תלמוד בבלי · אחרונים · חידושי רבי עקיבא איגר · סדר נזיקין

חידושי רבי עקיבא איגר על מסכת בבא מציעא

רבי עקיבא איגר

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

חידושי רבי עקיבא איגר על מסכת בבא מציעא

רבי עקיבא איגר

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-רבי-עקיבא-איגר-על-מסכת-בבא-מציעא/
הקובץ נוצר ב־21 בנובמבר 2026 מגרסה 39-202611200317v של הספרייה.

תוכן העניינים

דף ב. 5
דף ב: 6
דף ג. 7
דף ג: 8
דף ד. 9
דף ד: 10
דף ה. 11
דף ז. 12
דף ח. 13
דף ח: 13
דף ט: 14
דף י. 15
דף י: 16
דף יא. 17
דף יג. 17
דף יד. 18
דף יח. 18
דף יח: 21
דף יט. 24
דף יט: 25
דף כ. 25
דף כא. 31
דף כא: 32
דף כב. 39
דף כב: 41
דף כד. 46
דף כד: 52
דף כה. 55
דף כו. 56
דף כז. 64
דף כז: 65
דף כח. 68
דף כח: 70
דף ל. 72
דף ל: 74
דף לא: 75
דף לב: 76
דף לג: 76
דף לד. 85
דף לד: 88
דף לה. 94
דף לה: 97
דף לו. 100
דף לו: 100
דף מד. 119
דף מד: 119
דף מה: 121
דף מו. 123
דף מו: 126
דף מז. 128
דף מז: 128
דף מח. 129
דף מט. 134
דף מט: 136
דף נ: 137
דף נא: 137
דף נג. 139
דף נד. 140
דף נז. 140
דף נז: 142
דף נח. 144
דף סא. 145

דף סא: 150
דף סב: 152
דף סב: 155
דף סד: 157
דף סה: 159
דף עב: 159
דף עב: 160
דף עה: 164
דף עו: 165
דף עט: 168
דף פ: 172
דף צו: 173

דף ב.

תד"ה ויחלוקו וכו', ע' בתוס' בכורות (דף יח ע"ב) ד"ה שמניח וכו' שנראה ששקלי וטריא וכמסתפק אם הפשט יחלוקו או כל דאלי' גבר ע"ש.

נ"ל דאופן זה יהיה תלוי בפלוגתא דהר"ת והריב"א ב"ב (דף לד ע"ב) דדעת הר"ת דלרבנן דר"י לא תלוי כלל ברמאי ואף דליכא רמאי כד"ג, רק באוחזין והחלוקה יכולה להיות אמת, ודעת ריב"א דהיכא דליכא רמאי לא בעי אוחזין ע"ש, וזה תלוי בפלוגתא ג"כ ברועה דמיירי בשמא וליכא רמאי ולא מקרי אוחזין כיון שהפקידו לו שלא מדעתו, ומש"ה לשיטת ר"ת כד"ג, ולריב"א יחלוקו, וע' ברמב"ם (פ"ד מהל' גזילה) שכ' בטענת שמא יחלוקו, וע' בטור (סי' ש') כ' במנה ומאתים וטענ' שמא יניח, ואמרתי דזה תלוי בב' שיטות הנ"ל והרמב"ם סובר בשיטת הריב"א שזכרנו ובשמא דליכא רמאי יחלוקו, והטור אזיל בשיטת הר"ת דבעי דוקא אוחזין וא"ל דתרווייהו הוא, אבל במנה ג' דידוע לנפקד שהיא של א', וכמ"ש הרא"ש, ולא תלי כלל ברמאי, ובאמת גם הגזילה יניח, ומ"ש הרמב"ם (פ"ט מהל' טוען) או שיהי' א' יושב בצד ערמת חטים וכו' וכתב הטור שם (סי' קלט) לפרש דבעי יושבים בצדו דלהוי שניהם מוחזקים, י"ל דסתם תחלה זה אומר כולה שלי ומיירי אף באני ארגתי דאיכא בודאי רמאי בעי אוחזין, כך היה נראה לכאורה, אח"ז ראיתי בש"כ (סי' שסה סק"ג) משוה דעת הטור להרמב"ם וכ' דבנידון הטור איכא רמאות, וסיים וע' ברא"ש פ"ק דמציעא ע"ש, ולכאורה הוא תימה כנ"ל.

ונראה דכוונת הש"כ שמ"ש הרא"ש דסברת כד"ג משום דכל א' ימסור נפשו יותר, וממילא משמע בשמא ל"ש זה, וכן דקדק הש"כ (ססי' קלט) וא"כ ע"כ דכאן באין אוחזין בד"ג אף דליכא ודאי רמאי וכל א' סובר שהוא הגבי' תחלה, מ"מ מי שמחזיק בלבוש הוא הגביה תחלה ימסור נפשו יותר. ולזה דומה הש"כ ג"כ בשמא ושמא היכא דליכא רמאות כמו גזילה הדין דיחלוקו דבשמא ל"ש כל דאלים גבר, אבל במנה ומאתים היכא דאיכא רמאות שייך כד"ג שהרמאי ירפה ידו ולא יחזיק, ודברי הרמב"ם והטור עולים בקנה א', ובזה מבואר בכוונת הש"כ (ססי' קלט) בשמא ל"ש כד"ג, וקשה מדברי תוס' בכורות שכ' לפרש כד"ג אף בשמא, ולפי הנ"ל ניתא דהתם איכא רמאות דמסתמא כל א' מכיר בשלו ושייך אפי' בשמא כד"ג, אולם במה שדעת הש"כ שם באומר א' מכם הפקיד אצלי מנה כיון דאין תובעי' במקצת לא הוי רמאות ויחלוקו, אינו מובן לחלק, גם לא ידעתי מאין יצא חלוק זה, ואימא בכה"ג יניח, ועיין:

דף ב:

גמרא ל"צ דנקט זוזי מתרווייהו ע' בהרי"ף, תוכן דבריו מבואר דס"ל כרש"י דנקט זוזי מחד נאמן אף באין מקחו בידו והא דמשני ולא ידע אף דבנקט זוזי מתרווייהו א"נ, מ"מ רוצה הש"ס לאסוקי דאוחזין ל"ד, ומתני' מיירי אף במקחו בידו ונאמן אף בנקט זוזי מתרווייהו, מש"ה קאמר ולא ידע ע"ש [והא דלא משני בקיצור ולא ידע ומיירי אף בנקט זוזי מחד, משום דאורחא דמלתא דבנקט זוזי מתרווייהו רגיל לשכוח וכצ"ל בתוס'], ונ"ל להמתיק דברי הרי"ף למה שהתרצן רוצה לאסוקי דאוחזין ל"ד לבתר דמוקי לה בנקט זוזי מתרווייהו, ובס"ד דש"ס משמע דבאמת ס"ל דאוחזי' דוקא, ופריך רק מטעם דנאמן בנקט זוזי מחד, עפ"י מה שהקשה באו"ת (סי' קלח) למ"ש הרא"ש לחלק בין ב' אדוקי' בשטר למנה ג' כיון דקודם שנודע מחלוקתן ידוע לנפקד שהוא של א' לבד, משא"כ בב' אדוקי' בשטר דאפשר קודם מחלוקתן שהוא של שניהם למ"ש הטור (סי' רכב) במקח ביד המוכר ונקט זוזי מתרווייהו וא"י למי נתרצה דיחלוקו, וה"ז דומה ממש למנה ג' דידוע להמוכר קודם מחלוקתן שהוא רק של א' מהם והניח בצ"ע, ולענ"ד לק"מ והיינו די"ל דע"כ לא פסקינן מונח רק במנה ג' דלפי דברי כל א' מהם אין מגיע הפסד להשני בזה דיהא מונח משא"כ בנקט זוזי מתרווייהו אם נפסוק דהטלית והמעות יהא מונח בזה ודאי חשוב הפסד שלא כדין דהא מודה לחבירו שעכ"פ המעות שלו, וכן אם נפסוק דהמעות יחלוקו והטלית יהא מונח ג"כ ההפסד בודאי שלא כדין דהא זה מודה לחבירו שאם אין הטלית שלו עכ"פ המעות שלו, מש"ה א"א לומר יהא מונח והוא פשוט לענ"ד.
ובאמת בנקט זוזי מחד וכ"א טוען שהוא נתן והמוכר א"י דיהא מונח, וא"כ י"ל דגם דעת הרי"ף כרא"ש, ולפ"ז בס"ד דמתני' בנקט זוזי מחד א"א לומר כלל דאוחזין ל"ד, דמלבד דנאמנות המוכר תקשי דיהא עכ"פ מונח כמו במנה ג' רק לבתר דמוקי מתני' בנקט זוזי מתרווייהו ל"ק דיהא מונח וכנ"ל שפיר רוצה לאסוקי דמקח ביד המוכר, וק"ל.
ובל"ז נ"ל דקושי' האו"ת לק"מ דע"כ לא מפליג בחלוקא הנ"ל רק בודאי רמאי כההיא דב' אדוקיס בשטר, אבל במו"מ דליכא רמאי דכ"א סובר דלו נתרצה דלכ"ע יחלוקו כמו דמחלק הש"ס וק"ל:
תד"ה ונחזי זוזי, היינו דפירכת הש"ס דיהא עד המסייע וליפטר זה משבוע', ע' בהרא"ש שהוכיח דעד המסייע פוטר מדאמרי' לקמן אלא יליף מפיו וע"א, ואמאי לא פריך מה לפיו וע"א שכן אינו בהכחשה בכיוצא בזה שאין הוא יכול להכחישו, אע"כ דעד המסייע פוטר וע"א יכול להכחישו ע"ש, ביאור דברי הרא"ש דאם נימא דאין עד המסייע פוטר, א"כ לא היה יכול ע"א להכחישו אע"ג דחברו הוי עד המחייב וע"א בהכחשה אינו כלום,

מ"מ משכחת לה אם כבר פסקו הב"ד שבועה דאין דבריו של א' במקום שנים ולא מהני כמו בהתירוה להינשא (יבמות דף קיז ע"ב), אע"כ דעד המסייע פוטר והוי ג"כ כשנים ויכול להכחיש דלענין שבועה הוי ג"כ כשנים, וע' בנ"י דחולק ע"ז.

וק"ל לשיטת הרא"ש דליפרך מה לפיו וע"א שכן אינו בהזמה בכיוצא בזה, דהא אם בא ע"א להזים ואמר עמי היית דא"נ להזימו, דמדין עד המסייע א"נ דהא לא מסייע לזה לפטרו, דהא מ"מ אפשר דהמעשה אמת, ומדין ע"א בהכחשה אין דבריו של א' במקום ב', וע'.

בא"ד דהו"מ לאוקמי דליתי קמן דנשיילי', למ"ש תוס' לקמן (דף ח') במה דקאמר הש"ס סד"א האי דקאמר חצי' שלי להוי כמ"א, היינו כיון דמסייע ליה המוכר שאמר שמכר לו כולה ע"ש, א"כ המוכר בפנינו:

תד"ה ומה התם דאיכא דררא דממונא כו' אבל לענין שבועה כו'.

לפ"ז צ"ל בהא דמשני כדר"י שלא יהא כו' והא דל"א גם בדסומכוס יחלוקו בשבועה מה"ט היינו דוקא באוחזי' תקנו שלא יהא זה תוקף ויהיו שניהם אוחזים, אבל בלא אוחזי' א"צ שבועה, אך בתוס' ב"ב בסוגי' דההיא ארבא מבואר דאף באין אוחזי' יחלוקו בשבועה, ולזה נראה דלבתר דמשני דהשבועה כדר"י שפיר מהני סברא דדררא דממונא לפטרו משבועה, דדוקא כשהספק רק מטענתם שייך לחוש שילך כל א' ויתקוף בטלית של חבירו ויהי' ספק, ואיש את רעהו חיים בלעו, אבל כשהספק בעצמותו והספק לב"ד בלא טענתם ל"ש הך גזירה וא"צ לישבע:

דף ג.

גמרא ותנא תונא ב' אוחזי'. ק"ל לפ"מ דקיימי השתא דהוי הודאה מקצת גמורה, וכן לפי המסקנא דקאי על אידך דר"ח דהילך חייב, וע' בתוס' לקמן דהוי כהודאה ממש, א"כ משמע דבהודאה ממש ודאי חייב שבועה דאורייתא, וא"כ יקשה בסיפא בזה אומר כולה שלי וז"א חצי' שלי נשבע זה שאין לו בה פחות מרביע, הא כיון דמודה לו החצי ממילא הוי מוד' במקצת וצריך לישבע על כל כפירתו, והיינו דהחצי השני אינו שלו וכל כמה דלא נשבע מגיע להתובע כדין כל מודה במקצת דאמרי' או השבע או שלם, וא"כ כיון דנשבע רק דרביע שלו ממילא על אידך רביע לא נשבע ומגיע רביע לאידך מדין מודה במקצת שלא נשבע, ושוב יהיה הדין דעל רביע שנשבע עליו יהיה הדין דיחלוקו, דהא השאר מגיע כולו לאידך מדינא בלא ספק, והיה מהראוי שישבע על החצי שלו ויחלוקו זה החצי, ולשיטת הרמב"ם והיא בש"ע (סי' רסז ס"י) דבסימן וסימן וע"א כו'

יניח, וא"צ לישבע כיון דלא יתנו לו על מה שישבע לא חלה עליו שבועה, ה"נ ניחא, אבל לפמ"ש הרא"ש דצריך לישבע א"כ יקשה כנ"ל, וצע"ג:

דף ג:

תד"ה ובכולי בעי דלודי לי' וכו', וכן בנסכ' דר' אבא.

לכאורה דלמא הך דינא דנסכא הוא לפי ההלכ' דקיי"ל כאביי מלוה ישינה, מש"ה גם מדאורייתא צריך לישבע דלא חטפתי, אבל רבה י"ל דס"ל דלא כאביי אלא דכל הנוטל הוא משום דחשוד אממונא לא חשיד אשבועה, וזה רק מדרבנן, ובאמת לדידי' ליתי' לדינא דנסכא, ונראה דתוס' ס"ל דאין הלכה כאביי, דלכאורה קשה לטעמא דאביי א"כ בב' אוחזי' בכלי שעושים בו אוכל נפש בזה שפיר נימא מגו דחשוד, דאם אתה חושדו שתקף בשל חבירו על מלוה עבר על לאו דלא יחבול רחיים, דאף אם חבלו בשוק עובר, לאידך תירוצא דהתוס' לקמן (דף קטו ע"א) ד"ה אלמנה כו', א"ו דאביי אומר כן לשיטתי' דס"ל דע"א מהני, ולדידי' בחבל כלי אוכל נפש אף שעבר על לאו מ"מ מה דעביד עביד, ומה שמחזיק ועתה בידו אינו עובר בלא כלום, ואף דבשעה שחבל עבר, מ"מ י"ל דעיקר מגו דחשיד היינו על שעת כפירה גופ' דאם אתה חושדו ע"י כפירה זו לגזלן מה הרווחנו בשבועה, אבל מה שאנו חושדי' אותו על העבר ל"ש מגו דחשיד דשמא אז הי' רשע ועכשיו חזר למוטב, וא"כ אביי לשיטתי', אבל לדידן דקיי"ל דא"ע לא מהני, ולדידן בחבל כלי א"נ לא מקני וצריך להחזירו כמ"ש המהרש"א לקמן (דף קיג ע"א) בתוס' ד"ה ואת המחרישה, א"כ בכל רגע שמחזיקו בידו עובר על הלאו, ושפיר שייך מגו דחשיד, אע"כ דלא קיי"ל כאביי, והראשונים שפסקו כאביי. י"ל לשיטתייהו דס"ל דגם לרבא בחבל כלי א"נ א"ע מהני דכמו דעבר על לא תבוא אל ביתו א"ע מהני הקרא דהשב תשיבם הנ"ל בחבל, א"כ דהשב תשיבם קאי על לאו דמשכון וא"כ גם לדידן ניחא.

אולם באמת במה שכתבנו דלתוס' צ"ל דאביי לשיטתי' וע"פ היסוד דל"א מגו דחשיד אלא על החשד דשעת כפירה, זה היסוד אינו מספיק רק לשיטת רש"י (בדף ו') דפירכת הש"ס גבי ג' שבועות היינו על שבועה דאינו ברשותו, אבל מה שכ' תוס' בדיבור זה דהא לקמן מייתי מדר"נ כו' וא' מהם שלא שלחתי בו יד כו' הרי דס"ל דפירכת הש"ס על שבועה שלא שלחתי בו יד, הרי אף די"ל דשמא אז שלח ידו ועתה חוזר למוטב, אעפ"כ אמרי' מגו דחשיד, א"כ גם לאביי יקשה בב' אוחזי' בכלי שעושין בו א"נ נימא מגו דחשיד, ובהכרח לומר דלא מקרי חבלה אלא בתפסי לגמרי. אבל באוחזי' במקצתו וגם הבעלי' אוחזי' בו לא מקרי חבלה וא"כ אין ראי' לפסוק דלא כאביי, גם י"ל להפוסקים

דבערב וכדומה כי היכי דלית בהו לאו דלא תבוא ה"נ לית בהו לאו דלא יחבול רחיים ורכב, א"כ י"ל דשמא תפסו בספק מלוה ישינה מצד ערבות.

בא"ד וכן בנסכא דר"א משמע כו'.

לכאורה נראה דאין זה ראי' כ"כ די"ל כיון דבאמת במלוה וכדומה לא שייך שבועה וא"כ גלי התורה לנו דהיכא דאיכא עד צריך זה לשלם או לישבע שיהא לפנינו חזקה דלא ישבע לשקר ובנסכא וכדומה איכא ג"כ חיוב שבוע' לשווי' להעד כמאן דלית', רק כיון דחשיד אממונא כו' וחמיר' ממון כמו שבועה, א"כ בכפירה לחוד איכא ג"כ חזקה שלא יגזול זה ונאמן בזה נגד העד, עכ"פ בעי' שיהי' נגד העד לשווי' כמאן דלית' חזקה טובה שלא ישבע לשקר, או שלא יגזול דהוא כמו שבועה, וכאן שהוא מודה להעד בחוטף ולא הכחישו וליכא כלום נגד העד, נעשה העד כשנים, ושפיר שייך מחו"ש ואי"ל משלם, גם לפמ"ש הרא"ש פ' הכותב בסוגי' דאי פיקח (סי' כה) בשם תשו' הרי"ף דשבועת המשנה הוי כמו דאורייתא ולא הוי תקנת', ואמרי' בי' משואי"ל משלם ע"ש, א"כ ליתא לראיית תוס' דהא ע"א מחייב שבועה דאורייתא ופטור רק בנסכא מטעם חשוד אממונא וכנ"ל, וכיון דבזמן המשנה ראו חכמים דחשוד אממונא ל"ח אשבועה דהא מה"ט תקנו כל הנשבעי' ונוטלי' ממילא הוי שבועת המשנה להכחיש העד ובשבועת המשנה אמרינן משואי"ל משלם, וק"ל.

תד"ה מה לפיו כו' וזאת הסוגיא סוברת כו'.

וטעמא דמלת' דהסוגי' דחק עצמו בל"ק ומוקי לה כר"מ ולא מוקי לה ברווחא כרבנן, ובאמת טעמייהו דרבנן מטעם אדם מתרץ דיבורו, היינו דא"כ הי' קשה מה לפיו שכן מחייב אשם ולא היה אפשר לומר דגם באשם אמרינן דעדי' מחייבי' אותו דהי' קשה ממתני' דשבועות כמו שהקשה תוס' ד"ה אשם היינו קרבן כו' והיה מתני' דלא כמאן דהא עכשיו קיימי' דגם לרבנן עדי' מחייבי' קרבן היכא דל"ש מתרץ דיבורו, אע"כ דאשם לא מחייבי' מקרא דהתודה כמ"ש תוס', וא"כ נשאר הפירכא מה לפיו שכן מחייב אשם, לזה מוקי לדר"ח דסבר כר"מ, ורבנן פליגי וסוברי' דאדם נאמן על עצמו, ושפיר י"ל דאשם וקרבן כהדדי נינהו, ומתני' דשבועות כרבנן דר"מ:

דף ד.

תד"ה ותנא תונא אאידך דר"ח, וקשה וכו'. ולענ"ד יש ליישב קושיי' תוס', והיינו למה דאמרי' לקמן (דף ז') דזה נוטל עד שידו מגעת כו' מתני' דקתני דפליגי כו' דתפסו בכרכשת' ע"ש, והנה זה מובן בפשיטות דהש"ס רוצה למצוא לומר דפליגי ממש כהדדי

והיינו דתפסי בכרכשת', אבל פשיטא דאינו מוכרח לומר במתני' דמיירי בכה"ג דאפשר דבאמת הא דקתני יחלוקו היינו אשאר', ובפרט למ"ש הרמב"ם דתפיסי בכרכשת' היינו דבידם פחות מג' אצבעות ע"ג אצבעות, וכן הוא בש"ע (סי' קלח) וע' בש"כ שם דכיון דאינו דבר חשוב אין ראוי לומר זה נוטל וקתני סתם יחלוקו, אבל באמת אף בכה"ג יחלוקו, וכיון שכן י"ל דמתני' מיירי בכה"ג דתפיסי בפחות מג"א על ג"א, וא"כ קשה מה פריך הש"ס כי היכי דאנן סהדי להאי כו' דלמא ר"ח דסבר דמתני' שבוע' דאורייתא קתני מוקי לה בטלית דתפיסי בקצת טלית ומה דתפיס האי דידי' היינו בדקדוק מדתפיס ממש, וזה משוי ליה להעדאת עדי' דהוי מודה במקצת, ומ"מ צריך לישבע על מה שאינו תפוס בידו דליכא אנן סהדי, וצ"ל כמו שהשיב אחי הב' המופלג השנון כ"ה בונם שיחי' דפשט לי' להש"ס דבמה דתפיס עדיף מאנן סהדי והוי כמו הודאה ממש כמ"ש תוס', וע"כ הוכחת ר"ח דמתני' מיירי אף בשלא אוחזי' בשפת הבגד והוי אנן סהדי אף שאינו תפוס בידו ושפיר פריך כי היכי דאנן סהדי וכנ"ל.

ומעתה י"ל דשפיר קאמר ותנא תונא אאידך דר"ח והיינו די"ל דס"ל דמתני' איכא שבועה דאורייתא או כעין דאורייתא ומיירי בתפיסי בקצת הבגד והוי מודה במקצת דהוי הודאה ממש במה דתפיס באמת בידו, וממילא ל"ש לומר כי היכי דזה מודה לזה כו' דהא צריך לישבע אשאר דאינו תפוס, משא"כ בדר"ח קמיית' א"א לומר כן דא"כ לא מנכר העדאת עדי' וכנ"ל, וק"ל:

דף ד:

גמרא הא שתים פטור וכו', וש"מ הילך פטור, ע' בנ"י שהקשה להרמב"ם דאם מודה בדבר שא"י לכפור דלא הוי הודאה, ולפי דבריו כו', וק"ל למ"ש תוס' לעיל ד"ה ובכלי בעי דלודי כו' דבלאו אשתמוטי הי' נאמן מטעם מגו דכ"ה כיון דעדיין מעיז הוא, וע' במהרש"א שם דבלא מגו אין לפטור מחמת החזקה דא"א מעיז, דלשיטת התוס' דכ"ה פטור אף במקום שיכול להעיז ומגזה"כ ולא מצינו דפטור מ' החזקה, אבל ז"א מוחלט דמלשון תוס' בגיטין (נ"א ד"ה ובכולי) משמע דמפרשי' באמת בלא אשתמוטי היה מודה במקצת פטור מחזקה דא"א מעיז, וביותר מבואר כן בנ"י והמפרשי' בהא דאמרי' לעיל אבל העדאת עדי' דל"ל הכי, היינו דסד"א לפטרו משום חזקה דא"א מעיז, בזה קמ"ל דבחזקת מעיז היה ע"ש, מבואר דאם לא היה בחזקת מעיז הי' פטור מטעם חזקה דאא"מ אף שחולקים על רש"י וס"ל דכ"ה פטור מגזה"כ, מ"מ ס"ל דמודה במקצת פטור היכא דשייך אא"מ, וע' בתוס' (ב"ק ד' ק"ז) שהקשו לרש"י דכ"ה פטור מ' אא"מ מסוגיא דהכא

דאמרי' הא שתים פטור משום הילך, וע' במהרש"א שם שכ' לא ידענו מה קושי' דהא סוגי' במלוה ושייך ג"כ אא"מ, ע"ש.

ונוראות נפלאתי על מאור עינינו מהרש"א ז"ל הלא קושית תוספות מבואר היטב בגיטין (שם ד"ה מפני) דלר' יעקב נאמן בג' במגו דאמר שתים ולא הוי מגו דהעזה כמו בכל מודה במקצת, וע"כ משום דמסייע לי' שטרא יכול להעיז, וא"כ שפיר קשה לרש"י כיון דיכול להעיז, גם בב' לחייב אף דהוי הילך והוי כ"ה, הא יכול להעיז, ומעתה נ"ל דבודאי גם הרמב"ם מודה אף היכא דא"י לכפור הוי הודאה במקצת, רק דפטור מ' אא"מ דהוי העזה כמו בכ"ה כיון שלא הודה לו רק מה שצריך להודות וכשיטת רש"י, וא"כ שפיר קאמר הש"ס דמוכח דהילך פטור דל"ל הטעם מטעם דא"י לכפור דהא מודה במקצת הוי הודאה וחזקה דאא"מ ג"כ ל"ש הכא דהא מסייע לי' שטרא וכקושי' תוס' על רש"י, אע"כ דמטעם הילך הוא והוי כ"ה ופטור הוא מגזה"כ, וק"ל.

גמרא וש"מ הילך פטור, ע' בשיטה מקובצת הא פשיטא דידע גם המקשן די"ל דא"נ על כפירת ש"ק, רק דקשה ליה לרע"ק דדריש ריבוי ומיעוט ולא נתמעט קרקעות משבועה וכקושי' תוס', ולזה משני דמסייע ליה שטרא, ושנוי' בתרא מטעם א"נ על כש"ק הוא לרשב"א ולא לרע"ק, ועדיין צריך ביאור כיון דלרע"ק צריך לשינוי' קמא דמסייע ליה שטרא והוא מספיק גם לרשב"א, מה בעי הש"ס באידך טעמא דאינו מספיק רק לרשב"א, וזה נרא' דשינויא קמא ל"ש רק לרע"ק אבל לרשב"א ל"ש, רק דהוי קשה קושי' תוס' דא"כ לפטורי בג' במגו דאמר שתים, ומה שמתרצים דיהי' נראה בעיני העולם שאינו מודה רק מה שצריך להודות, עדיין קשה הא בידו לומר מה שאתה תובע סלעי' היינו חמשה שהי' כן ליתא רק דסלעי' הוי ב' ודינר א' לויתי ממך בע"פ והי' מודה מה שא"צ להודות ואעפ"כ הי' פטור דהא זה אינו תובעו רק מ' השטר ובזה מסייע לי' השטר דהוא רק ב', אע"כ דרשב"א לא ס"ל מסייע לי' שטרא והוצרך הש"ס לומר טעם אחר מטעם כש"ק, ובזה שפיר שייך תירוץ תוס' דאף אם היה טוען שמגיע לו דינר בע"פ הי' חייב שבועה דהא באותו דינר ליכא ש"ק והוצרך הש"ס לב' טעמים, וק"ל:

דף ה.

תד"ה למ"ד הילך פטור, תימ' גם למ"ד הילך חייב כו', וע' בשיטה מקובצת שהקשה דלמא אצטריך קרא להודאת קרקע וכפירת ממון, ותי' דא"כ גם למ"ד הילך פטור ל"ק דהא אצטריך לכפירת קרקע, א"כ עדיין קשה דלמא זהו גופא פירכת הש"ס דלכ"ק לא אצטריך דשייך מגו דכ"ה ולהודאת קרקע הוי הילך, ואי דא"כ היאך משני שטענו כלים

וקרקעות והודה בכלים וכפר בקרקעות, דא"כ בקיצור הו"ל לתוס' להקשות אשינוי' דש"ס.

ונ"ל דס"ל לתוס' דלמ"ד הילך פטור אצטריך שפיר קרא לכ"ק, דאך מטעם מגו י"ל אא"מ והיינו דאשתמוטי קמשתמיט דזה רוצה להודות במקצת ולכפור במקצת באופן דלא יהי' העזה, אם יודה הקרקע ויכפור הכלים הוי הילך והוי העזה, ולהודות הכל אין בידו לשלם כ"כ, מש"ה הודה הממון דלא הוי הילך וכופר הקרקע וישלם הממון בקרקע, ולכי הוי ליה זוזי ישלם ג"כ הקרקע, אבל למ"ד הילך חייב שפיר הקשו, ובזה ניחא ג"כ דברי תוס' בב"ק (דף ק"ז) במה שכתבו בההיא דכפירה קמן, ולכאורה תימה דהא ל"ש אשתמוטי והוי העזה ולפטור במגו, אע"כ כנ"ל.

ובאמת רחוק בעיני הדבר לומר כן ותמי' גדולה בעיני על דברי תוס' בב"ק, זולת שנאמר דתוס' קאי לאביי דסבר מלוה ישינה, והא דלא ניחא להתוס' דהכא ג"כ בזה, דלמ"ד הילך חייב אמרי' מלוה ישינה, משום דמשמע דעדיין לא ס"ד דהש"ס מאביי ודוחק, אח"כ ראיתי באו"ת (סי' צה) שהקשה אקושי' תוס' בשמעתין דלמא מלוה ישינה יש לו, ונדחק בזה ע"ש, וצ"ע רב:

דף ז:

גמרא א"ה קשי' דרבנן אדרבנן, ע' במהרש"א שהקשה דדלמ' מיירי בלא כתב בו הנפק ומטעם כתב ללות ולא לוה, ולכאורה קשה אמאי לא העמיד קושיתו מקודם על תמי' הש"ס דר"י אדר"י, דדלמא טעם דר"י מטעם לא לוה. ואי דבעינן חשש זה ל"ש לחלק בין ת"ב לנתגרשה, ע"כ עדיין לא הקשה מידי דאיך אפשר דמיירי בלא הנפק, א"כ תקשי אמאי סבר ר"י תחת בעלה יחזיר ניחוש דלמא לא לוה, וע"כ כוונת מהרש"א דאין הבעל מודה לא דטוען לא לויתי, אלא דטוען פרעתי, ולת"ק נאמן מטעם מגו, ור"י ס"ל דעודה ת"ב הוי מגו במקום חזקה טובה דלא נתנה לגבות מחיים, א"כ עדיין הו"ל למנקט קושייתו מיד על ר"י, ונראה ליישב דהנה נחלקו הש"כ והתומים (בסי' נו) גבי סרסור, דבדברים העשויים להשאיל ולהשכיר וליכ' עדי ראיה והסרסור מודה דהיה של ראובן, דעת הש"כ כיון דהסרסור נאמן שלי במגו דהחזרתי א"נ לחוב בהודאתו ללוה, ודעת התומים כיון דבעצמותו א"י לטעון לקוח רק מכח מגו נאמן בהודאתו, ונלענ"ד ראיה להתומים מסוגי' דשטרי הקנאה דפרכינן לשמואל אי סבר כאביי מתני' במה מוקים לה, ומה פריך הגמרא דלמא שמואל ג"כ ס"ל דחוששי' לקנוניא אלא דס"ל דל"ח לפרעון דאם איתא דפרעה מקרע קרע לה, והכא בשט"ח זה אילו טען הלוה פרעתי הי' נאמן במגו

דלא לויתי, א"כ אף דעתה מודה וליכא חשש שלא לוה, כיון דעכשיו מודה והוי מטי לידי' ועבחז"ל משעת כתיבה, מ"מ טענינן עבורו פרוע במגו דלא לויתי וא"נ בהודאתו לחוב ללקוחות, אע"כ כיון דלפרוע בעצמותו ליכ' חשש ונאמן רק מטעם מגו לכך נאמן בהודאתו.

ולפ"ז מתיישב דברי מהרש"א דהיינו לפמ"ש תוס' דת"ק ס"ל דל"ח לקנוניא, בהכרח הא דמבואר בכולה סוגי' דהקנאה דחיישינן לקנוניא, היינו משום דקיי"ל כר"י, ודר"י פליג בתרתי וקאמר דאינו תולה כלל בהודאתו, אלא דבעודה ת"ב אף באינו מודה יחזיר, ובנתגרשה ג"כ במודה לא יחזיר דחיישי' לקנוניא, וא"כ פריך הש"ס ר"י אדר"י דכיון דס"ל דבעצמותו ל"ח לפרעון ממילא אמאי בנתגרשה במודה לה ל"י, דאף דנאמן פרוע במגו דלא לויתי כיון דא"נ רק מכח מגו נאמן בהודאתו אבל בפירכת הש"ס דרבנן אדרבנן כיון דאינהו ס"ל באמת דרק באין הבעל מודה לה, א"כ קשה דלמא הטעם במגו דלא לויתי:

דף ח.

גמרא, אלא מסיפא בזמן שהן מודי' כו' אלא לאו במציאה, ק"ל דלמא קאי על א' רוכב וא' מנהיג (לא מהני, ע' לעיל) דמודים דעשו כן בב"א זה רכוב וזה מנהיג קנה, משום דמנהיג קנה במקום רכוב. וע' תוס' לקמן ד"ה א"ד מנהיג עדיף, כתבו דליכא למיפשט מזה דמנהיג במקום רכוב קנה די"ל דאין שניהם מודי' כו' אלא שניהם בהנהגה או בקנין אחר, ולדבריהם הא דפשטה דמגבי' מציאה לחבירו קנה, ול"א דמודי' דעשו קנין אחר, היינו מכח יתורא דא"כ מה למימרא.

ולפ"ז עדיין קשה מנ"ל דהיתורא בא לומר דמגבי' מציאה לחבירו, דלמא היתורא בא ללמוד דמודו שקנו יחד זה ברכוב וזה בהנהגה, ומוכח באמת דמנהיג במקום רכוב קנה, ומגביה מציאה לחבירו י"ל דלא קנה, וצ"ע:

דף ח:

בסוגי' דרכוב ומנהיג, הרי"ף לא הביא כל הסוגי' רק המתני' כהווייתה, וכתב הה"מ והנ"י די"ל דרכוב קני ודלא כשמואל, וכן דעת הרמב"ם שפסק כחכמי' דכלאי', גם לא הביא סוגי' דחמור במשיכה וגמל בהנהגה והוא תרתי דסתרי אהדדי כיון דפסק דרכוב קני א"כ בהכרח צריכים לשנוי' דהש"ס דאיכא חד צד דלא קני, והרמ"ה שהביא הטור סימן (קצ"ז) שכ' ג"כ דבין בחמור ובין בגמל בין משיכה והנהגה קונה, היינו דפסק דרכוב

לא קני וא"צ לשנוי' דהש"ס כלל, אבל על הרי"ף קשה, וכן הקשה בב"י בסי' הנ"ל.
ולענ"ד נראה דכל עיקר כוונת הש"ס להוכיח מתחלתו דאין חילוק בין יושב לרוכב וכדעת ר"י, הוכיח כן מדאמר במדה זאת קנה למעוטי מאי לאו למעוטי רוכב, ולר"מ דרוכב קני בודאי לא אתי', אע"כ דאתי כרבנן וס"ל דגם רוכב לא קני, וע"ז משני הש"ס דלא מוכח מידי די"ל דרכוב קני לכ"ע אף למאן דפוטר ביושב ואיכ' חד צד דלא קני, ועל דרך זה סובב ג"כ הקושי' ראשונה דהש"ס ממתני' דהיו שנים רוכבי', היינו להוכיח לחלק בין יושב ובין רוכב לרבנן, והת"ש הוא לסיוע דאין לחלק בין רוכב ליושב, וכיון שכן לק"מ דגם הרי"ף סובר דאין לחלק בין רוכב ליושב רק שפסק דרכוב קני ודלא כשמואל דמפיך וס"ל דגם בכלאים חייב כמ"ש הרמב"ם פ"ט מכלאים, וע' בטוי"ד (סי' קצז) אבל לר"מ דפוטר ביושב באמת ברוכב לא קני, וא"כ י"ל דהברייתא אתיא כר"מ וכוונת הש"ס לא היה להוכיח כשמואל להפך דחכמי' פוטרי' רק להוכיח דמאן דסבר דיושב ל"ק גם רוכב ל"ק, כנלענ"ד נכון בעזה"י.
בש"ע (סי' קצז ס"ג) כיצד קונין את הבהמה במשיכה וכו' או שרכב עליה והלכה בו וכו' מבואר דדין רכיבה מדין משיכה הוא דאזלי מחמתי', וכן משמע בש"ס דמדמי לכלאים, כן משמע לשיטת הרא"ש דרכוב לא קני רק במנהיג ברגליו ומשמע דרק מטעם משיכה אתינן עלה, וכן משמע להדיא בש"ס, א"כ ממילא בר"ה לא קנה, וכן משמע בש"ע דמתחלה כתב דמשיכה אינה קונה בסמטא, ואח"כ כ' כיצד קונין במשיכה וכו' או שרכב עליה משמע דלא מהני רכיבה בסמטא, ותמהני מדברי הש"ע שם סעי' ה' המוכר בהמה לחבירו וכו' אי בעיר בר"ה וכו' והוא מדברי הש"ס ואי בר"ה קנה וכו' משמע דרכיבה קנה בסמטא, ולהרא"ש כל הסוגיא במנהיג ברגליו ואמאי קנה הא מטעם משיכה אתינן עלה, וצ"ע, וחידוש שלא התעורר אחד מזה:

דף ט:

גמרא בעי ר' אליעזר משוך בהמה לקנות כלי שעלי'. הנ"י כבת דזכה הלוקח דהוי תפיסה ברשות ומדמי לכור בשלשי'.
לכאורה לא דמי דהתם הוי מוחזק ממש אבל הכא כיון דלא הקנה לו הבהמה א"כ הכלי' הם בחצר המוכר ולא מקרי מוחזק.
וצ"ל דהנ"י מיירי בנטל הלוקח בעצמו הכלים מהבהמ' כיון דנעשה ע"י קניתו מהמוכר אליו מקרי תפוס ברשות, וצ"ע.
ומ"מ אם חזר המוכר מהקנין, קודם שלוקחם הלוקח מהבהמה מודה הנ"י כיון דחזר

מקודם בשעה שהיו הכלים מונחים ברשות המוכר, א"כ מה שינטלם אח"כ הוי תפיס שלא ברשות, וע' בהרא"ש מבואר דבמכר אף בקנין בהמה וכלי באין כפות מחזיקי' למוכר דהוי מרא קמא, ובזה ודאי יש לע' מה שהביא מכור, וע' בהרא"ש שכתב ג"כ כתוס' דאיבעי' כגון דאין המשיכות שוות, וכתב דאף דהמסקנא מיירי בכפות, מ"מ אינם קנויות בהמה ע"י הילוך.

וקשה מנ"ל לומר במסקנא דקני בהמה וקני כלים באין כפות הוי ספק דלמא באמת זהו סברא מוחלטת, כיון דאין המשיכות שוות לא קני, אלא דבכפות דוקא מיבעיא אם קנה כיון דעתה המשיכות שוות אז אזלינן בתר סתם קניית הבהמה, ואדרבא מרווח יותר דבפשוטו קשה דאיך משנינן והלכתא בכפות דהי' גופא תקשי דמאי מיבעיא בגוונא דחיקא במשוך לקנות תיבעי' בפשוטו בקני ובאינו כפות והי' מסתבר יותר מהאיבעי' רק בכפות. וע':

דף י.

תד"ה איתבי' רבא, אע"ג דלעיל דחי וכו'. לענ"ד נראה עפ"י מה שכתב הרא"ש עיי"ש, די"ל דרבא דדחי לעיל הראיה. וס"ל דמגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו, היינו בלא עשאו שליח דוקא, אבל בעשאו שליח מהני וקשה מפועל, ולזה פריך רק לר"נ מדקאמר הא מציאה דהכל עניים אצלה, ומביא ראיה ממתני' דמיירי באומר תנה לי מכח דס"ל דאף בעשאו שליח לא מהני וק"ל.

תד"ה יכול לחזור בו, וא"ת ומאי קמ"ל וכו'.

קשה לי טובא לפי קושייתם האיך מצאו ידיהם ורגליהם באותו סוגיא גופא דהאומני' דפרכי' ומי אמר רב הכי, והאמר רב פועל יכול לחזור, ומאי פריך אדרבא הא רבי דוסא סבר דיכול לחזור רק דידו על התחתונה.

ובעיקר קושית תוס' נלענ"ד דרב קמ"ל דאפי' בקנין יכול לחזור, וכמו שמסיק הש"כ לדינא (בסי' שלג ס"ק יד) דלא כהריטב"א עיי"ש, ומש"ה בלא רב לא הוי קשה אברייתא דמציאת פועל, די"ל דמיירי בקנין, ובסוגיא דפ' האומני' מקשה הש"ס כיון דאפי' קנין לא מהני, והתורה הקפידה שא"י לשעבד עצמו ממילא אם חוזר אין ראוי לקונסו לומר דידו על התחתונה, וק"ל:

גמרא כיון דנפל עלי' גלי דעתי' וכו'. לכאורה יש להקשות אמאי קתני במתני' בא אחר והחזיק ואמאי לא קתני ובא אחר לתוך ד"א, וכיון דראשון לא ניחא ליה דלקני ליה ד"א ואין לו זכות בהם ממילא הם קנויים לשני שבא לשם.

ולפמ"ש תוס' בקידושין לחד שינוי' דהוה מהפך בחררה והוי רשע אלא דבדיעבד זכה, י"ל דכיון דעביד איסורא לא תקינו רבנן ומ"מ עביד איסור, ע' בש"ע חו"מ (סי' רלה) בהגה, אבל לפמ"ש תוס' כאן דבמצא ליכא דין מהפך בחררה קשה, ואולי אף דגלי דעתי' דלא ניחא ליה בקנין ד"א, מ"מ דלענין זה ניחא ליה דלא למקני אחר:

דף י:

גמרא אמר רבינא היכא אמרי' אשלד"ע היכא דהוי בר חיובא וכו' דאמרי' דדברי הרב וכו'. לכאורה נראה דהך סברא היינו שהיה לו לשמוע לדברי הרב והוי שליחות באיסור ואין שליח בזה כדאמרי' בקידושי' רפ"ב דאשלד"ע היינו דא"י להעשות שליח לזה, דיותר צריך לשמוע לדברי הרב. ומזה נראה בישראל מומר להכעיס, מ"מ אע"פ שחטא ישראל הוא ושייך בו דברי הרב וכו'.

אח"כ ראיתי להסמ"ע (סי' קפ"ב) להסברא דאשלד"ע שיאמר שסובר דלא ישמע לי ע"ש. **ולפ"ז** בישראל מומר לכה"ת כולה לא שייך זה, אבל לא ידעתי, מנ"ל להסמ"ע זה ואדרבא היה נראה לי להוכיח דלא כדבריו מדאמרי' לעיל (דף ח' ע"א) תדע דאלו אמר לשלוחו צא וגנוב וכו' ואלו שותפים שגנבו וכו' וע' בתוס' שם דבשותפי' שגנבו נימא נמי אשלד"ע ויהי' זה כמו שמונח עג"ק וכו'.

ולכאורה מה קושי' כיון דביחד גנבו והי' רואה שעושי' הגניבה לעצמו מה"ת לא ישמע לו להיות שלוחו להגבות בשבילו ול"ש בזה כלל אשלד"ע, אע"כ דכל עיקר הסברא דאשלד"ע כיון שלא הי' לו לשמוע, דדברי הרב, ממילא השליחות בטל, ומש"ה פריך דגבי שותפי' שגנבו נמי נימא הכי, זולת שנאמר דרבא כר' סמא דאי בעי עביד וזהו שייך גם בשותפי' שגנבו, ונוכיח מזה דהלכה כר' סמא, ואמאי פסק הג"ה כרבינא, אע"כ דלא כהסמ"ע.

ובאמת לא הבנתי אמאי השותפי' שגנבו חייב מטעם מגו דזכי לנפשיה וכו' הלא זכיי' מטעם שליחות הוא ואשלד"ע כדאמרי' פ' א"נ דאין זכיי' לקטן מה"ט כיון דאין שליחות לקטן, וכי נימא היכא דזכי לנפשיה מצי לזכהו לקטן ולהיות שלוחו, אם לא מפני דרכי שלום לבד דיש להם זכיי', וצ"ע:

גמרא אלא מעתה האומר לאשה ועבד צאו וגנבו. לא זכיתי להבין כראוי דמה בכך דלא הוי בני חיובא לשלם, הא מ"מ הוי בני חיובא דעוברים על לאו דגזילה ומצד זה מקרי בני חיובא כמו עבירה דעלמא.

לכאורה להפוסקים וזה דעת הנ"י בגיטין דבצרור וזרקו ודעת אחרת מקנה הוי קנין

דאורייתא, מוכח כהפוסקי' דבמתנה לא תקנו ד"א, מדמוקי לעיל (דף יא) פלוגתא במציאה, אי ילפי' מציאה מגט, ומוכח לדחוק דהאי ילפי' הוא מדרבנן. ואמאי לא מוקי הש"ס פלוגתא במתנה והוי לימוד גמור, אע"כ דבמתנה ליכא קנין ד"א:

תד"ה ר"י אומר יש לה, תימה דלקמן מסיק ילפינן מציאה מגט וכו', ותימה על קושייתם הא אנן ילפינן רק מציאה מגט לפי היסוד דחצר הוי מטעם יד, וממילא כיון דתקנו רבנן במציאה לגדול דהוי חצירו גם לקטן קונה, משא"כ ק' אמה דגם בגדול לא הוי חצירו, ובגט הוא דתיקון דאפילו ק' אמה הוי חצירו ובזה ל"ש למילף מציאה מגט כיון דגם בגדול חולק. וצ"ע:

תד"ה דאמר לישראל וכו' דאי מקדשה לעצמו לא מחייב ל"מ בר חיובא.

בפשטא דמלתא נראה דכוונתם דכללא הוא דכל היכא דבהך שליחות אילו נעשית לעצמו לא היה כלל עבירה לא מקרי בר חיובא, וכ"כ להדיא בשטה מקובצת בשם הגליון:

ותימה הוא מאד דאמאי הוצרכו התוס' לדחוק דה"ה דהו"מ לומר דאקפי לי גדול, הא י"ל בפשוטו דבאקפי לי גדול אלו היא עשתה כן בלא שליחות הבעל עוברת ג"כ אלפני עור דמכשלת להניקף, א"כ במה שאמר להאשה אקפי לי גדול הוי בשליחות ב' עבירות, היינו לאו דלא תקיפו, ולאו דלפ"ע להכשיל הניקף, ולגבי לפ"ע מקרי בר חיובא כיון דבלא שליחות עברה ג"כ ע"ז. וצ"ע:

דף יא.

דאמר ריב"ח חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו. במ"ש הנ"י דבנמצא בחצר המשתמר קונה מטעם יד, וכן למ"ש הרא"ש דבאינו משתמר ועומד בצד שדהו דמהני מטעם יד.

תמהני דהא מסקי' לעיל דלא ילפי' קטן מקטנה. או דלא ילפי' ממונא מאיסורא, וא"כ בגברא דלא איתרבי חצר משום יד הוי רק מטעם שליחות, וצ"ע:

דף יג.

גמרא משום דקשיא ליה. ע' במהרש"א, היינו דקשיא ליה מתני' דנמלך הא אין כותבים ולא קרי וכ' ל"ח.

ולענ"ד אינו דהא בגט ושחרור בלא"ה ניחא דהא באמת כותבים ולאקרי וכתב ל"ח מטעם דמסתמא ימסור בפני עדי מסירה ונפקא לקלא, ובדייתקי כותבים, דאם יתן בנתיים לאחר ממילא בתרא זכה, ומתנה הא לפמ"ש תוס' דלקמן מהיום ולאחר מיתה היינו

מהיום אם לא אחזור, ג"כ הדיו דכותבים, דהא בתרא זכה, והרי ממנ"פ אם נימא דאביי דחיקא ליה לפרש באם לא אחזור ומה דקאמר אביי בעצמו לקמן איזה מתנת בריא וכו' היינו במהיום ולאחר מיתה ממש, א"כ מה צריכים לומר דקשיא ליה לאביי משום דלא ס"ל דאקרי וכ' ולא כפשטא דהיה קשה ליה לאביי אמאי אמר תנו נותנים. אע"כ דעב"ח זכין לו, וע"כ משום דהיה אפשר לפרש במהיום אם לא אחזור, א"כ ממילא הדין דכותבים, והשוברים גם כן ליכא ראיה דהא באמת איתא לדשמואל דחזר ומחלו מחול, א"כ יכולים ג"כ לכתוב, ואביי דאמר לקמן אפילו תימא ליתא לדשמואל, היינו דליכא ראיה לשמואל, אבל מ"מ משמע דלא פליג, ונדחו דברי המהרש"א בזה, וע' לקמן בסוגיא דשובר (דף כ) מה שכתבתי שם על המהרש"א:

דף יד.

תד"ה דינא הוא, א"נ כגון דבע"ח חייב שבועה דאורייי', תמהני אמאי לא נקטו בפשיטות דנ"מ דראובן רוצה לגלגל שבועה על טענה אחרת:

דף יח.

גמרא אמר רבה לא קשיא כאן במקום שהשיירות מצויות. ואפי' במקום וכו' והוא שהוחזקו. יש לע' היאך מתוקמא מתני' דמצא גיטי נשים אף בהוחזקו נותנים בתנו אפי' לזמן מרובה כיון שאין שיירות מצויות ואמאי ל"ח בשובר לקנוניא מלוה עם הלוה שמא הלוה חייב ליב"ש שהוחזק כאן. אבל באמת ליב"ש זה שמצוה לחזור השובר לא לוה מעולם. רק מטעם זה מצוה לחזור כדי שיהיה לו כשיבוא יב"ש זה שהלוה לו באמת לתבוע את חובו יוציא את שובר זה ויראה לו שכבר פרוע. ול"ל שראינו אצל לוה זה שובר. פשיטא דיחזיר ואמאי חיישי' לנמלך.

ואפשר לדחוק דבאמת כשב"ד רואין שהוחזק כאן עוד א' ישליש זה השובר ויכתבו עליו ששייך ליב"ש בן יעקב:

רש"י ד"ה מצאו לאלתר, התם מפרש כדי שתעבור שיירא. לכאורה קשה אמאי פירש"י שלא אליבא דהלכתא דהא שם בגיטין איפסקא הלכתא שלא שהה.

ונ"ל לתרץ עפ"י מהדאיתא ברשב"א בפרק כל הגט מה טעמא דמ"ד שלא עבר שם בודאי, לתלות באדם שעבר שממנו נפל, ז"א דהוי נפילה דיחידאי, ואי חיישינן לשיירות שכבר עברו, מה נ"מ באדם שעבר, אפילו בלא עבר ניחוש לנפילות הראשונות. גם על מ"ד כדי שתעבור. הקשה הרשב"א אמאי לא ניחוש לשיירות שכבר עברו דהא לכ"ע

איירי בשיירות מצויות, ותירץ הרשב"א דמ"ד שלא עבר סובר דודאי חיישי' לנפילות הראשונות אלא דבלא עבר אמרי' גיטה שלזה להיכן הלך. אבל בעבר אדם תלינן שזה שעבר מצאו או דרסו ברגלו. ומ"ד כדי שתעבור שיירא סובר דלעולם ל"ח לנפילות הראשונות דא"כ אמאי לא מצאו זה, אלא באם עברה שיירא חיישינן שמא משיירא נפל וגיטו של שליח נדרסה.

ולכאורה קשה למ"ד שלא עבר, בלא עבר נמי נימא שמהשיירות ראשונות נפל. וכ"ת גיטה של זה להיכן הלך דלמא הוא בעצמו דרס, וצריכים לדחוק דבשליח ל"ש דריסה כי הוא הולך תמיד לדרכו ולא דרסה, וא"כ במשנתנו דאמר תנו דאיירי שאדם אחר מצאה לא נ"מ מידי אי עבר אדם או לא. דגם בלא עבר אדם חיישי' שזה הגט משיירות שעברו נפלו וגט זה נדרס ברגלי המוצא, דא"כ מוכרחים אנו לפרש משנתינו אליבא דמ"ד כדי שתעבור דאליביה חיישי' לשיירות שעברו עתה, אבל אליבא דמ"ד שלא עבר קשה על ר"ז דאמר לקמן ממאי דלזמן מרובה דלמא לאלתר ולכן אמר תנו נותני'. ז"א דלהך מ"ד דחיישינן לשיירות שעברו כבר ועבר אדם בעינן כדי לתלות דדרסה, א"כ מה נ"מ בלאלתר אפי' בלא עבר ניחוש שהמוצאה דרסה, ע"כ פירש"י כדי שתעבור שיירות דאליביה ל"ח אלא לשיירות שעברו עתה. וק"ל:

תד"ה הא אמר תנו וכו'. הא לא נמלך מחזיר לה לראייה אע"פ שאינו שלה, ואין להקשות קושיית הגליון שמא זה הגט זמנה קודם וחיישי' לקנוני'. די"ל דגבי ממון ל"ח לשני יב"ש, אבל הגליון מקשה שפיר דדלמא חידוש זה שמעי' מברייתא דל"ח גבי ממון לשני יב"ש:

בא"ד וי"ל דמברייתא משמע וכו' דאי לאלתר פשיטא. אבל במתני' וכו'. יש לע' דלמא הוצרכו הש"ס רבא ל"א כר"ז מתניתין אלימא ליה לאקשי', הא שבפשוטו י"ל לרבה ס"ל כהלכתא עד שעת נתינה, וא"כ הברייתא י"ל לאלתר והחידוש לאפוקי דלא ניחוש דלמא כתב ליתן בניסן, אבל מתני' דס"ל דרבה נמלך הוי יתור לחידוש דתנא דמתני'. שפיר קשה דלאלתר דהא במתני' דאמר תנו ליכא חשש דכתב ליתן בניסן כמו כל גיטין הבאים ממדה"י, וכמ"ש תוס' בסוגיא לקמן (דף יט) ד"ה וליחוש:

בא"ד ועוד י"ל דר"ז וכו' א"כ צ"ל שראינו הגט בידה וכו' פשיטא דבבעל מודה דיחזיר. וגם באין הבעל מודה אמאי לא יחזיר. עיין מהרש"ל שהקשה על הגליון דדלמא באין הבעל מודה דחיישי' לאחר, וכוונתו דדלמא באמת מיירי לזמן מרובה דכיון דמיירי בראינו דנפל ממנה ממילא ניחא דהבעל מודה דיחזיר לראיי'. ומצינו לומר דמיירי לזמן מרובה היינו דהא באמת מסקי' דיאמרו אייתי ראייה.

ולכאורה קשה על תירוצו הא ממה דהוכיח ר"ז דהבעל מודה פשיטא. ויקשה דלמא

החידוש לאפוקי מפירכת הש"ס דניחוש דדלמא כתב ליתן בניסן וכו' וקמ"ל דאמרינן אייתי ראיה היינו אי דס"ל לר"ז כמ"ד משעה שנתן עיניו לגרשה. וכדכתבו בתירוצם קמא. ורוצים להרויח בתירוצם ב' רק דס"ל דלאלתר היה ג"כ חידוש וכאשר הוא באמת לאפוקי דניחוש שמא משיירא שעברה קודם נפילה, ע' מה שטורח רשב"א בגיטין ליישב זה. וא"כ עכ"פ חידוש הוא. או דצריך לומר כיון דממנה נפל תו ל"ח לשמא כתב. וצ"ל דריעותא דנפילה מורה כן ולא תתן לה לגמרי וכמ"ש תוס' לעיל בסוגיא דשטרי הקנאה. וא"כ עדיין י"ל דאין הבעל מודה דל"י כיון דחיישינן דגט אחר הוא. ואי דאמרי' אייתי ראיה, הא בממנ"פ אי דס"ל דנתן עיניו לגרשה ל"ש אומר אייתי ראיה אימת מטי גיטא לידה, ואי דס"ל עד שעת נתינה, ומוכח כסברא הנ"ל דכל שהיה בידה קודם נפילה ל"ח לכתב ליתן בניסן, וא"כ ממילא אף שיהא קול לנפילה ויאמרו הלקוחות אייתי ראיה, מ"מ מספיק ראיה שראו בידה קודם נפילה ואין עדים צריכים לידע מתי נמסר לידה דהא כל שידענו שהי' בידה מקודם ממילא אמרינן מסתמא ביום שנכתב נמסר כמו בגיטין דעלמא, (וכן כתב להדיא בש"ך סי' ס"ה בשט"ח) וא"כ עדיין החשש במקומו דדלמא הגט זה דאחר הוא וזמנו קודם לזמן הגט שלה, והיא תביא ראיה שראו בידה קודם נפילה ותגבה מזמן גט זה. וצ"ל דאנו דנין דמסתמא אותם עדים שיעידו שראו גט בידה ידעו ג"כ זמן הנכתב בגט. ועדיין צ"ע:

גם יש לע' כיון דבראינו שנפל מידה ליכא חשש שכתב ליתן, ממילא ליכא הוכחא לסברת דאייתי ראיה, ודלמא מהאי טעמא אין הבעל מודה ל"י דלא סמכי' לסברת אייתי ראיה, עכ"פ זה ברור בכוונת מהרש"ל דתוס' ס"ל דעד שעת נתינה, מש"ה יאמרו אייתי ראיה, ויש לע' דלמאי הוצרכו תוס' לזה הלא יספיק דבריהם הראשונים דהיה קשה לר"ז חייב מודה פשיטא דזה מספיק בין למ"ד כיון דנתן עינו, ובין למ"ד עד שעת נתינה ולמה הוצרכו לכנוס בפרצה דחוקה, דהיה קשה גם אין הבעל מודה אמאי ל"י, ונצטרך לומר דר"ז ס"ל דוקא עד שעת נתינה והנראה דלהך תירוצא בלא"ה צ"ל דר"ז ס"ל עד שעת נתינה.

דלכאורה קשה דלמאי דכתבו תוס' דהא דהוחזקו לחיד יחזיר משום כיון דידעו שממנו נפל ל"ח שנפל גם מיב"ש אחר, ולכאורה על ר"ז דמוקי להברייתא בהוחזקו ואין שיי"מ, בזה יקשה כיון דהבריי' ע"כ מיירי בלא ראינו שנפל א"כ דלמא לא נפל רק מיב"ש אחר, וצ"ל כיון דהבעל ל"ח לשקר דבידו לגרשה ומהמנינן ליה לענין לגרשה בגט זה, דזהו גט שלו, והיינו דנפל ממנו הגט, ותו ל"ח לאחר.

אולם עדיין יקשה דאינו דומה לאומר בעל פה גרשתי דראוי להאמינו במגו דבידה

לגרשה, משא"כ הכא י"ל דעושה כן בדרך קנוניא לטרוף הפירות, אמנם באמת לא דמי'. דהא הלקוחות יאמרו אייתי ראיה. וא"כ ממילא מוכח דר"ז ס"ל כמ"ד עד שעת נתינה. דאל"כ אלא כמ"ד כיון שנתן עינו ממילא לא יאמרו אייתי ראיה. וניחוש דלא נפל ממנו גט, ואומר להחזיר לה לעשות עמה קנוניא, [ואף דמדברי התוס' בגליון מבואר דל"ח לזה לקנוניא היינו אם ידעינן דממנו נפל, משא"כ הכא דניחוש שלא גרשה] והתוס' בתירוצם א' שכתבו דר"ז ס"ל כמ"ד כיון דנתן עינו, היינו דלהך תירוץ דגם הברייתא משכחת דראינו הנפילה דהאיש והאשה הלכו ביחד וראינו מבין שניהם נפל הגט והוא מודה דממנה נפל. וא"כ שפיר י"ל דר"ז ס"ל כיון שנתן עינו, אבל לתי' הב' דחדשו לומר דהברייתא ע"כ מיירי דלא ידעי' הנפילה. וא"כ דהא דיחזיר בהוחזקו. היינו משום דלא חשוד לשקר. ובזה ממילא מוכח דר"ז ס"ל עד שעת נתינה ובזה יש להשוות ב' הגירסות בדר"י מעולם לא חתמנו, אם בעי' שיאמרו לזה או לא, דלהגירסא מעולם לא חתמנו לזה, באמת סבר ר"י כיון שנחן וכו' וא"כ אם לא יאמרו לזה חיישי' שמא מהבעל הזה לא נפל גט זה מעולם ואומר להחזיר לה משום קנוניא לטרוף פירות. ולאידך גירסא ס"ל לר"י עד שעת נתינה וליכא חשש קנוניא דהא יאמרו אייתי ראיה, ומהמנינן ליה דממנו נפל הגט, ולא בעי שיאמר לזה. ויצא לנו דין חדש דאף להגירסא לזה מודים לדינא דלא בעי לזה לפי מה דקיי"ל עד שעת נתינה:

דף יח:

רש"י ד"ה חיישי' לשני שוירי, אע"פ שבא אחד לפנינו ואמר ממנו נפל ופלוני הי' משלחו לאשתו וכו' ואין להקשות מנא ידעי' שזה הוא שליח לבעל זה דהא אין הגט בידו דהא משמע מפי רש"י דלא איירי כאן שהשליח עצמו מצאו, דאפשר לאוקמי שיש לו כתב שליחות משולש והגט אינו משולש, אלא אי קשיא הא קשיא אמאי לא פשט הכא ממתני' דמצא גיטי נשים דזה עדיף טפי לפשוט מגט אגט דאיהו מתרץ ליה למתני' דמצא גיטי נשים באין שיירות מצויות אע"ג דהוחזקו וה"ה איפכא בשיירות מצויות אע"ג דלא הוחזקו דומי' דסיפא דכל מעב"ד.

ונראה לתרץ דהנה תוס' ד"ה נפק, מקשו על פירש"י דפירש נפל מן השליח ומקוים מה מעליותא דהנפק כיון שלא בא ליד האשה ע"ש, וי"ל דאי כתב הנפק מיירי שנפל מן האשה ושואלת אותו וכו' וקפשיט דיחזיר ולא חיישי' שמשקרת ואי איירי שהשליח שואלו איירי דלא כתב ביה הנפק כו' ומוכיח שפיר עיי"ש.

והנה לפי דרך א' של תוס' ודאי ל"ק קושיא זו דליכא למפשט ממצא גיטי נשים דשם

ליכא אלא חדא ספיקא דהא הבעל אומר תנו, וליכא לאספוקי אלא אם זהו גיטה. אבל בההיא גיטא דאשתכח איכא תרי ספיקי חדא אם אשה זו נתגרשה, ואף אם נתגרשה אכתי לא ידעינן אם זהו גיטה, ואין להקשות מה איכפת לן אם זהו גיטה בין כך ובין כך יתנו לה לראי' דהא נ"מ לענין ממון כקושי' הגליון. ע"כ מוכרח רבה לפשוט ממתני' דכל מעב"ד דגם שם איכא תרי ספיקי, אבל לפי דרך שני של תוס' שהשליח שואלו, וכבר הוכחנו לעיל דמיירי שיש לו כתב שליחות, ולפ"ז גם בההיא גיטא ליכא אלא חדא ספיקא אם זהו גיטה, קשה דיפשוט ממתני'. אולם גם לפי דרך זה יש לתרץ, דלקמן (דף כ ע"ב) ד"ה היכי פשיט מר איסורי, מקשים בתוס' וא"ת הא ממונא חמור, עיי"ש ב' תירוצים. ותי' ב' הוא דמדאורייתא ל"ח לשני יב"ש. אלא מדרבנן משום לעז ובממון ל"ח ללעז:

ולפ"ז אתי שפיר דממתני' היינו יכולים לומר, כיון דאומר תנו שוב לא יצא לעז עוד ומדאורייתא ל"ח לשני יב"ש, אבל בההיא גיטא דאשתכח חיישי' שפיר שמא יבא הבעל ויוציא לעז, לכך פשיט ממעב"ד דגם שם שייך לעז כשתקח בעל אחר ע"י חליצה, יבא היבם ויוציא לעז. אלא ודאי כיון דלא הוחזר ל"ח ופשיט שפיר, ואין להקשות מה מקשה הגמרא ממתני' דמצא, על מתני' דהמביא גט, הא כאן מיירי באמר תנו ל"ש לעז. אבל גבי המביא גט שייך לעז. דז"א דגם גבי גט ל"ש לעז דלא יוודע להבעל שנאבד דהשליח עצמו מצאו והוא לא אמר לבעל שנפל כיון שהוא יודע שהוא גיטה. ודוק:

תד"ה נפק דק ואשכח וכו'. וי"ל דמוקי לה דאשכח חוץ לב"ד.

ולא זכיתי להבין כל צרכו, דגם בשטרי חליצה יש להסתפק באחר כמו זה דהא ע"כ לא ראינו בידה שטר חליצה, ואין הפרש בין חליצה להיא דיצחק ר"ג.

ואולי גם להך תירוצם ס"ל בזה כעין מש"כ בתירוצם הב' כיון שזה האיש שואל וידעינן שאבד הגט, דקשה ג"כ תינח בגט דכיון דשואל הגט מוכח דאבד ממנו גט דאינו חשוד לשקר, אבל בחליצה דל"ש כן מנא ידעי' שאבד ממנה שטר חליצה, וצ"ל כיון שהאשה שואלת ואין אנו מכירים אחר, מחזיקים דכדין שואלה וממנה נפל, ממילא אף אם שטר זה דאחר הוא מחזירים לה לראי', ואף אם נדחוק דרבה לא ס"ל לסברא זו, ותוס' כתבו רק דאביי מצי סבר כרבה דאשתכח בב"ד, אלא דס"ל לאביי לחלק בכך, מ"מ תקשי דמנ"ל להש"ס דר"ז ס"ל דאשתכח לבראי, דלמא אף דר"ז פליג ארבה וס"ל דחיישי' בלא הוחזקו, מ"מ ס"ל באשתכח בב"ד ג"כ מחזירים כיון דשאלה ממילא מחזירים לה לראיה וצ"ל בכוונת תוס' דדוקא היכא דלפי דבריה באמת זהו שטר שנמצא היא שואלה, בזה נאמינו לה ע"י ששואלת בצירוף הרגלים לדבריה דהשטר בפנינו, אבל אלו היה הדין

דבעלמא חיישי' לב' יב"ש דנפל גם מאחר, א"כ אף לפי דבריה שנפל ממנה שטר חליצה, מ"מ אין ברור שהשטר זה שלה דשמא גם מאחר נפל, וא"כ ממילא א"א לדון מכח זה השטר, והוי כמו אמרה שנחלצה ואין השטר לפנינו דלא מהימנה, וכיון שכן י"ל דגם בתירוצם א' ס"ל הך סברא דכיון ששואלה מהמנינן לה שנחלצה וממילא שטר זה שלה כיון דאין שיירות מצויות ולא הוחזקו, ודוק:

תוד"ה ואפילו לזמן מרובה וכו', ע' מהרש"ל.

ולכאורה תמוה. דא"כ ממילא גם בקושייתם עכ"פ לדינא דקיי"ל דזיל חש לה הא דקתני בברייתא הכא דיחזיר היינו בתורת גירושין. א"כ מה זה שהוסיפו בתירוצם ויחזיר לאשה היינו בעדים, דנראה כאלו באו לחדש דלא נידוק מלשון יחזיר דמהמנינן ליה, אלא דיחזיר אפשר לפרש בתורת גירושין. והא זה צ"ל גם בקושייתם, גם יקשה בפשוטו על תוס' דאם הי' ס"ל בתחילה דיחזיר משמע חזרה בעלמא, א"כ ממילא מפורש הכא דמהמנינן ליה שכבר גירש, ולמאי הוצרכו להקשות מסוגי' דב"ב הא מיניה וביה קשה כיון דקתני יחזיר מוכח דמהמנינן ליה שגרשה, א"כ מה בכך דנפל מאחר נחזיר לה לראיה:

ונלענ"ד די"ל הא דקיי"ל זיל חש לה היינו כיון דאיכא קצת ריעותא דליכא קלא דגירשה חיישי' דחס הוא על פשיטא דספרא, אבל היכא דליכא חשש זה דחס אפשטא דספרא בודאי מהימן דהוי בידו לגמרי, וא"כ י"ל אף דיחזיר היינו לראיה מ"מ פריך שפיר הש"ס והיינו דהא דאמרי' דיחזיר לראיה ומהימן אף דקיי"ל זיל חש לה הכא עדיף כיון דבידו לומר תנו עתה לשם גירושין ויכול לגרשה בגט זה מבלי הוצאות פשיטא דספרא הוי בידו לגמרי. מש"ה מהימן דכבר גירשה ומחזירים לראיה בעלמא. והש"ס פריך דהיא גופה קשה דאם היה אומר תנו יהיה הדין דאין מחזירים מחשש דיב"ש אחר הוא וממילא אין בידו לגרשה בגט זה, ושוב לא נאמין ליה שכבר גירשה, ומש"ה הקשו רק מסוגיא דב"ב למ"ד דנאמן לומר גרשתי', אבל לפ"מ דתירצו דמכח דלא פלגי' א"א להאמין, הוצרכו לומר דיחזיר היינו לראי'.

ובכוונת תירוצם נלע"ד דאין כוונתם דאתי' כמ"ד בב"ב דלא פלגי' דיבור', דהו"ל לפרש כן בהדי', ומה גם לפמ"ש המהרש"ל בקושייתם רק למ"ד דגרשתי נאמן, [והיינו דבעי לאסוקי דר"ז ס"ל ככ"ע אי משום דהי' קשה דהו"ל להש"ס לומר דרבה לס"ל כמ"ד דגרשתי נאמן] א"כ סוף סוף עדיין לא הרויחו כ"כ בתירוצם כיון דעדיין ר"ז ליתי' לכ"ע, ולזה צ"ל דכוונתם דאף למ"ד פלגי' דיבורי' היינו באמר גרשתי, דאמרי' דמה שאומר זה שלו שקר, ומה שאומר גרשתי אמת שגירשה עתה, משא"כ הכא שהגט שנמצא נתעכב

ביד המוצאו הרבה, ואומר גרשתי בגט זה דידוע דלא גירשה עתה דהא הגט לא היה ביד הבעל משעת המציאה עד עתה, וכיון דאין מאמיני' אותו מזמן הכתוב בגט א"א לו להתיר מכאן ולהבא דא"א להיות ההיתר לחצאין, כיון דההיתר דלהבא אינו במציאות רק אם מגורשת גם למפרע. ובלשון תוס' בגיטין מפורש יותר כן:

דף יט.

גמרא ואזל עבדא וקנה נכסי'. בשיטה מקובצת כ' בשם הרשב"א דה"ה דה"מ להקשות דשמא מכר העבד לאחר ע"ש.

נ"ל ביאור דברי' הא דמספיק לזה שינוי' דהש"ס דיאמרו אייתי ראי'. אף שהעבד מוחזק בעצמו וכמ"ש תוס' בסוגיא דשמא יחפ' היינו דאף אם לא נחזיר השטר שחרור ויהי' מונח בב"ד מ"מ יהיה העבד מוחזק בעצמו ויהי' נאמן לגבי האדון הב' שהוא משוחרר, אלא דלס"ד הו"מ להקשות דכ"ז שלא נחזיר ויהיה הדבר בספק יטריחו לקוחות לחזור אחר ראיה, אבל אם נחזיר יחשבו הלקוחות דמטא לידה מזמן הכתוב כמו כל שחרור דעלמא ולא יחקרו למצוא ראי', וסברא זו מוכח בפירכת הש"ס גבי שובר אם לא נחזיר, ג"כ יחזיק הבעל בקרקע המשועבד לכתובה מספק, אע"כ ג"כ כנ"ל דעכ"פ יחקור הלוקח למצוא ראיה ועי"ז שנחזיר השובר לא יחפש אחר ראיה, אבל לפ"מ דמשנינן דלקוחות אסקי אדעת' לומר אייתי ראיה אין כאן חשש, דאין הפרש בין חזרה ובין יהא מונח:

ובעיקר קושי' הרשב"א לפמ"ש תוס' לקמן (דף כ') ד"ה ש"מ איתא לדשמואל בתירוצם הב' דלא חיישׁ לקנוניא כיון דצריכים לשלם ולא תרויח כלום, ולעיל במצא שט"ח חיישי' ללקוחות שלא באחריות, ביאור דבריהם הא דל"ח גם בשובר דמכרה כתובה שלא באחריות, היינו דאף דקיי"ל בנמצאת שאינה שלו אינו חוזר עליו, היינו דמ"מ שייך על השדה שם מכר, אלא דאינה שלו וטורפה ממנו, אבל שטר שמוכרים ונמצא פרוע דפקע שיעבודו והוי כחספא בעלמא, וא"כ הכא י"ל בעבד דאם מוכרי' אותו ונמצא בן חורי' הוי כמין אחר ואין שייכות בו ענין מכירה, ומכירה בעצמותו בטילה, דעבד מכר ולא ב"ח, וא"כ יצטרך הרב לשלם להלוקח דמיו וליכא חשש קנוניא.

תוס' ד"ה וליחוש כו' ולא יאמרו אייתי ראי'.

ולכאורה קשה מה פריך הש"ס אמתני' דמצא שט"ח דלמא דוקא גבי גט דכל גיטין יש להן קול כגיטין הבאים ממדה"י יאמרו אייתי ראי', אבל במצא שט"ח דלית להם קול במסירתן מכח ריעות' דנפילה לא יאמרו אייתי ראי'. היה נראה לכאורה ליישב דטעמא דבגט יש לה קול במסירה דעדי מסירה מפקי לקלא, אבל גבי שטר דלא בעי ע"מ ליכא

קלא, א"כ גבי מצא שט"ח דנמסר לו עפ"י ב"ד ודאי יש לו קול, מיהו לישנא דתוס' לקמן ד"ה אימת, לא משמע הכי, ונראה ליישב דודאי כל גיטין הבאי' ממד"ה יש להן קול, אבל הכא דע"מ רואין שנמסר לה עפ"י הודאת הבעל יסברו דאנן מאמינים לו דממנה נפל ולא יוציאו קול, כך היה ס"ד דגמרא דפריך וליחוש, ותי' הגמרא דיאמרו אייתי ראי', ע"כ מטעמא ריעותא דנפילה דהשתא ליכא טעמא מטעם קול, וק"ל:

דף יט:

גמרא בשכ"מ דבר מיהדר הוא. יש להקשות לפ"מ דנראה מדברי הסמ"ע (סי' ר"ן סק"ל) בשכ"מ שנתן שדה לראובן בדרך מצווה מ' מיתה, ואח"כ נתן כל הנכסים לשמעון בקנין ועמד, דלא קנה שמעון, דהוי לגבי שמעון מתנת שכ"מ בכולה דל"מ קנין, א"כ ניחוש דשמא כ' ליתן בניסן ואח"כ כ' בעודו שכ"מ כל הנשאר ללוי בקנין, ועכשיו שעמד רוצה לחזור מלוי, לזה אומר להחזיר שטר זה ונידון שנתן לו בניסן ויהיה לגבי לוי מתנת שכ"מ בכולה ויחזיר בו.

ואולי י"ל למאי דאמרי' ב"ב (דף קמח ע"ב) דחיישי' שיש לו נכסי' במדה"י ולא משכחת בכולה אלא באומר כל נכסיי או במוחזק לן דל"ל ש"נ, א"כ י"ל דמיירי דבעל השטר אינו מוחזק לו נכסי', או כמה וכמה יש לו, וא"כ בממנ"פ אם כשנתן אח"כ ללוי נתן בלשון כל נכסים באמת אף אם שטר זה כ' ליתן בניסן ולא נתן מ"מ יכול לחזור מלוי כיון דבכלל כל נכסים נתן לו גם קרקע זו, ואם לא נתן לו בלשון כל נכסיי ממילא לא יהי' בידו לחזור דניחוש שיש לו קרקע במדה"י, וא"כ לדינא בגברא דמוחזק לן גם בשכ"מ אם אמר תנו אין נותנים, וצ"ע:

דף כ.

תד"ה ש"מ איתא לדשמואל וכו'. הא דלא הקשו על שינוי' דאביי בשטר כתובה יוצא מת"י דמ"מ ניחוש דלמא מכרה במ"ש, י"ל דס"ל דאמרי' דמסתמא אילו מכרה היתה מוסר' ללוקח השט"ח כמ"ש הרא"ש לענין עג"ק.

גם י"ל דעל אביי ליכא לאקשוי', די"ל בהיפוך דאף אי לית' לדשמואל מ"מ במ"ג יוכל למחול, והיינו לפי הטעם דמוכר שט"ח יכול לחזור, וכיון דמכירת שטרות דרבנן י"ל דאביי אמר אפי' נימא ליתא לדשמואל, והיינו דדלמא מכירות שטרות באמת דאורייתא וא"י למחול, אבל מ"ג דהוי ודאי מדרבנן יכול למחול.

וביותר לאידך פוסקים דס"ל באמת מכירות שטרות דאורייתא וטעמא דשמואל משום

דמחל שיעבוד הגוף, וא"כ בודאי ניחא בפשוטו דאביי אמר אפ"ת ליתא לדשמואל ומשום מכירות שטרות דאורייתא, אבל במ"ג דהוי דרבנן יכול למחול, ובזה היה נראה דמיושב קושיית הרא"ש דניחוש דהקנה אג"ק, ולפמ"ש תוס' בב"ק (דף יב) דקנין אג"ק הוא דרבנן, א"כ י"ל בסוגי' הנ"ל, אבל באמת לא ניחא לי בזה דודאי קנין דרבנן הוא אלים כמו דאורייתא וזכה לגמרי בכל זכיות שבעולם, לקדש בו אשה לרוב פוסקי', ורק במכירת שטרות אי הוי דרבנן יכול למחול, היינו כיון דבחוב ל"ש בו משום התפסת קנין שבעולם מדאורייתא דאינו בעין, אלא מדרבנן תקנו דע"י קנין השטר זכה בחוב, ומש"ה זכות גרוע ואין לו קנין גמור בזה, וא"כ לפ"מ דסבר אביי דלית' לדשמואל אף אם הטעם די"ל באותו צד דמכירות שטרות דאורייתא מ"מ אף אם הקנה השטר באגב א"י למחול כיון דקיימי' השתא דנתפס קנין גמור, אלא דהוא עשה קנין אגב דהוא קנין דרבנן הוי כאלו הקנה לו חפץ דעלמא בקנין אגב דזכה בו לכל דבר.

ואולם לענין מ"ג שפיר יש לקיים דברינו דאף אי מכירות שטרות דאורייתא היינו דקנין נתפס על השטר, אבל מ"מ על החוב בע"פ ל"ש בו התפסת קנין משא"כ קנין דמ"ג דל"ש לדון על השטר דמשום השטר א"י להקנות במ"ג כמ"ש הר"ן בגיטין אלא דמקנה לי' חוב במ"ג זהו קנין גמור דהא בשני אנפי א"א להקנות חוב מדינא דלאו התפסת קנין הוא דיכול למחול, וק"ל:

בא"ד ואע"ג דגבי ערב וכו'. מבואר דפשוטו היה ס"ל דשייך קנוניא בכל ענין, אלא דבהך תירוצא מכח הקושיא דניחוש דמכר במ"ג הוכרח לחדש סברא זו.

לכאורה באמת קשה אמאי לא ניחא להו דמירי בעודה תחת בעלה, ובפשוטו דתחת בעלה א"א להקנות במ"ג, ואפשר דלישנא ומפיק ללקוחות משמע דמיד מפיק, וכמ"ש הרא"ש.

גם י"ל לפי הדרך הב' שכתבנו דתוס' לא הקשו על אביי, די"ל דאביי ס"ל דמ"ג קיל יותר ויכול למחול, י"ל דלהך תירוצא אף אם נפרש דעודה תחת בעלה דמ"מ ממילא מוכח הסברא דל"ח לקנוניא היכא דאינה מרווחת, והיינו מכח הדיוק בשוברים דאמר תנו נותני' דניחוש שמא מכר השטר בנתיים, וע"י דהשטר בידו, ז"א מספיק להך תירוצא דמ"מ ניחוש דהקנה החוב במע"ג, אע"כ מוכח דבשטר ל"ש טובת הנא' ומוכרי' ביותר ל"ח לקנוני' וכמ"ש המהרש"א.

במהרש"ל הקשה דניחוש שמא לותה מאחרי' ובדר"נ א"י למחול לחד תירוצא בתוס' בסוגי' דשטר אמנה, ובאמת הקושיא בלא"ה אף להסוברים דר"נ יכול למחול, מ"מ לשנוי' דאביי דלית' לדשמואל מה מהני שטר כתובה יוצא מת"י שמא לותה מאחרי',

ובש"כ כ' דלא שכיח להלות לאשה תחת בעלה, ולכאורה אינו מספיק עדיין ניחוש שמא לותה אחר גירושין, וראיתי שגם בפ"י הקשה כן, אבל העמיד דבריו על תי' ב' דתוס', ובאמת לאותו תי' ל"ק כלל מעיקר' קושי' מהרש"ל דהא אינה מרווחת דתצטרך לשלם ללוקח שלה, ועיקר קושי' מהרש"ל על תי' א' דתוס' ובזה לא מספיק תי' הש"כ הנ"ל, ובאמת לפי מאי דנקט מהרש"ל הקושי' מכח דא"י למחול י"ל בפשוטו דהתי' א' דתוס' דהכא אזלי באינך סברא דשיעבוד' דר"נ יכול למחול, ולאינך סברא דא"י למחול באמת אמרי' כסברתם בתי' ב' דהיכא דאינה מרווחת ל"ח לקנוני', א"כ לפמ"ש דהקושיא בלא"ה עכ"פ לאביי לפ"מ דקאמר אפ"ת לית' לדשמואל בזה שפיר הקושיא לתי' א' דתוספות דהכא יקשה על אביי מה מהני שט"כ יוצא מת"י מ"מ ניחוש שמא לותה מאחרים.

ונלענ"ד דאף דס"ל בתי' אחד דבכ"ע חיישינן לקנוניא, היינו היכא דמוציאים דבר מידו כמו בערב, ובמצא שט"ח דיגבה מלקוחות, והכא בשובר מוציאים ממנו שט"כ, אבל במה דהחשש רק שימנעו מלגבות לו דהיינו היכא דלותה מאחרי' דמפסידים רק דאינה גובה מבעל, וכיון דהיא עכ"פ תהי' בע"ח לא הוי פסידא גמור ול"ח, וסברא זו מוכרח לכאורה מהא דאמרי' לעיל במתנה אמר תנו נותני' עכ"פ במתנה דמהיום אם לא אחזיר ניחוש שמא לוה מאחר והמקבל מתנה לא יניחנו בטענה דזכה המקבל למפרע מיום הכתיבה, כיון דלא חזר בנתיים, אע"כ דבכה"ג דלא הוי רק מניעת פרעון והחוב נשאר על עיקר הבע"ד ל"ח, ודוקא בשובר דמוציאים ממנו הכתובה, וגם כיון דמכר הכתובה עיקר הבע"ד הוא הבעל לגבי לוקח ובמה דאינו גובה ממנו הוי פסידא דאף דהי' מתחייב לשלם הזיקו ע"י גרמי, מ"מ עכ"פ הפסידו לו עיקר חובו, משא"כ בבע"ח דעלמא דנשאר חיובו ל"ח, וכן מוכח עוד דלהפוסקי' דמע"פ מוקדם ומבש"ט מאוחר, מע"פ קודם יקשה לאוקימת' דרב אסי אם אין בו אחריות מחזיר בחייב מודה ניחוש שמח בנתיים לוה עוד מאחר וזה יטעון שהוא מלוה ע"פ מוקדם, ומכ"ש לשנויי' דאביי דחיישי' לפרעון ולקנוני' דגם באין בו אחריות נכסי' ניחוש לקנוני נגד הבע"ח לתי' א' דתוס' דהכא, אע"כ דבכה"ג גם בתירוצם א' ל"ח לקנוני':

תד"ה שובר בזמנו טורף, ונראה שתק"ח הוא. קשה לי דבשחרור ל"ש טעם זה דאף אם לא יהי' הדין דעבחז"ל מ"מ רשאין לכתוב לרב בלא עבד עמו דהרי אפי' לר"מ דחוב הוא לעבד ג"כ הדין דכותבים דאל"כ היכי קתני במתני' דבשחרור חיישינן לנמלך הא אביי ל"ח לאקרי וכתב, ונצטרך לומר דאתיא רק כרבנן דזכות הוא לו, א"כ היכי אמרינן לעיל גבי שחרור הניחא למ"ד כו' וכאביי, אלא לר"מ כו', הא לאביי ממילא בהכרח

רק כרבנן, אע"כ דגם לר"מ כותבים ומטעם דסתמא נמסר כדינו בפני עדי מסירה ויהי' קול דלא נמסר ביום שנכתב כמו בגט, ואף דתוס' בסוגיא דנכתב ביום, הקשו אחר כך דניחוש שמא תזנה וימסור לה בצנעה כדי לחפות, ותי' דלא מקדים פורעניות, ובעבד ל"ש לא מקדים פורעניות, מ"מ באמת קיים התי' הראשון דקלא איכא גבי עבד ולחיפוי ל"ש בעבד, א"כ עכ"פ יהי' מאיזה טעם שיהי' מדמוקי' הברייתא במצא שחרור גם לאביי אליבא דר"מ, ממילא מוכח דגם לר"מ כותבי', דהרי קתני אין הרב מודה ל"י, וא"כ בשחרור ל"ש התקנה, וי"ל דבאמת התקנה משום לא פלוג דשאר השטרות. ונסתפקו אח"כ אי אמרי' גם לענין איסור לא פלוג, ובמהר"ם שי"ף הקשה על תוס' דגם לענין איסור שייך התקנה שלא יהא רשאין לכתוב, דשמא בא העבד על בתו וחופה עלי' עיי"ש.

ולענ"ד בהיפוך דגם מש"ה ל"צ לתקנו בעבד מכח ראיה ברורה הנ"ל דעבד כותבי' אף לדר"מ, ובזה אפשר לקיים דברי המהרש"א בסוגיא דשטרי הקנאה ברש"י ד"ה אפילו בשטרי דלא הקנאה וכו' משום דקשיא ליה אמתני' דנמלך הא אין כותבי', ולאקרי וכתב ל"ח עיי"ש.

ולכאורה ז"א דהא דבגט ושחרור ממילא כותבי' מטעמא דמסתמא ימסור בפני ע"מ ויפקו קלא, ובדייתקי ג"כ כותבי' דאם יתן בנתיים לאחר ממילא בתרא זכי, ובמתנה הא לפמ"ש תוס' דמהיום ולא"מ, היינו מהיום אם לא אחזיר ג"כ הדין דכותבי' דהא בתרא זכי (וסברא זו מוכרח לכאורה מהא דאמרי' לעיל דבמתנה אמר תנו נותנים עכ"פ במתנה דמהיום אם לא אחזיר ניחוש שמא לוה מאחר והמקבל מתנה לא יניחנו בטענה דזכי המקבל למפרע מיום הכתיבה כיון דל"ח בנתיים, אע"כ דבכה"ג דלא הוי רק משום פרעון והחוב נשאר על עיקר הבע"ד ל"ח ודוקא בשובר מוציאי' ממנו) והרי ממנ"פ אם נימא דאביי דחיק' ליה לפרש באם לא אחזיר, ומה דקאמר איהו גופא איזה מתנת בריא היינו מהיום ולא"מ, מ"מ מה צריכים לומר דקשיא ליה לאביי משום דלא ס"ל אקרי וכתב, אמאי לא אמרי' בפשוטו דהיה קשה לו אמאי אמר תנו נותנים, אע"כ דעבחז"ל, אלא ודאי דהיה אפשר לפרש דמהיום אם לא אחזיר א"כ ממילא הדין דכותבים, ומשוברי' ג"כ ליכא ראי' דהא באמת איתא לדשמואל, דחזר ומחלו מחל, ואביי דאמר לקמן אפ"ת לית' לדשמואל, היינו דליכא ראיה לדשמואל, אבל מ"מ משמע דל"פ אדשמואל ובזה לכאורה נדחו דברי מהרש"א, ולפי הנ"ל אפשר לקיים דבריו להסוברי' דלר"מ דע"ח כרתי א"צ למסור בפני ע"מ, א"כ י"ל אף דבאמת אפילו דלרבנן בגט שחרור כותבי' ומטעם דל"ח שמא יתן דע"מ מפקי לקלא, י"ל דזה רק לרבנן דע"מ כרתי, אבל לר"מ דע"ח כרתי יש לחוש שיוציא' בלא ע"מ, היה מהראוי דלא לכתוב, ושאני בגט משום דלא מקדים אינש,

רק אי אמרי' עד בחז"ל כותבי' גט לר"מ לשיטה דזכות הוא לעבד, וא"כ י"ל דאביי סובר דמתני' דנמלך אתי' אפילו לר"מ, והוכיח שפיר דעבאז"ל.

ומיושב ג"כ הא דאמרי' הניחא לר"מ וכאביי היינו דלר"מ שפיר הוי התקנה כמו בכל השטרות דבלא"ה לא יהיו רשאין לכתוב דחשש שלא יתן עד תשרי ולא יתן בפני ע"מ, ודו"ק:

בא"ד וא"ת וניחוש שמא זבנה לכתובת' וכו'.

ולכאורה צריך להבין דמאי פריך הגמר' ניחוש שמא וכו' הא אף הדין דל"י מ"מ יהיה ביד הלוקח לגבות מהבעל מספק, וכבר כתבתי מזה.

ולזה נ"ל לשיטת הרי"ף במקום שכותבים נאמן לומר פרעתי, וא"כ י"ל דהכי פרכי' אם יהיה הדין דל"י ממילא ישאר השטר ביד הלוקח, ואפשר שבמשך הזמן ימצא ראיה להלוקח שהשובר הזה פסול וגובה בשטר שבידו, אבל אם נחזור השובר לבעל, ילד הבעל בשובר שבידו ויוציא השטר כתובה מיד הלוקח, דהלקוחות לא יאמרו אייתי ראיה דסברי קמו רבנן למלתא, ואם אח"כ ימצא ראיה שהשובר פסול במה יגבה כיון דאין שטר כתובה בידם, וזהו במקום שכותבי' דאין גובי' בלא כתובה, ומרווחנא טובא בזה, מה דמקשי' על שנוי' דאביי שט"כ יוצא מת"י דניחוש שהקנה בקנין אג"ק והיינו כיון דכתוב' בידה ויכול לחזור לו ממילא אין הפרש בין נחזיר לו השובר או יהיה מונח כיון דכתוב' אינו ביד הלוקח דעיקר החשש רק שיוציא הכתוב' מיד הלוקח, וא"כ ממילא מיושב קושי' תוס' דאם מכרה ביום שנכתב, ממילא אם יהיה השובר ביד הבעל לא יהיה בכחו להוציא הכתובה מיד הלוקח כיון דשניהם ביום א', ואפשר בלא שיטת הרי"ף י"ל לפירכת הש"ס דסתמא קתני אף לענין תוס' כתוב' דליכא תנאי ב"ד וכסוגי' הנ"ל.

גם בלא"ה אני מסופק די"ל דגם בעיקר כתובה אם מכרה, לגבי הלוקח לא הוי תנאי ב"ד והוי רק בע"ח דעלמא דא"י לגבות בלא שטר, ואף דבא מכחה ולדידה הוי תנב"ד, הרי חזינן דבדידי' גופא דעת המרדכי דאם נשאת לאחר אינה גובה בלא כתובה כמו שכתב בהגהת ש"ע אה"ע (סי' ק') ולגבי הלוקח ל"ש לחלק, דעד שתנשא יהי' לו דין תנב"ד, ואח"כ לא מסתבר יותר דפקע כח מעב"ד ממנו מיד, ועדיין בזה צריך חיפוש ובדיקה בתלמוד, עכ"פ לשיטת הרי"ף מרווח היטב בעזה"י.

הנ"י הקשה בשם הר"ן בסוגיין, דאמאי במתנת בריא אמר תנו אין נותנין הא הדין דאין כותבי' ולאקרי וכתב ל"ח, ביאור הדברים תמצא בשטה מקובצת דס"ל להר"ן כיון דנקט בכל הסוגיא דהקנאה בטעם דחיישי' לקנוניא, נשמע דס"ל דלא כרב אסי, ול"ח לאקרי וכ', והמציא הר"ן בזה חידוש דין דמתנה כותבים דלא שכיח שיחזור ויתן לאחר:

ולענ"ד יש לדון בזה טובא דהא בברייתא קתני איזה מתנת בריא כו' שנכתב מהיום ולא"מ והיינו אם לא אחזור, וא"כ מנ"ל דהפירוש דבמתנה דעלמא אפי' אומר תנו א"נ אימא בהיפוך דבעלמא גם בלא אמר נותנים דל"ח לנמלך כיון דא"כ, ורק במהיום אם לא אחזור דהדין דכותבי' בזה חיישי' לנמלך:

מתני' תכריך של שטרות. הפ"י וקצות החושן כוונו לדבר א', דהא דמהני סי' דהוי ריעותא דנפילה דסמך על הסי' וא"ח לשמרו ולא הוי נפילה ריעותא כלל, ובקצות החושן הוסיף לבאר דבזה ניחא הא דבעי כרוכים דוקא ולא מהני סי', דמנין בלא כרוכים לשיטת החכ"צ דלא מהני יאוש בחוב, והיינו דבליכא כרוכי' לא הי' אפשר לו לסמוך אסי' וקיימא ריעותא דנפילה עיי"ש, ועדיין צריך לבאר לשמואל דל"ח לפרעון, א"כ ע"י הסי' דמנין ידעי' דמן המלוה נפל וכבר הלוה לו, וממילא ליכא חשש, דלשמא לא לוה עד תשרי ל"ח, כמ"ש תוס' ובפרט לאביי.

וצ"ל דמיירי ג"כ באין חייב מודה דטוען מזוייף כמו מתני' דמצא שט"ח, ולז"א מספיק בירור הסי' דגם אי זייף יודע הסי', ורק בכרוכי' כיון דיכול לסמוך על כרוכי' וא"ח לשמרו ליכא ריעותא דנפילה ל"ח לדומ' וזייף ומהני קיום כמו בשטרא דעלמא, אבל בלא כרוכי' ל"מ סימן דמנין, דמדלא חשש לשמרו דשמא לא ימציאם ביחד, ויהי' החשש דלא לוה כלל, ולגמרי חיישי' לזיוף.

ובזה מיושב היטב קושי' תוס' בסוגיא דשטרא הקנא' דשמואל בא"ח מודה וטוען מזוייף, מוכח דל"מ קיום במקום ריעותא דנפילה, א"כ במצא שטר הקנאה ניחוש למזוף, והמציאו החילוק בין טוען מזוייף בין דלא טען ואינו בפנינו, ולפי הנ"ל ניחא דוקא בשטר דעלמא חיישי' לזיוף דהוי ריעותא דנפילה, דהא בלא חששא דזיוף היה צריך לשמרו דשמא יטעון הלוה לא לויתי לגמרי, משא"כ בשטרי הקנאה דכל מי שמוצא השטר יודע דהוא של המלוה, דהא ליכא חששא דלא לוה, ולפרעון ג"כ ל"ח, מש"ה לא נזהר ול"ח למזוייף, ודמי ממש ליש בו סי'.

ובעיקר קושי' תוס' הנ"ל הי' נ"ל לתרץ, דודאי חשש דזיוף הוא רחוק מאוד, ואי איכא לתלות ריעותא דנפילה בדבר אחר תלינן, וא"כ בשלמא בשטר דעלמא דהלוה טוען מזוייף מש"ה ל"י, דאם נידון דמדלא טען הלוה לא לויתי לגמרי אנן לא טענינן ליה, א"כ אנו דנין דלוה, וממילא אין לתלות טעמא דצפילה משום דבר אחר, מש"ה ל"א דטענתו אמת דמזוייף, ואם באת לומר דלא הוי מזוייף, ולתלות הנפילה דעדיין לא לוה, ממילא הדין דל"י, עכ"פ בין כך וב"כ ל"י, משא"כ בהקנאה דתליא ריעותא דנפילה דעדיין לא לוה, והלוה א"ח לשמרו ומה"ת להמציא חשש זיוף, דתליא יותר דלא לוה ומהדרינן

למלוה מחמת הקנאה.

ובאמת לפ"מ דנקטו לעיל הקושי' גם במעב"ד דיחזור ליתא לדברינו, דהא גם בהיפוך יש לתלות דלא לוה, אבל לפ"מ דתירצו בכתובות חד תי' דהנפק עדיף דמסתמא הב"ד דקדקו היטב, ולזה ל"ח דדמה וזייף גם חתימת ב"ד שפיר א"ל כדברי':

דף כא.

תד"ה אלו מציאות שלו, וא"ת כריכות אי דרך נפילה היא א"כ א"י היכן נפלו. לכאורה אמאי נקטו קושייתם בדרך סברא דעל הספק מתייאש, דבזה יש לפקפק דאימא מס' אינו מתייאש דסובר דלמא דרך רה"י נתלו ויהי' לו סימן (והא דסימן העשוי לדרוס אינו סימן ומתייאש מספק, דשמא נדרס הסי', י"ל דמצוי יותר שיהא נדרס, וגם אולי הכא בספק אם נפלו ברה"י י"ל כיון דהוי ב' ספיקות, דשמא נפלו ברה"י, ואף אם ברה"ר שמא לא יהא נדרס. אמנם בזה יש לפקפק דלא הוי ב' ספיקות כיון דהדין דהמוצא ברה"ר אף במוצא הסי' קיים בו מ"מ הוא שלו משום דהבעלים מייאשי' דחששו שמא יהא נדרס, א"כ ממילא הוי רק ס' א' דשמא נפלו ברה"ר ובזה אף אם לא נדרס הסי' מכל מקום יחזיק המוצא לעצמו) ועדיפא הוה ליה להקשות בדרך ממנ"פ אם אינו מתייאש מספק גם ברה"ר אמאי הוא שלו, הא הבעלים לא נתייאשו דחוששי' שמא נפל לרה"י, ואם מתייאשו מספק ברה"י אמאי חייב להכריז הא נתייאשו שמא נפלו ברה"ר.

ואפשר לומר משום די"ל דרבה ס"ל בהא כרבא דישל"מ הוי יאוש, מש"ה ברה"ר הוא שלו, דאף דהבעלים חוששים שמא ברה"י נפלו מ"מ כיון דבאמת נפל ברה"ר אמרי' אלו ידעו הבעלים דנפל ברה"ר הוי מייאשו ממילא הוי יאוש, מש"ה הוצרכו להקשות רק מסברא.

אולם י"ל לפ"ז עדיין אין מקום לקושייתם דהא י"ל דלרבא כל הנך דמתני' מחזקי' בכלל שלא מדעת, ולא מוכרחים לסברא דאיידי דחשיבי או יקירי מידע ידעי, וא"כ י"ל דמש"ה ברה"י חייב להכריז. דאף אם יודע דנפל ולא ידע להיכן נפל ומייאש דשמא נפלו לרה"ר, מ"מ אנן חיישי' דשמא לא ידע דנפל, (ובזה לא ידע) ואנו באים לדון היאוש מכח דאלו ידעו דנפל. ובזה כיון דבאמת דברה"י אלו הי' ידוע לו כל ענין הנפילה שנפל ברה"י לא היה מייאש מכח אלו ידע שנפל ולא ידע ברה"י נפל אז מייאשו, א"כ ס"ל דאין אנו דנין ידיעה לחצאין כיון דהשתא לא ידע כלל דנפל, וגם אלו ידע האמת שנפל וגם ידע שנפל ברה"י לא הוי מייאשו, בכה"ג לא הוי יאוש וע':

ובעיקר דבריהם שהניחו יסוד דלרבה מיירי כריכות אף בדרך נפילה, וע"ז הקשה דברה"י

הוי יאוש דא"י להיכן נפל. ותירצו מ"מ ידוע לו אם נפל ברה"ר כו'.
יש לע' דמנ"ל לעשות יסוד ולבנות עליו דייק, דדלמא באמת גם לרבה מיירי כריכות בדרך הנוח דוקא כמו לרבא, ודלמא באמת בדרך. נפילה גם ברה"י הוא שלו דמייאשו כיון דא"י להיכן נפל בודאי. אי היה הסברא נותנת דספק לא מייאשו, היה מקום להקשות דאמאי ברה"ר שלו הא לא מייאשו דחוששים שמא ברה"י נפל, ובזה לא היה אפשר לתרץ דבאמת דרך נפילה גם ברה"ר חייב להכריז, וכריכות ברה"ר מיירי רק בהניח, דא"כ מאי פריך מככרות של בעה"ב, הא ככרות דאיירי דרך נפילה גם ברה"ר חייב להכריז, והיינו מוכרחים לסברתם דמ"מ ידוע סתמא אם נפל ברה"ר או ברה"י. אבל לפ"מ דנקטו תוס' לסברא פשוטה דעל הספק מייאשו, לא ידעתי הכרח לתירוצם לדינא.
ואולי מכאן יש ראיה דלא כמהרש"א שהעלה דתוס' ס"ל דלא כהרא"ש, וס"ל דלתוס' דרה"י אינו משתמר כלל, אלא דתוס' ס"ל ג"כ כהרא"ש דרה"י משתמר קצת, ומה דכתבו בין בדרך הנוח, היינו בדין דברה"ר הוא שלו משכחת גם בהניח, וא"כ שפיר הוכיחו שיטתם ממה דאמרי' בסוגיא ככרות של בעה"ב חייב להכריז בין ברה"י ובין ברה"ר, דמשמע דעיקר הקושיא רק ברה"ר אבל ברה"י ניחא, ובזה יקשה דברה"ר דמיירי ע"כ בדרך נפילה, דאי בהנוח אמאי באין בו סי' הוא שלו, אלא ודאי מיירי בנפילה, ובנפילה מתייאשו גם ברה"י, דחוושש דנפלו ברה"ר ונדרס, וע"כ בזה ידוע לו דנפל ברה"י, משא"כ לשיטת המהרש"א אין זה ראיה די"ל דמרה"י ליכא קושיא דדלמא מיירי בהניח:

דף כא:

גמרא הא י"ל דנפל מיני' וכו'. במהרש"א הקשה דדלמא אביי מוקי מתני' בדרך הנחה כמ"ש תוס' במתני' דלרבה כולה מתני' מצי מיירי בין דרך נפילה ובין דרך הנחה, ותי' דהא קיי"ל כרבא בענין סי' העשוי לידרס, וע"כ מתני' בדרך נפילה וקיי"ל ג"כ כאביי דישל"מ לא הוי יאוש ושפיר פריך הש"ס ע"ש:
ודעתו הקדושה נעלם ממני מה שהחליט בפשיטות גמור בדרך הנוח הוי מדעת, הא כל עיקר התירא דהנוח מקרי אבידה, היינו דהניחו שם לפי שעה ואח"כ שכחם, וכמ"ש תוס' לקמן (דף כה) ד"ה ואם נטל, וכ"כ הרא"ש הא דהניח ברה"ר הדבר שאין בו סי' מותר דהוי אבידו' מדעת דהניח שם להקל ממשאו ואח"כ שכחן, וא"כ בזמן ששכח כל כמה דלא נזכר ששכחן הוי ישל"מ.
ומלבד שמסתבר כן תמוהים לי דברי המהרש"א דלפי תירוצו קשה מאי פריך הש"ס מברייתא דהמוצא מעות וכו' וכמ"ש תוס' דמיירי אפי' דבר שיש בו סי' כדלקמן מדקתני

שהרבים מצויים שם, ובזה קשה דלמא מיירי דרך הנוח ולא מבעי' למה שרוצה להגי' המהרש"ל בסוגיא דלקמן (דף כד) אלא לעולם בצבורים ע"ש, א"כ מיירי באמת הך ברייתא בהנוח, אלא אפילו לגירסתנו קשה דלמא מיירי בהנוח, ואם נימא דבתי כנסיות אף דיתבי עובדי כוכבים ומזלות מ"מ מה שבא דרך הנוח מקרי משתמר קצת דיראים ליטול ואסור ליגע בו, וע"כ הברייתא מיירי דרך נפילה, א"כ בקיצור לא הקשו תוס' מידי דאמאי לא אמר ר' יצחק מלתי' אמתני' דמעות מפוזרות, דהא י"ל דסבר כרבה, ובמתני' מצי לאוקמי דרך הנוח וכקושי' מהרש"א, אבל מברייתא דמשתמר קצת ולא מצי מיירי דרך הנוח פריך שפיר.

אלא נראה דאין מקום לדברי המהרש"א, ובאמת אף בהניח דברים דלא חשיבי שאינו נזכר בהם מיד הוי ישל"מ בזמן ששכחם, וע"כ כן דעת הש"כ (בסי' ר"ה סק"ל) ע"ש.

אך כ"ז לדעת הרמב"ם וסייעתו אביד' מדעת היינו היכא דנתייאש, אבל בלא"ה אף שאין עליו חיוב השבה מ"מ אסור לרואה ליטלו, אבל למה שהשיג הטור (בסי' ר"ס) דאבידה מדעת הוי הפקר הנכון עם המהרש"א דלענין הנחה לא פריך הש"ס מידי, אך באמת הנהו שיטות מצו סברי דרה"י מקרי משתמר קצת, וא"כ אף לרבה כולה מתני' מיירי רק בנפילה, דבהנוח הא ברה"י לא יגע, וקושית המהרש"א לק"מ, רק עיקר קושית מהרש"א לשיטת תוס' ולשיטתם י"ל כדכתיבנא, וק"ל:

(ולכאורה קשה לפי הצד דפליגי רבנן עלה דרשב"א אפילו ברוב נכרים לקמן (דף כד) ומבואר בתוס' לקמן (דף כג) ד"ה והא איכא נכרים. לחלק בין ההיא דנפל דכיון דיש בו סי' אפשר לברורי להשיב לבעלים ע"י סי' מתקנינן. ע"ש. א"כ דלמא מתני' ברוב נכרים ובדבר שאין בו סי' דליכא לברורי. ואפשר לומר כיון דמסתמא דמתני' דמכשירים דבר"נ אין חייב להכריז. ולאוקימתא קמייתא לקמן דאתיא כרשב"א ובטמון. א"כ ס"ל לסתם מתני' דתליא בנכרים מסתמא סתם מתני' דהכא ג"כ ס"ל כן. ומיירי ע"כ ברוב נכרים. וכן לאידך אוקימתא דאתיא אף כרבנן. דגם לרבנן א"ח להכריז רק במניח וממילא מדקתני במתני' דביש בו סי' חייב להכריז ע"כ מיירי ברוב ישראל):

תד"ה ת"ש המוצא מעות מפוזרות וכו' דמשמע דבכל ענין וכו' ואע"ג דאיכא סימנים וכו', וע' בהמפרשים שנדחקו בזה הרבה דמה אולמיה דיש בו סי' בר"נ לאין בו סי', וע' בשיטה מקובצת.

ולי נראה עפמ"ש בהה"מ פי"א ה"א מהל' גזילה ואבידה להוכיח דספק ישל"מ אסור להחזיק בו לעצמו, והיינו מדפרכינן בשמעתין והא דל"י דנפל מיניה אף דהוא רק ספיקא ע"ש, וע' בכ"מ רפט"ו מהל' הנ"ל שעלה בדעת הרמב"ם דסבר ישל"מ מותר להחזיק

בו לעצמו והטעם כיון דלא יתברר לעולם מי המה הבעלים כיון דאין בו סי' יותר טוב להשתמש בו מספק ממה דנפסוק דיניח ע"ש. וע' בש"כ (סי' ר"ס סקכ"ה).

וא"כ נראה דהן הן דברי תוס' דאף דפרכי' ממתני' משום דפסיקא להש"ס מסברא דספק ישל"מ אסור לאביי, מ"מ לרי"צ אלימא לאקשויי מברייתא, דעל מתני' י"ל כדינא דהרמב"ם הנ"ל, ולזה פריך מברייתא דמיירי ביש בו סי' ויכולים הבעלים להתברר ע"י סי' ובזה בודאי ספק ישל"מ אסור, דגם הרמב"ם מודה בזה, ויפה עולה דברי תוס' והוא נכון:

(**והנה** בדעת הרמב"ם דספק ישל"מ מותר, לא פירשו נושאי כליו לדחות הה"מ הנ"ל).

בא"ד אע"ג דאיכא סי'. דבריהם מחוסר הבנה דמאי עדיפא הקושיא מכח יש בו סי' לא"ב סי', דהא הכא אף ביש בו סי' עומד לייאש הוי כמו אין בו סי', ובשיטה מקובצת בשם גליון כ' דמדלא נקט בקיצור הטעם דתלוי בעובדי כוכבים ומזלות, ע"כ מיירי בראה דנפל מישראל, וא"כ מסתמא הגביהו מיד ודומה יותר דעדיין לא ידעו הבעלים דנפל, אבל אין זה מדוקדק בהסי' שכתבו תוס' דהו"ל לומר דע"כ מיירי בראה מישראל נפל, ואין זה תולה בין יש בו סי' לא"ב סי'.

והנראה לפמ"ש תוס' בב"ק (דף סו ע"א) ד"ה מוצא אבידה, ותמצית דבריהם דאם בגזילה יאוש קונה ה"נ באבידה, אף היכא דבאיסור' אתי לידיה מהני היאוש שא"צ להחזיר החפץ רק דמים, אבל למ"ד דבגזל אין יאוש קונה גם באבדה ל"ק כלל, וצריך להחזיר גוף החפץ.

א"כ לכאורה יש לדקדק דמאי פריך והא ל"י דנפל, דלמא הא דקתני במתני' הרי אלו שלו היינו דממתין זמן רב עד דמסתמא כבר ידעו הבעלים ונתייאשו עתה ומהני היאוש עכ"פ דא"צ להחזיר גוף החפץ, ואנו דנין רק על הדמי', וכיון דהוי ספק אם ידע דנפל וזכה לגמרי, או דל"י דנפל ובאיסור' אתיא לידי' א"צ לשלם מספק, וביותר י"ל דיכול להחזיק בו מספק, דשמא ידעו הבעלים דנפל ומייאשו כיון דעומד הדבר לצאת מחזקת הבעלים, דהיינו לכשיודע דמתייאשו ויהי' נקנה לו גוף החפץ להמוצא, לא אלים כ"כ חזקת מר"ק וכעין מ"ש הט"ז יו"ד (סי' מ') גבי מחט בלב ויכול להחזיק בספק.

וצ"ל דפירכת הש"ס לאביי לשטתיה דס"ל בב"ק (דף נד ע"ב) דיאוש ל"ק בגזילה, וא"כ ה"ה באבידה היכא דבאיסורא אתי לידיה אין היאוש שלאח"כ מועיל לקנות גוף החפץ. ואלים טובא חזקת מר"ק לדון מכח חזקה דל"י דנפל א"י מרשות הבעלים לעולם.

והנה בעיקר קושי' תוס' בב"ק הנ"ל, אפשר לומר לפמ"ש הרמב"ן בפרקין בסוגי' דלקמן (דף כו ע"ב) במה דאמרי' שם ואע"ג דחזרה לאחר יאוש שמתנה בעלמא היא דיהיב לי',

היינו משום דאף דבגזלה יאוש כדי לא קנה, מ"מ הא כתיב בי' ג"כ אבידה דיאוש קונה אלא דאבידה מעלמא היכא דבא לידו קודם יאוש ל"ק ביאוש של אח"כ, היינו היכא דנטל ע"מ להחזירה הוא שומר לבעלי' והוי כמו פקדון בידי' ולא מהני יאוש, אבל התם דנטל ע"מ לגוזלה אין ידו כיד הבעלי' וקני יאוש. וע"ש.

וא"כ י"ל דאף דתוס' בסוגי' הנ"ל כתבו דהא דאמרי' מתנה בעלמא הוא דיהיב לי' היינו דלא מתקן לאו דלא תוכל, אבל לאו דגזל תיקן, היינו דס"ל דלאותו צד דבגזל אין יאוש קונה, ומשמע בב"ק דעיקר הטעם דלא ילפי' גזל מאבידה היינו משום דאביד' דבהתירא אתי לידיה, וגזל באיסורא אתי לידיה, הרי אף דבגזל אין ידו כיד בעלי', מ"מ כל באיסורא אתי לידי' לא מהני יאוש, א"כ מה בכך הא דכתי' ביה אבידה בענין דלא נעשה ידו כיד בעלי', מ"מ לא ליקני יאוש כיון דבאיסור אתי לידי' דהא משמע דאין הפרש בין גזל לאבידה, אלא דתלינן אי בהתירא אתי לידי' או באיסורא אתי לידי', אבל ע"מ מספיק יסוד דברי הרמב"ן ליישב עכ"פ קושי' התוס' בב"ק הנ"ל דלאידך צד דבגזל יאוש קונה וילפי' מאבידה היינו דוקא באבידה ל"ק ביאוש שלאח"כ כיון דידו כיד בעלים משא"כ בגזילה.

אמנם י"ל דהא דלא תירצו תוס' כן, היינו משום דמשמע בסוגי' דגם באין בו סי' אם בא לידו קודם יאוש, לאביי ל"מ יאוש שלאח"כ, ובזה בא"ב סי' ס"ל דל"ש לומר דידו כיד בעלים, דלא נעשה שומר לבעלי' די"ל שאינו מחוייב בשמירה כיון דאין עומד להתברר להחזיר לבעלי', וכמו דנרא' דכשהמוצא דבר שא"ב סי' ולא ידעו הבעלי' מנפילה דאינו מחוייב להגביה ולהחזירה כמו שיבואר לפנינו בדברינו בעזה"י, ה"נ בנטלה דאף דא"י לזכות לעצמו כיון שלא ידעו הבעלים דנפל, אבל אין עליו חיוב שמירה, ושפיר הקשו תוס' מ"ש דיאוש באבידה בא"ב סי' ובאיסור' אתי לידיה דל"ק, ומ"ש דבגזילה דקנה והוצרכו לתירוצם דגם באבידה קנה החפץ ומחזיר הדמים.

ולפ"ז נ"ל דמודה תוס' דביש בו סי' וייאשו הבעלים אח"כ דל"ק גוף החפץ דבשמירה ידו כיד הבעלים, ול"מ יאוש, וא"כ י"ל דזה כוונתם כאן דר' יצחק תי' הברייתא דאלים קושיא יותר, דהיינו ממתני' לא קשה רק לאביי לשיטתו וכו', אבל למ"ד יאוש קנה בגזל וה"נ באבידה בא"ב סי' קנה יאוש שלאח"כ לענין גוף החפץ, ממילא מספק יכול להחזיקו בו מיד, אבל הברייתא מיירי ביש בו סי' דידו כיד בעלים ול"ק יאוש שלאח"כ שפיר קשה, ואף שרחוק הוא להעמיד כן כוונת התוס', וביותר דנראה דעיקר סברת הרמב"ן משום דמכח דידו כיד בעלים הוי כמונח ברשות בעלים דל"מ יאוש, ומדברי תוס' לקמן (דף כו ע"א) ד"ה בכותל חדש, ובד"ה וניזל בתר בתרא, מבואר דס"ל דגם בנאבד חפץ בביתו

מהני יאוש, א"כ אזדא יסוד דברי הרמב"ן, מ"מ לא מנעתי מלכותבו כיון דתוכן הדברים נכונים וראויים לאמרם בעזה"י.

ומתוך יסוד דברי הרמב"ן הנ"ל נ"ל דין חדש דבמצא בעיר שרובה עובדי כוכבים ומזלות לפ"מ דקיי"ל כרשב"א דתולה בעובדי כוכבים ומזלות, ואח"כ מברר ישראל דשלו הוא אלא דל"י דנפל מיני', בזה בשעה שנתוודע להבעלים דנפל וייאשו דזכה המוצא דאף באיסורא אתי לידי', מ"מ כיון דהוא רשאי לתלות בעובדי כוכבים ומזלות ונטלה ע"מ לזכות לא נעשה שומר לבעלים וזכה אח"כ ביאוש.

ובעיקר קושי' התוס' בשמעתין אמאי לא תי' ר' יצחק כן אמתני', נלענ"ד בפשיטות לפ"מ שכתבתי לעיל דהא דפרכי' אמתני' ולא מוקמי בר"נ ובא"ב סי' תולין בעובדי כוכבים ומזלות וביש בו סי' אין תולין כיון דאפשר להתברר ואתיא כרבנן דרשב"א, וליל"ק דמוקי בטמון תירצי בדחיקא דסתם מתני' דהכא לא פליג אסתם מתני' דמכשירי', וא"כ י"ל דר"י תי' הברייתא דאלים יותר לאקשויי דבמתני' איכא לדחוקי דסתם מתני' דהכא כרבנן דרשב"א, אבל בברייתא דקתני מפני שהבעלים מתייאשים מהם ולא קתני הטעם דתולין בעובדי כוכבים ומזלות או משום דמיירי ברוב ישראל ורק כיון דיתבי עובדי כוכבים ומזלות לשמור מייאשו דסבר דהם ימצאו, כמ"ש הראשונים, או דמיירי דראה מישראל נפל כמ"ש בשיטה מקובצת בשם גליון תוס' כנ"ל, א"כ שפיר קשה הא הוי ישל"מ.

ובדרך פלפול אמרתי דר"י דהקשה מברייתא היינו בצירוף מתני' ובריתא, והיינו דלכאורה לפי אוקימתא בתראי דלקמן דמתני' דמכשירי' אף כרבנן דלא קתני הרי אלי שלו א"ח להכריז קתני ויניח, ממילא לא מצינו לרשב"א דתלינן בר"נ, די"ל דבזה ס"ל לרשב"א ג"כ כרבנן דאין מהראוי לתלות בעובדי כוכבים ומזלות כיון דאפשר לברר, אלא דס"ל כיון דהבעלי' סוברים שהעובד כוכבים ומזלות ימצא מתייאשו הבעלים מהם, ולפ"ז מאי פריך הכא מברייתא הא ל"י דנפל מיני', הא י"ל דברייתא מיירי בר"נ ממש (וכמ"ש לגליון התוס' הנ"ל) וגם לא ראה דנפל מישראל, והא דתולה מטעם מפני שהבעלי' מתייאשו, ולא נקט הטעם דתולה בעובדי כוכבים ומזלות אף דאתיא כרשב"א, מ"מ גם לרשב"א אינו תולה בעובדי כוכבים ומזלות כנ"ל, ולזה קאמר מפני שהבעלים מתייאשו היינו דאם ידעו דנפל מתייאשו דסוברים שהמוצא יהיה עובד כוכבים ומזלות, וכיון שכן אף בספק אם ידע מותר להחזיק לעצמו מכח ס"ס, ס' דהוי מר"נ, ואת"ל מישראל דלמא ידע ומתייאש, אף דקיימי' השתא דאין לתלות ברוב עובדי כוכבים ומזלות ולהחזיק לעצמו, היינו כיון דהמיעוט אפשר להתברר, אבל בס"ס דהכא אף דס' א' אפשר להתברר, אבל מ"מ גם אחרי הבירור ישאר הספק השני אם ידעו ונתייאשו,

ובכה"ג לא מקרי אפשר לברורי אא"כ דב' ספיקות יבוררו כמ"ש הש"כ (ס"ס ק"ו).
ולזה נאמר דקאמר דהקושיא ממנ"פ דלאוקימתא בתרא דגם לרבנן דרשב"א יניח וליכא חיוב הכרזה, א"כ מתני' דקתני חייב להכריז ע"כ ברוב ישראל, א"כ יקשה אריש אלו מציאות שלו הא ל"י דנפל (והוא ודאי דוחק לאוקמי) ואם נימא כאוקימת' קמייתא מתני' דמכשירי' כרשב"א ובטמון, א"כ קיימי' דלרבנן חייב להכריז, וליכא קושיא ממתני' די"ל דמיירי בר"נ ואתי' כרבנן דרשב"א ממילא הקושי' שפיר מברייתא כיון דלהך אוקימתא מוכח דלרשב"א תולין בעובדי כוכבים ומזלות א"כ מדנקט הברייתא טעמא דהבעלים מתייאשי', או דמיירי ברוב ישראל ורק יתבי ביה שומרי עובדי כוכבים ומזלות, או דראה זה דמישראל נפל וליכא ס"ס, וק"ל.
והנה לפמ"ש הסמ"ע (סי' ר"ס) ובש"כ שם (סכ"ו) בדעת הרמב"ם דהא דקיי"ל דישל"מ לא הוי יאוש היינו לענין אם נתבררו הבעלים צריך להחזיר להם, אבל כ"ז שלא נתברר של מי הוא יכול לעשות בו מה שירצו ע"ש, א כ רווחא שמעתא דהקשה ממתני' ע"כ הי' רק מדקתני סתמא ה"א שלו דמשמע אפי' נתברר אח"כ של מי הוא, אבל מ"מ אינו אלים כ"כ הקושי', די"ל דמיירי בעוד שלא נתברר הבעלי', אבל מהברייתא אלים הקושיא יותר כיון דמיירי ביש בו סי' ועומד להתברר ע"י הסי' של מי הוא שפיר יקשה אמאי הוא שלו.
ויש לי לתרץ הסוגי' בדרך אחר, דהא ע"כ עיקר הפירכא והא דל"י דנפל מיניה היינו דמכח ס' אוקי אחזקת מר"ק, וא"כ י"ל דעל מתני' דאף דצריכי' לטעמא דאדם עשוי למשמש מ"מ אין הכרח לדין דאדם עשוי למשמש עושהו לודאי דידע דנפל, אלא דמגרע חזקת מר"ק כיון דרגלים לדבר דידע ונתייאשו אתרע חזקת מר"ק והוי כמו ספק השקול וזוכה מספק, אבל ברייתא דמיירי ע"כ ביש בו סי' ויתברר הבעלים, ואם יבואו הבעלים, יאמרו טענת ברי דל"י דנפל דזה אף אם אתרע חזקת מר"ק יהי' כמו ספק השקול, מ"מ י"ל דבזה ברי ושמא ברי עדיף, דדוקא במוחזק גמור אמרי' אוקי ממונא בחזקת מר"ק, אבל במוחזק רק בחזקה דהשתא ולא הי' מעולם בעל הממון זה, י"ל דבזה ברי ושמא ברי עדיף, וע' בשיטה מקובצת בסוגיא דמחליף פרה בחמור דכ' בשם הראב"ד דבעומדת באגם מהני ברי ושמא להוציא מחזקת מר"ק, ע"ש, (דלא כהרמב"ן ב"ב דף לד) א"כ י"ל דמהני ברי ושמא להוציא מחזקה דהשתא וא"כ אמאי שלו, הא אולי יטענו הבעלים ברי, ומוכרחי' לומר דאדם עשוי למשמש עושהו כודאי, וא"כ מש"ה אמר ר"י אברייתי' בכדי להוכיח דאדם עשוי למשמש הוי כודאי, אבל במתני' דליכא סי' ואינו עשוי לברר הבעלים ולעולם הוא טוען ברי לפנינו מספיק לומר דאדם עשוי למשמש מגרע לחזקת מר"ק, (המהרש"א הקשה דמאי פרכי' הא ל"י, דלמא אביי ס"ל כרבה ומוקי למתני' בדרך

הנוח, יתי' דקשי' לפי הלכתא דקיי"ל כרבא לענין סי' מקום, והכא קיי"ל כאביי דישל"מ לא הוי יאוש, לא ידעתי מה יענה המהרש"א בפירכת הש"ס מברייתא דמוצא מעות בבתי כנסיות דלמא מיירי בהניח, ובפרט לפי הגירס' דלקמן אלא לעולם בצבורין וצ"ע):

בסוגי' קשה לי בההיא דלקט הא גם לעניים קטנים יש חלק בהן, וחלקן מי התיר ליטול לעשירים הא אין הפקירן הפקר והוי כמו של"מ כדאמרי' לקמן יתמי מאי, ואי דנימא כיון דאף אם יטלנו קטן אין זכותו זכות גמורה והוי רק גזל מפני דרכי שלום, מש"ה במה שנטלו עשיר לא מקרי גזלן, הא מ"מ להני פוסקים דצרור וזרקו יש לו זכיי' מדאורייתא אף במציאה, א"כ בהך קטנים יקשה דיש להם יד לזכות, ומ"מ אין הפקירן הפקר, ובזה י"ל דאין בהם כח להפקירן במה דאתי לידיה, אבל מ"מ לא סילק זכותם מהם כמ"ש תוס' ב"ב, ואולם בזה עיקר היסוד לא ניחא להו, דאף בקטנים דאין להם יד, היינו דאם יטלו יכול אחר לחטוף ממנו דלא זכה הקטן בהגבהה דאין לו יד, אבל מ"מ יש לקטן חלק בלקט שהוא שלהם ליתן ולאכול, א"כ האיך ילקוט העשיר, הא יש קטנים ויונקי שדים דהוי כמו ישל"מ לגמרי דאין יאושן יאוש וצע"ג.

תד"ה תני' נמי וכו' וא"ת אם דין הוא לתלות בעוברי דרכים וכו'. קשה לי כיון דחזינן דרבותינו בעלי התוס' מצדדי' בזה אם הדין לתלות בעוברי דרכי' או לא, א"כ מצינו למימר דמעיקר הדין דהוי ספק להמוצא אם מעוברי דרכים דמקרי רבים לגבי בעל האילן דזתים מוכיח עליו ומש"ה הבעלים מתייאשים דהמוצא ל"י למי יחזיר, והא דזתים וחרובים אסורים לאביי ותאני' מותר היינו בממנ"פ לפי הגירס' אגב דיקירי והיינו תאנה, וע"כ אפשר דזתי' וחרובים הם יקרים וי"ל דזתים וחרובי' אסור דבין לגבי בעל האילן ובין לגבי עוברי דרכים הוי ישל"מ, אבל תאנה דאם הוא מבעל האילן הוי מדעת דידע דנתרא, וא"כ הוי ס"ס, ס' מבעל האילן והוי ודאי יאוש, ואת"ל מעוברי דרכי' שמא ידעי דנפל, מש"ה פריך הש"ס לרבא גם בזתים וחרובי' לשתרי דכיון דהדין דהוא ספק לתלות אף דאם האמת דמאילן נפלו הבעלים מתייאשו, ומתרץ מכח זיתו מוכיח הוי כאלו ידוע למוצא' דמאילן הזה הוא, ומש"ה לא מייאש, ולפי הגירס' אגב דחשיבי והיינו די"ל מאכל חשיבי י"ל דזתי' וחרובי' אסור לאביי מספק דשמא מבעל האילן הוא והא שלמד"ע, אבל תאני' גם לבעל אילן הוי מדעת בעבידי דנתרא, ורציתי לומר דתוס' ס"ל כהך גירסא אגב חשיבי דכל אוכלין חשיבי, וגם ס"ל דמוחלטת דבספק ממי נפל ולגבי חד הוי יאוש זוכה המוצא מספק דאינו דומה לספיקא דל"י דנפל דהוי ספק אם נתייאשו הבעלי' והוי חזקת מר"ק וכן במתני' דמכשירי' דמע"מ חייב להכריז ואינו תולה בספק שמא מעובדי כוכבים ומזלות, היינו כיון דיש בו סי' ועומד לברר כמו דס"ל לרבנן דרשב"א בר"נ הכי

סברא לרשב"א עכ"פ בספק השקול, אבל הכא בזתים וחרובי' אלו היה מעיקר הדין דהוי ס' אם מבעל האילן אם מעוברי דרכים גם לאביי יהי' שלו מספק דשמא מעוברי דרכים והוי מדעת, דבזה אינו מתנגד חזקת מר"ק וגם א"א לברר כיון דלית בו סי', ומש"ה הוכיח תוס' דבדין דתולה בודאי לבעל האילן.

אמנם באמת נסתר זה דהרי מדברי תוס' לעיל ד"ה וכמה אר"י קב בד"א מבואר דגם בפירות שייך ישל"מ, וא"כ הדרא קושיא לדוכתא על רבותינו בעלי תוס' דלמאי נדחקו בזה הלא סוגי' מוכרחת דאם דהדין דהוי ספק אם מבעל האילן אם מעוברי דרכי' זתים וחרובי' אסור דלגבי כולם הוי של"מ, ובתאני' מותר אי מטעם ספק שמא מבעל האילן דהוי מדעת, וספק כזה מותר, אי מטעם ס"ס, ספק מבעל האילן והוי מדעת וא"ת מעוברי דרכי' דלמא ידע וצ"ע, אח"כ ראיתי שהטור (רסי' רס"ב) כ' דמידי דמיכל ידיע דנפל, ואעפ"כ כ' כדברי תוס' דמצא פירות אם דרך נפילה אפי' טובא נמי דהוי של"מ והוא תמו' לכאורה, ומצאתי שהסמ"ע סקט"ו נדחק בפירות היינו תבואה דלא מיקרי מידי דמיכל ולפ"ז דברי תוס' נכונים:

דף כב.

גמרא והא אתם גם אתם לדעתכם וכו', ע' בהר"ן גיטין פרק התקבל במתני' דמי שהיה מושלך בבור וכו', מ"ש בשם הרמב"ן ומה שתמה עליו ע"ש, והוא לכאורה באמת פליאה עצומה על הרמב"ן.

ונלע"ד דלכאורה יש לעיין בסוגיין דמדמה הש"ס ההיא דתרומה לרבא וע"כ דאמרי' כיון דהשתא ניחא דמתחילה גם כן ניחא ליה והיה עומד לכך לתרום מן היפות כיון דמצוה קעביד וכמ"ש תוס', ואף דאסור לתרום שלא מדעת חבירו, דלאו זכות הוא דניחא ליה לאינש למיעבד המצוה בעצמו [ע' נדרים דף לו] מ"מ אם חזינן דהשתא ניחא ליה ולא קפיד לעשות המצוה בעצמו אמרי' דמעיקרא נמי ניחא, א"כ היכי פריך הש"ס והא אתם גם אתם וכו' הא כיון שאנו דנין דניחא ליה וזכין לאדם שלא בפניו הוי כמו שלוחו דזכיי' מטעם שליחות אתרבאי.

ולזה נ"ל דפירכת הש"ס דמקרא אתם גם אתם נשמע דבעי' דידעי' דבשעת שליחות ניחא ליה וכמו כל זכות דעלמא, אבל הכא דבשעת מעשה הי' אפשר לומר דחוב הוא לו דניחא ליה למעבד מצוה בעצמו רק עכשיו ידעי' כיון דהשתא ניחא בזה לא מהני ואינו דומה לשאר שליחו' וזכיי', וכן מצאתי כדברי בתה"ד (סי' קפ"ח) בסופו.

עכ"פ י"ל דסברת המקשן קיימ' במסקנא דלרבא יש לנו לומר מכח הגילוי דעת של

עכשיו דמעיקרא נמי ניחא ליה ולא משוינן לחוב גמור מכח הך סברא דניחא ליה למעבד מצוה וכו', רק דלא מהני דבעי' דידעי' דניחא לי' בשעת השליחות, ממילא אם גילה דעתו מקודם דלא מקפיד על הניחותא למעבד מצוה בגופי', אף דלא שוי בפירוש שליח ממילא להעשות מעצמו שליח כיון דגוף הדבר זכות הוא לו שיתרם התבואה, רק שהוא קצת חוב מצד אחר דניחא לאינש וכו', בזה מהני גילוי דעת דאין זה חובה לו, ולא דמי להההיא דירושלמי שהובא בראשונים ר"פ התקבל באשה שהיתה מחזרת לקבל גט, דלא מהני לקבל גט עבורה דשמא חזרה בה ובעי' שתעשה שליח לקבלה בפירוש ע"ש, דהתם הדבר בעצמו חוב משא"כ הכא בתרומה דהדבר בעצמו לזכות, רק שי"ל דניחא לאינש, בזה מהני גילוי דעת, וזה מוכח ממה דחזינן בדעת המקשן דאפי' גילוי דעת לבסוף מהני ומשוינן ליה לדבר שאין בו סי' שעומד להתייאש, וזה לא נסתר להמסקנא וכנ"ל.

וא"כ י"ל דזהו כוונת הרמב"ן דבתרומ' מהני כל הרוצה לתרום, דבתרומה לא בעי שליחות רק ג"ד, רצונו לומר כיון דזכות הוא מהני ג"ד שאינו מקפיד לעשות המצוה דוקא בעצמו וכל הרוצה לתרום הוי ג"ד ורשאי זה לתרום מטעם זכין לאדם, משא"כ בגט דהדבר בעצמו חובה לא מהני כל הרוצה לכתוב דשמא עכשיו חוזר כיון דלא עשה שליח בפירוש ובעי' כל השומע והראיה שהביא הרמב"ן מסוגייתנו היינו מסברת המקשן דזה לא נסתר במסקנא וכנ"ל, כנלע"ד:

גמרא והא איכא נכרים. בשיטה מקובצת הביא בשם הריטב"א והר"ן לתרץ קושית התוס' דאף דאינו מייאש מפני מיעוט נכרים. מ"מ מיעוט נכרים ומיעוט כלבים הוי פלגא ופלגא ע"ש. ותמהני דאף בספק השקול אינו מייאש כדקתני במתני' דמכשירים מע"מ חייב להכריז. הרי דבספק השקול דשמא מצאו נכרים אינו מייאש. ואף דלפי האוקימתא דלקמן בטמון אין הכרח לזה. די"ל בזה שייך יאוש. ואף במע"מ מייאש מ"מ בס"ד ולאידך אוקימתא דלא מיירי בטמון כו' מבואר להדיא דפלגא אינו מייאש. והכי משמע בכולה סוגיא דקיי"ל כרשב"א בר"נ. אבל במע"מ לא הוי יאוש:

שם גמרא ואר"ז משמי' דרבא הלכתא כריכות ברה"ר, ע' במהרש"א, ביאור דבריו דודאי יסוד דברי רבא דבספק הנוח לא יטול משכחת גם באבידה דעלמא, והיינו דבמשתמר לגמרי, דבהנוח ביש בו סי' א"נ ומכריז כמבואר לקמן, ואף די"ל דבספק הנוח וישובו סי' גם במשתמר לגמרי נוטל ומכריז דכמו בודאי הנוח במשתמר קצת ס"ל לתוס' דנוטל ומכריז ה"נ י"ל במשתמר לגמרי בספק נוטל ומכריז כיון דמצד נפילה הוא מקיים מצות השבה ובצד הנוח אינו מפסיד להבעלים דיחזיר ע"י סי', מ"מ היינו דוקא בסי' דעלמא, אבל הכא בסי' מקום בממנ"פ לא יטול, אם הניח הוא הא משתמר לגמרי ואין עליו שם

אבידה, ואם הוא נפילה הא לא יהי' להם סי' מקום והוי יאוש, אלא דכוונת המהרש"א דהא רבא מיירי ע"כ באינו משתמר לגמרי, והיינו לפמ"ש תוס' לקמן דאם נטלו לא יחזיר, היינו אפי' תיכף, ומטעם דאינו משתמר לגמרי ושם אבידה עליו ונתחייב בהשבה כשנטלו ע"ש, משא"כ במשתמר לגמרי אף בספק הנוח הדין דיחזיר מיד, דממנ"פ אם הניח לא נתחייב בהשבה, ואם דרך נפילה הוא זכה ביאוש, וכיון דרבא מיירי ע"כ באינו משתמר לגמרי א"כ יקשה דיטול ומכריז סי' מקום מדלא היה הנוח, וע"כ דרבא מיירי בגוזלות מדדין, אבל לדיני במשתמר לגמרי אף בספק הנוח דעלמא לא יטול, אח"כ ראיתי להטור (סי' רס"ב) פסק בפשיטות דבמשתמר לגמרי אפי' ספק הנוח ויש בו סי' לא יטול ע"ש, ובדרישה כ' דאף דלישנא דהרא"ש כללא דמלתא וכו' במקום המשתמר כגון ודאי הנוח, משמע דבספק נוטל ומכריז, מ"מ א"א לומר כן דאין מדרך הרא"ש לכתוב נגד תוס' ולא ידעתי היכן מצינו דס"ל לתוס' הכא דבמשתמר לגמרי ספק הנוח ויש בו סי' דלא יטול, ואדרבה לכאורה משמע להיפוך מדכתבו דאם נטל לא יחזיר הטעם דגם בהנוח נתחייב בהשבה כיון דמשתמר קצת, ולא כתבו דמיירי אף במשתמר לגמרי ויש בו סימן דנתחייב בהשבה דלמא הוא דרך נפילה, אע"כ דסבירי להו דבכה"ג אפי' לכתחילה נוטל ומכריז, הן אמת דמלישנא הטור וש"ע שם ואם נטלו כתבו יחזיר' למקום וכו' דמשמע דקאי על מ"ש תחילה בין ודאי הניח או שהוא ספק, מ"מ הסברא תמוה לי הא נתחייב בהשבה, ודוק:

דף כב:

גמרא אבידת אחיך. יש לדון ראובן שהיה שומר של נכרי וקבל עליו אחריות שמירה. ונאבד ממנו החפץ. היה נלענ"ד שיש על המוצאו חיוב השבה. אף דגוף החפץ של נכרי. מ"מ הוא מציל הישראל מן ההפסד שלא יצטרך לשלם. לא מבעיא לר"ש דאמר דבר הגורם לממון כממון דמי הוי החפץ ממון הישראל. אלא אפי' לרבנן היינו שאין זה החפץ של השומר. אבל מ"מ הוא מציל הנכסים של ראובן שלא יתחייבו לשלם. כך היה נלענ"ד בסברא בפשיטות גמור. אמנם חבירי ידידי הרב מו"ה ישראל נ"י מפקפק בדבר דמ"מ י"ל לרבנן דר"ש הך חפץ לא מקרי אבידת אחיך. וחשבתי להביא ראיה לזה ממה דהקשה הפ"י בהא דפריך הש"ס לקמן (דף כז ע"א) ואידך הא דרבנאי מנ"ל. דלמא סבר כמ"ד גזל נכרי מותר. וכיון דמותר לגוזלו פשיטא דאין עליו חיוב השבה דהא מותר אפילו לגזול הך חפץ. ולזה היה נראה דבנ"ד לא מקרי אבידת אחיך ואצטריך קרא לנ"ד פשיטא דאסור לגזול הך חפץ כיון שהוא באחריות ישראל. וצ"ע לדינא.

גמרא תמרי דזיקא היכי אכילנא. ואפשר לפרש דרך חידוש במה דנתקשו רש"י ותוס' דגם לרבא תקשי דהא חזות' מוכיח עליו דהני תמרי דזיקא אין הכוונה כמו תאנה בצד הדרך דלעיל, אלא הכוונה לענין הא דאמרי' ברכות (דף מ' ע"ב) לענין דמאי, דתמרים פטורים מדמאי דהוי הפקר, ומבואר שם דהיינו תמרים אותן דהשירן האילן קודם שגדלו כל צרכן הוי הפקר דאיצו חשוב, דמש"ה ס"ל לכמה פוסקים דמברך שהכל וע' באו"ח, ואהני תמרי קאי הש"ס תמרי דזיקי והוי הפקר דא"ח לבעלים כיון דרוח השירן קודם שגדלו, הא מ"מ לאביי הוי ודאי של"מ כיון דל"י דנתרא ומשני כיון דאיכ' שקצים ורמשים, והיינו דע"י שאוכלים בראש האילן דרך שמשירן הרוח, כמ"ש הרמב"ן במלחמות:

תד"ה אי דליכא סי' וכו', ק"ק דהא תנן בפירקין אמר את האבדה ול"א סימניה כו'.

לא זכיתי להבין עומק דעתם דהא בלאו מתני' יקשה מיני' דכיון דהמוצא מכריז מקום, ועיקר הסי' שמזכיר שם הגלימא, למה צריך לסי' מקום, אף בדרך נפילה מ"מ עיקר הסי' בזה שאומר שם החפץ ולאיזה תועלת צריך שהמוצא יכריז מקום בעוד דלא מסיק אתירוצם דחיישי' דגם מאחר נפל, וא"כ בקצרה תקשי על כל אבידה שבעולם יחזיר בסי' גלימא, או דהו"מ למימר שהמוצא צריך לקרב הענין לבעל האבידה שיחפש וידע ויזכור שאבד ממנו, והיינו בהניח שע"י מה שמכריז מקום יזכירו הבעלי' ששכחו דבר באותו מקום, אבל בדרך נפילה דא"א לקרב הענין לבעל האבידה קרוב הדבר שלא יזכירו לתבוע אבידתם, א"כ ממילא מוכח דלמ"ד דקיימי' ביה דמקום הוי סי', בכל אבידות דליכא סי' מקום צריך להכריז גלימא לקרב הענין, דהא עיקר ביש בו סי' לא"ב סי', דאלו היה מכריז אבידה הי' תמיד יש בו סי' מכח הגלימ', אלא משום דצריכים לקרב הענין ולהכריז שם גלימא (או מקום) וא"כ ממילא ממתני' דלקמן ליכא קושיא דהא למ"ד גלימא מכריז, פירוש' דמתני' דלקמן שאמר הסי' ול"א סי' מובהקי' דידה, וגלימ' פשיטא לא הוי סי' כיון דהכריז גלימא.

בא"ד אלא משום דא"ל כי היכי דאבידת וכו'.

מבואר דלולי הוי חששא שאבד אחר היינו מכריזי' סתם אבידי' ומחזירי לו ע"י סי' גלימא, אלא משום דחיישי' דגם מאחר נפל, ותמהני דא"כ במתני' דפ"ק מצא אגוד' של שטרות וכו' דבעי ג' שטרות כרוכים דהוי סי' מנין והא בשטר א' ג"כ מכריז אבידי' סתם, ושם הגלימא דהיינו שם השטר יהי' סי' דבהא ל"ש שחיישי' שגם מאחר נפל דהא התם עיקר החשש בין הלוה למלוה, אבל לא חשש דמאחר נפל, דמיירי בלא הוחזקו כדקתני במתני' דכל מעב"ד יחזיר וכן בדברי רשב"ג ג' מלוין וא' לוה דמוכח הכל בענין דליכא

חשש שמאחר נפל, א"כ גם בשטר א' יהי' שם אבידה סי', והנה אם נפרש בסוגי' דלקמן אלא אמר רבא וכו' מנין דאורייתא היינו סי' מובהק, וב' סימני' הוי כמו סי' מובהק ומש"ה באגודה של שטרות מחזירי', היינו משום דהוי ב' סימני' קשר ומנין כמו שכ' בס' קצות החושן, הי' אפשר לומר דמש"ה בשטר א' ל"י דשם הגלימ' לא הוי רק סי' ומהני מדרבנן אבל בשטר דל"ש ניחא ליה בעי' סי' מובהק, והיינו אגודה של שטרות, אבל באמת עדיין אינו מיושב כל צרכו, דא"כ נפשוט בהיפוך דסי' לאו דאורייתא, והיינו דקיי"ל כרבא דמקום הוי סי' מוכח דשם גלימא הוי סי' ג"כ, א"כ מדלא יחזיר שטרא יהא מוכח דסי' לאו דאורייתא והרי הוא באמת רק ספק דלא אפשיטא:

גמרא והא תנן כדי יין וכדי שמן חייב להכריז: תמוה לי הא בסוגיא פרכי' אברייתא דחביות דלהוי מקום סי' דלא משכחת רק ברקתא דנהרא. ומשמע להדיא מדלא מוקי ברה"ר ע"כ דחביות דגבוה גם ברה"ר לא מנשתפי והוי מקום סי'. א"כ דלמא מתני' בכדי יין מיירי שלא במקום רקתא והוי מקום סי'. הוי דומיא דכריכות ברה"י דמיירי בהניח ומשום מקום. דאף דקתני במתני' ג"כ ככרות של בעה"ב דמיירי לרבא ע"כ דרך נפילה. מ"מ ע"כ היינו כמ"ש תוס' לעיל דסתם ככרות דרך נפילה. וסתם כריכות דרך הנוח. א"כ ממילא בחביות דג"כ סתמא הנוח מדפרכי' דלהוי מקום סי' ולא מוקי לה דרך נפילה. ע"כ דחביות אין דרכו להיות בנפילה. וא"כ הוי ודאי דומיא לכריכות דמיירי בהינוח. ול"ל דפירכת הש"ס לרבה דאמר מקום לא הוי סי'. דהא מדמשני הכי אמר ר"ז אמר רב מתני' ברשום. הא מוכח דרב ס"ל מקום לא הוי סי' ואלו בסוף סוגיא גבי כופרא בי מעצרתא דאמרי לעולם רב סבר מקום הוי סי' ואמר רבא משום יאוש בעלים וכו' משמע דבעי לאסוקי דסבר רב מקום הוי סי' וצ"ע:

והנה לכאורה אפשר לומר דמשמעות המתני' דכדי יין חייב להכריז גם משום יין. וא"כ אף דבאמת מתני' לא מיירי בר"נ דלאוקימתא דלקמן בטמון. הא ס"ל לסתם מתני' דמכשירים כרשב"א דבר"נ תליני' בנכרים. ולאידך אוקימתא עכ"פ בר"נ לא יכריז. וא"כ הכא דקתני חייב להכריז לא מיירי בר"נ. וכדמוכח ג"כ מהא דפרכי' לעיל והא ל"י דנפל מיניה. ולא מוקי בר"נ וכמ"ש לעיל. מ"מ י"ל דסתמא קתני בכל ענין דבאבידה בעלמא הוא חייב להכריז דהיינו אף במחצה ישראל ומחצה נכרים. ה"נ בכדי יין וכדי שמן. ודין כדי יין כמו כדי שמן. ובזה יקשה מה תועלת בהכרזה לגבי יין. הא הבעלים לא יהיו רשאים ליהנות דלמא היין זה של נכרים. ולגבי אסור היין ל"מ הסי' אי סימנים דרבנן. אע"כ דחיוב הכרזה לגבי היין דע"י הסי' יברר ע"י עדים שיכירו הכלי בטב"ע ויהיה מותר ביין. וא"כ שפיר פרכי' דאם איתא דאין סי' בגוף הכלי רק ע"י מקום הא זה

לאו מעליותא לענין הכרת עדים בטב"ע כמ"ש לעיל. וא"כ לעולם לא יהיה לו היתר ביין. **אמנם** באמת אינו מספיק דהא לענין איסור א"צ לעדים דכל איש ואיש נאמן להעיד בטב"ע להתיר היין כדין ע"א נאמן באיסורים. ואפילו ע"ה יש לו טב"ע כמ"ש תוס' לעיל. וא"כ שפיר מכריזים גם בשביל היין דע"י הסי' יחזירו לבעלים החביות יין מדרבנן. ויהיה להם תועלת ביין דע"י הכרתם בעצמם בטב"ע יהי' מותרים ביין. גם עיקר הדין משמע לקמן (דף כד ע"ב) דהא דאר"א בא ישראל ונתן בה סי' מותר בשתייה למוצאה. משמע ע"י סי' אמצעי מותרים היין. והיינו אף אם סימנים דרבנן. מ"מ כיון דעיקר איסור סתם יינם הוא דרבנן מהני סי' דרבנן דאף אם נימא דבשיירות ולא הוחזקו בעי' נמי בגט סי' מובהק. אף לפי שיטת תוס' ספ"ק דהוא רק חשש דרבנן. מ"מ י"ל דוקא היכא דחשש נוגע בדאורייתא דחכמים חששו לספק כזה. והא ספק בדאורייתא כמו בגט דחששו שמא מיב"ש אחר. אבל באיסור סתם יינם דעיקר האיסור לא דחששו שמא נתנסך דאינו מצוי. אלא דעיקר משום גזירות בנותיהם כמ"ש הר"ן בע"ז. בכה"ג י"ל דמהני סי' דרבנן: **ואולם** י"ל דגם בעיקר איסור דרבנן ל"מ סי' אי סימנים לד"א. והא דאר"א בא ישראל ונתן בה סי' וכו' היינו דר"א ס"ל ג"כ לספיקא לדינא אי סימנים דאורייתא או לד"א כדקיימינא כן להלכה והוי ספיקא דרבנן כיון דסתם יינם הוי דרבנן וספיקא לקולא. וסמכי' לומר דסימנים דאורייתא. אבל מ"מ אם היה הדין בבירור דסי' דרבנן באמת גם בסתם יינם ל"מ סימן. וא"כ י"ל כנ"ל דפירכת הש"ס מכדי יין היינו לאותו צד אי סימנים דרבנן הא ל"מ הסי' להתיר היין בשתיי'. ואולם מה שדחינו תחילה הוא נכון דיהיה מותר ע"י טב"ע דבעלים.

אמנם עדיין אפשר לומר דאין אנו מתירים היין למי שבא ואומר סי' בכלי ואומר שמכירו בטב"ע והיינו כעין מ"ש תוס' בסוגיא דשיירות מצויות דאף דהבעל אינו חשוד לשקר ולקלקלה משום הרווחת פשיטא דספרא. מ"מ לא מהימן לומר דיש לו טב"ע. והיינו דע"י שדומה לו לחשש רחוק שנאבד גם מיב"ב אחר מש"ה אומר שמכירים בטב"ע ע"ש. א"כ י"ל ה"ל דע"י שיש לו סימן בחביות ואף בא"ב סי' בגופו מ"מ ע"י סי' מקום הוא חשש רחוק אצלו שנפל גם מאחר באותו מקום. דאף דסי' דרבנן מ"מ לדעתו הוא חשש רחוק שנפל גם מאחר. מש"ה מעיד דיש טב"ע. דאף דבאיסורים עדות ע"א כמו בממון ב' עדים. מ"מ היכא דשייך לומר דאומר בדדמי. מצינו חילוק בין ע"א לב' עדים כמבואר ביבמות להרבה פוסקים דבע"א שאומר מת במלחמה בעי' שיאמר קברתי. אבל מת לחודי' לא מהימנינן. די"ל שאומר בדדמי. דלדעתו נדמה לו שמת ע"י דשדא ביה גירא. אבל ב' עדים נאמנים ואף דלענין מת בעלה מספיק עדות ע"א והוא כבי תרי. מ"מ

היכא דהחשש דאומר בדדמי א"נ. וא"כ י"ל דע"י שנדמה לו שזה חביות יין שלו מכח הסי' שבו אמר שמכירו בטב"ע דמכח האומדנא דמוכח אצלו שהוא שלו משקר בחושב באמת שיש לו טב"ע. שאינו מדייק כ"כ בטב"ע ובקל נדמה לו שהוא שלו. וא"כ יש מקום לדברים הנ"ל דמדמכריזים גם על היין. מוכח משום דדנין שימצא עדות שיכירו בטב"ע. דלגבי ב' עדים לא תלינן בדדמי. א"כ מוכח דאיירי בסי' בגופו ולא במקום. ולפ"ז יצא לנו חידוש בנמצא חתיכות בשר בעיר שר"נ וע"א מעיד שמכירו בסי' ובטב"ע נימא היכא דיש סי' ג"כ בבשר כגון בחתיכה ועד מעיד שמכירו בסי' ובטב"ע יהיה גרע די"ל דמכח הסי' אומר בדדמי שישלו טב"ע וכיון דסי' לד"א אסור הבשר:

אמנם לקושטא דמלתא נראה דאינו כן. דעיקר סברת תוס' הנ"ל בגט רק משום דאנן חושדים לבעל שמה שאומר שמכירו בטב"ע הוא משקר במזיד דאף דאינו חשוד לקלקלה. מ"מ זה לא חשוב אצלו קלקול דלדעתו רחוק חשש שמא מיב"ש אחר נפל גט כזה. אבל להא ל"ח דע"י שרחוק אצלו החשש לבו הטעתו שדומה לו שמכירו בטב"ע דע"י היכר כל דהוא נדמה שיש לו טב"ע גמור. דא"כ גם אם השליח או הבעל בעצמו מצאו הגט אמאי מהמנים בטב"ע כמבואר במתני' דגיטין דהמביא גט ואבד ממנו אם מכירו כשר הגט והיינו דנאמן במגו כמ"ש תוס' ומה מהני המגו מ"מ ניחוש שלבו הטעתו דדומה לו שיש לו טב"ע. אע"כ דלהא ל"ח. וכיון דעיקר החשש שמשקר במזיד זהו רק בגט דא"א להאמינו להבעל מדין עדות אבל באיסורים דעלמא דמדין עדות נאמן ע"א. ל"ח למשקר במזיד:

גמרא לא שבעתן עין לא ק"ל בגוי' ולא מהדרי' לי', קשה לי דלמאי הוצרכו לחדש דלרשב"א לא מהמנינן לצורבא מרבנן על טביעת עין היכא דלא שבעתן עין. ופליג בזה אחכמי' דסבירי להו דיש לו טביעת עין כמו בגט כמ"ש תוס', דלמא גם רשב"א ס"ל דמהימנינן ליה בכל ענין אלא דליכא חיוב הכרזה דמסתמא לא יהיה לו טב"ע כיון דלא שבעתן עין, אבל היכא דבא צורבא מרבנן ואמר דיש לו טב"ע באמת מהדרי' ליה, ואף די"ל הוי יאוש כיון דהמוצא לא יכריז, מ"מ נ"ל לדינא היכא דל"י שנפל מיני', בא צורבא מרבנן ואמר דיש לו טב"ע דמהדרי':

גמרא אי דלית ביה סי' כי שבעתן עין מאי הוי, לכאורה קשה דהא תוס' לקמן קאמרי דאי סימני' דרבנן הא דמדאורייתא תלינן חיוב הכרזה באבידה שיש בו סי' היינו דע"י סי' יחקור למצוא עדים שראו אצלו כלי' שיש בו סי' כך וכך והעדים יכירו בטב"ע, אבל בא"ב סי' לא ימצא עדי' על טב"ע, וא"כ דלמא לעולם מיירי הכא ביש בו סי' אלא דסימני' דרבנן וחכמי' תקנו אי משום דניח' לבעל האבידה כמבואר לקמן, דלמא רבנן תקנו דוקא

היכא דאין מפסידי' להמוצא, דהא אף בלא תקנתם א"א להמוצא' להחזיקם לעצמו כיון שיש בו סי', אלא לעולם אין הבעלים מתייאשי' דסברו שיבררו בעדי' שיכירו בטב"ע וכיון דאין פסיד' להמוצא מש"ה תקנו להחזיר בסי' מטעם דניחא ליה לבעל האבידה, וא"כ בכלים ששבעתן עין דשייך בו טב"ע תקנו חכמים, אבל בכלי' שלא שבעתן עין כיון שהבעלים עצמם לא שמשו בזה הרבה ומסתמ' אין מכירי' בטב"ע פשיטא דגם אחרי' שיוצאי' ונכנסי' אצלו לא הכירוה היטב בטב"ע וא"כ מדינא דאורייתא כיון דאין מחזירי' בסימני', הבעלים מתייאשי' דהא לא ימצאו עדי' שיכירו היטב בטב"ע כיון דהוי כלי חדש שלא שבעתן עין, ודלמא בכה"ג ל"ת חכמי' להחזיר בסי' להפסיד להמוצא דהא מדאורייתא הבעלים מתייאשי' וזכה המוצא, ונ"ל דל"ק מידי, דהא עיקר סברת תוס' היינו בסי' בגוף הכלי דיכול להזכיר לעדים שראו החפץ שיש בו סי' כך וכך אצלו והמוצא יראוהו לעדים ויאמרו שראו אצלו חפץ זה בכך וכך סי', משא"כ בסי' מנין או מקום כיון דבגוף הכלי א"ב סימן ל"ש כן, וא"כ ממילא אי סימנים לד"א אלא דצריך להכרזה מכח סימני' דשמא ימצא עדי' שיכירו בטב"ע היינו רק בסי' בגופו, אבל בסי' מקום או מנין דל"ש זה, באמת הוי יאוש וזכה המוצא, וא"כ מדחייבי חכמי' להחזיר אף בסי' מקום ומנין מוכח דאף דהוי פסידא להמוצא מ"מ מחזירי', וא"כ שפיר פריך הש"ס, ודוק:

דף כד.

גמרא מצא בה אבידה וכו'. הפ"י כ' ליישב הא דקתני מע"מ חייב להכריז. וגם ר"י חייב להכריז. תוכן הדברים דמתני' דנקט מילי דפסיקא ר"נ בכל ענין אף דבראה דמישראל נפל א"ח להכריז דהבעלים מתייאשים. ומע"מ דהיינו עם המוצא הוא מחצה ועי"ז לא מייאשים הבעלים דלענין מציאת האבידה הוי מע"מ דגם הבעלים בכלל הספק דשמא ימצאם בעצמו. אבל מ"מ לענין תלי' דממי נפל הוו כמו ר"נ דהא המוצא בעצמו אינו בסלל ספק. ובאמת א"ח להכריז רק בראה דמישראל נפל. ובר"י היינו דמע"מ מלבד המוצא אף בלא ראה חייב להכריז ע"ש. הנה מ"ש דבמע"מ א"ח להכריז רק בראה דמישראל נפל בפשטא דבריו מרפסין איגרא כיון דמע"מ דהיה הדין דהמוצא יתלה בנכרי ויחזיק לעצמו ממילא מייאשי הבעלים. ואף בראה אמאי חייב להכריז.

אמנם לפי הנ"ל מוכח באמת דס"ל להפ"י כפי דרך הב' הנ"ל בכוונת תוס' בתירוצם דאף היכא דזוכה לעצמו לא הוי יאוש דהבעלים יסברו דהם יכריזו כך וכך אבדתי ורק מכח צירוף תרווייהו דסוברים דא' מר"נ ימצאם. וגם אם המיעוט ישראל ימצאו כיון

דלא יכריזו בקושי יכול להתברר. משא"כ דמע"מ דליכא צירוף תרווייהו לא הוי יאוש. והנה הפ"י כ' דלפי אוקימתא דטמון נשאר הקושיא. דהא בטמון ליכא יאוש. הא דברוב נכרים הוא שלו אינו רק בלא ראה דמישראל נפל ומטעם תלי' דמנכרי נפל. וא"כ הא דקתני מע"מ חייב להכריז היינו ע"כ בלא ראה. ומיירי באמת דאיכא מע"מ בלא המוצא. ע"כ בבא דר"י מיותר. ונדחק דקתני אגב אינך.

ולענ"ד י"ל ברווחא דלכאורה קשה לי בסוגיא למאי מוקי בטמון ובנמלך לפנותה כיון דע"כ מדין ישל"מ אתי' עלה כמ"ש תוס'. לוקי בפשטא דמיירי באבידה דלא חשיב. דאפשר דל"י דנפל מניה. וצ"ל דא"כ היה קשה בבא דמע"מ חייב להכריז הא הוי ס"ס. ס' נכרים. וא"ת ישראל דלמא ידע ומייאש משום אינשי דלא מעלו. דל"ל דמיירי בראה דמישראל נפל וכדס"ל לס"ד דהמקשה. דא"כ בר"נ אמאי הוא שלו כיון דידע דמישראל נפל והוא דבר שאינו חשוב דאפשר דל"י דנפל מיניה ואמאי א"ח להכריז. ולזה מוקי בטמון דהוי ודאי ישל"מ. דא"כ לפ"ז י"ל דמתני' מיירי בדין אבידה דליכא בה יאוש דהוי של"מ דמשכחת בב' גווני. דהיינו בטמון דהוי ודאי של"מ. וכן בדברים שאינם חשובים דהוי ספק אם ידע דנפל. ולזה קתני מתני' דר"נ אפילו בודאי של"מ כגון טמון א"ח להכריז דתולין דמנכרי נפל. וברוב ישראל אפילו בסתם דהיינו בנפילת דברים שאינם חשובים חייב להכריז כיון דהוי ר"י הוי רק ספק א' אם ידע דנפל ומתייאשו. ובמע"מ יש חילוק לפעמים חייב להכריז דהיינו בטמון דהוי ודאי של"מ. ופעמים דא"ח להכריז כגון בנפילת דברים שא"ח דהוי ס"ס וכנ"ל:

ואולם עדיין תקשה לכאורה לאידך אוקימתא דכרבנן מניח. בזה יקשה כיון דמע"מ חייב להכריז היינו אף בלא ראה דמישראל נפל. דאלו בראה גם בר"נ חייב להכריז כיון דס"ל לרבנן דלא הוי יאוש. וכיון דמע"מ מיירי בלא ראה ובאמת דאיכא מע"מ בלא המוצא א"כ בבא דר"י מיותר. ונלע"ד ליישב גם זה. דלכאורה קשה לי בסוגיא. דלפ"מ דמוקי בטמון דהוי מצי לאוקמי גם כרבנן. והיינו דהא באמת ברוב נכרים מדינא תולין ברוב. רק משום דאיכא לברורי ע"י הכרזה. וא"כ לכאורה אי סי' לאו דאורייתא יש חילוק דבסי' בגופו מדין תורה צריך לברר דע"י הכרזה יבורר ע"י עדים שיכירו בטב"ע. אבל בסי' מקום או מנין דליכא סי' בגופא ל"ש דיבורר ע"י עדים וכמ"ש לעיל כמה פעמים. ממילא בצד עצמותו תולין בר"נ. וא"כ י"ל דרבנן ס"ל בסי' שבגופו בזה דחייב להכריז דלא הפסידו חז"ל בתקנתם להמוצא במה דקתני להחזיר בסימנים. דהא בלא"ה אף אם לא יחזיר לא יהיה בו כח לתלות בנכרי. דאפשר שיבורר ע"י עדים. משא"כ במתני' דמכשירים דמיירי בטמון י"ל דליכא סי' בגופו רק סי' מקום. ובזה דמדין תורה זוכה

המוצא ויכול לתלות בנכרי כיון דליכא לברורי אז תקנו חכמים שיחזיר בסי' להפסיד להמוצא. דאף דכתבנו לעיל גבי כלי אנפורי' דמדתקנו חז"ל להחזיר בסי' מקום או מנין מוכח דלא חשוב בזה להפסידא דהמוצא. היינו בעלמא בר"י דמה דזוכה המוצא מד"ת הוא מכח יאוש הבעלים בזה שפיר תקחז"ל דמחזירים בסי' דעי"ז לא מתייאשו הבעלים. ממילא האבידה בחזקת בעלים. וחז"ל עשו רק סבה ותחבולה שלא יתייאשו הבעלים. ולא יפקירו הבעלים. משא"כ הכא בר"נ דמד"ת בלאו יאוש ג"כ דזכה המחזיק דתולה בנכרי כיון דליכא לברורי. וע"י תקנת חכמים להחזיר בסי' א"י לתלות בנכרי הוי פסידא גמורה להמוצא. י"ל דבכה"ג לא תקנו להעמידה על ד"ת. וא"כ מתני' דמכשירים י"ל דאתי' גם כרבנן.

אמנם היטב דחו זה הבחורים יחיו. דלפ"מ שביארנו לעיל גבי תאינה הנוטה לדרך דבמע"מ ישראל ונכרים מדינא יזכה בו מספק כיון דליכא חזקת מר"ק אלא מדין איכא לברורי אתינן עלה. אלא דבזה גם רשב"א ס"ל דצריך לברר כיון דהוי ספק השקול. וא"כ מוכח דגם בכה"ג תקנו חז"ל להפסיד להמוצא. דאל"כ גם במע"מ הוי להו להעמידו על ד"ת שלא להחזיר בסי' ויזכה המוצא מספק כיון דליכא לברורי.

אמנם באמת היה נ"ל לחזק סברא הנ"ל. והיינו דבאמת מכח הראיה דמע"מ דחייב. מוכח דמיירי ביש סי' בגופא דליכא פסידא להמוצא וכנ"ל. מש"ה מוכרחים לאוקמי כרשב"א. אבל לדינא י"ל דבסי' מקום או מנין לחוד גם רבנן ס"ל דבר"נ ואפי' מע"מ דהוא שלו דהעמידו על ד"ת שלא להפסיד להמוצא. ולפ"ז י"ל דלאוקימתא דיניח מיושב ג"כ בבות דמתני' היינו דהכא דקתני דר"נ אפי' בסי' בגוף הכלי א"ח להכריז דלענין זה תולין בנכרי דאין עליו חיוב הכרזה. אלא יניח. ובר"י אפילו בסי' מקום או מנין חייב להכריז. ובמע"מ יש חילוק דבסי' בגופו שלא הפסידו להמוצא חייב להכריז. ובסי' מקום או מנין הוא שלו דהעמידו על ד"ת. וכנ"ל. ונכון היטב:

תד"ה ומודה ר"ש, דלא מצינו דאמור רבנן בפירוש, ע' במהרש"א, ולענ"ד דקושי' תוס' דנהי דמלישנא דמתני' משמע דפליג על ת"ק היא גופה תקשי היכי שייך דברי רשב"א לחלוק על ת"ק מה דלא נזכר רמז בדברי ת"ק דלא ס"ל הכי, דבשלמא בעיגולי דבילה י"ל דמדאמר ר"י כל שיש בו שינוי מכלל דת"ק פליג, והיינו דאנן מוכיחי' מדקתני רי"א כל, מוכח דמה דקאמר ת"ק עיגול של דבילה היינו אפי' יש בתוכו מעות, וע"ז פליג ר"י, ושייך בזה לשון פלוגת', אבל הכא לענין טב"ע היכא נזכר זה בדברי ת"ק רמז דבר.

ובזה מיושב ג"כ דלכאורה מה הקשה תוס' הא מתני' דגיטין בזמן שמכירו כשר, דלחד תירוצם בגיטין הפי' בזמן שמכירו היינו אי מכיר הגט א"כ מוכח דחכמים ס"ל דאף

בגט בלא שבעתן עין מהני בטב"ע ומצינו מאן דפליג ארשב"א, אבל לפי הנ"ל ניחא דאף ממתני' דגיטין מוכח דיש חולקין ארשב"א, מ"מ במתני' דהכא ל"ש למתני רשב"א ולומר בלשון פלוגת' על הת"ק כיון דבדברי ת"ק דהכא לא נכלל רמז בזה שלא ס"ל כן:

תד"ה אבל ב' חייב להכריז וכו' והא דקאמר מחרוזות דעלמא ק"ק האיך אמרי' לעיל ורבה אמר מקום לא הוי סי', ופי' תוס' שם דבעי למימר דהא דהכריח לרבה להמציא דמיירי ביש בו סי', וסי' העשוי לידרס לא הוי סי', היינו משום דס"ל מקום לא הוי סי', הרי מבואר דאי הי' ס"ל דמקום הוי סי' הי' יותר ניחא לאוקמא כרבא דכריכות בהנוח, ואינך בדרך נפילה, וא"כ עדיין יקשה מנ"ל לרבא דמחרוזות וכריכות מיירי הכל מכריכות דעלמא דלמ' מתני' דוקא קאמר דמצא הרבה כריכות ואינך כולהו מיירי בדרך נפילה לא הוי מנין סי', וכריכות מיירי בדרך הנוח הוי מנין סי', ובר"ה דמנשתפי לא הוי מנין סי' ומתני' כפשטא כמו לרבא בסי' מקום ה"נ איכא לפרש בסימן מנין, ונלענ"ד דהכי אמרי' דאלו היה סבר רבה דמקום הוי סי' א"כ ממילא הי' מוכרח לפרש כולה מתני' בדרך נפילה, דאי בדרך הנוח הא הוי מקום סי', א"כ יקשה מנ"ל להמציא דמתני' מיירי ביש בו סי', וסי' העשוי לידרס לא הוי סי', הא מתני' כפשטא דמשום מקום הוא, בזה ודאי אין דוחק לאוקמ' כריכות בהניח כיון דממילא אין שייכי' בנפילה, ואינך הא לקושטא דמלתא ע"כ מיירי רק בנפילה, ולזה אמר דרבה ס"ל דמקום לא הוי סי', וא"כ י"ל דדחיק' לי' לרבה לומר דכולה מתני' מיירי רק בנפילה, אלא דמיירי גם בהנוח, וממילא מוכח דמחרוזות ואינך, היינו מחרוזות דעלמא ודומי' דהכא דכריכות מיירי בכריכות דעלמא. ושפיר מוכח דסי' העשוי לידרס לא הוי סי', ואולם כ"ז לשיטת תוס' בר"פ, לפ"מ דס"ל למהרש"א בכוונתם דלרבה מתני' מיירי אף בדרך הנוח, אבל לשיטת הרא"ש דר"פ הוי משתמר קצת מיירי רק דרך נפילה הדרא קושי' לדוכת' אמאי מוקי רבה מתני' בסי' דמנין, ועיין:

תד"ה כי קאמר ר"ש בר"נ. וא"ת א"כ מה צריך טעם: תמוהים לי דבריהם הקדושים דהא חזינן לקושטא דמלתא דלרבנן דפליגו עליה אפי' בר"נ דלא תלינן דמרובה נפל. דהא בודאי ל"ל דקושייתם באמת גם על רבנן דאמרי לא תלינן. ולפי תירוצם באמת פליגי רבנן עלה רק היכא דידוע ודאי דמישראל נפל א"כ למאי דמוקים לקמן מתני' דמכשירים בטמון וכרשב"א. הא גם כרבנן מיתוקמי, דהא גם חכמים מודים דתלי' בנכרים, וכן אידך אוקימתא דלרבנן יניח. היינו ע"כ בלא ידוע דמישראל נפל. דאל"כ איך שייך יניח. דכיון דאנו דנין דלא הוי יאוש אמאי א"ח להכריז היכא דידוע דמישראל נפל. אע"כ דמיירי בלא ידוע ואעפ"כ אסור להחזיקו לעצמו ולתלות דמנכרי נפל. וכן מוכח מדאמרי' לקמן

מצא כאן ארנקי מאי. א"ל הרי אלו שלו. בא ישראל ונתן בו סי' מהו דהוי יאוש. א"ל חייב להחזיר תרתי. הרי זה תלוי בזה דהיכא דהוא שלו גם בבא ישראל ונתן בו סי' הוא שלו דהוי יאוש. ואם נימא דרבנן פליגי עלה רק היכא דידוע דמישראל נפל. א"כ היכי פרכי' תרתי הא זהו ממש כרבנן דבבא ונתן סי' הוי ידוע דמישראל נפל. אע"כ ברור דלרבנן בכל ענין תולין דמנכרי נפל. והיינו ע"כ הטעם כמ"ש תוס' לעיל (דף כג ע"א) ד"ה והא איכא נכרים. דכיון דאיכא לברורי ולתקן להשיב ממון להבעלים מתקנינן. וכיון שכן מהיכן פסיקא להו להקשות על רשב"א דלמ"ל טעמא דיאוש. דלמא גם רשב"א ס"ל ביסוד זה כרבנן והיכא דאיכא לברורי אינו ראוי לתלות' בעכו"ם. ורק מדין יאוש אתינן דהבעלים מתייאשים דשמא נכרי ימצאנו.

ונ"ל דקושי' התוס' דלפי אוקימתא דטמון הא מוכח דלרשב"א תליא בנכרים. וז"א דהא הך אוקימתא בטמון משום דבא לאסוקי דרשב"א ס"ל אף בר"י. ואז ממילא לא קשיא מידי קושי' תוס'. דהא צריך לטעמא דיאוש משום ר"י. וא"כ דלמא הא בהא תליא. דאם מיירי רשב"א רק בר"נ ומוכח באמת ג"כ דאין ראוי לתלות בנכרים. ובאמת מתני' דמכשירים לא מיירי בטמון. ולאידך צד דרשב"א מיירי אפי' בר"י ומוכרחי' לבא לאוקימתא דבטמון באמת מוכח ממתני' דמכשירים דלרשב"א תליא בנכרים. והא דנקט מתייאשים משום רוב ישראל. וזהו לכאורה תמי' גדולה ועצומה על רבותינו בעלי התוס' ז"ל:

לגודל הקושי' מוכרחים אנו לומר דס"ל דאף לס"ד דלא מיירי מתני' בטמון. מ"מ פשיטא מתני' דמכשירים לא משמע דמדין יאוש לחוד הוא. אלא דכולהו משניות דמכשירים מיירי בענין דתליא בנכרים. או מישראל כמו אינך דקחשיב התם מצא בה תינוק מושלך. מצא בה מציאה. מצא בה בשר ע"ש. וא"כ קושייתם לפ"מ דבא הש"ס להוכיח ממתני' דמכשירים דרשב"א מיירי רק בר"נ. ומתני' דהתם כרשב"א. בזה יקשה כיון דממתני' דהתם משמע דתליא בנכרים. א"כ למאי הלכתא נקט רשב"א טעמא דיאוש. וביותר לפמ"ש הפ"י דבס"ד ניחא דלא הקשו דיוקא דמתני' דהתם דקתני במע"מ חייב להכריז. א"כ בבא דרוב ישראל חייב להכריז מיותרת ומתרץ דמע"מ מיירי דוקא בראה מישראל נפל. אבל בלא ראה דאף דלענין יאוש לא מייאשי כיון דהוי מע"מ אפשר שישראל ימצאנו. מ"מ היה מהראוי להמוצא לתלות בנכרי כיון דהוא בעצמו אינו בכלל ספק הנפילה דידע בעצמו שממנו לא נפל ומבלעדי' הוי ר"נ וא"ח להכריז רק בידוע דמישראל נפל. א"כ מוכח להדי' דתולי' דמנכרי נפל. דאל"כ דאין תולין ממילא במע"מ גם בלא ראה חייב להכריז. וא"כ בבא דר"י מיותר. אלא ודאי דחולין ושפיר הקשו ל"ל יאוש.

אמנם אין זה מספיק דהא הפ"י בעצמו כ' דלאוקימתא דטמון לא מיישב בבא דר"י. וע"כ דנקט משום אינך מילי דקחשי'. ואף לפ"מ שנכתב לקמן ליישב. מ"מ עכ"פ לאידך אוקימתא כרבנן ויניח לא מיושב. כמו שמבואר לפנינו בעזה"י. ומוכרחים לומר דנקט אגב אינך. א"כ דלמא גם לס"ד הכי הוא. והעיקר כמ"ש תחילה דפשטא דמתני' משמע דמדין תלי' הוא דומי' דאינך בבי. ושפיר הקשו תוס'. ועדיין צ"ע:

בא"ד ואפילו אם ישראל ימצאם לא יכריז. ולכאורה אין זה מספיק כ"כ דהא חזינן באידך אוקימתא דלרבנן בר"נ יניח. הרי אף דכל המוצא לא יכריז אעפ"כ לא מייאשו הבעלים. וע"כ משום אף שהמוצא לא יכריז כיון דיש בו סי' אינו מייאש דסומך עצמו שהוא בעצמו יכריז כלי שכך וכך סימנים אבדתי וישמע המוצא ויחזירנו לו. ונ"ל דיש לחלק דוקא היכא דהדין דיניח א"כ סומכים הבעלים דבכל עת מכריז גלימא בכך וכך סימנים אבדתי וילך המוצא ויראה שיש בו סימן כאלו ויחזיר לו. אבל לרשב"א דהדין דזוכה לעצמו דתולין בנכרי ומותר לו למכור ולכלות הדבר כאדם עושה בשלו ואין משגיח כלל בסימנים. הכא כיון דאין עליו חיוב השבה ומתייאשו הבעלים דלא יבורר ע"י סי':

עוד י"ל בד"א שבאמת אין חילוק בין אם יניח או דזוכה בו בכל ענין שייך סברא הנ"ל דהבעלים סומכים שיכריזו כך וכך אבדתי ויחזיר להם המוצא. ובאמת סברת תוס' רק בצירוף תרווייהו דהבעלים סוברים דאחד מר"נ ימצאו. ואף אם המיעוט ישראל ימצאם. כיון דעכ"פ לא יכריזו יהא בקושי להתברר. מש"ה בצירוף ב' אלו מתייאשים הבעלים. אלא דבאידך אוקימתא דמתני' כרבנן. ס"ל לרבנן דאף משום צירוף תרווייהו לא מתייאשו. אבל רשב"א ס"ל דמייאש משום צירוף תרוויהו. ואין להקשות דלמאי צריכים תוס' לעיל ליכנס בפירצה דחוקה דע"י צירוף תרווייהו הוי ייאוש. ולא סגי להו בפשיטא סברא א' דמשום ימצאם א' מר"נ מייאשו. דכמו לאידך צד דרשב"א מיירי בר"י ס"ל דמייאשו משום שימצא אינש דלא מעלי. ה"נ עכ"פ לאידך צד דמיירי רק בר"נ. ודאי י"ל ברווחא ומשום זה לחוד מייאשו. די"ל לפמ"ש לעיל בכוונת קושי' התוס' דס"ל דמתני' דמכשירים משום דמדין תולין אתינן עליו. א"כ יקשה בהיפוך כיון דרשב"א ס"ל אפי' בידוע דמישראל נפל דהוי יאוש. למאי הלכתא קתני במתני' תולין בנכרי. תיפוק ליה בלא"ה מטעם יאוש. ולזה הוכרחו לומר דאין יאוש רק מכח צירוף. דגם המיעוט ישראל אם ימצאם. יתלה בר"נ. וא"כ קתני מתני' דעיקר הדין דתולין בנכרי. ומכח זה צומח סברת יאוש אף ברואה שמישראל נפל שהוא שלו מכח יאוש:

אמנם לפ"ז יש להקשות טובא דהיא גופא קשה מנ"ל להש"ס דאי פליגי רבנן עליה דרשב"א אפי' בר"נ. מתני' דטמון לא אתיא כרבנן או דבאמת יניח. דלמא לא פליגי

רק לענין סברת יאוש ונ"מ בנתברר שמישראל נפל. אבל בסתם גם רבנן ס"ל דתולין בנכרים. בשלמא לפי דרך הא' הנ"ל. י"ל דהוא מלתא דפסיקא מסברא דא"א דהדין דהמוצא יחזיק בו לעצמו. בודאי הוי יאוש. ושפיר מוכח דחכמים ס"ל דאין תולי' בנכרי לזכות בו לעצמו. אבל לפי דרך הב' הנ"ל יקשה דהא לפי האמת חזינן דלרבנן אף דיניח. אעפ"כ לא מייאשו הבעלים מטעם צירוף ב' ריעתות דרוב נכרים ואף המיעוט לא יכריזו. א"כ ממילא אף אם היה ס"ל לחכמים דזוכה בו. לא הוי יאוש משום צירוף ב' הסברות. א"כ דלמא באמת ס"ל לחכמים דתולין גם בנכרי ופליגי רק בסברת יאוש לענין בידע דמישראל נפל. ולזה נראה יותר כפי דרך הב' בכוונת תוס' בקושייתם דהוכיחו אף דמתני' לא מיירי בטמון. מ"מ מוכח דרשב"א ס"ל דתולין בנכרי מכח קושי' הפ"י דבבא ר"י חייב להכריז מיותר דנשמע במכ"ש מסיפא דמע"מ חייב להכריז. אע"כ דיש חילוק דבמע"מ מיירי דוקא בראה דמישראל נפל. דאל"כ תולי' בנכרי. וא"כ נימא דל"מ לאוקמא כרבנן. וכיון דמע"מ חייב להכריז דמיירי ע"כ בראה דמישראל נפל. א"כ מוכח בר"נ היינו אפילו בראה דמישראל נפל. א"כ מוכח מטעם יאוש. ומה שדחינו לעיל דע"כ ליתא לדקדוק פ"י מכח מסקנא יבואר לפנינו בישוב רווח בעזה"י. ודוק וע' היטב כי נכון וגמור הוא:

דף כד:

רש"י ד"ה אימא מישראל נפל. לפיכך חייב להכריז ול"א דיניח וכו'. ביאור דברי רש"י דנקט דיניח. ולא בפשוטו דהא השתא קיימי' דהלכתא כרשב"א בר"נ. ולדידי' הוא שלו לגמרי, דהיינו דאף לאוקימתא קמייתא בטמון. ע"כ פליגי רשב"א ורבנן בתרתי. דהיינו הא' בסברת יאוש. דלרשב"א אף בלא הדין דתלינן בנכרי הוי יאוש דהרי אפי' בר"י ס"ל דהוי יאוש משום אינשי דלא מעלו וק"ו בר"נ, ורבנן ס"ל דלא הוי יאוש. וגם בגוף הדין דתלינן. דלרשב"א אף היכא דליכא יאוש דהיינו בטמון תלינן בנכרים ולחכמים אין תולין. מ"מ לאוקימתא ב' דכרבנן ויניח מה"ת לן להמציא ב' פלוגתות. די"ל דלענין תלינן לכ"ע לא תלינן לזכות בו רק דיניח. ופליגי רק ביאוש. מש"ה הקשה רש"י דאף בלאו ישראל סברי ג"כ לא יהיה שלו דהא לרשב"א לא תלינן בנכרים לענין שיהא שלו. ורק משום יאוש אתינן עלה ובזה טעמא דישראל כרי לחוד סגי דליכא יאוש דהא ידעי' דישראל ימצאנו ולא יהיה לו היתר לתלות בנכרים. ואף דלרשב"א גם בר"י הוי יאוש משום אינשי דלא מעלו הא בזה גם בישראל סכרי וישראל כרי אינו מספיק דממה נפשך הוי יאוש. וע"כ או דהכא לא הוי כמו פלטיא והוי כסימטא. או דבא לתרץ רק דקיי"ל

כרשב"א בר"נ ולא בר"י. וא"כ בטעמא דישראל כרי לחוד סגי. ולזה הוכיח רש"י להסביר דבעי ישראל סכרי לענין החיוב הכרזה ולא נאמר יניח. ואין להקשות דמנ"ל לרש"י לפרש דקאי באוקימתא בתרייתא ומצריך להאי דישראל סכרי ליה בכדי שלא יהא הדין דיניח, ולא מפרש דקאי באוקימתא קמייתא דמוכח דלרשב"א דתולין בנכרי, והכא קיי"ל בר"נ מש"ה מצרכי' לישראל סכרי דבלא"ה הוי שלו. וביותר דהא לס"ד דקאמר הש"ס וש"מ אין הלכה כרשב"א אפילו בר"נ. ע"כ דקאי על אוקימתא קמא דאל"כ הא גם לרבנן אין חיוב הכרזה דא"כ למה נקט רש"י תירוצם דהש"ס לפי אוקימתא ב'. די"ל דלאוקימתא קמייתא יהא קשה להיפוך דל"ל דישראל כרו לי' דהא י"ל דלמאי דקיי"ל כרשב"א בר"נ בין לענין תלינן ובין לענין יאוש. מ"מ י"ל דלענין דינא הוי יאוש. רק מכח מה דהדין דתולין בנכרי. א"כ הכא בישראל סכרי לחוד סגי דאף אם נכרי כרו מ"מ לא מייאש דשמא ימצא מיעוט ישראלים. והמוצא לא יתלה בנכרי כיון דישראל סכרי. אע"כ דקאי לאוקימתא ב'. וממילא לכ"ע לא תלינן בנכרי רק יניח. וא"כ הא דקיי"ל כרשב"א בר"נ היינו משום יאוש לחוד דאף דהמוצא לא יתלה בנכרי מ"מ מייאשי דסובר דהנכרי ימצאנו. ומש"ה הוצרכו לומר דישראל כרו ומוכרח דקאי באוקימתא דיניח ומדוקדקים דברי רש"י. ולפ"ז מוכח דרש"י ס"ל כפי דרך הא' שכתבנו בכוונת תוס' בתירוצם לחלק בין היכא דיניח דליכא יאוש. ובין היכא דזוכה לעצמו דהוי יאוש. דאל"כ דליכא הפרש ע"כ עדיין כמו דיקשה לאוקימתא קמייתא דבטמון. דדלמא ס"ל דהוי יאוש דהמוצא יתלה בר"נ. והיינו בצירוף דימצא נכרי וכנ"ל. זהו קשה גם לאוקימתא ב' דדלמא אנן קיי"ל דבר"נ הוי יאוש מכח צירוף דימצא נכרי. וגם אם ימצא ישראל לא יכריז אלא יניח. משא"כ בישראל סכרי דהמוצא יהיה חייב להכריז ליכא יאוש. אע"כ דס"ל לרש"י כדרך הא' הנ"ל. והכי מוכח ג"כ לפי שיטת הראשונים דיתבי בה נכרים היינו מיעוט נכרים דלא כמאן דמפרש דהם שומרים מחפשים יותר. והרי ע"כ מדמוקמי' רק כרשב"א היינו דהך סברא דהשומרים ימצאו לא עדיפא מר"נ. א"כ מוכח דאף לפי הצד דרשב"א ס"ל רק בר"נ מ"מ הוי יאוש משום זה לחוד. ודלא משום צירוף תרווייהו. דהא ביתבי נכרים אם ישראל ימצא הא מחוייב להכריז כיון דלענין הנפילה הוי רוב ישראל:

וביותר נראה דגם רש"י סובר כפי דרך הב' הנ"ל. והיינו דוקא לאוקימתא קמייתא דבטמון דפלוגתא יהיה בב' דברים. הא' בר"י לענין יאוש. והב' בר"נ לענין תלי' בנכרי. בזה שפיר קשה די"ל דקיי"ל כרשב"א בר"נ לענין סברת תלי' לחוד'. אבל לא מדין יאוש כלל. דאף דהמוצא יתלה בנכרי. מ"מ ליכא יאוש אף בצירוף החשש שימצא נכרי וכנ"ל. ואם כן בישראל סכרי לחוד סגי כיון דליכא למתלי' בנכרי. אע"כ דקאי ללישנא ב'.

ואהך לישנא הוי רק חד פלוגתא לענין יאוש. מש"ה למאי דקיי"ל כרשב"א בר"נ. היינו דבר"נ קיי"ל לענין סברת יאוש. וכמו דסברת רשב"א דר"נ הוי יאוש משום שמא ימצא נכרי לחוד. בלא צירוף דסברא דמוצא לא יכריז. דהא לדידי' אף בר"י הוי יאוש מכ"ש דבר"נ הוי יאוש משום הך לחוד שימצא א' מר"נ. וא"כ אף דאנן קיי"ל דבר"י לא הוי יאוש וכנ"ל. מ"מ בר"נ דקיי"ל כוותי' דרשב"א לענין יאוש. לגמרי קיי"ל כוותי' דאפילו היכא דהמוצא לא יתלה בנכרי. מ"מ הוי יאוש משום שמא ימצא נכרי. ומש"ה אצטריך לישראל כרי לה. והוא נכון בעה"י:

ובדרך פלפול אמרתי הא דבאמת נקט הגמרא ישראל כרי לה והיינו ללישנא בתרא הנ"ל. ולא נקט ללישנא קמא ובישראל סכרי לחוד סגי והיינו כיון דמרא דשמעתא הוא ר' יהודה ולדידיה מוכח דס"ל כלישנא בתרא למה דאמרי' בסמוך רב יהודה הוי אזיל בתרא דמר שמואל וכו' שהקשה למר שמואל תרתי וכו'. ולכאורה קשה מה סתירה בזה הא י"ל דקיי"ל כרשב"א בר"נ דתלינן בנכרי. מש"ה אמר תחילה הרי אלו שלו. אבל מ"מ לענין יאוש לא קיי"ל כוותי' דאף דהמוצא תולה בנכרי מ"מ לא הוי יאוש וכנ"ל. מש"ה בבא ישראל ונתן סי' חייב להחזיר לו. וצ"ל דר"י ס"ל כלשון הב' הנ"ל וממילא גם לרשב"א ס"ל דלא מצינו דתולין בנכרי ורק בענין יאוש פליגי. א"כ במה דפסק תחילה הרי אלו שלו. ע"כ משום יאוש הוא. מש"ה שפיר פריך לי' תרתי. כיון דהוי יאוש מה מהני נתן בה סי', וא"כ מוכח דר"י ס"ל כלישנא ב', וק"ל:

תד"ה לבתר תריסר ירחי שתא. דהאובד אינו מתייאש וכו'. נראה כוונת דבריהם לחלק בין האי דלעיל גבי כופר' בי מעצרתא כיון דקדחו ביה חלפא דהוי יאוש, ובין הכא דלאחר תריסר ירחי שתא לא הוי יאוש, דהחילוק דדוקא בדבר שדרך מתייאשי דקדחו בי' חלפא. א"כ המוצא יכיר שזמן מרובה נאבד. בזה הבעלים מתייאשים וסוברים שהמוצא לא יכריז דהא יראה דמזמן מרובה נאבד. ואף דלפי הדין צריך להכריז כמו דהכא במוצא ויודע דנאבד זה תריסר ירחי. מ"מ הבעלים סוברים דהמוצא כשרואה ויודע שזמן מרובה נאבד תולה דמתייאשו הבעלים, ולא יכריז. אבל באבידה דעלמא דאין ניכר בין חדש לישן לא מתייאשו הבעלים דמה שעבר זמן רב ולא הוכרז. אולי מקרוב מצאן המוצא ויסבור דמקרוב נאבדו ויכריז כך ביאור דברי תוס':

אבל לא אדע דמי הכניסם לזה דהבעלים סוברים דהמוצא יטעה בדין ויסבור דמהני יאוש. הא בפשוטו י"ל דדוקא לעיל בכופרא דמיירי בהנוח דמסתמא נזכרו הבעלים בזמן קרוב להנחתן וכבר בקשו ולא מצאו כמ"ש תוס' לקמן (דף כ"ו ע"א) ד"ה בכותל חדש וא"כ כשעבר זמן רב משעה שבקשו ולא מצאו סוברים דודאי מאז שבקשו ולא

מצאו כבר לקחם אחר. א"כ מדעבר זה זמן רב שלא החזיר בודאי אין דעתו להחזיר. או שמצאן נכרי. אבל בדרך אבידה שלא בהנוח י"ל דגם בקדחו ביה חלפא לא מהני דלעולם חוששים הבעלים דעדיין לא נמצא מש"ה לא הוכרז. וכשמצאן יכריז. וצ"ע:

גמרא תרתי. לכאורה יש לדקדק דא"כ אמאי שאל לו בא ישראל ונתן בו סי' מה. כיון דכבר אמר לו הרי אלו שלו ממילא אפילו נתן בו סי' לא מהני. וכן הקשה לו בעצמו תרתי. ונלענ"ד לפמ"ש לעיל בתחילת פרקין דמתניתין דמעות מפוזרות הרי אלו שלו לא מוכח דסברת דאדם עשוי למשמש הוי ודאי. דיש לומר דמכח הסברא דמרגיש וידע אתרע חזקת מר"ק ממילא הוא שלו מספק. ורק מברייתא דהמוצא מעות בבה"כ דכיון דיש בו סימן ויבוררו הבעלים ואפשר שיטענו הבעלים ברי דלא ידעו דנפל. מש"ה מוכח דהוי כמו ודאי עשוי למשמש, וגם כתבנו לעיל דלישנא ב' דיניח ליכא קושי' כלל מברייתא, די"ל דמירי בל"י דמישראל נפל, רק בלא טעמא דיאוש הי' מדין דיניח דלהך לישנא דגם לרשב"א לא תלינן בר"נ להיות שלו. מש"ה הוצרך לטעמא דיאוש, ממילא ליכא קושי' הא ל"י, דהוי ס"ס. ס' נכרי. ס' ידע, כמ"ש לעיל בארוכה' וכיון שכן י"ל דמש"ה שפיר שאל לו בא ישראל ונתן בו סימן והיינו די"ל דאדם עשוי למשמש אינו ברור כ"כ לודאי. ומגרע רק לחזקת מר"ק. ומה דפסק מתחילה הרי אלו שלו. אף ביש בו סי'. ואפשר שיטענו הבעלי' ברי. מ"מ מותר להחזיק לעצמו מכח ס"ס. ס' נכרי' וס' ידע דנפל ול"ש ביה דיניח משום דאיכא לברורי. הא לא יבוררו לעולם ב' הספיקות. דאף אם יטענו ברי מ"מ ליכא שם בירור עליו. דבזה אף דברי ושמא ברי עדיף. כיון דלא הוי מוחזק גמור רק משום חזקה דהשתא. אבל מ"מ כיון דליכא ברי גמור רשאי להחזיק לעצמו מכח ס"ס. וא"כ כל שבא ונתן בו סי' ואמר ברי דל"י דנפל. י"ל דחייב להחזיר. ולא השיב לו החילוק בין טען ברי דל"י דנפל, ובין דלא טען. משמע דבכל ענין חייב להחזיר. ולזה הקשה לו תרתי דכל כמה דלא טען דל"י אמאי חייב להחזיר, דהא עכ"פ מכח עשוי למשמש ליכא חזקת מר"ק. גם י"ל דשאלת ר"י הי' ג"כ בלא טען דל"י. היינו אף דליכא חזקת מר"ק. מ"מ י"ל דהלכתא כסומכוס דאף במוחזק יחלוקו, אבל אחר שהשיב דיחזיר היינו דצריך להחזיר כולו שפיר הקשה לו תרתי כיון דעכ"פ ליכא חזקת מר"ק מה"ת דיחזיר לו כולה עכ"פ בחולקין סגי. וק"ל וע' היטב כי נכון הוא בעזה"י:

דף כה.

גמרא ורמינהו מצא דבר שא"ב סי'. נראה הא דנקט הש"ס, תנינא להא דתנו רבנן, ולא פריך בל"ז אמתני' דהדיוק דהכלי ולפניו פירות הרי אלו שלו. די"ל דודאי אף

דלפניו פירות תולי' הפירות בכלים, והטעם דהא"ש היינו משום דהבעלים מתייאשים דחוששים דהפירות נפלו מהכלי וסוברים אולי נפלו ויגלגלו מרחוק או שיתגלגלו מאחורי הכלי שלא יהא מהדר אפי' דכלי לגבייהו ואזי לא יתגלה המציאה בכלי, והא דבתוכם פירות חייב להכריז אף דהוי יאוש, י"ל כיון דהכלי נשאר בחזקת הבעלים דהא מהכלי לא מייאשו ושוב הוי פירות כמונחים בחצירו דל"מ יאוש לשיטת הרמב"ן וסייעתו אף דהכלי הוי חצר שאינו משתמר לענין קנין, מ"מ י"ל לענין זה מהני דלא יצא מרשות בעלים ע"י היאוש, וא"כ י"ל דהברייתא מיירי בדברים שאינם חשובים דהוי יאוש של"מ, ולזה הקשה תנינא להא דת"ר דמבואר בברייתא דמקצת פירות בכלי גם מה שבחוץ הוי לבעלים, ובזה אם איתא דהבעלים מתייאשים אלא דהפירות בכלי משום דלא מהני יאוש כיון דהם בחצירו, מ"מ באותן מקצת דבחוץ לכ"ע מהני יאוש. אע"כ אע"כ דלא הוי ייאוש כלל. כיון דאין דרך כלל שיפלו כל הפירות, וע"כ הא דלפניו פירות הוא שלו, היינו משום דתולין בדעלמא ושפיר פריך ורמינהו:

תד"ה ש"מ מנין הוי סי', **ולע"ל נמי דקתני וכו'**, **ול"ק מנין הוי סי'**. תמוה לי דבפשוטו ניחא דהא ע"כ הא דלעיל דמצאן א' א' הוא שלו, אף דלרבא הוי מקום סי'. צ"ל באחד אחד תולין בנפילה רק במצא שני' זהו הוי היכר' דהוי הנוח כדאמרינן תני ציבורי'. וכיון שכן מברייתא דלעיל לא הו"מ למידק דמנין הוי סי'. די"ל דמכח דמצא ב' ב' מוכח דהוי הנוח וממילא הוי סימן מקום, והא דא' א' מותרין. משום דא' א' הוי דרך נפילה, משא"כ הכא פריך ש"מ מנין הוי ס' דהא ל"ל מטעם מקום. דאם כן מאי איריא צבורי' אפילו צבור נמי דהא בצבור א' נמי מוכח דהנוח הוא, אע"כ דלאו מדין מקום הוא רק מדין מנין אתינן עלה. ומשני דבאמת תנו צבור. ודו"ק:

בא"ד א"נ דמצי למדחי דמנין וחרוז' הוי ס'. קשה דא"כ מא קאמר בגמרא ש"מ מנין הוי ס' דלמא לעולם מנין לא הוי סי' אלא דתרתי מנין ומקום הוי סי'. וצע"ג. ודו"ק:

דף כו.

גמרא חולקין פשיטא וכו'. תמוה מאוד דמאי פשיטא הוא, הא אדרבה טעמא לא ידעי' דאמרינן חולקין ולא מהני תפיסת המוציא מספק כיון דליכא חזקת מר"ק, ואם נימא כיון דהוא בחור הכותל הבעלים מקרי מוחזקים וכמ"ש הרא"ש פ"ק גבי איבעי' דזרק בפתח זה ויוצא בפתח אחר דהפקירו הבעלים וזכו בו אחרים מוציאי' מידם ונותנים לבעה"ב, דכיון דליכא חזקת מר"ק זכה בו הבעה"ב מספק ונעשה הוא מר"ק, א"כ ממילא הכא מדינא להיות כולו של הבעה"ב, ומה"ט יש לע' ג"כ גבי מצא בגל כיון דבשעה שהיה

בגל אף שלא זכו הבעלים מטעם חצר, מ"ה עכ"פ כיון דהוא מונח בחצירו והוא ספק אם הוא של אבותיו והוי שלו או אם הוא של אמורים ולא זכה מטעם חצר כיון דאין סופו להמצא, זוכה בתפיסתו לטעון שהוא של אבות ונעשה מר"ק, כמו באיבעי' דאין סופו להניח דאף דאנו דנין דלא מקרי קנין חצירו, מ"מ עכ"פ תפוס לזכות בו מספק, וצריך לדחוק דאין סופו להמצא גרע ואין בחצר זה שם תפיסה עליו, וצ"ל עכ"פ דינא דחלוקה קשה מאוד ומה פשיטות' הוא, שוב מצאתי בס' בית מאיר (סי' סג) באמצע חצאי עגולה, שעמד בזה ובאופן אחר דדלמא קמ"ל לאפוקי ממ"ד דתקפו כהן אין מוציאי' ע"ש, ופלא בעיני דמה שייך דתקפו כהן הכא דהא בליכא חזקת מר"ק לכ"ע תקפו כהן א"מ, ואי דמקרי מר"ק אמאי באמת לא יהיה כולה לבעל הכותל, וצ"ע:

תד"ה דשתיך טפי. ע' מהרש"ל ומהרש"א. ומצוה גדולה ליישב דברי מהרש"ל כי רבתה תמי' למאוד. דמה שייך למידק מתוס' מדהביאו ראי' מחנות, וכל מה שמפרש בכוונת הנ"י נפרש ג"כ בכוונת תוס'. ולענ"ד דודאי עיקר ראיית הנ"י רק מרוב נכרי' וכמ"ש המהרש"א וכמו דנראה בעליל במתני' דמצאו בחנות. כ' הנ"י בזה ב' פירושי', הא' מדלא קתני גם ברישא אם צרורין נוטל ומכריז מוכח דברישא בכל ענין היא שלו דמיירי בר"נ, והב' דבאמת אם צרורים קאי גם ארישא. ועל זה הקשה דלקני ליה חצירו לבעל החנות. ותי' דלאביי ניחא דהוי באיסורא אתיא לידיה. ולרבא צ"ל דהוי חצר שאינו משתמר, א"כ דברי הנ"י סותרים מיני' וביי', דא"כ מה הביא במשנתינו לראיה מצא בחנות דדבר דאין סופו להמצא אין קונה. א"ו דדבריו דלקמן במתני' דמצא בחנות קאי לפי פי' הב'. דאם צרורים קאי גם ארישא ומיירי ברוב ישראל, ומש"ה שפיר מתרץ באיסורא אתיא לידיה, והכא במתני' ראייתם לפי פי' הא'. דע"כ רישא מיירי בר"נ. אולם צריך להבין דלכאורה מר"נ ליכא הוכחא כלל דאיך שייך דיקנה לו חצירו, הא גם אם שלו נפל הוא מייאש. דבשלמא בר"י קשה דיקנה חצירו, דאם יהיה הדין דקנה חצירו ממילא כל המוצא יחזירנו לו דהא ידע דשל חנוני הוא דקנה לו חצירו, וא"כ אין הבעל חנוני מייאש, אבל בר"נ הא מייאש, שמא נכרי יטלנו. ודוחק לומר דהוכחה לפי אוקימתא דלעיל דמתני' דמכשירים בטמון. דרשב"א ורבנן פליגי בתרתי. א"כ י"ל דקיי"ל כרשב"א בר"נ רק לענין תלי'. אבל לא לענין יאוש, או דקיי"ל ג"כ דהוי יאוש מטעם דאם המיעוט ימצאנו יתלו בנכרי, וא"כ הכא דהמוצא א"י לתלות בנכרי דהא מ"מ קנה לו חצירו מש"ה אין החנוני מתייאש מהא חשש דנכרי ימצאו לבד, דהא לפמ"ש לעיל מדפריך ר"י למר שמואל תרתי מוכח לל"ב, א"כ משמע דעיקר כלישנא ב'.

אולם לכאורה תמוה מאד דאם קיימי' השתא לל"ב א"כ בפשוטו אזלא קושיית

המהרש"א על המהרש"ל דהא לל"ב לאו מדין תליי' אתינן עלה דכבר כתבנו לעיל דלישנא בתרא נוכל לומר דגם לרשב"א אין תולים ולא פליגי רק בסברת יאוש דהא דסבר רשב"א בר"נ ה"א שלו היא רק מטעם יאוש. וא"כ מה הועיל המהרש"א בכוונת תוס' אמרינן בר"נ דלא באיסורא אתי לידי'. כיון דבר"נ ה"א שלו הוא רק מטעם יאוש גם בר"נ שייך באיסורא אתי לידיה, ושפיר הוכיח המהרש"ל דתוס' לא סברו דבחצר שייך דבאיסורא אתי לידיה אף אם איירי בר"נ, ונוכל ליישב דהא ודאי מדאורייתא בר"נ תולי' בנכרי דהא חזינן בכל התורה דאזלינן בתר רוב, רק דחכמים תקנו היכא דאיכא לברורי לא אזלי' בתר רוב, וא"כ בא"ב סי' דליכא לברורי הניחו חכמים גם כן על היסוד דאורייתא דתולי' בנכרי, וא"כ אף לפי התי' ראשון של הנ"י דמדלא קתני ג"כ ברישא ואם צרורים מוכח דאיירי בר"נ ואפילו בצרורים ה"א שלו. אבל בודאי מתני' איירי ג"כ בדבר שא"ב סי' דבהא ליכא לברורי ותולי' בנכרי, ושפיר כתב המהרש"א דאיירי בר"נ, וראיית התוס' מדבר שא"ב סי' דלהוי לבעל החנות דאז ל"ש באיסורא אתי לידי', וא"ל דמ"מ (מה) קשה דיקנה לו חצירו (הא) מתייאש ואי דהוי ישל"מ, זהו אינו דדוקא לענין שיצא מרשות ע"י יאוש בזה אמרי' ישל"מ לא הוי יאוש, אבל לענין קנין חצירו של"מ מטעם דזכין לאדם שלא בפניו, הא אלו הוי ידוע ג"כ לא היה חצירו קונה לו כיון דהוי יאוש, בכה"ג י"ל דאין חצירו קונה לו של"מ, היכא דאלו הי' מדעת לא היה קונה לו. גם של"מ אינו קונה ולזה צ"ל דהנ"י לשיטתיה דס"ל לעיל גבי כופר' דהיאוש אינו מועיל בדבר שברשותו או בחצירו, וא"כ אלו היה מדעתו היה חצירו קונה לו דמה דמתייאש החנוני אינו מגרע דהא יאוש אינו מועיל בחצירו דאך דאפשר לחלק דדוקא בדבר שהוא שלו מכבר בזה אין היאוש מועיל אם הוא בחצירו, אבל מ"מ אין חצירו קונה לו בדבר שהוא מתייאש, מ"מ אין הכרח לזה די"ל בפשוטו דיאוש מועיל רק בדבר שאין מונח ברשותו. אבל במונח בחצירו זוכה לו חצירו שלא יועיל היאוש לאפקועי מרשותו, לזה שפיר הקשה הנ"י דלקני לי' חצירו של"מ וכ"ז הנ"י לשיטתי'. אבל לשיטת תוס' דס"ל בסוגיא ד"ה בכותל חדש ובד"ה וניזל בתר בתרא דהיאוש מהני בדבר שבחצרו ממילא ליכא קושי' מר"נ דליקני לי' חצירו, דהא כיון דמדעת לא קנה לו חצירו ה"נ לא קנה לו של"מ, וע"כ ראיה מר"י ושפיר מוכח דהתוס' לא ס"ל כנ"י דבחצירו שייך סברת דבאיסורא אתי לידיה. ומיושבים היטב דברי המהרש"ל בעזה"י:

עוד בדרך אחר נראה ליישב דברי המהרש"ל דלכאורה דברי המהרש"א בכוונת הנ"י אינן מספיקים לסתירת דברי הנ"י דנהי דליכא קושיא על הוכחת הנ"י ממה שתי' לקמן בעצמו דהוי באיסורא אתי לידי', די"ל דקאי לפי' הא' דרישא מיירי בר"נ, מ"מ עדיין קשה

במה דמתרץ הנ"י בעצמו לקמן אף לרבא דהוי חצר שאינם משתמרת ממילא אזדא ראיה דחנות, וצ"ל דהראיית הנ"י דיקשה לפ"מ דהוכיח ר' אבא לעיל (דף י"א ע"א) ממתני' דעישור שאני עתיד למוד דחצר שאינה משתמרת קונה דלדידיה יקשה מתני' דחנות דלקני לי' חצירו, אע"כ דאין סופו להמצא אינו קונה, בזה מיושבים ג"כ סתירת דברי הנ"י לקמן דתחלה מתרץ באיסורא אתי לידיה ואח"כ כ' דגם לרבא ניחא דהוי חצר שאינו משתמר, וקשה למאי הוצרך לסברת באיסורא אתי לידיה הא בסברא דאינו משתמר לחוד מספיק בין לאביי בין לרבא, ולפי הנ"ל ניחא דאינו משתמר לחוד אינו מספיק דמ"מ יקשה לר' אבא דס"ל דחצר שאינו משתמר ג"כ קונה, לזה הוכרח לומר דלאביי ניחא מטעם דבאיסורי אתי לידיה. א"כ י"ל דר' אבא סבר כאביי ורבא מוכרח דטעם שאינו משתמר עיקר וס"ל באמת דלא כר' אבא, ולפ"ז מיושבים היטב דברי מהרש"ל, והיינו דס"ל למהרש"ל דזה בודאי סברא פשוטא דחנות מקרי אינו משתמר לגבי אבידה זו כדכתבו התוס' לעיל והרא"ש בעצמו, וע"כ ראיית התוס' משום דיקשה עכ"פ לר' אבא, ולזה הוכיח המהרש"ל דתוס' לא ס"ל כהנ"י דאם איתא דתוס' ס"ל כנ"י, וראייתם יהא מר' אלעזר לקמן דאמר אפילו צרורים והיינו בר"נ דיקשה אטו גברא אגברא קרמית, דהא י"ל דסבר כהלכתא דחצר שאינו משתמר אינו קונה. ור"א דס"ל דקונה י"ל דמוקי מתני' בר"י, אע"כ דתוס' לא ס"ל כנ"י וקושייתם אף מרישא, ושפיר הקשו עכ"פ לר"א, בשלמא הנ"י מביא שפיר ראי' מחנות, והיינו הנ"י בפי' א' דייק כן מלישנא דמתני' דמיירי בר"נ מדלא קתני ברישא דאם צרורים. וכיון דמוכח כן מגופא דמתניתין שפיר יקשה לר' אבא ממתני'. אבל התוס' לא הוכיחו כן ממתני' אלא גורסים בדברי ר"א, וא"כ הי' מקום לומר דר' אבא דסבר חצר שאינו משתמר קונה מוקי מתני' דחנות בר"י. ושלא כר"א א"ו דתוס' לא ס"ל כנ"י. וגם זה נכון בעזה"י. ובזה מיושב ג"כ מה שדחו אחרונים לראיית המהרש"ל די"ל דהוכחת תוס' אזלי לרבא דלדידי' הוי בהיתר אתי לידי', ולדברינו ניחא כנ"ל, דעדיין יקשה הא י"ל דרבא ס"ל כהלכתא דחצר שאינו משתמר אינו קונה, ור"א ס"ל כהלכתא כאביי דיאוש של"מ לא הוי יאוש אלא ודאי כהוכחת המהרש"ל:

אמנם בזה שפיר יש לקיים דברי האחרוני'. די"ל דראיית תוס' הוא לרבא, והיינו די"ל דתוס' ס"ל דמשמע לעיל (דף י"א ע"ב) דמדאמר רבא לעיל שפיר עביד דלא קבל, משמע דרבא בא לחזק ראיית ר"א ממתני'. וא"כ שפיר הקשו לרבא דהא ס"ל דישל"מ הוי יאוש. וגם ס"ל דחצר שאינו משתמר קונה, והנ"י דמתרץ לרבא דאינו משתמר אינו קונה, צריך לדחוק דמה דאמר רבא שפיר עביד דלא קבל, היינו דלא קבל להך תירוץ דמטלטלין אג"ק הקנה לו, אבל מ"מ י"ל דליכא ראיה ממתני', וכדר"פ דעת אחרת מקנה אותו שאני,

אבל מ"מ בכוונת תוס' י"ל הכי ואזדי ראיית מהרש"ל:

ואולם כל מה שנאמר לדחות ראיי' מהרש"ל היינו לענין ראיית תוס' מחנות, אבל מ"מ שפיר מוכח דתוס' לא סבירא ליה כהנ"י מהראייה הב' מההוא דלוקח מן התגר, דבזה ליתא למ"ש המהרש"א דראי' מר"נ, דדבריו תמוהים דהא קתני שם אם צרורים נוטל ומכריז, וא"כ ע"כ לא מיירי בר"נ. דהא בין לאוקימתא דלעיל בטמון ובין לאוקימתא דיניח, ועכ"פ ס"ל לסתם מתניתין דמכשירין בר"נ ליכא חיוב הכרזה, ומסתמא סתמא דהכא לא פליגי, וכמ"ש לעיל בפירכת הש"ס והא ל"י דנפל, וגם דחיות האחרונים דראיית תוס' לרבא ג"כ ליתא דהא התם בתחילה כ"ז שלא שהה כדי לערב עם פירות אחרים. או למכור לאחרי' אין הבעלים מתייאשים כמ"ש תוס' לקמן ד"ה בלוקח מן התגר. וא"כ גם לרבא הוי באיסורא אתי לידי'. וזהו תמוהים לי לדברי הרא"ש דהקשה ג"כ במתני' דמצא בגל דלקני לו חצירו, ותי' דאין סופו להמצא, ומביא ראיה מההוא דלוקח מן התגר, ואח"כ כתב לעיל דמה שנשאר טמון מן האמוריים לא היה לאותו הקרקע לחלקו, ונ"ל מבואר דהרי"ף ע"כ ס"ל כהנ"י דבחצירו שייך ג"כ באיסורא אתי לידיה, וגם לרבא ניחא הכא דהא מתחילה כשנפל הקרקע לחלקו לא היה יאוש רק אחר שעמד והוי גם לרבא באיסורא אתי לידי', אלא דמתחילה היה ס"ל להרא"ש דהוא של אמוריים ממש, ואם כן מה ראיה הביא מהלוקח מן התגר דהא מיירי התם בר"י דהוי באיסורא אתי לידי' ואף לרבא וכנ"ל, וצ"ל דהרא"ש לא סבר כסברת תוס' דלקמן אלא דס"ל דלאלתר מיד מתייאשו הבעלים. וא"כ ראיית הרא"ש דיקשה לרבא ממתני' דהלוקח מן התגר, אבל עכ"פ תוס' לשיטתייהו דס"ל לקמן דלא מתייאשו עד ששהה ביד התגר וא"כ הביאו ראיה מלוקח מן התגר, מוכח בבירור דלא ס"ל כהנ"י וכדברי מהרש"ל, והנה אף שטרחנו ליישב כוונת הנ"י בראייתו מחנות עוד לא זכינו לעמוד על עומק דעתו במה דהקשה לקמן במתני' דחנות דלקני ליה חצירו, הא כבר תי' לעיל דאין סופו להמצא לא קנה, דהא אף דלפ"מ דקאי הנ"י לפי' הב' דהם צרורים קאי גם אריש ליתא לראיה דחנות, מ"מ י"ל דהנ"י בא לומר דלפי פי' הב' ליתא לראיה שקיימי' דאין סופו להמצא אינו קונה, דהא באמת מ"מ מוכח דין זה ממה דמצא בגל אינו קונה חצירו ואם כן ממילא בחנות ניחא, ובדברי הרא"ש יש מקום מרווח לפ' דאף דכ' כאן במתני' דמצא בגל דאין סופו להמצא אינו קונה ומביא ראיה מלוקח מן התגר. ואעפ"כ לקמן גבי חנות הקשה דליקני לי' חצירו. די"ל דדוקא גבי לוקח מן התגר דברישא דמיירי באין צרורים בזה מקרי אין סופו להמצא דמעות בלא צרור הוא דבר קטן. אבל לקמן דקאי על דברי ר"א דאמר אפי' צרורים ס"ל להרא"ש סופו להמצא. ומרווחא בזה המשך דברי

הרא"ש דלקמן דתחילה הביא דברי ר"א ואפילו צרורים ומשום דינו דמייאש דמימר אמר מכדי הנהו כו' אמרי' קמייהו ולא אהדרו לי. ואח"כ כ' וחצירו לא קנתה. והוא תמוה דאיך תליא זה בדברי ר"א אפילו צרורים. הלא גם במתני' קשה דלקני חצירו דהא להרא"ש גם דברי ר"א בר"י. ולפי הנ"ל ניחא די"ל דבמתני' מיירי בלא צרורים והוי אין סופו להמצא. לזה הקשו רק על ר"א דאמר ואפי' צרורים והוי סופו להמצא. אבל בדברי הנ"י דמתרץ דבאיסורא אתי לידיה ע"כ דקאי לפי הפי' הב' דרישא לא מיירי בצרורים. ושפיר י"ל דהוי אין סופו להמצא. וביותר דהא הנ"י ע"כ ס"ל דגם בצרורים אין סופו להמצא. דהרי בררנו דראייתו ממצא בחנות הוא לפי' הא' דרישא מיירי אפי' בצרורים ובר"נ וצ"ע:

וגם בדברי הרא"ש עדיין לא נחה דעתי. דנראה דאף דלבתר דהביא דברי ר"א שאמר אפי' בצרורים כ' וחצירו לא קנתה. מ"מ נראה ע"כ דקושייתם הוא רק ממתני' והיינו דהא הרא"ש ס"ל כהנ"י דבחצירו שייך ג"כ באסורא אתי לידי'. ומה דהקשה גבי חנות דלקני חצירו. ע"כ היינו דיקשה לרבא ממתני' ואם נימא דהקושי' על מימרא דר"א אפי' צרורים וגם לרבא הוי באיסורא אתי לידיה. הא היאוש מתחיל רק מעידנא דאמר קמייהו. וא"כ בתחילה כשנפל מיניה לא הוי יאוש דאף דאלו ידע דנפל עדיין לא הוי מייאש. וגם דלמא ר"א ס"ל כהלכתא כאביי. אע"כ דהוא קושי' בפ"ע על מתני'. וא"כ גם להרא"ש יקשה הא כבר הוכח מלוקח מתגר דאין סופו להמצא אינו קונה.

והנה אחר שבארנו דהאמת עם מהרש"ל דהתוס' לא ס"ל כהנ"י. לכאורה קשה טובא דלשיטתו יקשה סיפא דמתני' דמחציו ולחוץ הוא שלו דיקנה לבעה"ב חצר. וכאשר הקשה הנ"י. ותי' לשיטתו דבחצר שייך ג"כ באיסורא אתי לידי'. וא"כ לשיטת תוס' דלא ס"ל כהנ"י הקושיא במקומה עומדת. ומה שתי' הרבה הראשונים דהוי חצר שאינו משתמר כמו שהובא בשיטה מקובצת. גם זה אינו מספיק למה שביארנו דקושית תוס' בחנות לר' אבא, וא"כ עדיין לר' אבא דס"ל חצר שאינו משתמר קונה. יקשה ממתני' דמחציו ולחוץ ודוחק לומר דגם בחור הוי אין סופו להמצא. דהרי הנ"י תי' על מצא בגל דאין סופו להמצא. ותיכף תכ"ד הקשה מחציו ולחוץ דלקני חצירו והיינו ע"כ בחור מקרי סופה להמצא.

ולזה עלה בדעתי דרך חדש. והיינו דלכאורה צריכים להסביר עיקר סברת הנ"י בחצר שייך באיסורא אתי לידי' אמאי לא נימא דעד היאוש לא רצה דלקני לי' חצירו דאין לו זכות בזה. ואחר יאוש יתחיל קנין חצירו כמו דאמרי' בעלמא דהתירא ניחא ליה דיקנה. דאיסורא לא ניחא ליה דיקנה, וצ"ל כיון דהחיוב מוטל עליו להגביה האבידה וליטול

מדין השבה. וא"כ בע"כ צריך להתרצות שיזכה לו חצירו שיהיה בידו חיוב השבה. ואף דמצינו דאפי' בגט דמקני לה בע"כ. מ"מ בידה לומר שלא יזכה לה חצירה. דשאני התם דאין החיוב עליה ליטול הגט. אם בידה לברוח רשות בידה. אלא דאם הבעל חזק כחו ממנה ומכניס הגט לידה בע"כ מגורשת. מש"ה רשות בידה לומר אין רצוני שיהא חצירי שלוחי. אבל באבידה דאסור להתעצם ומוטל עליו ליטלו גם בחצר נעשה ידו בע"כ.

ואולם לכאורה כ"ז בכופר' דהוי סי' מקום וכן בכותל בחציו מלחוץ. אבל במ"ש הנ"י ג"כ במצא בחנות וקאי שם באותו צד דברישא מיירי באין צרורים וכנ"ל לכאורה ל"ש כן. דבפשיטות נראה דבמוצא דבר שא"ב סי' אף בעוד דלא ידעו הבעלים דנפל וליכא יאוש. מ"מ אין עליו חיוב ליטלו כיון דאלו ידעו הבעלים היו מתייאשים אין עליו חיוב השבת אבידה. דאף דסברת תוס' לעיל גבי ספק הנוח מבואר דס"ל דאפי' בדבר שא"ב סי' ונטלה נעשה עליו שומר אבידה ומחויב בהשבה. וכן מוכח בשיטות הרמב"ן כפי סברתו ביסוד באיסורא אתי לידי' וכנ"ל. מ"מ היינו דוקא דנטלו כבר. אבל אינו מחויב ליטלו. וא"כ במצא בחנות דמיירי בא"ב סי' יקשה כנ"ל. ואימא דחצר אינו זוכה לו עד שנתייאש. ובהכרח צ"ל דהנ"י ס"ל להדין דא"ב סי' כ"ז שלא נתייאשו הבעלים חיוב עליו ליטול האבידה. וא"כ י"ל דגם תוס' ס"ל כהנ"י ביסוד באיסורא אתו לידיה גבי חצר. אלא דבזה חולקים על הנ"י וס"ל דבר שא"ב סי' אינו חיוב על המוצא ליטול. או אף אם ס"ל בזה כהנ"י. י"ל דדוקא היכא דשייך ביה טב"ע דאפשר שיחזיר להבעלים ע"י טב"ע בזה אף דהבעלים מתייאשים דסוברים שלא ימצא עדים כיון דא"ב סי'. וכמ"ש תוס' לקמן. מ"מ מוטל על המוצא חיוב השבה. אבל במעות וככרות וכדומה דכתבו תוס' לעיל גבי כלי אנפוריא דדברים אלו ל"ש טב"ע. בזה. י"ל דאין עליו חווב כלל ליטול ולהגבי' [ולפ"ז אפשר לומר דין חדש. דהיינו מה שכתבו דבספק הנוח גם מיד לא יחזיר דכבר נתחייב בהשבה היינו דוקא בגוזלות וכדומה דיש בו שייכות טב"ע. אבל בדבר שאין בו ענין טב"ע דלא אפשר שיחזיר לבעלים אין עליו חיוב שמירה בנוטלו. וצ"ע לדינא]. וא"כ שפיר הוכיחו תוס' ממצא בחנות דבמעות דליכא טב"ע ל"ש באיסורא אתי לידי' גבי חצר. אבל במחציו ולחוץ דיש בו סי' מקום גם תוס' סברי כהנ"י דבחצר הוי באיסורא אתי לידי'. ולרבה דס"ל מקום לא הוי סי' י"ל דבחציו ולחוץ הטעם דהוי חצר שאינו משתמר. ור' אבא ס"ל כרבא דמקום הוי סי'. כך היה נראה לכאורה לנכון. ואולם לבי מהסס בזה. דא"כ האיך הביא ראיה מההוא דלוקח מן התגר. הא התם שפיר שייך השבה. ולגודל הקושיא הוכרחנו ללחוץ ולדחוק דתוס' ס"ל גם גבי חור דהוי אין סופו להמצא, ודוק. כי נכונים דברים האלו. ואקוה שכוונתי לדעת הזכאי:

תד"ה לג' עובדי כוכבים מזלות ע' מהרש"א. ועדיין יש להקשות דהא הבעה"ב מתייאש כיון דהדרי' עמו עובדי כוכבים ומזלות וסובר שהם מצאוהו, ולומר דבעה"ב תולה דהוא ימצאהו ואינו מתייאש, וכ"כ בשיטה מקובצת בשם גליון תוס', זהו נסתר ממה שהקשה תוס' דלמה לי' ג' ישראלים בב' סגי דהבע"ה מתייאש, הרי מבואר דס"ל דהבעלים מתייאשים, וא"כ כי היכי דהקשו תוס' על ישראל דבב' סגי ה"נ תקשי על עובדי כוכבים ומזלות דבב' סגי, ובפ"י כ' דכוונת תוס' דלא מיירי הכא לענין לתלות, אלא אף היכא דידע דמישראל נפל ומטעם יאוש אתינן עלי', ומש"ה ב' עובדי כוכבים ומזלות לא מהני כמ"ש תוס' לעיל בההוא דטמון דלא מייאש רק במקום שרבים מצויי' שם, ובסגנון זה כ' הפ"י לעיל בתוס' ד"ה בטמון, ותוכן דבריו שם דמה דלא העמידו תוס' קושיית' על המקשן דלוקי באין רבים מצויין, די"ל דלס"ד טעמא דמתני' דמכשירין דבר"נ הוא שלו היינו אף בראה דמישראל נפל כדמוכח מדיוקא דמע"מ ובבא בר"י וע"כ הטעם משום יאוש, א"כ מוכח דמצא במקום שרבים מצויי', ע"ש, סותם דבריו בפשיטות דבר"נ לא הוי יאוש אלא במקום שרבים מצוי' שם.

ואני בעניי לא ידעתי מנין לו זה בכוונת תוס' כיון דאיכא במקום זה ר"נ הוי יאוש אף דאינו סרטיא ופלטיא מעבר לרבים, אלא דדוקא בר"י דיאוש משום אינשי דלא מעלו בזה בעי מקום מעבר לרבים דנמצאים בתוכם אינשי דלא מעלו, (אבל בעלמא דל"ש תוך מיעוט אנשים שנמצאו אינשי דלא מעלו) אבל לענין ר"נ אין לחלק, ולזה העיקר כדברי מהרש"א, ומה שהקשו דבב' עובדי כוכבים ומזלות ליסגי מדין יאוש, יפה תי' לי הבחורים יחיו די"ל דבעי לאוקמי אף בסתם אבידה היכא דחשש דל"י דנפל מיני' והוי ישל"מ משא"כ באוקימת' דר"י דרק מדין יאוש הוא, וע"כ איירי במדעת, שפיר הקשו תוס' דבתרי סגי, אולם לפי מה שכתבנו לעיל אינו מספיק, דמ"מ בב' עובדי כוכבים ומזלות הוי ס"ס, ס' מעובדי כוכבים ומזלות, את"ל מבעה"ב דלמא ידע והוי יאוש וכנ"ל, והנה בעיקר קושיא תוס' דבב' ישראל עם הבעה"ב הוי ג', נראה דאין כוונתם דהוי ממש כמו דינא של רב נחמן בג' ישראלים דה"נ הכא דבזה ודאי יש חילוק, דהתם בב' פרוטות חייב להחזיר משום דאמרי' או דכולהו הוי שותפים או דאינם שותפים כלל ול"ח לאינו מצוי' דב' מהם יהיו שותפים כמ"ש תוס' לקמן, וזה שייך בשיירא של ג' דאמרי' או דכולהו שייכי' יחד בחברת א' או לא, משא"כ בבעה"ב שעשה פונדק לב' שפיר יש החשש שמא הב' אורחי' הם השותפים להדדי דאין להם שייכות עם הבעה"ב לומר דמסתמא כולם שותפים, אלא דקושי' תוס' כיון דלפי אוקימת' דעשו פונדק לג' ישראלים ע"כ דלא מיירי בג' פרוטות וכיון דממילא לאו בכל גוונא מיירי למאי הלכתא נקט לג',

לוקי בעשאו פונדק לב' ובפרוטה א', ולפ"ז קושיית התוס' רק דלל"ק דרבא יקשה דלוקי ר"נ בב' ישראלים, אבל ללישנא בתרא דרבא דס"ל אליבא דר"נ דאפי' בב' חייב להחזיר דאחולי אחיל, וע"כ דינא דר"נ משכחת בפרוטה א' והטעם דאינו מצוי שימחלו ב' לא', כמ"ש בשיטה מקובצת, א"כ ליתא לקושי' תוס' דהכא החשש שב' האורחי' ישראלים הוי שותפים ואחולי אחלי חד לחברי' א"כ גם בפרוטה א' חייב להחזיר, אע"כ דקושי' תוס' דלל"ק דרבא אליבא דר"נ יקשה דלמא מוקי ר"נ בג' ישראלי' בב' סגי דהיינו בפרוטה א' ודוק:

דף כז.

תד"ה מה שמלה וכו' אפי' אי סימני' לד"א.

נראה בבירור דברי תוס' דבלא סוגיא דב"ק היינו דנין דהא דיאוש קונה הוא מסברא ולא היה קשה דכיון דסי' לד"א א"כ האיך אמרה תורה להחזיר אבידה הא הוי יאוש בעלים כמו לדידן בא"ב סי', די"ל באמת לא מחזירים אבידה בעדים אלא ביש בו סי' מובהק דוקא דלא הוי יאוש, והא דמשנינן לקמן חמור בעדי אוכף היינו בסי' מובהקין דאוכף, אף דכיון דהוי סימ' מובהקי' הוי כמו עדי' להכי נקט עדי אוכף, אבל באמת עדים לחוד לא מהני דהוי יאוש, אבל למה דמשמע מסוגי' דב"ק דילפי' מקרא דיאוש מהני באבידה והיינו משמלה, ולזה שפיר הקשו דלמ"ד סי' לד"א היכי ילפי' מזה דין יאוש דהא ע"כ ל"ל דדרשי' מה שמלה דיש בו סי' מובהק דא"כ למאי צריכים לדחוק לקמן סימנים כדי נסבא, הא הדרש מדוייק היטב, מה שמלה יש בו סי' מובהק, אע"כ מדלא משנינן הכי דאין זה ברור כ"כ דסתם שלמה דיש בו סי' מובהק, מש"ה משני תובעין אצטריך לי' והיינו לענין דבעינן זה יש בו שוה פרוטה כמו שכ' בשיטה מקובצת בשם הרבה ראשונים, וא"כ אף דמשכחת לה חזרת אבידה מה"ת ביש בו סי' מובהק, מ"מ כיון דלאו משמלה ילפי' לה, א"כ מנ"ל הדין דיאוש קונה:

אמנם מ"מ דחיקי לי טובא לומר דבל"ז היה ס"ל לתוס' דמה דמשנינן בעדי אוכף היינו בסימנים מובהקים דאף דהרבה מראשונים כתבו כן דלאו דוקא בעדי אוכף דה"ה בסימנים מובהקי' דכעדים דמי, ע"מ שייך רק אם הדין אמת דעדים בלא סימנים וסימנים בלא עדים דמהני, בזה שייך לומר דעדים לאו דוקא דה"ה בסימנים מובהקי', אבל לומר דעדים לא מהני דהוי יאוש אא"כ דיש בו סימנים מובהקי' וא"כ ממילא לא צריך לעדים, וא"כ עדי אוכף דנקט הוא דבר שאינו דהא לא משכחת מעליותא בעדים, וא"כ בלא סוגיא דב"ק הו"ל להקשות דאי סימני' לד"א דמהדרינן בעדי אוכף הא מ"מ הוי יאוש

כמו לדידן בא"ב סי' ולזה מוכרחים להסכים לדברי מהר"ם לובלין דפי' בלא סוגיא דב"ק הי' מקום לומר דתקנת חכמי' הוא דיאוש קונה באבידה ומדאוריית' לא קני יאוש ודברי תוס' מרווחים:

בא"ד שיאמר להם מכירים אתם וכו'. לכאורה קשה לרבה דס"ל דסי' העשוי לידרס לא הוי סי' היינו דמתייאשי' דסוברים שיושחת ויודרס הסי', הא מ"מ לענין זה יש תועלת הסי' להזכיר ולשאול את העדים מכירים אתם כריכות שלי שהיה בו סי' כך וכך והמה יכירו בטב"ע, בשלמא לפי אידך סברת תוס' דהמוצא לא יוציא השמלה להראותה לכל אדם אלא למי שנתן סי'. מש"ה בעשוי לידרס דלא יהיה בידו ליתן סי' ולא יוציא המוצא השמלה ולא יתברר בעדים, וכן למה שכ' השיטה מקובצת בשם הריטב"א דע"י סימנים שרואי' העדים מכירים אותו בטב"ע, אבל לפי סברת תוס' דע"י סי' יכול לחקור העדים אם מכירים שמלה שלו שהיה בו כך וכך סי', א"כ קשה כנ"ל, ואפשר לומר דתוס' לשיטתייהו דכ' לעיל (דף כד ע"א) ד"ה ומודה וכו' דהנך דמתני' אין שייך בהם טב"ע, א"כ בכריכות דליכא טב"ע בודאי נא ימצאו עדי' ומש"ה הוי יאוש:

גמרא אלא פרוטה שהוקרה והוזלה וחזר והוקרה. וקשה לי דהא מרא דהך שמעתא הוא רבא דס"ל ישל"מ הוי יאוש והכא בשעה שהוזל הוי יאוש בעלים דהמוצא בזמן ההוא יחזיק לעצמו ואף דל"י שנשאר מונח עד שהוזל ואולי כבר נמצא בעת היוקר, הא מ"מ אנו דנין בשעה שהוזל אלו הוי ידע שאבידתו עדיין לא נמצא היה מייאש, וביותר קשה למאי דאמרי' מעיקרא אלא פרוטה שהוקרה, א"כ הא כיון דנאבד ממנו בשעת הזול הוי יאוש מדעת, ואפשר לדחוק דמיירי בדברים שאינם חשובים ויש לחוש דלא נודע לבעלים עד שהוקר, אבל מ"מ לרבא דהוא מרא דשמעת' קשה, וצ"ע:

דף כז:

גמרא טבעת לא משאלי אנשי. בב"י בתשוב' כ' דלמ"ד סי' לד"א כיון דבעי סי' ברור ומובהק יותר גם בכלים אלו דלא שכיח להשאיל חיישי' לשאלה ע"ש, וכבר תמהו האחרונים דא"כ ישאר הקושיא להך מ"ד חמור בעדי אוכף היכי מהדרינן הא לדידי' בכל מילי חיישי' לשאלה, ובאמת לולי דברי הב"י היה אפשר לדון ולחלק דהכא ביש עדי אוכף כיון דהוי בירור גמור דאוכף שלו לא חיישי' נחשש רחוק דהשאיל אוכף, דלא משאלי, אבל ע"י סי' מובהק דאוכף דאף דסי' מובהק מהני, מ"מ יש חשש מיעוט דמיעוטא דמזדמן שנים בשוה בסי' מובהק, דהא חזינן דסימנים מובהקי' ועדים ינתן לעדים, וא"כ י"ל דע"י ב' חששות דשמא אתרמי סי' מובהק כזה, ושמא השאיל לאחר

עי"ז לא מקרי מובהק, והיה מרווח בזה מה דהקשו הראשונים אמאי משני לעיל בעדי אוכף ולא משני בסי' מובהק, והיינו דבאמת לא מהני סברת צירוף החשש לשאלה, אבל לשיטת הב"י דאפי' עדים מעידים על כליו חיישי' לשאלה יקשה כנ"ל, ונלענ"ד די"ל דבאמת לא מהדרינן רק כשיש סי' אמצעי בחמור ועדים, או סי' מובהק באוכף דבזה לא חיישי' שהשאיל האוכף למי שחמורו דומה לחמור שלו בסימנים אמצעים, ודמי לשאלה דיחיד, ובאמת כשמעידים על סי' בגופו ועדי' על כליו, דמשיאין את אשתו.

והנה גם בלאו דברי הב"י בהמתקת סברתו דכיון דיש חשש שאלה מש"ה לא הוי מובהק, יש עוד דרך לדון לדינא כהב"י והיינו לכאורה קשה לי כיון דדרשי' חמור לעדי אוכף, וע"כ הא דצריך קרא היינו לאשמועינן דבדבר שאין דרכו להשאיל ל"ח לשאלה, א"כ היא גופא קשה מנ"ל לחז"ל למדרש דמהדרינן חמור בעדי אוכף מיתור' דחמור, דלמא באמת בכה"ג לא מהדרינן דחיישי' לשאלה, וקרא דחמור אתי להורות דסי' בגוף החמור מהדרינן וללמד דסי' דאורייתא דהרי חזינן לעיל דבעי למימר דשה דמיותר אתי לסי' דאורייתא, אלא דמסקנא לא קאי הכי מדלא נקט מתני' הך דרשא והיינו כפירש"י דידעי חז"ל איזה דרש ללמוד ממנו, אלא דאנן לא ידעי' לה, וא"כ תקשה לקושטא דמלתא על חז"ל דמנ"ל דסי' דרבנן נהי דלא ס"ל לימוד דשלמה דלמא חמור להכי הוא דאתי ומהדרינן חמור בסימנים חמור, אבל בעדי אוכף לא מהדרינן דחיישינן לשאלה, ולזה צ"ל דבאמת מספקי לי' לחז"ל לאיזה דרשא תדרש יתורא דחמור ומספק חד צד לא מהדרינן דשה אתי לאידך דרשא, וא"כ לא מהדרינן רק ביש בו תרתי למעליות' סי' אמצעי בחמור ועדי אוכף והיינו כמ"ש לעיל בשיטת הב"י ויעויין בהרמב"ן במלחמות במ"ש לפרש הא דמשני הש"ס לא בעדי', היינו דקרא משמיענו דמתני' בעדי אריגה ולא בעי עדי נפילה דל"ח למכירה, ביאור דבריו הא דבאמת לא דרשי' דקרא אשמועי' דצריך לדרוש אם הוא רמאי דהיינו עד שיברר שהוא שלו דבעי עדי נפילה דוקא ולאורוי' דלא מהני עדי אריגה והכי משמע פשיטא דקרא דבא להחמיר על התובע שיהיה דרישה בבירור, וצ"ל דהסברא פשוטה דבעי עדי נפילה, וע"כ אתי לאורויא דלא בעי עדי נפילה, וא"כ לכאורה קשה דהא חזינן למ"ד סי' דאוריית' דליכא יתורא דקרא, ואפ"ה הדין דמחזיר בעדי אריגה הרי דסברא חיצונית דמהני עדי אריגה, וצ"ל דזה תלוי בזה למ"ד סי' דאוריית' כיון דלא בעי בירור גמור ממילא מסתבר דמהני עדי אריגה, אבל למ"ד סימני' דרבנן דבעי בירור, יותר הסברא נוטה דבעי עדי נפילה [והיינו כעין סברת הרא"ש לענין שאלה] וע"כ הקרא אתי דמהני עדי אריגה, ואולם תמוה לי על הרמב"ן דלמאי צריך קרא האיך ס"ד למדרש דמהני עדי אריגה הא בלא"ה ידעי' מדאצטריך קרא דחמור דמהדרינן בעדי

אוכף ולאורויי' דל"ח לשאלה דאוכף, ואם איתא דבעי עדי נפילה א"כ לא מהדרינן רק בעדי נפילה וליכא חידוש כלל.

וצ"ע גם ביסוד פירושא דהש"ס דמשני לא בעדי אוכף, דנתחבטו בה הראשוני' לא ידעתי אמאי לא פירשו בפשוטו די"ל למ"ד סימנים דרבנן באמת היה ראוי ללמוד משאלה דסימנים דאורייתא [או לפמ"ש לעיל דהא ראוי להסתפק אי חמור אתי לסי' דאורייתא] לזה כ' עד דרוש אחיך דבעי' בירור גמור היינו בעדים ולא סימנים, כך נלענ"ד בעזה"י:

גמרא אמר רבא את"ל סי' לד"א היכי מהדרי' אבידה בסי', לכאורה קשה היכא מצינו מפורש דמהדרינן בסי' הא במתני' קתני רק דחייב להכריז וזה אפי' מדין תורה דצריך להכריז דשמא יבואו עדים ויכירו, ומתני' דלקמן דקתני אמר אבידה ול"א סי', הא מסקי' ול"א סי' מובהקי' דידי', אבל מ"מ ראיה ליכא. דדלמא באמת לא מהדרינן בסי' ומתניתין מפרשא דל"א סי' מובהקי' ממש דלא מחזירי', והיה נראה דלפמ"ש תוס' לעיל דתועלת הסי' דיזכיר לעדים שראו אצלו חפץ בסי' כזה וכזה וכבר כתבנו לעיל דבסי' מקום ומנין לא שייך זה, ולזה שפיר אמר רב דמוכח דתקנת חז"ל דמהדרי' מהא דכריכות ברה"י דחייב להכריז משום מקום דבסי' כזה ל"ש דיזכיר לעדי' כנ"ל, אע"כ דיקזיר בסי':

ואולם קשה לפ"ז נצטרך לומר הא דמשני ניחא ליה למוצא אבידה אף בלא התקנה היה בזה יאוש בעלים ויהיה שלו, מ"מ ניחא ליה בזה, א"כ מה פרכי' עלה וכי אדם עושה טובה לעצמו בממון שאינו שלו, הא אין מפסיד בזה לשום אדם דאם הדין דלא מחזירי' הוי יאוש בעלי', ודלמא בסי' אחר דשייך שיזכיר לעדי' באמת לא מחזירי', ונ"ל דלק"מ די"ל דבודאי בסי' מקום ומנין ל"ש ניחא ליה למוצא אבידה כיון דיותר טוב לו שלא יחזיר ויהי' יאוש בעלי' אלא דאף בקושי' רבא מתחילה היכי מהדרינן אבידתו בסי' היינו על סי' מקום וכנ"ל, מ"מ במה שהי' ניחא ליה למוצא אבידה וכו', מוכח באמת דחכמים תקנו על כל סי' להחזיר ומטעם כיון דרוב פעמים ניחא ליה להמוצא אבידה, מש"ה לא פליגי רבנן ותקנו להחזיר אף בסי' מקום, [דאף דפרכי' משטרות ול"א לא פלוג, היינו דמ"מ אין לחז"ל להפסיד ללוה, אבל הכא לגבי המוצא לא מקרי פסידא דהוא רק גרס שלא יתייאשו הבעלי' וכנ"ל, אלא דאין לו טובה בזה, מש"ה ל"א לא פלוג] ולזה שפיר פריך וכי עושה טובה בממון שאינו שלו דממנ"פ אם הדין דיחזיר רק בסי' מקום ומנין הלא בזה ליכא טיבותא להמוצא, ואם תקנו גם בסי' בגופ', בזה יקשה האיך עושה טובה בממון שאינו שלו. ולפמ"ש תוס' לעיל דבדברים הנזכרי' במתני' ל"ש בהו טב"ע ממילא ניחא, אע"כ חיוב הכרזה רק שיחזיר ע"י סי' ונכון:

דף כח.

גמרא סימני' וסימני' יניח. ותמוה לי לשיטת תוס' דלמה דקי"ל כרבנן דר' יוסי דתלי' הכל בחלוקה ויכולה להיות אמת, והא הכא ג"כ יכולה להיות אמת דשמא דתרווייהו הוא והו"ל דין חלוקה, וביותר דאף לשיטת רש"י בודאי רמאי יהא מונח הכא אם אמרי' שיכירו שלהם בסי' וא"א שיש לה טב"ע לא מקרי ודאי רמאי דשמא באמת הי' לשניהם חפץ כזה בסימני' אלו, וא"כ לכ"ע יהא הדין דיחלוקו, וצ"ע:

גמרא סימני' ועדים כ' הרא"ש וז"ל ואפי' לא ראו הנפילה אלא שמעידי' שהי' שלו מעמידי' בחזקתו ול"א שמכרו, עכ"ל:

ומסתפקנא בכוונת הרא"ש אם הכוונה דדוקא עדי' שהוא שלו ואינם עדי אריגה מהני דבזה אם באנו לקיים שניהם הסי' ועדי' ולהוכיח מזה דהי' מכיר בזה החפץ עדיין, הספק אם הי' מתחילה של בעל הסי' ומכרה לבעל העדי' ויודע הסי' כיון שהי' שלו מתחילה (אלא דבסי' דעלמא מהני ול"ח דמכרו כיון דהי' בודאי שלו מכח הסי' תו לא חיישי' למכירה וכמ"ש בשיטה מקובצת בשם הרבה ראשונים) או דהי' לבעל העדים תחילה ומכר אח"כ לבעל הסי', מש"ה כיון דמבורר לנו עפ"י עדי' שהיה של זה מחזיקים אותו לבעלים, אבל אם היו עדי אריגה גרע בזה דמכח הסי' מוכח דאח"כ מכר לזה, או דלמא דסברת הרא"ש דמכח הסי' לא מוציאי' מחזקתו של זה, כמ"ש בחולין דאין מוציאין בסי', ה"נ כיון דהי' של זה בודאי אף דעתה ביד המוצא, מ"מ אין מוציאין מחזקת וע"י הסי', וצ"ע לדינא:

גמרא הוא אומר סימני הגט, ע' בלשון הרא"ש, ויש לדון בזה טובא במה דמחלק דלהחזירו לבעל חיישי' אבל להחזירו לאשה ל"ח כדמשמע בפשוטו היכא דליכא חשש ב' יב"ש והספק בין הבעל לאשה בזה מחזירי' לאשה בסי', אבל היכא דיש חשש ב' יב"ש לא מחזירי' להבעל לגרש.

ולכאורה קשה דמה חילוק בזה הא גם היכא דיש ב' יב"ש יש לנו ב' סניפים שהיא מותרת ע"י גט זה ס"א דאומרת גרשתני וס"א ע"י הסי' ניכר שהוא של יב"ש זה, והי' נראה לפרש דבאמת כוונת הרא"ש כן דלהחזירו לבעל ס"ל בסוגי' דלעיל בבריית' דאמר תנו דכיון דהוא אומר ג"כ שגירש ליכא סניף סברת דגרשתני דהא הבעל מסייע לה וליכא העזה, וכן במתני' דנמלך דדייקי' הא אמר תנו נותני' דהתם ג"כ לא אמר דנתגרשה אבל להחזירו לאשה היינו היכא דהבעל והאשה מכחישי' אהדדי דאיכא גם סניף דגרשתני אף דאיכא חשש ב' יב"ש מחזיר להבעל לגרש בו:

ואמנם זה ליתא דא"כ יקשה סוף דברי הרא"ש שכ' והא דקאמר ינתן לו לא שיוכל לגרש

בו וכו' הרי דגם הכא במכחישי' הבעל והאשה לא מחזירי' ליה לגרשה, והנה לכאורה גם בהיפוך קשה דאם נידוק מסוף דברי הרא"ש הנ"ל דלעולם היכא דיש חשש ב' יב"ש (לא) מהדרי' לי', א"כ ממילא סוגי' דינתן לה מיירי היכא דליכא חשש ב' יב"ש, אמנם בזה י"ל דכוונת הרא"ש לא שיוכל לגרש, ר"ל לא לומר חידוש דין זה דינתן בו לגרש, דא"כ היינו צריכים לומר להחידוש היכא דאיכא ב' יב"ש וזה באמת אינו, אע"כ דמיירי בליכא ב' יב"ש וממילא אין חידוש במה דינתן לגרש ובא רק לאפוקי שלא ינתן לה, אולם עדיין קשה כנ"ל דאמאי אין מחזירי' להבעל אף היכא דיש חשש ב' יב"ש, והי' נראה לחלק, דדוקא אם כפי דברי' שנתגרשה ידוע לה שזהו הגט שלה דהיינו היכא דליכא חשש ב' יב"ש, א"כ בזה יש לה ב' סברות בגט זה, דהיינו הא' שע"י שאומר' גרשתני היא נאמנת שהגט זה שלה והוי קצת בירור בפנינו דהיינו הגט, אבל היכא דיש חשש ב' יב"ש דאף לפי דברי' שנתגרשה מ"מ אין ידוע לה שהגט זה שלה, א"כ לא מקרי טענתה עפ"י הגט, וכסברא זו כתבנו לעיל בסוגי' דשיירות מצויות בכוונת תוס', וא"כ לפ"ז הדין דהיכא דיש חשש ב' יב"ש אין נותני' לה הגט זה ע"י סי':

אמנם עדיין יש לחלק באופן אחר והיינו די"ל דאם היא נותנת סי' מחזירי' לה אף במקום חשש ב' יב"ש דב' הסברות מחזיקי' ומורי' על דבר א' דיוחזר לה גט זה, הא' דכבר נתגרשה דנותני' לה גט זה עכ"פ לראי' ואין מקום לדון אם הוא גט שלה או לא, הב' סימני הגט, אבל אם היא אינ' נותנת סי' רק הבעל נותן סי' אין נותני' לו לגרש דבזה סברת גרשתני מורה שממנה נפל, וסברת הסי' מורה דמיני' נפל ויכול לגרשה, וכיון דאינו מורה על דבר א' לא מהני צירוף ב' הסברות, ולפ"ז דברי הרא"ש הנ"ל במ"ש לא דיוכל לגרש מתפרשי' ברווחא, והיינו דבאמת מיירי הסוגי' גם ביש ב' יב"ש ומ"מ ינתן לה ע"י סי' שלה, אבל בההוא דינתן לו בזה הדין דלא מהני סי' דהבעל לגרש בו וכנ"ל, וינתן לו דקאמר רק לאפוקי דינתן לה, ונולד לנו דין חדש דבהיא נותנת סי' הגט מחזירי' לה אף ביש חשש ב' יב"ש והיכא דהבעל נותן סי' וטען שממנו נפל לא מחזירי' לו לגרשה היכא דיש חשש ב' יב"ש ודבריו סתומים וצ"ע:

עוד יש לדקדק במה דכ' הרא"ש הנ"ל לא דינתן לו וכו' הא רבא אמר את"ל דסי' דאוריית' א"כ ינתן לו ממש קאמר וצ"ל דס"ל להרא"ש דודאי כל דיני' אלו אמר רבא להלכת' אף אי סי' לד"א, אלא דאמר אף למ"ד סי' דאוריית' הדין כך, וכן מוכרחי' לומר בדברי תוס' גיטין (דף כח ע"א), והנה במ"ש הרא"ש מקודם וכן חפיסה אי לאו משום דידעה וכו' בזה קשה טובא מה הוכח' בזה הא עכ"פ צריך רבא לטעמא דידעה דהיינו דאף למ"ד סי' דאוריית' לא מהדרי' לה, אבל לדידן סי' לד"א י"ל דבלא"ה לא מהדרי' לה זולת דנאמר

דהרא"ש ס"ל דגם חפיסה הוי סי' גרוע כמו דלוסקמ' דדרך להניח שטרות בחפיסה, והכי משמע קצת בדברי הרא"ש לעיל במתניתין דמצא אגודות ע"ש, וא"כ נידוק מזה דין חדש דס"ל להרא"ש דאף במכוונת סי' גרוע מהדרי' לה בצירוף סברת דאמר' גרשתני, ומיושב בזה ג"כ דברי תוס' גיטין (דף כח) במ"ש והא דאמרי' בב"מ והוא אומר בחפיסה וכו' לא דחשיב סי' מובהק כו', לכאורה בפשטא מבואר דבריהם דמההוא דינתן לו דמשמע לגרש בו, דשורש הדין אף למ"ד סי' דרבנן א"כ היה מוכח דהוי סי' מובהק, ותירצו דמיירי בלא הוחזקו ואי דעדיין קשה למה לי טעמא דאין נותני' לה משום מידע ידוע, הא בלא"ה לא הוי סי' מובהק, די"ל דהטעם בעינן כדי דיהי' הדין אף למ"ד סי' דאוריית' דלא מהדרי' וכנ"ל:

אמנם עדיין תמוהים במה דרצו תוס' לומר שלא הוי אפי' סי' על אמצעי, א"כ יקשה ל"ל טעמא דמידע ידיע, ולפי הנ"ל ניחא דס"ל ג"כ כסברת הרא"ש דבצירוף גרשתני מהני והיינו אפי' בסי' גרוע וכנ"ל אלא דהכרחתם היה מההוא דינתן לו דבזה ליכא צירוף ב' סברות וכנ"ל. ודברי תוס' חולין י"ל על קושיית' דס"ל בגיטין שם כמ"ש ב"י (סי' סה) בשם בעה"ת דחפיסה הוי סי' גרוע ומבי' ראי' מההוא דאמרי' מידע ידיע, א"כ מבואר דס"ל דמידע ידיע היינו דלאו דוקא דאשה יודעת בעניני בעלה, אלא דכ"ע ידעי הכי דדרך להניח שטרות בחפיסה, וא"כ י"ל דגם תוס' ס"ל הכי, ושיעור דבריהם כך הוא, דאם היינו מפרשי' דינתן לו אף היכא דאיכ' חשש ב' יב"ש א"כ הי' מוכח דמה דאמרי' מידע ידיע היינו דוקא אשה בעניני בעלה אבל לגבי דידי' לענין ב' יב"ש מהני סי', ויהי' מוכרח דאפי' סי' מובהק הוא, ולזה דחו דמיירי היכא דליכ' חשש ב' יב"ש, א"כ י"ל דטעמא דמידע ידיע שייך ג"כ בעלמא דמכח זה גופ' הוי ג"כ בעלמא סי' גרוע, ואף דתוס' ספ"ק לא כתבו כן. מ"מ נ"ל דבגיטין י"ל הכי וע':

דף כח:

גמרא א"א בשלמא אבידה מכריז וכו'. לכאורה תמוה לי דאטו עד השתא לא שמענו דאין מחזירי' ע"י סי' גלימא דהא תנו לה בכל פרקי דדבר שא"ב סי' הא"ש, ואם איתא דמחזירי' ע"י סי' גלימא כל אבידות שבעולם חייב להכריז ואיך נפרנס משנה ראשונה דהך פ' אלו מציאות שלו, ונלענ"ד עפ"י מ"ש תוס' לעיל אי סי' לד"א האי דחייבה התורה להכריז דוקא ביש בו סי' היינו דע"י הסי' יוחקר על העדים שמכירים אתי שלו בטב"ע ואינו מתייאש, א"כ בא"ב סי' סובר שלא ימצא עדים ומתייאש, והנה לפי צד הזה בודאי אף דאם נידון דשם גלימא הוי ג"כ בכלל סי', מ"מ אי סי' לד"א הוי יאוש לענין הכרה

לעדים בטב"ע, ולא מהני אלא ביש בו סי' בגופו דיכול לתקור להעדי' אם מכירי' גלימא שלו דישבו אלו סימני', או כסברת הריטב"א דע"י הסי' יכירו העדים בטב"ע אבל בא"ב סי' בגופו ל"ש זה, וא"כ בדין דאוריית' ודאי גלימא לא הוי סי', ולפ"ז נ"ל דמתני' דאלו מציאות שלו הי' מקום לומר דגלימא הוי סי' לענין הבירור שהוא שלו אלא דכיון דסי' לד"א אלא דחכמי' תקנו להחזיר בסי' לא תקנו רק בסי' שבגופ' דאין מפסיד בזה להמוצא כיון דאף אם לא יחזיר עכ"פ לא יחזיק בו דלא הוי יאוש בעלי', אבל בא"ב סי' בגופו דסובר שלא ימצא עדי' ומה"ת זוכ' המוצ' ביאוש לא תקנו להפסיד להמוצ', והיינו כ"ז אם א"ב סי' בגופו אבל במוצא דבר שיש בו סי' בגופו י"ל דהדין אף אם יבוא א' ואומר רק שם גלימא ואין אומר סי' שבגופו דכיון דעכ"פ יש להחפץ זה סי' שבגופו ואין הבעלי' מתייאשי' וליכא פסידא להמוצא יהא הדין דיוחזר לו על סי' גלימא דהוי ג"כ בעצמו סי' מעלי', ולזה אשמעי' מתני' דהכא אף בכה"ג ל"י דגלימא אינו בכלל סי' כלל:

אמנם באמת קצרנו למעלה במקום שהי' ראוי להאריך קצת, דהנה לעיל גבי כלי אנפורי' במה דפריך הש"ס אי דיש בו סי' כ"ז שלא שבעתן עין מאי הוי, כתבנו יסוד זה דפירכת הש"ס דמכח סי' מקום ומנין מוכח דתקנת חכמי' הי' להחזיר בסי' אף היכא דאיכ' פסיד' להמוצא, אבל באמת עדיין צריך ביאור דלכאורה באמת מהיכן נשמע דמחזירי' בסי' מקום או מנין דמדין כריכות ברה"י דלרבא מדין סי' מקום הוא אין ראיה דשאני כריכות ברה"י דהוי דרך הינוח ואם הי' הדין דאין מחזירי' בסי' מקום ממילא הי' הדין דלא יטול דהינוח ברה"י דהוי משתמר קצת מדעת הרא"ש הדין דלא יטול באין בו סי', וא"כ אין פסידא בזה להמוצא ואי דהראי' ממתני' דציבורי פירות דהוי מכח סי' מקום או מנין דהדין דאף ברה"ר חייב להכריז ובזה שפיר מוכח דהא אם הי' הדין דלא יחזיר הי' זוכה בו המוצא דהינוח במקום שאינו משתמר כלל וא"ב סי' זוכה בו המוצא כדמוכח מדין כריכות ברשות הרבים והוי פסידא להמוצא, גם זה אין ראיה להסוברים דב' סימנים אמצעים הוי כמו סי' מובהק, אם כן י"ל בציבורי פירות דהוי סי' מקום וסי' מנין והוי סי' מובהק ומה"ת מחזירין, ואף דאמרי' לעיל דלרבא תני צבור היא גופ' תקשי מנ"ל להגיה דלמא צבור לא מהני דסי' מקום ברה"י לא מהני כיון דהוי פסידא להמוצא ובעי ב' צבורי' דהוי סי' מקום ומנין, וא"כ לא נשמע בשום מקום דתקנו חז"ל להחזיר בסי' להפסיד להמוצא, אמנם באמת דברינו הנ"ל נכונים דמברייתא דאלומות בין ברה"ר ובין ברה"י חייב להכריז דהוי רק סי' מקום האלומות היינו אלומות דעלמא כמו שכ' תוס' לעיל בכל הני דמתני' זולת בציבורי פירות, מדלא תני פירות צבורות ואעפ"כ מחזירי' אף דברה"י דמפסידי' להמוצא דהא בהינוח ברה"י בא"ב סי' הוא שלו, וא"כ שפיר מוכח

דחז"ל תקנו בכל ענין, ואף דלרבה דמיירי ברייתי' דאלומות ביש בו סי' בגופו, מ"מ הלא לרבה דס"ל מקום לא הוי סי' ממילא בצבורי פירות יש בו סי' מנין ומוכח מזה דבכל ענין תקנו חז"ל, באופן דלרבה נשמע מצבורי פירות, ולרבא נשמע מברייתי' דאלומות דאף בסי' כזה דמפסידי' להמוצא תקנו חז"ל, ושפיר פריך הש"ס לעיל אי דאית בי' סי' כי לא שבעתו העין מאי הוי, א"כ נתקיימו דברינו הנ"ל בטוב בעה"י, ולפ"ז לרבא נשמע כן מברייתי' דאלומות, אבל ממשנה עדיין לא נשמע כן, וא"כ שפיר יש לקיים דברינו דממתני' דאלו מציאות י"ל דלא תקנו חז"ל להפסיד להמוצא, אבל בחפץ דיש בו סי' דליכא פסידא להמוצא' הי' ס"ד דיחזיר גם בסי' גלימא אף דלא אמר הסי' שבגופו, והוא נכון בעזה"י:

גמרא אלא א"א גלימא מכריז. תמוה לי הא י"ל דזהו לפי האמת דגלימא לא הוי סי' וליכא תועלת בהכרזת אבידה דהא סוף סוף ל"י אלא למי שיתן הסי' מש"ה טוב יותר להכריז גלימא לקרב הענין לבעל האבידה שיחפש חפצו וירגיש שאבד, אבל אם הי' הדין דמחזירים ע"י סימן גלימא, היינו מכריזים באמת כדי להחזיר למי שיאמר גלימא, וא"כ טובא אשמעי' מתני' דלא מחזירי' למי שאמר גלימא, ומכח זה נולד הדין דמכריזי' גלימא, ואפשר לדחוק דמסתמא ר"נ דאמר גלימא מכריז ס"ל כרבינא דאמר ש"מ כי מכריז גלימא וכו', וא"כ כבר מוכח ממתני' דגלימא מכריז, וצ"ע, ודו"ק:

דף ל.

גמרא ולא אתי עשה ודחי ל"ת ועשה וכו'. בנ"י הקשה אמאי לא פריך בלא"ה אף אם טומא' הוא רק ל"ת מ"מ הא בעידנא דמיעקר לאו לא מקיי' לעשה עד דמהדר לבית בעלי', ביאור הדברים אף דאפשר שקודם שהגבי' האבידה א"צ לטמא עצמו כגון שמונח בפתח הקברות, מ"מ גם שמגבי' עדיין לא מקיים העשה עד דמהדר למרי' ע"ש, ושמעתי אומרי' בשם ידידי מחו' הרב המאוה"ג מו"ה ישראל קאליש ליישב דמיירי בנאבד החפץ מיד שואל, והמשאיל בעל החפץ מצא חפץ זה בבית הקברות דמיד שהגביהו נפטר השואל מתשלומי' והוי השבה, ודפח"ח:

ואולם עדיין יש לפקפק דכי היכי דאם מוצא אבידת עצמו צריך שיפסיד מעותיו מבלי לטמאו, ה"ה בזה החפץ שהשאיל לחבירו כשמוצא אותו הדין נותן שיאמר אין רצוני ליטמא וליקח החפץ בענין שהמניעה מצדו ולפטור את השואל מתשלומי' מ"מ אפשר להא צריך קרא שאין מהצורך לפטור את השואל מתשלומי' כי יוכל לומר שאינו מקבל בתורת חזרה, ואעפ"כ אינו מטמא כי רשאי להתעלם.

אמנם לדידי נראה בפשוטו יותר דמשכחת לה בראובן שהפקיד חפץ אצל שמעון על משך שנה ונאבד החפץ משמעון באונס באופן שפטור מלשלם, ותוך השנה מצא שמעון החפץ דבזה במה שנוטל שמעון החפץ תיכף כשבא החפץ לידו מקיים מצות השבה, כיון דהוא שומר הבעלי' וידו כיד הבעלי' ולא כלתה שמירתו. ואף לפי האיבעי' דהש"ס ב"ק (דף קח ע"ב) בנגנב' באונס והחזירו הגנב לבית שומר ומת' בפשיעה אם השומר פטור מטעם דכלתה שמירתו היינו דאין עליו עוד חיוב שמירה, אבל בודאי אם רצונו לקבל עליו שמירה ניחא לי' להבעלי' בזה כיון דלא מעל ולא פשע בשמירה, א"כ במה דמגבי' החפץ של ראובן בתורת שומר אבידה מתקיים בזה השבה והוי בעידנא כנלענ"ד נכון בעזה"י:

תד"ה הא אין עשה וכו' וכן לקמן גבי אביו אומר לו היטמא וכו'.

מבואר דהתוס' ס"ל דפירכת הש"ס לקמן על אומר אביו היטמא ולא על אומר לו אביו אל תחזיר אבידה כפירש"י לקמן, ואולי מטעם דעל אבידה ליכ' קושי' דשפיר הי' ס"ד דישמע לו לדחות ממון מקמי איסורא דמצות כ"א, וכן מצאתי בשיט' מקובצ' שהקשו הראשוני' כן על פירש"י דלקמן, ואול' לפי מה שפירשנו דקאי על אמר לו אביו היטמא, יש להקשות לכאורה לפמ"ש תוס' סוף חולין בשם ריב"א דהיכא דאין עשה דוחה לא תעשה ועשה מכל מקום אם עבר ועשה עכ"פ נדחה הלאו, ולא קאי עלה, א"כ מאי פריך דאי לאו קרא היה ס"ד דאם שמע לאביו וטימא את עצמו דלא לקי דעכ"פ הלאו דטומאה נדחה מכח עשה משום הכי כתב קרא דאני ה' כולכם חייבים דבזה ליכא כלל מצות עשה דכ"א וממילא לקי על הטומאה, ולפי פירש"י דקאי על אביד' ניחא דבלא"ה לא לקי אלאו דלא תוכל להתעלם דהוי לאו שאין בו מעשה (ועדיין אינו מיושב כל צרכו דמאי פריך דלמא הברייתא ס"ל כר"י דלאו שא"ב מעשה לוקה והרי קרא דאני ה' בודאי לא מיותר דאצטריך עכ"פ לענין אמר לו אביו היטמא וטימא דלוקה או באומר לו אביו לעבור על לאו לחוד אלא דעיקר הפירכא על לישנא דהברייתא, ממילא הברייתא כמ"ד דלאו שא"ב מעשה לוקין) אבל לפי' תוס' קשה כנ"ל (ונ"ל), דלקמן דכיון דעכ"פ בלאו קרא ידעי' דלא ישמע לכתחלה לעשות כדברי אביו דאין עשה דוחה ל"ת ועשה, אלא דהיה ס"ד דלא ילקה על לאו היא גופא תקשי אמאי נקט ברייתא גוונא דחיקא היכא דהוי עשה ול"ת דאשמועי' קרא רק לענין דיעבד מש"ה דלוקה, ואמאי לא נקט בפשוטו שצוהו לעבור לאו גרידא דס"ד ישמע לו ממש, אע"כ דגם באמר לו אביו היטמא היה ס"ד דישמע לו ושפיר פריך, (ועוד) נלענ"ד עפ"מ דהקשה בהג"מ פ"ו מהל' ממרים דל"ל קרא הא פשיטא דל"י לו כיון דאמר לו לעבור עבירה היה אביו רשע ואין מחוייבי' בכבודו,

ותירוצו שם אינו מובן לי כראוי, והיה נ"ל בפשוטו כיון דאם הדין דעשה דכבוד דוחה ל"ת הותרה הרצועה לאביו לצוות לו לטמא וכדומה להביא לו גוזלות לכבדו ולא מקרי רשע בכך דאינו מצווהו כלל לעבור עבירה כי התורה התירה לזה לטמא למען קיום מצות כיבוד אב וממילא מצווהו דבר המותר, וכיון שכן שפיר פריך דהוי ל"ת ועשה דאסור לו לטמא וממילא צוואתו הוא לעבור עבירה וידענו דאזדא בזה ממילא מצות כ"א, וממילא אם טימא לוקה דלא קיים כלל עשה דכיבוד אב דהא אביו רשע כיון שצוה לו דבר שאינו רשאי לעשותו מטעם דאין עשה דוחה ל"ת ועשה נכון וגמור היטב בעזה"י:

דף ל:

תד"ה אלא לזקן, וא"ת תיפוק לי' מולאחותו וכו'. למה שהקשו תוס' פ"ד דשבועות לפי המסקנא בברכות גבי ולאחותו דשב וא"ת שאני, נראה לפענ"ד לפי גירסת הרא"ש אליבא דהרי"ף דרכו להחזיר בשדה וכו' מבואר דאם נטלו בשדה להוליכו עד העיר יכול להניחו שם כיון דאין דרכו להחזיר בעיר, אלא דהאיבעי' אם חייב להחזיר עכ"פ בשדה עד העיר או לא, א"כ י"ל דקרא אצטריך בכה"ג דהחזירו בשדה כשבא בעיר רשאי להניחו, אף דמבטל מצות השבה בקום ועשה:

בד"מ בחו"מ (סי' רס"ג) כ' ואין דבריו נראים וכו' עיי"ש.

לכאורה דברי ד"מ תמוהים מאוד דהא לפי גירסת הרא"ש שהיא גירסתינו מבואר דזהו פשיטא דאם החזיר בשדה מחויב להחזיר בעיר כדאמרי' בשדה מיהו חייב, וכיון דמחייב לי' בשדה מחייב לי' בעיר, אלא דהאיבעי' אם לא יחזיר כלל, או דיחזיר לגמרי, וא"כ אם אנן פסקי' לחומרא דיחזיר בשדה איך נימא כשבא לעיר לא יחזיר מספק זלזול, הא אין כאן ספק עוד דודאי מחוייב להחזיר בעיר כיון דכבר נטלה להחזיר בשדה.

ונלענ"ד עפ"י דברי התוס' (דף כה ע"ב) ד"ה ואם נטל לא יחזיר וכו' תוכן דבריהם, הא דבהתחיל להחזיר בעיר ואינו לפי כבודו אינו חייב לגמור ההשבה בבהמה דאנקטינהו נגרי ברייתא ל"א דמיד שנטלה בידו מחייב לי' בהשבה כמו בספק הינוח, היינו משום דמפטר כלל בהשבה ולא נתחייב בהגבהה ובהשבה ולא נעשה עליו שומר וכו' ע"ש, וכן בב"י כ' בכוונת הרמב"ם דאם הכישה נתחייב בה הוא רק בבהמה, מ"מ האיבעי' דדרכו להחזיר בשדה וכו' מיירי גם בשאר מילי, והא דאמרי' כיון דנתחייב בשדה היינו כיון דדרכו להחזיר בשדה נתחייב בה, והיינו דכוונת הב"י ג"כ כסברת תוס' כיון דבשעת הגבהה היה עליו חיוב השבה נעשה עליו שומר אבידה.

ולפ"ז נראה הא דאמרי' בפשיטות כיון דחייב להחזיר בשדה חייב להחזיר בעיר היינו

לפי אותו הצד דבשדה מיהו חייב להחזיר, א"כ בהגבהתו נעשה שומר אבידה מש"ה חייב להחזיר בעיר, אבל לאידך צד השבה מעליא בעי דא"צ להחזיר בשדה ממילא אף אם נטלה בשדה יכול להניח כיון דלא נתחייב כלל בהשבה, ודומה לנטל' בעיר דיחזירנו, וא"כ דהוא איבעי' דלא אפשיטא, ושפיר י"ל דבשדה מחוייב להחזיר מטעם ספק וליכא זלזול, וכשבא לעיר יניח דהוי ספק שמא לא היה חייב בשדה ולא נתחייב מעולם בהשבה ולא נעשה עליו שומר אבידה, ונכון בעזה"י:

מתני' אם יש שם ב"ד מתנה. מסתפקנא בהינוח המשתמר קצת ויש בו סי', או במשתמר לגמרי והוא ס' הינוח ויש בו סי', לשיטת תוס' נוטל ומכריז היכא דמבטל ממלאכתו אם יטול ויכריז די"ל דוקא היכא דאינו גורע כח הבעלים בנטילתו דהא ע"י הסי' יוחזר לבעלים בזה חיישי' בהינוח במשתמר קצת שמא שכחו הבעלים וטובה לבעלים שיטול ויכריז וכן במשתמר לגמרי בס' הינוח חיישי' שמא דרך נפילה היה והוי טובה לבעלים, והיינו הכל כיון דבצד הינוח עכ"פ אינו מגרע לבעלים אף דאינו טובה לבעלים דהא גם אם לא יטול הוא משתמר, מ"מ כיון דעכ"פ בצד הינוח אינו מגרע כחו ממילא מחשש נפילה דהוי טובה לבעלים הדין דנוטל ומכריז וכגון מאי דס"ל להר"ן הכי בס' הינות ומשתמר קצת (דמשתמר לגמרי ס"ל להר"ן דלא יטול דבצד הינוח מגרע כחם דבמה שנוטל ומכריז הוי רק כמו משתמר קצת דאינו בודאי שיוחזר להם ע"י הכרזה, ורק היכא דמונח במשתמר קצת בזה אינו מגרע כחם, דגם ביד המוצא הוי כמו משתמר קצת מש"ה חיישי' לטובת הבעלים ע"י נפילה, ה"נ י"ל דס"ל לתוס', אלא דס"ל דביד המוצא הוי כמו משתמר לגמרי אינו מגרע כח הבעלים) א"כ י"ל במקום שיצטרכו הבעלים לשלם שכר כפועל ממילא בצד הינוח זו בעצמו גרעון כח להבעלים שמפסידים דמי תשלומים, אפשר דהדין דלא יטול דאף דבצד נפילה הוא עושה להם טובה, מ"מ אולי היה הינוח ומגרע כחם, וצ"ע לדינא:

דף לא:

תד"ה אם יש שם ב"ד וכו' וא"ת דפורע חובו וכו', תמוה לי דלמא בעלמא דאף אם יחזור וישלם לזה לא היה נפסד ביותר משא"כ בפורע חובו דאם נפסוק שישלם לו מה שפרע עבורו וממילא לא הצילו מהפסד דהא צריך לשלם לזה, ואף אם ישלם לזה אין תועלת להצלתו, וסברא זו כתבו התוס' בעצמם במ"ש בסוף דבריהם השר שגזל את ביתו דלא מבעי' אם קנאם בדמים מועטים דמציל הבעלים מהפסד, אלא אף אם קנאם בשויו, הרי

דבשוויי' לא מקרי מצילו מהפסד, והיינו ע"י מה שישלם לזה לא ניצול מהפסד, וא"כ ה"נ בפורע חובו:

דף לב:

תד"ה מי לא עסקי' וכו'. ביאור דבריהם דבהוכחה דרבנן דטעינה בשכר ופריק' בחנם הוא לנכון מכח הק"ו דטעינה במקום דליכא ח"כ אלא דמ"מ א"א דצער ב"ח לד"א, מה"ת נימא דהדין תורה לחלק בין טעינה לפריקה, דמה בין טעינה דאיכא ח"כ לפריקה, והיה מסתבר יותר לאוקמי פריקה לדרשא אחרינא, ואול' קשה לי איך מוכח דר"ש סובר דצעב"ח דאוריית', דלמא אית לי' שום לימוד לצעב"ח, אלא דאם היה מסייע קרא היינו מוכרחים לומר דטעינה בשכר ופריקה בחנם והיינו למדין מזה דצעב"ח דאורייתא אבל לפי האמת לא מסייע קרא אין לנו לימוד וקיי"ל דצעב"ח לאו דאורייתא, וביותר קשה לפ"מ שכ' רש"י לקושט' דמלת' (שבת דף קכח ע"ב) צעב"ח דאורייתא נפקא לן מדחילקה תורה בין טעינה לפריקה, א"כ ממילא לרש"י ליכא ראיה, א"כ מנ"ל לר"ש סובר דצעב"ח דאורייתא וצ"ע למאוד:

דף לג:

מתני' שהרי אמרו ש"ח נשבע ויוצא. הא דנקט ש"ח במתני' ולא בשאר שומרי' דהוי רבותא יותר דאף דלא עשו טובה לבעלים לשמור בחנם, מ"מ מקני להו כפילא, וכ' בשיט' מקובצת בשם הרמב"ן דמלישנ' דשלם ולא רצה לישבע משמע דדוקא בענין שיהיה יכול לפטור עצמו בטענה, אבל דבאו עדים שפשע לא מקני לי', וא"כ מש"ה נקט ש"ח לרבותא דאף דעשה טובה לבעלים מ"מ לא מקני בבאו עדים שפשע ע"ש, ואולם הנ"י הביא בשם הרשב"א דס"ל דגם בבאו עדים שפשע מקני לי' כפילא, ומ"מ י"ל בסיגנון הרמב"ן באופן זה דלאביי דייק מרישא דבנשבע לא מהני שילם אח"כ א"כ הוי רבותא דאף בש"ח לא מקני לי' כפילא ולרבא ג"כ ניחא לפי מד"כ תוס' דבנשבע תחילה בעי שילם ממש, א"כ הוי ג"כ רבותא דאפי' בש"ח אם לא רצה לעמוד בשבועתו בעי שילם ממש, ולפי מה ששמעתי מפי הרב מו"ה ליב דיין דק"ק לעסלא דדקדק מלישנא דרש"י ב"ק במ"ש תבעוהו בעלים לשומר חנם ונשבע שנגנבה ואח"כ שילם לפנים משה"ד עכ"ל, מדנקט דמיירי בש"ח וגם מלשון דשילם לו לפנים משה"ד משמע דדוקא דבאמת היה פטור ע"י שבועה כגון בש"ח כיון דבאמת נמצא דנגנב ואגלאי מלת' דנשבע באמת דזה אף דטרחי' לב"ד ונשבע מ"מ כיון דשילם לו לפנים משה"ד מקני לי' בנשבע לי' תחילה,

ויישב בזה קושייתם ב"ק רבא אמר וכו' ודבריו נכונים, א"כ ממילא ניחא גם לרבא דנקט מתני' בש"ח דהך דינא דשילם ולא רצה לעמוד בשבועתו הוא רק בש"ח, ולפ"ז מיושב ג"כ קושי' תוס' ד"ה נגנבה ה"ה אם אמר פשעתי, והיינו דלרבא דמפרש דמתני' שילם ולא רצה לעמוד בשבועתו, והיינו דוקא בעמד בטענתו דנגנבה וא"כ שילם דהתשלומי' הוא לפנים משה"ד, אבל באומר פשעתי ממילא אף שנמצא שנגנבה מ"מ כיון דאומר פשעתי דינן דודאי ע"י פשיעה נגנבה והתשלומי' הי' מדינא ולא מקני לי' כפילא. וכן לאביי הוי רבותא דאף באומר נגנבה והיו התשלומים לפנים משה"ד מ"מ לא מקני לי' בנשבע תחילה:

תד"ה המפקיד. אית דלא גרסי' או שאבדו. במהרש"א הקשה דהא גם באביד' משכחת כפל דלאחר שנאבד מהשומר מצא אחר וטען טענת גנב באבידה, ולכאורה אפשר ליישב דהא לכאורה יש לעיין אמאי בנשבע ולא רצה לשלם משלם הכפל לבעלים הא לפ"מ דסברי רבנן לקמן בפ' דהשואל משלם להשוכר דבמותה קנה לה, ואף לר' יוסי מ"מ לפמ"ש תוס' דטעמא דר"י משום דא"ל דל אנת ודל שבועתיך עיי"ש, ממילא לכאורה אם תבעו הבעלים להשוכר ונשבע ואח"כ נמצא שהשאיל לאחר דמודה ר"י דמשלם להשוכר כיון דכבר נפטר מהבעלים קנה לה, וא"כ הכא בש"ח בנשבע דקנה לה בנגנבה דכמו בשוכר קנה לה לדמי ה"נ ש"ח קני לה בגו"א שיהא הכפל לשומר כמו דהשואל משלם להשוכר ה"נ יהא הדין דהגנב משלם להשומר, אח"כ הראו לי דהקשה כן הפ"י לקמן, ולזה היה נ"ל כיון דהגנב ע"י גניבתו נקנה הפרה להשומר והגנב הוא דאפסיד להבעלים בגניבתו דעי"ז קנהו השומר, מש"ה מקרי גנב לגבי בעלים דזהו בעצמו מעשה הגניבה דמה שגונבו ומוציאו מרשות הבעלים להיות מקנה עי"ז להשומר, וגדולה מזו מצינו לר"י דבר הגורם לממון כממון דמי בגונב קדשים שחייב באחריותן חייב לשלם כפל דאף דבהמה בעצמותה הית' של הקדש, מ"מ כיון דגורם ממון לבעלים הוי כממונו, מכ"ש הכא דמקרי ממון בעלים דהא מכח הגניבה מפסיד ממון להבעלים, וי"ל כה"ג גם רבנן מודו כיון דשניהם באים בב"א דע"י הגניבה יצא מרשות הבעלים ונקנה להשומר מקרי גנב דבעלים, כ"ז בגנב מבית שומר, אבל באבידה ומצא אחר וטען ט"ג דמכח האביד' כבר נקנה להשומר אף בנשבע ולא שילם משלם להשומר דש"ח באבידה קנה לה והגנב משלם לש"ח:

אמנם נראה דמהרש"א יפה הקשה דלכאורה עדיין דברינו הנ"ל אינם מספיקים ליישב קושי' הפ"י דנהי בחיוב כפל י"ל כנ"ל כיון דע"י הגניבה מוציא מרשות הבעלים לרשות שומר מקרי גנב דהבעלים, מ"מ כשטבח ומכר אח"כ יהיה החיוב ד' וה' להשומר כיון

דמכח הגניבה נקנה להשומר ממילא אח"כ כשטוי"מ הוא טובח ומוכר בהמה דהשומר ויתחייב להשומר, ולזה נראה דאף דמבואר בתוס ב"ק (דף יא ע"ב) ד"ה ל"מ דבש"ח ונגנבה דהש"ש משלם לש"ח לרבנן דר"י דאף דבהמה עדיין בעולם מ"מ קנה הש"ח בגניב', היינו לגבי תשלומים דהשוכר שהוא בא על אבידת החפץ מהבעלים בזה אנו דנין דכ"ז דהחפץ נאבד קנהו הש"ח בגניבה והש"ש נתחייב להש"ח, אבל לגבי חיוב דגנב הן בחיוב דגניבה טו"מ כיון דעליו להחזיר הבעין לבעלים הוי כטוי"מ בהמה דהבעלים כיון דאם החזירו היה בטל למפרע קנין דשומר נמצא שפיר מקרי חיוב דגנב לגבי בעלים וכיון שכן יפה הקשה המהרש"א דגם בנאבד והמוצא טען ט"ג משלם להבעלים דלגבי מוצא האבידה כיון דהחפץ בעין ועליו להחזיר להבעלים מתחייב הוא בתשלומי ד' וה' לבעלים, ולפ"ז מיושב ג"כ קושי' הנ"י דהקשה דסיפא דמתני' נשבע ולא רצה לשלם הוא מיותר דפשיטא דמשלם להבעלים דמה"ת יקנה השומר הכפל, ותי' דלרבא קמ"ל בסיפא דוקא ולא רצה לשלם אבל רצה לשלם אף דנשבע תחילה מ"מ מקני לו כפילא, ביאור הדברים דלאביי דדייק מרישא בפשוטו י"ל דסיפא קמ"ל דדוקא לא רצה הא רצה מקני לי' דבדיבורא בעלמא מקני לי' כפילא דאף דאמרי' מהא ליכא למשמע מיני' היינו לרבא אבל לאביי לא סתרי הדיוק דברישא אשמעי' רבותא אף דשילם ממש מ"מ דוקא בלא רצה לישבע אבל נשבע ל"מ שילם דלאח"כ, וממילא קיים הדיוק מסיפא דברצה לחוד מקני לי' כפילא, אבל לרבא דהדיוקי סתרי אהדדי וליכא למשמע מיניה מש"ה הוצרך הנ"י לתרץ דגם לרבא לק"מ דאשמעי' הדיוק דדוקא לא רצה לשלם אבל רצה לשלם אף דנשבע השומר ונפטר להבעלים דקנה לה השומר לענין דהשואל משלם להשוכר מ"מ הכפל ל"ק מטעם הנ"ל, וממילא מיושב ג"כ קושית הרמב"ן הנ"ל דאמאי נקט מתני' בש"ח דהיינו דבש"ש כיון דבאמת נמצא דנגנב ממילא ל"ק לה ולא היה חידוש בסיפא ולזה אשמעי' דאף בש"ח דקנה לי' בגניבה מ"מ הכפל להבעלים:

בנ"י כ' בשם הרשב"א דאף בבאו עדים דפשע, מ"מ מקני לי' כפילא ע"ש, ומבואר היטב בשיטה מקובצת דאף דאמרי' בסוגיא דאי בעי פטר נפשי' כו' שואל לא מקני לי' במאי הו"ל למפטר נפשיה במתה מחמת מלאכה, א"כ מבואר דדוקא בעי דאי בעי פטר נפשי', מ"מ אנו דנין על שעת מסירי' כיון דבעצמותו יש צדדי' להשומר לפטור עצמו בטענת גניבה ואונסים בזה בכל ענין מקני לי' כפילא אף דבאו עדים שפשע, משא"כ בשואל בעצמותו לא יהיה לו טענה לפטור, ונלענ"ד לפ"ז בשומר חשוד לדעת הראב"ד דבלא ידעו הבעלים שהוא חשוד והוא טוען נאנסו דאמרי' מחו"ש ואיל"מ בכה"ג לא קנה כפילא כיון דלפי האמת דאשתכח דהוי חשוד בשעה שמסרה לידו ממילא לא היה לו

צד לפטור עצמו בשום טענה אף דהבעלים לא ידעו שהוא חשוד והיו סוברים דיכול לפטור, מ"מ כיון דבאמת אגלאי דבצד עצמותו אין לו טענה לפטור עצמו אדעת' דהכי לא אקני לי' כפילא, ואולם לשיטת הרמב"ם דבשומר חשוד פטור כיון דהבעלים א"י לישבע נלענ"ד דזכה בכפילא אף לפמ"ש הרשב"א דבבאו עדים דנגנבה כיון דפטור מדינא לשלם לא מסקי הבעלים אדעת' שישלם בחנם, מ"מ בשומר חשוד דאף דפטור בדבור בעלמא, מ"מ כיון דאינו מבורר דפטור באמת אסיק אדעתי' דאפשר דע"י דידע בעצמו שמחוייב לשלם רצה לשלם ומקרי שם תשלומי' ולא מתנה בעלמא ומה"ט יש לדון ג"כ שדעת הרשב"א דדוקא בבאו עדים דנגנב', אבל בע"א אף דמהני עד המסייע לפטור משבועתו מ"מ כיון דליכא בירור גמור דפטור בזה למה דמשלם לא מקרי מתנה בעלמא ושם תשלומים עליו וזכה בכפל, ובזה עדיין צ"ע לדינא:

ואולם בשמירה בבעלים בזה כיון דהתורה פטרה אף מפשיעה הוי רק מתנה בעלמא כמו באו עדים שנגנבה ולא זכה בכפל, כנלענ"ד בעזה"י.

וביותר נ"ל דאף להרמב"ן דס"ל דעדים שנאנסה מקני לי' כפילא, מ"מ בשמירה בבעלים מודה דלא קנה, דדוקא בעלמא כיון דעכ"פ בעי עדים א"כ במה דמשלם מקרי תשלומי' דכל כמה דלא העידו העדים בר תשלומים הוא, ואף אם כבר העידו נ"ל דהוי כמודה על עצמו נגד העדים, אבל בשמירה בבעלים דבעצמו פטור הוי כמתנה בעלמא, ולכאורה יש להביא ראיה לזה ממה דאמרי' (דף צ' ע"ב) בעי רמב"ח בעל בנכסי אשתו שואל הוי או שוכר הוי אמר רבא לפום חורפי' שבשת' מה נ"מ אם שוכר הוי שכירות בבעלים הוא וכו', ולכאורה קשה לפ"מ דקיי"ל כר"ז שואל עד שישלם כיון דכל הנאה שלו, א"כ נ"מ טובא בבעל טוען על פרת נ"מ שנאנסה ואומר הריני משלם ואח"כ נמצא הגנב דאם שואל הוי דדייניני' זכות שמושו שהוא בחנם כמו שואל א"כ הוי כל הנאה שלו, ולא זכה בכפל באמירה בעלמא, ואם שוכר הוי דדנין חיוב פרקונה הוי כמו שכירות לא מקרי כל הנאה שלו וזכה בכפל, אע"כ דבשמירה בבעלים בכל ענין לא קנה הכפל, אמנם יש לדחות לפי שיטת הפוסקים דבאמר הריני משלם א"י לחזור בו דהוי כמו נגמר הדין, א"כ י"ל הא דשומר קונה באמירה בעלמא, היינו משום דא"י לחזור וסמכו דעת הבעלי', אבל אלו הי' הדין דיכול לחזור לא היו הבעלים מקני הכפל, וא"כ בשמיר' בבעלי' כיון דפטור מכל וכל במה שאומר הריני משלם אינו בכלל דין כלל, ול"ש בי' לומר דהוי כמו נגמר הדין, ולא הוי רק כמתנה בעלמ' ומש"ה לא קנה באמיר' בעלמא עד שישלם וא"כ ליכא נ"מ בבעל בנכסי אשתו אי שואל או שוכר, דב"כ וב"כ לא קנה עד שישלם, אבל באם שלם נ"ל דגם בשמירה בבעלי' זכה בכפל, ובלא"ה אינו מספיק כ"כ דעדיין הו"מ

לאשכוחי נ"מ באם הבעל התנה לחייב בפשיעה דבזה בודאי לא הי' מתנה בעלמא וגם מקרי גמר דין, ובזה נ"מ דאם שואל הוי ל"ק באמירה לחוד, ואם שוכר הוי קנה, וע':

בא"ד ויש ליישבו שכך טוען הנפקד. ולכאורה קשה א"כ היכי דייק בסוגי' דב"ק (דף נז ע"ב) מברייתא דהשוכר פרה מחבירו ונגנבה דשוכר כש"ש דמי א"ו דלסטים מזויין גנב הוא, הא י"ל דברייתא ה"ק דהוא טוען דנגנבה בלסטי' מזויין ואח"כ נמצא שאינו כן אלא דנגנב ונמצא הגניב', ואפשר לומר דמדקתני בברית' ונגנב' ולא נקט סתם ונאנסה משמע דבא לומר דבמה שטען שנגנבה הי' באמת כך ונמצא הגנבה:

גמרא צריכא דאי תני בהמה וכו'. לכאורה בחד סברא הוי מספיק הצריכות' והיינו כפי דברי הרמב"ן הנ"ל דמתני אשמעי' גם הדין דבבאו עדים שפשע לא מקני ליה כפילא, וכן לפמ"ש לעיל דאשמעי' לאביי דאפי' שילם לאחר השבועה ל"מ ולרבא דוקא שילם ממש, א"כ י"ל דאי תני כלי' הו"א דבהמה נפיש טרחייהו ואפי' באו עדי' שפשע או בנשבע ואח"כ רוצה לשלם דקנה, ונ"ל ליישב בודאי במה דלא מצינו דקונה הכפל מה"ת היינו ממציאי' כיון דיש סברא דנפיש טרחייהו מקני לי' ג"כ גם בכה"ג דבאו עדי' שפשע דאטו מסברא היינו יכולים להמציא דין חדש דקונה הכפל במה שלא מצינו אלא דהרמב"ן כ' רק דמתני' נקט לה בש"ת דהוי רבותא יותר, אבל לא למנקט מה"ט בהמה וכלים:

תד"ה כגון פירות דקל וכו', **וא"ת הכא אפי' אי עבידי דאתי וכו' והלא מעות א"ק**. נלענ"ד ליישב קושי' תוס' דאפשר לומר דמתני' סבר שעבוד' ד"ת, או כמלוה הכתובה בשטר דמי, וא"כ י"ל שמוכר לו אם יתחייב הגנב כפל וישתעבדו נכסיו מוכר לו זה השעבוד, וכעין מ"ש תוס' (דף נו ע"ב) ד"ה יצאו שטרות, לרבינו חיים כהן וכו' ע"ש, ולזה פריך הש"ס רק דהוי דשלב"ל, ובעיקר תי' תוס' דמסקו הגמרא דמקני ליה גוף הפרה והכפל שלו ממילא, צריך ביאור למאי הלכת' מקנה לו הפרה דהא לא זכה בגופ' רק בכפילא, וביותר מזה כתבו תוס' גיטין (דף מב) בחד תירוצא במוכר עבד מוכה שחין דלא הוי מכירה כיון שאינו שוה כלום, ואינו שוה כלום רק לקנס הוי כמוכר עבד לקנס, אף דמ"מ מוכרו כולו והקנס ממילא שלו, ואף לתירוצא קמא דשם דיכול למוכרו כה"ג, היינו דמ"מ העבד כולו קנוי לו משא"כ הכא שהגוף חוזר ואין להשומר בו רק כפילא הוי בודאי כמוכר לכפילא, וצ"ל כיון שנמכר גם לענין יוקר' דעבידי דאתי אף דאפשר דלא מגנבה ולא מקנה לו, מ"מ ענין השבח היוקר בזה עבידי דאתי, ממילא גם הכפל שלו דקנה כל שבח דמעלמא, ובודאי אלו לא הקנה לו גוף הפרה, רק הפרה לפירותי' לא קנה אותם פירות דלא עבידי דאתי, ולזה כ' תוס' דמקנה לו הפרה גופא רק שמשייר לעצמו דתלי בגופ', והקנין מהני לענין יוקר, וממילא קנה ג"כ הכפל, ועדיין אינו מובן לי כל

הצורך לחלק בין מוכר לו פרה לפירותי' דמעלמא דלא מהני אף דשייך לענין היוקר מ"מ לא קנה הכפל, ובין שמקנה לו הפרה גופ' והכפל ממילא אתי, כיון דמ"מ כל שבגופ' לא קנה ואין לו זכות רק בשבח' דמעלמא ונקנה לו רק לפירותי', וע' בש"כ (סי' רצה) שמפרש באמת כוונת תוס' דקנה גוף הפרה שאינה חוזרת בעין לבעלים ע"ש, וצ"ע:

בא"ד וי"ל דהמקשה סבר דבשעת משיכה הקנה לו הפרה לקנות הכפל. לכאורה יש לע' דא"כ כמו דלמסקנא דמקני לו גוף הפרה יש ב' לשונות, אם מקנה לו משעת מסירה, או דלא יקנה עד סמוך לגניבתו, זהו שייך ג"כ לס"ד דמקני ליה הפרה לכפילא, וי"ל דיקנה לו הפרה מעכשיו לכפל, וי"ל ג"כ דמקני לי' סמוך לגניבתו דמה הפרש בזה בין אם מקנה לו הפרה לגמרי או דמקנה ליה הפרה לכפל, וא"כ איך שייך לישנא דאי הכי גיזות וולדות נמי כו' ואמאי פסקא וכו', הא זה קשה בלא"ה לס"ד דמקנה לו במעכשיו הפרה לכפילא, דאמאי לא נימא ג"כ דמקנה לי' לגיזות וולדות נמי דמאי פסקא, וצ"ל דודאי לס"ד דמקנה לו הפרה לכפילא י"ל הסבר' כפשוטו דלא מקנה לו רק הריוח שגרם הגניב' כיון דשומר נפטר ע"י הגניבה ומשלם לו הקרן, ומש"ה מקנה לו הריוח שבא ע"י הגניב' דהיינו הכפל, אבל גיזות וולדות אין זה הריוח מכח הגניב', ובאמת לס"ד גם יוקרא ל"ק, אבל במה דשנינן דמקני לי' גוף הפרה שייך הקושי' גיזות וולדות, ומוכרח לחלק דשבח דגופ' לא אקני לו וא"כ ממילא יוקרא קנה דהוי שבח דעלמא כדאמרי' לגבי כיפי והיינו לפי המסקנא, וכן מצאתי אח"כ בחי' הרשב"א גיטין שהקשה בפשוטו דאמאי צריך לשנויי דמקנה לו גוף הפרה ולא קאמר דמקנה לו הפרה לכפילא, ולא הי' קשה מאי פסקא, ומתרץ דא"א להקנות הפרה לכפילא כיון דאינו יונק מגופ' של פרה כמו דא"א להקנות עבד לקנס ע"ש הרי דס"ל לפשוט דאי מקנה לכפילא לחוד ליכא למיפרך מאי פסק' והיינו כנ"ל:

אמנם לפ"ז תמוה מאוד דהא לאידך צד דיכול למכור עבד לקנס ממילא יכול להקנות פרה לכפילא וקיימי' בפשטא דלא מקני לו רק כפל שהריוח בא מחמת הגניב', א"כ האיך פשטינן לרבא לקמן גבי כיפי ממתני' דזכה ביוקר הא לכאורה הוי ספיקא דדינא ותלי' באיבעי' דמוכר עבדו לקנס דאם יכול להקנות קיימי' כפשוטו דהקנה לו רק כפל לחוד דהריוח מחמת הגניבה ולא זכה כלל ביוקר, ולאידך צד דא"י למכור עבד לקנס מוכרח לומר דמקנה לו גוף הפרה וצריכים לבוא לחילוק משבח דגופ' כו' ממילא זכה ביוקר, א"כ דינא דיוקר הוי ספיקא דדינא.

והנה בנ"י כ' בפירושו דמתני' או שאבדו דאף באבידה דל"ש כפל נקט לה משום יוקרא, לכאורה תמו' דא"כ גם לס"ד ידענו דזכה ביוקר דמוכח כן מדקתני או שאבדו, וא"כ

לס"ד תקשי גיזות וולדות נמי דאם היינו אומרי' דלס"ד מקנה לי' הפרה לשבח' סמוך לגניבות' גם למסקנא דמקני לו גוף הפרה נוכל לומר כן, ואיך תלי' בזה בויכוח המקשן עם התרצן באם מקנה לו גוף הפרה או לשבחא, ובאמת היה נראה בדעת הראשונים דמפרשו כפשוטו דלס"ד מקני לו בשעת תשלומין דהכי דייק מלישנא דהרשב"א גיטין דהעמיד קושייתו על התי' דאמאי לא משני דהקנה לו הפרה לכפילא ולא הי' קשה מאי פסק', ולא הקשה בפשוטו על המקשן דהא פרה לכפילא לא הוי דשלב"ל, מזה נרא' דלס"ד מקנה לו בשעת תשלומין הכפל, אבל לא ידענו מה יענה על קושי' תוס' במה יכול להקנות הא לא משך, ואפשר לומר בכוונת הנ"י ע"פ קושי' מהרש"א על תוס' דאמאי לא פירשו דמיירי בטוען ט"ג באבידה, ותי' דא"כ איך שקיל וטרי בב"ק לדחות לדין דטוען ט"ג באבידה הא מוכח כן ממתני', וא"כ י"ל דגם הנ"י אינו רוצה לפרש מה"ט בטוען ט"ג באבידה כי היכי דלא נפשוט דין זה ממתני' מש"ה כ' לענין יוקר' והיינו לפי האמת, אבל לס"ד ס' דיוקר' לא קנה, ובאמת מתני' דאו שאבדו היינו לענין טוען ט"ג באבידה' ובאמת לאותו ס"ד הי' נפשוט דינ' דטוען ט"ג ממתני' אלא דסוגי' דב"ק קאי למסקנא ואפשר לפר' לענין יוקרא:

בדרך אחר נ"ל דלכאורה הא דמשני הש"ס נעשה כאומר לכשתגנב וכו' אף דהוי ספק אם יוגנב, מ"מ מהני למה דקיי"ל דהיכא דאינו פוסח על ב' סעיפים ומתנה התנאי רק על דבר א' הדין דיש ברירה, כמ"ש הר"ן פ"ב דגיטין בשם הרמב"ן דמה"ט מהני באומר ה"ז גיטיך מעכשיו אם מת, ואולם לפמ"ש המהרש"א בגיטין שם דבאומר ה"ז גיטיך שעה א' קודם מיתה כיון דאומר שיהא הגט שעה א' מבין השעות בזה הוי כמו לאיזה שתצא בפתח תחילה דקי"ל א"ב, וא"כ יקשה לכאורה בלישנא ב' דהוי כאומר סמוך לגניבתו הא בזה קיי"ל דאינה קונה דא"ב, וצ"ל באמת כמ"ש המהרש"א בסוגי' דהוי כאומר לו סמוך לגניבתו והוי כמו כל התנאים דעלמא דלא כפי' רש"י דכאומר בשעת המסירה דיקנה סמוך לגניבתו, ולפ"ז י"ל גם לס"ד זכה ביוקרא אלא דלס"ד דהיינו סבורי' דמקנה לו הפרה לשבח' ובזה היינו אומרי' בפשוטו דכאומר לו בשעת המסירה שיקנה הפרה במעכשיו ושבחי' אשר יבואו אחר הגניבה או אחר התשלומי' דמסתמא אינו רוצה להקנות לו רק משעת גניבה דגרם פסיד' להשומר מש"ה מקנה לי' גם הריווח שמעת ההוא ובזה ליכא קושיא דא"ב, דהא לא אתינן עלי' בתורת תנאי רק דהקנה לו השבחי' של אחר הגניב', וא"כ ממילא ל"ק מבריית' דחוץ מגיזות וולדות די"ל דהבריית' מיירי מגיזות וולדות דקודם הגניב', אבל למה דהוי דשלב"ל והיינו אף באומר לשבחי' מ"מ אותו שבח דלא עבידי דאתי לא יכול להקנות והוצרך לשנויי דמקני לי' גוף הפרה

ממילא א"א לומר דהוי כאומר בשעת מסירה שיקנה סמוך לגניב' דהא בזה קיי"ל דא"ב, ולומר דהוי כאומר סמוך לגניבתו לא הי' נרא' לל"ק דעיקר האמירה הוי רק בשעת שמסרה לידו ועושה מעשה, אע"כ דמקני לי' לגמרי במעכשיו ומש"ה פריך א"ה גיזות וולדות נמי, ולישנא ב' הוא דמחדש דנעשה כאומר סמוך לגניבתה פרתי יהי' קנויה לך כמ"ש המהרש"א.

בא"ד אבל הכא לא עביד' דאתי, אפי' לר"מ לא קני.

לפ"ז הא דאמרי' אפי' לר"מ לא משום דלרבנן אף בלא חילוק דעבידי דאתי א"י להקנות דהא היכא דהוי כמו דקל לפירותיו גם לרבנן מהני, אלא דקאמר לרווחא דמילתא דדלמא אפי' לר"מ ל"ק, ואולם בגיטין כ' תוס' בביאור יותר וז"ל דלא דמי לפירות דקל דפירות יוצא מגוף הדקל ועבידי דאתי וכו' והיה נראה הפשט בכוונת דבריהם דהאיבעי' הוא אם עבד לקנס הוי כמו דקל לפירותיו דאף בדבר שא"י ממנו הוי כמו דקל לפירותיו וממילא גם לרבנן קונה, או דהיכא דאינו יוצא מגופו ל"ש כלל לומר דיקנה עבד לקנס כיון דאין הקנס יוצא מגופו וממילא ודאי לרבנן לא קנה דמדין דקל לפירותיו ליכא למיתי עלה כיון דא"א מקנ' דשבל"ל, אבל לר"מ הי' אפשר לומר דנהי דמדין דקל לפירותיו לא קנה מ"מ קנה מצד הקנאת הקנס בעצמותו ולזה אמר דאפי' לר"מ לא קנה בקנין הקנס בעצמו כיון דלא עבידי דאתי.

אמנם נלענ"ד דא"א לפרש כן דהא תינח באיבעי' דגיטין הי' אפשר לומר דאם הי' הקנס עבידי דאתי דקנה מצד קנין הקנס בעצמותו, והיינו היכא דהקנה לו אג"ק, אבל בסוגיא דידן בכפל דלא הקנה לו כלל במפורש רק דאמדי' דעת הבעלים וממילא לא הוי קנין בפנינו רק משיכת הפרה ותשלומי' שמשלם השומר, וא"כ למאי הוצרך לדין דלר"מ לא קנה כיון דלא עבידי דאתי הא בפשוטו לאותו צד דא"א לדון מכח דקל לפירותיו כיון דאין הקנס יוצא מגופו ממילא במה קנה הכפל הא לא משך הכפל ובמעות א"י להקנות הכפל, לזה הי' נראה לומר דמה דכתבו תוס' בגיטין אבל קנסא מעלמא אתי ולא עבידי דאתי, היינו דמה דעבידי דאתי כיון דבודאי אתי הוי כמו יוצא מגופו והוי כאלו כח השבח ההוא בגוף העבד דאף שא"י מגופו מ"מ כיון דעבידי דאתי כאלו יוצא מגופו הוא, מש"ה נקט הש"ס דקנס וכפל כיון דהוי לא עבידי דאתי וגם א"י מגופו דלא קנה, אמנם ג"ז נסתר מדברי הרשב"א גיטין דכ' ג"כ כדברי תוס' והקשה עלה מהא דיכול למכור חורבה לאוירה אף דא"י מגופו והא בחורב' דהאויר' בודאי אתי' אעפ"כ הקשה דיהי' הדין דא"י להקנות ולזה בהכרח הוכרחנו לדחוק דעיקר היסוד כך הוא דבדבר שא"י מגופו אם הוא בעצמותו לאו בר הקנאה הוא כלל א"י להקנותו בדרך גררא ע"י גוף החפץ

כעין דקל לפירותיו, אבל אם הוא בעצמותו בר הקנאה יכול להיות ג"כ בלא קנין המיוחד לו ע"י הקנאת גוף החפץ שיקנה החפץ לשבח' דכיון דשייך בו התפסת קנין נגרר הוא בתר קנין דגוף החפץ, ולזה נקטו תרווייהו דא"י מגופו ולא עבידי דאתי, והיינו דבדקל לפירותיו אף דלרבנן דר"מ הפירות לחודייהו אין נתפס בהם קנין כלל כיון דאין בעולם, מ"מ יכול להקנות ע"י הדקל כיון דיוצא מגופו וכן בהיפוך בקנס ובכפל אם הי' הדין דלר"מ יכול להקנות הכפל והקנס בעצמותו ע"י קנין אג"ק והי' יכול להקנותם ג"כ ע"י העבד והפרה דמקנה העבד והפרה לקנס, ומש"ה הוצרך הש"ס למנקט בדרך זה כיון דלא עבידי דאתי גם לר"מ אין להם קנין בעצמותו, ול"ש בהו התפסת קנין מש"ה לא מהני עבד לקנס וגרע מדקל לפירות דלרבנן דהתם יוצא מגופו משא"כ בקנס ומדקדק שפיר לישנא דהש"ס ואפי' לר"מ דהיינו דלרבנן אף אם היה הקנס עבידי דאתי לא מהני כיון דאינו בר התפסת קנין א"י להקנות ע"י עבד ופרה לקנס, אלא דאפי' לר"מ ג"כ בעצמותו לאו בר קנין הוא כיון דלא עבידי דאתי, ולזה הקשה הרשב"א שפיר מחורב' דהא התם ג"כ אויר לאו בר הקנאה כיון דאין בו ממש, וגם אינו יוצא מגופו ואעפ"כ מהני, בזה נלע"ד מה דקשה לכאורה בדברי תוס' דנקטו בקושייתם אפי' דעבידי דאתי האיך יקנה הכפל במעות ששילם הא מעות אינם קונות והיינו ע"כ דכוונתם דאלו הי' מעות קונות אף דפשיט' דאין שייך להקנות תשלומי כפל במעות, מ"מ הי' אפשר לומר דבשעה ששילם מקנה לי' הפרה לכפילא, ולכאורה קשה הא אף אי קונה הפרה לכפילא הא כיון דבשעת ההקנאה היינו בשעה ששילם כבר נגנב א"כ איך יזכה בכפל במה שקונה הפרה לכפילא אחר שנגנב, אח"כ מצאתי שעמד בזה הפ"י, ולפי' הנ"ל ניחא די"ל דאם הי' מעות קונות הי' אפשר לומר דמקנה לו אף הפרה, או פרה לשבח יוקרא וגם מקנה לו תשלומי כפל, וכיון שמקנה לו הפרה ותשלומי כפל בב"א והקנין מעות נתפס על הפרה ונתפס ג"כ על הכפל כמו במקנה לו מעות ומטלטלי' בחליפי', והש"ס פריך דכפל לאו בר הקנאה כלל וא"י להתפס בקנין א' עם הפרה דהוי כמו קני את וחמור, ולזה הוצרכו להקשות מכח הדין דמעות אין קונות ולא קנה אפי' הפרה:

ובדרך מרווח יותר היה נ"ל למה שכתבנו לעיל דלפ"מ דנקט הנ"י דאו שאבדו קאי לענין יוקר ממילא גם לס"ד דזכה ביוקר, ואעפ"כ פריך הש"ס דלא ליזכי בכפילא דאם מקני לו הפרה לשבחא אף דנכלל בו גם שבח דעבידי דאתי, מ"מ השבח דלא עבידי דאתי לא קנה, ובלאו דברי הנ"י לכאורה מוכח כן מדהוצרך בלישנא בתרא למימר דמקנה סמוך לגניבה וצריכין לדחוק דקיימא באגם לא קנה, ואמאי לא משני בפשיטות דמקנה לי' הפרה במעכשיו לשבח דלאחר הגניבה, וגם יוקר' וגיזות וולדות בכלל, ואף די"ל

דגם יוקר' וגיזות וולדות דלאחר גניבה מקרי לא עבידי דאתי משום ב' מי יימר, הא' מי יימר דמגנב' והב' מי יימר דמשתכח גנב, מ"מ נלענ"ד כיון דעכ"פ השבת עבידי דאתי בעולם היינו היוקר והגיזה, אף דאפשר שלא יזכה בהם השומר מ"מ לא מקרי דבר שאינו בעולם, [ודוקא כפל דאי לא מגנב ולא משתכח הגנב אין הכפל כלל בעולם] אע"כ דמ"מ הכפל דלא עבידי דאתי לא קנה:

והנה הסמ"ע [סי' ר"ג] הביא בשם המרדכי דבמקנה לו מטלטלי' ומעות בחליפי' אף דמטבע אינו קונה בחליפי' מ"מ כיון דנקנו המטלטלי' קנה גם המעות, אף דקיי"ל קני את וחמור קנה מחצה, היינו משום דאין קנין לחמור כלל, אבל מעות דבר קנין הוא קנה הכל, ולפ"ז י"ל בפשוטו דהאיבעי' הוא ביסוד אם שייך כלל קנין פרה לכפילא כיון דא"י מגופו, אלא דהי' מקום לומר כיון דמקנה גם הפרה ליוקר' דמקרי יוצא מגופו ממילא זכה גם בכפל כסברת המרדכי הנ"ל, ולזה קאמר דכפל לחודא לאו בר הקנאה הוא אף לר"מ כיון דלא עבידי דאתי והוא כמו קני את וחמור ולא קנה הכפל, ובסוגי' דגיטין דמקנה רק הקנס י"ל דמיירי בהקנאה אג"ק דהוא ראוי לקנות הקנס בעצמותו ובכפל, י"ל כיון דקונה היוקרא קנה גם את הכפל, ונכון בעזה"י:

דף לד.

גמרא סתמא דמלת' וכו', בש"כ (סי' רצה) חולק על הטור דיוקר' קודם גניב' בודאי לא קנה דהא לא מקני לי' עד שמשלם לו כפי הדין, והיינו כשעת הגניב' וצריך לשלם להבעלי', והוסיף הש"כ דלא קנה רק יוקר' דלאתר התביע' דהא צריך לשלם כשעת התביע' דשמא עתה בעת היוקר נגנב, ע"ש, ונלענ"ד דברי הש"כ תמוהי' דלכאורה בפשיטות דמלתא השומר נאמן דנאבד ממנו בשעת הזול ולא נתחייב יותר ואפי' שבועה א"צ כיון דהבעלים טוענים שמא דאין זה בגדר שבועת שומרים דזהו רק באיזה אופן נאבד ממנו, אבל לא באם הספק באיזה שעה נאבד ממנו והוי כמו בשעה שאולה או שכורה מתה כמ"ש תוס' שם, ואולם לדינא אני מסתפק היכא דבשעת תביעה שוה הרבה והשומר טוען שנאבד בשעת הזול ושילם כשעת הזול דאפשר אפי' היוקר דלאחר תביע' לא קנה דיכולים הבעלים לטעון דשמא נאבד בשעת התביעה כשעת היוקר, וכיון דלא שילם לו כשעת התביעה והוי רק כשילם מחצה דלא קני עכ"פ כל השבח, ואפשר דלא קני כלל כפי האיבעי' דשילם מחצה מהו דאף דהשומר נאמן לומר דנאבד בשעת הזול היינו למיפטר נפשיה אבל לא להוציא ולקנות השבח מבעלים ואף דהשומר ברי והבעלים שמא, מ"מ הא דעת הרמב"ן דאף נגד מר"ק לא מהני ברי ושמא, וצ"ע לדינא:

גמרא א"ב קושי' דר' זירא. נראה דכוונה דא"ב לדינא, דלל"ק דמוכרחים לומר דשבח' דגופא לא קנה ממילא גם בגיזות דלאחר גניבה לא קנה, אבל לל"ב דאית להו דר' זירא אין מחלקין כלל בין שבח לשבח וקנה גם הגיזות דלאחר גניב', וכן מבואר להדי' בשיטה מקובצת במה שכ' לקמן גבי כיפי בשם הרא"ש דיוקר הוי כמו שבחא דעלמא, או די"ל דהשבח' מגופו, אלא דקאי לל"ב דסמוך לגניבתה קנה הרי מפורש דלהך לישנא אף שבחא דגופו דלאחר גניב' קנה, וא"כ קנה גם הגיזות וולדות, והנה הש"כ פסק דיוקר דקודם גניבה ל"ש ליקני דהא צריך לשלם כשעת התביע' וכ' הא דפרכי' גיזות וולדות נמי לא דלקני לגמרי דהא צריך לשלם כפי מה שנגנב ממנו דהיינו הבהמה וגיזות וולדות, אלא דפירכת הש"ס דעכ"פ לקני גוף הגיזות וולדות בדמי שישלם אותם ע"ש, ולא עמדתי על כל כוונתו דא"כ האיך משני שבח' דמגופא לא קנה והיינו אף דנתן דמיהם מ"מ לא אקני לי' גופא שחוזרי' בעין לבעלים, והש"כ בעצמו מסיק דגוף הפרה אינו חוזר לבעלים דקנה השומר וא"כ מה לי גוף הפרה מה לי הגיזות ומה חילק לומר דגוף הפרה אינו חוזר לבעלים וגוף הגיזות חוזר, וצ"ע:

גמרא א"נ דקיימ' באגם. תמוה לי דהא י"ל דנעשה כאומר פרתי קנויי' במעכשיו ופירותי' סמוך לגניבה דבזה אף דקיימי באגם קנה כמו בגופא מהיום ופירי לאחר מיתה, ולפ"ז מיושב ברייתא דחוץ מגיזות וולדות דלא הקנה לו רק פירות סמוך לגניבה, ואולם אח"כ מצאתי בשיטה מקובצת שהקשה בשם הרשב"א דנימא כאומר פירות קנויי' מעכשיו ולאחר הגניבה, ותי' כיון דקינה רק הפירות דלאחר הגניבה לא זכי בכפל דבא משעת גניבה ע"ש, ביאור הדברים דקושי' הרשב"א היה דהוי כאומר מעכשיו ולאחר גניבה דהוי כאומר מהיום ולאחר מיתה דמפרשינ' גופא מהיום ופירי לא"מ דדוקא במעכשיו ולא"מ לא משרשי' וכו' דהוי קנין אריכת' כיון דשייך בו קנין אחר, אבל במהיום ולא"מ דאדם יודע דאין קנין לא"מ, לזה מפרשי' גופ' מהיום ופירי לא"מ, וכמו שכ' כן להדי' בתוס' יבמות (דף צג ע"א) וא"כ הכא באומר מעכשיו ולאחר גניבה כיון דא"י להקנות גניבה דאנו ברשותו מפרשי' גופ' מהיום ופירי לאחר גניבה, ולזה תי' הרשב"א דבכה"ג לא קנה, ואי דנימא כאומר מעכשיו וסמוך לגניבה בכה"ג הוי כמו מעכשיו ולאחר מ' כנ"ל דלא מפרשינן גופ' מהיום, כנלענ"ד ביאור הדברים אבל עדיין תמו' לי דנימא כאומר במפרש גופ' מהיום ופירי סמוך לגניבה, וצע"ג:

תד"ה אלא מהא ליכא למשמע מיני' וכו' אבל אם אמר הריני משלם. לכאורה עדיין קשה דא"כ איך קתני בסיפא נשבע ולא רצה לשלם דהיינו בנשבע ואח"כ לא רצה לשלם, הא אף ברצה אח"כ לשלם לא קנה כיון דנשבע תחילה, וצ"ל דלקושט' דמלת' אמרי'

נעשה, והיינו די"ל דמתני' מיירי בנשבע תחילה וקתני במתני' שילם ולא רצה לעמוד בשבועתו קנה, ודוקא שילם ממש אבל אמר לחוד הוי כמו נשבע ולא רצה לשלם, וזהו הכל בנשבע תחלה, אבל בלא"ה גם באמר קנה, ולפ"ז הא דאמרי' מהא ליכא למשמע מיני' היינו באמת קאי הדיוק דמתני' שילם ממש, מ"מ ליכא למשמע מיני' די"ל דדוקא בנשבע תחילה, או דאף בלא נשבע תחילה לא מהני לומר, ואעפ"כ מלישנא דגמר' לא משמע כן דפשט' דמלתא דליכא למשמע מיניה היינו דדיוקי סתרי אהדדי, וגם אלו כן, תיכף כשהקשה ממתני' שילם אין לא שילם לא, אמאי לא משני בקצרה דמשום דנשבע תחילה בעינן שילם, וגם לישנא דר' יוחנן לא שילם שילם ממש לכאורה לא אתי שפיר דהא באמת במתני' שילם דקתני שילם ממש הוא כיון דנשבע תחילה, וגם מה דאמרי' בסמוך מי אלימ' ממתני' דקתני שילם ואוקימת' דקאמר הא לא דמי להדדי דמתני' דמיירי בנשבע תחלה ומש"ה קתני שילם אבל ברייתא דלא מיירי בנשבע הו"ל למתני אמר, מכל הלין משמע דבאמת נשארו סתירת הדיוקים במתני' ושילם לאו דוקא, וצ"ע:

והנה ביסוד דינא דתוס' דבנשבע תחילה בעי שילם ממש אפשר להסביר לפי הפוסקים דס"ל בעלמא באומר איני נשבע א"י לחזור בו, א"כ י"ל דס"ל היכא דמצי למיהדר לא מקני לי' כפילא, אלא דבאמר תחילה הריני משלם א"י לחזור דהוי כנגמר הדין, משא"כ בנשבע תחילה די"ל כיון דכבר קבל עליו הדין ונשבע ויצא זכאי אם אמר אח"כ הריני משלם יוכל לחזור בו דהוי כמתנה בעלמא דאף דלענין קניות הכפל לא דיינינן כמתנה בעלמא ודעת הבעלים להקנות גם בכה"ג, מ"מ לענין חזרה י"ל דיכול לחזור מש"ה לא מקני ליה כפילא, וגם לאידך פוסקים דבעלמא ג"כ יכול לחזור ואפ"ה מקני לי' כפילא משום דמסתמא לא יחזיר, מ"מ נ"ל כיון דכבר נשבע אם אומר אח"כ הריני משלם, י"ל דמצוי יותר דיחזיר כיון דכבר נשבע מסתמא נשבע באמת אלא דרצה לשלם לפמה"ד ואולי יחזיר מזה, מש"ה בעי שילם ממש, ולפ"ז יצא לנו דין חדש דדוקא הריני משלם לא מהני, אבל באומר פשעתי דבודאי א"י לחזור דהוי הודאת בע"ד דנשבע לשקר, י"ל דגם בנשבע תחלה קנה הכפל, וצ"ע לדינא:

גמרא במאי הו"ל למפטר נפשי' במתה מ"מ וכו'. נראה פשוט דאף אם באמת טוען מתה מחמת מלאכה ושילם דל"ק כפילא, דאף דעדיין טען מתה מ"מ, מ"מ עיקר הסבר' דאינו רוצה למפטר נפשי' בטענת ל"ש דכ"ע יחשדוהו דגוזל מחבירו, אבל במה ששילם וטוען טענת ל"ש לא איכפת לי', ומזה נתקשה לי דברי הש"כ (סי' קכא ס"ק סא) דכ' דבגניבה ואבידה עם אונסים שווים לענין ל"ש ואין נאנסה לא שכיח' יותר מגניבה, וסיים וכן משמע בר"פ המפקיד, ונראה דכוונתו מדאמרי' ש"ש קנה כפילא דהו"מ למפטר נפשי'

בשבור' ומתה, נימא ג"כ דלא רצה למפטר נפשי' בנאנס' דל"ש, אע"כ שגם נגנבה ל"ש כמו נאנסה, וכיון דעדיין טוען נגנב' ואינו חושש לטענת ל"ש קנה הכפל במה דהו"מ למפטר בטענת נאנס' וכו', ולפי הנ"ל עדיין יקש' דאף דגם עתה טוען נגנב' דל"ש, מ"מ כיון דמשל' אינו חושש לטענת ל"ש, אבל מ"מ לא רצה למפטר נפשי' בל"ש, אע"כ מוכרחים לומר בפשוטו דדוקא במת' מחמת מלאכה דל"ש לגמרי בזה לא מקני לי' כפילא, אבל בנאנס' כיון דקצת שכיח קנה הכפילא, א"כ אזדא לראיות הש"כ:

תד"ה לל"ק דר"פ, ור"ח גרס ודאי הוי תיובת'. לכאורה קשה דדלמא מיירי הברייתא בהתנה שואל להיות כש"ח דשפיר קנה הכפל, ונראה דהא ודאי ל"ק דר"פ לא ס"ל כלל סברת ר"ז דמשום דכל הנאה שלו לא מקני בדבור דהא מדאמר ר"פ שואל שאמר הריני משלם כו' משמע דאף באמר האי דלא קנה הכפל הוא רק מה"ט דמת' מחמת מלאכה ל"ש, אבל בלא"ה היה קונה באמירה דאף דבאמת מה"ט דמתה מחמת מלאכה ל"ש לא קנה אף בשילם ממש, מ"מ הא משמע דאף באמר צריך לה"ט, וא"כ אם נידון דברייתא מיירי בשואל שהתנה להיות כש"ח נצטרך לומר הא דנקט באמת בברייתא בגונ' דחיק' ולא נקט בש"ח ממש, היינו לרבות' לאפוקי סברת ר"ז דאף דכל הנאה שלו קנה, וא"כ יקשה אמאי נקט הברייתא קדם ושילם, הא בשילם ליכא רבותא דקנה, הו"ל למתני עיקר רבותא דאף באמר קנה, דבשלמא לל"ב דר"פ שפיר מפרשים קדם ואמר, די"ל דהברייתא לא נחית כלל להך רבותא, דזהו סבר' חיצונ' דלא מגרע כח השואל במה דכל הנאה שלו, וממילא דינו כשאר שומר דשילם לאו דוקא, אבל אם נימא דהברייתי' נחית להך רבותא, בזה עיקר חסר מהספר כיון דהרבותא רק דבאמר קנה, וזה לא נשמע בלישנא דקדם ושילם:

דף לד:

גמרא שילם לבנים וכו' ע' בהה"מ פ"ח מהל' שאלה שהביא בשם הרשב"א דהא דפרש"י במתו הבעלים ואח"כ נגנבה היינו דאם נגנבה בחיי האב ושילם שומר לבניו פשיטא שזכה בכפל עכ"ל, ובכ"מ שם הקשה ב' קושיות ע"ז ונ"ל ליישב קושייתו, דקושיא א', בשילם בנים הא ג"כ כבר קנה האב הכפל, י"ל כפשוטו דבזה שפיר שייך איבעי' דדלמא מקני דרק אם הוא ישלם מקני לו הכפל בעד תשלומי הקרן דעביד ליה ניחא נפשיה, אבל לא כשירצו בניך לקנותו ממנו דהא מ"מ עיקר הקנין הוא בעד התשלומין, רק שהקנין הוא המסירה או סמוך לגניבה, א"כ י"ל דהקנה רק אם הוא יקנה ויתן תמורת הפרה, אבל לא כשהיורשי' יקנוהו, משא"כ בשילם לבנים כיון שהשומר קונה אותה והוא הקנה לו

אם ירצה לשלם הפרה, וכיון שמשלם לבאי כחו הוי כמו שמשלם לו, ומה לו אם משלם לו או לבאי כחו, ולזה פירש"י שנגנבה אחר מיתת אביהם, וגם קושיא הב' דהא לא מקני ליה כפילא עד שעה שמשלם, לק"מ דהא מחמת התשלומים קנה למפרע סמוך לגניבה והר"ז כאלו אמרו הבעלים כשתרצה לשלם לי או ליורשי יהיה הפרה סמוך לגניבה קנוי לך, וא"כ מה בכך שמתו הבעלי' הא כבר קנה אות' השומר, ע' בשיטה מקובצת ותמצא להדיא שזה דעת הרשב"א, ומ"ש עוד הכ"מ פי' אחר בכוונת רש"י דבשילם לבנים היה קשה לרש"י הא א"א מוריש קנס לבניו, משא"כ בשלמו בנים שהבעל הפקדון קיים והגנב חייב לשלם לו הכפל ובני השומר מבעל הפקדון זכו דלגבי דידי' לאו קנס הוא עכ"ל, וסברא זו צ"ע טובא, דלכאורה כל עיקר פרה לכפילא או דקל לפירותיו דמהני, ולא הוי דבר שלב"ל היינו שקונה הדקל לענין זה שיהיו הפירות גדילים על דקל שלו, וכן פרה לכפילא, דלענין כפל הפרה שלך שהגנב גנב פרה שלו, אבל פשיטא אם נימא שהגנב נתחייב לבעלים רק שהוא קנה הפרה לענין זה הזכות שיבוא להבעלים ממנה דהיינו שיגבו הכפל יהיה הזכות שלו דמה שייכות זה להפרה שיקנה הוא המעות מהבעלים, וגם היה בעי' שיגבו הבעלים תחילה הכפל, ואף אם הבעלים מתו מקודם הגביי' לא היה קונה הפירות דקל וקנס דפרה, אע"כ הפשוט דעיקר מעלה דדקל לפירותיו וכיוצא, דלענין זה הזכות הדקל שלו שהפירות גדילים באילן שלו, וביותר מבואר כן בהרשב"א בסוגי' דכתובות (דף נח) בסוגיא דהמקדיש מע"י אשתו הובא בשיטה מקובצת בארוכה שהקשה מה מהני יקדשו ידיך לעושיהם מה שייכות יש מע"י לידים, בשלמא דקל לפירותיו היינו שיהא הדקל לענין זה הקדש שיהא הפירות הקדש כאלו הקדיש כל הדקל ע"ש שמבואר כנ"ל, וא"כ גם בשלמו בנים יקשה א"א מוריש קנס לבניו דהא כל הזכיי' רק שיהיה הפרה שלו והגנב גנב מהשומר, וא"כ לגבי בניו הוי א"א מוריש קנס דהא מכח אביהן זכו, ומדברי הכ"מ נרא' דמכח המפקיד זכו, וצ"ע, אך מה דקשה לי במה דנקט הה"מ דבנגנבה בחיי אבוהן פשיט' שקנ' אבוהן ממילא לדידן דקיי"ל כל"ק דמעכשיו קני לה אף בנגנבה לאחר מיתת אביהן כבר קנה השומר, וע"כ הסוגיא לל"ב דסמוך לגניבה קני, וכ"כ הרשב"א להדיא בשיטה מקובצת, וא"כ לדידן דקיי"ל כל"ק וכמ"ש הה"מ שם ליכא נ"מ להאיבעי' ולא הו"ל להביא כלל וצ"ע, וע' בהריטב"א שכ' ג"כ כדברי הרשב"א בכוונת רש"י, אבל באופן אחר והיינו בנגנבה בחיי אבוהון אין שייך כלל למבעי אם הבנים מקנים דהא אין בידם להקנות והספק רק אם אבוהון הקנה אי לא ע"ש, הכוונה דלישנא דהש"ס כי אקני לך אבונא וכו', אבל אין משמע דהאיבעיא אם הבנים מקנים הא א"א להם להקנות, אע"כ דאיבעי' בנגנבה לאחר מיתת אביהם, וא"כ

לל"ק י"ל דאיבעיא הוא מצד אחר אם אביהם הקנה וחס על בניו שישלם לבניו, או לא, וזה ממש דעת תוס' בסוגייתנו, אבל מלשון הרשב"א שכ' הה"מ דבנגנבה בחיי אבוהון פשיטא שזכ' בכפל משמע דהוא מלתא דפשיטא דמקנה הכפל אם ישלם לבניו דמה איכפת ליה אם ישלם לו או לבאי כחו וכמבואר להדיא בהרשב"א שהובא בכמו, א"כ ליכא נ"מ כלל באיבעי' זו, וע', ובעיקר קושי' תוס' דא"א מוריש קנס כבר כתבו בב"ק דדוקא קנס בתו א"א מוריש אבל קנס אחר מוריש, ומלבד זה י"ל באם נאבד' והשומר טען ט"ג אחר שמת המוריש, וא"כ נתחייב הכפל להיורש, וכעין קושית המהרש"א לעיל בתוס' ד"ה או שאבדו, (א"ה כפול לקמן) ובלא"ה דברי תוס' קשים עכ"פ, שכתבו קושיית' אאיבעי' דאמר הריני משלם וכו' הא א"א מוריש קנס לבניו, הא י"ל דאיבעי' לענין יוקרא ובאינך איבעיות דשילם לבנים דקתני כפל י"ל באמת בנגנב' אחר מיתה:

רש"י ד"ה שילם לבנים, מתו הבעלים ונגנבה ע' מהרש"א, נראה דאין כיונתו דאם בפירש"י דגם לל"ק הוי כאומר לו בשעת משיכה, א"כ ליכא למיבעי' דהא הבעלים בעצמם הקנו לו דז"א דמה בכך דהא בשעת חלות הקנין דהיינו סמוך לגניבה כבר מתו הבעלי' ופסק כח המקנה והוי כאומר משוך וקנה לאחר ל' ומת המוכר קודם ל' דבטל הקנין, אלא דכוונת המהרש"א בהיפוך דאם נימא בפירש"י דהוי כאומר בשעת משיכה והיינו ע"כ מדלא מפרשי כפשוטו דהוי כאומר סמוך לגניבה, ע"כ צ"ל דהעיקר האומד באמירת הבעלי' רק בשעה שעושה מעשה למסרו לשומר א"כ מה מיבעי' הא כיון דזוכה רק משום אמירת הבעלים בשעת משיכה, א"כ כיון דמת המפקיד קודם הגניבה פקע הקנין:

אולם באמת נ"ל דלית' לקושי' המהרש"א די"ל דאין הכל דוקא בא בשעת מסירה לידו אלא על שעה שנעשה שומר שלו, ומש"ה שפיר מיבעי' בשילם לבנים, די"ל דדעתם ג"כ להקנות הכפל משום ניחות' דאבוהן והוי כאומרים לו בשעה שמת אביהם דאז נעשה שומר שלהם, ונראה ראיה לזה ממוצא אבידה ונגנבה ממנו דנראה ג"כ דבשילם קנה הכפל ואף דלא היה כלל מעשה מסירת השמירה מיד הבעלים לידו אלא דבעצמותו נעשה שומר וע"כ משום דבשעה שנעשה שומר שלו הוי כאומר, אולם באמת מסתפקנא לדינא בשומר אבידה אם קנה הכפל כיון דלא הי' התעסקות הבעלי' עם השומר כלל אלא דהתורה עשאו שומר י"ל דלא הי' להם ניחות' זה עם זה, וכיון דחזינן בכולו סוגיין דבעינן ניחות' ומספקי' רק אם הבנים חוששי' לניחות' דאבוהון, א"כ י"ל דבשומר אבידה ל"ש כן, ובפרט אם הבעלים לא ידעו שמצא זה עד אחר שנגנב ממנו, דכיון דלא היה

ידוע להם שהוא שומר שלהם י"ל דל"ש לומר דהוי באומר, וצ"ע לדינא, ומ"מ בלא ראיה נ"ל כנ"ל דעיקר נעשה כאומר היינו על שנעשה שומר שלו:

תד"ה הריני משלם, תימא האיך ישלם לבני הנפקד. קשה דלמא האיבעי' בנאבדה ואחר שמתו הבעלים טען המוצא ט"ג ואשתכח שאיהו גנב דבזה דקנה השומר ובניו ירשו הבהמה ממנו והחיוב הכפל דמתחיל על שעה ט"ג הוי כטוען לגבי בנים ונתחייב הכפל להם ול"ש א"א מוריש קנס, ודמי כעין קושית מהרש"א על דברי תוס' בריש פרקין ותירוצו ל"ש הכא די"ל דהאיבעי' לדינא דקיי"ל דטוען ט"ג באבידה משלם כפל, וצ"ע:

גמרא שאל מן השותפים ושילם לא' מהן מהו. קשה לי הא גם לזה ששילם לא הוי רק שילם מחצה, דהא כל פרוטה ופרוטה הוא בשותפות וכשפרע לזה החצי הך חצי' גופא הוא בשותפות, וכיוצא בזה כ' הרא"ש בפ' מי שהיה נשוי, דמה"ט יכול שותף א' לדון על הכל ולא מצי אידך לומר אדון רק על חלקך דיכול לומר אם אזכה החצי הוא לשותפות וא"י לזכות בחלקי אם לא אדון בכולה ע"ש, ונ"ל לחלק בין אם השותפות קיים עוד בענינים אחרים בזה, גם בהתשלומים הם שותפים, והכא י"ל דמיירי ששותפות' היה רק בשור זה, וכיון שנגנבה נתבטל השותפות והוי על התשלומים רק שני בעלי חובות.

ובד"א יוכל לחלק והיינו דדוקא אם הלוו מא' מן השותפים שזה עיקר ענינם שנושאים ונותנים בהם, בזה נשתעבד הלוה שיעבודו לשותפות, ושותפות' בשיעבוד הנכסים, וכל פרוטה ופרוטה בשותפות, משא"כ באם בא א' והזיק דבר שהוא בשותפות שהחיוב עליו לשלם היזק, בזה י"ל שאין בשיעבוד שותפות דהא לא נשתתפו בשיעבודו רק הוא הזיק לכל א' שוה מא' זוז, והוי בע"ח לזה ובע"ח לזה וכל שקדם וגבה זכה, וה"ה הכא אף בשאלה שנשתעבד להם השואל, מ"מ כששאלו לא היה השאלה שישלם, ושאלה הדר' בעינ', רק באם פשע מחוייב לשלם הזיקם, י"ל דאין ע"ז שם שותפי' וכ"ז צ"ע וחיפוש רב.

תד"ה שאל מן האשה וכו' ויש ליישב ששילם לבעל חלקו. נראה דזהו לשיטת הרי"ף וסייעתו הסוברים בפ"ח דכתובות דגונב בהמת מלוג הכפל לבעל מש"ה מיבעי אם הבעל מקנה הכפל נגד תשלומי הפירות שלו, אבל לשיטת תוס' שם דהכפל לאשה, א"כ ל"ש למיבעי בזה דהא האשה לא קבלה תשלומי' כלל והבעל א"י להקנות הכפל שאינו שלו, ואולם עדיין קשה לי אף לשיטת הרי"ף דאף דקנייי' הבהמ' לבעל לכפל, מ"מ האיך יכול להקנות להשומר (ואף אם נימא כפי מה שצדדנו לעיל דבמקנה לו הפרה לשבחי') הא כיון דגוף הפרה אינו שלו וא"י להקנות רק פרה לכפילא והוי דבר שלב"ל דאף דהוא קנה הפרה לכפל היינו מתקנת חכמים דהקנו לו כן אבל א"י להקנות לאחרי' זכותו, ואף אם נימא כפי מה שצדדנו לעיל דבמקנה לו הפרה לשבחי' דכיון דמקנה לו לכל השבחי'

קונה גם השבת כפל, מ"מ הכא ל"ש כן, דהא לגיזות וולדות באמת אינו מקנה, ויוקר א"י להקנות דהא הבעל בעצמו אינו קונה היוקר כדקתני להדי' במתני' פ"ג דיבמות פחתו והותירו פחתו והותירו לה, וא"כ אינו מקנה רק להכפל והוי דשלב"ל וצריכי' לדחוק דהאיבעי' רק באותו צד דיכול למכור עבדו לקנס וצ"ע:

בא"ד והריב"ן פי' ושאל מן האשה ומתה, ולל"ק דמעכשיו וכו', וקשה לי טובא הא הפרה נכסי מלוג ואין בידה כלל להקנותם לשומר, דהא קיי"ל האשה שמכרה בנ"מ וכו', ומה מהני שהיא חס על בעל', ואף דבשאל' בעי' ברשות בעלה, והיינו שאמר לדעתך, כמ"ש הרשב"א בשיטה מקובצת, וא"כ אפשר דהבעל נתרצה להקנותו, הא זהו גופ' איבעי' אם הבעל מקנה מחמת ניחות' דהאשה כמו דאיבעי לן ללישנא דסמוך לגניב', ודוחק לומר דלהך לישנא פשיטא לן דהבעל מקנה, ואפשר דמיירי בגוונא דכ' לאשתו דו"ד אין לי בנכסייך דהדין אם מת' יורשה, אלא שאם מכרה ונתנה קיים, גם מה שכ' תוס' באידך איבעי' דהאשה ששאלה, היינו שמת' אח"כ, בזה נ"ל דמיירי ע"כ בנגנבה אחר מיתת בעלה, דבחיי בעלה אף אם נימא אדם מוריש קנס לבתו, כדעתם ב"ק מ"מ לגבי בעל הוי כפל ראוי, ואינו יורש בראוי דהא מצד פירות דבהמ' לא מצי למזכי דפירי דאתי מעלמא לא תקינו רבנן כמ"ש תוס' פרק החובל וזוכה רק מדין ירושה ואינו יורש בראוי, ובזה יש לפקפק שאין עליו דין ראוי כיון דמ"מ הזכיי' מכח הבהמה והוא לוקח בגוף הבהמה, רק כיון דאתי מעלמא לא תקינו לי' רבנן שיהא כל הכפל שלו, אלא שהוא שלה לענין שמא ימות היא קודם כמו כל נ"מ, אבל במת' היא שזוכה בה מדין נ"מ הוי כאלו הכפל מגיע מיד להבעל, והגנב נתחייב לבעל:

בא"ד אשה אינה חסה על בעלה, ע' מהרש"א תמצית דבריו דס"ל דהאיבעי' דהש"ס שילם לבנים כי אקני לך אבונא וכו' מיירי בנגנבה לאחר מיתת אביהם וקאי לל"ב, אבל יש למיבעי ג"כ לל"ק ואף בנגנב' בחיי אביהם אם השומר מקנה בשביל התשלומי' לבנים ע"ש, ונראה מדבריו דהאיבעי' ג"כ בנגנב' בחיי האשה והא דזוכה הבעל בחשלומי' של השומר ול"א דהוי ראוי היינו מכח תקנת אושא דהוי לוקח ראשון ממילא למפרע נתחייב השומר להבעל, ומ"מ מסתפקנא לדינא לשיטת הרי"ף הנ"ל דהכפל להבעל אם מכרה בחיי בעלה, אם נימא כיון דהוי לוקח ראשון ממילא הכפל למפרע שלו, או דנימא דתקנת אושא לגבי הקרן לענין שאין בכחה להפסיד לו הקרן, אבל לא לזכות עי"ז הכפל וצ"ע לדינא, ואין לפשוט זה מאיבעי' דהכא בנגנבה בחיי האשה אם היא הקנתה לו מכח דחסה על בעלה הא הקנין שלה לא מהני לקניית הכפל כיון דהכפל למפרע להבעל, הרי בלא"ה קשה האיך יכול להקנות לו הפרה הא מכח תקנ' אושא מכירת' בטל ופר'

לכפיל' א"א להקנו', אע"כ דכיון דזה לטוב' הבעל שמקבל התשלומי' מסתמא מתרצה לזה, ומ"מ בעיקר היסוד דברי המהרש"א נלענ"ד דאין הכרח דמנ"ל לחדש איבעי' מה דלא נזכר בש"ס כלל ולעשות ספק מעצמו אם חס על בניו, ונראה בכוונת תוס' דהאיבעי' דשילם לבנים וכן שילם לבעלהוא גם לל"ק מכח הסברא דכי אקני אבונא והיינו דזהו סברא פשוט' דבעלי' לא מקני כפל בשביל תשלומי' לבני', וכן האשה בשביל תשלומי' לבעל אלא דהאיבעי' בנגנב' אחר מיתת הבעלי' דבזה אף דלא זכה מכח הבעלי' מ"מ עכ"פ בשעה שנעשה שומר שלה דהיינו אחר מיתת אביהם הם מקנים לו הכפל והוי כאומרי' הם לכשתגנב וכו' דמה בכך דכבר אמר אביהם, מ"מ לא הוי כאומרים והאיבעי' אם דנים דגם היורשים מקנים, או דאמרי' כי מקני אבונא, וא"כ האיבעי' בין לל"ק ובין לל"ב הכל בסגנון א' דמצד אביהם בודאי לא זכה, אלא דהספק אם זכה מכחם, ובאמת יהי' הדין דדוקא בנגנב' לא"מ אביהם אבל בנגנב' בחיי אביהם דא"א לו לזכות מכחם בודאי ל"ק הכפל ודברי התוס' ג"כ לכוונה זו במש"כ דאשה אינה חסה על בעלה היינו דזהו סברא חלוטה והספק רק אם זכה מכח הבעילה כשמת' ונעשה שומר להבעלי' הוי כאומר הבעל, ואפשר דס"ל למהרש"א דלישנא דתוס' אשה אינה חסה על בעלה דמשמע דהיא אינה חסה כ"כ כמו אב על בנים והוי בדרך את"ל דשילם לבנים קונה, ומ"מ עדיין יקשה על תוס' בעצמם דלמה הכניסו עצמם בפירצה דחוקה לפרש האיבעי' בתרי גווני במה דלא נזכר רמז כלל בלישנא דהאיבעי' הא כמו דנפרש דהאיבעי' אם חס על בנים ה"נ י"ל דהיא סברא חלוט' דודאי אינו חס והאיבעי' הכל מענין א' אם הבנים ג"כ מקנים ומיירי רק בנגנבה אחר מיתת אביהם, וצל"ע:

תד"ה שמא יוציא הלה את הפקדון וכו' אבל כי רמינן על מלוה לא ישבע כו'.

נראה ביאור דבריהם הא אביי אמר חיישי' שמא יטעון לאחר שבועה מצאתי, ולא אמרי' דלא ישבע עד שידע שלא יוכל להמצאו, היינו דדוקא היכא דהמלוה נשבע כמה הי' שוה וזכה בדינו להשתלם מהלוה בזה אמרי' באם ניחוש שיכול להמצאו ואעפ"כ ישבע משום דרצונו בהחפץ ועיניו נתן בו מה לו להוציא אח"כ החפץ ולברר שהדין עמו הא כבר פסקו לו שהלוה צריך לשלם לו מה שהחוב יותר מדמי המשכון משא"כ לקמן אם הלוה ישבע כמה הי' שוה בזה אמרי' אף דהמלוה נשבע תחילה שאינו ברשותו שמא לא טרח למצוא החפץ קודם השבוע' כי ניחא לי' בכך לשלם דמי החפץ ולהחזיק החפץ לעצמו כשימצאו ואחר שישבע הלוה כמה הי' שוה וירא' המלוה שיפסיד את שלו בזה לכשימצא יוציא את הפקדון לברר ולהוציא ממונו מהלוה:

דף לה.

גמרא לישתבע נמי אגלגול כמה הי' שוה. קשה לי הא על הגלגול יש לו מגו להמלוה לטעון להד"ם דאף דלגבי עיקר שבועה דא"ב א"א להאמינו במגו דהוי מגו דהעזה לפטור משבועה, מ"מ על הטענה דסלע הי' שוה כיון דהוא כופר הכל יש לו מגו דלהד"ם, וסבור הייתי לומר דמגו לא מהני רק כשמפטר עצמו מממון, או מהעיקר שבועה דבמקום מגו לא מטילין עליו שבועה, אבל היכא דנשבע בלא"ה ובאנו להשביע גם על טענה זו בגלגול לא מהני מגו לפוטרו, אבל באמת אינו כן דהרי התוס' לקמן (דף צז) הקשו דבכל גלגול יהא נאמן במגו דהי' טוען על גלגול אינו יודע, הרי דס"ל להתוס' דמגו מהני ג"כ לפוטרו מהגלגול, ואולי י"ל דקושית תוס' הוא רק כיון דלעולם יש לו מגו על הגלגול לא הי' ראוי להיות כלל דין גלגול בעולם כיון דבכל מקום יש לו מגו, אבל לפמ"ש שתירצו דאינו טוען ברצון אינו יודע כי אז נרא' שהתובע אומר אמת י"ל כיון דעתה יש לו יסוד לגלגול שבועה אפי' אם לפעמים משכחת גלגול היכא דיש לו מגו לא מהני המגו ולעולם מגלגלין ומיושב בזה ג"כ מה דקשה לי על תירוצם שם דעדיין קשה בתובע שגלגל בשמא יהא נאמן במגו דאינו יודע, דהא גם התובע אינו אומר ברי, ולפי הנ"ל ניחא כיון דמשכחת דין גלגול בלי מגו כגון בטענת ברי ממילא מגלגלין לעולם אף במקום מגו, ונ"ל להביא ראי' דלא מהני מגו לגלגול שבועה ממה דפסקי' בש"ע (סי' רצו ס"ח) הודה שומר שפשע כו' בכ"מ ובב"ח כתבו בישוב קו' של הה"מ דהא דאינו נאמן בהיסת במגו דהחזרתי משום דעכ"פ אף כפי דבריו שתנאי הי' מפורש שא"צ לשומרו כדרך השומרי', מ"מ צריך לישבע שא"ב ונשבע ג"כ ע"י גלגול דתנאי הי' עמו הרי אף דעל הגלגול יש לו מגו מ"מ צריך לישבע, ואף דמהמחבר אין ראיה כיון דפסק כהרמב"ם דמגו לאפטורי משבועה ל"א מ"מ מדשתיק הרמ"א אף דהביא בתחילת הסי' הנ"ל דעת הי"א דאמרי' מגו לאפטורי משבוע' היכא דלא הוי מגו דהעזה ע"כ מוכח דגלגול שבוע' שאני, וכפי מה שהעלה הש"כ דלא כמ"מ אלא דהרמב"ם מיירי שעדי' העידו שלא החזיר ליכא ראי': **אמנם** נראה ראי' מדינא דש"ע ס"ו טען זה שהי' שם תנאי כו' ומגלגל בה שלא הי' שום תנאי, ולכאורה קשה דלהימן שלא הי' שום תנאי במגו דלא נעשה שומר מעולם, אע"כ בכל גלגול לא מהני מגו, מ"מ יש לדחות דהמחבר ורמב"ם לטעמייהו דס"ל דל"א מגו לאפטורי משבוע' והרמ"א דשתיק י"ל דסמך עצמו אדלעיל דנדע ממילא דא"צ לישבע אלא היכא דליכא מגו, וראיתי במ"ל פ"י ה"ב מהל' שאלה במה שהשיב על הכ"מ דכוונתו דלהימן בהיסת במגו דא"ל הנח לפניך מבואר דס"ל דאמרי' מגו על גלגול שבוע', ואולם דברי המ"ל תמוהים דהא הכ"מ כ' שפיר אליבא דהרמב"ם דס"ל דל"א מגו

לאפטורי משבוע', וצ"ע לדינא:

ובהכרח לומר דהכי נמי הוי מגו דהעזה, דבמה דכופר עתה ואומר סלע הי' שוה לא הוי העזה כ"כ דהלוה יחשוב דלא קים לי' בגווה וכעין מה שכ' תוס' גבי שוכר, ומ"מ במודה במקצת ואומר ה' דנרין הי' שוה ליכא מגו דכופר הכל דסלע הי' שוה דמ"מ הוי העזה אבל לא העזה כ"כ כמו להד"ם:

גמרא ופרקין המפקיד הוה ואמרי לי' שילם ולא רצה לישבע. לכאורה תמוה דבמתני' שילם עפ"י הודאתו משא"כ בזה שאמר לא ידענא לא הי' דרך הודאה אדרבא דעתו הי' לפטור עצמו מזה רק מדנתחייב מהך טענתו ונתחייב עפ"י פסק ב"ד ולא מצינו בכה"ג דאקני לי' כפילא, ולא מיבעי' לשיטת הרמב"ן דבעדי' שפשע לא מקני לי' כפילא ה"נ לא מקני לי' אלא אפי' לשיטת הרשב"א דבעדים שפשע זכה בכפל מ"מ היינו רק במתחייב בהודאתו ואינו מטריח בהבאת עדי', משא"כ הכא דאינו מודה כלל, ואח"כ ראיתי בשיטה מקובצת דהרשב"א דיבר מזה ותירוצו אינו מובן כראוי:

ואולי אפשר לומר דהדין באומר לא ידענא ואח"כ אומר שמצא החפץ ונאנס מידו דנאמן בשבוע' כמו שומר דעלמא, ואינו דומה לא"י אם פרעתיך ואומר אח"כ נזכרתי דס"ל להרבה פוסקי' דאינו נאמן דהכא טענ' שנזכר אינו מעין טענה ראשונ', וא"כ י"ל דהכא כשבא ר"נ לגבות האפדנא כיון דכבר ידע דנתחייב בטענת דלא ידע והא מצי למפטר נפשי' בטענה דמציאה ואח"כ נאנסה ואינו פוטר עצמו בזה אלא עומד בטענתו דלא ידענא הוי עתה כמו מתחייב בטענה, ואילו שילם עתה בלא טרחא דבי דינא הי' הדין דקונה הכפל, ולפ"ז יצא לנו דין חדש דאם כשאומר לא ידענא ואמרו הב"ד זיל שלים והבעלי' העמידו עדי' אצל השומר שהעידו שאח"כ לא מצאו, אף אם שילם בלא טרחה דהב"ד אינו קונה הכפל כיון דלאחר שידע דנתחייב בב"ד א"י לפטור עצמו בשום טענה, וקודם שטען הי' סבור שיפטור עצמו בלא ידענא, וצ"ע לדינא:

רש"י ד"ה לוקח הוי וכו', **ואינסיב' ומתה וירשה בעלה**. מבואר דס"ל לרש"י דגם ברישא דמיירי במת' ומשמע לכאורה דס"ל לרש"י ז"ל דמחיים באמת מיהדר דעדיין לא מקרי לוקח על גוף וכמו דס"ל להרמ"א (סי' ק"ג) ואולם הש"כ העלה דעיקר דגם מחיים לא מיהדר כיון דהוי לוקח למפרע מכח תקנת אושא ורק בסיפא הוא דנקט מת' דמחיים מהדרינן לה דלא גרע כחה משום לוקח דהבעל עיי"ש, ויש לומר דס"ל לרש"י דמחיים מיהדר משום דבמקום פסיד' דאחרינא הוי רק יורש וממילא ל"ל זכות למפרע בגוף רק בפירות וה"ה דמיהדר, מש"ה פירש"י דמת' והוי יורש בכולו אלא דאף דס"ל כן לשיטת תוס', ומה דציין רש"י לוקח הוי דין לוקח הלכך לא מיהדר מבואר דס"ל לרש"י דטעם

לוקח הוי קאי גם על ולא מיהדר וכמו דס"ל לתוס' ב"ב ע"ש, וא"כ גם מחיים יהי' הדין דלא מיהדר כיון דהוי לוקח על הגוף למפרע, ולענ"ד הי' נרא' דאפשר דגם רש"י ס"ל כן, ומה דפירש"י גם ברישא ומת', לא משום דבלא מתה מיהדר אלא בהיפוך דבלא מתה אף בלא תק"א מ"מ מחמת זכייתו בפירות הוי כמו לוקח דמחיים ל"ש דזוכה מדין יורש רק מדין לוקח כיון דזוכה בקרקע לפירות מדין לוקח הדין דלא מיהדר, דאפשר דגם בזבין קרקע לפירות לא מיהדר דמ"מ נחית אדעתא דקרקע לפירות, ולזה פירש"י דמיירי במתה דפקע זכיית פירות משום פרקונה אלא דזוכה הכל מדין ירושה והי' מדין דמיהדר (א"ה זה לשיטת הי"א שהביא הרמ"א שם) מש"ה צריך לתק"א, הן אמת מבואר ברשב"ם ותוס' ב"ב דאיבעי' דלות' ואכלה ועמדה וניסת אי יורש הוי או לוקח הוא ג"כ מחיים, ומבואר שם בדבריהם דאי אמרי' דהוי כיורש אלמנה נזונית מחיים אפי' מהפירות דגם על פירות הוי רק כיורש:

אבל לענ"ד צ"ע טובא דאם יש מקום לומר דמע"פ גובה מחיים גם מהפירות דבעל הוי רק כיורש הרי אף דפשיטא דהיא א"י למכור הקרקע להפקיע הפירות מבעלה כדקתני במתני' דר"פ האשה שנפלו, מ"מ מע"פ גובה ממנו ומטעם דהיא א"י להפקיע כחו דבעל דכבר נעשה כיורש על הפירות משעה שנשאה, אבל מע"פ גובה ממנו כמו מיורש דעלמא, א"כ היכי מוכח מתק"א דבעל הוי כלוקח הא תק"א הוי רק בגוף למפרע ומכרה ונתנה בטל, א"כ עשאוהו כיורש למפרע משעת נשואין דכמו דהוי מקודם יורש על הפירות משעת נשואין תקנתם הי' שיזכה מדין יורש משעת נשואין הגוף באם תמות בחייו ומכרה ונתנה בטל כיון דכבר ירש, ומ"מ מע"פ גובה ממנו, אע"כ דמה שזוכה מחיים ל"ש עליו לומר מדין יורש ובודאי מדין לוקח הוא, וא"כ ע"כ האיבעי' רק אם מע"פ גובה מהקרן אבל מהפירו' בחיי' בודאי אינו גוב', וצ"ע מאד על רשב"ם ותוס':

תד"ה לוקח הוי, הא אמרי' התם בר היכא דא"פ לאחרינא, הש"כ (בסי' קג) הקשה דזהו רק דבמקום פסידא דאחרינא אין לו זכות לוקח, אבל זכות יורש בודאי לא פקע אף במקום דאיכא פסידא דאחרינא למ"ד ירושת הבעל דאוריית' כמו ביובל, ובקצו' החושן כו' דהא מלישנ' דש"ס ב"ב גבי יובל משו' פסיד' דהבעל משמע דאלולי זה הי' מקו' דיאבד זכות יורש ויהי' לו רק דין לוקח, וא"כ י"ל דהכא לא מקרי פסיד' דבעל במה דלא מהדר' לי' כיון דהוא רק משו' ועשית הישר והטוב, ובאמ' לא הועיל בזה דאף דהבי' ראי' מדברי תוס' ב"ב דכתבו הכי, מ"מ הא הכא בסוגי' לא ס"ל לתוס' הכי מדכתבו תכ"ד ולא מיהדר הוא מטעם ממ"נ, אבל בלא"ה הי' הדין דמיהדר משום פסידא דאחרינא, הרי דס"ל דגם זה מקרי פסידא, ועיקר קושית הש"כ היה אפשר לומר דס"ל כשיטת

הפוסקים דירושת הבעל דרבנן ואתי' סתמא דסוגיין כפי הלכתא וכיון דהוי רק דרבנן שפיר הפקיעו זכותו במקום פסידא דאחרינא אף דאיכא גם לדידי' פסידא, אבל ביובל דממילא הדין רק למ"ד ירושת הבעל דאורייתא לא הפקיע זכות התורה במקום פסידא דיד', גם יש לחלק כפי מה שכ' המרדכי להחזיק יכול לומר אי אפשי בתקנת חכמי', אבל לא להוציא, א"כ י"ל דכפי תקנת חכמי' דהוי לוקח מהראוי דלפקע זכותא דיורש במקום פסידא דאחרינא אבל ביובל מוחזק יכול לומר א"א בתק"ח משא"כ הכא שהבעל (אינו) מוחזק לא מהדרינן ליה להבעל דלהוציא א"י לומר א"א בתקחז"ל:

דף לה:

מתני' השוכר פרה מחבירו והשאיל' לאחר ישבע השוכר וכו'. הא דנקט מתני' הדין ביודע השוכר ויכול לישבע היינו בפשוטו דאם א"י הוא חייב לשלם מדין משואי"ל משלם, ואולם לפ"מ דנקט הנ"י בפ' בתרא דב"ק הדין בשואל חמור לרכוב ומסרו לשלוחו ואתי עלה מדין א"י אם פרעתיך דמשע' שמסר לשלוחו פשע מטעם אין רצוני ואשתעבד נכסי' ע"ש, הרי דלא אתי עלה מדין מחשואי"ל משלם, ואולי משום דס"ל להנ"י כהרמב"ם דעיקר שבוע' הוא שא"ב ושארי שבועות הוה רק גלגול, א"כ יקשה הכא במתני' אף אם אין השוכר יודע דמת' כדרכה לפטור דהא הכא אין לחייבו מדין א"י אם פרעתיך כיון דלא פשע כלל למה דמוקמי למתני' בנתנו רשות להשאיל ול"ש בזה אין רצוני, וצ"ל דאף דבא"י לישבע השוכר פטור מ"מ למקני עי"ז הפרה שיהא השואל משלם לו הוי כמו ספק בקנין דהתורה לא הקנה לו אא"כ אם טוען בודאי מת' כדרכ' אבל כל שטוען א"י אף דפטור מספק מ"מ לא קנה הפרה, ואולם לפ"ז יקשה לכאורה מה מהני שבועת השוכר, מ"מ הוי ספק שמא השואל שלח בו יד, בשלמא בפשוטו הי' ניחא כיון דלא הוי רק גלגול שבוע' ל"א משואי"ל משלם, אבל לפמ"ש דהוי ספק בקנין קשה, וסבור הייתי לומר דאף אם השואל שלח בו יד לא מקרי שליחות יד לגבי השוכר כוון דלא עפ"י דבורו נעשה, בשלמא אם פשע השואל ואין לו מה לשלם חייב השוכר כיון דלא נעשה השמירה כראוי החיוב על השומר הראשון כאלו היה אצלו ולא שמרה, אבל אם שמרה כראוי אלא דשלח בו יד דאוקמי רחמנא ברשותו לחייב באונסין, והיינו לגבי השואל ששלח בו יד, אבל מ"מ השוכר פטור כיון דלא היה חסרון בגוף השמירה, ומצאתי בעזה"י שכ"כ הרשב"א, ואולם מדברי הרא"ש בסוגיין גבי את מהימנת מבואר דלא ס"ל כן, א"כ יקשה כנ"ל, וצ"ל דדוקא אם הספק הוא בעיקר אם מתה כדרכ' בזה הוי ספק בקנין, אבל כל שזהו ברור דמתה כדרכה דזהו הקנין והספק מצד אחר דשמא

נעשה גזלן וקם ליה ברשותו לא מפסידים להשוכר, ע' בהרא"ש פ"ק שהקשה אמאי לא הוי השואל עד המסייע, ושמעתי מקשים הא השואל צריך שבוע' שא"ב והוי עד הצריך שבועה, ולענ"ד לכאורה עדיפא מיניה קשה דאף אם עד הצריך שבועה הוי עד, מ"מ זה שייך רק גבי הן הן שלוחיו הן הן עדיו כיון דנשבע מסתלק הנגיעה דאי בעי אמר' אהדרינהו והיה נאמן בשבועה אבל הכא גם אחר השבועה עדיין שם נגיעה עליו דשמא הוא ברשותו ונשבע לשקר ואם יודה שהוא ברשותו יצטרך להחזיר, וא"כ עדיין הוי נוגע, ולזה צ"ל או דקושי' הרא"ש דסתמא קתני דמשמע אף אם מתה מוטלת לפנינו, אלא דהספק אם מתה בפשיע' או לא ולא הוי נוגע, וא"כ ממילא לית' לקושיא הנ"ל דהא במת' לפנינו א"צ לישבע שא"ב, או דקושית הרא"ש דהא המשכיר א"י לבא בטענת דשמא היא ברשותו של שואל כיון דהשואל נשבע שא"ב ולרב דלא ס"ל סברא דאת מהימנת ולגבי חשש זה יכול השוכר לפטור עצמו בשבועת שואל דהוי כמו נשבע השוכר (וכן למה דמוקמי' בנתנו לו רשות וכו' לא שייך את מהימנת) אלא דטענת הבעלים דשמא מתה בפשיעה ולגבי טענה זו לא הוי נוגע, וכיון שכן י"ל דלא מקרי עד הצריך שבועה דדוקא גבי הן הן שלוחיו דמה דחיישי' שמא לא מסרו השלוחים המעות למלוה ואנו באנו לדון דיהיה עליהם שם עדים בזה, מש"ה אמרי' דעדות זה דהוי רק מכח השבועה לא מקרי עדות אבל הכא לא באנו לדון דהשואל הוי עדות לענין החשש דא"ב דלזה ל"צ עדות, דבלא"ה פטור השוכר מזה ע"י שבועת השואל דהוי כנשבע הוא, אלא דטענת המשכיר דשמא מת' בפשיע' וע"ז באנו לדון דהשואל הוי ע"א ועדות זה לא מכח השבועה דבלאו השבועה לא היה ג"כ נוגע על עדות זה אלא מחשש אחר דשמא הוא ברשותו של שואל כנלענ"ד נכון בעזה"י:

אולם מטעם אחר קשה על הרא"ש דהא אם השואל פשע מחויב השואל לשלם להבעלים הראשונים אם יתבעו אותו כיון דלא קנאה השוכר יכולים הבעלים לתבוע אותו כמ"ש הש"כ (סי' רצא ס"ק מט) דמדמה להההוא דגזל ולא נתייאשו הבעלים, וא"כ י"ל דהוי שואל נוגע מטעם השני נוח לי והראשון קשה הימני, והא דאמרי' בב"ב (ד' ל' א') כגון דנקיטי אגר ביתי' בידייהו היינו המעות בידם ומוכנים לשלם מיד כמ"ש הבעה"ת, א"כ י"ל דמתני' לא מיירי בכה"ג, הן אמת ראיתי להש"כ (סי' קסג) דכ' השני נוח לי שייך דוקא בתובע דנוח לו לתבוע זה מלזה, אבל לגבי נתבע ל"ש כן, אבל לענ"ד דברי הש"כ תמוהי' דהא מפורש בש"ע (סי' סו סכ"ב) דגם לפטור אמרי' כן, ואולי י"ל כיון דהש"כ למד דינו רק מגזל ולא נתייאשו הבעלים א"כ י"ל דקושית הרא"ש לרמב"ח דפליג על ר"ח ר"פ הגוזל ומאכיל איך יתרץ למתני' הא הוי עד המסייע, ולכאורה יש להביא ראיה

לזה דלרמב"ח א"י הבעלים לתבוע להשני היכא דנשאר חיובא לראשון ממה דאמרי' לקמן (דף צו ע"ב) גבי בעי' דרמב"ח בעל בנכסי אשתו כי תיבעי לך לר"י וכו' ולכאורה יקשה דגם לרבנן תיבעי היכא דשאלה פרה ואינסב' ומתה כדרכה דאם הבעל שואל, הוי כשואל שמסר לשואל דלא קנה הראשון במיתה יכולים הבעלים לתבוע להבעל דהוי בע"ד דידהו, אבל אם שוכר הוי אין עליו חיוב אונסין כלל, אע"כ כיון דמרא דהאיבעי' הוא רמב"ח ולדידי' דפליגי אר"ח גבי גזל ולא נתייאשו הבעלים ס"ל באמת דאין הבעלי' יכולי' לתבוע להשני, אולם באמת נראה דהש"כ נקט לה בדמיון לרווחא דמלת', אבל גם לרמב"ח יכול לתבוע להשני כדמשמע בתוס' בב"ק דטעמא דרמב"ח גבי גזל כיון דיוצא מרשות בעלים וא"י להקדישו לא מקרי השני גזלן להבעלים, וא"כ בשומר דל"ש כן גם לרמב"ח יכולים לתבוע להשני. וצ"ע:

גמרא משעת מיתה הוא דקני. מסתפקנא בשואל בבעלי' וחזר והשאיל לאחר ומת' אם נימא דהראשון קנה כיון דפטור והשני משלם להשואל, ובזה אף ר"י מודה דל"ש לומר דל אנת כיון דלא צריך שבוע' ולא שום ראיה, או דאינו קונה אלא בשמר שמיר' כראוי ש"ח בגניבה וש"ש במתה כדרכה, אבל ש"ח בפשיע' ושוכר בגו"א אף דהתורה פטרתו מלשלם מ"מ לא קנה, ויש קצת ראיה דקנה מדאמר גבי בעל שואל הוי או שוכר, אליבא דרבנן לא תיבעי הא גם לרבנן מיבעי באם הבעל השאיל הפרה לאחר ומתה כדרכ' דאי הבעל הוי שוכר קנה את הפרה במיתה והשואל משלם לבעל, ואי שואל הוי אף דהוא פטור מ"מ לא קנה והשואל משלם להאשה, אע"כ דפטור מחמת שמירה בבעלים ג"כ קנה, א"כ בכל ענין קנה הבעל, וצ"ע לדינא:

רש"י ד"ה כיצד אגרא מיני' וכו' ע"ש, ע' מהרש"א וע' בס' תפארת שמואל, ונראה המכוון בדעת' דאין השוכר נאמן בשבועה שמת' כדרכ' רק למפטר נפשי', אבל לא שיתחייב המשכיר ליתן לו בהמה אחרת להשלים מלאכתו, אבל אח"כ שחזר והשאילה לבעלים ומתה בבית בעלים אף דמשמע דא"י להבעלים איך מתה כדנקט רש"י שישבע השוכר, מ"מ י"ל דבמתה בבית בעלים אף אם באמת מתה בפשיעה אף דלא קנה השוכר הפרה לענין שיהא הדין דהשואל משלם להשוכר, מ"מ חייבים הבעלים ליתן לו פרה אחרת להשלים מלאכתו דמיד כשהשכיר לו לק' יום נשתעבדו נכסי הבעלים ליתן לו פרה להשלים מלאכתו כל שאינה מתה ע"י מיעוט שמירתו דשניהן אפסידו אנפשייהו, ולזה כשמת' בבית בעלים דאין זה בגרמתו דהשוכר לא פקע חיוב הבעלים:

דף לו.

גמרא שוכר בחטאת ושואל באשם. קשה לי דלגבי מאן הוי כפירת ממון הא כיון דהשוכר נשבע שמת' מ"מ קנה להפרה, ואף לר"י לשיטת תוס' כיון דנשבע ולא אמר דל אנת אין השואל חייב כלום להבעלים ולגבי השוכר הא איהו בעצמו נשבע שמתה מ"מ והודה שהשואל פטור, ואולי יש לומר בתחלה תבעו הבעלים להשואל וכשנשבע שמתה מ"מ חזרו ותבעו להשוכר מדין אנת מהימנת ואם היה השואל מודה דמת' כדרכ' היו הבעלים אומרים לשוכר דל אנת והיה הדין דהשואל משלם להם וע"כ מפסיד להבעלים ממון בשבועתו.

אמנם עדיין אין ברור אצלי כיון דסוף סוף השת' דתובעו אח"כ הבעלים לשוכר ונשבע ואיגלאי דהשוכר קנה למפרע ממילא לא כפר ממון דבעלים אלא דהיה סבר ע"י שבועת שקר שלו, דהבעלים תבעו להשוכר והקנה לו הפרה, ומנ"ל דזהו מקרי כפירת ממון כיון דהוא רק התגלגלות שיקנה השוכר הפרה ולמפרע ממון דהשוכר הוא, וצ"ע:

דף לו:

גמרא לדידכו דמתניתו אין רצוני וכו' איכא לאותבי', הסוגי' תמו'. ורבים מהראשונים פירשו דלטעמא דאין רצונו הוי כמו גזלן דהוי מעביר על דעת בעה"ב, אבל עדיין דחוק דמאי ס"ד דאביי למיפרך לרבא דהא פשיטא דהקושיא רק לטעמא דאין רצונו דלטעמ' דאנת מהימנת הא נשבע השוכר, וכנרא' דמה"ט דחו תוס' טעם זה דמעביר על דעת בעה"ב דא"כ מה ס"ד דאביי להקשות, ונלענ"ד לשיטת הנ"י בב"ק רווחא שמעת' מאוד דהמעיין שם בנ"י יראה דיסוד דבריו דהיכא דהיה לו רשות לשלוחו לרכוב כיון דלא פשע כלל הוי א"י אם נתחייבתי, אבל בלא נתן לו רשות כיון דהוי פשיעה משום דאין רצונו הוי א"י אם פרעתיך דמשעת פשיע' אשתעבדו נכסי', והיינו אף דלא קיי"ל כאביי וא"ר לא הוי פשיע' מ"מ הוי קצת פשיע' כו' כיון דעשה שלא כהוגן ומאז אשתעבד נכסי' והוי א"י אם פרעתיך ע"ש היטב, ונראה בעליל דהנ"י מפרש כן למאי דאמר רבא אנת מהימנת היינו דהוי א"י אם פרעתיך, דלקושט' דמלתא מטעם דא"ר לאביי הוי גזלן ממש, אלא דאביי הי' סובר דקושי' ר' אחאי גם לטעמ' דרבא דאנת מהימנת והיינו דבמתני' קתני רק שישבע שמת' כדרכה דמשמע אף שא"י שמתה כדרכ' בעידן דפשע כגון דיצא' לאגם ומת', או דלא פשע, לזה הקשה לר' אחאי לטעמ' דר"י דאנת מהימנ' הא כיון דמסרו ליד אחר הוי קצת פשיע' ואשתעבד נכסי', ומש"ה הוי א"י אם פרעתיך א"כ יקשה במתני' מה מהני דנשבע השוכר, הא מ"מ הוי ספק שמא פשע ויצאה לאגם ומת' והוי

תחילתו בפשיעה וס"ב דחייב, ואי דהשואל טוען ברי ולא הוי נוגע, מ"מ אביי לשיטתי' דס"ל בב"ב דברי ע"פ אחר לא הוי ברי יקשה ממתני', כך היה סבר אביי בכוונת פירכת ר' אחאי, ולזה הקשה לרבא לדידך דאמרת מלאך המות מ"ל הכא מ"ל התם מה קושי' ממתני' הא אף אם פשע השואל ויצאה לאגם ומתה פטור השוכר, ותי' רבא לא כמו שאת' סובר דפירכת ר' אחאי גם לטעמ' דידי דאנת מהימנת דלדידי דאני סובר בב"ב ברי ע"פ אחר הוי ברי ממילא ליכא לאותבי כלל ממתני' דהוי ברי ע"פ השואל וממילא ס"ל דפירכת ר' אחאי היה רק לטעם דידך היינו דא"ר ולהך טעם ליכ' לתרץ דמלאך המות מ"ל הכא ומ"ל התם דאז הוי מעביר על דעת בעה"ב ונקרא גזלן:

גמרא את מהימנת לי כו'. בהרא"ש ספ"ק הקשה דהא השומר הב' הוי עד המסייע, ותי' דהוי קם לממון, רבי' תמהו דהא השומר הב' הוי נוגע למפטר נפשי', וכ"ב באמת הרמב"ן במלחמות ע"ש, ולענ"ד דהרא"ש ס"ל דהא דאמר רבא לא מבעי' ש"ש שמסר לש"ח דחייב דגרעי לשמירתו, אין הפי' דהוי כפשיע' דא"כ הוי משמע דר' יוחנן פליג בתרתי עם רב הן לענין ס' פשיע' בגרעון שמיר', הן לענין ס' אנת מהימנת בעלוי' עלי' לשמירתו, וזה אין במשמע כדמשמע לרוב הפוסקים דלדינא דגרועי גרעי ודאי לא הוי פשיע' ומהני בירור בעדים שנאנסה, א"ו הא דאמר רבא לא מבעי' ש"ש שמסר לש"ח פי' בגרעי גרועי ודאי איכא סברא את מהימנת ואף במסר למי שדרכו להפקיד ומשום דכיון דעל הש"ח מוטל לישבע רק שלא פשע אבל לגבי שבועה דנאנסה הוי כאיש אחר לגמרי דבפשיטו' דאין הבעלים צריכים לקבל שבועה מאיש אחר דאינו שייך בגווה אף אם יודעים דמהימן לבעלים, וכיון שכן יפה הקשה הרא"ש דבגרועי גרע' חייב אף בדרכו להפקיד, ובזה כיון דש"ח נשבע שלא פשע ואין הבעלים יכולים לטעון לש"ש שמא אבדת בפשיע' דהוי צריכים להאמין בשבועתו כיון דדרכו להפקיד ועיקר טענת הבעלים שמא נגנב' ולגבי הך חשש דנגנבה אין הש"ח נוגע וכמ"ש לעיל סבר' זו, וביותר דמשמע אף אם ידוע בעדים דנאבד שלא בפשיע' רק הספק אם נאבד באונס אם לא דבזה ודאי לא הוי נוגע:

תד"ה את מהימנת לי, דלא כר"ח דפסק כאביי. וטעמו דהר"ח כיון דקיי"ל תחב"פ וס"ב חייב.

הוא תמו' מאוד דהא גם רבא ס"ל כן כמ"ש הנ"י, ונ"ל לפרש עפ"מ דנסתפקתי לדינא במ"ש תוס' לקמן (דף צג) להוכיח דתחילתו בגו"א וס"ב פטור מדאמרי' א"ה אפי' א"י להציל נמי, דמשמע דאם מיירי בעל בעידנא דעיילי אינשי ש"ד, והיינו ע"כ דתחילתו גו"א וס"ב פטור, ויש לספק לדינא לשיטת הרי"ף דס"ל דהתם לא בא האונס מכח

הפשיע', אלא דקושי' אביי הוא לשיטתי' דס"ל דלא בעי אונס מכח הפשיע', א"כ אין להביא ראיה לדינא לענין תחילתו בגו"א וסופו באונס, די"ל דדוקא אביי לשיטתי' כיון דס"ל דאף אם אין האונס בא מכח הפשיע' חייב, א"כ אין הטעם כאן דבא מכח הפשיעה הוי כולה פשיע', אלא הטעם דמודה שפשע אשתעבד נכסיה ונתחייב לשלם עד שיסתלק הפשיע', ומש"ה בתחילתו בגו"א וסופו באונס דעדיין לא אשתעבד נכסיה פטור, אבל למאי דקיי"ל כרבא דבעי אונס מכח הפשיע' הטעם דמה דבא מכח הפשיע' הוי כולה פשיעה וכנאבד בפשיע' דמי, י"ל ה"ה תחילתו בגו"א וסופו באונס, אם האונס בא מכח הגו"א הוי כולה גו"א וחייב בש"ש, ונקדים עוד כפי' שכתבנו לעיל דטעמא דגרועי גרעי בא להוסיף חיוב וכתבנו בכוונת הרא"ש דמוסיף אף היכא דל"ש את מהימנת כגון רגיל להפקיד כיון דגרע שייך את מהימנ' וכנ"ל:

ולפ"ז סובב קושי' הרא"ש דהוי עד המסייע, ותי' דהוי קם לממון, ואולם דינא דהרא"ש אינו ברור כולי האי. די"ל דעיקר לפטור משבועה בא וממילא פטור מממון, ולזה מוכרחי' אנו באמת לומר דגרועי גרעי הוי חסרון בשמירה וחייב בעצמותו, ואי דקשה מנ"ל לרבא לחדש דפליגי בתרתי לענין גרועי גרעי ולענין את מהימנת די"ל דדוקא בעילוי' עליה שייך את מהימנת דלא הוי שומר כעד מסייע דהוי נוגע, אבל בגרוע גרעי דמשמע דכל דלא נתברר פטורי דראשון דחייב אף באיכא עדים דלא פשע. ובזה הוי עד המסייע, אע"כ מוכח דס"ל לר"י גם סברת גרועי גרעי ושפיר הוכיח רבא דפליגי בתרתי, ולפ"ז י"ל דאביי ורבא פליגי לשיטתו, והיינו דודאי אם לא אמרינן סברת אין רצוני משום דסתם ב"א שומרים כראוי ממילא אף בגרועי גרעי ליכ' לדונו כפושע כיון דסתם בן דעת משמרו כדינא, אלא דהוי בכלל גו"א כיון דהש"ח לא ישמור מגו"א, וא"כ אביי לשיטתי' לא היה מספיק בטעמא דאת מהימנת דיקשה בגרועי גרעי יהיה הב' עד המסייעו דאי נימא מטעם גרועי גרעי הוי פושע הא הוי רק תחילתו בגו"א וסופו באונס כדס"ל לאביי לקמן גבי רוע' שהניח עדרו וכו' ומש"ה הוכיח לטעמא דאין רצונו להוי פשיע' ורבא לשיטתי' דס"ל דתלי' הכל אם אונס מכח הפשיע' וגם בתחילתו בגו"א וסופו באונס חייב וכנ"ל, שפיר י"ל הטעם משום את מהימנת, ובגרוע גרעי חייב משום דגרעי והוי תגו"א וסופו באונס, וכיון שכן מבואר סברת ר"ח דקיי"ל כאביי דהטעם דאין רצוני והיינו כיון דקיי"ל כאביי דתחילתו בפשיע' וסופו באונס חייב היינו (פליגים דצריפא דאורבנא) דפשע בה ויצאה לאגם קיי"ל כאביי דלא בעי אונס בא מכח הפשיע' וכמ"ש הראשונים בשם ר"ח והיינו כיון דחזינן דרבה בעצמו השיב לקמן דשמע קול ארי ועל, מוכח דהעיקר כאביי אליבא דרבה שא"צ האונס לבוא מכח הפשיע', וממילא תחילתו

בגו"א וסופו באונס פטור ולא מהני דגרועי גרעי, ומוכח דקיי"ל כאביי בטעמא דאין רצוני ודוק היטב, ובזה מיושב דברי הרמב"ם דכ' דמיעט בשמירתו פושע הוי אא"כ דיביא עדי' שמת' [והיינו באונס מת' כיון דאינו בא מחמת הפשיע' פטור] והקשה למאי צריך עדים הא אם ישבע השומר הב' דמת' יפטור הוא דהא מיירי ברגיל להפקיד דא"י לומר אנת מהימנת, ולענ"ד לפמ"ש לעיל בכוונת הרא"ש דמפרש דמה דאמר רבא לא מבעי' ש"ש שמסר לש"ח דגרועי גרעי היינו דבזה אף ברגיל להפקיד שייך את מהימנת כיון דא"ז שבוע' המוטלת על השומר הב' הוי כאיש אחר, וע"ז הקשה הרא"ש דיהי' השומר הב' עד המסייע והוצרך לת' דקם לממון, והנה י"ל דגם הרמב"ם ס"ל ביסודות אלו כהרא"ש דבשבוע' שאין השומר הב' שייך בה ל"ש לומר דישבע, וגם לענין הסברא דהוי משוא"ל לא מהני עד המסייעו דהוי קם לממון, אלא דמ"מ ס"ל להרמב"ם דזה אינו מספיק לפרש כן מה דאמר רבא לא מבעי גרועי גרעי, דהא אמר כן בטעמא דר"י, ור"י לשיטתי' דס"ל בב"ק דבעי ג' פרות א"כ בחד פרה ליכא שבוע' עכ"פ, וא"כ מה בכך דאת מהימנת הא ל"ש משואי"ל כיון דהוא דרבנן [דזהו ודאי דוחק לאוקמי בג' פרות] וע"כ הא דאמרי' את מהימנת היינו מטעם דהוי א"י אם פרעתיך וכמ"ש הנ"י בב"ק, וא"כ קשה בגרועי גרעי אמאי חייב הא רבא לשיטתי' דס"ל בב"ק גבי זה אחי דברי עפ"י אחר הוי ברי, וא"כ לא הוי א"י אם פרעתיך דהא השומר הא' טוען ברי עפ"י השומר הב' דהא בגרועי גרעי לא הוי השומר הב' נוגע וכנ"ל, ולזה הוכיח הרמב"ם היסוד דגרועי גרעי הוי פשיע', מש"ה פסק כן הרמב"ן להלכה דהוי פשיע' ואינו פטור אלא במת' אצל השומר הב' דאז פטור מטעם מלאך המות מה לי הכא ומה לי התם, ומ"מ לדינא לא מהני שישבע השומר הב' שמת', דכיון דאין זו שבוע' המוטל עליו א"צ הבעלים להאמינו דהוי כאיש אחר, וממילא הראשון חייב למאי דקיי"ל דלא בעי ג' פרות דהוי משוא"ל ולא מהני השומר הב' להיות עד המסייע, וגם לפ"מ דקיי"ל דברי ע"פ אחר לא הוי ברי, והוי ג"כ א"י אם פרעתיך, מש"ה לא מפטר הא' אלא בהביא עדי' דמתה, ואין להקשות דעדיין יקשה כיון דהפי' גרועי גרעי היינו דהוי פושע, מנ"ל להרמב"ם לחדש סברא זו דשבוע' דל"ש השומר הב' אין להבעלי' להאמינו הא ליכא למימר דזהו סברא פשוטה דהרי רב דס"ל שומר שמסר לשומר פטור אף בגרועי גרע' ע"כ דלא ס"ל כן, וא"כ מנ"ל דר"י פליג בזה עם רב דז"א שפיר דהך סברא פשוטה ומוחלט' והא דרב פוטר היינו דרב לשיטתיה דלא ס"ל דמחוייב שבועה ואי"ל משלם מש"ה פטור, וגם לאידך סברא הנ"ל בטעמא דהרמב"ם דלא מהני שבועות השומר הב' דא"צ להאמינו כיון דאין מוטל עליו והוי א"י אם פרעתיך י"ל דדוקא לרב דס"ל דמסרי לבן דעת הוי סברא מעליא וליכא פשיע' כלל,

ולא אשתעבד נכסיה עד שעת אונסין הוי א"י אם נתחייבתי, אבל למאי דקיי"ל דגרועי גרעי הוי פשיע' מאותו שעה התחיל שעבוד נכסי' והוי א"י אם פרעתיך וכסברת הנ"י בב"ק באופן דגם רב ס"ל דא"צ להאמין בשבוע' להשומר הב' עכ"פ בגרועי גרעי, אלא דס"ל דגם בלא שבוע' פטור הא' כיון דלא ס"ל משוא"ל שזה מקרי א"י אם נתחייבתי, אבל לדידן חייב מתרי טעמי הא' מח"ש ואי"ל, וב' מטעם דהוי פשיע' וממילא הוי א"י אם פרעתיך ודו"ק.

[**באות**' הסוגי' ראיתי נדפס בסוף חדושי הר"ן חלוק מסודר מכבוד אאמ"ו הגאון רשכב"ה זצל"ה, ואף שכמעט כל הכתוב שמה כבר נזכרו בהמשך הענינים בסוגי' זו, אך מצד ששמה דברים מסודרים, ומעט שינוי, והס' הנ"ל אינו מצוי כ"כ אמרתי להדפיסו שנית בכאן]:

(א)

הרמב"ם פ"א מהל' שכירות והוא שלא ימעט בשמירתו וכו' הו"ל פושע וכו' הביא השומר הב' עדי' וכו' וביאר הל"מ דהרמב"ם מיירי באונס מיתה דאלו באונס אחר הא קי"ל תחב"פ וסופו באונס חייב, אולם זה קשה דלמה צריך ראיה הא בשבועת שומר הב' מהני כיון דמיירי שם בדרכו להפקיד דל"ש את מהימנת, וכן תמה במ"ל והניח בקושי':

(ב)

הרמב"ם בפי' המשניות כ' וז"ל וזה השוכר שנותן לו רשות להשאילנה דאל"כ הי' חייב לפי שעיקר אצלנו דשומר שמסר לשומר חייב אא"כ יש עדי' שלא פשע בה עכ"ל, וזה תמוה דהא לפי מה דקיי"ל כרבא בטעמא דר"י משום דאת מהימנת ממילא ל"צ לאוקימת' דנתן לו רשות וכדאי' להדי' בסוגיין לדידי דאמינא את מהימנת ליכא לאתובי כלל, וגם הא אפי' לטעמא דאין רצוני ל"צ לאוקימת' זו לפ"מ דקיי"ל כרבא בפשע ויצאה לאגם ומתה דפטור דאמרי' מלאך המות מה לי הכא וכו', וביותר דדברי הרמב"ם אלו מיני' ובי' סתורים במ"ש דעיקר אצלנו וכו' הא אדרבא כיון דעדי' מהני ה"נ מהני אם השוכר הראשון יכול לישבע ול"צ לאוקימתא דנתן לו רשו':

(ג)

מה דאמרי' בסוגיין במיתה הוא דקנה לה ושבוע' כדי להפיס וכו' וזה תמוה למאי צריכי' לומר ושבועה כדי להפיס הא בפשוט' השבוע' מדין שבועת השומרים וכי צריכים ליתן טעם לכל שבועת השומרים מטעם להפיס והא בפשוטו גזה"כ היא דצריך השומר לישבע שכדבריו כן הוא ולא מצאתי מי שעמד בזה וד' יאיר עיני:

(ד)

קושית תוס' בסוגי' ד"ה דיקא נמי דלרב יקשה למאי נקט בניו ובנותיו:

(ה)

במה דפרכינן ממתניתין דהשוכר פרה מחבירו דל"ל אין רצוני אמאי לא מוקי כפשטא בדרכו של המשכיר להשאיל לזה:

(ו)

דברי הרא"ש רפ"ק דמציע' שהק' להסוברי' דעד מסייע פוטר משבועה איך אמרי' דשומר שמסל"ש חייב משום את מהימנת והיינו דהשומר הא' הוי מחוייב שבוע' ואי"ל, הא השומר הב' הוי עד מסייע, ותירץ דכיון דמכח א"י לישבע חייב ממון מקרי קם לממון והרמב"ן במלחמות דחה זה דכיון דאיכא עד מסייע מעיקרא לא נתחייב שבוע' ולא מקרי א"י לישבע והוכיח מזה דעד מסייע אינו פוטר משבועה, ובפשטא תמוה ואינו התחלה לקושייתם דהא השומר הב' הוי נוגע דמפטר נפשיה ואף בגרועי גרעי דלענין גניבה או אונס לא הוי נוגע מ"מ דלמא נאבדה בפשיעה והב' הוא נוגע:

(ז)

במה דאמרי' בסוגי' אתון דמתניתו אין רצוני וכו' דמה מהני הא מ"מ מוכח הסברא מדהוצרך ר' אמי לתרץ אליבא לטעמא דאין רצוני דמתני' בנתנו לו רשות להשאיל ולא תירץ דמיתה הוי סופו באונס מוכח דס"ל דל"א מה"מ מה לי הכא ואם רבא פליג בזה על ר"א מסברא לימא בקיצור לא סבירא ליה לדר"א, ורש"י כ' ומה דניח' ליה לר"א שני לי' הוא מחוסר ביאור ואינו מובן בפשוטו ובאמת סבור הייתי לומר בפשוטו די"ל לפי טעמא דאביי בדר"י משום דאין רצוני, מוכח דר"י ס"ל דל"א מה"מ מה לי הכא דהא פלוגתיי' דרב ור"י בשומר שמסר לשומר בודאי בסתם הוא ל"ש אונס ליסטים מזויין ל"ש אונס מיתה ומדפטר ש"מ מה דס"ל לר"י דחייב גם באונס מיתה מוכח דס"ל דל"א מ"ה מה לי הכא, וא"כ י"ל דתשובת רבא לאביי כך הוא דודאי אלו היה מקום לר' אמי לשנויי דמה"מ מה לי הכא ולא שני ליה כך והי' מוכרח דלא ניחא ליה לר"א מסברא לומר כן הי' מהראוי שלא לחלוק על ר"א אבל באמת י"ל דר"א ניחא ליה ג"כ בסברת מה"מ מה לי הכא אלא כיון דממילא שינויא דר"א רק לטעמא דא"ר ולהך טעמא מוכרח דר"י ס"ל דלא אמרינן מה"מ מה לי הכא, אבל לפי טעמא דידי דאת מהימנת דזה שייך בממילא גם במתה דשמא בפשיעה מתה קיימי' בפשטות הסברא דאמרי' מה"מ מה לי הכא, וביסוד הזה דפלוגתיי' דרב ור"י בסתמא בכל עניני אונס מיושב לי מה דלכאורה קשה קצת דמנ"ל לאביי להמציא פלוגת' חדשה בדרב ור"י אם אמרי' אין רצוני או לא דלמא תרווייהו ס"ל דאמרינן א"ר אלא דרב ס"ל דמה בכך דפשע מ"מ תחלתו בפשיעה

וסב"א פטור ור"י ס"ל דתב"פ וסב"א חייב דבזה מצינו ממילא מחלוקת בההיא דצריפ' דאורבני, ולפי הנ"ל ניח' דאביי לשיטתי' דס"ל דמכח הבלא דאגמ' אף למאן דס"ל דתב"פ וסב"א פטור, דמ"מ בזה חייב, וא"כ מדפטר רב גם באונס דמיתה דבזה אלו היה תחב"פ הי' חייב לכ"ע דאמרי' הבלא דבית שני קטלה אע"כ דרב ס"ל דלא הו"ל פשיעה דמסר לבן דעת, והוא נכון לכאורה, ומה דאמר רבא לא מבעי בש"ש שמסר לש"ח דגרועי גרעי, דהיינו בפשוטו דהוי פשיעה אף דמ"מ טעם זה אינו מספיק לחייב במתה לרבא לשיטתי' דאמרי' מה"מ מה לי הכא, מ"מ קאמר דלא מבעי מגרוע גרעי דחייב עכ"פ באונס דלסטי' מזויין וק"ל:

(ח)

הרמב"ן והובא בשיטה מקובצת לפרש במה דאמר רבא לדידכו דמתניתו אין רצוני איכא לאתובי היינו דא"ר הוי גזלן וחייב בכל אונסי' וזה תמוה דהא פשיטא דזה ידוע לאביי דקושי' ר' אבא בר ממל היא רק לטעמא דאין רצוני וע"כ מוכרחי' לומר דאביי ס"ל דאין רצוני הוי רק פשיעה ולא גזילה, וא"כ הו"ל לרבא לומר רק דא"ר הוי גזלן דעיקר חסר מן הספר:

(ט)

שיטת ר"ח הוא בהרא"ש שכ' וקיי"ל כאביי (דאין רצוני) דהא קיי"ל כרבה דתחב"פ וסופו באונס חייב וזה תמוה כדתמה הרא"ש דאטו רבא ס"ל דתחב"פ וסופו באונס פטור, הא גם רבא מצי סבר דחייב אלא דס"ל דלא הוי פשיעה דמסרה לבן דעת, ובאמת בפשוטו היה נראה די"ל דבוודאי מסתבר יותר טעמא דר"י כדאביי משום דא"ר דבזה אפי' עדים לא מהני כי מסתימת ר"י דאמר שומר שמסר לשומר חייב בפשוטו מיירי אף במברר בעדים אלא דרבא הוכרח לנייד מטעם זה דלשיטתו דס"ל דאמרי' מה"מ מ"ל הכא א"כ אין מספיק מטעם דא"ר דמ"מ אמאי חייב באונס מיתה וכנ"ל לזה הוצרך לטעם אחר דאת מהימנת. וא"כ י"ל דדברי ר"ח הכי מתפרשי' דכיון דקיי"ל כרבה דתחב"פ וסב"א חייב, והיינו דגם בפשע ויצאת לאגם ומתה דקיי"ל כאביי אליבא דרבה וכמ"ש הראשונים בשם ר"ח (ומדוקדק הלשון דקיי"ל כרבה אמאי תלי לה בדרבה הלא להדי' פסקינן גבי צריפא דאורבני והלכתא תחב"פ וסב"א חייב אלא דבוודאי דכוונתו אפי' באונס מיתה ותלי לה בדרבה כיון דאביי אמר כן משמיה דרבה, וביותר י"ל כיון דמוכרח כן מדברי רבה עצמו במה דמשני בההיא דרועה דהניח עדרו בשמע קול ארי' ועל, הרי דבלא"ה חייב אף דהתם אין האונס מחמת הפשיע' וכמ"ש הרי"ף מש"ה ס"ל לר"ח דכן ההלכ') ממילא ראוי לפסוק כאביי בטעמא דא"ר דרויחא יותר דגם רבא לא הי' נייד מזה

רק לשיטתו א"א בטעם זה וכנ"ל וק"ל:

(י)

ובדרך חידוד אמרתי בהקדם דברי הנ"י ר"פ הגוזל ומאכיל על הסוגי' דהתם אמר רבא היתה לו פרה שאולה ומתה וכו' דקיי"ל כאיכא דמתני לה אסיפא אבל ברישא גם בהניח להם אביהם אחריות נכסי' פטור דמשעת אונסי' הוא דנתחייב ולא נשתעבדו הנכסי' בחיי אבוהן, והא דבסיפא בטבחוה ואכלוה חייבי' היינו דבסמוך למיתה דלא פקיד דפקדון הוי בכדי שלא יסברו ששלהם הוי ויאכלוהו, מאז הוי פשיעה ומעידן דפשע נשתעבדו נכסי', מזה כ' הנ"י ללמוד בשואל חמור לרכוב עליו שלוחו ומתה ולא נודע אם באונס ואם מחמת מלאכה דפטור דהוי כאומר א"י אם נתחייבתי אבל בשואל חמור סתם ומסר לשלוחו לרכוב ומתה וא"י אם בפשיעה או לא בזה חייב דהוי א"י אם פרעתיך דמיד כשמסר לשלוחו הוא פושע עליו דאין השואל רשאי להשאיל ואשתעביד נכסי' עכ"ל, ודרך גרירא נבאר לשון הזהב של הנ"י במה שכ' והספק אם בפשיעה או לא הא בשואל קיימי' דאף באונסי' חייב והו"ל למינקט וא"י אם באונס אם מתה מחמת מלאכה, ואמרתי דהרי צריכי' להבין דאמאי ברישא במתה פטורי' הא בגוונא דסיפא אם היורשים מודים דלא ידעו שהיא של אחר ומתה ג"כ לחייבו דהא אשתעבד נכסי' בחיי אביהן דפשע ולא פקיד דפקדון היא, ולזה צ"ל דהשיעבוד נכסי' מעידן דפשע היינו רק לענין אם תאבד בפשיעה זו ובספק הוי א"י אם פרעתיך אבל אם לא נאבדה בפשיעה זו ליכא שיעבוד נכסי' ואך מ"מ אם נאנסה תוך הפשיעה למה דקיי"ל דתחב"פ וסב"א חייב וע"כ משום דכולה שם פשיעה עליו ממילא הוי כנאבד בפשיעה ואשתעבד נכסי למפרע מעידן דפשע, וא"כ רבא לשיטתו דס"ל דבתחב"פ וסב"א מיתה דפטור דאמרי' מה"מ מה לי הכא, מש"ה ברישא במתה פטור, דהא לא נאבד בפשיעה זו ואין שם פשיעה עליו דהא ש"ח כה"ג פטור אלא דבאנו לחייב עליה דשואל חייב באונס, בזה כיון דאין שם פשיעה עליו נתבטל השעבוד נכסי' של התחלת פשיעה ומתחיל החיוב מעידן האונס כאלו לא פשע, והוא נכון בסברא בעזה"י, וכיון שכן מדוקדקי' דברי הנ"י דאלו לא הי' ספק שפשע והיינו יודעי' דלא הי' פשיעה רק דהספק אם נאנסה דמתה כדרכה או מתה מחמת מלאכה בזה הי' מקרי א"י אם נתחייבתי דהא אף אלו ידעי' דמתה כדרכה לא הי' חיוב מעידן פשיעה דהיינו כשמסר לשלוחו דהא לא נאבדה בפשיעה זו דהא קיי"ל מה"מ מה לי הכא, וכיון דהחיוב רק משעת אונסי' ממילא בספק שמא מתה מחמת מלאכה הוי ספק בעיקר החיוב לזה נקט דוקא בספק פשע ודו"ק:

(יא)

והנה ביסוד דברי הנ"י אלו דכ' דמעידן דפשע דמסר לשלוחו הוי פשיעה, קשה לכאורה הא אנן קיי"ל דלא אמרי' אין רצוני ולא הוי פשיעה, הן אמת די"ל דבנידון הנ"י הוו גרוע גרעי דהא השליח הוי לבעליו רק ש"ח או ש"ש דהא אינו עוסק במלאכת עצמו, אבל לקושטא דמלתא לא נ"ל כן דלישנא דהנ"י דמיד שמסר לשלוחו הוא פושע דאין השואל רשאי להשאיל, והרי דין זה דאין השואל כו' הוא אף בלא גרעי' וגם סתם שלוחו משמע שלוחו בשכר ובזה אני מסתפק לומר דשואל שמסר לש"ש לא מקרי גרועי גרעי' דהא ש"ש חייב על הכל זולת אונס ולענין אונס ל"ש דהשואל משמר יותר מש"ש דבענין אונס ל"ש שמירה אלא דהתור' חייב' להשואל באונסי' כיון דכל ההנאה שלו הוי כקם לי' ברשותו אבל לא מחמת שמחויב לשמור אף מאונסי' אף דלהדי' כ' הרמב"ם והש"ע דשואל שמסר לש"ש מקרי גרועי גרעי י"ל דהרמב"ם ס"ל כהסוברי' דש"ש פטור בגניבת אונס כגון שעשה מחיצת ברזל או שטמנו בקרקע עמוק אף שלא הי' בעצמו שומרו ממש, וכן נראה דעת המחבר בסי' ש"ג סעי' ב' להלכה, מש"ה י"ל דשואל שומר יותר מש"ש דשומרו תמיד בעצמו ממש, אבל הנ"י לשיטתי' דפסק בפרק המפקיד (דף פה ע"ב) דכל גניבת אונס חייב ואינו פטור רק בשמרו בעצמו ובא לסטים מזויין ולא היה יכול להציל, וא"כ אי אפשר לשואל לשמור יותר ולא מקרי גרועי גרעי' וק"ל, וצ"ל דס"ל להנ"י אף דלא הוי פושע גמור מ"מ כיון דעשה שלא כהוגן דהא לכתחילה אין השואל רשאי להשאיל, מתחיל השיעבוד נכסים, אבל צריכים להבין דמנ"ל להנ"י לומר דבר חדש כזה:

(יב)

ונראה דהא צריכי' להבין אמאי לא כ' הנ"י בקיצור לחייב משום דהוי ספק אם פשע הוי מחויב שבועה ואי"ל משלם דנהי דברישא דהנ"י בשאל לרכוב שלוחו י"ל דלא מחייב משום משואי"ל דמקרי לא הו"ל למידע, מ"מ באידך גוונא בשאל סתם ומסר לשלוחו למאי צריכי' לבא מדין א"י אם פרעתיך, הא בזה בפשוטו חייב משום מחויב שבועה ואי"ל דבזה ל"ש לא הו"ל למידע דהוא בעצמו גרם לזה במה דמסרו לאחר כמו דקיי"ל בשומר שערבן עם פירותיו דלא מקרי לא הו"ל למידע, ובפרט הכא דעשה שלא כהוגן במה דמסרו לשלוחו פשיטא דלא מקרי לא הו"ל למידע, וא"כ בלאו טעמא דא"י א"פ הוא מתחייב מדין מחוייב שבועה ואיל"מ ונ"מ אפי' לדינא אם ידעי' דלא נאבדה בפשיעה והספק רק אם מתה כדרכה או מחמת מלאכה דמטעמא דא"י א"פ דפטור וכנ"ל ומטעם משואי"ל גם בזה חייב, ובהכרח צ"ל דהנ"י אזיל בשיטות הרמב"ם והש"ע בסי' רצ"ה דעיקר שבועות שומרי' רק שאינו ברשותו ואינך הוו גלגולי', וא"כ בגוונא דהנ"י מיירי

דהבהמה מוטלת מתה בפנינו וליכא כלל שבועת השומרי' מש"ה צריך לדון מדין א"י א"פ, וכיון שכן נ"ל דהיה קשה להנ"י איך אמר רבא את מהימנת דסתמא קתני אף במוטלת מתה לפנינו, וגם מלשון שומר שמסר לשומר חייב משמע דצריך לברר כל פטור דילי' והיינו נאנסה והא אף במברר בעדי' דמתה אף אם הוא ספק אם בפשיעה תו ל"ש את מהימנת דהא ליכא עוד שבועת השומרים, אע"כ מוכח דאת מהימנת לאו מדין מחויב שבועה ואי"ל הוא אלא כיון דאידך לא מהימן לי' א"כ הוי ספק וממילא הוי א"י א"פ ואף דלפי העיקר כלישנא בתרא דבב"ק הנ"ל דס"ל לרבא דמעידן אונסי' הוא דחייב מ"מ מקרי א"י א"פ כיון דבעידן דמסר לשומר השני ועשה שלא כהוגן אשתעביד נכסי' אף דרבא לא ס"ל דאין רצוני אעפ"כ מקרי א"י א"פ א"כ דברי הנ"י ממש מפורשי' ומוכרחי' וק"ל:

(יג)

ולפ"ז י"ל דהר"ח ס"ל ג"כ בזה היסוד כהנ"י דעיקר שבועת השומרים הוא אינו ברשותו וא"כ ע"כ טעמא דאת מהימנת הוי מדין א"י א"פ, אלא במה דס"ל להנ"י דאף אם א"ר לא הוי פשיעה מ"מ כיון דעשה שלא כהוגן מקרי א"י א"פ זהו לא ס"ל להר"ח אלא כפי הסברא הפשוטה דדוקא מעידן דפשע פשיעה גמורה אשתעביד נכסי', וא"כ יקשה על רבא דמה בכך דאת מהימנת הא הוי כא"י אם נתחייבתי, אע"כ דרבא ג"כ ס"ל כאביי דאין רצוני הוי פשיעה אלא דזה לא היה מספיק דהא ר"י סתם אמר שומר שמסר לשומר חייב אף במתה ולרבא לשיטתו בתב"פ וסב"א מתה לכ"ע פטור, ולזה הוצרך להוסיף את מהימנת והיינו אף במתה מ"מ דילמא מתה בפשיעה דאת מהימנת וכו' וכיון דבעידן דמסר לשומר הב' פשע משום אין רצוני ממילא במתה וספק בפשיעה הוי א"י א"פ, וכיון שכן דגם רבא ס"ל כאביי דא"ר, ממילא למה דקיי"ל כאביי אליבא דרבא דתב"פ וסב"א גם באונס מיתה חייב, בטעמא דא"ר לחוד מהני והיינו ממש כאביי ודוק:

(יד)

והנלע"ד דלכאורה יש להקשות במתני' דקתני ישבע השוכר הא א"י לישבע דהשואל לא שלח בו יד, ובפשוטו הי' מקום לומר לשיטות התוס' ורא"ש דעיקר שבועת שומרים שאינה ברשותו ושלא פשע אבל שלא שלח בו יד הוי רק גלגול, א"כ להסוברי' דבגלגול לא אמרי' משואיל"מ ניחא, דזהו בעי' שישבע השוכר שמתה כדרכה דאלו לא ידע איך מתה הי' הדין דמשואיל"מ, אבל בנשבע שמתה כדרכה מהני דאף דא"י לישבע שלא שלח השואל בו יד, כיון דהוי רק גלגול שבועה פטור, אולם עדיין קשה להסוברי' דבלא הו"ל למידע לא אמרי' משואיל"מ א"כ לפי מה דמוקי בנתנו לו רשות, אמאי קתני ישבע

השוכר שמתה כדרכה הא אף אם א"י איך מתה יהי' פטור, גם לשיטת הנ"י הנ"ל אשר בארנו כוונתו דעיקר השבועה אינה ברשותו, אבל שלא פשע הוי ג"כ גלגול א"כ אין הפרש בין שבועת שלא פשעתי בין שלא שלח בו יד, א"כ ממנ"פ כיון דבעי' שישבע שמתה כדרכה משמע דאלו אינו יודע היה חייב א"כ גם בא"י אם שלח בו יד יהיה חייב, אח"כ מצאתי שהקשה כן בהריטב"א, ותירץ דשל"י דשואל אינו מחייב להשוכר לשלם כיון דהשמירה הי' הכל כהוגן, ושל"י הוא ענין בפני עצמו מגזה"כ וכיון דהשוכר בעצמו לא שלח יד הוא פטור עיי"ש, אמנם בהרא"ש בסוגיא גבי את מהימנת כ' בהדי' דאם של"י הוא עיקר השבועה בעי' שיביא עדים דהשומר הב' לא של"י, הרי דלא כהריטב"א וא"כ יקשה כנ"ל:

(טו)

ולזה נלע"ד דבאמת גם אם א"י אם מתה כדרכה הוא פטור אם מוטלת בפנינו מתה דליכא כאן שבועת השומרים להנ"י הנ"ל ואף אם אינה לפנינו מ"מ סגי בנשבע שמת' אף שא"י איך מת' אם אמרי' משואיל"מ ובפרט למה דמוקמי' בנתנו לו רשות דמקרי לא הו"ל למידע, וגם כיון דנתנו לו רשות להשאיל לו ולא שייך את מהימנת ממילא כיון דהשואל צריך לישבע שאינה ברשותו דאף דמשלם מ"מ צריך לישבע מדרבנן דשמא עיניו נתן בה והוא מהימן לבעלים בשבוע' זו ממילא ליכא על השוכר עיקר שבועה ואין כאן שבועת שומרים להנ"י הנ"ל, וגם מדין א"י א"פ אין לחייבו דכיון דלא פשע כלל ועשה כהוגן במה דמסרו לאחר דהא מיירי בנתנו לו רשות והוי א"י אם נתחייבתי אלא הטעם דבעי' שידע שמתה כדרכה, כיון דרוצה השוכר לקבל התשלומי' מהשואל ומטעם דקני לה במיתה והיינו במתה כדרכה אבל אלו לא מתה כדרכה לא קני לה וא"כ בטוען א"י הוי כטוען ספק בקנין אם קני לה מש"ה צריך שיאמר ברי לי שמת' כדרכה ואף דא"י אם השואל שלח בו יד י"ל כיון דמעשה הקנין בפנינו במה שאומר ברי דמתה כדרכה וזהו עיקר הקנין ואנו באים לבטל הקנין מחמת ענין אחר דשמא שלח בו יד זה לא מקרי ספק בקנין והוא נכון בסברא בעזה"י:

(טז)

ועדיין צריך ביאור דנהי דבעי' שיטעון השוכר ברי שמתה כדרכה דלא יהיה כטוען ספק בקנין, אבל מ"מ אמאי צריך לישבע הא שבועה שלא פשעתי הוי רק גלגול, והא בנתנו לו רשות דמהימן השואל בשבועה שאינה ברשותו וליכא כאן עיקר שבועה על השוכר, ולזה צ"ל דנהי דמדינא א"צ לישבע שלא פשע היכא דליכא עיקר שבועה מעלמא, זהו רק בבא לפטור עצמו אבל לקבל התשלומים מהשואל ויעשה סחורה בפרתו של בעלי' מאד

יצר להבעלים בזה ותקנו חז"ל שבועה זו לברר דבריו להפיס דעתו של הבעה"ב, ואף כיון דנשבע שמתה כדרכה ויש ממילא גלגול שלא שלח בו יד וא"כ ראוי לדון בו משואיל"מ להסוברים דבגלגול אמרי' משואיל"מ גם אפי' בלא הו"ל למידע, מ"מ כיון דשבועה זו להפיס הוי רק דרבנן והוי הגלגול ג"כ דרבנן ובשבועה דרבנן לא אמרי' משואיל"מ, וזהו דדייק הש"ס ושבועה זו להפיס ומיושב הקושי' באות ג' ודוק היטב:

(יז)

ולפ"ז מיושב הקושיא באות ז', דתשובת רבא לאביי כך הי' דלדידי דטעמא דאת מהימנת ליכא לאתובי כלל, ולזה אני אומר דמה דמשני ר"א בנתנו לו רשות להשאיל היינו מכח קושי' אחרת דאלו בלא נתן לו רשות מה מהני דישבע שמתה כדרכה הא מ"מ א"י אם השואל שלח בו יד ונימא משואיל"מ לזה מוקמי בנתנו לו רשות ומקרי לא הו"ל למידע, או דבנתנו מהני שבועת השואל שאינה ברשותו, וליכא על השוכר מדינא שום שבועת השומרי' אלא דבעי' דישבע שמתה כדרכה להפיס דעת של בעה"ב והשבועה זו והגלגול שלא של"י הוי דרבנן דלא אמרי' משואיל"מ, וזהו דדייק רש"י ור' אמי מאי דניחא ליה משני היינו דמה דניחא ליה לר"א לשיטתו דס"ל משואיל"מ בפרק ז' דשבועות הוצרך ממילא לאוקמי בנתנו לו רשות וק"ל:

(יח)

ולפ"ז י"ל דהן הן דברי הרמב"ם בפי' המשניות דמיירי בנתן לו רשות דבלא"ה הוא חייב והיינו מטעם דסתמא קתני אף היכא דאין הבהמה מוטלת מתה לפנינו דבזה על השוכר עיקר שבועה שאינה ברשותו ומחויב בגלגול שלא של"י וכיון דבזה אי"ל מחויב לשלם, והא דלא מהני שבועת השואל שאינה ברשותו היינו דבלא נתנו לו רשות יכול לומר את מהימנת וזהו דדייק הרמב"ם דהעיקר אצלנו דשומר שמסר לשומר חייב אא"כ מביא עדים שלא פשע הרי דשבועתו לא מהני דאת מהימנת וא"כ בלא נתנו לו רשות לא מהני שבועת השואל דאינה ברשותו והיה מחוייב השוכר לישבע כן ושוב הוי על הגלגול דשלא שלח יד מחויב שבועה ואי"ל, וזהו דדייק עוד אא"כ מביא עדים שלא פשע בא להורות דעדים שנאבדה לחוד לא מהני אלא עדים שלא פשע וע"כ אף במקום דליכא עיקר שבועה דאינה ברשותו ליכא שבועת שלא פשע והטעם משום דהוי א"י א"פ וכנ"ל, וא"כ בלא נתן רשות הוי א"י א"פ במה דא"י אם השואל שלח בו יד ולזה בעי' דנתנו לו רשות וכיון דלא עשה שלא כהוגן הוי א"י אם נתחייבתי, באופן דמב' טעמים בעי' שנתן לו רשות וכנ"ל והוא כפתור ופרח בעזה"י:

(יט)

ומעתה נבא ליישב הקושי' באות ו' דהנה בסוגי' קשה, לכאורה במה דאמר אביי ולטעמא דר"י ל"מ בש"ש שמסר לש"ח משמע דאף במקום דלא שייך אין רצוני הוי פשיעה מטעם גרעי' ונ"מ בדרכו להפקיד, ובזה יקשה דמנ"ל לאביי לעשות ב' פלוגתות בין ר"י לרב דלמא גם ר"י ס"ל דגרועי גרעי לא הוי פשיעה אלא דבין בעלויי' עליי' ובין בגרועי גרעי חייב רק מטעם אין רצוני ובדרכו להפקיד אף בגרועי גרעי פטור, ובזה אפשר לדחוק דבאמת בדרכו להפקיד גם בגרועי גרעי פטור ואך מה דאמר אביי לא מבעי' דבגרועי גרעי היינו דבזה בוודאי שייך אין רצוני דשומר בחנם לא ישמור כמו ש"ש אלא דאף בעלויי' עליי' אמרי' א"ר, ודוחק:

(כ)

וביותר י"ל דהנה בתוס' (דף צג ע"ב) הוכיחו מסוגי' דהתם דבתחלתו בגו"א וסב"א פטור מדאמר אביי א"ה תחב"פ וסב"א משמע דאלו מוקמי בעל בעידנא דעיילי אינשי הי' ניחא וע"כ משום דתחלתו בגו"א וסב"א פטור, ולענ"ד יש לדחות ראייתם, דהנה בתוס' שם הקשו דמה הקשה אביי תחב"פ וסב"א הא בעי' דהאונס בא מחמת הפשיעה ותירצו דמקרי בא מחמת הפשיעה דשמא היה מקיים גם את הארי וכו' או שהיה מוליכה למרעה אחר, וכתבו דכן מוכח מדקתני אין אומרים אם היה שם היה יכול להציל והיינו מכח גם את הארי וכו', ביאור דבריהם דע"כ אין כוונת הברייתא בפשוטו אין אומרים אלו הי', היינו דאין מחייבי' אותו מספק דשמא יכול להציל אלא דאומדי' אותו דבעי' שיודעים דהיה יכול להציל, דהא באמת גם מספק ראוי לחייב כמו בכל שומר דמספקא לי' אם נאבד בפשיעה, אע"כ דהכי קאמר אין אומרים דלא מהני דאף בא"י להציל מ"מ אולי הי' יכול להציל והיינו ע"י גם את ארי וכו', והנה הא דבאמת שומר חייב בספק פשיעה אם מטעם דהו"ל מחוי' שבועה ואי"ל, אם מטעם דא"י א"פ וזהו בעל בעידנא דלא עיילי אינשי דבזה מקרי הו"ל למידע וגם כיון דפשע ואשתעביד נכסי' הוי א"י א"פ, אבל אם נימא דמיירי בעל בעידנא דעיילי אינשי וביכול להציל חייב משום דש"ש צריך לשמור יותר, מ"מ כיון דלא פשע לא אשתעבד נכסי' ומקרי א"י אם נתחייבתי, וגם מקרי אפשר לא הו"ל למידע, וא"כ שטח הסוגי' הכי מתפרש דאביי הכי אמר דבשלמא אם מיירי בעל בעידנא י"ל הא דלא מחייב משום תחלתו בגו"א וסב"א די"ל דלא בא האונס מחמת הפשיעה ואין סברא כלל לומר דשמא היה מקיים גם את הארי, ואי מדקתני בברייתא אין אומרים, י"ל בפשוטו דאין אומרים היינו דאין מחייבי' מספק דבעי' דידעינן דהי' יכול להציל דהוי א"י אם נתחייבתי אבל למה דמוקי בעל בעידנא דלא עיילי אינשי, וממילא בספק חייב דהוי א"י א"פ וע"כ הא דקתני אין אומרים היינו דלא תימא דאף

בודאי א"י להציל חייב משום דשמא היה מקיים גם את הארי. ומוכח דיש סברא לומר כן לזה פריך א"כ תחב"פ וסב"א דמקרי אונס מחמת הפשיעה ודוק:

(כא)

ולפ"ז אם אמרי' דתחלתו בגו"א וסב"א חייב ניחא שמעתתי' והיינו דשפיר אמר אביי לא מבעי' וכו' והיינו דגרועי גרעי אף בדרכו להפקיד חייב. ולא מקרי ב' פלוגתות עם רב. והיינו דאם תחלתו בגו"א וסב"א חייב ע"כ הא דאמר רב דגם בגרועי גרעי פטור דמסריה לבן דעת היינו דסתם בני אדם משמרים מהכל אף יתר מחיובם כמ"ש תוס' שם. ולפ"ז ממילא לר"י דס"ל דאין רצוני והיינו ע"כ דאין מוחזקים לסתם בנ"א דשומרים היטב. וא"כ אף בדרכו להפקיד אינו הכרח דהבעלים מחזיקים אותו לשמור יותר מחיובו. וממילא בש"ש שמסר לש"ח יכולים הבעלים לומר שישמור רק כפי חיובו והוי תחלתו בגו"א וסב"א דחייב ולא הוי פלוגתא חדשה דממילא כן הוא וק"ל:

(כב)

וביותר י"ל דאף בעלוייה עלייה י"ל דהראשון ש"ש ומסר לשואל או לש"ש אחר דחייב אף שדרכו ליתן לזה בשכר ולשאלו. והיינו דמכח דרכו להפקיד רק ראי' דהבעלים מחזיקים לשומר זה דמשמר מפשיעה. דלמי שאינו משמר בפשיעה אין נותנים כלל לשמור, אבל מ"מ אין ראיה דמחזיקים אותו ששומר הרבה אפי' יותר מפשיעה דמה שמסר לו כמה פעמים לשמור בשכר ולשאלו אפשר דהיה סגי לבעלים בשמירה פחותה דהיינו מפשיעה וגם בחנם היו מוסרים לו אלו רצה לשמור בלא שכר. וא"כ בש"ש שמסר להש"ש יכולים הבעלים לומר איני מחזיק להשני ששומר הרבה רק מפשיעה ותמיד כשהייתי מוסר לו היה רצוני רק בשמירה מפשיעה אבל עתה היה רצוני לשמור גם מגנבה ואתה מוחזק אצלי בכך אבל לא השני והוי תחלתו בגו"א ולפ"ז מיושב הקושי' באות ה' דאף בדרכו להשאיל לזה מ"מ הוי תחלתו בגו"א וכנ"ל:

(כג)

אמנם עדיין התמי' במק"ע על רבא במה דאמר לא מיבעי' ש"ש שמסר לש"ח דגרועי וכו' הא וודאי לענין את מהימנת אין חילוק בין גרועי גרעי לעלוי' עלי' אע"כ דגרועי גרעי היינו דהוי פשיעה וממילא נ"מ דאף במביא עדים לא מהני ובזה יקשה כנ"ל כיון דרב ודאי ס"ל דלא הו"ל פשיעה מנ"ל לרבא דפליגי רב ור"י בתרתי בסברת פשיעה דגרועי גרעי ובסברת את מהימנת דלמא לכ"ע לא הוי פשיעה וטעמא דר"י בין בעלויה בין בגרעי רק מטעם את מהימנת, והיא קושיא חזקה לכאורה:

(כד)

ולזה נלענ"ד ענין חדש, והיינו דזה ודאי אם שומר שטוען נאנסה ורוצה שאיש אחר ישבע בכך שנאנסה אף דהבעלים דרכם להפקיד אצל זה האחר ומאמינים מ"מ א"צ לקבל שבועתו כיון דאינו הבע"ד על שבועה זו וא"י לעשות שליח שישבע אחר בשבילו וזה פשוט. וא"כ י"ל דהכי אמר לא מבעיא בש"ש שמסר לש"ח דגרועי בזה אף היכא דל"ש את מהימנת כגון בדרכו להפקיד מ"מ כיון דש"ח שבועתו רק שלא פשע אבל שלא נגנבה אלא דנאנסה א"צ לישבע והוי לגבי שבועה זו כאינש דעלמא וא"צ הבעלים לקבל שבועתו בזה ודוק:

(כה)

ואף דלכאורה עדיין אינו מיושב דהא מ"מ חזינן דרב לא ס"ל זה דהא רב פוטר גם בגרועי גרעי וע"כ דמ"מ מקרי שייך בגווה כיון דהוא ג"כ שומר א"כ מנ"ל לרבא דר"י פליג בזה דלמא פליג רק מטעם את מהימנת. ולזה י"ל דרבא ס"ל בסברא פשוטה דלגבי שבועה זו מקרי אינש דעלמא אלא דרב ס"ל דמה בכך דאין השומר הא' יכול לישבע הא רב לשיטתו דס"ל בפ"ז דשבועות דלא אמרי' משויל"מ:

(כו)

ולפ"ז מיושב קושית תוספות באות ד', דהנה בפשוטו אין התחלה לקושייתם די"ל דלאביי גם רב ס"ל דאמרי' את מהימנת אלא דפלוגתייהו בעיקר החיוב ופטור במברר בעדים ולא איירי מדין נאמנות וא"כ י"ל דמתני' קתני בניו ובנותיו דבזה הדיוק דבגדולים אפילו בלא בירור פטור דל"ש את מהימנת דע"ד בניו ובנותיו מפקיד. אבל בגדולים דעלמא חייב מטעם את מהימנת. וצ"ל דקושייתם לרבא אליבא דרב דע"כ לא ס"ל את מהימנת וכו' ולפי הנ"ל ג"ז לק"מ די"ל דגם לרבא ס"ל לרב סברת את מהימנת אלא דמ"מ פטור לרב לשיטתיה דס"ל דלא אמרי' משואיל"מ וא"כ י"ל דמוקי מתני' זו כר' אמי דס"ל משואיל"מ מש"ה בעי' דוקא בניו דבזה הגדולים פטורים בלא עדים אבל באחר חייב דאת מהימנת, ואין זה דוחק דכ"כ תוס' בב"מ בסוגיא דשאלה ושכורה ליישב לשמואל דס"ל מנה לי בידך והלה אומר א"י פטור וגם ס"ל דלא אמרינן משואיל"מ א"כ יקשה לדידיה מתני' דשאלה ושכורה ותירצו דשמואל מוקי למתני' כברייתא דרב אמי דאמרינן משואיל"מ וא"כ ה"נ י"ל בסוגיין לרב וק"ל:

(כז)

ולפ"ז מיושב הקושיא באות וי"ו, דקושית הרא"ש הכי הוא דאיך אמר רבא לא מבעיא בגרועי גרעי והיינו אף בלא סברת את מהימנת כגון בדרכו להפקיד מ"מ כיון דהש"ח לא שייך בשבועת נאנסה הוי כאינש דעלמא בזה יקשה כיון דשבועת שלא פשע דשייך

בגוויה מהני שבועתו והוי כנשבע הראשון שלא פשע וא"כ טענת הבעלים רק שמא נגנבה, ובזה לא הוי נגיעה ולהוי עד המסייע, גם י"ל בפשוטו דהקושיא בגרועי גרעי כיון דלאו מטעם פשיעה הוא וכנ"ל א"כ מדאמר ר"י סתם שומר שמסר לשומר חייב משמע דצריך לברר בעדים כל פטורא דיליה והיינו שנאנסה, ואמאי במביא רק עדים שלא פשע מהני דלענין חשש גניבה הוי השני עד מסייע דבזה אינו נוגע ודוק היטב:

(כח)

ומעתה נבא לתרץ הקושיא באות ט', דהנה יש לי בפשטא תמיה עצומה על הרי"ף למה דס"ל דלאביי אף אם אין האונס מחמת הפשיעה חייב, א"כ הא דקתני הוחמה פטור היינו כמ"ש התוס' בשיטת הרי"ף דהוחלקה לא הוי פשיעה. לפ"ז ממילא מוכח מה דמשני התם רבה (והרי"ף גרס רבא) בהכישה נחש לא דהיינו דלא היה ידוע תחלה דמצוי שם נחשים דא"כ אמאי חייב הא הוי אונס ותחלתו בפשיעה ליכא כיון דהוחלקה לא הוי פשיעה, וע"כ היינו דהיה ידוע שמצוי שם נחשים והא דנקט מהר לבקעה אורחא דמלתא קתני כמ"ש תוס' להדיא שם, והרי הרי"ף כ' עלה דהכישה נחש דאמר ליה אלו לא שנית לא מטאי לה האי הזיקא, משמע להדיא דמדין תחלתו בפשיעה וס"ב אתינן דהאונס בא מחמת הפשיעה דאלו לא שנית היינו שלא היה פושע שלא היה מוליכה בהר לא הוי מטא האי הזיקא דנחש דהא שם לא הוי נחש ולדעתי א"א דרך אחר בהרי"ף דאלו מיירי שידע שיש שם נחשים והוי פשיעה לגבי נחש למאי צריך להרי"ף להאריכות אילו לא שנית וכו' הרי מוכח דהרי"ף ס"ל דהוחלקה הוי פשיעה וא"כ ישאר הקושיא לאביי דס"ל דתב"פ וסב"א חייב אף אם אין האונס בא מחמת הפשיעה אמאי פטור בהוחמה, ודוחק לומר דאביי ורבא פליגי בהא אי הוחלקה הוי פשיעה:

(כט)

ונלע"ד דהנה כבר כתבנו דתוס' הוכיחו מדאמר אביי א"ה תב"פ וסב"א הוא מוכח דתחלתו בגו"א וס"ב דפטור, ולענ"ד לשיטת הרי"ף אין ראיה כן לדינא והיינו די"ל דתליא בזה דלאביי לשיטתו דס"ל דאף אם אין האונס מחמת פשיעה חייב וע"כ הטעם דמעידן דפשע כבר אשתעבד נכסיה, א"כ יש לחלק דדוקא בפשיעה משתעבד כיון דדרך שתאבד מתחיל מיד השעבוד אבל בתחלת גו"א לא אשתעבד נכסיה. אבל לרבא דס"ל דבעי' האונס בא מחמת הפשיעה א"כ ע"כ אין הטעם דמעידן דפשע נעשה בע"ח וכקם ליה ברשותיה דמי דא"כ אף בלא בא מחמת הפשיעה יתחייב. אע"כ דהטעם כיון דהאונס בא מכח הפשיעה נגרר אחר הפשיעה והוי כולו בפשיעה דמה שבא מכחו הוי כמו הפשיעה עצמה א"כ ה"נ בתחלתו בגו"א וסב"א הבא מכח הגו"א חייב דכולו גו"א מקרי.

והיא סברא נכונה. א"כ מיושבים דברי הרי"ף דלאביי שפיר הוחמה פטור. דהוחלקה לא הוי פשיעה רק גניבה ואבידה וכמ"ש מהרש"א בכוונת דברי התוס' אליבא דהרי"ף ולאביי תחלתו בגו"א וסב"א פטור אבל רבא שפיר משני בהכישה נחש אף שלא היה ידוע שיש שם נחש מ"מ לרבא כיון דהיה תחלתו בגו"א לענין הוחלקה וסופו באונס חייב ושפיר כ' הרי"ף דא"ל אלו לא שנית. והוא נכון באמת בעזה"י:

(ל)

ולפ"ז י"ל ליישב דברי ר"ח והיינו דמה שהקדמנו בכוונת הרא"ש באות כ"ד דגרועי גרעי לאו מדין פשיעה הוא אלא מטעם כיון דהש"ח לא שייך ואינו מוטל עליו שבועה שלא נגנבה הוי כאינש דעלמא. זה לא ס"ל לר"ח די"ל דס"ל דעד מסייע פוטר משבועה וגם ס"ל כהרמב"ן דבמקום עד מסייע לא מקרי מחוייב שבועה ואי"ל דמעיקרא לא נתחייב בשבועה ולזה היה קשה לו דאם איתא דגרועי גרעי מטעם חסרון השבועה. הא כיון דעדיין לא היה ס"ל את מהימנת ממילא לענין שבועה שלא פשע מהני שבועת השומר הב' ולגבי נאנסה לא הוי נוגע והוי עד מסייע. אע"כ דגרועי גרעי הוי פשיעה. ומה דהקשינו דמנ"ל לרבא דפליג ר"י בזה על רב י"ל דלדברינו לק"מ דבטעמא דאת מהימנת אינו מספיק רק בעלויי עליי' דהשני הוי נוגע לפטור עצמו אבל בגרועי גרעי דמשמע דחייב אא"כ מביא עדים על כל פטורא דיליה ואמאי בעדים שלא פשע ג"כ מהני דאזי אין הב' נוגע והוי עד מסייע אע"כ דבגרועי גרעי חייב משום גרעי בעצמותו דהוי פשיעה:

(לא)

ולפ"ז י"ל דאביי ורבא לשיטתייהו דאביי הכריח דטעמא דר"י משום דאין רצוני הוי פשיעה דאי מטעמא דאת מהימנת, קשה התינח בעלוייה עלייה דהוי הב' נוגע אלא בגרועי גרעי בעדים שלא פשע יהיה מהני דהוי הב' מסייע, ואי דבגרועי גרעי חייב מצד עצמותו דגרעי הוי פשיעה. ז"א דאם לא נאמר דא"ר הוי פשיעה וע"כ משום דסתם בן דעת משמר כראוי א"כ ממילא בגרוע גרעי לא הוי יותר רק תחלתו בגו"א דהשני ישמור רק כפי חיובו מפשיעה, ואביי לשיטתיה דתחב"פ וס"ב חייב משום דמעידן דפשע אשתעבד נכסיה אבל תחלתו בגו"א וסב"א פטור וכנ"ל א"כ בגרועי גרעיה אמאי חייב אע"כ דאמרי' אין רצוני דסתם ב"א אין משמרים כראוי והוי תחפ"ב, ורבא לשיטתיה דתחלתו בגו"א ג"כ חייב שפיר אמר הטעם דגרועי גרעי תחלתו בגו"א:

(לב)

וכיון שכן ממילא מיושבים דברי הר"ח כיון דקיי"ל כרבה והיינו כאביי אליבא דרבה דתחב"פ וסב"א חייב אף בלא בא האונס מחמת הפשיעה וממילא תחלתו בגו"א וסב"א

פטור א"כ מוכח דקיי"ל בהא ג"כ כאביי דאין רצוני הוי פשיעה דאל"כ בגרועי גרעי ואיכא עדים שלא פשע אמאי חייב לר"י ודוק היטב כי נכון הוא מאד בעזה"י:

(לג)

ולפ"ז מיושבים דברי הרמב"ם באות א', והיינו דהרמב"ם ס"ל כפי היסודות שכתבנו בהרא"ש דהיכא דהוי משואי"ל לא מהני עד מסייע דהוי קם לממון, וגם כפי היסוד הנ"ל דשבועה דלא שייך בגוויה כאינש דעלמא וא"צ לקבל שבועתו, ואך מ"מ צ"ל להרמב"ם דגרועי גרעי ע"כ היינו דהוי פושע והיינו דהי' קשה להרמב"ם ביסוד את מהימנת דמדין מחויב שבועה ואיל"מ הא ר"י לשיטתיה דס"ל דבב"ק דבעי' ג' פרות חדא דכפירה וכו' וא"כ בפרה ג"כ ליכא שבועה דאורייתא אלא דתוס' כ' שם בב"ק דהוי שבועה דרבנן וממילא לא אמרי' בזה מחוייב שבועה ואיל"מ, וגם מטעם א"י א"פ ליכא למימר הא רבא לשיטתיה דס"ל ב"ב (דף קלו) גבי זה אחי דברי ע"פ אחר הוי ברי א"כ לא מקרי ברי ושמא, דנהי בעלויי עליי' דהוי נוגע מקרי ברי ע"פ נוגע דלא הוי ברי ושפיר הוי א"י א"פ מ"מ בגרועי גרעי' ואיכא עדים דלא פשע דלא הוי נוגע מקרי ברי עפ"י אחר, אע"כ מוכח דגרועי גרעיה הוי פשיעה, מש"ה פסק הרמב"ם דהוי פשיעה, אבל מ"מ לדידן דקיי"ל דברי ע"פ אחר לא הוי ברי, וגם קיי"ל דלא בעי' ג' פרות, בעי' דיביא השומר הב' ראיה או דהשומר הא' ישבע דבלא"ה אף בדרכו להפקיד לא מהני שבועת השומר הב' כיון דלא מוטל עליו שבועה שלא נגנבה הוי כאינש אחר וא"צ לקבל שבועתו וממילא הראשון הוי משואי"ל, ואף לפמ"ש לעיל דהרמב"ם ס"ל דעיקר השבועה שאינה ברשותו וזהו מוטל על השומר הב' ומהימן ושוב ליכא שבועה על השומר הא' מ"מ חייב מטעם א"י א"פ דברי ע"פ אחר לא מהני ברי ולזה בעי' דוקא שיביא עדים שנאנסה ודוק היטב ודברי הרמב"ם כראי מוצקים:

(לד)

ואי דעדיין יש לפקפק כיון דגרועי גרעיה היינו דהוי פשיעה מנ"ל להרמב"ם האי סברא דשבועה שאין השומר השני שייך בה הוי כאינש דעלמא וא"צ לקבל שבועתו, י"ל דהרמב"ם פסיקא ליה מסברא כן ובאמת גם רב ס"ל כן ומה דפטר רב בגרועי גרעי היינו דרב לשיטתיה דס"ל דלא אמרינן משואיל"מ, וגם הא בלא"ה כיון דנאמן הב' על שאינה ברשותו שוב ליכא שבועה על השומר הא', וגם א"י א"פ לא הוי כיון דרב ס"ל דמסריה לבן דעת ולא פשע הוי א"י אם נתחייבתי כמ"ש כ"ז לעיל בארוכה אבל לדידן דגרועי גרעי הוי פשיעה ממילא אף בנשבע השני שמתה דמדינא הוא פטור דמה"מ מה לי הכא מ"מ כיון דלא שייך בשבועה זו א"צ לקבל ממנו ושוב הוי הראשון א"י א"פ דמעידן דמסר

לשומר השני ופשע מכח דגרועי גרעי אשתעבד נכסיה והוי א"י א"פ ודוק:

(לה)

וע"פ יסודות הנ"ל נבא ליישב הקושיא באות ח' והיינו די"ל דאין רצוני הוי כגזילה, אלא דאביי היה סבר דקושית ר' אבא בר ממל גם לרבא והיינו כיון דרבא ס"ל את מהימנת ממילא מה מהני שישבע השוכר הא א"י לישבע שלא שלח בה יד דבשלמא אם לא אמרי' את מהימנת מה דנשבע השואל שאינה ברשותו דשמא עיניו נתן בה הוי נאמנות וליכא על השומר הא' עיקר שבועה וליכא גלגול, אלא אלו לא ידע שמתה כדרכה הוי ספק בקנין וצריך שיטעון ברי ותקנו רבנן שישבע שמתה כדרכה להפיס דעת בעה"ב והוי גלגול דרבנן ולגבי דרבנן לא אמרי' משואיל"מ וכמ"ש כ"ז לעיל אבל לר"י דס"ל את מהימנת א"כ לא מהני שבועת השואל וצריך השומר הא' לישבע מדאורייתא שאינה ברשותו ומחויב לישבע בגלגול שלא שלח בו יד וזה א"י לישבע וחייב לשלם וא"כ קושית ר' אבא בר ממל יש לו פנים גם לטעמא דרבא, והנה ביסוד השבועה דלא שלח השואל יד בו אף שכתבנו באות י"ד דהרא"ש ס"ל כהריטב"א דגם של"י דהשואל מחייב לשוכר מ"מ פשיטא דלאו מדין גזלן הוא כמו כל של"י דעלמא דקם ליה ברשותו דבזה בודאי ס' הריטב"א נכונה דשל"י דשואל אינו מחייב להשוכר דהוא לא נקרא גזלן ולא קם לי' ברשותו אלא דמ"מ אם שואל שלח בו יד הוי חסרון בשמירה והוי לגבי השומר הא' כמו פשיעה דהא השואל פשע בשל"י, ולזה הקשה אביי לדידך דאמרת מה"מ מה לי הכא א"כ לו יהא דהשואל של"י והוי פשיעה לגבי השומר הא' הא עתה דמתה אמרי' מה"מ מה לי הכא, והשיב לו רבא דבאמת הקושיא היה רק לדידכו דמתניתו אין רצוני והוי גזילה אבל לדידי דאת מהימנת באמת ליכא לאתובי דאף דא"י לישבע דהשואל לא שלח יד מ"מ אף אלו שלח יד הוי רק פשיעה ובמתה פטור משום מה"מ מה לי הכא, ודוק היטב, ובדרך פשוט יותר י"ל ע"פ הצעת דברינו דאביי היה סבור דקושית ר"א בר ממל היה גם לרבא והיינו כיון דגרועי גרעי הוי תחלתו בגו"א וכנ"ל, וכבר כתבנו באות י"א די"ל דגם בש"ש שמסר לש"ש או לשואל הוי כמו גרועי גרעי לענין זה דכיון דאמרי' דסתם ש"ח אינו שומרו יותר מהפשיעה י"ל דגם ש"ש ושואל בסתם אדם דאין משמרי' יותר מדא רק מפשיעה וא"כ יכול לומר קים לי בדידך דאתה משמרו הרבה אבל זה האחר ישמור רק מהפשיעה והוי תחלתו בגו"א לזה קושית ר"א בר ממל ניחא ממתני', ולזה שפיר הקשה אביי לרבא דלימא ליה מה"מ מה לי הכא, דנהי דהוי כמו גרועי גרעי הא מ"מ בזה לא הוי הראשון גזלן כיון דסתם בני אדם שומרי' מפשיעה והוי רק מחמת גרועי גרעי כעין פשיעה או כעין גו"א ובזה שפיר אמרי' מה"מ מה לי הכא,

והשיב לו רבא באמת רק לדידכו דאמרי' אין רצוני איכא לאתובי דהוי כגזלן אבל לדידי דאת מהימנת ליכא לאתובי די"ל משום מה"מ מה לי הכא ודוק:

דף מד.

רש"י ד"ה כל המטלטלין וכו' בין בתורת דמי' וכו'. נראה דכוונת רש"י דקונה בתורת דמי' דהוי בכלל יש דמי' שהן כחליפין דהוא מלתא דל"ש וכדעת הרז"ה במאור, ואולם מ"ש רש"י לקמן (דף מז ע"א) ד"ה חליפין ומקפיד כו' וזה מקפיד לראות שיהא שוה כל כך או דלמא דהוי כדמיו והו"ל מעות, ואין קושיתו מבואר דס"ל בכה"ג מעות אין קונות ולא הוי בכלל יש דמיו שהן כחליפין דזהו רק במכר לו השור ואח"כ קונה בדמיו הפרה וכמ"ש הרמב"ן במלחמות, ואפשר לדחוק דבאמת האיבעי' דלקמן חליפין ומקפיד עליהן קאי לס"ד דר"ה מכור לי באלו מדין חליפין ולא היה הכרח דס"ל כר"י ולזה האיבעי' אליבא דר"ל דמעות מה"ת אינן קונות וגם ר"א בר אהבה דבעי למפשט מברייתא דמקפיד עליהן לא קני ס"ל כר"ל, אבל במתני' נקט רש"י לדינא דקיי"ל כר"י וקנה בתורת דמי' דהוא בכלל יש דמים שהן כחליפין, ובריייתא דלקמן כאוקימתא דרבא לא משך הטלה, ובלא"ה צ"ל דר"א בר אהבה דבעי למיפשט מברייתא דחליפין ומקפיד עליהן לא קנה ס"ל כר"ל לפ"מ דמפרשים בכוונת רש"י דלקמן (ע"ב) ד"ה כך תקנו דלוקח (יכול) לחזור קודם האונס, אבל לאחר שנאנס א"י לחזור, א"כ עדיין יקשה בברייתא דמיירי דמת החמור הא אם חליפין ומקפיד הוי דמי לקני בתורת דמי' דהא אף דמעות אין קונות מ"מ כיון דנאנס א"י לחזור, אע"כ דס"ל כר"ל. אמנם זה יש לדחות די"ל כיון דהחמור הוא בעולם אלא דמת לא מקרי נאנס ויכול לחזור וכמ"ש הרז"ה, אבל לא הכי סברת בעל המאור, כיון דקנה ממנו שיתן לו בשר שחוטה, והוא בשר נבילה לא מקרי נאבד, א"כ הכא בברייתא ל"ש כן, ונצטרך לומר דרב אדא ס"ל כר"ל, ועדיין צ"ע:

דף מד:

תד"ה נעשה כאומר לו, ורב דבעי מר"ח וכו'. לענ"ד י"ל דספק דרב היה דדלמא דוקא סאה בסאה מותר ביש לו כיון דשייך לומר שהמלוה קנה מיד הסאה שביד הלוה דאם היה רוצה להקנות לו בדרך מקח היה קונה מדין חליפין אם פירי עבדי חליפין, ואף אם פירי לא עבדי חליפין, מ"מ יכול לקנות בתורת דמי' דהיינו דהחטין שהיה לו הם הדמים לקנות על ידיהם החטין שביד הלוה שהם הפירי, וכיון דמדאורייתא מעות קונות הוי כמו קנויי' להמלוה, משא"כ בדינרי דהוי מטבע לענין דאין נעשה חליפין וגם בתורת

דמי' ל"ש י"ל דלא מהני יש לו, והא דאמרי' רב ולוי חד אמר מטבע וכו' ולא אמר תסתיים דרב ס"ל דאין מטבע נ"ח מדבעי מרב"ח ולא פשט ליה ממתני' כקושית תוס' דהא י"ל באמת ס"ל כילדותי' דזהב הוא מטבע, וי"ל דלא היה ליה דינרי לרב, אלא דהכא מדחי הש"ס די"ל כי קושיא ורב דינרי הו"ל, ובאמת מהא מוכח דרב סבר אין מטבע נ"ח וזיל הכא קמדחי כו':

גמרא וחד אמר אף בפירות על דינרין מחלוקת. לכאורה באמת תמו' דמנ"ל זה לב"ש ולהמציא פלוגתא רחוקה דב"ה ס"ל דאפי' לגבי כספא טבעא הוי וב"ש סברי דאפי' לגבי נפשי' פירי (דיש לומר דב"ש) ס"ל דמעשר אינו תלוי במקח וממכר דכל דהוי טבעא לגבי נפשיה רשאי לחלל עליו דעיקר הוא שיהא חילול על מטבע, ואין דנין אם לגבי המתחלל הוי פירי או לא ומכיון דב"ש ס"ל דאין מחללין כסף על זהב מוכח דס"ל דזהב לא הוי טבעא כלל, וממילא אף פירות על דינרים אין מחללין.

אמנם מ"ש תוס' ד"ה אלא לב"ש, א"נ דר"י ס"ל כמתני' דהזהב קונה את הכסף, מוכח דלא ס"ל כן, דהא לפ"ז גם מתני' מצי אתי' כב"ה דלגבי כסף הוא דהוי פירא, אבל לגבי נפשי' טבעא, ומש"ה ס"ל לב"ה דמחללין ובהא הוא דפליג ב"ש וב"ה, דב"ש ס"ל דדהבא הוי פירי לגמרי, וב"ה ס"ל דלגבי נפשי' טבעא, וא"כ מתני' אתי' גם לב"ה, אע"כ דס"ל לתוס' דגם להך מ"ד ס"ל דמעשר תלוי במקח וממכר ואם הוי פירי לגבי המתחלל אין מחללין עליו, וב"ה ס"ל באמת דדהבא לגבי כספא טבעא, וא"כ קשה כנ"ל, וצ"ל דס"ל להך מ"ד דדוקא כסף לב"ה דהוי פירי מטעם דאין חשוב כ"כ בזה שייך לחלק דלגבי דהבא אינו חשוב ולגבי פירי חשוב דחשיבות תלוי נגד דבר שכנגדו, אבל לב"ש דס"ל דדהבא הוי פירי דהטעם דאינו חריף בהוצאה ממילא גם לנפשי' (אינו) טבעא דבזה אין לחלק בין לגבי כספא ובין לגבי נפשיה.

אמנם עדיין קשה דהא חזינן דמשנתינו מחלק בזה דהא במתני' דקתני הזהב קונה את הכסף ס"ל דדהבא פירי, ואעפ"כ קתני בסיפא המטלטלין קונה המטבע בפשיטות דהכל בכלל אף דינרי זהב, וכמ"ש הרא"ש בפשיטות, הרי ס"ל למתני' לחלק דלגבי כספא פירי ולגבי נפשי' טבעא, וא"כ דלמא ב"ש ס"ל כן, ובאמת זה קשה בלא"ה לפ"מ דכתבו תוס' הנ"ל דמתני' לא אתי' כב"ה א"כ להך מ"ד ס"ל דגם בפירות על דינרי תקשה מתני' דלא כמאן דהא גם לב"ש לנפשי' פירי הוי ואיך קתני המטלטלים קונה את המטבע ולב"ה גם לגבי כסף טבעא ואיך קתני הזהב קונה את הכסף, וצע"ג:

דף מה:

תד"ה אין מטבע נ"ח וכו'. **וי"א דחשוב כלי וכו'**. תמהני הא י"ל דעולא דמשני לקמן אידי ואידי בפרוטות ס"ל דפירי עבדי חליפין וכדדייק לישנא דקאמר אידי ואידי פירי הוי, ומאן מוכרחנו לומר דלאו דוקא קאמר ובא רק לאפוקי דלא הוי מטבע, דלמא באמת דוקא קאמר דמכיון דאינו יוצא בהוצאה הוי רק פירי, ואי דסמכו דבריהם על דהוכיחו תחלה דמטבע לא הוי פירי הא אחרי דמסקי' דמטבע הוי כלי ממילא ניחא הני מקומות דמשמע מינייהו דמטבע לא הוי פירי דעדיפא מיניה דהוי אפי' כלי, וא"כ י"ל דהוי כלי כיון דיוצא בהוצאה, אבל א"י בהוצאה הוי פירי, וצע"ג, אח"כ מצאתי בעזה"י דהקשה כן בגליון בשיטה מקובצת ונדחק מאד, גם הראיה הב' מדינר אניקא ואניגרא אין הכרח כ"כ דהא זהו אליבא דר"ל, והא י"ל בלא"ה ס"ל כר"ש דפירי עבדי חליפין, ואולם בזה י"ל דאזלו בשיטתייהו דס"ל דכל השקלי וטריא הניחא לר"ש, קאי רק לס"ד דמטבע נ"ח, אבל למסקנא דקיימי דאין מטבע נ"ח כפשטא דכל הנישום היינו כל הכלים, א"כ גם הא דקאמר ר"ל ע"כ כר"ש ס"ל, היינו לס"ד, אבל למסקנא י"ל דר"ל כר"נ ס"ל. גם י"ל דהוכרחתם דאם איתא דמוכח מהא דאניקא ואניגרא דר"ל סבר פירי עבדי חליפין, א"כ יקשה לס"ד דהש"ס דקאמר ולר"ל דאמר משיכה מפורש הניחא אי ס"ל כר"ש, הא בלא"ה מוכח דר"ל ס"ל כר"ש, וזהו קושי' שהקשה הרמב"ן במלחמות שכ' לקושטא דמלתא דר"ל דקאמר דאניקא ואניגרא מיקני בחליפין דאזיל לשיטתייהו דס"ל פירי עבדי חליפין, דא"כ יקשה לס"ד מהך דר"ל ע"ש:

אמנם לפענ"ד אדרבא בשיטות הי"א אלו דמטבע היוצא בהוצאה הוי כלי, ומטבע שא"י הוי פירי רווחא שמעתא טובא, דבאמת לפמ"ש תוספות לקמן דשקלי וטריא דהניחא לר"ש קאי רק לס"ד דכל הנעשה, דחוק מאד במה דמתרץ ר"ל ע"כ כר"ש ס"ל דלשון זה דהוא הכרעה החלטית ול"ש לומר לשון זה על ס"ד לבד ולא לקושטא דמלתא, אמנם לשיטת הי"א ניחא טובא והיינו דבאמת מההיא דר"ל דאניקא ואניגרא מוכח דס"ל כר"ש שפירי עבדי חליפין דהא מטבע שא"י הוי רק פירי, וא"כ מהא לחוד ליכא הכרח דהא בדברי ר"ל לא נזכר מפורש דינא דאניקא ואניגרא, אלא סתם כיס מלא מעות, והיה אפשר לומר דמיירי במטבע היוצא וס"ל מטבע נ"ח וא"כ אין הכרח דס"ל כר"ש דהא מטבע היוצא הוי כלי, אבל לבתר דאמרי ולר"ל דאמר משיכה מפורשת הניחא אי ס"ל כר"ש וכו' והיינו למ"ד דכל הנעשה, שפיר אמרי' בדרך הכרעה י"ל ע"כ כר"ש ס"ל, והיינו בממנ"פ דאם סבר מטבע נ"ח ומתני' קתני כל הנעשה, א"כ מדקתני כיצד, מוכרחים להגי' ופירי נמי עבדי חליפי', ואם ס"ל מטבע אין נ"ח אם הא דקאמר ר"ל אפי' כיס

מלא מעות, בכיס מלא מעות, ע"כ מיירי במטבע שא"י, וכדתרגם רב אחא וממילא מוכח דס"ל פירי עבדי חליפין דהא מטבע שא"י פירי הוי, והוא נכון בעזה"י.

תד"ה מאי לאו בחליפין וכו' וא"ת וכי לא ידע וכו':

נראה לענ"ד ליישב קושיית' ע"פ דברי התוס' לקמן ש"מ מטבע נ"ח וכו' שהקשו דנימא ג"כ שיאמר נשרפו חטיך בעליה, ביאור דברי תוס' הא דלא הקשו בל"ז על גוף הדין דהחליף שור בפרה דיאמר נשרפה פרתך בעליה י"ל דא"א לתקן בזה דאם אינו נ"ח יאמר נשרף שורך בעליה וכ"כ להדיא בנ"י, ועדיין צריך לברר כונת הנ"י דמ"מ יקשה מההוא דהכסף אינו קונה את הזהב דאף דלא שייך נשרפו דאם ניחוש שיאמר נשרף זהבך בעליה אף דאין לו שמירה אלא בקרקע ה"נ אם אינו קונה יאמר נשרף כספך בעליה וא"כ מ"ש דכסף אינו קונה את הזהב ומ"ש דהחליף שור בפרה דקונה, וביותר קשה דמ"מ באם נתן לו שור בתורת דמי' דלא קנה הפרה כדמשמע בכל הסוגיא דבעי' דוקא יש דמי' כחליפין אבל בנותן לו השור בתורת דמיו לא קנה ומ"ש דבנותן לו בתורת חליפין דמהני, ונראה דכוונת הנ"י דדוקא בקנין דמי' דהדרך דנותן לו מעות בעד פירות והתקינו חכז"ל דלא ליקני מחשש דנשרפו חטיך בעליה, מש"ה לא פלוג רבנן אף אם לפעמים נותן לו מטלטלים בתורת דמי', וכן בקונה מטבע במטבעות שאמרו דרך כלל דבכל פעם נתינת הממון לא קנה, ומשיכת פירות קנה, משא"כ בחליפין דעיקר החליפין רק במטלטלים על מטלטלים בזה ליתא כלל לעיקר התקנה, דבין כך וב"כ יאמר נשרף את שלך, מש"ה לא התקינו כלל, ולזה העמידו תוס' קושיית' על כל הנעשה דמי' באחר דבנותן לו מטבע בתורת חליפין דקנה, דבזה שפיר שייך התקנה דיאמר נשרף חטיך בעליה, והנה בכוונת תוס' בקושייתם אפשר לומר ב' פנים, או דקושייתם באמת גם על חליפים דשור ופרה, והיינו דת"ק בל"ז למד אין מטבע נ"ח כיון דכל דיני דחליפים ליתא רק ע"י משיכת מטלטלים א"כ ל"ש כלל התקנה כסברת הנ"י הנ"ל, אבל למ"ד מטבע נ"ח י"ל דהקושיא דאפילו בחליפים מטלטלים ל"ק משום לא פלוג דכמו בקנין מעות לא מהני בנותן לו מטלטלים בתורת דמי' משום לא פלוג הכי נמי בחליפין דלתקנו דאם נותן לו מטבע בתורת חליפין דלא לקני, או די"ל דמ"מ קושייתם רק בקנין המטבע די"ל דדוקא בקנין מעות דע"פ הרוב נותן לו מעות ממש בזה אף לפעמים נותן מטלטלין בתורת דמים לא פלוג בדבר, אבל בחליפין דאדרבא רוב פעמים מחליף מטלטלי' במטלטלי' ול"ש להחליף מטבע במטלטלי' ל"ש לתקן בלא פלוג מלתא דשכיחי משום מלתא דל"ש, אלא דקושי' רק דעכ"פ חליפין במטבע לא מהני, ולפ"ז י"ל דהיה ס"ל להמקשן לחלק דהזהב קונה את הכסף בחליפין ואין כסף קונה את הזהב בחליפין, והיינו די"ל דס"ל לקושטא

דמלתא בקושי' תוס' דאף דמעיקר הדין מטבע נ"ח דבכלל נעל הוא, מ"מ חכז"ל תקנו דלא לקני מחשש דנשרף חטיך בעליה ומכיון שתקנו דבנותן מטבע לקנות חטין בתורת חליפין לא מהני משום חשש דנשרפו ממילא לא פלוג דאף בנותן מטבע לקנות מטבע דאף דל"ש נשרפו. מ"מ לא פלוג, והיינו דאם מטבע שנותן לו הוי המטבע נגד המטבע שרוצה לקנות דאף דבהחליף מטלטלין במטלטלין לא תקנו בלא פלוג היינו כנ"ל דלא תקנו לא פלוג רק באם נותן מטבע בקנין סודר, אבל לא בנותן מטלטלין ל"ש למגזר שכיח אטו ל"ש, אבל כשנותן מטבע בתורת חליפין בודאי שייך לתקן בלא פלוג לענין דבר הנקנה דכמו דבקנה לו החטי' לא קנה ה"נ בנקנה לו המטבע דזה ל"ש אטו דשכיח דיותר שכיח לקנות חטי' בחליפין מלקנות מטבע בחליפין ודרך כלל תקנו דבנותן לו מטבע בתורת חליפין או דבר שהוא מטבע לגבי הנקנה לא קנה, אבל בנותן לו מטלטלין לקנות קנה, וכיון שכן שפיר הדין דהזהב קונה את הכסף בחליפין כיון דבהך גוונא ל"ש חשש דנשרף, אלא דתקנו בלא פלוג, וכיון דזהב פירי וכסף טבעא הוי כנותן פירי לקנות מטבע דקנה בחליפין, אבל כסף אינו קונה זהב דהוי כנותן מטבע בחליפין לקנות פירי, ולזה קאמרו ש"מ מטבע נ"ח היינו דמדינא בכלל נעל לאפוקי סברת ר"פ דעבידא דבטלי לא הוי בכלל נעל ומדינא קנה דגם זהב לא קנה הכסף, ומדוקדק הוא דנטר הש"ס למיפרך עד בתר מימרא דר"פ דהטעם משום דעתו אצורתא, והיינו דבל"ז י"ל דבאמת טעמא דמ"ד אין מטבע נ"ח משום חשש דנשרפו וממילא שפיר הדין דזהב קונה את הכסף דהוי כמו נותן פירי לקנות מטבע בחליפין דל"ש חשש, ואף דעדיין קשה דאמאי פריך דוקא למ"ד אין מטבע נ"ח, הא קשה ג"כ למ"ד מטבע נ"ח דסתמא קאמר אף לקנות חטים, והא מסיפא מוכח דבכה"ג עכ"פ אינו קונה מדרבנן, וי"ל דבאמת דהו"מ להקשות כן אלא דניחא לי' למיפרך בפשיטות מרישא, וכה"ג צ"ל במה שכ' השיטה מקובצת בשם הריטב"א לתרץ דהמקשן ס"ל דבזהב כיון דאינו חריף אין דעתו על צורתא דקשה ג"כ דמ"מ ליפרך גם על מ"ד דמטבע נ"ח דהיינו אף כסף דהא מסיפא מוכח דמטבע כסף אינו נ"ח, אע"כ דניחא ליה למיפרך תחלה מרישא:

דף מו.

תד"ה ונקנינהו נהלי' אג"ק וכו' קשה דלקני לי' המעות בהודאה וכו'. ולענ"ד היה נראה דאף דקנין דעלמא אף בלא עדים מהני וכדהוכיחו תוס' ב"ב (דף מ ע"א) ד"ה קנין מסוגיין דהכא מדלא משני דלא היה בגורן עדים וכו', מ"מ י"ל דקנין אודיתא לא הוי קנין אלא המודה בפני עדים דכיון דיכול לתבעו בב"ד ע"פ הודאתו וא"י להכחישו מקרי הודאה

גמורה לקנות בו, אבל כשמודה שלא בעדים אין שייך הודאה לקנות בו כיון דאינו נתפס בהודאתו לגבות ממנו, א"כ י"ל דמיירי דלא היו עדים בגורן וליכא קנין אודיתא.

תד"ה אלא ש"מ וכו' ונטר עד הכא וכו':

ונלענ"ד ליישב לשיטת ר"ת דאף לר"נ דפירי לא עבדי חליפי' וכן לר"ש בדבר שאינו מסויים מ"מ שור בשור עבדי חליפים, דילפי' לה מתמורה, והנה בסוגיין קשה לי במה דאמר ר"פ אפילו למ"ד מטבע אין נ"ח נקני בחליפים מידי דהוי אפירי לר"נ, הא י"ל דדוקא לר"נ דאייתר לקיים כל דבר לרבות דיקנה, אבל לר"ש דלקיים כל דבר קאי אנעשה לאורויי דנעשה חליפים א"כ ל"ל רבוי דנקנה עדיף מנעשה, וי"ל דמה דממעטים מנעל דהיינו דבר שאינו מסויים אינו נקנה ג"כ וכיון דרב ולוי סברי כמ"ד פירי חליפים לשיטת רש"י מנ"נ דנקנה. אח"כ מצאתי בעז"ה שכוונתי בזה לפ"י, ונ"ל דהכי פירושו דר"פ ה"ק דודאי לא מצינו שיחמור רב ששת יותר מר"נ לענין חליפין וכל מה דמהני חליפין לר"נ ה"נ לרב ששת, ולזה בא דע"כ לר"נ מטבע נקנה בחליפין דלדידיה כי היכי דפירי נקנה מכח לקיים כל דבר ה"נ מטבע ודבר שאינו מסויים לדידיה נקנה וכיון דקיי"ל בהחלט דלר"נ נקנה ממילא בודאי גם לר"ש נקנה דל"מ בזה פלוגתא חדשה לומר דלר"נ דבר שאינו מסויים ומטבע נקנה ובזה ר"ש לחומרא דאינו נקנה, א"ו דגם לר"ש נקנה, ומוכח באמת דר"ש ס"ל מסברא דיקנה וא"צ קרא לזה, ולפ"ז י"ל דבל"ז לא היה יכול להקשות למ"ד נעשה דהוי אפשר לומר דלכ"ע דעתו אצורתא אלא דלמ"ד נעשה דמכח עבידי דבטלי הוי כדבר שאינו מסויים ונעשה כחליפין אם הוא שוה בשוה, ומ"ד אינו נעשה וס"ל דהוי דבר שא"ב ממש כמו אותיות ולא מהני שוה בשוה כמו שהוא לפי האמת לדידן, וכיון שכן ליכא קושי' מהברייתא דגורן די"ל דמ"ד נעשה ס"ל כר"ש דפירי עבדי חליפין ולא אייתר קרא דלקיים כל דבר, וממילא קיימא דמה דמעטינן מנעל ממעטינן ג"כ דאינו נקנה, ומש"ה מטבע דהוי דבר שאינו מסויים אינו נקנה, וההוא דנעל היינו דוקא שוה בשוה, ומקרא דתמורה, אבל מ"מ אינו נקנה כמו דחזינן לר"נ דאף דתמורה מרבי דפירי נעשה שוה בשוה, מ"מ לא הוי ידעי' דנקנה רק מקרא דכל דבר, וא"כ י"ל ה"נ לר"ש אף דדבר שאינו מסויים נ"ח שוה בשוה מ"מ עכ"פ דאינו שוה בשוה גם אינו נקנה ולזה פריך רק לר"פ דאמר להדיא דנקנה, כנלענ"ד נכון בעזה"י.

תד"ה ש"מ, וא"ת והלא יאמר וכו'.

ע' במהרש"א, נראה ביאור הדברים הא דלא תירץ הברייתא דחנוני ליכא קושיא די"ל במטבע ל"ש נשרפו דכספים אין להם שמירה אלא בקרקע, דמ"מ קשה ממ"ש דכסף אינו קונה את הזהב דמעות א"ק מחשש דנשרף ומ"ש דמטבע נקנה בחליפין, ולזה תירץ

המהרש"א די"ל דל"ש לאוקמי ברשות באם יתייקרו שיטריח ויציל, ובזה שפיר יש לחלק דבמתני' בכסף אינה קונה הזהב דגם הזהב שייך לאוקמי ברשות לענין יוקרא דכיון דזהב הוי פירי יוקרא וזולא תלייה ביה, משא"כ בחנוני דהבעה"ב מקנה לו כסף דינר וטריסת ל"ש לאוקמי ברשותי' לענין יוקרא וזולא דהא אין היוקרא וזולא בכסף שהוא מטבע כדאיתא לעיל לענין רבית. והנה לפי דברי המהרש"א צ"ל דלא אזלי תוס' הכא לשיטת ר"ת דלקמן דלכ"ע בנאנסה הלוקח יכול לחזור, דא"כ מה בכך דל"ש יוקרא הא מ"מ יציל מחשש דיחזור הלוקח, אע"כ דאזלי' בשיטת רש"י דבסמוך, ואף דמ"מ משמע מדבריהם דלקמן דלרבנן דר"ש גם בנאנסה יכול לחזור, או דעכ"פ כשחוזר בשעה שהדליקה בא דטרח ומציל מחשש שאם יראה הלוקח הדליקה יאמר חזרני בי, צ"ל דמ"מ י"ל דברייתא דחנוני אתי' כר"ש דלדידיה אין הלוקח חוזר וטרח רק מטעם ריוח יוקרא.

אולם לכאורה עדיין קשה אחרי דע"כ אזלי בשיטת רש"י דבסמוך וגם ניחא להו לומר די"ל דהברייתא דחנוני אתי' כר"ש. א"כ לכאורה עדיין לא הקשו כלום ממתני' דכל הנעשה לפי הגירסא דנתחייב זה בחליפים דהיינו דהלוקח מחויב באונסי חליפין, וא"כ י"ל דאתי' כר"ש ובאמת תקנו חכמים דמטבע אינו עושה חליפין, מחשש דנשרפו, אלא כיון דמדינא קנה תקנו דהכסף בידו ידו על העליונה ובאמת בעל השור יכול לחזור, אבל בעל המטבע א"י לחזור ומחויב באונסי חליפים דאין בידו לחזור והא מתני' לא קתני דינרי דחזי' רק דנתחייב לוקח באונסי חליפים וזה גם בקנין לר"ש. ונראה דלק"מ (דתני') דהוכיחו דלא ניחא להו להש"ס לאוקמי סתמא דמתני' דכל הנעשה לר"ש שלא אליבא דהלכתא דאל"כ מאי פריך ולר"ל דאמר משיכה מפורשת מן התורה הא י"ל דר"ל מוקי מתני' כר"ש דלדידיה ודאי מעות קונות מן התורה ודמי' שהן כחליפין קונה, אע"כ דלא ניחא לאוקמי' כר"ש, א"כ שפיר הקשה תוס' דגם לר"י מיהו ניחא כיון דלא מוקי כר"ש א"כ לא יתחייב באונסי חליפין כמו בקנין מעות דתקנו דלא קנו:

אמנם נראה דזה אינו מספיק דשפיר י"ל דלמאי דס"ד דכל הנעשה ליכא לאקשוי' דנשרפו חטיך די"ל דאתי' כר"ש דגם בקנין מעות באחריות הלוקח, והא דפריך לר"ל היינו דלפי אוקימתא דיש דמי' דמלישנא דמתני' משמע דלפעמים מעות קונה כמו חליפין, והיינו ביש דמי', ואם איתא דאתי' כר"ש הא בלא"ה בכל קנין דמי' נתחייב הלוקח באונסי חליפין, אע"כ דלא אתי' כר"ש ושפיר פריך הש"ס, (ולהפוסקים ומכללי המאור דלדינא גם לרבנן דר"ש בנאנס א"י הלוקח לחזור כיון דאינו בעין, צ"ל לפי האוקימתא דיש דמים הא גם בדמי' בעלמא כשנאנס נאנס ללוקח דא"י לחזור, היינו עכ"פ כשרואה הדליקה יכול לומר חזרני בי, אבל ביש דמים מתחייב באונסין היינו דאף

בשעת הדליקה א"י לחזור או דמיירי באונס דמקרי בעין כגון מת דיכול לחזור כמ"ש במאור) וההכרח לדחוק להמהרש"א דקושית תוס' לגירסא דנתחייב בחליפים דקאי הכל על המוכר דא"י לחזור שפיר הקשה דיתקנו דלא ליקני מחשש דנשרפו והמוכר י"ל אף לר"ש, בעיקר קושית המהרש"א לענ"ד בפשוטו י"ל דודאי במטבע על מטבע ל"ש נשרפו דכספים אין להם שמירה וכו' והא דכסף אינה קונה את הזהב משום לא פלוג, והיינו דתקנו באם משך מה שהוא פירי קונה, אבל מה שנקרא מטבע לגבי שכנגדו אינו קונה, וא"כ ה"ה לענין חליפים אם יתקנו חכמים דמטבע אינו נעשה חליפים, ה"נ במטבע אף אם יתקנו בלא פלוג, מ"מ היינו דוקא באם נותן מה שהוא מטבע לגבי דבר הנקנה, אבל בנותן מה שהוא פירי לגבי הנקנה ל"ש לא פלוג דהא בכה"ג גם בנותן מטלטלין לקנות מטבע בחליפין ל"ש החשש כמ"ש לעיל בארוכה א"כ בברייתא דחנות דהחנוני נותן בחליפין נחושת לקנות כסף הוי כנותן פירי לקנות מטבע דבזה לא תקנו ול"ש לא פלוג כנלענ"ד פשוט וברור.

גם י"ל בישוב קושית מהרש"א דהא מבואר לקמן פ' איזהו נשך דלענין רבית תולים בקנין דאורייתא, דכל דמדאורייתא קני אף דמדרבנן לא קני לא הוי רבית, א"כ בברייתא דחנוני י"ל דכיון דמדינא מטבע נ"ח אף דתקנו חכז"ל דאין נ"ח מ"מ כיון דמדאורייתא קנה החנוני הדינר וטריסת ליכא שם הלוואה ומותר, ולזה פריך הש"ס רק למ"ד אין מטבע נ"ח ומטעם דעתיה אצורתא וליכא קנין כלל דהוי הלוואה, וגם מדין מעות קונות ד"ת ליכא למיתב עלה דהא ליכא כלל קנין מעות כיון דנחושת הוי פירי הוי רק קנין משיכה ואינו נקנה הכסף רק דנחושת מחייב כסף ואין כאן קנין על הכסף לא דאורייתא ולא דרבנן, ונכון:

דף מו:

גמרא הכי קאמר ופירי נמי עבדי חליפים כיצד החליף שור וכו'. רש" ז"ל לא גרס בשר שור והיינו דממנ"פ אם שור חי הוי כלי גם מעיקרא כי מוקמי כל הנישום והיינו כל המטלטלין אף פירות ה"נ כיצד בשר שור ובתוס' קיימא הגירסא לאוקימתא כל הנישום היינו באמת רק כלי, ולענ"ד נראה אף לשיטת רש"י כל הנישום משמע כל דבר אפי' פירי, מ"מ יש לקיים הגירסא בשר שור אם נימא בזה כשיטת תוס' דמטבע הוי כלי והיינו דס"ל שור חי אי הוי כלי או לא תלי במטבע דאם אמרי' דאינו כלי ממש גם שור לא הוי כלי, אבל אם מטבע הוי כלי דראוי להשתמש בו, גם שור ראוי לחרוש בו, א"כ י"ל דמעיקרא לא היה צריך להגי' בשר שור, די"ל דבאמת שור הוי כלי אבל למאי דמשני

כל הנעשה ופירי נמי עבדי חליפין א"כ מוכח דמטבע הוי כלי דאל"כ מה הוסיף ופירי נמי עבדי חליפין הא זהו מרישא שמעי' מכח מטבע, אע"כ דמטבע הוי כלי וממילא גם שור חי הוי כלי והוצרך להגי' בשר שור:

גמרא תרגמא ר' אחא בדינרי אניקא ואניגרא. הרי"ף העתיק כן לדינא, וז"ל דכיון דלא סגי הו"ל פירי ונקני בחליפין, והרז"ה הקשה דהא קיי"ל פירי לא עבדי חליפין (לשיטתיה ס"ל כר"ש), והרמב"ן תי' דמטבע הוי כלי לתלותה בצואר של בתו, ולענ"ד דחוק מאוד לפרש בכוונת הרי"ף שכ' דהו"ל פירי דמשמע דפירי הוי, וגם מדסיים ומקני בחליפין דמשמע דרק נקנה, אבל לא נעשה כדין פירי, ולזה היה נלענ"ד דרי"ף ס"ל דפירי הוי, ואף דהרי"ף כ' דפירכת הניחא לר"ש קאי רק לס"ד דכל הנישום, א"כ משמע דבלא דקדוק דמאי כיצד היה ניחא לר"נ לומר כל הנעשה אף דפירי לא עבדי חליפין מ"מ מטבע נ"ח, י"ל דס"ל להרי"ף כשיטת הי"א בתוס' (מ"ה ב') דמטבע היוצא בהוצאה הוי כלי, אבל א"י בהוצאה הוי פירי, וכבר הראינו לדעת שיטה זו סוגיא מחוורת כשמלה, והא דכיס מלא מעות דמהני אף דקיי"ל דפירי לא נעשה חליפין, נלע"ד דבאמת מחליפין גם הכיסים להדדי, וא"כ כיון שמשך זה הכיס מלא מעות נקנה לו הכיס מלא של חבירו מכח דהכיס שמשך הוא דנעשה חליפין לקנות ע"י מטלטלין של חבירו דמה בכך שמשך כלי ופירי וכי משיכת הפירי מגרע סוף סוף הא קבל גם הכלי, והא דפריך הש"ס והא אין מטבע נ"ח היינו דהא קיי"ל דלא נעשה ולא נקנה, א"כ אף דהכא שפיר דנעשה מכח הכיס. אבל מ"מ איך נקנה לחבירו כיס והמעות שבתוכו הא אין מטבע נקנה. ולזה משני באניקא ואניגרא דהוי פירי ושפיר נקנה, והא דקאמר חד שפסלתו מלכות. היינו הכל על דנקנה בין דנקנה פסלתו מלכות ובין דנקנה פסלתו מדינה. אבל מה שמושך גם אם הוא מטבע היוצא מהני מכח הכיס. גם י"ל דבמושך כלי ומטבע בתורת סודר י"ל דלא מהני כיון דהמטבע חריף בהוצאה דעתם על המטבע. וכעין מה דאמרי' לענין קדושין מלוה ופרוטה דעתה אפרוטה. אבל בכלי ופירי דאדרבא כלי חשוב יותר ושפיר נתקיים החליפין ע"י כלי. ולפ"ז יהיה מוכרח דהרי"ף לא ס"ל כהפוסקים במרדכי והובא בש"ע (סימן ר"ג בה"ג) דבמקנה מטבע ומטלטלים כא' כיון דנתפס הקנין על המטלטלין נתפס ג"כ על המטבע. דא"כ מאי פריך הש"ס הא אין מטבע. הא כיון דמיירי דמחליפין גם הכיסים ממילא כיון דנקנה הכיס נקנה ג"כ המטבע דהא מקנה לו ביחד כיס ומטבע. אע"כ דס"ל להרי"ף דלא כהפוסקים הנ"ל. ואולי י"ל דאף להפוסקים הנ"ל אם הקנה לו כלי פחות מש"פ ומטבעות ביחד דלא נקנה מטבעות דלא אמרינן כאן כיון דנקנה הכלי. דכיון דא"ב ש"פ ל"ש למגרר בתריה המטבעות. דאף דלענין חליפין כלי שא"ב

ש"פ חשוב ג"כ כלי, י"ל דוקא לענין נעשה הוא דחשוב אבל לא לענין נקנה. א"כ י"ל דמסתמא קתני דאף דאין בכיסים ש"פ ושפיר פריך הש"ס הא אין מטבע נקנה בחליפים וע'. ובאמת לפענ"ד שיטת הפוסקים הנ"ל תמו' מאד מברייתא דעומד בגורן דאף דבאופן זה ליכא לאקשויי' דיקנה לו מעות ופירי אחד חולין ביחד די"ל דמיירי דאיכא בגורן רק פירות מעשר ובלא"ה צריך לדחוק דמה דמשנינן הב"ע דל"ל סודר הא לשיטת רש"י רב ולוי ס"ל דפירי עבדי חליפין. וא"כ יקשה דיתן לו במתנה פירי אחד חולין ויחזור ויקנה לו הפירי בתורת סודר לקנות המעות אע"כ דמיירי דליכא בגורן פירות חולין. ואף דהיה יכול ליתן פירי א' מהמעשר ויחזור ויתן לו הפירי בתורת סודר י"ל דרצה לפדות כל המעשר ביחד (ובשיטה מקובצת הקשה כן בשם הר"מ דלקני ליה פירי א' מהמעשר ותירץ בשם הרא"ש דמצי לאוקמי כמ"ד בפ"ב דקדושין דמעשר שני ממון גבוה הוי ולא מצי קני בי' עיי"ש ותמוה לי דא"כ לא יכול ליתן לו הפירות כלל ומקרי פוד' מעשר שני שלו כמבואר להדיא בקידושין שם) מ"מ עדיין קשה דלמאי דמסקינן דיש לו סודר. א"כ יתן לו במתנה ג' ע"ג מהסודר ויחזור זה ויתן לו הסודר ג' ע"ג בתורת חליפין לקנות על ידו שאר הסודר ומעות ביחד. וכי נימא דמיירי בגברא ערטלאי דסודר שלו הוא רק ג' ע"ג מצומצם. או דמותר מג' ע"ג א"ב ש"פ.

גם קשה ביותר מעובדא דאיסור גיורא ב"ב (דף קמט ע"א) דאמר אי אג"ק ל"ל קרקע. אי בחליפין אין מטבע נ"ח. מ"מ הא יכול להקנות בחליפין איזה מטלטלין והמעות ביחד. וצ"ע:

דף מז.

תד"ה בכליו של מקנה וכו' ואי לוי ס"ל אין פירי נעשה חליפין. הא אף אי סבר דפירי עבדי חליפין הא עכ"פ נעל אתי למעוטי דבר שאינו מסויים, ויקשה ג"כ דכיון דהוא בכליו של מקנה מה גריעותא יש במה שהוא אינו מסויים:

דף מז:

תד"ה נשרפו חטיך וכו' יאמר הלוקח נשרפו וכו' לכאורה קשה לי לרש"י כי היכי דבקנין מעות העמידו על ד"ת דהלוקח א"י לחזור כיון דהכסף ביד מוכר ידו על העליונה והמוכר יטרח ויציל משום ריוח יוקרא ה"נ בקנין משיכה כיון דמדאורייתא לא קני רק דחז"ל תקנו דליקני לוקמי על ד"ת לגבי לוקח דהכסף הוא בידו דיהא הוא יכול לחזור. ואעפ"כ יציל מחמת ריוח יוקרא. ואפשר לומר דבאמת אינו מהראוי לחלק בתקנתא

שיהא קנוי לאחד ולשני לא, אלא דהטעם דבמעות אין הלוקח יכול לחזור דגם זה הוא מאלם התקנה דאם היה גם הלוקח יכול לחזור לא היה המוכר טרח כ"כ ומציל דמחשש שיחזור הלוקח לא מסתפי כ"כ כיון דאחר השרפה שלא יהיה עוד בעולם א"י לחזור כמשמעות לשון רש"י ז"ל בשמעתין וזהו שיטת בעל המאור, וזהו חשש רחוק שיבא הלוקח בשעת התחלת השרפה לחזור, ועיקר מה שיטרח ויציל מחמת ריוח יוקרא, וזהו רק אם אין הלוקח יכול לחזור דהוי גבי מוכר קרוב לשכר ורחוק להפסד דהרי בזול א"י הלוקח לחזור, אבל אי היה הדין דגם הלוקח יכול לחזור לא היה המוכר טרח ומציל מחמת ריוח יוקר דכמו שיש צד ריוח ביוקר ה"נ יש הפסד בזול דיחזור הלוקח, ואולם לשיטת הרמב"ן וסייעתו דאף לאחר שנאנס יכול הלוקח לחזור לרבנן דר"ש א"כ פשיטא דאם הלוקח יכול לחזור דצריך המוכר לטרוח ולהציל, וע"כ הא דלר"ש אין הלוקח יכול לחזור היינו דלא היו צריכים חז"ל לתקן כ"כ וכל מה שיכולים לעמוד על ד"ת העמידו והאלימו כח המוכר כיון דהכסף בידו, א"כ יקשה כנ"ל דא"כ במשיכה אמאי עקרו לגמרי הד"ת ולא העמידו על ד"ת דהלוקח יכול לחזור, ואפשר לומר דבמשיכה א"א לתקן כן דמיד שיהא הדין דהמוכר א"י לחזור ממילא גמר ומקנה ויצאו החטין מרשותו דהא א"י לחזור וממילא נתחייב הלוקח בדמיו דעיקר חיוב הדמים על מה שהמוכר מוציא החטים מרשותו ומקנה אותם לו, וא"כ לא היה שייך כלל לומר דהלוקח יכול לחזור דמ"מ כבר נתחייב בדמים על הקנאת המוכר, משא"כ גבי מעות דאין המוכר נתחייב בחטים על מה שהוציא זה המעות מרשותו דאין על המוכר שום התחייבות אלא דהחטים נקנו לו בעד המעות דמעות קונות, בזה שייך לומר דאף דהלוקח א"י לתבוע מעותיו מ"מ המוכר יכול לחזור, דחז"ל אמרו דלא נקנה החטים בעד המעות, ודוק:

דף מח.

רש"י ד"ה קאי באבל וכו' ונ"מ אם קדש בו אשה. מסתפקנא אם כוונת רש"י במ"ש אבל מעות לא קנה מדאורייתא היינו דלר"ל לא הקנה המעות את הכלי להלוקח מדאורייתא, ועלה כ' הנ"מ אם קידש בו אשה ר"ל אם קידש הלוקח כשעדיין לא משך הכלי קידש את האשה בכלי זה שהקנה לה בק"ס את הכלי שביד המוכר דלר"י מקודשת, ולר"ל אינה מקודשת, או דכוונתו של רש"י דנ"מ באם קידש המוכר במעות, אבל אם קידש הלוקח בכלי לכ"ע אינה מקודשת, והיינו די"ל דלבתר דתקנו חכז"ל דמעות אינם קונות ממילא מקדש את האשה בדבר שאינו שלו ואין כאן קידושי' כלל, ורק בקידש המוכר במעות י"ל דס"ל לרש"י כתירוץ ב' דתוס' לעיל (דף מג) ד"ה מאי ארי' דאם מעות קונות מה"ת יכול

המוכר להשתמש במעות, ואם אין מעות קונות אין המוכר רשאי להשתמש במעות, א"כ שפיר יש נ"מ לר"י דמעות קונות ד"ת מקודשת דאף דעקרו חכז"ל לקנין המעות, מ"מ הא רשאי להשתמש בהמעות והוי כלוה על המעות לכך מקודשת אבל לר"ל אינה מקודשת. גם יש לחלק דבמעות שביד המוכר מקודשת כיון דמה"ת הוי שלו, אבל בקידש לוקח בכלי י"ל אף דמה"ת הוא שלו מ"מ כיון שהכלי ביד המוכר וע"י תקחז"ל דאינה קונה הרשות ביד המוכר לחזור ושלא יתן לו את הכלי, וממילא אף דנקנה לו מה"ת, מ"מ הוי כמו אינו ברשותו כמו בגזל ולא נתייאשו הבעלים, וצ"ע לדינא:

גמרא קרא דכתיב וכו'. לכאורה תמוה דהא ר"ל מודה דס"ל לר"ש מעות קונות, ויקשה גם לר"ל אליבא דר"ש קרא זה דלא אהדרי' לתשומת יד, וא"כ כל מה שיתרץ ר"ל אליבא דר"ש ה"נ יתרץ ר"י אליבא דכ"ע ואיך שייך בזה סייעתא לר"ל והוא לדעתי תמי' ופלא בעיני על שלא מצאתי מי שעמד בזה, והנלענ"ד ע"פ מש"כ בשיטה מקובצת בשם הרמב"ן דהא דיחד לו כלי לעשקו אתי' כמ"ד אין לשכירות אלא בסוף והיינו דלמ"ד ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף כל פרוטה ופרוטה נעשה מלוה ולא קנה את הכלי ע"ש, ולפ"ז לכאורה יקשה על ראיית רבא די"ל דתשומת יד לא אהדרי דל"צ קרא, אבל עושק אהדרי' לאורוי' דחייב אף בלא נטל הכלי ולאורויי דאין לשכירות אלא בסוף, וצ"ל דראיות רבא דע"כ יקשה לתנא דסבר ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף [וע' בקידושין דף מח ע"א דס"ל לרבא דפליגי תנאי בהכי] דע"כ עושק מיירי בנטל הכלי דליכא חידוש דין, וא"כ הו"ל לאהדר ג"כ לתשומת יד, אע"כ דבא לאורויי דלפעמים א"ח על תשומת יד, דהיינו לא משך ולאשמעי' דמעות אינן קונות, ולפ"ז מיושב קושי' הנ"ל די"ל דודאי לר"ש צריך לתרץ הקרא דס"ל לר"ש כאותו תנא אינו לשכירות אלא בסוף ושפיר י"ל דמעות קונות ומיירי הכל בלא משך ואהדרי' קרא לעושק לאורויי דחייב אף בלא משך להורות הדין דאינו לשכירות אלא בסוף, ולזה הוכיח רבא לסיוע' לר"ל דע"כ פליגי תנאי בהכי אם מעות קונות, דאי כר"י דלכ"ע מעות קונות יקשה דלמ"ד ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף וכנ"ל, אע"כ דפליגי תנאי והך תנא דס"ל ישנה לשכירות וכו' ס"ל דמעות אינן קונות ואהדרי' לעושק לאורוי' דבתשומת יד לא אהדרי משום דבלא משיכה לא קני, ור"ש דס"ל מעות קונות ס"ל דאינו לשכירות אלא בסוף ואהדרי' לעושק להך מלתא גופא לאורוי' דאינו לשכירות אלא בסוף.

בדרך אחר נ"ל בסוגיי' הנ"ל עפמ"ש תוס' לקמן ר"פ איזהו נשך דהא דלא מוקי בגזל ולעבור בב' לאוין משום דהוי ניתק לעשה, ובמהרש"א שם הקשה דהא גם כובש ש"ש ניתק לעשה דכ' או את העושק, והיה נ"ל דהתם מרא דשמעתא הוא רבא ואזיל לשיטתיה

דס"ל מעות אינן קונות ומיירי בנטל והפקידו והיינו ע"כ בנטלו בתורת קנין גמור דאי לשיעבוד הא משיכה לא מהני לשיעבוד בעלמא כמ"ש הר"ן רפ"ו דשבועות גבי משכון אי הוי הילך ע"ש, וכיון דנטלו בתורת קנין גמור וחזר והפקידו בטל שם עושק מיניה והוי רק כמו כופר בפקדון דעלמא ובכלל גזל הוא ולא הוי ניתק לעשה, ומצאתי שבפ"י כ"כ, אבל הוא כ' הכי בין לר"ל ובין לר"י, ולענ"ד י"ל דלר"י דהקנה לו רק לשעבד י"ל דבכלל עושק הוא, ורק לר"ל דע"כ מיירי דמשך לקנין גמור וכנ"ל בזה י"ל דנעקר שם עושק ממנו, ובזה יש ליישב קושי' הכ"מ על הרמב"ם דחשיב לא תגזול בלאו דגזל מעליא דלא כסוגיא דלקמן דמוקמי לכובש, והיינו דרבא לשיטתיה דס"ל דעושק מיירי בנטלו ולא הוי ניתק לעשה וכנ"ל מש"ה מוקמי יותר בכובש ולעבור בב' לאוין ולא בגזל דמרווחנא יותר בזה כיון דבכובש לוקה ובגזל אינו לוקה, אבל לדידן דקיי"ל כר"י ולא מיירי בנטלו [ובלא"ה הרמב"ם לא הביא כלל דינא דר"ח דמיירי ביחד לו כלי וצ"ע למה] א"כ גם כובש ניתק לעשה ומוקמי יותר בגזל ולעבור בב' לאוין, אח"כ הראו לי שכוונתי בזה לדעת הגאון בעל עצי אלמוגי' זצ"ל בספרו מעין החכמה על תרי"ג מצות, אמנם העומד לנגדי דא"כ יקשה היא גופא מנ"ל לרבא להוכיח כן בשמעתא כר"ל דלמא באמת כר"י ומיירי הכל בלא נטלו והוי ניתק לעשה ואהדרי' לעושק כי היכי דלהוי ניתק לעשה דלא לילקי על לא תעשוק, ולזה נראה כמו שהקשה באמת בתשו' ח"צ על המהרש"א דבלא"ה בכובש אינו לוקה דהוי לאו שא"ב מעשה וא"כ בלא ניתק לעשה ג"כ אינו לוקה, ולפ"ז מיושב קושי' הנ"ל דר"ש דס"ל מעות קונות י"ל דס"ל כר"י דס"ל לאו שא"ב מעשה לוקין והדרי' קרא עושק שיהא ניתק לעשה, ולזה הוכיח רבא סייעתא לר"ל דפליגי תנאי אם מעות קונות דאי כר"י דלכ"ע מעות קונות יקשה למ"ד לאו שא"ב מעשה אין לוקין אמאי אהדרי' לעושק ולא לתשומת יד. וכנ"ל. ודוק:

גמרא אבל מידי אחריתי דמחסרא משיכה כו'. בתוס' בע"ז (דף סג ע"א) נדחקו לחלק בהא דמשמע התם כיון דחז"ל אמרי דמעות אינן קונות אף דמדאורייתא קונות מ"מ לא הוי אתנן, ואלו הכא משמע דכיון דד"ת מעות קונות מעל אף דהפקיעו חכמים קנין, והעלו לחלק בין אתנן למעילה, ומלבד דהחילוק דחוק גם בדריהם סותרים לכאורה למ"ש בפסחים (דף כט ע"א) ד"ה אין פודין וכו' וכיון דמדרבנן אין פודין לא מעל, הרי דגם מעילה תלי' מדרבנן, והיה נ"ל ליישב קושייתם לפמ"ש תוס' לעיל (דף עג ע"א) בתירוצם הב' דלעיל, כיון דד"ת מעות קונות יכול להשתמש במעות, ולר"ל אין יכול להשתמש, וא"כ י"ל דרבא לשיטתיה דמשמע לעיל (דף מג) בהא דא"ל רבא לר"נ לדידך דאמרת נאנסו לא אלמא לא הוי שואל, אי שואל לא הוי ש"ש נמי לא הוי, משמע דבעי

להוכיחו כיון דקתני במתני' דאם אבדו חייב באחריותן דמוכח דע"כ הוי ש"ש, ממילא מוכח דאפי' שואל הוי הרי סבר רבא כר"ה משום הכי שפיר אמר רבא דלר"י מהראוי דגם בספר מעל, והיינו כיון דד"ת מעות קונות וממילא מותר להשתמש במעות והוי לוה וממילא מעל, ובזה יש מקום ליישב קושי' תוס' בשמעתין על שיטת רבינו חיים דס"ל דר"י סבר דבין בישראל ובין בנכרי מעות קונות א"כ יקשה לדידי' ברייתא דנתנה לבלן ומשמע דוקא בלן אבל ספר לא, ולפי הנ"ל די"ל דר"ח ס"ל כר"נ דלעיל דהיתר שימוש לא משווי' לי' לוה. והוי רק ש"ש ומש"ה דאף דד"ת מעות קונות כיון דחכז"ל הפקיעו לא מעל מצד הקנין כמו באתנן, ומצד שימוש המעות ג"כ לא מעל כיון דהוי רק ש"ש, ובריייתא דנתן לספר מעל מיירי בנכרי דבנכרי לא מצינו דתקנו חז"ל, ואוקמי אד"ת דמעות קונות ומש"ה מעל, וביותר היה נראה דאצ"ל דרבא ס"ל כר"ה די"ל דאף לר"נ אף דבעלמא מחמת היתר שימוש לא הוי לו' ממש, מ"מ במוכר דודאי נקט הזוזי לאפקיני' בחזקת שלו הוי לוה גמור וכנראה להדיא מדברי הרי"ף לקמן גבי שומשמים כ' להדיא דא"ל רשות לאפקניי' וחייב באונסים ע"ש, אף דקיי"ל גבי מעות מותרים כר"נ, וע"כ דיש חילוק דגבי מוכר כיון דבודאי נקט לאשתמושי הוי לוה.

גם י"ל סב' אחרת בדעת הרי"ף הא דבמוכר עדיף ממעות מותרים היינו דס"ל להרי"ף דמצד הנאת מקח הוי בלא"ה ש"ש וכנראה דהיה ס"ל לתוס' בעירובין (דף פא ע"ב) בקושייתם ע"ש היטב, ומש"ה כיון דאיכא ג"כ הני היתר שימוש הוי לוה כיון דמעיקרא היה ש"ש כמו שחלקו הה"מ פי"ו מהל' שאלה ופקדון, ואף לאינך חלוקים דבמעות מותרים ירא לקנות סחורות שמא יבא בעל הפקדון פתאום משא"כ בדמי אבידה י"ל ג"כ דבמכר חשיב כדמי אבידה דאינו ירא להשתמש דסתמא הלוקח לא יחזיר כיון דיצטרך לקבל מי שפרע, וראיתי בב"י (ססי' קצ"ח) שהביא דברי הר"ן שכ' דבתוס' כ' דהני זוזי הוי פקדון ולא מחוייב באונס דלא כרי"ף, וכ' הב"י ואני לא מצאתי שכ"כ בתוס', אלא בהמפקיד כ"כ לתירוצם א' דגם לר"י אסור המוכר להשתמש במעות. ואם לזה כיון, הו"ל להביא בשם תוס' דאסור להשתמש במעות ע"ש, ולענ"ד כוונת הר"ן דתוס' ס"ל לפי תירוצם הב' דיכול להשתמש במעות, מ"מ כיון דקיי"ל כר"נ דנאנסו לא ה"נ אין חייב באונסין דאף דהרי"ף כתב דחייב באונסין י"ל משום דס"ל דבדמי אבידה חייב באונסים מכח חלוקים הנ"ל, מש"ה גם במכר חייב באונסין, אבל לשיטת תוס' לעיל (דף כו) דכתבו דאין לחלק בין דמי אבידה למעות מותרים ע"ש א"כ ה"נ במכר אינו חייב באונסין. וביותר נראה דכיונו לדברי תוס' בעירובין (דף פ"א ע"ב) דכתבו בתירוצם בתרא דמה דא"ר לא מבעיא דש"ש לא הוי דמשמע דהוי ש"ש היינו משום דיכול להשתמש

במעות (והיינו כפי תירוצם הב' לעיל מ"ג דלר"י יכול להשתמש במעות, וע"כ צ"ל דאף דרבא אמר מתני' מסייע לר"ל היינו לכאורה, אבל מ"מ ס"ל לדינא כר"י וכמ"ש בסוגיי') הרי דהוי ש"ש ולא מחוייב באונסין עכ"פ לשיטת הר"ף דס"ל דבמכר מכח היתר תשמיש חייב באונסין יהיה הטעם מה שיהיה בודאי מיושב קושי' תוס' בע"ז הנ"ל דלר"י מש"ה מעל כיון דהיה לוה על המעות, ואף לשיטת תוס' דדמי למעות מותרים, מ"מ י"ל דרבא ס"ל כר"ה כדמשמע לעיל בסוגיא מ"ג הנ"ל, והא דא"ר לא מבעיא דלא הוי ש"ש כו' אף דהוי לוה לא מהני שקול זוזך לפטור מאונסי', י"ל דבאמת רבא לשיטתיה דאמר מתני' לר"ל, והא דאמר ש"ש לא הוי, לא דהוי ראוי להיות ש"ש אלא בדרך רבותא קאמר כמ"ש תוס' בתירוצם א' בעירובין, וא"כ שפיר א"ר דלר"י גם בספר מעל כיון דמותר להשתמש במעות הוי לוה, ולכאורה היה נראה עוד ליישב קושי' תוס' בע"ז הנ"ל ע"פ מ"ש הנ"י בשם הראב"ד דאף דחכז"ל אמרו דמעות א"ק היינו במכר ששייך נשרפו חטיך, אבל בשוכר מטלטלין כיון דגופו הם למשכיר בודאי לא יניחם לשרפו בכה"ג לא תקנו חכמים, וא"כ י"ל דהכא דייק רבא דוקא בלן אבל ספר דהוי כשוכר את התספורת לספר בו לא מעל, והיינו ע"כ כר"ל דד"ת אין מעות קונות, ואף בשכירות מטלטלים כן, אבל לר"י כיון דד"ת מעות קונות ממילא בשכירות מטלטלי' אוקמי' על ד"ת אמאי לא מעל.

אמנם עדיין אינו מיושב במה דאמרי' בסוגי' ובדקו לוי במתני' ואשכח נתנה לסיטון. והתם דמיירי במכירה ממש ליתא לדברינו, וסבור הייתי לומר דהתם ג"כ אוקמי' אד"ת כיון דלא בירר לו איזה חטי' דקונה, רק שנותן מעות אחת לאחת על כור חטים ממילא אם יניח המוכר לשרוף כור חטים יהיה ההפסד על שניהם כפי ערך חטי' שיש למוכר דהוי כמו תערובות פירות דל"ש לומר שלך נאבד וההפסד על שניהם כדפסקי' בש"ע (סי' רצב) וכיון דיפסיד גם המוכר בודאי לא יניחנו מלשרוף, אמנם זה טעות הנסתר מסוגיא דחולין (דף פג) דהתם דקונה בדינר בשר דג"כ אינו מסויים חלק בבהמה ואפ"ה אמרי' דבשאר ימות השנה אינו כן ואם מת מת להמוכר, אע"כ דגם בכה"ג תקנו, ומה מאד מתוקנים בזה דברי תוס' הקדושים בלשונם הזהב בע"ז (דף סג) במ"ש ול"ד להההיא דהזהב נתנה לסיטון ולכאורה קשה אמאי לא נקטו הראיה מקודם לזה, מהא דאמרי' אבל ספר וכו', ולפי הנ"ל ניחא, דבספר י"ל כנ"ל דלר"י מעל כיון דהוי רק שכירות דאוקמי אד"ת ולזה נקטו הראיה מסיטון ואף דהוי רק דקדוק הלשון בתוס' אעפ"כ ראוי לאומרו ברוך שבחר בהם ובמשנתם.

תד"ה והא בעי לממשך לתספורת, מכאן אר"ת כו'.

דבריהם צריך ביאור דמהיכן מוכח כן מהכא דהספר א"י לחזור הא י"ל דהקנין מועיל

דהבעה"ב א"י לחזור כמו בכל קנין בפועל דהבעה"ב א"י לחזור והפועל יכול לחזור, והכא כיון דעכ"פ הבעה"ב א"י לחזור וזכה הפועל במעות מעל הבעה"ב, ונלענ"ד דכל קנין משיכה אין המשיכה עושה קנין להתחייבות המושך, אלא דהמשיכה עושה שיזכה בדבר המושך וממילא נתחייב בתשלומי', ולפ"ז ראיית ר"ת אם נימא דהפועל יכול לחזור א"כ לא זכה הבעה"ב כלום במשיכת התספורת ואיך יגרום המשיכה התחייבות להבעה"ב שלא יהא יכול לחזור, וכי משיכתו עושה קנין מצדו שלא יהא הוא יכול לחזור הא המשיכה פועל רק שזוכה במה שמשך, ואין בעל החפץ יכול לחזור וממילא גם הוא א"י לחזור כיון שקנה דבר המושך. כנלע"ד נכון בעזה"י:

ובאמת מה"ט אינו מובן כראוי לשיטת הסוברים (סי' רצא) דשומר לא נתחייב בשמירה, אלא אם עשה איזה קנין חצר או ד"א או משיכה, ואיני מבין מה טיבו של משיכה בש"ח הא הוא אינו זוכה כלום במשיכה זו ובמה יתחייב במשיכה:

דף מט.

מיתיבי ר"ש אומר וכו'. לכאורה קשה לפמ"ש רש"י ד"ה שלא ידבר וכו' אבל אם נשתנה השער דמשמע דבלא שינוי השער גם לרב הוי מחוסר אמונה, והא דמשני שלא ידבר א' בפה, ולא משני בקיצור דההוא בלא נשתנה השער, צ"ל כמ"ש הרמב"ן ליישב להרי"ף הא דהביא לדאביי דלא ידבר א' בפה אף למה דקיי"ל כר"י, היינו דלמסקנא דר"י מודה במתנה מרובה, א"כ ע"כ לא אתי קרא להכי, דא"כ לא הו"ל לחלק בין מרובה למועט דבקרא סתמא כתיב, אע"כ דלמסקנא גם לר"י הקרא שלא ידבר א' בפה ה"נ י"ל לשיטת רש"י דרב ס"ל דרק נשתנה השער יכול לחזור, אבל בלא נשתנה מודה, ולהכי פריך מברייתא דהן צדק דכיון דאתו מקרא אין לחלק אבל לר"י הא באמת ס"ד דבכל ענין הוי מחוסר אמנה אף במתנה מרובה, א"כ מאי פריך מברייתא דר"ש דלמא הברייתא מיירי בלא נשתנה, והנה אם נאמר כשיטת תוס' דהא דס"ל לר"ש דלוקח א"י לחזור היינו בלא נשתנה השער אבל בנשתנה השער גם הלוקח יכול לחזור היה ניחא די"ל דברייתא דקתני אין דינר זהב קונה טלית וסתמא קתני משמע דשניהם יכולים לחזור, וע"כ דמיירי בנשתנה השער ושפיר פריך הש"ס. אולם לשיטת רש"י בעצמו לקמן (דף עד ע"ב) בפוסק ע"מ לקבל מיד אף בב' תרעי אין הלוקח יכול לחזור, ליתא לדברינו ויקשה כנ"ל. וצ"ע:

גמרא אא"ב לא מצי למיהדר מש"ה רשאי. תמוה לי הא מ"מ לא קנה הלוי וא"י לקרות שם תרומה עליה בדבר שאינו שלו, וראיתי בספר קצות החשן (סימן ר"ד) שהביא

קושי' זו בשם השיטה מקובצת, והוא כתב לתרץ עפמ"ש הרא"ש בנדרים (דף לד) בשם הרמב"ם דהיכא דהיה לפניו ככר של הפקר ויכול לזכות בו יכול להקדיש כיון דבידו לזכות בה. ה"נ כיון דודאי הישראל לא יחזור כיון דהוי מחוסר אמנה הו"ל כבידו לזכות ומהני לכל דבריו לקרות שם תרומה ומעשר. ולענ"ד אינו דדברי הרמב"ם רק דמהני ההקדש לאחר שיזכה ולא הוי כמקדיש דשלב"ל. אבל מ"מ פשיטא דקודם שזכה לא חל ההקדש. ואלו הכא משמע דתיכף הוי תרומות ומעשר ופוטר להפירות מטבל דהרי מדקתני רשאי לעשות וכו' היינו דא"צ לחוש שמא יחזור הישראל ויאכל טבל למפרע. הרי מבואר דבאוכל מפירותיו קודם שבא לידו לא הוי כאוכל טבל. ובזה עדיין הקושיא במקומה עומדת כיון דאינו שלו איך חל עליו שם תרומה קודם שיזכה מישראל. ולזה נראה עיקר כמו שתי' השיטה מקובצת דלא גרע מנותן רשות לחבירו שיתרום מכרי על תבואה שלו. ומה שהקשה בס' הנ"ל הא המעשר אינו לישראל ואין בו אלא טובת הנאה ואיך יכול לקרות שם. לענ"ד הא מבואר ברמב"ם (פ"ג ה"ב מהל' תרומות) דהישראל יכול להפריש תרומת מעשר וליתן המעשר ללוי אחר שהפריש ממנו תרומת מעשר. וא"כ שפיר יכול להרשות להפריש כאלו מפריש בשליחותו:

תד"ה אלא אפילו ש"ח כו' משום דמעיקרא ש"ש. והנה לפמ"ש תוס' בעירובין (דף פא ע"ב) בתי' הב' דהא דקאמר רבא לא מבעיא ש"ש לא הוי היינו דבלא אמר טול את שלך הוי ש"ש דיכול להשתמש במעות א"כ אזד' לתירוצם דהא הכא היה ג"כ ש"ש ואעפ"כ מהני טול את שלך דלא יהיה אפילו ש"ח. ונראה ליישב קושי' תוס' דהתם בהאומנין במה דאמר טול את שלך והבא מעות אין במשמעות דרוצה לסלק משמירה אלא דהוי כמודיע לו דאינו רוצה לתפוס באגרא ונותן לו רשות ליטול את שלו ולהביא מעות אח"כ. והא (דלא) הוי ש"ש לא מטעם סילוק שמירה אלא מכיון דאין רצונו למתפס באגרא ממילא לא הוי ש"ש. משא"כ בעלמא כשהש"ש אומר טול את שלך דבזה מודיע שאין רצונו להיות שומר ממילא נסתלק לגמרי ואף ש"ח לא הוי, כנלענ"ד נכון בעזה"י. ויעויין בהרי"ף שכ' דלפי המסקנא דרבא אמר אמלתא אחריתא דחינן כלל לדינא דהראשון דלא מהני טול את שלך כיון דיש לו רשות לאפקועינהו ונעשה לוה ע"ש. ובאמת לכאורה דחוק לדחות הדין דאף דהיה על מעשה אחר מ"מ מנ"ל לדחות גוף הדין אבל לכאורה יש מקום לומר בזה האופן דאף לס"ד דרבא אמר בזה המעשה. י"ל דרבא לשיטתיה דאמר מתני' מסייע לר"ל וי"ל דרבא ס"ל לדינא כנ"ל ואסור להשתמש במעות. אבל לדידן דקיי"ל כר"י הו"ל לוה ולא מהני שקול וזוזך:

דף מט:

גמרא אימא סיפא עד מתי מותר להחזיר כו'. קשה לי דלמא מיירי מתני' דעדיין לא משך הלוקח. והמוכר רוצה לחזור בזה אמרי' דעד שיראה לתגר מותר לחזור וא"צ לקבל מי שפרע. אבל בשהה יותר מזה צריך לקבל מי שפרע כדנראה מדברי רש"י ז"ל במתני' דאף בקנין מעות לחוד אם בא לחזור אחר כדי שיראה צריך לקבל מי שפרע וכמו שהחליט הש"כ (סימן רד) ובזה גם במוכר תלי בשיעור כדי שיראה לתגר דהא מקחו בידו. ומדוקדק יותר לישנא דמתני' עד מתי מותר להחזיר דלא מיירי לענין הדין דיכול לחזור. אלא לענין אם מותר ואין עליו איסור מי שפרע, ובלא"ה לא קשה דלמא איירי מתני' שהמוכר הקנה ללוקח חפצו בק"ס ומקחו בידו די"ל דסתמא מיירי בקנין מעות דהוא סתם קנין. אבל הנ"ל קשה דלמא מיירי בנותן מעות ולא משך ולענין מי שפרע:

והי' נ"ל מזה לדון דינא דאם הלוקח משך החפץ ולא נתן מעות אף בשהה כדי שיראה יכול לחזור דליכא ראיה מדלא הראה לתגר דכיון דעדיין מוחזק במעותיו לא רמיא עליו להראות לתגר. וכמ"ש כעין זה המ"ל (פט"ו ה"ב) לענין מום במקח. ולענ"ד מבואר כן בדברי תוס' כתובות (דף כח) ד"ה הנהו קלא וכו' בשם רבינו אלי' ע"ש. וה"נ י"ל לענין דכל דמוחזק במעותיו ליכא ראיה דמחל מדלא הראה ובש"כ (סי' רכ"ז סק"ד) הביא בשם הגהת אשרי דמסתפק בלא נתן מעות אם נאמן דלא מחל במגו דההחזיר ע"ש, ולפי סברתו בלא"ה הדין דכיון דמוחזק במעותיו לא רמי' עליו להראות לתגר וליכא ראיה דמחל [ומ"מ מודינא דאם בשעה שלקח לא נתן המעות ושהה עד כדי שיראה ואח"כ נתן המעות ובא אח"כ לחזור אף דמשעה שנתן המעות ואילך לא שהה שיעור כדי שיראה מ"מ אמרי' מדהיה לו זמן להראות לתגר ונותן מעות ולא הראה מתחלה לתגר ע"כ דמחל]. וא"כ ניחא דליכא לאוקמי מתני' בנתן מעות ולא משך דבכה"ג המוכר מוחזק יכול לחזור אף אחר ששהה כדי שיראה:

ואולם מ"מ נראה לענ"ד דאין ראיה מזה די"ל דבמוכר מוחזק כיון דעדיין ליכא קנין גמור רק לענין מי שפרע בזה ליכא ראיה דמחל מדשהה כדי שיראה די"ל דסמך עצמו על מה שבידו לחזור ע"י קבלת מי שפרע. אבל בלוקח מוחזק שמשך ולא נתן מעות כיון דאין בכחו לחזור ואין לו על מה לסמוך מוכח דמחל, ובזה אפשר להסביר ספיקא דהגהת אשרי דאם נאמן דלא מחל במגו דפרעתי דלכאורה בפשיטא דמלתא הוי כמו אנן סהדי דהרי אלולי המגו היו מוציאין מהלוקח בטענה דמחל, אף דהוא טען דלא מחל והוי מוחזק טוען ברי והמוציא שמא, ואולי י"ל דמסתפק דלמא הוי כמו חזקה דמוציאין בשמא וברי לדעת הש"כ (סי' ע"ח) לענין א"א פורע ת"ז, ומ"מ מגו מהני מספק איבעיא

דמגו במקום חזקה, אבל באמת דברי הש"כ אינם מוכרחים כמו שכתבתי במקום אחר, ולפי הנ"ל ניחא די"ל דאופן הספק כיון דמכח קושיית' הנ"ל מוכח הדין דבנותן מעות ולא משך אף דחפצו ביד המוכר ויכול להראות לתגר מ"מ יכול לחזור אף בלא מ"ש דסמך ע"ז דיכול לחזור ולא רמי' עליו להראות לתגר, וה"נ י"ל בלוקח מוחזק במשך ולא נתן כיון דיכול לטעון פרעתי לא רמי' עליו כ"כ למידק להראות לתגר כיון דא"י לתבוע ממנו דבר דיטעון פרעתי, כעין מ"ש הרשב"ם בב"ב גבי החזרתי במגו דנאנסו דל"ש שטרך בידי מאי בעי די"ל דסמך ע"ז דיטעון נאנסו או דנימא מ"מ הוי אנן סהדי דהיה לו להראות לתגר ולא לסמוך ע"ז דיטעון בשקר פרעתי ושאני מוכר מוחזק בנתן מעות ולא משך כיון דעדיין אין המקח נגמר בשלימות ובידו לחזור ע"י מי שפרע אינו מחויב להראות לתגר, כנלענ"ד נכון בעזה"י:

דף נ:

תד"ה אמר רבא וכו', ות"כ מייתי משום דקתני בברייתא וזה וזה. תמהני דלא כתבו בפשיטות דהא ודאי אף לשיטת ר"ת מ"מ מוכח דהא דא"ר פחות משתות נקנה מקח היינו לאלתר דאם איתא עד כדי שיראה א"כ עיקר החילוק בין שתות לפחות משתות לענין חזרת מי שנתאנה ואיך א"ר פחות משתות נקנה מקח שתות קנה ומחזיר אונאה. הא לענין דקנה ומחזיר אונאה ליכא חילוק. ואף דקנה ומחזיר אונאה. היינו אם ירצה אבל אם ירצה יכול לחזור ממקחו הא מ"מ במה דנקט רבא דאם רוצה מחזיק במקח ותובע אונאתו בזה אין חילוק בין פחות משתות לשתות. ועיקר החילוק דאם רצה יכול לחזור חסר מן הספר. אע"כ ברור דפחות משתות נקנה היינו לאלתר. וא"כ י"ל דע"ז מביא ת"כ דמדר"נ בודאי מוכח דפחות משתות נקנה היינו לאלתר דלדידיה דשתות קנה לגמרי. זהו עיקר החילוק. ובזה לא מצינו דחולק ר"י דהא לא פליג רק בשתות דידו על העליונה. אבל לענין פחות משתות דלא פליג קיי"ל כר"נ דלאלתר קנה. והוא פשוט מאד. וצ"ע:

דף נא:

תד"ה הכא מי ידע דמחיל. התם נמי לא ידע. במהרש"א בכתובות הקשה דא"כ לרבא אליבא דר"י האיך קתני במתני' דהתם דר"י ס"ל אם מתה אינו יורשה אמאי מהני תנאי הא לא ידע דמחיל, ותי' הא דלא מהני תנאי בלא ידע הוא במתנה נגד דין דאורייתא. ור"י ס"ל ירושת הבעל דרבנן ומהני אף בלא ידע. ואף דר"י ס"ל גבי כתובות דעשו חיזוק יותר

משל תורה. צ"ל דדוקא כתובה דשכיח יותר מירושה דלכל יש כתובה ע"ש. ולכאורה עדיין יקשה דא"כ איך מסקינן בכתובות שם דס"ל דהלכה כרשב"ג ולא מטעמיה דאלו רשב"ג סבר דבדרבנן תנאי קיים. ואי הוי ס"ל דאף בדרבנן בטל דעשו חיזוק כשל תורה. בזה יקשה הא ר"י במתני' ע"כ ס"ל דירושת הבעל דרבנן דאלו דאורייתא תנאי בטל כיון דלא ידע דמחיל. הרי דמוכח מדר"י דס"ל דירושה מקרי לא שכיח. ולא עשו חיזוק אף כשל תורה. דהא בירושה אלו עשה חיזוק כש"ת היה תנאי בטל משום דלא ידע, וכיון דמוכח הסברא מן ר"י דבירושה לא עשו חיזוק. א"כ איך פליג רב מסברא בזה על ר"י היכא דלא מצינו דפליגי תנאי בזה.

אמנם י"ל בפשוטו דסוגיא דהתם קאי לאביי דאמר רב כר"מ. ולפי סוגיא דהכא באמת מפרשים כפשוטו הלכתא כרשב"ג ולא מטעמיה. דרשב"ג ס"ל דמתנה עמשכב"ת תנאו בטל. ורב ס"ל בעלמא תנאו קיים רק בירושה בטל משום דלא ידע ובצירוף דהוי מתנה עמשכב"ת. ור"י במתני' ס"ל דירושת הבעל דרבנן ומהני תנאי אף דל"י ול"א כלל דעשו חיזוק בירושה:

ובעיקר דברי המהרש"א דנדחק לחלק בין כתובה לירושה הדברים תמוהים דהרי המהרש"א שם תוך כדי דבור הקשה דמאי פריך הש"ס גבי כתובה דלמא טעם דידיה משום דכתובה דל"י דמחיל. ותי' דסוגיא אזלא אליבא דאביי דרב כר"מ ע"ש. ולא הביא דברי תוס' דשמעתין דהקשו ותירצו כן. וא"כ ממילא ליתא לקושי' מהרש"א דרב ס"ל אליבא דר"י דל"י דמחיל ובירושה קיים תנאו משום דירושת הבעל דרבנן ולא עשו חיזוק ובכתובה ג"כ לא עשו חיזוק. אלא דס"ל כתובה דאורייתא ותנאי בטל כיון דל"י דמחיל. ואולם לתי' אחרון בתוס' דשמעתין דכתובה מקרי ידע דמחיל כיון דקלה בעיניו להוציאה בזה מוכרחין לחילוק המהרש"א דכתובה שכיח יותר מירושה. ובעיקר קושי' תוס' ומהרש"א גבי כתובה לולי שאיני כדאי היה נ"ל דכתובה מקרי ידע דמחיל דהא הכתובה בעצמותה ממון ויכול למוכרה בטובת הנאה ובמה שמוחלת לו משווית לשטר כתובה לחספא. משא"ר ירושה דא"י למכור דהוי דשלב"ל:

תד"ה אבל הכא. דאמר יפרע. תמוה לי דהא לכאורה קשה איך אמרי' שמואל אמר אנא דאמרי אפי' כר"מ דהכא מי יימר דעקר. א"כ אמאי סבר ר"מ בכתובות (דף נז) דכתובה תנאי בטל הא לא הוי ודאי עקר דשמא תמות היא קודם. אע"כ צ"ל דדוקא אונאה דהיא מלתא דלשעבר דאם באמת בחפץ זו אינה אונאה אין שייכות צד עקירה כלל. משא"כ בכתובה דהוי ספיקא דלמא ימות הוא מקודם. ואף אם יזדמן שתמות היא קודם מ"מ כיון דבשעת התנאי היה ג"כ המציאות בהיפוך דשמא ימות הוא קודם ומקרי ודאי עקר במה

דעוקרת זכותה דאם ימות קודם שלא תהא לה כתובה. ומכיון שכן גבי שביעית מקרי ג"כ ודאי עקר כיון דספק פרעון הוא ספק דלהבא ואין הפרש בין כתובה לשביעית. ולענ"ד נראה דתוס' אזלי כתירוצם האחרון הנ"ל דכתובה מקרי ידע דמחיל כיון דקלה בעיניו להוציאה כנ"ל ה"נ דמקרי ודאי עקר דעוקרת זכותה דיכול להוציאה מיד בלא כתובה. וא"כ אין הכרח לחלק בין ספיקא דלשעבר וספיקא דלהבא. ושפיר י"ל דשביעית (לא) מקרי ודאי עקר, ולתירוצם הא' הנ"ל דס"ל דכתובה מקרי ל"י באמת מוכח מכתובה דספק דלהבא מקרי ודאי עקר, ובאמת גם שביעית מקרי ודאי עקר, וסוגיא דמכות דפריך אונאה משביעית קאי אליבא דאביי דאמר שמואל כר"י וכמו דס"ל בהך תירוצא דסוגיא דאע"פ קאי לאביי. ה"נ סוגי' דמכות קאי לאביי. אלא דתוס' דהכא אזלי בתירוצם האחרון דדחיקא להון דסתמא דסוגיא אזלא רק לס"ד. מ"מ להך תירוצא יפה תי' דשביעית מקרי לא ודאי עקר. ושאני כתובה דכיון דקלה בעיניו להוציאה מקרי ודאי עקר.

גמרא חפץ זה שאני מוכר לך במאתים יודע אני שאינו שוה אלא ק'.

מסתפקנא באם החפץ היה שוה רק צ"ט אם נימא דהוה כמוכר לו שוה צ"ט בק'. דאידך מאה הוי רק כמתנה בעלמא בלא מקח דלגבי שומת המקח דאמר לו ששוה רק ק' הוי רק טעות מן צ"ט למנה והוי מחילה. או נימא דהוא ידע ומחיל ומתרצה שיהא האונאה בק'. אבל במותר לא נתרצה והוי כמאנהו שוה צ"ט בר' ולזה לא נתרצה. וצ"ע:

דף נג.

תד"ה דלמא אתי. אבל הכא טעה. לכאורה דבריהם הקדושים תמוהים כיון דבפרי דעלמא ידע דאין מחללין בפרוטות מחשש דלא יצמצם וחצי פרוטה לא תפסה. א"כ גם הכא מה בכך דטעה דסבר דאורייתא ודרבנן. מ"מ אף אם יהבי ליה טעונת טעותא א"א בחילול פרוטה מחשש דאינו מצומצם וחצי פרוטה לא תפס. והיא לכאורה תמי' רבה ועצומה וחידוש בעיני שלא מצאתי מי שעמד בזה. ונלענ"ד דהכא שלפי דעת שדאורייתא ודרבנן מצטרפים יהיה סבור דיכול לחלל על ב' פרוטות, והיינו דישער דהמעשר יהיה שוה עכ"פ בשופי ב' פרוטות לא פחות ולא נשאר רק הספק אם אולי שוה המעשר מעט יותר ונשאר אותו מעט מעשר בלא פדיון זהו הוי ספק דרבנן כיון דבלא"ה מה"ת כבר נתבטל כיון דעכ"פ מה"ת הוי חילול ע"י צירוף דאורייתא ודרבנן ממילא הוי ספק דרבנן שמא הוא מצומצם. אבל בעלמא דהוי חשש דאורייתא יהיה זהיר מלחלל בפרוטות. ואף דלכאורה גם בעלמא הוי רק חשש דרבנן דהא אף אם המעשר שוה מעט יותר אותו המעט שנשאר בלא חילול בטל בשאר המעשר שנתחלל. מ"מ כיון דהוא גורם עתה

מעשה הביטול חמור יותר:

וביותר נראה ברווחא לפמ"ש המרדכי והובא באחרונים אההוא דיבמה שרקקה דם דאמרי' דמהני דא"א לדם בלא צחצוחי רוק. והקשה דלבטל הרוק בדם. ותי' כיון דלא היה המבטל מעולם עומד בפני עצמו א"י לבטל ע"ש. א"כ י"ל דבעלמא אם מחללים בפרוטות הוי חשש דאורייתא דליכא למיתי עלה דהמעט המעשר ששוה יותר נתבטל כיון דקודם היה הכל מעשר והוי כולו איסור וע"י החילול שנעשה רוב היתר הוא תיכף מעורב עם האיסור בזה הדין דליכא ביטול. אבל הכא כיון דהמעשר נתבטל מקודם וליכא כאן חשש דאורייתא שפיר חיישי' שיזלזל לחלל בפרוטות דלא יחוש שמא המעשר שוה מעט יותר דיסמוך להקל על ספק דרבנן לקולא. כנלענ"ד נכון מאד בעזר החונן לאדם דעת:

דף נד.

תד"ה מכלל דפליג. ולספרים דגרסי ונתן לו. ע"ש במהרש"א. ולענ"ד בפשוטו יש ליישב. בפשטא לא הוי מצי למיפרך די"ל דהא דאמרי' הכא בהקדש וכו' קאי רק על פלוגתא דר"א ור"י. דס"ל לר"י דסברי דמדאורייתא אינו מעכב ופליגי רק בפשיעות מש"ה ס"ל דמודה במעשר. אבל רבנן דהך ברייתא דהקדש י"ל דס"ל דמדאורייתא מעכב. וכדמצינו בהרבה מקומות דלישנא דהכל מודים לא הוי כללא רק על הפלוגתא דקאי עלייהו דאינהו מודים. ולזה פריך הש"ס מדא"ר נראין והיינו דע"כ ל"ל דרבנן ס"ל דמדאורייתא לא חילל. דא"כ ממילא ס"ל לרבנן דאפי' בשבת לא חילל. וא"כ איך אמר ר' דנראין דברי חכמים במעשר דמשמע כי היכי דס"ל לרבנן בהקדש ס"ל לר' במעשר. דהא ר' אמר לעיל דבשבת נראין דברי ר"י. אע"כ דבאמת הנך חכמים דמחמרים בהקדש ס"ל ג"כ דבשבת חילל. א"כ מוכח דס"ל דמה"ת הוי חילול וע"כ בחולין הטעם משום פשיעותא ושפיר פריך:

דף נז.

תד"ה והא אר"י אהקדשות. א"כ נצטרך לומר. תמוה לי דדלמא באמת בהקדש לא פליגי ר' יונה ור' ירמיה אליבא דר"י. וס"ל לתרווייהו דמדאורייתא ליכא ביטול מקח אבל מדרבנן צריך לעשות דמים אלא דהפלוגתא בהיפוך דר' יונה דאמר אהקדשות ס"ל דלא אמר ר' יוחנן אקרקעות וקיימי דוקא בהקדשות בזה החמירו דרבנן לשלם. אבל בקרקעות קיימי אדין דביטול מקח אין לו דהא דאמרי' לעיל כ"ש אקרקעות היינו לפי האמת דמפרשים בהקדשות מדאורייתא ביטול מקח יש להם בזה איכא כ"ש בקרקעות.

אבל אם נפרש בהקדשות מדרבנן פשיטא די"ל דדוקא בהקדשות. אבל בקרקעות לא תקנו. ור' ירמיה דאמר אקרקעות היינו דביטול מקח יש לו מדינא בקרקעות דהוי טעות ובהקדשות דל"ש טעות באמת מדאורייתא אין לו מדרבנן יש לו. ומה דאמרי' לעיל מ"ד אקרקעות אבל אהקדשות. היינו הכל אם ר' יונה ס"ל בהקדשות מדאורייתא ביטול מקח יש לו וממילא כ"ש בקרקעות. וע"כ פלוגתייהו רק בהקדשות. אבל היא גופא תקשה דמנ"ל למיפרך דלמא בהקדשות רק מדרבנן יש לו ביטול מקח ולא פליגי בהקדשות רק בקרקעות דלר"י מוקי בהקדשות ולר"י אף בקרקעות וזהו לכאורה תמיה רבה ועצומה.

ונלע"ד די"ל מסברא דאם גם ביטול מקח הכל בכלל דין אונאה ולא מדין טעות במקח ממילא לענין הקדש בדרבנן אין לחלק בין אונאה ליתר מכדי אונאה דאם אמרו חז"ל דצריך לעשות דמים ביתר מכדי אונאה הכא נמי בכדי אונאה דמה חילוק יש. אבל אם יתר משתות לאו מדין אונאה הוא אלא מדין טעות במקח ורק בהקדש ליכא טעות כלפי שמיא בזה שייך לחלק דבאונאה לא תקנו חז"ל לשלם בהקדש. אבל ביתר משתות דבעלמא הוי טעות בעיקר הדבר ומחזיר כעו טעות בעיקר הפדיון חייבו חז"ל לעשות דמי'. ולפ"ז שפיר פריך הש"ס דאם נימא דר' יונה מיירי מדרבנן א"כ מדמחלק בין אונאה לביטול מקח בדרבנן ע"כ מוכח דס"ל בביטול מקח מדין טעות הוא. א"כ ממילא הדין דבקרקע מדאורייתא יש לו ביטול מקח דהא לא אמעיט רק מאונאה, ושפיר שייך לומר כ"ש אקרקעות, וא"כ נצטרך לומר דפלוגתייהו לענין הקדש, ולר' ירמיה דוקא בקרקעות אבל בהקדש אפילו מדרבנן לא, והרי בהדי' קתני צריך לעשות לו דמי', כנלענ"ד פשוט ונכון בדברי תוס' להסיר התמיה הגדולה הנ"ל.

ואולם עדיין יש לעיין דהא בודאי אף לתירוצם זו בודאי מודים לתירוצם הא' דיש מקום לומר דמדרבנן גם בכדי אונאה חוזר דהא הראיה טובה מדקאמרי' אי לימא בכדי אונאה בהא לימא כו' משמע דלר"י ניחא, וביותר דהרי לתי' ב' בגמרא אבע"א לעולם בכדי אונאה כו' הרי לקושטא דמלתא דבכדי אונאה צריך לעשות דמים מדבריהם, אלא דמיאנו בתי' הא' משום דבאמת עדיין יקשה דאף אם היינו מפרשים דמיירי בכדי אונאה היה מוכרח לומר דמדרבנן חייב, מ"מ אם נפרש דמיירי ביותר מכדי אונאה אין הכרח לזה ושפיר קשה דלמא ר' יונה מדרבנן קאמר וס"ל באמת דבאונאה לא תקנו חז"ל, וכיון שכן עדיין לא הועילו בתי' דמנ"ל דפלוגתייהו בהקדשות בזה האופן דלר"י בהקדשות אף יותר מכדי אונאה אין לו, דלמא בהכי פליגי דר' יונה דאמר אהקדשות והיינו מדרבנן מוכח דסבירא ליה דבהקדשות יש חילוק בין אונאה לביטול מקח בדרבנן, דבאונאה אף דרבנן ליכא, ור' ירמיה אמר אקרקעות אבל אהקדשות היינו בהקדשות א"א לחלק

דמדרבנן אף באונאה יש לו, ומתני' ע"כ מדאורייתא קאמר וממילא גם ביטול מקח אין לו. וצע"ג:

דף נז:

תד"ה ש"ח אינו נשבע וכו'. רבים תמהו דדלמא בהיפוך דגם ש"ח חייב בפשיעה, וא"כ מדקתני ברישא דאין אחריות שבת עליו ע"כ דמיירי בלא פשע, וא"כ בע"כ דאחריות שבת עליו היינו לענין חיוב גו"א, ובהכרח לומר בכוונת תוס' דמ"ש תחלה נראה דה"ה דאינו משלם דאפי' ש"ש כו' לא דלמדו ש"ח בדרך ק"ו מש"ש אלא דזהו פסיקא להו בהחלטה דש"ח אינו משלם כשפשע, ואפשר דס"ל כשיטת הראב"ד דבדברים אלו הקדשות וכדומה חייב מה"ת לישבע שא"ב של רב הונא. דכיון דבעלמא כשמשלם צריך לישבע מדרבנן שא"ב ה"נ בדברים אלו בין משלם בין אינו משלם, וא"כ אם איתא דחייב לשלם כשפשע אמאי א"צ לישבע מדין גלגול דהא בכל הש"ס דמיעטה רחמנא משבועה מ"מ מדין גלגול חייבים כדקתני נכסים שאין להם אחריות זוקקים עם נכסים שיש להן אחריות אלא עכ"ד אפי' פשע פטור, וזהו בעצמו הוכחת הראב"ד בהשגות, ושיעור דברי תוס' כך הם, נראה דה"ה דאינו משלם ר"ל מכח הוכחה הנ"ל, ואח"כ הוסיפו דאפילו היינו כמו ואפי' ש"ש ר"ל ואפי' ש"ש אינו משלם כשפשע, וע"ז הוכיחו שפיר דאם נימא דש"ש חמיר מזה מש"ח א"כ אמאי לא משני כשפשע. אע"כ אפי' ש"ש פטור, ובזה מיושב מה דקשה לכאורה על ראיית התוס' הא גם אף לפי האמת דפטור מפשיעה הא מ"מ עכ"פ מתקנת חכמים חייב בהקדשות בפשיעה כדמשני בשביעית תק"ח שלא יזלזלו בהקדשות, א"כ עדיין יקשה דלישני כשפשע ותק"ח הוא דלחייב, ולפי הנ"ל ניחא דעל זה שפיר יש לתרץ דהוי כשפשע ומטעם שלא יזלזלו הוא גם ברישא דהוא ש"ח הוא חייב בפשיעה מתק"ח.

גם יש לתרץ בלא"ה, די"ל דפירכת הש"ס מכח זרעים דהוי כקרקע דליכא תקנתא ואף דהוא לצורך הקדש, מ"מ י"ל דהתקנה רק במטלטלים דהקדש דמשלח הקדש לא יפטור מלשלם דהוי זלזול ומחייבים אותו חכמים שיהא חייב כאלו הי' בהדיוט, אבל בקרקעות דהקדש דאפי' בהדיוט פטור מטעם קרקע י"ל דגם בהקדשות פטור כיון דפטור לא מצד הקדש הוא:

אמנם לכאורה קשה בהיפוך דעדיין מנ"ל להוכיח דאפי' ש"ש פטור דלמא באמת ש"ח פטור וש"ש חייב, אלא דפירכת הש"ס הכי הוא והיינו מכח דהקדש דכיון דחכמים תקנו דחייב בפשיעה, א"כ ע"כ מיירי בלא פשע. ומש"ה פריך מסיפא אבל לעולם י"ל

דבד"ת וכן בקרקעות לדידן ש"ח פטור מפשיעה וש"ש חייב, לכאורה הא אפשר לומר דסבירו לתוספות דהא דקאמר ר"נ שבועה זו תק"ח היא לא דחכמים מחייבים אותו בממון בהקדשות בדבר שאינו חייב, אלא דעיקר תק"ח הוא רק על השבועה, והיינו אף דאפילו הודה שפשע פטור, מ"מ י"ל דהשבועה היתה לענין שא"ב, וא"כ שפיר הוכיחו מדלא משני שפשע.

אמנם לפ"מ דביארנו בכוונת תוספות דהא פסיקא להו דש"ח ודאי אינו משלם כשפשע משום דס"ל דבאלו ג"כ חייב לישבע שא"ב מדאורייתא או מדרבנן, א"כ ע"כ הא דפריך הש"ס מנשבעים לגזברים, היינו דנגנבה או שאבדה נשבעים משמע אף דידע שא"ב חייב לישבע דנגנב שלא בפשיעה, א"כ ע"כ הא דמשני שבועה זו תק"ח היינו דתקנו שיהא חייב בפשיעה. א"כ תקשה כנ"ל. והנראה דראייתם מדפריך רב יוסף בר חמא לרבה מההוא דהשוכר את הפועל, והא לרבה דמשני לעיל נשבעים ליטול שכרן מבואר דלא ס"ל תקנה דלא יזלזלו בהקדשות ושפיר מצינו לאוקמי כשפשע, ומדוקדק לשון התוס' ולא משני כשפשע, ולא העמידו הוכחתם דמה פריך דלמא מיירי כשפשע והיינו די"ל דרב יוסף דפריך ס"ל כר"א דתקנו שלא יזלזלו, ומוכח דלא מיירי כשפשע, ולזה הוכיחו רק ממה דהשיב לו רבה לא להפסיד שכרן, והא רבה לשיטתי' דלא סבירא ליה תקנה דלא יזלזלו הנ"ל לשני כשפשע:

גמרא ורמינהו בני העיר וכו', עיין ברמב"ם דפסק בכאן אין נשבעים אפי' שבועה שא"ב ואפי' מדרבנן, ונראה דרמב"ם לשיטתיה דס"ל דבאלו חייבים בפשיעה וגם ס"ל להרמב"ם דבכל שומרים העיקר שבועה דא"ב ואם יש עדים שהעידו שא"ב א"צ לישבע כלל א"כ איך קתני במתני' ש"ח אינו נשבע אמאי אינו נשבע מכח גלגול שבועה דא"ב ואם דיש עדים דא"ב הא גם שומר דעלמא א"צ לישבע, ואף אם נדחק דמתני' דקתני דאינו נשבע היינו מדאורייתא וכמו דצריך לומר לפי האמת דאמרי' שבועה זו תק"ח היא ואיך קתני במתני' סתמא ש"ח אינו נשבע דקאי גם אהקדשות וצ"ל דמתני' דינא דאורייתא קתני מ"מ מאי פריך הש"ס ממתני' דבני העיר דנשבעים לגזברים דלמא התם מדרבנן ומשום שבועה שא"ב דר"ה, אע"כ דאינו נשבעים שא"ב אפי' מדרבנן, ולאינך פוסקים דס"ל דצריך לישבע שא"ב מדרבנן ס"ל באמת דבשאר שומרים הוי שלא פשע עיקר שבועה, וא"כ י"ל דס"ל להש"ס דלישנא דנגנבה או שאבדה נשבעים משמע אף דידוע דנגנבה, דלישתבע איך נגנבה אם בפשיעה או לא, אאף אם נימא דשלא פשע הוי רק גלגול, י"ל כאינך פוסקים דבאלו אף פשע פטור. וא"כ י"ל דלישנא דנשבעים

לגזברים משמע דצריכים לישבע איך נגנבה ולזה פריך הא אף בהודה שפשע פטור ואין כאן גלגול:

דף נח.

גמרא ר"י אמר הא מני ר"ש היא וכו'. לכאורה תמוה איך לא הרגיש ר"י בפירכת הש"ס דמשנתרמה התרומה מא"ל, דאף אם לא ידע ברייתא דתורמין על האבוד מ"מ הא באמת מגופה מוכח דאחריות על ההקדש כקושית תוס', ולפמ"ש לק' ליישב קושי' תוס' ניחא, ולשיטת תוס' אפשר לומר דמה דמשני ר"א שבועה זו תק"ח היא, בא לתרץ שנוי' דר"א והיינו דעיקר תק"ח היא שלא יופסד ההקדש, וזהו רק משנתרמה התרומה אבל בלא נתרמה דההפסד לבעלים לא תקנו, ומש"ה הוצרך ר"י לתרץ דעד שלא נתרמה הטעם דאתי' כר"ש דקדשי' שחייב באחריותן, וכשנתרמה הטעם משום תק"ח שלא יזלזלו בהקדשות:

אמנם לפ"ז ישאר קושייתנו הנ"ל בתוס' ד"ה ש"ח אינו נשבע על הוכחתם דהא ס"ל דא"א לאוקמי כשפשע דגם ברישא מצד תק"ח היה חייב, ומה שתירצנו לעיל דקושי' תוס' לרבה לשיטת תוס' דמשני נשבעים ליטול שכרן הרי דלא ס"ל דתק"ח שלא יזלזלו, ולכאורה לפ"ז ליתא דדלמא גם רבה ס"ל לתקנה זו אלא דרבה מתרץ בעד שלא נתרמה התרומה דליכא פסידא דהקדש בזה לא תקנו חכמים וכנ"ל. אמנם י"ל דאף דלר"י מוכח החילוק, מ"מ לרבה א"א לומר כן דמדנחק רבה לומר דנשבעים לגזברים במעמד בני העיר הא בסיפא נשבעים לגזברים בלא"ה ניחא דתק"ח הוא שלא יזלזלו בהקדשות. אע"כ דרבה לא ס"ל להך תקנה. ואף דיש לפקפק דס"ל כיון דמוקמי רישא ליטול שכרן ומוכרח דנגנבה היינו ליסטים מזוין, א"כ מדקתני נשבעים לגזברים משמע דצריכים לישבע שנאנסה, אף אם ידעי שלא פשע לא מהני דשמא נגנבה שלא באונס, ובזה ליכא תקנה דהתקנה היה רק על הזלזול דהיינו פשיעה ע"כ השבועה רק ליטול שכרן מש"ה צ"ל במעמד בני העיר, מ"מ י"ל דמדקאמר רבה דלא לקרי להו פושעים, משמע דאינו יודעים דודאי לא פשע גם כיון דעכ"פ לרבה מיירי הכל ליטול שכרן, מהיכן מצינו לחדש כל תקנה זו לחייב משום שלא יזלזלו ודיקא לר"י שפיר כתבו דמוכח כן מסיפא דנשבעים לגזברים דהוי קדשים שא"ח באחריותן, אבל אם מוקמי ליטול שכרן לא מצינו תקנה זו ושפיר הוכיחו תוס' מדלא מוקי שפשע מוכח דאפילו ש"ש פטור מפשיעה ודוק.

תד"ה דתנן, ותימא אמאי לא מוכח וכו':

ונלענ"ד ליישב, ובתחלה נאמר במה דמחולקים רש"י ותוס' בשמעתין דרש"י ס"ל דאם

משנתרמה קאי על שעת תביעה לדין דאף בנאבד מקודם תורמין עליו, ותוס' ס"ל דקאי על שעת אבידה, ונראה להביא ראיה לשיטת תוס' מדפריך התינח עד שלא נתרמה משנתרמה התרומה קדשים שא"ח באחריותן הוא, ולכאורה תמוה הא בשעת שנאבד ממנו קודם שנתרמה התרומה באותו שעה היו הבעלים חייבים באחריותן ואז היה מקרי דהדיוט ותיכף נתחייב בתשלומין וכשנתרמה אח"כ דתורמים על האבוד זוכים ההקדש עבור הבעלים שישלם להם מה שנתחייבו השלוחים לשלם להם דהא כבר נתחייבו השלוחים בשעת האבידה ובמה יפטרו אח"כ, ואי דהקושי' דמ"מ לגבי שבועה דהבע"ד שלהם עתה הוא הגזברים בשביל הקדש והתורה פטרה משבועה בהקדשות, מ"מ לפ"מ שכתבנו לעיל דלהפוסקים דגם באלו חייבים לישבע שא"ב מדאורייתא או מדרבנן, ע"כ דפירכת הש"ס היא אפילו הודה שפשע פטור ואין כאן גלגול, א"כ בכה"ג דהחיוב חל כבר בשעת האבידה דאז היה מקרי דהדיוט וא"כ אלו הודה עתה שפשע אז היה חייב לשלם להקדש וממילא חייבים בשבועה מכח גלגול, אע"כ מוכח כשיטת תוס' דאם נימא משנתרמה היינו דהאבידה היה אחר שתרם ושפיר פריך הש"ס דהא בשעת האבידה הוי קדשים שא"ח באחריותן (ומסוגיא זו נ"ל ראיה למ"ש הרמב"ם וכן פסקי' בש"ע דבהקדשות ונכרי בעי' שהמסירה והאבידה היה דהדיוט, אבל חולין ואח"כ הקדישה פטורים דמדפרכי' משנתרמה הוי קדשים שא"ח באחריותן, הא מ"מ כשנמסר לידם היו הבעלים חייב באחריותן ומקרי רעהו בשעת מסירה, אע"כ דגם בכה"ג פטור] והנה בתוס' בשמעתין סתרו שיטת רש"י הנ"ל מדקתני תורמין על האבוד ועל הגבוי והוי זו ואצ"ל זו, אע"כ על האבוד היינו מיד הגזבר:

ולענ"ד מיושב בזה דבלא מתניתין דתורמין על האבוד לא הו"מ לאקשויי דהא אפשר לפרש כפי' רש"י דאם משנתרמה היינו דתלי' בשעה שמעמידו לדין. וא"כ י"ל דנאבד מקודם ובשעת האבידה דהא הבעלים מחייבים באחריותן מקרי רעהו ונתחייבו השלוחים כנ"ל, ולזה מביא מתני' דקתני דתורמין על האבוד, וקשה דהוי זו ואצ"ל זו אע"כ דעל האבוד היינו מיד הגזברים אבל באבוד מקודם לא וא"כ הא דמשנתרמה התרומה היינו בשעת האבידה ושפיר פריך, והוא נכון מאד בעזה"י:

דף סא.

תד"ה אם אינו ענין, ויצא בפחות משוה פרוטה, בפשוטו היה נראה דהיינו דוקא היכא דהלואה והריבית יחד לא היה בו ש"פ כגון שהלוה לו חצי פרוטה בעד ג' רביעי פרוטה או חצי פרוטה בפרוטה אבל בהלוה לו פרוטה בעד פרוטה וחצי אף דהריבית הוא פחות

משוה פרוטה אסור, דכמו דהמיעוט דקרקע הוא רק קרקע בקרקע אבל במעות והריבית קרקע הוי ריבית כדמסקו תוס', וכן בהיפוך היכא דהלוה קרקע בקרקע והריבית מעות הוי ריבית כמ"ש הסמ"ע, וא"כ י"ל דהמיעוט פחות משו"פ הוא רק באופן זה דהלואה היא פחות משו"פ, אבל באמת נסתר זה מדברי תוס' כתובות דהוכיחו דאין ריבית פחות משו"פ מדאמרי' דלא לכתוב ריבית ותיתי מגזל ואונאה, הא מ"מ צריך לריבית פחות משו"פ ע"ש. ואם נימא דבהלוה פרוטה ומחצה הוי ריבית עדיין יקשה דאיך נלמד זה מגזל ואונאה הא מה שמחסר ממון חבירו הוא רק חצי פרוטה דא"ב משום גזל ומה בכך דהלוה לו פרוטה הא ילפי' מגזל דהוא רק על לקיחת ריבית דמחסר ממון חבירו, אע"כ מוכח דגם בכה"ג ליכא ריבית, אבל מ"מ לקושטא דמלתא לא ידעתי היטב איך מחלקים הלמוד כלל ופרט לחצאין דלגבי קרקע ממעטים רק דהלואה וריבית הכל קרקע ולגבי פחות משו"פ ממעטים אף דהלואה הים פרוטה והריבית חצי פרוטה:

תד"ה אם וכו' והא דאמר בערכין גבי בתי ערי חומה. קשה לי דהא לשיטתם לקמן (דף סז ע"ב) ד"ה ולא ישכור דהא דאמרי' בערכין גבי בתי ערי חומה רבית גמורה היינו מדרבנן אבל מדאורייתא לא, דלא גרע ממשכנתא בלא נכייתא דליכא רבית דאורייתא, א"כ אזדא לה ראיית תוס' דהכא, דשפיר י"ל דבהלואת מעות ורבית קרקע אינו דאורייתא מ"מ מדרבנן אסור וכדמשמע להדיא בר"ן כתובות, וביותר דעדיפא הו"ל לאתויי ראיה מסוגיא דלקמן והרי משכנתא בלא נכייתא דבדיניהם מוציאים וכו' ומאי פריך הא שפיר דבדינינו אין מוציאין מטעם רבית קרקע דע"ז ודאי ל"ש הכלל דכל שבדיניהם מוציאין, דא"כ בקיצור ליפרך והרי רבית קרקע, אלא ודאי דרב ספרא בא ליתן כלל רק לידע מה דהוי קציצ' ומה דלא הוי, אבל מה דל"ש גבי קרקע דין רבי' אינו בכלל דבאמ' הוי רבית קצוצה אלא דהתורה התירה א"כ מאי פריך ממשכנתא הא מדין קרקע בדיניהם אין מוציאין, וזהו לכאורה ראיה ברורה, ואולי י"ל דהדין אף אם דבקרקע א"ב רבית דאורייתא אפ"ה מוציאין, דאף דבאבק רבית אין מוציאין היינו היכא דבעצמותו א"ב רבית גמור כגון דהוי דרך מקח או שאר קנין וכדומה, אבל היכא דהרבית הוא רבית מעליא כגון רבית קרקע אלא דהתורה התירה בזה כיון דחכמים תקנו גם בקרקע רבית כעין דאורייתא תיקון, ודין רבית קרקע כדין רבית מטלטלין לכל מילי. וא"כ אין ראיה מזה דשפיר פריך הש"ס ממשכנתא דמדין קרקע יהא הדין בדינינו מוציאין, ויש תבלין לסברא זו ממה דמבואר בב"י (סי' קס"ט) בשם הרמב"ם בההוא דאם העמידו אצל ישראל ס"ל כשיטת רש"י דאף בלא נשא ונתן ביד אסור ע"כ משום דיש שליחות לעכו"ם לחומרא מ"מ הדין דיוצא בדיינים והיינו ע"כ כנ"ל כיון דבעצמותו הוי רבית מעליא אלא

דהחסרון דאין שליחות לעכו"ם בזה כיון דאמרו חכמים דיש שליחות יש לו כל חומרי דשליח ישראל, ה"נ י"ל בקרקע. ומ"מ אין ללמוד מזה לדינא דס"ל להתוס' כן לקושטא דמלתא ויהיה הדין לפי ההלכה דבהלוה קרקע בקרקע והרבית קרקע דמוציאין, די"ל דלדינא ס"ל בכל רבית דרבנן אין מוציאין, וכדחלקו כמעט כל הפוסקים על הרמב"ם וכדקיי"ל בש"ע שם, וביותר דאף לשיטת הרמב"ם יש לחלק דדוקא בההוא דאין שליחות לעכו"ם דמה שהחמירו דיש שליחות לא אמרו כן דוקא על רבית רק דזהו כלל בכל מילי דיש שליחות לעכו"ם לחומרא. מש"ה לא מקרי רבית דרבנן דמכח הכלל דיש שליחות לעכו"ם לחומרא ממילא נעשה בו רבית גמור, משא"כ ברבית קרקע דחכמים החמירו לענין רבית והם אמרו שיהיה בזה דין רבית ואינו שייכות כלל לדין אחר רק תקנתם היה על הרבית ונכלל זה בכלל רבית דרבנן. וכעין זה חילק בת"ה, אלא דהתוס' לא רצו לעשות מזה הוכחה, דאפשר לדחות דברבית דרבנן כי האי מוציאין, אבל לדינא י"ל שמודים גם ברבית קרקע א"י בדיינים והכי משמע להדיא בדברי האחרונים לדינא (רסי' קס"א):

גמרא לכובש ש"ש. מכאן משמע להדיא דקרא דלא תעשוק את רעך מיירי ג"כ משכיר, מדלא קאמר דל"ת קאי לכובש מה שבידו מחבירו בהלואה או פקדון וכובש ש"ש מאן דכר שמי', וגם מדאמרי' בענינא דשכיר כתיב משמע להדי' דה"נ קרא מיירי בשכיר והיינו כפירש"י בחומש אהך קרא דלא תעשוק דמיירי בשכיר, אבל מדברי הרמב"ם ריש הל' גזילה, ובסמ"ג מבואר דכובש הלואה או פקדון היינו עושק, וצ"ע, והנה לשיטת רש"י הנ"ל דמיירי רק בשכר שכיר הא דבאמת לא מוקמי' דלא תגזול לכובש הלואה ופקדון דאף דאינו מענינא דקרא דלא תעשוק, הא מ"מ נראה דלא נצריך לאוקמי' לעבור עליו בב' לאוין, והיינו דכובש הלואה או פקדון נפקא ג"כ מרבית ואונאה דדוקא בכובש ש"ש לא נפקא כיון דלא מטי לידי' מעולם, אבל הלואה ופקדון אף דבהיתרא אתי לידיה מ"מ כיון דמטי לידיה דחבריה ילפי' מרבית ואונאה וכדדייק לישנא דרש"י בשמעתין ה"נ משמע לקמן (דף קי"א) ואי אשמעי' עושק דלא אתי לידיה ול"ק דבהיתרא אתי לידיה (משמע בזה). ובזה יש לכוון בקושית תוס' לעיל (דף כ"ו ע"ב) ד"ה אינו עובר אי משום דבהיתרא אתי לידיה הא בכובש ש"ש איכא לאו וכו' ודבריהם לכאורה תמוה דהא מש"ש ליכא ראיה דהתם טרח בה. ואי ס"ל דקרא דלא תעשוק מיירי בכל עושק לא הו"ל למנקט ביה דוקא לכובש ש"ש. וגם הלשון הא בכובש דמשמע דבא ללמוד זה מזה יהיה בפשוטו. הא באמת מ"מ בכובש פקדון איכא לאו משום דלא תעשוק. ואולי י"ל דכוונתם דיש ללמוד כובש בפקדון מבינייהו מגזל וכובש ש"ש דאם נפרוך מה לגזל

דבאיסורא אתי לידיה כובש ש"ש יוכיח. ואי דכובש ש"ש טרח בהו. גזל יוכיח. ולפי הנ"ל י"ל בפשוטה דקושייתם כך היא דע"כ גם כובש פקדון דבהיתרא אתי לידי' וילפי' מרבית דאל"כ לוקמי קרא דלא תגזול לגופו בכובש פקדון. ואי דלשון גזל לא משמע אלא היכא דבאיסורא אתי לידי' דומי' דגזל את החנית כמ"ש רש"י. וע"ז הוכיח דהא באמת מוכח להך קרא דלא תגזול על כובש ש"ש דבהיתרא אתי לידי' א"כ חזינן דאפשר לפרש כן בלשון דגזל. וא"כ אף דמכובש ש"ש ליכא למילף דשאני התם דטרח ביה. מ"מ אדמוקי בכובש ש"ש ולעבור בב' לאוין נוקמי לגופו בכובש פקדון. אע"כ דגזל נפקא מרבי' ואונאה. וק"ל:

תד"ה לעבור בב' לאוין. וי"ל משום דלא לקי וכו', ע' במהרש"א, בפשוטו היה נ"ל ע"פ מה דאמרי' בפ"ק דתמורה לא אתי חד עשה ועקר ב' לאוין. א"כ כי מוקמי' לה בכובש ש"ש נ"מ דהוי ב' לאוין לקי אחדא. אבל אי מוקמי בגזלה לא לקי דחד לאו דלמדנו מרבית ואונאה הא אין מזהירין מן הדין וחד לאו ניתק לעשה. אח"כ ראיתי שרבים דשו בדרך זה בספרי האחרונים ומכללם בת' שאגת אריה. אמנם קושית המהרש"א לנכון למ"ש תוס' זבחים (דף קיז) דדוקא אם העשה סמוכה לב' לאוין כמו בתמורה הוא דאינו מנתק לב' לאוין אבל בעלמא דהעשה מרוחק מנתק להב' לאוין. וא"כ הכא דוהשב את העושק אינו סמוך להב' לאוין מנתק להב' לאוין. ואף דתוס' חולין (דף פא) כתבו בע"א דבעי דוקא ב' לאוין סמוכים. כבר כ' לנכון בשער המלך דדברי תוס' כפשטן תמוהין דהא לאו דלא תגזול ולא תעשוק הם באמת סמוכין זה לזה. אע"כ דליתא כלל. וצ"ל כמ"ש בזבחים דבעי שהעשה סמוכה. ובעיקר קושיא היה נ"ל לרבא לשיטתיה דס"ל לעיל בפ' הזהב דמעות אינו קונה וקרא מיירי ביחד לו כלי והפקידו וחזר ונטלו ממנו ותרי גווני פקדון. א"כ ליכא עשה בעושק דעושק דהתם הוי גזילת הכלי דכבר נקנה הכלי בעד העושק. אח"כ הראו לי שכ"כ הפ"י בהקדמתו. והנאני שכוונתי לדעתו הגדולה. וכבר כתבנו לעיל מזה פ' הזהב ע"ש. והנה בעיקר היסוד דברי תוס' הנ"ל דהיכא דאין הלאוין סמוכים לעשה נתקו כולם. לכאורה ראיה ברורה לזה מדאמרי' לקמן דר"נ וראב"י פוטרים המלוה והערב שיש בהם קום ועשה ואמאי הוי רבית ניתק לעשה הא איכא כמה לאוין ונימא לא אתי חד עשה ועקר ב' לאוין. ומצאתי בשאגת אריה שהוא נקט לדברי תוספות חולין הנ"ל כפשטן דבעי דוקא ב' לאוין סמוכים זה לזה. וכ' זה לראיה ממה דרבית מקרי ניתק לעשה. אף דאיכא כמה לאוין והוא תמוה דהא גם ברבית ב' לאוין סמוכים דאת כספך לא תתן בנשך דדרשי' בנשך ומרבית אכסף וכן אאוכל. וא"כ איכא ב' לאוין סמוכים נשך ותרבית. אבל לדברי תוס' זבחים הנ"ל ניחא כיון דהעשה

אינה סמוכה ללאוין. ואף דהעשה דוחי אחיך עמך סמוכה להלאו דואל תקח מאתו. מ"מ מלשון התוס' זבחים משמע דתלי באם הב' לאוין סמוכים משמע דסמוכים לכך שלא יהא מנותק שניהם. ואף אם נימא דעיקר הסברא דכאן דהלאוין סמוכים לעשה אמרי' דהעשה מנתק רק הלאו שבצדו וסמוך לו. אבל לא ללאו שלפניו ורחוק ממנו, אבל היכא דאין העשה סמוכה כיון דע"כ מנתק ללאו הרחוק מנתק לכולהו דמה בין זה לזה. וא"כ לכאורה גם ברבית דהעשה סמוכה ללאו אי נימא דנותק רק להלאו דסמוך ולא להרחוק. מ"מ י"ל דאם סברת תוס' בחולין אמת דבעי ב' לאוין סמוכות דע"י סמיכתן מאלמי אלומי זה לזה והיינו דתרתי בעי דב' לאוין וגם העשה סמוכים דאז אמרי' דהעשה מנתק רק להלאו הסמוך ולא לאידך לאו כיון דסמוך ללאו השני וא"כ ברבית דהעשה יכול לנתק לאו דאל תקח ולאו דאת כספך. דהא הנך לאוי' אינם סמוכים וכיון דניתק העשה לאו דרחוק ממילא הנך לאוין דנשך ותרבית אף דסמוכים מ"מ כיון דהעשה מנתק חד מהן נתקו שניהם כיון דאין העשה סמוכה להם. ואולם לאידך תירוצא דתוס' חולין דדוקא דומי' דתמורה דליכא עשה. א"כ כיון דאינו עושה מעשה בידים. אבל בעלמא אתי עשה ועקר ב' לאוין הקושי' במקומה עומדת אמאי הוי רבית ניתק לעשה:

והנלע"ד דהרי באמת צריכים להבין למאי צריכים לומר דגזילה הוי ניתק לעשה ולא לקי הא בלא"ה כיון דכ' והשיב דצריך לשלם הגזילה ממילא קיימא הכלל דאינו לוקה ומשלם. וצ"ל דהיינו אומרי' דוהשיב הגזילה מיירי רק בלא אתרו בי' וכמו שהדין בכ"מ דחייבי מלקות שוגגים חייבים. אבל באתרו ביה יהיה הדין דמלקי לקי ממונא לא משלם. ואולם לפ"ז לכאורה ליתא לקושי' תוס' חולין וזבחים הנ"ל דאמאי הוי גזל ניתק לעשה הא הוי ב' לאוין. הא י"ל דמכח דניתק לעשה וההכרח לתקן הלאו ממילא גם בהתרו בי' צריך להשיב הגזילה לתקן עכ"פ הלאו וממילא א"א ללקות על הלאו הב' דהא אינו לוקה ומשלם. וצ"ל דהקושי' תוס' למה דקיי"ל בסנהדרין (דף עב ע"א) גבי מחתרת דדוקא בשברן אבל באיתנייהו בעינא צריך להחזירם דלא מקרי תשלומים כיון שהם בעין וממילא הם של בעלים א"כ שפיר קשה בגזילה דהא לוקה מחמת דלא אתי חד עשה ומנתק ב' לאוין ואף דמשיב הגזילה זה לא מקרי תשלומים כיון דהוא בעין. ולפ"ז ניחא דבנידן הרבית דמיד שקבל הרבית קנה הרבית וא"צ להחזיר בעין אלא דמצוה עליו להשיב דמי' מכח העשה דוחי אחיך עמך. וא"צ להחזיר בעין. כמבואר לקמן גבי גלימא מפקי' מיניה. דאף דתוס' בב"ק (דף קי"ב ע"א) כ' דלא קנה הרבית דהוי כמו מתנה בטעות היינו לס"ד דהש"ס. אבל למאי דמסקי' שם דהטעם דלדידי' אזהר לברי' לא אזהר אמרי' מדלא אזהר לברי' ע"כ דקנה הרבית כשלוקח וזה ברור. וא"כ כיון דהעשה בא

לנתק ממילא אף בהתרו צריך להחזיר הרבית לתקן הלאו וממילא לא לקי על לאו הב' כיון דאינו לוקה ומשלם. דהרבית אף שהוא בעין הוי כמו אינו בעין כיון דמיד נקנה לו. וא"צ להחזיר בעין כנלענ"ד בעזה"י:

בא"ד וא"ת היכי ס"ד למימר דגזל גוי אסור וכו'. ע' במהרש"א. ולענ"ד דגם לפי האמת יקשה הא מבואר בהמקבל דמקרא דרעיך ממעטים רק נכרי אבל לא גר תושב, וא"כ אצטריך לא תגזול לגר תושב. דמרבי' ליכא למילף דהא בגר תושב ליכא רבית כדאיתא לקמן (דף עא) ויעויין ברמב"ם ריש הל' גזילה איזה גזל וכו' איזה עושק וכו'. ותמוה עליו מסוגיא דמסקי' דכולה בעושק ולעבור בב' לאוין. ולענ"ד י"ל דלכאורה קשה למאי דאמר רב כהנא לעיל (דף נה ע"א) זאת אומרת אין אונאה לפרוטות. א"כ ליכא למילף בגזל מאונאה דהא אצטריך גזל על ש"פ דאינו באונאה. ובהכרח צ"ל דרבא ס"ל כלוי דס"ל התם יש אונאה לפרוטות. וא"כ לפי ההלכה דפסק הרמב"ם פי"ב מהל' מכירה כרב כהנא דאין אונאה לפרוטות א"כ ממילא אצטריך קרא לגופא לגזל פרוטה:

דף סא:

גמרא מה טעמא דר"י. מ"ט דר"א. לכאורה קשה אי דסברא החיצונה דרבית קצוצה יוצאה לא בעי טעמא. ואם מסברא החיצונה אינו יוצאה לא בעי מ"ט דר"י. והיה נראה כפי המבואר בפ"ב דתמורה דלרבא דאמר כל מלתא דא"ר ל"ת אי עביד לא מהני. מהראוי דר"ק יוצאה. ולמאן דס"ל א"ע מהני מהראוי דא"י אלא דמסיק התם דאיכא סברא לכאן ולכאן מקראי וכדהכא. וא"כ י"ל הא דבעי מ"ט דר"י היינו דלמה דקיי"ל כרבא היה הדין דיוצאה. ומה דבעי מ"ט דר"א היינו דבעי לאסוקי דדברי ר"א לכ"ע אף לאביי באופן דבעי לאסוקי דפלוגתא דר"י ור"א בין לאביי בין לרבא משה"ה בעי הטעם דתרווייהו דמסברא י"ל דתלי' באביי ורבא. וביותר י"ל דהא דפריך מ"ט דר"א ולא ניחא ליה בטעמא דרבא דא"ע לא מהני דלהך טעמא גם אבק רבית יהא הדין דיוצאה. דגם מלתא דרבנן בכלל דא"ע לא מהני כמ"ש האחרונים גבי קונה בשבת. אע"כ דלאו מה"ט אתינן עלה. ולזה משני דילפי' מקרא דוחי אחיך עמך. והא דבאמת דגם לרבא דא"ע לא מהני אבק רבית א"י היינו מהא דדרשי' לברי' לא אזהר. מזה מוכח דהכא ברבית הוא דא"ע לא מהני דמיד שקבל קנאה. ואפי' בע"ח לא הוי רק דמוטל עליו עשה להחזיר הרבית משה"ה אבק רבית דליכא עשה אינו יוצאה:

גם י"ל דמאי דפרכי' מ"ט דר"א היינו דמסתמא קאמר אף דאתרו ביה דיוצאה בדיינים ויקשה הא קיי"ל בכל מקום דמלקא לקי ממונא לא משלם. וה"נ נימא הכא ואף דלס"ד

כל כמה דלא ידעי' קרא דוחי אחיך עמך דמיניה ילפי' דלברי' לא אזהר הדין דלא זכה כלל ברבית כי יש גזילה בידו. כמ"ש תוס' ב"ק (דף קיב ע"א) וא"כ ל"ש בי' אינו לוקה ומשלם כיון דהוי בעינא כמו דקיי"ל במחתרת. מ"מ הא סתמא קאמר אף בנאבד הרבית מידו דצריך לשלם מכיסו. ובזה יקשה הא אינו לוקה ומשלם. והא דפרכי' מ"ט דר"י היינו דר"י סתם קאמר אף בלא אתרו, א"כ דסתמא קאמר אף אם הרבית קיים דברשות הבעלים קאי. וק"ל:

תד"ה רבא אמר. לא בא אלא ליישב וכו'. ע' במהרש"א. לפענ"ד בפשוטו ניחא דלמסקנא דקיימי' תנאי היא לא מדייקי' לומר דאיידי דתנא סיפא בדידהו אלא קיימי' בפשוטו דדיוקא הא אביהם חייב להחזיר. דהאי תנא סבר באמת דיוצאה בדיינים. א"כ אף דרבא לעצמו סבר דא"י. מ"מ ס"ל דהך ברייתא ס"ל דיוצאה. וא"כ ממה דיורשים אינן מחוייבים להחזיר נפשוט דרשות יורש כרשות לוקח והיה מהראוי לפסוק עכ"פ לענין זה כהברייתא. ולזה דחו דלברי' לא אזהר ופשוט. (ודע דלישנא דתוס' ב"ק (דף קיב ע"א) במ"ש ולכך אינם חייבים להחזיר דמע"פ אינו גובה מהיורשים. לשון זה תמוה דהא קיי"ל מע"פ גובה מהיורשים והיה להו לומר עדים דהמעות אלו הם מטלטלין ואינם משתעבדים) ובעיקר מלתא מבואר בסוגיא דב"ק הנ"ל במה דבעי רמב"ח להוכיח דרשות יורש כרשות לוקח דמי. והי' ס"ל דהמלוה לא זכה הרבית וכגזילה אצלו. לכאורה קשה למה דאיתא בח"מ (סי' צו סי"ג) בשם ת' גאון דאשה שלוותה אם תודה שממון ההלואה מצוי בידה משתלם המלוה ממנה. וע' בב"י שם דה"ה אם ההלואה בעצמו אינו בעין אלא מה דאתי מחמתייהו הוא בעין. ולמד מזה דיש לזה קדימה לשאר בע"ח כיון דשלו עדיין הוא בעין דאף דאין נקנה להלוקח ורק דמים הוא חייב ע"ש. ולמד כן מדברי הרי"ף פרק המקבל דמדמי לה לעסקא א"כ כי היכי דבלוותה גובה מבעלה אף דהוי כיורש ולוקח מ"מ כל שהמעות הלואה עדיין בעין גובה מלוה. א"כ ה"נ מהראוי בלוה שמת והלואה עדיין בעין דגובה מהיורשין אף דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי ה"מ כי היכי דגובה מהבעל ה"נ גובה מיורשים. א"כ מה בכך דרשות יורש כרשות לוקח דמי הא אביהם כשאר בע"ח והמעות שנקנה לאביהם עדיין בעין. בזה י"ל דזו גרע דבעלמא דמה שזוכה רק מכחה כגון בעל ויורשים בזה בבעין צריכים לשלם. אבל הכא דאביהם לא זכה בזה כלל והיורשים המה הקונים מדין שינוי רשות והוי כיתומים שקנו מטלטלין.

אמנם לפ"ז יהא מוכרח דתוס' לא ס"ל כתשו' גאון (ומה דנקטו בקושייתם דאף אם רשות יורש לאו כרשות לוקח דמי'. הא אביהם זכה כשקיבל. והיורשים ירשוהו ואמאי גובה מהם הא מע"פ אינו גובה מהיורשים. או כמש"ל מטלטלי דיתמי לא משעבדי. ועדיפא

היה להו להקשות דמה בכך דרשות יורש כרשות לוקח דמי הא באמת זכה אביהם במעות כשקיבל מהלוה, וא"כ המה באו מכחו וכיון דהמעות עדיין בעין לשתלם מהם ואולי דלא פסיקא להו להקשות בכח מדין זה. ולזה קושי' רק בדרך ממנ"פ) דמה הפרש יש בין אי רשות יורש כרשות לוקח או לא. הא בין כך וב"כ אביהם זכה במעות ונעשה רק בע"ח. ולפי תירוצם ניחא דלא זכה אביהם דהוי כגזל בידו. ושפיר י"ל כנ"ל כיון דהם זוכין מחמת עצמם מכח שינוי רשות הוי כיתומים שקנו מטלטלים. ויעויין בתשו' צמח צדק סי' קט"ז שהשיג על הב"ח דמדאמרי' להכי קרא לי' עסקא דמשמע דוקא בעסקא כיון דאין רשאי לאבדו. אבל בעלמא אע"ג דהוא בעין דהוי מטלטלין דיתמי מחלק שם בין זה להוא דתשובת גאון הנ"ל דבעל אין לו זכות בממון אלא דאחרים הוא כיון שהוא בעין וממילא יטול הבע"ח ע"ש. והיינו דעכ"פ יש חילוק דיורשים דזוכים מעצמם משל אביהם זוכין גם בהלואה אף דהמעות בעין. אבל גבי בעל לא תקנו לו לזכות בשל אחרים במה שהוא בעין. ועדיין ל"ע לדינא. ובעיקר דברי תוס' שכתבו דרבא לעצמו ס"ל דרבית קצוצה א"י. הוא תמוה דהא מסוגיא דלקמן (דף סה ע"א) רבא אמר הלכתא מפקי' מיניה מבואר דס"ל לרבא דיוצא בדיינים. ויותר היה נ"ל לתרץ דרבא דאמר הכא מיתורא דקרא שמיע לי' ואליבא דר"י קאמר וליה לא שמיע ליה, וצע"ג:

דף סב.

גמרא תנאי היא. קשה לי לפמ"ש דרבא דס"ל א"ע לא מהני מסברא הדין דיוצאה וצריכים לדרשא דלמורא ניתן ולא להשבון לאורויי דא"י. א"כ כיון דחזינן דראב"י ור"נ ס"ל דרשא דוחי אחיך עמך אהדר ליה כי היכי דניחי וממילא לא ס"ל דרשא הנ"ל דלמורא ניתן ולא להשבון. א"כ מנ"ל דת"ק פליג בתרתי דס"ל דרשא דלמורא ניתן ולא ס"ל דרשא דוחי אחיך עמך. דלמא פליג רק בהא דרשא דחי אחיך עמך דת"ק לא דרש לי' אבל לענין דרשא דלמורא ניתן גם ת"ק לא דריש ליה וממילא הדין דיוצאה דא"ע לא מהני אלא דלא הוי ניתק לעשה. כיון דלא ילפי' מקרא דוחי אחיך עמך כמ"ש מהרש"א לעיל בשיטת תוס' דאף היכא דצריך לשלם מ"מ לא מקרי ניתק לעשה אם אין בו עשה אף דאם עביד לא מהני והוי גזל בידו וצריך להשיב מקרא דוהשיב את הגזילה. מ"מ לאו דרבית לא ניתק דאין בו עשה. וצ"ל דר"י ס"ל לחלוטין מסברא פשוטה דראוי לדרוש קרא דלמורא ניתן אם ליכא לימוד בהיפוך. וגם ר"נ וראב"י היו דורשים כן אילולי דאית להו לימוד בהיפוך מקרא דוחי אחיך עמך א"כ דלת"ק דלא דריש וחי אחיך עמך ממילא קיימי' בדרשא דלמורא ניתן וליכא ב' פלוגתות דהא בהא תליא:

גמרא מאי קסבר אי קסבר שטר העומד לגבות. לכאורה קשה לפי תירוצם הא' בתוס' לקמן (דף עב ע"א) ד"ה שטר שי"ב רבית דס"ל ברבית דאורייתא מפסלי העדים. א"כ הכא מיירי ברבית דאורייתא דהא מדין מלקות מיירי ומפסלי העדים ואיך מקרי שטר העומד לגבות הא השטר חספא בעלמא הוא. ובהכרח צ"ל דמיירי בכלול הקרן עם הרבית דעדים לא ידעו שהוא רבית. ובלא"ה נלענ"ד דצ"ל כן לפ"מ דמסתפק הרמב"ן בת' סי' רכ"ג הובא בב"י (סימן קסט) דשטר שיש בו רבית א"י להקנות הרבית לאחרים דלגבי הרבית הוי רק כמו בע"פ ואין בו דין שטר. א"כ אמאי הוי עומד לגבות אע"כ דמיירי בכלול הקרן עם הרבית ועשה הכל לקרן. ובזה מיושב הא דאמרי' בשמעתין הנ"מ דתנן וא"ע אלא עדים מה קא עביד. ולכאורה קשה דמה הוכיח מזה לסתור סברת המקשן דתלוי אי כגבוי דמי או לא. דלמא באמת הך מתני' ס"ל באמת כגבוי דמי. אבל אי לאו כגבוי דמילא היה עובר אלא על לאו דלא תשימון לחוד. דאף די"ל דגבי עדים לאו כגבוי דמי דהא אין סופו לגבות מ"מ יש לפקפק כיון דע"י חתימתן הוי כגבוי מחשב מעשה כאלו הגבו בידים מלוה למלוה. ולפי הנ"ל דכיון דע"כ מיירי דעדים ידעו שהוא רבית א"כ ממילא העדים פסולים ולא הוי כגבוי. וא"כ האיך משכחת דעדים עוברים הא בידעו שהוא רבית הם פסולים ולא הוי כגבוי וליכא מעשה:

והנה עדיין יש לע' דאיך אפשר לפרש דמיירי בכלול הקרן עם הרבית ועדים לא ידעו. א"כ איך שייך ללקות המלוה. במה ידעי' שהוא רבית דאף אם העדים אחרים מעידים שהוא רבית הוי כתרי ותרי והוי ספק ואין לוקין מספק. ואף אם אין כת"י יוצא ממקום אחר והיו האחרים נאמנים במגו דאי בעי שתקי היינו לגבי פסול השטר אבל לגבי התחייבות מלקות ל"ש כן דאי שתקי ולא קיימי ג"כ לא היה חיוב מלקות. ואף אלו שתקי והיו מעידים שהלוה בע"פ הא בע"פ קיימי' עכשיו דשימה לאו מלתא. גם בשרש היסוד עדיין לבי נוקפי דאף אם מיירי בכלול והעדים כשרים מ"מ כיון דמקצת השטר הוא רבית ואין עומד לגוביינא אין נידון בו דכגבוי דמי הא הרבית אינו עומד לגבות. אלא דהב"ד שלא היו יודעים היו מגבי' בטעות. אבל לדון בו דהוי כגבוי הא באמת מדינא מעולם לא עמד לגבות. ואף אם נדחוק כפירש"י כיון דאם הוא כגבוי הדין דגובה הרבית כמו דא"י ה"נ גובה. א"כ י"ל דהיא גופא אנו דנין דהוי כגבוי ועומד לגבות, עכ"פ לפי' תוס' דקיימי' דרבית קצוצה יוצאה א"כ הדין דמוציאים כ"ש דאף אם יהיה הדין דכגבוי דאין מגביה וא"כ ממילא אין עומד לגבות וכי בשביל שיטעו הב"ד שלא ידעו שהוא רבית יהא מקרי עומד לגבות. וצ"ע:

תד"ה לא מאי קום ועשה, כ"ש דא"ל שפיר טפי וכו' ע' בפ"י דמתרץ די"ל דכ"ע ס"ל דאין יוצאה ובריית דמחזירים היינו לצי"ש ונידוק מיניה דחייב לצי"ש דלא כר"י דאמר א"מ אף לצי"ש דברים תמוהים הם בפשוטו דהא משמע דפרכי' רק על ר"י. ולפי הנחה זו יקשה יותר גם על ר"א הא הת"ק ס"ל בודאי דאינו יוצאה ודלמא גם לר"נ ס"ל דא"י ופליגי רק בלא גבו ובריית דגבו מחזירים הוא רק לצי"ש ומנ"ל דיוצאה. ואדפרכי' על ר"י דחייב לצי"ש נפרוך על ר"א דלחייב רק לצי"ש, ולפי דברינו הנ"ל ניחא די"ל דר"א באמת ס"ל דלא פליגי בדינא דיוצאה אלא דלכ"ע ס"ל דיוצאה או דת"ק לא דריש וחי אחיך עמך ורק יוצאה מטעם א"ע לא מהני וליכא עשה. אבל ר"י דע"כ ס"ל כת"ק דאינו יוצאה ושפיר דייק דלמעט בפלוגת' עדיף ונימא דכ"ע ס"ל אינו יוצאה והא לא קשי' דנפרוך גם על ר"א דמנ"ל דפליגי בדרשה דוחי, דלמא כ"ע ס"ל דלא דרשי' ופלוגתייהו בלא גבו וא"כ גם אבק רבית יהא יוצאה מטעם א"ע לא מהני וכמ"ש לעיל, דז"א דא"כ לא משכחנא פתח לברייתא דהניח להם אביהם מעות של רבית דאמאי אין הבנים חייבים להחזיר, וע"כ מדרשא דוחי אחיך עמך לדידי' אזהר כו', וא"כ לר"א ניחא וס"ל בהחלט (אף) דלא דרשינן וחי אחיך עמך וליכא ניתק, (ור"נ וראב"י אי דמיירי בגבוי ודרשי' וחי אחיך עמך והוי ניתק, או דמיירי באמת בלא גבו) מ"מ מוכח דאיכא תנא דדריש וחי אחיך דהיינו ברייתא דהניח להם אביהם אבל לר"י שפיר דייקי':

בא"ד והיכא דלא גבה, ע' מהרש"א דמצדד דא"א לומר דבגבה לכ"ע פטור דניתק הכל והכריע בהיפוך דבגבה ודאי חייב דלאו דלא תשימון לא ניתק, והכרעתו יש לדחוק בקל, ולענ"ד י"ל בסברת המהרש"א דבגבה לכ"ע פטור דמה בכך דלא ניתק הלאו דלא תשיך הא מ"מ כיון דחייב ממון על הגביי' דהא קיימי' עכשיו דיוצא איך חייב מלקות הא אינו לוקה ומשלם, ואף דנימא דעקר למפרע על הקציצה על לאו דלא תשיך, הא מ"מ הקציצה ג"כ החיוב ממונא דהא בלא קציצה לא היה חיוב להחזיר הגביי' דבלא קציצה הוי רק אבק רבית דא"י, וא"כ דמי ממש להא דאמרי' בכתובות הזורק חץ וקרע שיראין בהליכתו דפטור כיון דא"א להנחה בלא עקירה ה"נ א"א לחייבו ממון על הגביי' בלא קציצה, וא"כ נימא דאינו לוקה ומשלם, ואף ללישנא בתרא דכתובות שם מטעם דא"א לאהדורי וה"נ אפשר לאהדורי מ"מ ניחא לת"ק דמחייב בלא גבה שפיר י"ל דגם בגבה חייב דאף דעכשיו שגבה איגלאי דהקציצה הי' מחייב ממון, מ"מ בשעה שנתחייב מלקות עדיין היה אפשר לאהדורי שלא לגבות ולא היה כאן חיוב ממון, אבל לר"נ וראב"י בלא גבוי ליכא לא תשימון רק בגבוי וא"כ לא משכחת בלא ממון דאם יהדר ולא יגבה גם לא

תשימון ליכא, ואם יגבה ממילא היה משעת הקציצה החיוב ממון, מ"מ אפשר לדחוק קצת אבל עכ"פ ללישנא קמא דא"א להנחה בלא הגבהה בודאי ליתא לסברת מהרש"א: **בא"ד וי"ל דהיינו כשהערב לא קיבל וכו'**. נראה ביאור כוונתם דערב קבלן דהוי ג"כ שם לוה עליו, אלא דמתלי דאם המלוה גובה מהלוה ממילא לא היה על הערב שם לוה ומלוה דמה שהמלוה גובה מהלוה הוא מצד עצמו, אבל אי המלוה גובה מהערב והערב גובה מהלוה בזה הוי הערב לוה ומלוה דמה ששילם להמלוה לא היה בשביל הלוה לדונו דמה שנתן הקרן והרבית היה עבור מה שנתחייב הלוה למלוה ומה ששילם הוא חוזר ונוטל מהלוה וליכא עליו איסור רבית כמו דאמרי' כן בערב דאינו קבלן, אלא דבקבלן אמרי' דמה ששילם למלוה היינו בשביל עצמו דגם הוא היה חייב דג"כ שם לוה עליו ומה שגובה מהלוה אח"כ דהיינו דהוי כאלו לוה מהמלוה והלוה, וזהו כונתם דמה דאמרי' לקמן דערב עובר רק על ל"ת היינו היכא דהמלוה גבה מהלוה בעצמו, אבל הכא מיירי שהערב קיבל מהלוה היינו שהוא גבה לעצמו ומה שנתנו להמלוה היינו ג"כ בשביל עצמו, ומצאתי בעזה"י זה היסוד בדברי הרמב"ן בת' סי' רכ"ד, ואך עדיין איני מבין כראוי דמה הוצרכו לאוקמי בקבל רבית מהלוה ונתנו להמלוה דבזה אפשר לפקפק דקבל בתורת שליחות והביא להמלוה מעות של הלוה, וכאחר שהביאו דמי, אמאי לא מוקי בפשוטו דהמלוה תבע להערב וגבה ממנו ואח"כ חזר הערב וגבה מהלוה, וע' בדברי הרמב"ן הנ"ל שהקשה דא"כ אמאי פוטר להערב הא הערב הוה לוה ומלוה במה שנתן הרבית למלוה עבור הלוה וקא עבר על לא תשיך כדין לוה דעלמא ולאו זה הוא לא ניתק לעשה:

דף סב:

תד"ה לקח הימנו חטים, ונקט רישא לרבותא דסיפא, לענ"ד י"ל עוד לפ"מ דכ' הרמב"ם בארווח ליה זימנא וקצץ לו הרבית לא מקרי רבית דאורייתא דבעי דוקא קצץ בשעת מתן מעות ממש כדכתיב את כספך לא תתן, ולכאורה יקשה איך נקט במשנתינו איזה תרבית דמשמע דהוי דרבנן כיון דהוי דרך ממכר הא בלא"ה לא הוי רק דרבנן כיון דפסיקתו על היין היה בעד החוב שהיה חייב לו בעד החטין וליכא רבית בשעת קציצה, וצ"ל כיון דעשה החטין כמלוה על היין הוי כנתינה ממש, ואף דלפי האמת מיירי דזקף במלוה, מ"מ כיון דנעשה בפ"א הזקיפה והפיסוק על היין הוי מעשה הזקיפה כמו נתינת מעות, ולפ"ז ממילא ניחא הא דנקט חטין ברישא דאילו היה נקט דהיה לו חוב אצל המוכר וקונה בחוב היין בזה בלא"ה לא היה רבית דאורייתא כיון דליכא קציצה בשעת נתינה,

ולזה נקט בגוונא דחטין דהחוב מתחיל עכשיו בשעת הפיסוק על היין והוי קציצה בשעת מתן מעות והוי דרבנן רק מטעם שהוא דרך ממכר:

בא"ד וא"ת אמאי תנא גבי יין אין לו כו'

בפשוטו היה נראה דאם היה לו יין היה נקנה לו עכ"פ היין בעד דינר זהב דכשיעור זה מגיע לו בעד החטים בהיתר והיה מרויח היוקר עכ"פ על היין של דינר זהב, אח"כ הראו לי שהפ"י כ"כ, ולענ"ד אפשר לומר דזכה בכל היין דהיינו בעד כל ל' דינרין והיוקר הוא שלו אלא דצריך ליתן לו בעד היין ה' דינרין מחמת איסור רבית דהחטין אבל מ"מ נקנה לו היין דאף דלמפרע לא היה לו מעות אצלו רק דינר זהב. מ"מ הוי כפוסק עמו בעד שלשים ונתן המעות בחזקת שלשים ונמצא חסר ה' דינרין דעכ"פ נקנה המקח כולו אלא דצריך להשלים כדאיתא בש"ע.

תד"ה הרי שהיה נושה, דמלתא דל"ש.

דבריהם תמוהים דמה מהני דהוא לא שכיח הא מדינא אינו קונה כיון דהוא מלוה, ולעיל גבי החליף דמי שור בפרה באמת ע"כ מיירי באומר בהנאת מחילת מלוה כמ"ש תוס' שם, וראיתי שהפ"י נתקשה בזה, והאריך לפרש דדברי תוס' קאי אברייתא דר"א דמתיר ביש לו ע"כ דמיירי בהנאת מחילת מלוה וא"כ גם באין לו כיון דיצא שער לישתרי וע"ש שנדחק בתירוצו דתוס', ולדברי הפ"י נצטרך לומר דתוס' ס"ל דביצא השער כיון דמינו מצוי בשוק הוי יש לו לגמרי ולא מקרי דשלב"ל וכדנראה מדברי הסמ"ע (סימן רט סקס"ג) דאלו לדעת הש"כ שם דמקרי דשלב"ל אלא דמ"מ קאי במי שפרע דבמקנה דשלב"ל קאי ג"כ במ"ש, אין כאן קושי' דדלמא דדוקא ביש לו דהוי קנין דאורייתא אבל באין לו דלא הוי קנין דאורייתא לא, ואולי י"ל דמ"מ קושייתם דכי היכי דבפוסק בבעין על שער שבשוק דלר"י דאף דליכא קנין מדאורייתא כיון דאין לו, מ"מ שרי מטעם דהוי קנין לענין מי שפרע וכמ"ש תוס' מקודם ה"נ בפוסק בחנם בהנאת מחילת מלוה דהוי קנין לענין מ"ש יהא שרי, ומה דלא הקשו בקיצור דמה הפרש יש בין פוסק במעות או בחנם כיון דממילא ליכא קנין דאורייתא רק לענין מ"ש וכיון דבתרווייהו איכא מ"ש לישתרי, דהיה אפשר לומר דבפוסק בחוב ואין לו כיון דהוי ב' חסרונות הא' מצד דהוי מלוה, והא' מצד דהוי דבר שלב"ל ליכא מ"ש. או די"ל דאף דבמקנה דשלב"ל הוי מ"ש כיון דמ"מ עשה מעשה נתינת הכסף אבל בחוב דליכא נתינת מעות כלל אין בו מ"ש, ולזה הקשו רק דכי היכי דבפוסק בבעין על השער דמותר מטעם מ"ש ה"נ בפוסק בהנאת מחילת מלוה על שאר לישתרי דהוי כמו פוסק במעות ממש בעין. ואולם לדברי הפ"י יקשה דמה הוצרכו להקדמה דכיון דל"ש לא גזור. הא בלא"ה יקשה כיון דהנאת מחילת

מלוה הוי כמו מעות ומהני מד"ת, א"כ אף אי מדרבנן לא קני לישתרי כמו בפוסק במעות בעין דמה לי בעין מה לי הנאת מחילת מלוה:

והנלע"ד דדברי תוס' מצויינים במקומם ונכונים כפשוטן אברייתא דר"א דאמאי ביש לו אסור דמשמע דאין תקנה לזה, הא משכחת תקנה בפשיטות בהנאת מחילת מלוה דהוי קנין גמור והוי כמו מעות בעין כיון דמעולם לא היה שם הלואה ומשעת נתינת המעות היה עליו שם מכר בזה שרי וליכא צד רבית. אבל בפוסק במלוה כיון דמעיקרא היה עליו שם מלוה וגם עתה אינו מכר גמור כיון דמדרבנן אינו קונה ומחזי כרבית מה שזוכה ביוקרא. ולזה הוצרכו להקדמה דבלא שכיח לא גזור ולא תקנו רבנן. וכיון דהוי קנין גמור ובודאי היוקר שלו מן הדין דברשותו אתייקיר ממילא אין כאן רבית ותירצו דמיירי שלא פטר ממנה עד שיתן לו החטין. הכוונה דבאמת אינו רוצה למחול לו החוב ולומר בהנאת מחילת מלוה דא"כ יהיה החוב מחול ואם יחזור המוכר מהמקח אף שיצטרך המוכר להחזיר המעות. מ"מ יפסיד שעבודו משעת פסיקא עד שעת חזרת המקח. וגם כיון דהנאת מחילה הוה פחות שיווי הרבה מסך ההלואה ומפחד המלוה פן יחזור ולא יצטרך הלוה ליתן לו רק פרוטה ששוה המחילה דזהו המעות שנתן לו כיון דההלואה תיכף נסתלק בעת המחילה. ולזה אינו רוצה לפסוק רק בההלואה דבזה אם יחזור יצטרך לפרוע לו חובו כמקדם. ובאמת אם רוצה לפסוק בהנאת מחילת מלוה שרי:

דף סד:

מתני' המלוה את חבירו כו' ולא ישכור הימנו בפחות. הרמב"ם פ"י מהל' מלוה ה"א כ' או ששכר ממנו בפחות וקצב הדבר שפוחת לו מן השכר וכו' ה"ז רבית קצוצה ע"ש. וע' במהריב"ל שהקשה מדברי הרמב"ם בפ' הנ"ל שכ' דבמשכנתא בנכייתא אף בבית הוא רק אבק רבית ואמאי לא הוי רבית קצוצה כמו בשוכר בפחות דהרי ע"כ גם במשכנתא הוי כקנין מדהוי בלא נכייתא ר"ק ע"ש. נלע"ד דר"ק לא הוי דאין כאן אגר נטר די"ל שעושה כן בעד פרוטה ששוכרו ממנו ומקדים לו השכירות דזהו מותר מטעם מרבין על השכר ושאני שכירות דעלמא אף היכא שמקדים לו השכירות מ"מ כיון שאומר שמלוה לו והוא ישכור בפחות כיון שאומר כן בשעת ההלואה הוי כאומר בשעת הלואה משכיר בפחות דאלולי בהלואה לא היה עושה כן אף בהקדמת שכירות. אבל היכא דנכייתא מגוף ההלואה שאמר כן בשעת ההלואה כיון דמקצת המעות שוכרו בפחות ולעולם אף בלתי הלואה הוא עושה כן מחמת פרוטה זו שמקדים לו. כנלענ"ד נכון. ובאמת צריכים לע' אמאי דהוי א"ר בנכייתא הלא לשכירות כזה שהוא מקדים לו המעות אין שייך שער

קבוע דסתם השכירות הוא לבסוף. וא"כ כיון שזה שמוזיל אצלו לא הוי יצא שער ואין ראיה שעושה כן בשביל מותר הלואה ולישתרי. ודומה למ"ש תוס' (דף סג) ד"ה דא"ל יהיבנא לך כו'. ונלענ"ד דהפרש גדול יש ביניהם. דשאני בנידון דתוס' דהוא דרך מקח ומד"ת ל"ש בהו רבית ולא הוי כאן הלואה וחכמים אסרו רק כיון שלא נגמר מיד המקח הוי המעות עד עתה כמו הלואה. ולזה אסרו. רק היכא דמוכח דעושה כן בשביל הקדמת מעות. אבל היכא דאינו מוכח לא. אף בידע בנפשו שעושה כן בשביל הקדמת מעות מ"מ ליכא איסור כיון דלעולם אין כאן הלואה והאיסור רק דמחזי כרבית. מש"ה אם אינו ניכר כלל שום מלתא יתירתא אינו איסור. אבל בשאר א"ר כגון רבית שלא בשעת הלואה דתקנת חכמים שאסרו שלא יתן רבית אף בלא קציצה בזה אף שאינו ניכר מ"מ אם ידע בנפשו שעושה כן בשביל הלואה אסור דהאיסור לא מטעם מיחזי רק האיסור בעצמו שלא יתן רבית בשביל הלואה. כנלענ"ד נכון בסברא.

ומזה יש לע' על התפל"מ שכ' (בסי' קעג) ליישב דברי הגה (סעיף כ) דא"צ שיהיה בידו אלא מעט. דכוונתו שיהיה בידו מה שמוזיל גביה וכו' שזה שבידו מוכר לו בעד פרוטה א' וזה מותר כיון שיש לו והשער בשיווי ע"ש. ובזה יש לע' דהא מ"מ עושה כן בשביל מותר הלואה אף דאינו ניכר די"ל שעושה כן בעד פרוטה א' שצריך לו מ"מ כיון שיודע שהוא בשביל הלואה ליתסר ודומה למשכנתא בנכייתא וצ"ל דשאני התם דהשער הוא דרך פסיקא ולא הלואה וע"ש דמשמע דבעי ג"כ יצא השער דלא מקרי פסיקא כלל אלא הלואה ע"ש:

תד"ה ולא ישכור הימנו בפחות, ור"ת אמר דבית נמי וכו'. נראה מדבריהם דר"ת דחה להך תירוץ דא"כ גם בבית לישתרי דשמא יפול ואמאי אסור במתני' לשכור בפחות. אע"כ דחילוק אחר יש בין שמלוה מעותיו על חצר זה או לא כמ"ש בדבריהם, ותמוה לי מאד דהרי אם נימא דבנכייתא גם בבית הוי קרוב להפסד דשמא יפול. ע"כ צ"ל דאם נפל הבית אעפ"כ מנכה לו ולא דמי להוא דאמרי' לקמן (דף עט) השוכר את החמור ומתה בחצי הדרך אין לו אלא שכרו של חצי הדרך. והכי פסקי' בש"ע וכן פסקינן בשוכר בית דאם נפל א"צ ליתן לו שכר וע"כ דבנכייתא אין הדין כן דע"ז הוא הנכיון בין יפול ובין לא יפול. וכיון שכן אמאי קשה להו ממתני' אימא דבאמת גם בבית מותר מטעם קרוב לשכר ולהפסד ושאני מתני' דלא ישכיר דהוא רק שכירות ופשיטא דהדין דאם נפל א"צ ליתן לו שכירות וליכא הפסד כלל. ואם נימא דתוס' ס"ל גם בנכייתא הוי רק שכירות ואם נפל פסידא דמשכיר. א"כ היכי ס"ד לומר דהוי קרוב לשכר ולהפסד. ופשיטא דלא

הקשו מידי על רש"י דשאני שדה שלא יעשה פירי דודאי פסידא דשוכר אבל בבית אם יפול הוא פסידא דמשכיר. א"כ ממנ"פ לא הקשו תוס' מידי. וצלע"ג:

דף סה:

תד"ה לכשיהיה לי מעות. אבל כאן נהי דהוא יכול לפדות יורשים א"י לפדות. יש לע' לפ"ז בסוגיין דמגלה (דף כט) דאין מוכרים בהכ"נ אלא על תנאי שאם ירצו יחזירו. ומוקי לה התם כר"י דצד א' ברבית מותר. ואמאי מהני הא היכא דלעולם יכולים לפדות הוי כמו משכנתא. וע' במ"ש תוס' בעירובין (דף לא ע"א) ד"ה והתני' ה"ז רבית גמורה וכו' בסוף דבריהם וצ"ל דרבית גמורה מדרבנן קאמר וכו'. יש לע' לפ"ז לר"י יהא משכנתא ר"ק דליכא ילפותא מבתי ערי חומה דשאני התם דצד א' ברבית הוא משא"כ משכנתא דלא הוי צד א' וכמ"ש תוס' אח"כ בדיבור שלאחריו. ודוחק לומר דר"י ס"ל מסברא דמשכנתא לא הוי ר"ק דבזה לא מצינו דפליגי. וצ"ע:

בהגהת אשר"י סי' נ"ג כ' בערב שלא בשעת מ"מ על הקרן והרבית ועשה קנין נתחייב בקרן ולא ברבית דלא מהני קנין:

ויש לעיין טובא דגם לקרן לא תהני לשיטת פוסקים דקני את וחמור לא קנה כלל. ואמ"ו דודי הרב הגאון מו"ה וואלף איגר השיב לי דשאני זאת דבר קנין הוא רק ארי' הוא דרביע עלה ודומה לסברת ר"ש שהבאתי בסמוך. ואנכי השבתי לו דשאני סברת ר"ש דבההוא גופא בר קנין הוא בשארי קנינים משא"כ שם רבית אינו בר התפסת קנין. ודמיתי אותו להההוא דקדושין (דף נא) והא קני את וחמור הוא ע"ש. אף דהאשה זאת בת קנין היא רק דשם אחותו לאו בת התפסת קנין היא ה"ה הכא וע', ודברי הגהת אשרי בלא"ה תמוהים לי שאסור הישראלי ליקח הרבית עד שיתן העכו"ם. ולא ידעתי מה מהני שיתן העכו"ם הלא הערב הוי הלוה ונתחייב העכו"ם רבית להערב א"כ מה שנתן להמלוה הוי כנותן בשביל הערב. וצע"ג:

דף עב.

תד"ה שטר שיש בו רבית. בסוף הדבור. וי"ל כגון שיש עדים שמעידים שאנוסים היו מחמת נפשות ע"ש. ע"כ מיירי בכת"י יוצא ממקום אחר דאי באין כת"י יוצא ממק"א אף הם בעצמם נאמנים לומר אנוסים היינו מחמת נפשות במגו. וכ"כ להדיא לפרש בגד"ת וכיון דעל כרחך מיירי בכת"י יוצא ממק"א. א"כ הוי תרי ותרי כדאיתא להדיא בכתובות (דף כ) וע"כ אף בתרי ותרי אינו גובה מזמן שני כיון דלפי עדים אחרים הוא מוקדם

וא"י לגבות מזמן ראשון וגזרו שמא יגבה מזמן ראשון. וכיון שכן יקשה לכאורה אמאי צריך התוס' לומר דהעדים אחרים אומרים שההלואה היתה בתשרי והקדימו העדים הזמן והוי רק הכחשה בעדות ולא הזמה וקיי"ל כר"ה דאמר זו באה בפ"ע ומעידה. וא"כ בלא טעמא דקנס היה הדין דמזמן השני יהי' השטר כשר כיון שכולם מודים שמזמן שני הוא אמת והוי השטר חתום בעדים דבאים בפ"ע ומעידים והרי אלו היו חותמים מעתה השטר היינו מכשירים וה"נ מזמן שני הוי כמו עדות אחרת, זולת שנאמר כיון שאומרים גם על עדים שעשו מעשה והקדימו הוי כמו הזמה שמעידים על העדים שהעידו שקר. ודלא כהרמב"ם דהיכא שאומרים עמנו הייתם וגם הלוה עמנו היה הוי הכחשה ולא הזמה והוי עדים פסולים. ומכאן ראיה לדברי ריב"ש שהביא בש"כ ססי' ל"ח דהזמה שלא בפניהם הוי מוכחשים ופסולים, דלשיטת הש"כ דשלא בפניהם הוי רק הכחשה וכשר לעדות אחרת, עדיין תקשי דלוקמי שהעידו כן שלא בפ"ע, ודוק וע' היטב בב"ח:

דף עב:

מתני' אין פוסקים על הפירות עד שיצא השער. יש לע' ואמאי אסור בלא יצא השער הא מקבל עליו זולא והוי קרוב לשכר ולהפסד דמותר כמו אי תקפה לעיל (בדף סד) ואף דתוס' כתבו (דף ע') דזהו דוקא דרך מקח ולא הלואה. וא"כ י"ל דגם בפסיקא כיון דל"ל ולא יצא השער ולא נתפס הקנין ומעות הלואה והוי הלואה בקרוב לשכר ולהפסד דאסור, מ"מ קשה מהא למה דאמרי' (דף סד) מה שעיזי חולבות מכור לך בכך וכך מותר, וע' ברש"י דהטעם דהוי קרוב לשכר ולהפסד כיון דמקבל בסך זה גם אם יהא מעט ע"ש, והיינו ע"כ אף באומר מה שעיזי חולבות למחר והשתא ליכא חלב מותר מטעם זה דאל"כ אלא כפשוטו דהולך לחלוב ומוכר לו מה שיחלוב היום דא"כ בלא"ה חלב מותר מטעם דיש לו ושרי לאזולי גביה ולא הוי הלואה כלל, אע"כ שמוכר לו חלב של מחר הרי אף דאין קנין נתפס מהיום דחלב של מחר הוי לב"ל ומעות הלואה, אפ"ה כיון דדרך מקח הוא שרי בקרוב לשכר ולהפסד. א"כ אף פסיקא לא יצא השער לישתרי מטעם זה. ומזה היה נראה דמה שעיזי חולבות למחר לא מקרי לב"ל דמצוי הוא דעבידי דאתי בודאי וכן הוא ברבינו ירוחם (נתיב יז) שכ' דמה שעיזי חולבות ומה שרחילי גוזזות אף שאינו עכשיו לא חלב ולא גיזה לא מקרי לב"ל ע"ש שלא כ' טעמא למלתא ומש"ה לא הוי כלל שם הלואה רק בלא טעם דקרוב לשכר ולהפסד היה אסור להוזיל גבי' מטעם יש לו, משום דמ"מ כיון שא"א ליתן לו מיד אסור. וגדולה מזו כ' תוס' ב"ב (דף פו ע"ב) ד"ה דינר ליום דהא דמרבין על השכר היינו דווקא בנכנס מיד לחנך הבית אבל בלא"ה

לא ע"ש. אף דמ"מ כבר נקנה הבית לזכות דירתו לזמן שקבע אפ"ה אסור, ואף לדעת הרשב"א הובא בהה"מ שחולק בזה היינו דוקא בבית שאינו חסר כלום ובידו ליתנו מעכשיו משא"כ בחלב של מחרת שאין בידו ליתנו מעכשיו [ואפשר גם בבית ששכור לאחרים והשכירו לזה בהקדמת מעות שידור בו לאחר זמן שכירות של זה אף דנתפס הקנין מ"מ אסור לכ"ע כיון שא"י לקיים הקנין עכשיו] אבל בפסיקא דלא נתפס הקנין כלל אסור דהוי הלואה:

אולם מתוך דברי הרשב"א למדתי בשו"ת תולדות אדם להרשב"א דמה שעיזי חולבות למחר דהוי דבר שלב"ל. וכ' דזהו טעמא דברייתא בסיפא דמה שעיזי חולבות בכך וכך אסור משום דהוי הלואה דא"א מקנה דשלב"ל. אך ברישא מותר דהוי קרוב לשכר ושרי אף בהלואה, וקשה מ"ש מפסיקא וצ"ע.

במה שהקשה המ"ל פי"א מהל' מלוה לשיטת הראב"ד דבאבק רבית כיון דמחוייב להמלוה לשלם לצי"ש משום כיבוד אם תפס הלוה לא מפקי' מיניה, א"כ בכל מטלטלים דיתמי דעכ"פ מחוייבים היתומים לצי"ש משום כיבוד אם כמבואר פ' מי שהיה נשוי גבי עובדא דקטינא א"כ תיהני תפיסה ובכתובות פ' הכותב סוגיא דינתן לכושל מבואר דתפיסה לא מהני מרשות יורשים לכ"ע, והניח בצ"ע. ולענ"ד נ"ל דאין הנושאים דומים להדדי ושאני בא"ר דזה התופס יש לו תביעה על הממון דלצי"ש מגיע לו הממון בתורת תשלומין משא"כ במטלטלים דיתמי מטעם תשלומי' אין להמלוה שום תביעה רק דעל הלוה מצוה לכבד אביו בקבר מש"ה לא מהני תפיסה שיקיים זה מצות כבוד אב כיון דעכ"פ אין לו שום תביעת ממון אף לצי"ש, כנלענ"ד נכון, וק"ל במ"ש המ"ל עוד שם דיותר קשה לשיטת הרשב"א דכופין להיתומים על המטלטלים שירשו א"כ פשיטא דתיהני תפיסה ע"ש, ובמחכ"ת טעה בזה דפשוט וברור דלשיטת הרשב"א והר"ח גם מוציאים ויורדים לנכסיו במטלטלים שירשו, והא דמטלטלים דיתמי לא משתעבדי וכולה סוגיא דכושל מיירי ע"כ ביתומים קטנים כדאיתא להדיא במרדכי ובהגהת אשר"י פ' הכותב, ובשו"ת הרשב"א הובא בב"י סי' ק"ז ופשוט, אמנם תמוה לי על שיטת הרשב"א מסוגיא דריש פ' הגוזל בתרא דאיתא שם נימא תהוי תיובתא דר"ח אמרי לי כי תני ההוא לאחר יאוש ע"ש, והרי התם ע"כ מיירי ביתומים גדולים דאל"כ גם לר"ח לא פריך מידי דקתני שהזיקו פטורים אע"כ מיירי ביתומים גדולים וכיון שכן מאי בעי במתני' הניח להן אביהן אחריות נכסים גם בהניח מטלטלים יצטרכו לשלם חוב אביהן דהא יורדין לנכסיהן, וצ"ע בסוגיא דב"ק (דף קיב ע"א) תוספות ד"ה קטנים ואיכא לאוקמי כגון שהניח וכו' ואפשר ליישב סוגיא דהש"ס והיינו דמגדולים היה אפשר

לומר דהניח אחריות נכסים חייבים לפרוע חובת אביהן. אבל מקטנים פריך שפיר לר"פ בערכין (דף כח) דלעולם אין נזקקין לנכסי יתומים קטנים דפריעת בע"ח מצוה, ויתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו. א"כ שפיר קשה הא אין נזקקין. ומצד אכילתם ג"כ פטורים דקטנים שהזיקו פטורים וא"ש דר"פ דהוא המשני לפירכת הש"ס ה"ק וכו' ומסתמא גם הוא המקשן וכמ"ש בספרי הכללים וא"כ ר"פ לשיטתיה שפיר קשה מקטנים:

במ"ל פ"ד ממלוה ה"ב דין ח'. א"כ קשה. ולפמ"ש תקשי דאכתי לפסלו בדבר על לאו דלפ"מ. ולענ"ד לפמ"ש הט"ז ח"מ סי' ל"ד ליתן טעם מפני מה טבח אינו נפסל דעבר על לאו דלפ"ע משום דלאו זה אינו מחייב מלקות ובעי רשע דחמס, משא"כ דעבר על לאו דלפ"ע מכח חימוד ממון מקרי רשע דחמס שפיר פסול, והנה מדברי תוס' אלו (לעיל) דכתבו בתי' א' דמיירי ברבית דרבנן ובעי רשע דחמס, ומבואר דס"ל דגם ברבית דרבנן אסרו חכמים בשעת שימה דהא כל עיקר קושייתם רק מכח שימה והו"ל לתרץ בקיצור דמיירי ברבית דרבנן וליכא ל"ת. וכן מבואר בהרלב"ח שהביא המ"ל שם בכוונת הש"ס דבפלגא באגר ופלגא בהפסד ליכא בנתינה משום רבית כיון דליכא חד צד ורק משום שימה אסור הרי דגם ברבית דרבנן איכא שימה, אמנם לפ"ז קשה לי מהיכן הכריחו הנ"י והרשב"א דברבית דרבנן לא עבר הלוה מדאמרי' איסורא לאינשי לא הוי ספי ולא קאמר איסורא עביד. הא בפשוטו י"ל דמהא לא הו"מ למיפרך דהא י"ל דר' שימי הוי בדעתו לטעון בשעת פרעון דהוי רבית ולא הוי עביד איסורא ומשעת שימה לא עביד הלוה איסורא דברבית דאורייתא לא עבר הלוה משום ל"ת כמ"ש במ"ל שם בשם הרלב"ח, מש"ה פריך דלא הוי ספי, היינו דמ"מ כיון דהמלוה עובר משום ל"ת עובר עכ"פ משום לפ"ע, ודוק. מסוגיא זו משמע דאף באיכא אחד שרוצה ללות מזה ברבית דרבנן מ"מ אסור כדמסיק במ"ל דלא כתפארת שמואל דאל"כ מאי פריך מר' עיליש דלמא אזדמן דבאותו שעה היה אחר שרוצה לקבל בפלגא באגר ופלגא בהפסד, ודוק:

הב"י ביו"ד (סי' קס) כ' על שם המרדכי באומר הלוני מנה ואני אלוה לך הוי ר"ק ול"ד לנכש עמי ואנכש עמך. ועלה בדעתי אם זה חוזר לזה ואמר שעושה כן לתשלום הרבית שקצץ שילוהו לחדש הוי כמו כל רבית קצוצה דצריך ליתן הריוח שהרויח בו וליכא רבית והוי כמו שליחות יד דמותר לקבל הרבית וכמו שהעלה במ"ל והתורה אסרה רק במי שמלוה מדעתו אסור לקבל נשך, ואם התנה ליתן רבית התנאי בטל ומעשה קיים, ואסור לקבל, אבל זה אין דעתו כלל להלוות ואמר שזה עושה לרבית ואינו כלל בהלואה צריך ליתן לו מה שהרויח כמו שלח יד, ואומדין מה ששוה מעות בהלואה לב' חדשים כדקתני במתני' דמכות דמעידים אנו באיש פלוני כנלענ"ד:

בב"י שם כ' מי שהיה בידו מעות יתומים וטען קבלתי פלגא באגר וכו' על ראובן עליו להביא ראיה לראב"י ולרב וכו' משמע דלראב"ן לא מהני כל מה שקבל ראיה מהני. ובשו"ת מהרי"ל סי' ל"ז באמצע דבריו וז"ל וכדפסק נמי ראב"ן דלא מהני למקבל שמקבל בע"א תקנתא דרבנן ואפילו לראב"י ולרב וכו' משמע דלראב"ן לא מהני כל מה שקבל בע"א אף אם יביא עדים, ובאמת בשו"ת מהרי"ל גופא יש לע' דמשמע שם דמהני ראיה שלא קבל מכת מדינה ומאי מהני דהא תקנת חכמים שיקבל כל ההפסד ע"ש בש"ע שם ס"ב כ' אסור להקדים הרבית או לאחר וכו' נתן עינו ללות ממנו והיה משגר לו דורון בשביל שילווהו, נלענ"ד דזהו דוקא בשולח לו דרך מתנה ומבקש ממנו שילוהו בשביל זה והוא דרך שחד בעלמא אבל אם התנה עמו ע"מ שילוהו א"כ אם אינו מלוהו צריך להחזיר לו ובשעת ההלואה הוי כנותן לו ודומה לאומר חוב שאצלי מחול לך בתנאי שתלויני דהוי כאומר אם תלוני מחול לך החוב דהוי רבית קצוצה כמ"ש, כנלענ"ד ברור, בש"כ ס"ק ל"ג ד"ה ומיהו אין המלוה כו' נראה דש"ה דידוע שהיה מעות צדקה בידו הלכך שרי מטעם דלא שביק היתרא כו' לא ידעתי מה שייך בזה ל"ש היתרא כיון דאם מלוה מעות צדקה אין הריוח לעצמו, בטור סי' קס"א כ' ופירש"י חוץ מקרקע כגון שהלוה לו ה' גפנים טעונות כו' וע' בשיטה מקובצת שכ' עוד דמשכחת שא"ל שרשאי ליתן לו קרקע זה עם עוד קרקע בית רובע וגם רשאי ליתן לו כל קרקע אחר כשיעור זה ומש"ה לא הוי כחליפין כיון שרשאי ליתן לו קרקע שלו. וגם לא הוי כשכירות כיון שרשאי ליתן לו קרקע אחרת ע"ש, ויש לע' בזה דברי תוספות (דף סט ע"ב) ד"ה מרא הדרא, דמסקי כיון דעכ"פ יש פחת אם מחזירו בעין אף שהרשוהו ליתן לו אחרת, מ"מ כיון דיכול להחזיר בעין עם הפחת הוי שכירות אף אם השתא נותן לו אחריות ע"ז ה"נ כן וע"ש היטב בזה:

בטור ססי' קס"ב כ' מי שיש לו אריס מותר להלות לו סאה בסאה וכו' ובמקום שדרך בע"ה וכו' אא"כ הלוהו מיד כשירד לתוך שדה, וע' בב"י דכשירד ל"ד אלא קודם שירד דמיד אחר שירד אסור ולדעתי י"ל דכוונת הטור הכי דבתחילה שכ' ונתרצה הארוס היינו דוקא לאחר שירד וכמ"ש הב"י וכדעת רש"י ע"ש, וע"ז כתב הטור דאסור ללות אחר שנתרצה כבר ואינו מותר אא"כ הלוהו מיד כשירד והיינו מיד כשירד בשעת ריצוי שמרוצה שנותן לו במתנה ובשעת מעשה א"ל שהסאה זה שהחיוב על בעה"ב ליתן יהא עלי כהלואה כי אנכי נותן לו במתנה שיהא הזרע משלי וזהו מותר דהוי כאומר אני נותן לך במתנה וכל שנה דינר רווחים ממנו דמותר כמ"ש בב"י (ססי' קסא) בשם הריב"ש ואינו אסור אלא אחר שירד ונתרצה אריס ליתן במתנה ואחר זמן רוצה להלות ממנו

דכבר החוב על הארוס והוי כמו נתחייב במתנה ואחר זמן זוקף עליו במלוה דאסור כמ"ש בב"י ססי' קס"א ודוק:

וכ' עוד שם הטור, א"א הרא"ש בת' כ' הלוה לחבירו חטים ועשה עליו שטר מכך וכך סאין וכו' ואם לא יכול לברר ישבע הלוה וכו' ויש ליתן טעם אמאי דנאמן לטעון על שטר שהוא של רבית ונראה דשטר זה אינו בדין לטרוף מלקוחות כיון שחייב ליתן לו סאה כפי שיהיה בזמן הפרעון בין הוזל בין הוקר והוי אין לו קצבה בין למטה ובין למעלה שאינו גובה מלקוחות וכיון שאינו טורף מלקוחות הוי כמו כת"י דנאמן לומר פרעתי בח"מ סימן ס"ט דאינו חושש להניחו כיון דאינו טורף ממשועבדים. ומש"ה נאמן לטעון שהוא רבית. וק"ל, ואח"ז מצאתי סעד לסמכה דבכה"ג אינו ראוי לטרוף ממשעבדי באו"ת ססי' קט"ז:

דף עה:

מתני' והטעו זא"ז. בנ"י הביא דברי הירושלמי שכ' דהטעו זא"ז כגון דאמרו בכך וכך כדרך שהפועלים נשכרים. והעלה הנ"י דהסוגיא דידן פליג אירושלמי בהטעו פועלים לבעה"ב אבל בהטעה בעה"ב לפועלים בזה קיימי' דברי הירושלמי דהוי כלא קצץ, ובהגהת ש"ע (סי' שלב ס"ד) דבין בהטעה בעה"ב לפועלים ובין הטעו פועלים לבעה"ב הוי כלא שכרו ונותן להם כפחות שבפועלים. אבל לפ"ז באם הבעה"ב אמר בד' כדרך שהפועלים נשכרים ואגלאי דמתגרי מקצתן בה' ומקצתן בו' נותן להם ה', והש"כ חולק דא"צ ליתן להם רק ד' ולמד זה דכי היכי דמסקי' דבע"ה אמר בד' והשליח אמר בג' ואמרו כדרך שאמר בע"ה אינו נותן להם רק ג' מספק איבעיא דשמא אדיבורא דידיה סמכו וסברו וקבלו, ה"נ אדיבורא דידי סמכו דפועלים נשכרים בד' וסברו וקבלו ע"ש. ולענ"ד המעיין בלשון הנ"י יראה להדי' כמ"ש הרמ"א דנותן כפחות שבפועלים, ועל קושי' הש"כ נלענ"ד בפשוטו לחלק דדוקא גבי כמו שאמר בעה"ב דהרי חזינן דעב"פ אלו אמר בג' מתרצים גם המה בכך ומסתמא לא מצאו להשתכר עצמם ביותר, מש"ה לא הוי טעות כ"כ לומר אלו הוי ידעי דאמר בעה"ב בד' לא הוי מתרצים אלא בד' דאין שיווי מלאכתם תלוי באמירת בעה"ב וכיון דנתרצו בג' משום דלפעמים אין מלאכתם שוה יותר אין כאן טעות משא"כ באומר כדרך שהפועלים נשכרים דבזה תלוי עיקר שיווי מלאכתם כפי שיעור שהפועלים משתכרים הוי טעות גמור דנתרצו בד' משום דסברו דזה הוי שיעור שכירות הפועלים, אבל אלו הוי ידעו דפחות שבפועלים בה' אין רצונם להוזיל משער שכירות פועלים דמסתמא היו מוצאים להשתכר בה' כיון דהשער בכך, וכיון שכן דהוי

טעות לא מקרי סברו וקבלו, וגם הבעה"ב לא רצה להתחייב יותר מד' הוי כאלו לא קצץ כלל ונותן כפחות שבפועלים. וזה ברור בעזה"י, ומ"מ מה שנראה מדברי הסמ"ע סקי"א דכ' היכא דבהטעו פועלים לבעה"ב ואמרו ביו"ד כדרך שרוב פועלים נשכרין דצריך לשלם עכ"פ כפי רוב הפועלים ולא כפי הפחות, ה"נ אם הטעה הבעה"ב לפועלים ואמר בד' כדרך שנשכרו רוב הפועלים ואגלאי דרובן משכרי בה' ומיעוטן בד' דצריך לשלם להם ה', זה אינו נראה דדוקא בהטעו פועלים לבעה"ב דעכ"פ שמרוצה הבעה"ב ליתן כדרך רוב פועלים. ואם היה מתרצה מכ"ש נתרצה ליתן ט' אם רוב פועלים בט'. אבל בהטעה בעה"ב לפועלים דמ"מ הבעה"ב לא נתרצה ליתן רק ד' וא"כ אף דפועלים חשבו דרוב פועלים בד' ואגלאי דהוא בה' זהו מהני דלא מקרי סברו וקבלו, אבל מ"מ במה נתחייב הבעה"ב ליתן ה' והוי כלא קצץ ונותן רק ד' כפחות שבפועלים:

דף עו.

גמרא חזרו זה בזה לא קתני, הרי"ף כ' אבל חזרו זה בזה ולא בא לעשות מלאכה אפי' תרעומות אין להם זע"ז, ואב"ע האי תנא ויש להם תרעומות.

לא זכיתי להבין דמה בעי הרי"ף בזה לומר דפליגי ב' לישני לענין הדין דלל"ק חזרו אפי' תרעומות ליכא הא בפשוטו נראה דל"ק לא רצה לפרש במתני' חזרו מדלא קתני חזרו אע"כ דמיירי בע"א דהטעו פועלים אהדדי אבל מחזרה לא מיירי, ומ"מ י"ל דלענין הדין גם בחזרה הוי תרעומות ולישנא בתרא קאמר דאפשר לפרש בלשון הטעו חזרה דהא בברייתא ודאי מיירי חזרה ואפ"ה קתני הטעו, ע' בהרא"ש שכ' דלרבנן גם אם בעה"ב חוזר אין ידו על התחתונה ע"ש, לכאורה תמוה דהרי ברישא דברייתא אבל הלכו פועלים ומצאו שדה כשהיא לחה וכו' לא פליגי רבנן, וע"כ דלא מצי חוזר ומיד נתחייב בשכירות במקום שא"י לומר השכירו עצמיכם. וא"כ ממילא בהוזל צריך לשלם הפחות כיון שא"י לומר השכירו עצמיכם אם לא בפחות, זולת שצריך לחלק דהלכו היינו שעבר זמן שכירות פועלים דא"י אח"כ להשתכר בזה הוי דינא דגרמי בעת שהגיע שעבר הזמן שכירות פועלים והוא מפסידין הוי מדינא דגרמי שידע מיד שאח"כ לא יכולים להשתכר, אבל אם עדיין זמן שכירות פועלים רק שהוזל השער מחמת עצמו בזה לא גרם להם היזק בדיבורא כיון דאלו חזר היו מוצאין עדיין להשתכר ומה שהוזל משמים אפסידו מזה מיירי רבנן, ומ"ש הרא"ש מקודם דנ"מ דבהלכו אף שלא היו מוצאים להשתכר אמש חייב מטעם דכבר נתחייב בשכירות היינו למאי דקיי"ל כר' דוסא דבקבלן ידו על התחתונה (אף דגבי בעה"ב ל"ש דינא דגרמי דמה ההיזק אם לא יעשה מלאכתו וע"כ

מיד דהתחיל הוי קנין וכבר נתחייב בה הבעה"ב) ובעה"ב החוזר אין חילוק בין פועל לקבלן, אבל לרבנן דס"ל דגם בקבלן אין ידו על העליונה, וע"כ משום דהתחיל לא הוי כקנין, אבל בודאי לא פליגי אם בקבלן שייך כי לי בנ"י עבדים וכו'. ור' דוסא ס"ל כיון דבקבלן מהני קנין מש"ה בהתחיל הוי קצת קנין לענין ידו על התחתונה. רק בפועל דלא מהני אפילו קנין מש"ה אין ידו על התחתונה. כך נראה ביאור דברי תוס' לעיל (דף י' ע"א) ד"ה יכול לחזור. ורבנן ס"ל דהתחיל לא הוי כלום והוא כמו לא התחיל ואם הוזל השער ובעה"ב חוזר א"צ לשלם הפחות זולת בעבר זמן שכירות פועלים. ממילא יצא לנו דין חדש לשיטת הרא"ש בלא התחיל לדידן דבעבר זמן שכירות פועלים צריך לשלם מדינא דגרמי היינו דוקא בעבר הזמן אבל לא בהוזל השער, אבל לשיטת הנ"י שכ' דגבי פועלים חייב מטעם דהוי דבר האבד אף בכה"ג חייב, ושרש דבר האבד נראה דהוא אם בחזרתו מפסיד לא שרי ליה רבנן לחזור זולת בלא היו מוצאים פועלים לשכרו לא הפסיד כלום לא הוי פסידא בחזרתו, וכן בפועלים כ' הרשב"א בדבר האבד אם לא היה מוצא הבעה"ב לשכור לא הוי דבר האבד, עוד נראה נ"מ בין הנ"י והרשב"א באם השער בד' והמיעוט נתגרו בג' דדינא דגרמי ליכא דמצי אמר שמא לא היית מוצא להשכיר בד', וראיה לזה מסוגיא דר"פ דאמרי' וליחזי פועלים היכי מתגרי ופירש"י כיון דהתנאי כמאן דליתא דמי צריך לשלם מה שההנהו, ומשני איכא דמתגרי בג' ואיכא דמתגרי בד'. וכ' הפוסקים דהיינו אף דהמיעוט נתגרו בג' מ"מ כיון שיורד שלא ברשות א"צ לשלם רק השער המועט, ע' בשיטה מקובצת. ולכאורה קשה לחייב השליח מטעם גרמי שיאמרו שהיו מתגרי במקום אחר בד', אע"כ כיון דמיעוט מתגרי בג' מחזיר הבעה"ב על הזול ואפשר שלא היה מוצא להשתכר ולא קרי היזק מעתה לדעת הרא"ש כה"ג אם שכרן בד' ולא הלכו וחזר ליכא דינא דגרמי רק בג', אבל לטעם הנ"י דהוי דבר האבוד כיון דאפשר שהיו מוצאים בד' והוי פסידא בחזרתו א"י לחזור וממילא צריך לשלם רק במה שיוכל לומר השכירו עצמיכם, והסמ"ע סק"ח הרכיב לב' טעמים אהדדי ודוק, ובהך סברא דמחלוקת הפוסקים לענין דינא דגרמי לענין הוזל השער או עבר זמן שכירות פועלים יש לע' בה טובא, ודוק. ובעיקר דינא דגרמי שכ' התוספות והרא"ש שהוא כר"מ דדאין דינא דגרמי נפלאתי דלכאורה פלוגתא אי דאין דינא דגרמי היינו בלא נשתעבד עצמו לכך אבל בשיעבד עצמו וזהו מפסיד על דבריו הוי כמו קנין, והכא ששכרן וע"פ דיבור מניחין את בעה"ב הוי כאומר זרוק מנה לים ואחייב אני לך, ודוק היטב, וצ"ע:

גמרא ולחזי פועלים היכי מתגרי. לכאורה קשה אמאי לא יכול הבעה"ב לטעון שמא שליח עשה שליחותיה כהוגן ואמר לך בג' כמו שאמרתי לו וסברית וקבלית ואף דהוי

השליח ע"א מ"מ ל"ש לומר לגבי הבעה"ב מחוייב שבועה ואי"ל משלם, דהא לא הו"ל למידע, גם דלמא מיירי דהשליח הוי קרוב וכדומה וכיון דהבעה"ב טוען דשמא אמר לכם השליח בג' מש"ה יש להם תרעומות, ע"ז נראה לומר כיון דהמלאכה בפנינו שוה ד' אלא דאם השליח אמר להם בג' דסברו וקבלו הוי כמו מחילה ומתנה, ומש"ה הוי טענת בעה"ב שמא מחלת או נתת לי דלא מהני בי' מה שהוא מוחזק כמבואר בהגהת ש"ע חוה"מ (ססי' סה) דבא"ל שטר א' מחול לך אמרי' דהשטר קטן נמחל אף דהלוה מוחזק מ"מ א"י לזכות בספק מחילה, וביותר הוא מבואר בבית שמואל אה"ע (סי' סו סק"ט) גבי מוחלת כתובה היכא דהוי ספיקא דדינא אם מהני מחילתה דצריך לשלם מספק ומדמי לה להוא דססי' ס"ה הנ"ל, ובאמת לענ"ד הדמיון קשה די"ל דהיכא דודאי מחלה אלא דהספק אם מהני מחילתה י"ל דעדיף ומהני חזקת ממון ושאני בההוא דססי' ס"ה דהוי ספק בעיקר המחילה אם מחול לו אם לא, עכ"פ בספק בעיקר המחילה בודאי הדין דא"י לזכות מספק, וה"נ הכא דהבעה"ב טוען שמא סברית וקבלית הוי ספק במחילה.

ואולם לכאורה נסתר זה ממה דכתב הרי"ף בשמעתין דאיבעיא דהבעה"ב אמר בד' והשליח אמר בג' ואמרי' לי' כמו שאמר בעה"ב אם אמרי' אדיבורא דידי' סמכי' ואף אם מתגרי בד' מ"מ סבר וקבל או אדיבורא דבעה"ב קא סמכי וצריך לשלם להם ד', אף אם מתגרי בג', וסיים הרי"ף הלכך מספק לא מפקי' ממונא, ואם נימא כפי הנ"ל ה"נ נימא אם מתגרי בד' יצטרך הבעה"ב לשלם ד' כיון דהוי ספק אם סברו וקבלו. וסבור הייתי לחלק בין ספיקא דדינא לספיקא במעשה, דדוקא בההוא דלעיל דהספק איך אמר השליח דהוי ספק במעשה בזה א"י לזכות בספק מחילה, אבל בספיקא דאיבעיא דהוי ספיקא דדינא עדיף. אמנם לכאורה ליתא דהרי"ף לשיטתי' ב"ב פרק מ"ש באיבעי' דמחלק נכסיו לבניו וכ' לאשתו קרקע דאבדה כתובתה דבברי האיך וכתב הרי"ף דמספק צריך לשלם ע"כ הטעם דהוי ספק במחילה הרי דאף בספיקא דדינא א"י לזכות בספק מחילה, [ובנ"י פ"ק דב"ב גבי אחזיק להו כדא נראה דיכול לזכות בספק מחילה בספיקא דדינא ע"ש והכי פסק בש"ע אה"ע דבברי פטור מלשלם לה והיינו ע"כ דבספיקא דדינא זוכה בספק מחילה] אך מדכ' הרי"ף דאיבעיא דאדיבורא דידיה קא סמיך דמספק אין מוציאים ע"כ דספק דסברית וקבלית לא מקרי ספק מחילה דדוקא היכא דהחוב הי' בודאי כמו בכתובה זהו הוי ספק מחילה. אבל הכא דהספק אם סבר וקבל מתחילה לעשות בג' ומעולם לא נתחייב להם רק ג' לא מקרי ספק מחילה, וא"כ הדרא קושי' לדוכתי' דיטעון בעה"ב שמא השליח אמר בג', ואפשר לומר דהכא דהפועלים טוענים ברי דאמר לנו בד' והבעה"ב טוען שמא בכה"ג אמרי' ברי עדיף דלא הוי כ"כ חזקת

ממון, כיון דכלהו מתגרי בד' אלא דבאנו עליו בטענת שמא סברית וקבלית בזה אתרע חזקת ממון. אבל באיבעי' דאדיבורא דידי' הוי שמא ושמא אף דהפועלים טוענים ברי שכוונתנו היה אדיבורא דבעה"ב, מ"מ נלענ"ד דלא מיבעיא לאותו צד דאדיבורא דידי' סמיך הוי כמו ודאי ואנן סהדי, גם י"ל דלאותו צד דאדיבורא דשליח נכלל כן בבירור בלשון כמו שאמר בעה"ב והוי כפירש דמהימנת לן כך, וא"כ אף אם הוא לא כיון לכך הוי כמו דברים שבלב ולא מהני (ובזה י"ל ג"כ בישוב דברי הרי"ף דהכא מהני ספק מחילה כיון דהוי שמא ושמא דל"ש כאן ברי דדעתו הי' אדיבורא דהבעה"ב דשמא לשון זה סובל רק פירוש דמהימנת לן והוי דברים שבלב. אבל ההוא דב"ב דהיא שתקה והאיבעי' רק אם שתקה הוי מחילה או לא. שייך בזה טענת ברי דלא מחלת והוי ברי ושמא במחילה דברי עדיף) וברי דידי' כמאן דליתא דמי דהרי משמע ודאי דלאותו צד דאדיבורא דידי' אף אם תפסו הפועלים שלא בעדים אין נאמנים במגו דסמכו אדיבורא דבעה"ב דהוי כמו אנן סהדי וא"כ לא מקרי ברי ושמא דזהו גופא הספק אם ברי דידהו כמאן דליתא, אבל לעיל דהוי ברי מעליא דשליח אמר לנו בד' אמרי' ברי ושמא ברי עדיף, ודוק היטב:

דף עט.

רש"י ד"ה לא מכלי' קרנא, וכי תנן במתני' חייב להעמיד לו היכא דמתה בעודו בבית כו'. **נ"ל** כוונת רש"י דטעמא דרב דלא מכלי' קרנא היינו דשמא לא ניחא להו להבעלים והיו רוצים להוסיף יותר בדמים ולא לכלות את הקרן, וגם להוסיף א"י דשמא אין רוצים הבעלים להוסיף משא"כ במת בבית הבעלים יש להכריח להבעלים לעשות או זה או זה, אולם תמהני מה פריך הש"ס מיתיבי יבש האלן, הא שאני התם דהבעלים בפנינו ואין למצוא תקנה אחרת, אבל הכא טעמא דרב שמא היו הבעלים מוסיפים דמים, וצ"ע.
תד"ה אלא בספינה סתם וכו' משמע לעיל דכל אונס שאירע לבעה"ב שלא היה לו לידע יותר מפועל הוי פסידא דפועל:
ולא ידעתי מנין זה לתוס' מסוגיא דלעיל דלא מצינו דהוי פסידא דפועל זולת באתא מטרא דס"ל דהוי פשיעה דתרווייהו ול"ש לומר מזלך גרם רק פסידא דידי' שלא התנה דשכיח שיבא מטר והו"ל להתנות אבל באונס גמור י"ל דאם אירע אונס בשל בעה"ב ופועל מצי אמר הא קאמינא הוי פסידא דהבעה"ב, וע' בנ"י לעיל בסוגיא שכ' ג"כ דה"ה דהיכא דלא הו"ל לתרווייהו לידע והביא ראי' מהברייתא דחלה עבד או שמת לו מת דאין משלם לו כל שכרן, ע"ש. ותמוה לי מאוד דשאני התם שאירע אונס בשל פועל ובעה"ב מצי אמר הא קאמינא וכן בהא דאגר אגירא לדולא ופסק נהרא בפלגי' דיומא

ג"כ אין האונס בשל בעה"ב רק פועל שא"י למצוא מים להשקות אבל היכא שאירע אונס בשל בעה"ב והוא אונס דל"ש דלא הוי פשיעה י"ל דמזלא דבעה"ב גרים. ואף דאפשר לדחוק בכוונת תוס' מ"מ על ראיית הנ"י צע"ג:

ועלה עוד בדעתי לדחות קושי' התוס' החזקה והיינו דלעיל דאמרי' פסידא דפועלים ואמרי' מזלייהו גרס היינו שאין שייך לומר מזלא דהבעה"ב גרים דמאי פסידא לו אם אינו משקה שדהו היום ישקה למחר ואינו דבר הפסד משא"כ הכא דנפסד ממון, אמנם זה ליתא כיון דנפסק לו שבטלם י"ל דהיא גופא דמזלא דהבעה"ב גרים שא"י להשקות שדהו ויצטרך לשכור ב' פעמים וע'.

עוד י"ל בישוב קושי' תוס' דהא דאמרי' פסידא דפועלים לאו משום דתלינן יותר במזלייהו משל בעה"ב אלא משום דהבעה"ב יכול לחזור כיון דלא הי' קנין רק התחיל במלאכה דהוי רק קצת קנין ויכול לחזור רק דידו על התחתונה, וע"ש בתוס' (לעיל דף י' ע"א) ומש"ה היכא דחוזר מחמת אונס אין ידו על התחתונה, משא"כ בקנין ממש שכבר נתחייב לו אפשר דהוי פסידא דהבעה"ב [וע' בנ"י לעיל שהביא שיטת הפוסקים אף בהתחיל לר"א הוי פסידא דהבעה"ב, וצ"ע מההוא דאגר אגירא לדולא ופסק בפלגא דיומא דהתחיל במלאכה] עכ"פ י"ל דבקנין ממש כ"ע מודים, וא"כ הכא שמשך הספינה והוי משיכה על הספינה דהוי קנין גמור מש"ה הוי פסידא דהבעה"ב, ואף שכתבו התוס' מתחילה או אפי' בלא משיכה וכו' מ"מ מנ"ל זאת עד שהוצרך ריב"ן לדחוק בסברא, והרא"ש באמת פסק דאין נותן לו רק חצי השכירות ולא כ' בפשוטו דהוי קנין גמור ואתי' הסוגיא כפשטא, וצע"ג:

בסמ"ע והש"כ (רסי' שי"א) דדעת הסמ"ע דמיד שנטבע החמור א"צ לקבל חמור אחר תחתיו, ודעת הש"כ דבסחורה יכול ליתן סחורה אחרת תחתיה אבל לא בספינה דאין כל הספינות שוות, וכן נראה דעת המ"ל, ולדעתי דין זה מבואר בטור (סי' ש"ז) ז"ל ונראה דכל היכא דחייב להעמיד לו חמור אחר כיון דא"ל חמור סתם או חמור זה ויש בדמו לשכור אם מת וכו', וכן אם ימצא השוכר לשכור בזול לא יכול השוכר לומר אשכור לעצמי וכו' הרי שכ' דאף בחמור זה אי"ל אשכור לעצמי וצריך לקבל ממנו חמור אחר, ע"כ מ"ש הטור בספינה שטבעה דמצא מקום וכו' והיינו כיון ששניהם נטבעו ואין ביד א' להשלים ועכ"פ יפסיד שכירות משא"כ אם נטבע החמור לחוד דאפשר להעמיד לו חמור, וכן אם נטבע סחורה לחוד דלא יפסיד כלום אם יתן לו יין אחר מאם לא היה נטבע כלל אין לו להרויח בטענתו רק שלא יפסיד כנלענ"ד ברור דלא כהש"כ והסמ"ע, וע' בהגהת אשרי.

מ"ש הטור (סי' שי"ב) בשם הרמ"ה דהא דאמרי' חייב להעמיד לו בית אין הכוונה שכופין אותו לבנותו או להשכיר לו דאע"ג דקנו מידו מאז להשכיר לו או לבנותו לו, הרי לא היה בעולם ולא חל עליו הקנין כו', מיהו אם היה למשכיר כו' חלה הקנין עליו כו', ולפמ"ש א"א הרא"ש כו' ויש לע' טובא במ"ש הרמ"ה דלא חל הקנין כיון דלא היה בעולם הרי מ"מ חל הקנין על גופו שגופו משועבד ליתן לו דירת חצי שנה ויש אצלו חוב זה ומשעבד נפשו בקנין ע"ז וגם לענין שעבוד כו' אלים דמשעבד כדאיתא בב"ק (דף נז) עוד תמוה לי בסוף דבריו דאם היה לו בית אחר חל הקנין עליו וכו' דמשמע דבעי קנין ואמאי לא מהני חזקה בבית זה גם לבית אחר ויהיה כמוכר לו שדה ומקבל עליו אחריות שאם שטפו הנהר שיהיה שדה שני' שלו ויהיה שדה שני' שלו לענין זה שאם לא יהא בשדה זה יטול זכותו בשדה שני' דנראה פשוט מסברא דמהני חזקה בבית א' דהוי כמו עשר שדות בי' מדינות דמהני חזקה א' לכולם כדאיתא סי' קצ"ב סעיף י"ג ומה לי אם קונה בית זה לחלוטים או שקונה ומסלק רק זכותו כ"ז שזו השדה בידו ושאני בחמור סתם דדעת הראב"ד והוא בטור סימן ש"י דלא מהני משיכת חמור זה משום דמשיכתו במקצת לא קני, אבל הכא בחזקה צ"ע אמאי לא מהני, וצ"ע:

בסמ"ע (סימן של"ב ססקי"א) שדימה הטעה בעה"ב לפועלים, לפועלים שטעו לבעה"ב, דכשם בפועלים שהטעו בעה"ב ואמר שרובן נשכרין בי', ואח"כ נמצא שרובן נשכרין בט' והמיעוט בח' צריך לשלם ט' כיון שנתחייב כפי רוב הפועלים, ה"ה הבעה"ב שהטעה לפועלים ואמר שרובן נשכרים בה' ואח"כ נמצא שרובם נשכרים בח' והמיעוט בז' צריך ליתן ח' ע"ש, ולענ"ד פשוט דלא דמי להדדי דבשלמא לפועלים שהטעו לבעה"ב ונתרצה ליתן להם י' אך שהטעו אותו שרובן בי' ואעפ"כ נתרצה באם רובן בט' ליתן להם ט' לכך נותן להם ט', אבל בהטעה את הפועלים ואמר שרובן נשכרי' בה' דרוצה ליתן רק ה' ולא יותר אף דלא נתרצה אלא על הרוב מ"מ הוי כלא התנה וע"כ צריכים להתרצות על המיעוט, והוא פשוט בסברא ונכון, אולם יש לדייק כדברי הסמ"ע מדין הקודם, בעה"ב שאמר לפועלים עשו עמי מלאכה בד' כדרך שעשו חבריכם כו' צריך ליתן לאלו כמו לחבריהם, משמע באם שהוא אף ביותר מהשער, וה"נ כיון דרוב בט', וע' ש"כ שחולק ג"כ לעיל, ודעתו להרויח יותר על המדה, דאף לפי הפחת א"צ ליתן כיון שנתרצה בד' כמו שאמר הבעה"ב. ואף לפי כן שהשיב כמו השער היינו מהימנת לן שכך השער, וכסברת הש"ס והביא לחמו מהנ"י ע"ש, והמעיין בנ"י יראה דלא כהש"כ אלא נראה להכריע דבהטעה בעה"ב ואמר שרובן בה' ואשתכח שרובן בט' והמיעוט בח' א"ח ליחן (רק) ח' וכנ"ל, כנלע"ד:

בהש"כ (סימן של"ג סק"ד) ד"ה ולא הפועל כו' לא מהני משום ממון וצריך לעשות הקנין, ולכאורה היה נראה לשיטת הש"כ דא"י לחזור אף אם ירצה להיות ידו על התחתונה וכופין הב"ד לעשות מלאכתו אם לא היה כאן ב"ד וחזר בע"פ בעה"ב ושכר אחרים חייב הפועל לשלם כפי היוקר ואף דכל קבלן א"צ לשלם מכיסו רק מכיסן מ"מ זה שחייב לעשות מלאכתו א"כ שוכר עליו שלוחו וחייב לשלם מה שהוצרך ליתן לאחרים, כך היה נ"ל בפשוטו, אולם בסי' זה כ' הש"ך להדי' סקל"ד דאם שכר עליו א"צ לשלם, וצ"ע, וע' בדרישה שנראה דלא ס"ל כהש"כ. דכ' דמשיכת כלי אומנות מהני רק לקנין כמו ששנה ושלש אלף פעמים דלא עדיף מהתחילו ע"ש. ולפ"ז יקשה לכאורה למאי הלכתא הוי כהתחילו כיון דגם בהתחילו רק מנכה לו לזה שלא התחיל עדיין אין מגיע לו מה שינכה לו. ונראה דדרישה לשיטתו אזיל שכ' בסמ"ע סקט"ו לפרש דברי הטור שכ' אם אין תפוס בידו כלום דאם תפוס אף ממון יכול לשכור ממנו כיון דאינו משלם מכיסו וא"כ י"ל דמשיכת כלי אומנות התחיל לענין שאם יתפוס ממון יכול לשכור עליו, ומה דמשמע מדברי הטור דלא בעינן כלי אומנות היינו בהלכו כמ"ש הטור והוי בלא"ה התחלת קנין אבל בלא הלך בעי' משך כלי אומנות ואף אם החזיר לא יכול לתפוס אח"כ ממון ולשכור עליו. והש"כ לשיטתי' שהשיג שם על הסמ"ע הוכרח לפרש הכא דנ"מ שכופין לעשות מלאכה. וק"ל:

בסמ"ע סק"ח ד"ה ה"ז כדבר האבד לה, וחייב מדינא דגרמי, הרכיב אתרי רכשי דטעמא דגרמי איתא כהרא"ש, אבל בנ"י כ' ע"ש הרמב"ן דהוא מטעם דבר האבד, ע' בשיטה מקובצת דנראה דס"ל דלא הוי כלל גרמי רק גרמא כיון שאין בגוף הניזק וע' בתוס' בב"ק (דף כ ע"א) ד"ה זה אין נהנה וכו' ע"ש, וע' במעד"מ. ובהגהת אשרי שהקשו על דברי הרא"ש דהוי גרמי, א"כ אמאי בדבר האבד שוכר רק כדי שכרן ולא כל ההיזק מטעם גרמי, ותי' דדבר האבד היינו אף בלא פסידא כיון שלא היו מוצאים להשתכר פועלים בלא"ה ע"ש, והרי הנ"י בשם הרשב"א כ' להדיא דדבר האבד הוא רק באם היו מוצאים פועלים לשכור עיי"ש וא"כ תקשי דהוי גרמי ויצטרך לשלם כל ההפסד אע"כ דלא הוי גרמי, ודוק היטב, וע', וע' בש"כ סקכ"ח שהעלה לדינא כהגהת אשרי. ותימה דא"כ בבעה"ב החוזר דתמיד הוי דבר האבד כדאיתא בש"ע סעיף ב' וא"כ גם באם לא היו מוצאים פועלים אמש להשתכר לחייב לשלם להם וצע"ג.

בסק"ט שוכר עליהם וכו' מה שדימה שם הש"כ לדברי הרמב"ן דביש תרעומות אמרי' על תנאי הראשון פייסינהו לא ידעתי דהתם הוי רק פיוס, אבל הכא מיירי שנתרצה להדי' על תנאי השני, ומה שעולה בדברי הש"כ דלשיטתן דמיירי ביש פועלים לפנינו

ואמרו שכור מאלו לק"מ מדברי הרמב"ן דליכא תרעומות קשה לי מדברי הש"כ עצמו ברסי' דפועלים אמרי לבעה"ב שכור מאלו הוי תרעומות כיון שאין דרך בעה"ב לשכור פועלים, וא"כ אף לשיטתו יקשה וצ"ע:

במ"ש בהג"ה סעיף ה', וכן סופר המקבל לכתוב ספר א' מקרי דבר אבד, ע' בסמ"ע, וקשה לי למאי הלכתא הוי דבר האבד. למ"ש בהג"ה סעיף ו' ואם לא שכר עליהם אין הפועלים חייבים לשלם הזיקו, והכא בסופר אף אם יתן כל הון לסופר א"י לתקן המעוות, ואם לא ישכיר הוי רק אבד גוף הספר, זולת שכ"כ לדעת הי"א שכ' בהג"ה ס"ו דדוקא בדבר האבד שאינו ממון אזי אפשר דבזה כיון שא"א לתקן מיד קיבל לשלם דבר הנאבד, וצ"ע לדינא, גם י"ל דנ"מ לענין מטען ודוק, נסתפקתי בדבר האבד כגון פשתן ששרו במים והפשתן בעצמו שוה רק דינר והשכירות הפועלים הוא ב' דינרים ואורגים ממנו בגד ושוה אח"כ למכור בה' דינרים וחזרו בהם הפועלים ומצא אחרים לשכור בג' דינרים אם יוכל לשכור עד כדי שכרן או כיון דהאבד רק זהב. א"כ יאמרו היינו משלם לך הפשתן ודוק. וע'.

בש"ע (סי' קצח סעיף ז) י"א שכירות מטלטלים וכו' והנה ממ"ש הטור בשם הראב"ד דבחמור סתם ומת החמור א"צ להעמיד חמור אחר אם לא קנה מידו כיון דליכא רק מ"ש וכיון שמת ליכא מי שפרע, וממ"ש דהוי מ"ש ע"כ בהקדים לו מעות דמי השכירות, דבדברים בעלמא ליכא מ"ש הרי דאף בשכירות ס"ל דאין מעות קונות, וע' בנ"י פרק האומנים דבאמת לא העתיק כן ואדרבא משמע להדי' דבמעות לחודי' ג"כ הוי קנין רק דבלא מעות בעי קני מיד ע"ש, ובאמת מאד אני תמה הן על הש"ע והנ"י. שכתב הטעם דמעות קונות בשכירות כיון דהגוף להבעלים ל"ש שמא יאמר נשרפו חטיך בעלייי. ומכ"ש על הראב"ד דכ' באמת דאינו קונה. ולא ידעתי האיך שייך לומר שמא נשרפו חטיך הרי סוגיא ערוכה בהש"ס פרק הנ"ל השוכר את החמור ומת בחצי דרך נותן לו שכר מחצי דרך הרי דא"צ ליתן יותר מחצי דרך ממה שנהנה. א"כ ליכא הפסד וצלע"ג. גם בנ"י פ' השואל בסוגי' דכשם שתקנו משיכה בשומרים כ' בשם הרשב"א דגבי שכירות מטלטלים ג"כ אין מעות קונות וסיים וכן דעת האחרונים ז"ל ע"ש והובא בב"י סס"י זה:

דף פ.

תד"ה ואי דוכתא וכו' ואי הוי ספק היו שניהם פטורים. יש להקשות מה מקשו תוס' הא י"ל כיון דשניהם קבלו לחרוש הויין כמו ערב זה לזה, וא"כ גובה מכל א' החצי בממנ"פ או שהוא פושע, או שהוא מחייב מדין ערב. וי"ל דהן אמת ב' שקבלו יחד הוו ערבים

זה לזה כמבואר בש"ע חוה"מ (סי' עו), אבל הכא בנ"ד דומה למה דאמרי' בכורות (דף מח) בב' יב"ש שקנה שדה מחבירו, ושט"ח יצא על אחד מהן דא"י לגבות מזה שקנה בממנ"פ. או שהוא שהלוה או שלקח שיעבודו דנכסי דבר אינש אינון ערבי. וכיון דא"י לגבות מהלוה א"י לגבות מהערב ע"ש. וה"נ כן. אף שהוא ערב בעד חבירו מ"מ הא מחבירו גופא א"י לגבות דמצי לדחות שמא לא פשע ממילא א"י לגבות מהערב, אף למה שהעלה האו"ת (סס"י מט) דבב' יוסף ב"ש והא' ערב בעד חבירו דמצי לגבות ממנו בממנ"פ, או שהוא הלוה או שהוא ערב כיון שאם הוא טוען שהוא לא לוה הוא מודה שחבירו לוה. וא"כ הוי כמו ערב דעלמא שהלוה אומר להד"ם והערב מודה דצריך לשלם כמבואר (בסימן קכט בהגה) ושאני בההיא דלקח שדה כיון דמצי מדחי ליה הוי רק מע"פ ע"ש:

מ"מ נלענ"ד דשאני התם דהערב מודה שחבירו חייב ואלו טען חבירו האמת היה מחוייב בב"ד לשלם ממילא החיוב מוטל על הלוה, רק כשכופר, מש"ה צריך הערב לשלם, משא"כ הכא דהספק באמת אם הפשיעה בפרשא או במאן דתפס במנא ומדינא פטור כל א' לשלם דספק ממונא. וא"כ גם הערב אינו מודה דחבירו חייב. דהערב בעצמו טוען שחבירו פטור מצד ספיקא. ומש"ה א"י לגבות מא' ממנ"פ דשפיר יכול לומר שמא לא פשעתי, ואעפ"כ אינו חייב מדין ערב דהא חבירו ג"כ מדינא פטור מספיקא. וכיון שהוא פטור גם הערב פטור, כנלענ"ד נכון לדינא:

דף צו.

גמרא תיבעי למ"ד שלוחו ש"א כמותו כו' אבל עבד דלאו ב"מ לא. ע' בפירש"י ותמהו עליו דהא אפשר אם יש לו נכסים ע"מ שאין לרבו רשות בו ע"ש. והנ"י כתב בשם הרמב"ן לפרש אע"ג דבעלמא לא בעי שיהיה בר מצות ממש כישראל דהא משוינן ליה שליח לתרומה ולגט שחרור וכיוצא, מ"מ הכא דכתיב בעליו אהני לן דבעיא בר מצות דומי' דבעלים ממש ע"ש, ולא זכיתי להבין האיך מפורש דבעלים הם בר מצות ממש הא אפשר דהבעלים הם נשים או עבדים בנכסים שאין לרבם רשות בם, וא"כ הבעלים בעצמם אין חייבים בכל המצות, הכי נאמר לאותו ס"ד לחלק דאם הבעלים אנשים לא הוי שאילה בבעלים ע"י עבדו. ואם הבעלים נשים הוי שאילה בבעלים, גם אם נדחוק ולומר כן, מ"מ קשה נימא ג"כ אם הבעלים אנשים ואמרו לשלוחם נשים צא והשאיל דלא מהני לר' יונתן דאינם דומיא דבעלים שאינם בר מצות ממש כמו הבעלים, וד' יאיר עיני: