תלמוד בבלי · אחרונים · חמדת שלמה

חמדת שלמה על בבא מציעא

רבי שלמה זלמן ליפשיץ

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

חמדת שלמה על בבא מציעא

רבי שלמה זלמן ליפשיץ

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

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

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/חמדת-שלמה-על-בבא-מציעא/
הקובץ נוצר ב־21 בנובמבר 2026 מגרסה v39-202611200317 של הספרייה.

תוכן העניינים

דף ב. 4
דף ג. 9
דף ג: 10
דף ד: 15
דף ה. 18
דף ה: 20
דף ו. 20
דף ו: 28
דף ז. 31
דף ח. 31
דף י: 35
דף יא. 41
דף יא: 44
דף יב: 45
דף כא. 69
דף כא: 73
דף כג. 79
דף כג: 79
דף כד. 79
דף כו. 81
דף כז. 85
דף כח. 113
דף כח: 114
דף כט. 114
דף ל. 130
דף לא: 130
דף לב. 131
דף לב: 132
דף לג: 132
דף לד. 133
דף לה. 133
דף לט. 134
דף מא. 135
דף מא: 139
דף מד. 140
דף מח. 141
דף נז: 145
דף סא. 148
דף סב: 151
דף פב. 152
דף צו. 155
דף צו: 156
דף צז. 158
דף קא: 174
דף קב: 175
דף קג. 178
דף קי: 178
דף קיא. 179
דף קיב: 180
דף קטו. 185
דף קטז. 187
דף קיח: 188
ליקוטים 189

דף ב.

במתני' שנים אוחזין וכו' עיין פני יהושע שהקשה למה לי בבא דרישא דהא מסיפא יהיה מוכח הכל, ולכאורה נראה לי לפמ"ש תוספות ליישב הקושיא דלא אמרינן אין ספק מוציא מידי וודאי דהכא אין סברא לומר הואיל והחצי שלו אף החצי האחר יהיה שלו, והנראה בהסברת דבריהם דבשלמא גבי יורש הכח שיש לו להיות יורש החצי זה הכח בעצמו יוכל לגרום שירש הכל רק היכא דאיכא יורש אחר יורש האחר ג"כ החצי הואיל והוא ג"כ יורש ע"כ אמרינן הואיל וזה יש לו כח וודאי להיות ראוי שירש הכל והשני ספק ע"כ אין ספק מוציא מידי וודאי אבל גבי טלית שהשני אומר שזה שטוען כולה שלי לא עשה קנין רק בהחצי שלא הגביה רק חצי טלית וע"כ אין לו וודאי זכות שיועיל להחצי האחר כן נראה פשוט בכוונת דבריהם, ולפ"ז יש לדון באחד רוכב ואחד מנהיג או שניהם רוכבים י"ל דל"ש תי' התוספות דהא מודה לו היאך שעשה קנין הראוי לקנות כל הבהמה ולא דמי לטלית שאומר שלא הגביה רק חצי הטלית, אבל בהיו רוכבין כיון שמודה לו שעשה קנין הראוי לקנות כל הבהמה רק שאומר שהוא עשה ג"כ קנין א"כ נראה דדמיא לספק ויבם, והנה באמת במתניתין לא תני גבי בהמה זה אומר כולה שלי וז"א חצי שלי ולדברי התוספות י"ל באמת דבהא אמרינן אין ספק מוציא מידי וודאי ומיושב קושיית הפ"י הנ"ל כיון דהתנא רצה לאשמעינן בבא דכ"ש וחציה שלי הוצרך להשמיענו בטלית:

אמנם בש"ע (חו"מ סימן קל"ט) איתא אף בהיו רוכבין בבא דזה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי ולדברי התוספות צ"ע, ונראה דיש לתרץ קושיית התוספות דלכאורה קשה על התוספות דלמא משום הכי נאמן ליטול רביע ול"א אין ספק מוציא מידי ודאי משום דאית ליה מיגו דא"ב אמר כולה שלי כקושיית התוספות דלעיל ותי' לא שייך לכאורה לענין שיטול רביע דלענין רביע שניהם מוחזקים וצ"ל דהתוספות ס"ל אי הוי אמרינן אין ספק מוציא מידי וודאי הוי ליה אידך מוחזק בכולה וכ"ר אח"כ בשיטה מקובצת שתי' כן אך לפ"מ שתירץ הנ"י קושיית התוספות דלעיל דמש"ה לא אמרינן מגו דטענה זו עדיף ליה דנוטל כל טענתו א"כ וודאי לקושיא זו לענין רביע ודאי הוי מיגו מעלייתא דהא השתא נמי אינו נוטל כל טענתו וע"כ אתיא שפיר דינא דש"ע דמשום הכי אף בשנים רוכבין נוטל רביעי:

אמנם נראה דאפ"ל דאף לשיטת התוספות אתי שפיר דין הנ"ל, דהנה באמת תי' הש"מ נראה דחוק לומר דמשום דאין ספק מוציא מידי וודאי הוי אידך מוחזק בכולה, ע"כ נראה די"ל עפ"מ דקשיא לי למ"ש הש"ך בח"מ (סי' קל"ג) דהיכא דמחזיר המעות רק

דבא לזכות בחפץ ל"ה מיגו להוציא וקשה לכאורה דא"כ יקשה קושית התוספות על מו"מ נהימנא במיגו דא"ב אמר כולה שלי ותי' דהוי מגו להוציא ל"ש לס' הש"ך כיון דאין דנין על המעות רק על החפץ, ונראה לי כיון דאסיק הגמרא דנקט זוזי מתרווייהו א"כ בזה אומר כולה שלי וז"א חציה שלי י"ל ג"כ דיודע המוכר דא' נתן מעות בעד כל הטלית ואחד בעד החצי ויודע שעל החצי וודאי נתרצה לזה שאומר כולה שלי רק דמסופק על החצי השני ותו לית ליה מיגו ואין מזה סתירה לדברי הש"ך, ולפ"ז י"ל דקושית התוספות נימא אין ספק מוציא מידי וודאי קאי על מו"מ ול"ק הקושיא הנ"ל דלמא משום מיגו נאמן על הרביע דבמקח וממכר ליתא למיגו דהמוכר יכחישנו אם יאמר כולה שלי והמוכר יהיה נאמן, ועל זה תירצו התוספות שפיר דאין סברא לומר הואיל והחצי שלו יועיל על החצי האחר, ולפ"ז א"ש תי' התוספות אף בשנים רוכבין דבשלמא במציאה שייך שפיר לומר הואיל ועשה קנין המועיל לקנות כל הבהמה דמי לספק ויבם אבל במו"מ דהספק הוא דלמא לא נתרצה המוכר למכור לו רק החצי וממילא הקנין שעשה לא מהני רק על החצי וודאי דאין סברא לומר דאין ספק מוציא מידי וודאי, ולפי זה אין חילוק דאף בשנים רוכבין הוי הדין כמו בטלית דממ"נ במציאה י"ל דמהימן ליטול רביע משום מיגו ובמו"מ דליתא למיגו י"ל כתירוץ התוס', אך לשיטת התוספות לקמן דסבירא להו דמיירי באין מקחו בידו רק דקושיית הגמרא דלהימן המוכר כע"א, וא"כ עדיין י"ל דאף במקח וממכר אית ליה מיגו דאף אם יכחישנו המוכר מכל מקום אין נ"מ בזה כיון דלא יכחישנו רק על החצי רק דהוי מיגו להכחיש את העד ואנן קי"ל דהוי מיגו זולת היכא דאיכא למימר מתוך שאינו יכול לישבע משלם כדמוכח בנסכא דר' אבא, ואפשר לומר דהתוספות סבירא להו במקח וממכר ליכא מיגו דיש לומר דאין צריך רק החצי טלית ואינו רוצה ליתן דמים עבור חצי השנית:

ועם האמור י"ל קושיית הרא"ש על הרי"ף שפירש דמשום הכי משני הגמרא ולא ידע מהי מדעתיה אף דבאין מקחו בידו א"נ דס"ל להגמרא דמיירי במקחו בידו ואוחזין לא קאי רק אז"א אני מצאתיה ותמה הרא"ש דלמה ליה להגמרא לדחוקי בכך ולא תירץ כפשוטיה דאף במקח וממכר מיירי באוחזין, ולפמ"ש א"ש דקשיא להגמרא במקח וממכר להמנא במיגו כקושיית התוספות ותירוצם לא שייך כס' הש"ך דל"ה מיגו להוציא כיון שנותן דמים וצ"ל כמ"ש דעל החצי האחר יהיה המוכר נאמן א"כ בע"כ צ"ל דהוי עדיין ביד המוכר ומיושב ג"כ קושיית התוספות דל"ה מצי לומר דליתיה קמן דבע"כ צ"ל דאיתיה קמן כדי שלא יהיה נאמן במיגו כקושיית התוספות:

ועם זה מיושב ג"כ מה דקשיא לי למה לא משני הגמרא דבאמת מצאתיה ראיתיה ואפילו הכי צריך למיתנא כולה שלי היכא שטוענים דקני בהגבהה וגליא אדעתיה דלא למקני בראייה כסברת התוספות ואין לומר הא תו למה לי דלפי הסברא הנ"ל י"ל היכא דקני בראייה יש לומר אין ספק מוציא מידי וודאי דראייה הוי קנין על הכל וע"כ לא הוי מצי למיתנא בבא דחציה שלי רק היכא דקני בהגבהה די"ל כתירוץ התוספות, אבל לפמ"ש א"ש די"ל דנאמן במיגו כן י"ל דרך פלפול רק דעדיין קשה דילמא אתי לאשמעינן כתירוץ התוספות דבזה ל"ש לומר אין ספק מוציא מידי וודאי ואפשר דזה הוי מלתא דפשיטא להגמרא וכ"מ מגמרא דלקמן דל"ח לרבותא מדלא קאמר הגמרא דמשום הכי קתני בבא דחציה שני לאשמעינן דלא נימא אין ספק מוציא מידי וודאי דהרבותא דקאמר הגמרא הוא מלתא דפשיטא דמהי תיתי לא נאמר אערומי קמערים וע"כ צ"ל דסברת התוספות היה מלתא דפשיטא להגמרא ומשם מוכח ג"כ דלא כמ"ש לעיל בשיטת התוספות דמשום הכי לא הוי מיגו במקח וממכר משום דלמא אינו רוצה כל הטלית מדלא קאמר הגמרא התם האי טעמא דמש"ה לא הוי מיגו אבל מ"ש לשיטת הרי"ף יש לקיים דלפי מאי דקאמר הגמרא דהו"א דלהימנא במיגו וצריך להבין מהכ"ת לא נימא אערומי קא מערים וצ"ל דס"ד דגמרא דסוף סוף חזינן דהוא נאמן מדלא טען כולה שלי א"כ י"ל אף דהמוכר יכחישו מ"מ הוא היה לו לטעון טענה גדולה ע"כ קאמר הגמרא באמת אערומי קא מערים ואפשר לקיים לפירוש התוספות ג"כ מ"ש לעיל דסוף סוף ס"ד דיש ראייה שהוא איש אמונים דלולי זאת היה טוען שהוא נתן כל המעות:

תוספות ד"ה ויחלוקו וא"ת מ"ש מארבא וכו' צ"ל דהתוספות ס"ל דאף בארבא שייך לומר כדי שלא יהא כ"א הולך ותוקף דאל"כ לא הוי קשיא מהתם דכיון דהכא טעמא שלא יהא כ"א הולך והוצרכו לתקן שבועה ממילא ליתא לדינא דכל דאלים גבר, [ע' בריטב"א (דף ה') העיר בזה] דאין לומר דכל מי שיגבר ישבע דהא התוספות סבירא להו אם חזר ותקף השני מעמידין ביד השני כמ"ש לקמן בסוגיא דתקפו כהן יעיי"ש וא"כ היאך אפשר לתקן התם שבועה דאם אח"כ יגבר האחר יהיה שבועת הראשון לבטלה, וצ"ל דהתוספות סבירא להו דאף בארבא שייך לומר כדי שלא יהיה כ"א הולך ותוקף ואפילו הכי אמרינן כל דאלים גבר וע"כ קשיא להו ה"נ נימא כדא"ג ולתירוצם צ"ל דהתם כיון דאין מוחזקים לא תקנו כלל, ואף דשייך לומר כדי שלא יהא כל אחד הולך וכו' צ"ל כמ"ש הרא"ש דהיכא דאין מוחזקים לא צריכים הב"ד להזדקק להם גם אפשר לומר דכיון דאינו זוכה רק אם יגבר שוב לא אמרינן שלא יהא כ"א הולך וכו' דלא יעשה כן שמא יגבר האחר רק לשיטת התוספות דאף אם בפעם הראשון יגבר אחד אם אח"כ

גובר השני מעמידין בידו, נראה דסוף סוף יתפוס אולי יגבר בפעם אחר וצ"ל כמ"ש בשם הרא"ש ועיין:

בא"ד ולסומכוס וכו' בענ"ד הקלושה איני מבין סברת התוספות דבשלמא הא דסבירא ליה לסומכוס דלא אמרינן כל דאלים גבר בדררא דממונא הוי טעמא דמסתבר כיון דהספק הוא לב"ד בלא טענותיהם ע"כ צריכים הב"ד להזדקק להם ע"כ אין לפסוק להם שיתפוס האחד ולא שייך בזה סברת הרא"ש הנ"ל אבל לענין דלא נימא יהא מונח לא ידעתי מה מהני סברא דדררא דממונא כיון דאיכא רמאי ואין החלוקה יכולה להיות אמת, ואפ"ל לפי מה שכתבו התוספות לקמן (דף צ"ז) בסוגיא דשאלה ושכורה דהא דסבירא ליה לסומכוס יחלוקו לאו משום דלא אזלינן בתר חזקת ממון רק דס"ל דהוי שניהם מוחזקין ואפילו היכא שהוא בחזקת הנתבע לגמרי אפ"ה חשבינן ג"כ להלוקח מוחזק בהחצי וע"כ י"ל דלא אמרינן כל דאלים גבר ולא יהא מונח דכיון דתרווייהו מוחזקין אין מוציאין מיד המוחזק אבל במנה שלישית נהי דהשליש תופס בחזקת שניהם מ"מ לא מיקרי מוחזקין לגמרי כיון דל"ה דררא דממונא [אך באמת האי סברא גופיה צל"ע דבמנה שלישית כיון דהספק הוא להנפקד י"ל דהוי דררא דממונא]:

וע"פ סברא זו מיושב היטב הא דמקשה הגמרא בהשואל בסוגיא הנ"ל שמעת מינה וכו' והקשו התוספות דלמא מתניתין סומכוס ותירצו דלסומכוס תרווייהו מוחזקין וקשה מנ"ל להגמרא להקשות ולפמ"ש א"ש דליכא למימר דסומכוס ס"ל דאינם מוחזקים כלל כקושיית התוספות דא"כ הוה ליה לומר כל דאלים גבר כקושיית הגמרא בבבא בתרא והא דמשני הגמרא התם הואיל ואיכא דררא דממונא יש לומר דזה גופיה הוא תי' התוספות דהואיל ואיכא דררא דממונא ע"כ שניהם מוחזקין משום הכי לא אמרינן כל דאלים גבר אבל אי לא הוי אמרינן דשניהם מוחזקין לא הוי מהני סברת דררא דממונא וע"כ מוכח שפיר דשניהם מוחזקין וע"כ הקשה הגמ' שפיר:

ובזה י"ל הא דקאמר הגמרא לקמן (דף צ"ז ע"ב) נימא תהוי תיובתא דר"נ ולא מקשה גם לר"י דס"ל ג"כ אוקי ממונא בחזקת מרא ולפמ"ש א"ש דלר"י הוי מצינן למימר כקושית התוספות דלסומכוס לא הוי מוחזקין כלל אבל לר"נ מקשה הגמרא שפיר דהא איהו סבירא ליה בבבא בתרא כל דאלים גבר וצ"ל כתירוץ הגמרא שם א"כ מוכח דלסומכוס תרווייהו מוחזקין כמ"ש, ועל פי סברא זו נראה לי ליישב מה דהוי קשיא לי ע"ד התוספות דפרק השואל הנ"ל דקושיית הגמרא הוי דלכל הפחות הוה ליה למימר לרבנן יחלוקו עיין שם וק"ל הא היכא דליכא דררא דממונא אמרינן כל דאלים גבר וא"כ בשלמא במתניתין אמרינן שפיר דברי מהני על החצי כיון דהוי דררא דממונא אבל

בברי ושמא דעלמא דלא הוי דררא דממונא לא מהני הברי דנימא יחלוקו דהיכא דליכא דררא דממונא ראוי לומר כל דאלים גבר ואין מוציאין מיד המוחזק והיה נראה לי לתרץ לשיטת התוספות דס"ל אם תפס השני מהני י"ל דקושיית הגמרא דאמר פטור משמע דאפילו תפיסת השני לא מהני אך לפי זה יקשה לשיטת הסוברים דתפיסת השני לא מהני אך לפמ"ש כאן דהא דאמרינן לסומכוס יחלוקו בדררא דממונא ה"ט הואיל ושניהם מוחזקין, וא"כ בשלמא לחצי האחד שפיר מהני הא דהוי דררא דממונא דלא אמרינן כל דאלים גבר כיון דהוי כל אחד מוחזק בהחצי אבל להחצי השני שיזכה זה מחמת הברי לא מהני סברת דררא דממונא דסוף סוף אינו מוחזק יותר רק בהחצי ואדרבא לענין חצי השנית גרע סברת דררא דממונא דמיפה כח השני להחזיקו בהחצי וכיון דאפילו הכי מהני הברי נגד השמא להוציא החצי א"כ ה"ה וכש"כ היכא דליכא דררא דממונא דמהני הברי לפחות על החצי [ול"א בזה כל דאלים גבר דברי ושמא שאני] כן נראה לענ"ד נכון:

גמרא רישא במציאה וסיפא במקח וממכר עיין רש"י ותוספות שמחולקים באני ארגתיה דאיכא וודאי רמאי לדעת רש"י יהא מונח ולדעת התוספות יחלוקו הואיל והחלוקה יכולה להיות אמת וכן כתב הרא"ש ורא"ה מדאמר לקמן לרבנן הכא דאיכא למימר דתרווייהו יחלוקו גם ראייה משנים אדוקין בשטר, ולכאורה י"ל לשיטת התוספות מה דוחקי' לאוקמי כולה שלי במקח וממכר ולא כפשטיה באני ארגתיה והצריכותא אתיא כפשוטא דאי תני מציאה הוה אמינא באני ארגתיה יהא מונח כסברת רש"י הואיל ואיכא וודאי רמאי ואי תני כולה שלי דהיינו אני ארגתיה הוה אמינא התם שייך שבועה דמחמת שבועה יפרוש וכמ"ש התוספות דבזה פשיטא דצריך שבועה אבל באני מצאתיה הוה אמינא דסובר שהוא באמת שלו ולא נתקן עם השבועה וכמ"ש תוספות סברא זו בפי' הצריכותא, מיהו לפי מה שכתב הרא"ש משמע דלר' יוסי באמת באני ארגתיה יהא מונח דלדידיה תלוי ברמאי י"ל דלא רצה לאוקמי מתניתין דלא כר' יוסי, אך הש"מ כתב דאף לר"י יחלוקו (דזה מקרי ג"כ אין וודאי רמאי כיון דאפשר דהוא של שניהם עיי"ש כנ"ל בכוונתו] ולפי זה קשה ל"ל למימר מתניתין במקח וממכר ועיין שם שכתב באמת דמתני' מיירי בכולה גוונא עיין שם, אמנם לשיטת רש"י נכון יותר:

ובעיקר הדבר אינו מובן קושיית הגמרא כיון דלרבנן ניחא להגמרא היכא דהחלוקה יכולה להיות אמת אמרינן יחלוקו ול"א יהא מונח ועל זה מקשה לר"י השתא מה התם דוודאי דאיכא מנה למר, וקשה דלמא ע"כ לא אמר ר"י הכל יהא מונח רק התם הואיל וע"כ מנה השלישית צריך להיות מונח ע"כ מוסיף ר"י משום מה הפסיד הרמאי צריך הכל להיות מונח משא"כ היכא דאיכא למימר דתרווייהו הוא אין התחלה להיות מונח

ובזה גם ר"י מודה, ואפ"ל כך דמצינן למימר טעמא דרבנן דהיכא דאמרינן יהא מונח ל"ה בשביל שיודה הטוען שקר רק הטעם הוא כיון דאי אפשר לדון חלוקה דא"י להיות אמת גם כל דאלים גבר א"א כמ"ש התוספות דהשלישי מוחזק בחזקת שניהם ע"כ צריכין לסלק עצמינו מן הדין ואמרינן יהא מונח, אבל לר' יוסי דאמר א"כ מאי הפסיד הרמאי ולשון א"כ משמע שיש טעם בדבר שיהיה מונח דעל ידי זה יבא לידי בירור וע"כ קאמר א"כ מה הפסיד הרמאי ע"כ ס"ל להגמרא דלר"י אין טעם בדבר לחלק בין חלוקה יכולה להיות אמת או לא דאע"ג דאיכא למימר דחלוקה יכולה להיות אמת מ"מ ראוי להיות מונח כדי שיבא לידי בירור דמה התם דוודאי איכא מנה למר וכו' ולפי זה י"ל היכא דל"ש שיפסיד הרמאי שלא יבא לידי בירור אף ר"י מודה דחולקין היכא דאפשר לומר דהוי דתרווייהו לשיטת התוספות ולפי זה קשה לוקמי מתניתין באני ארגתיה ולמה הוצרך לומר במקח וממכר, ולשיטת רש"י א"ש:

ואפ"ל בזה שיטת הרי"ף שכתב דקושיית הגמרא ולחזי זוזי ממאן נקט משום דמיירי שמקחו בידו דאוחזין לא קאי על מקח וממכר, והקשה הרא"ש מה דוחקא לאוקמי בהכי ולפמ"ש י"ל דהרי"ף ס"ל ג"כ כשיטת התוספות וקשה למה מוקי הסיפא במקח וממכר ולא כפשוטו באני ארגתיה אלא וודאי דאוחזין לא קאי על בבא דכולה שלי וא"כ מוכח דמיירי במקח וממכר ועדיין הוא ביד המוכר והוא תופס בחזקת שניהם וע"כ לא אמרינן כל דאלים גבר וכמ"ש התוספות, אבל באני ארגתיה אם אינם מוחזקים בו לא הוי דינו יחלוקו אלא כל דאלים גבר, ועל כן לפום אוקימתא דמקח וממכר הקשה שפיר ולחזי:

עיין פ"י כתב להקשות לשיטת רש"י דסבירא ליה היכא דאיכא רמאי יהא מונח קשיא היאך שייך לומר שלא יהא כ"א הולך ותוקף הא אם יעשה כן יהא מונח דמסתמא יטעון האידך אני ארגתיה יעיין שם שכתב שהריטב"א הקשה כן, ולכאורה איני מבין הא אף לשיטת התוספות קשיא קושיא זו דע"כ ל"ס להתוספות היכא דהחלוקה יכולה להיות אמת אמרינן יחלוקו רק לרבנן דר"י אבל לר"י וודאי תלוי ברמאי והא אסקינן דמתניתין אתיא אף כר"י וקשיא לדידי' למה תקנו שבועה כיון דל"ש שלא יהא כ"א הולך וכו', שוב עיינתי בריטב"א וראיתי שהוא הקשה באמת כן אף לר"י יעי"ש שכ' שיטה אחרת בזה:

דף ג.

גמ' דאמר רבה מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע, מקשין לשיטת רש"י למה ליה לרבה לומר חזקה אין אדם מעיז הא בלא"ה אין כאן מיגו דדלמא מאי שהודה יש לו ועל אידך אשתמוטי קא משתמיט ואי דהיה יכול לכפור הכל בב"ד וליתן לו חוץ

לב"ד א"כ קשה לפ"מ דמשמע מרש"י דעיקר קושיית רבה דהוי משיב אבידה ובזה לא הוי משיב אבידה דסוף סוף יתן לו, ונראה פשוט דנ"מ היכא דטוען על המקצת שמודה אין לי וא"כ לולי דהוי אמרינן חזקה אין אדם מעיז הי' ראוי להאמינו במיגו דליכא למימר משום אשתמוטי עבד הכי והמקצת יש לו דהא חזינן דטען על המקצת אין לי והיה ראוי להאמינו במיגו אבל השתא דקאמר חזקה אין אדם מעיז תו לית ליה מיגו דלא מצי למכפר הכל משום דאינו מעיז ומיגו דחשוד אממונא ל"ש ג"כ למימר כיון דבאמת אין לו עכשיו רק דמוכרח להודות לו שלא יהיה העזה ע"כ לא מיקרי חשוד במאי שאינו מודה לו הכל די"ל שעושה כן שלא ינגשנו כשיהיה לו קצת מעות אבל בלא ס' אין אדם מעיז שפיר הוה ליה להאמינו במיגו כיון דסוף סוף אין לו עכשיו כלום.

דף ג:

רש"י ד"ה דליכא למימר הכי כו' עיין בריטב"א שהקשה על רש"י דס"ל דהק"ו אהני לן דלא נימא מיגו דחשוד אממונא, הלא אי הוה אמינא מיגו דחשוד הוי הדין דהוי מתוך שאינו יכול לישבע משלם וא"כ אדרבא הק"ו מגרע טענת התובע יעיי"ש, ולענ"ד י"ל דוודאי אם האמת הוא שאינו חייב לו רק חמשים תו לא הוי חשוד אממונא אף שכפר לו הכל דכיון שהמלוה עשה שלא כהוגן ותבעו יותר ע"כ גם הוא גמול ידיו עשה לו לכפור הכל ולא מצינן למימר דהוי חשוד בשגם די"ל דמשום הכי כפרו דלא רצה לישבע אף באמת ואף שמצד הדין אין ראוי לעשות כן עיין בש"ך (ח"מ ר"ס ע"ה) מ"מ אין לפוסלו בשביל כך רק דסוף סוף לא הוה מצי למימר דישבע דממ"נ אם האמת כדברי התובע שפיר הוי חשוד וע"כ בע"כ לולי הק"ו הוי פטור לגמרי דלא מצינן למימר שישלם כיון דהוא אומר שהתובע תבע יותר וע"כ אף מאי שכפר בוודאי לא הוי חשוד ולישבע ג"כ אינו יכול דאם אינו אומר אמת בהחצי השנית אף השבועה לא יועיל וע"כ שפיר אהני ק"ו להחמיר עליו שיהיה צריך לישבע:

וע"פ הדברים שכ' י"ל קושיית התוספות לקמן (דף ה') גבי האי רעיי' אם איתא לדר"ח משתבע, והקשו התוספות אף אם איתא לדר"ח איכא למיפרך הא בפקדון הוחזק כפרן ואיכא למיפרך מה להצד השוה שבהן שכן לא הוחזק כפרן יעיי"ש, ולפמ"ש אתי שפיר דהא קשה על קושיית הגמרא מה להצד השוה שכן לא הוחזק כפרן דאדרבה הואיל והוחזק כפרן נימא מתוך שאינו יכול לישבע משלם, וצ"ל כמ"ש ליישב דברי רש"י דכיון דאינו חשוד בוודאי דדלמא משום הכי כפר הואיל וחבירו תובעו ביותר ליכא למימר מתוך שאינו יכול לישבע משלם, וגם ליכא לחיובי שבועה דממ"נ אם חיישינן שאומר

שקר בלא השבועה דהיינו שחייב באמת כל המנה א"כ בע"כ הוא חשוד הואיל וכפר הכל, וא"כ זה שייך במלוה אבל בפקדון היכא דוודאי הוחזק כפרן לא מצינן למיפרך מה להצד השוה שכן לא הוחזק כפרן תאמר בפקדון דהוחזק כפרן דאדרבא הואיל והוחזק כפרן הוה ליה למימר משאיל"מ:

והנה לכאורה יש להקשות להיפך למה קאמר אם איתא כדרך מסתפק הא הכא ליכא למימר כדרבה כקושיית הריטב"א הנ"ל דנימא מתוך שאינו יכול לישבע משלם, אמנם באמת לא קשה מידי דיש לתרץ אי הוה אמינא כאבוה דר"א הוי ממעטינן בכל גוונא והו"א דהוא גזירת הכתוב דבעי דווקא הודאה, ועוד דהא באמת מצינן למיפרך מה לפיו שכן אינו בהכחשה והזמה כמ"ש התוספות לעיל וע"כ הוצרך שפיר לומר אם איתא:

אמנם נראה דזה לא שייך רק אי אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם מדאורייתא ע"כ שפיר י"ל כאן כיון דמן התורה מחויב לשלם אם אינו יכול לישבע ע"כ שפיר י"ל אף דהוחזק כפרן מ"מ אין לומר שיפטור לגמרי דאדרבה אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם, אבל אי אמרינן כרב ושמואל דלא אמרינן כלל משאיל"מ מדאורייתא והא דבחשוד שכנגדו נשבע ונוטל לא הוי רק תקנתא דרבנן שפיר יש לומר כיון דהוחזק כפרן וליכא לחיובא שבועה כלל על עסק זה א"כ אין כאן שבועה דאורייתא כלל ממילא ליכא לתקוני שיהיה שכנגדו נשבע ונוטל ולא דמי למודה במקצת דמצד הטענה וכפירה יש כאן חיוב שבועה רק הואיל והוא חשוד אינו יכול לישבע ולולי דהיה חשוד היה צריך לישבע ע"כ כדי שלא יהיה חוטא נשכר תקנו שישבע שכנגדו, אבל הכא דאיכא למימר הואיל והוחזק כפרן אין כאן חיוב שבועה כלל ממילא לא תקנו חכמים שישבע שכנגדו, ולפי זה מוכח דר"ז דאמר אי איתא לדר"ח סובר מתוך שאינו יכול לישבע משלם:

ולפ"ז יש לפרש סגנון נכון בישוב דברי הגמרא לקמן במאי דמקשה ותיפוק ליה דהוה ליה רועה, והקשו המפרשים הא קושית גזלן עדיפא ותירץ הראב"ד כיון דהוי רועה לא תקנו להיות שכנגדו נשבע ונוטל כיון דידע מזה לא היה לו להתעסק עמו וכן העלה הש"ך בח"מ לדינא כדעת הראב"ד שפי' נראה אמת בפירוש הגמרא עיי"ש (סי' צ"ב), ולענ"ד נראה די"ל דע"כ לא שייך סברת הראב"ד רק אי אמרינן מדאורייתא לא אמרינן משאיל"מ רק דהוי תקנתא דרבנן בחשוד שפיר י"ל דבכהאי גוונא לא תקנו אבל אי אמרינן מדאורייתא משאיל"מ רק דחכמים תקנו שלא יטול שכנגדו בלא שבועה מהטעמים שכתבו התוספות אבל מן התורה חייב החשוד אף בלא שבועת שכנגדו נראה דאין סברא לומר הואיל וידע שהוא חשוד ליתיה לדינא דאורייתא דמנא ליה הא דבשלמא בתקנת חכמים שייך לומר הבו דלא לוסיף עלי' אבל לא במידי דאורייתא,

והנה לכאורה נראה מתירוץ הגמרא תקנתא לתקנתא לא עבדינן דקאי אי לא אמרינן משאיל"מ וא"כ הא דשכנגדו נשבע ונוטל הוא מתקנת חכמים שיטול דלולי תקנתם לא היה נוטל כלל שפיר יש לומר תקנתא לתקנתא לא עבדינן אבל אי אמרינן דמדאורייתא אמרינן משאיל"מ ולא תקנו חכמים בחשוד רק ליפות כח החשוד שיהיה שכנגדו צריך לישבע, א"כ קשה ממ"נ אי היה קושיית הגמרא לחייב מדר"נ דאף בשבועה דרבנן י"ל משאיל"מ א"כ לא משני מידי תקנתא לתקנתא לא עבדינן דלמה לא נתקן מה שהוא לטובת החשוד ואדרבה מכש"כ דאיכא לתקוני כיון דאינו חייב רק שבועה דרבנן וצ"ל דס"ל בפשיטות דל"א בשבועה דרבנן משאיל"מ, רק דא"כ אין התחלה לקושיא כלל דכיון דאמרינן משאיל"מ א"כ הא דתקנו בחשוד היינו לטובת החשוד, אבל בשבועה דרבנן מהכ"ת לחייב החשוד היכא דמדאורייתא פטור לגמרי, וא"כ צ"ל דהשקלא וטריא אזלא אי אמרינן דהא דשכנגדו נשבע ונוטל לא הוי רק מדרבנן ומדאורייתא היה פטור לגמרי דלא אמרינן משאיל"מ רק דתקנו שלא יהיה חוטא נשכר וזה שייך אף בשבועה דרבנן, ועל זה תי' שפיר תקנתא לתקנתא לא עבדינן, וכיון שהוכחנו דסוגית הגמרא אזלא אי לא אמרינן משאיל"מ הקשה הגמרא שפיר ותיפוק ליה דהוי ליה רועה ובזה לא תקנו רבנן כפי' הראב"ד, אבל לדידן דקי"ל משאיל"מ (מדאורייתא) יש לומר כמ"ש לעיל דמדאורייתא אין חילוק אף אם ידע שהיה חשוד:

אך לפמ"ש לעיל דהא דקאמר אם איתא לדר"ח, וקשה קושית התוספות מה להצד השוה שכן לא הוחזק כפרן וצריך לומר כמ"ש לעיל כקושיית הריטב"א דהואיל והוחזק כפרן אמרינן משאיל"מ ומוכח דס"ל משאיל"מ, וא"כ קשה מאי מקשה ותיפוק ליה דהוי ליה רועה הא אי אמרי' מדאורייי' משאיל"מ ליתא לסברת הראב"ד כמש"ל, וגם על הקושיא הראשונה דמקשה השתא דליתא לדר"ח נחייבו מדר"נ קשה לפמ"ש דקושיא זו לא אזלי רק אי ל"א מדאורייתא משאיל"מ רק דחכמים תקנו שיחייב לשלם ע"כ שפיר י"ל דאף בשבועה דרבנן תקנו כן מטעם שלא יהיה חוטא נשכר, אבל אי מדאורייתא משאיל"מ ולא תקנו חכמים רק לטובת החשוד שיצטרך לישבע שכנגדו, אבל בשבועה דרבנן אין כאן התחלת חיוב דבשבועה דרבנן לא אמרינן משאיל"מ, וא"כ קשה לפמש"ל דר"ז ס"ל משאיל"מ מדאורייתא א"כ מאי מקשה הגמרא, אמנם י"ל לפמ"ש התוספות להוכיח דקי"ל כר"ח קמייתא וקשה הא דאמר ר"ז אי איתא, ולפמ"ש י"ל דהפירוש אי איתא לדר"ח קמייתא בנידון דידן דהיינו די"ל דמספקא ליה אי אמרינן משאיל"מ כר' אבא או כרב ושמואל ואי אמרינן כרב ושמואל ל"ש לדינא דר"ח הכא די"ל כקושית התוספות כמ"ש לעיל, וע"כ הקשה הגמרא שפיר אף אי ליתא לדר"ח דהיינו משום דלא אמרינן

משאיל"מ מ"מ נחייבו מדר"נ דאי לא אמרינן משאיל"מ שפיר מצי לחייבו מדר"נ כמ"ש לעיל, ומשני תקנתא לתקנתא לא עבדינן, וע"ז מקשה שפיר ותיפוק ליה דהו"ל רועה פי' דל"צ לשנויי תקנתא לתקנתא לא עבדינן דכיון דקושי' לחייב מדר"נ לא הוי רק אי לא אמרינן משאיל"מ ואז שפיר י"ל כס' הראב"ד דבזה לא תקנו חכמים הואיל וידע מפסולו ודוק היטב כי ת"ל נראין הסברות נכונים מאוד:

תוספות ד"ה בכולי בעי דלודי כו' הקשו על רש"י משבועה שלא שלחתי בה יד ומנסכא דר' אבא, והנה הקושי' משבועה שלא שלחתי בה יד וודאי דאין סתירה לרש"י לשיטת הפוסקים דעיקר שבועה הוא שלא פשעתי או שא"ב, ועיין תוספות כתובות דף כ"ה שכ"כ להדיא דהפירוש הוא ונקרב בעל הבית אם לא שלח ידו לאפוקי היכא דש"י לא נפטר בשבועתו, והקושיא מנסכא דר' אבא נראה לי לפמ"ש התוספות בב"ב (דף ל"ד ע"א) דמשום הכי אינו נאמן במגו דהיה אומר לא חטפתי כמו בהחזרתי דנאמן במגו דנאנסו בשבועה ותירץ התוספות בשם ריב"א דגזירת הכתוב הוא דצריך דוקא לישבע נגד העד דהיינו על מה שהעד מכחישו, והנה לפ"ז י"ל דהיכא דאמרינן מיגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא קשה לכאורה למה לא נימא משאיל"מ, רק הא טעותא דהא הוא אומר שהאמת אתו ואינו חשוד כלל רק דאפילו הכי לא מצינן למימר שישבע דממ"נ אם אין האמת אתו א"כ כמו דחשוד אממונא ישבע לשקר ג"כ, וע"כ כפירת הממון בעצמו הוי כמו שבועה דעיקר טכסיס שבועה הוא לעמוד על הבירור וכיון דממון חמיר כ"כ כמו שבועה הוי כפירת הממון השבועה, ולפי זה א"ש בנסכא דר' אבא דנהי אם היה טוען לא חטפתי לא היה צריך לישבע ש"ד משום מיגו דחשוד אממונא, מ"מ הכפירה בעצמה שאומר לא חטפתי הוי כמו שבועה נגד העד, וכיון דגזירת הכתוב לא הוי רק שישבע נגד העד וכיון דכפירתו הוי כמו שבועה נפטר בלא שבועה אבל אם טוען דידי חטפתי לא מצינן למפטריה דנהי דהוי ג"כ המו שבועה מ"מ ל"ה שבועה להכחיש העד דבזה אין העד מכחישו כן נלפענ"ד נכון ודוק:

תוספות ד"ה אבל העדאת עדים קמ"ל דלא אמרינן מיגו דחשוד משום דאמרינן אשתמוטי, עיין במהרש"א שכתב דמשום הכי לא כתבו התוספות משום אין אדם מעיז לפטור דלתוס' אינו פטור משום סברא וכמ"ש לעיל בתוספות דמש"ה הוצרכו לומר כיון דעדיין מעיז להימן במיגו, ולענ"ד משום הא לא אריא דנהי דלא רצו לפרש דמשום הכי הוצרך רבה לומר אשתמוטי דאל"כ יהיה נאמן משום אין אדם מעיז דקשה מנא ליה לרבה סברא זו דלמא לא פטרה התורה משום אין אדם מעיז, וראייה דלפום סברא זו דאף בהעדאת עדים שייך אין אדם מעיז [וע"כ לומר אע"ג דחזינן דהעיז במה שהעידו העדים

היינו משום שהוא תבע יותר וכמ"ש הש"מ בשם הרמב"ן ור"נ] וא"כ מוכח דמשום אין אדם מעיז אינו פטור משבועה ע"כ הוצרכו התוספות לפרש דקושיית רבה הוא להימן במיגו דכ"ה כיון דעדיין מעיז, אבל בהא דהוצרך ללמוד העדאת עדים מקל וחומר שפיר הוה מצי לפרש דס"ד לפטור משום אין אדם מעיז וכמ"ש הש"מ בשם הרמב"ן והר"ן ז"ל, ויותר נראה לי דס"ל לתוספות דע"כ ר"ח גופי' לא הוצרך להביא ראייה על העדאת עדים דלא נימא דפטור משום אין אדם מעיז דאי הוי אמינא דפטור משום אין אדם מעיז והיינו דאמרינן מסתמא קושטא קאמר ל"ש למילף מק"ו דנהי דהעדאת עדים גדולה מ"מ מהכ"ת לחייב שבועה כיון שיש לנו ראייה שאומר אמת, בשלמא לפירוש התוספות דס"ד לומר מגו דחשוד עכ"פ אין לנו ראייה שאומר אמת ע"כ קשה הדבר לומר שעל ידי העדאת עדים הגדולה מהודאת פיו יצא התובע מב"ד בלא כלום והנתבע יצא זכאי ע"כ מסתבר ליה מהק"ו דעכ"פ יתחייב שבועה ומוכח דלא אמרינן מיגו דחשוד, אבל אי ס"ד דפטור משום חזקה אין אדם מעיז נראה דאין מקום לק"ו כלל כיון שיש לנו ראייה דקושטא קאמר כנ"ל נכון:

בא"ד קמ"ל ק"ו דלא הוי גזלן בהכי דאשתמוטי קח משתמט, עיין מהר"מ לובלין שהקשה למה לא פירשו התוספות בקיצור דקמ"ל דלא אמרינן מיגו דחשוד, ולענ"ד י"ל דהוצרכו לפרש כן לפירוש ר"י החסיד דלקמן (דף ה' ע"ב) היכא דמשלם על ידי העדים אמרינן שפיר מיגו דחשוד, וא"כ הכא בדר"ח הוצרכו לומר דקמ"ל אשתמוטי, והא דכתבו אח"כ אע"ג דלקמן אמרינן דל"א מגו דחשוד וכו' היינו שהתוספות רצו ליישב לכל השיטות אף לפי תירוץ הראשון דלקמן, ולכאורה נראה לי להוכיח שיטת ר"י החסיד מקושיית הגמרא מה להצד השוה שכן לא הוחזק כפרן וכו' וקשה הא לפי הו"א זו דלא אמרינן אשתמוטי בכולה א"כ קשה על שבועת ע"א נימא מגו דחשוד דהא התם לא שייך אשתמוטי כיון דמיירי בכופר הכל, [ודוחק לומר דהוה מצי למימר דשבועת עד אחד מיירי ג"כ היכא דהודה במקצת רק שלא היה כפירת שתי כסף], אבל לפירוש ר"י החסיד א"ש דבע"א אמרינן שע"י יודה ויפרוש מעצמו מהגזל, אבל בדר"ח כיון דמה שמשלם הוא מחמת עדים א"כ כבר הוחזק כפרן, והנה צריך להבין לפי מה שתירצו התוספות אע"ג דאמרינן לקמן דל"א מיגו דחשוד אפילו הכי קמ"ל ר"ח דאף מק"ו לא אמרינן, וקשה לפ"ז מאי מקשה התוספות בהאי רעיי' דאיכא למיפרך שכן הוחזק כפרן ומה בכך הא לא אמרינן מיגו דחשוד ולא צריכין באמת לק"ו דר"ח, וצ"ל דקושייתם לאביי דס"ל משום מלוה ישינה אבל באמת אמרינן מיגו דחשוד וגבי כופר בפקדון היכא דכפר בוודאי ל"א שמא ספק מלוה ישינה כדי להכשירו כמ"ש התוספות לקמן, וע"כ

הקשו התוספות שפיר הא הוחזק כפרן, והנה עדיין יש לעיין בזה לפי מה שצריך לפרש בכוונת התוספות דהיכא דכפר בוודאי לא מכשרינן ליה משום משום ספק מ"י, ונראה דה"ט דהיכא דצריך לישבע לחבירו לא פטרינן ליה מטעם מגו דחשוד אממונא דאידך מצי למימר שמא ספק מ"י יש לו עלי וע"כ חייב לישבע, אבל להכשיר אותו בשביל זה לא מכשרינן ליה, ות"ל מצאתי כן אח"כ בש"מ בשם הרא"ש ז"ל, ולפ"ז י"ל גם כן קושיית התוספות דהיאך מצינן למיפטיה הואיל והוחזק כפרן דלענין פטורא דידיה אמרינן שמא סמ"י יש לו עליו, וכיון דלא מצינן למפטריה ממילא ישבע שכנגדו, וקושיית הגמרא דלעיל י"ל דאזלי לתירוץ הראשון דלא אמרינן מיגו דחשוד וכפירוש ר"י החסיד כמ"ש לעיל, וגם אפשר לומר דקושייתם קאי אי ר' זירא ס"ל כתירוץ הראשון דלא אמרינן מיגו דחשוד וכפי' ר"י החסיד ודוק, ועדיין לא נתברר בעניותי קושיא זו מה להצד השוה שבהן כל הצורך ועיין ש"מ בשם גירסת תוספות, וכך היה עולה על דעתי שהקשו הא לא אמרינן מיגו דחשוד וכו', דמ"מ כיון דהעדאת עדים לא כתיבא בהדיא רק דהגמרא מקשה מאי שלא תהא ופירש רש"י דמהכ"ת תיסק אדעתין דהודאת פיו גדולה, ועל זה תירץ הגמרא שפיר כיון דסוף סוף איכא ס' בעלמא לומר מיגו דחשיד אממונה תו לא מצינן לדמויי העדאת עדים לפיו וע"כ צריכין לק"ו ועפ"ז הוי א"ש קושיית התו' לקמן בההוא רעיי' אף לאביי אך התוספות נראה דלא נחתו לזה ועיין היטב בכל זה:

דף ד:

הא שתים פטור וש"מ הילך פטור הקשה המהרמ"ש דלמא שתים פטור משום א"י לכפור וכ"ה בלח"מ (פ"ד מה' טו"נ ה"ד) ונראה די"ל הא דא"י לכפור פטור היינו משום דאינו יכול להעיז כיון דאינו מודה רק מה שמוכרח להודות וכמ"ש התוספות (ד"ה לעולם שתים פטור) דמשום הכי לא הוי משיב אבידה לרשב"א ואף דלשיטת התוספות הא דכופר הכל פטור ל"ה משום א"א מעיז רק משום גזירת הכתוב מ"מ גבי מודה במקצת שפיר מצינן למימר דפטור משום אין אדם מעיז ואף שהמהרש"א לא כתב כן לעיל בתוספות (ד"ה אבל העדאת עדים) מ"מ אין דבריו מוכרחים כ"כ, די"ל דס"ל כפשוטו כסברת הנ"י דהכא לא שייך זה דחזינן דהעיז, ומדברי הנ"י שם מוכח להדיא דמצינן למיפטריה הואיל ואין אדם מעיז, ולפי זה דהא דאינו יכול לכפור פטור משום אין אדם מעיז וא"כ לר"ע דחשבו משיב אבידה בע"כ ס"ל דשתים לא הוי העזה משום דמסייע ליה שטרא וכמ"ש התוספות, וא"כ יהיה הדין לר"ע בע"כ דשתים חייב, וא"כ הוי צריכין להמציא פלוגתא חדשה בין ר"ע לרשב"א ובס' הפוכות וזה לא מסתבר כלל, אבל אי

אמרינן דפטור משום הילך והיינו דהוי כ"ה אם כן אף לר' עקיבא נהי דיכול להעיז אפ"ה פטור משום גזירת הכתוב דכופר הכל פטור, ולפי מה שתירץ הנ"י דהא דא"י לכפור פטור הוי מטעם הילך י"ל קושיית התוספות שהקשו למ"ד הילך חייב קשה למה לי קרא למיפטר קרקע הא לא שייך אשתמוטי ולשיטת התוספות היינו דאית ליה מיגו ולמ"ש הנ"י י"ל דמיירי היכא דהודה במאי שלא היה יכול לכפור ואין כאן מיגו, ואי דא"י לכפור פטור הא ליתיה לשיטת הנ"י דלמ"ד הילך חייב אף א"י לכפור חייב ועיין תוספות:

עוד נראה לי בישוב קושיית המהרמ"ש דע"כ מוכח לר"ח דס"ל הילך חייב דאף אינו יכול לכפור חייב דנהי די"ל דאינו יכול לכפור עדיף מהילך מ"מ מוכח דלר"ח אף א"י לכפור חייב [וכ"מ קצת מדלא מוקי זה למעוטי א"י לכפור] מדאמר ותנא תונא, ולפמ"ש התוספות דיליף דמתניתין הוי כאלו הודה המחצית והודאה זו וודאי דהוי בגדר א"י לכפור דהא באמת הוא כופר ואנן אמרינן דהוי כאלו הודה וא"כ פשיטא דהודאה זו הוי א"י לכפור, ואפ"ה ס"ל לר"ח דתקנו בזה שבועה כעין דאורייתא ומש"ה מוכח דהילך חייב א"כ ממילא מוכח לר"ח דא"י לכפור ג"כ חייב, אך למ"ש רש"י בהא דיליף ר"ח דהילך דמתניתין משום העדאת עדים הוא הדרי הקושיא לדוכתיה דכיון דמשום העדאת עדים חייב ליכא לפוטרו משום א"י לכפור עיין ש"ך (בח"מ סימן ע"ה):

אמנם כבר תמהו התוספות על רש"י דלפ"ז הו"מ למילף גם דר"ח קמייתא, ולענ"ד י"ל דוודאי לפום ילפותא קמייתא דיליף דבר הדומה לגמרי וס"ל דמתניתין הוי שבועה דאורייתא שפיר הוי מדמי ליה ע"כ להעדאת עדים, אבל למה דמסיק כי היכי דאנן סהדי להאי אנן סהדי להאי ורק משום דאיכא דכוותיה באורייתא ס"ל לרש"י ג"כ דיש לדמותו להודאה וכמ"ש התוספות רק דאפילו הכי כתב רש"י דהוי משום אנן סהדי כיון דבאמת ס"ל לר"ח דהעדאת עדים חייב יש לדמותו יותר להעדאת עדים, אבל שיהיה מוכח מזה העדאת עדים וודאי דלא מוכח כיון דלאו ש"ד הוא רק משום דאשכחן דכוותיה באורייתא וודאי דיש לדמותו ג"כ להודאת פיו וכמ"ש התוס' ולפ"ז מיושב ג"כ לשיטת רש"י דלא משני משום א"י לכפור ועיין במהרמ"ש דעיקר הקושיא לא הוי רק לשיטת רש"י] ולפמ"ש מיושב היטב דע"כ ס"ל להגמרא דמאן דמחייב בהילך אף בא"י לכפור חייב, דאם לא כן מוכח ע"כ לר"ח דמתניתין משום העדאת עדים דאי משום הודאת פיו הוי א"י לכפור וא"כ מוכח דר"ח קמייתא ואמאי קאמר ותנא תונא אאידך דר' חייא אלא וודאי דפשיטא להגמרא דאף א"י לכפור חייב לר"ח דס"ל הילך חייב ע"כ מקשה שפיר מברייתא דסלעין דינרין ודוק היטב:

עיין בנ"י מחלוקת הפוסקים אי משכון חשיב הילך, והרי"ן מיג"ש כתב דמשכון לא הוי הילך, וביאר הר"ן הטעם משום דמלוה אינו קונה ול"ד למשכנו בשעת הלואה דקניא ליה בכסף, ועיין תומים (סימן פ"ז ס"ק ב') שכתב דלדידן דקי"ל דבמכר קונה מלוה א"כ משכון חשיב הילך לפי סברת הר"ן הנ"ל וע"כ כתב דהוי ספיקא דדינא, ות"ל גם אנכי עמדתי בזה דלדידן אף משכון חשיב הילך לפי סברת הר"ן הנ"ל, אמנם י"ל לפמ"ש בחי' קידושין (דף מ"ז) בעזה"י ליישב שיטת הרמב"ם דבמכר קנה וקשה מקושיית הגמרא ותסברא ושוין במכר שזה קנה ואי מלוה להוצאה ניתנה אמאי קנה, ולשיטת הר"מ דמחלק בין מכר למתנה מה קושיא, והיה נראה לי ליישב דעיקר חילוק הר"מ שבין מכר לקדושין הוא משום דהא דאינו נקנה במלוה הוא משום דמלוה לא חשיב כסף כמו דאשכחן פורע חובו ש"ח פטור, וע"כ י"ל דאין כוונת האשה לקדש בשביל המלוה רק בשביל הנאת האישות וכיון דבעי כסף דוקא ע"כ אינה מקודשת, משא"כ במכר כיון דחזינן שמוכר לו שדהו הוא מחשיב המלוה, וע"כ נ"מ דפרוטת הקנין ל"מ במלוה כגון אם מוכר לו בהקפה רק שנותן לו פרוטת מלוה בשביל הקנין ל"מ דבזה י"ל ג"כ שכוונתו רק מה שמחייב לו חבירו ליתן לו מותר המעות וכיון דבעי נתינת כסף לא מהני, וקושיית הגמ' שם אתי שפיר על נכון עיין בחי' קדושין, ולפ"ז י"ל אף לשיטת הר"מ אם מודה לו מקצת ונותן משכון על המקצת לא קנה המלוה בקנין המלוה דבזה ג"כ אינו מוכח שהלוה מחשיב הכסף והא שנתן לו המשכון משום אשתמוטי כדי שלא יתבענו המקצת תיכף ולעולם דאינו חשוב בעיניו ככסף ע"כ אף לשיטת הר"מ לא חשיב הילך לפי סברת הרי"ן מיג"ש:

תוספות ד"ה אין נשבעין וכו' שיטת התוספות דמדאורייתא ליכא לאשכוחי שבועה רק היכא דאין לו אפילו משועבדים דלולי זאת הוי שעבוד קרקעות ואף דהלקוחות לא צריכין ליתן להמלוה אף אם יודה לו הלוה, וצ"ל דאזלינן בתר טענתו דלפ"ד היה לו לגבות אף ממשעבדי אם היה האמת כדבריו והרמב"ן ושאר פוסקים חולקים על תוספות כדאיתא בטור וש"ע חו"מ (סימן פ"ח) דאפילו בשטר שאינו מקוים לא הוי שעבוד קרקעות ולכאורה יש להוכיח מהרי"ף דסובר כשיטת התוספות מדכתב טעמא לפטור בשתים משום ש"ק, וקשה למה לא אמר בקיצור משום הילך, וכן ראיתי אח"כ הקושיא בלח"מ (פ"ז מה' טו"נ הלכה ד') ולפי זה י"ל דקמ"ל אף בשטר שאינו מקיום דמשום הילך ליכא למפטריה דהא עדיין א"י לגבות ממשעבדי אבל משום ש"ק שפיר פטור דלפי טענת המלוה הוי ליה שעבוד קרקעות, ועיין בתורת חיים דס"ל אפילו שטר שאינו מקוים רק ע"י הודאת הלוה אפילו הכי הוי הילך ודבריו צ"ע לענ"ד:

ועיין פ"י שהקשה לשיטת התוספות משבועת ד' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים היכי משכחת לה, ולכאורה הו"מ למימר בשעבוד מטלטלין אג"ק ואח"כ אשתדף הקרקע, אמנם למ"ש התוס' דשעבוד מטלטלין אג"ק הוי מדרבנן הדרי הקושיא לדוכתיה אמנם קושיית הט"ז (סימן פ"ח) שהקשה מסוגיא דסוף ב"ב נשבע וגובה מחצה עיי"ש י"ל בזה, ולקושיית הפ"י הנ"ל י"ל דמיירי דלית ליה קרקע רק דטען שמשכונו ע"י ב"ד דלא נעשה מטלטלין אצל בניו והיתומים מודים לו מקצת דאפילו הכי לא הוי הילך דעדיין צריך שומא ושפיר משכחת לה ודוק:

עיין ח"מ (סימן פ"ח סעיף כ"ד) מ"ש הסמ"ע והש"ך על מתניתין דכיס מלא מעות וזה אמר מה שהנחת אתה נוטל תיפוק ליה דהוי הילך, נראה לי לפמ"ש התוספות לקמן (דף כ"ט) דהיכא דהפקיד מעות מותרין אצל שולחני אפילו המעות בעין א"צ להחזיר אותן המעות בעצמם נראה לפ"ז דמשכחת לה בפשיטות דבזה וודאי ל"ה הילך כיון דא"צ ליתן לו אותן המעות עצמם כן נראה לי נכון לדינא, ועיין ש"ך ח"מ (סימן רצ"ב ס"ק ח') העתיק ד"ת אלו לדינא עיי"ש:

דף ה.

תוספות ד"ה למ"ד הילך פטור למה לי קרא למיפטר קרקע משבועה וא"ת גם למ"ד הילך חייב הא לא שייך אשתמוטי וכו', וקשה אמאי לא הקשו אליבא דאמת דמשני כגון שהודה בכלים וכפר בקרקעות וקשיא אף למ"ד הילך פטור, ונראה לי די"ל דאסיק אדעתיה שי"ל אשתמוטי באופן זה די"ל הכלים שהודה אין לו לשלם עכשיו ומוכרח למשכן הקרקע כדי לשלם הכלים ואין לומר דא"כ היה לו להודות הקרקע שהוא בעין ולכפור הכלים י"ל כיון דהילך פטור הוי העזה כמ"ש התוספות לעיל וע"כ היה מוכרח להודות הכלים כדי שלא יהיה הילך וכיון דאין לו לשלם הכלים מוכרח לכפור הקרקע כדי למשכנה לשלם הכלים אבל למ"ד הילך חייב ולא הוי העזה הקשו שפיר דליכא למימר שאין לו לשלם הכלים דא"כ יותר היה לו להודות הקרקע ואפילו הכי ל"ה העזה כיון דהילך חייב ל"ה כופר הכל כדמשמע מתוספות לעיל ד"ה וש"מ וע"כ הוכרחו לתרץ שכבר משכנו, אמנם לענ"ד א"י הכרח לסברא זו די"ל אפילו למ"ד הילך פטור אפ"ה לא הוי העזה כיון דסוף סוף מודה לו מקצת רק דפליגי אי הוי כמו כופר הכל ופטור מצד גזירת הכתוב כיון דמסתלק ממנו לגמרי לא הוי בכלל מודה במקצת דחייבו הכתוב, או דאפילו הכי לא דמי לכופר הכל ולעולם דכ"ע ס"ל דל"ש העזה בהילך, וקושיית התוספות דלעיל ד"ה וש"מ י"ל כמ"ש ד"ה לעולם הילך חייב ושתים פטור דמאי דמסיים

ליה שטרא אינו טוען ברצון, ויש לי להביא ראייה לסברא זו ממ"ש כבר בסוגיא דנשבע וגובה מחצה ומח"מ (סימן פ"ז) יעיי"ש, ועיין בח"מ (סימן פ"ז סעיף כ"ח) ועיין שם בקצה"ח שהשיג על מהרי"ט אם כבר נשבע ואח"כ הודה במקצת ואמר הילך דאפ"ה חייב לישבע פ"א כיון דמודה שהשבועה הראשונה היה שלא כדין, והשיג עליו הקצה"ח דנאמן במגו [דאלו לא אמרינן הילך לא הוי שייך מגו כמו בכל מ"מ ואע"ג דכבר כפר ועיין תומים] אבל בהילך נאמן במיגו וסיים וז"ב, ולענ"ד דברי המהרי"ט נכונים דנהי דהילך פטור מ"מ וודאי דל"ה העזה כל כך כמו כופר הכל וע"כ אין כאן מיגו, וזה נראה לי פשוט, ואף לסברת התוספות דאם הילך פטור הוי ג"כ העזה מ"מ וודאי דל"ה העזה כמו כופר הכל:

תוספות ד"ה שכנגדו קאמינא, והקשו התוספות למה לא נימא מתוך שאינו יכול לישבע משלם כמו בחמשין ידענא וחמשין לא ידענא, ועיין פ"י שהקשה למה הקשו התוספות כאן הו"ל להקשות כן במסכת שבועות שהוא עיקר מקומו עיין שם, ולענ"ד י"ל כך דהר"ן כתב בשבועות הא דאמר רבה דלא אמרינן מיגו דכופר הכל משום דאין אדם מעיז היינו דהוי מיגו דהעזה לאפטורי משבועה אבל לאפטורי ממונא אמרינן מיגו דהעזה עיין שם בשמעתין דקציצה, ולולי דבריו היה נראה לכאורה דמיגו דכופר הכל גרע משאר מגו דהעזה, וכ"מ לענ"ד מתוספות בבא קמא (דף ק"ב) בסוגיא דעירוב פרשיות עיין שם, והנה על הר"ן קשה לכאורה בחשוד על השבועה להימן במיגו דאי בעי כפר הכל, דבשלמא מי שאינו חשוד צריך לישבע דלדידיה הוי מיגו לאפטורי משבועה ואמרינן ממ"נ אם האמת אתו ישבע וכמ"ש הסמ"ע (סימן רצ"ו) ואף לטעם הש"ך שם אתי שפיר דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה אבל בחשוד קשה, וצריך לומר דהא דשכנגדו נשבע ונוטל הוא מתקנת חכמים שלא יהא חוטא נשכר כמו למ"ד דלא אמרינן כלל מתוך שאינו יכול לישבע משלם ואפילו הכי בחשוד שכנגדו נשבע ונוטל והיינו מטעם הנ"ל, ולפי זה א"ש דיש לומר התם לא הוי מצי התוספות להקשות נימא מתשאיל"מ די"ל דמיירי בשבועת מודה במקצת דאית ליה מיגו דכופר הכל רק מתקנת חכמים נשבע שכנגדו, ע"כ הקשו התוספות הכא דלית ליה מגו דהא איכא העדאת עדים על המקצת וא"כ למ"ד מתוך שאינו יכול לישבע משלם חייב לשלם מדין תורה דלא שייך מיגו ע"כ קשה שפיר למה ישבע שכנגדו מ"ש מנ' ידענא דנוטל בלא שבועה, ותי' דתקנת חכמים הוא משום לא שבקת חיים לכל החשודין, ואין לומר לפמ"ש הא במודה במקצת מוכרח שכנגדו לישבע מצד הדין ולא משכחת דצריך לתקנת חכמים רק היכא דכפר הכל ועדים מעידין על המקצת ובזה לא שייך לתקן דאיהו דאפסיד אנפשיה די"ל חדא דהיכא דיהיה

עדים לא תהני הודאתו דסוף סוף לית ליה מיגו וע"כ הוצרכו לתקן [אך למ"ד כל שא"י לכפור הוי הילך פטור בזה דהוי הילך וצ"ל כתירוץ השני] ותו די"ל באמת תוספות לית להו כסברת הר"ן רק דסבירא ליה מגו דכופר הכל לא אמרינן כלל אף לאפטורי מממון וע"כ שפיר הוצרכו לתקן, רק דלא הוה מצי להקשות על מתניתין דשבועות דהוה מצי למימר כסברת הר"ן ודוק:

דף ה:

גמ' אשתמוטי קא אשתמיט עד דבחישנא, עיין פני יהושע שהקשה מאי משני הגמרא הא קשה קושיית התוספות להימניה במיגו דאי בעי טען אהאי דכפירה נאנסה וצ"ל דכפירה קמן וא"כ ליכא למימר אשתמוטי עיין שם, ותירץ דיש לומר דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה, [ולענ"ד יש לי בזה מקום עיון על הלבוש הביאו הש"ך בח"מ (סימן רצ"ו) דלדידיה יש לומר אף דכפירה קמן רוצה לישבע ולהשתמט על אותה שטוען נאנסה ובאמת ישלם לו אחר כך הכפירה], אמנם יש לתרץ קושיית הפני יהושע דוודאי איכא לאשכוחי היכא שתובע אותו בהמה ידוע שעדים מעידים שנגנבה בפשיעתו רק שא"י אם היתה בהמה שלו או של המפקיד וא"כ לית ליה מיגו דנאנסה דהעדים מעידים שלא נאנסה, רק התוספות תירצו אליבא דאמת תירוץ מרווח דכפירה קמן, אבל וודאי איכא למימר ג"כ באופן הנ"ל על כן משני הגמרא שפיר, אחר כך מצאתי כן בתומים (סימן ע"ה):

דף ו.

אביי אמר שמא ספק מלוה ישינה י"ל עליו וכ' התוס' דבוודאי חשוד לא אמרינן הכי דמשום הכי כופר בפקדון פסול לעדות וצריך להבין טעמא, ועיין בש"מ מ"ש בשם הרא"ש וכך למדתי ג"כ ת"ל, ונראה דאפשר עוד לומר כיון דחזינן דהתורה חייבה שבועה במודה במקצת מוכרח לומר דטענת התובע עדיף ומשום הכי אמרינן אפילו מתוך שאינו יכול לישבע משלם, ולפ"ז י"ל דנהי דנאמן הנתבע בשבועה מ"מ כל כמה דלא נשבע רק דנימא מגו דחשוד אממונא דהיינו דהכפירה יהיה כמו שנשבע וכמ"ש לעיל בדר"ח קמייתא יותר מסתבר לומר דלא ישבע כדי להחזיק טענת התובע שהיא מאמתת יותר מצד דין תה"ק וע"כ אמרינן ספק מלוה ישינה יש לו עליו, אבל בכופר בפקדון אי אמרינן דלא היה לו מלוה ישינה נפסל מחמת הכפירה ובאמת אין כפירת הממון כמו שבועה רק דאמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם ממילא אין לנו ראייה לומר ספק מלוה

ישינה י"ל עליו, ואף די"ל להעמידו על חזקת כשרות נימא ספק מ"י יש לו עליו, י"ל כיון דסוף סוף שלא כדין עבד לכפור בפקדון משום ספק מ"י איתרע חזקת כשרות, ויש לעיין בזה על קושיית העולם היאך שייך לומר מגו דאי בעי כפר הכל דלמא אין לו מלוה ישינה רק על המקצת ודוק:

שם גמרא ולא אמרינן תפיס ממנא מספיקא משתבע נמי מספיקא וצ"ע דלענין שבועה הוי וודאי שבועת שקר מה שנשבע שהטלית שלו כיון שהטלית בוודאי אינו שלו ומדברי רש"י נראה הואיל שיש לו שעבוד עליו הוי כדידיה, אך צ"ע היאך יכול לישבע שגוף הטלית הוא שלו ולפחות הוי שבועת ביטוי לשקר, אחר כך ראיתי בתומים שהקשה כן, ועיין שם מ"ש דנ"מ היכא שתבעו מנה לי בידך והוא משיב יש לי בידך כנגדו דאז שפיר משתבע מספיקא והוא נכון, אך בפירוש הגמרא הוא סתום קצת, ולענ"ד אפ"ל כך דהא דאמרינן מיגו דחשוד אממונא וכו' אף דבוודאי שבועה חמורה מאיסור גזל וכמ"ש התוספות שכל העולם נזדעזע וכו' אפילו הכי כיון דגם בממון איכא איסורא דלא תגזול ס"ל להגמרא דכיון דחשדינן ליה שיעשה איסור בשביל ממון א"כ מאן מפיס דשבועה חמירא ליה, דבשלמא אלו לא היה איסור לענין ממון הוי אמרינן דלא נחשדו ישראל לעבור על איסור וע"כ רמי רחמנא שבועה עלי', אבל עכשיו דאף בממון יש איסור א"כ מה גדר וגבול יש בזה לומר דחשדינן ליה על איסור קל ועל איסור חמור לא חשדינן ליה, ואף דבאמת הדין כך דחשוד על דבר קל אינו חשוד על דבר חמור, מ"מ כיון דלא ידעינן אם הוא חשוד רק כדי לברר אמרה התורה שישבע וכיון דאין ראייה ברורה שלא ירצה לישבע לשקר כיון דחשדינן ליה שעושה איסור ורוצה לגזול א"כ לא הוי לן לחיובי שבועה כיון דסוף סוף לא יהיה בירור גמור, ומשני הגמרא דלא אמרינן, סברא זו כיון דסוף סוף איסור שבועה חמור כל כך לא חשדינן ליה שישבע לשקר, ואביי משני דלעולם אמרינן סברא הנ"ל דאין סברא לחייבו שבועה כיון דסוף סוף חשדינן ליה שאינו עושה כדין לענין גזל רק דאמרינן שמא ספק מלוה ישינה יש לו עליו, ועל זה מקשה הגמרא לאו אמרינן תפס ממונא מספיקא וכו' והיינו דלפי הסברא הנ"ל כיון דסוף סוף עושה איסור במאי שנוטל ממון חבירו מספק וא"כ כיון דחשדינן ליה שיעשה שלא כדין משתבע נמי מספיקא ואי דהוי וודאי שבועת שקר דבין קל לחמור לא נ"מ רק כיון דחשדינן ליה שעושה שלא כדין שוב לא סמכינן ע"ז וע"כ הוצרך לשנויי דממון לא נחשב בעיניו איסור כלל כיון דאיתא בחזרה.

ויש לעיין בזה לשיטת הר"מ דס"ל ספיקא דאורייתא מן התורה לקולא הדרי הקושיא. לדוכתיה דהא דתפס ממונא מספיקא לא הוי איסור דאורייתא [ואע"ג דע"כ מיירי היכא

שמצד הדין מחויב לשלם דספק מלוה ישינה שלו הוי א"י אם פרעתיך ואפילו הספק הוא מקודם זה החוב וכמ"ש הש"ך בח"מ (סימן ע"ה) מ"מ י"ל כל זמן שלא טען בב"ד על המלוה ישינה הוי בגדר ספק אולי יודה לו חבירו או גם הוא יהיה מסופק] ואפ"ל דקושיית הגמרא לתנא דמתניתין דסבירא ליה ס"ד מ"ה לחומרא והר"מ פסק כתנא ברא כדאיתא בנדה בנמצא על שלה עיין שם, ולפ"ז י"ל מאי דקשיא לי על מאי דמשני הגמרא ממון איתא בחזרה א"כ קשה אהא דאמר ר"י (בשבועות דף מ"ד ע"ב) בשכיר אינו נשבע ונוטל עד שיהיה שם מקצת הודאה מוכח דהיכא דהודה הבעל הבית במקצת חייב לישבע, וקשה נימא מגו דחשוד אממונא וכו' ואי שמא ספק מלוה ישינה קשה הא ליתא בחזרה דיעבור על לא תלין עיי"ש במאי דמסיק הגמרא דר"י סבירא ליה תקנתא לתקנתא לא עבדינן מוכח דר"י סבירא ליה במודה במקצת חייב הבעל הבית לישבע רק דעקרוהו רבנן מבעל הבית וקשה נימא מיגו דחשוד אממונא וכנ"ל, ולפמ"ש י"ל דר"י ס"ל ס"ד מ"ה לקולא ולא קשה נימא מדתפס ממונא מספיקא וכו' די"ל כנ"ל דספק אינו אסור מן התורה ולא צריך לשנויי דאיתא בחזרה ומוכח כשיטת הר"מ דס"ד מ"ה לקולא למאן דבעי חתיכה משתי חתיכות:

ולפ"ז נסתר מה שאמרתי כבר בישוב הקושיא שהקשיתי על תי' התוספות התם דאמרינן מיגו דיודע בבירור והיה קשה לי דלפ"ז דמוכח לומר דיוכל לידע אם אמר ברי בדדמי או ברי גמור דאל"כ וודאי לא שייך מיגו וא"כ אפילו בשכרו בעדים ישבע שיודע ברי גמור ותירצתי דזה הוי שבועת ביטוי ע"פ ס' הגאון מופת הדור מ"ו בס' ושב הכהן שיחיה לאי"ט [ובזה נסתר דברי התומים מ"ש דמגו דקצוצה לא הוי מיגו משום דישבע בוודאי לשקר ולפמ"ש סוף סוף לא יהיה רק שבועת ביטוי לשקר וא"כ יהיה נאמן לישבע שיודע ברי גמור ואי דחשדינן ליה על שבועת ביטוי יהא נאמן במיגו דקציצה] אך לפמ"ש לעיל דמוכח מר"י דס"ל עד שתהא שם מקצת הודאה דס"ל דלא חש לספק איסור דבל תלין א"כ עדיין קשה מה מהני השבועה וצ"ל דהשבועה יהיה וודאי לשקר אמנם נהי דיהיה ודאי לשקר מאי שאמר שנתן לו סוף סוף כיון דיש לו ספק מ"י לא יהיה וודאי לשקר רק שבועת ביטוי וצ"ל דסמכינן עליו בשבועת ביטוי והדרא הקושי' לדוכתיה אף בשכרו בעדים יהא נאמן לישבע שיודע בבירור ואי דיהי' שבועת ביטוי הא מוכח דסמכינן עליו בשבועת ביטוי דאל"כ אין מקום להשביעו במודה במקצת:

ולפ"ז מוכח דאביי סובר ג"כ אשתמוטי קא משתמיט וא"כ לא קשה משכיר די"ל התם אשתמוטי קא משתמיט והיכא דלית ליה אינו עובר בבל תלין כדאיתא בש"ע חו"מ (סימן של"ט) וא"כ לא קשיא התם כלל נימא מגו דחשוד וכו', ולפ"ז י"ל קושיית התוספות

לעיל על רש"י במ"ש ובכוליה בעי דלודי ליה דנימא מיגו דחשוד והקשו דהא אביי משני משום מלוה ישינה וסתמא דגמרא ס"ל דלא אמרינן כלל מגו דחשוד, ולפמ"ש י"ל דהוצרך רבה לומר אשתמוטי דנ"מ בשכיר דליכא למימר משום מלוה ישינה דל"ש לומר פרשי מספק איסור ולא מספק ממון ולפ"ז נסתר דברי התומים הנ"ל שכתב דקושיית הגמרא היכא שטענו מנה לי בידך והוא אומר יש לי בידך כנגדו דלפמ"ש י"ל בזה מודה אביי משום אשתמוטי:

אמנם יש לקיים דבריו היכא שטוען על החפץ שביד חבירו שהוא שלו והוא אומר יש לי בידך כנגדו דנאמן בשבועה במגו, דשם לא שייך לומר אשתמוטי כיון שהחפץ בידו, ובע"כ השבועה הוא משום ספק מלוה ישינה וקשיא שפיר ממ"נ דישתבע מספיקא שיש לו מלוה ישינה רק דבזה צ"ע אף אליבא דאמת דפרשי מספק שבועה מ"מ וודאי דחמור לאינשי שבועה וודאי לשקר מספק שבועה וא"כ בטענו על החפץ והוא אומר יש לי בידך כנגדו למה יהיה נאמן במגו דלמא משום הכי אין טוען אין לך בידי דאם ישבע שאין לו בידו החפץ ישבע בוודאי לשקר משום הכי טוען יש לי בידך כנגדו דהוי רק ספק שבועה וכיון דניחא ליה לטעון יש לי בידך שוב לא הוי מגו וצ"ע לענ"ד, ע"כ נ"ל די"ל היכא דטוען יש לי בידך צריך לישבע שיודע כעת בבירור שיש לו בידו וא"כ אפילו שיש לו ספק מ"י ובאמת חייב לו רק כיון שהוא אינו יודע עכשיו בשעת שבועה שהוא כך סוף סוף נשבע לשקר במאי שאומר שיודע בוודאי, וא"כ נסתר תירוץ התומים הנ"ל אף בטענו על החפץ, ועיין הייטב בכ"ז:

קשיא לי למה שתירץ הרא"ש דמשום הכי כופר בפקדון פסול לעדות ולא אמרינן שמא ספק מלוה ישינה יש לו עליו, דלענין עדות בעי וודאי כשר משא"כ לענין שבועה אין פוטרין אותו בלא שבועה משום שמא ספק מ"י, וק"ל לפ"ז על מה שהביא הרי"ף בתר תירוץ דאביי סוגיא דב"ק דמקשה על ראב"א ממה דתני במתני' אחד שבועת הפקדון ת"ל הכופר בפקדון בלא שבועה פסול ול תירוץ הנ"ל מה קושי' נהי דלעדות פסול מ"מ לשבועה אינו פסול, ואפשר לומר כיון דכבר נפסל לעדות פסול ג"כ לשבועה, ועיין לעיל בתוספות (ד"ה לא תחמוד לאנשי בלא דמי משמע להו) ולענ"ד נראה דאפ"ל משום הכי פסול לעדות כיון דאתו סהדי דבהאי שעתא ברשותיה הוי קאי אלו היה תפסו בשביל מלוה ישינה היה לו לטעון כן להתנצל עצמו ומדלא טען כן מוכח דלאו משום מ"י תפס לה וכעין זה כתבו התוספות ביבמות (דף קט"ז) דחייש לגמלא פרחא והקשה התוספות אמ"ד במכות חזינן אי מצי למיזל וקשה ליחוש לגמלא פרחא ותי' דאלו היה כן הו"ל למטען ועיין בחידושי הר"ן במכות (דף ה') שהרמב"ן גמגם על תירוץ תוספות כיון דכתיב

ושפטו העדה והצילו העדה אית לן למיטען כ"מ שיכולים לטעון דדלמא משום בעתותא לא טענו הכי עיין שם משמע להדיא דלולי משום ושפטו והצילו עדה דכתיב בדיני נפשות הו"א מדלא טענו ודאי לא הכי הוי וע"כ שפיר מצינן למימר דמשום הכי הכופר בפקדון פסול לעדות ולא אמרינן שמא מלוה ישינה יש לו עליו מדלא טען הכי אבל לומר מגו דחשוד לא אמרינן דעכשיו אינו יכול לטעון מ"י וצריך לתפוס בחפץ, ולפ"ז י"ל דברי הרי"ף הנ"ל די"ל דקושיית הגמרא אף אליבא דאביי דכופר במלוה היכא דלא טען מ"י פסול אפילו לשבועה ובוודאי בחשוד על שבועה ליכא למימר דטען מלוה ישינה דפשיטא דעל השבועה אין התנצלות מחמת מלוה ישינה ודומיא דהכא בפקדון בכופר לחוד היכא דל"ש מלוה ישינה מדלא טען גם כן פסול ועיין:

שם גמ' מי אמרינן שתיקה כהודאה וכתב הרשב"א דרק בב"ד דוקא הוא דאמרינן שתיקה כהודאה דשם הוא מקום המשפט אבל בעדים וודאי לא אמרינן שתיקה כהודאה והקשיתי לפ"ז לפמ"ש הגי' תוספות דמוכח גבי מסותא דהוי שתיק אידך דאל"כ לא הוי מסתפק כלל דלהוי הקדש דידיה דהוי דיבור ודיבור עיי"ש באס"ז, ולשיטת הרשב"א הנ"ל דלמא היה השתיקה בעדים ומהני לענין זה דלא הוי דיבור ודיבור אבל לענין שתיקה כהודאה לא מהני ויהיה מוכח מזה כשיטת הרמב"ן ז"ל דס"ל דבעדים אמרינן וודאי שתיקה כהודאה, ולעת עתה נראה לי די"ל ע"כ ל"ס ליה להרשב"א דבעדים לא אמרינן שתיקה כהודאה רק בתוקפו דכיון דהם לא יוציאו מידו דאין שם מקום המשפט ע"כ מה הוי ליה למצווח אבל בהקדש דלפי ס' הגי' תוספות הנ"ל היכא דצווח אין התחלה להקדישו כלל א"כ אף בעדים הוי ליה למצווח ואין חילוק בזה בין לפני עדים או לפני ב"ד, ובזה מדוקדק קצת לשיטת הרשב"א דלא נקט הגמרא באבעיא דהקדישה בפנינו כמו בתקפה (ולשיטת הרמב"ן וודאי דא"ש רק לשיטת רשב"א צריך להבין) ולפמ"ש אתי שפיר דבהקדישה אין חילוק ואדרבה יש להעיר בזה קצת על שיטת הרמב"ן דלדידיה דבעדים אמרינן וודאי שתיקה כהודאה א"כ הוה ליה להגמרא לאבעיא אף אי אמרינן תקפו מוציאין מ"מ יש להסתפק בהקדישה לפני עדים אי הוי כתקפו לפני עדים או לא ועיין:

שם גמרא ת"ש דההוא מסותא וכו', לכאורה הו"מ לפרש בפשיטות הגמרא ממסותא כך די"ל אי אמרינן דהיכא דהדין כל דאלים גבר מהני הקדישה ומוכח דהקדש הוי כתוקפו וממילא היכא דהדין דלא אמרינן כל דאלים גבר אפילו הכי היכא דשתק מהני משום שתיקה כהודאה דכיון דהקדש הוי כמו תקפה ממילא אמרינן שתיקה כהודאה, אבל אי אמרינן דאפילו היכא דהדין כל דאלים גבר אפ"ה לא מהני הקדישה דלא הוי כמו תקפה

ממילא אין סברא לומר דהוי שתיקה כהודאה, ולפי זה אתיא פשיטת הגמרא שפיר ולא הוי צריכין לדחוקי כמ"ש המפרשים המהרש"א ומהרמ"ש, ואין לי כעת טעם נכון למה מיאנו לפרש כן ואף שיש לחלק קצת אפ"ה נראה שיש לפרש כן:

שם תוספות ד"ה והא הכא דאמר ח"כ א"מ מידו נראה דהאבעי' כיון דדינא כל דאלים גבר עד סוף הדיבור, ולכאורה קשה למה לא פירש כפשוטיה דהאבעיא הוי אם הקדש הוי כתקפו או לא ולמה הוצרכו לומר דהאבעיא הוי אי נימא דעדיף הואיל שאין האחר יכול לחזור ולתוקפו, ואגב זה יבואר מה שיש לדקדק ע"ד התוספות שהעמידו דבריהם על פשיטות הגמרא ולא על האבעיא, גם המשך קושיית התוספות שהקשו אח"כ הא מצי למימר לכהן אחר אתן שאין לו המשך לדבריהם הקודמים ואפשר לומר דמשום הכי הוצרכו התוספות לומר דעדיף מתקפה דלולי זאת הפי' תמוה דאף דנימא דהקדש הוי כתקפה לענין שתיקה כהודאה וכיון דאודי אף דאידך מוחזק בחצי אין בזה כלום דכבר אודי מדשתק משא"כ בבעיא דמסותא דרצה לפשוט מספק בכור דהקדש הוי כתקפה ומשום דהוה כתקפה לפיכך אסור בגו"ע קשה הא הבעלים המה מוחזקים לגמרי ועדיין הדבר בספק עומד ולמה יהיה אסור בגו"ע]:

והנ"ל בזה דקשיא לתוספות דלכאורה משמע דהואיל ורב המנונא סבירא ליה תקפו כהן אין מוציאין מידו ע"כ סבירא ליה הא דאסור בגיזה ועבודה משום דהוי כמו תקפו ורבה דס"ל ת"כ מוציאין ע"כ הוצרך לומר לעולם אימא לך ת"כ מוציאין וקדושה הבאה מאליה שאני ועל זה קשה לפי מה שהכריחו התוספות לקמן דתפיסה ברשות וודאי מהני ולפ"ז אפילו אי אמרינן תקפו כהן מוציאין אותו מידו היינו משום דתפס שלא ברשות דכבר היו הבעלים מוחזקין משא"כ תפיסת הקדש לענין גיזה ועבודה דהיינו משום כח ההקדש הנולד עמו הוי תפיסה ברשות ולא היה צריך רב המנונא למשכוני נפשיה משום דקתני המוציא מחבירו עליו הראיה משמע דתקפו כהן אין מוציאין ומשום הכי אסור בגו"ע ועיין בש"מ שדקדק על לשון זה דמשמע לולי המשמעות גם רב המנונא היה מודה דטעמא משום קדושה הבאה מאליה שאני לא משום תפיסה ולפי מה שכתבו התוספות דתפיסה ברשות וודאי מהני הוה מצי למימר בפשיטות דמשום הכי אסור בגו"ע דהקדש הוי כתקפו ותפיסה זו וודאי מהני, גם לשון רבה משמע ג"כ לעולם אימא לך תקפו כהן אין מוציאין וע"כ צריכין לומר קדושה הבאה מאליה שאני ולפמ"ש דזה מקרי תפיסה ברשות אין זה ענין לתקפו כהן אין מוציאין, ע"כ כדי ליישב זה הוצרכו התוספות לפרש פירושם והוא די"ל כיון דבכור הוא ממון בעלים כדאיתא (פ"א דמעשר שני משנה א') הבכור מוכרין אותו תמים חי ובעל מום חי ושחוט ומקדשין בו את האשה ואע"ג דבזה"ב

אין מוכרין אותו כיון שעומד להקרבה וכמ"ש התוי"ט בשם הר"ש וכ"פ הרמב"ם מ"מ נראה פשוט דהיינו דווקא בוודאי בכור שעומד להקרבה אבל בספק בכור כיון דסוף סוף אינו עומד להקרבה לא גרע מבכור תמים בזה"ז שהוא ממון בעלים לגמרי מטעם שאינו עומד להקרבה ולפ"ז ליכא למימר דמשום הכי אסור בגו"ע משום דהקדש הוי כתקפו דהא סוף סוף אין כח להקדש בו כיון דאינו יכול להקריבו, והא דאסור בגו"ע לאו משום רשות הקדש וכמו בכור בזה"ז שהוא ממון בעלים לגמרי ואפילו הכי אסור בגו"ע ואפילו פסולי מוקדשין אסורים ג"כ בגו"ע משום איסוריה דרביע עלי' לא משום כח הקדש ולפ"ז צריך לומר דהא דהוי סובר רב המנונא משום דתקפו כהן אין מוציאין מידו משום הכי כי לא תקפה אסור בגו"ע לא הוי משום דהקדש הוי כתקפו דלא שייך הכא כלל רק הואיל שאם יתפסנו הכהן ויהני תפיסתו וודאי שיהיה אסור בגו"ע ע"כ אף עכשיו שהוא ברשות בעלים לא מהני חזקת הבעלים לומר שהוא וודאי של הבעלים ואינו בכור שיהיה מותר בגו"ע וע"כ חשבינן כאלו כבר תקפו הכהן והקדישה וכמ"ש התוספות, ולפ"ז ליכא למימר דהאבעיא הוי אי הקדש הוי כתקפו דזה לא הוי מוכח מספק בכור כלל דהתם ע"כ לא משום דהקדש הוי כתקפו אתינן עליו וכמ"ש דהתם לא שייך יד הקדש כלל וע"כ הוצרכו לפרש דפשיטא להגמרא דהסברא נותנת דהקדש הוא כתקפו, רק דאבעיא להו כיון דדינא כל דאלים גבר ויכול השני לחזור ולתפסו, ואלו הוי הקדש שוב לא יכול לתפסו משום הכי יש לומר דלא תהני ההקדש דתקיפה כזו לא מהני היכא שהדין הוא כל דאלים גבר כיון דהתקיפה גורם תיכף שלא יכול האחר לתפסו ועל זה פשיט שפיר מדתני אסורים בגו"ע והיינו משום דאלו יתקפנו הכהן יהיה אסור בגו"ע ואי נימא דתקיפה כזו לא מהני כיון דע"י תקיפתו מגרע זכות חבירו דמשום הכי אמרינן דהקדש לא מהני הואיל ושוב לא יכול לתקפו, א"כ ה"נ למה יהני תפיסת הכהן לאסרו בגו"ע למעט זכותו של הבעל הבית שאם יתקפנו אחר כך וודאי יהיה אסור בגו"ע, וע"כ מדוקדק לשון הפשוטות שפיר והא הכא דאמר תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו וכי לא תקפו אסור בגו"ע ומוכח דתקיפת הכהן מהני לאוסרו בגו"ע ולגרע כח הבעלים אפילו אם יתקפנו אחר כך ע"כ ה"ה הקדש בלא תקיפה מהני אע"ג דמגרע כח הבעלים, ולפי זה מיושב הדקדוק הנ"ל שהעמידו דבריהם על הפשיטות ולא על האבעיא, דהאבעיא הו"מ קאי כפשטיה אי הקדש הוי כתקפו אבל לפום פשיטות הגמרא מבכור והתם וודאי לא שייך לומר דהקדש הוי כתקפו ע"כ הוצרכו לפרש האבעיא כמו שפירשו:

ולפ"ז י"ל על נכון קישור דבריהם מ"ש דמצי לומר לכהן אחר אתן דבלא זה אלו הוי מפרשינן כפשוטיה דאף בבכור שייך יד הקדש ומשום הכי אסור בגו"ע דהקדש הוי

כתקיפה ל"ה קשה קושית התוספות דמצי לומר לכהן אחר אתן דהא כתבו התוספות לבסוף דאלו אכלו וודאי פטור דהוי כמזיק מתנות כהונה ולפ"ז הו"מ למימר דראיית הגמרא הוא רק דאלו תקפו ואכלו וודאי פטור ע"כ חזינן דל"ה וודאי ברשות בעלים דהא בזה לא שייך לומר דמצי לומר לכהן אחר אתן וע"כ ממילא אמרינן דכח הקדש הוא כתקפו שיהיה אסור בגו"ע, אבל לפי מה שפירשו התוספות עכשיו והיוצא מדבריהם דלענין בכור לא שייך כלל לומר דהקדש הוי כתקפו דאין כאן יד הקדש כלל רק משום דאלו תקפו כהן והוא ביד כהן אסור בגו"ע ע"כ אף עכשיו שהוא ביד ישראל אסור בגו"ע וע"כ מוכח דאפילו שהוא בעין מהני התקיפה על זה הקשו התוספות שפיר דהיכא שהוא בעין ביד כהן וודאי לא מהני דמצי למימר לכהן אחר אתן ודוק היטב:

ולפ"ז יש מקום מוצא ליישב הקושיא שהקשה הש"ך על הרא"ש דס"ל דכל דאלים גבר אם תפס השני אח"כ מהתופס הראשון מפקינן מיניה, ומדברי תוספות בפי' האיבעיא מוכח דמהני תפיסת השני ועיין בתומים (סימן קל"ט) נדחק הרבה בקושי' זו, ולפמ"ש י"ל הא דהוצרכו לפירושם ולא פי' כפשוטו דהאבעיא הוא אם הקדש הוי כתקפו הוא משום דאלו הוי שייך בקדושת בכור לומר דהוי תקיפה א"כ הוי תפיסה ברשות כיון שהוא ממילא ולא תלי כלל בפלפולם אי תקפו כהן מוציאין או אין מוציאין דהתם וודאי מהני משום דהוי תפיסה ברשות וע"כ הוצרכו לפירושם ולומר דהתם לא שייך תפיסה כלל דלא הוי יד הקדש וכמ"ש לעיל והנה לפ"מ דמשמע מפשטות לשון הרא"ש כאן דתפיסה ברשות לא מהני שלא הביא תי' התוספות מתפיסה ברשות ותירץ קושיית התוספות משום טענות ברי, ועיין בספר תקפו כהן (סימן ס"ה וס"ו) שכן דעת תה"ד ומהרד"ך דלשיטת הרא"ש י"ל דתפיסה ברשות לא מהני ולפ"ז מצינן לפרש האיבעיא כפשוטיה אי הקדש הוי כתקפו או לא ולא צריך לבא לפי' התוספות ע"כ א"ש דהרא"ש לשיטתו לא חש לדברי תוספות אלו וס"ל דבכל דאלים גבר לא מהני תפיסת השני:

וארווחנא לפירוש זה לפי מה שהיה עולה ע"ד לפרש האיבעיא הקדישה בלא תקפה מה דפשיטא להגמרא דאי בתקפה שייך שתיקה כהודאה ה"ה בהקדישה רק דהאיבעיא הוא אי הוי רק ספק הודאה דהיינו אי לא נפשטה האיבעיא ומהני תפיסה ע"כ איבעיא אם הקדש הוי כתקפו לומר דהקדש מקרי מוחזק וע"כ הקדים מתחלה את"ל תקפה מוציאין ואח"כ את"ל תקפה אין מוציאין להורות דהאיבעיא הוא רק אי לא נפשטה האיבעיא והיה מיושב בזה דהר"מ פסק דהוי איבעיא דלא אפשיטא ות"ל מצאתי אח"כ בש"מ שכתב כן בשם הרמב"ן, אך לפ"ז הוי קשיא לי למ"ש הר"מ תקפו כהן אין מוציאין וכתב הב"י דסבירא ליה דרבה לא אתי רק לדחויי לדרב המנונא אבל באמת סבירא ליה ג"כ

כר"ה דמשום הכי אסור בגו"ע הואיל ותקפו אין מוציאין [ואני הבאתי בעזה"י סמוכין לפי' זה מסוגיא דב"ב (דף פ"א) בקונה שני אילנות כאשר הארכתי בזה בספרי שו"ת ח"ש חא"ח (סימן א')] והוי קשיא לי אי נימא דרבה סבירא ליה כר"ה ומוכח דהקדש הוי כתקפו דמשום הכי אסור בגו"ע א"כ הוה ליה להר"מ להביא הדין דבהקדישה בלא תקפה הוי הקדש ואע"ג דהגמרא פשיט ממסותא דלא מהני הקדישה דלא הוי כתקפו ע"כ צריכין לחלק דבמסותא אין התחלה להיות הקדש רק בשביל דהוי כתקפו לזה לא מהני הקדישה לזה אמרינן דלא הוי כתקפו וע"כ אין התחלה להקדש, אבל בבכור אלו הוי הקדש ממילא הוא קדוש רק דמעמידין ליה בחזקת בעלים ואמרינן דאינו בכור לזה י"ל שפיר דחזקת בעלים אינם מגרעים כח הקדש ולפי זה אי הוה אמינא דפשיטא להגמרא בהקדישה יש גם כן לספוקי דהוי הודאה וא"כ אף אי ל"ה בחזקת הקדש הוי ממילא הקדש כיון דהשני הודה רק דאמרינן הואיל והוי ספק מוקמינן בחזקת בעלים לזה י"ל שפיר דהקדש הוי מוחזק, אמנם לפי מה שפירשתי בתוספות דאף לפי פשטות רב המנונא לא הוי אמרינן דמשום הכי אסור בגו"ע דהוי כתקפו דהתם ל"ש יד הקדש כלל דהוא ממון בעלים רק הואיל ואי תקפו כהן אסור ע"כ אף עכשיו אסור וא"כ י"ל שפיר נהי לפום פשטות רב המנונא מוכח דפשיטא ליה דהקדש הוי כתקפו רק דמספקא ליה הואיל שמגרע כח הבעלים כמ"ש התוספות ע"כ פשיט שפיר מדמהני תפיסת הכהן שמגרע ג"כ כח הבעלים, אבל אליבא דאמת דפשיט מהא דר"נ י"ל דהקדש לא הוי כתקפו כלל ומדאסור בגו"ע אין ראייה כלל וכמ"ש ודוק היטב בכ"ז, הן אמת לפי דעת הש"ך בשיטת הרא"ש דס"ל ג"כ כשיטת התוספות דתפיסה ברשות מהני וא"כ ע"כ הרא"ש פליג מטעם אחר על התוספות ויותר נפלא שהש"מ הביא פירוש התוספות הנ"ל בשם הרא"ש, ומוכח דהוי סובר כשיטת התוספות בכל דאלים גבר:

דף ו:

גמרא אמר רבה לעולם אימא לך ת"כ מוציאין ואפ"ה אסור בגו"ע דקדושה הבאה מאליה שאני והקושיא גלויה מה ס"ד דר"ה לומר הואיל ולענין ממון הוא ברשות בעלים לא יהי' אסור בגו"ע, ועיין תומים תחלת ענין ת"כ מ"ש בזה ועיין תוספות בכורות שכתבו אפילו שיש מקום לומר דלענין גיזה ועבודה לוקין ואפ"ה א"י להוציא מהבעלים דאין הולכין בממון אחר הרוב, והנ"ל דאפשר לומר לפי מה דאיתא בזבחים (דף ט' ע"א) ואימא שחטיה לשם מעשר להוי מעשר ומשני העשירי אמר רחמנא זה מעשר ואין אחר מעשר ואימא שחטיה לשם בכור להוי בכור ומשני יליף העברה ממעשר, וכתבו

התוספות שם עוד יליף מעשירי עשירי וודאי ולא ספק ולפ"ז קשה כמו דאמרינן דספיקא לאו בר עשורי הוא ה"נ ספק בכור לא יהא בכור דהא יליף העברה ממעשר, והנראה לי בזה לחלק בשלמא מעשר שהוא רק משום קדושת פה י"ל שצריך דווקא להתקדש בוודאי דהיינו שיהיה עשירי וודאי משא"כ בכור דממילא קדוש אם הוא בכור וקמי שמיא גלי' רק אנן לא ידעינן ומסופקין שמא הוא בכור וודאי ע"כ אין מקום ללמוד לענין זה ממעשר, ולפ"ז היה אפ"ל דזה היה ראיית רב המנונא דס"ל כקושין דספק בכור אין מקום לאסור רק הואיל ותקפו כהן אין מוציאין ואלו היה תוקפו י"ל דמעמידין ברשות כהן להיות וודאי בכור ובפרט במקום שיש רוב לומר שלא ילדה רק דאפילו הכי אין להוציאו מרשות בעלים הראשונים והיכא דתקפו הוי וודאי בכור וע"כ מוכח דתקפו אין מוציאין ורבה שני ליה כמ"ש דקדושה הבאה מאליה שאני וע"כ אינו ענין לספק מעשר [ע' בכורות ר"פ הלוקח בהמה ובתוספות שם] ועדיין יש לעיין למאי דאיתא סוף פ"ח דערכין כתוב א' אומר תקדיש כו' ורבנן ההוא למצוה מוכח שהבכור אע"ג דממילא חדוש יש מצוה להקדישו וכיון דאי אפשר להקדישו בקדושת וודאי כיון שהוא ספק א"כ יש מקום לדמותו למעשר לומר שאינו חל מספק ואע"ג דלא הוי רק למצוה ולא לעכב מ"מ לפי מה דקי"ל כר' זירא כל שאינו ראוי לבילה בילה מעכבת בו וע"כ בכל דוכתא היכא דכתב רחמנא למצוה אמרינן נהי דאינו מעכב מ"מ צריך להיות ראוי וכמו לענין חליצה דאלם אינו חולץ משום שאינו באמר ואע"ג דקריי' אינה מעכבת מ"מ צריך להיות ראוי לקריי' כדר' זירא א"כ י"ל בספק בכור דאינו יכול להיות קדוש מספק לאסור בגו"ע לולי דהכהן יכול לתוקפו ועדיין צ"ע בזה.

עוד יש לראות לס' רב המנונא דל"ה ס"ל קדושה הבאה מאליה שאני א"כ ספק פטר חמור למה יהיה אסור בגו"ע דהתם לא שייך לומר דהכהן יכול לתוקפו דפ"ח קודם פדייה אין שייך לכהן, וצריך לומר דפ"ח הואיל ואין לכהן זכות בו רק דהתורה אסרו בהנאה קודם פדייה אין מעכב חזקת ממון של בעל הבית להתירו בהנאה כיון דהאיסור אינו גורם להוציא מחזקת ממון של בעל הבית רק כמו איסורי הנאה דעלמא דוודאי אין סברא להתיר ספק איה"נ משום חזקת ממון של בעל הבית ולומר הואיל ואיסורי הנאה אינם ברשותו של אדם ע"כ יש להתירו משום חז"מ, משא"כ בבכור בהמה טהורה דמה שבאנו לאסור ולומר שהוא בכור בזה הצד אנו מעמידין אותו ברשות כהן ולזה שפיר יש מקום לומר דחזקת בעלים מהני שלא לספקו בספק בכור, אך עדיין אינו נוח לי לפמ"ש דספק בכור מיקרי ממון בעלים לגמרי מכש"כ אי נימא תקפו כהן מוציאין וא"כ במה שמספקינן בספק בכור אין מוציאין אותו מרשות בעלים ואפי' הכי הוי סבירא ליה

לרב המנונא דווקא משום דהקדש הוי כתקפו מש"ה אסור בגו"ע הואיל ותקפו כהן אין מוציאין וקשיא לדידיה ספק פ"ח למה אסור בהנאה וצריך פדייה דווקא הא התם לא שייך תקפו כהן אין מוציאין:

ועפמ"ש לעיל היה אפשר ליישב דבפ"ח דלא כתיב ביה תקדיש גם רב המנונא מודה דקדושה הבאה מאליה שאני רק בבכור בהמה טהורה דכתיב תקדיש הוי סבר כר' זירא דבעי ראוי לבילה וכיון דילפינן מעשירי וודאי אי אפשר להקדישו וכמ"ש לעיל, אמנם באמת דחיקא לי דלפ"ז יש לעיין על גוף הדין למה יהיה מהני תקפו נימא דהוי רק ספק, וע"כ יותר נראה לי כיון דבכור בהמה טהורה וטמאה בתר והעברת כתוב מה דילפינן ממעשר, א"כ כמו דספק בהמה טמאה אי אפשר למילף ממעשר וכמ"ש לעיל כיון דלא תלוי בקדושת פה ה"ה לענין בכור בהמה טהורה, וע"כ נ"ל די"ל דכח איה"נ שיש בפ"ח שייך ג"כ לומר דהוי כתקפו כיון שאיה"נ אינם ברשותו של אדם ואע"ג דלא שייך לומר תקפו כהן אין מוציאין מידו לא מבעיא אי מפרשינן כפשוטיה דעיקר ראיית רב המנונא הוא כמו דתקפו כהן אין מוציאין ה"ה הקדש הוי כתקפו וודאי דא"ש רק לפי' התוספות שכתבתי לעיל דע"כ לא שייך לומר בזה הקדש הוי כתקפו דא"כ הוי תפס ברשות וע"כ הוצרכו לומר דחשבינן ליה כאלו תקפו כהן, מ"מ י"ל דהיינו דווקא בבכור בהמה טהורה כיון דהוי ממוניה דמקדשין בו את האשה וע"כ לא שייך לומר דהוי כתקפו, משא"כ בבכור בהמה טמאה דאין מקדשין בו אשה וצריך לפדותו דווקא או לקדשה במה דביני וביני שפיר י"ל בפשיטות דכח איסור הנאה הוי כתקפו ועיין היטב בכ"ז:

שם תוספות ד"ה קפץ אחד מן המנוין תימא דליבטיל ברובא ועיין בשיטה מקובצת שכתב ליישב קושיית התוספות דאפ"ה לא הוי עשירי וודאי כיון דאיכא מיעוטא דלאו בר חיובא עיי"ש. וקשיא לי לפי זה תיקשי היאך מצינן לעשר הא איכא מיעוט טריפות וטריפה לאו בר עשירי כדילפינן מכל אשר יעבור תחת השבט פרט לטריפה שאינו עוברת, ולפמ"ש הר"ן בחולין גבי אין לוקחין ביצים מן הנכרים דלתרי מיעוטי חיישינן כגון התם דהוי מיעוט טריפות ומיעוט טמאות א"כ י"ל קושיית התוספות דמשום הכי קפץ אחד מן המנויין כולם פטורין ולא אזלינן בתר רובא משום דניתוסף מיעוט שכבר עבר למיעוט טריפות וצ"ע בזה אם ס' הר"ן הוי חששא דאורייתא אך ע"ד ש"מ הנ"ל צ"ע, ואפשר לומר כיון דכבר דנין ע"כ להעמיד כל בהמה שהיא מן הרוב ע"כ הוי כמו וודאי ועיין מ"ש בחי' לכתובות (סוף פ"א) בענין מצא בה תינוק מושלך כעין סברא זו:

עוד יש להעיר בד"ת הנ"ל לפי מה דמשמע מהמשנה למלך (פ"ו מהלכות מעילה) דאין סברא להיות ההיתר בטל בתוך האיסור ולהיות כמו האיסור וצ"ל הא דבטל ברוב היינו

דהאיסור נחשב כמאן דליתא ולא שיקבל שם חדש, ולפ"ז היה מקום ליישב קושית התוספות בפשיטות ה"נ כיון דזה שיצא נפטר אף אם יתבטל לא יחול עליו שם חיוב, אך דברי המל"מ הנ"ל צריכים עיון ממ"ד בנדה (דף כ"ז ריש ע"ב) נפל ליה שעורא, ומסוגיא זבחים הפגול והנותר שבללן זה בזה עיי"ש ברש"י ותוספות וצ"ע אי"ה לעת הפנאי:

שם בא"ד ובריה נמי לא הוי וקשה הא בריה הוי ג"כ רק מדרבנן, ומזה רצה מהרי"ל בתשובה להוכיח דתוספות ס"ל דברי' הוי דאוריי', ואפ"ל דוודאי אין הכרח דהו"מ למימר מחמת חשיבות אף מדאורייתא אין בטל וע"כ כתבו דהא לא נאסר מתחלת ברייתו, וא"כ לפ"ז ממילא אין סברא לומר דהוי דאורייתא דמשום חשיבות לא בטל דלענין חשיבות הבריה אין סברא לחלק מדאורייתא בין נאסר מתחלת ברייתו אי לא אלא מוכח דלא הוי רק דרבנן והם אמרו היכא דלא נאסר מתחלת ברייתו יתבטל אבל מדאורייתא קשה לחלק בזה כך היה נראה לי לפום רהיטא:

דף ז.

דאר"נ מפריש עליהן עשרה שיין מעשרן והן שלו, והקשו התוספות למה עשרה שיין בחדא סגי', ונראה לי דאפשר לתרץ לפמ"ש הר"מ תקפו כהן אין מוציאין ואפילו הכי לא מיקרי פוטר נפשו בממונו של כהן דכיון שהוא עדיין ברשות ישראל מחזיקין אותו כאלו היה וודאי שלו, וצ"ע לפ"ז אם תפסו אח"כ הכהן ואגלאי מילתא דלא הוי של ישראל וא"כ המעשר מקולקל, וצ"ל כיון דבמעשר אף מנין הראוי פוטר ובשעת מנין היה ראוי להיות מעשר ע"כ אף אם תפס הכהן אחד מן התשעה דאפילו הכי הוי מנין הראוי בשעת מנין ואפשר שגם אם תפס העשירי אפ"ה הוי מעשר, גם י"ל דהעשירי הוא קודש לד' והוי בי גזא דרחמנא ולא מהני תפיסת הכהן משא"כ לענין פדיון פ"ח שפיר יש מקום ספק אם פדה שני ספיקות או יותר בטלה אחד נהי כל זמן שלא תפסו אמרינן שהוא ברשות ישראל מ"מ כשתפסו אח"כ זוכה הכהן אף מחמת פדיון הראשון ואגלאי מילתא דחזקת הבעלים לא הוי חזקה מעלייתא וא"כ יש לומר דספק השני לא הוי פדיון ע"כ הוצרך לומר עשרה שיין דוקא ויש ראיה מזה לשיטת הר"מ וצ"ע:

דף ח.

גמרא ושותפין שגנבו חייבין פירש רש"י שותף שגנב לו ולחבירו ותוספות פירשו שגנבו שניהם ביחד ובב"ק משמע כרש"י דומיא דטביחה, ויש להביא ראייה לדברי רש"י דאם נפרש כפי' התוספות אינו מובן לכאורה אליבא דאמת דקי"ל כרמב"ח וקשה קושית רבא

דלמא משום מיגו דזכי לנפשיה אבל מיגו דאי בעי זכי ל"א, אבל לפירוש רש"י יש לומר דזה לא מיקרי מגו דזכי כלל דהא אנו דנין שלא יהיה זכיה כלל וממילא לא יזכה לא זה ולא זה, ולא דמי לשותפין שגנבו לפירוש רש"י שאחד גנב אדעתיה דידיה ודחבריה דע"כ קנה המחצית עכ"פ כיון שהגביה הכל ופשיטא דאם היה מגביה הכל כדי לקנות חצי שהיה קונה החצי וע"כ אמרינן מיגו דזכי לנפשיה עכ"פ זכי לחבירו משא"כ בשנים שהגביה דאינו זוכה לנפשיה רק אם יזכה חבירו בזה י"ל דלא אמרינן מיגו דזכי, ואע"ג דרבא קאמר לדחות סייעתא דרמב"ח די"ל דגם בזה שייך מיגו דזכי לנפשיה מ"מ אין הכרח לזה וי"ל דרמב"ח סבירא ליה דבזה לא שייך מגו דזכי, אבל לפי' התו' שנים שגנבו היינו שנים שהגביהו מוכח ע"כ דגם בזה שייך מגו דזכי ולא אמרינן לא יזכה לא זה ולא זה וא"כ נסתר ראיית רמב"ח, ולפ"ז יש להסתפק לדינא לשיטת רש"י בשנים שהוציאו גניבה אי קני די"ל דבזה לא שייך מגו דזכי, ולפירוש רש"י יש ראייה גדולה למ"ש הש"ך בח"מ (סימן ק"ה) בתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים אם חייב גם להתופס קנה וכתב הסמ"ע דוקא שחייב להתופס כשיעור שתפס והש"ך כתב דאפילו אם חייב לו פחות מהני משום מיגו דמהני למקצת והביא ראיה מרבא דאע"ג דלית ליה מגו דאי בעי זכי לנפשיה ואפ"ה מגו דזכי מהני דמשום הכי שנים שהגביהו מציאה קנו וכתב אע"פ שיש לדחות עיי"ש ונראה כוונתו די"ל דהתם אותו החצי שזוכה לעצמו מהני להגבהת חבירו ול"ד לנידון דידן גם י"ל דהוי בגדר תרי מגו אבל משותפין שגנבו לפי' רש"י יש ראיה דהא התם אלו אמר צא וגנוב לי לא מהני ואפילו הכי בגונב לדעתו וע"ד חבירו מהני, אע"ג דאין שליח לדבר עבירה מ"מ הואיל והגבהתו מהני לחצי שלו ע"כ מהני לחצי האחר ועיין פ"י בכתובות שמדמה הא דתופס לבע"ח לאין שליח לדבר עבירה ונראה מזה ראיה נכונה לשיטת הש"ך ושוב עיינתי בספר קצות החושן וראיתי שכוונתי בעזה"י לדעתו בראייה זו, ולפמ"ש לדמות לאין שליח לדבר עבירה נסתר מה שהוא מפקפק דהוי תרי מיגו, דהא בגניבה ל"מ מיגו דאי בעי זכי לנפשיה]:

ועפ"ז י"ל שיטת רש"י לקמן בסוגיא דהיה רוכב שכתב דתופס לבעל חוב מהני בעשאו שליח והקשו התוספות מכתובות מסוגיא דימר בר חשו עיין שם, וי"ל לפי מה שנסתפקתי בתופס לבע"ח דקי"ל לא קנה אי נימא דעכ"פ נגד חלק המגיע לבעל חוב שתופס בשבילו אלו באו כל הבעלי חובות לגבות ע"פ ב"ד בזה וודאי ראוי לכאורה שיקנה או דנימא כיון שלכל א' מהבע"ח יש זכות תפיסה שיוכל לתפוס הכל ע"כ אפילו נגד חלקו המגיע ע"פ ב"ד מיקרי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים ולכאורה היה מסתבר דנגד חלקו המגיע מהני תפיסה, אך לפמ"ש הש"ך הנ"ל היכא דתפיסה מהני

למקצת ממילא מהני נגד כולה מוכח דלא קנה כלל דאל"כ היה לקנות הכל ולכאורה צ"ע טעם הדבר דלא מהני אפילו נגד המגיע על חובו, והנה לפמ"ש הרא"ש בשם הרי"ף דאפי' באינו חב לאחרי' לא מהני התפיס' רק מצד התקנה דהלוה מצי לומר לאו בע"ד דידי את ולפ"ז אתי שפיר כיון דמצד הדין לא מהני כלל רק היכא דאינו חב לאחרים הוי רק מצד התקנה י"ל בחב לאחרים לא תקנו כלל שיקנה אפילו נגד המגיע כיון דעי"ז ממילא יקנה הכל לשיטת הש"ך ויהיה ממילא חב לאחרים כן נראה נכון:

אך הרא"ש תמה על הרי"ף דלמה לא יוכל לזכות בשביל המלוה מצד הדין כיון דכבר תפס ואינו יכול לומר לאו בעל דברים דידי את עיין בהרא"ש, ולכאורה היה נראה לי לומר בטעמו של הרי"ף כיון דהוי חוב להלוה דנהי שחייב לשלם מ"מ כל זמן שאין המלוה כאן א"צ להשיב לאדם אחר והיה ראוי שלא יקנה דזה גופיה הוי חב לאחרים מה שהוא חוב להלוה ע"כ כתב הרי"ף דהוי רק תקנה ולא חששו לחובתו של הלוה כיון דעכ"פ חייב לשלם ואתי שפיר דהיכא דחב לאחרים העמידו על הדין שלא יזכה אפילו נגד המגיע כדי שלא יגיע הפסד לבעלי חובות אחרים גם י"ל למה דקיימא לן פורע חובו ש"ח פטור דהוי רק מבריח ארי וע"כ שפיר הוי חוב להלוה כן נראה נכון בעזה"י] ובזה אתי שפיר מ"ש הר"מ דאם זיכה הלוה לאחד שיזכה בשביל הבע"ח קנה וכן פסק בש"ע, וקשה לכאורה טעמא מאי [ועיין בקצות החושן ולא נתחוורו לי דבריו מ"ש ראיה ממתנות כהונה דהתם זכתה לו התורה זכות זה משא"כ בבעלי חובות ראוי שישלם כולם בשוה ומאי חזית דדמי דהיאך סומק טפי] ולפי דברי הנ"ל אתי שפיר דכנגד חובו המגיע על חלקו וודאי ראוי שיקנה וכמ"ש לעיל דהא אף ע"פ חלוקת ב"ד היה נוטל חלק המגיע וממילא היה ראוי שיקנה הכל לפי סברת הש"ך הנ"ל, רק כיון דהלוה יכול לדחותו לגמרי כסברת הרי"ף רק משום תקנה זכה ובזה לא תקנו לחוב לאחרים ע"כ לא קנה כלל כדי שלא יחוב לאחרים אבל היכא דהוא בעצמו זיכה דנגד המגיע על חלקו ודאי קנה ולא צריך לתקנת חכמים כיון דהלוה בעצמו זיכה לו ע"כ ממילא זכה הכל כסברת הש"ך הנ"ל [אמנם בעיקר קושית הרא"ש על הרי"ף אינו מובן לי מה שהקשה למה צריך לתקנה לפמ"ש התוס' לקמן (דף ע"א ע"ב) ד"ה בשלמא סיפא לחומרא שהקשו בהעמידו אצל נכרי למה לא נימא שישראל השני נעשה שלוחו של ראשון לקבל מעותיו מן הנכרי ותירצו כיון דאין הנכרי מפקיר מעותיו אינו יכול לזכות אם לא בשליחות הנכרי, והרי התם הנכרי נותן מדעת ואפילו הכי א"י לזכות להישראל וע"כ לומר הואיל והמעות הוא של הנכרי לא פקע זכות הנכרי אם לא בשליחותו מכש"כ

כאן שהלוה אינו רוצה ליתן היאך יכול לתפוס להוציאם מרשות הלוה בלא שליחות הלוה וצ"ע]:

ועפ"י סברא זו יש מקום לסתור שיטת הש"ך הנ"ל היכא שחייב להתופס רק מקצת דאפ"ה מהני משום מגו דזכי לנפשיה במקצת וכמ"ש לעיל דמוכח כן לשיטת רש"י משותפין שגנבו, ולפי הסברא הנ"ל י"ל כיון דחב לאחרינא ולא תקנו חכמים שיכול לתפוס א"כ מה שתופס יותר מחובו יכול לומר לו לאו בעל דברים דידי את ולא שייך לומר כיון דיש לו זכות במקצת מהני לכולה דזה ל"ש רק היכא דאין בכחו לזכות לחבירו משום דחב לאחרינא י"ל כיון דמהני למקצת מהני לכולה משא"כ אי נימא דאינו יכול לזכות שאין לו כח להוציא מרשות בעלים מה מהני הואיל ויש לו כח למקצת הא מקצת השני נשאר ברשות בעלים ואע"ג לדעתו ולדעת חבירו מהני לשיטת רש"י היינו לענין קניות הגניבה להתחייב באונסין אבל גוף הדבר הוא של הבעלים דהא צריך להחזיר הגניבה, משא"כ הכא דלהני התפיסה לענין שיהיה של הבע"ח כיון דאין לו כח לתפוס ונשאר ברשות הבעלים אין סברא כלל הואיל דמהני למקצת מהני לכולה וזה פשוט וברור למבין:

ולפ"ז מיושב שיטת רש"י על נכון לפמ"ש הש"ך ביו"ד (סימן קס"ח) והב"ח דהיכא דעשאו המלוה שליח בפירוש לקבל מעותיו מן הנכרי מהני אע"ג דאין שליחות לנכרי דדוקא בבא לזכות מעצמו בלא עשאו שליח לא מהני דאינו יכול לזכות מהנכרי הואיל ואין שליחות לנכרי אבל בעשאו שליח להדיא מהני וע"כ הוי ריבית דאורייי' בהעמידו אצל נכרי עיין שם וע"כ דהיינו טעמא הואיל והנכרי עשאו שליח הוי כמלוה גופיה משא"כ בבא לזכות מעצמו לא מהני, ולפ"ז בעשאו שליח קושית הרא"ש במקומה עומדת דאין צריך לתקנה, ולפי מה שכתבתי לעיל דהיכא שאין צריך לתקנה אם מהני למקצת ממילא מהני לכולה דבזה שייך שפיר סברת הש"ך דכיון דהבעלים א"י לעכב ויצא מרשות בעלים רק דאינו יכול לזכות משום תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים, ובזה אמרינן שפיר הואיל ומהני למקצת מהני כולה:

ולפ"ז י"ל דזו סברא פשוטה שכנגד המגיע לו לא הוי תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים וע"כ זכה המקצת וממילא זכה הכל ע"פ סברת הש"ך משא"כ בלא עשאו שליח דבלא תקנה לא מהני כלל משום שלא יצא מרשות בעלים וכיון דבחב לאחרים לא תקנו, א"כ אפילו נימא דכנגד המגיע לו ל"מ חב לאחרים ומהני תפיסתו מ"מ לא מהני להמותר דכיון דחב לאחרים לא תקנו ונשאר ברשות הבעלים לא שייך הסברא כלל כיון דמהני למקצת מהני לכולה דבמאי יצא מרשות בעלים, וזה נראה כפתור ופרח בישוב דברי

רש"י לשיטתו ודוק, ובזה מיושבים כל הקושיות על שיטת רש"י לפי מה שכתבתי דהא דשליח מהני היינו הואיל ואהני למקצת מה שמגיע על חלקו מהני לכולה על פי סברת הש"ך הנ"ל וא"כ בהא דימר בר חשו דהוי מטלטלי דיתמי דלא משתעבדי רק ע"י תפיסה הוי כל התפיסה חב לאחרים דהיינו היתומים ע"כ לא מהני אפילו עשאו שליח, גם קושיית הרא"ש שהקשה ממתניתין ג"כ לא קשיא דבמציאה לא שייך לומר שזכה נגד המגיע על חלקו דשייך לכל ישראל ואין שוה פרוטה בזכותו לבד וע"כ אפילו בשליח הוי תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים ודוק ועיין לקמן (דף ע"א) בסוגיא הנ"ל שהבאתי דנראה לכאורה דרש"י לא סבר כתי' התוספות ועיין פני יהושע מ"ש בשם לחם אבירים ובמה שכתבתי בעזה"י בסוגיא שם בחי']:

דף י:

תוספות ד"ה אי בעי כתבו דבשוגג יש שליח לד"ע וראי' מנתנו לבכורות בנו וסבירא ליה דקאי על הגנב וכמ"ש רשיי בב"ק והנ"י חולק עיין שם, ועיין בש"ך ח"מ (סימן שמ"ח) כתב להוכיח דע"כ אין זה הכרח לומר דנתנו לבכורות בנו קאי על הגנב דא"כ קשה על המקשה שהקשה על ר"ל דאמר חצר משום שלוחו אתרבאי מברייתא דאם המצא תמצא א"כ מצינו שליח לדבר עבירה ולא סבר לחלק כתירוץ הגמרא שאני חצר דבע"כ מותיב בה או דלא הוי בר חיובא, ולפ"ז וודאי בשוגג אמרינן אין שליח לדבר עבירה דלא גרע מחצר וא"כ קשה לימא לנפשיה דקשה לדידיה מתניתין דנתנו לבכורת בנו וע"כ לפרש כאידך פירושים וא"כ אין הכרח אליבא דאמת לפרש כפירוש התוספות ע"כ, ולכאורה היא קושיא עצומה על שיטת רש"י ותוספות, ולענ"ד נראה ליישב בעזה"י עפ"מ שנתחבטו הגדולים בתשובת נודע ביהודה היכא דאמרינן אין שליח לדבר עבירה אי אמרינן דכל המעשה בטל או דלא הוי רק לענין חיוב המשלח, והגאון מהר"י שם היה רוצה לומר דתלי בשני תירוצי תוספות כאן ד"ה כהן שאמר לישראל שכתבו בתירוץ השני דנ"מ לענין הקידושין אי הוי קידושין או לא משמע דלתירוץ הראשון אף דאמרינן אין שליח לדבר עבירה היינו לענין שלא יתחייב המשלח אבל המעשה קיים, ועיין בש"מ שכתב כן בשם הר"פ ובשם תו' שאנץ די"ל דקדושין הוי קדושין רק דנ"מ אם חייב המשלח או לא, א"כ משמע דפליגא לענין המעשה אי בטל או לא יעיי"ש, ועיין בשעה"מ (סוף הלכות מעילה) שכתב דאף בתירוץ הראשון שכתבו התוספות דנ"מ אם בעל אחר כך ס"ל ג"כ בפשיטות דהמעשה בטל רק דלשון הגמרא מחייב שולחו משמע דנ"מ לענין חיוב ע"כ הצרכו לומר בתירוץ הראשון דנ"מ בבעל אחר כך:

ונלענ"ד להוכיח דתוספות סבירא להו ע"כ דהמעשה בטל ממה שהקשו התוספות בפשיטות מנתנו לבכורת בנו ומשכו רשות בעלים ומת חייב נימא אין שליח לדבר עבירה, ולענ"ד נראה פשוט הא דגנב חייב באחריות לא משום עונש העבירה רק כיון דרוצה לקנות קם ליה ברשותיה ולא גרע משואל וצריך לעשות השבה מעלייתא וגם אפילו לטיבותא דגנב קם ליה ברשותיה דקני ביאוש ובשינוי ולולי שהיה עומד ברשותו לא הוי קניא ליה בייאוש ובשינוי ולהכי קרקע דאינה נגזלת אינו קנוי לגזלן בשום יאוש הואיל ועומדת ברשות בעלים וכמ"ש רש"י בסוכה בסוגיא דאוונכרי, וכן מוכח בתמורה דמקשה התם על רבא דסבירא ליה אי עבד לא מהני דרחמנא אמר לא תגזול והשיב את הגזילה ותנן הגוזל עצים ועשאן כלים משלם כשעת הגזילה, ולכאורה קשה דהא אפילו שינוי דממילא קנה כגון טלה ונעשה איל וא"כ היאך שייך לא מהני דהא כתבו התוספות בצור אוזן בכור לא שייך לומר א"ע ל"מ כיון דאפילו בנפל מום ממילא הוי מום וא"כ קשה בשינוי נמי נימא הכי, וצ"ל דקושיית הגמרא דהא דשינוי קונה הוא משום דקיימא ברשות הגזלן ואי נימא דל"מ לא קם ליה ברשות הגזלן וע"כ דמהני מה שמשכו לגזילה להיות קם ברשותי' וכמו דאמרינן בעלמא מדאגביה קניא וע"כ הוצרך לשנויי שאני הכא דא"ר אשר גזל כמו שגזל ע"כ מוכח דקם ליה ברשותיה וע"כ ממילא חייב באחריות, ומהני ליה נמי לקנות ביאוש ושינוי, ולפ"ז קשה על, קושיית התוספות מנתנו לבכורת בנו הא התם לא מיירי רק מתשלומין אם מת לאחר שמשכו וזה משום הקנין הואיל וקם ברשותו לאו משום עונש העבירה ואי נימא דלא אמרינן אין שליח לדבר עבירה רק להתחייב המשלח אבל הקנין נעשה אפילו ע"י שליח לדבר עבירה א"כ התם קנה הגניבה וממילא חייב באחריות ואינו ענין כלל לאין שליח לדבר עבירה, בשלמא המקשן הקשה שפיר מאם המצא תמצא וכו' א"כ מצינו שליח לדבר עבירה דהתם קאי על תשלומי כפל כמ"ש שם בסיפא דקרא איים שנים ישלם ע"כ הקשה שפיר דזה עונש העבירה נימא אין שליח לדבר עבירה, אבל קושיית התוספות מנתנו לבכורת בנו דמיירי לענין חיוב הגניבה עצמה וזה מטעם קנין ואי נימא דהמעשה קיים אינו ענין כלל לאין שליח לדבר עבירה, אלא וודאי מוכח דתוספות סבירא להו בפשיטות דאי אמרינן אין שליח לדבר עבירה אף המעשה בטל ע"כ הקשו התוספות דאין לחייבו כלל דלא קנה הגניבה כיון דאין שליח לדבר עבירה וע"כ המעשה בטל ולא קם ברשותו לענין אונסין, ודוחק לומר דקושיית התוספות לפי תירוץ השני לקמן דהמעשה בטל מדהקשו סתמא ולא הזכירו מזה כלל, ע"כ מוכח דתוספות סבירא להו בפשיטות דהמעשה בטל וע"כ הוצרכו לתרץ כמו שתירצו:

ולפ"ז יש לתרץ קושיית הש"ך לפירוש רש"י ותוספות דנתנו לבכורת בנו קאי על הגנב א"כ הו"ל להמקשן להקשות אכולי עלמא ממתניתין דנתנו לבכורת בנו, ולפמ"ש היה אפשר לתרץ בפשיטות דלא הו"מ להקשות ממתני' א"כ מצינו שליח לדבר עבירה דהו"מ לתרוצי דהא דאין שליח לדבר עבירה הוא רק לענין חיוב המשלח אבל המעשה קיים, אך לפי זה קשה אליבא דאמת מנא ליה דהמעשה בטל כיון דהמקשה ע"כ היה סבר דהמעשה קיים, אמנם נראה לי דהא צריך להבין האיך אפשר לומר דלענין חיוב המשלח ל"ה שליחות והמעשה קיים א"כ נעשה בלא שליחות ואיך אפשר להתקיים וכן תמה שם בשעה"מ עיין שם, ולענ"ד נראה דאפשר לומר כיון דהא דאין שליח לדבר עבירה הוא משני כתובים או דיליף משחוטי חוץ וכמ"ש התוספ' י"ל מה דאפשר למעט להיות יוצא מן הכלל של כל התורה כולה דמהני שליחות יש למעט, וע"כ י"ל דלענין חיוב המשלח כיון דלא עשאו בעצמו ממש לא חייבו רחמנא ולענין החיוב לא אמרינן שיתחייב כאלו עשאו בעצמו ואף שהענין יש לו קיום על ידי השליח מ"מ אין האיסור חמור כל כך הואיל ולא נגמר על ידו ממש וזה ברור בסברא שיש לחלק כן, אך לפי תירוץ הגמרא היכא אמרינן אין שליח לדבר עבירה היכא דהשליח בר חיובא אבל היכא דלא הוי בר חיובא לא וע"כ כהן שאמר לישראל לא אמרינן אין שליח לדבר עבירה שוב לא מצי למימר דהיכא דהוא בר חיובא פטור המשלח הואיל ולא עשאו בעצמו ולא נגמר על ידו א"כ אפילו אמר לישראל נמי דסוף סוף לא נגמר על ידו ואין להתעקש ולומר דבאמר לישראל וודאי יעשה ע"כ הוי כאלו הוא עשאו, דז"א דהא עכ"פ עובר משום לפני עור לא תתן מכשול וע"כ לומר דהגריעותא מצד השליח הואיל והוא ב"ח ומצווה ג"כ אין לו להעשות שליח בזה ע"כ ממילא השליחות בטל לגמרי, והנה למ"ד אי בעי עביד הוה מצי למימר דהשליחות מהני לגוף הענין רק דאין המשלח חייב הואיל ולא נגמר על ידו דהא אי בעי השליח לא עביד, רק לפ"ז הוה ליה להגמרא לומר איכא בינייהו בפשיטות לענין קיום המעשה ע"כ מוכח דלכ"ע המעשה בטל וע"כ סבירא להו להתוס' אליבא דאמת דהמעשה בטל וע"כ הקשו שפיר מנתנו לבכורת בנו, אבל המקשן דלא אסיק אדעתיה החילוקים הנ"ל דתלי בבר חיובא או אי בעי עביד ולפ"ז שפיר הוי מצינן למימר דעיקר הטעם לאין שליח לדבר עבירה הוא הואיל ולא נעשה על ידו ממש רק דכח השליח מעורב בו בזה לא חייבה התורה להמשלח כיון דלא נעשה ע"י ממש ושפיר הוה מצי למימר דהמעשה קיים, וע"כ לא הוי מצי להקשות מנתנו לבכורת בנו דלפי ס"ד הוה מצי למימר דהמעשה קיים, וע"כ חייב התם באחריות וע"כ הקשה מאם המצא תמצא דמיירי לענין כפל [ואף דעדיין יש לגמגם קצת דלענין חיוב המשלח הוי הסברא פשוטה

לחלק דבחצר דבע"כ מותיב בה הוי כאלו נגמר על ידו, ונראה דאין זה קושיא כל כך די"ל דהוי ס"ל דסוף סוף הוי כח שליחות מעורב בו ואינו דומה לדבר הנעשה בידו. וע"כ צ"ל כן לשיטת תוספות שאנץ דהוי ס"ל די"ל באמת כל ענין אין שליח לדבר עבירה לא הוי רק לחיוב המשלח אבל המעשה קיים וע"כ הטעם הואיל ואין המעשה נגמר ע"י ממש פטור המשלח ואפילו הכי הקשה מחצר ולא אסיק אדעתיה לומר שאני חצר דבע"כ מותיב בה] ואין להקשות על הסברא הנ"ל שכתבתי דחיוב אחריות של גנב אינו משום עונש העבירה רק בשביל הקנין דקם ליה ברשותו א"כ בשליחות יד נמי נימא הכי דלא הוי רק להתחייב באונסין ואמאי צריך קרא לרבות שליח כדאיתא בקדושין דמשום זה הוי שני כתובים וכדאיתא במתניתין לקמן על כל דבר פשע לרבות אמר לשלוחו, אמנם נראה פשוט דלא דמי כלל דשליחות יד הוי חיוב כיון דאין מתכוון לגזלו וכדאיתא בש"ע (סימן רצ"ב) ועיין בש"מ (פרק המפקיד) על מתניתין דהמפקיד חביות החילוק שבין גזלן ושליחות יד וע"כ הוא דווקא בשומרין וזה פשוט. היוצא מזה שכתבנו להוכיח מקושיית התוספות דס"ל בפשיטות דאף המעשה בטל משום אין שליח לדבר עבירה, ולכאורה היה מקום לסייע שיטת הסוברים דהמעשה קיים מחמת קושיית התוספות, אי נימא כשיטת רוב הפוסקים דאף בשוגג שייך אין שליח לדבר עבירה ונאמר כפירוש רש"י בנתנו לבכורת בנו דקאי על הגנב, וע"כ כדי לתרץ קושיית התוספות דאין שליח לדבר עבירה היה מוכח דהמעשה קיים:

אמנם נראה לי להוכיח על פי סברא זו דמוכח ע"כ דהמעשה בטל ממה דדחי רבא לעיל לעולם המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו והכא שאני משום מיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה תדע דאלו אמר לחבירו צא וגנוב לי פטור ושותפין שגנבו חייבין מ"ט לאו משום דאמרינן מיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה, ואי נימא היכא דאין שליח לדבר עבירה המעשה קיים ולפי הסברא שכתבתי לעיל דלפ"ז אפילו בצא וגנוב לי קנה הגניבה רק דפטור מכפל משום דאין לחייב המשלח הואיל ונעשה ע"י שליח א"כ מה ראייה מייתי דשותפין שגנבו חייבין משום מיגו דזכי לנפשיה הא הזכיה נעשה אפילו באומר צא וגנוב לי ואינו ענין כלל למיגו דזכי לנפשיה, אלא וודאי דמשום אין שליח לדבר עבירה המעשה בטל ובאומר צא וגנוב לי לא קנה כלל ונפקא מינה לחייב באחריות או שיוכל אח"כ לקנות ביאוש ושינוי וכמ"ש לעיל וע"כ הוכיח רבא משותפין שגנבו דחייבין מוכח דאמרינן דקניא ליה משום מיגו דזכי לנפשיה ואתי שפיר, ולדעתי ראייה זו ברורה להוכיח דע"כ משום אין שליח לדבר עבירה המעשה בטל באין גמגום כלל, וכן נראה להוכיח מתשובת רש"י מובא ביו"ד (סי' קס"ז) ברבית על ידי שליח דמשום

אין שליח לדבר עבירה לא הוי ריבית הבאה מיד לוה ליד מלוה ולפי זה ע"כ מוכח דהשליחות בטל לגמרי וע"כ הלוה אינו מתחייב לבעל המעות כלל רק להשליח והשליח אינו חייב הריבית להמלוה שהוא לא התחייב עצמו בריבית אבל אי נימא דהמעשה קיים הוי ריבית הבאה מיד לוה למלוה ועיין בש"ך שם ודוק היטב:

ולפמ"ש בעזה"י בחי' קידושין (דף מ"ב) לתרץ קושיית הטורי אבן והשעה"מ דהיאך אפשר למילף מעילה מתרומה דיש שליח לדבר עבירה הא בתרומה גופיה אשכחן דאין שליח כגון בעשה שליח לתרום מן הרעה על היפה, וע"כ דהילפותא הוא דעכ"פ שייך ע"י שליח, ואי נימא דבשוגג יש שליח לדבר עבירה א"כ במעילה נמי אשכחן בשוגג ונסתר תי' התוספות בקידושין מנזכר השליח, וכתבתי ליישב ע"פ שיטת הסוברים דהמעשה קיים א"כ בתרומה לעולם הוי תרומה והא דילפינן חטא חטא מתרומה הוא ממה דכתיב ולא תשא עליו חטא הנאמר באכילת תרומה וזה הוי אפילו בעשה שליח לתרום מן הרעה על היפה דסוף סוף הוי תרומה וחייב על אכילתה וילפינן שפיר ה"ה מעילה שייך לעולם אפילו בנזכר השליח כתירוץ התוספות ולפמ"ש כאן להוכיח דהמעשה בטל נסתר תירוץ הנ"ל ודוק היטב:

והנה זה זמן רב עלה ע"ד להוכיח דהמעשה בטל מסוגיא דתמורה דמקשה לרבא דס"ל כל מקום דאמר רחמנא לא תעבידו אי עביד לא מהני ממתניתין כל מקום שיש קידושין ויש עבירה כגון אלמנה לכהן גדול גרושה וחלוצה לכהן הדיוט מוכח דמהני, והיה ק"ל דלמא מיירי בקדשה על ידי שליח בר חיובא דאין שליח לד"ע וכיון דאין המשלח חייב לא שייך לומר כל מקום דאמר רחמנא לא תעבידו ואפילו הכי שייך יש עבירה דהביאה אח"כ היא העבירה כמו ממזרת ונתינה לישראל דאין הקידושין עצמם עבירה רק הביאה ואפ"ה תני התם בכלל יש קידושין ויש עבירה, ולכאורה הייתי רוצה לומר דנהי דאין המשלח חייב בדיני אדם מ"מ בדיני שמים וודאי חייב כמו דס"ל לשמאי הזקן באומר לחבירו צא והרוג את הנפש אע"ג דאין שלד"ע מ"מ בדיני שמים חייב וי"ל דשייך כל מקום דאמר רחמנא לא תעבידו א"ע ל"מ, אך מהתם אין ראייה די"ל דהוי משום גרם בנזקין דלא שייך בקדושי אלמנה לכהן גדול, אך למ"ש כאן דע"כ הא דהמעשה קיים ואפילו הכי הוא פטור ע"כ כיון דלא עשאו ממש הוי כעין לאו שאין בו מעשה ואע"ג דבדבורא עביד מעשה י"ל דכיון דכח אחר מעורב בו פטור עכ"פ בדיני שמים וודאי ראוי לחייב ואדרבא י"ל דגרע מצא והרוג את הנפש דהתם אין להעבירה ענין לשליחותו לומר שהוא העושה, משא"כ בזה דע"כ מיקרי הוא העושה דלולי זאת אין מקום להקדושין רק דאפילו הכי י"ל דליכא לחיובו הואיל וסוף סוף נגמר ע"י אחר מ"מ אסור הוא בוודאי

לעשות כן וחייב בדיני שמים ע"כ שפיר הוא בכלל כל מקום דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני ומכש"כ למ"ש במק"א (בחי' ליבמות דף ק"ג) דעיקר ענין כל מקום דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני הוא, הואי ודבר זה מתועב בעיני המקום מהכ"ת יהא קיום להענין, ע"כ אף בזה אתי שפיר כיון דסוף סוף הקדושין מנועים מצד הדין י"ל דל"מ ובלא זה ע"כ לומר כן דאי נימא דעל ידי שליח אין כאן איסור כלל ולא הוי בכלל כל מקום דאמר רחמנא לא תעביד א"כ איך שייך לומר אין שליח לדבר עבירה משום דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין אי נימא דעל ידי שליח אין איסור כלל, ואדרבה נימא יש שליח, ואי יש שליח הדר הוי ליה לדבר עבירה, וא"כ הוי תרתי דסתרי וכבר נתקשיתי בזה, עיין בחי' קדושין, ולמ"ש כאן א"ש דעכ"פ איסור הוי אלא דאין חייב ושייך שפיר כל מקום דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני ונסתר הראיה הנ"ל, אך מ"ש כאן נראה דמוכח מהוכחת רבא משותפין שגנבו דהמעשה בטל, ועיין סנהדרין (דף ע"ב) סוגיא דבא במחתרת דרב ס"ל אפילו איתנהו אינו חייב להחזיר וטעמיה דרב דהא יש לו דמים ונאנסו חייב ועיין שם היטב בפירוש רש"י, ואי נימא דקנין הגנב הוא רק הואיל וחייב באונסין אם כן התם דאין חייב באונסין נימא דלא קנה כלל אלא וודאי מוכח דהקנין הוא ענין בפני עצמו, וע"כ על ידי זה ממילא חייב באונסין והתם דליכא חיוב משום קלב"ם מכל מקום הקנין במקומו עומד ומוכח כמ"ש לעיל דבגנב יש קנין זולת החיוב ומוכח כמ"ש דהיכא דאמרינן אין שליח לדבר עבירה המעשה בטל, ואע"ג דלא קי"ל התם כרב הוא מטעמא אחרינא כדאיתא התם דסבירא לן דלא קנה לגמרי אבל עיקר סברת רב דמוכח מיניה דהקנין הוא ענין בפני עצמו לא נדחית וזה ברור ודוק:

וע"פ סוגיא זו נתיישב לי בעזה"י מה דהוי תמוה לי בסוגיא דתמורה דמקשה לרבא דסבירא ליה אי עביד לא מהני ממתניתין דהגוזל עצים ועשאן כלים דמוכח דשינוי קונה ומשני דנפ"ל מאשר גזל, ולכאורה אינו מובן דמה ס"ד לומר דמשום דמהני מש"ה שינוי קונה דמשום הכי הוי ניחא ליה לאבייי ילפותא בלא דאשר גזל מהי תיתא הא והיאך יכול לזכות בדבר של חבירו דהא ודאי אף אם מהני צריך להחזיר הגזילה כדכתיב והשיב את הגזילה ומנ"ל דשינוי קונה, וע"פ סוגיא דסנהדרין הנ"ל י"ל על נכון די"ל דס"ד דגמרא כסברת רב דס"ל בדמים קנינהו אפי' איתנהו וע"כ מטעם שהחפץ הוא שלו רק מה שצריך להחזיר הוא בתורת גוביינא דב"ד כמו משאר נכסים וכמו שכתב רש"י, ואע"ג דצריך להחזיר החפץ עצמו וא"י לומר שרוצה לשלם דמים, ע"כ היינו טעמא דכל זמן שהוא בעין זהו התשלומין מה שמחזיר החפץ אבל לעולם הוי רק בתורת גוביינא דב"ד, וע"כ אתי שפיר דשינוי קונה דכיון שנשתנה הוי כמו חפץ אחר, אבל לרבא דסבירא ליה

אי עביד לא מהני אין סברא כלל שיקנה הגזילה וע"כ הא דמשלם הוי רק חזרה בעלמא וכמו דסבירא ליה באמת רבא התם דלא כרב ע"כ אין סברא כלל דשינוי יהיה קונה, וע"כ הוצרך לתרץ משום אשר גזל, ולפ"ז מוכח לאביי דסבירא ליה כרב התם דאפילו איתנהו ויהיה מוכח מזה דהר"מ פסק כרבא מדפסק במחתרת דלא כרב רק כרבא שם מוכח דסבירא ליה אי עביד לא מהני:

דף יא.

מר סבר ילפינן מציאה מגט ומר סבר לא ילפינן, עיין ש"ך ח"מ (סימן רמ"ג ס"ק ו') שתמה על הפוסקים דסבירא להו קטן אין לו יד אפילו בהגיע למדת צרור וזרקו אגוז ונטלו, והא דאמר בפרק התקבל צרור וזרקו אגוז ונטלו זוכה לעצמו ואינו זוכה לאחרים היינו בדעת אחרת מקנה אותו, אבל במציאה לא הוי רק משום דרכי שלום והוא ז"ל כתב דליתא דלענין יד אין חילוק בין קטן לקטנה דיד לא כתיב בקטנה עיין שם, ואזיל בזה לשיטתו מה שנחלק (בס"ק י"ב) עם הסמ"ע דס"ל דקרא ונתן בידה משמע דמיירי בקטנה דלגדולה לא אצטריך ועיין במהרש"א מ"ש על רש"י, ולפי דעת הע"ש שהביא הסמ"ע משמע דמוכח מקרא דמיירי מקטנה דמסתמא מיירי בכל ענין אפילו בקטנה, אך הש"ך כתב דעיקר ילפותא הוא לענין חצר דהוי משום יד [והיינו ע"כ כמ"ש התוס' דמיירי אפילו בע"כ] והא דיש יד לקטנה הוא מסברא חיצונה והוא הדין לקטן, והא דמציאת קטן הוא משום דרכי שלום הוא בפחות משיעור זה, והנה משמע מדברי הש"ך בפשיטות דלשיטת הש"ע קטנה יש לה יד לענין מציאה, ולענ"ד מסימן ע"ר מוכח דמציאת קטן הוי משום ד"ש ולא חילק בין קטן לקטנה משמע דגם מציאת קטנה הוא משום דרכי שלום, ואע"ג דפשיטא לן דקטנה יש לה יד הן ממה דמתגרשת וגם מדאמר ר"י יש לה חצר הואיל משום ידה אתרבאי, י"ל בפשוט דהא דקטנה יש לה יד היינו כמו קטן בדעת אחרת מקנה אותו, וע"כ מהני בגט, ובלא זה יש סברא לומר בגט דמהני יותר הואיל ואיתא בע"כ וכדאיתא לקמן ולאו כל שכן הוא לענין עומד בצד חצירה לולי דל"ג משליחות כתירוץ רב אשי רק החילוק בין קטן וקטנה הוא לענין חצר הואיל דחצר דאשה משום ידה אתרבאי ע"כ כל היכא דאית לה יד הן לענין מתנה דהוי יד גמור והן לענין מציאה משום ד"ש יש לה חצר ג"כ אבל חצר דגברי דמשום שליחות אתרבאי ל"מ בקטן הואיל ואין שליחות לקטן אבל לענין יד אין חילוק כלל בין קטנה לקטן, גם סיום דברי הש"ך שם צ"ע, שכתב ואין להקשות ממה דמקשה לקמן בשמעתא דמציאת בנו אלמא קטן אית ליה זכייה והתנן מציאת חרש שוטה וקטן גזל מפני ד"ש ר' יוסי אומר גזל

גמור מדבריהם דלמא מיירי בקטן שהגיע למדת צרור וזרקו ותי' דא"כ ל"ה פליגא רבנן, ודבריו אינם מובנים דהא טעמא דרבנן דסבירא להו כרבנן דמתניתין בשעה שמוצאה מריצה אצל אביה כדאיתא התם וצריך עיון:

וע"פ סברא זו שכתבתי דמגט ליכא למילף הואיל ואי' בע"כ ואין צריך דעתה כלל היה אפשר לומר מלתא בטעמא דלכאורה אינו מובן מהכ"ת לחלק בחצר בין גברי לאיתתא לומר דבגברא משום שליחות אתרבאי ולא נימא דלא הוי רק גילוי מילתא בעלמא כמו באשה אתרבי משום יד הכי נמי בגברי, גם קשה מ"ש התוספות ילפינן לא הוי רק מדרבנן והעמידו דבריהם על מציאה מגט ולפמ"ש הש"ך בשיטת הפוסקים דקטנה וודאי יש לה יד לענין מציאה הוה מצי למימר דילפינן הוי מדאורייתא ומוכח מתוספות ג"כ כמ"ש לעיל אך קשה למה לא נקט הגמרא הילפותא לענין דאורייתא ולענין מתנה בד"א מקנה אותו דמהני מדאורייתא כדמוכח בפרק האומר, וכ"כ הרא"ש בקדושין גבי אומר אדם לבתו קטנה צאי וקבלי קדושיך, ע"כ היה נראה לי דאפשר לומר דוודאי מדאורייתא אף אי נימא דבגט משום ידה אתרבאי ליכא למילף מתנה מיניה דשאני גט הואיל דאי' בע"כ ולא בעינן רק שם נתינה י"ל דלענין זה החצר כמו יד, משא"כ מידי דליתא בע"כ יש לומר לענין זה לא הוי חצר כמו יד ולא הוי רק כמו שליח רק כיון דאשכחן תורת יד בחצר דאתתא לענין גט סבירא ליה לר"י דמדרבנן נתנו תורת יד לחצר דאתתא לכל מילי דאין הכל בקיאין לחלק בין גט משום דהוי בע"כ כמ"ש משא"כ בחצר דגברי דלא אשכחן בשום פעם דהוי יד לא נתנו לו תורת יד וע"כ אין לקטן חצר ולא ד' אמות כך היה אפשר לומר לולי שהקדמונים ז"ל לא פירשו כן וצ"ע:

ראיתי בספר מקור חיים על ה"פ שכתב ע"ד החק יעקב שכתב דבנכרי לא שייך חצר כיון דלא הוי בר שליחות וכתב הוא להוכיח מהר"ן שהביא הנ"י שהקשה במציאה איך אפשר לקנות ע"י חצר דלא שייך מיגו דזכי לנפשיה וע"כ הוכיח הר"ן דחצר המשתמרת הוי כמו יד אריכא והקשה הגאון הנ"ל הא הרי"ף כתב דחצר דגברא משום שליחות אתרבאי וע"כ דמשום שליחות לא הוי רק בקטן וקטנה דאין שמירתם כלום ובקטנה הוי גזירת הכתוב דמהני אבל בקטן ל"מ הואיל ולא הוי בר שליחות וכל דבריו תמוהים ונפלאים, דהא דחצר דגברא משום שליחות אתרבאי נפקא ליה מאם המצא תמצא דע"כ בגדול מיירי והתם או דהוי חצר המשתמרת או בעומד בצדו וזה לשיטת הר"ן ע"כ משום יד אתרבאי מדמהני במציאה אע"ג דלא שייך מיגו דזכי לנפשיה וע"כ דהוי משום יד וכן חצר דקטנה בגט ע"כ משום יד אתרבאי כדאיתא בגמרא וא"כ ליכא לקיומי שליחות בחצר כלל וע"כ לשיטת הרי"ף שכתב להדיא דחצר דגברא משום שליחות אתרבאי

אין מקום לדברי הר"ן ועיין בש"מ לקמן בסוגיא ראה אותן רצין סוף הסוגיא מ"ש בשם הראב"ד דחצר משום שליחות לא נ"מ רק בחצר שאינה משתמרת בדעת אחרת מקנה אותו דלא בעינן עומד בצד שדהו והנראה לי מוכרח בדעתו דסבירא ליה דלרב אשי דאמר חצר משום יד אתרבאי ול"ג משליחות דס"ל דאפילו חצר דגברא משום יד אתרבאי מדמהני במציאה אע"ג דלא שייך מיגו דזכי לנפשיה כקושיית הר"ן הנ"ל ואח"כ הביא הש"מ שם דברי הר"ן הנ"ל שהביא הנ"י ונראה דאזיל ג"כ בשיטה זו ועיין שם היטב, אבל לשיטת הרי"ף שכתב להדיא אליבא דמסקנא חצר דגברי משום שליחות אתרבאי אין מקום לסברת הר"ן הנ"ל, ועיין היטב ודוק:

ובאמת צריך ישוב לשיטת הראב"ד והר"ן סוגית הגמרא דלעיל דמשמע בפשיטות דחצר דגברא משום שליחות אתרבאי ואפשר דס"ל כיון דרב אשי סבירא ליה ג"כ כתירוץ דר"פ דבדעת אחרת מקנה ל"ב עומד בצד שדהו ובמציאה בעי עומד בצד שדהו וע"כ ס"ל לרב אשי דס"ל כל חצר משום יד אתרבאי רק דמסברא ל"ג משליחות, וע"כ מהני בד"א מקנה אפילו אינו עומד בצד חצירו משום שליחות וכמ"ש הראב"ד שם ועיין שם מ"ש הראב"ד דאהני הקישא דיד והקישא דשליחות, וצ"ל דאין כוונתו דהכתוב הקישו לשליחות דהא קרא דהמצא תמצא דילפינן מיניה שליחות לא מיירי בד"א מקנה אותו רק מה שאנן מדמינן ליה ליד גם מדמינן לשליחות קרי ליה הקישא ועיין שם שכתב קודם לזה שלא נתברר בכל הסוגיא אי משום שליחות אתרבאי או משום יד, והנה כ"ז לשיטת הראב"ד והר"ן ז"ל דבד"א מקנה לא בעינן עומד בצד שדהו יש הכרח להחלוקים הנ"ל לומר דבמציאה משום יד הוא ע"כ משום דלא שייך מיגו דזכי לנפשיה, והא דאמר ר"א לעיל משום שליחות נ"מ בד"א מקנה אותו דלא בעינן עומד בצד שדהו, אבל לשיטת הרי"ף והר"מ ז"ל דסבירא ליה דאפילו בד"א מקנה בעי עומד בצד שדהו א"כ חזינן דאף במידי דשליחות בעי עומד בצד שדהו ע"כ אין ראייה דבמציאה משום יד אתרבאי מדבעי עומד בצד שדהו וע"כ ס"ל להרי"ף באמת דרב אשי סבירא ליה ג"כ דחצר דגברא משום שליחות אתרבאי, ולענין קושיית הר"ן דלא שייך בחצר מגו דזכי לנפשיה זה אינו קושיא כ"כ למ"ש לעיל די"ל הא דתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים דל"ק הוא משום גדר אין שליח לדבר עבירה וכן כתב הפ"י, א"כ בחצר ל"ש זה כתירוץ הגמרא דבע"כ מותיב ביה, וכ"ר שכתב הגאון בעל מק"ח הנ"ל, אך מ"ש הגאון הנ"ל ראייה לזה מחצר שקונה גניבה אע"פ שמחייב לבעלים לענין שבח גזילה מזה נראה דאין ראייה די"ל דזה לא מיקרי חוב דאלו לא קנה ממילא לא הוי חייב באחריות כמו בקרקע דברשות בעלים עומד ולא הוי באחריות הגזלן ע"כ מצינן למימר דאלו לא הוי קנוי ליה לא הוי

באחריות של הגנב וע"כ לא מיקרי חוב של הבעלים דיש לומר דניחא להו יותר שיהיה באחריות הגנב:

ואין להקשות על זה ממ"ד בתמורה והרי גזל דאמר רחמנא לא תגזול ותנן הגוזל עצים ועשאן כלים ומוכח דמהני לקנותו ואי נימא דזה תלוי באחריות א"כ אין ראיה משם דבע"כ קניא ליה כדי שיתחייב באחריות, אמנם נראה דאין ראייה מזה די"ל לפום קושיית הגמרא דלא היה לימוד דשינוי קונה רק מצד הסברא הואיל וגזלה קמה ברשותיה מקשה הגמרא לימא לא מהני ואפילו הכי לא יתחייב באחריות דמנ"ל דמשום הכי חייב באחריות הואיל וקניא ליה אבל אליבא דמשני דמוכח מקרא דחייב באחריות וגם דקניא ליה יש לומר שפיר דתלוי זה בזה ודוק היטב:

דף יא:

ר"פ אמר דעת אחרת מקנה אותו שאני עיין בש"מ שכתב ראייה לדעת הרי"ף והר"מ דס"ל אליבא דאמת דלא כר"פ ואף בד"א מקנה בעי עומד בצד שדהו וצ"ל דר"ג מטלטלין אג"ק הקנה להם, מסוגית גמרא קידושין (דף כ"ז) דמוכיח שם מעובדא דרבן גמליאל שדה ל"א ומטלטלין ל"א מהני, מוכח דסתמא דגמרא ס"ל מטלטלין אגב קרקע הקנה ולענ"ד יש לדון לפי מ"ש בטור אה"ע (סי' ק"מ) להסתפק בשליח קבלה של אשה, אם נתן הבעל הגט לחצירו אם מהני או לא ועיין ב"ש וט"ז ובס' ב"מ כ' ליישב מה דקשה כיון דחצר דגברא משום שליח אתרבאי ובשליח קבלה אין שליח עושה שליח א"כ איך מהני חצר של השליח ועיי"ש שכתב דיש לומר דהכא עדיף ולענ"ד קשה יותר דאם השליח קבלה ממנה שליח נראה פשוט דהשליח השני נעשה שליח האשה כדאיתא פרק ג' דגיטין (דף כ"ט ע"ב) אמר בר ר"א הא דאבא וכו' כולהו מכח בעל קאתי איתא לבעל איתנהו לכולהו ליתא לבעל ליתנהו לכולהו ואם כן בשליח דעלמא י"ל שפיר אם השליח הראשון עושה שליח נעשה השליח שלוחו של המשלח הראשון משא"כ בחצר נהי דהתורה רבתה שיכול להעשות שליח של בעל החצר אבל שליח של אחר ודאי אינו יכול להעשות, וא"כ מה מהני נתינת הגט לחצר השליח כיון דאין החצר יכול להיות שליח של האשה:

אמנם לכאורה יש להביא ראייה דאף כעין זה מהני לפ"מ דס"ל להגמרא דר"ג בתורת חצר אקני לר' עקיבא שיזכה לענים א"כ היה החצר צריך לזכות תיכף להעניים ואע"ג דהוי חצירו של ר"ע ולא מבעיא אם זכיה מטעם שליחות הוי ממש דומיא דגט שר"ע זיכה להם על ידי החצר שהחצר יעשה שליח עניים וקשה ג"כ כנ"ל ואף אם זכיה לא הוי

מטעם שליחות מ"מ כיון דהחצר ל"ה רק מטעם שליחות, איך יכול לזכות לאחרים כיון דלא הוי החצר שליח של הבעלים ולא של אחרים ולדעתי צריך עיון גדול, אך לפ"מ דאי' בקדושין שם לדחות הא דשדה לא' ומטלטלין לא' די"ל מושכר למעשר או שאני ר"ע דיד עניים הוי והוי כמו עניים גופיהו א"ש, ולפ"ז נסתר הוכחת הש"מ הנ"ל מסוגיא דקדושין דמוכח דלאו משום חצר הוי רק משום מטלטלין אגב קרקע, ולפמ"ש אין ראייה די"ל וודאי לפום ס"ד דגמרא דלא אסיק אדעתיה מושכר למעשר או יד עניים ממילא אי אפשר לומר משום חצר כיון דהחצר לא הוי שליח עניים וע"כ משום מטלטלין אגב קרקע וע"כ הוכיח הגמרא שפיר דשדה לא' ומטלטלין לא' מהני אבל למאי דמסיק מושכר למעשר או יד עניים שפיר מצינן למימר כתירוץ דר"פ משום חצר ומוכח דבד"א מקנה לא בעינן עומד בצד שדהו כתירוץ ר"פ, ואין משם ראייה לדחות תירוץ של ר"פ, ולפ"ז מוכח לכאורה מספיקו של הטור אם חצירו של השליח מהני דס"ל חצר משום יד אתרבאי:

דף יב:

תוספות ד"ה במגביה מציאה עם מלאכתו, וא"ת הא דתני בפרק קמא דקדושין אמה העבריה מציאתה לאביה ושכר בטילה לרבה היכא מתוקמא לרבא דבמגביה מציאה עם מלאכתה ליכא שכר בטילה, ותירצו התוספות דהתם ע"כ איירי בעבד נוקב מרגליות, ולענ"ד נראה דנ"מ בפשוט דודאי מי שמגביה מציאה אפילו מגביה עם מלאכתו צריך לבטל אחר ההגבהה קצת לטומנו כראוי ולשומרו. ואלו היה ביטול בשעת מלאכה סבירא ליה לרבא דהכל לבעל הבית דהוי מלאכת בעל הבית וע"כ צ"ל במגביה עם מלאכתו אבל לאחר שהגביה עם מלאכתו וזכה בו, הביטול שהוא אחר כך מחמת ההטמנה והשמירה, בזה אינו זוכה הבעה"ב בהמציאה רק צריכים ליתן שכר בטילה לבעל הבית ואתי שפיר כן נראה לי נכון לדינא ודוק:

סוגיא דמצא שטר חוב עד סוף הפרק

(א) **שם** מתני' מצא שטר חוב אם יש בהן אחריות נכסים וכו' יש להבין במתני' דנקט דוקא שטר חוב ולא שטרי מכר או סתם שטרות בשלמא לאביי ולשמואל ניחא דלאביי טעמא משום פרעון וזה לא שייך בשטרי מכר וע"כ י"ל דשטרי מכר יחזיר אף אם יש בהן אחריות נכסים, ולפמ"ש הרא"ש בשיטת הרי"ף דבשטרי מכר אם מכר אח"כ לאחר לא אמרי' עדיו בחתומיו זכין לו והקשה הש"ך ממתניתין דקתני כותבין שטר למוכר וכו' וצריך ליישב ולומר דלא חיישינן לכתחילה לרמאות כזה שיכתוב שטר מכר לאחד ואח"כ ימכרנו לשני וימסור השטר לראשון ואף דבנפל חיישינן אף לזה כדמוכח

מקושיית הגמרא לקמן (י"ט ע"ב) בשובר וליחוש דלמא זבנה כתובתה וכו' היינו כיון דאיתרע בנפילה חיישינן טפי וכן כתב הרא"ש להדיא דבנפל חיישינן לקנוניא ולכתחלה לא חיישינן וע"כ הקשה על הרי"ף שלא היה לו להזכיר קנוניא, (וצ"ל דהרי"ף לא כתב כן רק לרווחא דמלתא] ומתוספות גופיה מוכח ג"כ דיש לחלק בין נפל מלענין לכתוב לכתחילה ממ"ש לקמן בסוגיא דמצא גיטי נשים דמשום הכי כותבין לכתחילה משום דלא מקדים אינש פורענותא לנפשיה ואפילו הכי מקשה הגמרא וליחוש שמא כתב ליתן בניסן, אמנם מתוספות (דף י"ט ע"ב) ד"ה מצא מוכח לכאורה דלא סבירא ליה לחלק עיי"ש על קושייתם שהקשו אמאי לא מקשה ממתני' והוכיחו דמאי דחיישינן בנפל חיישינן לכתחלה ולכאורה דברי תוספות סתרי אהדדי:

אמנם יש לומר דלעולם סבירא להו לתוספות דכל מה דחיישינן בנפל חיישינן לכתחילה והא דכתבו בגט לחלק היינו דבנפל לא שייך לומר לא מקדים אינש וכו' דיש לומר באמת היה רוצה ליתן תיכף רק הואיל ונפל ממנו ולא היה בידו ע"כ לא היה יכול ליתן הגט ולעולם דסבירא להו לתוספות דכל מה דחיישינן בנפל חיישינן לכתחלה רק דלפי זה קשה על ראייתם שם שכתבו דמוכח מקושיית הגמרא דמקשה לכתחילה היכי כתבינן וסבירא להו לתוספות דקושיית הגמ' הואיל דחיישינן בנפל ה"ה לכתחילה הוה ליה למיחש שמא כתב ליתן בניסן, ולפי מה שכתבתי בשיטת התוספות קשה מנא ליה להגמרא להקשות דלמא אף בנפל לא הוי חיישינן לשמא כתב ליתן בניסן דמסתמא ימסרנו תיכף רק דמחמת נפילה לא היה יכול למסרו תיכף ע"כ נשתהה ולעולם לכתחלה לא חיישינן דמסתמא ימסרנו תיכף, ובשלמא לשיטת רש"י שפירש שכבר לוה ממנו ומן המלוה נפל מחמת שלא היה כשר לא נזהר לשמרו הקשה הגמרא שפיר כיון דמחמת ריעותא דנפילה חיישינן שנשתהה המסירה קודם הנפילה אף שלא הית' הנפילה סיבת ההאחרה מוכח דמחמת ריעותא דנפילה חיישינן ה"ה לכתחלה הוה ליה למיחש, אבל לפירוש התוספות דעתה רוצה ללות בו קשה שפיר דלמא לא חיישינן כאן רק דמחמת הנפילה נתאחר הדבר וזה היה נראה לי ראייה גדולה לפירוש רש"י, אמנם לפמ"ש הרא"ש להדיא לחלק ולפי מה דמוכח מתוספות גבי גט קשה באמת לכאורה מנ"ל להגמרא להקשות לכתחלה היכי כתבינן מנ"ל לדמות לכתחילה לריעותא דנפילה כיון דאליבא דאמת חיישינן בנפל יותר [וי"ל דתוספות סבירא להו גם כן לסברא פשוטה דיש לחוש לנתאחר הנתינה רק דלא חיישינן שהלוה ימסרנו אחר כך, אבל השתא דחיישינן בנפל מקשה הגמרא שפיר לכתחלה היכי כתבינן דכל מה דאיכא. למיחש בנפל הוה ליה למיחש לכתחילה ולא קשיא דלמא בעלמא לא חיישינן כלל לנתאחר רק

הכא הנפילה היתה סיבה לזה כדלקמן בגט דהכא סבירא להו לתוספות לסברא פשוטה דאיכא למיחש שנתאחר הנתינה כן נראה לי ליישב דברי תוספות, אך אעפ"כ קשה מנ"ל להגמרא להקשות בפשיטות דלמא כולי האי לא חיישינן]:

(**ב**) **והיה** נראה לפי עניית דעתי לפרש דהיה להגמ' סברא פשוטה דאיכא למיחש לשמא כ' ליתן בניסן לכתחלה דאיכא למיחש שימשוך הדבר ממילא ובלא שום רמאות יכול לבא לידי פסידא דלקוחות דלאו כ"ע דינא גמירי ואפילו העדים אינם נפסלים בכך, והא דמקשה הגמרא הקושיא הכא לכתחלה היכי כתבינן דמזה הוכיחו התוספות דקושיית הגמרא דוקא הואיל דחייש בנפל ה"ה לכתחילה הוה ליה למיחש, יש לומר לשיטת הרי"ף והרא"ש הא דתלי הגמרא הקושיא הכא היינו דבלא סוגיא זו היה באמת מוכח דעדי' בחתומין זכין לו וממילא ליכא למיחש לשמא כתב ליתן בניסן וכו' אבל השתא דבע"כ מוכח דלא אמרינן עדיו בחתומיו זכין לו הקשה הגמ' לכתחילה היכי כתבינן ולעולם דאין זה ראייה דמאי דחיישינן בנפל חיישינן גם כן לכתחילה רק לשמא כתב ליתן בניסן וכו' חיישינן מסברא חיצונה דבלא שום רמאות יכול לבא לידי זה:

ולפ"ז מיושב קושיית התוספות בשובר למה לא מקשה הגמרא ממתניתין דכותבין שובר ותירוצם ליתא לשיטת הרי"ף, חדא דסבירא ליה אף בהקנאה בעי מטי לידיה ועוד לשיטת הרא"ש דסבירא ליה דבשובר לא בעינן מטי לידיה ע"כ לאביי דמשני עדיו בחתומיו זכין לו הא דקתני אין האשה מודה שאומרת מזויף וא"כ הדרי קושיית התוספות לדוכתיה וליכא למימר כתירוצם דמתני' הו"מ למימר בשטר הקנאה א"כ אף מברייתא לא קשה מידי, אמנם לפי מה שכתבתי אתי שפיר דבשובר לא חיישינן לכתחילה שתעשה רמאות כזה למכור לאחר ואח"כ תמסור השובר לבעל להפסיד בידים להלקוחות דכיון דיודעת שכבר מכרה הכתובה א"כ הוי מסירות השובר רמאות גדול ע"כ לא חיישינן לכתחילה רק בנפל דאיתרע חיישינן הכל אבל בשטר חוב הקשה הגמרא שפיר דיש לומר דלא היה כוונתו לשום רמאות, וזה וודאי מצד הסברא איכא למיחש וע"כ רצה הגמ' להוכיח דאמרינן עדיו בחתומיו זכין לו:

(**ג**) **ולפ"ז** יש להוכיח כתירוץ הש"ך על הקושיא שמקשים שם ליחוש שמא חייבת לאחרים ולא יכלה למחול, ותירץ הש"ך דל"ח להלואה דמי ילוה לאשה על הספק, אבל המהרש"ל הקשה כן ורצה להוכיח מזה דאף שעבודא דר' נתן יכולה למחול ע"ש ש"ך (סי' פ"ו) ולפי מה שכתבתי מוכח כתירוץ הש"ך דאי נימא כהוכחת מהרש"ל עדיין יקשה על המקשן דהוה ליה לאקשויי ממתניתין דלמא חייבת לאחרים, ועל זה לא שייך

התירוץ הנ"ל דהתם לא הוי רמאות דלמא דעתה היא לפרוע הבעל חוב ממקום אחר ואפילו הכי יבא לידי פסידא, ולתירוץ הש"ך אתי שפיר ודוק:

(ד) **והנה** לפמ"ש בדעת הרי"ף נראה מוכרח לאביי דבשטרי מכר לא יחזיר כיון דלכתחילה כתבינן אפילו בשטרי דלאו הקנאה משום הכי לא יחזיר דבנפל כיון דאיתרע חיישינן שמא מכרה לאחר בין הכתיבה למסירה וליכא למימר עדיו בחתומיו זכין לו לדעת הרי"ף ע"פ שיטת הרא"ש ואפילו הכי לא מצי למיתני במתניתין שטרי מכר דלענין חששא זו אין חילוק בין יש בהם אחריות לאין בהם אחריות, וכן לשמואל דמוקי לה באין חייב מודה א"כ בשטרי מכר אין חילוק אף לר' מאיר בין יש בהן אחריות לאין בהם אחריות כיון דאיכא למיחש לזיוף, אך לרב אסי יש לראות לכאורה לפי מה דמשמע בהו"א דלא אסיק אדעתיה חששא דקנוניא והוי סובר בפשיטות דאי חייב מודה אפילו יש בהן אחריות נכסים יחזיר וא"כ הוה מצי למיתני פלוגתייהו אף בשטרי מכר דביש בהן אחריות לא יחזיר דאיכא חששא שמא כתב ליתן בניסן (וזה לא מחשיב קנוניא דאין כוונתו להפסיד הלקוחות] ובאין בהן אחריות יחזיר כיון דלא חיישינן לקנוניא, והנה היה אפשר לומר דאכתי איכא למיחש להפסד המלוים שלוו להמוכר בין ניסן לתשרי שלא יוכלו לגבות מהלוקח שלא באחריות שיאמר שכבר קנה מניסן קודם להלואה [ונראה דמשום האי טעמא פסקינן (בסימן רל"ח) דאין כותבין שטרי מכר רק בשטרי אקנייתא דאי משום שמא מכר לאחר בנתיים לפי מה שכתבתי לעיל הא זה הוי רמאות ולא חיישינן ליה ות"ל מצאתי ראיה לדברי בהר"ן (פ"ב דכתובות) גבי שטר אמנה]:

(ה) **אמנם** יש לראות בזה לפי מה דמקשין העולם דאף באין בהם אחריות נכסים למה יחזיר לרב אסי הא איכא למיחש שיפסיד למלוה בשטר מאוחר לשיטת הסוברים דמלוה על פה מוקדם קודם למלוה בשטר מאוחר [ואפשר לומר כיון דזה תלי אי אמרינן שעבודא דאורייתא או לא ע"כ י"ל דר"א סובר של"ד] והיה נראה לי ליישב קושיא זו די"ל דע"כ לא חיישינן לשמא כתב ליתן בניסן וכו' רק היכא דבא להוציא מיד המוחזק וקי"ל דאין הולכין בממון אחר הרוב וע"כ חיישינן אף לחששא כל דהו שלא להוציא מיד המוחזק, אבל לגבי מלוה בשטר מאוחר שאינו מוחזק י"ל שפיר דלא חיישינן כלל, ותבלין לסברא זו י"ל לפי מה שפסק הר"מ והביאו בש"ע (סימן ס"ה) דאם החזירו מוחזר וגובה בו וא"כ מוכח דלא הוי רק חששא כל דהו, וכן התוספות הוכיחו מסוגיא דשנים אדוקין דאם בא ליד המלוה בהיתר גובה בו א"כ מוכח דריעותא דנפילה לא הוי ריעותא גמורה, וא"כ י"ל דזה לא מהני רק שלא יוציא מהמוחזק אבל היכא דאינו מוציא מהמוחזק ל"ח ליה:

והנה ע"פ סברא זו נלענ"ד בשובר הנמצא נהי דלא מהדרינן ליה לבעל מ"מ האשה אינה יכולה לגבות כיון דהחששא לא הוי חששא גמורה מהכ"ת יכולה להוציא מהמוחזק ואף לשיטת החולקים על הר"מ בהחזיר השטר מ"מ על הוכחת התוספות הנ"ל אין להשיב וראיתי בח"מ (סימן ס"ה) שהוא מחלוקת הסמ"ע והש"ך דהסמ"ע סובר דאינו יכול לגבות עם השטר כשנמצא השובר דדלמא השובר אמת והש"ך השיג עליו, ולפמ"ש נראה לכאורה מוכח כסמ"ע, ואף שדברי הסמ"ע מגומגמין קצת במה שתלה הדבר בריעותא דנפילה כמ"ש הש"ך עליו אמנם מטעם הנ"ל נראין דברי הסמ"ע נכונים, ועיין בתומים שהסכים ג"כ לדברי הסמ"ע [אך אפשר לומר כיון דיש כאן חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו וכיון דהשובר איתרע מוקמינן אחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו, ובזה יש לתרץ קושיית הבעה"מ בסוגיא דמצא שובר ודוק היטב] והנה לכאורה יקשה על שיטת הסמ"ע הנ"ל מסוגיית הגמרא לקמן גבי שובר דפריך וניחוש דלמא זבנה לכתובתה בט"ה וכו' הא אף אי לא מהדרינן השובר מ"מ לא יכלה לגבות מהבעל דדלמא השובר אמת וא"כ אין כאן פסידא דלקוחות ועיין בב"ש (סימן ק"י) (ובזה מיושב הקושיא שהקשה הש"ך מחמת שעבודא דר' נתן ות"ל מצאתי אח"כ להדיא כן בט"ז סימן ס"ה) רק הוא לא כתב ליישב מה דקשה על קושיית הגמרא וברוך ד' שכוונתי לדעת הגדולה]:

(ו) **אמנם** נלפענ"ד לפי מה דאיתא בסוגיא דהתם ואתי בעל למטרף לקוחות ולכאורה קשה היאך שייך בזה טריפת לקוחות רק הוא לא ירצה לשלם אך רש"י תיקן זה שכתב שמכרה שדה המיוחדת לכתובתה ושייך שפיר למטרף אמנם הא גופיה קשיא מה בעי הגמרא בלשון זה, ע"כ נראה דהגמרא ס"ל היכא דמכרה שדה המיוחדת לכתובתה הוי הלוקח מוחזק ושפיר חיישינן ליה דטריף שלא כדין אבל לשמא מכרה הכתובה לחוד ליכא למיחש דאז הוי הבעל מוחזק, ולא נעלם ממני דסוף סוף כיון דגוף השדה היה של הבעל י"ל דתמיד נקרא הבעל מוחזק, מ"מ אין קושיא כל כך אי נימא דהגמרא סבירא ליה דלענין נפל ראוי שלא להוציא מיד הלוקח ולשון הש"ס מורה בבירור כן לענ"ד, ועיין בתוספות (סוף ד"ה שובר בזמנו טורף) שכ' להדיא דהבעל הוי מוחזק, אמנם לפמ"ש יש ליישב, ובלא זה יש ג"כ לחלק בין דברי התו' לכאן ודוק, ולפ"ז י"ל ליישב הקושיא הנ"ל (אות ה') ממלוה בשטר מאוחר דכיון דהמלוה על פה אינו בא להוציא מיד המוחזק לא חיישינן כלל לשמא כתב ליתן בניסן וכו':

אך לפי זה יהיה הדין דבשטר מכר שאין בהם אחריות נכסים יש להחזיר ג"כ לר"מ דס"ל אחריות לאו טעות סופר דמשום שמא מכר בנתיים אין חשש דהוי רמאות ומשום שמא הלוה בינתיים ליכא למיחש דבאמת אין לו לגבות ממנו כיון דלא הוי מוחזק רק

אדרבה הלוקח הוא מוחזק, לא מבעיא לשיטת רש"י שפירש שכבר לוה וקנה בו א"כ פשיטא דהלוקח הוא מוחזק רק אף לפירוש התוספות די"ל שלא לקח עדיין ומהמוכר נפל מ"מ אכתי לא בא להוציא מהמוחזק, ואם כן קשה לכאורה למה תני דוקא שטר חוב ולא שטרי מכר, ואפשר לומר דרב אסי סובר כשמואל לקמן דלא אמרינן אחריות טעות סופר רק בשטרי הלואה ולא בשטרי מקח, אך לפי מה שכתבו התוספות לקמן דבלוקח מגזלן אף לשמואל אחריות טעות סופר הדרי הקושיא לדוכתי' דמצי למיתני אף בשטרי מכר, אמנם אי נימא דנהי דהיכא דנפל איתרע מ"מ מחששא דשמא כתב ליתן בניסן אינם יכולים להוציא ממנו וכמ"ש לעיל (אות ה') בשם הסמ"ע רק לענין זה מהני החששא היכא שאינו מוחזק אף שאידך ג"כ אינו מוחזק ודלא כמ"ש לעיל ליישב הקושיא ממלוה בשטר מאוחר, א"כ אתי שפיר לשיטת התוספות דלא מצי למיתני שטרי מכר דאף באין בהם אחריות נכסים אף לר"מ לא יחזיר משום חששא דשמא כתב ליתן בניסן ויפסיד להמלוים שבין ניסן לתשרי ואין לומר דהלוקח מוחזק דהא אנן אמרינן שלא מכר לו עדיין כלל, אמנם לשיטת רש"י שכבר קנה בו הדרי הקושיא לדוכתיה דמצי למיתני שטרי מכר כיון דליכא למיחש רק משום אחריות ותליא בפלוגתא דר"מ ורבנן אי אחריות טעות סופר או לא והוי רבותא טפי לרבנן דאף בשטרי מכר אמרינן אחריות ט"ס, ואפשר לומר מזה סעד לדברי הר"מ דבשטרי מכר כותבין אף בשטרי דלאו הקנאה ולא חיישינן לשמא כתב ליתן בניסן וכתב הה"מ שאין טעם נכון לחלק, ולענ"ד היה אפשר לומר עפמש"ל (אות א') דלכתחילה לא חיישינן לקנוניא כלל וכמ"ש ראייה מהרא"ש והר"ן ז"ל רק דחיישינן שימשך הדבר ממילא, ולפ"ז יש לומר דלא חיישינן לזה רק בלוה ומלוה שהלוה יעשה כן להרויח פשיטא דספרא והמלוה לא יעכב הדבר כיון דאית ליה רווחא אבל במוכר ולוקח ל"ח לזה כיון דהלוקח נותן שכר הסופר מהכ"ת יעשה המוכר ליתן להלוקח שטר מוקדם במידי דלית לי' רווחא שוב נזכרתי דהא ליתא דאם לא יתן לו השטר הראשון שכתב בניסן נהי דהלוקח יתן עכשיו פשיטא דספרא מ"מ יפסיד הוא הפשיטא דספרא עבור השטר הראשון דהא וודאי כשכתבו לו השטר הראשון הוצרך ליתן פשיטא דספרא ואם יתן השטר להלוקח יחזיר לו הפשיטא דספרא ואם לא יתן לו יפסיד וזה פשוט, ואפשר לומר טעם אחר דדוקא בשטר חוב כיון דמאן דיזיף בצנעה יזיף חיישינן שמא עדיין אינו ברור שילוה לו רק הוא הכין לעצמו השטר אולי לא יזדמן אח"כ סופר ואף אם יזדמן אולי לא ירצה לגלות הדבר לפני אותו הסופר ועדים לאפוקי במוכר לא שייך זה דמאן דזבין בפרהסיא זבין וגם לא צריך לסופר כ"כ דאף המוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים כך י"ל קצת טעם לדברי הר"מ אך דקשה מנא

ליה להר"מ הא, ולפמ"ש יש לומר דקשיא ליה למה לא תני שטרי מכר אמנם אי נימא דבשטרי מכר מותר לכתוב לכתחילה אתי שפיר דמתניתין אתי לאשמעינן דחיישינן לדאקרי וכתוב וזה לא שייך בשטרי מכר דמותר לכתוב לכתחילה וע"כ נקט לרבותא שטר חוב דחיישינן לדאקרי וכתוב:

(ז) **והנה** לדינא אני מסופק אליבא דאמת אי חיישינן לדאקרי וכתוב אף לשיטת הרי"ף והר"מ דפסקו דלא אמרינן עדיו בחתומיו זכין לו, מ"מ כיון דכתבו דטעמא דמתניתין משום פירעון וקנוניא וכר' יוחנן א"כ י"ל דלא חיישינן לדאקרי וכתוב ונ"מ בשטרי מכר דלאו הקנאה י"ל דמותר להחזיר להלוקח ואף לשיטת הר"מ דסבירא ליה דמותר לכתוב לכתחילה שטר מכר אף בלא הקנאה מכל מקום יש להסתפק כיון דבע"כ צ"ל דהוי חששא רחוקה דלא חיישינן לכתחלה שמא יתאחר הנתינה א"כ י"ל דאף בנפל לא חיישינן, אמנם מצד הסברא נראה כיון דחיישינן בנפל לפרעון מכש"כ דאיכא למיחש שנזדמן שנתאחר הנתינה אבל מ"מ לשיטת שאר הפוסקים דאין כותבין לכתחלה צ"ע אי נימא דחיישינן לדאקרי וכתוב או לא ומדלא הביא הרי"ף חששא דאקרי וכתוב נראה לכאורה דלא חיישינן ליה וצ"ע, ועיין לקמן בנ"י בסוגיא דדייתיקי] והנה ממתניתין דלקמן שאני אומר כתובין היו יש להוכיח דחיישינן לדאקרי וכתוב ואף דלשיטת הרי"ף דאף בשטרי הקנאה בעי מטא לידיה א"כ איכא לאוקמי מתני' דלקמן בשטרי הקנאה או שפירש להדיא שיזכו לו העדים למפרע כשיתנו לו אחר כך מ"מ מפשטא דמתניתין וגמרא משמע דמיירי בכל גוונא וא"כ מוכח דחיישינן לדאקרי וכתוב או נימא כשיטת הר"מ דשאר שטרות כותבין ולא חיישינן כלל לשמא יתן אח"כ:

(ח) **והנה** יש מקום אתי עוד להוכיח כדעת הר"מ דשטרי מכר וכדומה כותבין אף בשטרי דלאו הקנאה ולא חיישינן לשמא כתב ליתן ממאי דקאמר הגמרא משום דקשיא לאביי וכו' והנה הפירוש הפשוט בגמרא כמ"ש הש"מ בשם הראשונים והפ"י ות"ל כוונתי לדעתם, דמשום הכי נאיד אביי מתי' רב אסי משום דדחיקא ליה לומר דאקרי וכתוב וכיון דבע"כ צ"ל תירוץ אחר על המתניתין ע"כ מסתבר לי' לומר עבז"ל אבל לולי זאת היה אומר דלא אמרינן עבחז"ל כדי לתרץ המתניתין יעיי"ש בדבריהם, ואני המתקתי הפשט יותר דוודאי דוחק לומר דמתניתין דקתני כותבין שטר ללוה סתמא נימא דמיירי בשטר הקנאה אך לרב אסי י"ל דסמך התנא על מתניתין דב"מ דמוכח דבנפל חיישינן לשמא כתב ליתן וכו' וממילא יקשה לן לכתחלה היכא כתבינן וממילא נצטרך לומר דמיירי בשטר הקנאה אבל לאביי דלית ליה דאקרי וכתוב ובע"כ דצריך לאוקמי מתניתין בטעמא אחרינא ולא מוכח ממתניתין דלא אמרינן עבז"ל א"כ מהכ"ת לאוקמי מתני'

דהתם דכותבין דוקא בשטר הקנאה א"כ ממילא מוכח דעבז"ל [ולפי' זה הוא קצת ראייה לשיטת התוספות כיון דאליבא דאמת טעמא דמתניתין משום פרעון וקנוניא ולשיטת הרי"ף והר"מ י"ל] אמנם המהרש"א ז"ל רוצה ליישב דהוכחת אביי היה ממתניתין דקתני שאני אומר כתובין היו ונמלך וכיון דלא חיישינן לדאקרי וכתוב א"כ ליכא למיחש לנמלך אם לא דאמרינן עבז"ל ועם כי דבריו אינם צריכים חיזוק ונראים לכאורה נכונים מאוד, אמנם בפשט הגמרא עיקר חסר כמובן, אמנם על הגמרא גופיה קשה מנ"ל לומר משום דקשיא ליה וכפי' הנ"ל ולא קאמר בפשיטות דקשיא ליה מתניתין דכתובין היו ונמלך, אך לשיטת הר"מ הנ"ל דבשאר שטרות כותבין לכתחלה אף לרב אסי בשטרי דלאו אקנייתא אתי שפיר דממתניתין דלקמן לא מצי להוכיח דאף דל"א עבז"ל אפילו הכי כותבין לכתחלה:

(**ט**) **אמנם** לשיטת רש"י הנ"ל דפירש שכבר לוה בו י"ל ג"כ הקושיא הנ"ל דהנה לכאורה יש מקום ספק אף דלא אמרינן עדיו בחתומיו זכין לו אם אמר הלוה לעדים כתבו לי שטר ויהא בידכם עד שאבא עם המלוה היום אם רשאין לכתוב או לא, והנה בש"ע ח"מ (סימן ל"ט) איתא הדין דאין כותבין למלוה אם אמר לעדים יהא בידכם ועיין שם בסמ"ע וש"ך שכן כתב הה"מ וראייתו ממשנה יתירה דקתני אין כותבין שטר למלוה ולפ"ז נראה מוכח דללוה כותבין כעין זה דאל"כ הוי מצי המתניתין לאפלוגי בלוה עצמו לאשמעינן האי רבותא, והנה ראיתי בש"ך (ס"ק מ"א) שהביא בשם הר"ן דמשמע לכאורה דאפילו ללוה אין כותבין אפילו אם אמר יהא בידכם, והנה בתחלה עלה ע"ד לומר דהר"ן סובר כשיטת הרמב"ן שהביא הסמ"ע (סימן רל"ח) דמתניתין אתי לאשמעינן דקנין שלא בפניו לאו לכתיבה עומד והא דיהא בידכם לא מהני י"ל דמצד הסברא סובר כן וע"כ ס"ל דאין חילוק בין מלוה ללוה, אמנם לשיטת הה"מ דמתני' נחית לאשמעינן האי חדושא מוכח דללוה מותרין לכתוב אם אמר יהא בידכם [שוב עיינתי בדברי הר"ן ז"ל שהעתיק הנ"י נראה דלא מוכח מדבריו שאם אומר להדיא שיהיה ביד העדים ולא יתנו לו כלל בלא המלוה דאין רשאין לכתוב דלא כתב כן רק כלפי מה שכתב שאם אמר לעדים שיזכו בעד המלוה ויהיה בידם בעד המלוה שרשאין לכתוב לו על זה סיים דאם אמר הלוה שיהיה בידם בעדו שאין רשאין לכתוב ולעולם איכא למימר דהיינו דוקא היכא שרצונו שיתנו לו אח"כ בלא המלוה אבל אם אמר להדיא שלא יתנו לו רק כשיבא עם המלוה ויתנו אז להמלוה מהכ"ת נימא דאין רשאין לכתוב דודאי ליכא למיחש אולי מערים כמו גבי המלוה וכן מוכח מדברי הר"ן בכתובות גבי שטר אמנה דל"ח רק למלתא דשכיח כן נראה לענ"ד פשוט], אמנם לפ"ז קשה למה צריך רב אסי לדחוקי ולימא דחיישינן

לדאקרי וכתוב דהוא חשש רחוק שהעדים עשו שלא כדין למה לא קאמר דחיישינן שאמר לעדים יהא בידכם ולא בא באותו יום ונפל השטר מן העדים ודוחק לומר דהעדים זהירי ול"ח דנפל מהם, דמהכ"ת נימא הכי דזהירי יותר מהמלוה ולוה וצ"ע לענ"ד, אמנם לשיטת רש"י דפירש שכבר לוה בו והנראה דס"ל לרש"י שמא ילוה עכשיו לא חיישינן כיון דאכתי לא אסיק אדעתיה חשש קנוניא א"כ יכולים לומר להלוה והמלוה שהשטר פסול אם כתב ליתן בניסן ולא נתן עדיין רק דחיישינן שכבר לוה בו, וא"כ לא קשה קושיא הנ"ל דליכא למימר דאמר להעדים יהא בידכם א"כ היאך בא ליד הלוה שהיה יכול ללות בו ולשמא ילוה עכשיו לא חיישינן, ע"כ הוצרך לומר דחיישינן לדאקרי וכתוב, ולפ"ז ממילא מיושב הקושיא הנ"ל דלא הוי מצי הגמרא לומר דהוכיח אביי דאמרינן עבז"ל ממתני' דנמלך דמהתם לא מוכח כיון דלא אמר תנו איכא למימר דנפל מהעדים ואף דלא חיישינן לדאקרי וכתוב דלמא אמר יהא בידכם וע"כ קאמר הגמרא דקשיא ליה וכו' דאקרי וכתוב לא אמרינן ולנפל מעדים ג"כ לא חיישינן דא"כ היאך הלוה בו כבר ולומר דילוה בו עכשיו זה הוי בגדר קנוניא וכיון דצריך לבא לקנוניא מתרץ דחיישינן לפרעון ולקנוניא והדרינן לפשטיה דמתניתין כותבין מיירי בכל שטרות דעדיו בחתומיו זכין לו, ובזה מיושב מ"ש לדקדק דאמר הגמרא אלא לאביי דאמר עדיו בחתומיו זכין לו מאי איכא למימר ולא מקשה בלא זה דהא סבירא ליה דלא חיישינן לדאקרי וכתוב וא"כ אף אי לא הוי סבר עבחז"ל קשה ג"כ מתניתין במאי מוקים לה ואף שאין זה קושיא כ"כ, מ"מ לפי מה שכתבתי אתי שפיר דמשום דלא חיישינן לדאקרי וכתוב לא הוי צריך לומר דחייש לפרעון ולקנוניא רק לשמא נפל מהעדים וילוה בו עכשיו וזה הוי קנוניא לחוד לפירוש רש"י אבל משום דאמר עבז"ל הוצרך לומר לפרעון ולקנוניא כ"נ לענ"ד נכון להוכיח פי' רש"י:

אמנם להתוספות יקשה באמת למה לא קאמר הגמרא לרב אסי חששא זו דחיישינן שנפל השטר מהעדים שאמר יהא בידכם ואף אי נימא דתוספות סבירא להו דאף כעין זה אין רשאים העדים לכתוב קשה קושיא שנייה דהגמרא הוי מצי למימר דמשום הכי סבירא ליה לאביי עדיו בחתומיו זכין לו דקשיא ליה מתניתין דנמלך, אך לפי מה שפירשו התוספות דהאי משום דקשיא ליה לא קאי כלל להוכיח דעדיו בחתומיו זכין לו רק משום דקשיא ליה לא ניחא ליה שנוייא דרב אסי והא דעדיו בחתומיו זכין לו סבירא ליה בלא הוכחה א"ש, אך לפ"ז קשה קושית המהרש"א על התוספות דת"ל דלא מצי למימר כשנוייא דר"א הואיל וס"ל עדיו בחתומיו זכין לו, וע"כ נדחק הפ"י בפירוש התוספות דהכי פירושא משום דקשיא ולא מצי לשנויי כרב אסי וע"כ סבירא ליה מצד

הסברא עדיו בחתומיו זכין לו יעיי"ש, וא"כ כיון דסוף סוף רצה הגמרא להוכיח בהאי משום דקשיא דאמרינן עדיו בחתומיו זכין לו הדרא הקושיא לדוכתה דהוה מצי להוכיח ממתניתין דנמלך:

(י) **ונראה** ליישב דבריהם ע"פ מה שכ' המשנה למלך (פ' י"ח מהל' אבידה) להוכיח מדברי רש"י בכתובות (דף י"ט ע"א) שכ' גבי שטר אמנה דמשום הכי לא הוי מוקדם שאמר להמלוה שאם ילוה לו יהיו הנכסים משועבדים מעכשיו, והקשה הוא למה ליה לומר כן וכי גרע מסירת השטר להמלוה מעבז"ל ונימא אף בלא אמירתו זכה המלוה למפרע ותי' דהתם שאני כיון דעיקרו של השטר לא ניתן רק בתורת אמנה לא זכה למפרע ומזה רוצה ללמוד דה"ה לאביי דס"ל עבחז"ל אם אמר להדיא לעדים שיכתבו בתורת אמנה לא זכו העדים למפרע, ובזה מיושב קושית רש"י דאף לאביי איכא לאשכוחי שטרי מוקדמין באופן זה ע"כ תורף דברי המשנה למלך [ומ"ש התומים עליו אכתוב לקמן אי"ה] והנה צריך להבין לדבריו מאי מקשה הגמרא לאביי דאמר עדי בחתומיו זכין לו מתניתין במאי מוקים לה הא מצי לאשכוחי באופן זה וצ"ל כיון דאביי לא חשש לדאקרי וכתוב ליכא למיחש דהעדים אינם רשאין לכתוב באופן זה כיון דבזה לא אמרינן עבז"ל, אך לפ"ז יקשה לשון הגמרא דקאמר לאביי דסבירא ליה עדיו בחתומיו זכין לו דהא מזה לא מקשה מידי דאיכא למימר דחיישינן לאמנה ר"ל שאמר לעדים שיכתבו דוקא ע"ת שילוה ממנו רק דהוי ליה לומר לאביי דסבירא ליה דלא חיישינן לדאקרי וכתוב, ומכש"כ לפמש"ל (אות הקדום) דמשום דלא סבירא ליה לאביי דאקרי וכתוב ליכא לאקשויי דיש לומר דחיישינן שאמר לעדים יהא בידכם רק דקשיא ליה משום דאביי סבירא ליה עדיו בחתומיו זכין לו ולשיטת המשנה למלך לא קשה מזה דאיכא למיחש לאופן הנ"ל דלא שייך עבז"ל [גם האי משום דקשיא ליה לפי מה שפירשו הראשונים בספר אסיפת זקנים דחוק מאוד לשיטת המשנה למלך דלפי פירושם היינו הואיל ואביי לא היה לו הכרח לומר דלא אמרינן עבז"ל משום הכי סבר עידיו בחתומיו זכין לו וע"כ קאמר הגמרא משום דלא ס"ל שנויא דר"א משום הכי קאמר עבז"ל, ולשיטת המשנה למלך אף אי הוי סבר דחיישינן לדאקרי וכתוב לא הוה מוכרח לומר דלא אמרינן עבז"ל דהא מצי לאוקמי מתניתין דחיישינן שאמר בדרך אמנה באופן דלא שייך עבחז"ל] ואין לקיים דברי המל"מ הנ"ל רק ע"פ שיטת התוספות דלדידהו הא דאמר אביי עבחז"ל הוא מילתא באפי נפשיה, וגם קושית הגמרא לאביי דאמר עבחז"ל אתי שפיר דלא קשה דלמא בדרך אמנה דהא אביי לא חשש לדאקרי וכתוב ולא קשה דלמא אמר לעדים יהא בידכם דהא לשיטת התוספות בע"כ דליכא למיחוש לזה דאם לא כן לא היה צריך לומר לרב אסי

דחיישינן לדאקרי וכתוב כמ"ש לעיל, רק דיש קצת לדקדק דהוי ליה להמקשן, לאתויי הא דאביי לא חשש לדאקרי וכתוב. והנה לפי זה אי נימא דתוספות סבירא להו כשיטת המל"מ מיושב קושית המהרש"א דליכא למימר דמשום הכי לא סבר אביי כשנויא דר"א הואיל וס"ל מבחז"ל, דהא אפילו הכי הוי מצי לאשכוחי באופן הנ"ל דרך אמנה דלא שייך עבז"ל וע"כ הוצרך לומר דמשום הכי ל"ס לאביי כשנוייא דר"א דס"ל דאקרי וכתוב לא חיישינן:

אמנם כן מדברי רש"י מוכח דלא סבירא ליה כסברת המל"מ, מדלא תירץ על הקושיא מוקדמין היכא משכחת לה כתירוץ המל"מ דתירוץ רש"י הוא דחוק דצריך לומר דהעדים חתמו שקר עיין בהר"ן (ריש ר"ה) ולפי דברי המל"מ שהוכיח כן מרש"י בכתובות קשיא על רש"י דידיה אדידיה, אמנם לענ"ד נראה דאין דברי המל"מ מוכרחים דיש לומר אף דסבירא ליה לרש"י היכא דמסר להמלוה ולא הלוה לו מיד רק אדעתיה שילוה לו אח"כ צריך לומר להדיא שיזכה למפרע, אבל מסתמא לא זכה למפרע אפילו הכי היכא דאמר לעדים כן זכה למפרע דבשלמא היכא דמסר להמלוה כיון דמסתמא היה זוכה מיד והוא מתנה שיהיה דוקא ע"מ שילוה לו א"כ מנ"ל שדעתו שיזכה למפרע אח"כ ע"כ צריך לפרש כן, אבל לאביי דאמר עבז"ל א"כ כל זכות העדים הוא על תנאי דמטא לידיה, א"כ מה יתן ומה יוסיף מה שאמר ע"מ שילוה לו הא בלא זה ג"כ אינם זוכים רק ע"ת ואני מוסיף עוד דנראה לי טעמו של דבר דאמרינן עבז"ל דקשה לכאורה מנא ידעינן שרצון הלוה שיזכו העדים למפרע בחתימתם, ומה שכתבו התוספות לקמן (ד"ה שובר) דהוי תק"ח המעיין בדבריהם יראה דלא הוצרכו לכתוב כן רק לקמן היכא דמכר בינתיים, דהיה ראוי לומר שביטל זכיית העדים כמו שכתב הרא"ש אליבא דהרי"ף וע"כ כתבו התוספות דהוי תק"ח, אבל בגופיה דמלתא דאביי דעבז"ל משמע דהוי מדאורייתא ואף כי המהרש"א נראה שלא פירש כן אמנם הדברים בפירוש התוספות מראים להדיא כמו שכתבתי, ות"ל מצאתי אח"כ בפ"י שפירש ג"כ כמ"ש, וא"כ צריך להבין מ"ט נימא עבז"ל מדאורייתא מנ"ל שהלוה רוצה כן וצריך לומר כיון דלולי זאת לא היו העדים רשאין לכתוב בלא המלוה וכיון דהוא רוצה שיכתבו לו השטר מסתמא דעתו שיזכו לו העדים בחתימתם כדי שיוכלו לכתוב לו וכ"ז שייך היכא שאומר לעדים לכתוב אבל כשמוסר השטר להמלוה שכבר השטר בידו אין ראייה שרוצה שיזכה המלוה למפרע, וא"כ י"ל דרש"י התם בכתובות קאי לרב אסי דהעדים אינם זוכין והמלוה ג"כ אינו זוכה מטעם הנ"ל ולעולם לאביי היכא דעדים זוכין אין חילוק אף שאמר ע"מ שילוה לו אפילו הכי זוכין למפרע, והנה לפ"ז יש לחלק ולומר דבעדים הואיל וכל זכייתן הוא למפרע אף

שאמר להדיא ע"מ שילוה לו זוכין למפרע לאפוקי להמלוה דלולי התנאי היה זוכה מיד, א"כ כשאמר ע"מ שילוה לו פנים חדשות בא לכאן ומנ"ל לומר שדעתו שיזכה אח"כ למפרע ע"כ צריך לפרש להדיא שיזכה למפרע:

(**יא**) **ולפ**"**ז** נראה לי ליישב מה דקשה על רש"י שהקשה לאביי מוקדמין היכי משכחת לה לבתר דשני הגמרא ה"מ היכא דמטא לידיה ולא הקשה תיכף על אביי דאמר עדיו בחתומיו זכין לו, ולפי זה אתי שפיר דבלא זה דהוי אמרינן לאביי דלא בעי מטי לידיה רק העדים זוכין מיד, וא"כ הוי העדים כמו מלוה גופיה א"כ פשיטא היכא שאמר שיכתבו אדעתיה דאמנה דלא זכו ליה וכיון דלא זכו לו מיד אף אח"כ כשהלוה אינם זוכין למפרע וא"כ שפיר משכחת לה מוקדם באופן זה, אבל עכשיו דמשני הגמרא הני מילי היכא דמטא לידיה א"כ מוכח דכל זכיית העדים הוא למפרע א"כ אין חילוק אף שאומר להדיא על מנת שילוה לו אפילו הכי זוכין למפרע וליתא לתי' המל"מ ע"כ הקשה רש"י שפיר מוקדמין היכי משכחת לה:

(**יב**) **ובזה** נתיישב לי היטב מה דקשיא טובא על הגמרא דמעיקרא מקשה ממתניתין דלקמן שאני אומר כתובין היו ונמלך ואחר כך מקשה ממתניתין דכאן ולא מקשה תיכף ממתני' דכאן, ולפמ"ש אתי שפיר דלא הוי מצי להקשות ממתניתין דכאן תיכף דהו"מ למימר דחיישינן דלמא אמר להדיא ע"מ שילוה לו דכיון שאינם זוכין מיד אף למפרע אינם זוכין כיון דעיקר זכיית העדים הוא מיד כל כמה דלא אסיק אדעתיה דבעי מטא לידיה אבל עכשיו דמשני על מתני' דנמלך דבעי מטא לידיה וא"כ אין חילוק אף שאמר ע"מ שילוה הקשה הגמ' שפיר, והא דלא משני באמת על מתניתין דנמלך דחיישינן שאמר על מנת שיתן לי, יש לומר דלישנא דנמלך קשיא ליה דמשמע דתחילה כתבו סתם רק אח"כ רוח אחרת עמו, ואין לומר דעדיין הו"ל להקשות בלא זה כיון דאביי סבירא ליה דאקרי וכתוב לא אמרינן א"כ ליכא למיחש שאמר שיכתבו לו על מנת שילוה לו דאז אין רשאין לכתוב, די"ל לא מבעיא לפמ"ש הש"מ דהאי משום דקשיא ליה לישנא דר"י גאון הוא א"כ לא קשה כלל מזה על לישנא דגמרא ואף אי נימא דהוא לשון הגמרא ממש, מכל מקום יש לומר דזה לא הוי רק אליבא דאמת דקשה על אביי למה ליה לדחוקי ולימא דחיישינן לפרעון ולקנוניא ומשני הגמרא דס"ל דאקרי וכתוב לא אמרינן וע"כ לא היה יכול לשנוייא כרב אסי, אבל אי לא הוי מוכח דבעי מטא לידיה ולא היה קשה כלל ממתניתין דהוי מצי למימר דחיישינן שאמר באופן הנ"ל ודאי דלא הוי קשה על אביי למה לא אמר כרב אסי דעדיפא מיניה משני דמתניתין דכותבין מיירי אף בשטרי דלאו הקנאה ואפ"ה אתיא ליה מתניתין דהכא שפיר רק לבתר דשני דחיישינן לפרעון

ולקנוניא הוצרך הגמרא לומר משום דקשיא ליה [ואם נרצה לחלק בסברא דאקרי וכתוב דיש לומר דלא חיישינן ליה רק אי אמרינן דלא כתבינן כלל רק בשטרי הקנאה, אבל אי אמרינן דאף בשטרי דלאו הקנאה כתבינן רק היכא דאמר להדיא ע"מ שילוה לו לזה שפיר איכא למיחש דטעי העדים בזה כיון דמסתמא כותבין בכל השטרות ולא ידעו לחלק, וא"כ אתיא בפשיטות שפיר, ויש מקום עי"ז ליישב דברי רש"י התמוהים שכתב אבל השתא דתנן כותבין דיש לומר רש"י פירש כן לפום ס"ד דלא בעי מטא לידיה איכא שנויא למתניתין דכיון דבכל שטרות כותבין חיישינן שמא אמר על מנת שילוה לו, וכ' רש"י כן למסבר האי משום דקשיא ליה שהכניס הגמרא כאן ועיין היטב בכל זה]:

(**יג**) **ועפ**"**ז** יש מקום ליישב קושיית התוס' על רש"י במאי שפירש (ריש ר"ה) דקשיא מ"מ לאביי אף דההלואה היה אח"כ אמרינן עדיו בחתומיו זכין לו ולרב אסי אין רשאין לכתוב, וראיתי להפ"י שכתב (במס' ראש השנה) דיש לומר ר"ח דקאמר התם נ"מ לשטרות סובר כתירוץ ר"י דחיישינן לפרעון ולקנוניא ולא חיישינן כלל לשמא כתב ליתן בניסן דמסתמא ביום שנכתב נמסר וע"כ י"ל דמותר לכתוב לכתחילה אף בשטרי דלאו אקנייתא אף דלא אמרינן עבז"ל, וכבר כתבתי לעיל (אות א') דהוי מצי לומר כן, אמנם קשיא עליה מתניתין דכתובין היו ונמלך דמוכח דחיישינן שנתאחר הנתינה ולא נתנו מיד וצריך עיון גדול על הפ"י שלא נתעורר ממשנה זו, ואפשר לומר על פי מ"ש לעיל (אות א') דאיכא למיחש דהנפילה גרם ההאחרה משום הכי לא חיישינן לכתחלה והא דמקשה הגמרא לעיל לכתחלה היכא כתבינן היינו לפירוש רש"י שכבר לוה בו א"כ לא תלינן דהנפילה גרם ההאחרה ודוק בזה כי לפי זה יש ראיה גדולה לפירש"י ועיין היטב:

אמנם לפמש"ל (אות י') ע"פ שיטת רש"י דהיכא דמסרו למלוה על סמך שילוה לו לא זכה למפרע מן הסתם, וא"כ י"ל דהתם מיירי שהמלוה היה שם רק שלא ראו נתינת המעות והיו רשאין לכתוב כאותו ששנינו כותבין שטר ללוה כמ"ש רש"י, והיינו דכמו דמותר לכתוב ללוה לחוד ע"י שעדים בחתומיו זכין לו מכש"כ היכא שהמלוה שם רק שלא ראו נתינת המעות, והנה י"ל דהיכא אמרינן עדיו בחתומיו זכין לו היכא דאין המלוה שם אבל היכא דהמלוה שם יש לומר דאין העדים זוכין כלל כיון דימסרנו תיכף להמלוה דלמה להו לזכות היכא דהמלוה שם וכיון שהעידו אח"כ שאותו ההלואה עצמו היה בתמוז [וקצת קשה לצייר דברי רש"י היאך יודעין שהוא אותו ההלואה עצמו כיון שאינו יודע אם היה קודם הכתיבה או אחריו ואפשר לומר על ידי הודאת הלוה והמלוה אחר כך] א"כ מוכח שמסר להמלוה אדעתיה שילוה לו ולא זכה למפרע והוי מוקדם ואפילו הכי העדים עשו כדין דלא הוי להו לחוש לזה ועיקר ראיית רש"י מהא דתנן כותבין

שיכול לזכות אפילו בלא נתינת המעות ע"י העדים מכש"כ ע"י מסירת השטר להמלוה גופיה רק אח"כ נתברר שהיה על כוונת ההלואה דוקא, וע"כ שפיר יש לספקו במוקדם [ודברי רש"י בכאן שכתב ונתן מעות דמשמע אפילו אם המלוה כאן צריכין לראות נתינת המעות יש לומר דלא כתב כן רק אי הוי חיישינן הכא לכך א"כ לא היו רשאין לכתוב לכתחלה ועדיין צ"ע]:

(**יד**) **ועוד** יש לומר בישוב קושי' הבלא זה בגמרא דלא מקשה מיד ממתני' דהכא וגם בישוב דברי רש"י קצת, עפ"מ דאיתא לעיל דחיישינן לשתי כתובות ור' יוסי לא חייש ועיין שם בש"מ דפירש דרבנן ס"ל משום אסור לשהות וכו' כתב לה כתובה אחרת ור"י ס"ל דקלא איתי ליה למלתא, ולפי זה הוי מצי למימר דהיכא שייך למימר דקלא איתי ליה היינו אם נפל מהאשה דמסתמא אין הבעל מאמינה ואינו רוצה לכתוב לה כתובה אחרת, אבל אם נפל מהבעל וה"ה בשטר אם נפל מהלוה יש לומר דחיישינן שפיר וע"כ הוי מצי למימר דמשום הכי לא יחזיר דחיישינן שכתב להמלוה שטר אחר הואיל והראשון נפל ממנו ואז כשכתב לו שטר אחר הוצרכו לבטל השטר הראשון ועכשיו חיישינן לקנוניא שמצוה למסרו לידו וכבר בטלו, אבל עכשיו דמוכח ממתניתין דקתני נמלך דבעי מטא לידיה וא"כ לא הוצרכו לבטל השטר הראשון כלל דעדיין לא זכה בו המלוה ואם מצוה עכשיו למסרו אף שיש לו שטר אחר אין כאן חשש ע"כ הקשה הגמרא שפיר, ולפי זה אתיא דברי רש"י כהוגן דלפי מה דס"ד דלא מטא לידיה אתיא מתניתין שפיר דאיכא למיחש שכ' ללות ולא לוה והוצרך לבטל השטר הראשון אך שזה הפירוש הוא רחוק להעמיס בכוונת רש"י:

(**טו**) **וע"פ** הדברים הנ"ל נעמוד על מחלוקת הרי"ף ורש"י ז"ל, דהרי"ף ס"ל כפי מ"ש הרא"ש דבשובר לא בעינן מטא לידיה, ורש"י סבירא ליה דאף בשובר בעי מטא לידיה כמו שכתב רש"י לקמן להדיא, והנה הש"ך תמה מאוד על הרא"ש דהא במתניתין דמוכיח מיניה דבעי מטא לידיה קתני שוברין ג"כ וא"כ מוכח דאף בשוברין בעי מטא לידיה וע"כ דעת הש"ך לסתור כל בנינו של הרא"ש ולומר דאף במכר מהני מטא לידיה וע"כ אף בשובר י"ל דבעי מטא לידיה, והנה נראה בעליל מתוס' לקמן ד"ה שובר בזמנו טורף דס"ל דבמכר אח"כ י"ל דלא מהני מטא לידיה וע"כ הוצרכו לומר דהוי מדרבנן וע"כ לא הקשו לעיל על מימרא דאביי ות"ל כוונתי בזה לפירוש הפ"י והוא פשוט בעיני, והנה בטעמו של דבר דבמכר לא מהני מטא לידיה כתב הרא"ש דכשמכר אחר כך ביטל זיכוי העדים, ולכאורה צריך להבין הא קי"ל בעושה דבר על תנאי מעכשיו אינו יכול לבטל התנאי ואפילו ביטל להדיא אפילו הכי אם אחר כך נתקיים התנאי נתקיים הדבר

למפרע עיין בהר"ן (פרק מי שאחזו) באומר לאשה הרי זה גיטך על מנת שתתני לי מאתים זוז ואח"כ ביטל התנאי אם אח"כ נתנה לו אפילו הכי מגורשת למפרע, ואפילו מדעת שניהם כתב הר"ן דאינו יכול לבטל דאח"כ כשנתקיים התנאי מגורשת למפרע א"כ ה"נ דאמרינן עדיו בחתומיו זכין לו וצריך לומר דכוונתו היה שיזכו לו העדים ע"מ שימטא לידיה לבסוף א"כ מאי מהני ביטול הזיכוי, וצ"ל כיון דלא פירש שיזכו לו העדים רק אנו דנין שכוונתו היה כך, ונראה דה"ט דאמרינן מסתמא כוונתו כך דאינו רוצה לפסול שטרו אם יתאחר הנתינה וגם העדים אינם רשאין לכתוב בלא זה ע"כ אמדינן דעתו שמסתמא הוא מרוצה בכך שיזכו לו העדים וכיון שכן יש לומר שפיר דהיכא שמכר אחר כך השדה לאחר על זה אין לנו ראייה שהיה כוונתו אפילו אם ימכור לאחר אפילו הכי אם ימסור השטר אח"כ להראשון שיזכו לו העדים על זה אין לנו ראייה שהיה כוונתו כך ואדרבה מהכ"ת נימא כך כיון דלא פירש כלום וכיון שתיכף לא היה כוונתו רק כשלא ימכור לא שייך לומר היאך יכול לבטל התנאי הא תיכף היה דעתו לכך כשיבטל התנאי יבטל הזיכוי ועד"ז לא היה רצונו כלל שיזכו העדים:

ועפ"ז יש לתרץ קושית הש"ך דהא כבר כתבתי לעיל (אות י') בשם המל"מ דהיכא שכותב מתחילה לשם אמנה לא שייך לומר עבז"ל, ונהי דקשיא לי עליו דהיכא דבעי מטא לידיה ליכא לאפלוגי בין אמנה או לא מ"מ הוכחתי מדברי רש"י דהיכא דלא בעי מטא לידיה ודאי אינם זוכים העדים אם אמר להדיא שכותב לשם אמנה, והדבר מוכרע מצד עצמותו דהיאך יכולים העדים לזכות בע"כ, ולפי זה י"ל דבשוברין חיישינן דלמא אמר להדיא שכותב לשם אמנה רק לפ"ז קשה גם לקמן במצא שובר מה תירץ אביי ניחוש דלמא כתב לשם אמנה, אמנם לפי מה שכתבתי לעיל אתי שפיר, דהא אביי לא סבירא ליה דאקרי וכתוב, וא"כ אם אמר שלא יזכו העדים היאך רשאין העדים לכתוב וצריך לומר דפירש להדיא שאם ישלם לה אחר כך יזכו העדים למפרע לא מבעיא לסברת המל"מ דהיכא דפירש להדיא לשם אמנה לא אמרינן עבחז"ל ולפי מה שכתבתי לעיל דהתוספות אזלי בשיטת המל"מ, א"כ פשיטא דצריך לומר להדיא שיזכו אח"כ למפרע ואפילו לפמש"ל (אות י') דיש לומר דלא כסברת המל"מ הואיל דכל זיכוי העדים הוא ע"י מטא לידיה א"כ אין חילוק אם אמר לשם אמנה או לא, אעפ"כ בשובר יש לומר כיון דמסתמא לא בעי מטא לידיה והוא אומר שאינו רוצה שיזכו לו מיד ע"כ צריך לפרש שאם ישלם אח"כ יזכה למפרע, כמו שכתב רש"י לענין מסירה להמלוה דצריך לפרש להדיא כמ"ש לעיל, וא"כ כיון דצריך לפרש להדיא שאם ימסרנו אח"כ יזכו למפרע א"כ הוי תנאי ממש ע"כ אינו יכול לבטל התנאי אף אם מכר אח"כ לאחר דסוף סוף כשמטא לידו נתקיים התנאי

ולא דמי ללא פירש להדיא רק שדנין על כוונתו דהתם דנין תיכף דכוונתו היה ג"כ לבטל התנאי ואתי מחשבה ומוציא מידי מחשבה אבל היכא דפירש להדיא היאך יכול אח"כ לבטל התנאי, וא"כ תו ליכא למיחש כשמטא לידו אחר כך אף דמכרה בנתיים דהיכא דפירש להדיא שיזכה אחר כך למפרע תו לא מהני ביטול זיכוי, וזה לא ניתן להאמר דליחוש דלמא אמרה בהדיא שיהיה בידה לבטל זיכוי העדים דאטו בשופטני עסקינן ולמה לה לומר כך הלא בידה שלא למסרה, והנה אף בלא סברת המל"מ הנ"ל י"ל דהיכא שאמרה להדיא שלא יזכו לו תיכף צריכה לומר להדיא שיזכו אח"כ למפרע כדי שאם תמכור אח"כ תהני למפרע ולולי זאת אין רשאין לכתוב מחשש שמא תמכור אח"כ, ולפ"ז מיושב קושית הרמב"ן על הרי"ף דהיאך קתני בזמן שאין האשה מודה הא לא בעי מטא לידיה ולפי מה שכתבתי אתי שפיר דיש לומר בזמן שאין האשה מודה היינו שאמרה להדיא לעדים שלא יזכו רק דאפילו הכי מהני מטא לידיה רק דהרי"ף הוכיח דבמחילה לא בעי מטא לידיה, דאם לא כן קשיא דלמא לא פירש התנאי ואז לא מהני מטא לידיה כמשל"ל (אות י'), וזה נראה לפי עניית דעתי ברור ונכון בישוב הרי"ף ז"ל:

והנה לפמ"ש כאן מוכח דבשובר אין רשאין לכתוב לכתחלה, ולא כמש"ל (אות ב') דיש לומר דלא חיישינן לכתחלה לרמאות ולפ"ז קשיא קושית התוספות דהוי מצי להקשות ממתניתין דכותבין שובר, אמנם זה יש לומר בכמה אנפין חדא דיש לומר דאפילו הכי לא הוי מצי להקשות דהוה מצי למימר דלא חיישינן לערמה לכתחילה, ועוד יש לומר דלפמ"ש דהיכא דפירש מהני מטא לידיה אף במכר וא"כ י"ל דהקנאה הוי כמו פירש, ולפ"ז יש לומר אליבא דהרי"ף כמו שכתבו התוספות דממתניתין לא הוי מצי להקשות דהוי מצי למימר בשטרי הקנאה ותו ליכא למיחש אף לשיטת הרי"ף דבהקנאה בעי מטא לידיה מ"מ מותר לכתוב כיון דאף במכר מהני מטא לידיה בהקנאה דהוי כמו פירש, ואין להקשות א"כ מאי מקשה מהברייתא דלמא מיירי נמי בהקנאה ולא שייך תירוץ התוספות דקשיא סיפא, דהא לשיטת הרי"ף דבעי מטא לידיה אתי שפיר ואי דהוי מחילה יש לומר דחיישינן שאמרה להדיא שלא יזכו העדים מיד י"ל דדחיקא לאוקמי ברייתא בשטרי הקנאה דא"כ הוה ליה לאפלוגי בכך ולא דמי למתני' דהתם דלא אתי לאשמעינן רק דלא חיישינן למחזי כשיקרא, אמנם עדיין מוכח דלא חיישינן לרמאות לכתחלה מדקתני התם כותבין שטר למוכר כקושית הש"ך לאביי [ועיין לקמן תוספות ד"ה ש"מ איתא לדשמואל בסוף דבריהם דהיכא דיש לו על מי לחזור לא חיישינן לקנוניא עיין שם ולפי זה לא קשה הקושיא משטרי מכר דהתם יהיה מחויב לשלם שמכר דבר שאינו שלו] אמנם י"ל ע"פ קושית המהרש"ל שכתבתי לעיל (אות ג') דאיכא למיחש

שחייבת לאחרים ואפילו הכי ממתניתין לא הוי מצי להקשות דהו"מ לאוקמי בשטרי הקנאה ובריית דחיקא ליה לאוקמי הכי כמ"ש דהו"ל לאפלוגי בכך, ולפי זה צריך לומר דמשום הכי לא חיישינן שאמרה להדיא שלא יזכו העדים תיכף משום דבכעין זה לא אמרינן בשובר כלל עבז"ל על פי שיטת המל"מ וכמו שכתבתי לעיל דיש לומר בזה אף לשיטת רש"י לא אמרינן עבחז"ל, אך מ"ש לעיל דיש לומר דצריך לפרש להדיא משום חשש מכירה ליתא כיון דמוכח לכתחלה ל"ח לערמה ודוק ועיין היטב:

והנה לפי זה הוי מצי לפרש דאף רש"י סובר כשיטת הרי"ף, והא דפירש באביי דבעי מטא לידיה היינו משום דהכא ע"כ חיישינן שאמר להדיא שלא יזכו העדים מיד מדקתני בזמן שאין האשה מודה לא יחזיר ובזה שפיר בעי ומהני מטא לידיה כמ"ש בשיטת הרי"ף, אמנם מפשטן של דברי רש"י משמע דבעי בכל ענין מטא לידיה, אך לפי מ"ש לעיל (אות ט') דמוכח לרש"י דחיישינן שאמר לעדים יהא בידכם מדלא קאמר דקשיא לאביי מתניתין דנמלך, א"כ תו ליכא לפרש כמ"ש אליבא דהרי"ף דא"כ עדיין קשה ליחוש דלמא אמר יהא בידכם ומהעדים נפל ולא מהני מטא לידיה כיון דלא אמרינן להדיא שיזכו למפרע ואפילו הכי היו רשאין לכתוב כיון דהשובר היה נשאר תחת יד העדים ואם יבא היום ימסרו להבעל ע"כ הוכיח רש"י דאף בשובר בעי ומהני מטא לידיה, אך כל זה לרש"י דסבירא ליה דבהקנאה לא בעינן מטא לידיה מוכח דחיישינן שאמר לעדים יהא בידכם מכח קושיא דלעיל דהוי ליה לומר דקשיא לאביי מתניתין דנמלך אבל לשיטת הרי"ף דאף בהקנאה בעי מטא לידיה לא קשה כלל דלא מצי להוכיח ממתניתין דנמלך דיש לומר דלמא בשטרי הקנאה, ואפ"ה לא יחזיר דבעי מטא לידיה ולא צריכין לבא לחשש שמא אמר יהא בידכם, ואפשר דהרי"ף סובר דאפילו אמר יהא בידכם אין רשאין לכתוב וכמו שכתבתי לעיל (אות ט') דאפשר לומר דתלי בפי' הה"מ והרמב"ן בפירוש אין כותבין שטר למלוה ודוק [ועיין תומים שהביא בשם הריטב"א דלא חיישינן שנפל מהעדים ואני לא עיינתי עדיין הבריטב"א]:

(**טז**) **אף** הא גופיה תמוה בשיטת הרי"ף דבשטר הקנאה בעי מטא לידיה דקשיא לשמואל דאמר המוצא שטר הקנאה כו' א"כ היאך אפשר לומר דסבירא ליה כאביי, וגם דמשמע להדיא דמיירי באין הלה מודה כמו דאיתא בסוף הסוגיא, וא"כ היאך קאמר הא שיעבד נפשיה הא בעי מטא לידיה וכמו שהאריכו המפרשים בקושיא זו. ולענ"ד היה נראה דיש לומר כך דלכאורה נראה לי ראייה לדברי הרי"ף מפשטא דמתניתין דקתני כותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו דמיירי לרב אסי בשטרי הקנאה ואי נימא דלא בעי מטא לידיה א"כ היאך שייך לומר אע"פ שאין מלוה עמו כיון דלא בעי מטא לידיה וזוכין

העדים תיכף להמלוה א"כ הוי ליה מלוה עמו, וכעין זה כתב הש"ך בשם הר"ן דמשום הכי לא שייך לאוקמי באמר לעדים בפני שיזכו עבור המלוה, ואין לומר דהא גופיה קמ"ל דזוכה תיכף המלוה חדא דהא זה לא מוכח דלמא באמת בעי מטא לידיה, וע"כ דהוי סברא פשוטה וא"כ היאך שייך לומר אע"פ שאין מלוה עמו, ועוד דא"כ אין זה ענין לכותבין וכו' אע"פ שאין מלוה עמו רק הא גופיה הוי ליה לאשמעינן דזוכה מיד והוה ליה מלוה עמו וזה נראה לענ"ד ראיה גדולה דבעי מטא לידיה, אך זה לדידן דקי"ל דלא אמרינן עבחז"ל כמ"ש הרי"ף ז"ל א"כ מוכח שפיר, אבל לאביי דסבירא ליה עבז"ל ומתניתין מיירי בשטרי דלאו הקנאה א"כ יש לומר דבשטרי הקנאה לא בעי מטא לידיה ומתניתין דקתני אע"פ שאין מלוה עמו בשטרי דלאו הקנאה, ומצד הסברא יש לומר ג"כ דתליא בהא דלאביי דס"ל אף בלא קנין עדיו בחתומיו זכין לו וכל מלתא יתירתא לטפויי אתא שיזכו לו מיד דאי כוונתו דבעי מטא לידיה למה לו הקנין הא בלא זה יזכו לו העדים למפרע, אבל לרב אסי דלא אמר עדיו בחתומיו זכין לו אין ראייה דכוונתו שיזכו לו מיד כיון דבלא הקנין לא היו זוכין לו כלל ועל כן הוצרך הקנין שיזכו לו למפרע כשיגיע לידו, ולפ"ז לק"מ על הרי"ף קושיא הנ"ל דשפיר מצי שמואל סבר כאביי ומשום הכי נקט שטר הקנאה דאי סבר כאביי יש לומר דמיירי בשאין הלוה מודה ואפילו הכי יחזיר דלאביי לא בעי בשטרי הקנאה מטא לידיה, אבל אי אמרינן דסבר כרב אסי צריך לומר דמיירי כשחייב מודה, ואפשר דמשום זה דחיק הגמרא לומר דסבר כאביי אף דהרי"ף פסק כרב אסי משום דמשמע פשטא דלישנא דמיירי באין הלה מודה, ומוכח דלא בעי מטא לידיה והיינו כאביי דלרב אסי אף בשטר הקנאה בעי מטא לידיה והא דהוכיח הרי"ף בתשובות דבעי מטא לידיה ממתניתין דמי שמת וקשיא לאביי מהתם, יש לומר דוודאי מצינן לאוקמי מתני' דהתם בשטרי דלאו הקנאה רק דקשיא דהגמרא הו"ל לפרש הכי על כן הוכיח דאליבא דידן אף בשטרי הקנאה בעי מטא לידיה, ועוד יש לומר באנפי אחרינא, והנה לפי מה שכתבתי יש לומר דאף רש"י סובר כשיטת הרי"ף דבעי מטא לידיה, והא דכתב רש"י דבשטר הקנאה לא בעי מטא לידיה היינו לאביי [אך לפי פרש"י בין ילוה בין לא ילוה אפשר לומר דאף לאביי הוצרך לכתוב כן וא"כ מוכח שפיר דלא ס"ל כשיטת הרי"ף ודוק]:

(יז) **שוב** נראה לי ליישב בפשוט מה דקשה לי לעיל (אות א') על מ"ש התוס' דלא חיישינן בגט משום לא מקדים אינש פורענותא לנפשיה ואפילו הכי חיישינן בנפל, ולפי מה שכתבתי בשובר דכ"מ דחיישינן בנפל חיישינן לכתחלה קשיא הא דגט יש לומר כיון דתוספ' כתבו לתרץ חשש דשמא יחפה וכיון דזה הוי ממילא חששא רחוקה

דזנות לא שכיח כדאי' בגיטין (דף י"ז ע"ב) רק דאפ"ה תקנו זמן אבל לחוש כולי האי לא חיישינן כדאיתא התם להדיא כתביה ואנחיה בכיסתיה מאי איכא למימר לא מקדים אינש פורענותא לנפשיה, אבל לענין פסידא דלקוחות דהוא חשש גמור יש לומר שפיר במה דחיישינן בנפל ראוי לחוש לכתחלה כמו שכתבו התוספות בשובר, והנה הרי"ף נראה דסובר ג"כ כשיטת התוספות מדכתב והא דתנן כותבין שטר ללוה ולא חיישינן לקנוניא, והרא"ש הקשה באמת דלא הוה ליה להזכיר קנוניא דדוקא בנפל חיישינן וצריך לומר לפי זה מה מקשה הגמרא לשיטת הרא"ש לכתחילה היכי כתבינן דלמא דוקא בנפל חיישינן וצריך לומר דזה הוא חשש פשוט שמא לא ילוה לו עכשיו שלא יהיה לו מעות וכדומה, וא"כ קשה למה לא הקשה הגמרא בלא זה וצריך לומר כמ"ש דבלא זה הוי אמרינן עדיו בחתומיו זכין לו וזה ראייה לפסק הרא"ש דעדיו בחתומיו זכין לו כיון דסתם גמרא הוי סבר הכי בלא תירוץ רב אסי, וע"כ לשיטת הרי"ף דפסק דלא כאביי הוכרח לפרש דכל מה דחיישינן בנפל חיישינן לכתחילה, וע"כ אתיא קושית הגמרא בפשוט לכתחלה היכי כתבינן ולא מוכח דסתמא דגמ' ס"ל עדיו בחתומיו זכין לו:

(יח) **עיין** בהרא"ש מ"ש עוד על הרי"ף דלא הו"ל להזכיר קנוניא דאי חיישינן לקנוניא אפילו מלוה עמו איכא למיחש וצריך לומר דסבירא ליה להרי"ף דשאני היכא דהמלוה כאן דחזינן שמוסר השטר למלוה בלי שום תנאי, אין לנו לחוש שיש ביניהם איזה קנוניא, כיון דמסירת השטר נעשה כדין, משא"כ היכא דלא חזינן מסירת השטר איכא למיחש שמא בעת מסירת השטר יפרש לו הקנוניא אבל היכא דחזינן מסירת השטר כדין ליכא למיחש למידי, ועיין בבעל המאור לקמן גבי הא דשני אביי שובר בזמנו טורף שהקשה ניחוש לקנוניא, [עיין שם שכתב ולשמא כתב ליתן ולא נתנה כלל לא חיישינן) והרמב"ן תמה באמת עליו כיון דחזינן מסירת השטר לא חיישינן לקנוניא והביא ראייה משחרורי עבדים דאמר תנו נותנין משום דלאביי עבחז"ל מוכח כיון דחזינן מסירת השטר לא חיישינן לקנוניא, ואפשר לומר לשיטת הבעל המאור דסבירא ליה התם שאני כיון דעכ"פ מסירת השיחרור מהני לענין העבד עצמו שיהיה משוחרר דהא הגמרא מקשה רק דלמא זבן נכסי ולא הקשה דלמא מכר העבד עצמו לאחרים וע"כ צ"ל דהיינו טעמא לדלמא מכר העבד עצמו לא חיישינן לפי מה שכתבו התוספות דדוקא בכתובה שלא תהיה צריכה להחזיר רק דמים מועטים מה שמכרה בטה"נ, וע"כ ליכא למיחש התם שמכר העבד ועוד יש טעמים לחלק, ועיין באס"ז שכתב באמת דהוי מצי להקשות דלמא מכר העבד עצמו, אבל לפום סוגית הגמרא דמקשה רק דלמא זבין נכסי י"ל דהתם שפיר כיון דעכ"פ מסירת השטר הוי מסירה וחזינן מעשה מסירת השטר כדת לא חיישינן לקנוניא,

משא"כ בשובר דאם מכרה הכתובה אין כאן מסירה כלל דהוי רק חספא בעלמא שפיר יש לומר דלמא מצוה ליתנו רק לקנוניא:

ועיין במלחמות להרמב"ן שכתב ורבינו הגדול שאמר לאביי דאמר עדיו בחתומיו זכין לו מניסן זכה דאע"ג דלא מטא שטרא לידיה הוי ליה כמחילה לפי דעתי שכך אמר ז"ל דאע"ג דלא מטא שטרא לידיה אלא השתא והיא מעיקרא אינה פרועה כיון דהשתא מטא לידיה דהא אמר תנו. זכה למפרע דהוי ליה כמוחלת מעכשיו ולזמן שיפרענה וכו' ומשמע לכאורה בכוונת הרמב"ן דאי הוי מפרשינן בהרי"ף כפירוש הרא"ש דלא בעי כלל בשובר מטא לידיה הוי קושית בעל המאור שפיר והוא תמוה לכאורה דאדרבה לשיטת הרא"ש בהרי"ף לא שייך קנוניא כלל דכבר זכה כיון דלא בעי אפילו מטא לידיה, ונ"ל דיש לומר לפי מה שתירץ התומים והנתיבות הקושיא שהקשה הש"ך על הרי"ף משוברין ותירץ התומים נהי דלא בעי מטא לידיה מ"מ אמירה בעי שאמרה ליתן השובר, והנתיבות תירץ דנתינות מעות בעי עיין שם, ולפי תירוץ הנתיבות שפיר יש מקום לקנוניא כיון דאין אנו רואין נתינת המעות והוי מצי לפרש דהבעל המאור היה מפרש בהרי"ף כפירוש הנתיבות וע"כ הקשה שפיר מקנוניא והרמב"ן לא ניחא ליה בהא דאי הוי מחילה אף נתינות מעות אין צריך וע"כ הוצרך לפרש בהרי"ף מה שכתב דהוי מחילה כדי שלא נפרש כפירוש הרא"ש בהרי"ף ודוק, ומזה ראייה גדולה למאי שכתב הגאון בנתיבות בישוב הקושיא משוברין, אבל לתירוץ התומים כיון דא"צ רק שיאמר ליתן (לא אתי שפיר), ועיין תומים שכתב להדיא דאף מחילה מהני לענין שיהיה השובר מועיל למפרע, והנראה מדברי הגאון בעל נתיבות דמחילה לא מהני דלולי זאת אין מקום להשגתו על התומים דהא התומים לא מיירי רק ממחילה, והנראה בטעמו של בעל נתיבות אע"ג דבתנאי אם תתן לי מאתים זוז מהני מחילה דהוי כאומר הריני כאלו התקבלתי ואפילו בשאר תנאי יכול לבטל התנאי, וכמ"ש בש"ע אה"ע (סימן ל"ח) וכש"כ בתנאי אם תתן לי מאתים זוז עיי"ש בב"ש, אמנם יש לחלק דבתנאי קדושין אם תתן לי מאתים זוז דתנאי מלתא אחריתא ואין הקדושין עיקרם לנתינות מאתים זוז רק שהיא הקפידה בכך שפיר יש לומר דיכולה לבטל התנאי, משא"כ פרעון הכתובה שהוא דמי שיווי הכתובה א"כ שובר הנכתב לכתחלה מסתמא אדעתיה דפרעון נכתב ומה שמוחלת כעת מלתא אחריתא הוא ולא מהני לקיים השובר למפרע ודוק כי יש פנים לסברא זו וע"כ הקשה הבעל המאור שפיר לשיטה זו ניחוש לקנוניא דדלמא לא קבלה מעות ואע"ג שאומרת עכשיו ליתן מ"מ דלמא לא קבלה מעות ומיושב דברי הרמב"ן מה שהביא דברי הרי"ף כדי לברר דאף לשיטתו עיקרא הוא מטא לידיה וכיון דאמרה ליתן

השובר לא שייך קנוניא כיון דחזינן נתינת השובר ואפשר לומר אף לפי שיטת התומים דסבירא ליה מחילה מהני מ"מ בנפל כיון דאיתרע ליה וכיון דלא חזינן נתינת מעות, רק שהיא אומרת ליתן יש לומר דהוי משום קנוניא דכל מה דאיכא למיחש חיישינן כדי שלא לקיים השובר שנפל דאיתרע ליה ומסתמא כבר נתבטל ולא עלתה ע"ד שיקוים השובר והשתא הוא קנוניא, משא"כ במחילה דמהני מכאן ולהבא דלאו לקיום השובר אתי שפיר מהני ולא שייך לחוש לקנוניא [וע"כ ל"ק לעיל במ"ד ש"מ איתא לדשמואל ול"ת לקטני' דאינה מוחלת בלב שלם רק לקנוני' ודוק] ודוק היטב בזה, ועפ"ז מיושב ג"כ דברי הבעה"מ והרמב"ן כמ"ש:

אך קושיא השניה תמוה על הבעל המאור מ"ש דאשנויא קמא סמיך דלא חיישינן לשתי כתובות כמו שכתב הרמב"ן, ונראה לי דיש לומר לפי מה שהקשו התוספות והר"ן דלמא הקנתה במעמד ג' דאינו יכול למחול ותירצו התוספות ממ"נ אם לא יהיו עדים יכפור, ואם יהיו עדים לא יועיל השובר דחזינן שהוא שקר כיון שנתרצה במה שמכרה ועל כן לא יועיל השובר, ולפי זה יש לומר דה"פ אביי אמר לשתי כתובות לא חיישינן ועל כן שפיר יש לומר בשטר כתובה יוצא מתחת ידה כי מצד הסברא לא חיישינן לשתי כתובות ועוד אפילו תימא דמצד הסברא הוי לן לחוש לשתי כתובות וע"כ סבירא לי' לומר ש"מ איתא לדשמואל הרי שובר בזמנו טורף וכיון שטורף בזמנו דאמרינן עדיו בחתומיו זכין לו אמרינן אף א"נ איתא לדשמואל מוכח דלא חיישינן לשתי כתובות, דאל"כ קשה דלמא מכרה במעמד ג', ולא שייך תירוץ התוספות דלא יועיל לו השובר, דשפיר יהיה מועיל אע"ג שהיה במעמד ג' כיון דהשובר נכתב קודם ועדיו בחתומיו זכין לו, א"כ יש לומר דבשעת מכירה עדיין לא היה השובר בידו, וע"כ לא עיכב המכירה ואח"כ מסרה לו השובר וממילא לא מהני המכירה במעמד ג' שמכרה קודם מסירת השובר כיון דהשובר זכה לבעל משעת כתיבה, וע"כ אף א"נ איתא לדשמואל מוכח גם כן דלשתי כתובות לא חיישינן, ועל כן כתב הבעל המאור שפיר דאתי' קמא סמוך דהיינו מחמת דשובר בזמנו טורף מוכח דלא חיישינן לשתי כתובות ודוק היטב כי נראה לי בעז"ה נכון בישוב דברי הבעה"מ התמוהים, ולפי עניית דעתי לשון הגמרא מסייע לדברי הבעה"מ, דמה דאמר ואביי לשתי כתובות לא חיישינן נראה דזה הוא לישנא סתמא דתלמודא ליישב דלא חיישינן לשתי כתובות וממילא מה דסיים ועוד שובר בזמנו טורף הוא ג"כ לישנא דסתמא דתלמודא וקשה למה לא שני אביי הכי, ולמ"ש אתי שפיר דזה הוא רק הוכחה דל"ח לשתי כתובות דליכא למימר דחיישינן רק איתא לדשמואל כמ"ש רבא דלמא מכרה במעמד ג' ולא שייך תירוץ התוספות וכמו שכתבתי לעיל אבל לתירוץ

קושית הגמרא וליחוש לא מצי אביי לומר שובר בזמנו טורף דקשיא קושית בעל המאור ודוק היטב:

(**יט**) **והנה** בפירוש דברי הרי"ף הנ"ל שכ' בשובר דמחילה היה נראה לענ"ד דאפשר לומר בכוונתו כך לפי מה שכתבו התוספות לקמן ד"ה שובר נראה דתקנת חכמים הוא, ועיין במהרש"א שכתב דתוספות כתבו זה הואיל ואביי סובר כר"א, ולפי זה קשה למה לא כתבו התוספות כן בתחלת הסוגיא דמצא שטר חוב, ועיין בפ"י שכ' כמש"ל (אות ט"ו), אך גם זה נראה לפי עניית דעתי רחוק בפירוש התו' כיון דסברת הרי"ף אינה פשוטה כ"כ דבמכר ל"מ עבחז"ל הו"ל להתוספות לפרש סברא זו ולא לסתום, ע"כ נראה דאפשר לומר לפי מאי שכתב הש"מ בשם הריטב"א דלאו בשובר מחילה איירי דבזה לא צריך שום שטר רק דמיירי בשובר מכירה ומיירי שמכרה לו זכות כתובתה, ולקמן אכתוב אי"ה ביאור דברי הריטב"א אלו הנראה לענ"ד ע"פ שיטת הרי"ף] והנה בגוף הענין עבחז"ל תמוה לענ"ד כיון דבעי ספר מקנה וצריך הזוכה לקבל השטר וא"כ במה יזכו העדים, והנה הרא"ש כתב על הרי"ף שכתב שטר הקנאה שטר שיש בו קנין למה לי הקנין כיון דשעבודא דאורייתא ולענין משעבדי העדים מפקי לקלא, ולכאורה קשה לשיטת הסוברים דחייב אני לך מנה בשטר לא מהני אם אומר רק דווקא שמוסר השטר א"כ במה יתחייב, אח"כ ראיתי בתומים שהקשה כן, ולכאורה איני יודע מקום ליישב רק דנהי דחייב אני לך מנה ל"מ אם אומר דברים מ"מ כשמצוה לכתוב שטר עדיף ויוכל להתחייב אף בלא מסירת השטר ועדיין צריך עיון, עכ"פ בטעמו דעבחז"ל יש לומר כיון דיכול להתחייב עצמו למפרע, וממילא העדים מפקי קלא, ע"כ שפיר עבחז"ל, משא"כ במידי דמכירה דבעי ספר מקנה מה מהני הא דעבחז"ל אם לא דנימא דהעדים צריכים להגביה השטר לזכות בשביל הקונה, וזה אינו במשמעות לשון עדיו בחתומיו זכין לו דמשמע ע"י החתימה זכין לו, והנה לא מצינו במידי דמכירה שיאמר אביי עבחז"ל ויש לומר דבאמת לא אמר אביי רק במידי דשעבוד דלא בעי רק שיפקיע לקלא, אך משובר למ"ש לעיל דמיירי משובר מכירה כמו שכתב הריטב"א וכן בעבד מוכח דאפילו במידי דהקנאה אמרינן עבחז"ל, והנה בעבד קשה טובא דהא בעי נתינה מיד ליד דומיא דגט אשה וצריך הרב ליקח השטר שיחרור ולמסרו להעדים שיזכו להעבד ויאמר תנאי דמטא לידיה וזה לא מצינו כלל, ולפי זה אתי שפיר מה שכתבו התוספות דהוי רק מדרבנן בשובר ועבד, ולפ"ז יש לומר דהרי"ף לא ניחא ליה לומר דהוי תקנה בפרט דאמר אביי לטעמיה ולפ"ז לא שייך לומר לטעמיה, על כן כתב הרי"ף דמחילה הוא, ויש לומר או דלא סבירא ליה כפירוש הריטב"א דמיירי בשובר הנכתב בו לשון מכירה, והנה באמת

מלשון הגמרא משמע דאמר ואזלא זבנה לכתובתה ומפקא שובר וטריף שלא כדין משמע שהוא ענין מכירה ועיין מ"ש לעיל (אות ו') בזה דגמרא הוכרח לומר כן וע"כ יש לומר דגם הרי"ף סבירא ליה כפירוש הריטב"א וכדמשמע מלשון הגמרא, וכן הרי"ף העתיק לשון הגמרא בזה במ"ש דמחילה הוא וע"כ כדין טורף עיין שם, רק דאפילו הכי סבירא ליה כיון דעיקרא הוא מחילת שעבוד כתובתה וכדאמר ש"מ איתא לדשמואל ומוכח דלא בעי רק מחילה, וע"כ אע"ג שנכתב בלשון מכירה שייך שפיר דיכול לזכות למפרע אע"ג דלא מטא אז השטר לידו, אך בעבד עדיין קשה מדאמר לקמן לאביי דאף בעבד אמרינן עבחז"ל, ונראה דיש לומר דגמרא לא קאמר רק בדרך הניחא דלאביי לא מצי להקשות דיש לומר דגם בעבד סבירא ליה עבחז"ל, ובאמת צריכין העדים לקבל הגט בשביל העבד ויש לכוון בלשון הגמרא דאמר הניחא למ"ד זכות הוא לעבד וכאביי ולא אמר ולאביי, ולמ"ש אתי שפיר דבאמת לא מצינו זה לאביי רק למאן דסבירא ליה כאביי יש לומר דסבירא ליה אפילו בעבד ודוק]:

ובזה אתי שפיר מה שכתב הטור (בסימן ס"ה) דבעבד אמרינן אייתי ראייה והקשו עליו דהא איהו פסק כאביי דעבחז"ל, ולפי מה שכתבתי אתי שפיר דלמה דשני הגמרא אמרינן אייתי ראייה יש לומר אף לאביי כן דמהכ"ת נימא לאביי בשיחרור דבר חדש דצריכין העדים לזכות בהשיחרור גופיה ושיהיה דרך נתינה מהרב, כן נראה נכון, וגדולה מזו יש לומר אף דאביי לא סבירא ליה דאקרי וכתוב מ"מ יש לומר עכשיו דאיכא פלוגתא דרבוותא דלשיטת הרי"ף לא אמרינן עדיו בחתומיו זכין לו, וא"כ בשלמא בכל עניני עבחז"ל כיון דסוף סוף לשיטת הרא"ש והטור שפסקו עבחז"ל מהני ממילא אבל בשחרור דאי אמרינן עבחז"ל היינו שהעדים מקבלים הגט וכיון דלשיטת הרי"ף אינם צריכים לעשות כן דלדידיה ע"כ צריך לומר אייתי ראייה, ע"כ אף לאביי איכא למיחש בנפל לדאקרי וכתוב וטעי לפסוק כשיטת הרי"ף ודוק:

(**כ**) **והנה** מש"ל (באות הקדום) דלהרי"ף מיירי בשובר הנכתב בדרך מכירה ע"פ הריטב"א נראה לי להוכיח לפי מה שהקשו על הרי"ף דבהקנאה בעי מטא לידיה וקשה משמואל דאמר יחזיר דהא שעבד נפשיה, והיה נראה לי לתרץ כיון דבקנין לחוד יש בו כדי לחייב רק היכא דהשטר יוצא מתחת ידי המתחייב איכא ריעותא ואמרינן מסתמא התנה כן בהדיא שיהיה על תנאי דלמטי' לידיה, ויש לומר דהיינו דווקא היכא דחזינן הריעותא בוודאי אבל בנמצא ל"ח לבטל בזה קנין הברור, דבשלמא לאביי דאמר עבחז"ל ובעי מטא לידיה לא מהדרינן בנפל כיון דעיקר זכייתו מחמת השטר והשטר איתרע חיישינן דלמא לא מטא לידיה אבל הכא בהקנאה דהשטר אינו רק שמודיע שהיה קנין

רק דהשטר יגרע כח הקנין זה לא אמרינן דדל שטרא מהכא זוכה מחמת הקנין אחר כך מצאתי כעין זה בפ"י, אך למ"ש בעזה"י הסברא מוטעם יותר, ויש לומר כוונת הפ"י ג"כ כמ"ש, ולפי זה יש לומר דמוכח דל"מ בשובר מחילה כיון דמחילה אין צריך קנין הוי ג"כ כהקנאה, וקשה באין האשה מודה למה לא יחזיר, אבל אי מיירי שהשובר נכתב בדרך מכירה שמכרה לו זכות כתובתה וצריך להשובר דווקא שעל ידי זה יזכה בהכתובה אמרינן שפיר בנפל דאיתרע והאשה אמרה דלא מטא לידיה לא יחזיר, ואפילו הכי יש לומר כמו שכתבתי לעיל בשיטת הרי"ף דלענין זה הוי מחילה שאם תמסרנו יזכה למפרע בדרך מחילה, ולפי זה מיושב ממילא קושיית התוספות לשיטת הרי"ף מה דלא הקשה ממתניתין דכותבין שובר. לאשה ותי' דהוי מצי למימר בהקנאה, אבל בברייתא קשה אין האשה מודה דבהקנאה לא בעי מטא לידיה, ולשיטת הרי"ף דצריך מטא לידיה הדרא קושית התוספות לדוכתיה, אך למ"ש אתי שפיר דבנפל עכ"פ הוה ליה להחזיר וכדאמר שמואל להדיא, והנה באמת תירוץ זה פשוט דהא ע"כ צריך ליישב הקושיא על הרי"ף משמואל דאמר המוצא שה"ק בשוק יחזיר, אך לפי מה שכתב הב"י (סימן ס"ה) דלשיטת הרי"ף אף בשטר הקנאה לא יחזיר ותמהו עליו דהא ע"כ צריך ליישב הא דשמואל, עיין פני יהושע, ולפי עניית דעתי נראה לפי מאי שתירץ הראב"ד דאמרינן מסתמא אלו לא נגמר הענין לא היה מקנה עיין ש"מ, והנה נראה פשוט דסברא זו לא אלים כ"כ כמו אם איתא דפרע מקרע הוי קרע, ולפ"ז יש לומר לשמואל דסבירא ליה דלפרעון לא חיישינן, וע"כ דלא מחזיק הנפילה לריעותא גדולה כ"כ, וס"ל דלמידי דלא שכיח לא חיישינן ע"כ שפיר יש לומר דסבירא ליה דהוי מלתא דלא שכיח לומר שהקנה קודם שנגמר הענין אבל לדידן דקי"ל אפילו לפרעון חיישינן ולא אמרינן אם איתא דפרע מקרע הוי קרע א"כ חזינן דחיישינן אפילו לחששא רחוקה מחמת ריעותא דנפילה וע"כ נראה פשוט דאיכא למיחש ג"כ שמא הקנה קודם שנגמר הענין ע"כ כתב הבית יוסף שפיר דלשיטת הרי"ף לא יחזיר, כן נראה לפי עניית דעתי נכון וברור מצד הסברא בישוב דברי הב"י התמוהים:

אך לפי זה הדרא קושיא הנ"ל לאביי ורבא דהוי מצי לתרוצי בשטר הקנאה ובאין אשה מודה לא יחזיר לדידן דקי"ל דחיישינן לפרעון ע"כ ממילא חיישינן אפילו בשטרי הקנאה דלא מטא לידיה ומצי לאוקמי בשובר הקנאה, ולפי מאי שכתבתי אתי שפיר דאף לדידן שטרי הקנאה יחזיר ול"מ ריעותא דנפילה לחוש לבטל הקנין ועכ"פ גם על הב"י אין תפיסה לומר שהוא נגד סוגית הגמרא, ואי נימא כמ"ש בשיטת הב"י צריך לומר כפירוש הר"ן המובא במל"מ, דלמה דמוקי אליבא דשמואל בטוען מזויף וכתבו התוספות דל"מ

קיום דחיישינן דלמא אידמי, ולפי מה שכתבתי דלשמואל לא חיישינן חששא רחוקה מחמת ריעותא דנפילה א"כ קשה מהכ"ת לחוש לזיוף גם בלא דברי הנ"ל קשה דהא פרעון וודאי נראה דהוי חששא יותר וראייה דמצי לומר אשתבע לי דלא פרעתיך וקיום וודאי מהני דלא מצי להשביעו שאינו מזויף, אך לפירוש הר"ן המובא במשנה למלך דאמרינן באמת כתב ללות ולא לוה רק הואיל דהוא מלתא דלא רמיא עליה אומר מזויף לפי זה אתי שפיר (וקצת יש ראייה לזה מדתני סוף פרקין מצא תכריך של שטרות וקשה מה מהני סימן שאומר המלוה נגד טענות מזויף דאיירינן ביה לשמואל ולשיטת הרי"ף אתי שפיר ודוק):

(**כא**) **עוד** הוי קשה לי מאי פסקא לשמואל דמוקי בשאין חייב מודה, וע"כ יחזיר למלוה לצור ע"פ צלוחיתו הואיל דלוה אומר מזויף, הא מצי איירי דטוען כתבתי ללות ולא לויתי, וא"כ איך תני במתני' סתמא הא פלוגתא דר' מאיר ורבנן שייך ג"כ באומר כתבתי ללות ולא לויתי, ואפשר לומר כיון דתני יחזיר סתמא משמע דמיירי באופן דאין הספק למי יחזיר וא"כ ע"כ מיירי דאומר מזויף דאין ספק כל להחזירו ללוה, ולאביי דמוקי לה בטענת פרעון יש לומר ג"כ כיון דאף לדברי הלוה היה פעם אחד ביד המלוה וודאי דאין מחזירין ללוה גם לא צריכנא לזה כיון דמיירי בחייב מודה פשיטא דא"מ ללוה, אבל לשמואל דמוקי באין חייב מודה מוכח דאין טוען כתבתי ללות ולא לויתי דא"כ היה הספק למי יחזיר ואיך תני סתמא יחזיר, אלא וודאי דמיירי בטוען מזויף ואתי שפיר ודוק, ועיין תומים שהביא קושית אס"ז על רש"י דסבירא ליה אא"כ מלוה עמו שצריכין לראות נתינת המעות ג"כ ולא מהני מסירת השטר ליד המלוה, וקשה מי גרע מסירת השטר ליד המלוה מעבחז"ל לאביי דמהני אפילו בלא נתינת המעות, והנה לפי מה שכתבו התוספות לקמן בשובר דהא דעבחז"ל הוא תקנת חכמים אין כאן קושיא דיש לומר לרב אסי דלא ס"ל תקנה הנ"ל ע"כ בעי שיראו נתינת המעות:

אלו מציאות פרק שני

דף כא.

תוס' ד"ה כריכות בר"ה עיי"ש. ויש לעיין לשיטת הרמב"ם דסבירא ליה ספק הינוח אפילו דבר שיש בו סימן לא יטול קשה קושית התוס' על כריכות ברה"י דמיירי בדרך הינוח לרבא אמאי יטול ודוחק לומר דרה"י לא הוי אפילו משתמר קצת וגרע מאחורי הגדר מ"מ הא הבעלים הניחום שם ועיין מהרש"א שהניח דברי תוס' בצ"ע דלדידהו מוכח ג"כ דרה"י גרע מאחורי הגדר. אך על הרמב"ם קשה יותר דהתוס' כתבו כיון דל"ה

משתמר הוא שלו דאמרינן מסתמא נפל מהבעלים אף דנראה דהוי דרך הנוח או דהוי אבידה מדעת אבל להרמב"ם דצריך להכריז וצ"ל דהוא משתמר לדעת הבעלים וא"כ קשה נימא דלא יגע בו וצ"ל כמ"ש הרא"ש דמיירי בענין שיש לתלות שהניחם שם לפי שעה ושכחן אח"כ וע"כ שפיר נוטל ומכריז דמסתמא ניחא לבעלים בכך וספק הנוח דלא יטול היינו היכא דאיכא למימר דהניחם שם על דעת להיות שם. ועיין תוס' ונ"י לקמן במתני' דמצא אחר הגפה (אח"כ ראיתי בפ"י שכתב כן לקמן):

ועפ"ז נ"ל ליישב התמיה על הרמב"ם שפסק דאפילו בדבר שיש בו סימן לא יגע בספק הנוח והקשו עליו דהא לקמן מקשה הגמרא ולהוי קשר סימן מוכח דביש בו סי' נוטל ומכריז ותי' הכ"מ דמשמע מדאמר ר"א ב"ז א"ר כל ספק הינוח לא יטול דאפילו דבר שיש בו סימן ג"כ לא יטול, ובאמת הגמרא הוה מצי לתרץ כן דאפילו ביש בו סימן לא יטול עיין שם שנדחק בזה, ולפי מה שכתבתי י"ל לפי מאי דמשמע בקושית הגמרא אי מדדין מעלמא אתי היינו דהוי ספק הנוח והוי סבירא ליה דדוקא וודאי הנוח לא יטול מדהוצרך לשנויי ליה ואמר ר"א ב"ז א"ר כל ספק הינוח לא יטול, ועיין בנ"י שכתב כן להדיא דבס"ד הוי סבירא ליה דהוי וודאי הינוח וע"כ הקשה מאי מקשה הגמרא להוי קשר סימן כיון דוודאי הבעלים הניחם שם ורצונם שיהיה שם מהכ"ת יטלם המוצא ותירץ כיון דלא הוי משתמר לגמרי איכא למתלי דבעלים הניחם שם לפי שעה ושכחם שם, ולפי זה יש לומר דלפום הו"א דדוקא וודאי הינוח לא יטול והיינו כיון דוודאי עושה נגד רצון הבעלים ע"כ לא יטול אבל היכא דהוי ספק נוטל על כן הקשה הגמרא שפיר להוי קשר סימן דליכא למימר כסברת הר"מ דאפילו דבר שיש בו סימן לא יטול משום דנא ניחא לבעלים לטרוח דזה שייך אם הניחם שם ע"ד שיהיה שם והוי משתמר שם אבל אם שכחם וודאי ניחא להו שיטלם כיון דיש להם סימן, אבל אי אין בו סימן וודאי ניחא ליה שיניח שם כדי שיוכל לחזור וליטלם כיון דהוי משתמר קצת ואף דהוי וודאי הינוח מ"מ לא הוי רק בגדר ספק הנוח, וכיון דהוי סבירא ליה דספק הנוח יטול משום דלמא ניחא לבעל החפץ שיטלנו הקשה שפיר, אבל לפ"מ דאסיק דאפילו ספק הינוח לא יטול דמשום ספק דלמא לא ניחא לבעל החפץ אסור ליגע בו ע"כ יש לומר שפיר דאפילו בדבר שיש בו סימן לא יגע דאולי הניחם הבעלים ע"ד שיהיה שם ולא ניחא להו להטריח אחר הסימן, וע"כ פסק הר"מ שפיר כמשמעותא דר"א ב"ז כל ספק הנוח לא יטול אפילו בדבר שיש בו סימן וכמ"ש הכ"מ, אך יש לדקדק על הכ"מ כיון דר"א ב"ז גופיה תירץ במקושרים בכנפיהם מוכח דסבירא ליה דבדבר שיש בו סימן נוטל וצריך

לומר דהוצרך לתרץ כן דלא תקשי לרב מאי קמ"ל מתניתין היא, כן נראה לפי עניית דעתי נכון ליישב הקושיא הנ"ל על הר"מ:

ועוד יש לומר על פי מה שהקשו התוספות למה נקט גוזלות ותי' דבדבר אחר הוי מקום סימן, או דקמ"ל דלא אמרינן מעלמא אתו, ולהר"מ בע"כ צריך לומר כתירוץ זה, וכ"מ מהר"מ גופיה עיין בהה"מ ולחם משנה שכתב כן דהר"מ כתב אפילו מדדין לרבותא זו דלא נימא מעלמא אתו, ולפי זה בס"ד דלא אסיק אדעתיה דמיירי במדדין קשה למה נקט גוזלות ולא סתם מצא כלי אחורי הגפה, ועל כן הוכיח המקשן דנקט גוזלות דמסתמא לית בהו סימן, אבל כלי סתמא נוטל ועל כן הקשה דאף בגוזלות נימא קשר או מקום סימן, דהא השתא מוכח דאף בדבר שיש בו סימן נוטל, אבל לפי מאי דשני ליה דמיירי במדדין ויש לומר דנקט גוזלות לרבותא יש לומר שפיר דאפילו בדבר שיש בו סימן לא יגע בו כפשטי' דלישנא דר"א ב"ז א"ר ודוק היטב, ולפי זה מצינן למימר דאף המקשן ידע דספק הנוח לא יטול רק דהוי סבירא ליה דהוי וודאי דרך נפילה כיון דמדדין, וכן מוכח קצת מדשני ליה איכא למימר אינש אצנעינהו משמע דהתרצן חדית ליה זה, והא דהוצרך לאתויי הא דר"א ב"ז א"ר היינו דהשתא מצינן למימר דמיירי אפילו בדבר שיש בו סימן כדאמר ר"א ב"ז כל ספק הנוח כדקדוק הכסף משנה ול"ק ממתניתין דנקט גוזלות לרבותא אף דמדדין ודוק היטב:

ולפ"מ דמשמע מדברי הנ"י דהמקשן הוי סבירא ליה דבעי וודאי הנוח מדהוצרך לאתויי הא דר"א ב"ז א"ר, עיין בנ"י, אף שאינו מפורש בדבריו כן צריך לומר שכוון כן בתיבת וכו' וסמך על סיום הגמרא ואמר ר"א ב"ז דלולי זאת משמע אדרבה להיפך דקושית המקשן היה דהוי וודאי נפילה והנ"י סבירא ליה להיפך מדהוצרך לאתויי הא דר"א ב"ז משמע דאף המקשן הוי ידע דהוי ספק הנוח, רק דלא ידע מהא דר"א ב"ז, רק התרצן ביאר כוונתו להדיא במאי דאמר איכא למימר ואיכא למימר, ולפי זה יש להביא ראיה למה דפסק הר"מ דאם נטל הוי שלו, והשיג עליו הראב"ד דהו"ל למימר יניח, ולפי זה מוכח מקושית המקשן דהוי סבירא ליה דספק הנוח מותר לגמרי [ודוחק לומר דקושית הגמרא שיטול ויהיה מונח דלשיהיה מונח עדיף וודאי שיניח אולי יטלנו הבעלים אלא צריך לומר דקושיית הגמרא דמחמת ספק יהיה מותר ליטול ויהיה שלו ועיין לקמן, וכן מוכח פשטיה דלישנא דגמרא מדדין מעלמא אתי ומותרין משמע להדיא דמותר ליטלו] וצריך לומר כיון דהוי ספק שהוא שלו הוי ככל ספק ממון דאמרינן המוציא מחבירו עליו הראיה, וכ"כ הפ"י ות"ל כוונתי לדבריו בזה, ונהי דשני ליה דאמר ר"א ב"ז א"ר כל ספק הנוח לא יטול, מ"מ אם נטל שפיר מצינן למימר דהוי שלו כיון דעכ"פ מוכח דאין סברת

הראב"ד מוכרחת מדברי המקשן כן נראה לי נכון ודוק, וגם ממאי דפסק הר"מ בבעיא דחצי קב בשתי אמות מוכח דסבירא ליה דהוי רק ספק ממון ולא כשיטת הרא"ש:

ולענ"ד נראה מוכרח כמו שכתבתי דע"כ קושית הגמרא מדדין מעלמא קאתי לפירוש הנ"י דהגמ' הוי ס"ל ספק הנוח יטול היינו שיטול ויהיה שלו דליכא למימר דקושית הגמרא דיטול ויהיה מונח, דממ"נ לצד הספק שהוא נפילה א"כ נתייאשו הבעלים מהכ"ת יהיה מונח דבר שאינו של הבעלים וע"כ דיטלנו לאותו צד ספק שהיה דרך הינוח ועל זה קשה ג"כ כיון דאם היה ידעינן שהוא דרך הינוח הא אסור ליטלו דהוי וודאי הינוח, א"כ בספק מה סברא יש לומר שיטלנו שמא הוא דרך הינוח דממ"נ אם הוא דרך הינוח אין לו ליטלו כלל, אלא ע"כ דקושיית הגמרא כיון דהוי ספק נפילה וספק הינוח מותר אפילו ליטלו לכתחלה, וע"כ היינו טעמא כיון דאין שום אדם מוחזק בו מותר לכתחלה להחזיק בו להיות שלו וע"כ הקשה שפיר מדדין מעלמא קאתי וא"כ נהי דמסיק ספק הינוח לכתחלה לא יטול מ"מ לענין אם נטל לא יחזיר מסתבר שפיר לומר דבדיעבד מהני עכ"פ להיות שלו דמהכ"ת להפליג סברת המקשן והתרצן כ"כ כיון דע"כ יש מקום לומר דמהני בדיעבד כיון דלסברת המקשן אפילו לכתחלה היה מהני וכמ"ש:

והנה קשיא לי לקמן בברייתא (דף כ"ו ע"א) דאם היה ממלא כל הכותל חולקים ומשמע דלכתחלה מותר ליטול וחולקין, וקשה הא הוי ספק אם בא מבני רשות הרבים והוי דרך נפילה או שהוא של בעל הבית והוי דרך הינוח והוי ספק הינוח, ומ"ש מכל ספק הינוח דלא יטול, ולשיטת הראב"ד דאפילו דיעבד אינו שלו קשה בתרתי למה הוי הכא המחצית שלו, ולשיטת הר"מ קשה להיפך למה לא נימא בדיעבד שהוא מוחזק והוי כולו שלו כמו בשאר ספק הינוח וצריך עיון, ואפשר לומר דבכל ספק הינוח משום הכי לא יטול כיון דעיקר הספק הוא על אותן הבעלים של החפץ אם יצא החפץ מידם מחמת נפילה או מחמת הנחה וע"כ מסתבר יותר לתלות לכתחלה דהוי דרך הנחה דבנפילה לא שייך דמיזהר זהיר וע"כ לא יטול, משא"כ הכא דתולדות הספק אם היה דרך הנחה מבני רשות הרבים וע"כ ממילא הוי אחר כך יאוש או שהיה הנחה מבעל הכותל ולזה אין סברא לתלות בזה יותר מזה וע"כ מותר ליטלו, ועל כן אתי שפיר ג"כ לשיטת הראב"ד למה בדיעבד הכא חולקין ובשאר ספק הינוח אפילו בדיעבד אינו שלו, דיש לומר דהתם שאני דיותר מסתבר לתלותו בהינוח דמשום הכי לא יטול, אבל הכא דהוי ספק שקול ומשום הכי מותר ליטול ע"כ שפיר חולקין, אך לשיטת הר"מ הדבר קשה לכאורה דבשאר ספק הינוח דלכתחילה לא יטול ואפילו הכי בדיעבד הוא שלו לגמרי א"כ מכש"כ הכא דמשמע דאפילו לכתחלה נוטלו א"כ למה בדיעבד לא יהיה

שלו ואפשר לומר דטעמא הוא הואיל ונמצא ברשות חבירו ע"כ אין הדין ותן להחזיקו לעצמו ומשום הכי חולקין, אך קושית הגמרא פשיטא צריך עיון דס"ס לא הוי פשיטא לשיטת הר"מ וצ"ע:

ולפמ"ש כאן יש לדחות ההוכחה הנ"ל שכתבתי כיון דבס"ד דספק מותר ע"כ הפירוש דהוא שלו לגמרי מהכ"ת להפליג אליבא דאמת לומר דאפילו בדיעבד אינו שלו, וקשיא לכאורה על שיטת הראב"ד ז"ל, ועל פי מה שכתבתי יש לומר כיון דע"כ טעמא דלא יטול משום דכל היכא דאיכא ספק הינוח מסתבר יותר לתלות בהנוח ע"כ אין ראייה מס"ד דגמ', דלפום הו"א דהוי סבירא ליה דמותר ליטול היינו משום דהוי ספק שקול ע"כ באמת מספיקא הוי שלו אבל אליבא דאמת דספק הינוח לא יטול וקשה מהא דממלא כל הכותל וע"כ לומר דה"ט דמסתבר יותר לתלות בהינוח וע"כ ממילא יש לומר דבדיעבד ג"כ אינו שלו כיון דע"כ מסתבר לתלות בהינוח, כן נראה לי נכון בעזה"י, ולפי זה אתי שפיר ג"כ ראיית החולקים על הר"מ דבדבר שיש בו סימן מותר ליטול בספק הינוח מדמקשה הגמרא ולהוי קשר סימן, ומה שכתבתי לעיל דהיינו בס"ד דגמרא דספק הינוח מותר וע"כ דבר שיש בו סימן הוי בגדר ספק הינוח דשמא שכחו וכמ"ש לעיל ע"פ סברת הנ"י אבל אליבא דאמת דספק הינוח לא יטול אף בדבר שיש בו סימן לא יטול דהוי ספק שמא אין הבעלים מרוצים שיטלו, ולמאי שכתבתי כאן אין כאן ראייה כיון דלא הוי משתמר לגמרי בדבר שיש בו סימן מהכ"ת לומר שהבעלים אינם מרוצים שיקחנו דעכשיו הוא אינו משתמר לגמרי ואם יטלנו וודאי קרוב יותר שיוחזר לבעלים כיון דיש בו סי' וכיון דהוכחנו דהיכא דהוי אפי' ספק שקול יטול מהא דהיה ממלא את כל הכותל מכל שכן זה, ודוק היטב:

שם גמרא בעי ר' ירמיה חצי קב בשתי אמות וכו', ופסק הרא"ש דצריך להכריז, ולפי מה שכתב הר"מ בספק הינוח הוא שלו ה"ה בבעיא דחצי קב, ועיין ש"ע חו"מ (סימן רס"ב) והראב"ד השיג על הר"מ, ולפי עניית דעתי צריך עיון לפי מה שפסק הר"מ תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו ויוכל הכהן להחזיק מספק נראה דהוא הדין בספק הינוח, והרא"ש לשיטתו אתי שפיר דפסק תקפו כהן מוציאין אותו מידו ועל כן כתב שפיר דא"י להחזיק מספק וצ"ע:

דף כא:

גמרא תאנה עם נפילתה נמאסת ופירש רש"י וכיון דידע דנתרא מעיקרא מייאש משום מאיסותא דמכי נפלה לא חשיבא עלי' ומפקיר ליה עד כאן לשונו, ולכאורה דברי רש"י

תמוהים דהא אליבא דרבא קיימינן דסבירא ליה יאוש שלא מדעת הוי יאוש ולמה צ"ל כיון דידע, אחר כך ראיתי בלחם משנה שהקשה כן על רש"י ולא תירץ כלום, עוד הקשה הלחם משנה על הר"מ שהביא הטעם בתאנה עם נפילתה נמאסת, והקשה דזה לא נאמר רק לרבא, אבל לאביי לא צריך טעם זה כדאיתא בגמרא דלאביי לא צריך לומר כלל חזותיה מוכיח עליו ולא תירץ כלום, והנה לפי מה שכתב הרמב"ן במלחמות לקמן גבי תמרא דזיקא דהאי תירוץ חזותא מוכיח אמר ר' אבוה אליבא דנפשיה ולא לתרץ דברי רבא דהא היה קדים לרבא וע"כ לומר דהאמת הוא כך דחזותא מוכיח, ונ"מ דאפילו ידעי הבעלים דנתרי לא הוי יאוש וממילא צריך לומר בתאנה עם נפילתה נמאסת וע"כ א"ש שהרמב"ם הביא הטעם דעם נפילתה נמאסת גם מצד הסברא וודאי דוחק לומר דאביי ורבא יפלגו במציאות וכיון דלרבא ע"כ צריך לומר חזותיה מוכיח מסתמא גם אביי סבירא ליה כן, וע"כ לומר בתאנה עם נפילתה נמאסת, ולפי זה יש ליישב ג"כ דברי רש"י דסבירא ליה תי' דר' אבוה הוא לדינא אף אליבא דאביי, וע"כ הוצרך לומר כיון דידע דנתרי כיון דלאביי יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש ואתי שפיר:

אמנם דברי רש"י היה נראה לי ליישב בלא זה דיש לומר דע"כ לא אמרינן יאוש שלא מדעת הוי יאוש רק באבידה שכבר יצאה מרשות בעלים ואלו הוי ידעי הוי מייאשי ע"כ יש לומר אף דאינם יודעים עדיין מ"מ הוי אבוד מהם והוי יאוש, משא"כ בדבר שאינו בגדר אבידה כגון הכא דחזותיה מוכיח עליו והכל יודעים שהוא של בעל השדה רק הואיל ונמאס מפקרי' להו והנוטלו בא לזכות מטעם הפקר שהבעלים מפקירים הדבר לזה יש לומר דצריך וודאי דעת בעלים דכל זמן שאינו יודע לא חשיב הפקר ואינו דומה ליאוש דלא הוי רק סילוק בעלמא, ואתי שפיר דהוצרך רש"י לומר דידיע, וע"כ דקדק רש"י לסיים דמפקיר ליה וע"כ בעי דידע, אמנם מתוספות בסוגיא זו מוכח דלא סבירא ליה לחלק מדכתב לקמן גבי מרי בר איסק דהא דאכל רב אשי משום דסבר דהאריס ינכה על חלקו דליכא למימר דמשום הכי אכל משום דוודאי יתרצה מרי בר איסק דהא קי"ל כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש משמע להדיא דלרבא הוי מהני מה שיתרצה לבסוף, ולפי מה שכתבתי בזה דלא הוי בגדר אבידה רק דנימא דיהיה מרוצה ליתן בזה אף לרבא לא מהני למפרע כיון דעדיין הוא ברשות בעלים לגמרי ומוכח דתוספות לא ס"ל לחלק:

אמנם מצאתי בתוספות פ"ב דקידושין (דף נ"ב) בהאי גברא דקדיש בפרזומא דשכרי דמסיק רבא לא אמרינן כלך אצל יפות רק בתרומה אבל הכא משום כסופא הוא, וכתבו התוספות שם הא האי דתרומה על כרחו מיירי בשויא שליח כדאמר רבא הכא, ותירץ

דהתם נמי שויא שליא, ולכאורה דבריהם תמוהים דהא דצריך בתרומה שויא שליח הוא רק לאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, או מטעמא דאתם גם אתם דבתרומה בעי שליחות, משא"כ התם לרבא דסבירא ליה יאוש שלא מדעת הוי יאוש וגם שליחות לא שייך התם, ואם כן למה בעי דשויא שליח, וע"כ נראה לי מוכרח דתוספות סבירא להו דע"כ לא הוי ס"ל להגמרא דגם בתרומה מהני ריצוי לבסוף רק הואיל ועומד לתרום הוי דומיא דאבידה ואפילו הכי קאמר לבסוף הואיל דבעי שליחות משום אתם גם אתם ע"כ בדשויא שליח, משא"כ במתנה לא דמי ליאוש שלא מדעת כלל דלזה ודאי צריך דעת בעלים כמו במידי דבעי שליחות וע"כ הקשו שפיר, ולפ"ז נראה דבריהם סותרים למ"ש כאן בהא דרב אשי דהוי ענין מתנה ואפ"ה מדמי להו ליאוש שלא מדעת דהוי מהני לרבא, וצריך לומר או דתוס' כאן עדיפא מיניה מקשו דהא קי"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, ובאמת אף לרבא לא הוי מהני או דאפשר לדחוקי ולומר דהכי קשיא להו התם כיון דתרומה ע"כ בשויא שליח מיירי א"כ יש לומר דילמא בשליח הואיל שבא ברשות לזה מהני כלך אצל יפות אבל לאחר לא, אך מלבד דזה דוחק נראה דאי אפשר לומר כן דא"כ מה אמר רב אשי למר זוטרא השתא מאי טעמא לא אכיל מר, הא הכא לא שויא שליח וממילא לא מהני כלך אצל יפות, ועל כן נראה לי ברור דתוס' בקידושין סבירא להו דבמידי דמתנה לא מהני למפרע אף לרבא ויש לומר דהוא הדין בהפקר כמו שכתבתי לעיל כיון דהדבר ידוע שהוא של הבעלים ולא יצאה מעולם מחזקתו, וכן מוכח מהריטב"א בקידושין שם שהביא קושיית התוספות ותירץ כיון דכלך אצל יפות הוי ריצוי מהני עכ"פ מכאן ולהבא ומיירי דלא נתאכלו עדיין ועל כן מקודשת מעכשיו אי לאו דלא אמרינן כלך אצל יפות אלא בתרומה ולא הוי ריצוי כלל, ואע"ג דסוגיא דהתם הוא אליבא דרבא ומוכח דאף לרבא לא הוי מתנה למפרע וכמו שכתבתי:

עוד ראיתי שם בהריטב"א שתירץ דזה הוא באמת הא דאמר לא אמרינן כלך אצל יפות אלא בתרומה בלבד הואיל וע"כ מיירי דשויא שליח ע"כ סגי בגילוי דעתא והיינו הסברא שכתבתי לעיל לפרש בקושיית התוספות, אך התוספות ע"כ דלא מפרשו כהריטב"א בפירוש הגמרא לא אמרינן כלך אצל יפות אלא בתרומה בלבד דאל"כ לא הוי מקשה מידי דהא זהו תירוץ הגמרא, וא"כ מוכח מסוגיא דכאן מדאמר רב אשי למר זוטרא השתא מאי טעמא לא אכיל מר דאפילו בלא שויא שליח מהני כלך אצל יפות לולי דברי רבא דאמר לא אמרינן כלך אצל יפות אלא בתרומה והיינו משום דמצוה לתרום מן היפה וע"כ דקושיית התוספות הוי כפשוטיה דבמידי דמתנה אף לרבא לא מהני למפרע, וע"פ סברת הריטב"א הנ"ל מיושב תמיהת הט"ז יו"ד (בסימן של"א) על הכסף משנה שכתב ליישב

דברי הר"מ שפסק דבתרומה מהני אפילו לא שויא שליח וכתב הכסף משנה דמוכח מסוגיא דקידושין ובב"מ דלא בעי שליח, ותמה הט"ז דמסוגיא דקדושין לא מוכח דאזלי אליבא דרבא, ולזה יש לומר דעכ"פ מוכח סתירת הה"נ מסתברא דאמר בגמרא להוכיח דמיירי בשויא שליח רק עיקר קושיית הט"ז דמ"מ משום יאוש שלא מדעת צריך לומר דמיירי בשויא שליח וכמו דתרגמה רבא אליבא דאביי, ועל כן תמה הט"ז על הראייה שהביא מסוגיא דכאן מדאמר לרב אשי השתא מ"ט לא אכיל מר, וא"כ מוכח דאפילו בלא שויא שליח מהני, ותמה הט"ז דהתם מיירי מכאן ולהבא וע"כ הקשה רב אשי שפיר כיון דכלך אצל יפות מהני ממילא אף בלא שויא שליח מהני מכאן ולהבא, ולסברת הריטב"א דיש לחלק דבשליח הוי יותר ריצוי מאדם דעלמא אפילו מכאן ולהבא נוכל לחלק בין שליח לאדם דעלמא, וא"כ מוכח שפיר מסוגיא דכאן דבתרומה מהני אפילו לא שויא שליח, ול"נ להר"מ לפרש כפירוש הריטב"א בתירוץ הגמרא לא אמרינן כלך אצל יפות אלא בתרומה הואיל ושויא שליח דעיקר חסר גם הלשון לא משמע כן וע"כ אין כאן תמיה על הב"י כמו שתמה הט"ז, ולפ"ד הנ"ל אתי שפיר, אך עכ"ז הוא תמוה כיון דהגמרא מקשה בפשיטות על אביי מהאי דתרומה ורבא הוצרך לתרגמיה בשויא שליח מהכ"ת נימא אליבא דאמת דבתרומה מהני למפרע, וכן תירץ הט"ז שם הוא ג"כ דחוק דתירץ אליבא דאמת הואיל ואמר רבא לא אמרינן כלך אצל יפות אלא בתרומה ע"כ מהני אפילו למפרע והא דלא משני רבא כן אליבא דאביי משום דיש לומר אביי לא סבירא ליה סברת רבא דתרומה עדיף, והוא דוחק מבואר דלמה לא משני רבא בפשיטות דגם אביי סבירא ליה תרומה שאני:

והנה לכאורה היה נראה לי ליישב בפשיטות קושיית הכסף משנה על הר"מ, לפי מה שכתב המל"מ בשם הירושלמי דס"ל דלא הוי תרומה אלא מכאן ולהבא וא"כ יש לומר דלזה לא צריך ריצוי למפרע רק דעכשיו נעשית תרומה ואע"ג דלא אמר עכשיו שיהיה תרומה הא קי"ל תרומה ניטלת במחשבה ומסתמא גם עכשיו רוצה שיהיה תרומה והוי כאלו הפרישה עכשיו, והא דמקשה הגמרא לאביי היינו משום דבברייתא דמייתי הגמרא תני כיצד אמרו התורם שלא לדעת תרומתו תרומה ומלשון זה משמע דהוי תרומה למפרע דאז היה שלא לדעת דאלו נימא דעכשיו נעשית תרומה מחמת ריצוי בעל הבית לא הוי תורם שנא מדעת כלל ועל כן מוכח דאפילו למפרע הוי תרומה וע"ז מקשה שפיר לאביי גם מוכח דמיירי בשויא שליח דלולי זאת לא הוי מהני למפרע, אמנם הר"מ ז"ל לא כתב כן כלשון הברייתא עיין שם שכתב התורם שלא ברשות ואח"כ בא בעל הכרי וכו' תרומתו תרומה יש לומר שפיר דלא הוי תרומה רק מכאן ולהבא ולזה לא צריך שליחות

וכן הברייתא שהובא בירושלמי (פ"א דתרומות דף ג' ע"א) לא נאמר התורם שלא לדעת ועל כן שפיר יש לומר דמכאן ולהבא הוי תרומה ולא צריך לומר דמיירי בשויא שליח ועיין במשנה למלך שהביא הירושלמי הנ"ל וסיים ודוק, ונראה שכוון לזה דיש לומר כן בכוונת הר"מ, אך עדיין צ"ע למה השמיט הר"מ האי דינא דגמרא דבשויא שליח ותרם מן היפות מהני אפילו למפרע וכדמוכח מהאי ברייתא דכיצד אמרו התורם שלא לדעת:

ע"כ נראה לי דאפשר לומר עד"ז דעד כאן לא מקשה הגמרא על אביי מהא דהתורם שלא לדעת רק קודם דאסיק הגמרא דאיכא למילף יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש מהאי דאשר תאבד ממנו ומצאת וע"כ דבלא שום ראייה אמר אביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש רק מצד הסברא דלא מהני ריצוי למפרע וע"כ גם בתרומה יש לומר דלא מהני והוצרך לאוקמי דמיירי בשויא שליח אבל לבתר דאסיק דיליף מאשר תאבד וכמו שכתבו התוספות והרמב"ן דכיון דיאוש נפקא לן משמלה ואבידה שאבודה ממנו ומכל אדם וודאי דהוי יאוש וקשה למה לי אשר תאבד, וע"כ דאתי לאורויי דבאבידה ששטפה נהר מהני אפילו שלא לדעת וא"כ ממילא מוכח דבאבידה אחרת לא מהני יאוש שלא מדעת דאם לא כן אין חילוק בין אבידה ששטפה נהר לשאר אבידה ולמה לי אשר תאבד, ולפ"ז יש לומר דגם אביי הוי סבירא ליה דמצד הס' יאוש שלא מדעת הוי מהני לולי דגלי לן רחמנא, ולפי זה יש לומר כיון דהא דיאוש קונה הוי חידוש דמהכ"ת יזכה זה בממונו של זה ע"כ אמרינן אין לך בו אלא חידושו דדוקא יאוש מדעת מהני אבל שלא מדעת לא מהני, אבל שאר עניני ריצוי יש לומר דמהני למפרע ובפרט דבאבידה גופיה חזינן דמהני למפרע כגון בשטפה נהר ולפי זה יש לומר שפיר דרק באבידה גלי לן רחמנא דלא יהני היאוש למפרע להפקיע ממונו של זה, וע"כ אין ראייה לשאר דברים דלא מהני למפרע וממילא לא קשיא מתרומה מטעם יאוש שלא מדעת ושפיר מהני למפרע אפילו בלא שויא שליח [רק משום שליחות קשה לכאורה ממ"ד הכי נמי מסתברא ולזה א"ש תירוץ הכסף משנה או דהר"מ לא הוי גרס הכי או דמוכח ממסקנא דלא כה"נ מסתברא דע"כ מיירי בלא שויא שליח וכמ"ש לעיל ע"פ סברת הריטב"א רק דעל גוף הסברא הוי קשה למה לא נימא דהו יאוש שלא מדעת ולפמ"ש א"ש דאליבא דמסקנא לק"מ] וע"כ שפיר יש לומר דאפילו בלא שויא שליח מהני למפרע רק לפי זה קשה מהירושלמי דס"ל להדיא דאף בתרומה לא מהני למפרע:

אמנם נראה דהירושלמי לשיטתו דיליף הא דיאוש קונה מאשר תאבד והוא בירושלמי ריש פרק אלו מציאות והתוספות הביאו לקמן בסוגיא דאף השמלה וע"כ דס"ל דגלי לן רחמנא באבידה ששטפה נהר דאפילו בדבר שיש בו סימן הוי יאוש, וממילא בשאר

אבידה היכא דאין בו סימן ילפינן דמהני יאוש, ולפי זה אין לנו ראיה דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, ולדינא יש לומר דסבירא ליה להירו' ג"כ דלא הוי יאוש מחמת קושיית הגמרא דמצא קציעות או מהאי דשטף נהר, וכיון דלית לן ילפותא לזה ע"כ דמצד הסברא לא מהני למפרע, וע"כ אף בתרומה וודאי לא מהני כקושית תלמודן, וע"כ הוכרח הירושלמי לומר דדוקא מכאן ולהבא הוי תרומה, אבל לפי שיטת תלמודן יש לומר שפיר דמהני אפילו למפרע וכמשמעות פשטות דברי הר"מ דאף למפרע מהני ויאוש שלא מדעת דלא מהני יש לומר דהוי מטעם הנ"ל דאין לך בו אלא חידושו, ולדעתי יש לומר טעם מסתבר לזה דמי שיודע שנאבד לו דבר ומתייאש אם נודע לו אח"כ שמצאו אדם וזכה בו אחרי שכבר יצא הדבר מרשותו אין נפשו ענומה כל כך אבל אם לא ידע כלום עד אח"כ שכבר מצאו אדם ויאכל הלה וחדי על זה נפשו מרה לו, וכל פקודי ד' ישרים ע"כ יש לומר דיאוש שלא מדעת לא מהני ולא דמי כלל לתרומה או מתנה, ולפי זה יש לומר שפיר דרב אשי אכל משום דסבירא ליה דמרי בר איסק לא יקפיד ולדעתי יש לדקדק על תירוץ התוספות דמר זוטרא משום הכי לא אכיל שחשד האריס שלא ינכה על חלקו ולפ"ז היה טעם פשוט שלא אכל אח"כ כדי שלא יראה האריס שחשדו במה שלא אכל מעיקרא שלא ינכה על חלקו דמדלא אכל כלל אין ראייה דלמא מטעם אחר אין חפץ לאכול ואם יאכל אחר כך יהיה נודע שחשד להאריס, וזה וודאי אין ראוי לעשות משום כסופא דאריס ולפי מה שכתבתי אתי שפיר דרב אשי אכל רק משום דמסתמא לא יקפיד ע"כ הקשה שפיר מה טעמא לא אכיל מר דעד עתה לא אכיל שלא היה ברור לו אולי יקפיד אבל השתא הוה ליה לאכול:

ועוד אפשר לומר לפי מאי דמשמע מפשטא דברייתא דלקמן (דף כ"ד) וכן היה רשב"א אומר המציל מן הנהר המוצא בסרטי' ופלטיה גדולה וכו' מדחשיב כל הני בהדדי משמע דכולם שוים, ואי נימא דסבירא ליה דרשא דאשר תאבד ע"כ יש חילוק לענין יאוש שלא מדעת ועיין ש"מ, אמנם מפשטיה דלישנא וודאי משמע דלרשב"א אין חילוק בין אבידה ששטפה נהר או לשאר יאוש ומוכח דלא דריש אשר תאבד לאבידה ששטפה נהר, ויש לומר לדידיה יאוש שלא מדעת הוי יאוש כרבא רק הגמרא מקשה מדאמר ר"י משום ר"ש בן יהוצדק וודאי דסבירא ליה כוותיה ומהכ"ת יפלוג רבא על ר' יוחנן, ולפ"ז לא קשיא אליבא דאמת מברייתא דכיצד אמרו התורם שלא לדעת דיש לומר דאתיא כרשב"א וראיה מירושלמי דסבירא ליה דל"ה תרומה אלא מכאן ולהבא והיינו לדידן דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש ול"צ לבא להא דתרגמיה רבא אליבא דאביי ויש לומר

דאפילו בשליח לא מהני למפרע לדידן ומ"ד הכי נמי מסתברא יש לדחות כמו שכתב הכסף משנה ועיין היטב:

דף כג.

בגמ' והאיכא נכרים הסוגיא תמוה כמו שכתבו התו' דמהיכי תיתי לתלות בנכרים לקולא כיון דמיירי ברוב ישראל, ולפי עניית דעתי נראה דאפשר לומר הא דסבירא ליה לרבה סימן העשוי לדרוס לא הוי סימן, ולכאורה קשה מהיכא תיתי יתייאשו הבעלים מזה, ונראה להמתיק הענין דהא חזינן דרשב"א ס"ל אפילו ברוב ישראל הוי יאוש, וכתבו התוספות משום אינשי דלא מעלי, ולשיטת הראב"ד הלכה כרשב"א אפילו ברוב ישראל, והתוספות והרי"ף והרא"ש פסקו דלא כרשב"א ברוב ישראל עכ"פ חזינן דבענין השבת אבידה החשש גדול אע"ג דלא נחשדו ישראל על גזל ח"ו מ"מ בזה יש הרבה דמורי היתירא ויש לומר הא דסתם אבידה לא הוי יאוש משום דהמוצא ירא אולי יודע הדבר ע"י בלי ביתו ויתפס כגנב שמצא אבידה וכיחש בה שלא הכריזה וע"כ סבירא ליה לרבה בסימן העשוי לדרוס דמצי לאשתמוטי ולומר שהסימן היה נדרס ולא יתפוס כגנב ע"כ הבעלים מתייאשים ואע"ג דהוי חשש קל שהסי' יהיה נדרס מ"מ המוצא יכול להשמט מטעם זה וע"כ מקשה הגמרא והאיכא נכרים ועדיין יכול להשמט ולומר שהסימן נדרס ע"י נכרים ולא יצא מכלל סימן העשוי לדרוס כן נראה לי דאפשר לומר ואינו רחוק לפי עניית דעתי:

דף כג:

חזו דקדחי בי חילפי עיין בהג"א שהוכיח מכאן דאבידה ישינה הוי יאוש ולפי עניית דעתי לא הבנתי ראייתו דהכא מיירי לענין סימן מקום, וע"כ דתלינן דהוי דרך הנוח לזה שפיר יש ראייה מדהניחו הבעלים זמן רב ע"כ דהוי דרך נפילה או דהוי אבידה מדעת דמהכ"ת יניחו זה זמן רב אבל בשאר אבידה דהוי דרך נפילה אין ראייה כלל משם וצריך עיון על הג"א:

דף כד.

תוספות ד"ה ומודה רשב"א עיין שם שכתבו דמוכח לעיל מגט דאהדרי' לרבה בר חנה דרבנן פליגא עלי' דגט מסתמא לא שבעתו עין והרי"ף והר"מ והרא"ש פסקו כרשב"א, ועיין בלחם משנה ובחי' אנשי שם סביב האלפסי, ולענ"ד היה נראה דאפשר לומר על

פי מאי דקשיא לי לכאורה כיון דצורבא מרבנן לא משני בדיבוריה ואומר שיש לו בו טביעת עין למה לא נהדר ליה ואפשר לומר עפ"מ שכתבו התוספות לקמן (דף כ"ז ע"א ד"ה מה שמלה) דאי סימנים לאו דאורייתא אפילו הכי בעי דוקא דבר שיש בו סימן דלולי זאת אין המוצא חייב להראות, וקשה לפי זה בכלים שאין בהם סימן רק שמצאן היכא דצורבא מרבנן שכיחא שם וכמ"ש הפוסקים מכל מקום למה צריך להוציא הכלי להראות לו אולי יהיה לו בו טביעת עין וכי עדיף טביעת עין מצורבא מרבנן מעדים דאינש אחרינא דאין צריך להראות לו רק היכא שאומר סימן אף דלא מהדרינן ליה על ידי סימן מ"מ הוי דבר הדומה שהוא שלו וכמ"ש התוספות וא"כ לצורבא מרבנן למה יהיה מחויב להראות לו, וצריך לומר בשלמא באינש דעלמא אינו מחויב להראות לו דאולי אינו שלו והבעל אבידה לא יהיה לו עדים והוי של המוצאו וע"כ אין צריך להראות לו אבל במוצא במקום ששכיחא צורבא מרבנן אף אם אינו של זה מ"מ וודאי הוא של אחד מהצורבא דרבנן ואותו אחר יהיה לו טביעת עין וע"כ הוא בכלל השבת אבידה ע"כ צריך להראות, ולפ"ז יש לומר בכלים שלא שבעתן עין נהי דמהמנינן ליה שיש לו בו טביעת עין מ"מ אין המוצא מחויב להראות לו דלא שייך לומר ממה נפשך אם הוא של אחר יהיה להאחר טביעת עין דאולי אין לבעל האבידה ט"ע כיון שהוא כלי אנפורי' ולא שכיח להיות בו ט"ע וכיון דאינו מחויב להראות ממילא מייאש הבעל אבידה ועל כן אף אם רואה אותו ואומר שיש לו בו ט"ע אין צריך להחזיר לו ולפי זה יש לומר שפיר דמהמנינן ליה דיש לו ט"ע ואפילו הכי אין צריך להחזיר מטעם הנ"ל, ולפי זה לא קשה כלל מגט דהתם לא שייך יאוש כלל דלא אתינן עליה רק לענין איסור וגם לא שייך יאוש כיון דלא הוי רק שליח והבעלים לא נתייאשו וכיון דאמר שיש לו בו ט"ע שפיר אהדרי' ליה, ועיין בלשון הר"מ שכתב בכלים ששבעתן עין צריך להוציא ולהראות להצורבא מרבנן והוא שפת יתר דלכאורה נראה דעיקר הרבותא הוא החזרה ולפי מאי שכתבתי אתי שפיר דגם זה הוא רבותא דצריך להראות לו דלכאורה הוי מצי למימר דאין צריך להראות לו כלל כיון דאין כאן דבר הדומה שהוא שלו, וטעם הדבר שכתבו התוספות דאינו צריך להראות אם אינו אומר דבר הדומה נ"ל דלא הטריחה התורה אותו כל כך בהשבת אבידה להוציאה לכל האנשים שיאמרו שיש להם עדים כנ"ל להסביר דברי התוספות דלולי זאת לא ידעתי טעם נכון לדבריהם:

דף כו.

תוס' ד"ה דשתיך עיין בתוס' ומהרש"ל ומהרש"א וקשי' לי ע"ד מהרש"ל שכ' דמש"ה לא הקשה הרא"ש מחנות משום יאוש שלא מדעת. וצ"ל דבתגר תיכף כשבא לידו הוי יאוש ומש"ה הקשה שפיר. וקשה הא הרא"ש כ' לקמן דאם לא נשתהה עד שיערב עם פירותיו ל"ה יאוש ואם כן עדיין איכא למימר דהוי באיסורא. אתי לידי' כמו בחנות. וע"כ צ"ל כמ"ש המהרש"א דמחנות לא הקשה כמ"ש הרא"ש לקמן דאינו משתמרת. ואין להקשות כיון דהרא"ש סובר באמת כסברת הנ"י דבחצר שייך יאוש שלא מדעת ובאיסורא אתי לידי' א"כ אף אם מצאו התגר אחר כך נימא דלא מהני כיון דבאיסורא אתי לידי', הא ליתא דלפי תי' הרא"ש דאין ע"ז שם חצר כיון דאין סופו להמצא תו לא שייך לומר באיסורא אתי לידיה דעדיין לא אתי לידיה עד שמצאו ועל כן מהני שפיר אם מצאו אחר ששהה כדי לערבן עם פירותיו. [וא"ל מה הקשה הרא"ש מתגר להוכיח דבאין עתיד להמצא לא מהני חצר תיפוק ליה משום דבאיסורא אתי לידיה כיון דהרא"ש סבירא ליה דבחצר שייך ג"כ באיסורא אתי לידיה די"ל בתי' הראשון עדיין לא אסיק הרא"ש אדעתיה ס' זו רק לפי תי' הנ"י מוכרח לס' זו ודוק היטב]:

וראיתי בש"ך חו"מ (סי' רס"ח) הקשה על המהרש"ל די"ל דאף התוס' סבירא ליה כסברת הנ"י דשייך יאוש של"מ בחצר והא דהוכיחו מחנות היינו לרבא דסבירא ליה יאוש של"מ הוי יאוש, ולכאורה דבריו צ"ע דוודאי באותו רגע שנפל ממנו אלו היה דע אז לא היה מייאש דהוי מחפש אחריו וכ"כ הש"מ להדיא לקמן גבי האי מאן דחזיה דנפל זוזי מחבריה בי חלתא וא"כ בשלמא בכל יאוש של"מ דס"ל דהוי יאוש היינו משום דמצאו לאחר זמן הנפילה ואלו ידעו הבעלים אז הוי מייאשו מיניה וע"כ סבירא ליה לרבא דמקרי בהתירא אתי לידיה אבל הכא בחצר דתיכף ברגע הנפילה בא לחצר ואלו ידעו אז הבעלים היו מחפשין תיכף ולא הוי אז יאוש וא"כ עדיין באיסורא אתי לידיה ואף לרבא לא מהני דבזה לא פליגא אביי ורבא רק דרבא סבירא ליה דהוי יאוש והוי בהתירא אתי לידיה דהא בדבר שיש בו סימן אף רבא מודה דל"ה יאוש כיון דבאיסורא אתי לידיה. ואף שיש לחלק קצת מסברת הש"מ הנ"ל דהתם שידע בעת הנפילה שנפל ממנו ברגע זו וודאי לא מייאש רק מחפש על הארץ למוצאו תיכף אבל הכא אמרינן אף אלו ידע שנפל ממנו באותו רגע שבא על הארץ רק שלא ידע שנפל עתה הוי מייאש. מ"מ לא מסתבר לחלק בכך דס"ס אלו ידע האמת שנפל ממנו עתה לא היה מייאש ותו דנלענ"ד פשוט דבאותו רגע שמרגיש שנפל ממנו מסתמא סובר שנפל ממנו עתה ומחפש על הארץ דמהכ"ת להחזיק נפילה לזמן קדום דהא עשוי למשמש בכיסו בכל שעה וא"כ

הוכחת מהרש"ל מתוס' אף לרבא דאי הו"א דשייך לומר בחצר באיסורא אתי לידיה ל"ק מחנות אף לרבא דהוי באיסורא אתי לידיה תיכף בשעת נפילה:

ואפ"ל דסברת הש"ך הוא דכ"ז שהבעלים שם לא מקרי עדיין אתי לידיה לבעל החצר כיון דעדיין הבעלים שם ומכש"כ לפמ"ש הש"ך (ריש סי' רנ"ט) להסכים לסברת הרמב"ן דמש"ה יאוש של"מ לא מהני משום דבאיסורא אתי לידיה משום דהוי שומר של הבעלים דמש"ה היכא שנתכוון לגזלה קניה אח"כ ביאוש א"כ י"ל כ"ז שהבעלים שם לא הוי שומר של הבעלים כיון דהם בעצמם שם רק אחר שהלכו להם הבעלים ואז אלו ידעי הבעלים היו מייאשי וע"כ אתי' תי' הש"ך שפיר עכ"פ אין כאן השגה על המהרש"ל די"ל שפיר כיון דבאמת אין הבעלים יודעים שנפל מהם ומונח בחצר בעה"ב הוי כמונח ברשות בעה"ב אף שהבעל אבידה שם כיון שאינו יודע מזה ומכש"כ דנראה דהתוס' לא ס"ל סברת הרמב"ן דס"ל דאינו עובר רק משום לא תוכל להתעלם ואף דאינו מוכרח דפליגא על סברא זו רק די"ל דס"ל כיון דכבר גזלה חייב בהשבה ולא קניה תו משום אבידה דבאמת סברת הרמב"ן תמוה לענ"ד במ"ש דקניה הגזלה וא"צ להחזיר הלא אפילו בנאנסה חייב לשלם דמעידנא דגזלה קם ליה ברשותיה וצ"ע לענ"ד לחלק [וצ"ל דס"ל דממון שיצא מרשות בעלים על ידי אבידה קלישא קנייתה וע"כ נקנה ע"י יאוש ולא דמי לגזלה שיצא ע"י הגזלן מרשות בעלים וע"כ אע"ג דקודם יאוש עבר משום לא תגזול אפ"ה הואיל והוי אבידה קניה אח"כ ביאוש זה נראה ברור בכוונת הרמב"ן] אבל בעיקר הסברא שכ' הרמב"ן דמש"ה ל"מ באיסורא אתי לידיה משום דהוי שומר של הבעלים י"ל דאף התוס' ס"ל הכי, מ"מ נלענ"ד להוכיח מתוס' ב"ק (דף ס"ו ע"א) שהקשו הא אפילו במציאה לא קנה היכא דבאיסורא אתי לידיה ולפ"ד הרמב"ן ז"ל לק"מ דהתם טעמא אחרינא איכא דל"ה יאוש כלל [ועי' בשו"ת חמדת שלמה חא"ח סימן כ"ה] אלא וודאי דתוס' לא ס"ל סברת הרמב"ן רק הואיל באיסורא אתי לידיה דהוי תחלת הקנין באיסור תו לא קנו ליה א"כ ה"ה בחצר אי הוי ס"ל סברת הנ"י לא הוי מקשין אף לרבא דברגע ראשונה ל"ה יאוש ובאיסורא אתי לידיה ואף דהבעלים עדיין שם כיון דלאו משום שומר אתינן עליה וע"כ לענ"ד הוכחת מהרש"ל מתוס' אתי' על נכון:

ועוד יש לעיין לענ"ד ע"ד הש"ך דעיקר הוכחת הנ"י והר"ן דבחצר שייך יאוש של"מ מהאי גברא דאשכח כופרא בי מעצרתא דא"ל רב שקול לנפשיך והקשה הר"ן למה לא קניה ליה בעל החצר ותי' דהוי יאוש של"מ ומוכח מזה דאף בחצר שייך באיסורא אתי לידיה, והנה לפי סברת הרמב"ן דס"ל דמש"ה לא מהני יאוש היכא דבאיסורא אתי' לידיה משום דל"ה יאוש כלל דכיון דמונח ברשות המוצא הוי כמו ברשות הבעלים ולפ"ז

נ"ל פשוט דאף המוצא א"י לזכות בו אף דלדידיה לא אתיא באיסורא לידיה מ"מ אין כאן יאוש כלל דכ"ז שהיה מונח אצל החצר הוי כאלו מונח ברשות הבעלים לסברת הרמב"ן וא"כ תקשה למה אמר רב שקול לנפשיך הא אין כאן יאוש כלל וצ"ל לשיטת הרמב"ן דמיירי התם בחצר שאינה משתמרת וע"כ לא זכה בו בעל החצר ומש"ה מהני ג"כ היאוש לגבי האי גברא דאשכחיה בי מעצרתא וא"כ אין ראיה לדין הנ"ל דבחצר שייך ג"כ יאוש של"מ דהתם ע"כ הוי חצר שאינה משתמרת ולפ"ז קשה על הש"ך (בסי' רנ"ט) דהסכים לסברת הרמב"ן ובסימן רס"ח הסכים לסברת הנ"י והר"ן דבחצר שייך ג"כ יאוש של"מ ולפמ"ש אין ראיה כלל לשיטת הרמב"ן דבחצר שייך יאוש של"מ ובל"ז יש לפקפק לסברת הרמב"ן ולחלק דוקא היכא שבא לידו שייך לומר דנעשה שומר של בעל האבידה וע"כ לא מהני היאוש משא"כ היכא שבא לחצירו נהי דחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו מ"מ זה הוי קצת חוב שיהיה שומר חנם וא"כ לא שייך כלל בחצר יאוש של"מ לשיטת הרמב"ן וצע"ג לענ"ד:

נסתפקתי לדידן דקי"ל יאוש של"מ לא הוי יאוש אי נימא נהי דלא קניה ליה, מ"מ אם ירצה אינו מחויב לקחת האבידה ואין בזה משום לא תוכל להתעלם כיון דלא יבא לידי השבה כיון דמסתמא לא יהיו עדים לבעל האבידה כמ"ש התוס' לקמן בסוגיא דסימנים וכיון דלא מצינו מצות השבת אבידה דקרא רק בדבר שיש בו סי' וא"כ י"ל דבאין בו סי' נהי דלא קני' ליה מטעם יאוש של"מ מ"מ אין מחויב להטפל בו או דלמא כל כמה דלא נפק הממון מרשות הבעלים כיון דהיאוש לא מהני י"ל דהמוצא מחויב להטפל בממון חבירו שיהיה מונח או אולי יביא עדים, וגם אם כבר נטלה יש להסתפק אם יש בו דין אבידה לענין שטוח וניעור וכדומה או דלמא אין זה אבידה שחייבתו תורה להטפל בו, והנה מדברי הרמב"ן הנ"ל דס"ל דמש"ה לא מהני יאוש היכא דבאיסורא אתי לידי' משום דהמוצא הוי שומר של הבעלים מוכח להדי' דאפילו בדבר שאין בו סי' יש בו דין אבידה דאל"כ ל"ש לומר דהוי שומר של הבעלים:

ועפ"ז תמיה לי על הש"ך (סי' ר"ס ס"ק כ"ד) שכתב לשיטת הר"מ ונראה שהסכים לדבריו דהיכא דהוי יאוש של"מ נהי דאם הביאו הבעלים עדים צריך להחזיר להם מ"מ כל כמה שלא הביאו הבעלים עדים יוכל המוצא לעשות כל מה שירצה ואין צריך להיות מונח עד שיבא אליהו ולפ"ז נראה דל"ש כלל סברת הרמב"ן הנ"ל דהוי כאילו מונח ברשות בעלים ראשונים כיון דהמוצא יכול לעשות כל מה שירצה ולפ"מ שהסכים הש"ך (בסי' רנ"ט) לסברת הרמב"ן קשיא דידיה אדידיה מ"מ אף לשיטת הרמב"ן הנ"ל י"ל דהיינו דוקא היכא שכבר בא לידו אז צריך לעשות תקנה לממון חבירו ואולי אלו לא הגביה

הוא הגביה אחר והיה בא ליד חבירו אבל אם אינו רוצה להגביה כלל אין ראיה אף לשיטת הרמב"ן די"ל דבכעין זה לא חייבו התורה כיון דלא יבא לידי השבה גמורה עד שיבא אליהו:

והנה לכאורה יש להוכיח דכל כמה דל"ה יאוש מחויב להטריח בהשבתה ממ"ש התוס' לקמן דילפינן יאוש משמלה דדוקא שמלה דיש בו סי' אין הבעלים מתייאשים אבל בלא סי' הוי יאוש וקשה מנ"ל דיאוש קונה דלמא מש"ה כתב רחמנא שמלה לאורויי דדוקא שמלה מחויב להטריח בהשבתה כיון דמסתמא ע"י הסי' יהיה עדים כמ"ש התוס' לאפוקי מידי דלית בי' סימן לא חייבו התורה להטריח בהשבתה והכי מסתבר לכאורה טפי דהא עיקר קרא בהכי מיירי לענין השבה ולא לענין שיהיה של המוצא דבשלמא הא דילפינן מאשר תאבד פרט לאבידה ששטפה נהר דהוי שלו ל"ק דלמא נמי לענין שאינו מחויב להטריח בהשבתה דכיון דהוי דבר שיש בו סי' ויוכל לבא לידי השבה אין סברא לומר דלא חייבתו התורה בהשבה וע"כ מוכח דהוי שלו לגמרי דכבר נפקא מרשות בעלים אבל בדבר שאין בו סי' י"ל דלא מיעטה התורה רק שא"צ להטריח בהשבה אבל היכא דנטלה י"ל דלא קניא ליה ביאוש אבל אי נימא דזה אין סברא כלל לומר דאינו מחויב להטריח בממון חבירו ע"כ יותר מסתבר דקרא אתי לאורויי דקניה ביאוש ושוב ל"ה ממון חבירו וא"כ ה"ה היכא דהוי יאוש של"מ ולא נפקא עדיין מרשות חבירו מחויב להטריח בהשבתו כן נ"ל לכאורה להוכיח מד"ת הנ"ל:

אמנם עדיין אין זה מוכרח די"ל דהתוס' ס"ל כיון דרישא דקרא לא תראה שור אחיך או שיו נדחים והתעלמת וכו' ואם לא קרוב אחיך ולא ידעתו ואספתו וכו' מזה נראה דהתורה מיירי בשני ענינים. האחד היכא שיודע של מי הוא הזהיר רחמנא להשיב לו, והשני אם אינו יודע של מי הוא יהיה עמו עד דרוש אחיך אותו ואתרווייי' קאי דרשא דשמלה לומר דקרא איירי דוקא במידי דיש בו סי' [דהא לכ"ע מקרא נדרש לפניו ובלפני פניו פליגי ולפמ"ש התוס' לקמן (דף צ"ה) קי"ל דמקרא נדרש לפני פניו וע"כ הכי נמי דרשינן לקרא אלפני פני וקאי אירישא דקרא ג"כ ואפשר דהכא הוי חד ענינא ולכ"ע מקרא נדרש לפניו עיי"ש ודוק] וא"כ בשלמא אי אמרינן דיאוש קונה א"ש דאפילו היכא דיודע של מי הוא א"צ להשיב רק בדבר שיש בו סי' דבאין בו סי' קניה ביאוש אבל אי נימא דל"ק ביאוש רק דאינו מחויב להטריח בהשבה כיון דלא יבא לידי השבה א"כ ברישא דקרא היכא דיודע של מי הוא וודאי אף בדבר שאין בו סי' צריך להשיב ודרשא דשמלה משמע דקאי אף אירישא דקרא א"ו מוכח דקניה ביאוש וע"כ א"ש דאף אם הוא יודע של מי הוא מ"מ בעל האבידה כבר נתייאש דוודאי לא אסיק אדעתיה שימצא אחד

שיודע שהוא שלו וא"כ מוכח שפיר דיאוש קניה, ולפ"ז אין ראיה לומר דמחוייב להטפל בהשבה היכא דהוי יאוש של"מ די"ל דכעין זה לא הטריחה התורה אותו כיון דפשטיה דקרא מיירי היכא דאתי לידי השבה דהיינו בדבר שיש בו סי' ומכש"כ לשיטת הש"ך הנ"ל דס"ל דקודם דידעינן של מי הוא שלו לגמרי ויכול לעשות כל מה שירצה מכש"כ די"ל דאינו מחויב להטפל בו כלל.

ולפ"ז נתיישב לי מאי דקשיא לי על התוס' שהקשו מפרק מרובה דנפ"ל יאוש מאבידה, וקשה למה לא העמידו קושייתם על מתני' דהכא היכא נפ"ל תובעין משמלה ואם היו מפרשים פי' אחר בתובעין הו"ל לפרושי דהא כרש"י וודאי לא ס"ל כמ"ש בב"ק עיי"ש ולפמ"ש א"ש דמתני' הוי מפרשינן דע"י סי' וודאי יש לו תובעים אבל בלא סי' ל"ה תובעים בבירור וע"כ אינו מחויב להטריח כקושיתי הנ"ל וממילא לא מצי קאי אלפני פניו דהיכא דיודע של מי הוא פשיטא דיש לו תובעים, ע"כ הקשו הא דנפקא לן יאוש מאבידה מנ"ל וע"ז הוצרכו לתרץ דמסתמא הבעלים מתייאשים וע"כ מסתבר למדרש אלפני פניו ולומר דיאוש קניה ודוק בזה, היוצא מזה לדינא צ"ע אליבא דאמת אם מחויב להטפל בדבר שאין בו סי' היכא דהוי יאוש של"מ:

סוגיא דסימנים

(א)

דף כז.

מתני' אף השמלה וכו' שיש לה תובעין וכו' ופי' רש"י שנעשה בידי אדם ולא בא מן ההפקר לאפוקי מידי דידעינן ביה דמייאש, פי' לפי' כיון דלהפקר גמור ל"צ קרא כקושית התוס' בב"ק דלמי ישיב א"כ בע"כ קרא אתי לאתויי מידי דדמי קצת להפקר דהיינו יאוש, ובזה י"ל קצת הירושלמי שהביאו התוספות דיליף יאוש מאשר תאבד ובגמרא דידן יליף לה לאבידה ששטפה נהר וגם רש"י בב"ק כתב דנפ"ל מאשר תאבד ולפ"ז י"ל דודאי אי ל"ה ידעינן יאוש כלל ל"ה מצינן למילף כלל משמלה דמהיכא תיתי נימא דיאוש דמי קצת להפקר ולמעוטי ממשמעותו דשמלה אבל השתא דחזינן מאשר תאבד דאבידה ששטפה נהר שרי' רחמנא ונפקא מרשות הבעלים מש"ה מצינן למימר ג"כ דיאוש דמי קצת ג"כ להפקר ולמעט ממשמעותא דשמלה כיון דשמלה מיותר.

וי"**ל** דזה הכריח רש"י לפי' ולא לפרש כפי' התוספות דמרווח טפי לכאורה ולפ"ז א"ש דלפי' התוס' שפיר מצינן למילף משמלה לחוד דוקא דומיא דשמלה דלא מייאשי הבעלים משום דיש לה סימנים לאפוקי מידי דלית ליה סי' דמסתמא הוי יאוש ויקשה

על הירושלמי למה יליף מאשר תאבד ואין להקשות על הירושלמי גופיה למה לא יליף משמלה לחוד וכפי' התוס' לא מבעיא אי סי' לאו דאורייתא וודאי לא קשה מידי די"ל דלא ס"ל להירושלמי האי סברא דע"י סימנים ימצא עדים, אך לכאורה הא ליתא דכיון דסי' לאו דאורייתא בע"כ מוכח דע"י סי' ימצא עדים דאל"כ האיך אפשר לאשכוחי השבת אבידה, אך לפמ"ש הש"מ די"ל ע"י סי' מובהק, י"ל שפיר דמש"ה לא מצי למילף משמלה דסתם שמלה וודאי לית ליה סי' מובהק, אך אפילו אי סי' דאורייתא וכדאיתא להדיא בירושלמי ביבמות דסי' דאורייתא י"ל דהירושלמי יליף סי' דאורייתא משמלה כפשטיה דמתניתין דנקט ליה לסי' גבי שמלה וס"ל ג"כ דדוקא אי מהדרינן ע"י סי' מש"ה לא מייאשי הבעלים מיניה אבל לא דע"י סי' ימצא עדים ולפ"ז היה מוכרח לפרש כפי' רש"י דלפי' התוס' קשה כיון דאמרינן אי לא מהדרינן בסי' הוי כל מידי יאוש א"כ מנ"ל למימר דשמלה יש לו תובעין ומוכח דיאוש קני דלמא לא מהדרינן בסי' ואף שמלה לית ליה תובעין [דלפי' התו' צריך בתחלה ילפותא לסי' ותו לא מצינן למילף תובעין דכל כמה דלא ידעינן סי' לא ידעינן תובעין לפום סברת הירושלמי לפמ"ש משא"כ לשיטת רש"י דנוכל למילף תובעין בלא סי' דל"ה הפקר וממילא מוכח סי'] וא"ל דתרוויי' ילפינן מיני' מנ"ל למדרש תרווייהו אבל לשיטת רש"י א"ש דכיון דממעטינן מידי דדמי להפקר ובע"כ דהיינו יאוש וכיון דבלא סי' מוכח דיאוש קני שפיר מוכח ממילא דמהדרינן בסי' דאל"כ הוי כל מידי יאוש ומסתמא לא מיירי מסי' מובהק דסי' מובהק ל"ש:

תו קשיא לשיטת התוספות [מה שהקשיתי לעיל] מנ"ל למילף משמלה דקניה ביאוש דלמא לא אתי רק למעוטי דמידי דלית בי' סי' לא מחייב המוצא להטריח בהשבתה לקחת אותה שיהיה מונח עד שיבא אליהו בשלמא הא דיליף לאבידה ששטפה נהר מאשר תאבד שהוא שלו לק"מ מנ"ל דלמא רק שאינו חייב לטפל בה דמהכ"ת כיון דיכול לקיים השבה מעליא אין סברא לומר שיהיה פטור אלא בע"כ דהתורה התירתה אבל בדבר שאין בו סי' י"ל דמש"ה פטרתו התורה כיון שלא יכול לקיים ההשבה, ואפ"ל דלבתר דילפינן מאשר תאבד דאבידה ששטפה נהר הוי שלו וגם ילפינן משמלה לפחות דבדבר שאין בו סי' אינו חייב לטפל בה ממילא הוי דבר שאין בו סי' בכלל המיעוט של אשר תאבד דלא הוי מצוי אצל כל אדם כיון דאין חייב לקחתה וממילא הוי שלו כמו שטפה נהר אף דמצד הסברא יש לחלק מ"מ ממשמעותא דאשר תאבד ומצאת שפיר ממעטין ליה ומוכח ממילא דיאוש קני ולפ"ז א"ש הא דנקט הירושלמי קרא דאשר תאבד להוכיח קנין יאוש ועיין בהרמב"ם (פ' י"ד) ובמ"ש לקמן ודוק היטב בזה ועדיין צ"ע:

תו היה נ"ל בישוב הקושיא הנ"ל דמסתבר למילף דיאוש קני כיון דבקרא כתיב שור ושה וכל אבידת אחיך פשטיה דקרא משמע אפילו דבר שאין בו סי' דהנהו לאו סתמיי' יש בו סי' ובשלמא אי ילפינן משמלה דיאוש קני לא עקרינן קרא ממשמעותו דכיון דכתיב אבידת אחיך ודבר שאין בו סי' לא מקרי אבידת אחיך דכבר יצאה מרשותו ע"י יאוש, אבל אי נימא דיאוש לא קני ושפיר מקרי אבידת אחיך ואפ"ה פטרי' רחמנא בדבר שאין בו סי' עקרינן קרא ממשמעותו דכל אבידת אחיך משמע אפילו דבר שאין בו סי', אבל השתא דיאוש קני דלא הוי אבידת אחיך:

(**ב**) **עוד** אמרתי להכריח פי' רש"י עפ"מ שהקשה הבעה"מ לקמן ע"ב על פי' רש"י שפי' לא בעדים שהוא שלו והקשה הא זה מוכח משמלה עיי"ש, ודבריו אינם מובנים חדא מה שהקשה עליו הראב"ד ז"ל באס"ז דהוי"א דליהדר בט"ע ומלבד האי קושיא קשה למה לא הקשה בפשיטות פשיטא דמהדרינן בעדים דע"פ שנים עדים יקום דבר ותו כל השבת אבידה היכא אשכחן, והיה נ"ל לפרש דבריו כך דכיון דשמלה לתובעין אתי ממילא מוכח דלא מהדרינן בט"ע דא"כ כל מידי יש לה תובעין ולא תליא ביש לה סי' ול"ק קושית הראבד. ולקושיתי הנ"ל למה לא הקשה בפשיטות דפשיטא דמהדרינן בעדים י"ל כך דהוי מצינן לפרש בעדים שהוא שלו אתי לאפוקי דלא מצרכינן ליה להביא עדים להעיד שהיה יודע תיכף בשעת אבידה מהעדים דלפמ"ש התוס' דע"י סי' יהיה לו עדים זהו לא הוי ס' חיצונה והוי מצינן למטעי דמסתמא הוי יאוש עד דמייתי עדים שלא נתייאש כגון שמעידין שהיה יודע להדיא שיש לו עדים ע"ז החפץ או שלא נתייאש בהדיא וכדומה ע"כ כתב רחמנא עד דרוש אחיך שאין צריך לדורשו רק אם הוא רמאי דהיינו שיבאו עדים שהוא שלו וע"כ הקשה הבעה"מ דכיון דכתיב שמלה לתובעין דסתם שמלה יש לו תובעין א"כ בע"כ מוכח שאין צריך להביא עדים שלא נתייאש דא"כ לא הוי סתם שמלה יש לו תובעין דמן הסתם אין לו עדים ע"כ הקשה הבעה"מ שפיר, כ"ז לפי' התוס' דתובעין היינו שלא נתייאשו הבעלים אבל לפי' רש"י דתובעין שיש לו בעלים ל"ק קושית הבעה"מ דשפיר מצינן לומר כקושית הראב"ד דהוי"א דליהדר בט"ע ואפ"ה נפ"ל תובעין משמלה לאפוקי מידי דידעינן בי' דמייאש וגם י"ל דהוי"א דצריך להביא עדים שלא נתייאש ואפ"ה נפ"ל שפיר משמלה דל"ה הפקר ולפי' התוס' י"ל באמת כפי' הבעה"מ לא בעדים שיביא עדים שאינו רמאי אבל רש"י לשיטתו הוכרח לפי':

ולפ"ז אמרתי להכריח פי' התוס' עפ"מ שקשה בסוף הסוגיא דאמר רבא סי' דאורייתא דכתיב והיה עמך וקשה הא מדנקט תנא לסי' גבי שמלה מוכח בע"כ דלא יליף מקרא אחרינא כדהקשה הגמרא לעיל גבי שה וכ"ר שהקשה המהרמ"ש ולפ"ז י"ל דהא דסלקא

דעתא למילף סי' מוהיה עמך היינו לבתר דכתיב שמלה ולא מצי למימר בעדים שהוא שלו מחמת קושית הבעה"מ שפיר אמרינן בסי' ולא מהדרינן בעדים שאינו רמאי דזהו דוחק קצת אבל אי לא הוי כתב שמלה והו"מ לפרש בעדים שהוא שלו פשיטא דל"ה מצינן למילף מוהיה עמך דהו"מ לפרש בפשיטות בעדים שהוא שלו וע"כ נקט שפיר תנא דמתניתין לסי' גבי שמלה כיון דמכח שמלה מוכח מוהיה עמך סי' ע"כ שפיר סמכו התנא ענין לו אבל לפי' רש"י הדרא קושית המהרמ"ש לדוכתיה:

אך לפמש"ל (אות א') להכריח פי' רש"י דלפי' התו' האיך מצינו למילף סי' ותובעין תרווייהו משמלה כיון דכל כמה דלא ידעינן סי' לא שייך לומר מה שמלה מיוחדת שיש לו תובעין יש לקיים פי' רש"י בהו"א דס"ד למילף סי' משמלה אבל אליבא דאמת דילפינן סי' מוהיה עמך שפיר מצינן לפרש כפי' התוס' ושפיר נקט ליה תנא סי' גבי שמלה דמכח שמלה מוכח כמו לפי' התוס' והא דדחי הגמ' לא בעדים לבתר דקאמר רבא את"ל ופי' רש"י ג"כ בעדים ומסתמא היינו כמו שפי' רש"י לעיל בעדים שהוא שלו ולפי' התוס' ליכא לפרש כן מכח קושית הבעה"מ אך די"ל כדשנין היינו דמצינן באמת לפרש כפי' רש"י במתני' ועיין היטב:

(ג) **אמנם** היה נ"ל להכריח פי' התוס' אף בהו"א דילפינן סי' משמלה דהנה לכאורה קשה להבין מאי בעי רבא בזה דסי' אתי' מוהיה עמך עד דרוש כיון דבכל הסוגיא איירינן אי סי' דאורייתא ולא קאמרינן מהיכא ילפינן ופשטיה משמע דילפינן משמלה וכיון דרבא הכריח ממתניתין דתכריך של שטרות דסי' דאורייתא מאי בעי בזה דנפקא מוהיה עמך תיתי מהי תיתא [ועיין באס"ז] ועוד קשה מה שמקשין המפורשים מנ"ל אי סי' דאורייתא לאהדורי גט אשה ע"י סי' הא איסורא מממונא לא ילפינן, ומ"ש הפ"י דלפמ"ש התו' לעיל ניחא דאדרבא ממון חמור דלא אזלינן ביה בתר רובא לפע"ד אין משם ראיה דתו' איירי בשטרות להוציא ע"י זה ממון מיד הלוה המוחזק לענין זה אלים חזקת ממון טובא דאין להוציא מיד המוחזק אפילו ע"י רוב ואפשר להטעים דמש"ה א"ה בממון אחר רוב היינו משום קולתו של ממון וע"כ אין להוציא מיד המוחזק אף אם הרוב לחיוב מ"מ איסור לא תגזול י"ל שהוא קל ואין להוציא ע"י רוב ואף שכ' התו' בחולין דלענין חזרת השטר ל"מ הלוה מוחזק היינו דל"ה מוחזק כמו התם בחזרת כלי עיי"ש אבל פשיטא דלענין ממון מקרי מוחזק דאל"כ לא היו מקשין התוס' כלום דהא דא"ה בממון אחר הרוב הוא משום מוחזק אבל הכא גבי מציאה הדרי הקושיא לדוכתיה מנ"ל למילף איסור מממון כיון דבמציאה אין כאן חזקת ממון, תו קשי' השינוים הנופלים בין הסוגיא דכאן לסוגיא דיבמות דשם משני הגמ' כליו בחורי וסומקי לאחר הקושיא ממצא קשור והכא

משני תיכף לאחר קושית חמור בסי' אוכף וכבר האריכו בזה גאוני קשישאי מאורן ש"י הב"ח בתשו' רוצה להכריח מסוגיא דיבמות דל"ח לשאלה אליבא דאמת מדהדר הגמרא לבסוף ומשני כליו בחורי וסומקי ומסוגיא דהכא משמע דאף לבסוף חיישינן לשאלה עיי"ש והגאון מו"ה יעקב פולק בשו"ת של מהר"ל מפראג הכריח להיפך מסוגיא דהכא דל"ח לשאלה אך לא מתורץ על מסדר התלמוד למה שינה הסוגיא [באמת לפ"ד הפשוט היה נ"ל כיון דשם הקשה כבר מקודם מברייתא דמצא קשור ע"כ הקשה תיכף על הא דחייש לשאלה דהדרי הקושיא לדוכתיה אבל הכא לא הובא עדיין הברייתא ע"כ הניחו לסיים תי'] ובתחלה הי' נ"ל לתרץ ע"פ שיטת הב"ש שכתב דאי סי' לאו דאורייתא י"ל דוודאי חיישינן לשאלה דכיון דיש חשש שאלה תו ל"ה סי' מובהק ויש להבין לדבריו על הא דמקשה חמור בסי' אוכף היכא מהדרינן והיינו להוכיח דל"ח לשאל ולפ"ז מוכח ממתניתין דיבמות דסי' ל"ד. ולפי שיטת הב"ש הנז הדרי הקושיא לדוכתה חמור בסי' האוכף היכא מהדרינן כיון דאי ם ל"ד ודאי חיישינן לשאלה ותקשי ליה לנפשיה ועיין בס' ב"מ מ"ש בזיו ע"ד הגאון נו"ב ודבריו נכונים אבל הכא ל"ש [שוב בא לידי ס' נו"ב וראיתי שכתב ראי' זו לפתור ס' הב"ש]:

ואמרתי ליישב עפ"מ שמקשין על הא דמקשה הגמרא קושיות הפוכות דמתחלה רצה להוכיח דסי' דאורייתא ולבסוף רוצה להוכיח דסי' ל"ד וא"כ הו"ל בלא סוגיא דהכא למירמי מתני' דהכא אמתניתין דיבמות, ונ"ל דבאמת המקשן היה סובר לחלק כקושית המפורשים הנ"ל דאיסורא מממונא לא ילפינן ומש"ה גבי ממון סי' דאורייתא ולגבי איסור סי' ל"ד וע"כ הקשה לבעל האבעיא שפיר להוכיח דבממון מוכח דסי' דאורייתא ולבתר דשני לי' הוכיח דבאיסור סי' ל"ד ולפ"ז הקשה שפיר מחמור בסי' אוכף דמוכח דל"ח לשאלה בממון וא"כ בע"כ מוכח לחלק בין איסור לממון ומוכח ע"כ כיון דבממון ל"ח לשאלה דסי' דאורייתא, ולפ"ז לא הו"מ להקשות לו תיכף מגט להוכיח דל"ח לשאלה דגט הוי איסורא והוי קשה תיקשי ליה לנפשיה ממ"נ דאי סי' דאורייתא מוכח ממתניתין דיבמות דחיישינן לשאלה וקשה על הברייתא ואי סי' ל"ד וודאי חיישינן לשאלה לסברת הב"ש והוי צריכין לשבש הברייתא אבל לבתר דשני ליה דאיכא למימר כליו בחורי וסומקי הקשה ליה שפיר מברייתא להוכיח דסי' דאורייתא ול"ח לשאלה כתי' השני דכליו בחורי וסומקי, אבל התם ביבמות קאי הסוגיא על הא דאוקי אביי כתנאי ורבא אמר דכ"ע סי' דאורייתא ע"ז הקשה הגמרא שפיר מגט להוכיח דל"ח לשאלה ובאמת סי' דאורייתא ומתניתין דאין מעידין אתיא כמאן דסובר סי' ל"ד וכתי' של אביי ולא צריך לשבש הברייתא אף קודם דמשני כלים בחורי וסומקי. אך לפמ"ש

המהרש"א דאי אמרינן סי' ל"ד א"כ בע"כ מיירי שמצאו בעצמו ותו לא שייך למיחש לשאלה. והא דמקשה הגמ' מגט דניחוש לשאלה היינו אי סי' דאורייתא נסתר תי' הנ"ל דהו"מ להקשות תיכף להוכיח דל"ח לשאלה ובאמת סי' ל"ד ואין לומר כנ"ל דאי סי' ל"ד וודאי חייש לשאלה כס' הב"ש הא ליתא לס' המהרש"א דאי סי' ל"ד י"ל דמיירי שמצאו בעצמו, אמנם לפענ"ד דברי מהרש"א דחוקים קצת דכיון דאי סי' ל"ד בע"כ דמיירי שמצאו בעצמו א"כ מנ"ל להוכיח דלמא סי' דאורייתא וחיישינן לשאלה ומיירי ג"כ שמצאו בעצמו, וי"ל:

אך לפענ"ד הי' נראה לפ"מ שלמדתי הפי' בתוס' ביבמות במאי שסיימו ומיירי שזהו הסי' מה שקשור בכיס ופי' המהרש"א ז"ל דהוכחתם דאי הי' הסי' בכיס עצמו לאשמעינן בגט עצמו סי' ולמה נקט כיס וארנקי, ואמרתי לפרש דרצונם בזה לתרץ על המקשן שם דהוכיח סי' דאורייתא וקשה מנ"ל דלמא מיירי שמצאו בעצמו וצ"ל דהי' קשה לו דאם מצאו בעצמו קשה למה נקט כיס וארנקי אלא וודאי דמצאו אחר וזהו הסי' מה שקשור רק לכאורה עדיין קשה מנ"ל להתוס' דלמא לעולם שיש סי' בכיס עצמו רק מש"ה נקט כיס וארנקי לאשמעינן דל"ח לשאלה, רק דלפ"ז אי הוי אסיק אדעתי' המקשן דהתם חשש שאלה מנ"ל דמיירי שמצאו אחר דלמא מצאו בעצמו ואינו יודע אם השאיל [וכדאי' בטור אה"ע סי' קל"ב דאם מצאו בעצמו יש ג"כ חשש שאלה אם אינו אומר שיודע שלא השאיל] וקמ"ל דל"ח לשאלה א"ו דהמקשן לא אסיק אדעתי' כלל למיחש לשאלה וע"כ הכריח דמש"ה נקט כיס וארנקי משום הסי' [אח"כ מצאתי זה הפי' באריכות בשו"ת שב יעקב ות"ל שכוונתי לכל דבריו שם]:

ועפ"ז נתיישב לי שם בסוגי' דעל הא דאמר רבא דכ"ע סי' דאורייתא מקשה הגמ' ממתני' דאין מעידין ועל לישנא דאמר רבא סי' לאו דאורייתא הקשו התוס' מברייתא דמצא קשור. וקשה על הגמ' למה לא הקשו קושי' זו כיון דכל קוטב הסוגי' שם ע"ז בתחלה להוכיח מגט דסי' דאורייתא, ולפמ"ש א"ש דוודאי בתחלה קודם דאסקינן אדעתין חשש שאלה מוכח מברייתא דסי' דאורייתא דליכא למימר דמיירי שמצאו בעצמו דלמה נקט כיס וארנקי. אבל לבתר דשני לי' בלישנא דסי' דאורייתא דחיישינן לשאלה וכיון דאסיק אדעתי' חשש שאלה תו לא קשה מגט די"ל דמיירי שמצאו בעצמו וקמ"ל דל"ח לשאלה, וגם לתי' התוס' דהוי סי' מובהק י"ל ג"כ דתלוי בהא דשני לי' שומא סי' מובהק:

ולפ"ז מיושב קושית המהרש"א דוודאי התוס' תי' שפיר דלא הו"מ להוכיח דסי' דאורייתא די"ל דמיירי דמצאו בעצמו וקמ"ל דל"ח לשאלה דמיירי שא"י אם השאילו. אבל מה שהקשה על קושי' הגמ' דלמא מיירי שמצאו בעצמו ל"ק מידי דממ"נ אי א"י

אם השאילו קשיא ס"ס ניחוש לשאלה ואי אומר בבירור שלא השאילו קשה למה נקט כיס וארנקי וזה נלע"ד ברור בישוב קושית מהרש"א:

(ד) **והנה** לפ"ז יהי' מוכח לכאורה דאי סי' ל"ד בע"כ חיישינן לשאלה כיון דבע"כ מיירי שמצאו בעצמו וקמ"ל דל"ח לשאלה וקשה כיון דבאמת יש סברא לומר כיס וארנקי לא מושלי אנשי א"כ למה נקט הנהו כלים דוקא א"ו דבכלים אחרים חיישינן לשאלה וממילא מוכח דבכיס וארנקי ל"ח לשאלה דאף דמיירי שמצאו בעצמו מ"מ הא א"י אם השאיל ודלא כמ"ש הב"י בשו"ת דאליבא דאמת דמיירי שמצאו בעצמו י"ל דאפילו בכלים דלא מושלי חיישינן לשאלה והכא שאני דאית לי' מגו, נ"ל כוונתו דמהמנינן לי' מה שאומר שלא השאיל לאפוקי במצא מת אף שיש עדים שמכירים הכלים מ"מ מנא יודעין שלא השאיל כנ"ל ברור בכוונת הב"י ותמי' על הב"ח בשו"ת ועל המהרח"ש בק"ע שלא הבינו כן בדבריו והתפלאו ולפע"ד כוונתו כמ"ש, אך לפמ"ש דאף במצאו בעצמו מיירי שא"י אם השאיל א"כ מוכח דבכיס וארנקי ל"ח לשאלה וכ"ר בשו"ת שב יעקב הנ"ל הוכחה זו דבשאר כלים חיישינן ובכיס וארנקי ל"ח ות"ל שכוונתי לדעתו הגדולה אך לפמ"ש התוס' ביבמות דזהו סי' מובהק מאי שקשור בכיס ל"מ דחיישינן לשאלה בשאר כלים דלא נחית התנא כלל לאשמעינן דל"ח לשאלה וגם ל"ש שאלה כלל כיון דזה הוא סי' מה שקשור גט בכיס [ועיי"ש ביבמות (ע"ב) ברש"י ד"ה מצא קשור] דמנא ידע שקשר חבירו גט בכיס וה"ה בשאר כלים שאין דרך לקשור בהם גט:

ובזה אמרתי לקיים הגירסא ישינה ברשימת התוספות וניחוש לשאלה שמחק הרש"ל, דהתוספות כתבו ביבמות דאי אמרינן סי' ל"ד י"ל דזהו סי' מובהק מה שקשור בכיס ולפי זה לא הוי מצי להקשות הכא דלוכח סימן דאורייתא דהוה מצי למימר דזהו סימן מובהק רק התוספות הקדימו הכא בדיבור הקדום שיש לו סימן בכיס וכיון דלא מיירי מסימן ידוע מסתמא לא הוי סימן מובהק, אך קשה מנא להו דילמא הסימן הוא מה שקשור בכיס וזהו סי' מובהק ע"כ העמידו דבריהם על הא דמקשה וניחוש לשאלה דמוכח דהקשירה לא הוי סימן דאל"כ לא הוי מקשה וניחוש לשאלה ע"כ הקשה שפיר לוכח מהכא דסי' דאורייתא, לפ"ז דמוכח מסוגיא דהכא שיש לו סי' אחר בע"כ אי סי' לאו דאורייתא מיירי שמצאו בעצמו ואינו יודע אם השאיל דמשום הכי נקט כיס וארנקי ומוכח דבכלים אחרים חיישינן לשאלה כמו שמצאתי בשאלות ותשובות ש"י, אך אי משום הא לא אריא ואדרבה יש לתרץ בזה קושיית התוספות מה שהקשו דלוכח מהכא דסי' דאורייתא דיש לומר וודאי אי סי' לאו דאורייתא יש לומר דהקשירה הוא הסימן והוי סימן מובהק כמו שכתבו התוספות ביבמות רק דאפילו הכי מקשה שפיר וניחוש

לשאלה בהו"א זו דסי' דאורייתא רק דחיישינן לשאלה הקשה שפיר מברייתא דליכא למימר דזהו הסימן מה שקשור בכיס דיש לומר דהמקשן סובר באמת דזהו סימן מובהק, וא"כ קשה מאי קא משמע לן הברייתא בזה בשלמא אי סי' ל"ד קמ"ל דזהו סימן מובהק אבל אי סי' דאורייתא ואפילו סימן אמצעי מהני קשה מה קמ"ל בסימן מובהק כיון דאפילו סי' אמצעים מהני, ודלא חיישינן לשאלה בכהאי גוונא הוי ג"כ פשיטא א"ו דיש לו סימן אמצעי בכיס עצמו על כן הקשה שפיר ניחוש לשאלה אבל אי סי' ל"ד יש לומר שפיר דהסימן הוא מה שקשור וקמ"ל דזהו סימן מובהק, וא"כ לא מוכח דחיישינן בשאר כלים לשאלה דלא משום חשש שאלה אתי התנא לאשמעינן דלא שייך הכא שאלה כלל וע"כ לא קשה כלל לאשמעינן בשאר כלים וזה פשוט:

אמנם לפמש"ל (אות הקודם) ליישב הסוגיא דמשום הכי לא מקשה הכא תיכף ממצא קשור משום דהיה קשה ממ"נ אי נימא סי' דרבנן מכל שכן דחיישינן לשאלה כסברת הב"ש וא"כ ס"ס לא מתרצא הברייתא, אבל לפי תירוץ הנ"ל דאי סי' לאו דאורייתא יש לומר דהוי סימן מובהק מה שקשור בכיס וקמ"ל דזהו סימן מובהק וממילא לא שייך חשש שאלה הדרא הקושיא לדוכתיה דהו"מ להקשות להוכיח דסי' לאו דאורייתא דאי סי' דאורייתא ומתרצינן מתניתין דיבמות דחיישינן לשאלה קשה מברייתא לפי מה שכתבתי לעיל דאי סי' דאורייתא ליכא למימר דהסימן הוא מה שקשור בכיס, אבל לפי מאי שכתבו התוספות וכפירוש הנ"ל דאי סי' לאו דאורייתא מיירי שמצאו בעצמו ואינו יודע אם השאיל וקמ"ל דלא חיישינן לשאלה אתי שפיר כנ"ל דלא הוי מצי להקשות תיכף דהיה קשה ממ"נ כנ"ל וא"כ מוכח אליבא דאמת דבשאר כלים חיישינן לשאלה:

(ה) **אמנם** כן נראה לפענ"ד ליישב שינוי הסוגיא באופן אחר לשיטת הסוברים דלא חיישינן לשאלה דהנה הגאון מוהר"ר יעקב פולק כתב מדשני הגמרא תיכף לאחר קושית חמור בסימן אוכף וכו' כליו בחורי וסומקי מוכח דדחיקא ליה האי שנויא וע"כ הדר ביה ולא חיישינן לשאלה רק דקשה ליה סוגיא דיבמות ותי' כיון דמסדר הש"ס הראה לן זה במקום א' לידע דלא חיישינן לשאלה לא היה צריך להראות במקום אחר, ולי נראה ליישב כך דודאי לפי הסוגיא דהכא דאבעיא להו סי' דאורייתא לגבי מציאה א"כ מוכח דלא ס"ל לחלק בין ממון לאיסור א"כ הקושיא חזקה מחמור בסימן אוכף והוצרך לדחוק אוכפא לא משאלי אינשי ע"כ הדר ביה תיכף כיון דדחיקא ליה האי שנוייא, אבל התם בסוגיא דלא איירינן מהי תיתא לן דסי' דאורייתא ויש לומר דמצד הסברא אמרינן דסי' דאורייתא דהוי כמו רוב, וא"כ הוי מצי לשנויא על הקושיא דחמור בסימן אוכף היכא מהדרינן דבממון שאני דגלי לן רחמנא דלא ניחוש לשאלה ואיסורא מממונא לא ילפינן

רק דשני לפום סברת המקשן דהוי מדמי איסור לממון ועל כן לא היה צריך לשנות תיכף כליו בחורי וסומקי כיון דהיה לו תירוץ מרווח ממונא מאיסורא לא ילפינן רק לבתר דהקשה מגט דהוי ג"כ איסורא וצריך לומר כיס וארנקי לא משאלי אינשי וזה היה נראה לו דוחק כמו שכתב הגאון הנ"ל דאי שאלה הוי חששא גמורה אין לחלק בין הנהו כלים לשאר כלים ועל כן הדר ביה ושני כליו בחורי וסומקי וא"כ מוכח דלא חיישינן לשאלה:

(ו) **ועתה** נחזור ליישב לשיטת התו' הקושיא מנ"ל למילף איסורא מממונא, ונ"ל דלפי מה שפירשו התוס' דילפינן שיש לו תובעין ע"י הסי' והקשיתי לעיל (אות א') דלפי זה כל כמה דלא ידעינן סימן אף שמלה לית ליה תובעין דאין לומר על ידי סימן יש לו תובעין על ידי עדים דא"כ סימן מנא ליה ובע"כ דאי ילפינן סי' דאורייתא משמלה לא אמרינן דעל ידי סימן יהיה לו עדים, וא"כ היכא מצינן למילף סימן משמלה כיון דכל כמה דלא ידעינן סימן אף תובעין ליכא למידרש, ובע"כ ליישב זה צריך לומר דכיון דשמלה מייתרא וקים להו לרבנן דליכא למדרש מיניה רק תובעין א"כ בע"כ מוכח דזה הוי ס' חיצונה להחזיר בסימן ונהי דאנן לא הוי ידעינן הסברא חיצונה אבל מן התורה מוכח מדכ' שמלה לתובעין מוכח דהוי סברא חיצונה לאהדורי בסימן וכהאי גוונא אשכחן בש"ס טובא דמוכחינן מן התורה הסברא חיצונה [ואחת מן המקומות בשבת (כ"ו ע"ב) ואימא לרבות שלשה על שלשה בשאר בגדים לפירוש רש"י עיין שם] ולפי זה אתי שפיר דל"ה איסורא מממונא כיון דמוכח מן התורה סימן מסברא חיצונה ובודאי בסברא חיצונה אין לחלק בין איסור לממון, ואין להקשות לפי זה מאי מקשה הגמרא על הא דשני ליה כליו דחיישינן לשאלה חמור בס"א היכא מהדרינן דלמא לענין זה שני איסורא מממונא דכיון דגלי לן רחמנא בהדיא חמור דלא ניחוש לשאלה ולא הוי ס' חיצונה משום הכי לא ילפינן איסורא מיניה, דיש לומר דקושיית הגמרא כיון דבע"כ צריכת לחלק לענין שאלה בין איסור לממון א"כ מנא ליה להוכיח משמלה דסברא חיצונה לאהדורי בסימן אף באיסור דעכשיו מצינן למימר דלא הוי ס' חיצונה רק בממון דחזינן דהקילה רחמנא דלא ניחוש לשאלה, ומכש"כ לסברת הב"ש דהיכא דאיכא חשש שאלה לא הוי סימן מובהק אף על ידי ט"ע א"כ ממילא מוכח דבממון סי' דאורייתא, אלא בע"כ דהא דכתב רחמנא חמור בסימן אוכף לא הוי רק גילוי מלתא דלא ניחוש לשאלה והוא הדין באיסור ע"כ הקשה הגמרא שפיר, ועם מ"ש דמוכח משמלה דהוי ס' חיצונה לאהדורי בסימן יש לומר ג"כ מה שקשה מלבד דאיסורא מממונא לא ילפינן תיפוק ליה אפי' אי הוי כ' באיסורא דליהדר בסימן מ"מ מנ"ל דסימן עדיפא מחזקה, והכא איכא חזקת א"א ולפנינו

נאריך בזה בעזרת השם ולפי מה שכתבתי אתי שפיר כיון דמסברא חיצונה מוכח דסימן דאורייתא ע"כ אין לחלק, אמנם באמת עדיין לא הועלנו בזה כאשר אכתוב לקמן אי"ה:
ועתה יש מקום אתי ליישב הקושיא הנ"ל שהקשיתי מאי בעי רבא בזה דיליף סימן מוהיה עמך ולמה לא רצה למילף כפשטיה משמלה או תיתא מהי תיתא כיון דלא נפקא לן מידי בזה, ונלפענ"ד לתרץ דהנה הגאון מוהר"ל מפראג בשאלות ותשובות בענין עגונה הוכיח לשיטת הרי"ף דאפילו אי סי' דאורייתא לא חיישינן לשאלה אליבא דאמת דאי סי' לאו דאורייתא וודאי לא חיישינן לשאלה כמו שכתב הב"ש בשמו מדלא נקט רבותא אפילו ט"ע בכליו לא מהני, ולפי זה הוכיח מדלא הביא הרי"ף ביבמות רק לישנא דסימן דרבנן, וקשה דהוה ליה לאתויי דהוי ספיקא דנ"מ לחוש לחומרא דאי סי' דאורייתא חיישינן לשאלה א"ו דהרי"ף סובר דאפילו אי סימן דאורייתא לא חיישינן לשאלה כתירוץ השני כליו בחורי וסומקי עכדפח"ח, ואמרתי לכאורה הוכחה ברורה לשיטת הרי"ף דאפילו אי סי' דאורייתא לא חיישינן לשאלה דהתוספות הקשו לעיל על מצא בחפיסה למה יחזיר ניחוש לשאלה ותירץ דבממון לא חיישינן לשאלה והיינו מדרבנן וכמ"ש התוספות ביבמות וקשה לפי זה לרבא דהוכיח ממתניתין דתכריך של שטרות דסימן דאורייתא דסבירא ליה דבשטר לא שייך לעשות תקנה כיון דלא שייך לומר דניחא ליה ללוה וקשה תקשי ליה לדידיה ממצא בחפיסה דהוא רישא דמתניתין דתכריך למה לא ניחוש לשאלה ולא שייך תירוץ התוספות דמדרבנן לא חיישינן לשאלה דהא רבא לית ליה האי סברא דעשו חכמים תקנה מה שהוא נגד רצון הלוה דאל"כ לא מוכח דסי' דאורייתא א"ו מוכח דרבא סבירא ליה אפילו א"א סי' דאוריי' לא חיישינן לשאלה ובע"כ דמוקי מתניתין דיבמות בחורי וסומקי ע"כ אתי שפיר פסק הרי"ף לשיטת מהר"ל הנ"ל דלא חיישינן לשאלה אף אי סי' דאורייתא:
(ז) **ועפ"ד** הנ"ל י"ל שיטת הטור לפי מאי שהוכיח הגאון מהר"ל הנ"ל דמפשטיה דלישנא (בסי' י"ז) משמע דלא חיישינן לשאלה רק דמסי' (קל"ב) שכתב בגט דצריך שיאמר השליח שלא השאיל הכלי מוכח לכאורה דחיישינן לשאלה וכ' הגאון הנ"ל דכיון דהשליח בפנינו ממ"נ אם אומר שלא השאיל הרי אומר ואם אומר איני יודע כיון דחזינן דמסתפק גרע טפי ע"כ וודאי חיישינן אבל מסתמא לא חיישינן עיין שם, ולא זכיתי להבין דבריו הקדושים דא"כ מנ"ל להטור לחלק דבכיס וארנקי לא חיישינן דלמא כיון דאיכא ריעותא דאומר השליח שאינו יודע אף בכיס וארנקי חיישינן ומכש"כ דלשיטת הגאון לא צריך לחלק אליבא דאמת בין כיס וארנקי לשאר כלים וצל"ע ע"ד, ולפי הנ"ל יש לומר דהיה קשה להטור הוכחת הגאון מהר"ל דמוכח אי סי' ל"ד לא

חיישינן לשאלה מדלא נקט במתניתין דיבמות ט"ע בכליו והוכחת הגאון בשו"ת ש"י וכמו שכתבתי לעיל דמוכח בגט דאי סי' ל"ד חיישינן בשאר כלים לשאלה מדנקט כיס וארנקי, ולתרץ זה הוכרח לחלק דבגט החמירו יותר וכמ"ש הגאון חכם צבי בשו"ת לפרש קושית הגמ' ונהי דקושית הגמ' לא צריך לדחוקי בכך אבל אליבא דאמת מצינו לחלק כן מכח ההכרחים הנ"ל ועל כן כ' הטור שפיר דבגט חיישינן לשאלה זולת בכיס וארנקי, רק דעדיין קשה כיון דבע"כ צריכין לחלק אליבא דאמת בין כלים דלא מושלי לשאר כלים א"כ נהי דלישנא דסי' ל"ד מוכח דלא חיישינן לשאלה מדלא נקט ט"ע מ"מ ללישנא דסי' דאורייתא דלמא חייש לשאלה וליכא למימר אליבא דאמת לא מחלקינן כלל בין כלים דלא מושלי לשאר כלים כמו שכתבתי לעיל בשם הגאון מוהר"ר יעקב פולק דהא לשיטת הטור ללישנא דסימן דרבנן בע"כ צריכין לחלק בין הנהו כלים לשאר כלים א"כ דלמא אף אי סי' דאוריית' מחלקינן [הן אמת דלפי מאי שכתב הגאון הנ"ל וז"ל דאי חששא דשאלה חששא גמורה אין לחלק א"כ בגט דלא הוי רק חומרא כמ"ש כיון דאפשר באחר וכיון דלא הוי רק חומרא שפיר יש לחלק] אבל לפי מאי שכתבתי דמוכח מרבא דאי סי' דאורייתא לא חיישינן לשאלה ע"כ פסק הטור שפיר דבעגונה לא חיישינן לשאלה ממ"נ דאי סי' דאורייתא מוכח מרבא דלא חיישינן לשאלה ואי סי' לאו דאורייתא יש לומר כסברת הב"ש דחיישינן טפי לשאלה מכל מקום מוכח מהוכחת הגאון מהר"ל דלא חיישינן מדלא נקט ט"ע בכליו ובגט פסק שפיר לחלק בין כיס וארנקי לשאר כלים מחמת הוכחת הש"י הנ"ל:

וכיון שזכינו לדין היה עולה על רוחי ליישב הקושיא הנ"ל דמאי בעי רבא לילף סי' מוהיה עמך, דיש לומר דהיה קשה לרבא השתא דהכריח דסי' דאורייתא מדחזינן אף בשטרות דמהדרינן ולפ"ז מוכח ממילא דלא חיישינן לשאלה וכמש"ל (אות הקודם) ראייה ממצא בחפיסה והיה קשה מתניתין דיבמות כיון דלא מצי לשנויי כליו דחיישינן לשאלה, ולאוקמי בחורי וסומקי הוי ג"כ דוחק כיון דכבר אשמעינן דארוך וגוץ ל"מ ה"ה חורי וסומקי, ולומר דלדיוקא אתי לאשמעינן דדוקא סימן גרוע דומיא דגופיה לא מהדרינן אבל סימן טוב מהני ולא חיישינן לשאלה וכמדומה שכן פירש הגאון מהר"ל ג"כ דוחק לרבא כיון דכבר מוכח ממתניתין דחפיסה דלא חיישינן לשאלה ולא שייך בזה להשמיענו בקוצר ע"כ בא רבא לתרץ דהקושיא מעיקרא ליתא, דע"כ לא הוי אמרינן דאי סימן דאורייתא מהני אף באיסורא רק מעיקרא דהוי ילפינן משמלה וא"כ בע"כ דהוי סימן מסברא חיצונה דלולי זאת ליכא למילף תובעין וכיון דהוי סברא חיצונה אין לחלק בין איסור לממון וכמש"ל (אות הקדום) אבל השתא דיליף רבא סי' מוהיה עמך

דגלי רחמנא בהדיא בממון הקושיא מעיקרא ליתא ממתניתין דיבמות דיש לומר איסורא מממונא לא ילפינן והוכרח רבא שפיר להביא קר דוהיה עמך:

(ח) **ועם** האמור יש ליישב מ"ש הרא"ש על הרי"ף שהביא בגט דבעי דווקא נקב בצד אות פלוני וכ' הוא דהכא לא בעינן סימן מובהק וסיים וכן בחפיסה אי לאו משום דכל מאי דאית ליה בחפיסה מנח ליה הוי מהני אע"ג דלא הוי סי' מובהק, ולכאורה קשה ע"ד דהא הגמרא קאי באת"ל דסי' דאורייתא משום הכי לא בעינן סי' מובהק ומה ראיה מזה לדידן וצריך לומר שלא כתב כן רק להוכיח דנקב בצד אות פלוני לאו דווקא, ולפ"ד הנ"ל יש ליישב לשון הגמרא היטב דכיון דרבא קאמר את"ל סי' דאורייתא והיינו כמו שכתבתי לעיל דדווקא בממון כיון דיליף ליה מוהיה עמך וכיון שכן בגט בעינן דווקא סימנים מובהקים, והא דהוצרך הגמרא לומר בחפיסה משום מידע ידעה היינו כיון דרבא קאמר את"ל משום דיש לומר כדשנינן, ועל ראייתו מתכריך בע"כ צריך לומר כמ"ש הרא"ש וכיון שכן לא מוכח דלא חיישינן לשאלה וכיון דל"מ דלא חיישינן לשאלה הדרא האיבעיא דלעיל לדוכתיה דיש למילף סימן דאורייתא משמלה ואפילו לענין איסור כמו שכתבתי לעיל ואיכא לתרוצי מתניתין דיבמות משום דחיישינן לשאלה ולפי זה אפילו סימן אמצעי מהני בגט, ע"כ קאמר הגמרא מלתא דפסיקא דסימן מובהק וודאי מהני וחפיסה וודאי לא מהני משום מידע ידעה כך יש לומר דרך חידוד:

(ט) **ועפ"ד** הנ"ל מיושב היטב דברי הה"מ שכ' (בפ' י"ג מהלכות אבידה) דהר"מ סובר סי' דאוריי' ובהלכות גירושין כ לדעת הר"מ דבעי דווקא סימנים מובהקין ביותר, ותמהו עליו הכ"מ והלחם משנה, ולפי מאי שכתבתי אתי שפיר דמ"ש בהלכות אבידה דנין עליו דברי תורה בכל מקום היינו בממון, ומ"ש בכל מקום י"ל דאתי לאוריי אפילו היכא דלא שייך ניחא ליה כגון לירד לנחלה, אבל באיסורא פסק אליבא דאמת סי' לאו דאורייתא מכח ההוכחה הנ"ל מדנקט רבא קרא דוהיה עמך ולא משמלה כמש"ל (אות ז'), וכן דייק לשון הה"מ שכתב בהלכות גירושין וכבר כתב שיש סימנים מובהקין ביותר שסומכין עליהם מן התורה בכל מקום משמע מדבריו שיש סי' מובהקין שהם מ"ה בכל מקום אבל סימנים אמצעים אינם מן התורה בכל מקום והיינו לענין איסורא אבל לענין ממון אף סי' אמצעי הוי מן התורה [עיין שו"ת פמ"א ח"ג שאלה ב'] ועיין בהרמב"ם הל' נחלות משמע לכאורה מדבריו דמדרבנן לא מהני סימן משום חומר א"א מדכתב לבסוף שאני אומר לא החמירו, אמנם יש לומר דלא קאי רק אאינך ראוהו מגויד או נפל למים, ומשם קשה על פירוש הכ"מ שבהלכות אבידה שסובר דלהרמב"ם הוי ספיקא אף לענין ממון א"כ למה יורדין לנחלה דנהי דעשו חכמים ז"ל תקנה להחזיר אבידה בסימן מ"מ מנ"ל לענין לירד

לנחלה ולהוציא מחזקת המורישׁ א"ו מוכח כשיטת הה"מ דהרמב"ם סובר לענין ממון סי' דאורייתא וכן מוכח מלשון הרמב"ם שסיים לבסוף וז"ל שאני אומר שלא החמירו בדברים אלו אלא מפני איסור כרת אבל לענין ממון אם העידו עדים בדברים שחזקתן למיתה והעידו שראו אותן דברים וכו' משמע שלא היה צריך לחלק רק בדברים שחזקתן למיתה דלענין איסור כרת החמירו אבל לענין סימן אין צריך לחלק בסברא דלענין ממון סי' דאורייתא ולענין איסורא י"ל דסי' לא מהני כיון דאיסורא מממונא לא ילפינן ומה שכתב הרמב"ם שראו אותן הדברים היינו שראוהו נפל למים או לגוב אריות שכ' מקודם, ולא נהירא כלל וכלל לומר דאותן הדברים היינו סימן כמובן לכל מעיין בלשון הרמב"ם הצח וא"כ מוכח להדיא דסבירא ליה לחלק בין ממון לאיסור מדאורייתא:

ובזה יש ליישב מה שכתב שם הכסף משנה על לשון הרמב"ם שבתחלה כתב רק אבד זכרו ולבסוף כתב אבד זכרו ושמעו בו שמת משמע דתרווייהו בעי והניח בצ"ע, ועפ"ד הנ"ל נראה לי לפ"מ שהייתי מתרץ זה שנים רבות קושית התוספות בחולין (פרק גיד הנשה) על הא דקאמר הגמרא תדע דאי אתו סהדי ואמרי פלני' דהאי סימנא קטל נפשא לא קטלינן ליה והקשו התוספות שם מ"ש דמתירין א"א ע"י סימן וממילא תוכל לבא אח"כ לידי חיוב מיתה ועיין בפ"י במס' כתובות בק"א בסוגיא דתרי ותרי שכתב בזה דבר נאה ומתקבל עיין שם] והיה נראה לפענ"ד ליישב כך דלכאורה צריך להבין היאך מדמה הגמרא סימן מציאה למתניתין דאין מעידין דבשלמא במציאה שפיר י"ל דסמכינן על סימן כיון שאמר סימן מחזקינן ליה שוודאי נפל ממנו חפץ כזה דאל"כ מנא ידע הסימן וכיון דוודאי נפל ממנו הוי חששא רחוקה לומר דגם מאחר נפל חפץ כזה [ואף דיש לומר דהכא כיון דהוחזק נפילה לפנינו חיישינן דלמא גם מאחר נפל מ"מ מנ"ל הא דלמא ה"ט דמהדרינן בסימן משום הצטרפות ב' הס' דניחוש דלמא גם מאחר נפל דהוי חששא ובסי' שוים כולי האי לא חיישינן ועיין לעיל בסוגיא דשיירות מצויות בתוספות סוף ד"ה נפק] ומכש"כ לרבא בב"ב דלנפילה לא חיישינן כלל, ולפי מאי שנתברר לי לפענ"ד לפמ"ש התוס' ביבמות (דף קט"ז) דהיכא שבא הבעל השטר להוציא עם השטר שבידו לא מהני חזקה מה שתחת ידו הוא שלו כמו בשאר חפצים דזהו לא מהני רק להחזיק מה שבידו ונהי דהכא בשטר נמי מהני ליה להחזיק השטר מ"מ אינו יכול להוציא ממון רק משום דלנפילה לא חיישינן וגם לרבא בע"כ מוכח דלא הוי מוחזק דאל"כ ל"ה מייתי ראייה דלא חיישינן לתרי יצחק עיין שם היטב, ולפי זה שפיר יש לומר דמשום הכי במציאה כיון דמזה וודאי נפל מהכ"ת לחוש דנפל מאחר אבל בא"א מנ"ל להתיר דלמא בעלה של זו אזל לעלמא וזהו הנמצא אחר הוא ומנ"ל דלא חיישינן לסימן, ולתרץ זה

נראה לפענ"ד דגם בעגונה שייך שפיר לדמותו למציאה כגון באחד שהלך ע"ד לחזור כסתמא דמלתא ונשתהה זה זמן זמנים טובא ואבד זכרו מצד הסברא שפיר מצינן לדמותו לאבידה ואפשר הוי חששא רחוקה יותר מאבידה וכעין סברא זו מצינו שפירש רש"י בסוגיא דתרי ותרי אין לבי נוקפי שאלו היה קיים היה בא וגם זה הנמצא מת בסימן הוי ג"כ כאבידה דמסתמא מי שמת על מטתו יודעים מי הוא רק במונח אחד כדומן על פני השדה פשיטא דזה הוי ג"כ כמו אבידה ומתניתין דאין מעידין פסקא למלתא דאין מעידין בשום אופן ע"י סימן אפילו בכה"ג, וגם סתמא דמלתא הוי כה"ג על כן מדמה הגמרא שפיר, וראייה גדולה לסברא זו ממ"ש הרמב"ם שהכירו בסימן ואבד זכרו לפמ"ש הה"מ דהרמב"ם סובר בממון סימן דאורייתא וכמו שהוכחתי לעיל למה בעי אבד זכרו, ולפי מאי שכתבתי דעכ"פ בעי דלהוי דומיא דאבידה א"ש [ולפי זה יש מקום לדון באחד שמת על מטתו ובאו עדים ואמרו שראו אחד שמת על מטתו והיה לו סימן כך וכך יש לומר דלא מהני אף לענין נחלה דזה לא דמיא לאבידה כלל וגם הרמב"ם נקט באחד שנהרג דהוי דומיא דאבידה, ועוד יש ראייה לזה מלשון הרמב"ם גבי יצחק בן מיכאל כמ"ש בשו"ת להגאון אב"ד דק"ק פוזנא צע"ג לדינא] ולפי זה מיושב היטב קושית התוספות הנ"ל דהתם גבי פלניא דהאי סימנא קטל נפשא לא הוי דומיא דאבידה כלל כיון דאין העדים מכירים אותו האיש רק על ידי הסימן יוכל להיות שיש עוד אחד והוא באחת המקומות כדרכו ומי יודע איה איפה מקום תחנותו ולא דמי לאבידה כלל ומשום הכי פשיטא ליה להגמרא דלא קטלינן ליה אבל בא"א שפיר משיאין על ידי סימן באופן הנ"ל דהוי דומיא דאבידה כנלפענ"ד נכון:

ולפ"ז מיושב לשון הרמב"ם דמשום הכי לא נקט בתחלה רק אבד זכרו לחוד כיון דמיירי אף בהכרה על ידי סימן וזה הוי דאורייתא בממון כמו שכתבתי לעיל משום הכי לא בעי רק אבד זכרו דלהוי כמו אבידה, אבל בסיפא במאי שמפרש טעם לראוהו מגויד ושאר אינך דהוי מטעמא דנפשיה והוראת בתי דיני ישראל כמו שסיים דלזה אין לנו ראייה ברורה רק מצד הסברא כמו שכתב הרמב"ם שלא החמירו רק באיסור כרת ע"כ החמיר הרמב"ם יותר דבעי ג"כ ששמעו בו שמת, ואף דברישא כללא כייל ראוהו מגויד ואינך עם סי' מ"מ יש לומר דסמך בזה על מ"ש בסיפא כנלפענ"ד הקלושה:

ולפ"ז יש לומר מה שקשה בסוגיא לפמ"ש בשו"ת חכם צבי לחלק דנהי דחיישינן לשאלה מ"מ היכא דיש לו ג"כ סימן בגופיה הוי שאלה דיחיד וכולי האי לא חיישינן והביא ראייה מדלא חיישינן לנפילה דיחיד, ולי היה קשה ע"ד מסוגיא דיבמות הנ"ל דקאמר אי לנפילה לא חיישינן ואי לפקדון כיון דשמיה כשמיה מזהר זהיר וקשה כיון דכבר קאמר

לנפילה לא חיישינן והיינו נפילה דיחיד כמו שכתבו התוספות שם למאי קאמר תו ואי לפקדון הא הוי פקדון דיחיד ובע"כ צריך לומר דבפקדון דהוי חששא יותר חיישינן אף לפקדון דיחיד, וא"כ אין ראייה לדברי החכם צבי לדמות שאלה דיחיד לנפילה דיחיד דשאלה הוי יותר דמי לפקדון מלנפילה ועיין בס' ב"מ שהעיר בזה אך לא הביא ראייה לדבריו:

(י) **ועם** סברת החכ"צ הנ"ל יש לי לפקפק על הממ"נ שהביא בשו"ת ש"י משם הגאון מוהר"ר הילמן מפראג דסי' אמצעים בגוף וסימנים מובהקים בכלים מהני לפי הוכחת מהר"ל מפראג דאי סימן לאו דאורייתא וודאי לא חיישינן לשאלה מדלא נקט ט"ע בכליו, ולפ"ד אפילו בנמצא שנים בא' יש סימן אמצעי בגופו ובאחד יש סי' מובהקים בכליו יש להתיר ג"כ משום הממ"נ אי סי' דאורייתא בע"כ הוא זה שבסימן גופו ואי סי' לאו דאורייתא לא חיישינן לשאלה הוא זה שבסי' מובהק בכליו ואפילו באחד אם מעידין העדים לפנינו אחד מעיד על סימן גופו ואחד על סימן מובהק בכליו ואין אנו יודעים אם כוונתם על גוף אחד שפיר מהני מכח הממ"נ הנ"ל, ולפי סברת החכם צבי יש לעיין בזה דמנ"ל לאפלוגי בין הלשונות כיון דאי סי' דאורייתא חיישינן לשאלה דלמא אי סימן לאו דאורייתא חיישינן ג"כ לשאלה והא דלא נקט ט"ע בכליו כהוכחת מהר"ל היינו משום דסימן בגופו ובכליו משמע דתרווייהו איתנהו וכמו שכתוב בשאלות ותשובות ואם כן בשלמא אי סימן דאורייתא מיירי גופו דארוך וגוץ דלא הוי סימן כלל וא"כ לא הוי שאלה דיחיד משום הכי חיישינן לשאלה כיון דהרבה ארוכים וגוצים יש, אבל אי סימן לאו דאורייתא מיירי סימן בגופו בסימנים אמצעים, וא"כ נהי דסימן לאו דאורייתא מ"מ לא חיישינן לשאלה דהוי שאלה דיחיד דנימא שאותו האיש שיש לו זה הסימן שאינו שכיח השאיל כליו ג"כ לאחד שיש לו סימן כמו זה וא"כ אין אנו צריכין לחלק כלל בין הלשונות בענין חשש שאלה ונהי דאם יש באחד סימן אמצעי בגופו וסימן מובהק בכליו שריא מטעם שאלה דיחיד מ"מ בשני גופים באופן שכ' לעיל אין להתיר דיש לומר דלמא סימן לאו דאורייתא ואינה מותרת על ידי הסימן אמצעי בגופו ועל ידי הסימן מובהק שבכליו של אחר ג"כ אין להתיר אותה כיון דזה אין לו סימן אמצעי בגופו תו לא הוי שאלה דיחיד ושפיר חיישינן וגם אם אין אנו יודעין אם מעידין על גוף אחד אין להתיר אותה דדלמא על ב' גופים מעידים ול"ה שאלה דיחיד, ונהי דיש לפקפק על החכם צבי בענין דימוי החששות נפילה לשאלה היינו דיש לומר דשאלה הוי חשש יותר אבל דנימא דלא חיישינן לשאלה כלל מנא ליה דלמא הוי בגדר נפילה ולדיחיד לא חיישינן ולדרבים חיישינן:

אמנם החכם צבי שדא נרגא בס' דא"כ מאי מקשה הגמרא מגט דשם הוי שאלה דיחיד ותירץ בדוחק דהגמרא ס"ל דבגט החמירו עיין שם דקשה מנא ליה להמקשן להקשות, אמנם צריכין אנו להבין כיון דבאמת ס' החכם צבי ס' נכונה וא"כ מנ"ל להוכיח מגט דלא חיישינן לשאלה כלל דלמא לעולם חיישינן רק לדיחיד לא חיישינן וא"כ מנ"ל להקשות, אך לפמ"ש (אות הקודם) דמתניתין דאין מעידין מיירי באחד שנמצא מת דהוי בגדר אבידה ואותו הנעלם מאתנו הוי ג"כ בגדר אבידה וא"כ הוי ג"כ שאלה דיחיד, וע"כ הקשה שפיר כיון דחיישינן הכא דזה שנאבד השאיל כליו לאחר שנאבד גם כן הוי שאלה דיחיד א"כ ה"ה בגט הו"ל למיחש, ולחלק בין יחיד ליחיד לא מסתבר כלל כנלענ"ד נכון דיש פנים לסברא זו:

(**יא**) **ועמ"ש** נתיישב לי לשון הרמב"ם (בפרק י"ד מהל' אבידה) שכ' חמור להחזיר אפי' בסימן מרדעת אע"פ שאינו נותן סי' רק בדבר הטפל, מה שמשנה הרמב"ם מרדעת במקום אוכף הנאמר בגמרא עיין בפירוש הרע"ב (בפרק במה בהמה) שפי' מרדעת הוא אוכף קטן ואפשר דשייך ג"כ מסקב לחמרא והוא הוא, אמנם הא קשיא דנראה מדברי הרמב"ם דאלו נותן סימן בחמור וודאי מהדרינן ליה האוכף ולא צריך קרא רק כיון דהאוכף הוי טפל לחמור, ולכאורה לא מבעיא ללישנא דחיישינן לשאלה רק משום דאיכפא מסקב לחמרא א"כ לגבי אוכף בסימן חמור דלא שייך זה דוודאי השואל שצריך החמור לצרכיו לא יחוס ליתן עליו אוכף שלו אלא אפילו אי לא חיישינן לשאלה או דנימא דאף חמרא בלא אוכף לא משאלי אינשי אף דנראה לי דוחק ועיין בש"מ בשם הר"ח פי' מסקב לחמרא מכל מקום בפשטא דשמעתא נראה דלהכי צריך חמור בסימן אוכף דלא ניחוש לשאלה, וא"כ אין חילוק בין נותן הסימן בדבר הטפל או בדבר העיקר דאי הוי חיישינן לשאלה אף אוכף בסימן החמור לא הוי מהדרינן, ולפמ"ש נראה ד"ל דלפי מאי שהעליתי לעיל (אות ז') דמשום הכי חזר רבא מלילף סי' משמלה רק מוהיה עמך משום דהיה קשה לו דאי ילפינן משמלה מוכח דהוי סברא חיצונה ואפילו באיסור וכיון דמוכח לשיטת רבא דלא עבדינן תקנתא בשטרות א"כ מוכח דלא חיישינן לשאלה וקשה ממתני' דיבמות ע"כ קאמר דנפקא מוהיה עמך ואיסורא מממונא לא ילפינן, ולכאורה קשה על זה לפמ"ש לעיל (אות ו') לפרש בקושיית הגמרא חמור בסימן אוכף ה"מ ניחוש לשאלה דלמא לענין חשש שאלה דגלי רחמנא להדיא בממונא דלא חיישינן איסורא מממונא לא ילפינן ומש"ה באיסור חיישינן לשאלה, וכתבתי ליישב דקושית הגמרא קאי לשיטת הבעל האבעיא דרוצה להוכיח סי' לענין איסורא משמלה כיון דהוי סברא חיצונה וקשה ליה שפיר כיון דבע"כ צריכת לחלק בענין החששות בין איסורא

לממונא א"כ מנ"ל להוכיח דסי' הוי סברא חיצונה דלא הוי חששא כלל לסימן כסי' דלמא לא הוי רק בגדר חששא דשאלה, ומשום הכי בממונא מהני ולא באיסורא (ויש לפלפל בזה דלפ"ז מנא ליה דחמור אתי לסימן אוכף דלמא אתי לסימן דגופיה וקשה על התנא דמתניתין, רק דיש לומר כיון דבלא זה הוי ידעינן סי' משמלה רק דהוה אמינא דאפילו באיסורא מהני אין סברא לומר דחמור אתי לאורויי דלא מהני רק בממונא ולא באיסורא, דלפי זה לא הוי חמור חוזר לגופיה ודוק] רק דלפי זה קשה על התרצן דמשני אוכפא לא משאלי כלל מ"מ עדיין כיון דצריך קרא להשמיענו דלא ניחוש לשאלה באוכף בע"כ דמסברא חיצונה הוי חיישינן וא"כ דלמא איסורא מממונא לא ילפינן וא"כ עדיין הקושיא דלמא סי' שקולים עם חששא דשאלה, ואף דיש לומר איזהו סברא דלא הוי רק גילוי מלתא לענין זה דאוכפי ל"מ אינשי ושפיר ילפינן איסורא מיניה מ"מ לרבא קשה כיון דס"ס צריך לחלק בין ממונא לאיסורא למה לי' למילף מוהיה עמך לילף משמלה לענין ממונא כיון דסבירא ליה דלא חיישינן לשאלה כלל כדמוכח מחפיסה וע"כ דהיינו מדרשא דחמור וא"כ י"ל דהיינו בממון ולא באיסורא ומשום הכי לא מצי למילף מס' סי' משמלה רק בממונא ולא באיסור:.

אבל לפי מה שכתב הרמב"ם אתי שפיר דלכאורה צריך להבין טעמו של הרמב"ם דמאי גריעותא היא זו מה שנותן סימן בדבר הטפל וצריך לומר לפענ"ד דהוי ריעותא כיון שאינו יודע סימן בעיקר הדבר איכא למיחש לרמאי דאלו היה שלו יותר היה לו לידע סימן בעיקר הדבר, וא"כ לכאורה זה לא שייך רק בממון דחיישינן לרמאי אבל באיסורא דלא חיישינן לרמאי לא שייך האי דינא כלל, וחששא דשאלה היינו שמא שכח וכמ"ש הטור שהבאתי לעיל (אות ז') ועיין לעיל בתו' בסוגיא דרבה בר בר חנה אירכס ליה גיטא, וע"כ הוכרח רבא שפיר למילף מוהיה עמך דליכא למימר דהילפותא הוי משמלה, דא"כ אף באיסורא נימא הכי כיון דהוי סברא חיצונה ולית לן מידי למיתלי האי סברא דלהוי דוקא בממונא ולא באיסורא ואדרבה בממונא הוי רבותא יותר דיותר יש לחוש לרמאי בממונא מבאיסורא ודוק היטב בזה, וגם אין לדמות החששות כלל דהיינו חשש רמאי לחשש סי' שוים, דבשלמא שאלה שפיר מצינן לדמויי דהוי מקריות דומים משא"כ חשש רמאי יש לומר דלא נחשדו ישראל כל כך לומר שראה דבר אצל חבירו בכוון לדעת הסימן ע"כ אין זה ענין לחששא דסי' ואי ילפינן משמלה שפיר הוי אף לענין איסורא:

(**יב**) **ועמ"ש** נתיישב לי לפי זה שיטת הגאון מהר"ל דלא חיישינן לשאלה לשיטת הטור וש"פ ולכאורה יש להוכיח דס"ל להטור דחיישינן לשאלה מהא שכ' הטור (בסימן ל"ח) באה"ע המקדש אשה על מנת שיש לו מאתים זוז אם יש עדים שיש לו מאתים זוז הרי

זו מקודשת וכתב הב"י בשם הר"ן ומיהו כל שבידו חזקה שהוא שלו ואע"ג שאין ידוע בעדים שהוא שלו ורבינו שהצריך עדים שהוא שלו חולק על הר"ן, ובלמדי הר"ן הנ"ל במסכת קידושין נתקשיתי למה באמת לא ניחוש לשאלה לחומרא אם קבלה קידושין מאחר כמו דחיישינן בעגונה ולא ידעתי מקום לחלק, ולחלק בין נמצא ביד חי או אצל מת לא נהירא לי כלל כיון דהכלים היו עליו בחיים ואי מחזיקנן לוודאי גמור שכל מאי שתחת ידו הוא שלו אפילו להקל א"כ ה"נ נימא כן אלא בע"כ דל"מ לוודאי גמור רק דאין אנו יכולים להוציא מה שתחת ידי אדם מחזקתו ע"כ זה מהני כשאנו באים לדון על הממון אבל לא על המסתעף מדבר זה אם הממון שלו או לא כיון דס"ס לא הוי וודאי שהממון שלו, וכבר כתבתי במקום אחר ליישב ע"ז מה שמקשין למה לא נימא חזקה מה שתחת ידו הוא שלו דהחזקה לא מהני רק לענין הממון בעצמו כיון דלא הוי בירור גמור והבאתי ראיה לזה מתוספות בכורות פ"ג ועכשיו מצאתי להדיא כן בתוספות יבמות (קט"ז) דאף דמחזקינן השטר ביד המחזיקו אפילו הכי לא מצי לגבות וע"כ דה"ט דלא הוי בירור גמור וכמו כל החזקות דהיינו חזקת הגוף או חזקת פנויה בע"כ דהוי מטעם גזירת הכתוב להעמיד הדבר על חזקתו אבל לא מטעם בירור ומלבד דמצד הסברא לא מסתבר דנימא כיון שהיא פנוי' לא נפלו הקידושין קרוב לה או בשאר הספיקות במקום דאיכא חזקה וגם הבאתי לפענ"ד ראייה ברורה לזה מהא דמעמידין בתרי ותרי על החזקה וקשה כיון דתרי כמאה וחזקה וודאי דלא עדיף מעדים א"כ כמו דעדים יתירים לא מהני אף חזקה לא תהני וכעין שכתבו התוס' סברא זו בכתובות לענין מגו אלא ע"כ דחזקה שאני דכך גזרה התורה להעמיד כ"ד המסתפק על חזקתו ולדון עליו כמו וודאי וכמו שגזרה התורה כעין זה בס' טומאה ברשות היחיד לדון כמו וודאי הכי נמי גזרה בכה"ת היכא דאיכא חזקה, וא"כ בשלמא עדים יתירים לא מהני כיון דהעדים באים לברר הדבר וע"כ אמרינן תרי כמאה, אבל להעמיד על החזקה אמרינן דהדבר נשאר בספק רק דכך גזרה התורה להעמיד כל ספק על חזקתו ולדון עליו כמו וודאי:

וע"פ סברא זו קשה לי עמ"ש הגאון בעל סדרי טהרה (סי' קפ"ה) לדמות לפי מאי שכתב המהרש"א דבתרי ותרי מהני ברי שלה נגד החזקה ה"ה בהוחזקה נדה בשכנותיה, ולפענ"ד נ"ל במחכ"ת דלא דמי דהך חזקה דתרי ותרי נשאר הדבר בספק, ע"כ שפיר תוכל לומר ברי כיון דסוף סוף הדבר ספק רק דכך גזרה התורה למי שיסתפק להעמיד הדבר על חזקתו אבל כיון שהיא אומרת ברי ואין לה ספק כלל שפיר מהני אבל בהוחזקה נדה דאדרבה בתחלה היתה בחזקת טהרה רק אח"כ הוחזקה נדה ובאנו לדון ע"ז דמאי שנתחזקה הוי וודאי גמור שהיא נדה ושפיר יש לומר דלא מהני ברי שלה, דאמרינן

שוודאי משקרת (שוב ראיתי שהוא בעצמו כתב שם ואפשר לחלק עיין שם] והא וודאי דאין ענין כל החוקות דומים וכמו חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו דמהני אף בממון ורוב לא מהני ובע"כ דהך חזקה שאני דקים להו לרבנן דהכי הוא [ועיין במהרי"ק (שורש ע"ב דף מ"ט) סוף עמוד שכתב להדיא חילוק זה] וכד דייקינן בלישנא היכא דאמרינן העמידנו על חזקתו כגון חזקת פנויה אשתכח דחזקה הוי בירור גמור דהא היתה פנויה וודאית רק דעכשיו מה שמעמידין על החזקה זהו מתורת ספק וכמו שכתבתי לעיל, א"כ מוכח ממילא דהיכא דאמרינן חזקה הוי בירור גמור וה"נ הוחזקה נדה יש לומר דהוי בירור גמור כן נלפענ"ד נכון וברור ת"ל וכבר כ' בזה בסוגיא דתרי ותרי ועיין שם בפ"י, העולה דבע"כ איכא חזקות דלא הוי בירור גמור ומשום הכי יש לומר דחיישינן לשאלה ומנ"ל דמחזקינן לבירור גמור דמאי שתחת ידו הוא שלו וכמו כאן דחיישינן לשאלה:

וכשזכיתי ללמוד שיטת הפוסקים בסוגיא זו היה נלפענ"ד דבאמת בזה מחולקין הטור והר"ן דהר"ן לשיטתו דסובר להלכה פסוקה דאליבא דאמת לא חיישינן לשאלה כלל וכמ"ש הב"י בשמו משום הכי פסק בקידושין שפיר דלא חיישינן לשאלה אבל הטור לפי מה שפירש הבית יוסף בשיטתו דפסק דחיישינן לשאלה משום הכי בעי דוקא עדים שהוא שלו, ובאמת תמהתי על הב"ח והב"ש שעמדו בזה בשיטת הב"י דחיישינן לשאלה ובזה השיגו על הבית יוסף במאי שעשה מחלוקת בין הטור להר"ן בענין קידושין ורצו להשוותם דגם הטור סובר בזה כהר"ן ולפע"ד לפי שיטתם מחלוקת ישינה הוא בין הטור להר"ן דהר"ן לשיטתו כתב שפיר דלא חיישינן לשאלה אבל לשיטת הטור דחיישינן לשאלה הכי נמי חיישינן וצ"ע עליהם, עכ"פ לפירוש הבית יוסף בטור מוכח מדבעי עדים שהמעות שלו דחיישינן לשאלה ותיקשי לשיטת הגאון מהר"ל דסבירא ליה דלשיטת הטור לא חיישינן לשאלה, אבל לפי מאי שהעליתי לעיל (אות ז') בשיטת הטור לחלק בין עגונה לגט דמשום עגונה הקילו אתי שפיר דהכא חייש לשאלה דלא שייך לומר משום עגונה הקילו:

ועוד נראה לפענ"ד לפי מ"ש לעיל (אות י') דהכא הוי שאלה דיחיד דנימא זה האיש הנעלם מאתנו ואבד זכרו השאיל כליו לאיש הנהרג בדרך וכדומה דהוי ג"כ דרך אבידה א"כ יש לומר שפיר דע"כ לא חיישינן להטור לשאלה משום הוכחת הגאון מהר"ל רק כמו הכא דהוי שאלה דיחיד אבל לשאלה דרבים שפיר חיישינן, וקצת יש להביא ראייה מדכתב רחמנא חמור בסי' אוכף וסובר כפי' הפשוט דקמ"ל דלא חיישינן לשאלה וא"כ כיון דאיכא סברא דאוכפא לא משאלי מוכח דבשאר כלים חייש ולפי הוכחת מהר"ל

מוכח דלא חיישינן, א"ו לחלק דהתם גבי חמור הוי שאלה דרבים משום הכי חייש ועל כן כתב שפיר בקידושין דבעי עדים שהמעות שלו דשם הוי שאלה דרבים:

אחר כותבי דברים הנ"ל הקרה ד' לפני והצצתי בס' ב"מ בצלעות הבית (בסימן ח') דרך מקרה וראיתי שהקשה הקושיא הנ"ל דלמה לא נימא דמגו לא מהני כעדים רק הוי מלתא באפי נפשיה וכמו חזקה דמהני בתרי ותרי ועיין שם ומתוך הקושיא הנ"ל השיג ג"כ על הגהת רמ"א (סימן רס"ז) שכתב בעדים ועדים וסי'. דסי' לגבי עדים לאו כלום והקשה ג"כ כיון דסי' מוציאין מחזקת א"א א"כ עדיפא סימנים מובהקין מחזקה א"כ נימא אוקי תרי להדי תרי ונימא דאוקי מלתא אסי', ולפענ"ד נראה ברור דלא קשה מידי כמו שכתבתי לעיל דבשלמא חזקה דכך גזרה התורה דדבר הנשאר בספק נעמיד על חזקתו ולדון עליו כמו וודאי שפיר מצינן למימר בתרי ותרי שנשאר הדבר גם כן בספק להעמיד על חזקתו, ולא שייך לומר דחזקה לא עדיף מב' עדים דוודאי אי הוי אמרינן דהחזקה תברר לן הספק וודאי היה שייך לומר כן אבל אנן אמרינן באמת דהדבר נשאר בספק רק דכך גזרה התורה להעמיד כ"ד ספק על חזקתו, אבל מגו דאמרינן להאמין שהוא נאמן ונחליט הדבר מכח מיגו שלו בזה שפיר אמרינן דהיאך אפשר להחליט הדבר כיון שיש עדים כנגדו וכן בסי' שייך ג"כ לומר כן דסימן הוא בירור הדבר והיאך אפשר להחליט נגד עדים וכבר כתבתי בסוגיא דתרי ותרי ראייה לזה מרשב"א כתובות ורשב"א חולין, ומצד הסברא גם כן אי אפשר לומר בשום ענין דסמכינן על החזקה מצד בירור דאטו כיון דסוקלין ושורפין על החזקה משום הכי אם אמרינן בתרי ותרי אוקי אחזקה אטו נפסלו העדים האומרים נגד החזקה א"ו דלאו מטעם בירור הוא דק כמ"ש שכך גזרה התורה, ונ"מ טובא לדינא במ"ש דבתרי ותרי ורוב כיון דרוב הוי ג"כ מטעם בירור י"ל דלא מהני וכן בתרי ותרי נגד חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו י"ל ג"כ דלא מהני החזקה כיון דשם הוי החזקה מטעם בירור כן נראה לפי עניית דעתי ברור [וע' כתובות (כ"ב תו' ד"ה תרי ותרי) במ"ש דאם הוא עבד מעולם לא היה לו חזקה ולכאורה קשה ע"ד למה לא מהני מטעם רוב דוודאי רוב אינם עבדים ולפי מאי שכתבתי ניחא דרובא לא מהני בתרי ותרי כן נראה לי לפום רהיטא מוכח מדבריהם)]:

(**יג**) **נחזור** אל הראשונות דלפמ"ש לעיל (אות ז') להוכיח מרבא דלח חיישינן לשאלה דמשום הכי צריך למילף סי' מוהיה עמך כי היכי דלא נילף איסורא מממונא ורציתי להסכים כן עפ"י שיטת הרמב"ם וקשה לי על זה ממה שכתב בהלכות נחלות אם יש לו סימן בגופו מדדקדק בגופו משמע לכאורה דבכליו חיישינן לשאלה, ואמרתי ליישב דקדוק זה דרך פלפול דלפי מאי שכתב הה"מ בהלכות אבידה דמשום הכי פסק הרמב"ם

סי' דאורייתא מדקאמר רבא את"ל ס"ד וקשה לכאורה דנהי דהחליטו הגאונים דאת"ל הוי פשיטות בכל מקום מכל מקום הכא גרע כיון דכבר פשט רבא דסי' דאורייתא למה קאמר בסוף אם תימצי לומר כיון דנימא דאת"ל הוי גם כן פשיטות הא כבר פשט ליה א"ו משמע דהדר ביה משום דאיכא למימר כדשנין וכדעת שאר פוסקים ולפע"ד שזה טעמם דמשום הכי לא פסקו כאת"ל דרבא, והיה נראה לי ליישב לשיטת הרמב"ם לפי מאי שכתבתי לעיל דלשיטת רבא דלא סבירא ליה לעשות תקנה בשטרות מוכח דלא חיישינן לשאלה ומשום הכי צריך לחלק בין איסור לממון מכח מתניתין דיבמות וכיון דבאמת לא ברירא ליה לרבא הא מלתא ע"כ קאמר אם תימצי לומר וכשיטת הגאונים דהיינו דזה פשיטא ליה מצד הסברא דסי' דאורייתא רק שאין ראייה לזה משום דאיכא למימר כדשנין ונ"מ בזה דכיון דאמרינן דא"ל כדשנין בע"כ צ"ל כתירוץ הרא"ש דשייך תקנה בשטרות ולפי זה יש לומר דחיישינן לשאלה ולפי זה יש לומר דסימנים דאורייתא אף באיסורא ולא קשיא ממתניתין דיבמות דיש לומר דחיישינן לשאלה ומש"ה פסק הרמב"ם שפיר דבממון סי' דאורייתא ובאיסורא לאו דאורייתא רק כיון די"ל דאף באיסור סימנים דאורייתא ואז מוכרח דחיישינן לשאלה משום הכי פסק דבעי דווקא סי' בגופו אפילו לענין ממון דדלמא חיישינן לשאלה ועיין היטב:

(**יד**) **והנה** כבר כתבתי לעיל (אות ו') הוכחה לדברי הנ"ל דבהוא"א דהוי ילפינן סי' משמלה מוכח דהוי מסברא חיצונה דאל"כ מנ"ל אף היכא דאיכא חזקת א"א וכן שמעתי שהקשה הגאון אב"ד יצ"ו הקושיא מכח חזקת א"א לחותנו הגאון מפראג והוא בכתיבה בספרו צל"ח על ברכות, אך מלבד זה ק"ל אהא דאמרינן לעיל רבה בר בר חנה אירכס ליה גיטא ולא ידע אי משום ט"ע אי משום סי', עיין לעיל בסוגיא דשיירות מצויות וקשה לן מנ"ל להאמין ע"א בדבר שבערוה ואתחזק איסורא אף שהוא צורבא מרבנן דלענין זה לא מצינו חילוק בין צורבא מרבנן לאדם אחר ואלו אמר צורבא מרבנן עדות על אשה שנתגרשה מבעלה מעולם לא שמענו שיהיה נאמן והא על פי שני עדים יקום דבר כתיב (ועיין יבמות (ק"א ע"ב) כגון ר' פלוני מרענא שטרא אפומיה] וא"כ קשה למה נאמן לומר שמכירו בט"ע ועיין במ"מ (פ"ג מהלכות גירושין) בדין מצאו בחפיסה שכתב שם בשם הרמב"ן דע"א נאמן באיסורין וקשה ג"כ עליו הא הוי דבר שבערוה ואתחזק איסורא כדמקשה הגמרא ריש גיטין:

והיה נראה לי לומר דבגט לא שייך לומר אתחזק איסורא כיון דאין אנו דנין על כשרות הגט בעצמו כמו התם בגיטין רק אנו דנין אם זה הגט הנאבד או לא וכיון דד"ת לסמוך על סי' כבר נתברר על ידי סימן שזהו הגט ואין כאן ספק ותו לא מהני חזקת א"א אם נתגרשה

אחר כך עיין בר"ן גיטין (דף ס"ד) בסוגיא דשליש מ"ש כעין זה בשם הרמב"ן באומר לשלוחו צא וקדש לי אשה ובמה שהשיג עליו] ומכל שכן לפי מאי שהמתקתי לעיל ענין העמידנה על חזקתה דלא הוי רק בדבר העומד בספיקא גזרה התורה שיהא הדבר עומד בספק ולדון בו תורת וודאי וא"כ דהחזקה לא מהני לענין בירור הדבר שפיר יש לומר דלא אמרינן חזקה רק אם תיכף ע"ד שאנו דנין שייך החזקה, וכעין זה כתב הרא"ם בשאלות ותשובות ליישב מה שקשה בריש נדה דאמרינן העמד אשה על חזקתה וקשה למה לא נימא העמיד טהרות על חזקתן וכן הקשה המהר"ם לובלין ותירץ הרא"ם דהחזקה צריך להיות בדבר שנולד הספק, אך לפי זה קשה מאי מקשה הגמרא מאין מעידין הא התם הוי נגד חזקת א"א דתיכף שאומרין לסמוך על הסי' היא מותרת, ולולי דמסתפינא הייתי אומר דעדיין יש לחלק ולומר דהא מה שאנו דנין על הסי' היינו אם זהו בעלה או לא וזה אינו מתירה רק מחמת שזה שאנו דנין עליו הוא מת אם כן עדיין דבר זה שאנו דנין עליו לא בא להוציאה מחזקה אבל ענין כשרות הגט הוי תיכף להוציאה מחזקה וצ"ע גדול בסברא זו, ולפי זה היה גם כן מיושב קושית התוספות בחולין גבי פלניא קטל נפשיה דשם באים תיכף הסימנים להוציא מחזקה דתיכף אנו דנין מי שיש בו זה הסי' הרג ומוציאין אותו בזה תיכף מחזקת כשרות אבל הכא לא באנו לדון רק מי שיש לו זה הסימן הוא בעלה של פלונית ובזה אינה מותרת עדיין רק אח"כ על ידי שהעידו שזה הגוף נמצא מת וצריך להמתיק מאוד סברא זו (ועיין ברי"ף יבמות (פרק החולץ) גבי ואשתמודעינהו דאחוה דמיתנא הוא עיין שם במ"ש דאמלתא בעלמא קמסהדי וכו' נ"ל ראיה לסברא זו]:

אמנם מלבד התוספות בחולין הנ"ל מוכרח דלית להו לתוספות סברת הרא"ם מדתירצו ריש חולין דמוכח רובא וחזקה רובא עדיף מפרה אדומה מדלא אמרינן העמיד טמא ע"ח, ולפי סברת הרא"ם הנ"ל נראה דלא שייך בזה לומר העמיד טמא ע"ח דלהוי חזקת טומאה כיון דהספק הוא בפרה [ובריש נדה דאמרינן העמיד טמא על חזקתו והספק הוא במקוה היה נראה לי דזה לא מהני רק דלהוי תרתי לריעותא עיין שם היטב כך רשום בזכרוני מעת למדי הסוגיא התם לפום רהיטא שוב ראיתי בהרא"ם שכתב בעצמו סברא זו דלא מהני רק דלהוי תרתי לריעותא וראיתי בפני יהושע במסכת קידושין בסוגיא דקדשה אביה בדרך שכוון לסברת הרא"ם והעיר מזה לתוספות חולין הנ"ל במ"ש העמיד טמא על חזקתו נגד חזקת הפרה ותהלה לאל שכוונתי לדעתו הגדולה]:

ובאמת צריך עיון לשיטת התוספות הקושיא הנ"ל דהא מוכח דסימנים לא מהני להוציא מחזקה מדאיתא סוף הסוגיא סי' ועדים ינתן לבעל עדים ואיתא להדיא בש"ע דאפילו

עדי אריגה וסי' נותנים לבעל עדים וקשה למה לא נימא דבע"כ מכרה לבעל הסי' א"ו מוכח דסי' אינם מוציאים מחזקת מרא קמא וא"כ למה יוציאו סי' מחזקת א"א, ולומר דדייקא ומנסבא מרעא לחזקת א"א וכן שמעתי שרצה לתרץ אמו"ר הגאון נ"י לא עמדתי עדיין על בירור הדברים כי לפע"ד לא דמי כלל לשאר מקומות דאמרינן דייקא, [עיין שאלות ותשובות חמדת שלמה חלק אה"ע תק"ע סימן כ"ג] ועם הסברא הנ"ל יש לומר הא דנקט רש"י נפקא מינה לגט אשה שנאבד מן השליח ומקשין למה לא כתב רש"י שנאבד מן האשה דהיינו שאין אנו יודעים זה רק ע"י שאומרת סימן, ולפי מאי שכתבתי ניחא דממ"נ אם הבעל בפנינו יש לומר כסברת הרא"ש דאפילו אי סי' לאו דאורייתא מותרת משום חזקה אין אשה מעיזה ואם אין הבעל בפנינו יש לומר דהוי תיכף נגד חזקת א"א כיון דאנו אמרינן על ידי הסימנים שזה הגט נאבד ממנה א"כ מיד היא יוצאת מחזקת א"א על ידי סימן ועדיין כל זה צריך עיון גדול אצלי, ועוד היה נראה לי דיש לומר דמשום הכי לא נקט רש"י לגבי אשה דרש"י רצה לנקוט דומיא דקושית הגמרא מאין מעידין ולגבי גט שנפל מן האשה לא מוכח רק דלא חיישינן לרמאי דכיון דלא חיישינן לרמאי וכבר היה לה גט כזה לו יהיה שזה הנמצא הוא אחר אין כאן חשש דס"ס שריא ולפי זה לא היה קשה קושית הגמרא דהתם חיישינן לסי' שוים ודלמא אתרמי עוד אחר עם אותן הסימנים ובעלה של זו חי ואע"פ דמ"מ היה קשה כיון דילפינן איסור מממון וגבי מציאה מוכח דלא חיישינן לשוים מדלא חיישינן דלמא מאחר נפל מ"מ השתא אתי שפיר טפי ותו דהוי מצי למימר נהי דילפינן איסור מממון לענין חשש רמאי אף דאיסור חמור מממון מכל מקום לענין חשש רמאי יותר איכא למיחש לגבי ממונא והא ראייה דעד אחד נאמן באיסורים אבל לענין חששא דשוים שפיר יש לומר דלא ילפינן ע"כ פירש רש"י לאהדורי לשליח מוכח דילפינן לגמרי איסור מממון על כן הקשה הגמרא שפיר:

(טו) **בד"א** היה נראה לפי עניית דעתי ליישב דברי הרמב"ם הנ"ל במ"ש דלהכי כ' רחמנא חמור אע"פ שאינו נותן סי' רק בדבר הטפל וכמו שהקשיתי לעיל (אות י"א) עליו למה לא נקט חששא דשאלה, והיה נראה לי דלפמש"ל (אות הנ"ל) בשיטת הרמב"ם לחלק בין איסור לממון וכמו שנראה משיטת הה"מ וקשה לפי זה הדרא קושית הגאון מהר"ל מפראג לדוכתיה כיון דאיסור מממון לא ילפינן וכיון דגלי רחמנא בממון דלא ניחוש לשאלה ואיסור לא ילפינן מיניה מוכח דבאיסור חיישינן א"כ קשה למה נקט סי' בכליו לאשמעינן ט"ע בכליו לא מהני משום שאלה, ואף דהגאון לא הקשה רק אי סי' דרבנן דאי סימנים דאורייתא יש לומר דאין חילוק בין סימן לט"ע וכמ"ש הגאון זה אינו רק לשיטת הפוסקים דאי סי' דאורייתא אין חילוק בין איסור לממון אבל לפי מאי

שכתבתי בשיטת הרמב"ם לחלק בין איסור לממון דבאיסור סימנים לאו דאורייתא הדרא הקושיא לדוכתיה כיון דסימנים לאו דאורייתא באיסור ליתני ט"ע בכליו דהוי רבותא טפי א"ו מוכח דלא חיישינן לשאלה וקשה מנא ליה כיון דהוצרך רחמנא להורות בממון דלא ניחוש לשאלה מוכח דהסברא חיצונה הוי דניחוש לשאלה וא"כ מנא ליה דלא חיישינן באיסור לשאלה, וע"כ כ' הרמב"ם שפיר דבאמת חמור לא אתי לאורויי דלא ניחוש לשאלה דיש לומר דזה סברא חיצונה דלא חיישינן לשאלה ואפילו גבי איסור רק דהילפותא דחמור אתי לאורויי אף שאינו נותן סימן רק בדבר הטפל ואיכא למיחש לרמאי וכמו שכתבתי לעיל דזהו ריעותא שאינו יודע סי' בדבר העיקר [בפרט לפי מאי דמשמע מדברי הרמב"ם דסתם בהמה יש בו סי' עיין שם ויש להביא קצת ראייה לזה מתוספות יבמות שכתבו שם דקושית הגמרא קאי היכי ילפינן מחמור להחזיר בסימן אוכף ניחוש לשאלה וכן משמע לשון הגמרא ולכאורה כיון דמקרא ילפינן הו"ל להקשות להיפך ומי חיישינן לשאלה הא מהדרינן חמור בסי' אוכף ולמ"ש אתי שפיר דקרא לאו להכי אתי רק דממילא מוכח דאין לו מציאות להילפותא אי חיישינן לשאלה ודוק היטב]:

וכיון שזכינו לדין יש לנו ראייה נכונה לשיטת מהר"ל מפראג הנ"ל דלכאורה דחוק מאוד לומר דחמור אתי למהדר בסי' אוכף וכתירוץ הגמרא דאוכפא לא משאלי אינשי דקשה ממ"נ אם זהו סברא חיצונה דאוכפא ל"מ אינשי למה לי קרא, ולומר דקרא אתי לאורויי לן דאוכפא ל"מ אינשי והיינו כיון דעכ"פ לא שכיח דמושלי לא ניחוש לשאלה קשה ג"כ אטו אוכף כתיב בקרא ובוודאי דאיכא למטעי ולומר דלא חיישינן לשאלה כלל ובוודאי שערי התירוצים והדחיות לא ננעלו אמנם בפשטות הוא דחוק דלא נתנה התורה גדר לזה מה דלא מושלי, וגם לישנא דגמרא אמרי אוכף לא משאלי אינשי משמע דהוי סברא חיצונה וקשה קרא למה לי, והנה לשיטת הרמב"ם הנ"ל אתי שפיר דהקרא לא אתי לאורויי רק דלא חיישינן לרמאי אף דאיכא ריעותא דא"י סי' בדבר העיקר רק דקושיית הגמרא הוא דס"ס דין זה אין לו מציאות כיון דחיישינן לשאלה וע"כ תירץ הגמרא שפיר אוכפא לא משאלי אינשי היינו דבאמת זהו סברא חיצונה דבכלים דלא מושלי לא חיישינן לשאלה וזה לא הוצרך התורה להשמיענו רק דקמ"ל דבאותן כלים דלא חיישינן לשאלה מהדרינן אף שנותן סי' בדבר הטפל ולא חיישינן לרמאי (ובזה ניחא לי גם כן במאי שפירשתי לעיל (אות ג') דברי התו' ביבמות דהמקשן לא אסיק אדעתיה דנקט קשור בכיס לאשמעינן דלא חיישינן לשאלה דלא אסיק אדעתיה כלל חששא דשאלה וכמ"ש ג"כ בשאלות ותשובות ש"י וקשה וכי לא ידע קרא דחמור דאתי לסי' אוכף וא"כ מוכח עכ"פ דהוי רבותא דלא חיישינן לשאלה וכ"ר מי שהקשה כן,

ולפי מאי שכתבתי אתי שפיר דהיה סובר דלעולם לא אתי לאורויי דלא חיישינן לשאלה רק לאפוקי דלא ניחש לרמאי כנ"ל כיון דאינו נותן סי' בדבר העיקר]:

והנה לכאורה נראה לי דסברת הרמב"ם לא שייך רק אי אמרינן סי' דאורייתא ונותן סי' באוכף ולא בחמור שפיר הוי ריעותא וע"כ הוצרך קרא להשמיענו דלא חיישינן לרמאי בכה"ג כיון דיותר היה לו לידע סי' בהחמור מהאוכף, אבל אי סי' לאו דאורייתא ומיירי שיש לו עדים על האוכף וודאי לא מסתבר כלל לומר דהו"א כיון שיש לו עדים על האוכף ולא על החמור דהוי ריעותא וניחוש לרמאי חדא דהא יש עדים שהאוכף שלו ומה רמאות שייך ועוד דלא הוי ריעותא דדלמא יש לו עדים רק על האוכף ולא על החמור, ואף אם נותן סימן מובהק על האוכף דמהני אף אי סי' לאו דאורייתא כל מקום נראה דלא הוי ריעותא בשלמא סימן אמצעי היה לו ליתן בהחמור כיון דסתם בהמה יש לה סי' וכמו שכתבתי לעיל, אבל סי' מובהק יש לומר דלמא אין לו סימן מובהק רק בהאוכף ולא בחמור וכיון דלא שייך סברת הרמב"ם הנ"ל בע"כ צריך לומר דקרא אתי לאורויי דלא ניחש לשאלה וכבר כתבתי דאי קרא אתי לאורויי דלא חיישינן לשאלה דחוק מאוד לומר דאתי לאורויי דדוקא באוכף לא חיישינן לשאלה כיון דאין לנו הכרח לזה הדוחק דאי סי' דאורייתא לא צריך לדחוקי בזה ויש לומר דמעולם לא עלה על דעת הגמרא לדחוקי בכך רק הא דמשני אוכף לא משאלי אינשי היינו דזהו סברא חיצונה רק דקרא אתי לאורויי דלא ניחש לרמאי אבל אי סי' לאו דאורייתא דליכא למימר הכי אלא דקרא אתי לאורויי דלא חיישינן לשאלה וכיון דקרא להכי אתי מוכח שפיר דלא חיישינן לשאלה כלל, דדוחק לומר דקרא אתי דווקא לאוכף ומשום דלא משאלי ליה וכמו שכתבתי לעיל וזה נראה לפי עניית דעתי ישר ונכון מאוד, ולפי הסברא הנ"ל מוכח ממילא כשיטת הה"מ דהרמב"ם סובר סימנים דאורייתא מדנקט דחמור אתי לאורי' אע"פ שאינו נותן סימן רק בדבר הטפל ולפי מאי שכתבתי לא הוי זהו רבותא רק בסי' אוכף, אבל בעידי אוכף לא הוי רבותא כלל א"כ מוכח דסובר הרמב"ם סי' דאורייתא בממון וכמו שכתבתי לעיל, כל זה לסברת הרמב"ם הנ"ל דחמור אתי לאורויי לדבר הטפל יש לומר הוכחה הנ"ל לשיטת מהר"ל אבל בלא סברת הרמב"ם הנ"ל יש לומר אף אי סי' לאו דאורייתא חיישינן לשאלה וקרא אתי לאורויי דבאוכף לא חיישינן לשאלה וכמו דאמרינן לסברת סי' דאורייתא:

(**טז**) **והיה** נראה לי להוכיח בלא שיטת הרמב"ם הנ"ל גם כן שיטת מהר"ל ע"פ קושיית המפרשים הנ"ל דאיסורא מממונא לא ילפינן וכן הוא בהגהות מרדכי ועיין שם מה שתירץ ולפי שיטת מהר"ל יש לומר דהבעל אבעיא הוכיח דבע"כ ילפינן בענין זה איסורא

מממונא וכתירוץ הגהות מרדכי דהיה קשה לו אי נימא דסי' לגבי איסור ל"מ תיקשי קושית הגאון מהר"ל למה לא נקט ט"ע בכליו, כיון דסי' לגבי איסור לאו דאורייתא הוי ליה לאשמעינן רבותא דאפילו ט"ע ל"מ ובע"כ מוכח דלא חיישינן לשאלה גבי איסור וקשה מנא ליה דאדרבה נימא מדגלי לן רחמנא בממון דלא חיישינן מדמהדרינן חמור בסי' אוכף מוכח דבאיסור חיישינן א"ו דלענין זה ילפינן איסור מממון ע"כ שפיר יש להסתפק דאי סי' דאוריית' ילפינן ג"כ לענין סי' איסור מממון, אבל לשיטת הרמב"ם נסתר זה דתקשי אדרבה לוכח דבממון סי' דאורייתא וקרא דחמור אתו לאורויי דלא ניחש לרמאי ובאיסור סי' לאו דאורייתא ולשאלה לא חיישינן מסברא חיצונה ואתיא מתניתין דיבמות שפיר, אבל לפמ"ש לעיל (אות י"א) בשיטת הרמב"ם דאי ילפינן משמלה מוכח דהוי מסברא חיצונה וע"כ אין חילוק בין איסור לממון אתיא הכל שפיר:

ולפ"מ שישבתי קושית הגהות מרדכי הנ"ל יש לומר ג"כ השינוי סוגיא מכאן ליבמות דמשום הכי חזר כאן הגמרא תיכף מתירוץ אוכפא לא משאלי אינשי, דהנה הב"ש כתב לדחות ראיית הגאון מהר"ל דיש לומר דמתניתין מיירי אפילו בכלים דלא מושלי ומשום הכי לא נקט ט"ע בכליו וראיתי שהגאון מהר"ל בעצמו הרגיש בזה והאריך בשאלות ותשובות שלו ולפי זה יש לומר דמשום הכי הדר ביה משום דאי נימא דאוכפא לא משאלי בע"כ דצריכין לחלק בין כלים לכלים הדרא קושיא הראשונה לדוכתיה מנא ליה למילף איסורא מממונא ואין לומר כנ"ל דאף אי סימנים לאו דאורייתא בע"כ ילפינן מדלא חיישינן התם לשאלה הא ליתא דהשתא דשני ליה לחלק בין כלים לכלים תקשי דנימא לעולם באיסור סי' לאו דאורייתא משום דלא ילפינן מממון ולענין שאלה באמת גם כן לא ילפינן מממון וחמור אתי לאורויי דלא ניחש בממון לשאלה אפילו בכלים דמושלי כגון סי' מרדעת ושאר כלים הנטפלים לחמור ובאיסור באמת חיישינן לשאלה בכלים דמושלי רק משום הכי לא נקט במתניתין דיבמות ט"ע משום דמיירי אף בכלים דלא מושלי אלא בע"כ דהבעל אבעיא לא סבירא ליה לחלק בין כלים לכלים וכמו שכתבתי לעיל בשם הגאון מהר"י פולק דאי חששא דשאלה חששא גמורה אין לחלק, ומה שכתב הגאון מהר"ל לסתור סברא זו דמתניתין מיירי אף בכלים דלא מושלי דדחיקא ליה להתרצן משום הכי הדר ביה ושני כליו בחורי וסומקי לאפוקי בסוגיא דיבמות דלא נחתינן להכי מנא ליה דסי' דאורייתא ואפשר דהוי מצד הסברא כמו רוב וכמו שכתבתי לעיל על כן לא היה צריך לחזור תיכף מתירוצו רק לבתר הכי שני ליה בדרך איבעית אימא ולא מצד הכרח על כל פנים מוכח מסוגיא דהכא דהדר ביה הגמרא מתי' אוכפא לא משאלי אינשי ולא חיישינן לשאלה, וכשיטת הגאון מהר"ל ודעימי':

(יז) **וראיתי** בשו"ת נו"ב שכ' משום הגאון מהר"ם ברבי ראיי' מתוס' גיטין דף כ"ח ד"ה מצאו שכ'. ואפילו הוי סי'. מובהק ל"ה להחזיר גט, ובע"כ זה קאי אי סי' ל"ד דאי סי' דאורייתא לא בעינן סי' מובהק ואפ"ה ס"ל דחיישינן לשאלה, וזה דלא כשיטת הגאון מהר"ל והגאון נוב"י יישב לו בדוחק ולפע"ד דאין משם ראיי', דלכאורה א"א לומר דהתוס' אזלי אי סי' ל"ד חדא דא"כ הדרי' קושיא ללישנא דסי' דאורייתא דאז מבואר להדיא יותר דחיישינן לשאלה, וקשה קושיתם אי נימא דזה הוי סי' מה שמצאו בחפיסה כדמשמע להו פשטא דמתניתין דב"מ א"כ למ"ל כאן אם מכירו תיפוק לי' דזה גופא הוי סי' מה שמצאו בחפיסה, ותו קשי' לי מה הקשו התוס' אח"כ מסוגיא דב"מ הוא אומר בחפיסה והיא אומרת בחפיסה ינתן לו וכו' לא משום דחשיב סי' מובהק וכו' עיי"ש תיפוק לי' דסוגי' דהתם אזלי באת"ל דסי' דאורייתא ול"ב סי' מובהק, ועיין במ"ש לעיל (אות ח') בזה ע"ד הרא"ש, ע"כ נלפע"ד דהא דכ' התוס' סי' מובהק היינו סי' טוב וכעין דאיתא לקמן אנא יהיבנא סי' מובהקין דידי', דהיינו סי' טוב רק דאפ"ה בממון סמכינן עליו ולא באיסור, [ועוד יש לחלק דהתם דאין אנו צריכין לידע רק מי אבד ולענין זה הוי סי' מה שאומר בחפיסה דוודאי הוא אבד ולשני יב"ש ל"ח בממון. אבל הכא בגט ל"ה החפיסה סי' דנהי דוודאי הוא אבד בחפיסה דאל"כ מנא ידע שמונח בחפיסה מ"מ דלמא גם אחר אבד בחפיסה ולענין זה ל"מ אף אי סי' דאורייתא. כנלענ"ד נכון]. ואף דבאמת לא מצינן חילוק זה לענין סי' לומר דבממון הוי סי' ולא באיסור, לפי פי' זה היינו מוכרחים לומר כן, כמו דמחלקינן לענין שאלה בין איסור לממון כנלפע"ד מוכרח בפי' דתו' מהראיי' הנ"ל ואזדא לה הוכחת הגאון מהר"מ ברבי, והדרינן לקמייתא להוכיח שיטת הגאון מהר"ל ודעמיה כמש"ל, ועיין היטב בכ"ז:

(יח) **ובלמדי** בעזה"י פ' האשה שלום סוגיא דיצחק ריש גלותא עמדתי על העיון לפמ"ש התו' שם דרבא מייתי ראיה משטרי דנאני בר חבי דמגבינן בי' ול"ח דלמא מסר בלא כתיבה ה"נ ל"ח לתרי יצחק והרשב"א כ' שם בשם הרמב"ן וכ"כ הרמב"ן בחי' ובס' המלחמות דה"ט דמחזקינן דהשטר הוא שלו משום כאן נמצא כאן הי' ול"ח דמעלמא אתי' ליה ומש"ה נמי ל"ח ליצחק אחר כיון דידעינן דזה שמכאן אזל מקורטבא ע"כ לא מספקינן דלמא יצחק אחר אזל לקורטבא ומקורטבא לאספמי' משום כאן נמצא כאן הי' וכן הלכתא לשיטת' וא"כ לפ"ז למה לא נימא ג"כ לענין חששא דשאלה כאן נמצא כאן הי' ולא ניחש דמעלמא אתי' ליה כמו התם דמוציאין ממון מחמת ס' זו מיד המוחזק וגם מתירין א"א לעלמא א"כ ה"נ לא ניחש לשאלה,:

בשלמא לפי' התוס' התם אין להוכיח כיון דלשיטתם ראיי' רבא ל"ה רק מכח דימוי החששות ע"כ אין לדמות חשש שאלה לחשש שמא מסר ולא כתב ורבא מדמי חשש דשמא מסר לחששא דתרי יצחק אבל הרמב"ן מיאן בס' זו ועיין בס' המלחמות שהקשה מי שקל ס' אלו בלא גרדומים וע"כ פי' דעיקר טעמו של דבר משום כאן נמצא כאן הי' וא"כ אי נימא דלחשש שאלה לא מהני ס' כאן נמצא הדרי הקושי' לדוכתי' מנ"ל לרבא לדמויי חששא דתרי יצחק לחששא דשמא מסר דלמא דמי לחששא דשאלה דלא מהני ס' כאן נמצא:

והי' נ"ל דאפשר לחלק בין שטר דהתם שיש לומר דתחלת הווית השטר הי' אצל זה המוציאו ע"כ אמרינן שפיר דלא מחזקינן כלל דאתי' לי' מעלמא אבל בכלים דתחלת הוויית הבגדים הי' אצל האומן ובע"כ דמעלמא אתי' ליה ממי שלקחו ממנו ע"כ י"ל ג"כ שבא לידו בתורת שאלה כיון דל"ש כאן נמצא כאן הי'. [וראיי' לזה מדברים העשוין להשאיל ולהשכיר], אמנם צ"ע לפ"ז דיש לחלק בין בגדים הנעשים בבית האומן ובין בגדים שעיקר הווייתן בבית בעלים ויקשה לכאורה דבטבעת לא הוי צ"ל משום דמזייף, דעיקר הוויית החותם הוא בבית הבעלים:

עוד הי' נלפענ"ד דיש לחלק בין אם החזקה כ"נ כ"ה על הדבר בעצמו שאנו דנין עליו כגון בשטרי דנאני ב"ח דאנו באין לדון אם יגבה עם השטר וכן בחששא דתרי יצחק דס' כ"נ כ"ה על הדבר בעצמותו שדנין עליו א"כ י"ל דכך ד"ת לומר על הדבר המסתפק כ"נ כ"ה, אף שי"ל שמא הוא מאחר מ"מ כך הוא דרכה של תורה נדון כ"נ כ"ה, אבל בסי' דכלים וכן חמור בסי' אוכף דרוצין אנו להביא ראיי' מהכלים על הגוף הנמצא אבל על הכלים עצמם אין אנו דנין כלל י"ל שפיר דשייך להסתפק דלמא בא לידו ע"י שאלה, ולא מהני ס' כ"נ כ"ה כיון דס"ס אפשר שבא לידו ע"י שאלה וצריך עוד להרחיב הדיבור בסברא זו וסברא זו דומה לס' הרמב"ן בסוגיא דשליש שהבאתי לעיל ע"ש, [ועיין בשאלות ותשובות חמ"ש חלק אה"ע תק"ע סימן כ"א וסימן ל"ב שהאריך בזה]:

שם בגמ' אמר רבא שה דאבידה לד"ה קשי' וקשה לי מנ"ל לומר דשה קשי' ובע"כ דאתי לאורויי שום דבר רק אנן לא ידעינן ליה דלמא להיפך שה אתי לגיזותי' ושור קשי' ואתי לאורויי למידי דאנן לא ידעינן ומנ"ל להחליט לחייב בגיזת זנבו ושה קשיא דלמא להיפך כיון דבע"כ יש כאן עוד ילפותא מה דאנן לא ידעינן א"כ דלמא שור אתי לכך ושה לגיזותי', ועי"ז י"ל קצת לשון הר"מ שכ' שור ושה תרווייהו לגיזותי' והוא לכאורה נגד הגמ' ולפ"ז י"ל דהי' קשה לו כנ"ל, ע"כ הי' מפרש דבאמת אמרינן שור לגיזותיו ושה הוי מלתא דאתי' בק"ו כקושי' התוס', רק הא דקאמר רבא לד"ה קשי' היינו דלא ידעינן אמאי

טרח וכת' לה קרא כיון דהוי בכלל כל אבידת אחיך כתי' התו' ולא ידעינן טעמו של דבר, אבל לא דנימא דשה אתי למלתא אחריתי דא"כ הוי קשה דלמא להיפך כנ"ל, ועיין:

שם רבא אמר פרוטה שהוזלה א"ב וכו' הר"מ כ' אבידה ששוה פרוטה בשעת מציאה חייב להחזיר אף אם הוזלה אח"כ, וכ' הה"מ דכ"ע ס"ל הכי וכ"מ בב"מ דף כ"ז עיי"ש והכ"מ תמה עליו ועיין בלח"מ, ונ"ל דיש להוכיח מכאן דקאמר רבא דרבנן ור"י פליגי דר"י ס"ל דצריך להיות שו"פ משעת אבידה עד שעת מציאה, ורבנן ס"ל דאפילו הוזלה בנתיים חייב להחזיר וקשה למה לא נימא דכבר נתייאשו הבעלים כיון דהוזלה בנתיים ול"ה בכלל השבה וודאי נתייאשו הבעלים, והנה לדידן י"ל דמיירי היכא שלא ידע כלל שנאבדה ממנו והוי יאוש שלא מדעת, אבל רבא דסבירא ליה דהוי יאוש קשה לדידי' וצ"ל דאין הבעלים מתייאשים דאולי כבר מצאה בהיותה שו"פ ולפ"ז מוכח דאם היתה בשעת מציאה שו"פ אף אם הוזלה אח"כ חייב להחזיר דאל"כ עדיין הוי יאוש כיון דהוזלה אח"כ וא"כ ממ"נ הוי יאוש אבל לפמ"ש הר"מ דאם היתה בשעת מציאה שו"פ אף אם הוזלה אח"כ חייב בהשבה וע"כ ל"ה יאוש דדלמא כבר מצאה וע' רש"י לעיל (דף כ"ו) גבי ראה סלע שנפל משנים דלפמ"ש רש"י שם צ"ל כיון דאלו ידע האמת שלא מצאה חבירו הוי מייאש הוי יאוש לרבא וא"כ עדיין קשה כיון דאלו ידע שלא נמצא עדיין בהיותו שו"פ היה מייאש א"כ נימא דהוי יאוש, אך בלו"ז הקשו התוספות לעיל על רש"י והוכיחו דרבא הדר בי' ודוק ועיין לקמן (דף נ"ה) מבואר להדיא בגמרא המוצא אבידה שו"פ חייב להכריז ואע"ג דזל ועיין כ"מ ודוק:

דף כח.

אלא אמר רבא סי' דאורייתא וכו' עיין במהרמ"ש שהקשה למאי נ"מ הביא מקרא דוהי' עמך תיתא מהי חיתא, וכבר כתבתי לעיל בזה ושוב נ"ל די"ל כך, דלכאורה קשה לפי ס' רבא דאיכא למימר דמש"ה סי' דרבנן משום דניחא ליה לבעל אבידה וא"כ קשה אף דילפינן סי' משמלה מ"מ דלמא מש"ה מהדרינן בסי' ג"כ משום האי טעמא גופי' ומנ"ל באמת להחזיר שטרות בסי' דל"ש לומר ניחא ליה ללוה, וצ"ל דילפינן לי' מדכתיב וכן תעשה לכל אבידת אחיך משמע דכל מיני אבידות מחזירין בסי' ואפילו שטרות מוכח דלאו משום האי טעמא הוא והנה אי ילפינן משמלה לפמ"ש התוס' מוכח דעיקר קרא לאו להכי הוא דאתי, רק דעיקר קרא אתי לייאוש, רק דממילא מוכח בזה דמהדרינן בסי' דאל"כ כולי מלתא הוי יאוש, וכיון דעיקר קרא לאו להכי הוא דאתי י"ל דמש"ה מהדרינן משום ניחותא דבעל אבידה, וליכא למימר דכל אבידת אחיך משמע אפילו

שטרות מהדרינן ובשטרות הא הוי יאוש אי לא מהדרינן בסי' הא ליתא דבשטרות ל"ש יאוש, עיין חו"מ (סי' ס"ו וסי' קס"ג) ע"כ לפ"מ דחדית רבא דאיכא למימר ניחא לי' לבעל אבידה הוכרח לומר דילפינן מוהיה עמך, ודוק היטב:

שם מתני' ע"ד אימתי חייב להכריז ואחר רגל אחרון ז' ימים כדי שילך לביתו וכו', ולכאורה י"ל הא כל הני דמתני' הוי יקירא וחשיבא וידע תיכף וא"כ למה צריך כדי שילך לביתו הא אמרינן מסתמא ידע תיכף, וצ"ל דהכא שאני כיון דחזינן שהכריז ועדיין לא בא אחד ואמר שנאבד ממנו מוכח שלא ידע כשנאבד ממנו, רק בדבר שאין בו סי' אינו חייב להכריז דמסתמא ידע מיד כל כמה שאין לנו הוכחה שלא ידע עדיין ולפ"ז יש להוכיח כמ"ש רש"י לעיל סי' העשוי מאליו דאמרינן מסתמא הניחו שם לשום סי' והתוס' פי' דאמרינן אולי ידע מזה, ולפמ"ש קשה לשיטת התוס' הא ר"י אכולהו מילי קאמר להכריז ז' ימים אחר הרגל ור"י הא ס"ל במתני' דלעיל סי' העשוי מאליו הוי סי' וקשה הא מסתמא ידע ואי דהכא הוי ריעותא כיון דהכריזו ועדיין לא באו הבעלים נימא דמשום הכי לא באו הבעלים דלא ידעו מהסי' כיון דל"ה רק ספק אולי ידעו מהסי' נימא דוודאי לא ידעו מדלא באו הבעלים תיכף דוודאי יותר מסתבר דלא ידעו מהסי' מדנימא דלא ידעו מהנפילה דהא זה הוא ס' אלימתא דמסתמא ידעו דמש"ה מתירין דבר שאין בו סי' ולא אמרינן דהוי יאוש של"מ אבל לפי' רש"י דוודאי ידע מהסי' א"ש דאמרינן דמוכח דלא ידע מהנפילה דהסי' יודע בוודאי ועיין היטב:

דף כח:

מתני' אמר את האבידה וכו' והרמאי אע"פ שאמר סי' לא יתן לו יש מקום עיון הא דמהדרינן לרמאי ע"י עדים שהוא שלו נימא דמייאש כיון דלא מהדרינן ליה בסי'. וא"ל דע"י סי' יהיה לו עדים ולא מייאש כמ"ש התוספות לעיל, מ"מ אי סי' דאורייתא מנ"ל האי סברא, דבשלמא אי סי' ל"ד מוכח האי סברא דאל"כ היכי מהדרינן אבידה, אבל אי סי' דאורייתא מנ"ל האי סברא דהא לפום הו"א דהוי ילפינן סי' משמלה מוכח בע"כ דלא אמרינן האי סברא דאל"כ מנ"ל דסי' דאורייתא, וא"כ אף אי ילפינן מוהי' עמך מ"מ מנ"ל האי סברא דע"י סי' יהי' לו עדים וצ"ע ודוק:

דף כט.

תוס' ד"ה והוי שואל עליה, עיין ש"ך חו"מ (סי' רצ"ב) שכ' דמדברי תוס' אלו מוכח דא"צ להחזיר אותן מעות עצמן והגאון חכם צבי בהגהותיו לט"ז בח"מ (סימן ע"ג) תמה על

הש"ך דהתוספות לא כתבו זה רק למ"ד דחייב אף באונסין אבל לדידן דקי"ל כר"נ נאנסו לא מוכח להיפך דאל"כ אף לר"נ קשה דימעול הגזבר, ולענ"ד י"ל דכוונת הש"ך הוא דמוכח מתוס' דזו ס' פשוטה כיון דניתן לו המעות להוצאה א"צ להחזיר אותן המעות דאל"כ קשה מנ"ל לר"נ להקשות לר"ה דלמא נהי דר"ה ס"ל דחייב באונסין דמקרי כל הנאה שלו מ"מ לאחר שבאו הבעלים ועדיין המעות בעין צריך להחזיר המעות עצמן ומש"ה לא מעל בלא הוציא, א"ו דזו ס' פשוטה דאין צריך להחזיר אותן המעות עצמם אף לר"נ רק דבשביל זה לחודי' לא מעל דנהי דיכול להוציא המעות מ"מ כיון דל"ה כל הנאה שלו לא מעל דתרווייהו בעי שיהי' כל הנאה שלו [דזה מקרי הוצאה מרשות הקדש אבל אי לא חשבינן לי' כל הנאה שלו לא הוי הוצאה מרשות הקדש] כמו גבי שואל דהתם וגם שאין צריך להחזיר אותן המעות, והגאון חכ"צ הבליע בנעימת לשונו דלא בעינן תרווייהו ולא ידעתי הכרח לזה וכן דייק לשון הש"ך שכ' מוכח מתוס' ולא כתב כתבו התוס' מזה נראה דוודאי אסיק אדעתי' דהתוס' אזלו לר"ה דאפילו נאנסה רק דסבירי להו דממילא מוכח דאף לדידן הוי דינא הכי

אמנם ראיי' התוס' גופי' צ"ע לענ"ד די"ל התם בהשואל קורדם דעדיין לא התחיל ההנאה דמסתמא לא שאלו רק לדבר ידוע וכל כמה שלא בקע בו עדיין לא התחיל ההנאה רק הואיל וא"י לחזור בו המשאיל אבל אי הו"מ לחזור בו ל"ה מעל, אבל הכא במעות דהנאה הוא אלו מתרמי ליה זבינא ואותה הנאה התחילה תיכף וע"כ י"ל אף דצריך להחזיר אותן המעות אפ"ה מעל מיד דס"ס נהנה תיכף וצ"ע לענ"ד ע"ד ודוק:

ויש לומר דסברת התוספות הוא כך כיון דר"ה ס"ל דלא תקנו משיכה בשומרים דמש"ה לר"ה בשואל קורדם של הקדש לא בקע בו עדיין לא מעל כדאיתא לקמן (דף צ"ט) א"כ ה"נ אלו היה יכול לחזור בו נהי דנהנה מ"מ כיון דלא הוציא מרשות הקדש כל המעות רק שנהנה א"כ לא היה לו למעול רק לפי טובת הנאה ולא לפי כולו וא"כ מאי הקשה ר"נ לר"ה מאי אריא הוציא אפילו לא הוציא נמי הא שני ושני דבלא הוציא מעל לפי טובת הנאה ובהוציא מעל לפי כולו א"ו דא"צ להחזיר אותן המעות וע"כ אף בלא הוציא מעל לפי כולו והקשה הגמרא שפיר (ויש לעיין במה דקי"ל כ"ד שיש בו פגם לא מעל עד שיפגום ולכאורה נראה דמעות הוא דבר שיש בו פגם דהיינו ע"י הוצאה מרשות וא"כ אינו מועל ע"י טובת הנאה כ"ז שלא יצא מרשותו, אמנם נ"ל להוכיח מהשואל קורדם של הקדש דמעל לפי ט"ה וחבירו מותר לבקע בו לכתחלה וקשה מנא ידעינן שיהיה פגם ומ"ש אם בקע הוא כל היום דלא מעל אף שהיה לו הנאה ה"ה בנתן אותו הנאה לחבירו למה ימעול כ"ז שלא פגם שוב מצאתי קושיא זו בריטב"א לקמן בהסוגיא

דהשואל קורדם, ע"כ נ"ל דה"ט דכל מידי דאית ביה פגם לא חשיבא הביקוע הנאה עד שיפגום והוא גזירת. הכתוב (עיין במס' מעילה) אבל היכא דהנאתו הוא שיחזיק לו חבירו טובה לענין זה י"ל דמקרי דבר שאין בו פגם וה"ה במעות וצריך עוד עיון בזה]:

אמנם לולי דברי התוספות היה נ"ל להכריח דלא כשיטת התוס' דהנה הרמב"ם פסק בהפקיד מעות מותרין אצל חנוני שניהם לא מעלו והוא נגד ברייתא דלקמן דקתני להדיא לפיכך אם הוציא מעל הגזבר והכ"מ כתב בשם הר"י קורקס ליישב דהיה קשה להרמב"ם קושית התוספות דלקמן (דף מ"ג) נתנה לבלן מעל משמע דלספר לא מעל א"ו צ"ל כסברת הרמב"ם דמש"ה לא מעל כיון דלא צוה לו להדיא להוציאם לא נעשה שלוחו וגם הבעה"ב לא מעל כיון דהוציא ברשות, והנה באמת צע"ג ע"ד אלו דאי נימא דהגזבר לא מעל למה לא ימעול הבעה"ב ומ"ש הרמב"ם הואיל והוציא ברשות קשה לי וכי עדיף מעשה שליח ואפ"ה היכא דנזכר בעה"ב מעל השליח וכתב הרמב"ם להדיא הטעם הואיל ואין מעילה במזיד מש"ה מעל השליח וקשה הא השליח עשה בשליחות הבעה"ב ואפ"ה מעל, בשלמא על מתניתין דמעילה ל"ק דקתני להדיא מותרין ישתמש בהן לפיכך אם הוציא לא מעל די"ל דה"ט כיון דמועל הגזבר מש"ה אינו מועל הבעה"ב אבל לשיטת הרמב"ם קשה וצע"ג, וצריך לדחוק דה"ט כיון דבכה"ת אין שליח לד"ע רק במעילה גלי רחמנא דאמרינן יש שליח לד"ע וכיון שכן י"ל דהיינו דוקא היכא שבעה"ב שוגג אבל היכא דבעה"ב מזיד ממילא לא חדית רחמנא לומר יש שליח לד"ע וע"כ כיון דאין שליח לד"ע ע"כ חייב השליח אבל הכא בהפקיד מעות מותרין דהגזבר הוא שוגג רק דפטור משום דלא צוה לו להדיא להוציאם מ"מ הבעה"ב הוא שלוחו במאי שהוציאם וע"כ הבעה"ב פטור דליכא למימר אין שליח לד"ע ונתבטל השליחות דהיכא דבעה"ב הוא שוגג גלי רחמנא דיש שליחות ונהי דאינו מועל הוא מטעם אחר כמ"ש הרמב"ם מ"מ לענין דהוי שלוחו אין חילוק:

אמנם סברת הר"י קורקס הוא תמוה דכתב משום דאין שליח לד"ע פטור הגזבר ולפי זה קשה למה לא יתחייב הבעה"ב כמו היכא דנזכר הבעה"ב ולא נזכר שליח דחייב אף דעשה בשליחות הבעה"ב אפילו הכי חייב ואם כן לסברת הרי"ק דס"ל הואיל דבכה"ת אין שלד"ע רק במעילה ע"כ אמרינן אין לך בו אלא חידושו וכיון דאמרינן בזה אין שלד"ע והוי כמו נזכר הבעה"ב דאמרינן אין שלד"ע וחייב השליח א"כ ה"ה הכא למה לא יתחייב החנוני כשהוציא, ותו תמיה לי טובא על ראיית הרי"ק מבריי' דנתנה לבלן דוקא לבלן אבל לספר לא וקשה קושית התוספות יעיי"ש וקשה הא לדידן דקי"ל כר"נ דס"ל דל"ה רק ש"ש ולדידיה בלא הוציא וודאי לא מעל הגזבר וא"כ לא קשיא כלל מבלן

דהא דנקט בלן דהתם מעל תיכף אף בלא הוציא וקושית התוספות ל"ה רק לר"ה כמ"ש התוספות להדיא וא"כ לדידן אין לנו ראייה כלל לומר דאף בהוציא לא מעל הבעה"ב, והיותר תמוה דמשמע מדברי הרי"ק דשם דלר"ה דס"ל דאף נאנסו חייב באמת מעל הבעה"ב תיכף דמיד כשנתנו לו הוי הוצאה מרשות הקדש רק לר"נ דלא מעל מיד י"ל דאף אח"כ כשהוציא כיון דלא אמר לו בהדיא להוציאם לא מעל וא"כ לר"ה קושית התוספות במקומה עומדת וא"כ אף אי הוי קושי התוספות אף לר"נ מ"מ אין לחדש מכח זה דברייתא דבלן משיג על ברייתא דהמפקיד דכמו דצריכין לתרוצי לר"ה ה"נ מצינן לתרוצי לר"נ ומכש"כ דלפמ"ש דלר"נ ל"ק כלל קושית התוספות דאין ראוי לחלוק את השוין וצע"ג על הרי"ק והכ"מ שלא העירו בזה:

וראיתי בפ"י שכתב דראיית הרמב"ם הוא ממתניתין דמעילה דתני התם מותרין ישתמש בהן לפיכך אם הוציא לא מעל ומפרש הרמב"ם דאף הגזבר לא מעל ומוכח דמתניתין פליג אברייתא דמפקיד, ואני מוסיף עוד הכרח לפי' הרמב"ם דהא לר"ה דס"ל דאף בלא הוציא מעל הגזבר א"כ קשה טובא למה תני התם לפיכך אם הוציא לא מעל לאשמעינן רבותא טפי דמותר אפי' להוציא לכתחלה דכיון דכבר מעל הגזבר יצא המעות לחולין ובזה וודאי דוחק לומר איידי דהו"ל למיתני דין אחר דמותר להוציא [ולא דמי למאי דשנינן אברייתא איידי דברייתא לא מיירי רק מגזבר ולא שייך למיתני דמותר להוציא] וכדאיתא גבי השואל קורדם מחבירו מותר לבקע בו לכתחלה וא"כ בע"כ צ"ל לר"ה דמתניתין פליג על הברייתא וס"ל דלא מעל הבעה"ב א"כ שפיר מצינן לפרושי אף לר"נ הכי אף דלדידיה ל"ה הכרח כ"כ מ"מ כיון דפשטיה דמתניתין משמע לא מעל כלל אף הגזבר דאל"כ הו"ל למיתני מעל הגזבר ולר"ה מוכח דפליג מתניתין אברייתא ממילא אף לר"נ מפרשינן כן וכן ראיתי שפי' הרמב"ם בפי' המשניות:

אמנם לולי דברי הנ"ל היה נ"ל לפרש פי' אחר דל"ק כל הנ"ל דהנה קשה לי טובא על תירוץ הגמרא דשני ה"ה לא הוציא ואיידי דתני רישא הוציא תני סיפא הוציא דכיון דבאמת מעל מיד אף שלא הוציא א"כ בשעת הוצאה לא מעל כלל כיון דכבר מעל והאיך שייך למיתני אם הוציא מעל הא אז לא מעל כלל, ע"כ היה נ"ל ע"פ הסברא שכתבתי לעיל די"ל דצריך לחזור אותן המעות עצמם ואפ"ה ל"ד להשואל קורדם של הקדש דהכא התחיל ההנאה תיכף וכ"מ קצת סברא זו בש"מ לקמן בהמפקיד רק דלפ"ז לא היה לו למעול רק לפי טובת הנאה וכתבתי דקושית התוספות הוא מאי מקשה מאי ארי' הוציא דלמא מש"ה תני הוציא דבהוציא מעל לפי כולו, אמנם לא נפלאת הוא לומר דקושית ר"נ הוי כיון דברייתא לא אתי רק לאשמעינן הואיל והפקידו אצלו מותרין הו"ל כמו

שצוהו להשתמש בו וע"כ מעל וזה יוכל לאשמעינן אף בלא הוציא דמעל עכ"פ לפי ט"ה ולא לפי כולו כיון דעדיין יכול לחזור בו וממילא נדע דאח"כ כשהוציאו מעל לפי כולו כיון דברשותו הוציא, וזה מדוקדק בלשון הגמרא דקאמר מאי ארי' הוציא אפילו לא הוציא נמי דלפי פשוטה הו"ל להקשות כיון דמעל בלא הוציא א"כ ע"י הוצאה לא מעל כלל והאיך קתני אם הוציא מעל ועיין בתוספות כאן שהעתיקו מאי ארי' הוציא כי לא הוציא נמי מזה הלשין משמע קצת דלא הוציא הוי דומיא דהוציא ועיין ולהגי' שלפנינו אפילו ל"ה מדוקדק פי' שכתבתי בפנים] אבל לפמ"ש א"ש דבאמת אף דמעל מיד אפ"ה שייך אח"כ ג"כ מעילה דבתחלה לא מעל רק לפי ט"ה ואח"כ כשהוציא מעל לפי כולו רק דקושית ר"נ דהו"ל לאשמעינן דמעל מיד וע"ז שני ליה ר"ה שפיר דה"ה בלא הוציא והא דתני הוציא איידי כיון דבאמת שייך למיתני מעילה בהוציא אף דמעל כבר מ"מ בהוציא מעל לפי כולו, ולפ"ז ל"ק על ר"ה ממתניתין דמעילה כיון דכבר מעל הגזבר א"כ מותר להוציא לכתחלה ולפמ"ש א"ש דכיון דבלא הוציא לא מעל רק לפי ט"ה וע"כ אינו רשאי להוציא המעות דגוף המעות עדיין בקדושתם עומדים וע"כ לא תני רק לא מעל אבל הגזבר י"ל שפיר דמעל כברייתא דהמפקיד:

ולפ"ז י"ל ג"כ קושית התוספות מברייתא דבלן דכיון דכ"ז שלא הוציא לא מעל הגזבר אף לר"ה רק לפי טובת הנאה א"כ י"ל דברייתא נקטה בלן לאשמעינן דמעות לחוד לא קנו וע"כ היכא דמחסרא משיכה ל"ה כמו בלן דבבלן מעל מיד לפי כולו משא"כ בספר דלא מעל רק לפי ט"ה, ועוד י"ל דל"ש בספר כלל לומר דלמעול לפי ט"ה דבמפקיד מעות שייך לומר דהט"ה שו"פ מאי שיחזיק לו החנוני טובה שהפקיד לו מעות מותרין משא"כ בספר דנתן לו בתורת שכירות נראה דל"ש זה גם אין השכר כל כך שיהיה הט"ה שו"פ כנלענ"ד נכון לולי שרבותינו לא פי' כן:

ובמ"ש לעיל ע"ד הש"ך (סי' רצ"ב) ליישב השגת החכ"צ ראיתי אח"כ בתומים (סי' ע"ג) שרצה להוכיח כמ"ש יעיי"ש ובסוף העלה דלא כש"ך ובעיקר ס' התוס' דלר"ה א"צ להחזיר אותן המעות עצמם נדחק שם בטעמו של דבר, ולענד"נ דה"ט הואיל דכל הנאה שלו וכיון דהנאת המעות הוא במאי שעומד להוצאה ויוכל להחזיר מעות אחרים א"כ אף שעדיין לא הוציא מ"מ אותה הנאה הוא שלו דכיון דמותר להשתמש ומקרי כל הנאה שלו אף הנאה זו היא בכלל והנאה זו כבר התחילה משא"כ לר"נ דאין כל הנאה שלו עדיין ע"כ צריך להחזיר אותן המעות עצמם ולפ"ז לא מוכח דינו של התומים שכתב היכא דמגלה דעתו שרוצה להשתמש אף לר"נ א"צ להחזיר אותן המעות דס"ל דלר"ה ה"ט משום גילוי דעתא ולפמ"ש לא מוכח יעיי"ש ודוק [ועוד אפ"ל דכ"ז שלא החזיר לו

אף שתבעו עכשיו מ"מ כיון שכבר נתני לו שיוכל להשתמש בו יוכל לומר אני רוצה להחזיק לי וליתן לך מעות אחר וזה שייך אף לר"נ ודוק]:

ויש להביא ראיה לזה מקושית הראשונים מכיס מלא מעות מסרתי לידך והלה אומר מה שהנחת אתה נוטל והקשו דהוי הילך וכתבתי לעיל בסוגיא דהילך די"ל ע"פ שיטת הש"ך דא"צ להחזיר אותן מעות עצמם א"כ י"ל דלא הוי הילך וקשיא לכאורה על הראשונים שלא תי' כן (ועיין ש"ך (סימן פ"ח) הביא קושיא הנ"ל בשם הראב"ד ומדברי הר"ן נראה דל"ק ליה כלל מכיס מלא מעות ולפי מ"ש א"ש] אמנם לפי שיטת החכ"צ דלר"נ צריך להחזיר אותן המעות א"ש. אך לפי שיטת התומים דהיכא דגילה דעתו אף לר"נ א"צ להחזיר אותן המעות הו"מ לשנויי דמיירי בגילוי דעתא [או דמיירי שהתנה להיות] כשואל דבזה הוי ממילא כגילוי דעת לס' התומים דס"ל היכא דחייב באונסין מסתמא ניחא לי' שיהי' תיכף ברשותו] אך לפמ"ש די"ל דגילוי דעתא לא מהני לר"נ דס"ס לא נעשה מלוה א"ש קושיתם הנ"ל, ולפ"ז הו"מ להוכיח שיטת ספר החפץ דפסק דהילך חייב די"ל דקשיא ליה קושית הראשונים הנ"ל מכיס מלא מעות וצ"ל דמאן דס"ל הילך פטור ס"ל כר"ה דאפילו נאנסה חייב וע"כ אין צריך להחזיר לו אותן המעות כמ"ש התוס' וע"כ ל"ה הילך. אבל לדידן דקי"ל כר"נ נאנסו לא מוכח דהילך חייב.

אמנם לשיטת הרי"ף דפסק כאן כר"ט דבדמי אבידה חייב אף באונסין והקשו עלי' דהא קיי"ל כר"נ נאנסו לא וכתבו התוס' מודינא הואיל ונהנה לתרץ דהיכא דבלא זה הוי שומר שכר מהני הנאת שימוש להיות שואל א"כ י"ל דהתם מיירי שמסר לו כיס מלא מעות ונתן שכר על השמירה [וי"ל בעת שנתן לו התירן ואף שהי' יכול ליתן לו צרורין וע"כ נעשה שואל] וכיון דהוי ש"ש מהני היתר שימוש להיות שואל והוי כל הנאה שלו וא"צ להחזיר אותן המעות כס' התוס' וע"כ ל"ה הילך וא"ש ולפ"ז אתי' שפיר דברי הר"מ במעילה דמוכח ע"כ כס' התוס' דא"צ להחזיר אותן המעות לר"ה עכ"פ דאל"כ הו"ל הילך וי"ל כתי' הנ"ל דמוכח דמתני' דמעילה ס"ל דלא מעל הגזבר:

אמנם לפמ"ש לקמן להסביר שיטת הרי"ף ולהצילו מקושי' התוס' שהקשו אטו בשביל שהוסיף לו שכר יהי' נעשה שואל וכתבתי לחלק במפקיד מעות י"ל אולי אם היו צרורין לא לקחן כלל וכיון דהמפקיד רוצה שיהיו המעות מופקדין א"כ תו לא מקרי כל הנאה של הנפקד דלולי זאת לא היו מקבלין וע"כ ל"ה רק שומר שכר, משא"כ במעות אבידה דרחמנא שעבדי' בע"כ להיות שומר שכר ע"כ היתר התשמיש לא הוי להנאת הבעל אבידה רק להנאת המוצא וע"כ הוי שואל והוא נכון לענ"ד [ועיין מ"ש לקמן ראיי' גדולה לס' זו מהרמב"ן והנ"י] והנה לפ"ז י"ל דר"נ סובר ג"כ כר"ה דכיון דנתנו לו להשתמש

מקרי כל הנאה שלו. רק דאפ"ה לא מחייב באונסין דנהי דכל הנאת המעות הוא של הנפקד שלכך נתנו לו מ"מ הוא גם כן תועלת המפקיד שעל ידי זה נעשה שומר שלו ועל כן אינו חייב באונסין ולפי זה הנה נכון שיטת הש"ך דאף לר"י אין צריך להחזיר אותן המעות עצמם דלענין דמקרי כל הנאה שלו שוה לר"נ כמו לר"ה רק דאפילו הכי פטור מאונסין כיון דהוא תועלת המפקיד, אבל לענין חזרת אותן המעות עצמם הוי כמו לר"ה דאין צריך להחזיר:

והנה נראה לי להביא ראייה לסברא זו דר"נ סובר גם כן דהוי כאלו נשתמש רק דסבירא ליה דלא מיקרי כל הנאה שלו מטעם שהוא תועלת המפקיד, דקשיא לי לכאורה על ר"נ דקאמר על קושית רבא אי שואל לא הוי שומר שכר נמי לא הוי ושני ליה בהא מהנה ופירש רש"י הואיל ונהנה כשיזדמן שיצטרך למעות עיין שם וקשיא לי היאך רשאי להיות שומר שכר מחמת הנאת המלוה שיהיה לו אחר כך הא הוי כמו ריבית דבשביל הלואה של אחר כך מקבל עליו אחריות עכשיו להיות שומר שכר, ועיין לקמן בפרק איזהו נשך טרשא דרב חמא דמותר דהוי כעין זה קצת מטעם דנקטי' ליה שוקא משמע דלולי זאת אסור עיין שם, וחפשתי קצת ולא מצאתי ישוב לזה וצריך עוד עיון, אמנם לפי מאי שכתבתי אתי שפיר דהא באמת ראוי להתחייב באונסין מטעם כל הנאה שלו ועומד ברשותו לגמרי תיכף ומיד והוי כמו הלואה רק משום דהוי הנאת המפקיד על כן אינו חייב באונסין מ"מ לא שייך לומר דהוי ריבית דאדרבה בלא חיוב שמירה היה חייב אף באונסין ומדוקדק בזה לשון הגמ' בהא מודינא הואיל ונהנה מהנה ולכאורה לשון מודינא הוא מגומגם וגם לשון הואיל ונהנה משמע שנהנה כבר, ולפי מאי שכתבתי אתי שפיר דהא מודינא לר"ה דהוי כל הנאה שלו רק הואיל ונהנה מהנה ולולי זאת לא היה שומר ע"כ הוי הנאת המפקיד ולא הוי רק שומר שכר ולעולם דאף לר"נ כל הנאה שלו כמו לר"ה, ומוכח כשיטת הש"ך ומיושב ג"כ קושית הראשונים בכיס מלא מעות בפשיטות דאף לר"נ לא הוי הילך היכא דהפקיד מותרין לחנוני, שוב נתיישבתי ליישב הקושיא הנ"ל דהוי כעין רבית דיש לומר הואיל וחזינן דכל היכא דמטי הנאה להשומר אפילו מחמת פרוטה דרב יוסף דלא מטי ליה ההנאה מן המפקיד אפילו הכי שעבדיה רחמנא להיות שומר שכר וע"כ דכך גזרה התורה דכל היכא דמטיא ליה הנאה הוי שומר שכר ממילא וע"כ ה"נ כיון דע"כ מטיא ליה הנאה אי מתרמי ליה זביני שעבדיה רחמנא ממילא להיות שומר שכר ולא דמיא לריבית כלל דלאו משום מה שמהנה ליה המפקיד בהמתנת המעות נעשה שומר רק הואיל והנאה אתיא ליה ממילא על ידי מעותיו נעשה

שומר שכר ובאמת צריך ישוב מנ"ל הא דאפילו היכא דלא מטיא ליה הנאה מן המפקיד כמו בפרוטה דר"י דאפילו הכי הוי שומר שכר מנא ליה הא ועיין היטב]:

ומ"ש הגאון חכם צבי לסתור שיטת הש"ך דא"כ קשה אף לר"נ מאי אריא הוציא ואי משום דאינו חייב באונסין קשה מהמשכיר בהמות של הקדש יעיי"ש, לענ"ד לא קשיא דהתם וודאי מעל לפי טובת הנאה אבל לענין דלמעול בכולה צריך לומר דהוציא מרשות הקדש וכיון דכל כמה שהם בעין אינו חייב באונסין עדיין הם ברשות הקדש וע"כ לא מעל לפי כולו ולפי ט"ה לא מיירי כמ"ש לעיל, גם לפי מאי שכתבתי יש לומר דאין כאן טובת הנאה לומר שהנפקד יחזיק לו טובה דאדרבה הוא הנאת המפקיד כמו שכתבתי לעיל דמשום הכי לר"נ לא הוי רק שומר שכר:

ובמ"ש מיושב גם כן מה שכתב התומים דמוכח מדברי מהר"מ במרדכי דלא כהש"ך, ולפי זה יש לומר דמהר"מ לשיטתו דסבירא ליה דלא כשיטת הרי"ף במעות אבידה וסבירא ליה כפשוטיה דלר"נ לא מיקרי כל הנאה שלו, וע"כ צריך להחזיר אותן המעות משא"כ לפי מאי שכתבתי בישוב שיטת הרי"ף דאף לר"נ כל הנאה שלו רק דהוי תועלת המפקיד ע"כ לא הוי רק שומר שכר על כן נראה פשוט דלענין להחזיר אותן המעות עצמם הוי כמו לר"ה:

ויש להביא ראייה לפירוש זה בהרי"ף ממ"ש דקיימא לן כר"נ נאנסו לא והני מילי היכא דלא אשתמש אבל באשתמש חייב באונסין וכן כתב רב האי גאון זצ"ל ותמה עליו הרא"ש ז"ל דפשיטא הוא היכא דנשתמש חייב ומאי צריך לראייה ועיין שם מ"ש הרא"ש, ולפי מאי שכתבתי יש לומר דקא משמע לן טובא היכא שנשתמש במעות כגון להראות בהן וכדומה דהו"א דאע"ג דנשתמש מ"מ כיון דעיקר השאלה הוא לתועלת המפקיד להיות המעות שלו שמור ביד הנפקד על כן אף כשנשתמש לא הוי שואל דלא מקרי כל הנאה שלו, על כן סיים הרי"ף דמיד שנשתמש הוי ליה לוה עליו וקם ליה ברשותו ולא תלו כלל בזה דלא הוי כל הנאה שלו דחייב באונסין מטעם קם ליה ברשותו כן נראה לפי עניית דעתי נכון ודוק היטב:

ועוד נראה לי להביא ראייה לסברת התוספות הנ"ל דאין צריך להחזיר אותן המעות עצמם ממה שכתב הרמב"ן בספר המלחמות לקמן בסוגי' דשליחות יד אין צריך חסרון ליישב קושי' רש"י על קושית הגמרא והא לא חסרה והקשה רש"י דלמא משום שואל חייב ותירץ דאע"ג דנשתמש בו מכל מקום כיון שהולכת ורועה והוא רצון בעלים שיהיה שמור אצלו ע"כ לא מיקרי שואל ומכש"כ לפ"מ שהבין הנ"י בדברי הרמב"ן שהבאתי לקמן דאפילו בנשתמש בחביות לא מיקרי שואל הואיל והוא שמור עם מלאכתו, וא"כ

קשה טובא למה יהיה לר"ה שואל בהאי הנאה דאי מתרמי ליה זבינא הא כיון דהבעלים הפקידו המעות מוכח דניחא להו שיהיה שמור אצל הנפקד וא"כ לא מיקרי כל הנאה שלו ולא דמי לשואל דעלמא שאין כוונתו רק לטובת השואל א"ו מוכח דאין צריך להחזיר אותן המעות עצמם על פי הסברא שכתבתי לעיל כיון דניתן לו להשתמש וע"כ שפיר הוי כל הנאה שלו באותן המעות דלבעלים אין נ"מ בשמירות המעות דאף אם המעות בעין אינו מחויב להחזיר אותן המעות עצמם, עכ"פ הנה אמת נכון הסברא שכתבתי לעיל דיש לומר טעמו של ר"נ דלא מיקרי כל הנאה שלו הואיל והוא לטובת הבעלים שיהיה שמור אצלו ואף אי נימא דלא כסברת הרמב"ן הנ"ל מכל מקום יש סיוע מזה לדברינו הנ"ל דכיון דעיקר, התחלת הפקדון היה שיהיה שמור אצלו לא מיקרי כל הנאה שלו:

ועוד נראה לי להביא ראייה לשיטת הש"ך דאף לר"נ אין צריך להחזיר אותן המעות עצמם, דהנה בשיטת מטבע נעשה חליפין כתבו התוספות בשם ר"ת דאף לר"נ דסבירא ליה פירי לא עבדי חליפין מכל מקום בשוה בשוה מודה מרבויא דקרא על התמורה יעיי"ש והתייר הגדול הגאון פני יהושע יצא לידון בדבר חדש דשוה בשוה לאו מתורת חליפין מהני בפירי דלענין חליפין אין חילוק רק הואיל דקיימא לן מדאורייתא מעות קונה וקיימא לן דשוה כסף ככסף א"כ חליפין דשוה קונין בתורת כסף, דליכא למימר נשרפו חיטך בעלייה דאף אי לא קנו יאמר אידך נשרף חליפך בעלייה, יעיי"ש דבריו כי נעמו בפירוש הסוגיא התמוה לקמן מאי דקאמר ר"ל ע"כ כר"ש סבירא ליה אשר תמוה מאוד לכל הפירושים וצריך ישוב ולדברי הגאון הנ"ל אתי שפיר, ויש להביא ראיה לדבריו מדברי הר"מ דפסק החליף כלי בכלי אין בו אונאה ואם החליף צבור פירות בצבור פירות יש בו אונאה ותמה עליו הראב"ד דנראה שדבריו לקוחים מהירושלמי דפליגי בזה רב ור"י דר"י סבר צבור בצבור לא וכתב הוא לפרש דפליגא אי פירי עבדי חליפין או לא ואין זה ענין לאונאה ומלבד זאת תמוה מאוד הטעם מה חילוק יש בין כלי לפירות ועיי"ש בהה"מ, אמנם לדברי הפ"י הנ"ל אתי שפיר דמאי שקונין פירות בשוה הוא משום דמים לא משום חליפין וכיון דהוי מכר פשיטא דיש בו אונאה ועל כן היה מפרש הירושלמי דמיירי באינו שוה ומשום אונאה דכיון דפירות אינם קינים רק משום דמים ע"כ יש בו אונאה ורב דסבירא ליה התם אף ציבור בציבור סבירא ליה פירות עבדי חליפין וכיון דמתורת חליפין קונה לית ביה אונאה, אמנם הגאון הנ"ל בעצמו אחר השבח ששיבח פי' הנ"ל נלחץ מאוד בסוף הסוגיא דאבעיא להו התם חליפין ומקפיד עליהם מהו ולדבריו למה לא יקנה בתורת דמים עיין שם שנדחק מאוד:

והנה מה שכתבתי שיש להביא ראייה מדברי הר"מ הנ"ל אחרי העיון נראה לי ליישב בפשיטות כוונת הר"מ דכיון דפירי לא עבדי חליפין רק בשוה קונה ואם כן נהי דהתוספות כתבו משום טריסות היתר לא מיקרי אינו שוה מכל מקום היכא דיש בו שיעור אונאה וודאי דמקרי אינו שוה וע"כ שפיר יש בו אונאה דלולי זאת לא הוי חליפין כיון דפירות לא עבדי חליפין באינו שוה, ובזה יש להבין דברי הר"מ מה שכתב אפילו שמו אותם בתחלה או בסוף ולכאורה אין זה אפילו, דאדרבה כיון ששמו אותם גילה דעתו דמקפיד וע"כ ראוי להיות בו אונאה ועיין שם בכ"מ ולפי מאי שכתבתי אתי שפיר דכל זמן שלא שמו אותם יש לומר דאין התחלה לחליפין כלל כיון דפירות לא עבדי חליפין רק בשוה וכל כמה דלא שמו לא מקרי שוה אבל אחר ששמו אותן והיה שוה כבר היה התחלת חליפין וכיון דבחליפין לא אזהר רחמנא על לא תונו כמו שכתב הרי"ף בתשובות הביאו הש"מ אם כן הוה אמינא דלית ביה אונאה ע"כ קא משמע לן כיון דבאמת לא היה שוה אין התחלה לחליפין, ואפשר דהר"מ לא סבירא ליה טעמו של הרי"ף וכן נראה מדנתן טעם לשאין בו אונאה משום דיש לומר דניחא ליה לזה במחט יותר מבשרון יעיי"ש וכיון דגלי לן רחמנא דפירות לא עבדי חליפין על כן צריך להיות דווקא שוה ולא מהני מה ששמו אותו מתחלה, והנה מהדקדוק הנ"ל נראה דלא כהפני יהושע דלדבריו כיון דמתורת דמים קונה בשוה מה לי שמו או לא:

אמנם באמת צריך להבין טעמו של דבר למה לא יקנה מתורת דמים כמ"ש הפ"י דהא קי"ל בכל דוכתא שוה כסף ככסף אך לענ"ד נראה דלא קשה מידי דכיון דלר' יוחנן משיכה אינו קונה א"כ נהי דלגבי המקנה נקרא שוה כסף כיון דהוא רוצה בחפץ אחר ונותן זה בתורת כסף מ"מ לגבי הקונה נקרא זה החפץ ומה שהוא מחייב עצמו ליתן לו נקרא שוה כסף וא"כ במאי קנה זה החפץ כיון דמשיכה אינו קונה עד"מ המחליף פרה בחמור ומשך בעל החמור את הפרה א"כ לגבי בעל הפרה נקרא הפרה שוה כסף כיון דהוא רוצה החמור מ"מ לגבי בעל החמור שהוא רוצה את הפרה נקרא הפרה החפץ וקשה במאי קנה הבעל החמור הפרה אחרי שלא נתן עדיין החמור לבעל הפרה והוי כאלו משך ולא נתן דמים דמדאורייתא לא קני, וצריך לומר דכוונת הפ"י כיון דמשיכה עכ"פ קונה מדרבנן א"כ לדידן עכ"פ הוי קנין גמור אבל לומר דהוי קנין גמור מדאורייי' שפיר יש לומר כמו שכתבתי:.

אמנם עוד יש לחלק ולומר דלא דמי לכסף עיין לקמן (דף מ"ו) בסוגיא דמטבע נעשה חליפין רב אמר בכליו של קונה דניחא ליה לקונה דלהוי מקנה קונה כי היכי דליקני' ליה לדידיה, וזה הלשון צריך עיון דלכאורה נראה דעיקר הדבר הצריך טעם היינו למה

יהיה הקונה קונה במאי שנותן סודר לחבירו אבל לשיקנה המקנה הסודר אין צריך טעם כיון דהקונה נותן לו להדיא, ועיין בש"מ בשם., הרי"ן מיג"ש ז"ל שנדחק בזה דלפי מאי שכתבתי דהיה ראוי שלא יקנה המקנה הסודר הואיל ונותנו לו תמורת חפץ וצריך ליתן דמים בעד החפץ ועל זה קאמר הגמרא דניחא ליה כי היכי דליקני ליה לדידיה קודם נתינת המעות ולפי זה היכא דכבר נתן דמים אין מקום לקנין חליפין וצ"ע עליו:

ולענ"ד היה נראה כך דהנה נראה דעיקר ענין חליפין הוא שזה נותן לזה מתנה קצת ועל ידי זה גם הוא מקנה לו מתנה מרובה אבל מתחלה צריך המקנה לקנות המתנה רגע אחד ועל ידי זה מקנה הוא להקונה אבל באותו רגע שהמקנה קונה הסודר עדיין לא קנה הקונה דהיינו לומר דשניהם באים יחד על ידי שזה קונה נקנה ממילא החפץ להקונה זה לא אמרינן, ויש ראיה לזה מרש"י ריש קידושין ואשה בפחות משוה פרוטה לא מקניא נפשה, ואפילו יהיב לה כלי שוה פרוטה אי אמר בלשון חליפין אינה מקודשת עד דאמר לשון קיחה או קנין או קידושין ע"כ וצריך לומר מ"ש אי אמר לשון חליפין או לשון קנין ע"כ דלשון חליפין הוא שבתחלה קונה זה ואח"כ מקנה ע"י זה להקונה ולשון קנין הוא שע"י זה שנותן לה חפץ נקנה לו בקבלת החפץ, וכיון דזכינו לדין דעיקר ענין חליפין הוא שהמקנה זוכה תחלה בהחפץ וכיון דאין רצון הקונה להקנות החפץ להמקנה רק שיקנה הוא תמורת זה חפץ אחר וכיון דעדיין לא קנה נראה דאף המקנה אינו קונה וע"ז הוצרך הגמרא לתרץ ניחא ליה לקונה דלהוי מקנה קונה כי היכי דליקניה ליה לדידיה פי' אף שבתחלה זכה המקנה ועדיין לא זכה הקונה מ"מ ניחא ליה בכך כי היכי שיוכל לחזור ולזכות לו:

ולפ"ז נראה מוכח דלא כהפ"י דס"ל אם הוי שוה הוי בתורת שוה כסף אף היכא דאמר לשון חליפין וא"כ קשה היכא דנתן לאשה כלי השו"פ ואמר לשון חליפין למה לא תהיה מקודשת מטעם שוה כסף הא באשה סגי בשו"פ א"ו מוכח דשני עניני קנינים הם וא"כ אף בשוה אי אמר לשון חליפין אין ראייה דקנה מתורת דמים אם לא שאמר להדיא בתורת דמים אבל סתם חליפין שוה בשוה נראה דל"מ בפירות זולת לשיטת ר"ת דמוכח מקרא דעל התמורה, רק אם נותן לו להדיא בתורת דמים בזה יש מקום לדברי הפ"י די"ל כיון דשוה כסף ככסף ממילא הוי כמו דמים:

אמנם קשה טובא בין לפ"מ דמשמע בפשיטות מהפ"י דאפילו בסתמא שוה בשוה הוי קנין כסף ובין לפמ"ש דא"א לומר כן רק היכא דפי' להדיא בתורת דמים מאי הוצרך הגמרא לשנוייה לרב נחמן יש דמים שהן כחליפין מטעם מלתא דלא שכיחא לא גזרו ביה רבנן הו"ל לשנוייה בפשיטות יש דמים שהם כחליפין בהחליף שוה בשוה דקונה

מתורת שוה כסף משום דל"ש לומר נשרפו חיטך בעליה דאל"כ יאמר אידך נשרפו חליפך בעליה, ולא מבעיא לפי' הפ"י דס"ל דקושית הגמרא לר"נ קאי רק למאי דס"ד א"כ הו"ל לשנוייה דיש דמים שהן כחליפין משום דלא שייך נשרפו חיטך ולא משום מלתא דלא שכיחא אלא אפילו לפי' רש"י הו"מ לשנויה כל הנישום ומשום דמים קנה ולפום רהיטא נעלמה ממני כוונת הפ"י בזה דאין פי' לדבריו כלל וצ"ע, אמנם באמת קשה הא טעמא קאמר דהא קי"ל שוה כסף ככסף ונשרפה חיטך בעליה לא שייך דא"כ יאמר אידך נשרפו חיטך בעליה וא"כ למה לא יקנה:

שוב נתיישבתי דלפי מה שפי' הפ"י בגמרא בבעיא דחליפין ומקפיד עליהן דס"ל לגמרא דלא קנה וקשה למה לא יקנה מתורת דמים ונדחק כיון שמזכיר דמים לא חילקו רק באינו מזכיר דמים אף דהוי שוה קנה מתורת דמים ולא גזרו ואם כי לענ"ד הוא דחוק מאוד לחלק בזה מ"מ י"ל הקושיא הנ"ל ולומר דמש"ה ל"ש קנין דמים בשוה משום דלא חילקו וע"כ לא מצי הגמרא לאוקמי בתורת דמים משום דלא חלקו והוצרך לומר משום מלתא דלא שכיחא לא גזרו ביה אמנם כ"ז הוא דוחק מבואר ואינו מעלה ארוכה ליישב דברי הפ"י לשיטתו דס"ל היכא דאינו מזכיר דמים לא שייך לומר נשרפו חיטך וכו' א"כ הו"ל להגמרא לשנויי הכי וצע"ג:

ע"כ לולי דמסתפינא הוה אמינא מלתא חדתא דלענין קנין כסף צריך דוקא כסף ולא שוה כסף וטעמא דמלתא דהא דכסף קונה לר"י כתב הרי"ף דנפקא ליה משום דגופו קונה ממונו לא כש"כ והראשונים הקשו על זה הטעם וכתבו משום דרוב קנינים בכסף ורש"י כתב הטעם דיליף מונתן הכסף וקם לו דגבי הקדש, והנה לכל הטעמים יש להקשות מנ"ל למילף דכסף קונה דלמא כמו דמשיכה אינו קונה אף שהמוכר הוציא המטלטלין מרשותו אפילו הכי אינו קונה וצ"ל דכיון שלא נתן לו הכסף לא סמכה דעתו להקנות לו המטלטלין א"כ ה"נ נימא שהלוקח אינו סומך דעתו להקנות המעות להמוכר משום שמא לא יתן לו המטלטלין ואף שיש לחלק ולומר הואיל והמטלטלין הם בעין ע"כ סמכה דעתיה מ"מ מנ"ל הא ומכל הטעמים הנ"ל אין ראייה לסתור סברא זו לא מבעיא לטעם הרי"ף והראשונים הנ"ל מכש"כ דגופו קונה שם וודאי סמכא דעתו דכל מקום שימצאנו יאמר לו עבדי אתה ולא יוכל להשמט ממנו אבל במטלטלין יכול להשמט ולומר שנאבדו וכן לטעם רוב הקנינים היינו אשה ושדה וע"ע בכולם ל"ש לומר לא סמכה דעתו דהא קאי אשה ושדה ועבד משא"כ במטלטלין דלמא אין כסף קונה וכן לפי מ"ש רש"י דילפינן מונתן הכסף וקם לו י"ל דהתם וודאי סמכה דעתיה שהגזבר יתן לו

המטלטלין משום דחזקה אין אדם חוטא ולא לו משא"כ בהדיוט מנ"ל דסמכא דעתיה דהלוקח להקנות המעות להמוכר כ"ז שלא משך המטלטלין:

ע"כ נ"ל טעמא דמלתא דס"ל לר"י דהנותן מעות למוכר בשביל חפץ אף דלא נגמר הקנין מ"מ כוונתו שיהיה מותר להשתמש במעות ושלא יהיה צריך להחזיר אותן מעות עצמם כיון דבמעות אין קפידא כ"כ ומסתמא דעתו שיגמור המקח ואף דלענין המקח ל"ה קנין גמור די"ל דלא סמכא דעתו שיתן לו החפץ מ"מ לענין זה מהני שיהיה רשות בידו להוציא המעות וא"כ כיון דכבר קנה המעות ממילא קנה הלוקח החפץ וליכא למימר לא סמכה דעתיה כמ"ש לעיל דהא המעות ממילא קנוי לו וע"כ קאמר שפיר ר"י דמעות קונה מהטעמים שכתבו המפורשים הנ"ל [ועיין במ"ש בסוגיא דנתנה לבלן להוכיח לסברא זו דאף אי מעות אינו קונה אפ"ה רשות בידו להוציאן מתירוץ הרי"ק על הרמב"ם ובמה שהארכתי שם בעזה"י להוכיח משיטת הרמב"ם דר"י ס"ל דניתן המעות להשתמש אף אי מעות אינו קונה וע"כ שפיר מסתבר ליה לר"י דמעות קונות עיי"ש]. וכיון דזכינו לדין שפיר מצינן לומר לר"י דוקא מעות קונות משום דליכא למימר לא סמכה דעתים דס"ס ניתן להוצאה משא"כ בחליפין שוה בשוה אפילו פי' להדיא בתורת דמים י"ל דלא קנה דהמקנה לא סמך דעתו להקנות כ"ז שלא נתן לו החפץ שרוצה לקנות ולא דמי למעות דס"ס ניתן להוצאה משא"כ בחפץ דאי לא קנה אין לו שום זכות בהחפץ, רק בחליפין ה"ט כדקאמר הגמרא דניחא ליה לקונה דלהוי מקנה קונה כי היכא דליקני ליה לדידיה וי"ל דהאי טעמא לא מהני רק בחליפין דעיקרא דמילתא משום מתנה אתינן עליה שזה נותן לזה מתנה וע"י זה חוזר ומקנה לזה משא"כ בתורת דמים י"ל דל"מ סברא זו וע"כ שפיר מצינן למימר דלא מהני שוה בשוה בתורת דמים אפילו אי פי' להדיא כדמוכח מכולה סוגיא דחליפין כמ"ש לעיל:

ולפ"ז תבנא לדיננא מ"ש לעיל די"ל דאפילו לר"נ א"צ להחזיר אותן המעות כמ"ש הש"ך בחו"מ (סי' רצ"ב) דלפמ"ש משה"מ מעות קונות משום דניתנו להשתמש ומשום זה קנה אותם המוכר וקשה הא לר"נ לא מהני היתר תשמיש לקנות אותם שא"צ להחזיר אותן המעות עצמם וכמ"ש החכ"צ אלא ודאי דאף לר"נ א"צ להחזיר המעות, אך לפמ"ש בסוגיא דבלן להוכיח לשיטת הרמב"ם דהכא אף לר"נ מעל משום היתר תשמיש וצ"ל דהיתר תשמיש דהכא עדיף או לסברת הר"ן יש לדמותו למעות אבידה דלא שייך לומר שמא יבא פתאום לקחת המעות די"ל מסתמא סמכה דעתיה שלא יחזור בו ויקבל מי שפרע וע"כ אף לר"נ חייב באונסין וע"כ מעל הלוקח והיכא דחייב באונסין וודאי מוכח דא"צ להחזיר אותן המעות דאל"כ מנ"ל לר"נ להקשות לר"ה מאי אריא הוציא וכמ"ש

בתחלת דברינו וכן כתב התומים או ע"פ הסברא שכתבתי לעיל דה"ט דר"נ דאמר נאנסו לא משום דהתחלת הנתינה היה רק לטובת המפקיד משא"כ במכר דל"ש זה דלא היה צריך לשמירת המעות וע"כ מודה ר"נ דחייב אפילו באונסין ומעל הלוקח משא"כ לפ"מ שכתבו התוספות הואיל ובלא זה הוא שומר שכר וזה לא שייך כאן א"ו צ"ל לשיטה זו דאף לר"נ א"צ להחזיר אותן המעות עצמם:

אחרי כותבי זאת ראיתי בבעה"מ שכתב להדיא בדמים ומקפיד עליהם י"ל דקנה משום דמעות קונות ולא אמרינן שמא יאמר נשרפו חיטך וכו' משום דהוי מלתא דלא שכיחא לא גזרו, והרמב"ן השיג עליו וס"ל דלא קנה משום שמא יאמר וכו' עיי"ש וזה דלא כדברי הפ"י וכ"כ הנ"י דבשוה ל"ש לומר נשרפו חיטך וכו' דא"כ יאמר אידך נשרפו חיטך וכו' עכ"פ ראיתי שלא נחתו לסברא זו שכתבתי די"ל דשוה כסף אינו קונה בתורת כסף במטלטלין:

אמנם מצאתי סעד לדברי בירושלמי דאיתא התם ר"י ס"ל ערבון כנגד כולו מוסרין אותו למי שפרע מודה ר"י בנותן טבעת לערבון שאין מוסרין למי שפרע וקשה טעמא מאי ולפי מ"ש א"ש דלר"י עיקר מי שפרע הוא הואיל והוא קנין דאורייתא ובשוה כסף י"ל דל"ה קנין דאורייתא וע"כ אין מוסרין אותו למי שפרט וראיתי בש"מ בסוגיא דערבון שהביא זה הירושלמי והוסיף בו דברים מ"ש מדינר דינר עשוי להשתנות ופי' הוא דהיינו שבסוף נותן אותו לתורת פרעון יעיי"ש שכ' ליישב שיטת רש"י והנה בגי' הירושלמי שראיתי לא ראיתי דברים אלו, ואף לפי גי' זו נראה לענ"ד דיש לפרש כוונתו על פי מאי שכתבתי דינר עשוי להשתנות היינו שניתן להוצאה ועל כן זכה בו המוכר והוי התחלת קנין משא"כ טבעת דאין כאן התחלת קנין כמו שכתבתי לעיל ולפי עניית דעתי סובל יותר הלשון עשוי להשתנות מה שפי' בו ממה שפירש בו הש"מ ועיין היטב בכל זה:

ובמ"ש לעיל נתיישב לי מאי דהוי קשיא לן בהא דקיימא לן בקידושין (דף ז') הילך מנה ואקדש אני לך דאם הוא אדם חשוב מקודשת בהאי הנאה דמקבל מינה וללוי היינו חליפין, ובריש קידושין (דף ג') אמרינן למעוטי חליפין ואפילו היכא דשוה פרוטה כמו שכתב רש"י התם וא"כ הו"ל להפוסקים להוכיח מזה דלא קיימא לן כלוי, אך לפי מאי שכתבתי לחלק בין לשון דמים ללשון חליפין אין ראייה דיש לומר דהתם מיירי בלשון דמים משום הכי אינו ענין לחליפין ומהני אף ללוי:

עוד נתיישב לי עפה"ד שכתבתי לעיל מה שכתבו התוס' בגיטין (דף ל"ט ע"ב ד"ה משום) על רש"י דס"ל למ"ד בכליו של מקנה כש"כ בכליו של קונה וכתבו התוס' שכן פירש"י בב"מ ונראה שכוונו התוס' למאי שפירש רש"י ללוי מי סברת גלימא מקנו ליה וכו' בהאי

הנאה ופירש רש"י דהאי הנאה שוה ליה כאלו קבל ממנו חפץ עיין שם, ומזה משמע דקבלת חפץ מהקונה וודאי מהני אמנם לפי מה שכתבתי לפרש לשון הגמרא ניחא ליה דלהוי מקנה קונה דצריך הגמרא לפרש דבר זה כיון דהמקנה צריך לקנות קודם וזה לא גמר ואקנו ליה עד שיקנה הוא ע"כ צריך לומר דניחא ליה כי היכי דלקניה ליה לדידיה ואם כן אין ראייה מרש"י דיש לומר דנהי דמשום הכי קונה בכליו של מקנה משום דהוי כאלו קבל וזכה בחפץ של הקונה דמיד שקבל הקונה זכה הוא בהנאה זו שקבל ממנו משא"כ כליו של קונה יש לומר דלא מהני משום דלא זכה ולא אמרינן סברת הגמרא ללוי דניחא ליה דלהוי מקנה קונה:

ועיין בקידושין (דף מ"ז ע"ב) דלר"מ מלוה ברשות בעלים לחזרה משום הכי מקודשת ונראה לכאורה דצריך להחזיר אותן המעות עצמם דאל"כ הדר הוה ליה כהלואה ואמאי מקודשת, ולכאורה קשה וכי גרע ממפקיד מעות מותרין וצריך לומר דבאמת לר"מ דסבירא ליה מלוה ברשות בעלים אף במפקיד צריך להחזיר אותן המעות רק לדידן דקיימא לן דמלוה לא הוי ברשות בעלים יש לומר דה"ה מפקיד מעות מותרין נעשין תיכף כמלוה ולשיטת הש"ך דאף לר"נ אין צריך להחזיר אותן המעות אף דלא נעשין כמלוה דהא סבירא ליה נאנסו לא אם כן קשה הדבר לומר לר"מ דאף במלוה צריך להחזיר אותן המעות וצ"ל דאף דא"צ להחזיר אותן המעות לר"מ אפילו הכי לא דמי למלוה כיון דבתורת פקדון אתי לידיה וצריך עיון דס"ס הוי מלוה הואיל דאין צריך להחזיר אותן המעות [ולפ"ז תמוה לכאורה דאמר התם אלא הא דאמר ר"ה השואל קורדם וכו' לימא כתנאי אמר לשמעתיה וקשה לפום ס"ד דלא אסיק אדעתיה התירוץ הוה ליה לאקשויי דר"ה אדר"ה מה דאמר הכא אפילו נאנסו דמוכח לשיטתו דאין צריך להחזיר אותן המעות גם לפי תירוץ הגמרא קשה על ר"ה דהכא דכתנאי אמר לשמעתיה ומזה סיוע למה דכתבינן לעיל דיש לומר דלא כשיטת התוספות רק דקושית הגמרא דהוה ליה למעול לפי טובת הנאה ודוק]:

ולפ"ז יש לתרץ קושית התוספות במעילה (דף כ"א) שהקשו למה לא הקשה הגמרא ממתניתין כמו שהיא שנויה שם, והר"י קורקס כתב דקושיית הגמרא הוא מברייתא, וקשה למה לא הקשה הגמרא ממתניתין ולפי מאי שכתבו התוספות דקושית הגמרא הוא משום דאין צריך להחזיר אותן המעות, ולפי זה יש לומר דלא הו"מ לאקשויי ממתניתין דקתני מותרין ישתמש בהם לפיכך אם הוציא לא מעל דמשמע דקודם שהוציא עדיין הוי הקדש ולר"ה אפילו לכתחלה מותר להוציא, ולפי זה יש לומר דמתניתין דהתם אתיא כר"מ כדקתני התם להדיא בסיומא דמתניתין דברי ר"מ ולר"מ וודאי דצריך להחזיר אותן

המעות כיון דסבירא ליה מלוה ברשות בעלים לחזרה וע"כ אתי שפיר דקתני הוציא משא"כ הברייתא לא רצה הגמרא לאוקמי כר"מ כיון דלא קיימא לן הכי ודוק היטב:

שם בא"ד הקשו דמוכח דקיימא לן כרבה דלר"י צריך לומר דהיתר תשמיש מחייב באונסין ואנן קיימא לן כר"נ דנאנסו לא דאין סברא לומר הואיל ובלא זה הוא שומר שכר דאטו אם יוסיפו לו פרוטה יהיה שואל עיין שם, ולענ"ד נראה הסברא נכונה דיש לומר וודאי היתר תשמיש מקרי כל הנאה שלו רק דבפקדון גם הבעלים צריכין שישתמש בו הנפקד כיון דרוצים להפקיד המעות ואולי בלא היתר תשמיש לא היה מקבל הפקדון וכיון דגם המפקיד צריך להיתר תשמיש תו לא מקרי כל הנאה שלו לגבי הנפקד אבל באבידה דבע"כ שעבדיה רחמנא והוי שומר שכר אף בלא היתר תשמיש א"כ הנאת התשמיש הוא רק להמוצא וע"כ הוי כל הנאה שלו והוי שואל כן נראה לפי עניית דעתי נכון ודוק ועיין בנ"י בסוגיא דש"י צריכה חסרון ראייה לסברא זו [ועל פי סברא זו אתי שפיר מה דקשה לכאורה מנא ליה לר"נ להקשות לר"ה לדידך מאי אריא הוציא דלמא ר"ה סבירא ליה דצריך להחזיר המעות עצמן רק דהוי שומר שכר משום כל הנאה שלו ולפי מאי שכתבתי אתי שפיר דפשיטא לר"נ דלא מיקרי כל הנאה שלו וע"כ דטעמא דר"ה משום דחשבינן ליה כאלו כבר הוציא המעות וע"כ ממילא דאין צריך להחזיר המעות עצמם ועל כן הקשה שפיר ועיין לקמן (דף מ"ג) ברש"י דמשום הכי הוי שואל הואיל וסמך עליו להוציאן ולכאורה נראה דסברא זו לא שייך רק בשולחני דוודאי צריך למעות משא"כ בבעל הבית דנהי דמותר להשתמש מ"מ מנא ידעינן דסמך אליו דלמא אינו צריך למעות, ויש ראייה מזה לתירוץ הר"ן דהכא במעות עבידה הואיל ויהיה מונח זמן מרובה שאני וע"כ אף בעל הבית נעשה שואל ואתי שפיר דלולי זאת קשה טובא מדין דמי אבידה דמיירי בכל אדם אפילו בבעל הבית וא"כ אף לר"ה למה יהיה נעשה שואל דמנא ליה שרוצה להשתמש וע"כ לבא לסברת הר"ן אפילו לר"ה ועל כן יש לומר שפיר דבזה אף ר"נ מודה דוודאי ישתמש בו וסומך דעתו עליו ודוק היטב] ועיין בנ"י שהביא בשם הר"ן ליישב קושית התוספות הנ"ל דבאבידה מסתמא ישתמש כיון דאינו יודע של מי הוא עיין שם, ולפי זה יש לתרץ קושיית התוספות דלקמן לפיכך דר"ט למה לי שהקשו הא צריך לאשמועינן דהיתר תשמיש מחייב באונסין ולפירוש הר"ן יש לומר דקושיית הגמרא דזה לא תלוי בפלוגתא דר"ט ור"ע ואי לאשמועינן דחייב באונסין הו"ל לאשמעינן במפקיד מעות מותרין דהיתר תשמיש מחייב באונסין וע"ז משני דהיתר תשמיש בעלמא אינו מחייב באונסין רק דהכא שאני כיון דשרי ליה רבנן לאשתמושי כמאן דאשתמש דמי כסברת הר"ן הנ"ל דמשום הכי הוי כמאן דאשתמש דוודאי ישתמש

כיון דאינו יודע של מי הוא אבל בפקדון דליכא למימר דהוי כמאן דאשתמש דלא ברירא מלתא דישתמש יש לומר באמת דלא הוי רק שומר שכר וע"כ הוצרך ר' טרפון לאשמעינן רק במעות אבידה, ומדוקדק בזה לשון הגמרא כיון דשרי רבנן לאשתמושי ביה כמאן דאשתמש דמי דהוא לכאורה שפת יתר ולפמ"ש א"ש ודוק:

דף ל.

תוספות ד"ה עלה עלי' זכר וכו' עיין בדברי התוס' צריך עיון לכאורה כיון דמעוברת פסול אם כן תו למה יפסול עלה עליה זכר הא לא יהא ניחא ליה ואין לומר כתירוץ תוספות דאם יהיה כשר יהיה ניחא ליה דלמה יהיה ניחא ליה כיון דאם תתעבר תהיה פסולה, ועיין פני יהושע סוף דברי תוספות אלו ולפי עניית דעתי דבריו תמוהים דקושיית התוספות לאו משום עול רק דרביעה פסול מטעם עול כן נראה לי פשוט:

דף לא:

אמר אביי כפועל בטל של אותה מלאכה בפי' כפועל בטל מחולקים הפוסקים דלשיטת רש"י והרא"ש ז"ל שמין כמה היה רוצה ליטול ממלאכה קלה כזו ולפ"ז נוטל ג"כ בשביל טורח השבת אבידה והתוספות בבכורות וכן הוא שיטת הר"מ סבירא ליה דנוטל כפועל בטל לגמרי, ולפי עניית דעתי צריך עיון דהא צריך להבין למה צריך דווקא להתנות בפני ב"ד שיהיה נוטל כל שכרו למה לא יהא נאמן שכוונתו היה כך במגו דאי בעי לא היה מחזיר האבידה להבעלים רק היה נוטלה לעצמו וצריך לומר דהוי מגו במקום חזקה אלימתא דמסתמא היה נוטל פחות כדי לישב בטל כדרך רוב בני אדם והוי מגו נגד רוב ואין להקשות אם כן אף כי מתנה בב"ד נימא דמשקר ואף אם לא היה מרשים לו ליטול כל שכרו היה מחזיר דיש לומר דכך תקנו חכמים דב"ד יש להם כח להפקיע ממון וכן הוא בגמרא לקמן דהכא אפקיע ממונא הוא אך זה שייך לשיטת הרא"ש דלא נ"מ בב"ד רק ליטול יותר מטרחו, אבל לשיטת הר"מ דאפילו לכדי טורח השבת אבידה צריך לב"ד אבל בלא ב"ד אף שכר טורח אבידה אינו נוטל ק"ל למה לא יהא נאמן לומר דלולי זאת לא היה טורח בהשבתה וכיון דמצד הדין יכול לעשות כן דשלו קודם למה לא יטול שכר טורח השבה:

ולעיקר קושייתם היאך יוכל ליטול שכר השבת אבידה לא הבנתי דיש לומר נהי דמחוייב להשיב בחנם היינו כל זמן שאין לפניו מלאכה שיכול להשתכר דאז לא מיקרי ממון דידיה רק טורח בעלמא וזה חייבתו התורה אבל כל שיש מלאכה לפניו שיוכל

להשתכר תו מקרי הפסד ממון וע"כ שלו קודם דמשום הכי אם אין שם ב"ד שלו קודם ואין צריך להפסיד אפילו כפועל בטל ונהי דבלא ב"ד אם טרח בהשבתה אינו נוטל כל הפסידו משום דאמרינן מסתמא אף אלו היה מתרמי לו מלאכת רשות קלה יותר היה מניח משכרו אבל לחשוב טורח השבתה כמו יושב בטל משום מצות השבת אבידה לא הבנתי בעניית דעתי הקלושה כיון דאינו מחויב להשיב כלל דשלו קודם ע"כ למה לא נימא מסתמא לא היה טורח רק כדי ליטול טורח השבתה ולפי זה לא צריך לומר דמשמע מהרא"ש דהוי רק תיקון חכמים כיון דצריך לשום לו ליטול כפועל בטל תיקנו גם כן שיטול שכר האבידה כן משמע מהרא"ש וכן כתב להדיא לקמן גבי פריקה דעל זה קשה מנא לה להגמרא להקשות והא לא בטיל, וכן ראיתי שהקשה הש"ך דדלמא אינו נוטל כלל בשביל האבידה, אבל לפי מאי שכתבתי אתי שפיר דמצד הדין ראוי ליטול כיון דאינו מחויב כלל בהשבתה, וצריך אני לעשות לי רב להבין דברי הפוסקים בזה:

שוב נראה לי להסביר דעת הפוסקים דשמין כפועל בטל לגמרי כיון דאלו היה יושב בטל היה רוצה ליטול פחות לבטל ממלאכתו כגון שהיה לפניו מלאכה להשתכר ד' זוזים ולישב בטל היה נוטל שני זוזים רק למלאכה קלה כמו השבת אבידה היו צריכין ליתן לו ג' זוזים מכל מקום כיון דלישב בטל היה נוטל שני זוזים וכל אד היושב בטל מחויב להחזיר האבידה בחנם שוב לא מקרי שכר השבת אבידה להיות בגדר שלו קודם דהא היה רוצה לישב בטל וליטול רק שני זוזים ועל כן כשנתנו לו שני זוזים להיות בגדר יושב בטל ממילא מחויב להתעסק בהשבת אבידה ולא דמי להיכא דמתנה בפני ב"ד שאינו רוצה להיות יושב בטל וליטול אפילו ג' זוזים להיותו נצר למלאכה לפרנסת בני ביתו וכדומה וכיון שאינו רוצה לישב בטל לגמרי ולפחות משכירתו על כן אינו מחויב להשיב אבידה כלל עד שנותנים לו כל מה שהיה יכול להשתכר משא"כ סתם בני אדם הרוצים לישב בטל ולפחות משכרם וכיון שהיה רוצה לישב בטל ממילא מחויב בהשבת אבידה ואינו רשאי ליטול כלום בשכר השבת אבידה רק כאלו היה יושב בטל ואתי שפיר שצריך להתנות דווקא בפני ב"ד אפילו נגד טורא ההשבה וכמו לשיטת הרא"ש נגד שכר בטילה לגמרי וכמו שכתבתי לעיל דהוי מגו במקום רוב:

דף לב.

ברש"י ד"ה לומר לך פריקה בחנם עיי"ש במהרש"א וקשיא לי על פירוש המהרש"א כיון דבע"כ צריכין אנו לומר לרבנן דהסברא החיצונה היה אצל התורה דטעינה בשכר, דאל"כ לא הוי פריקה חוזר לגופיה וכיון דבע"כ סברת התורה היה כך בע"כ לא הוי

חוקה רק דמצד השכל הוא כך אצל התורה רק דאנן אינן מבינים זה הסברא וכיון דבע"כ הוא בחק השכל לומר כך מצד הסברא אם כן מנא לה להגמרא לומר דרבנן הוכיחו זה משום דקשיא להו לכתוב טעינה ולא בעי פריקה דלמא סבירי להו לרבנן דמצד הסברא הוא כך וצריך עיון עליו ודוק היטב:

דף לב:

תדע דצער בעלי חייס דאורייתא וכו' וקשיא לפ"מ דפסקו הרא"ש והטור דצער בע"ח דאורייתא כדקאמר רבא, ולפי מה דאמרינן צער בע"ח דאורייתא אמרינן תדע וכו' מכלל דלת"ק זקוק לו ופירשו התו' ורש"י דלת"ק זקוק לו בשכר וא"כ למה פסקו הפוסקים סתם דזקוק לו ומוכח דאפי' בחנם ולפ"ז צ"ל דבתחת משאו פליגי כדמשני הגמרא ומנא ליה הא כיון דלא משני הגמרא כן רק אי צער בע"ח לאו דאורייתא, והנה באמת מוכח לכאורה דאי צער בע"ח דאורייתא אף רבנן דרשו תחת משאו דאי נימא דאף אי צער בע"ח דאורייתא אפילו הכי לא דרשו רבנן תחת משאו אם כן קשה אהא דמשני הגמרא הא מני ריה"ג הוא דסבירא ליה צער בעלי חיים לאו דאורייתא וקשה מנא ליה דריה"ג סבירא ליה צער בעלי חיים ל"ד, דלמא פליגא רק בתחת משאוי דרבנן לא דרשו תחת משאו וחייב אפילו בחנם וריה"ג דריש תחת משאו ופטור בחנם אבל בשכר חייב ולעולם צער בעלי חיים דאורייתא:

המפקיד פרק שלישי

דף לג:

תוספות ד"ה כגון פירות דקל וכו' וקשה דבפרק השולח וכו' ולפי עניית דעתי נראה דיש לומר דלא שייך לומר דהקנה הפרה לכפל כיון דהתורה כתבה ישלם שנים לרעהו היינו כפי הפסידו ישלם לו שנים וכיון דאין גוף הפרה שלו לא שייך לומר שישלם לו שנים כיון דלא הפסידו וקודם לזה לא היה לו זכות בגוף הבהמה, אבל התם בעבד שמכרו רבו לקנס התם אין הקנס בא מצד ההפסד של חבירו דאפילו עבור עבד שאינו שוה פרוטה משלם קנס כדאיתא התם ועל כן שפיר יכול להקנות העבד לאותו זכות שיש לו בו לענין קנס כן נראה לפענ"ד נכון כי תירוץ התוספות דחוק למאוד וגם לא תי' רק בדרך שמא ומ"ש נראה לפי עניית דעתי ברור ודוק היטב:

דף לד.

תוספות ד"ה אי נמי דקיימא באגם וכו' תימא דנימא נעשה כאומר מעכשיו ולאחר שלשים יום ועיין שם בכתובות ולפי עניית דעתי אפשר לומר דדוקא במעכשיו ולאחר ל' יום מהני כיון דאגם הוי קצת רשות דידיה יש לומר דבאותו רגע של סוף שלשים קניא ליה האגם דבע"כ צריך לומר כן כיון דבר"ה לא קנה כדאי' התם אבל הכא לא שייך לומר דאגם הוי רשות דידיה כיון דלא ידוע אותו שעה סמוך לגניבה וכי יש לו רשות לעולם להחזיק בהמותיו שם ועל כן לא קנה אף דנודע אחר כך אותה השעה וצ"ע ודוק היטב, ועיין שם בתירוץ התוספות דעל כל פנים יקנה הגיזה שעליו ולכאורה קשה כיון דהתוספות תירצו דלא דמי לקידושין ומשום הכי כתבו דקונה לגמרי למפרע אם כן יהיו כל הגיזות שלו וצ"ל כיון דאינו מקנה רק מעכשיו ולאחר זמן נהי דאז נגמר הקנין למפרע מכל מקום הגיזה של אחר כך הוי דבר שלא בא לעולם קודם גמר הקנין ועל כן לא כתבו התוספות רק הגיזה שהיה אז ודוק היטב:

דף לה.

ואם איתא לדר"ה וכו' עיין מה שהקשה הגאון מהר"ש קאדאנאויר על הר"מ דבמינו מצוי בשוק לא שייך שמא עיניו נתן בה אם כן מאי מקשה הגמרא כיון דמשתבע היכא מצי מפיק לה דלמא מיירי במינו מצוי בשוק, והיה נראה לי דאף להר"מ היכא דמחולקים בשיווי צריכין לישבע דכמו דחשדינן שמא עיניו נתן בה הכי נמי יש לומר שעושה כן כדי להעליל על חבירו שאין המשכון שוה כל כך, וראיתי בשו"ת חכם צבי שכ"כ בשם חכם אחד והוא תירוץ בד"א דמתניתין ע"כ מיירי באין מינו מצוי דאם לא כן אין שייך לומר כמה היה שוה רק כמה היה המשכון, ולפי עניית דעתי היה נראה דאדרבה דמוכח דמתניתין מיירי במינו מצוי דאם לא כן פשיטא דהמלוה צריך לישבע תחלה דדלמא לא ירצה לישבע ויוציא המשכון ויהיה מבורר כמה הוא שוה ולא יצטרך הלוה לישבע משא"כ כשישבע הלוה תחילה יהיה צריך אח"כ המלוה לישבע גם כן ולמה לגרום שבועת חנם ומכל שכן לשיטת הרמב"ן דכל כמה שלא נשבע המלוה ל"ה הלוה מודה במקצת עיין היטב בר"ן שבועות אם כן אין מקום לשבועת הלוה רק לאחר שבועת המלוה, א"ו במינו אף דמיירי מצוי ובזה ע"כ הטעם שמא יוציא הלה את הפקדון וכשישבע הלוה ויהיה נאמן באמת לא יהיה צריך המלוה לישבע ועל כן צריך לומר הטעם שמא ישבע זה ויוציא הלה את הפקדון, שוב ראיתי בפי' המשניות להרמב"ם מבואר הדבר כמ"ש דמתניתין ע"כ מיירי במינו מצוי דאם לא כן אין צריך לישבע קודם

שישבע המלוה וכמו שכתב הרמב"ן עיין שם היטב ותמוה על הגאונים הנ"ל שלא הביאו, ועיין בבעה"ת (שער מ"ט) ודבריו צריך עיון קצת דלדבריו מה תלוי קושיית הגמרא ברב הונא דאמר חיישינן שמא עיניו נתן בה, והיה נראה לי ליישב דמר"ה מוכח דמשביעין כעין שבועה אף דלא הוי רק כעין שבועת ביטוי דאין כאן כפירת ממון ודוק, ולדינא צריך עיון אם נשבע שא"ב כיון דבאמת משלם לו רק שעובר בלא תחמוד אי הוי שבועת הפקדון או רק שבועת ביטוי, והר"ן בשבועות בסוגיא דהמלוה על המשכון דסבירא ליה דאף אם המשכון בידו צריך הלוה לשלם המותר ואין יכול הלוה לומר לדידי שוה מוכח ע"כ דהוי שבועת ביטוי דאין כאן כפירת ממון ודוק:

דף לט.

תוספות ד"ה ש"מ מדר"ה והקשו התוספות למה לא הוכיח מכמה משניות דמעמידין אפוטרופוס לנכסי קטן גם הקשו ממה נפשך אי אמרינן מסתמא קטן לא ידע למחות אם כן בלא ר"ה מוכח דאין מחזיקין בנכסי קטן מצד הסברא ואי הוה אמינא דמסתמא ימחה גם מר"ה לא מוכח ועיין מה שתי' שדבריהם סתומים מאוד ובמהר"ם שי"ף תמה עליהם עיין שם, ולפי עניית דעתי היה נראה ליישב קושיית התוספות דהא איתא בש"ע חו"מ (סימן ר"צ) היכא דב"ד מעמידין אפוטרופוס צריכים ליקח שטר ממנו ולפי זה בלא דברי ר"ה הוי מצי למימר דסמכינן על השטר שנוטלים הב"ד ואם כן שוב לא יוכל להחזיק בנכסיו אבל לר"ה דאמר אין מורידין קרוב מוכח בע"כ דלא סמכינן על השטר דאם כן אף קרוב יכולים להוריד ובע"כ דלא סמכינן על זה שמא יאבד השטר וכדומה אם כן קשה אף רחוק לא יורידו אי אמרינן מחזיקין בנכסי קטן ולפי זה יש לתרץ ממילא קושיא השנייה של התוספות דבלא ר"ה הוי אמינא דמסתמא ימחה ועל כן מחזיקין, אבל לר"ה דב"ד מורידין רחוק לנכסי קטן ומסתמא נוטלין שטר, וא"כ איכא למיחש שהקטן יסמוך על השטר ולא ימחה וכיון דבאמת אנן לא סמכינן על השטר דמשום הכי אין מורידין קרוב אף רחוק לא יורידו דמסתמא בזה לא ימחה הקטן דיסמוך על השטר ואחר כך ישכח הדבר ויכחיש שמעולם לא היה אפוטרופוס כן נראה לי נכון:

ולפ"ז יש מכאן ראייה גמורה לשיטת הראב"ד דסבירא לי' דאפילו אם החזיק בנכסי קטן ג' שנים משהגדיל אפילו הכי לא מהני, וכתב שכן מוכח מסוגיא זו ועיין בלחם משנה שכתב דאינו מוכח דיש לומר לחוש שלא ימחה ג' שנים אחר שהגדיל הוא סברא פשוטה דאין לחוש כלל ועל כן לא חיישינן לזה ע"ש, ולפי מ"ש דהכא איכא חששא יותר שלא ימחה שיסמוך על השטר, ואפשר לומר עוד כיון שהוא סובר שמינוהו לאפוטרופוס

כאשר הוא באמת וסובר שמחזיק לשם אפוטרופסות משום הכי לא ימחה דלא שייך לומר סברת הגמרא דאין אדם רואה שאוכל ארעא דידיה ושתיק, דהא סובר שאוכל לשם אפוטרופסות ועכ"ז כשלא יבורר שהי' אפוטרופוס לא יהיה היורש נאמן ועל כן מוכח שפיר דאפילו ג' שנים לאחר שהגדיל לא מהני החזקה דהכא וודאי איכא למיחש אפילו כל הג' שנים שמא לא ימחה כן נראה לפי עניית דעתי נכון ודוק:.

דף מא.

בגמרא וקסבר שואל שלא מדעת גזלן הוי עיין בנימוקי יוסף במתניתין דמשום הכי נקרא שואל שלא מדעת ולא אמרינן דלא הוי כל הנאה שלו כדאיתא לקמן וכוונתו לדברי הרמב"ן ז"ל שפירש דמשום הכי לא קשה על קושי' הגמ' דמוכח מרועה דשליחות יד אין צריך חסרון דלמא משום שואל שלא מדעת ותירץ הרמב"ן כיון דבעלים משתמשים עם מלאכתו של רועה דהא ניחא להו שתהיה הבהמה רועה על כן לא הוי שואל רק משום ש"י נגעו בה והקשה הנמ"י לפי זה אף בחבית נימא הכי ותירץ דלדידן דקיימא לי כר"ע מיד שנטלה לצרכו כלתה שמירתו ועל כן אין כאן הנאת הבעלים עיין שם, ולפי עניית דעתי דברי הנ"י תמוהים דהא רב ששת מוקי למתניתין בנטלה ע"מ להביא עליה גוזלות וקסבר שואל שלא מדעת גזלן הוי וכולה ר"י הוא אם כן הדרא הקושיא לדוכתה הא לר"י דסבירא ליה לא כלתה לו שמירה לא הוי כלל שואל שלא מדעת ולמה יהיה חייב ונהי דמסיפא דמיירי ביחדו לא קשה דיש לומר כיון דיחדו הבעלים מקום והוא נטלו מאותו מקום שוב לא מיקרי הבעלים נהנים עמו במלאכתו ולא דמי לרועה ועל כן ל"ק לי' להנימוקי יוסף רק לדידן דאפילו בלא יחדו חייב דקיימא לן כר"ע ועל כן תי' דלר' עקיבא אתי שפיר, אמנם מרישא קשיא דתני אם מתוך ידו נשברה לצורכו חייב לצורכה פטור משום דהוי שואל שלא מדעת ולפי דעת הנימוקי יוסף הא לר"י לא הוי שואל שלא מדעת כלל, ומלבד זאת קשיא לי על גוף הסברא של הנ"י דכיון דהא דכלתה לו שמירה הוא מטעם דנעשה גזלן אבל אי לא נעשה גזלן מהכ"ת נימא דכלתה לו שמירה ואם כן האיך אפשר לומר דמשום הכי נעשה שואל שלא מדעת הואיל ונעשה גזלן וכלתה לו שמירה, אדרבה נימא דלא כלתה לו שמירה ולא נעשה שואל שלא מדעת ואף אם נרצה לדחוק ולומר דסוף סוף כיון דנשתמש שלא מדעת בעלים כלתה לו שמירה לר"ע אף אי לא הוי גזלן ועל כן ממילא נעשה גזלן מכל מקום קשה מאי החרדה הזה דקאמר ר' יוחנן מאן דמתרגם לי אליבא דחד תנא וכו' ושאר אמוראי דחקו לומר הניחה במקום שאינה מקומה הא מצינן לאוקמי כולה ר' עקיבא ועל כן לא סבירא ליה לר"ע דכלתה לו שמירה

רק היכא דהוי גזלן, וע"כ ברישא כיון דאי לא כלתה לו שמירה לא נעשה גזלן משום הכי ממילא לא כלתה לו שמירה ולא נעשה גזלן משא"כ בסיפא דיחדו ונטלו מאותו מקום דאף דלא כלתה לו שמירה הוי שואל שלא מדעת כדלעיל לר"י ע"כ ממילא לר"ע כלתה לו שמירה ועל כן חייב אפילו בהניחה למקומה, והנה באמת המעיין בנימוקי יוסף יראה מרהיטת לשונו דאף ביחדו קשיא ליה דלא הוי שואל שלא מדעת הואיל וגם לבעלים איכא הנאה במה שהוא ברשות השומר יעיי"ש, ולפי זה קשה טובא אוקימתא דרב ששת דמוקי לה בשואל שלא מדעת ואפילו הכי אוקי כר' ישמעאל כדאיתא בגמרא וכולה ר"י הוא וצריך עיון גדול, ולקושית הנימוקי יוסף היה נראה די"ל דעד כאן לא כתב הרמב"ן ברועה דלא הוי שואל רק משום דהתם עיקר מה שנעשה גזלן על ידי שהכישה ורצתה לפניו וזה הוא גם כן לצורך המפקיד שתהיה בהמתו רועה משא"כ בחבית כיון דעל ידי הגבהה נעשה שואל שלא מדעת דהוי גזלן והגבהה זו אינה לצורך בעל הבית כלל על כן שפיר הוי שואל שלא מדעת:

ועפ"ז נתיישב לי היטב לשון הגמרא דקשיא טובא דהא דקאמר תרגמה ר' יעקב ב"א וכן אידך אמוראי לא תיקנו כלל בתי' דאף לאוקימתא דר' יוחנן צריך לאוקמי בחד מהנהו ג' אנפי וכמו שכתב המהר"ם שי"ף והפני יהושע ומה שתירץ הפ"י הוא רחוק קצת דנימא אף דהוי שואל אפילו הכי כלתה לו שמירה והוא רחוק מדעת הרמ"א (בסימן רצ"ב) דסבירא ליה דאפילו אי שואל שלא מדעת הוי גזלן אפילו הכי לא כלתה לו שמירה ועיין ש"ך שם, וגם קשה טובא למה לא קאמר הגמרא תחלה ר"י הוא וסיפא בהניחה במקום שאינה מקומה ואחר כך הוה ליה לסדר הנהו תרגמה:

ע"כ היה נראה לי ליישב כך דוודאי לר' יוחנן דמוקי רישא ר"י וסיפא ר"ע אם כן וודאי ליכא שום אוקימתא אחריתא רק בנטלה על מנת לגזלה דליכא למימר בחד מהנהו גוונא דהא למאן דמוקי על מנת לשלוח בו יד או על מנת להביא גוזלות בע"כ צ"ל הא דלא קא משמע לן בע"מ לגזלה ואפילו הכי פטור ברישא משום דאין צריך דעת בעלים וצריך לומר דרצה לאשמעינן רבותא בסיפא דאפילו ביחדה והניחה במקום שאינה מקומה חייב ולא נחית לאשמעינן רבותא ברישא דיש לומר דעיקר רבותא משום הסיפא דגוף הדין של הרישא כבר אשמעינן ר' ישמעאל במכילתא אחריתא בברייתא דגונב וכן מוכח ממתניתין דבבא קמא ועיין ש"מ בשם הרא"ש אבל לר' יוחנן דמוקי לה רישא ר"י וסיפא ר"ע אם כן כיון דתנא דרישא לא אתי רק לאשמעינן דינו של ר"י דלא כלתה לו שמירה וכיון דבאמת סבירא ליה לר"י דאפילו בגזלן לא כלתה לו שמירה הוה לה למתני' לאשמעינן רבותא טפי וליכא למימר משום סיפא דהא סיפא תנא אחרינא הוא על כן

נראה פשוט דלר' יוחנן מוכרח לומר נטלה על מנת לגזלה רק להנהו דמוקי לה כולה ר"י מצינו לאוקמא בגוונא אחרינא ומשום רבותא דסיפא על כן קאמר דאפילו הכי תרגמה ר' יעקב בר אידי שנטלה על מנת לגזלה דסבירא ליה ש"י צריכה חסרון וע"כ אף לדידיה לא מצינן לאוקמי באוקימתא אחריתא אבל מאן דסובר ש"י אין צריך חסרון וכן שש"מ הוי גזלן ניחא ליה לאוקמי בהכי ומשום רבותא דסיפא רק לפי זה קשיא יותר קושיא השנייה דהוה ליה להגמרא לסדר האי וכולה ר"י הוא קודם התרגמה ועם סברת הנ"י הנ"ל י"ל דאי הוי קאמר הכי הוה מצי למיטעי באוקימתא דרב ששת מחמת קושית הנ"י ולומר דמוקי לה כולה כר' עקיבא וברישא לא הוי שואל שלא מדעת כקושיית הנימוקי יוסף ובסיפא דיחדו יש לומר דבזה לא נעשה שליחות הבעלים כמו שכתבתי לעיל על כן קאמר בתר אוקימתא דרב ששת כולה ר"י לאשמעינן דאפילו לאוקימתא דרב ששת מוקמינן לה כר"י או דהוה מצי למיטעי כסברת הגה"ה ברמ"א דבשואל שלא מדעת לא כלתה ליה שמירה ועל כן אתיא ליה שפיר אליבא דר"ע, וסיפא בהניחה במקום שאינו מקומה על כן קאמר לבתר אוקימתא דרב ששת כולה ר"י הוא ודוק:

ועיין בש"מ בתוך דבריו הביא בשם גי' ולפי זה אתי שפיר הא דקאמר רב ששת לעיל וקא מפלגי בשואל ש"מ גזלן הוי עיין שם ואם הדברים אלו באו בדקדוק נראה מבואר שהיה לו גירסא אחרת בגמרא באוקימתא דרב ששת היינו דרב ששת מוקי כר"י דאתיא כתרי תנאי ומדנקט טלטלה מוכח דמיירי בשואל שלא מדעת על כן מוקי דפליגא בהא אי הוי גזלן או לא כמו דפליגא ר"י ורבנן בב"ב (דף פ"ח) ומוכח דמוקי כולה מתניתין כר"ע דלר"י לא מהני הא דהוי גזלן דסוף סוף לא כלתה לו שמירה ואם כן היה גי' הנ"י א"ש ולא קשה מה שהקשיתי לעיל עליו אבל לגירסא דידן וכן הביא הרי"ף ז"ל לא אשכחן פתרא לדברי הנימוקי יוסף וגם מוכח לפי גירסא זו דהא דקאמר הגמרא וכולה ר"י הוא לא קאי על תירוץ רב ששת או דלא גרס ליה כאן רק קודם תירוץ רב ששת, ובזה היה מיושב קושיית הש"ך על הגהת רמ"א (סימן רצ"ב) שהעתיק דברי המרדכי דבשואל שלא מדעת לא כלתה ליה שמירה והקשה עליו מאוקימתא דרב ששת ומנא ליה דר"י פליג וחי לא גרסינן באוקימתא דר"ש כולה ר"י אתי שפיר דיש לומר לרב ששת אתיא אפילו כר"ע דבשואל שלא מדעת לא כלתה לו שמירה וסיפא בהניחה במקום שאינו מקומה, אמנם אני מסתפק אם דברים אלו בשיטה הנ"ל באו בדקדוק כי קשה מאוד לחדש גירסא מה שלא נזכרה בפירוש:

ע"כ נראה לי דאף לפי גירסתינו יש לתרץ דברי המרדכי הנ"ל דלפי מאי שכתבתי לעיל דלאוקימתא דר' יוחנן מוכח דמיירי בנטלה על מנת לגזלה כיון דלא שייך לומר משום

רבותא דסיפא הואיל והוי תרי תנאי ולפי זה קשה טובא למה נקט טלטלה הא על ידי זה מצינו למיטעי ולומר דמיירי בשואל שלא מדעת ונהי דסבירא ליה לר' יוחנן דלא מצינן לאוקמי כאוקימתא דרב ששת משום דסבירא ליה הניחה במקומה משמע מכל מקום הא מצינו למיטעי דכולי עלמא סבירא להו כר' עקיבא רק דפליגי אי שואל שלא מדעת שואל הוי או גזלן הוי וגם על ר' יוחנן גופיה קשה למה לא מוקי מתניתין בהכי אלא וודאי דפשיטא ליה לר"י דבשואל שלא מדעת לא שייך לומר כלתה ליה שמירה אף אי גזלן הוי ועל כן בע"כ דמיירי בנטלה על מנת לגזלה ורישא ר"י וסיפא ר"ע, ואם כן מוכח שפיר דר' יוחנן פליג על רב ששת בזה וסבירא ליה דבשואל שלא מדעת לא כלתה לו שמירה ועלו דברי המרדכי כהוגן (ועיין שם סיום דברי הגה"ה הנ"ל שכתב דבמעות אפילו החזירה למקומה לאחר שנשתמש חייב ועיין שם ראייתו ולפי עניית דעתי אין לדמותם דהתם כתב הרא"ש הואיל ועומד להוצאה משא"כ בזה נהי דשימש פעם אחת שלא מדעת והיה גזלן מכל מקום לאחר שהחזיר מנא ליה שישמש עוד שלא מדעת וצריך עיון]:

ועיין במלחמות שהקשה על הבעל המאור דלמא משום שואל מדעת וזה הקשה רבינו שלמה ועדיין לא נגע בו בעל המאור, ולפום רהיטא היה נראה לי ליישב דברי הבעל המאור עם דקדוק הת"ח על קושית הגמרא תסתיים דרב סבר אין צריך חסרון וקשיא דתיקשי ללוי ברייתא דרועה והיה נראה לי ע"פ שיטת הרא"ש דס"ל דבשומרין לא בעינן משיכה לענין חיוב רק לענין חזרה והובא דעתו בש"ע (סימן ש"מ ס"ד) ועיין טור וב"י (ריש סימן ש"ז) ולפי זה יש לומר דמוכח דרב לא מוקי לה משום שואל מדעת דאם כן לא הוצרך לומר הכישה במקל ורצתה לפניו אלא וודאי דמשמע ליה אף אי ליכא לחיוביה משום שואל כגון שבאותה שעה שהניח מקלו ותרמילו היה בבעלים אפילו הכי חייב ועל כן הוצרך לומר שהכישה, ועל כן ל"ק ללוי דיש לומר דמוקי לה משום שואל וממילא מיושב קושיית הרמב"ן על הבעל המאור דלא קשיא ליה כלל משום שואל מדעת, דאם כן למה לי משיכה על כן לא הקשה רק משום שואל שלא מדעת ועל זה תירץ שפיר לפי שיטתו עיין שם:

ועוד נראה לי דיש לומר אי שואל שלא מדעת לא הוי גזלן אף שואל לא הוי בענין זה דרועה דלכאורה קשיא לי כיון דקיימא לן התוקף בעבדו של חבירו ועשה בו מלאכה חייב לשלם דכיון דברשותיה דמרא קאי חייב לשלם רק היכא דשייך לומר דניחא ליה כי היכי דלא נסתרי' עבדיה כדאי' בבב"ק (דף צ"ז) וא"כ כיון דלא נעשה גזלן שלא מדעת נימא דמסתמא ישלם לו (ואף אם לא ישלם לו מכל מקום לא שייך לומר כל הנאה שלו

כיון דמחויב לשלם לו וכשיוודע לו דמחויב לשלם לו מסתמא ישלם לו], על כן נראה לי דיש לומר דזה לא שייך רק בחבית דהוי מידי דלא קיימא לאגרא ועל כן אין לו עליו שום חיוב לאחר שימוש על כן שייך לומר דהוי שואל משא"כ ברועה דהוי מידי דמיפחת ועל כן וודאי מחוייב לשלם לו ועל כן ליכא לחיוביה רק אי נימא שואל שלא מדעת גזלן הוי ואתיין ג"כ שפיר דברי הבעל המאור, ובזה הבנתי דברי הרשב"א שהביא הש"מ דלרש"י בשליחות יד אף אם רוצה לשלם אפילו הכי מקרי ש"י, ולא הביא מאין הוציא זה מדברי רש"י על כן נראה לי דהוכיח זה ממה שתירץ רש"י על קושיא הנ"ל דלמא משום שואל שלא מדעת, ותירץ רש"י דמידי דנפחת מחמת מלאכה תחלתה ש"י, ותמהו עליו דאטו משום דשייך פחת יהיה עדיף ולא יהיה נקרא שואל שלא מדעת עיין בשיטה מקובצת ולפי מאי שכתבתי יש לומר דהפירוש הוא כך דמידי דנפחת לא שייך לקרותו גזלן דיש לומר אולי ישלם לו כיון דיש כאן תשלומין רק דמכל מקום הוי שליחות יד ועל כן מוכח שפיר דאף היכא דנחית בתורת לשלם לו אפילו הכי הוי ש"י [ואפשר עוד ליתן תבלין לסברא זו דהיכא דשייך תשלומין לא שייך לקרותו גזלן אף אם ידעינן שאין כוונתו לשלם דזה הוי רק מחשבה בעלמא וגוף הדבר שעושה לא מיקרי גזל כיון דניתן לתשלומין ודוק]:

דף מא:

תוספות ד"ה חדא וא"ת נילף משואל דאין צריך חסרון דמשעת משיכה חייב באונסים ויש לומר בשואל דין הוא וכו' עיין ב"ח חו"מ (סימן רצ"ב) שכתב להוכיח מדברי תוספות אלו דס"ל גם כן כשיטת הר"מ דבהגבהה לחוד לא הוי עדיין שואל שלא מדעת עד שנשתמש ולכאורה איני מבין דברי הב"ח דאדרבה מדברי תוספות אלו משמע דאליבא דאמת דקיימא לן אין צריך חסרון אפילו לא נשתמש חייב ולא כתבו כן רק דמשום הכי לא מצינן למילף משואל דאין צריך חסרון אבל אליבא דאמת דכתוב להדיא בש"י דאין צריך חסרון משמע דאפילו בהגבהה לחוד חייב ונהי דאפשר לומר דאף דאית לן ריבוי לומר ש"י אין צריך חסרון מכל מקום לא מצינן לרבוי' רק היכא דכוונתו היה לחסר אף שעדיין לא חסרה אבל היכא שכוונתו היה רק לתשמיש בעלמא אינו חייב מ"מ צריך עיון דאין ראייה לזה מדברי תוספות:

דף מד.

בעי רב אשי הגביה ארנקי ליטול ממנה דינר מהו ועלתה בתיקו וכתב הרא"ש דלדידן דקיי"ל שליחות יד אין צריך חסרון אין נפקא מיניה בזה ומשום הכי השמיטה הרי"ף והר"מ הביאו והשיג עניו הראב"ד וכתב הה"מ דהר"מ סובר דאפילו אי צריכה חסרון צריכין לבא לסברא זו דניחא ליה דתהוי בסיס, דהואיל דהוי דברים חלוקים לא נעשה שליחות יד בכולו משום דינר אחד אלא דקשיא ליה דהא משמע בגמרא דלא צריך לסברא דבסיס רק למ"ד צריכה חסרון מדמקשה על שמואל דאמר לא נטל נטל ממש אלא כיון שהגביה על מנת ליטול לימא קא סבר שליחות יד א"צ חסרון ושני שאני הכא משום דניחא דלהוי כל החבית בסיס להרביעית משמע דאי אין צריך חסרון לא צריך לזה ונראה לי דרש"י פירש דניחא דלהוי כל החבית בסיס והוי שואל והקשה עליו הש"מ בשם התוספות למה צריך לפרש משום שואל תיפוק ליה כיון דניחא ליה הוי כאלו נטלה ועל כן חייב אף למאן דאמר צריכה חסרון, ואין לומר הואיל דהוי ענינים נפרדים ואין ניכר שום חסרון ביין הנשאר ועל כן אינו חייב רק משום שואל הא ליתא דהא אמר שמואל לא נטל נטל ממש משמע עכ"פ דנטל ממש וודאי חייב, ולסברת רש"י אף בנטל ממש יהיה פטור וגם קשה מאי קאמר לימא קסבר שליחות יד אין צריך חסרון לפי סברא זו אף אי אין צריך חסרון למה יהיה חייב דהא אף למאן דאמר אין צריך חסרון עכ"פ צריך שיהיה בדעתו לעשות חסרון ורביעית לא מקרי חסרון לענין היין הנשאר עיין שם בש"מ:

ולענ"ד נראה ליישב דברי רש"י על נכון דלעיל מזה אמר רבה על הא דקתני הטה את החבית פטור לא שנו אלא נשברה אבל החמיצה חייב מאי טעמא גירי' דידיה אהני ליה מזה מוכח דהיכא דמחסר מקצת גורם קלקול לכל החבית ולפי זה יש לומר בפשוט דוודאי היכא דנטל רביעית חייב דזה מיקרי חסרון בכולה כמו הכחשה במקל אף דהבהמה נשאר אפילו הכי כיון דגרם קלקול בכולה מקרי שליחות יד בכולה וחייב והוא הדין הכא כיון דנטילת הרביעית גורם קלקול בכולה משום הכי מקרי ש"י בכולה וחייב, וכן למאי דהוי ס"ד דשמואל סבר שליחות יד אינה צריכה חסרון והיינו כיון דכוונתו לחסר הוי ליה כאלו חסרה אם כן הכא נמי כיון שכוונתו ליטול רביעית וישאר החבית בחסרונו ע"כ הוי שליחות יד משא"כ לפי מאי דמשני הגמרא דסבר צריכה חסרון רק דניחא ליה דלהוי כל החבית בסיס וכו' אם כן נהי דבשביל זה חשבינן ליה כאלו נטלה כיון דמאי שמניחה כאן הוא לטובתו מ"מ בהנשאר לא עושה עדיין שום חסרון כיון דהחבית עדיין מלא ואי משום דכוונתו ליטול הא סבירא ליה צריכה חסרון ונהי

דלענין זה הוי כאלו נטלה שזכה הוא ברביעית בהגבהתו מכל מקום עדיין לא עשה שום גריעותא בהנשאר ואולי כשיטול הרביעית שלו ישים היין הנשאר בכלי קטן שיהיה שם מלא ולא יחמיץ ועל כן הוכרח רש"י לומר דחייב על הנשאר משום שואל כל זה שייך ביין אבל במעות אם נטל דינר ראוי להיות פטור כיון דהוי ענינים נפרדים ואין עושה שום פחת בהנשאר וע"כ בעי רב אשי בחשב ליטול אם שייך לומר דניחא ליה ואז חייב משום שואל כפירוש רש"י ועל כן אתי שפיר שהעתיק הר"מ האבעיא להלכתא, ויש עוד ראייה לפירוש זה מקושיית התוספות דלעיל (דף מ"א ד"ה שנטלה) אהא דמוקי שנטלה ע"מ לשלוח בו יד משום דסבר שליחות יד אין צריכה חסרון והקשו התוספות הא בחבית לכולי עלמא חייב משום דניחא ליה ולשיטת רש"י אתי שפיר כיון דלא הוי רק שואל על הנשאר ובשואל אין צריך השבה מעליא כמ"ש להדיא לעיל כן נראה לפי עניית דעתי נכון, ועיין שם בהשגות הראב"ד שלא השיג על הר"מ רק לפי שיטתו דסבירא ליה דאף למ"ד ש"י א"צ חסרון צריך שיהיה כוונתו ליטול הכל רק דלמאן דאמר צריכה חסרון צריך ליקח עכ"פ רביעית והנשאר יהיה כוונתו ליטול כשיצטרך ולמאן דאמר אין צריכה חסרון תיכף כשהגביהה על מנת ליטול כל החבית כשיצטרך אף שלא נטל כלל אפילו הכי חייב ומפרש בשמואל דאמר כיון שהגביה על מנת ליטול היינו שהיה כוונתו ליטול הכל כשיצטרך ולעת עתה היה רצונו ליטול רביעית ונמלך ולא נטל והוה אמינא דחזר מכל וכל וקא משמע לן דאפילו הכי חייב ולדידיה וודאי ל"צ לסברא של בסים לדידן דכיון דכוונתו היה ע"כ ליטול הכל על כן פשיטא דחייב רק למאן דסבר צריכה חסרון צריך לומר דניחא ליה דלהוי בסים כי היכי דלהוי כאלו נטל ממש אבל לדידן פשיטא דחייב כיון דכוונתו ליטול הכל ולית לן בה מאי דהוי דברים נפרדים על כן לשיטתו השיג שפיר על הר"מ, אבל לפי מאי דקיימא לן דלא כשיטת הראב"ד בזה רק כיון דכוונתו רק ליטול רביעית אחת חייב נראין דברי הר"מ נכונים על פי הסברא הנ"ל ועיין בפני יהושע שגמגם בפירוש הראב"ד הנ"ל ולפי עניית דעתי נראה כמ"ש:

פרק הזהב

דף מח.

תוספות ד"ה נתנה לסיטון וא"ת דלמא מיירי בסיטון נכרי יש לומר בישוב קושית התוספות לפי מאי דפירש רש"י נתנה לסיטון שכן דרך ליתן בתחלה מעות וצריך לומר דקשיא ליה למה נקט סיטון דוקא, אמנם עדיין קשה למה לא נקט אחד מבעלי אומניות וצריך לומר דהתם ליכא רבותא דאף מדרבנן קנה דלא שייך לומר נשרפו חיטך

בעלייה כמ"ש הר"ן ועל כן נקט נתנה לסיטון כל זה לר"י דסבירא ליה דעקרו לקנין כסף משום שמא יאמרו וכו' משא"כ לר"ל דסבירא ליה דמדאורייתא לא קנה רק בנכרי קנה מדאורייתא והיכא דקנה מדאורייתא לא מצינו לדידיה דעקרו חכמים קנין דאורייתא קשה למה נקט סיטון דוקא, על כן הקשה הגמרא שפיר ותירץ הא מני ר"ש ולדידיה הוי גם כן סיטון רבותא כמו לר' יוחנן, ולפי זה יש לתרץ קושית התוספות לפי מאי שכתבו בתירוץ ר"ח כהן דלר"י בין בנכרי בין בישראל כסף קונה קשה ברייתא דבלן, ולפי זה יש לומר כך לפי מאי דמשמע מהמפרשים המובאים בש"מ דלא כסברת הר"ן הנ"ל רק דאפילו בשכירות לא קנה כסף מדרבנן לפי זה יש לומר דר"י סבירא ליה באמת כקושית המפרשים הואיל מדרבנן לא קנה משום הכי לא מעל וברייתא דנתנה לספר מעל מיירי בספר נכרי דבנכרי לא תיקנו שלא יהא כסף קונה כדמוכח מהרי"מ ז"ל רק דלפי מאי שכתבו התוספות דנתנה לסיטון מיירי בישראל אם כן מוכח אף דלא קנה מדרבנן אפילו הכי מעל והדרא הקושיא לדוכתי' [והנה היה אפשר לדחוק ולומר דאליבא דאמת אף לר"י מוקמינן כר"ש ולר"ש שפיר מעל הואיל דאין הלוקח יכול לחזור אף מדרבנן ואף דמסוגית הגמרא משמע דלר"י לא צריך לאוקמי כר"ש מכל מקום יש לומר כן דלר"א דס"ל משיכה בנכרי אינו קונה בע"כ צריך לומר כן] אך לפמ"ש י"ל בפשוט דלר"י לא קשיא מנתנה לסיטון דיש לומר דמיירי בסיטון נכרי ואין להקשות למה לא נקט אחד מבעלי אומניות דיש לומר דרצה להשמיענו דאפילו היכא דשייך לומר נשרפה חיטך בעלייה אפילו הכי מעל והיינו משום דבנכרי לא עקרו כלל קנין כסף ואי הוי תני בעלי אומניות הוה מצי למימר דטעמא הוא משום דלא שייך לומר נשרפה חיטך, ואף דלפי תירוץ זה מוכח דלא פלוג רבנן ואפילו היכא דלא שייך נשרפה חיטך אפילו הכי לא קנה במעות מברייתא דאחד מבעלי אומניות לא מעל עד דמשך מכל מקום הוה מצי למיטעי כן על כן נקט סיטון משא"כ לר"ל דסבירא ליה דלרבנן לא עקרו קנין כסף כלל הקשה הגמרא שפיר למה נקט סיטון:

ועם האמור י"ל דברי הר"מ שפסק בקנה דבר בפרוטה של הקדש בישראל לא מעל ובנכרי מעל וכתב הכסף משנה יש לתמוה דזה אזלא לר"ל ואנן קיימא לן כר"י. עוד כתב הר"מ דנתנה לבעלי אומניות מעל ולא חילק בין בלן לספר וקשה למה, ועם האמור יש לומר דהר"מ סובר כשיטת הר"ן הנ"ל וגם סובר לר"י דמשום מי שפרע לא מעל כיון דמדרבנן לא קנה ועל כן אתיא פיסקא דידיה על נכון דבבעלי אומניות לא חילק בין בלן לספר ובין נכרי לישראל משום דבכולהו קנה דלא שייך לומר נשרפה חיטך רק בקנה חילק שפיר כיון דבישראל לא קנה מדרבנן על כן לא מעל ובנכרי דקנה אף מדרבנן

ע"כ מעל, והסוגיא נראה לי על פי שיטתו כך דברייתא דבלן מוקי לה ר"י בנכרי ואתיא כתנא דסבירא ליה גזל נכרי מותר וע"כ לעמיתך בכסף ולנכרי במשיכה ועל כן לא מעל עד דמשך, ובריייתא דנתנה לסיטון מוקי לה בנכרי וקא משמע לן רבותא דאפילו היכא דשייך נשרפה חיטך אפילו הכי קנה בנכרי ועל כן מעל ואתיא דברי הר"מ כהוגן:

אך אי קשיא הא קשיא מנא ליה להר"מ לפי זה דהיכא דלא קנה מדרבנן לא מעל ודלא כדהוי סבירא ליה לרבא דלמא אף אליבא דאמת סבירא ליה לר' יוחנן כן ואפילו הכי אתיא הכל שפיר, דברייתא דס"ל לספר לא מעל ס"ל דגזל נכרי מותר ועל כן דרשינן לעמיתך בכסף ולנכרי במשיכה ועל כן לא מעל ובישראל מעל משום דקנה ונתנה לסיטון יוכל להיות אף בישראל, בשלמא לפי מה שכתבתי לעיל בשיטת התוספות דיש לומר דלא כשיטת הר"ן אתי שפיר דיש לומר דמוקמינן ברייתא דלספר לא מעל בספר ישראל ומשום דליכא אלא מי שפרע אבל להר"מ דסבירא ליה בבעלי אומניות כסברת הר"ן אם כן בע"כ צריך לומר דברייתא דספר איירי בספר נכרי ומשום דס"ל גזל נכרי מותר א"כ אין ראייה כלל לומר דלא מעל הואיל דלא קניא ליה מדרבנן. אך לפי מאי שכתבתי אין הכרח כלל לומר דהוי ס"ל לגמרא דמעל משום דכסף קונה מדאורייתא רק בבעלי אומניות מעל משום דלא שייך לומר נשרפה חיטך ובסיטון מיירי בסיטון נכרי כמו שכתבתי לעיל. גם יש ראייה לזה מקושיית המפרשים באתנן זונה דמוכח דאף דמדאורייתא קנה אפילו הכי לא מיקרי אתנן, אך לפי מאי שכתבו המפרשים דמשמעותו דסיטון משמע ישראל ואפילו הכי מעל לר"י הדרא קושית הכסף משנה לדוכתה:

שוב ראיתי לכאורה שיש מקום ליישב דברי הר"מ לפי מאי שכתב הרי"ק הביאו הכסף משנה דמשום הכי פסק הר"מ במפקיד מעות מותרין לא מעל הגזבר אף כשיוציא משום דלא אמר ליה בהדיא שיוציאם על כן לא מעל, וראיית הר"מ מברייתא דנתנה לספר דלא מעל (עד דמשך) בדבר הצריך משיכה אף שיש היתר תשמיש וסבירא ליה דברייתא זו פליג על ברייתא דמעל הגזבר וצריך לומר. אף לדידן דקיימא לן כר"נ נאנסו לא ואם כן אין ראייה מספר דמשום הכי לא מעל בלא הוציא משום דאינו חייב באונסין וכדמוכח מקושית ר"נ לר"ה לדידך מה איריא הוציא, וצריך לומר דסבירא ליה להרי"ק אליבא דהר"מ דהכא עדיף ממפקיד ואף לר"נ חייב באונסין ובקל יש לדמותו למעות אבידה דחייב אף באונסין לר"נ על פי הסברא שכתב הר"ן וע"פ הסב' שכתבתי לעיל, [בסוגיא דמעות אבידה] עוד מוכח מדברי הרי"ק דאפילו אי מעות אינו קונה מדאורייי' אפ"ה מותר להוציא המעות וחייב באונסין דאל"כ לא הוי מוכיח מברייתא דספר דאתיא ע"כ כמ"ד מעות אינו קונה מדאורייתא והיינו למאן דסובר גזל נכרי מותר כדמוכח ממאי

שכתב הר"מ גופיה דנתנה לאחד מבעלי אומניות מעל ולא חילק בין נכרי לישראל וע"כ דה"ט משום דלא שייך לומר נשרפה חיטך קנה אף מדרבנן כמו שכתבתי לעיל ואם כן הך ברייתא דנתנה לספר לא מעל סבירא ליה לנכרי במשיכה ואם כן מנא ליה דמותר להשתמש דלוכח מהכא דלא מעל על ידי היתר תשמיש הואיל ולא צוהו להדיא, אלא וודאי מוכח דהרי"ק סבירא ליה דאפילו לא קנה מדאורייתא אפילו הכי סתם נותן מעות דעתו שיהיה לו רשות להשתמש ואינו מקפיד בכך ועל כן ממילא חייב באונסין, ולפי זה ל"ק על הרמב"ם מברייתא דסיטון דיש לומר דהר"מ סבירא ליה דבברייתא דסיטון משום הכי מעל אף דמדרבנן לא קנה היינו משום היתר תשמיש וכברייתא דהמפקיד אבל הוא פסק כברייתא דנתנה לספר לא מעל מטעם סברת הרי"ק, ואף דלענין גוף הדין דנתנה לספר לא מעל לא פסק כהך ברייתא היינו משום דאיהו סבירא ליה מעות קונה הן בנכרי והן בישראל והברייתא ס"ל דמעות אינם קונות בנכרי מ"מ מאי דמוכח מברייתא דהיתר תשמיש אינו מביא לידי מעילה בזה פסק שפיר כהך ברייתא, אך לפי זה קשיא טובא מאי דקאמר הגמרא וכן אמר רב נחמן ובדקה לוי במתניתא ואשכחיה נתנה לסיטון מעל דלשיטה הר"מ צריך לומר הא דמעל היינו משום היתר תשמיש ולפי סברת הרי"ק הנ"ל דאף אי כסף אינו קונה אפילו הכי מותר להשתמש במעות א"כ אין ראייה מזה דמעות קונות ודוק:

והנה לפי מה שכתבתי דהא דסבירא ליה לר"י דמעות קונות היינו משום דסבירא ליה לסברא חיצונה דמעות שנותן לו הלוקח נותן לו אדעתיה שיהא מותר להוציא ועל כן לא שייך לומר לא סמכי' דעתי' ולולי זאת לא הוי מצי למילף דמעות קונות וכיון דר"י מצד הסברא סבירא ליה הכי ממילא אין חילוק בין נכרי לישראל, ולפי זה אף דמוקמינן לר"י בבלן נכרי מכל מקום מוכח דהיתר תשמיש אינו מביא לידי מעילה כסברת הרי"ק דנהי דצריכין לומר דהא דנקט בלן ולא ספר היינו משום דלמאן דאמר גזל נכרי מותר דרשינן לנכרי במשיכה מכל מקום למה לא ימעול משום היתר תשמיש אלא וודאי דס"ל לברייתא דאינו מועל בשביל זה וכמו שכתב הרמב"ם ודלא כברייתא דפרק המפקיד, והא דקאמר מסייע ליה לר"ל יש לומר לא כמו שכתבו התוספות דמשמע ליה בבלן ישראל (דהא יש לומר דנקט בלן דבבלן מעל בין בנכרי ובין בישראל משא"כ בספר דלא פסיקא ליה דבנכרי לא מעל) רק דיש לומר דרבא סבירא ליה כל כמה דלא צריכין לחדש מחלוקת ולומר דפליגא עם ברייתא דהמפקיד אמרינן דכ"ע ס"ל דהיתר תשמיש מביא לידי מעילה וע"כ לא מצינן לאוקמי אף בנכרי, אמנם לר"י בע"כ צ"ל כן דפליגא בהא אי היתר תשמיש מביא לידי מעילה או לא, אמנם מצד הסברא היה נראה כר"ל כי היכי

דלא צריכין להמציא פלוגתא חדשה ואחר כך אסיק הגמרא וכן אמר ר"נ ד"ת מעות קונה ובדקה לוי במתניתא ואשכח נתנה לסיטון מעל וע"כ צ"ל דהיינו משום היתר תשמיש ולפ"ז ממילא אין כאן סייעתא לר"ל דנימא דכולי עלמא סבירי להו משום היתר תשמיש מעל ובברייתא דספר משום דמעות אינן קונות ולומר דהיכא דמעות אינו קונה אין כאן היתר תשמיש הא מברייתא מוכח או דמעות קונות או אף אי מעות אינן קונות מ"מ יש היתר תשמיש ואם כן קשיא ברייתא דספר דלא מעל וצ"ל דפליגא בהא אי היתר תשמיש מביא לידי מעילה או לא וא"כ ממילא אין כאן סייעתא לר"ל, והא דקאמר הגמרא ואלא קשיא לר"ל היינו לפום סייעתא דרבא ומכש"כ דא"ש טפי לפי נוסחי דווקנא שהביא הש"מ בשם הרמב"ן דלא גרסי הא דאלא קשיא לר"ל דלפמ"ש באמת אין כאן קושיא די"ל אף לר"ל משום היתר תשמיש רק דליכא סייעתא לר"ל כמ"ש:

דף נז:

ורמינהו בני העיר ששלחו את שקליהן וכו' במחלוקת גדולי הראשונים ה"ה רש"י והרמב"ם ז"ל והתוספות ויתר הפוסקים לענין פשיעה בקרקעות והקדישות הכריע הש"ך כהרמב"ם דהשומר חייב בפשיעה ועיקר ראייתו מדקאמר הגמרא שבועה זו תקנת חכמים משמע דדוקא השבועה הוא תקנת חכמים לא התשלומין יעיי"ש, ולפענ"ד קשה לי ע"ד דהמעיין בהרמב"ם (הלכות שקלים) שכתב שם דמיירי דווקא בשומרי שכר ונגנב בלסטים מזויין כיון דהוי אונס ע"כ פטורין הבעלים ובפירוש המשניות בשקלים ביאר להדיא דבגניבה ואבידה חייבים השלוחים כיון דהוי שומר שכר וקשה הא בהקדש פטורים א"כ צ"ל דהתקנה היה אפילו לענין תשלומי ש"ש והיינו דתקנו שיהיה ממש כמו הדיוט וא"כ אין ראיית הש"ך ראייה דחייב בפשיעה מצד עיקר הדין דלענין תשלומין לא הוי מתקנו רבנן, ולפמ"ש הרמב"ם דמיירי דווקא בלסטים מזויין וביאר שם להדיא דדווקא באונס פטורים השלוחים עיי"ש במ"ש בתחלה ביד שומר שכר שהרי הוא חייב בגניבה ואבידה וכן מ"ש ולקחו ממנו לסטים מזויין שהוא פטור מזה הלשון משמע להדיא דאף בגניבה ואבידה חייב השליח וא"כ ע"כ אין ראיית הש"ך ראייה, ועיין בכ"מ (בהלכות שקלים) שהקשה הא מסוגיא דהכא משמע מעיקרא דאיירי בש"ח ולשיטת הרמב"ם קשה הא בשומר חנם אף משנתרמה צריכין הבעלים לשקול אחרים תחתיהן, והנה המעיין בירושלמי שם בשקלים נראה דהוי מחלוקת אמוראים וא"כ י"ל דהרמב"ם פסק כמ"ד דמתני' איירי בשומר שכר רק דאפילו הכי לא הוי הגמרא מצי לאקשויי

הכא בפשיטות דהא הוי מצי למימר כמ"ד דמתניתין בשומר חנם ואפילו הכי פטורים הבעלים לשקול אחרים תחתיהן:

והנה המעיין שם בדברי הרמב"ם יראה דטעמא דמלתא דצריכים דוקא לשלוח על ידי שומר שכר משום דגניבה ואבידה הוא מלתא דשכיח ע"כ לא תקנו שיפסד ההקדש בכך ע"כ צריכים הבעלים לשלם או השלוחים משא"כ אונס שהוא מלתא דלא שכיח התקינו שיהיו הבעלים פטורים מהפסד זה עיין שם היטב בלשון הרמב"ם, ולפ"ז י"ל קושיית הב"ח על הראב"ד דס"ל דאף דאין נשבעין על קרקעות והקדישות מ"מ שבועה שאינו ברשותו חייב לישבע והקשה הב"ח מאי הקשה הגמרא מגזברין דילמא מיירי משבועה שאינו ברשותו, והנה וודאי אם נאמר דהבעלים פטורים אף אם פשעו השומרים י"ל שפיר בנגנבו אף על ידי פשיעה רק דהשומרים נשבעים שבועה שאינו ברשותו, אמנם לפי שיטת הרמב"ם הנ"ל יש לומר אף למ"ד דמתניתין מיירי בשומר חנם מ"מ הא ודאי צריכין הבעלים לקבל על עצמן אחריות פשיעה דלולי זאת אין ההקדש מפסיד כמו למ"ד דצריך להיות דוקא שומר שכר משום דאין סברא שיפסיד ההקדש במלתא דשכיח א"כ ה"ה פשיעה י"ל דלכ"ע צריכין הבעלים לקבל וא"כ הא דקתני ונגנבו או שאבדו היינו שנגנבו בדרך גניבה ואבידה לא בפשיעה ועל זה קתני נשבעין לגזברין משמע דעל טענתם צריכין לישבע וע"כ הקשה הגמרא שפיר דמשמע שצריכין לישבע שלא פשעו כמו שטענו, אבל לולי דברי הרמב"ם הנ"ל היינו יכולים לפרש ונגנבו או שאבדו אין הכוונה רק שאינו ברשותם וע"ז קתני נשבעין, אבל לפי ס' הנ"ל א"ש די"ל דפשיטא ליה להגמרא שצריכן לטעון שנגנב שלא בפשיעה (ועיין בפ"ח (בהלכות פסח) שמביא ראייה מלשון דאלו מגנב או מתבד משמע דלא מיירי מפשיעה דמשמע דגניבה ואבידה הוא הסבה לגרום שם הביעור יעיי"ש א"כ י"ל ה"נ דמשמע מדקתני שנגנבו או שאבדו משמע דזה הוא הסיבה לפטור הואיל ולא הוי פשיעה וא"כ לשיטת הראב"ד דסבירא ליה דממעטינן הקדש לגמרי הקשה הגמרא שפיר], רק קושיית הגמרא דמקשה נשבעין לגזברין גזברין מאי עבידתיה קשה לפי זה, ולפמ"ש לעיל דמשמע דקאי על גניבה ואבידה י"ל ודוק:

והנה י"ל הוכחה לשיטת רש"י דלפי מה דסבירא ליה לרש"י בשיטת עירוב. פרשיות (בב"ק דף ק"ז) דכופר הכל בפקדון חייב, ואם כן קשה מנא ליה דאין נשבעין על הקדישות מדכתיב רעהו הא בכל עניני הפרשה לא שייך שבועה כלל גבי הקדש דהא שבועת מודה במקצת דכתיב בהאי פרשה לא שייך רק במלוה ומלוה לא שייך בהקדש ושבועת השומרין לא שייך כלל בהקדש כיון דאף אם פשע פטור [ונ"מ לענין עד

אחד לחייבו שבועה או בקנו מידו להתחייב בשמירה יש לומר דחייב אפילו לישבע] וזה לשיטת הסוברים דעיקר השבועה שלא פשעתי אלא וודאי מוכח דאם פשע חייב וא"כ שייך שבועה ואפילו הכי פטר הכתוב ואם כן מוכח דלא שייך בהקדש, משא"כ התוספות לשיטתייהו דסבירי להו בטענה דשייכי במלוה דהיינו כפירה והודאה חייב אף בפקדון ואם כן שפיר שייך שבועה בהקדש ואפילו הכי פטרי' הכתוב משבועה וא"כ ליתא להוכחה הנ"ל ע"כ ס"ל שפיר דפטור אף מפשיעה:

והנה לכאורה יש להוכיח כשיטת התוספות, דהתוספות הקשו ע"מ שתי' ר"י הא מני ר"ש ומקשה הגמרא הא תינח עד שלא נתרמה משנתרמה מא"ל דתנן תורמין וכו' והקשה התוספות מגופיה דמתניתין הוה ליה לאקשויי מדתנן נשבעין לגזברין מוכח דאין הבעלים חייבים באחריותם, והיה נראה לי על פי מה שכתב רש"י תורמין על האבוד שנאבד מיד השליח ומן הגבוי היינו שעתיד לגבות והתוספות הקשו על רש"י דהוי זו ואין צריך לומר זו ולרש"י בע"כ צ"ל דלא נשמע זה מזה, ולפ"ז י"ל כך דלא הוי מצי להקשות מגופי' דמתני' די"ל דגם ר"י ס"ל די"ל תקנת חכמים בהקדשות רק דס"ל כסברת הש"ך דלא שייך לומר תקנת חכמים רק על השבועה לא על התשלומין ואם כן בלא הברייתא דתורמין על האבוד לא הוה מצי להקשות דהוי מצי לפרש משנתרמה התרומה דהיינו אם כשבאו לדין נתרמה התרומה אבל כשאבד עדיין לא נתרמה התרומה ואם כן אז היו הבעלים חייבים באחריותם דאלו נודע קודם שנתרמה היו מחויבים לשלם ואם כן נתחייבו אז על הפשיעה ואף דבשעת השבועה כבר נתרמה התרומה מכל מקום בזה שפיר מצינן למימר שבועה זו תקנת חכמים כיון דחייב בתשלומין, משא"כ בלא ר"ש לא הוי מצי למימר שבועה זו תקנת חכמים דכיון דפטור מתשלומין לא שייך תקנת חכמים כסברת הש"ך ז"ל על כן הקשו הגמרא דתנן תורמין על האבוד ועל הגבוי, ולפי זה ממילא הוי הפירוש משנתרמה התרומה אף שנאבד אחר שנתרמה כיון דאף על הגבוי תורמין דבשלמא אי הוי אמינא דאין תורמין רק על האבוד אם כן לא הוי שייך לומר משנתרמה התרומה על זה המעות רק שנאבד קודם שנתרמה דאם לא כן לא היו תורמין עליו אבל עכשיו דתנן תורמין על הגבוי אם כן אף אם נאבד אחר כך הוי בכלל דמשנתרמה התרומה דהא תרמו אז ע"ז המעות שהיה אז בכלל גבוי ועל כן הקשה הגמרא שפיר, ולפי זה מוכח כשיטת תוספות דלשיטת רש"י נסתר זה דליכא למימר דאף ר"י סובר שבועה זו תקנת חכמים דאם כן הוי ליה לשנויי הכי ול"צ לאוקמי כר"ש:

אמנם לפי מה שכתבתי דרש"י הוכרח לזה לפי שיטתו דאל"כ מנא ליה לאפטורי הקדש משבועה יש לומר דזה לדידן דקיימא לן עירוב פרשיות כתיב כאן., משא"כ ר"י לשיטתו

דס"ל ד' שומרין צריכין כפירה והודאה יש לומר לעולם דפטור לגמרי אף מפשיעה ואפילו הכי שייך שבועה בשומרין בכפירה והודאה בפקדון ועל כן מוכח שפיר דהקדש ממועט משבועה מדכתיב רעהו ועל כן אתי שפיר אף לשיטת רש"י ומוכרח פירוש רש"י במאי דמפרש על הגבוי ודוק.

והנה כל זה לשיטת רש"י משא"כ לשיטת הר"מ דס"ל בפקדון חייב מודה במקצת ואם כן לדידיה ליתא ההכרח שכתבתי לעיל לשיטת רש"י ואם כן בע"כ דמצד אחר יצא לו דחייב בפשיעה ואם כן מסתמא גם ר"י סבירא ליה הכי וליכא לתרוצי על קושית התוספות כמו שכתבתי לעיל דאף ר"י יש לומר דסבר שבועה זו תקנת חכמים דאם כן לא הוי צריך לשנויי הא מני ר"ש הוא, אמנם כן לשיטת הר"מ דסבירא ליה דבעי שהבעלים יקבלו עליהם אחריות גניבה ואבידה ולדידיה נגנבו או שאבדו דוקא בלסטים מזוין דלולי זאת אין ההקדש נפסד כמו שהבאתי לעיל דבריו אתי שפיר ליישב קושית התו' עפה"ד הנ"ל די"ל דר"י סבירא ליה ג"כ שבועה זו תקנת חכמים:

(בכי"ק חסר כאן ד' דפין)

פרק איזהו נשך

דף סא.

אמר רבא למה לי דכתב רחמנא לאו בגזל וכו', קשיא לי לפי מה דאיתא בסנהדרין (דף נ"ט) כל מצוה שנאמרה לבני נח ולא נשנית בסיני לישראל נאמרה ולא לבני נח ואם כן הא אצטריך למכתב גזל דלא נימא לישראל נאמר ולא לבני נח וא"ל כיון דילפינן ליה מריבית ואונאה ממילא הוי נאמרה ונשנית, הא ליתא דהא מקשה התם והרי פריה ורביה דנאמרה לבני נח ונשנית בסיני ואתה אמור להם ולישראל נאמר ולא לבני נח ומשני התם האי למלתא נשנית לדבר שבמנין צריך מנין אחר להתירו א"כ מוכח היכא דלית לן הוכחה דנשנית לגופיה אמרינן לישראל נאמרה ולא לבני נח ועכו"ם הוי משום הכי נאמרה ונשנית דאזהרה למה לי כדאיתא התם ואם כן אי הוי ילפינן גזל מריבית ואונאה לא היה לן הוכחה שנאמרה ונשנית דהא ריבית ואונאה צריכין לגופיה ועל כן הוצרך למכתב גזל להדיא שיהיה נאמרה ונשנית כמו אזהרה דעכו"ם שנשנית משום הכי כדאיתא התם:

ונראה לי דיש לומר לפום תי' דמשני הגמ' התם ואי בעית אימא אין מילה מעיקרא לאברהם הוא דאזהר דכתיב ואתה את בריתי תשמור ולא צריך לומר דמילה נשנית בשביל חידוש דביום אפילו בשבת, ולפי זה יש לומר אע"ג דמפריה ורביה מוכח דהיכא

דנשנית למלתא לא הוי נאמרה ונשנית יש לומר דוקא גבי פו"ר דמשובו לכם לאהליכם לא מוכח כלל דנצטוו על פריה ורביה דיש לומר דלא אתי רק להיתר תשמיש משום דבר שבמנין ואין כאן צווי פו"ר כלל ועל כן הוי נאמרה ולא נשנית דמסיני לא מוכח כלל מצות פו"ר אבל מילה אע"ג דצריך לשנות לחידוש דביום אפילו בשבת מ"מ כיון דממילא מוכח מצות מילה מסיני דכתיב ביום השמיני ימול בלשון צווי גם לולי זאת וודאי לא דחי שבת על כן שפיר הוי נאמרה ונשנית, ובזה אתי שפיר כיון דע"כ צריכין לתי' הקדום למלתא נישנית משום קושיא דפריה ורביה מאי בעי הגמרא במאי דקאמר אב"ע אין מילה וכו' ולמ"ש אתי שפיר דדחיקא לי' לגמרא דמילה לא הוי נאמרה ונישנית כיון דסוף סוף מוכח מצות מילה מסיני ולא דמי לפו"ר דלא מוכח כלל מסיני [ולתירוצא קמא הוי צריך לומר דכל זמן דלא מוכח שנשנית כדי שיהיה נאמרה ונשנית לא הוי נאמרה ונשנית ומזה חזר הגמרא באב"ע דעל זה אין לנו ראייה מעכו"ם לומר דזה לא הוי נאמרה ונשנית ודוק]:

ולפ"ז אתי שפיר סוגיא דכאן דכיון דסוף סוף מוכח איסור גזל מריבית ואונאה על כן הוי נאמרה ונשנית ולא דמי לפו"ר ואתי שפיר סוגיא דכאן לפום תי' דאב"ע גם הר"מ פסק כאב"ע ומוכח נמי דסבירא ליה דמילה הוי נאמרה ונישנית מדפסק דבני קטורה אף עכשיו חייבים למול ומוכח דסבירא ליה דמילה הוי נו"ן דאם לא כן קשה נהי דלא סבירא ליה כרש"י דפירש לרבות בני קטורה אותן ששה ולא זרעם והר"מ סבירא ליה דאף זרעם נתחייבו מ"מ עכשיו למה יהיו חייבים וע"כ משום דנאמרה ונישנית ואע"ג דמצינן למימר למלתא נשנית מכל מקום כיון דסוף סוף מוכח עיקר מצות מילה מסיני הוי נאמרה ונישנית הכי נמי בגזל כיון דעיקר איסור מוכח מריבית ואונאה מקרי נאמרה ונשנית ולא דמי לפו"ר דעיקר מצות פריה ורביה לא מוכח כלל מסיני, ועיין רש"י שפירש גם כן לאב"ע דמילה לעיקר מצותו נישנית מכל מקום היה אפשר לומר דרש"י כתב רק דמצינן לומר כן אבל עדיין אפשר דלמלתייהו נשנית [וכן נראה ממה שכתב המשנה למלך ליישב על מה שלא הקשו התוספות על מילה דקום ועשה לא קחשיב ותי' דבמילה וודאי תירץ הגמרא שפיר דלמלתי' נישנית אבל על פריה ורביה קשה מנא ליה להמציא לדבר שבמנין. ולמ"ש אדרבה במילה דחוק יותר תירוץ הגמרא והראייה דאליבא דאמת הוי מילה נאמרה ונישנית מדחייבו בני קטורה, ולענין קושית המשנה למלך על התוספות יש לומר לפי דעת המשנה למלך דאדרבה כיון דעל מילה בל"ז קושית הגמרא לא קשיא כאב"ע על כן לא רצו להקשות על מילה רק על פריה ורביה דאליבא דאמת צריכין לבא לתירוץ הגמרא הקשו שפיר] אבל להר"מ מוכח דאליבא דאמת:

מקרי זה נאמרה ונשנית, ולפי מה שכתבתי יש ראייה לזה מסוגיא דכאן דאם לא כן הוי צריך למכתב גזל להיות נאמרה ונשנית, ובחידושי לפסחים פרק מי שהיה הארכתי בזה עיין שם:.

שם תוספות ד"ה לעבור עליו בשני לאוין וא"ת ולוקמי בגזל וכו' וי"ל משום דלא לקי אלאו דגזל דהוי ניתק לעשה עכ"ל, ויש לעיין לפמ"ש הרמב"ן לעיל (דף כ"ז ע"ב) גבי ראה סלע כו' נטלה לפני יאוש על מנת לגזלה כו' דגזילה כזו קניא ליה על ידי יאוש הואיל דתחלתה ע"י אבידה נפקא מרשות בעלים, ולכאורה משמע דגם הרמב"ם ס"ל כשיטת הרמב"ן שכתב להדיא ג"כ דעובר בכולן משום דמתנה יהיב ליה ומשמע דאפילו לאו דלא תגזול אינו מתקן בהשבתה ועיין ש"ך בחו"מ (ר"ס רנ"ט) ולשיטת הרמב"ם (דגזל הוי לאו הניתן לתשלומין כמ"ש בחי' לפסחים ר"פ מי שהיה) קשה כיון דהוא ענין שניתן לתשלומין למה לא יתוקן הלאו ע"י תשלומין, ולכאורה י"ל הקושיא הנ"ל כיון דיאוש כזה קונה בגזל ואין מקום לתשלומין וע"כ ל"ש לומר ניתן תשלומין דאין על זה שם תשלומין ועיין מס' מכות (דף ט"ז ע"ב) גבי משכונו של גר התם גברא בר תשלומין ושעבודא דגר הוא דפקע, אך אין זה ענין לכאן דהתם לא קאמר רק דלא מקרי ביטלו דבשעתא דשרפו היה בר תשלומין אבל קיימו לא הוי ולמ"ד קיימו ולא קיימו באמת לקי וכמ"ש התוספות, ולפ"ז איכא לאשכוחי מלקות בגזל הגר או בנטלה לפני יאוש למ"ד קיימו ולא קיימו והדרא קושיית התוספות לדוכתה דלוקמי בגזל ולעבור עליו בשני לאוין, אך לפי גי' התוספות דר"י ס"ל ביטלו ולא ביטלו ומסתמא הלכה כר"י ע"כ תי' שפיר, אך לשיטת הרמב"ם דפסק (בפרק י"ח מהל' סנהדרין) קיימו ולא קיימו ממילא נסתר תירוץ התוספות ועיין במהרש"א שכתב לשיטת הרמב"ם נסתר תירוץ התוספות דאף עושק הוי לאו הניתק לעשה כיון דאיתא בתשלומין ועיין מ"ש בעזה"י בחי' לסוגיא דקיימו ולא קיימו ליישב קושית מהרש"א על נכון, ולפמ"ש כאן ל"צ לדחוק להרמב"ם דלעבור בשני לאוין היינו לענין איסור די"ל דנ"מ לענין מלקות היכא דלא קיים העשה, ויש ראיה מזה לפסק הרמב"ם שפסק קיימו ולא קיימו ודוק:

והנה לכאורה יקשה על מ"ש (בחידושי למס' יומא) דלהרמב"ם הוי לאו דלא תכלה לאו שניתן לתשלומין ואף בלא תעזוב הוי לאו הניתק לעשה ומשום הכי לא רצה סתמא דגמרא לאוקמי דפליגא בתעזוב, ובאמת כן מוכח מסוגיא דתמורה מדמקשה לרבא תעזוב למה לי, וקשה לכאורה ממ"ש הרמב"ם (פרק י"ח מהלכות סנהדרין) דלאוי שניתן לתשלומין אין לוקין דהיינו גזל וגניבה וכן לאו הניתק לעשה אין לוקין כגון לא תכלה פאת שדך וא"כ משמע דלא הוי ניתן לתשלומין, אמנם לא קשה מידי דהרמב"ם פסק

(בריש הל' מתנות עניים) דאם לא נתן מן העומרים יתן מן העיסה ואע"ג דשינוי קונה נפקא ליה מתעזוב יתירא וכתי' דרבא ע"כ הוצרך שפיר לומר דהוי משום לאו הניתק לעשה כיון דבאמת שינוי קונה ולא הוי רק משום תעזוב יתירא דמשום הכי הוי לאו הניתק לעשה אף שנותן מן העיסה אפילו הכי קיים העשה ודוק:

והנה מדברי הרמב"ם הנ"ל נראה לי ראייה ברורה דהרמב"ם פוסק כרבא דאי עביד לא מהני דלאביי צריך תעזוב יתירא להפריש מן העומרים וע"כ קאמר דר' ישמעאל דס"ל אף מן העיסה סובר דשינוי במקומו עומד וכמ"ש התוספות בתמורה רק רבא דס"ל לא מהני ול"צ תעזוב למן העומרים ע"כ מוקי לה להפריש מן העיסה לר"י וכיון דהרמב"ם פוסק בזה כר' ישמעאל מוכח להדיא דסבירא ליה כרבא דלאביי ע"כ טעמא דר"י דשינוי במקומו עומד, וקשה לשיטת הר"מ דהא אנן קיימא לן שינוי קונה וע"כ כתי' דרבא ומוכח דפסק כרבא דאי. עביד לא מהני:

ולפ"ז אשכחנא פתרא ליישב סוגיא דתמורה דקאמר איכא בינייהו בין רבא לאביי שינוי קונה ופירש רש"י בלשון ראשון שינוי קונה היינו אם משנה מדעת המקום מהני ובלשון ב' פירש דרבא ס"ל שינוי קונה ולא כתירוץ הגמרא דרבא נפקא ליה מאשר גזל, ושני הפי' קשים להבין עיין שם בסוגיא, ולפמ"ש י"ל כפשוטי' דוודאי אין כאן חזרה כלל ורבא ס"ל ג"כ שינוי קונה בגזל דנפ"ל מאשר גזל כפי' הגמרא לעיל רק מה דקאמר א"ב שינוי קונה קאי למאי דסליק מיני' דהיינו בענין פאה דכתיב לא תכלה ולרבא הלכה כר' ישמעאל וכמו שכתב הרמב"ם דמפריש אף מן העיסה משום דנפ"ל מתעזוב יתירא דבמתנות עניים אין שינוי קונה וע"כ צריך להפריש מן העיסה, משא"כ לאביי דצריך תעזוב להפריש מן העומרים דלא נימא דמהני א"כ אף במתנות עניים שינוי קונה, וע"כ ר' ישמעאל דאמר צריך להפריש מן העיסה ס"ל דשינוי אינו קונה ופליג אמתניתין דהגוזל עצים ולית הלכתא כוותיה וכמ"ש אביי גופיה בפרק הגוזל ע"כ קאמר שפיר א"ב שינוי קונה, וזה ראייה לפסק הרמב"ם כר' ישמעאל דמפריש מן העיסה כנ"ל נכון לשיטת הרמב"ם ז"ל ועיין היטב:

דף סב:

אי דלא כאיסרו הבא לידו דמי מאי איריא אין לו אפילו יש לו נמי ופירש רש"י דהא עומד על גרנו קתני, ולכאורה קשה מאי ס"ד דרבה ואם יש לדחוק בזה דאפ"ה אין לו א"כ כיון דלא הוי קושיא כל כך הוה ליה לאביי לפרש דיוקו מהיכא הוא, וגם קשה אליבא דאמת במאי פליגא ברייתא דר"ח ודר' אושעי', והיה נ"ל דאפשר לומר דתליא בפלוגתא

דר"י ור"ל לעיל (דף מ"ז) אי מעות קונות מדאוריי' דלמ"ד מעות קונות מדאוריי' יש לומר דלא תקנו חכמינו ז"ל מי שפרע רק היכא דהוי קנין דאורייתא רק דחכמינו ז"ל הפקיעו משום שמא יאמרו נשרפו חיטך וע"כ עכ"פ צריך לקבל מי שפרע, ולפ"ז י"ל כיון דמלוה אינו קונה מדאורייתא ע"כ אף מי שפרע ליתא וא"כ י"ל דאביי סובר כר"י דמעות קונות מדאורייתא וע"כ קאמר שפיר מאי אריא אין לו אפילו יש לו נמי דלא שייך לומר דקניא ליה למי שפרע כמו שכתב רש"י לקמן בר' אושעיא דמלוה לא קנה כלל אף למי שפרע, משא"כ רבא דאמר לעיל קרא ומתניתא מסייע ליה לר"ל ופירש רש"י דרבא ס"ל להלכה כר"ל וכיון דס"ל מעות אינו קונה מדאורייתא ואפילו הכי צריך לקבל מי שפרע וע"כ דהיינו טעמא כיון דהוי דבר חזק על ידי מעות אף דלא הוי קנין גמור אפילו הכי אית ביה מי שפרע א"כ י"ל דה"ה ע"י מלוה דמ"ש כיון דתרוייהו אינם קונים מדאורייתא וכיון שכן שפיר אמרינן דביש לו מהני אפילו בבא בהלואתו, ולפ"ז ל"ק לרבא ברייתא דר"ח די"ל דאתיא כר"ש דלדידיה וודאי מעות קונות כדאיתא לעיל וע"כ לדידיה י"ל שפיר דבמלוה ליתא למי שפרע כלל:

פרק השוכר את האומנין

דף פב.

ותסברא אימר דאמר ר"י וכו' בשיטה זו כתבתי בעזה"י במקום אחר חידושי הלכה ותוספות [עיין שאלות ותשובות חמדת שלמה חלק א"ח סימן י"ב י"ג י"ד] וכעת נתחדש לי ישוב לקושית הראשונים על מאי דקאמר הגמרא אימר דאמר ר"י שלא בשעת הלואה וכו' ובגיטין ופסחים מוכח דר"י הוי אף בשעת הלואה והתוספות תירצו דבשעת הלואה עכ"פ אלים שעבודו והרמב"ן תירץ דהוי סוגיא חלוקה ועיין ש"ך חו"מ (סימן ע"ב) שבחר לו דרך לעצמו, ודבריו תמוהים לענ"ד מ"ש על סוגיא דפסחים דהרהין היינו שלא בשעת הלואה הוא נגד הירושלמי הביאו התוי"ט במסכ' עדיות (פ"ח משנה ב') על תינוקת שהורהנה באשקלון שלשון הרהין הוא בשעת הלואה ע"ש, ועוד קשה לדבריו למה נקט כלל נכרי שהלוה ע"ח דלפירוש הש"ך היינו שבשעת הלואה שיעבדו לו כיון דלאו בהכי תליא מלתא ועיקר תלוי במאי שמשכנו שלא בשעת הלואה וא"כ למה נקט כלל הלוהו ע"ח והניח העיקר שמשכנו שלא בשעת הלואה בלי שום זכר כלל ע"כ דברי הש"ך תמוהין מאוד לענ"ד, גם מה שתירץ על סוגיא דגיטין יש לגמגם מאוד ע"ד דסוף סוף כיון דאם היה רוצה היה יכול לשלם לו ממקום אחר ע"כ אין לו קנין בהמשכון וע"כ ממילא

אין צריך לשלם לו דשביעית משמטתו והוי אפקעתא דמלכא, ול"ד למשכנו שלא בשעת הלואה דהיה לו קנין במשכון וע"כ אין השביעית משמט וצ"ע:

ע"כ היה נלענ"ד לולי דברי רבותינו ז"ל דוודאי י"ל כיון דגלי לן רחמנא דשייך קניי' גבי משכנו שלא בשעת הלואה י"ל דה"ה בשעת הלואה כמו לשיטת הרמב"ן דס"ל דסוגיא דגיטין ופסחים ס"ל דר' יצחק איירי אף בשעת הלואה רק די"ל טעמא דמלתא הוא משום דמסתמא דעת המלוה מעותיו לחבירו שיהיה לו כל הזכות שאפשר לו להיות וכמו דאשכחן סברא זו לענין אחריות וכן מאן דיהיב זוזי אפירי שפירי יהיב אך היכא דעי"ז יהיה לו קצת חוב אין לנו ראייה לומר דמסתמא רוצה לקנות המשכון דדלמא אינו רוצה בכך כדי שלא יהיה לו חוב עי"ז וע"כ בסוגיא דכאן דקאמר הגמרא בדר"י קא מפלגי לומר דמשום הכי הוי שומר שכר משום דר"י קאמר הגמרא שפיר אימר דאמר ר"י שלא בשעת הלואה אבל בשעת הלואה מאן לימא לן שרוצה לקנות המשכון ועי"ז יהיה שומר שכר ויוכל לבא לידי הפסד וע"כ אי אפשר לחייבו בשביל זה משא"כ שלא בשעת הלואה דנוטלו כדי שלא יעשה מטלטלין אצל בניו ושלא ישמטנו שביעית וע"כ צריך להיות לו קנין משא"כ בשעת הלואה אין ראייה שנוטלו לשם קנין דדלמא אין רצונו להיות שומר שכר משא"כ למסקנא דהוי שומר שכר אי מטעם פרוטה דרב יוסף אי משום דשמואל וע"כ אין לו צד חיוב כלל וע"כ מסתמא רוצה שיהיה לו קנין בו שיוכל לקדש בו האשה וע"כ קאמר הגמרא שפיר אליבא דאמת בגיטין ופסחים דאף בשעת הלואה קניא ליה מדר"י, ואין לומר בסוגיא דפסחים דמיירי בישראל שהלוה לנכרי ולא שייך פרוטה דרב יוסף א"כ אכתי נימא דאינו רוצה לקנות כדי שלא יהיה ש"ש מחמת הקנין, אך הא ליתא דהא בנכרים לא שייך דין שומרים כלל וכמו שכתבו התוספות בשבועות וע"כ אין נ"מ במאי שקונה אותו לענין שמירה ע"כ מסתמא דעתו שיהיה לו היפוי כח שיכול לקדש, ואין לומר דלמא משום הא גופיה אינו רוצה לקנות המשכון של חמץ כדי שלא יצטרך לבער כשיגיע פסח די"ל דסתמא דמלתא הנוטל משכון בשעת הלואה רצונו לקנות המשכון ומאן לימא לן דאסיק אדעתיה פסח בשעת הלואה דמש"ה לא יהיה רוצה לקנותו ועוד יש לומר כיון דאם ירצה יכול לקנותו להיות לו בו קנין ע"כ ממילא הוי כדידיה ועדיף מגורם לממון ומהואיל דאי בעי מיתשל עלי' והוא נכון], ובפרט שיש תקנה לזה שיוכל למכרו לנכרי המכירו קודם זמן איסורו, וע"כ קאמר הגמרא שפיר דקניא ליה מדר"י:

אך לכאורה הא קשיא לר' אליעזר ור' יהודה דס"ל המלוה על המשכון ש"ח וכי נימא דלדידהו המלוה על המשכון שביעית משמט וכמו שכתבו התוספות כאן על רש"י בד"ה

אבל הלוהו אלף זוז בשטר דלדידהו מוכח דל"א דר"י בשעת הלואה, אמנם זה י"ל דהא התוספות נדחקו מאוד למה הוי שומר שכר כיון דלא קניא לגמרי וא"כ י"ל דאליבא דאמת דהוי מטעם אחר ש"ש יש לומר דמשום דר"י לא הוי שומר שכר כלל דהא אף במעותיו היה יכול לקדש אשה וע"כ אתי שפיר אליבא דאמת אף לר"א ולר"י די"ל דשייך דר"י אף בשעת הלואה כיון דלענין שמירה אין נ"מ, ויש להביא ראייה לזה מלשון הרי"ף שכתב בשבועות ל"ש משכנו בשעת הלואה ל"ש משכנו שלא בשעת הלואה הוי ש"ש מ"ט משום פרוטה דרב יוסף משמע דאף שלא בשעת הלואה הוי משום פרוטה דרב יוסף וקשה ת"ל מדר' יצחק, ולפמ"ש א"ש דלמסקנא לא הוי ש"ש כלל משום דר' יצחק, ולפי זה מוכח כשיטת רוב הפוסקים דהא דר"י דבע"ח קונה משכון לא הוי לענין אונסין דאל"כ הדרא הקושיא לדוכתה דהא אף אליבא דאמת נ"מ בקניית המשכון לענין אונסין וא"כ מנ"ל דרצונו לקנות המשכון בשעת הלואה, אך לשיטת שאר הפוסקים שפיר מצינן למימר כמו שכתבתי ודוק:

עיין במשנה למלך (פ"י מהלכות שכירות) שהביא דעת מהרש"ך דסבירא ליה דמשום פרוטה דר"י לא הוי רק שומר שכר אבל נטירותא יתירתא לא צריך כמו שאר שומר שכר, והמל"מ השיג עליו והעלה דהוי שומר שכר גמור וכן כתב הקצה"ח רק לשיטת הר"י דסבירא ליה כרבה רק דכנגד החוב הוי כאלו פירש מ"מ בעל בעידנא דעיילי אינשי או בגניבת אונס י"ל דלא אסיק אדעתיה וע"כ פטור, ועפ"ז היה נראה לי ליישב מ"ש התומים (סימן ע"ב ס"ק ח') על הא דמקשה הגמרא בשבועות על שמואל מסיפא דרישא למה לא מקשה מרישא דלשמואל טענתיה במאי, ולענ"ד קשה יותר על הגמ' התם דתחלה מפרש הסיפא מי נשבע ואחר כך מקשה על שמואל מרישא דמתניתין הוה ליה להקשות מקודם ארישא דמתניתין כדרך הש"ס בכל דוכתא ואח"כ לפרש הסיפא אהאי:

ועפ"ד הנ"ל י"ל דהר"ן הקשה שם במתני' למה הוי מודה במקצת אף שאמר שלשה דינרין היה שוה מ"מ דלמא יש לו החפץ ואינו מחויב לשלם לו עד שיחזיר לו החפץ ותירץ הר"ן כיון דלא קיימא לן כשמואל אבד קתא דמגלא וכו' מחויב לשלם לו אף אם החפץ ביד חבירו עיין שם ואע"פ שהוא עובר בלא תחמוד מ"מ חיוב תשלומין על הלוה, ולפ"ז י"ל דמרישא דמתניתין לא הוה מצי להקשות על שמואל דהוה מצי לומר דמתניתין בעל בעידנא דעיילי אינשי והוי אבידת אונס רק כנגד המשכון הוי שומר שכר מטעמא דרב יוסף וחייב אפילו בעל בעידנא דעיילי אינשי ועל המותר ליכא לחיובי רק משום דהוי כאלו פירש אף על המותר לפי הו"א זו וזה ל"ש בעל בעידנא דעיילי כסברת הקצה"ח וע"כ מקשה מהא דקתני שלשה דינרין היה שוה חייב ובאמת היה מצינן לפרש דחייב

לשלם לו דינר הרביעי שהוא מודה דבאבידה כזה היכא דעל בעידנא דעיילי ליתא לדינא דשמואל משום דלא אסיק אדעתיה לעשות נטירותא יתירתא וכסברת הקצה"ח, ע"כ מפרש הגמרא מקודם הסיפא דמי נשבע קאי אסיפא דרישא ומוכח ע"כ דלא כשמואל דאל"כ נהי דמיירי שהוא טוען שהיה אבידת אונס מ"מ אין כאן הודאה במקצת כקושית הר"ן דדלמא יש לו המשכון ולשמואל אין כאן חיוב קודם שיחזירנו המשכון, וע"כ הקשה הגמרא שפיר והוצרך לשנויי דמתניתין מיירי באופן דלא שייך דינא דשמואל:

ומזה יש להוכיח מה שנסתפקתי ע"פ סברת הקצה"ח הנ"ל, אם טוען המלוה שנאבד באונס וכדומה אם צריך לישבע כדי שיגבה המותר דכיון דמשום קבלתו הוא מפסיד מנא ליה דקבל עליו שיהיה חייב לישבע על טענת ספק דנהי דבשומרים הוא גזה"כ לישבע על טענת ספק מ"מ משום דינא דשמואל אין לנו ראייה שיהיה צריך לישבע אם טוען ברי שנאבד באונס והוא צ"ע לדינא, ועפמ"ש לעיל יש להוכיח כן דאל"כ אף לשמואל הוי מב"מ גמור דעל המותר נאמן בדיבורו והוי שפיר מב"מ וכסברת הר"ן אליבא דידן ועיין היטב וצ"ע לדינא:

פרק השואל

דף צו.

שאלה לעשות בה פחות מפרוטה מהו נסתפקתי היאך הדין בשומר שכר אם נתן לו פחות משוה פרוטה בשכרו אם יש לו דין שומר שכר או לא, וראיתי אח"כ בש"ך חו"מ (סימן שמ"ו) שכתב דמוכח מלשון הרמ"ה שבטור שכתב אם שאל שתי פרות לשוה פרוטה נהי דהוי ספק אי הוי שואל מ"מ ש"ש הוי כיון דיש לו שוה פרוטה מזה מוכח דבפחות משוה פרוטה לא הוי ש"ש, אמנם עדיין אני מסופק דיש לומר התם כיון דלא קבלו בתורת שכר רק כיון דהוי שוה פרוטה נעשה ממילא שומר שכר בזה י"ל שפיר דצריך שוה פרוטה דלולי זאת לא אחשבי' לשמרה בשביל פחות משוה פרוטה משא"כ היכא דקיבל פחות משוה פרוטה בתורת שכר יש לומר דנעשה שומר שכר אף בפחות משוה פרוטה וצ"ע, ועיין כתובות (דף מ"ו) שכרם בפחות משוה פרוטה מהו ובתוספות שם ועיין תוספות לעיל (דף ס"א) ד"ה אם] משם משמע לכאור' דמיקרי שכירות אף בפחות משוה פרוטה רק דאבעיא שם אי ילפינן לגמרי מריבית או לא עכ"פ משמע דמיקרי שכירות אף בפחות משוה פרוטה וצ"ע ע"ד הש"ך, ומ"מ אפשר לחלק ולומר דמ"מ אינו משעבד נפשו להיות לו חיוב שומר שכר בפחות מפרוטה ודוק:

דף צו:

אמר רבא לפום חורפא שבשתא וכו' הקשיתי זה רבות בשנים הא נ"מ לפי צד האיבעיא דלעיל דשאל מן השותפין ונשאל אחד מהן דלא הוי שאילה בבעלים ואף אליבא דאמת אי תפס לא מפקינן מיניה, א"כ נ"מ היכא דיש לה פרה בשותפות ונשאת לבעל דלא הוי שאלה בבעלים לצד האבעיא הנ"ל וא"כ שפיר מבעיא ליה לרמב"ח אי הוי שואל או שוכר להתחייב בזה באונסין או לא, ואף לשיטת הרמב"ם שהביא המהרש"א נראה דהאיבעיא הוי אף לחלק השותף הנשאל עיין שם, וצ"ל כיון דלא עריב רמב"ח הך איבעיא בהדי אינך דלעיל ע"כ ס"ל לרבא דלאו בדרך את"ל מבעיא ליה, עכ"פ י"ל בזה מה שכתבו התוספות בשם הר"י דבעל בנכסי אשתו חייב בפשיעה וכתב הרא"ש דלגבי בעל אין נ"מ כיון דהוי שאלה בבעלים [ועיין סמ"ע וש"ך בח"מ (סימן שמ"ו) מ"ש בזה] ולפמ"ש נ"מ לדינא בבעל היכא דהיה לה פרה בשותפת ותפסה דחייב בפשיעה

עיין סמ"ע וש"ך בח"מ (סימן שמ"ו) מה שהאריכו ע"ד הרא"ש הנ"ל שכתב דבבעל אין נ"מ הא נ"מ באגרה פרה מעלמא דלא הוי שאילה בבעלים והש"ך כתב דס"ל להרא"ש כיון דהוי לוקח תו לא הוי שומר של הראשון כלל וע"כ הוי שאילה בבעלים אף לר' יוסי ועיין שם מ"ש בישוב דברי הרמ"א, ואנכי לא ידעתי דלפ"ד י"ל דהרמ"א ס"ל דאף הרמב"ם סובר כהרא"ש וכשיטת הר"י דכיון דהוי לוקח חייב בפשיעה רק דכיון דהוי לוקח הוי שאילה בבעלים אף דאגרה פרה מעלמא וזה כוונת הרמ"א אבל משום שאילה בבעלים לחוד לא פטור אלו לא הוי לוקח אבל השתא דהוי לוקח פטור מפשיעה משום שאילה בבעלים כסברת הרא"ש, אבל בלוקח דעלמא שפיר חייב בפשיעה היכא דלא הוי שאילה בבעלים וצריך עיון על הש"ך שלא פירש כן:

אך לולי דבריהם היה נראה לי דה"פ בהרא"ש די"ל דסבירא ליה כמו שכתב הרמב"ם דבהודיעו שהיא פרה שאילה ממילא חייב באונסין ואין נ"מ בדינו של הר"י ובלא הודיעו יש לומר דפטור כיון דהוא סובר שהיא שלה והוי שמירה בבעלים א"כ לא קיבל עליו שום חיוב, ובאמת לדינא יש להסתפק בזה היכא דאגר פרה מעלמא ומסרה לשומר והיה עמו במלאכתו שהשומר היה סבר שהוא שמירה בבעלים יש לומר אף דאחר כך באמת לא היה שלו מ"מ השומר לא היה מקבלו לשמור אלו לא היה שמירה בבעלים וכפ"ז אתיין דברי הרא"ש שפיר, ואפשר לומר דמשום היתר תשמיש וודאי היה מרוצה להיות שומר, אמנם עדיין איכא למימר כיון דהיה סובר שהוא בבעלים אפשר דאין לחייבו דמשום הכי לא היה מוטל עליו לשמרו כל כך כיון דהתורה פטרו, אך מדברי הרמב"ם שכתב דבעל פטור משום לוקח וקשה למה לי האי טעמא ממ"נ אם ידע ממילא נכנס

תחתה ואם לא ידע יש לומר דפטור מטעם הנ"ל משום דהיה סובר דהוא שמירה בבעלים [ומ"ש הרמ"א לדעת הרמב"ם דבעי נשתמש לפענ"ד נ"ל דה"ה משך ולא כתב כן רק לאפוקי היכא דלא משך להבהמה כלל רק משום דנשאה זכה בנכסים בשביל זה אין לחייבו דדלמא אינו רוצה לקנותה כדי שלא לכנוס בחיובה ודוק, אך לפמ"ש לעיל אין מדברי הרמב"ם ראייה דיש לומר דנ"מ היכא דיש לה פרה בשותפת דאין לפטרו משום שאילה בבעלים היכא דתפסה וע"כ כתב דפטור משום לוקח ודוק, וצ"ע בכל זה:

עיין שו"ת ש"י (סימן י"א) שהקשה לשיטת הרמב"ם דפסק בשאלה בבעלים אם מסרה לשומר אחר וגרעה לשמירה חייב אם כן נ"מ טובא אם מסרה לשומר שכר אי הוי שואל גרעה לשמירה וחייב אף דהוי בבעלים משא"כ אי הוי שומר שכר לא גרעי' לשמירה. והנה כבר כתבתי בזה במקום אחר דהא דהוה גרעי' לשמירה בשאלה בבעלים אף דהראשון פטור לגמרי צ"ל דה"ט דנהי דפטרה התורה שאילה בבעלים מתשלומין מ"מ עכ"פ החיוב מוטל עליו לשמור וכן בכל השומרים כ"א כדינו, וכן הא דחייב שואל באונסין ע"כ אין הטעם דמוטל עליו לשמור יותר דהא אפילו מתה מעצמה חייב ומה הוה ליה למיעבד ובע"כ הטעם משום דקמה ליה ברשותו ואם כן קשה היכא דמסרה לשוכר מאי גרעי' לשמירה איכא, וצ"ל הא דכתב הרמב"ם כגון שהיה שואל ומסרה לאחר בשכר זה קאי בשאלה שלא בבעלים דאז יש לומר אף דמצד הדין אין חיוב על השואל לשמור יותר משומר שכר דהא דחייב באונסין היינו טעמא דקם ליה ברשותיה מ"מ מסתמא היה עושה שמירה מעולה יותר מן החיוב כדי שלא יארע שום מכשול ואונס ויתחייב לשלם, והא דקא סיים הרמב"ם שם אע"פ ששאל או שכר בבעלים י"ל דלא קאי רק היכא דגרעי' כגון שמסרו לשומר חנם אבל שואל בבעלים שמסר לשומר שכר יש לומר דלא שייך גרעי' לשמירה דאי משום חיוב השמירה לא מצינו חיוב בשואל יותר משומר שכר ולא שייך לומר דאפילו הכי היה עושה שמירה מעולה שלא יארע אונס דהא באמת הוא פטור כיון דהוי בבעלים, ולפ"ז לא נ"מ אי הוי שואל או שוכר דממ"נ במסרו לשומר חנם הוי גרעי' לשמירתו אף אי הוי שוכר ובמסרו לשומר שכר לא הוי גרעי' לשמירתו אף אי הוי שואל כיון דהוי בבעלים, גם אפשר לומר לאידך גיסא דהכא הוי תמיד גרועי' לשמירתו אף אם מסרה לשוכר והוא ג"כ שוכר דהוא וודאי יעשה שמירה מעולה כדי שלא יפסד בהמה שלה כיון דכל הנאה שלו והוא אוכל הפירות:

אמנם בכל זה לא הועלנו דמ"מ נ"מ במסרה לשומר חנם במה יתחייב דאי הוי שואל א"כ בגרועי' לשמירתו ליתא לפטור מדין שאילה בבעלים וחייב באונסין ואי הוי שוכר

נהי דגרעי' לשמירה מ"מ פטור באונסין וכמו שכתב הרמב"ם להדיא שאם הביא השומר השני עדים שיפטר שומר הראשון פטור:

אמנם באמת נלפענ"ד דע"כ לא איבעיא לן אי שואל או שוכר רק לענין מה יתחייב אבל וודאי אין סברא שלא יהיה לו רשות למסור הבהמה לשומר אחר, ולא דמי לשואל דעלמא ששאל בהמה לזמן ידוע ולדבר ידוע שאין לו רשות להוציא הבהמה ואף שהמשאיל יכול לעשות עם בהמתו ולהשאילו למי שירצה מ"מ להשואל אין לו רשות על זה כי לזה לא השאילו, משא"כ בעל בנכסי אשתו שתקנו לו חכמים כל הזכות שיש לה ובזה לא נסתפק רמב"ח כלל רק דאיבעיא ליה אם יש לו דין שוכר או שואל אבל וודאי יש לו כל הזכות שיש לה אם כן כמו שהיא יכולה למסור בהמתה לשומר ואין צריך לשומרה בעצמה גם הוא יש לו זה הזכות דכל הזכות שלה הקנו חכמים להבעל דהכל הוי בכלל פירות וע"כ פשיטא דלא שייך בבעל גרעי' לשמירה כיון דיש לו רשות על זה, רק דאבעיא ליה לרמב"ח אם נעשה בשביל זה הזכות שואל או שוכר וע"כ קאמר רבא שפיר לפום חורפא שבשתא דמם"נ פטור משום שאילה בבעלים כן נראה לי נכון, ועיין לקמן בבעיא דר"א שכרה בבעלים שאלה של"ב לשיטת רש"י שם איכא לאשכוחי נ"מ היכא דשאלה מינה אחר הגט ודוק:

חידושי הלכה ותוספות סוגיא דשאלה ושכורה

דף צז.

(**א**) **מתני' השואל את הפרה וכו' יש לדקדק** חדא למה נקט שאלה חצי יום ושכרה חצי יום ולא נקט בקיצור שאל את הפרה ומתה והשואל טוען שמתה לאחר כלות זמן השאלה קודם שהחזירה, דא"ל דאתי לאשמעינן כסברת התוספות דל"א במצעיתא וסיפא דהוי מחויב שבועה על ידי גלגול וע"כ צריך למיתני היכא דהוי שומר אף לאחר כלות זמן השאלה דאל"כ אין עליו חיוב שבועה כלל הא ליתא דהא קי"ל דאף לאחר זמן השאלה קודם שהחזירה יש לו דין שומר שכר, [ואפשר לומר הואיל דבבא דשאל אחת ושכר אחת אי אפשר למינקט רק על ידי שני ענינים ע"כ נקט הכי בכולה בבא דמתני'] תו יש לדקדק למה נטר התנא בהנהו דינא דמתני' לאשמעינן דוקא בפירקא דהשואל הא הוה מצי לאשמעינן כל הני דינא בפרק המפקיד היכא דהוי חצי יום שומר שכר וחצי יום שומר חנם, וי"ל, תו יש לדקדק למה דקדק התנא לאשמעינן שאלה והדר שכרה ולא להיפך שכרה והדר שאלה ויבואר זה ע"פ דברינו בעזה"י, דהנה הנ"י ז"ל הקשה בסוגיא זו על הרמב"ם ז"ל שפסק משעת שאילה אשתעבד נכסי' וא"כ מה הקשה הגמרא

לר' נחמן הא מתני' דמיא לאיני יודע אם פרעתיך ותי' שני תירוצים חדא דקושיית הגמ' משאל אחת ושכר אחת, ועוד תי' דמתניתין סתמא קתני ומשמע אפי' היכא דהשכירות היה קודם השאלה דהוי איני יודע אם נתחייבתי, ותמה עליו הלחם משנה דקשה עליו מה יענה בדברי הרמב"ם גופי' דפסק בכולה בבא דמתניתין המע"ה ולדברי הנ"י שאלה ושכרה הוי איני יודע אם פרעתיך והוה ליה למימר דברי עדיף והניחו בצ"ע:

והנלענ"ד דוודאי אף הנ"י מודה דלא דמי לגמרי לאיני יודע אם פרעתיך דיש לומר כסברת הרא"ש שהביא הש"מ דכיון דסוף סוף עיקר החיוב מתחיל משעת אונסין רק דע"י האונס שלבסוף נתחייבו הנכסים למפרע וכיון דיש ספק בעיקר החיוב י"ל דדמי לא"י אם נתחייבתי רק דקשיא להנ"י כיון דמ"מ עדיף מאיני יודע אם נתחייבתי מנ"ל להגמרא להקשות על ר"נ ולהוכיח מכאן דאפילו איני יודע אם נתחייבתי חייב הא הכא עדיף דדמי לא"י אם פרעתיך ואף דלא הוי לגמרי א"י אם פרעתיך עכ"פ מנ"ל למילף מהכא דאפילו א"י אם נתחייבתי חייב, ועל זה תי' דקושית הגמרא משאל אחת ושכר אחת וכיון דע"כ מוכרחין לאוקמי מתני' בשיש עסק שבועה מסתמא גם אינך בבא הוי מטעם עסק שבועה דמהכ"ת לאוקמי מתני' בתרי טעמא, ומכש"כ דאתי שפיר לתי' השני דקושית הגמרא אף משאלה חצי יום דמיירי אפילו היכא דהשכירות הי' קודם וכיון דהאי בבא גופיה ע"כ מיירי בעסק שבועה מסתמא אף היכא דשאלה ושכרה הוי מטעם עסק שבועה דאין סברא כלל לאוקמי חדא בבא בתרי טעמא וע"כ דברי הרמב"ם נכונים לדינא, רק דיש לעיין לפי זה מנ"ל להגמרא להקשות דשאלה ושכרה אף אם השכירות קודם דלמא מתניתין בדוקא נקט שאלה והדר שכרה דהוי א"י אם פרעתיך, בל"ז הייתי אומר דהנ"י לא כתב זה רק ליישב למה צריך הגמרא לאוקמי רישא בתרתי וע"כ תי' דהגמרא מוקי הכי לרווחא דמלתא אף באופן דהשכירות היה קודם ועיקר הקושיא הוא משאל אחת ושכר אחת, אבל השתא דאמרינן אליבא. דאמת דהוי א"י אם נתחייבתי ולא קשיא אליבא דאמת רק דקושית הנ"י על הגמרא מנ"ל להקשות, ואם כן עדיין קשה מנ"ל להגמרא להקשות אלא וודאי דהקושיא מרישא גם כן, וי"ל דקשיא להגמרא הדקדוק הנ"ל למה נקט שאלה ושכרה ת"ל בלא זה לאחר השאלה הוה ליה דין שומר שכר א"ו דמתניתין מיירי אף דהשכירות היה קודם וזה אי אפשר רק ע"י ששכרה בהדיא ע"כ נקט שאלה ושכרה כן נלענ"ד ליישב קושיית הלחם משנה:

(**ב**) **רק** אי קשיא לי הא קשיא ע"ד הנ"י מנ"ל להגמרא להקשות משכרה ושאלה הא בשכרה ושאלה יש לומר העמידנה בחזקת חיה והשתא הוא דמתה וכמו שכתבו התוספות חזקה זו לקמן בהמחליף והיכא דאיכא ברי וחזקה אף ר"נ מודה דברי עדיף

כדאיתא בכתובות בסוגיא דמשארסתני נאנסתי ואם כן מנ"ל להגמרא להקשות, הן אמת דהרמב"ם פסק (פ"ד מהלכות מכירה) וכן בש"ע חו"מ (סימן רכ"ג) במחליף פרה בחמור וילדה דאפילו הלוקח טוען ברי והמוכר טוען שמא לא אמרינן ברי ושמא ברי עדיף והתם נמי הוי ברי וחזקה דהעמידנה על חזקת מעוברת והשתא הוא דילדה כמ"ש התוספות חזקה זו לקמן בהמחליף וצ"ל דהרמב"ם סובר דחזקת מעוברת לא הוי חזקה, ויש להוכיח מזה כשיטת הט"ז ביו"ד (סימן שצ"ז) דהיכא דחזינן דמת עכשיו לא מעמידין אותו על חזקתו לומר דהשתא מת כיון דכל חי עומד למות והש"ך דחה שם ראיותיו, ולמ"ש מוכח מהרמב"ם דחזקת מעוברת לא מיקרי חזקה והיינו נמי מטעם הנ"ל כיון דעומדת לילד ולא דמי למשארסתני נאנסתי דשם אינה עומדת ליבעל ע"י פיתוי ואונס, אך לשיטת הנקה"כ שם שחלק על הט"ז הדרא הקושיא לדוכתה מנ"ל להגמרא להקשות, אמנם דברי הט"ז צ"ע לענ"ד דלפי המסקנא שם בכתובות דקאמר ותנא תונא כלה בבית חמיה והתם איכא חזקה מעלייתא, ולפ"ד קשה ג"כ דלא הוי מקשה הגמרא ממחט שנמצא בבה"כ דהא התם איכא חזקה מעלייתא השתא הוא דנטרפה דלענין טריפות הוי וודאי חזקה מעלייתא ולא שייך סברת הט"ז כדמוכח ביו"ד (סי' פ"א) בגבינות דמכשרינן מהאי טעמא אפילו בנמצא טריפה דאמרינן עכשיו נטרפה דאף דכל חי עומד למות מ"מ אינו עומד למות על ידי טריפות וא"כ לא הוי מקשה הגמרא התם ללישנא קמא אלא וודאי מוכח דחזקת חי הוי חזקה מעלייתא והדרא הקושיא לדוכתה על הנ"י דבשכרה ושאלה הוי ברי וחזקה ולכ"ע ברי עדיף, וגם על הרמב"ם יקשה למה בהמחליף פרה בחמור וילדה לא מהני ברי של הלוקח הא הוי ברי וחזקה:

והנה י"ל דאף דאמרינן דחזקת חי הוי חזקה מעלייתא מ"מ חזקת מעוברת כיון דיש זמן מוגבל לירחי לידה י"ל דל"ה חזקה לומר השתא הוא דילדה דדלמא נשתלמו ירחי לידה מקודם, ועל העיבור גופיה ליכא חזקה דנימא אח"ז נתעברה דהא רוב בהמות מתעברות ונהי דל"ה רובא מעליא מ"מ חזקה להיפך לא הוי וכעין הס' דאיתא בגיטין סוף פרק כל הגט (דף כ"ח) לא שנו אלא שלא הגיע לגבורות יעיי"ש ומיושב בזה פסק הרמב"ם בהמחליף, אך לפמ"ש התוספות בסוגיא דהמחליף דאף חזקת מעוברת הוי חזקה צ"ע קצת על הרמב"ם, עכ"פ ע"ד הנ"י הנ"ל קשה טובא לפי מה שהוכחנו דחזקת חי הוי חזקה מעלייתא ולפי מה דמוכח מסוף סוגיא דהמדיר דקאמר ותנא תונא כלה בבית חמיה מוכח דמדמה הגמרא חזקת חי של החמור לחזקת הגוף ואם כן לא מקשה הגמרא מידי די"ל דהכא אף ר"נ מודה:

אמנם לפי סברא הנ"ל נראה לי דיש ליישב קושית הנ"י די"ל למ"ד ברי ושמא לאו ברי עדיף א"כ ע"כ היינו טעמא דא"י אם פרעתיך חייב משום דמוקמינן ליה בחזקת חיוב וא"כ היכא דאיכא כנגדה חזקת הגוף י"ל דלא מחייב בא"י אם פרעתיך ואם כן הקשה הגמרא שפיר משאלה ושכרה, ולפ"ז י"ל הדקדוק הנ"ל דנקט התנא הנהו דינא בשואל דוקא די"ל בש"ש כיון דלא מצי למינקט מתה רק נגנבה ושם י"ל דהוי א"י א"פ ופשיטא דחייב דליכא חזקת הגוף כנגדה ואף דאיכא חזקה דהשתא נגנבה וכדאיתא סוף פרק כל הגט המניח פירות להיות מפריש עליהם וכו' מ"מ י"ל דלא הוי חזקה גמורה ועיין ת"ה (סי' של"ג)], ע"כ הוצרך להשמיענו דוקא בשואל ומוכח ע"כ דמשעת שאילה אשתעבד נכסי', ומיושב נמי דנקט דוקא שאלה והדר שכרה דבשכרה והדר שאלה חייב משום ברי ושמא וחזקה וכיון דהתנא רצה להשמיענו חיובא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם תו לא מצי למנקט שכרה והדר שאלה דחיובא משום ברי ושמא וחזקה. ובזה ניחא ג"כ דהוצרך לאשמעינן בגוונא דשאלה ושכרה ולא דמתה אחר זמן שאלה דאי הוי נקט הכי לא הוי מוכח דבשכרה ושאלה חייב משום ברי ושמא וחזקה דהוה מצי למימר כיון דנקט בחד גוונא להכי הוצרך להשמיענו דהשאלה היה קודם אבל השתא דנקט בתרי גוונא ואפילו הכי נקט דווקא שאלה ושכרה מוכח דשכרה ושאלה חייב בלא עסק שבועה, היוצא לנו מזה בעזה"י שני דינים מחודשים האחד בשכרה ושאלה י"ל דחייב אף בלא עסק שבועה מטעם בו"ש וחזקה, ובשומר אחר חוץ משואל י"ל דהוי איני יודע אם פרעתיך כיון דאין כאן חזקה כנגדה:

אמנם עדיין צריך לעיין די"ל דע"כ ל"א משעת שאילה אשתעבד נכסי' רק לגבי שואל כיון דאוקמי' רחמנא ברשותיה לגמרי משום הכי נשתעבדו נכסיו מיד אי משום דחייב באונסין ואין בידו לשמור מזה ע"כ קמה ברשותיה לגמרי אבל בשומר אחר דאין מוטל עליו חיוב רק לשמור ואין עליו רק שעבוד הגוף, ואי משום דהא גופיה דחייב באונסין היינו משום דהוא כדידיה לגמרי ועיין סנהדרין (פרק בן סורר) גבי בא במחתרת מוכח להדיא דהיכא דחייב באונסין הוי לגמרי כדידיה רק רבא קאמר התם דלמא כי אוקמי' רחמנא ברשותי' לענין אונסין אבל לענין מקניא לא מ"ד אשואל ולשון זה משמע דמשום הכי חייב באונסין הואיל וקמה ברשותיה, וגם בזה ניחא דקשיא מהכ"ת לומר משעת שאילה אשתעבד נכסי' מהכ"ת לומר הא מסתיי' דחייב משעת אונסין אבל אי אמרינן דליכא לאשכוחי חיוב אונסין רק היכא דהוי כדידיה וכיון דהוי כדידיה ממילא בע"כ אשתעבדו נכסי'. ונראה לי דה"ט דלא ס"ל להנ"י סברת הרא"ש שהביא הש"מ דהחיוב הוא למפרע דהיינו כשבא האונס אשתעבדו הנכסי' למפרע דקשה מנ"ל הא דהתורה

שיעבדה הנכסים למפרע, ובע"כ צ"ל טעם הנ"ל כיון דחייב באונסין בע"כ דאוקמי' רחמנא ברשותיה וע"כ נשתעבדו הנכסים תיכף וע"כ הוי שפיר א"י אם פרעתיך וא"כ כל זה שייך רק בשואל אבל בשאר השומרין מהכ"ת לומר דמשעת שמירה אתחייבו להשתעבד נכסיהם:

(ג) **והנה** יש להביא ראיה לסברא זו מהגי' שהביא רש"י ר"פ הגוזל ומאכיל במימרא דר"פ היתה פרה שאולה לו וטבחה בשבת פטור שאם אין גניבה אין טביחה ומכירה וכתב רש"י בשם רבותיו שפירש דהואיל ופטור מקרן משום הכי אין כאן דו"ה ואפילו אי אמרינן בקנס דמקטל ומשלם ותמה רש"י עליהם דהא אין כפל רק בטוען טענת גנב ובשואל ל"ש, והנה י"ל דר"פ נקט בגוונא דשייך דהיינו היכא דהתנה להיות פטור מגו"א ולא היה צריך לפרש דבריו דפשיטא דהכי מיירי כיון דאין כפל רק בטט"ג ורצה לפטור עצמו, רק דקשה כיון דבע"כ מיירי היכא דהתנה להיות פטור וא"כ למה לא נקט בקיצור בשומר חנם, אך לפמ"ש א"ש כיון דרצה להשמיענו דאמרינן משעת אונסין אשתעבדו נכסים ולפמ"ש דבשאר שומרין פשיטא דמשעת החיוב אשתעבד נכסיו לא משעת התחלת השמירה רק בשואל י"ל כן, ולפ"ז י"ל אף היכא דהתנה השואל להיות פטור מאונסין מ"מ החיוב של פשיעה י"ל דחל משעת שאלה דלענין זה לא התנה וכיון שכן הוי חייב בטבחה בשבת רק דבאמת ס"ל לר"פ דאפילו בשואל גמור אפילו הכי משעת אונסין אשתעבד נכסי' וע"כ פטור אף מדו"ה ואף דאמרינן בקנס מיקטל ומשלם אפילו הכי פטור הואיל ואם אין גניבה אין טביחה ומכירה כנ"ל בישוב הגי':

ועפ"ז י"ל בעזה"י דברי הרמב"ם התמוהים חדא מ"ש כל המפרשים עליו כיון דפסק משעת שאילה אשתעבד נכסים למה הביא בהלכות גניבה דינא דר"פ היתה לו פרה שאילה וכתב שאם אין גניבה וכו' הא לדידיה משעת שאילה אשתעבדו נכסי', ותו תמה עליו הלחם משנה למה כתב שאם אין גניבה אין טו"מ חוץ מקושית רש"י קשה ג"כ הא הרמב"ם פסק דאפילו בקנס לא אמרינן מיקטל ומשלם וא"כ פשיטא דפטור מדו"ה, ולפ"ז י"ל כך דהנה המל"מ כ' דהרמב"ם לא גרס ופליגא דר"פ וכ' די"ל דאף הרמב"ם סובר משעת אונסין אשתעבדו נכסי' רק דנשתעבדו הנכסים למפרע, אך לפמ"ש לעיל (אות הקדום) קשה מנ"ל האי שעבוד למפרע וכמ"ש לעיל בטעם הנ"י דלא ס"ל כתירוץ הרא"ש, ע"כ נ"ל די"ל להיפך דהרמב"ם ס"ל דאף ר"פ מצי לסבור משעת שאילה אשתעבדו נכסי' רק די"ל היכא מהני סברא זו דמשעת שאילה אשתעבדו נכסי' רק היכא דחייב אף באונסין דאז אין החיוב על המעשה שעשה רק שבא לו החיוב ממילא רק היכא דהחיוב מיתה בא לו בשעת האונס אפילו הכי פטור דהיכא דקלב"מ לא יוכל לבא

עליו שום חיוב אבל היכא דמשעת שאילה אשתעבד נכסי' שפיר חייב, אבל היכא דאין חייב רק על פשיעה נהי דאשתעבדו נכסי' משעת שאילה מ"מ כיון דצריכין אנו לחייב אותו על מעשה ידיו שעשה שפשע ומעשה ידיו היה בשעה שבא עליו חיוב מיתה וע"כ פטור, ולפ"ז י"ל שפיר דאף ר"פ ס"ל משעת שאילה אשתעבדו נכסי' ואפ"ה פטור והא גופיה קמ"ל בשואל דאף דמשעת שאילה אשתעבד אפילו הכי הואיל ובע"כ דמיירי היכא דפטור מאונסין כגון היכא דהתנה וע"כ לא מהני הא דמשעת שאילה אשתעבד נכסי', ולפ"ז י"ל ג"כ קושית הלחם משנה מ"ש דהא הרמב"ם פסק דאף בקנס לא אמרינן דמיקטל ומשלם דלפמ"ש דמיירי בטט"ג א"כ עיקר החיוב בא לו בעת שטען בב"ד שנגנב אבל בעת ששחטו עדיין לא היה החיוב בעולם כלל דעיקר החיוב הוא על עקימת שפתיו בב"ד ועקימת שפתיו היה בעת שאין חיוב מיתה כלל אבל החיוב על הקרן בא לו מעת שפשע ואז היה שעת החיוב וע"ז שפיר אמרינן קלב"ם וע"כ הוצרך הרמב"ם לפטרו מטעם קלב"ם על הקרן וכ' שפיר שאם אין גניבה אין טו"מ, הן אמת שלשון הרמב"ם דחוק קצת מ"ש שחטו דרך גניבה, אך אין זה קושיא כל כך די"ל מחמת שטען אח"כ ט"ג הוי דרך גניבה ובזה נתיישבו דברי הרמב"ם התמוהים ת"ל על מכונם:

אמנם לפ"ז הדרא הקושיא לדוכתה למה נקט מתני' הדין בשואל דוקא ונסתר התירוץ הנ"ל דבשומר אחר חייב מטעם איני יודע אם פרעתיך [וקצת י"ל ע"ד הנ"ל דאתי לאשמעינן דשכרה ושאלה יש לו דין אחר וחייב אף בלא עסק שבועה מטעם ברי וחזקה דלא שייך בשומר אחר דלא מצי לאורי' במתה, ולמ"ד ברי ושמא ברי עדיף י"ל דאתי לאשמעינן אף דהוי חזקת חי נגד הברי אפילו הכי ברי עדיף]:

(ד) **אך** נ"ל די"ל כך עפמ"ש התוספות לקמן (דף ק') דהא דקתני זה אומר א"י וזה אומר א"י יחלוקו לא קאי אלא אשאל אחת ושכר אח' דבשאלה חצי יום מודה סומכוס דאוקי ממונא בחזקת מרא, ובאמת הדבר מתמיה דמי כהחכם ויודע פשר דבר במתניתין לומר דזה אומר א"י לא קאי רק אשאל אחת, ולפ"מ שהוכיחו זה מתירוץ אביי י"ל דסמך התנא אמתניתין דהפרה, אבל לתירוצא דרבא לפ"מ דמשמע מדברי תוספות דס"ל לאמת כן דמודה סומכוס קשה, ולפי סברא הנ"ל י"ל דאף שכתבו התוספות דהיכא דאיכא חזקת מעוברת להמחזיק לא ס"ל לסומכוס יחלוקו י"ל דהיינו דווקא היכא דהוי א"י אם נתחייבתי אבל היכא דהספק הוא בפרעון כדינא דמתניתין אי אמרינן משעת שאילה אשתעבד נכסי' א"כ נגד חזקת חי יש חזקת חיוב י"ל שפיר דהדר דינא דיחלוקו, ולפ"ז הוצרך התנא להשמיענו בשואל דאף דאיכא חזקת חי להשואל אפילו הכי כיון דמשעת שאילה אשתעבד נכסי' אמרינן יחלוקו וא"ש ומוכח דינו של הרמב"ם דמשעת שאילה

אשתעבד נכסי'. [וקצת יש להוכיח כסברת התוספות דמודה סומכוס היכא דחזק"מ מסייע להמחזיק מדלא נקט מתניתין דהמחליף דינא דיחלוקו בבא אחריתא ולא בבבא דהמחליף דאז לא הוי בכל גוונא דהיכא דהלוקח מוחזק לא אמרינן יחלוקו]:

ולפ"ז ארווחנא ליישב קושית התוספות שהקשו אכתי הא דר"י דשמואל הוא כיון דלית ליה משאיל"מ מוכח ממתני' דברי עדיף, והנה לכאורה יפלא על התוספות דהא לעיל הקשו התוספות דלמא מתניתין סומכוס ותירץ דכיון דלסומכוס מהני ברי א"כ לרבנן לכה"פ הוה ליה למימר יחלוקו, ולפ"ז קשה מה הקשו התוספות הא דר"י דשמואל הוא הא משמואל לא מוכח די"ל באמת כקושית התוס' דמתניתין סומכוס ובאמת כמו דלסומכוס מהני ברי על החצי ה"ה לרבנן וע"כ בברי ושמא לרבנן באמת יחלוקו ועדיין לא מוכח דברי עדיף וצע"ג על דברי תוספות, אמנם י"ל כך דהנה דברי תוספות דלעיל תמוהים ג"כ מה שהקשו דלמא מתניתין סומכוס הוא דהא התוספות כתבו לקמן בהמחליף דבשאל אחת ושכר אחת דוקא ס"ל לסומכוס יחלוקו אבל בשאלה חצי יום לא אמרינן יחלוקו ואפי' הכי קתני במתני' דברי עדיף א"כ מוכח דאף היכא דל"א בלא הברי יחלוקו אפילו הכי ברי עדיף, ותינח למ"ש המהרש"א לקמן בסוגיא דהמחליף דבסוגיא זו לא אסיק התוספות אדעתי' סברא זו כדמוכח מהצריכתא שכתבו התוספות כאן אבל למ"ש המהר"ם לובלין לקמן קשה, ונ"ל די"ל כך דהנה התוספות הוכיחו זה בפ' הפרה מתירוץ דאביי דקאמר מידע ידיע דאית ליה שותפות יעיי"ש אבל ללישנא קמא דאביי דא"ל גלית אדעתיך משמע להיפך דאי לאו דגלי אדעתיה היה צריך בעל הפרה ליתן עוד שמינית ומוכח דאף היכא דמסייע חזקת מעוברת להמחזיק אפילו הכי ס"ל דיחלוקו וא"כ הקשו התוספות שפיר מנ"ל להגמרא להקשות דלמא כלישנא קמא דאביי ואז קאי סומכוס אכולה בבא דמתניתין וי"ל דמשום הכי ברי עדיף, ולקמן הקשו שפיר אכתי הא דר"י דשמואל הוא דהא אביי הוא דקאמר התם הא דר"י דשמואל הוא וקשיא ללישנא בתרא דס"ל לאביי דהיכא דחזק"מ מסייע להמוחזק לא אמרינן יחלוקו ולא קשה קושית התוספות דלעיל דלמא מתני' סומכוס דהא מוכח דאף היכא דבלא הברי לא אמרינן יחלוקו אפילו הכי מהני הברי נגד הכל וא"כ מוכח דברי עדיף כנ"ל ליישב התרי תמיה ע' התוספות, אך לפמ"ש לעיל דלשיטת הרמב"ם דהוי א"י אם פרעתיך י"ל אף לאביי דהכא לא מהני חזקת חי להמחזיק וס"ל לסומכוס בכולה בבא דמתני' דיחלוקו מיושב קושית התוספות שפיר על שמואל דלא מוכח מיניה דברי עדיף די"ל יחלוקו כיון דבכולה בבא ס"ל לסומכוס יחלוקו, ומזה ג"כ ראייה לשיטת הנ"י דהוי א"י אם פרעתיך

[וגם לשיטת הנ"י אתיא בפשיטות שפיר כיון דשאלה אחת הוי א"י אם פרעתיך ושאל אחת ושכר אחת י"ל כקושית התוספות דלסומכוס ברי עדיף ולרבנן יחלוקו]:

אך כבר כתבתי בזה במקום אחר דלשיטת הרמב"ם דפסק בהמחליף פרה בחמור היכא דקיימא באגם אף לרבנן יחלוקו י"ל קושית התוס' ולומר דלאביי י"ל דמתני' כרבנן דסומכוס ומיירי בקיימא באגם ומש"ה ברישא יחלוקו משום דנגד חזקת מ"ק י"ל דמהני חזקת מעוברת לאפוקי בסיפא דליכא חזקת מעוברת נגד חזקת מ"ק, ואדרבה חז"מ מסייעא לחזקת מרא קמא מש"ה פטור בעל הפרה מליתן שמינית הנזק ואתיא כמ"ד שותפי נינהו, והא דהוצרך ר"י אמר שמואל לומר התם זו דברי סומכוס היינו אליבא דאמת לפום אוקימתא דרבא דאתיא כמ"ד בע"ח הוא וכמ"ש התוספות יעיי"ש, וכבר כתבתי בעזה"י בזה להוכיח שיטת הרמב"ם:

(ה) **אך** בד"א י"ל הקושיא הנ"ל על תוספות במאי שמקשין דלמא מתני' סומכוס והיה קשה דבשאלה אחת מודה סומכוס, די"ל דנהי דסומכוס מודה דלא אמרינן יחלוקו מטעם חזקת חי מ"מ כיון דלסומכוס לא הוי חזקת ממון חזקה שפיר י"ל דמהני ברי נגד חזקת חי דהוי רק חזקה בעלמא משום הכי מהני ברי נגדה ויותר מזה כתבו המפרשים בסוגיא דתרי ותרי דאפילו לגבי חזקת א"א מהני ברי אבל לגבי ממונא להוציא מחזקתו י"ל דלא מהני כיון דאפילו רוב לא מהני, רק דלפ"ז הדרא הקושיא לדוכתה על התוס' במאי שמקשין אכתי הא דר"י דשמואל הוא הא מצינן למימר דלשמואל באמת יחלוקו ונסתר התירוץ הנ"ל שכתבתי דקושית התוס' ללישנא בתרא דאביי דמודה סומכוס בשאלה אחת דלפמ"ש כאן לא הועלנו בזה דאכתי לא מוכח די"ל דנגד חזקת חי מהני ברי לגמרי אבל נגד חזקת ממון י"ל דלא מהני רק לענין שיחלוקו, ויש להתיישב קצת בזה וצריך עוד עיון, ויש עוד אתי דרך אחר להוכיח דלא כסברת הנ"י דהוי איני יודע אם פרעתיך ולסתור ההוכחה ע"פ קושית התוספות למה לא משני הגמרא בקיצור דהוי משואי"ל על ידי גלגול ועיין לקמן (אות ו') והוא דרך פלפול וחדוד התלמידים וחדא קוב"ה בפלפולא, אמנם בדרך פשוט נראה לפענ"ד די"ל דה"ט דאמרינן משואיל"מ כיון דהודה במקצת וזה גורם לו שיהיה מחויב שבועה וא"כ חזינן דיש כאן חיוב עליו מצד טענותיהם וע"כ אמרינן היכא דא"י לישבע משלם, אבל היכא דמצד הטענה בעצמה פטור לגמרי רק ע"י גלגול חייב שבועה לא אמרינן היכא דאי"ל משלם כיון דמצד הטענות אין עליו חיוב כלל, ולפ"ז מיושב קושית הרז"ה לקמן מכסות דאף ע"י גלגול אמרינן משאיל"מ דהתם שאני כיון דמצד הטענות עצמם יש עליו חיוב על העבד כמו על הכסות דהא הוי מודה במקצת רק דהתורה גזרה דאין נשבעין על העבדים ואין הטעם משום דאין חיוב מצד הודאה

דמ"ש מודה במקצת מטלטלין או קרקע רק דהוי גזירת הכתוב ואם כן היכא דזוקקין תו הדרינן למלתא קמייתא דמצד טענתו יש עליו חיוב ואי"ל ע"כ משלם, כנלענ"ד נכון [ויסוד לסברא זו הוכחתי מדברי רי"ף ז"ל (פרק כל הנשבעים) ומשיטת הפוסקים ח"מ (סימן ע"ה)]:

(ו) **ועוד** יש דרך ישר בעזה"י ליישב קושית התוספות הנ"ל דלא משני הגמ' מצד גלגול, ועם זה יש ליישב הרבה קושיות בסוגיא זו מאי דמקשה התוספות דר"נ לית ליה משואי"ל משלם וגם קושי' השנייה דאכתי הא דר"י דשמואל הוא, דהנה לכאורה יש להקשות קושיא עצומה מאי מקשה הגמרא לר"נ הא כתבו התוספות דאף לר"ה ור"י דס"ל ברי ושמא ברי עדיף היינו דוקא בברי טוב ושמא גרוע דהיינו דהו"ל למידע, והנראה דטעמא דכיון דהו"ל למידע אמרינן אערומי קא מערים דלולי זאת אין סברא לחייבו הואיל ואי' וא"כ י"ל דר"נ ס"ל ג"כ סברא דאערומי קא מערים רק דאפילו הכי פטור דמהימן לומר שא"י במגו דאי בעי הוי טען בבירור שאינו חייב לו ואי דהוי מגו דהעזה הא לאפטורי מממון אמרינן מיגו דהעזה, ומכש"כ למ"ש התוספות דא"י טענה גרוע הוא וודאי די"ל דנאמן במגו שהיה טוען בבירור שהוא פטור אבל בדינא דמתניתין דאלו היה טוען ברי היה מחויב לישבע על ידי גלגול והשתא דטוען א"י כתבו התוספות דאין מגלגלין על שמא של הנתבע דל"ה דומיא דסוטה ולפ"מ דמשמע מדברי תוספות דאין צריך לישבע כלל אפילו שא"י דאין כאן דין גלגול כלל וא"כ י"ל שפיר דאערומי קא מערים וע"כ חייב במתני' וצ"ע ליישב ע"ד התוספות:

והנראה ליישב כל זה עפ"מ דיש לדקדק טובא במתני', דבתרי בבא קמייתא כייל כולהו תלתא גוונא דנקט במתניתין ובדינא דישבע לא נקט רק בבא דשאל אחת ושכר אחת ולא תנו אינך בבא דשאלה חצי יום וכו', ותו קשיא לפי מה שכתבו התוספות לקמן בהמחליף דבשאלה חצי יום לא ס"ל לסומכוס יחלוקו קשה היאך סמך התנא ע"ז כיון דסתמא דמלתא משמע דקאי אכולה בבא, תו קשיא לשון הר"מ התמוה דבכולה בבא דבברי ושמא ושמא וברי כ' דישבע וכ' הכסף משנה דכוונתו להיסת ותמהו עליו דהא אין נשבעין על טענת ספק ותיקן הדבר בבדק הבית דכוונת הרמב"ם ע"י גלגול, רק דזה תמוה דהא אח"כ כתב דין גלגול בבבא דברי וברי ואם לעיל גם כן כוונתו לגלגול היה לו לכתוב כן בהדיא, ועוד קשה דהרמב"ם כתב דין גלגול בבבא דשאל אחת ושכר אחת בברי וברי וכ' הכ"מ דהרמב"ם לא סבירא ליה כפי' רש"י דהקושיא מה שטענו לו קאי דוקא לר"ה ור"י ועיין בלחם משנה שתמה על הכ"מ וצ"ל כוונתו דאי הוי סבר כפירוש רש"י אף דהדין אמת מ"מ לא היה צריך להביאו אלא וודאי דהעתיק לישנא דמתניתין

וס"ל דהפירוש במתניתין הוא כך, אמנם באמת צריך להבין הא לר"נ לא קשה מידי ולא צריך לבוא לע"י גלגול, וגם על פירוש רש"י קשה דהו"ל לומר הניחא לר"נ ור"י:

והנראה דיש לתרץ כל הקושיות הנ"ל בד"א בהקדים לשון הרמב"ם (פ"ד מהלכות שאלה) יעי"ש ובהה"מ ובלח"מ ובדרישה (סי' רצ"ד) שכתבו להדיא דעיקר שבועת שומרין הוא שבועה שאינו ברשותו ושאר השבועות המה רק ע"י גלגול, ולפ"ז יש ליישב הכל דהנה במתניתין היכא דהמשאיל טוען ברי שבשעה שהיתה שאולה מתה בע"כ שהיה אצל המיתה וא"כ תו לא מצי להשביעו שבועה שאינו ברשותו וממילא לא מצי למימר אשתבע לי דכדרכה מתה והיינו שלא פשע דכיון דאין צריך לישבע שבועה שאינו ברשותו ממילא אינו מחויב לישבע שלא פשע דלא הוי רק גלגול, אך כל זה בשאלה חצי יום ושכרה חצי יום אי אפשר לו לידע שמתה בשעת שאילה רק אם היה בשעה שמתה אבל בבבא דשאל אחת ושכר אחת איכא לאשכוחי דטען ברי דהיינו שיודע שאותה שקיימת הוא השכורה וא"כ בע"כ אם אחת מתה היא השאולה ובאמת יוכל להיות שאף השאולה קיימת וע"כ מחויב לישבע ע"י גלגול, ולפ"ז י"ל אדרבה דלא כתירוץ הנ"י דעל תי' הראשון שתי' דקושית הגמרא קאי משאל אחת קשה דלמא על ידי גלגול, ועל תירוץ השני דמיירי אף אם היתה שכורה ושאולה קשה דבזה שפיר איכא לאשכוחי גלגול כגון שאומר שיודע שהיתה קיימת בעידן שאילה וכיון דהשאולה היה לאחר השכורה מוכח שלא מתה בעידן שכורה, אבל אם הקושיא היא משאלה ושכרה וכיון דהשאולה היה קודם אי אפשר לו לידע שמתה בעידן שאולה רק שהיה אצל המיתה וא"כ יודע שאינו ברשותו ואין כאן שבועה ומוכח כמו שכתבתי לעיל (אות ב') ליישב קושית הנ"י, ולפ"ז מיושב ממילא קושית התוס' דאין כאן גלגול, ונתיישב ג"כ קושיתי הנ"ל דלמא כאן אף ר"נ מודה דאערומי קא מערים דהיה צריך לישבע דלפמ"ש אף אם היה טוען ברי אין כאן שבועה בתרי בבא קמייתא והקשה הגמרא שפיר, ולפ"ז א"ש ג"כ דדוקא בבבא דשאל אחת נקט ישבע בברי וברי, וממילא מיושב הקושיא הנ"ל לפמ"ש התוספות לקמן דאביי ס"ל דסומכוס לא קאי אתרי בבא קמייתא והיה קשה היאך סמך התנא על זה, ולפי זה אתי שפיר כיון דנקט בבא דז"א א"י וז"א א"י לאחר בבא דישבע דקאי דוקא אשאל אחת ממילא בבא דז"א א"י קאי ג"כ דוקא אשאל אחת, ולפ"ז ממילא מיושב קושית התוספות על ר"נ ושמואל דלית להו מתוך שאינו יכול לישבע משלם הדרא קושית הגמרא לדוכתה, ולפמ"ש י"ל כיון דאיירי בעסק שבועה ואלו היה טוען ברי וודאי היה חייב שבועה ממילא שפיר יש לומר דחייב מטעם אערומי קא מערים אף לר"נ ור"י והא דמשני הגמרא משום משאיל"מ היינו ליישב אליבא דידן דלפ"מ דמשמע מרבא משמע

דמטעם משאיל"מ חייב מגזירת הכתוב, וגם לשון הגמרא אינו מוכרע כל כך ועיין באס"ז דהוא לשון ר"י גאון, גם יש לומר דלדידן מוכח כן כיון דברישא איכא חיובא משום מתוך שאינו יכול לישבע משלם כיון דבע"כ מיירי דאיכא עוד פרה ממילא בבבא דשאל אחת הוי ג"כ מטעם משאיל"מ ובאמת י"ל דסובר הגמ' דע"י גלגול לא אמרינן משאיל"מ, רק דלא מצי הגמרא לומר משום דאערומי קא מערים די"ל כמו דבבא דשאל אחת הוי מטעם מתוך שאיל"מ ה"ה כולהו בבא אבל לר"נ ושמואל י"ל דכולה הוי משום אערומי קא מערים, [גם י"ל מזה שיטת הרמב"ם ולומר דרבא מיירי היכא דלא הוי למידע דבלא זה מהכ"ת יחלוק על ר"נ]:

ולפ"ז מיושב שיטת הרמב"ם על נכון דבברי ושמא ושמא וברי נקט סתם ישבע ולא נקט ע"י גלגול די"ל כיון דכלל בבבא זו שאלה חצי יום וא"כ היכא דטוען ברי ליתא לגלגול כיון דלא מצי לאשבועי שאינו ברשותו ע"כ נקט סתם ישבע דממ"נ היכא דטוען ברי ליתא לגלגול עכ"פ צריך לישבע שבועת היסת והיכא דטוען שמא דליתא להיסת מ"מ כיון דטוען שמא י"ל שלא היה אצל המיתה וע"כ צריך לישבע ע"י גלגול דשמא היא ברשותו, אבל בבבא דסיפא שייך שבועת גלגול אף בברי וברי די"ל שיודע שהשכורה קיימת וכמ"ש לעיל ע"כ שפיר מצי לגלגל אף בטוען ברי ודברי הרמב"ם ישרים ונכוחים לפ"ז, ולפ"ז י"ל ג"כ לשון הגמרא לקמן דקושית הגמרא היה מה שטענו לא הודה לו אף לר"נ ור"י וכמ"ש הכ"מ לשיטת הרמב"ם, ואין לומר הא לדידיה אוקמינן בעסק שבועה די"ל דהיה קשה להגמרא אי שבועה זו משום עסק שבועה קשה הדקדוק הנ"ל למה נקט דוקא בבא דשאל אחת ושכר אחת ע"כ היה סובר המקשן דמשום הכי נקט בבא דשאל אחת דכאן לא צריך לאסופי פרה אחרת וע"כ הקשה הא סוף סוף מה שטענו לא הודה לו ושני לי' ע"י גלגול וכיון דהוי ע"י גלגול א"ש דנקט דוקא בבבא זג כמו שכתבתי לעיל ואתיין דברי הרמב"ם על מכונס ולענ"ד מראים הדברים ת"ל יתברך שיש לזה פנים בהלכה:

רק לפ"ז יקשה לכאו' במאי דקאמר ולרמב"ח רישא בתלת קשה לפמ"ש רש"י דלרמב"ח לא אמרינן משאיל"מ בהודאה וא"י לחוד דא"י לאו כפירה הוא מ"מ הוה מצי למימר דמשום הכי חייב באומר א"י מטעם הנ"ל דאמרינן אערומי קא מערים דאלו היה טוען ברי הים צריך לישבע ומודה ר"נ, [אמנם נראה די"ל דהגמרא משני אליבא דידן דקיי"ל משאיל"מ י"ל באמת דאפילו בשמא גרוע פעור ודוק]:

(ז) **והנה** היה נראה לי ליישב קושית תוספות הנ"ל דמשום הכי בעי לרמב"ח ג' פרות ולא אמרינן דבהודאה וא"י יהיה משאיל"מ דכיון דהא דאמרינן משאיל"מ לאו מצד הסברא

הוא אלא מצד גזירת הכתוב דשבועת ד' ובע"כ צ"ל באומר א"י, וא"כ בשלמא לר"ח בר יוסף דקרא לא מיירי אלא בשתי פרות א"כ ע"כ דשבועת ד' קאי בהודאה וא"י דהוי משאיל"מ ואף דמצד הסברא יש לומר דל"ש לומר דהוי משאיל"מ כיון דאין כאן כפירה מ"מ בע"כ מוכרח לומר כן, אבל לרמב"ח דלדידיה קרא איירי בג' פרות מנא ליה לומר דשבועת ד' מיירי בהודאה וא"י דלמא בהודאה וא"י אין כאן התחלה לשבועה כלל דנימא משאיל"מ וקרא איירי היכא דהוי כפירה והודאה וא"י דכבר יש כאן חיוב שבועה מחמת הכפירה והודאה וע"כ אמרינן אף על אותה שטוען א"י משאיל"מ כן נלענ"ד נכון, אך קושיתי הנ"ל עדיין אינו מיושב בזה דאכתי י"ל דחייב משום א"י דאערומי קא מערים דאלו היה טוען בוודאי בשעה שהיתה שכורה מתה היה מחויב לישבע דהיה מב"מ:

ועוד י"ל דלא שייך לומר דהוי משאיל"מ דאלו היה טען שיודע בעידן ששכורה מתה היה נאמן במגו דמתה מחמת מלאכה דלא הוי רק הודאה ונאנסה דאין כאן חיוב שבועה לרמב"ח, ודבר זה תליא במחלוקת הפוסקים שהביא הש"ך בח"מ (סימן ע"ה) בתבעו מנה ויש לו עד א' והלה אומר איני יודע אם נתחייבתי, ולפמ"ש במק"א (בחי' ח"ש לכתובות בסוגיא דמודה ר"י) להוכיח משיטת הרי"ף דאפילו הכי הוי משאיל"מ משום דהשתא דטוען א"י לית ליה מגו ולא שייך לומר אלו היה טוען ברי היה פטור דסוף סוף עכשיו הוי מחויב שבועה דהודאתו גרמה לו שבועה וליכא למפטרי' משום מנו וכיון דא"י לישבע משלם וכן נראה לפענ"ד נכון, וא"כ נסתר תי' זה] אמנם לפי מה שכתבו התוספות בב"ק דצ"ל דכפירה קמן א"כ קשה הכא דקאמר ומתו כולהו בעידן שאילה א"כ בע"כ דכפירה ליתא קמן א"כ הו"ל מגו דמתה מחמת מלאכה וצ"ל דהמשאיל טוען שיודע שמתה כדרכה ואף אלו טען מתה מחמת מלאכה הוי כפירה א"כ נסתר תירוץ הנ"ל, [ואפשר לומר דנ"מ לענין הנבילה וע"כ לית ליה מנו]:

אמנם לפמ"ש הש"מ דר"י ורמב"ח לית להו הא דרבה ומשום הכי פסקינן כר"ח בר יוסף לא כרב"ח וצ"ל דלא סבירא ליה מגו לאפטורי משבועה ואפילו משיב אבידה לאפטורי משבועה לא אמרינן, והנה בטעמא דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה פי' הסמ"ע כיון דאין הפסד בכך ע"כ לא סמכינן על המגו ואמרינן שישבע וע"ז יקשה לכאורה למה יפטור עד אחד משבועה הלא מנו עדיף מע"א לענין לפטור עצמו כגון היכא שטוען פרוע במגו דמזוייף דנאמן וע"א לא מהני ולענין לפטור משבועה הוי להיפך דע"א מהני ומגו לא מהני, והנה על הרמב"ם גופיה דסבירא ליה מגו לאפטורי משבועה ל"א לא קשה די"ל דס"ל דע"א אינו פוטר והרא"ש דס"ל ע"א פוטר ס"ל באמת דאף מגו לאפטורי משבועה אמרינן והשיג על הר"י הלוי במסכת שבועות, אך על הרמ"א קשה שהכריע

להלכה דמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן ועד אחד פוטר משבועה, וקשה לכאורה לטעם הסמ"ע הוי ס' הפוכות ועיין בחידושי חמדת שלמה בכתובות בסוגיא דמודה ר"י ומכש"כ דקשה לפ"מ דקיימינן עכשיו דאפי' משיב אבידה לאפטורי משבוע' לא אמרינן לר' יוחנן א"כ קשה קצת לטעם הסמ"ע דעי"ז יבא אידך להפסד דלא ירצה להודות כדי שלא יתחייב שבועה, והנה הש"ך בסי' רצ"ו הסכים לטעם הלבוש דמשום הכי לא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה דאמרינן אדרבה רצונו היה דוקא לישבע כדי שיאמנו דבריו, וצריך להטעים דבריו דקשה אם רצונו לישבע לשקר מאי מהני השבועה וצ"ל כך דאף די"ל דהיה רוצה לישבע לשקר אפילו הכי כשיבא לידי כך יפרוש, [וע"ד מחשבה רעה אין הקב"ה מצרפה לידי מעשה] ולפ"ז י"ל לא מבעיא לפי שיטת הסוברים שהביא הש"ך הנ"ל דהיכא דאלו טען ברי היה פטור לא שייך לומר משאיל"מ א"כ לא מצי למימר לרמב"ח בשתי פרות וא' הודה ובאידך טען א"י דלפמ"ש לעיל דלרמב"ח לא ס"ל סברת רבה משום חזקה אין אדם מעיז רק דמש"ה לא אמרינן מגו משום דהוי לאפטורי משבועה וכסברת הלבוש דהודה ברצון כדי שיתחייב שבועה וא"כ בטוען על אחת איני יודע תו ליכא למימר דהודאתו היה כדי שיתחייב שבועה דהא טען א"י באידך וא"כ זהו האיש אף אלו כפר באחרת אלו הוי ידעינן דהודאתו לא היתה בשביל שרצונו לישבע היה לו להיות פטור משבועה ונהי דאנן לא הוי ידעינן כוונתו והיינו מחייבים אותו מ"מ עכשיו כשטען א"י נתגלה דאין הודאתו ראויה לחייב שבועה ולא שייך למימר משאיל"מ, ואף לפמש"ל להוכיח משיטת הרי"ף דאפילו הכי הוי משאיל"מ כיון דעכשיו לית ליה מגו, מ"מ לפמ"ש הש"ך דאף לשיטת הסוברים משאיל"מ אפילו היכא דלא הוה ליה למידע מ"מ היכא דידעינן שוודאי א"י פטור כמ"ש הש"ך ח"מ (סימן ע"ב) וא"כ היכא דאית ליה מגו דכפר הכל י"ל דנאמן דא"י ולא שייך לומר משאיל"מ, רק דמשום הכי לדידן חייב בחמשין לא ידענא דלית ליה מגו דכפר הכל דאין אדם מעיז אבל לרמב"ח דלית ליה דרבה כמו שכתבתי לעיל בשם הש"מ במס' ב"ק א"כ לדידיה שפיר י"ל דנאמן לומר א"י במיגו דאי בעי כפר הכל וא"כ לא שייך לומר משאיל"מ כיון דמגו זו הוי לאפטורי מממונא ע"כ צריך דוקא שיהיה כפירה גמורה דשוב אין לו מגו על ההודאה די"ל דמשום הכי הודה כדי לישבע על הכפירה ואינו נאמן לומר א"י ומשום הכי הוי שפיר משאיל"מ, [ואף דיש לגמגם קצת אף לדברי הש"מ הנ"ל דדלמא אף רמב"ח סבירא ליה סברת רבה דמגו דכפר הכל לא הוי מגו רק דסבירא ליה עדיפא מיניה דאפילו היכא דלא שייך אין אדם מעיז אפילו הכי לא אמרינן מגו לאפטורי משבועה, מ"מ י"ל בקל דהגמרא ס"ל דאף רבה לא קאמר סברא זו רק משום דקשיא ליה מפני מה אמרה התורה מודה מקצת

הטענה ישבע אבל לרמב"ח ודבע"כ סבירא ליה מטעם אחר מגו לאפטורי משבועה לא אמרינן לית ליה כלל ס' רבה ודוק] ולפ"ז מיושב קושית התוספות על נכון, ולפ"ז מיושב ג"כ קושיתי הנ"ל מאי דהוי קשיא לן דלמא בלא טעמא דמשאיל"מ משום הכי חייב דאערומי קא מערים כיון דאלו הוי כפר היה צריך לישבע מטעם מודה במקצת, ולפ"ז א"ש דנאמן לומר א"י במגו דלא הודה כלל כיון דהוי לאפטורי מממונא לשיטת רמב"ח דלית ליה הא דרבה וע"כ מוכרח לומר דכפר אחת וממילא לית ליה מגו כמ"ש לעיל עפ"י סברת הלבוש ז"ל וע"כ ממילא חייב משום מתוך שאינו יכול לישבע משלם ודוק היטב בכל זה:

(ח) **ועיין** תוספות בבא קמא סוגיא דע"פ שהקשו לרש"י דס"ל כופר הכל בפקדון חייב לא היה צ"ל ב' פרות דכיון דטוען א"י ואלו היה טוען ברי היה צריך לישבע הוי מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם, ועיין מהרש"א שתי' לרש"י דא"י לאו כפירה הוא ועיי"ש שגמגם בתי', ועכ"פ הקושיא מנ"ל להגמרא להקשות דלמא אף בזה הוי משאיל"מ ולמה ליה להוסיף בפרות, והיה נ"ל ליישב על פי הסברא שכתבתי במק"א טעם למ"ש הש"ך (סי' ע"ה) אם אומר א"י אם נתחייבתי ועד אחד מעיד שלוה הוי משאיל"מ אף שאין העד יודע אם פרע או לא (והבאתי לעיל אות הקדום) והקשה התומים היאך הוי משאיל"מ הא אלו היה טען ברי שאינו חייב היה נאמן במיגו דפרעתי עיי"ש וכתבתי במק"א ליישב דכיון דגלי לן רחמנא דנימא משאיל"מ בע"כ היינו טעמא דחזקה אין אדם תובע אא"כ יש לו הוי סברא אלימתא ונהי דהקילה התורה שלא יפרע רק ישבע מ"מ אם אינו יכול לישבע משלם דכיון דטענת התובע יכול לגרום שבועה ממילא הדין נותן שישלם אם אינו נשבע, ולפ"ז ל"ק קושית התומים הנ"ל דאין כאן מחויב שבועה דאלו היה טוען ברי היה נאמן במגו כיון דעכ"פ טענת התובע הוא חזקה הואיל ויש לו עד אחד וראוי להאמינו כל זמן שאין הנתבע נשבע כנגדו ונהי שאם היה טוען הנתבע ברי לא היה צריך לישבע בזה משום דהיה לו מגו דפרעתי מ"מ עכשיו שטוען א"י אין כאן מגו וטענת התובע אלימא וזה א"י לישבע ע"כ שפיר הוי משאיל"מ, והבאתי ראייה לזה מהרי"ף בשבועות שהביא ראייה דלא קי"ל כראב"י מדקאמר הגמרא אילימא דאמרו מנה לאבא ביד אביכן עיין שם, וקשה למה לא הוכיח יותר מאליבא דאמת, ועיין בלח"מ שפקפק על הראייה מס"ד וקשה למה לא הביא ראייה מאליבא דאמת, ולפמ"ש אתי שפיר דאליבא דאמת ל"ק די"ל דאף דאם היה טוען ברי היה פטור כראב"י דיכול להעיז ויש לו מגו מ"מ עכשיו דטוען א"י לית ליה מגו והוי משאיל"מ, ע"כ הוצרך להוכיח מס"ד דמשמע דאביהם חייב שבועה ומוכח דלא כראב"י עיין שם בהרי"ף ודוק,

[ועיין בחידושי חמדת שלמה כתובות סוגיא דמודה ר"י שהאריך בזה] ולפ"ז י"ל קושית התוספות הנ"ל על רש"י דמוכח ע"כ דא"י לאו כפירה הוא לענין משאיל"מ, דאל"כ קשה כיון דחזינן דבפקדון כופר הכל חייב מוכח ע"כ דטענת התובע הוא טענה חזקה וגורם שבועה ותשלומין אם א"י לישבע וא"כ נהי דבמלוה אינו חייב שבועה היינו מטעם כיון דכופר וחזקה אין אדם מעיז ע"כ גם טענת הנתבע הוא טענה אלימתא, אך זה שייך היכא דטוען ברי יש טענה חזקה לסתור טענת התובע משא"כ היכא שטוען א"י ואין כאן חזקה הדר הו"ל טענת התובע טענה אלימתא וע"כ אף במלוה הוי לן למימר משאיל"מ, וקשה אמאי אמר ר"נ אוקי ממונא בחזקת מרא נימא משאיל"מ ע"פ הסברא הנ"ל דמה לי אם היה פטור בטוען ברי משום חזקה או משום מגו דמוכח לפמש"ל דאפ"ה הוי עכשיו משאיל"מ אלא ודאי מוכח דא"י לחוד לא מיקרי כפירה לענין שיהיה משאיל"מ ע"כ הוכרח הגמרא לומר דמיירי בשתי פרות, וא"ל הא גופיה קשיא על ר"נ למה לא נימא דאף בכעין זה הוי משאיל"מ די"ל כיון דקרא לאו בהכי מיירי י"ל דלא אמרינן משאיל"מ רק היכא דהוי הודאה רק הא גופיה קשיא דלמא קרא מיירי בא"י אם נאנסה וכמ"ש הפ"י וא"כ מוכח ע"כ דאף בא"י לחוד הוי משאיל"מ, ועיין פ"י מ"ש בזה לשיטת התוספות דבזה לא אמרינן משאיל"מ הואיל ואין התובע טוען ברי ודלא כשיטת הפוסקים בזה:

אמנם לענ"ד נראה להוכיח מדברי התוספות דס"ל דאף בא"י אם נאנסה הוי משאיל"מ דאל"כ קשה מה הקשו לימא אשתבע לי מיהת דכדרכה מתה וע"י גלגול הוי משאיל"מ הא י"ל מגו דאי בעי הוי אמר א"י אם מתה מחמת מלאכה והוי פטור, ונהי שכתבו התוס' דאינו טוען ברצון א"י מ"מ הכא כיון דטוען א"י אם שאולה מתה מה שחבירו מכחיש לו בבירור א"כ יותר הו"ל לומר אמת כדבריך ששאולה מתה אמנם א"י אם מתה מחמת מלאכה ועיין בש"ע דאף שואל נאמן החזרתי במגו דמתה מחמת מלאכה מוכח דהוי מיגו אף דהוי לא שכיח, וכ"כ הש"ך דא"י אם מתה מ"מ אינו חייב רק משום משאיל"מ, משא"כ לשיטת הפ"י דלא אמרינן בזה משאיל"מ א"כ אית ליה מגו ול"ק קושית התוספות [ומטעם שבועה שאינו ברשותו עיין מ"ש לעיל (אות ו')] אלא וודאי דהתוספות ס"ל דאף בא"י אם נאנסה הוי משאיל"מ:

(**ט**) **ולקושית** הפ"י הנ"ל למה לא קאמר הגמרא שבועת ד' תהיה בין שניהם בא"י אם נאנסה היה נראה לי ליישב ע"פ מה שהקשה עוד הפ"י ממ"נ היכא מיירי אי הניח להם אביהם אחריות נכסים הו"ל כפירת שעבוד קרקעות, ואי לא הניח תיפוק ליה דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי, ולענ"ד י"ל בפשוט עפ"מ דאיתא לקמן בהמקבל (דף קי"ד ע"ב) בהשבת העבוט כיון דמחזירין למה ממשכנין ומשני הגמרא כדי שלא יעשה מטלטלין

אצל בניו וא"כ מוכח דאפילו היכא דהחזירו לא הוי מטלטלין, א"כ יש לומר דמירי באופן שטען יש לי בידכם משכון שמשכנו ב"ד לאביכם על מנה והם מודים בחמשים דלא הוי מטלטלין אף דהמשכון הוא ביד היתומים אפ"ה לא הוי מטלטלין דיתמי גם הילך לא הוי כיון דמצי לסלוקי בזוזי והוא נכון, ועיין לעיל בחי' דף ד' ע"ב] ולפ"ז לא מצי הגמרא לאוקמי בא"י אם נאנסה דהיינו שבועת שומרין דכיון דעכשיו הוא התחלת המשפט אם נאנסה או לא א"כ עדיין לא משכנו בחיי אביהם והוי ליה מטלטלין דיתמי וכיון שכן דבע"כ קרא לא איירי בשבועת שומרין שפיר מצינן למימר כסברת מהרש"א דל"ה משאיל"מ משום א"י לחוד ומוכח זה מר"נ גופיה דאל"כ אף בהלואה הוי משאיל"מ כמש"ל, ולפ"ז ממילא לרש"י ל"ק ג"כ קושית התוספות לימא דהוי מתוך שאינו יכול לישבע משלם ע"י גלגול די"ל כנ"ל דהו"ל מגו דא"י אם מתה מחמת מלאכה ודוק הדק היטב בכל זה:

(י) **ולעניין** הקושיא שהקשיתי לעיל (אות ו) דלמא ה"ט דלא אמרינן ברי עדיף משום דליכא למימר אערומי קא מערים דהא יש לו מגו דהיה טוען ברי משא"כ הכא אם היה טוען ברי היה צריך לישבע ע"י גלגול משא"כ שמא אין מגלגלין כמו שכתבו התוס', ע"ז השיב חכם אחד דאכתי תיקשי ישבע שאינו יודע ויהיה נאמן במגו דהיה טוען ברי והיה נשבע, אמנם לפמ"ש התוספות דהיכא דטוען א"י מאמינו המשאיל יותר מהיכא שיודע שמשקר לפ"ז י"ל דלא הוי מגו דאלו היה טוען ברי וחבירו יודע שהוא משקר וודאי לא יאמינו ששכורה מתה ויהיה צריך לישבע ע"ז משא"כ כשטוען איני יודע יוכל להיות שיאמין לו המשאיל שמתה כדרכה ולא יזקיקנו לשבועה כלל, עוד י"ל לפמ"ש הטור בח"מ (סי' ע"ה) וסמ"ע שם (ס"ק מ"ה) דשבועת א"י קילא ליה י"ל דלא הוי מגו, אך לר"נ דתיקן היסת ואלו היה טוען ברי היה צריך לישבע מוכח ע"כ דנאמן א"י במגו דהיה טוען ברי הקשה הגמרא שפיר, ומיושב דקדוק העולם לימא תהוי תיובתא דר"נ דלר' יוחנן ל"ק די"ל כנ"ל דנאמן משום מגו משא"כ במתני' דבברי היה צריך לישבע לא הוי מגו, ובזה אי נימא דבזמן ר' יהודה עדיין לא נתקן שבועת היסת ל"ק קושית התוס' אכתי הא דר"י דשמואל הוא די"ל דנאמן במגו דהיה טוען ברי ולא שייך אערומי קא מערים משא"כ במתני' דהיה צריך לישבע על ידי גלגול וע"כ צריך לאשמעינן דאפילו הכי ברי עדיף, ובזה יש להוכיח כהאי לישנא דר"נ תיקן שבועת היסת אף באין לך בידי אף דלא הוי דררא דממונא ודלא כשיטת הר"ת סוף ב"ק, דאל"כ הדרא הקושיא לדוכתה דאף לר' נחמן לא קשיא מידי די"ל דנאמן במגו שהיה טוען ברי שאיני חייב לך משא"כ

במתני' היה צריך לישבע ע"י גלגול, אלא וודאי דאף לר"נ צריך לישבע אף היכא דליכא דררא דממונא ולפמ"ש לעיל (אות ז) בישוב קושיא הנ"ל א"ש אף לשיטת הר"ת ודוק:

(**יא**) **בדברי** הנ"י שהבאתי לעיל יש להסתפק אי ברירא ליה דשאל אחת ושכר אחת לא הוי א"י אם פרעתיך וע"כ לא קשיא ליה רק על שאלה ושכרה דוודאי נתחייב על אותה פרה מתחילה כשהיתה שאולה משא"כ שאל אחת דיש ספק אם נעשה שואל על אותה פרה שמתה, או דס"ל די"ל דאף שאל אחת ושכר אחת י"ל דהוי א"י אם פרעתיך כיון דמ"מ נשתעבדו הנכסים שלו בשביל השאולה בוודאי וא"י אם יצא מזה החיוב דדלמא השאולה מתה רק דאפ"ה י"ל דהוי א"י אם נתחייבתי כיון דיש לו ספק אם נתחייב מעולם ע"ז הפרה על אונס מיתה, ויש ראייה לזה הפירוש מדתי' בתי' השני א"נ מרישא פריך דשאלה ושכרה ל"ד ה"ה שכרה ושאלה ולא כתב א"נ מרישא נמי פריך מזה משמע דלפי תירוץ השני ס"ל באמת דל"ק כלל מסיפא די"ל דהוי א"י אם פרעתיך כיון דוודאי נתחייב לו שאולה ונשתעבדו נכסיו בשבילה מיד וא"י אם יצא מזה החיוב דדלמא השאולה מתה, ועיין באס"ז שכתב באמת הקושיא אף על שאל אחת ושכר אחת רק שתי' שם תירוצים אחרים ע"כ בדעת הנ"י יש להסתפק דאף שאל אחת ושכר אחת הוי א"י אם פרעתיך, ולפ"ז י"ל קושית התוספות אכתי הא דר"י דשמואל הוא לפמ"ש לעיל (אות ב') ליישב קושית הנ"י משום דחזקת חי הוי נגד חזקת חיוב וע"כ הוי א"י אם נתחייבתי, והנה בכתובות (דף ע"ו) שמעתתא דתנא תונא כלה כתבתי להוכיח דלר"י משמיה דשמואל מוכח דס"ל כסברת הט"ז דחזקת חי לא הוי חזקה, וא"כ לדידיה קושית הגמרא מעיקרא ליתא די"ל דהוי א"י אם פרעתיך, וגם מסיפא דשאל אחת וכו' לא קשיא לפמ"ש די"ל ג"כ דהוי א"י אם פרעתיך וכל קושית הגמרא הוא לדידן לפי מה דאתי רמי בר יחזקאל ואמר לא תציתו להני כללי דמוכח להדיא דהוי חזקה מעלייתא וע"כ הקשה הגמרא שפיר אבל על ר' יהודה גופי' לא קשיא דשמואל הוא דלדידיה אין מזה ראייה די"ל דהוי איני יודע אם פרעתיך:

דף קא:

פשיטא נפל ליה ביתא וכו' ועיין בהרא"ש (סי' כ"ה ד"ה תנו ללינה וכו') ועיין ב"י בח"מ (סי' שי"ב) וסמ"ע וש"ך, וע"פ הב"י קשיא לי סיום הרא"ש והיינו טעמא כיון דהקדים לו שכרו ונשתמש זה במעותיו מפני דוחקו של משכיר לא יפסיד השוכר, ולפי פי' הב"י דס"ל כיון דהקדים שכרו אמרינן הדמים מודיעים וקנה ליה עד כלות הזמן א"כ למה ליה הטעם הואיל וזה נשתמש במעותיו אף אם היה קנין אחר לא היה יכול להוציאו, וגם

לפירוש הסמ"ע שפירש דעיקר הרבותא הוא שאין צריך ליתן שכר להלוקח ג"כ איני מובן סיום הדברים מ"ש וה"ט דמשמע דקאי על עיקר הדבר שאינו יכול להוציאו: **ולולי** דבריהם הקדושים הייתי מפרש כך דבתחלה מפרש בהירושלמי לחלק בין השכירו לשנה דא"י להוציאו אפילו במוכרו מחמת דוחקו ובין משכנתא דסורא או במשכון כל ימיו שבזה יכול להוציאו מיד, ואפשר לומר דהיינו טעמא דעל זמן קצר וודאי לא אסיק אדעתי' שיצטרך ויהי' דחוק כ"כ והוי אונסא דל"ש כלל דצריך לאתנויי וכמו דאי' בגיטין (דף ע"ג) אכלי ארי אין לנו משא"כ בעובדא דירושלמי שהי' לזמן מרובה אמדינן דעתיה שאלו היה יודע שיצטרך למעות שיעני לא היה משכירו וע"כ בהשכירו לזמן מרובה הוי נמי הדין דיכול למכרו בתוך הזמן דבזה שייך ג"כ דאדעתי' דהכי לא השכירו וע"כ סיים דבהקדים לו שכרו אפילו על זמן מרובה א"י להוציאו, וע"ז סיים שפיר וה"ט כיון דהקדים לו שכרו ונשתמש זה במעותיו אין סברא שיפסיד השוכר מפני דוחקו של משכיר, והא דהביא ראייה מירושלמי פרק מקום שנהגו [ואף לדברי הב"י ראייה זו תמוה כמ"ש הש"ך ולדברי הסמ"ע אתי שפיר] נראה לי דהכי קאמר דלכאורה הוה מצי למימר כיון דשכירות אינה משתלמת אלא בסוף א"כ מי שמקדים שכירות אינו נותן רק בתורת הלואה ושינכה אח"כ ודמי למשכנתא דסורא וא"כ לא שייך למימר כיון דהקדים לו שכר ונשתמש זה במעותיו דהמעות שנתן לא מיקרי שכירות רק הלואה בעלמא ע"כ הוכיח דהא ליתא דהיכא דהקדים לו שכרו אין על זה שם הלואה רק שפרע לו השכר, וראייה מהירושלמי דבהקדים שכרו אין צריך להעלות שכר להקדש ואי הו"א שהמעות הוא גבי המשכיר רק הלואה בעלמא וודאי דהיה צריך להעלות שכר להקדש, אלא וודאי דכבר נקרא פרעון על השכירות וכיון שכן שפיר אמרינן דאפילו על שנים מרובים אין לו להוציאו מטעם דאין ראוי שיפסיד המשכיר כיון שכבר הקדים השכירות ונשתמש זה במעות בתורת פרעון השכירות וע"כ לא דמי למשכנתא דסורא דשם אין המעות רק בתורת מלוה ביד הממשכן ודוק היטב כנ"ל נכון לולי שרבותינו לא פירשו כן, ועיין במע"מ ודבריו צ"ע דלפי פי' דלא מצי לסלק ליה תוך השנה רק לאחר כלות השנה א"כ הוא מלתא דפשיטא וצ"ע, אחר כך ראיתי שגם בטור כתב כן כמ"ש המע"מ וצ"ע ועיין שו"ת פרח מטה אהרן (סי' א'):

דף קב:

ר"נ אמר בחזקת בעלים קיימא, והנה היה מקום להסתפק אם מחולקים באופן השכירות דהיינו שהשוכר אומר שהרשהו לעשות בו כל מה שירצה והמשכיר אומר שלא הרשהו

בכך במקום שאין מנהג בדבר ההוא אי נימא גם כן קרקע בחזקת בעלים עומדת או נימא דוקא הכא שלפ"ד המשכיר כלה זמן השכירות בתשלום כל חודש וע"כ אמרינן בחזקת בעלים עומדת, משא"כ היכא דמודה המשכיר שעדיין הוא זמן השכירות רק שאומר לדבר זה לא השכירו י"ל דלא אמרינן קרקע בחזקת בעלים עומדת כיון דעתה הוא בוודאי ברשות השוכר:

אמנם נראה מבואר הדבר בטור וש"ע ח"מ (סי' שט"ו סעיף ג') דאף לענין זה אמרינן קרקע בחזקת בעלים עומדת וע"ש בבאר הגולה שכתב דקרקע בחזקת בעלים לכל דבר הבא לשנות ממנהג המדינה, ולענ"ד דבריו אינם מדוקדקים דמשמע דוקא הואיל שבא לשנות ממנהג אינו נאמן ולזה לא היה צריך הרא"ש לומר דקרקע בחזקת בעלים עומדת, ולענ"ד כוונת הרא"ש שהביא הטור דהתם היה המשכיר אומר שהשכירו סתם וכוונתו היה שלא יכניס דיורים אחרים, ועל זה כתב הרא"ש שכן הוא סתמא דמלתא שא"י להכניס דיורים אחרים אם השכירו סתם דמי שרוצה להכניס דיורים אחרים מתנה בהדיא, אבל זה שאומר באמת שהתנה בהדיא זה אינו נגד המנהג רק דאפילו הכי אינו נאמן משום דקרקע בחזקת בעלים עומדת אפילו לדבר שאינו נגד המנהג, וכן מוכח ממ"ש הרמ"א בח"מ (סי' שי"ב סעיף ט"ז) בהגה"ה וכן בכל ספק וכו' ועיין לקמן סי' שט"ו ס"ג עכ"ל משמע דבכל הטענות הדין כך ואף דלשיטת הרא"ש בטוען ברי מהני אף בקרקע וכמ"ש הש"ך (סי' שי"ב ס"ק י"ד) מ"מ הכא עדיין לא הכניס דיורין ופשיטא שיכול למחות בידו שלא להכניס כיון דקרקע בחזקת בעלים עומדת ואם הכניס י"ל באמת לשיטת הרא"ש בטוען ברי אין המשכיר יכול להוציא השכירות ממנו בשביל הדיורים שהוסיף, ולדברי הש"ך הנ"ל (בס"ק הנ"ל) יש מקום ספק אם לדמותו לשטרא דכתב בי' שנין סתמא דלא מהני טענות ברי, אמנם דברי הש"ך הנ"ל נראים דחוקים, ולענ"ד היה נראה לי ליישב קושיתו דשם פשיטא ליה להגמרא דלא מהני תפיסה דכיון דשנין סתמא מסתמא לא הוי יותר משנים וכמו דאמרינן בסלעים דינרים דמסייע ליה שטרא וע"כ קאמר הגמרא פירות בחזקת אוכליהן משמע דלולי זאת וודאי לא היה מהני תפיסה, ועל זה הקשה הגמרא שפיר הא קי"ל כר"נ וע"כ הוי תופס כיון דקרקע בחזקת בעלים עומדת ותפיסה לא מהני הכא דכיון דכתב שנין סתמא מסייע ליה שטרא, ואף שכתב הש"ך סימן שט"ז בשם הריטב"א דהכא ל"ד לסלעים דינרים כיון דהניחו לאכול מ"מ י"ל דלא הוי וודאי הכי מ"מ תפיסה י"ל דל"מ בכעין זה, ובפרט דמשמעות הגמרא שטענו מקודם מלוה אומר שלש ואחר כך קדים ואכיל והוי כמו מחאה, אחר כך

מצאתי כעין זה בתומים בקת"כ ליישב קושית הש"ך הנ"ל, עכ"פ משמע מדברי הרמ"א דבכל הטענות אמרינן קרקע בחזקת בעלים עומדת:

אמנם מדברי הנ"י היה נראה לי להוכיח דס"ל לחלק היכא דמחולקים באיכות השכירות לא אמרינן קרקע בחזקת בעלים עומדת, מדהוכיח הנ"י פ"ק גבי בעי' דר"ז תקפה א' בפנינו דהרי"ף סובר בספיקא דאבעיא דסלקא בתיקו דאי תפס מפקינן מיניה מדאיבעיא לן סוף פרק הפועלים לסטים מזוין נגד רועה מזוין מאי וסלקא בתיקו (כך היה גי' הנ"י) והרי"ף כ' סתמא דהוי אונס ולמה לא הביא דהוי ספיקא ונ"מ בתפס המפקיד דלא מפקינן מיניה אלא ודאי דס"ל להרי"ף בכל ספיקא דאבעיא אף אי תפס מפקינן מיניה, ולכאורה דבריו תמוהים דהא בקרקע אמרינן בחזקת בעלים עומדת דקי"ל כר"נ וא"כ ה"נ מהכ"ת לא יהיה השומר עומד בחזקתו לענין שלא יהיה צריך לשמור נגד הלסטים מזוין ואם כן ממילא ל"מ תפיסה כמו דהכא צריך השוכר לשלם בשביל חודש הי"ג משום דקרקע בחזקת בעלים ה"נ השומר בחזקתו עומד ועיין בד"מ (סימן שי"ב) ובס' קצות החושן ועיין עוד בד"מ (סימן שכ"א)] וכן מוכח להדיא בשו"ת הרשב"א שהביא הרמ"א בהגה"ה (סי' שי"ב סוף סעיף ט"ו) במלמד דיש לו דין קרקע בחזקת בעלים זולת מטעם אחר כתב הרשב"א דאין צריך לשלם לו עבור חודש העיבור עיי"ש, אמנם אי נימא דהנ"י ס"ל דע"כ לא אמרינן קרקע בחזקת בעלים עומדת רק אם הספק הוא על זמן השכירות כיון די"ל שכבר כלה זמן השכירות ע"כ עומד ברשות הבעלים משא"כ היכא דהספק הוא על איכות השכירות לא אמרינן בחזקת בעלים עומדת כיון דס"ס עדיין הוא ביד השוכר א"כ י"ל ה"נ כיון דהספק הוא על השומר אם מחויב לשמור נגד לסטים מזוין הוי הספק באיכות השכירות לא בזמן וע"כ לא שייך בחזקת בעלים עומד וע"כ הוכיח הנ"י שפיר דלא מהני תפיסה ודוק:

ומה שקשה עוד על דברי הנ"י דנהי דס"ל להרי"ף תפיסה ל"מ מ"מ הו"ל להביא האיבעיא לנ"מ לענין שאינם צריכים הבעלי' לשלם לו שכירות דלענין זה הוי תפס ברשות דוודאי מהני, וכמדומה לי שכבר שמעתי להקשות על הנ"י כן משם א' מהגדולים, אמנם נ"ל עפמ"ש הש"מ בשם הר"ן לשמואל דס"ל בא בתחלת החודש כולה למשכיר והקשה דמשמע אף אם לא נתן לו השכר צריך ליתן כל הי"ב סלעים, וקשה הא השוכר יכול לומר לא נתחייבתי רק עם חודש העיבור והיאך יכולים להוציא ממנו ותי' כיון דחיובו ברור דאלו היה רוצה להניחו לדור בו בחודש הי"ג היה צריך ליתן י"ב דינרים וכיון דחיובו ברור אף עכשיו דאינו מניחו לדור בו חודש הי"ג צריך לשלם לו ולא מהני תפיסתו א"כ ה"נ גבי שומר כיון דאלו היה השומר רוצה לעמוד נגד הלסטים מזוין היה צריך לשלם לו

שכירות שלו ע"כ חיובו ברור ולא מהני תפיסתו מה שהוא תפוס, אמנם דברי הר"ן הנ"ל גופיה עדיין צריכן תלמוד ועיין בתומים בקת"כ שהביא דברי הר"ן אלו ולשיטת הרא"ש דס"ל לשמואל ג"כ קרקע בחזקת בעלים עומדת רק טעמא דשמואל משום אדוי' אודי' ליה קושית הר"ן מעיקרא ליתא די"ל דנתחייב בדינר בכל חודש מטעם קרקע בחז"ב עומדת דכיון דבא בתחלת החודש לא שייך אודי' אודי' ליה ונראה דזה היה הוכחת הרא"ש דגם שמואל ס"ל קרקע בחז"ב עומדת מכח קושית הר"ן הנ"ל עכ"פ הנ"י הנ"ל י"ל דסובר כתי' הר"ן ודוק:

דף קג.

תוספות ד"ה פרדיסי וכו' וא"ת מ"ש מהא דאמר בריש המוכר את הבית ארעתי תרתי משמע, והנה לכאורה היה נראה לי לחלק דכל מקום דנין הלשון לטובת האומר וא"כ הכא דאמר השואל אושלן מרא דכוונת הריבוי הוא לטובתו אמרינן מסתמא היה כוונתו להרבה וכיון דהמשאיל נתרצה לדבריו ע"כ רפיק ביה כל פרדיסי משא"כ התם דהנותן אמר כך דנין הלשון לטובתו דתרתי משמע ויד המקבל על התחתונה, שוב ראיתי די"ל דזה תלוי בתירוץ הגמרא לקמן (דף ק"ד) הא דאמר ליה חוכר למחכיר הא דאמר ליה מחכיר לחוכר משמע התם ג"כ ה"ט דדיינינן הלשון לטובת האומר, ולפמ"ש התוספות התם דרבינא פליג על שמואל וס"ל דאין חילוק בין אמר מחכיר לאמר חוכר ע"כ הקשה התוספות שפיר, אמנם לפמ"ש הפוסקים דרבינא ס"ל ג"כ כשמואל והביאו ראייה לזה מהתוספתא והביא הרמ"א דעות אלו בח"מ (סימן שכ"א) א"כ לדבריהם י"ל קושית התוספות בקיצור ולא צריך לומר דבמטלטלין לא אמרינן בחזקת בעלים עומדים, ועיין בתוספות ב"ב דף ס"א דלא ס"ל לחלק בכך, ולפ"ז נ"מ היכא דאמר המשאיל לשואל הריני משאיל לך מרא למירפק ביה פרדיסי י"ל דלא הוי רק שנים מטעם דאמרינן בחזקת בעלים עומדת כקושית התועפות רק הכא שאני כיון דאמר ליה שואל למשאיל ודוק:

פרק המקבל

דף קי:

ת"ר האומר לשלוחו צא ושכר לי פועלים וכו' זה לפי שלא שכרן, וצריך לי עיון למה לא נימא שלוחו של אדם כמותו והוי כאלו הוא בעצמו שכרן וממילא יעבור אח"כ, שוב מצאתי כן בחי' ריטב"א:

דף קיא.

גר תושב יש בו משום ביומו תתן שכרו ואין בו משום לא תלין ועיין ע"ב ברש"י שפי' בתנא דבי ר"י יש בו משום ביומו תתן שכרו וכש"כ משום לא תעשוק דגבי' כתיב בשעריך, ולפום פשטיה דגמרא נראים דברי רש"י מוכרחים דמהכ"ת נמעט ג"ת מלא תעשוק ולא תבא עליו השמש דכתיב גבייהו דרשא דבשעריך לרבות ג"ת, אמנם הרמב"ם כתב להדיא דבגר תושב אין בו רק עשה ואין בו לא תעשה כלל והוא תמוה דנהי דממעטינן ליה מלא תלין דכתיב בת"כ מדכתיב רעיך גבי לא תלין מ"מ מלא תעשוק שכר עני ואביון ולא תבא עליו השמש דכתיב במשנה תורה מנ"ל למעוטינהו דהא גבייהו כתיב בשעריך לרבות ג"ת וכמו שכתב רש"י ז"ל וצ"ע:

והנלענ"ד עפמ"ש הרמב"ם שם דהעושק שכר שכיר עובר בה' לאוין ועשה וחשיב שם לא תלין ולא תבא עליו השמש ועיין שם בהה"מ שכתב דמסתימת דבריו משמע דלא סבירא ליה כפי' רש"י בפירוש שם שכירות חד הוא, ולענ"ד נראה מוכרח מכח קושיא הנ"ל דס"ל להרמב"ם דכולהו לאוי דעושק או דחייב בכולם או דפטור מכולם וע"כ כיון דמיעט רחמנא גר תושב מקרא דרעיך גבי לאוי דל"ת ולא תלין ה"ה מלאו דלא תבא עליו השמש נמי ממועט, וע"כ הא דרבי רחמנא ג"ת במשנה תורה מקרא דבשעריך בע"כ לא רבי קרא ללאו רק לעשה דביומו תתן שכרו הנאמר שם אבל אי הו"א דבשכר יום אינו עובר רק משום בל תלין א"כ מנ"ל דמיעט רחמנא ג"ת מלאו דלא תבא עליו השמש:

והנה נראה לי לשיטת רש"י דס"ל דבג"ת עובר משום ביומו וה"ה לא תבא עליו השמש, ולכאורה צ"ע היאך יהיה בג"ת אם הוא שכר יום דליתא גביה לאו דלא תבא עליו השמש וכי נימא דאינו עובר עליו כלל, גם תמוה מ"ט חס רחמנא על ג"ת אם הוא שכר לילה לעבור עליו בלא תבא עליו השמש ולא חס עליו אם הוא שכיר יום, ע"כ נראה לי כיון דאינו עובר משום לא תלין ולא קבעה התורה זמן התשלומין לג"ת אם הוא שכר יום שמחויב לשלם לו בלילה עכ"פ לא גרע משכר לילה והוי כאלו עיקר זמנו לשלם לו ביום כאלו היה שכיר לילה וע"כ עובר משום לא תבא עליו השמש רק בישראל חייבה התורה לבעה"ב לשלם לו בלילה ולענין זה הקיל הכתוב בג"ת שלא להטריח הבעה"ב לשלם לו בלילה שזה הוא טרחא יתירה להטריח לשלם לו בלילה לענין זה לחוד הקיל רחמנא בג"ת, אבל עכ"פ עובר משום לא תבא עליו השמש ואף שכבר עבר בוקר ראשון ולגבי ישראל שוב אינו עובר בג"ת שאני דאין זמנו כלל בבקר משא"כ בישראל שכיון שזמנו הוא בבקר ואח"ז שוב הוי כהלואה בעלמא וע"כ אינו עובר, ולשיטת הרמב"ם

עובר תמיד בג"ת משום ביומו תתן שכרו העשה ולא הלאו דלא רבינהו קרא רק לעשה ואף אם הוא שכיר יום ודוק כנ"ל נכון:

אמנם הא קשיא למה ליה להגמרא למימר דילפי גז"ש דשכיר שכיר תיפוק ליה בלא גז"ש כיון דרבי קרא ג"ת מבשעריך ללאוי דמשנה תורה ה"ה לאינך לאוי וכמו דס"ל להרמב"ם לתנא דידן דלא יליף שכיר שכיר ואפילו הכי אמרינן אע"ג דרבי רחמנא ג"ת בקראי דמשנה תורה ומיעטא בקרא דת"כ אמרינן דמיעט רחמנא לכולה לאוי ולא רבי רק לעשה ה"ה לתנא דברייתא כיון דרבי רחמנא ג"ת לחד לאו ה"ה לאינך [ועיין בפ"י מ"ש על המהרש"א, ולפי מאי שכתב הרמב"ם מוכח דבלא גזירה שוה נמי יש לומר דעובר בכל השמות, ואיני מופנה לעיין בפ"י כל הצורך].

ע"כ נראה לי דיש לומר כיון דבאמת יש לן מיעוט רעיך למעט גר תושב רק דרבנן סבירא להו דרעיך אתי לגזל עכו"ם, מכל מקום יש לומר דוודאי יותר מסתבר לומר דקאי אעושק ולמעט ג"ת מלאוי דשכיר כמו דס"ל להרמב"ם אליבא דרבנן דמתני' רק כיון דילפי רבנן גזירה שוה דשכיר שכיר מסתבר לאוקמי רעיך לגזל עכו"ם אבל רבנן דלא ילפי רק מבשעריך שפיר מצינו למימר דרעיך אתי לאגלוי' דלא קאי רק אעשה, וכן אתי לאפוקי מדרשא דאתך להורות דלא קאי רק אשכר בהמה וכלים דהוי ממון רעיך אבל רבנן דברייתא דס"ל גזירה שוה מסתבר להו לאוקמי רעיך אגזל עכו"ם ומכ"ש דאתי שפיר טפי לשיטת הרמב"ם דאי דרשינן רעיך ממעוטינן מכולה לאוי וליכא לקיומי גזירה שוה כלל, ובזה מיושב קושית המהרש"א שהקשה דלמא רבנן לית להו גזירה שוה רק דילפי מאתך וכן רבנן דמתני' דלמא ס"ל גזירה שוה רק רעיך אתי לאפוקי, ולפמ"ש א"ש דדוקא מדרשא דבשעריך אמרינן דרעיך אתי לאפוקי משא"כ מגז"ש ע"כ מוכרח לומר דרבנן דברייתא ורבנן דמתני' פליגא בגז"ש, כן נראה לי נכון בעזה"י:

דף קיב:

סוגי' דקציצה כתבתי במ"א [ע' שו"ת חמדת שלמה חלק חו"מ [סי' ו' ז'] שהאריך בסוגיא זו] שוב כשזכיתי ללמוד סוגיא הנ"ל נראה לי ליישב קושית התוספות בשבועות (דף מ"ו ע"א ד"ה לא קצצתי) שהקשו דבעבר זמנו אמאי המע"ה הרי שהם והרי עבר, דיש לומר הא דמקשה הגמרא אי הכי אפילו עבר זמנו נמי, וכבר הקשיתי מאי קושיא לפמ"ש התוספות כאן (ד"ה ולעולם) דאין זה תקנה טובה וא"כ דלמא לא רצו חכמים לתקן כל כך והבו דלא לוסיף עלי', ונראה לי דיש לומר דוודאי המקשן אסיק אדעתיה ג"כ דכי מטא זמן חיובא רמי אנפשיה ומידכר כדי שלא יעבור על בל תלין רק דאפילו הכי כיון דלגבי

בעה"ב מצינן למיתלי שמחמת שהיה שכוח אצלו נשאר בטעותו וודאי יותר מסתבר מלומר שהשכיר עובר במזיד, ולפ"ז היה מהראוי לומר דאפילו עבר זמנו יהיה השכיר נשבע ונוטל דע"י זה יכול להיות שלא יבא לידי שבועה דהיינו כשיתבע השכיר את הבעה"ב בינו לבינו ויאמר כבר נתתי לך ימתין השכיר אולי כשיגיע זמן חיובו יהא רמי אנפשיה ומדכר ויודה לו ואם לא יהיה רמי אנפשיה לא יפסיד השכיר כיון דאף בעבר זמנו נשבע ונוטל, משא"כ עכשיו דבעבר זמנו אינו נשבע ונוטל לא ירצה השכיר להמתין כדי שלא יפסיד וכיון דחזינן דהגמרא הקשה מקודם וליתב ליה מעיקרא וליתב ליה בעדים כדי שלא יבא לידי שבועה הקשה הגמרא אפילו עבר זמנו נמי דמהראוי לתקן כך כי עי"ז יבא הדבר לידי בירור והוצרך הגמרא לשנויי דבעבר זמנו וודאי רמי אנפשיה ומדכר ואין לתלות בטרדא כלל וע"כ אי אפשר לתקן שיהיה השכיר נשבע ונוטל אחר זמנו, ומיושב בזה קושית התוספות על לשון אי הכי די"ל וודאי לטעמא דכדי חיי' אין קושיא אפילו עבר זמנו נמי די"ל כמ"ש דלא רצו לתקן כל כך ודי בזה שתקנו בזמנו משא"כ לטעמא דטרוד היה מהראוי לתקן אף בעבר זמנו כדי שלא יבא לידי שבועה:

והנה לענ"ד קשה לי בהא דאמר שמואל בזו ישבע בעה"ב כו' קציצה ודאי מדכר דכירי מלשון ודאי משמע שהוא ס' חיצונה וכיון דר"י סבירא ליה דלא דכיר נהי דרבנן פליגא עלי' מ"מ לא שייך לומר ודאי מדכר דכירי, ועל גוף הדין קשה יותר לשיטת הרי"ף דס"ל בקציצה אף שבועת התקנה אין כאן על הבעה"ב וכתב הר"ן הטעם דבקציצה לא שייך טעמא דכדי חיו דשכירת פועלים ידוע הוא ואין מחלוקתם אלא בשביל דבר מועט ול"ש כדי חיו ושמואל אשמעינן דאפי' במודה במקצת דיש שבועה על בעה"ב מצד הדין אפילו הכי אין השכיר נשבע ונוטל דקציצה מדכר דכירי, וקשה מנ"ל לשמואל להמציא פלוגתא חדשה בין רבנן לר"י וע"כ משום ברייתא דרבה ב"ש כדקאמר הגמ' ואלא הא דתנא רבה ב"ש קצץ המע"ה מני דלמא הברייתא איירי בכופר הכל וכיון דלא שייך כדי חיו בקציצה ע"כ אין כאן שבועה כלל וממילא אין השכיר נשבע ונוטל משא"כ במודה במקצת י"ל דרבנן ס"ל גם כן כר"י דהשכיר נשבע ונוטל ומנ"ל להמציא פלוגתא חדשה, ועיין במהרש"א שהקשה על הגמרא דמקשה אמאי ישבע בעה"ב דלמא מיירי בכופר הכל והניחו ביש ליישב, ובאמת נראה לי דקושית הגמרא הוא דאי נימא כדינו של שמואל דמודה במקצת ישבע בעה"ב הו"ל להברייתא לאשמעינן חידוש זה אפילו היכא דמודה במקצת וחייב בעה"ב לישבע אפילו הכי לא רמינן השבועה על השכיר, ומיושב בזה דקדוק הלשון בגמרא דקאמר איני משמע שבא להקשות דדינא דשמואל ליתא מקמי ברייתא דרבה ב"ש וסיום הקושיא אמאי ישבע בעה"ב כאלו הוי הקושיא

על הברייתא והכי הו"ל לאקשויי איני והא תני רבה ב"ש וכו' המע"ה ואלו ישבע בעה"ב לא קתני, ולפמ"ש י"ל דהקושיא הוא איני פי' דע"כ ליתא לדינא דשמואל דהא תנא רבה ב"ש קצץ המע"ה רק דמצינן למימר דלמא הברייתא מיירי בכופר הכל וע"כ סיים דאי איתא לדינא דשמואל ממילא ע"כ הברייתא איירי אף במודה במקצת והו"ל להברייתא למיתני ישבע בעה"ב ועיין היטב ומשני ר"נ לצדדין קתני ומיושב קושית המהרש"א, רק הקושיא שהקשיתי קשה מנא ליה לשמואל דהברייתא לצדדין דלמא מיירי בכופר הכל וכדי חיו לא שייך בקציצה אבל במ"מ סבירא להו לרבנן כמו לר"י ומנא ליה לחדש פלוגתא חדשה:

ע"כ נלענ"ד דיש לומר לפי מה דאסיק רבא דפליגא אי עבדינן תקנתא לתקנתא או לא י"ל דאף ר"י ס"ל קציצה מדכר דכירי רק דר"י ס"ל כיון דבעה"ב מודה במקצת וחייב שבועה דאורייתא עקרו רבנן לשבועה ושדיא אשכיר משום טעמא דכדי חיו לחוד דחדא תקנתא מצינן למיעבד משום כדי חיו וכיון דלא הוי חיוב גמור לבעה"ב רק היפך שבועה מצינן למיעבד משום כדי חיו וע"כ ממילא ה"ה בקציצה כיון דלא צריך לטעמא דטרוד בפועליו לר"י כלל, אבל רבנן דסברי דעבדינן תקנתא לתקנתא ממילא ע"כ צריכים לטעם טרוד בפועליו וממילא בקציצה דמדכר דכירי אין מקום להפוך השבועה דלדידהו עיקר ההיפך הוא רק משום טרוד בפועליו, אך עדיין קשה כמו דלר"י תקנו היפוך משום כדי חיו ומשום הכי אפילו בקציצה נשבע ונוטל ה"נ לרבנן נהי דבכופר הכל תיקנו ההיפוך משום טרוד בקציצה הו"ל לתקוני היפוך משום כדי חיו, אך זה אינו קושיא כל כך די"ל דרבנן ור"י פליגא בתקנה שתקנו חז"ל בשכיר דרבנן הוי גמירי התקנה בכופר הכל ומוכח דההיפך היה משום טרוד ע"כ אין להם ראייה לחדש היפך משום כדי חיו אבל ר"י דס"ל דדוקא במודה במקצת תקנו חכמים ס"ל שפיר דההיפך היה משום כדי חיו וע"כ הוא הדין בקציצה שייך ג"כ היפוך, ולפ"ז י"ל דכ"ע ס"ל קציצה מדכר דכירי וא"ש בזה מה דאמר שמואל קציצה ודאי מדכר דכירי דכ"ע ס"ל הכי, ונראה שכך היה מפרש הש"ך במ"ש סי' פ"ט להקשות על הר"ן שכ' דמשום הכי בזמן שהטלית ביד אומן נוטל בלא שבועה הואיל דהשבועה רק להפיס והכא ל"ש, והקשה הש"ך הא בקציצה לא קשה וליתב לי' בלא שבועה דקציצה מדכר דכירי, ודבריו אינם מובנים דהא לר"י לא אמרינן קציצה מדכר דכירי ובריית זו ע"כ כר"י וכ"ר בקצה"ח שכ' שדבריו אין להם מובן, ולפמ"ש א"ש די"ל כ"ע ס"ל קציצה מדכר דכירי, ולפ"ז דאף בקציצה שייך כדי חיו וצ"ל לשיטת הרי"ף דמשום הכי לא תקנו שבועה בכופר הכל בקציצה כס' הה"מ שהבאתי

לעיל (בשו"ת חמ"ש) דכוונת החכמים לא הוי רק לגלגל השבועה על השכיר כדי שיטול [ומזה יש סמך לסברא הנ"ל שכתבתי דיש לומר משום כדי חיו תקנו להפך השבועה]:
ולפ"ז י"ל קושית התוס' הנ"ל הרי שהה והרי עבר דלפמ"ש [לר"י] אין הטעם משום טרדא כלל ולפי הפי' הנ"ל שכתבתי בקושית הגמרא אפילו עבר זמנו דעי"ז יוכל לבא לידי בירור ולר"י דלא ס"ל טעמא דטרדא אין מקום לקושי' זו כלל. רק לרבנן יקשה לכאורה במודה במקצת נימא אפילו עבר זמנו נמי דעי"ז יבא לידי בירור שהפועל ימתין כדי שיזכור הבעה"ב, אך גם לרבנן ל"ק כיון דכופר הכל לאחר זמן פטור ממילא לא ימתין השכיר אולי יכפור הכל ומעיקרא כי הקשה אפי' עבר זמנו היינו דאפי' כופר הכל יהי' השכיר נשבע ונוטל אבל לבתר דשני הכא איכא תרתי דכופר הכל ודאי אין השכיר נשבע ונוטל ממילא אף במ"מ אין ס' דוודאי לא ימתין הפועל, (ומיושב מה שהקשיתי במקום אחר [בשו"ת חמ"ש] היכא דטוען הבעה"ב שנתן היום למה נאמן עיי"ש ודו"ק) ולפ"ז י"ל דר"י הי' לו הוכחה דע"כ אין הטעם משום טרדא דכיון דהיה מקובלים דתקנת שכיר לא היה רק תוך זמנו והי' קשה ליה קושית התוס' הרי שהה ולר"י ליכא לשנוי' דלא ימתין הפועל שירא שיהיה כופר הכל הא לר"י אין תועלת במה שתבעו עכשיו דהא אף בזמנו אם כופר הכל אין השכיר נשבע ונוטל, וע"כ מוכח לדידיה דאין הטעם משום טרוד בפועליו רק משום כדי חיו תקנו שהשכיר נשבע ונוטל וע"כ לדידיה אף בקציצה השכיר נשבע ונוטל, משא"כ לרבנן אין ראייה לומר דמשום כדי חיו אפסידנהו לבעה"ב ורק משום טרדא שקלוה להשבועה ושדיוה אשכיר וע"כ בקציצה ישבע בעה"ב, ובזה מיושב קושי' התומים על הרמב"ן דמוקי ברייתא דטלית כמ"ד אומן קונה בשבח כלי ומש"ה כל זמן שהטלית בידו נוטל בלא שבועה והקשה הוא הא למ"ד אומן קונה בשבח כלי אין עובר על בל תלין וקשה אפילו עבר זמנו נמי, ולפמ"ש א"ש דלר"י הקושי' מעיקרא ליתא אפילו עבר זמנו נמי וכמ"ש ודוק, ולפ"ז מוכח לכאורה כשיטת הר"י דל"א מגו ממודה במקצת לכופר הכל מר"י דס"ל עד שיהא שם מקנת הודאה ול"א שיהיה הבעה"ב נאמן במגו דכפר הכל וליכא לתרוצי כמ"ש לעיל [בשו"ת ח"ש] דהוי מגו בדמי כיון דלר"י לית ליה כלל ס' טרוד בפועליו כמ"ש וקשיא לכאורה על הר"מ אך לפמ"ש שם די"ל מגו דמעצמך ירדת א"ש ודו"ק:
בד"א י"ל שיטת הר"מ עם מה שהי' נ"ל ליישב קושיית הר"ן בשבועות דפסקינן כשמואל ושבועת שומרים אף בלא שטר דהוי תרתי דסתרי, וי"ל לפמ"ש התוס' דקושי' רבא דהוי מגו דהעזה והנה לפמ"ש הר"ן דעדיף ליה למטען טענה דלא חשדינן ליה ומש"ה ל"ה מגו בדמי דוודאי הוא לו ברי גמור א"כ לכאורה קושי' רבא ל"ק דהכא אף דהוי העזה

נוח לו לטעון מידי דלא חשדינן ליה א"ו קושטא קאמר, ונ"ל פשוט דאדרבא לפ"ז קושי' רבא הוא קושיא אלימתא כיון די"ל שטוען בדדמי ואין כאן מגו כלל וצ"ל כס' הר"ן דאלו היה אומר בדדמי נוח לו לטעון מידי דלא חשדינן ליה, אמנם זה שייך אלו אין ריעותא בהטענה שהיה לו לטעון וכיון דרבא הוכיח משבועת שומרין דזה הוא ריעותא מה שצריך להיות מעיז שוב מצינן למימר שפיר דאומר בדדמי ע"כ נוח לו יותר לטעון טענה שסובר שהוא אמת אף דיהיה נחשד שאומר בדדמי כיון שהטענה שיש לו לטעון יש לה ריעותא דהעזה, והנה כבר כתבתי [בשו"ת ח"ש] די"ל אליבא דאמת דאסיק רבא דפליגא בתקנתא לתקנתא עיקר התקנה הראשונה היה שראוי להטיל שבועה על בעה"ב אולי משקר במזיד ואולי היה ידעי' שאינו משקר במזיד אין כאן מקום לחייבו שבועה כיון דהוא וודאי אינו משקר במזיד עכ"פ וכיון שיש לו מגו לא חשדינן שמשקר במזיד ולפ"ז ל"ק קושי' רבא ש"ש דחייב רחמנא היכא משכחת לה די"ל שפיר דהוי מגו דהעזה משא"כ כאן בשכיר י"ל כיון דהשתא חשדינן ליה שאומר בדדמי ע"כ שני הטענות שקולים ושפיר הוי מגו, רק רבא הקשה לפ"מ דס"ד לרבנן עיקר הטעם רק משום טרדא לחוד וקשה קושי' הר"ן דהוי מגו בדדמי וצ"ל ע"כ כתי' של הר"ן דטענת לא שכרתיך עדיף טובא ע"ז הקשה רבא שפיר כיון דאיכא ריעותא דהעזה שפיר י"ל דטוען בדדמי וכמ"ש, אבל אליבא דאמת קושי' רבא מעיקרא ליתא דכיון דלא תקנו לשבע בתקנה ראשונה רק שמא משקר במזיד וע"ז שפיר יש לו מגו דלא שכרתיך אף דהוי העזה מ"מ בהטענה שטוען איכא ריעותא דהוי בדדמי ול"ש לומר מ"ש לעיל דלמא רוצה לטעון האמת כקושי' הר"ן דהשתא קיימינן דעיקר תקנה ראשונה הי' שמא משקר במזיד, ולפ"ז י"ל לר"י באמת אינו נאמן במגו דלר"י כיון דלית ליה טרוד בפועליו הוי שפיר מגו דהעזה ואין קושי' מר"י לשיטת הר"מ דס"ל דאמרינן לדידן מגו אף במ"מ דלדידן י"ל שפיר דהוי מגו משא"כ לר"י, ומיושב בזה קושית התוס' בב"ב סוגיא דאומן דרבא מוקי ברייתא דנתן טליתו לאומן דליכא עדים דאל"כ לחזי סהדי מה קאמרי והקשה התוס' להימן במגו דלא שכרתיך ותי' דממודה במקצת לכופר הכל ל"א מגו וא"כ לשיטת הר"מ הדרא קושי' התוס' לדוכתיה, ולפמ"ש דלר"י דוקא ל"א מגו א"ש, אך לפמ"ש לעיל די"ל מגו דמעצמך ירדת יש ליישב ג"כ לשיטת הר"מ דהתם בטלית נראה דאין שייך לומר מעצמך ירדת דמהיכן בא הטלית ליד האומן ולא דמי לעבודת שדה וכרם שי"ל מעצמו ירד:

והנה מצאתי ראייה לפירושי הנ"ל דאף לר"י אמרינן קציצה מדכר דכירי ממה שראיתי באס"ז לב"ב בשמעתין דאומן דמש"ה הוצרך רבא לומר כ"ז שהטלית בידו נאמן משום מגו דלקוח דלולי זאת הו"מ למימר הטעם הואיל ובעה"ב טרוד בפועליו, והקשה למה

בחמת לא תי' אביי משום טרוד בפועליו ותי' דס"ל כשמואל דקציצה מדכר דכירי, ולכאורה הדברים מתמיהים דהא ברייתא דטלית כר"י אתיא דס"ל אפילו בקציצה שכיר נשבע ונוטל ולפמ"ש א"ש דאף ר"י ס"ל קציצה מדכר דכירי אליבא דשמואל ומשום כדי חיו לחוד תיקנו שיהיה השכיר נשבע ונוטל:

עיין בש"ך חו"מ (סי' פ"ז) שהקשה על לשון הר"מ שכתב דלא מהפכינן רק היסת והו"ל לכתוב אף הנשבעין שבועת המשנה לפטור כגון החזרתי במגו דנאנסה וכופר הכל בקציצה לשיטת הר"מ, ועיין בקצה"ח מ"ש ליישב ודבריו לא נהירן בפרט מ"ש בהחזרתיו מגו דנאנסה דיכול להפוך מטעם אשתבע לי דלא פרעתיך קשה הא נ"מ בצורבא מרבנן גם היכא דנתן לו נאמנות שלא יכול להשביעו ומטעם היפוך יכול להשביעו, ולענ"ד י"ל כיון דנאנסו אין יכול להפך א"כ ממילא גם החזרתי א"י להפך דאי הוי יכול להפך נסתר המגו דשמא אין רצונו לישבע רק שרוצה להפך על חבירו וע"כ א"י לטעון נאנסה, ולכאורה נראה דזה תלוי במ"ש הרמ"א סי' ע"ה ביש לו ע"א על טענתו ועל טענת המגו ל"ה לו עד אין העד פוטרו דאלו היה העד פוטרו אין כאן מגו ה"נ י"ל אלו יכול להפך אין כאן מגו, אך לפמ"ש הש"ך שם להכריע דלא כשיטת הרמ"א ע"כ הקשה שפיר ולפ"מ שהיה נ"ל שם לקיים המגו דממ"נ אם העד משקר היה מעיד לו גם להטענה השני' כן מצאתי אח"כ בתומים א"כ י"ל דהכא כ"ע מודו דהוי מגו, ולכאורה י"ל ראייה לס' הש"ך ממ"ש הר"מ דבשכרו בע"א פטור משבועת המשנה משום דא"א לתקן השבועה על השכיר מש"ה פטור לגמרי וקשה דעכשיו אין לו מגו כלל וצ"ל דאפ"ה לא נסתר המגו ופטור השבועה אתי' ממילא וצ"ע, ולפמ"ש בטעמו של הר"מ משום מגו דמעצמך ירדת א"ש דהוי מגו מעלייתא ושפיר מצינן למימר דהחזרתי במגו דנאנסו ע"כ א"י להפך דאל"כ אין כאן מגו, וקושית הש"ך מקציצה י"ל דיכול להפך במגו דהיה מודה לו הקציצה רק שהיה אומר שפרע לו והיה צריך השכיר לישבע וע"כ אינו בגדר היפוך דדינא הכי וצ"ע אי אמרינן מגו כזה לחייב שבועה, שוב נזכרתי שהתומים הביא בכללי מגו ס"ק קי"ח משם הגי"ת שנסתפק בזה ועיין תומים שם ואף לפמ"ש הגי"ת שם דל"א מגו כזו י"ל דהכא שאני דמהני אפילו מגו כל דהו משא"כ התם ואדרבא מצד הדין אין מקום להשבועה עד שיטעון השבע לי ודו"ק:

דף קטו.

תוס' ד"ה וחייב משום ב' כלים וכו' יש לעיין לפמ"ש התוס' דחובל רחיים ורכב ל"ה לאו הניתק לעשה והא דאמר ליה אביי להחזיר משום דהיה שוגג והוי זכייה בטעות,

ולפ"ז לרבא דס"ל כ"מ דאמר רחמנא ל"ת א"ע לא מהני אפי' בחבל במזיד חייב להחזיר משא"כ לאביי דבמזיד א"ח להחזיר, ולפ"ז קשה טובא דהו"ל להגמרא בתמורה לומר דאיכא בינייהו בין אביי לרבא חובל רחיים ורכב, והגמ' מסיק התם דא"ב הני שנויין עיי"ש דלפ"מ שפי' רש"י אין נ"מ לדינא כלל, גם התוס' הקשו שם דהו"מ למימר נ"מ עיי"ש שמכח קושיתם יצאו לידון בדבר חדש דבאיסור שבדה מלבו ל"א כ"מ דא"ר לא תעביד לא מהני ולפ"ז עדיין הקושיא במקומו דהו"מ למימר נ"מ זו, ועיין בכ"מ (פ"ג מה' מלוה ולוה) שכתב ג"כ בשם הריב"ש דמש"ה כתב הר"מ בחבל בגד אלמנה מחזירן בע"כ משום דפסק כרבא וקשה ג"כ קושי' הנ"ל דהו"מ למימר זה לנ"מ בין רבא לאביי ועיין בלח"מ שכ' דאף לרבא מהני מדגלי רחמנא השב ותמה בזה על הריב"ש, ולשיטת הר"מ נ"ל דהכא כיון דגלי רחמנא משמע מיד וע"כ אף לאביי לא מהני דבשלמא בכסות יום וכסות לילה שפיר י"ל דכ' רחמנא להחזיר בזמן שצריך לו משא"כ בכלי אוכל נפש דאין לו זמן מיוחד כיון דכתב רחמנא השב וכמ"ש הה"מ דמשכנו שלא ברשות היינו אפילו כלי אוכל נפש וממילא משמע שצריך להחזיר מיד ולא מהני אפילו לאביי ואתי ג"כ שפיר דלא מצי למימר א"ב חובל רחיים ורכב דלתרוויי' לא מהני ומוכח מזה דלא כהריב"ש דס"ל דדוקא לרבא לא מהני דא"כ קשה קושי' הנ"ל דהו"ל לומר נ"מ בין אביי לרבא חובל רחיים ורכב, אך בזה מחולקים הראב"ד והר"מ דלהראב"ד בין לאביי ובין לרבא מהני מדכתיב השב ולפמ"ש בשיטת הר"מ לתרוויי' לא מהני

וע"פ האמור לשיטת הר"מ י"ל קושי' הראב"ד על הר"מ דס"ל בנשרף המשכון לוקה ותמה עליו מסוגיא דמכות דמוכח כיון דניתן לתשלומין אינו לוקה, ותי' הה"מ דהכא שאני דאין כאן תביעת ממון ובתחלה לאו בתורת גזל אתא לידיה עיי"ש, רק דמסוגיא הגמ' דמכות קשה ונדחק הה"מ לומר דגי' אחרת היה להר"מ, ולפמ"ש י"ל דהא דס"ל להר"מ דאפילו בחובל כלי אוכל נפש או בגד אלמנה הוי לאו הנל"ע כ' הה"מ דהעשה דהשב קאי לשלא ברשות ומשמע כל שלא ברשות, ויש להמתיק דבריו עפמ"ש התוס' לעיל (דף קי"ג ע"א ד"ה מחזיר) לשמואל דס"ל שליח ב"ד מנתח נתוחי וא"כ לדידיה כל חבלה הוי שלא ברשות וקשה למ"ל השב דאתי לרבוי' שלא ברשות כדאיתא פ' אלו מציאות, ולשיטת הר"מ י"ל דאתי לרבוי' של"ב כגון בגד אלמנה דאין רשות כלל למשכנו, ולפ"ז דמוכח דהכתוב נתקו לעשה קשה לרבא דס"ל כ"מ דא"ר ל"ת א"ע ל"מ למאי הלכתא נתקו הכתוב לעשה אי לענין דצריך להחזיר ת"ל דלא מהני ואי דלהוי לאו הנל"ע ת"ל דאיתא בתשלומין ואין לוקין עליו כמו דס"ל להר"מ בכל לאוי דממון דניתנו לתשלומין דאין לוקין אף אם לא נתקו הכתוב להדיא לעשה וכמ"ש לעיל ר"פ

איזהו נשך ומוכח מזה לרבא כס' הה"מ דאין זה ענין לתשלומין כלל כיון דלאו בתורת גזל אתא לידיה והוצרך הכתוב לנתקו לעשה כי היכא דלהוי לאו הנל"ע משא"כ לאביי דס"ל בכ"מ מהני והכא לא מהני לפמ"ש לשיטת הר"מ י"ל שפיר דהוי כמו גזל ואפ"ה צריך רבוי' דהשב לומר דלא מהני, ולפ"ז מיושב סוגיא דשם דשם מתרץ לר' יוחנן וי"ל דר"י סובר כאביי ושפיר מצינן למימר כיון דבתשלומין איתא ואף דלא קי"ל כאביי בזה זה לק"מ דהא הר"ם פסק גם בזה דלא כר"י ועיין בלח"מ דגירסא מהופכת וא"כ אליבא דאמת לק"מ רק בהו"א שם י"ל דמתרץ לר"י אליבא דאביי אבל אליבא דרבא מוכח שפיר כס' הה"מ וע"כ פסק הר"מ שפיר דלוקין אם נשרף המשכון דליתא לעשה ובתשלומין ליתא כס' הה"מ כ"ז לשיטת הר"מ דלרבא לא מהני מוכח שפיר דליתא בתשלומין מדהוצרך לעשה, משא"כ לשיטת הראב"ד דס"ל מכח העשה לכ"ע מהני וא"כ אין ראייה לומר דל"ה ניתן לתשלומין ע"כ הקשה שפיר על הר"מ מסוגיא דמכות אבל להר"מ לשיטתו לק"מ ודו"ק, אח"ז רב כשחזרתי הענין הנ"ל ראיתי כי דברי הנ"ל לשיטת הראב"ד נכתבים שלא בדקדוק כי לא מצאתי בהראב"ד דס"ל דלכ"ע מהני ואדרבא נראה להוכיח מהראב"ד דעשה לא קאי כלל על כלי אוכל נפש וכשיטת התוס' דאל"כ קשה קושי' התוספות האיך אפשר ללקות שתים על רחיים ורכב דהא הוי לאו הנל"ע ואפילו נאבד כיון דאיתא בתשלומין, ועכ"פ הדברים בעצמותם נכונים דלשיטת הראב"ד אין חילוק בין אביי לרבא ומוכח. שפיר מסוגיא דמכות הואיל ואיתא בתשלומין לא לקי ודוק היטב]:

דף קטז.

האי גברא דחבל סכינא דאשכבתא מחברי' וכו' יש לראות לאביי דס"ל לעיל חיישינן שמא ספק מלוה ישינה יש לו עליו א"כ קשה באמת דלמא הוא מסופק וע"כ תפס ממונא מספיקא משום דאיתא בחזרה ואפ"ה לא מצי לטעון לקוח הוא בידי דלמא יאבד המשכון ממנו ויעבור על לאו דלא יחבול משא"כ כשמחזיר לו אינו עובר דהוי לאו הנל"ע ועכ"פ צריך להחזיר לו המשכון, ואפ"ל דמ"מ כיון שנשבע ושבועה ליתא בחזרה שפיר אית ליה מגו וכעין ס' זו כ' הפ"י סוגיא דקציצה, אמנם עדיין צ"ע כיון דבלא שבועה אין כאן מגו מנ"ל לומר ליתן לו שבועה כדי שיהיה לו מגו כיון דהשבועה נתקנה להחמיר עליו ולא להקל ולס' הפ"י שם ל"ד דשם נשאר על דין דאורייתא, ולפמ"ש התוס' דלא ידע שהוא אסור לתפוס י"ל, ובזה יש לקיים דברי הבעה"ת מ"ש לפרש בדעת הר"מ דלא מהני מגו בחובל בגד אלמנה עיין בלח"מ ודבריו תמוהים ולפמ"ש יש מקום לקיים דבריו

היכא דידע שהוא אסור דליכא מגו ועובדא דגמרא י"ל שלא היה ידע כמ"ש ושפיר אית ליה מגו ודוק ועדיין צ"ע:

דף קיח:

שתי גינות וכו', עיין בר"מ פ"ד מהלכות שכנים ועיין בלח"מ מה שהקשה על הר"מ, ולענ"ד פי' הוא תמוה דמ"ש להוכיח לפי' התוס' דצריכתא קאי ממתני' דכאן למתני' דערלה קשה טובא חדא דמתני' דהכא מנא הוי ידעינן לחלק בין היוצא מן הגזע או מה שיוצא מראש האילן ומ"ש להקשות דממכר וערלה מצינן לחלק כמ"ש התוס' נ"ל דע"כ לא כתב התוספות לחלק די"ל דמכירה ה"ט דאין דעת המוכר להקנות לו היוצא מן הגזע והיינו רק אי אמרינן גבי ערלה דנוהג בו דין ערלה והוי אילן חדש משא"כ אי הו"א דאין נוהג בו דין ערלה אין לחלק כלל בין היוצא מן הגזע לגוף האילן וע"כ הוצרך הגמ' שפיר לעשות צריכתא בין מבר וערלה, וגם מה שתי' הלח"מ דהר"מ לא ס"ל כפי' רש"י רק דר"ש ס"ל כר"י ואפ"ה מה שהעליון יכול לטול הוא שלו משום הואי ויכול למלאות גינתו עפר והנה כעין זה כ' הש"מ בשם הרמב"ן, אמנם לענ"ד נראה דלפי' זה לא הוי של התחתון רק הנוף אבל השרשים הוי של עליון דבזה לא נחלקו ר"מ ור"י וכ"ש רבא דבשלמא לפירוש רש"י דאף הנוף הוי מצד הדין. של עליון רק משום שגנאי לו ליטול רשות לילך לרשות חבירו ע"כ אייאושי מייאש מיניה א"כ מ"ש הנוף או העיקר דגם בעיקר שייך אייאושי מייאש, משא"כ לפי' הלח"מ דר"ש כר"י והטעם הוא שהתחתון מוותר לעליון ולא משום אייאושי מייאש של העליון וכמ"ש הש"מ דזה אין סברא וראייה מדאמרינן ובלבד שלא יאנס ולפ"ז השרשים הוי וודאי של עליון, ולפ"ז קשה על הרי"ף והר"מ שהשמיטו האי מימרא דרבא ומשמע דר"ש קאי בין אעיקר ובין אנוף ומוכח ע"כ כפי' הראשין דר"ש כר"מ ומטעם שבוש לילך לחצר חבירו כמ"ש רש"י כנלענ"ד מוכרח:

וראיתי בדרישה (חו"מ סי' קס"ז) שכ' ג"כ לשיטת הטור כפי' הלח"מ ודבריו תמוהים לענ"ד במה שסיים שם לשיטת הטור בבעי' דמגיע לנופו ואינו מגיע לעיקרו דמש"ה כתב חולק דמיירי דהעיקר נתלש עם הנוף וקאי האבעי' בין על הנוף ובין על העיקר ומש"ה כ' הטור חולקין דאין אחד מהם מוחזק כיון דהספק על שניהם, ולענ"ד פי' תמוה דלפי' אין ספק כלל על העיקר שהוא של עליון כיון דלא משום שהעליון בוש מקנה לתחתון רק משום שיכול למלאות גינתו וזה לא מהני לענין העיקר כדאמר רבא בעיקרו כ"ע לא פליגי, ואדרבא לפ"ז תמוה יותר האבעי' דמגיע לנופו כיון דהעיקר הוא בוודאי שלו אע"פ שאינו מגיע אליו, א"כ למה יעכב העיקר להנוף כיון שמגיע לנופו, ע"כ נלפענ"ד לפי גי'

דידן דגורסים האבעי' מגיע לנופו מוכח ע"כ כפי' רש"י, ולענין קושי' הלח"מ על הר"מ עיין באס"ז שכ' להדיא דמתני' דכאן אינו ענין להא דערלה וכ"מ להדיא מסוגיא דגיטן דף כ"ב דטעמא של ר"י הוא משום שיכול למלאות גינתו וע"כ אינו ענין להא דערלה ודוק היטב. אך הא קשיא לי לשיטת רש"י נהי דאייאושי מייאש מ"מ בעודו במחובר במאי קנה התחתון כיון דעדיין מחובר לקרקע ואמרינן שדי נופו במאי קנה ועיין תומים בקיצור ת"כ ודבריו צ"ע עיי"ש, ועיין ספרו יערות דבש פלפול ארוך בזה וצ"ע בכ"ז:
סיימתי בעזה"י מס' בב"מ יום ה' כ"ג אב תקס"ו לפ"ק פ"ק נאשעלסק

ליקוטים

כדי שלא להוציא הנייר חלק הצגנו פה איזה גרגרים מכתבי הגאון המחבר זצ"ל
ראיתי מגמגמים בדברי הנ"י פ' הגוזל ומאכיל דף מ"ט ע"ב אין לך פדיון שבוים גדול מזה הא לאו הכי היה חייב אע"ג דאמרינן פ' החובל לשמור ולא לחלק הכא לא נתנו לו לחלק אלא לשמור ולהחזיר והוא יחלקנו לעניים. ולכאורה קשה הא הכא הוי מזיק בידים ומנ"ל למפטר מלשמור ולא לחלק, ולכאורה הייתי רוצה לומר כיון דטעמא דלשמור ולא לחלק הואיל והוא ממון שאין לו תובעים וממילא אף במזיק פטור, ועוד היה נראה לי לפרש כיון דאתו גנבי ואלו לא היו מפייסין במידי יוכל להיות שהיו נוטלים הכל, וא"כ תו לא הוי מזיק בבירור כיון שכבר התחיל ההפסד ואע"ג שאין הדבר ברור מ"מ אין לחייבו מספיקא אבל אי הוי שומר וכל שומר צריך לישבע שלא פשע בודאי שפיר היה ראוי לו להיות חייב, והקשה הנ"י שפיר דהא ל"ה שומר וממילא ליכא לחיובי' מספיקא ואתי שפיר, ועיין בשטה מקובצת לב"ק בסוגי' דלשמור ולא לחלק שכתב ג"כ להדיא כתירוץ הנ"ל דהיכא שאין לו רשות לחלק ל"ה בכלל לשמור ולא לחלק:
בחשן משפט (סי' ל"ד) הקשה הב"י על הרי"ו שפסק דקוברי מת ביו"ט ראשון פסולים רק מדרבנן למה לא יהיו פסולים מדאורייתא דהא אנן בקיאין בקביעא דירחא, ונ"ל ליישב דהא דקבורת מ"מ אינו דוחה יו"ט היינו משום דיו"ט הוי ל"ת ועשה, כמו שריפת קדשים דאין דוחה יו"ט מה"ט כדאיתא בשבת (דף כ"ד ע"ב) דלולי זאת ודאי היה דוחה יו"ט, ואפילו שבת ס"ד לדחות ק"ו מעבודה כדאיתא בסנהדרין (דף ל"ה), והתוס' כתבו בחולין (דף קמ"א) שיטת ריב"א דהיכא דאין עשה דוחה לא תעשה ועשה היינו שאינו דוחה שניהם ונשאר העשה אבל הלאו דוחה, וקודם לזה כתב הב"י בשם הרי"ו דע"י עבירה שאין בה מלקות אינם נפסלים אלא מדרבנן, ולפ"ז הנה נכון דכיון דהלאו נדחה ולא נשאר רק העשה אינם נפסלים אלא מדרבנן, ולפ"ז מוכח דלא כמו שעלה ע"ד נב"י

בתשוב' סוף הספר דהא דאין עשה דוחה ל"ת ועשה ונשאר העשה וע"כ לכתחלה אסור לעשות אבל בדיעבד אפילו אעשה לא עבר דבדיעבד אמרינן מאי אולמא דהאי עשה מהאי עשה, ולפמ"ש מוכח מהא דקוברי מת דע"כ מדאוריתא אסור דאל"כ אף מדרבנן אין לפסלם וכמ"ש הב"י בשם הרי"ו דבדרבנן צריך דוקא ריוח ממון, ויש לעיין בזה אם העשה דוחה הל"ת די"ל דל"ה בעידנא, אמנם נראה דהכשר מצוה מקרי בעידנא כגון חפירת הקבר הואיל וכן דרך תמיד להעשות, גם י"ל דהכל הוא בכלל כבוד הבריות, ועדיין צ"ע קצת:

מנחות דף צה

(א) **גמרא** תנור מקדש אפסלו לה בלינה פירש"י קודם שיסדרנו על השולחן, וקשה למה פי' רש"י הקושיא על לחה"פ ולא על שתי הלחם הנישנין במשנה קודם או על שניהם, והי' נ"ל לפמ"ש תוס' (דף ט' ודף ט"ו) דרש"י ס"ל (דף ע"ט) בהא דאמר זעירי אין הנסכים מתקדשים אלא בשחיטת הזבח דלענין לינה מיירי וה"ה בשתי לחם דהכבשים מקדשים אין מועיל להם התנור ולפי זה א"ש דרש"י מפרש הקושי' על לחם הפנים דעל שתי לחם ל"ק די"ל דמתניתין אתי כבן ננס ור"ש דס"ל הכבשים מעכבים את הלחם ואין לחם בלא כבשים ע"כ אינם נפסלים בלינה לזה פי' רש"י דהקושי' על לחה"פ. ואין לומר לפ"ז למה בשת"ה אפייתן בפנים דלפום רהיטא נראה דרש"י ס"ל אפייתן בפנים משום פסול יוצא ושת"ה אינם נפסלים ביוצא:

(**ב**) **אמנם** נראה לי להוכיח דע"כ ליכא למימר משום פסול יוצא דהא משנה שלימה שנינו בזבחים (דף פ"ח) וכולם אינם מקדשים אלא בקודש ופי' רש"י בעזרה וא"כ אם אופין חוץ לעזרה אינם נפסלים ביוצא, ועיין מס' פסחים (דף ס"ג) בתוס' (ד"ה מידי דהוי) ורש"י שם ועכ"פ אין לחלוק על משנה שלימה ע"כ מוכרח לומר דרש"י סובר ג"כ סברת התוס' דאי התנור מקדש גנאי הדבר להציאו וכמ"ש תוס'. וכן נראה לדקדק מלשון רש"י שפי' תנור מקדש ואי נפקא נפסלו ביוצא וקשה דהא זה קאי על מאי דאמר אפייתן בפנים ולא בחוץ והוי לרש"י לומר אי אפי להו בחוץ אפסלו ומאי קאמר אי נפקא, ע"כ נראה דכוונת רש"י הואיל והתנור מקדש ואי אפי לה בפנים נפסלו ביוצא ע"כ הוי גנאי להוציא הכלי שרת בחוץ ולאפות שם, ואפשר לומר שהוא משום חשש הרואים שיאמרו שנאפה בפנים ולעולם דכוונת רש"י הוא ג"כ משום גנאי כן נראה לי מוכרח מחמת קושי' הנ"ל:

(**ג**) **ובזה** נראה לי ליישב קושי' עצומה שפי' רש"י בתי' ר' אשי מאי לפנים במקום זריזין שישמרנו מחימוץ והקשה הגאון בעל אור חדש הובא בתשובת נוב"י חא"ח סי'

ו' תינח לחה"פ אבל שתי לחם שבאים חמץ למה לי מקום זריזין, ואף לפמ"ש דעל שתה"ל הקושי' מעיקרא ליתא מ"מ היינו אי התנור מקדש א"ש דאפייתן בפנים ואינם נפסלים בלינה דהכבשים מקדשם אבל השתא דמשני בלחה"פ דאפייתן בחוץ במקום זריזין מוכח דאין התנור מקדש והדרי הקושיא על שתי לחם למה אפייתן בפנים ועיין בנוב"י שכתב על הקושיא הנ"ל שהקשה אדם קשה כברזל ונדחק מאוד ליישב דרך דיחוי עיי"ש שהעיד בעצמו שהוא דוחק, ולפמ"ש י"ל דהנה עוד יש לדקדק ברש"י שפי' מקום זריזין ולא בפנים ממש וקשה מנ"ל לרש"י הא דלמא מקום זריזין צריך בפנים ממש ונראה דלשון ר"א קשיא לרש"י דתירוץ מאי בפנים מקום זריזין משמע להדיא דכוונת ר"א לפרש פי' אחר בהך לפנים ממאי דהוי ס"ד מעיקרא דאל"כ הו"ל לומר ה"ט דבעי לפנים משום זריזין וע"כ הוצרך רש"י לפרש דלא לפנים ממש, אך עדיין יש לדקדק דהו"ל לרש"י לפרש ולאו דווקא בפנים ממש דמלשון ולא בפנים משמע שיש קפידא בדבר שלא יאפו בפנים, וגם על ר"א גופי' קשה ג"כ דלמא בעי מקום זריזין בפנים ממש ועיין במס' פסחים (דף ל"ו ע"א) אם אמרו מקום זריזין פי' רש"י בעזרה, ואף שיש ליישב זה ולומר דהוצרך התם לפרש כן דאל"כ מנ"ל דמנחה בעי מקום זריזין מ"מ קשה למה לר"א לדחוקי להוציא לשון בפנים מפשטי' דמשמע בפנים ממש, ע"כ נראה דהשתא לתי' דר"א ס"ל באמת התנור מקדש וע"כ אי אפשר לאפות בפנים דא"כ נפסלו ע"כ הוצרך ר"א לומר מאי בפנים במקום זריזין והוצרך רש"י לפרש שלא יאפוהו בפנים רק בחוץ במקום זריזין ואז אין התנור מקדש דבחוץ אין כלי שרת מקדשים אלא בפנים בעזרה, ואף לפמ"ש לעיל דגנאי הדבר להוציא הכלי שרת מ"מ הכא א"א בענין אחר כיון דהתנור מקדש ובמקדש לא הוי רק תנור א' עיין תו' מנחות (דף ס"ג) ובשת"ה י"ל דהאפי' הי' באמת בפנים ממש כיון דאינם נפסלים בלינה דהכבשים מקדשם ומש"ה הוצרך לומר לא לפנים ממש והתנור מקדש ולא הו"מ למימר דאין התנור מקדש ובפנים ממש משום זריזין דא"כ הוי קשה שת"ה למה צריך בפנים כיון דאין התנור מקדש וגם זריזין ל"ש דבאות חמץ כקושיא הנ"ל ע"כ הוצרך להעמיד דהתנור מקדש ולא בפנים ממש ול"ה גנאי כיון דאי אפשר בע"א ושת"ה אתי' בפנים כפשוטי'. ואף דלפי"ז לשון המשנה מבפנים הוא לצדדין דבש"ה הוא מבפנים ממש ובלה"פ הוא רק במקום זריזין אין זה קושי' כ"כ דעיקרא לא אתי אלא לאורויי שיש חילוק בין הלישה ואפיי'. ואדרבא לפ"ז א"ש מאי דנקט מקום זריזין בלשון לפנים די"ל דנקט בהאי למכלליהו בלפנים דשת"ה דהתם א"ש לפנים ממש כיון דאפשר בהכי אין מוציאין הב"ש לחוץ משום גנאי ואינם נפסלים בלינה הואיל והכבשים מקדשם כן נ"ל נכון בפי' דברי רש"י באין גמגום ודוק:

(ד) **ולפ"ז** יש להביא ראי' לפסק הרמב"ם שפסק כר"ע דהכבשים אינם מעכבים את הלחם והקשו עליו דפסק כיחידאי דר"ש וב"נ פליגי על ר"ע, ועפמ"ש י"ל ראי' ממאי דאי' (דף נ"ט) ר' יונתן אומר מדת היבש לא נתקדש תדע דכתיב ממושבותיכם תאפינה בכורי' לד' אימת הוי לשם אחר אפי'. וקשה הא למ"ד הכבשים מעכבים את הלחם אין התנור מקדשם וע"כ דהך לד' קאי אחר שחיטת הזבח וא"כ מנ"ל לומר דכלי יבש אין מקדש דלמא מקדש והכא שאני דלא נתקדש אפי' לאחר אפייה עד שישחטו הכבשים וצ"ל דר' יונתן ס"ל הכבשים א"מ את הלחם וא"כ מצאנו חבר לר"ע ולא הוי יחידאי ועיין בהא דזעירי הנ"ל ברמב"ם וכ"מ וברה"ז, ולפמ"ש יש ראיה לפי' רש"י בהא דזעירי מתירוצא דר"א ודוק היטב, ועיין מנחות (דף ס"ג) פי' רש"י ואי תנור מקדש איפסל ביוצא וצ"ע כיון דאין כלי שרת מקדש אלא בפנים למה נפסלו ביוצא וצ"ע ואפשר לומר דלר"ש כשרות בעזרה וקשה פשיטא וצ"ל דקמ"ל דלא נפסלו בלינה וה"נ כשרות בחוץ היינו אם נאפו בפנים ואח"כ הוציאן אינם נפסלות וע"כ כ' רש"י שפיר אם הוציאן נפסלו ביוצא ודוק:

(ה) **ומכאן** יש להקשות למאי דאסיק בפ' ר' ישמעאל (דף ע"ב) דרבי ס"ל תנור מקדש ועיקר הוכחת הגמ' שם משום דרבי תלמידו דר"ש ור"ש סבר כר"ע כל מלאכה שאפשר לעשות מע"ש אינו דוחה את השבת וקשה דהא עדיין אין סובר כר"ש דר"ש סבר תנור אינו מקדש וצ"ע וצ"ל כמ"ש התוס' וא"ש דדוקא כר"א הואיל ושמותי הוא לא ס"ל משא"כ בפלוגתא דתנור מקדש דפליג ר"י ור"ש מצי שפיר סבר כר"י:

(ו) **ודע** דנסתפקתי בהא דקיי"ל דשת"ה אינם דוחים שבת אם אפאן מעיו"ט ונטמאו או שנאבדו אם מותר לאפות בשבת או לא, ולכאורה נראה דתלי' במאי דפליגי סוף מס' עירובין בנימת כינור שנפסק דמסיק שם דרבנן ור"ש פליגי דלרבנן הוי מכשירין שא"א לעשות מע"ש הואיל ונפסקו בשבת וע"כ דוחה שבת ולר"ש אינו דוחה וע"כ קאמר עונבה, מעתה נראה דה"ה בכל הדברים הדין כן דמכשירין שא"א לעשות דוחין שבת ואפי' שת"ה אף דהי' אפשר לאפותם מע"ש מ"מ אם נטמאו או אבדו לא גרע מנימת כינור שנפסק דמותר לקשרו אף דהוי אב מלאכה. ונראה דממאי דקאמר ר"ע זה הכלל כל מלאכה שאפשר לעשות אינו דוחה שחיטה שאי אפשר לעשות וכן בפ' ר"א דמילה הגי' מילה שאי אפשר לעשות משמע דווקא דומיא דשחיטה ומילה שאי אפשר בשום פעם לעשותו מע"ש דוחה שבת אבל מכשירין כיון דמצד עצמותן אפשר לעשותן בשבת אף שאירע מקרה שנאבדו מ"מ ל"ה דומי' דמילה ושחיטה וע"כ לא דחי שבת וע"כ א"ש ג"כ דר"ש סוף עירובין הנ"ל הוא בשיטת ר"ע ממש כמ"ד במנחות:

(ז) **ולפ"ז** יש ליישב קושי' הברה"ז על הרמב"ם שפסק נקצר ביום כשר ודוחה שבת דלא כמסקנת הגמ' ולפ"ז י"ל לפמ"ש תוס' אע"ג דתחלת מצותו בלילה מ"מ מסתברא דומי' דתמיד בעינן י"ל דזה דווקא לר"ש ור"ע דס"ל אפי' מכשירין שאי אפשר לעשות מע"ש א"ד שבת וצריך להיות דומי' דתמיד דווקא לגמרי כמ"ש ר"ע בפסחים רבי הבא לי מועד לאלו כמועד לשחיטה משא"כ למאן דס"ל מכשירין שא"א לעשות דוחים שבת א"כ חזינן דל בעי' דומיא דתמיד ואפשר דנפקא ליה ממשמעותא דמועדו וכמ"ש תוס' (ר"פ אלו דברים) דתנאי פליגי בהכי אי יליף מתמיד או ממשמעותא דמועדו וע"כ אפי' מכשירין שא"א לעשות דוחין ושפיר מצינן למימר הואיל ותחלת מצותו בלילה מש"ה דוחה שבת, רק הגמ' קאמר ראב"ש בשיטת ר"ע רבו של אביו ולדידי' באמת מכשירין שאי אפשר אין דוחין וכמו דס"ל לר"ש להדיא וכדמשמע ממאי דפרע ר"ע שחיטה ומילה כמ"ש לעיל ע"כ הוכרח הגמרא לומר דלרבי לא דחי משא"כ לדידן שפיר מצינן למימר אפי' נקצר ביום כשר אפ"ה דותה שבת דלא בעינן דומי' דתמיד לגמרי ודוק:

(ח) **ועפ"ז** יש ליישב קושית התוס' יו"ט על הרמב"ם שפסק דשת"ה ולחה"פ אפייתן בפנים ואינם דוחים שבת וקשה קושי' הגמ' איפסלו לה בלינה, ולפמ"ש י"ל דהנה התוס' הקשו לעיל (דף נ"א) הא כ"ש אינם מקדשים אלא בזמנן ותי' כיון דאינו דוחה שבת וצריך לאפותן ערב שבת הוי ע"ש זמנן, וי"ל דתי' התו' ל"ש רק אם נימא דכל מלאכה שאפשר לעשות מע"ש אף אם אח"כ נאבדו או נטמאו שוב אין דוחה שבת ע"כ שייך שפיר לומר דע"ש זמנן משא"כ אי אמרינן בנאבדו מותר לאפות אחרים בשבת דהוי כמו מכשירין שא"א לעשות וכמו נימת כינור שנפסק דמותר לקשרו י"ל דלא שייך תי' תוס' דע"ש זמנן דאיך נימא דע"ש זמנן ויפסלו הא אי התנור מקדשן מותר לאפות אחרים אחר שנפסלו הראשונים וע"כ ל"ה ע"ש זמנם וע"כ י"ל שפיר אע"ג דאפייתן בפנים אפ"ה א"ד שבת, והא דהקשה אדם קשה כברזל ומנו ר"ש אי אפייתן בפנים אפסלו לה בלינה י"ל חדא לפמ"ש התוי"ט דהי' להר"מ גי' אחרת בגמ' דהקושי' הי' למה לישתן ועריכתן בחוץ ולא ס"ל מדת יבש לא נתקדש דהיינו עשרון ותנור מקדש עיי"ש לפ"ז י"ל דהרמב"ם לא הי' גורס קושיא השני' כלל די"ל דהוי שלא בזמנן, והא דקאמר הגמ' לעיל לרבי דמש"ה שת"ה דוחין שבת משום דתנור מקדש ואי אפו לי' מאתמול אפסלו בלינה דרבי בשיטת ר"ע ור"ש אמרו ולדידהו מכשירין שא"א לעשות מע"ש א"ד שבת וע"כ הוי ע"ש זמנן דלדידהו אף אם נאבדו שוב א"ד שבת דלא הוי כמו מועד לשחיטה וכמ"ש לעיל:

(ט) **ובזה** יש ליישב מאי שהקשה רש"י סוף עירובין בשמעתין דנימת כנור למה לא מחלק הגמרא אליבא דר"י בין אפשר ללא אפשר ותי' משום דלר"י לא שמעינן לי' דס"ל

הכי ולכאורה יש לדקדק דהא כעין זה שמעינן לר"י במכשירי אוכל נפש ביו"ט לחלק בין אפשר ללא אפשר, ולמ"ש י"ל משום דלמאי דאמר ר' אבא בר כהנא בסוגי' דשת"ה דר"י ור"ש בקראי פליגא ור"י ס"ל דרך חול קאפיתו אפסלו בלינה וכ' תוס' אף דהוי שלא בזמנן לדבריהם קאמר להו הואיל דס"ל דאינו דוחה שבת הוי ע"ש זמנן, ולפמ"ש דמאן דס"ל הכי ס"ל ע"כ מכשירין שא"א לעשות א"ד שבת וע"כ אף אם נאבדו א"ד שבת לאפות אחרים וא"כ מוכח דר"י ס"ל מכשירין שאי אפשר לעשות א"ד וע"כ דעדיפא מיניה משני:

(**יא**) **ובגוף** הדין שנסתפקתי לעיל (אות וי"ו) אם נאבדו השת"ה אם דוחין שבת או לא לכאורה נראה כמ"ש דתלי' במכשירין שא"א לעשות ועיין מה שאכתוב לקמן אות י"ג, ועיין בברטנורא ותוי"ט במשנה דנימת כנור סוף עירובין ונראה משם דס"ל דווקא נימת כנור הואיל ואין עיקר שירה בכלי ע"כ אינו דוחה אבל דם המעכב דוחה אפי' במלאכה דאורייתא, ועיין מס' אבות (פ' ה') לא נמצא פסול בעומר ושתה"ל ופי' הרע"ב משום דעומר צריך לקצור בלילה וכן שת"ה אינם דוחים יו"ט ואי אפשר באחרים מוכח דס"ל אפי' בדיעבד אם נפסלו אינם דוחים יו"ט, אך בעומר א"א לקיים פי' אליבא דהלכתא דהא קיי"ל נקצר ביום כשר כסתם מתני' דמנחות וכ"פ הרמב"ם וע"כ גם משת"ה אין הכרח משם:

(**יב**) **אמנם** י"ל ולחלק דבשלמא בעומר אף אי אמרי' נקצר ביום כשר מ"מ חיסר מצוה דלכתחלה מצותו בלילה משום מהחל חרמש בקמה תחל לספור וע"כ הי' צריך לנס כדי שלא לחסר מצות קצירת לילה משא"כ בשת"ה נהי דלכתחלה אינו דוחה שבת משום דאפשר לעשות מע"ש מ"מ אם נימא בנפסלו מותר לאפותן בשבת אם נאפו בשבת לא ניתן מגרעת להמצוה כלל ע"כ נראה דמוכח משם דאין דוחין את השבת אף בנפסלו, וכן משמע ממתני' דס"פ שתי הלחם שתי לחם אינם נאכלים פחות משני ימים משמע דבשום אופן אינו דוחה שבת וצ"ע:

(**יג**) **מיהו** נ"ל לפשוט ספיקא דילן ממ"ש הרמב"ם אם הונפו הלחם עם הכבשים מעכבין זא"ז ואם אבדו הלחם צריך להביא לחם וכבשים אחרים ולכאורה קשה דמסתמא לא היו אופין בעיו"ט רק שתי לחם וא"כ מאין יביא לחם אחרים, ודוחק לומר דהרמב"ם מיירי באם אירע שאפו יותר משתי לחם, ע"כ נראה מזה דס"ל להרמב"ם היכא שאבדו הלחם מותר לאפות אחרים וכמו נימת כנור למאן דס"ל עיקר שירה בכלי דמותר לקשרו ביו"ט ומוכח אפי' לשיטת הרמב"ם דס"ל הכבשים אינם מעכבים הלחם וא"כ הי' מקום לומר דאף אי אמרי' מכשירי מצוה שא"א לעשות מעיו"ט דוחי' יו"ט מ"מ הוא רק היכא

דגוף המצוה נדחה וניתן שבת לדחות משא"כ בשת"ה כיון דאינם מעכבים את הכבשים ועיקר מצותן לא ניתן לדחות יו"ט כלל דאפשר לאפותן תמיד מעיו"ט י"ל דאם נאבדו אין דוחין אך מדכ' הרמב"ם יאבדו הכבשים ויביאו כבשים ולחם אחרים דאין להקריב כבשים אלו הואיל וכבר הוזקקו ללחם מ"מ הכבשים אחרים שאינם נזקקים עדיין ללחם למה צריך להביא לחם א"ו מוכח דאפי' בשביל הלחם עצמו צריך להביא אם נאבדו ודוחים יו"ט:

(הגה"ה** אח"ז רב בעברי בעיוני בדברים אלו מן תיבת ומוכח ראיתי כי אינו נכתב בדקדוק דסוף סוף אין להביא כבשים בלא לחם משום דהלחם מעכבים את הכבשים ע"כ.)**:

(יד) **ולפ"ז** קשה בסוגי' נקצר ביום דמסיק רבי ס' תנור מקדש והקשיתי דהא ר"ש ס"ל תנור אינו מקדש וא"כ עדיין הדרי' הקושיא לדוכתי' ורבי לאו תלמידים דר"ש ועיי' לעיל אות ה' מ"ש בזה דלשיטת התוס' א"ש ולפמ"ש קשה דהו"ל למימר שתי לחם דוחין שבת אם נאבדו הראשונים שאפו מע"ש אך לפמ"ש דסוגי' דלעיל אזלא למאן דס"ל מכשירי מצוה שאי אפשר לעשות אין דוחה א"ש דלדידי' צ"ל דומיא דתמיד לגמרי ולפ"ז י"ל לפי מה דאסיק הגמ' בעירובין ועיי"ש ברש"י דאף ר"ש ס"ל מכשירין שאי אפשר דוחין ממילא ליתא לסוגי' דמנחות ואתין דברי הרמב"ם כהוגן בעומר ושתי לחם ודוק:

(**טו**) **והנה** לפמ"ש במ"א (בשו"ת חמדת שלמה חא"ח סי' י"ט) ליישב מ"ש רש"י בסוגי' דנקצר ביום ראב"ש בשיטת ר"ע ודקדק רש"י לציין בפ' ר"א דמילה והעולה ממ"ש שם דקשה לרש"י דלמא הכלל של ר"ע תלוי במאי דס"ל בחריש ובקציר היינו חריש של ערב שביעית כו' משא"כ למאן דדריש מה חריש רשות ומוכח דקצירת עומר דוחה שבת מוכח דלא כהכלל של ר"ע והוא צ"ע גדול וכתבתי ליישב דמלישנא דר"ע משמע דס"ל זה לכלל מונח ושהי' קבלה בידו דאל"כ לא הי' לו לחלוק בלשון זה על ר"א כיון דגם ר"א ס"ל לחלק בין אפשר ללא אפשר רק טעמא דר"א דס"ל מילה גופי' אתי מהלכה וע"כ בע"כ ביום למכשירין אתי וא"כ מאי חייש ר"ע בהכלל אלא ע"כ דהי' קבלה בידו והוכיח מזה דע"כ מילה לאו הלכתא וביום למילה גופי' אתי ולפ"ז י"ל קושית התוס' שהקשו הא ע"כ פליג על ר"ע בדרשא דבחריש ובקציר ותירוצו דחוק מ"ש מטעמא דר"א שמותי דא"כ ממ"נ אין זה תלוי במאי שהוא תלמידי' דר"ע וגם בשבת פסק רב הלכה כר"ע וא"כ מוכח דאין זה דבר פשוט לפסוק דלא כר"א הואיל והוא שמותי ולמ"ש י"ל הא דקאמר בשיטת ר"ע רבו של אביו אמרה דכיון דר"ע הי' מקובל זה לכלל מונח ע"כ אין לומר שתלמידיו יחלקו ע"מ שקבלו מרבותם משא"כ בדרשא דחריש וקציר שהוא

מלתא דתליא בסברא לפרש דרשא דקרא שפיר מצי לחלוק על ר"ע ומיושב הקושיא הנ"ל דלמא ר"ע גופיה לא הוי ס"ל האי כללא אי הוי דריש בחריש וקציר למה חריש רשות דלפמ"ש מוכח דר"ע ס"ל זה לכלל מונח וע"כ ציין רש"י בפ' ר"א דמילה ולפ"ז יש ראי' גדולה לפסק הרמב"ם דלמאי דאסיק הגמ' דע"כ רבי ס"ל תנור מקדש והקשיתי דהא עיקר הסוגי' אזלא הואיל ורבי תלמידי דר"ש וע"כ וודאי סובר כר"ע וא"כ קשה לפי מה דאסיק הגמ' (פרק שתי לחם) דר"ש ס"ל דאין התנור מקדש הדרא הקושיא דע"כ ס"ל דלא כרבו ר"ש והנה לפמ"ש דר"ש מצי סבר כר"י במה שחולק על ר"ע במלתא דתלי' בסברא רק במלתא דתלוי בקבלה אין סברא לחלק וא"כ י"ל דלפי מאי דמסיק הגמ' בפ' שתי לחם בגמ' פליגא נסתר תי' הגמ' לעיל דליכא למימר רבי ס"ל תנור מקדש דאיך יחלוק על ר"ש במלתא דתלי' בגמ' וסוגי' הגמ' דמשני רבי ס"ל תנור מקדש אזלא לפום הו"א דלאו בגמ' פליגא וע"כ אליבא דאמת מוכרח כשיטת הר"מ דאף דנקצר ביום כשר אפ"ה דוחה שבת כן נלע"ד נכון:

(**טז**) **ועיין** בבה"ז מ"ש בשם הגאון הקדוש מוהר"י מטמשוב להקשות לר"י דס"ל אין כ"ש מקדשין אלא מדעת א"כ מאי משני לרבי דס"ל תנור מקדש ואי אפי לה מאתמול אפסלי בלינה הא מצי לאפותם ע"מ שלא יקדשם התנור, ונדחק מאוד לומר דהא דמשני הגמ' רבי ס"ל תנור מקדש הייינו דרבי ס"ל כלי שרת מקדשין שלא מדעת אף דר"י ס"ל אין מקדשין אלא מדעת וסוגית הגמרא דהכא אזלא הכל לר"י מ"מ רבי לא סבר בהא כר"י עיי"ש, והוא דחוק להמציא פלוגתא דתנאי בזה, גם הבה"ז בעצמו נדחק בקושיא זו ותי' דהתורה חששה שמא יהיה דעתו לקדשם ויפסלו בלינה ע"כ לא חלקה התורה בין יהיה דעתו לקדשם או לא ולעולם דוחה שבת, ולפי זה יגדל הקושיא הנ"ל למה לא קאמר הגמ' בפשיטות דדוחה שבת אם נאבדו הלחם שנאפו מע"ש וכמש"ל וע"כ צ"ל כמ"ש דסוגיא אזלא למאן דס"ל מכשירין שאי אפשר לעשות מע"ש אינו דוחה שבת, וע"כ לא הוי מצי לאוקמי בהכי והוצרך לומר תנור מקדש:

(**יז**) **ולעיקר** הקושיא של הגאון הנ"ל נראה די"ל דע"כ ל"א כלי שרת אין מקדשין אלא לדעת רק היכא דאין פעולת הכלי ניכר במה שהונח לתוכו כגון קמח דמיירי התם ר"י אבל בתנור כיון שנאפה בתוכו ופעולת התנור ניכר בפת י"ל דמקדש אפילו של לדעת דליכא למימר דהוי כאלו לא הונח בתוכו כיון שנאפה בתוכו משא"כ בשאר כלים י"ל דשלא לדעת הוי כאלו לא הונח שם, גא לפמ"ש לעיל דבסוגיא זו מוכח דל"ה ס"ל בגמ' פליגא דאל"כ הדרי הקושיא לדוכתא ורבי לאו תלמידי' דר"ש ור"ש הא ס"ל בגמרא דאין תנור מקדש וע"כ לומר דהוי ס"ל בקראי פליגא כמ"ש ר"א בר כהנא לקמן ולדידיה ע"כ

מוכח דתנור מקדש אפי' שלא לדעת מדאמר להו בחול אשכח ואמר להו אף כי היום יקדש בכלי איפסלי בצינה משום דתנור מקדש וקשה הא מצי להתנות דלא ליקדש התנור א"ו מוכח לפום הו"א זו דתנור מקדש שלא לדעת, גם אפ"ל בזה מה דקשה למה הוצרך הגמ' לומר תנור מקדש והוצרך לחלק בין תנור לעשרון הוי ליה למימר דס' עשרון מקדש, ולפמ"ש ניחא דעשרון היה אפשר לאפות ע"מ שלא לקדש בעשרון משא"כ תנור דמוכח דמקדש שלא לדעת לפום ס"ד דבקראי פליגי משא"כ למאי דמסיק התם בגמ' פליגא קשה מה"ת לחלק ויש בזה לקיים תירוצו של הגאון הנ"ל ודוק:

(**יח**) **והנה** נראה לי ראיה לפסק הרמב"ם דהכבשי' אינם מעכבים את הלחם מדאמרינן לעיל (דף מ"ו ע"ב) לאכילה אתי' ולא מטעמא רק מדכתיב בכורים מה בכורים בפ"ע ולכאורה יפלא מנ"ל לרבא האי דרשא דלמא כמו בן ננס ור"ש ע"כ לא ס"ל דרשא דבכורים גם ר"ע לא ס"ל והא דס"ל הלחם מעכבין את הכבשים והכבשים אינן מעכבים את הלחם הוא משום דיליף יהיה מתהינה כדאיתא לעיל, ועיי' תוס' שכ' דאפ"ה צריך יהיה מתהינה ללחם מעכב את הכבשים כדאיתא לעיל גמר דבר שמתנה לכהן וא"כ מנ"ל דדריש מה בכורים כו':

ונראה לתרץ דנפקא ליה ממ"ד בריש (פ' כל הקרבנות) דר"ע ור' נתן ס"ל שת"ה הבאי' מן הישן כשר, וראשית למצוה וחדשה שתהיה חדשה לכל המנחות, וקשה הא כתיב בכורים נימא דשינה לעכב כדאיתא בסוף הסוגיא גבי עומר ולומר דאתא ללמוד שיהיה העומר מן השעורין חדא תיקשי דלפ"ז לא היה חוזר לגופיה רק ללמוד על העומר גם דזה נפקא מראשית ג"כ ע"כ הכריח רבא דאתי' למה ביכורים בפני עצמם לר"ע לשיטתו דשתי הלחם מן הישן כשר וכיון דר' נתן ס"ל ג"כ שתי הלחם מן הישן כשר מוכח דס"ל ג"כ דרשא דמה ביורים בפ"ע ומוכח דס"ל כר' עקיבא:

(הגה"ה מ"ש להוכיח דר' נתן סובר ג"כ דהלחם אינו מעכב הכבשים מדרשא דבכורים יש לעיין דלמא ס' כברייתא דלעיל דאף עומר הבא מן הישן כשר וע"כ דלא דרשי ביכורים דעומר א"כ דלמא איהו לא דריש ג"כ בכורים דשתי הלחם אמנם י"ל בפשוט כיון דסתמא דגמרא הקשה אלמא דמשום בכורים הוא א"כ מוכח דפסיקא להו להגמרא לדרוש בכורים וכיון דדרשינן בכורים א"כ מוכח דאתי לכדרבא א"כ מוכח דכבשים אינן מעכבים את הלחם, ע"כ הגה"ה) וע"כ ל"ה ר"ע יחידאי רק ע"ז קשה דלמא סבר ר' נתן דאף עומר הבא מן הישן כשר וע"כ דלא דריש בכורים כמו תנא דברייתא דס"ל עומר הבא מן הישן כשר, אך לפמ"ש הרמב"ם דעומר מן הישן פסול ושת"ה כשרים מוכח דבכורים אתין למה בכורים בפ"ע ומוכח דהכבשים אינם מעכבים מנ"ל את הלחם:

אך הא גופא קשיא להרמב"ם דשתי לחם הבא מן הישן כשר דלא כפשיטות סתמא דמתני' דכל קרבנות, לזה נלע"ד עפמ"ש רש"י פרשת אמור בכורי' לד' אתי להורות שאפילו מנחת שעורים אסור להקריב קודם לשתי לחם וכ' המזרחי דלמנחת חיטין לא צריך קרא דמוכח מן מנחה חדשה א"ו דבכורים אתי למנחת שעורים וסיים והכי איתא בת"כ, ושם איתא דליכא למימר מנחת חיטים דווקא משום דכתיב וביום הבכורים בהקריבכם מנחה חדשה ועיי"ש בקרבן אהרן דכתב להדיא דמנחת שעורים מוכח מדכתיב בהקריבכם מנחה חדשה וא"כ דברי רש"י תמוהים וביותר דברי המזרחי שכ' והכי איתא בת"כ:

(**יט**) **אמנם** ע"פ מ"ש א"ש די"ל דרש"י ס"ל כשיטת הראב"ד דשתי הלחם מן הישן פסול והיינו מדשינה הכתוב מנחה חדשה וא"כ לא מוכח ממנחה לאסור מנחת שעורין, וגם ס"ל לרש"י כשיטת הראב"ד דהלחם אינו מעכב את הכבשים והכבשים מעכבין את הלחם וא"כ בע"כ דל"ד בכורים להורות מה בכורים בפ"ע וע"כ כתב רש"י דבכורים אתי להורות שיהיה בכורים אף למנחת שעורין ובוודאי יותר מסתבר לומר דמנחה חדשה שינה הכתוב לעכב ובכורים שיהיה בכורים לכל אף למנחת שעורין וע"כ דברי רש"י מדוקדקים ומ"ש לעיל בהג"ה לפקפק דלמא ר' נתן לא דריש בכורים כלל וע"כ ל"מ דס"ל דהכבשים אינן מעכבים את הלחם נראה ג"כ לתרץ ע"פ מה שתי' הלח"מ דהרמב"ם ס"ל עומר הבא מן הישן פסול ושת"ה מן הישן כשר:

(**כ**) **והנה** נראה להביא ראיה לפסק הרמב"ם מהא דאיתא לעיל פרק ר"י אין מביאין מנחות ונסכים כו' קודם לעומר ואם הביא פסול קודם לשתי לחם לא יביא ואם הביא כשר יתיב ר"ט וקא קשיא ליה כו' אמר רנב"י לדברי יהודה ב"נ נסכים ובכורים שהביא קודם לעומר כשר והרמב"ם פסק דפסול והקשה התויו"ט טעמא מאי וכתב דהרמב"ם ס"ל דר"ט לא ס"ל שינויא דיהודה ב"נ, אמנם לכאורה הדבר צ"ע מנ"ל להרמב"ם לדחות פרוקא דיהודה בר נחמיה ואי משום דאמר רנב"י לדברי יהודה ב"נ משמע דלדידיה לא ס"ל הא גופא קשיא טעמא מאי:

אך לפמ"ש הרמב"ם דעומר מן הישן פסול והיינו מטעמא דצ"ל בכורים דווקא וכמ"ד פ' כל קרבנות אלמא משום בכורים הוא וכתבו תוס' דשנה עליו כתוב לעכב וכיון שכן ממילא מסתבר דאם הביא קודם לעומר פסול דהא הקפידה התורה דווקא שיהיה העומר בכורים ואם כבר הקריב מקודם ל"ה בכורים משא"כ בשת"ה דלא הקפידה תורה כ"כ דהא שת"ה הבאים מן הישן כשר ע"כ אם הביא קודם לשת"ה כשר, ולפ"ז י"ל דלר"ט לא קשיא ליה רק משום דס"ל בין בעומר ובין בשת"ה כשר מן הישן כתנאי דברייתא

או דס"ל בתרווייהו פסול וע"כ שפיר מקשה, משא"כ לדידן לפמ"ש הר"מ דעומר מן הישן פסול ושת"ה כשר לק"מ, וע"כ י"ל אף נסכים שהביא קודם לעומר פסולים וע"כ קאמר רנב"י לדברי יהודה ב"נ דלדידן לק"מ ואף נסכים קודם לעומר פסול וא"ש פסק הר"מ דנסכים קודם לעומר פסולים, ואין לומר אף אם נאמר עומר הבא מן הישן פסול מ"מ דלמא לא הקפידה התורה רק שהעומר יהיה בכורים שלא להקריב קודם מתבואות שעורים אבל שאר מינים מנ"ל דהוי קפידא דהא בשת"ה צריך לימוד לזה, אך נראה פשוט דבעומר אין חילוק כלל רק בשת"ה דע"כ היה מקריבן קודם מנחת העומר מן השעורים וס"ד דאין קפידא רק במנחת חיטין משא"כ בעומר מסתמא אין לחלק כלל ותדע מדלא איצטריך ריבוי בעומר שיהיה בכורים לנסכים או למנחת חיטין כמו דצריך בשת"ה למנחת שעורין א"ו כדאמרן, ולפ"ז כיון דהוכחנו פסק הרמב"ם דעומר מן הישן פסול והיינו משום בכורים ושת"ה כשר מן הישן א"כ מוכח בע"כ דבכורים דשתי הלחם אתיא למה בכורים בפ"ע ומוכח דהלחם מעכב את הכבשים ודוק היטב:

(**כא**) **והנה** (**לעיל** אות ג') כתבנו ליישב שיטת רש"י מקושית האור חדש ועוד לאלוה מנין בזה, ונראה לומר דמשת"ה ל"ק די"ל כקושית התוס' דהוי שלא בזמנן דבמתני' לא תני רק דלא דחי שבת משמע הא יו"ט דחי וכרשב"ג סו"פ שתי לחם וא"כ תחלת מצותן לאפותן ביו"ט רק כיון דאיקלע בשבת צריכין לאפות בע"ש, משא"כ לחה"פ דלעולם א"א לאפותן בזמנן ע"כ הוי ע"ש זמנן והקשה הגמ' שפיר [ולפ"ז י"ל כתי' הגמ' דשני משום זריזין דבאמת התנור מקדש] וא"ל לפ"ז למה אפייתן בפנים הואיל והוי שלא בזמנן די"ל כיון דברוב השנים שחל עצרת בחול והיה אפייתן דוחה יו"ט והוי בזמנן צריך לאפותן בפנים ע"כ גם אם חל בשבת ואפו מע"ש והוי שלא בזמנן אפ"ה לא רצו לשנותן משאר השנים משא"כ לחה"פ דא"א בשום פעם לאפותן ביום הקרבה ע"כ הוי שלא בזמנן כזמנן והקשה הגמ' שפיר:

ולפ"ז י"ל בתי' ר"א דשני מאי מבפנים במקום זריזין דהשתא י"ל כקושית התוס' דהוי שלא בזמנן אף בלחה"פ כיון דסוף סוף עיקר מצותן לא הוי בע"ש ובאמת התנור מקדש וע"כ לא קשה משת"ה אע"ג דל"ש זריזין דצריך לאפותן בפנים משום זמנן אם יהיה עצרת בחול ובלחה"פ ל"ק דאפסלי בלינה די"ל דאף בלחה"פ הוי שלא בזמנן רק קודם דאסיק ר"א מקום זריזין ע"כ הא דצריך בפנים משום פסול יוצא הואיל והתנור מקדש הי' מוכרח לומר דבלחה"פ הוי בזמנן הקשה בגמ' שפיר הא איפסלי בלינה בלחה"פ עכ"פ ובשת"ה באמת ל"ק די"ל דהוי שלא בזמנן והא דצריך בפנים משום יו"ט עצמו דהוי בזמנן אבל לתי' ר"א א"ש די"ל דהוי שלא בזמנן הן בלחה"פ והן בשת"ה רק בשת"ה

דאשכחן בזמנו צריך בפנים כפשוטו משום בזמנן ובלחה"פ משום זריזין, וא"ש דרש"י דקדק לכתוב הקושיא אפסלו בלינה קודם שיסדדו על השולחן ולא פי' הקושיא על שת"ה דנשנה קודם במשנה וכבר כתבתי לעיל בזה (אות א') ולפמ"ש א"ש, רק לפ"ז לא הוי כסוגיא דסו"פ ר' ישמעאל דמוכח דאי תנור מקדש אפסלי בלינה, מיהו בלאו הכי הרמב"ם דחה סוגי' דלעיל ועיי' מ"ש לעיל בזה עיי"ש ודוק:

ערב חג עצרת תקפ"ח לפ"ק תפק"ח עלינו ברחמים למלאות כל משאלות לבי לטובה אכי"ר