגם זה חשיב שואל כנ"ל וצריך עיון מה שאין כן סיפא ב' פרות שפיר תני שכר א' ושאל א' דאין חילוק כיון דב' משיכות וב' קנינים הוי כסאה בסלע דלא שייכי כנ"ל ולא תלוי' זו בזו כנ"ל:

עוד י"ל למאן דאמר ברי עדיף. דלכאורה למה צריך הש"ס לבקש עסק שבועה שיהיה מתוך. הא אף דקי"ל שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף מכל מקום במתה תוך הזמן בפרה זו עכ"פ צריך לשלם בעד מקצת הזמן דהיינו הסוף כמו שכתבו תוספות. ואם כן תובע בעד הפרה וגם השכירות והלה מודה השכירות על כל פנים עד זמן שמתה והוי ליה מתוך שאינו יכול לישבע משלם בשמא וברי ישבע. אמנם עכשיו כדתני דזמן שאלה קודם. א"כ לדברי התובע שבזמן שהיתה שאולה מתה לא התחיל השכירות כלל אם כן מודה שאינו מגיע לו שכירות כלל וא"כ אף דשוכר מודה דבאמצע זמן שהיה שכורה מתה וחייב שכירות מכל מקום הוי כטענו חטין והודה לו בשעורין דמהני הודאת תובע לפטרו ולא מחייב שבועה כלל. וקמשמע לן דרק משום ברי עדיף מה שאין כן אי הוי זמן שכירות קודם אם כן תובע שבזמן שאלה מתה כבר מגיע לו כל השכירות והלה מודה מקצת שכירות והיה מתוך כנ"ל. וקמשמע לן שפיר כנ"ל:

ובזה מיושב היטב מה דפריך אזה אומר שאולה כו' מה שטענו לא הודה ומה שהודה לא טענו כו' דתמוה מאוד כמו שכתבו הראשונים ז"ל. דהוי ליה למיפרך דכופר הכל הוא עיין שם. ומה ענין למה שהודה כו'. ולמ"ש אתי שפיר דבאמת מודה השכירות כנ"ל והיה מודה מקצת רק דמה שהודה לא טענו דלפי טענתו בזמן שהיה שאולה אינו מגיע לו שכירות כלל כנ"ל ואתי שפיר:

אך למאן דאמר ברי עדיף קשה באמת ליתני להיפוך ויהיה עסק שבועה בחדא פרה כנ"ל. וי"ל באינו יודע אם בזמן שאולה או בשעה שהיתה שכורה אם כן אינו יודע כלל בבירור הזמן אף אי בשעה שהיה שכורה אי תחלה או סוף ואין הודאה דבר שבמדה ומנין כנ"ל. אף להסוברים במשכון [כשאומר ששוה יותר וא"י כמה הוי דבר שבמדה כמבואר סי' ע"ב] דכאן הספק על פחות משוה פרוטה גם כן ואינו הודאה לכ"ע:

שם תוס' ד"ה ביום הקשו למה ליה עסק שבועה הא מחויב על ידי גלגול כדאמר בש"ס בברי וברי. וממילא ברי ושמא יהיה מתוך כו'. ונדחקו. והרבה פוסקים למדו מכאן דלא אמרינן בגלגול מתוך כו':

ולע"ד י"ל דמבואר בש"ע דגם להפוסקים דאמרינן מתוך בגלגול דוקא כשטוען ברי על העיקר ומחויב שבועה ולכך כשטוען על הגלגול איני יודע שייך מתוך כו'. מה שאין כן בטוען איני יודע על עיקר שבועה כמו נ' ידענא ונ' אינו יודע דצריך לשלם משום מתוך שוב אין כאן גלגול כלל. ושוב כשטוען על הגלגולים איני יודע לא שייך מתוך דגם אלו טען ברי לא היה שבועה דגלגול כלל כנ"ל כיון שאין עיקר שבועה כנ"ל. וא"כ בשלמא בשאר גלגול שבועה שהוא על ב' דברים שפיר שייך כיון דעל עיקר מודה מקצת וכופר

וחייב שבועה אמרינן על הגלגול דאינו יודע מתוך ומשלם הגלגול ואעפ"כ נשבע על העיקר שכופר. אבל כאן הגלגול הוא על אותו הפרה עצמה דאמר אישתבע לי מיהת דכדרכה מתה היינו לדבריך אף אי היה שכורה וממילא ע"י גלגול דהיה השכורה ואם כן כשאומר איני יודע אם שאולה או שכורה. איך שייך דנימא מתוך בשביל דחייב שבועה דכדרכה וע"י גלגול דשאלה ואיני יודע ישלם הא אי נימא על הגלגול מתוך אם כן אין כאן עיקר שבועה כלל דכשמשלם אין כאן שבועה דכדרכה מתה וא"כ אין כאן גלגול שיהיה שייך מתוך כלל. וכמו בטוען נ' ידענא ונ' אינו יודע דאין גלגול כלל. וא"כ אי אפשר לומר כאן כלל מתוך משום הגלגול כיון דהגלגול הוא על זה החיוב עצמו שבא עליו העיקר שבועה לא שייך מתוך כלל כנ"ל:

אך תוס' לטעמייהו דלא אמרינן מתוך רק בהוי ליה למידע. והוא מטעם דאין מאמינים לו שאינו יודע רק אומר כן שלא ישבע. וא"כ דוקא באמר קודם שגלגל עליו נ' ידענא ונ' א"י אינו יכול אח"כ לגלגל עליו שכבר אינו חייב שבועה רק ממון ולא שייך דלכך אמר איני יודע שלא ישבע דלא ידע מהגלגול. מה שאין כן תובעו ק' וקרקעות וכה"ג ואומר נ' ידענא ונ' א"י וקרקעות כופר אפשר דחייב שבועה דגלגול דאמרינן דאמר איני יודע כדי לפטור מגלגול ובאומר איני יודע חייב לשלם ואם כן גם כאן כן דכבר יש עליו תביעת הגלגול שייך כנ"ל. ומכל מקום ז"א דאם יהיה הדין תמיד כך יהיה הפסק שלא כדין. ותוספות ס"ל כיון דאם יטעון ברי חייב שבועה שייך באיני יודע מתוך דאומר א"י כדי לפטור. מה שאין כן לדידן דאינו בשביל שאין מאמינים דאינו יודע רק דתליא אם יש חיוב שבועה ואתי שפיר כנ"ל:

עוד י"ל דבלא שטר לדידן דחייב שבועת שומרין הוא רק משום דהוי מגו דהעזה לפטור משבועה. א"כ אם נאמר דהוי מתוך משום גלגול דשאולה אם כן הוי לפטור מממון ואין צריך לישבע כלל דכדרכה מתה דנאמן מגו דהחזרתי כיון דעל ידי חיוב שבועה זו יצטרך לשלם. דבשלמא בשאר גלגול אינו שייכות איני יודע דגלגול אף שישלם לחיוב שבועה דכפירה דמכל מקום על הכפירה הוי מגו דהעזה לפטור משבועה. וגם הוי מממון לממון כמו שכתב נימוקי יוסף ריש בבא מציעא דלא מהני לענין ממון רק לשבועה ע"ש ומ"נ כנ"ל. מה שאין כן כאן דעל אותו ממון וישלם על ידי חיוב השבועה שפיר מהימן במיגו ואמרינן דאין עליו חיוב שבועה כלל כנ"ל:

עוד י"ל פשוט. לרוב הפוסקים דעיקר שבועה בשומרין רק שאינו ברשותו והשאר גלגול וכשיש עדים שמתה אין שייך שבועה מן התורה וכן פסק המחבר ותוספת פרק קמא. ואם כן לכאורה כאן איך אמר אשתבע לי דכדרכה מתה וע"י גלגול דשכורה בברי וברי

הא כיון דטוען משאיל ברי שאולה מתה אם כן מודה שמתה ושוב אין שבועה כלל מן התורה עליו דכדרכה ולא פשע. אך בב' פרות י"ל שפיר דטוען ברי שזו הקיימת היא אותה ששכורה. וממילא אי מתה השניה ע"כ היתה השאולה אבל מכל מקום אינו יודע כלל אם מתה השניה או לא. ושפיר יש עיקר שבועה שאינה ברשותו וע"י הגלגול השאר. אבל ברישא בפרה א' בזמן שהיתה שאולה על כרחך אם טוען ברי בזמן שאלה מתה מודה שמתה ואין כאן שבועה לא עיקר ולא גלגול. ומיושב שפיר דבסיפא דברי וברי תני רק ז"א שאולה וז"א שכורה ובזה תני שפיר ישבע ועל ידי גלגול כנ"ל. מה שאין כן רישא דתני להדיא בזמן שהיה שאולה כו' והלה אומר איני יודע חייב א"א לומר כלל מטעם גלגול כנ"ל. וי"ל דתוספות דסבירא להו דבברי ושמא אמרינן מגו להוציא אם כן נאמן מגו שלא היה טוען דיודע דמתה כיון דס"ל השתא דגם בטוען ספק יהיה על הגלגול מתוך כנ"ל. וממילא למסקנא דבטענת שמא אין מגלגלין גם רישא דברי ושמא מיושב כנ"ל. עיין מ"ש לקמן בעז"ה עוד על קושי' תוספות הנ"ל בנמוקי יוסף תירץ דמיירי במודה או יש עדים כן שמתה עיין שם. ותמוה מאוד הא ברי וברי אמר בגמרא משום גלגול ובזה היה קושייתם עיין שם וצ"ל דרישא וסיפא לאו בחד גווני ולמה שינה על ברי וברי הא אף שמא וברי. ואפשר דרבותא קמשמע לן כיון דמתני' סומכוס הוא ולמאן דאמר אמר גם בברי וברי הטעם דישבע דמודה סומכוס בדאיכא שבועה מן התורה דלא אמרינן חולקין עיין שם לקמן ק' בגמרא ותוס' ד"ה תנן. וא"כ בגלגול דאיבעי' לש"ס שבועות מ"ט בדרבנן אי מגלגלין בלא טען עיין שם ובשבועה דאורייתא ניהו דכתב הרא"ש ושאר פוסקים שם דמגלגלין אף דלא טעין מכל מקום י"ל דוקא אם רוצה עכ"פ שיגלגלו אבל כשאינו רוצה אין כלל שבועת גלגול. וממילא לסומכוס חולקין ואין יכולין להפסידו על ידי שבועת הגלגול דיהיה שייך מודה סומכוס דכשאינו רוצה לגלגל אין כאן שבועה כנ"ל. וקמשמע לן דגם בגלגול כן דחשיב בירור על ידי השבועה. ומדויק לשון הגמרא דאמר ליה אשתבע כו' ומיגו דמשתבע כו' היינו כיון שאפשר לגלגל שוב חשיב איכא שבועה דאורייתא ומודה סומכוס כנ"ל. ואי נימא דבאמת כן לסומכוס י"ל הפי' בגמרא דאם רוצה למחול העיקר גם כן דכדרכה מתה באמת יהיה הדין חולקין מחמת ספק שאולה כנ"ל דכיון דמוחל העיקר אין כאן גלגול וחולקין אבל אם רוצה להשביעו על שמתה כדרכה שוב אינו יכול לתבוע שיהיה חולקין משום ספק שאולה דכיון דמשביע העיקר שוב ממילא איכא שבועה דאורייתא ע"י גלגול ומודה סומכוס כנ"ל. ומדויק שפיר בעז"ה לשון הגמרא התמוה חדא אטו לא ידע דין גלגול. ולא משני בקיצור ע"י גלגול. וגם דאמר על ידי גלגול דא"ל אשתבע כו' ומיגו דמשתבע כו' למה הא דנקיט דאמר ליה

אשתבע בלא אמירתו פוסקין כן. ולהנ"ל שפיר קמ"ל אף דאי מוחל העיקר חולקין מ"מ דאמר ליה אשתבע כו' שוב מגו דמשתבע כו'. ואף שלא ירצה לגלגל הדין דאין חולקין כנ"ל. וא"כ שפיר נקיט הך בבא דברי וברי באין עדים שמתה לאשמעינן כנ"ל. דלא היה אפשר למנקט בשמא וברי דגם כן מגלגלין דבזה אין שום רבותא דלא אמר סומכוס בשמא וברי. ולכך כולהו בבי ביש עדים. רק בברי וברי קמ"ל כנ"ל בליכא עדים:

עוד אפשר כונת נמוקי יוסף לדידן דקי"ל לאו ברי עדיף דמהני במודה מקצת וגם סיפא דברי וברי לא משום גלגול כמו שכתב רש"י ז"ל דרק לר"ה ור"י פריך כנ"ל ומיירי באיכא עדים. ולמאן דאמר ברי עדיף בלא זה לא קשה דשמא וברי יהיה חייב שבועה ע"י גלגול. כיון דמהני ברי להוציא ממון כ"ש דמהני לפטור משבועה דהא אם ישלם ויחזור ויתבענו יהיה חייב להחזיר דברי ושמא ברי עדיף כ"ש דאין צריך לישבע. ושבועת שומרין משום דשמא טוב וברי גרוע מה שאין כן לענין שאולה ושכורה כנ"ל. וממילא בשמא ושמא לא חשיב מתוך כיון דאם היה טוען ברי לא היה חיוב שבועה כנ"ל:

וזה לע"ד טעם התוס' שכתבו דאין מגלגלין על טענת ספק רק כשיש רגלים לדבר ע"ש שנדחקו בטעמו דהא להחזיק לכ"ע ברי עדיף ואף בשטר דמהני חזקה דשטרא בידי מה בעי להוציא ממון ומכל מקום במלוה טוען שמא ולוה ברי פטור כמ"ש בש"ע. ואם כן גם לדידן למה לא יועיל ברי עדיף לפטור משבועה דהא מסייע ליה שטרא גבי סלעים כו' פוטר משבועה ועד אחד אף דאינו נאמן נגד שטר וכ"ש ברי. ואם כן שבועת שומרין למה חייב. וע"כ או משום דברי גרוע כנ"ל. או משום דעל כרחך משום הכי חייבה תורה שבועה דסתמא לא נאבד כמו בכל מעשה שצריך לברר שנעשה מעשה גם בתנאי וכה"ג ולא מהני ברי. או כדאמר פרק המפקיד דשבועת שומרין כדי להפיס דעתו עיין שם. ואם כן לענין הגלגול לא שייך כל הני טעמי דהא מצד עצמו לא חייבתו תורה שבועה כלל ואמרי' ברי עדיף לפטרו. ורק ברגלים לדבר כמו העיקר כמו בסוטה מהני נגד הברי כנ"ל משא"כ באין רגלים לדבר כנ"ל:

דף צז:

שם ע"ב תוס' ד"ה והלה כו' אמאי איצטרך למיתני כו'. ותמוה דלעיל הוי קשיא להו למה פטור משבועה דמגלגלין על טענת ספק. וכאן הקשו מה קמ"ל. וצ"ל לתירוץ דלעיל במאמינו ע"ש. ולמ"ש אתי שפיר דלמאן דאמר ברי עדיף לא הקשו כלל כנ"ל:

ד"ה לימא כו' והא מתני' כסומכוס כו' ור"נ כרבנן כו' וגם הא מודה סומכוס בליכא דררא דממונא כו'. ותי' דלסומכוס כאלו תרוייהו מוחזקין כו' ה"נ הוי ליה למימר דמהני ברי נגד שמא לכל הפחות לומר שיחלוקו עיין שם. ואין הדמיון מובן כלל:

ולע"ד היה נראה כיון דבליכא דררא דממונא מודה סומכוס והטעם דכשבלא טענותיהם ספק לב"ד איתרע חזקת ממון דעומד החיוב בספק ומה"ט חשיב כשניהם מוחזקים כאלו נפקד תופס בחזקת שניהם אבל אם בלא טענותם אין ספק חשיב מוחזק ורק מצד טענת התובע בא להוציא מודה סומכוס דאינו נאמן דהמוציא מחבירו עליו הראיה ואם כן על מחצה הב' דבלא טענותם היה ספק שקול לזה כמו לזה לא איתרע חזקת ממון והברי ושמא בא ע"י טענתו וכיון דמהני לגמרי מוכח דמהני ברי להוציא אף ממה שמוחזק גם לסומכוס היינו על המחצה שמוחזק בודאי. וממילא גם לרבנן כן דבליכא דררא דממונא שוים סומכוס ורבנן. וא"כ גם לרבנן ברי עדיף דלא מצינו דיחלקו אסומכוס בזה כנ"ל. ולא היה תוספת צ"ל דלכל הפחות יחלוקו להנ"ל. וכמ"ש תוספות ריש נדה דלא איתרע רק הודאי ע"ש. ומשמע דלא ניחא להו עדיין בהנ"ל דמכל מקום אין ללמוד ממה שעומד בחזקת שניהם מספק לסומכוס די"ל דמהני ברי להכריע למוחזק גמור לרבנן כמו שכתב בתרומת הדשן סי' שי"ד והכי מוכח לענין רוב דלא מהני להוציא ובאבידה מהני כמו שכתבו תוספות. וא"כ אינו מועיל תי' תוס' שיהיה יחלוקו ג"כ. וצ"ל דתוס' הוכיחו מדלא אמרינן כנ"ל. לסומכוס דמוחזק על מחצה דלא איתרע וע"כ הטעם דאף תפיסה ברשות בספק נגד ברי לא מהני כלל וכאלו אינו מוחזק כלל לכך ברי עדיף. וא"כ גם לרבנן יהיה עכ"פ יחלוקו כהאי דארבא ב"ב ל"ה דמדמי לרבנן שאין א' מוחזק למחליף פרה לסומכוס ע"ש. ועיין מש"כ לקמן בעזה"י:

שם תוס' ד"ה רב הונא ור"י אמרי חייב כו' תימא דבפרק הפרה כו' כבר כתבתי ב"ה בכתובות. דלכאורה אין קושייתם מובנת דהא התם פלגא נזקא קנסא וכיון דאי טעין ברי פטור ממילא בטוען שמא הוי מודה בקנס ואף דלמאן דאמר אמר סומכוס בברי וברי ולא בשמא וברי ומ"מ שמא ושמא יחלוקו ולא מיפטר משום מודה. י"ל דכיון דכמו שהיה הספק לב"ד בלא טענותיהם הדין יחלוקו. רק שמא וברי ריעותא דתובע. וממילא כשטוען גם כן שמא לא חשיב מרשיע את עצמו דבלי טענותיהם הדין גם כן יחלוקו. מה שאין כן לרבנן דבלי טענותיהם המוציא מחבירו עליו הראיה ופטור ורק ע"י ברי ושמא הוי מרשיע את עצמו ופטור כנ"ל. ובשלמא למאן דבעי שמא גרוע אם כן חשיב כפירה דמחזיקין למשקר שיודע מה שאין כן אי בשמא טוב גם כן יהיה חייב משום דבאמת אינו יודע ודאי דחשיב מודה ופטור כנ"ל. ועיין מ"ש שם דכוונת תוספות ביש עדים שלא

הי' מזיק שם דע"כ שאינו יודע ועל זה תירצו שפיר עיין שם מ"ש ישוב נכון וברור על קושית תוספות הנ"ל בעזה"י:

בא"ד הקשו דע"כ דר"י דשמואל הוא כיון דרב ושמואל לא סבירא להו מתוך ע"כ במתניתין ברי עדיף עיין שם. עוד תמוה מאד תירוץ הש"ס שיש עסק שבועה כדרבא כו' למה, קרי ליה עסק שבועה. ועוד דאמר משכחת לה רישא בתרתי כו'. למה לא אמר הכא במאי עסקינן כבכל דוכתי. ועוד תמוה דעיקר חסר במשנה דלא הזכיר ההודאה כלל. ועוד למה לא תני בשאר דוכתי נ' ידענא כלישנא דרבא:

ונראה לענ"ד בעזה"י. דהא קושית תוספות קושיא גדולה מה פריך הא מתניתין סומכוס ולכך מהני ברי ושמא. וע"כ כמ"ש דגם לסומכוס חשיב כנפקד שתופס בחזקת שניהם עכ"פ ולמה יועיל ברי על המחצה כנ"ל:

והנה קיימא לן בכתובות פרק ד' גבי מי שמת והניח מלוה ופקדון ביד אחרים דינתנו ליורשים שכולן צריכין שבועה ואין היורשין צריכין שבועה עיין שם דמבואר דהיכא שאחד תופס עבורם מ"מ חשוב מוחזק זה שזוכה בלי שבועה מה שאין כן אותו דעל כל פנים לא יזכה בלי שבועה שוב גם בשבועה אינו זוכה כנ"ל ע"ש. וא"כ כאן לסומכוס שפיר בלא טענותיהם שהי' ס' לב"ד וכתופס בחזקת שניהם הי' חשיב לגמרי בחזקת המשאיל דהוא אינו צריך שבועה מה שאין כן שואל דעכ"פ צריך שבועה דנאנסה וע"י גלגול דשכורה מתה. אך הא מודה סומכוס היכא דאיכא שבועה דאורייתא אם כן שוב כשיש שבועה לא יזכה הלה גם במחצה. אמנם זה הוא משום דכיון דתורה האמינתו בשבועה מהני הבירור כנ"ל. והיינו כשנשבע דנתברר כנ"ל. אבל כיון דאומר איני יודע אם שכורה כנ"ל. נהי דבגלגול לא אמרינן מתוך כמו שכתבו תוספות מ"מ זה הפטור שוב בא ע"י טענתו איני יודע. אם כן שוב ודאי ברי עדיף דלא שייך הטעם שכתבנו דעל מחצה ב' דליכא דררא דממונא הוי מוחזק שבלא טענותיהם הי' בחזקת שניהם דזה אינו דבלא טענותיהם הי' בחזקת משאיל דאינו צריך שבועה כנ"ל. ואף אם רוצה עתה לישבע שנאנסה מכל מקום כבר זכה דברי עדיף דשאולה מתה ושפיר ברי עדיף כאן לסומכוס משום עסק שבועה. רק דהיה אפשר לחלק בין שבא לטול כמתניתין דהתם ולכך כל שלא נשבע אין לו זכות כלל. וחשיב רק גורם לממון משום מי יימר דמשתבע משא"כ כשזה מוחזק אף שאינו מוחזק ממש עכ"פ ליטול לא חשיב גם לסומכוס. וע"ז מייתי כדרבא דאמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם אף דלאו ברי עדיף מכל מקום בשבועה דאורייתא כל שלא נשבע יש עליו חיוב ממון. ממילא שפיר לסומכוס כיון דיש עליו שבועה דאורייתא ע"י שנאנסה בגלגול ממילא הי' חשיב קודם שבועה בחזקת

התובע והדין ברי עדיף רק שע"י שישבע נאנסה יזכה להיות מוחזק ולא מהני כנ"ל. מה שאין כן לרבנן דחשיב מוחזק אף דררא דממונא שפיר י"ל כיון דלא אמרינן מתוך בגלגול פטור דאף שהיה צריך שבועה חשיב בחזקתו כיון דמוחזק. וממילא משני מתניתין שפיר כדתני בפרה אחת כיון דסומכוס הוא. רק לדידן אמר משכחת לה דינא דמתניתין גם לרבנן בב' פרות כנ"ל. ומיושב הכל בעזה"י:

ולא קשה גם לשמואל דלא סבירא ליה מתוך כמו שכתבו תוספות. דהא אדרבא הא סבירא ליה אין אדם מוריש שבועה לבניו דלאו ממון כלל קודם שנשבע. ורק במוחזק לא ס"ל מתוך. אם כן לסומכוס חשיב מוחזק זה שאינו צריך שבועה מה שאין כן זה דקודם שבועה לא חשיב זכות כלל כנ"ל. והא דמשני כגון שיש עסק שבועה כו' היינו שאינו מאמינו על נאנסה כנ"ל:

י"ל דלכאורה כמו דבנ' ידענא כו' לא מהני שישבע שאינו יודע אף לתוספות דלא הוי ליה למידע פטור. משום שאין זו שבועה המוטלת עליו כמו שכתב רש"י ז"ל דחיוב שבועתו שאינו חייב לא שאחר השבועה ספק חייב. ואם כן בנאנסה ואינו יודע אם שאולה נהי דלא אמרינן מתוך בגלגול מכל מקום לא האמינתו תורה בשבועה נאנסה רק כשודאי פטור אם נאנסה לא כשאחר השבועה ספק שאולה וחייב ואינו נשבע כלל שבועה שאמרה תורה וישלם. אך החילוק פשוט דבמודה במקצת שהודאה גורמת חיוב שבועה או לשלם שבחזקת שחייב גם השאר כל שלא נשבע. ובמה שישבע שאינו יודע עדיין לא, נסתלק שבחזקת חיוב כיון שלא נשבע שאינו חייב. מה שאין כן נאנסה אף דכל שלא נשבע בחזקת שפשע וחייב אבל לא בחזקת דשאולה הי' דעל זה אין חיוב שבועה אם כן כשישבע שנאנסה יסתלק זה החיוב שהי' בחזקת שפשע. וספק שאולה שנשאר ע"ז לא הי' מעולם בחזקת חיוב כנ"ל:

אולם להפוסקים דמחזיקין מאיסור לאיסור וכן בחיוב כיון דעכ"פ הי' בחזקת חיוב מחמת פשיעה וספק אם נסתלק החיוב ע"י השבועה דשמא שאולה מכל מקום הוי חזקת חיוב וכמו איני יודע אם פרעתי. אך לא דמי דאיני יודע אם פרעתיך הספק לנתבע עצמו מה שאין כן בזה דטוען ברי נאנסה אף שאינו יודע אם שאולה מ"מ לגבי דידיה ברי לו דאין חזקת חיוב ושהוא רק איני יודע אם נתחייבתי כנ"ל. וזה שפיר לרבנן דאזלינן בתר טענתם. אבל לסומכוס דכשבלא טענתם ספק לב"ד חשיב הממון בספק אף בברי וברי דאין משגיחין מצד טענתם רק כמו שמוחזק אצלינו דזכות שניהם שוה כו' וכן להיפוך באין ספק לב"ד. ואם כן גם בהנ"ל חשיב שפיר כאיני יודע אם פרעתיך כיון דלדידן כל שלא נשבע נאנסה בחזקת חיוב אף דבשביל שפשע מ"מ ע"י השבועה יהיה לדידן רק

ספק אם נפטר ע"י השבועה שפיר אין ספק מוציא מידי ודאי כמו איני יודע אם פרעתיך וחייב. ומשני שפיר שיש עסק שבועה שאינו מאמינו שנאנסה ושפיר לסומכוס חייב במתניתין. ולדידן משכחת בב' כו' כנ"ל:

עוד י"ל דהא במתניתין איכא ספק ספיקא ספק נאנסה ואם תמצא לומר נאנסה ספק שאולה ולתוספות פרק קמא דכתובות מהני ספק ספיקא להוציא עכ"פ בברי ושמא עיין שם. ואם כן מה פריך ממתניתין על ר"נ. וממילא אף דהאמינו תורה נאנסה בשבועה היינו בספק אחד מה שאין כן ספק ספיקא:

אך י"ל כמו שכתבו תוספות פרק המניח דגם רב דאמר הולכין בממון אחר הרוב מודה דמצי אמר קים לי שאני מהמיעוט א"כ גם בספק ספיקא הא טוען ברי שנאנסה ואין ספק ספיקא שהוא כרוב רק חד ספיקא דשאולה והוי כאומר קים לי שאינו רוב כנ"ל. אך לסומכוס דאזיל כמו שהספק לב"ד כן המוחזקות וכיון דלב"ד ספק ספיקא אם כן הכל בחזקת המשאיל ולא מהני קים לי להוציא ע"י טענתם כנ"ל. אך למאן דל"ל מתוך י"ל דמיד נאמן על נאנסה שהאמינו תורה ולא חשיב ספק כלל. לכך מייתי כדרבא דכל שלא נשבע אדרבא חייב וגרע משאר ספק ושפיר חשיב ס"ס קודם שנשבע בחזקתו ולא מהני שישבע ויהיה חד ספק כיון דעתה וס"ס וכודאי חייב כנ"ל ובחזקתו כנ"ל לסומכוס. דאף דטוען ברי על ספק אחד הא הלה טוען ברי על ספק הב' דשאולה אם כן ב' הספיקות שקולים. ואדרבא דמשאיל עדיף דברי שלו דחייב וברי דשואל דהוא ספק א'. וכמו שכתבו תוספות פרק המדיר בענין החזקה דאא"ש כו' דעדיף כנ"ל. ומשני שפיר מתניתין לסומכוס ולדידן דמהני קים לי כנ"ל דמוחזק משכחת לה בתרי כנ"ל:

עוד י"ל למאי דאמר פ"ק דבב' אוחזין בטלית היה חייב שבועה מדר"ח קמייתא דחולקין ודחי רק משום כי היכי דאנן סהדי להאי אנן סהדי להאי עיין שם. וכן פסקו הלכות גדולות דמחויב מקצת מתוך טענתו חייב כמודה מקצת עיין שם. ואם כן לסומכוס נהי שכתבו תוספות דעל מחצה ב' לא יועיל ברי ושמא אבל עכ"פ על מחצה דחולקין מספק דחשיב כמו בחזקת שניהם שוב ע"ז ברי עדיף וחשיב ודאי כמו איני יודע אם פרעתיך והוי מודה מקצת מתוך טענתו. דלא שייך כי היכי דאנן סהדי להאי זה אינו דעל מחצה ב' נשאר ספק שקול. ושוב כיון דאומר איני יודע הוי מתוך שאינו יכול לישבע משלם כו' ובפרה אחת הדין כן לסומכוס רק לדידן ע"כ משכחת בב' פרות כנ"ל:

שם תוס' הכי נמי כו' ואם תאמר דהכא א"ל לר"נ מתוך ובב' חשודין סבירא ליה יחלוקו דלא כר' אבא עיין שם כו' וקיימא לן כרבי אבא עיין שם כמה תמיהות איך דייק מרב ושמואל דסבירא להו אין אדם מוריש שבועה לבניו דלא סבירא להו מתוך אדרבא אם

בשבועה דרבנן מפסיד כשאינו יכול לישבע כ"ש שבועה דאורייתא ואין שום פירוש לדברי רש"י ז"ל עיין שם ואיך פריך אר"נ אלמא מספקא ליה א"א דרב ושמואל הא סבירא להו ב' חשודין יחלוקו הא אין שום הוכחה ע"ש בתוס' שהניחו בצ"ע:

ולענ"ד בעז"ה ליישב הכל. דתוספות ושאר פוסקים כתבו שם במשנה דלא חשיב פוגם וע"א וכהאי גוונא משום דהני מדינא נוטלין בלא שבועה והשבועה להחמיר ולא חשיב רק אלו שמדינא אין נוטלין כלל ותקנו דבשבועה יטלו שכיר ונגזל וכו' עיין שם. והנה בחשוד כתבו תוספות כאן דמדינא משלם דמתוך שאינו יכול לישבע משלם רק משום דלא שבקת חיי תקנו דשכנגדו ישבע ופ"ק כתבו תוספות ה' עוד תירוץ דמדינא לא חשיב מתוך דרוצה לישבע רק דאין מניחין אותו רק תקנו שישלם והלה ישבע עיין שם דכן משמע שם דחשיב ליה תקנתא לתקנתא עיין שם:

והנה לרב ושמואל דאין אדם מוריש שבועה לבניו ואף דאינו נשבע מחמת אונס שמת מכל מקום חשיב מתוך שאינו יכול לישבע מפסיד ואף דשבועה לא מדינא רק חומרא דאישתבע לי כו'. גם חשיד לא עדיף אף דאין מניחים אותו לישבע ואנוס מ"מ כל שלא נשבע חשיב מתוך כנ"ל וע"כ כתי' א'. והנה במשנה שם דחשיב שכנגדו חשוב בהדי שכיר והנ"ל. ע"כ דלכאורה כתירוץ ב' דתוספות הנ"ל דמדינא לא הי' נוטל כלל כמו שכתבתי:

והנה לדידן קיימא לן בכל הנשבעין ונוטלין וחשוד דבהני דמדינא היו נוטלין בלי שבועה כשאינו יכול לישבע נוטל בלי שבועה ובאותן דמדינא לא היה נוטל כלל אינו נוטל כשאינו יכול לישבע עיין שם בש"ע והיינו משום דלא קיימא לן כרב ושמואל רק ביתומים. אבל לרב ושמואל אף באותן שדינן ליטול בלי שבועה כמו שבועת אישתבע לי דלא פרעתיך ופוגם מ"מ כיון שכבר חייבוהו חכמים שבועה ואינו יכול לישבע מפסיד כנ"ל. ואם כן שפיר הפי' שם רבותינו שבבבל רב ושמואל דלדידהו ע"כ הפי' חזרה שבועה לסיני. כיון דסברי אין אדם מוריש שבועה לבניו ואף דמדינא נוטל בלא שבועה מ"מ כיון שחייבו ואינו יכול לישבע מפסיד. ואם כן בחשוד אף אי כתירוץ א' דתוספות דחשיב מתוך מכל מקום כיון דתקנו דישבע שכנגדו ממילא כיון דחשוד ואינו יכול לישבע מפסיד. ואי אפשר לומר חזרה למחויב לה וישלם וע"כ הפי' לסיני ומפסיד בשניהם חשודים וממילא מוכח דרב ושמואל לא סבירא להו כך מתוך במוחזק. דהא לדידהו אף באונס חשיב אינו יכול לישבע. ואם כן אי סבירא להו מתוך גם חשיד מדינא הלה נוטל בלי שבועה כתירוץ א' דתוספות כנ"ל. ואם כן איך חשיב לה במשנה הנ"ל חשיד בהדי שכיר וכו' דמדינא אינו נוטל כלל. וע"כ דלא סבירא להו כלל מתוך שאינו

יכול לישבע משלם בנפטר רק בנוטל כנ"ל ולכך שפיר אף דחשיד חשיב לדידהו מתוך שאינו יכול לישבע אף דאנוס מ"מ אינו משלם מדינא כלל ושפיר הי' רק תקנה שיטול הלה בשבועה וחשיב ליה במשנה שפיר בהדי הני דמדינא אין נוטלין כלל כנ"ל. ומוכח דרב ושמואל לית להו מתוך במוחזק כנ"ל:

אי בעית אימא היינו לדידן דל"ל דרב ושמואל ובאינו נשבע באונס לא חשיב מתוך שפיר י"ל מתוך כו' ואף על פי כן בחשיד מדינא פטור דאנוס כתירוץ ב' דתוספות ולכך חשיב ליה. ואף על פי כן בשניהם חשודים י"ל כיון דגם הלה אנוס חזרה למחויב לה ונשאר הקנס חכמים שישלם כשאר מתוך כנ"ל. וגם אפשר דשייך מתוך גם בחשוד כתירוץ א' דתוספות ומדינא יטול בלי שבועה רק תקנה שישבע וממילא חזרה למחויב בב"ח ומשלם כדקיימא לן בהני דמדינא נוטלין כנ"ל. וי"ל דבהא פליגי רבי מאיר ור"י דרבי מאיר סבירא ליה כתירוץ א' ומדינא מתוך שאינו יכול לישבע משלם. ולכך בחשיד חזרה למחויב לה כו' ור"י סבירא ליה כתירוץ ב' ומדינא פטור דאנוס מה שאינו נשבע רק קנס ולכך ב' חשודין יחלוקו. וממילא מה דחשיב במשנה חשיד בהדי הני דמדינא אין נוטלין הוא לר"י דיחלוקו כנ"ל. ואם כן גם דאפשר לר' אבא גם כן חזרה לסיני די"ל כתירוץ ב' דתוספות מ"מ גם י"ל למחויב לה. מה שאין כן לרב ושמואל אי אפשר לפרש למחויב כנ"ל דנהי דמדינא מתוך מ"מ בשבועה דלחומרא גם כן סבירא דמפסיד כשאינו יכול לישבע וליטול. וע"כ הפי' לסיני. ושוב אי אפשר לומר דר"י דסבירא ליה יחלוקו סבר דמדינא משלם דכלפי לאיי לרבי מאיר דחייב מדינא פטור ולר"י דפטור מדינא יהי' יחלוקו וע"כ גם ר"י סבר דמדינא חייב. ואם כן למה חשיב חשיד בהני דמדינא פטור וע"כ דל"ל מתוך כלל כנ"ל. מה שאין כן לרבי אבא י"ל שפיר למחויב לה משום דמדינא מה שאין כן ר"י דיחלוקו סבר כתירוץ ב' ושפיר חשיב ליה במתניתין לר"י כנ"ל ואתי שפיר.

ופריך אר"נ דאמר אי איתא לדרב ושמואל והא ע"ע יחלוקו. ואי סבר כרב ושמואל נהי דמדינא נוטל מ"מ כיון דאינו יכול לישבע מפסיד כנ"ל. ומשני לדבריו דרבי מאיר קאמר ולי' לא סבירא ליה כו' היינו דהא דמספקא לר"נ הפי' אי איתא לדרב ושמואל אליבא דרבי מאיר והפי' חזרה לסיני משום דלית ליה מתוך ואם כן י"ל דר"י פליג יחלוקו משום דסבר מתוך וממילא אף דרב ושמואל סברי כרבי מאיר איהו פסק כר"י דמתוך ויחלוקו כיון שגם הלה חשיד. ומתניתין דחשיב חשיד משום רבי מאיר דלא סבירא ליה מתוך ומדינא אינו נוטל כלל. או ליתא לדרב ושמואל גם אליבא דר' מאיר דחזרה למחויב ואין לומר מתוך וסבר דמדינא משלם ור"י פליג כתירוץ ב' דתוספות דמדינא פטור אף דאין לומר מתוך דאנוס ורק מתקנה ולכך יחלוקו וחשיב חשיד במתניתין משום ר"י ופסק

ר"נ כר"י דיחלוקו עכ"פ ממ"נ כנ"ל. ושפיר קיימא לן כר"נ דיחלוקו ואמרינן מתוך כנ"ל. ומיושב הכל:

תוס' בא"ד לבד מיתומים כו' דאף על גב דשבועה דרבנן הוא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע מפסידין ושמא הטעם דבעלילה מועטת יש להקל על היתומים שלא להוציא כו' הבו דלא לוסיף כו' עיין שם ולא כתב טעם למה. ונראה די"ל פשוט דבשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך כיון דמן התורה נוטל בלא שבועה הוי תקנתא לתקנתא כו'. אבל מיתומים דרב ושמואל לטעמייהו דשיעבודא לאו דאורייתא אם כן כל הגביה מיתומים רק מדרבנן ושוב אף בשבועה, דרבנן מפסיד כשאינו יכול לישבע דלאו תקנתא לתקנתא הוא. ומהאי טעמא גופא גמרא מדמי לה ב' חשודים כתירוץ ב' דמדינא לא חשיב מתוך בחשיד רק דרבנן ושוב באינו יכול לישבע מפסיד. וע"כ לרב ושמואל חזרה לסיני כנ"ל. ומ"מ פריך ורב ושמואל שבועת ה' מה דרשו ביה די"ל כיון דסתמא אמרו ביתומים כו' ע"כ דלעולם שיעבודא לאו דאורייתא אף שיעבדו בפירוש לא גבו מיורשים מן התורה אם כן לא שייך למדרש ולא בין היורשים דלא גבו כלל לרב ושמואל כנ"ל. ושוב אין לימוד על מתוך. ומ"מ י"ל דסבירא להו לרב ושמואל מסברא מתוך שאינו יכול לישבע משלם כנ"ל:

דף צח.

כדרבא דאמר רבא כו' כתבו תוספ' דהיינו מ"ד כר' אבא מסתבר' כו'. ולמה לא אמר כר' אבא כו'. וי"ל דהא תוספות הקשו נימא מתוך משום הגלגול והוכיחו הפוסקים דלא אמרינן בגלגול מתוך עיין שם. ולקמן ק' ב' עבדים זכה בגדול כו' מוכח דאמרינן מתוך עיין שם דמשום זוקקין ובנימוקי יוסף שם. ויש לומר פשוט למה שכתב נימוקי יוסף ומהרש"ל הובא בש"ך ס' רצ"א באיני יודע אם נאנסה דלא מחייב משום מתוך רק משום איני יודע אם פרעתיך עיין שם שחולקין על ת"ה. ותמוה למה. ונראה דס"ל דבשבועת שומרין לא אמרינן מתוך. דדוקא בשאר שבועות שבאין על ידי טענת ברי אמרה תורה שיש אומדנא וכל שאינו מברר על ידי שבועה חייב. מה שאין כן ש"ש שעל הספק ואמר הש"ס להדיא לעיל ל"ה ע"ב במאי קני בשבועה כו' דל אנת כו' ודחי מי סברת כו' משעת מיתה הוא דקני ושבועה להפיס דעתו של בעל הבית עיין שם דמוכח מזה שאינו כשאר שבועה דכל שלא נשבע חייב דאם כן היה שייך דל כו' רק יש חיוב שבועה וכשאינו יכול לישבע פטור כנ"ל. ואם כן ממילא פשוט דהגלגול לא עדיף מעיקר וכיון דהעיקר שבועה אין חיוב ממון כשאינו יכול לישבע גם הגלגול כן ושפיר כאן בגלגול על ש"ש לא אמרינן כלל מתוך כשאינו יודע מה שאין כן לקמן בזוקקין דהגלגול על שבועת מודה

מקצת זכה בגדול דאמרינן מתוך כמו בעיקר. ולכך מייתי הכא כדרבא דאמר על קרא דשבועת ה' כו' ולא בין היורשים כו' דנ' ידענא כו'. והא קרא בשומר שכר כתיב וקיימא לן כרחב"י דלא בעי הודאה מקצת ולמה לא אמר רבא כפשטי' דקרא דאבוהן א"י א"י שנגנבה כו' היה חייב משום מתוך ויורש פטור וע"כ כנ"ל דלא אמרינן בש"ש מתוך והוצרך לפרש במודה מקצת. ולכך גם כאן ע"כ לא משום גלגול דש"ש רק משכחת לה רישא בב' כו' כנ"ל:

ובזה מיושבים דברי ר"י במישרים הובא בש"ך סי' ע"ה ס"ק נ"א שפסק נ' ג' דאין אומרין בגלגול מתוך. וסוף חזקת הבתים גבי ב' עבדים פסק דמוכח דאמרינן בגלגול מתוך עיין שם. ולמ"ש אתי שפיר דבמודה מקצת וטענת ברי אמרינן מתוך לא בגלגול דשבועת שומרין כנ"ל:

ונראה דתוספות לטעמייהו שכתבו לעיל ל"ה ע"ב ד"ה תחזיר כו' דטעמא דר"י באמת משום דל שבועתך ופליגי בסברת המקשן והמתרץ עיין שם. אם כן לר"י אמרינן גם בש"ש מתוך ככל השבועות וכיון דקיימא לן כר"י אמרינן שפיר מתוך ולכך הקשו שפיר גם בגלגול. אבל הרבה פוסקים שם דלאו טעמא דר"י משום הכי עיין שם וכן לישנא דגמרא משמע מי סברת כו' דזה פשוט לכולי עלמא. לכך לא אמרינן מתוך בש"ש גם לר"י כנ"ל. וגם לתוספות יש לומר דבעי לאוקמי מתני' גם כרבנן דר"י כנ"ל:

ועוד נראה גם לתוספות דלסומכוס ודאי י"ל דבשלמא בשאר שבועות שאין דררא דממונא כמ"ש וע"א ע"כ חיוב השבועה שעל ידי זה יהיה נאמן ופטור ממילא ע"כ אומדנא דהתורה דכל שלא נשבע בחזקת שחייב ואמרינן מתוך. אבל ש"ש דנאנסה וכהאי גוונא דיש דררא דממונא ואם כן בלא השבועה היה הדין חולקין והיכא דאיכא ש"ד מודה סומכוס דחשיב בירור אם כן יש לנו לומר דהאמינתו תורה בשבועה שיפטר לגמרי גם מהמחצה שהיו חולקין כנ"ל. ואם כן כשאינו יכול לישבע רק הדין חולקין כנ"ל אבל לא שישלם הכל. ושפיר דוקא מודה מקצת כנ"ל כדרבא כנ"ל:

שם רישא בב' וסיפא בג' כו' תמוה למה לי ריבוי הפרות הא גם בסיפא בב' סגי כדתני והשניה נגנבה ותובע שאולה מתה וחייב שתיהן והלה אומר שכורה מתה והשאולה נגנבה והוי מודה מקצת ומתוך שאינו יכול לישבע משלם. והוא קושית הראשונים ז"ל. ובפשיטות נראה דאם כן השבועה באה על ידי הודאות שנגנבה ולא הזכיר במשנה כלל טענת תובע על השכורה והיה לו להזכיר שעל ידי זה בא החיוב. ונראה דזה הפירוש בקושיית הש"ס זה אומר שאולה וזה אומר שכורה ישבע מה שטענו כו' ומה שהודה לא טענו. דתמוה דהוי ליה למיפרך כופר הכל הוא עיין שם. ולהנ"ל נראה דהא טענו חטין

והודה לו בשעורין אף שהלה אומר אחר כך גם שעורין מ"מ באינו כמערים פטור דקדמה הודאה לתביעה כמ"ש בגמרא ובש"ע. ולכך פריך כיון דתני רק זה אומר שאולה מתה כו' אם כן לא תבעו השכורה כלל אם כן ממה נפשך אי כדתני שהלה אינו משיב כלל רק שכורה מתה ושאולה קיימת אין כאן מודה מקצת כלל דהילך ואי דטעין נגנבה על השניה גם כן אם כן מה שהודה לא טענו וקדמה הודאה לתביעה והיה להזכיר במשנה שתבעו גם שניהם דללשון המשנה אין כאן שבועה ומשני עי"ג כנ"ל. וכן כאן מהאי טעמא לא ניחא להש"ס לאוקמי כנ"ל דעיקר חסר. ובג' וד' פרות מיושב יותר דכולהו שאולי נכללו במה דטוען שאולה מתה היינו כל הג' שאולות וממילא השכורה קיימת והלה משיב על א' איני יודע אם שאולה כו' והו"ל מתוך כנ"ל:

עוד נראה ראיה מזה להפוסקים דעיקר ש"ש רק שאינו ברשותו ושלא פשע ושליחות יד רק גלגול. ואם כן אי אפשר לאוקמי כנ"ל. דברי וברי אי אפשר לאוקמי כנ"ל דמה קא משמע לן דמודה מקצת חייב שבועה וע"כ בגלגול כמו שכתבו תוספות לקמן ק' דקמ"ל שמגלגלין בספק כו'. ואם כן להנ"ל אין כאן עיקר שבועה כלל שטוען ברי דשאולה מתה ושכורה נגנבה. דבשלמא בגווני דאמר בגמרא דג' שאולות מתו והך דקיימא שכורה שפיר משכחת דטוען ברי דהקיימת היא השכורה ממילא תובע כל הג' ושייך על ידי גלגול דמ"מ חייב לישבע על הג' דאינם ברשותו דאינו יודע כלל דאפשר הם ברשותו ותני שפיר דחייב בגלגול כנ"ל. מה שאין כן בהנ"ל דטוען ברי על שתיהן דשאולה מתה ושכורה נגנבה אם כן יודע ומודה שאינם ברשותו וליכא עיקר ולא גלגול כנ"ל. ויש לדחות:

שם תוספות דיבור המתחיל משכחת לה כו' פי' ד' שיטות ולכולם תמיהות הרבה. על דברי רש"י בבא קמא ק"ז לר' חייא בר יוסף דערוב פרשיות כו' כי הוא זה אמלוה כו' כדרבה כו' פקדון מעיז כו' דהילכך אפילו כפר בכוליה חייב עיין שם. והא כמה משניות דכופר הכל פטור בפקדון. כמו שכתבו תוספות. וגם רמי בר חמא ניהו דסבר אין עירוב פרשיות והוא זה אפקדון אבל למה פליג עוד דלא סגי בהודאה ונאנסה ושאר הקושיות עיין שם. גם שבועות מ"ה ש"ש כו' מיגו דהחזרתי כו' מבואר דנאנסה לחוד חייב ע"ש:

והיה נראה לפרש. דהנה מה שכתב רש"י ז"ל כאן דרמי בר חמא מדאמר צריכין כפירה כו' לא היו דברים מעולם או החזרתי כו' אבל זה אני חייב וזה איני יודע או נגנב ונאבד בשומר חנם לא משמע ליה כי הוא זה עיין שם. ותמוה מה זה החילוק בין החזרתי או נגנב כיון דפטור למה לא יחשב כפירה ולמה לא משמע ליה. ונראה לע"ד הפי' דצריך להיות הכפירה על טענת ברי של התובע והיינו שכופר שלא כטענתו והיינו לא היו

דברים מעולם או החזרתי אבל לא נגנב כו' שאינו יודע ואין זה כפירה על טענתו. וכן מה שטוען איני יודע אין הלה יודע אם זה יודע או לא ואין זה כפירה ושפיר משמע ליה כי הוא זה כן דהא שבועות ל"ט ע"ב קיימא לן כרב דכפירת טענה ב' כסף וכי יתן כו' שתובע ב' כסף לבד מה שמודה וזה כופר טענתו דב' כסף דבשלמא לשמואל קאי קרא אכל הטענה אף דאינו יודע מה זה משיב שייך כי הוא זה שמקצת חייב ומקצת פטור אף דאין הלה יודע אבל לרב משתעי קרא רק על הטענה אחר הודאתו של זה על מה שזה כופר כדאמר התם בהדיא כסף מעיקרא לכפירה הוא דאתי. אם כן ע"כ בברי משתעי שאחר שמשיבו ומ"מ טוען התובע שחייב לו ב' כסף עדיין מה שכופר לו. ובמה שאינו יודע לא שייך שטוען שמגיע לו אחר תשובתו של זה. ואתי שפיר דלא משמע ליה לרמי בר חמא רק בכפירה כנ"ל:

והנה זה פשוט גם כן לע"ד מה שכתב רש"י ז"ל שם בבא קמא לר' חייא בר יוסף משום דבפקדון מעיז וליכא חזקה משום הכי יהיה כופר הכל חייב. דלכאורה אין לזה טעם דמ"מ כיון דלא מצינו שחייבתו תורה שבועה למה יתחייב הא לא היה כלל קושי' דרבה דכופר הכל יהיה חייב כדפירש"י ז"ל בעצמו ריש בבא מציעא וכתובות עיין שם. וודאי דליכא למילף מסברא כופר הכל ממודה מקצת שאין דררא דממונא כלל וכן משומר שכר דנאנסה דהיה ודאי בידו ואמרינן שעדיין בידו דאפילו בתנאי קיימא לן כשתלוי במעשה דמחוייב לברר שנעשה המעשה ואף להוציא מוקמינן אחזקה. מה שאין כן לא היו דברים מעולם והחזרתי דעומד להחזיר מהיכי תיתי שיתחייב שבועה כנ"ל. לכן נראה לע"ד למה שכתב הש"ך ז"ל ס' ע"ב ס"ק קט"ו להלכה דש"ש דוקא כשהתובע טוען שמא אבל בטוען ברי שפשע או שעדיין אצלך פטור דלא חייבה תורה ש"ש רק כשאין הלה יודע שלא יהיה כל אחד טוען אבד חפצך עיין שם. והאחרונים חולקים עליו עיין שם. ונראה דזה כוונת רש"י ז"ל לר' חייא בר יוסף דערוב פרשיות כו' היינו דאי אפשר לפרש כי הוא זה אפקדון [דלמה לי מודה במקצת בפקדון אבל לש"ך הנ"ל] אם כן ניהו דחייבה תורה. ש"ש באין יודע בשמא כנ"ל. אבל בברי לא דאין אדם מעיז אם כן שפיר איכא לאוקמי כי הוא זה בפקדון וטוען נגנב רק שהלה טוען ברי שלא נגנב וצריך כפירה והודאה ככל מ"מ. על זה אמר הגמרא דדוקא במלוה כו' אבל פקדון מעיז ומעיז אם כן ממילא דלא כש"ך כיון דעל נגנב חייבה תורה שבועה רק משום דתובע טוען ברי יפטור זה משבועה המוטל עליו משום חזקה דאין אדם מעיז והא בפקדון מעיז ואינו מגרע כלל על ידי שטוען ברי וחייב אפילו כפר הכל כמו בטענת שמא. והיינו כפר הכל בטענת נגנבה אבל לא היו דברים מעולם או החזרתי ודאי פטור כופר הכל דמהיכי תיתי

שיהיה חייב אף דליכא חזקה כנ"ל. ומ"מ אי אפשר לאוקמי קרא דכהאי גוונא בשאר כפירה דהודאה דלא הוזכר בקרא רק שטוען נגנבה ועלה כתיב כי הוא זה. ובמודה בעין הילך הוא ובנאבד וחייב דמיו היינו מלוה ושפיר עירוב פרשיות דקאי אמלוה ושאר מ"מ וממילא גם פקדון בטענת לא היו דברים מעולם והחזרתי ממון דמי דהיינו מלוה כנ"ל.
וטעמא דר' חייא בר יוסף דהא בקרא כתיב בשומר חנם וגונב כו' אם לא ימצא ונקרב בעל הבית כו' לשבועה אם לא שלח ידו כו' ואחר כך כתיב על כל דבר פשע אשר יאמר כי הוא זה עד האלהים כו' משמע דחיוב שומר שכר על טענת נגנבה לחוד וכן בשומר שכר לא כתיב כלל כי הוא זה וכתיב שבועת ה' כו' ויליף הגזירה שוה נתינה דרמי בר חמא להיפוך שומר חנם משומר שכר. או מפשטא דקרא כנ"ל ואף בטענת שמא ובלי הודאה אם כן ע"כ כי הוא זה דכתיב בתר הכי אא"ל דקאי אדלעיל ובטוען תובע ברי שלא נגנב ושיצטרך הודאה משום אין אדם מעיז דהא בפקדון מעיז וע"כ עירוב פרשיות כנ"ל. ולא קשה כל הקושיות על רש"י ז"ל:
ור"ח בר אבא אמר ר' יוחנן הטוען טענת גנב בפקדון אינו חייב עד שיכפור במקצת ויודה במקצת מאי טעמא דאמר קרא כי הוא זה ופליגי דר' חייא בר יוסף דאמר עירוב פרשיות כו' עיין שם. הוא סבר דגם בפקדון אינו מעיז ואם כן מצי סבר שפיר דנאנסה או נגנבה לחוד בשומר חנם חייב ש"ש בטוען שמא כדברי הש"ך ז"ל. ורק בברי לא משום חזקה אין אדם מעיז. וקאי קרא דכי הוא זה שפיר אטענת נגנב ובטוען ברי שקרוי כפירה כמו לרמי בר חמא ובעי הודאה וכפירה היינו נגנבה. וקרא דונקרב בעל הבית שפיר כ' מקודם על טענת נגנבה לחוד בטענת שמא דחייב שבועת שומרין כמו בשומר שכר דכתיב רק שבועת ה' כו' בלא כי הוא זה רק קרא דבתריה בש"ח על כל דבר פשע כו' אשר יאמר כי הוא זה הוא בכפירה והודאה בטענת ברי כנ"ל. ועלה כתיב ישלם שנים ולכך סבר דאינו חייב כפל רק על אותה שבועה דמודה במקצת ועל טענת ברי דעלה כ' לא על קרא קמא דשבועת שומרין בשמא ע"ז לא חייבתו תורה כפל. ומיושב שפיר דאמר גמרא מאי טעמא דכ' כי הוא זה מאי קושיא מאי טעמא הא אדרבא לרבי חייא בר יוסף צ"ל עירוב פרשיות וודאי דפשטי' במודה מקצת. ולמ"ש אתי שפיר דפריך מ"ט כיון דמודה דש"ש בנגנבה לחוד בשמא אם כן מ"ט פטור מכפל ומשני דכתיב כי הוא זה היינו דזה שבועה אחרת בברי ולענין חיוב כפל דכתיב אחריו וקאי רק על שבועה דכי הוא זה דמיירי בברי. ואמר אח"כ דפליגי ארבי חייא בר יוסף דאמר עירוב פרשיות דלדידיה אין ערוב כלל דגם כי הוא זה מיירי בפקדון בטענת נגנבה כו' רק בברי ואמר

דטעמא דרבי חייא בר יוסף משום דרבה כמש"כ דפקדון מעיז וע"כ לא כנ"ל. משא"כ רבי חייא בר אבא:

ומיושב שפיר דבכל הש"ס חיוב שבועת שומרין בנאנסה לחוד. וכן לע"ד מבואר בפירש"י חומש בקרא דכי הוא זה דמפרש שמודה מקצת והשאר נגנב ע"ש. ותמהו רא"מ וגור אריה דדלא כמאן. ודלא כפי' בגמרא ע"ש. ולמ"ש מיושב שפיר כרבי חייא בר אבא אמר רבי יוחנן דקי"ל כוותיה כנ"ל. ובטוען נגנבה רק דהלה טעין ברי כנ"ל. וכן פריך שפיר בשבועות שומר שכר היכא משכחת דיהיה נאמן מגו דלא היו דברים מעולם ע"ש כנ"ל. או אפשר דס"ל לרבי חייא בר אבא אמר רבי יוחנן דבשומר חנם דכתיב ביה כי הוא זה לא מחייב שבועה רק בכפירה והודאה. אבל שומר שכר ושואל שפיר חייבין דשם כתיב רק שבועת ה' כו' ולא ס"ל היקישא דרב"ח ק"ד ע"ב נתינה נתינה משומר חנם. ומיושב דאמר שומר חנם כו' ומיושב מה דפירש"י אפירכא דשבועת שומרין היכא משכחת בשומר שכר ע"ש ורש"י דייק לה מלשון הגמרא כי אמר נאנסה ע"ש. אבל תמוה באמת למה נקיט שומר חנם ולא אכל השומרין. ולהנ"ל אתי שפיר דהפירכא לרבי חייא בר אבא אמר רבי יוחנן דרק בשאר שומרין חייב שבועה בנאנסה לחוד מה שאין כן שומר חנם בעי כפירה והודאה וליכא מיגו. אולם יותר נראה כפי' ראשון הנ"ל דמפרש"י על שנויא דרבי חייא בר אבא הנ"ל מפרש כי הוא זה היינו מודה מקצת ובפרשת טוען טענת גנב כתיב ע"ש משמע דכונתו לפרש על הכפל וכן לשון הש"ס אינו חייב בטוען טענת גנב בפקדון משמע דאכפל קאי כנ"ל. אבל שבועה גם בשומר חנם סגי בנאנסה לחוד בטענת שמא כנ"ל. ובברי בעי באמת כפירה והודאה אבל סגי בכפירה דנגנבה כנ"ל. מה שאין כן לרבי חייא בר יוסף בברי חייב. בנגנבה לחוד כמו בשמא כנ"ל ומיושב. ורמי בר חמא ס"ל דבעי כפירה במקצת בכל ד' שומרין. היינו כדיליף לה דשומר חנם כתיב ביה כי הוא כו' ושומר שכר יליף נתינה כו'. והיה אפשר לפרש גם ברב"ח דבשמא מודה דחייב שומר שכר בנאנסה לחוד רק בברי בעי כפירה והודאה. אולם מהכא מוכח דלא כהנ"ל. רק ברב"ח כיון דתני דכל ד' שומרין צריכין כו' ע"כ הפי' דאין שום חיוב שבועה אצלם רק בכפירה והודאה וסבר דעל טענת שמא לא חשיב כפירה כמ"ש רש"י ז"ל וכמ"ש. וע"כ רק אי בטוען ברי שלא נגנב בזה גם שמשיב נגנב או נאנס חשיב כפירה ועם הודאה חייב. או בטוען שמא שוב לא מיחייב ש"ש רק ביש כפירה והודאה חוץ אותה שטוען נגנב. בזה השבועה על נגנב. או דבאמת רק ע"י גלגול או דחייבה תורה עיקר שבועה גם על טענת שמא כשיש מלבדה כפירה על טענת ברי והודאה כנ"ל וכמ"ש לעיל. ולא קשה מה שהקשו לרמי בר חמא ל"ל ש"ש

הא חייב ע"י גלגול דלא קשה מידי דבאמת לא נכתב רק דין מודה במקצת כנ"ל. ומיושב הכל בעזה"י:

ושם בשבועות אף דאמר ליה רבא לרמי בר חמא ש"ש דכתב רחמנא כו' מכל מקום י"ל דהקשה לו לרבי חייא בר אבא אמר רבי יוחנן ועוד די"ל לרמי בר חמא רק לרב דכסף אכפירה הוא דכתיב אמרינן דנגנבה לאו כפירה אבל לשמואל דטענה ב' כסף וקאי קרא דחייב בהודאה לחוד שפיר בנאנסה לחוד חייב ופריך שם אשמואל דתרוייהו אמרי התם כנ"ל. אבל עכ"פ גם לרמי בר חמא סגי בהודאה וכפירה דנגנבה כשטוען הלה ברי שלא נגנב כנ"ל. וכן שאר מודה במקצת בפקדון בלי נאנסה כנ"ל:

עוד נראה טעם לשיטת תוספות דלרמי בר חמא בעי כפירה והודאה וגם נאנסה עיין שם דתמוה למה שני ממלוה דסגי בכפירה והודאה וכן כמה משניות דמ"מ חייב שבועה בפקדון עיין שם. וי"ל דהא מסקינן ריש פרק המפקיד דשומר חנם שאמר פשעתי וכן כל השומרין שמודים בחיוב קני הפרה למפרע דנעשה כל מפקיד ומשאיל בשעה שמפקיד לכשתגנב ותרצה ותשלם קנויה לך מעכשיו או סמוך לגניבה עיין שם. וכבר כתבתי שם דמשמע מרש"י ותוספות דהוי מתנה על תנאי לא מכר בעד המעות רק שנותן במתנה רק על תנאי זה כשישלם. וא"ל דאם כן כשמשלם הי' למפרע קנויה לו ושלא נגנב ונאבד ולמה ישלם זה אינו דאם לא ישלם לא נתקיים המתנה וחייב וכן כזה כתב הרא"ש סוכה פרק לולב הגזול במתנה על מנת להחזיר ע"ש. וממילא מחויב. אבל עכ"פ כיון שמחויב שוב קני למפרע ואינו חייב כנ"ל. ואם כן לענין מודה מקצת פירש"י בקדושין [דף ס"ה ע"ב] דהודאת בעל דין כמאה עדים דילפינן מדכתיב כי הוא זה הרי סמכה תורה על הודאתו כו' עיין שם היינו דילפינן דמטעם נאמנות לא מטעם מחייב בדבר שאינו חייב דזה לא חשיב הודאה לחייב שבועה דמתנה הוא כנ"ל. ואם כן בכל פקדון דמודה במקצת ע"כ פשעתי וכהאי גוונא דאל"ה הילך הוא רק פשע. וא"כ כיון דמודה פשעתי או שומר שכר נגנבה קני למפרע החפץ במתנה משעת פקדון או סמוך לגניבה ואינו חייב כלל ע"י הודאה זו דשלו נאבד רק דחייב לשלם כדי שיהיה קיום התנאי כנ"ל. אבל כיון שמקיים שוב אין חיוב כלל ואינו הודאה לחייב שבועה כלל כנ"ל. דהא באמירה פשעתי לחוד קני כפילא אף שלא אמר הריני משלם כמבואר בפוסקים דלא כהב"ח ע"ש. וגם אם נפרש קנוי' מעכשיו לא במתנה רק בתורת מכר על תנאי מ"מ נראה דאין זה הודאה לחייב שבועה דכשמודה שפשע וקני למפרע בתורת מכר מ"מ הי' שלו ופטור על הפשיעה. רק דשוב כיון דקני למפרע נתחייב דמי המכירה וזה מתחייב אחר ההודאה לא החיוב של ההודאה מצד שפשע דע"ז נפטר אז מיד שהודה ונתקיים התנאי. וזה החיוב חדש

שאחר קיום התנאי בתורת דמי המקח לא הודה ולא תבעו כלל ואינו מחייב שבועה. ובאמת צ"ע למה יחשב הודאה במקצת כנ"ל:

וי"ל דהא מיבעיא התם שילם מחצה שאל ב' פרות ושילם אחת מהן כו' דלא מקני ליה כו' ואם כן כיון שמודה רק מקצת הוי שילם מחצה דלא קני כנ"ל. אך זה אינו נהי דלדברי התובע כן אבל לפי טענת הנפקד דאינו חייב יותר שילם הכל ואין כאן הודאה דקני כנ"ל. והוי כפירת שבועה ועדיין אין חיוב שבועה מחמת הודאתו כנ"ל. אמנם כשטוען נאנסה על א' לפטור שוב גם לפי הודאתו שפשע במקצת הוי רק שילם א' דהב' אומר שנאבד בענין שפטור וגם לפי טענתו לא קני ושוב הוי הודאה לחייבו משום מודה במקצת כנ"ל. ואתי שפיר דבעי דוקא נאנסה בהדי כפירה והודאה כנ"ל. ואף דקאי בתיקו שלם א' מהן מ"מ כאן דיגרע ע"י זה שיפטור משבועה כנ"ל. דודאי לא אקני ע"ד כן כמו שבחא דמגופא. מה שאין כן בכפירה לחוד דאי באמת להד"ם שלם הכל כנ"ל:

אמנם לר' פפא דאמר שואל עד שישלם י"ל דבשואל לא שייך זה דבאמירה לא קני וחשיב הודאה. אך איכא ב' לישני וי"ל דרמי בר חמא סבר גם בשואל כנ"ל דקני באמירה כו'. אמנם לרב. הונא דאמר משביעין אותו שאינו ברשותו אף שמשלם מדרבנן ופי' הרא"ש ז"ל דלא אקני ליה כל שלא נשבע שאינו ברשותו עיין שם. ואם כן שפיר סגי בכפירה והודאה לחוד. דהא ע"י ההודאה לחוד לא קני כלל למפרע ושפיר הוי ההודאה המחייבו שבועה. דאף דאחר שישבע שאינו ברשותו יהיה קונה מ"מ כיון דבשעת הודאה חייב לא מיפטר כנ"ל. ואם כן אתי שפיר הכל דמן התורה דאינו צריך לישבע שאינו ברשותו כשמשלם שפיר תני רמי בר חמא דד"ש צריכין כפירה והודאה וגם נאנסה כנ"ל. אבל אחר שתקנו שבועה שאינו ברשותו כנ"ל ממילא חייב בכפירה והודאה לחוד. וכן למאן דאמר הילך חייב גם כן סגי בכפירה והודאה לחוד דלא שייך טעם הנ"ל. ואתי שפיר המשניות דמחייבו שבועה דאורייתא במודה במקצת לחוד בלי נאנסה במנורה כו' ומלוה על המשכון דבהדיא מוקי זה נשבע שאינו ברשותו וזה נשבע כו' ולא מיירי במאמינו. וממילא חייב גם לרמי בר חמא בהודאה לחוד. ומיושב קושית תוספות שם דלא מוקי גם רישא במאמינו דלרמי בר חמא ע"כ מיירי באית עליו שבועה שאינו ברשותו כנ"ל. וכאן במתניתין דטוען ברי שאולה מתה ואם כן אין עליו שבועה שאינו ברשותו. שוב שפיר צריך נאנסה עם כפירה והודאה כנ"ל וע"כ מוקי לרמי בר חמא בד' פרות. ופרק כל הנשבעין דפריך לרמי בר חמא שבועת שומרין היכא משכחת לה ג"כ מיושב דמה"ת דלא מחייב בכפירה והודאה רק עם נאנסה כנ"ל שוב ליהמן נאנסה מגו דלא היו דברים מעולם ולא הי' חייב כלל דהיה שלם הכל כנ"ל עיין שם:

עוד י"ל למה שכתבו תוספות שם בבא קמא דהא דאינו נאמן לרמי בר חמא על הכפירה מגו דנאנסה גם זו שכופר והי' פטור משבועה ותירץ דהאי דכפירה קמן וטוען דשלו עיין שם. ואם כן י"ל דמהאי טעמא גופיה פטור דלא שייך אשתמוטי דכהאי גוונא אמר דכופר בפקדון פסול דהא אסהידו ביה דנקיט ליה עיין שם בש"ס. וכיון דקמן וכופר נאמן משום אין אדם מעיז כמו שכתבו תוספות פרק קמא בדרבה הפי' דלא אמרינן גם על מקצת אין אדם מעיז משום אישתמוטי עיין שם מה שאין כן הנ"ל. וגם שייך מגו דחשיד כנ"ל. רק דסבר דנאנסה לחוד לא מחייב שבועה על טענת ספק דאינו טוען שיהיה מקום לחשדו. מה שאין כן כשיש הודאה וכפירה יועיל הכפירה שיהיה חייב שבועה על נאנסה דעכ"פ טוען ברי שחשיד ונהי דעל הכפירה הי' החזקה או מגו דחשיד וממה נפשך אבל שוב חייב שבועה על האי דטעין נאנסה וע"י גלגול על הכפירה אף דיש חזקה אין אדם מעיז מגו דחשיד כנ"ל. וא"כ למה שכתבו תוס' ריש מס' ג' ע"ב דמדרבנן לא אמרינן מגו דחשיד דראו דחמיר להו ואף שדחו שם מ"מ הרבה כתבו כן ע"ש בש"ס דדחייתם שם אינו מובן דכיון דחמיר להו שייך שפיר מתוך דהא גוף השבועה מן התורה רק שלא הי' תועלת ממ"נ וכשיש תועלת חייב עיין שם. ואם כן מן התורה שפיר בעי רמי בר חמא נאנסה עם כפירה והודאה מה שאין כן מדרבנן דלא אמרינן מגו דחשיד חייב מן התורה בכפירה והודאה לחוד. אך משום חזקה אין אדם מעיז יהיה פטור. אך בלא זה י"ל כיון דמדרבנן גם לרמי בר חמא חייב שבועה בנאנסה לחוד שוב חייב בכפירה והודאה לחוד אף בליכא קמן דאינו נאמן במגו לפטור משבועת התורה כשיהיה חייב גם אז מדרבנן כנ"ל:

עוד נראה די"ל דגם רמי בר חמא מודה דשבועה שאינו ברשותו חייב בלי כפירה והודאה כפשטיה דקרא אם לא שלח ידו היינו שגוזל לגמרי. דעל זה יש חיוב גם מספק דמסתמא לא נעשה מעשה שנוי ועדיין בידו כמו בתנאי כנ"ל רק שבועה שלא פשעתי וכהאי גוונא ע"ז סובר דגם ע"י גלגול אינו יכול להשביע מספק כיון שאין רגלים לדבר כלל שיפשע או ש"י. רק במודה מקצת דחשבה תורה תמיד לראיה שמגיע הכל עד שישבע. צריך גם כן הודאה וכפירה אז הרגלים לדבר על הכל וצריך לישבע על נגנבה בלי פשיעה או נאנסה ג"כ כנ"ל. וזה שאמר רמי בר חמא ד' שומרין צריכין כפירה והודאה היינו לישבע שומר חנם שנגנב ושומר שכר שנאנסה שזה החילוק בין השומרין מה שאין כן שבועה שאינו ברשותו זה שוה בכל השומרין. וגם רבי חייא בר אבא אמר רבי יוחנן אמר שפיר דשומר חנם אינו חייב כפל בטענת גנב עד שיכפור מקצת ויודה כו'. היינו דוקא בהנ"ל דחיוב השבועה עליו שנגנב חייב כפל מה שאין כן בלא כפירה והודאה דהשבועה עליו

רק שאינו ברשותו וע"ז אין חיוב כפל כמו בטענת אבידה ואונס כיון דאין החיוב שבועה רק בכלל שאינו ברשותו. ומדויק לשונו בטענת גנב כו' עד שיכפור כו'. ורבי חייא בר יוסף פליג דבפקדון דמעיז אין חילוק בין מודה מקצת לכופר הכל וממילא אי אפשר לומר כנ"ל. דגם מודה מקצת אין יותר רגלים לדבר בפקדון מכופר הכל כנ"ל. ורמי בר חמא סבר גם כן כרבי חייא בר אבא אמר רבי יוחנן כנ"ל:

וא"כ מהאי טעמא גופיה י"ל דלא חשיב ליה נאנסה לכפירה דהא חיוב שבועה עליו שאינו ברשותו ומי יימר דמשתבע כמו דחשיב בהודאה ושבועת העדות רק גורם לממון כן כפירה לא חשיב כשיצטרך שבועה. דבשלמא כל מודה מקצת וכופר מקצת חייב שבועה דאם לא נחייבו הוי כפירה גמורה ומשום הכי חייביה רחמנא אבל כאן בטענת נאנסה ונגנב דבלא ההודאה חיוב שבועה שאינו ברשותו מצד עצמו שוב לא מחייב מצד כפירה שבועת מודה מקצת דעדיין אינו כפירה כל שלא נשבע שאינו ברשותו ויצאה הודאה בפטור ולא מחייב גם אחר שנשבע שאינו ברשותו שישבע גם כן שנגנב כנ"ל. ולכך צריך לבד זה כפירה והודאה דהוי כפירה גמורה ואף דע"י גלגול הי' חיוב שבועה על הכפירה ושוב גם הכפירה לא חשיב כפירה מטעם הנ"ל מי יימר כו' זה אינו כיון דרק משום גלגול ולא אמרינן ביה מתוך אינו מגרע שלא יחשב ממון:

ועוד די"ל באמת גם על הכפירה פטור משום מודה במקצת מטעם הנ"ל דלא חשיב כפירה כיון דאף בלי שבועת מודה מקצת יש עליו חיוב שבועה בגלגול משבועה שאינו ברשותו. רק דמכל מקום חייבו תורה כשיש כפירה והודאה ברי שוב חייב על נאנסה בגלגול על שבועה שאינו ברשותו כיון דעכ"פ טוען ברי שרצה לגוזלו והא דלא סגי בכפירה ונאנסה די"ל שזה תובעו בכוונה יותר כדי לחייבו שבועה מה שאין כן כשיש הודאה מקצת וכפירה דחשיב תמיד רגלים לדבר רק שיפטר בשומר דלא חשיב כפירה גמורה משום מי יימר דמשתבע שוב כיון דעכ"פ רגלים לדבר חייב בגלגול על נאנסה כנ"ל. ואם כן שפיר להיפוך רק בטוען נגנב או נאנס צריך כפירה והודאה לחוד חייב שבועה. וכן פריך שפיר בשבועת שומר שכר היכא משכחת לה היינו על שבועה שאינו ברשותו שבכל השומרין גם לרמי בר חמא בלי כפירה והודאה כנ"ל. והכא משום דטוען ברי שאולה מתה ואין שבועה שאינו ברשותו כלל צריך לאוקמי בד' פרות כנ"ל:

רש"י ז"ל פי' דרב"ח לית ליה דרבא בנ' ידענא ונ' א"י ע"ש. ולע"ד י"ל דדוקא לסומכוס דחולקין לא חשיב כפירה מה שטוען איני יודע כיון דגם לדבריו שא"י הדין דמוטל בספק וחולקין כיון דאין שבועה דאורייתא וגם על מחצה ב' דנימא אם היה טוען ברי היה חייב שבועה דנימא מתוך הא אם היה חייב שבועה לא היה נוטל מחצה הא כיון דאיכא

שבועה דאורייתא מודה סומכוס ואם כן עכשיו אין כאן כפירה עכ"פ על מחצה ואיך נימא דעל חצי הב' דחשיב כפירה יתחייב משום מתוך שאם היה טוען ברי על חצי הב' הי' חייב שבועה הא אז הי' רק צריך שבועה על מחצה ומחצה ב' היו חולקין והי' משלם רק ג' רביע ולמה ישלם הכל כיון דעל מחצה לא שייך מתוך שאינו כפירה כנ"ל. ולרבי חייא בר יוסף דרק הודאה המחייבת שפיר כמו שכתב רש"י מה שאין כן לרמי בר חמא דצריך כפירה דוקא כנ"ל. גם בלא הנ"ל י"ל דלא חשיב כפירה גמורה לסומכוס בדררא דממונא כיון דהדין חולקין אם כן במה שאומר איני יודע מודה מקצת הודאה לא כפירה מה שאין כן לרבנן דהמוציא מחבירו עליו הראיה במה שאומר איני יודע שפיר הוי כפירה כיון דפטור לגמרי על פי דין ושפיר שייך מתוך גם לרמי בר חמא. וכמו שכתב רמב"ן וכמה פוסקים בש"ע סי' ע"ב באיני יודע כמה נפחת המשכון ועל כל פנים שוה פרוטה דחשיב דבר שבמדה ומשקל כו' כיון דאי אפשר לחייבו יותר משוה פרוטה ע"פ הודאתו חייב כפל משום מתוך ע"ש:

וכ"ש להפוסקים דמחויב מקצת מתוך טענתו לא מחייב כיון שאינו על פי הודאתו רק על פי דין כו' כן לרמי בר חמא דבעי כפירה צריך שיהיה הכפירה מיד על פי טענתו לא מה שאומר איני יודע דצריך לדון עליו וחולקין ונעשה מחצה ב' כפירה ע"י הדין כנ"ל:

שם ז"א שאולה כו' מה שטענו לא הודה ומה שהודה לא טענו כו' ותמוה מאד דהוי לי למימר כופר הכל הוא עיין שם. וכבר כתבנו מה שי"ל. עוד נראה לעניית דעתי דלכאורה בתוך זמן שאילתה לאו הילך הוא דברשותיה דשואל ושוכר קאי ולא דמי לקיימא באגם דרק משום כל היכא כו' ברשותיה דמריה כו' מה שאין כן שואל ושוכר. ואם כן אתי שפיר כפשטיה דתובעו בעד השאולה שמתה והשכורה והלה מודה זו השאולה תוך הזמן והוי מודה מקצת:

ולש"ך ז"ל סי' ע"ג ס"ק ז' דאם טענו היום סוף הזמן שאתה חייב לי ק' והלה משיב נ' ואחר עשרה ימים נשבע עתה היסת ואחר עשרה ימים שבועה דאורייתא ע"ש. וא"כ משמע דחשיב עכשיו כופר הכל רק חשיבא ההודאה כשמגיע הזמן. וא"כ בהנ"ל עכשיו אינו מודה כלל שלא הגיע הזמן ועל אחר שיגיע הזמן שוב הילך הוא דאז ברשותיה דמריה קאי כנ"ל. אבל למ"ש ט"ז שם דחשיב מיד מודה במקצת דמ"מ חייב אף דלא הגיע זמנו עיין שם. אם כן שפיר כאן הוי מ"מ מיד דמ"מ חייב לו השאולה על אחר זמן ומכל מקום לאו הילך הוא דעתה בשעת הודאה ברשותיה קאי ואינו צריך להחזיר רק חיוב יש עליו כנ"ל. ואף דנקטו שם שתובע היום סוף הזמן היינו כמו שכתב הש"ך ס"ק ח' דאי לאו הכי אומרים לו המתן שמא יודה כו'. מה שאין כן כאן דכשימתין לא יהיה

עליו שבועה דאורייתא דיהיה הילך כנ"ל. וגם לש"ך ז"ל צ"ל דסבירא ליה כט"ז דחשיב הודאה מיד דמודה דאינו צריך תביעה חדשה רק מחייבין אותו שבועה דאורייתא אחר י' על ההודאה שהודה תוך הזמן עיין שם דאי לאו הכי הי' חשיב יצאה בפטור וע"כ דחשיב הודאה מיד. רק מכל מקום י"ל דחשיב הודאה רק על אחר הזמן. ואינו מוכרח: וי"ל דמכל מקום כיון שזה תובע גם כן על אחר שיגיע הזמן והוא מודה לו כל תביעתו על זו הפרה שיהיה אז ברשותיה דמריה שפיר חשיב הילך דההודאה על תביעתו הילך הוא. ודוקא אם הי' תובעו כי עתה סוף הזמן שייך כנ"ל דהודאתו עכשיו על התביעה לאו הילך מה שאין כשגם תביעתו כנ"ל:

אמנם למאי דמבואר בש"ע שם סי' י' כשהלוה מבזבז וכהאי גוונא שלא יוכל לגבות כשיגיע זמנו יכול לגבות תוך הזמן עיין שם. ונראה דגם בשכירות כן הדין כשהשכיר פרה וכהאי גוונא לזמן ולא יוכל לגבות השכירות כשיגיע הזמן יכול לתבעו שיחזיר לו הפרה תוך זמן השכירות דלא השכירו רק על דרך שישלם השכירות וכמו בהלואה הנ"ל. ועכ"פ כשהיא בפשיעת השוכר מה שלא יוכל להוציא דמי השכירות כנ"ל. ואם כן כאן שזה טוען ברי שאולה מתה והשכורה קיימת ואף שהוא תוך זמן מכל מקום כיון שזה כופר שהשכורה מתה והשאולה היא הקיימת אם כן לא ישלם לו שכירות כלל מהקיימת מה שיעבוד עמה. ואם כן לדברי התובע שזו השכורה שוב יכול לתבעו שיחזירה מיד כיון שלא יוכל להוציא שכירות כלל ע"י כפירתו וע"ד כן לא השכירה ואם כן ממילא הוי כתבעו מיד שניהם לשלם בעד שאולה שמתה ולהחזיר לו השכורה והלה מודה שזו השאולה וממילא אינו צריך להחזירה רק אחר הזמן וחשיב שפיר מודה במקצת כדין הט"ז שם ולאו הילך הוא כנ"ל וחייב מיד שבועה דאורייתא:

אמנם כיון דקיימא לן בטענו חטין והודה לו בשעורין אף שתובעו אחר כך גם שעורין פטור דקדמה הודאה לתביעה עיין שם. ואם כן בהנ"ל לפי תביעתו מגיע לו להחזיר השכורה אחר זמן לא עתה רק כפי שמשיב וכופר דשכורה מתה וזו השאולה ויפטור משכירות נעשה ע"י זה תביעת השכורה עכשיו והוי קדמה הודאה לתביעה ופטור משבועה דאורייתא כנ"ל. ואם כן פריך שפיר מה שטענו היינו על אחר זמן חשיב הילך ומה שהודה היינו מה שאחר ההודאה נעשה חיוב להחזיר מיד אם שכורה זה לא טענו כנ"ל:

עוד י"ל דהא קשה גם כן אטו לא ידע דין גלגול ולקמן פריך וכי זוקקין אתי לאשמועינן עיין שם. וי"ל דהא לא חייבה תורה שבועה נאנסה בשומר שכר רק כשנפטר בשבועתו אבל לא כשעדיין חייב. ואם כן לדברי התובע דשאולה מתה אין על השוכר כלל שבועה

דכדרכה מתה כיון דטעין ברי שגם אי מתה חייב ולא יפטור כלל בשבועתו. אם כן נהי דלדברי השוכר דשכורה מתה חייב שבועה מכל מקום התובע אומר שפטור משבועה ולא דמי לשאר גלגול דעל כל פנים חיוב שבועה עליו וגוררת שבועה מה שאין כן כאן לפי טענתו אין עליו עיקר שבועה שנאנסה שיהיה שייך גלגול דשכורה מתה כיון דאי שאולה אין חיוב שבועה. ופריך שפיר מה שטענו היינו ממון לא הודה ומה שהודה שחייב שבועה לא טענו דלפי טענתו פטור משבועה כנ"ל:

ולכאורה י"ל דבאמת רק שבועה שאינו ברשותו על כל פנים צריך דגם אי שאולה מתה וחייב לשלם מ"מ חייב שבועה שאינו ברשותו דרב הונא שמא עיניו נתן בה. דהא מיירי רק שמכיר זו שקיימת דשכורה היא וממילא אי מתה היתה השאולה כמ"ש לעיל וכיון דצריך לישבע שאינו ברשותו שייך בגלגול כנ"ל. והי' מיושב תמיהת תוספות בברי ושמא דבלא זה מתוך שאינו יכול לישבע משלם משום גלגול דהא אין כאן רק שבועה דרבנן דרב הונא ובדרבנן לא אמרינן מתוך כנ"ל. אולם לשון הגמרא אישתבע לי מיהת דכדרכה מתה לא משמע שאינו ברשותו לחוד כנ"ל. רק דמשני דגם כהאי גוונא שייך גלגול ושייך עיקר שבועה דנאנסה כיון שהוא תובע ממון דשאולה מתה ולדבריך על כל פנים צריך אתה לישבע דמתה או תשלם או תשבע. ולא חשיב כלל הודאה מה שאמר שאולה שאין חיוב שבועה כיון דיכול להיות שהיה השאולה ושפשע וממילא כיון שאינו רוצה לשלם ע"י כפירה דשכורה. שוב יש עליך שבועה דמתה כדרכה. והיינו דקמ"ל בשנוי' דמשני דאמר ליה אשתבע לי איזו מיהת דכדרכה מתה שהוא אריכות לשון ולמ"ש מדויק כנ"ל וא"ש:

דף צח:

שם ע"ב בעי רבי אבא בר ממל שאלה בבעלים ושכרה שלא בבעלים מהו מי אמרינן כו' לחודא קיימא כו' או דילמא כו' שייכא דהא מחייב בגניבה ואבידה כו'. פירש"י קודם שהחזיר חזר ושכרה כו'. ואינו מובן טעם הספק גם הא דלא בעי גם להיפוך שאלה שלא בבעלים ושכרה בבעלים. ומה שכתבו תוספות דגזירת הכתוב אינו מובן מנא לן. וגם קושית תוספות דמשמע דשכירות ושכירות לכ"ע לא מפקיע ולעיל פשוט ליה להיפוך: והנה נראה דהא בשאלה לזמן דליש פ' זמנו ל' יום ולפסק הש"ע מתי שירצה. מכל מקום מבואר מלשון הפוסקים והש"ס דכל שלא תובעו יכול לעשות מלאכה עמה ד"כ רק שיכול לתבעו כו'. וממילא דהוי שואל כנ"ל ובשאלה לזמן קצוב משמע דאחר זמן אינו רשאי לעשות עמה אף דלא תבעו. וכן מוכח מדאמר בש"ס דאחר שכלו ימי שאלתה

הוי שומר שכר משום דנהנה כו' עיין שם. והא היתר תשמיש פליגי רק אי הוי שואל או שומר שכר ואם כן אם הי' לו רשות להשתמש הי' על כל פנים ש"ש בלא טעם הנ"ל. וע"כ כיון דכלה הוי אחר זמן פקדון וכשעושה עמה הוי שולח יד. ואם כן הפשוט נראה כאן דלא נקיט שאלה לזמן רק סתם דמיירי בסתם שאלה והיה בעליו עמו. ולכך כשאחר כך שכרה הספק הוא כיון דבשאלה תחלה קני הפרה שכל זמן שלא יתבענו להחזיר תהיה שאולה בידו ובמה שהשכירה י"ל דעדיין לא תבעה להחזיר לו רק שרוצה שישלם לו לא בחנם ואף אם היתה באגם בשעת שכירות זה מכל מקום הוי קני ליה בקנין הא' דשאלה דעדיין לא חזר בו לתבעו. וממילא הוי בבעלים אף דקיימא בחצירו. או דילמא דזה עצמו חשיב תביעה דמה שרוצה שתהיה רק בתורת שכירות הוא תביעה שכלתה השאלה דעל דעת כן היה הסתם שאלה עד שיתבענה. ואינו רוצה בשאלה עוד וכשלא ירצה ליתן שכירות רוצה שיחזיר לו. ואם היה באגם לא היה קונה בתורת שכירות שהוא קנין חדש דשאולה פקע. וממילא לא הוי בבעלים ומיושב דנקיט הבעיא הכא דקאי אלעיל דקרי שאולה ושכורה ב' מינים כטענו חטין והודה לו בשעורין ושייך ספק הנ"ל. ואם כן י"ל אדרבא בשכרה ושכרה או שאלה ושאלה כדאמר בכתובות ב' שטרי מתנות או ב' כתובות ביטל ב' את הראשון דאם לא כן למה ליה ובאוסיף דיקלא וכהאי גוונא לא ביטל עיין שם אם כן בשכרה סתם כל יום בכך וכך דגם כן כל שאינו תובע לא כלה הזמן וכן שאלה סתם כנ"ל וחזר ושאלה וכהאי גוונא ודאי ביטל ב' את הא' דאי לאו הכי למה שכרה עוד או שאל וע"כ שאינו רוצה שכירות א' שהיה בבעלים מכאן ואילך רק שכירות חדש שלא בבעלים. והאיבעיא רק בשאלה ושכרה דהוי כאוסיף כנ"ל. וי"ל דאינו ביטול ותביעה רק שישאר ושיתן לו שכירות. ולכך אם השכירות ב' בפחות או יותר י"ל דגם כן בשאל ושכר כנ"ל. ולכך בבעל ודאי הוי שכירות חדש. וגם לא שייך כנ"ל דמרחיב הזמן כנ"ל. אבל בכלה זמן השאלה דכבר פקדון בידו צריך משיכה חדשה ונראה דלא מהני בתורת הרחבת זמן כיון דכלה וברשותיה דמפקיד רק דוקא קיימא בחצירו וממילא הוי שלא בבעלים גם בשכרה ושכרה כיון דהוי קנין חדש מחמת משיכה זו דקיימא בחצירו כמו שכתב רש"י ז"ל וקצת מוכח דאי בכבר כלה זמן שאלה רק לא החזירה אם כן כבר אינו אלא שומר שכר כמפורש בגמרא והוי זה עצמו כשאלה ונעשה שומר שכר ולמה לא בעי בלא שכרה כלל רק אחר שכלה זמן כנ"ל. וע"כ דעל זה אין ספק דמה שהוא שומר שכר אינו אלא משום שהיה שואל ונהנה וזה רק מחמת משיכה ראשונה והוי בבעלים. וא"כ שוב קשה גם בשכרה אחר כך מה בעי הא כבר היה רק שומר שכר כשכלה זמן

והי' בבעלים אם כן במה ששכרה אין שום חדש לא מוסיף ולא גורע והוי כשכרה ושכרה דלא מספקא לתוספות. וע"כ דבלא כלה כנ"ל:

והנה נראה בשומר שטוען שהיה בבעלים דאינו נאמן לפטור את עצמו. דאם לא כן מאי משני דאפקיד בשטר הא עדיין ליהמן במיגו דהיה בעליו עמו בשעה שנעשה שומר או שואל. ולהירושלמי דפטור אף משבועת שאינו ברשותו בבעלים אם כן טוען שאין עליו חיוב ש"ש כלל והוי כפירת שבועה דפטור. ודוחק לומר דמפורש בשטר שלא היה בבעלים. ועוד ריש המפקיד דאמר שואל לא מקני כפילא דבמאי הוי ל"ל מתה מחמת מלאכה לא שכיח והא גם בשואל מצי פטר שהי' בבעלים ומשמע דלא מהימן והטעם נראה כיון דהתורה חייבה כל שומר כדינו. וזה פטור מבחוץ שלא כדינו הוי כמחלת לי וכטוען אמרת על מנת לפטור. או יש לי בידך כנגדו דאינו נאמן בלי מיגו דמסתמא נותן לשומר שיהיה חייב באחריות כדינו כנ"ל. ואם כן לכאורה גם בסתם כמו דבמנה לו מעות לרוב הפוסקים דלא אמרינן במתנה רק הלואה דמתנה אין הדרך עיין שם. ואם כן גם כאן דמסופקין בשכירות השניה סתם אם היה כוונתו לשכירות חדש ואינו בבעלים או להרחיב זמן והוי בבעלים ממילא ראוי לומר דמסתמא לא פטרו מאחריות כדינו כמו שאינו נאמן במפורש שהי' בבעלים כן בסתם כמו בנתן מעות סתם או דור עמי אכול עמי בסתם למה שאינו נאמן מתנה כנ"ל:

אמנם לא דמי דהא חזינן דשאלה בבעלים וכיון דעד עתה הי' בבעלים לא שייך טעם הנ"ל דלא עבידי אינשי לפטור ולמחול. ושפיר בעי הש"ס. וממילא להיפך שאלה שלא בבעלים ואח"כ שכר בבעלים סתם שפיר י"ל מסתמא לא מחיל והרחיב רק הזמן לא שכירות חדשה ושיהיה פטור משום בעלים דשייך טעם הנ"ל כמו שאינו נאמן כנ"ל:

דמי עבד גדול כו' פירש"י תמוה כמו שכתבו תוספות מה ענין מוכר ולוקח. והא מפורש במשנה גדול לקחתי כו'. גם בין לרש"י בין לתוספות תמוה מה קמשמע לן כיון שהוא רק דמי גם מה לו להזכיר עבד כלל:

ונראה לעניית דעתי לרש"י הפי' אינו שנתן לו דמים בתורת שליחות רק כמו ספסורא דפרק המפקיד דזבין מהאי וזבין להאי ולשון רש"י שתקנהו לי הוא ת' בפתח שיקנהו לו אחר כך. ולדידן דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ויכול לחזור בו גם אחר כך י"ל דאמר ליה לכשתקנה אותו יהיה קנויה לי כנ"ל וטוען דמי עבד גדול נתתי לך שתקנהו לי כשתקנה ולא קנית כמו שכתב רש"י. והלה אומר דמי עבד קטן וקנה קטן אם כן כל שלא חזר בו הלוקח לדברי המוכר עדיין הקטן שלו. ופרק השולח בגטין דאמר חזו דאתאי דחי ש"ס לקיומי תנאי' מכוון ולא חשיב חזרה מה שסובר דמקיים אף שרוצה שלא יהיה

גט עיין שם. וממילא סלקא דעתך דבזה שטוען דמי עבד גדול אינו חזרה על הקטן אם האמת כדברי מוכר שדמי קטן נתן לו לקנות וקנאו. וממילא הוי הודאתו הודאת עבד. ואם כן אף שחוזר בו אחר כך שרוצה דמיו. י"ל דחשיב יצאה הודאה מפיו בפטור דאז היה הודאת עבד דכל שלא חזר המקח קיים דמהאי טעמא שמיט כו' לא מפקינן כנ"ל: וכן להפוסקים דמחויב קצת מתוך טענתו לא חשיב מ"מ אף בטועה כאומר הבטחת לי נ' דסובר שכופר הכל עיין שם. אם כן נראה דהוא הדין בהנ"ל דסבור אינו יכול לחזור בו ולדבריו מודה בעבד רק כשחוזר נעשה מחויב מתוך טענתו דמים ופטור כנ"ל. וקמשמע לן כיון דמיד התביעה דמים וגם הודאה הוא שכשיחזור בו. ישלם דמים שנתן לו חשיב חיוב שבועה בשעת הודאה כנ"ל:

ולפי' תוספות שחוזר בו כל שלא כתב שטר או שהתנה שיוכל לחזור. י"ל גם כן כנ"ל דאז לא חזר בו עדיין וסלקא דעתך דחשיב מודה בעבד ואף שחוזר אחר כך כבר פטור וקמשמע לן כנ"ל. או דהוי חזרה מה שטוען גדול ולא לקחתי קטן על כל פנים אינו רוצה ליקח הקטן. ולא דמי להאי דגטין דקיום תנאי מילתא אחריתי כנ"ל:

דף ק:

מה שטענו כו'. ועוד הילך פירש"י אף למאן דאמר טענו חטין והודה לו בשעורין חייב והיינו ר"ג. ולכאורה למה שכתבו תוספ' דלר"ג פטור משעורין רק שבועה חייב אם כן למה יהיה חשיב הילך הא לא יתן לו כלום וי"ל דטעם תוספות הוא דהמחילה שעורין הוא אחר כך כשמודה שעורין והוא אינו חוזר ואומר גם שעורין כמו שכתב הרא"ש. ואם כן בשעה שהודה לא מחל זה עדיין וחייב שבועה. ואם כן שפיר הילך הוי בשעת הודאה ולא עדיף משאר מודה הילך כנ"ל:

שם ישבע המוכר לפי שכל הנשבעין כו' לא משלמין. תמוה מאד מה ענינו כאן. וי"ל לענ"ד דסלקא דעתך הא כיון דסבירא ליה כסומכוס דיחלוקו רק דמודה היכא דאיכא שבועה דאורייתא. ולכאורה בשלמא שרוצה חצי וגם שבועה שייך כנ"ל כיון שנשבע אינו ספק. אבל כשאינו רוצה שישבע רק ליטול מחצה לכאורה נגד הסברא בשביל שמודה מקצת ויש עוד רגלים לדבר שחייב לו יותר מכ"ה יגרע כחו שלא יטול מחצה. וצ"ל דמעצמינו אין נותנין בירור זה ע"י שבועה שיצא מכלל ספק וחולקין. אבל כשיש עליו החיוב שבועה חשיב שיתברר הדבר אם לא ישבע ישלם הכל ואם ישבע מסתמא אמת כדבריו ואין חולקין. ובזה שפיר סלקא דעתך דיכול תובע לטעון שיהיה הוא נשבע ויטול מחצה. דבשלמא שאר מ"מ או ע"א אין הרגלים לדבר כל כך להוציא אף בשבועה

רק שיוטל על הנתבע בירור דשבועה ולפטור. מה שאין כן בהנ"ל דבלאו חיובו דמ"מ היו חולקין רק הבירור כנ"ל. ויותר כשישבע התובע ויטול מחצה כנ"ל. ושפיר קמשמע לן ישבע מוכר לפי שכל הנשבעין כו' שאין מן התורה שום שבועה ליטול אף דהסברא כנ"ל. ואתי שפיר.

דף קיג.

לא ימשכנו אלא בב"ד. וי"ל ג' פרושים או כמ"ש סמ"ע דיש בזה לאו דלא תבוא אל ביתו כו' כמו כן כשנוטלו מידו גם בשוק. אולם הלאו גם לשמואל קאי רק אמלוה. אלא בשליח ב"ד יש רק עשה דבחוץ תעמוד והאיש כו'. ולכך מנתח בשוק כו'. ומדויק במשנה ולא יכנס כו' שנאמר בחוץ תעמוד ולא מייתי הלאו משום דמיירי בשליח ב"ד כנ"ל. ע"ש בסמ"ע ודרישה ופרישה. אך דוחק מה דדחי בש"ס הנ"מ כו' אי מהא לא ארי' בבע"ח נתוחי כו' שלא יכנס כו' דהפי' לסמ"ע ע"כ דנתוחי היינו שלא יכנס לביתו לא גזרה כמ"ש תוס' רק דזה בלאו כמו לביתו כו' א"כ למה אמר במשנה שנאמר בחוץ תעמוד והול"ל שנאמר לא תבא כו'. ועדיין מוכח כשמואל דקאי על שליח ב"ד. ועכ"פ מוכח שאינו דיוק כנ"ל. ועוד למה משני אבגד אלמנה מרחים בבע"ח ולעבור ב' לאוין הו"ל בשליח ב"ד לעבור בלאו דבאחרים רק עשה כנ"ל. ועוד דא"א להכחיש דלא תבא אל ביתו אין במשמע בשוק ליקח בידו רק דסמ"ע כתב דה"ה או כ"ש מידו ע"ש. וא"כ הא אין עונשין ומזהירין מן הדין ועוד איך כ"ש הא עשה דבחוץ תעמוד יוכיח דשליח ב"ד אסור לביתו ובשוק מידו מותר. וע"כ דחמור לבא לביתו מנ"ל להוסיף בבע"ח על משמעות לא תבא כנ"ל:

ותוס' פירשו דלא תבא כפשטיה ביתו דוקא וניתוח דבע"ח מדרבנן גזרה אטו ביתו. אולם תמוה באמת למה לא הזכיר הלאו דלא תבא רק העשה אי דלא כשמואל וקאי אבע"ח. וי"ל דיש להסתפק ברשות דלוה נותן לו המשכון בביתו אם עובר על לא תבא כו'. וי"ל דתליא בהא אי דלא כשמואל ושליח ב"ד יכול לכנס ע"כ אזהרה דלא לעביד דינא לנפשיה בביתו א"כ כשלוה מצוה או נותן מדעת הוי כשליח ב"ד ולא עבר. אך אי כשמואל דשליח ב"ד ג"כ עבר גם ברשות אסור כנ"ל. ועכ"פ עשה דבחוץ תעמוד ודאי עבר כשנכנס לביתו גם ברצון לוה. דהא עלה כתב ואיש כו' יוציא כו' העבוט החוצה מפורש דגם שנותן בעצמו מ"מ דוקא בחוץ. וא"כ מיושב המשנה ממ"נ לשמואל קאי ולא יכנס בין שליח ב"ד ובין בע"ח מדעת משום עשה דבחוץ כו'. ואי דלא כשמואל מ"מ קאי אמלוה ומדעת הלוה דלא יכנס משום עשה דבחוץ. ואפשר ג"כ דמקרא דבחוץ כו'

גלי דלאו דלא תבא גם מדעת לוה כמו העשה כנ"ל. אולם רמ"ה הובא בטור וב"י דמדעת לוה אינו עובר ומדמי למשכנו בשעת הלואה ע"ש. ובאמת בגמרא משמע דדוקא בשעת הלואה דאל"ה הו"ל לחלק רק בין מדעת דבשעת הלואה ממילא מדעת. והיה נראה דתליא בפלוגתא דר"א ורבינא לעיל ל"ה אגביה איהו בחוביה חד אמר דהוי זביני מעליא וחד אמר משום כסיפא ושומא הדרא כיון דיכול לגבות נותן מעצמו אבל לא חשיב ברצון ע"ש. כן משכנו שלא בב"ד כיון דיכולין ליקח לגובייא נותן מעצמו למשכון. ולא דמי לשעת הלואה כנ"ל. וי"ל דרמ"ה פסיק כמ"ד שם דזביני מעליא כו'. ויש לישב בזה ק' תוספות והפוסקים דאמר חבל תחבול אין לי אלא ברשות שלא ברשות מנין ת"ל חבול תחבול כו'. והא לשמואל לא משכחת חבלה ברשות דחבלה בביתו ע"ש. ולהנ"ל י"ל דחבל א"ל אלא ברשות היינו ברשות שהלוה נותן מדעת בביתו שיכנס ואף דחבלה משמע בע"כ הוא משום דמ"ד זביני מעלי' הוא רק משום למה נתן מדעת שאין פסידא ע"ש. משא"כ כאן אי נימא דשלא ברשות א"צ להשיב עבוט שוב גם ברשות לא חשיב מדעת דירא שאם יקחנו מעצמו לא יצטרך להשיב ונותן לו כדי שיחייב בהשבה ושוב קרי חבלה גם שנותן ומ"מ רק בזה אמרה תורה החיוב השבה דמ"מ ברשות לקח משא"כ בע"כ תלמוד לומר חבל תחבול גם שלא ברשות חייב בהשבה ושוב כיון שאין חילוק חשיב מדעת ורצון כשנותנו לו ובאמת אינו עובר כנ"ל. ומדויק גבי השב תשיב אמר ברשות ב"ד וגם חבל תחבול אמר רק ברשות ע"ש ל"א ע"ב:

עוד י"ל דלשמואל משכחת ברשות שכר שכיר וערב שמשכנו ואח"כ זקף במלוה. ואפשר דמ"מ חשיב משכנו שלא בשעת הלואה כיון שתפסו שלא מדעת על השכירות אף שבשעת זקיפה היה ממושכן כנ"ל וחייב בהשבה כנ"ל:. שם היה לו ב' כלים. פירש"י והיה חובו כנגד שתיהם. לכאורה למה גם שחוב נגד א' ג"כ יוכל כדי שיהיה בטוח ביום ובלילה ואף דלא ימשכנו יתר על חובו. הא לא חשיב יותר שכשיש לו זה אין לו הב'. ולגירסת רש"י מחזיר דמשמע דלוקח שניהם ומחזיר אתי שפיר דאין לוקח שניהם כלל בחוב נגד א' רק לגירסת מניח י"ל כנ"ל. ומ"מ נראה דרש"י סבר כיון דקנה משכון והשבה מטעם צדקה בשלו דאם אינו קונה צדקה מנין ועדיין כברשותו והפקידו ללוה חשיב שפיר משכנו יותר על חובו דיש לו אף שמחזיר כנ"ל. ונראה דרש"י ס"ל שאין במשכון דין סודר וא"צ להניח דאין מצות השבה רק כשכבר נטלו והוא שלו חייב משום לך כו' צדקה משא"כ להניח דעדיין אין חיוב ולכך רשאי ליקח שניהם ביום ולהחזיר מיד המחרישה וכבר קנאו שלא תשמט שביעית כו' ואז חייב בהשבה. ואף למאן דאמר במוכר ביובל ק"ו מכורה כבר יוצאת כו' א"ד שלא תמכר וכן בנערה לא דמי דשם מפקיע

הזכות בע"כ שייך ק"ו שאין מתחיל מכורה. מה שאין כן בזה דישראל מוכרו דלית ביה תהיה צדקה לא מחייב בהשבה וכן משכנו בשעת הלואה דלא קני לא מחייב א"כ החיוב השבה רק כשקנאו אבל כשאינו נוטלו ולא קנאו אין מצוה להניח דגם השבה אין עליו בלא קנאו כנ"ל. ולכך רק מחזיר כנ"ל:

לכאורה למה נקיט בב' כלים ולהנ"ל קמ"ל דנוטל שניהם ומחזיר א' כנ"ל. ולגירסת מניח קמ"ל דצריך להניח. אך גם בחוב נגד א' הול"ל דמניח כו'. וי"ל דדייק ותני נוטל א' ומחזיר א' לרש"י דא"צ להחזיר הכר עד שיתן לו המחרישה בלילה דנוטל מקודם דרשאי לתפוס הכר על המחרישה שמעכב מליטול שכבר שלו ובעד פקדון יכול לתפוס הכר ואין צריך להחזיר:

וי"ל דמש"ה כתב רש"י דחוב נגד שתיהם דבנגד א' אינו יכול לטול המחרישה עד שיחזיר הכר דכל שאינו מחזיר אין חיוב עליו ליתן המחרישה כנ"ל. וי"ל בזה דלרש"י דמיירי ברשות נשאר ק' תוספת מנ"ל ריש תמורה למפרך ארבא דאי עביד לא מהני והרי משכון לא תבא כו' ותנן מחזיר הכר כו'. והא בהיתר מיירי ואי ידע ברייתא מה פריך ע"ש. ולהנ"ל י"ל דהא פרק שבועות הדיינין אמר דתנאי פליגי בדר"י אי קני משכון שלא בשעת הלואה. וא"כ י"ל דידע הברייתא א"ל אלא ברשות כו' ומרבי שלא ברשות. רק ס"ל וש"ס כיון דאי עביד לא מהני ניהו דרבי קרא שיחזיקו עד הלילה כו' מ"מ לא קני יותר ממה דרבי קרא ואין השבה בתורת שלו רק להחזיק כר ביום כו' וכשמחזיר הוא דבעלים וממילא לא חשיב קנין כלל דאפילו קנין פירות קי"ל דלא כקנין הגוף מכ"ש שכל הקנין פירות ג"כ דבעלים ולרבנן דרבי שמעון בן גמליאל לעולם לא יוכל למכרו לגובייא א"כ כיון דיליף מהשב תשיב דשוה ברשות לשלא ברשות ממילא דלא כרבי יצחק דכמו לרבא בשלא ברשות לא קני כנ"ל דאי עביד לא מהני כן ברשות ההשבה בתורת דבעלים ולא קני. ופריך שפיר והא תנן מחזיר כו' דלרבנן לעולם כן א"כ למה נוטל קודם הא לא קני ואינו יכול לתפוס בעד המחרישה כנ"ל דאינו שלו כנ"ל. ועוד דלמה נוטל הא כיון שהוא בתורת הפקעות זכותו כר בלילה שייך הק"ו כיובל מכורה כבר יוצאת כו' ואינו יכול ליקח כלל כר בלילה כו' וצריך להניח מיד שלא ליטלו כלל כמ"ש לעיל ולמה תני מחזיר ועוד לרבנן למה ממשכנין. הא כיון דלא חשיב קנין כלל יהיה שביעית משמטו ולעולם כן נשאר קושית הש"ס למה ממשכנין כיון דמחזיר כנ"ל ופריך שפיר ומשני שאני דאמר קרא השב תשיב ופשטיה דקרא משכנו ברשות רק דמרבינן שלא ברשות א"כ אדרבא גלי קרא דשלא ברשות דינו כברשות דקני מדר"י והשבה בתורת צדקה גם שלא ברשות כן דקני לגמרי כנ"ל. ואתי שפיר:

עוד י"ל מה דתני בב' כלים. דהא מבואר לעיל ק"ד דחשיב אצל לוה בחזרה כפקדון ושאלה. ונראה לר"ן הובא ס' ע"ב דשואל ספר פטור מאונסין כיון דמשאיל עביד מצוה הוי כשוכר. כן בהשבת עבוט דמצוה עביד בשאלה זו והוי כשוכר. וא"כ לתוספות דמדר"י הוי מלוה רק שומר שכר א"כ הוי כשמור לי ואשמור לך דחשיב בבעלים ויפטר הלוה גם בפשיעה כיון שנטל א' מלוה מקודם ואח"כ מחזיר א"כ נגד מלוה אינו בבעלים דלא היה עמו בשעת שאלה ונגד לוה הוי בבעלים. וס"ד שא"צ להחזיר דחייבתו תורה רק מדין צדקה כשאינו מפסיד לא כשיפטור גם בפשיעה. וקמ"ל דמ"מ חייב להחזיר כנ"ל עיין לעיל ק"ד דכשאינו מחזיר לזמן מרובה אינו כותב לו כל קביל כו' ע"ש. וגם אי דלא כר"ן וחשיב שואל פטור בבעלים. ויש להסתפק כיון דמלוה חייב באחריות מטעם קנין ופרעון חובו. אולם גם לוקח לזמן כתבו תוס' צ"ו ע"ב דשומר חנם הוי וא"כ חשיב חיוב שמירה על גוף החפץ שביד לוה לפדותו ויש לדחות ע"ש ב"ק גבי שתפוס בע"ח לגבות כו':

שם תוס' ד"ה מחזיר בתמורה פריך לרבא כו' מנ"ל דמיירי באיסור ואי אברייתא אם כן מה פריך ואי לשמואל ע"כ באיסור משתעי קרא כו'. ונראה דהנה הרמב"ם ז"ל פרק א' מהלכות גזלה פסק דנכנס לביתו ומשכנו דין גזלן יש לו אף שחייב לו. ונראה דהפי' במשנה לא ימשכנו אלא בב"ד. דהא זה שיוכל לתפוס משכונו הוא רק משום דקני ליה כדמשמע פשטיה דש"ס אם אינו קונה צדקה מנין שהיה מחויב להחזיר. ומה שתופס מהני רק משום עביד איניש דינא לנפשיה ע"ש ב"ק וכל מה ששליח ב"ד היה יכול לעשות ע"ש כ"ח ובנ"י. וא"כ לביתו דאמרה תורה לא תבא וגם שליח ב"ד לא כשמואל א"כ אינו דין וכדאמר שם ביכול להציל כו'. וממילא לא מהני תפיסתו כלל ע"כ דלוה והוי גזלן כנ"ל. ולא קשה השגת ראב"ד ז"ל. אך אמנם ניהו דלא מהני בין בעצמו ובין שליח ב"ד כיון שלזה אינו שליח ב"ד בביתו. מכל מקום כיון שכבר לקחו שוב א"צ להחזיר דשוב הוי רק מנתח נתוחי כיון שכבר בידו יכול לתפסו עכשיו לחובו שכבר אינו בביתו כנ"ל. ושייך שוב עביד דינא לנפשיה דשליח ב"ד היה מנתחו כנ"ל. אולם צריך שיתכוין לקנין מחדש לתפוס כשכבר בידו דמשיכה ראשונה ע"י תפיסתו לא הועיל כנ"ל. ובידע דאל"ה הוי כעודר כו' וסבור שלו כנ"ל. וא"כ יש לפרש הברייתא לשמואל שפיר וא"צ להפך ואף דלא משכחת חבלה ברשות. מ"מ הפי' א"ל אלא משכנו ברשות ב"ד היינו דיש לו רשות לנתח ומ"מ עבר ונכנס לביתו דנקרא חבלה ועשה אסור רק דמ"מ אח"כ כשכבר לקחו נתכוין לתפסו עתה למשכון וזה כבר שוב ברשות כנ"ל. אז חייב בהשבה.

אבל משכנו שלא ברשות היינו שלא חזר וזכה רק מה שמשכן בשעת לקיחה מביתו שזה רק שלא ברשות ב"ד שיהיה חיוב השבה ומרבה מהשב תשיב כנ"ל:

וא"כ מיושב דהא בל"ז לכאורה קשה אמאי תליא באי עביד מהני או לא זה שייך אם היה קנין רק באסור תליא בפלוגתא הנ"ל אבל זה שתפסו בע"ב ואין רשות ממילא לא קני עכ"פ לאו דינא הוא ואינו מצד האסור רק שאינו דין וממילא גם לאביי לא מהני אך הא קשה עוד ניהו דלרבא לא מהני מ"מ כיון שכבר בידו מהני תפיסתו עכשיו דאין כאן אסור בתפיסה זו כנ"ל. אולם לא קשה דנראה שגם אם נכנס לבית לתפסו שיזכה בו בחוץ ג"כ עבר לא תבא כו' לעבוט עבוטו שהפי' גם לעבוט אח"כ כיון שע"י הכניסה ולקיחה יעביטנו אח"כ כנ"ל. דאל"כ היה יכול תמיד לכנס ושיתכוין שלא לזכות רק מחוץ וע"כ כנ"ל. וא"כ פריך שפיר דלרבא לא מהני שאח"כ יתפוס אחר שבידו דגם בזה יעבור הלאו דלא תבא לעבוט כו'. ושפיר זה רק מצד אי עביד לא מהני דעתה שבידו שייך עביד דינא כו' דשליח ב"ד רשאי רק מצד האיסור לא מהני משא"כ לאביי מהני כנ"ל:

וא"כ מיושב קושית תוס' דפריך לרבא דידע ברייתא ולשמואל ע"כ הפי' כנ"ל דברשות היינו אף שעבר רק דאחר שבידו חוזר ומתכוין לתפסו למשכון דדינא הוא. ופריך הא לרבא אי עביד לא מהני וא"כ גם זה לא מהני כיון דע"י הכנסה תופס עתה ועדיין שלא ברשות ולא משכחת כלל ברשות כנ"ל לשמואל. וא"כ כיון דע"כ חבול תחבול רק שלא ברשות דלמא דוקא שלא ברשות ומנ"ל בכסות לילה ברשות דהיינו שלקחו בחוץ ניתוח דחייב בהשבה ופריך שפיר והא תנן מחזיר את הכר כו'. ומשני שאני הכא דאמר קרא השב תשיב ומדוייק דלא מייתי חבל תחבול דיותר באסור ע"ש ולהנ"ל אתי שפיר דמשני מדכתיב בכסות יום השב תשיב דשם שפיר א"ל אלא ברשות דקאי על שליח ב"ד בחוץ כו' ושלא ברשות אתרבי מתשיב וגלי קרא דאי עביד מהני. ושוב גם בחבלה בכסות לילה אמרינן שפיר א"ל אלא ברשות כנ"ל אף שעבר וע"י הכניסה תופסו עכשיו מ"מ כיון דאי עביד מהני מועיל תפיסה דשייך עביד דינא כשליח ב"ד כנ"ל. ומרבי גם שלא ברשות דרק תפיסה ראשונה ג"כ מהני וקנאו רק מחויב בהשבה וכהראב"ד ז"ל אף דלאו דינא מכל מקום מרבי כנ"ל ומיושב ב"ה:

שם שליח ב"ד מנתח כו' אבל משכוני לא. והקשה גי"ת דאיך דריש חבל תחבול כו' הא גם אם מהפך כמ"ש רש"י הא לא משכחת חבלה ברשות. ועיין מ"ש לעיל. וי"ל לר"ת והרא"ש דלגוביינא שרי רק במשכון להיות בטוח ע"ש. א"כ בנכנס ומשכנו לגוביינא ואח"כ נמלך ליקח למשכון להיות בטוח מותר דכבר בחוץ ואף דבנכנס ליטול משכון שיקנהו בחוץ עובר דהא נכנס כדי לעבוט כנ"ל. משא"כ זה שבא לביתו לא לעבוט

רק לפירעון דשרי דאף דנעשה למפרע כדי לעבוט מ"מ הוי דבר שאינו מתכוין דשרי דכשבא לביתו לא מתכוין לאיסור ואינו פ"ר דשרי גם בשאר איסורין. וי"ל שפיר אין לי אלא ברשות כנ"ל מנין שלא ברשות שנכנס מיד למשכן ומכל מקום קרי חבלה דע"כ לקחו מביתו. אך אי מסדרין אא"ל כן דלגוביינא היה צריך להניח לגמרי הכסות וע"כ רק בתורת משכון וממ"נ הוי שלא ברשות כנ"ל. וי"ל דס"ל אין מסדרין. ומיושב בזה לשון הברייתא דפליג אשמואל לקמן אבל שליח ב"ד נכנס לביתו וממשכן כו' ונותן מטה כו' כדרך שמסדרין כו' ע"ש ולמה דין משכון עם דין סידור שהוא לגוביינא דחלוקין בהיפוך לר"ת ורא"ש ע"ש. ולהנ"ל אתי שפיר דתליא בהא דנקיט דשליח ב"ד מותר כו' ומוכח כיון דמסדרין א"כ ע"כ דשליח ב"ד מותר לכנוס כו' דאל"כ לא משכחת ברשות והא קרא ע"כ גם ברשות דחבל תחבול:

דף קיג:

שם ע"ב מתקיף כו' ולימא ליה לאו עלי קרמית כו'. ותמוה כמ"ש תוס' ותירוצם ג"כ אינו מובן דמה חילוק בין אצטלא דק' מנה בין פחות כיון דחזיא ליה לרבי שמעון בן גמליאל. וי"ל דעל השבת עבוט לא קשה כיון דמלוה אין רשאי להשתמש הוי זה נהנה וזה לא חסר מה שמחזיר כר בלילה כו' ואף אם יחסר מעט ע"י תשמיש לא יפסיד חובל כדאמר לעיל ק"ד כל קביל כו'. ולא שייך לאו עלי כו'. דהא לגר אמר בש"ס דמצוה להחיותו כיון שהפסדו מועט ולגר הריוח יותר שמותר להקדים פשיטא כו' וכן בהנ"ל מצווה יותר דזה נהנה כו' והפסד לו מעט כנ"ל. רק אדין סידור פריך שרוצה להפרע חובו ויפסיד משום החייהו כו' פריך דהמצוה לפרנסו אינו מוטל עליו יותר מעל הציבור כנ"ל. ומשני איברא כו' כיון דקרי' צדקה דמיניה ילפינן דקונה משכון ומכל מקום חייבתו תורה להחזיר מדין צדקה וע"כ אף דחסר הרבה ציותה תורה ולא דמי להא דגר תושב דהתם אמר דל"צ קרא כו' א"כ ג"כ שוה לאחרים ואעפ"כ עליו רמיא כנ"ל:

עוד י"ל דגם על דין סידור גרידא לא פריך דילפינן מערכין. אך לכאורה לא דמי לשם שנידן בהשג יד שפיר אינו מחויב ליתן מה שצריך לו וממילא אין חיוב עליו כלל. משא"כ בחוב דאף שיסדרו מ"מ נשאר חייב א"כ עדיין פריעת בע"ח מצוה שיתן כל שיש לו כמו בשבועה ולכך י"ל דכיון דבע"ח דינו בזוזי רק נכסוהי ערבין ביה ומיניה גם במטלטלין ולהרבה פוסקים גם מטלטלין שיעבוד דאורייתא וא"כ י"ל שפיר דאין מתחיל ערבות כלל על כסות וכה"ג הצריך לו מדין מדור ודמי לערבון כנ"ל. ולא שייך עצמו דמית דממילא שלו שאינו ערבים כנ"ל. רק אהא דאמר דלרבנן דרבי שמעון בן

גמליאל מזבנין אצטלא דק' מנה וזבנין ליה אחריתא דחזיא ליה ע"ז פריך כיון שנמכר ויש מעות צריך לשלם משום פריעת בע"ח שוב למה יקנה לו כו' לאו עליו רמי' וכמאן דאמר בבבא בתרא גבו מעות יש לו דזוזי אוזפי' כו' ומשני דגם זה רמיא עליה דלך תהיה כו' דקני משכון ומ"מ מחויב כנ"ל:

עוד י"ל דעל סידור לא קשה דרק שאינו נוגש החוב וממילא נשאר ללוה. רק אהא דאמר דלרבנן במשכנו אצטלא דק' מנה ורוצה לפרע לגובריינא מזבנין ולוקחין לו אצטלא דחזי ליה א"כ אצטלא השניה נותנין ללוה לחלוטין מדין סדור שאינו רשאי עוד למשכנו. דכיון שרוצה לגבות המותר שוב ללוה מדין סדור ע"ז פריך כיון שכבר קנו משכון שלא בשעת הלואה מדר"י א"כ נותנין ללוה משל מלוה מה שכבר שלו ולאו עליה רמיא. ומשני איברא כו' משלו כנ"ל:

דף קיד.

איבעיא להו מהו שיסדרו בבע"ח מי גמר מיכה כו'. ותמוה כיון דפלוגתא דרבי שמעון בן גמליאל ורבנן למה לא בעי הלכה כמאן. וניהו דלרבנן אין הכרח די"ל דוקא במשכנו כבר כמ"ש תוס' אבל לר"מ מר"ע אמרו דמסדרין ובריית דלעיל ג"כ כדרך שמסדרין כו'. ועוד דשלח רבין שאלתו ולא אמרו לו כו' ומייתי פלוגתייהו דילפי מבע"ח דאין מסדרין א"כ הא אמרו מפורש דאין מסדרין:

עוד קשה כיון דע"י לא ס"ל הוא למעוטי בע"ח א"כ ממילא מק"ו בע"ח מסדרין מערכין דאין מחזירין כדאמר בגמרא ויסדרו כו' וא"ל דמשום ג"ש דמיכה כו' הוא דלא מוקי הוא למעט בע"ח. דכמו כן מק"ו כמו מגזירה שוה:

והנה י"ל ע"פ שיטת ר"ת ז"ל דלא מייתי פלוגתא דרבי שמעון בן גמליאל ורבי ישמעאל ורבי עקיבא דאינהו מיירי במשכנו לענין לטול בתורת משכון דרבנן ס"ל דלעולם מחזיר ורבי שמעון בן גמליאל סבר דאחר ל' מוכר אבל בתורת גבי' אין מסדרין ע"ש. ולכאורה מ"ט לא יגבהו בתורת גבי' לרבנן כשכבר אצלו מכשהוא ביד לוה. וצ"ל דגזה"כ כיון שכבר מחויב בהשבה ומנ"ל הא דלמא דוקא כל שבתורת משכון כרבי שמעון בן גמליאל. ולכך י"ל הטעם דהא דלא ילפינן מערכין מסברא או מק"ו הטעם כמ"ש לעיל דבערכין נפטר לגמרי כשאין לו יותר שפיר אמרה תורה דאין לחייבו מה שלהחיותו משא"כ בע"ח דנשאר החיוב עדיין מוטל עליו פריעת בע"ח כנ"ל אין מסדרין. רק כשכבר משכנו דקני וחשיב פרעון כמ"ש תוס' לעיל ק"ד ע"ב ד"ה אהני. וכל שהמשכון בידו חשיב כנפרע ומ"מ מוטל בתורת צדקה להחזיר כר בלילה כו' דמהא יליף ר"י אם אינו

קונה כו'. רק דמ"מ יכול לתבוע שיחזיר המשכון ויפרענו פרעון אחר כמ"ש פירש"י בשבועות פרק שבועות הדיינין אהא דשמואל בקתא כו'. וממילא כיון דכל שאינו מחזיר המשכון ויהיה לעולם בידו כן יהיה פרעון א"כ שוב שפיר דמי לערכין דאין מחייבין אותו בפרעון אחר כיון דאם לא נחייבו יהיה נפטר ואין עליו פריעת בע"ח כנ"ל. משא"כ בלא משכנו רק סדור מיד א"א ללמוד מק"ו ומסברא. רק מג"ש דמיכה והיינו דבעי אי גמיר גזירה שוה דמיכה ע"כ לסדור גרידא דמשכון בל"ז מק"ו ומסברא. ולכך לא מייתי דרבי שמעון בן גמליאל כנ"ל ופשוט מדבעי הרי עלי ק' לבית הכנסת דגם שם אינו בהשג יד והחוב עליו כנ"ל. ואי אפשר לומר דבעי' דידהו ג"כ אם כבר משכנו הגזבר אם מסדרין אח"כ. דאם כן איך ילפי ק"ו מבע"ח דמחזירין ואין מסדרין ק"ו הקדש שאין מחזירין הא כדקי"ל ישראל מנכרי לא קני משכון כיון דליכא תהיה צדקה שא"צ להחזיר כן הקדש דלעולם אינו מחזיר דלא קני הקדש המשכון ולא הוי פירעון א"כ אדרבא מה"ט שאין מחזירין אין מסדרין וכה"ג בבע"ח כשלא נפרע אין מסדרין. דס"ל ג"ש דמיכה דגם בלא משכנו ב"ח מסדרין ושייך הק"ו כנ"ל. ומיושב דלא פירשו בהדיא דהא י"ל דמיירי במשכנו כנ"ל דאין מסדרין וס"ל כמ"ד בפסחים דישראל מכותי קני משכון וג"כ נפרע ושייך הק"ו מבע"ח ג"כ במשכנו כנ"ל בלא גזירה שוה דמיכה. רק דאין מפרש כן דא"כ אין צריך לק"ו דגם בזה מסברא כמו ערכין. וע"כ דס"ל לא קני משכון בהקדש והוי כלא משכנו וע"כ דהפי' בע"ח אין מסדרין בלא משכנו ולא ס"ל ג"ש דמיכה:

ומיושב מה דקשה כיון דר"י לא ס"ל גז"ש דמיכה ל"ל הוא למעט בע"ח הא ע"כ מסברא בלא ג"ש אין מסדרין. ולמ"ש אתי שפיר דבלא משכון מערכין אין ללמוד רק כיון דהרי עלי היקש לערכין לר"י ושם אינו בהשג יד שוב גם ב"ח יש ללמוד מהקדש וצריך הוא למעט כנ"ל. וג"כ מיושב מ"ש תוס' ערכין מוכיח כו' כנ"ל דשם אינו חייב כנ"ל. גם מדויק מ"ש רש"י ז"ל הרי עלי מנה כו' והשגת יד לא כתיב אלא בערכין דלמה ליה ולהנ"ל אתי שפיר ופשוט ד"כ שיהיה טעם לחלק בין ערכין כנ"ל:

עוד נראה דס"ל ג"כ כ"מ ששנה רבי שמעון בן גמליאל הלכה כמותו. רק די"ל דתליא בטעם דמ"ד מסדרין אם מסברא היינו כיון דאמרה תורה מחזירין משום צדקה אף דקני כו' כן מסדרין דעלי' רמי' כנ"ל. וא"כ במשכנו בשעת הלואה דאין מחזיר אין מסדרין דיש לו וא"צ להחזיר. וממילא רשב"ג דס"ל מוכר אחר ל' ע"כ ס"ל אין מסדרין כק"ו דאמר לעיל השתא זבוני מזבין כנ"ל. דשפיר הק"ו כיון דכבר יש עליו חיוב חזרה במשכון זה וס"ל דיכול לפרע לגובייא ופקע חיוב השבה כנ"ל מ"ש שאין מסדרין וממילא הלכה כרשב"ג דאין מסדרין. או דהטעם לרבנן דאין מסדרין לא מהא דמחזירין דאין ללמוד

מזה דמשכון אינו מפסיד בחזרה אמרה תורה להחזיר משא"כ כשבא לגוביינא לסדר דיפסיד מלוה י"ל א"מ. רק טעמא דת"ק דגמר מיכה מערכין דשם מסדרין אף דמפסיד הקדש. ואי כנ"ל י"ל לרשב"ג דפליג רק במשכון שכבר קנאו אין ללמוד מערכין דשם אף שמשכנו לא קני הקדש כיון דאין מחזירין מסדרין דאינו רק סלוק תביעה חוב שאינו ממון עדיין דשטרות חשיב רק גורם דלאו כממון. משא"כ בהדיוט דקני משכנו ובידו ממונו י"ל אף דאמרה תורה להחזיר משוי צדקה שאינו מפסיד וכן מסדרין בלא משכנו קודם שרק סלוק כנ"ל כמו בערכין אף שמפסיד לא חשיב הפסד ממון כנ"ל אבל כשכבר משכנו וקנאו ואחר ל' שבא לידי גיבוי שיפסיד מלוה וגם חשיב כבר ממונו שפיר יכול למכרו שאם יהיה הדין שלא ימכרנו לעולם יפסיד מה שכבר ממונו דהא קנאו לגמרי רק מצדקה מחזיר ולא אמרה תורה כלל רק כשאינו מפסיד אבל לא כשע"י הצדקה יפסיד לעולם כנ"ל. ואין כאן ק"ו לרשב"ג כלל השתא מזבין כו' וי"ל שפיר דגם רבי שמעון בן גמליאל סבר מסדרין בלא משכנו קודם דיליף מיכה רק במשכנו קודם פליגי כנ"ל. א"כ שפיר מהו שיסדרו היינו ההלכה אי גמיר מיכה ממילא הלכה דמסדרין בלא משכון או הטעם מסברא כנ"ל. וע"כ לרשב"ג אין מסדרין כנ"ל. ופשוט מדבעי בהקדש מק"ו ואי מסברא הא כיון דאין מחזירין ממילא אין מסדרין וע"כ דגמיר. וכן אליהו ז"ל השיב כנ"ל ששאל הדין והשיב דגמיר וממילא גם לרבי שמעון בן גמליאל מסדרין. ואף דאם כן יכול למשכן קודם ואח"כ ימכרנו ולא יסדרו מה בכך הא חייב לו כנ"ל עוד י"ל דבעי אם החזרה עצמה מטעם סדור כמו שא"י לגבות דהחייהו כן א"י למשכנו לקנותו לגמרי וצריך מהאי טעמא להחזיר כר בלילה כו' וא"א לו לקנותו לגמרי ושתהיה החזרה מדין צדקה אף ששלו וכחזר והפקידו כדר' יצחק רק דלא קנאו כלל רק ביום כו' דשליח ב"ד א"י למשכן רק מה שיכול גם בתורת גוביינא כנ"ל דפ' ש"ה אמר ג"כ דפליגי כדר"י ע"ש. וא"כ למ"ד ב"ב קל"ז גבי מהיום ולא"ז למ"ד קנין פירות כקנין הגוף כשמכר בן ומת דלא בא הקנין הגוף לידו הוי כאין לו כלום זכות כיון דקנין הפירות נשאר לאב ע"ש. ומספקא ליה שם אי רשב"ג סבר כקנין הגוף ע"ש. וא"כ כיון דמחזיר הכר כו' מתי שנצטרך ללוה אם לא זכה יותר המלוה במשכון א"כ נשאר כל הקנין פירות ללוה. ואי כקנין הגוף דמי א"כ למה ממשכנין דאמר שלא יהיה נעשה מטלטלין ולא תשמט שביעית הא לא יועיל כלום דכשבא שמיטה או מת לוה דלא בא הקנין הגוף לידי גיבוי דלענין הגוף היה משמט והוי כמת הבן התם ולא היה לו קנין כלל במשכון שעי"ז לא ישמט דקנין פירות כקנין הגוף דמי והיה לגמרי של לוה כשלא בא לגוביינא שיהיה הגוף שלו. ואף דגם משכנו בשעת הלואה כתבו תוס' דאינו משמט היינו משום דשלא בשעת הלואה

קונה קנין גמור ע"ש בתוס' אבל אי כנ"ל גם שלא בשעת הלואה לא קני ומשמט כנ"ל. וא"כ ע"כ מדממשכנין מוכח דאין מסדרין ושפיר סבר רבי שמעון בן גמליאל מוכרו כו' דכיון דממשכנין ע"כ יכול לגבותו ומהני דזכי כנ"ל לגמרי דבתורת גוביינא יכול ליקח וממילא קני המשכון לגמרי גם בלילה אלא שמחזיר אף דשלא בצדקה כו' והוי כמשאיל שלו וקני ע"מ להקנות חשיב קנין כנ"ל. ות"ק סבר קנין פירות לאו כקנין הגוף ושפיר י"ל דחזרה כמו גבוי דמסדרין ואעפ"כ קני משכון אף דקנין פירות דלוה כנ"ל ואינו משמט. א"כ היה הלכה כת"ק דקי"ל כר"ל דקנין פירות לאו כקנין הגוף. או גמר מיכה כו' ובהא פליגי וממילא הלכה כרשב"ג. ופשוט דחזרה לא מדין סידור. דא"כ גם בהקדש וערכין יחזירו כיון דמסדרין אף דלא שייך צדקה וע"כ כנ"ל. והלכה כרשב"ג דאין מסדרין כנ"ל. דלא תליא בהך דקנין פירות כנ"ל:

עוד י"ל דבעי מהו שיסדרו היכא שאין מחזירין בבע"ח כמו משכנו בשעת הלואה דבשלמא משכנו שלא בשעת הלואה דמחזירין שוב גם בתורת פרעון מסדרין דהחייהו דעד עתה היה לו הכר בלילה וכה"ג. אבל משכנו בשעת הלואה כיון דאין מחזירין ויכול לתפסו לעולם בתורת משכון ולא יהיה ללוה שוב גם לפירעון יכול לגבותו דלא שייך החייהו דבלא"ה אין לו ללוה כנ"ל. והוי לדידיה זה נהנה וזה לא חסר ובזה בעי אי מ"מ גזה"כ מיכה מערכין ושם ג"כ אף דמשכנו ואין מחזירין מ"מ מסדרין כשבא ליקח לגוביינא כמ"ש תוס' ד"ה מ"ה. ופשיט מדבעי בהקדש ואמר ק"ו מבע"ח ולמה פשיט ליה בבע"ח דא"מ ואי מסברא גם בהקדש כן. וע"כ דדרשי הוא ולא בבע"ח רק די"ל דכוותיה קממעט היכא שאין מחזירין כגון משכנו בשעת הלואה דומיא דערכין דגם בזה מסדרין ומ"מ יליף מק"ו מה בע"ח שפעמים מחזירין כגון משכנו שלא בשעת הלואה ואעפ"כ עכ"פ אין מסדרין במשכנו בשעת הלואה מקרא דהוא כנ"ל הקדש שלעולם אין מחזירין כ"ש שאין מסדרין וא"כ מוכח דלא גמיר מיכה רק ממעטין מהוא היכא שאין מחזירין עכ"פ כנ"ל:

שם תוס' ד"ה מה כו' פי' בקונטרס דדרשינן מנפשות וא"ת כמו ידו כו' וה"נ יש לשום כמה שוה בדבר שהנשמה תלויה כו'. וי"ל דהא גם לו אברים שהנשמה תלויה ואדרבא רק מה שאין נשמה תלויה שייך לישום כמ"ש תוספות לעיל ז' ע"ב ד"ה דאית כו' בתורף וטופס ע"ש:

שם הקדש שמסדרין א"ד שמחזירין כו' שא"צ צדקה וקשה דלא ימשכן מה"ט כיון שלא יחזירו שייך החייהו בלמשכנו כמו בפירעון. וצ"ל דכל שא"י אם אין לו מעות מותר למשכן ול"ש החייהו:

שם תוס' ד"ה מהו שיסדרו ר"ת פסק דאין מסדרין כו' דגם רבנן כו' והטעם כמ"ש לעיל. עוד י"ל דאי שיעבודא דאורייתא גם במטלטלין כמ"ש רשב"א א"כ הוי כמשכנו בשעת הלואה דערבין ביה כו'. רק הערבות כשלא יפרע מעצמו יפרע מנכסיו אבל לענין משכון שעדיין אינו נפרע אין בתורת ערבות רק מצד פריעת בע"ח כמ"ש רמב"ן סוף ב"ב דיוציא עבוט מוכח ויש חיוב חזרה משא"כ בתורת גובייא ע"ז ערבין ביה בשעת הלואה ואז לאו עליו רמי' יותר מאחר כמו משכנו בשעת הלואה. ועוד דעשיר היה דאית ליה מעות שלוה וכיון דנשתעבדו וערבין ביה שלו הוא נוטל אח"כ ואין סידור וחזרה. ולא דמי דאין חיוב יותר ומה שאין שיעבוד הגוף אין ערבות משא"כ חוב. ורק בשכבר משכנו לרבנן נפרע כנ"ל ומ"מ חייבתו תורה להחזיר ושוב ג"כ אין ערבות דכל שאינו מחזיר נפרע וס"ל שפיר לרבנן כנ"ל. ורשב"ג סבר דמה דחשיב פרעון וקני רק משום דיבא לגובייא כשירצה למכרו חשיב קנין אבל אם יהיה הדין דלעולם יחזיר הוי כהא דא"נ כשיהיה לי מעות תחזירם דאינו קנין כלל כ"ש כאן שאין לו קנין פירות כנ"ל. ולא חשיב המשכון פירעון ושוב אין סידור ומתרין. ואף דאם מוכרין שוב הוי פרעון והוי שלא כדין וי"ל דהא בהרהינו למאן דאמר למפרע גובה הוי שלו רק קי"ל מכאן ולהבא גובה משום אי הוי ליה זוזי כו' ותוס' פ"ק דפסחים ואי גבו כתבו החילוק דאינו נעשה שלו כיון דאלו הוי ליה זוזי אבל שהיה שלו אינו יוצא מרשותו משום אי הוי ליה זוזי ע"ש. וא"כ שייך לקמן אלמנה כו':

דף קטו.

אלמנה כו' תוספות ואם תאמר אמאי לא פריך מינה לשמואל כו' דלא תחבול בבית כו' דבשליח ב"ד ליכא למיגזר מדשרי בעלמא ולא גזרינן כו' ואין סברא כו' משום דאיכא ב' לאוין כו' עיין שם. ותי' דחוק מאד דודאי משמע מתניתין אין ממש קנין לא תחבול כו' דאין איסור כנ"ל:

ונראה ליישב דהא אבייי סבר דאי עביד מהני דאי לאו הכי אמאי לקי ורבא סבר דלא מהני ומכל מקום לקי דעבר כו' ופריך ריש תמורה מהשבת העבוט דאמר לא תבא כו' ותנן מחזיר הכר כו' דמהני ומשני דגלי קרא השב כו' דקנאו כנ"ל. ואם כן בלאו זה שוב לרבא כמו לאביי דלקי רק משום דמהני דכך הסברא פשוטה רק רבא סבר דתסברא שיהיה לא מהני וע"כ לקי מכל מקום משום דעבר כו'. מה שאין כן באותו לאו דגלי דמהני גם לרבא לא עבר אלא אם כן מהני. ואם כן בבגד אלמנה להרמב"ם ז"ל דלא איכא ביה עשה דתשיב כו'. אם כן ממילא אי עביד לא מהני ולא קני המשכון כלל ומחויב

להחזיר מיד וכיון דלא מהני לא עבר כלל אלאו דלא תבא אל ביתו דזה הלאו רק כשמהני וקנאו כנ"ל. ואינו עובר רק לא תחבול בגד אלמנה דזה הלאו לרבא בכל מקום לא מהני ואף על פי כן אמרה תורה דעבר אמימרא דרחמנא ולקי כן כאן. אם כן שפיר במשנה דאין ממשכנין רק משום לא תחבול כנ"ל וא"כ י"ל בשליח ב"ד שייך גם כן גזירה אטו שיכנס לבית רק מכל מקום בעלמא לא גזרינן דאם יכנס לבית גם כן לא עבר כלל דמה שממשכן בבית אינו שליח ב"ד כלל כיון שהוא בלאו והוי רק כשאר תופס לב"ח אף אי נימא דמהני ולא חשיב חב לאחרים מה שחב ללוה במה שאין לו רשות מן התורה מ"מ הוי רק מטעם זכיה לבעל חוב וכיון דאין שליח לדבר עבירה לא מהני בשבילו דמטעם שליחות כנ"ל. ומפורש בש"ס בשלוח הקן כיון דאיכא לאו לזכות בעצמו לא זכי עבורו עיין שם. וכיון שלא יועיל התפיסה לא עבר כלל דמחויב להחזיר מיד וכיון דלא מהני לא עבר כנ"ל. ודוקא במלוה דגלי קרא דמהני וקני ולקי כשנכנס או לא קיים המעשה שייך למגזר גם ניתוח בשוק כו' מה שאין כן שליח ב"ד דכיון דאינו רשאי גם כן בלאו שוב גם אם יעבור לא עבר בלאו ולא שייך למגזר גבי נתוח אטו ביתו. מה שאין כן בגד אלמנה דאמרה תורה דעבר בלאו אף דלא מהני כנ"ל. אם כן גם שליח ב"ד יהיה עובר כשימשכן בבית אף דלא מהני ושייך שפיר הגזירה גם בשליח ב"ד ואסור למשכן גם ניתוח בשוק כנ"ל:

או י"ל דקאי אמלוה גופיה דאף דבעלמא גם ניתוח אסור הוא משום גזירה שלא יכנס לביתו. דשייך גזירה דאם יכנס יהיה מהני דקני משכון כנ"ל. מה שאין כן באלמנה דאדרבא הוי סלקא דעתך דניתוח מותר גם למלוה דליכא למגזר אטו בית דלא יועיל כלל אם יחבול בבית ויהיה חייב להחזיר מיד דלא קני כנ"ל ולמה יעשה כן וקמשמע לן דלא פלוג ושייך מ"מ גזירה כיון דיעבור בלאו כנ"ל. אך עדיין אינו מיושב הא דאמר ר"ש עשירה ממשכנין הא כיון דליכא לאו דבגד אלמנה שוב אסור ניתוח למלוה גזירה דבית משום לא תבא. ודוחק דגם איסור זה אינו לר"ש בעשיר כאן דדריש טעמא דקרא דליתא דלא מצינו. אך לר"ש גם ניתוח בעניה אסור מטעמא דהשבה. שייך שפיר עשירה ממשכנין ניתוח. אך לא יהיה הלשון שוה לר"ש ור"י:

וי"ל עוד למה שכתבו תוספות פסחים כו' דמשהה חמץ כדי לבערו מותר משום דניתק לעשה דתשביתו עיין שם ומה שהקשו מגזל לא קשה דשם יש לימוד חבול ישיב כו' רשע כו'. וכן לא תגנובו על מנת לשלם. מה שאין כן שאר לאו הניתק ואף דעושה מעשה דפודה החמץ וקנאו מכל מקום בעושה לקיים העשה אף להנאתו להסיקו לא עבר עיין שם. ואם כן כיון דלא תבא כו' ניתק לעשה דהשבת עבוט כדאמר פרק ב' דמכות. אם

כן במשכנו בביתו על דרך לקיים השבת עבוט לא עבר כלל לשיטת ר"י הנ"ל. ומ"ש בת' ש"א משאר לאו הניתק דאסור אינם קושיות דאונס שגירש אין בידו לקיים וגזל יש לימוד ופיאה יש בל תאחר עיין שם. ובלא זה קאי תוספות רק למאן דאמר בטלו דאין לאו כשאינו מבטל שוב בעושה כדי לקיים אין איסור דלמאן דאמר קיימו אסור שמא לא יקיים וגם הואיל שייך לחומרא ומכל מקום גם בזה מצינו ברגל דכולהו תשלומין לא עבר רק מגונה דמצוה בראשון עיין שם. וכן פסח שני עיין שם. ומכל מקום קרי ליה הזיד ע"ש משום דתליא במעשה מה שאין כן בטלו דכמו שהוא בלי מעשה אין לאו וקיימא לן דלא חיישינן שמא יבקע הנוד וכן לשאר אונס שמא יבטל. ולכך בעושה כדי לקיים י"ל דאין אסור ואף אי נזדמן אחר כך שלא קיים הוי כדבר שאין מתכוין בשעת הלאו כיון שאינו פסיק רישא דיכול לקיים כנ"ל. ואופה מיום טוב לחול דפליגי בהואיל משמע דוקא לחול אבל אופה באמת בשביל אורח שיזדמן לא עבר עיין שם. עוד לענייט דעתי עיקר דהיכא שאין העשה רק אחר הלאו כגזל וכהאי גוונא חשיב רק תיקון מקצת ולא שייך דהעשה מצוה שאינו מצוה ע"כ כיון שבא רק על ידי עבירת הלאו מה שאין כן כשהעשה מצוה בפני עצמו ואף על פי כן הוי ניתק כמו תשביתו דהעשה בפני עצמו בלא הלאו ומכל מקום הוי ניתק ויש איזה לימוד דלא חשיב לאו שקדמו עשה עיין שם בזה שפיר כתב ר"י דפודה כדי לבער אינו עובר שהוא ניתוק ותיקון והוא גם כן לקיים מצוה ולא קשה מכל הנ"ל. וממילא גם בהשבת עבוט כן דגם ברשותו המצוה ומדמרבינן גם שלא ברשות חשיב ניתק כמו שכתבו תוספות מכות ותמורה עיין שם ממילא במשכון כדי לקיים אין איסור כנ"ל. משא"כ בגד אלמנה דלא ניתק להשבה ולכך בשאר חבלה לא גזרו רק במלוה גופיה דשמא יכנס ויקח על מנת שלא לקיים המעשה דעובר. מה שאין כן שליח ב"ד דלא יקח כי אם להשיב לא גזרו ומותר בחוץ אבל בגד אלמנה שייך גם בשליח ב"ד הגזירה ואסור כנ"ל, וגם בעשיר צ"ל דחשיב ניתק דאי לאו הכי הוי לקי גם בעני דהלאו כולל יותר בהעשה כמו בתמורה שכתב הרמב"ן כן. וע"כ דגם בעשיר שיש לו עוד כסות מכל מקום יעני ויאבד כסותו יהיה מצות השבה חשיב ניתק כנ"ל. וממילא שייך על מנת לקיים העשה אם יצטרך לו כנ"ל:

ולר"ש צ"ל דעשירה ממשכנין אף דשייך שמא תעני ושייך טעמא דקרא וצ"ל דלא חיישינן ואם תעני באמת יצטרך להחזיר לגמרי שלא בתורת השבת עבוט ומכל מקום חשיב כדי לקיים שמחזיר לגמרי. ולר"ש מהני טעמא דקרא גם לאסור מן התורה שליח ב"ד בחוץ לעני דשייך משיאה ש"ר כמו דמהני טעמא להתיר מה שלא פי'. ואם כן לר"ש דבעני מן התורה ורק בעשירה לחוד י"ל דלא גזרו בחוץ בשליח ב"ד דאין תועלת דגם

בתורת גובייגא יגבה אף דמסדרין כיון דעשירה היא משא"כ לרבנן בעני שייך הגזירה דבגובייגא מסדרין ושייך שיכנס למשכן ושוב לא פלוג וגם בעשירה בחוץ אסרו כנ"ל. וגם אי נימא דלא כתוספות ועובר גם בעל מנת לקיים מכל מקום י"ל כיון דבקיים העשה מתוקן הלאו דלא תבא:

דף קטז.

זיל אהדריה דהוי ליה כלים שעושין א"נ תמוה כמו שכתבו תוספות דהא סבירא ליה לאביי אי עביד מהני ואי לקיומי לעשה הא כיון דלקי ע"כ אינו ניתק עיין שם. ותוספות כתבו דמיירי שלא ידע דאסור והוי ליה בטעות דלא ניחא ליה באיסור עיין שם. וקשה דעל כל פנים לאו דלא תבא גם כן יש דחבל היינו מרשותו. אם כן אם לא ידע כלל גם מאיסור לא תבא אם כן ל"ל משום אוכל נפש גם שאר משכון היה בטעות משום לא תבא. ואם ידע מאיסור זה אין זה טעות כיון דניחא ליה באיסור. ובין לאו א' לב' אין חילוק שיחשב טעות. ובש"ס תמורה מ' מספקא לש"ס כיון דעבר על איסור א' אם גם ב' עיין שם. ואפשר משום דלא תבא ניתק לעשה ויתוקן קיימו כו' מה שאין כן לא יחבול כו' דאי אפשר לתקן. וכדאמר חילוק בין ממון לשבועה דאיתא בחזרה ע"ש:

ונראה די"ל דקשה עוד מה דפליג רבא דנאמן כו' ואינו צריך בדינא כו' ומשמע דלא להדריה דהא בש"ס פריך אאביי מעיזי דנאמן ומה קושיא דלא אהדריה משום השבת עבוט כמחרישה ביום לרש"י ז"ל וכי משום דיש עוד לאו דאוכל נפש דלא ניתק ולא מתקן בחזרה מכל מקום לאו דלא תבא שיש גם כן וזה מתקן ע"כ להחזיר לקיומי לעשה כנ"ל. ונהי דמאביי דייק דא"ל דהוי ליה כלים כו' א"נ משמע דרק מהאי טעמא וע"כ הפי' חזרה גמורה שלא בתורת השבת העבוט כנ"ל. אבל מה דמשמע דלרבא אינו צריך להחזיר קשה דעל כל פנים משום השבת העבוט יחזור כנ"ל. ולכך י"ל דהא בנוטלו לפרעון וגובייגא כתבו תוספות דרשאי שליח ב"ד דליכא לא יחבול ולא משום לא תבא לעבוט כו' וגם מסדרין עיין שם. ואם כן גם מלוה י"ל דחבל שלקחו בתורת גובייגא ופרעון. רק די"ל כיון דמאן שם לך לא חשיב גבוי בלא שליח ב"ד וממילא רק תפיסת משכון ויש לאו דלא תחבול כנ"ל. אך כיון דקיימא לן עביד דינא לנפשיה שפיר יכול ליקח לפרעון וגבוי כמו שיושב בב"ד כיון דהדין שנאמן. ואם כן אז דלא היה ראה ונאמן במיגו גם לאביי היה מהני בתורת גבוי ולא עבר כלל רק אחר כך שראו בידו ואבד המיגו לא מהני בתורת גבוי רק תפיסה למשכון עד שילך לב"ד שיברר בעדים או יודה כמו שכתב רש"י ועובר עכשיו בלאו. אך עכשיו שכבר בידו לא עובר כלל דניתוח אינו אסור

מן התורה רק דרבנן וכיון שנעשה משכון בידו ממילא לא עובר ולא היה צריך להחזירו רק משום לאו דלא יחבול דגם ניתוח מן התורה אם כן מה שיתפוס אחר שנעשה ראה בתורת משכון עובר בלא יחבול כנ"ל. ושפיר אמר ליה אביי אהדריה משום אוכל נפש דכיון שראו וליכא מיגו אין רשאי לתופסו בתורת משכון אף דאי עביד מהני א"ל שלא יעבור מה שאין כן לאו דלא תבא לא עבר כלל כנ"ל. ורבא דסבירא ליה דנאמן מהני עדיין בתורת גובייגא ולא נעשה תפיסת משכון כלל כנ"ל: