

הועתק והוכנס לאינטרנט
www.hebrewbooks.org
ע"י חיים תשע"א

הערות וציונים

על מסכת

בבא מציעא

פרקים

שנים אוחזין • אלו מציאות • המפקיד

נכתב בס"ד ע"י א. אוסטרן

הוצאה שניה

תשס"ח

בני ברק

דברים אחדים

אודה ה' בפי ובתוך רבים אהללנו על אשר זיכני להפיץ דברי תורה ברבים.

רוב הדברים שנתבארו בחיבור זה נאמרו ברבים בישיבת שערי תורה בבני-ברק בראשות ראש הישיבה הגאון ר' חיים ישראל שפירא שליט"א. יתן ה' שיזכה להרחיב גבולו בתלמידים הגונים להגדיל תורה ולהאדירה.

התודה והברכה להרב יוסף יצחק גולדשטיין שליט"א ולהרב אריה בלסקי שליט"א מארה"ב שע"י השתדלותם יוצא ספר זה לאור.

הכתובת:

הרב סורוצקין 4, בני-ברק
טל. 03-6197124

כמו"כ ניתן להשיג:

רח' שמואל הנביא בלוק 4	רח' נתיבות המשפט 87
ירושלים	קרית-ספר
טל. 02-5828515	טל. 08-9744711
במושב תפרח	
טל. 08-9924520	



ספר זה יוצא לאור
לזכרו ולעילוי נשמתו הטהורה
של האי גברא רבה

הגאון רבי **מושה צבי** ב"ר **טוביה אליהו וינטרויב** זצ"ל

ר"מ דמתיבתא תורה ודעת ברוקלין נ"י

אשר הרביץ תורה עשרות בשנים והעמיד תלמידים הרבה
למד בישיבות מיר וברנוביץ
והיה מתלמידיו של הגאון ר' אלחנן וסרמן זצוק"ל

קיבל יסורים באהבה
ונפטר בשם טוב ט"ז באב תשס"ד

ת.נ.צ.ב.ה.

הערות וציונים

מסכת בבא מציעא

פרק שנים אוחזין



דף ב.

המקנה שצריך מעשה קנין ולא מהני הבטה אפי' למ"ד שבהפקר מהני הבטה.

הבית הלוי בח"ג ס' מ"ה אות ו' כתב איפכא מדברי האמר"מ שבאבדה אחר יאוש אין החפץ יוצא מרשות הבעלים עד דאתי ליד זוכה ובזה לכו"ע לא מהני הבטה. משא"כ אבידת עכו"ם התורה הפקירה ממון העכו"ם כשהוא במצב של אבוד ודמי להפקר שיש מ"ד שמהני בו הבטה. וכתב שע"פ דברי הרא"ש הנ"ל יתישב קושית תוד"ה בראיה שהקשו אמאי ס"ד שקונה בראיה הא מוכח מהמשנה לקמן שראיה אינה קונה. ולרא"ש לא קשיא דלקמן איירי באבדה אחר יאוש בזה פשוט דלא דמי להפקר ולא מהני הבטה אבל הכא דאיירי באבדת עכו"ם דדמי להפקר ס"ד שיקנה בהבטה.

נמצא דפליגי הביה"ל והאמר"מ בתרתי. א. נחלקו במחלוקת האחרונים אם יאוש מוציא מרשות הבעלים מיד או שאינו יוצא עד דאתי ליד זוכה. הבית הלוי ס"ל כשיטת הקצה"ח בס' ת"ו סק"א והנתיבות בס' רס"ב סק"ג והאור שמח בפ"כ ממלוה ה"ב שאינו יוצא מרשות

שנים אוחזין בטלית. כתב הרא"ש דאיירי בעיר שרובה עכו"ם ולכן אין חיוב השבה אף שסתם טלית יש בו סימן. האמרי משה בס' ל"ז אות ט"ז כתב שלפי דברי הרא"ש יתישב קושית תוד"ה דבראיה שהקשו למה פשוט לגמ' שראיה אינה קונה הא איכא מ"ד דהבטה קונה בהפקר. וכתב האמר"מ דהא דהבטה קונה בהפקר הוא משום שכבר יצא מרשות הבעלים והקנין הוא רק כדי להכניס לרשות הקונה לכן סגי בהבטה. אבל כשהחפץ הוא עדיין ברשות הבעלים וע"י הקנין הוא יוצא מרשות בעליו הראשונים ונכנס לרשות הקונה לכו"ע לא מהני הבטה. ואילו היה הטלית דבר שאין בו סימן וההתר זכיה היה מכח יאוש היה זה דומה להפקר שיש מ"ד שנקנה בהבטה. אך להרא"ש דאיירי במקום שתולים באבדת עכו"ם ואין ההתר מכח יאוש אלא מכח אבדת עכו"ם אין זה אלא התר זכיה וכל זמן שלא זכו בו הוא ממנו של העכו"ם וע"י הקנין הוא יוצא מרשות העכו"ם ונכנס לרשות הזוכה א"כ זה דומה לכל קנין מרשות

ולשיטת האמר"מ באבידה אחר יאוש יועיל הגבהה טפח ובאבידת עכו"ם יצטרכו ג' טפחים. ולבה"ל באבידה אחר יאוש צריך ג' טפחים ובאבידת עכו"ם סגי בהגבהה טפח. ולדברי הריטב"א בתרויהו סגי בטפח כיון שלא צריך הקנאת המקנה. [עיינן מה שכתבנו בס"ד בפרק השואל דף צ"ט. ע"פ סברות אלו לבאר מה שיש ראשונים דס"ל דאף דקי"ל שמשכח אינה קונה ברה"ר מ"מ משיכה של גזלן להתחייב באונסין מהני גם ברה"ר].

זה ישבע וכו' ויחלוקו. האחרונים הסתפקו כמה ספיקות בענין חלוקה ושבועה זו. א. אם כ"א נחשב מוחזק בכל הטלית או בחצי טלית. ב. אם החלוקה היא חלוקה ודאית שהטלית בחזקת שניהם כיון ששניהם אוחזין בה או שזה חלוקה מספק. ג. אם שבועה זו היא שבועת הנוטלין או שבועת הנפטריין. ולכאורה ג' ספיקות אלו תלויים זה בזה. שאם כ"א מוחזק בכל הטלית לא יתכן שהחלוקה תהיה ודאית, וכן אם כ"א מוחזק בכל יש מקום לומר שהשבועה היא שבועת הנוטלין שהרי ע"י שבועתו הוא נוטל מה שחברו מוחזק בו. ואם כ"א מוחזק רק בחצי בודאי אין זה שבועת הנוטלין ויש מקום לומר שהחלוקה היא ודאית.

לגבי הספק אי הוי שבועת הנוטלין או שבועת הנפטריין שמעתי ממרן הגר"ש רזובסקי זצ"ל כמה ראיות דהוי שבועת הנוטלין. א. הרמב"ם בפ"ט מטו"נ ה"ח כתב על מה שמבואר כאן שאינו נשבע שכולה שלו אלא שאין לו בה פחות מחציה וז"ל מכאן אתה למד לכל הנשבעין ליטול בין שבועה קלה בין שבועה חמורה שאינו נשבע על מה שטוען אלא על מה שנוטל אע"פ שטוען יותר עכ"ל מבואר ששבועה זו היא מהנשבעין ונוטלין. ב. בשערי שבועות בשער העשרים מונה את כל הנשבעין ונוטלין ובתוכם מונה שבועה זו דשנים אוחזין בטלית. ג. בשו"ע ס' פ"ז מובא י"א דעד המסייע מהני לפטור גם משבועת הנוטלין.

הבעלים עד דאתי ליד זוכה. והאמר"מ ס"ל כשיטת החזו"א ב"ק ס' י"ח סק"ג שגם ביאוש הממון יוצא מיד מרשות הבעלים כמו בהפקר. ב. נחלקו באבידת עכו"ם אי פקע רשות העכו"ם לפני זכיית הישראל או לא. [לדעת הב"ח ביו"ד ס' קמ"ו שגם אחרי שהגיע ליד הישראל אין זה ממונו דאין אבידת עכו"ם נעשה שלו ואינו אלא פטור ממצות השבה בודאי מודה הבה"ל, אך ס"ל שלחולקים דס"ל שאחרי שבא לידו נעשה שלו היינו משום שהתורה הפקירה אבידת עכו"ם וא"כ גם לפני שבא ליד הזוכה יצא הממון מרשות העכו"ם].

ושווים הביה"ל והאמר"מ שמה שיש מ"ד שמהני הבטה בהפקר הוא רק מפני שכבר יצא הממון מרשות הבעלים. ובמקום שהממון עדיין של בעליו ואין בו אלא התר זכיה, כגון אבידת עכו"ם לאמר"מ ואבידת ישראל אחר יאוש לבה"ל, לא מהני הבטה לכו"ע. אך בלשון הריטב"א כאן משמע שהסברא שיועיל ראייה לקנות הכא הוא שקנין שנעשה ע"י הקונה לבד בלי צורך בדעת מקנה סגי במעשה כל דהו. ולפי סברא זו גם באופנים שאין האבידה יוצא מרשות הבעלים עד דאתי ליד זוכה יש צד לומר שיועיל הבטה דאין מעלת הפקר שכבר יצא מרשות הבעלים אלא שקנינו של הקונה אינו תלוי בהקנאת המקנה.

אף דקי"ל שאין הבטה קונה בהפקר מ"מ יש נ"מ למעשה מכל מה שנתבאר לענין מה שכתבו התוס' בב"ק כט: [הובא ברע"א בשו"ע חו"מ ס' רע"ג סע' י"א] דאפי' לסוברים דקנין הגבהה הוא בהגבהת ג' טפחים בזכיה מהפקר סגי בהגבהת טפח דהפקר נקנה בקנין כל דהו דחזינן דאיכא מ"ד שאפי' הבטה קונה בהפקר. ולדברי האמר"מ והבה"ל שמה שיש מ"ד שהבטה קונה בהפקר הוא מפני שכבר יצא הממון מרשות הבעלים והקנין הוא רק כדי להכניס לרשות הקונה א"כ בכל מקום שהממון יצא מרשות הבעלים יועיל הגבהה טפח.

וכתב הגאון בסקכ"ד שהמקור הוא מדברי התוס' לקמן עמ' ב' שכתבו ששאלת הגמ' ולחזי זוזי ממאן נקט הוא שהמוכר יהיה נאמן כע"א לפטור את מי שיעיד לטובתו משבועה. ומבואר דנקט הגאון ששבועה זו היא שבועת הנוטלין ולכן יש מקור מכאן שעד המסייע פוטר גם משבועת הנוטלין. ע"כ מה ששמעתי ויש להוסיף ד. הגמ' לקמן ג. מביאה תנא תונא לר"ח קמייטא ממתני' דשנים אוחזין וכתב ע"ז הרשב"א שם וז"ל לא דמי דכל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין והני נשבעין ונוטלין אלא כיון דלא קאי לא דייקנן בה כולי האי עכ"ל. ה. התוס' הנ"ל כתבו ששאלת הגמ' ולחזי זוזי ממאן נקט הוא שיחשב המוכר כע"א לפטור את מי שהוא מסייע ולחייב את מי שכנגדו שבועה דאורייתא. וכתב ע"ז המאירי שאינו מובן איך יתחייב שבועה דאורייתא הא כל הנשבעין שבתורה נשבעין ואינם משלמין והכא הוא נשבע ונוטל. ו. ח"י הר"ן כתב לבאר הא דפתחו מסכת ב"מ במשנה של שנים אוחזין ולא באלו מציאות משום שבסוף ב"ק איתא ישבע כמה הוציא ויטול שהוא שבועת הנוטלין מש"ה פתחו כאן בשנים אוחזין שגם בזה יש שבועת הנוטלין.

לענין הספק אם חלוקה דמתני' היא
חלוקה ודאית או חלוקה של ספק ידועים דברי השיטה לקמן ו. בשם הר"ן שכתב שזה גופא הספק של הגמ' שם בענין תקף אחד בפנינו ושתק ובסוף צווח שאין ספק אם שתיקה זו היא הודאה או לא אלא פשוט שזה ספק הודאה, והספק הוא אם החלוקה היא ודאית ולא מהני ספק הודאה להוציא מחלוקה ודאית או שהחלוקה היא מספק ומהני ספק הודאה להוציא מחלוקת ספק. ובלשון התוס' כאן שכתבו אנן סהדי דמאי דתפיס האי ידיה הוא משמע שהחלוקה היא ודאית. אבל דבריהם לכאורה צ"ב שכתבו כן גם במנה שלישי, ואף שמה שכתבו שגם שם השומר תופס בשביל שניהם ונחשב שנים אוחזין מבארים האחרונים

שהוא משום שהפקידו בכעין כרך אחד ונחשב הפקדה אחת של ג' מנים כמו שמבאר הקה"י ע"ש, מ"מ קשה לומר שבזה החלוקה היא ודאית שהרי אין החלוקה יכולה להיות אמת והמנה בודאי אינה של שניהם ואיך אפשר לומר שהחלוקה היא ודאית. ועיין מה שכתב בזה הקו"ש בב"ב אות קנ"ג. וע"ע בקו"ש ח"ב ס' ט' שהאריך בענין זה אי הוי חלוקה דמתני' חלוקה ודאית או מספק וכן אם כ"א מוחזק בחצי או בהכל. ומביא מדברי הראשונים לקמן בסוף עמ' ב' וע"ש מה שכתבנו בזה בס"ד.

ויש לעיין בענין זה בדברי הרמב"ן שכתב
בב"ב ל"ד דאף דקי"ל בו"ש לאו ברי עדיף בב' אוחזין בטלית שהדין הוא יחלוקו אם אחד טוען ברי והשני שמא זכה הברי בכל הטלית. [הובאו דבריו בקוה"ס כלל א' אות ז' וכלל ח' אות ו' ובקו"ש הנ"ל]. ולכאורה הטעם הוא משום דס"ל שכל אחד מהם מוחזק בכל הטלית ולכן אינו נחשב מוציא שמה שמוציא ע"י הברי ושמא גם הוא היה מוחזק בו. אבל אם היה כ"א מוחזק רק בחצי כשבא ליטול ע"י בו"ש את החצי של חברו הוא נחשב מוציא. ומה שאם כ"א מוחזק בחצי השבועה אינה שבועת הנוטלין הוא מפני שנוטל רק את החצי שהוא מוחזק בו אבל לגבי החצי השני הוא מוציא ולא יועיל בו"ש. א"כ מוכח לכאורה ברמב"ן שכ"א מוחזק בכל הטלית. ודברי הרמב"ן הם לכאורה דלא כדברי התוס' שכתבו בד"ה וזה שמגו ליטול חלק חברו הוא מגו להוציא, שאם המגו נחשב להוציא גם הבו"ש יחשב להוציא ולא יועיל. וא"כ דברי הרמב"ן לכאורה סתרי אהדדי שבחי' הרמב"ן כאן ובב"ב ל"ב: מבואר דס"ל כתוס' שהמגו כאן הוא מגו להוציא, אלא שהרמב"ן לא ס"ל כתי' התוס' משום דס"ל שמגו להוציא אמרינן והרמב"ן מישב קושית התוס' באופן אחר ע"ש. [המחלוקת אי אמרינן מגו להוציא או לא מובא ברמ"א ס' פ"ב סע' י"ב]. וצ"ב אמאי סובר הרמב"ן שמגו ליטול

את כל הטלית נחשב מגו להוציא ואעפ"כ סובר הרמב"ן שמהני בזה ברי ושמא.

ונראה דמודה הרמב"ן שנחשב מוציא ואעפ"כ ס"ל דמהני בזה ב"ש דחזינן בכמה דוכתי דבטענת ברי אלים כח המוחזק יותר מבטענת שמא. לכן איכא מ"ד לקמן ק. דס"ל שסומכוס ס"ל חולקין רק בשמא ושמא ולא בברי וברי, ולענין תפיסה כתבו הראשונים דאף דלא מהני תפיסה בטענת שמא בטענת ברי מהני, ויש ראשונים דס"ל שבטענת שמא לא מעמידים על חזקת מ"ק [עיין קונה"ס כלל א']. וסובר הרמב"ן שבשנים אוחזין כיון שמצד תפיסתן הם מוחזקים בשוה כשאחד טוען ברי והשני שמא אלים חזקתו של הברי יותר משל השמא ולכן אין זה נחשב ברי ושמא להוציא משא"כ מגו אינו מחזק את הדין מוחזק ואף דאית ליה מגו זה נשאר מגו להוציא.

מבואר לקמן ז. דמתני' איירי באוחזין בכרכשתא ורק בזה חולקים בשוה אבל היכא דאוחזין בגוף הבגד כ"א נוטל מה שבידו והשאר חולקים בשוה. ונחלקו שם הראשונים אם מה שבידו נוטל בלי שבועה או שגם על חלק זה צריך שבועה. התוס' שם כתבו שגם על מה שבידו בעי שבועה, ושיטת הרמב"ם דמה שתח"י נוטל בלי שבועה. עיין באבן האזל בפ"ט מטר"נ ה"ז מה שכתב לבאר פלוגתתם. ולכאורה נראה דתלוי בספק הנ"ל אי באוחזין בכרכשתא נחשב כ"א מוחזק בכל או שכ"א מוחזק רק בחצי. דמבואר לקמן ו. בד"א בזמן ששנים אדוקים בה אבל טלית יוצאה מתחת יד אחד מהם הממע"ה. ואי נימא דב' אוחזין בכרכשתא חשיב שמוחזקין כ"א בכל או שכ"א רק בכה"ג נחשב שנים אדוקים בה אבל לענין מה שתח"י כ"א מהם הוא מוחזק לבדו וחלק זה חשיב כטלית יוצאה מתח"י אחד מהם דנוטל בלי שבועה. אבל אי נימא דכ"א מוחזק רק בחצי ואעפ"כ בעינן שבועה אף שהחצי שהוא מוחזק בו אין חברו מוחזק בו מ"מ אין זה נחשב טלית יוצאה מתח"י אחד מהם כיון

שסו"ס חברו אוחז בצידו השני של אותו טלית ושייך בזה תקנה שלא יהא כ"א הולך ותוקף בטליתו של חברו, א"כ ה"ה במה שתחת ידו ממש בעינן שבועה אף שאין חברו מוחזק באותו חלק.

התוס' והרמב"ם בזה לשיטתם, שבתוס' מבואר שיחלוקו דמתני' הוא מדין אנן סהדי וחזקה מה שתח"י אדם שלו כלשון הרא"ש והתוס' בב"ב ל"ד: וכתב הקו"ש בח"ב ס' ט' דלדבריהם ע"כ כ"א הוא מוחזק רק בחצי. ולכן סברי התוס' לקמן שגם לענין מה שתח"י בעינן שבועה דכיון דחזינן דאע"פ שכ"א מוחזק רק בחצי מ"מ צריך שבועה א"כ ה"ה שלענין מה שתח"י כ"א מהם צריך שבועה אף שאין חברו מוחזק בחלק זה. אבל מדברי הרמב"ם שהובא לעיל דס"ל ששבועה דמתני' הוא שבועת הנוטלין מוכח דס"ל שכ"א נחשב מוחזק בכל. מה"ט סובר הרמב"ם שרק מה שאינו תח"י אחד מהם צריך שבועה שבוה שניהם מוחזקין אבל מה שתח"י אחד שאין חברו מוחזק בחלק זה נחשב כטלית יוצאה מתחת יד אחד מהם שאינו צריך שבועה.

בשו"ע ס' קל"ח סע' ג' נפסק כשיטת הרמב"ם שמה שתח"י נוטל בלי שבועה. וכתב שם הגאון בסקי"ב שמה שלא נשבע על החלק שתח"י הוא משום דנחשב טלית יוצאה מתחת יד אחד מהם. ומבואר דמה שבאוחזין בכרכשתא צריך שבועה הוא משום שמה שכ"א מוחזק בו גם חברו מוחזק בו. וזה כמו שנתבאר שלרמב"ם כ"א מוחזק בכולו. אבל לתוס' שתמיד כ"א מוחזק רק בחצי ואעפ"כ צריך שבועה ואין זה נחשב כטלית יוצאה מתחת יד אחד מהם א"כ גם מה שתח"י ממש אינו נחשב כטלית יוצאה מתחת יד אחד מהם וצריך שבועה.

אחד רוכב ואחד מנהיג. יש לעיין אמאי חולקים בשוה הרי הרוכב תופס ברגליו

הערות

שנים אוחזין דף ב.

וציונים

ה

בגוף הבהמה ודמי לאחד אוחז בגוף הטלית והשני בכרכשתא שאינם חולקים בשוה. עיין מה שכתבנו בס"ד בזה ובדברי הרמב"ם ששינה מלשון המשנה וכתב שנים אוחזין בכלי במקום שנים אוחזין בטלית לקמן דף ז.

בזמן ששניהם מודים או שיש להם

עדים. ב' דרכים נאמרו בביאור דברי המשנה בזמן שיש להם עדים. א. שיש לכ"א עדים שהוא הגביה תחילה. ב. שיש כת אחת של עדים שמעידים שהגביהו יחד. ועיין בבית הלוי בח"ג ס' ל"ה אות ג' שהאריך בזה. רע"א כאן מקשה לסוברים דעד המסייע פוטר משבועה אמאי בעינן שני עדים שהטלית של שניהם כדי לפטור משבועה הא סגי בע"א. וכתב ע"ז הרש"ש דלק"מ דכיון שלכ"א יש ע"א שהוא הגביה תחילה זה ע"א בהכחשה ואינו נפטר ע"י עד זה משבועה. אך זה מפני שהרש"ש פירש שכונת המשנה שיש לכ"א עדים שהכל שלו וא"כ ע"א היינו שיש לכ"א ע"א שהכל שלו. ופשוט שרע"א לא פירש כן אלא פירש בזמן שיש להם עדים היינו שיש כת אחת של ב' עדים שמעידים שהגביהו יחד והטלית הוא של שניהם. וע"ז מקשה רע"א שאם עד המסייע פוטר סגי בע"א שמעיד שזה של שניהם. ובאופן זה ליכא הכחשה כלל. ומה שהכריח את רע"א לפרש כן הוא מה שמקשה הרש"ש בתחילת דבריו שאם יש ב' עדים לכל אחד שמעידים שהוא הגביה תחילה א"כ זה ב' כיתי עדים המכחישים זה את זה ואיך זה יועיל לפטור משבועה. לכן פירש רע"א שיש כת אחת שזה של שניהם וע"ז שפיר מקשה רע"א שאם עד המסייע פוטר סגי בע"א שמעיד שהגביהו יחד והטלית של שניהם.

תוד"ה ויחלוקו. כתבו שחולקים רק

במקום ששניהם אוחזין. וכתבו שגם מנה שלישי נחשב שניהם אוחזין מפני שהנפקד תופס בחזקת שניהם. ולכאורה אינו מובן אמאי

תופס הנפקד בשביל שניהם הרי הוא תופס למי שהוא הבעלים על המנה וא"כ רק אחד הוא מוחזק ולא יודעים מי הוא. עיין מש"כ בזה הקה"י ע"פ מה שמבואר לקמן ל"ז. שהמשנה שם איירי שהפקידו בכרך אחד או כעין כרך אחד וזה נחשב הפקדה אחת של ג' מנים ולכן השומר מחזיק את כל הג' מנים לשניהם ונחשב שניהם מוחזקים. וע"ש מה שכתב לבאר לפי דבריו את דברי הר"י מגש שכתב בב"ב שהטעם שלא אומרים במנה שלישי יחלוקו הוא משום שאינם מוחזקים. ותמה הרמב"ן שבגמ' בדף ג' מבואר שאין זה הטעם. ובאבי עזרי בפי"ט מטו"נ ה"ז מבאר דברי הר"י מגש באופן אחר ע"פ דברי הר"ן לקמן ו. דס"ל שהגמ' שם מסופקת אם יחלוקו דמתני' היא חלוקה ודאית או חלוקה מספק. ומה שמבואר בדף ג' שמנה שלישי נחשב שניהם מוחזקין היינו לצד שהחלוקה היא מספק לענין זה שפיר אפשר להחשיב מנה שלישי כשנים אוחזין. אבל להלכה קי"ל כהצד השני של הספק לקמן שהחלוקה היא חלוקה ודאית, ולזה בעינן חזקה מה שתח"י אדם שלו. ולענין זה אין מנה שלישי נחשב שנים אוחזין כמו שהובא לעיל בשם הקו"ש. ושפיר כתב הר"י מגש שמה שאין יחלוקו במנה שלישי הוא משום שאין שניהם אוחזין.

הרא"ש כתב שהחלוקה בשנים אוחזין

בטלית הוא משום דלכל אחד יש חזקה מה שתחת ידו שלו. ומשמע דס"ל שהחלוקה ודאית כמו שנתבאר לעיל. וצ"ב דבהמשך דבריו כתב שמה שבשנים אוחזין חולקים ולא אמרינן כל דאלים גבר הוא משום שא"א להניח שיגזול את חברו. ובשלמא אם החלוקה היא מספק צריך לבאר אמאי חולקים מספק ולא עושים כל דאלים גבר מספק. אבל אם הרא"ש ס"ל שהחלוקה היא חלוקה ודאית משום דאית לכ"א מהם חזקה מה שתחת ידו שלו מה היה קשה לרא"ש שנאמר כל דאלים גבר הרי זה ודאי של שניהם. וע"ע.

לסומכוס אע"ג דאינם מוחזקין.

מלשון זה של התוס' משמע דלרבנן בעינן דוקא מוחזקין ובלי מוחזקין אפי' בדררא דממונא לא חולקים, ורק לסומכוס מהני דררא דממונא בלי מוחזקין. והדברים לכאורה צ"ע דעד כאן לא פליגי רבנן על סומכוס אלא היכא דאיכא מוחזק או מ"ק לאחד אבל היכא שאין אחד מהם מוחזק או מ"ק מודו רבנן דחולקין כשיש דררא דממונא אפי' שאינם מוחזקין. וכן מוכח בריש הבית והעליה דתנן התם שחולקים באבנים וכתבו שם התוס' בד"ה לימא דדררא דממונא גורם שיחשב כמוחזקין אף שאינם מוחזקין ממש והתם קאי כרבנן. וכן מבואר בב"ב ל"ה. דפריך מ"ש ארבא דכל דאליה גבר ממחליף פרה בחמור שחולקין. ומשני דבמחליף פרה בחמור איכא דררא דממונא. וכתבו שם התוס' שאין זה רק לסומכוס אלא גם לרבנן דהיכא דליכא מוחזק ולא מ"ק רבנן מודו לסומכוס. מפורש שאם אין מ"ק מודים רבנן דבדררא דממונא חולקין גם בלי מוחזקין. וכן מבואר בתוס' לקמן עמ' ב' ד"ה התם ע"ש.

מה שכתבו התוס' עוד דלסומכוס בדררא

דממונא חולקין גם כשאין החלוקה יכולה להיות אמת כן מוכח ממתני' דהמחליף פרה בחמור ומשור שנגח את הפרה. וע"ז לכאורה פליגי רבנן שהרי אפי' במוחזקין ממש ס"ל במנה שלישי דהיכא דאין החלוקה יכולה להיות אמת לא חולקין וכ"ש כשאינם מוחזקין וליכא אלא דררא דממונא. אך גם זה לכאורה אינו דמבואר בתוס' בב"ב ל"ה. ד"ה ומאי שלולא חזקת מ"ק היו רבנן מודים לסומכוס במחליף פרה בחמור אע"ג דהתם אין החלוקה יכולה להיות אמת. ומוכח מזה דאע"ג דבאוחזין כשאין דררא דממונא בעינן חלוקה יכולה להיות אמת מ"מ בדררא דממונא אף בלי אוחזין חולקים אפי' לרבנן גם כשאין החלוקה יכולה להיות אמת. והטעם כמו שיבואר בס"ד בעמ' ב' על הגמ' של לימא מתני' דלא כסומכוס שהמוחזקות שנעשה ע"י דררא

דממונא אליה יותר מהמוחזקות של אוחזין כשאין דררא דממונא.

בשיטת התוס' לגבי ודאי רמאי וכן בדברי

רש"י לגבי אני ארגתיה עיין מה שכתבנו בס"ד לקמן ג.

תוד"ה זה נוטל רביע. הקשו שיקבל

חצי במגו שהיה אומר כולה שלי. הנ"י כתב על קושית התוס' שלא אמרינן מגו מממון לממון. דהיינו שא"א להאמין למה שטוען על ממון מסוים מפני שהיה יכול לטעון על ממון אחר. כלל זה לכאורה צ"ע מב"ב לו. הני עיזי דאכלו חושלא דנאמן בעל החושלא לומר כמה אכלו העיזי עד כדי דמי העיזי במגו שהיה יכול לטעון על העיזי שהם לקוחים בידו. הרי שהוא נאמן לתבוע תשלומי החושלא במגו שהיה טוען טענה על העיזי שהוא ממון אחר. ועיין בש"ך ס' ק"נ סק"ג שמביא שהראשונים הקשו על כלל זה מהני עיזי. ועיין מה שכתב בזה השיטמ"ק בב"ב ל"ג. ד"ה וז"ל הר"י בשם רבינו יונה. וע"ע בש"ך בס' פ"ב בכללי מגו שמביא הש"ך כלל זה שלא אמרינן מגו מממון לממון והגאון כתב ע"ז דלא קי"ל הכי כדמוכח בס' ע"ב סע' י"ז. וכוונתו דמבואר שם שנאמן המלוה על ההלוואה במגו שיאמר לקוח על המשכון, וזהו דינא דהני עיזי. גם הנהיבות בכללי מגו כתב שלהלכה אמרינן מגו אפי' מממון לממון.

עוד כתב הנ"י על קושית התוס' דחציה

שלי במגו דכולה שלי הוא מגו דהעזה דטענת חציה שלי הוא פחות העזה מכולה שלי. ולכאורה מבואר מדברי הנ"י דס"ל שגם לפטור מממון לא מהני מגו דהעזה. וזה דלא כתוס' בב"ב נ"ב: שכתבו שרק לאפטורי משבועה לא אמרינן מגו דהעזה כמבואר בדברי רבה לקמן מפני מה אמרה תורה וכו' אבל לפטור מממון מהני גם מגו דהעזה. וכן כתב הר"ן בשבועות [בדף כ"ג. מדפי הרי"ף] ומביא ראיה מהני עיזי

הטוען חציה שלי אינו מוחזק אלא ברבע שהוא חצי מהממון המוטל בספק. ואם הוא יטול חצי הוא נוטל גם מה שאינו מוחזק בו. ובזה אתה מיפה את כוחו בטענת חציה שלי יותר מכוחו של הטוען כולה שלי. ואף דשיטת הרמב"ן דמגו להוציא אמרינן זה דוקא כשגם בטענה שהיה יכול לטעון היה מוציא, ובזה כשמוציא בטענה שטוען מכח מגו הוא לא מקבל יותר כח ממה שהיה לו בטענת המגו. משא"כ כאן שאם היה טוען כולה שלי היה מקבל רק מה שהוא מוחזק בו, וכשטוען חציה שלי אם יקבל חצי הוא מקבל רבע שלא היה מוחזק בו בזה לא מהני מגו דדיו לטענה שטוען להיות כטענת המגו. ועיין בחידושים המיוחסים לריטב"א שכתב ממש כדברים אלו.

ומפרש ריב"ם דמגו להוציא לא אמרינן. הש"ך בס' קל"ג סק"ג כתב בדעת התוס' בב"מ קט"ז. ושבוועות מ"ו: דהיכא דנוטל חפץ ע"י מגו ומשלם דמיו לא חשיב מגו להוציא שאינו מוציא אלא את גוף החפץ ולא את דמיו. וכתב הקצה"ח בס' פ"ב סק"ב שמדברי התוס' כאן מוכח לא כדברי הש"ך שכתבו דמה שאינו נאמן בחציה שלי על חצי מכח מגו הוא משום דהוי מגו להוציא, ומבואר בסמוך דמתני' איירי גם במקח וממכר כגון דנקט זווי מתרוייהו ומי שלא יקבל את הטלית יקבל דמיו ואעפ"כ זה מגו להוציא. ולכאורה נראה שאין הכרח מכאן. דהש"ך מיירי לגבי תקנת השוק שהנגזל לוקח את החפץ מהקונה ונותן לו דמיו, בזה זכותו לקבל את החפץ הוא רק אם נותן דמיו א"כ כל תביעתו הוא רק על גוף החפץ, ואין זה נחשב מוציא כיון שמשלם דמי מה שמוציא. משא"כ כאן הדין ודברים הוא בין שני הקונים מי קנה את הטלית, וכ"א טוען כולה שלי ורוצה לקחת את כל הטלית בלי לשלם דמיו. ואם יזכה אחד מהם בטלית השני חוזר על המוכר ומקבל ממנו הדמים שנתן. והחזרת הדמים הוא עסק שבין המוכר לקונה שלא יקבל את הטלית. ואין זה נוגע

דאכלי חושלא דהוי מגו דהעזה ומהני לפטור מממון. ועיין בש"ך בכללי מגו אות ו' ובגאון שם סק"ד שכתבו דאף שיש ראשונים דס"ל שגם בממון לא מהני מגו דהעזה מ"מ העיקר לדינא הוא שבממון מהני ורק בשבועה לא מהני. והש"ך שם מביא שבדברי הנ"י בב"ק קי"ד: מוכח שגם בממון לא אמרינן מגו דהעזה וא"כ דברי הנ"י כאן הם לשיטתו.

בהגהות האמרי ברוך על דברי הש"ך הנ"ל כתב לדחות ראית הש"ך מהנ"י בב"ק דמה דמהני מגו דהעזה בממון הוא רק לאפטורי מממון משא"כ בב"ק יש צד הוצאת ממון ע"י המגו, ואף שאינו להוציא ממש מ"מ לא מהני בזה מגו דהעזה. ולדבריו יש לדחות גם את ראיתנו מהנ"י כאן שגם כאן יש צד הוצאת ממון כיון ששניהם מוחזקים בממון. ואף שהנ"י לא תירץ כתוס' דהוי מגו להוציא, ואין להוכיח מזה דס"ל שאמרינן מגו להוציא די"ל דס"ל שאין זה מגו להוציא כיון ששניהם מוחזקים, וכמו שהובא לעיל שהרמב"ן כתב שמהני בזה בוש"ש, ואף שנתבאר שהרמב"ן ס"ל כן רק לענין בוש"ש ולא לגבי מגו, י"ל שהנ"י ס"ל כן גם לענין מגו ולכן ס"ל שאין זה מגו להוציא, ואעפ"כ כיון שיש בזה צד הוצאה לא מהני בזה מגו דהעזה.

הרמב"ן כתב לישב קושית התוס' שאם נאמר שכשטוען חציה שלי יקבל חצי במגו שהיה אומר כולה שלי נמצא שאתה מיפה כוחו יותר בטענת חציה שלי מבטענת כולה שלי. ולכאורה אינו מובן למה אם יקבל חצי בטענת חציה שלי זה נחשב שמיפס את כוחו של טענת חציה שלי יותר מטענת כולה שלי הרי בשתי הטענות הוא יקבל חצי. ונראה שכונת הרמב"ן שהדין מוחזק בטלית תלוי בטענות, ואם כ"א טוען כולה שלי כ"א נחשב מוחזק בחצי טלית. וכשנוטל חצי בטענת כולה שלי הוא נוטל רק את מה שהוא מוחזק בו. אבל כשזה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי

וכיון בזה לדברי היד רמה]. אך בדעת התוס' רגילים לבאר ע"פ היסוד שכתבו האחרונים דמגו אינו בירור והוכחה שאומר אמת אלא זה דין כח נאמנות. וזה שייך רק במקום שבאמת יש לו את כח הנאמנות. ואף שאין הטענה שהיה יכול לטעון אמת מ"מ באמת יש לו כח לטעון את הטענה משא"כ כאן אין לו כח נאמנות אלא שהיה יכול להטעות את ב"ד שיחשבו שיש לו שטר.

ביאור ענין זה דכח הנאמנות של מגו בחי' הגרש"ש מבאר דכיון שיכול לזכות בממון בטענת המגו הוא נחשב מוחזק בממון ולכן נאמן בכל טענה שטוען. ועוד ביאור בזה שמעתי מאחי הג"ר דוד שליט"א דכל מגו יש בו מעין הפה שאסר. וכמו שהפה שאסר אינו מכח ראייה דאי בעי שתיק אלא כיון דמפיו אנו חיים וכל האיסור הוא ממנו הוא נאמן גם על ההתר, כך בכל מגו כיון שהיה יכול לטעון את טענת המגו, כל מה שהוא זקוק לטענה אחרת כדי לזכות בממון הוא מפני שלא טען את טענת המגו וא"כ במדה מסוימת בכל מגו מפיו אנו חיים ולכן הוא נאמן בטענה שטוען. אלא שהפה שאסר עדיף ממגו מפני שבהפה שאסר כל ידיעת האיסור או החיוב כולו הוא מפיו, ובמגו עיקר הידיעה אינו מפיו אלא שהיה בידו לפטור עצמו ולבטל את החיוב או את האיסור בטענה אחרת, כגון בפרוע מגו דמזויף, אף שיש שטר וידיעת החיוב אינו ממנו מ"מ כיון שהיה יכול לפטור את עצמו בטענת מזויף א"כ מה שבאים לחייבו ע"י שטר הוא מכוחו שלא טען טענת מזויף, וכיון שכל חיובו הוא מפני שהוא לא טען מזויף צריכים לקבל מה שטוען פרוע. זהו יסוד הכח נאמנות של מגו.

נימא אין ספק מוציא מידי ודאי.
הביאור בתירוץ התוס' הוא שרק בירושה יש סברא של אין ספק מוציא מידי ודאי מפני שכל יורש יש לו סיבה לקבל את כל הירושה, ומה שאינו מקבל אלא חצי הוא מפני שיש שנים

לתביעת קונה אחד לקונה השני. וגם באופן שברח המוכר ולא יוכל הקונה לקבל דמיו אין זה מבטל את תביעתו של הקונה כלפי חברו שהטלית הוא שלו. נמצא דתביעת הטלית הוא להוציא ממש ומה שמקבל דמים מהמוכר הוא ענין אחר ובזה מודה הש"ך דהוי מגו להוציא. ושורר שכדברים אלו כתב הנתיבות בס' קל"ג סק"ח ע"ש.

על דרך זה יש לכאורה לדחות גם את ראית הקצות בס' ע"ג סק"ב שדן בתובע חפץ מחברו ומודה התובע בדמיו אלא שתובע את גוף החפץ, כגון שטוען שקנה חפץ ועדיין לא שילם דמיו שתביעתו הוא שגוף החפץ הוא שלו וגם לדבריו הוא חייב לשלם דמיו, ויש ע"א שמסייע לדברי התובע אם הנתבע חייב שבועה דאורייתא כיון שכופר את גוף החפץ א"ד אין זה כפירת ממון כיון שתובע רק את גוף החפץ ולא את דמיו. ומביא הקצות ראייה מהתוס' בעמ' ב' ד"ה לחזי שכתבו דקושית הגמ' שיהיה המוכר נאמן מדין ע"א ויחייב את מי שכנגדו שבועה דאורייתא. וכאן התובע תובע רק את גוף החפץ וכשנוטלו יקבל השני דמיו מהמוכר כיון דאיירי בנקט זוזי מתרוייהו. ולפי מה שנתבאר אין זה מוכרח דהיכא שכל תביעתו על הבעין ואין לו טענה על החפץ אלא תמורת דמים אין זה כפירת ממון לחייב שבועה, והכא שאני שתובע שהטלית הוא שלו ואינו נותן דמיו אלא שאם יוציא את הטלית חוזר הנתבע ומקבל דמים מהמוכר, וכיון שאין תביעת הטלית תלוי בקבלת הדמים מהמוכר שפיר הוי תביעת הטלית תביעת ממון גמור וכפירתו מחייב שבועה.

ורב יוסף אית ליה דאפי' מגו לא הוה. צ"ב בכונתם מה החסרון במגו זה. היד רמה בב"ב ל"ב: כתב דכל ענין המגו הוא ראייה שאומר אמת וכאן דחזינן שזייף ושיקר לא סמכינן לגביו על הראיה של מה לי לשקר. [הקה"י בב"מ ס' כ"ד אות ב' כתב על דרך זה

שיש לכ"א מהם סיבה לקבל את הכל ולכן הקנין מתחלק בין שניהם. אבל אם מאיזה סיבה אחד אינו ראוי לרשת השני ירש הכל. לכן בזה אם אחד הוא ודאי יורש והשני ספק יורש אמרינן שאין ספק מוציא מידי ודאי. משא"כ שנים שקונים יחד כ"א יש לו סיבה לקנות חצי ומה שהוא ודאי בחצי אינו מעלה לגבי החצי השני. עיין קובה"ע ס' מ' אות ו' שלדעת הסוברים שאם אסר האב נכסיו על בנו בקונם אין הבן יורש את אביו אם יש שני בנים והאב אסר נכסיו על אחד מהם בקונם השני ירש את כל הנכסים. וזה כנ"ל שכל יורש יש לו סיבה לקבל את כל הירושה ורק בזה אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי.

היכא דאיכא סברא של אין ספק מוציא מידי ודאי ולספק יש מגו מבואר בתוס' בב"ב ל"ג. על הגמ' של קריביה דר' אידי שנאמן הספק במגו להוציא מן הודאי. והקו"ש שם אות קמ"ג כתב בשם הריב"ש דלא מהני מגו של הספק להוציא מידי ודאי. ומתוס' דידן מוכח לכאורה דס"ל כריב"ש ולא כתוס' בב"ב. שהקשו בב' אוחזין בטלית שיזכה האומר כולה שלי בכל הטלית כיון שהוא ודאי והאומר חציה שלי הוא ספק. והכא אית ליה לאומר חציה שלי מגו שהיה אומר כולה שלי כמבואר בתחילת דברי התוס'. ומה שכתבו שהמגו הוא מגו להוציא זה לענין מה שהקשו שיזכה האומר חציה שלי בחצי מכח מגו, אבל לענין רבע אין המגו שלו להוציא שהרי הוא מוחזק ברבע, וא"כ מה הקשו שלא יזכה אפי' ברבע בגלל הדין של אין ספק מוציא מידי ודאי הרי כנגד זה אית ליה להאומר חציה שלי מגו. אלא מוכח שהתוס' כאן ס"ל כשיטת הריב"ש דלא מהני מגו נגד הדין של אין ספק מוציא מידי ודאי ולא כתוס' בב"ב.

הרשב"א בב"ב ל"ג. מקשה את קושית התוס' דנימא בב' אוחזין בטלית אין ספק מוציא מידי ודאי. ותי' דשאני התם דלא ידוע

מילתא אלא שהוא מודה. וכונתו דכיון שהיה יכול לטעון כולה שלי אית ליה מגו ומהני מגו נגד הדין של אין ספק מוציא מידי ודאי כשיטת התוס' בב"ב ולא כריב"ש. ונראה שזה גם כונת השיטמ"ק כאן בשם הרא"ש ע"ש. ומבואר מדבריהם דלולא שיש לו מגו היינו אומרים כאן אין ספק מוציא מידי ודאי ולא ס"ל כתירוץ התוס' שרק בירושה אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי מפני שיש לו סיבה ודאית על הכל. וצ"ב בסברת הרשב"א והרא"ש מה המעלה בזה שהוא ודאי בחצי טלית לגבי החצי המסופק. וצ"ל דס"ל דכיון שיש לו ודאי שייכות לממון זה כל הממון כולו הוא יותר בחזקתו. דהיינו שנחלקו התוס' והרשב"א ביסוד הדין של אין ספק מוציא מידי ודאי, לתוס' אין מעלה לודאי אא"כ יש לו ודאי סיבה לזכות בכל הממון, ולרשב"א כל שהוא ודאי בעלים על חלק מן הממון זה סיבה שהוא עדיף מהספק גם בחלק המסופק.

כעין מחלוקת הרשב"א והתוס' אי מהני מגו נגד דין זה דאין ספק מציא מידי ודאי או לא נחלקו הקצה"ח בס' ר"פ סק"ב והתרה"ד אי מהני רוב של הספק נגד הודאי או לא. התה"ד ס"ל דמהני רוב והקצות חולק ע"ש. בחידושים המיוחסים לריטב"א כתב על קושית התוס' דלא אמרינן הכא אין ספק מוציא מידי ודאי כיון ששניהם מוחזקים בחצי המסופק ויש לכ"א מהם חזקה על מה שתח"י שהוא שלו ולא מהני הדין של אין ספק מוציא מידי ודאי להוציא מחזקה זו. והתוס' שלא תרצו כן ס"ל שהדין של אין ספק מוציא מידי ודאי מהני נגד חזקה מה שתחת יד אדם שלו.

נמצא ג' מחלוקות בענין אין ספק מוציא מידי ודאי. א. התוס' בב"ב והרשב"א שם ס"ל דמגו מהני נגד אין ספק מוציא מידי ודאי. התוס' כאן והריב"ש ס"ל דלא מהני בזה מגו. ב. הקצות ותה"ד נחלקו אי מהני רוב נגד אין ספק מוציא מידי ודאי. ג. התוס' והריטב"א

ראשונה כמו השני. אך אם זה כונת הגאון יצא שגם כשאחד מוחזק ממש והשני רק עומד בצידו זה נחשב כשנים אוחזין כמו שנים עומדים בצידו.

תוד"ה דבראיה. הרש"ש והנחלת דוד כתבו ששיטת רש"י דראיה שנזכר כאן לא דמי להבטה, וראיה לכו"ע לא מהני. וכבר נזכר סברא זו ברמב"ן כאן ע"ש. ובמה שכתבו התוס' דכשאמר תנה לי גלי דעתיה שאינו רוצה לקנות בראיה תמה הרמב"ן איזה גילוי דעת יש בזה וכי מפני שקנה ע"י הראיה אינו צריך לקחת את המציאה לפני שיקחנו אחר.

דף ב:

רמו רבנן שבועה עליה משום דמורי ואמר וכו'. מבואר שהשבועה הוא תקנ"ח משום דמורי ואמר ולקמן מבואר דהוא גזירה שמא ילך ויתקוף בטליתו של חברו. וג' דרכים נאמרו בזה בראשונים [עיי' בחי' הרמב"ן והר"ן]. א. י"א שהגמ' כאן חולקת על הגמ' לקמן. ב. י"א שסברת מורי ואמר הוא רק לס"ד אילו היה כתוב רק מציאה או רק מקח וממכר אבל אחרי הקמ"ל אין זה הטעם אלא כר"י שלא ילך ויתקוף טליתו של חברו ויש חיוב שבועה אפי' במקום שלא שייך הוראת התר. ג. שיטת התוס' שגם בה"א אין סתירה מכאן לדברי ר"י דרק במקום שיש חשש טעות בעינן למורי ואמר וכשאין חשש טעות יש חיוב שבועה מטעמו של ר"י בלי הוראת התר. ומה שהכריח את התוס' לפרש כן הוא דקשיא להו למה לא כתבה המשנה זה אומר אני ארגתיה שאין בו צד הוראת התר וכ"ש מציאה ומקח. וזה מה שהכריח את רש"י לומר שבארגתיה אין דין יחלוקו כמבואר ברע"א ובבית הלוי ס' ל"ב.

ולחזי זוזי ממאן נקט. נחלקו רש"י ותוס' בקידושין ע"ג: בענין נאמנות המוכר.

פליגי אי מהני אין ספק מוציא מידי ודאי נגד חזקה מה שתחת יד אדם שלו.

מאי מצאתיה ראיתיה. מבואר שלה"א

שראיה קונה טענתו היא שהוא ראה לפני שחברו הגביה, דהיינו שמודה שחברו הגביה לפניו אלא שטוען שהוא ראה לפני שחברו הגביה. וצ"ב כיון שמודה שחברו הגביה לפניו באותו זמן שהיה ביד חברו לא היו שניהם מוחזקין אלא רק חברו היה מוחזק וחזקה מה שתחת יד חברו שלו, שהחזקה בודאי תלוי בתפיסה ולא בראיה. א"כ אף שהוא טוען שהוא ראה קודם הרי חברו טוען שהוא ראה קודם ושניהם מודים שבתחילה חברו היה מוחזק לבדו ואמאי לא יזכה חברו מכח חזקתו הראשונה. ולפי מה שמבואר בתוס' בב"ב ל"ג: שחזקה מה שתחת יד אדם שלו אמרינן רק כ"ז שהממון בידו אבל אם הניחו ברה"ר אין חזקה שזה שלו [עיי' בב"ב שם מה שכתבנו בזה בס"ד] ניחא דכיון שבאו לפנינו כששניהם אוחזין אין חזקה שזה של חברו אף שהוא מודה שבתחילה זה היה ביד חברו.

הרמב"ם בפ"ט מטו"נ ה"ז כתב דשנים

היושבים בצד הערימה של חטים המונחת בסמטא נחשבים כשנים אוחזין אף שאינם אוחזין ממש. וכתב הגאון בס' קל"ח סק"ב שמקורו של הרמב"ם מב"מ ב. מאי מצאתיה ראיתיה. ולכאורה אינו מוכן אמנם יש ה"א שהראיה היא קנין אבל אין ראיה מזה שנחשב עי"ז שניהם מוחזקין דשמא המוחזקות נעשה אח"כ ע"י הגבהת שניהם והקנין נעשה ע"י הראיה שהיה בתחילה. ונראה שכונת הגאון כנ"ל דאי נימא דעמידה בצד החפץ כדרך בעלים לא נחשב מוחזק א"כ כשמודה שחברו הגביה קודם אלא שטוען שהוא זכה קודם ע"י ראיה לא יהיה הדין יחלוקו כיון שמודה שחברו היה מוחזק. אלא מוכח שגם אם אינו מחזיק בידו נחשב מוחזק ע"י עמידה בצידו וא"כ גם זה שקנה ע"י הראיה היה מוחזק משעה

רע"א שבזה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי למה לא יתחייב האומר חציה שלי שבועה דאורייתא שהרי הוא מודה במקצת.

בריש הבית והעליה מבואר שאם אחד מכיר מקצת אבניו והשני מודה במקצת הוא חייב שבועה דאורייתא. ומקשה הנתיבות בס' פ"ז סק"א אמאי אין זה הילך. וכתב דאירי שנשברו האבנים בפשיעתו ומודה בחיוב תשלומין, או שלקח את האבנים לרשותו דרך גזילה וכיון שנעשה גזלן על האבנים אין זה הילך. ומוסיף הנתיבות דע"כ צ"ל כן דאל"כ אין כאן בכלל מודה במקצת ויקשה אפי' למ"ד הילך חייב, דשבועת מודה במקצת יש רק כשמודה בחיוב הגוף כהלואה, פקדון או גזילה. אבל האומר שממון שנמצא ברשות חברו או ברה"ר הוא שלו וחברו מודה לו במקצת ועל חלק ההודאה אין שום שיעבוד או חיובים אלא הוא מודה שממון חברו בא לרשותו מאליו אין זה נחשב מודה במקצת וליכא חיוב שבועה, וע"כ איירי כשהזיק את האבנים או גולם דאיכא חיוב הגוף על חלק ההודאה. ולדברי הנתיבות לא קשיא קושית רע"א שזה שאומר חציה שלי ומודה שהחצי השני הוא של חברו אינו מודה בחיוב הגוף על החלק של חברו דאינו לא שומר ולא גזלן על החלק שמודה בו. ואין זה נחשב הודאה לחייב שבועה.

אמנם רע"א שהקשה אזיל לשיטתו דלא ס"ל בזה כנתיבות. שבס' קס"ד על הסמ"ע סק"א מקשה רע"א על הגמ' בהבית והעליה אמאי איכא חיוב שבועה הרי זה הילך ונשאר בצע"ג. הרי שאינו מפרש כנתיבות דאירי שהזיקו האבנים בפשיעתו או שגולם ואעפ"כ רע"א מקשה רק למ"ד הילך פטור. ומבואר שלולא הדין של הילך סובר רע"א דאיכא חיוב שבועה גם כשמודה בממון בעין שאין עליו שום שיעבודים ולא חיוב הגוף. ורע"א לשטתו שפיר מקשה אמאי אין שבועה דאורייתא למ"ד הילך חייב כשטוען חציה שלי.

שיטת התוס' שנאמן רק כל זמן שהמקח בידו מכח מגו שבידו לתת למי שירצה. שיטת רש"י דאם נקט וזוי מחד נאמן גם כשאין מקחו בידו. וכתב שם הר"ן שהנאמנות לרש"י הוא תקנ"ח כעין הנאמנות של חיה לומר זה כהן וזה ממזר שתקנו להאמינה מפני שהדרך שהחיה יודעת. והעיר בזה אחי הג"ר דוד שליט"א שהנתיבות בס' ל"א סק"א כתב טעם חדש לנאמנותו של המוכר. שהנתיבות מבאר שם את דברי חכמי בריסק שהובאו בש"ך ס' ל"א סק"א שהסתפקו בע"א בהכחשה אם נפסלים להעיד יחד כמו שני כיתי עדים המכחישים זה את זה או לא. ואינו מובן מה הצד שלא יפסלו הרי הכחישו זה את זה ואנן סהדי שאחד מהם משקר. וכתב הנתיבות שמה שלא האמינה תורה לע"א אינו משום שחשוד לשקר אלא שתולים שאינו מדייק ואומר בדדמי. ולכן יש צד לומר שע"א בהכחשה לא יפסל תולים שאחד מהם טועה. ומביא הנתיבות מקור לחידוש זה מס' רכ"ב דמבואר שם לגבי נאמנותו של בעל המקח דהיכא שיש סיבה לומר שמדייק גם ע"א נאמן. דהיינו שלמד הנתיבות מכאן שכל מה שע"א אינו נאמן הוא משום דלא דק וכשיש סיבה לומר שמדייק גם ע"א נאמן, וזה טעם נאמנות המוכר. ולשיטת התוס' בודאי אין מקור מכאן לחידושו של הנתיבות שלדידהו נאמנות המוכר הוא משום מגו. ולכאורה כונת הנתיבות לשיטת רש"י. אך גם זה צ"ע שהר"ן כתב שלרש"י הנאמנות הוא מתקנ"ח. והעירוני שגם הנתיבות מודה לדברי הר"ן שמה שסמכו על המידק דייק של המוכר הוא תקנ"ח אך ס"ל שאם היה הטעם שע"א אינו נאמן משום חשש משקר לא היו רבנן מתקנים להאמינו במקום שמידק דייק.

תוד"ה ולחזי. כתבו דקושית הגמ' שיהיה נאמן כע"א לפטור משבועת התקנה ולחייב את השני שבועה דאורייתא. וכתב בזה רע"א דמוכח מדברי התוס' דמשמעות המשנה הוא ששניהם נשבעים שבועה דרבנן. ומקשה

מדברי הגמ' לקמן ג. דמייתי תנא תונא לר"ח קמייטא ממתני' דס"ד דחייב השבועה במשנה הוא מדין מודה במקצת כיון שאומר כולה שלי ואנן סהדי שחציה של חברו והעדאת עדים על חצי נחשב כהודאה על חצי. וקשה למה חייב שבועה הרי החלק שמודה בו הוא ממון בעין של חברו ואין לו עליו שום חוב הגוף. ולכאורה ראיה מזה לשיטת רע"א שגם בכה"ג איכא חיוב שבועה ויקשה מכאן על הנתיבות. וצ"ל דהתם שאני דטוען כולה שלי ומתוך הממון שטוען שהוא שלו העדאת העדים נחשב כהודאה זה שפיר נחשב מודה במקצת אף שלדברי העדים אין לו שייכות לממון זה דזה עצמו שטוען שממון זה שלו גורם שיקבל דין הודאה ע"י העדים. ורק כשהוא מודה שהממון של חברו ואין לו שום חוב הגוף סובר הנתיבות שאין לזה שם הודאה לחייב שבועה. ורע"א אינו מחלק בזה וס"ל שמוכח משם שגם כשאין חיוב הגוף על חלק ההודאה זה נחשב מודה במקצת וחייב שבועה.

התוס' פרשו ששאלת הגמ' היא שע"י עדות המוכר יתחייב השני שבועה דאורייתא. ומה שלא נאחז לגמ' לומר שבאמת הוא חייב שבועה דאורייתא מבואר בדברי רע"א הנ"ל שהוא משום שלשון המשנה משמע ששניהם נשבעין אותה שבועה וע"כ דהוי שבועה דרבנן. הקצה"ח בס' רכ"ב סק"ב כתב שההכרח הוא דאי אמרינן שהמוכר נאמן כע"א לחייב את מי שכנגדו שבועה דאורייתא א"כ כשנשבע שחציה שלו אינו מכחיש את העד אלא לגבי חצי ולגבי החצי השני נשאר הע"א נאמן כשנים, והוי כזה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי ויש ב' עדים על חצי שהוא של אחד מהם, דדינו כזה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי דזה נוטל ג' חלקים וזה נוטל רביע. ויש לעיין בדברי הקצות דאף שהע"א נאמן כשנים על החלק שאין שבועה כנגדו, וזה צריך לגרום שיהיה דין חלוקה בחצי שכן נשבע עליו, מ"מ הוא יקבל חצי ולא רבע, דמבואר

לקמן ק. דמודה סומכוס היכא דאיכא שבועה דאורייתא. דהיינו שגם במקום שמצד דין הממון היה צריך להיות יחלוקו לסומכוס כיון דאיכא דררא דממונא מ"מ כשיש חיוב שבועה ונשבע מתבטל ע"י השבועה דין החלוקה, דכיון שנשבע צריך לקבל את כל מה שנשבע עליו. וא"כ ה"ה כאן אחרי שנשבע שחציה שלו לא שייך לחלוק את החצי שעליו נשבע. ודברי הקצות לכאורה צ"ע מהגמ' לקמן ק'.

בענין עד המסייע. מגמ' זו לפירוש התוס' למדו הראשונים שכמו שע"א נאמן לחייב שבועה כך עד המסייע פוטר משבועה. הרא"ש כאן מאריך במחלוקת הראשונים בענין זה וכן להלכה מובא בשו"ע ס' פ"ז סע' ו' מחלוקת בזה. הרמ"א שם מוסיף שי"א שגם בנשבעין ונוטלים מהני עד המסייע לפטור מהשבועה ויטול בלי שבועה. דהיינו שאפי' אי מהני עד המסייע לפטור משבועת הנפטרין אין מזה ראיה שמהני גם לפטור משבועת הנוטלין. ונידון זה אי מהני עד המסייע לפטור משבועת הנוטלין לכאורה תלוי במה שנחלקו הראשונים אי מהני מגו לפטור משבועת הנוטלין. שהתוס' הקשו בכתובות פ"ז: על חיוב שבועה של הפוגמת כתובתה שתפטר מן השבועה במגו שלא היתה פוגמת. ומבואר דס"ל דמהני מגו לפטור משבועת הנוטלין וע"י המגו היא נוטלת בלי שבועה. השיטמ"ק שם כתב בשם רבינו יונה דלא מהני בזה מגו דהוי מגו להוציא. וכן מבואר בשיטה בב"ב ל"ג. בסוגיא דרבה בר רשום בשם רבינו יונה דמגו לפטור משבועת הבא ליפרע מנכסי יתומים הוא מגו להוציא.

ביאור מחלוקת התוס' ור' יונה הוא דהתוס' ס"ל כיון שמעיקר הדין הפוגמת נוטלת בלי שבועה מכח השטר שבידה א"כ זכות הנטילה יש לה מדינא, ותקנ"ח הוא רק לחייב שבועה, וכשבאה ליפטר משבועה זו ע"י המגו אינה מקבלת את זכות הנטילה ע"י המגו, דזכות הנטילה יש לה בל"ה מכח השטר, והמגו

מהני רק לפטור משבועה, ולכן אין זה מגו להוציא אלא מגו לאפטורי משבועה. ורבינו יונה ס"ל דכשתקנו חכמים שבועה כדי ליטול תקנו שאין זכות נטילה אא"כ תשבע, וכשבאה ליטול מכח המגו בלי שבועה זה מגו להוציא כיון שמקבלת את זכות הנטילה ע"י המגו. ובזה לכאורה תלוי הנידון אי מהני עד המסייע לפטור משבועת הנוטלין. שאם מגו מהני ואין זה נחשב מגו להוציא אלא מגו לאפטורי משבועה א"כ גם העד המסייע בא רק לפטור משבועה ואינו מוציא ממון שזכות נטילה הממון יש לו בל"ה. אבל לרבינו יונה דמגו לפטור משבועת הנוטלין נחשב מגו להוציא משום דס"ל שע"י השבועה הוא מקבל את זכות הנטילה, וכשבא לקבל זכות נטילה בלי שבועה ע"י מגו זה מגו להוציא, כך העד המסייע נחשב כעד שבא להוציא ואין ע"א קם לממון.

אמנם אי אפשר לפרש כן דא"כ יהיו דברי רבינו יונה סותרים זה את זה. שהגאון בס' פ"ז סקכ"ד מביא כמה מקורות ל"א שהובא ברמ"א דס"ל שעד המסייע מהני גם בשבועת הנוטלין. ובתוכם מביא הגאון מדברי הרא"ש שכתב ועוד הקשה מהא דתנן לענין שבועה שלא פקדנו וכו'. וכוונת הגאון למה שמביא הרא"ש בשם רבינו יונה שמקשה על הסוברים דעד המסייע פוטר משבועה מהא דתנן בשבועות דכדי לפטור משבועת הבא ליפרע מנכסי יתומים בעינן עדים שאמר האב ששטר זה אינו פרוע, ומשמע דבעינן תרי ולא סגי בחד. ומבואר דסובר ר' יונה שאם עד המסייע פוטר ה"ה שפוטר משבועת הנוטלין. והרא"ש מסכים עם רבינו יונה בזה ותי' דאה"נ סגי בזה בע"א ע"ש. ואינו מובן מה מקשה ר' יונה משם הרי ר' יונה ס"ל דאף שמגו מהני לפטור משבועה מ"מ אינו פוטר משבועת הנוטלין דהוי מגו להוציא א"כ אף שעד המסייע פוטר משבועת הנפטריין אינו פוטר מנוטלין דהוי ע"א להוציא ממון. אלא מוכח מזה שאין הנידון של עד המסייע לפטור

משבועת הנוטלין תלוי במחלוקת אם מגו מהני לפטור משבועת הנוטלין, וסברת הסוברים דעד המסייע מהני אינו משום שיש לו זכות הנטילה מדינא ואין זה ע"א להוציא ממון שא"כ גם מגו היה מועיל.

לכן נראה דביאור המחלוקת אם מהני עד המסייע בשבועת הנוטלין או לא הוא דרע"א בכתב וחותם ס' ג' מסתפק בגדר דינא דעד המסייע אם הוא נאמן לפטור משבועה כמו ששני עדים נאמנים לפטור מממון או דלמא אין העד פוטר מחיוב שבועה אלא שנאמנות העד שקול לבירור של השבועה והוי כנשבע. ואם העד פוטר מחיוב השבועה זה מהני רק בשבועת הנפטריין אבל בשבועת הנוטלין כמו שמגו לא מהני משום דחשיב מגו להוציא כך ע"א לא יועיל דחשיב ע"א להוציא ממון. אבל אם עד המסייע אינו פוטר אלא הוא במקום השבועה כמו שנוטל ע"י השבועה כך יטול ע"י העד שהוא במקום השבועה. וכמו שרע"א מסתפק בזה לגבי עד המסייע כך יש להסתפק בזה לענין מגו לאפטורי משבועה אם המגו פוטר מהשבועה או שהוא במקום השבועה. ובקו"ש ח"ב ס' ו' מסתפק בזה ומביא ראיה מהר"ן בשבועות מ"ה: דמגו אינו במקום השבועה אלא שהוא פוטר מחיוב השבועה. שהר"ן שם כתב דאף דקי"ל מגו לאפטורי משבועה אמרינן, ולא כשיטת הר"י מגש שהובא בראשונים שם דס"ל דמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן, מ"מ בשבועת ע"א לא מהני מגו לפטור דכ"ז שאינו נשבע להכחיש את העד העד נאמן כשנים והמגו הוא מגו במקום עדים. ואי נימא דאין המגו פוטר משבועה אלא הוא במקום השבועה וע"י המגו זה נחשב כאילו נשבע אין זה מגו נגד עדים דכמו שהשבועה מהני לבטל נאמנות העד כך המגו יבטל נאמנות העד. אלא מוכח מזה שאין המגו במקום שבועה אלא שהוא פוטר מהשבועה. ובדעת רבינו יונה צריך לומר שיש חילוק לענין זה בין מגו לעד המסייע דעד

להיות נאמן בטענת החזרתי הוא צריך להגיע למגו של נאנסו, ועל טענת נאנסו אין עד המסייע, ואם היה טוען נאנסו היה צריך לישבע א"כ לא יתכן שיהיה נאמן בהחזרתי בלי שבועה כיון שבנאנסו היה צריך שבועה. ולכן בכה"ג לא מהני עד המסייע לפטור.

הגאון מוסיף שם שבזה מיושב קושית רבינו יונה שמוכר ברא"ש בריש ב"מ. וכונתו שהרא"ש כתב שרבינו יונה מקשה על הסוברים שעד המסייע פוטר משבועה דמבואר בשבועות שהמפקיד אצל חברו בשטר צריך להחזיר בעדים. ואין הכונה שבלי עדים אינו נאמן כלל שהרי יש לו מגו דנאנסו, אלא שבלי עדים הוא צריך לישבע כמו שהיה נשבע בטענת נאנסו. וכדי שיפטר בלי שבועה צריך לפרוע בעדים. ומקשה ר' יונה כיון שצריך את העדים רק כדי לפטור משבועה אמאי צריך עדים הא סגי בע"א. וכתב הגאון שלדברי הרמ"א יתישב קושית ר' יונה דשאני הכא שמה שצריך שבועה הוא משום שהנאמנות הוא במגו של טענה אחרת שצריכה שבועה, ועל אותה טענה אין לו עד המסייע. וא"כ מוכח מדברי רבינו יונה שכן הקשה קושיא זו שחולק על סברת הרמ"א וס"ל שגם בכה"ג מהני עד המסייע לסוברים שבעלמא עד המסייע פוטר, וכ"כ הש"ך שם סקכ"א.

וצריך להבין סברת ר' יונה דלכאורה פשוט כרמ"א שאם אין עד המסייע על טענת נאנסו מה יועיל עד המסייע על טענת החזרתי הרי אינו נאמן לטעון החזרתי אלא במגו דנאנסו וא"א להאמין לטענת החזרתי יותר מטענת נאנסו. אך כל זה אי אמרינן דעד המסייע פוטר משבועה בזה לא יועיל פטור משבועת החזרתי אם אין פטור משבועת נאנסו. אבל אם העד המסייע אינו פוטר משבועה אלא הוא במקום השבועה והוי כאילו נשבע א"כ כשמקבלים טענת החזרתי בסיוע העד אין זה נחשב שנותנים לו כח נאמנות יותר מטענת נאנסו

המסייע הוא במקום שבועה ולכן אם מהני עד המסייע בנפטרין מהני נמי בנוטלין ומגו אינו במקום שבועה אלא שפוטר משבועה ולכן מגו לפטור משבועת הנוטלין הוי מגו להוציא ולא מהני.

נמצא דנחלקו הראשונים לגבי מגו לפטור משבועת הנוטלין וכן לגבי עד המסייע לפטור משבועת הנוטלין. ויש לבאר את שתי המחלוקות בב' אופנים. א. פליגי אם בשבועת הנוטלין הוא מקבל את זכות הנטילה ע"י השבועה או לא. שאם מקבל ע"י השבועה המגו והעד המסייע הם להוציא ממון ולא מהני. ואם בל"ה יש לו את זכות הנטילה אין המגו והעד המסייע באים להוציא אלא לפטור משבועה ומהני. ב. לכו"ע הוא מקבל את זכות הנטילה ע"י השבועה והשאלה אם מהני מגו ועד המסייע בשבועת הנוטלין הוא אם המגו והעד פוטרם מהשבועה או שהם במקום השבועה. ובדעת רבינו יונה מוכח דמחלק בזה בין מגו שפוטר מהשבועה ולכן לא מהני לפטור מנוטלין לבין עד המסייע שהוא במקום השבועה ואם מהני עד המסייע בנפטרין מהני נמי בנוטלין.

בל"ה יש להוכיח דשיטת רבינו יונה הוא שמה שעד המסייע פוטר הוא משום דחשיב כנשבע ולא שפוטר מחיוב שבועה. שהרמ"א בס' פ"ז סע' ו' כתב שמה שעד המסייע פוטר הוא דוקא במקום שנאמן בשבועה בלי מגו אבל במקום שהנאמנות הוא במגו של טענה אחרת שצריכה שבועה לא מהני עד המסייע. כגון המפקיד אצל חברו בשטר שאינו נאמן לטעון החזרתי אלא מכח מגו דנאנסו, ולכן צריך לישבע החזרתי כיון שנאמנותו הוא מכח מגו דנאנסו ובנאנסו צריך שבועה אינו נפטר משבועת החזרתי אף שיש לו עד המסייע לטענת החזרתי. והטעם מבואר בגאון סקכ"ו דטענת החזרתי הוא נגד שטרך בידי מאי בעי וע"א אינו נאמן נגד שטרך בידי מאי בעי. וכדי

שבנאנסו היה נאמן עם שבועה וגם עכשיו בטענת החזרתי יש לו בירור של ע"א השקול לבירור של השבועה. ולכאורה מוכח מזה ששיטת ר' יונה הוא שעד המסייע לסוברים דמהני אינו מפני שהעד פוטר מהשבועה אלא שהעד שקול כשבועה והוי כאילו נשבע. ור' יונה לשטתו ס"ל שלסוברים דעד המסייע פוטר הוא פוטר גם משבועת הנוטלין אע"ג דס"ל שכל זכות הנטילה הוא מקבל ע"י השבועה וכעת הוא מוציא ע"פ העד אין זה נחשב שע"א קם לממון שע"י העד חשיב כאילו נשבע, ואינו דומה למגו שלא מהני בכה"ג משום שמגו אינו במקום השבועה אלא שפוטר משבועה כמו שמוכיח הקו"ש מהר"ן בשבועות.

עוד יש להביא ראייה שגדר עד המסייע הוא דהוי כנשבע ולא שפוטר מהשבועה מדברי התשובות מיימוניות לספר משפטים ס' ס"א שכתב שמי שנתחייב שבועה דרבנן והפכה על שכנגדו ויש למי שכנגדו עד המסייע הוא נוטל בלי שבועה. והובאו דבריו ברמ"א הנ"ל בס' פ"ז. וחדושו גדול יש בדברים אלו דבפשטות מה שיי"א שגם בשבועת הנוטלין עד המסייע פוטר וגורם שיטול בלי שבועה הוא רק באותם הנשבעים ונוטלים שמן התורה דינם ליטול בלי שבועה ורבנן החמירו עליהם שלא יטלו עד שישבעו, בזה יש מקום לומר שגם אחרי תקנ"ח יש זכות נטילה אלא שהחמירו לחייב שבועה וכשנוטל ע"י העד אין זה נחשב שע"א קם לממון אלא שע"א פוטר מהשבועה וממילא נוטל כמו שהיה נוטל לולא תקנת השבועה. אבל בדברי התשובות מיימוניות מבואר שגם בנשבע ונוטל שמדינא אינו נוטל אפי' עם שבועה וכל מה שנוטל ע"י השבועה הוא תקנ"ח בזה כל הדין נטילה הוא מקבל ע"י השבועה ואם יטול ע"י העד בלי שבועה לכאורה זה נחשב שע"א קם לממון. ועיין בפת"ת ס' פ"ז סק"ז שכמה פוסקים מחלקים לענין זה בין סוגי הנשבעין ונוטלין. אך כ"ז אי אמרינן שהעד פוטר מהשבועה אבל אם העד

במקום השבועה והוי כאילו נשבע שפיר אפשר להבין דברי התשובות מיימוניות שגם בנשבעין ונוטלין שמדינא אינם נוטלים מהני עד המסייע לפטור מהשבועה ולגרום שיטול בלי שבועה, דכיון שיש נאמנות של ע"א זה נחשב כאילו נשבע וכשם שגובה ע"י שבועה כך גובה ע"י העד. עיין בש"ך ס' פ"ז סק"ט והגהת אמרי ברוך שם מה שכתבו בדברי התשובות מיימוניות.

ויש לעיין דלפי מה שנתבאר דברי הרמ"א לכאורה סתרי אהדדי שמצד אחד פסק כתשובות מיימוניות הנ"ל דמוכח מדבריו דהוי כנשבע, ומאידך פסק דלא מהני עד המסייע על טענת החזרתי, ומוכח לכאורה מזה שאינו כנשבע. וי"ל דאף דס"ל דהוי כנשבע מ"מ ס"ל שלא מהני לפטור משבועת החזרתי דאף שהעד במקום שבועה מ"מ יש חסרון במגו כיון שלמעשה אם היה טוען נאנסו היה צריך שבועה א"כ ניחא ליה לטעון החזרתי כדי שלא יצטרך לישבע. ור' יונה ס"ל שאין זה חסרון במגו דמה שניחא ליה לטעון החזרתי אין אלא בגדר מגו דהעזה דמהני לפטור מממון. והקפידה הוא רק שלא יקבל יותר כח במה שטוען ממה שהיה לו בטענת המגו, וכיון שע"י העד המסייע הוא כנשבע אין הוא מקבל ע"י טענת החזרתי יותר כח ממה שהיה לו בטענת נאנסו.

עוד נ"מ מספק זה בגדר הפטור של עד המסייע יש לענין עד המסייע על שבועת גלגול. שהשעה"מ בס' צ"ד סק"ב מסתפק אם מהני עד המסייע לפטור משבועת הגלגול כשאין עד המסייע על עיקר השבועה. שיש צד לומר שאין העד יכול לפטור משבועת הגלגול דכיון שנשבע על העיקר נשאר סיבת הגלגול. וכ"ז אי אמרינן שהעד פוטר מהשבועה א"כ י"ל שאינו יכול לפטור כל זמן שנשאר שבועת העיקר, אבל אם העד הוא במקום שבועה והוי כאילו נשבע בודאי שמהני גם בשבועת הגלגול. רע"א

לקמן צ"ח: כתב לגבי מגו כדברי השעה"מ לגבי עד המסייע, שיש צד לומר דאף שמגו מהני לאפטורי משבועה מ"מ לא יועיל מגו לפטור משבועת הגלגול אם אין מגו על עיקר השבועה, דאף שמגו הוא סיבה לפטור מחיוב שבועה מ"מ כל זמן שנשבע על העיקר נשאר סיבה לגלגל. ועיין מה שכתבנו בס"ד בדברי רע"א לקמן ל"ה. ולפי מה שנתבאר לעיל שיש מקום לחלק בענין זה בין מגו לעד המסייע שמגו פוטר ועד המסייע הוא כאילו נשבע א"כ גם לענין נידון זה יש מקום לחלק בין מגו שלא יועיל לפטור משבועת הגלגול לבין עד המסייע שיועיל לפטור משבועת הגלגול.

מדברי הקצה"ח בס' פ"ז סק"י מבואר דפשיטא ליה שמהני עד המסייע גם על שבועת הגלגול. שהקצות מסתפק במי שחייב שבועה דאורייתא והתובע מגלגל שבועה על קרקע ויש לנתבע עד המסייע על שבועת הגלגול אם מהני עד המסייע לפטור משבועה על קרקע, דשמא כמו שאינו נאמן לחייב שבועה על קרקע כך אינו נאמן לפטור משבועה על קרקע. ומבואר שעל גלגול של מטלטלין פשוט לקצות שעד המסייע פוטר. ומאי דמספקא ליה לשעה"מ פשיטא ליה לקצות.

הרא"ש מביא שאלה על הסוברים שעד המסייע פוטר משבועה בשם יש מקשים הבל [והוא שאלת הרמב"ן כאן במלחמות] מהדין של שומר שמסר לשומר שהראשון חייב מפני שטוען הבעלים לשומר את מהימנת לי בשבועה היאך לא מהימן לי בשבועה. ולמה אין השומר השני ע"א לפטור את הראשון מחיוב שבועה. וכתב הרא"ש שאין זה ראיה דהיכא שיכול הראשון לישבע מהני ע"א לפוטרו מחיוב שבועה אבל הכא שאין הראשון יודע ואינו יכול לישבע הוא חייב ממון ואין ע"א קם לממון. ונחלקו הש"ך והקצות בביאור דברי הרא"ש. הש"ך בס' פ"ז סקט"ז ובס' ע"ב סקס"א למד שכונת הרא"ש דכיון שהראשון

אינו יודע הוא חייב ממון מדין מתוך שאינו יכול לישבע משלם. ולמד הש"ך מדברי הרא"ש דכל היכא שהנתבע אינו יודע ויש עליו חיוב לשלם מדין מתוך לא מהני עד המסייע שזה נחשב ע"א לפטור מממון. הקצה"ח בס' פ"ז סק"ט חולק וס"ל שמהני עד המסייע גם כשאינו יודע ויש עליו דין מתוך. ומה שכתב הרא"ש שאם אינו יודע הוא מחויב ממון ולא מהני עד המסייע אינו מדין מתוך אלא דנחשב כאומר איני יודע אם פרעתיך ומחויב ממון ואין ע"א קם לממון.

בלשון הקצות מבואר שיש ב' טענות על דברי הש"ך. א. החיוב ממון של מתוך הוא בתולדה מחיוב השבועה שעליו ואם העד פוטר מחיוב השבועה ממילא אין דין מתוך ואין זה נחשב שע"א קם לממון אלא לשבועה. הקצות מביא ראיה לדבריו מהא דע"א מהני לחייב שבועה גם במקום שהנתבע טוען איני יודע אף שע"י עדותו מתחייב הנתבע ממון אין זה נחשב שע"א קם לממון שהעד מחייב רק שבועה ומכח השבועה נהיה חיוב ממון. וכן לענין פטור אין העד פוטר ממון אלא פוטר מחיוב השבועה וממילא בטל חיוב הממון. ועיין בקה"י שדחה ראית הקצות דיש לחלק בין ע"א לחיוב לבין ע"א לפטור. ב. כשיש עד המסייע זה נחשב כאילו נשבע, וכמו שאם היה נשבע היה נפטר מחיוב השבועה וממילא לא היה עליו חיוב ממון כך כשיש עד המסייע זה כאילו נשבע וממילא ליכא חיוב ממון. וע"ע בסוף סק"י"א שכתב הקצות וז"ל כי אתי עד המסייע הוי ליה כנשבע עכ"ל. ולכאורה מבואר מזה שנחלקו הש"ך והקצות בספק הנ"ל שמדברי הש"ך מוכח דלא הוי כנשבע ומשמעות דברי הקצות הוא שנחשב כנשבע.

נמצא מתוך מה שנתבאר לעיל מה שתלוי בספק הנ"ל בגדר עד המסייע אי חשיב כנשבע או שפוטר מחיוב השבועה א. מחלוקת הראשונים בעד המסייע בשבועת הנוטלין.

לומד בדעת רש"י שחולק לגמרי על כל הדין של עד המסייע אפי' לענין שבועה דרבנן מדלא פירש בסוגיין כתוס'.

אלא מאי רבנן הא אמרי המע"ה.

שני דרכים נאמרו בראשונים בביאור דברי הגמ'. הרשב"א מפרש דקושיית הגמ' אינה על דין החלוקה אלא על השבועה דס"ד דשנים אוחזין בטלית כ"א מוחזק בחצי טלית וא"כ לרבנן דס"ל הממע"ה ונפטר המוחזק בלי שבועה ה"נ יקבל כ"א החצי שבו הוא מוחזק בלי שבועה. ומשני דהכא אין כ"א מוחזק בחצי אלא כ"א הוי מוחזק בכולו, והא דאמרין לרבנן הממע"ה בלי שבועה היינו דוקא כשהוא לבדו מוחזק אבל הכא שמקבל ממון שגם חברו מוחזק בו צריך לישבע. השיטמ"ק בשם הריצב"ש כתב בדעת רש"י דקושיית הגמ' הוא על הדין יחלוקו דס"ד שכ"א הוא מוחזק בכל והחלוקה היא כהוצאת ממון ואמאי מוציאים מספק. ומשני דרק כשאחד לבדו מוחזק לא מוציאים ממנו מספק אבל הכא דתרווייהו מוחזקים בכל הטלית גם לרבנן חולקים בשבועה.

נמצא לגבי הספק שהובא לעיל אי כ"א מוחזק בכל או שכ"א מוחזק בחצי לדעת הרשב"א זה גופא הה"א והמסקנא כאן דס"ד שכ"א מוחזק בחצי ולמסקנא כ"א מוחזק בכולו. ולריצב"ש גם בה"א כ"א מוחזק בכל. עיין בקו"ש ח"ב ס' ט' שמביא ראשונים אלו ומוסיף דאף שכאן מסקנת הגמ' שכ"א מוחזק בכל יתכן שזה הכל לפני שנתחדש שסיבת השבועה כדי שלא יהא כ"א הולך ותוקף בטליתו של חברו אבל למה שאמר ר' יוחנן לקמן שזה סיבת השבועה אין הכרח לחזור ממאי דס"ד הכא שכ"א מוחזק רק בחצי.

לפ"ז יתישב מה ששמעתי מקשים על המשך דברי הגמ' כי אמר סומכוס היכא דאיכא דררא דממונא אבל היכא דליכא דררא דממונא

ב. מחלוקת אם עד המסייע פוטר משבועת הנוטלין שמדינא לא היו נוטלים אפי' עם שבועה. ג. מחלוקת אם מהני עד המסייע במקום שהנאמנות הוא במגו של טענה שצריכה שבועה ועל טענת המגו ליכא עד המסייע. ד. מחלוקת אי מהני עד המסייע לפטור משבועת גלגול כשאין עד המסייע על העיקר. ה. מחלוקת אם עד המסייע פוטר במקום שיש דין מתוך שאינו יכול לישבע משלם.

ביאור מחלוקת הרמב"ן והרא"ש להבנת הש"ך הוא דהרמב"ן ס"ל שגם כשטוען איני יודע עיקר חיובו הוא שבועה ולא ממון. והרא"ש ס"ל שבאופן זה הוא נחשב מחויב ממון ולא שבועה. ועיין בתומים ס' צ"ד סק"ז שכתב שהרמב"ן והרא"ש בזה לשיטתם. שהטור בסוף ס' צ"ד מביא ששאלו את הרא"ש במי שנתחייב שבועה ואינו יכול לישבע שדינו לשלם אם יכול התובע לגלגל עליו שבועה על טענה אחרת. וכתב ע"ז הרא"ש שאינו יכול לגלגל דכיון שהנתבע טוען איני יודע אין כאן חיוב שבועה מעולם יעו"ש בלשון הרא"ש. ומדברי הרמב"ן לקמן צ"ח. מוכח דהיכא שטוען על העיקר איני יודע יכול לגלגל עליו שבועה אחרת. והיינו משום שהרמב"ן סובר שגם כשיש חיוב של מתוך הוא נחשב מחויב שבועה והחיוב ממון הוא מכח חיוב השבועה שעליו. ובזה תלוי פלוגתתם הכא לענין עד המסייע כשיש דין מתוך שאינו יכול לישבע משלם.

שיטות הראשונים בענין עד המסייע הם א. הרא"ש בשם מהר"ם ובעה"מ ס"ל שאפי' בשבועה דאורייתא עד המסייע פוטר. ב. שיטת הרמב"ן שעד המסייע פוטר רק משבועה דרבנן. ג. הנ"י בשם ח"י הר"ן ס"ל שבכל שבועה דאורייתא אין עד המסייע פוטר חוץ משבועת ע"א שבזה העד המסייע מבטל כח העד המחייב ובטל חיוב השבועה. ד. רע"א

ולפי מה שמוכח כאן שדררא דממונא נחשב אוחזין יותר מאוחזין ממש אין דבריו מוכרחים.

היכא דאיכא דררא דממונא. רוב

הראשונים ס"ל דדררא דממונא היינו שייכות לממון אלא שנחלקו מה נותן את השייכות לממון. שיטת התוס' היא שמה שיש ספק לב"ד בלא טענותיהם נותן לכ"א שייכות לממון. שיטת הרמב"ן כאן והרשב"ם בב"ב ל"ה. הוא שהשייכות לממון במחליף פרה בחמור הוא מה שכ"א מהם היה בודאי בעלים בזמן לידת הולד. ומה הוא רק מי היה הבעלים בזמן לידת הולד. ומה שכתב רש"י כאן שדררא דממונא היינו הפסד ממון עיין במהר"ם שיף שכתב שבכל דוכתי שנזכר דררא דממונא מודה רש"י לפירושם של שאר הראשונים. וכן מפורש ברשב"א דבשאר דוכתי מודה רש"י ע"ש. ומה שכאן רש"י שינה הוא משום דקשיא ליה קושית התוס' בד"ה ומה התם שהקשו מב"ב ששם מסקנת הגמ' דדררא דממונא הוא סיבה לחלוקה וכאן הגמ' חוזרת מזה. לכן פרש"י שדררא דממונא דהכא אינו כדהתם וכאן הכונה הפסד ממון. ומה דס"ד שהפסד ממון הוא סיבה לחלוק בלי שבועה מבאר המהר"ם דס"ד שהשבועה הוא משום דמורה התירא וכשיש הפסד ממון יש פחות הוראת התר. ומסקנת הגמ' שהפסד ממון הוא סיבה שלא לחלוק.

ואכתי צריך להבין אמנם הפירוש שפירש

רש"י כאן בדררא דממונא הוא סיבה שלא לחלוק מ"מ איכא נמי דררא דממונא דב"ב שהוא סיבה שכן יחלקו א"כ מה קושית הגמ' לאו ק"ו הא איכא לתרוצי ע"פ סברת דררא דממונא דב"ב. ונראה דרש"י ס"ל שלא שייך להזכיר כאן סברת דררא דממונא דב"ב כלל שהרי התוס' בהשואל ובהבית והעליה כתבו שכל הענין של דררא דממונא הוא שנחשב עי"ז כשנים מוחזקין וא"כ אין זה מעלה כנגד שנים אוחזין בטלית דאיכא מוחזקין ממש, ואוחזין בלי דררא דממונא לא גרע מדררא דממונא בלי

בעינן שבועה. וקשה למה שכתבו הרא"ש והתוס' לעיל דהכא איכא אנן סהדי דמאי דתפס הא דידיה ומאי דתפס הא דידיה והוי חלוקה ודאית זה עדיף הרבה מדררא דממונא. ולפי מה שנתבאר ניחא דכל מה דס"ל לתוס' דהוי חלוקה ודאית וא"כ ע"כ שכ"א מוחזק רק בחצי זה למסקנת הגמ' דטעם השבועה הוא כדרי' שלא יהא כ"א הולך ותוקף טליתו של חברו, אבל לפני שהגמ' ידעה את זה ע"כ החלוקה היא מספק וטעם השבועה הוא מפני שכ"א מוחזק בכל הטלית כמבואר ברשב"א הנ"ל.

ואכתי צ"ב מה טענת הגמ' דבמתני' כיון

דליכא דררא דממונא גרע ממחליף פרה בחמור הרי מבואר בתוס' לקמן צ"ז: ד"ה לימא ובדף קט"ז: ד"ה לימא דכל הענין של דררא דממונא הוא שהדררא עושה שיחשב כשנים מוחזקין. וא"כ מה בכך דהכא ליכא דררא דממונא הרי כאן הם מוחזקין ממש, ומוחזקים של אוחזין הוא לכאורה לא פחות מהמוחזקות של דררא דממונא. [עיין בסמוך מה שכתבנו לבאר את שיטת רש"י ע"פ סברא זו]. ונראה דמבואר מזה דאף שלשון התוס' הוא שהדררא דממונא גורם שיחשב שניהם מוחזקין זה נאמר רק כדי לבאר את הענין של דררא דממונא שמה שיש לב"ד ספק בלא טענותיהם נותן לכ"א שייכות לממון וא"א להוציא ממנו כמו באוחזין. אך השייכות שמקבל בממון ע"י הדררא דממונא הוא יותר חזק מהשייכות שיש לו לממון ע"י אחיזה בממון כשאין דררא דממונא.

ולפ"ז יש מקום לדון בדברי הקונה"ס

בכלל א' אות ד' שכתב שבשנים אוחזין ואיכא אחד מינייהו חמ"ק לא אזלינן בתר חמ"ק. ומביא ראיה לדבריו מהתוס' הנ"ל דטעמא דסומכוס דבדררא דממונא חולקים ולא אזלינן בתר חמ"ק הוא משום דס"ל דדררא דממונא הוי כב' אוחזין וא"כ ה"ה באוחזין ממש שלא אזלינן בתר חמ"ק אף דליכא דררא דממונא.

הערות

שנים אוחזין דף ב: – ג.

וציונים

יט

אוחזין. ורש"י לא ס"ל מה שנתבאר לעיל בדעת התוס' דדררא דממונא עדיפא מאוחזין.

דף ג.

לימא מתני' דלא כר"י. מבואר בגמ' דלרבנן טעמא דלא אמרינן יחלוקן במנה שלישי הוא משום שאין החלוקה יכולה להיות אמת, ולר"י משום דאיכא ודאי רמאי. יש לעיין לשיטת ר"י דאפי' אם החלוקה יכולה להיות אמת אי איכא ודאי רמאי לא אמרינן יחלוקן, מה הדין היכא דליכא ודאי רמאי אך אין החלוקה יכולה להיות אמת האם ר"י פליג לגמרי על חלוקה יכולה להיות אמת וס"ל שהכל תלוי רק בודאי רמאי או שלר"י בעינן תרתי א. שלא יהיה ודאי רמאי. ב. שהחלוקה יכולה להיות אמת. ולשיטת רש"י והריב"א דס"ל שלהלכה קי"ל דתלוי בודאי רמאי ורע"א מבאר דרש"י סובר שאחרי שהגמ' חדשה סברא זו לדעת ר"י אפשר לומר כן גם לדעת רבנן, וכל המחלוקת היא אם הודאי רמאי גורם שלא יחלקו אפי' את הממון שאין בו ספק או רק לענין הממון המוטל בספק, [ולא כמהר"ם שי"ף שכתב שרש"י לעיל קאי בשיטת ר"י ובדעת רבנן מודה רש"י דאינו תלוי בודאי רמאי], יהיה נ"מ מספק זה גם להלכה. [גם לענין מה דסבר ריב"א דיחלוקן הוא גם בלי אוחזין משמע ברש"י דס"ל כוותיה דבריש פרקין כתב דנקט אוחזין לאפוקי היתה ביד חברו ולא כתב לאפוקי היכא ששניהם אינם אוחזין]. הקצה"ח בס' שס"ה סק"א נקט בפשיטות שלרש"י דס"ל שתלוי בודאי רמאי אם אין ודאי רמאי חולקין אף שאין החלוקה יכולה להיות אמת. אמנם ברשב"א כאן מבואר שלר"י תלוי בודאי רמאי היכא דליכא רמאי הדין לר"י הוא כמו לרבנן דכיון דאיכא למימר דתרוייהו בהדי הדדי אגבוה חולקים. מפורש שגם כשאין ודאי רמאי חולקין רק במקום שהחלוקה יכולה להיות אמת.

לרבנן לשיטת התוס' דתלוי בחלוקה יכולה להיות אמת ולא בודאי רמאי נחלקו הפוסקים אם אין שום נ"מ בין ודאי רמאי להיכא דליכא ודאי רמאי או דלמא אף דרבנן ס"ל דהיכא דחלוקה יכולה להיות אמת אמרינן יחלוקן אע"ג דאיכא ודאי רמאי מ"מ הא דבאין החלוקה יכולה להיות אמת לא אמרינן יחלוקן זה רק בצירוף דאיכא ודאי רמאי אבל היכא דליכא רמאי אמרינן יחלוקן אף שאין החלוקה יכולה להיות אמת. הש"ך בס' ש' סק"ה כתב דבמנה שלישי אם שני המפקידים טוענים שמא אמרינן יחלוקן אף דאין החלוקה יכולה להיות אמת כיון דליכא רמאי. וכ"כ הש"ך בס' שס"ה סק"ג לגבי גזל מאחד ואינו יודע ממי דיחלוקן אע"ג דאין החלוקה יכולה להיות אמת כיון דליכא ודאי רמאי. כך כתב הקצה"ח בס' קל"ח סק"א בדעת הש"ך וכן דעת הנתיבות שם סק"ג. אך הקצות בס' שס"ה סק"א חולק בזה על הש"ך וס"ל דלרבנן תלוי רק בחלוקה יכולה להיות אמת ואם אינה אמת לא חולקים אף דליכא ודאי רמאי. גם רע"א חולק וס"ל דמה דסבר הרמב"ם במנה שלישי בשמא ושמא יחלוקן הוא משום דס"ל כשיטת ריב"א אבל לתוס' תלוי רק בחלוקה יכולה להיות אמת. וצ"ב בסברת הש"ך מה הצירוף בין ודאי רמאי לאין חלוקה יכולה להיות אמת, ואם כ"א בפנ"ע אינו סיבה למנוע את החלוקה למה שניהם יחד מבטלים את החלוקה.

רע"א בס' שס"ה על הש"ך סק"ג מבאר דברי הש"ך באופן אחר. ואם הבנתי כראוי את דברי רע"א כונתו לומר דלעולם לשיטת התוס' הכל תלוי בחלוקה יכולה להיות אמת ואם אינה אמת לא חולקים אפי' שאין ודאי רמאי. ומה שכתב הש"ך בס' שס"ה סק"ג לגבי אמר לשנים גזלתי אחד מכם דחולקים אע"פ שאין החלוקה יכולה להיות אמת כיון דליכא ודאי רמאי היינו משום שאין שניהם מוחזקין דליכא בגזל הסברא שכתבו התוס' במנה שלישי שהוא תופס בשביל שניהם. ובזה אם לא יהיה הדין

נמצא השיטות לענין אי סברת ודאי רמאי קיימת להלכה. א. שיטת רש"י דלמסקנת הגמ' גם לרבנן תלוי בודאי רמאי ולא בחלוקה יכולה להיות אמת. [כן הוא שיטת רש"י למהרש"א ורע"א ודלא כמהר"ם שי"ף]. ב. שיטת ריב"א כשיטת רש"י אך דוקא כשאין מוחזקין אבל במוחזקין חולקין אף שיש ודאי רמאי. ובזה מישב הריב"א מה שמקשה הרא"ש לשיטת רש"י משנים אדוקים בשטר. ג. שיטת התוס' שחולקים גם כשיש ודאי רמאי אם החלוקה יכולה להיות אמת. ושיטת הקצה"ח בס' קל"ח סק"א בדעת הש"ך שלתוס' כשאין החלוקה יכולה להיות אמת תלוי בודאי רמאי, ואם אין ודאי רמאי חולקין אע"פ שאין החלוקה יכולה להיות אמת. וכן דעת הנתיבות בס' קל"ח סק"ג. ד. שיטת רע"א שלתוס' הכל תלוי בחלוקה יכולה להיות אמת ואין שום נ"מ אם יש רמאי או לא. והרמב"ם דס"ל שבמנה שלישי חולקין בשמא ושמא היינו משום דס"ל כשיטת הריב"א. וכן דעת הקצות בס' שס"ה סק"א.

גבי חנוני על פנקסו וכו' מ"ש דלא אמרינן יהא מונח דהא בודאי איכא רמאי. לשיטת רש"י והריב"א ניחא לשון הגמ' דגם לרבנן ודאי רמאי הוא סיבה לומר שיהא מונח, אבל לשיטת התוס' השאלה אינה משום דאיכא רמאי אלא משום שאינם מוחזקין ואמאי נקטו דהא איכא ודאי רמאי. וצ"ל דלשון הגמ' הוא אליבא דר"י ולרבנן השאלה היא משום שאינם מוחזקין ואין החלוקה יכולה להיות אמת שבודאי אינו חייב לשניהם, וכדא"ג לא שייך בזה דלא מפקינן, לכן היה צריך להיות הדין יהא מונח. ועיין מה שכתב בזה השיטמ"ק בשם הגליון.

אנא שליחותא דידך קא עבדינא. נחלקו הרמב"ן ובעה"מ בסוף שבוועות אם דין הנטילה של החנוני הוא מעיקר הדין ורק השבועה הוא תקנ"ח או שרק הפועלים נוטלים

יחלוקו יהיה הדין כל דאלים גבר ולא יהא מונח. ובטענת שמא ליכא דינא דכל דאלים גבר שהרא"ש מבאר הענין של כל דאלים גבר שמי שזה שלו ימסור נפשו טפי, וזה שייך רק כשטוען ברי ולא בשמא. וכשהיה צריך להיות הדין כל דאלים גבר ולא עושים כדא"ג מפני שזה שמא, חולקין אף שאין החלוקה יכולה להיות אמת. משא"כ במנה שלישי ששניהם מוחזקין בזה כשאין הדין יחלוקו יהיה הדין יהא מונח ולא כל דאלים גבר בזה אפי' כשאין ודאי רמאי אם אין החלוקה יכולה להיות אמת אמרינן יהא מונח.

דהיינו שיש לעיין במה שצריך חלוקה יכולה אמת ושניהם מוחזקים כדי לעשות יחלוקו אם הם תנאים בדין יחלוקו שבלי זה ליכא חלוקה או שגם בלי זה שייך שיהיה הדין יחלוקו אלא שבזה עדיף לעשות כל דאלים גבר מיחלוקו. ולצד זה כשא"א לעשות כדא"ג כגון בטענת שמא יהיה הדין יחלוקו גם כשאין החלוקה יכולה להיות אמת. עיין באבן האזל בפ"ט מטו"נ ה"ז שמסתפק בזה. וברע"א כאן נראה שמבואר שאם א"א לעשות כדא"ג חולקין אפי' שאין החלוקה אמת.

אך כל זה ניחא לבאר את דברי הש"ך בס' שס"ה דאירי בגול אחד משנים דאינם מוחזקין. בזה כשלא חולקין יהיה הדין כדא"ג ובשמא שא"א לעשות כדא"ג חוזרים לחלוקה אף שאינם יכול להיות אמת. אבל הש"ך בס' ש' איירי במנה שלישי שנחשב שנים אוחזין ובזה כשא"א לחלוק יהיה הדין יהא מונח ולא כדא"ג, ויהא מונח עושים גם בשמא, וא"כ כשאין החלוקה יכולה להיות אמת יהיה הדין יהא מונח כמבואר בלשוננו של רע"א הנ"ל. וא"כ מדברי הש"ך בס' ש' מוכח לכאורה כהבנת הקצות בש"ך. אמנם זה אינו שהש"ך בס' ש' קאי על ב' כריכות ולדברי הקה"י שהובא לעיל בזה אין שניהם מוחזקין, א"כ דברי רע"א מבארים גם את דברי הש"ך בס' ש'. וצריך לעיין עוד בכל זה.

מדינא והחנוני נוטל מתקנ"ח. בעה"מ מונה את חנוני על פנקסו בכלל הנוטלים מעיקר הדין ולכן פסק שאם החנוני חשוד ואינו יכול לישבע הוא נוטל בלי שבועה. הרמב"ן חולק וס"ל שאם החנוני חשוד אינו נוטל מפני שמדינא אינו נוטל אפי' עם שבועה וכל הנטילה של החנוני הוא תקנ"ח שיטול מכח השבועה ואם אינו יכול לישבע אין סיבה שיטול. ובזה תלוי מחלוקת השו"ע והרמ"א בס' צ"א סע' ב' אם החנוני צריך שבועה רק כשיש הכחשת הפועלים או גם כשאין הכחשת פועלים. שלגבי הפועלים כו"ע מודו שהם צריכים שבועה רק כשהחנוני מכחיש אבל אם אין החנוני נמצא בפניו ואינו מכחיש הפועלים נוטלים בלי שבועה. וזה מפני שמן התורה הפועלים נוטלים בלי שבועה והשבועה הוא תקנ"ח. וכשאין הכחשת החנוני לא תקנו שבועה ונוטלים הפועלים בלי שבועה כעיקר דינם. ולגבי החנוני פוסק המחבר שגם הוא נוטל בלי שבועה כשאין הכחשת פועלים. וזה משום דס"ל כשיטת בעה"מ שמדינא החנוני נוטל בלי שבועה. והרמ"א כתב שי"א דחנוני צריך שבועה אפי' כשאין הכחשת הפועלים דס"ל כרמב"ן שהחנוני אינו נוטל מעיקר הדין.

צריך להבין סברת בעה"מ אמאי נוטל החנוני מדינא. בשלמא פועלים נוטלים מעיקר הדין משום דהוי איני יודע אם פרעתין, שבעה"ב בודאי נתחייב לפועלים וספק אם פרע להם ע"י החנוני. [העירוני שגם לגבי הפועלים יש לעיין דאיני יודע אם פרעתין הוא צירוף של חזקת חיוב וברי ושמא, ושיטת התורה"ד שמוכח במל"מ בפ"ד משאלה ה"א הוא דבעינן ברי טוב ושמא גרוע, והכא הברי הוא גרוע שיודע הפועל שאין בעה"ב יודע אם החנוני שילם או לא, והשמא הוא טוב דלא הוי ליה למידע אם החנוני שילם או לא]. אבל לגבי החנוני זה איני יודע אם נתחייבתי ולמה חייב מדינא.

ויש לבאר שיטת בעה"מ ע"פ דברי הר"ן בשבועות ריש פרק כל הנשבעין. שהר"ן מקשה אמאי לא נזכר בכלל הנשבעין ונוטלין הדין של המוציא הוצאות על נכסי אשתו שנשבע כמה הוציא ונוטל. וכתב הר"ן שהמשנה מונה רק את הנשבעין ונוטלין שאינם נוטלים מדינא משא"כ המוציא הוצאות על נכסי אשתו מדינא נוטל בלי שבועה ומה שנשבע אינו אלא תקנ"ח. ומה שמדינא הוא נאמן ליטול בלי שבועה מבאר הר"ן כיון שהוא ברי והיא שמא, ואף דבעלמא קי"ל בו"ש לאו ברי עדיף שאני הכא שהוציא ברשות. דהיינו כיון שיש לו רשות להוציא הוצאות ועשה מה שמוטל עליו לעשות הוא נכנס על דעת שיהיה נאמן לומר כמה הוציא וחיובה של האשה היא על כל מה שיאמר הבעל שהוציא שהרי היא סמכא עליו וע"כ היא צריכה להאמין לו. ובהמשך הפרק על המשנה של חנוני על פנקסו [דף ל. מדפי הרי"ף] מבאר הר"ן שמה שחנוני נוטל מבעה"ב הוא מפני שהחנוני הוא ברי ובעה"ב הוא שמא, וכיון שהוציא ברשות סומכים על ברי ידיה כדין המוציא הוצאות על נכסי אשתו. ודברי הר"ן צ"ב שבתחילת הפרק כתב שלא נזכר המוציא הוצאות על נכסי אשתו מפני שנוטל מדינא, ומוכח דס"ל שנטילת החנוני שכן נזכר במשנה אינו מדינא, ואח"כ כתב שמה שהחנוני נוטל הוא מאותו הטעם שהמוציא הוצאות על נכסי אשתו נוטל, וא"כ כמו שבעל נוטל מדינא לכאורה גם החנוני נוטל מדינא. וצ"ע. עכ"פ בדעת בעה"מ דס"ל שנטילת החנוני הוא מדינא יש לבאר ע"פ דברי הר"ן דס"ל דכיון שהוציא ברשות ואיכא ברי ושמא הוא נוטל מדינא כדין המוציא הוצאות על נכסי אשתו, דכיון שיש לו רשות להוציא ע"כ המניה בעה"ב כל זמן שהחנוני ברי ובעה"ב שמא.

הש"ך בס' צ"א סק"ב מבאר את שיטת בעה"מ באופן אחר שחזקה שלוח עושה שליחותו מסייעת לברי ושמא וביחד מוציאים ממון. ועוד כתב הש"ך דמה דקי"ל לאו ברי

עדיף היינו משום דלא מהני בו"ש להוציא ממון מחזקתו אבל הכא שבודאי חייב לאחד מהם, או לחנוני או לפועלים, לית ליה חזקת ממון ובכה"ג מוציאים מכח ברי ושמא. ויש לעיין בדברי הש"ך מלשון הגמ' כאן שמבואר שנטילת החנוני הוא משום שטוען החנוני אגא שליחותא דידך קא עבדינא וכו' את האמנתיה דלא אמרת לי בסהדי הב ליה. ולא נזכר בגמ' רמז לאחד מסברותיו של הש"ך. ובשלמא מה שכתבנו ע"פ דברי הר"ן שפיר נכנס בלשון הגמ' שליחותא עבידנא היינו כיון שהוציא ברשות בעה"ב סמך על החנוני דלא אמר ליה הב ליה בסהדי, אבל אם כדברי הש"ך העיקר חסר מן הספר.

אמנם הביאור הוא פשוט ולא קשה כלל על הש"ך דכדי לחייב את בעה"ב לשלם לחנוני בעינן תרתי. א. צריך הוכחה שהחנוני שילם לפועלים. ב. אפי' אם שילם החנוני לפועלים אם הוא פשע בזה ששילם שלא בעדים ונגרם על ידו שבעה"ב צריך לחזור ולשלם לפועלים הוא חייב לשלם נזקו של בעה"ב וזה יפטור את בעה"ב משלם לחנוני כמבואר בכתובות פ"ה. במעשה דאבימי. ולפי מה שנתבאר ע"פ הר"ן כלול בלשון הגמ' גם הסבר למה אין החנוני פושע שלא היה מוטל עליו לשלם בעדים כיון שבעה"ב סמך על הפועלים, וגם הסבר למה נאמן החנוני לומר ששילם לפועלים דכיון שהיה לו רשות להוציא בעה"ב המניה כמו במוציא הוצאות על נכסי אשתו. ולדעת הש"ך כל דברי הגמ' נאמרו לבאר אמאי אין החנוני פושע בזה שלא שילם בעדים ולא מבואר בגמ' מה טעם הנאמנות של החנוני לומר ששילם לפועלים. וע"ז כתב הש"ך שהוא נאמן מכח ברי ושמא וחזקה שליח עושה שליחותו או שאין לו דין מוחזק כיון שממ"נ הוא חייב לאחד מהם ובזה ברי ושמא ברי עדיף. וגם אחרי דברי הש"ך צריך להגיע לדברי הגמ' כדי לבאר אמאי אין החנוני פושע בזה שלא שילם בעדים.

הרמב"ן שחולק וסובר שאין נטילת החנוני מדינא אלא תקנ"ח המעיין בדבריו יראה דפליג מתרי טעמי. א. ס"ל שמדינא אין החנוני נאמן לומר ששילם לפועלים ולית ליה סברת הר"ן דהיכא שהוציא ברשות סומכים על ברי ידידה, וכן לית ליה סברות הש"ך. ב. גם מה שמבואר בגמ' שאינו פושע סובר הרמב"ן דלאו דינא הוא אלא טעמא דתקנתא ומדינא זה נחשב פשיעה אף שלא אמר בעה"ב הב ליה בסהדי שהיה צריך להבין מעצמו שצריך לפרוע בעדים דלתקוני שדרתיך. וא"כ אפי' על הצד ששילם לא מגיע לו מבעה"ב כיון שפשע בזה שלא שילם בעדים. ועיין בש"ך ס' צ"ב סוף סקי"ד שמביא ראיה שאין זה פשיעה ומקשה על הרמב"ן, ועיין מש"כ בזה הקצות בס' צ"א סק"ו.

מה שכתב הש"ך בביאור דברי בעה"מ דכיון שממ"נ הוא חייב לאחד מהם לית ליה חזקת ממון ומהני בו"ש להוציא ממנו סברא זו היא לכאורה מחלוקת תנאים לקמן ל"ז. בגזל אחד מחמישה ואינו יודע ממי גזל דר"ע ס"ל שמשלם לכולם ור"ט ס"ל מניה גזילה ביניהם ומסתלק. וכתבו התוס' שם ד"ה גזל דלא קשה אמאי מחייב ר"ע הרי בו"ש לאו ברי עדיף דשאני הכא דממ"נ חייב לאחד מהם. וכתבנו בפרק המפקיד בס"ד דמבואר בראשונים בשיטמ"ק שם דכיון שבודאי חייב לאחד מהם דמי לאיני יודע אם פרעתיך. וזה סברת הש"ך בביאור דברי בעה"מ. ולפי מה שהובא שם שהרמב"ן חולק וס"ל שאין לחייב מכח איני יודע אם פרעתיך, דכל אחד הוא נידון בפני עצמו וכלפי כ"א זה איני יודע אם נתחייבתי ומה שר"ע מחייב הוא קנס, א"כ הרמב"ן כאן שחולק על בעה"מ ולית ליה סברת הש"ך הוא לשיטתו שחולק שם על התוס'. אמנם יש לחלק בין נידון דהכא להיכא דגזל אחד מה' דהתם הוא בודאי חייב לאחד מהם וכולם שקולים ומאי אולמא האי מהאי משא"כ כאן כלפי הפועלים הוא חייב מכח איני יודע אם פרעתיך

וא"כ נשאר החיוב לחנוני ספק חיוב. ועוד העירוני דהתם איכא מעשה אחד שגורם חיוב ודאי וספק למי הוא חייב. בזה יש צד לחייב לכ"א מספק כיון שיש חיוב ודאי לאחד מהם, משא"כ כאן החיוב לפועלים הוא מפני מלאכה שעשו, והחיוב לחנוני הוא מפני שעשה שליחותו. וכ"א הוא ענין בפנ"ע ומנין לש"ך שגם בזה אמרינן דכיון שבודאי חייב לאחד יש לזה דין כאיני יודע אם פרעתיך.

בביאור עיקר תירוץ הגמ' אמאי לא אמרינן יהא מונח בחנוני על פנקסו עיין בריטב"א שמבאר דיהא מונח היה שייך אילו בעה"ב היה חייב רק פעם אחת ויש דו"ד בין החנוני והפועלים למי שייך התשלום. אבל הכא כ"א מהם יש לו תביעה על בעה"ב ואין שום דין ודברים בין החנוני והפועלים. וכלפי בעה"ב יש לכ"א מהם סיבה לחייב את בעה"ב. ומה שכתב הריטב"א שבעה"ב חייב לכ"א מהם משום דהוי איני יודע אם פרעתיך לכאורה אינו מובן שרק כלפי הפועלים זה איני יודע אם פרעתיך משא"כ לגבי החנוני זה איני יודע אם נתחייבתי. והביאור בריטב"א הוא כמש"כ הש"ך הנ"ל בדעת בעה"מ דכיון שבודאי חייב לאחד מהם זה נחשב כאיני יודע אם פרעתיך.

אע"ג דמשתבע לא מהימן לוי. עיין שיטמ"ק בשם מהר"י כ"ץ שמקשה שסברא זו שנויה במחלוקת בסוגיא דשומר שמסר לשומר דרבא ס"ל לקמן ל"ו: שחייב משום שאת מהימנת לי בשבועה היאך לא מהימן לי בשבועה. ואביי שם לא ס"ל כן ואיך אביי יפרש את הדין של חנוני על פנקסו. ויש לישב קושיתו ע"פ מה שכתב הקצה"ח בס' רצ"א סק"ט בשם החכם צבי. שלגבי שומר שמסר לשומר מבורר בהמפקיד שאם דרך הבעלים למסור לשומר השני אין טענה של את מהימנת לי בשבועה. וכתב החכ"צ שלגבי חנוני על פנקסו אף שהחנוני רגיל להפקיד אצל פועלים אלו לא מהני שבועתם לפטור את בעה"ב

מלשלם לחנוני. דבשומר שמסר לשומר גם השומר השני הוא בעל דינו של המפקיד לכן כשרגיל למסור לו מהני שבועתו. משא"כ בפועלים אין הם בעלי דברים כלל בדין ודברים שבין בעה"ב והחנוני וכשם שלא מהני שבועתו של אדם מן השוק שאינו שייך לנידון זה כלל אף שהתובע רגיל להפקיד אצלו כך לא מהני שבועת הפועלים בנידון שבין בעה"ב והחנוני אפי' שהחנוני רגיל להפקיד אצל פועלים אלו. ולדברי החכ"צ לא קשיא קושית המהר"י כ"ץ כלל שאפי' מי שחולק על הסברא של את מהימנת לי בשבועה בשומר שמסר לשומר היינו דוקא שם שהשני הוא בעל דבר משא"כ כאן שאין הפועלים בעלי דברים בנידון שבין החנוני לבעה"ב כו"ע מודו דלא מהני שבועת הפועל לפטור את בעה"ב מחיובו לחנוני.

ותנא תונא שנים אוחזין בטלית. ראית הגמ' ממתני' לר"ח קמייטא משום דבמתני' איכא אנן סהדי דמאי דתפס האי ידיה יש לבאר בב' אופנים ותלוי במחלוקת ראשונים. הרמב"ם בפ"ד מגזילה ה"ז מביא יש מפרשים דס"ל שהתובע את חברו שחטף ממנו מנה, ובנ' איכא כפירה גמורה, ובנ' יש ע"א שחטף והוא טוען אין חטפי ודידי חטפי, דהיינו שהוא כופר את כל המנה ועל נ' הוא מתחייב מדין נסכא דר"א יש לזה דין מודה במקצת וחייב שבועה על השאר מדין ר"ח קמייטא. דס"ל שמה שמתחייב מכח הדין של מתוך שאינו יכול לישבע משלם נחשב כעדות על חיוב והוי כמנה לי בידך והוא כופר הכל ואיכא ב' עדים על נ' דחייב שבועה. הרמב"ם חולק וס"ל שאין חיוב שבועה באופן זה כיון שאין הודאה ולא עדות גמורה על חמישים.

ביאור המחלוקת לפי מה שיוצא מדברי הש"ך בס' ע"ה סק"ט הוא שהי"מ ס"ל דכל שיש פסק דין שחייב חלק מן התביעה, בין אם הפסק הוא ע"י שנתברר לב"ד שהוא באמת חייב בין אם הוא חייב בגלל הלכה של מתוך

נמצא שמה שמבואר כאן דבמתני' איכא אנן סהדי שיש לכ"א חצי וזה גורם שבועה על השאר תלוי אם החלוקה היא ודאית או לא. וזה תלוי במחלוקת הרמב"ם והי"מ שהי"מ ס"ל שהחלוקה היא מספק א"כ אין כאן עדות לבירור האמת, והאנן סהדי שנזכר כאן אינו מה שגורם את החלוקה אלא הוא תוצאה מהדין יחלוקו. ומכאן למדו הראשונים האלו שגם כשאין בירור האמת עצם הפסק דין נחשב כאנן סהדי לחייב שבועה על השאר. והרמב"ם ס"ל דליכא ראיא מכאן דהכא איכא עדות ממש מכח חזקה מה שתחת יד אדם שלו, וס"ל שהחלוקה היא ודאית, וס"ל שחזקה זו היא כעדים ממש, אבל היכא דאיכא פסק דין בלי בירור האמת כגון חלוקה מספק או הוצאת ממון מכח דין מתוך אין זה נחשב כעדות לחייב שבועה על השאר. דהיינו שלי"מ היחלוקו גורם את האנן סהדי, ולרמב"ם האנן סהדי גורם את היחלוקו.

אך א"כ יהיה מוכח דשיטת הרמב"ם שהחלוקה בשנים אוחזין בטלית היא ודאית ולעיל כתבנו מכח הא דפליג הרמב"ם על התוס' לקמן ז. ד"ה מחוי שהרמב"ם סובר שכ"א מוחזק בכל וא"כ החלוקה אינה אלא מספק. ולפי מה שמבואר בש"ך כאן א"א לומר כן דמוכח הכא שהרמב"ם ס"ל שהחלוקה היא ודאית. אמנם הקצה"ח בסק"א חולק על הש"ך וס"ל שגם הרמב"ם מפרש את הגמ' כאן כדברי הי"מ דעצם הפס"ד נחשב כעדות אפי' שלא ידוע האמת, אלא שהרמב"ם ס"ל שכל זה לפני שהגמ' דוחה כי היכי דאיכא אנן סהדי להאי איכא אנן סהדי להאי, אבל למסקנא אין לחייב מכח פסק דין דכמו שיש פס"ד לחיוב על חצי יש גם פס"ד לפטור על החצי השני. ולמסקנא סובר הרמב"ם שאין לחייב שבועה על השאר מכח פס"ד אלא רק מכח בירור ודאי על חיוב של חמישים. הנתיבות כתב על דרך הש"ך ומוסיף שיש נ"מ בין פסק שבא מכח בירור לפסק שאינו מכח בירור. ועיין מש"כ בזה

שאינו יכול לישבע משלם, עצם הפסק על חיוב הוי כדיעה ודאית לב"ד שהוא חייב נ' וזה מספיק לחייב שבועה על השאר מדר"ח קמיתא, דאין לך עדים גדול מידעת ב"ד שעל פי דין הוא חייב חיוב ודאי. ולא בעינן דוקא ידיעת האמת שיש חיוב כלפי שמיא אלא סגי במה שידוע שע"פ דין ב"ד צריכים לחייבו. והרמב"ם ס"ל דרק כשיש פסק מכח שנתברר לב"ד שהוא באמת חייב זה נחשב כעדים אבל כשלא נתברר האמת אלא שמחייבים בגלל דין של מתוך שאינו יכול לישבע משלם אין זה נחשב כעדים. [הקה"י מבאר דברי הי"מ באופן אחר דכיון שיש ע"א שמחייב ואינו יכול לישבע כנגדו העד נאמן כשנים על חיוב וא"כ זה פסק ע"פ עדות ברורה על חיוב, ואין ראיא מדברי הי"מ שכל פס"ד נחשב כעדות].

הש"ך מקשה על הרמב"ם למה במתני' דשנים אוחזין היה צד לומר שחיוב השבועה הוא מדר"ח קמיתא הרי אין בירור שבאמת חצי שלו אלא שיש פסק ב"ד שכ"א מקבל חצי ולרמב"ם פסק דין אינו נחשב כעדות לחייב שבועה על השאר. ותי' הש"ך דבמתני' כ"א זוכה בחצי מכח אנן סהדי דמאי דתפיס האי ידיה ומאי דתפיס האי ידיה דהיינו שיש לכ"א על חצי חזקה מה שתחת ידו שלו זה נחשב כבירור האמת שזה שלו ובוזה מודה הרמב"ם שנחשב כעדים לחייב שבועה על השאר. ודברי הש"ך מובנים רק אי אמרינן שהחלוקה בשנים אוחזין בטלית היא חלוקה ודאית מכח חזקה שמה שתחת ידו שלו. אבל הסוברים שאין החלוקה חלוקה ודאית ע"כ אינם מפרשים שהחלוקה היא מכח חזקה מה שתחת יד אדם שלו. ולדידהו מה שמבואר כאן שבמשנה איכא אנן סהדי דמאי דתפיס האי ידיה אין האנן סהדי מה שגורם את החלוקה אלא הוא תוצאה מהחלוקה. דאף שאין לנו בירור למי שייך הטלית מ"מ כיון שמספק הדין שכ"א מקבל חצי א"כ למעשה הדין הוא כך והפסק דין יוצר את האנן סהדי.

הקצות במשובב שם. ויש לעיין לדברי הש"ך והנתיבות דהק"ו של ר"ח הוא מהודאת פיו להעדאת עדים, ואיך אפשר ללמוד מזה שאר בירורים שאינם כעדים ופיו. ובשלמא לקצות כל פסק דין חשיב כעדות ודאית שהרי אנו רואים את החיוב ואין לך עדות גדולה מזו, אבל לש"ך והנתיבות צ"ע. [עיין בביאור הגר"א ס' ע"ה סקט"ו].

הר"ן בשבועות סוף פרק שבועת הדיינים כתב שהתובע מנה הלואה והלוה טוען על נ' לא לויתי ונ' לויתי ואיני יודע אם פרעתי חייב הלוה לשלם נ' כדין איני יודע אם פרעתיך, וכיון שנתחייב נ' הוא חייב שבועה דאורייתא על השאר מדר"ח קמיתא. וכתב הקצות הנ"ל שזה כשיטת הי"מ שהובא ברמב"ם שאף שאין בירור שחייב נ' כיון שיש פס"ד שחייב נ' זה נחשב כעדים לחייב שבועה על השאר. ולדברי הנתיבות יש לחלק בין מתוך שאינו בירור לבין איני יודע אם פרעתיך שהחיוב הוא מכח חזקת חיוב שמכריע שהוא עדיין חייב. וא"כ גם הרמב"ם שחולק לגבי מתוך יכול להודות לדברי הר"ן. [ע"ע בר"ן שם לענין נ' הלואה ונ' חבלה שעל חלק החבלה התובע נשבע ונוטל, שאחר שנשבע התובע ליטול הנתבע נשבע על השאר מדין ר"ח קמיתא]. ועיין מה שכתבנו עוד בדברי הקצות בס' ע"ה סק"ב בשבועות מ:.

הרשב"א כאן מקשה איך ס"ד הכא דשבועה דמתני' היא שבועה דאורייתא מדין ר"ח קמיתא הא כל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין והכא הוא נשבע ונוטל. ועיין מה שכתבנו בזה בס"ד לעיל בריש פרקין.

מפני מה אמרה תורה. שאלתו של רבה היא אמאי מודה במקצת נשבע הרי אית ליה מגו אי בעי כפר הכל. הר"ן בשבועות מ"ה: מקשה מכאן על הר"י מגש דאית ליה מגו לאפטורי משבועה לא אמרינן. ואף שרש"י

פירש שאלתו של רבה אמאי נשבע הרי הוא משיב אבידה ע"כ אין כונת רש"י למה שכתב לקמן ד: דתנן בגיטין המוצא מציאה לא ישבע מפני תיקון העולם דשאלתו של רבה היא מפני מה אמרה תורה דהיינו ששואל על הדאורייתא ולא מכח תקנ"ח, ובהכרח שכונת רש"י כאן הוא למגו, וקשיא מזה על הר"י מגש. ועוד קשה אם כאן מודה רש"י ששאלת הגמ' מכח מגו אמאי פירש לקמן שפטור מכח תקנת חכמים שפטרו את המוצא מציאה ולא פירש מכח מגו כדהכא.

התומים בכללי מגו אות קי"ג בכלל של מגו לאפטורי משבועה כתב שגם הר"י מגש מודה שאילו היה מגו בכל מודה במקצת התורה לא היתה מחייבת שבועה דסגי בבירור של מגו. וזה שאלתו של רבה מפני מה אמרה תורה אמאי חייבה תורה שבועה לכל מודה במקצת הרי תמיד יש לו מגו אי בעי כפר הכל. ומה דסבר הר"י מגש דלא מהני מגו לפטור משבועה הוא אחרי תירוצו של רבה דליכא מגו בכל מודה במקצת משום דהוי מגו דהעזה א"כ אפי' אם יודמן אופן שאין זה העזה ויהיה לו מגו כגון בבנו שמעיו לא מהני מגו לפטור מחיוב שבועה דאחרי שהתורה חייבה שבועה בעינן דוקא שבועה ולא בירור אחר. ולכן רש"י פירש לקמן ד: שבאופן שמעיו הפטור הוא משום תקנ"ח ולא משום מגו דס"ל כשיטת הר"י מגש שאחרי חיוב התורה לא מהני מגו לאפטורי, אבל הכא שהשאלה היא שבכל גווני איכא מגו מודה רש"י והר"י מגש שהשאלה היא מכח מגו, ומיושב קושית הר"ן על הר"י מגש. ומה"ט פירש"י בכתובות י"ח. ובעוד מקומות הא דבבנו מעיו שפטור מתקנ"ח ולא פירש כתוס' שהפטור משום מגו, דרק כאן בדברי רבה סובר רש"י שהשאלה היא משום מגו כמש"כ התומים.

ואכתי קשה דאחד מראיותיו של הר"י מגש שלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה הוא

מקשה הביה"ל אם יש שבועה בכופר הכל מה יועיל הע"א הרי יכול לשלם ולחזור ולתבוע והנתבע יהיה חייב שבועה ככל כופר הכל וכיון שאינו יודע יתחייב לשלם מדין מתוך. גם רע"א עמד בשאלה זו וע"ש מה שכתב בזה. ולכאורה יש לישב קושייתם דשיטת התוס' היא שעד המסייע פוטר משבועה וא"כ כשיחזור ויתבע העד יפטור את הנתבע משבועה. אך זה תלוי במחלוקת הרמב"ן והרא"ש שהובא לעיל אם עד המסייע פוטר כשהנתבע טוען איני יודע ודינו לשלם.

הקונה"ס בכלל ה' אות א' מביא בשם הש"ך דתפיסה בפלוגתא דרבנותא חשיב כתפיסה בטענת ברי דהוי כברי ע"י אחר. ומביא הש"ך שמצאנו כעין זה בשבועת ע"א שמחייב שבועה אפי' שהתובע טוען שמא משום שנחשב כטענת ברי ע"י העד. ואף שמסקנת הגמ' בב"ב קל"ה שברי ע"י אחר לא נחשב ברי היינו דוקא לענין ברי ושמא, אבל לענין חיוב שבועה שפיר חשיב ברי ע"י אחר כטענת ברי. וכן לענין תפיסה זה נחשב כתפיסה בטענת ברי. מדברי התוס' כאן מוכח שמה שע"א מחייב שבועה בטענת שמא הוא משום דשבועת ע"א לא צריכה טענת ברי ולא משום שנחשב כברי ע"י העד, דאי אמרינן שגם שבועת ע"א צריך טענת ברי וע"י העד זה נחשב כברי ע"י אחר א"כ מה כתבו התוס' שגם אם כופר הכל חייב שבועה צריך שבועת ע"א כדי לחייב שבועה כשהתובע שמא הרי גם בלי שבועת ע"א יתחייב שבועה כשיש ע"א דע"י העד התובע נחשב כטוען ברי. אמנם בל"ה מקשה הבית הלוי באות ב' על דברי התוס' דרבה שאמר כאן מפני מה אמרה תורה ס"ל בב"ב שברי ע"י אחר נחשב ברי, ולשיטתו בודאי שגם בלי שבועת ע"א העד יחייב שבועה מדין כופר הכל כיון דהוי ברי ע"י אחר. ולפי מה שתירץ הביה"ל שם יתישב גם שלא יקשה מכאן על הש"ך ע"ש.

מהא דמודה במקצת נשבע ואינו נפטר מהשבועה במגו אי בעי כפר הכל. ואינו מובן דזה שאלתו של רבה, ורבה תי' דהוי מגו דהעזה. ואמנם מדברי רבה אין סתירה לדברי הר"י מגש כנ"ל מ"מ איך מביא הר"י מגש ראייה לדבריו מכאן הרי רבה תי' באופן אחר. עיין מה שכתב בזה הבית הלוי בח"ג ס' ל"ז סוף אות ג'. ויש לבאר דברי הר"י מגש שהרא"ש בפ"ז דשבועות ס' ג' מקשה על הר"י מגש מסברא למה גרע שבועה מממון ואם מהני מגו לפטור מממון למה לא יפטור משבועה. ונראה דלאפוקי מזה מביא הר"י מגש ראייה ממודה במקצת דאמר רבה מפני מה אמרה תורה מודה במקצת ישבע הרי יש לו מגו אי בעי כפר הכל, ותי' רבה דהוי מגו דהעזה. ורוב הראשונים ס"ל שבממון מהני גם מגו דהעזה ורק לאפטורי משבועה לא אמרינן מגו דהעזה. ויקשה ע"ז קושיית הרא"ש מ"ש ממון משבועה ואם מגו דהעזה מהני בממון למה לא יועיל לפטור משבועה. וזה שהביא הר"י מגש דחזינן מדברי רבה שלא כל מגו שמועיל בממון מועיל בשבועה א"כ יש מקום לומר שאחרי תירוצו של רבה במקום שהתורה חייבה שבועה לא מהני מגו אפי' שאינה העזה לאפטורי משבועה ורק לפטור מממון מהני מגו. דהיינו שאין כונת הר"י מגש להוכיח מזה את עיקר דינו אלא להוכיח שאין לדמות מגו לאפטורי משבועה למגו לאפטורי מממון. ולדעת החולקים דס"ל דמגו לאפטורי משבועה אמרינן מה שמגו דהעזה לא מהני לאפטורי משבועה אף שמועיל בממון עיין מה שכתבנו בס"ד בב"ב נ"ב:.

תוד"ה מפני מה. עיין בבית הלוי ח"ג ס' ל"ז אות א' וב' מש"כ בדברי התוס'. ועל מה שכתבו התוס' דאין לומר שמקור שכופר הכל פטור משבועה הוא מדאצטריך קרא לשבועת ע"א ות"ל שגם בלי העד איכא חיוב שבועה בכופר הכל דנ"מ היכא שהתובע הוא שמא שאין לחייב מדין כופר הכל והעד מחייב,

דף ג:

אשתמוטי הוא דקא משתמט.

המהר"ם שי"ף בגיטין נ"א: מסתפק במי שמודה בחיוב ממון וכופר זמן הפרעון אם נחשב כפירת ממון לחייב שבועה או לא. וכתב דיש לפשוט ספק זה מדברי רבה שאמר שמחייבים שבועה משום שתולים באשתמוטי קא משתמט. דהיינו שעל הצד שכונתו בכפירתו לכפור לגמרי לא היו משביעים אותו, לרש"י משום דחשוד אממונא ולתוס' משום שגם זה העזה וא"כ אין זה מגו דהעזה. וכל מה שמחייבים שבועה הוא רק משום שתולים שאינו מתכוין לכפור לגמרי אלא רק אשתמוטי קא משתמט, דהיינו שרק דוחה את זמן הפרעון. ומוכח שגם דחיית זמן הפרעון נחשב כפירת ממון לחייב שבועה. שעל הצד שכונתו לכפור לגמרי א"א לחייב. דין זה שמסתפק בו המהר"ם שי"ף הוא מפורש ברמב"ם בפ"ג ממלוה ה"ו ונפסק בשו"ע ס' ע"ג שהכופר זמן פרעון ויש ע"א כנגדו חייב שבועה, והמ"מ כתב שלא מצא דין זה מבואר בגמ'. וכתב הקצות בס' ע"ג סק"ב שהמקור הוא מכאן דליכא שבועה במודה במקצת אלא רק משום שתולים באשתמוטי קא משתמט ומוכח שגם כפירה לזמן נחשב כפירת ממון. וזה כדברי המהר"ם שי"ף. אך מביא הקצות שהריטב"א כתב דחיישינן שאחר שכפר כדי להשתמט ויצא מב"ד זכאי שוב לא ישלם כלל. וכ"כ התוס' הרא"ש בגיטין נ"א: ולדבריהם אין מקור מכאן לדברי הרמב"ם.

אמנם לולא דברי המהר"ם שי"ף והקצות

היה נראה דבל"ה ליכא כלל מקור לדברי הרמב"ם מכאן. שהרמב"ם מיירי כשמודה בעיקר החיוב ואינו כופר אלא את זמן הפרעון. משא"כ הכא איכא כפירה גמורה שהוא טוען בב"ד שאינו חייב כלל וע"פ טענה זו ב"ד פוטרם אותו, אלא שדעתו לחזור מזה אח"כ ולהשיב את הגזילה אשר גזל ע"י כפירתו

הראשונה. כונה זו מועילה רק שלא יחשב חשוד אממונא אבל אין זה מגרע את כפירת הממון ואיכא כפירה גמורה. ולכאורה פשוט שאין מכאן ראייה לדברי הרמב"ם כלל.

תוד"ה בכוליה. ב' דרכים נאמרו בישוב

שיטת רש"י. א. כמה ראשונים כתבו שלרש"י רבה קאי בשיטת אביי דס"ל בדף ו. חשוד אממונא חשוד אשבועתא. ב. רש"י ס"ל כתי' שהתוס' דחו שמדאורייתא חשוד אממונא חשוד אשבועתא, ומה דקי"ל שחשוד אממונא אינו חשוד אשבועתא היינו מדרבנן לפי שראו שהיתה שבועה חמורה עליהם [או כלשון התוס' בכתובות י"ח: שבוה"ז נעשה קיל להו איסור גזל] לכן עכשיו מי שחשוד אממונא אינו חשוד אשבועתא. התוס' הקשו על זה משבועה שלא שלחתי בה יד דנשבעין מן התורה ולא אמרינן דכיון שהוא חשוד אממונא הוא חשוד אשבועתא. מה שהקשו התוס' דוקא משבועה שלא שלחתי בה יד ולא משאר שבועות הוא משום דלגבי שבועה שלא פשעתי או שאינה ברשותי איכא למימר אשתמוטי קא משתמט, משא"כ שלא שלחתי בה יד עצם השליחות יד הוא מעשה גזילה ולא שייך לומר בזה אשתמוטי קא משתמט. וכתב הפנ"י שלרש"י י"ל דמה שחשוד אממונא חשוד אשבועתא היינו דוקא כשבאותו רגע שנשבע חושדים בו שגונב ממון א"כ אין תועלת מן השבועה שעל הצד שהוא גונב ע"י השבועה הוא גם ישבע לשקר. אבל כשמשיביעים אותו שלא שלח בה יד חוששים שלפני כן שלח יד ואעפ"כ יש תועלת מן השבועה דשמא עכשיו חזר בו מרשעתו ולא ישבע לשקר. גם רע"א מזכיר סברא זו בתוך דבריו ע"ש.

על דרך זה כתב הקצה"ח בס' צ"ב סק"א

לבאר הא דפרש"י לקמן ו. שראית הגמ' שלא אמרינן מגו דחשוד אממונא חשוד אשבועתא משלש שבועות משביעים אותו הוא משבועה שאינה ברשותו ולא משבועה שלא שלח בה יד.

הוכחה נגד העד אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם.

לכאורה נראה שנחלקו בזה רש"י ותוס' והרמב"ן דלרש"י ותוס' הק"ו של ר"ח בא לאפוקי שלא נימא מגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא. ומקשה הרמב"ן שיוצא שרש"י הק"ו שהוא סברא להחמיר מקילים על הנשבע דבלי הק"ו היה מחויב שבועה והיה הדין שכנגדו נשבע ונוטל וע"י הק"ו הוא נשבע ונפטר. ובדעת רש"י ותוס' י"ל ע"פ סברת רע"א דהיכא שאינו נשבע מחמת חשוד אממונא חשוד אשבועתא אין הוא מחויב שבועה ואינו יכול לישבע אלא שאינו זקוק לשבועה והוי כנשבע כיון שאותו בירור שיהיה ע"י השבועה יש גם בלי השבועה דמסתמא לא יגנוב. וע"י הק"ו ילפינן חומרא שהוא חייב שבועה ולא סמכינן על מה שבודאי לא יגנוב. והעירוני דיסוד זה דחשוד אממונא הוי כנשבע בל"ה מוכח מדברי התוס' דאי נימא כדברי הרמב"ן אין מקום לקושית התוס' מנסכא דר"א שלרמב"ן גם בזמן מתן תורה היה מתוך בנסכא דר"א, ולא רק בטענת ידי חטפי אלא אפי' אם היה טוען לא חטפי היה דינו לשלם לרמב"ן, וא"כ בזה"ז בודאי יהיה מתוך כשטוען ידי חטפי. אלא מוכח דס"ל לתוס' שכשיש סברא של מגו דחשיד אממונא אינו משלם אלא הוי כנשבע.

עוד מקשה הרמב"ן על פירושם של רש"י ותוס' שאם מה שבלי ק"ו לא היה שבועה ע"י העדאת עדים הוא משום דחשוד אממונא מה יועיל בזה ק"ו דאין הק"ו יכול לסלק חסרון זה. וכן מקשה בחידושי הר"ן ע"ש. ועיין בבית הלוי מה שכתב לישב קושיא זו לשיטת רש"י אבל לשיטת תוס' לא תירץ וצ"ע.

תוד"ה אב"ל. כתבו דפירכת הגמ' היא דבהעדאת עדים לא שייך כ"כ משתמט. כונתם דאף שהוכיחו שגם בכופר הכל איכא אשתמוטי משתמט, וכן מוכח מהא דנשבעין שבועת ע"א

ולגבי ראית התוס' מנסכא דר"א רע"א תמה על דבריהם דאמנם בזמן מתן תורה לא היה נשבע כיון שאז מי שהיה חשוד אממונא היה חשוד אשבועתא מ"מ עכשיו שהמציאות השתנתה ומי שחשוד אממונא אינו חשוד אשבועתא חוזר השבועה להיות שבועה דאורייתא ואין סיבה שלא יהיה בזה מתוך ככל שבועה דאורייתא. עיין מה שכתב בזה הבית הלוי בח"ג ס' ל"ז אות ה'.

מגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא. יש לעיין בהאי דינא כשלא משביעים מחמת שחשוד אממונא אם הוא נחשב מחויב שבועה ואינו יכול לישבע כיון שלא יהיה תועלת מהשבועה, דעד כמה שהוא חשוד על הממון הוא גם ישבע לשקר, ויהיה בזה דין של מתוך שאינו יכול לישבע משלם או כנגדו נשבע ונוטל, או דלמא כיון שכל מה שיהיה לנו מהשבועה הוא הוכחה שאומר אמת דמסתמא לא ישבע לשקר יש גם בלי השבועה דמסתמא לא יגנוב ממון חברו, א"כ מה שלא משביעים הוא משום דאין צורך בשבועה וא"כ לא יהיה בזה דין מתוך ולא כנגדו נשבע ונוטל והוי כנשבע.

סברא זו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא היינו דלא בעינן שבועה משום דחומר גזל שקול לחומר שבועת שקר נזכר ברע"א על מה שהקשו התוס' מנסכא דר"א אמאי אמרינן מתוך הרי בזמן מתן תורה לא היו נשבעין ודינו כשבועה דרבנן. וכתב על זה רע"א שגם בזמן מתן תורה היה דין מתוך בנסכא דר"א, דמה שאם היה טוען לא חטפתי לא היה נשבע אינו משום שאינו חייב שבועה ע"ז אלא שגם בלי שבועה איכא בירור נגד העד דמסתמא לא היה גנוב, וזה שקול לראית השבועה. אבל כשטוען ידי חטפי אף שיש הוכחה לטענתו הרי זה כנשבע ידי חטפי דלא מהני לבטל כח העד דבעינן דוקא שבועה שלא חטף, וכיון שאין

הערות

שנים אוחזין דף ג:

וציונים

כט

אף שכופר הכל, מ"מ יש בזה פחות אשתמוטי משתמט מהיכא דמודה במקצת וא"א ללמוד העדאת עדים מהודאת פיו, דכל שיש פחות משתמט השבועה מבררת פחות ואולי בכה"ג התורה לא חייבה שבועה. [אכתי קשה נימא ע"א יוכיח עיין מש"כ בזה המהר"ם שי"ף]. המהרש"א והמהר"ם נחלקו מה התחדש אחרי הק"ו. למהרש"א קמ"ל שגם בזה אשתמוטי משתמט, ולמהר"ם קמ"ל שחשוד אממונא אינו חשוד אשבועתא.

פיו שאין מחייבו קנס. מוכח שחוץ ממה שיש הלכה בקנס שהודאה פוטרת, ואפי' עדים אינם מחייבים אחרי הודאה, יש עוד הלכה שאין נאמנות של הודאת בע"ד בקנס. הקצה"ח בס' א' סק"ו מקשה מכאן על הסוברים שהמודה בקנס בזה"ז שלא נפטר בהודאתו הוא מתחייב בהודאתו ויועיל תפיסת התובע בלי עדים, דס"ל דהיכא שאין ההודאה פוטרת הוא מתחייב ע"פ הודאתו, וכאן מבואר שאין נאמנות לחייב עצמו בקנס.

מה אם ירצה לומר מזיד הייתי. לשון הגמ' משמע שהנאמנות הוא מדין מגו אבל התוס' כתבו דא"א לפרש כן דהוי מגו במקום עדים. ולכאורה נראה דאיכא ג' שיטות בזה בראשונים. התוס' בכריתות י"ב. הקשו דהוי מגו נגד עדים. ועוד דאין מגו לומר שהיה מזיד דלא משווי נפשיה רשיעא כמבואר בקידושין נ. ותירצו התוס' שם שאין זה מגו אלא שמתרצינן דיבוריה שמה שאמר לא אכלתי היינו לא אכלתי שוגג אלא מזיד. ולפ"ז אין הפטור משום מגו כלל ולשון הגמ' לאו דוקא. הרשב"א בקידושין נ. מקשה דמבואר שם שאין מגו דמזיד הייתי ובכריתות משמע דהוי מגו. ות' דשאני ההיא דכריתות שגם מה שאומר לא אכלתי הוא העזה שיש עדים כנגדו, וכיון שכל"ה הוא מעיז היה יכול גם לומר שאכל במזיד ושפיר אית ליה מגו משא"כ בקידושין

אין העזה במה שהוא אומר ולכן לית ליה מגו דמזיד הייתי דהוי כמגו דהעזה. ולדבריו הגמ' בכריתות כפשוטו מדין מגו.

הרשב"א כאן מקשה למה נאמן במגו דמזיד הייתי הרי זה מגו נגד עדים. ות' דמתרצינן דיבוריה. ומבאר הרשב"א שמה שכאן מתרצינן דיבוריה יותר מכל מגו במקום עדים דלא מהני ולא מפרשים את דבריו באופן אחר, דשאני הכא דכתיב או הודע ולא שיודיעוהו אחרים. ודברי הרשב"א כאן לכאורה סותרים את דבריו בקידושין דס"ל שהנאמנות בכריתות הוא משום מגו. אמנם גם ברשב"א כאן בהמשך דבריו מבואר שהנאמנות הוא משום מגו שאחרי שכתב שמתרצינן דיבוריה מקשה הרשב"א א"כ מגו למה לי. ות' דאיכא למימר דכולי האי לא אמרינן שיהא נאמן בלי שום מגו. הרי שסובר הרשב"א שיש כאן צירוף של מתרצינן דיבוריה ומגו. והדברים צ"ב מהו הצירוף בין מגו למתרצינן דיבוריה.

בב"ב ל"ג: פליגי ר"ח עם אב"י ורבא אי אמרינן מה לי לשקר במקום עדים או לא. וכתב שם רע"א דודאי גם ר"ח מודה שלא מהני מגו נגד עדים אלא דס"ל דמתרצינן דיבוריה. וקשה א"כ למה נקט ר"ח מגו הא אין הנאמנות משום מגו אלא שמתרצינן דיבוריה. וכן לא מובן לשונם של אב"י ורבא מה לי לשקר במקום עדים לא אמרינן הרי גם ר"ח מודה לזה אלא דס"ל דמתרצינן דיבוריה, והוי להו למימר שלא מתרצינן דיבוריה. אלא הביאור הוא פשוט שבלי סיבה בודאי לא מתרצינן דיבוריה דלמה לשנות משמעות דבריו. אבל כשיש מגו שהוא סיבה להאמין לו והמגו סותר את הבירור של העדים, סובר ר"ח שאם יש אפשרות לישב דבריו שלא יהיה סתירה בין הבירור של המגו לבירור של העדים, כח המגו אומר שצריך לתרץ דבריו כדי שלא יסתרו את העדים שאם לא יתמצו את דבריו יוצא שאין המגו אמת. אך אם אין אפשרות לישב דבריו בודאי כח העדים

אליהם יותר מכח המגו, אבל כשאפשר לתרץ דבריו הדין מגו אומר לישב דבריו כדי שלא יסתור המגו את העדים. ויסוד המחלוקת של ר"ח ואב"י ורבא אינו אם מתרצינן דיבוריה או לא אלא מהו כוחו של מגו במקום עדים. דאב"י ורבא ס"ל מה לי לשקר במקום עדים לא אמרינן היינו שמגו במקום עדים הוא כמאן דליתא ואין המגו שסותר את העדים סיבה לתרץ דבריו. ור"ח סובר דאף שעדים עדיפי ממגו מ"מ אין המגו כמאן דליתא ואם יש אפשרות לישב שלא יסתור המגו את העדים כח הנאמנות של המגו מחייב לישב דבריו שלא יסתור המגו את העדים.

וזוה הביאור בדברי הרשב"א כאן. דאף דבעלמא קי"ל כאב"י ורבא שהמגו בטל במקום עדים ואינו סיבה לתרץ דבריו הכא שאני דכתיב או הודע וכאן גם אב"י ורבא מודים למה דסבר ר"ח בעלמא שהמגו הוא סיבה לתרץ דבריו כדי שלא יסתור המגו את העדים. אך גם אחרי או הודע מה שמתרצינן דיבוריה הוא רק מפני כח המגו שהוא סיבה לתרץ דבריו אבל בלי מגו גם כאן לא היינו מתרצינן דיבוריה.

מדברי הרמב"ן כאן נראה שמפרש הנאמנות כאן מדין מגו בלבד ולא משום מתרצינן דיבוריה. ותוכן דברי הרמב"ן הם דבתחילה מקשה דהוי מגו במקום עדים. ומביא שיש מתרצים דמתרצינן דיבוריה וכתב דאין זה מספיק דבגמ' בכריתות משום מגו קאמרינן. לכן כתב הרמב"ן דמגו דהכא עדיף משאר מגו. וכונתו דבכל מגו כגון פרוע מגו דמזויף אחרי שטען פרוע אין אפשרות לטעון מזויף, וראית המגו הוא רק מהרגע של אמירת פרוע שאז היה יכול לומר מזויף במקום פרוע, אבל הכא גם אחר שטען לא אכלתי יכול כל הזמן לפרש את דבריו לא אכלתי שוגג אלא מזיד א"כ ראית המגו נמשכת כל הזמן ובכה"ג אליהם כח המגו יותר משאר מגו. וגם פירוש זה דוחה הרמב"ן דבעלמא גם מגו כזה לא מסתבר שיועיל

במקום עדים. ומבאר הרמב"ן דלא קשיא כלל השאלה של מגו במקום עדים דחזינן שלפשוט הראשון דאדם נאמן על עצמו יותר ממאה עדים שלגבי קרבן הוא נאמן על עצמו נגד עדים אפי' בלי מגו והוא משום דכתיב או הודע, וא"כ בודאי שאפשר להבין את התי' השני שנאמן כשיש לו מגו אף שזה נגד עדים מקרא דאו הודע, אלא שהתי' השני סובר שאם יש עדים ואין מגו כנגדו זה נחשב או הודע, אבל מאי דסבר התי' הראשון בלי מגו סובר התי' השני עם מגו.

נמצא ג' דרכים בביאור דברי הגמ' בכריתות א. שיטת התוס' דאינו מגו כלל כדמוכח בקידושין אלא לשון הגמ' לאו דוקא והכל משום דמתרצינן דיבוריה. ומה שמתרצינן דיבוריה הכא יותר מבעלמא הוא משום דכתיב או הודע ב. שיטת הרשב"א שיש צירוף בין המגו למתרצינן דיבוריה דהיינו שמתרצינן דיבוריה בגלל כח המגו שסותר את העדים. ובגלל קרא דאו הודע סבירא לן הכא מה דסבר ר"ח בעלמא. ג. שיטת הרמב"ן שלא מתרצינן דיבוריה כלל אלא כל הנאמנות הוא רק משום מגו בלבד והכא בגלל גז"כ דאו הודע מהני מגו נגד עדים כמו שלתי' הראשון הוא נאמן על עצמו נגד עדים בלי מגו. ומדברי רש"י שכתב כאן שנאמן משום מה לי לשקר משמע לכאורה שמפרש כרמב"ן. ועיין מה שכתבנו בס"ד במכות דף ב. שלכאורה דברי הרמב"ן שם סותרים לדבריו כאן. ושו"ר מה שכתב בביאור דברי הרמב"ן כאן באבי עזרי פ"ז מגזילה ה"ח יעו"ש.

אדם נאמן על עצמו יותר מק' עדים. כתב הרמ"א בחו"מ ס' ע"ט לגבי כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי שהודאת בע"ד מהני גם נגד עדים. ולשון הרמ"א הוא אדם נאמן על עצמו יותר מק' עדים. הגאון שם בסק"ג מציין על דברי הרמ"א כריתות י"ב. ומבואר מזה שמה שהודאת בע"ד

מהני נגד עדים הוא אותו הדין שמבואר בכריתות שלרבנן אדם נאמן לפטור עצמו מקרבן נגד עדים. וצ"ב שהנאמנות של הודאת בע"ד בממון הוא רק לחובתו אבל לפטור עצמו פשיטא שאינו נאמן, ולגבי קרבן הוא נאמן גם לפטור עצמו וע"כ שזה גזה"כ לגבי קרבן ואיך זה יכול להיות מקור לנאמנות של הודאת בע"ד בממון. ולכאורה מבואר מזה שיסוד הנאמנות של הודאת בע"ד בממון אינו שאדם נאמן לחובתו אלא שאדם נאמן על עצמו. דהיינו שמה שנוגע רק לו ולא לאחרים יש לו נאמנות על עצמו. ולגבי ממון כשפוטור עצמו וזה חב לאחרים אין זה על עצמו אלא על אחרים ועל אחרים אינו נאמן. ורק כשאומר חובתו אין זה על אחרים אלא רק על עצמו. משא"כ לגבי קרבן אף שאומר פטור אין זה נוגע אלא לעצמו. ויסוד הנאמנות בקרבן בין לחיוב בין לפטור הוא אותו דין נאמנות שיש בממון לחיוב שהפטור לגבי קרבן דמי לחיוב לגבי ממון, והצד השווה שבהם הוא שאינו אומר דין על אחרים אלא רק על עצמו ואדם נאמן על עצמו יותר מק' עדים. ואין סתירה לזה מדברי רש"י בכריתות שכתב דהא דנאמן על עצמו הוא משום דהוי כפרה ולא מימנע לאתויי חטאת להתכפר נגד קונו. דאין כונת רש"י דנאמן משום שאינו חשוד לשקר בזה אלא כונתו שאם היה דין על ב"ד לכופו להביא חטאת היה אמירתו נוגע לאחרים, שנוגע לב"ד לדעת אם לכופו או לא, וא"כ זה לא היה על עצמו ולא היה נאמן, אבל כיון שאין ב"ד כופין ע"ז כיון דהוי כפרה וסומכים שאם הוא חייב הוא יביא מעצמו כדי שיתכפר, א"כ אין אמירתו נוגע לאחרים אלא רק לעצמו ועל עצמו הוא נאמן יותר מק' עדים. ומהעירוי לעיין בענין זה בביאור הגר"א באבה"ע ס' ג' סק"א].

אשם היינו קרבן. מבואר בגמ' דכי היכי דבחטאת ס"ל לר"מ שעדים מחייבים אפי' שהוא מכחיש כך בחומש ובאשם עדים מחייבים בלי הודאתו. והקשו התוס' דבכמה

מקומות מבואר דחייב אשם וחומש הוא רק ע"י הודאת עצמו. והא דשאני חומש ואשם מחטאת הוא כמו שמבאר הרמב"ן שבאשם וחומש כתיב והתודה וזה חלק מהמחייב שיודה מעצמו ובא להתכפר. ומה שעדים אינם מחייבים אינו חסרון נאמנות אלא שחסר במחייב של אשם וחומש. האו"ש בפ"ז מגזילה ה"ח מקשה עוד דלמ"ד דטעמא דרבנן הוא דיכול לומר מזיד הייתי זה שייך רק בחטאת ולא בחומש ואשם שחייבים גם על מזיד. וכן הקשה הריטב"א ע"ש. וכתב האו"ש דלעולם אין חומש ואשם בלי הודאה, ובלי הודאה לכו"ע אינו מתחייב ע"פ עדים דחסר בתנאי החיוב. ומה שמבואר כאן שלר"מ עדים מחייבים חומש ואשם היינו כשהעדים מעידים שנשבע לשקר והודה, והוא מכחיש שלא נשבע ולא הודה, בזה איכא עדים על כל תנאי החיוב, וכמו שלר"מ נאמנים עדים לחייב קרבן כשמעידים שאכל חלב כך נאמנים לחייב חומש ואשם כשמעידים שנשבע והודה. עיין מה שכתב על דברי האו"ש באבי עזרי פ"ז מגזילה ה"ח. וע"ע מה שכתבנו בזה בס"ד בב"ק ק"ג:.

תוד"ה מה. וי"ל דאין נאמן לפסול עצמו אבל הכא עושה תשובה וכו'. עיקר תירוץ התוס' הוא שמה שאינו נאמן הוא רק לפסול את עצמו אבל נאמן לומר שאסור לו להביא חולין לעזרה. ודמי לאומר גנבתי שנאמן לחייב את עצמו אף שאינו נאמן לפסול את עצמו. וצ"ב אמאי הוצרכו התוס' להוסיף שעושה תשובה. ולכאורה היה נראה לבאר דברי התוס' ע"פ דברי הרשב"א שהובא לעיל דהא דמתרצינן דיבוריה הוא מפני שיש לו מגו וכדי שלא יהיה סתירה בין העדים וכח הנאמנות של המגו מתרצינן דיבוריה. שהתוס' כאן לא הקשו שאין מגו לומר מזיד הייתי כמו שהקשו בכריתות אלא הקשו רק דהוי מגו נגד עדים. א"כ לתי' שמתרצינן דיבוריה י"ל שכח המגו גורם שיתרצו את דבריו. וא"כ י"ל שבקושית התוס' שאין אדם משים עצמו רשע כלול תרתי.

משמע שמשיבועים מאיש אחר רק אם הבעל תובע את הגלגול. ועל מה שהביאו ראייה מסו"פ כל הנשבעין כתב האו"ש דתלוי במחלוקת ראשונים בביאור דברי הגמ' שם ע"ש. ועיין בריטב"א בקידושין כ"ז: שכתב וז"ל אע"ג דגמרין גלגול שבועה מן התורה מסוטה איכא בסוטה מאי דליכא בעלמא דאילו בסוטה הכהן פותח הגלגולים מעצמו ואנן בעלמא קי"ל דאין ב"ד פותחין לו לגלגל עד דטעין תובע עכ"ל.

נמצא ג' שיטות בענין זה אי גלגול הוא רק כשיש תביעה. א. לרא"ש ולנ"י לא בעינן תביעה בגלגול לא בממון ולא בסוטה. ב. לריטב"א בסוטה לא בעינן תביעה ובממון מגלגלין רק כשיש תביעה של התובע. והריטב"א מבאר טעם החילוק דבסוטה כיון דהוי מילי דאיסורא גם הכהן הוא בע"ד לתבוע את הגלגול משא"כ בממון רק התובע הוא בעל דבר ורק הוא יכול לתבוע את הגלגול. ג. לרמב"ם גם בסוטה לא מגלגלין אא"כ יש תביעה של התובע.

שיטת רש"י דלמסקנת הגמ' ילפינן מפיו וע"א ואין צורך ללמוד מגלגול. הרמב"ן הרשב"א והר"ן מביאים גרסא שלמסקנא הלימוד הוא מפיו ומגלגול שבועה דע"א. אבל מע"א עצמו א"א ללמוד כלל אפי' ע"י הצד השוה דאינו דומה כלל לדבר שבאים ללמוד. ונ"מ לדינא ממחלוקת זו יהיה לסוברים דאין מתוך על שבועת הגלגול. דשיטת הרא"ש לקמן צ"ז. שאם אומר איני יודע על טענת הגלגול אין מתוך, ושיטת התוס' שם שאם אומר איני יודע א"א לגלגל כלל. והרמב"ן שם חולק וס"ל שיש גלגול גם כשטוען איני יודע על טענת הגלגול ויש מתוך על שבועת הגלגול. והובא מחלוקת זו בשו"ע ס' ע"ה סע' ט"ז. ואם למסקנא דינו של ר"ח נלמד מפיו וגלגול דע"א לרא"ש והתוס' לא יהיה מתוך בשבועתו של ר"ח. אבל לרש"י שנלמד מפיו וע"א ולא מגלגול יהיה

א. שאינו נאמן לומר מזיד הייתי כיון שאין אדם משים עצמו רשע. ב. שאין זה מגו דלא ניחא ליה לעשות עצמו רשע. ועל השאלה שאינו נאמן תירצו שאף שאינו נאמן לפסול עצמו הוא נאמן לומר שאסור לו להביא חולין לעזרה. ועל השאלה שאין זה מגו דלא ניחא ליה לעשות עצמו רשע כתבו שאינו עושה עצמו רשע אלא אומר שרוצה לעשות תשובה ושפיר איכא מגו. אך קשה לפרש כן שהתוס' בכריתות גם כתבו כדבריהם כאן ושם ס"ל דליכא מגו לומר מזיד הייתי ומתריצין דיבוריה בלי צירוף מגו. ועוד שבקידושין מבואר דליכא מגו דמזיד הייתי ולא אמרינן שאין חסרון במגו כיון שבא לעשות תשובה. ועיין בספר דרכי דוד שכתב שמה שהוסיפו התוס' שבא לעשות תשובה אינו חלק מעיקר התירוצו וכתבו כן לרווחא דמילתא.

השיטמ"ק בשם ר"פ והתוס' חיצוניות מקשה איך מחייב את עצמו קרבן נגד עדים אמנם הוא נאמן על עצמו אבל איך יקריבו הכהנים ע"פ דבריו בזמן שלדברי העדים זה חולין בעזרה. ועיין מש"כ בזה בקובץ הערות ס' כ"א אות י"ח.

דף ד.

אתי מגלגול שבועה דע"א. הרא"ש והנ"י כתבו בשם התוס' שמוכח מכאן שמגלגלין שבועה גם בלי שהתובע יתבע את שבועת הגלגול. וכן הוכיחו מסוטה שמשיבועים מאיש זה ומאיש אחר אף שאין הבעל תובע שבועה על איש אחר. ועוד ראייה הביאו הראשונים מגמ' בשבועות סו"פ כל הנשבעין ע"ש. וכן נפסק בשו"ע בס' צ"ד סע' א'. האו"ש בפ"א מטו"נ הי"ב מביא שהריטב"א בב"מ בסוגיא דשאלה ושכורה כתב דשבועת הגלגול אי טעין השבע לי משבעינן ליה ואם לאו לא משבעינן ליה. ומה דפשיטא להו לנ"י ולרא"ש שבסוטה משביעים מאיש אחר בלי תביעת הבעל כתב האו"ש שברמב"ם בפ"ד מסוטה

מתוך בשבועת ר"ח. עיין ברע"א בשו"ע ריש ס' ע"ה שכתב בשם שו"ת בשמים ראש שהתובע מנה מחברו וטוען חברו איני יודע ויש עדים על נ' לא אמרין מתוך. והפת"ת שם מביא שהבית אפרים חו"מ ס' ט' חולק. ופלוגתתם תלוי במחלוקת ראשונים הנ"ל.

תוד"ה ע"א. מבואר בתוס' שמה שאין הזמה בע"א הוא משום שאינו נאמן. וכתב הקצה"ח בס' ל"ח סק"ה דמוכח מדברי התוס' שבמקום שע"א נאמן כגון בנסכא דר"א יהיה דין הזמה. וכתב הקצות שלבו מהסס בזה דקרא דהזמה כתיב בב' עדים. המנ"ח במצ' ל"ז כתב שניידון זה מפורש ברמב"ם פכ"א מעדות דע"א שנאמן בסוטה אחר קינוי וסתירה אם הוזה משלם כאשר זמם. ואין להקשות על הקצה"ח מהא דמבואר בפ"ק דמכות במעשה דיהודה בן טבאי ושמעון בן שטח דלולא דינא דאין העדים נעשים זוממים עד שיוזמו כולם היה דין כאשר זמם גם כשהזימו רק ע"א, דפשוט שכל הניידון של הקצות הוא רק לענין עדות של ע"א אבל כשהעידו שנים בודאי היה שייך הזמה באחד מהם לולא הדין של עד שיוזמו כולם.

שכן לא הוחזק כפרן. המהר"ם מקשה למה הגמ' לא שאלה על עיקר דינו של ר"ח איך הוא נשבע הרי הוא פסול לשבועה ע"י שני עדים שמעידים שטען טענת שקר. ונראה שעל עיקר דברי ר"ח י"ל שלא אמר ר"ח שנשבע בפועל אלא רק שהוא מחויב שבועה וכיון שהוחזק כפרן יהיה הדין כנגדו נשבע ונוטל. משא"כ שאלת הגמ' כאן הוא שיש פירכא על הלימוד של ר"ח וא"כ לא יהיה חיוב שבועה כלל. ומשני דאינו נעשה חשוד על השבועה שהכופר במלוה כשר לעדות ולשבועה. ולענין פקדון שהוא כן נעשה חשוד על השבועה נחלקו הראשונים אם הוא מחויב שבועה מדר"ח ויהיה הדין שכנגדו נשבע ונוטל או שבפקדון כיון דאיכא פירכא על הלימוד אינו מחויב שבועה כלל. התוס' כתבו לקמן ה. ד"ה

אי איתא דהוי מחויב שבועה, וכ"כ הרא"ש כאן. והשיטה כאן בשם הרמ"ה חולק. ועיין מה שכתב בזה בהגהות אמרי ברוך בס' ע"ה סע' ד'.

לשון הגמ' הוחזק כפרן אין לו שייכות להוחזק כפרן שנזכר בשבועות ל"ד, דהתם מיירי בהוחזק כפרן לאותו ממון ובוה מאבד דין טענה על אותו ממון וחייב לשלם אפי' כשאין עליו חיוב שבועה, והתובע נוטל בלי שבועה. ושם יתחייב אפי' במקום ששייך לומר אשתמוטי קא משתמט, ששם לא באים לפוסלו אלא שא"א לקבל טענתו כיון שהוחזק כפרן באותו ממון. ודין זה ליכא הכא שכאן הוחזק כפרן רק בני' ונ' זה הוא משלם ע"פ העדים. ועל הנ' האחרים לא הוחזק כפרן ואין זה נחשב הוחזק כפרן לאותו ממון כמבואר בתוס' בשבועות ל"ד: אלא שאלת הגמ' כאן שהוא נפסל לשבועה ובכה"ג התורה לא חייבה שבועה. עיין בבבאור הגר"א בס' ע"ה סקי"ג שכתב דלשון הגמ' כפרן הוא לאו דוקא אלא הכונה שהוא חשוד ע"ש.

ע"י טענה וכפירה הם באים.

הראשונים כאן ובשבועות מ. הוכיחו מלשון זה דשבועת ע"א בעי טענת ברי. ודחו שגם טענת שמא חשיבה טענה. וגם מדבריהם משמע שהניידון אם נשבעין שבועת ע"א בטענת שמא או לא הוא אם צריך בזה טענת ברי או לא ולא כמבואר בש"ך שלכו"ע בעינן טענת ברי והמחייבים ס"ל שברי ע"י העד נחשב טענת ברי לחייב שבועה. ולדבריו ליכא ראייה מכאן דאף שצריך טענה וכפירה יש חיוב שבועה שהתובע נחשב כברי מכח הברי של העד. עיין מה שכתבנו בזה לעיל ג. על תוד"ה מפני.

ר"ש אמר הילך פטור. נחלקו הראשונים באיזה אופן הוי הילך וג' שיטות יש בזה. א. הנ"י כאן והר"ן בריש שבועת הדיינים ס"ל שיש ב' אופנים של הילך. כשמודה בחפץ

כלום שבל"ה היה לה זכות להשתמש במעות ולהוציאם.

ואף שהדברים מחודשים מאד נראה שיש מקור לשיטת רש"י בזה מפשטות הסוגיא בקידושין מ"ז. דהובא שם מחלוקת ת"ק ורשב"א אם המלוה יכול לחזור מההלואה לפני שהלוח התחיל להוציא את המעות. ת"ק ס"ל מלוה ברשות לזה קיימא, ורשב"א ס"ל מלוה ברשות מלוה קיימא לחזרה. וע"ז הגמ' מביאה את דברי ר"ה השואל קרדום מחברו בקע בו קנאו לא בקע בו לא קנאו, ויכול המשאל לחזור בו, ופריך נימא ר"ה תנאי. ואינו מוכן מה ענין ר"ה שמדבר על שאלה למחלוקת ת"ק ורשב"א שנחלקו בהלואה. דסברת ר"ה ששואל אינו קונה במשיכה מבאר הריטב"א שם דכיון שאינו קונה את גוף החפץ אלא תשמישיו לא מהני משיכה דבעינן שימושך את החפץ הנקנה והוא מושך את הגוף ואינו קונה אלא את השימושים. וסברא זו לא קיימת במלוה ששם הוא קונה את גוף המעות שמלוה להוצאה ניתנה ולמה לא יקנה את המעות במשיכתו. אלא מבואר מזה שכשהגמ' אמרה שר"ה תנאי הגמ' סברה שגם במלוה אין הלוח זוכה מיד בגוף המעות אלא מקבל הלוח זכות השתמשות במעות והם קנויות לו להשתמש בהם ולהוציאם, ודמי ממש לשואל אלא ששואל יש לו קנין רק להשתמש ולא להוציא ולוח יש לו זכות גם להוציא, אבל כ"ז שלא הוציא המעות עדיין שייכים למלוה, ולכן לר"ה אינו יכול לקבל קנין השתמשות ע"י משיכה כמו שאינו קונה קנין שאלה ע"י משיכה כיון שאינו קונה את גוף הדבר.

וכן מפורש בלשון הריטב"א שם וז"ל והיינו מאי דאמר רשב"א דמלוה ברשות בעלים לחזרה דכיון דלוח חייב באונסין ולא יהיב ליה גופה אלא תשמיש המעות לא מקניא ללוח במשיכה עד שיתחיל להוציא ממנה עכ"ל. ורבנן שחולקים וס"ל שקונה ע"י משיכת

בעין שהוא של חברו כגון בפקדון זה נחשב הילך בכל מקום שהוא אף שאינו מזומן מיד לפרעון. כשאין ההודאה בחפץ בעין כגון שמודה במלוה אין זה נחשב הילך אא"כ המעות בידו ומזומנין לפרעון מיד. ב. שיטת הראב"ד שמוכא בשיטמ"ק לקמן צ"ח: שגם כשמודה בפקדון אין זה הילך אא"כ זה מזומן לפרעון ולא כשנמצא באגם. ובעה"מ שם מאריך לחלוק על הראב"ד. המ"מ בפ"ג מטו"נ הט"ו מדייק ברמב"ם דס"ל כראב"ד. ג. ברש"י כאן מבואר דהוי הילך רק כשמודה בדבר בעין שהוא ממון חברו ואם לא אפי' אם הממון בידו ומזומן לפרעון אין זה הילך. אך נחלקו הראשונים בביאור דברי רש"י. הרשב"א כאן והר"ן בריש שבועת הדיינים כתבו שלרש"י לא משכחת דינא דהילך אלא בפקדון. אבל במלוה אפי' אם המעות בידו לא הוי הילך כיון שמלוה להוצאה ניתנה ואפי' אם נותן מיד אין זה הילך לרש"י. ועיין בביאור הגר"א בס' פ"ז סקי"ז דלרש"י לא גרסינן בגמ' מלוה דאיירי בפקדון דוקא. הריטב"א והגהות אשרי כתבו שגם לרש"י איכא הילך במלוה אבל דוקא כשאומר לא הוצאתים והן שלך בכל מקום שהן. אך הריטב"א תמה על רש"י בזה דקי"ל מלוה להוצאה ניתנה ואפי' אם עדיין לא הוציא את המעות הם שלו ואין זה הודאה בממון בעין אלא בחוב ממון.

ביאור שיטת רש"י. שיטת רש"י לפי

מה שהבינו בדבריו הריטב"א והגהות אשרי הוא דמה דקי"ל מלוה להוצאה ניתנה היינו רק שמיד בשעת ההלואה מקבל הלוח זכות במעות להוציאן אבל אינו זוכה בגוף המעות כ"ז שלא הוציאם והם כפקדון בידו. ומה שהלוח חייב באונסי ההלואה גם לפני שהוציא את המעות הוא משום שהזכות שיש לו במעות להוציאם עדיף מכל הנאה שלו של שואל. ומה שאם הלוח מעות לאשה וקידשה בהם אינה מקודשת משום דמלוה להוצאה ניתנה אין הכונה שהמעות הם כבר שלה אלא מפני שלא נתן לה

המעות אין זה מפני שסוברים שקונה את גוף המעות אלא דלית להו דר"ה וס"ל שגם השואל קרדום קונה ע"י משיכה אף שאינו קונה את הגוף.

ונראה דזה הביאור בגמ' לדעת כל הראשונים, וגם החולקים על רש"י דס"ל שמלוה להוצאה ניתנה הוא כפשוטו שזוכה הלוה בגוף המעות מיד בשעת הלוואה, מודים שלה"א של הגמ' בקידושין אינו זוכה בגוף המעות, אלא דס"ל שבמסקנא הגמ' חוזרת מזה. שעל מה שאמרו שם ר"ה תנאי הגמ' דוחה דעד כאן לא פליגי אלא במלוה דלא הדרא בעינא אבל שאלה דהדרא בעינא דברי הכל בקע בו אין לא בקע בו לא. וכל הראשונים פרשו שכאן הגמ' חוזרת ממאי דס"ד ומחלקת בין שאלה למלוה שבשאלה אינו קונה אלא השתמשות לכן אינו קונה במשיכה, משא"כ במלוה הוא קונה את גוף המעות מיד לכן בזה סובר ת"ק שזוכה ע"י משיכה גם לפני שהתחיל להוציא את המעות. ורש"י למד שאין חזרה ממאי דס"ד שמלוה דמי לשאלה שאינו קונה את גוף המעות אלא רק השתמשות אלא הגמ' במסקנא מחלקת בין קנין השתמשות של שואל לקנין השתמשות של לוה, שקנין ההשתמשות של שואל שהוא רק להשתמש כמו שהוא בעין ולא להוציא אין זה קנין בגוף ואינו נקנה במשיכה, משא"כ לוה אף שאינו זוכה בגוף המעות מ"מ הקנין השתמשות שלו הוא יותר קנין בגוף שיש לו זכות גם להוציא את המעות בכזה קנין השתמשות מודה ר"ה שקונה ע"י משיכה. ולעולם גם למסקנא אין הלוה זוכה במעות לרש"י עד שמתחיל להוציא ולפני זה אין לו אלא קנין השתמשות כקנינו של שואל.

ואמר לי בזה אחי הג"ר דוד שליט"א שלפי מה שנתבאר בשיטת רש"י יש לבאר את דברי רבינו ירוחם שהובא בשו"ע חו"מ ס' ע"ב סע' ל"ח שישראל שהלוה מעות לעכו"ם ונאבדו המעות מהעכו"ם המוצא מחזיר את

המעות לישראל כדין אבידת ישראל ואינו זוכה במעות לעצמו כדין אבידת עכו"ם. ולכאורה הדברים תמוהים דכיון דמלוה להוצאה ניתנה כבר זכה העכו"ם במעות ואינם של הישראל ואמאי יחזיר לישראל. והש"ך כתב בס"ק קנ"ג שט"ס איכא בדברי ר' ירוחם ואיירי בנפילת המשכון ולא בנפילת המעות, ולא כמו שהבין המחבר את דבריו. ולפי מה שנתבאר הדברים כפשטם דס"ל כשיטת רש"י שמלוה להוצאה ניתנה היינו שיש לו זכות להוציאם אבל אינו זוכה בגוף המעות אלא כשמתחיל להוציאם. ועיין בגאון שם ס"ק קס"ט שמבאר באופן אחר שאם הלוה הוא ישראל הוא זוכה בגוף המעות מיד, אבל עכו"ם אינו קונה במשיכה, לכן כשהלוה הוא עכו"ם המעות הם של המלוה עד שיוציאם העכו"ם.

הילך בפקדון. רוב הראשונים ס"ל כשיטת הנ"י והר"ן שבפקדון בעין זה נחשב הילך גם אם נמצא באגם ואינו מזומן מיד לפרעון כיון שמודה שהממון הוא של התובע בכל מקום שהוא. כתב הנ"י לקמן ק: שזה דוקא כשמודה בדבר מסוים אבל התובע מחברו שמכר לו כסות גדול והוא מודה בכסות קטן באופן שזה ממין הטענה כמבואר בהשואל בדלייפי אין זה נחשב הילך אף שמודה שיש לתובע חלק בבגד כיון שאין לו חלק מסוים ויכול הנתבע לסלקו באיזה חלק שרוצה. ואין סתירה לזה מדברי רש"י לקמן ששטר הוי הילך מפני שיש שיעבוד נכסים אף שיכול להגבותו מאיזה חלק שירצה דהתם שאני דאף שאין ידוע ממה יגבה מ"מ אית ליה שיעבוד על הכל וידוע ההודאה משא"כ כאן אין לו שיעבוד אלא קנין במקצת והמקצת אינו חלק מסוים בזה סובר הנ"י שאין זה הילך דליכא הודאה על דבר מבורר.

הקצה"ח בס' פ"ז סק"ב מקשה על דברי הנ"י מכאן דמייתי תנא תונא משנים אוחזין בטלית והכא כיון דתפיס הילך הוא, וקשה

אמנם ס"ד דחשיב כמודה בחצי טלית שהוא של חברו אבל אין החצי מסוים דמאי חזית דפלגית הכי פלוג הכי ולדעת הנ"י כה"ג לא חשיב הילך. ולכאורה יש לישב דנתבאר לעיל דשיטת הנ"י דאיכא תרי גווני הילך. א. שמודה בחפץ בעין, וזה נחשב הילך אף דקיימא באגם ואינו מזומן לפרעון. ב. שמודה בחוב ולא בממון בעין ובוזה בעינן שיהיו המעות בידו ומזומנין לפרעון מיד. ולכאורה פשוט שכל מה שכתב הנ"י שאם ההודאה היא בדבר שאינו מסוים אין זה הילך היינו כשאנו פורע מיד אלא חשיב הילך מפני שמודה בממון בעין ששייך לתובע. ע"ז כתב הנ"י שהמעלה של ממון בעין איכא רק כשמודה בדבר מסוים. אבל היכא שהממון בידו ומזומן לפרעון מיד שגם מלוה כה"ג הוי הילך בודאי שהודאה בממון שאינו מסוים לא גרע מהודאה במלוה. והא דחשיב הכא הילך אין הכרח שזה מדין הילך דפקדון, אלא כיון שהטלית נמצאת בפנינו בב"ד ומזומן מיד לחלוק איכא בזה דין הילך דמלוה, ולגבי זה אין חסרון במה שאין ההודאה בחלק מסוים דלא גרע מהודאה במלוה. ועכצ"ל דהכא נחשב מזומן לפרעון מיד דאל"כ יקשה מכאן על הראב"ד דס"ל שגם בפקדון בעינן שיהיה מזומן לפרעון ואם נמצא באגם אין זה הילך. וא"כ גם לנ"י לכאורה לק"מ מכאן. ניש לדחות שהראב"ד יפרש כשיטת בעה"מ שלומד ששבועה דמתני' אינו מדין הילך כלל ומפרש ראית הגמ' באופן אחר כמו שיבואר לקמן בס"ד]. ואם יש מקום לקושית הקצות זה רק לשיטת רש"י דס"ל שאין דין הילך אלא במודה בחפץ בעין ואם אינו בעין לא הוי הילך אפי' אם מזומן לפרעון מיד. אך אין הכרח שרש"י ס"ל כנ"י שחלק שאינו מסוים אינו הודאה בממון בעין.

הפקדון הוא ברשות התובע להקדישו אבל כשכופר בכל ויש עדים על מחצה שחייב מדין ר"ח קמייטא אולי גם פקדון לא הוי הילך כיון שכופר ואין הממון ברשות הבעלים להקדישו. הנתיבות בס' פ"ז סק"א נקט בפשיטות שאם יש לנתבע קניני גזילה בחלק ההודאה ואינו ברשות הבעלים להקדישו אין זה נחשב הילך. [ומה דנקט הנתיבות שגזלן שמודה אכתי אינו ברשות הבעלים להקדישו תלוי במחלוקת הרמב"ן ובעה"מ בב"ק ריש שור שנגח דו"ה]. ובוזה מבאר הנתיבות מאי דקשיא ליה על הגמ' בריש הבית והעליה שיש שבועת מודה במקצת במכיר מקצת אבניו ואמאי אין זה הילך. גם רע"א בשו"ע ס' קס"ד מקשה על הגמ' בהבית והעליה אמאי אינו הילך ולא תי' כנתיבות. והיינו משום שבשבועות מספקא ליה שמא גם בכה"ג שאין הממון ברשות התובע להקדישו אכתי הוי הילך כיון שהממון שלו בכל מקום שהוא.

השעה"מ בס' פ"ז סק"ד מחדש שאם מודה בממון בעין זה נחשב הילך גם במקום שאינו מתחייב ע"פ הודאתו כלל. כגון בטענו חיטין והודה לו בשעורים שחייב שבועה לר"ג אף שלתי' אחד בתוס' בשבועות מ. אינו מתחייב שעורין, מ"מ כיון שלדבריו השעורים הם ממון התובע בכל מקום שהם זה נחשב הילך. ובאופן זה פשיטא שאין השעורים ברשות התובע להקדישם שהרי אינו יוצא כלל בדיינים ואעפ"כ סובר השעה"מ שזה הילך. וזה דלא כסברת הנתיבות וצד אחד ברע"א שאם הממון שמודה בו אינו ברשות התובע להקדישו אין זה הילך. ועיין מה שכתבנו בס"ד בדבריו שעה"מ בפרק השואל דף ק:.

תוד"ה ותנא תונא. עיין בחי' הר"ן ובריטב"א מה שכתבו לבאר אמאי נחשב כאן הודאה. ועיין בבעה"מ שכתב פשט מחודש דשבועה דמתני' אין לה שייכות לשבועת מודה במקצת כלל. ומה שהגמ' מביאה ראיה שהילך

רע"א במשניות ריש פרק כל הנשבעין [מובא בחי' רע"א שבועות מ"ו. על תוד"ה בטוענו] מסתפק בהאי דינא דפקדון חשיב הילך גם כשקיימא באגם אם זה דוקא כשמודה שאז

רשב"א ור"ע למאי דס"ד שמה שבשנים פטור הוא משום דהוי הילך, אבל למסקנא דפטור משום דהוי שיעבוד קרקעות או משום דמסייע שטרא א"א לומר דסברת רשב"א הוא דהוי מגו דהעזה, ועכצ"ל כמש"כ התוס' בד"ה לעולם, ומה שכתבו שם מישב גם לה"א א"כ אין הכרח למסקנא לחדש שמגו של הילך הוי מגו דהעזה.

האי שטר דקמודי ביה הילך הוא.

רש"י מבאר מה ששטר הוי הילך משום דאיכא שיעבוד קרקעות. וכוונתו דכיון שמודה שיש לתובע קנין בקרקעותיו הוי כמודה בפקדון דהוי הילך אפי' אם אינו נותן מיד. וגם לסוברים דפקדון לא הוי הילך א"כ מזומן מיד לפרעון מוכח לקמן דבקרקע מודו דהוי הילך כיון שא"א להבריחו.

הרמב"ם בפ"ד מטו"נ ה"ד כתב דחיוב שבועת מודה במקצת הוא דוקא כשמודה בממון שאפשר לכפור בו אבל המודה בממון שא"א לכפור, כגון שעל חלק ההודאה איכא שטר אין זה הודאה לחייב שבועה. הנ"י כאן מבאר שהטעם הוא דממון שא"א לכפור בו הוי הילך, והרמב"ם למד שזה כונת הגמ' ששטר הוי הילך, לא כרש"י מכח שיעבוד קרקעות אלא משום דממון שא"א לכפור הוי הילך. וכתב הש"ך בס' פ"ח סקנ"א דלדעת הרמב"ם אפי' אם אין ללוה קרקעות, או שהשטר הוא שטר שאין גובין בו ממשעבדי, זה הילך מפני שא"א לכפור. ולרש"י באופנים אלו אין זה הילך. והתומים בס' פ"ח סקי"ט והנתיבות סקי"י כתבו שלרמב"ם תרתי בעינן, ממון שאינו יכול לכפור בו, וגם שיהיה שיעבוד קרקעות. וכן מבואר בביאור הגר"א שם סקנ"ז ע"ש. ולדבריהם ליתא לנ"מ שכתב הש"ך.

כל זה להבנת הנ"י דכללא שכתב הרמב"ם שהודאה בממון שאינו יכול לכפור בו אינו מחייב שבועה הוא משום דהוי הילך. הב"י

חייב ממתני' הוא שסברת הפטור של הילך הוא דחשבינן מה שעומד לפרעון כאילו כבר נפרע. וגם בשנים אוחזין בטלית הממון עומד לחלוקה, ואילו היינו מחשיבים את זה כנחלק לא היה מקום לחייב שבועה. ומוכח ממתני' שמה שעומד לחלוקה אינו כנחלק ומזה מוכח שגם הילך אינו נחשב כאילו נפרע וא"כ אין טעם שהילך יהיה פטור משבועה. ועיין בחי' הרמב"ן שכתב על פירוש זה שהוא הנכון.

דף ד:

סלעים דינרין. רע"א בשו"ע ס' פ"ז סע' א' מסתפק בתובע מנה והנתבע כופר נ' ומודה בנ'. ומתוך הנ' של ההודאה הוא אומר הילך על כ' אם יפטר משבועה במגו דלא היה מודה אלא בחלק ההילך. דבעלמא במודה במקצת ליכא מגו אי בעי כפר הכל דהוי מגו דהעזה. אבל הכא גם אם היה כופר בחלק שאינו הילך אכתי אין זה כופר הכל שהרי הוא מודה בחלק שאומר עליו הילך א"כ אין זה מגו דכופר הכל ואולי אין זה העזה. ומציין רע"א לעיין בתוס' ב"מ דף ה' ד"ה ושמא. והוא ט"ס וצ"ל דף ד. תוד"ה וש"מ דמפורש בתוס' דכיון שכל הפטור של הילך הוא משום דנחשב ככופר הכל א"כ גם לענין העזה זה נחשב ככופר הכל ולית ליה מגו דהוי מגו דהעזה. ואף שקצת קשה להבין סברת התוס' שאם מודה במקצת ואינו אומר הילך אין זה העזה למה מה שאומר הילך ומשלם חלק ההודאה מיד יגרום שיחשב העזה, מ"מ בתוס' מבואר שזה נהפך להיות ככופר הכל ממש והוי העזה ככל כופר הכל. ומזה יש ללמוד לנידון של רע"א. [וע"ע ברע"א שם סע' ב' שמביא עוד ראיה לספקו מדברי השו"ע שם].

אמנם עיין בשעה"מ ס' פ"ז סק"ג שגם נסתפק בספקו של רע"א, ומביא מדברי התוס', וכתב שלמסקנא אין הכרח לדברי התוס'. וכוונתו דדברי התוס' נאמרו לבאר מחלוקת

מחייב שבועה הוא משום שכל הודאה בממון שא"א לכפור נחשב כהודאה שקודם התביעה ע"ש].

מעם הפטור של הילך בפשטות הוא משום שהחלק שפורע מיד אינו בכלל התביעה ועל שאר התביעה הוא כופר הכל. וכן נקט רע"א בשבועות לט: וז"ל דמה דאמר הילך לא מחשבים עוד לטענה עכ"ל. ומה"ט מסתפק שם רע"א אם חלק ההילך מצטרף לב' כסף או לא ע"ש. הקצה"ח בס' פ"ז סק"ה כתב שהפטור של הילך הוא משום דאין זה נחשב הודאה המחייבת כיון שגם בלי הודאתו הממון מזומן לפרעון. הבעה"מ כאן מפרש שהפטור של הילך הוא משום דדנים את מה שעומד לשלם כאילו שילם וממילא הוי כופר הכל.

בספר התרומות שער ז' ח"ב אות ו' כתב בשם הר"י מגש דאם נראה לדיין שהנתבע אמר הילך כמערים לפטור עצמו מחיוב שבועה חייב לישבע. והובא דין זה להלכה בטור ס' פ"ז ובשו"ע שם סע' ג'. הב"י כתב שמקור דין זה משבועות מ: שמבואר שם לגבי הדין של טענו חיתין והודה לו בשעורין שפטור משבועה ואם טענו חיתין ושעורין והודה באחד מהם חייב. ואם טענו חיתין ולפני שהספיק לתבוע שעורין קדם והודה בשעורין אם כמערים חייב. מזה למד הר"י מגש שגם לגבי הילך אם כמערים חייב. ולכאורה יש מקום לחלק בין הילך לדין שמבואר בשבועות דמה שחייב שם כשמערים אינו קנס אלא כמבואר בחי' הרמב"ן בשבועות שם שמה שפטור כשהודה בשעורין לפני תביעת שעורין הוא משום דקדמה הודאה לתביעה. והפטור בזה הוא מפני שמודה במקצת מחייב שבועה רק כשמודה מחמת התביעה, ואם קדמה הודאה לתביעה אין ההודאה מחמת התביעה. והיכא שמערים ומודה מפני שחושב שהתובע הולך לתבוע זה נחשב שההודאה הוא מחמת התביעה וחייב מדינא כאילו הודה אחר התביעה. אבל לענין

בבה"ב ס' פ"ז כתב דאין כונת הרמב"ם להילך אלא יש דין נוסף שהודאה בממון שאין אפשרות לכפור בו אינו הודאה לחייב שבועה. וזה דלא כפשטות הגמ' דמשמע שטעם הפטור הוא או משום הילך או משום שיעבוד קרקעות או משום דמסייע שטרא. עיין מה שכתב בזה הקצה"ח ס' פ"ז סק"ה. ועיין בקה"י שכתב שהרמב"ם פירש תי' הגמ' שמסייע שטרא דלא כרש"י שהשטר מסייע לנתבע ופוטרו משבועה אלא דמסייע לתובע וגורם שאין הנתבע יכול לכפור, ומזה למד הרמב"ם שהודאה בממון שא"א לכפור בו אינו הודאה לחייב שבועה. ופירוש זה במסייע שטרא מבואר בהדיא בריטב"א בשם התוס' ובשיטמ"ק בשם ר"פ. ובזה יתישב מה שכתב הרא"ש לעיל להוכיח מכאן שעד המסייע פוטר משבועה דכמו שסיוע השטר פוטר כך סיוע העד פוטר, וזה רק לביאור הפשוט שהפטור הוא משום שהשטר מסייע ללוה, אבל לפירוש זה שהשטר מסייע לתובע והוי ממון שא"א לכפור בו אין ראיה מכאן לדין של עד המסייע.

החזו"א בחו"מ ליקוטים ס' כ' לדף ד: מקשה על הב"י שאם הפטור הוא משום שאין זה הודאה מפני שאינו יכול לכפור אמאי לא יתחייב מדין העדאת עדים כר"ח קמייטא. ובשלמא אם הפטור הוא משום דהוי הילך ניחא דזה סיבה שלא יתחייב גם מדר"ח אבל אם חסר הודאה ת"ל דהיכא דאיכא עדים על חמישים לא בעינן הודאה. וכבר עמד בזה הקצה"ח הנ"ל ע"ש. וכתבו האחרונים דמדין ר"ח קמייטא א"א לחייב דהודאה זו שיש ע"י השטר הוי כקדמה הודאה לתביעה דעדות השטר הוי כמי שנחקרה בב"ד לפני התביעה. לכן דנים רק מצד ההודאה שבאה אחר התביעה ולא מצד העדים, וההודאה אינה יכולה לחייב כיון שאין אפשרות לכפור. ועיין עוד בענין ממון שא"א לכפור בש"ך בס' ל"א סק"ב. [האו"ש בחידושו כאן כתב שמה שסובר הרמב"ם שהודאה בממון שא"א לכפור אינו

הערות

שנים אוחזין דף ד:

וציונים

לט

הילך כל שאמר הילך יש סיבה לפטור ומה בכך שמערים.

הנתיבות בס' פ"ז סוף סק"א מקשה על דין זה דמבואר בתוס' לעיל ד"ה וש"מ דהילך הוי העזה כיון שנחשב ככופר הכל, וא"כ כשאומר הילך כמערים הוא מעיז ויפטר משבועה במגו אי בעי כופר הכל, ואין זה מגו דהעזה שגם מה שטוען עכשיו הוא העזה. ומבואר בדבריו דאף שאומר הילך כמערים נשאר בזה המציאות של הילך והוי ככופר הכל ואעפ"כ חייב שבועה. ואינו מובן אם זה ככופר הכל אמאי חייב שבועה ומה בכך שהוא מערים, ואיך אפשר ללמוד חיוב זה מהגמ' בשבועות דשאני התם שאם כמערים הוא חייב מדינא כמבואר ברמב"ן שם.

ואמר לי בזה אחי הרה"ג ר' דוד שליט"א דפשוט שגם לגבי הילך כשהוא מערים חסר בעיקר הפטור של הילך, ופשוט שאם כופר הכל מפני שמערים ליפטר משבועה בודאי שפטור, דמה בכך שמערים הרי לא הודה במקצת ואין סיבה לחייב שבועה. ומה שכשאומר הילך כמערים הוא חייב הוא משום שהפטור של הילך הוא משום שחלק ההילך שעומד לפרעון אינו בכלל התביעה והוי ככופר הכל. וזה שייך רק כשאומר הילך לפי תומו. אבל אם אינו רוצה לשלם ומשלם רק כדי ליפטר אין זה מוציא את חלק ההילך מכלל התביעה. וכמו שבגמ' בשבועות ההערמה גורמת שלא יהיה פטור של קדמה הודאה לתביעה כך כאן זה גורם שלא יהיה סיבת הפטור של הילך. והוסיף שמדברי הנתיבות אין סתירה לזה. דאף שכשאומר הילך כמערים אין זה ככופר הכל וא"כ אין זה העזה, מ"מ חלק מהערמתו הוא לעשות עצמו כאילו אומר הילך, ואם כשאומר הילך לפי תומו זה העזה א"כ גם כשאומר כמערים ורוצה שיחשבו שאומר כן לפי תומו זה העזה, וא"כ אית ליה מגו אי בעי כפר הכל.

ושו"ר בגידולי תרומה שמקשה על דברי בעה"ת הנ"ל מ"ש האומר הילך כמערים שחייב שבועה מהכופר הכל כמערים שבודאי פטור משבועה. וע"ש מש"כ בזה.

רש"י ד"ה משיב אבידה. רש"י מבאר שהפטור הוא מפני תקנ"ח דהמוצא מציאה לא ישבע מפני תיקון העולם. ובשיטמ"ק בשם ר"פ מקשה ת"ל שפטור מדינא מכח מגו. וכן הקשו התוס' בכתובות י"ח. על רש"י שם. והובא לעיל דשיטת רש"י כשיטת הר"י מגש דמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן ולכן הוצרך לפרש שהפטור מתקנ"ח. ורק לעיל במפני מה אמרה תורה וכו' מודה רש"י שהשאלה היא מכח מגו כמו שהובא שם בשם התומים.

אין נשבעין על כפירת שיעבוד קרקעות. הקשו התוס' על דברי ר' יוחנן בשבועות שמחלק בין כופר בממון שיש עליו עדים שאינו נחשב שיעבוד קרקעות לכופר בממון שיש עליו שטר דהוי שיעבוד קרקעות, ומ"ש הא אית ליה שיעבודא דאורייתא וגם בלי שטר איכא שיעבוד קרקעות. ותרצו דאחר תקנ"ח שתקנו שמלוה ע"פ אינו גובה ממשעבדי חשיב כאילו מחל השיעבוד ואיירי דלית ליה נכסים בנ"ח ואית ליה משעבדי. ולכן מלוה בשטר שגובה ממשעבדי הוי שיעבוד קרקעות ומע"פ שאינו גובה ממשעבדי אינו שיעבוד קרקעות. ומבואר דס"ל שאם היו לו קרקעות בנ"ח גם מע"פ היה שיעבוד קרקעות דאף שאינו גובה קרקע ממשעבדי מ"מ גובה מיניה.

הר"ן בריש שבועת הדיינים גם עמד בשאלת התוס' וכתב דאחר תקנ"ח אין מע"פ שיעבוד קרקעות ולא הוסיף הר"ן דאיירי שאין לו קרקעות בנ"ח. ומבואר דפליגי התוס' והר"ן אי מע"פ אחר תקנ"ח שאינו גובה ממשעבדי נחשב שיעבוד קרקעות כשיש ללוה קרקע בנ"ח. ולכאורה ביאור מחלוקת תוס' והר"ן הוא

דמעלת המוקדם הוא רק מפני ששיעבודו קדם. והר"ן בזה לשיטתו שבכתובות בריש מי שהיה נשוי דף צ: מסיק הר"ן שהעיקר בזה כרי"ף.

אמנם מלשון הרי"ף שהובא בני" בסוף ב"ב וביותר בלשון הטור בס' ק"ד מבואר שאין טעמו של הרי"ף משום דס"ל שבטלו את השיעבוד של מע"פ אפי' לענין גביה מיניה. אלא לעולם איכא שיעבוד גם במע"פ אך כיון שתקנו שאינו גובה ממשעבדי גם אינו גובה ממה שמשועבד למלוה בשטר. דאף שקדם שיעבודו של המע"פ מ"מ אח"כ חל שיעבוד למלוה בשטר, וכמו שאם מוכר הלוח קרקעו לאחר אין המע"פ גובה מהלוקח אף שקדם שיעבודו כך כשאחרי שחל השיעבוד לראשון שיעבד הלוח נכסיו למלוה בשטר המלוה בשטר נחשב כלוקח ואין המע"פ טורף מה שמשועבד למלוה בשטר. ולפ"ז אין שייכות בין מחלוקת התוס' והר"ן למחלוקת הרי"ף ורה"ג.

ונ"מ בין שני הדרכים בביאור שיטת הרי"ף הוא בב' מע"פ אם יש קדימה למוקדם לענין גביה מיניה. שאם אין למע"פ שיעבוד כלל אין לו דין קדימה אפי' לגבי מע"פ אחר. ואם יש שיעבוד אלא שאינו קודם למלוה בשטר מפני ששיעבודו של המלוה בשטר הוא כלוקח לגבי המע"פ זה דוקא מלוה בשטר אבל מע"פ לגבי מע"פ אינו כלוקח ויהיה קדימה למע"פ המוקדם. ונחלקו הראשונים בדין זה. שהטור בס' ק"ד אחרי שמביא מחלוקת הרי"ף ורה"ג כתב שלענין ב' מע"פ מודה הרי"ף שיש קדימה. וזה כמו שנתבאר שבלשון הטור מפורש שטעמו של הרי"ף הוא משום שמה שמשועבד למלוה בשטר הוא כלוקח. אבל הב"י שם כתב שהר"ן חולק, והוא בר"ן בכתובות צ"ד, שכתב שלרי"ף גם בב' מע"פ ליכא קדימה. וזה הר"ן לשיטתו דס"ל שבמע"פ בטלו את השיעבוד ולכן ס"ל שגם אם יש ללוח קרקע אין זה שיעבוד קרקעות כנ"ל.

בגדר תקנ"ח שתקנו שמע"פ אינו גובה ממשעבדי, שהתוס' ס"ל שלא בטלו את השיעבוד והגביה מיניה הוא מכח שיעבוד ותקנו רק שלא יגבו מלקוחות. ולכן סברי התוס' שאם יש ללוח קרקע בנ"ח זה נשאר שיעבוד קרקעות גם אחר תקנ"ח. והר"ן ס"ל שהתקנה שמע"פ אינו גובה ממשעבדי היא שבטלו את השיעבוד ואחר תקנ"ח גם הגביה מיניה אינו מכח שיעבוד אלא כגביית מטלטלין מיניה ואפי' מגלימא דעל כתפיה. ולכן לר"ן גם אם יש ללוח קרקע אין מע"פ נחשב שיעבוד קרקעות שאין למלוה קנין ושיעבוד בקרקע הלוח.

במחלוקת זו תלוי מחלוקת הרי"ף ורב האי גאון שהובא בני" בסוף ב"ב ובטור בס' ק"ד לענין מע"פ מוקדמת ומלוה בשטר מאוחרת. דמבואר בכתובות בריש פרק מי שהיה נשוי ששני בע"ח שבאים לגבות ואין ללוח נכסים לשניהם מי ששטרו קודם גובה תחילה מפני שקדם שיעבודו לשיעבודו של חברו. והיכא שאחד מהם הוא מלוה ע"פ והשני הוא מלוה בשטר וזמן המע"פ קודם לזמן המלוה בשטר שיטת רב האי גאון שלענין גביה מיניה המע"פ המוקדם קודם למלוה בשטר המאוחר. והרי"ף ס"ל דמע"פ שאינו גובה ממשעבדי אין לו קדימה למלוה בשטר. ובפשטות ביאור המחלוקת הוא שרה"ג ס"ל כשיטת התוס' דכשתקנו שמע"פ לא גובה ממשעבדי לא בטלו את השיעבוד אלא תקנו רק שלא יגבו ממשעבדי אבל לענין גביה מיניה נשאר השיעבוד, וכיון שגובה מכח שיעבוד יש לו קדימה ששיעבודו קדם לשיעבודו של המלוה בשטר. והרי"ף ס"ל כשיטת הר"ן דתקנ"ח שמע"פ לא גובה ממשעבדי הוא שבטלו את השיעבוד של מלוה ע"פ ומה שגובה מיניה אינו מדין שיעבוד אלא כגביית מטלטלין. וכיון שאינו גובה מחמת שיעבוד אין סיבה שיהיה קודם למלוה בשטר המאוחר,

התוס' דידן וס"ל שגם אם יש ללוה קרקע בנ"ח אין זה שיעבוד קרקעות אחרי תקנ"ח. וצ"ע לפ"ז איך יתפרש מאי דקי"ל מע"פ גובה מן היורשים, מכח מה גובים מן היורשים אם אין שיעבוד ואפי' מיניה אין הגביה מכח שיעבוד. ואף שידוע שהתומים בס' ס"ו סקמ"ג מחדש שיש שיעבוד הגוף על היורשים וא"כ יתכן שאפשר לגבות מע"פ מיוורשים מכח שיעבוד הגוף בלי שיעבוד נכסים כמו שגובים מהלוה עצמו מכח שיעבוד הגוף. אך זה אינו מתרי טעמי א. שהר"ן לא ס"ל חידושו של התומים. שדברי התומים נאמרו לישיב קושית הר"ן בכתובות פ"ו. על שיטת ר"ת דמכירת שטרות דאורייתא ומה שמועיל מחילת המוכר הוא משום ששיעבוד הגוף אינו נמכר וכשמוחל ופוקע שיעבוד הגוף ממילא בטל שיעבוד הנכסים. ומקשה הר"ן א"כ גם במת הלוה איך גובים מן היורשים הרי בטל שיעבוד הגוף ויתבטל שיעבוד הנכסים. וע"ז מחדש התומים שבמת הלוה לא בטל שיעבוד הגוף דאיכא על היורשים שיעבוד הגוף. ומדברי הר"ן שמקשה על ר"ת מוכח דלא ס"ל כן. וא"כ לר"ן ממה דגובים מע"פ מיוורשים מוכח דלא בטלו חז"ל את השיעבוד של מע"פ לענין גביה מיניה ומיוורשים אלא תקנו רק שלא יגבו מלקוחות. ב. שגם לתומים מה שיש שיעבוד הגוף על היורשים הוא רק לענין גביה ממה שנשתעבד למלוה בחיי אביהם שהרי לא גובים מיוורשים אלא ממה שירשו מאביהם ורק לענין זה יש שיעבוד הגוף על היורשים. א"כ גם לדעת התומים מוכח ממה שמע"פ גובה מן היורשים שיש שיעבוד על מע"פ גם אחרי שתקנו חכמים שלא גובים מלקוחות. וקשה א"כ אמאי סובר הר"ן שאין קדימה בב' מע"פ.

מכל זה מוכח דלעולם גם הר"ן והרמב"ן דס"ל שאין למע"פ קדימה אפי' למע"פ אחר אין זה משום שבטלו את השיעבוד אלא כמו שנתבאר לעיל ששיטת הר"ן לדעת הטור הוא שיש שיעבוד למע"פ ומה שאין למע"פ קדימה

ויש לעיין בזה בדברי הרמב"ן שמדברי הרמב"ן בקידושין י"ג: מוכח לכאורה דס"ל שלא בטלו את השיעבוד של מע"פ לענין גביה מיניה. שהרי"ף בסוף ב"ב כתב דרב פפא ס"ל שיעבודא דאורייתא, ומה שהוצרך ר"פ לומר שמע"פ גובה מן היורשים כדי שלא תנעול דלת בפני לוויין אינו משום שהגביה הוא מדרבנן, אלא שזה טעם למה לא בטלו רבנן את הגביה מיוורשים כמו שביטלו את הגביה מלקוחות. וכתב ע"ז הרמב"ן בקידושין שאם ר"פ סובר שיעבודא דאורייתא אין שום סיבה שיבטלו את הגביה מיוורשים ולא צריך להגיע לטעם של נעילת דלת. ומבואר דהרמב"ן ס"ל שאם שיעבודא דאורייתא מה שמע"פ גובה מיוורשים הוא מכח שיעבוד דלגבי יורשים לא השתנה כלום ע"י תקנ"ח. ושיטת הרמב"ן דקי"ל שיעבודא דאורייתא כמבואר בש"ך בס' ל"ט.

ומאידך הרמב"ן בכתובות צ: [הובא בר"ן ובשיטמ"ק שם] הוא כשיטת הר"ן שאין קדימה למע"פ מוקדמת למלוה בשטר מאוחר. והיינו משום דבטלו את השיעבוד אפי' לענין מיניה. ולכאורה יהיה מוכח מזה כמו שנתבאר שאין הכרח לומר שלר"ף בטלו את השיעבוד לענין מיניה אלא מה שאין למע"פ קדימה הוא משום שמה שמשועבד למלוה בשטר הוא כלקוח לגבי מע"פ ואין מע"פ טורף ממה שמשועבד למלוה בשטר. אבל א"כ יסבור הרמב"ן כשיטת הטור שבשני מע"פ יש קדימה למוקדם, ובלשון הרמב"ן שמובא בשיטה בכתובות צ: מפורש שהרי"ף ס"ל שגם בב' מע"פ אין קדימה למוקדם, והרמב"ן ס"ל שם כרי"ף. ואם בב' מע"פ אין קדימה מוכח לכאורה דבטלו את השיעבוד של מע"פ וזה לכאורה סותר את דברי הרמב"ן בקידושין.

וכן יש לעיין בשיטת הר"ן בענין זה דממה שכתב הר"ן בכתובות שאין קדימה בב' מע"פ מוכח דס"ל שבטלו את השיעבוד של מע"פ גם לענין מיניה, וכן מוכח מהא דחולק הר"ן על

מלקוחות מפני שאין בידו ראייה אין זה שיעבוד קרקעות. והרא"ש כתב שאינו מוכן שעל הצד שדינו לגבות זה שיעבוד קרקעות אף שבפועל אינו יכול לגבות. אך הביאור ברמב"ן הוא שתמיד יש גם דין גביה ממטלטלין ומה שנחשב שיעבוד קרקעות הוא רק מפני סומך דעתו על הקרקע. והיכא שבפועל א"א לגבות מלקוחות אינו סומך דעתו על קרקע יותר ממטלטלין ובטל מזה דין שיעבוד קרקעות. וזה הביאור גם בדברי הר"ן דאחר שתקנו חכמים שמע"פ אינו גובה מן הלקוחות כבר אינו סומך דעתו על קרקע יותר מעל מטלטלין ולכן אף שלא בטלו את השיעבוד לענין מיניה כבר אין לזה דין שיעבוד קרקעות כיון שגובים גם ממטלטלין וכלול בכפירה גם כפירת מטלטלין.

אמנם מה שעומד כנגדי בזה הוא דברי רע"א בכתובות צ"ד: שכתב בהדיא בסוגיא דשני שטרות היוצאים ביום אחד באות ב' שהר"ן ס"ל שמה שמלוה ע"פ אין לו קדימה הוא משום שבטלו לגמרי את השיעבוד וגובה רק מדין מיניה. ולדבריו יהיה הפשט בר"ן בשבועות כמו שנתבאר לעיל בפשט הראשון אלא שצ"ב לדבריו אמאי מע"פ גובה מן היורשים הרי בטלו את השיעבוד והר"ן ס"ל דליכא שיעבוד הגוף על היורשים וצ"ע.

נמצא ב' דרכים בביאור מחלוקת רה"ג והר"ף א. פליגי אי בטלו את השיעבוד של מע"פ לענין מיניה או לא. ב. פליגי אי גביה מדבר המשועבד למלוה בשטר נחשב כגביה מלקוחות או לא. וב' דרכים בביאור מחלוקת התוס' בסוגיין והר"ן בשבועות. א. פליגי אם ביטלו את השיעבוד של מע"פ לענין גביה מיניה. ב. פליגי אי איכא דין אין נשבעין על שיעבוד קרקעות כשא"א בפועל לגבות מלקוחות, שהר"ן ס"ל שאם א"א לגבות מלקוחות אין סיבה שיסמוך על קרקעות יותר מעל מטלטלין ולכן נשבעים מפני שכלול בכפירתו כפירת מטלטלין.

למלוה בשטר הוא משום שמה שמשועבד למלוה בשטר הוא כלוקח לגבי מע"פ, הר"ן והרמב"ן ס"ל שמה"ט גם אין למע"פ קדימה למע"פ אחר, דס"ל שגם מה שמשועבד למע"פ אחר הוא כלוקח, דבכלל התקנה שמע"פ אינו גובה מלקוחות משום פסידא דלקוחות הוא שכל ממון שיש בו קנין לאחר אין מע"פ גובה ממנו וגם למע"פ השני איכא שיעבוד אלא ששיעבודו של הראשון קדם, וכשם שאינו טורף מלוקח בגלל הקדמת שיעבודו כך אין לו קדימה למע"פ אחר אלא שניהם שווים. דהיינו שמחלוקת הטור והר"ן אם יש קדימה בב' מע"פ אינו אם בטלו את השיעבוד של מע"פ או לא אלא אם מע"פ נחשב לוקח כלפי מע"פ אחר או לא.

אך א"כ שוב צ"ב בדברי הר"ן בשבועות אמאי פליג אתוס' דידן וס"ל שגם אם יש קרקע ללוה אין זה שיעבוד קרקעות אחרי תקנ"ח. ולעיל ביארנו שזה מפני שס"ל דבטלו את השיעבוד של מע"פ גם לענין גביה מיניה. אבל אחר שנתבאר שמוכח בר"ן שלא בטלו את השיעבוד א"כ אמאי אין זה שיעבוד קרקעות ובמה חולק הר"ן על התוס'. ונראה שהביאור בשיטת הר"ן הוא דהאחרונים הקשו אמאי הוי מלוה בשטר כפירת שיעבוד קרקעות הרי כשם שגובים מקרקעות גובים נמי ממטלטלין. וכתב בזה הנחל"ד כאן דכיון שהמלוה עיקר סמיכות דעתו הוא על הקרקע שאת המטלטלין יכול הלוה להבריח או למכור לכן זה נחשב שיעבוד קרקעות. אבל היכא שאינו מוציא קרקעות מלקוחות מאיזה טעם שיהיה כבר אינו סומך דעתו על הקרקעות יותר מעל המטלטלין, ואף שנשאר שיעבוד קרקעות מ"מ איכא גם גביה ממטלטלין ולכן נשבעין עליו.

ודברים אלו מבוארים בחי' הרמב"ן בשבועות ל"ז: ע"ש היטב. וזה הביאור בדברי הרמב"ן שהובאו ברא"ש בריש פרק שבועת הפקדון שאם למעשה אינו יכול לגבות

גם ממטלטלין כמבואר הכא. ולדברי הגר"ח נחא דמבואר בדבריו ששבעת העדות דמי לענין זה לחיוב שבועה ולא לשבועת הפקדון ורק כתובה שגובה רק מקרקע נחשב שיעבוד קרקעות לענין זה.

כלים וכלים דומיא דכלים

וקרקעות. מבואר בגמ' דהודאת קרקע תמיד נחשב הילך. וצ"ב דזה נחא לרוב הראשונים דס"ל דהודאה בדבר בעין נחשב הילך אפי' כשנמצא באגם ואינו מזומן לפרעון, ולענין זה קרקע דמי לפקדון. אבל לשיטת הראב"ד דס"ל שגם בפקדון אם אינו מזומן לפרעון אינו הילך אמאי פשוט לגמ' שהודאת קרקע הוא תמיד הילך. ולא מצאתי בכל אריכות דברי הראב"ד ובעה"מ שמוכח בשיטה בדף צ"ח: שיזכירו שיש ראייה לבעה"מ מהא דקרקע נחשב הילך. רק בשיטה שם בד"ה והר"ז ז"ל השיב וז"ל כתבת, מוכיח בעה"מ את שיטתו מדברי הרי"ף שמדמה פקדון לקרקע, אבל מקרקע עצמו לא מביא בעה"מ ראייה לדבריו. וצ"ל דבקרע גם הראב"ד מודה דכיון שא"א להבריחו הרי הוא כמונח לפנינו, דמפורש בלשון הראב"ד שם בד"ה והראב"ד ז"ל חזר והשיב וז"ל עוד, שמה שפקדון שנמצא באגם אינו הילך הוא משום דשמא יגנב או ימות ואינו עדיין כמאן דנקיט ליה בידו. וחששות אלו ליכא בקרקע לכן בקרקע מודה הראב"ד. וכן מבואר בלשון רש"י בד"ה דומיא דכלים וקרקעות וז"ל שהכלים שהודה עליהם מונחים בפנינו וא"ל הילך עכ"ל. מבואר ברש"י דקרקע הוי דומיא דכלים שמונחים בפנינו. ואע"ג דרש"י לשיטתו דס"ל לעיל דפקדון הוי הילך בכל מקום שהוא לא היה צריך לזה, עיין מה שכתב בזה הבית הלוי ח"ג ס' מ' אות ה', וכבר עמד בזה השיטה כאן בשם הריטב"א דרש"י לא היה צריך להוספה זו. מ"מ בלשון רש"י מבואר דקרקע בכל מקום שהוא הוי דומיא דמטלטלין שמונחים בפנינו. וא"כ לא קשיא מכאן על הראב"ד.

שיטת הרמב"ם בענין שיעבוד קרקעות עיין בגר"ח פט"ז מאישות שמבאר דענין שיעבוד קרקעות נזכר בג' מקומות א. בכתובות פ"ז: לגבי הפוגמת כתובתה שאינה נשבעת מן התורה משום דהוי שיעבוד קרקעות. ב. בשבועות ל"ז: לגבי קרבן שבועת הפקדון. ג. כאן לענין מודה במקצת במלוה בשטר. מה שמבואר בכתובות לגבי פוגמת כתב הגר"ח בדעת הרמב"ם שהוא רק בכתובה שמדינא דגמ' אינה גובה אפי' מיניה אלא רק מקרקע ולא ממטלטלין. אבל שאר חובות וכן כתובה אחר תקנת הגאונים שגובים גם ממטלטלין אין זה כפירת שיעבוד קרקעות ונשבעין ע"ז. ומה שמבואר בשבועות שאין קרבן שבועת הפקדון בכפירת שיעבוד קרקעות מבאר הגר"ח שהוא דין מיוחד לענין חיוב קרבן שבועת הפקדון ולגבי זה כפירת שיעבוד קרקע הוא כקרקע גם בשאר חובות שגובים גם ממטלטלין, משא"כ לענין חיוב שבועה אין שאר חובות שנגבים גם ממטלטלין נחשבים שיעבוד קרקעות. ומה שמבואר כאן ששטר נחשב שיעבוד קרקעות לענין שבועת מודה במקצת מבאר הגר"ח דהיינו דוקא כשאוחז שטר בידו בזה שיעבוד השטר גורם שנחשב כאילו פרע את חלק ההודאה והוי הילך, ואפי' מאן דמחייב הילך מודה שנחשב שיעבוד קרקע אבל באופן דאינו הילך גם שיעבוד קרקעות אין זה יעו"ש. ועיין בקה"י ס' ו' שכתב שסברא זו של הגר"ח מבוארת בחי' הרמב"ן בשבועות ל"ז:.

ע"פ דברי הגר"ח יש לבאר דברי רש"י בשבועות ל"ב: לגבי שבועת העדות דאיכא מ"ד שבמשיב עדי קרקע ליכא חיוב שבועת העדות, וכתב רש"י שעדות על חיוב כתובה נחשב עדי קרקע מפני שכתובה אינה נגבית אלא מן הקרקע. ומקשה רע"א בתש' קנ"ג אמאי כתב רש"י דהוי כקרקע לפי שאינה נגבית אלא מן הקרקע הא גם שאר חובות היכא דאיכא שטר הוי שיעבוד קרקעות אף שנגבים

ויש להוסיף דמה שפקדון אינו הילך לראב"ד הוא משום דאף שהפקדון הוא של בעליו בכל מקום שנמצא מ"מ אכתי הוא מחוסר הבאה לבעלים, משא"כ קרקע שאינו מחוסר הבאה מיד עם ההודאה הוא ברשות הבעלים ואין לך הילך גדול מזה.

דף ה.

דחפר בה בורות שיחין ומערות. בפשטות כונת הגמ' דחלק זה של הבורות שאינו בעין, והודאתו מחייבתו דמים, אינו הילך, אבל שאר הקרקע אע"פ שיש בה בורות נשאר הילך, דמה בכך שנשתנה הקרקע ממה שהיתה מ"מ הוא מודה שגוף הקרקע שייך לתובע בכל מקום שהוא. אמנם במ"מ בפ"ה מטו"נ הל"ב מבואר שלא פירש כן אלא שבגלל הבורות כל הקרקע כולה אינה הילך. שהמ"מ שם כתב לבאר דברי הגמ' בב' אופנים א. שטענו חפרת ב' חפירות והוא מודה באחת. ולפ"ז התביעה וההודאה הם דמי קרקע ויהיה ראייה מכאן שדמי קרקע כקרקע. ב. שתובע ב' קרקעות וכופר באחד ומודה בשני, ובקרקע של ההודאה חפר בורות. ולפירוש זה הכפירה הוא קרקע ממש וההודאה הוא מקצתו קרקע ומקצתו דמי קרקע. ולפי פשוט זה כתב המ"מ שאין ראייה דמי קרקע כקרקע כיון שהכפירה היא קרקע ממש.

ומקשה המ"מ שא"כ מאי איכא בין התי הראשון שחפר בורות לתי' השני דטענו כלים וקרקעות והודה בכלים וכפר בקרקעות, הרי לשני התירוצים הכפירה הוא קרקע והודאה אינו קרקע. ותי' שבתירוץ הראשון איירי שאינו תובע דמי החפירות אלא רק את הקרקע א"כ הכפירה וההודאה הם קרקע. ואינו מוכן דא"כ שוב הוי הילך שאינו מודה בחלק החפירות שעל חלק זה לא היה תביעה כלל, אלא רק בחלק שנשאר בעין. ומבואר שנקט המ"מ דכיון שחפר בקרקע בורות ואין הקרקע כמו שהיתה

כל הקרקע כולה אינה הילך ולא רק חלק הבורות. כדברי המ"מ מבואר גם בשיטמ"ק בשם הר"י מגש, וכן משמע בלשון רש"י שכתב דלאו הילך הוא שהרי קלקלה. משמע שהקרקע עצמה אינה הילך מפני שאינה כמו שהיתה. אמנם מסברא אינו מוכן למה מה שהשתנה הקרקע מכמו שהיה יגרום שאין זה הילך. ועיין בתומים ס' צ"ה ובאבן האזל פ"ה מטו"נ ה"ב שתמהו בזה על המ"מ.

נ"מ מגידון זה יהיה היכא דדמי החפירות הם פחות מב' כסף ורק בצירוף עם מה שנשאר בעין איכא הודאה של ב' כסף. שרע"א בשבועות ל"ט: מסתפק אם חלק ההילך מצטרף לב' כסף או לא. ואי אמרינן שרק חלק החפירות אינו הילך ליכא ב' כסף אבל אם כל הקרקע כולה אינה הילך מפני שאינה כמו שהיתה א"כ איכא הודאה של ב' כסף שאינו הילך ובמטלטלין כה"ג יהיה חיוב שבועה.

התומים בס' צ"ה מקשה על שאלת הגמ' דאיכא מודה במקצת בקרקע שאינו הילך כגון שמודה בשיעבוד קרקעות. ותי' ע"פ רש"י לעיל דס"ל דשיעבוד קרקעות נמי חשיב הילך. אך זה מיישב רק לשיטת רש"י ואכתי יקשה לרמב"ם דרק כשאינו יכול לכפור זה הילך אבל אם יכול לכפור, כגון מע"פ למ"ד שיעבודא דאורייתא, בזה שיעבוד קרקע אינו הילך ובעינן מיעוט לקרקע באופן זה. אמנם למה שכתבו התוס' בד"ה אמאי שאין שאלת הגמ' על הפסוק שאין פסוק מיותר למעט קרקע אלא השאלה על המשנה לא קשה כ"כ שהמשנה מדברת על קרקע ממש ולא על שיעבוד קרקעות.

בענין דמי קרקע כקרקע. ג' שיטות יש בראשונים בענין דמי קרקע. א. שיטת הרמב"ם בפ"ה מטו"נ ה"ב שדינו כקרקע ואין נשבעין עליו. ב. שיטת הראב"ד שם שאם תבעו למלאות החפירות דינו כקרקע ולא נשבעין

הערות

שנים אוחזין דף ה.

וציונים

מה

עליו. ואם תובע דמים אינו כקרקע ונשבעין. ג. שיטת הרשב"א בשבועות מ"ב: וכן הובא בגאון בס' צ"ה סקכ"א בשם הרשב"א בתה"א שאפי' אם תבע למלאות החפירות אין דינו כקרקע ונשבעין עליו.

המ"מ שם כתב שמקורו של הרמב"ם שדמי קרקע כקרקע הוא מכאן דחפר בו בורות ותובע דמי החפירות וע"ז קאי המיעוט של אין נשבעין על הקרקעות. בדעת הראב"ד שחולק כתב הפנ"י שי"ל דאירי הכא שתבעו למלאות החפירות ובוה מודה הראב"ד דהוי תביעת קרקע. וכדברי הפנ"י מבואר בר"ן בשבועות בד"ף י"ט: מדפי הרי"ף, וכן מפורש בשיטה כאן בשם הראב"ד. הר"ן חולק על הראב"ד וס"ל שאין הניזק יכול לתבוע מהמזיק למלאות החפירות אלא רק לשלם דמי הנזק. וגם המ"מ מקשה על הראב"ד דלא מצאנו שיש לניזק זכות לתבוע לתקן את הנזק. הש"ך בס' צ"ה סקי"ח כתב שמסתבר כראב"ד שיכול לתבוע למלאות את החפירות. וע"ע בש"ך בס' שפ"ז סק"א שכתב כן גם לגבי המזיק כלי של חברו שאם יש אפשרות לתקן את הכלי יכול הניזק לתבוע תיקון הכלי. ונראה שבאופן שע"י הנזק בטל שם כלי ממנו ואחרי התיקון זה יהיה בגדר פנים חדשות אין המזיק חייב לתקן כמו שאינו חייב להביא כלי אחר תחת הכלי הראשון, אלא הש"ך איירי היכא שנשאר שם כלי עליו וע"י התיקון יחזור הכלי הראשון למקומו דומיא דקרקע שחוזר לקדמותו ע"י מילוי החפירות בזה יש חיוב לתקן לדעת הראב"ד והש"ך.

התרומת הכרי בס' שפ"ז חולק על הש"ך ומביא ראייה שאינו חייב לתקן את הקרקע מב"ק מ"ח. דמבואר שם שאם הכניס שורו לחצר בעה"ב שלא ברשות וחפר בה בורות בעל השור חייב בנזקי החצר ובעל החצר חייב בנזקי הבור. ומבואר שם דחיובו של בעל החצר הוא משום דהוי ליה למלויה ולא מלייה כמאן דכרייה דמי. הרי מבואר שהחיוב למלאות הוא

על בעל החצר והמזיק משלם רק דמים. אמנם לכאורה אין סתירה לדברי הראב"ד מגמ' זו ואדרבה יתכן שמכאן מקור לדברי הראב"ד. דאיתא במשנה שם מ"ט: החופר בור ברה"י ופתחו לרה"י אחר חייב. וכתבו שם התוס' דאירי שאחד חפר בחצרו ופתחו לחצר חברו והחופר חייב בנזקי הבור שעשה בחצר חברו. והקשו התוס' שם דזה סותר הגמ' הנ"ל בדף מ"ח. דהחופר משלם רק נזקי החצר ונזקי הבור על בעל החצר. וכתב ע"ז בשיטמ"ק שם בשם תר"פ וז"ל ומורי פירש דודאי אם נתרצה בעל החצר לקבל ממנו נזקי החצר ממה שנתקל על החפירה ה"נ דנסתלק החופר לגמרי מיהו מיירי כגון שלא נתרצה לקבל הימנו אלא רוצה שיסתמנו ויכול לכופו על כך ומחייב לעולם החופר על נזקי בעל החצר עד שיסתמנו או עד שיכסנו עכ"ל. דהיינו דמה דמבואר בדף מ"ח. דבעל השור משלם רק דמי נזק החצר ואינו אחראי על הבור היינו כשנתרצה בעל החצר לקבל דמים אבל אם רוצה יכול לתבוע למלאות ואז אחריות הבור נשאר על בעל השור וזה הדין שמבואר במשנה בדף מ"ט: הרי מבואר בדברי תר"פ כדברי הראב"ד והש"ך שיכול הניזק לתבוע מהמזיק למלאות החפירות וזה הפך ממה שהוכיח התרה"כ מאותה סוגיא.

אמנם בלשון תר"פ מבואר שאין טעמו כטעם הראב"ד והש"ך שהם חדשו שמדין מזיק יש חיוב על המזיק לתקן את מה שהזיק כשיחזור הדבר לקדמותו ע"י התיקון. ובתר"פ כתב אם נתרצה לקבל ממנו נזקי החצר ממה שנתקל על החפירה משמע שחיובו למלאות אינו מפני שהזיק את הקרקע שאינו ראוי לזריעה אלא מדין בעל הבור דבורו הוא תקלה לבעל החצר ויש חיוב על בעל הבור לסלק תקלתו מרשות חברו.

ואולי על דרך זה יש לומר דבר חדש בביאור דברי הראב"ד דלעולם מודה הראב"ד שמדין מזיק אין חיוב לתקן את הנזק אלא רק

ותלוי בערך של שעת הנזק. ולכן סובר הראב"ד שהדמים אינם דמי קרקע ואין דינם כקרקע.

והדברים צ"ב דלכאורה נראה איפכא מדברי המחנ"א שהראב"ד ס"ל שיכול לתבוע שימלא משום דס"ל שיש חיוב לתקן ולא רק לשלם הפסד. והרמב"ם שלמד מהגמ' שלנו שדמי קרקע כקרקע ולא מפרש כראב"ד דאיירי שתובע למלאות את החפירות היינו משום דס"ל כר"ן והמ"מ שאין חיוב על המזיק למלא את החפירות, וזה משום דס"ל שהחיוב הוא רק לשלם הפסד ולא לתקן מה שהזיק. וצ"ל שהמחנ"א נקט דכו"ע מודו שיש חיוב על המזיק לתקן מה שהזיק, אלא שלרמב"ם המזיק מקיים דין זה ע"י תשלומי ממון מדין מ"ל הן מ"ל דמיהן, לכן סובר הרמב"ם שא"א לתבוע למלאות. והראב"ד ס"ל שאינו מקיים דין זה ע"י ממון, לכן ס"ל שיכול לתבוע למלאות. ולכן כתב המחנ"א שלרמב"ם כשמשלם דמים יש בזה החזרת הממון שהזיק לכן בקרקע זה דמי קרקע. ולראב"ד אין בתשלומי ממון משום השבת החפץ שהזיק לכן יש זכות לתבוע שימלא החפירות, וכשאינו תובע אלא דמים אין דמים אלו דמי קרקע אלא תשלומי הפסד של קרקע.

מדברי הגר"ח בפ"ה מטו"נ ה"ב מבואר שלמד בדעת הרמב"ם שאין דמי קרקע כקרקע מפני שחיובו של המזיק הוא להשלים את מה שהזיק ותביעת תשלומי נזקי קרקע הוא תשלום של קרקע אלא לעולם גם לרמב"ם הדמים עצמם אינם קרקע אלא לגבי חיוב שבועה אזלינן בתר יסוד החיוב והתחלתו. וכיון שסיבת החיוב הוא קרקע אין נשבעין על הדמים אף שהם מטלטלין.

בר"ן בשבועות פרק כל הנשבעין בדף כ"ז. מדפי הרי"ף מוכח כהבנת הגר"ח. דלשיטת בעה"מ שם יש ה"א בגמ' שעל תביעת תשלום של שכירות פועלים אין שבועת מודה במקצת. והרמב"ן מקשה על בעה"מ דלא יתכן

לשלם מה שהזיק. ומה דסובר הראב"ד שיש חיוב על החופר למלאות החפירות אינו מדין מזיק אלא מדין בעל הבור. דאיתא בפרק הבית והעליה קי"ז: מי שהיה כותלו סמוך לגנת חברו ונפל ואמר לו פנה אבניך וכו'. מבואר דאיכא חיוב על בעל האבנים לסלק אבניו מחצר חברו. ואין זה משום דהוי תקלה לבעל החצר שינזק מן האבנים אלא עצם נזק החצר שאינו ראוי לשימוש הוא נזק שבא מאבניו של בעל הכותל ובעל האבנים חייב לסלק נזק זה מדין בעל הבור. ואע"ג דנזקי החצר הוי כלים ובור פטור על הכלים היינו רק לענין תשלומין אבל איסור להזיק יש גם בכלים ולכן חייב לסלק אבניו [עיין חזו"א ב"ב ס' י"ד אות ט"ז]. ואין זה דוקא מפני שהאבנים הם שלו דמבואר בתוס' שם ד"ה אמר שאם היה נפילת פשיעה הוא חייב לסלק את האבנים גם אחרי שהפקירם. וא"כ ה"ה שהחופר בור בחצר חברו חייב למלאות ולסלק את הנזק שבורו מזיק לחצר חברו, ולא מפני שחייב לתקן את מה שהזיק אלא מפני שצריך לסלק את המזיק שהוא עשה וחיובו מדין בעל הבור. וכמו שבגמ' בהבית והעליה לא סגי במה שמשלם את מה שאבניו הזיקו לחצר אלא חייב לסלק את האבנים שלא ימשיכו להזיק את החצר, כך כל חופר בור בחצר חברו חייב לסלק את הבור שלו שמזיק לחצר חברו.

בביאור מחלוקת הראשונים אי דמי

קרקע כקרקע או לא כתב המחנ"א בהל' נזק"מ ס' א' שהרמב"ם ס"ל שהחיוב של מזיק הוא לתקן את הנזק ומקיים חיוב זה ע"י שמשלם דמים דמה לי הן מ"ל דמיהן. ולכן הרמב"ם ס"ל שאינו משלם לפי היוקרא וזולא של שעת הנזק כגזולן אלא כשעת התשלום שע"י דמים אלו הוא מחזיר את מה שהזיק. ולכן סובר הרמב"ם שהדמים שמשלם עבור נזק של קרקע דינו כקרקע שע"י דמים אלו הוא משיב את הקרקע שהזיק. והראב"ד ס"ל שתשלומי נזק אינו השבת הדבר שהזיק אלא תשלום הפסד

ה"א שעל חיוב ממון שבא מחמת שכירות פועל לא יהיה שבועת מוב"מ דכיון שהשלים פעולתו נעשה השכירות מלוה ואין בינו לשאר חוב ממון כלום. ולמה יגרע כחו של תשלום שכירות פועלים מפני שהיה עיקרו שכירות. וכתב ע"ז הר"ן שאינו רואה בזה קושיא על בעה"מ שהרי דעת רוב המפרשים שכל תביעה שהיא נמשכת מקרקע אע"פ שעכשיו נעשה חוב דינה כקרקע ואין נשבעין עליה, אלמא אע"פ שעכשיו דמים הוא תובעו ולא קרקע דינו כקרקע ממקום שבא ולמה לא נוכל לומר כן בשכירות למאי דס"ד מעיקרא. ולדברי המחנ"א שדמי קרקע כקרקע מפני שחיוב הדמים הוא חיוב קרקע אין מקום לדברי הר"ן שחיוב תשלומי שכירות אינו אלא חיוב דמים ואינו חיוב להחזיר לפועל את מלאכתו. אלא מבואר בר"ן שגם דמי קרקע אינו כקרקע מפני שהדמים עצמם הם כקרקע שהם במקום קרקע, אלא כדברי הגר"ח דאף שהדמים עצמם אינם כקרקע מ"מ כיון שסיבת החיוב הוא קרקע אין נשבעין עליו, דכמו שאין נשבעין על קרקע כך אין קרקע יכול להיות סיבה וגורם לחיוב שבועה. ומזה למד הר"ן לדמי שכירות כיון שסיבת החיוב הוא שכירות ס"ד שאין שבועה על חיוב שבא מחמת שכירות.

עיקר היסוד דכשם שאין נשבעין על הקרקעות כך אין קרקע יכול להיות סיבה לחיוב שבועה מוכח מהא דמבואר במשנה בשבועות ל"ח: דהודה בקרקע וכפר בכלים פטור משבועה אף שהשבועה היא על חלק הכפירה ולא על חלק ההודאה, אלא כיון שההודאה היא סיבה לחיוב שבועה, קרקע לא יכול להיות גורם לחיוב שבועה. וכן הוא בלשון רש"י לעיל ד: ד"ה א"נ ובשבועות מ: ד"ה הודה דכשם שאין נשבעין על הקרקע כך אין הודאתו מביאה לידי שבועה. וזה הדין של דמי קרקע לדעת הר"ן והגר"ח.

נמצא ב' דרכים בביאור המחלוקת אם דמי קרקע כקרקע או לא. א. למחנ"א פליגי בגדר

תשלומי נזקין, אם התשלום עבור נזקי קרקע הוא במקום קרקע או שאין זה אלא תשלומי הפסדו של הניזק. ב. לר"ן והגר"ח התשלום עצמו לכו"ע אינו קרקע ואינו במקום קרקע, אלא שזה תשלום שסיבתו הוא קרקע ונחלקו אי אזלינן בטר סיבת החיוב או לא.

הנ"מ בין שני הדרכים בביאור הדין של דמי קרקע הוא בדמי מכירה של קרקע. שבזה הדמים הם תמורת קרקע ולא במקום חיוב קרקע. שהקונה קרקע ומתחייב דמים אינו חייב קרקע אלא תשלום עבור קרקע. ולדעת המחנ"א יודה הרמב"ם שאין תשלום זה כקרקע. ולדעת הר"ן והגר"ח דאזלינן בטר סיבת החיוב גם בזה סיבת החיוב הוא קרקע ולרמב"ם לא יהיה חיוב שבועה על דמים אלו.

ובזה תלוי איך לפרש את דברי הרמב"ם בפ"ה מטו"נ ה"ה שהטוען על חברו שני חדשים שכנת בחצרי ואתה חייב לי שכר שני חדשים, והוא אומר לא שכנתי אלא חודש אחד, הרי זה מודה במקצת וחייב שבועה, שאין הטענה בגוף הקרקע אלא בשכרה שהוא מטלטלין. ומבואר דדמי שכירות קרקע אינה כקרקע. ומדנקט הרמב"ם דמי שכירות קרקע ולא דמי מכירת קרקע משמע לכאורה שמה שאין זה דמי קרקע הוא מפני שאינו משלם עבור קנין בגוף הקרקע אלא עבור קנין השתמשות בקרקע, אבל אם היה הנידון לענין דמי מכירת קרקע היה זה נחשב דמי קרקע. ואף שגם דמי מכירת קרקע אינו חיוב קרקע אלא חיוב דמים תמורת קרקע מ"מ לסברת הר"ן והגר"ח דאזלינן בטר סיבת החיוב גם בזה סיבת החיוב הוא קרקע. אך המ"מ כתב על דברי הרמב"ם שקרוב אני לומר דלאו דוקא נקט הרמב"ם שכירות וה"ה אם היה הדין ודברים בדמי מכירת קרקע יהיה חיוב שבועה ואין זה דמי קרקע. ולדבריו מה שכתב הרמב"ם שאין הטענה בגוף הקרקע אלא בשכרה היינו שהנידון הוא לגבי תשלומי דמים עבור קרקע ואין זה נחשב קרקע. וזה כשיטת המחנ"א שרק

הראשונים מקשים על רמב"ח אם נשבעים נאנסו רק כשיש הודאה וכפירה למה צריך חידוש התורה דשבועת נאנסו ת"ל כיון שבל"ה נשבע על הכפירה ישבע נאנסו מדין גלגול. ומוכח דס"ל כשיטת התוס' בב"ק ק"ז. שגם לרמב"ח יש שבועה על הודאה וכפירה בלי נאנסו ואז יש מקום לשאול שישבע נאנסו מדין גלגול. אבל לתוס' לקמן צ"ח. דבלי נאנסו ליכא שבועה על הודאה וכפירה ליכא גלגול ושפיר בעינן חידוש של שבועת נאנסו.

הרמב"ן מתרץ בשם הראב"ד דמיירי שמחל על שבועת הכפירה וא"כ אינו יכול לגלגל וצריך לחידוש של שבועת נאנסו. וכ"כ השיטה בשם הריטב"א. עיין מה שכתבנו בזה בס"ד לקמן ה': על הגמ' תני רמב"ח. ועוד תי' השיטה בשם ר"פ דנ"מ היכא שטוען איני יודע על טענת נאנסו, ואילו היה חיובו מדין גלגול לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם על שבועת הגלגול, אבל עכשיו ששבועת נאנסו הוא עיקר שבועה ולא גלגול אם אינו יכול לישבע משלם.

לכאורה תי' זה תלוי במחלוקת הראשונים לקמן צ"ח. שהתוס' שם ס"ל שלא מגלגלים כשטוען שמא על טענת הגלגול. והרא"ש שם ס"ל דאף שיש גלגול מ"מ אין מתוך על שבועת הגלגול. והרמב"ן חולק וס"ל שמגלגלים ואיכא מתוך על שבועה שבאה ע"י גלגול. ולרמב"ן אין מקום לתי' זה. וכן מבואר בהגהות הגרא"ז זצ"ל על הרמב"ן שכתב שמה שהרמב"ן כאן לא תירץ תי' זה הוא משום דאזיל לשיטתו דס"ל שיש מתוך על שבועת גלגול. אמנם המעיין בדברי הרמב"ן בדף צ"ח יראה שמבואר בדבריו דמה דס"ל דאיכא מתוך על שבועת גלגול הוא כשהגלגול הוא ע"י טענת ברי. אבל גלגול שבא ע"י טענת שמא, אף שמגלגלין בשמא מ"מ בגלגול שבא על טענת שמא של התובע מודה הרמב"ן דליכא מתוך. ועיין בפרק השואל שכתבנו לבאר דברי

תשלום נזק של קרקע הוא כקרקע מפני שחיובו קרקע. ועיין בר"ן בשבועות בדף כ"ד. מדפי הרי"ף שמביא את שיטת הרמב"ם שדמי קרקע כקרקע. וכתב ע"ז ומ"מ הורה הרב ז"ל שאם טענו שכירות קרקע וכו' שאין הטענה בגוף הקרקע אלא בשכרה שהוא מטלטלין. ולפי מה שנתבאר בדעת הר"ן מה דנקט הרמב"ם שכירות הוא בדוקא ודלא כמ"מ.

הש"ך בס' צ"ה סקט"ו כתב שמה שסובר הרמב"ם שמודה במקצת בדמי שכירות קרקע, ולמ"מ גם דמי מכירת קרקע, אינו דמי קרקע הוא לא רק כששניהם מודים כמה קרקע מכר לו וחולקים רק לענין הדמים אלא ה"ה כשחולקים כמה קרקע מכר לו ונ"מ לענין הדמים גם על זה נשבעים. וזה דלא כגאון שם סקט"ז שכתב שבאופן זה מודה המ"מ דהוי דמי קרקע ע"ש.

כגון שחפר בה בורות. מבואר שבמטלטלין כה"ג היה חייב שבועה, וכן נפסק בשו"ע ס' פ"ז סע' ב'. עיין ברע"א בגליון השו"ע שם מה שכתב לפשוט מזה מה שנסתפק שם בסע' א' והובא לעיל. ומה שהקשו התוס' בד"ה והודה שיהא נאמן במגו דהילך היינו למ"ד הילך חייב דאינו העזה, אבל למ"ד הילך פטור הוי מגו דהעזה וכמ"ש"כ התוס' לעיל בד"ה וש"מ. כ"כ התומים בס' צ"ה סק"ז ע"ש.

תני רמי בר חמא. עיין בשיטמ"ק לקמן צ"ח: בויכוח הרז"ה והראב"ד לענין הילך בפקדון כשאינו בידו, ובד"ה והרז"ה ז"ל השיב דאי קיימא באגם, מקשה בעה"מ מגמ' זו דמוכח דפקדון הוי הילך. ובדיבור שאחר זה דוחה הראב"ד ראיה זו. ובד"ה עוד קפצת מביא בעה"מ מדברי רש"י כאן בד"ה לאו שכתב בהדיא שנחשב הילך בכל מקום שהוא ולא כראב"ד ע"ש.

הערות

שנים אוחזין דף ה.

וציונים

מט

הרמב"ן דגלגול שבא ע"י טענת ברי הוא חיוב שבועה, דאגב חיוב שבועה על העיקר חל עליו חיוב שבועה על הגלגול. וחיוב שבועה זה הוא ככל חיוב שבועה שיש עליו מתוך. אבל בגלגול שבא ע"י טענת שמא של התובע אינו בגדר חיוב שבועה, דליכא חיוב שבועה בלי טענת ברי, ובזה דין הגלגול הוא רק שאגב שנשבע על העיקר נשבע גם על הגלגול. וכיון שאין זה חיוב שבועה אין בזה מתוך. וא"כ הכא דהוי גלגול בטענת שמא גם לרמב"ן אין מתוך וגם הרמב"ן היה יכול לתרץ תירוצ זה.

בתירוץ הראב"ד והריטב"א דאיירי שאינו
תובע את שבועת הכפירה יש לעיין דאין לומר שאינו תובע את פרת הכפירה כלל דא"כ ליכא הודאה וכפירה ולא יתחייב שבועת נאנסו. אלא כונתם שאינו תובע את השבועה. וקשה דמבואר בשו"ע ס' צ"ד סע' ג' שמי שנתחייב שבועה וראה שהתובע מגלגל עליו ורצה לשלם את העיקר כדי שלא יגלגל אינו נפטר בזה מן הגלגול. וא"כ אחרי שנתחייב שבועה ישאר דין הגלגול גם אם לא יתבע את שבועת העיקר. וי"ל דמבואר שם בשו"ע שדין זה הוא דוקא אם שילם אחרי שגלגל אבל אם שילם לפני הגלגול שוב אינו יכול לגלגל. א"כ י"ל שכונת הראב"ד שמחל על השבועה לפני שגלגל על טענת נאנסו. אך נראה שאין צורך לזה וגם אחרי שגלגל אם מחל על שבועת העיקר אינו יכול לגלגל. דמפורש בשו"ע שם שמה שאם שילם את העיקר עדיין יכול לגלגל זה רק כשמגלגל בטענת ברי ולא בשמא. והביאור הוא כמו שנתבאר דגלגול בטענת ברי הוא גלגול בחיוב השבועה, וחל חיוב שבועה על שבועת הגלגול. וכיון שחל חיוב שבועה על הגלגול אגב שבועת העיקר הוא נשבע על הגלגול גם אם אינו נשבע בפועל על העיקר. אבל גלגול שבא ע"י טענת שמא אינו חיוב שבועה אלא אגב שנשבע על העיקר נשבע על הגלגול. ובזה אם בפועל אינו נשבע על העיקר א"א לגלגל.

אמנם מצאנו בעוד ב' מקומות שאם אינו משביע את העיקר אינו יכול לגלגל. א. לקמן ל"ה. תהא במאמינו, שאם מאמין לנתבע על העיקר ואינו משביעו אינו יכול לגלגל. ב. בתוס' לקמן צ"ז. ד"ה ביום הקשו כשלא ידוע אם שאולה מתה או שכורה מתה אמאי לא ישבע השואל ע"י גלגול של שבועת נאנסו. ותירצו דאיירי כשמאמינו המשאיל כמה שאומר שכדרכה מתה. ובמקומות אלו הגלגול הוא ע"י טענת ברי. ובזה לכאורה צ"ל דאיירי שמוחל על השבועה לפני הגלגול. אך נראה שגם בזה אינו יכול לגלגל אא"כ נשבע בפועל את שבועת העיקר. דעיין בפרק המפקיד שביארנו ע"פ דברי רע"א שבב' מקומות אלו איכא מגו על טענת הגלגול והמגו פוטר מחיוב שבועת הגלגול. ואעפ"כ כתב רע"א דכיון שנשבע בפועל על העיקר איכא גלגול ולא מהני מגו לפטור משבועת הגלגול דכל שנשבע על העיקר הדרא הגלגול למקומה. אבל גלגול זה אינו בגדר חיוב שבועה דמהחיוב הוא נפטר ע"י המגו. אלא שבועה זו היא מפני שבפועל נשבע על העיקר יכול התובע לגלגל אבל אם אינו נשבע בפועל על העיקר ליכא גלגול. דהיינו שבמקום מגו דין הגלגול בטענת ברי הוא כדין הגלגול בעלמא בטענת שמא. ובזה יכול לגלגל רק אם נשבע בפועל על העיקר.

דהוא רע"א. הגאון בס' פ"ז סקמ"ו כתב פשט מחודש בביאור סוגיא זו. ותוכן דבריו הוא שיש ב' שאלות בפשט בגמ'. א. לפי מה שהבין אב"י שכונת ר' זירא שישבע הרועה, ולא שיהיה דין כנגדו נשבע ונוטל, למה צריך להגיע לר"ח קמיתא ת"ל דבל"ה איכא חיוב שבועת היסת כדר"נ. ובשלמא למסקנא ניחא שהדין של כנגדו ליכא בהיסת דהוי תקנתא לתקנתא, אבל למאי דס"ד שנשבע הרועה ת"ל מדר"נ. ב. מה שאלת הגמ' ת"ל דהוי ליה רועה ורועה פסול לעדות ולשבועה, הרי גולן פסול

לעדות מן התורה ולמה יאמרו פסול דרבנן בזמן דאיכא פסול דאורייתא.

מבאר הגאון דנפסק בשו"ע ס' פ"ז סע' י"ד דכופר הכל שנשבע היסת ואח"כ בא ע"א וחייבו שבועה דאורייתא חוזר ונשבע שבועת התורה כיון שמה שנשבע בתחילה היה בלי נקיטת חפץ ושבועה דאורייתא בעי נקיטת חפץ. הרמ"א מוסיף שאם נשבע שבועה דאורייתא ואח"כ נודע שהיה חשוד על השבועה בטלה נאמנותו וישבע כנגדו ויטול. וכתב הגאון שב' דינים אלו יש להם מקור מסוגיא דידן. דהכא איירי שמיד כשכפר הרועה, לפני שבאו העדים שאכל שנים, כבר נשבע היסת. וכשבאו העדים שאכל שנים אמר ר' זירא דאם איתא לדר"ח קמייתא הוא מחויב עכשיו שבועה דאורייתא וצריך לחזור ולישבע אף שכבר נשבע כיון שהשבועה הראשונה היתה בלי נקיטת חפץ. ומיושב אמאי צריך להגיע לדר"ח ולא אמר שנשבע מדר"נ דאיירי שכבר נשבע היסת ועכשיו חוזר ונשבע בגלל ר"ח קמייתא. וזה מקור לדברי השו"ע. ופריך והא גזלן הוא ומשני אכנגדו קאמינא. וע"ז הגמ' שואלת ת"ל מדר"נ, דהיינו ת"ל שיש דין כנגדו בלי ר"ח שהוא בל"ה חייב שבועת היסת. ואף שכבר נשבע היסת מ"מ עכשיו שנתברר שהוא גזלן ופסול לשבועה בטלה נאמנותו וחוזר הדין של כנגדו מכח השבועת היסת שהיה עליו. ומכאן מקור לדברי הרמ"א שאם אחר שנשבע נודע שהיה חשוד חוזר דין כנגדו נשבע ונוטל. ומשני דעל שבועת היסת ליכא דין שכנגדו דהוי תקנתא לתקנתא. ושאלת הגמ' ת"ל דהוי רועה הוא איך השביעו אותו היסת בתחילה לפני שבאו עדים שאכל שנים הרי כל רועה פסול לעדות ולשבועה.

שאלת הגר"א למאי דס"ד שהרועה נשבע למה צריך להגיע לר"ח קמייתא ת"ל מדר"נ שנשבע היסת יש לכאורה לישב באופן אחר. דדעת רוב הפוסקים דשבועת היסת לא בעי

נקיטת חפץ, וכן נפסק בשו"ע. אמנם הש"ך בס' פ"ז סקל"ח מביא כמה פוסקים דס"ל שגם היסת צריך נקיטת חפץ. וכתב הש"ך דכן מוכח מקושית הגמ' ת"ל מדר"נ, דאם נאמר שהיסת לא בעי נקיטת חפץ היה צריך ר' זירא להביא מדר"ח כדי לחייבו שבועה עם נקיטת חפץ, וממילא גם הכנגדו בעי נקיטת חפץ, משא"כ שבועת היסת הוא בלי נקיטת חפץ. אלא מוכח שגם היסת צריך נקיטת חפץ ושפיר פריך ת"ל מדר"נ.

הקצה"ח בסקי"ז כתב על דברי הש"ך ראייה זו איני מכיר שלא יתכן שיגרע כח התובע כשהנתבע חייב שבועה דאורייתא מבמקום שחייב שבועה דרבנן. שלדברי הש"ך יוצא שאם הנתבע חייב שבועה דאורייתא והוא חשוד התובע נשבע עם נקיטת חפץ, ואם הנתבע חייב שבועה דרבנן הכנגדו נשבע בלי נקיטת חפץ. אלא אם התובע נשבע עם נקיטת חפץ כשהנתבע חייב שבועה דאורייתא כ"ש שהוא נשבע עם נקיטת חפץ כשהנתבע חייב רק שבועה דרבנן, וניחא שאלת הגמ' אפי' אם שבועת היסת לא בעי נקיטת חפץ. לפ"ז מיושב קושית הגאון שלה"א שנשבע הנתבע לא קשיא ת"ל שחייב שבועת היסת, דהיסת לא בעי נקיטת חפץ לכן נקט ר' זירא מדר"ח שזה מחייב שבועה עם נקיטת חפץ. ורק למסקנא שהשבועה על כנגדו הקשו ת"ל מדר"נ דלגבי התובע אין נ"מ לענין נקיטת חפץ לדברי הקצות. ושור"ר שהרש"ש כתב על דרך זה אך לא הביא דברי הש"ך.

מה שהקשה עוד הגאון מה שאלת הגמ' ת"ל דהוי רועה הרי עדיף לנקוט פסול דאורייתא מפסול דרבנן, עיין בשיטמ"ק בשם הראב"ד ור"פ שעמדו בזה וכתבו שהדין של כנגדו נשבע ונוטל הוא דוקא שלא היה ידוע לתובע שהוא חשוד על השבועה כשנתעסק עמו. ושאלת הגמ' ת"ל דהוי רועה הוא אמאי יש כאן דין של כנגדו הנשבע ונוטל הרי חוץ

הערות

שנים אוחזין דף ה.

וציונים

נא

ממה שהוא גולן הוא גם רועה ואת זה ידע התובע מתחילה. דין זה שאין כנגדו נשבע כשידע שהנתבע הוא חשוד על השבועה מובא ברמ"א ס' צ"ב סע' ז' בשם י"א וכתב ע"ז הרמ"א שיש חולקים. והגר"א שם כתב בסקי"ט וסק"כ שהמחלוקת תלוי בפשט בגמ' כאן כמו שנתבאר. ועוד כתב הגאון שמדברי התוס' כאן בד"ה שכנגדו מוכח שחולקים על חידוש זה של הראב"ד שכתבו התוס' שמה שבחשוד אמרינן כנגדו נשבע ונוטל ולא אומרים מתוך שאינו יכול לישבע משלם דאל"כ לא שבקת חיי לכל החשודים. וזה שייך רק כשידע מתחילה שהוא חשוד. והראב"ד ור"פ ע"כ יתרוצו כתי' השני של התוס'. וע"ע בענין זה בקצה"ח שם סק"ו ובחזו"א חו"מ ס' ט' אות ז'.

תוד"ה אי איתא. ושם י"ל אחרי שלמד וכו'. עיין שיטמ"ק לעיל ד. בשם הרמ"ה שחולק על התוס'.

תוד"ה שכנגדו. הקשו התוס' למה כאן התובע צריך שבועה ובכל מתוך נוטל התובע בלי שבועה. מה דפשיטא לתוס' דבכל מתוך אין התובע צריך שבועה הוא משבועות ל"ב: שהכל מודים שיש חיוב שבועת העדות בע"א המעיד על נסכא דר"א כיון שאם העד היה מעיד הוא היה מחייב ממון מדין מתוך. ואי נימא שבכל מקום שיש מתוך צריך התובע לישבע לא יתחייב העד דמי יימר דמשתבע כדפריך התם על הכל מודים בע"א שכנגדו חשוד על השבועה. אמנם יש ראשונים שחולקים על התוס' בזה שהתשובות מיימוניות לספר משפטים ס' ס"א נקט שבכל מתוך התובע נשבע ונוטל כמו בשכנגדו חשוד על השבועה. ומה שבנסכא דר"א מוכח בגמ' הנ"ל שהתובע נוטל בלי שבועה מבאר התשובות מיימוניות דהתם שאני שהע"א שמחייב את הנתבע שבועה הוא עד המסייע לפטור את התובע מחיוב שבועה. [ומדבריו מקור לשיטת

הי"א שהובא ברמ"א בס' פ"ז סע' ו' שעד המסייע פוטר גם משבועת הנוטלין כמו שצ"יין הגאון שם סקכ"ד]

בביאור תירוצי התוס' נאמרו ג' דרכים. א. הקצה"ח בס' ע"ה סקי"א ס"ל שלתי' הראשון מן התורה אמרינן מתוך בחשוד והתובע נוטל בלי שבועה ככל מתוך, ומה שצריך שבועה הוא תקנ"ח. ולתי' זה כנגדו חשוד על השבועה הוא בכלל הנשבעין ונוטלין שמדינא נוטלין בלי שבועה והשבועה אינה אלא תקנ"ח. ולתי' השני מן התורה אין מתוך בחשוד כלל כיון שהוא מרצונו היה נשבע ומדינא החשוד פטור לגמרי אלא שתקנ"ח שכנגדו יטול עם שבועה ולפ"ז כנגדו חשוד הוא בכלל הנשבעין שאינם נוטלין מדינא אלא כל נטילתם הוא תקנ"ח.

ב. התומים בס' צ"ב סקי"י כתב שמה שאין דין של כנגדו בשבועה דרבנן משום דתקנתא לתקנתא לא עבדינן מוכח שמן התורה אין מתוך בחשוד והנטילה של הכנגדו בשבועה דאורייתא הוא תקנ"ח לכן בשבועה דרבנן זה תקנתא לתקנתא, אבל אם היה מתוך בחשוד ומן התורה נוטל בלי שבועה אמאי בשבועה דרבנן זה נחשב תקנתא לתקנתא הרי הנטילה אינה תקנתא אלא השבועה. לכן מפרש התומים שלשני תירוצי התוס' מדינא אין מתוך בחשוד כיון שמרצונו היה נשבע, ומה שבת"י הראשון הוצרכו לסברא של לא שבקת חיי לכל החשודים הוא משום דאף שמן התורה אין מתוך בחשוד מ"מ כיון שתקנו שהתובע יטול א"כ מדרבנן יש דין מתוך גם בחשוד ואמאי לא תקנו את המתוך בחשוד כעין דאורייתא ויטול בלי שבועה כשאר מתוך. ע"ז כתבו התוס' שבגלל הסברא של לא שבקת חיי לכל החשודים לא השוו המתוך של חשוד לשאר מתוך אלא אמרו שכנגדו ישבע ויטול.

עוד ראה מביא התומים שאין מתוך מן התורה בחשוד משבועות ל"ב: שמבואר שם

שע"א שנשבע שבועת העדות בזמן שהנתבע היה חשוד ואם העד היה מעיד היה דין של כנגדו נשבע ונוטל אינו חייב דכיון שהתובע צריך שבועה כדי ליטול יכול העד לטעון מי יימר שהיה נשבע. ואי נימא שמה שצריך התובע שבועה אינו אלא מדרבנן ומן התורה התובע נוטל בלי שבועה היה חיוב שבועת העדות כמבואר בדברי ר"פ בשבועות ל"א. שבפסולי עדות דרבנן איכא שבועת העדות. אלא מוכח שמן התורה לא מהני עדותו א"כ ישבע התובע. וראיה זו מביא גם הגאון בס' צ"ב סקכ"א. ולגאון צריך לפרש פשט בתי הראשון של התוס' כמש"כ התומים.

ג. החזו"א בחו"מ ס' ט' סק"ג מוכיח מהא דבשניהם חשודים אמרינן חזרה שבועה למחויב לה ומתוך שאינו יכול לישבע משלם שמדינא גם בחשוד אמרינן מתוך. לכן מפרש החזו"א איפכא מהתומים ששני תירוצי התוס' ס"ל שמדינא נוטל התובע בלי שבועה מדין מתוך. ושני התירוצים באים לבאר אמאי תקנו שבועה לתובע. תי' הראשון הוא שתקנו כדי שלא יפסידו את כל החשודים. ותי' השני ס"ל שתקנו שבועה לתובע כדי להפיס דעתו של הנתבע שהרי הוא רוצה לישבע ולא נותנים לו. אבל מן התורה גם לתי' השני יש מתוך בחשוד.

נמצא לענין השאלה אם נטילת הכנגדו הוא מן התורה או לא לקצות תלוי בתירוצי התוס'. לגאון ולתומים לשני התירוצים מדינא אין מתוך בחשוד. לחזו"א לשני התירוצים יש מתוך בחשוד.

בקושית התומים אם מן התורה אמרינן מתוך בחשוד אמאי אין דין של כנגדו נשבע ונוטל בשבועה דרבנן ולמה זה נחשב תקנתא לתקנתא [לקצות זה קשה על תי' הראשון של תוס' ולחזו"א קשה על שני תירוצי התוס'] כתב הקצות דמן התורה חשוד כשר לשבועה וכל

מה שאינו ראוי לישבע הוא תקנ"ח ולכן בשבועה דרבנן זה תקנתא לתקנתא. ומה דנקט הקצות דכה"ג הוי תקנתא לתקנתא הוא דלא כמבואר בשיטמ"ק כאן בד"ה ותיפוק ליה, שמקשה מה שאלת הגמ' ת"ל משום דהוי רועה הא רועה פסול לשבועה מדרבנן והוי תקנתא לתקנתא. ותי' דרק במקום שחיוב השבועה הוא דרבנן זה נחשב תקנתא לתקנתא, אבל במקום שהשבועה היא מן התורה ומה שאינו יכול לישבע הוא מדרבנן אין זה נחשב תקנתא לתקנתא. ולדברי השיטה אין מקום לתירוצו של הקצות. רע"א בדף ה: על תוד"ה תקנתא כתב דחשיב תקנתא לתקנתא אע"ג דבשבועת התורה יש מתוך בחשוד מדאורייתא מ"מ בשבועה דרבנן לא היה ראוי שישלם כשאינו יכול לישבע, אלא דס"ד שהיה תקנה מיוחדת לכלול גם שבועה דרבנן בדין של כנגדו נשבע ונוטל, וע"ז אמרו דהוי תקנתא לתקנתא. ועל דרך זה כתב גם החזו"א בחו"מ ס' ט' סק"ג והובאו דבריו בסמוך.

תוד"ה אין לך בידוי. כתבו דמשמע מהכא דהלכה כל"ק דפרק שבועת הדיינים שבכל כפירת ממון איכא שבועת היסט ולא רק כשיש דררא דממונא. התוס' בשבועות שם הביאו שר"ת פסק כל"ב דבעינן דררא דממונא וכתב דהכא איכא דררא דממונא משום דכל יומא מסרי ליה. ומיושב בזה קושית השיטה כאן בשם הריטב"א אמאי נזכר בגמ' דכל יומא הוו מסרי ליה חיותא, מאי נ"מ מזה. ולר"ת ניחא דזה מה שגורם דאיכא דררא דממונא ורק מכח זה הגמ' שואלת נחייביה מדר"נ.

דף ה:

תוד"ה תקנתא לתקנתא. הקשו התוס' אמנם שכנגדו נשבע ונוטל הוא תקנתא אבל מתוך הוא דאורייתא ולמה לא נימא מתוך גם בשבועה דרבנן. וכתבו דלא שייך הכא מתוך

שאינו יכול לישבע משלם כדפרישית. המהר"ם כתב דיש לבאר דברי התוס' בב' אופנים. א. כונתם למה שכתבו בתי' השני בתוד"ה שכנגדו דבחסוד לא אמרינן מתוך שמרצונו היה נשבע, וכיון שאין בחסוד דין מתוך הנטילה של הכנגדו הוא מדרבנן ולכן בשבועה דרבנן זה תקנתא לתקנתא. ב. כונתם למה שכתבו לעיל ג: דבשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך. וב' פשטים אלו הובאו בקצה"ח בס' צ"ב סק"י. הראשון בשם מהרש"ך והשני בשם מהר"ש הלוי. וב' דרכים אלו בביאור דברי התוס' תלויים במה שנתבאר לעיל בביאור דברי התוס' בד"ה שכנגדו. ורק אם לומדים כהקצות שהתי' השני בתוס' לעיל ס"ל שבחסוד לא אמרינן מתוך אפשר לפרש שכונת התוס' כאן למה שכתבו בתוד"ה שכנגדו, וכן לתומים שלשני תירוצי התוס' לא אומרים מתוך בחסוד. אבל לחזו"א שגם לתי' השני אמרינן מתוך בחסוד א"א לפרש כפשט זה. ועוד קשה לפשט זה שאם כונתם שלא אומרים מתוך בגלל שהוא חסוד יהיה משמע דלולא זה אמרינן מתוך גם בשבועה דרבנן וא"כ יהיו דברי התוס' כאן סותרים את דבריהם לעיל ג: שבשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך. וזה קושית מהרש"ך שהובא בקצות הנ"ל.

רע"א גם כתב ב' דרכים אלו בביאור דברי התוס'. שרע"א כאן מבאר שהיה קשה לתוס' למה הוי תקנתא לתקנתא הרי התשלומין הם מן התורה מכח מתוך ורק השבועה היא דרבנן. ותירצו דשבועה דרבנן לא חמיר לחייב ממון כשאינו יכול לישבע, דהיינו שבשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך אך כשתקנו שכנגדו נשבע ונוטל היה ראוי לכלול בתקנתם גם שבועה דרבנן וע"ז אמרינן דלא עשו כן משום דהוי תקנתא לתקנתא. ולפי פירוש זה מה שאמרו התוס' כדפרישית היינו מה שכתבו לעיל ג: שבשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך. וזה כפירושו של מהר"ש הלוי. רע"א בב"ק ס"ב. כתב דמדברי התוס' כאן משמע דס"ל שגם

בשבועה דרבנן אמרינן מתוך. וזה מפני שמפרש שמה שכתבו כדפרישית היינו למה שכתבו בד"ה שכנגדו שבחסוד לא אמרינן מתוך, כפירושו של המהרש"ך, ומשמע שלולא זה אמרינן מתוך אף דהוי שבועה דרבנן. החזו"א בחו"מ ס' ט' סק"ג מבאר מה שכנגדו בשבועה דרבנן הוא תקנתא לתקנתא ממש כדברי רע"א כאן. אך רע"א כתב כן בביאור דברי התוס' והחזו"א כתב שאין זה כונת התוס' וכתב על דברי מהר"ש הלוי שמובא בקצות שאין לו פירוש. אלא בביאור דברי התוס' מבאר החזו"א כמהרש"ך ע"פ התוס' בד"ה שכנגדו. ואף שהחזו"א מוכיח שגם בחסוד אמרינן מתוך מן התורה, מ"מ בדעת תוס' זה מודה החזו"א דמבואר שאין מתוך בחסוד וכתב שדבריהם צע"ג ע"ש.

נמצא שהמהר"ם והקצות ורע"א כתבו ב' דרכים בדברי התוס' כאן ותלוי במה שנתבאר לעיל בביאור דברי התוס' בד"ה שכנגדו. ויש ב' נ"מ בין הפשטים. א. אי איכא מתוך מן התורה בחסוד. ב. אי אמרינן מתוך בשבועה דרבנן או לא. וע"ע מה שכתב התומים בס' צ"ב סק"י בדברי התוס' הזה.

הא כתיב לפני עיור וכו'. הריטב"א

מקשה אמאי איכא בזה לפני עיור הרי בידו לגזול ע"י בהמותיו והוי כחד עברא דנהרא. ולכאורה אין קושייתו מובנת דמה שיש יותר בהמות איכא יותר גזל ועל תוספת זו זה תרי עברא דנהרא. ודמי לנזיר שיש לו כוס אחד של יין ואחר מושיט לו כוס נוסף דבודאי איכא לפני עיור על הכוס השני וצ"ע. הריטב"א כתב ע"ז ג' תירוצים [עיי' בחי' הריטב"א שבשיטמ"ק יש בזה חסרון דברים]. בתי' השלישי כתב הריטב"א שרק בכוס יין לנזיר שאינו ודאי שישתה ליכא לפני עיור א"כ זה תרי עברא דנהרא אבל הכא שודאי שירעה בשדות אחרים איכא לפני עיור אף שיכול לעשות כן בשלו. ויוצא לדבריו שרק המושיט

הוא דאיכא לעז לב"ד וע"ז מקשה רע"א ת"ל דהוי שבועת שוא. וגם הרש"ש עמד בזה על דברי רש"י. הרמב"ם בפ"ט מטו"נ ה"ח למד כלל מגמ' זו דכל נשבע ונוטל נשבע רק על מה שנוטל ע"י שבועתו ולא על כל תביעתו. ומוכח שמפרש כרש"י שאם כפירוש הריצב"ש ורע"א דוקא כאן אינו נשבע על כל תביעתו שיהיה ודאי שבועת שוא ואין ראייה מכאן לעלמא.

לקמן כ"ח. מבואר דהיכא דאיכא סימנים וסימנים וע"א יניח. וכתב שם הרא"ש דמי שהע"א כנגדו ישבע ואח"כ יהא מונח. הנ"י שם חולק דאין להשביע אא"כ הנשבע מקבל את הממון שנשבע עליו. והמקור לסברת הנ"י הוא מכאן דכיון שאינו מקבל אלא חצי אינו נשבע אלא על חצי. ובדעת הרא"ש י"ל שיפרש כריצב"ש ורע"א והרש"ש שרק כאן אינו נשבע על כל טענתו מפני שאחד מהם יהיה שבועת שוא. ובפרק אלו מציאות כתבנו בס"ד לבאר שיטת הרא"ש באופן אחר שהרא"ש מחלק בזה בין שבועת הנוטלין לשבועת הנפטריין. שבנוטלין כל המחייב של השבועה הוא הנטילה ועל מה שאינו נוטל אין סיבה לחייב שבועה. משא"כ בשבועת הנפטריין השבועה הוא על מה שמעכב ממון חברו, ובזה הוא חייב שבועה גם כשאינו נוטל את הממון כיון שבגלל טענתו גם חברו אינו נוטל את ממונו. והדברים מבוארים בלשון הרמב"ם שכתב בפ"ט מטו"נ ה"ח שמכאן יש ללמוד לכל הנשבעין ליטול שאינו נשבע על כל טענתו אלא על מה שנוטל. הרי מבואר שדין זה נאמר רק בנשבעין ונוטלין. והנ"י דס"ל כן גם בנפטריין הוא משום דס"ל כרש"י שהטעם הוא משום לעז ב"ד וזה שייך גם בנפטריין.

נמצא ג' שיטות בזה. א. לרש"י ולנ"י דין זה הוא משום לעז ב"ד ונאמר בין בנוטלין בין בנפטריין. ב. לרמב"ם, וכן י"ל בדעת הרא"ש, זה דין מיוחד בנוטלין שאינו נשבע אלא על מה שנוטל שכל המחייב של השבועה הוא הנטילה.

כוס יין לנזיר אינו חייב אא"כ זה תרי עברא דנהרא אבל המשקה כוס יין לנזיר שלא רק גורם מכשול אלא מכשילו בידים עובר בלפני עיור אפי' אם היה יכול לקחת את היין בעצמו דלמעשה הוא המכשיל. ורק במקום שאינו אלא מושיט כל חיובו הוא מפני שהוא ממציא לו את האיסור בזה אם היה יכול לקחת בל"ה אין הוא שממציא לו משא"כ היכא שמכשילו ממש אין נ"מ אם היה יכול לקחת בעצמו או לא. ועיין באו"ש בחידושו לקמן י': שכתב יסוד זה בשם אחד מהראשונים וכתב עפ"ז לבאר דברי התוס' שם.

שבועה שיש לי בה ואין לי פחות מחציה. הרמב"ם בפ"ט מטו"נ ה"ז וכן הרי"ף העתיקו את המשנה כלשונה והשמיטו מה שמבואר בגמ' שכולל בלשון השבועה שיש לו בה. ותמה הנ"י שבלי הוספה זו אין ראייה מהשבועה שיש לו בה. ובשלמא מה שלא הביאו הא דאומר כולה שלי ולדבריהם וכו' י"ל דס"ל שזה אינו אלא עיצה טובה כדי שלא יהא מרע לדיבוריה, אבל מה שכולל שיש לו בה זה מעיקר השבועה. עיין בשיטמ"ק כאן ובב"י בס' קל"ח שכתבו שהרמב"ם למד שאין כונת הגמ' שצריך לומר כן בהדיא אלא שזה ממילא נכלל במשמעות השבועה שאין לו בה פחות מחציה היינו שיש לו בה ולא פחות מחצי.

ונימא שבועה שכולה שלי. רע"א מקשה דע"כ לא פליגי רבנן על בן ננס אלא במקום שיש צורך להשביע את שניהם כדי שלא יפסיד כ"א את זכותו אבל כאן שבל"ה כ"א מקבל רק חצי עדיף להשביע באופן שלא יהיה ודאי שבועת שוא. וכבר הקשה כן השיטמ"ק בשם הרא"ש. כונת רע"א להקשות על רש"י שבגמ' אפשר לפרש שזה גופא תירוק הגמ' ומי יחבינן ליה כוליה, דהיינו כיון שבל"ה לא נותנים לו את הכל למה לגרום שבועת שוא בחנם. ועיין בשיטמ"ק בשם הריצב"ש שמפרש כך את תי' הגמ'. אבל רש"י פירש שתי' הגמ'

הערות

שנים אוחזין דף ה:

וציונים

נה

ג. לריצב"ש, וכן לרש"ש ורע"א בשאלתם על דברי רש"י, דין זה נאמר רק כאן מפני שבועת שוא אבל בעלמא נשבע על כל טענתו.

מגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא. יש לעיין למה יש צד לומר שחשוד אממונא חשוד אשבועתא מ"ש מבעלמא דאמרינן חשוד לדבר אחד אינו חשוד לדבר אחר כמבואר ביו"ד ס' קי"ט. ועיין בגליון מהרש"א כאן שמציין לעיין בב"י ביו"ד ס' קי"ט ד"ה כתב הרשב"א ושם מביא הב"י שו"ת הרשב"א שעמד בשאלה זו. וכתב דשאני הכא דמה שחשוד על השבועה הוא מחמת הממון והוי כחשוד לאותו דבר ע"ש.

התוס' לעיל ג: כתבו דמאי דמסקינן הכא דחשוד אממונא אינו חשוד אשבועתא הוא רק בזה"ז דקיל להו איסור גזל אבל בזמן מתן תורה מי שהיה חשוד על ממון היה חשוד על שבועה. וצריך להבין לפ"ז איך ס"ד להביא ראיה משבועת מודה במקצת שחשוד אממונא אינו חשוד אשבועתא הרי ע"כ צ"ל דהתם הטעם הוא משום אשתמוטי קא משתמט דאל"כ יקשה איך נשבעו בזמן מ"ת, וצ"ע. ומתירון הגמ' אשתמוטי כדרכה יש לכאורה סיוע לשיטת רש"י לעיל ג: שדברי רבה דהאי בכולה בעי דלודי ליה והאי דלא אודי אשתמוטי הוא דקא משתמט מיניה באו לבאר אמאי נשבע ולא אמרינן דהוי חשוד אממונא. אך עיין ברשב"א כאן שאין הכרח מכאן לפרש כרש"י.

תוד"ה דחשיד. וי"מ בשם ר"י החסיד וכו'. ביאור דבריו דע"י השבועה יפרוש מהגזל שעכשיו הולך לגזול, אבל ממה שגזל לפנ"כ ואינו קשור לשבועה זו לא יפרוש מחמת השבועה. וצריך להוסיף בזה מה שכתב הנ"י דכיון שלא ישוב מהגזל הקודם מחמת השבועה ממילא גם לא ישוב מגזל זה שלא יעשה תשובה לחצאין.

מה שמשלם ע"י עדים אין זה השבה מעליא דע"כ משלם. הרמב"ם בפ"י מעדות ה"ד כתב אע"פ שהחזיר פסול לעדות מעת שגנב או גזל. וג' שיטות יש בזה. א. הטור בס' ל"ד כתב דהרמב"ם איירי שהחזיר ע"י כפיה, אבל אם החזיר מדעתו הוא כשר מיד. ודוקא מי שרגיל בכך אינו מתכשר אפי' אם החזיר מדעתו כמו שביאר הדרכי משה שם סק"ו. ב. שיטת הב"י שכל גנב נשאר בפסולו אפי' החזיר מדעתו עד שישוּב בתשובה. ג. שיטת הב"ח שאם גנב פעם אחת אפי' שהחזיר ע"י כפיה הוא כשר מיד, והרמב"ם שכתב שאינו מתכשר אף שהשיב איירי ברגיל בכך.

הקצה"ח בס' ל"ד סק"ב מבאר את סברת הב"ח שגם מה שמשיב מחמת כפיה מכשירו כמו שחייבי מלקיות שלקו הוכשרו דכיון שלקה הרי הוא כאחיד, ונקט הקצות דכיון שלקה הוא כשר אפי' בלי תשובה, וכן מבואר ברמב"ם פ"ב מעדות ה"ד שכל מי שנתחייב מלקות בין עשה תשובה בין שלקה בב"ד חוזר לכשרותו. ואף שהרמב"ם בפ"א מתשובה ה"א כתב שחייבי מלקיות אין מתכפר להם בלקייתן עד שיעשו תשובה ויתודו התם איירי לענין כפרה, ולזה בעינן תיקון על העבר וזה דוקא ע"י תשובה. אבל לענין כשרותו לעדות מכאן ולהבא סגי בזה שמעכשיו אינו רשע וכיון שלקה בטל מיניה שם רשע מכאן ולהבא אף שעדיין לא תיקן את העבר ולזה סגי במלקות גם בלי תשובה. וכן ס"ל לב"ח שאם השיב את הגזילה אפי' ע"י כפיה כבר אינו רשע מכאן ולהבא והוא כשר לעדות. אך תמה הקצות על הב"ח מדברי התוס' כאן שכתבו בהדיא שאם אינו מחזיר מדעתו אינו מתכשר.

ואכתי צ"ע בדעת הרמב"ם בזה שהכ"מ בהל' עדות כתב שמקורו של הרמב"ם הוא מדתנן בסוף מכות כ"ג. ונקלה אחיד לעיניך כיון שלקה הרי הוא כאחיד. ושם לא איירי לענין להכשירו לעדות אלא לענין כפרה שנפטר

של ממון או עבירה שאינה של ממון. וא"כ דברי הקצות שכתב דטעמו של הב"ח שמכשיר גזלן שמשיב ממון מחמת כפיה הוא משום דמדמה לחייבי מלקיות שכיון שלקו הוכשרו אף בלי תשובה לכאורה צ"ע שגם מי שלקה בעבירה של ממון אינו מתכשר בלי תשובה כמבואר ברמב"ם בהל' טו"נ.

אלא הא דתני רמב"ח וכו'. מה שהקשו מדברי רמב"ח ולא משבועת השומרים דכתיב בקרא הוא משום שלגבי שבועת נאנסו ידעה הגמ' דאיכא למימר אשתמוטי קא משתמיט דשמא נאבד בפשיעה וטוען נאנסו כדי להשתמט מלשלם אבל בטענת להד"ם ס"ד דלא שייך אשתמוטי שאם נאבד בפשיעה ורוצה להשתמט עדיף לטעון נאנסו שהוא יותר קרוב לאמת. ולכן מדברי רמב"ח דאמר שכדי לחייב שבועת נאנסו בעינן גם כפירה ס"ד דמוכח שחשוד אממונא אינו חשוד אשבועתא שעל טענת הכפירה ס"ד דליכא אשתמוטי. וכן מבואר ברש"י ד"ה בפקדון שלה"א הכופר בפקדון פסול לעדות אפי' אם לא ידוע שנמצא אצלו בעין שאם כונתו להשתמט היה טוען נאנסו. ומה שכתב רש"י ואם אבד יטען שאבד ויפטר כונתו שאם נאבד בפשיעה שיטען שנאבד באונס ויפטר. וכשטוען להד"ם ע"כ אינו משתמט ולכן הוא חשוד אממונא. ולמסקנא הגמ' חוזרת דגם בטענת להד"ם אמרינן אשתמוטי קא משתמיט והכופר בפקדון שפסול לעדות היינו כשידוע שנמצא ברשותו. כן מבואר ברמב"ן ובעוד ראשונים שהובאו בשיטמ"ק בביאור דברי רש"י ע"ש.

אכתי צ"ב בראית הגמ' מרמב"ח דלא אמר רמב"ח שנשבעים על טענת הכפירה אלא שלא נשבעים על טענת נאנסו אא"כ יש גם כפירה והודאה. וא"כ מה בכך שעל טענת הכפירה אין אשתמוטי הא אכתי אפשר להשביעו על טענת נאנסו שעליו יש כן אשתמוטי. שהדין של חשוד אממונא חשוד אשבועה אינו שנפסל

ע"י המלקות מחיוב כרת, ולגבי כפרה מבואר ברמב"ם בהל' תשובה דלא סגי במלקות אלא בעינן תשובה. ומפורש ברמב"ם בפ"י המשנה בסוף מכות שהמשנה שם איירי עם תשובה, והובא במגיה למל"מ בפ"ז מסנהדרין ה"ז. ואם המשנה שם הוא עם תשובה איך זה יכול להיות מקור להכשירו לעדות בלי תשובה. ועוד קשה שהרמב"ם כתב בפ"ב מטו"נ ה"י וז"ל לעולם כזה דנים לחשוד [שפסול לשבועה] עד שילקה בב"ד, ואם היו עליו עדים שלקה ועשה תשובה יחזור לכשרותו עכ"ל. מבואר דבעינן תשובה עם המלקות כדי להכשירו לשבועה וזה לכאורה סותר את דברי הרמב"ם בהל' עדות שמכשירו לעדות אחרי שלקה גם בלי תשובה.

דברי הרמב"ם מתבארים בדברי הגר"א בס' צ"ב סק"ל. שנראה מדברי הגר"א דקשיא ליה בלשון הרמב"ם בהל' טו"נ שבתחילה כתב שלעולם כזה דנים לחשוד עד שילקה בב"ד ולא הזכיר תשובה. ואח"כ כתב שאם היו עדים שלקה ועשה תשובה חוזר לכשרותו. וכתב הגאון שעבירה שאינה של ממון כיון שלקה חוזר לכשרותו גם בלי תשובה. אבל בעבירה של ממון בעינן תשובה כדי להכשירו ולא סגי במלקות. ותחילת דברי הרמב"ם איירי שנפסל מפני שנשבע שבועת שוא או ששיקר בשבועת ביטוי בזה סגי במלקות. וסוף דברי הרמב"ם איירי שנשבע לשקר שבועה שיש בה כפירת ממון ובוזה אף שלקה אינו מתכשר עד שיחזור בתשובה. ובוזה מיושב הסתירה מהל' עדות דהתם איירי בעבירה שאין בה ממון שאח"כ כתב הרמב"ם אבל שאר פסולי עדות שהם פסולים משום ממון אע"פ ששילמו צריכים תשובה. ובוזה אפי' במקום שיש מלקות צריך תשובה. אבל תחילת דברי הרמב"ם הם בעבירה שאינה של ממון.

נמצא לפ"ז שיטת הרמב"ם דלענין כפרה בודאי לא סגי במלקות בלי תשובה. לענין להכשיר לעדות ולשבועה תלוי אם זה עבירה

לשבועה כיון שהוא חשוד אממונא שלא ראינו שנשבע לשקר שנפסלנו לשבועה, אלא הפשט הוא שאין תועלת מן השבועה שאם הוא אומר אמת אין צורך בשבועה ועל הצד שמשקר הוא גם ישקר בשבועתו. וא"כ היכא שטוען טענת כפירה וטענת נאנסו על טענת הכפירה אין תועלת מן השבועה אבל על טענת נאנסו יש תועלת דשמא טענת הכפירה הוא אמת ואינו חשוד אממונא אלא שבטענת נאנסו הוא משתמיט ואין סיבה שלא ישביעו על זה.

שיש הודאה וכפירה הוא רק כשההודאה והכפירה ראויים לחייב שבועה, ומגו דנשבע על הכפירה נשבע על נאנסו, ואם מחל על שבועת הכפירה או שאין בטענת הכפירה ב' כסף ליכא שבועת נאנסו לרמב"ח. ולרשב"א גדר דינו של רמב"ח הוא כעין גלגול אלא שכאן נתחדש שע"י הגלגול נהפך השבועה של נאנסו לעיקר שבועה ויהיה בזה מתוך גם לסוברים שעל שבועת הגלגול ליכא מתוך כמש"כ ר"פ והובא לעיל.

ונראה דיש להסתפק בגדר דינו של רמב"ח שמצריך כפירה והודאה כדי לחייב שבועה על נאנסו אי בעינן הודאה וכפירה שראויים לחייב שבועה על חלק הכפירה ואגב שבועת הכפירה נשבעים גם על נאנסו כעין גלגול, או שלא בעינן שההודאה והכפירה יהיו ראויים לחייב שבועה על הכפירה ואינו אלא תנאי לחיוב שבועת נאנסו דבלי כפירה והודאה ליכא שבועה על נאנסו. ונ"מ אי בעינן בהודאה והכפירה ב' כסף או סגי במה שיש ב' כסף בחלק שטוען עליו נאנסו. וספק זה לכאורה תלוי במחלוקת ראשונים שהובא לעיל ה. שהראשונים הקשו לרמב"ח ל"ל קרא לשבועת נאנסו ת"ל דבל"ה נשבע על הכפירה ומדין גלגול ישבע על טענת נאנסו. והובא שהריטב"א תירץ דנ"מ באופן שמחל על שבועת הכפירה. ובשיטמ"ק לקמן צ"ח. מובא תי' זה בשם הראב"ד ואח"כ מביא השיטה שהרשב"א דחה תי' זה וז"ל דהא שלישית אינו מתחייב בה לרמי אלא מדין גלגול וא"כ כי מדלית אותה של כפירה ה"ל כמי שלא כפר בה ואין כאן שבועה וכל שאין כאן עיקר תביעה שמביאתו לידי שבועה אין כאן גלגול עכ"ל. דהיינו שהראב"ד והריטב"א ס"ל שההודאה והכפירה אינם אלא תנאי לחיוב שבועת נאנסו ולא בעינן שיתחייב בפועל שבועה על הכפירה כדי לחייב שבועת נאנסו. וה"ה דהו"ו מצי לתרוצי דנ"מ לשבועת נאנסו היכא דליכא ב' כסף שטענה ובכפירה. והרשב"א ס"ל שכל המעלה בזה

וענין זה תלוי במחלוקת התוס' לקמן צ"ח. והתוס' בב"ק ק"ז. שהתוס' בב"ק ס"ל שרמב"ח מחייב שבועה על כפירה והודאה בלי נאנסו אלא שעל נאנסו ליכא שבועה בלי הודאה וכפירה. ולפ"ז יש מקום לומר כהרשב"א ששבועת נאנסו הוא כעין גלגול ורק כשיש שבועה על טענת הכפירה. אבל התוס' לקמן כתבו שאינו נשבע על ההודאה וכפירה אא"כ איכא נמי טענת נאנסו. ולדבריהם ליכא למימר שהענין של הודאה וכפירה הוא כדי שיתחייב שבועה על הכפירה ואגב זה ישבע על נאנסו דכ"ז דליכא נאנסו ליכא שבועה על הכפירה.

לשיטת הרשב"א ניחא ראית הגמ' כאן מרמב"ח שאם לגבי שבועת הכפירה הוא חשוד אממונא ואינו מתחייב שבועה על טענת הכפירה א"כ לא יועיל הכפירה לחייב שבועה על טענת נאנסו. ושפיר הוכיחה הגמ' מדברי רמב"ח דחשוד אממונא אינו חשוד אשבועתא.

והא קעבר אלאו דלא תחמוד. בענין לאו דלא תחמוד איכא ג' מחלוקות בין הרמב"ם והראב"ד. א. הרמב"ם בפ"א מגזילה ה"ט ס"ל דאין לוקין על לאו זה משום דהוי לאו שאין בו מעשה. הראב"ד כתב ע"ז לא ראיתי תימה גדול מזה והיכן מעשה גדול מנטילת חפץ. דהיינו שמפורש ברמב"ם באותה הלכה שאינו עובר בלא תחמוד עד שיקח את החפץ שחמד ואעפ"כ סובר הרמב"ם שזה לאו

האיסור. וממילא זה ניתן לתשלומין שע"י התשלומין הוא מחזיר את הממון ומתקן את מה שקלקל. ולכן ס"ל שאם אמר רוצה אני ליכא לאו שאם נתרצה ליכא גזילת ממון. וחלק מהדברים הנ"ל מבוארים במ"מ פ"א מגזילה ה"ט יעו"ש.

המנ"ח בלאו דלא תחמוד כתב שאם לא אמר רוצה אני מודה הרמב"ם שאינו לוקה משום דהוי לאו הניתן לתשלומין ומה שכתב הרמב"ם הטעם שזה לאו שאין בו מעשה וס"ל שאינו ניתן לתשלומין הוא כשאמר רוצה אני. ולמה שנתבאר אין הדברים מוכרחים שאפי' כשלא אמר רוצה אני ויש בזה לאו דלא תגזול מ"מ הלאו דלא תחמוד אינו על גזילת הממון אלא על חמדת הלב וחלק זה אינו ניתן לתשלומין.

לא תחמוד לאינשי בלא דמי.

בפשטות כונת הגמ' דלאינשי משמע כן אבל האמת היא שגם בדמי איכא לאו דלא תחמוד וכן מבואר ברמב"ם בפ"א מגזילה ה"ט. אבל התוס' בסנהדרין כ"ה: כתבו בפשט אחד שהאמת הוא כן שאם נותן דמים אינו עובר בלא תחמוד. ובדעת התוס' כאן נחלקו המהרש"א והמהר"ם. למהרש"א התוס' כאן ס"ל שאין לאו דלא תחמוד כשנותן דמים. ולכן הקשו ת"ל מלא תגזול. המהר"ם מפרש שקושית התוס' איך טועים וסוברים שלא תחמוד הוא בלא דמי הרי א"כ ת"ל משום לא תגזול ואין מקום לטעות.

המהר"ם שי"ף מוכיח מדברי התוס' דליכא לאו דלא תחמוד אא"כ לקח את הממון דאל"כ מה הקשו ת"ל מלא תגזול. ונראה שיש להוכיח עוד דהתוס' ס"ל שהאיסור על לקיחת הממון כשיטת הראב"ד ולא על חימוד הלב כשיטת הרמב"ם, שאם הלאו הוא על חימוד הלב מה הקשו ת"ל מלא תגזול הרי שם האיסור הוא על לקיחת הממון וזה נתקן ע"י

שאין בו מעשה, והראב"ד ס"ל דהוי לאו שיש בו מעשה שאין מעשה גדול מלקיחת החפץ. ב. הראב"ד ס"ל שאין לוקין על לאו זה דהוי לאו שניתן לתשלומין שצריך להשיב את החפץ שלקח. והרמב"ם מדכתב שאינו לוקה משום דהוי לאו שאין בו מעשה מוכח דס"ל שאין לפוטרו משום לאו הניתן לתשלומין. ג. הרמב"ם ס"ל שאפי' אמר המוכר רוצה אני עובר הקונה בלאו דלא תחמוד. הראב"ד חולק וס"ל שאם המוכר נתרצה אין הקונה עובר בלאו.

לכאורה נראה דג' מחלוקות אלו תלויים זה בזה. דשיטת הרמב"ם דלאו דלא תחמוד אינו על לקיחת הממון דומיא דלאו דלא תגזול. אלא הלאו על חמדת הלב, ודמי ללאו דלא תתאוה שסובר הרמב"ם בה"י שעובר אפי' אם לא לקח את הממון כלל. [הרמב"ם בספר המצות ל"ת רס"ה ורס"ו מונה לא תחמוד ולא תתאוה ב' לאוין ולא כסמ"ג ל"ת קנ"ח דס"ל דתרוייהו חדא ענינא ונמנים כלאו אחד]. אלא שבלא תחמוד יש שיעור למידת החמדה וכ"ז שהחמדה לא הביא לידי לקיחת הממון אינו עובר אבל כשלוקח את הממון אין האיסור הלקיחה אלא החמדה שהביא ללקיחת הממון. ולכן סובר הרמב"ם שזה לאו שאין בו מעשה דאף שאינו עובר עד שיקח את הממון אין האיסור לקיחת הממון אלא חמדת הלב ואין בזה מעשה, ולקיחת הממון הוא רק תנאי ושיעור למידת החמדה. וכיון שהאיסור הוא החמדה ולא לקיחת הממון אין זה לאו הניתן לתשלומין שגם אם ישלם אין זה מבטל את החמדה שהיה בשעת לקיחת הממון. ולכן סובר הרמב"ם שהאיסור הוא אפי' אמר רוצה אני שאין האיסור גזילת הממון אלא חמדת הלב. והראב"ד ס"ל שאין לאו דלא תחמוד על חמדת הלב אלא עוד אופן של גזילת ממון, דאף דיהיב דמי איכא לאו דלא תחמוד על לקיחת ממון חברו שלא מרצונו. לכן סובר הראב"ד דהוי לאו שיש בו מעשה דלקיחת הממון הוא מעשה

דף ו.

אלא הא דאמר ר"נ. ברש"י מבואר שהשאלה היא כיון ששבועת היסת היא על כופר הכל ליכא אשתמוטי וא"כ הוא חשוד אממונא. אך קשה על פירוש רש"י דמוכח בשבועות שגם בכופר הכל איכא אשתמוטי כמו שכתבו התוס'. עיין מה שכתב הנחל"ד לישב שיטת רש"י. ועיין במהר"ם שי"ף שמבאר אמאי לא שאלה הגמ' משבועת ע"א.

הא דתני ר"ח. לכאורה הוי מצי לאקשויי מכל הנשבעין ונוטלין דבכל נוטל ליכא אשתמוטי ואמאי הקשו דוקא מר' חייא. ועיין לשון רש"י בד"ה נימא מגו וז"ל כיון דחד מינייהו בודאי חשיד אממונא עכ"ל. ולכאורה כונת רש"י לבאר דעדיף להקשות מדר"ח שכאן זה לא רק חשיד אממונא אלא אחד מהם בודאי תובע שלא כדין וגרע מסתם חשוד.

תוד"ה אלא. כתבו שנשבעין היסת על קרקעות. ההגהות אשרי כאן ס' ז' כתב דגם היסת אין נשבעין על קרקעות, ונחלקו בזה הרשב"ם והתוס' בב"ב ל"ג:.

ש"ש שבועות משביעין אותו. רש"י מפרש דראית הגמ' משבועה שאינה ברשותו. והתוס' לעיל ג': כתבו שראית הגמ' משבועה שלא שלחתי בה יד. מה דס"ל לרש"י שאין ראיה משבועה שלא שלחתי בה יד כתבו הפנ"י והקצה"ח בס' צ"ב סק"א שעל הממון שהוא חייב עבור השליחות יד איכא למימר אתשמוטי ועצם מעשה השליחות יד הוא מעשה גזילה שכבר נעשה ואין מה שהוא חשוד שעשה בעבר מעשה גזילה מחייב שגם עכשיו ישבע לשקר. ולגבי שבועה שאינה ברשותי שיטת התוס' שאין להוכיח מזה דלגבי זה איכא למימר אשתמוטי. וצריך להבין שיטת רש"י אמאי ס"ל שלגבי שבועת אינה ברשותי ליכא אשתמוטי.

השבה משא"כ לאו דלא תחמוד אינו אלא על החמדה ואת זה אינו מתקן ע"י השבת הממון. אך הראיה היא רק לפי פירושו של המהרש"א אבל למהר"ם ליכא ראיה שלדבריו יתכן שלפי האמת שלא תחמוד הוא אפי' יהיב דמי האיסור הוא על חימוד הלב אבל למאי דטעו אינשי וסברי שהלאו הוא רק בלא דמי הלאו הוא על לקיחת הממון, ולפי טעותם הקשו התוס' ת"ל מלא תגזול.

עוד כתב המהרש"א שמה שהקשו התוס' והא כי יהיב דמי חמסן הוי היינו לתי' של ר"י החסיד שבתוד"ה דחשיד אבל לתי' הראשון שם לא קשיא מחמסן דאע"ג דפסול לעדות הוא כשר מן התורה לשבועה. ויש לעיין בדבריו דהתוס' לא כתבו כן לעיל אלא לצד דחשוד אממונא אינו חשוד אשבועתא שע"ז הקשו אמאי גזלן פסול לשבועה, ותי' שאינו פסול אלא מדרבנן. אבל הכא כשהגמ' אומרת לא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו זה נאמר כדי לישב שלעולם חשוד אממונא חשוד אשבועתא. ולצד זה בודאי כל גזלן פסול לשבועה מן התורה. [עיין עוד ברע"א כאן מש"כ בדברי התוס'].

הרמ"א בס' ל"ד סע' ז' כתב בשם הריב"ש שהחולק עם הגנב אינו נפסל לעדות. והקצות והנתיבות שם האריכו לבאר למה אינו נפסל הרי החולק עם הגנב מעכב ממון חברו ולא גרע מהכופר בפקדון שפסול לעדות. והגאון שם בסק"י כתב על דברי הרמ"א וז"ל החולק כמ"ש ב"מ ו': לא תחמוד לאינשי וכו' עכ"ל. ולכאורה כונתו לבאר דברי הריב"ש דאה"נ מדינא החולק עם הגנב לא גרע מכופר בפקדון וראוי לפוסלו לעדות אלא דאינו נפסל מפני שלאינשי לא משמע להו שיהיה איסור גמור לחלוק עם הגנב אחרי שהממון כבר אינו ברשות הבעלים אלא ברשות הגנב, ועל דרך שאמרו כאן לענין לא תחמוד. ע"ע בזה לקמן ח.

י"ח: שרצו לומר שלדעת רש"י שבועה שלא שלחתי בה יד אינה אלא מדרבנן וכתבו שא"כ לא הוי דאורייתא אלא שבועה שלא פשעתי. ולכאורה הכונה ששבועה שלא פשעתי היא שבועת נאנסו.

נמצא דמחלוקת רש"י ותוס' אי איכא אשתמוטי בשבועה שאינה ברשותו או לא תלוי מהו שבועת אינה ברשותו. התוס' ס"ל ששבועה שאינה ברשותו היא שבועת נאנסו כשיטת הרא"ש והרמב"ם ובשבועת נאנסו איכא אשתמוטי כמבואר ברש"י לעיל. ורש"י ס"ל שאינה ברשותי אינה שבועת נאנסו אלא דחיישינן שמא אחר שנגנב מרשותו חזר הפקדון לרשותו. ולגבי זה ליכא אשתמוטי.

הבית הלוי בח"ג ס' ל"ז כתב שלרש"י שבועה שאינה ברשותו היא שבועה דרבנן ולגבי דרבנן חשוד אשבועתא אינו חשוד אממונא. אבל בזמן מ"ת לא היו נשבעין שבועה שאינה ברשותי. ומביא הבה"ל שהש"ך בס' רצ"ד סק"ב כתב שאינה ברשותי היא שבועה דאורייתא, וכתב ע"ז הבה"ל דברש"י מבואר דהוי דרבנן. ולמה שנתבאר י"ל דהש"ך קאי בשיטת התוס' והרא"ש והרמב"ם דאינו ברשותי היינו נאנסו וזה בודאי דאורייתא. אבל לרש"י שנאנסו הוי בכלל שבועת לא פשעתי, ואינה ברשותי הוי מחשש שמא אחרי שנגנב חזר לרשותו יתכן שחשש זה אינה אלא חשש דרבנן והשבועה היא שבועה דרבנן. וע"ע מה שכתבנו בזה בס"ד בב"ק דף ק"ז:.

ש"ש שבועות. נחלקו הראשונים מהו עיקר שבועת השומרים ויש בזה ד' שיטות. א. שיטת הרמב"ם בפ"ד משאלה ה"א שרק שבועת אינה ברשותי, דהיינו נאנסה או נגנבה, היא עיקר השבועה, ושלא פשעתי ושלא שלח בה יד הם מדין גלגול. [עיין ברמב"ן בפרשת משפטים שמפרש קרא דאם לא שלח ידו במלאכת רעהו דאין הכונה שנשבע שלא שלח

והביאור בזה הוא דרש"י ותוס' פליגי מהו שבועת אינה ברשותי. שבג' שבועות שנזכרו כאן לא נזכר עיקר שבועת השומרים שהוא נאנסו או נגנבה. וכתב בזה השיטה בשם הרא"ש דשבועה שאינה ברשותי היא עיקר השבועה ואינם נשבעין שאין הפקדון ברשותם בלבד אלא שומר חנם נשבע אינה ברשותי שנגנבה, ש"ש נשבע אינה ברשותי שנאנסה, ושואל נשבע אינה ברשותי שמתה מחמת מלאכה, וכלל כולם בלשון אחד כדי שלא להאריך. וזה שיטת הרמב"ם בריש פ"ד משאלה שכתב שאם נגנב מש"ח הוא נשבע ומגלגלין שלא פשע ושלא שלח בה יד. ושבועה שאינה ברשותו לא הזכיר הרמב"ם כלל. וזה משום שכתב שאם נגנב ש"ח נשבע והכונה שנשבע שנגנב וזה שבועת אינה ברשותי. ואם שבועת אינה ברשותי היא שבועת נגנבה ונאנסו בודאי איכא למימר בזה אשתמוטי. אבל רש"י ס"ל ששבועת נגנבה ונאנסו הם בכלל שבועה שלא פשעתי. דנשבע לא פשעתי אלא נגנבה, לא פשעתי אלא נאנסה. ולרש"י אינה ברשותי היא שבועה אחרת שאינה קשורה לנאנסו ונגנבה אלא חיישינן שמא אחר שנגנב ממנו חזר הפקדון לרשותו, וכיון שהחשש הוא שהפקדון הוא בעין ברשותו ליכא בזה אשתמוטי ושפיר מוכיחה הגמ' מזה דחשוד אממונא אינו חשוד אשבועתא. ועל דרך זה כתב הנחל"ד כאן. ומוסיף הנחל"ד שלכן כתב רש"י שלש שבועות משביעין לש"ח שטוען נגנבה, דרך בש"ח שטוען נגנבה יש חשש שמא אחר שנגנב חזר לרשותו, אבל ש"ש שטוען מתה כדרכה אינו נשבע שאינה ברשותו שזה בכלל מתה. וכן מפורש במאירי בריש פרק המפקיד דרך ש"ח שנשבע שנגנבה חזר ונשבע שאינה ברשותו אבל ש"ש שנשבע שמתה כדרכה אינו נשבע שאינה ברשותו. אך מש"כ הנחל"ד דרש"י ס"ל שהג' שבועות הם חוץ משבועת נאנסו שהוא העיקר לכאורה אינו מוכרח ד"ל דלרש"י שבועת נאנסו הוא בכלל שבועה שלא פשעתי. ועיין בתוס' בכתובות

ע"י פשיעה, ובזה גם הרמב"ם יכול להודות שאינו גלגול.

הקצה"ח בס' ש"מ קרוב לסוף סק"ד מביא ראשונים דס"ל ששומר שאינו יודע אם היה אונס או לא אינו משלם מספק. וקשה הרי הוא מחויב שבועה ולמה לא נימא מתוך שאינו יכול לישבע ישלם. וכתב הקצות דס"ל שעיקר שבועת השומרים הוא שאינה ברשותו, ושבועה שלא פשע הוא מדין גלגול ועל שבועת הגלגול ליכא מתוך. ולכן היכא דידוע שמתה ואינו יודע אם היה אונס או לא הרי הוא נשבע שאינו ברשותו ומה שצריך לישבע שהיה אונס אינו אלא מדין גלגול ואם אינו יודע אין ע"ז מתוך. אמנם יש לעיין בזה דמה שכתבו הראשונים שעיקר שבועה הוא שאינה ברשותו הכונה כמש"כ השיטה כאן בשם הרא"ש ששבועת אינה ברשותו היא שבועת נאנסו שאינה ברשותו אלא מתה באונס. וגם המ"מ שמביא הקצות שם לא הזכיר שאינה ברשותו אלא נגנבה. ושלא פשעתי שהוא מדין גלגול היינו כמש"כ הנתיבות שלא היה פשיעה שגרמה לאונס. אבל בודאי שצריך לישבע שעיקר הנזק היה באונס דזהו עיקר שבועת השומרים והוי בכלל שאינה ברשותו. וע"ז צריך להיות מתוך.

תוד"ה שבועה. שיטת ר"ת דאפי' ע"י גלגול א"א להשביע שלא שלח יד דא"א לגלגל בטענת שמא אלא בדבר הרגיל. ומפרש ר"ת דשלא שלח יד היינו שלא אכלו ואין זה בכלל שלא פשעתי. וכתב המהרש"א דשבועה זו היא מדין גלגול, וזה נחשב דבר הרגיל דכיון דחזינן שהבהמה אינה בפנינו יש מקום להסתפק שמא אכלו. אבל שליחות יד הוא דבר שאינו רגיל שאין סיבה לחשוש ששלח בה יד. ולולא דברי המהרש"א היה נראה לפרש שאין כונת ר"ת מדין גלגול אלא שזה בכלל חייב התורה לישבע שלא פשע ואין לך פשיעה גדולה מאכילת הפקדון. ומה שכתבו התוס' שאין זה בכלל שלא פשעתי היינו שלא נכלל בכלל לשון

יד אלא שנפטר מלשלם ע"י שבועת נאנסו רק אם לא שלח יד, שאם שלח יד הוא חייב באונסין. ולדבריו לא נזכר בתורה שבועה שלא שלח יד כלל. ב. שיטת התוס' כאן בתי' השני ששבועה שאינה ברשותי ושלא פשעתי הם עיקר שבועה ושבועה שלא שלח יד היא ע"י גלגול. ג. הרא"ש בפרק המפקיד ס' ו' כתב שדעת הרי"ף דשלא פשעתי ושלא שלח בה יד וכ"ש שאינה ברשותי, דהיינו נאנסה, כולהו הוי עיקר ואינם מדין גלגול. ד. שיטת רש"י דאינה ברשותי היא מחשש שמא אחר שנגנבה חזר הפקדון לרשותו, והבה"ל כתב שלדעת רש"י אינה ברשותי אינה אלא שבועה דרבנן. ועיקר שבועה לרש"י הוא שלא פשעתי, וזה שבועת נאנסו. וכן שלא שלח בה יד, שרש"י מפרש בחומש קרא דאם לא שלח ידו שנשבע שלא שלח ידו, ולא כרמב"ן שמפרש שנפטר בשבועת נאנסו אם לא שלח ידו. [נעיין בבה"ל שמקשה סתירה בדברי רש"י בין מה שפירש רש"י בפרשת ש"ח לבין מה שפירש בפרשת ש"ש].

בשו"ע ס' רצ"ד סע' ב' הובא מחלוקת אם שבועה שלא פשעתי היא מדין גלגול או לא. והנתיבות סק"ב כתב שיש ב' אופנים של לא פשעתי. א. שהנזק לא נעשה ע"י פשיעה וזה עיקר שבועה ולא גלגול. ב. גם אם הנזק עצמו היה אונס מ"מ יתכן שהיה פשיעה שהביא לאונס ויתחייב על האונס מדין תחילתו בפשיעה. אך ע"ז לא חייבה תורה שבועה אלא אם נשבע עיקר שבועת השומרים הוא נשבע גם ע"ז מדין גלגול. וע' באו"ש בפ"ג מטו"נ ה"ו ד"ה והנה שכתב שהעיקר כנתיבות. ולדברי הנתיבות יתכן דלא פליגי הרמב"ם ושאר הראשונים דמש"כ הרמב"ם ששבועה שאינה ברשותי היא עיקר ושלא פשעתי הוא גלגול איירי באופן שיוודעים שהיה אונס אלא שנשבע שלא היה פשיעה שהביא לאונס. ושאר הראשונים שכתבו ששלא פשעתי היא עיקר שבועה איירי בשבועה שהנזק עצמו לא היה

השבועה, אבל המחייב של השבועה היא המחייב של שבועה שלא פשע. ואם שלא פשע הוא עיקר שבועה גם זה עיקר ולא מדין גלגול.

חיישינן שמא מלוה ישנה יש לו עליו. מלשון רש"י בד"ה אביי אמר משמע שאם באמת יש לו עליו מלוה יכול לתפוס את הטלית והיא נעשית שלו. וצ"ב א"כ מה הועילו בתקנת השבועה הרי גם אם חברו הגביה את הטלית לפניו אין שבועתו שקר שהרי הוא זכה בטלית בחובו. וצ"ל שזה בכלל שאלת הגמ' נשקול בלא שבועה. אך מה דמשמע ברש"י דמהני תפיסת הטלית בחובו הוא לכאורה מחלוקת הרמב"ן ובעה"מ. שבעה"מ מקשה אמאי תולים במלוה ישנה אם יש עליו מלוה אמאי אינו טוען בהדיא שיש לו עליו מלוה ויהיה נאמן במגו דכולה שלי. וכתב ע"ז הרמב"ן שהוא רוצה לזכות בטלית זה ואם יטען שיש לו עליו מלוה יכול בעל הטלית לסלקו בדבר אחר לכן הוא טוען אני מצאתיה. והתליה במלוה ישנה מהני רק שלא יחשב חשוד אממונא. דאף שלרמב"ן אסור לו לעכב את הטלית בחובו מ"מ אינו נעשה בזה חשוד דאין זה גזל ממש דהוי כמאן דיהיב דמי, ואף דאיכא לא תחמוד לגבי זה אמרינן לא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו ואינו נעשה חשוד. ולרמב"ן ניחא מה הועילו בתקנת השבועה שאם הוא לא מצא תחילה שבועתו היא שקר. אך צ"ב לרמב"ן מה שאלת הגמ' ונשקול בלא שבועה, למה יטול בלי שבועה הרי אין לו זכות לעכב את הטלית עבור החוב. עיין בשיטמ"ק בשם הריצב"ש מה שכתב בזה.

עיינן בנ"י שמבאר הנ"מ בין אי אמרינן דחשוד אממונא אינו חשוד אשבועתא או שחשוד אשבועתא אלא שתולין במלוה ישנה. ועיין מה שכתבו בזה הקצה"ח בס' צ"ב סק"ג והנתיבות שם סק"ב. ברש"י מבואר דאביי לית ליה טעמא דר"י ששבועה דמתני' נתקן כדי

שלא יהא כ"א הולך ותוקף בטליתו של חברו. ועיין ברמב"ן שחולק בזה על רש"י.

תוד"ה ספק. כתבו התוס' שגזלן ודאי וכופר בפקדון אין להכשיר משום ספק מלוה ישנה. וכוונתם דספק מלוה ישנה לא שכיח ואין זה סיבה להכשיר כשוראים פסול לפנינו. ורק לענין חשוד אממונא חשוד אשבועתא, שענינו שאין תועלת מן השבועה דעל הצד שהוא גונב ממון חברו הוא גם ישבע לשקר מהני מה שיש צד תליה בספק מלוה ישנה שעל צד זה יש תועלת בשבועה. הפנ"י מתקשה בדברי התוס' מ"ש ספק מלוה ישנה דלא מהני להכשיר כופר בפקדון מאשתמוטי שהכופר במלוה כשר לעדות בגלל אשתמוטי. אך ברמב"ן מבואר שרק על ספק מלוה ישנה שהוא מילתא דלא שכיחה לא סומכים להכשיר כשוראים סיבה לפסול משא"כ אשתמוטי שהוא שכיח יותר תולים בזה גם בכופר במלוה. ועיין מה שכתב בהגהות אשרי כאן ובקצה"ח ס' צ"ב סק"ד.

תוד"ה ממון. לשון הרא"ש בזה הוא אם יזכור שלא היה חייב לו יחזירנו. ומשמע דפליג על התוס' דלתוס' אפי' אם ישאר אצלו ספק הוא יחזיר וברא"ש משמע שיחזיר רק אם יתברר שאינו שלו. ומה שהתוס' הביאו ראייה לדבריהם מספק שבועה לכאורה יש לדחות לדעת החולקים דממון הוא חשוד לעכב מספק כיון שאין חשש שיבא ע"י זה לגזל ודאי שאם יתברר שלא היה מלוה ישנה הוא יחזיר את הממון. משא"כ בשבועה אינו נשבע מספק שאם יתברר אח"כ שהיה שקר לא יוכל לתקן.

בעי ר"ז תקפה אחד בפנינו מהו. מבואר בגמ' שהספק הוא אולי שתיקתו הוי כהודאה אבל לולא הודאתו פשוט לגמ' שלא מהני תפיסתו. ולכאורה הטעם הוא משום דמסקנת הסוגיא בסמוך דתקפו כהן מוציאים מידו ולא מהני תפיסה בספק ממון. וכן מבואר

בלי דררא דממונא דא"כ לא שבקת חיי לכל בריה דכ"א יתפוס ממון חברו בטענת ברי. ונסכא דר"א יוכיח דמבואר דהתופס ממון חברו בעדים מוציאים מידו. ועכ"ל דמה שכתב הגאון שלרמב"ם מהני תפיסה גם בלי דררא דממונא היינו רק באופן שאין למי שתפסו ממנו חזקה מה שתחת יד אדם שלו. אבל היכא שהממון בחזקת שהוא שלו לכו"ע לא מהני תפיסה היכא דליכא דררא דממונא. ולכן בשנים אוחזין בטלית מודה הרמב"ם דלא מהני תפיסה דהכא איכא חזקה דמאי דתפיס האי ידיה ומאי דתפיס האי ידיה.

הרמב"ן כאן פסק דתקפו כהן מוציאים מידו ולא מהני תפיסה בספיקות. אך כתב הרמב"ן דהיינו דוקא במקום דאיכא מוחזק והדין הממע"ה. אבל במקום שלפני התפיסה היה הדין יחלוקו מהני תפיסת התופס. והובאו דבריו בקונה"ס כלל ב' בסוף אות ז'. ויקשה על הרמב"ן מה ששאלנו על הרמב"ם אמאי לא מהני תפיסה הכא בלי הודאה הרי במקום דאיכא דין יחלוקו מודה הרמב"ן דמהני תפיסה. והרמב"ן בעצמו עמד בזה בסוף דבריו וכתב דשאני הכא דאנן סהדי דמאי דתפס האי ידיה וכ"א הוא מוחזק לבדו בחצי ולכן לא מהני תפיסת חברו. וא"כ בודאי ש"ל כן גם לדעת הרמב"ם דס"ל שתמיד מהני תפיסה בספק ואפי' כשאין דררא דממונא דהכא שאני דאיכא לכ"א מהם חזקה שהחצי שתח"י הוא שלו.

ואכתי יש לעיין לפי מה שנתבאר בריש פרקין שהרמב"ם ס"ל שלגבי טלית אין כ"א מוחזק בחצי אלא שניהם מוחזקים בכולו ע"כ ליכא חזקה מה שתח"י שלו וא"כ אמאי לא מהני תפיסה הכא כשאין הודאה להרמב"ם דס"ל דמהני תפיסה בספק ונתבאר דהיינו אפי' היכא דליכא דררא דממונא. ויש לישב ע"פ מה שכתב הקונה"ס בכלל ב' אות ז' בשם אחיו מוהר"ח הכהן בביאור דברי התוס' בב"ב ב.

ברמב"ן ובנ"י שכתבו שאם צווח מעיקרא מוציאים מהתופס והכי נמי משמע מהא דתנן ספק בכור וכו' דמסקינן שאם תקף הכהן מוציאים מידו. ואין להקשות לסוברים שבספק ממון מהני תפיסה בטענת ברי גם אחר שנולד הספק אמאי לא מהני הכא תפיסתו הרי הוא טוען ברי, דמה שמהני תפיסה בטענת ברי הוא רק כשיש דררא דממונא כדמוכח מהא דלא מהני תפיסה בנסכא דר"א אף שהתופס טוען ברי, וכן מבואר בתוס' לקמן ק. ד"ה ולחזי ובקונה"ס כלל ב' אות ה', והכא ליכא דררא דממונא כמבואר לעיל ב: לכן לא מהני תפיסה.

לכאורה נראה דמה דבעינן דררא דממונא אינו דוקא לענין תפיסה בטענת ברי אלא גם מה שיש צד בגמ' לומר דתקפו כהן אין מוציאים מידו ומהני תפיסה בכל ספק ממון אפי' כשטוען שמא היינו דוקא כשיש דררא דממונא. אמנם מדברי הרמב"ן והנ"ל מוכח דלא ס"ל כן. שכתבו דמאי דפשיטא לגמ' דלא מהני תפיסה בשנים אוחזין בטלית הוא משום דקי"ל ת"כ מוציאים מידו. משמע שלצד שאין מוציאים מידו גם בטלית מהני תפיסה אף דליכא דררא דממונא. וכן מפורש בביאור הגר"א ביר"ד ס' שט"ו סק"ב שהרמב"ם פסק תקפו כהן אין מוציאים מידו וכתב ע"ז הגר"א וז"ל וכן ס"ל לרמב"ם בכל ספיקא בין ספיקא מחמת טענות כי הך דמסותא או ספיקא הנולד מעצמו כגון ספק בכור או ספיקא דדינא וכו' בכולן ס"ל דאם תפס אין מוציאים מידו עכ"ל. [מה שנדפס מוציאים מידו הוא לכאורה ט"ס]. וכן מבואר ברשב"א בתשובה ס' ש"א שכתב בתוך דבריו דספק בכור לא הוי דררא דממונא. ומוכח דמ"ד ת"כ אין מוציאים מידו היינו אפי' היכא דליכא דררא דממונא. וא"כ קשה לרמב"ם דפסק דמהני תפיסה בספק אמאי לא מהני הכא תפיסת הטלית כשאין הודאה מדין תפיסה בספק ממון. אך גם זה אינו דלא יתכן לומר שלרמב"ם יועיל כל תפיסה בספק ממון

ספק. וע"ע בדברי הר"ן לקמן על הגמ' של הקדישה בלא תקפה מהו.

אלא שתקפה אחד בפנינו. מה שלא תירצה הגמ' כגון ששתק מתחילה ועד סוף לכאורה הוא משום שגם זה פשיטא. הגאון כתב בשם הריטב"א טעם אחר, דשתיקה גמורה הוי הודאה ממש והודאת בע"ד מהני נגד עדים ובבביתא קתני המוציא מחברו עליו הראיה משמע שאם יביא עדים יוציאו מהתופס, וע"כ דלא איירי כשיש הודאה גמורה. וכן מפורש בטור בס' קל"ח בשם הרא"ש שאם שתק מתחילה ועד סוף יזכה התופס אפי' אם יש עדים שהטלית היא של מי שתפסו ממנו. ולדבריהם מוכח שבשתק ולבסוף צווח אפי' לצד דהוי הודאה ומהני התפיסה מ"מ אם יביא השני עדים יוציאו מהתופס. וצריך להבין טעם הדבר דעד כמה שזה נחשב הודאה הרי זה הודאת בע"ד נגד עדים. ובאמת ברמ"א ס' קל"ח סע' ו' מבואר דאפי' בשתק ולבסוף צווח לא מהני ראיה נגד הודאתו. והגאון בסקט"ו וכן הנתיבות בסק"ז בשם התומים הקשו דבבביתא מפורש שהממע"ה משמע דמהני עדים. אך טעם הדבר צ"ב.

הקצה"ח בס' קל"ח סק"ג כתב שלפי הר"ן שאין זה הודאה ודאית אלא ספק הודאה ניחא הא דעדים יועילו להוציא מן התופס דליכא הודאה ודאית נגד העדים. ולכאורה היה נראה שאפי' אי לא נימא כר"ן ניחא דמהני עדים נגד ההודאה. דשתק מתחילה עד סוף היא כהודאה מפורשת, ואין עדים נאמנים נגד הודאה מפורשת. אבל שתק ולבסוף צווח אפי' לצד שמהני אין זה הודאה מפורשת אלא שיש ראיה על הודאה, וכשיש עדים אין זה עדים נגד הודאת בע"ד אלא מתברר ע"י העדים שלא היה כאן הודאת בע"ד. אמנם זה תלוי במה שדנים האחרונים היכא דאיכא ב' עדים שראובן הלוח לשמעון וב' עדים אחרים מעידים שראובן הודה שלא הלוח לשמעון אי הוי תרי ותרי או

דס"ל איפכא מסברת הרמב"ן הנ"ל. שלרמב"ן היכא שהדין הממע"ה לא מהני תפיסה אפי' כשטוען ברי. והיכא שהדין יחלוקו מהני תפיסה. והתוס' ס"ל דהיכא שהדין הממע"ה מהני תפיסה בטענת ברי דבזה לא משנים את הפסק שפסקו בתחילה שגם עכשיו נשאר הדין הממע"ה אלא שהשתנה המוחזקות ומי שהיה המוחזק בתחילה עכשיו הוא המוציא. אבל במקום שהיה הדין יחלוקו לא מהני תפיסה לשנות את הפסק של יחלוקו. וא"כ י"ל דאף שהרמב"ם ס"ל שבכל ספק ממון מהני תפיסה היינו דוקא כשהיה הדין הממע"ה אבל הכא שהיה פסק של יחלוקו מודה הרמב"ם דלא מהני תפיסה אא"כ יש הודאה.

נמצא הדרכים בהא דלא מהני הכא תפיסה כשאין בשתיקה הודאה א. לנ"י משום דקי"ל ת"כ מוציאין מידו. לרמב"ם דס"ל דקי"ל ת"כ אין מוציאין מידו, וכן לרמב"ן דס"ל שבמקום שהדין יחלוקו מהני תפיסה א"א לפרש כן. ב. לרמב"ן לא מהני הכא תפיסה משום דאיכא חזקה מאי דתפס האי ידיה וגם במקום שהדין יחלוקו שמהני תפיסה זה רק כשאין חזקה מה שתח"י שלו. [בדעת הרמב"ם א"א לפרש כן לפי מה שכתבנו בריש פרקין דס"ל שאין חזקה מה שתח"י שלו בשנים אוחזין בטלית]. ג. לדעת הרמב"ם י"ל ע"פ סברת הקונה"ס דבמקום דאיכא פסק של יחלוקו לא מהני תפיסה.

דשתיק והדר צווח מאי. כתב השיטה

בשם הר"ן שאין הספק אם זה הודאה או לא אלא זה ודאי ספק הודאה. והספק של הגמ' היא אי מהני ספק הודאה להוציא מהפסק של יחלוקו או לא. וזה תלוי אם החלוקה היא חלוקה ודאית, שיש לכ"א חזקה על חצי שהיא שלו, ואין ספק הודאה מוציא מחלוקה ודאית או דלמא החלוקה אינה אלא מחמת ספק ומהני ספק הודאה להוציא מחלוקה שעשו מחמת

לא. דיש מקום לומר דכיון שאין עדים שמעידים שראובן לא הודה א"כ העדים שמעידים על הודאת בע"ד נאמנים וממילא איכא הודאת בע"ד נגד העדים שמעידים שלא הלוח. ועיין בזכרון שמואל ס' ל"ט אות ד' שמסתפק בזה. הצד לומר שיחשב תו"ת הוא לכאורה משום דעד כמה שיש בירור מההודאה שהוא באמת לא הלוח יש גם בירור מהעדים שאומרים שכן הלוח שלא היה הודאה שלא הלוח. ובזה תלוי הדין כאן בשתק ולבסוף צווח דאיכא הוכחה על הודאת בע"ד ואין עדים נגד ההוכחה אלא שיש עדים נגד ההודאה. וכיון שאין עדים שלא הודה נשאר הראיה מהשתיקה שכן הודה והודאה מהני נגד עדים.

ויש להביא ראיה שגם במקום שאין הודאה מפורשת אלא ראיה על הודאה מהני ההודאה נגד עדים ולא אמרינן שמהעדים יש ראיה שלא היה הודאה. שרע"א בתש' קמ"ט מסתפק אם כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי הוא הודאה מפורשת שלא פרע או שאין זה אלא ראיה שלא פרע מדלא טען פרעתי. ולכאורה תמוה איך יתכן לומר שאין זה הודאה מפורשת הרי מפורש בגמ' דכל האומר לא לויתי הוא כאומר לא פרעתי ומחייבים גם כשיש עדים שפרע, ואם אין זה אלא ראיה על הודאה איך זה מועיל נגד עדים. ואמר לי בזה הרה"ג ר' ישראל אדלשטיין שליט"א שאין כונת רע"א שזה ראיה שלא פרע אלא זה ראיה שהוא סבור שלא פרע, דהיינו שזה ראיה על הודאת בע"ד שלא פרע. ואין העדים מעידים נגד ראיה זו אלא מעידים שלא פרע. וכיון שאין הכחשה לראיה שיש הודאת בע"ד ההודאה במקומה עומדת, והודאה מהני נגד עדים. אך מדברי רע"א יש לפשוט הספק הנ"ל של הזכרון שמואל דמוכח מדברי רע"א שאם יש ראיה על הודאה מהני ההודאה נגד עדים וכ"ש שאם יש עדים על הודאה לא יועיל עדים להכחיש את המעשה אא"כ הם מכחישים שלא היה הודאה. ואם מוכח כאן לפי הראשונים הנ"ל שבשתק

ולבסוף צווח מהני עדים נגד ההודאה לרע"א ע"כ הטעם הוא כמש"כ הקצות ע"פ הר"ן שאין זה אלא ספק הודאה. שאם תולים בודאות שיש כאן הודאה לא יועילו עדים נגד ההודאה כיון שאינם מכחישים את הראיה שהיה הודאה אלא את עצם ההודאה.

הקצה"ח בסק"ב מדייק מלשון רש"י בד"ה תקפה אחד דהא דמהני תפיסה כשתק הוא רק קודם שנשבעו. ומבאר הקצות דרש"י ס"ל דאין זה הודאה על גוף הממון אלא הוי כאומר איני נשבע. ולפ"ז כתב הקצות שאפי' אם שתק מתחילה ועד סוף יועיל עדים דאין זה עדים נגד הודאת בע"ד. ולכאורה נראה שהראיה מרש"י אינה מוכרחת שהרשב"א כתב דמאי דאמרינן הכא דשתיקה הוי כהודאה זה רק בשנים אוחזין אבל אם אחד אוחז לבדו והשני חטף ממנו אפי' שתק מתחילה ועד סוף אין זה הודאה דלמה יצווח הרי כולם רואים מעשה גזילה. וכן י"ל ברש"י דאחר שנשבע ונגמר הדין לחלוקה אין ראיה מהשתיקה. אבל לפני השבועה שלא נגמר דין החלוקה השתיקה היא כהודאה על גוף הממון כמו שפירשו שאר הראשונים.

נמצא ג' שיטות בזה. א. לריטב"א והרא"ש בשתק מתחילה ועד סוף לא מהני עדים נגד ההודאה. בשתק ובסוף צווח מהני עדים נגד הראיה של השתיקה. ב. לרמ"א גם בשתק ובסוף צווח לא מהני עדים נגד ההודאה. ג. לקצות בדעת רש"י תמיד מהני עדים דליכא הודאה על גוף הממון אלא הוי כאומר איני נשבע. וביאור המחלוקת אי מהני עדים בשתק ובסוף צווח י"ל בב' אופנים. א. פליגי בדברי הר"ן אי הוי הודאה ודאית או ספק הודאה. ב. י"ל דפליגי בנידון של הזכרון שמואל היכא דאיכא הוכחה על הודאה ועדים אינם מכחישים את הראיה שהיה הודאה אלא מעידים נגד ההודאה אי חשיב עדים נגד הודאת בע"ד או שהעדים מבררים שלא היה הודאת בע"ד.

ששנים אוחזין הוי דררא דממונא. ואכתי קשה לשיטת התוס' לעיל ב: ששנים אוחזין לא הוי דררא דממונא א"כ אמאי ס"ד הכא שבנסרך יהיה חלוקה לסומכוס.

ביאור דברי הגמ' הוא כמבואר בשיטה כאן בשם התוס' חיצוניות דבדאי בשנים אוחזין בטלית ליכא דררא דממונא לגבי הספק של מי הטלית. אך בנסרך יש ספק אחר שהאוחז טוען שלא היה כאן מצב של שנים אוחזין אלא הוא לבדו אחז בטלית. ולדבריו לא צריך להיות דין חלוקה. והנסרך טוען שגם הוא אחז וחברו הוציא מידו, ותובע הנסרך חלוקה כדין שנים אוחזין בטלית. והנידון שבפנינו אינו של מי הטלית אלא אם היה כאן מצב של שנים אוחזין וממילא יש דין חלוקה או שלא היה מצב של שנים אוחזין. ועל ספק זה ס"ד דאיכא דררא דממונא דס"ד שמה שהוא נסרך מעורר ספק שמה גם הוא היה אוחז וחברו תקף ממנו. ולא דנים כאן על דררא דממונא של גוף הממון שלגבי זה גם באוחזין ממש ליכא דררא דממונא אלא על הספק אם היו שניהם אוחזין או לא. וגם אם מה שהוא נסרך היה נחשב דררא דממונא הוא לא היה מקבל חצי אלא רק רבע, דליכא דררא על גוף הממון אלא רק על הספק אם יש כאן דין יחלוקו או לא. ומספק היה הנסרך מקבל רביע. קמ"ל דסרכא לאו כלום וגם לגבי הספק אם היו אוחזין או לא ליכא דררא דממונא ואין הנסרך מקבל אפי' רבע אפי' לסומכוס. ולפ"ז ליכא ראייה מכאן דרש"י ס"ל דשנים אוחזין הוי דררא דממונא שגם לרש"י י"ל שהדררא כאן אינו על גוף הממון אלא דררא של שנים אוחזין, וקמ"ל דגם זה ליכא דסרכא לאו כלום.

תוד"ה אגרת ליה בלא סהדי. שיטת התוס' והרא"ש שאם היה טוען חטפת היה נאמן, ובאגרתיה אינו נאמן. וזה הפך ממה דאמרין בעלמא שאינו נאמן לומר שחברו חטף ממנו דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקין, ולומר

ומדברי רע"א כתבנו דמוכח דבכה"ג אין העדים נאמנים דחשיב עדים נגד הודאת בע"ד אף דליכא אלא ראייה על הודאה ולא הודאה מפורשת.

ואידך מסרך מרוכי. לשון הרמב"ם בפ"ט מטו"נ ה"א הוא היה אחד אוחז את כולה וזה מתאבק עמו ונתלה בה הרי זה בחזקת האוחז את כולה. ולא ברור כ"כ המציאות בזה שאם חברו אוחז עמו הרי שניהם אוחזין ואם אין חברו אוחז הרי הטלית יוצאה מתחת יד אחד. ובלשון הנ"י משמע שבזמן שבאו לב"ד רק אחד היה תפוס והשני רץ אחריו ומנסה לתפוס ובפני ב"ד הצליח גם השני לאחוז בטלית. ועיין בלשון השיטה בשם התוס' חיצוניות.

ואפי' לסומכוס וכו'. לכאורה אינו מובן מה נוגע ענין זה לסומכוס שאם יש צד להחשיב את מה שהוא נסרך כאוחז גם לרבנן יש חידוש שהרי באוחזין מודו רבנן שחולקים. ואם פשוט שנסרך אינו כאוחזין למה יש צד שמה שהוא נסרך יגרום דין חלוקה לסומכוס. ולכאורה כונת הגמ' שהיה ה"א לומר שמה שהוא נסרך עושה דררא דממונא ולסומכוס בדררא דממונא חולקין אף שרק אחד מוחזק. וכן מבואר ברש"י שכתב שקמ"ל שנסרך לא חשיב שור שחוט לפניך, דהיינו שאין זה דררא דממונא. אך אכתי צ"ע דמבואר לעיל ב: שאפי' שנים אוחזין ממש אינו נחשב דררא דממונא וכ"ש שנסרך שהוא פחות מאחיזה שאינו עושה דררא דממונא ואמאי ס"ד שיחלוקו לסומכוס. ולכאורה היה נראה דרש"י ס"ל דאוחזין הוי דררא דממונא ולכן פירש דררא דממונא דלעיל ב: אחרת מדררא דממונא דעלמא. ובזה היה מתישב דברי התוס' בב"ב. שכתבו שכותל שבין ב' חצרות וספק של מי הוא הוי דררא דממונא. והקצות בס' קנ"ז סק"ג מקשה מ"ש מב' אוחזין בטלית דלא הוי דררא דממונא. ואולי התוס' שם ס"ל כרש"י

השכרתי הוא נאמן בדברים העשויים להשאל ולהשכיר. ומה דלא אמרינן הכא אחזוקי בגנבי לא מחזקינן מבאר הנ"י דכיון דמתעצמין על הממון זה הוא עומד לתקיפה. והנתיבות בס' קל"ח סק"א כתב דהכא לא חיישינן לגזילה אלא שמא טועה וחושב שהוא הגביה תחילה. לכן לא אמרינן בזה אחזוקי בגנבי לא מחזקינן. ומה שאינו נאמן לומר אגרתיה מבואר בגמ' שהוא משום דאנן סהדי שלא ישכיר לו בלי עדים אחרי שהוא חשוד בעיניו. וכתב הריטב"א שמה שצריך לטעם זה הוא משום דאיירי בדברים העשויים להשאל ולהשכיר. ונעדר כתב שצריך טעם זה כדי שלא יהיה נאמן במגו כמש"כ התוס'. נמצא דטענת חטפת כאן הוי כטענת השאלתי בעלמא דליכא למימר בזה אחזוקי בגנבי לא מחזקינן. וטענת השכרתי כאן דמי לטענת חטפת בעלמא שבמצב זה אין הוא עומד להשאל.

התוס' מקשים אמאי אינו נאמן לומר בדמי אגרתיה ניהליה במגו דאי בעי אמר תקפה ממני. וזה תלוי במה שדנים הראשונים בשבועות מ"ו: בדברים העשויים להשאל שנאמן לומר שאולים הם אם נאמן גם לומר גנובים במגו דשאולים. דכבר נתבאר דחטפת דהכא הוי כשאולים דעלמא, ואגרתיה דהכא הוי כגנובים דעלמא. א"כ אגרתיה במגו דחטפת הוי כגנובים במגו דשאולים. בתוס' בשבועות מ"ו: ד"ה ובקונטרס מבואר שנאמן בדברים העשויים להשאל לומר גנובים במגו דשאולים. ובד"ה וספרא משמע דס"ל שלא מהני בזה מגו. ועיין במהרש"א שם שעמד בסתירת דברי התוס'.

התוס' תירצו דהוי מגו נגד עדים דאנן סהדי שלא ישכיר לו בלי עדים. וכתב הרמ"א בס' קל"ח סע' ח' שזה מגו נגד עדים רק אם טוען שהשכיר בעדים והלכו למדה"י אין זה נגד אנן סהדי ויהיה נאמן. הנתיבות שם סק"י כתב בשם התומים שבאופן זה הוא נאמן בדברים העשויים

להשאל ולהשכיר גם בלי מגו. והקצות סק"ה חולק דאף בדברים העשויים להשכיר אינו נאמן אלא מכח מגו שאין הדרך להשכיר בעדים, אלא שאם אומר שהשכיר בעדים אין זה נגד אנן סהדי ונאמן במגו. ובס' פ"ב סק"ט מקשה הקצות על הרמ"א אמאי נאמן במגו הרי זה מגו להוציא. וכן יש להקשות על התוס' כאן שהקשו שיהיה נאמן במגו הרי זה מגו להוציא. ולפי מה שנתבאר דאגרתיה במגו דחטפת דסוגין הוי כגנובים במגו דשאולים, הרי התוס' בשבועות מ"ו: בסוף דבריהם כתבו שאינו נאמן לומר גנובים במגו דשאולים משום דהוי מגו להוציא, וזה כקושית הקצות על תוס' דידן. ומה שכתחילת דבריהם נקטו התוס' שם שנאמן במגו ולא ס"ל דהוי מגו להוציא כתב הנתיבות בס' צ' סק"ח דס"ל כיון שעשוי להשכיר אין תפיסת התופס מוכיח כלום ונשאר הממון בחזקת המ"ק ואין זה מגו להוציא. וכן י"ל כאן דכיון שעשוי לתקוף הרי זה כעשוי להשכיר ואין הממון בחזקת התופס ומהני מגו להוציא ממנו. ועל דרך זה כתב הקצות הנ"ל בתי' הראשון. וע"ע בענין זה ברע"א בשו"ע ס' קל"ח סע' ח'.

הרמב"ם בפ"ט מטו"נ חולק על התוס' וס"ל שגם אם טוען חטפת אינו נאמן. וכתב הגאון בס' קל"ח סק"ז שמקורו של הרמב"ם הוא מקושית התוס' שאם נאמן לומר חטפת יהיה נאמן גם לומר אגרתיה במגו דחטפת. ומה שלרמב"ם אינו נאמן לומר חטפת מבאר הגאון שהרמב"ם סובר שגם בזה אמרינן אחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן.

לענין הלכה בספקו של ר' זירא כתב הרא"ש דהוי בעיא דלא איפשטא ומספק לא מוציאים מהתופס. ומבואר דסובר הרא"ש שבמקום שיש ספק בגוף התפיסה אם מהני או לא לא מוציאים מהתופס. ועיין בקונה"ס כלל ד' אות ז' שמביא מחלוקת המהרי"ט והש"ך אם מוציאים מהתופס כשיש ספק אי מהני

ס"ל דהלכה כאת"ל ונפשט שמהני תפיסה אבל גם לצד שמהני אין זה אלא ספק הודאה, ולכן מהני תפיסת חברו חזרה. ג. הראב"ד לכאורה ס"ל דהלכה כאת"ל ונפשט שמהני תפיסה וזה נחשב ודאי הודאה ולא ספק ולכן לא מהני תפיסה חזרה.

את"ל תקפה מוציאים הקדישה אינה מקודשת. פרש"י הקדישה בלא תקפה. כתב המהר"ם שי"ף דה"ה אם תקפה ואח"כ הקדיש לא חל ההקדש כיון שלא מהני התקיפה ומוציאים מידו. ומש"כ רש"י הקדישה בלא תקפה הוא מפני שבאת"ל השני הספק הוא כשהקדיש בלי תקיפה. ולולא דבריו היה נראה שדברי רש"י הם בדוקא וגם לצד שלא מהני תקיפה אם תקף והקדיש חוששין להקדשו. דעיין בקונה"ס כלל א' אות ח' דהיכא שהדין הממע"ה אם קידש המוחזק אשה בממון שבידו למאי דקי"ל תקפו כהן מוציאים מידו היא ודאי מקודשת. ואם תפס התובע וקידש אשה אין אפי' חשש קידושין כיון שמוציאים מידו. ומבאר הקונה"ס הטעם דאף שיש צד שהממון הוא של התופס מ"מ כיון שבפועל מוציאים מידו א"כ הוא לא נתן לאשה שום ממון שהרי הממון לא ישאר בידה. ומשמע דלולא זה היה בזה חשש קידושין ולא אמרינן שהדין של הממע"ה והדין של מפקינן מיניה הם סיבה שלא יחול הקנאתו לאשה. בשערי יושר ש"ה פ"ח חולק על הקונה"ס וס"ל דאף דמפקינן מיניה אם תפס וקידש היא ספק מקודשת. ומדברי שניהם מוכח שגם אם מפקינן מיניה אם הקדיש את הממון שתפס זה ספק הקדש, וגם הקונה"ס שחולק לגבי קידושי אשה יודה לגבי הקדש דקידושין שאני דבעינן שתקבל האשה ממון ש"פ. ומה שמבאר בהמשך הסוגיא שאם תקפו כהן מוציאים מידו פשוט שאין הכהן יכול להקדיש היינו כשלא תפס והממון נמצא ביד הישראל. ובאופן זה אם יקדש אשה כו"ע מודו דליכא אפי' חשש קידושין. אבל אם תפס והממון נמצא בידו א"כ

תפיסה או לא. אך י"ל שגם המהרי"ט דס"ל שמוציאים זה דוקא במקום שהתפיסה היא נגד חמ"ק, אבל הכא שאין התפיסה נגד מ"ק יודה המהרי"ט שלא מוציאים כל זמן שיש צד שמהני התפיסה.

הרמב"ם בפ"ט מטו"נ הי"ב כתב שאם תפס וחברו שתק ולבסוף צווח אין מוציאים מהתופס. ואם חזר חברו ותפס מהחוטף אפי' שהוא צווח מתחילה ועד סוף חולקין. ולא אמרינן כיון שזכה התופס מכח שתיקתו של חברו נשאר הממון בחזקתו ולא מהני תפיסת השני כיון שצווח וליכא הודאה. והטעם הוא משום שהרמב"ם ס"ל כרא"ש דהוי בעיא דלא איפשטא ומה שלא מוציאים מהתופס אינו אלא מספק, ולכן כשחזר השני ותפס חוזר דין החלוקה למקומה. הראב"ד חולק וס"ל שלא מהני תפיסה חזרה ונשאר הממון בחזקת הראשון שתפס כיון שהשתיקה היא כהודאה. הקצות בס' קל"ח סק"ג מקשה דשיטת הרמב"ם דקי"ל כאת"ל וכיון שאמרו את"ל תקפה אחד בפנינו אין מוציאים מידו א"כ קי"ל בודאות שאין מוציאים ולמה כתב הרמב"ם שמהני תפיסה חזרה. ואולי זה טעמו של הראב"ד שחולק על הרמב"ם. וכתב הקצות לישב דברי הרמב"ם דס"ל כשיטת הר"ן שגם על הצד שאין מוציאים מידו אין זה אלא ספק הודאה, אלא שמהני ספק הודאה להוציא מחלוקה שהיא מחמת ספק. ולכאורה נראה שאין דברי הקצות מוכרחים דאף שתמיד הלכה כאת"ל הכא שאני דנאמרו בגמ' ב' את"ל, את"ל תקפה אחד בפנינו מוציאים וכו' ואח"כ את"ל תקפה אחד בפנינו אין מוציאים וכו'. והיכא דאיכא את"ל לשני הצדדים אין זה פשיטות. ואף שהלח"מ כתב שהאת"ל האחרון הוא העיקר אין זה הכרח ואין להקשות מזה על הרמב"ם. וא"כ י"ל שהרמב"ם ס"ל כרא"ש שלא נפשט הספק.

נמצא ג' שיטות בזה. א. הרא"ש ס"ל דהוי בעיא דלא איפשטא. ב. הרמב"ם לדעת הקצות

על הצד שזה שלו זה גם ברשותו אם מקדיש זה ספק הקדש. וא"כ שפיר כתב רש"י שמה שפשוט שלא חל ההקדש הוא בהקדיש בלא תקפה.

הקדישה בלא תקפה מהו. שיטת התוס' שהספק הוא בשתק ובסוף צווח אם שתיקתו הוי כהודאה או לא. ואין שייכות בין ספק זה לספק של מסותא אלא שמתוך הספק של מסותא והפשיטות שלא חל ההקדש חזינן נמי דאין השתיקה בזה כהודאה וממילא נפשט ספק זה. והא דחל ההקדש על הצד ששתיקתו כהודאה כתבו התוס' דהוי כפקדון שיכול המפקיד להקדישו. ואף שעד שהקדיש לא היה הממון ברשותו ולא היה ההקדש ראוי לחול כתב הריטב"א דידו והקדשו באים כאחד.

הקצה"ח בס' רי"א סק"ג כתב דמה שכתבו התוס' שאחרי ההודאה חל ההקדש אף שלפני ההודאה אין הממון ברשותו תלוי במחלוקת הרמב"ן ובעה"מ בב"ק ל"ו: בגנב שמודה שגנב ורוצה להחזיר אם יכולים הבעלים להקדיש או לא. והתוס' כאן ס"ל כשיטת בעה"מ שיכולים להקדיש. והרמב"ן שחולק אינו יכול לפרש כתוס' שגם אם מודה אכתי אין הממון ברשות הבעלים להקדיש. האמרי משה ס' ל"ד אות ח' חולק על הקצות וס"ל שכאן גם הרמב"ן יודה שיכול להקדיש אחרי ההודאה וגם הרמב"ן יכול לפרש כתוס'. דסברת הרמב"ן שגם כשרוצה הגזול להשיב הממון אינו ברשות הבעלים הוא דס"ל שאינו ברשותו הוא לא רק מפני שבפועל אין הממון בשליטתו, אלא הקנינים שיש לגזול בחפץ הגזול הוא גם סיבה שיחשב אינו ברשות הבעלים. וקנינים אלו אינם פוקעים ע"י מה שמודה ורוצה להשיב אלא לזה בעינן שיחזור הממון לרשות הבעלים. אבל הכא בשנים אוחזין בטלית ליכא קניני גזילה שהרי שניהם הגביהו יחד וכ"א לגבי חברו הוא כמונח ע"ג קרקע וליכא מעשה קנין. וכשאיין קניני גזילה

מודה הרמב"ן שכל האיני ברשותו הוא מחמת המציאות שאין הממון בשליטתו וכשמודה ורוצה להחזיר יכולים הבעלים להקדיש לכו"ע. וא"כ גם הרמב"ן יכול לפרש כאן כתוס'.

בכל גזול יכול הקצות להודות לאמרי משה שאם לא היה מעשה גזילה אין קניני גזילה ואם יודה הגזול יוכלו הבעלים להקדיש גם לדעת הרמב"ן. והכא שאני דכיון שכ"א טוען שהטלית הוא שלו על הצד שאינו שלו דינו ככופר בפקדון דילפינן מקרא בב"ק ק"ה: דהוי כגזול. וסובר הקצות שאין זה רק לענין חיוב אונסין אלא גם לענין קניני גזילה. ומפורש בקצות הנ"ל בס' רי"א סק"ג בתחילת דבריו שגם בכופר בפקדון שרוצה להשיב נחלקו הרמב"ן ובעה"מ אם יכולים הבעלים להקדיש. ומה שכל גזול בלי מעשה קנין גרע מכופר בפקדון הוא משום דחיובו של כופר בפקדון הוא על השקר ועל הכפירת ממון כמבואר בקצות בס' רצ"ד סק"א שהמעכב ממון חברו ואינו כופר בו אינו חייב באונסין מדין כופר בפקדון דזה נא' בכפירה דוקא. ולענין זה כופר בפקדון גרע מגזול. אך האמרי משה ס"ל כשיטת רע"א שהובא לקמן י: דמוכח מדבריו דס"ל שהכופר בפקדון לית ליה קניני גזילה ולא הוי כגזול אלא רק לענין חיוב אונסין. ועיין מה שכתבנו מזה בס"ד בב"ק ק"ה:.

עוד מקשה הקצות שם על שיטת התוס' שבגמ' מבואר שהצד שלא חל ההקדש ואין בשתיקת חברו הודאה הוא משום דהשתא מיהא הא לא תקפה וכתוב איש כי יקדיש את ביתו מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו, ולמה צריך להגיע לאינו ברשותו ת"ל שלפי דבריו שהטלית היא שלו לא חל ההקדש של חברו כיון שאינה שלו. גם המהר"ם שי"ף והפנ"י עמדו בזה ע"ש. ולכאורה היה נראה דלק"מ דמה שלדבריו אין הממון של המקדיש אינו סיבה שישתוק ולא יצווח שהרי הב"ד אינם יודעים את האמת שזה שלו והיה לו לצווח כדי

שב"ד לא יחשבו שזה של המקדיש. אבל האינה ברשותו זה מציאות שהב"ד רואים וזה סיבה שאינו צריך לצוות שאפי' אם האמת שזה של חברו לא חל ההקדש כיון שאין הממון ברשותו.

שיטת הר"ן היא שהספק של תקפה אינה אם שתק ולבסוף צווח היא הודאה או לא אלא פשוט שזה ספק הודאה והספק של הגמ' היא אם החלוקה היא ודאית ואין ספק הודאה מוציא מודאי חלוקה או שהחלוקה מספק וספק הודאה מוציא מחלוקה של ספק. והקדישה בלא תקפה איירי אפי' בצווח והספק הוא על הצד שהחלוקה היא מספק האם כיון שהחלוקה אינה ודאית יחול ההקדש מספק או דלמא גם פסק של חלוקה מספק מונע את ההקדש מלחול על החצי של חברו. וזה ממש הנידון של מסותא אם מה שפוסקים הממע"ה מספק מונע את ההקדש מלחול או שחוששים מספק שחל ההקדש. ואת שתי הספיקות הגמ' פושטת מהא דספק בכור אף שנשאר אצל הישראל מספק מ"מ אסורין בגיזה ועבודה, וכמו שחל איסור גיזה ועבודה מספק כך חל ההקדש מספק. גם מדברי רש"י נראה שמפרש על דרך הר"ן, שרש"י כתב בד"ה וכי לא תקפו שראית הגמ' מספק בכור אינו רק על הספק של מסותא אלא גם על הספק של הקדישה בלא תקפה. ולשיטת התוס' מהדין של ספק בכור אין ראיה כלל לספק של הקדישה בלא תקפה שהספק היא אם יש בזה הודאה או לא ובספק בכור ליכא צד הודאה. והפשיטות לספק של הקדישה לתוס' הוא מהפסק שפסקו לגבי מסותא ולא מספק בכור. אבל לר"ן שפיר יש ראיה לספק של הקדישה מספק בכור דחזינן שהפסק של הממע"ה אינו מונע חשש הקדש.

ויש לעיין בפירושו של הר"ן מאי ס"ד להוכיח מאיסור גיזה ועבודה שחל מאליו לחלות הקדש שהמקדיש עושה. הרי לגבי מקדיש יש הלכה שא"א להקדיש דבר שאינו

ברשותו ולכן יש צד שהפסק שפוסקים על הממון מספק גורם שהממון אינו ברשותו ולכן לא חל ההקדש, ולגבי איסור גיזה ועבודה לא שייך אינו ברשותו דאין זה חלות שהאדם עושה. וצ"ל שבתחילת הסוגיא הגמ' עדיין לא ידעה הדין של אינה ברשותו שזה התחדש רק בהמשך הסוגיא. ומה שיש צד שלא חל ההקדש אינו מצד הדין של אינו ברשותו אלא כמבואר בלשון הר"ן וז"ל א"ד כיון דהשתא מיהא לא תקפה ואינה שלו לשום דבר אף לענין הקדש אינה מקודשת מכוחו עכ"ל. דהיינו דגרע מאינה ברשותו דכיון שאינו יכול לזכות בממון בדין אלא ע"י תפיסה אף שאין זה אלא מספק מ"מ כיון שזה גורם שאין לבעלים שום שימוש בממון יש צד לומר דהוי כאינו שלו לענין שאינו יכול להקדיש. וחסרון זה ס"ד דאיכא גם בקדושה הבאה מאליה דחסר בבעלות ולא רק בשליטה על הממון. והגמ' דוחה שגם חסרון זה הוא רק בקדושה הבאה ע"י אדם ולא בקדושה הבאה מאליה. ולבסוף הגמ' פושטת שלא מעין הבעיא מכח הדין של אינה ברשותו של ר' יוחנן או מכח הדין של ממון שאינו יוצא בדיינים שא"א להקדישו אף שלא חסר בבעלותו כיון שאין הממון בשליטתו. וע"ע בשיטמ"ק דף ז. שכתב שבספק של הקדישה בלא תקפה אין חסרון של אינה ברשותו כיון שגם המקדיש תופס בטלית.

שיטת הרמב"ן. הקצה"ח בס' רי"א סק"ג כתב בדעת הרמב"ן דפשיטא לגמ' דשתיקה בזמן שחברו מקדיש ממון הוי כהודאה ואעפ"כ מספקא לגמ' אם חל ההקדש כיון שבזמן שהקדיש לא היה הממון ברשותו. דהיינו שמספקא לגמ' אי איכא הלכה של אינה ברשותו או לא. וספק זה נפשט רק בסוף הסוגיא מדברי ר' יוחנן שא"א להקדיש דבר שאינו ברשותו.

שיטת התוס' בספק של מסותא. שיטת התוס' הוא שממון שנפסק בו כל דאלימ

הערות

שנים אוחזין דף ו.

וציונים

עא

גבר אם אחד גבר ותפס את הממון ושוב גבר חברו והוציא מידו אין מוציאים מהשני. ואעפ"כ פשוט לתוס' שאם גבר אחד והקדיש בזמן שהממון בידו חל ההקדש וגם אם השני יחזור ויתקוף לא יפקע ההקדש. ומספקא לגמ' היכא שהקדיש בלי לתקוף אם ההקדש הוא כתקיפה ולא יפקע ההקדש אפי' אם השני יחזור ויתקוף, או דלמא כיון שאם חוזר השני ותקוף אין מוציאים מידו זה גורם שלא חל הקדשו של הראשון כלל. ולכאורה אינו מובן למה בתקפה והקדישה אף שאם השני היה חוזר ותקוף לא היו מוציאים מידו מ"מ כשהקדיש הראשון ההקדש גורם שכבר אין השני יכול לתפוס, ובהקדישה בלא תקפה אף שמצד עצמו ההקדש היה צריך לחול מ"מ כיון שאם השני יחזור ויתקוף לא יוציאו ממנו יש צד לומר שזה גורם שההקדש לא יחול. ולמה לא נימא גם בזה דכיון שחל ההקדש שוב לא מהני תקיפה חזרה.

עיינ' בנחל"ד דקשיא ליה אמאי הוצרכו התוס' לחדש שאם תקף והקדיש שכבר אין חברו יכול לחזור ולתקוף. וכתב וז"ל דהוצרכו לפרש כן משום דאית להו לסברא פשוטה בדינא דכדא"ג דאם שוב חזר השני ותקפה מיד הראשון השני זוכה בה. ולכך קשיא להו דא"כ מאי קמיבעי להו בהקדישה דהא נהי דהוי הקדש כתקיפה מ"מ כיון שהוא ביד השני שוב הוי כאילו חזר השני ותקפה וכו' לכך הוצרכו לחדש האי דינא דאם תקפה והקדישה שוב לא מהני תקיפת השני אח"כ עכ"ל. ומבואר בדבריו שמפרש שלתוס' הספק אינו באופן שפסקו כדא"ג ואף אחד עדיין לא תפס, אלא איירי שחברו תפס הממון ואח"כ השני הקדיש. ובזה קשיא לתוס' דאפי' אם נימא שההקדש הוא כתקיפה מ"מ כיון שהממון ביד חברו הרי זה כאילו מיד תפס חזרה, ולכן הוצרכו לומר שאם תקף ואח"כ הקדיש אין השני יכול לחזור ולתפוס. ולכן יש צד לומר שגם אם הקדיש בלי לתקוף ההקדש עצמו הוי כתקיפה. ואף שהשני

תפוס בזה והוי כאילו מיד תקף חזרה מ"מ יש צד לומר שאחרי שחל ההקדש לא מהני תקיפה חזרה, כמו בתקפה ואח"כ הקדישה. אך יש מקום לומר דכיון שזה כבר ביד חברו והתקיפה חזרה הוא יחד עם ההקדש יתכן שזה מונע את ההקדש לחול מלכתחילה.

מה שפשוט לתוס' שאם תקף ואח"כ הקדיש שוב אין חברו יכול לחזור ולתקוף אף דפשוט שאם תקף ומכר לאחר יכול חברו לתקוף מהקונה דלא אלים הקונה מהמוכר ולמה לא נימא הכי גם לגבי הקדש, היינו משום שאם היה אפשרות לתקוף מהקדש זה היה מועיל דלא אלים כח הקדש יותר מן המקדיש, אבל כיון דכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא אין מציאות לתקוף מהקדש ממילא נשאר תפיסתו של הראשון. עיינ' באור שמח בחידושו כאן שכתב סברא זו. והיכא דהקדיש בלי לתקוף מה שיש צד שלא חל ההקדש אינו משום שיש צד שהקדש אינו כתקיפה דפשוט לגמ' לפי תוס' שהקדש הוא כתקיפה, אלא כיון דס"ל דאיירי שהממון ביד חברו כמבואר בנחל"ד וכיון שמיד עם ההקדש יש כבר תקיפה חזרה אף שאין התקיפה יכול לבטל הקדש שכבר חל אבל יכול למנוע שמעיקרא לא יחול ההקדש. ומה שהכריח את התוס' לפרש כן ולא דאיירי שאין הממון ביד אף אחד מהם דס"ל שבאופן זה פשוט שיחול ההקדש מספק, ולא שייך לומר שלא יחול משום דאינו ברשותו כיון שאין הממון ביד חברו. ורק כשחברו תפס ואינו יכול להוציא ממנו אלא ע"י תפיסה בזה יש צד שלא יחול ההקדש כיון שיש מיד תקיפה חזרה. ופשוטו מספק בכור דהתם נמי הממון ביד הישראל ואעפ"כ הבעלות של הכהן גורם איסור גיזה ועבודה. אך כל זה למה דנראה מדברי הנחל"ד דהתוס' מפרשים שמסותא איירי שאחד תפס והשני הקדיש אבל מדברי רע"א בגליון הש"ס לקמן ז. מבואר דאינו מפרש כן אלא שהמסותא לא היה ביד אחד

מהם כשאחד מהם הקדיש. ולדבריו צריך לבאר דברי התוס' באופן אחר.

מה שכתבו התוס' שבמסותא הדין כדא"ג כיון דאיירי במסותא של קרקע לכאורה אינו מובן דגם במטלטלין איכא דינא דכדא"ג היכא דאינם מוחזקין. עיין מש"כ בזה הפלפולא חריפתא באות מ'.

הרא"ש בב"ב פרק חזקת הבתים ס' כ"ב חולק על התוס' וס"ל שבכדא"ג אחרי שגבר אחד לא מהני תפיסת השני להוציא ממנו. ולדבריו אי אפשר לפרש דאיירי הכא שאחד תפס ואח"כ השני הקדיש דאם לא מהני תקיפה חזרה לא יחול ההקדש אפי' אי הוי כתקיפה. ולדבריו איירי שהמסותא לא היה ביד אחד מהם ואחד הקדיש. ובשו"ע ס' קל"ט סע' א' פסק כשיטת הרא"ש שלא מהני תפיסה חזרה והש"ך בסק"ב מכריע כשיטת התוס'. והגאון בסק"ב כתב שמקורו של הרא"ש מכאן. וצ"ב בכונתו היכן מצא כאן ראייה לדברי הרא"ש ע"ש היטב.

בעיקר מחלוקת הרא"ש והתוס' אי בכדא"ג מהני תפיסה חזרה עיין בב"ק קי"ז. שמוכא מעשה בההוא שותא דהוו מינצו עלה בי תרי ואזל חד מינייהו ומסרה לעכו"ם. ואמר אביי שאין לו דין של מוסר מפני שיכול לומר ידי מסרי. ורבא חולק וס"ל דאסור לעשות כן ומשמתינן ליה. וכתב ע"ז השיטמ"ק שם בשם הראב"ד שהפסק לגבי השותא היה כדא"ג. ואביי ס"ל דכשם שיכול להתגבר בכח כך יכול להתגבר ע"י שמוסר לעכו"ם. ורבא ס"ל כיון שהדין של כדא"ג הוא שיכולים לתפוס ולחזור ולתפוס אסור למסור לעכו"ם דע"ז מונע את האפשרות שחברו יחזור ויתפוס. דהיינו שהראב"ד אזיל בשיטת התוס' שאם אחד תפס יכול השני לחזור ולתפוס, והראב"ד מוסיף חידוש שאינו יכול לתפוס אלא באופן שיש אפשרות שחברו יוכל לחזור ולתפוס. ולכאורה נראה שגדר כדא"ג להראב"ד הוא שיעמוד

הממון לעולם במצב שימש כ"א מהם בזמן שהוא יתגבר. והוי כעין חלוקה לזמנים. ואין זה מקרה שיכול השני לתפוס חזרה אלא זהו עיקר הפסק של כדא"ג.

הרשב"א שם מקשה על הראב"ד וכי נימא שאם היה כדא"ג על בהמה אין התוקף יכול לשחוט את הבהמה מפני שכבר לא יהיה אפשרות לתפוס חזרה. וכן קשה על הראב"ד מכאן דמבואר שיש צד שהקדישה כתקפה, ואם זה כתקיפה לא יוכל השני לחזור ולתקוף, ומ"ש תקיפה ע"י מסירה לעכו"ם שאסור מפני שאין אפשרות לתפוס חזרה מתקיפה ע"י מסירה להקדש, וצ"ע.

מתני' **היא ספק בכורות וכו'.** האחרונים האריכו בביאור סוגיא זו ובראית הגמ' מהספיקות נכנסים לדיר. עיין מה שכתבו בזה הקונה"ס בכלל א' אות ו' ובשערי יושר ש"ה פ"ו ובקובה"ע ס' ע"א אות ב'. ולדברי כולם מבואר בגמ' שאם תקפו כהן מוציאם מידו זה עשירי ודאי. וא"כ לכאורה יהיה הדין שאם המוחזק מקדש אשה בממון היא תהיה בודאי מקודשת. עיין בזה בקונה"ס שם אות ח' ובשערי יושר ש"ה פ"ח ד"ה ובס' קונה"ס.

דף ו:

קדושה הבאה מאליה שאני. בשערי יושר ש"ה פ"ו מחדש ב' חידושים מכח גמ' זו. א. מדס"ד להוכיח מאיסור גיזה ועבודה מוכח שאיסור גיזה ועבודה אינו תלוי בשם בכור ופטר רחם בלבד אלא הוא תוצאה ממה שהבכור הוא ממון כהן. וגם במסקנא אין חזרה מזה. ב. דחית הגמ' קדושה הבאה מאליה שאני הוא דאע"ג דתקפו כהן מוציאם מידו משום דהממע"ה הוא פסק ודאי, זה רק לענין השליטה והשימושים בממון אבל הבעלות כלפי שמיא נשאר בספק. והכח להקדיש אינו תלוי בבעלות כלפי שמיא אלא בשליטה בממון

ולענין זה זה נחשב ודאי שלו. אבל לגבי קדושה הבאה מאליה, אף שתלוי בבעלות של הכהן אינו תלוי בבעלות על ההשתמשות אלא בבעלות כלפי שמיא וזה נשאר בספק. וע"ש שמאריך לבאר שיש דינים שתלויים בבעלות על ההשתמשות ולגבי זה הממע"ה הוא פסק ודאי ויש דינים שתלויים בבעלות כלפי שמיא ולגבי זה אין הכרעה ודאית. ובפ"ח מישב השערי יושר עפ"ז את קושית החמדת שלמה שהביא בריש פ"ו מהקונה ב' אילנות שספק אם קנה קרקע או לא ולכן מביא ביכורים ואינו קורא, ואמאי מביא הרי מכח חמ"ק פוסקים שלא קנה קרקע וזה הכרעה ודאית כמבואר כאן דהוי עשירי ודאי, א"כ הוא ודאי פטור מביכורים. ותי' דביכורים אינו תלוי בשליטה וההשתמשות בממון אלא בבעלות כלפי שמיא ולגבי זה אין הכרעה ודאית כמבואר כאן לגבי קדושה הבאה מאליה. וע"ע מה שכתבו בקושית החמדת שלמה באו"ש פ"ב מביכורים הי"ג ובקו"ש ב"ב אות צ"ז ובאבי עזרי פ"ד מביכורים ה"ד ובקה"י ב"מ ס' י"א. וכתבנו חלק מדבריהם בב"ב פ"א. יעו"ש.

רש"י ד"ה בין טמאין. לשון רש"י טמאין כגון פטר חמור צ"ב מאי כגון הרי אין עוד בכור בהמה טמאה חוץ מפט"ח. המהרי"ט אלגזי בפ"ק דבכורות אות ח' ד"ה שוב ראיתי מביא תשובה של התה"ד שהשואל נקט שאפשר לקיים את הדין מתנות כהונה של פטר חמור ע"י נתינת החמור עצמו לכהן, והכהן יפדנו כדי להתירו בהנאה. ולדבריו מה שאמרה תורה לפדות בשה הוא קולא שהקילו על הבעלים שאינו חייב לתת את החמור אלא יכול לפדותו על שם ולקיים מצות נתינה ע"י שה. התה"ד חולק וס"ל שאינו מקיים המצוה ע"י נתינת החמור אלא דוקא בשה. המהרי"ט אלגזי תמה על התה"ד דמוכח במשנה בסוף פ"ק דבכורות שמקיים מצות נתינה ע"י נתינת החמור לכהן ע"ש. והובאו דבריהם במנ"ח מצ' כ"ב ע"ש. ולדעת המהרי"ט אלגזי בספק בכור

בהמה טמאה כשם שאם פדה הישראל על שה מהני תפיסת הכהן בשה למ"ד תקפו כהן אין מוציאים מידו כך אם לא פדה בשה יועיל תפיסת הכהן בחמור. נמצא לדבריו שיש ב' אופני תפיסה בספק בכור בהמה טמאה, תפיסת החמור ותפיסת השה. ואף דקשה לומר שלזה נתכוין רש"י במה שכתב כגון פטר חמור דהיינו שיש ב' אופני תפיסה ואחד מהם הוא שתפס את החמור, מ"מ לענין דינא לכאורה נראה שלדעת המהרי"ט אלגזי יועיל תפיסת החמור. [עיין שו"ת הרשב"א ח"א ס' שי"א שמשמע מיניה שאין לכהן שום זכות בחמור, וזה כדברי התה"ד].

רש"י ד"ה המוציא מחברו. שיטת רש"י שגם בספק בכור הצד שאין מוציאים מהתופס הוא דוקא בשתק ולבסוף צווח. וזה לכאורה תמוה מה שייך שתיקה כהודאה בספק בכור הרי הישראל עצמו אינו יודע. עיין בפנ"י שמבאר שאין כונת רש"י שהשתיקה נחשבת הודאה ממש אלא דרש"י ס"ל שכל מה שיש צד בגמ' דמהני תפיסה בטענת שמא בספק ממון הוא רק משום שיש צד לפרש את השתיקה כרשות לתפוס והוי כתפיסה ברשות. ועל הצד ששתק ולבסוף צווח הוי הודאה כשמי שתפסו ממנו יודע של מי הממון כך כשאינו יודע השתיקה היא כרשות לתפוס אפי' שבסוף צווח והוי תפיסה ברשות. ואם שתק ולבסוף צווח הוא ספק הודאה ה"נ הכא זה ספק תפיסה ברשות. ואי חזינן דמהני תפיסה זו מוכח שהמע"ה אינו הכרעה ודאית אלא מספק, שאם היה הכרעה ודאית לא היה מועיל ספק תפיסה ברשות. ושאר דברי הגמ' מתפרש לרש"י כמו לשאר הראשונים אלא דכל הראשונים ס"ל שאם הממע"ה הוא דין של ספק מהני כל תפיסה ורש"י ס"ל שגם אם זה פסק של ספק אין פסק זה משתנה אלא ע"י תפיסה שיש בה צד של תפיסה ברשות. אבל תפיסה שאין בה צד תפיסה ברשות לא מהני אפי' אם הממע"ה אינו אלא מספק דתפיסה

שאינה ברשות אינה אלא מעשה גזילה ואינה משנה את דין המוחזקות. [לדעת הפנ"י מבואר ברש"י שלמסקנא שהממע"ה הוא דין ודאי לא מהני ספק תפיסה ברשות. ועיין מה שכתבנו בזה לקמן בשם התה"ד].

תוד"ה והא. הקשו אמאי אין מוציאים מידו הרי הבעלים יאמרו לתת לכהן אחר. ותי' דאיירי במכירי כהונה. הקצה"ח בס' רע"ח סקט"ו כתב שהמהרי"ל למד מתוס' זה שכהן שהוא מכירי כהונה זוכה במתנות כהונה ואין הבעלים יכולים לחזור מזה ולכן מהני תפיסת הכהן. וכתב הקצות שבתוס' בב"ב קכ"ג: מבואר שיכול לחזור ולתת לכהן אחר [וכן מבואר בתוס' בכתובות ק"ב. ד"ה לברור] אלא שאסור לחזור כדין מתנה מועטת. וביאור דברי התוס' כאן כתב הקצות דכיון שאסור לחזור סתמו כנותן רשות לכהן לתפוס. ודבריו לכאורה אינם מובנים דזה ניחא במתנות כהונה ודאיים אבל הכא דהוי ספק והדין הוא הממע"ה ואינו חייב בנתינה כלל ובזה בודאי שיכול למנוע מהכהן לתפוס ואיך אפשר לומר דהוי כנותן רשות לתפוס. ומה שכתב שם הקצות עוד שגם במתנה מועטת שאסור לחזור מהני תפיסת המקבל אפי' חזר הנותן לכאורה אינו נראה דדיינו לחדש חידוש זה כאן לגבי מתנות כהונה שהם ממון השבט משא"כ במתנה מועטת שאין למקבל שום דין ממון אלא שיש איסור בעלמא על הנותן לחזור ולמה יועיל תפיסת המקבל בע"כ של הנותן.

מבואר בתוס' בקושייתם ובתי' הראשון דכיון שיש לבעלים טובת הנאה וזכותו לתת את המתנות כהונה לכל כהן שירצה אין הכהן יכול לזכות בממון בלי רשות הישראל. ואף שאין הישראל בעלים על גוף הממון שהוא ממון השבט מ"מ כדי שיהיה הממון ממון פרטי של כהן מסוים בעינין הקנאת הישראל. ועיין בקה"י ס' י"ז שכתב שיתכן שדברי התוס' אינם דוקא למ"ד טוה"נ ממון אלא גם למ"ד אינה ממון

היינו רק שאינו נחשב בעלים על המתנות אבל גם לדבריו יתכן שהוא בעלים לענין הקנאת הממון לכהן ולכן לא מהני תפיסת הכהן שאינו יכול לזכות בלי הקנאת הישראל.

בתירוץ השני כתבו שאפי' למ"ד טוה"נ ממון מהני תפיסת הכהן ואין הכהן צריך את הקנאת הישראל כדי לזכות במתנות כהונה אלא שאם טוה"נ ממון הוא חייב לשלם לישראל את דמי טוה"נ שהפסיד לו. ותי' זה לכאורה צ"ב מסוגית הגמ' לקמן י"א: דמבואר שם לפרש"י דלמ"ד טוה"נ ממון הישראל נחשב המקנה ולכן יכול להקנות את המתנות כהונה בקנין אגב או בחליפין. ורק אם טוה"נ אינה ממון הכהן הוא כזוכה במתנות מן ההפקר ולא מהני בזה אגב וחליפין. ואם למ"ד טוה"נ ממון הישראל הוא המקנה לא יועיל תפיסת הכהן. אמנם עיין קצה"ח ס' ער"ה סק"א שמביא פשוט אחר בגמ' לקמן דאין הנידון שם לגבי הקנאת המתנות כהונה אלא לענין הקנאת זכות טוה"נ לכהן ע"ש. ובד"ה אמנם אכתי כתב הקצות שתוס' דידן בתי' השני יפרשו את הגמ' שם כפירוש ולא כפרש"י. ועיין מה שכתבנו בזה בס"ד לקמן י"א:.

ומפרק הזרוע דאמר בן לוי וכו'. דברי התוס' לכאורה אינם מובנים דהמזיק מתנות כהונה שפטור נאמר לגבי חיוב הישראל לכהן והכא איירי לגבי חיוב הכהן לישראל ובזה אם יש חיוב למה יפטר כשאכלו הרי זה ממון שיש לו תובעין. עיין בקה"י ס' י' שכתב בשם החזו"א ביאור פשוט בדברי התוס'.

תוד"ה פומר ממונו. כתבו דמסקנת הגמ' דתקפו כהן מוציאים מידו ולא מהני תפיסה בספק ממון. האופנים שיש מן הראשונים דס"ל דמהני תפיסה הם א. תפיסה ברשות. ב. תפיסה קודם שנולד הספק. ג. תפיסה בטענת ברי. ד. תפיסה במקום תרי ותרי. ה. תפיסה בספיא דדינא.

תפיסה ברשות. הקונה"ס בריש כלל ז' כתב דהאי כללא דמהני תפיסה ברשות הוא מוסכם לדעת כל הראשונים ולא נמצא חולק ע"ז זולת הסמ"ג. בפשטות הטעם שמהני תפיסה ברשות הוא משום דמה שכל תפיסה לא מהני הוא משום דדנים את התפיסה כמעשה גזילה ואין התופס נעשה מוחזק ע"י תפיסה זו. ומעלת תפיסה ברשות הוא דכיון שנעשה ברשות הבעלים אין זה מעשה גזילה וע"י תפיסה זו משתנה דין המוחזק והתופס נעשה המוחזק וחברו המוציא ועליו הראיה. אמנם לכאורה נראה שנחלקו הפוסקים בגדר ובטעם הדבר דמהני תפיסה ברשות כמו שיבואר בס"ד.

הקונה"ס בכלל ז' אות א' מביא בשם התה"ד שתפיסה ברשות הוא דוקא שקיבל את החפץ מן הבעלים ע"מ שיהיה שלו. אבל אם החפץ ניתן לו מן הבעלים להיות פקדון בידו והוא תפס אין זה תפיסה ברשות. ומהר"י בן לב והגידולי תרומה חולקים וס"ל שגם נתינה של פקדון הוי תפיסה ברשות. ראית הגידולי תרומה הוא דהמקור לדין של תפיסה ברשות הוא מדברי התוס' כאן והנ"י על הא דס"ל לשמואל בהשואל בבא בסוף החודש כולו לשוכר דמהני תפיסת השוכר על חודש העיבור אף דקי"ל ת"כ מוציאים מידו שאני התם דהוי תפיסה ברשות. [ובביאור דברי ר"נ שם שחולק נאמרו כמה דרכים בראשונים והובאו דבריהם שם בפרק השואל]. וכ"כ הנ"י דהא דמהני תפיסה בכור בשלשים הוא ג"כ משום דהוי תפיסה ברשות. וקשה דבשוכר מרחץ על הצד שאין חודש העיבור בכלל הוא קיבל את המרחץ מן הבעלים רק ל"ב חודש וחודש העיבור הוא תפס בעצמו ולמה זה תפיסה ברשות. וכן בכור בל' לצד שיכול המוכר לחזור הקונה לא קיבל מן המקנה ע"מ שיהיה שלו ואמאי הוי תפיסה ברשות. אלא מוכח דאף שלא קיבל את הממון מיד הבעלים ע"מ שיהיה שלו מ"מ כיון שלא לקח דרך תקיפה וגזילה זה נחשב תפיסה ברשות. ולשון הגידולי תרומה

הוא אלמא כל שלא בא לידו בדרך תפיסה ותקיפה הויא תפיסה ברשות. דהיינו ששיטת הגידולי תרומה ומהר"י בן לב הוא כמו נכתבאר שאין מעלה חיובית בתפיסה ברשות אלא כל מה שלא מהני כשאינו ברשות הוא משום דהוי מעשה גזילה וכל שאינו דרך גזילה אין חסרון זה ומהני תפיסתו. אבל שיטת התה"ד הוא שלא מספיק מה שאינו דרך גזילה דכיון שנקבע דין המוחזק אין הדין משתנה אא"כ יש סיבה לשנות את דין המוחזק. ומעלת תפיסה ברשות לדעת תה"ד היא דכיון שקיבל את הממון מן הבעלים ע"מ שיהיה שלו נתינת הבעלים עושה את התופס למוחזק. אבל כשלא ניתן לו ע"מ שיהיה שלו לא מהני התפיסה אף שאינו דרך גזילה.

הקונה"ס שם מביא שהש"ך מתרץ את קושית הגידולי תרומה על תה"ד דאף שלצד שאין חודש העיבור בכלל השכירות הוא לא קיבל חודש זה מהבעלים מ"מ כיון שלצד שחודש העיבור הוא בכלל השכירות הוא כן קיבל חודש זה מהבעלים שהוא קיבל מן הבעלים לשנה וזה כולל חודש העיבור זה נחשב תפיסה ברשות. דהיינו שלתה"ד והש"ך סגי בזה שיש צד שזה תפיסה ברשות כדי שלא יוציאו מהתופס, והגי'ת ס"ל דבעינן שיהיה ודאי תפיסה ברשות ואין ספק תפיסה ברשות מהני להוציא ממון מחזקתו. ואף דבכלל ח' אות ב' נקט הקונה"ס דספק תפיסה לא מהני, והקשה שם על הר"ן דמשמע מיניה שמהני ספק תפיסה, אין זה סתירה לדברי הש"ך ותה"ד דשאני התם שיש ספק בעיקר התפיסה דבעינן תפיסה הראויה לקנין ואם יש ספק אם ראוי לקנין או לא זה ספק אם הוא תפוס או לא משא"כ כאן אין ספק בתפיסה אלא הספק הוא אי הוי תפיסה ברשות או לא, וכיון שהוא בודאי תופס בממון ויש צד שמהני תפיסתו א"א להוציא ממנו מספק. ועיין לעיל שכתבנו שלפי ביאורו של הפנ"י בשיטת רש"י מוכח דלא

תפיסה ברשות ולכן הוצרכו הרא"ש והנ"י לטעם אחר להא דמהני תפיסה במרחץ ובכור בשלשים.

הרא"ש שכתב הטעם של אודויי אודי לכאורה אינו מוכן דזה ניחא בבא בסוף החודש שכולו לשוכר משום הודאת המשכיר אבל אכתי קשה בבא באמצע החודש אמאי חולקים אי איכא הודאה יהיה כולו לשוכר ואי לא חשיב הודאה יהיה הכל למשכיר. ועיין בתוס' בב"ב ק"ה. [ובמהרש"א שם] שעמדו בזה. ואמר לי בזה ח"א שאין כונת הרא"ש כלל מדין הודאת בע"ד אלא גם לרא"ש מה שמהני התפיסה הוא משום דהוי תפיסה ברשות כתוס', אלא דקשיא לרא"ש שאת חודש העיבור השוכר תפס בעצמו ולא קיבלו מהמשכיר. ותי' הרא"ש דכיון שלא בא המשכיר להוציא את השוכר שתיקתו של המשכיר היא כנתינת רשות לשוכר להמשיך להחזיק במרחץ וזה גורם שיחשב תפיסה ברשות. [זה על דרך דברי הפנ"י בדעת רש"י שהובא לעיל]. ולפ"ז ניחא שאין ראייה מהרא"ש דלית ליה תפיסה ברשות דהאודויי אודי שכתב הרא"ש זה גופא תפיסה ברשות ולא הודאת בע"ד. ולפ"ז ניחא מה שבא באמצע החודש חולקים דמה שמחזיק השוכר כל זמן שלא בא המשכיר הוא ברשות ומהזמן שבא המשכיר כבר אין התפיסה ברשות.

תפיסה קודם שנוֹלֵד הספק. כדי לישב את הסתירה ממסקנא דסוגיין דלא מהני תפיסה בספק ממון לגמ' בכתובות דמשמע דמהני תפיסה כתבו התוס' בתי' הראשון דהכא הוי תפיסה אחר לידת הספק ולכן מוציאים מידו משא"כ שם איירי שתפס לפני שבאו העדים המכחישים דהיינו לפני לידת הספק, ובזה אין מוציאים מהתופס. בפשטות המעלה של תפיסה קודם שנוֹלֵד הספק הוא דמה שלא מהני תפיסה הוא משום דהוי מעשה גזילה ולכן אין התפיסה משנה את דין המוחזקות, אבל היכא דתפס לפני שהתעורר ספק שמא אין הממון מגיע לו

מהני תפיסה שיש בו ספק אם הוא ברשות או לא. וזה כשיטת הגי'ת ולא כש"ך ותה"ד.

נמצא שהתה"ד והגי'ת פליגי בתרתי א. בגדר תפיסה ברשות, הגי'ת ס"ל דכל שאינו דרך תקיפה וגזילה מהני. ותה"ד ס"ל דלא סגי בזה שאינו דרך גזילה אלא בעינן שיקבל הממון מהבעלים ונתינת הבעלים נותנת לו דין מוחזק. ב. פליגי אי מהני ספק תפיסה ברשות או לא. לגי'ת כל שיש צד שאין התפיסה ברשות מוציאים מיד התופס. ולתה"ד סגי בזה שיש צד שהתפיסה ברשות שלא יוצאו מהתופס.

הרא"ש כאן כתב דטעמא דשמואל דמהני תפיסת השוכר לגבי מרחץ בספק של תפוס לשון ראשון הוא דכיון שלא בא המשכיר אודויי אודי ליה לשוכר. ומדלא תירץ כתוס' דשאני התם דהוי תפיסה ברשות משמע לכאורה דס"ל דלא מהני תפיסה ברשות. וקשה דהקונה"ס בריש כלל ז' כתב דכלל זה דתפיסה ברשות הוא מוסכם לדעת כל הראשונים ואין חולק זולת הסמ"ג. ועוד קשה דהנ"י כתב דהא דמהני תפיסה בכור בשלשים הוא משום דהוי תפיסה ברשות, והשיטה לקמן ק"ב: כתב בשם ר' פרץ דמה דמהני תפיסה בכור בשלשים הוא משום דהוי תפיסה קודם שנוֹלֵד הספק [הובא בקונה"ס כלל ד' אות ו']. ואמאי צריך להגיע לזה ולא כתב כנ"י דהוי תפיסה ברשות. ולכאורה מוכח מזה דס"ל דלא מהני תפיסה ברשות. אמנם לפי מה שנתבאר לעיל י"ל דכולהו ס"ל דמהני תפיסה ברשות כמש"כ הקונה"ס ומה שהרא"ש ור"פ כתבו טעם אחר במרחץ ובכור בשלשים הוא משום דס"ל כשיטת התה"ד דתפיסה ברשות הוא רק כשניתן ע"י הבעלים ע"מ שיהיה של התופס. וקשיא להו קושית הגידולי תרומה ממרחץ ומכור בשלשים אמאי הוי תפיסה ברשות הרי לא ניתן לו ע"מ שיהיה שלו. ולא ס"ל תי' הש"ך דסגי במה שיש צד תפיסה ברשות אלא ס"ל בזה כסברת הגידולי תרומה דבעינן ודאי

הערות

שנים אוחזין דף ו':

וציונים

עז

לא דנים את התפיסה כמעשה גזילה והתופס מקבל דין מוחזק ע"י תפיסתו. אמנם אין זה מוסכם וגם בזה נחלקו הפוסקים.

הקונה"ס בכלל ג' אות ו' כתב שמסברא נראה דתפיסה קודם שנולד הספק הוא רק באופן שבזמן התפיסה היה פשוט שמגיע לו הממון ואחר התפיסה נולד ספק שמא לא מגיע לו הממון כגון בגמ' בכתובות שתפס לפני שבאו העדים להכחיש את השטר. בזה יש מעלה במה שהתפיסה היתה לפני לידת הספק כיון שבזמן התפיסה היה דינו לקבל את הממון ותפיסה זו נותנת לו דין מוחזק. אבל היכא שבזמן התפיסה היה פשוט שלא מגיע לו הממון ואחר שתפס באיסור התברר שיש צד שמגיע לו אין מעלה של תקשנה"ס דאדרבה גרע מתפיסה בספק שבשעת התפיסה בודאי לא היה מגיע לו וזה גורם שיהיה יותר מעשה גזילה. אך מביא הקונה"ס שכמה פוסקים כתבו בפשיטות שגם בכה"ג מהני תפיסה קודם שנולד הספק.

ומבאר הקונה"ס דס"ל לפוסקים אלו שאין המעלה של תפיסה קודם שנולד הספק משום דמעשה התפיסה טוב יותר שאינו דרך גזילה, אלא דס"ל שמה שתמיד מוציאים מהתופס הוא משום שהדין של הממע"ה נקבע לפי מי שהוא המוחזק בשעת לידת הספק ואחרי שנקבע דין הממע"ה שוב אינו משתנה ע"י התפיסה. ומעלת תפיסה קשנה"ס הוא שע"י תפיסה זו הוא גורם שבשעת לידת הספק הממון הוא בידו. דהיינו שאין ענין בתפיסה לפני לידת הספק אלא הענין הוא שיהיה מוחזק בזמן לידת הספק שאז נקבע מי המוחזק ומי המוציא. ולענין זה אין נ"מ אם תפס בזמן שהיה פשוט שמגיע לו או שהיה פשוט שלא מגיע לו דהעיקר הוא שיהיה מוחזק בזמן לידת הספק. ואף שבכלל ג' הקונה"ס חולק על סברא זו בכלל ב' אות ז' בד"ה אבל כתב הקונה"ס בעצמו שמדברי התוס' בב"ב ב. מוכח דס"ל

דלא בעינן תפיסה קודם לידת הספק אלא סגי שיהיה תפוס בזמן לידת הספק ע"ש. אמנם גם הקונה"ס שחולק על הפוסקים הנ"ל וס"ל דבעינן שהתפיסה תהיה בזמן שהממון היה מגיע לו לא כתב הטעם שכתבנו שיש מעלה במעשה התפיסה במצב זה שאינו דרך גזילה אלא כתב שענין תקשנה"ס הוא שבזמן לידת הספק משאירים את הממון בחזקת מי שהיה מוחזק בממון לפני שנולד הספק.

נמצא שיש ג' דרכים בביאור מעלת תפיסה קודם שנולד הספק. א. שהכל תלוי במי שמוחזק בזמן לידת הספק, והתפיסה קודם לידת הספק גורם שהממון יהיה ברשותו בזמן לידת הספק. ב. הדין מוחזק נקבע לפי המצב שהיה לפני לידת הספק שממשיכים לנהוג אחר לידת הספק מה שנהגנו לפני שנולד הספק. ג. יש מעלה במעשה התפיסה שנעשה בזמן שהממון מגיע לו שאינו דרך גזילה ותפיסה זו נותנת לתופס דין מוחזק. ולפי הטעם הראשון אין נ"מ בין אם התפיסה היתה בזמן שחשבנו שמגיע לו הממון או שחשבנו שלא מגיע לו הממון ולפי הטעם השני והשלישי לא מהני תפיסה קודם שנולד הספק אלא היכא שבזמן התפיסה הממון היה מגיע לו ואח"כ נולד ספק לרעת התופס.

קביעת זמן לידת הספק. נחלקו הפוסקים בכמה מקומות מתי הוא זמן לידת הספק לענין זה. א. נחלקו התה"ד והש"ך מתי הוא זמן לידת הספק במשכיר מרחץ לחברו דמספקא לן אי תפוס לשון ראשון או לשון אחרון. שיטת התה"ד הוא שלידת הספק הוא כשבא המשכיר להוציא את השוכר, ואם הוא בא בסוף החודש תפיסת השוכר הוא תפיסה קודם שנולד הספק. והש"ך חולק וס"ל דלידת הספק הוא מיד בתחילת השנה. והובא מחלוקת זו בקונה"ס כלל ג' אות ב'. והקה"ס כתב שמתוס' דידן מוכח כש"ך שתרצו תפיסה קודם שנולד הספק על השאלה מכתובות ולא תרצו

שאינם מתעצמין בדין אין זה נחשב לידת הספק. ומדברי הרשב"א יש סיוע לדברי התומים.

תפיסה בטענת ברי. התוס' בכתובות

כ. כתבו עוד לישב סתירת הסוגיות דהכא לא מהני תפיסה מפני שהתופס אינו טוען ברי אבל בכתובות איירי שהתופס טוען ברי ובזה מהני תפיסה אפי' אחרי לידת הספק. וגם בזה הביאור הפשוט הוא דהיכא שהתופס בעצמו אינו יודע אם מגיע לו אין תפיסתו משנה את דין המוחזק דאינו אלא מעשה גזילה משא"כ היכא שהוא תופס וטוען שהממון שלו מועילה תפיסה זו לשנות את דין המוחזקות. אך הקונה"ס בכלל ב' אות ד' כתב טעם חדש לבאר הדין של תפיסה בטענת ברי. שמה שלא מהני תפיסה בספק ממון הוא משום דאיכא חזקה מ"ק כנגד התופס. וכל היכא דבאיסורין לא מעמידים על חזקה דמעיקרא גם בממון לא אזלינן בתר חמ"ק. ושיטת הרשב"א שמביא שם הקונה"ס הוא שלא אזלינן בתר חזקה דמעיקרא באיסורין לגבי מי שטוען ברי. ולדבריו גם לא אזלינן בתר חמ"ק בממון כשיש טענת ברי ולכן מהני תפיסה בטענת ברי.

כלל זה כתב הקונה"ס בג' מקומות.

א. בכלל א' אות ה' כתב כן בביאור שיטת הרמב"ן דמהני תפיסה בספק של תרי ותרי. והוא משום שהרמב"ן ס"ל דקי"ל תרי ותרי ספיקא דאורייתא ולא מעמידים על החזקה באיסורין בתו"ת, וה"נ לא מעמידים על חמ"ק בממון בתו"ת ולכן מהני התפיסה. ב. בכלל ב' אות ד' כתב כן לענין תפיסה בטענת ברי כמו שנתבאר. ג. בכלל ד' אות ד' מבאר בזה דעת הסוברים שבספיקא דדינא מהני תפיסה שיש ראשונים דס"ל שבספיקא דדינא באיסורין לא מעמידים על חזקה דמעיקרא כמו שמבאר שם הקונה"ס. ומה"ט בממון לא מעמידים על חמ"ק ומהני תפיסה.

כן על הגמ' של מרחץ, מוכח דס"ל שבמרחץ התפיסה היא אחר לידת הספק. [נועין בפרק השואל שכתבנו בס"ד שלדעת רש"י שם שמואל ור"נ שנחלקו אי מהני תפיסה במרחץ פליגי בשאלה זו מתי הוא זמן לידת הספק שם].

ב. בכלל ג' אות ה' מביא הקונה"ס שהש"ך ס"ל שבכל תיקו או בעיא דלא איפשטא לידת הספק הוא בשעת חתימת הש"ס, וכל תפיסה בספק כזה הוא תפיסה אחר שנולד הספק. והקונה"ס חולק וס"ל שלידת הספק בתיקו הוא בזמן שקרה המקרה שעליו הספק. וכן נחלקו שם לענין פלוגתא דרבוותא שהש"ך ס"ל שבוזה לידת הספק הוא כשבא המעשה לפני הדיין והוא מכריע שזה ספק. והקונה"ס ס"ל שגם בזה לידת הספק הוא כשקרה המעשה שעליו יש ספק. דהיינו שהש"ך ס"ל שלידת הספק הוא כשמתעוררים צדדי הספק. בתיקו זה בזמן חתימת הש"ס, ובפלוגתא דרבוותא זה בזמן שהדיין מחליט שזה ספק. ולקונה"ס אין לידת הספק מתי שנתעוררו צדדי הספק אלא מתי שקרה המעשה שעליו אנו מסופקים. וע"ע בכלל ד' אות ו' שמביא ששיטת הסמ"ג ור"פ הוא שבספיקא דדינא לידת הספק הוא כשבאים לדין. וזה כשיטת הש"ך.

ג. בכלל ד' אות ו' מביא הקונה"ס ששיטת התומים שהמוכר חפץ לחברו ואח"כ מתברר שהיה ספק אם המכירה נעשה כדין או לא לידת הספק הוא כשהמוכר חוזר בו ותובע ביטול המקח. והקונה"ס חולק וס"ל שאין חזרת המוכר קובע זמן לידת הספק אלא הזמן שנעשה המקח הוא לידת הספק. וכעין זה נחלקו התוס' והרשב"א בריש ב"ב מתי הוא לידת הספק בכותל שנפל ויש ספק של מי הוא שהתוס' שם ס"ל שלידת הספק הוא בשעת נפילת הכותל והרשב"א שם ד. ס"ל דכל זמן

הערות

שנים אוחזין דף ו:

וציונים

עט

ויש לעיין בהאי כללא שכתב הקונה"ס שכל מה שמוציאים מהתופס הוא משום שתפיסתו היא נגד חמ"ק והיכא דלא אזלינן בתר חמ"ק מהני תפיסה, דמבואר ברמב"ן כאן, והובא בקונה"ס כלל ג' אות ז', דהיכא דתפס ברשות דמהני תפיסתו וחזר המ"ק ותפס מהתופס מוציאים מידו. ובאופן זה אין תפיסתו נגד חמ"ק ואדרבה חמ"ק מסייעת לתופס ואעפ"כ מוציאים מידו ומוכח דמה שלא מהני תפיסה אינו משום דהוי נגד חמ"ק. וצריך לומר דמה דנקט הקונה"ס חמ"ק הוא לאו דוקא, אלא גם כשאין חמ"ק הדין מוחזק של מי שמחזיק בממון מונע את התפיסה, ובמקומות שלא אזלינן בתר חזקה דמעיקרא באיסורין ולא מהני חמ"ק בממון ה"ה דליכא דין מוחזק ולכן מהני תפיסת התופס. וע"ע בקונה"ס שם שמספקא ליה היכא דתפס קודם שנולד הספק לסוברים דמהני תפיסתו מה הדין אם חזר הראשון ותפס מהתופס אי מהני או לא. ומביא שבש"ך מבואר דמהני תפיסה חזרה. ויש לעיין מ"ש ממה שמבואר ברמב"ן כאן לגבי תפיסה ברשות דלא מהני תפיסה חזרה.

שיטת הרמב"ם. רוב הראשונים ס"ל

כשיטת התוס' כאן דקי"ל כמסקנת הגמ' דתקפו כהן מוציאים מידו. אבל הרמב"ם בפ"ה מבכורות ה"ג פסק דאין מוציאים מידו. וידוע מש"כ הרשב"א בתש' ח"א ס' שי"א בדעת הרמב"ם שיש חילוק בין ספק בכור לספק פדיון פט"ח. שבספק בכור כיון שמתחילת לידתו הוא ממון כהן אין לישראל בו חמ"ק בזה סובר הרמב"ם דמהני תפיסה, אבל בספק פדיון פט"ח יש לישראל בשה חמ"ק ובזה מסקנת הגמ' שאם תפס הכהן את השה מוציאים מידו ובזה מודה הרמב"ם דלא מהני תפיסה. ואף שהגמ' מוכיחה מספק פדיון פט"ח על ספק בכור עיין בביאור הגר"א ביו"ד ס' שט"ו שמאריך בשיטת הרמב"ם ובדברי הרשב"א וכתב בתוך דבריו שהרמב"ם מפרש שמה שהגמ' מביאה ראייה מהספיקות נכנסים

לדיר היינו למאי דס"ד דאיירי בספק בכור אבל למאי דמסקינן דאיירי בספק פדיון פט"ח אין להוכיח משם לספק בכור.

מה דנקט הרשב"א שלגבי ספק בכור אין לישראל חמ"ק כיון שאם הוא בכור הוא ממון כהן מתחילת לידתו לכאורה צ"ב דאינו נעשה ממון כהן אלא בשעת לידה ועד הלידה העובר הוא ממון הישראלי, וא"כ כשיש ספק אם נעשה ממון כהן בשעת לידה או לא לכאורה אית ליה לישראל חמ"ק. ודמי להא דמבואר לקמן ק. לגבי מחליף פרה בחמור ויש ספק מתי ילדה דבעל הפרה הוא מ"ק על הולד אף שיש צד שנולד ברשות הקונה מ"מ כיון שהוא היה בעלים על העובר וספק אם הוא בעלים על הולד או לא אית ליה חמ"ק. ויש לחלק דהרשב"א ס"ל שהולד הוא פנים חדשות ולא מהני חזקת העובר לולד. אך זה דוקא כשיש צד שהשינוי נעשה בשעת הלידה ממש כגון בספק בכור שיש צד שהעובר היה של הישראלי והולד הוא של הכהן. משא"כ במחליף פרה בחמור הוא ודאי לא מכר את הולד אלא הספק הוא שמא בזמן המכירה עדיין היה עובר והוא בכלל המכירה. א"כ הספק הוא אם נמכר העובר או לא, ובזה בודאי איכא חמ"ק על העובר, דאין זה חזקה מעובר לולד אלא על העובר עצמו. והא לא חיישינן שהמכירה היתה ברגע הלידה ממש דא"א לצמצם.

הש"ש בש"ד פ"ה כתב בביאור שיטת הרמב"ם דלגבי עובר ליכא חזקה כיון שיש צד שמתחילת לידתו הוא ממון כהן. ומוסיף הש"ש וז"ל ואע"ג דגם בבכור אית ביה חמ"ק והוא משום דבמעצי אמו חולין שאין הבכור קדוש עד שיצא לאויר העולם מ"מ לאו חזקת בעלים ממש חשיב כמו בפדיון פט"ח דבמעצי אמו הו"ל דשלב"ל וא"כ לא הוי דבעלים אלא אגב אמו עכ"ל. ואח"כ מביא הש"ש את דברי הרשב"א בתשובה. מבואר בש"ש דאף דאיכא חמ"ק מכח הבעלות שלו על הולד כדמוכח גבי

המחליף פרה בחמור מ"מ לאו חזקת בעלים ממש חשיב, ואינו דומה לפדיון פט"ח דאיכא חמ"ק ממש. ואינו מובן אם גם בולד איכא חמ"ק למה אין זה חזקה גמורה ולמה מהני תפיסה נגד חמ"ק זה יותר מבפדיון פט"ח.

הקונה"ס בכלל א' אות ה' מסתפק בגדר חמ"ק אם הוא מדין חזקה קמייתא דאיסורין או שאין זה אלא דין מוחזק דאף שאין הממון תחת ידו מ"מ הוא בחזקתו כיון שעד עכשיו הוא היה הבעלים, ומי שבא לשנות את המצב שהוחזק נחשב המוציא ועליו הראיה. ואולי כונת הש"ש במה שכתב שבעובר לאו בחזקת בעלים ממש היינו שכל חמ"ק יש בו גם דין חזקה דאיסורין משא"כ בעובר יש רק את הדין מוחזק ולא את החזקה המבררת. ומה שחמ"ק גורם שלא יועיל התפיסה הוא רק כשיש את החזקה המבררת. ולכן בספק פדיון פט"ח דאיכא חזקה גמורה לא מהני תפיסה אבל בספק בכור שיש רק את הדין מוחזק זה גורם רק שלא יוציאו מהמ"ק היכא דקיימא באגם אבל אין זה מונע את התפיסה. [בפרק השואל כתבנו בשם מרן הגר"ש רזובסקי זצ"ל שהביא ראיה לספק של הקונה"ס מלשון הגמ' שם ונוקמא אחזקת מ"ק ולהוי אידך המוציא מחברו עליה הראיה. ואי נימא דהוי חזקה המבררת לא צריך להגיע להממע"ה דאין זה ספק כיון דאיכא חזקה אלא מוכח דליכא חזקה המכרעת אלא רק דין מוחזק ולכן צריך להגיע להממע"ה. ולפי מש"כ כאן בביאור דברי הש"ש אין ראיה זו מוכרחת דרק בולד שכל חזקתו הוא מכח מה שהיה כשהיה עובר בזה ליכא חזקה המבררת אלא רק דין מוחזק ואין ראיה מזה למקום דאיכא חמ"ק ממש ושם יתכן דאיכא חזקה המבררת].

עיקר דברי הרשב"א שמה שמהני תפיסה בספק ממון לרמב"ם הוא רק במקום דליכא חמ"ק צ"ע שהרמב"ם פוסק בכל ספק ממון דמהני תפיסה ולא רק בספק בכור דליכא

חמ"ק. עיין פ"א מנוק"מ הי"א על הספק של כשכשה בזנבה ובאמתה בב"ק י"ט: פסק הרמב"ם שפטור מספק אבל אם תפס הניזק לא מפקינן מיניה. וכתב המ"מ שם שכן דרכו של הרמב"ם שבכל תיקו דממונא מהני תפיסה. וכן פסק הרמב"ם שם פ"ב ה"ה לגבי הספק של מהלכת ברה"ר ובעטה והתירו. וכן בפ"ב מגניבה הי"ב בגנב וקטעה ומכרה דאינו משלם דר"ה ואם תפס הניזק אין מוציאים מידו. וכן בפ"ג ממכירה ה"י לגבי המקנה בקנין אגב שדה לאחד ומטלטלין לאחר דלא קנה אבל אם תפס הקונה את המטלטלין אין מוציאים מידו. וכן בעוד מקומות הרבה. ובכל מקומות אלו התפיסה היא נגד חמ"ק ואעפ"כ סובר הרמב"ם שמהני תפיסה. הקונה"ס בכלל ב' אות א' כתב שמקורו של הרמב"ם לפסוק שמהני תפיסה בספק הוא מקושית התוס' מהגמ' בכתובות, ומביא שכ"כ הלח"מ בפ"ב מבכורות ה"ו, וכן מבואר בגאון הנ"ל ביו"ד ס' שט"ו שמקורו של הרמב"ם הוא מהגמ' בכתובות. ובגמ' בכתובות התפיסה היא נגד חמ"ק. ומבואר מכל זה דדברי הרמב"ם נאמרו גם במקום שהתפיסה היא נגד חמ"ק.

הגאון שם מביא את כל הסוגיות שמתישבות לשיטת הרמב"ם ובתוכם מזכיר הגאון את הגמ' בב"ב ל"ד: גבי ארבא דאי תפסינן לא מפקינן. ולכאורה אינו מובן דשם אין זה מדין תפיסה אלא שאם תפסו ב"ד את הממון אין להם רשות להוציא מידם בזמן שאינם יודעים למי לתת את הממון. ולכאורה מבואר מזה שהגאון ס"ל שזה גם הטעם שלא מוציאים מהתופס בספק ממון לדעת הרמב"ם שאין ב"ד עושים פעולה בקום ועשה לשנות מצב הממון המוטל בספק וצ"ע.

תוד"ה קפי". תימה דלבטל ברובא. מלשון התוס' משמע ששאלתם מדין ביטול ברוב. וא"כ יש להוכיח מדברי התוס' שביטול מהני לא רק להוריד דין איסור ולהופכו להתר

אלא גם להוסיף דין ולחייב את הבהמה במעשר. וידוע שהעונג יו"ט ס' ד' דן בזה לגבי ציצית ומצה שלא נעשו לשמה ונתערבו באחרים שנעשו לשמה אי מהני ביטול להכשיר את הציצית והמצה שנעשה שלא לשמה. ובקה"ע ס' נ"ט דן בזה לענין ביטול התר באיסור, וכתב שנחלקו בזה התוס' והרמב"ן דשיטת התוס' שגם התר מתבטל באיסור דהתוס' ס"ל שביטול גם מוסיף דינים לדבר המתבטל. ולדבריו התוס' כאן לשטתם.

האחיעזר בח"ב ס' י"ב אות א' מפרש שאין כונת התוס' מדין ביטול אלא איירי שיש יותר מעשר בהמות והשאלה היא דנזיל בתר רובא ונתלה ונאמר שכל העשר הם של חיוב. ומה שהזכירו התוס' בריה ודבר שבמנין שהם דינים בביטול ולא בכל דפריש היינו משום דבקבוע לא אזלינן בתר רובא, אלא שבמקום שאין האיסור ניכר במקומו אין דין קבוע, וזה מפני שהאיסור בטל ברוב, ולענין זה אם זה בריה או דבר שבמנין שאינו בטל ישאר דין קבוע גם כשאין האיסור ניכר. דהיינו שמה שכתבו התוס' שאם אין האיסור ניכר אין דין קבוע אין זה הלכה בדיני קבוע אלא מפני שאם אינו ניכר האיסור בטל. וכן מבואר בר"ן בחולין צ"ה: . ולדברי האחיעזר אין ראייה מכאן לנידון אם ביטול מוסיף דינים או לא.

הגרש"ש בשערי יושר ש"ג פט"ו ד"ה אם נכנה דחה פירוש זה דהתוס' כתבו בסוף דבריהם ואין לומר שלא נשאר בעדר רק אחד דליכא רובא דלשון לתוכן לא משמע הכי. ומלשון זה אין הכרח רק לומר שהיו עוד בהמות בדיר אבל אין משמעות שהיו יותר מעשר וא"כ מה הקשו ניזיל בתר רובא. אע"כ קושית התוס' גם באופן שיש רק עשר מכח ביטול ברוב. ועיין באחיעזר שם באות ה' מה שכתב לישיב טענה זו.

ובריה נמי לא הוי. מוכח דס"ל דהא דבריה אינה בטילה הוא מן התורה שהרי כתבו

לגבי דבר שבמנין שאינו אלא מדרבנן ומה קשיא להו מבריה. ועיין בט"ז ביו"ד ס' ק' סק"א דנקט בפשיטות שמה שבריה אינה בטילה הוא מדרבנן.

הריטב"א כתב בשם התוס' דהא דאינו בטל ברובא הוא משום דבע"ח אינם בטילים. ואע"ג דמן התורה גם בע"ח בטילים יש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה. והריטב"א דחה פירוש זה שרק במקום סייג או גדר עוקרים דבר מן התורה וכאן אין סיבה לעקור. לשון הריטב"א הוא דלא מסתבר שיתקנו בכדי ועבדי גזל השבט. ולכאורה אינו מוכן איזה גזל השבט איכא הרי מעשר בהמה הוא ממון הבעלים ואינו ניתן לכהן. וכן קשה על דברי השיטה בסמוך על הא דמי שהיו לו עשרה ספק פטרי חמורים דמפריש עליהם עשרה שיין ומעשרן והן שלו, והקשו התוס' למה לי עשרה שיין הרי יכול לפדות את כולם על שה אחת. ותי' השיטה דקמ"ל שמותר לפדות על עשרה שיין אע"פ שגורם עי"ז לפטור את כל העשרה מן המעשר ומפסיד בזה את הכהן. וגם זה לכאורה תמוה דמה ענין כהן לכאן הרי מעשר בהמה אינו ניתן לכהן אלא הבעלים מקריבים אותו. ואמר לי בזה ח"א שבפירוש ר' ירוחם פערלא על רס"ג במצוה פ"ו מביא שיש ראשונים דס"ל שמעשר בהמה ניתן לכהן יעו"ש.

מה שכתבו התוס' דלא חשיב בריה כדפרישית בחולין עיין בתוס' בחולין צ"ו. שכתבו שבריה היינו רק במקום שהתורה הזכירה את שם הבריה כגון גיד הנשה ועוף טמא בזה אמרינן דחשיב כאילו פירשה תורה שדבר זה אסור בין קטן בין גדול. אך זה לכאורה סברא לגבי הא דלוקים על בריה בפחות מכזית אבל הנידון כאן הוא לגבי הדין שבריה אינה בטילה ולענין זה לכאורה לא מוכן סברת התוס'. אמנם לפי מה שכתבו הפוסקים ביו"ד ס' ק' שהחשיבות של בריה שאינה בטילה הוא משום דלוקין עליו בפחות מכזית

תוד"ה ליפטרו. הקשו דלא שייך בזה מנין הראוי כיון שאפשר להשלים את המנין. בשיטה מתרץ בשם הרא"ש דאחרי שעבר הפטור הפסיק המנין וא"א להשלים ולכן אלו שיצאו לפני הפטור נפטרו. ואלו שיצאו אחרי הפטור אם היה יודע היה מונה אותם מתחילה והיה מתקדש העשירי אבל כיון שלא ידע והמשיך במנין הראשון אין העשירי שאחר הפטור מתקדש כיון שלא מנה ט' לפניו. ומה שעשירי קדוש מאליו היינו דוקא אם היה מנין של ט'. והא דנפטרו הח' והט', כגון שהפטור היה ז', הוא משום דגם לגבם זה נחשב מנין הראוי כיון שאילו היה מונה א' ב' ג' היה אפשר להשלים את המנין. וע"ע בשערי יושר ש"א פ"ה שמביא ראיות שמנין של ט' מעכב בחלות שם עשירי.

דף ז.

תוד"ה מפריש. בבכורות ד: מבואר דשה אחת פוטר כמה פטרי חמורים. ואין לפרש כפשוטו דאחר שפדה פט"ח אחד יכול לפדות אחר דכיון שפדה אחד השה נעשה ממון כהן ואין יפדה על שה זה חמור אחר. ורש"י פירש שם דאיירי שאחר שפדה חמור אחד ונתן לכהן את השה הכהן החזיר לו את השה ובזה יכול לחזור ולפדות עוד חמור על אותו שה. התוס' שם כתבו דאיירי בספק פט"ח שאינו נותן את השה לכהן דהוי ספק ממון וכיון שהשה נשאר בבעלותו הוא יכול לפדות עליו עוד פט"ח. ועיין בתוס' בבכורות י"א. שמבואר בדבריהם שלרש"י אפי' בספק פט"ח אינו יכול לחזור ולפדות אא"כ נתן את השה לכהן והכהן החזירו לישראל. וקשה דמבואר כאן דספק פדיון פט"ח נכנס לדיר להתעשר ונחשב עשירי ודאי א"כ זה נחשב בודאות ממון ולמה אינו יכול לפדות עליו פט"ח אחר.

ונראה דיש לעיין במה פקע קדושת הפט"ח כשפודים ספק פט"ח על שה. הרי לא

א"כ ניחא דכל מה שאין לו דין בריה לענין ללקות עליו בפחות מכזית ממילא גם אין לו דין בריה לענין ביטול ברוב. עיין בר"ן בסוף גיד הנשה שחולק על התוס' וכתב כללים אחרים בדין בריה. וע"ע ברש"י חולין ק"ב:.

השיטמ"ק בשם הרא"ש כתב לישב קושית התוס' מרוב דאף דאזלינן בתר רובא אין זה ודאי ובמעשר בעינן עשירי ודאי. ולכאורה זה תירוץ רק על השאלה של ניזיל בתר רובא אבל על השאלה של ביטול ברוב אין זה תירוץ דע"י הביטול יהיה חיוב ודאי. עיין מש"כ בזה בקו"ש ח"ב בקונטרס דברי סופרים ס' ה' אות כ"ז. עוד הקשו האחרונים על דברי הרא"ש דקי"ל ספק טומאה ברה"ר טהור ומטמאין רק כשיש טומאה ודאית ואעפ"כ מטמאין כשיש רוב לטמא כמבואר בכתובות ט"ו. א"כ מוכח שהרוב נותן דין ודאי ולמה לא יחשב עשירי ודאי. וכתב בזה רע"א במה"ת ס' ק"ח שבספק טומאה לא נאמר שברה"ר לא מטמאין אלא כשזה ודאי אלא שבספק מטהרים וזה דוקא בספק השקול אבל כשיש רוב אף שאין זה ודאי גם אין זה ספק שקול. ורק לגבי מעשר בהמה שיש דין עשירי ודאי לא מהני רוב שאינו ודאי. ובשערי יושר ש"א פ"ה כתב דבעלמא מודה הרא"ש דרוב נחשב כודאי ורק לגבי מעשר בהמה אין הרוב עשירי ודאי דבעינן מנין של עשרה וספירה שאינה ודאית אינה ספירה. והנ"מ בין פירושו של רע"א לשערי יושר יהיה לגבי הדין של ממזר ודאי ולא ממזר ספק. שלרע"א היכא דאיכא רוב להחמיר אין זה ממזר ודאי ויהיה מותר מן התורה, אבל לשערי יושר הרוב נותן לזה דין ממזר ודאי. ונחלקו בזה הפנ"י והש"ש בש"א פ"א. והגהות ברוך טעם על הש"ש כתב שמדברי הרא"ש ראייה לשיטת הפנ"י שאף שיש רוב אין זה ממזר ודאי. אך עיין בש"ש ש"א פט"ו שהש"ש מודה לפנ"י ברובא דאיתא קמן ומדמה לדברי הרא"ש לגבי עשירי ודאי. וכל זה כרע"א ולא כשערי יושר.

חל שום קדושה על השה וכל הפדיון נעשה ע"י שהשה נעשה ממון כהן, ובספק לא נעשה השה ממון כהן שהרי הוא נכנס לדיר להתעשר ונחשב ודאי ממונו של הישראל. א"כ במה חל הפדיון ומה מתיר את החמור. וצ"ל דמבואר בגמ' דאף דספק בכור הוא ודאי ממונו של הישראל מ"מ הוא אסור בגיזה ועבודה, אף שהאיסור גיזה ועבודה תלוי בממון כהן, דקדושה הבאה מאליה שאני. והובא לעיל בשם השערי יושר דמה שהממון הוא ודאי של הישראל היינו רק לענין השליטה וההשתמשות בממון אבל הבעלות כלפי שמיא נשאר ספק. והאיסור גיזה ועבודה תלוי בבעלות כלפי שמיא. וא"כ גם לגבי השה של פדיון ספק פט"ח אף שהוא ממונו של הישראל ונכנס לדיר להתעשר מ"מ הבעלות כלפי שמיא הוא ספק ועל הצד שהחמור היה בכור גם השה הוא ממון כהן לענין כל הדינים שתלויים בבעלות האמיתית כלפי שמיא. ומה שהשה נעשה ממון כהן לגבי הבעלות כלפי שמיא זה מה שמתיר את החמור.

ובזה יתבאר שיטת רש"י דאף שפדיון ספק פט"ח הוא ממונו של הישראל אינו יכול לחזור ולפדות על אותו שה ספק פט"ח אחר אא"כ נתנו לכהן והכהן החזירו לישראל. דכל מה שמתיר את החמור הוא מה שחל על השה דין ממון כהן לגבי הבעלות כלפי שמיא. וזה קיים רק בפדיון הראשון אבל בשני על הצד שהראשון היה בכור לא חל כלום בפדיון השני, דלגבי ההשתמשות והשליטה על הממון השה ישאר גם אחרי הפדיון ממון הישראל, ולגבי הבעלות כלפי שמיא הוא כבר ממון כהן מהפדיון הראשון. א"כ לא נוסף על השה שום דין בפדיון השני ואין מה שיתיר את החמור. ואדרבה צריך להבין סברת התוס' שמתיר לפדות ב' ספק פט"ח על אותו שה. ואולי זה מטעם ספק ספיקא דשמא הפט"ח שפודה עכשיו אינו בכור ואת"ל שהוא בכור שמא הראשון לא היה בכור. אך זה יתרץ רק כשגם

השני הוא ספק פט"ח ובר' גרשום בבכורות ט. מבואר שאפשר לפדות גם ודאי פט"ח אחרי ספק פט"ח. ועוד שלא ברור דאיכא התר של ס"ס בכה"ג ותלוי בדברי רע"א בתשובה ו' לגבי הא דטומטום אינו מוציא את מינו דהקשה הטורי אבן למה אינו מוציא מכח ספק ספיקא. ורע"א מביא שם בשם הפר"ח דס"ס בתרי גופי לא אמרינן. ומצאתי בס"ד שחלק ממה שנתבאר בזה כתב בשערי יושר ש"ה פ"ז יעו"ש.

הא יכול להוציא בדיינים וכו'.
מבואר בגמ' שבקרקע אם יכול להוציא בדיינים יכול להקדיש ובמטלטלין אינו יכול להקדיש. ונחלקו האחרונים בטעם החילוק בין קרקע למטלטלין. רע"א בגליון הש"ס ס"ל שמטלטלין אינם ברשות הבעלים מפני שיש לגזול בהם קניני גזילה. וקרקע שאינה נגזלת ואין קניני גזילה נחשב ברשות הבעלים ויכולים להקדיש אם יכולים להוציא בדיינים. ולכן נקט רע"א שגם מטלטלין אם לא עשה בהם הגזול מעשה קנין דינם כקרקע שאם יכול להוציא בדיינים יכול להקדיש. ומה"ט מקשה רע"א דבמסותא מטלטלין כיון שלא עשה בו משיכה צריך להיות דינו כקרקע. החזו"א ב"ק ס' ט"ז סק"ט והקו"ש ב"ק אות ט' חולקים על רע"א וס"ל שגם במקום שאין קנין אין דין מטלטלין כדין קרקע. דמטלטלין כיון שאפשר להבריחם ולכלותם אינם בשליטת הבעלים וממילא אינם ברשות הבעלים למכור ולהקדיש. משא"כ קרקע שהארץ לעולם עומדת זה נחשב ברשות הבעלים כ"ז שיכולים להוציא בדיינים. דהיינו שלרע"א ההבדל בין קרקע למטלטלין הוא מצד הדין שבמטלטלין יש קניני גזילה ובקרקע אין, ולחזו"א והקו"ש יש גם הבדל מצד המציאות שקרקע הוא בשליטת הבעלים ומטלטלין אינם בשליטת הבעלים.

דברי רע"א כאן הם לשטתו שהתוס' בשבועות ל"ג: כתבו שהמשנה שם איירי בקרקע שאינה נגזלת וכמ"ד שיש חיוב שבועת

גזולים שיכול להוציאם בדיינים. או דלמא הדין של אינו יכול להוציא בדיינים אינו מדין אינו ברשותו אלא גרע מאינה ברשותו דכיון שע"פ דין אינו יכול להוציא את הממון כגון שחסר לו ראייה א"כ הפסק של ב"ד הוא שאין הממון שלו וכמו שהובא לעיל ו. בשם הר"ן דהיכא שע"פ דין אינו יכול לתבוע את הממון אינו יכול להקדיש גם בלי הדין של אינו ברשותו. ועיין בשיטה כאן בשם הרמ"ך שכתב שאינו יכול להוציא בדיינים אינו דוקא כשע"פ דין אינו יכול להוציא אלא גם שכא"א להוציא מחמת אלימותו. ולכאורה מוכח מזה שזה מדין אינו ברשותו. וכן נקט הנוב"י מה"ת אבה"ע ס' ע"ז ד"ה ועוד. וע"ע בקר"ש ב"ב אות קפ"ה.

אמר ר"פ דתפיסי בכרכשתא. רש"י

מפרש שכרכשתא הוא החוטין שיוצאין בראש הבגד, והרא"ש כתב שהוא חלק מן הבגד שאין בו ג' אצבעות. ונחלקו הפוסקים בביאור ענין תפיסה בכרכשתא. שיטת הש"ך בס' קל"ח סק"ד שאין שום דין מיוחד בכרכשתא, וכמו שבאוחזין בגוף הבגד כ"א נוטל עד מקום שידו מגעת והשאר חולקים בשהו כן באוחזין בכרכשתא כ"א נוטל בכרכשתא מה שתחת ידו והשאר חולקין אלא שהכרכשתא אינו דבר חשוב ואין הדרך להקפיד עליו לכן זה נחשב שחולקים בכל הבגד אבל אם כן מקפידים יקבל כ"א בכרכשתא מה שתחת ידו. ורע"א בשו"ע שם מביא שהפרישה והע"ש ס"ל דבאוחזין בכרכשתא תמיד חולקין בשהו ואין בזה את הדין של זה נוטל עד מקום שידו מגעת. ודבריהם יתבארו ע"פ דברי האו"ש שהובא בסמוך.

הרמב"ם בפ"ט מנזק"מ ה"ז כשמביא את הדין של שנים אוחזין בטלית שינה מלשון המשנה וכתב שנים אוחזין בכלי במקום טלית. וכתב המ"מ שהרמב"ם כתב כלי ולא טלית משום שבטלית יש חילוקי דינים כמו שיתבאר

העדות בעדי קרקע. והקשה רע"א שם דהמחלוקת אם משביע עדי קרקע חייב או לא הוא אי דרשין קראי דוכחש בעמיתו בכללי ופרטי או בריבוי ומיעוט ובזה תלוי גם המחלוקת אם קרקע נגזלת או לא, וא"כ המ"ד שקרקע אינה נגזלת ע"כ ס"ל שמשביע עדי קרקע פטור. וכתבו בזה האחיעזר ח"ג ס' ל"ח והאבי עזרי פכ"ב ממכירה ה"ט שהמחלוקת אם קרקע נגזלת או לא הוא לענין קניני גזילה ומאן דאית ליה משביע עדי קרקע חייב ע"כ ס"ל שיש בקרקע קניני גזילה. ומה שכתבו התוס' שגם מ"ד משביע עדי קרקע חייב יכול לסבור שקרקע אינה נגזלת אין הכונה לענין שאין בקרקע קניני גזילה אלא שקרקע אף שיש בו קניני גזילה הוא ברשות הבעלים להקדישו כ"ז שאפשר להוציא בדיינים. וכתב האחיעזר שם שרע"א דלא ס"ל כן אזיל לשטתו דס"ל שההבדל בין קרקע למטלטלין לגבי הדין של אינו ברשותו אינו משום שיש הבדל במציאות אלא מפני שבקרקע אין קניני גזילה ובמטלטלין יש. והחולקים בשבועות ס"ל כחזו"א והקו"ש שההבדל הוא מצד המציאות. אך המחלוקת כאן הוא אם במטלטלין יש דין אינו ברשותו מצד המציאות כשאין קניני גזילה ובשבועות נחלקו אם מה שקרקע הוא ברשות הבעלים הוא רק משום שאין בו קניני גזילה או שקרקע הוי ברשות הבעלים גם אם יש בו קניני גזילה. ורע"א ס"ל שהכל תלוי בקניני גזילה דמטלטלין בלי קנין הוא כקרקע וקרקע עם קנין הוא כמטלטלין. ולחולקים כאן במטלטלין יש דין אינו ברשותו גם בלי קניני גזילה. ולחולקים בשבועות קרקע נחשב ברשות הבעלים גם אם יש בו קניני גזילה.

אינו יכול להוציא בדיינים. יש לעיין

בגדר הדין של אינו יכול להוציא בדיינים בקרקע אם זה אותו דין של אינו ברשותו שיש במטלטלין אלא שקרקע אינו נחשב אינו ברשותו ע"י גזילה בלבד, אבל קרקע במצב שאינו יכול להוציא בדיינים שוה למטלטלין

בסמוך. וכונתו שבהל' ט' כתב הרמב"ם שאם אוחזין בגוף הטלית כ"א נוטל עד מקום שידו מגעת, ולכן נקט הרמב"ם כלי שבזה אין חילוקים אלו. ותמה הלח"מ דאין נ"מ לגבי זה בין טלית לכלי וגם בכלי אם אוחז בגופו הוא נוטל עד מקום שידו מגעת. וכתב בזה האו"ש שהדין שכ"א נוטל מה שבידו הוא משום דהוי כמאן דפסיק ומה שבידו הוא לבדו מוחזק בו. וזה דוקא במקום שמה שנמצא בידו הוא דבר שלם בפנ"ע ואינו צריך למה שביד חברו אבל אם מה שבידו אין לו שם כלי בלי מה שביד חברו א"א להחשיב את זה שהוא לבדו מוחזק בזה משום שמה שבידו אין לו קיום בלי מה שביד חברו. ולכן נקט הרמב"ם כלי דכלי בדרך כלל אפי' אם הוא מחזיק חלק חשוב מן הכלי אין לזה שם כלי כשהוא לעצמו ובוזה תמיד חולקים בשוה. ורק בטלית כשאוחז בידו ג' אצבעות שעל חלק זה בפנ"ע יש שם בגד זה כמאן דפסיק והוא נוטל מה שתחת ידו. וזה כונת הפרישה והע"ש שבכרכשתא אינו נוטל מה שתחת ידו. דבין אם כרכשתא הוא פחות מג' אצבעות כפי' הרא"ש בין אם זה חוטין היוצאים בראש הבגד כפי' רש"י אין על חלק זה שם בגד בפנ"ע ולכן אין בזה הדין של נוטל עד מקום שידו מגעת. נמצא דהש"ך והפרישה פליגי במחלוקת המ"מ והלח"מ.

ע"פ דברי האו"ש מתישב מה ששאלנו בריש פרקין אמאי מבואר במשנה שאחד רכוב ואחד מנהיג חולקים בשוה הרי הרכב תופס ברגליו בגוף הבהמה ואמאי לא יהיה דינו כאחד אוחז בגוף הטלית ואחד אוחז בכרכשתא שמי שאוחז בגוף הטלית נוטל מה שתחת ידו ורק את השאר חולקים בשוה. ולדברי האו"ש לא קשיא דכיון שחלק זה של הבהמה שבין רגליו אינו דבר שלם בפנ"ע דינו כאוחז בחלק מכלי או בכרכשתא שחולקים בשוה.

האי סודרא כיון דתפיס בה ג' על ג' קרינן ביה ונתן לרעהו דכמאן דפסיק דמי. מה

שדין זה הוא דוקא היכא דתפיס בה ג' על ג' תלוי במחלוקת הש"ך והפרישה שהובא לעיל. לשיטת המ"מ והפרישה בפחות מג' לא אמרינן כמאן דפסיק דמי כלל. ויתכן שמקור דבריהם הוא מכאן דהבינו שכל הכמאן דפסיק הוא רק בתפיס ג' על ג'. אבל לש"ך והלח"מ כמאן דפסיק הוא גם בפחות מג' על ג' אלא דבפחות מג' על ג' לא יועיל מה שזה כמאן דפסיק דקנין סודר הוא בכלי ופחות מג' על ג' אינו כלי. מלשון רש"י בד"ה דכמאן שכתב דהא דנקט ג' על ג' משום דכלי בעינן דכתיב נעלו משמע דס"ל כש"ך דאמרינן כמאן דפסיק גם בפחות מג' על ג' ומה שצריך ג' על ג' הוא רק משום דפחות מזה לא מהני לסודר. אבל מדברי הגר"א בס' קל"ח סק"א משמע בהדיא דלא ס"ל כן שהשו"ע שם פסק כדברי הרא"ש שכרכשתא היינו פחות מג'. וכתב הגאון שהמקור שבפחות מג' לא אמרינן כמאן דפסיק הוא מדאמרינן האי סודרא כיון דתפיס בה ג' על ג' כמאן דפסיק דמי. ולרש"י אין ראיה משם שבפחות מג' לא אמרינן כמאן דפסיק דמה דבעינן ג' הוא משום דבפחות לא יעזור כמאן דפסיק כיון שאין על חלק זה שם כלי. והגאון למד כפשטות לשון הגמ' שבלי ג' על ג' לא אמרינן כלל כמאן דפסיק ולכן כתב שיש מכאן מקור לרא"ש שבפחות מג' אינו נוטל מה שתחת ידו מפני שלא אמרינן כמאן דפסיק בפחות מג'.

האו"ש שהובא לעיל אחר שכתב שלא אמרינן כמאן דפסיק א"כ מה שתחת ידו הוא דבר שלם בפנ"ע מוסיף שכן מוכח בסוגיא בב"מ. ויש לפרש ראיתו בב' אופנים. א. מהא דתופס בכרכשתא אינו נוטל מה שתחת ידו והיינו משום דאין על חלק זה שם בגד. ב. לשון הגמ' משמע דמה דבעינן שיתפוס ג' על ג' הוא תנאי בכמאן דפסיק ולא רק שבלי זה אין כלי לחליפין. וע"ע מה שכתבנו בענין זה בס"ד לקמן ז: לגבי ב' אדוקים בשטר אחד בטופס ואחד בתורף.

כמאן דפסיק דמי. מה שצריך להגיע לכמאן דפסיק לגבי קנין סודר יש לפרש בב' אופנים. א. דמבואר לקמן ח. ששנים שמגביהים טלית יחד כ"א מבטל קנינו של חברו דכ"א לגבי חברו הוא כמונח ע"ג קרקע. ואם לא היה מה שתופס בידו כמאן דפסיק הוא לא היה זוכה בחלק זה של הבגד כיון שחלקו השני ביד חברו. וכמאן דפסיק גורם שמה שבתוך ידו אינו נגרר אחר שאר הבגד ומהני הגבהת חלק זה של הבגד אף שהשאר ביד חברו. ב. לגבי מה שבידו אינו קונה בהגבהה אלא בקנין יד שהוא מדין חצר ולגבי זה אין חסרון במה שהחצי השני כמונח ע"ג קרקע. ולגבי זכיית הסודר לא צריך להגיע לכמאן דפסיק. ומה שצריך כמאן דפסיק הוא משום שבלי זה לא יועיל חלק מבגד לקנין סודר דבעינן דבר מסוים כמבואר לקמן מ"ז. ולא חצי רימון וחצי אגוז. וחלק מבגד גדול אינו מסוים. וכמאן דפסיק גורם שחלק זה הוא דבר שלם בפני"ע ונחשב דבר מסוים. מדברי רש"י לקמן ט. בד"ה מה שתפוס בידו משמע שמה שבידו נקנה בהגבהה ולגבי זה אין חסרון במה שהשאר מונח ע"ג קרקע דחלק זה הוא מגביה לגמרי. רע"א כאן מציין לתוס' לקמן מ"ז. שכתבו שמה שאמרו כאן שקונה ע"י ג' על ג' משום דהוי כמאן דפסיק אין בזה חסרון של דבר שאינו מסוים. ויתכן שכונת התוס' שהכמאן דפסיק גורם שזה נחשב דבר שלם כמש"כ בפשט השני.

ראית הגמ' שמה שבידו הוא כמאן דפסיק הוא מזה שנוטל מה שתחת ידו בלי חלוקה מוכח שעל חלק זה רק הוא לבדו מוחזק ולא חברו וזה משום דחלק זה הוא כמאן דפסיק. כן מבואר בביאור הגר"א בס' קל"ח סק"ב ע"ש היטב.

תוד"ה מחוי. בביאור מחלוקת התוס' והרמב"ם אם על מה שבידו צריך שבועה או לא עיין מה שכתבנו בס"ד לעיל ב.

התם כריתות בעינן וליכא. יש לפרש דברי הגמ' בב' אופנים. א. כמו שלענין קנין סודר אין חסרון בנתינה אף שהנותן תופס בחלק מן הסודר כך לגבי גט אין מה שמשיחה בידו חסרון בונתן אלא שיש חסרון של כריתות שהדין של כריתות מחייב שלא יהיה לבעל קשר לגט ומה שהוא יכול לנתק זה חסרון בכריתות ולא בנתינה. וכיוצא בזה מצאנו בגיטין ט. דבעינן כרות גיטא. והר"ף שם מפרש שאם בגט או בשטר שחרור של עבד כתוב דבר שהוא זכותו של הבעל או האדון אין זה כריתות. ושם בודאי ליכא שום חסרון בנתינה אלא חסרון צדדי של כריתות דבעינן שיהיה הבעל מנותק מהגט. וכמו שאם כתוב בגט דבר שהוא זכותו של הבעל הקשר שיש לו עם הגט הוא חסרון בכריתות כך מה שהוא קשור לגט ע"י המשיחה שבידו הוא חסרון בכריתות אף שאין שום חסרון בנתינה. ב. אף שלגבי קנין סודר מה שהקונה אוחז בחלק מהסודר אינו חסרון בנתינה לגבי גט בעינן נתינה הכורחת ולגבי גט יש דיני נתינה אחרים ולענין זה חסר בנתינה. דהיינו שלצד הראשון גם לגבי גט אין חסרון בנתינה אלא חסרון צדדי של כריתות, ולצד השני לגבי גט בעינן נתינה מעליא ולגבי זה כל זמן שהמשיחה בידו אין זה נתינה לענין גירושין שהלכות נתינה בגט שונים מהלכות נתינה בעלמא. ונראה שנחלקו הראשונים בזה כמו שיבואר בס"ד.

התוס' בד"ה אם כתבו שאם הניח גט בידה כשידה פתוחה והמשיחה נשאר בידו ואח"כ קפצה ידה בחוזק באופן שכבר אינו יכול לנתק את הגט אינה מגורשת. מפני שלפני שקפצה ידה לא היתה מגורשת והגירושין נעשים ע"י מעשה של האשה שקפצה ידה והוי טלי גיטך מע"ג קרקע. התוס' בגיטין ע"ח: בסד"ה אם כתבו שאין בזה חסרון של טלי גיטך משום דלא גרע מערק לה חרציה שמבואר בגמ' שם שנחשב נתינה דאף שעיקר הנתינה הוא ע"י מעשה האשה כל שהבעל מסייע בנתינה אין זה

טלי גיטך. וכן כאן הבעל מסייע בנתינה. הרא"ש שם כתב בשם ר"י שמכשיר היכא שקפצה ידה אבל לא משום דדמי לערק לה חרציה [עיי' באב"מ ס' קל"ח סק"ב שמבאר אמאי אין זה דומה לערק לה חרציה, וכדבריו כתב גם התורת גיטין שם] אלא דהוי כמגרש לאחר ל' דבעינן שבסוף ל' יהיה הגט ברשות האשה, ואם יצא הגט מרשותה והיא החזירה את הגט לרשותה היא מגורשת ואין זה נחשב טלי גיטך וה"ה הכא שקפצה ידה. וכתב ע"ז הרא"ש דלא דמי לגט לאחר ל' דהתם היה נתינה מעליא והאשה לא עשתה שום חלק ממעשה הנתינה, אלא דבעינן שיהיה הגט ברשותה והיא ע"י שהכניסה את הגט לרשותה גרמה לגירושין. ואין בזה משום טלי גיטך כיון שכל הנתינה נעשה ע"י הבעל. משא"כ במשיחה בידו ליכא נתינה מעליא עד שתקפוץ ידה א"כ הנתינה נעשה ע"י מעשה שלה והוי טלי גיטך מע"ג קרקע.

לכאורה פשוט שר"י כפי שהובאו דבריו ברא"ש והרא"ש חולקים בספק הנ"ל בביאור דברי הגמ'. שהרא"ש ס"ל שמה שאמרו כאן דשאני גט דכריתות בעינן וליכא היינו שלגבי גט אין זה נחשב נתינה וכיון שחסר בנתינה וזה נהפך להיות נתינה מעליא ע"י מעשה האשה זה טלי גיטך. ואין זה דומה לגט לאחר ל' ששם אין שום חסרון בנתינה של הבעל אלא שהחלות חל ע"י מעשה האשה, ואין זה טלי גיטך. ור"י ס"ל דמה שאמרו כאן שאני גט דכריתות בעינן וליכא אין הכוונה שיש חסרון בנתינה לגבי גט אלא כמו שלגבי סודר זה נתינה כך לגבי גט איכא נתינה מעליא. אלא שיש חסרון צדדי של כריתות, וזה חסרון בחלות ולא במעשה הגירושין. ושפיר מדמה ר"י לגט לאחר ל' דבתרוייהו אין האשה משתתפת במעשה הנתינה אלא גורמת לחלות הגירושין ובוזה ליכא דין טלי גיטך. האב"מ בס' קל"ח סק"ב מפרש באופן אחר דנחלקו אם

נתינה של פקדון מהני לגירושין ע"ש. ולמה שנתבאר אין הכרח דפליגי בזה אלא לכו"ע לא מהני נתינה של פקדון אלא פליגי אם מה שמשיחה בידו הוא חסרון בנתינה או שזה חסרון צדדי של כריתות.

ונראה שבזה נחלקו גם רש"י והר"ן בגיטין ע"ז: במעשה דההוא שכ"מ דאמרו ליה דליקניה ניהלה לההוא דוכתא דיתבי בה גיטא ותזיל ותחוד ותפתח וכו'. ופרש"י שם שע"י שתחזיק בקרקע תקנה את הגט בקנין אגב. ושיטת רש"י דונתן בידה אינו דוקא ע"י נתינה לידה ממש אלא גם ע"י הקנאה לבעלותה. הר"ן שם חולק וס"ל שא"א לגרש ע"י הקנאת הגט לאשה אלא בעינן דוקא נתינה לידה ממש או לחצרה. ולכן מפרש הר"ן שהגירושין שם הם ע"י חצר ולא ע"י קנין אגב. הר"ן מביא ראיה לדבריו דמבואר בלשון הגמ' שם שהקנה לה את המקום שבו היה מונח הגט, ובשלמא אם הגירושין הם ע"י קנין חצר ניחא אבל לרש"י שזה מדין אגב הא קי"ל דלא בעינן צבורים ויכול להקנות מטלטלין אגב קרקע גם כשהמטלטלין אינם בתוך הקרקע ולמה היה צריך להקנות דוקא את מקום הגט.

הקצה"ח בס' ר"ב סק"ד כתב לישב קושית הר"ן על רש"י דאף שאגב לא בעי צבורים צריך להקנות דוקא את מקום הגט שאם מקום הגט ישאר שלו ותזכה בגט אגב קרקע אחר זה יחשב כגט בידה ומשיחה בידו. ואה"נ אם הגט מונח במקום שאינו שייך לבעל יכול להקנות אגב קרקע אחר אבל אם הגט מונח בקרקע הבעל זה נחשב כמשיחה בידו ולא מהני אא"כ מקנה לאשה את מקום הגט. ומדברי הר"ן שהקשה מזה על רש"י מוכח דלא ס"ל כסברת הקצות וס"ל שאם מהני קנינים בגט היה מועיל להקנות את הגט אגב קרקע אחר אף שהגט נשאר ברשותו. וצריך להבין למה אין הר"ן סובר שיש בזה חסרון של גט בידה ומשיחה בידו.

אך זה תלוי בשני הביאורים שכתבנו לעיל. שאם החסרון של משיחה בידו אינו חסרון בנתינה אלא חסרון צדדי של כריתות בודאי נראין דברי הקצות שגם כשמקנה את הגט באגב אם הגט נשאר ברשותו אין זה כריתות. אבל אם אין חסרון של כריתות בפנ"ע אלא שלגבי גט שצריך נתינה הכוררת ואם משיחה בידו אין זה נתינה לגבי גירושין זה שייך רק במקום שהנתינה מתקיימת ע"י נתינה לידה ממש בזה אם משיחה בידו או שהגט נשאר ברשותו יש חסרון כריתות. אבל כשאינו נותן לידה כלל והדין נתינה מתקיים ע"י הקנאה הגט לבעלותה בנתינה כזו אין המשיחה בידו מקלקל את הנתינה שהרי הוא לא עשה נתינה לידה כלל אלא הקנאה לרשותה ואת ההקנאה אינו יכול לבטל. א"כ י"ל דבזה גופא נחלקו הר"ן ורש"י דרש"י ס"ל שזה חסרון בכריתות וגם כשמקיים ונתן ע"י הקנאה בעינין שלא ישאר הגט ברשותו. והר"ן ס"ל שזה חסרון בנתינה וחסרון זה יש רק כשמקיים ונתן ע"י נתינה ממש אבל כשמקיים ונתן ע"י הקנאה אין חסרון במה שהגט נשאר ברשותו. ואם צריך להקנות דוקא את מקום הגט מוכח שאינו מגרש ע"י אגב אלא ע"י חצר.

נמצא שיש להסתפק בביאור דברי הגמ' אם משיחה בידו הוא חסרון בנתינת הגט או חסרון צדדי של כריתות. ויש מזה ב' נ"מ. א. אם האשה גרמה שהבעל לא יוכל לנתק את הגט אי הרי טלי גיטך או לא. ב. אם יש חסרון זה רק כשמקיים ונתן ע"י נתינה ממש או גם כשמקיים ונתן ע"י הקנאה.

שנים אדוקים בשטר. ולית ליה לרבי מתני' שנים אוחזין בטלית. מבואר בגמ' דדין יחלוקו בב' אדוקים בשטר הוא כדין יחלוקו דשנים אוחזין בטלית. ולכאורה אינו מובן דבשטר אין הנדון למי שייך השטר אלא אם החוב שכתוב בשטר נפרע או לא. ואפי' אם השטר כולו ביד המלוה מה שאינו נאמן לטוען

פרעתי הוא רק משום שיש הוכחה שלא פרע שאם פרע שטרך בידי מאי בעי. והכא שנפל ושניהם אדוקים בו קשה ממ"נ אם במצב זה איכא ראייה דשטרך בידי מאי בעי למה אינו משלם הכל, ואם אין ראייה לא ישלם כלל, ולמה הדין יחלוקו של שנים אוחזין בטלית גורם שיתחלק הראיה של שטרך בידי מאי בעי. ואפי' למה שמבואר ברמב"ם בפ"ד ממלוה הי"ד שאין המלוה טוען שנפל ממנו והוא מצאה אלא טוען שלא נאבד כלל מ"מ לדברי הלוח שטוען שהוא מצא את השטר ליכא שטרך בידי כלל. ועיין בקו"ש ב"ב אות תר"ו שמוכיח מכאן שהדין של שטרך בידי אינו כפשוטו דאיכא ראייה שלא פרע מזה שלא לקח את השטר אלא הוא דין בשטר שא"א לטוען כנגדו פרעתי כמו שביאר הקו"ש שם. ולשון החזו"א באבה"ע ס' ע"ב סק"ז הוא כל הני שהממון ידוע טפי לאחד חשיב כמוחזק ואידך חשיב כמוציא וכו' ובזה מבואר הא דאמר ב"מ ז. ב' אדוקים בשטר חולקין ואע"ג דעיקר ראית השטר משום שטרך בידי מ"מ אין עיקרו מדין ראייה ועדות אלא שמחזיק את החוב שהלוה חייב והלוה שטוען פרעתי חשיב מוציא את החוב מיד המלוה הלכך כל שזוכה המלוה בשטרא וחשיב כשטר בידו חשיב החוב כמקום וכששניהם אדוקים בשטר דכח שניהם שוה בשטר ודינם יחלוקו גם בעצם החוב חשיב כמלוה ולוה מוחזקין ובחציו חשיב הלוח מוחזק ובחציו חשיב הלוח מוציא עכ"ל.

הריטב"א כתב פשט חדש בביאור דברי הגמ' ולדבריו יתישב קושית האחרונים הנ"ל. שהריטב"א מקשה מה קושית הגמ' ממתני' דשנים אוחזין אולי רבי ס"ל כר"י דלא חיישינן לפרעון. [עיין מה שכתבו בשאלה זו השיטה בשם מהר"י כ"ץ והרש"ש]. וכתב הריטב"א שאפי' אם החוב אינו פרוע זוכה הלוח בחוב ע"י הזכיה בשטר כדין המוצא מציאה אחר יאוש. ואע"ג דמה שחוב נמכר ע"י מסירת השטר הוא דוקא ע"י כתיבה ומסירה היינו כדי

למכור את החוב לאחר אבל הלוא עצמו זוכה בלי כו"מ. לפ"ז אין מקום לקושית האחרונים שאין הנידון כאן לענין טענת פרעון אלא לענין זכיית החוב ע"י הגבהת השטר. [צ"ע מלשון הגמ' דמשמע שטענת הלוא הוא שפרע]. וצ"ב בדברי הריטב"א אמאי אין הלוא צריך כו"מ ומ"ש הוא מאחר. ועוד אם מהני יאוש בחוב אמאי אין הלוא זוכה בחוב ע"י יאושו של המלוה בלי זכיה בשטר שהרי הנכסים בחזקתו וכמו שמבואר בב"ק מ"ט: שאם המלוה היה גר והוא מת נפטר הלוא מהחוב.

הביאור בדברי הריטב"א הוא ע"פ מה שכתב הקצה"ח בס' ס"ו סק"א. שהראשונים מקשים לסוברים דמכירת שטרות דרבנן למה צריך פסוק למעט שטרות מאונאה הרי א"א למכור מן התורה. ומביא הקצות שהסמ"ג כתב דאיצטריך קרא היכא שמצא שטר אחר יאוש ומכרו לבעלים. ומפרש הקצות שאין כונת הסמ"ג שזוכה המוצא בנייר של השטר והא מוכר את זה למלוה או ללוא אלא שע"י זכיית השטר אחר יאוש זוכה המוצא בחוב. ומה שאין הלוא נפטר מן החוב ע"י יאושו של המלוה מבאר הקצות שלגבי הלוא שכבר נתחייב זה נחשב באיסורא אתא לידיה ולא מהני יאוש לגביו. ולכן המוצא יכול לזכות בחוב ע"י הגבהת השטר. ומה דבעינן כתיבה ומסירה כדי לזכות בחוב, ואין הזכיה בחוב אלא מדרבנן היינו משום שהשיעבוד אינה ברשותו ואינו נמכר אלא מכח תקנת חכמים ורק ע"י כו"מ. אבל יאוש דמהני גם על דבר שאינו ברשותו מהני גם לשיעבוד של השטר. וכשזוכה בשטר אחר יאוש הוא זוכה בחוב מן התורה ולא בעינן כו"מ.

הנתיבות בסק"א מקשה על הקצות דאף שיאוש מהני על דבר שאינו ברשותו זה גורם רק שאין חסרון מצד המלוה שנתיאש מחובו אבל אכתי איך יזכה המוצא בשיעבוד הרי לגביו יש חסרון של אינו ברשותו שגם אם יזכה בחוב השיעבוד יהיה אינו ברשותו. וכתב ע"ז

הקצות במשובב שהדין של אינו ברשותו הוא רק חסרון בהקנאת המקנה ולא בזכיית הזוכה, וביאוש שאין חסרון מצד המקנה יכול הזוכה לזכות אף שהשיעבוד לא יהיה ברשותו.

בדברי הריטב"א מבואר מצד אחד כדברי הקצות דמהני יאוש על החוב דיאוש מהני גם על דבר שאינו ברשותו. אך מה שכתב הקצות בדעת הסמ"ג שכל אדם יכול לזכות בחוב ע"י הגבהת השטר אחרי יאוש מפני שאין דין אינה ברשותו לגבי הזוכה, בזה הריטב"א חולק וס"ל כטענת הנתיבות דאף שלגבי המלוה אין חסרון של אינה ברשותו מ"מ לגבי הזוכה יש חסרון של אינה ברשותו. ולכן רק הלוא יכול לזכות בחוב ע"י הגבהת השטר ולא אחר שלגבי הלוא אין חסרון של אינה ברשותו שהרי הנכסים המשועבדים הם ברשותו. ואכתי צ"ב אם הריטב"א סובר שיכול הלוא לזכות ע"י יאוש ואין זה נחשב באיסורא אתא לידיה אמאי אינו זוכה מיד בשעת היאוש בלי הגבהת השטר כמו בגר שמת. ואם ס"ל כמש"כ הקצות דהוי באיסורא אתא לידיה איך הוא זוכה ע"י הגבהת השטר וצ"ע.

נמצא מחלוקת הסמ"ג [לפי איך שהקצות מפרש את דבריו] והריטב"א אם כל אדם שמוצא שט"ח אחרי יאוש יכול לזכות בחוב ע"י הגבהת השטר או רק הלוא. וזה תלוי במחלוקת הקצות והנתיבות אי איכא דין אינו ברשותו מצד הזוכה או רק מצד המקנה. הסמ"ג ס"ל שאין דין אינה ברשותו אצל הזוכה לכן כל אדם יכול לזכות. והריטב"א ס"ל שרק לגבי זכיית הלוא אין חסרון, שמצד המקנה אין חסרון דיאוש מהני באינו ברשותו, ומצד הזוכה אין כיון שהנכסים ברשות הלוא אבל לגבי אחר אף שאין חסרון מצד המקנה יש חסרון מצד הזוכה.

מלוא אומר שלי הוא ונפל ממני ומצאתיו. צריך להבין מה טענת המלוה הרי

שמבואר בשו"ע בסע' ב' ולא לי"א שמובאר בשו"ע סע' ט"ז.

מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו.

התוס' בכתובות י"ט. נתקשו בטעם המ"ד שאין צריך לקיימו אמאי אינו נאמן לטעון פרעתי במגו מזויף. וכתבו שאין זה מגו טוב שירא לומר מזויף שמא יכחישוהו. ועוד כתבו בשם רש"י דכיון שמן התורה לא חיישין לזיוף כלל וכל מה שצריך קיום הוא תקנת חכמים לא תקנו אלא כשיש טענת מזויף. ומה שכתבו בשם רש"י לכאורה אינו מובן דסו"ס אית ליה מגו שאם היה טוען מזויף לא היה המלוה גובה בלי קיום. וכתבו האבן האזל בפ"ד מטו"נ ה"ח והקו"ש ב"ב אות תכ"ו שאין דברי רש"י תי' בפני עצמו אלא הוספה לתי' הראשון ושני התי' צריכים זה לזה. דקשה על המ"ד אין צריך לקיימו מתרי טעמי. א. אמאי אינו נאמן במגו דמזויף. ב. כיון שרבנן פסלו שטר שאינו מקיים א"כ בלי הודאת הלוח שהשטר אינו מזויף אין כאן שטר כלל וא"כ יש ללוח נאמנות של הפה שאסר דכיון שכל השטר הוא על פיו הוא נאמן גם לומר שהוא פרוע. ועל השאלה של מגו כתבו התוס' דאין זה מגו דירא לומר מזויף. וזה מישב רק את השאלה של מגו ואכתי קשה שיש לו הפה שאסר, דמה שירא לומר מזויף אינו מקלקל את הפה שאסר דסו"ס מפיו אנו חיים וכשם שמאמינים לו שיש כאן שטר כך נאמין לו שזה פרוע. וע"ז הביאו התוס' בשם רש"י שלא פסלו חז"ל שטר שאינו מקיים אלא תקנו שיכול לטעון מזויף, ואם אינו טוען מזויף השטר עומד בכשרותו. וא"כ אין בזה הפה שאסר אלא רק מגו שהיה יכול לפסול את השטר ע"י טענת מזויף ולגבי זה מהני הסברה שירא לומר מזויף, א"כ אין מגו ואין הפה שאסר. וע"ע בקו"ש ח"ב ס' ג' שמבאר דברי התוס' באופן אחר.

כל זה כתבו התוס' כדי לבאר את סברת המ"ד שאין צריך לקיימו. ויש להסתפק במה

מבואר בסמוך ולקמן י"ג. דשטר שנפל איתרע בנפילה וחיישין לפרעון או שמא כתב ללות ולא לזה. וא"כ אפי' אם אמת כדברי המלוה שהשטר נפל ממנו מ"מ איתרע השטר בנפילה ואיכא חשש פרעון. ויש לבאר דברי הגמ' ע"פ מה דאיתא בשו"ע ס' ס"ה סע' ט"ז דיש מי שאומר שהמוצא שטר באופן שהדין הוא שלא יחזיר אם עבר והחזיר גובים בו. וכתב ע"ז הגאון בסקמ"ט שהמקור לשיטה זו הוא מכאן. דהיינו דקשיא להו מה טענת המלוה הרי גם לדבריו איכא ריעותא דנפילה. ולמדו מכאן שמה שחוששים לפרעון זה רק לענין שלא להחזיר לכתחילה אבל כאן שהשטר ביד המלוה הרי זה כעבר והחזיר שגובים עם השטר. ועוד כתב הגאון שם בסק"ג שהחולקים דס"ל שגם אם עבר והחזיר לא גובים עם השטר יפרשו גמ' דידן ע"פ מה שמבואר בסע' ב'. ושם מבואר דאף במקום שיש ריעותא דנפילה ולא מחזירים זה רק כשמצאו אחר אבל אם הבעלים בעצמם מצאו את השטר זה נחשב כאילו לא נאבד מעולם. והגאון בסק"ו כתב על דין זה וז"ל שם ז. שנים שהיו וכו' ממני נפל ומצאתיו, ולא אמרינן כיון דנפל איתרע ליה כמ"ש י"ג. עכ"ל.

נמצא ב' דרכים בביאור דברי הגמ' מה טענת המלוה הרי גם לדבריו איכא ריעותא דנפילה א. ע"פ הי"א דס' ס"ה סע' ט"ז שהחשש הוא רק שלא להחזיר אבל בדיעבד גובים. והכא שהשטר ביד המלוה זה כדיעבד. ב. ע"פ המבואר שם סע' ב' שאם נאבד ומצאו הוא בעצמו נשאר השטר בחזקתו ולא חיישין לריעותא דנפילה באופן זה.

אמנם כל זה למה שמבואר בלשון הגמ' שטענת המלוה הוא שנפל ממנו והוא מצאה אבל הרמב"ם בפ"ד ממלוה הי"ד שינה מלשון הגמ' וכתב שטענת המלוה הוא שהשטר לא נפל כלל אלא הוא הוציא את השטר כדי לגבות בו. ולדברי הרמב"ם אין מקור מכאן לא למה

ופליגי רק כאן משום שנפל ובוזה יש צד לומר דאיכא הפה שאסר. אך לפי מה שהובא לעיל שבשו"ע ס' ס"ה סע' ב' ובגאון שם סק"ו מבואר דהיכא שהמלוה בעצמו מצא את השטר ליכא ריעותא דנפילה א"א לומר כדברי הבה"ל. וע"ש בבה"ל מש"כ עוד לבאר באופן אחר למה דוקא כאן צריך להגיע להפה שאסר, ועל דרך זה כתב גם האבה"א בפ"ד ממלוה הי"ד ע"ש.

מדברי התוס' הנ"ל בכתובות בתי' שכתבו בשם רש"י יוצא שבאופנים שצריך קיום מן התורה כו"ע מודו שמודה בשטר שכתבו צריך לקיימו. ויש לעיין בזה שרע"א בגיטין ב. כתב שבשטר שאיתרע בנפילה צריך קיום מן התורה. ומפורש כאן שגם בנפל איכא מ"ד שאין צריך לקיימו. אמנם לפי מה שהובא לעיל מהשו"ע והגאון הכא ליכא ריעותא דנפילה כיון שהמלוה בעצמו מצא את השטר ניחא.

דף ז:

יתקיים השטר בחותמיו. עיין בשיטמ"ק שהקשה אמאי קתני יתקיים בחותמיו ולא יקיימו חותמיו. ויש לישב ע"פ דברי רע"א בגיטין ב. שהובא לעיל דאף דבעלמא קיום שטרות דרבנן היכא דאיכא ריעותא דנפילה בעינן קיום מן התורה. ומביא שם רע"א שהטור בס' מ"ו כתב בשם רב שרירא גאון שמה שסומכים על קיום של דמיון חתימות הוא מפני שקיום שטרות דרבנן. ולפ"ז כתב רע"א דהיכא דנפל שצריך קיום מן התורה לא מהני קיום של דמיון חתימות אלא בעינן קיום של עדים. ולפ"ז ניחא דנקט הכא יתקיים בחותמיו שהקיום יהיה ע"י עדי השטר ולא ע"י דמיון חתימות. ואף שאפשר לקיים גם ע"י עדים אחרים שמכירים חתימת העדים מ"מ נקט בחותמיו לאפוקי קיום שע"י דמיון חתימות דבעלמא מהני וכאן שנפל לא מהני. אבל כל זה רק אי אמרינן דגם במקום שהמוצא בעצמו

חולק המ"ד דאית ליה צריך לקיימו, אם חולק על תחילת דברי התוס' דירא לומר מזויף וס"ל שאינו ירא או שחולק על מה שהביאו התוס' בשם רש"י וס"ל שרבנן פסלו שטר שאינו מקוים גם כשאין טענת מזויף. והנ"מ הוא אם הנאמנות למ"ד צריך לקיימו הוא מדין מגו או מדין הפה שאסר. ולכאורה נחלקו בזה הראשונים. שמדברי התוס' לקמן י"ג: שדנים אי טענינן מזויף ליתמי או לא מוכח דבעינן טענה ולא פסלו שטר שאין בו קיום וא"כ אין זה הפה שאסר אלא מגו. ובחי' הרמב"ן לקמן ע. מבואר שהנאמנות לומר פרוע למ"ד מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו הוא הפה שאסר ולא רק מגו. שהרמב"ן מקשה שיש צד בגמ' שם לומר שהמפקיד אצל חברו בשטר מקוים אינו נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו דהוי מגו נגד שטרך בידי מאי בעי, וקשה מ"ש מהא דקי"ל דמודה בשטר שכתבו צריך לקיימו ונאמן לומר פרוע מגו דמזויף נגד שטרך בידי מאי בעי. ותי' הרמב"ן דשאני פרוע מגו דמזויף דהוי הפה שאסר. וע' מש"כ בזה הקו"ש ב"ב אות קי"ב.

אמנם עיין בבית הלוי ח"ג ס' מ"ב אות ג' שיש צד לחלק בענין זה בין שטר שלא נפל לשטר שנפל. דבכמה מקומות שנוכח בגמ' המחלוקת אם צריך לקיימו או לא הגמ' אינה מאריכה בסברת המחלוקת וכאן יש אריכות לשון בגמ' דהאי שטרא חספא בעלמא מאן משוי ליה שטרא לזה הא קא אמר פרוע. וכתב הבה"ל דבעלמא סברת המ"ד צריך לקיימו הוא משום מגו. אבל הפה שאסר לית ליה שגם בלי הודאתו השטר כשר אלא שיכול לטעון מזויף. אבל הכא דאיתרע השטר בנפילה חוששים לזיוף גם בלי טענה ובוזה הנאמנות לומר פרוע הוא משום הפה שאסר. ולפי דברי הבה"ל מיושב מה שמקשה השיטה כאן בשם מהר"י כץ אמאי נחלקו רבי רשב"ג במודה בשטר שכתבו דוקא בשטר שנפל. ולדברי הבה"ל י"ל דבעלמא תרוייהו מודו שאין צריך לקיימו

שנוטל מה שתחת ידו אפי' אם אין זה דבר שלם בפנ"ע.

אמנם דבר זה תלוי במחלוקת רש"י ותוס' כאן. דשיטת תוס' בד"ה דאית ביה שכל שטר שחסר חלק ממנו פסול. אבל שיטת רש"י שאם נחלק השטר בפני ב"ד כל חלק ממנו כשר ואפשר לגבות בו. ומדברי הרמב"ן והריטב"א מבואר שמחלוקתם תלוי בפשט בהמשך הגמ'. דס"ד שזה נוטל טופס וזה נוטל תורף היינו שחולקים את השטר לשנים. ופריך וכי לצור ע"פ צלוחיתו הוא צריך. לשיטת התוס' שאלת הגמ' כפשוטה שאם יקרעו את השטר השטר יפסל ואינו ראוי לגביה כלל. אבל לרש"י המלוה יוכל לגבות עם החלק שיקבל. ומבאר הרמב"ן שלרש"י שאלת הגמ' היא רק על חלקו של הלוה, ובשלמא אם המלוה אוחז בטופס והלוה בתורף ניחא דהמלוה יכול לגבות עם הטופס שבידו מבנ"ח, והלוה מרויח מקבלת התורף שלא יוכל המלוה לגבות ממשעבדי. אבל אם המלוה אוחז בתורף והלוה בטופס המלוה יגבה עם התורף ממשעבדי ואין ללוה שום תועלת מהטופס שבידו. וע"ז שואלת הגמ' וכי לצור ע"פ צלוחיתו הוא צריך. נמצא דלרש"י טופס ותורף דמי לג' על ג' מבגד שהוא דבר שלם בפנ"ע, ולרש"י אין סתירה לדברי האו"ש מגמ' זו. ולשיטת התוס' יהיה ראייה מכאן ללח"מ ולא כמ"מ. ועיין בסמוך שיטת הרמב"ם בזה.

הרמב"ם בפנ"ד ממלוה הי"ד פסק בשנים אדוקים בשטר שחולקים ולא חילק בין אוחזין בטופס ובתורף לבין תורף בי מצעי. ובשו"ע ס' ס"ה סע' ט"ו מובא שיטת הרמב"ם ושיש חולקים. הש"ך שם מאריך לבאר את שיטת הרמב"ם דרש"י מפרש שר' יוחנן ור' אלעזר לא פליגי אלא מר אמר חדא ומר אמר חדא, אבל הרמב"ם ס"ל דפליגי ור"י ס"ל שבכל גווני חולקים בשוה. והא דלא אמרינן בזה שכ"א נוטל עד מקום שידו מגעת מבאר הש"ך דר"י

מצא את השטר איכא ריעותא דנפילה, אבל לפי מה שהובא בשם השו"ע והגאון ליכא הכא ריעותא דנפילה. [התי' שכתבנו ע"פ דברי רע"א מישב רק כאן ואכתי קשה קושית השיטה בשאר מקומות שכתוב לשון זה כגון במשנה בריש גיטין ובגיטין ט.].

מצא שטר כתובה בשוק. נחלקו

הרמב"ם והראב"ד בפכ"ג ממלוה הי"א אי הא דחיישינן לפרעון בשטר שנפל הוא דוקא אחר זמנו או גם בתוך זמנו. וכתב הש"ך בס' מ"א סק"ט דמקורו של הרמב"ם שחוששין גם תוך זמנו הוא מכאן דחוששין לפרעון בכתובה שנפל אף שעודה תחתיו, וכתובה בעודה תחתיו הוא תוך זמנו, וגם ר"י חולק רק בכתובה שלא ודאי שיבא לידי גביה כמש"כ הנ"י. וכתב הקצות שם סק"א דליכא ראייה מכתובה שבכתובה חיישינן טפי כיון דאית לה בתנאי ב"ד. ועוד העירוני דכל הראיה מכאן הוא רק לשיטת רש"י דס"ל דחיישינן שמיד התפיס צריי אבל לשיטת הריטב"א שהחשש הוא שהתפיס אחרי שנאבד הכתובה משום דאסור לשהות עם אשתו בלי כתובה אין להוכיח מכאן לשאר חובות. וע"ע בענין חשש פרעון וצריי וב' כתובות ברמ"א ס' ס"ה סע' ב' ובביאור הגר"א שם סק"ז.

זה נוטל טופס וזה נוטל תורף.

מבואר בגמ' דגם לגבי שטר אמרינן שכ"א נוטל עד מקום שידו מגעת. ולכאורה קשיא מזה על מה שהובא בעמ' א' בשם האו"ש דאם מה שבידו אין לו דין כלי בפנ"ע לא אמרינן כמאן דפסיק ואינו מקבל חלק זה חוץ לחשבון, וכתבנו שם דכן דעת הפרישה. ואילו כאן מבואר דגם בשטר אמרינן כן אף שחצי שטר אינו שטר. ועיין בלח"מ שהובא שם שמקשה על המ"מ שמחלק בין כלי לטלית, ובתוך דבריו מוסיף הלח"מ דאפילו בשטר יש דין זה. וכונתו לאפוקי בזה מתירוצו של האו"ש דבשטר מוכח

הערות

שנים אוחזין דף ז: – ח.

וציונים

צג

בפני ב"ד מ"מ כיון שלמעשה אין חתימות העדים בידו אם הלוח יטען מזויף לא יהיה למלוה אפשרות לקיים כיון שאין חתימות של עדים בחלק של השטר שבידו. וע"ז שפיר תירץ רש"י שאם הלוח טוען פרוע ולא מזויף למ"ד מודה בשטר שכתבו אין צריך לקיימו אין השטר צריך קיום ובאופן זה אין עדיפות למי שהטופס בידו על מי שהתורף בידו. וע"ע בקצה"ח מה שכתב בדברי רש"י אלו.

הגאון בס' ס"ה סקמ"ה כתב שמה שסתם הרמב"ם שתמיד חולקים בשוה ולא חילק בין תורף כי מצעי לאוחזין בטופס ובתורף הוא משום דס"ל כרש"י דגמ' דידן כרשב"ג שמודה בשטר שכתבו אין צריך לקיימו, וכיון דקי"ל כרבי שצריך לקיימו תמיד חולקים בשוה. ולכאורה כונתו דכנגד מה שיש מעלה בתורף שיש בו זמן יש מעלה בטופס שיש בו העדים ויש אפשרות לקיים אם יהיה טענת פרוע או מזויף ושקולים הם ולכן תמיד חולקים בשוה. וזה דלא כש"ך שהובא לעיל שמבאר שיטת הרמב"ם באופן אחר. ועיין באבה"א פי"ד ממלוה הי"ד שמקשה על הפשט של הש"ך ושל הגאון ומבאר דברי הרמב"ם באופן אחר.

דף ח.

ז"א המגביה מציאה לחברו קנה חברו. רבא דוחה דשאני הכא דמגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה. וראיה שאמרינן מגו משותפין שגנבו שבזה א"א לחייב מכח מגביה מציאה לחברו דאין שליח לדב"ע וע"כ החיוב הוא מכח מגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה. ונחלקו בזה רש"י ותוס', לרש"י מגו דזכי לנפשיה גורם שיקנה המשלח אפי' שהשליח הגביה לבדו בשבילו ובשביל המשלח בין לענין לחייב את המשלח על הגזילה כמבואר ברש"י בד"ה ואילו, בין לענין זכיה במציאה כמבואר ברש"י בסוף העמוד בד"ה ורבא אמר לך. ולתוס' מגו דזכי מהני רק כששניהם גנבו

ס"ל שרק בטלית שמה שבידו יש לו חשיבות לעצמו אמרינן דהוי כמאן דפסיק ואין השני מוחזק בחלק זה. אבל שטר שכל חלק לעצמו אינו ראוי לכלום [כשיטת התוס' שהובא לעיל] לא אמרינן כמאן דפסיק וחולקים את הכל בשוה. וזה ממש כסברת האו"ש שהובא לעיל לחלק בין שנים אוחזין בכלי לשנים אוחזין בטלית. ואף שנתבאר לעיל שהש"ך חולק על הפרישה ולא ס"ל כסברת האו"ש, מכאן מוכח שגם הש"ך מודה לעיקר סברת האו"ש אלא דס"ל דכרכשתא אף שאין עליו שם בגד מ"מ הוא ראוי קצת והוי חלק מבגד, משא"כ שטר גרע מכרכשתא שחלק ממנו אינו ראוי לכלום ובזה מודה הש"ך לסברת האו"ש. נמצא דמחלוקת הפוסקים שהובא לעיל, ונתבאר שתלוי במחלוקת רש"י ותוס', לדעת הרמב"ם בזה גופא נחלקו ר"י ור"א.

רש"י ד"ה שטרא דאית ביה זמן.

ואי משום חתימת עדים וכו' הא אית ליה לרשב"ג מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו. התוס' תמדה בזה על דברי רש"י דמודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו היינו שאין השטר צריך קיום מפני שהלוח מודה שכתבו ואינו נאמן לטעון פרוע במגו דמזויף. אבל שטר שאין עליו עדים כלל בודאי אינו שטר אף שהלוח מודה שכתבו. אך למה שכתב הרמב"ן דדעת רש"י דשטר שנקרע בפני ב"ד אינו נפסל לא קשיא קושית התוס' שהשטר נשאר שטר עם עדים, וכ"כ הפנ"י בדעת רש"י. אבל אכתי צ"ב א"כ מה היה קשה לרש"י ולמה הוצרך לומר דרשב"ג ס"ל מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו. ונראה דכונת רש"י דלעולם תורף שאין עליו עדים דינו כשטר עם עדים כיון שנקרע בפני ב"ד, ואעפ"כ קשיא לרש"י כמו שלתורף יש מעלה שיש בו זמן כך לטופס יש מעלה שאם יטען הלוח מזויף מי שהטופס בידו יוכל לקיים. ואם הטופס ביד המלוה והלוח יטען מזויף יוכל המלוה לקיים אבל אם הטופס ביד הלוח, אף שמה שביד המלוה דינו כשטר כיון שנקרע

יחד אבל אם אחד גנב בשביל שניהם נשאר הדין שאין שליח לדב"ע ולא מועיל בזה מגו דזכי לנפשיה.

הקצה"ח בס' שמ"ח סק"ג מקשה על התוס' שאם מגו דזכי לנפשיה אינו מועיל לסלק את החסרון של אין שליח לדבר עבירה א"כ גם כששניהם גונבים יחד לא יתחייבו דלא מהני הגבהה של שנים יחד אא"כ כ"א מגביה בשבילו ובשביל חברו וע"כ דהיכא דאיכא מגו דכי לנפשיה מהני זכיה לחבריה גם בדבר עבירה וא"כ גם כשאחד גונב בשבילו ובשביל חברו יתחייב המשלח אף דהוי שליח לדב"ע כיון דאיכא מגו דזכי לנפשיה. וכתב בזה האמרי משה בס' ל"ג אות י"א שמה שמבואר בגמ' ששנים שמגביהים יחד קונים מכח מגו דזכי לנפשיה אין הכונה שצריך שכ"א יגביה בשבילו ובשביל חברו אלא שאם אחד מגביה לקנות חצי והחצי השני נמצא ביד אחר שאינו מתכוין לקנות כלל אין זה הגבהה שלימה דמה שביד חברו הוי כמונח ע"ג קרקע. אבל אם גם חברו מגביה כדי לקנות מגו דחשיב מעשה קנין לגביה דידיה זה מעשה קנין גם לחבריה. ולכן כששנים גונבים יחד שניהם חייבים ולא שייך בזה אין שליח לדב"ע שלא צריך בזה שליחות כלל. אבל אחד שגונב בשבילו ובשביל חברו לא מהני אף דאיכא מגו דזכי לנפשיה דאין שליח לדב"ע. [עיי' בנתיבות ס' ק"ה סק"ג ובקה"י שכתבו עוד דרכים לישב קושית התוס' על שיטת רש"י].

נמצא ב' דרכים בביאור דברי רבא. הקצות הבין שגם רבא מודה לרמב"ח שצריך שכ"א יגביה בשבילו ובשביל חברו דאל"כ כ"א לגבי חברו כמונח ע"ג קרקע ואין הגבהה שלימה. ומה שאין בזה חסרון של מגביה מציאה לחברו לא קנה חברו היינו משום דשם הוא מגביה רק בשביל חברו ולא כל כמיניה לזכות לזה ולחוב לאחר. אבל כשמגביה גם בשבילו הוא צריך להגביה בשביל חברו כדי שיוכל לקנות לעצמו וא"כ גם זכייתו בשביל חברו הוא לצורכו ולכן

מהני אף שחב לאחריני. ומזה שמהני מגו דזכי לנפשיה בשנים שגנבו אף שצריך שכ"א יגביה גם בשביל חברו מוכח דהיכא דאיכא מגו אין חסרון של שליחות לדב"ע. ולכן סובר רש"י שמהני גם כשאחד גונב בשבילו ובשביל חברו. ושיטת התוס' לדעת האמרי משה הוא שרבא חולק על עיקר דברי רמב"ח וס"ל ששנים שמגביהים יחד סגי בזה שכ"א מכוין לקנות לעצמו ויש שם מעשה קנין על כל חלקי ההגבהה ולא בעינן שיוכין לקנות לחברו. ולכן אין מזה ראייה שמגביה מציאה לחברו קנה חברו. ולכן אין בזה חסרון של אין שליח לדב"ע. ומה"ט ס"ל לתוס' שאחד שגנב בשבילו ובשביל חברו אין חברו מתחייב שאפי' במקום דאיכא מגו אמרינן אשלדב"ע.

אכתי צ"ב בסברת רש"י שמגו דזכי לנפשיה גורם שלא יהיה חסרון של אין שליח לדב"ע ולכאורה אינו מובן שגם אחרי המגו צריך להגיע לשליחות ואיך זה יועיל לדבר עבירה. ומ"ש דבר עבירה שמהני בו זכין כשיש מגו דזכי לנפשיה מכל הדברים שאין בהם שליחות שגם זכיה שהוא מטעם שליחות אין בהם. וכבר עמד בזה רע"א לקמן י'. ועוד מקשה שם רע"א מכאן על דברי הסמ"ע בס' קפ"ב שכתב שהטעם שאין שליח לדב"ע הוא משום שהמשלח יכול לטעון שסבור היה שהשליח לא ישמע לו. דהכא ששניהם גונבים יחד הרי הוא רואה שהשליח עושה שליחותו ולא שייך בזה סברת הסמ"ע ואעפ"כ לולא מגו דזכי לנפשיה אמרינן דאין שליח לדב"ע ע"ש.

בשו"ע ס' ק"ה נפסק דאף שהתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה מ"מ אם התופס הוא גם בע"ח מהני תפיסתו לאחר דמגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה. וכתב שם הב"י שאפי' אם חייבים לתופס פחות ממה שחייבים למי שתפסו בשבילו מהני התפיסה. והב"ח והסמ"ע חולקים וס"ל דלא מהני תפיסה אלא

הערות

שנים אוחזין דף ח.

וציונים

צה

עד כמה שחייבים לתופס שעל יותר מזה ליכא מגו דזכי לנפשיה. וכתב שם הש"ך בסק"ב שמדברי רבא כאן יש ראיה לדברי הב"י דהכא ששניהם מגביהים יחד אין אחד מהם יכול לזכות בכל לעצמו ואעפ"כ מהני זכייתו לחברו מכח מגו דזכי לנפשיה. אך ראית הש"ך היא רק לשיטת התוס' דאיירי בשנים שמגביהים יחד אבל לרש"י דאיירי באחד שמגביה לו ולחברו ליכא ראיה שהרי הוא יכול לזכות את הכל לעצמו ואיכא מגו על הכל.

הרש"ש מקשה לרש"י דמגו דזכי לנפשיה מהני אפילו כשאחד גונב בשביל שניהם מה קשה לגמ' בב"ק דף נא. בור של שני שותפים היכי משכחת לה הא משכחת כששלח שליח לחפור בשבילו ובשביל המשלח ובכה"ג איכא שליח לדב"ע. ויש לישב ע"פ מה שכתב הקצה"ח בס' שמ"ח סק"ג. דמבואר בב"ק ע"ח: דשותפין שגנבו וטבח אחד מהם לדעת חברו שניהם חייבים דו"ה. ופרש"י שם דנחשב טבחיו כולו באיסורא דהטובח חייב על חלקו וחברו נמי עשאו שליח והא רבינן לעיל דיש שליח לדב"ע בטביחה ומכירה. וקשה לפי מה שפרש"י כאן בכה"ג שהשליח עושה גם בשבילו וגם בשביל משלחו יש שליח לדב"ע בכל התורה דמגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה, ולמה הוצרך רש"י שם לומר שבטו"מ יש שליח לדב"ע. ותירץ דרק בקנין אמרינן מגו דזכי לנפשיה ולא בשליחות על טביחה שאינו חלות. וא"כ פשוט דגם לענין חפירת בור לא שייך מגו דזכי לנפשיה ולכן לא משכחת בור של ב' שותפין.

בעיקר הדבר שמבואר בסוגיא ששנים שמגביהים יחד אינם קונים אא"כ כ"א מגביה בשבילו ובשביל חברו, ומהני או מדין מגביה מציאה לחברו או מדין מגו דזכי לנפשיה [לפשט הפשוט שגם בזה כ"א צריך לזכות לחברו] צריך להבין מה ענין השליחות בזה ומה כ"א עושה בשביל חברו. דגדר הרגיל של שליחות על קנינים ליכא הכא שהחצי שכ"א

מגביה הוא קונה לעצמו ואין כונתו לקנות לחברו אלא רק שיהיה מעשה קנין בשביל חברו כדי שחברו יוכל לקנות את החצי שהוא מגביה. וליכא למימר דהוי שליחות על מעשה ההגבהה שיחשב כאילו הגביה חברו את כל הטלית שא"כ צריך שיכניס לתוך ידו או רשותו של חברו. וצ"ל דאף שחלק זה של הטלית הוא קונה לעצמו מ"מ הוא עושה את ההגבהה גם לצורך קנין חברו על החצי השני של הטלית והוי כשליחות על קנינים שע"י הגבהת חצי זה של הטלית יקנה חברו את החצי השני.

אמנם בשיטת"ק בסוף דף ח. כתב בשם ר' יהונתן דבר חדש בביאור דברי הגמ' ולדבריו ניחא ענין השליחות שכ"א עושה לחברו כשמגביהים יחד. דמבואר בדבריו שאינו מפרש כפשט הפשוט ששנים שמגביהים יחד קונים כ"א מהם את החצי שהוא הגביה ואין החצי השני כמונח ע"ג קרקע מפני שחברו מגביה גם בשבילו, אלא איפכא דכ"א זוכה בחצי שמגביה חברו וראובן זוכה בחצי שסמוך לשמעון ושמעון זוכה בחצי שסמוך לראובן. ובאופן זה זה לא רק מעשה הגבהה בשביל חברו אלא כ"א ממש זוכה את גוף הממון לחברו. והחצי שראובן מגביה בשביל שמעון אין בו חסרון של כמונח ע"ג קרקע כיון שהחצי השני הוא בידו של שמעון. ואף ששמעון מתכוין בהגבתו בשביל ראובן מ"מ למעשה זה בידו של שמעון ואינו אגוד ברשות של אחר ואינו נחשב כמונח ע"ג קרקע. ולכן יכול שמעון לקנות את החצי שביד ראובן. ולדברי ר' יהונתן מיושב גם מה שיש לעיין איך הוא מגביה את חציו כדי שהוא יקנה וגם שיהיה מעשה קנין לחברו הרי זה לכאורה שתי כונות סותרות. אבל לר' יהונתן הוא מגביה לגמרי בשביל חברו וממילא מהני גם לעצמו כיון דסו"ס אינו על גבי קרקע אלא ביד הקונה.

רש"י ד"ה פטור. הא דפרש"י פטור לענין כפל ולא לענין חיוב אונסין על הקרן עיין

בביאור הגר"א ס' שמ"ח סקכ"ה שכתב וז"ל וכתב רש"י בד"ה הנ"ל פטור מלשלם כפל ר"ל דקרבן מ"מ ישלם כיון שהוא ברשות כמ"ש רצה מזה גובה וכו' עכ"ל. דהיינו שלגבי הקרבן יש לחייב את המשלח כשמגיע הממון לרשותו גם בלי שליחות על מעשה הגניבה דלא גרע מגנב ובא אחר ואכלו דמבואר בב"ק קי"א: דרצה מזה גובה רצה מזה גובה. ומוכח מדברי הגאון דלא ס"ל כשיטת הקצה"ח בס' ל"ד שחייבו של בא אחר ואכלו הוא מדין מזיק אבל מדין גנב אין לחייבו משום דהוי גונב מן הגנב, והקצות ס"ל שגונב מן הגנב פטור אפי' מקרבן. וכאן א"א לחייב מדין מזיק שהוא לא אכלו אלא נמצא בעין ברשותו. וגם הנתיבות שחולק שם על הקצות וס"ל שחייבו של האוכל הוא מדין גזלן היינו רק משום שאכלו והוסיף על הגניבה הראשונה אבל החולק עם הגנב ולא אכלו מודה הנתיבות שאינו חייב אפי' בקרבן. ובזה מבארים הקצות והנתיבות את דברי הריב"ש שהובא ברמ"א בס' ל"ד שהחולק עם הגנב אינו נפסל לעדות. ובדברי הגאון כאן מבואר שגם אם אינו אוכל הוא חייב באונסי הקרבן כיון שמעכב ממון חברו ברשותו. והגאון בזה לשיטתו דלעיל ה: הובא שהגאון כתב על דברי הריב"ש הנ"ל שמה שהחולק עם הגנב אינו נפסל לעדות הוא משום דלאינשי לא משמע להו שיהיה בזה משום גזל ודמי למה שאמרו לא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו.

מגו דשני חרשין. לכאורה כונת הגמ' שבשני חרשין לא היה צריך להיות תקנת דרכי שלום שתקנו רק במקום שעשה מעשה שבבר דעת היה מעשה קנין בזה בחש"ו תקנו שיקנה אף שאין לו דעת כדי שלא יבואו לאינצויי אבל היכא דלא הגביה החש"ו אין תקנה של דרכי שלום. ובשני חרשין כיון שאין כ"א מגביה בשביל חברו כ"א לגבי חברו הוא כמונח ע"ג קרקע א"כ חוץ מחסרון של דעת קנין חסר גם מעשה קנין ובזה אין תקנת דרכי שלום. ואם חזינן דאעפ"כ ב' חרשים קונים משום דרכי

שלום מוכח דבכלל תקנ"ח היתה שלא יגרע כחו של החרש מחמת שאין לו דעת בין לענין מה שחסר בכונת הקנין בין לענין מה שהחסרון דעת גורם שחסר במעשה הקנין. וא"כ ה"ה פיקח וחרש אע"פ שחסר במעשה הקנין של החרש כיון שהפיקח אינו קונה יקנה החרש מפני דרכי שלום כדי שלא יגרע כחו של החרש מחמת חרשותו מידי דהוי אשני חרשים. זה ביאור הה"א של הגמ' לפי מה שנראה מדברי הריטב"א, השיטה בשם הריצב"ש והפנ"י. ולכן אחרי שהגמ' חוזרת מסברת הה"א דאמרינן מתוך שלא קנה פיקח לא קנה חרש, ולא אמרינן שכלול בתקנ"ח שלא יגרע כחו מחמת חרשותו, אלא תקנו רק לענין חסרון בדעת קנין ולא כשיש חסרון במעשה הקנין, הגמ' שואלת מ"ש משני חרשים שקונים מפני דרכ"ש אף שגם שם החסרון דעת גורם חסרון במעשה הקנין. ומשני שבב' חרשים היתה תקנה מיוחדת כדי שלא יבאו לאינצויי אבל בעלמא היכא דאיכא חסרון במעשה הקנין לא תקנו ולכן בפיקח וחרש אמרינן מדפיקח לא קנה חרש נמי לא קנה. אמנם לפי פשט זה מגו דשני חרשין אין לו שייכות לשאר המגו שנזכר בסוגיא וא"כ לא מובן קושית התוס' בד"ה ומאי שהקשו מנא לן דאמרינן תרי מגו ולכאורה אין זה מגו כלל אלא מדחזינן דשני חרשים קונים מאותו הטעם צריך חרש שמגביה עם פיקח לקנות וצ"ע.

מ"ש משני חרשים. כבר נתבאר שבב' חרשים יש חסרון במעשה הקנין כיון שאין לכ"א מהם דעת להגביה בשביל חברו ולכן צריך בזה תקנה מיוחדת. ויש לעיין בזה דלרבא מה שמהני מה שכ"א מגביה בשבילו ובשביל חברו הוא מדין מגו דוכי לנפשיה. ונתבאר לעיל דיש ב' דרכים בזה. א. שכ"א מגביה בשבילו ובשביל חברו ואין חסרון של מגביה מציאה לחברו כיון שיכול לזכות לעצמו. ב. שלא צריך שכ"א יגביה בשביל חברו אלא סגי בזה שכ"א מתכוין לקנות לעצמו ואיכא

הערות

שנים אוחזין דף ח.

וציונים

צז

מעשה קנין בכל חלקי הטלית. ובשלמא אם צריך שכ"א יכוין לזכות בשבילו ובשביל חברו ניהא שבחרש ליכא כונה לחברו. אבל לפי דברי האמרי משה דלא בעינן כונה לחברו אלא סגי במה שכ"א מגביה לעצמו א"כ מה החסרון בב' חרשים הרי עד כמה שתקנו שהגבהתו תחשב מעשה קנין לגבי עצמו זה גם מעשה קנין לגבי חברו. וצ"ל דאף שתקנו שמציאת חש"ו יש בה גזל מפני דרכי שלום לא תקנו שהמעשה שלו יחשב מעשה קנין אלא תקנו שאם מגביה באופן שאצל בר דעת זה מעשה קנין אסור לקחת מהחש"ו. וכעין זה כתבנו לקמן י"ב: בשם האו"ש בישוב קושית התוס' שם בד"ה במגביה. וא"כ אף שכ"א מהם כלפי עצמו הוא סיבה לדרכי שלום אין בזה את המעלה של מגו דזכי לנפשיה וכ"א לגבי חברו הוא כמונח ע"ג קרקע. עיין שם מה שכתבנו עוד בגדר קנין מפני דרכי שלום.

דיוקיה דרמב"ח מהיכא אי נימא מרישא וכו'. הקשה המהר"ם שי"ף דאמנם מתני' איירי לענין מוחזקות ולא לגבי קנין מ"מ כדי שיהיה דין חלוקה בעינן חלוקה יכולה להיות אמת והצד שהחלוקה היא אמת הוא שאולי הגביהו יחד ומוכח שאם הגביהו יחד זוכים שניהם. עיין מה שתי' המהר"ם שי"ף וכדבריו כתב השיטה בשם הרמב"ן הריטב"א והר"ן. וכונתם דלא בעינן שיהיה צד שהממון שייך לשניהם אלא סגי בזה שיש צד שע"י החלוקה אף אחד מהם אינו מפסיד. וגם אם יש צד שהממון הוא הפקר ואינו של אף אחד מהם זה נחשב חלוקה יכולה להיות אמת לכן אין ראייה מזה שחולקים שאם הגביהו יחד שהם זוכים.

אלא מהא היו שנים רוכבים.

הקצה"ח בס' רס"ט סק"ב מסתפק בהא דמבואר בסוגין דשנים המגביהים יחד צריך שכ"א יגביה בשבילו ובשביל חברו ואל"כ הוי כ"א

לגבי חברו כמונח ע"ג קרקע אם זה דוקא בקנין הגבהה שחסר בהגבהה החפץ כשחלק ממנו כמונח ע"ג קרקע אבל בשאר קנינים אין חסרון זה, ושנים שמושכים יחד קונים בלי שכ"א ימשוך בשביל חברו. או שגם במשיכה משיכתו של אחד מבטל משיכת חברו. וכתב הקצות שנחלקו בזה רש"י והריטב"א. שהריטב"א כתב שראית הגמ' משנים רוכבים אינו מעצם הדין של רוכבים אלא ממשנה יתירא קמ"ל דה"ה שנים שהגביהו יחד קנו. ומבואר בדבריו שרק בהגבהה אחד מקלקל את השני ולא בשאר קנינים. וברש"י משמע דמפרש כפשוטו שראית הגמ' היא משנים רוכבין. דס"ל שגם בשאר קנינים כ"א מקלקל לחברו ובעינן שכ"א יכוין לחברו. וכתב הקצות שנ"מ מזה לפיקח וחרש שמשכו יחד שלרש"י פיקח וחרש שמשכו מתוך שלא קנה חרש לא קנה פיקח. ועפ"ז מבאר הקצות את דברי רש"י בעמ' ב' דאף דמנהיג אינו קנין במקום רכוב מ"מ גם הרכוב אינו קונה מפני שהמנהיג מבטל משיכתו של הרכוב ע"ש.

החזו"א חו"מ בליקוטים ס' כ' לדרך ח: חולק על הקצות וס"ל שגם לדעת רש"י ששני פקחים שמושכים יחד צריך שכ"א יכוין לקנות בשבילו ובשביל חברו אין זה מפני שחסר במעשה המשיכה של כ"א שרק בהגבהה יש חסרון במעשה הקנין. ומה שבמשיכה צריך שכ"א יכוין לחברו הוא משום שהחלות של אחד הוא סתירה לחלות של חברו. וזה רק במקום ששניהם עשו מעשה שראוי לקנין. אבל פיקח וחרש או רכוב ומנהיג לצד שמנהיג אינו קונה במקום רכוב אין החרש מבטל קנינו של הפיקח ואין המנהיג מבטל קנינו של הרכוב.

נמצא שיש ג' צדדים בענין זה. א. שיטת

הריטב"א שרק בהגבהה הגבהתו של אחד מקלקל את הגבהתו של חברו אבל במשיכה אין המעשה של אחד ולא החלות של אחד מקלקל את המעשה או את החלות של חברו.

אין הכרח לפרש כמהר"ם די"ל דס"ל כרש"י שראית הגמ' היא מזה שאם אין גניבה אין טו"מ [עיי' קצה"ח ס' שמ"ח סק"ג] אבל בדעת הריטב"א צ"ל כמש"כ כמהר"ם. ולמה שכתב הקצות בס' רס"ט סק"ב ששיטת התוס' כריטב"א גם בדעת התוס' צ"ל כמהר"ם.

הרמב"ן בב"ב נ"ג. [הובא במל"מ פ"ז מגזילה ה"ג] מביא בשם התוספתא ששנים שהחזיקו יחד בנכסי הגר על דעת לקנות כולה אחד נעל ואחד גדר אין זה חזקה ולא קנה לא זה ולא זה. נעלו שניהם גדרו שניהם הרי זה חזקה. וכתב הרמב"ן שצריך לגרוס איפכא דהיכא שאחד נעל והשני גדר הרי זה חזקה שכ"א מהם עשה מעשה שלם. נעלו שנים או גדרו שנים לא קנו כגון שזה גדר חצי וזה גדר חצי דכיון שלא עשו מעשה שלם דחלקו של כ"א אינו ראוי בלי חלקו של חברו אין זה חזקה. ומוסיף הרמב"ן דכן מוכח בב"מ גבי מגביה מציאה לחברו. ויש לבאר דברי הרמב"ן בב' אופנים.

א. איירי שפרשו בהדיא שכ"א רוצה לזכות בכל השדה ואין אחד מהם מכוין בקנינו לחברו והמעשה של כ"א מבטל את המעשה של חברו. וע"ז מביא הרמב"ן ראייה מכאן דמבואר ששנים שהגביהו יחד אינם קונים אא"כ כ"א מהם מכוין גם בשביל חברו. וכמו שבהגבהה המעשה של כ"א מבטל את של חברו כך בקנין חזקה. וגם בחזקה אם כ"א ירצה לקנות רק חצי יקנו שניהם שהמעשה של כ"א מהני גם בשבילו וגם בשביל חברו כמו בהגבהה. אבל היכא שכ"א עושה מעשה אחר אין אחד מבטל את המעשה של חברו ובזה גם אם כ"א מכוין לקנות לעצמו את הכל כ"א קונה מחצה. ולפ"ז הרמב"ן לא ס"ל כסברת החזו"א שהובא לעיל שגם במקום שאין המעשה של אחר מבטל את המעשה של השני מ"מ מה שיש לאחד מהם סיבה לקנות זה מקלקל את קנינו של חברו.

ובמשיכה לא בעינן שכ"א יכוין בשבילו ובשביל חברו. ב. שיטת רש"י לדעת הקצות הוא שגם במשיכה המעשה של כ"א מגרע במעשה של חברו דבעינן שימשך מחמתו ומה שאחר משתתף במשיכה מגרע ממישכתו של חברו. אבל אם אחד ימשוך והשני יעשה קנין אחר כגון מסירה אין חסרון במעשה המשיכה. ומה שיש סיבה לקנין לאחר אינו חסרון. [כן מבואר בדברי הקצות שכתב שאם רכוב לא היה קונה מחמת משיכה אלא משום שתפוס לא היה המנהיג מקלקל קנינו]. ג. שיטת החזו"א בדעת רש"י שרק בהגבהה יש חסרון במעשה הקנין. ובזה אחד מקלקל את השני אפי' אם אין הגבהתו ראוי לקנין, כגון בפיקח וחרש. ובמשיכה אין המעשה של אחד מקלקל את של חברו אבל גם במשיכה מה שיש לאחד סיבה לקנין מקלקל את קנינו של חברו, וזה חסרון בחלות ולא במעשה, ודין זה קיים גם בשאר קנינים כגון משיכה עם מסירה, שהחלות שצריך לחול מכח המסירה מבטל את החלות של המשיכה. אך זה דוקא כשיש מעשה הראוי לקנין אבל משיכתו של חרש אינו מקלקל משיכתו של פיקח.

רש"י לעיל כתב שהמקור ששנים שגנבו חייבים הוא מהא דמבואר בב"ק לגבי טביחה ומכירה שחייבים, ומוכח שחייבים גם על הגניבה דאם אין חיובי גניבה אין חיוב על טביחה ומכירה, וע"כ ששנים שגנבו חייבים מכח הסברא של מגו דזכי לנפשיה. וקשה מנין דאיירי שגנבו ע"י הגבהה אולי גנבו ע"י משיכה ובזה לא צריך להגיע לסברא של מגו דזכי לנפשיה. ולכאורה יש ראייה מזה לשיטת הקצות שלרש"י משיכה והגבהה שווים ובשניהם המעשה של אחד מקלקל את של חברו וגם במשיכה בעינן שכ"א ימשוך בשבילו ובשביל חברו. והריטב"א שסובר שבמשיכה לא בעינן שכ"א ימשוך בשביל חברו יפרש שראית הגמ' היא מסברא כמש"כ כמהר"ם בדעת תוד"ה ושותפין. ואף שבדעת התוס' לכאורה

הערות

שנים אוחזין דף ח. – ח :

וציונים

צט

וכתב שחצר השותפין קונה מעלמא לשותפין ומבאר דברי הירושלמי באופן אחר ע"ש.

נמצא דלענין הגבהה מבואר בגמ' דבענין שכ"א יגביה בשביל חברו ואל"כ כ"א מבטל קנינו של חברו. לגבי משיכה הקצות כתב שנחלקו רש"י והריטב"א. לגבי קנין חזקה הרמב"ן בב"ב מדמה להגבהה. לגבי קנין חצר הקצות מדמה להגבהה וס"ל שגרע אפי' מהגבהה שבזה אפי' אם שניהם ירצו לקנות לשניהם לא מהני.

דף ח :

מנהיג לחודיה מי איכא מ"ד לא קני. הקשו התוס' בד"ה מנהיג למה פשוט לגמ' שמנהיג קונה והא איכא תנא דס"ל דבהמה אינה נקנית במשיכה אלא רק במסירה. וכתב ע"ז השיטמ"ק בשם הריצב"ש שאין כונת הגמ' שפשוט שמשיכה קונה אלא שמדברי שמואל מוכח דס"ל שמשיכה קונה, דכיון שאמר על רכוב ומנהיג שאחד מהם קונה לא יתכן שרכוב קונה ומנהיג אינו קונה, שהקנין של רכוב הוא קנין משיכה, שמה שתופס הוא קנין מסירה ומסירה אינו קונה בהפקר, וע"כ הקנין הוא מכח המשיכה שבזה, והתפסה הוא רק להאליים את קנינו של הרכוב יותר משל המנהיג. וכיון שמוכח מהא דרכוב קונה דשמואל ס"ל שבהמה נקנית במשיכה קשה אמאי לא יקנה נמי בהנהגה לחודיה הרי אין חסרון במשיכה של המנהיג. והתוס' שלא תרצו כן הוא משום דס"ל כמבואר בשיטה בשם הרא"ש שאין להוכיח מרכוב דבהמה נקנית במשיכה דשמא אינו קונה אלא בצירוף התפסה. ואף שזה קנין מסירה ואינו קונה בנכסי הגר מ"מ ביחד עם המשיכה קונה. דהיינו שכ"ע מודו שהתפסה צריך צירוף של משיכה אלא שנחלקו אם התפסה יכול להיות סיבה לקנין בצירוף עם משיכה אף שמשיכה לחודיה אינו קונה או שהתפסה יכול רק לחזק

ב. יתכן שגם כאן יש את הסברא של מגביה מציאה לחברו שאם אינו יכול לקנות לעצמו את הכל דעתו לקנות חצי לעצמו וחצי לחברו. ומה שאם נעלו שניהם אינם קונים הוא משום דחצי גדר אינו כלום ואינו ראוי להצטרף לחצי שעשה חברו. משא"כ שנים שהגביהו יחד כ"א עשה חצי קנין וחלקו של כ"א מצטרף לשל חברו. [סברא זו אמר לי הגאון ר' חיים הכהן קמיל זצ"ל]. אבל כשאחד נעל ואחד גדר שכ"א עשה מעשה שלם מהני אפי' למה שכתב החזו"א שהחלות של אחד מבטל את של חברו שכאן כ"א מכזיב גם עבור חברו וקונים שניהם כדין המגביה מציאה לחברו או מדין מגו דזכי לנפשיה, ורק שנים שגדרו או נעלו גרע דליכא לאף אחד מהם מעשה שלם.

נמצא שלפשוט הראשון ראית הרמב"ן מכאן הוא למה שבגדרו שניהם לא קנה, דגדרו שנים דמי להגביהו שנים וכאן ליכא מגביה מציאה לחברו שכ"א מתכוין לקנות את הכל. והיכא שאחד גדר ואחד נעל עדיף משנים שהגביהו. ולפשוט השני ראית הרמב"ן הוא למה שאחד גדר ואחד נעל קנו דדמי לשנים שהגביהו שקונים מכח מגביה מציאה לחברו. והיכא דשניהם נעלו גרע משנים שהגביהו. ומלשון הרמב"ן משמע יותר כפשוט הראשון ע"ש.

הקצה"ח בס' ר"ס סק"א מוכיח מהירושלמי שחצר השותפין שנפל לתוכו דבר הפקר אין בעלי החצר זוכים בו וכל הקודם זכה. ומבאר הקצות שסברת הירושלמי הוא כמו שמבואר כאן ששנים שהגביהו יחד כ"א מבטל קנינו של חברו. וכן הדין בקנין חצר דכיון שנמצא בחצר של שניהם רשותו של כ"א מהם מבטל את קנינו של חברו. ומוסיף הקצות דאף שלגבי הגבהה מהני מה שכ"א מכזיב לקנות בשבילו ובשביל חברו בחצר אינו קונה אפי' באופן זה דאין כאן שתי ידיים זוכות ע"ש. ועיין בח' האור שמח לקמן כ"ה: שחולק על הקצות

וגם זה נחשב הכנסה לרשותו וקונה מאותו הטעם שמשיכה קונה. ואם משיכה לא היה קונה גם רכוב לא היה קונה שאין הקנין של רכוב קנין של מסירה, שמסירה אינו קונה בהפקר אלא שהרכיבה הוי כהכנסה לרשותו דמה לי מכניס לחצרו מה לי תופס בה ברגליו. ונחלקו התוס' והריצב"ש אי בעינן שגם ילך מחמתו קצת או לא, אבל לכו"ע יסוד הקנין הוא משיכה שהוא הכנסה לרשותו. ושפיר הוכיח הריצב"ש שבהמה נקנית במשיכה מזה שנקנית ברכיבה אף דס"ל שברכיבה לא בעינן אזלא מחמתיה.

מבואר לקמן ט. שרכוב קונה ברה"ר. והקשה הקצות בס' קצ"ז סק"ב אמאי קונה ברה"ר הרי רכוב קונה מדין משיכה כיון דאזלא מחמתיה קצת, ומשיכה אינו קונה ברה"ר. וכן הקשו רע"א שם סע' ג' והנתיבות בסק"ב. וכתב בזה האבי עזרי בפ"ט מכלאים ה"ט דאף שיסוד הקנין של רוכב הוא מדין משיכה במשיכה זו אין חסרון של רה"ר. ולכאורה הביאור בדבריו הוא כנ"ל דעיקר המשיכה של הרוכב הוא מה שהוא תופס את הבהמה ברגליו, וזה נחשב הכנסה לרשותו ויש בזה את המעלה של משיכה. ובמשיכה כזה אין חסרון של רה"ר. והריצב"ש ס"ל שקונה מדין משיכה בלי שתלך מחמתו כלל כנ"ל והתוס' ס"ל דבעינן נמי שתלך מחמתו קצת, אבל הקנין הוא בצירוף מה שנחשב ברשותו ע"י שתופס בה ברגליו. אך מה שגורם שיש צד שרכוב עדיף ממנהיג הוא רק התפיסה במוסירה ולא מה שתופס ברגליו.

רכוב במקום מנהיג איבעיא ליה. שיטת התוס' שהספק הוא לענין קנין אבל לגבי מוחזק מוכח במשנה ששניהם מוחזקים. הריטב"א ס"ל שהספק הוא בין לגבי קנין בין לגבי מוחזק. ועיין מה שכתב הריטב"א לישב שלא יקשה מהמשנה. בדעת רש"י נחלקו הקצות"ח והחזו"א. הקצות בס' רס"ט סק"ב

את הקנין של המשיכה אבל אינו יכול להיות סיבה לקנין אם משיכה אינו קונה לבד. הריצב"ש ס"ל שמזה שרכוב קונה מוכח דבהמה נקנית במשיכה שאל"כ אין המשיכה חזי לאצטרופי למסירה. והתוס' והרא"ש ס"ל שאפי' אם משיכה אינו קנין לחודיה ומסירה בהפקר לא מהני לחודיה יכולים שניהם יחד לקנות. עכ"פ מדברי שניהם מוכח דס"ל שרכוב אינו קונה מכח התפיסה לחוד אלא רק בצירוף המשיכה שבוזה. וכן מוכח ממה שהגמ' מביאה ראייה מכלאים כמו שהוכיחו התוס'.

הבית הלוי בס' מ"ג כתב שמדברי רש"י בעמ' א' בד"ה רכוב קני משמע שהרכוב קונה אפי' שאין הבהמה זזה ממקומה כלל. וכן משמע מדברי רש"י בעמ' ב' בד"ה מנהיג לחודיה. ולרש"י יקשה מה ראית הגמ' מכלאים. שמשם מוכח רק שמה שאזלא מחמתיה אינו נחשב מעשה ידיה ואינו אלא כגרמא בעלמא ואין זה משיכה שיכול להצטרף עם התפיסה. אבל לרש"י שהתפיסה קונה בלי אזלא מחמתיה כלל מה ראית הגמ' מכלאים. ולקמן על תוד"ה רכוב הובא מה שכתב בזה הבית הלוי. בדברי הקצות"ח בס' רס"ט סק"ב מבואר דנקט שגם לרש"י רכוב אינו קונה אלא בצירוף אזלא מחמתיה קצת.

בשיטמ"ק כאן בשם הריצב"ש מבואר ג"כ כמו שכתב הביה"ל בדעת רש"י שרכוב קונה אף שלא אזלא מחמתיה כלל. והובאו דבריו בנתיבות בס' קצ"ז סק"א. וכתב הנתיבות שכן הוא דעת הרמב"ם ע"ש. ודברי הריצב"ש צ"ב דלכאורה דבריו סתרי אהדדי. דהובא לעיל שהריצב"ש כתב לישב קושית התוס' בד"ה מנהיג דמזה שרכוב קונה מוכח שבהמה נקנית במשיכה. ומבואר דס"ל שרכוב קונה מכח המשיכה שבוזה ואיך כתב כאן שרכוב קונה אף שלא אזלא מחמתיה כלל. וצ"ל דס"ל דאף שרכוב קונה בלי אזלא מחמתיה מ"מ הקנין הוא מחמת מה שהוא תופס בבהמה ברגליו,

הערות

שנים אוחזין דף ח:

וציונים

קא

קונה בלי אולא מחמתיה כלל וכתב שזה גם שיטת הרמב"ם מוסיף הנתיבות שבחידושיו למס' ב"מ ביאר הסוגיא לשיטה זו. וכוונתו למה שכתב בספרו נחלת יעקב על מס' ב"מ יעו"ש.

תוד"ה או דלמא. כתבו לבאר ראית הגמ' מהמשנה אף שהמשנה איירי לענין מוחזקות והספק של שמואל הוא לגבי קנין מ"מ מה שלא מועיל לקנין אפי' לבדו גם אינו נחשב מוחזק. וכיון שמבואר במשנה שניהם מוחזקים מוכח דכ"א לבד הוא קנין. אלא שלגבי רכוב הגמ' דוחה דאיירי במנהיג ברגליו, והיכא דמנהיג ברגליו באמת מוכח במשנה דהוי קנין כמבואר בתוד"ה מנהיג.

יסוד זה דחזקה שאינה ראויה לקנין אינה חזקה כתבו הש"ש בש"ד פ"ד והקנה"ס בכלל ח' אך לא הביאו מקורם מתוס' זה אלא מדברי הראשונים בכתובות פ"ה. שכתבו דלא מהני טענת לקוח בשטר כיון שאינו נקנה במסירה לחודיה. הקצה"ח בס' ר"ב סק"ז כתב שאין ראיה משטר דהתם גרע שאינו תופס בחוב כלל. ויש לעיין אמאי לא הזכירו שיסוד זה שחזקה תלויה בקנין מפורש כאן בתוס' ומוכח בגמ' כאן. אמנם עיין במהרש"א שכתב שכל דברי התוס' שאם רכוב אינו קנין לבד אינו נחשב מוחזק זה רק כלפי מנהיג שכן קונה לבד. אבל אם שניהם שוים, ושניהם מוחזקים באופן שאינו ראוי לקנין זה נחשב שניהם מוחזקים אף שאין חזקתו של כל אחד מהם ראוי לקנין. ולדברי המהרש"א לא מבואר בתוס' שיש הלכה במוחזק שיהיה חזקתו ראוי לקנין אלא רק שאם חזקתו של אחד ראוי לקנין ושל השני אינו ראוי לקנין הממון בחזקתו של מי שחזקתו ראויה לקנין.

אך יש לעיין בדברי המהרש"א מהמשך דברי התוס' שהקשו מאי פריך לעיל שא"א להוכיח ממתני' דשנים אוחזין בטלית ששנים

כתב שלרש"י הספק הוא רק לגבי דין מוחזק ולא לגבי קנין. ומבאר הקצות שרש"י בזה לשטתו דס"ל לעיל שגם לגבי משיכה שנים שמשכו ביחד כ"א מבטל קנינו של השני ולכן לא יתכן שברכוב ומנהיג אחד יקנה והשני לא יקנה דהוי כפיקח וחרש שהגביהו יחד שמי שלא קונה מבטל קנינו של השני. [ומבואר שהקצות ס"ל שגם לרש"י הרכוב קונה רק באולא מחמתיה ולא כמו שכתב הבית הלוי בדעת רש"י]. החזו"א כתב שלרש"י הספק הוא בין לענין קנין בין לענין מוחזק כשיטת הריטב"א. ועיין מה שכתב החזו"א לבאר הא דאין משיכתו של אחד מהם מבטל את של השני.

תוד"ה רכוב. כתבו דמוכח מראית הגמ' מכלאים שגם ברכוב הקנין הוא רק בצירוף דאולא מחמתיה קצת. הבית הלוי בס' מ"ג מישב ראית התוס' לשיטת רש"י דכל מה שיש צד שרכוב ומנהיג אחד יבטל את השני הוא רק אם שניהם קונים מדין משיכה. ומכלאים מוכח שרכוב אין בו משיכה. אבל מזה אין ראיה שרכוב אינו קונה אלא רק שאינו קונה מדין משיכה. ואם הקנין אינו מדין משיכה רכוב ומנהיג לא יבטלו אחד את השני, וע"כ שמואל איירי בהאי לחודיה והאי לחודיה, וע"כ שמנהיג קונה ולא רכוב. אבל לולא דברי שמואל י"ל שרכוב קונה אך לא מדין משיכה ולזה אין סתירה מכלאים.

ויש לעיין בדברי הבית הלוי מהמשך הגמ' דפריך היכי פשיט מר רכוב מיושב רכוב שאני דתפיס במוסירה. ואין אפשר לומר בדעת שמואל שהקנין של רכוב הוא בגלל מסירה שא"כ אין צד שרכוב יבטל את המנהיג אלא שניהם יקנו יחד שלדברי הביה"ל רק בקנינים שוים אחד מבטל את השני. וע"כ ששמואל איירי בהאי לחודיה והאי לחודיה וא"כ ע"כ שרכוב אינו קונה. ועיין בנתיבות בס' קצ"ז סק"א אחר שהביא שיטת הריצב"ש שרכוב

שהגביהו טלית כדי לקנותו קונים דשאני מתני' דאיירי לענין חזקה ולא לגבי קנין. ומה בכך הרי אם אינו ראוי לקנין גם מוחזק לא הוי. ותירצו דכיון שאם היה מגביה לבדו היה קונה שפיר הוי מוחזק אפי' יחד עם חברו. ומשמע דלולא זה לא היו נחשבים מוחזקין אע"פ ששניהם שוים ושניהם אין חזקתן ראויה לקנין. עיין במהר"ם ש"ף שהקשה כן על המהרש"א. א"כ לכאורה מוכח מדברי התוס' דבעינן חזקה הראויה לקנין וצ"ע בדברי האחרונים הנ"ל שלא הביאו כלל מסוגיא זו.

עוד יש לעיין בדברי הש"ש בש"ד פ"ד שמביא דברי הש"ך שבשנים אוחזין לא אזלינן בתר חזקת מ"ק. כגון מוכר ולוקח שאוחזין בטלית, הקונה אומר קניתי והמוכר אומר לא מכרתי, חולקין כדין שנים אוחזין בטלית, ולא אמרינן דשאני מוכר דאית ליה חזקת מ"ק. ומקשה הש"ש אמאי חשיב שניהם מוחזקין הרי חזקתו של הקונה אינה ראויה לקנין דמבואר בסוגין ששנים שהגביהו יחד אינם קונים אלא משום שמגביה מציאה לחברו קנה חברו ומהני הגבהת כ"א לחברו. וכשהמוכר אוחז יחד עם הקונה לא שייך למימר הכי, שהגבהת המוכר לא מהני לקונה, וא"כ חזקתו של הקונה אינה חזקה הראויה לקנין. וכיון דלא מהני חזקתו של הקונה אמאי לא ישאר בחזקת המוכר שהוא המ"ק.

הקונה"ס בכלל א' אות ד' חולק על הש"ש בזה וס"ל כהש"ך. אך לא ביאר מה יש להשיב על טענת הש"ש. ולכאורה נראה שאין דברי הש"ש מובנים שמפורש בגמ' שאפי' אם הדין הוא ששנים שהגביהו יחד אינם קונים מ"מ הם נחשבים מוחזקים. שמבואר לעיל שא"א ללמוד דינו של רמב"ח ממתני' דשנים אוחזין בטלית דשאני התם שהנידון הוא לענין מוחזקות ולא לענין קנין. והתוס' כאן הקשו אמאי אין ראיה מהמשנה הרי אם אין החזקתם ראויה לקנין אין הם נחשבים מוחזקים. ותירצו

שכדי ליחשב מוחזק סגי בזה שאם היה לבד היה קונה. וא"כ ה"ה די"ל כן בנידון דהש"ך דכיון שהקונה היה קונה אילו היה אוחז לבד יש לו דין מוחזק גם כשאוחז יחד עם המוכר. עכ"פ בגמ' מפורש שגם בכה"ג הוי מוחזק וא"כ דברי הש"ש שהקשה על הש"ך לכאורה אינם מובנים. ואמר לי בזה אחי הג"ר דוד שליט"א שהש"ש מחלק בזה בין הדין של טענת לקוח כשהוא נגד חזקת מ"ק שהוא מדין חזקה מה שתחת יד אדם שלו, שבזה בעינן חזקה הראויה לקנין ממש, ולא סגי בזה במה שהיה ראוי לקנין אילו היה אוחז לבדו, לבין דברי התוס' כאן שנאמרו לענין תפיסה שאינה נגד חזקת מ"ק שבזה סגי במה שהיה תפיסתו ראויה לקנין אילו היה תופס לבדו. ולכן האחרונים לא הביאו מכאן משום שהם עוסקים בתפיסה נגד חמ"ק שבזה בעינן ראויה לקנין ממש. ולענין זה שפיר הקשה הש"ש על הש"ך, ואין סתירה לדבריו מתוס' דידן. אך אכתי י"ל שהש"ך ס"ל שגם לגבי חזקה שהיא נגד חמ"ק סגי במה שהיה ראוי לקנין אילו היה תופס לבדו. ועוד שבתוס' לעיל ב. וברא"ש שם מבואר שמה ששנים אוחזין בטלית חולקים הוא בגלל חזקה מה שתחת יד אדם שלו ולא בגלל תפיסה גרידא, וא"כ סובר הש"ך שאין לחלק בין זה לתפיסה שהיא נגד חמ"ק. [כ"ז לשיטת התוס' אבל הריטב"א חולק וס"ל דכל שאינו ראוי לקנין אינו נחשב מוחזק ולא סגי במה שהיה ראוי לקנין אילו היה לבדו. ועיין בריטב"א מה שכתב לישב שלא יקשה מהמשנה].

בעיקר דברי התוס' שכתבו דשנים אוחזין הוי תפיסה הראויה לקנין כיון שאם היה אוחז לבדו היה ראוי לקנין צ"ב דבשלמא ברכוב ומנהיג אילו היה הרכוב לבדו היה קונה א"כ גם עכשיו שהוא יחד עם המנהיג ואינו קונה הוי מוחזק כיון שפעולתו הוא מעשה קנין כשהוא לבד. אבל שנים שהגביהו יחד, אמנם אם חברו לא היה מגביה היה הכל מוגבה על

הערות

שנים אוחזין דף ח:

וציונים

קג

ידו, דאיירי באופן שאם השני היה עוזב לא היה מגיע לקרקע כמו שכתבו המהרש"א והמהר"ם שי"ף, מ"מ עכשיו שחברו מחזיק חצי הטלית בידו חלק זה לגביו הוי כמונח ע"ג עמוד, א"כ מה המעלה שאם היה אוחז לבד היה קונה הרי אז היה משתנה המציאות, אבל במצב של עכשיו שאינו מגביה אלא חצי אין מה שהוא מחזיק ראוי לקנות כלל. וכי נימא שאם היה חצי בידו וחצי ע"ג עמוד הוא יחשב מוחזק כיון שאם לא היה העמוד היה הגבהתו ראויה לקנין. וצ"ע.

תוס' סוד"ה או דלמא. עיין היטב בדברי רע"א בגליון הש"ס. ודבריו לכאורה תלויים במחלוקת רש"י והריטב"א שהובא לעיל. שלריטב"א ראית הגמ' לעיל הוא מיתורא דמתני' אבל מגוף המשנה אין ראיה שלגבי משיכה אין אחד מבטל קנינו של השני. וע"ז שפיר מקשה רע"א מנין שהיתור בא ללמד שמגביה מציאה לחברו קנה חברו אולי מלמד שרכוב קונה במקום מנהיג. אבל לרש"י לכאורה לא קשיא קושית רע"א שלרש"י הראיה מהמשנה היא מעצם הדין של היו שנים רוכבים. ואפי' אם נכתב הבבא דשניהם מודים כדי ללמד שרכוב קונה במקום מנהיג אכתי מוכח גם שהמגביה לחברו קנה חברו. וכיון שיש בזה חידוש אינו מיותר ללמד שרכוב קונה במקום מנהיג. ולמה שכתב הקצה"ח בס' רס"ט סק"ב שהתוס' ס"ל בזה כשיטת הריטב"א קושית רע"א היא על התוס' לשיטתם. ושוב התבוננתי שזה טעות שגם לרש"י אם יש חידוש בדין של בזמן ששניהם מודים י"ל דמיירי במקח וממכר ולא בזוכה מן ההפקר. וא"כ אין ללמוד מזה שמגביה מציאה לחברו קנה חברו, ושפיר הקשה רע"א גם לשיטת רש"י.

מיתיבי היו שנים רוכבים וכו'.
הוכיחו מזה דאף דיושב אינו קונה לרבנן רכוב

עדיף. לכאורה נראה שהעדיפות של רכוב על יושב הוא רק לגבי קנין כיון שרכוב תפוס. אבל לגבי כלאים שאין התפיסה משנה כלל והכל תלוי באזלא מחמתיה אין לחלק בין יושב לרכוב. אמנם ברש"י ד"ה אלא לאו רבנן מבואר דלמאי דס"ד לחלק בין רכוב ליושב גם לגבי כלאים מחלקים ביניהם. ומה שרבנן פוטרם הוא רק ביושב, אבל ברכוב מודו שלוקה משום כלאים. וצ"ל שגם האזלא מחמתיה הוא יותר ברכוב מביושב וצ"ע.

לענין הלכה נחלקו הרא"ש והרי"ף. הרא"ש כאן פסק כשמואל דרכוב אינו קונה אפי' לחודיה. וכ"כ הרא"ש בהל' כלאים ס' ו' בשם ר"י. אבל כתב שם הרא"ש ששיטת הרי"ף הוא דלא קי"ל כשמואל אלא שרכוב קונה, ולהלכה לא מהפכין את המשנה בכלאים אלא לרבנן היושב לוקה. ולכאורה מה שכתב הרא"ש שלא מהפכים את המשנה בכלאים הוא לשיטת הרי"ף שלא פסק כשמואל אבל לשיטתו דפסק כשמואל גם בכלאים קי"ל שאינו לוקה והופכים את המשנה בכלאים. אך הטור ביו"ד ס' רצ"ז [הובא בדברי חמודות על הרא"ש הנ"ל] כתב שמסקנת הרא"ש דיושב בקרון לוקה. והב"י שם מקשה דדברי הרא"ש לכאורה סתרי אהדדי. שכאן פסק שרכוב אינו קונה וכן כתב הטור בחו"מ ס' קצ"ז בשם הרא"ש, ולגבי כלאים כתב הטור שהרא"ש פסק שיושב בקרון לוקה. וזה תרתי דסתרי שהגמ' תולה קנין בכלאים. וכן קשה ברמב"ם דפסק בפ"ט מכלאים שיושב בקרון לוקה ואילו לגבי קנין נחלקו הפוסקים בדעת הרמב"ם. המ"מ בפ"ז מגזילה ה"ז כתב דשיטת הרמב"ם כרי"ף דרכוב קונה, וכ"כ הגר"א בס' קצ"ז סק"ח. והב"י כתב שאין הכרח מהרמב"ם דס"ל כרי"ף. והתורת חיים כאן כתב דמשמע בלשון הרמב"ם כשיטת הרא"ש שאינו קונה. ולדבריהם קשה מכלאים שהגמ' תולה זה בזה.

דף ט.

איכא חד צד דלא קני. הרא"ש פסק דהוי ספק מה החד צד דלא קני, ולכן מנהיג בגמל ומושך בחמור הוי ספק קנין, ובמכר נשאר הממון בחזקת המוכר שהוא המ"ק, ובהפקר בחזקת הראשון. עיין בקנה"ס בכלל ח' שהש"ך מקשה סתירה ברא"ש מדבריו כאן לדבריו בב"ב. ועיין מה שכתבנו בס"ד בזה לקמן י"ב. לגבי זרק ארנקי. ועיין ברע"א בשו"ע ס' רע"א שכתב בשם הדרישה שאם אדם אחד מכר לחברו גם גמל בהנהגה וגם חמור במשיכה קנה אחד מהם ממ"נ ונותן המוכר הפחות שבשניהם.

שיטת הרמב"ם. הרמב"ם בפ"ז מגזילה ואבידה ה"ה פסק דמנהיג לבד או מושך לבד קונה בין בחמור בין בגמל. ומה דאיכא חד צד דלא קני היינו כשאחד מושך ואחד מנהיג. לל"ק בגמל שניהם קונים, ובחמור המנהיג עדיף מהמושך. ולל"ב בחמור שניהם קונים ובגמל המושך קונה ולא המנהיג. והרמב"ם פסק כלשון השני. וכתבו המ"מ והכ"מ שהרמב"ם מפרש כך את דברי הגמ' שכל הנידון הוא מה עדיף כשאחד מושך ואחד מנהיג, אבל כ"א לבד קונה בכל גווני. נמצא שהרמב"ם חולק על הרא"ש בתרתי. א. הרא"ש מפרש חד צד שאינו קונה הוא כשקונה לבד. והרמב"ם מפרש במושך ומנהיג יחד. ב. הרא"ש פסק דהוי ספק והרמב"ם פסק כלשון השני.

מדברי הגאון בס' רע"א סק"א נראה שמפרש שגם מה שפסק הרמב"ם שהחד צד דלא קני הוא דוקא באחד מושך ואחד מנהיג הוא משום דס"ל דקי"ל בכל מקום כאיכא דאמרי וס"ל שנחלקו בזה הל"ק והאיכא דמותיב מסיפא. דהיינו שהרישא של הברייטא שנים שהיו מושכים בגמל ומנהיגים בחמור או או קתני, ולא מיירי באחד מושך ואחד מנהיג. ואם מדדיקים מהרישא למעט חד צד המיעוט

הוא שיש חד צד שאינו קונה אפי' לבדו גם לדעת הרמב"ם. אבל לאיכא דמותיב מסיפא, הסיפא מיירי באחד מושך ואחד מנהיג א"כ גם המיעוט הוא על כה"ג. ואין להקשות דגם לל"ק הדיוק הוא מהלשון של הסיפא או שהיה אחד מושך ואחד מנהיג, מושך ומנהיג אין אבל רכוב לא שהתוס' בד"ה מושך הקשו מה הראיה מלשון הברייטא למעט רכוב. ותירצו דהראיה היא מדלא ערבינהו ותנינהו. דהיינו היות וכתוב בסיפא שאחד מושך ואחד מנהיג קונה א"כ בין גמל בין חמור נקנים בין במשיכה בין בהנהגה וקשיא הלשון ברישא אמאי נקטו מושכין בגמל ומנהיגים בחמור הוי ליה לערבינהו, אלא משמע שבא למעט רכוב. נמצא דעיקר הדיוק הוא מן הרישא והגמ' מביאה את הלשון של הסיפא שזה מגלה שיש דיוק מהרישא. ולכן סובר הרמב"ם שב' הלשונויות נחלקו אם המיעוט של חד צד הוא לענין כ"א לחודיה או מושך ומנהיג יחד. וכיון שהרמב"ם פוסק כא"ד לכן פסק כלשון שני שהדיוק הוא מהסיפא לענין אחד מושך ואחד מנהיג ופסק נמי כל"ב דהחד צד שאינו קונה הוא הנהגה בגמל.

בשיטת הרא"ש לכאורה י"ל דמודה לכל זה וכל מה שהרא"ש חולק הוא רק דלא ס"ל כא"ד א"כ חיישינן לל"ק דיש חד צד שאפילו לחודיה אינו קונה, וחיישינן גם למושך בחמור וגם למנהיג בגמל. אבל הגאון בסק"ב לא כתב כן אלא שהרא"ש ס"ל כפרש"י דלשני הלשונויות החד הוא מושך או מנהיג לחודיה. ולשיטת הרמב"ם צריך להבין מה קושית הגמ' א"ה היינו ר"י, הא ר"י ס"ל שאפילו לחודיה אינו קונה, ורבנן ס"ל לא"ד דלחודיה תרוייהו קנו, והחד צד שאינו קונה הוא באחד מושך ואחד מנהיג. אמנם ע' בפנ"י שכתב שגם לר"י יתכן שמה שאינו קונה הוא רק אחד כדרכו ואחד שלא כדרכו, וכך צ"ל לדעת הרמב"ם.

תוד"ה מושך. כתבו דאחרי דשמעינן שמשיכה והנהגה שניהם קונים פשיטא שאין

אחד מבטל את חברו. ואינו מוכן דלעיל לגבי רכוב ומנהיג יש צד שכ"א לבד קונה וביחד אחד מבטל את השני. והיה מקום לחלק דלעיל יש לכ"א עדיפות על חברו מצד שתפיסתו יותר אלימה, שהרכוב תופס והמנהיג יש לו מעלה שאזלא מחמתיה יותר. בזה יש צד דאע"ג דכ"א לבד קונה מ"מ ביחד אחד יותר אליים. אבל מושך ומנהיג תפיסתם שוה, אלא שיש צד שאחד יותר אורחיה מחברו. לגבי זה כתבו דלאו אורחיה הוא רק סברא שלא יחשב קנין בכלל אבל אם לחודיה כ"א הוא קנין אין סברא שאחד יתגבר על חברו בגלל שהוא יותר אורחיה. אבל בהמשך דברי התוס' מוכח שלא חלקו בזה שהוצרכו לבאר למה לעיל צריך מתני' להשמיענו שאין מבטל רכוב ומנהיג ברגליו את המנהיג לחודיה. ועיין בפנ"י שכתב דס"ל שמסברא אין צד שקנין אחד יבטל השני ולעיל היה צד כזה מחמת שהיה הכרח לפרש כך את דברי שמואל אבל אחרי המסקנא ששמואל דיבר על האי לחודיה והאי לחודיה חוזרת הסברא שאין קנין מבטל קנין. וכדברים האלו ממש כתב תוס' הרא"ש לבאר דברי רש"י בד"ה ש"מ רכוב קני, שכתב דאחרי שנפשט שרכוב לבד קונה ה"ה דרכוב ומנהיג תרוייהו קנו. וקשה הרי אף שרכוב לבד קונה אכתי יש להסתפק ברכוב ומנהיג הי מינייהו עדיף. וכתב התה"ר ברש"י ממש כדברי הפנ"י בתוס'. [וע"ע מה שכתבו בביאור דברי רש"י הקצה"ח בס' רס"ט סק"ב והביה"ל ח"ג ס' מ"ג].

א"ה ניקני נמי רכוב במוסירה.

התוס' כתבו דאי גרסינן א"ה פירושו דאא"ב דלא מיירי במנהיג ברגליו וקונה מצד תפיסתו במוסירה ניחא דקנין מסירה לא מהני למוסירה, אבל אי מיירי במנהיג ברגליו הא איכא קנין משיכה ויקנה המוסירה במשיכה. ונחלקו האחרונים בביאור דברי התוס'. דמלשון התוס' משמע שהרכוב תופס במוסירה ומפשט לשון הגמ' משמע דרק מי שאינו רוכב תפס במוסירה וכן מפורש בשיטמ"ק בשם הראב"ד. והפנ"י

כתב שגם תוס' לא כווננו לומר שהרכוב תופס במוסירה אלא כונת תוס' דאע"ג דקנינו של רכוב הוא ג"כ מדין משיכה בלבד מ"מ כזה משיכה לא מהני לקנות המוסירה, שאפילו במשיכה גמורה מספקא לגמ' בסמוך אי מהני לכלים שעליה. וכוזה משיכה של רכוב בודאי לא הוי דרך משיכה לגבי כלים. הנתיבות בס' קצ"ז סק"ב כתב שלתוס' רכוב הוא צירוף של קנין משיכה וקנין מסירה ולכן זה לא מועיל למטלטלין שאינם נקנים במסירה, וס"ל שלתוס' מיירי שגם הרכוב תופס במוסירה נע' בנחל"ד שגם הקשה על תוס' דבגמ' משמע שהרכוב אינו תופס במוסירה. האור שמח בחידושי נקט דמיירי שהרכוב תופס במוסירה אבל מבאר דברי התוס' באופן אחר ע"ש. ובזה מבאר הנתיבות הא דמבואר בסמוך דרכוב קונה ברה"ר, והובא לעיל שרע"א והקצות הקשו דמשיכה אינה קונה ברה"ר. וכתב הנתיבות דכיון דרכוב קונה ע"י צירוף של אזלא מחמתיה קצת, שהוא קנין משיכה, ותפוס במוסירה שהוא קנין מסירה ממילא קונה בין ברה"ר כדין מסירה בין בסימטא כדין משיכה. ובזה ניחא הא דאמרו א"ה דאם לא מיירי במנהיג ברגליו, האזלא מחמתיה קצת אינו מספיק לקנות מדין משיכה וצריך צירוף של קנין מסירה לכן לא מהני במטלטלין.

אמנם דברי הנתיבות בזה תלויים במחלוקת הריצב"ש ותוס' הרא"ש שהובא לעיל בריש דף ח.; דהרא"ש כתב שאין להוכיח מזה שרכוב קונה שבהמה נקנית במשיכה. שיתכן שקונה כאן בצירוף עם המסירה ואף שמסירה אינו קונה בנכסי הגר מ"מ הוא מצטרף עם המשיכה. והריצב"ש ס"ל לעיל דאם בהמה לא נקנית במשיכה לא יתכן שבצירוף מסירה יקנה, שמסירה לא יכול להיות גורם לקנין בנכסי הגר, אלא יכול רק להאליים אם בל"ה יש קנין משיכה שיהיה עדיף מהמנהיג. ודברי הנתיבות מובנים רק לפי הרא"ש, שלריצב"ש רכוב ראוי לקנות מדין משיכה בלי צירוף מסירה. ובאמת

התוס' לשטתו שהקשו לעיל בד"ה מנהיג ולא תרצו כריצב"ש דס"ל כרא"ש.

נמצא מחלוקת הפנ"י והנתיבות מהו קנין רכוב לצד שקונה בלי מנהיג ברגליו, לשיטת תוס'. לפנ"י זה קנין משיכה והתפיסה רק מחזקת וגורמת שיהיה עדיף ממנהיג. ולנתיבות זה צירוף משיכה ומסירה. ומחלוקת זו תלויה במחלוקת הרא"ש והריצב"ש אם מסירה בנכסי הגר יכול להצטרף לקנין כשמשיכה לבד אינו קנין. והריצב"ש לשטתו מבאר הא"ה באופן אחר. דהובא לעיל שהריצב"ש ס"ל דברכוב אין הבהמה זזה מקומה כלל והקנין הוא מה שתפוס בבהמה ברגליו נ' לעיל שנתבאר שגם זה ביסודו קנין משיכה] וזה קנין רק בבהמה ולא למוסירה שאת המוסירה אינו תופס ברגליו. אבל אי מיירי במנהיג והוי משיכה ממש הרי הוא מושך גם את המוסירה. ע' שיטמ"ק כאן בשם הריצב"ש. וכך היה אפשר לומר גם בדעת רש"י אבל בריטב"א מבואר דלרש"י לא גרסינן א"ה.

תוד"ה ונקני. כתבו דקושית הגמ' שהרכוב יקנה במוסירה הוא רק לצד לקמן דמהני משיכת בהמה לקנות כלים שעליה. השיטמ"ק בשם הראב"ד כתב שאפילו לצד שמושך בהמה לא מהני לקנות כלים שעליה הכא עדיף מפני שהמוסירה היא שמירת הבהמה. וכונתו דהצד שלא מהני משיכת הבהמה לכלים שעליה הוא דמשיכת בהמה שהולכת מעצמה אינה כמשיכת כלים וכזה משיכה לא מהני לכלים. וזה דוקא לכלים שבמקרה נמצאים על הבהמה אבל מוסירה שרגיל להיות על הבהמה דרך משיכתו היא ע"י משיכת הבהמה לכן פשיטה שנקנה במשיכת הבהמה. ויתכן שזה כונת רש"י בד"ה נקני נמי רכוב במוסירה שכתב רש"י שהוא תכשיט החמור וכחמור דמי. ואינו מובן דסברא זו שהוא תכשיט החמור צריך בהמשך הגמ' שהרכוב אינו קונה המוסירה כולה אלא רק בית

פגיה בזה צריך לטעם זה דהוי תכשיט החמור וכחמור דמי. אבל בה"א שקונה את כל המוסירה בקנין משיכה למה צריך הטעם דהוי תכשיט החמור. אבל לדברי הראב"ד ניחא דכונת רש"י דכיון דהוי תכשיט החמור נקנה במשיכת הבהמה אפילו לצד שמושך בהמה לא קנה כלים שעליה. אמנם הראשונים בשיטמ"ק כתבו דרש"י מפרש כפירוש של מסקנת הגמ' יעו"ש.

בשלמא רכוב קני דקמגבה ל"ה בן דעת. מבואר דהרכוב צריך לצירוף המחזיק במוסירה. לכאורה מפורש כאן שגם במשיכה יש חסרון במה שיש אחר שעושה קנין יחד עם המושך ולעיל הובא שנחלקו בזה רש"י והריטב"א. וצ"ל דמה דס"ל לריטב"א שבמשיכה לא בעינן שכ"א ימושך בשביל חברו זה רק כששנים מושכים, דכ"א מושך את כל החפץ ומה שיש עוד אחד שמושך אינו מגרע את משיכת חברו. אבל כאן מיירי שאחד אוחז במוסירה והשני רוכב או מנהיג הבהמה, ואין התפוס המוסירה הולך אחריו אלא תופס במוסירה ועומד במקומו והרכוב מוליך את הבהמה עד שהמוסירה מעכבו, א"כ חלק המוסירה שמוגבה ע"י התופס במוסירה אינו נמשך ע"י הרכוב כלל, והמשיכה הוא רק בחצי מוסירה, ובזה לכו"ע צריך להגיע לצירוף של הגבהת חברו. אך אכתי צ"ב למה לא אמרינן כמו שהגבהת התופס במוסירה מצטרפת למשיכת הרכוב כך משיכת הרכוב תצטרף להגבהת התופס ויקנו שניהם כדין המגביה מציאה לחברו וצ"ע. ובפרט למה שכתב הנתיבות בס' קצ"ו סק"ב דבכל הגבהה כלול גם קנין משיכה א"כ הוי כשנים מושכים ולמה לא יקנו שניהם.

רש"י ד"ה אלא תפוס במוסירה במאי קני. ז"ל והגבהת הפקר לא קניא עד דעקר לכוליה עכ"ל. צ"ע אמאי נקט רש"י

הגבהת הפקר הרי זה חסרון בכל הגבהה ולא דוקא כשזוכה מהפקר. ונר' שמדברי רש"י יש סיוע לדברי הש"ך בס' קצ"ה סק"ו, שהרמב"ם פסק בפ"ה ממכירה ה"ז לגבי קנין סודר שאם המוכר אוחז בסודר פחות מג' אבל יכול לנתק השאר קנה הסודר ונקנה המקח. וקשה דזה סברת ר' אבהו בסמוך ולא קי"ל כוותיה. וכתב בזה הש"ך ב' דרכים א. רק לקנות קנין גמור לא מהני מה שבידו לנתק אבל בסודר דהוי רק קני ע"מ להקנות סגי ביכול לנתק. ב. רק בהפקר ומציאה שאין דעת אחרת מקנה נדחו דברי ר' אבהו, אבל כשיש דא"מ מהני מה שיכול לנתק. ולפשט השני ניחא לשון רש"י דרק בהגבהת הפקר לא קניא עד דעקר לכוליה אבל בדא"מ סגי ביכול לנתק. אמנם הש"ך מסיים שהתירוצ' הראשון נראה עיקר וצ"ע.

הרמב"ם בפ"ז מגזילה ה"ו כתב בהמת מציאה שקדם אחד ואחז במוסירה לא קנה את הבהמה אבל קנה המוסירה לבדה. וכתב הסמ"ע בס' רע"א סק"ד שקונה מפני שיכול לנתק. והתם ליכא דעת אחרת מקנה ואעפ"כ קונה קנין גמור. ובזה ליכא לתירוצי הש"ך הנ"ל. אמנם הש"ך בס' רע"א כתב דכונת הרמב"ם שקונה רק מה שבידו ולא את כל המוסירה וכ"כ הגאון שם. הנתיבות בס' קצ"ה סק"ב כתב בדעת הרמב"ם דכל מה שנדחו דברי ר' אבהו הוא רק שיכול לנתק לא מהני ליחשב הגבהה לקנות גם את החלק שלא הגביה. אבל לענין לקנות החצי שכן הגביה, שבזה צריך להגיע ליכול לנתק רק כדי לסלק החסרון שחלק השני הוא כמונח ע"ג קרקע ומקלקל את הקנין של חלק המוגבה, בזה מהני גם להלכה הסברא שיכול לנתק. ומה שאחד רכוב ואחד תופס במוסירה אין התופס קונה אפילו חצי אלא רק מה שבידו הוא משום שקנין הרכוב מבטל קנינו. אבל כשאין אחר שמבטל קנינו קונה כל מה שמגובה על ידו אע"ג דחצי השני מונח ע"ג קרקע הואיל ויכול לנתקו. ובזה ניחא דברי הסמ"ע.

רש"י ד"ה מה שתפוס בידו. ז"ל דמה שבתוך ידו הוי מגביה לגמרי עכ"ל. לולא דברי רש"י היה נראה שמה שאין חסרון לגבי מה שבידו הוא משום דמה שבידו הוא קונה בקנין יד שהוא מדין חצר ולא בהגבהה, ובזה אין חסרון במה שאינו מגביה החצי השני, ורק מה שחוץ ליד שנקנה בקנין הגבהה כל שלא הגביה כל החפץ לא חשיב הגבהה. אבל בלשון רש"י משמע דלענין מה שבידו כיון דהוי כמאן דפסיק אין חסרון ויכול לקנות מדין הגבהה. הקצה"ח בס' רס"ח סק"ב כתב ששיטת רש"י בכתובות דף ל"א: הוא שיד קונה רק מדין הגבהה ולא בתורת חצר. ולפ"ז ניחא הא דהוצרך רש"י כאן לפרש דבחלק שבידו חשיב הגבהה אף שלא הגביה כל החפץ. אבל הנתיבות שם בס' רס"ח סק"ב חולק וס"ל שרש"י בכתובות איירי לענין מה שכולט חוץ מידו אבל מה בתוך ידו נקנה מדין חצר בלי הגבהה.

רש"י ד"ה הכי נמוי. כתב הריטב"א דהא דסבר ר' אבהו דמהני מה שיכול לנתק הוא דוקא כשאינו מחוסר הגבהה דע"י הניתוק ממילא יהיה מוגבה. אבל מה שבידו להגביה גם לר' אבהו לא מהני. וזה כונת רש"י במה שמחלק בין מקום גבוה למקום נמוך.

תוד"ה הואיל. מבואר בתוס' דלא בעינן שייגביה כלפי מעלה אלא סגי בזה שמביא את החפץ למצב שיהיה מוגבה. הט"ז באו"ח ס' שס"ו [הובא במ"ב שם סקנ"א] כתב שאם הניחו בידו עירוב כשידו מוגבהת לא מהני עד שייגביה ידו. משמע דס"ל דלא סגי בזה שמונח בידו המוגבהת אלא בעינן מעשה הגבהה. אך אין סתירה לזה מדברי התוס' דהכא שאני שהקונה ע"י מעשיו הביא הטלית למצב שיהיה מוגבה ע"י שמנתקה מהעמוד ולא בעינן דוקא שייגביה כלפי מעלה. אבל בנידון של הט"ז החפץ הונח ע"י אחר בידו והוא לא הביא את

דבזכיה מהפקר אין איסור של מקח וממכר כמו שיש ראשונים דס"ל שלהפקיר אין איסור של מו"מ יעו"ש.

א"ה רכוב בעיר מ"ט לא קני. התוס' פרשו א"ה לשטתם דס"ל דרכוב נמי אזלא מחמתיה קצת. אבל לשיטת הריצב"ש שאינה זזה ממקומה א"א לפרש כתוס'. וע' בשיטמ"ק שהריצב"ש באמת מבאר באופן אחר דאי איירי שאינו מנהיג ברגליו כיון שהבהמה עומדת במקומה והקנין הוא מפני שהוא משתמש בבהמתו והוי דומיא דחזקה משום הכי בעיר לא קנה שאין דרך בעיר לרכוב ולעמוד במקומו. משא"כ אי מיירי במנהיג ברגליו הוי משיכה ממש ויקנה גם בעיר. מש"כ דהוי דומיא דחזקה א"א לפרש כפשוטו שהרי מטלטלין אינם נקנים בחזקה. ונר' שכוונתו כמו שנתבאר לעיל דדמי לקנין משיכה, שמה שתופס ברגליו ומשתמש בבהמה הוי כהכנסה לרשותו, שהרי הריצב"ש בתחילת הסוגיא כתב בהדיא דמזה שרכוב קונה מוכח שבהמה נקנית במשיכה.

דף ט:

אי רה"ר קני. הובא לעיל קושית רע"א בס' קצ"ז והקצות והנתיבות שם שהקשו כיון דרכוב קונה מדין משיכה למה מהני ברה"ר. והראוני שהתוס' רי"ד כאן הקשה כן וכתב דבר מחודש דרק משיכת מטלטלין לא מהני ברה"ר אבל משיכת בהמה מהני אפילו ברה"ר. דהיינו דס"ל שיש הבדל בגדרי קנין משיכה בין בהמה למטלטלין.

נמצא התירושים שעל השאלה של רה"ר א. תירוץ התורי"ד שרק מטלטלין אינם נקנים ע"י משיכה ברה"ר אבל בבהמה מהני משיכה ברה"ר. ב. תירוץ הנתיבות שהובא לעיל שרכוב מורכב ממשיכה ומסירה. ג. תירוץ האבי עזרי

זה למצב של מוגבה לכן בעינן שיגביה ידו. עיין במה שכתבנו בס"ד בכתובות ל"א. שדין זה שנוי במחלוקת התוס' ותוס' הרא"ש שם. שהתוס' שם ס"ל כמש"כ כאן שכשעוקר מע"ג העמוד קונה אף שלא הגביה כלפי מעלה. אבל בתה"ר שם מוכח דבעינן שיגביה טפח כלפי מעלה. וגם המהר"ם שי"ף שם בדף ל"א: על תודה ר' אשי כ"כ. ולדבריהם צ"ל דהכא כשמנתק את הטלית מהעמוד הוא מגביהו כלפי מעלה. וכן מפרש השיטמ"ק כאן בד"ה הואיל ע"ש.

אך לכאורה פשוט דאפילו הסוברים דהגבהה הוא ג' טפחים [חוץ מלענין עירוב שלכו"ע סגי בטפח] היינו רק דבעינן שלא יהיה לבוד לקרקע אבל מעשה הגבהה לכו"ע סגי בטפח. ובאופן של הט"ז שידו מוגבהת ובלא"ה אינו לבוד, אלא דבעינן מעשה הגבהה מסתבר דבזה לכו"ע סגי שיגביה ידו טפח.

היכא שהדבר הנקנה מוגבה מכחו ואינו בידו כההיא דזיל טרוף אקן או אדיי אדויי והלך כלפי מעלה אם יש לו מעלת הגבהה לענין לקנות ברשות המוכר או שדינו כמשיכה שאינה קונה ברשות המוכר, שיטת הרשב"א בקידושין דף כ"ו. שאינו קונה ברשות מוכר. והקצה"ח בס' רע"ג סק"ד מוכיח דגם כה"ג קונה ברשות מוכר ע"ש.

אלא מעתה הגביה ארנקי בשבת.

הרא"ש מבאר דהוי שלא כדרך משום איסור מוקצה. עיין ברע"א בתשובה קע"ד שמבאר למה לא אמרינן בזה אי עביד לא מהני. והשאלה היא מצד איסור מקח וממכר, אבל מוקצה פשוט שאינו איסור במקח אלא בטלטול. ובדברי רע"א שם מבואר ג' סברות שלא נאמר בזה אי עביד לא מהני. א. יש פוסקים דס"ל שאיסור התלוי בזמן לא נאמר בו הכלל דאי עביד לא מהני. ב. יתכן שבאיסור דרבנן לא אמרינן אעל"מ. ג. יש צד לומר

הערות

שנים אוחזין דף ט:

וציונים

קט

דאף שרכוב הוא בעיקרו קנין משיכה מ"מ משיכה זו מהני גם ברה"ר. ונתבאר לעיל ע"פ דברי הריצב"ש. [ואף שכתבנו לעיל שיתכן שגם התוס' מודו לסברא זו מ"מ יותר פשוט לומר בתוס' כפשט של הנתיבות, ובדעת הריצב"ש דס"ל שאינה זוה ממקומה נראה יותר כמו שביארנו לעיל ע"פ דברי האבי עזרי' ד. האו"ש בחידושו כתב דמה שמבואר בגמ' דמהני ברה"ר הוא למסקנא דמיירי במקח וממכר. ובזה פשיטא דרכוב קונה בלי מנהיג ברגליו מדין מסירה. ורק בנכסי הגר שמסירה אינה קונה צריך להגיע למשיכה וזה באמת לא יועיל ברה"ר. וסיים שדברי הפוסקים בזה צ"ע.

משוך בהמה זו וקני כלים שעליה

מזהו. כמה דרכים נאמרו בראשונים בביאור ספיקו של ר"א. א. שיטת התוס' כיון דדרך משיכת בהמה שונה משיכת מטלטלין, שבהמה הולכת מדעתה ואינה נמשכת מכחו ממש יתכן שלא מהני כזה משיכה לקנות כלים. אך צריך להבין דלמסקנת הגמ' מיירי בכפותה וא"כ גם הבהמה נגזרת מכחו ודמי למשיכת מטלטלין. ובשלמא לא"נ בסוף התוס' דס"ל שהגמ' לא מעמידה את דברי ר"א בכפותה כמבואר במהר"ם שם נחא אבל לפשט הראשון קשיא. ולשון הרא"ש בזה הוא אע"ג דבכפותה איירי מ"מ סתם קניית הבהמה ע"י הילוך ע"ש. וע' בנ"י שבתחילה פירש כתוס' ואחרי מסקנת הגמ' מפרש אחרת. והיינו משום דס"ל שלמסקנא דמיירי בכפות א"א לפרש כתוס'.

ב. שיטת הנ"י שלמסקנת הגמ' דמיירי

בכפותה הספק הוא אי מהני משיכת בהמה כפותה שאין זה דרך משיכתה. והא דמסתפק ר"א לגבי הכלים לכאורה היה נראה דלגבי הבהמה פשיטא דלא מהני המשיכה כיון שאין זה דרך משיכתה, ורק לגבי הכלים מספקא ליה איפכא משיטת התוס' דאולי כיון שלגבי הכלים זה דרך משיכתם מהני אע"ג דלבהמה לא מהני.

א"ד כיון שמעשה המשיכה נעשה בבהמה ולגבי בהמה אין זה דרך משיכתה לא מהני גם לכלים. אך ברע"א בשו"ע ס' קצ"ז סע' ג' מבואר דלא פירש כן, דכתב שלנ"י הספק הוא בין לגבי הבהמה בין לגבי הכלים.

ג. שיטת הריטב"א דמדין משיכה

פשיטא דמהני משיכת הבהמה לכלים והספק הוא אם יכול לקנות את הכלים מדין חצר. ומיירי שהשאל לו הבהמה לקנות על ידו את הכלים בקנין חצר. ואילו היה משאל לו הבהמה להשתמש בו פשוט שהיה קונה את הכלים בחצר דחצר שאלה לדעת הריטב"א קונה לשואל. אבל כאן הספק הוא מפני שהשאל הבהמה רק לענין לקנות על ידו בקנין חצר. ובזה יש להסתפק אולי אין בעלות לענין קנין חצר אלא קנין חצר הוא תוצאה ממה שזה שלו לשאר התשמישים ואם אין לו תשמישים לא שייך קנין לענין לקנות בחצר. א"ד יכול להשאל לענין קנין חצר.

ד. שיטת הרמב"ן על דרך הריטב"א

שהספק הוא אם קונה מדין חצר, אי אית ליה קנין בגופה דבהמה כדי לקנות על ידה את הכלים או לא. אבל לענין משיכה לא ס"ל כריטב"א שהריטב"א פשיטא ליה שקונה והרמב"ן ס"ל איפכא דמדין משיכה פשוט שלא מהני משיכת הבהמה לכלים, ולא מטעמייהו דהתוס' אלא משום שאין משיכה לגבי הכלים, דהכלים מונחין ועומדים במקומן והבהמה הוא דמסגי להו.

ה. הרא"ש בב"ב דף פ"ו. מוכיח

דמשיכת לוקח בכליו של מוכר מהני מהא דר"א מספקא ליה רק במשוך בהמה. והא דבהמה גרע מבאר הרא"ש דבהמה לא נעשית בסיס לכלים. וכוונתו דכלי בתוך כלי כיון שהכל מין אחד חשיב הכל כדבר אחד והמשיכה מתיחסת לכולו. משא"כ כלים ע"ג בהמה שהבהמה היא בע"ח ולא שייך להחשיב הכלי

והבהמה לחפץ אחד בזה יש צד לומר שלא מתיחסת המשיכה רק לבהמה ולא לכלים. ולכאורה נר' שזה גם כונת הרמב"ן. ואע"ג דהרמב"ן בב"ב כתב שלפי פשט זה גם כלי בתוך כלי לא יועיל ולכן דחה פשט זה מ"מ הכא נשאר בפשט זה. ויתכן דס"ל הכא לחלק בין בהמה וכלים לכלי בתוך כלי. והסברא שכתב הרמב"ן כאן שהכלים מינח נייחי ובהמה מסגי הוא רק בבהמה שאינה נעשית בסיס לכלים. ושור' באבה"א פ"ג ממכירה הי"ד שמבאר הרמב"ן כאן ע"פ הרא"ש בב"ב ע"ש.

בעיקר דברי הריטב"א שיש צד ששייך לקנות קנין בחצר לענין לקנות על ידו בחצר אף שלשאר השימושים אין החצר שלו מצאנו כיוצא בזה בכמה מקומות. עיין מה שכתבנו בזה בס"ד בסוף השואל דף ק"ב. ובקידושין דף כ"ה: דהש"ך כתב בס' שיי"ג סק"א לישב שיטת הרמב"ם דס"ל שחצר שכורה קונה למשכיר, וקשה מכמה מקומות שמוכח שקונה לשוכר. ותירץ הש"ך בתירוץ השני שאם השכיר כדי לקנות בקנין חצר מודה הרמב"ם. ומצד אחד זה הפך דברי הריטב"א שהריטב"א ס"ל שסתם שכירות קונה לשוכר, ואם השכיר מיוחד כדי שיקנה הוא ספק בגמ', ולרמב"ם בסתם שכירות החצר השכורה קונה למשכיר וכשהשכיר בשביל קנין חצר עדיף וקונה השוכר. אך מאידך מדברי שניהם למדנו שיש קנין בחצר לענין לקנות על ידו בקנין חצר ואין קנין חצר דוקא בתולדה ממה שיש לו את שאר שימושי החצר. וכן מבואר ברמ"ה שמביא הקצה"ח בס' שיי"ג סק"א שאפשר להשכיר את החצר לכל תשמישיו ולשייר לעצמו הזכות לענין קנין חצר. וכן מבואר בתוס' בב"ב ע"ט: בסוף ד"ה אימור בשם הרשב"א ע"ש.

תוד"ה משוך. וי"ל דהתם לא אמר ליה קני וכו'. בודאי יש דעת מקנה דאל"כ לא היה קונה גם בסיפא, אלא דס"ל דכדי לקנות הכלים

במשיכת הבהמה בעינן אמירה מפורשת שיקנה באופן זה. ושיטת תוס' שזה בין במשוך בהמה וקני כלים ובין במשוך קופה וקני כלים שבתוכה שהרי גם על הסיפא תירצו שלא אמר קני. התוס' בב"ב דף פ"ה: בד"ה משך הקשו שיקנה התבואה ע"י משיכת הבהמה. ותירצו שלא אמר בפירוש שיקנה ע"י משיכת הבהמה. ובדף פ"ו. ד"ה ומדכליו הקשו על הסיפא אולי קונה התבואה ע"י משיכת הכלים, ובזה לא תרצו דמיירי שלא אמר קני כמו שתירצו כאן. ומשמע דס"ל דרך בבהמה בעינן קני. וצ"ל דבמשוך קופה כיון שפשוט שמהני משיכת הקופה לכלים הוי כמשך הכלים עצמם ובזה אין צורך באמירה מפורשת, משא"כ במשוך בהמה דאיכא חידוש דמהני משיכת הבהמה לכלים בזה אפילו לצד דמהני בעינן אמירה מפורשת. וע' בנתיבות ס' ר"ב סק"ו שהבין מדברי השו"ע דבמשוך קופה לקנות כלים לא בעינן אמירה מפורשת, וכתב שזה דלא כתוס' דידן. אמנם דבריו צ"ע דבלשון השו"ע שם סע' ט"ו מפורש דגם בזה בעינן אמירה מפורשת. ואולי גרסא אחרת היתה בפניו.

בביאור דברי התוס' בסוף ד"ה משוך ע' מה שכתב המהר"ם.

לענין הלכה עיין מה שכתבו בזה הרא"ש וחי' הר"ן. ובקונה"ס כלל ח' הקשה בזה סתירה ברא"ש ובר"ן. ועיין מה שכתבנו בזה בס"ד לקמן דף י"ב. בספק של זרק ארנקי.

רש"י ד"ה מי קני כלים. בלשון רש"י בסוף הדיבור מבואר דחסרון דחצר המהלכת היא משום שאינה משתמרת. וזה דלא כמבואר ברא"ש בגטין ריש פרק הזורק שמבאר מה שלענין חצר המהלכת כל שיכולה ללכת חשיב מהלך אע"פ שעכשיו אינה מהלכת, ואילו לענין משתמר סגי במה שעכשיו משתמר. וכתב הרא"ש דחצר המהלכת הוא גזה"כ דבעינן דומיא דידו נואפילו באופנים שחצר מדין שליח מ"מ

הערות

שנים אוחזין דף ט:

וציונים

קיא

מדאפקיה רחמנא בלשון יד בעינן דומיא דיד ע"ש וכל שיכול להלך אינו דומיא דידו. אבל הא דבעינן משתמר לאו גזה"כ הוא אלא מלתא דתליא בסברא ע"ש. הרי שמחלק בין דין מהלכת לאינה משתמרת ולא כרש"י שגם מהלך הוא בגלל משתמר. ואולי יש לדחוק דגם רש"י כתב כן רק למאי דס"ד שאם עומדת אין חסרון של מהלך, ובזה רש"י מפרש דס"ד דהחסרון הוא משום משתמר, אבל למסקנא דכל שאילו מהלך לא קנה עומד ויושב לא קנה ולא דמי חסרון דמהלך לאינה משתמרת בזה מודה רש"י לסברת הרא"ש. אך בשיטמ"ק בב"ק י"ב. בשם המאירי מפורש דמהלכת לא מהני משום דאינה משתמרת. וכן מבואר ברמב"ן בגיטין כ"א. ע"ש.

ספינה מינח נייחא ומיא הוא דקא

ממטו ל"ה. נחלקו תוס' והרמב"ן בביאור דברי הגמ'. מקושית התוס' בד"ה ספינה מוכח שלמדו שכונת הגמ' שהספינה עומדת על המים וכיון שהמים זזים ממילא זזה גם הספינה, אבל הספינה עצמה אינה זזה בתוך המים לכן אינה נחשבת מהלכת, שמקום הספינה היא על המים ומשם אין הספינה זזה. וע"ז הקשו דכמו שהספינה אינה נחשבת מהלכת מפני שאינה זזה ממקומה על המים כמו כן ברכוב האדם נשאר על מקומו שהוא על הבהמה ורק הבהמה זזה ממקומה ואמאי נחשב האדם כמהלך. אבל הרמב"ן ס"ל דלעולם הספינה נחשב כמהלך ואעפ"כ אין בו חסרון של חצר מהלכת מפני שהחסרון של מהלך הוא רק כשלחצר בעצמו יש כח הליכה, ולא כשהחצר אינה יכולה ללכת אלא שיש דבר אחר שמוליך אותה. ולרמב"ן לא קשיא קושית התוס' מרכוב.

תוד"ה ספינה. דיד מינח נייח וממטו לה

עם גופיה. מבואר בתוס' דהא דיד אינה נחשבת חצר מהלכת הוא משום דידו מינח נייח כסברת הגמ' לגבי ספינה. רע"א בגליון הש"ס מקשה ע"ז דא"כ היד אינו מהלך אבל הגוף

עצמו הוי מהלך ואמאי מהני נותן גט על ראשה. ועוד למה יד עבד הוי חצר מהלכת ואינו קונה אלא בכפות הרי ידו מינח נייח. לכן כתב רע"א דהא דיד לא הוי חצר מהלכת היינו משום דמהלך הוא רק דבר שמהלך מהקונה אבל היד אף שהוא מהלך מ"מ אינו מתרחק מהקונה. והא דפריך מהיה מהלך בספינה אע"ג ששם הקונה נמצא בתוך הספינה ואין הספינה מתרחקת ממנו ואעפ"כ לולא סברת ספינה מינח נייח היה נחשב מהלכת, עיין בקה"י שמבאר דאף שעכשיו אינה מהלכת ממנו מ"מ ראוי להתרחק ממנו אם לא יהיה בספינה משא"כ בידו.

בדברי הרמב"ן בגטין דף כ"א. מפורש

כדברי רע"א. דהקשה קושית רע"א דלפי סברת התוס' שאר הגוף צריך ליחשב מהלך. וכתב הרמב"ן דכיון שאינו מתרחק ממנו אין זה נחשב מהלך יעו"ש. הריטב"א בגיטין ע"ח. כתב דיד קונה ואינו נחשב חצר מהלכת כיון שהולך רק מדעת בעליו. נמצא ג' דרכים בהא דאדם קונה ע"י ידו מדין חצר ואין בזה חסרון של חצר מהלכת. א. לתוס' ידו מינח נייח וגופו ממטי לה. ב. לרמב"ן ורע"א דאינו מתרחק ממנו. ג. לריטב"א דאינו מהלך אלא לדעתו.

מתני' היה רוכב. בדברי רש"י בד"ה לא

אמר כלום מבואר שלמ"ד מגביה מציאה לחברו לא קנה חברו יש צד לומר שנשאר הפקר ויש צד לומר דכיון שלא זכה חברו זוכה הוא לעצמו. לרש"י בביצה ל"ט. נידון זה הוא מחלוקת ר"נ ור"ש כמבואר בתוס' בסמוך. אך אין לומר דכונת רש"י שהצד שזוכה לעצמו הוא משום דאף שחברו אמר לו להגביה בשבילו הוא מתכוין להגביה לעצמו כמו שמשמע לשון רש"י, דעיין במהרש"א בדף י'. על רש"י ד"ה סיפא שכל מה שתולין שאף שזכה לעצמו כשנותן אח"כ לחברו הוא נותן לו במתנה זה רק מפני שתולין שמלכתחילה הגביה בשביל חברו, בזה אמרין שאף שחברו

הר"ש הנ"ל אינו מבאר סברתו במה חולק על רש"י, אך בפירושו הרא"ש שם וכן בשיטמ"ק כאן בשם הרא"ש כתב דכמו שיכול להפקיר כל נכסיו כך יכול להפקיר שדה זו ואז אינו בעל השדה ויכול לזכות הפאה לעצמו. אך רש"י ס"ל כמו שכתב כאן בשיטמ"ק דאפילו אם יפקיר השדה אינו יכול לזכות בפאה כיון שבזמן הפרשת הפאה הוא היה בעל השדה. וע' ברע"א במשנה שם בפאה שנקט כן מסברא דאחר שחל עליו איסורא דלא תקלט לא יפקע ע"י הפקר והקשה על החולקים.

יתננו לעני הנמצא ראשון. למ"ד דמיירי מעני לעני קשה אמאי צריך לתת לעני הנמצא ראשון ואינו יכול לזכות לעצמו. וכתב הקצה"ח בס' רי"ב סק"ד דכיון שהיה דעתו לזכות לעני אף שלא הועיל מ"מ כלול בזה נדר לתת לעניים ואינו יכול לעכב לעצמו. והוכיח מזה כדעת הרמב"ם ולא כהרא"ש שחולק וס"ל דכה"ג לא הוי נדר ע"ש. ודברי הקצות בזה לכאורה אינם מובנים דאפילו נימא שיש בזה נדר ואינו יכול לעכב לעצמו מ"מ אינו מחויב לתת לעני הראשון אלא רשאי לזכות לעצמו ואח"כ לקיים נדרו ע"י שיתן לעני שרצה לזכות לו בתחילה או לאיזה עני שירצה. וע"ע בזה ברמב"ן לקמן על תוד"ה ד"ה רב נחמן.

תוד"ה ולימא. ראייתם מגיטין לכאורה אינה מובנת דמה הראיה שר"ג ס"ל כה"א דגיטין אולי ס"ל כדחיית ר"פ. וע' בפנ"י שתמה בזה והניח דבריהם בצ"ע.

דף י.

המגביה מציאה לחברו לא קנה. ג' חידושים יש בדברי ר"ג. א. שהתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה. ב. גם מציאה הוי חב לאחרים אף שאינו אלא מניעת רווח. ג. התופס לבע"ח לא קנה אפי' במקום דאיכא

לא זכה וממילא הוא זכה לעצמו מ"מ אח"כ נותן במתנה. אבל אילו היה צד שהגביה לעצמו לא נימא שהנתינה לחברו הוא לשם מתנה אלא לשם פקדון ע"ש. וע"כ שהצד שהמגביה זוכה לעצמו אינו משום שכוונתו להגביה לעצמו אלא כמבואר ברש"י בביצה דאף שדעתו לחברו אם אין חברו קונה הוא זוכה לעצמו. ובזה שפיר אמרינן שכשמביא לחברו דעתו ליתן לו במתנה. וביאור דברי רש"י בביצה דאף שאינו מתכוין לזכות לעצמו הוא זוכה ע' בס"ד בסמוך על תוד"ה רב נחמן.

מי שליקט את הפאה. פרש"י דמיירי בעשיר דעלמא ולא בבעל השדה, דבעל השדה אפילו אם יפקיר נכסיו ויהיה עני אינו יכול לזכות לעצמו וליכא מגו דזכי לנפשיה. הר"ש על המשנה בפאה חולק ומביא ראיה ממשנה בפ"ה מ"ב ומהירושלמי שם דגם בעה"ב יכול לזכות לעני אחר לר"א. וצ"ל דכונת הר"ש להקשות מהמשנה וס"ל שהסבר הירושלמי הוא מוכרח. דמהירושלמי עצמו אין להקשות על רש"י ד"ל שהירושלמי סובר כהה"א של הגמ' בגטין י"א: דר"א ורבנן פליגי בתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים ור"א ס"ל קנה אפילו בלי מגו. ולסברא זו בודאי מודה רש"י שאפילו בעל השדה יכול לזכות. ומה"ט בגיטין דף י"א: רש"י מפרש שהמלקט היה בעה"ב, דהתם קאי לה"א דטעמא דר"א אינו משום מגו אלא משום דתופס לבע"ח קנה. ורק למסקנא שהטעם הוא בגלל מגו ס"ל דבבעה"ב אין מגו. [ע' בזה בבית"ל ח"ג ס' מ"ד אות ד']. ועכצ"ל שכונת הר"ש להקשות מהמשנה בפ"ה. אבל א"כ צ"ע מה יענה הר"ש לדעת ר"ג דס"ל מעני לעני מחלוקת. וצ"ל דס"ל דכונת ר"ג אף מעני לעני דלר"א אפילו עשיר זוכה ולרבנן אפילו עני אינו זוכה. וכן משמע ברש"י בד"ה ולימא. וע' בשיטמ"ק שנחלקו הראשונים בזה. וגם לדעת תוס' צ"ל כן דכתבו דלר"ג סברת ר"א משום תופס לבע"ח קנה ולא משום מגו א"כ בודאי שר"א מתיר אפילו בעשיר.

למימר מגו דזכי לנפשיה. ובדעת ר' יוחנן דפליג וס"ל מגביה מציאה לחברו קנה חברו נחלקו הראשונים במאי פליג. דמבואר בגמ' בגיטין ובכתובות דר"י ס"ל התופס לבע"ח לא קנה. ולכן כתבו התוס' בד"ה אר"י דר"י מחלק בין חוב למציאה ורק בחוב שאין בו מגו ס"ל שהתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה משא"כ במציאה אף שגם בזה הוא חב לאחרים מ"מ קנה בגלל מגו דזכי לנפשיה. הרמב"ן כתב דר"י ס"ל דרק תופס לבע"ח הוא חב לאחרים אבל מציאה הוא רק מניעת רווח ולא חשיב חב לאחרים.

נמצא דלהלכה דקי"ל כר"י שהתופס לבע"ח לא קנה ומגביה מציאה לחברו קנה פליגי תוס' והרמב"ן בתרתי. א. לתוס' קי"ל דהיכא דאיכא מגו דזכי לנפשיה מהני אפילו בחב לאחרים. ולרמב"ן במקום שחב לא יועיל מגו. ובשו"ע ס' ק"ה סע' ב' נפסק בזה כשיטת התוס' דגם בתופס לבע"ח שבודאי הוא חב אם גם התופס הוא בע"ח דאיכא מגו מהני. וזה כר"י וכשיטת התוס' כמש"כ הגאון שם סק"ד. ואין לדחות דגם הרמב"ן מודה לזה אלא שכתב האמת דמציאה לר"י אינו חב כלל אבל מודה דגם במקום שחב כשיש מגו מהני דעיין בשיטמ"ק בשם הר"ן שמביא מחלוקת תוס' והרמב"ן בזה ומבואר בדבריו דרק לתוס' אמרינן מגו בתופס לבע"ח. ב. עוד נחלקו בגדר חב לאחרים דהתוס' ס"ל דאפילו מציאה שאינו אלא מניעת רווח הוא חב לאחרים. והרמב"ן ס"ל שרק הפסד נחשב חב ולא מניעת רווח. כן מבואר מדברי רע"א בתשובה קל"ג הובא בפת"ת ס' ק"ה סק"ג שרע"א מביא שו"ת מהר"ם אלשיך שכתב דמניעת רווח לא חשיב חב לאחרים, וכתב רע"א ע"ז דאמנם זה שיטת הרמב"ן אבל התוס' פליגי וס"ל דגם מניעת רווח הוא חב לאחרים.

ולכאורה נר' דמהר"ם אלשיך יפרש דמה דס"ל לתוס' שמציאה הוא חב לאחרים אינו מפני שחב לאחרים שהיו יכולים למצוא את

האבידה כהבנת רע"א, אלא כמו שכתב האו"ש בפ"כ ממלוה ה"ב שגם תוס' מודים דמניעת רווח לא הוא חוב אלא ס"ל דהמגביה מציאה אמנם כלפי אחרים הוא רק מניעת רווח אבל כלפי בעל האבידה עצמו הוא חוב. ואע"פ שהבעלים נתיאשו עדיין הממון שייך להם ואינו יוצא מרשותם עד דאתי ליד הזוכה, וא"כ המוצא ע"י זכייתו חב לבעל האבידה. וזה משום שהאו"ש ס"ל כשיטת הקצה"ח בס' ת"ו והנתיבות בס' רס"ב דיאוש לא מוציא מרשות הבעלים עד דאתי ליד זוכה. נמצא שע"י זכייתו הוא מוציא את הממון מרשות הבעלים, לכן ס"ל לתוס' דהוא חב לאחרים. וא"כ אין סתירה מדברי התוס' לדברי המהר"ם אלשיך.

בדברי הרמב"ן כשמבאר הא דמציאה לא הוא חב לאחרים כלול שני ענינים. א. שאינו חב לעלמא משום דאין זה אלא מניעת רווח. ב. שאינו חב לבעל האבידה שכבר יצא הממון מרשותו ע"י היאוש. וכתב ע"ז הגרא"ז זצ"ל בהגהותיו לרמב"ן דמבואר בלשון הרמב"ן דביאוש הממון יוצא מרשותו מיד. נמצא לדעת האו"ש שלכו"ע מניעת רווח אינו הפסד ומחלוקת תוס' והרמב"ן הוא דהתוס' ס"ל שיאוש אינו מוציא מרשות הבעלים וא"כ הוא חב לבעלים. והרמב"ן ס"ל שיוצא לכן אינו חב לבעלים. ולפ"ז כתב האו"ש לישב מה שהקשו התוס' סתירה בדברי ר"ג מדבריו בביצה, דהכא מיירי במציאה לאחר יאוש וחב לבעלים, והתם הוא הפקר ובזה מודה ר"ג דאינו חב דליכא בעלים. ולגבי שאר עלמא אין זה אלא מניעת רווח שאינו נחשב חב.

עוד מקשה האו"ש שם על מה שכתבו הפוסקים דבע"ח יכול לתפוס לבע"ח אחר מדין מגו דזכי לנפשיה דכל זכותו לתפוס לעצמו הוא רק באופן שיפקע החוב שחייבים לו אבל בכה"ג שתופס לאחר ולא יפקע החוב שחייבים לו גם לעצמו אין לו זכות לתפוס ואין יתפוס לאחרים. ע"ש.

תוד"ה ר"נ. התוס' בביצה הקשו על פרש"י דפירש דנחלקו ר"נ ור"ש כשמגביה בשביל חברו ואין חברו זוכה אם המגביה זוכה לעצמו, איך יזכה לעצמו בלי כוונת קנין, ומאי שנא מעודר בנכסי הגר וקסבר שהם שלו שאינו קונה. ודברי התוס' שם לכאורה צ"ב שמיד אחר זה הביאו פר"ת דר"נ ס"ל קנה חברו ואין זה נחשב חב לאחרים כיון שיש הרבה מים בבור. ור"ש ס"ל שגם בזה לא קנה חברו. וגם לתוס' קשה מה שהקשו על רש"י אמאי לר"ש זה כרגלי הממלא אמנם חברו לא קנה אבל גם הוא לא קנה וחברו יזכה כשיגיע לידו. אע"כ דאם אין חברו זוכה ממילא המגביה זוכה. ולמה קשיא להו לרש"י יותר מלשיטתם. וצ"ל דלדידהו לא קשיא להו דהא דהו כרגלי הממלא אין זה מפני שהוא זוכה, דמבואר שם דאם מסר לרועה הרי זה כרגלי הרועה אף שאינו אלא שומר ולא קנוי לו. ולר"נ שקנה חברו הוי כרגלי חברו, ולר"ש שניהם לא קנו והוי כרגלי הממלא מפני שהוא כשומר על המים, וכיון שאין בעלים אזלינן בתר ידיה. ורק על רש"י דגריס בגמ' ר"ש אמר קנה והכונה שקונה הממלא א"כ מבואר דהטעם של ר"ש הוא משום שהממלא קונה ובזה חולק על ר"נ, ע"ז הקשו התוס' דאין סברא שיקנה הממלא. ושו"ר בתומים ס' ק"ה סק"א שעמד בזה בדברי התוס' וע"ש מש"כ בזה.

בעיקר קושית התוס' על רש"י בסברת ר"ש שזוכה בעצמו בלי כונת קנין כתב השיטמ"ק בשם הרא"ש בד"ה וכן דשאני עודר בנכסי הגר שלא היה כונת קנין כלל משא"כ הכא כיוון לזכות לחברו ובזה אם חברו לא קנה קונה לעצמו. ומפורש בדברי הרא"ש שבכה"ג שהיה כונה לקנות לחברו אם חברו אינו קונה הוא קונה לעצמו אף אם לא כיוון לזכות לעצמו. מלשון הרא"ש משמע לכאורה דכל מה שצריך כונת קנין הוא משום דבל"ז אין זה מעשה קנין אבל הכא שיש כונה לקנות לאחר זה נותן למעשה שם מעשה קנין ואם אין חברו

קונה יכול הוא לקנות לעצמו במעשה זה בלי כונת קנין. אך הדברים לכאורה תמוהים שפשוט שאפי' במקום שיש מעשה קנין בעינן כונה לקנות. ואדרבה מעשה קנין יש אפילו בלי כונה כדמוכח מדמהני דעת אחרת מקנה בלי כונה של הקונה כמו שמבאר הקצה"ח בס' ער"ה סק"ד. ועכצ"ל שכונת הרא"ש שכל מי שזוכה לחברו כלול במעשה הזכיה שלו כונה שאם חברו לא יזכה הוא יזכה לעצמו. וכן נראה שהבין התומים בס' ק"ה סק"א שמזכיר את דברי הרא"ש בתוך דבריו ע"ש.

הרמב"ן גם מקשה על רש"י אמאי זוכה לעצמו, ומוכיח שאינו זוכה לעצמו מהא דיתננו לעני הנמצא ראשון, ולמה לא יקח לעצמו למ"ד דמיירי בעני, אלא מוכח דאינו זוכה לעצמו ע"ש. ולכאורה אינו מובן דאפילו נימא שלא זכה לעצמו מ"מ עכשיו יזכה לעצמו ולמה מחייבים אותו לתת לעני הנמצא ראשון. אע"כ צ"ל או כדברי הקצה"ח שהובא לעיל או שזה קנס וא"כ מה הוכיח מזה הרמב"ן וצ"ע.

ועוד אומר ר"ת וכו'. בביאור דברי ר"ת כתב האו"ש בפ"ה ממעילה ה"ו דכיון דכל כחו לזכות לחברו הוא רק בגלל זכותו לזכות לעצמו א"כ זכייתו לחברו הוי כשימוש של המגביה והוי כאילו זכה לעצמו ונתן לחברו ונחשב שחברו קיבל ממנו. ואף שאין שום שיור בזכייתו של חברו והוי לגמרי של חברו מ"מ הוי כרגליו של הממלא כיון שהזכיה באה מכחו. ומדברי הרשב"א בביצה נראה שמפרש דברי ר"ת באופן אחר. שהרשב"א מקשה על ר"ת וז"ל לרב ששת מ"מ אינו קונה לו דוקא כרגליו אלא שלא קנה לו יותר מרגליו וליתר מרגליו הממלא הרי הן הפקר וכיון שכן כשיקבלם זה יהיו כרגליו עכ"ל. ומשמע שמפרש שאין כחו של הממלא לזכות מכח מגו דזכי לנפשיה לענין ללכת למקום שהוא אינו יכול ללכת, ולענין הילוך למקום שהזוכה אינו

יכול ללכת נשאר הממון הפקר. וע"ז מקשה הרשב"א שיזכה מי שמלאו בשבילו בעצמו כשיגיע לידו לענין ללכת למקום שאין הזוכה יכול ללכת. והדברים כפשוטם לכאורה תמוהים דמה שהזוכה אינו יכול ללכת הוא איסור בעלמא אבל הזכיה היא זכיה גמורה ואין בו שום צד של הפקר. ונראה שכונת הרשב"א דכל מה שחברו מוגבל בתחום של הממלא הוא רק כ"ז שסיבת זכיותו הוא מכח חברו ומכח המיגו דזכי לנפשיה של חברו, וזה רק כ"ז שלא זכה בעצמו. אבל מהרגע שהגיע הממון לידו יש לו סיבה עצמית שיהיה שלו גם לולא שהזוכה זכה בשבילו, ומאז לא צריך להיות תחומו תלוי בתחום של הממלא. וע' בחי' הר"ן שיש צד לומר שלר"ת יהיה כרגלי שניהם ולא רק כרגלי הממלא.

התופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה. שיטת רש"י דאם עשאו שליח מהני. והתוס' הקשו מהגמ' בכתובות במעשה דיימר בר חשו. והרא"ש מקשה שהגמ' מביאה ראיה לנידון זה ממתני' דקתני ואמר לחברו תנה לי שהוא שליחות לזכות לו. התוס' בגיטין י"א: מקשים עוד מסברא דאם שליחות מהני למה לא יועיל זכין שהוא מדין שליחות. הקצה"ח בס' ק"ה סק"א וסק"ג כתב דזכין הוי דין שליחות מחודש שנעשה שליח בלי מינוי וחידוש זה לא נאמר במקום שחב לאחרים. וע"ע במהרש"א בכתובות שכתב לישב שיטת רש"י, ובמה שכתב על דבריו הקצות הנ"ל. הש"ך בס' ק"ה כתב דכונת רש"י שליח בשכר שדינו כפועל. והתומים שם וכן רע"א מה"ת ס' קי"ב כתבו דאינו מוכן שדין פועל אינו תלוי בשכר דגם בחנם איכא דין פועל. וע"ש ברע"א מש"כ לישב שיטת רש"י והובא בסמוך.

לתוס' שגם אם עשאו שליח לא מהני במקום שחב לאחרים צ"ב כיון שהוא עצמו יכול לתפוס אף שחב לאחרים אמאי לא אמרינן בזה שלוחו של אדם כמותו. וכתב בזה הקצות

הנ"ל בשם הפנ"י דהוי שליחות לדב"ע. הקצות חולק דאין זה נחשב עבירה. ועוד שאפילו תימא דהוי עבירה העבירה היא לשליח ולא למשלח. והדין של אין שליח לדב"ע נאמר רק כשיש עבירה למשלח. וע' מש"כ בזה הקה"י קידושין ס' ל"ט. הנתיבות כתב שמה דלא מהני שליחות לדעת התוס' הוא משום דבעינן שלוחו של בעל הממון ע"ש. הרא"ש כתב ששיטת הרי"ף שלענין תפיסה איכא טענת לאו בעל דברים ידידי את, ומהני רק מתקנ"ח במקום שאם לא יתפוס השליח לא יהיה למלוה ממה לגבות. הרא"ש חולק דלאו בעל דברים ידידי את נאמר רק כשבא לדון עמו ולא לענין תפיסה.

שאני פועל דידו כיד בעה"ב.

התומים בס' ק"ה סק"א מביא שהמרדכי מסתפק אי פועל של בעה"ב יכול לתפוס מבע"ח של בעה"ב במקום שחב לאחרני. והקשה התומים דמפורש בגמ' דאפילו לר"נ דמגביה מציאה לחברו לא קנה חברו משום דהוי כתופס לבע"ח במקום שחב לאחרני מ"מ פועל שאני. וכתבו בזה התומים והנתיבות בס' ק"ה סק"א דהא דשאני פועל דידו כיד בעה"ב אין הכוונה שלכן יכול לתפוס בשביל רבו אע"פ שחב לאחרים, אלא ענין יד פועל כיד בעה"ב הוא דבעה"ב מידו דפועל קא זכי. וביאור דבריו הוא ע"פ מה שכתב האו"ש פ"ט משכירות הי"א דפועל הוי כאילו הקנה ידו למעשה ידיו ולמציאותיו לרבו, וידו קנוי לבעה"ב לענין זה כקנין דקל לפירות ע"ש. וא"כ עיקר זכיית הפועל הוא לעצמו וממילא זוכה הבעה"ב במה שקנה הפועל כיון שזה פירות ידיו ולענין פירות אלו יד הפועל קנוי לבעה"ב. ולכן אין בזה חסרון של חב לאחרני שאין זכיית הפועל לרבו אלא לעצמו וממילא זוכה בעה"ב. אך כ"ז שייך רק במקום דאיכא מגו דזכי לנפשיה כגון במציאה אבל בתופס לבע"ח שאינו יכול לזכות לעצמו אלא רק לבעה"ב בזה אין שום מעלה במה שהוא פועל לסלק החסרון של חב

לאחריני. וא"כ ליכא סתירה מהגמ' שלנו לדברי המרדכי.

רע"א בתש' קל"ג ד"ה והנה מקשה איך חצר קונה מציאה הרי קי"ל דמגביה מציאה לחברו קנה חברו רק במקום דאיכא מגו דזכי לנפשיה, ובחצר לא שייך מגו. [ומביא רע"א שהנ"י לקמן הקשה כן]. וכתב בזה רע"א דחצר עדיף מסתם שליח שחצר הוא שלוחו של בעל החצר לכל מילי והוי כמו פועל דמהני תפיסתו ע"ש. ומבאר דרע"א ס"ל שיש מעלה בפועל גם במקום שאינו יכול לזכות לעצמו. וזה דלא כדברי האחרונים הנ"ל. וביאור דברי רע"א הוא כמו שכתב בקה"י בס' ט"ו דכל שליח צריך ליחד מעשיו בשביל משלחו ולא כל כמיניה לעשות כן במקום שחב לאחריני. אבל חצר או פועל שממילא פעולתו מיוחדת לבעליו אין בזה חסרון של חב לאחריני.

רע"א לשטתו מבאר במה"ת ס' קי"ב את דברי המרדכי הנ"ל בענין אחר. דכל החידוש של פועל שאני נאמר לדעת ר"נ לישב הא דמציאת פועל לבעה"ב. אבל לר"י אין הכרח לחדש דפועל שאני ע"ש. ובזה מבאר רע"א את שיטת רש"י ששליח מהני גם במקום שחב לאחרים שזה רק לר"נ דס"ל יד פועל כיד בעה"ב, א"כ כל שליח הוא כפועל ומהני גם כשחב לאחרים. אבל לדידן דמגביה מציאה לחברו קנה חברו אין הכרח לחדש שיד פועל כיד בעה"ב, א"כ בתופס לבע"ח גם פועל לא יועיל וכ"ש שתפיסת שליח לא מהני.

הנתיבות בס' קפ"ח סק"א כתב ביאור חדש בהא דיד פועל כיד בעה"ב, דחשיב מעשה הפועל כאילו נעשה מכח בעה"ב, ומשיכת הפועל הוי לגבי בעה"ב כקורא לה והיא באה, דנחשב שאולא מחמתיה. ע"ש שהאריך בזה.

נמצא ג' פשטים בזה. א. האו"ש ס"ל דהפועל זוכה לעצמו והאדון ממנו דידו קנוי

לבעה"ב למציאתו. ב. לרע"א כיון דהוי שליח לכל מילי לא אמרינן בזה דלאו כל כמיניה לזכות לזה ולחוב לזה. ג. לנתיבות הוי כמוגבה או נמשך מכח בעה"ב. ולענין אי פועל הוי דוקא בשכר או אפילו בחנם הש"ך בס' ק"ה נקט דדוקא בשכר, וכן נראה שנקט הנתיבות בס' קפ"ח סק"א. והתומים ס' ק"ה סק"א ורע"א תנינא ס' קי"ב ס"ל דגם בחנם איכא דין יד פועל כיד בעה"ב ולרע"א כל שליח דינו כפועל.

תוד"ה יבול. לכאורה נר' כונתם דמהא דיכול לחזור לא היה קשה לגמ' דהגמ' ידעה שהוא מדין עבדי הם, ואין זה סתירה להא דיד פועל כיד בעה"ב, דמצד קנין הממון באמת הוי כיד בעה"ב וגזה"כ שיכול לחזור וזכותו להפקיע קנינו של האדון. אבל א"כ היה צריך להיות ידו על התחתונה כיון דסוף סוף הוא גורם הפקעת ממון ע"י חזרתו. ואם ידו על העליונה מוכח שמצד דיני הממון זכותו לחזור וזה סתירה להא דידו כיד בעה"ב. ומשני דלעולם מצד קנין הממון ידו כיד בעה"ב וכל מה שחזור הוא מדין עבדי הם ואעפ"כ כיון שלמעשה זכותו לחזור ידו על העליונה.

תוד"ה ולא אמר. ע' שיטמ"ק בשם הרא"ש שכתב לישב קושית התוס' דאף דבעלמא תן כזכי הכא אינו כזכי מפני שרצונו של הרוכב הוא שלא ידע המגביה שזה אבידה כדי שלא יזכה בו לעצמו. ולכן אומר תן ולא זכי כדי שיחשוב שהממון הוא של הרוכב. ולכן כשנודע למגביה שזה אבידה לפני שבא הממון לרוכב הוא יכול לזכות לעצמו. הקצות בס' ער"ה סק"ג מסתפק בשלח שליח לזכות בממון בשבילו והשליח עושה את פעולת הקנין בשביל המשלח אבל חושב שהממון הוא כבר של המשלח ואינו מכוין לשם קנין אם מהני כונת המשלח עם מעשה השליח. ומביא הקצות ראייה לספק זה מדברי הרא"ש הנ"ל. ודבריו לכאורה אינם מובנים היכן משמע ברא"ש

הערות

שנים אוחזין דף י.

וציונים

קיו

קנין חצר ממש. ושיטת הרמב"ן דתקנ"ח הוא שיקנה את החפץ שנכנס לד' אמותיו אע"פ שאינו חצרו ממש וזכיית החפץ הוא תקנ"ח ולכן לא מהני בגט אלא מדין אפקעינהו.

הבית שמואל באבה"ע ס' קל"ט סע' כ"ד ס"ל דהא דמהני ד' אמות לגירושין הוא דוקא כשלא עמד אדם אחר באותן ד' אמות לפני האשה אבל אם אחר קדם הוא זכה בד' אמות. ואפילו קדמה האשה לבעל לא מהני כיון שהאחר זכה בד' אמות. והתורת גיטין שם וכן רע"א במה"ת ס' צ"ו חולקים וס"ל דאע"ג דלענין מציאה האחר קדם וזכה בד' אמות מ"מ לענין זכיית הגט שלא שייך שהאחר יזכה לענין זה הוי ד' אמות שלה. והביאו לזה ראייה מהגמ' בגיטין ע"ש. וכן אם קדם ראובן לשמעון בד' אמות ואחר נתן מתנה לשמעון יקנה כיון שאין לראובן שייכות בזכיה זו ולגבי זכיית המתנה הד' אמות הם של שמעון ולגבי מציאה שנפל באותו רגע הוי של ראובן. כן כתב רע"א שם, ומבאר דמדת חכמים כך היא שנחשב של כ"א מהם לענין מה שנוגע לו.

אך לכאורה זה ניחא רק לדעת הרמב"ן דס"ל שתקנ"ח היתה שיקנה ע"י חצר זה אע"פ שאינה שלו ממש א"כ כך תקנו שיקנה אף שהקנין שיש לו בחצר אינה מספיק לקנות בקנין חצר מדינא. וא"כ שפיר י"ל דהוי של כ"א לענין מה שנוגע לו דבלא"ה אין זה חצרו ממש. אבל לדעת הר"ן אין שום חידוש בזכיית החפץ אלא רק בהקנאת החצר, וזכיית החפץ הוא כדין קנין חצר דאורייתא. וא"כ איך יתכן שיחשב חצרו של ראובן לענין מציאה ושל שמעון לענין מקח. אך יש לישב גם לדעת הר"ן דלעיל בדף ט': בספק של משוך בהמה וקני כלים שעליה הובא שהריטב"א שם מפרש שהספק הוא אם כדי לקנות בקנין חצר בעינין שיהיה לקונה את כל השתמשות החצר או סגי בזה שקנוי לו רק לענין קנין חצר. וע' מה שכתבנו בזה לעיל. ולשיטת הר"ן לכאורה יהיה

שאלו היה מגביה באופן זה עבור חברו היה מועיל הרי כאן מבואר רק שאינו זוכה לעצמו וזוכה הרוכב כשבא לידו. ומה שמבואר בגמ' שלא זכה הרוכב מיד מפני שלא אמר זכי ומשמע שאם היה אומר זכי היה כן זוכה היינו משום שאם היה אומר זכי היה מבין המגביה שזה אבידה והיה זוכה בשביל הרוכב וצ"ע. וגם מה שהוכיח הקצות מהתוס' בעמ' ב' ד"ה אי בעי דבמעשה גניבה ע"י שליח מתחייב המשלח אע"ג דהשליח חשב שזה של המשלח ולא כוון למעשה קנין, ולכאורה יש לחלק דגניבה שאני דצריך רק מעשה קנין ולא כונת קנין. וע' בזה לקמן דף י': על תוד"ה אי בעי.

בעיקר הספק של הקצות לכאורה הספק הוא אם בכה"ג שמי שעושה את מעשה הקנין אינו יודע שהוא עושה מעשה קנין מפני שחושב שהממון כבר של משלחו חסר במעשה קנין או שאין זה חסרון במעשה הקנין אלא בכונת הקנין וכיון שיש דעת קנין של המשלח מהני. ולכאורה יש לפשוט ספק זה ממה שמביא הקצות בסק"ד שדעת אחרת מקנה מהני גם בכה"ג שהקונה חושב שזה שלו. ומוכח דאין חסרון במעשה הקנין. וכמו שמהני דעת המקנה להצטרף למעשה הקנין של הקונה אף שהקונה אינו יודע כלל שעושה מעשה קנין כך יצטרף דעת הקנין של המשלח למעשה של השליח אף שאין השליח יודע שהוא עושה מעשה קנין.

ד' אמות של אדם קונות לו בכל

מקום. בגדר תקנ"ח בקנין ד' אמות נחלקו הר"ן והרמב"ן בגיטין דף ע"ח: דהרמב"ן מקשה איך מהני ד' אמות בגט להתיר א"א דאורייתא. ותירץ דאפקעינהו רבנן לקידושין מינה. והר"ן שם כתב דהקנו לה את הד' אמות ע"י הפקר ב"ד וממילא הוי כחצרה ומתגרשת מדאורייתא. וכתב האב"מ בס' ל' סק"ה שלפי הר"ן אין שום חידוש בקנין החפץ ע"י ד' אמות אלא תקנו רק זכיה בחצר וקנין החפץ הוא מדין

ראיה מקנין ד' אמות דסגי במה דהוי שלו לענין קנין חצר, שברור שלא תקנו שהד' אמות יחשב כחצרו לכל דבר ואינו קנוי לו אלא לענין לקנות בו בקנין חצר בלבד. וא"כ ה"ה שיתכן שלענין קנין מסוים יהיה חצרו של אחד ולגבי קנין אחר יהיה של אחר.

אמנם יש לעיין בזה בדעת הריטב"א דלדבריו יש צד בגמ' לעיל שאין חצר קונה אלא כשהוא שלו לכל השתמשותיו, ולא סגי במה שהוא שלו לקנין חצר בלבד. ואיך זה מתאים עם דברי הריטב"א כאן שמקשה כקושית הר"ן איך מהני ד' אמות לענין גט, ותירץ כהר"ן דזוכה בחצר ע"י הפקר ב"ד. וקשה איך מהני מדין חצר כשאיין לו שום השתמשות בד' אמות, ובפרט אם אחר קדם והוי שלו רק לענין זכיית חפץ זה או הגט, איך יקנה מדין חצר לצד של הגמ' לעיל דלא סגי בקנין לענין קנין חצר אלא בענין שהשתמשות החצר יהיה שלו. ובד' אמות אפילו לבית שמואל בודאי אין הד' אמות קנוים לו לכל השתמשותיו אלא רק לקנין חצר וצ"ע.

תקינן רבנן דלא לית ל'אנצוי.

נחלקו הראשונים אם תקנת ד"א היתה רק במציאה והפקר שיש בהם חשש אינצוי ובמכר ומתנה אינו קונה או שלא פלוג ותמיד קונה. הרא"ש כתב שתקנו גם במכר ומתנה, והש"ך בס' רמ"ג סק"ט כתב שמשמע מדברי התוס' בד"ה ארבע אמות שהתקנה היתה רק כשיש חשש אנצוי. ולדעת החולקים צ"ל דהא דבגניבה אינו קונה בד' אמות דגניבה שאני דבאיסורא לא תיקנו. הסוברים שלא תקנו במכר ומתנה הביאו ראיתם מדהוצרכו לתקן משיכה בסימטא ות"ל שקונה בד"א בלי משיכה. עיין במאירי שהביא ראיה זו. והב"י בסוף ס' ר' מביא בשם הר"ן דס"ל שתקנו גם במכר ומתנה ומישב הא דהוצרכו לתקן משיכה בסימטא, דד' אמות קונות דוקא כשקדם הלוקח לחפץ הנמכר, אבל אם קדם החפץ זכה

המוכר בד' אמות ובכה"ג בעינן משיכה. וכתב ע"ז הש"ך שם סק"ה דדוקא במכר אינו קונה בד"א כשקדם הכלי אבל במציאה או הפקר קונה אף שקדם הכלי כדמוכח בפ"ק דב"מ. וכדברי הש"ך מבואר בדברי הר"ן בעצמו בחידושי הר"ן כאן [והובא בשיטמ"ק] שכתב בהדיא כדברי הש"ך. והר"ן מבאר טעם הדבר דמציאה והפקר אין להם בעלים שיהא מקומו של כלי קנוי להם ע"ש. ומבואר בלשון הר"ן דאבידה אחר יאוש הוי הפקר ואין לו בעלים, ודלא כהקצה"ח בס' ת"ו והנתיבות בס' רס"ב שאינו יוצא מרשות הבעלים עד דאתי ליד זוכה. אך גם לדבריהם א"ש דכיון שיש התר זכייה וכל הקודם זכה אין הממון במצב זה משמש את הבעלים ואינו קונה בשבילם מקום בסימטא. אבל מלשון הר"ן משמע דאין לו בעלים כלל.

עוד כתב שם הש"ך בשם הב"י דשיטת הרא"ש דאפילו קדמו כליו של מוכר לקונה יכול לקנות בד"א. ומקשה הש"ך דלדעת הרא"ש קשה קושית הר"ן למה לי משיכה בסימטא. וכתב ע"ז הנתיבות שם סק"ד דהרא"ש חולק על הר"ן רק לענין קדמו כליו של מוכר, אבל אם המוכר עצמו קדם ללוקח מודה הרא"ש שהוא זכה בד"א ואינם קונות ללוקח כמבואר בגמ' בגיטין לענין גט, ובאופן זה צריך משיכה. ולכאורה כונת הנתיבות דהר"ן והרא"ש פליגי בזה דהר"ן ס"ל דכמו שהמוכר זוכה בד"א כשהוא קדם כך זוכה הוא בד"א ע"י כליו שקדמו לקונה. והרא"ש ס"ל דרק כשקדם הוא עצמו הוא זוכה בד"א ולא ע"י כליו. ולכאורה נר' דיש לבאר באופן אחר דלעולם גם הרא"ש ס"ל שיכול לזכות בד"א גם ע"י כליו אבל ס"ל כסברת רע"א במה"ת ס' צ"ו שהזכיה בד"א הוא לענין מה שיכול לזכות ע"י הד"א. ואם אדם שאינו בעל אשה זו קדם לאשה אינו מונע מהאשה לזכות בד"א לענין הגט דאין לשני שייכות לזכיית הגט. והקשה שם רע"א למה אם קדם הבעל אינה מתגרשת בד"א הרי

הערות

שנים אוחזין דף י.

וציונים

קוט

גם הבעל אין לו שייכות לזכיית הגט. וכתב רע"א דצ"ל דאף שאינו זוכה בד"א לענין זה מ"מ בד"א של אדם אין קנין לאחר לצאת בזה מרשות המוכר. ומה"ט כתב רע"א דאפילו אם הבעל או המוכר בפירוש אינו רוצה לזכות בד' אמות אעפ"כ לא יוכל לגרש או למכור באותן ד"א. ולפ"ז סברת הרא"ש פשוטה. דאמנם גם כליו של אדם הם סיבה לזכות לו ד"א בסימטא אבל המוכר אין לו זכייה לענין לעכב הקנין של הקונה דחפץ זה לגביו הוי כגט שהוא אינו שייך בזכייתו. וכל מה שגורם שהקונה שבא אח"כ לא יקנה הוא רק מפני שאגיד בד' אמות של המוכר וזה שייך רק לגבי המוכר ולא לגבי כליו. והר"ן פליג וס"ל שהמוכר קונה ד"א לענין לעכב קנינו של הקונה וממילא אין נ"מ בין אם קדם המוכר עצמו או כליו.

ע"פ דברים אלו יתבארו היטב דברי הקצות שם בסק"ד שכתב דדברי הר"ן שאם קדמו כליו של מוכר אין הקונה קונה בד"א הם דוקא בסימטא אבל אם קדם הגט לרה"ר לפני האשה [ולא חסרון של טלי גיטך או בכסף קידושין שאין דין טלי גיטך] בזה מודה הר"ן דמגורשת. שהרי בכל הקנינים לא מהני ד"א ברה"ר אלא רק בגט יש פוסקים שהקילו משום עיגונא, ובזה קנין ד"א שייך רק לאשה, והבעל ע"י הקדמת הגט אינו קונה ד"א כלל. והקשה ע"ז הנתיבות שם א"כ אפילו קדם הבעל בעצמו לאשה תתגרש ובגמ' מפורש דקדם הוא לא מהני. אבל להנ"ל א"ש דמאי דס"ל לרא"ש בסימטא ס"ל לר"ן ברה"ר. וכמו דס"ל לרא"ש דתמיד הקדמת המקנה אינו נותן לו קנין בד"א, ומה שמבטל קנינו של הקונה הוא רק משום דאגיד גביה דהמוכר כמו שביאר רע"א, וסובר הרא"ש שזה סברא רק לגבי המוכר עצמו ולא בכליו. וכל מה דהר"ן פליג הוא רק משום דס"ל שהמוכר קונה ד"א לבטל הקנין ולא רק לענין אגיד גביה, ולכן ס"ל שגם קדמו כליו מקלקל קנינו של הקונה. אבל ברה"ר בודאי מודה הר"ן לרא"ש שאינו קונה כלל כמבואר

בקצות וברע"א ובזה גם הר"ן מודה שכל החסרון הוא משום דאגיד גביה וזה חסרון רק כשקדם הבעל ולא כשקדם הגט.

אי תיקון רבנן כי לא אמר מאי הוי.

בתוס' לקמן דף י"א. ד"ה זכתה מבואר דכונת הגמ' דכיון דד' אמות נתקן בגדר קנין חצר [וזה בין לר"ן שהקנו לו הד"א וקונה מדין חצר ממש בין לרמב"ן שתקנו מדרבנן שיחשב כחצר] ממילא חצרו קונה לו שלא מדעתו. ואע"ג דהוי חצר שאינה משתמרת מ"מ כיון שעומד בצידו קונה אפילו שלא מדעת. ואף לשיטת הרמב"ם בפ"ז מגו"א ה"ח דבחצר שאינה משתמרת אע"פ שעומד בצידו בעינן שיאמר זכתה לי שדי כתבו ה"ה והכ"מ שם דבד' אמות מודה הרמב"ם דלא בעינן זכתה לי שדי ע"ש. אמנם לפי מש"כ התוס' בב"ב נ"ד. שאם יודע שנמצא בחצרו ואינו מכוון לקנות אין חצרו קונה לו שלא מדעתו א"א לפרש כן. וכן למה שכתב השיטמ"ק כאן בשם ר' יהונתן דבד' אמות נמי בעינן זכתה לי שדי כדין כל חצר שאינה משתמרת ועומד בצידה, אי אפשר לומר שהד' אמות קונות לו שלא מדעתו. ולדבריהם צ"ל דקושיית הגמ' כי לא אמר מאי הוי היינו דאמנא בעינן כונת קנין אבל לא בעינן שיכוון לקנות ע"י הד"א. והכא הרי יש כונה לקנות ע"י נפילה וסגי בזה שיקנה ע"י ד"א. אך יש בזה חידוש דעיין במחנ"א דיני חצר ס' ב' שמבאר שיטת הרמב"ם דבאינה משתמרת בעינן תזכה לי חצרי דבמקום שאינו משתמר ממש ואין דרך להניח בו חפציו אינו שלוחו ממילא, אלא בעינן שיעשה החצר לשלוחו וזה נעשה ע"י כונת קנין. ולפ"ז בעינן דוקא שירצה לקנות ע"י החצר. ואילו לר' יהונתן מוכח בגמ' דאין חסרון בחצר אלא שבחצר כזה בעינן כונת קנין ולענין זה סגי במה שרוצה לקנות בנפילה. [וע' בתוס' לקמן ד"ה זכתה שרמזו לפשט זה ודחוהו]. ושוב העירוני דבחי' ר' יהונתן במשנה מפורש דד' אמות קונות בלי אמירה וע"כ שאין

כוונת ר' יהונתן כמו שכתבתי אלא כמו שמבאר הביה"ל ח"ג ס' מ"ה אות ה' יעו"ש.

כיון דנפל גלי דעתיה וכו'. נחלקו הנ"י והרשב"א בביאור דברי הגמ'. דהנ"י מפרש דגלי דעתיה שאינו רוצה לזכות כלל בד' אמות. והרשב"א הובא בשיטמ"ק כתב דאין צריך לזה דאפילו זכה בד' אמות מ"מ אם אינו רוצה לקנות לא קנה בע"כ. והא דהוצרך הנ"י לומר שאינו זוכה בד"א מבאר הגר"ר שלמה איגר בשו"ת רע"א ס' רכ"א אות ה' נוע' מה"ת ס' צ"ו דס"ל דכיון שכוון לזכות בנפילה א"כ יש כאן כונת קנין וכיון שיש גם מעשה קנין המועיל דהיינו קנין חצר אינו יכול לעכב שלא יחול. ומה שבעלמא לא חל קנין כשאינו רוצה לקנות היינו כשאנו רוצה לקנות כלל אבל אם רוצה לקנות אבל לא בקנין זה לאו כל כמיניה לעכב קנין זה מלחול. וכדי שלא יקנה בקנין ד' אמות בעינן שלא ירצה לזכות בד' אמות כלל. והרשב"א פליג ס"ל דאף שזוכה בד' אמות אם אינו רוצה לקנות ע"י חצר אין החצר קונה לו אע"ג שרוצה לקנות בקנין אחר.

ובזה תלוי הביאור בהמשך הגמ' דר"פ פליג וס"ל שגם בכה"ג שנפל אם היה בסימטא היה קונה בד' אמות. ולדעת הרשב"א צ"ל דס"ל שאין בכלל ראייה מהא דנפל שאינו רוצה לקנות בד"א, או שחולק וס"ל דלא מהני מה שאינו רוצה לקנות בד"א דסו"ס יש כונת קנין. אבל לשיטת הנ"י מבאר הגרש"א דגם ר"פ מודה שאינו רוצה לקנות בד"א ובהא פליגי דבתחילה הגמ' סברה שיש בזה גם גילוי שאינו רוצה כלל לזכות בד' אמות, ור"פ ס"ל שהגילוי הוא רק שאינו רוצה לקנות החפץ ע"י הד"א אבל לא שאינו רוצה לזכות בד"א. וממילא כיון שסו"ס איכא כונת קנין ע"י הנפילה קונה ע"י הד"א אף שאינו רוצה. וע"ע לקמן ביאור אחר במחלוקת אי אמרינן גלי דעתיה או לא.

לכאורה יהיה נ"מ במחלוקת זו לענין קושית רע"א במתני' דנקטו ובא אחר והחזיק

ולמה צריך השני להחזיק ואינו קונה בד' אמות. וכ"ז לדעת הנ"י דהראשון אינו רוצה לזכות כלל בד"א אבל לרשב"א זוכה הראשון בד"א אלא שאינו רוצה לקנות ע"י הד"א. וכיון שזכה בד"א אין השני יכול לקנות ע"י ד"א. וקושית רע"א היא לשיטת הנ"י דהראשון אינו רוצה כלל לזכות בד"א, א"כ למה שהשני לא יזכה בהם. וע"ז תירץ רע"א דאף שאין הראשון רוצה הד"א לענין זכיית החפץ מ"מ לענין למנוע זכיית השני כן רוצה לזכות בד"א. ורע"א בזה לשטתו שביאר במה"ת ס' צ"ו דזכיית ד"א אינו ענין מוחלט אלא לענין אחד זוכה ולענין אחר אינו זוכה ע"ש. ואין להקשות כיון שאינו רוצה לזכות הוי כאדם זר שאינו קונה ד"א למנוע את גירושי אשה שבאה לד"א אחריו דהתם שאני שאינו שייך כלל בזכייה זו אבל הכא אם ירצה יכול לזכות ממילא יכול לזכות לענין למנוע קנינו של חברו אף שהוא אינו רוצה לקנות החפץ.

לענין הלכה נחלקו הראשונים אי קי"ל כסברא קמייתא דאמרינן כיון דנפל גלי דעתיה או כסברת ר"פ דלא ס"ל כן [ע' בשיטמ"ק]. ומחלוקת זו מובא להלכה ברמ"א בס' רס"ח סע' א'. ורע"א שם בגליון השו"ע כתב דצ"ע מס' קצ"ח סע' י"ב דשם סתם המחבר דמי שדעתו לקנות במשיכה אף שאוחז במוסירה ויכול לקנות במסירה לא קנה עד שימשוך דגלי דעתיה שאין כונתו לקנות אלא במשיכה. והקשה רע"א דלכאורה דין זה תלוי במחלוקת הנ"ל אי אמרינן גלי דעתיה או לא. ועיין בפת"ת בס' קצ"ח סק"ט שמביא שאלה זו בשם המשכנות יעקב. ותמה עליו הפת"ת דלפי דברי המל"מ בפ"ב מזכיה ה"ט לק"מ. דהטור בס' ער"ה כתב בשם הרמ"ה דהבונה בנכסי הגר בעצים ואבנים של הגר ולא העמיד דלתות שלא קונה מדין חזקה גם האבנים שהגביהם אינו קונה דכונתו היתה לקנות בבנין ולא ע"י הגבהה. וכן פסק הרמ"א שם והקשה המל"מ דסותר לדברי הרמ"א בס' רס"ח שהביא

הערות

שנים אוחזין דף י.

וציונים

קבא

מחלוקת אי אמרינן גלי דעתיה או לא. ותיריך המל"מ דמה שי"א שלא אמרינן גלי דעתיה זה רק מפני שבאותו רגע של הנפילה יש לו כוונה לקנות ע"י הנפילה ובזה אמרינן שאף שגילה דעתו שאינו רוצה לקנות ע"י ד"א מ"מ קונה. אבל הבונה בנכסי הגר כיון שכוונתו לקנות ע"י בנין א"כ בזמן ההגבהה לא היה כונת קנין כלל ובזה לכו"ע בגלי דעתיה אינו קונה. וא"כ ה"ה בההוא דס' קצ"ח כיון שדעתו לקנות רק אחר המשיכה אינו קונה ע"י מסירה. ונשאר הפת"ת בתימה על המשכנות יעקב שלא זכר דברי המל"מ. ולכאורה צ"ב בדברי רע"א דבתשובה ל"ז ד"ה אולם [הובא בפת"ת ס' רס"ח סק"א] הקשה רע"א בעצמו הסתירה מס' ער"ה לס' רס"ח וכתב מעצמו תירוץ המל"מ הנ"ל, ובסוף דבריו שם מביא שכ"כ המל"מ. הרי שרע"א זכר דברי המל"מ ואעפ"כ בגליון השו"ע בס' רס"ח הקשה קושית המשכנות יעקב והניח בצ"ע.

אמנם כונת רע"א מתבארת בהמשך דבריו בתשובה ל"ז בד"ה וכיון דהוסיף להקשות סתירה דהרמ"א בס' ער"ה פסק כדברי הטור הנ"ל. דהיינו דס"ל שבאופן זה כו"ע מודו דאמרינן גלי דעתיה כיון שבזמן ההגבהה עדיין לא רצה לקנות. ובס' ר' סע' ח' [מה שנדפס ס' רס"ח הוא ט"ס] מביא הרמ"א י"א דמדד הלוקח אע"פ שכוונתו לקנות רק אחר המשיכה מ"מ קנה במה שהגביה. וזה דמי לההוא דס' ער"ה ואעפ"כ מביא הרמ"א י"א שקנה וגם בזה לא אמרינן גלי דעתיה. וכתב בזה רע"א דסברת המל"מ שאם באותו זמן אין דעתו לקנות גם החולקים בס' רס"ח מודים אין הכונה דנחשב ככיוון בפירוש שלא לקנות אלא חסר כוונת קנין באותו רגע. ומה דלא מהני הוא רק בס' ער"ה דמיירי בנכסי הגר שאין דעת אחרת מקנה אבל בס' ר' סע' ח' דאיכא דא"מ בזה לא מהני סברת המל"מ ויקנה בלי כונת קנין ע"י דא"מ. דהיינו שהמחלוקת אי אמרינן גלי דעתיה הוא בתרי גווני. א. כשבאותו זמן שיש גלי דעתיה

כונתו לקנות בקנין אחר. בזה י"א דלא מגרע מה שגלי דעתיה שלא רוצה לקנות בד' אמות דסו"ס רוצה לקנות באותו רגע ע"י נפילה, ולא מהני הגלי דעתיה לבטל כונת קנין של הנפילה, ובזה י"א שקונה אפילו בנכסי הגר אף שאין דא"מ. ב. כשגלי דעתיה שעדיין אינו רוצה לקנות עד שיעשה קנין אחר, בזה בודאי אין כונת קנין עכשיו ובנכסי הגר לכו"ע לא מהני. מ"מ כשיש דא"מ מהני ולא חשיב כונה שלא לקנות.

וב' ענינים אלו תלויים זב"ז. דביאור המחלוקת בס' רס"ח אי אמרינן גלי דעתיה הוא אי גלי דעתיה הוי כמכיון בפירוש שלא לקנות או רק שחסר כונת קנין. דאם רק חסר כונת קנין מהני מה שדעתו לקנות ע"י נפילה אבל אי הוי ככונה שלא לקנות ע"י ד' אמות לא יועיל מה שרוצה לקנות ע"י נפילה דאטו יקנו לו הד' אמות בע"כ. ובזה תלוי באופן דאיכא סברת המל"מ שעכשיו עדיין אינו רוצה לקנות דבזה בנכסי הגר לכו"ע לא יקנה דבין אם הוי כונה שלא לקנות ובין אם חסר כונת קנין לא מהני. אבל בדא"מ תלוי בהנ"ל דלסוברים בס' רס"ח דגלי דעתיה עושה שלא יקנה אע"ג שבאותו רגע רוצה לקנות ע"י נפילה הרי דס"ל דהוי ככונה שלא לקנות א"כ גם באופן דגלי דעתיה שאינו רוצה לקנות עד אח"כ הוי ככונה שלא לקנות עכשיו ולא יועיל אפילו בדא"מ. אבל הסוברים בס' רס"ח שלא מהני גלי דעתיה לקלקל הקנין משום דס"ל דלא הוי כונה לא לקנות אלא שאין כונה כן לקנות בזה כמו שמהני כונה של קנין ע"י נפילה באותו רגע שיקנה כך אם יש דא"מ מהני אפילו באופן שגלי דעתיה שעדיין אינו רוצה לקנות. דהיינו כשיש גלי דעתיה שלא לקנות בקנין מסוים אבל מאידך יש כונה לקנות באופן אחר זה שוה להיכא דאיכא דא"מ ודו"ק.

ולפ"ז אע"ג דרע"א והמשכנות יעקב ידעו דברי המל"מ מ"מ צדקו בקושיהם מס' רס"ח

המהלכת והסמ"ע שם סק"ג כתב דאינו מטעם זה ע"ש.

כי זכה ליה רחמנא להלוי בה.

הש"ך בס' קצ"ח סק"ו מביא שהריטב"א למד מכאן [ע' חידושי הריטב"א הישן] דאע"ג דחצר שאולה קונה בקנין חצר לשואל היינו דוקא כששואל לו לכל התשמישים אבל כשאינה שאולה לו אלא להילוך בלבד אינה קונה לשואל. הגר"א בהגהותיו לקמן דף ק"ב. על תוד"ה תרתי וכן בס' שי"ג סק"ז כתב דמדברי התוס' שם משמע דפליגי על הריטב"א ע"ש. ועיין בפרק השואל שכתבנו שלכאורה אין הכרח שהתוס' חולקים על הריטב"א, דראית הריטב"א מגמ' דידן הוא באופן שלאחד יש הילוך ושאר השימושים הם של אחר, דומיא דשדה שיש בו מתנ"ע שלענין הילוך שייך לעניים ולשאר שימושים שייך לבעה"ב, בזה פשיטא דאין עדיפות לזה שיש לו הילוך בלבד על מי שיש לו את שאר השימושים. אבל תוס' י"ל דמיירי כשהמשאל אין לו שום זכות שימוש והשואל יש לו רק הילוך בזה יש מקום לומר דסגי בהלוך לענין קנין חצר. הש"ך בס' שי"ג מוכיח מתוס' לקמן י"א: ד"ה וכי דס"ל כשיטת הרמב"ם דשואל אינו קונה בחצר אפילו שיש לו כל ההשתמשות [וכ"ש שלא יקנה ע"י הילוך בלבד]. וע' ברע"א לקמן י"א: שדחה ראית הש"ך מתוס' דכונת התוס' שהחצר מושכר רק לענין הילוך ולכן אין השוכר קונה. א"כ מבואר דשיטת תוס' כריטב"א דהילוך אינו מספיק שיקנה השוכר. וזה סותר את ראית הגאון שהתוס' חולקים על הריטב"א. ולרע"א צ"ל דליכא ראיא מהתוס' שמביא הגאון כנ"ל. אמנם הגאון בזה לשטתו שכתב בס' שי"ג סק"ז לדחות ראית הש"ך באופן אחר. ולדבריו אין ראיא מהתוס' בדף י"א: אך מ"מ נראה שמהתוס' בדף ק"ב. לכאור' אין ראיא שחולקים על הריטב"א וצ"ע.

לס' קצ"ח סע' י"ב. דבס' קצ"ח אע"ג דאיכא לסברת המל"מ ובאותו רגע אין כונה לקנות מ"מ לדעת הי"א בס' רס"ח צריך להועיל כיון דבס' קצ"ח איכא דא"מ. וכמו שבס' ר' סע' ח' מביא הרמ"א י"א דקונה אע"פ שגלי דעתיה ואע"פ שיש שם סברת המל"מ מ"מ כיון דאיכא דא"מ קנה כך בס' קצ"ח היה צריך להביא הי"א כיון דגם שם איכא דא"מ.

היוצא מדברי רע"א דענין גלי דעתיה נזכר

בשו"ע בד' מקומות. א. ס' רס"ח סע' א' הובא ברמ"א מחלוקת ומיירי בהפקר כשאין את סברת המל"מ. ב. בס' ר' סע' ח' הובא מחלוקת בהגביה וכוון לקנות במדידה ובזה יש את סברת המל"מ אבל כיון שדא"מ תלוי במחלוקת דס' רס"ח. ג. בס' ער"ה ברמ"א בסע' כ"א סתם שבגלי דעתיה אינו קונה משום דהתם ליכא דא"מ ואיכא סברת המל"מ. ד. בס' קצ"ח סע' י"ב סתם המחבר דכיון דגלי דעתיה אינו קונה ולא מביא הרמ"א שיש חולקים. וע"ז הקשו רע"א והמשכנות יעקב דלכאורה תלוי במחלוקת דס' רס"ח וס' ר' סע' ח'. ואע"ג דהכא איכא סברת המל"מ מ"מ כיון דאיכא דא"מ לפי הי"א דלא הוי כונה הפוכה צריך לקנות. ועוד יוצא מדברים אלו הבנה חדשה במחלוקת בגמ' ובפוסקים אי אמרינן גלי דעתיה או לא שנחלקו אי גלי דעתיה הוי כונה הפוכה או רק שאין כונה לקנות.

דף י:

ברה"ר דדחקי רבים לא תקינו

רבנן. ע' רע"א בשו"ע ס' רמ"ג סע' כ"ב שמסתפק בעומד ברה"ר סמוך לסימטא ונפל מציאה בסימטא בתוך ד' אמותיו אי קנה או לא ע"ש. ולענין אדם מהלך אם קונה בד' אמות נחלקו הראב"ד והרא"ש בשיטמ"ק לעיל דף ט': הובא בטור בס' רס"ח. והב"ח כתב דסברת הראב"ד דלא קנה היא משום דהוי כחצר

הערות

שנים אוחזין דף י:

וציונים

קכג

אין לי אלא ידו גגו חצרו וקרפיו מנין. רש"י מבאר דהא דמתחייב בחיובי גניבה ע"י חצרו היינו דוקא כשנעל בפניה כדי לגונבה. הקצה"ח בס' שמ"ח סק"ב למד מזה דכדי להתחייב בחיובי גזילה לא מספיק קנין אלא בעינן נמי מעשה גזילה. וע' ברש"י בגיטין ע"ז: וכן לקמן נ"ו: שגם כתב לשון זה שנעל בפניה לגונבה. האמרי משה בס' ל"ב אות א' כתב שכן מבואר בתוס' בב"ק ס"ה. שכתבו שהכישו במקל והלכה לחצרו. ולמה צריך הכישה ת"ל שקונה ע"י חצרו אלא דבעינן מעשה גזילה. נאכתי צ"ע בתוס' אם הכישה ת"ל שקונה מדין משיכה וע' ברש"ש שם שעמד בזה. וע"ע בשיטמ"ק ב"ק דף נ"ו: דמבואר בדבריו דהא דקורא לה והיא באה חשיב משיכה הוא רק לענין לקנות הבהמה אבל בגזלן אינו מתחייב בחיובי גזילה ע"י קורא לה והיא באה. ויש לבאר ע"פ הנ"ל דאמנם נחשב אזלא מחמתיה ומהני לקנין אבל במעשה גזילה חסר כיון שסו"ס הולכת מרצונה.

האמרי משה בס' ל"ב אות ב' מקשה על חידוש זה של הקצות מהדין של כופר בפקדון דחזינן דהוי גזלן ע"י הכפירה לבד בלי מעשה גזילה. אמנם בגמ' בב"ק דף ק"ה: מבואר דכופר בפקדון הוא חידוש מיוחד דנלמד מקרא וכיחש עונש שמענו אזהרה מנין ת"ל לא תכחשו. ול"ל קרא ת"ל דהוי גזלן ממש דקונה בקנין חצר. וע' ברע"א בשו"ע ס' רצ"ד שיש לו צד לומר דדינא דכופר בפקדון הוא רק כשנמצא בחצרו. וא"כ אדרבה יש ראייה מכופר בפקדון ליסוד של הקצות דאם לא בעינן מעשה גזילה מהו החידוש המיוחד בכופר בפקדון ולמה בעינן לזה קרא ת"ל דנמצא בחצרו ומתכוין לגזול והוי גזלן ממש. אלא מוכח כהקצות דבלי מעשה גזילה אינו נעשה גזלן ולכן צריך חידוש מיוחד של כופר בפקדון שאעפ"כ מתחייב באונסין. ונראה שכונת האמרי משה להקשות דאחרי שנתחדש הדין

של כופר בפקדון כל גנב יתחייב בלי מעשה גניבה דלא גרע מכופר בפקדון. והיה מקום לישב ע"פ מה ששמעתי ממרן הגרא"מ שך זצוק"ל שהוכיח מדברי רע"א בס' רצ"ד דס"ל דכופר בפקדון יש לו רק חיובי אונסין דגזלן אבל קניני גזילה אין לו [ע' בזה באבי עזרי פ"כ מעדות ופ"ג מגזילה]. וא"כ י"ל שאה"נ כל גזלן מתחייב באונסין גם בלי מעשה גזילה מדינא דכופר בפקדון אבל לענין קניני גזילה שיקנה בשינוי ויאוש בעינן מעשה גזילה. אמנם בדעת הקצות א"א לומר כן דמדבריו בס' רי"א סק"ג מבואר דס"ל שגם בכופר בפקדון יש קניני גזילה.

אך נראה דלמה שכתב הקצות בס' רצ"ד סק"א יתישב קושיית האמרי משה. דהקצות שם מביא תשובת הר"ש דוראן והרשב"ץ דס"ל דהמעכב ממון חברו אף שאינו כופר חייב באונסין מדין כופר בפקדון. והקצות חולק וס"ל דלא נתחדש דין של הכופר בפקדון רק במי שכופר ממון חברו. אבל המעכב ממון חברו בלי כפירה אינו מתחייב באונסין. ולכאורה למה מעכב ממון חברו לא הוי גזלן ומאי שנא מכל גזלן דאף שמודה שהממון אינו שלו מ"מ מתחייב בחיובי גזילה. ולא דמי לגזול ע"מ למיקט שמסתפק הקצות בס' שמ"ח סק"א אם מתחייב באונסין דהתם דעתו להחזיר הממון משא"כ כאן מעכב ואינו רוצה להחזיר. אלא פשוט דהקצות אזיל בזה לשיטתו דגזלן בעי מעשה גזילה, ולכן המעכב ממון חברו וכופר ממון חברו אינו גזלן מפרשת גזילה אלא רק מחידוש דכופר בפקדון. ובזה סובר הקצות דנתחדש דוקא בכפירת ממון, והוא עונש על הכפירה מקרא דוכחש. אבל כל גזלן שאין בו כפירה בעי מעשה גזילה.

קמנה אין לה חצר ואין לה ד' אמות. דס"ל חצר מטעם שליחות ואין שליחות לקטן. רע"א בכתובות דף י"א. כתב דאף למ"ד זכיה מטעם שליחות יתכן שזכין

אע"ג דהוי כשווגג. השער המלך בפ"ז ממעילה ה"ב כתב בשם המהרי"ט והיש"ש שכל חידוש התוס' דבשווגג יש שלדב"ע הוא רק למסקנת הגמ' דאם אין השליח בר חיובא יש שליח לדב"ע, וס"ל דגם שווגג דמי ללאו בר חיובא. ובה"א שהגמ' לא ידעה סברא זו של לאו בר חיובא בודאי מודים התוס' דגם בשווגג אין שליח לדב"ע.

ועפ"ז יש לבאר דברי התוס' בד"ה אי בעי לא עביד דהקשו למ"ד אי בעי עביד למה כשהשליח הוא שווגג יש שליח לדב"ע הא אי בעי לא עביד. ולמה לא הקשו גם למ"ד לאו בר חיובא. ולדברי המהרי"ט כונתם דלמ"ד לאו בר חיובא לא קשיא להו דזה נכלל בתירוצו הגמ' דגם שווגג לאו בר חיובא. ורק למ"ד אי בעי עביד קשיא להו דלדבריו גם שווגג אי בעי לא עביד. [נס"ל דר' סמא ורבינא פליגי כשיטת הרא"ש דכתב בשם הרמ"ה דהלכתא כר' סמא ולא כהריטב"א שכתב דלא פליגי אלא מר אמר חדא ומר אמר חדא]. ותירצו דשווגג נחשב כחצר דבע"כ מותיב ביה וגם בתירוצו של ר' סמא כלול שווגג. וע' מהר"ם שמבאר בקצרה את דברי התוס' בדרך זה.

בסברת אין שליח לדב"ע ידוע מה שמבאר הסמ"ע בס' קפ"ב דהוי חסרון במינוי שסבר שלא ישמע לו. ורע"א כאן כתב דאינו חסרון במינוי אלא שלא שייך שליחות על איסור דיותר צריך לשמוע לדברי הרב. ונ"מ כתב רע"א היכא דהשליח הוא מומר דבזה ליכא לסברת הסמ"ע שבודאי ישמע לו ע"ש. ולשיטת הריטב"א בקידושין דף מב: הדין של אין שליח לדב"ע הוא גזה"כ גם במקום שאין בכלל סברת דברי הרב.

אלא מעתה האומר לאשה ועבד וכו'. רע"א והרש"ש מקשים דאמנם ס"ד דאינם בני חיובא לענין חיוב תשלומין אבל בודאי הוי בני חיובא לענין לאו דלא תגזול

לקטן מדאורייתא, דהא דאין שליחות לקטן אינו משום דמעשה השליח אינו יכול להועיל לקטן, אלא משום דשליח צריך מינוי וקטן אינו יכול לעשות מינוי אבל במקום שהשליח נעשה שלוחו בלי מינוי כגון בזכין אין חסרון בקטן. והקשה ע"ז הגר"ש איגר [מובא שם בחידושי רע"א] מגמ' דידן דמבואר דאם חצר מטעם שליחות אין חצר לקטן אע"ג דבבבב לא בעינן מינוי. ויש קצת לישב דמצאנו ענין של מינוי גם בחצר דשיטת הרמב"ם דבבבב דבבבב שאינה משתמרת שקונה כשעומד בצד שדהו בעינן שיאמר זכתה לי שדי. ומבאר המחנ"א בדיני חצר ס' ב' דכיון שאינה משתמרת אין החצר נחשב שלוחו ממילא ובעינן שיעשה אותה לשלוחו, ולכן בעינן שיאמר תזכה לי שדי דהוי כעין מינוי. ולפ"ז יתכן שגם חצר המשתמרת אע"ג דלא צריך מינוי הוא משום דהוי ממילא כמינוי דאנן סהדי שרוצה שתהיה שלוחו. אך א"א לומר דהוי ממש כאילו יש מינוי ע"י האנן סהדי דזה תלוי ביאוש שלא מדעת כמו שמבאר הקצות בס' ק"ה סק"א, דאין לפרש זכין מטעם שליחות שהוא אנן סהדי שהיה עושה אותו שליח אלא צ"ל דהוי חידוש התורה שנעשה מאליהו כשליח. וא"כ אכתי קשה אם בזכין אין חסרון של קטן ה"ה בחצר וצ"ע.

בגדר חצר משום שליחות ומשום יד עיין מה שכתב הדבר אברהם בח"א ס' כ"א אות כ"ג.

וקיימא לן אין שלדב"ע. שיטת התוס' בכמה מקומות דהיכא דהשליח שווגג לא אמרינן אין שליח לדב"ע דלא שייך בזה הסברא דדברי הרב ודברי התלמיד. הריטב"א כאן ובקידושין מ"ב: חולק וס"ל דלמסקנת הגמ' בקידושין הא דאין שליח לדב"ע אינה סברא אלא ילפינן לה מקרא וא"כ הדין של אין שליח לדב"ע נאמר גם במקום דליכא סברת דברי הרב. ומביא הריטב"א ראיה לשיטתו מהא דס"ד דבבבב איכא דינא דאין שליח לדב"ע

הערות

שנים אוחזין דף י:

וציונים

קכה

בר חיובא. וע' בנתיבות ס' קפ"ב סק"א שהביא הריטב"א והתוס' בשבועות אך מבאר באופן אחר. דבמקום שנתרבה שליחות לדב"ע זה פרשה חדשה של שליחות ובזה אין מיעוט לקטן. אך גם הנתיבות מוסיף דזה רק בשליחות על מעשה ולא בשליחות על חלות יעו"ש.

רש"י במנחות ס"א: כתב לענין תנופה בקרבן עכו"ם דהכהן הוי שלוחו של העכו"ם להניף. וקשה דאין שליחות לעכו"ם. ולמה שנתבאר י"ל דס"ל כראשונים אלו דבשליחות על מעשה יש שליחות גם לעכו"ם. ועיין עוד בכ"מ פ"א מתרומות הי"א בשם הראב"ד דעכו"ם שממרח פירות ישראל בשליחות ישראל חשיב מירוח ישראל משום דשלוחו של אדם כמותו. והקשה הכ"מ דאין שליחות לעכו"ם. ואולי י"ל דפועל עדיף ע"פ דברי הנתיבות בס' קפ"ח. אבל לשון הראב"ד משמע יותר שזה מדין שליחות. ולהנ"ל י"ל דבזה שפיר יש שליחות לעכו"ם דהוי שליחות על מעשה. ושור"ר מש"כ בזה המחנ"א בהל' שלוחין ס' י"א יעו"ש. המג"א בס' תמ"ו סק"ב כתב שאם מצא חמץ ביו"ט יצוה לגוי לבער דעשה דתשביתו דוחה האיסור דרבנן של אמירה לעכו"ם. רע"א שם תמה דאינו מקיים העשה ע"י עכו"ם דאין שליחות לעכו"ם. ואי אמרינן שבשליחות על מעשה יש שליחות לעכו"ם ניחא. ועיין מה שכתבנו עוד בזה בס"ד בגיטין מ"ז.

תוד"ה אי בעי לא עביד. הובא לעיל דף י'. על תוד"ה ולא אמר דברי הקצה"ח בס' ער"ה סק"ג שמסתפק בשלח שליח להגביה והשליח הגביה בלי כונת קנין והמשלח רוצה לקנות ע"י הגבהה השליח אם מהני או לא. הקצות מביא ראייה מתוס' זה. וכתבנו דלכאורה אינו ראייה דשאני גזילה דסגי במעשה גזילה ולא בעינן כונת קנין. כן כתב החזו"א בב"ק ס' ט"ז אות י"ג ד"ה ומ"מ דגולן לא בעי כוונת קנין ואם עושה מעשה גזילה אף שאינו רוצה

ואמאי לא סגי בזה לענין אין שליח לדב"ע. קושיתם בזה הוא רק לדעת הפוסקים דס"ל דהיכא דאין שליח לדב"ע בטלה כל השליחות. אבל לסוברים שאין השליחות בטילה לק"מ. דאה"נ עבירת הלא תגזול לא תתיחס למשלח, דלענין זה הוי שליח בר חיובא אבל בחיובי גזילה יתחייב המשלח דהשליחות קיימת, ולגבי זה אין השליח בר חיובא. ודבר זה מבואר ברע"א בסמוך על תוד"ה דאמר שכתב שהנידון אם מה שהשליח עובר בלפני עיור מחשיבו בר חיובא כשאינו בר חיובא בעיקר האיסור תלוי אם כל השליחות בטילה או לא ע"ש. וע"ע בנוב"י קמא אבה"ע ס' ע"ה ד"ה והנה שגם הקשה קושית רע"א וע"ש מש"כ בזה. וע"ע באחיעזר ח"ג ס' ל"ז אות ח'.

תוד"ה אשה. הריטב"א תירץ קושית התוס' שהשולח את הבערה ביד חשו"ק לא שלח את החשו"ק להזיק. ודבריו בזה לכאורה אינם מובנים דמפורש בקידושין מ"ב: דהא דשלח ביד פקח המשלח פטור הוא משום דאין שליח לדב"ע, ולולא זה היה נחשב שלוחו להזיק. וע' במחנ"א נזק"מ ס' ז' שהקשה כן על הריטב"א. ומדלא תירץ הריטב"א כתוס' משמע דס"ל דאם היה שולח את הקטן להזיק היה המשלח חייב כיון דקטן לאו בר חיובא ואע"פ שאין שליחות לקטן. ורגילים ללמוד בדעת הריטב"א דס"ל שכל מה שאין שליחות לקטן הוא רק בשליחות על קנינים שבזה מוסר המשלח כח לשליח לפעול בשבילו, ומזה נתמעט קטן. אבל בשליחות על מעשה שהשליח יש לו כח בעצמו לעשות הפעולה וכל ענין השליחות בזה הוא ליחס המעשה למשלח בזה יש שליחות גם לקטן. וזה גם כונת הנ"י כאן שכתב לטעמא דאי בעי עביד בקטן שאינו מבחין בין צרור לאגוז יש שליח לדב"ע דלא שייך ביה אי בעי לא עביד. וקשה ת"ל דאין שליחות לקטן אלא מוכח כנ"ל. וכן מבואר בתוס' בשבועות דף ג'. דאם שלח עכו"ם או קטן להקיף מתחייב המשלח כיון דשליח לאו

מחודש בלפנ"ע. עיין לעיל ה': שכתבנו שחידוש זה מוכח מדברי הריטב"א שם בתירוצו השלישי לגבי רועה. אמנם יש לעיין בזה מדברי הריטב"א כאן דהקשה קושית התוס' דאיכא לפנ"ע, ותירץ בתי' השני דמיירי שהכהן היה יכול לקדש בעצמו ובכה"ג ליכא לפנ"ע. ומבואר דס"ל דגם במשקה כוס יין לנזיר איכא פטורא דחד עברא דנהרא. ולכאורה זה סותר מה שכתב לעיל בדף ה': וצ"ל דכאן ס"ל כתיירוציו הראשונים שתי' שם. ע"ע בנוב"י שגם הקשה קושית רע"א על תוס' ומוכיח מזה דגם באיסור דרבנן אמרינן אין שליח לדב"ע כמו שכתב המל"מ בפ"ב מהל' רוצח ע"ש.

בביאור דברי התוס' שיטת רע"א
דהכלל של בר חיובא הוא דאם היה עושה לעצמו היה עובר נחשב בר חיובא ואם כשהיה עושה לעצמו לא היה עובר אינו נחשב בר חיובא. וכלל זה הוא בין לענין לאו דגרופה לכהן, שאין הישראל נחשב בר חיובא בלאו זה כיון שאם היה מקדשה לעצמו לא היה עובר, ובין לענין לאו דלפנ"ע אין הישראל נחשב בר חיובא אע"ג דמצווה בכללות הלאו דלפנ"ע כיון שאם היה מקדש לעצמו לא היה עובר בלפנ"ע. [נומזה למד רע"א דישראל ששולח שליח להחזיר גרושתו משנשאת אין השליח נחשב בר חיובא על לאו דמחזיר גרושתו כיון שאם היה מקדשה לעצמו לא היה עובר]. אבל היכא שהשליח עובר בלפנ"ע כגון ששולח אשה להקיף גדול נחשבת האשה בת חיובא בגלל שגם אם היתה מעצמה מקיפה גדול היתה עוברת בלפנ"ע. דהיינו דס"ל שגם לפנ"ע הוא סיבה לבטל השליחות אלא דבכהן ששולח ישראל לקדש לו גרושה אין הישראל נחשב בר חיובא גם לגבי לאו דלפנ"ע. ובזה מקשה רע"א סתירה מתוד"ה אקפי דמשמע התם דס"ל שלפנ"ע אינו מחשיב את השליח בר חיובא אפילו באופן שאם היה עושה לעצמו היה עובר בלפנ"ע.

לקנות כלל הרי הוא גולן, דבעינן רק מעשה קנין ולא כונת קנין. אמנם העירוני דהקצות בזה לשטתו דכתב בס' רצ"א סק"ד דכמו שמבואר בסוף הכונס דשומר שקיבל פקדון בחזקת כסף ונמצא זהב אחריות כסף קיבל עליה ואחריות זהב לא קיבל עליה, כך גולן שחשב שגולל כסף ונמצא זהב אינו מתחייב באונסי הזהב כיון שלא היה דעתו ע"ז. והוא חידוש גדול דבפשטות סגי במעשה גולה ולא בעינן כונה.

תוד"ה דאמר. ואע"ג דעובר משום לפנ"ע וכו'. הקשה רע"א למה יש בזה לפנ"ע הא יכול לקדש בעצמו והוי כחד עברא דנהרה. ומיישב ע"פ היסוד של המל"מ דרק כשיכול לעבור בעצמו ליכא לפנ"ע. אבל אם מוכרח שיושיט לו, אלא שאם זה לא יושיט ימצא אחר שיושיט אין זה נחשב חד עברא דנהרא, ומי שמושיט עובר בלפנ"ע. וכתב רע"א דגם כאן אפילו יקדש בעצמו האשה שמתקדשת לו עוברת בלפנ"ע דהוא מכשיל אותה והיא מכשילה אותו. [האור"ש בחידושו כתב שכדברי רע"א מבואר ברמב"ן ביבמות דכהן שמקדש גרושה עובר חוץ מעיקר הלאו גם על לפנ"ע]. ולכן גם השליח עובר בלפנ"ע דאין זה נחשב כחד עברא דנהרא.

האור"ש בחידושו מבאר את דברי התוס' באופן אחר. שהתוס' ס"ל דרק מושיט לנזיר אינו עובר בחד עברא דנהרא אבל המשקה יין לנזיר עובר אפילו שיכול הנזיר לקחת לבד. ומקדש גרושה לכהן הוי כמשקה יין לנזיר ולא כמושיט. והביאור בדבריו הוא שהמושיט אינו מכשיל את הנזיר ממש אלא רק מזמין לו את האיסור. בזה אם הנזיר יכול לקחת לבד נמצא דהמושיט לא עשה כלום דכבר היה האיסור מזומן לו. אבל כשמשקה כוס יין לנזיר המכשול אינה הזמנת האיסור אלא שמעשה העבירה נעשה על ידו ממש. ובזה איכא לאו דלפני עיור גם בחד עברא דנהרא. והוא דין

בקובץ חידושי תורה למרן הרב מפוניבז' זצ"ל מבאר דברי התוס' באופן אחר. ולדבריו בר חיובא אינו תלוי במה שהיה אילו היה עושה לעצמו, אלא תלוי אם השליח עובר איסור עכשיו או לא. וע"ז הקשו התוס' דגם כהן ששלח כהן אין השליח בר חיובא כיון שאינו מקדשה לעצמו. ותרצו דכיון שאם היה מקדשה לעצמו היה עובר א"כ גם כשמקדשה לחברו עובר בלפנ"ע והוי בר חיובא מפני הלפנ"ע שבזה. משא"כ ישראל כיון שאינו מצווה בלאו דגרושה, ואם היה מקדשה לעצמו לא היה עובר בלאו, א"כ גם כשמקדשה לכהן אינו עובר בלפנ"ע, ולכן לא הוי בר חיובא. והא דאינו עובר בלפנ"ע כשאינו מצווה בלאו מבאר הרב זצ"ל דתרי דיני לפני עיור איכא א. לפני עיור דאיסורין. דכשם שאסרה תורה לעבור בעצמו כך אסרה תורה לגרום שאחר יעבור. ודין זה הוא רק באיסור שהוא מצווה בו. ב. דין של עצה שאינה הוגנת, שאסור לגרום תקלה לחברו, וחלק זה של הלאו קיים גם כשאינו מצווה. ומה דנחשב בר חיובא בגלל לפנ"ע הוא רק כשיש את הדין הראשון של לפנ"ע שהוא כחלק מהאיסור עצמו. ולפ"ז כונת התוס' אינו דלא נחשב בר חיובא על לפנ"ע משום שאם היה מקדש לעצמו לא היה עובר בלפנ"ע כמו שהבין רע"א, אלא כיון שאם היה מקדשה לעצמו לא היה עובר בלאו דגרושה א"כ גם כשמקדשה לכהן אינו עובר בלפנ"ע של איסורין אלא רק בלפנ"ע של עצה שאינה הוגנת. ואיסור זה אינו גורם שיחשב בר חיובא. משא"כ כהן ששלח כהן נחשב השליח בר חיובא כיון שמצווה בלאו דגרושה, א"כ עובר בלפנ"ע דאיסורין וזה נותן לו דין של בר חיובא. ולפ"ז אין שום סתירה בין תוס' זה לתוס' שאחריו. דגם שם כיון שהאשה אינה מצווה בהקפה א"כ הלפנ"ע שלה הוא רק בגדר עצה שאינה הוגנת, ולכן אין זה מחשיבה בת חיובא אע"ג דגם אם היתה עושה כן מעצמה היתה עוברת בלפנ"ע.

אך טעם הדבר צ"ב אמאי אין הלפנ"ע של עצה שאינה הוגנת גורם לביטול השליחות. ואולי יש לבאר ע"פ שיטת הקצה"ח בס' ק"ה סק"א דהיכא דרק השליח עובר ולא המשלח לא אמרינן אין שליח לדב"ע. ולדבריו י"ל שרק כשיש לפנ"ע דאיסורין חשיב שגם השליח עובר האיסור דגרושה לכהן, ובזה שניהם מצווים. אבל כשגדר הלפנ"ע הוא עצה שאינה הוגנת בזה עובר רק השליח ולא המשלח נאי נקטינן דלא כהחידוש של רע"א שכל כהן שמקדש גרושה עובר בלפנ"ע]. ובזה ליכא דינא דאין שליח לדב"ע. אך לשיטת רע"א שכתב דתוד"ה אקפי ס"ל שלפנ"ע לא מחשיב את השליח בר חיובא צ"ב למה שלא נאמר בזה אין שליח לדב"ע, הרי לרע"א גם הכהן עובר בלפנ"ע. ובפרט שרע"א ס"ל שכשיש עבירה כל השליחות בטילה. וע' מש"כ בזה הקה"י.

עיקר היסוד הנ"ל שיש שני גדרים לפנ"ע מבואר גם באחיעזר ח"ג ס' פ"א אות ז'. שכתב בשם ספר אמונת שמואל [דברי האמונת שמואל הובאו בפמ"ג יו"ד ס' ס"ב במ"ז סק"א וביד אברהם שם על הש"ך סק"ג] דהיכא שאין המכשיל מצווה באותה האיסור אינו עובר בלפנ"ע. וכתב האחיעזר דכונתו רק לענין לפני עיור דאיסורין אבל עצה שאינה הוגנת איכא גם אם אינו מצווה. אבל עצה שאינה הוגנת שייך רק כשהנכשל הוא שוגג, שאז הוא סומא בדבר. ובמק"א כתבנו בעזה"י דיסוד זה דאיכא תרי גווני לפנ"ע הוא מפורש בריטב"א בע"ז דף י"ד: ע"ש היטב. וע"ע באחיעזר ח"ג ס' ס"ה אות ט' שמבאר עפ"ז מה שיש צד דהמכשיל באיסור דרבנן עובר בלפנ"ע רק מדרבנן. וקשה וכי גרע מעצה שאינה הוגנת. ולהנ"ל ניחא דמיירי במזיד שאין הדין של עצה שאינה הוגנת. ומצד הדין לפנ"ע דאיסורין כמו שהאיסור הוא דרבנן גם הלפנ"ע הוא דרבנן. וע"ע מה שכתבנו לקמן דף נ"ו. עפ"ז לבאר דברי התוס' שם.

הא דמבואר בגמ' דאשה אינה בת חיובא לענין הקפת קטן עיין מנ"ח מצ' רנ"א אות ז' שמקשה דהא איכא לאו דלא תאכילום שלא להאכיל לקטן איסור בידים. וע"ע באחיעזר ח"ג ס' פ"א אות ז' מה שהביא בזה בשם הפמ"ג.

רש"י ד"ה תלמוד לומר. דאי משום שליחות הא כבר כתיבה. הדברים לכאורה תמוהים דאמנם אחר גזה"כ יש לפרש שחצר הוא בגדר שליחות אבל בלי קרא איך נדע מסברא שחצר יקנה מדין שליחות הא אינו בר דעת ואינו בתורת ולא בן ברית. המהר"ם מתקשה בדברי רש"י, וכבר עמד בזה הריטב"א, והובאו דבריו בשיטמ"ק ע"ש. ומש"כ רש"י שהלימוד הוא מדלא כתיב בידה יתנו עיין ברמב"ן וריטב"א כאן וכן בגיטין ע"ז. שהקשו דאין נ"מ בין ונתן בידה לבידה יתנו. וכתבו דילפינן מונתן יתירא. נמצא ג' פשטים, תוס' רש"י ורמב"ן.

דף יא.

מ"ם ילפינן מציאה מגט. רע"א מקשה מכאן לסוברים דד' אמות קונות במתנה אמאי נקטו מציאה, וצריך לדחוק דילפינן הוא מדרבנן כמבואר בתוד"ה ילפינן, נימא ילפינן מתנה מגט ובמתנה קונה קטן מן התורה בדעת אחרת מקנה להרבה ראשונים. גם הקצה"ח בס' רמ"ג סק"א עמד בזה ע"ש.

מתני' ראה אותן רצין וכו' ואמר זכתה לי שדי. שיטת תוס' דכמו שבחצר המשתמרת חצרו קונה שלא מדעתו ואין צורך לומר זכתה לי שדי, כך בחצר שאינה משתמרת כשעומד בצד שדהו זה נחשב ע"י עמידתו כחצר המשתמרת, וקונה שלא מדעתו, וא"צ לומר זכתה לי שדי. שיטת הר"ן דבמתני' זכתה לי שדי הוא בדוקא אבל לא משום שחצר כזה

בענין ביטול השליחות כשהוא לדב"ע. האריכו האחרונים לדון בהאי דינא דאין שליח לדב"ע אם כל השליחות בטילה ולא יחול החלות שעליו היה השליחות, או שהשליחות קיימת ובדין של אין שליח לדב"ע נאמר רק שעבירת הלאו אינה מתיחסת למשלח אלא לשליח. בפשטות ספק זה תלוי בב' תירוצי התוס', כאן. אך הנוב"י קמא אבה"ע ס' ע"ה דן באריכות באדם שגירש אשתו בע"כ ע"י שליח אם חלים הגירושין או לא. וכתב דכיון דאסור לגרש בע"כ מחדר"ג הוי שליח לדב"ע ובטל השליחות. וכתב דלשון אין שליח לדב"ע משמע שאין שליחות כלל לדב"ע. רע"א בתשובה קכ"ט כתב שגם התיירץ הראשון בתוס' מודה דבטל השליחות. וכ"כ השעה"מ פ"ז ממעילה ה"ב. וע' בקה"י כאן שמביא שיטות הפוסקים בזה. אמנם בשיטמ"ק כאן בשם התוס' שאנץ מבואר דלתי' הראשון הקידושין חלים יעו"ש.

תוד"ה אקפי לי קטן. ה"ה דהוי מצי למימר אקפי לי גדול וכו'. הרשב"א כתב דקטן דוקא, דבגדול כיון שתלוי בדעת אחרת לא יתחייב המשלח. וכעין זה כתב גם השיטמ"ק בשם הר"ן דכיון שצריך הסכמת הגדול הניקף אינה נחשבת שליח המקיף אלא שליח הניקף. ולכאורה אינו מובן הא בכהן ששלח שליח לקדש לו גרושה בעינן נמי דעת האשה והסכמתה, ואעפ"כ מתחייב המשלח כיון שהשליח אינו בר חיובא. אך הביאור הוא פשוט דשליחות על קידושין הוא שליחות על חלות, ובזה מקבל השליח כח ממשלחו, ובזה בודאי נחשב שלוחו אף שצריך הסכמת האשה. משא"כ במקיף אין השליח מקבל מהמשלח שום כח דהוי מעשה בעלמא וכל השליחות בזה הוא כיון שעשה מחמת ציווי המשלח מתיחס למשלח. ולענין זה כתבו דאם תלוי בדעת אחרים אין זה נחשב שעשיית השליח הוא מכח ציווי המשלח דאכתי צריך הסכמת הניקף.

הערות

שנים אוחזין דף יא.

וציונים

קכט

לשמור או שומר בעצמו. ועוד דשיטת הרא"ש לקמן שאם עומד בצד שדהו הוא קונה מדין יד ולא בעינן משתמר כלל. ורק ביצא לו שם מציאה שאינו עומד בצד שדהו והחצר מצד עצמה אינה מקום המשתמר כלל, ושם מציאה רק גורם שחפץ זה לא יקחו והחפץ משתמר בשדה אבל אין השדה מקום שמור לגבי שאר חפצים המונחים שם, בכה"ג נחשב אינה משתמרת ממש, ובעינן זכתה לי שדי. אבל עומד בצד שדהו לדעת הרא"ש הוי כמשתמר ממש. אבל הרמב"ם ס"ל דכל שאין החצר משתמרת ע"י עצמה אלא ע"י דבר חצוני חשיב אינה משתמרת ממש ובעינן זכתה לי שדי.

בפרק השואל כתבנו בס"ד דמחלוקת הרא"ש והרמב"ם בזה תליא במה שכתב שם השיטמ"ק בשם ר"ח שע"י שיצא שם מציאה בעיר הוי משתמר דבגלל פחד השלטון מפחדים ליכנס לחצר. ואמאי צריך ר"ח לומר שאינם נכנסים כלל לחצר הא סגי לומר שלא יקחו את המציאה. אלא מבואר דס"ל דלא סגי במה שחפץ זה משתמר בתוך השדה אלא בעינן שהשדה בעצמו יהיה מקום שמור לכל דבר. לכן כתב דשם מציאה גורם שמפחדים ליכנס לשדה. וזה גורם שיהיה מקום המשתמר ממש. וזה דומה לעומד בצד שדהו שעל ידי עמידתו המקום הוא שמור. ואעפ"כ מבואר שם דבעינן תקנה לי חצרי. ומזה למד הרמב"ם דאף שעכשיו החצר הוא שמור לכל דבר מ"מ כיון שאין החצר משתמר מחמת עצמו אלא מכח דבר חיצוני בעינן שיאמר תזכה לי חצרי. ומזה למד הרמב"ם לעומד בצידו שג"כ צריך תזכה לי חצרי. אבל הרא"ש לא ס"ל כר"ח אלא שם מציאה מהני רק שדבר זה נשמר ולא שהחצר שמור לכל מילי. ורק בזה בעינן תזכה לי חצרי ולא בעומד בצידו שע"י עמידתו החצר משמר כל מה שמונח בו.

צבי רין כדרכו. לה"א שגם באינו משתמר לא בעינן עומד בצד שדהו צ"ל דרין

אינו קונה שלא מדעתו אלא שאם אינו מכין לזכות אין הצבי משתמר על ידו כיון שהצבי רץ. ובמציאה שאינה הולכת מעצמה לא בעינן שיכין לקנות אבל גם בזה בעינן עכ"פ שידע שנמצא בחצרו דאל"כ אינו משתמר אע"פ שעומד בצידו. ומסיים הר"ן שכן דעת הרמב"ם. אך הכ"מ בפ"ז מגו"א ה"ח כתב דברמב"ם לא משמע כשיטת הר"ן, אלא הרמב"ם ס"ל דבחצר שאינה משתמרת אפילו מציאה שאינה מהלכת אינו קונה אא"כ כיוון לקנות ואמר זכתה לי שדי ולא סגי במה שיודע שנמצא בחצר. וסברת הרמב"ם מבאר המחנ"א בהל' קנין חצר ס' ב' דכיון דחצר משום שליחות בחצר המשתמרת שהוא מקום שאדם מניח חפציו החצר הוא שלוחו אבל חצר שאינה משתמרת אין החצר שלוחו אא"כ גילה דעתו שרוצה שיהיה שלוחו לקנות עבורו ולכן בעינן זכתה לי שדי. והמקור לדברי הרמב"ם הוא לשון המשנה זכתה לי שדי.

המחנ"א הנ"ל כתב עוד מקור לשיטת הרמב"ם מבריייתא שמובא לקמן דף ק"ב. אם אמר כל מציאות שיבאו לתוכי היום תקנה לי חצרי לא אמר כלום. ומוקי לה בחצר שאינה משתמרת. וקתני סיפא יצא לו שם מציאה בעיר דבריו קיימים דכיון שיצא שם מציאה מיבדל בדילי איניש מיניה. ומבואר דבעינן דוקא שיאמר תקנה לי חצרי. וס"ל לרמב"ם דכל שאין החצר משתמרת מצד עצמה אלא ע"י דבר אחר כגון עומד בצד שדהו או שיצא שם מציאה כל כה"ג בעינן שיאמר תזכה לי שדי.

הרא"ש שם בדף ק"ב. כתב דטעמא דבעינן שיאמר תקנה לי חצרי הוי משום דאינה משתמרת ממש. ולכאורה דברי הרא"ש סתרי אהדדי דהכא כתב הרא"ש כתוס' דלא בעינן שיאמר זכתה לי שדי אף שאינה משתמרת. ונראה ששיטת הרא"ש בזה הוי דעומד בצד שדהו ומשמרה חשיב כחצר המשתמרת ממש. דמה לי משתמר ע"י חומה מה לי העמיד שומר

כדרכו גרע מאינו משתמר. עיין מה שכתבנו בזה לקמן י"ב.

תוד"ה זכתה. תוס' הביאו ראייה לשיטתם דלא בעינן זכתה לי שדי מלעיל לגבי ד' אמות דאי תיקון רבנן כי לא אמר מאי הוי. ובדעת הרמב"ם כתבו המ"מ והכ"מ שלגבי ד' אמות הרמב"ם מודה. ע"ש סברתם. ואולי יש להוסיף דדוקא בחצר העמידה בצידו הוא מקרה וחשיב כדבר חיצוני אבל בד' אמות כיון שתמיד הוא עומד בצד ד' אמותיו חשיב שפיר כחצר המשתמרת מצד עצמה. שיטת ר' יהונתן בשיטמ"ק לעיל דף י'. שגם בד' אמות בעינן שיאמר זכתה לי ועליו קשה מהגמ' לעיל. וע' מה שכתבנו בזה שם בעזה"י.

עוד ראייה הביאו התוס' מדאמר ריב"ח חצרו קונה לו שלא מדעתו. ועיין מהרש"א שהקשה דריב"ח קאי על חצר המשתמרת. ולכאורה כונת התוס' דהא דמשמע מריב"ח דמהני שלא מדעתו ואפילו שאינו עומד סמוך זה דוקא במשתמר שאם אינה משתמרת בעינן עומד בצד שדהו. אבל כשעומד בצד שדהו שנחשב משתמר ס"ל לתוס' דנעשה עי"ז ככל חצר המשתמרת שקונה אפילו בלי כונת קנין. ועי"ז הרמב"ם חולק דאף שעומד בצידו אינו נחשב עי"ז לגמרי כחצר המשתמרת מצד עצמה. ומבואר מדברי התוס' דהדין של חצרו קונה שלא מדעתו הוא אפילו שידוע שנמצא בחצרו ואינו מכוון לקנות. וזה דלא כתוס' בב"ב נ"ד. שכתבו שרק במקום שאינו יודע שנמצא בחצר קונה שלא מדעתו ולא כשיוודע ואינו מכוון לקנות.

והוא שעומד בצד שדהו. התוס' בעירובין צ"ב: מוכיחים מהגמ' שם דהא דבעינן בגט שתעמוד בצד חצרה היינו שתעמוד בתוך החצר ולא סגי בעומדת ליד החצר מבחוץ. המגיד משנה בפ"ז מגו"א ה"ח מביא דברי התוס' לגבי הדין של חצר שאינה

משתמרת שצריך עומד בצידו כדי לזכות באבידה שגם בזה צריך שיעמוד בתוך השדה. ולכאורה אינו מובן מדברי התוס' נאמרו לגבי גט ששם צריך עומד בצידו אפילו במשתמר מגזה"כ דבעינן דומיא דידה. ולגבי זה בעינן שתעמוד בתוך הרשות. משא"כ כאן שהעומד בצידו הוא רק כדי שיחשב משתמר כמבואר בלשון רש"י א"כ כל שנשמר על ידו סגי בזה ולמה צריך שיעמוד בתוך השדה. עיין בבית מאיר אבה"ע ס' קל"ט שתמה בזה על המ"מ. ודברי המ"מ מובנים רק לפי שיטת הרא"ש שעומד בצידו מהני אפילו שלא נשמר על ידו דכיון שעומד בצידו מהני מדין יד ובזה לא בעינן משתמר. וכיון שהענין של עומד בצידו הוא כדי שיהיה דומיא דידו בעינן שיעמוד בתוכו. הריטב"א כאן חולק על התוס' בעירובין שכתב שאפילו בגט מהני עומדת בצידו ולא בעינן שתעמוד בתוכו. עיין מה שכתבנו בזה בס"ד בגיטין ע"ז:.

תניא היה עומד בעיר וכו'. תנן בפ"ה מפאה מ"ז העומר ששכחוהו פועלים ולא שכחו בעה"ב, שכחו בעה"ב ולא שכחוהו פועלים אינו שכחה. שיטת הר"ן והרמב"ם כאן דכונת המשנה שיש ב' תנאים לדין שכחה, שכחת פועלים ושכחת בעה"ב. והא דמבואר בסוגין דאם העומר נמצא בחצר במצב שחצרו ראויה לקנין זה מונע מלחול שם שכחה זה דוקא כשיש כבר סיבה אחת והתחיל דין שכחה, ועדיין לא נעשה הפקר מפני שחסר הגורם השני, החצר מבטל דין שכחה. אבל כ"ז שלא שכח לא בעה"ב ולא פועלים אין לחצר מה לבטל. וכן אחרי ששכחוהו שניהם וכבר חל לגמרי דין שכחה אין חצרו זוכה דאסור לו לזכות בשכחה שלו. ובמקום שאין החצר יכול לזכות כגון שבזמן שכחת פועלים בעה"ב היה בעיר אעפ"כ לא חל דין שכחה ע"י שכחת פועלים לכד אלא בעינן שגם בעה"ב ישכח ואז נעשה שכחה. שיטת הר"ש במשנה הנ"ל אינה כן אלא ס"ל שכל דין שכחה תלוי רק בשכחת

הערות

שנים אוחזין דף יא.

וציונים

קלא

פועלים. ומה דאיתא במתני' שכחוהו פועלים ולא שכח בעה"ב אינה שכחה אין זה משום שיש תנאי בחלות שכחה שישכח גם בעה"ב אלא מיירי שבעה"ב בשדה ואם לא שכח החצר מבטל דין שכחה. אבל כשבעה"ב בעיר חל שכחה ע"י שכחת פועלים בלבד אפילו שבעה"ב לא שכח כלל.

נמצא מחלוקת בפשט בסוגין דלר"ן ולרמב"ן החצר מבטל רק כשמתחיל שכחה ועדיין לא חל לגמרי. ולר"ש אם ברגע שהיה צריך לחול שם שכחה [ע"י שכחת פועלים שהוא הגורם היחידי לדין שכחה] החצר יכולה לזכות לא חל דין שכחה. וגדר הקנין חצר בזה בין לר"ן והרמב"ן בין לר"ש אינו בגדר קנין אלא כיון שנמצא במצב שראוי לקנין זה סיבה למנוע חלות שכחה. עיין מה שכתב בזה האבי עזרי בפ"ה ממתנות עניים ה"א.

הר"ן מקשה למה זכיית החצר מבטל דין שכחה רק כשקדמה שכחת פועלים לשכחת בעה"ב ולא כשקדמה שכחת בעה"ב לשל פועלים. והרי וא"א לצמצם ותמיד אין שכחת שניהם כאחד. וכתב הר"ן דמכאן מוכח דבבבא שאינה משתמרת ועומד בצד שדהו אם אינו יודע שנמצא בחצרו אין החצר קונה. ולכן כשקדמה שכחת בעה"ב אין החצר ראויה לקנין וכשישכחוהו פועלים יהיה שכחה. לשיטת הר"ש אין מקום לקושית הר"ן דלר"ש שכחת בעה"ב אינה אחד מגורמי השכחה אלא הכל תלוי בשכחת פועלים.

אמנם יש לעיין בזה בשיטת התוס' דס"ל בד"ה זכור דבעינן נמי שכחת בעה"ב וס"ל דגם באינה משתמרת לא בעינן זכתה לי שדי. ולשיטתם יקשה קושית הר"ן. ואולי התוס' חולקים רק דלא בעינן זכתה לי שדי אפילו במציאה שמהלכת, אבל מה שכתב הר"ן דבעינן שידע שנמצא בחצר י"ל דגם התוס' מודו.

ועוד יש לישב באופן אחר דאף שהתוס' חולקים על הר"ש וס"ל דבעינן נמי שכחת בעה"ב מ"מ מודים התוס' דעיקר קרא ד"ושכחת" קאי על הפועלים שהם הקוצרים. ובהם תלוי חלות השכחה. ושכחת בעה"ב הוא רק תנאי שאם בעה"ב זכור זה מעכב שלא יחול דין שכחה. ומצאנו כעין זה ברמב"ם בפ"ה ממתנ"ע ה"א דפסק שאפילו שכחוהו פועלים וגם בעה"ב והיו שם אחרים שראו אותו אינה שכחה עד שישכחוהו כל אדם. ויש לעיין לפ"ז דבעינן נמי שכחת כל אדם וכי נימא דאם שכח אחר שאינו פועל ולא בעה"ב שהתחיל התחלת שכחה ויזכה חצרו לבעה"ב כדן זכור ולבסוף שכוה. ועיין בספר דרך אמונה להגר"ח קניבסקי שליט"א שכתב שבזה לא יתבטל השכחה, דמה שכתבו הראשונים שע"י שכחה של פועלים התחיל חלות שכחה ואז החצר מבטל הדין שכחה זה דוקא בשכחת פועלים שהוא מעקרי הגורמים לדין שכחה. אבל אם לא שכחו לא פועלים ולא בעה"ב אע"פ ששכחו שאר בנ"א אין התחלת שכחה. דשכחת כל אדם הוא תנאי בעלמא ולא ע"ז קאי "ושכחת". ועל דרך זה י"ל בדעת התוס' דגם תוס' מודו לר"ש דהעיקר תלוי בשכחת פועלים, ומה דס"ל לתוס' דבעינן נמי שכחת בעה"ב הוא רק כדן שכחת כל אדם לרמב"ם שהוא רק תנאי ולא ע"ז קאי ושכחת. וא"כ כמו שלרמב"ם שכחת כל אדם לא עושה תחילת שכחה כך לתוס' שכחת בעה"ב אינו גורם לתחילת שכחה, ולכן הקנין חצר אינו מונע מלחול דין שכחה כשאח"כ שכחוהו פועלים. ורק בשכחת פועלים יש התחלת שכחה ורק באופן זה יש דין של זכור ולבסוף שכוה שאינה שכחה. [יש לעיין בשיטת רש"י בענין זה שבד"ה לא יהא משמע דס"ל דבעינן גם שכחת פועלים וגם שכחת בעה"ב כשיטת הר"ן והרמב"ן ובסוד"ה אבל משמע דסגי בשכחת פועלים לבד כשיטת הר"ש. וע' שיטמ"ק בד"ה וכתב מהר"י אבוהב בזה].

קלב הערות שנים אוהזין דף יא. – יא: וציונים

מדעתו, שדין זה לא נאמר רק כשנכנס לחצר אח"כ. אבל מדעת קונה גם בכה"ג. ועיין שם מה שכתב לבאר טעם הדבר. אבל בש"ך אי אפשר לומר כן דהש"ך לא איירי לענין שלא מדעתו. החזו"א בב"ק ס' ג' אות י"ד כתב דכונת הש"ך רק דאם מקפיד לקנות את המטלטלין והקרקע כאחד ממש אינו יכול דבעינן שיקדם קנין החצר לקנין המטלטלין. ורק באגב קנין הקרקע והמטלטלין חלים כאחד ממש. וכתב החזו"א שם כמה נ"מ מזה, שלפעמים יש קפידא לקנות שניהם יחד. אבל מסיים החזו"א דכ"ז מישב רק את הש"ך אבל בדברי השיטמ"ק כתב החזו"א שאין להם קיום מכמה סוגיות. ולכאורה צ"ל בדעת הש"ך כהחזו"א ובדעת השיטמ"ק כהקה"י.

עיקר הדבר שמבואר בחזו"א דבאגב קנין המטלטלין והקרקע הם כאחד ממש ובחצר קנין הקרקע קודם לקנין המטלטלין הוא פשוט מסברא וגם מפורש כן בריטב"א בקידושין דף כ"ו. שהקשה איך ילפינן קנין אגב מקרא דויתן להם אביהם וכו' עם ערים מצורות אולי הקנה בקנין חצר. ותי' דקרא משמע שהקנה הקרקע והמטלטלין יחד דכתיב עם ערים מצורות ובחצר קונה קודם את החצר ורק אח"כ את המטלטלין.

דף יא:

ומקומו מושכר לו. מבואר כאן דחצר שכורה קונה לשוכר בקנין חצר. וקשה מכאן על שיטת הרמב"ם דס"ל דחצר שכורה קונה למשכיר. עיין בש"ך ס' שיי"ג סק"א שמישב בב' דרכים. וביאור דבריו כתבנו בס"ד בקידושין דף כ"ה: וע"ע לעיל דף ט: ובפרק השואל דף ק"ב.

טוה"ג אינה ממוזן לקנות ממנו בחליפין. ברש"י מבואר דכונת הגמ' דאם

מעשה בר"ג וזקנים וכו'. לרש"י ר"ג הפריש את המתנות בספינה. והקשה הריטב"א איך תרם שלא מן המוקף. וכתב דרק כשהתרומה אינה סמוכה לשאר הפירות לא הוי מוקף. אבל במה שהתורם אינו סמוך לפירות אין בזה חסרון של מוקף. אך למה שכתב רש"י בגיטין ל': דטעמא דאין תורמין שלא מן המוקף הוא דחיישינן שמא הפירות אינם בעין לכאורה בעינן נמי שהתורם יהיה סמוך לפירות. ואפילו למה שכתב הר"ש בביכורים פ"ב מ"ה דרש"י כתב סברא זו רק בתרומת מעשר דס"ל שבזה אין דין מוקף מגזה"כ אלא רק תקנ"ח ובזה הטעם שמא אינו בעין, אבל בת"ג דין מוקף הוא מן התורה ולא מהאי טעמא [ע' תוס' גיטין ל': ד"ה לתרום] מ"מ מסתבר דאחרי שהיה תקנ"ח בתר"מ גם ת"ג לא גרע, ועכ"פ מדרבנן איכא טעמא דשמא אינו בעין ואפילו כשהתרומה הוא סמוך לפירות מ"מ בעינן נמי שהתורם יהיה שם. ובדעת רש"י צריך לומר כמו היש מתרצים שמביא הריטב"א שם שבשעת הדחק הותר לתרום שלא מן המוקף.

לשיטת תוס' שהיה זמן הביעור ולא מיירי לענין ההפרשה לא מפורש בתוס' מתי עשה את ההפרשה, אם כשהיה עדיין בביתו או שגם ההפרשה היה בספינה אלא שהברייטא מיירי רק לענין הביעור. וע' במהרש"א ומהרש"ל בקידושין דף כ"ו: שנחלקו בזה.

ומקומו מושכר. מכאן מקשה הקצות בס' קצ"ח סק"ב על חידושו של הש"ך שם ובס' ר"ב סק"ג דחצר קונה רק מה שנכנס לחצר אחרי שקנה את החצר. אבל מה שמונח בחצר לפני קנין החצר אינו נקנה בקנין חצר יחד עם קנין החצר. אך מביא הקצות שכדברי הש"ך מבואר בשיטמ"ק בשם תוס' חיצוניות בב"מ דף כ"ו. ודברי שניהם צ"ע מסוגין. עיין בקה"י ב"מ ס' כ"ז שכתב דהשיטמ"ק מיירי רק לענין הדין של חצרו של אדם קונה שלא

הערות

שנים אוחזין דף יא:

וציונים

קלג

הקצות מהרשב"א בב"ק דף מ"ט: ע' מה שכתבנו בס"ד בקידושין דף כ"ז. על הגמ' שאני שטר דאפסרא דארעא הוא.

טובת הנאה אינה ממון. הנידון אי

טוה"נ ממון או אינה ממון דסוגין מבואר בריטב"א שתלוי במחלוקת שנזכר בכמה מקומות אי טוה"נ ממון או אינה ממון. דכתב הריטב"א דהלכה שטוה"נ ממון כדאסיקנא בנדרים. וכן מבואר במרדכי שהובא בקצה"ח ס' ש"נ סק"א שמקשה מדברי רבא דס"ל בסוגין דאינה ממון על דבריו בנדרים דס"ל טוה"נ ממון ע"ש. ולפי השיטמ"ק שהובא בקצה"ח הנ"ל בס' ער"ה גמ' דידן אזלא למ"ד דאית ליה בעלמא טוה"נ ממון ואעפ"כ יש צד דכיון דאינו ממון גמור אינו נקנה באגב ובחליפין. ולפי דברי השיטה אין הנידון לענין הקנאת המתנות אלא לענין הקנאת עצם הטוה"נ. וכשהכהן זוכה בטוה"נ ממילא זוכה בתרומה כדין מכירי כהונה. ובוה נחלקו אם זכות טוה"נ הוי ממון גמור להקנותו בקנין גרוע או לא. ופשט זה מבואר גם בתוס' בערכין דף ל'. שכתבו ששכירות ושאלה אינם נקנים בחליפין כמש"כ תוס' בסמוך ד"ה מקומו, ותוס' מדמים את זה להא דמבואר בסוגין שטוה"נ אינה ממון לקנות בחליפין. הרי בהדיא דס"ל שכונת הגמ' שמקנה את זכות הטוה"נ וזה לא ממון גמור אלא זכויות ואינם נקנים בחליפין כמו ששכירות לא נקנית בחליפין. הקה"י בס' י"ז כתב לפרש דכו"ע ס"ל טוה"נ אינה ממון והספק כאן הוא האם הזכות שנתנה תורה לישראל למ"ד טוה"נ אינה ממון הוא רשות לעכב המתנות בידו עד שימצא כהן שרוצה לתת לו, אבל אין הישראל נחשב מקנה או שהתורה נתנה לו בעלות לענין ההקנאה. נמצא ג' דרכים בביאור דברי הגמ' כאן. א. לריטב"א תלוי במחלוקת שנזכר בשאר מקומות. ב. לשיטמ"ק כו"ע ס"ל טוה"נ ממון. ג. לקה"י כו"ע סברי טוה"נ אינה ממון.

טוה"נ אינה ממון אין הישראל נחשב מקנה על התרומה אלא רק כנותן רשות והכהן זוכה מעצמו כזוכה מן ההפקר, וקנין חליפין ואגב הם קנינים ששייכים רק כשיש מקנה. ולפ"ז מבואר בגמ' דבהפקר לא מהני קנין אגב. הקצה"ח בס' ער"ה מוכיח מב"ק קי"ז: דגם כשאין מקנה מהני קנין אגב כמבואר שם שהגונב קרקע ובו בהמה למ"ד קרקע נגזלת נעשה גזלן על השדה וגם על הבהמה. ופרש"י דזוכה בבהמה בקנין אגב. וכן מוכח דא"א לפרש מדין חצר שהרי החצר אינה שלו. ואפי' למ"ד קרקע נגזלת אין לו בחצר אלא קניני גזילה לענין חיוב אונסין ואין זה רשותו לקנין. ומה שקשה מסוגין כתב הקצות שהשיטמ"ק כאן מפרש בע"א דאין החסרון מפני שאין מקנה אלא דטוה"נ אינה ממון גמור ואינו נקנה בקנין גרוע כחליפין ואגב ע"ש.

אמנם רוב האחרונים חולקים בזה על הקצות. הלא המה הנתיבות בס' ער"ה סק"א וס' ר"ב סק"ב, האו"ש פ"ג ממכירה הט"ז, ופ"ב מזכיה ה"א, והחזו"א ב"ק ס' ט"ז ס"ק י"ג. טענת האו"ש והנתיבות הוא דמוכח בסוגין דקנין אגב עיקרו מכח המקנה, שהוא מצרף את המטלטלין להקנאת הקרקע. ועיין בנתיבות מש"כ לדחות ראית הקצות מהגמ' בב"ק. החזו"א חולק מטעם אחר דבעינן שהקרקע והמטלטלין יבואו מרשות אחת. וזה מה שמקשר בין המטלטלין לקרקע, והפקר אינה רשות. ובגמ' בב"ק אמנם מקנה אין אבל הקרקע והמטלטלין באים מרשות אחת לכן מהני. ונ"מ בין שיטת האו"ש והנתיבות לחזו"א יהיה בנידון של רע"א בשו"ע ס' ר"ב סע' ז' שדן בשליח להקנות קרקע אם יכול להקנות מטלטלין שלו אגב הקנאת הקרקע של המשלח. דלשיטת הנתיבות והאו"ש יש מקום לומר דהשליח נחשב המקנה של הקרקע וממילא יכול אגב זה להקנות מטלטלין שלו. אבל לפי החזו"א דבעינן שיבואו הקרקע והמטלטלין מרשות אחת בודאי לא מהני. ולענין ראית

חליפין דרך מקח וממכר הוא.

החזו"א באבה"ע ס' מ"ד סק"ט לומד מכאן שקנין חליפין אינו מעשה קנין בעלמא כמשיכה והגבהה אלא שהסודר ניתן תמורת המקח. ולכן חשיב דרך מקח. אמנם מלשון רש"י שכתב ונראה זה כמוכרן לו משמע דאינו מקח ממש אלא רק נראה כמקח.

אגב קרקע נתינה אלימתא היא.

מבואר בגמ' דהכסף ניתן רק עבור הקרקע ולא עבור המטלטלין ולכן לגבי המטלטלין הוי נתינה ואינו דרך מקח. לכאורה יש להוכיח מכאן מה שהסתפקו האחרונים בגדר קנין אגב אם נתחדש דמהני קנין הקרקע למטלטלין או שהמטלטלין טפלין לקרקע ונקנים ע"י הקנאת הקרקע ולא ע"י המעשה קנין של הקרקע. ואי נימא דקנין המטלטלין הוא ע"י הכסף של השדה א"כ למה אינו דרך מקח. ועיין בקה"י בחלקים ח"א ס' כ"ג שמביא ראיה זו. אמנם העירוני שיש לדחות שכשמוכרים קרקע בקנין שטר ואגב הקרקע מקנים מטלטלין בודאי לא כותבין את השטר על המטלטלין אלא על הקרקע, והמוכר מקנה את המטלטלין אגב הקנאת הקרקע. וכן בחזקה אינו עושה החזקה אלא בקרקע ואין זה יחשב קנין למטלטלין. אלא פשוט דמעשה הקנין הוא רק בקרקע, וכמו שהחזקה הוא רק בקרקע כך בכסף הכסף ניתן רק עבור הקרקע. ומה שדנים האחרונים הוא רק אם המעשה קנין שנעשה בקרקע מהני להקנות את המטלטלין או שהמעשה קנין הוא רק סיבה להקנות הקרקע והקנאת הקרקע גורמת לקנין המטלטלין. אבל אין צד לומר שהכסף ניתן גם עבור המטלטלין. וא"כ אין לפשוט ספק זה מגמ' דידן.

ויתכן שיש תלות ספק זה במחלוקת

רש"י והרמב"ם. דאיתא בקידושין דף כ"ז. שדה לאחד ומטלטלין לאחר מהו. ופרש"י שאמר המוכר למי שקונה את השדה קני השדה לעצמן ואגבה יקנו המטלטלין לפלוני. דהיינו

שרש"י מפרש שהמוכר מדבר עם מי שקונה הקרקע ואומר לו שע"י שהוא זוכה את הקרקע יקנה חבירו את המטלטלין. והרמב"ם בפ"ג ממכירה ה"י כתב הקנה השדה לאחד והמטלטלין לאחד אע"פ שאמר לו קנה המטלטלין ע"ג הקרקע לא קנה. וכן הוא לשון השו"ע ס' ר"ב סע' ג'. ומשמע דלצד שקונה, המוכר אינו מדבר עם מי שקונה את הקרקע כלל, אלא אם מי שקונה את המטלטלין. וע' בסמ"ע שם סק"ז שמדייק דרש"י חולק בזה על הרמב"ם. ונר' לכאורה דאין זה מחלוקת רק לענין הלשון אלא תלוי מהו גדר קנין אגב. דאם מעשה הקנין של הקרקע הוא מה שקונה את המטלטלין ואת מעשה הקנין עושה מי שקונה את הקרקע א"כ בעינן שמי שקונה את הקרקע יכוון בקניית הקרקע לקנות המטלטלין בשביל חבירו, ככל מי שזוכה ע"י מעשה שלו לחברו. לכן צריך המקנה לומר לזה שקונה את הקרקע שיזכה במטלטלין לחברו. אבל הרמב"ם ס"ל שאין הקונה את הקרקע עושה שום זכיה בשביל מי שקונה את המטלטלין, אלא אגב הקנאת קרקע לאחד מקנה המוכר מטלטליו לאחר. לכן סובר הרמב"ם שלא צריך לדבר עם מי שקונה את הקרקע והוא אינו צריך לדעת כלל שמקנים מטלטלין אגב הקנאת הקרקע. נמצא שרש"י והרמב"ם נחלקו בחקירת האחרונים בגדר קנין אגב.

תוד"ה מקומו מושכר לו. כתבו

דשכירות ושאלה אינם נקנים בחליפין. [התוס' בערכין דף ל'. הוסיפו גם מתנה ע"מ להחזיר. ומוכח לכאורה דס"ל דמתנה ע"מ להחזיר אינו נתינה גמורה עם תנאי אלא כמו שכתב הקצות בס' רמ"א סק"ד דהוי כנתינה לזמן, ובזה יש מקום לדמות לשכירות. אך ע' בביה"ל ח"ג ס' מ"ז אות ד' שכתב דתוס' לא דברו על מתנה ע"מ להחזיר לאחר זמן אלא כשמקנה ע"מ להחזיר מיד באופן שאין לקונה שום שימוש אלא רק כדי לקנות על ידו את הפירות ע"ש].

הערות

שנים אוחזין דף יא:

וציונים

קלה

צריך להבין הטעם דלא מהני חליפין בשכירות ושאלה הרי חליפין הוא קנין שקונה כל דבר בין קרקע בין מטלטלין, ושכירות ושאלה נקנים באותן קנינים של מכר כשם שקרקע נקנה בכסף שטר וחזקה כך שכירות קרקע נקנה בכסף שטר וחזקה. וצ"ל דכיון דקנין חליפין הוא החלפת חפץ בחפץ זה קנין שמועיל רק לחפץ בעין ולא לקנות זכויות בחפץ. וכיון דשכירות אינו קנין גמור בגוף החפץ לא מהני בזה קנין חליפין. וזה הביאור בנ"י לקמן מ"ה: דיש מ"ד דמטבע לא נקנה בחליפין משום דדעתיה אצורתא וצורתא עבידא דבטלה. ומבאר הנ"י דכיון דשווי המטבע הוא מחמת הצורה שלו דמי לאותיות שאין גופן ממון ואינם נקנים בחליפין. ומאי דפשיטא ליה לנ"י דאותיות דהיינו שטרות אינם נקנים בחליפין מספקא להו לתוס' בב"ק דף י"ד: בד"ה עבדים ע"ש. וסברת הנ"י הוא כנ"ל דכיון דשטר אין גופו ממון ונמכר לראיה שבו אינו נחשב חפץ לענין חליפין. וזהו טעמא דטוה"נ אינה נקנית בחליפין אפילו למ"ד בעלמא טוה"נ ממון לדעת השיטמ"ק שהובא לעיל. דכיון דגוף הממון אינו שלו ויש לו רק זכות טוה"נ לא נקנה בחליפין. והובא לעיל דהתוס' בערכין ל'. מדמה הא דחליפין לא מהני לשכירות להא דלא מהני לטוה"נ.

אמנם אי אמרינן דשאלה ושכירות אינם נחשבים חפץ לענין קנין סודר לכאורה ה"ה דסודר שאול לא יועיל לחליפין, דכיון שיש לקונה רק קנין שאלה בסודר וזה מה שנותן למקנה אין זה חפץ לקנות על ידו בחליפין. וע' בשיטמ"ק לקמן דף מ"ו. שנחלקו ר"פ והריטב"א אי מהני סודר שאול לחליפין. וטעמו של ר"פ שלא מהני הוא משום קפידא דהמשאיל כמבואר בדברי ר"פ שם, ואילו מתוס' דידן יוצא לכאורה שלא יועיל סודר שאול אפילו אם אין קפידא של המשאיל אלא מעיקר הדין לא מהני כיון שאין לו בעלות בגוף הסודר. וכמו ששכירות לא נקנה בחליפין כך

סודר שאול אינו נעשה חליפין. והריטב"א שסובר שמהני סודר שאול לשטתו שחולק כאן על התוס' וס"ל דמהני חליפין בשכירות. אמנם שיטת הנתיבות בס' קצ"ה סק"ד הוא שמה שכתבו התוס' כאן ששכירות ושאלה אינם נקנים בחליפין הוא רק בשאלת קרקע ולא במטלטלין. ולדבריו אין ללמוד מדברי התוס' שלא יועיל סודר שאול.

הרמ"א בס' קצ"ה סע' ד' כתב בשם י"א דכלי שאול לא מהני לסודר אא"כ השאילו כדי לקנות. וכתב שם הגאון בסקכ"ג דהא דלא מהני סודר שאול הוא משום דאין השואל רשאי להשאיל. דהיינו משום קפידת המשאיל כמבואר בר"פ הנ"ל. אבל למה שנתבאר בשיטת התוס' אין זה הטעם אלא שאין לו בעלות בגוף הסודר ולא מהני אפילו אם המשאיל אינו מקפיד. ובסקכ"ד כתב הגאון על הא דסיים הרמ"א דאם השאילו כדי לקנות מהני כיון שנתן לו בשביל זה בודאי נתן לו באופן המועיל. והגאון מביא מקורות שמצאנו כעין זה בכמה מקומות. ואינו מוכן דאם מה שלא מועיל הוא כשיטת ר"פ משום קפידת המשאיל פשוט שאם נתן רשות מהני ואין צורך להוסיף דנתן לו באופן המועיל. ומזה היה משמע דס"ל כמו שכתבנו לדעת התוס' דקנין שאלה אינו מספיק לקנין סודר ואפילו אם המשאיל אינו מקפיד לא מהני. ולכן כשמשאיל במיוחד בשביל זה צריך הגאון להוסיף דנתן באופן המועיל. דהיינו כיון שנתן בשביל קנין סודר בודאי כוונתו להקנות לו גוף הסודר כדי שיועיל לקנין ולא כסתם שואל. ודברי הגאון בסקכ"ד לכאור' סותרים את דבריו בסקכ"ג.

אך הביאור הוא פשוט דבסע' ט' מביא המחבר המחלוקת אם אפשר להקנות שכירות ושאלה ע"י סודר או לא. ורק בשם י"א מביא את שיטת התוס' דלא מהני. ובמחלוקת זו דסע' ט' תלוי פשט ברמ"א בסע' ד'. דלסוברים דשכירות נקנה בחליפין ה"ה דסודר שאול מהני

הקנין אלא שזה בחנם וזה בשכר, וזה כמכר וזה כמתנה.

אמנם מצאנו בעוד מקומות שיש הבדל בין גדר הקנין של שואל לקנינו של שוכר. דהש"ך בס' ר"ב סק"ב מביא בשם ר' ירוחם דאף דקי"ל לענין קנין אגב דאפשר לתת מטלטלין במתנה אגב שכירות קרקע א"א לתת מטלטלין במתנה אגב שאלת קרקע. וכתב ע"ז הש"ך לא ידעתי למה גרע שאלה משכירות. והקצה"ח שם סק"א מביא ע"ז את דברי הטור הנ"ל דמחלק לגבי חליפין בין שאלה לשכירות. וגם בריטב"א לקמן דף צ"ט. מבואר כן לגבי הא דאמר ר"ה שהשואל קרדום אינו קונה במשיכה אלא ע"י בקיעה, ומבאר הריטב"א דסובר ר"ה כיון ששואל אינו קונה את גוף חפץ לא מהני קנין משיכה שהרי מושך גוף החפץ ואין זה מה שקונה אלא רק זכות השתמשות. וכתב ע"ז הריטב"א דבשכירות מודה ר"ה דהוי כממכר ליומיה. הרי שכתב בהדיא דשכירות הוא יותר קנין בגוף החפץ משאלה. וכן משמע ברש"י בע"ז דף ט"ו. ד"ה שאלה קניה שכתב שמה ששאלה קניא הוא משום דחייב באונסין. וקשה דמבואר שם דכשם ששאלה קניא כך שכירות קניא אע"פ שאינו חייב באונסין. אלא דס"ל דשכירות כיון שיש קנין בגוף הדבר קניא בלי חיוב אונסין, ושאלה שזה פחות קנין בגוף החפץ צריך להגיע להא דחייב באונסין.

תוד"ה וכי בצד שדהו וכו'. הש"ך בס' ש"ג כתב דמוכח מתוס' כאן דס"ל כשיטת הרמב"ם דחצר שכורה קונה למשכיר שהרי כתבו שבגמ' בהשואל השוכר משתמש בחצר משמע דמיירי שהשכיר את החצר ואעפ"כ קונה למשכיר. לעיל י': על הגמ' כי זכה ליה רחמנא להלוכי ביה וכו' הובא שרע"א כאן חולק וס"ל שאין ראייה מתוס'. והובא שם דברי הגר"א בס' ש"ג סק"ז שדחה ראית הש"ך באופן אחר. וכתבנו שם שהגאון בזה לשטתו דס"ל כשיטת תוס' דאם שכר להילוך קונה לשוכר לחולקים

ומה שלא מהני הוא משום קפידת המשאיל. אבל ל"א ששכירות אינו נקנה בחליפין ה"ה דסודר שואל לא מהני אפילו כשאין המשאיל מקפיד. ובזה ניחא דברי הגאון דבסקכ"ג מבאר הגאון הא דכתב הרמ"א דסודר שואל לא מהני דהוא משום קפידת המשאיל כדי שלא יהא תלוי במחלוקת דסע' ט'. ואפילו למקילים בסע' ט' ששכירות נקנה בחליפין כאן לא מהני משום קפידת המשאיל. ובסקכ"ד מבאר הגאון שסיום דברי הרמ"א שאם השאילו בפירוש בשביל זה מהני הוא אפילו לסוברים בסע' ט' דשכירות אינו נקנה בחליפין, ולדבריהם מה שלא מהני סודר שואל אינו מחמת קפידא אלא מדינא. ולשיטתם מה שמהני כשנותן בשביל זה הוא משום דנותן באופן המועיל. דהיינו שכונת הגאון לבאר כל דברי הרמ"א בסע' ד' שלא יהיו תלויים במחלוקת דסע' ט'.

המור בס' קצ"ה כתב וז"ל כשם שקרקע נקנה באחד מאלו הארבעה דברים כך שכירות קרקע נקנה בהם [והם כסף שטר חזקה וחליפין] ובשאלת קרקע י"א שאין מועיל חליפין עכ"ל. משמע מלשון הטור שמחלק בזה בין שכירות לשאלה ורק בשאלה הביא דעת הסוברים שלא מהני חליפין אבל שכירות כן נקנה בחליפין. וכן הבין הב"י בדעת הטור. ומקשה הב"י למה לא הביא הטור י"א שגם בשכירות לא מהני חליפין. הדרכי משה כתב באות ז' דלשון הטור הוא לאו דוקא ונקט שאלה וה"ה שכירות. מלשוננו של הר"ש פ"ה מע"ש מ"ט נראה דעיקר מה שקשה למה ר"ג לא הקנה בחליפין אינו משום דיש עדיפות לחליפין על כסף, אלא למה הוצרך להשכיר המקום היה יכול להשאיל המקום ויעשה הקנין בחליפין. וכתב ע"ז הר"ש דמכאן משמע דשאלה אינה נקנית בחליפין. ולא כתוס' דידן שהקשו שישאיל או ישכיר להם בחליפין. ולדברי הר"ש אין מקור מכאן רק דשאילה לא נקנה בחליפין. ואכתי דברי הטור מחודשים דבפשטות אין נ"מ בין שאלה לשכירות בגדר

הערות

שנים אוחזין דף יא:

וציונים

קלז

על הרמב"ם ולכן לא דחה כדחיית רע"א. דהיינו שיש ג' דרכים לבאר מש"כ התוס' והלא השוכר משתמש בחצר. א. הש"ך מפרש שהשכיר את החצר. ב. לרע"א החצר של השוכר להילוך. ג. לגאון אינו שלו כלל אלא שאין בעה"ב מקפיד על הילוכו.

ר"פ אמר דא"מ אותן שאני.

למסקנת הגמ' לפי מה שמבואר בתוד"ה חצר ובריטב"א יש ג' דינים בזה. א. במציאה בחצר המשתמרת לא בעינן עומד בצד שדהו, ובאינה משתמרת בעינן עומד בצד שדהו. ב. במתנה אפילו אינה משתמרת לא צריך עומד בצד שדהו. ג. בגט אפילו משתמרת צריך שתעמוד בצד חצרה. וכמה דרכים נאמרו בראשונים בביאור דינים אלו.

א. שיטת ר"פ [מובא בשיטמ"ק] דחצר

במציאה ומתנה הוא מדין שליחות, כיון דהוי זכות. גם חצר שקונה מדין שליחות צריך להיות חצר המשתמרת. ואם החצר משתמרת לא בעינן עומד בצד שדהו. ואין הבדל בעיקר דיני חצר בין מציאה למתנה אלא שבמתנה כיון שאין החפץ הפקר ואין אחר יכול לזכות בו אלא הקונה ממילא החפץ משתמר לקונה. ובמתנה בלי עומד בצידו הוי כמציאה עם עומד בצידו דתרווייהו חשיבי משתמר. ורק בגט דהוי חובה החצר הוא מדין יד ובזה אפילו במשתמר בעינן עומד בצידו כדי שיהיה דומיא דידה.

ב. שיטת הרא"ש הוא דהא דמהני דעת

אחרת מקנה לסלק החסרון של אינה משתמרת הוא משום דשמירת הנותן חשובה לו כשמירתו. ומפרש הב"י בס' ר' שלרא"ש כל המעלה של דעת אחרת מקנה הוא רק דבמקום שהקונה יעמוד בצידו וישמור מהני שמירת המוכר בשביל הלוקח. אבל אם אינו משתמר גם למוכר לא מהני אפילו במתנה. הקצות בס' ר' סק"ב ס"ל שכונת הרא"ש כדברי ר"פ

שכשיש דעת אחרת מקנה זה נחשב משתמר מפני שאין אחר יכול לזכות. ואפילו אם אינה משתמרת לא לקונה ולא למקנה מהני היכא דאיכא דעת אחרת מקנה. ועוד כתב הרא"ש דמה דמהני עומד בצד שדהו בחצר שאינה משתמרת אינו מטעמיה דר"פ דע"י שעומד בצידו הוי כמשתמרת וקונה מדין שליחות, אלא חצר שאינה משתמרת לא הוי שלוחו אפילו בעומד בצידו אלא כיון שעומד בצידו מהני מדין יד.

נמצא שלדעת הב"י יש שני הבדלים בין

שיטת ר"פ לשיטת הרא"ש. א. לר"פ בדעת אחרת מקנה זה נחשב משתמר אפי' שאינו משתמר לא ע"י הקונה ולא ע"י המוכר מפני שאין כל אחד יכול לזכות במתנה אלא רק המקבל. ולרא"ש גם בדעת אחרת מקנה בעינן משתמר אלא שאם משתמר ע"י המקנה מהני שמירתו לצורך הקונה. ב. לר"פ עומד בצידו נותן לחצר דין משתמר וקונה מדין שליחות. לרא"ש כיון שמצד עצמו אינו משתמר אין החצר שלוחו אלא דהיכא דעומד בצידו קונה מטעם יד. ולדעת הקצת"ח נחלקו ר"פ והרא"ש רק בחדא, בהא דמהני עומד בצידו. אבל מה שמתנה לא צריך עומד בצידו גם לרא"ש הוא משום דנחשב משתמר כיון שאין אחרים יכולים לזכות וגם לרא"ש לא בעינן שיהיה משתמר ע"י המקנה.

ג. שיטת הר"ן דבמקום שחצר קונה

מדין שליחות לא בעינן חצר המשתמרת ולא עומד בצד שדהו. והא דמציאה אינו נקנה באינה משתמרת בלי עומד בצידו הוא משום דמציאה כיון שאין מקנה אין החצר יכול לקנות מדין שליחות דבעינן שלוחו של בעל הממון. ולגבי מציאה החצר קונה מטעם יד ולא מטעם שליחות ולכן בעינן עומד בצד שדהו כדי שיהיה דומיא דידו. ורק במתנה שיש מקנה ואיכא שלוחו של בעל הממון החצר קונה מדין שליחות, ואז לא בעינן משתמר [ולא דחשיב

משתמר כמש"כ ר"פ והרא"ש. והא דחצר המשתמרת מהני למציאה אפילו אינו עומד בצד שדהו מבאר הר"ן דחצר המשתמרת חשיב יד לענין מילי דזכות אפילו אינו עומד בצידו. עיין בשיטמ"ק בשם הראב"ד שגם כתב על דרך הר"ן בקצת שינוי.

נמצא לשיטת הר"ן חצר של מציאה אינה מדין שליחות אלא מטעם יד. וכן הוא לדעת הרא"ש לגבי חצר שאינה משתמרת ועומד בצידו שאינו קונה מטעם שליחות אלא מטעם יד. ומקשה רע"א כאן וכן הנתיבות בפתיחה לס' ר' דקי"ל דחצר דגברא משום שליחות ורק חצר דאשה הוי מטעם יד, ולא ילפינן קטן מקטנה ואין כתבו הרא"ש והר"ן דחצר דגברא הוי מטעם יד. ותרצו דרק חצר של קטן לא הוי כידו אבל של גדול הוי שפיר כידו גם בגברא.

ד. שיטת רש"י בד"ה ר"פ אמר שמה שבדעת אחרת מקנה לא בעינן עומד בצד שדהו הוא משום דנוחה מתנה זו לקנות. ומבואר מלשון זה דלא ס"ל כר"פ והרא"ש דמעלת דעת אחרת מקנה היא שע"ז זה נחשב משתמר אלא כיון דאיכא דעת אחרת מקנה מהני אע"ג דאינו משתמר דנוחה מתנה זו לקנות אפילו כשאין החצר משתמרת. אך א"כ הוי ליה לרש"י לבאר החילוק בין מתנה למציאה שמתנה נוחה לקנות משא"כ מציאה שאין דעת אחרת מקנה צריך משתמר. ולמה מוסיף רש"י ענין דעת שולח ושליח. ואולי יש לפרש דברי רש"י ע"פ הר"ן דכשיש דעת אחרת מקנה יש שלוחו של בעל הממון ואז החצר קונה מדין שליחות ולא בעינן משתמר. אך גם זה קשה מלשון רש"י שמבאר הנ"מ בין מתנה למציאה דבעינן או דעת שולח או דעת שליח ובחצר שאין לא דעת שליח ולא דעת שולח בעינן דעת אחרת מקנה, משמע דסגי או בדעת שליח או בדעת משלח ולא בעינן שלוחו של בעל הממון.

האבן האזל פ"ד מזכיה ה"ח כתב בדעת רש"י שמה שאינו קונה מציאה בחצר שאינה משתמרת אינו מפני שיש חסרון במעשה הקנין אלא שחסר דעת קונה. דכל שליח שקונה בשביל משלחו יש דעת קנין של השליח, אבל בחצר שאין דעת שליח בעינן כונת קנין מצד המשלח. ואם אינו עומד בצד שדהו אין לא דעת שליח ולא דעת המשלח. משא"כ במתנה דאיכא דעת אחרת מקנה נוחה המתנה לקנות בלי כונת קנין מצד הקונה כמבואר ברשב"א בגיטין דף כ: ובראב"ד בב"ב דף מ"א. [כמו שמביא הקצה"ח בס' ער"ה סק"ד ורע"א תש' ל"ז]. והא דבחצר המשתמרת מהני בלי עומד בצידו אף שאין דעת אחרת מקנה ואין כונת קנין של הקונה כתב האבה"א שצ"ל דבחצר המשתמרת איכא אומדנא קבועה שדעתו לקנות כל מה שיכנס לחצרו. אבל בחצר שאינה משתמרת בעינן או דעת אחרת מקנה או כונת קנין מצד הקונה. והעומד בצידו של חצר שאינה משתמרת שמועיל במציאה אפשר לפרש בשני אופנים. א. כיון שעומד בצידו יש כונת קנין. ב. שנחשב ע"ז משתמר וממילא לא צריך כונת קנין כמו בחצר המשתמרת. וכצד זה מבואר ברש"י בדף י"א. ד"ה אי עומד. אך צ"ע לפ"ז דמבואר בגמ' דהא דקונה בצבי שבור הוא דוקא ברין אחריז ומגיעו, ובמתנה מהני גם כשאינו מגיעו. ולרש"י לכאורה אינו מובן דמתני' מיירי באומר זכתה לי שדי, א"כ יש כונת קנין מפורשת, וא"כ כמו שבמתנה מהני מפני שיש דעת אחרת מקנה כך במציאה שיקנה משום דאיכא דעת קונה וצ"ע.

מדברי המרדכי בסוגין [הובאו דבריו בקצה"ח ס' ער"ה סק"א] מוכח שלא למד כר"פ והרא"ש דע"י דעת אחרת מקנה נחשב משתמר אלא דבדעת אחרת מקנה לא בעינן משתמר. וזה או כרש"י דנוחה מתנה זו לקנות או כהר"ן דאיכא שלוחו של בעל הממון. דהמרדכי מקשה דמשמע בגמ' שר"פ בא לישב דלעולם

הערות שנים אוחזין דף יא: – יב. וציונים קלט

שליחות כלל וכו' ומשום דחוב הוא לה וכו' ושוב לא חילק הכתוב ואפילו כשהוא ברצונה בעינן נמי עכ"ל. אבל הרשב"א בגיטין ע"ז: כתב שאם רוצה ואין חשש שחזרה הוי החצר מדין שליחות ולא בעינן שתעמוד בצידו.

בגדר הדין של שלוחו של בעל הממון ידוע מה שמביא הקצה"ח בס' קפ"ב סק"ב ששאלו את הנוב"י דתנן תן שחרור זה לעבדי לא יחזור, ואמאי לא אמרינן דהוי שליח לדב"ע דמשחרר עבדו עובר בעשה. וכתב ע"ז הנוב"י שדבר זה מביא לידי גיחוך שהרי השליח אינו שלוחו של האדון אלא של העבד והאיסור הוא על האדון ולא על העבד. והקצות כתב דהאמת עם השואל דאע"ג שהזוכה הוא שלוחו של העבד מ"מ בעינן ג"כ שיהיה שלוחו של בעל הממון. וא"כ בע"כ הוא גם שלוחו של האדון, וחלק זה של השליחות הוי שליחות לדב"ע. וכ"כ רע"א תשובה קצ"ד.

מרן הגר"ש רזובסקי זצ"ל היה רגיל לומר בזה דאין הפשט בשלוחו של בעל הממון שהוא שלוחו של המזכה אלא שהמזכה צריך לעשות את השליח שלוחו של הזוכה. וא"כ צדקו דברי הנוב"י דאין זה שלדב"ע. ועיין בקה"י ס' ט"ז אות י' שכתב כדברים אלו בשם הדברי חיים ע"ש. נמצא דלדעת רע"א והשואל בנוב"י והקצה"ח הדין שלוחו של בעל הממון היינו דהוי שלוחו של המקנה. ולדעת הנוב"י הדברי חיים והגר"ש רזובסקי זצ"ל המקנה עושה את השליח שלוחו של הקונה. ולכאורה יש להוכיח כדבריהם מדברי הר"ן כאן דכתב דמתנה מהני בחצר מדין שליחות ואין בזה חסרון של שלוחו של בעל הממון כיון שיש מקנה. ופשוט דענין שליחות של חצר הוא רק לבעל החצר ולא מצאנו שחצר של ראובן יהיה שלוחו של שמעון. וע"כ שהדין של שלוחו של בעל הממון בזה הוא שהמקנה עושה את החצר שלוחו של הקונה שהוא בעל החצר, ולא שהחצר הוא שלוחו של המקנה.

טוה"נ אינה ממון להקנות בחליפין ואגב, והקנין היה בחצר. והא דמהני אף שלא היה עומד בצידו הוא משום דדעת אחרת מקנה שאני. ומקשה המרדכי אם ר"פ ס"ל דטוה"נ אינה ממון הרי אין הישראל נחשב מקנה ואין דעת אחרת מקנה. וכתב ע"ז הקצות דזה קשה רק לפשט הפשוט בגמ' דקאי כמ"ד טוה"נ אינה ממון, אבל למה שהביא שם בשם השיטמ"ק דגם הצד שטוה"נ אינה ממון היינו רק דאינו ממון גמור ואינו נקנה בקנין גרוע כסודר ואגב, אבל הכל קאי למ"ד בעלמא טוה"נ ממון, א"כ שפיר הוי הישראל מקנה. והמרדכי שמקשה ולא ס"ל כדברי השיטמ"ק הוא לשטתו דמדבריו שהובאו בקצה"ח ס' ש"נ סק"א מוכח בלא"ה דלא ס"ל כשיטמ"ק. אמנם העירוני שאפי' אם המרדכי לא ס"ל כהשיטמ"ק אכתי לדברי ר"פ והרא"ש דענין דא"מ הוא דאחרים לא יקחו כיון שאינו הפקר, והמקנה הקנה רק לקונה והוי משתמר א"כ אין מקום לקושית המרדכי. דאף שהישראל אינו מקנה מ"מ אסור לקחת בלי רשותו ולענין משתמר דמי לדעת אחרת מקנה, ומאי קשיא ליה למרדכי. אלא מוכח דסובר המרדכי דתלוי בדעת אחרת מקנה ממש וזה ע"כ או כרש"י או כר"ן.

המרדכי מתרץ על קושיתו דאף שאין דעת אחרת מקנה על המתנות מ"מ כיון דאיכא דעת אחרת מקנה על המקום סגי בזה. והדברים לכאורה אינם מובנים מה המעלה בזה שעל הקרקע יש דעת אחרת מקנה וצ"ע.

דף יב.

גמ' דחוב הוא לה. מבואר דכיון שגט הוא חוב החצר הוא מדין יד ולא מדין שליחות לכן צריך שתעמוד בצידו. ונחלקו הראשונים אם זה דוקא כשמתגרשת בע"כ או גם כשמתגרשת לרצונה. הריטב"א כתב [מובא בשיטמ"ק ד"ה ולפין וז"ל בגט לא שייך בה

אמנם מדברי הרמב"ן בגטין ע"ח: נראה שאין כוונתו כמו שהבין הקה"י. שגם שם מקשה הרמב"ן שקדמה דליקה לגט יהיה תלוי בספק של רבא. וכתב בזה הרמב"ן ב' תירוצים. א. התם איכא אויר אבל הכא אויר דליקה הוא. דהיינו שבת' זה מפרש הרמב"ן שהדליקה הוא בתחילת החצר ומיד כשנכנס הגט לאויר החצר הוא נמצא ע"ג הדליקה והדליקה מפסיקה בין הגט לחצר. וע"ז מביא הרמב"ן את הגמ' בהשואל דמפסיק כלי, וכמו שבמפסיק כלי פשוט שהאויר לא קונה כך במפסיק דליקה אין האויר קונה. ב. אפילו אם לא מפסיק דליקה כגון שהדליקה בצד השני של החצר גרע מאויר שאין סופו לנוח דמעיקרא לאיבוד זרק.

ולכאורה נראה ברור שכמו שבגיטין יש ב' תירוצים ברמב"ן גם כאן יש ב' תירוצים. שבתחילה כתב הרמב"ן כאן מש"כ בגיטין בת' השני. אך כאן מוסיף הרמב"ן ביאור בדליקה בודאי הולך לאיבוד ובודאי אין סופו לנוח משא"כ בארנקי זה ספק [גם הרשב"א כאן כתב שכאן זה ספק ושם ודאי ע"ש]. ומה שמוסיף הרמב"ן כאן את הגמ' בהשואל אין זה המושך התי' הראשון כמו שהבין הקה"י אלא זה תי' נוסף וזה התי' הראשון שכתב הרמב"ן בגיטין שהדליקה בתחילת החצר ומפסיק בין הגט לחצר. וע"ז מביא הרמב"ן את הגמ' בהשואל דמפסיק כלי. וא"כ אין שום מקור מהרמב"ן לחדש פשט חדש בגמ' בהשואל. ואדרבה בדבריו בגיטין מבואר שלמד כפשט הפשוט.

בעיקר הדבר שמבואר ברמב"ן וברשב"א שהספק של רבא הוא כשאינו ודאי אין סופו לנוח אבל אם בודאי אין סופו לנוח פשוט שאינו קונה, עיין ברע"א בגיטין ע"ט. שכתב בדעת התוס' שם איפכא שהספק של רבא הוא רק כשבודאי לא ינוח בחצר אבל כשאינו ודאי פשוט שקונה אף שבסוף לא נח.

בעי ר' ירמיה במתנה היאך. הרמב"ם פסק דבמתנה כיון דאיכא דעת אחרת מקנה

בעי רבא זרק ארנקי וכו'. הקה"י בס' י"ט מסתפק בגדר קנין אויר אם האויר מצד עצמו נחשב רשות הראוי לקנין או שרשות הקונה הוא הקרקע ואויר קונה מפני שנחשב כמונח על הקרקע. מדברי הנתיבות בס' ר' סק"ח נראה שלמד שזה גופא הספק של רבא. שאם האויר קונה מחמת עצמו לא בעינן סופו לנוח, ואם קונה משום דנחשב כמונח בעינן סופו לנוח. וז"ל הנתיבות ואויר שאין סופו לנוח כמונח דמי והאויר קני מצד עצמו וכו' ואי אויר שאין סופו לנוח לאו כמונח דמי א"כ אין לאויר קנין בעצמותו עכ"ל.

הקה"י מביא ראיה לספק זה מהגמ' בהשואל ק"ב. דמבואר שאם מפסיק כלי בין החפץ הנקנה לקרקע אין החפץ נקנה אפילו אי לא בעינן אויר שסופו לנוח. ואי נימא דאויר קונה מצד עצמו מה בכך דמפסיק כלי הא האויר עצמו הוי רשות הראוי לקנין. אלא מוכח דמה שאויר קונה הוא משום דהוי כמונח על הקרקע, ואם מפסיק כלי אינו כמונח על הקרקע. וכתב הקה"י לישב ע"פ דברי הרמב"ן כאן.

הרמב"ן מקשה על מה דאיתא בגיטין ע"ט. שאם זרק גט לחצרה וקדם דליקה לגט אינה מגורשת, ואמאי אינה ספק מגורשת הרי יש צד שאויר שאין סופו לנוח כמונח דמי. ותי' הרמב"ן שרק בזרק ארנקי יש צד שקונה דאין זה ודאי שלא ינוח בחצר משא"כ בגט הוי כמי שזרקו לשורפו שבודאי לא ינוח בחצר. ומוסיף ע"ז הרמב"ן ואמרינן בהשואל הכא מפסיק כלי. ואינו מובן דהתם יש הפסק בין החפץ הנקנה לחצר ומה הראיה משם לחילוקו של הרמב"ן בין אם ודאי לא ינוח או ספק אם ינוח או לא. וכתב בזה הקה"י דמבואר ברמב"ן שלא למד פשט במפסיק כלי משום הפסק אלא במפסיק כלי האויר אינו קונה מפני שבודאי אין סופו לנוח משא"כ בזרק ארנקי זה ספק. וא"כ ליכא ראיה מהתם שאויר קונה משום דנחשב כמונח על הקרקע.

הערות

שנים אוחזין דף יב.

וציונים

קמא

על דברי ר' יוחנן שאמר והוא שרץ אחריו ומגיעו. ולמה לא הסתפק על מתני' דרץ כדרכו לא קנה, במתנה היאך. אלא מוכח דברץ כדרכו יש חסרון אחר דיש צד שלא נחשב מונח בחצר כלל ובזה גם במתנה לא מהני. ויש להוסיף בזה דלעיל ס"ד דגם חצר שאינה משתמרת קונה כמו שהגמ' הוכיחה מר"ג וזקנים, ולה"א זו איך נפרש מתני' דצבי רץ כדרכו. ועוד מה חידש ר' יוחנן דאם אינו מגיעו לא קנה הא מפורש במשנה דרץ כדרכו לא קנה. אלא מוכח מזה כהרמב"ם דרץ כדרכו יש בו חסרון אחר דדמי לזרק ארנקי. אך מרן הג"ר שמואל רוזסבקי זצ"ל אמר שבלשון הרמב"ם שכתב שאם אינו מגיעו הרי הוא כרץ כדרכו משמע דבתרתייהו איכא אותה החסרון של אינו משתמר. ולכן פירש דרץ אחריו ואינו מגיעו היינו שלא מגיע לצבי בעודו בחצר אבל יכול לתופסו אחר שיצא מהחצר. ובזה מהני דעת אחרת מקנה. ורץ כדרכו גרע שלא רק שאינו משתמר בתוך החצר אלא אינו משתמר כלל שגם מחוץ לחצר אינו מגיעו, ובזה אפילו בדעת אחרת מקנה לא מהני. וכן מדויק בלשון רש"י בד"ה והוא שרץ וז"ל כגון שהיה יכול לרוץ אחריהן ומגיען קודם שיצאו משדהו עכ"ל, וכ"כ הריטב"א. ובאופן זה מהני אפילו בלי דעת אחרת מקנה. ואינו מגיעו היינו שלא יתפוס עד אחר שתצא מן החצר. ובזה מהני כשיש דעת אחרת מקנה. אבל אם לא יתפוס כלל, גם מחוץ לחצר, לא מהני אפילו בדעת אחרת מקנה. וזהו דינא דרץ כדרכו.

רש"י ד"ה זרק ארנקי. והפקירו לכל הקודם. ע' מש"כ בזה השיטמ"ק בשם הרשב"א. רבינו פרץ כתב דאפי' אי גרסינן הפקירו אין הכונה הפקר ממש שבהפקר ליכא דעת אחרת מקנה אלא שהוא נותן מתנה לכל הקודם. אך הקצה"ח בס' רע"ג סק"א ובעוד מקומות כתב ששיטת רש"י דהפקר הוי כדעת אחרת מקנה.

מהני אפילו רץ אחריו ואינו מגיעו. ואף דבחצר שאינה משתמרת ס"ל שאינו קונה אפילו כשיש דעת אחרת מקנה ולא פסק כר' פפא, כתב רע"א בגיטין דף ע"ט ששיטת הרמב"ם דאיכא ב' דינים במשתמר א. שהחצר יהיה מקום המשמר כל מה שמונח בו. ב. שחפץ זה יהיה משתמר בתוך החצר. וכשהחצר אינו מקום המשתמר כלל לא מהני דעת אחרת מקנה, דדעת אחרת מקנה חשיב שמירה רק לחפץ זה, אבל אינו מתקן את החצר. אבל כשהחצר מצד עצמו משתמר לגבי שאר חפצים, ורק לגבי חפץ זה יש חסרון כגון שרץ אחריו ואינו מגיעו או זרק ארנקי בזה מהני דעת אחרת מקנה.

אע"ג דפסק הרמב"ם שבמתנה מהני אפילו רץ אחריו ואינו מגיעו מ"מ כתב הרמב"ם דהיינו דוקא בצבי שבור אבל צבי רץ כדרכו לא קנה אפילו במתנה. וצ"ב מאי שנא צבי שבור שאינו מגיעו מרץ כדרכו. מדברי הגאון בס' רס"ח סקי"ב נראה שמפרש דמה שהגמ' מתרצת דצבי שבור שרץ אחריו ואינו מגיעו לא דמי לזרק ארנקי משום דמתגלגל כמונח דמי זה דוקא בצבי שבור, בזה הוי כמונח ויש רק חסרון של משתמר ובזה מהני דעת אחרת מקנה. אבל ברץ כדרכו אינו נחשב כמונח בחצר כלל ותלוי בספק של זרק ארנקי. ולענין זה אין מעלה בדעת אחרת מקנה. שהגאון מקשה איך הגמ' רצתה לפשוט הספק של רבא מצבי שבור הא אדרבה מרץ כדרכו מוכח איפכא. ומבואר שהגאון מפרש ברמב"ם כנ"ל.

בקושית הגאון על הרמב"ם העירוני דאפשר לישב דאף שאלבא דאמת רץ כדרכו דמי לזרק ארנקי מ"מ א"א לפשוט משם דאולי החסרון הוא משום משתמר, דמתני' לא מיירי במתנה. אבל למסקנא דזרק ארנקי נשאר ספק לא יועיל רץ כדרכו אפילו במתנה.

הגר"א בתחילת דבריו מביא ראייה לרמב"ם ממה שר' ירמיה הסתפק במתנה היאך

בחזקתו אבל תפיסת השני הוא אחרי שגמר הראשון מעשה הקנין ודמי לחזר והניחו ברה"ר דפסקה חזקתו של הראשון.

בזה יתישב נמי מה שהקשה הקונה"ס שם באות ב' סתירה בדברי הר"ן דלגבי ארנקי כתב הר"ן לענין מתנה כרא"ש דהוי בחזקת מ"ק. ואילו לעיל לגבי משוך בהמה וקני כלים שעליה כתב הר"ן דאפילו במתנה הוי בחזקת התופס דהוי תפיסה ברשות כההיא דכור בשלושים. ומביא הר"ן שיש מחלקים ביניהם דבכור בל' התפיסה היא תפיסה גמורה ורק הקנין הוא ספק ובמשוך בהמה כל התפיסה הוא ספק דעל הצד שאינו קנין גם תפוס אינו. והר"ן ס"ל דאין לחלק בזה. וסברת הר"ן מבאר הקונה"ס שם דס"ל דגם ספק מוחזק הוא מספיק שלא יוציאו מהתופס, ואפילו כנגד מ"ק. אך מקשה הקונה"ס דדברי הר"ן שם סותרים את דבריו לגבי ארנקי שפסק דהוי בחזקת מ"ק. וכתב ע"ז הקונה"ס ומי יתן ואדע מה בין הך בעיא דאור שאין סופו לנוח להך בעיא דמשוך בהמה וקני כלים שעליה.

ולמה שנתבאר לכאורה לא קשיא כלל דמחלוקת הרא"ש והר"ן הוא רק דמאי דס"ל לרא"ש דהוי תפיסה לענין הפקר, דהיינו ספק מוחזק כ"ז שמחזיק, סובר הר"ן דהוי תפיסה גם כנגד מ"ק. דהרא"ש ס"ל דכנגד מ"ק בעינן תפיסה ודאית ורק בהפקר מהני ספק מוחזק, והר"ן ס"ל דגם כנגד מ"ק א"א להוציא מהתופס כשיש צד שהוא מוחזק. לכן ס"ל דסגי בספק מוחזק גם נגד חזקת מ"ק. אבל כמו שהרא"ש ס"ל דמהני בהפקר רק כ"ז שהוא מושך כן סובר הר"ן לענין מתנה. ודברי הר"ן לגבי משוך בהמה מיירי בעוד הקונה מושך או שמשך עד שהביא לרשותו. בזה מהני ספק מוחזקות כנגד מ"ק אבל אם חזר והניחו ברה"ר או הפסיק למשוך בטלה חזקתו. וכמו שכתב הקונה"ס שבאופן זה לרא"ש יועיל תפיסת השני כך לר"ן באופן זה חזר לחמ"ק. והספק

לענין הלכה בספק של זרק ארנקי כתב הרא"ש דהוי בעיא דלא איפשטא הלכך במתנה יכול לחזור בו דאוקי בחזקת מ"ק. ובהפקר שאין מ"ק הוי בחזקת בעל הבית שהוא מוחזק תחילה, ואם אחר תפס ממנו מוציאין מידו. וכן פסק הרא"ש לעיל לגבי משוך בהמה וקני כלים שעליה וכן לגבי הנהגה בגמל ומשיכה בחמור. והנ"י בשם הר"ן כתב לגבי ארנקי, במתנה כרא"ש דהוי בחזקת מ"ק. אבל לגבי הפקר חולק הר"ן וס"ל דכל הקודם זכה. דהיינו שמהני תפיסת השני ולא הוי בחזקת בעה"ב. הקונה"ס בכלל ח' אות א' מביא שהאחרונים הקשו סתירה בדברי הרא"ש מדבריו בפרק חזקת הבתים ס' ס' דהמחזיק בנכסי הגר באופן דהוי ספק אם קנה או לא, כגון שהחזיק באחת לקנות אותה ואת המיצר ואת חברתה דהוי ספק אם קנה חברתה או לא, ופסק הרא"ש דאם בא אחד והחזיק קנה. ולמה כאן בזרק ארנקי כתב הרא"ש דהוי בחזקת בעה"ב.

לכאורה נראה דלפי מה שכתב הקונה"ס שם באות ג' יתישב קושיא זו. דכתב דמה שכתב הרא"ש בכל הספיקות הנ"ל דבהפקר הוי בחזקת הראשון זה רק כל זמן שהראשון עומד במוחזקותו. דהיינו במשוך בהמה וקני כלים כ"ז שהראשון מושך הוי בחזקתו. ואע"ג דהוי ספק אם מעשה זה ראוי לקנין, ועל הצד שאינו קנין גם אינו נעשה מוחזק בזה מ"מ לענין הפקר דאין כנגדו חמ"ק סגי בספק מוחזק. אבל כשמפסיק למשוך שוב לא הוי בחזקתו ומועיל תפיסת השני. והא דכתב הרא"ש לגבי זרק ארנקי דלא מהני תפיסת השני כתב הטור דהיינו שתפס השני מאויר חצרו של הראשון. ומבאר הקונה"ס באות ג' דאילו היה תופס השני אחר שיצא מאויר חצרו של הראשון היתה מועלת תפיסתו דיצא כבר מחזקתו של הראשון. ולפ"ז לק"מ דכ"ז שייך רק במשיכה או הנהגה בגמל שהיא פעולה נמשכת אבל בחזקת הבתים מיירי שקנה בקנין של נעל וגדר, ובזה אמנם ברגע הקנין הוי

הערות

שנים אוחזין דף יב.

וציונים

קמג

מוחזק מהני רק כ"ז שהוא מחזיק. וא"כ לק"מ דבזרק ארנקי בפשטות מיירי שיצא מהצד השני ולא שתפס בעה"ב או אחר מהאוויר [ורק הטור שמדבר לגבי תפיסת אחר דיבר שתפס מהאוויר] ולכן בזה מודה הר"ן שאחר שיצא מאוויר החצר חוזר לחזקת מ"ק.

ולפ"ז נוכל לומר דמה שחולק הר"ן על הרא"ש לגבי ארנקי של הפקר דהרא"ש כתב דהוי בחזקת בעה"ב והר"ן כתב דכל הקודם זכה אין כאן מחלוקת כלל. אלא הרא"ש מיירי באופן שכתב הטור שתפס השני מאוויר הראשון ובוזה הוי הראשון מוחזק. והר"ן מיירי שתפס השני אחר שיצא מחצרו של הראשון ובוזה גם הרא"ש מודה דמהני תפיסת השני כמו שכתב הקונה"ס. ומיושב בזה גם הסתירה ברא"ש וגם הסתירה בר"ן. ומחלוקת הרא"ש והר"ן הוא רק בדבר אחד דהר"ן ס"ל שספק מוחזק מהני גם נגד מ"ק והרא"ש ס"ל דספק מוחזק מהני רק בהפקר ולא כנגד חזקת מ"ק.

מתני' מציאת בנו ובתו הקטנים.

פרש"י דמציאת בתו לאביה מקרא דכל שבח נעורין לאביה. ותוס' לקמן הקשו דמפורש בריש קידושין דקרא בהפרת נדרים כתיב ולא ילפינן מינה. ומפורש בכתובות דף מ"ז. דטעמא דמציאת בתו לאביה משום איבה. ונחלקו רש"י ותוס' שם אם הוא משום איבת מזונות או שמא ימסרנה למנוול ומוכה שחין. עיין מש"כ בזה המל"מ פ"ג מעבדים הט"ו.

למימרא דסבר שמואל קמן לית ליה

זכיה. הריטב"א מבאר ראית הגמ' דסברא זו דמריצה אצל אביו אינו סיבה לתקן שהאב יזכה בממון של הבן, אלא רק סברא שאם מדאורייתא אין לקטן זכיה כלל ורבנן באים לתקן לו זכיה, ואפשר לתקן זכיה לעצמו, ואפשר לתקן שיהיה לאביו, בזה הסברא של מריצה אצל אביו הוא סיבה לתקן שזכיותו יהיה לאביו.

השוכר את הפועל ילקט בנו אחריו. עיין בשיטמ"ק ד"ה עשו בשם הרא"ש ותוס' שאנץ שמדינא הפועל עצמו יכול ללקט אלא שאינו יכול לבטל ממלאכת בעה"ב.

ר"י אומר בין כך ובין כך ילקט בנו

אחריו. נחלקו רש"י ותוס' בביאור דברי ר"י לה"א של הגמ'. התוס' כתבו בד"ה אי דמודה ר' יוסי שמציאת קטן לאביו, והא דמלקט בנו אחריו הוא משום דס"ל דאין זכיות האב ישיר מהפקר אלא הבן זוכה והאב זוכה מהבן. ומזה ראית הגמ' דר"י ס"ל שקטן יש לו זכיה מן התורה, דאילו היה זכיותו מדרבנן היה זכיותו ישיר לאביו, דאין סברא שיתקנו רבנן שתי תקנות. ברש"י ד"ה וליה לא ס"ל מבואר דלה"א של הגמ' ר"י ס"ל דמציאת קטן אינו לאביו כלל ולכן מותר לבנו ללקט. ולרש"י אין מקום לקושית תוד"ה שמואל. ומה דאיתא בלשון הגמ' דאא"ב קטן אית ליה זכיה כי קא מלקט לנפשיה קא מלקט ואבוה מיניה קא זכי, לרש"י אין כונת הגמ' שהאב זוכה בתקנת"ה אלא הממון הוא של הבן, וכשמביא הבן לאביו האב זוכה מהבן.

אך צ"ב בשיטת רש"י דאם ר"י מתיר ללקט מפני שס"ל שמציאת קטן אינו לאביו כלל מה הראיה דס"ל שקטן אית ליה זכיה מן התורה, אולי זכיות הקטן הוא מדרבנן ואעפ"כ מותר ללקט כיון שאין האב זוכה במציאתו. וכתב בזה המהר"ם שי"ף דראית הגמ' דר"י ס"ל שקטן יש לו זכיה מן התורה הוא מזה דס"ל שהקטן זוכה בלקט, ואילו היה זכיות קטן מדרבנן מפני דרכי שלום לא היו מתקנים תקנתם אלא בממון הפקר ולא בלקט שהוא ממון עניים, שבתקנתם חבים לעניים ואין יניחו לגזול את העניים. כדברי המהר"ם שי"ף כתב השיטה בשם תוס' הרא"ש והרא"ש מישב בזה את קושית התוס' בד"ה אי ע"ש. דהיינו שלפי תוס' ראית הגמ' דר"י ס"ל דקטן אית ליה זכיה מדאורייתא הוא מזה דס"ל דהזכיה אינה ישירה

לאביו. ולרא"ש והמהר"ם שי"ף בדעת רש"י הראיה הוא דלא שי"ך תקנ"ח בממון עניים וע"כ שזכייתו מן התורה.

מדברי הרא"ש, וכן מדברי רש"י לפי ביאורו של המהר"ם שי"ף, מוכח דס"ל דלקט שכחה ופאה שהם מתנות עניים הוי ממון עניים ולא שזה הפקר לעניים. אלא כמו שמתנות כהונה שי"ך לשבט הכהונה כך מתנות עניים הם ממון העניים. דאי נימא שאינו ממון עניים אלא רק הפקר לעניים אין הפסד לעניים במה שהקטן זוכה יותר ממה שיש הפסד לכל אדם במה שהקטן זוכה הפקר או מציאה. אע"כ דהכא שאני דאינו הפקר לעניים אלא הוי ממון עניים. הקו"ש בח"ב ס' י"ז מסתפק בזה אי מתנות עניים הם הפקר לעניים או ממון עניים. ומדברי הרא"ש מוכח דהוי ממון עניים. נמה דמשמע בלשון המהר"ם שי"ף דלקט שי"ך רק לעניים גדולים אין כוונתו דמה שזיכתה תורה לקט לעניים הוא רק לגדולים ולא לקטנים דלמה שלא יהיה גם לקטנים חלק בבעלות על ממון העניים. אלא כונתו דאפשרות זכיה בפועל הוא רק לעניים גדולים ולמה יתקנו רבנן זכיה לעני קטן על חשבון העניים הגדולים].

לשיטת רש"י צריך להבין תירוץ הגמ' דר"י ס"ל שזכיית קטן הוא מדרבנן ואעפ"כ מותר ללקט משום שעשו אינו זוכה כזוכה. ובשלמא לתוס' ניחא דאע"ג דתמיד הזכיה היא ישירה לאביו מ"מ לגבי לקט כדי שיהיה אפשרות לבן ללקט תקנו שהבן יזכה. אבל לרש"י ששאלת הגמ' היא שלא תקנו זכיה לגזול העניים מה תירוץ הגמ' עשו אינו זוכה כזוכה. והרא"ש מפרש ע"פ דרכו באופן אחר ע"ש אבל דברי רש"י לכאורה צ"ב. וצ"ל דכיון דעניים גופיהו ניחא להו תיקנו אף דהוי ממון עניים.

הריטב"א על הגמ' של עשו אינו זוכה כזוכה מביא שיש מקשים איך תקנו שיזכה

הקטן בממון העניים. וכתב הריטב"א שלק"מ דקי"ל הפקר ב"ד הפקר. ויש לעיין בזה בשיטת הרא"ש מה הטענה שלא תקנו זכיה דרבנן בממון עניים דאיך יניחו לקטן לגזול העניים ומאי שנא מכמה קנינים שרבנן תקנו שמן התורה הממון הוא של ראובן ומדרבנן קנה שמעון. אע"כ דהפקר ב"ד הפקר. ולמה כאן לא יתכן שתקנו זכיה לקטן בממון עניים, הא איכא חשש אינצוי ויש סיבה לתקן.

ונראה דביאור מחלוקת הרא"ש והריטב"א בזה הוא ע"פ מה שמסתפק הדבר אברהם בח"א ס' כ"א אות ט"ז בגדר קנין מפני דרכי שלום, אם אינו קנין כלל מדאינו יוצא בדיינים אלא רק תקנ"ח שאסור לקחת ממנו. או שזה קנין לענין דרכי שלום, וקנין כזה שאינו אלא מחמת דרכי שלום אינו יוצא בדיינים. וע"ש שיש לו צד לתלות שאלה זו במחלוקת רש"י ותוס' בב"ק דף קי"ד: ולכאורה בזה תלוי מחלוקת הרא"ש והריטב"א דאם תקנ"ח היא שיש לקטן קנין, עד כמה שקנוי לקטן אמרינן הפקר ב"ד ככל קנין דרבנן, ואין בזה חשש גזל עניים דהפקר ב"ד הפקר. זה שיטת הריטב"א. הרא"ש ס"ל דכיון שאינו יוצא בדיינים אינו קנין כלל אלא רק תקנ"ח שלא יוציאו מהקטן ובזה ס"ל דלא שי"ך הפקר ב"ד כיון שלא הקנו את הממון לקטן, וא"כ איך יניחו לקטן לגזול את העניים.

לכאורה נ"מ במחלוקת זו לענין הא דקי"ל יוני שובך ויוני עליה יש בהם גזל מפני דרכי שלום, מה דין הביצים של יונים אלו האם יהיה גם בהם גזל מפני דרכי שלום אפי' באופן שאין סיבה לדרכי שלום על הביצים מחמת עצמם מכיון שנולדו מקנינו או דבעינן סיבה לתקנת דרכי שלום על הביצה בפנ"ע ואין ממילא דרכי שלום על הביצה מכח האם. וזה תלוי במחלוקת הנ"ל שאם הדין גזל מפני דרכי שלום הוא קנין הקנין שיש באם עובר ממילא לולד. ואם אינו קנין אלא רק תקנה שאסור

הערות

שנים אוחזין דף יב.

וציונים

קמה

לקחת מפני דרכי שלום אינו עובר ממילא לולד. וע' בפרק השואל דף ק"ב. שכתבנו בס"ד להוכיח מהגמ' שם לפי שיטת תוס' והרמב"ן דאף שעל האם איכא איסור גזל מפני דרכי שלום מ"מ בעינן סיבה מיוחדת לחדש דרכי שלום על הביצה ואינו עובר ממילא ומוכח מזה דאינו בגדר קנין.

האו"ש בפ"ט משכירות הי"א כתב לישב קושית התוס' בסמוך בד"ה במגביה שהקשו למ"ד פועל למלאכה סתם, וכ"ש עבד עברי מציאתו לרבו, הא תניא בפ"ק דקידושין מציאת אמה העבריה לאביה. ותי' האו"ש דהא דמציאת פועל לרבו מבואר לעיל דהוא משום דיד פועל כיד בעה"ב. וענין יד פועל כיד בעה"ב מבאר האו"ש דידו של הפועל קנוי לרבו כקנין דקל לפירות לענין מה שיזכה בו הפועל. וכ"ז בעבד או פועל גדול שיש לו יד לקנין ומה שקונה הוי מעשה ידיו. אבל אמה שהיא קטנה וכל קנינה הוא מפני דרכי שלום אין זה נחשב פירות של ידה אלא הוי תקנה צדדית שמה שהיא לוקחת אסור לקחת ממנה. ולענין זה אין זכות לאדון במציאתה. ודברי האו"ש בזה לכאורה תלויים בספק הנ"ל בגדר קנין מפני דרכי שלום, דדברי האו"ש מובנים אי אמרינן דדרכי שלום אינו קנין. אבל אם חדשו קנין לענין דרכי שלום א"כ עד כמה שזה קנוי לקטנה הרי זה מעשה ידיה ולמה לא יזכה בזה האדון. [בעיקר דברי האו"ש יש להעיר דכל מה שצריך לעיל להגיע לסברת יד פועל כיד בעה"ב זה רק למ"ד מגביה מציאה לחברו לא קנה חברו, וקשיא ממצאת פועל. וע"ז תרצו דידו כיד בעה"ב. אבל למאי דקי"ל מגביה מציאה לחברו קנה חברו א"כ הוי מציאת פועל לרבו גם בלי יד פועל כיד בעה"ב. א"כ להלכה לא הועיל האו"ש בתירוצו. ונראה שכונת האו"ש דבקטנה כיון שאין לה דעת לא שייך שיזכה האדון מדין מגביה מציאה לחברו, ולגבי קטנה גם לדין צריך להגיע ליד פועל כיד רבו, וע"ז שפיר כתב האו"ש את דבריו].

בזה תלוי גם מה שנחלקו הראשונים אם יש חיוב נזקי ממון בממון שקנוי לו מפני דרכי שלום, שהרמב"ן במלחמות בב"ב דף יח. כתב בסוגיא דחרדל שמה שאין על בעל הדבורים חיוב בנזק החרדל מדין שן הוא מפני שהדבורים אינם שלו אלא רק מפני דרכי שלום. והנ"י שם כ"ב: כתב על הא דמרחיקים שובך מן העיר שיש בזה חיוב שן אע"פ שאינו שלו אלא מפני דרכי שלום. והובאו דבריו בקצה"ח ס' קנ"ה סק"ט. ואי אמרינן דדרכי שלום אינו קנין כלל יש מקום לומר שאין בזה חיוב נזקי ממון דאין זה ממון. אבל אם תקנו קנין מפני דרכי שלום עד כמה שזה שלו יש חיוב של נזקי ממון.

תוד"ה אי אמרת. כתבו דסתם משנה בכמה מקומות דמציאת קטן לאביו ולכן היה פשוט לגמ' דר"י אינו חולק בזה. אך כל מה שהביאו מירי לענין לזכות לאחר ע"י בנו הקטן ולא לענין מציאת קטן לאביו. אלא שהתוס' אזלו לשטתם דס"ל בעמ' ב' דלזכות ע"י בנו ומציאת קטן לאביו תלוי הא בהא. אבל לשיטת הרמב"ם והשו"ע דאין שני ענינים אלו תלויים זה בזה, ולגבי מציאה תלוי בסמוך ולענין לזכות לאחרים תלוי אם הוא קטן או גדול, א"כ אין ראייה מכל המשניות שהביאו התוס' שמציאת קטן לאביו, שהרי קטן שאינו סמוך מציאתו לעצמו ואעפ"כ א"א לזכות על ידו.

אבזה עשיר הוא. שיטת התוס' דאין כונת הגמ' מדין עשיר אלא דהוי כבעל השדה. והא דנקטו לשון עשיר יש לבאר ע"פ מש"כ הקה"י בס' י"ד שגדר הדין דלהזהיר עני על שלו הוא שלגבי השדה שלו הוא נחשב כעשיר ע"ש. ר"ח מפרש הגמ' כפשוטו מדין עשיר. וצ"ב דת"ל דאפלו אינו עשיר הרי הוא כשותף בשדה. ואין לומר דר"ח ס"ל דאריס אינו נחשב כבעל השדה כיון שהוא שותף רק בפירות ולא בקרקע דמפורש במשנה בפ"ה מפאה מ"ה

דף יב:

עשו שאינו זוכה בזוכה. מוכח דע"ז נחשב שלו מן התורה שעשו הפקר ב"ד משא"כ הא דמציאת חשו"ק אפי' לר"י דיוצא בדיינים אין זה אלא מפני דרכי שלום ולא עשו בזה הפקר ב"ד הפקר. ויש לעיין בזה מדברי רש"י בגיטין ל. שכתב בדברי ר"י דמציאת חשו"ק יש בו גזל גמור שהוא משום שעשו אינו זוכה בזוכה.

ר"י אמר לא גדול גדול ממש. נחלקו המהרש"ל והמהרש"א בביאור דברי ר' יוחנן. שיטת המהרש"ל שגם לר"י תקנ"ח הוא שהקטן זוכה ישיר לאביו. דלמאי דקי"ל שאין לקטן זכיה מן התורה לא עבדינן שתי תקנות כמבואר בתוס' לעיל. והא דבנו מלקט גם לר' יוחנן הוא משום דעשו אינו זוכה בזוכה. המהרש"א ס"ל דכיון דלר' יוחנן גם בן גדול הסמוך מציאתו לאביו אף שיש לו זכיה לנפשיה מן התורה ע"כ שתקנו שיזכה האב בממון הבן. א"כ גם בקטן הקטן זוכה לעצמו והאב זוכה ממנו. דהיינו שלר' יוחנן בע"כ היו ב' תקנות, שהרי תקנו זכיה לקטן גם כשאינו סמוך על שולחן אביו, ובזה הזכיה היא לעצמו ואין אביו זוכה. ותקנו שאביו זוכה גם בגדול הסמוך אע"ג דאית ליה לבן זכיה לעצמו מן התורה. א"כ גם בקטן הסמוך איכא ב' תקנות. א. שזוכה לעצמו. ב. שאביו זוכה ממנו. ולמהרש"א לר' יוחנן אין צורך להגיע לעשו שאינו זוכה בזוכה.

תוד"ה ר"י. שיטת התוס' דלר"י כשם שהדין של מציאת קטן לאביו תלוי בסמוך ולא סמוך ולא בגדול וקטן כך זכיה לאחרים ע"י בנו תלוי בסמוך. וע"י קטן שאינו סמוך אפשר לזכות משום דאין חסרון במה שהוא קטן דשאני שתופי מבואות דרבנן. ואין חסרון של ידו כיד אביו כיון שאין מציאתו לאביו. וע"י גדול הסמוך א"א לזכות כיון שידו כיד אביו. ואע"ג דגדול אית ליה זכיה מדאורייתא ס"ל

דאריס הוי כבעל השדה לגבי זה וצ"ע. ולשיטת ר"ח מוכח מכאן דאע"ג שאביו עשיר ובסתם האב זון את בנו אעפ"כ הבן אין לו דין עשיר ומותר ללקט לשו"פ. וע' בקה"י לקוטים ח"ב ס' ה' שדן בזה.

עשאוה כמי שהלכו בו הנמושות.

לשיטת תוס' מבואר בגמ' דאחרי שהלכו בו הנמושות מותר לא רק לכל אדם אלא גם לבעל השדה. ומסברא יש מקום לומר דיאוש העניים מתיר רק לכל אדם שאיסורם משום גזל העניים. אבל איסורו של בעל השדה הוא משום המצוה דתעזוב, ולגבי זה יש מקום לומר שנשאר הציווי גם אחר יאוש העניים. ובזה יש מקום לבאר את דברי הרמב"ם שכתב בפ"א ממת"ע ה"י דהא דכל אדם מותרין אחרי שהלכו בו הנמושות הוא משום דדרשינן לעניים ולא לעטלפים. וקשה דבאלו מציאות מבואר דההתר של הלכו בו הנמושות הוא משום יאוש העניים. עיין מה שכתב בזה בקו"ש ח"ב ס' י"ז. ולהנ"ל י"ל דיאוש מתיר רק לכל אדם אבל אינו פוטר את בעל השדה מהמצוה דתעזוב. ולזה בעינן טעמא דלעניים ולא לעטלפים שזה פטור מן המצוה של תעזוב כמבואר בסוף חולין דף קל"ד. והמקור דמאימתי כל אדם מותרין בלקט כולל גם את בעל השדה הוא מגמ' דידן. עיין מה שכתבנו עוד בזה בס"ד לקמן כ"א:.

רע"א בפאה פ"ח מ"א מקשה על המשנה של מאימתי כל אדם מותרים בלקט למה אין בעל השדה זוכה בלקט בקנין חצר כשמתאשים העניים. וכתב ע"ז המקדש דוד בזרעים ס' ס"ב אות ה' ד"ה מקשים שאין לתרץ שהלכו בו הנמושות מתיר רק לאחרים ולא לבעל השדה דלא מסתבר לומר שהיאוש מועיל רק להתיר לאחרים ולא לבעל השדה. ולפי מה שכתבנו מסברא היה מקום לומר שבעל השדה אינו יכול לזכות אבל מבואר בהדיא כאן בגמ' לשיטת התוס' שגם בעל השדה יכול לזכות ושפיר הקשה רע"א.

הערות

שנים אוחזין דף יב:

וציונים

קמז

בשיטת הרמב"ם והשו"ע צריך להבין למה בנו קטן שאינו סמוך גרע מבין חברו. ועוד צ"ב דהנ"י כתב בסוגין בשם הר"ן דמתנה שנתנו אחרים לבנו קטן הסמוך על שולחנו הוי של אביו. ומוסיף הר"ן שזה דוקא בקטן אבל בגדול אע"פ שסמוך על שולחן אביו אין מתנתו לאביו. וכן נפסק ברמ"א בחו"מ ס' ע"ר. וקשה ממ"נ אם לגבי מתנה יש חשש איבה יהיה דינו כמו מציאה שגם גדול הסמוך הוי לאביו. ואם אין חשש איבה למה קטן הסמוך הוי לאביו. ונראה דדברי הנ"י בשם הר"ן קאי בשיטת הרמב"ן, ומתנה דמי ממש לדין של זכית עירוב לאחרים. וסובר הר"ן דחשש איבה אין במתנה, ולכן גדול שיש לו יד מן התורה נשאר לו יד גם אחרי התקנה של מציאתו לאביו. אבל קטן שאין לו יד לזכות אלא מתקנ"ח בזה במקום שמציאתו לאביו אין לו יד לעצמו כלל. וכשם שא"א לזכות על ידו לרמב"ן כך מתנתו לאביו. אבל לשיטת הרמב"ם לכאורה לא יהיה נ"מ לענין מתנה בין גדול הסמוך לקטן הסמוך. דממ"נ אם מתנה דמי למציאה תלוי בסמוך ולא סמוך וגם גדול הסמוך יהיה לאביו. ואם דמי לעירוב הכל תלוי בגדול וקטן. וא"כ יש לעיין דכיון דהשו"ע פסק באו"ח בס' שס"ו כהרמב"ם איך פסק הרמ"א בחו"מ ס' ע"ר כדברי הנ"י דקאי בשיטת הרמב"ן.

וצ"ל דבעיקר הסברא מודה הרמב"ם לשיטת הרמב"ן שגדול כיון שיש לו יד מן התורה תקנת איבה אינו מבטל את ידו. אבל קטן שכל היד הוא מדרבנן, במקום שמציאתו לאביו אין לו יד לעצמו. והא דס"ל לרמב"ם דא"א לזכות ע"י קטן שאינו סמוך אין זה משום שאין לו יד לקנין אלא שהאב ובנו הקטן אף שאינו סמוך הוי כרשות אחת ולענין זיכוי שצריך להוציא מרשותו יש בזה חסרון. אבל לענין מתנה מודה הרמב"ם לסברת הרמב"ן. אך אכתי צ"ע בדברי הרמ"א בס' ע"ר דכיון דמיירי במתנה דאיכא דעת אחרת מקנה ובדא"מ קטן קונה מן התורה להרבה ראשונים

לתוס' דבתקנה שתקנו מציאתו לאביו לא נאמר רק שמציאתו לאביו אלא כלול בתקנה זו שיד בנו כיד אביו. ולכן אחרי תקנה זו אין האב יכול לזכות לאחר על ידי בנו.

הרמב"ם פ"א מעירובין ה"כ מביא את המשנה כצורתה ומשמע דס"ל שתלוי בקטן וגדול, ואין נ"מ בין סמוך ללא סמוך לענין זכיה לאחרים. וכן מפורש בשו"ע או"ח ס' שס"ו סע' י' דע"י קטן א"א לזכות אפילו אינו סמוך וע"י גדול אפשר לזכות אפילו סמוך. ומה שכתב הטור שם דזה משום דהרמב"ם פסק כשמואל לכאורה תמוה דמפורש ברמב"ם בפ"ז מגו"א הי"ג דק"ל כר"י דלגבי אבידה תלוי בסמוך. וכבר תמה בזה הב"י ע"ש. אלא שיטת הרמב"ם לחלק בין מציאה לבין לזכות לאחרים על ידו.

שיטת הרמב"ן במקצת כהרמב"ם ובמקצת כתוס'. לגבי גדול ס"ל דאע"ג דסמוך על שולחן אביו ומציאתו לאביו מ"מ כיון שיש לו יד לזכות לעצמו מן התורה לא בטל ידו גם אחרי שתקנו שמציאתו לאביו. שתקנו רק שהאב יזכה משום איבה ולא תקנו שאין לקטן יד ולכן יכול האב לזכות על ידו לאחרים שבזה אין חשש איבה. אבל לגבי קטן שאין לו יד מן התורה וכל זכיותו מדרבנן, כשהוא סמוך ומציאתו לאביו היד שתקנו לו רבנן הוא לאביו, וא"א לזכות על ידו. וכשאינו סמוך ומציאתו לעצמו לר' יוחנן אין סיבה שיהיה ידו כיד אביו. ומה שהוא קטן אינו חסרון דשתופי מבואות דרבנן. וכמו שיכול לזכות ע"י אמה עבריה שהיא קטנה או ע"י קטן של אחר, כך יכול לזכות ע"י בנו קטן שאינו סמוך על שולחנו.

נמצא ג' שיטות לגבי זכיה לאחרים ע"י בנו. א. לתוס' הכל תלוי בסמוך ואין נ"מ בין גדול לקטן. ב. לרמב"ם ושו"ע הכל תלוי בגדול וקטן ואין נ"מ לענין זה בין סמוך ללא סמוך. ג. לרמב"ן בקטן תלוי בסמוך. ובגדול יכול לזכות על ידו אע"פ שהוא סמוך ומציאתו לאביו.

יעבוד. דהיינו שהיציאה היא אחרי עבדות של שש שנים ואם לא עבד לא הגיע זמן היציאה. משא"כ בשאר יציאות דליכא סברא זו אין דין השלמה. וכמו שביוכל אין הבורח משלים כך היוצאת בסימנים אינה משלימה. וכן מוכח ממה שאמרו בסוגיין אי דאייתי שתי שערות מאי בעיא גביה. ואי נימא דיש דין השלמה ביציאת סימנים משכחת לה בבורחת. אך בדברי רש"י שמייירי בעבד ולא באמה קשה.

ולכאורה נראה דכיון שדין השלמה הוא משום שצריך לעבוד שש שנים, ושיטת רוב הפוסקים הוא שמה ששש שנים הם מעת לעת הוא רק לענין הימים ולא לגבי שעות, ועבד שנמכר בבוקר יוצא באותו זמן שיוצא עבד שנמכר בסוף היום [ע' מל"מ פ"ב מאישות הכ"א ומנ"ח מצ' מ"ב]. א"כ שש שנים היינו הימים של שש שנים ולא השעות. וא"כ נראה דלא שייך דין השלמה בבורח אא"כ הזמן שלא עבד היה לפחות יום שלם. וכן נראה דאל"כ כל עבד יצטרך השלמה על אותם רגעים שבטל ממלאכתו במשך השש שנים.

ואכתי קשה אם אין דין השלמה גם תשלומים לא יהיה דהוי מבטל כיסו של חברו כמבואר בריטב"א קידושין י"ז. לגבי בורח ופגע בו יובל. כן הקשה הקו"ש בקידושין אות קי"ג. ואף שחובל בעבד עברי משלם שבת לאדון ולא אמרינן דהוי שבת דבהמתו עיין בנתיבות ס' שס"ג סק"ב דהתם החיוב לעבד והאדון זוכה ממנו. אבל הכא כלפי העבד ליכא שבת שהרי הוא עבד בשביל עצמו. ולגבי נזק האדון אין זה אלא מבטל כיסו ושבת דבהמתו וצ"ע.

תוד"ה במגביה. עיין באו"ש פ"ט משכירות הי"א מה שתירץ על קושית התוס'. וע' לעיל בעמ' א' מה שכתבנו בדבריו. וע' מה שכתבנו בס"ד בקידושין דף ט"ז: בשיטת הריטב"א כאן.

א"כ כמו שבגדול שיש לו יד מן התורה מה שהוא סמוך אינו מגרע את ידו כך במתנה שיש בו דעת אחרת מקנה קטן שוה לגדול וגם בסמוך צריך להיות מתנתו לעצמו. כן הקשה הגאון שם בסק"ו על דברי הרמ"א ע"ש.

עבדו ושפחתו העברים. מבואר בגמ' שמצד עצם הקנין שיש לאדון בעבד עברי או בפועל אין סיבה שיזכה במציאתו, דבעבד עברי אין הלכה של מה שקנה עבד קנה רבו. ומה שמציאתו לרבו הוא רק משום שזה מלאכתו. וע"ז קאי תירוצי הגמ' דלר"י תמיד הגבהת המציאה היא מלאכת רבו חוץ מנוקב מרגליות. לרבא תמיד זה נחשב מלאכת רבו אא"כ הגביה עם מלאכתו. לר"פ הדין הוא איפכא דבסתם אין זה מלאכת רבו אא"כ שכרו ללקט מציאות. וכלל כל התירוצים הוא אחד, שאם אפשר להחשיב את הגבהת המציאה כמלאכת רבו המציאה היא לרבו, ואם אין זה מלאכת רבו אין המציאה לרבו.

אמנם בפירוש ר"ח איכא פירוש מחודש שלאפוקי דרבה היינו לאפוקי דרבא דס"ל בקידושין ע"ע גופו קנוי. משמע דס"ל שלמ"ד שגופו קנוי יש סיבה שיהיה מציאתו לרבו אפילו כשאין זה מלאכת רבו דומיא דעבד כנעני שיש בו דין מה שקנה עבד קנה רבו.

רש"י ד"ה שאין רבו. וישלם לרבו שכר ביטולו. המקור לדברי רש"י שמשלם שכר ביטול על מה שבטל ממלאכתו כשהגביה האבירה הוא מהגמ' בקידושין ט"ז: שאמה עבריה מציאתה לאביה ושכר בטלה לרבה. ומקשה ההמקנה בקידושין אמאי לא יהיה דינה כדין בורח שצריך להשלים כמבואר בקידושין ט"ז: ועל הגמ' של אמה לכאורה י"ל דדין השלמה של בורח הוא דוקא ביוצא בשש אבל באמה היוצאת בסימנים לא מצאנו דין השלמה. ומבואר בקידושין י"ז. דביוצא ביוכל ליכא דין השלמה. והטעם דהשלמה נלמד משש שנים

הערות

שנים אוחזין דף יב:

וציונים

קמט

תוד"ה מאי בעיא גביה. כתבו בשם הספרי דבאמה עבריה אין דין מוכרת עצמה ואינה נמכרת אלא ע"י אביה בקטנותה. הריטב"א בגיטין ס"ד: מביא את דרשת הספרי מקרא דוכי ימכור איש איש מוכר את עצמו ואין אשה מוכרת את עצמה. אמנם שיטת הרמב"ן בפ' משפטים על הפסוק אם אדוניו יתן לו אשה אינה כן. דרש"י כתב שם דע"כ קרא מיירי במוסר שפחה כנענית דכתיב האשה וילדיה תהיה לאדוניה, ואם מיירי באמה עבריה הרי היא יוצאת בשש ובסמנים. וכתב ע"ז הרמב"ן דמש"כ רש"י שאמה יוצאת בסמנים זה דוקא כשנמכרה ע"י אביה ולא במוכרת עצמה. וכן לענין שש אומר הרמב"ן דלמ"ד מוכר עצמו אינו יוצא בשש גם באמה רק כשנמכרת ע"י אביה דדמי למכרוהו ב"ד יוצאת בשש ולא במוכרת עצמה. והראיה דקרא מיירי בשפחה כנענית הוא מדכתיב שילדיה לאדוניה. הרי מפורש דשיטת הרמב"ן שגם באמה יש דין מוכרת עצמה. המל"מ פ"א מעבדים ה"ב תמה על הרמב"ן מסוגין. ועוד צריך להבין איך יתכן שיהיה דין של מוכרת עצמה הרי ברמב"ן מבואר דלמ"ד מוכר עצמו יוצא בשש גם מוכרת עצמה יוצאת בשש וא"כ למה לא יהיה במוכרת עצמה גם יציאת סמנים. ואם יוצאת בסמנים ק"ו שלא תימכר אחרי הבאת סמנים. וגם לתוס' קשה למה צריך פסוק ללמד שאמה אינה מוכרת עצמה דע"כ קרא איירי בגדולה דקטנה פשיטא שאין לה דעת למכור עצמה.

וגדולה ת"ל שיוצאת בסמנים. וצ"ל דיציאת סימנים אינו דומה ליציאת שש דיציאת סימנים הוא מכח דהתורה הגבילה את בעלות האב לענין מכירת בתו שהוא בעלים למכור רק עד נערות וכל היציאה של סמנים שייך דוקא לגבי מכירת האב.

במגורשת ואינה מגורשת.

מבואר דכיון שלמעשה חייב במזונותיה היה ה"א שיהיה בזה תקנה של מציאתה לבעלה אע"פ שיש צד שאינה אשתו. קמ"ל כיון שבמצב זה בלא"ה איכא איבה לא תקנו. לכאורה נראה שכונת הגמ' רק שהיה ה"א שיהיה תקנה ודאית על מצב זה קמ"ל שבמצב זה שבלא"ה איכא איבה אין תקנה מיוחדת, ועל הצד שהיא מגורשת אין מציאתה לבעלה. אבל אין כונת הגמ' לומר דאפילו על הצד שאינה מגורשת אין מציאתה לבעלה כיון שבלא"ה איכא איבה. דזה רק סברא לא לחדש תקנה אבל לא הוציאוה בגלל זה מהתקנה הכללית של מציאת אשה לבעלה. ומה שאין מציאתה לבעלה הוא רק מספק אבל אם יתפוס לסוברים דמהני תפיסה בספיקא, או באופנים דמהני תפיסה, לכאורה יהיה הדין דאין מוציין מידו.

בגדר חייב המזונות במגורשת ואינה

מגורשת עיין מה שכתבנו בס"ד בכתובות דף צ"ז:.

פרק אלו מציאות



דף כא.

אלו מציאות שלו. המקור להתר של אבידה לאחר יאוש כתבו התוס' לקמן כז. מקרא דשמלה מה שמלה מיוחדת שיש לה סימנים ותובעין. ותובעין היינו שלא נתיאשו הבעלים ומזה ילפינן שדבר שאין בו סימן שהבעלים מתיאשים הרי אלו שלו. ובשם הירושלמי כתבו שיאוש נלמד מהדין של זוטו של ים. דהיינו שהירושלמי סובר שיסוד ההתר של זוטו של ים הוא משום יאוש בעלים. וזה כשיטת הרמב"ם בפ"א מגו"א ה"י. ועמ"ש"כ בזה לקמן כא. ובדברי רש"י יש לכאורה סתירה בזה. שלקמן כז. כתב רש"י דתובעין למעוטי מידי דידעין ביה דמיאש. א"כ המקור של יאוש הוא משמלה. ובב"ק סו. כתב דיאוש נלמד מזוטו של ים כשיטת הירושלמי. ונראה שרש"י ס"ל שצריך שני לימודים להתר של יאוש. דעיין בחזו"א ב"ק סי' י"ח סק"א ב' וג' שמבאר שכל דבר שהוא אבוד מן האדם באופן מוחלט פוקע בעלותו [או שיש התר זכיה לאחרים]. ובמקום שאינו אבוד באופן מוחלט וצפויה לו הצלה בעינן שידע ויתיאש. אבל אחרי היאוש נתרועעה שליטתו על הממון ודמי לאבידה מוחלטת. ואין חילוק בין אינה מצויה אצל כל אדם ובין יכול להציל ע"י הדחק ונתיאש בלבו [לשון החזו"א בסק"ג ד"ה בנה"מ]. נמצא דיסוד ההתר של זוטו של ים, אפילו אם אינו מדין יאוש, והדין דיאוש באבידה שאין בה סימן הוא דין אחד. ולפ"ז אין ראיה מהירושלמי שלומד ההתר של יאוש

מזוטו של ים שבזוטו של ים צריך יאוש, דבזוטו של ים חזינן דדבר שהוא אבוד באופן מוחלט הותר לאחרים ומזה ילפינן דדבר שאינו אבוד לגמרי אם מתיאש היאוש גורם שיהיה אבוד, ואבידה אחרי יאוש הוי כזוטו של ים בלי יאוש כמבואר בחזו"א הנ"ל. ורש"י ס"ל דבעינן לזה תרי קראי. מזוטו של ים נלמד שדבר שהוא אבוד לגמרי הותר ומשמלה ילפינן שגם דבר שאינו אבוד מכל אדם, ע"י היאוש נשלם המצב של אבוד וחוזר גם זה ונכלל בהתר של זוטו של ים. א"כ אין סתירה בין רש"י בדף כז. לרש"י בב"ק אלא דבריו משלימים זה את זה. וע"ע בדף כז. שכתבנו לישב באופן אחר. ולדברי החזו"א מובן למה יאוש ברשות לא מהני דכשאנו אבוד היאוש לא עושה את זה אבוד [ע"י לקמן כו. שהבאנו שיטות האחרונים בטעמא דלא מהני יאוש ברשות. וע"ע בדף כה. על מצא כלי ובתוכו פירות במה שכתבנו בדברי רע"א שם].

הרי אלו שלו. היכא דנודע לו שאיבד דבר שאין בו סימן ומפרש שאינו מתיאש אם מהני או לא הוא מחלוקת התרומת הכרי בס' רנ"ט סע' ג' והצמח צדק לענין אבידה במקום שרבים מצוים. שהצ"צ ס"ל שכל דבר שסתמו ליאוש תולים ביאוש אפילו שמפרש שאינו מתיאש, והתרה"כ חולק וס"ל שרק בזוטו של ים לא מהני מה שצווח אבל בעלמא אף שבסתם תולים שמתיאש אם מפרש שאינו מתיאש אין התר זכיה. וכשם שנחלקו בדבר שיש בו סימן במקום שרבים מצוים כך לכאורה

הערות

אלו מציאות דף כא.

וציונים

קנא

פליגי נמי בכל דבר שאין בו סימן. וע' מש"כ בזה בס"ד לקמן כב. כב: וכד'.

כתב השיטמ"ק בשם הריטב"א דהא דקתני במתני' אלו מציאות שלו ולא קתני אלו מציאות שאינו חייב להכריז משום דאי קתני הכי ס"ד דאף שאינו חייב להכריז אינו זוכה ואם יביא המאבד עדים שזה שלו חייב להחזיר, להכי קתני הא"ש שזוכה בממון. ומבואר בריטב"א שגם אם היה הדין שאינו יכול לזכות באבידה שאין בה סימן, ואם יביאו הבעלים עדים חייב להחזיר לו, מ"מ כ"ז שלא ידוע מי הבעלים אין חיוב הכרזה בדבר שאין בו סימן ולא אמרינן שיכריז שמא יביא הבעלים עדים זה שלו. ומדברי הריטב"א יש סיוע למש"כ רע"א בדף כא: שאפילו במקום שאינו יכול לזכות באבידה שאין בה סימן, כגון שהיה יאוש שלא מדעת, אעפ"כ אינו מחויב בהכרזה שלא חיישינן שמא יש לבעלים עדים שמכירים בטביעות עין. וכתבו האחרונים שכדברי רע"א מבואר בחי' הר"ן בדף כה: וע' באמר"מ בס' ל"ז שהאריך בזה. ואף שבמסקנה אין ראיה מדברי הריטב"א מ"מ הה"א שיהיה הדין אינו חייב להכריז אף שאינו זוכה הוא כסברת רע"א. ולדברי רע"א יוצא שבאלו מציאות שלו כלול ב' דינים. א. שאין חיוב הכרזה בדבר שאין בו סימן גם באופן שאינו יכול לזכות. ב. שזוכה ואפילו מביא הבעלים עדים אינו מחזיר לו.

רש"י ד"ה מצא פירות. כתב הטעם שהם שלו מפני שנתיאשו הבעלים מהן והפקר הן. ולגבי מעות מפוזרות מבאר רש"י דאיאוש מיאש והוי להו הפקר ומוסיף רש"י וזה טעם כולם. והא דהוצרך רש"י לבאר במעות מפוזרות, ולא כתב בפירות וזה טעם כולם, הוא משום דפירות לא מיירי באבידה אלא במכונשתא דבי דרי ובזה יש צד לומר דהוי הפקר ממש ולא דמי לשאר המשנה דמיירי באבידה מדין יאוש.

מלשון רש"י שכתב דע"י יאוש הרי הן הפקר למדו האחרונים ששיטת רש"י דיאוש הוי כהפקר ולא כתוס' בב"ק סו. שכתבו שיאוש אינו כהפקר. ואף שמדבריו בפירות מפוזרים אין להוכיח דהתם הוי הפקר ממש מ"מ ברש"י על מעות מפוזרין מוכח כן. התרה"כ בס' רס"ב כתב דרש"י לא ס"ל כתוס' וגם הקצה"ח בס' שס"א סק"א כתב שברש"י בפרק השולח מבואר דלא ס"ל כתוס' בב"ק אלא ס"ל דיאוש הוי כהפקר. וכוונתו לרש"י בדף לח. בד"ה חזקה שכתב וקנאו בחזקת יאוש כשהפקירו רבו כשנתיאש ממנו. ובד"ה יאוש כתב דהוי הפקר. וכן נר' לכאור' מרש"י שם לט: לגבי נתיאשתי מפלוני עבדי שכתב רש"י נתיאשתי לשון הפקר הוא. אך כתבנו שם בס"ד דאין ראיה מרש"י זה דס"ל דאמירת נתיאשתי מפלוני עבדי הוא לשון הפקר והוי הפקר ממש ואינו מדין יאוש כלל.

כביאור דברי התוס' דיאוש אינו מדין הפקר כתבו הנתיבות בס' רס"ב סק"ג והתרומת הכרי שם שבהפקר מיד יוצא הממון מרשות הבעלים, משא"כ ביאוש אף שיש התר זכיה מ"מ כל זמן שלא הגיע ליד הזוכה עדיין הממון שייך לבעליו. וכן הוא שיטת הקצה"ח בס' ת"ו והאור"ש בפ"כ ממלוה ה"ב. ויסוד זה למדו התוס' בב"ק מהא דלא מהני יאוש במקום שבאיסורא אתא לידיה וס"ל דהיינו מפני שנתחייב בהשבה, ואי נימא דיצא מרשותו אמאי לא יפקע חיוב ההשבה. אלא מוכח דכ"ז שלא זכה עדיין הוא של הבעלים וממילא חיוב השבה מונע את התר הזכיה. החזו"א בב"ק ס' י"ח סק"ג חולק על האחרונים הנ"ל וס"ל שגם ביאוש החפץ יוצא מרשות הבעלים מיד, ושם בסק"א מבאר דברי התוס' בב"ק באופן אחר ע"ש. וע' מה שכתבנו בזה בס"ד לעיל י.

נחלקו הנתיבות בס' רס"ב סק"ג והתה"כ שם בנתיאשו מאבידה ואח"כ ראה אבידתו ועכשיו בטל המצב של יאוש, אך לפני שלקח

שבדרך הינוח יש דין אבידה רק במקום הפקר ככריכות ברה"ר אבל שאר המשנה הוא גם ברה"י והוי מקום מוצנע ואמאי ה"א שלו. וכתב דמוכח דתוס' ס"ל שגם ברה"י אינו תמיד נחשב מקום המוצנע ורק אחורי הגדר הוא מקום המשתמר. ותוס' חולקים על הרא"ש שכתב שכל רה"י נחשב מקום משתמר. ורע"א בד"ה ואולי כתב שאין הכרח לומר שתוס' חולק על הרא"ש ומש"כ דמתני' מייירי גם בדרך הינוח היינו רק לענין רה"ר אבל ברה"י רק בדרך נפילה הרי אלו שלו.

וא"ת כריכות אי דרך נפילה א"כ אינו יודע היכן נפל ומתיאש מפני שחושש שנפל לרה"ר. הקשה רע"א דאין הכרח לומר שמספק מתיאש שאפילו אם בודאי נפל לרה"ר אינו אלא ספק שמא ידרס א"כ כשיש צד שנפל ברה"י יש שני צדדים שיש סימן ומנין שגם בזה מתיאש מספק. ועדיף היה לתוס' להקשות ממ"נ אם מתיאש מספק א"כ גם כשנמצא ברה"י יהיה של המוצא כיון שהמאבד חושש שמא נפל ברה"ר ואם אינו מתיאש מספק אפילו נמצא ברה"ר ליכא יאוש כיון שהמאבד תולה שאולי נפל ברה"י. ותי' דרבה ס"ל כרבא דיאוש של"מ הוי יאוש וא"כ אפילו אם במצב של ספק אינו מתיאש מ"מ כשנמצא ברה"ר אמרינן שאם היה יודע שזה ברה"ר היה מתיאש ואף שאינו יודע ישל"מ הוי יאוש משא"כ כשנמצא ברה"י אין סיבה ליאוש מספק. לכן לא הקשו התוס' מכח ממ"נ אלא מסברא דס"ל דמספק מתיאש.

אי דרך נפילה אפילו טובא נמי.

כתבו התוס' בד"ה וכמה שמה שלא פרשו מתני' בדרך נפילה ובכל גווני יהיה של המוצא משום דר' יצחק ס"ל כאביי שיאוש של"מ לא הוי יאוש. ובסמוך הקשו לאביי מפירות מפוזרין הא לא ידע. ותי' במכנשתא דבי דרי לכן גם לר' יצחק היה הכרח לפרש כן ולכן אמר שיעור של קב בד' אמות. לפ"ז להלכה דקי"ל כאביי אין היכא תמצא של הרי אלו שלו

החפץ קדם אחר וזכה בו. הנתיבות ס"ל דכיון שאין החפץ יוצא מרשות הבעלים עד דאתא ליד זוכה א"כ ההתר זכיה הוא כל הזמן מפני המצב של יאוש שקיים באותו זמן, אבל כשבטל היאוש בטל ההתר זכיה וממילא נשאר של בעליו ואין אחר יכול לזכות בו. והתה"כ כתב דאע"ג שלתוס' אין החפץ יוצא מרשותו עד שבא ליד הזוכה מ"מ כיון שחל התר זכיה אינו מתבטל אף שבטל המצב של יאוש וגם כשחוזר מהיאוש יכול אחר לזכות כל זמן שלא קדם וזכה הוא. התה"כ מביא ראיה לדבריו מהגמ' בכריתות כ"ד שור הנסקל שהוזמו עדיי כל הקודם זכה. ולומד התה"כ שזה מפני יאוש בעלים וא"כ מוכח דאע"ג דבטל סיבת היאוש לא בטל ההתר זכיה. הנתיבות דוחה ראיה זו דהתם הוי כזוטו של ים דאבוד ממנו ומכל אדם ובזה יוצא הממון מרשותו לגמרי לכן כל הקודם זוכה. אבל התה"כ לא ס"ל כן כמבואר בתחילת דבריו שגם זוטו של ים אינו אלא התר זכיה ולא יוצא מרשות הבעלים עד דאתי ליד זוכה. ועוד יש לדחות ראית התרה"כ לפי מש"כ הקצות בס' ת"ו סק"א דשור הנסקל שהוזמו עדיי אינו מדין יאוש אלא הוי הפקר ממש וכ"כ הקצות בס' רנ"ט סק"א.

נמצא בדעת רש"י כו"ע מודו דע"י

היאוש יוצא מרשותו. בדעת תוס' נחלקו האחרונים אם ביאוש יוצא מרשותו או לא. ולענין חזרה מיאוש, אם יוצא מרשותו פשוט דלא מהני חזרה, ואם לא יוצא מרשותו נחלקו הנתיבות ותה"כ אם מהני חזרה או לא. ובדין שור הנסקל שהוזמו עדיי יש ג' דרכים א. לקצות יש כאן הפקר ממש. ב. לנתיבות הוי כזוטו של ים דיוצא מרשותו. ג. לתה"כ הוי מדין יאוש ואינו יוצא מרשותו ואעפ"כ לא מהני חזרה.

תוד"ה כריכות. כתבו שלמ"ד דמקום

לא הוי סימן כולה מתני' מייירי בין דרך נפילה בין דרך הינוח. הקשה המהרש"א דלעיל כתבו

הערות

אלו מציאות דף כא.

וציונים

קנג

בפירות מפוזרים בדרך נפילה אלא דוקא במכנשתא דבי דרי. אך הרמב"ם לא ס"ל כן שהרמב"ם מביא את הדין של פירות מפוזרים ב' פעמים בפט"ו מגו"א. בהל' ח' פסק שבדרך נפילה הרי אלו שלו ושם לא נזכר השיעור של קב בד' אמות ובהל' י"ב מביא הדין של מכנשתא דבי דרי שבקב בד' אמות הא"ש. והקשה הטור בס' רס"ב דקי"ל כאביי א"כ בדרך נפילה חיישינן שמא לא ידע ורק במכנשתא דבי דרי הא"ש. וכתב שם הכ"מ שהרמב"ן כתב שמה שמבואר בגמ' בסמוך שלאביי מתני' מיירי במכנשתא דבי דרי היינו דוקא לפני שתירצו על שאר חלקי המשנה אידי דחשיבי ממשמשי בהו או כיון דיקירי יודע שנפל והוי יאוש מדעת. אבל למסקנה גם בפירות מפוזרין יש לתרץ כן וגם לאביי יהיה הדין הרי אלו שלו גם בדרך נפילה. ומבאר בזה דברי הרי"ף שגם מביא להלכה שבדרך נפילה מותר. ובשו"ע ס' רס"ב סע' ז' פסק כרמב"ם שדרך נפילה מותר והגאון כתב שם שזה שלא כתוד"ה וכמה. וכוונתו שבתוס' מבואר דמי שסובר כאביי בישל"מ ע"כ מפרש מתני' במכנשתא דבי דרי דוקא. נמצא דשיטת הרמב"ם והרי"ף שלמסקנא גם אביי יכול לפרש פירות דמתני' דרך נפילה. והתוס' והטור ס"ל שפירות אינם לא יקירי ולא חשיבי ולמאי דקי"ל כאביי הדין של פירות מפוזרין הוא רק במכנשתא דבי דרי.

חצי קב בב' אמות. הרא"ש פסק בספיקות אלו דספיקא דאורייתא לחומרה וחייב להכריז. והרמב"ם בפט"ו הי"ב פסק שלכתחילה לא יטול ואם נטל אינו צריך להכריז. וביאור מחלוקת הרא"ש והרמב"ם בזה עיין בגר"א בס' ר"ס סקכ"ד על דברי השו"ע שפסק כרמב"ם וז"ל כן דעתו בכל ספק וע' ר"ן בנדרים ז. ד"ה ולענין הלכה עכ"ל. דהיינו שכדי להבין דברי הרמב"ם צריך לומר ב' חידושים. א. שמצד דיני הממון אחר שנטל אמרינן הממע"ה אע"ג דאיכא חזקת מ"ק.

ולענין זה כתב הגאון שהרמב"ם לשטתו שפסק תקפו כהן אין מוציאין מידו דמהני תפיסה בכל ספק ממון גם כשזה נגד חמ"ק. אך כ"ז מצד דין הממון אבל כאן יש צד לומר דאיכא ספק מצוה דהשבת אבידה ונימא בזה ספק דאורייתא לחומרה ע"ז כתב הגר"א לע' בר"ן בנדרים שדן בספק צדקה וספק מתנות עניים שיש ראשונים שכתבו שדינם כספק מצוה ולא אמרינן בזה הממע"ה אלא חייב מספק. והר"ן מביא ראיות שגם בזה אמרינן הממע"ה שמצוות אלו תלוים בדין הממון. וכיון שע"פ דין הממון אמרינן הממע"ה ממילא פטור ממצות אלו. וכן סובר הרמב"ם לענין מצות השבת אבידה שהוא תלוי בהכרעת דין הממון. וא"כ יש לבאר את שיטת הרא"ש בב' אופנים. א. כיון שכתב הגאון שהרמב"ם בזה לשיטתו דפסק ת"כ אין מוציאין מידו א"כ הרא"ש שחולק וס"ל כרוב הראשונים דקי"ל תקפו כהן מוציאין מידו לכן ס"ל דלא מהני הכא תפיסה ואפילו אם אבידה נחשב כספק ממון לא אמרינן בזה הממע"ה דת"כ מוציאין מידו. ב. אפילו למ"ד ת"כ אין מוציאין מידו י"ל דהרא"ש ס"ל שספק השבת אבידה נידון כספק מצוה ואזלינן לחומרה ולא כספק ממון. וכן נראה מלשון הרא"ש שכתב שחייב מספק משום דספיקא דאורייתא לחומרה. אך אין מזה הכרח דלעולם יתכן לומר כפשט הראשון דגם לרא"ש מצות השבת אבידה תלויה בהכרעת הממון אלא דאזיל לשטתו דלא מהני תפיסה גם מצד דין הממון. אך כ"ז רק לענין שאם יבא הבעלים ותובע הממון חייב להחזיר אבל אין זה סיבה שיתחייב להכריז. לזה מוסיף הרא"ש דכיון שמצד דין הממון נשאר ספק ולא מהני תפיסה ממילא מחויב בהכרזה מכח ספק דאורייתא לחומרה. דהיינו שלפי הפשט הראשון מה שאומרים בזה ספק דאורייתא לחומרה הוא מפני שקי"ל ת"כ מוציאין מידו. ולפי הפשט השני אמרינן ס"ד לחומרה מפני שנחשב ספק מצוה ולא ספק ממון. והרמב"ם ס"ל דנחשב ספק ממון דהמצוה תלויה בדין הממון. ולגבי הממון

הרמב"ם לשטתו דס"ל ת"כ אין מוציאין מידו. ואכתי צ"ב למה לדעת הרא"ש חייב מכח ספק דאורייתא הא אין כאן צד אבידה שאם חצי קב בב' אמות הוי כקב בד' אמות א"כ זה הפקר ואם אינו כקב בד' אמות זה הינוח ואינו אבידה ואין זה אלא ספק ממון ולא ספק מצוה. וצ"ל שעל הצד שאינו הפקר זה נעשה אבידה בשעה שנוטל המוצא.

דף כא:

יאוש שלא מדעת. הקשה השיטמ"ק בשם הראב"ד אמאי אין מחלוקת זו תלויה במחלוקת אם יש ברירה או שאין ברירה. שאם יש ברירה אמרינן שע"י היאוש בסוף הוברר שמתחילה עמד ליאוש כמו במקדש ע"מ שירצה אבא שתלוי בברירה. וכתב בזה הראב"ד שיש למבין להפליגו מענין ברירה. וע' מש"כ בזה האור"ש בפ"ג משקלים ה"ד בד"ה ובפ"ב. ומבואר בראב"ד למאי דס"ד מעיקרא לתלות ענין ישל"מ בברירה דמה דסבר רבא דהוי יאוש היינו דוקא כשבסוף נודע לו ונתיאש. בזה סובר רבא שהוברר למפרע שעמד ליאוש. אבל אם לא נודע לו כלל גם לרבא לא הוי יאוש. וע' בקה"י בסוף סימן כ"ו שכתב שנחלקו בזה התוס' לקמן כו: ד"ה שנפל והריטב"א כאן שבתוס' מבואר שאם לעולם אינו מתיאש בפועל גם לרבא לא מהני מה שאם היה יודע היה מתיאש. והריטב"א ס"ל שאפילו אם לעולם לא נודע לו הוי יאוש כיון שאם היה יודע היה מתיאש, וכ"כ האמר"מ בס' ל"ז אות ה' בשם השיטמ"ק. דהיינו שלריטב"א אין סברת רבא משום שמוכיח סופו על תחילתו אלא משום דס"ל דלא בעינן יאוש בפועל אלא סגי במצב שבטוח שאם היה יודע היה מתיאש. ולפ"ז פשוט שאין דברי רבא נוגעים לענין של ברירה. אבל התוס' ס"ל שרק אם בסוף היה יאוש בפועל מוכיח סופו על תחילתו והוי יאוש גם לפני שנודע שנפל. וע' מה שכתבנו בזה לקמן כו:

באיסורא אתא לידיה. שיטת התוס' בב"ק סו. הוא שאיסורא אתא לידיה היינו דכבר נתחייב בהשבה וחייב השבה מונע את התר הזכיה שנעשה ע"י היאוש. והרמב"ן במלחמות לקמן כו: כתב דיאוש מהני רק בחפץ שהוא אבוד מן הבעלים וכיון שלפני יאוש המוצא נעשה שומר אבידה אין החפץ אבוד מן בעלים ולא מהני יאוש דהוי יאוש מדבר שהוא ברשות הבעלים. והנ"מ בין הטעמים הוא במגביה ע"מ לגזולה, לתוס' גם זה נחשב באיסורא אתא לידיה כיון שנתחייב בהשבה, ולרמב"ן באופן זה מהני יאוש מפני שאינו שומר לבעלים ואינו יאוש ברשות. ועוד נ"מ היכא דמצא לפני יאוש ואח"כ נתן לאחר, לתוס' לכאורה יוכל השני לזכות כיון שהוא לא נתחייב בהשבה כמו דקי"ל בגזל שיאוש לא קניא משום דבאיסורא אתא לידיה ויאוש ושינוי רשות קונה מפני שאצל הקונה הוי בהתירא. אבל לרמב"ן לא מהני היאוש כלל כיון דהוי יאוש ברשות וגם השני לא יוכל לזכות. וע' בקה"י ס' כ"ה אות ו' שמביא שנחלקו הראשונים בדין זה. ואף שלשון הריטב"א שהובא בקה"י הוא שגם השני אינו יכול לזכות מפני שהראשון נתחייב בהשבה משמע דס"ל כסברת התוס' ואעפ"כ ס"ל שגם השני אינו יכול לזכות נראה שאין זה כונת הריטב"א שהריטב"א כתב בהדיא [והובא בשיטמ"ק בד"ה ורבא אמר] כסברת הרמב"ן דטעמא דאיסורא אתא לידיה הוא משום דהוי שומר של הבעלים והוי יאוש ברשות. ומש"כ הריטב"א שאינו זוכה מפני שנתחייב בהשבה היינו כיון שחייב בהשבה הוא שומר אבידה ולכן לא מהני היאוש וגם השני אינו יכול לזכות. שו"ר באמר"מ ס' ל"ז אות ג' שרצה לתלות ענין זה בתוס' והרמב"ן אך מסיק שגם לתוס' יש מקום לומר שגם אחר אינו יכול לזכות ע"ש. ועוד נ"מ מזה לענין קושית התוס' בב"ק סו. שיש צד בגמ' לומר שגם בגזלן יאוש קונה אע"ג דבאיסורא אתא לידיה. והקשו התוס' הא באבידה עצמה אינו קונה כשבא לידו לפני יאוש ולמה גזלן עדיף מאבידה. וכתב

הערות

אלו מציאות דף כא:

וציונים

קנה

הקצות בס' שס"א סק"ב שלרמב"ן אין מקום לקושית התוס' דמציאה גרע דהוי שומר והוי יאוש ברשות משא"כ בגזלן אין החפץ ברשות הבעלים. וכ"כ רע"א כאן בד"ה והנה בעיקר.

בהמשך הגמ' מבואר דהא דלא מהני יאוש אחרי שבא ליד המוצא הוא לא רק בדבר שיש בו סימן אלא גם בדבר שאין בו סימן וכגון דלא ידע דנפל מיניה לאביי דישל"מ לא הוי יאוש לא מהני יאוש אח"כ ולכן הקשו על מתני' והא לא ידע דנפל. וכתב רע"א דבאבידה שאין בה סימן גם באופן שאינו יכול לזכות כגון בישל"מ ליכא חיוב לטפל באבידה כדי להשיבה לבעלים ואין חיוב להכריז כיון שלא יוכל להשיב אא"כ יביאו הבעלים עדים שמכירים בט"ע וזה לא שכיח. והובא לעיל שהאמר"מ מביא שכן מבואר בר"ן לקמן כ"ה. וכתב רע"א שאם אין חיוב הכרזה באבידה שאין בה סימן ואינו נעשה שומר אבידה לא שייך בזה סברת הרמב"ן ולכן לא תירצו התוס' בב"ק את קושיתם ע"פ סברת הרמב"ן שכאן מוכח שגם באופן שאינו נעשה שומר אבידה לא מהני יאוש לאחר שבא ליד המוצא. דהיינו שלפ"ז י"ל שגם התוס' מודים לסברת הרמב"ן דהיכא דנעשה שומר אבידה לא מהני יאוש מפני שזה יאוש ברשות אלא שהוצרכו לחדש שאפילו במקום שאינו שומר לא מהני יאוש מפני שנתחייב בהשבה מפני שבאבידה שאין בה סימן אינו נעשה שומר. אך אח"כ מוכיח רע"א מהתוס' בדף כו. ד"ה בכותל חדש שהתוס' חולקים לגמרי על הרמב"ן וס"ל שגם יאוש ברשות מהני וא"כ הסברא של באיסורא אתא לידיה לתוס' הוא רק מפני שנתחייב בהשבה ולא בגלל שנעשה שומר אבידה.

האמר"מ בס' ל"ז אות ה' מבאר את דברי רע"א דלכאורה אינו מובן אם אין חיוב הכרזה באבידה שאין בה סימן ומה"ט ס"ל לתוס' שאין כאן דין איסורא אתא לידיה מחמת שנעשה שומר אלא רק מפני שנתחייב בהשבה

הא גם לדידהו קשיא דגם חיוב השבה ליכא בדבר שאין בו סימן ואמאי חשיב איסורא אתא לידיה. ומבאר האמר"מ דאף שאינו מחויב לקחת ולהשיב ולא להכריז אחרי שבא לידו מ"מ כיון שאם יבואו הבעלים ויביאו עדים שזה שלהם חייב להשיב, סגי בזה ליחשב איסורא אתא לידיה. ובזה מבאר את שיטת הראשונים דס"ל שגם אם היה בחצרו לפני יאוש אינו זוכה אף דחיוב השבה ממש ליכא כ"ז שלא בא לידו מ"מ כיון שאם יבאו הבעלים חייב לתת להם נחשב באיסורא אתא לידיה.

בחדושי הג"ר מאיר שמחה לקמן כו: בד"ה וראיתי מביא שרע"א כתב שאפילו אם יודע ממי נפל פטור מהשבה בדבר שאין בו סימן אף שלא נודע לבעלים וליכא יאוש. ותמה ע"ז האו"ש מרש"י והנ"י בדף כו: ואכתי אפשר לומר כרע"א כשלא יודע ממי נפל שאין חיוב הכרזה בדבר שאין בו סימן.

בזוטו של ים רחמנא שרייה. מפורש בגמ' שלגבי זוטו של ים יכול לזכות אף שלא נודע לבעלים ולא נאמר בזה הדין של יאוש של"מ לא הוי יאוש. וכמה דרכים נאמרו בטעם הדבר. התרה"כ בס' רס"ב בד"ה והנראה כתב דזוטו של ים לאו מתורת יאוש שאפילו הבעלים צווחים שאינם מתיאשים שרייה רחמנא ומוסיף התה"כ ומש"ה לא בעינן בזוטו של ים שיהיו הבעלים יודעים מאבידתן ואילו היה מתורת יאוש לא היה מהני ישל"מ דקי"ל כאביי. דהיינו דס"ל שמה שמבואר כאן דמודה אביי בזוטו של ים הוא משום שאין ההתר בזה משום יאוש כלל אלא עצם המצב של אבודה מכל אדם מתיר. וכדבריו מבואר בשיטמ"ק כאן בד"ה בזוטו וז"ל ואפילו עומד וצווח וכ"ש בלא יודעין דלאו מתורת יאוש נגעו בה אלא מגזה"כ עכ"ל. וזה דלא כרמב"ם שכתב בפ"א מגו"א ה"י שההתר של זוטו של ים הוא מפני שהבעלים מתיאשים. [וכבר נתבאר בריש פירקין שמהירושלמי ורש"י בב"ק שכתבו

ידע דהוי ישר"מ, ומה שמודה אביי שיש התר זכיה אף שבא ליד המוצא לפני שנודע לבעלים הוא משום שאח"כ כשנודע לבעלים נתיאשו. ובשאר אבידות לא מהני היאוש אחר שבא ליד המוצא דבאיסורא אתא לידיה ולא מהני יאוש אחרי שנתחייב בהשבה, אבל בזוטו של ים יש מיעוט מקרא דליכא חיוב השבה, א"כ אין זה באיסורא אתא לידיה ושפיר זוכה ע"י היאוש שיש אח"כ כשנודע לבעלים. ולפ"ז אם כשנודע שאבד בזוטו של ים החפץ כבר נמצא ולא הגיע למצב של יאוש אין התר זכיה. ובלשון רש"י בד"ה רחמנא שרייה משמע לכאורה כפירוש האמר"מ שכתב שרחמנא שרייה אפילו שבא ליד המוצא לפני יאוש. ולא כתב דרחמנא שרייה אפילו לא נתיאש כלל. ומשמע דבעינן יאוש אלא שכאן יש התר אפילו שבא לידו לפני יאוש דליכא חיוב השבה ולא נחשב באיסורא אתא לידיה.

נמצא ג' דרכים בהא דמודה אביי בזוטו של ים. א. דלא תלוי ביאוש כלל. ב. תלוי ביאוש אך כאן מודה אביי דישל"מ הוי יאוש כיון שבדאי עומד ליאוש. ג. בעינן יאוש וישל"מ לא מהני אלא שזוכה ע"י היאוש של אח"כ כיון שלא נתחייב בהשבה. וע' בחי' הג"ר מאיר שמחה לקמן כו. שכתב בתחילה כאמר"מ ואח"כ כתב בדברי הנחל"ד.

הובא לעיל שרוב האחרונים ס"ל שאבידה אחר יאוש אינו יוצא מרשות הבעלים עד שמגיע ליד זוכה ולענין זוטו של ים נחלקו התרה"כ בס' רס"ב ד"ה והנראה והנתיבות בס' רס"ב סק"ג. התרה"כ נקט שגם זוטו של ים לא נפקא מרשותו עד דאתא ליד זוכה. והנתיבות ס"ל שבזוטו של ים פוקע הבעלות מיד. אך כ"ז לדעת הסוברים דזוטו של ים רחמנא שרייה בלי יאוש אבל לסוברים שגם בזוטו של ים התר הוא משום יאוש מסתבר דהוי ככל יאוש שאינו יוצא מרשות הבעלים עד דאתא ליד זוכה. וע' לקמן כד: מה שכתבנו בענין זה בדברי הבית הלוי.

שהתיר של יאוש נלמד מזוטו של ים אין ראיה דס"ל כרמב"ם]. בשו"ע ס' רנ"ט סע' ז' נפסק שאבידה מותרת בזוטו של ים אפילו צווח שאינו מתיאש [ומש"כ הרמב"ם בפ"ו ה"א תלוי אם נתיאש או לא מיירי ביכול להציל כמש"כ המ"מ שם]. ואין להוכיח מזה שהתיר של זוטו של ים אינו מדין יאוש, שאפילו אם צריך יאוש לא מהני מה שצווח דאף שאומר שאינו מתיאש תולים שכן מתיאש. וכן מבואר בלשון הנ"י כאן שאפילו מרדף אחריה בטלה דעתו שהרי אבודה ממנו ומכל אדם. ולשון הריטב"א לקמן כד. הוא דתולים ששקורי משקר. ומשמע דיסוד ההתר הוא מדין יאוש כשיטת הרמב"ם. אך לרמב"ם קשה למה מהני בזוטו של ים אף דלא ידע הא אי בעינן יאוש הרי זה יאוש שלא מדעת.

הנחל"ד לקמן כב. מבאר דהא דמודה אביי בזוטו של ים אינו מפני שלא בעינן יאוש אלא דמה דסבר אביי ישל"מ לא הוי יאוש הוא רק בדבר שאינו עומד בודאות ליאוש כגון אבידה שאין בה סימן דאף שסתמו ליאוש אין היאוש ברור. משא"כ בזוטו של ים שהיאוש הוא ברור ובודאי עומד ליאוש בזה גם אביי מודה דסגי במה שעומד ליאוש אף שלא נתיאש בפועל. ומביא הנחל"ד שיסוד זה מבואר בריטב"א לקמן במעשה דמרי בר עיסק. אך נראה שפשט זה תלוי במחלוקת התרה"כ והצמח צדק שהובא לעיל. שלדעת התרה"כ שאם בפירוש אינו מתיאש ליכא יאוש א"כ שפיר י"ל דאף שבסתם עומד ליאוש אין זה ודאי וגרע מזוטו של ים. אבל לצ"צ שבכל מקום שסתמו ליאוש לא מהני צווח א"כ אין שום צד שאינו עומד ליאוש ואעפ"כ לא מהני יאוש שלא מדעת א"כ גם זוטו של ים אם הוא מדין יאוש לא יועיל בו ישל"מ.

האמר"מ בס' ל"א אות ח' מבאר באופן אחר. שלרמב"ם שהתיר של זוטו של ים הוא מדין יאוש באמת לא מהני היאוש היכא דלא

הערות

אלו מציאות דף כא:

וציונים

קנו

הא לא ידע דנפֿל. המ"מ בפ"ד ה"ה למד מכאן דכל שיש ספק אם נודע לבעלים וממילא איכא התירא דיאוש או שלא נודע והוי ישל"מ, מספק אמרין שאינו יכול לזכות. הכ"מ בפט"ו ה"א חולק וס"ל שרק לכתחילה לא יטול אבל בדיעבד יכול להשתמש דעדיף שיקח לעצמו מלומר יהא מונח. וקושית הגמ' הא לא ידע הוא דמשמע במשנה שגם לכתחילה יכול לזכות. וע"פ דברי הכ"מ מבאר רע"א את דברי התוס' בד"ה ת"ש שתוצו דעדיף להקשות מהברייתא דמיירי בדבר שיש בו סימן. ואינו מובן דדבר שיש בו סימן במקום שרבים מצוים הוי כאין בו סימן בעלמא. וכתב רע"א שלכ"מ השאלה מהמשנה הוא מפני שמשמע שיכול לזכות לכתחילה, והיה מקום לדחוק שהרי אלו שלו היינו בדיעבד אם זכה. אבל בברייתא דמיירי בדבר שיש בו סימן מודה הכ"מ שגם בדיעבד אינו יכול לזכות כשיש ספק אם ידעו הבעלים כיון שבזה יש אפשרות להשיב ולא צריך לומר יהא מונח. לכן עדיף להקשות מהברייתא דהתם גם בדיעבד אינו זוכה כיון שיש בו סימן ואמאי קתני הרי אלו שלו.

כתב המהרש"א דלמ"ד דמקום לא הוי סימן היה אפשר לפרש מתני' בדרך הינוח ואז לא קשיא קושית הגמ' והא לא ידע. אמנם הש"ך בס' ר"ס סק"ל לא ס"ל כן. שכתב שגם בדרך הינוח באופן שהרי אלו שלו זה דוקא במקום שתולים שיודע שהניח החפץ ושכחו אבל אם אינו יודע הוי ישל"מ. הנתיבות שם סקט"ו חולק על הש"ך ומביא שבמהרש"א מבואר שבדרך הינוח לא קשיא והא לא ידע. הגאון בס' רס"ב סק"ז כתב שעל כריכות לא קשה הא לא ידע משום דמיירי בדרך הינוח. ומבואר דס"ל כמהרש"א ולא כש"ך. וע' ברע"א כאן שתמה על סברת המהרש"א הא כ"ז שיש חשש שלא נזכר ששכח הוי ישל"מ. אך בהמשך דבריו כתב רע"א שענין זה תלוי במחלוקת הרמב"ם והטור בענין אבידה מדעת. דשיטת הרמב"ם בפ"א מג"א הי"א הוא

שאבידה מדעת אינו נעשה הפקר ואינו אלא פטור ממצות השבה. והטור בס' רס"א חולק וס"ל דהוי הפקר. ולשיטת הטור ניחא דכיון שהניח מדעת במקום שאינו משתמר ה"ז אבידה מדעת ולא צריך יאוש כלל. אבל לרמב"ם אינו הפקר עד היאוש וכ"ז שאינו יודע ששכח הוי יאוש שלא מדעת. דהיינו שהש"ך ס"ל שכל שהניח במקום שאינו משתמר ע"מ לחזור בתוך זמן קצר ולקחת אין זה אבידה מדעת כלל ואפילו לטור צריך להגיע ליאוש ולכן אם לא יודע ששכח הוי ישל"מ. המהרש"א הגאון והנתיבות ס"ל שגם באופן זה הוי אבידה מדעת ולא צריך להגיע ליאוש ולכן לא קשה בזה הא לא ידע. ורע"א תולה ברמב"ם ובטור שלרמב"ם צריך יאוש ואם לא ידע שיודע ששכח הוי ישל"מ ולטור לא צריך יאוש ולכן מהני גם אם לא יודע ששכח. אך מסברא היה נראה כהש"ך דכה"ג שמניח ע"ד לחזור אין זה אבידה מדעת כלל. ואפילו אם נימא דהוי אבידה מדעת היינו דוקא לענין שאין חיוב השבה על המוצא כיון שמה שאינו משתמר הוא מחמת בעליו אבל מסתבר שגם הטור דס"ל בעלמא דאבידה מדעת הוא הפקר יודה כשהניח ע"ד לחזור ולקחת מיד דאינו הפקר א"כ באופן זה לכו"ע צריך להגיע להתר של יאוש א"כ אפילו לטור דברי המהרש"א לכאורה אינם מובנים.

במכנשתא דבי דרי עסקינן דאבידה

מדעת היא. מבואר דכיון דהוי אבידה מדעת יכול המוצא לזכות בפירות. והקשו מכאן על הרמב"ם דס"ל שאבידה מדעת אינה הפקר. וכתב הש"ך בס' רס"א שלדעת הרמב"ם צ"ל דאבידה מדעת דהכא אין פירושו כאבידה מדעת דעלמא. דהיינו שכאן אינו מונח במקום הפקר אלא הניחו מדעת מפני שלא רוצה לטרוח והכא איכא אומדנא שמפקיר ולא דמי לאבידה מדעת דעלמא. ומה שקשה מכאן על הרמב"ם הוא רק שנקטו לשון אבידה מדעת משמע שגם בעלמא אבידה מדעת הוא הפקר.

ע"ז כתב הש"ך שאף שזה אותו לשון אין הכוונה כאן כמו בעלמא. וכתב בזה הקצות שם סק"א שאפשר ליישב שגם כאן יהיה הכוונה כמו בעלמא וגם כאן אבידה מדעת אינו הפקר אלא רק פטור מהשבה. ומה שיכול לזכות הוא מפני שאח"כ יש יאוש, ואף דבעלמא לא מהני יאוש אחר שבא ליד המוצא היינו שנתחייב בהשבה לתוס' ונעשה שומר אבידה לרמב"ן, אבל הכא דהוי אבידה מדעת ליכא חיוב השבה ולא נעשה שומר אבידה ושפיר זוכה אח"כ ע"י היאוש. וזה ממש על דרך מה שהובא לעיל מהאמר"מ בענין זוטו של ים לרמב"ם שהוא מדין יאוש. וכדברי הקצות כתב גם המחנ"א בהל' זכיה מהפקר ס' ו'.

מדברי רע"א שהובא לעיל מוכח דלא ס"ל בזה כהקצות והמחנ"א. שכתב שהמניח דבר במקום שאינו משתמר ע"מ לחזור ולקחתו ושכח ומצאו אחר לפני שנזכר ששכח ואח"כ נזכר ונתיאש תלוי במחלוקת הרמב"ם והטור. שלטור זה הפקר ולא בעינן יאוש כלל א"כ מה בכך דהוי יאוש שלא מדעת. אבל לרמב"ם אבידה מדעת אין בו היתר זכיה אלא ע"י יאוש ואם הגיע ליד המוצא לפני שנזכר ששכח הוי באיסורא אתא לידיה ואפילו נתיאש אח"כ לא מהני. ואינו מוכן אמאי לא מהני היאוש אח"כ הא גם לרמב"ם דאינו הפקר חיוב השבה ליכא. וא"כ אין בזה הדין של איסורא אתא לידיה. ומוכח מדברי רע"א דס"ל דאע"ג דליכא חיוב השבה כיון שבא לידו לפני שהיה התר זכיה ואם יבואו הבעלים צריך להחזיר להם מדין ממוני גבך גם זה נחשב באיסורא אתא לידיה ומונע את ההתר זכיה אחר היאוש. ולא כהקצות והמחנ"א שכתבו שכל שאין מצות השבה לא נחשב באיסורא אתא לידיה.

ורע"א בזה לשיטתו שהובא לעיל שרע"א והר"ן ס"ל שאבידה שאין בה סימן אין בה חיוב השבה גם באופן דהוי יאוש ואינו יכול לזכות ואעפ"כ מבואר בגמ' דאינו זוכה גם

אח"כ כשמתיאש משום דבאיסורא אתא לידיה וזהו שהקשו והא לא ידע דנפל. והובא שכתב האמר"מ בס' ל"ז אות ה' דאף שאין חיוב השבה מ"מ כיון שאם יבוא הבעלים חייב להשיב גם זה נחשב באיסורא אתא לידיה. ומה"ט ס"ל לרע"א שגם אבידה מדעת אף שאין חיוב השבה נחשב באיסורא אתא לידיה. אך כאן יש תוספת חידוש בדבר שאין בו סימן הפטור הוא רק משום שלא שכיח שימצא את הבעלים כיון שאין בו סימן לכן אינו מחויב להגביה ולהכריז. אבל כשיודע מי הם הבעלים הוא מחויב להחזיר מדין השבת אבידה, משא"כ אבידה מדעת גם כשבאו הבעלים ליכא חיוב מדין השבת אבידה אלא רק מדין ממוני גבך. וא"כ גם הקצות והמחנ"א דפליגי באבידה מדעת יכולים להודות בדבר שאין בו סימן. וע' באמר"מ שם שכתב לבאר בזה דברי הראשונים דס"ל שגם דבר שנמצא בחצרו לפני יאוש נחשב באיסורא אתא לידיה, אע"ג דלא ידע ובודאי לא נתחייב בהשבה, כיון שאם יתבעו הבעלים חייב להחזיר. וזה דמי לאבידה מדעת שכ"ז שאינו יודע ליכא חיוב כלל מדין השבת אבידה ואעפ"כ ס"ל דהוי באיסורא אתא לידיה. ואף שמדברי רע"א גבי אבידה שאין בה סימן שמדמה האמר"מ שם לחצר אין ראייה לחידוש זה מ"מ מדברי רע"א כאן שגם אבידה מדעת נחשב באיסורא אתא לידיה יש מקור לסברת האמר"מ לגבי חצר.

בעיקר מחלוקת הרמב"ם והטור לגבי אבידה מדעת בפשטות פליגי אם בכה"ג שמניח במקום שהולך לאיבוד איכא אומדנא שמפקיר או לא [וע' לקמן כג: שכתבנו בשם התרה"כ ס' רס"א שבמקום שודאי הולך לאיבוד מודה הרמב"ם]. אך הגאון בס' רס"א סק"ט מבאר באופן אחר דנחלקו המחבר והרמ"א בס' רע"ג סע' ז' אם חל הפקר כשמפקיר בינו לבין עצמו. המחבר פסק שמן התורה לא חל הפקר אא"כ מפקיר בפני אחד ומדברנן בעינן שיפקיר בפני ג'. והרמ"א כתב ד"א דאפילו בינו לבין עצמו

הערות

אלו מציאות דף כא:

וציונים

קנט

הוי הפקר. וכתב הגאון דמה דפסק המחבר דאבידה מדעת לא הוי הפקר הוא לא משום דליכא אומדנא שמפקיר אלא דהוי כמפקיר בינו לבין עצמו. והרמ"א שמביא בס' רס"א י"א דהוי הפקר זה לשטתו שבס' רע"ג מביא י"א שהפקר חל גם בינו לבין עצמו. והדברים לכאורה אינם מובנים דסברת הטור שנעשה הפקר הוא משום דאיכא אומדנא שמפקיר ואף אי בעלמא לא מהני אומדנא דמוכח לעשות חלות הפקר הכא עדיף משום שעושה מעשה המוכיח שמפקיר וזה נחשב כאמירה. א"כ כיון שמניח ברה"ר בפני אחד זה נחשב הפקר בפני אחד. ולמה תלוי במחלוקת אי מהני הפקר בינו לבין עצמו, הא עד כמה שיש כאן מעשה הפקר מכח האומדנא או מכח מעשיו יש הפקר בפני ג' דאין פלוגתתם דוקא כשמניח ברה"ר באין רואה. וצ"ע. וע"ע בזה לקמן ל:.

מאימתי כל אדם מותרים בלקט.

מבואר כאן שמה שמותרים בלקט אחרי שהלכו הנמושות הוא מפני שהעניים מתיאשים. והקשו האחרונים על הרמב"ם שמביא בפ"א ממת"ע הי"א על דין זה את הדרשה של לעני ולגר תעזוב אותם לעניים ולא לעורבים ולא לעטלפים שנזכר בגמ' בחולין קלד: ולולא דברי הרמב"ם אין סתירה בין הגמ' שלנו לגמ' בחולין דהכא מיירי בהפריש בזמן שהיו עניים וחל על הממון דין מתנות עניים בזה אף שמגיע מצב שלא יבואו עניים י"ל דלא פוקע מזה דין מתנ"ע ולכן צריך להגיע ליאוש. משא"כ בחולין מיירי בתחילת ההפרשה ושם אין לפטור מטעם יאוש דרך אחרי שנעשה ממון עניים מהני יאוש שלהם להתירו לכל אדם, אבל אין זה סיבה לפטור כשאין עניים בתחילת ההפרשה דלא מהני יאוש לפני זכיית העניים. לכן בחולין צריך להגיע לקרא וכאן צריך להגיע דוקא ליאוש. אך הרמב"ם שמביא על דין זה את הדרשה של ולא לעטלפים ע"כ ס"ל שזה גם סיבה להפקיע את הדין ממון עניים אחרי שחל א"כ למה צריך להגיע ליאוש ולמה

נוגע למחלוקת של יאוש שלא מדעת. וכתב בזה הקו"ש בח"ב ס' י"ז שהרמב"ם ס"ל דלשו"פ אינם ממון עניים אלא רק הפקר לעניים לכן לא מהני יאוש להתיר לכל אדם לקחת לשו"פ. לכן פירש הרמב"ם שההתר אחר יאוש הוא מקרא דלעניים ולא לעטלפים. וס"ל שזה מפקיע דין מתנות עניים גם אחר שחל. ומה שהגמ' תולה בישל"מ הוא מפני שגם דין זה של לעניים ולא לעטלפים צריך שיהיה בפועל מצב שאין עניים, ואם דעתו לבא, אף שאם היה יודע לא היה בא לאביי דס"ל ישל"מ לא הוי יאוש אין זה סיבה לפטור אלא בעינן שבפועל יתיאש מלבוא. וכדברי הקו"ש כתב גם התורת זרעים בפ"ח מפאה מ"א. והדברים לכאורה אינם מובנים דרך ביאוש נחלקו אביי ורבא שהיאוש עושה חלות התר זכיה ולענין זה סובר אביי שבעינן יאוש בפועל ורבא ס"ל דסגי במצב של עומד ליאוש. אבל כאן כל שבודאי לא יבואו עניים פוקע דין לשו"פ ולמה שדין זה יהיה תלוי בדין ישל"מ. ובפרט מש"כ התורת זרעים שלדבריו יתישב קושית רע"א שהקשה הא איכא עניים קטנים דיאוש דידהו הוי כישל"מ כמבואר לקמן כב: בתוד"ה דלאו. וכתב התורת זרעים שלרמב"ם ניחא דלא בעינן הכא יאוש אלא כיון דליכא עניים פקע דין מתנות עניים ולענין זה קטן וגדול שוים. ואינו מובן דאם תלוי במה שלמעשה לא יבואו עניים ולכן מהני יאוש של קטנים ה"ה דיועיל גם יאוש שלא מדעת בגדולים כיון שלמעשה לא יבואו ולמה תלוי דין זה במחלוקת אביי ורבא.

ולכאורה נראה דיש לבאר דברי הרמב"ם באופן אחר דמה שכל אדם מותרין בלקט אחרי שהלכו הנמושות אין זה התר רק לשאר העשירים אלא גם בעל השדה בכלל התר זה. כן מוכח לעיל יב. דמבואר שם שאריס מותר לבנו ללקט אחריו אע"ג דאביו זוכה מבנו ואביו עשיר הוא, וכתבו שם התוס' דלאו דוקא עשיר אלא הוא נחשב כבעל השדה וכשמלקט בעצמו

עובר בלא תלקט לעני להזהיר עני על שלו. ואעפ"כ מותר לבנו ללקט אחריו משום דעשאוהו כמי שהלכו בו הנמושות. הרי מפורש לשיטת התוס' שם שאחרי שהלכו הנמושות מותר גם לבעל השדה לזכות בלקט. ומה דמבואר כאן שההתר הוא בגלל יאוש זה נאמר לענין מה שכל אדם מותרים דלענין זה מהני יאוש העניים. ואדרבה מוכח ממה דמהני יאוש העניים דלשו"פ הם ממון עניים ולא רק הפקר לעניים. וע' בפ"ק דף יב. שכתבנו שגם ברא"ש שם מוכח דהוי ממון עניים [ובל"ה מוכח כן דאל"כ מה מונע מאחרים לקחת ומש"כ הקו"ש דאסורים משום מצות עזיבה אינו מוכן דזה מצוה על בעל השדה ולא על כל אדם וע"כ שאיסורם משום גזל ממון עניים]. ולגבי כל אדם אין להתיר מקרא דלא לעטלפים דזה פטור במצות עזיבה ובל"ה אין על אחרים מצות עזיבה, אלא איסורם משום גזל וזה נותר ע"י יאוש. משא"כ לגבי הבעלים סובר הרמב"ם דלא סגי בהתר של יאוש, דבעל השדה שלוקח לשו"פ חוץ ממה שעובר בגזל עניים הוא גם מבטל המ"ע דתעזוב ועובר בלאו דלא תלקט לעני וזה לא נותר ע"י היאוש, ובפרט אי אמרינן דיאוש אינו מפקיע בעלות העניים והוי רק התר זכיה א"כ אכתי איכא על בעל השדה לאו דלא תלקט ומצות עזיבה, לכן הוצרך הרמב"ם להוסיף שאחרי יאוש בטל מצות עזיבה מקרא דולא לעטלפים ולכן גם בעל השדה מותר אחרי שהלכו הנמושות. ועיקר החילוק בין האיסור של כל אדם לאיסור של בעל השדה מבואר בתורת זרעים בפ"ד מ"ט, והתורת זרעים כתב לחדש יותר מזה דהאיסור של בעה"ב הוא רק מלאו דלא תלקט ולא מדין גזל עניים יעו"ש. ונראה שאין סתירה מזה בלשון הרמב"ם בפ"א ממנע"ע, אבל מלשון הרמב"ם בפ"י המשנה בפאה משמע לכאור' שגם התרם של שאר בני"א הוא מקרא דעניים ולא לעטלפים, וצ"ע.

רע"א במשנה בפאה פ"ח מ"א הקשה אמאי כל אדם מותרים בלקט הא מונח בחצרו

של בעה"ב וחצרו קונה לו שלא מדעתו ומוסיף רע"א דאין לתרץ דהוי חצר שאינה משתמרת דאכתי יקשה לס"ד בפ"ק שגם חצר שאינה משתמרת קונה. וע' במקד"ד זרעים ס' ס"ב אות ה' ד"ה מקשים שכתב על שאלה זו דלא מסתבר לחלק בין בעל השדה לאחרים ונימא שרק אחרים מותרים ולא בעל השדה ע"ש. ולמה שנתבאר מסברא באמת היה מקום לחלק בזה דיש מקום לומר דהיאוש אינו מתיר לבעה"ב אבל מוכח בסוגיא בדף יב. שגם בעל השדה מותר אחרי שהלכו הנמושות ושפיר הקשה רע"א.

הרש"ש בפ"ח מפאה כתב ליישב קושית רע"א אמאי לא זוכה בעל השדה בקנין חצר שמבואר ברא"ש לקמן כו. שכמו שאם הגיע אבידה לידו לפני יאוש אינו יכול לזכות ע"י היאוש מפני שבאיסורא אתא לידיה כך אם האבידה היתה בחצרו לפני יאוש אינו יכול לזכות שגם זה נחשב באיסורא אתא לידיה. וכתב הרש"ש שא"כ אין בעל החצר יכול לזכות בלקט מפני שזה היה בחצרו לפני יאוש והוי באיסורא אתא לידיה. וכתב ע"ז החזו"א בב"ק ס' י"ח סק"ד שמה שנמצא בחצרו לפני יאוש מונע את הזכיה רק כשהיה אבידה והיה ברשותו לפני יאוש. אבל בלקט כ"ז שלא נתיאשו לא היה אבידה כלל ורק מזמן היאוש יש כאן אבידה וא"כ בהתירא אתא לידיה ושפיר הקשה רע"א.

הנך מעיקרא מיאש. הקשה הריטב"א א"כ עני המהלך ממקום למקום לא ילקט דכבר נתיאש. וכתב כיון שהלך מוכח שלא נתיאש מעיקרא. ואמר בזה מרן הגר"ש רזובסקי זצ"ל דמוכח מדברי הריטב"א דלא מהני חזרה מיאוש דאי אמרינן דמהני חזרה א"כ אע"פ שנתיאש, עכשיו שבא למקום זה ועדיין יש לקט מעתה בטל היאוש וכיון שעדיין לא יצא מרשותו כשבטל היאוש בטל ההתר זכיה ואמאי לא ילקט. אלא מוכח או שיוצא מרשותו מיד

הערות

אלו מציאות דף כא:

וציונים

קסא

או שאף שלא יוצא מרשותו מ"מ כיון שחל התר זכיה אינו פוקע ע"י חזרה מהיאוש. והובא לעיל שנחלקו בזה האחרונים. אך העירוני שגם אי אמרין דלא מהני חזרה מיאוש אכתי אין דברי הריטב"א מובנים דכמו שאם נולד עני אחרי שחל שם פאה וזכו שאר העניים גם העני שנולד עכשיו זוכה והוא משום שאין זה ממון פרטי של עני מסוים אלא דמי לממון השבט שהוא בעלות כללית של כל העניים. וא"כ ברגע שמפסיק המצב של יאוש לכאורה חוזר עני זה וזוכה ככל שאר העניים.

ופטורות מן המעשר. התוס' בב"ק סט.

למדו מכאן שכשם שהפקר פטור מן המעשר כך אבידה אחר יאוש פטורה מן המעשר. ועיין בתרה"כ בס' רס"ב שבתחילה רצה ללמוד מזה שהממון יוצא מרשותו מיד בשעת היאוש ולכן זה כהפקר שפטור מן המעשר. אך כתב שגם אם לא יוצא מרשותו עד דאתי ליד זוכה שפיר פטור ממעשר דילפינן מובא הלוי דכל שיש חלק ללוי פטור מן המעשר ולזה מספיק מה שיש ללוי התר זכיה.

תוד"ה ופטורות. כתבו שהפקר פטור

מן המעשר כל שהיה הפקר לפני מירוח ולא בעינן שישאר הפקר בשעת מירוח משא"כ הפטור של הקדש תלוי בשעת מירוח בלבד. והטעם הוא מפני שהפקר הוא דבר הפטור מתרו"מ וכיון שהיה רגע אחד במצב של הפקר לפני זמן חלות החיוב חל פטור. משא"כ הקדש אינו פטור מתרו"מ כלל ולא נאמר בזה אלא שמירוח הקדש אינו מירוח לחייב לכן בעינן דוקא שיהיה הקדש בשעת המירוח. לענין הפטור של לקוח נחלקו ר"ת וריב"א לקמן פח. לריב"א לקוח דמי להפקר ופוטור דוקא לפני מירוח. לר"ת הפטור של לקוח הוא דוקא אחרי מירוח. והר"ש בפ"א מפאה מ"ו מקשה על ר"ת מ"ש לקוח מהפקר. המנ"ח במצ' שצ"ה כתב שלר"ת שלקוח פטור אחרי מירוח גם הפקר פטור אפילו אחרי מירוח ומה שמבואר במשנה

שמפקיר עד שימרח היינו דאסור להפקיר אחרי מירוח דגורם להפקיע חיוב שכבר חל. אבל אם הפקיר פטור גם אחרי מירוח. וע"ע בתורת זרעים בפ"א מפאה מ"ו שמאריך לבאר שר"ת מחלק בין הפקר שהוא דוקא לפני מירוח ללקוח שפוטור דוקא אחרי מירוח.

תאנה הנוטה לדרך. מלשון זה משמע

שהתאנים נופלים מחוץ לחצירו של בעל התאנה. וכן מפורש ברשב"א שמקשה למסקנה שמתיאש מפני שעם נפילתה נמאסת ולא מפני שיקחום עוברי דרכים א"כ למה נקט נוטה לדרך הא גם אם נופל לחצרו מתיאש. ותי' דאינו מתיאש מפני שנמאסת לחוד אלא דעי"ז חושבים עוברי דרכים שמתיאש ולוקחים וכיון שלוקחים מתיאש. אבל אם נופל לחצרו אינו מתיאש אע"פ שנמאס. עכ"פ פשיטא ליה לרשב"א דמיירי הכא דוקא שנפל מחוץ לחצרו ולכן נקטו תאנה הנוטה לדרך. ותמוהים בעיני דברי הקצה"ח בס' רנ"ט סק"א שמביא את דברי הרמב"ן שלא מהני יאוש ברשות. וכתב ע"ז הקצות דמוכח בכמה מקומות דמהני יאוש גם בדבר שנמצא ברשותו ובתוך דבריו מביא גמ' זו וז"ל אלא דבר"פ אלו מציאות גבי תאינה הנוטה לדרך ומצא תאינה תחתיה דהוי נמי מטעם יאוש ע"ש דף כ"א ואע"ג דהתאינה ברשותו עכ"ל ואינו מובן למה כתב שהתאינה נמצאת ברשותו הא מיירי בנוטה לדרך ונופל התאינה מחוץ לרשותו וכמבואר ברשב"א. ואדרבה ע"פ דברי הרמב"ן יתישב קושית הרשב"א דלהכי נקט נוטה לדרך מפני שאם נופל ברשותו הוי יאוש ברשות. ולמש"כ הנתיבות שאם הדבר אינו משתמר מודה הרמב"ן דמהני יאוש אפילו ברשותו א"כ שפיר הקשה הרשב"א אפילו אי ס"ל כרמב"ן. [וע' לקמן כה. שהובא שרע"א כתב שם שאפי' אם אינו משתמר נחשב יאוש ברשות ולא כנתיבות]. עכ"פ מה שהקצות מקשה מכאן על הרמב"ן לכאורה אינו מובן. ואין לומר שכונת הקצות להוכיח ממה שאמרו אליבא דאביי

תוד"ה תאנה. כתבו שמדינא לא תולים בעוברי דרכים אלא באילן. ע' בחזו"א דמאי ס' ז' סק"ח שמבאר למה לא אמרין בזה רוב וקרוב הלך אחר הרוב. וכעין זה מקשה הקצות בס' רס"ב סק"ב על כלי ולפניו פירות ע"ש.

מיהו אית ספרים דגרסי שאני זית הואיל וזיתו מוכיח עליו. ולפי גרסא זו פרשו שהתירוך תאנה עם נפילתה נמאסת היינו שמפקירה מפני שמתקלקלת. וכתבו שלפ"ז לא קשיא מה שהקשו שנתרץ לרבא דהא דותים אסורים הוא מפני שאינו מתיאש שיתלו באילן ולא בעוברי דרכים, דלפי גרסא זו זה גופא תירוך הגמ'. וגם בתאנה תולים באילן אלא שמפקיר מפני שנמאסת. ולפי הגרסא שאני זית הואיל וחזותו מוכיח עליו כתבו שתירוך הגמ' דתאנה שאני הוא ששם ע"י שנמסת אין חזותו מוכיח. ומה שתלו הפשט בעם נפילה נמאסת בגרסא דזיתו או חזותו הוא דלגרסא של זיתו מוכיח מה שאינו מתיאש הוא מפני שתולים באילן, וזה מפני שנמצא סמוך לאילן וזה קיים גם כשהתאנה נמאסת. ולכן הוצרכו לפרש שמפקיר מפני שמתקלקל. אבל לגרסא דחזותו מוכיח עליו ס"ל דא"א לפרש תאנה שאני מפני שמפקירו, שאם הגמ' סוברת שמפקיר את התאנה א"כ למה צריך להגיע בזית לחזותו מוכיח עליו, נימא דאינו מתיאש מפני שיתלו באילן ותאנה שאני דמפקירו. אלא מדהוצרכו לומר דחזותו מוכיח עליו ע"כ הוא משום דאי נימא דתולים באילן יקשה מתאנה ולא ס"ל לגמ' דתאנה שאני דמפקירו, ולכן לגרסא זו צ"ל דלא ס"ל לגמ' שמפקיר את התאנה ולכן צריך להגיע בזית לחזותו מוכיח עליו ולכן צריך לפרש הא דתאנה עם נפילתה נמסת דע"ז בטל החזותו מוכיח עליו. כל זה מבואר במהרש"א למעיין בדבריו. ולרש"י דגורס חזותו מוכיח עליו ואעפ"כ מפרש שאני תאנה דמפקירו באמת יקשה קושית התוס' אמאי צריך

דנחשב יאוש מדעת דמידע ידיע דנתרי א"כ מתיאש מעיקרא עוד לפני הנפילה ואז התאנה עדיין מחוברת באילן ונמצאת ברשותו, דאין ראייה שחל ההתר זכיה של היאוש בעודו מחובר באילן אלא רק אמרו דנחשב יאוש מדעת כיון שיודע שעתיד ליפול ומיד מתיאש אבל לעולם ההתר חל רק כשנופל ואז אין זה יאוש ברשות. וצ"ע בביאור דברי הקצה"ח. ובעיקר הדין של יאוש ברשות ע' מה שכתבנו בס"ד לקמן כו.

רש"י ד"ה עם נפילתה. כיון דידע דנתרה מעיקרא מיאש משום מאיסותא וכו' ומפקר לה. והקשה הלח"מ בפט"ו מגו"א הט"ו אמאי הוצרך רש"י לומר דמעיקרא מיאש הא קאי על דברי רבא דס"ל ישל"מ הוי יאוש ורק לאביי הוצרכו לומר דמעיקרא מיאש. ואולי י"ל דכיון דחזותו מוכיח עליו א"כ לא יקחו עוברי דרכים. ולרש"י גם אחרי התירוך שנמאסת נשאר חזותו מוכיח עליו אלא שמפקיר מפני שנמאסת. א"כ יתכן שאין זה מדין יאוש אלא הוי כהפקר ממש. ולגבי הפקר יבואר לקמן דמודה רבא דבעינן שיפקיר בפועל ולא סגי במה שאם היה יודע היה מפקיר לכן למסקנה גם לרבא צ"ל דמעיקרא יודע שסופו ליפול והוי הפקר מדעת. אך מה שנראה יותר בזה הוא שהגאון כתב בס' ר"ס סק"כ שאחרי התירוך של חזותו מוכיח עליו גם אביי מודה שבזתים וחורובים ליכא יאוש אפילו אם יודע שנופל. ומה שבתאינה יש יאוש הוא משום דעם נפילתה נמאסת. וכן מבואר ברמב"ן במלחמות בד"ה אמר הכותב אי הכי, וכ"כ השיטמ"ק לקמן כב: ד"ה כתוב בתוס' וכ"כ המהרש"א בדף כב: על תוד"ה מאחר ע"ש. וכיון שגם לאביי צריך להגיע לתי' דעם נפילתה נמאסת שפיר הוצרך רש"י לפרש דמעיקרא מיאש כדי שלא יקשה לאביי דאית ליה ישל"מ לא הוי יאוש.

הערות

אלו מציאות דף כא: — כב. וציונים קסג

להגיע לחזותו מוכיח עליו נימא דתולים באילן ותאנה שאני דמפקירו.

הגנב שנמל מזה ונתן לזה. צריך להבין את ראית הגמ' הא אף שבשעת גניבה אינו יודע והוי ישל"מ מ"מ לאחר זמן כשנודע לו איכא יאוש מדעת ואז יזכה הגנב או הלוקח ממנו. וכי תימא דיאוש של אחר זמן לא מהני משום דהוי באיסורא אתא לידיה הא כל גנב וגזלן הוי איסורא אתא לידיה ואעפ"כ קונה למ"ד יאוש קונה. וע' ברמב"ן ובריטב"א שכתבו שהלשון נטל ונתן משמע שמיד אחרי שנטל נתן אבל לולא זה לא קשיא דזוכה אח"כ. ומה"ט כתב הרמב"ן שלא הקשו מהא דעורות של גנב מחשבה מטמאתן דמבואר בב"ק סו: שהוא מפני שקונה ביאוש, דהתם י"ל שמהני מחשבת הגנב רק לאחר זמן כשנודע לבעלים אבל הכא משמע שנתן מיד. ואכתי אינו מובן דאף שהלשון משמע שהגנב מיד נתן לאחר מ"מ אולי האחר לא זוכה עד אחר זמן כשנודע לבעלים ונתיאשו. ואולי כוונת הרמב"ן דלשון מה שנתן נתן משמע שנתן מיד ושמיד זוכה המקבל אף לפני ידיעת הבעלים ומזה מוכח שישל"מ הוי יאוש.

מדברי הש"ך בס' שנ"ג סק"ד נראה שמפרש ראית הגמ' באופן אחר. שמוכא שם בשו"ע סע' ג' מחלוקת הראשונים למאי דקי"ל שיאוש לא קונה בגזלן ובעינן יאוש ושינוי רשות אם צריך דוקא יאוש ואח"כ ש"ר או מהני נמי ש"ר ואח"כ יאוש. המחבר פסק כרמב"ם שגם ש"ר ואח"כ יאוש קונה והרמ"א מביא את החולקים דס"ל דבעינן דוקא יאוש ואח"כ ש"ר. וכתב הש"ך שממה שהביאו ראיה לרבא מגנב שנטל מזה ונתן לזה מוכח שש"ר ואח"כ יאוש לא מהני וקשה מכאן על הרמב"ם. וכוונת הש"ך דלכאורה לא מובן מה ראית הגמ' אולי זוכה ביאוש שיש אח"כ כשנודע לבעלים. ולמד הש"ך דראית הגמ' הוא דמדנקט התנא נטל מזה ונתן מזה משמע דס"ל דיאוש כדי לא קניא

ובעינן יאוש וש"ר. ובשלמא אי אמרינן שצריך יאוש לפני הש"ר ניחא דהרמב"ן כתב שלשון נטל ונתן משמע שנתן מיד אחרי שנטל ואם ישל"מ לא הוי יאוש, הוי ש"ר ואח"כ יאוש ולא קונה. אלא מוכח דישל"מ הוי יאוש לכן שפיר קונה ע"י יאוש ואח"כ ש"ר. אבל לרמב"ם שגם ש"ר ואח"כ יאוש מהני לא מובן ראית הגמ' אולי קונה אח"כ בשעת היאוש. ע' בנתיבות בסק"ב שמבאר שזה כוונת הש"ך. אבל אי אמרינן כמש"כ לעיל שכוונת הרמב"ן דמשמע שזוכה המקבל מיד כשנתן לו הגנב א"כ לא קשיא קושית הש"ך על הרמב"ם. ועי' בהגהות אמרי ברוך בגליון השו"ע מש"כ ליישב ראית הש"ך באופן אחר וגם האמר"מ מיישב בב' אופנים בס' ל"ג אות ה' ובס' ל"ז אות י"ד.

דף כב.

הירדן שנמל מזה. רש"י מפרש לענין אבידה אבל רוב הראשונים בשיטמ"ק כתבו דמיירי לענין גבולות א"י שהגבול המזרחי הוא הירדן ואם שינה הירדן את מהלכו משתנה גבול א"י דהיינו שהגבול אינו נקבע לפי המצב של הירדן בשעה שנאמרו גבולות א"י בשעת כיבוש א"י אלא בכל זמן לפי מצב הירדן באותו זמן. ויש לעיין לפ"ז היכן יהיה גבול א"י אם יתיבש הירדן ולפי איזה זמן יקבעו את הגבול כשאינן ירדן. וע"ע בדבר אברהם ח"א ס' י' אות י' למאי נ"מ היכן נמצא הירדן הא גם בתוך גבולות א"י בעינן כיבוש וקידוש וגם בחו"ל מהני קידוש. ות"י דנ"מ אם יכולים לקדש לפני שכבשו כל א"י שאם זה בתוך גבולות א"י מהני ואם לאו לא מהני הקידוש דהוי כיבוש יחיד.

שטף נהר קוריו. שיטת רש"י שבה"א מיירי שאינו יכול להציל כלל ואעפ"כ לא הוי כזוטו של ים כמש"כ הבעה"מ והשטמ"ק שרק באמצעות הנהר נחשב אבודה ממנו ומכל אדם אבל הכא אף שזה אבוד ממנו זה יגיע לרשות

של אחר ודינו ככל אבידה שאין בה סימן. ומדנקט שטף נהר שהוא דבר שיש לו קול משמע שאם לא היה קול הוי יאוש של"מ וצריך להכריז וקשה לרבא. ומשני ביכול להציל וא"כ אינו ודאי עומד ליאוש והוי כאבידה שיש בה סימן שמודה בו רבא דישל"מ לא הוי יאוש. והקשו מסיפא דקתני אם היו מרדפין חייב להכריז ואי מיירי ביכול להציל גם אם אין מרדפין אין סיבה לומר שיש יאוש דהא יכול להציל. והתוס' הקשו על רש"י שמרישא גופא קשיא אי יכול להציל מאי מפני שהבעלים מתיאשים. ומשמע בגמ' לפרש"י שלאביי אפשר לפרש באינו יכול להציל ואעפ"כ במרדפין חייב להכריז ורק כדי שלא יקשה לרבא העמיד ביכול להציל ע"י הדחק אבל לאביי מיירי באינו יכול להציל ולרש"י היינו שאינו יכול להציל כלל. ומוכח מכאן שגם באבידה שאין בה סימן שסתמא עומד ליאוש אם רודף או שצוות מתחילה שאינו מתיאש ליכא יאוש. ורק בזוטו של ים שאינו מדין יאוש כלל לא מהני צווח. והובא לעיל שנחלקו בזה התרה"כ בס' רנ"ט והצמח צדק. ומכאן ראייה לתרה"כ. ומתוס' שכתבו שאם לא רדפו אפילו אומרים שאינם מתיאשים לא מהני ליכא ראייה דהתם מעשיו מוכיחים שמתיאש מדלא רדף. שהרי לתוס' מיירי גם בה"א באופן שאם ירדוף מיד יכול להציל ואם לא ירדוף מיד אינו יכול להציל כלל. ומה שנחלקו התרה"כ והצ"צ הוא מבואר בהדיא בשיטמ"ק כאן בד"ה אמאי וז"ל ואפי' נימא דס"ל דבמילתא דלית בה סימן הוי יאוש על כל פנים אפי' צווח כשידע ואמר לא מיאשנא מ"מ הוי יאוש וכו' דהתם כי לא מיאש בטלה דעתו עכ"ל. הרי שהשיטה מסופק בזה ויש לו צד דלא מהני צווח בדבר שאין בו סימן וזה דלא כתרה"כ שכתב שרק בזוטו של ים לא מהני צווח דלא תלוי ביאוש כלל אבל במקום שתלוי ביאוש אלא שסתמא ליאוש אם צווח ליכא יאוש. וע' מש"כ עוד בזה בס"ד בדף כד:

שיטת התוס' שגם בה"א הגמ' ידעה שיכול להציל אם ירדוף מיד אלא דס"ד שאם לא ירדוף מיד אינו יכול להציל כלל. דהיינו מה שרש"י מפרש במסקנה דמיירי ביכול להציל ע"י הדחק שאם יציל מיד יכול להציל ואח"כ אינו יכול להציל כלל, לתוס' זה הה"א, והמסקנה לתוס' הוא שגם אם לא ירדוף מיד יכול להציל אח"כ ע"י הדחק ולא בקל. וצ"ב לתוס' מה הקשו על רבא הא יכול להציל אם יציל מיד ואינו עומד ליאוש. ולרש"י זהו תירוץ הגמ' ולמה לתוס' קשה לרבא. וצ"ל שלתוס' הגמ' הבינה שהרי אלו שלו אפילו באופן שהגיע ליד המוצא אחרי הזמן שכבר אינו יכול להציל ואז עומד ליאוש וקשה לרבא. והוצרכו לתרץ שגם אח"כ יכול להציל בדוחק ואינו ודאי עומד ליאוש. משא"כ לרש"י מסקנת הגמ' כמו הה"א לתוס' וס"ל דלא קשיא לרבא מפני שי"ל דהרי אלו שלו הוא באופן שהגיע ליד המוצא בזמן שעדיין היה יכול להציל ובזמן זה עדיין אינו ודאי עומד ליאוש ובזה מודה רבא דישל"מ לא הוי יאוש. ומה שלפי תוס' לא קשה למה שרצו להעמיד שיכול להציל א"כ למה ברישא אמרו אם נתיאשו הא ליכא הוכחה שמתיאש מזה שלא רדף כיון שיכול להציל גם אח"כ, ע' מהר"ם דאפ"ל דאם נתיאשו היינו אם בפירוש נתיאש, ורק למסקנה שאח"כ יכול להציל רק ע"י הדחק מתפרש אם נתיאשו דרישא שלא רדף וזה הוכחה שמתיאש. וכן מבואר ברשב"א ע"ש.

התורם שלא מדעת. בביאור הה"א של הגמ' שחל הפרשה שלא מדעת בעה"ב ע"י שמגלה אח"כ דעתו דניחא יש לכאורה ג' דרכים. התוס' בכתובות יא. כתבו דזכיה מטעם שליחות היינו דכיון דזכות הוא לו אנן סהדי דעביד ליה שליח. וכתב ע"ז הקצה"ח בס' ק"ה סק"א דזה ניחא לרבא דאית ליה ישל"מ הוי יאוש וה"נ מינוי שליחות שלא מדעת הוי מינוי ובאופן שידוע שאם היה יודע היה ממנה חברו

הערות

אלו מציאות דף כב.

וציונים

קסה

ההפרשה לזכות וחברו תורם מדין זכין לאדם שלא בפניו. דהיינו שאין הישל"מ נחשב מינוי אבל נחשב מצב של ניחא ליה ומהני מגוזה"כ דזכין דלא בעי מינוי. ואע"ג דאית ביה צד חובה כיון שעיקרו זכות מהני ג"ד להחשיבו זכות ולא חיישינן לחזרה אלא בדבר שעיקרו חוב.

נמצא ג' דרכים בביאור הה"א. א. לקצות לרב מה שיש מצב שאם היה יודע שחברו רוצה לתרום היה עושה אותו שליח זה נחשב מינוי מדין ישל"מ דהוי יאוש וה"נ הוי מינוי. ב. לריטב"א מיירי שעשאו שליח. ג. לרע"א מדין זכין.

ה"נ מסתברא וכו'. בביאור מסקנת הגמ' נחלקו הר"ן והרמב"ן בגיטין סו. דהרמב"ן כתב דהא דמהני שליחות להפרשת תרומה בלשון כל הרוצה יתרום אף שסובר הרמב"ן שאין זה לשון שליחות הוא משום דלא בעינן שליחות אלא סגי במגלה שניחא ליה ואז חל הפרשה מדין זכין ומביא הרמב"ן ראיה לדבריו מכאן. והר"ן תמה דאדרבה מפורש כאן דלא מהני ג"ד דניחא ליה אלא בעינן דוקא מינוי שליחות. ומבאר רע"א דפליגי בביאור מסקנת הגמ'. דבה"א לומד הרמב"ן שמבואר דסגי בג"ד וע"כ הטעם דמגלה שזה זכות ומהני מדין זכין. ולמד הרמב"ן שחידוש זה נשאר גם למסקנה אלא שבמסקנה הגמ' חוזרת דבעינן שבשעת הפרשה יהיה לדעתכם ולא מהני גילוי של אח"כ. אבל כשידוע בשעת הפרשה דניחא ליה גם למסקנה מהני מדין זכין. והר"ן לומד שרק בה"א סברה הגמ' שמהני הפרשה מדין זכין אבל למסקנה הגמ' חוזרת מזה ובעינן דוקא שליחות.

הקצה"ח בס' רמ"ג סק"ח כתב בשם התה"ד שבמקום שהעיסה תתקלקל וצריך להפריש חלה מיד יכולה משרתת להפריש חלה שלא מדעת הבעלים מדין זכין ומה שבב"מ

לשלוחו נעשה שליח בלי מינוי מדין ישל"מ. אבל למאי דקי"ל כאב"י קשה איך נעשה שליח בלי מינוי. ומביא ע"ז הקצות את הסוגיא כאן דמבואר דלרבא נעשה שליח בלי מינוי כשידוע שניחא ליה. דהיינו שבודאי גם בה"א הגמ' ידעה דבעינן שליחות בתרומה ואעפ"כ ס"ד דנעשה שליח מדין ישל"מ. אך כבר העירו על דברי הקצות דרך ביאוש סובר רבא דמהני מה שאם היה יודע היה מתיאש מפני שיאוש אינו חלות שהאדם עושה אלא חל מאליו כשיש מצב של יאוש. אבל חלות שהאדם עושה כהפקר הקדש והקנאה בעינן שיעשה בפועל ובזה מודה רבא דלא מהני מה שאם היה יודע היה מקנה או מפקיר. וא"כ גם מינוי שליחות שהוא חלות שהאדם עושה לא מהני בזה ישל"מ אפילו לרבא. וקשה א"כ איך חל ההפרשה כאן לרבא לה"א של הגמ' בלי שליחות.

הריטב"א מבאר שגם בה"א הגמ' ידעה דמיירי בשו"א שליח ואעפ"כ כיון שלא פירש שהמינוי הוא גם על יפות ורק אח"כ גילה דעתו שניחא ליה ביפות וזה מברר למפרע שהיה עומד להיות ניחא ליה כמש"כ התוס' דמצוה שאני דמי לישל"מ בדבר שאין בו סימן, לרבא מהני גילוי זה לכלול במינוי הראשון גם שליחות על יפות כיון שהיה מינוי ואם היה יודע היה מפרש יפות א"כ גם יפות כלול במינוי. אבל לאב"י כ"ז שלא פירש בפירוש יפות אין זה בכלל השליחות. ובמסקנה אמרו שגם אב"י מודה דסגי בגילוי דעת לכלול את היפות במינוי הראשון. וה"נ מסתברא היינו דע"כ מהני הגילוי דעת להיות נכלל במינוי הראשון דאל"כ גם לרבא לא היה מועיל. אבל בלי שליחות לא היה ה"א שיועיל גילוי דעת של אח"כ אפילו לרבא.

רע"א מבאר דאף שפשוט גם לה"א שלא מהני הפרשה בלי שליחות מ"מ ס"ד דע"י הגילוי דעת מתברר שניחא ליה ועי"ז נחשב

שיטת הרשב"א והתוס' בנדרים דבתורם משלו על של חברו מהני זכין אבל בתורם משל חברו על של חברו בעינן דוקא שליחות. וסברת החילוק מבאר הקצות דזכין נאמר רק כשמזכה ממון לאדם משא"כ כשתורם משל חברו על של חברו אינו מזכה לו ממון ואף דהוי זכות לא נאמר בזה דין זכין. האחיעזר בח"ב ס' ל"ז אות ד' והקוב"ע ס' ע"ב אות ד' כתבו דרך כשתורם משל חברו על של חברו שחלות התרומה חל על ממון חברו בזה בעינן שליחות דוקא משא"כ משלו על של חברו שחלות התרומה חל על ממון של התורם ואינו אלא מתיר פירותיו של חברו, לענין זה סגי בניחותא בעלמא ולא בעינן שליחות.

אמימר ור"א אב"י. שיטת התוס'

שאלו מפני שתולים שהאריס נותן מחלקו ומר זוטרא ס"ל שכשמביא מן הפרדס חיישינן שנותן מחלקו של בעה"ב. ובשו"ע ס' שנ"ח סע' ד' כתב המחבר שמותר לקחת מאריס כיון שיש לו חלק בפירות לא חוששים שלוקח מחלקו של בעה"ב. והרמ"א כתב י"א שזה דוקא אחר שחלקו אבל קודם חלוקה חוששים שנותן מחלקו של בעה"ב. וכתב שם הגר"א בסק"ב דפליגי אי קי"ל כאמימר ור"א או כמר זוטרא. וזה ע"פ התוס'. ולתוס' אם לוקח מחלקו של בעה"ב אסור לאכול אפילו שודאי שאם היה יודע בעה"ב היה ניחא ליה דקי"ל ישל"מ לא הוי יאוש וכמו שצריך יאוש בפועל כך צריך רשות בפועל כדי להתיר השתמשות בממון חברו. הש"ך בס' שנ"ח סק"א חולק וס"ל שרק לענין יאוש סובר אב"י שישל"מ לא הוי יאוש שאין היאוש מרצונו אלא בע"כ ואם היה יודע היכן החפץ לא היה מתיאש. משא"כ לענין רשות כיון שאם היה יודע היה בודאי מתרצה סגי בזה גם לאב"י. גם המחנ"א הל' גזילה ס' ב' כתב כש"ך ומוסיף שבמקום שכל אדם אינו מקפיד גם התוס' מודים. וע' בחזו"א אבה"ע קמ"ח דף נב: בזה. ואינו מובן לדברי הש"ך מה הגמ' מביאה מניחותא דהכשר הא

מבואר דלא מהני היינו כשנתגלה דניחא ליה רק אחר ההפרשה אבל כאן שידוע בשעת הפרשה שזה זכות מהני מדין זכין. וכתב ע"ז הקצות שברשב"א בנדרים לו: וכן בתוס' שם מבואר דלא מהני זכין בתורם משל חברו על של חברו. והתוס' מביא ע"ז את הגמ' כאן. והא דמשמע בנדרים דמהני זכין בהפרשה היינו דוקא משלו על של חברו. ומחלוקת התה"ד עם הרשב"א והתוס' הוא ממש כמחלוקת הרמב"ן והר"ן. שהרשב"א והתוס' ס"ל שמוכח כאן דלא מהני זכין דבזה הגמ' חזרה ממאי דס"ד מעיקרא, ולמסקנה בעינן דוקא שליחות ולא מהני זכין. והתה"ד ס"ל כרמב"ן שגם למסקנה מהני זכין והחזרה הוא רק דלא מהני גילוי אחר ההפרשה אבל אם בשעת הפרשה ידוע שזה זכות מהני מדין זכין.

הרמב"ם בפ"ד מתרומות ה"ג מביא הדין

שהתורם שלא מדעת בעה"ב אם אמר כלך אצל יפות ונמצאו יפות תרומתו תרומה ולא נזכר ברמב"ם שעשאו שליח. וכתב הכ"מ וכן בב"י ביו"ד ס' של"א שהרמב"ם פסק כה"א של הגמ' כאן מכח הגמ' בקידושין נב: וכ"כ הגאון שם סקע"ו. והא דמהני גילוי דעת בלי שליחות אפילו לדידן דקי"ל כאב"י דישל"מ לא הוי יאוש הוא משום דניחותא דמצוה שאני כמו שמבאר הקצות בס' רס"ב סק"א ע"ש. יוצא לפ"ז שאפילו אם נפרש מסקנת הגמ' כר"ן שהגמ' חוזרת ולמסקנה לא מהני זכין בהפרשת תרומה יש מקום לסבור להלכה כרמב"ן דמהני זכין דלרמב"ם קי"ל כהה"א של הגמ'.

ויש לעיין בדברי הקצות שבס' רמ"ג

הכריע להלכה שלא תפריש המשרתת מכח הרשב"א והתוס' שס"ל שלמסקנת הגמ' לא מהני זכין ולא כהת"ד שלומד כרמב"ן שגם למסקנה מהני זכין. ובס' רס"ב משמע שתופס עיקר להלכה כרמב"ם שקי"ל כהה"א דמהני ג"ד דניחא ולא בעינן דוקא שליחות וע"כ זה מדין זכין.

הערות

אלו מציאות דף כב.

וציונים

קסז

התם נמי אם היה יודע היה ניחא ליה ולא דמי ליאוש דהוי בע"כ. והש"ך הרגיש בזה וכתב דהתם שאני דבעינן ידיעה ממש, והדברים צ"ב. הנוב"י במה"ת אבה"ע ס' ע"ז בד"ה ומה שנסתפקתם כתב שלפי דברי הש"ך באופן שגם אם היה יודע את מצב החפץ היה מתיאש יודה אביי דמהני יאוש של"מ. ומבאר בזה את דברי הרמב"ם שהמקדש בממון של אחר שאינו מקפיד עליו מקודשת [ע' שו"ע אבה"ע ס' כ"ט סע' י"ז] ואיך קונה הממון. ומבאר הנוב"י דזוכה ע"י יאוש ובכה"ג ישל"מ הוי יאוש ע"ש.

לולא דברי הש"ך היה נראה לבאר באופן אחר מה שמודה אביי לענין נתינת רשות דסגי במה שאם היה יודע היה ניחא ליה. שהובא לעיל שהקצות בס' ק"ה ס"ל דגם במינוי שליחות אם ידוע שהיה רוצה לעשותו שליח, לרבא דישל"מ הוי יאוש, נעשה שליח ולא צריך מינוי בפועל ורק לאביי בעינן מינוי בפועל. והובא שהאחרונים חולקים בזה על הקצות וס"ל שיש הבדל בין יאוש שהוא חלות שחל מאליו כשיש מצב של יאוש לשאר חלויות שהאדם פועל בהם כמכירה הקדש והפקר. ורק ביאוש סובר רבא דסגי במצב של עומד ליאוש אבל במקום שהאדם פועל את החלות מודה רבא דבעינן שיעשה בפועל. וע' בקצה"ח בס' רס"ב סק"א שכתב לגבי ביטול חמץ שבאופן שידוע שרוצה לבטל מהני אף שלא ביטל בפועל כדין יאוש שלא מדעת [ואפי' אביי מודה בזה משום ניחותא דמצוה]. הנתיבות כתב ע"ז ישתקע הדבר ולא יאמר וח"ו לומר כן. וגם החזו"א אבה"ע ס' קמ"ח לדף נב: כתב שלא מהני משום דביטול הוא חלות שהאדם עושה ובעינן שיעשה בפועל. ונראה שגם אביי דס"ל ישל"מ לא הוי יאוש היינו דוקא ביאוש דאף שהוא אינו פועל את החלות מ"מ כיון שחל חלות התר זכיה ע"י היאוש בעינן יאוש בפועל. אבל לענין נתינת רשות כל שאינו מקפיד ליכא לאו דגזל ולא חל שום חלות ע"י נתינת רשות לכן בזה מודה אביי

דסגי במה שידוע שהיה מסכים ולא בעינן הסכמה בפועל.

דהיינו שיש ג' אופנים בזה. א. בחלות שהאדם פועל כמו הפקר והקדש לכו"ע בעינן שיעשה בפועל ובזה גם רבא מודה דישל"מ לא מהני. ב. כשלא חל שום חלות כגון נתינת רשות לכו"ע סגי במצב של עומד להסכמה ובזה מודה אביי לרבא. ג. ביאוש שחל חלות ע"י היאוש אבל זה חלות שחל מאליו במצב של יאוש ולא האדם פועל את החלות, בזה פליגי אביי ורבא אם בעינן יאוש בפועל או לא. וניחא לפ"ז מה שהגמ' מדמה ניחותא דהכשר ליאוש שגם שם חל חלות הכשר ע"י הניחותא אבל זה חלות שחל מאליו במצב של ניחותא ואין האדם עושה את חלות ההכשר ודמי ממש ליאוש. ומה שאמרו בענין שליחות על תרומה כבר נתבאר דלריטב"א גם בה"א מיירי בעשאו שליח ולחולקים הה"א הוא מדין זכין דלא בעינן מינוי שלו אלא נעשה שלוחו מגזה"כ במקום דניחא ליה. וניחותא זו דמי ליאוש, שבמקום דאיכא ניחותא נעשה שליח מדין זכין ואין זה חלות מינוי ידידה. ולפ"ז לענין יאוש אפילו במקום שידוע שאם היה יודע היה מתיאש מרצונו כההיא דהנוב"י שהובא לעיל יהיה הדין דישל"מ לא הוי יאוש דשם בעינן חלות התר זכיה ולא דמי לנתינת רשות דלא חל שום חלות ע"י הסכמתו. והנוב"י כ"כ ע"פ סברת הש"ך דמוכח מדבריו שאין כוונתו להסביר הנ"ל דהקשה על דבריו מניחותא דתרומה. וע"כ שכוונת הש"ך כמש"כ בתחילת דבריו שרק ביאוש שזה בע"כ סובר אביי דישל"מ לא הוי יאוש.

השיטמ"ק בד"ה אמימר כתב דהא דאכלו אמימר ור"א הוא משום דאיכא מצוה להנות ת"ח מנכסיו ובודאי ניחא ליה. וע' בריטב"א (הישן) שבזה מודה אביי כיון שבודאי ניחא ליה ומדמה לזוטו של ים. והובא לעיל שהנחל"ד למד מזה דבמקום שבודאי עומד

גילוי שניחא ליה והכא דמיירי לענין לאכול מכאן ולהבא סגי בזה. וע"ע מש"כ השיטה בזה בשם הרמב"ן.

עודהו המל עליהם. מבואר דהיכא

דניתן מים על הפירות בלי מעשה האדם תלוי בניחותא דבעלים. ונחלקו הראשונים כשיש נתינה של אדם אם תלוי בניחותא של הבעלים או של נותן המים. הרמב"ם בפ"ב מטומאת אוכלין ה"א כתב דתלוי בבעלים והכ"מ שם כתב דהרשב"א בחולין לא. חולק. וע' תוס' בב"ק צח. שכתבו כרשב"א. ולענין עבד דומיא דעובד יש שני תירוצים בתוס' לקמן ל. אם תלוי בבעלים או לא, והתוס' בב"ק מדמים הכשר לעבודה בפרה. וע' במנ"ח מצ' ק"ס דמבואר בסוכה כה: דמשכחת הכשר במע"ש אע"ג דהוי ממון גבוה ואי בעינן ניחותא דבעלים הא ליכא בעלים דהוי ממון גבוה. וכעין זה כתב הקצה"ח בס' ת"ו דאי בעינן ניחותא דבעלים לא שייך הכשר בבשר קדשי קדשים אלא רק בקדשים קלים למ"ד ממון בעלים. ושמעתי בזה ממרן הגר"מ שך שליט"א שגם לרמב"ם אינו תלוי בבעלות לענין קנינים אלא סגי במי שהוא בעלים לענין זכות האכילה. יעויין בזה באבי עזרי בפ"ז מחובל ומזיק ה"ד. וכדבריו כתב המקד"ד בס' י"ד אות ב'. אך האבי עזרי כתב שיש לחלק בזה בין מע"ש לחלק הבעלים בקדשי קדשים. וכוונתו דבמע"ש זה קנוי לו לענין אכילה. משא"כ בקדשים שאוכל משולחן גבוה ואין לו קנין אפילו לענין אכילה. והמקד"ד ס"ל שגם בזה סגי בניחותא ידידה כיון שסו"ס יש לו זכות אכילה. וע"ע מש"כ בענין זה הקה"י בס' ל'.

מה שהקשו מזה לרבא אע"ג דמודה רבא בדבר שאין בו סימן וה"נ אינו ודאי שעומד לניחותא, ע' בשיטמ"ק בשם הריצב"ש דכיון שהעלה לגג מסתמא ניחא ליה ודמי לדבר שאין בו סימן שסתמו ליאוש.

ליאוש מודה אביי דישל"מ הוי יאוש. ובזה אפשר לבאר ענין ניחותא דמצוה שכתב הקצות בס' רס"ב סק"א ושנ"ח סק"א דאף ששיטת התוס' דאסור להשתמש בממון חברו אף שאם היה יודע היה ניחא ליה דקי"ל כאביי אעפ"כ כתבו הפוסקים שמותר לקחת אתרוג של חברו בלי ידיעתו, וכן מבואר בס' י"ג לענין טליתו של חברו. ולפי הנ"ל הטעם משום שבמקום מצוה בודאי ניחא ליה ובזה מודה אביי דסגי בישל"מ. החזו"א באבה"ע ס' קמ"ח לדרך נב: ד"ה ומש"כ מבאר הענין של ניחותא דמצוה באופן אחר וז"ל התם שכיח הדבר והוי כתמרי דעבידי דנתרי ולא חשיב ישל"מ, וה"נ כיון שאינו מקפיד בכל אדם שכיח הדבר ע"ש. וכדבריו מבואר בשיטמ"ק בשם הרשב"א וז"ל אבל הרשב"א תירץ דאפי' לית ליה חולקא בפירי שרי לפי שאומדן דעת הוא שאין בעל הפרדס מקפיד בכך וכך נהגו ודמי למאי דאמרין בתוספתא בפרק בתרא דב"ק הבן שאוכל משל אביו קוצה ונותן פרוסה לבנו של אוהבו שכן נהגו ע"ש. ומדמה הרשב"א להא דמקבלין צדקה מן הנשים דבר מועט. והטעם דדרך שנותנת והוי יאוש מדעת כתמרי דזיקא.

נמצא הדרכים בהא דאמימר ור"א אכלו א. לתוס' משום שתולים בחלקו של האריס. ב. לענין ניחותא מודה אביי דמהני ישל"מ והובא בזה סברת הש"ך ומה שאפשר לבאר באופן אחר. ג. סברת השיטמ"ק והריטב"א שבמקום שודאי עומד ליאוש מודה אביי. וזה גם הענין של ניחותא דמצוה. ד. הרשב"א כתב דנהגו כן וחשיב יאוש מדעת. וזה דומה לביאורו של החזו"א בענין ניחותא דמצוה.

והתניא אם נמצאו יפות. אף דהתם מיירי בשוויא שליח כתב השיטה בשם הריטב"א שרק לענין שיועיל הגילוי של אח"כ להפרשה שהפריש קודם בעינן שליחות. אבל זה אפשר ללמוד משם דכלך אצל יפות הוא

הערות

אלו מציאות דף כב:

וציונים

קסט

דף כב:

שאני התם דכתיב כי יתן. צ"ב בתי'

הגמ' הא גם בה"א ידעו דבעינן ניחותא ואעפ"כ ס"ד דלרבא יועיל מה שנודע בסוף שעמד לניחותא א"כ מה משני דכתיב כי יתן. ונראה שבה"א הגמ' למדה דהא דסגי בניחותא הוא משום דזה עיקר דין הכשר דלא בעינן מעשה האדם אלא רק ניחותא. ומשני דכתיב כי יתן דהיינו שעיקר הדין הוא דבעינן נתינה ממש אלא שהתורה החשיבה את הניחותא כנתינה. ומה שהניחותא נחשבת כנתינה הוא כשיש לכה"פ ניחותא בפועל ולא סגי בישל"מ ליחשב כי יתן. וזה כוונת הריטב"א שהובא בשיטמ"ק וז"ל דהתם משום דאקיל רחמנא להכשיר אפי' נפילה שלא לדעת וכיון דכן צריך ניחא ליה בעודו מכשיר מיהת עכ"ל. דהיינו שהקולא שיש כאן הוא דהתורה החשיבה את הניחותא כנתינה וזה מה שהתחדש בתירוץ הגמ'. וזה הביאור בדרשה דכי יותן דומיא דכי יתן דאין הכתיב יוצא מידי פשוטו דבעינן כי יתן אלא שהקרי כי יותן מגלה שע"י ניחותא נחשב כי יתן. וקולא זו נאמרה רק כשיש ניחותא בפועל. ועיין ברש"ש שכתב שנתחדש בתירוץ דלא סגי בניחותא אלא בעינן דעת.

מנין לאבידה ששטפה נהר. ע' מש"כ לעיל כא: בענין דינא דזוטו של ים.

אימורא דומיא דהתירא. שיטת התוס'

והרמב"ן במלחמות שכוונת הגמ' להקשות ל"ל קרא לזוטו של ים ת"ל דילפינן משמלה דאבידה מותרת אחר יאוש. ובזוטו של ים איכא נמי יאוש והכא מתיאש אפי' מדבר שיש בו סימן א"כ מה מוסיף קרא דאשר תאבד ממנו על ההתר של יאוש שנלמד משמלה. ובשלמא לאביי דישל"מ לא הוי יאוש ניחא דבהתר של זוטו של ים הותר אפילו ישל"מ כמבואר לעיל כא: אבל לרבא שגם בעלמא ישל"מ הוי יאוש א"כ ת"ל זוטו של ים מקרא דשמלה. והקשה

הרשב"א שאפילו אם ישל"מ הוי יאוש אכתי יש תוספת חידוש בזוטו של ים דהתם אפילו צווח שאינו מתיאש לא מהני ולכן צריך קרא דאשר תאבד ולא סגי בלימוד משמלה. ומבואר ברשב"א כשאינו זוטו של ים אלא שסתמו ליאוש מחמת שאין בו סימן או רוב עכו"ם אם צווח אמרינן דליכא יאוש. והובא לעיל שנחלקו בזה התרה"כ והצ"צ. א"כ י"ל שהתוס' ס"ל כהתרה"כ שבכל מקום שסתמו ליאוש לא מהני צווח ושפיר קשה ל"ל קרא לזוטו של ים. ועי"ל שהתוס' ס"ל שגם בלי פסוק מיוחד לזוטו של ים לא מהני צווח דבדאי מתיאש ובטלה דעתו א"נ שקורי משקר ולכן קשה ל"ל קרא לזוטו של ים ת"ל מקרא דשמלה ומסברא ידעינן דאע"ג דבעלמא בצווח ליכא יאוש הכא איכא יאוש אע"פ שצווח. ואכתי יש קצת לעיין לדברי הנתיבות דס"ל שיאוש אינו אלא התר זכיה ועדיין שייך לבעלים עד דאתי ליד זוכה ואעפ"כ כתב דבזוטו של ים פקע בעלותו מיד והוי הפקר א"כ צריך קרא דזוטו של ים בשביל חידוש זה. וכל זה רק לשיטת התוס' לקמן כז. דיאוש נלמד משמלה אבל למש"כ התוס' שם בשם הירושלמי דיאוש נלמד מזוטו של ים [וכ"כ רש"י בב"ק סו.] א"א לפרש כפירוש התוס' והרמב"ן.

יתמי לאו בני מחילה נינהו. הרמב"ם

בפכ"ט ממכירה ה"ח כתב שקטן מגיל פעוטות שממכרו ממכר אם היה אונאה במכירה דינו כגדול שפחות משתות איכא מחילה ולא מחזירים אונאה. והקשה הראב"ד אמאי מהני מחילתו הא יתמי לאו בני מחילה נינהו. דהיינו שס"ל שאע"פ שפעוטות מקחן מקח אין מחילתן מחילה. וע' בתוס' כתובות פו. ד"ה תיזיל וקז. ד"ה קטנה שכתבו שמהני מחילת פעוטות. ומה שהקשה הראב"ד מכאן דיתמי לאו בני מחילה י"ל דהיינו בקטנים לפני פעוטות. אך ראיתי בביאור הגר"א בס' רל"ה סק"ט שמיישב באופן אחר. דאיתא התם בסע' א' דקטן שמכר קרקע והמקח בטל אין הקונה

הראויה לקנין. אלא קשיא ליה דהרוב הוא נגד חמ"ק וא"כ למה שכתב הב"ח בס' רכ"ג דשיטת הרמב"ם והרי"ף דלא אזלינן בתר חמ"ק אלא במקום דאיכא טענת ברי נע' קונה"ס כלל א' אות ג' ניהא דהכא ליכא טענה כלל. ואולי אפילו החולקים פליגי רק במקום דאיכא עכ"פ טענת שמא משא"כ הכא דליכא טענה כלל שפיר אזלינן בתר הרוב. ואפילו אי אמרינן דאיכא חמ"ק בלי טענה אכתי תלוי במה שנחלקו האחרונים אם הא דאמרינן דאין הולכים בממון אחר הרוב הוא דוקא נגד מוחזק או גם במקום שאינו נגד מוחזק אלא רק נגד חמ"ק. ע' קונה"ס כלל ו' אות י"א שמסתפק בזה ומסיק דנראה יותר שגם נגד מ"ק לא מהני רוב. [בכלל א' אות ז' מביא מחלוקת ראשונים לענין ברי ושמא נגד חמ"ק]. אך הש"ש בש"ד פכ"ד כתב דכשם שלענין מגו מבואר בב"ב לב: שלהלכה מהני מגו נגד חמ"ק אע"ג דלא אמרינן מגו להוציא ממוחזק א"כ ה"ה רוב אע"ג דלא מהני להוציא ממוחזק מהני נגד חמ"ק. ועי"ל דלא שייך כאן חמ"ק כלל דדמי לראובן שמכר קרקע ויש ספק אם היה שלו או של שמעון דאין שמעון מוציא מהלוקח מכח חמ"ק דאיכא ספק אם חלה מכירת ראובן או לא, שהרי ראובן בודאי מכר והצד לבטל את המקח הוא רק שמא הקרקע היה של שמעון ושמעון לית ליה חמ"ק שאולי לא היה שלו מעולם. וכן כאן על הצד שזה של גדול איכא יאוש ובטל חמ"ק וכיון שלא ידוע שהיה פעם של קטן ליכא חזקה לומר דשמא היה של קטן ולא מהני היאוש.

כרכתא מאי. רש"י מפרש דע"י זה אין שקצים ורמשים נכנסים שם והרמב"ם מפרש שבזה מגלה דעתו שמקפיד ואינו מפקיר את התמרים. וע' ברע"א בשו"ע ס' ר"ס שכתב ג"מ בין רש"י לרמב"ם כשהקיף בגדר ומת לרש"י מהני הגדר שעשה האב כיון שהתמרים נשמרים משקצים. ולרמב"ם אף שהאב גילה דעתו

מחזיר את הפירות כיון שאכל מדעת המוכר ואיכא מחילה ומקורו מהרמב"ן ע"ש. והקשה הגאון מהא דאמרינן בריש פ"ב דב"מ יתמי לאו בני מחילה ניהו. דהיינו שהגאון מקשה על הרמב"ן מה שהראב"ד הקשה על הרמב"ם. ומתוך הגאון דהכא אינו מוחל בפירוש אלא יש אומדנא שסתם אדם מוחל ולענין זה אמרו דיתמי לאו בני מחילה שאצל קטן שאין לו דעת אין אומדנא שבמצב זה רוצה למוחל אבל היכא דמוחל בהדיא מהני מחילה של קטן שהגיע לעונת הפעוטות.

הנתיבות בס' ר"ס סק"א למד מכאן שהמוצא אבידה שאין בה סימן וידוע שהוא של קטן אינו יכול לזכות בו דיאוש דקטן לא מהני ודינו כישל"מ.

באגא ביתמי לא מחזקינן. פרש"י דהולכים אחר הרוב. דהיינו שהיה קשה לרש"י דלעיל בשאלת הגמ' והא לא ידע מוכח שבמקום שיש ספק אם נודע לבעלים שנפל והוי יאוש מדעת או שלא נודע והוי ישל"מ מספק אינו יכול לזכות באבידה כמו שכתב המ"מ שהובא לעיל כא: ואפילו לכ"מ דס"ל שבדיעבד אם נטל הרי אלו שלו היינו דוקא בדבר שאין בו סימן שאינו יכול להשיב ואי נימא שלא יזכה יהיה הדין יהא מונח. אבל כשיש ספק יאוש בדבר שיש בו סימן מודה הכ"מ שאפילו בדיעבד אינו זוכה כמבואר ברע"א לעיל כא: והכא הוי כדבר שיש בו סימן שחזותו מוכיח עליו כמבואר ברש"י [וגם תוס' מודה היכא דנפל סמוך לאילן]. ולכן הוצרך רש"י לפרש דהא דאזלינן הכא לקולא ולא חיישינן שמא זה של קטן והוי ישל"מ משום שהולכין אחר הרוב. והקשה המהרי"ץ חיות הא אין הולכין בממון אחר הרוב. לכאורה נראה דאין כונת המהרי"ח להקשות שהרוב הוא נגד מוחזק ממש דאם נפל מחוץ לחצרו אינו מוחזק ואפילו אם נפל בתוך החצר אם אינה חצר המשתמרת אינו נחשב מוחזק דבעינן חזקה

הערות

אלו מציאות דף כב:

וציונים

קעא

שאינו מפקיר לגבי הבנים ליכא גילוי דעת ומסתמא מפקירים כסתם בנ"א.

מכריז מקום. שיטת רש"י שהמוצא מכריז את המקום ואינו מזכיר שם האבידה והמאבד אומר שם האבידה. כתב הפנ"י דבעלמא דפליגי רבה ורבא אם מקום הוי סימן או לא מודה רש"י שהמאבד אומר את המקום וזה הסימן ורק כאן כיון שלשון הגמ' מכריז מקום מפרש רש"י שהמוצא אומר את המקום. וכן מבואר ברשד"ם שהובא בגליון הש"ס. אך צ"ב למה באמת הגמ' שינתה כאן מכל מקום ולמה לא אמרו מכריז גלימא והמאבד יאמר מקום. ועוד מקשה הפנ"י אם כאן מכריז מקום והסימן אינו המקום אלא שם האבידה למה הגמ' תולה את זה במחלוקת אם מקום הוי סימן או לא. ונראה שאת קושית הפנ"י יש ליישב שהתוס' כתבו שמה שמהני סימן של גלימא לרש"י אע"ג דקתני לקמן אמר את האבידה ולא אמר סימניה לא אמר כלום היינו דחיישינן שמא איתרמי שגם אחר איבד גלימא אבל חשש משקר ליכא כיון שכיוון שם האבידה ובזה מהני המקום לסלק חשש איתרמי. ומה שהמקום מסלק חשש איתרמי הוא רק למ"ד מקום הוי סימן אבל אם מקום לא הוי סימן משום דגם באותו מקום יש חשש איתרמי א"כ ה"נ איכא חשש איתרמי. ואין כוונת הגמ' לדמות סימן דגלימא לסימן מקום אלא גם סימן גלימא מהני רק מפני שהמקום מסלק חשש איתרמי וזה תלוי במחלוקת אם מקום הוי סימן או לא.

תוד"ה אי. ע' במהרש"א שמבאר מה שתלו השאלה מאלו עוברים בפירושם ומשמע שלרש"י לא קשיא. וע"ע מש"כ בזה הרשד"ם שהובא בגליון הש"ס. ומש"כ התוס' בדעת רש"י שמה שלא מהני שם האבידה אינו משום חשש משקר אלא חשש איתרמי אין כוונתם דגם בלי סימן כלל ליכא חשש רמאות אלא רק

חשש איתרמי דא"כ אמאי לא מחזירים לע"ה בטביעות עין. אלא כוונת התוס' שמה שכוון את שם האבידה הוא מספיק לסלק חשש משקר ומה שלא מחזירים כשאומר שם האבידה ולא אמר סימנים אינו מחשש משקר אלא חשש איתרמי. אבל כשלא אמר גם שם האבידה בודאי שיש גם חשש משקר. ע' באבן האזל פ"ג מגו"א ה"ה שכתב כן. וכן מבואר בקה"י ס' כ"ט אות ו' שכתב שלמ"ד סימנים לאו דאורייתא בודאי מה שלא סומכים על סימנים מן התורה הוא בגלל חשש משקר, אבל למ"ד סימנים דאורייתא או מדרבנן למ"ד סימנים דרבנן מה שלא סומכים על סימן גרוע כגון אמר את האבידה על זה כתבו התוס' בדעת רש"י שאין בזה חשש משקר אלא רק חשש איתרמי אבל אם גם שם אבידה לא אמר פשיטא דאיכא נמי חשש משקר.

אמנם מדברי הנתיבות לכאורה נראה שלא פירש כן את דברי התוס'. שהב"ש באבה"ע ס' י"ז סקס"ט כתב שאין להתיר אשה ע"פ סימנים בכלים שנמצאו סמוך להרוג דחיישינן שמא נפלו הכלים מבעלה על יד אדם אחר שמת. ומוסיף הב"ש שאין לדמות ענין זה לכלי ולפניו פירות דמבואר לקמן שתולים שהפירות הם מהכלי. וכתב ע"ז הקצות בס' רס"ב סק"ב דדברי הב"ש אינם מובנים דהוי ממש כלי ולפניו פירות. [ע' בזה ברע"א תשובה ק"ז ד"ה ועוד]. והנתיבות שם סק"ו מבאר שכוונת הב"ש שבכלי ולפניו פירות ידוע שבעל הכלי איבד כלי עם פירות, וליחוש שמא הפירות שלו נאבדו במקום אחר ופירות אחרים נפלו ליד הכלי שלו כולי האי לא חיישינן. אבל במת לא ידוע שהיו למת כלים כאלו ובזה חיישינן שמא נפלו כליו של הבעל ליד מת שלא היו לו כלים. ומוסיף הנתיבות שמה שנאמן המאבד לומר שבכלי שלו היו פירות הוא ע"פ התוס' דידן דליכא חשש משקר אלא רק חשש איתרמי. וכיון שנאמן לומר שבכלי שלו היו פירות תולים שהפירות שנמצאו לפני הכלי הם שלו.

קעב הערות אלו מציאות דף כב: — כג. וציונים

היינו שצריך להגביה וא"כ מה בכך דאיכא מיעוט עכו"ם הא אחד מרוב ישראל יעבור תחילה ויגביה וא"כ לא ידרס ע"י המיעוט עכו"ם וצ"ע. ובתי' השני כתב הריטב"א דהא דחיישין לדריסת עכו"ם הוא משום שמצרפים מיעוט עכו"ם למיעוט ישראל שדורסים לפי תומם והוי פלגא ופלגא. וע' ברע"א שהקשה דגם בפלגא חייב להכריז כמבואר במכשירין במחצה עכו"ם ומחצה ישראל.

יש לעיין למה צריך להגיע לאין מעבירין על האוכלין כדי שלא ידרס הסימן ת"ל דחייבים להגביה כדי לקיים מצות השבת אבידה וממילא לא ידרס ולמה עדיף חיוב ההגבהה משום אין מעבירין על האוכלין מחיוב השבה. והמעין בדברי הראשונים בדף כב: יראה שביארו דבר זה בתוך דבריהם. שהרמב"ן מקשה למה ציבורי מעות וציבורי פירות חייב להכריז אפילו ברה"ר הא הציבורין הוא סימן העשוי לידרס ומקום נמי לא הוי סימן דמינשתפא. וכתב הרמב"ן דציבורי פירות לא קשיא דהוי אוכלין ואין מעבירין על האוכלין לכן לא נדרס ולא זו ממקומו. ועל ציבורי מעות כתב וז"ל דאגב דחשיבי וחביבי להו לאינשי מאן דחזי להו ראשון שקיל להו מקמי דליבדרינהו אינשי אבל פירי ושאר מילי איכא אינשי דלאו אורחיהו למדרינהו במתא ודרסי עלייהו עכ"ל. דהיינו שמה ששאלנו ת"ל דאינו נדרס מפני מצות השבה זה מה שמיישב הרמב"ן על ציבורי מעות דאף שאינו אוכל אינו נדרס דהראשון יטלנו כדי להשיבו לבעליו ולא ידרס. והא דבאוכלין צריך להגיע לאין מעבירין על האוכלין הוא משום שיש אנשים שאין דרכם להשיב במתא דהיינו שפטורים מדין זקן ואינה לפי כבודו משא"כ במעות אינו בזיון ובשלו היה נוטל. וכן מפורש ברשב"א ובריטב"א שם דבאוכלין יש כאלה שפטורים מלהשיב מפני שאינו כבודם ולכן בזה צריך להגיע לאין מעבירין על האוכלין. אבל במעות שאינו גנאי אין הסימן עשוי לידרס מפני מצות השבת

וקשה דהכא כתבו התוס' דלא חיישין לשקר מפני שאמר שם האבידה וסגי בזה לסלק חשש משקר אבל בכלי ולפניו פירות המוצא מכריז על הכלי ועל הפירות וא"כ ליכא שום הוכחה שאומר אמת ובזה בודאי איכא חשש משקר א"כ מנא ידעינן שבכלי שנאבד היו פירות. אך ע' בחת"ס אבה"ע ס' נ"ז ד"ה ועוד שכתב שמכריז פירות סתם והמאבד אומר מין הפרי אם תפוחים או רימונים וא"כ שפיר דמי לאמר את האבידה דליכא חשש משקר. וגם בקה"י בב"ב ס' ט"ו כתב כסברת הנתיבות [ומיישב בזה קושית הקצות בס' רס"ב סק"ב ע"ש] ובתוך דבריו מבאר דהא דנאמן לומר שהיו בכלי פירות הוא משום שמכוון את מין הפרי.

דף כג.

אין מעבירין על האוכלים. רש"י ותוס' פרשו דאין הכוונה שלא דורסים על אוכלין אלא שאינו רשאי לעבור ולהניחם שם. אך המאירי כתב שהעיקר דאינו צריך להגביה אלא רק שלא לדרוס וכתב שכן מוכח מסוגיין. וכוונתו לקושית התוס' בד"ה והא שהקשו למה חיישין שידרוס עכו"ם הא ישראל יגביה ושוב לא ידרוס עכו"ם, וזה קשה רק לשיטת התוס' שהעובר ראשון מגביה אבל אי אין חיוב להגביה אלא רק שאינו דורס נוחא קושית הגמ' שבמשך הזמן יעבור עכו"ם וידרוס. וזה כוונת המאירי דמוכח כאן דאין חיוב להגביה דבזה מיושב קושית התוס'. וע' בשיטה בשם הריטב"א שכתב על קושית התוס' דלענין דריסה אין מעלה ברוב ישראל כיון שגם המיעוט עכו"ם הולכים שם ואף שישראל לא ידרוס מ"מ ידרס ע"י המיעוט עכו"ם ורק לענין תלות ממי נפל או מי ימצא אזלינן בתר רוב ישראל. וזה כמו שכתבנו בדעת המאירי. אבל דברי הריטב"א בזה צ"ב דזה נוחא למאירי דס"ל שאין חיוב להגביה אלא רק שלא לדרוס אבל הריטב"א כתב בהדיא כתוס' דאין מעבירין

הערות אלו מציאות דף כג. – כג: וציונים קעג

אבידה אף שאין בזה הדין של אין מעבירין על האוכלין.

הרמב"ם והשו"ע לא הביאו להלכה את הדין של אין מעבירין על האוכלין והאחרונים עמדו בזה אמאי השמיטו דין זה [ע' דרכי דוד ודברות משה]. והמג"א בס' קע"א סק"א והמ"ב שם סק"א הביאו להלכה שאין מעבירין על האוכלין. וע' בפנ"י שהקשה על המג"א דקי"ל כרבא ולרבא מסקינן דלכו"ע מעבירין על האוכלין. אך ע' בריטב"א דאין כונת הגמ' שרבא מוכרח לסבור מעבירין על האוכלין אלא שלרבא אין הכרח מככרות של בעה"ב דאין מעבירין כיון דס"ל שסימן העשוי לידרס הוי סימן. ולכאורה דבר זה תלוי במחלוקת ראשונים אם יש הכרח לומר שגם רבא ס"ל להלכה דאין מעבירין על האוכלין. שהובא לעיל שהראשונים מקשים אמאי מכריז בציבורי פירות ומעות הא עשוי לידרס והרמב"ן מוסיף בקושיטו שגם מנשתפא דהיינו שגם לרבא קשה וכן מפורש ברשב"א שגם לרבא קשה דמנשתפא. אך הרשב"א כתב דלרבא קשה רק ממעות ולא מפירות דציבורי פירות לא מנשתפא ולכאורה כוונתו משום דיקרי אבל הרמב"ן הקשה גם מציבורי פירות ותי' דאין מעבירין על האוכלין. א"כ יוצא שלרמב"ן גם לרבא דס"ל סימן העשוי לידרס הוי סימן ע"כ ס"ל דאין מעבירין על האוכלין דאל"כ יקשה מציבורי פירות דמנשתפא. ומה שאמרו לרבא כו"ע ס"ל מעבירין היינו דמהכא אין הכרח לומר אין מעבירין. אבל לרשב"א שכתב שציבורי פירות לא מנשתפא ומפירות קשה רק למ"ד סימן העשוי לידרס לא הוי סימן א"כ למאי דקי"ל כרבא אין הכרח לסבור אין מעבירין על האוכלין. אמנם ע' בריטב"א שכתב שגם בה"א שלא ידעו דאינו עשוי לידרס מחמת אין מעבירין, בפירות דנמאסים ע"י דריסה גרע טפי ובזה גם בה"א אינו עשוי לידרס א"כ י"ל שאפילו לרמב"ן אין ראיה דרבא ס"ל אין מעבירין בשאר אוכלין אולי ס"ל כן רק בפירות.

ובספר מעייני חכמה כתב שלרבא ע"כ צ"ל דס"ל מעבירין על האוכלין דאל"כ יקשה אמאי ככרות של נחתום הא"ש יהיה מקום סימן אלא מוכח דס"ל מעבירין על האוכלין ולכן מנשתפא.

סימן הבא מאליו. ע' מה שנחלקו רש"י ותוס' בזה. וברמב"ם בפט"ו הי"א מבואר כרש"י. ובהא דנחלקו הרמב"ם והרא"ש אי קי"ל בזה כת"ק או כר"י ע' בכ"מ וב"י בס' רס"ב שתלוי אי גרסינן במתני' דברי ר"מ או לא.

כללא דאבידתא. כיון דאמר ווי לה לחסרון כיס. דהיינו אפילו בדבר שיש בו סימן שאין יאוש בסתם מ"מ אי נתיאש בהדיא הוי יאוש ויש התר זכיה. ע' חזו"א ב"ק ס' י"ח דעל יאוש כזה דנים התוס' בב"ק סו. אי יאוש הוי כהפקר או לא. דהיינו שהפקר הוא חלות שנעשה ע"י האדם ויאוש בדבר שאין בו סימן הוא חלות שחל ע"כ של האדם. ובמקום שאין סתמו ליאוש כגון דבר שיש בו סימן שתלוי ברצון האדם אם להתיאש או לא היה צד לתוס' לומר דיאוש כזה דמי להפקר. וכתבו שגם בזה אין האדם פועל בחלות היאוש אלא כיון שמחליט להתיאש הפקעת הממון נעשה בע"כ וגם יאוש בדבר שיש בו סימן לא דמי להפקר ואינו חלות שחל ע"י מעשה האדם. ומה"ט פשוט שגם יאוש זה תלוי בלב ולא בעינן שיאמר כן בפה ואין בזה דין דשב"ל כיון שעיקרו תלוי בלב. וראיתי מביאים שכן מפורש ברמב"ן בריש פסחים שכתב דביטול חמץ מהני בלב ומדמה ליאוש דאבידה. וביטול חמץ אי דמי ליאוש דאבידה היינו לאבידה שיש בה סימן דאינו מבוטל אא"כ בטלו.

דף כג:

מחרוזות של דגים. כתבו התוס' דאע"ג דלענין השבת אבידה אין זה סימן, לענין בשר

שנתעלם מן העין הקילו גם בסימן זה. דכיון דחזינן דאנן לא קי"ל כרב ע"כ דמדינא ליכא חשש א"כ גם לרב שכן חושש אין זה אלא חומרה וסגי בסימן דמחרוזות. כ"כ המהר"ם בבאר דבריהם וכן מבואר בשיטמ"ק ע"ש. ביו"ד ס' ס"ג סע' ב' מובא שיש מתירין בשר שנתעלם מן העין דהיינו דס"ל דלא קי"ל כרב וכתב שם הגאון ע' תוס' ב"מ כג: ד"ה מחרוזות. ובסעי' א' מבואר שם שאפילו הפוסקים כרב מתירים היכא דאית ליה טב"ע בבשר. וכתב הט"ז בסק"א דהא דסומכים בזה על טב"ע אפילו בע"ה ובאבידה מהני טב"ע רק בת"ח שאני בשר שנתעלם מן העין דאיסורו מדרבנן והקילו בזה. דהיינו מש"כ התוס' לגבי מחרוזות כתב הט"ז לגבי טב"ע. אבל דבריו אינם מובנים דלגבי טב"ע אין צורך להגיע לזה שמבואר בראשונים [ע' תוס' גיטין כז: וראשונים בחולין צו]. שגם ע"ה אית ליה טב"ע אלא שאינו נאמן באבידה אבל לענין איסורין גם ע"ה יש לו נאמנות א"כ אפילו אם היה חשש דאורייתא היה ע"ה נאמן בטב"ע. כן הקשו הש"ך בנה"כ והפמ"ג שם על דברי הט"ז.

מדה ומנין נמי הוי סימן. איתא

ביבמות קטו: ההוא גברא דאפקיד שומשמי גבי חברי וכו' והא כן וכן הויין ובחביתא רמיין ואמרו דאינו נוטל שאין זה נחשב סימן דאימר חושבנא איתרמי. והקשו שם התוס' מ"ש מהכא דאמרו דמנין הוי סימן. ולכאורה יש מקום גדול לחלק בין כאן לגמ' ביבמות. דעיין קצה"ח ס' רנ"ט סק"ב שדן אם סימנים מועילים רק באבידה שאין מוחזק ולא באים להוציא ממון ע"י הסימן אבל במקום שבאים להוציא לא מהני סימנים או שסימן מהני גם להוציא ממון. הקצות מוכיח מחולין צו. דלא מהני סימן להוציא ממון ומקשה מהגמ' הנ"ל ביבמות דמבואר דמהני סימן להוציא. וכתב דמיירי שהפקידו בעדים וכיון שראו עדים שהפקידו בסימן זה ורואים דבר עם סימן זה עכשיו בידו

מסתבר יותר שהוא אותו חפץ שהפקיד ורק באופן זה מהני סימן להוציא ממון. א"כ לכאורה לא קשה כלל קושית התוס' ביבמות דבאבידה שאין בו הוצאת ממון מהני גם סימן אמצעי ולא בעינן דוקא סימן מובהק משא"כ להוציא ממון בעינן דוקא סימן מובהק כמבואר בש"ך שהובא בקצות שם דס"ל דמהני סימן להוציא ממון וכתב שזה דוקא בסימן מובהק. א"כ בין לפשטות שמבואר ביבמות דמהני סימן להוציא ממון ובין למש"כ הקצות דבעלמא לא מהני סימן להוציא ורק ביבמות עדיף טפי מ"מ זה ברור שהנידון ביבמות הוא הוצאת ממון א"כ י"ל דאף דלגבי אבידה מנין הוי סימן אבל אינו סימן מובהק שיועיל להוציא ממון. ואף שלשון הרמב"ם בפ"ג ה"ה הוא שמדה הוא סימן מובהק ע' בכ"מ שם שאין הכוונה מובהק ממש אלא הוי סימן אמצעי. ובדעת התוס' דלא חלקו בזה לכאורה צ"ל דס"ל דקי"ל סימנים דאורייתא וא"כ אין לחלק בין אבידה להוצאת ממון. ובקושית התוס' כאן מלקמן כח. ע' מש"כ הנ"י בשם הרא"ה וע"ע ברמב"ן תי' אחר.

תוד"ה אתלתא. ע' רש"י חולין צה: ד"ה

אתלת ולדבריו מיושב קושית התוס'. וע"ע ברא"ש שכתב דהאי סימנא דתלת קרנתא עדיף מחותם אחד.

מתני' ברשום. שיטת רש"י שאין הסימן

בצורת הרושם אלא עצם הרושם הוא סימן אך לא כל סתימה בטיט נחשב רשום דמה שבעה"ב סוגר במגופת חרס ושורק טיט סביב אין זה נחשב רושם אלא רק סגירת החנוני שסותם וטח טיט סביב המגופה הוא הקרוי רושם. ובזה נחלקו ר' זירא ואב"י דר"ז ס"ל שתמיד רושם הוא סימן ואב"י ס"ל שרק קודם פתיחת האוצרות שרוב החביות סגורות בסגירה ראשונה ורק מיעוט נפתחו ועשו בהם סגירה שנקראת רושם הוי סימן. אבל אח"כ שיש הרבה עם רושם אין זה סימן. כן מבאר

הערות

אלו מציאות דף כג:

וציונים

קעה

השיטמ"ק בד"ה ואי את שיטת רש"י וכן מבואר בלשון רש"י.

אבידה מדעת היא. מבואר כאן דבאבידה מדעת הרי אלו שלו והקשה התרה"כ בס' רס"א מכאן על שיטת הרמב"ם שפטור מהשבה אבל אינו יכול לזכות. וכאן א"א לומר שזוכה מכח היאוש דא"כ אין זה פשיטא דקמ"ל שמתיאש. וכתב דע"כ צ"ל שבמקום שבודאי הולך לאיבוד וא"א להציל מודה הרמב"ם.

ברקתא דנהרא. אחרי שהעמידו הבריייתא ברקתא דנהרא דוקא אבל בעלמא איכא סימן מקום וחייב להכריז קשה א"כ מה הקשו לעיל מדתנן כדי יין חייב להכריז נימא דהתם לא מיירי ברקתא דנהרא ולכן איכא סימן מקום. ע' ברע"א שמאריך בזה ובתוך דבריו הוא מסתפק למ"ד דסימנים דרבנן ולא מהני סימנים באיסורין אם זה דוקא באיסור דאורייתא אבל באיסורין דרבנן מהני גם סימנים דרבנן א"ד תקנו רק בממון ובאיסורין לא מהני סימן דרבנן אפילו לאיסור דרבנן. וע' לקמן כד: שהובא מחלוקת הפוסקים בספק זה.

הרמב"ם השמיט האוקימתא דרקתא דנהרא והראב"ד הקשה על הרמב"ם בזה. וכתב בזה המרכבת המשנה דהגמ' העמידה ברקתא דנהרא מפני שהבריייתא מיירי בכל גווני בין דרך הינוח בין דרך נפילה. ובדרך הינוח קשה שמקום יהיה סימן, ולכן הוצרכו להעמיד ברקתא דנהרא. אבל הרמב"ם מיירי בדרך נפילה ולכן לא הביא אוקימתא זו. ובזה יתישב קושית רע"א מה הקשו לעיל נימא דמתני' מיירי שלא ברקתא דנהרא ומכריז מפני שמקום הוא סימן. ולפ"ז ניחא דכיון דמתני' והבריייתא מיירי בין דרך הינוח בין דרך נפילה, וא"כ אף שמה שקשה מהינוח אהינוח יש ליישב כאן ברקתא דנהרא כאן בעלמא מ"מ אכתי קשה מדרך נפילה על דרך נפילה. ולענין דרך נפילה אין ג"מ בין רקתא דנהרא למקום אחר. וע'

ברע"א שבתוך דבריו הרגיש בתי' זה וכתב שאין לפרש כן ע"ש.

מ"ט רקתא דנהרא לא הוי סימן. לפי הגירסא שלנו ההבדל בין שתי הלשונות הוא דל"ק ס"ל שבעלמא מקום הוי סימן ורק ברקתא דנהרא לא הוי סימן ול"ב ס"ל שבכל מקום מקום אינו סימן. אבל רש"י לא פירש כן אלא שגם ל"ב מיירי דוקא ברקתא דנהרא והנ"מ בין הלשונות הוא דל"ק הא דברקתא מקום לא הוי סימן הוא דוקא כשלא צמצם מקום מסוים ול"ב ס"ל שברקתא דנהרא אפילו מקום מסוים לא מהני. וברש"י משמע שגרס גרסא אחרת בגמ' וכן מבואר ברשב"א ובריטב"א ובשיטה בשם ר"פ שהיה גרסא אחרת ולאותה גרסא שתי הלשונות הם ברקתא דנהרא. ויש ללמוד מדברי רש"י שבעלמא דמקום הוי סימן לא בעינן שיסיים המקום בצמצום.

ההוא גברא דאשכח כופרה. הנ"י הקשה בזה א. אמאי לא זכה בעל המעצרתא בקנין חצר. ב. למה זכה המוצא ע"י יאוש אולי זה שייך לבעל המעצרתא ולא מהני יאוש דהוי יאוש ברשות. ע' תרה"כ ס' רס"ב ד"ה אבל שמוכיח מכאן שהנ"י ס"ל כרמב"ן דלא מהני יאוש ברשות. ותי' דמיירי שהיה ידוע שאינו של בעל המעצרתא ואינו קונה בקנין חצר מפני שהיה בחצרו לפני יאוש והוי באיסורא אתא לידה. הריטב"א כתב דאינו זוכה בחצר מפני שהיה חצר שאינה משתמרת. ובדברי הריטב"א יתישב גם השאלה השנייה שמא היה של בעל המעצרתא והוי יאוש ברשות, דהנתיבות כתב בס' רנ"ט סק"א שמה דסבר הרמב"ן דיאוש ברשות לא מהני הוא דוקא בחצר המשתמרת אבל באינה משתמרת מהני יאוש אף שזה ברשותו. אך לקמן כה. יתבאר בס"ד דשיטת רע"א שגם בחצר שאינה משתמרת נחשב יאוש ברשות. ולדבריו גם לריטב"א צ"ל דמיירי

שידוע שלא היה של בעל המעצרתא ולעיל כא: נתבאר שגם הריטב"א ס"ל כשיטת הרמב"ן דיאוש ברשות לא מהני.

מדלא תי' הריטב"א כנ"י מבואר דס"ל דבחצר לא אמרינן באיסורא אתא לידיה כיון שלא ידע שנמצא בחצרו ולא נתחייב בהשבה ולא נעשה שומר אבידה. וסברת הנ"י שגם בחצר אמרינן באיסורא אתא לידיה אף שלא נתחייב בהשבה [וכן דעת הרא"ש לקמן כו.]. כתב החזו"א ב"ק ס' י"ח סק"ד שזה הלכה בקנין חצר שכל שאלו היה בידו לא היה זוכה גם חצרו אינו זוכה בשבילו. וכן כתב האמר"מ בס' ל"ז אות ב'. אך מסברא אין זה מובן שגם בידו אילו לא היה מתחייב בהשבה היה היד קונה בשעת היאוש ולמה לא יקנה החצר ועוד שאף שהיה בחצר לפני יאוש מ"מ בשעת היאוש היד ראוי לזכות ולמה לא תזכה החצר. ובהמשך דבריו באות ו' כתב האמר"מ ביאור אחר דהנ"י ס"ל דאף שלא נתחייב בהשבה כל שאם היו באים הבעלים לתבוע האבידה היו חייבים לתת לו נחשב איסורא אתא לידיה אף דחייב השבה לא חל עדיין. ולכאורה יהיה נ"מ בין הטעמים אם הגיע לחצרו לפני יאוש אם יכול לזכות בידו אחרי יאוש. שלסברת החזו"א זה רק חסרון בקנין חצר אבל אם נכנס לידו אין סיבה שלא יקנה שהרי לא נתחייב בהשבה ולא נעשה שומר אבידה ואין מה שיבטל את קנינו. ורק החצר אינו קונה מפני שבזמן שנכנס לחצר היה לפני יאוש. משא"כ לסברא השנייה של האמר"מ שגם כשהיה מונח בחצר לפני יאוש זה נחשב כמצב של איסורא אתא לידיה כיון שהיה צריך לתת החפץ ונחשב שנתחייב בהשבה א"כ כמו שחצר אינו קונה כך ידו לא יקנה. והמאירי כאן כתב בהדיא שאם היה בחצר לפני יאוש החצר אינו זוכה גם אחר יאוש, אבל אם נכנס לידו אחר יאוש היד קונה. וכן נקט המחנ"א בהל' קנין חצר ס' ה' ע"ש. ונחלקו בזה הש"ך והנתיבות בריש סימן רס"ב.

וע' בחי' הג"ר מאיר שמחה זצ"ל לקמן כו. על תוד"ה אפילו שמביא דברי הנתיבות וחולק.

הובא לעיל כא: שנחלקו הראשונים היכא דבאיסורא אתא לידיה אם רק הוא אינו יכול לזכות אבל אחר יכול לזכות או שגם אחרים אינם יכולים לזכות. ונראה דע"כ לא פליגי אלא היכא שהיה בידו אבל בחצרו אף אם גם בחצר יש דין של איסורא אתא לידיה זה בודאי רק לגבי בעל החצר ואחר יכול לזכות כדמוכח הכא כנ"י שבעל המעצרתא אינו זוכה דבאיסורא אתא לידיה ואחר כן זוכה. וכן מבואר ברא"ש בדף כו. לגבי כותל ישן דבעל הכותל אינו זוכה והמוצא זוכה. והטעם שכתבנו לעיל לבאר המחלוקת אם אחר יכול לזכות או לא דתלוי במחלוקת תוס' והרמב"ן. שלרמב"ן דהוי יאוש ברשות לא מהני היאוש כלל וגם אחר אינו זוכה. אבל לתוס' מהני היאוש אלא שהוא אינו זוכה מפני שנתחייב בהשבה אבל אחר שלא נתחייב בהשבה למה לא יזכה. [והובא שהאמר"מ בס' ל"ז ק"ג כתב כן בתחילת דבריו ע"ש]. וכ"ז היכא דהיה בידו שבזה לרמב"ן נעשה שומר אבל בחצר מודה הרמב"ן דאינו שומר דלא נתחייב בהשבה. וסברות החזו"א והאמר"מ הם רק סברות שבעל החצר אינו זוכה אבל אחר בודאי זוכה. ואפילו בעל החצר הובא שלמאירי ומחנ"א אם נכנס לידו זוכה כ"ש אחר. ואפילו נימא שבעל החצר אינו זוכה גם בידו אחר בודאי יכול לזכות. וכן מבואר בגליון התוס' בשיטמ"ק לקמן כו. [הובא בקה"י ס' כ"ה ואמר"מ ס' ל"ז] דמוכח מדבריו שבעל החצר אינו יכול לזכות אפי' בידו ואחר כן יכול לזכות.

הזה קא מחפם. ע' בגר"א בס' רס"ב סק"ב שבודאי ידע שיאוש מתיר אלא חשש שלא נתיאשו. ולמד מזה הגאון דהיכא שהגיע לידו אחרי יאוש ובתחילה חשב שלא היה יאוש ואח"כ נודע שהיה יאוש לפני שבא לידו יכול לזכות ולא נחשב באיסורא אתא לידיה ע"ש.

הערות

אלו מציאות דף כד.

וציונים

קעז

דף כד.

נ"מ לאהדורי לצורבא מרבנן. הקשו הראשונים א"כ אמאי קתני במתני' שדבר שאין בו סימן הרי אלו שלו אמאי אינו חייב להכריז שמא המאבד הוא ת"ח ויחזיר לו בטב"ע. וכמה דרכים נאמרו בזה. א. התוס' כתבו בסוד"ה ומודה שרק במקום דשכיחי רבנן חייב להכריז מחשש שזה של ת"ח ולא בשאר דוכתי. ב. הראשונים כתבו בשם הראב"ד שהכרזה זו היא דוקא בבתי כנסיות ואחרי הכרזה זו אם לא נמצאו הבעלים הרי אלו שלו ואינו מכריז הכרזה כמו שמכריזים תמיד במקום שישמע גם ע"ה. ג. הרמב"ן כתב שבדברים שנזכרו במשנה כגון פירות וככרות אין הדרך שיש בהם טב"ע ובכלים באמת תמיד מכריז ורק אם נמצא שאינו של ת"ח הרי אלו שלו. ד. בשיטמ"ק כתב שרק במקום שיש חשש ישל"מ כגון דלא יקירי ולא חשיבי וחיישינן שמא לא ידע דנפל ואם לא יכריז אינו יכול לזכות ויהא מונח בזה אמרינן שיכריז שמא זה של ת"ח. אבל במקום שתולים שידעו הבעלים ויהיה הדין הרי אלו שלו לא הפסידו למוצא ולא חייבו להכריז ולחשוש לת"ח. [כעין זה כתב הכ"מ בפט"ו ה"א לגבי הא דחיישינן שמא לא ידע והוי ישל"מ דבמקום שיש סימן ושייך למצוא את הבעלים מכריז מספק אבל במקום שאין סימן ואם לא יזכה יהיה מונח, עדיף לומר הא"ש].

בדעת הרמב"ם נחלקו המ"מ והכ"מ בפ"ד הי"ב. המ"מ כתב שאף שהרמב"ם כתב סתם חייב להכריז כוונתו שמכריז בבתי כנסיות ובתי מדרשות במקומות שת"ח מצוין שם או שמצא את האבידה במקום שת"ח מצוין שם. אבל הכ"מ כתב שמדברי הרמב"ם שלא חילק משמע שמייירי אפילו במקום שאין ת"ח מצוין שגם שם אין הת"ח מתיאש מפני שיוודע שיחזירו לו בטב"ע. ואינו מובן שברמב"ם מבואר שחייב להכריז ולא רק שחייב לתת לת"ח שאומר שמכירו. ואם משמע ברמב"ם

שמייירי בכל מקום א"כ חייב להכריז גם במקום שאין ת"ח מצוים ואמאי אמנם אינו מתיאש אבל למה לא יתלה המוצא ברוב ע"ה. ולכאורה מוכח מזה שהרמב"ם ס"ל שמה דקי"ל שאין חיוב השבה ברוב עכו"ם אינו מפני שתולים שנפל מעכו"ם דלענין זה קי"ל כסברת התוס' לעיל כג. ד"ה והא דכיון שאפשר לברר ע"י הכרזה תקנו שלא יסמכו על הרוב. ומה דקי"ל שברוב עכו"ם פטור מהשבה אינו מפני שתולים בעכו"ם אלא מפני שהבעלים מתיאשים שחוששים שהמוצא יהיה עכו"ם. והכא שאין הת"ח מתיאש כמש"כ הכ"מ שסומך שאפילו אם המוצא יהיה ע"ה יחזיר לת"ח בטב"ע חייב להכריז ולא סומכים על הרוב כיון שאפשר לברר ע"י הכרזה. וע' מה שכתבנו בזה בס"ד לקמן כד.

בענין טביעות עין הקשו האחרונים דלא מצאנו בכל דיני התורה במקום שצריך בירור, שיסמכו על צורבא מרבנן יותר מעל אדם אחר. וב' דרכים נאמרו בזה באחרונים. א. בשערי יושר ש"ו פ"ד וכן האבי עזרי פ"ד מגו"א הי"ב כתבו ע"פ הפנ"י שהקשה בכתובות יב: אמאי בעינן סימנים באבידה שיחזירו לכל אדם בטב"ע מדין ברי ושמא דבמקום שלא באים להוציא ממוחזק לכו"ע ברי עדיף. והאחרונים מוסיפים שגם בלי בו"ש קשה דהמוצא מודה שאינו שלו ולמה לא יתן למי שטוען שזה שלו ולא דמי לברי ושמא שהמחזיק טוען שמא זה שלו. ומה שתירץ הפנ"י דהוי בו"ש נגד רוב דחו דאין זה נגד הרוב שהוא ג"כ בכלל הרוב. אלא שמעיקר דין הממון באמת היה ראוי להיות שיתן לכל מי שתובע אלא דאיכא גזה"כ באבידה והיה עמך עד דרוש אחיך אותו ודרשו דורשהו אם רמאי הוא אם לאו ולכן לא מחזירים בלי סימנים. אבל כשיודע שהוא ת"ח בודאי אינו רמאי סגי בזה ושוב הדר דינא דכיון שטוען ברי שזה שלו והמוצא מודה שאינו שלו אינו יכול לעכב הממון. [בעיקר קושית הפנ"י ע' רע"א בתשובה

לא מהני סימנים. ובעיקר הדין אם ע"א נאמן בהשבת אבידה ועוד במחלוקת האחרונים בגזה"כ דעד דרוש ע' מש"כ בס"ד לקמן כח.

הא דלא מחזירים לע"ה שאמר את האבידה ולא אמר סימנים ואומר שמכיר בטב"ע הא התוס' כתבו דאין בזה חשש משקר ע' חת"ס אבה"ע ס' נ"ז ד"ה ועוד דחיישינן שמשקר במה שאומר שמכיר.

בהני תלת מילי וכו'. שיטת התוס' דכל זה כלול בהתר דמותר לשנות מפני השלום שנלמד מפסוק ביבמות סה: ומפני השלום לאו דוקא אלא כל שאינו מזיק בשקרו ויש מזה תועלת לאיזה מידה טובה הותר האיסור של שקר. ובלשון רש"י מבואר שאינו רק התר אלא מצוה לשנות. אך כ"ז לרש"י ותוס' שפרשו שמה שמשקר במסכת הוא משום מידת ענוה. אבל הרמב"ם כתב בפ"ד הלי"ג שמסכת היינו שהיה עוסק במסכת נדה ואומר שבמקואות אני שונה כדי שלא ישאלו אותו שאלות בענין נדה. וכתב הלח"מ שכוונתו כדי שלא יתבייש אם לא ידע להשיב. ובזה אין השקר לשם מידה טובה ואין בזה מצוה ואינו אלא התר. ועיין בסמ"ע בס' רס"ב סקמ"ד שלכן הרמב"ם כתב רק שמותר לשנות ולא כרש"י שכתב שיש לו לשנות. ולדעת הרמב"ם צריך להבין מה ההתר לשקר בזה הא כיון שאין בזה תועלת של מצוה אין זה בכלל ההתר של מפני השלום. ולכאורה צ"ל שהרמב"ם סובר כשיטת היראים במצוה רל"ה שהאיסור דאורייתא של שקר הוא רק כשגורם הפסד לאחר, אבל בסיפור דברים בעלמא ליכא איסור מן התורה. ואין הכוונה שמותר לשקר בזה בלי צורך כלל אלא דאין ע"ז איסור מפורש בתורה אלא זה בכלל המידות ככעס וענוה כך יש מידת האמת וזה בכלל והלכת בדרכיו. וכשם שכל עניני המידות מותרים לתועלת כך שקר שאין בו הפסד מותר לתועלת ולומד הרמב"ם שגם כדי שלא יתבייש נחשב תועלת. משא"כ אם יש לאו גמור על כל

ח"ג ס' צ' דהיכא שאין הבע"ד בפנינו גרע מבו"ש ולכא' כוונתו דאולי אם היה כאן היה טוען ברין. ב. הפרי יצחק בח"ב ס' נ"ו והאחיעזר ח"א ס' י"ד אות ג' כתבו איפכא דלעולם מצד דין הממון לא היו מחזירים בלי סימנים אפילו לת"ח. אך אתא קרא דדורשהו אם רמאי אם לאו להקל דלענין השבת אבידה סגי בבירור שאינו רמאי ולכן לת"ח מחזירים בטב"ע.

השיטמ"ק בדף כה. בד"ה כתב מביא בשם ר' יהונתן שבספק הינוח שהדין הוא שלא יטול, אם נטל והוא דבר שיש בו סימן, יהא מונח עד שיביאו הבעלים עדים שהוא שלו אבל בסימנים שאינם מובהקים לא יחזיר דכגולה דמיא דבעי השבה מעליא. ומזה שהצריך עדים דוקא מוכח שאפילו בסימנים שמחזירים אבידה לא מחזירין גזילה. ואינו מובן מ"ש השבת אבידה דמחזירים ע"פ סימנים מהשבת גזילה שבוזה לא סומכים על סימנים [הא דנחשב גזילה משום דעל הצד שזה הינוח אין זה אבידה ונחשב גזלן על הלקיחה]. ואין לומר דר' יהונתן ס"ל סימנים דרבנן ותקנו רק באבידה דהעירוני שבשיטמ"ק בדף כ: מבואר דר' יהונתן פסק דמחזירים גט ע"פ סימן אמצעי דקי"ל סימנים דאורייתא. ונראה שזה תלוי במחלוקת האחרונים הנ"ל. שלשיטת השערי יושר לולא קרא דעד דרוש כל אדם היה נוטל בלי סימנים ועד דרוש בא להחמיר להצריך סימנים א"כ בודאי גזילה לא חמיר טפי מאבידה ומהני סימנים. אבל לאחיעזר והפרי יצחק שמצד דין הממון צריך עדות וקרא דעד דרוש בא להקל דסגי בבירור שאינו רמאי, קולא זו נאמרה רק בדין השבת אבידה ולא בגזילה. א"כ בגזילה דבעינן בירור שמהני לממון וע"א אינו נאמן א"כ גם סימנים לא מהני משא"כ באבידה דעד דרוש מגלה דלא בעינן בירור שמהני לממון ובוזה גם ע"א נאמן מהני סימנים, כמבואר בקובה"ע ס' ע"ז שבמקום שע"א נאמן סומכים על סימנים ובמקום שע"א אינו נאמן

הערות

אלו מציאות דף כד.

וציונים

קעט

שקר אין להתיר גם במקום שיש תועלת. אך כל זה למה שהבין הלח"מ בדעת הרמב"ם. אבל הבאר הגולה בס' רס"ב סק"ט לומד ברמב"ם שאינו משנה מפני הבושה אלא דמירי במקום שיש גדול ממנו שאסור לו להורות וא"כ י"ל כתוס' דהוי בכלל ההתר של מפני השלום.

אי ידעין ביה דלא משני. בלשון

הגמ' מבואר דצריך ידיעה שאינו משנה בדיבורו. וברמב"ם בפ"ד ה"ג מבואר שרק אם יש עדים שמשנה בשאר דברים לא מחזירים לו בטב"ע משמע שבסתם תולים שאינו משנה. וכן מפורש בהגהות אשרי שסתם צורבא מרבנן בחזקת שאינו משנה אא"כ יש עדים שמשנה וכן נפסק ברמ"א בס' רס"ב סע' כ"א. וצ"ל שהגמ' מירי בסתם אדם שאינו בחזקת ת"ח בזה צריך ידיעה שאינו משנה. משא"כ כשידוע שהוא ת"ח תולים שאינו משנה אא"כ ידוע שמשנה. ויש לעיין היכא דידעין שאינו ת"ח ומאידך ידעין שאינו משנה אי מהדרין ליה בטב"ע או לא. דשמא מה שאמרו אי ידעין מירי כשלא ידוע אם הוא ת"ח או לא, אבל אם ידוע שאינו ת"ח לא מהדרין ליה אפילו ידוע שאינו משנה. וע' במאירי שכתב שמה שמחזירים למי שידוע שאינו משנה אלא בתלת מילי הוא משום שזה ראה שהוא ת"ח בעל מידות. ואינו מובן דאדרבה כל הענין של ת"ח הוא שזה ראה שאינו רמאי ואיך כתב המאירי שמה שמחזירים למי שאינו משנה הוא מפני שזה ראה שהוא ת"ח ומה בכך שהוא ת"ח. אלא מוכח לכאורה דס"ל שאם ידוע שאינו ת"ח לא מהדרין ליה אפילו ידוע שאינו משנה ולכן הוצרך לומר דסתם מי שאינו משנה תולים שהוא ת"ח ומהדרין ליה. דהיינו שסתם ת"ח תולים שאינו משנה וסתם מי שאינו משנה תולים שהוא ת"ח. וכדי שיחזירו בטב"ע בעינן תרתי גם ת"ח וגם שאינו משנה. אך יש לע' מדברי הגאון בס' רס"ב סק"א שמביא ראייה לדברי הרמ"א שבסתם ת"ח תולים שאינו משנה ולא בעינן עדות שאינו משנה דאל"כ

אמאי נקטו בכל דוכתי צורבא מרבנן הא הכל תלוי אי משנה או לא. אלא מוכח שסתם ת"ח תולים שאינו משנה ולכן נקטו צורבא מרבנן דבזה לא בעינן ידיעה שאינו משנה. ואי נימא שבע"ה אפילו ידעין שלא משנה לא מהדרין ליה בטב"ע א"כ אין ראית הגאון ראייה דאולי גם בת"ח בעינן ראייה שאינו משנה ומה דנקטו צורבא מרבנן הוא מפני שאם אינו ת"ח אפילו ידוע שאינו משנה לא מהני. ומשמע לכאורה שהגאון נקט שאם ידוע שאינו משנה מהדרין ליה אף שידוע שאינו ת"ח. ולכן קשיא ליה למה נקטו צורבא מרבנן ומוכיח מזה דבת"ח תולים בסתם שאינו משנה.

נמצא שאם ידוע שהוא ת"ח לכו"ע תולים שאינו משנה ומהדרין ליה. אם ידוע שאינו משנה ולא ידוע אם הוא ת"ח או לא מבואר בגמ' דמהדרין ליה. והמאירי מבאר מפני שתולים שהוא ת"ח. ומשמע לכאורה מדבריו שאם ידוע שאינו ת"ח לא מהני מה שידוע שאינו משנה ובגאון משמע שאם ידוע שאינו משנה מהדרין ליה אף שידוע שאינו ת"ח.

כפתיה ואודי. עיין בחפץ חיים הל' לשה"ר כלל ז' סע' י"ג ובבאר מים חיים סק"א וסק"ב שמבאר הטעם שהותר כאן הכאה.

ואלו הן כלים חדשים. מבואר בגמ' שבסתם כלים חדשים גם לרשב"א איכא טב"ע ורק בבדי מחטין וכו' אין טב"ע לרשב"א כשהם חדשים. וע' בשיטמ"ק בד"ה ובשיטה שתמה על הרמב"ם שכתב סתם שבכלים חדשים ליכא טב"ע ולא הזכיר שזה דוקא בבדי מחטין. וע' במאירי שכתב פשט אחר בגמ' שבחדשים ליכא טב"ע בכל הכלים, ובדי מחטין אפילו שהם ישנים דינם כחדשים דליכא בהו טב"ע. אך אין זה מיישב את הרמב"ם דא"כ היה הרמב"ם צריך להביא הדין שבדי מחטין אפילו ישנים ליכא בהו טב"ע. ולכאורה נראה דלק"מ שלשון הרמב"ם בפ"ד ה"ב הוא

מהפקירא קא זכינא משמע יותר דהוי הפקר ממש.

מפני שהבעלים מתיאשים. כתב

הרא"ש דלשון זה קאי על מקום שרבים מצוים שם אבל בזוטו של ים אפילו עומד וצווח יכולים לזכות. ומשמע דבמקום שרבים מצוים אם צווח א"א לזכות כיון שמפרש שאינו מתיאש. והקשה הפ"ח דמפורש בעמ' ב' במעשה דשוקא דגלדאי שאפילו צווח נעשה כצווח על ביתו שנפל. א"כ מפורש שגם במקום שרבים מצוים אפילו צווח הרי הוא של המוצא. וצ"ל שמה שבמקום שרבים מצוים לא מהני צווח הוא מפני שאנן סהדי שמתיאש ואף שאומר שאינו מתיאש שקורי משקר או שבטלה דעתו ושפיר קתני בברייתא שטעם ההתר הוא מפני שהבעלים מתיאשים. אבל בזוטו של ים לומד הרא"ש שאינו מדין יאוש כלל ובזה מה שלא מהני צווח הוא מפני שלא בעינן יאוש. וע"ז קשה לרא"ש א"כ למה קתני מפני שהבעלים מתיאשים. ותי' דלא קאי על זוטו של ים. והנ"מ מזה הוא לענין יאוש שלא מדעת שברבים מצוים שתלוי ביאוש ישרל"מ לא הוי יאוש משא"כ בזוטו של ים דלא בעינן יאוש כלל יש התר זכיה אפילו אם אינו יודע שנאבד כמבואר בגמ' לעיל כא: אמנם בגמ' דשוקא דגילדאי לכאורה מפורש דלא כהתח"כ בסי' רנ"ט סע' ג' שהובא לעיל דכתב שבמקום שרבים מצוים שסתמו ליאוש אם צווח שאינו מתיאש ליכא יאוש וא"א לזכות ורק בזוטו של ים לא מהני צווח. וחולק בזה על הצמח צדק ע"ש. והרי מפורש בגמ' שבמקום שרבים מצוים לא מהני צווח. וכדי שלא יהיו דבריו נגד גמ' מפורשת צ"ל שהתרה"כ מיירי באופן שצווח מיד שנודע לו שנאבד וכן מבואר למעיין בלשוננו. ובגמ' צ"ל דמיירי שבתחילה שתק ואח"כ צווח. ובזה אמרינן דלא מהני מה שצווח דאנן סהדי שמה ששתק בתחילה הוא משום שנתיאש. אך אכתי קשה דבשו"ע ס' רנ"ט סע' ז' מבואר לגבי זוטו של ים דלא מהני

המוצא כלי חרש וכיוצא בהם מכלים שצורת כולם שוה אם כלים חדשים הן הרי הם שלו. הרי שהתנה הרמב"ם תנאי בהא דכלים חדשים אין בהם טב"ע והוא שיהיו כלים שצורת כולם שוה. ולכאורה פשוט שהרמב"ם למד שבדי מחטין לאו דוקא אלא שזה דוגמא של כלים שצורת כולם שוה. א"כ הרמב"ם לא השמיט כלל דברי הברייתא. ובעיקר הדין של כלים חדשים ע' רע"א שהקשה מנין לגמ' דלא סומכים על טב"ע בכלים חדשים אפילו כשאומר שמכיר אולי כשטוען שמכיר סומכים על טב"ע גם בחדשים אלא שבחדשים אינו מכריז דלא חיישינן שמכיר בטב"ע דלא שכיח שיש טב"ע בכלים חדשים ע"ש.

אבל מצאנו שנים שנים וכו'. לעיל דף

כ: וכן לקמן כה. מבואר דמנין הוי סימן רק כשיש לכה"פ ג' אבל ב' לא הוי המנין סימן כיון שמכריז בלשון רבים ומיעוט רבים שנים. והא דהכא גם בשנים איכא סימן מנין כתבו הרא"ש בס' ה' והראשונים בשיטמ"ק שכאן אינו מכריז בדים אלא מחטין וכיון שלא הזכיר בלשון ההכרזה שיש יותר מבד אחד א"כ גם שנים הוי סימן. ומה"ט הקשו על הרמב"ם בפט"ז ה"א ששינה מלשון הגמ' ולא הזכיר בדי מחטין אלא מחטין ואעפ"כ כתב שאם היו שנים איכא סימן מנין. וקשה כיון שמכריז מחטין לשון רבים אמאי הוי שנים סימן. ע' בזה בכ"מ שם ובגאון ס' רס"ב סק"ג. וע"ע ברע"א במשניות באות י"ח.

המציל מן הארי ומן זוטו של ים. ע'

לעיל כא: שכתבנו השיטות בענין התירא דזוטו של ים אם זה מדין יאוש או לא. והובא גם שנחלקו הנתיבות והתה"כ אם גם זוטו של ים אינו אלא התר זכיה ככל אבדה אחר יאוש שדעת רוב האחרונים דאינו יוצא מרשות הבעלים עד דאתי ליד זוכה או שזוטו של ים שאני ופוקע בעלותו מיד. ולשון הגמ' בב"ק קטו: לגבי חבית שנשברה ומי שאנס כנגדו

הערות

אלו מציאות דף כד.

וציונים

קפא

צווח והובא לשון זה דנעשה כצווח על ביתו. ובפשטות המקור הוא מכאן דהוי ק"ו ממקום שרבים מצווים וכן מבואר בגר"א שם. ולמה שכתבנו אין מקור מכאן דהכא מיירי בשתק ולבסוף צווח. ובזוטו של ים מודה התרה"כ שאפילו צווח מעיקרא לא מהני וצ"ע.

כי קאמר רשב"א ברוב עכו"ם. ע' תוד"ה כי קאמר והיוצא מדבריהם הוא שיש ג' סיבות להתיר אבידה ברוב עכו"ם. א. דתולים שהמאבד הוא עכו"ם ואין חיוב השבה. ב. אפילו ידוע שהמאבד אינו עכו"ם הבעלים מתיאשים מפני שחושבים שהמוצא יהיה עכו"ם. ג. אפילו אם המוצא יהיה ישראל הבעלים מתיאשים מפני שהמוצא לא יכריז שיתלה שנפל מעכו"ם. ויש לעיין באופן שידוע שנפל מישראל שההתר הוא מדין יאוש אי בעינן דוקא ב' סיבות ליאוש, דהיינו שתולה שהמוצא יהיה עכו"ם ואפילו יהיה ישראל לא יכריז מפני שהוא יתלה ברוב עכו"ם, אבל במקום שיש רק סיבה אחת ליאוש אולי אינו מתיאש. התוס' לעיל כג. כתבו שסברת רבנן דמחייבי אפילו ברוב עכו"ם לצד אחד בגמ' הוא דתקנו שלא יסמכו על רוב במקום שאפשר לברר ע"י הכרזה. ואינו מובן דזה מבאר רק למה אין התר של תליה באבידת עכו"ם, אבל אכתי למה אין התר מצד יאוש. ואף שאין סיבה ליאוש מחמת שהמוצא יתלה שנפל מעכו"ם דכיון שתקנו להכריז לא יתלה המוצא באבידת עכו"ם מ"מ איכא יאוש מחמת שחושש שהמוצא יהיה עכו"ם. ומוכח מדברי התוס' דאינו מתיאש אא"כ יש ב' סיבות ליאוש. ומה שרשב"א חולק הוא משום דלית ליה תקנ"ח ויכול לתלות באבידת עכו"ם וממילא יש ב' סיבות ליאוש אבל היכא שיש רק סיבה אחת ליאוש לא מצאנו שרשב"א חולק על חכמים. וע' בשיטמ"ק כאן בשם הרא"ש שמבאר סברת רבנן לחייב ברוב עכו"ם ובהדיא מקשה גם מכאן יאוש ומתקן כתוס' דתקנו חכמים לברר ע"י הכרזה. ומבואר בהדיא דתקנ"ח גורם שלא

מתיאש וזה אמת רק לענין יאוש מחמת תליה בעכו"ם ומה שיש צד שהמוצא יהיה עכו"ם אינו מספיק לגרום יאוש אא"כ יש גם צד שאפילו אם ימצא ישראל יתלה בעכו"ם וצד זה בטל ע"י תקנ"ח.

אמנם יש להוכיח איפכא מהא דאמרו דהבריייתא דהמוצא מעות בבתי כנסיות הא"ש מיירי בבתי כנסיות דידן דיתבי בהו כנענים. וע' בני"י ובשיטמ"ק דאע"פ שהעכו"ם דיתבי בבתי כנסיות הם מיעוט מ"מ נחשב כרוב עכו"ם מפני שהם נמצאים שם תדיר ומחפשים את האבידות. וכתב השיטה בשם הרשב"א דכ"ז לענין שמסתבר שהמוצא יהיה עכו"ם, אבל לענין תליה ממי נפל בודאי דינו כרוב ישראל ותולים שהמאבד הוא ישראל. וכ"כ רע"א לעיל כא: ומישב בזה קושית התוס' שם בד"ה ת"ש ע"ש. והתוס' שהקשו בד"ה כי קאמר למה צריך רשב"א לטעם של יאוש ת"ל דתולים באבידת עכו"ם יכלו לתרץ דנ"מ לבתי כנסיות דלענין התליה ממי נפל יש רוב ישראל ואעפ"כ הא"ש מפני שהבעלים מתיאשים דרוב המוצאים הם עכו"ם. וכיון שבאופן זה אין לתלות שנפל מעכו"ם א"כ גם לענין יאוש אין כאן ב' סיבות ליאוש שהמוצא לא יתלה באבידת עכו"ם, והיאוש הוא רק מפני שחושש שהמוצא יהיה עכו"ם. ומוכח שסגי בסיבה אחת ליאוש ולא כמו שהוכחנו מהתוס' בדף כג. ואולי בזה גופא תלוי הספק אם לחלק בין רוב עכו"ם לרוב ישראל או לא. והתוס' לעיל קאי להסביר הצד שאפילו ברוב עכו"ם חייב להכריז וכתבו משום דאפשר לברר ע"י הכרזה ולצד שרבנן פליגי גם ברוב עכו"ם ס"ל שאינו מתיאש אא"כ יש ב' סיבות ליאוש וכיון שתקנו לא לתלות בעכו"ם ליכא אלא סיבה אחת ליאוש ואינו מתיאש. משא"כ התי' דיתבי בה כנענים קאי לחלק בין רוב כנענים לרוב ישראל ולצד זה אמרין דמתיאש אפילו כשיש רק סיבה אחת ליאוש ולכן ברוב עכו"ם הא"ש. ושו"ר ברע"א לקמן כד: על דברי רש"י שמביא

בתוך דבריו הראיה מבתי כנסיות דסגי בסיבה אחת ליאוש ע"ש. וע"ע בתורת גטין באבה"ע ס' קל"ב סע' ד' ד"ה עוד שהרוב נמדד לפי אנשי העיר הקבועים באותו מקום ולא לפי הבאים במקרה ממקומות אחרים. ומביא ראיה מבתי כנסיות דאזלינן בתר העכו"ם דיתבי התם כיון שהם קבועים שם. ולדבריו ליכא ראיה מכאן שגם לענין התליה ממי נפל אזלינן בתר הקבועים שהם עכו"ם אך זה דלא כראשונים שהובאו לעיל שמפרשים שזה רק סברא לענין התליה מי ימצא האבידה ולא סברא בעיקר קביעות הדין רוב.

רע"א כאן מביא שהפנ"י מקשה על המשנה במכשירין אמאי נקט ברוב ישראל חייב להכריז הא קתני שאפילו במחצה על מחצה מכריז וכ"ש ברוב ישראל. ותי' הפנ"י דמחצה על מחצה היינו יחד עם המאבד והמוצא. ולענין הספק מי יהיה המוצא גם המאבד בכלל הספק שגם הוא יכול למצוא כמו אחרים וא"כ הוי מע"מ. אבל לענין הספק ממי נפל המוצא אינו בכלל הספק שהוא יודע שלא נפל ממנו א"כ לענין זה איכא רוב עכו"ם. והא דקתני מע"מ חייב להכריז ע"כ מיירי שראו שנפל מישראל שבזה ההתר הוא מדין יאוש ואינו מתיאש מפני שתולה שהמוצא יהיה ישראל דלענין זה הוי מע"מ. אבל כשלא ראו ממי נפל אינו חייב להכריז דלגבי תליה באבידת עכו"ם איכא רוב עכו"ם. ולכן הדר תנא רוב ישראל חייב להכריז שבזה חייב להכריז אפילו כשלא ראו ממי נפל. והקשה רע"א על דברי הפנ"י אמאי ליכא יאוש במע"מ אמנם אין המאבד מתיאש מפני חשש שימצא עכו"ם דלגבי זה איכא מע"מ אבל אכתי מתיאש מפני שהמוצא יתלה שנפל מעכו"ם דלענין תליה איכא רוב עכו"ם. אלא מוכח שהפנ"י ס"ל דליכא יאוש אא"כ יש ב' סיבות ליאוש. וזה כמו שמוכח לכאורה מהתוס' בדף כג. ולא כמו שמוכח מבתי כנסיות דיתבי בהו כנענים.

כל זה באופן דליכא תליה באבידת עכו"ם כגון שראינו שנפל מישראל או בבתי כנסיות דלענין נפילה הוי רוב ישראל ובאים להתיר מכח יאוש בלבד בזה הסתפקנו אי בעינן שתי סיבות ליאוש או סגי באחד. וכתבנו שמתוס' בדף כג. משמע דבעינן ב' סיבות ליאוש וכן נראה מדברי הפנ"י ומהגמ' של בתי כנסיות מוכח לכאורה דסגי בסיבה אחת ליאוש. ואכתי יש לדון במקום שלא ראו ממי נפל אי סגי בהתר דתליה שנפל מרוב עכו"ם אף באופן שאינו מתיאש וההתר יהיה מדין אבידת עכו"ם ולא מדין יאוש. או דבעינן דוקא צירוף של יאוש על הצד שזה אבידת ישראל. ובקושית התוס' בד"ה כי קאמר מבואר דפשיטא להו דסגי בתליה ברוב עכו"ם בלי צירוף של יאוש. ורק באופן שידוע שנפל מישראל צריך להגיע להתר של יאוש.

וכן מוכח מתי' הגמ' בטמון וביארו התוס' שבעיקר ההתר של מקום שרבים מצוים שם אין נ"מ בין טמון לאבידה אחרת וטמון אינו אלא היכא תמצא של יאוש שלא מדעת נוע' ברע"א בד"ה ולענ"ד שהקשה למה צריך להעמיד בטמון נימא באבידה דלא חשיבי ולא יקירי ואיכא חשש שמא לא ידע דנפל והוי ישל"מ. וכתב דזה רק ספק ישל"מ ובמע"מ ראוי להתיר מכח ספק ספיקא. ובזה מישב קושית הפנ"י שהובא לעיל שברוב ישראל חייב להכריז כל שיש חשש דלא ידע משא"כ במחצה על מחצה ליכא חיוב הכרזה אא"כ זה ודאי ישל"מ כגון בטמון ע"ש. וברוב ישראל שהתירו משום יאוש בטמון הוי ישל"מ לכן מכריז משא"כ ברוב עכו"ם אף דלא ידע וליכא יאוש מדעת מ"מ מותר מכח התליה בעכו"ם. ומפורש שבמקום שיש לתלות באבידת עכו"ם מתירים מכח התליה בלבד גם בלי צירוף של יאוש.

אמנם מדברי ר"פ והריטב"א נראה דפליגי בזה על התוס'. שהשיטמ"ק מביא בשם ר"פ

הערות

אלו מציאות דף כד.

וציונים

קפג

שמקשה על התי' של טמון א"כ אמאי אמרין ברוב עכו"ם הא"ש הא ליכא יאוש. ותי' דברוב עכו"ם מתיאש גם בטמון ורק ברוב ישראל ליכא יאוש בטמון ע"ש טעמו. והריטב"א תירץ שדרך עכו"ם לחפש באשפות לכן ברוב עכו"ם איכא יאוש מדעת גם בטמון ורק ברוב ישראל ליכא יאוש בטמון. ותימה מה קשיא להו הא ברוב עכו"ם יש להתיר בלי יאוש מכח התליה בעכו"ם. ולכאורה מוכח דס"ל שגם ברוב עכו"ם אין ההתר בגלל תליה באבידת עכו"ם אלא רק מפני יאוש הבעלים. והטעם הוא כמש"כ התוס' לעיל בביאור דברי רבנן דס"ל שגם ברוב עכו"ם חייב להכריז ולא תולים בעכו"ם דתקנו חכמים שלא יסמכו על הרוב כיון שאפשר לברר ע"י הכרזה. וע' ברע"א שמקשה על תוד"ה כי קאמר שהקשו ל"ל טעמא דיאוש ת"ל שתולים בעכו"ם, וקשה אולי גם רשב"א ס"ל כסברת רבנן שאין להתיר מכח תליה ברוב עכו"ם כיון שאפשר לברר ע"י הכרזה ורשב"א חולק רק מפני שס"ל דאיכא יאוש בעלים. ומדברי ר"פ והריטב"א מוכח לכאורה דס"ל כקושית רע"א על התוס' שגם ברוב עכו"ם אין להתיר אלא מכח יאוש כלשון רשב"א מפני שהבעלים מתיאשים ולא מכח תליה ברוב עכו"ם. אך דברי הריטב"א לכאורה סתרי אהדדי דלעיל מקשה כקושית התוס' למה צריך להגיע ליאוש בעלים ברוב עכו"ם ת"ל דתולים שנפל מעכו"ם. מבואר דס"ל כתוס' שתליה בעכו"ם הוא מספיק להתיר גם בלי יאוש וקשה א"כ מה הקשה לגבי טמון אמאי מתירים ברוב עכו"ם הא ליכא יאוש, וצ"ע.

ובענין זה אי התירא דרוב עכו"ם הוא רק מכח יאוש או גם בלי יאוש מכח תליה באבידת עכו"ם לכאורה נחלקו הט"ז והסמ"ע בס' רנ"ט סע' ג'. לשון הגמ' הוא מקום שרבים מצוים ואינו מובן בשלמא לענין רוב ישראל שהיאוש הוא מחמת בנ"א שאינם מהוגנים בעיני מקום שרבים מצוים דשם מצוים אנשים שאינם מהוגנים. אבל ברוב עכו"ם למה בעיני דוקא

שנמצא במקום שרבים מצוים. אך הביאור הוא כמש"כ התוס' בריש ד"ה טמון שרק במקום שרבים מצוים אזלינן בתר רוב העיר שזה מקום שכל בני העיר משתמשים בו. אבל אם נמצא במקום שאין רבים מצוים שם אזלינן בתר רוב הנמצאים באותו מקום ולא בתר רוב העיר. נע' ש"ך יו"ד ס' א' סק"ז שאם במקום שנמצא הוי מחצה על מחצה אזלינן בתר רוב העיר. וכן מבואר ברמב"ם בפ"א ה"ז ובשו"ע סי' רנ"ט סע' ג'. וע' בגאון סק"ח שכתב מקור מביהכ"נ דנחשב רוב ישראל אף בעיר שרובא עכו"ם ובסק"ט מביא מקור לאופן הפוך ע"ש. והקשה הסמ"ע בסק"ו אמאי אזלינן בתר רוב המקום שבו נמצא האבידה אף נגד רוב העיר הא קי"ל רוב וקרוב אזלינן בתר רוב. וכן הקשה הפר"ח ביו"ד ס' א' הובא בפמ"ג יו"ד סי' ס"ג מ"ז סק"ב ע"ש. ותי' הסמ"ע שרק כשנמצא קרוב אזלינן בתר רוב אבל היכא שנמצא בתוך מקום שיש שם רוב ישראל לא אזלינן בתר רוב עכו"ם דעלמא. והקשה הט"ז דבב"ב כד. מבואר שגם בכה"ג אזלינן בתר רוב נגד קרוב. וכתב הט"ז דאילו היה ההתר ברוב עכו"ם מפני שתולים שנפל מעכו"ם היה תלוי ברוב העיר ולא ברוב הנמצאים במקום שנמצא האבידה. אבל הכא אין ההתר מפני תליה בעכו"ם שאפשר לברר ע"י הכרזה אלא מפני יאוש, והיאוש תלוי במקום המציאה ולא ברוב העיר ע"ש. וכתב בזה האבה"א בפ"א מגו"א ה"ז שמה שנחלקו הסמ"ע והט"ז בענין רוב וקרוב הוא מחלוקת הרא"ש והרמב"ן בב"ב כד. ועל מש"כ הט"ז שאין התר ברוב עכו"ם משום תליה בעכו"ם הקשה האבה"א מדברי התוס' בד"ה בטמון שמפורש שברוב עכו"ם מתירים גם בלי יאוש. אך למה שנתבאר מדברי ר"פ והריטב"א מוכח לכאורה דס"ל בזה כהט"ז ולפי פירושם ליכא מכאן סתירה לדברי הט"ז.

כל זה לתי' הראשון בגמ' בטמון אבל לאבע"א מי קתני הן שלו אינו חייב להכריז קתני יתכן שגם התוס' יודו שכל ההתר ברוב

מקום לומר שלא יבע"א לא אמרינן הא"ש ברוב עכו"ם אלא מכח יאוש ולא מכח תליה באבידת עכו"ם ע"פ דברי רע"א.

ובזה יש לבאר שיטת הרמב"ם שהובא לעיל שבכל מקום מכריז גם באבידה שאין בה סימן שמא נפל מצורבא מרבנן ומכירו בטב"ע. ואינו מובן מ"ש מרוב עכו"ם דפטור מהשבה. והובא שהכ"מ כתב שהצורבא מרבנן אינו מתיאש ע"ש. וכתבנו דאמנם התר של יאוש ליכא אבל אכתי יש להתיר מפני שנתלה שנפל מע"ה דנזיל בתר רובא שאינם ת"ח. ולשיטת הט"ז נחא דליכא התירא דתליה בע"ה כיון שאפשר לברר ע"י הכרזה לא סומכים על הרוב. וברוב עכו"ם ההתר הוא משום יאוש. והרמב"ם ילמד פשט בטמון כר"פ והריטב"א ולא כתוס'. א"נ י"ל שהרמב"ם פוסק כאבע"א וכדברי רע"א שלא בע"א אין ההתר אלא משום יאוש ולענין תליה כו"ע ס"ל דלא סומכים על הרוב.

בעיקר התירא דאבידת עכו"ם.

לסוברים שגם במקום דליכא יאוש סומכים שנפל מרוב עכו"ם או באופן שידוע שנפל מעכו"ם, שיטת הב"ח ביו"ד ס' קמ"ו והובא בש"ך שם סק"א דאף שפטור מהשבה אין האבידה שלו ואינו יכול לזכות בממון העכו"ם. ודמי לשיטת היראים שהובא במג"א בס' תרל"ז סק"ג שגם למ"ד גזל עכו"ם מותר אין הממון שלו דאינו יכול לזכות בממון העכו"ם בלי דעת מקנה. וע' בשערי יושר ש"ד פ"ח שכתב שמתוס' כאן ד"ה כי מוכח דלא ס"ל כב"ח. שלדברי הב"ח לא קשיא קושית התוס' דאף דאיכא תליה בעכו"ם אין זה אלא פטור מהשבה אבל לא שייך לומר בזה הרי אלו שלו דמשמע שהממון הוא שלו וזה רק מפני היאוש. אלא מוכח דס"ל כיון שפטור מהשבה יכול לזכות בממון ונעשה שלו. וע"ע בגליון מהרש"א יו"ד ס' קמ"ו שמוכיח מתוס' כתובות טו: דלא ס"ל כב"ח, וע' באמרי משה ס' ל"ז אות ט"ז שמביא

עכו"ם הוא רק משום יאוש ולא מפני תליה בעכו"ם. והוא ע"פ מש"כ רע"א בעמ' ב' לבאר דברי רש"י בד"ה אימא מישראל נפל שכתב דכיון דישראל סכרו ליה תולים שנפל מישראל ולא אמרינן יניח כדאמרינן ברוב עכו"ם. ואינו מובן למה כתב רש"י ולא אמרינן יניח הא אנן קי"ל ברוב עכו"ם הא"ש. והל"ל כיון דישראל סכרו ליה חייב להכריז ולא אמרינן הא"ש כמו שאמרינן בעלמא ברוב עכו"ם. וע' מש"כ בזה המהרש"א. וכתב רע"א שרק לתי' של טמון יש הכרח לומר דרבנן ורשב"א פליגי בתרתי א. אם מתיאשים הבעלים או לא. ב. אם תולים בעכו"ם או לא. אבל לא יבע"א שמה שרבנן לא תולים בעכו"ם הוא רק לענין שלא אמרינן הא"ש אבל חיוב הכרזה ליכא א"כ י"ל שמצד תליה גם רשב"א מודה לרבנן ומה דס"ל הא"ש הוא רק בגלל יאוש. לכן כתב רש"י דאילו לא היה ישראל סכרו ליה היה הדין יניח גם לרשב"א דגם לדידיה התליה בעכו"ם אינו גורם הא"ש אלא רק פוטר מהכרזה. ובזה יתישב מה שקשה על הט"ז דס"ל שההתר הוא משום יאוש ולא משום תליה בעכו"ם א"כ למה בנהר בין צריך להגיע להא דישראל סכרו ליה הא לענין יאוש סגי בישראל כרו ליה. אבל למש"כ רע"א ברש"י י"ל שמה שלא מתירים מכח תליה היינו רק שאין זה מספיק כדי לומר הא"ש אבל לענין לפטור מהכרזה סגי בתליה בעכו"ם גם בלי יאוש ולכן צריך להגיע לסברת ישראל סכרו ליה וליכא תליה בעכו"ם ולכן חייב להכריז.

נמצא לפ"ז בהתירא דרוב עכו"ם, היכא

שראו שנפל מישראל בודאי ההתר הוא רק משום יאוש ונתבאר לעיל אי בעינן ב' סיבות ליאוש או סגי בסיבה אחת. והיכא דלא ראו ממי נפל אי איכא התירא מכח תליה בעכו"ם גם במקום דליכא יאוש כגון דהוי ישר"מ הוא מחלוקת הט"ז והסמ"ע. בתוס' מוכח כסמ"ע ובר"פ מוכח כט"ז ודברי הריטב"א בזה לכאורה סתרי אהדדי. אפילו לשיטת התוס' יש

הערות אלו מציאות דף כד. – כד: וציונים קפה

אי במפוזרים מאי אריא מקום שהרבים מצוים שם. ע' בשיטה בשם הריטב"א שמבאר סברת הה"א.

דף כד:

מי קתני הן שלו אינו חייב להכריז קתני. ע' בשיטה בשם הר"ן דסברת רבנן כמש"כ התוס' לעיל כג. דלא סמכינן על רוב כיון שאפשר לברר ע"י הכרזה. אבל לאבע"א ס"ל כן רק לענין שלא אמרינן הא"ש דאין התר לזכות כיון שיכול לברר ע"י הכרזה. אבל לענין פטור מחיוב השבה סמכינן על הרוב.

מצא הבית של יין. מבואר דמהני סימן להתיר יין מחשש איסור דסתם יינם [וגם מבואר דמהני סימן נגד רוב]. וכתב בגליון מהרש"א בשם הגגת ורדים דבעינן סימן מובהק. דסימן שאינו מובהק מהני רק מדרבנן ותקנו רק באבידה ולא באיסורין. אמנם הש"ש בש"ז פכ"ג כתב בשם רבינו עוזר שלמד מכאן דמהני סימנים דרבנן להתיר איסור דרבנן ורק באיסור דאורייתא בעינן סימן מובהק למ"ד סימנים דרבנן. וכ"כ בשם מהר"ם א"ש. ומביא הש"ש שבריתב"א בדף כז: מבואר שמה דמהני סימן דרבנן להתיר בשר שנתעלם מן העין הוא משום שאינו אלא משום חומרה בעלמא [ע' תוס' לעיל כג: ד"ה מחרוזות]. ומשמע שבשאר איסורין דרבנן לא מהני סימנים דרבנן דלא תקנו אלא בהשבת אבידה. וכתב הש"ש שלפ"ז צ"ל שגם סתם יינם אינו אלא חומרה בעלמא ולכן מהני בזה סימנים דרבנן. ואינו מובן אמאי לא הוי אלא חומרה הא סתם יינם הוא איסור גמור מדרבנן. ויותר נראה דס"ל כגגת ורדים דהכא מיירי בסימן מובהק ורק בבשר שנתעלם מן העין קשיא ליה דמבואר בחולין צה: דמהני בזה סימן דמחרוזות אף שבודאי אינו סימן מובהק. ובעיקר השאלה אי מהני סימן דרבנן לאיסור דרבנן ע' רע"א לעיל כג: שמסתפק

שנחלקו האחרונים בדעת הב"ח אם בא אחר וחטף האבידה מהמוצא אי מוציאין מידו או לא די"א דאף שאינו שלו זוכה השתמשות ע"ש. וע' או"ש פ"ה מסוכה הכ"ה שכתב על קושית התוס' בסוכה ל"ל קרא למעט גזול ת"ל דהוי מצוה הבאה בעבירה, דנ"מ לגזל עכו"ם למ"ד מותר דליכא עבירה ואעפ"כ ילפינן מקרא דפסול כיון שאינו שלו וגרע משאול דאית ליה קנין שאלה וכאן אין לו שום קנין. ובדעת החולקים על הב"ח וס"ל דיכול לזכות באבידת עכו"ם נחלקו האמר"מ והבית הלוי אם פוקע בעלות העכו"ם מיד בשעת האבידה או שנשאר של העכו"ם עד דאתי ליד זוכה. האמר"מ הנ"ל נקט דאינו אלא התר זכיה ועד הזכיה עדיין שייך לעכו"ם והבה"ל בח"ג ס' מ"ה אות ו' נקט דהתורה הפקירה אבידת עכו"ם וגם לפני שבא ליד המוצא יצא מרשות העכו"ם. עיין מה שכתבנו בזה בב"ק מ"ט: וע"ע במחנ"א גזילה ס' א' שכתב שאבידה פמ"ש שאין בו חיוב השבה אינו נעשה שלו. דהיינו שמש"כ הב"ח באבידת עכו"ם סובר המחנ"א באבידה שאין בה ש"פ. ויש לע' דשמא יש לתלות בזה מה שנחלקו הרמב"ם והטור באבידה מדעת אם זה רק פטור מהשבה או שיכול לזכות. ובפשטות נחלקו אם יש אומדנא שמפקיר או לא ע' מש"כ בזה בריש פריקין. אבל למה שנתבאר שיטת התוס' דאבידת עכו"ם הוא שלו וע"כ דכלול בפטור מהשבה שיכול לזכות לעצמו א"כ ה"ה די"ל דאבידה מדעת אע"ג דאינו מפקיר כיון שילפינן מקרא דליכא חיוב השבה ממילא יכול לזכות. וכן בזוטו של ים לסוברים דאינו מדין יאוש חזינן דבמקום דליכא חיוב השבה יכול לזכות. שו"ר באבה"א פי"א מגו"א הי"ב שכתב כן ע"ש.

תוד"ה את"ל. הרשב"א כתב דמקום שרבים מצוים הוא דוקא כסרטיא ופלטאי. אבל מדברי התוס' משמע דלא ס"ל כן. וע' בריטב"א שכתב כרשב"א ומיישב בזה קושית התוס'.

השיטמ"ק בד"ה שאני נהר בירן ומפרש שהכל נאמר לענין יאוש. ולכאורה מה בכך דאינו מתיאש מ"מ נתלה באבירת עכו"ם, אלא מוכח דס"ל כשיטת הט"ז וכשיטת ר"פ שאין התר מכח תליה בעכו"ם אלא רק מצד יאוש.

מדין זה דנהר בירן למד הריטב"א שספרים שנגנבו אין הבעלים מתיאשים כיון שסוף הספרים לימכר לישראל. והשיטה מביא בזה תשובת הרמב"ם לחלק בין אם נגנבו במצות המלך שאז בטל דין הקדש מהם דהיינו שפוקע בעלותו של בית הכנסת שממנו נגנבו הספרים כמו שאמרו בע"ז נב: דפוקע בעלות הקדש מקרא דובאו בה פריצים וחללוה, לבין שנגנב שלא במצות המלך שבזה לא פוקע בעלות הראשונה ויחזרו הספרים למקומן. מדברי הרמב"ם מבואר דס"ל שמה שפוקע בעלות הקדש מקרא דובאו בה פריצים וחללוה הוא כעין הדין של כיבוש מלחמה. ולכן ס"ל שזה נאמר דוקא אם הגניבה היתה במצות המלך. וע' ברש"י בע"ז נב: שכתב שמקרא דבאו בה פריצים וחללוה ילפנן שע"י כניסת עכו"ם להיכל יצאו הכלים לחולין וכיון דנפקי לחולין זוכים בהם העכו"ם מן ההפקר.

מצא כאן ארנקי מהו. צ"ב בלשון הגמ' מצא כאן הא שוקא דבי דיסא ושוקא דרבנן היו מקום שרובו עכו"ם כמבואר ברא"ש ומה מספקא ליה במקום זה יותר מכל מקום שיש בו רוב עכו"ם. וע' בגאון בס' רנ"ט סק"ט על דברי השו"ע שפסק כרמב"ם ותוס' לעיל דהרוב נקבע לפי המקום שנמצא האבדה ולא לפי רוב העיר וכתב ע"ז הגאון וז"ל ושם ב' מצא כאן ארנקי מדאמר כאן משמע דבכל העיר היו רוב ישראל אלא בשוק רוב העוברין עכו"ם עכ"ל. דהיינו ששאל מצא כאן ארנקי מהו האם אזלינן בתר רוב העיר שהוא ישראל או בתר רוב העוברים במקום שנמצא שהם עכו"ם ופשט לו שמואל דאזלינן בתר מקום המציאה ודינו כרוב עכו"ם.

בזה. וכתב שלכאורה מכאן מוכח דמהני, אלא שיש לדחות דר' אשי מספקא ליה אי סימנים דרבנן או דאורייתא ולכן סמך על סימנים באיסור דרבנן דאמרינן ס"ד לקולא וסומכים לענין איסור דרבנן שסימנים דאורייתא. אבל לצד שסימנים דרבנן יתכן שלא מהני אפילו לאיסור דרבנן. וע' רע"א תש' ק"ז ד"ה גם שמסתפק אם חוששים לסימן באיסורין לחומרה וע"ש שתלוי בספק אם באיסור דרבנן סומכים על סימן. וע' פנ"י גיטין כז: ד"ה גמרא שמוכיח דאיסור שעיקרו דאורייתא אפילו כשהחשש הוא דרבנן לא סמכין על סימן דרבנן. ועמש"כ בזה בס"ד לקמן כז:

נמצא ד' דרכים בהא דסמכין על סימנים להתיר סתם יינם. א. הגינת ורדים מפרש דמיירי בסימן מובהק וכן צ"ל לכאורה לדעת הריטב"א דס"ל שבאיסור דרבנן לא מהני סימן דרבנן. ב. מהר"ר עוזר ומהר"ם א"ש ס"ל דמוכח מכאן דמהני סימן דרבנן לאיסור דרבנן וכן כתב רע"א בצד אחד לעיל כג: ג. לרע"א ר' אשי ס"ל דהוי ספק אי סימנים דאורייתא או לא ולכן בדרבנן מקילים. ד. הש"ש לומד בדעת הריטב"א דסתם יינם אינו אלא חומרה בעלמא ולכן סגי בסימן דרבנן משא"כ בשאר איסורין דרבנן בעינן סימן מובהק.

הא דלא תרצו דה"ה רוב ישראל ונקטו רוב עכו"ם משום יין נסך ע' שיטמ"ק בשם הגליון.

ישראל סכרו ליה וישראל סכרו ליה. מבואר בלשון הגמ' דישאל סכרו ליה גורם שאין לתלות באבירת עכו"ם וישראל סכרו ליה גורם דליכא יאוש. וכתבנו לעיל דקשה מכאן על הט"ז דס"ל שגם ברוב עכו"ם אין ההתר משום שתולים באבירת עכו"ם אלא רק משום יאוש. וכתבנו ליישב ע"פ מש"כ רע"א בביאור דברי רש"י בד"ה אימא. אמנם מדברי התוס' הרא"ש נראה שגרס גרסא אחרת וס"ל שגם ישראל סכרו ליה וגם ישראל סכרו ליה הכל גורם שבודאי המוצא יהיה ישראל וכן הוא גרסת

הערות

אלו מציאות דף כד :

וציונים

קפו

לפנים משורת הדין. מבואר בגמ' שאם נודע מי הבעלים יש חיוב השבה לפנים משורת הדין אף לאחר יאוש כגון במקום שרבים מצוים או בתר תריסר ירחי שתא וה"ה לכל אבידה שאין בה סימן שיש בו חיוב השבה למה"ד אם ידוע ממי נפל. ונחלקו הראשונים אם כופין על חיוב זה או לא. הרא"ש כתב שלא כופין. המרדכי כתב שכופין אא"כ המוצא עני והמאבד עשיר. והיכא ששניהם עשירים ע' תרה"כ ס' רנ"ט שכתב בשם הצ"צ דכופין. ובשיטמ"ק בשם ר' יהונתן כתב שאם המוצא הוא אדם חשוב כופין ואם לא אין כופין. ומדברי הקצה"ח בס' רנ"ט סק"ג מבואר דס"ל דהכפיה בזה הוא תקנ"ח. ולולא דבריו היה נראה שהוא מדינא דקרא דוהודעת להם וכו' אשר יעשון אינו רשות אלא חובה. וההבדל בין שורת הדין ללפנים משורת הדין הוא דבשורת הדין לא מחלקים בין עני לעשיר או בין אדם חשוב לכל אדם. ולמה"ד היינו בגדר ועשית הישר והטוב דהחיוב הוא באופן דהוי ישר וטוב. ועשיר לעני הישר והטוב הוא ששייב ובזה מחויב להשיב וכן לר' יהונתן באדם חשוב. ולהלכה מובא מחלוקת בחו"מ ס' י"ב סע' ב' אם כופין על למה"ד או לא. וע' בפת"ת שם שהתומים ס"ל שגם הסוברים דכופין אין זה אלא כפיה בדברים ולא כפיה ממש אבל הפת"ת מביא שיש חולקים. ולכאורה היה נראה דעד כאן לא פליגי אי כופין למה"ד אלא בדין למה"ד שנלמד מקרא דאשר יעשון דקאי על אופן שאחרים חייבים והוא פטור כעובדא דר' ישמעאל או כמראה דינר לשולחני וכן במקום שכולם פטורים אבל ליכא פסידא כהא דסוגיין כמבואר בתוס' דכ"ז נלמד מאשר יעשון. אבל כשיש פסידא וכולם פטורים אין בזה חיוב מקרא דאשר יעשון אלא מקרא דלמען תלך בדרך טובים. ומשמע דהוי דרגא אחרת של למה"ד ובפשטות היה נראה שזה יותר קרוב למדת חסידות ובזה לכו"ע ליכא כפיה. אבל בדברי המרדכי מבואר דס"ל שגם בזה כופין שמביא ראיה דכופין מהא דכפו בסוף האומנין.

וכן מבואר בגאון בס' י"ב סק"ט שכתב על הי"א דס"ל דכופין ב"מ כד: ושם פג. הרי מבואר דלי"א בתרוייהו כופין. וצ"ב א"כ מאי איכא בין הדין כפיה הנלמד מאשר יעשון לדין כפיה שנלמד מלמען תלך בדרך טובים. ואולי בדין זה גם המרדכי מודה שנאמר רק באדם חשוב כלשון הפסוק בדרך טובים וצ"ע.

הדין של לפמה"ד מובא בשו"ע ב' פעמים. בס' רנ"ט סע' ה' הובא לענין אבידה במקום שרוב עכו"ם. ובסע' ז' הובא ברמ"א לגבי זוטו של ים. והתהכ"ר כתב דנראה שבזוטו של ים ליכא חיוב לפנים משורת הדין. ומביא ראיה מההוא דיו דשקיל בשרא אמאי לא חייבו את בר מריון למה"ד. ואין לומר שהיה עני דמוכח בב"ב שהיה עשיר. וע"ז מביא שבצ"צ מבואר שגם בשניהם עשירים כופין. אע"כ דבזוטו של ים לא כופין ודיו הוי כזוטו של ים כמבואר בגמ'. הסברא לחלק בין זוטו של ים לשאר אבידה אחר יאוש לענין חיוב למה"ד יש לבאר בב' אופנים. א. הדין למה"ד באבידה אחר יאוש הוא שלא יהנה מיאושו של חברו כיון שנתיאש בע"כ ולא מרצונו משא"כ זוטו של ים שלדעת כמה ראשונים אינו מדין יאוש. ב. היכא דפקע בעלות הבעלים ליכא חיוב השבה למה"ד ורק באבידה אחר יאוש שעדין הוא של הבעלים עד דאתי ליד זוכה לרוב האחרונים, והוא ע"י זכייתו הפקיע בעלותם בזה חייב להשיב למה"ד. משא"כ בזוטו של ים דפקע בעלותם לפני זכייתו ליכא חיוב למה"ד. אך סברא זו י"ל רק לנתיבות דס"ל שזוטו של ים פקע בעלותו מיד ולא דמי לכל אבידה אחר יאוש. אבל שיטת התרה"כ שגם בזוטו של ים לא פקע בעלותו עד דאתי ליד זוכה ולשטתו צ"ל כסברא הראשונה.

גם הבית הלוי בח"ג ס' מ"ח כתב כתרה"כ שבזוטו של ים ליכא חיוב למה"ד. ומביא ראיה מדברי הר"ן בשבת ק"כ. שבדליקה אומר לאחרים בואו והצילו לכם ועושים עמו חשבון

לדברי הביה"ל דס"ל שגם בזוטו של ים לא יוצא מרשותו ומאידך ס"ל שכיון שלא יוצא מרשותו כשבטל המצב של אבוד בטל התר זכיה ואינו צריך קנין חדש קשה א"כ אמאי בשור הנסקל כל הקודם זכה. ואם ס"ל כדמשמע בקצה"ח בס' ת"ו דאיכא אומדנא שמפקיר השור הנסקל והוי הפקר ממש א"כ בכל זוטו של ים נימא הכי וצ"ע.

ובעיקר דברי רש"י לכאורה בל"ה ליכא ראייה ד"ל דמה שלא פירש כר"ן הוא משום דס"ל דכיון שיכולים אחרים להציל אין זה אבוד מכל אדם ולא הוי זוטו של ים. וכן מפורש במג"א ס' של"ד סק"א בשם הב"ח ע"ש. ואדרבה צריך להבין סברת הר"ן אמאי חשיב ליה כזוטו של ים אמנם הוא אינו יכול להציל אבל אחרים יכולים להציל וא"כ לכאורה חייבים להציל ע"ד לעשות עמו חשבון אח"כ ואין כאן מצב של אבוד מכל אדם.

נעשה כצווח על ביתו שנפל. הא

דלא חייבו כאן לפנינו משה"ד כתב השיטה בשם ר' יהונתן שכאן מיירי במוצא שאינו אדם חשוב. והמרדכי כתב שהיה המוצא עני והמאבד עשיר. וע' לעיל בעמ' א' מש"כ בדברי הרא"ש ובדברי התה"כ דס"ל שבמקום שרבים מצוים אף שבסתם מתיאש אם מפרש שאינו מתיאש מהני ואין התר זכיה ורק בזוטו של ים לא מהני צווח ובאמת בשו"ע נזכר דין זה רק בס' רנ"ט סע' ז' לגבי זוטו של ים. ותימה דמפורש כאן שגם במקום שרבים מצוים לא מהני צווח והגאון כתב שזה המקור לדברי השו"ע שם. ע' מה שכתבנו בזה לעיל.

רוב מבחי ישראל. כתב השיטה בשם

הראב"ד דזה ניחא רק בבהמה שהדרך שהטבח שוחט אבל בפרגיות שהם עופות כ"א שוחט לעצמו וכזה לא שייך לתרץ דמיירי ברוב טבחי ישראל וע"כ מיירי ברוב ישראל ומוכיח מזה הראב"ד דק"ל כרשב"א אפילו ברוב ישראל.

אחר השבת ופריך אמאי יעשה חשבון הא מהפקירא זכו. ופרש"י דהוי הפקר מפני שאמר הצילו לכם וזה מעשה הפקר. והר"ן כתב דאף שלא הפקיר יכולים הם לזכות כדין זוטו של ים כיון שהוא אינו יכול להציל. ומוכח לר"ן דבזוטו של ים לא כופין למה"ד. מרש"י מוכח לכאורה כרמ"א שגם בזוטו של ים יש חיוב למה"ד ולכן הוצרך לומר שמפקירו. וכתב הב"ה"ל שיש לדחות את הראייה מרש"י ד"ל שאותם שהצילו לא היה להם כוונה לזכות בשעת הצלה ומהפקירא זכו היינו שעכשיו הם רוצים לזכות. ולכן הוצרך רש"י לפרש שיש כאן הפקר ממש שאם כל ההתר הוא משום זוטו של ים לא יצא מרשות הבעלים עד שבא ליד הזוכה ואם בטל המצב של הולך לאיבוד בטל ההתר זכיה ואין הבעלים צריכים לחזור ולזכות דמעולם לא יצא מרשותם. וא"כ אחרי ההצלה אין המציל יכול לזכות לכן הוצרך רש"י לומר דהוי הפקר ממש וכ"ז שלא זכו הבעלים יכול כ"א לזכות גם אחר ההצלה.

מדברי הביה"ל מבואר דס"ל שגם בזוטו

של ים אין הממון יוצא מרשותו עד שבא ליד זוכה ככל אבידה לאחר יאוש. והובא בדף כא: שנחלקו בזה התה"כ והנתיבות. אך דברי הביה"ל צ"ב שהתה"כ שואל על דבריו משור הנסקל שהוזמו עדין אמאי כל הקודם זכה הא מעולם לא פקע בעלותו. ומוכיח מזה שאף שלא יצא מרשותו כיון שחל התר זכיה אף שבטל סיבת ההתר לא פקע ההתר זכיה אלא א"כ חזרו הבעלים וזכו בממונם. והנתיבות שחולק וס"ל שבכל אבידה אחר יאוש אם בטל סיבת היאוש בטל ממילא התר הזכיה ס"ל דבזוטו של ים פקע לגמרי בעלותו ולכן כ"ז שלא חזר וזכה כל הקודם זכה. דהיינו שמשור הנסקל שהוזמו עדין מוכח או שגם במקום שלא יצא מרשותו לא מהני חזרה מיאוש כדברי התה"כ, או שמוכח שבזוטו של ים פוקע הבעלות מיד כדברי הנתיבות ולכן כל הקודם זכה ולא דמי לכל אבידה אחר יאוש. אבל

הערות אלו מציאות דף כד: — כה. וציונים קפט

זה רק באבד ולא בנגב ומשמע שלא פסק כתוספתא. ולכאור' היה אפ"ל שהרמב"ם בזה לשטתו ולא מחלק כחילוקו של הש"ך. אך הביה"ל כתב שאפילו אם בעלמא חשוד לדבר אחד אינו חשוד לדבר אחר הכא גרע שבשעת שחיטה עצמה הוא עוסק במעשה גניבה ששוחט בהמת חברו ובאותו זמן הוא חשוד גם לדברים אחרים.

דף כה.

מעמא דמצא פירות בכ"י וכו' תנינא
להא דת"ר. רע"א מבאר למה הגמ' הקדימה לזרמינהו את התנינא להא דת"ר. דאף שבמשנה מבואר שאם הפירות לא נמצאים בתוך הכלי הא"ש היה מקום לומר שאין הטעם מפני שלא תולים שהם מהכלי אלא משום דמתיאש שחושב שמא נפלו הפירות רחוק מהכלי או מאחורי הכלי באופן שלא יתלו שהפירות מהכלי. ואם זה הטעם של המשנה לא קשה קושית הגמ' די"ל דלעולם תולים והא"ש דמתני' משום יאוש והברייתא מיירי בדבר שאינו חשוב ולא ממשמשי בהו וחיישינן שמא לא ידע וליכא התירא דיאוש דהוי יס"מ. ואין להקשות א"כ אפילו אם הפירות בתוך הכלי איכא נמי יאוש שהרי הוא חושש שיפלו הפירות ושיפלו באופן שלא יהיה הוכחה שהם מהכלי, דכיון שלא נתיאש מהכלי שיש בו סימן נשאר הכלי ברשותו וא"כ היאוש של הפירות הוא יאוש ברשות ולא מהני. לכן מהמשנה לא קשיא והוצרכו להקדים דברי הברייתא דמבואר בברייתא שאם מקצת פירות בפנים מחזירים גם את אלו שבחוץ. ולכאורה מה בכך דאיכא הוכחה שזה מהכלי הא מ"מ איכא יאוש ובשלמא מה שבתוך הכלי הוי יאוש ברשות אבל מה שבחוץ אינו יאוש ברשות. אלא מוכח מהברייתא דאינו חושש שיפול רחוק וליכא יאוש והא דאם כל הפירות בחוץ הא"ש ע"כ הוא מפני שחוששין שאינו מהכלי וע"ז שפיר הקשו ורמינהו.

וכל הראשונים חולקים וס"ל כשיטת התוס' בד"ה סבר דקי"ל כרשב"א רק ברוב עכו"ם ולא ברוב ישראל. ועל קושית הראב"ד כתבו שבעופות דרך הצייד לשוחטו ומיירי ברוב ציידים ישראל. וכ"כ הש"ך ביו"ד ס' א' סקי"ח דבעופות בעינן רוב ציידים ישראל. ובמה שכתבו התוס' בד"ה הרי שה"ה נגנבו כתב הרא"ש דזה דוקא כשרוב גנבי ישראל. וכן נפסק בשו"ע ס' א' סע' ד'. והקשה הפ"ח מה נ"מ אם הגנב הוא ישראל או לא הא מיירי ברוב טבחי ישראל וכמו שבאבדו סומכים שהשוחט היה ישראל מפני שרוב טבחי ישראל א"כ ה"ה בנגנבו אפילו אם הגנב היה עכו"ם מ"מ השוחט היה ישראל. וכתב בזה הפלתי ביו"ד ס' א' סקי"ג שמה שתלוי ברוב טבחים היינו משום שסתם בנ"א אינם מגדלים בהמות לאכילה אלא קונים בשר מהטבח. אבל מי שיש לו בהמה ורוצה לאוכלה אינו מביאה לטבח אלא שוחט בעצמו ואם הוא עכו"ם הורגה בעצמו. לכן כשמוצא בשר של אחר אמרינן דמסתמא נלקח מהטבח ובזה אזלינן בתר רוב טבחים. אבל כשנאבד או נגנב בהמתו ומצאו שחוט על הצד שהגנב או המוצא היה עכו"ם א"כ הבשר לא הגיע לידי טבח ובזה אזלינן בתר רוב העיר ולא בתר רוב טבחים. ובנגנב אזלינן בתר רוב גנבי. ומביא הפלתי ראייה לדבריו שרוב טבחי ישראל נזכר רק בחו"מ ס' רנ"ט דמיירי במוצא בשר של אחר. אבל ביו"ד בדין של אבדו לא נזכר רוב טבחים. והא דלא אסרינן במי שאבדו גדייו ותרגוליו משום בשר שנתעלם מן העין ע' בסמ"ע ס' רנ"ט סקי"ג. ובפלתי ס' ס"ג סק"ב כתב כיון שניכר בית השחיטה סגי בסימן זה להתיר בשר שנתעלם מן העין.

תוד"ה הרי. כתבו דאף שחשוד על הגניבה שחיטתו כשירה. וע' ש"ך יו"ד ס' ב' סקי"ח דאף דשיטת הרמב"ם דחשוד לדבר אחר לא סמכין על בדיקת סכינו הכא עדיף שאולי לא שחט בעצמו אלא מסר לאחר לשחוט. אך הביה"ל ח"ב ס' א' כתב שהרמב"ם מביא דין

יאוש ברשות. והיינו או משום דאינו משתמר או דהכא גרע מפני שגם הכלי אבוד כנ"ל. נאך גם לרע"א לא יתישב קרשית הפנ"י שבברייתא מוכח דאינו מתיאש דקתני מקצת בכלי גם מה שבחוץ מחזיר וע"כ דאינו מתיאש א"כ גם כשהכל בחוץ יהיה המנין סימן].

בא בעל הסימן ונמל את שלו. הקשה

הפנ"י מאי קמ"ל בזה הא פשיטא כיון שמודה שאין הפירות שלו הרי הם של המוצא. ותי' דס"ד כיון שיש הוכחה שהפירות הם מהכלי אם מודה שהפירות אינם שלו זה ראייה שגם הכלי אינו שלו והוי כסימן נגד סימן. וע' בחת"ס אבה"ע ס' נ"ז ד"ה והנלענ"ד שהקשה למה באמת לא אמרין שאם הפירות אינם שלו גם הכלי אינו שלו, וע"ש מש"כ בזה. ולכאורה י"ל דהסימן עדיף מקירבת הפירות לכלי. אך לפ"ז יש להסתפק היכא שכל הפירות הם בתוך הכלי ומודה שבכלי שלו לא היו פירות האם באופן זה לא יקבל גם את הכלי או לא דשמא באופן זה הראיה שהכלי והפירות שייכים זל"ז הוא יותר אלים ועדיף מהסימן וע"ע.

דבר שאין בו סימן בצד דבר

שיב"ס. הקצה"ח בס' רס"ב מקשה אמאי תולים הפירות בכלי הא קי"ל רוב וקרוב הלוח אחר הרוב ונימא שהפירות הם מעלמא. וכתב שלשיטת הרמב"ן בב"ב כד. שאם נמצא בתוך מקום המיעוט עדיף מקרוב ובזה לא אזלינן בתר רובא ניחא אבל לרא"ש שם שחולק נשאר הקצות בצ"ע. החת"ס באבה"ע ס' נ"ז חולק על הקצות וכתב שהפירות הנמצאים סמוך לכלי אינו נחשב כמקום הכלי אלא רק קרוב וגם לרמב"ן קשה. וכתב ליישב ע"פ הפנ"י בכתובות שמה שצריך סימן ולא זוכה בטענת ברי הוא משום דהוי נגד רוב אבל כשמצטרף לטענת ברי קרוב, תרוייהו יחד עדיפי מרוב, ע"ש. ולכאורה היה נראה ליישב קרשית הקצות באופן פשוט שהקצות דן מהו השעור של

רע"א כתב בהדיא דלא מהני יאוש לפירות שבתוך הכלי דהוי יאוש ברשות ואע"פ שזה חצר שאינה משתמרת ולא ראוי לקנין מ"מ מקרי רשותו והוי יאוש ברשות. וזה דלא כנתיבות בס' רנ"ט סק"א שכתב שאבידה שנמצאת בחצר שאינה משתמרת אינה נחשבת יאוש ברשות. ודברי רע"א לכאורה צ"ב שאפילו אי אמרין שגם חצר שאינה משתמרת נחשב יאוש ברשות היינו באופן שהחצר אינה אבודה ולא היה מועיל יאוש לגבי החצר א"כ גם החפץ שנמצא בחצר לא מהני בו יאוש. אבל הכא הכלי בעצמו הוא אבוד ואם היה מתיאש מהכלי היה מועיל היאוש להתיר את זכיית הכלי וא"כ איך מונע הכלי שלא יועיל היאוש לפירות הנמצאים בכלי הא הכלי בעצמו הוא במצב של אבידה. ואיך הכלי שהוא אבוד יגרום שהפירות הנמצאים בו לא נחשבים במצב של אבוד ולא מהני בהו יאוש. ומוכח מזה דאין יאוש דבר המתיר את הזכיה באבידה אלא ההתר הוא בגלל שהחפץ במצב של אבוד אלא דכ"ז שלא נתיאש אינו מספיק במצב של אבוד והיאוש משלים את המצב של אבוד וכשמגיע לדרגת אבוד כזה הותר. ולכן כל שלא נתיאש מהכלי חסר בשם אבוד של הכלי ועד כמה שהכלי אינו אבוד נחשבים הפירות שמונחים בכלי ליאוש ברשות. וסברא זו כתבנו לעיל דף כא. לבאר שיטת רש"י דס"ל דיאוש נלמד מזוטו של ים ע"ש. [כמדומה שביאור זה ברע"א שמעתי ממורינו הג"ר דוד פוברסקי זצ"ל].

אמנם בפנ"י מבואר דלא ס"ל בזה כרע"א

דהפנ"י מקשה אמאי לא יהיה מנין הפירות סימן. ואף דהוי דרך נפילה ודרך נפילה ליכא סימן דמנין היינו מפני שאינו יודע כמה נפל בכל מקום. אבל כאן שהפירות בכלי יודע מנינם. ומוסיף הפנ"י דאין לומר שמתיאש מפני שחושש אולי נפלו מהכלי דא"כ גם מה שבתוך הכלי יהיה הא"ש מפני היאוש. ומבואר דס"ל דמהני יאוש למה שבכלי ולא אמרין דהוי

הערות

אלו מציאות דף כה.

וציונים

קצא

קירבת הפירות לכלי שצריך כדי להחזיר פירות בסימן הכלי. והקצות מדמה לגמ' בע"ז לענין אבני מרקוליס ע"ש נוע' מש"כ בזה החת"ס הנ"ל. וכתב ע"ז הנתיבות דאין שיעור קצוב בזה אלא אם לפי הענין הפירות נמצאים במצב שראוי להיות כך אם נפלו מהכלי מחזירים פירות בסימן הכלי ע"ש. וא"כ אין זה דין של קורבה אלא צורת הנחת הכלי והפירות מראה שהפירות נפלו מהכלי. והא דרוב עדיף מקרוב הוא כשכל מה שמעורר ספק שאולי זה מהמיעוט הוא מה שזה קרוב למיעוט אבל הכא דמהדר אפיה לפירות לא המרחק בלבד גורם אלא צורת הנחתן וזה עדיף מקרוב.

הובא לעיל כב: דברי הב"ש באבה"ע ס' י"ז לענין מת שנמצאו לידו כלים דחיישינן שנפלו מאחר ולא דמי לפירות בצד הכלי. והקצות תמה למה לא דמי. וכתב בזה הנתיבות ס' רס"ב סק"ו דהכא תולים הפירות בכלי מפני שטוען ברי שהיו פירות בכליו. ונאמן בזה כמש"כ התוס' לעיל כב: [והובא שם בשם החת"ס והקה"י שכונתו מפני שכיוון מין הפרי וזה הוכחה שאומר אמת] וכיון שידוע שהיו פירות בכליו לא חיישינן שפירותיו נפלו במק"א ואחר איבד פירות על יד הכלי שלו. משא"כ במת לא ידוע שלמת היו כלים כאלו ובוזה חיישינן שמא נפלו מאחר. וע' קה"י ב"ב ס' ט"ו שכתב ע"פ סברא זו ליישב קושית הקצות מרוב וקרוב דהתם שמא לא נפל מהקרוב כלל משא"כ כאן שידוע שהיו לבעל הכלי פירות בכליו.

נמצא הדרכים בישוב קושית הקצות. א. תי' הקצות ע"פ הרמב"ן בב"ב. ב. תי' החת"ס ע"פ הפנ"י בכתובות דברי וקרוב עדיף מרוב. ג. תי' הקה"י ע"פ סברת הנתיבות בביאור דברי הב"ש. ד. הכא אינו ענין של קרוב כלל דלא המרחק גורם אלא צורת נפילת הפירות מוכיח שנפל מהכלי. וגם סברא זו רמוזה בהמשך דברי הנתיבות בביאור דברי הב"ש ע"ש.

הא בכובא וכיתנא. לפירוש רש"י ע"כ ר"פ ור"ז פליגי שלר"ז בצנא ופירי תולים שהפירות הם מהכלי אפילו לא אשתייר בה מידי ולר"פ רק באשתייר. אבל לתוס' אין הכרח דפליגי ואין סתירה בין התירושים. וע' בהגהת הגר"א שהרמב"ם מביא כל תירושי הגמ' חוץ מתירושו של ר"ז והרא"ש מביא גם את ר"ז. ולכאורה תלוי במחלוקת רש"י ותוס' שלרש"י א"א לפסוק כתרוייהו דסתרי אהדדי ולתוס' אפשר לפסוק כשניהם. וכן מבואר בהגהות הב"ח על הרא"ש ע"ש. וע"ע בגאון בס' רס"ב סקכ"ה שכל האבע"א לא פליגי אלא כ"א מפרש את שלפניו. ולדבריו יוצא שמה שהלשון הראשון מחלק בין אשתייר ללא אשתייר הוא בלא מהדר אפיה וכשאין אוגנין ולא כפרש"י שפירש עם אוגנין.

ש"מ מנין הוי סימן. רע"א מקשה דא"א לפשוט לא מנין ולא מקום דאולי כ"א בפנ"ע אינו סימן אבל תרוייהו יחד הוו סימן כמש"כ התוס' בד"ה ש"מ דמנין וחרוזא הוי סימן. וע' בשיטמ"ק שעמד בזה.

והוא שעשוין כמגדלין. ברש"י מבואר שהמגדל גורם תרתי א. הוכחה דהוי הינוח ולא נפילה. ב. המגדל הוא סימן. ולכאורה נראה דרש"י פירש כן רק לה"א דס"ד שמכריז מנין א"כ למ"ד מקום לא הוי סימן מהו הסימן, וע"כ הסימן הוא המגדל. אבל למסקנה שמכריז טיבעא ואיכא סימן מנין י"ל דיודה רש"י שהמגדל אינו סימן דאי נימא דהמגדל הוי סימן ישאר קושית הגמ' ל"ל שלש גם בב' יהיה המגדל סימן שהרי מוכח מקושית הגמ' שגם בב' יש הוכחה שאינו דרך נפילה כמו שהוכיחו התוס' בד"ה והוא. וא"כ יש לע' בדברי הסמ"ע בס' רס"ב סקכ"ה שכתב בדעת הרמב"ם והמחבר שמגדל הוי סימן. אך למש"כ התוס' דלמ"ד מקום הוי סימן בל"ה קשה שיכריז גם בשנים ומקום יהיה סימן. וכתבו דהוי מצי לשנוי שבשנים חוששים לנפילה א"כ י"ל

קצב הערות אלו מציאות דף כה. – כה: וציונים

לרש"י שגם למסקנה מגדל הוי סימן והא דבעינן ג' הוא משום דבב' יש חשש נפילה. אך למש"כ הרא"ש בשם הראב"ד דבמטבע שהוא קטן א"א לכוין המקום ומקום המטבע לא הוי סימן [ע' לשון השיטמ"ק בשם הראב"ד בד"ה וז"ל הראב"ד] א"כ הגמ' כפשוטה דגם בשנים ליכא חשש נפילה אלא שאין סימן ואי נימא דמגדל הוא סימן אמאי אינו מכריז בשנים. ואולי י"ל דאע"ג דגם בשנים יש ראייה שאינו דרך נפילה מ"מ הא דמגדל נחשב סימן לרש"י הוא דוקא בג'.

תוד"ה הא גופא. ע' בפנ"י בביאור דבריהם.

מטבע מכריז. מבואר דכיון שמכריז בלשון רבים בשנים ליכא סימן מנין. והקשה הט"ז בס' רס"ב סע' י"ב כיון ששנים לא הוי סימן א"כ יודע השומע את ההכרזה שבדואי היו לפחות ג' דאל"כ ליכא סימן ולא היה מכריז א"כ גם שלש לא יהיה סימן. דהיינו באופן דליכא סימן אחר ולמ"ד מקום לא הוי סימן א"כ ע"כ מכריז מחמת מנין ומוכח שהיו לכה"פ ג', ע"ש.

כשיר כשורה מהו. הרא"ש פסק מספק לחומרה ונוטל ומכריז והרמב"ם פט"ז ה"ב כתב שמספק לא יטול. וכתב הגאון בס' רס"ב סקכ"ב שהרמב"ם לשטתו דס"ל תקפו כהן אין מוציאים מידו. וצ"ב בשלמא לעיל לגבי חצי קב בב' אמות דפסק הרמב"ם בפט"ו הי"ב דלא יטול ואם נטל אינו חייב להכריז וכתב ע"ז הגאון בס' ר"ס סקכ"ד דהרמב"ם לשטתו דס"ל ת"כ אין מוציאין מידו ניחא, דהתם נזכר ברמב"ם שאם נטל אינו חייב להכריז וזה מפני שמהני תפיסתו. אבל הכא לא נזכר ברמב"ם מה הדין אם נטל אלא רק כתב שלכתחילה לא יטול וזה לכאורה לא נוגע לדין של ת"כ אלא דס"ל דליכא חיוב השבה מספק. אך הביאור הוא פשוט דלכאורה אינו מובן למה לא יטול

בשלמא לעיל בחצי קב בב' אמות יש צד שאינו אבידה כלל לכן מספק לא יטול, אבל כאן גם לצד שכשיר דינו כמגדל והוי הינוח תולים ששכח כיון שנמצא במקום שאינו משתמר כמבואר במשנה דג' מטבעות נוטל ומכריז. וא"כ ממ"נ נוטל והספק הוא רק אם נוטל ומכריז או הא"ש ולמה כתב הרמב"ם שלא יטול כלל. אלא דהא דנוטל ומכריז הוא משום שזה עדיף לבעלים כיון שמסתבר שע"י הכרזה ימצא את הבעלים כיון שיש סימן אבל אם יהיה הדין שבדיעבד אם נטל מהני תפיסתו ומספק אינו מכריז א"כ בדואי עדיף שלא יטול ושמא יזכרו הבעלים ויבואו ויקחו את ממנו. א"כ שפיר כתב הגאון שמה שלא יטול הוא מפני שת"כ אין מוציאים וכיון שאם יטול לא יכריז לכן לכתחילה לא יטול.

דף כה:

אין סימן למטבע. נחלקו הרמב"ן והריטב"א בטעם הדבר שאין סימן למטבע. הריטב"א כתב שגם במטבע הסימן הוא ראייה שהמטבע היתה פעם שלו אבל אין ראייה שעכשיו הוא שלו דשמא הוציאו. ומה שבשאר חפצים סומכים על הסימן ולא חיישינן שמכרו לאחר הוא משום שאין לנו להוציא ממון מחזקת בעליו. והרמב"ן ס"ל שבמטבע לא מהני סימן דאמנם איכא הוכחה שנפל לו מטבע עם סימן זה מ"מ חיישינן שעשה סימן זה בהרבה מטבעות וכשם שנפל לו מטבע עם סימן זה כך נפל לאחר מטבע שקיבל ממנו עם אותו סימן. דהיינו דפליגי בהא דמהני סימן בשאר חפצים. לריטב"א אין הסימן מוכיח שנפל לו חפץ זה דשמא היה לו ומכרו ומשקר עכשיו. אלא הסימן הוא הוכחה שפעם היה שלו וממילא איכא חזקת מ"ק ולא חיישינן שמכרו. ובמטבע שעומד להוצאה חיישינן שהוציאו. והרמב"ן ס"ל שהסימן הוא הוכחה שהוא איבד חפץ עם סימן זה דאל"כ מנא ידע לומר סימן זה א"כ בעלמא הסימן הוא הוכחה

הערות

אלו מציאות דף כה:

וציונים

קצג

באמת לא יחזיר בלי סימן למי שטוען שלא היה אבידה כלל. [שו"ר בשעה"מ ס' קל"ט סק"ב שעמד בזה דהיינו איפכא מקושית התוס' על רש"י יעו"ש]. ואולי אף שטוען שלא היה אבידה מ"מ זה רק עד שנטלו המוצא אבל מהרגע שנטלו המוצא [ואין עליו דין גולן כיון שלא נטל מרשות הבעלים ונטל ע"ד להחזיר] זה נעשה אבוד מן הבעלים א"כ איכא בזה חיוב עד דרוש ככל אבידה. ומדברי התוס' שהקשו פשיטא נראה לכא' דלא ס"ל כדברי השע"י אלא כדברי הפרי יצחק שהובא לעיל כג: שקרא דעד דרוש להקל בא ולא להחמיר. וגם בלי פסוק פשוט שאין להחזיר בלי ראייה.

הר"ן בחידושו מאריך בענין ספק הינוח והיוצא מדבריו הוא שאם יש צד חיוב השבה ובודאי אינו גורם נזק ע"י נטילתו חייב ליטול ולהכריז. ומה"ט בדבר שיש בו סימן והוי ספק הינוח במקום שמשתמר קצת חייב להכריז כיון שיש צד שזה אבידה ואינו גורם הפסד בנטילתו. ואף שלא ברור שימצא את הבעלים ע"י הכרזה מ"מ כיון שאם לא יטול יתכן שיאבד שאינו משתמר אלא קצת א"כ ליכא פסידא ע"י הנטילה לכן חייב ליטול כיון שיש צד של חיוב השבה. ואם גורם הפסד ע"י הנטילה לא יטול אף שיש צד חיוב השבה, כגון ספק הינוח במקום שמשתמר לגמרי אפילו יש בו סימן לא יטול, כיון שעכשיו זה משתמר ואולי אינו אבידה ואם נוטל יתכן שקלקל שאין זה ודאי שימצא את הבעלים ע"י הכרזה. וכן ספק הינוח במקום המשתמר קצת ואין בו סימן לא יטול כיון שאין בו סימן וקרוב לוודאי שלא ימצא את הבעלים ונחשב קלקול לגבי המצב שהיה שהוא משתמר קצת. היכא דהוי ודאי הינוח אפילו משתמר ואינו משתמר ויש בו סימן לא יטול ואף שאין מקלקל ע"י נטילתו מ"מ כיון שבודאי אינו אבידה לא יטול. ועל דין זה התוס' חולקים [ע' נ"י] וס"ל שאפילו בודאי הינוח כיון שנמצא במקום שאינו משתמר לגמרי חיישין לשכחה וחוזר להיות

שעכשיו חפץ זה שלו ולא צריך להגיע לחמ"ק, ורק במטבע הסימן אינו מוכיח כלל דכשם שנפל לו כך נפל לחברו שקיבל ממנו. ונ"מ מזה במטבע שיש בו סדק שכתב הנ"י דמהני וזה מפני שס"ל כרמב"ן כמבואר בדבריו ואין הדרך לעשות סדק בכל מטבעותיו א"כ בזה הסימן הוא ראייה שנפל ממנו מטבע זו. משא"כ לריטב"א גם בסדק ליכא הוכחה שנפל ממנו אלא שפעם היה שלו וחמ"ק ליכא דגם מטבע שיש בו סדק עומד להוצאה. ועוד נ"מ בצורבא מרבנן, שלריטב"א החשש הוא חשש משקר ואם הוא נאמן לומר שנפל לו מטבע עם סימן זה שפיר אמרינן דשלו הוא. משא"כ לרמב"ן ליכא חשש משקר אלא חשש דאיכא עוד מטבע עם סימן זה וא"כ גם לצורבא מרבנן לא יחזירו.

ספק הינוח וכו' אם נמל לא יחזיר.

פירש"י דלא יחזיר משום דליכא דיהיב סימנא. והקשו התוס' בסוד"ה ואם דפשיטא דלא יחזיר כיון שלא יודע מי הם הבעלים ולמי יחזיר. ולכאורה נראה בביאור דברי רש"י שיש כאן חידוש גדול. דהובא כמה פעמים קושית הפנ"י אמאי צריך סימנים הא טוען ברי שזה שלו ואין הכחשה ואינו בא להוציא. ותירצו האחרונים [שערי יושר ש"ו פי"ד] דאה"נ מצד דין הממון היה ראוי שיטול בלי סימן אלא גזה"כ בהשבת אבידה דבעינן עד דרוש אחיך אותו. והיה מקום לומר שזה דוקא כשזה ודאי אבידה כגון שניכר שזה דרך נפילה או שהבעלים בעצמם מודים שנאבד אלא שטוען שזה שלו. בזה איכא חיוב השבת אבידה וחיוב של דורשהו אם רמאי אם לאו לכן בעינן סימנים. אבל בספק הינוח ובאו הבעלים וטוענים שלא היה אבידה כלל אלא הניחו ע"ד לחזור ולקחת א"כ לדבריו ליכא הכא פרשת השבת אבידה כלל והוי כנכנס לבית חברו ולקח חפץ. וכיון שנאמן בטענתו כיון שטוען ברי ואין מי שמכחיש ואינו בא להוציא ממוחזק א"כ היה מקום לומר שיטול בלי סימן ע"י טענת ברי. ואדרבה צ"ב אמאי

כשהלך לביתו וכתב ע"ז שזה דלא כתוס'. וקשה אם ס"ל דחיישנין לשכחה אמאי יחזיר בספק הינוח כשלא הלך לביתו.

ב. הובא בריש פרקין שרע"א מחדש דאבידה שאין בה סימן אין בו חיוב השבה אפילו באופן דליכא יאוש. והאמר"מ בס' ל"ז כתב שכן מבואר בחי' הר"ן בסוגיין. ובאות ז' כתב האמר"מ שמתוס' דידן מוכח דס"ל שגם בדבר שאין בו סימן יש חיוב השבה שהרי כתבו בספק הינוח בדבר שאין בו סימן אם נטל נתחייב בהשבה דיש צד ששכח והוי אבידה ואמאי הא זה אבידה שאין בה סימן ולרע"א גם כשלא מתיאש ליכא חיוב השבה. ותמה האמר"מ על רע"א שלא הזכיר שבתוס' כאן מבואר שלא כדבריו. אך באמת רע"א בעצמו מביא דברי התוס' לקמן כו. בד"ה ואולם שגם שם כתב החידוש שאין חיוב השבה באבידה שאין בה סימן ומביא שבתוס' כאן מבואר לא כך וכתב שגם התוס' יכולים להודות שאין חיוב ליטול אבידה שאין בה סימן ורק אחר שנטל ס"ל שיש חיוב השבה. עכ"פ בדעת הי"מ דפליגי וס"ל שאפילו נטל יכול להחזיר כ"ז שלא הלך לביתו י"ל דאפילו אי ס"ל כתוס' דחיישנין לשכחה מ"מ ס"ל דלא נתחייב בהשבה כיון דליכא חיוב השבה באבידה שאין בה סימן ואפילו אם נטל ס"ל דליכא חיוב השבה וכמו שמביא האמר"מ בשם חי' הר"ן. אך מה שלא ניחא לאו"ש לישב בזה הסתירה בני"י דלעולם ס"ל דחוששים לשכחה כתוס' ואעפ"כ ס"ל כי"מ משום דס"ל דליכא חיוב השבה בדבר שאין בו סימן הוא משום דבחי' הגרמ"ש לקמן כו: מוכיח מדברי רש"י והנ"י דס"ל שגם בדבר שאין בו סימן יש חיוב השבה ותמה על דברי רע"א ע"ש. אך ראיתו הוא רק באופן שיודע ממי נפל אבל כשאינו יודע ממי נפל יכולים להודות דליכא חיוב השבה שלא חייבה תורה להכריז במקום שלא מסתבר שימצא את הבעלים.

כספק הינוח שאם יש בו סימן יטול. והר"ן מיישב בזה את קושית התוס' ממצא טלית או קרדום בצד הגדר לא יגע בו אפילו יש בו סימן ואמאי הא משתמר ואינו משתמר ויש בו סימן ואמאי לא יטול. וכתב הר"ן כיון דהוי ודאי הינוח לא יטול אע"ג דאינו גורם הפסד בנטילתו. אבל התוס' לשטתם ס"ל שאפילו בודאי הינוח חוששים לשכחה כיון שנמצא במקום שמשתמר ואינו משתמר.

תוד"ה ואם נטל. שיטת הי"מ שאם נטל

ולא זו ממקומו יחזיר ורק אם הלך לא יחזיר שמא באו הבעלים ונמצא שגרם הפסד לבעלים. והתוס' פליגי וס"ל שכל שנטל אף שלא הלך נתחייב בהשבה מספק ונעשה שומר אבידה ובעי' למעבד השבה מעליא. ויש לבאר פלוגתת הי"מ והתוס' בכמה אופנים. א. הנתיבות בס' ר"ס סקט"ז כתב דתלוי במחלוקת תוס' והר"ן אם חיישנין לשכחה בודאי הינוח או לא. שאם לא חיישנין לשכחה בודאי הינוח א"כ גם בספק הינוח ליכא צד חיוב השבת אבידה בדבר שאין בו סימן, דממ"נ אם זה נפילה הרי זה אבידה שאין בה סימן והא"ש, ואם זה הינוח אינו אבידה כלל. ובאמת הר"ן ס"ל בזה כי"מ כמבואר בני"י ע"ש. אבל תוס' כיון דס"ל שגם בודאי הינוח חוששים לשכחה בנמצא במקום המשתמר ואינו משתמר א"כ גם בספק הינוח יש צד אבידה שעל הצד שזה הינוח ושכח הרי זה אבידה וליכא יאוש כיון שמשתמר קצת, וכיון שיש צד חיוב השבה נעשה שומר אבידה ולכן לא יחזיר אפילו שלא הוליכו לביתו. גם הגאון ר' מאיר שמחה זצ"ל לומד שב' מחלוקות אלו תלוים זב"ז ומה"ט מקשה בחידושי סתירה בדברי הנ"י שמצד אחד ס"ל כתוס' שבודאי הינוח במשתמר קצת ויש בו סימן מכריז דחיישנין לשכחה. וכתב ע"ז הנ"י שזה דלא כר"ן. ואח"כ כתב שבספק הינוח אם נטל לא יחזיר בדבר שאין בו סימן הוא דוקא

הערות

אלו מציאות דף כה:

וציונים

קצה

ג. עוד י"ל בביאור סברת הי"מ דאפילו אי אמרינן דיש צד שכחה ואפילו אי איכא חיוב השבה בדבר שאין בו סימן הא מאותו טעם שלתוס' לכתחילה לא יטול כיון שיש צד שגורם נזק לבעל האבידה ולא חייבה תורה להשיב כשגורם נזק לחברו א"כ מאותו הטעם ס"ל שאם נטל ולא הלך לביתו יחזיר דלא אמרה תורה ואספתו אל תוך ביתך במקום שגורם בזה הפסד לחברו. ועוד דאינו אלא ספק ומי יימר דמחויב בשמירה מספק. והתוס' ס"ל דמה דפטרין מהשבה מפני שגורם הפסד לבעל האבידה זה רק לפני שהגביה שחיובו אינו אלא מצוה [א"נ כרע"א הנ"ל דאין חיוב להגביה אבידה שאין בה סימן ורק אם נטל יש חיוב השבה]. משא"כ אחרי שהגביה ויש צד שנעשה שומר לענין חיוב של שומר שהוא שיעבוד ממוני ולא רק מצוה בזה אינו יכול לפטור עצמו בטענה שגורם הפסד לבעל האבידה דאסור לו לפשוט בשמירה וחייב לשמור על הממון עד שימצא את בעליו. [ומה שראיתי דנים בסברת התוס' דהעוסק בספק מצוה פטור מן המצוה ולכן גם בספק אבידה אית ליה הנאה דפרוטה דר"י לכן הוי ודאי שומר שכר אין זה מספיק לבאר דברי התוס' דזה ניחא לבאר הא דהוי ש"ש לר"י אבל בתוס' מפורש שלרבה הוי ש"ח. ועכצ"ל דגם ספק שומר אסור לפשוט בשמירתו].

הרמב"ם בפט"ו ה"א מפרש הא דספק הינוח אם נטל לא יחזיר אין הכונה שלא יחזיר למקום שנטל משם וישמור עד שימצא את הבעלים, אלא אם נטל אינו מחויב בהשבה אלא מספק אמרינן הא"ש כשיטת הרמב"ם בכל ספק אבידה שאם נטל הרי אלו שלו. וגם בזה כתב הגאון בס' ר"ס סקכ"ד וס' רס"ב סקכ"ב שהרמב"ם לשיטתו דס"ל תקפו כהן אין מוציאין מידו. ולפ"ז הראב"ד שמשגיג על הרמב"ם וכתב שבספק הינוח חייב בהשבה מספק לכאוי' הוא משום דס"ל כרוב הראשונים דת"כ מוציאין מידו. וע' בקונה"ס כלל ב'

שכתב שכל הראשונים ס"ל ת"כ מוציאין מידו חוץ מהרמב"ם והראב"ד דשתיק ליה. ולהנ"ל הראב"ד לא שתיק אלא חולק כאן. וצ"ל דס"ל שהשגת הראב"ד הוא דאף שבממון ת"כ אין מוציאין, אבידה שאני דהוי ספק מצוה ואולינן לחומרה. עוד מבואר ברמב"ם שם שגם בדבר שיש בו סימן לא יטול אפילו במשתמר ואינו משתמר שמה שמטריח את הבעלים לחזור על אבידתם נחשב הפסד ועדיף שלא יטול. ולא כתוס' שכתבו שאם יש סימן נוטל ומכריז וכפשטות הגמ' דהקשו אמתני' להוי קשר סימן. וע' במ"מ וכ"מ מש"כ ליישב הסוגיא לשיטת הרמב"ם.

אשפה העשויה לפנות אבידה מדעת היא. לכאורה דברי הגמ' כאן ניחא בין לשיטת הטור שאבידה מדעת הוא הפקר בין לרמב"ם שאינו הפקר אלא שאין חיוב השבה. לטור שאלת הגמ' אמאי מכריז יזכה לעצמו. לרמב"ם שאלת הגמ' אמאי מכריז הא ליכא חיוב השבה. אמנם הש"ך בס' רס"א סק"ג כתב דמוכח כאן דאבידת מדעת הוי הפקר ובס' ר"ס סקל"ג כתב דדוחק לומר שהשאלה אמאי חייב להכריז. ואיני מבין למה דחוק לפרש כן הרי בודאי שמשמעות נוטל ומכריז הוא שחייב להכריז.

שכן דרך אשפה לפנות. אינו מובן הא מיירי בידוע שנמלך לפנותה א"כ מה נ"מ אם דרך לימלך או לא. וע' בשיטמ"ק בד"ה אלא וכן אח"כ בשם הריטב"א שעמדו בזה.

מצא בגל ובמותל ישן. בגמ' מבואר שההתר בכותל ישן הוא מפני שיכול לומר של אמוריים הן. וע' בשיטמ"ק בד"ה מצא בכותל שא"כ כותל ישן היינו כותל שהיה מזמן האמוריים וכל כותל שאינו מזמן האמוריים נחשב לענין זה כותל חדש. אבל הרא"ש כתב דלא תלוי באמוריים דוקא, אלא כל שידוע שהכותל נבנה ע"י מי שגר שם עכשיו או ע"י מורישו נחשב כותל חדש. וכל שהיה זמן

שהבית היה שייך לאחר שאינו מורישו נחשב כותל ישן דיתכן שהיה האבידה של אחר שאינו מורישו של זה והוא התיאש כיון דשתיך טפי. ורק אם היה כל הזמן של מי שבעלים כיום או של מורישו בזה אע"ג דשתיך טפי אין בעה"ב מתיאש כמבואר בתוד"ה בכותל. וכן מפורש בשו"ע ס' ר"ס סע' א' דישן וחדש אינו תלוי באמוריים אלא כל שלא היה תמיד בחזקת מי שדר בו עכשיו או מורישו נחשב ישן. וע' בגאון שם סק"ח שכתב בהדיא דאמוריים לאו דוקא.

היכא דאיכא ספק אם הכותל הוא ישן, דהיינו שהיה פעם שייך לבעה"ב אחר, או שהוא חדש שתמיד היה ברשות בעה"ב זה או מורישו, ע' בלשון השו"ע ס' ר"ס סע' א' שישן היינו שאין זוכרים מי בנאו וחדש היינו שידוע שהיה תמיד בחזקת משפחה זו. ומבואר דמספק אזלינן לקולא ואין מוציאין מהמוצא שמא היה הבית פעם בחזקת אחר. ויש לע' דבאותה סעיף כתב המחבר שההתר בכותל ישן הוא דוקא שהוא כדרך כל המטמוניות הישנים אבל אם מראים הדברים שהם מטמון חדש ואפילו נסתפק לו הדבר ה"ז לא יגע בהם. ומ"ש בזה דמחמירים מספק וכשיש ספק אם הכותל היה פעם ברשות אחר מקילים ואמרין מספק שהוא של המוצא. ובאמת קשה מדברי הגמ' דמדפריך אטו אמורים מצנעי ישראל לא מצנעי מוכח דמספק אין המוצא יכול לזכות וא"כ למה כל שיש צד דהוי כותל ישן הרי הוא של מוצאו. אך הדברים מתבארים בביאור הגר"א שם שגם כשאמרו בתחילה שיכול לומר של אמוריים הן אין הכונה שזה ודאי של אמוריים אלא כיון שיש צד התר אזלינן לקולא. ומזה מביא הגאון בסק"ה מקור להא דמבואר בשו"ע שמספק תולים שהבית הוא ישן אא"כ ידוע שלא דר שם משפחה אחרת והטעם שמקילים בספק מבאר הגאון שמהני תפיסת המוצא כיון שאין בעה"ב מ"ק. ועל מש"כ השו"ע שאם יש ספק אם זה כמטמוניות

הישנים או לא אזלינן לחומרה כתב הגאון בסק"ג מקושית הגמ' אטו אמוריים מצנעי ישראל לא מצנעי. מבואר דמספק מוציאם מהמוצא, והטעם מבאר הגאון בסק"ט דאזלינן בתר בתרא וזה הוכחה שזה של בעה"ב ואינו ספק. ומשני דשתיך ומבאר הרא"ש דאין זה הוכחה שהוא מאמוריים אלא זה גורם שיש מקום להסתפק שמא זה מאמוריים ולא שייך בזה ליזיל בתר בתרא וממילא מספק אזלינן לקולא. ולכן כשזה ודאי שתיך וספק כותל חדש או ישן מספק אזלינן לקולא וכשיש ספק אם שתיך או לא חוזרת קושית הגמ' ישראל לא מצנעי דהיינו דאזלינן בתר בתרא ותולים שזה של בעה"ב. ובזה תתחזק קושית רע"א שמוכח לקמן על ממלא כל הכותל אמאי חולקים מספק הא מספק אזלינן לקולא למוצא כדמוכח מהא דתולין באמוריים כשאין סברא של בתרא.

דף כו.

תוד"ה דשתיך. הקשו אמאי אין בעל הכותל זוכה בקנין חצר. ותי' דחצר אינו קונה דבר שיכול להיות שלא ימצאנו לעולם. ויש לבאר דברי התוס' בב' אופנים. המרדכי כתב על קושית התוס' שדבר שאינו רגיל להיות בחצר אינו מעלה על לבו לקנותו. דהיינו דאף דחצרו של אדם קונה שלא מדעתו אין הטעם משום דקנין חצר לא בעי כוונת קנין, דמ"ש קנין חצר משאר קנינים. אלא שיש אומדנא שדעתו על כל אבידה שתיפול לחצרו שרוצה לקנותה אבל דבר שלא מעלה על דעתו שנמצא בחצר בזה אין מחשבתו עליו וחסר בכוונת קנין. ויסוד זה מוכח לכאורה מהא דקטן אינו קונה מציאה בקנין חצר אלא מפני דרכי שלום [עי' לעיל יא. תוד"ה ילפינן] ולמה אינו קונה קנין גמור הא בקנין חצר לא בעינן כונת קנין והיכא דלא בעינן כונה גם קטן יש לו יד לקנות כגון בדעת אחרת מקנה. אלא מוכח שגם חצר בעי כוונת קנין אלא שיש

הערות

אלו מציאות דף כו.

וציונים

קצו

אומדנא שרצונו לקנות מה שרגיל ליכנס לחצר. ולדברי המרדכי גם באבדה שאם נמצא בחצר הוא בודאי ימצאנו אלא שאין הדרך שמגיע לחצר אין החצר קונה שלא מדעת. ואם כוונת התוס' כמרדכי מש"כ דאינו הוה שימצא היינו אפילו אם שכיח שיהיה בחצר אבל לא שכיח שימצאנו אין דעתו ע"ז וה"ה אם לא שכיח שיגיע לחצר אפילו באופן שכשנמצא ימצאנו.

עוד ביאור בדברי התוס' י"ל ע"פ הראב"ד שכתב בפט"ז ה"ח דהא דאינו זוכה במטמון בקנין חצר הוא משום דהוי חצר שאינה משתמרת. ונחלקו המ"מ והאבה"א בביאור דברי הראב"ד. שהמ"מ הבין שהראב"ד מעמיד דמיירי באינו משתמר והרמב"ם שלא פירש כן ס"ל דמיירי גם במשתמר. וע' בריטב"א שכתב דמיירי בחצר שאינה משתמרת וזה כהבנת ה"ה בראב"ד. והאבן האזל כתב שאין כוונת הראב"ד להעמיד אוקימתא דמיירי באינו משתמר אלא כיון שהמטמון טמון באופן שאין הדרך שימצאנו א"כ אין המטמון נשמר לבעל החצר. וכתב שזה גם כוונת התוס' דכיון שאינו הוה שימצא, החצר נחשב לגבי חפץ זה כחצר שאינה משתמרת. וכדברי האבה"א משמע בלשון הראב"ד דכתב לפי שאינה משתמרת ולא כתב דמיירי באינה משתמרת כלשון הריטב"א.

הנ"מ בין אם כוונת התוס' כמרדכי או כראב"ד הוא בנפל לחצר חפץ שאינו רגיל להגיע לחצר אבל אם נמצא בחצר הוא ימצא ע"י בעל החצר, למרדכי אינו קונה משום דלא אסיק אדעתיה ולראב"ד קונה דאין בזה חסרון של אינה משתמרת.

ונראה דנחלקו בביאור דברי התוס' הגאון והנתיבות. שדברי המרדכי הובאו ברמ"א בס' רס"ח סע' ג' דדבר שאינו רגיל לבא אין חצרו קונה והגאון בסק"ו כתב המקור מדף כו. תניא

מפני וכו' ע' תוד"ה דשתיך. ולכאורה כוונתו דיסוד זה של המרדכי מבואר בתוס' ודבר שאינו הוה שימצא דמי לאינו הוה שיבא דבתרוייהו לא אסיק אדעתיה שימצאנו וחסר כוונת קנין. אבל הנתיבות בסק"ג כתב בהדיא דהתוס' שתרצו דאינו הוה שימצא ולא תירצו כמרדכי מוכח דלא ס"ל כותיה. ומבואר שלמד שאין החסרון משום דלא אסיק אדעתיה אלא דהוי כאינו משתמר כיון שמסתבר שלא ימצאנו אבל דבר שאינו הוה שיבא [כמשכוננו של גר שממנו למד המרדכי דינו כמובא בנתיבות שם] אבל בודאי כשבא זה הוה שימצא ואין בזה חסרון של משתמר לתוס' החצר קונה ולא כמרדכי.

הרא"ש כתב על קושית התוס' שאין בעל הגל זוכה בחצר מפני שבאיסורא אתא לידיה. דהיינו דס"ל שגם בחצר אף שלא ידע מזה ולא נתחייב בהשבה מ"מ חשיב באיסורא אתא לידיה ואין החצר זוכה לו. אבל המוצא יכול לזכות ואף שהריטב"א [הובא באמר"מ ס' ל"ז אות א'] ס"ל דהיכא דבאיסורא אתא לידיה גם אחר אינו יכול לזכות היינו דוקא כשהיה בידו ונתחייב בהשבה דבזה לא מהני היאוש כלל דהוי יאוש ברשות ולכן גם אחר אינו זוכה. אבל בחצר שלא נתחייב בהשבה הדין איסורא אתא לידיה הוא רק דין בקנין חצר דכל שיד אינו קונה חצר אינו קונה וזה בודאי חסרון רק לגבי בעל החצר ולא לגבי המוצא. ע' בזה באמר"מ הנ"ל. והא דנחשב איסורא אתא לידיה אף דתולים באמוריים והוי אבידת עכו"ם ע' במהרש"א דהרא"ש לטעמיה דמבאר דכל ישראל זכו בכל המטמונים בכניסתם לארץ דהשלל שייך לכל ישראל וההתר הוא משום יאוש דכל ישראל וכיון שהיה בחצר לפני יאוש הוי באיסורא אתא לידיה. אך הנ"י אע"ג דס"ל לעיל כג': גבי כופרה שבחצר אמרינן באיסורא אתא לידיה מ"מ לא תירץ כאן כרא"ש משום דס"ל דהתליה הוא באמוריים והוי אבידת עכו"ם. ורק בחורים שבכותל מחציו ולחוף תי'

שהפקר נחשב דעת אחרת מקנה ורק בזה לא בעינן דעת קונה משא"כ ביאוש שלא נחשב דעת אחרת מקנה, דמפורש בב"ק מט: שגם בגר שמת חצרו של אדם קונה שלא מדעתו אף דליכא בזה דעת אחרת מקנה. וע"כ החילוק בין הפקר ליאוש אינו בגלל דעת אחרת מקנה אלא שביאוש אין הממון יוצא מרשותו עד דאתי ליד זוכה.

הרמב"ם בפט"ז ה"ח מקשה כקושיית התוס' שיזכה בעל הגל בקנין חצר. וכתב כיון שהמטמון נמצא במצב של אבודה ממנו ומכל אדם אין החצר קונה. ומה דבר שהיה שלו, כשנמצא במצב של אבוד ממנו ומכל אדם הותר לאחרים לזכות בו, דבר של אחר שנמצא בחצרו והוא במצב של אבוד מכל אדם בודאי שזה מונע את הזכיה. [ע' בחי' ר' מאיר שמחה זצ"ל שמדמה למה שאמרו על המוכר את בתו בוגרת ומה מכורה יוצאה אינו דין שלא תמכר]. והראב"ד כתב דיש פירכא לק"ו זה, דדבר שאבוד ממנו אינו נמצא ברשותו לכן יוצא מרשותו. אבל דבר שנמצא ברשותו מנין שאינו יכול לזכות מפני שהוא אבוד מכל אדם. דהיינו שהראב"ד ס"ל דכמו שיאוש מהני לעשות התר זכיה רק בממון שאינו ברשותו אבל יאוש ברשות לא מהני, כך דין זה דזוטו של ים נאמר רק כשאינו ברשותו ולא כשנמצא ברשותו, וכיון שלא היה יוצא מרשותו באופן זה א"כ גם אין סיבה לבטל זכיית החצר. ובדעת הרמב"ם ע' מחנ"א קנין חצר ס' ז' שבתחילה נקט שהרמב"ם ס"ל דיאוש ברשות מהני, ואח"כ כתב שאפילו אם יאוש ברשות לא מהני זוטו של ים מתיר אפילו כשנמצא ברשותו. ובזה פליגי הרמב"ם והראב"ד אי איכא התיירא דזוטו של ים כשנמצא ברשותו או לא. וכ"כ האו"ש דהרמב"ם ס"ל דזוטו של ים מתיר גם מה שנמצא ברשותו. אך סברת הדבר לחלק בין יאוש ברשות דלא מהני לזוטו של ים ברשות דמהני ניחא לשיטת הסוברים דזוטו של ים אינו מדין יאוש. אבל הרמב"ם דס"ל שהוא מדין

דאין בעל הכותל זוכה משום דבאיסורא אתא לידיה דהתם הוי אבידת ישראל אחר יאוש.

הסמ"ע בס' ר"ס סק"ב כתב שהמרדכי תי' בשם ר' ברוך דלא אמרינן חצרו של אדם קונה שלא מדעתו אלא הפקר גמור ולא אבידה אחר יאוש. הקשה הנתיבות שם סק"א שכאן ההתר הוא משום דתולים באמוריים א"כ הוי אבידת עכו"ם ואין ההתר מטעם יאוש. וכתב ע"פ הרא"ש שגם אם זה של אמוריים זכו ישראל בשלל והוי כאבידת ישראל אחר יאוש. ועוד י"ל ע"פ הריטב"א שמקשה איך תלינן באמוריים הא אפילו בא ישראל ונתן בה סימן הוא של מוצאו. וכתב שאין כוונת הגמ' שבאמת תולים באמוריים אלא זה סיבה שהבעלים מתיאשים מפני שחושבים שיתלו באמוריים. א"כ באמת ההתר הוא משום יאוש. אך עיקר סברת ר' ברוך אינו מובן מה הנ"מ לענין זה בין הפקר לאבידה אחר יאוש. ולכאורה צ"ל ע"פ מש"כ האחרונים שביאוש אין הממון יוצא מרשותו עד דאתי ליד זוכה. ורק בהפקר שהממון כבר יצא מרשות בעליו הוא נקנה בחצר שלא מדעת קונה משא"כ ביאוש שעד הזכיה זה של הבעלים הראשונים בעינן קנין יותר אלים להוציא מרשותם ולא אמרינן בזה חצרו של אדם קונה שלא מדעתו. ובזה יש לבאר דברי ר' ברוך אפילו אי לא ס"ל כרא"ש והריטב"א אלא שההתר הוא כפשוטו דתולים באמוריים והוי אבידת עכו"ם. דלעיל דף ב. הובא מחלוקת הבית הלוי והאמר"מ אם מה שהותר אבידת עכו"ם הוא שהתורה הפקירה אבידת עכו"ם וגם לפני הזכיה יצא מרשות העכו"ם. או שבעלות העכו"ם פוקע רק כשזוכה המוצא. ואי אמרינן דלא נפיק מרשות העכו"ם עד דאתי ליד זוכה א"כ דמי להתירא דיאוש ולא אמרינן בזה חצרו של אדם קונה שלא מדעתו. [אך לשון ר' ברוך הוא דהכא ההתר הוא משום יאוש ע"ש].

ואין לדחות שמה שר' ברוך מחלק בין הפקר ליאוש הוא ע"פ דברי רש"י לעיל י"ב.

הערות

אלו מציאות דף כו.

וציונים

קצט

יאוש א"כ מאי איכא בין יאוש זה ליאוש דעלמא דלא מהני ברשותו [ע' בזה בחי' רמ"ש כאן]. וצ"ל כמש"כ האבן האזל כאן בסוף דבריו דיאוש דעלמא הוא מחמת שהחפץ אבוד ממנו ובזה כשנמצא ברשותו אינו אבוד ולא מהני היאוש. אבל דבר שהוא אבוד מכל אדם נחשב אבוד גם כשנמצא ברשותו לכן מהני בזה יאוש ברשות. וכעין זה כתב הגרמ"ש לקמן כו: לישב קושית הקצות אמאי מהני יאוש בשור הנסקל שהוזמו עדיו הא הוי יאוש ברשות. ותי' שבזה סיבת היאוש אינו מפני שזה נאבד ממנו אלא מפני פסק ב"ד ובזה נחשב אבוד גם כשנמצא ברשותו.

השיטמ"ק בשם תוס' חיצוניות כתב על קושית התוס' דחצר קונה דוקא מה שבא לחצר אחר קנין החצר ולא מה שהיה בחצר בשעה שקנה את החצר. וכדברים אלו כתב הש"ך בס' קצ"ח סק"ז ובס' ר"ב סק"ג שגם במטלטלין הצבורים בחצר יכול לקנות רק באגב ולא בחצר דאין חצר קונה אלא מה שנכנס לחצר אחרי קנין החצר. והקצות כתב שכדברי הש"ך מבואר בתוס' חיצוניות אך תמה על דבריו מכמה גמרות דמפורש שגם בכה"ג קונה בחצר. בס' קצ"ח סק"ב מקשה הקצות מר"ג וזקנים. ובס' ר"ב סק"ג מוסיף להקשות מלעיל ט: משוך בהמה וקני כלים שעליה. המחנ"א קנין חצר ס' י"ד מקשה מריש פ' הזורק שמגרש ע"י שמניח גט בחצרו ומקנה לה החצר. וע"ע בקה"י ס' כ"ז שמוסיף להקשות מב"ב פד. וכתב בזה החזו"א בב"ק ס' ג' סק"ד שבודאי מודה הש"ך שיכול לקנות בקנין חצר גם דבר שהיה בחצר בשעת קניית החצר, אלא שאין קנין הקרקע והמטלטלין חלים כאחת ממש אלא בתחילה קונה הקרקע ואח"כ את המטלטלין ורק בקנין אגב חלים קנין הקרקע והמטלטלין כאחד ממש, ואם מקפיד לקנות שניהם יחד [ע"ש כמה אופנים שיש קפידא בזה] צריך לקנות דוקא באגב ולא בחצר. ועל דברי התוס' חיצוניות שכתב בהדיא דאינו קונה אם היה

בחצר לפני הקנין כתב החזו"א שאין זה נוגע לדברי הש"ך ודברי התוס' חיצוניות אין להם קיום מכל הסוגיות הנ"ל. וע' בקה"י בס' כ"ז שכתב שאין כוונת התו"ח שאין חצר קונה כה"ג כלל אלא שבאופן זה אין החצר קונה שלא מדעתו דכל שאין מעשה של הכנסה לחצר בעינין שיכוין בפירוש לקנות וכן משמע בלשון התו"ח שמייירי לענין לקנות שלא מדעתו. א"כ בדעת הש"ך י"ל כהחזו"א ובדעת התו"ח כהקה"י, וליכא מ"ד שאינו קונה בכה"ג כלל.

הקצות בס' קצ"ח כשמביא התו"ח מוסיף דכן הוא בהגהות אשרי גבי מצא בגל. ולכאורה נראה שמהגהות אשרי ליכא ראייה כלל שמתחיל בתירוצו של המרדכי דהא דאינו קונה בעל הגל בחצר הוא משום דכיון דאינו הוה שיהיה בגל אין דעתו ע"ז ומוסיף ע"ז ההג"א בזה"ל וחצרו קנה לו בדבר הבא לחצרו אחרי כן אבל כאן שהיתה בו מקודם ולא נתכוין לא קנה ע"ש. ומשמע שכ"ז המשך מתחילת דבריו [ולא כהקה"י בס' כ"ז שכתב שב' תירוצים יש בהג"א ומוחצרו קונה לו הוא תירוץ חדש]. וביאור הדברים דחצר קונה שלא מדעתו רק כשבא אח"כ דבזה כיון שרגיל לבא דעתו לקנות. אבל מה שנמצא בשעת קנין ואינו רואהו אין דעתו עליו דלא מסיק אדעתיה שיש דבר טמון. אבל בודאי אם היה דבר גלוי בחצר והוא לא היה שם בשעת קנין קונה החצר והדבר הנמצא בו והחצר קונה שלא מדעתו גם מה שנמצא בו בשעת קנין. ואין זה נוגע כלל לא לדברי הש"ך ולא לתוס' חיצוניות.

נמצא התירוצים שתירצו הראשונים על קושית התוס' א. המרדכי תירץ דלא מסיק אדעתיה לקנות דבר שאינו רגיל להיות בחצר ובגאון משמע שזה גם כוונת התוס'. ב. הראב"ד תירץ לדעת אבה"א כיון שלא הוה שימצא אין זה חצר המשתמרת. וכתב שזה כוונת התוס' וכן נראה שהבין הנתיבות.

עכשיו עם בעה"ב אעפ"כ הוצרכו לומר דאין בעה"ב מתיאש. וכשאין הנכרים עמו לכאור' החצר משתמר ואעפ"כ ס"ל שאם בעה"ב היה מתיאש היה מועיל היאוש ולכאורה מוכח מזה דתוס' פליגי על הרמב"ן ולית להו כלל הדין של יאוש ברשות ולא כמש"כ הנתיבות. וע' ברשב"א כאן שכתב על קושית התוס' דאין בעה"ב מתיאש א"נ אין היאוש מועיל כיון שזה ברשותו. וכ"כ בשיטמ"ק בד"ה מצא אך מוסיף בתי' השני דלא מהני יאוש ברשותו המשתמר. ומבואר דבאינה משתמרת מהני יאוש כנתיבות ולא כרע"א.

בעיקר הדין דיאוש ברשות נאמרו כמה דרכים בטעם הדבר דלא מהני א. בלשון הקצות בס' רנ"ט סק"א מבואר שמה שהממון נמצא במקום שהוא סיבה לקנין זה גם סיבה למנוע את יציאת הממון מרשותו ע"י יאוש ולכן בעינן דוקא חצר הראויה לקנין. ב. הנתיבות בס' רנ"ט סק"א מפרש דיאוש מהני רק בדבר שהוא אבוד ויש עליו דין של אינו ברשותו אבל דבר שנמצא ברשותו אינו אבוד ולא מהני בזה יאוש. הנ"מ בין הקצות לנתיבות הוא בחצר המשתמרת אבל אינה ראויה לקנין מסיבה אחרת, לקצות כל שאין החצר ראוי לקנין אינו מונע את הפקעת היאוש. ולנתיבות אף אם אין החצר ראוי לקנין כל שהוא מקום המשתמר אין החפץ אבוד ולא מהני בו יאוש. לשון הרמב"ן בסוגיין הוא דחצרו קונה לו שלא יצא מרשותו שאין יאוש מפקיע ממון בעה"ב שברשותו עכ"ל משמע קצת כהקצות. ג. האו"ש בחידושי לדף כו: כתב דטעמא דלא מהני יאוש ברשות דהוי יאוש בטעות שאם היה יודע שנמצא ברשותו לא היה מתיאש. דהיינו שלנתיבות אין חסרון ביאוש אלא שיאוש לא מהני בדבר שאינו אבוד ולא"ש יש חסרון ביאוש שהוא בטעות. ובזה מיישב האו"ש את קושית הקצות משור הנסקל שהוזמו עדיו דהתם סיבת היאוש הוא בגלל פסק ב"ד ואין טעות ביאוש. וע"ע מש"כ בדף כא. בדברי

ג. הראב"ד לדעת המ"מ מעמיד דמירי בחצר שאינה משתמרת וכ"כ הריטב"א. ד. הרמב"ם כתב דאין חצר קונה דבר שאבוד מכל אדם. ה. הרא"ש כתב דבאיסורא אתא לידיה. ו. תו"ח כתב דאין חצר קונה שלא מדעתו אא"כ בא לחצר אחרי קנין החצר. ז. מרדכי בשם ר' ברוך כתב דחצר קונה שלא מדעתו דוקא דבר הפקר ולא אבידה אחר יאוש. ח. ע' שיטמ"ק שכמה ראשונים כתבו דמירי בגל של הפקר. ומה שהקשו התוס' רק שיקנה בקנין חצר ולא הקשו שיקנה בקנין אגב כשקנה הכותל ע' קצה"ח ס' ער"ה סק"א שכתב בשם ח"א שרצה להוכיח מזה דלא מהני אגב בהפקר. והקצות כתב דאין ראייה מכאן דאגב קונה רק עם כונת קנין והקשו רק מחצר דחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו.

תוד"ה בכות"ל. אבל מחציו ולפנים של בעה"ב דאינו שוכח חפציו ימים רבים. מבואר דטעמא משום דאין בעה"ב מתיאש אבל אילו היה מתיאש מהני היאוש אף שהחפץ ברשותו. ע' רע"א לעיל כא: ד"ה ולפ"ז שמוכיח מכאן וכן מתוד"ה וניזיל שתוס' חולק על הרמב"ן וס"ל דמהני יאוש ברשות. וכן מוכיח המחנ"א בקנין חצר ס' ז' והתה"כ בס' רס"ב ד"ה אבל. הנתיבות בס' רנ"ט סק"א כתב שאין להוכיח מכאן, דחצר שאינה משתמרת אינו נחשב יאוש ברשות. וגם הקצה"ח שם כתב דרק בחצר הראוי לקנין נחשב יאוש ברשות [המחנ"א כתב בנוסח אחר דכיון שכתבו התוס' דדבר שאינו הוה שימצא אין החצר קונה א"כ אין זה נחשב רשותו לענין שלא יועיל היאוש]. אך רע"א בזה לשטתו שכתב בדף כה. לגבי פירות בתוך הכלי דלא מהני יאוש לפירות שנמצאים בתוך כלי דהוי יאוש ברשות. ומוסיף רע"א דאע"ג שהכלי הוא חצר שאינה משתמרת ואינו ראוי לקנין מ"מ נחשב יאוש ברשות. ולכן שפיר הוכיח רע"א מתוס' דידן דפליג על היסוד של יאוש ברשות. ויש לע' קצת בדברי הנתיבות דבתוד"ה וניזיל מבואר דאף שאין הנכרים דרים

הערות

אלו מציאות דף כו.

וציונים

רא

רש"י דיאוש נלמד מזוטו של ים וע"ע לעיל כה.
בדברי רע"א על מצא פירות בכלי.

היה כותל ממולא מהם חולקין. ע'
בריטב"א שחלוקה זו היא מספק והקשה רע"א
אמאי חולקים הא במקום דליכא חזקת מ"ק
לכו"ע מהני תפיסה ואי אמרינן דבעה"ב נחשב
כמ"ק כיון שנמצא בכותל שלו א"כ יהיה הכל
לבעה"ב ואמאי חולקין ע"ש.

מעות שנמצאו לפני סוחרים בהמה
לעולם מעשר דאזלינן בתר רובא. והקשו התוס'
דאולי נפל מהמוכר וכבר נתחלל. ע' רש"י
בפסחים ח. שכתב דמספק אסור שמא נפל
מהלוקח. והקשו שם התוס' דנימא סמוך מיעוט
חולין שאצל הלוקחים למחצה חולין שאצל
המוכר ואיכא רוב חולין. והתוס' כאן שהקשו
שנתלה שנפל מהמוכר הוא משום דאזלו
לשטתם דס"ל דאיכא רובא להתירא [כן מבואר
בשיטמ"ק בשם הגליון ע"ש] וא"כ צ"ב מה
תרצו בתי' דאיכא חזקת מעשר הא רובא וחזקה
רובא עדיפא ונסמון על רוב חולין להתיר נגד
חזקת מעשר. וממ"נ אי לא ס"ל כדבריהם
בפסחים א"כ גם בלי חזקה לא קשה דמספק
חיישינן שנפל מהלוקח כמש"כ רש"י, ואם
כשטתם בפסחים יש להתיר מכח הרוב נגד
חזקת מעשר. ונראה דס"ל דהא דמהני רוב נגד
חזקה הוא היכא שהרוב אומר שיצא הדבר
מחזקתו כגון בהמה שהיא בחזקת אינה זבוחה
ומתירים ע"י רוב מצוין אצל שחיטה מומחין
הם. אבל כאן הרוב מורכב משני חלקים.
א. ספק אם נפל מהלוקח או מהמוכר. ב. אצל
הלוקח יש מיעוט חולין. ולגבי הספק אם נפל
מהלוקח או מהמוכר איכא חזקה שנפל
מהלוקח ונשאר בחזקת מעשר ואין רוב שאומר
שנפל מהמוכר. א"כ החזקה מכריע שאם
המעות שנמצאו הם מהרוב מעשר שהיה אצל
הלוקח זה נשאר מעשר. ומה שיש צירוף של
מיעוט חולין אין זה מגרע את כח החזקה. שזה

סיבה אחרת להתיר ולא מכח שאמרינן שנתחלל
המעשר. א"כ יש הכרעה של חזקה שהמעשר
נשאר בחזקת מעשר ונשאר רק צד שמא זה
מהחולין שהיה אצל הלוקח וכנגד זה איכא רוב
מעשר. וכעין זה כתב הש"ש ש"א פ"ח דהא
דמהני ספק ספיקא נגד חזקה הוא דוקא ששתי
הספיקות יחד הם נגד החזקה ואל"כ החזקה
מכריע ספק אחד ותו ליכא ספק ספיקא.

מה שכתבו התוס' בתי' הראשון דמוכר
אחד מוכר לכמה בנ"א היינו דאף שמצד הכסף
יש רוב חולין מ"מ הבנ"א שמחזיקים מעשר
הם יותר מהמוכר שהוא אחד. ויש להוכיח
מתוס' זה מה שנחלקו הפוסקים ביו"ד סי' ק"י
בט' חנויות כשבחנות אחת יש יותר בשר ממה
שיש בט' חנויות אי אזלינן בתר רוב בשר או
בתר רוב חנויות. ע' בזה בפת"ת שם בשם
הבית אפרים וכנסת יחזקאל ונוב"י. וע' בחזו"א
דמאי ס' א' סקט"ו ד"ה ואמנם שדן בענין זה
אי אזלינן בתר בשר או חנויות ומזכיר בתוך
דבריו דברי התוס' כאן. ועוד מביא החזו"א שם
שהבית מאיר ביו"ד מביא שהרשב"א דן
בשאלה זו ויש לו צד לומר דרוב בשר נגד רוב
חנויות הוי כרוב נגד רוב. והיה מקום לומר
דבזה פליגי תירוצי התוס' דתי' הראשון ס"ל
דאזלינן בתר רוב חנויות נגד רוב בשר. והתי'
השני ס"ל דהוי רוב נגד רוב ושפיר כתבו
דחזקה מכריע ויתישב מה ששאלנו לעיל דרוב
עדיף מחזקה. אך א"כ קשה למה צריך להגיע
לחזקה ת"ל דאסור מספק כמו שכתב רש"י.
[ואולי זה כוונת רש"י בפסחים ולא קשה מה
שהקשו התוס' שם שיש רוב חולין דס"ל דכנגד
רוב בשר יש רוב חנויות והוי רוב נגד רוב
ואסור מספק]. אלא מוכח שבתי' השני ס"ל
דאזלינן בתר רוב בשר והא דאזלינן בתר חזקה
נגד רוב צ"ל כמש"כ לעיל שאין החזקה נגד כל
הרוב אלא חלק ממנו. ואולי י"ל עוד דס"ל
כראשונים דמדרבנן לא אזלינן בתר רוב נגד
חזקה אלא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה. ע'
בזה בש"ש ש"א פ"כ ד"ה ובקונטרס אחרון.

בעיקר הדבר שכתבו התוס' שיש על המעות חזקת מעשר יש חידוש שהרי ידוע שיש מעות שהגיעו למוכר ונתחללו. ואין הספק אם המעות שנמצאו נתחללו או לא אלא אם נפלו מהמעות שעדיין לא נתחללו או מאלה שכבר נתחללו. וכיון שיש מעות שידוע שיצאו מחזקתן ושמא אלה מהם לכאורה לא שייך בזה להעמיד על החזקה. וע' בש"ש ש"ד פ"ב שמאריך בענין זה אם מעמידים על חזקה במקום שהספק הוא מהיכן פירש ומביא מתוס' בנדה יח. שכתבו דהא דאזלינן בתר רוב בט' חנויות מוכרות בשר שחוטה אף דאיכא חזקת אינו זבוח הוא משום דרובא וחזקה רובא עדיף. מפורש דס"ל שגם במקום שהספק הוא מהיכן פירש מעמידים על חזקה ע"ש.

בהר הבית חולין. המל"מ בפ"ז ממעילה ה"ו מקשה מכאן על הר"ן בביצה שכתב בסוף פרק אין צדין בד"ה ת"ר דלא מתירין דבר שיש לו מתירין ע"י רוב וכמו שביטול ברוב לא אמרינן בדשיל"מ כך הלך אחר הרוב לא מהני בדשיל"מ. וקשה דמע"ש בירושלים הוי דשיל"מ ואמאי מתירין מעות שנמצאו בהר הבית מכח רוב חולין. וע' ברע"א בח"ב תשובות חדשות ס' נ"ו ד"ה ובזה שכתב דכשיש חזקה עם הרוב מודה הר"ן שמותר אפילו בדשיל"מ וכאן חוץ מרוב חולין יש גם חזקת חולין. [ומה שכתבו התוס' דאיכא חזקת מעשר אף שעל הצד שזה מהמיעוט חולין לא היה מעולם מעשר מ"מ איכא חזקה מכח רובא שהרוב אומר שהיה מעשר וממילא כשיש ספק אם נתחלל איכא חזקת מעשר משא"כ בהר הבית איכא רוב וחזקת חולין]. וע"ע מש"כ בזה השעה"מ בפ"ד מיו"ט הכ"ד [הובא בגליון מהרש"א כאן].

הקצה"ח בס' ר' סק"א מקשה אמאי אין ההקדש זוכה במעות שנמצאו בהר הבית בקנין חצר. ובשלמא לראשונים דס"ל דאין חצר להקדש ניחא אבל שיטת הרמב"ן בב"ב עט.

שהקדש קונה בקנין חצר אלא שאין מעילה כיון שאין מקדיש, א"כ למה לא יזכה הקדש במעות בקנין חצר. ותי' דכיון שנפל מיד לחצר הקדש עוד לפני יאוש והוי באיסורא אתא לידיה ובכח"ג אין החצר קונה. ותמה ע"ז האמר"מ בס' ל"ז אות ד' דלא שייך איסורא אתא לידיה בהקדש שאין על הקדש חיוב השבה. אך למש"כ האמר"מ בעצמו בהמשך דבריו שגם באופן שאין חיוב השבה נחשב איסורא אתא לידיה אם יש מצב שאם יבאו הבעלים יצטרך בעל החצר להביא לו את הממון א"כ ניחא נמי דברי הקצות.

וניזל בתר בתרא. שיטת התוס' דמיירי שבעה"ב דר בבית עם השוכרים ונשאר בבית אחרי שיצאו השוכרים והשאלה ניזל בתר בתרא הוא שנתלה שזה של בעה"ב. והמהרש"א לומד שרש"י חולק וס"ל שבעה"ב אינו גר עמם והשאלה היא שנתלה בשוכר האחרון. אך המהרש"א שואל על רש"י דבתחילה כתב שמה שאזלינן בתר בתרא הוא מפני שתולים שסתם שוכר בית כשהוא יוצא מחפש כל זוויתיו ונוטל את שלו וא"כ למה תולים באחרון הא גם הוא חיפש לפני שיצא והוי ליה לרש"י למימר רק מה שכתב בסיום דבריו שאילו הראשונים שכחוהו כבר מצאו האחרונים. וע"ע בדברי רש"י בריטב"א ובמהר"ש. הריטב"א מפרש הרי אלו שלו בהיה משכירו לאחרים היינו שזה של בעה"ב ולא של המוצא. ומוסיף הריטב"א דאע"ג שהיה ברשותו לפני יאוש וא"כ הוי באיסורא אתא לידיה מ"מ יכול לזכות שבזמן האבידה היה הבית מושכר לאחרים ולא נחשב כרשותו לענין קנין ורק אחרי שיצאו השוכרים נחשב רשותו של בעה"ב וא"כ בהתירה אתא לידיה. וצ"ע דלעיל כג': בההוא גברא דאשכח כופרה משמע ששיטת הריטב"א דלא אמרינן בחצר באיסורא אתא לידיה.

ש"מ הלכה כרשב"א אפילו ברוב ישראל. אינו מובן שעל הצד שרשב"א מיירי ברוב

היסת ואולי יודה. ואף שאחר שמשביעו המאבד מתיאש לא מהני דבאיסורא אתא לידיה. והקשו התוס' איך משביע בטענת שמא ותי' שטוען ברי לפי שלא היה שם אחד כי אם הוא. ואף שאין זה ברי ממש כתב השיטמ"ק בשם הר"ן דשמעין מהכא לפרש"י דלא בעינן ברי ממש כדי לחייב שבועת היסת אלא סגי באומדנא שהוא קרוב לודאי. וכ"כ הרא"ש בפ' המפקיד ס' כ"ד ומביא ראיה מכאן. ודין זה מובא להלכה ברמ"א בס' ע"ה סע' י"ז שי"א שמשביעין היסת על טענת שמא כשיש רגלים לדבר. הש"ך שם סקס"ג כתב לדחות הראיה מרש"י שכוונת רש"י שהמאבד אינו מתיאש מפני שטועה וחושב שיוכל להשביע היסת אבל האמת אינה כן. והגאון שם סקנ"ח דחה דברי הש"ך וכתב שלרש"י יש ראיה ברורה מכאן דלא בעינן טענת ברי ממש. וזה לכאורה כונת התוס' במה שכתבו וי"ל דטוען ברי היינו שבקושישם הבינו דבעינן ברי ממש ותי' דסגי ברגלים לדבר וגם זה נחשב טענת ברי. רע"א על הש"ך סקס"ד מציין לע' בשבות יעקב ודברי השבו"י הובאו בפת"ת סק"כ ומבואר בדבריו דהא דנשבעין היסת ע"פ רגלים לדבר הוא דוקא כשהתובע טוען טענת ברי ואף שבאמת אינו ברי ממש נחשב טענת ברי ע"פ האומדנא. אבל אם התובע בעצמו אינו טוען ברי אלא טוען שמסתבר שחייב מפני שיש רגלים לדבר אין זה נחשב טענת ברי לחייב שבועה. והסברא בזה הוא דאף שלענין הדין שצריך טענת ברי אין זה יותר ברי כשאומר שהוא ברי דנוסח הטענה לא גורמת שיהיה יותר ברי, מ"מ כיון שתקנת היסת הוא מפני חזקה אין אדם תובע אא"כ יש לו בעינן שיהיה תביעה ודאית דאל"כ ליכא חזקה זו. וע' בדברי השבו"י שכתב שחילוק זה מבואר בתוס' כאן. דהיינו שמפרש שבקושישם הבינו שטוען שמא ובזה ליכא שבועה אפילו שיש רגלים לדבר. ותירצו וי"ל דמיירי שטוען ברי ע"פ האומדנא ואז נשבעין אף שאינו ברי ממש. אך לכאן אין הכרח מהתוס' שי"ל כנ"ל שבתחילה הבינו

ישראל אין זה אלא במקום שרבים מצוים דאל"כ בטל מצות השבה. וכתב בזה הריטב"א דפונדק הוא כמקום שרבים מצוים שם ומצוי שם אינשי דלא מעלי.

כגון שעשאו פונדק לג' עכו"ם.
רש"י מפרש דשלשה לאו דוקא וה"ה אחד. ורש"י בזה לשטתו דס"ל שבעה"ב אינו דר עמהם וא"כ אין לתלות בבעה"ב ובעכו"ם אחד סגי דבודאי האבידה שלו ומותרת מדין אבידת עכו"ם. והתוס' לשיטתם דס"ל שבעה"ב דר עמהם ולכן בעינן רוב עכו"ם כדי שיהיה של המוצא. ומה שצריך ג' כתבו התוס' שבפחות משלשה לא מקרי רוב. וכמה דרכים נאמרו בביאור דברי התוס'. א. הסמ"ע בס' ר"ס סקי"א כתב שסגי בתרי ומש"כ ג' היינו עם בעה"ב. אך לדבריו קשה לשון התוס' דבפחות לא מקרי רוב הא בפחות אין רוב כלל. ב. הש"ך שם סקי"ב כתב שכדי שיהיה פטור של רוב עכו"ם בעינן רובא דמינכר [איני מבין למה חד בתרי אינו רובא דמינכר הא איכא פי שנים]. הפנ"י [מובא בנתיבות שם סק"ח] תמה על הש"ך דבמשנה במכשירין מבואר דמחצה על מחצה חייב ומוכח דכל שיש רוב אפילו של אחד פטור מלהכריז ולא בעינן רובא דמינכר. ג. הפנ"י לומד דמיירי אפילו בבא ישראל ונתן סימן שאז אין ההתר משום תליה בעכו"ם אלא בגלל יאוש והיאוש הוא רק ברובא דמינכר. וגם הנתיבות הסכים בחלק זה דיאוש איכא רק ברובא דמינכר ורק לענין תליה באבידת עכו"ם סגי ברוב של אחד. רע"א חולק בזה על הפנ"י וס"ל שגם לענין יאוש סגי ברוב של אחד. ד. המהרש"א מפרש דברי התוס' דכיון שבעה"ב קבוע במקום זה והם אינם אלא ללינת לילה תולים שנפל מבעה"ב אא"כ יש ג' עכו"ם.

דף כו:

ראה סלע שנפל משנים. שיטת רש"י שאינו מתיאש מפני שיכול להשביעו שבועת

שצריך ברי ממש ותי' דגם ברי ע"פ רגלים לדבר מהני לחייב שבועה.

תוד"ה שנפ"ל. כתבו שגם רבא דס"ל ישל"מ הוי יאוש מודה הכא שכאן אינו מתיאש לעולם ולא כרש"י שכתב דקאי כאביי. וצ"ב בדברי התוס' אמנם לפי מה שחושב שהמעות נמצאים אצל חברו, אף שתבעו וכפר אינו מתיאש לעולם, מ"מ פשוט שאם היה יודע האמת שאחר מצאו בודאי היה מתיאש ככל אבידה שאין בה סימן. וא"כ לרבא למה לא יחשב יאוש ככל ישל"מ דלא בעינן יאוש בפועל אלא סגי במה שאם היה יודע שזה אבוד היה מתיאש. וע' בקה"י בריש פרקין בסוף ס' כ"ו שכתב שמתוס' זה מוכח שמה דסבר רבא ישל"מ הוי יאוש היינו דוקא כשלבסוף נודע לו ונתיאש, בזה אמרינן דנחשב יאוש למפרע כיון שאם היה יודע היה מתיאש מתחילה. אבל אם לעולם לא נודע לו ולא הגיע למצב של יאוש בפועל מודה רבא דלא הוי יאוש. דהיינו שיש ב' סיבות שבסוף מתיאש א. כשתובע וחברו מכחיש. ב. כשנודע שאינו נמצא אצל חברו כלל. על היאוש שיש כשחברו מכחיש כתבו שאינו מתיאש לעולם. ועל היאוש שיש אילו היה יודע שאחר מצאו לא קשיא להו דזה לא נודע לו לעולם ולא הגיע למצב של יאוש בפועל.

הקה"י מוסיף שמדברי הריטב"א שמוכח בשיטמ"ק בדף כא: מבואר שלרבא ישל"מ הוי יאוש אפילו לא נתיאש לבסוף. ומפרש הקה"י כוונתו שאפילו אם לעולם לא נודע לו ולא הגיע למצב של יאוש בפועל מ"מ נחשב יאוש כיון שאם היה יודע היה מתיאש. וכתב שהריטב"א חולק בזה על תוס' דידן. אך מדברי הריטב"א כאן מוכח לכאורה דס"ל בזה כשיטת התוס'. שהריטב"א ג"כ חולק על רש"י ומפרש שדברי הגמ' הם גם לרבא אך לא מטעמיה דהתוס' אלא דמה דסבר רבא ישל"מ הוי יאוש היינו דוקא באבידה שאין בו סימן שסתמו

ליאוש, אבל בדבר שיש בו סימן אף שנתיאש כשנודע לו מודה רבא שכ"ז שלא נתיאש בפועל ליכא יאוש כיון שאינו בודאי עומד ליאוש והיאוש שיש אח"כ הוא התחדשות ואינו אלא מכאן ולהבא. וגם על הריטב"א יש להקשות מה ששאלנו לעיל על התוס' דזה אמת לענין היאוש שנתיאש כשתובע את חברו וחברו מכחיש דזה דמי ליאוש בדבר שיש בו סימן שבתחילה חושב שיצליח להוציא מחברו והוי כיאוש בדבר שיש בו סימן שאחר שאינו מוצא האבידה מתיאש ובזה מודה רבא. אבל אכתי אילו היה יודע האמת שלא נמצא אצל חברו אלא אחר מצאו בודאי היה מתיאש ויאוש זה הוי כיאוש בדבר שאין בו סימן. ועכצ"ל שגם הריטב"א ס"ל שאם לעולם לא נודע לו ולא הגיע ליאוש בפועל מודה רבא דלא הוי יאוש. ולכן לא קשיא לריטב"א אלא מהיאוש דאיכא כשתובע את חברו והוא מכחיש. וע"ז תי' שפיר דהוי כיאוש בדבר שיש בו סימן. אך א"כ יהיו דברי הריטב"א סותרים זא"ז.

ונראה שמוכח מזה שאין כוונת הריטב"א בדף כא: כהבנת הקה"י וגם הריטב"א ס"ל כתוס' שמודה רבא היכא דלא נודע לו לעולם כדמוכח מתוס' והריטב"א כאן. ומש"כ הריטב"א בדף כא: שלרבא הוי יאוש אפילו לא נתיאש לבסוף אין כוונתו שלעולם לא שמע אלא שמע ואומר שאינו מתיאש. וס"ל כדעת הצ"צ שהובא בתרה"כ שדבר שסתמו ליאוש כגון אבידה שאין בה סימן או שאבד במקום שרבים מצוים שם אפילו מפרש שלא מתיאש אמרינן שכן מתיאש דנעשה כצווח על ביתו שנפל. וא"כ כששמע ואמר שאינו מתיאש נחשב שהגיע למצב של יאוש בפועל. אבל כשלא שמע כלל ולעולם לא היה יאוש בפועל יכול הריטב"א להודות לשיטת התוס' שגם לרבא ישל"מ לא הוי יאוש כדמוכח מתוס' והריטב"א בסוגיין. וע' בדרכי דוד בדף כא: שמביא דברי הריטב"א ומסתפק בכוונתו, אם כוונתו אע"פ שלא נודע לעולם שנאבד או

הערות

אלו מציאות דף כו:

וציונים

רה

שנודע לו ואומר שאינו מתיאש. ולמה שנתבאר מוכח מהריטב"א כאן כפירוש השני.

ואכתי צריך לבאר במאי פליגי התוס'
והריטב"א ולמה הוצרכו התוס' לומר שלעולם אינו מתיאש הא לענין היאוש שיהיה כשלא יצליח להוציא מחברו טענת הריטב"א היא מוכרחת, דדמי היאוש של אבידה שיש בו סימן ואפילו אם מתיאש בסוף לא מהני היאוש למפרע אפילו לרבא. ונראה דלעולם עיקר קושית התוס' הוא דאיכא ישל"מ מפני שאם היה יודע שאינו ביד חברו היה מתיאש. והתירוץ ע"ז הוא שאם לעולם לא נודע לו ולא בא לכלל יאוש מודה רבא. וע"ז קשה לתוס' שאכתי יבא לידי יאוש בפועל כשיתבע את חברו וחברו יכחיש. וס"ל לתוס' שבזה לא סגי בתירוץ של הריטב"א שהרי כאן הוא במצב של עומד ליאוש וחסר רק יאוש בפועל ולענין זה גם אם מתיאש מחמת סיבה אחרת ויאוש זה הוא דבר שלא עמד להיות אין בזה חסרון דאין נ"מ מהו סיבת היאוש דסו"ס יש מצב של עומד ליאוש והיה בסוף גם יאוש בפועל. לכן הוצרכו התוס' לומר שלעולם אינו מתיאש. והריטב"א ס"ל שרק אם מתיאש בסוף מחמת הסיבה שבגללו עמד מתחילה ליאוש מהני למפרע לרבא. אבל היכא שלעולם לא נודע שאינו אצל חברו ומה שיש יאוש בפועל הוא מסיבה אחרת ויאוש זה הוא התחדשות כיאוש דדבר שיש בו סימן לא מהני יאוש זה להצטרף ליאוש בכח שיש מחמת המצב שלא ידוע למאבד. ודמי ענין זה למאבד דבר שאין בו סימן וחושב שיש בו סימן ולעולם לא נודע לו שאין באבדה סימן ולאחר זמן כשלא נמצא נתיאש אף שחושב שיש בו סימן. ואילו היה יודע האמת שאין בו סימן היה בודאי מתיאש א"כ יש כאן מצב של יאוש בכח אלא דבעינן גם שיגיע בסוף ליאוש בפועל. ולתוס' כל שנתיאש בפועל לבסוף אף שהיאוש היה מחמת דבר שנתחדש אח"כ סו"ס איכא יאוש בפועל ומהני לרבא ככל ישל"מ, והריטב"א ס"ל שיאוש זה לא מהני

למפרע כיון שלא נתיאש מחמת אותו סיבה שבגללו עמד ליאוש. ולכן לא הוצרך הריטב"א לומר שלעולם לא נתיאש.

והדברים מוכרחים בדברי התוס' הרא"ש
כאן [הובא בשיטמ"ק] שהקשה קושית התוס' וכתב התי' הראשון דלעולם אינו מתיאש ואח"כ מוסיף ועי"ל דמיירי במעות צרורין דאית בהו סימן ובדבר שיש בו סימן מודה רבא דלא מהני ישל"מ. והדברים תמוהים דקושית התוס' אינה דעומד ליאוש מחמת שאם היה יודע שאינו אצל חברו היה מתיאש דע"ז לא תרצו כלום. אלא קושיתם דסופו ליאוש כשלא יצליח להוציא מחברו ומה תירץ ע"ז התה"ר דמיירי בדבר שיש בו סימן. הא הוא בטוח שנמצא אצל חברו וחברו מכחיש ולגבי זה אין נ"מ בין יש בו סימן לאין בו סימן. אלא ברור שלהקשות שסופו ליאוש כשיכפור חברו לא קשיא כלל כמש"כ הריטב"א דזה דמי ליאוש דדבר שיש בו סימן. אלא קושיתם דיאוש בכח איכא שאם היה יודע שאינו אצל חברו היה מתיאש אלא דבעינן שיגיע בסוף ליאוש בפועל. ע"ז הקשו שיהיה יאוש בפועל כשחברו יכחיש. וע"ז תרצו דלעולם אינו מתיאש ואף פעם לא יגיע ליאוש בפועל. ומוסיף תה"ר ועי"ל דמיירי בדבר שיש בו סימן א"כ אינו עומד ליאוש גם אם יתברר שאינו אצל חברו א"כ אף שמתיאש כשחברו מכחיש יאוש זה הוא דבר חדש ולא מהני למפרע כמש"כ הריטב"א וכאן אינו ראוי להצטרף ליאוש בכח דליכא יאוש בכח כיון דמיירי בדבר שיש בו סימן ודו"ק.

בביאור דברי רש"י שכתב דקאי כאביי אין
לומר דהוא מפני שבסוף נתיאש כשנשבע חברו ומהני למפרע לרבא דלענין זה בודאי צודק הריטב"א דהוי כיאוש בדבר שיש בו סימן. אלא יש לבאר דברי רש"י בב' אופנים א. דס"ל שאם עומד ליאוש מחמת שהוא אבידה שאין בו סימן אף שלעולם לא נודע לו שהוא אבוד וחושב תמיד שזה אצל חברו ובפועל לא הגיע לעולם

מאיר שמחה כאן מביא בשם רע"א שגם באופן זה ס"ל שאין חיוב השבה בדבר שיש בו סימן והקשה מסוגיא זו ע"ש.

לא אמרן אלא דלית בה ש"פ לכל
 חד. מבואר דאין חיוב השבה על האבדה שיש בה ש"פ השייכת לב' שותפין ואע"ג שהחפץ יש בו ש"פ בעינן שיהיה פרוטה לכל אחד מהשותפין. כן למד הריטב"א מכאן וז"ל אגב אורחין שמעינן מהכא דהמוצא אבדה של שותפין אינו חייב להחזיר אלא בשיש בה ש"פ לכל חד וחד מינייהו עכ"ל וכן נפסק בטור ובשו"ע ס' רס"ב סע' ב'. ע' פת"ת חו"מ ס' ו' לענין הא דאין ישיבת הדיינים בפמש"פ שהברכי יוסף דן בש"פ של ב' שותפין אם יושבים הדיינים כיון שבין שניהם איכא פרוטה א"ד בעינן פרוטה לכ"א ומביא הברכי"ב שבמהרי"ט מבואר שנחשב פרוטה כיון שבין שניהם יש פרוטה. והברכי"ב מקשה מכאן [מובא בפת"ת בס' צ"ג סק"ד ושם כתב שגם השעהמ"ש הקשה כן ע"ש] דמבואר דבעינן פרוטה לכל שותף.

המחנ"א בהל' גזילה ס' א' מוכיח מהגמ' בסנהדרין שמה שאין חיוב השבת הגזילה בפמש"פ הוא משום מחילת הנגזל. וכתב שלפ"ז יהיה הדין שאם אינו יודע שגזלו ממנו ליכא מחילה ויהיה חיוב השבה גם בפמש"פ. ומקשה המחנ"א מכאן דמבואר שאין חיוב השבת אבדה בפמש"פ אע"ג דלא ידעו הבעלים וליכא יאוש או מחילה. וכתב דמה שפטור מהשבה הוא משום דילפינן מקרא לקמן דליכא מצות השבה בפמש"פ. אך זה רק סיבה שפטור מהשבה ולא שיהיה שלו אלא כיון שלא נתחייב בהשבה לא נחשב באיסורא אתא לידיה וממילא זוכה אח"כ ע"י יאוש [כמש"כ הקצה"ח בס' רס"א סק"א לגבי אבדה מדעת וכמש"כ האמר"מ בס' ל"א סק"ח לגבי זוטו של ים]. ויוצא מדבריו דבמקום דלא ידע דנפל אף דפטור מהשבה כיון שזה פמש"פ

למצב של יאוש אעפ"כ לרבא ישל"מ הוי יאוש. וא"כ רש"י חולק בזה על תוס' והריטב"א. ב. גם רש"י מודה דבעינן שיגיע בסוף ליאוש בפועל אבל ס"ל כשיטת התוס' דמהני מה שיש יאוש בפועל מחמת סיבה אחרת וגם זה נחשב שהגיע למצב של יאוש ומצטרף למצב של עומד ליאוש שיש מחמת האמת שהמעות אבודים ואינם אצל חברו. ולא ס"ל מה שכתבו התוס' דאינו מתיאש לעולם.

נמצא דכל הראשונים שפרשו גמ' דידן כרבא היינו התוס' הריטב"א והרא"ש מוכח דס"ל דלא אמר רבא ישל"מ הוי יאוש אא"כ הגיע בסוף ליאוש בפועל. ורק לרש"י שמפרש הגמ' לאביי יש מקום לומר דס"ל שלרבא הוי יאוש אפילו לא נתיאש לעולם אבל גם ברש"י אין הכרח דס"ל כן כמו שנתבאר.

הרא"ש בפסקיו מפרש הא דאינו מתיאש כרש"י דיכול להשביעו אך מוסיף דאפילו נשבע אכתי אינו מתיאש שהיום או למחר יתפוס משל חברו ולכן לעולם אינו מתיאש כתוס'. ונחלקו הש"ך והסמ"ע בס' ע"ה בביאור דברי הרא"ש. הסמ"ע בסקמ"ט לומד שהרא"ש סובר שאם תפס מהני תפיסתו כיון שברו לו שחברו מחזיק ממונו. והש"ך בסקס"ד חולק וס"ל דלא מהני אם ראינו התפיסה אלא שהוא אינו מתיאש מפני שסבור שיתפוס שלא בפנינו או שע"י התפיסה יודה חברו.

הא דמבואר כאן דבאופן שאינו מתיאש כגון בראה שנפל משנים חייב להשיב אף שאין בו סימן לכאורה אינו נוגע לדברי רע"א שדן לעיל כא: אם יש חיוב השבה באבדה שאין בו סימן באופן דליכא יאוש שהנידון של רע"א הוא כשלא יודע ממי נפל ובזה יש מקום לומר דלא חייבה תורה ליטול ולהחזיר כיון שרחוק שיוכל לברר מי הבעלים אבל היכא דראה ממי נפל לכאורה פשוט שאם אין יאוש יש חיוב השבה אע"פ שאין בו סימן. אך בחי' הג"ר

מ"מ אינו זוכה כיון דליכא יאוש ואם יבאו והבעלים ויתבעו הממון לא יוכל לעכב הממון. ויתיישב בזה קושית השעה"מ בס' ו' על המשנה בשבועות שגזל תשומת יד ואבידה מצטרפים לש"פ לענין שבועת הפקדון. וקשה הא אבידה פמש"פ הרי אלו שלו ואיך מצטרף. ותי' דמיירי שמצא יותר מפרוטה והחזיר הכל חוץ מפמש"פ. באופן זה נשאר חיוב השבה ושפיר מצטרף לשבועת הפקדון. ולדברי המחנ"א י"ל דמיירי באופן שלא נתיאש ותובע ממוני גבך.

אימור שותפי ניהו. כתבו התוס'

בד"ה שנפל דהא דתולים בשותפות הוא משום שראינום מחפשים יחד. הש"ך בס' רס"ב סק"ד כתב שהטור ושאר הפוסקים השמיטו תנאי זה וכתבו בכל גווני דחיישינן שמא שותפים הם ומשמע אפילו שלא ראינו שחפשו יחד. וכתב הש"ך שגם התוס' כתבו כן רק כדי ליישב הגמ' אליבא דרבא אבל למאי דקי"ל כאב"י תולים בשותפות גם בלא ראינום שחפשו יחד.

א"ד אמר רבא. רוב הראשונים ס"ל שגם הא"ד לא פליג על ר"נ ודברי ר"נ יתקיימו בפחות מב' פרוטות ולא חיישינן למחילה של שנים, כ"כ הריטב"א וכן נפסק בשו"ע בס' רס"ב סע' ב'. אבל הרי"ף והרמב"ם ס"ל שלא"ד רבא חולק על ר"נ כמבואר בגר"א סק"ג.

אחולי אחליה גבי חבירה. לכאורה

לשון מחילה הוא לאו דוקא דלא מהני מחילה להקנות ממון בעין, אלא הכוונה שהקנה לחברו. וגם ע"י קנין צ"ב איך קונה השותף דנחלקו הראשונים מתי היה מחילה זו, השיטמ"ק בד"ה עוד כתב הגליון כתב שתולים במחילה כיון שאבד והוא פמש"פ ואינו חשוב. מבואר שהמחילה הוא אחרי שנאבד. ובד"ה וז"ל תוס' שאנץ כתב דמחל אחד חלקו לגבי חברו מעיקרא. משמע שהמחילה היא לפני

שנפל. ובשלמא אם מקנה לפני הנפילה א"ש דאז הממון ברשותו להקנותו והשותף זוכה בקנין יד או חצר. אבל אם המחילה היא אחר שנאבד אפילו נימא דאבידה היא ברשותו לענין הקנאה נע' בסמוך שהובא מחלוקת אחרונים בזה] מ"מ כמה זכה חברו הא מטבע אינו נקנה בחליפין וצריך יד או חצר או הגבהה וא"א לעשות קנינים אלו בדבר אבוד. ולפי מה שכתב השעה"מ בס' ער"ה לחדש דשותף שמפקיר חלקו ממילא זוכה חברו בלי מעשה קנין ניחא דה"נ אחולי אחליה היינו שמפקיר חלקו וזוכה השותף בלי מעשה קנין.

נמל"ה לפני יאוש ע"מ לגזלה עובר בכולם. מבואר דהגזול חפץ שהוא אבוד מן הבעלים עובר בלא תגזול. והקשה האמר"מ בס' ל"ד אות ג' מכאן על הקצה"ח בס' ל"ד סק"ג שכתב דגונב מן הגנב אינו פטור דוקא מכפל אלא פטור גם מקרן ואפילו בלאו דלא תגזול אינו עובר כיון שלא גנב מרשות הבעלים. ולכן החולק עם הגנב אינו פסול לעדות. ולדברי הקצות הגזול דבר שהוא אבוד ונחשב אינו ברשות הבעלים לא יעבור בלא תגזול כיון שלא גזל מבית האיש, אך מביא האמר"מ שהאו"ש כתב שאבידה נחשב ברשות הבעלים והאמר"מ מביא ראיות דאינו ברשותו. והא דנקטה הגמ' לא תגזול ולא לא תגנוב ונ"מ לחייבו כפל כתב האמר"מ דכפל בודאי אינו מתחייב משום דאינו ברשותו ובעינן בית האיש אבל לאו דגזול איכא גם כשאינו מבית האיש. ובדעת הקצה"ח י"ל דס"ל כאו"ש דאבידה הוי ברשותו וכן נראה מלשון הריטב"א כאן וז"ל אע"פ שלא גזלה מיד חברו דכיון דברשות מריה קיימא קודם יאוש כמי שנטלה מחצרו דמי עכ"ל. [והובאו דבריו באבה"א פי"ד מגו"א ה"ו וע"ש שמאריך בענין זה אי אבידה הוי ברשותו או לא]. משמע דהוי ברשותו ורק מפני שגזל מרשות הבעלים עובר בלא תגזול. והריטב"א בזה לשטתו דס"ל בריש המפקיד שאפשר למכור דבר אבוד והובאו דבריו בקצה"ח בס' רצ"ה סק"ג ומבואר

דס"ל כאו"ש דאבידה נחשב ברשות הבעלים. אך בנתיבות בס' רנ"ט סק"א מבואר דס"ל כאמר"מ שאבידה נחשב אינו ברשותו כדבר הגזול ע"ש.

נמצא דמגמ' זו יש ללמוד או שאבידה נחשב ברשותו או שיש לאו דגזול גם על דבר שאינו ברשותו.

רש"י ד"ה ראה סלע שנפל ולא גרסין משנים. הרשב"א כתב דגרסין נפל משנים דאל"כ איכא יאוש. ורש"י דלא גרס כן מפרש דליכא יאוש מפני שנמצא לפני ששהה כדי למשמש בכיסו. וע' בשיטמ"ק בשם תלמיד ר' פרץ דלא נתנו שעור לזמן שעשוי למשמש בכיסו ואפילו אם מוצא מיד סמוך לנפילה תולים שכבר משמש והוי יאוש מדעת.

מתנה בעלמא הוא דיהיב ליה.

הקשו התוס' אמאי הוי מתנה הא לאו דגזילה ניתק לעשה א"כ גם באבידה מקיים עשה דהשב תשיבם גם אחרי יאוש. ויש לפרש את קושית התוס' בב' אופנים א. למה זה מתנה הא כיון שבא לידו לפני יאוש באיסורא אתא לידיה ואינו זוכה ע"י היאוש ושפיר מקיים מצות השבה. כן נראה שהבין הקה"י כאן והאב"ע בפ"ד מגו"א ה"ו ע"ש. וכן הוא בתוס' בב"ק ס"ז: אך קשה לפ"ז לשון התוס' למה הוצרכו לראיה מגזל הא פשוט שאם אינו קונה מקיים השב תשיבם. ב. אפילו אם זוכה ע"י יאוש מ"מ מקיים מצות השבה כמו בגזל שמקיים והשיב אפילו בדמים כ"ש שמקיים בחפץ אחר שקנה ביאוש. כן מבואר בלשון הרא"ש וכתב בהדיא שגם באבידה מקיים מצות השב תשיבם ע"י דמים, וכן מפורש ברשב"א בשם התוס' שקושיתם שאפילו אם זוכה ע"י יאוש לא גרע מדמים שמקיים על ידם והשיב בגזילה וכן השב תשיבם באבידה. וכן נראה מתי' התוס' דתרכו שבאמת מקיים והשיב ומתנה היינו שלא תיקן בזה הלאו דלא תוכל להתעלם. וזה ניחא

אי קושיתם היתה דאף שקנה ביאוש מקיים מצות השבה א"כ שפיר תרצו דאה"נ. אבל אם קושיתם דלא זכה ע"י יאוש א"כ הוי כלפני יאוש ולמה עבר על לא תוכל להתעלם, הא אם נתכוון לגזול ולפני יאוש החזיר לא עבר בלא תוכל להתעלם ומה לי לפני יאוש מ"ל אחר יאוש הא לא זכה ע"י היאוש. השיטה בשם התוס' שאנץ כתב על קושית התוס' דהשב תשיבם משמע ששיב לו אבידתו ואין זה תשובת אבידתו כיון שכבר נתיאש ויצאה מרשותו עכ"ל. וזה כשיטת הרמב"ם בריש הלכות גזילה דס"ל דאינו מקיים והשיב א"כ מחזיר החפץ עצמו ולא דמיו. [ע' בזה קו"ש בב"ק אות כ"ז]. ואולי יש מקום לחלק בזה דין גזילה להשב תשיבם דאבידה שהוא מצוה להשיב ממון הבעלים. ועיין מה שכתבנו בזה בב"ק ס"ז:.

על השאלה דלא הועיל היאוש כיון שאתא לידיה באיסורא ע' מש"כ התוס' בב"ק סז: ד"ה רבא. והרמב"ן כאן במלחמות כתב שמה שלא מהני יאוש בבא לידו לפני יאוש הוא משום דנעשה שומר אבידה והוי יאוש ברשות [לעיל עמ' א' הובאו שיטות האחרונים בביאור הענין של יאוש ברשות] וכאן שנטל ע"מ לגזול אין זה יאוש ברשות. אך זה מיישב רק למה אין כאן את הדין איסורא אתא לידיה דאבידה אבל אכתי קשה דקי"ל שיאוש לא קונה בגזילה ושם אין הטעם משום שנעשה שומר אלא מפני שנתחייב בהשבה א"כ גם כאן שנטל ע"מ לגזולה דינו כגזול ולמה קונה ביאוש [בבעה"מ כתב דקונה מדרכנן מתקנת השבים]. וכתב ע"ז הרמב"ן שרק גזול לא קונה והכא אבידה היא וכל שלא נעשה שומר זוכה ביאוש. ואינו מובן מ"ש גזול זה מכל גזול. וכתב בזה הקצה"ח בס' קס"ג סק"א שרק גזילה נחשב באיסורא אתא לידיה שלא היה לו רשות לקחת כלל משא"כ אבידה כיון שמחויב לקחת אע"ג שכוונתו היתה לגזולה אין זה נחשב באיסורא אתא לידיה. הנתיבות בס' רנ"ט סק"א כתב

לידיה. כ"ז לדעת הרמב"ן. ובעה"מ כתב דאה"נ יש לו דין גזלן וקונה מדרבנן מתקנת השבים.

נמלה לפני יאוש ע"מ להחזירה וכו'. רש"י מבאר הא דאינו עובר בלא תגזול כשמכוין לגזולה משום דליכא מעשה גזילה ולא הוי דומיא דוגזול את החנית. ולפ"ז גם אם מכוין לגזול לפני יאוש אינו עובר בל"ת והא דנקטה הגמ' ולאחר יאוש נתכוין לגזולה הוא משום דלפני יאוש עובר גם בלא תוכל להתעלם. אבל לענין ל"ת בין לפני יאוש בין לאחר יאוש אינו עובר כיון שלא עשה מעשה גזילה. וכן מוכח שהבין הריטב"א ברש"י שמקשה על רש"י מכופר בפקדון נחשב גזלן אף שלא עשה מעשה. ואי נימא דרש"י אמר כן דוקא אחר יאוש לק"מ מכופר בפקדון. הקצות בס' שמ"ח סק"ב מחדש שכדי להתחייב בחיובי גזלן בעינן מעשה גזילה ולא סגי בכוונה לגזול כשהדבר הגזול נכנס לרשותו בלי מעשה. והקשו האחרונים מכופר בפקדון דחייב באונסין כגזלן אף שלא עשה מעשה. ע' אמר"מ ס' ל"ב סק"ב. ומה שכתב רש"י כאן לענין לאו דל"ת כתב הקצות לענין חייב אונסין דגזלן וקושית האחרונים על הקצות מכופר בפקדון הוא קושית הריטב"א על רש"י דנקט הריטב"א שכופר בפקדון לא רק חייב באונסין כגזלן אלא גם עובר בלאו דל"ת. הריטב"א מתרץ קושיתו מכופר בפקדון דכיון שכופר בפני ב"ד נחשב כמעשה ובזה יתישב גם דברי הקצות. גם ברמב"ם פ"ג מגו"א הי"ד מבואר דכופר בפקדון הוא דוקא בב"ד וכן הוא במאירי בב"ק קה: וע' באו"ש על הרמב"ם הנ"ל שתמה על הטור ושו"ע שלא הזכירו בדין כופר בפקדון שצריך כפירה בב"ד ע"ש. וע"ע בב"ק קה: [וכן לעיל י:] שכתבנו בס"ד שגם אם לא בעינן כפירה בב"ד לק"מ על הקצות מהדין של כופר בפקדון.

התוס' בד"ה אינו חולקים על רש"י וס"ל שגם בלי מעשה איכא לאו דל"ת כדמוכח

בנוסח אחר דהא דלא מהני יאוש בגזילה הוא כשגזל מרשות הבעלים משא"כ באבידה שגזל דבר שלא היה ברשות הבעלים אין זה נחשב באיסורא אתא לידיה. וע' בקה"י בס' כ"ח שמבאר ע"פ הקצות הנ"ל דאין דין גזלן אא"כ גזל מרשות הבעלים אך כאן אין צורך לחדש דאינו עובר על לא תגזול אלא מספיק לומר דאינו מתחייב בחיוב אונסין ותשלומין דגזלן. [דברי הנתיבות קצת סותרים זא"ז דבס' ל"ד מסכים עם הקצות דכל שאינו מוסיף היזק או שינוי בגזילה אינו גזלן כלל ואינו עובר בל"ת ולדבריו יהיה מוכח מסוגין דאבידה נחשב ברשותו כמו שנתבאר לעיל. והנתיבות בעצמו ס"ל ברנ"ט סק"א דאבידה אינה ברשותו וצ"ע]. ואכתי קשה אמנם חיוב השבה דגזילה אין כאן מ"מ יחשב באיסורא אתא לידיה מכח חיוב השבה דאבידה ע' בזה בחזו"א ב"ק ס' ט"ז סקכ"א ד"ה ב"מ, ובחידושי הגרי"ר בענין גזית זנבו. עוד כתבו האחרונים שרק בגזילה אינו קונה ע"י יאוש כיון שהוא הגורם ליאוש משא"כ באבידה היאוש הוא מחמת שזה אבוד ולא מחמת הגזלן ממילא ליכא הכא דין איסורא אתא לידיה דגזילה. והאיסורא אתא לידיה דאבידה נמי ליכא כיון שנתכוין לגזול ולא נעשה שומר. כן כתבו בחי' הג"ר מאיר שמחה כאן והאמרי משה בס' ל"ב סקל"ח ועל דרך זה כתב גם האבי"ע בפ"ד ה"ו ע"ש. אך ע' קו"ש ב"ק אות כ"ד שמוכיח שגם כשהיאוש אינו מחמת הגזלן אינו זוכה כיון שבאיסורא אתא לידיה שבגזל חמץ עבר עליו הפסח הקשו בב"ק סו: שיזכה ביאוש ורצו להוכיח מזה דיאוש לא קני והכא היאוש הוא מחמת פסח ולא מחמת הגזלן. וע' באמר"מ הנ"ל שגם עמד בזה.

נמצא ג' דרכים בהא דליכא הכא דין איסורא אתא לידיה דגזילה. א. כיון דליכא מעשה גזילה נחשב בהתירא. ב. כיון שלא גזל מרשות הבעלים אין חיובי גזילה. ג. כיון שאין הגזילה סיבת היאוש אין דין איסורא אתא

ליכא אפילו קודם וע"כ נקטה הגמ' לאחר יאוש משום לא תוכל להתעלם ורק לתוס' ולראב"ד דלפני יאוש יש ל"ת י"ל דנקט לאחר יאוש משום גזל. ואף דיש לדחות שלפני יאוש ליכא לא גזל ולא לא תוכל להתעלם ונקטו אחר יאוש להשמיע דהשב תשיבם איכא גם אחרי יאוש כמבואר בדברי הראב"ד מ"מ בלשון רש"י משמע בהדיא דלפני יאוש איכא לא תוכל להתעלם שכתב הלכך הנוטל ע"מ להחזיר ולאחר יאוש נתכין לגזולה אין כאן מתעלם משמע שלאחר יאוש הוא משום דרך אז ליכא לא תוכל להתעלם.

נמצא לפ"ז שיטות הראשונים לענין ל"ת א. לרש"י כל שנטל ע"מ להחזיר ואח"כ כוין לגזול ליכא ל"ת בין לפני יאוש בין לאחר יאוש. ב. לתוס' ולראב"ד לפני יאוש איכא ל"ת ולאחר יאוש ליכא ל"ת. ולענין לא תוכל להתעלם איכא ג' שיטות. א. לבעה"מ גם אחר יאוש עובר. ב. לראב"ד גם לפני יאוש אינו עובר. ג. לרש"י לפני יאוש עובר ואחר יאוש אינו עובר.

ביאור מחלוקת הראשונים בזה הוא דפליגי בגדר הלאו דלא תוכל להתעלם. שיטת בעה"מ דהלאו הוא לא להתעלם מקיום מצות השב תשיבם דהיינו שהתורה הזהירה על השבה בלאו ובעשה וכל זמן שהעשה קיים הוא מצווה בל"ת לקיים העשה דהשב תשיבם וכיון שהעשה קיים גם לאחר יאוש גם הלאו קיים. והראב"ד ס"ל כשיטת הראשונים דהעשה של השב תשיבם חל רק אחר שמגביה וא"כ לולא הלאו לא היה מגביה האבידה דאינו מחויב להכניס עצמו בחיוב השבה. וע"ז נאמר הלאו דלא תוכל להתעלם שלא ימנע מלהגביה ולהכניס עצמו לחיוב השב תשיבם. אבל לאחר שהגביה ע"מ להשיב והכניס עצמו לחיוב השבה מעכשיו כל המחייב הוא רק העשה ולא הלאו דהלאו אינו אלא על מה שנמנע מלהכניס עצמו לחיוב השבה ע"י הגבהת האבידה. ויתכן

מכובש ש"ש דעובר בל"ת אף שבהתירא אתא לידיה והא דאינו עובר כאן בל"ת הוא משום דנתכין לגזול אחר יאוש. ואף שאין היאוש מועיל לענין שיוכל לזכות כיון שבאיסורא אתא לידיה מ"מ היאוש גורם שלא יהיה בזה לאו דל"ת. ויש לבאר ע"פ הקצות הנ"ל דאין לאו דל"ת כשהחפץ אינו ברשות הבעלים ונתבאר שלדבריו עכצ"ל שאבידה נחשבת ברשות הבעלים דמבואר שאם הגביה ע"מ לגזול עובר בל"ת. אך כ"ז לפני יאוש אבל אבידה אחר יאוש אף שאין המוצא יכול לזכות מסתבר דנחשב אינו ברשותו ולכן אין בזה ל"ת. ומה שקשה על רש"י מכובש ש"ש ע' באבה"א פי"ד מגו"א ה"ו בד"ה אכן שכתב [בדעת הריטב"א ע"ש] דהא דכובש ש"ש עובר בל"ת הוא דוקא כשתובע שכרו ואינו משלם אבל בל"ה ליכא ל"ת כיון שאינו עושה מעשה גזילה.

עובר משום השב תשיבם. פרש"י

דלא עבר בלא תוכל להתעלם כיון שלא התעלם אלא נטל ע"מ להשיב ולא תוכל להתעלם אינו אלא למי שכובש עיניו ואינו נוטל. בעה"מ חולק וס"ל שגם כשנתכין לגזול אחר יאוש עובר בלא תוכל להתעלם וכוונת הגמ' השב תשיבם ומה שנזכר אחריו לאפוקי לא תגזול. הראב"ד [הובא בשיטמ"ק] חולק על בעה"מ וכתב דפשוט שאינו עובר אלא על השב תשיבם ומוסיף הראב"ד וקרוב אני לומר שאפילו לפני יאוש אינו עובר בלא תוכל להתעלם דכיון שלקחה לביתו לא התעלם. ומה דנקטה הגמ' לאחר יאוש מבאר הראב"ד שזה משום לאו דל"ת שלפני יאוש עובר גם בל"ת כשיטת התוס' ולא כרש"י. וכן כדי להשמיע שעשה דהשב תשיבם איכא אפילו כשנתכין לגזול רק אחר יאוש. אבל לאו דלא תוכל להתעלם ליכא אפילו לפני יאוש דכל שנטל ע"מ להחזיר לא התעלם, אך בלשון רש"י משמע בהדיא שרק כשנתכין לגזול אחר יאוש ליכא לא תוכל להתעלם אבל לפני יאוש כן עובר בלאו זה. ורש"י לשטתו מוכרח לומר כן דס"ל דל"ת

הערות

אלו מציאות דף כו:

וציונים

ריא

יאוש ברשות מ"מ ברגע שמחליט לגזול ומפסיק להיות שומר מהני היאוש שהיה קודם ונחשב גזילה אחר יאוש דאינו עובר על ל"ת. אך צריך להוסיף דאעפ"כ נשאר השב תשיבם ככל גזלן שאחר שנתחייב בהשבה תו לא פקע. ולא דמי לנטל לכתחילה ע"מ לגזלה דהתם היאוש אינו מחמת הגזלן כמו שנתבאר לעיל משא"כ הכא לולא הגזילה הוי יאוש ברשות והגזילה גרמה שיהיה אבוד והוי ככל גזלן שנשאר מחויב בהשבה גם אחרי יאוש ואעפ"כ אהני היאוש שאינו עובר בל"ת.

הא דנקטה הגמ' עובר בהשב תשיבם ולא אינו עובר אלא משום השב תשיבם כבסמוך לענין לא תוכל להתעלם, הבעה"מ מביא מזה ראיה לשטתו דעובר נמי משום לא תוכל להתעלם אבל לרש"י והראב"ד קשה. ע' בשיטמ"ק בשם הריטב"א שכתב דבסמוך נקט לשון זה מפני שאינו עובר בלא תוכל להתעלם אלא פעם אחת אבל הכא כיון שבא לידו עובר כל שעה ושעה בהשב תשיבם. ולשון אינו עובר אלא, היה משמע שעובר רק פעם אחת.

תוד"ה אינו עובר. קשיא להו למאי נ"מ אמרו בקידושין דעשה דאבידה אין הזמן גרמא ת"ל דבל"ה נשים חייבות בגלל הלאו. ותרצו דבאופן הנזכר כאן יש רק עשה וגם באופן זה נשים חייבות מפני שאין הזמן גרמא, וע' ברמב"ן במלחמות שהקשה מכאן על בעה"מ דס"ל שגם באופן זה איכא לאו א"כ לדידיה לא משכחת עשה בלא לאו. ובדעת בעה"מ י"ל כמו שכתבו התוס' בקידושין דנ"מ היכא דאיכא עשה שדוחה הל"ת ונשאר רק העשה דאבידה ואם היה זמן גרמא נשים היו פטורות. ואף שהתוס' שם דחו תי' זה דהעשה מאלים את הלאו ואינו נדחה מפני עשה אחר גם לגבי מי שאינו מצווה בעשה דאבידה, אך התוס' בחולין קמא. כתבו דהיכא דאיכא עשה שבא לדחות ל"ת ועשה הלאו באמת נדחה ואין

שמחלוקת זו תלויה במחלוקת אי איכא השב תשיבם לפני שמגביה או לא שאם יש השב תשיבם לפני הגבהה ע"כ שהלאו והעשה קאי על אותו פעולה וא"כ יותר נראה כבעה"מ דכ"ז שחייב בהשב תשיבם איכא נמי לאו. אבל אם אין השב תשיבם לפני הגבהה יש מקום לומר דכל הלאו הוא רק לחייב להגביה וליכנס לחיוב השב תשיבם. ושיטת רש"י בגדר הלאו הוא כשיטת בעה"מ דהוא לאו על השבת האבידה ולכן לפני יאוש כשהאבידה הוא במצב שיש בו חיוב השבה איכא נמי לאו. אבל לאחר יאוש מצד המצב של עכשיו ליכא מצות השבה אלא כיון שכבר נתחייב בהשבה לא פוקע חיובו. וזה רק לענין העשה שכבר נתחייב בו, אבל הלאו שמתחיל ברגע שמכוין לגזול וכ"ז שהיה דעתו להחזיר לא עבר על הלאו א"כ לגבי הלאו לא אמרינן שכבר נתחייב לכן לפני יאוש עובר גם בלאו ואחר יאוש אינו עובר על הלאו אלא רק על העשה שכבר נתחייב בו.

לשיטת הרמב"ן דנוטל ע"מ להחזיר נעשה שומר ונחשב ברשות הבעלים והוי יאוש ברשות ולא מהני היאוש כלל צ"ע מה לי נתכוין לגזלה אחר יאוש או לפני יאוש הא כ"ז שדעתו להחזיר לא מהני היאוש כלל ותמיד יחשב כנתכוין לגזול לפני יאוש. [לתוס' ניהא דאף דאינו זוכה ע"י היאוש מ"מ היאוש חל אלא שא"א לזכות כיון שכבר נתחייב ואהני היאוש שמכאן ולהבא ליכא ל"ת לתוס' וליכא לא תוכל להתעלם לרש"י, אבל לרמב"ן היאוש לא מהני כלל דהוי יאוש ברשות]. ע' באמר"מ ס' ל"ז אות י"א שעמד בזה וכתב ב' דרכים בזה. א. באמת אין נ"מ בין לפני יאוש לבין לאחר יאוש ובתרווייהו ליכא ל"ת [כרש"י] ובתרווייהו ליכא לא תוכל להתעלם [כראב"ד] או שבתרווייהו איכא לא תוכל להתעלם כבעה"מ. והא דנקטה הגמ' לאחר יאוש לאשמועין שאפילו אחר יאוש איכא עשה דהשב תשיבם כמש"כ הראב"ד. ב. גם לרמב"ן מהני היאוש דאף שבזמן היאוש היה עדיין

מלקות ונשאר רק העשה. וא"כ י"ל שגם בעה"מ ס"ל כן.

המתין לה עד שנתיאשו הבעלים.

הראשונים לקמן ל. הוכיחו מכאן דאינו מתחייב בהשב תשיבם אא"כ מגביה והקשו על הרמב"ם בפ"א ה"א שכתב שאם לא הגביה עובר על הלאו ועל עשה דהשב תשיבם. וע' בני לקמן ל. שמישב שרק אם מניח האבידה והולך לו עובר בהשב תשיבם והכא מיירי שהמתין ליד האבידה ושמו עליו עד שנתיאשו הבעלים וכיון שלא עזב את האבידה עד שפקע והשיב בגלל בעל האבידה לא ביטל מצות השבה. אך צ"ב מה הנ"מ בין העשה ללאו לדעת הרמב"ם, ע' מש"כ בזה האבה"א בפ"א ה"א. ועו"ק לרמב"ם שנתחייב בהשבה לפני הגבהה מה מועיל היאוש הא כבר נתחייב בהשבה ע' מש"כ בזה האמר"מ ס' ל"ז אות ח' שלכאו' צ"ל שהרמב"ם ס"ל כרמב"ן ורק כשהגביה נעשה שומר ואז הוי יאוש ברשות ולא מהני היאוש כלל, אבל כשלא הגביה אף שנתחייב בהשבה אין זה מונע את התר היאוש. וע"ש שכתב לישב גם אם הרמב"ם יסבור כשיטת התוס'.

מצא בחנות הא"ש. הא דלא זכה בעל

החנות בקנין חצר כתבו התוס' לעיל דכיון שמעות הם דבר קטן ואינו הוה לימצא אין החצר קונה. הרמב"ם בפט"ז ה"ד כתב דחנות הוי חצר שאינה משתמרת. הראב"ד כתב משום שבאיסורא אתא לידיה. לעיל לגבי מצא בגל הרמב"ם כתב דדמי לזוטו של ים וכאן בחנות לא שייך טעם זה לכן כתב הטעם שאינו משתמר. וס"ל דגל משתמר לכן שם הוצרך לומר דכיון שא"א למצוא דמי לזוטו של ים. והראב"ד לא תירץ בגל דבאיסורא אתא לידיה כמו שתירץ כאן מפני ששם ההתר מפני שתולים באמוריים והוי אבידת עכו"ם ורק בחנות דהוי אבידת ישראל אחר יאוש נחשב

באיסורא אתא לידיה. ורק הרא"ש תירץ בגל דהוי איסורא מפני שס"ל שגם שם אינו אבידת עכו"ם דהוי שלל ישראל. וע' במחנ"א קנין חצר ס' ה' שכתב שמזה שהוצרך הרמב"ם לתרץ דהוי חצר שאינה משתמרת משמע דס"ל שבחצר לא אמרינן באיסורא אתא לידיה. ולכאורה נראה דאינו מוכרח דמבואר בתוס' בסמוך בד"ה בלוקח מן התגר שגם התגר עצמו שמצא אחרי ששהה בידו הרי אלו שלו. וכן נפסק בשו"ע בס' רס"ה סע' י"ז. והקשה הנתיבות שם סק"א לסוברים שגם בחצר אמרינן באיסורא אתא לידיה איך זוכה התגר בשהו הא כבר היה ברשותו לפני יאוש. ותירץ הנתיבות דרק כשבא אחר זוכה אחר יאוש וטוען בעל החצר שהוא קדם זוכה ע"י חצרו אמרינן דאם רוצה לזכות בחצר הרי זה נחשב באיסורא אתא לידיה כיון שהיה בחצר לפני יאוש. אבל כשבעל החצר זוכה אחרי יאוש בקנין הגבהה אין חסרון במה שהיה בחצרו לפני יאוש כיון שאינו רוצה שהחצר תזכה לו. וע' באמרי משה ס' ל"ז אות ב' שכתב שאפילו אם כן רצה שהחצר תזכה אין הדין איסורא אתא לידיה בחצר אלא רק לענין שאינו יכול לקנות בקנין חצר אבל אין זה חסרון בקנין אחר. והובא לעיל שכן מבואר במאירי דף כג: וכל קושית הנתיבות הוא על דברי הש"ך בס' רס"ב סק"א דמשמע דס"ל שאם היה בחצרו לפני יאוש אינו קונה אח"כ אפילו בהגבהה וע"ז קשה מתגר.

הנתיבות כשמקשה מתגר מבאר שקושייתו היא רק לסוברים שחצר קונה גם דבר שאינו הוה שימצא אבל לסוברים שאין החצר קונה בכה"ג אין זה נחשב באיסורא אתא לידיה. א"כ מבואר דס"ל דרק חצר הראוי לקנין גורם שיחשב באיסורא אתא לידיה וכן נקט המחנ"א בעצמו בס' הנ"ל שגם מקשה כקושית הנתיבות אמאי זוכה התגר הא באיסורא אתא לידיה. ותי' דאין זה נחשב באיסורא אתא לידיה כיון שלא היה החצר ראוי לקנות מפני שאינו

הערות

אלו מציאות דף כו:

וציונים

ריג

הוה לימצא נאך בדעת הרא"ש א"א לומר כן דלא תי' גבי גל כתוס' ומשמע דלית ליה כללא דאינו הוה לימצא ואעפ"כ ס"ל בתגר שזוכה אחר ששהה ועכצ"ל כנתיבות והאמר"מ]. וא"כ ה"ה שאם היה לפני יאוש בחצר שאינה משתמרת אין זה נחשב באיסורא אתא לידיה. וכיון דס"ל לרמב"ם שהמציאות הוא שחנות הוא מקום שאינו משתמר לכן לא תירץ דהוי איסורא אתא לידיה.

מה שכתבו הנתיבות והאמר"מ שהאיסורא אתא לידיה של חצר מונע רק את הזכיה ע"י החצר אבל יכול לקנות בהגבהה זה לדעת התוס' דהתגר יכול לזכות בעצמו כששהה. אבל השיטמ"ק בשם גליון התוס' כתב שתגר עצמו אינו יכול לזכות מפני שבאותה שעה שלקחן עדיין לא נתיאשו הבעלים. א"כ מבואר דס"ל כקושית הנתיבות והמחנ"א על תוס' איך התגר זוכה הא באיסורא אתא לידיה. ולא ס"ל כתירוצם אלא שגם בידו אינו יכול לזכות. כ"כ האמר"מ שם וכן נקט הקה"י בסוף ס' כ"ה נאלא שהאמר"מ כתב שמוכח מגליון התוס' דפליג על הריטב"א שכתב שאם אצל המוצא זה באיסורא גם אחר אינו יכול לזכות ומה דסברי הראשונים בגל ובכופרה דהוא אינו זוכה אבל אחרים זוכים היינו רק לגבי איסורא דחצר שגם הוא בעצמו יכול לזכות בהגבהה וכ"ש אחרים. אבל גליון התוס' דס"ל שאיסורא דחצר גורם שגם ע"י הגבהה אינו יכול לזכות ואעפ"כ ס"ל שאחר יכול לזכות מוכח דפליג על הריטב"א וגם באיסורא אתא לידיה ממש יוכל אחר לזכות. והקה"י כתב ליישב שאין סתירה מדברי גליון התוס' לריטב"א ע"ש. נמצא לדבריהם דהתוס' וגליון התוס' פליגי במה שנחלקו הש"ך והנתיבות בריש ס' רס"ב.

אך לולי דבריהם היה נראה דליכא ראיה כלל מדברי גליון התוס'. דסדר הדברים בשיטמ"ק הוא שכתחילה מביא קושית הרשב"א בלוקח מן התגר למה זוכה הלוקח הא

כבר זכה התגר בחצר ותי' כיון שאין הוה שימצא אין החצר קונה. ואח"כ כתב שגם הר"ן כתב כדברי הרשב"א. ואח"כ מביא בזה"ל וכתוב בגליון התוס' דתגר עצמו היה חייב להחזיר דבאיסור אתא לידיה דבאותה שעה שלקחן ודאי לא מתיאש בעה"ב אי הוה ידע עכ"ל והבינו האמר"מ והקה"י דהגליון לא קאי על קושית הרשב"א והר"ן אלא על אופן שהתגר עצמו מצא ולכן כתבו שחולק על תוס'. אך מדברי השיטה נראה שגם הגליון קאי על קושית הרשב"א, דהיינו על אופן שהלוקח מצא ולא התגר בעצמו אלא שקשה שכבר זכה התגר לפניו ע"י חצר. וע"ז תי' הגליון דלא זכה ע"י חצר כיון שבאיסורא אתא לידיה. ומש"כ שהתגר עצמו היה חייב להחזיר היינו אם בא לזכות ע"י חצרו. אבל לעולם אם התגר מצא בעצמו ובא לזכות ע"י הגבהה יכול הגליון להודות לתוס' שזוכה. [נממילא ליכא ראיה דפליג על הריטב"א שאם הוא עצמו יכול לזכות ע"י הגבהה כ"ש אחר והריטב"א מיירי כשהיה בידו ולא בחצרון].

אפילו מונחין ע"ג שולחן. נחלקו הראשונים אם למסקנה דברי ר"א קאי דוקא על שולחני או גם בחנות. הרמב"ם פסק בפ"ז ה"ד שגם בחנות הרי הן של מוצאן אפילו נמצאו על התיבה. והטור בס' ר"ס חולק דראית הגמ' שבשולחני השולחן הוא כלפני השולחן הוא מדלא קתני בשולחנות אלא לפני שולחני. א"כ משמע שלגבי חנות דקתני חנות אין התיבה בכלל. וע' בכ"מ שמבאר שיטת הרמב"ם וביאור דבריו דאע"ג דמבואר בגמ' שלשון מצא בחנות לא כולל התיבה ורק מפני שבשולחני לא קתני שולחנות אלא לפני שולחני אמרינן דעל השולחן כלפני השולחן, אין כוונת הגמ' שיש הכרח מלשון חנות שלא כולל השולחן אלא שלשון לפני שולחני יותר משמע שכולל השולחן מלשון מצא בחנות ומדשינה התנא משמע שבא ללמד שגם השולחן בכלל לפני השולחן ומשולחני נלמד לחנות. ואף שהראיה

הערות אלו מציאות דף כו: – כז. וציונים

ריד

דסימנים דרבנן ורש"י בב"ק קאי אי סימנים דאורייתא.

חמור בסימני אוכף. ע' בנוב"י קמא אבה"ע ס' ל"ב מד"ה אמנם ובדבריו יש ג' הערות בפשט בגמ'. א. למה לי קרא לחמור בסימני אוכף הא מבואר לעיל דמחזירים פירות ע"י סימני כלי. ב. מבואר בעמ' ב' שבאוכף ליכא חשש שאלה א"כ פשיטא דמחזירים חמור בסימני אוכף ול"ל קרא. ג. לשון הגמ' אי כתב רחמנא שמלה ה"א ה"מ בעדים דגופא וכו' ולמה הה"א תלוי במה דכתב רחמנא שמלה והל"ל אי כתב כל אבידת אחיך סתם בלי שום ריבוי ה"א דבעינן עדים וסימנים דגופא. ועוד למה התחיל משמלה דנכתב אחרון בפסוק. ע"ש מש"כ בזה.

הרמב"ם כתב בפ"ד ה"א שמחמור לומדים שמחזירים חמור בסימני המרדעת אע"פ שהסימן בדבר הטפל לו. משמע דס"ל שהחידוש אינו דלא חיישינן לשאלה אלא דליכא ריעותא בזה שאינו יודע סימן בחמור שהוא עיקר האבידה. ולרמב"ם כשיש סימן בחמור פשוט שמחזירים אוכף בסימני חמור ורק איפכא בעינן קרא כיון שהסימן הוא בדבר הטפל. משא"כ לפשט הפשוט דקמ"ל דלא חיישינן לשאלה א"כ בלי פסוק גם לא יחזירו אוכף בסימני חמור. אך סברת הרמב"ם שייכת רק אי סימנים דאורייתא וקרא אתא לחמור בסימני אוכף. אבל אי סימנים דרבנן וקרא אתא לחמור בעדי אוכף בזה ליכא למימר דס"ד דלא נסמוך על העדים וע"כ שהחידוש הוא דלא חיישינן לשאלה וא"כ צ"ע למה הוצרך הרמב"ם לשנות את החידוש למ"ד סימנים דאורייתא.

שור לגיזת זנבו. הקשו התוס' ממ"נ אי איכא בגיזה ש"פ פשיטא ואי ליכא ש"פ אמאי חייב. הרא"ש כתב בזה דקמ"ל שחייב להתעסק בהשבת אבידה לגזו הזנב כשיגיע זמנו לגזוז

מלשון לפני שולחני ליכא גבי חנות מ"מ הראיה הראשונה של הגמ' מאי אריא דקתני בין הכסא לשולחני ליתני על השולחן, קיימת גם ברישא נואף שלפנ"ז אמרו מהא ליכא למשמע מינה ע' מהרש"א שלגרסא דידן הגמ' חזרה ממה שאמרה בתחילה]. ואף שאין סיוע מלשון מצא בחנות מ"מ גם אין הכרח לומר איפכא. וע' בשיטמ"ק ובכ"מ הנ"ל שמבארים סברת הראשונים דס"ל לחלק בין חנות לשולחני.

דף כז.

תוד"ה בלוקח. כתבו שגם התגר עצמו יכול לזכות אם שהו בידו. והא דלא הוי באיסורא אתא לידיה נתבאר לעיל כמה טעמים א. לסוברים שבחצר לא אמרינן איסורא אתא לידיה נחא. ב. המחנ"א כתב דכיון דאינו הוה לימצא אין זה רשות הראוי לקנין ואין זה נחשב באיסורא אתא לידיה. ג. הנתיבות כתב שכיון שזוכה בהגבהה אינו רוצה שהחצר תזכה לו. ד. האמר"מ כתב שאיסורא אתא לידיה דחצר הוא מונע רק קנין חצר ולא כשזוכה בקנין אחר. וע' לעיל מש"כ בדברי גליון התוס' כאן.

מה שמלה מיוחדת וכו'. רש"י כתב דתובעין אתא למעוטי מידי דידעין ביה דמיאש. התוס' מביאים שבירושלמי מבואר דיאוש נלמד מזוטו של ים וכן הוא ברש"י ב"ק סו. וכתבנו מזה בס"ד לעיל בריש פרקין. וליישוב הסתירה בין רש"י כאן לרש"י בב"ק ע' מה שכתבנו בס"ד לעיל כא. ואולי י"ל עוד דתלוי אם סימנים דאורייתא או לא. שאם סימנים דאורייתא שמלה אינו מיותר דילפינן מיניה סימנים ואז צריך ללמוד יאוש מזוטו של ים. ואם סימנים דרבנן וסימנים דמתני' כדי נסבא א"כ עיקר קרא דשמלה אתא לתובעים א"כ אפשר ללמוד יאוש משמלה. ורוב הראשונים ס"ל דנשאר ספק להלכה אי סימנים דאורייתא או דרבנן א"כ רש"י כאן קאי לצד

הערות

אלו מציאות דף כז.

וציונים

רמז

כדי שיחזור ויגדל. דהיינו שגם כשיש בגיזת זנבו ש"פ יש חידוש שלא רק שצריך לשמור ולטפל באבידה שלא תתקלקל אלא אם האבידה ראויה להשביח מעצמה ויש דבר שמונע השבח חייב להסיר המונע כדי שיוכל האבידה להוסיף להשביח. וכן נפסק בס' רס"ז סע' י"ז כל זמן שהיא אצלו חייב לטפל בה שלא תפסד ולהשביחה כגון לגזו הצאן ואפילו גיזת זנב השור שהוא דבר מועט חייב לטפל בו. ולדברי הרא"ש החידוש הוא גם באופן שיש בו ש"פ דקמ"ל שיש חיוב גם להשביח ולא רק לטפל שלא יופסד. וע' במהר"ם שי"ף שלומד שכוונת התוס' כרא"ש ומה שכתבו אע"פ שאין בה ש"פ הוא לרווחא דמלתא ועיקר החידוש הוא שחייב להשביח וחידוש זה איכא גם כשיש בו ש"פ. וגם הש"ך בס' רס"ז סקט"ו משהו דברי התוס' לדברי הרא"ש. אך בש"ך מבואר שכלול בדיון זה ב' חידושים לשיטת התוס' א. דחייב לטפל גם להשביח. ב. ה"א שהגיזה שגוזז אם אין בו ש"פ לא יצטרך להחזירו לבעלים כיון שעכשיו הוא דבר בפנ"ע ואין בו ש"פ, קמ"ל דכיון שבא מדבר שיש בו ש"פ חייב להשיבו ע"ש. אך בלשון התוס' משמע שיש חידוש במה שחייב לגזוזה אע"פ שאין בה ש"פ וזה אינו מובן דהחידוש לענין חיוב הגיזה הוא אפילו בש"פ וקשה לומר דלשון התוס' לאו דוקא.

הנ"י כתב בשם הר"ן שהח"י הוא שחייב להחזיר את הגיזה אע"פ שאין בו ש"פ כיון שבעיקר האבידה יש ש"פ ואינו מובן מה החידוש בזה דפשיטא דכיון שבס"ה יש באבידה ש"פ בודאי חייב להשיב כל חלק ממנו דאטו המוצא צרור של מטבעות שכ"א הוא פמש"פ יניח לעצמו אחד מהם. ואח"כ כתב בשם התוס' שהח"י הוא שחייב לטפל ולהשביח ומפורש בדבריו שבש"פ ליכא חידוש בזה. וצ"ב אם החידוש הוא שחייב להשביח גם בש"פ יש חידוש זה. וגם לשון התוס' בקושיהם

צ"ב שכתבו שאם אין ש"פ אמאי חייב ואינו מובן דלמה לא יצטרף לשאר האבידה.

וראיתי בחידושי הגריי"ר לגר"י מפוניבז' זצ"ל שלענין הגיזה שהיה על השור בשעת מציאה פשוט שהוא חלק מהאבידה ויש בו חיוב השבה אע"פ שאין בו בפנ"ע ש"פ. אבל מה שנוסף אח"כ לא היה בכלל חיוב השבה שחל בשעת הגבהת האבידה ועכשיו צריך לחול חיוב השבה על חלק זה בפנ"ע והוא פמש"פ, וע"כ הקשו התוס' שאם אין בו ש"פ אמאי חייב. ותיצו דאף שאין בו ש"פ מ"מ חייב לגזוז וע"י הגיזה יגדל עוד ויצטרף לש"פ. דהיינו שלתוס' אין החידוש שחייב להשביח אלא שאין פטור של פמש"פ כיון שע"י הטיפול יגיע לש"פ. והנ"י ס"ל שגם אם לא יגיע לש"פ יש חיוב השבה גם על הגיזה שנוסף אח"כ שגם הוא נעשה חלק מעיקר האבידה שיש בו ש"פ. ומבאר דפליגי אי חיוב ההשבה בעיקר האבידה הוא רק בגלל רגע ההגבהה או שיש כל הזמן סיבה חדשה לחיוב. דתוס' ס"ל שחיובו מחמת תחילת ההגבהה א"כ מה שנוסף אח"כ הוא דבר בפנ"ע ולא חל חיוב השבה על פמש"פ אא"כ ראוי להגיע לפרוטה ע"י הגיזה. והנ"י ס"ל שיש כל רגע סיבה חדשה לחיוב השבה ועכשיו הגיזה הוא חלק משאר האבידה ונכלל בחיוב שחל עכשיו על כל האבידה. אך מוסיף דקשה להבין סברת התוס' דאף שהגיזה הוא דבר בפנ"ע והוא פמש"פ מ"מ חייב לטפל בו כדי שיצטרף לש"פ ואמאי הא עכשיו אין בו ש"פ ואין בו חיוב השבה.

ואולי יש לבאר דברי התוס' באופן פשוט שהקשו ממ"נ אם יש בה ש"פ דהיינו שהגיזה בפנ"ע היא ש"פ או שהיתה על השור בזמן מציאת השור שאז פשוט שזה מצטרף לשאר האבידה ודינו כאבידה שיש בה ש"פ פשוט שחייב. ואם הגיזה גדל רק אח"כ ובפנ"ע אין בו ש"פ, ובאופן זה ס"ל לתוס' שאינו מצטרף

הוא שחייב לגזור אף שהוא טיפול מיוחד לחלק זה של האבידה וס"ד שאינו חייב אלא בטיפול שכולל את כל האבידה.

ואימא לגללים. צ"ב לה"א דאתא לגללים יקשה קושית התוס' ממ"נ אי אית בה ש"פ פשיטא שחייב ואי לית בה ש"פ אמאי חייב. ואיזה חידוש יש בגללים יותר משור לגיזת זנבו. ובמה שכתב רש"י סתם גללים אפקורי מפקיר להו למי שטרח בו ע' מש"כ הרש"ש.

אשר תאבד פרט לאבידה שאין בה ש"פ. נחלקו האחרונים באבידה פמ"ש"פ אם יכול המוצא לזכות בו ונעשה שלו או שאינו אלא פטור מהשבה ואינו זוכה אלא ע"י יאוש ואפילו יאוש אחר שמצא מהני ולא הוי באיסורא אתא לידיה כיון שלא נתחייב בהשבה. השעה"מ בס' ו' סק"א נקט שזוכה באבידה ונעשה שלו. ומה"ט הקשה למה מצרפים חצי פרוטה אבידה לחצי פרוטה משאר חיובים לענין שבועת הפקדון הא אבידה היא שלו ולא חזי לאצטרופי. המחנ"א בהל' גזילה ס' א' לומד שאין זה אלא פטור מהשבה והזכיה הוא אח"כ ע"י יאוש, לפ"ז מיושב קושית השעה"מ דשפיר מצטרף לממון אחר אם עדיין לא נתיאשו הבעלים. וע' באבה"א פ"א מגו"א הי"ב שלומד שענין זה תלוי במה שנחלקו הרמב"ם והטור לענין אבידה מדעת דלרמב"ם אין התר זכיה אלא רק פטור מהשבה ולטור יכול לזכות. ולומד האבה"א שאין זה מחלוקת לגבי אבידה מדעת בלבד אלא מחלוקת כללית בכל מה שיש לימוד לפטור מהשבה אם כלול בזה התר לקחת לעצמו או רק פטור מהשבה. ובזה תלוי גם מה שנחלקו הראשונים לגבי מה שנלמד מאשר תאבד ממנו למעט זוטו של ים שלרמב"ם התר הזכיה הוא מכח יאוש, דכמו שבאבידה מדעת שנלמד מאשר תאבד אין זה התר זכיה אלא רק פטור מהשבה כך זוטו של

לשאר האבידה כמש"כ הגרי"ר זצ"ל, א"כ למה חייב. ותי' דלעולם מיירי שהיה הגיזה בשעת מציאה וא"כ דינה כש"פ אף שבגיזה עצמה אין ש"פ כיון שמצטרף לשאר האבידה ומה שקשה א"כ פשיטא שיש בזה חיוב השבה כתבו דאצטרף להשמיע שחייב לגזוז בעתה אע"פ שאין בה ש"פ בשעה שגוזזה. דהיינו שמה שחייב בהשבת הגיזה הוא פשוט אבל יש חידוש במה שהוא חייב לגזוז. ולא כרא"ש שהחדוש הוא שחייב להשביח, אלא החידוש הוא שיש חיוב טיפול דמה שחייב בהשבת הגיזה הוא מפני שזה חלק מאבידה שיש בה ש"פ ויש חיוב השבה על כל חלקי האבידה, אבל הטיפול שעושה בגזיזת הצמר הוא מעשה מיוחד שעושה בשביל חלק זה בלבד, וס"ד דכיון שחלק זה בפנ"ע אין בו ש"פ ואין חיובו אלא מפני שהוא חלק מהאבידה זה מחייב השבה וטיפול שנחוץ לכל האבידה אבל בפעולה מיוחדת לצורך חלק זה שאין בו ש"פ ס"ד דאינו מחויב. קמ"ל כיון שזה חלק מהאבידה ויש עליו חיוב השבה זה מחייב גם טיפול אפילו שזה פעולה מיוחדת בשביל חלק זה שאין בו ש"פ. ולשון התוס' אע"פ שאין בה ש"פ בשעה שגוזזה היינו שמעשה הגיזה היא פעולה ששייכת רק לחלק זה של האבידה וס"ד שלא יתחייב בה כיון שאין חיובו על חלק זה בפנ"ע אלא כחלק מכלל האבידה.

נמצא הדרכים בביאור החידוש דשור לגיזת זנבו א. שיש חיוב טיפול לצורך השבחת האבידה. כ"כ הרא"ש, והמהר"ש והש"ך ס"ל שזה גם כונת התוס'. ב. שיש חיוב השבה על הגיזה אף שאין בו ש"פ כיון שזה חלק מאבידה שיש בה ש"פ. נ"י בשם הר"ן, והש"ך כתב שגם זה כלול בדברי התוס'. ג. מיירי בגיזה שלא היה בשעת מציאה ובאמת אינו מצטרף לשאר האבידה ואעפ"כ חייב לגזוז כדי שידגל עוד ויצטרף לש"פ, חידוש הגריי"ר. ד. מיירי באופן שמצטרף לשאר האבידה ופשוט שיש ע"ז חיוב השבה כחלק מכלל האבידה והחידוש

חוזר וזוכה כשנתיק. וצ"ל כיון שבשעת אבידה היה בזה ש"פ אין זה בכלל מה שהתורה התירה ולא הוי הפקר אא"כ היה פמש"פ בשעת מציאה. ואה"נ אם בשעת אבידה היה פמש"פ יתכן דהוי הפקר ויצא מרשות הבעלים מיד.

משמעות דורשין א"ב. הפת"ת בס' רס"ב סק"א כתב בשם הלבוש דהא דמבואר לעיל שאבידה של שותפים אע"ג דאית בה ש"פ אין חיוב השבה אא"כ יש פרוטה לכל שותף הוא משום דאע"ג דקרינן ביה ומצאתה שמצא אבידה שיש בה פרוטה מ"מ פטור מהשבה משום דבעינן אשר תאבד וכ"א מהמאבדין לא איבד ש"פ. והקשה הפת"ת בשם הברכי יוסף דא"כ אמאי לא אמרו דאיכא בינייהו כה"ג.

מבעי ליה לברבנאי. פרש"י דס"ד דהא דנתמעט אבידת עכו"ם היינו רק דאינו חייב לטרוח ולהגביה אבל אם הגביה חייב להשיב קמ"ל. ויש לעיין לראשונים דס"ל דאינו מתחייב בהשב תשיבם בשעת ראייה אלא רק בשעת הגבהה א"כ איך ס"ד שהמיעוט של אחיך קאי לפני הגבהה הא כתיב השב תשיבם לאחיך. וע"כ המיעוט קאי בתר דאתא לידיה דלפנ"כ ליכא עשה דהשב תשיבם. וצ"ל דכל מה דסברי אותם הראשונים שחייב השבה הוא רק אחרי שבא לידו הוא אחרי הדרשה של רבינאי דומצאתה דאתא לידיה משמע. וס"ל דכמו שהמיעוט של אחיך קאי על אתא לידיה גם כל העשה של השב תשיבם הוא רק אחר הגבהה. ולולא קרא דומצאתה היו כל הראשונים מודים שמתחייב בהשבה בראייה. ושור"ר שהדברים מבוארים בסמ"ע בס' רנ"ט סק"א שכתב שלשון הפסוק לא תראה את שור אחיך וכו' דמשמע דתלוי בראייה קאי על הלאו דלא תוכל להתעלם, אבל מצות השב תשיבם הוא רק אחרי הגבהה. ומוסיף הסמ"ע וזה נרמז בקרא במה שכתוב וכן תעשה לכל אבידת

ים שנלמד ממנו אינו אלא פטור מהשבה ורק אחרי יאוש יש התר זכיה, והחולקים ס"ל שכלול במיעוט התר זכיה לכן אבידה מדעת וזוטו של ים יכול לזכות גם בלי יאוש. ובזה תלוי הדין של אבידה שאין בה ש"פ. והא דאבידת עכו"ם מותרת למוצא לכו"ע היינו משום דמה דקי"ל גזל עכו"ם אסור היינו דוקא דרך גזילה דומיא דויגזול את החנית אבל באבידת עכו"ם ליכא איסור דגזל עכו"ם. וכיון שיש פטור מהשבה ממילא יכול לקחת לעצמו דגזל עכו"ם בכה"ג מותר. אך יש להעיר בזה דממה שצריך להגיע ליאוש באבידה מדעת וזוטו של ים אין ראייה שהפטור מגזה"כ הוא רק פטור מהשבה דחזינן דשיטת היראים שאף למ"ד גזל עכו"ם מותר היינו שיש התר לקחת ולעכב הממון לעצמו אבל אינו נעשה שלו. וא"כ בכל הפטורים מהשבה יש ג' צדדים א. אולי זה רק פטור מהשבה ואין התר לקחת לעצמו כלל. ב. אולי יכול לקחת לעצמו ולהשתמש אבל אינו נעשה שלו. ג. יתכן שהתורה הפקירה אבידה זו ויכול לזכות בו ונעשה שלו. ואפילו נימא שהתורה התירה לקחת אבידה בזוטו של ים או אבידה מדעת יתכן שאין נעשה שלו אלא ע"י יאוש.

הובא לעיל כד. שנחלקו הביה"ל והאמר"מ לגבי אבידת עכו"ם לסוברים שיכול המוצא לזכות ונעשה שלו אם יוצא מרשות העכו"ם מיד והוי הפקר אפילו לפני שבא ליד זוכה שהתורה הפקירה אבידת עכו"ם או שנשאר בבעלות העכו"ם עד זכיית המוצא. הביה"ל ח"ג ס' מ"ה אות ו' ס"ל דהוי הפקר גם לפני זכיית המוצא והאמר"מ בס' ל"ז אות ט"ז ס"ל דאינו אלא התר זכיה ונשאר של העכו"ם עד דאתי ליד זוכה. ולדעת הביה"ל שבאבידת עכו"ם התורה הפקירה ממון העכו"ם לכאורה ה"ה באבידה שאין בה ש"פ נמי התורה הפקירה וא"כ צ"ב מאי פליגי בגמ' בהוקרה והוזלה וחזרה והוקרה, הא מיד כשהוזלה הרי היא אבידה שאין בה ש"פ והוי הפקר ואיך

אחיק אשר תאבד ממנו ומצאתה ודרשו בגמ' ומצאתה דאתא לידיה משמע ע"ש. ולדברינו אין זה רק רמז אלא הוא מוכרח דאל"כ פשיטא דהפטור דאחיק ולא עכו"ם קאי באתא לידיה דרק בזה יש עשה דהשב תשיבם. אלא מוכח דלולא ומצאתה היה העשה גם לפני הגבהה.

אשר תאבד מאי עביד ליה מבעי ליה לאבידה ששטפה נהר. פרש"י דאע"ג דדין זה נלמד מממנו אידי דכתב ממנו כתב אשר תאבד. ויש לעיין מכאן על דברי הרמב"ם בפ"א הי"א שכתב שהדין של אבידה מדעת נלמד מקרא דאשר תאבד פרט למאבד לדעתו. ולדבריו כשהקשו אשר תאבד מאי עביד ליה למה לגמ' לתרץ דאצטריך לדרשה של זוטו של ים שעיקר הלימוד הוא מממנו וצריך לדחוק בכונת הגמ' דאגב ממנו כתיב אשר תאבד הא לרמב"ם מאשר תאבד ילפינן אבידה מדעת והוי לגמ' למימר דאצטריך אשר תאבד לאבידה מדעת, וע' בזה בסמוך.

הא בעינן ומצאתה. מבואר בגמ' דלכו"ע בעינן שיהיה ש"פ גם בשעת אבידה וגם בשעת מציאה. וכתבו האחרונים דאין זה דוקא לגבי פמ"ש"פ אלא כל תנאי חיוב השבת אבידה בעינן שיהיו גם בשעת אבידה וגם בשעת מציאה. ומה"ט כתב השערי יושר בש"ד פ"ח בד"ה והנה שאם היה עכו"ם בשעת אבידה ונתגיר לפני המציאה ליכא חיוב השבה, וכ"כ בחי' הג"ר מאיר שמחה כאן ע"ש. אמנם הרמב"ם השמיט דין זה דבעינן ש"פ בשעת אבידה. וע' באבה"א פ"ג ה"א שהרמב"ם סמך על פשטות לשון המשנה בדרך נה. המוצא ש"פ חייב להכריז דמשמע שתלוי רק בשעת מציאה. ויש להוסיף שגם מסברא קשה להבין למה תלוי בשעת האבידה דלכאורה רגע הנפילה אינו עושה שום דין דהמצב של אבוד מחייב השבה ולא מעשה

נפילה. ומה בכך שבשעת נפילה היה פמ"ש"פ הא עכשיו מונח ממון ש"פ שיש לו בעלים והוא הולך לאיבוד. ולמה גרע מראה מים שוטפים ובאים דליכא נפילה כלל אלא מצב של הולך לאיבוד וה"נ אף שברגע הנפילה לא היה סיבת חיוב למה לא יתחייב עכשיו. אך אכתי צ"ע איך דחה הרמב"ם סוגיא מפורשת מכח דיוק מלשון המשנה או מכח קושיא מסברא. ואולי י"ל דהראשונים הקשו על הירושלמי דיליף יאוש מזוטו של ים ממתני' דילפה תובעין משמלה. וכתבו שהירושלמי ס"ל שתובעין היינו למעוטי אבידה שאין בה ש"פ ולית לירושלמי דרשת הבבלי מאשר תאבד. א"כ י"ל דלירושלמי כל הדין של פמ"ש"פ נלמד משמלה ולא מאשר תאבד ולא ומצאתה ולירושלמי יש רק פסוק אחד ואין מקור לחדש דבעינן ש"פ בשעת אבידה. והרמב"ם פסק כירושלמי שכן הוא משמעות המשנה בדרך נה. ובזה יתישב גם מה ששאלנו לעיל על הרמב"ם שלומד מאשר תאבד אבידה מדעת שזה לשיטת הירושלמי דאשר תאבד לא מלמד פמ"ש"פ וע"כ אתא לאבידה מדעת אבל הבבלי לא ס"ל דרשה זו. ובעיקר השאלה מסברא עיין ב"ק קו: על הדין של כי יתן איש דליכא דין שומר על נתינת קטן והקשו וכי גרע משומר אבידה דאיכא דין שמירה אע"ג דליכא נתינה כלל. ותרצו דאבידה שאני דאתי מכח בן דעת דהיינו שהמאבד היה גדול. וחזינן נמי התם שיש דין על שעת האבידה וצ"ע בסברת הדבר.

ויש לעיין עוד בהא דבעינן ש"פ בשעת מציאה מה נחשב שעת מציאה אי תלוי בשעת ראייה שאז מתחייב בלא תוכל להתעלם או בשעת הגבהה שאז מתחייב להרבה ראשונים בעשה דהשב תשיבם.

סימנים דאורייתא או דרבנן. הקצה"ח בס' רנ"ט סק"ב לומד שהספק של הגמ' בתחילת הסוגיא אינה אם חוששים

דף כז:

לאהדורי גט אשה בסימנים. פרש"י דמייירי שאבד הגט מן השליח. וצריך להבין אמאי פירש בשליח ולא בבעל שאיבד גט ונותן סימנים ורוצה עכשיו לגרש בגט. ולדברי הקצה"ח נחא שהספק כאן אינו אי חיישינן לאיתרמי או לא אלא אי חיישינן שמא משקר ובבעל ליכא חשש משקר כיון שבעל שאמר גרשתי נאמן דבידו לגרשה ושפיר נקט רש"י שליח שאינו נאמן ורק בשליח איכא חשש דמחזא חזי. ועוד יש לבאר כמו שמבאר רע"א בתשובה ק"ז קרוב לסוף התשובה בד"ה ונראה את דברי רש"י בגיטין כז: שכתב על הא דרבב"ח אירכס ליה גיטא דשליח הוי. ומבאר רע"א דהא דחוששים בגט שנפל שנתחלף באחר ששמו כשמו הוא רק חשש דרבנן כמבואר בתוס' לעיל כ: ד"ה איסורא בתי' השני וכיון דהוי חשש דרבנן מה הנ"מ לאהדורי גט אשה הא לענין חשש דרבנן ראוי לסמוך גם על סימן דרבנן [שאלה זו שואל הפנ"י בגיטין כז: ומוכיח מזה דהיכא דעיקר האיסור הוא דאורייתא אף שהחשש הוא דרבנן לא סמכינן על סימנים דרבנן. וע' לעיל כד: שכתבנו השיטות לענין סימן דרבנן באיסור דרבנן]. וכתב רע"א דהא דחשש דשני יב"ש הוא דרבנן הוא דוקא כשידוע שאבד ליב"ש גט בזה מן התורה לא חיישינן שהגט שנמצא הוא של יב"ש אחר. אבל היכא דלא ידוע שאבד גט ונמצא גט כשמו אין זה ראייה שזה גט שלו ובזה איכא חשש דאורייתא שהגט של אחר. וכתב רע"א שי"ל דמה"ט כתב רש"י שם דרבב"ח היה שליח ששליח אין לו נאמנות ובזה החשש הוא דאורייתא, אבל אם היה בעל היה נאמן לומר שאבד ממנו גט ובזה החשש ליב"ש אחר הוא דרבנן וסמכינן בזה על סימנים אפילו אם סימנים דרבנן. וכן י"ל ברש"י כאן. וע' נוב"י תנינא אבה"ע סוף ס' ס' שלומד שהנידון אי חיישינן לב' יוב"ש או לא תלוי בספק אי סימנים דאורייתא או לא, דיב"ש הוי

שיתרמי חפץ אחר עם סימנים כסימנים של המאבד, דלענין זה פשוט לגמ' דסימנים דאורייתא אלא הספק הוא דאולי חיישינן שמא מחזא חזי או שאומר כסומא בארובא דהיינו דחיישינן שמא משקר ולכן הגמ' אומרת נ"מ לאהדורי גט אשה בסימנים ולא לעדות על מיתת הבעל דהתם ע"א נאמן וליכא חשש משקר ובזה בודאי סמכינן על סימנים מן התורה משא"כ בגט שנפל משליח שחשוד השליח לשקר בזה מספקא לגמ' אולי חיישינן למחזא חזא. ורק בהמשך הגמ' שהביאו מהא דאין מעידים על השומא נתחדש שיש צד שגם כשאין חשש משקר לא סומכים על סימן וכ"ש שלא מהני במקום שיש חשש משקר. וע' בקה"י ס' כ"ט אות ב' שמוכיח דהא דסימנים לאו דאורייתא אינו רק משום חשש משקר דא"כ היה מועיל סימן בצורבא מרבנן מן התורה כמו שמהני טביעת עין בצורבא מרבנן ולעיל יט: מוכח דאם סימנים לאו דאורייתא גם בצ"מ לא מהני סימן בגט.

עוד מחדש הקצות שם דמה שמבואר בסוגיא שאפילו אם סימנים דרבנן סימן מובהק מהני מן התורה זה רק במקום דליכא חשש משקר אלא רק חשש דלא סמכינן על הסימן דילמא איתרמי בזה יש מעלה בסימן מובהק שלא חיישינן לאיתרמי, משא"כ באבידה או בגט דאיכא חשש משקר דהיינו שחוששים למחזא חזי, בזה גם סימן מובהק לא מהני שאם חזא יודע גם את הסימנים המובהקים. ועל חידוש זה תמה הקה"י שם באות ד' ממה שאמרו בסמוך היא אומרת סימני הגט וכו' דסימן מובהק מהני אע"ג דהתם ע"כ החשש הוא שמשקרת ע"ש. ומביא הקה"י שהפרי יצחק תמה בזה על הקצות. אלא שכתב הפרי יצחק דגדר מובהק לענין חשש איתרמי שונה מגדר מובהק לענין חשש מחזא חזי, דלענין איתרמי בעינן שיהיה דבר שאינו מצוי ולענין מחזא חזי בעינן דבר שאינו נראה בקל. וע' מה שכתבנו בזה בס"ד בדף כח.

קרא היו מחזירים ע"י סימנים וקמ"ל קרא דבעינן דוקא עדים.

אך יש לבאר דברי הראב"ד באופן אחר דהובא לעיל כג: קושית הפנ"י בכתובות יב. אמאי בעינן סימנים או עדים בהשבת אבידה הא המאבד טוען ברי והמוצא שמא והיכא דליכא מוחזק לכו"ע ברי ושמא ברי עדיף. וכתב בזה בשערי יושר ש"ו פי"ד דאה"נ מסבירא לא בעינן הוכחה דסגי במה שהמאבד טוען שזה שלו ואין מי שמכחיש. אלא גזה"כ מקרא דוהיה עמך עד דרוש אחיך אותו דחייב בשמירת האבידה עד שיברר מי הוא בעל האבידה. ולפ"ז לא קשיא כלל קושית בעה"מ על רש"י. שאין החידוש בפסוק שמהני עדים אלא דלולא קרא היו מחזירים בלי שום הוכחה כקושית הפנ"י, וקמ"ל קרא דבעינן הוכחה דהיינו עדים. ומדברי בעה"מ שמקשה על רש"י מבואר שלא כדברי השערי יושר אלא דפשוט שאין להשיב בלי ראיה וקרא להקל אתא דסומכים על סימנים או על עדים [וזה כדברי הפרי יצחק שהובא לעיל כג: ולקמן כח.]. וע"ז שפיר הקשה בעה"מ למה לי קרא לעדים. אבל לדברי השערי"ו אדרבה קרא בא להחמיר שלא יחזירו אלא בראיה. וגם מדברי הר"ן והרשב"א שתירצו דס"ד שיחזיר ע"י סימנים משמע שגם בלי פסוק פשוט שבלא ראיה כלל לא מחזירים וגם זה דלא כשערי יושר. אבל בראב"ד שכתב שקמ"ל שצריך עדים י"ל שזה גופא כוונתו דס"ד שיחזירו בלי ראיה ע"פ טענת המאבד וקמ"ל קרא דבעינן שידרוש את המאבד ולכן צריך שיביא עדים.

חיישינן לשאלה. הגמ' חדשה דחיישינן לשאלה כדי שלא יקשה לצד שסימנים דאורייתא מהא דלא סומכים על סימנים בכליו. ומה"ט כתבו התוס' ביבמות קכ: שלא יבעית אימא שתמצו כלים בחיורי וסומקי אין הכרח לחדש דחיישינן לשאלה באמת לא חוששים לשאלה. ועפ"ז כתב המהר"ל מפרג והובאו

כעין סימן וכל מש"כ התוס' בתי' השני דהחשש ליב"ש אחר הוא דרבנן הוא רק על הצד שסימנים דאורייתא וא"כ לא קשיא כלל קושית הפנ"י ורע"א שיועיל סימנים אפילו אם סימנים דרבנן כיון שהחשש ליב"ש אחר הוא דרבנן, דלצד שסימנים דרבנן החשש ליב"ש אחר הוא דאורייתא. עכ"פ בביאור דברי רש"י דנקט שליח י"ל בב' דרכים א. ע"פ הקצות. ב. כדברי רע"א.

בהא דמבואר בגמ' שאם סימנים דאורייתא מחזירים גט אשה בסימנים הקשה בקובה"ע ס' ע"ז אות ב' איך ילפינן גט אשה מהשבת אבידה הא לשיטת הר"ן בחולין מהני ע"א בהשבת אבידה כיון דליכא מוחזק א"כ אולי דוקא בזה סומכים על סימנים משא"כ החזרת גט דהוי דבר שבערוה וצריך ב' עדים אולי לא מהני סימנים. יעו"ש מש"כ בזה. וכעין זה מקשה השיטמ"ק בשם הגליון איך לומדים סימנים בגט מאבידה הא איסורא מממונא לא ילפינן ע"ש. וע' לעיל כ: ובתוד"ה איסורא.

עד דרוש אחיך אותו מאי לאו בסימנים לא בעדים. פרש"י שיביא עדים שהוא שלו. והקשה בעה"מ דלמה לי קרא שמחזיר בעדים הא ילפינן משמלה דהיכא דאיכא תובעין מחזירים ופשיטא שמחזירים בעדים. לכן מפרש בעה"מ שעדים היינו שמכירים שאינו רמאי ואז מחזירים לו בטביעות עין. הרמב"ן במלחמות מיישב דקרא דמחזירים בעדים אתא לאשמועינן דסגי בעדי אריגה ולא חיישינן שמכרה אח"כ ולא בעינן דוקא עדי נפילה. ובשיטמ"ק בשם הר"ן והרשב"א תי' דמסבירא ראוי שיועיל סימנים כיון שאין כאן הוצאת ממון ממוחזק וקרא קמ"ל דבעינן דורשהו ע"י עדים ולא סמכינן על סימנים. ובשם הראב"ד כתב השיטמ"ק דלא בא הפסוק ללמד שסומכים על עדים דזה פשיטא אלא קרא אתא להשמיע שלא יחזיר אלא בעדים. ואפשר לפרש דברי הראב"ד כר"ן והרשב"א דלולא

הערות

אלו מציאות דף כז:

וציונים

רכא

אפילו כשיש סימן אמצעי בגופו וגם סימן מובהק בכליו.

עוד מביא הב"ש שגם בב"י מבואר כסברתו דלמ"ד סימנים דרבנן חוששים לשאלה יותר מלמ"ד סימנים דאורייתא. דסובר הב"י דהא דמבואר כאן שבכ"ס וארנקי לא חוששים לשאלה הוא דוקא למ"ד סימנים דאורייתא אבל להלכה דחוששים שסימנים דרבנן חוששים לשאלה גם בכ"ס וארנקי. והב"ש חולק וס"ל שכיון שכ"ס וארנקי לא מושלי אינשי לא חוששים בזה לשאלה אפילו למ"ד סימנים דרבנן.

נמצא ג' שיטות בענין חשש שאלה למ"ד סימנים דרבנן א. למהר"ל לא חוששים כלל. ב. לב"י חוששים אפילו בכלים שאין דרך להשאילן. ג. לב"ש חוששים בכלים שהדרך להשאילן. ובעיקר הדבר שנקט הב"ש דענין חשש שאלה תלוי אם סימנים דאורייתא או דרבנן יש לו סמך מדברי התוס' לעיל כ: ד"ה מצא שהקשו למה מחזירים שטרות בסמני הדלוסקמא ניהוש לשאלה, ותירצו דכשם שתקנו חכמים לסמוך על סימן אמצעי כך תקנו שלא לחשוש לשאלה. משמע דחשש איתרמי שבגללו לא סומכים על סימנים דמי לחשש שאלה, ובכלל התקנה לסמוך על סימן דרבנן כלול שגם לא חוששים לשאלה. וכן כתב השיטמ"ק כאן בשם התוס' שאנן שמקשה אם חוששים לשאלה איך מחזירים פירות בסימני הכלי. ותי' דלגבי ממון עבוד רבנן תקנתא. ולכן הקשו דוקא מחמור בסימני אוכף שנלמד מקרא. וע"ע בשיטה בשם הריטב"א אמאי לא חוששים למכירה וע' מה שכתבנו מזה לעיל לגבי מטבע.

הנובי"ק באבה"ע ס' ל"ב מביא ראייה לשיטת המהר"ל מדברי הרמב"ם שמביא את הדין של חמור בסימני אוכף ומשנה מלשון הגמ' וכתב מרדעת במקום אוכף. וכתב הנובי"ק

דבריו בב"ש באבה"ע ס' י"ז סקס"ט דאע"ג דקי"ל כתי' הראשון דחיישינן לשאלה ולא מהני סימנים בכליו אפילו אם הם סימנים מובהקים ביותר, מ"מ כל זה רק מפני שחוששים לצד דסימנים דאורייתא וא"כ קשה למה לא מהני סימן בכליו והוצרכו לחדש דחוששים לשאלה. אבל לצד שסימנים דרבנן ניהא הא דלא סומכים על סימנים בכליו ואין צורך לחדש דחיישינן לשאלה. אלא שלהלכה חוששים לצד דסימנים דאורייתא לכן חוששים לחומרה לשאלה כמו שנפסק שם בסע' כ"ד. ועפ"ז מחדש המהר"ל מפרג שאם יש סימנים אמצעיים בגופו וגם סימן מובהק בכליו סומכים ע"ז ממ"נ. דלפי הצד שסימנים דאורייתא מהני סימן אמצעי בגופו. ולפי הצד שסימנים דרבנן ולא מהני סימן אמצעי בגופו מהני הסימן המובהק שבכליו שהרי לצד שסימנים דרבנן לא חוששים לשאלה. ומה שחוששים לשאלה הוא רק בגלל הצד שסימנים דאורייתא ולפי צד זה הא איכא סימן אמצעי בגופו.

הב"ש חולק וס"ל דאף שמבואר בתוס' ביבמות שלתי' השני שאין הכרח לומר דחוששים לשאלה לא חיישינן לשאלה, מ"מ מה שלמד מזה המהר"ל שלמ"ד סימנים דרבנן לא חוששים לשאלה אינו. דכל מה דמסברא אמרינן דלא חוששים לשאלה ורק אם יש הכרח צריך לחדש שכן חוששים, זה רק למ"ד סימנים דאורייתא דכמו שסומכים על הסימן מן התורה ולא חיישינן שאתרמי אחר עם אותו סימן כך לא חיישינן לשאלה. אבל למ"ד סימנים דרבנן ומן התורה לא סומכים על סימן א"כ גם לחשש שאלה חוששים מסברא גם בלי הכרח. ואדרבה כל מה שהוצרכה הגמ' לחדש שחוששים לשאלה זה רק לצד שסימנים דאורייתא ולצד זה חשש שאלה תלוי בתירוצי הגמ'. אבל לצד שסימנים דרבנן פשוט דחוששים לשאלה. א"כ להלכה דחוששים שסימנים דרבנן אין להתיר

דלפי מה שמבואר בגמ' דחוששים לשאלה והא דמחזירים חמור בסימני אוכף הוא משום דאוכף לא מושלי משום דמסקב לחמרא, וזה דוקא באוכף ולא במרדעת. והרמב"ם שינה וכתב מרדעת משום דס"ל דקי"ל סימנים דרבנן וס"ל שלמ"ד סימנים דרבנן אין הכרח לחדש דחיישינן לשאלה א"כ לא צריך להגיע לסברא של אוכף לא מושלי. לכן כתב הרמב"ם מרדעת ללמד דלהלכה אוכף לאו דוקא דגם במרדעת לא חוששים לשאלה. ועוד מקשה שם הנוב"י על סברת הב"י שלמ"ד סימנים דרבנן חוששים לשאלה אפילו בכיס וארנקי דא"כ יקשה למ"ד סימנים דרבנן מחמור בסימני אוכף. וכן מקשה רע"א בגליון השו"ע על דברי הב"ש הנ"ל. וע"ע בחי' רע"א. ובפת"ת באבה"ע ס' י"ז סקצ"ה ד"ה ובדין מביא שברשב"א בסוגיין מפורש שלמ"ד סימנים דרבנן באוכף ובכיס וארנקי וטבעת לא חוששים לשאלה ובשאר דברים חוששים לשאלה. ומפורש לא כמהר"ל מפרג אלא שגם מ"ד סימנים דרבנן חושש לשאלה. ולא כב"י אלא שבכיס וארנקי לא חוששים אפילו למ"ד סימנים דרבנן. ומוכח מדברי הרשב"א כשיטת הב"ש.

כיס וארנקי לא מושלי אינשי. יש לעיין אם כיס וארנקי וטבעת ואוכף דוקא אבל בשאר דברים אפילו הדברים שבעלמא נחשבים שאינם עשויים להשאיל ולהשכיר הכא חיישינן א"ד כל דבר שנחשב אינו עשוי להשאיל דינו כטבעת וכיס דלא חוששים בו לשאלה. וע' בשיטמ"ק ד"ה אלא שכתב בשם הריטב"א שבברייתא של קשור בכיס וארנקי נזכר גם או שמצאו בין כליו, ואמאי לא חוששים לשאלה בכלים אלו. ותירץ דמיירי בכלים שאינם עשויים להשאיל. משמע דכל מה שנחשב לענין הלכות טוען ונטען לכלי שאינו עשוי להשאיל לא חיישינן בו לשאלה והוי ככיס וארנקי. אך השיטמ"ק לפנ"כ בד"ה או שמצאו כתב בשם הרא"ש שמצאו בין כליו היינו שנמצא בביתו ולכן ליכא חשש שאלה. ולדבריו ליכא ראייה מה הדין בכלים שאינם

עשויים להשאיל. וע' בפת"ת סקצ"ה קרוב לתחילת דבריו שכתב בשם המשכנות יעקב דכל מה שנחשב לענין דיני ממונות לאינו עשוי להשאיל לא חוששים בו לשאלה. אמנם מדברי הנוב"י בס' מ"ג ד"ה אמנם נראה דלא ס"ל כן, שמקשה אמאי חיישינן לשאלה הא איכא חזקה מה שתחת יד אדם שלו. ולדברי המשכנות יעקב לק"מ דחשש שאלה הוא רק בדברים שעשויים להשאיל ולהשכיר ובדברים אלו אין חזקה זו. אך ע' בדברי הנוב"י בס' ל"ז שגם שם מקשה שנסמך על חזקה מה שתחת יד אדם שלו ולא ניהוש לשאלה, ושם מוסיף הנוב"י שקשה רק לשיטת הרמב"ם דס"ל שגם בדברים שהדרך להשאיל איכא חזקה שזה שלו אא"כ הכלי עשוי מתחילתו להשאיל כיוורת הגדולים. אבל לשאר הראשונים שכל שהדרך להשאילו ליכא חזקה ניהא. א"כ יוצא שלראשונים דס"ל שעשוי להשאיל תלוי אם הדרך להשאיל חשש שאלה כאן תלוי בחשש שאלה בממון. וכל דבר שאין הדרך להשאילו דינו ככיס וארנקי. ורק לרמב"ם דס"ל דעשוי להשאיל היינו שתחילת עשייתו לשם כך חוששים כאן גם בדברים שבעלמא יש חזקה שזה שלו. וע"ז מקשה הנוב"י אמאי לא נסמך גם כאן על החזקה. ע"ש מה שתירץ דלא מהני חזקה נגד חזקת אשת איש.

תוד"ה וניחוש. כתבו דמיירי שהוא בעצמו מצאו ולכן נאמן. וקשה א"כ מה הקשו דניחוש לשאלה למה לא יהיה נאמן לומר שלא השאיל. ע' בריטב"א שכתב דחוששים שמא שכח שהשאילו. ועוד כתב הריטב"א דמיירי שאחר מצאו ומישב קושית התוס' באופן אחר ע"ש.

שומא מצויה בבן גילו. ע' בשיטמ"ק בשם הראב"ד דבן גילו היינו שנולד באותו יום ובאותה שעה. ומסתפק הראב"ד אם חשש זה הוא דוקא לגבי שומא או גם בשאר סימנים. וע"ע מש"כ לענין חשש שמשתנה אחר מיתה בשאר סימנים.

הערות

אלו מציאות דף כז:

וציונים

רכג

אבל במקום דאיכא מוחזק לא סמכינן על סימנים להוציא ממון כמו שרוב לא מהני להוציא א"ד מהני סימן אפילו להוציא ממון. ומביא הקצות שבתוס' בחולין צו. מבואר דפשיטא להו דלא מהני סימנים להוציא ממון. עיין בתוס' שם שהקשו איך מחזירים שטר בסימנים הא ע"י השטר מוציאים ממון ולא מהני סימנים להוציא. ותירצו דאף שע"י השטר מוציאים ממון מ"מ עצם החזרת השטר אינו הוצאת ממון. וע' בקובה"ע ס' ע"ז שמבאר דברי התוס' ע"פ הרמב"ם בפט"ז מסנהדרין שאף שע"א אינו נאמן למלקות מ"מ אם העיד על איסור האיסור עצמו בע"א יוחזק ומלקים את מי שאכל אח"כ. וכן כאן סומכים על סימן להחזרת השטר. ואחרי שהוחזק השטר ביד המלוה מוציאים ממון ע"י השטר. וכן כאן בג' לווים ומלוה אחד לה"א של הגמ' שמחזירים בצירוף סימן לפרש"י, או לשיטת השיטמ"ק בשם הר"ן דס"ד דהאי אומדנא דאי מן הלוח נפל היאך איתרמי שמג' לווים נפלו יחד דמי לסימן, הא דמוציאים ממון ע"י סימן הוא בתולדה מהחזרת השטר. ודברי הקובה"ע לדמות דברי התוס' לדברי הרמב"ם הם מחודשים מתרי טעמי. א. התם כשהעד מעיד אין עדותו נוגעת עדיין למלקות אלא לגבי איסור ורק אח"כ בתולדה סומכים ע"ז לענין מלקות משא"כ הכא הספק מעיקרא הוא אם השטר נפל מהלוה והוא פרוע או מהמלוה ואינו פרוע ודמי להיכא דאחרי האכילה בא ע"א להעיד שהוא אסור דלא סומכים על עדותו למלקות וה"נ בזמן שבאים להחזיר את השטר כבר יש לידת הספק לענין הוצאת ממון. ב. כבר כתבו כמה אחרונים דדברי הרמב"ם נאמרו דוקא לגבי ע"א שלגבי איסור הנאמנות היא ודאית בזה אמרין דאחרי שהוחזק בודאות שהחתיכה אסורה מלקין את מי שאכל. אבל במקום שהבירור אינו ודאי כמו ברוב או סימנים אין ענין של הוחזק. [ונדלא כש"ש ש"ד פ"ח שמביא דברי הרמב"ם לענין רוב בממון ובנפשות ע"ש].

שומא סימן מובהק. מבואר דאף שסימנים דרבנן סימן מובהק בודאי מהני מן התורה. וע' בשיטה בשם הראב"ד שיש לו שיטה מחודשת בזה. שלמ"ד סימנים דרבנן גם סימן מובהק אינו מן התורה דאם סימנים דרבנן אין מקור לחדש סימן אפילו מובהק. אלא שתקנו חכמים לסמוך על סימן מובהק אפילו בגט ובמיתת הבעל משום עיגונא.

ניחא ליה לבעל האבידה. כתב

השיטה בשם הריטב"א שגם למסקנה צריך להגיע גם להא דניחא ליה למוצא דאל"כ למה תקנו להפסיד את המוצא מפני שניחא ליה לבעל האבידה. ומבואר דס"ל לריטב"א שאם סימנים לאו דאורייתא הוי כאין בו סימן דמתיאש המאבד וזוכה המוצא, וע"י תקנ"ח יש הפסד למוצא. וזה לכא' דלא כתוס' לעיל בד"ה מה שמלה שכתבו שגם אם סימנים לאו דאורייתא מ"מ ליכא יאוש בדבר שיש בו סימן דע"י סימנים ימצא עדים ואינו מתיאש. וא"כ גם לפני תקנ"ח אין המוצא יכול לזכות בדבר שיש בו סימן דליכא יאוש וא"כ ליכא פסידא למוצא ולא צריך להגיע לניחא למוצא. ויש ליישב ע"פ מה שכתב רע"א בדף כח: שסימן שמהני למנוע יאוש אף שלא מחזירים ע"פ הסימן הוא דוקא בסימן בגוף החפץ, אבל סימן שאינו בגופו כגון מקום או מנין, אם מחזירים ע"פ סימנים אלו אינו מתיאש. אבל אם לא מחזירים ע"פ סימנים אלו אין בזה סיבה שלא יתיאש דסימנים אלו אינם מועילים למצוא עדים. וע"ז קשה לריטב"א אם סימנים לאו דאורייתא הבעלים מתיאשים אף שיש סימן מקום או מנין א"כ בזה תקנ"ח הוא פסידא למוצא. לכן כתב הריטב"א שגם למסקנה נשאר הסברא של ניחא ליה למוצא אלא שהגמ' מוסיפה דבעינן נמי ניחא ליה לבעל האבידה.

ג' שליו מאחד יחזיר למלוה.

הקצה"ח ס' רנ"ט מאריך לדון אם מה שסומכים על סימנים הוא דוקא באבידה דליכא מוחזק

דרבנן והא דנקט את"ל סימנים דאורייתא הוא לאשמועינן שאפילו אם סימנים דאורייתא סימנים ועדים ינתן לבעל העדים. ולמד הרש"ל [הובא בש"ך ס' רס"ז סק"ז] מדברי רש"י שהוא דסימנים ועדים ינתן לבעל העדים היינו דוקא בסימן שאינו מובהק, אבל סימן מובהק שוה לעדים. וס"ל שרש"י חולק על הרא"ש שכתב שעדים עדיפי אפילו מסימן מובהק. דאי נימא שגם בסימן מובהק עדים עדיפי למה הוצרך רבא לומר חידושו דוקא את"ל סימנים דאורייתא הא סימן מובהק לכו"ע דאורייתא וגם בזה עדים עדיפי. אלא משמע מרש"י דסימן מובהק שוה לעדים ורק סימן אמצעי גרע מעדים ובוה חידש רבא שסימן אמצעי גרע מעדים אפילו למ"ד סימנים דאורייתא. הש"ך חולק וס"ל שאין ראייה מרש"י וגם רש"י ס"ל כרא"ש שאפילו בסימן מובהק עדים עדיפי מסימנים, ע"ש. וע' ברע"א שמביא דברי הש"ך דס"ל שלכו"ע עדים עדיפי אפילו מסימנים מובהקים, וכתב רע"א שיש להסתפק למ"ד סימנים דאורייתא אם לאחד יש סימן אמצעי ולשני סימן מובהק אם שניהם שווים או שהמובהק עדיף. ומה שתלה רע"א ספיקו בש"ך הוא שאם מובהק שקול כעדים פשוט שמובהק עדיף מאינו מובהק ורק לרא"ש ולמסקנת הש"ך שגם מובהק אינו כעדים יש להסתפק אם מובהק עדיף מאינו מובהק או לא. [הא דאיתא בחולין צו. דלא הורגים נפש ע"פ סימנים הבין הקצות בס' רנ"ט סק"ב שזה אפילו בסימן מובהק ומוכח דאינו כעדים אבל רע"א בתש' ק"ז בד"ה ובתשובת כתב בשם הנוב"י דסימן מובהק מהני גם בנפשות דסימן מובהק הוא כעדים ממש. ורע"א חולק מכח גמ' דידן סימנים ועדים עדים עדיפי וכתב הרא"ש דהיינו אפילו בסימן מובהק. ודברי הנוב"י יש להם מקום לשיטת הרש"ל בדעת רש"י].

בעיקר הדבר אי מהני סימנים להוציא ממון ע' בכתובות פה: שכתבנו בס"ד שמדברי התוס' שם מוכח דמהני סימנים להוציא ובריטב"א שם מפורש דלא מהני סימן להוציא. ודברי הריטב"א הובאו בקצה"ח בס' רצ"ז סק"א ע"ש. ובס' מ"ו סק"ח כתב הקצות שקיום שטרות ע"י דימוי לא מהני במקום שצריך קיום מן התורה דהוי כסימנים דלא מהני להוציא. והנתיבות שם חולק ומוכיח דקי"ל דמהני סימן להוציא ורק בנפשות לא מהני סימנים ולא קי"ל כתוס' בחולין. ובמשובב מביא את הריטב"א בכתובות שכתב בהדיא דלא מהני סימנים להוציא ע"ש. והיכא דאין הסימנים להוציא ממוחזק אלא רק נגד חזקת מ"ק כתב הקצות בס' רנ"ט סק"ב דמהני. ובוה מישב הקצות מה שקשה מהסוגיא בב"ב קכח. דמבואר דסומא אינו יכול להעיד ע"פ סימנים דבעינן תחילתו וסופו בכשרות וסומא הוא פסול הגוף ולולא זה היו סומכים על הסימנים להוציא ממון. וזה סותר התוס' בחולין שכתבו שלא מהני סימן להוציא. [ובסוף דבריו מביא הקצות שנחלקו הראשונים בפשט בגמ' שם אם למסקנה לא מהני עדותו מפני שהוא פסול הגוף או מפני שלא סומכים על סימנים ע"ש]. וכתב הקצות דהתם לא באים להוציא ממוחזק ע"י עדות הסומא אלא רק להוציא מחמ"ק. ומבואר דס"ל שאפילו אי לא מהני להוציא ממוחזק מהני נגד חמ"ק. [ע' קונה"ס כלל א' אות ז' שמביא מחלוקת הראשונים לענין ברי ושמא נגד חמ"ק ובכלל ו' אות י"א מסתפק הקונה"ס אם מהני רוב נגד חמ"ק וע' מש"כ הש"ש ש"ד ובקצה"ח ס' ק"נ סק"ב לגבי מגו נגד חמ"ק]. וע' מה שכתבנו בס"ד לגבי סימנים נגד חמ"ק בסמוך על דברי הרא"ש על הגמ' של סימנים ועדים ינתן לבעל העדים.

דף כח.

אך עיקר ספיקו של רע"א צ"ב דמפורש בגמ' דמדת אורכו ומדת רוחבו ינתן למדת

את"ל סימנים דאורייתא. פרש"י דכל הדינים שאמר רבא הם גם למ"ד סימנים

הערות

אלו מציאות דף כח.

וציונים

רכה

אורכו אף דתרווייהו סימן אמצעי א"כ כ"ש דסימן מובהק עדיף מסימן אמצעי. אמנם כדברי רע"א מפורש בשיטמ"ק בד"ה את"ל שכתב בהדיא שאם סימנים דאורייתא מובהק ואינו מובהק שוים ואחד נתן מובהק ואחד שאינו מובהק דינו כסימנים וסימנים דיניה. ורק למ"ד סימנים דרבנן מובהק עדיף שהוא דאורייתא. וכן מפורש בדברי הראב"ד שמובא בשיטמ"ק בד"ה וכן שרק למ"ד סימנים דרבנן נותנים למובהק ולא לשאינו מובהק ע"ש. ומה שקשה מהגמ' דאורכו ורוחבו ינתן למדת אורכו ע' בשיטמ"ק בד"ה וכתב הראב"ד שהראב"ד מפרש דהגמ' של מדת אורכו קאי דוקא למ"ד סימנים דרבנן אבל למ"ד סימנים דאורייתא כל הסימנים שווים. ואף דרבא קאי את"ל סימנים דאורייתא לדעת הראב"ד חלק זה דמדת אורכו ומדת רוחבו והדומה לו קאי דוקא למ"ד סימנים דרבנן. וכן צ"ל לדעת רע"א. אך צע"ק דהיה לו לפרש שהרי פשטות הגמ' הוא דקאי למ"ד סימנים דאורייתא.

השיטמ"ק בשם הריצב"ש כתב דהא דנקט רבא את"ל סימנים דאורייתא הוא משום בבא דסימנים וסימנים וע"א דמה שע"א אינו מכריע הוא רק למ"ד סימנים דאורייתא אבל למ"ד סימנים דרבנן נותנים למי שיש לו ע"א. וע' מה שכתבנו בביאור דבריו בסמוך על סימנים וסימנים וע"א. נמצא דלרש"י כל הדינים הם בין למ"ד דאורייתא בין למ"ד דרבנן ומה דנקט את"ל דאורייתא היינו לרבנותא. לריצב"ש הדין של סימנים וסימנים וע"א הוא דוקא למ"ד דאורייתא. לראב"ד הדין של מדת אורכו ומדת רוחבו הוא דוקא למ"ד סימנים דרבנן. והא דאמר רבא ש"מ סימנים דאורייתא כתב הרא"ש שאין כוונתו לומר שכן הלכה ולהלכה נשאר הדבר בספק יעו"ש.

סימנים וסימנים יניה. מקשה רע"א אמאי לא אמרינן יחלוקן הא חלוקה יכולה להיות אמת. וכתב בזה בשערי יושר בש"ד פ"ט

בד"ה אמנם דכיון שיש על המוצא מצוה של והיה עמך עד דרוש אחיך אותו אינו יכול להוציא האבידה מידו אא"כ מתברר מי הבעלים ואינו מקיים דין השבה ע"י חלוקה. ולא דמי לניפול הנמצא דמבואר דב"ב כג: דמחצה על מחצה יחלוקו דהתם נולד הספק ונפסק יחלוקו לפני שהגביה את הניפול ומלכתחילה חל חיוב השבה מחצה לזה ומחצה לזה. ועל דרך זה כתב גם בקו"ש בב"ב אות ע"ט ע"ש.

סימנים ועדים. כתב הרא"ש שמה שעדים עדיפי מסימנים הוא לאו דוקא בעדי נפילה אלא גם בעדים שהיה שלו ולא אמרינן שמכרו לשני אלא מוקמינן ליה בחזקתו. ולכאורה יש להוכיח מדברי הרא"ש דס"ל דלא מהני סימנים נגד חמ"ק, דהיינו שס"ל כתוס' בחולין שלא מהני סימנים להוציא ממון ולא ס"ל כמו שרצה הקצות לומר שנגד חמ"ק מודה התוס' דמהני סימנים. דאי נימא דמהני סימנים נגד חמ"ק מה המעלה שיש עדים שפעם היה שלו הא יש ראייה מהסימנים של השני שהראשון מכר לו דאל"כ מנא ידע הסימנים. והא דמהני עדי אריגה כשאין סימנים נגדו הוא רק מכח חמ"ק, אלא מוכח לכאורה ברא"ש דלא מהני סימנים נגד חמ"ק. וע' בקו"ש ח"ב ס' ח' שמוכיח מהרא"ש בקידושין שמגו מהני נגד חמ"ק [ע' מה שכתבנו בזה בס"ד בחזקת הבתים דף לב:]. ונצטרך לחלק בזה בין סימנים דלא מהני נגד חמ"ק למגו דמהני. אך דבר זה תלוי במה שמסתפק רע"א כאן בביאור דברי הרא"ש. דלשון הרא"ש הוא דעדים עדיפי מסימנים אפילו שלא העידו על הנפילה אלא שמעידים שהיה שלו. ולא הזכיר הרא"ש עדי אריגה. ומסתפק רע"א אולי כוונת הרא"ש שראו עדים שהבגד היה בידו א"כ אין סיבה לומר שהסימנים הם ראייה שבעל העדים מכר לבעל הסימנים דאולי בעל הסימנים מכר לבעל העדים. וכיון שלא ידוע מי היה בעלים תחילה ליכא חמ"ק כלל ובזה עדים עדיפי מסימנים. אבל אם העדים הם עדי אריגה אין צד שבעל

העדים קנה מבעל הסימנים ואז הסימנים הם הוכחה שבעל הסימנים קנה מבעל העדים ובזה יודה הרא"ש שסימנים עדיפי מעדים שהעדים אינם אלא הוכחה שהוא מ"ק וסימנים מהני להוציא מחמ"ק. או דלמא כוונת הרא"ש עדי אריגה ואף דעדי אריגה מהני רק מכח חמ"ק אין הסימנים מוציאים מחמ"ק. ולצד הזה מפורש ברע"א דהרא"ש ס"ל דלא מהני סימנים נגד חמ"ק וצריך לחלק בין סימנים למגו. אבל לצד הראשון ליכא ראייה. נמצא שיש ג' אופנים בסימנים ועדים. א. סימנים ועדי נפילה ובזה פשוט שעדים עדיפי, ולרא"ש עדיפי אפילו מסימן מובהק. ב. סימנים ועדים שראו הטלית בידו בזה סובר הרא"ש דאף שאין העדים ראייה ברורה שזה נפל ממנו שאולי מכר לבעל הסימנים מ"מ גם סימנים אינו ראייה דיתכן שבעל הסימנים מכר לבעל העדים לכן הממון נשאר ביד בעל העדים. ג. סימנים ועדי אריגה בזה מסתפק רע"א בדעת הרא"ש ותלוי בשאלה אם מהני סימנים נגד חמ"ק או לא.

היכא דאיכא עדים לזה ולזה ולאחד יש גם סימנים ע' בשו"ע ס' רס"ז סע' ח' דאין הסימנים יכולים להכריע במקום עדים ויניח. וע' בנתיבות שם סק"ב שמבאר ע"פ התוס' ב"ק עב: וב"ב לא: שמגו לא מהני במקום תו"ת כיון דמגו במקום עדים לא מהני א"כ גם במקום תו"ת לא מהני דתרי כמאה. אך א"כ דין זה תלוי בתירוצי התוס' שם דכתבו בשם ר"י שרק שם לא מהני מגו משום דאין דעת שניהם שזה אבל לולא זה היה המגו מכריע במקום תו"ת. וע' ברע"א שם שיש צד לומר שרק חזקה לא מהני בתו"ת משא"כ ראייה של סברא. וא"כ גם סימנים יועילו במקום תו"ת.

סימנים וסימנים וע"א. הש"ש בש"ו פ"ג למד מכאן דהא דהצריכה תורה ב' עדים לעדות ממון הוא לא רק במקום שבא להוציא ממון מחזקתו אלא גם במקום דליכא מוחזק אין

ע"א נאמן בממון. ומקשה מזה הש"ש על התשובת מיימוני דס"ל שבדבר שבערוה בעינן ב' עדים רק כשיש חזקת איסור אבל כשאין העד מעיד נגד חזקה סגי בע"א אפילו בדשב"ע. ובסוף הפרק מביא הש"ש שגם המהרי"ק ס"ל כן ומביא ראייה שהמקור של אין דשב"ע פחות משנים הוא מממון, וממון צריך שנים רק כשבא להוציא. ומקשה הש"ש דמכאן מוכח שבממון אין ע"א נאמן אפילו כשאינו נגד חזקה וא"כ גם בדשב"ע אינו נאמן אפילו כשאינו מעיד נגד חזקה. אבל מדברי המהרי"ק מבואר דפשיטא ליה שע"א נאמן בממון כשלא בא להוציא. וכתבו האחרונים דנידון זה הוא לכאורה מחלוקת הר"ן והריטב"א. שהר"ן כתב בחולין צו. שמה שרק צורבא מרבנן נאמן בט"ע הוא דוקא לעצמו אבל כשמעיד לאחר גם ע"ה נאמן בטב"ע. ומבואר דס"ל דלענין השבת אבידה סגי בע"א. ובריתב"א בגיטין כ"ז כתב איפכא דמה שצורבא מרבנן נאמן הוא רק לעצמו אבל לאחר בעינן עדים ואין נאמנות לע"א בממון אפילו שהוא צורבא מרבנן. ולכאורה פליגי במחלוקת המהרי"ק והש"ש. שהריטב"א ס"ל כש"ש שאין ע"א נאמן אפילו כשאינו נגד חזקה והר"ן ס"ל כמהרי"ק שרק להוציא בעינן ב' עדים ובאבידה שאין מוחזק סגי בע"א. אך דברי הר"ן צ"ע מסוגיין דמפורש דלא מהני ע"א באבידה וכמו שהקשה הש"ש על המהרי"ק. [דברי הר"ן והריטב"א הובאו בקובה"ע ס' ע"ז ובשערי יושר ש"ו פי"ד].

שני דרכים נאמרו באחרונים בביאור שיטת הר"ן ובישוב הקושיא מסוגיין. בשערי יושר ש"ו פי"ד כתב ע"פ דברי הפני" בכתובות יב. שהקשה למה צריך סימנים באבידה הא המאבד טוען ברי ואין הכחשה לטענתו. ותירץ בשע"י דאה"נ מצד דין הממון היה זוכה המאבד בלי סימן כ"ז שאין הכחשה לטענתו אלא נתחדש בקרא דעד דרוש אחיך אותו שיש חיוב על המוצא לדרוש את המאבד אם רמאי הוא אם

הערות

אלו מציאות דף כח.

וציונים

רכז

הפרי יצחק הם רק ליישב דברי הר"ן אבל מה שהמהרי"ק ס"ל שע"א בממון נאמן מדינא כשאני להוציא נשאר קשה מסוגיין כמו שהקשה הש"ש.

הנ"מ בין שני הפשטים הוא היכא דאיכא ב' בע"ד וכ"א תובע שהאבדה שלו שהוא מכירו בטב"ע ואין לאף אחד מהם סימנים. לדברי השע"י כיון שיש ב' בעלי דין שתובעים את הממון דינו כדיני ממונות ואין נאמנות לע"א. ולדברי הפרי יצחק גם בזה ע"א נאמן ודוקא בסימנים וסימנים אין ע"א נאמן נגד סימנים. ומדברי השיטמ"ק כאן בשם הריצב"ש מוכח בהדיא כדברי הפרי יצחק ולא כהשע"י. דהובא לעיל דרש"י מפרש הא דאמר רבא את"ל סימנים דאורייתא דרבנותא קאמר אבל כל הדינים שאמר רבא הם גם למ"ד סימנים דרבנן. אבל הריצב"ש כתב דהאי דינא דסימנים וסימנים וע"א יניח הוא דוקא את"ל סימנים דאורייתא אבל למ"ד סימנים דרבנן ינתן לבעל הע"א. הרי מפורש שכל מה שלא סומכים על הע"א הוא מפני כח הסימנים. ואם למ"ד סימנים דרבנן יזכה בעל הע"א כ"ש בשנים שתובעים ואין סימנים כלל שיהיה ע"א נאמן. וזה כדברי הפרי יצחק שאפילו כשיש שני תובעים סגי בע"א מגז"כ דעד דרוש. אבל לדברי השע"י כשיש שני תובעים דינו כדין של ממון שאין ע"א נאמן בו אפילו ליכא סימנים. ע"ע מה שכתבנו בענין זה לעיל כג: וכן בדף כה: גבי ספק הינוח ולעיל כז: בקושית בעה"מ על רש"י.

נחלקו הראשונים בדין זה דסימנים וסימנים יניח אם צריך מי שהע"א כנגדו לישבע שבועה דאורייתא. הרא"ש כתב דנשבע ורק אם נשבע אמרינן יניח ואם לא נשבע יטול בעל הע"א. והנ"י כתב דליכא חיוב שבועה כיון שאפילו ישבע לא יקבל הממון ואמאי ישבע. דהיינו שלא מטילים חיוב שבועה אא"כ אחרי

לאו, וזה חלק ממצות השבת אבידה. אך דין זה אינו דין ממוני אלא כעין מצוה ודינו כאיסורין דסגי בע"א. דהיינו שלעולם מודה הר"ן ליסוד של הש"ש שאין ע"א נאמן בממון אפילו כשלא בא להוציא ומה שכתב הר"ן שבאבדה סגי בע"א היינו כשאין הכחשה לטענתו שבזה מצד דין הממון לא בעינן עדות כלל אלא רק בגלל הדין עד דרוש ובה סגי בע"א שדינו כאיסורין. והא דאיתא הכא שאין ע"א נאמן היינו משום דיש שנים שתובעין את האבדה ובאופן זה ליכא טענת הפנ"י ובה בעינן בירור מצד דין הממון והיכא דאיכא נידון של ממון מודה הר"ן דלא מהני ע"א אף שלא בא להוציא.

הפרי יצחק בח"ב ס' נ"ו והאחיעזר בח"א ס' י"ד אות ג' כתבו דמעיקר הדין גם צורבא מרבנן לא היה צריך להיות נאמן באבדה אלא דגז"כ דעד דרוש אחיך אותו, ודרשו דרשיהו אם רמאי אם לא, בא להקל ולומר דסגי דבירור שאינו רמאי ולבירור זה סובר הר"ן דסגי בע"א. והא דלא מהני ע"א הכא הוא משום דכיון שיש לכ"א מהם סימנים אין ע"א יכול להכריע נגד הבירור של סימנים. ולכל הפשטים יוצא שגם הר"ן מודה שע"א בממון אינו נאמן אפילו שאינו נגד חזקה ואבדה שאני, לשע"י משום טענת הפנ"י וקרא דעד דרוש להחמיר בא ולחומרה זו סגי בע"א. ולפרי יצחק אבדה שאני דקרא דעד דרוש בא להקל דסגי בבירור שאינו רמאי ולענין זה סגי בע"א. והא דהכא לא מהני ע"א, לשע"י הוא מפני שכאן שיש שני בעלי הדינים המכחישים זא"ז הוי ככל דיני ממונות דבעינן ב' עדים. ולפרי יצחק דלא מהני בירור דע"א כשהוא נגד הבירור של סימנים. [וע' בפרי יצחק שאם היה ע"א נאמן מדינא בממון כשאני להוציא היה מועיל גם נגד סימנים ורק מפני שאין לו נאמנות בעלמא אלא דוקא הכא שהקילה תורה לסמוך על בירור שאינו רמאי סגי בע"א בזה אינו נאמן נגד סימנים. א"כ יוצא שגם דברי השע"י וגם דברי

אלא כשיש צד שהאורג היה אומן ולית ליה חמ"ק.

מדת ארכו ומדת רחבו. מה שארכו עדיף מרוחבו כתב הסמ"ע ס' רס"ז סק"ג שצורת הלבישה היא באופן שקשה לשער את אורך הבגד. לפ"ז תלוי לפי ענין הבגד וצורת הלבישה. אבל בשיטמ"ק כתב בשם ר' יהונתן דהטעם הוא משום דמה שיותר ארוך קשה לשער. לפ"ז בכל גווני מדת אורך עדיף.

הוא אומר סימני הגמ' וכו'. מסקנת הגמ' דסימני הגמ' היינו נקב בצד אות פלוני ורוב הראשונים ס"ל שהוא בדוקא דכיון שיש צד שסימנים לאו דאורייתא לא סומכים בגט אלא על סימן מובהק. אך שיטת הרא"ש דלא בעינן דוקא סימן מובהק אלא סגי הכא בסימן אמצעי דאשה שאמרה לבעלה גרשתי נאמנת אלא דכיון שהגט מסייע בעינן סימנים אבל לענין זה סגי בסימן אמצעי. והא דמבואר בגמ' דמדת אורכו ורוחבו לא מהני כתב הרא"ש דהיינו כשלא צמצמה המדה אלא אמרה ארוך או קצר דזה סימן גרוע כארוך וגוץ אבל סימן אמצעי מהני אף שאינו מובהק. ונראה מדברי הרא"ש שגרס כן בגמ' אילימא בארוך וגוץ. ומביא הרא"ש ראייה דבסימני החוט מבואר דמהני מדת ארכו. אך ברי"ף שמביא הרא"ש מבואר דבעינן דוקא סימן מובהק. וכ"כ השיטמ"ק בשם הריטב"א ותלמיד ר"פ דמדת ארוך החוט הוא סימן מובהק משא"כ מדת ארוך הגט אפשר לשער ואינו סימן מובהק. ובשיטה בד"ה אילימא גרס בשם ר"פ כגרסת הרא"ש אילימא ארוך וגוץ דלמא חזיתיה אלא בנקב בצד אות פלוני. ומפרש דלצדדים קתני דאפילו אם סימנים דאורייתא ומהני סימן אמצעי ארוך וגוץ לא מהני ובתחילה נקטו סימן דלא מהני אפילו למ"ד סימנים דאורייתא ומשני נקב בצד אות פלוני שהוא סימן שמהני אפילו למ"ד סימנים לאו דאורייתא. וכל זה דלא

שנשבע יקבל הממון אבל אם גם כשישבע לא יתנו לו את הממון א"א לחייבו שבועה. ולכאורה המקור לסברא זו הוא מהגמ' לעיל ה: שהקשו על שנים אוחזים בטלית למה נשבע כ"א שחציה שלו הרי כ"א טוען כולה שלי וישבע שכולה שלו ומשני ומי יהבינן ליה כולה. ובדעת הרא"ש צ"ל דדוקא התם שחולקים א"כ למה נשביע על הכל הרי לא הועיל בשבועה על החצי השני כלל דחברו מקבל חצי. אבל הכא יש תועלת מהשבועה שלא יטול חברו אלא יניח. ועוד י"ל דעייין בריש פ"ק שי"א דשבועה דב' אוחזין בטלית הוא שבועת הנוטלין ולמה ישבע על מה שאינו נוטל הרי כל החיוב שבועה הוא רק מפני שנוטל משא"כ הכא מיירי בשבועת ע"א שהוא שבועת הנפטרים בזה צריך שבועה כדי לפטור את עצמו מחיובו לחברו ואף שאינו נוטל חייב לישבע כדי לפטור עצמו. וכן מבואר בלשון הרמב"ם בפ"ט מטוען ה"ח שרק בנוטלין אמרינן האי כללא.

עדי אריגה ועדי נפילה. נחלקו הראשונים בטעם הדבר דעדי נפילה עדיפי. הריטב"א כתב כפשטות לשון הגמ' דתולים שמכר לחברו. הראב"ד כתב דתולים שהאורג לא ארג לעצמו אלא היה אומן. והנ"מ בעדי לבישה ועדי נפילה. לריטב"א גם בזה עדי נפילה עדיפי. אבל לראב"ד בזה אין עדיפות לעדי נפילה כיון שידוע שהראשון היה בעלים בעת שלבש. וצ"ב בדברי הראב"ד אמאי הוצרך לומר שתולים שהאורג היה אומן הא אם עכשיו היה הטלית ביד אחר תולים שזה שלו אף שיש לאחר חזקת מ"ק וא"כ אמאי לא יהיה עדי נפילה עדיף אפילו אם ידוע שהאורג לא היה אומן. וצ"ל ע"פ מש"כ התוס' בכ"ב לג: דהא דאמרינן במטלטלין חזקה מה שתח"י שלו הוא דוקא כשהממון נמצא בידו אבל אם עכשיו מונח ברה"ר אף שקודם ראינו הממון בידו ליכא חזקה זו. והכא שנמצא ואינו בידו אין לסמוך על חזקת מטלטלין להוציא מחמ"ק

הערות אלו מציאות דף כח. – כח: וציונים רכט

מדרבנן ומן התורה חייב רק להשיב כשידרוש אותו בעל האבידה.

כרא"ש דס"ל שאפילו אם סימנים דרבנן הכא סגי בסימן אמצעי.

אי ידע ליה להדריה נהליה. בשו"ע ס' רס"ז סע' ג' כתב המחבר המוצא אבידה מכריז וכו'. ומוסיף ע"ז הרמ"א אחר המילים המוצא אבידה, ואינו מכיר את בעליה. ואינו מובן מה חידוש בזה הרמ"א דפשוט שאם מכיר את הבעלים שאינו מכריז. והגאון שם בסק"ח מביא ע"ז גמ' זו. ומשמע שיש חידוש בדברי הרמ"א והמקור לחידושו הוא מכאן. ואולי כוונתו שאינו מכיר בטב"ע אלא ע"פ סימנים דהיינו שיודע שלפלוני היה חפץ עם סימנים אלו. וס"ד דאעפ"כ חייב להכריז שמה יש אחר שיתן בזה סימנים. קמ"ל דכשיש אחד שנתן סימן לא חיישין לאחר כ"ז דלא חזינן ליה ואין דין להכריז מחמת זה. ויצא לפ"ז שבזמן המקדש שהיה חיוב הכרזה ג' רגלים והוא הכריז רק בבתי כנסיות באופן שלא קיים חיוב הכרזה אך בא אדם ונתן סימן אין חיוב להמשיך ולהכריז ברגל שמה ישמע אחר ויתן סימנים. וצ"ע אם זה כוונת הרמ"א והגאון או לא. עכ"פ נראה מדבריהם שיש חידוש בדין זה דאי ידע ליה אינו חייב להכריז.

כדי שיגיע אחרון שבא"י לנהר פרת. ע' בר"ן בתענית דף י'. דאף דבזה"ז שאין ביהמ"ק קיים אין חיוב עליה לרגל מ"מ גם בזה"ז נהגו לעלות לירושלים בזמן הרגל.

דף כח:

אמר את האבידה ולא סימניה. בגמ' מבואר שלר' יהודה החידוש הוא שמה שמכין את שם החפץ אינו סימן. והקשה רע"א דחידוש זה מוכח כבר במשנה בריש פירקין דמבואר שם שאבידה שאין בה סימן הרי אלו שלו ואי אמרת שגלימא הוא כסימן א"כ אין אבידה שאין בה סימן. וכתב בזה רע"א שיש שני

לפי דברי הרא"ש יתיישב מה שתמהו האחרונים מגמ' זו על דברי הקצה"ח בס' רנ"ט שמחדש שמה שמבואר בגמ' שאפילו אם סימנים דרבנן סימן מובהק הוא מן התורה זה דוקא במקום דליכא חשש משקר אלא חשש איתרמי בזה יש מעלה בסימן מובהק שלא חוששים בזה לאיתרמי. אבל כשיש חשש משקר דהיינו דמחזא חזא בזה אין מעלה בסימן מובהק דאם ראה יודע גם סימן מובהק. ותמה בזה הפרי יצחק ח"ב ס' ס"ד והובא בקה"י ס' כ"ט אות ד' דמפורש כאן בגמ' דאף דאיכא חשש דחזיתיה והיא משקרת מ"מ בסימן מובהק לא חיישין להכי. וכ"ז לפי מה שפרשו רוב הראשונים דנקב בצד אות פלוני הוא בדוקא א"כ מבואר דאף שבסימן אמצעי יש חשש משקר בסימן מובהק ליכא חשש משקר. אבל לרא"ש שאלת הגמ' דילמא חזיתיה היתה על סימן גרוע ונקב בצד אות פלוני הוא לאו דוקא וסגי בסימן אמצעי ואף דבעלמא לא מהני סימן אמצעי באיסור הכא שאני דמדינא היא נאמנת וכמו שלמ"ד סימנים דאורייתא מודה הקצות דסימן אמצעי מסלק חשש משקר [נורק על הצד שסימן אמצעי לא מהני סובר הקצות שגם סימן מובהק לא מסלק חשש משקר] כך לענין מה שצריך כאן סימן סגי בסימן אמצעי. ואין ראייה מכאן שסימן מובהק עדיף מסימן אמצעי לענין חשש משקר. וא"כ אף שאכתי קשה מדברי שאר הראשונים מ"מ אין סתירה לקצות מהגמ' עצמה דלפירוש הרא"ש נחא.

עד מתי חייב להכריז. עצם חיוב ההכרזה בפשטות הוא מן התורה שזה בכלל חיוב ההשבה וכן ראיתי מוכיחים מהרא"ש שכתב שבספיקות חייב להכריז מספק דספק דאורייתא לחומרה. אמנם הדרכי דוד כתב בדף כב: בד"ה והתוס' שחיוב הכרזה אינו אלא

ענינים בסימן א. שע"י הסימן יודעים מי הוא המאבד. ב. ע"י הסימן אין הבעלים מתיאשים. ואפילו לצד שסימנים לאו דאורייתא מהני הסימן שאינו מתיאש מפני שע"י הסימן חושב שימצא עדים כמש"כ התוס' לעיל. ומה שהסימן מועיל למנוע יאוש אף שלא מחזירים ע"פ הסימן הוא דוקא בסימן בגופו. נמצא שכשיש סימן בגופו מן התורה ליכא יאוש א"כ אין בתקנ"ח שתקנו להחזיר ע"פ סימן הפסד למוצא. משא"כ כשאין סימן בגופו אין הסימן מועיל למנוע יאוש אלא רק מפני שמחזירים ע"פ הסימן אבל אם סימנים דרבנן מן התורה איכא יאוש ובאופן זה תקנ"ח הוא הפסד למוצא. וא"כ היה אפ"ל דמהא דמבואר בריש פרקין דאם אין סימן הא"ש אין ראייה שגלימא אינו סימן שאולי לא תקנו חכמים לסמוך על סימן זה בדבר שאין סימן בגופו כיון דמן התורה איכא יאוש וזכה המוצא. אבל בדבר שיש סימן בגופו שאין המוצא זוכה אולי יחזירו למוצא אף שאינו אומר סימן בגופו אלא סימן גלימא דכיון דליכא יאוש אין תקנ"ח על חשבון המוצא. קמ"ל מתני' דהכא דגלימא אינו סימן כלל ואין מזה ראייה שהוא המאבד. וע' לעיל כז: מה שכתבנו לבאר דברי הריטב"א שם ע"פ דברי רע"א אלו. וע"ע ברע"א שתמה מה קושיית הגמ' על ר"ג דכל מה שאומר ר"ג דגלימא מכריז הוא אחרי שהדין הוא שגלימא אינה סימן. וזה קמ"ל מתני' שאם מכריז אבידתא והמאבד אומר גלימא אין זה סימן. וכיון שאין זה סימן א"כ למה לא יכריז גלימא ובאמת אחרי שמכריז גלימא פשוט שגלימא אינו סימן אבל לולא מתני' ה"א דמכריז אבידתא.

הרמאי אע"פ שאמר סימניה. התוס'

כתבו לעיל כז: בד"ה דרשהו בתי' הראשון דדין זה אינו אלא תקנ"ח וקרא אסמכתא בעלמא. המ"מ בפ"ג מגו"א ה"ג כתב שדין זה הוא מדאורייתא. כתב הרא"ש שרק סימן שאינו

מובהק לא מהני לרמאי אבל בסימן מובהק מחזירים אפילו לרמאי. לשון הרמב"ם הוא והרמאי אע"פ שאמר סימנים מובהקים אין מחזירים לו עד שיביא עדים שהוא שלו. וכתב ע"ז הראב"ד א"א סימן מובהק לגמרי. ולומד המ"מ שכונת הראב"ד שאפילו סימן מובהק לא מהני ברמאי וכ"כ הטור שהראב"ד והרא"ש נחלקו בזה. והש"ך בס' רס"ז סק"ב כתב שגם הראב"ד ס"ל כהרא"ש ומש"כ הראב"ד סימן מובהק לגמרי לא קאי על תחילת דברי הרמב"ם שלא מחזירים לרמאי בסימן ומוסיף הראב"ד שגם בסימן מובהק לא מחזירים, אלא קאי על סוף דברי הרמב"ם שמחזירים לרמאי בעדים וע"ז כתב הראב"ד שסימן מובהק לגמרי דינו כעדים ומהני גם לרמאי. וע' בפלפולא חריפתא שכתב שמה שכתב הרא"ש שסימן מובהק מהני לא קאי על רמאי ידוע אלא על מה שתקנו שבזמן הזה אין מחזירין אלא למכירים. ולכן כתב שאפילו להבנת הטור בראב"ד לא פליגי הרא"ש והראב"ד, דהראב"ד קאי בידוע שהוא רמאי. וענין זה תלוי קצת במחלוקת שהובא לעיל אם דין זה דאורייתא או אסמכתא בעלמא. דלפי המ"מ דס"ל שהוא דין דאורייתא א"כ לצד דסימנים דרבנן ע"כ הדרשה קאי על סימן מובהק. ורק אם אינו אלא אסמכתא יש מקום לומר דקאי על סימן שאינו מובהק אפילו לצד שסימנים דרבנן. וכן מבואר בשיטמ"ק בשם ר' יהונתן דהטעם שלא מחזירים לרמאי בסימנים הוא דסימנים דרבנן ולא תקנו סימנים לרמאי.

ולא אמר סימן מובהק דידה. התוס'

לעיל כז: ד"ה ואנא כתבו דלאו דוקא נקטו הכא סימן מובהק אלא לאפוקי סימן גרוע וה"ה דמהני סימן אמצעי לכה"פ מדרבנן. אבל בשיטמ"ק בשם הראב"ד מפרש דמובהק היינו מובהק ממש וכונת הגמ' דאף דסגי בסימן אמצעי היינו כשאין סימן מובהק אבל כשיש סימן מובהק ואין יודע הסימן איכא ריעותא ולא מחזירים לו אף שאמר סימן אמצעי.

הערות אלו מציאות דף כח: – כט. וציונים רלא

א. דיש לו שכר דפטור מלמיתב ריפתא לעניא דהעוסק במצוה פטור מן המצוה. ב. רחמנא שיעבדיה בע"כ. וצריך להבין הטעם השני מה בכך דרחמנא שיעבדיה בע"כ הא מ"מ לית ליה שכר ולמה לא יהיה ש"ח. וכמה דרכים נאמרו בזה. א. הפנ"י כאן כתב בתוך דבריו וז"ל לל"ב [היינו לטעמא דרחמנא שיעבדיה בע"כ] הוי ש"ש במה שנוטל שכר מאת המקום בעשיית המצוה. ולל"ק [לטעם של עוסק במצוה] בשביל כך לא הוי ש"ש אלא עיקר טעם שמחמת המצוה נהנה הנאת ממון עכ"ל. דהיינו דרחמנא שעבדיה בע"כ היינו שהשמירה היא מצוה. והשכר שיש לו מעצם עשיית המצוה עושה אותו ש"ש. ול"ק ס"ל דשכר מצוה אינו עושה ש"ש אלא ע"י המצוה יש לו רווח ממון דנפטור מצדקה. ב. האו"ש בפ"י משכירות בסוף ה"א כתב דלשון זה דרחמנא שיעבדיה בע"כ אינו מדברי הגמ' אלא הוספה מהגאונים. ומבאר סברתם ע"פ דברי המחנ"א בהל' שומרים ס' י"ח שכתב שיש הבדל בין גדר חיובו של ש"ח לחיובו של ש"ש. דש"ח אינו חייב בשום פעולה אלא רק שלא יפגע ולכן אין עליו דין פועל ואינו יכול לחזור בו. משא"כ ש"ש שחייב לעמוד בעצמו ביום ובלילה לשמור וכיון שחייב בפעולת שמירה דינו כפועל ויכול לחזור. וכיון דחזינן שהתורה הטילה על שומר אבידה פעולות בקום ועשה כגון הא דצריך למכור כשאינה עושה ואוכלת וצריך לשוטחה לצורכה מוכח מזה שהתורה נתנה לשומר אבידה דין ש"ש. ג. האבי עזרי בפ"ג מגו"א הי"ז בד"ה ואפשר כתב שאין הטעם של רחמנא שיעבדיה בע"כ טעם בפנ"ע אלא טעם זה והטעם של פרוטה דר"י צריכים זל"ז. דעוסק במצוה אינו סיבה לעשותו ש"ש דשמא לא ניחא ליה ליפטור מריפתא לעניא ולהיות עי"ז ש"ש, ולזה הוסיפו הטעם דרחמנא שעבדיה בע"כ דכיון שאין קבלת השמירה תלוי ברצונו אלא בע"כ נעשה שומר ולמעשה יש לו הנאה דפרוטה דר"י ממילא דינו כש"ש.

לא מייתי איניש חובתא לנפשיה.

פרש"י דלולא סברא זו היה הדין כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ולא היו יכולים לבטל עדותן הראשונה. והקשה הריטב"א דת"ל שגם בלי זה אפשר לחזור מהעדות בתכ"ד. ותיירץ דתכ"ד מהני לחזרה דוקא כשחוזר מעצמו משא"כ הכא שחוזר מחמת גערת הבע"ד לא מהני חזרתו מדין תכ"ד אלא דוקא בגלל הסברא שלא מייתי חובתא לנפשיה שהוא ראייה שהעדות הראשונה היתה בטעות. והקשה האו"ש בפ"ג מעדות ה"ה דמפורש בגמ' בכתובות לג. שגם אם חוזר מחמת התראה יכול לחזור בתכ"ד. וכתב האו"ש דדברי הריטב"א נאמרו לענין לחזור מעדותו הראשונה ולהעיד עדות אחרת במקומה. לגבי זה אם לא היה הסברא שלא מייתי חובתא לנפשיה לא היה נאמן בהגדה השניה ורק כשחוזר בו מעצמו בטל לגמרי עדות הראשון ויכול להעיד עדות אחרת. אבל לענין ביטול העדות הראשונה, כל שלא היה שתיקה של כדי דיבור אחר הגדת העדות לא נתקיים העדות. ולענין זה גם כשחוזר מחמת דבר אחר ולא מעצמו מתבטלת העדות כיון שחסר שתיקה של כ"ד. ועי' נאמר בגמ' בכתובות שיכול לחזור מעדות הראשונה בתכ"ד אף שעושה כן מחמת ההתראה. ודברי הריטב"א נאמרו לענין להעיד עדות אחרת נגד עדותו הראשונה. וע' בשעה"מ בס' כ"ט סק"ד שגם הקשה על הריטב"א כקושית האו"ש וכתב דע"כ הגמ' כאן מיירי אחר כדי דיבור. ואף ששתק הבע"ד עד אחר כ"ד אין ראייה משתיקתו דחשב שלא יועיל לצווח כיון שיש עדים נגדו. ורק באופן שחזרו אחרי כ"ד צריך להגיע לסברא שלא מייתי איניש חובתא לנפשיה.

דף כט.

שומר אבידה ר"י אמר כש"ש. בגמ'

בב"ק נו: נאמרו ב' טעמים בדברי ר' יוסף.

ונראה שכדברי האבי"ע מבואר בריטב"א לקמן פב. והובא בשיטמ"ק שם בד"ה דכ"ע. דיש צד בגמ' שם לומר דמלוה על המשכון ש"ש משום פרוטה דר"י כשומר אבידה. ונחלקו הראשונים מהו המצוה שגורם את הפטור מצדקה במלוה על המשכון. הנ"י שם כתב בשם הראב"ד דעצם הדבר שהמשכון נמצא בביתו וממתין לו ואינו מוכר המשכון זה המצוה שפוטרי מריפתא לעניא. ומוכח דסובר הראב"ד דיש פטור של עוסק במצוה אע"ג דאינו עוסק כלל. וע' שיטמ"ק ב"ק נו: שמוכח שהראב"ד חולק בזה על התוס' שכתבו דבעינן שיהיה עוסק דוקא. בשם הרשב"א כתב הנ"י שהמצוה שיש בשעת הלואה היא הגורמת שיהיה ש"ש אע"ג דאח"כ אין פטור מצדקה, דסגי בהנאה של שעת קבלת המשכון לעשותו ש"ש לעולם. הריטב"א כתב שהמצוה הוא הטיפול שמטפל במשכון ששוטחה לצורכה. וכ"כ התוס' בשבועות מד: ומקשה הריטב"א א"כ אמאי לא הוי כל ש"ח כש"ש דמקיים מצוה בשעה שמטפל בפקדון. וכעין זה מקשה הפנ"י בב"ק נו: על מה שכתבו התוס' דשומר אבידה הוי ש"ש מפני שכ"ז שעוסק בטיפול באבידה פטור מן הצדקה. ומקשה הפנ"י דאינו מטפל מפני קיום מצוה אלא מפני שהוא שומר וזה חיוב ממונו. ואטו כל ש"ח יהיה ש"ש מפני שמטפל בפקדון. וכתב כיון שתחילת הכנסת האבידה לרשותו שזה מביא עליו את החיוב שמירה הוא מצוה א"כ כל החיובים שחלים עליו הם המשך ובאים מחמת מצוה ונחשבים כקיום מצוה. משא"כ ש"ח שתחילת הבאת הפקדון לביתו הוא בתורת שומר ולא משום מצוה [והא דלא נחשב מצוה מחמת החסד שבזה דמקיים בזה מצות והלכת בדרכיו ע' בספר אהבת חסד בנתיב החסד אות ז' וע"ע בנתיבות ס' ע"ב סק"ט דכל דבר שאין מחויב לעשותו ומותר לעשותו בשכר אף שעושה בחנם אינו נחשב עוסק במצוה לענין לפטור ממצוה אחרת]. וכ"כ הנתיבות בס' ע"ב סק"ז ובתוך הדברים מביא הנתיבות שמצא

שהריטב"א לקמן דף פ"ב. כתב ג"כ דכל שאין תחילתו מצוה לא נפטר מחמת מצות השיטוח רק שכתב טעם אחר ע"ש. אך הריטב"א לא כתב כסברת הפנ"י והנתיבות. וז"ל הריטב"א וי"ל דגבי שומר כיון דמיד הבעלים בא לו ולא נחת אלא לשמירה אנן סהדי דלא נחת אלא להיות ש"ח אבל באבידה שבאה לו שלא לדעת בעלים ולא באה לו משום שמירה אלא משום מצוה וכן במלוה על המשכון שלא בא לו אלא משום מצוה אני אומר דדעתו להיות ש"ש בפרוטה דר"י א"נ שתנאי ב"ד הוא שיהא בכך עכ"ל. ומבואר בדברי הריטב"א כדברי האבי עזרי שהנאת פרוטה דר"י אינו מספיק דאנן סהדי דאין רצונו להיות שומר שכר מחמת זה. ולכן כל ש"ח אינו נעשה ש"ש אף דעביד מצוה בטיפול בפקדון. והא דשומר אבידה ומלוה על המשכון כן נעשים ש"ש בתחילה כתב דכיון שנחית ע"ד מצוה רצונו כן להיות ש"ש ע"י הנאה זו ואח"כ כתב א"נ תנאי ב"ד הוא שיהא בכך וזהו הטעם השני שנזכר בגמ' דרחמנא שיעבדיה בע"כ ואז מהני ההנאה של פרוטה דר"י להחשיבו ש"ש. הרי שיש צירוף בין פרוטה דר"י לתנאי ב"ד שיהא בכך ש"ש ודו"ק.

פרוטה דרב יוסף. שיטת התוס' בב"ק נו: דאינו פטור משום עוסק במצוה אא"כ עוסק באופן כזה שאינו יכול לקיים המצוה השניה בלי להפסיק מעסק המצוה הראשונה אבל כשהאבידה בביתו ואינו עוסק בו כלל אין לפטור דאטו מי שיש לו מזוזה בפתחו פטור מכל המצות. ומבואר בתוס' דכל זמן שהאבידה בביתו מקיים המוצא מצוה כמי שיש לו מזוזה בפתחו אלא שאין זה פטור ממצוה אחרת כיון שאפשר לקיים שניהם. הר"ן בסוכה חולק וס"ל שגם אם יכול לקיים את המצוה השניה בלי להפסיק מלעסוק במצוה הראשונה כל שעוסק במצוה פטור מן המצוה אבל אם אינו עוסק כלל אף שמקיים מצוה כמי שיש לו מזוזה בפתחו אינו פטור משאר מצות. והובא לעיל

הערות

אלו מציאות דף כט.

וציונים

רלג

שהשיטמ"ק בב"ק נו: בשם הרשב"א כתב שמדברי הראב"ד מוכח דס"ל שכל זמן שהמשכון בידו פטור מן המצות וחולק על תוס' וא"כ מוכח גם שחולק על הר"ן וס"ל שכל שמקיים מצוה אף שאינו עוסק כלל פטור מן המצות. דהיינו ג' שיטות. א. לתוס' פטור רק כשא"א לקיים שניהם. ב. לר"ן כל שעוסק פטור אפילו יכול לקיים שניהם. ג. לראב"ד כל שמקיים פטור אפילו שאינו עוסק. וצ"ע מה יענה הראב"ד על קושית התוס' דמי שיש לו מזוזה בפתחו יפטר מכל המצות.

השאגת אריה בס' ל"ז מקשה על הר"ן דמבואר בערכין ג. דכהנים חייבים בתפילין של ראש ובזבחים מבואר דפטורים משום דעוסקים במצוה. ובשלמא לתוס' ניחא שאם הניחו לפני שהתחילו את העבודה אין העבודה פוטרת מתפילין דיכול לקיים שניהם ורק אם כבר התחיל בעבודה פטור מתפילין דכדי להניח צריך להפסיק את העבודה. אבל לר"ן אפילו אם הניח לפני"כ יפטר כשמתחיל לעסוק בעבודה דס"ל שפטור אפילו שאפשר לקיים שניהם. וכתב בזה הביה"ל בח"א ס' ג' אות ב' דאף שעוסק בעבודה אין העסק במצוה פטור אלא מלעסוק במצוה אחרת אבל כשיכול לקיים מצוה אחרת בלי עסק אין העסק במצוה פטור. דהיינו שעוסק במצוה פטור מלעסוק במצוה אחרת אבל אם מקיים ואינו עוסק אין זה פטור מלעסוק במצוה אחרת ואם עוסק אין זה פטור ממצוה אחרת שיכול לקיים בלי לעסוק. לכן אם הניח לפני העבודה גם לר"ן אין העבודה פוטרת מתפילין כיון שמצות תפילין מתקיימת בלי עסק.

סברת רבה דס"ל שומר אבידה ש"ח ולית ליה פרוטה דר"י לשון התוס' בב"ק הוא דס"ל דאינו נעשה ש"ש בכך. וכאן הוסיפו התוס' דאינו נעשה ש"ש משום דלא שכיח [אבל מה שהשכר אינו מהמפקיד אינו חסרון]. וע' בנתיבות בס' רס"ז סק"ג שאפילו אם באמת בא

עני ונהנה בפועל מהטיפול באבידה אינו נעשה ש"ש דבעינן שתחילת קבלת השמירה יהיה עם שכר ושכר שמקבל אח"כ עושה אותו ש"ש רק אם ניתן בפירוש לשם ש"ש, משא"כ הנאה שבאה מעצמה לא מהני אא"כ יש הנאה בתחילת נתינת הפקדון ע"ש.

הא דנפטר מצדקה מדין עוסק במצוה אף דעוסק במצוה פטור רק ממצות עשה ולא מתיר לעבור על לאו ובצדקה יש גם לאוין, ע' בנתיבות בספרו בית יעקב על כתובות מט: על תוד"ה אכפיה שעמד בזה. וכתב בזה הקה"י בקידושין ס' ל"ב אות ד' ע"פ דברי הרמב"ן בקידושין שיש מצות שיש בהם עשה ול"ת ואין הל"ת אלא לחיזוק העשה ומי שאינו מצווה בעשה אינו מצווה בל"ת. וכן בצדקה כיון שנפטר מהעשה מדין עוסק במצוה ממילא ליכא נמי ל"ת. וכ"כ בקו"ש ב"ב אות מ"ח. ותירוצו זה כבר כתבו האו"ש בפ"ג מהל' יו"ט ה"ח בד"ה ובזה מתורץ. וע' בקו"ש שם מש"כ עוד לדון שאין הבדל בין לאו לעשה אלא בין קום ועשה לשב ואל תעשה וע' כעין זה במ"ב בס' תר"מ בשעה"צ סקמ"ז וסקמ"ח.

בקושית הגמ' על רב יוסף ממתני' דמשמע שנעשה ש"ש רק בגלל התר השתמשות יש קצת לעיין מדברי המל"מ פ"י משכירות ה"א שכתב בשם מהרש"ן שגם לרב יוסף ששומר אבידה כש"ש אינו כש"ש לכל דיניו. דאיתא לקמן צג: דר"ח ורבה בר ר"ה ס"ל שש"ש חייב אפילו אם על בעידנא דעיילי אינשי שטוען המפקיד להכי יהבי לך אגרא לנטורי לי נטירותא יתירתא. וסברא זו יש רק כשמקבל שכר מהמפקיד לשם קבלת שמירה. משא"כ שומר אבידה אע"ג דאית ליה הנאה והוי ש"ש סברת להכי יהבי לך אגרא ליכא ואינו חייב בעל בעידנא דעיילי אינשי. והמל"מ חולק וס"ל דשומר אבידה למ"ד ש"ש דינו כש"ש ממש. וע' ברע"א בס' ע"ב על סע' י"ב שמביא ראייה לדברי המל"מ מהתוס' בב"ק נו. וע' מש"כ בזה

שבודאי דעתו להשתמש וניחא ליה להיות לזה עליהם שגם אם לא יהיה לזה הרי הוא חייב באונסין. אבל למחנ"א דבלי שיהיה לזה אינו חייב באונסין מנין שניחא ליה להיות לזה ולהתחייב באונסין.

מה שכתבו התוס' דע"י התר השתמשות נעשה לזה בפשטות זה רק למ"ד דהתר השתמשות מחייב באונסין אבל למ"ד דע"י התר השתמשות אינו חייב אלא בגו"א בודאי שאינו לזה ויכולים הבעלים לתבוע את המעות כ"ז שהם בעין. וכבר תמחו בזה על הש"ך שהביא דברי התוס' להלכה בס' רצ"ב סק"ח ובס' ע"ג סקנ"ה. ע' בהגהת אמרי ברוך בס' רצ"ב ובהגהת ט"ז מהחכם צבי בס' ע"ג שהקשו דלמאי דקי"ל כמ"ד דהתר השתמשות עושה רק ש"ש לא היה לש"ך להביא דברי התוס' להלכה. וע' מש"כ בזה הנתיבות בס' רצ"ב סק"ט.

שיטת ר"ח וזה"ג דקי"ל כרב יוסף דהוי ש"ש וראיתם מנדרים דפליגי אי מותר המודר להחזיר אבדה למדיר חד אוסר משום דאית ליה הנאה דפרוטה דר"י וחד מתיר דפרוטה דר"י לא שכיח. משמע דכו"ע אית להו פרוטה דר"י. ומבואר בדבריהם שגם מי שמתיר התם משום דפרוטה דר"י לא שכיח ואין זה הנאה לענין מודר הנאה מ"מ מודה דע"י הנאה זו נעשה ש"ש. וטעם הדבר מבאר האבן האזל בפ"ג מגו"א ה"י דלענין מודר הנאה בעינן דוקא הנאת ממון ומה שנהנה שאם יבא עני יפטר אין זה הנאת ממון אא"כ באמת בא עני וזה לא שכיח. אבל לענין ש"ש סגי בכל הנאה ויש לו הנאה מעצם הדבר שפטור מלתת ריפתא לעניא אף שלא שכיח שיבא עני. ובזה מבאר לשון הרמב"ם שכתב שנעשה ש"ש מפני שנפטר מכמה מצות עשה ולא הזכיר צדקה, משום שלענין ש"ש סגי בכל הנאה אף שאינו הנאת ממון וגם מה שנפטר משאר מצות הוא הנאה לגבי שיהיה ש"ש אף שאין בזה ריוח

הקצה"ח בס' ע"ב סק"ה. ולדברי מהרש"ך יכלה הגמ' לתרץ דלעולם גם בלי התר השתמשות הוא ש"ש כדרב יוסף ומה שנוסף בו חיוב אחריות ע"י התר השתמשות הוא שבזה נעשה ש"ש ממש וחייב גם בנטר כדנטרי אינשי. אך לא קשה כ"כ דאולי לא ניחא לגמ' לפרש חייב באחריות דנ"מ רק לענין זה. ועוד שגם התר השתמשות הוא מלתא דממילא ולא ניתן לו כדי שישמור ואולי למהרש"ך גם בזה לא אמרין להכי יהבי לך אגרא.

תוד"ה והוי שואל. הקשו אמאי נקט שואל הא מוכח מלקמן מג. שאפילו המעות בעין יכול להחזיר אחרים ומוכח דהוי לזה ולא רק שואל. [לכאור' היה מקום לחלק בין התם דמיירי במוסר מעות מותרים לשולחני דמסירה באופן זה הוי כמוסר כדי להשתמש לכן הוי לזה עליהו. אבל הכא שמוכר את האבדה ולא קיבל את המעות מבעל האבדה אף דאיכא התר השתמשות היינו משום דליכא קפידא ויש לו רשות להשתמש אבל לא נמסר לו המעות כדי להשתמש ובזה יתכן שאין דינו כלזה אלא כשואל. אך בתוס' מבואר שלא חלקו בזה]. ונחלקו המחנ"א והאו"ש בביאור דברי התוס'. המחנ"א בהל' שומרים ס' כ"ח הבין שלפי מה שהוכיחו התוס' דהוי לזה ס"ל שאין לחייב מדין שואל אלא רק מדין לזה, ואילו היה לבעלים זכות לתבוע את המעות כ"ז שהוא בעין לא היה ההתר השתמשות מחייב באונסין כיון שאין לו קנין. ומקשה המחנ"א מהמשאל קרדום דמבואר בפ' השואל שמתחייב באונסין משעת משיכה אף שיכול המשאל לחזור בו עד שיבקע השואל. וכתב לחלק בין שואל קרדום דנחית על דעת שמירה לשומר אבדה דלא נחית על דעת שמירה ע"ש. האו"ש בפ"ג מזכיה ה"ב חולק וס"ל שבודאי גם לתוס' התר השתמשות הוא מספיק לחייב באונסין אף בלי קנין אלא שכתבו שהאמת היא שכאן הוא כלזה ואין הבעלים יכולים לתבוע את המעות אפילו שהן בעין. ואדרבה מה שנעשה לזה הוא מפני

הערות

אלו מציאות דף כט.

וציונים

רלה

ממון. אבל לענין מודר הנאה האיסור הוא דוקא מפני שנפטר מצדקה שיש בזה רווח ממון אם בא עני וזה לא שכיח.

התוס' הביאו ראייה דקי"ל כרבה דשומר אבידה ש"ח דמבואר כאן בגמ' שלרב יוסף יש הכרח לומר דהתר השתמשות עושה אותו שואל דאל"כ יקשה מהמשנה דרק כשיש התר השתמשות חייב באחריות, ואנן קי"ל לקמן מג. כר"נ דהתר השתמשות מחייב רק כש"ש ולא כשואל וע"כ קי"ל כרבה דשומר אבידה ש"ח ורק בגלל התר השתמשות נעשה ש"ש. ובדעת ר"ח וה"ג צריך לחלק בין התר השתמשות דהכא להתר השתמשות דמפקיד מעות מותרין אצל שולחני. וכן מוכח ברמב"ם שפסק בפ"ג מגו"א הי"ז שהתר שימוש בדמי אבידה מחייב באונסין וזה לשיטתו דפסק כר"י דשומר אבידה ש"ש וע"כ שע"י התר שימוש נעשה שואל. ואילו בפ"ז משאלה ה"ו פסק כר"נ דשולחני שקיבל מעות מותרין אינו אלא ש"ש. וב' דרכים נאמרו בראשונים לבאר החילוק בין הכא להתם. א. הנ"י כאן וכן השיטה בשם הר"ן והרא"ש לקמן מג. כתבו בשם הראב"ד דשולחני חושש שאחר זמן קצר יתבעו הבעלים ממנום ולא ניחא ליה להשתמש ולהתחייב באונסין ואינו נעשה שואל בע"כ לכן סובר ר"נ דאינו אלא ש"ש, משא"כ בדמי אבידה שלא ידוע מי הבעלים ואין המעות עומדים לחזור לבעלים אלא לאחר זמן בזה ניחא ליה להשתמש ולהיות שואל ובזה מודה ר"נ דהתר שימוש מחייב באונסין. ב. הבעה"מ כתב בשם ר' אפרים דבשומר אבידה שגם בלי התר שימוש הוא ש"ש לר"י א"כ התר שימוש מעלה דרגא ונעשה שואל משא"כ בשולחני דלולא התר שימוש אינו אלא ש"ח אינו נעשה ע"י התר שימוש אלא ש"ש. ואף שהתוס' דחו סברא זו דאטו אם מוסיפים שכר לש"ש נעשה שואל וכדבריהם כתב גם הרא"ש בדף מג. מ"מ בעה"מ כתב שנראין דברי ר' אפרים וגם

הריטב"א כ"כ והמ"מ בפ"ז משאלה ה"ה כתב שכן עיקר.

ביאור דברי ר' אפרים כתב התומים בס' ע"ב סקי"ט דהתר השתמשות במעות אבידה הוא תקנ"ח וסיבת התקנה היתה לטובת בעל האבידה כדי שיתחייב המוצא באחריות. ונתנו התר השתמשות רק כשע"ז נוסף למוצא חיוב אחריות. לכן אף שמעיקר הדין התר שימוש רק גורם שיהיה ש"ש כר"נ ולכן לרבה דשומר אבידה ש"ח אינו נעשה ע"י התר שימוש אלא ש"ש מ"מ לרב יוסף שבל"ה הוא ש"ש לא נתנו לו התר השתמשות אלא כדי שיוסיף אחריות ויהיה שואל. וע' באבי עזרי פ"ז משאלה ה"ו שגם מבאר בדרך זה אך מוסיף בזה דברים.

הרשב"א בתשובה מסתפק במלוה על המשכון שלהלכה דינו כש"ש ואחר ההלואה נתן הלוה רשות למלוה להשתמש במשכון אם נעשה שואל או לא. והובאו דבריו בשו"ע ס' ע"ב סע' ד', וכתב בזה הש"ך שם סקל"א דנידון דהרשב"א אינו נוגע להתר השתמשות דאבידה ולא לשולחני דכל הנידון באלו הוא משום דלא קיבל רשות מפורשת. אבל בנידון דהרשב"א שיש רשות מפורשת בודאי ראוי להיות שואל ממש והספק של הרשב"א הוא מפני שיש צד שנתנית הרשות הוא משום הלואה המעות והוי כתשלום עבור ההשתמשות. אבל מי שמפקיד כלי אצל ש"ח או ש"ש ונתן לו רשות להשתמש פשוט לש"ך דנעשה שואל. הנתיבות בס"ק י"ח והתומים בסקי"ט פליגי על הש"ך וכתבו דנתינת רשות אינו כשואל ממש דהתם לקח מתחילה כדי להשתמש אבל הכא שלא לקח כדי להשתמש אף שיש לו רשות מי יימר דניחא ליה להשתמש ולהתחייב באונסין. לכן מפרש הנתיבות שהספק של הרשב"א הוא אם שתיתק המלוה כשקיבל רשות מהלוה הוא כהודאה שניחא ליה ונעשה שואל או שאינו כהודאה. התומים מבאר דס"ל כשיטת ר' אפרים דהיכא

דבל"ה הוא ש"ש נעשה שואל ע"י התר שימוש אלא דמספקא ליה אולי זה דוקא באבידה שהתר שימוש הוא תקנ"ח בזה איכא סברא שתקנו כדי להוסיף אחריות כנ"ל. אבל כשקיבל רשות מפורשת קיימת טענת התוס' אטו מפני שהוסיף שכר לש"ש יהיה שואל. והנתיבות והתומים חולקים על הש"ך וס"ל שהספק של הרשב"א הוא גם בשומר שקיבל רשות.

מדברי הגאון בסקכ"ט נראה שמפרש שספיקו של הרשב"א תלוי בשני התירוצים שתוצו הראשונים ליישב הא דהכא נעשה שואל ע"י התר שימוש ובדף מג. אינו אלא ש"ש. שלתי' הראב"ד משכון וכל שומר דמי לשולחני דאין רצונו להשתמש ולהיות שואל אבל לתי' ר' אפרים דהיכא שבל"ה הוי ש"ש נעשה שואל ע"י התר שימוש א"כ במשכון שהוא ש"ש יהיה שואל. ולפ"ז אם נתן רשות לש"ח להשתמש יהיה ש"ש ואם נתן רשות לש"ש יהיה שואל. שהגאון מביא על דברי הרשב"א את התי' שהיכא דבל"ה הוי ש"ש נעשה שואל ומוסיף דכתב בלשון אפשר מפני שיש כמה תירוצים. משמע שהספק של הרשב"א תלוי בתירוצים. ומבואר דס"ל דסברת ר' אפרים דעולה דרגא ע"י התר שימוש הוא לאו דוקא כשהתר השתמשות הוא תקנ"ח אלא גם כשנתן לו רשות מפורשת וזה דלא כסברת התומים הנ"ל.

להלכה פסק המחבר בס' רס"ז סע' ט"ז דשומר אבידה ש"ש כשיטת ר"ח וה"ג, והרמ"א מביא י"א שאינו אלא ש"ח כשיטת התוס'. ולגבי הדמים פסק המחבר בסע' כ"ה שמשמש בדמים וחייב באחריות אפילו לענין אונסין. והקשה הסמ"ע בסקל"ח דהמחבר אזיל לשיטתו דס"ל דשומר אבידה ש"ש ולרב יוסף ע"כ התר שימוש מחייב באונסין כמבואר בגמ'. אבל הרמ"א שהביא לעיל י"א דשומר אבידה ש"ח הוי ליה להזכיר גם כאן שלי"א אין ההתר השתמשות מחייבו אלא כש"ש כמבואר בתוס'.

דרכה כר"נ. אמנם באמת לא מבואר בתוס' שרבה מוכרח לסבור כר"נ אלא דר"נ מוכרח לסבור כרבה דאם יסבור כרב יוסף לא מובן למה תלוי חיוב אחריות בהתר השתמשות דבל"ה הוי ש"ש, ושואל אינו אפילו כשיש התר שימוש. אבל רבה שפיר יכול לסבור שבלי התר שימוש הוא ש"ח ועם התר שימוש הוא שואל. וכן מפורש בשיטמ"ק בשם הריצב"ש דגם רבה יכול לסבור דע"י התר שימוש הוא שואל ע"ש. אך להלכה דקי"ל בשולחני כר"נ דאינו שואל לשיטת התוס' גם באבידה אינו שואל. ולראשונים שמחלקים בין הכא להתם יהיה תלוי במחלוקת הראשונים שהובא לעיל. שלשיטת הראב"ד שבאבידה ר"נ מודה דהתר שימוש עושה אותו שואל מפני שניחא ליה להשתמש ולהתחייב באונסין, סברא זו קיימת גם לרבה ושפיר יכול לרבה לסבור למסקנת הגמ' דבלי התר שימוש הוא ש"ח ועם התר שימוש הוא שואל, ולפ"ז א"ש דברי הרמ"א. אבל לר' אפרים רק לרב יוסף דהוי ש"ש נעשה שואל ע"י התר שימוש, אבל לרבה שבלי התר שימוש הוא ש"ח עם התר שימוש אינו אלא ש"ש כמו בשולחני.

נמצא ב' נ"מ בין פירוש הראב"ד לפירוש ר' אפרים. א. לשיטת הגאון בזה תלוי ספיקו של הרשב"א אם נתן רשות למלוה להשתמש במשכון, לר' אפרים לא יתחייב באונסין כיון דדמי לשולחני ולא לדמי אבידה. ולראב"ד יתחייב באונסין כיון שבל"ה הוא ש"ש. ב. האם החילוק בין דמי אבידה לשולחני קיים רק לרב יוסף או גם לרבה. ונ"מ למאי דקי"ל כר"נ דבשולחני התר שימוש אינו מחייב אונסין אם יש הכרח למי שפוסק כרבה ששומר אבידה ש"ח שבהתר שימוש יהיה רק ש"ש או שיתכן שגם לרבה התר שימוש יחייב באונסין. לר' אפרים לרבה בודאי אין חיוב אונסין למאי דקי"ל כר"נ [אבל רבה עצמו יכול לסבור כר"ה] אבל לראב"ד אפילו אם רבה סובר כר"נ יכול לסבור שכאן ע"י השימוש נעשה שואל.

הערות

אלו מציאות דף כט:

וציונים

רלו

דף כט:

בי רחבא הוה להו זוזי דיתמי. כמה פירושים נאמרו בזה. א. הרא"ש כתב שהמעות היו פקדון מהיתומים או מאביהם והא דס"ד שמותר להשתמש בהם אע"פ שהמפקיד מעות אצל בעה"ב לא ישתמש בהם מבאר הרא"ש דיתומים אלו היו סמוכים אצל רחבא וס"ד כיון שהוא טורח בשבילם יהיה לו התר השתמשות כמו בדמי אבידה. ב. הנ"י כתב שהמעות היו מעות אבידה ואף שנודע שהם של היתומים כיון שהם קטנים נשארים ביד המוצא עד שיגדלו דבעינן השבה למקום המשתמר. וס"ד שיהיה התר השתמשות כמו בדמי אבידה. ג. המהרש"א מפרש דהיה פקדון כרא"ש אבל הה"א שמותר להשתמש הוא דכל שומר אינו משתמש מפני שצריך שהמעות יהיו מזומנים שאם יבאו הבעלים יוכל מיד להשיב. משא"כ הכא שאינו עומד לחזור לבעלים עד שיגדלו ס"ד שיכול להשתמש. וכ"כ השיטמ"ק בשם הראב"ד. ד. המהר"ם שי"ף מפרש שאבי היתומים מצא אבידה ומכרו וקיבל דמים והיה לו בהם התר השתמשות ומת והניח הדמים ליורשיו וס"ד שגם ליתומים יהיה התר השתמשות מפני שאביהם טרח באבידה. ורחבא רצה להשתמש לצורך היתומים. ואמרו שרק אביהם שטרח יש לו התר השתמשות אבל לגבי הבנים שלא טרחו הרי זה כמעות אבידה שאסור להשתמש בהם.

שם דמיהם ומניחן.

מבואר בגמ' דהתר זה הוא משום דתפלין בי בר חבו משכח שכיחי. אך הרמב"ם בפ"ג מגו"א הי"ד כתב וז"ל שדבר זה מצוי הוא ביד הכל ואין עשוין אלא למצותן בלבד עכ"ל מבואר דרק בתפלין יש התר זה אבל בדבר שאינו למצוה אף דמשכח שכיחי אין התר לשום דמיהם ולהשתמש. ובסברת הרמב"ם כתב הפלפולא חריפתא שבדבר העשוי לתשמיש אדם רוצה בשלו משא"כ תפלין שעיקרן למצוה ולא

לתשמיש בזה אם משכח שכיחי אין קפידא וכ"כ הסמ"ע בס' רס"ז סק"ל. הש"ך בס' ע"ב סק"ח מבאר באופן אחר שמה שאין קפידא היכא דמשכח שכיחי הוא רק בצירוף שניחא ליה למעבד מצוה בממוניה.

השואל ס"ת מחברו.

כתב הקצה"ח בס' ע"ב סק"ד דהשואל ספר ללמוד בו אין לו דין שואל להתחייב באונסין ג"כ בלי סברת הר"ן דהמשאל נהנה פרוטה דר"י ואין כל הנאה של שואל ע"ש דכיון דמצות לאו להנות נתנו אין השואל נהנה. וכן כתב המחנ"א ה'שאלה ס' ג'. והנתיבות בס' ע"ב סק"ז חולק ומביא הט"ז ביו"ד רכ"א סקמ"ג דבתלמוד תורה כיון שמשמחי לב לא אמרינן מצות לאו להנות נתנו. והאו"ש בפ"ז משאלה ה"ד חולק מטעם אחר דכיון ששאל ספר להשתמש בו והלימוד הוא עיקר ההשתמשות של הספר השימוש מחייב באונסין ולא בעינן הנאה דוקא. והאו"ש מביא ראיה לדבריו דהרמב"ם כתב בפ"ז משאלה ה"ד דשומר שלומד בספר לצורכו הוא שולח יד בפקדון. ומוכח דאע"ג דמצות לאו להנות נתנו מ"מ נחשב שולח יד כיון שלקח השתמשות וה"ה דנעשה שואל מה"ט אע"ג דלא נהנה. ואף שמסתבר כאו"ש מ"מ הראיה משליחות יד לכאורה אינו מוכרח דעיין במלחמות לקמן מא. בסוגיא דשל"י על הא דהניח מקלו ותרמילו עליה דאף דאינו מתחייב בהנחת המקל משום שואל שלא מדעת מפני שעדיין הבהמה נשמרת לבעלים ואין כל הנאה שלו מ"מ מדין שליחות יד חייב דלא גרע מלוקח מקצת דחייב על כולו. וע' מה שכתבנו בדף מא. בזה. א"כ ממה שנעשה שולח יד ע"י שימוש בספר בלי הנאה אין להוכיח דנעשה שואל ע"י להתחייב באונסין דבשואל בעינן כל הנאה שלו.

לא ישאלנו לאחר.

מבואר בגמ' דס"ד שמותר דניחא ליה למעבד מצוה בממוניה

מפסחים דף ד': שמבואר לענין בדיקת חמץ דאמרינן ניחא ליה למעבד מצוה בממוניה אפילו במקום חסרון כיס. וכתב לחלק בין הפסד מועט להפסד מרובה. וע' ברע"א שם שמביא בשם ספר תומת ישרים שמקשה למה צריך לקפל הא מבואר בפסחים שגם במקום פסידא אמרינן דניחא ליה. וכתב רע"א דלק"מ דרך כשההפסד הוא צורך לקיום המצוה ניחא ליה אבל כאן שיכול לקפל ולקיים המצוה בלי פסידא בודאי איכא קפידא שלא ישתמש אא"כ לא יהיה הפסד. אבל אין זה מתרץ קושית המג"א מהא דאסור להשתמש בספרים דבזה א"א שלא יתקלקל והוא צורך לקיום המצוה. החת"ס בחלק או"ח תשובה ב' כתב ליישב קושית המג"א דבלשון הריטב"א מבואר דהא דלא ניחא לבעלים מחמת קלקול הספר אינו משום הפסד ממון אלא דע"י קלקול הספר יצא שכרו בהפסדו כי היום או מחר לא יהיה לו ספר במה ללמוד, אבל היכא דליכא חשש זה ניחא ליה אפילו במקום הפסד ממון.

נמצא ג' דרכים בביאור הקמ"ל. א. לנ"י קמ"ל דלא אמרינן ניחא ליה למעבד מצוה בממונו אף במקום דליכא פסידא ולכן אוסר הנ"י להשתמש בטלית ותפלין של חברו. ב. המג"א והגאון ס"ל דקמ"ל שבמקום פסידא לא ניחא למעבד מצוה בממונו לכן בספר אסור להשתמש וצריך לקפל את הטלית אבל במקום דליכא פסידא ניחא ליה ומותר להניח תפלין של חברו שלא מדעתו. ג. לריטב"א גם במקום פסידא ניחא ליה אא"כ יש חשש שיפסיד לעצמו אפשרות של קיום המצוה.

המרדכי כתב על הא דאמרו הכא דאסור לשואל ס"ת להשאילו לאחר ולא אמרינן בזה ניחא ליה למעבד מצוה בממוניה דקשה מפ"ק דפסחים שאמרו ניחא ליה לאינש למעבד מצוה בממוניה. וזה קושית המג"א. דהיינו שהמרדכי ס"ל או כנ"י דהקמ"ל הוא שלא ניחא ליה כלל גם במקום דליכא פסידא ואז בודאי קשה

קמ"ל. נחלקו הראשונים בביאור הקמ"ל. הנ"י בב"ב פז: מביא בשם הריטב"א שכתב בשם רבו דמותר להניח תפלין של חברו או להתעטף בטליתו של חברו שלא מדעתו ולא הוי שואל שלא מדעת דניחא ליה לאינש למעבד מצוה בממוניה. והנ"י חולק דמבואר כאן דס"ד להתיר מה"ט וקמ"ל דאעפ"כ אסור. ומביא הנ"י ראיה לדבריו מהא דתפלין שם דמיהם ומניחן ולמה לא יניח בלי לשום דמיהם אלא מוכח דאע"ג דהוי מצוה איכא קפידא. וע' בשיטמ"ק כאן שהובאו דברי הריטב"א שכתב שמה שבספר אסור להשאיל אע"ג דהוי מצוה הוא דאיכא קפידא מחמת קלקול הספר משא"כ בטלית ותפלין דליכא חשש קלקול מותר להשתמש דניחא לבעלים. דהיינו שהנ"י לומד שקמ"ל שלא אמרינן ניחא ליה למעבד מצוה בממוניה אפילו במקום דליכא פסידא. והריטב"א ס"ל שבמקום דליכא פסידא גם למסקנה ניחא ליה והקמ"ל הוא שבמקום שיש חשש פסידא איכא קפידא. ומה שהוכיח הנ"י משם דמיהם ומניחן מיישב הש"ך בחו"מ ס' ע"ב סק"ח דהתם רוצה להשתמש בקביעות ובזה בודאי איכא קלקול ואיכא קפידא. אבל להשתמש שלא בקביעות ליכא פסידא וניחא לבעלים ורק בספר יש קלקול אפילו שאינו בקביעות. ועוד נראה דבשם דמיהם כתוב התר לקחת התפלין לעצמו ואפילו אם יבאו הבעלים יקבלו דמים ולא התפלין אבל להשתמש בשל הבעלים מותר בלי דמים. ונראה שזה כונת הגאון באו"ח ס' י"ד סע' ד' ע"ש.

בשו"ע או"ח ס' י"ד סע' ד' נפסק כריטב"א שמותר ליטול טלית של חברו ובלבד שיקפל אותה אם מצאה מקופלת וכתב ע"ז הרמ"א אבל אסור ללמוד בספרים שמא יקרע אותם בלימודו. וכתב הגאון דהיינו מפני שבמקום פסידא לא אמרינן דניחא ליה כמבואר כאן בקמ"ל. ומוסיף הגאון שזה הטעם שכתב המחבר ובלבד שיקפל דרך במקום דליכא פסידא ניחא לבעלים. והמג"א שם סק"י מקשה

הערות

אלו מציאות דף כט:

וציונים

רלט

ניחותא מיוחדת שיחשב ניחותא דמעיקרא. ולכן אסור להשתמש אף דגם במקום פסידא ניחא ליה דהוי יאוש שלא מדעת. משא"כ בפסחים שאין חסרון דיאוש שלא מדעת גם במקום פסידא אמרינן דניחא ליה לעשות מצוה בממונו.

נמצא הדרכים בישוב הסתירה מסוגיין לגמ' בפסחים א. המג"א מחלק בין הפסד מרובה להפסד מועט. ב. החת"ס מיישב ע"פ הריטב"א דהכא חושש שלא יהיה לו ספר ללמוד ויפסיד מצוה אבל כשאין חשש זה ניחא ליה אף במקום פסידא. ג. תי' הראשון של המרדכי דלעולם גם במקום פסידא ניחא ליה אבל אין בזה הדין ניחותא מיוחדת שצריך כדי לסלק חסרון דיאוש שלא מדעת. ד. תי' השני של המרדכי דההיא דפסחים שאני דאיכא טירחא וע' בחת"ס מש"כ בביאור תי' זה.

ראב"י אומר ל' יום. פרש"י דמתני' דקתני ל' יום ולא חלקו בין חדש לישן כראב"י. שיטת הרמב"ם שיש חילוק בין אבידה לפקדון דמתני' באבידה ושם לכו"ע קורא אחת לל' יום ורק בפקדון שניתן מדעתו ולא פרשו הבעלים שיגלול אחת לל' יום סגי באחת ל"ב חודש. כך מבאר הש"ך בס' רצ"ב סקל"ד, אך כתב שהעיקר כרש"י שאינו מחלק בין פקדון לאבידה ומתני' ראב"י וקי"ל כוותיה. ועוד מביא שם הש"ך שהסמ"ע כתב שם בסקמ"ג שאם גלל בפחות מל' יום דינו כמשתמש לצורכו. ותמה הש"ך דהסמ"ע קאי על דברי השו"ע דמיירי בפקדון ושם הזמן הוא י"ב חודש ולמה כתב ל' יום שהוא השעור באבידה. אך הפשט בסמ"ע הוא כמו שמבאר הקצות שם סק"ג שמזה שרואים שבאבידה גולל אחת לל' יום מוכח שתועלת הספר שיגללו כל ל' יום. ומה שבפקדון סגי באחת ל"ב חודש אינו מפני שאין תועלת לגלול יותר אלא שאין השומר מחויב לטרוח יותר. אבל אם רוצה לגלול יותר בודאי שאין זה שולח יד ורק כשגולל יותר

מפסחים או דס"ל כמג"א והגאון שהקמ"ל הוא שבמקום פסידא לא אמרינן דניחא והקשה דבפסחים מבואר דניחא ליה גם במקום פסידא. וכתב ע"ז המרדכי וז"ל דהכא מיירי שלא מדעתו והא ודאי לא ניחא ליה אבל לקיומיה מצוה בממונו מדעתו בודאי ניחא ליה, ולי נראה דהתם גבי בדיקת חמץ דאית ביה טירחא לכך גמר ומשעבד נפשיה אבל בעלמא לא עכ"ל. ושני התירוצים לכאורה אינם מובנים דאם יש אומדנא דניחא למה שלא מדעתו לא ניחא ליה ומה נ"מ אם יש טירחא או לא. וע' מש"כ בזה החת"ס בתשובה הנ"ל לבאר דברי המרדכי.

ונראה שהביאור בתירוצי הראשון של המרדכי הוא דמבואר בתוס' לעיל כב. דכשם שלגבי יאוש קי"ל כאביי דבעינן יאוש בפועל ולא מהני מה שידוע שאם היה יודע היה מתיאש דיאוש של"מ לא הוי יאוש, כך לענין השתמשות בממון חברו אף שידוע שאין חברו מקפיד אין התר להשתמש אא"כ קיבל רשות בפועל. [הש"ך בס' שני"ח סק"א כתב דמותר להשתמש ולא שייך בזה ישל"מ ע"ש]. והקשה הקצת"ח בס' רס"ב סק"א איך כתבו הפוסקים דמותר ליטול אתרוג של חברו או לשבת בסוכתו של חברו משום ניחותא דמצוה וכן קשה מהא דקי"ל שמותר להשתמש בטלית ותפלין של חברו ומה בכך דניחא ליה הא אינו יודע והוי יאוש שלא מדעת. וכתב הקצות דמוכח מזה דניחותא דמצוה שאני דנחשב כניחותא דמעיקרא. ועמש"כ לעיל כב. בסברת הדבר. א"כ י"ל שכוונת המרדכי שגם אחרי הקמ"ל נשאר שניחא ליה שיעשו מצוה בממונו אפילו במקום פסידא כמבואר בגמ' בפסחים אבל כאן אין זה מספיק כיון דהוי שלא מדעתו והוי יאוש של"מ וכדי להתיר שימוש שלא מדעת בעינן אומדנא מיוחדת כדי שיחשב כניחותא דמעיקרא ודרגת ניחותא זו יש רק במצוה שאין בו פסידא אבל היכא דאיכא פסידא [ולג"י גם במקום דליכא פסידא] אין

רמ הערות אלו מציאות דף כט: – ל. וציונים

מאחת לל' יום שאין לספר תועלת מזה דינו כשולח יד.

בגדר חיוב ניעור בשומר אם הוא מחיובי השמירה או מדין השבת אבידה ע' לקמן ל.

דף ל.

לצורכו ולצרכה מאי. הקשו התוס' מה הספק בזה הא מפורש במשנה שבזמן שגולל את הספר לצורכה יכול לקרות בה א"כ מפורש שלצורכה ולצורכו מותר. ותירצו דהתם יש דינים איך להשתמש ואין חשש שישתמש יותר מכדי צורכה ויתקלקל משא"כ בכסות חיישינן שמא ישתמש יותר מצורכה ויתקלקל. ומבואר דס"ל דמן התורה פשוט שמותר לצורכו ולצרכה וכל הספק הוא מדרבנן שמא ישתמש יותר מן הצורך ויתקלקל. וכתב המהר"ם שי"ף דלפ"ז צ"ל שמה שהגמ' פושטת משתנוק ותדוש הוא משום דס"ד דהתם נמי אסור מדרבנן. וכ"כ השיטמ"ק בשם ר"פ. וע' באבן האזל פי"ג מגו"א הי"א בד"ה והנה שמביא בשם מרן הגרא"מ שך שליט"א שהקשה על מה שכתבו התוס' שהצד לאסור לצרכו ולצרכה הוא מדרבנן שהגמ' בפסחים כו: תולה ענין זה בדין לא אפשר וקא מכוין. דהיינו שעושה פעולה שמוכרח לעשות לצורך התר ומכוין נמי לדבר אסור ורצו לפשוט מנודמנו לו אורחים. והדין של לא אפשר וקא מכוין הוא דאורייתא. וע' בשפת אמת בפסחים שגם הקשה כן. ועוד מקשה שם האבה"א דבשלמא במה שאסרו לשטוח לצרכו ולצרכה י"ל שזה גזירה שמא ישתמש יותר מדי, אבל בהכניסה שתנק ותדוש לא רק אסרו את הפעולה אלא פסלו את הפרה בדיעבד וקשה לומר שהוא מדרבנן שמא יעשה כן פעם אחרת. ועוד ראיתי מביאים בשם ספר אולם המשפט שמקשה שלא נפשט הספק של לצרכו ולצרכה והפוסקים פסקו לחומרה [ע' מ"מ פי"א הי"ג] ואם הנידון הוא רק מדרבנן למה החמירו מספק. אך האבה"א כתב שהרי"ף

והרמב"ם פסקו לחומרה מכח הגמ' בפסחים שתולה ענין זה בלא אפשר וקא מכוין. וכ"כ בספר אהבת חסד פרק שביעי בנתיב החסד אות ב' וחולק על הנתיבות שדן בעיסקא פלגא מלוה ופלגא פקדון ולקח משכון אחד על הכל אם יש בו הלאו דלא תבא אל ביתו שהרי על החצי פקדון אין איסור זה. וכתב הנתיבות להתיר דדמי ללצרכו ולצרכה כיון שבל"ה לוקח את כולו בשביל הפקדון אין איסור אע"ג דהוי נמי על ההלוואה. והח"ח חולק דקי"ל להחמיר מכח סוגיא דלא אפשר וקא מכוין ע"ש.

וכדי ליישב דברי התוס' שלא יקשה מהגמ' בפסחים ומפשטות הגמ' דתינק ותדוש שאסור מן התורה אולי י"ל דלעולם יסוד הספק של לצרכו ולצרכה הוא ספק בעיקר הדין ותלוי בלא אפשר וקא מכוין כמבואר בפסחים, דהיינו הספק הוא בפעולה שעושה לדבר המותר כגון שטיחה לצורכה אם הכוונה גם לצורכו משנה את שם המעשה למעשה אסור או לא. ניש לעיין אם ענין זה נוגע לדברי התוס' במנחות מב: בצובע צמר לשם תכלת ויש לו גם כוונה לשם טעימה דהיינו בדיקת הצבע דנחשב שלא לשמה אף שיש גם כוונה לשמה כיון שבל"ה עושה הפעולה לשם טעימה. וע' קו"ש ח"ב ס' כ"ב מש"כ על דברי התוס' שם בשם הגר"ח זצ"ל. ואת זה פשטו מתינק ותדוש דס"ד דבעינן שיעבוד ע"י מעשה האדם והכנסה לשם שתדוש ותנוק נחשב כעבודה שנעשה ע"י האדם, ומוכח דאע"ג דבל"ה היה מכניס שתינק מ"מ הכוונה שתדוש משנה את שם המעשה. ודחו דהתם לא בעינן מעשה האדם וסגי בניחותא. ומש"כ התוס' שהאיסור הוא משום דחיישינן שמא ישתמש יותר מכדי צורכה היינו דאף שבעלמא כשיש ב' כוונות ואחד הוא דבר האסור זה נותן שם של מעשה איסור מ"מ הכא דאינו איסור והתר אלא ענין של ממון שתלוי בקפידא של הבעלים כאן אין סיבה לאסור אף שמקבל שם שימוש לצרכו, דכיון שסו"ס צריך לשטוח לצורכה אין שום סיבה שיקפידו

הערות

אלו מציאות דף ל.

וציונים

רמא

הבעלים אם מכוין גם לצרכו והוי כזה נהנה וזה לא חסר דכופין על מדת סדום. ורק במקום שיש לחוש שמא ע"י השימוש יוסיף להשתמש יותר מכדי צרכה ויתקלקל בזה אין הקפידא מדת סדום כיון שיכול לבא לידי הפסד ע"י השימוש לצורכו ואז אם לא אפשר וקא מכוין אסור גם זה אסור. דהיינו שיסוד הספק דלא אפשר וקא מכוין וכן לצורכו ולצרכה הוא אם כוונה נוספת משנה את שם המעשה או לא. ואם לא אפשר וקא מכוין מותר גם בממון יהיה מותר אפילו אם יקפידו הבעלים דאינו עושה שימוש בממון חברו כיון שפעולה זו בל"ה עושה לצרכה. אבל אם לא אפשר וקא מכוין אסור א"כ גם בממון זה נחשב השתמשות בממון חברו אבל בממון אכתי יש מקום להתיר משום זה נהנה וזה לא חסר. ולכן בספר מותר אפילו לצד שלצרכו ולצרכה אסור. משא"כ בכסות שאין הקפידא מדת סדום, אם לצרכו ולצרכה אסור גם זה אסור. ואין כוונת התוס' שאסור מדרבנן אלא שבמקום שיש חשש אין הקפידא מדת סדום ואסור מדינא. וא"כ שפיר פשטו מפרה אף ששם האיסור מן התורה. ואין סתירה לדברי התוס' מהגמ' בפסחים וניחא מה שמחמירים מספק.

עיינן הגהות מרדכי שכתב על קושית התוס' מספר דקורא בו כשגוללו דספר שאני משום נחותא דמצוה משא"כ כסות דליכא מצוה. ומוסיף המרדכי וז"ל ואע"ג דזה נהנה וזה לא חסר הוא שאני הכא שהוא בלא ידיעת הבעל ודמי לשואל שלא מדעת עכ"ל. דהיינו שקשה מה בכך דלצורכו ולצרכה נידון כלצרכו ונחשב משתמש בממון חברו הא מ"מ כיון שבל"ה צריך לעשות כן לצרכה הוי זנוול"ח. וכוונת תירוצו דס"ל דזנוול"ח נאמר רק לענין בדיעבד שפטור מלשלם על מה שדר בחצר חברו אבל אין זה מתיר להשתמש לכתחילה. אבל התוס' ס"ל כקושית המרדכי ולכן ס"ל שאף שלענין איסורא לא אפשר וקא מכוין אסור הכא האיסור הוא רק במקום שיש צד קפידא משא"כ בס"ת

שאין חשש שיבא להשתמש יותר מדי הוי זנוול"ח ומותר אפילו אם הכוונה לצרכה ולצרכו נותן לזה שם משתמש בממון חברו. ומה דפליגי התוס' והמרדכי אם זנוול"ח מתיר להשתמש לכתחילה או רק סיבה לפטור מתשלומין הוא מחלוקת הראשונים ועיינן מש"כ בזה בב"ב יב:

עוד כתב בהגהות מרדכי דמה שמותר בספר הוא באופן שאם לא היה גולל לצורך הספר לא היה לוקח ספר אחר לקרוא בו. נמצא שעיקר השימוש הוא לצרכה ושימושו טפל. והספק לצרכו ולצרכה הוא כשהוא צריך כסות בשביל עצמו ואם לא היה של אבידה היה לוקח כסות אחר א"כ השימוש שלו הוא שקול לשימוש לצרכה ובזה הגמ' מסתפקת.

נמצא התירושים על קושית התוס' מספר א. האיסור של צרכו וצרכה הוא דרבנן משום גזירה ובספר ליכא גזירה. ולמה שכתבנו בביאור דברי התוס' בספר אף שנחשב משתמש בממון חברו מותר משום זנוול"ח משא"כ בכסות שיש חשש שיתקלקל יש מקום לקפידת הבעלים ממילא אסור אם לא אפשר וקא מכוין אסור. ב. ספר שאני משום נחותא דמצוה כן כתבו ההגהות מרדכי וחי' הר"ן. ג. בספר שימושו טפל דלולא האבידה לא היה קורא והספק הוא באופן ששתי הכוונות שקולים.

שאני התם דמקלא קלי ל"ה. לפי הה"א שמה שנודמנו לו אורחים אסור הוא משום צרכו וצרכה האיסור הוא דוקא אם כוונתו גם לכבוד האורחים. אבל לתירוץ של מקלא קלי לה אסור אפילו אם כוונתו רק לצרכה ובמקרה נודמנו אורחים ואין כוונתו לאורחים כלל. ובלשון הרמב"ם בפ"ג מגו"א הי"א מפורש שאם נודמנו לו אורחים לא ישטחנה אפילו אם כוונתו לצרכה בלבד. ואף שלמאי דקי"ל לצרכו ולצרכה אסור אין הכרח לחדש הסברא דמקלא קלי לה מ"מ כיון שכתב

המלאכה עצמה אוסרת ולא הניחותא לכן לא שייך בזה אין אדם אוסר דבר שאינו שלו. הרמב"ם בפ"ב מטומאת אוכלין ס"ל שלענין ניחותא דהכשר תלוי בניחותא של הבעלים ולא של נותן המים. והכ"מ שם מביא שהרשב"א חולק וס"ל שתלוי בנותן המים. דהיינו שנחלקו לגבי הכשר במה שנחלקו שני תירוצי התוס' כאן לגבי פרה. וע' באבי עזרי שמחלק בזה בין ניחותא דפרה לניחותא דהכשר.

תוד"ה אף. הקשו דודאי לא ניחא ליה להפסיד הפרה. ותי' דאין להכשיר שאם יהיה כשר יהיה ניחא ליה. דהיינו אע"ג שעכשיו לא ניחא ליה מ"מ א"א להכשיר דאם נכשיר יהיה ניחותא ואז יפסל. אך אינו מוכן למה בפועל חל איסור הא ליכא עכשיו ניחותא. ובשיטמ"ק תירץ עוד שהניחותא תלוי אם היה ניחא ליה לולא האיסור. וגם תי' זה צ"ב דליכא ניחותא בפועל.

ואם נאמר דלא מפסלא אלא כשידע בשעת עלייתו א"ש. מבואר דמספקא להו לתוס' אם מלאכה פוסלת דוקא כשידע בשעת המלאכה או אפילו בלי ידיעה. ע' בר"ש בפ"ב מפרה מ"א שלומד שלרבנן דר' יהודה מלאכה פוסלת בלי ידיעה. אבל הרמב"ן כאן חולק וס"ל שגם לרבנן בעינן ידיעה ולר' יהודה לא סגי בידיעה אלא בעינן שיעשה מעשה ממש. דהיינו שהספק של התוס' הוא מחלוקת הר"ש והרמב"ן.

הר"י מסמפון פירש וכו'. ע' במג"ח מצוה שצ"ז שנקט מסברא שהדין של ויקחו אליך פרה דבעינן שתהיה פרה בשעת לקיחה אינו אלא לכתחילה ואינו מעכב אך בהמשך דבריו כתב שמתוס' דידן מבואר שזה לעיכובא.

פקדון מאי עבידתיה גביה. הקשו התוס' בד"ה לצורכו מה שאלת הגמ' מאי עבידתיה גביה הא פשיטא ששומר מחויב

המ"מ שמה דקי"ל לצרכו ולצרכה אסור הוא מספק א"כ אזלינן הכא לחומרה והכא לחומרה וחוששים שלצרכו לצרכה מותר ואז יש הכרח לומר דמקלא קלי לה ואסור כשיש אורחים אפילו לצרכה בלבד. [והיה אפשר ליישב בזה מה שהובא שמקשים האחרונים למה שכתבו התוס' שהאיסור מדרבנן אמאי מחמירים מספק. וי"ל דכיון שבכל צד של הספק יש קולא וחומרה שאם מחמירים בלצרכו ולצרכה יש להקל באורחים כשכוונתו לצרכה בלבד ואם מקילים בלצרכו ולצרכה יוצא חומרה לענין אורחים שאסור אפילו לצרכה לבד. וע' תוס' ביצה יב. שהיכא שבכל צד יש קולא וחומרה לא אמרינן ספק דרבנן לקולא]. וע' באבן האזל הנ"ל שס"ל שהרמב"ם פוסק בודאות שלצורכו ולצרכה אסור מכח סוגיא דפסחים וא"כ קשה למה פסק התירוצ' דמקלא קלי ואסור באורחים אפילו לצרכה לבד. וכתב האבה"א דס"ל שאחרי שתצו מקלא קלי כן הוא האמת אף שלהלכה אין הכרח לומר כן.

עלה עליה זכר פסולה. ע' בראשונים שאין הפסול מפני עצם מעשה הביאה אלא מפני שנשען עליה בשעת הביאה.

אף עובד דניחא ליה. בגדר הניחותא בפרה ע' בר"ש בפ"ז מכלאים מ"ד ששיטת התוס' שלגבי כלאים כיון דבעינן ניחותא אמרינן בזה אין אדם אוסר דבר שאינו שלו. ומקשה הר"ש מהעושה מלאכה במי חטאת ובפרת חטאת דאוסר דבר שאינו שלו אע"ג דבעינן ניחותא. וכתב בזה הקה"י בע"ז ס' י"ג אות ב' ע"פ התוס' כאן שכתבו בתי' השני דלא בעינן ניחותא של הבעלים אלא של עושה המלאכה דמה שצריך ניחותא בפרה אינו משום שהניחותא גורם את האיסור אלא הניחותא הוא תנאי שיחשב מלאכה. שבהמה שבדרך הילוכה דורסת על תבואה ועושה פעולה של דישה אין ע"ז שם מלאכה, ורק מה שעושה ע"י ניחותא של העושה זה נותן לזה שם מלאכה וא"כ

הערות

אלו מציאות דף ל.

וציונים

רמג

לטפל ולעיין שלא יתקלקל הפקדון. והוכיחו מזה דמה שמותר להשתמש בכלי נחושת בחמין וכלי כסף בצונן הוא אפילו אם משתמש לצורכו ולא לצורכה. וצריך להבין א"כ מה תירוץ הגמ' שהלכו הבעלים למדה"י למה זה מתיר שימוש שאינו לצורך הכלי כלל אלא רק לצורכו. וכתב השיטה בשם תוס' הרא"ש כיון שהלכו הבעלים למדה"י יש צורך להשתמש בהם כדי שלא יתקלקלו ואם נתיר שימוש רק לצורך הכלי ישכח ולא ישתמש לכן כיון שאין כלים אלו מתקלקלים ע"י השימוש התירו שימוש אף שהוא רק לצורכו כדי שיזכור להשתמש בכלי. אבל כשלא הלכו למדה"י אין התר להשתמש אלא לצורך הכלי. הנתיבות בס' רס"ז סק"ד מקשה על תוס' דמתיר להשתמש אפילו כשכל השימוש הוא רק לצורכו אמאי לא יהיה ש"ש בשכר הנאת שימוש וכל ש"ח על כלי כסף ונחושת יהיה ש"ש כיון שיש לו התר שימוש. ותי' דשימוש זה הוא דבר שאין הבעלים מקפידים עליו ואפילו היה מונח בבית הבעלים מותר להשתמש בכלי נחושת וכלי כסף וכיון שאין קפידא הרי זה כהפקיר ההשתמשות ואין המשתמש נעשה ש"ש בשימוש זה. ודבריו לכאורה אינם מובנים דמפורש בגמ' שמה שמותר להשתמש הוא רק בהלכו בעליו למדה"י אבל אם נמצאים כאן פשוט שאסור להשתמש ולכן שאלה הגמ' מאי עבידתיה גביה ואין כתב הנתיבות שאפילו בבית הבעלים מותר להשתמש תשמישים אלו בלא רשות. וגם בתוס' הרא"ש מפורש שההתר הוא רק מפני שניחא לבעלים כדי שלא ישכח להשתמש לצורך הכלי דהיינו שע"י שנותן רשות לשומר להשתמש יהיה הכלי שמור יותר והוי ככל הנותן שכר לשומר כדי שישמור דנעשה ע"י ש"ש. וצ"ל שאין זה בתורת שכר אלא שאינו מקפיד על השימוש מפני שיש לו תועלת מזה. אבל מש"כ הנתיבות שאפילו בבית הבעלים מותר לכאורה הוא נגד הגמ' ששואלת מאי עבידתיה גביה ורק בהלכו למדה"י הותר שימוש זה.

המחנ"א בהל' שומרים סי' ל"ה וכן האבה"א בפ"ג מגו"א הי"א מוכיחים מדברי התוס' דס"ל שחייב טיפול של ניעור ושימוש כדי שלא יתקלקל הפקדון מוטל על כל שומר והוא כלול בחיובי השמירה ולכן כתבו שעל שימוש לצורך הפקדון הגמ' לא היתה שואלת מאי עבידתיה גביה. וכתבו ששיטת הרמב"ם אינה כן. שבפ"ג מגו"א כתב ששומר אבידה חייב לטפל מקרא דוהשבותו ראה היאך תשיבנו לו, משמע שזה דין מיוחד בהשבת אבידה. ובפ"ג משאלה כתב הרמב"ם שחיובו של השומר לטפל הוא משום השב אבידה לבעלים. דכיון שהבעלים במדה"י ואינם יכולים לטפל הוי כאבידה ומדין השבת אבידה חייב השומר בטיפול. והנ"מ בזה הוא אם לא טיפל אם חייב לשלם. לתוס' שהוא מחיובי השמירה אם לא טיפל הוא פושע בשמירה וחייב לשלם. אבל לרמב"ם שחיובו מדין השבת אבידה אם לא השיב אינו משלם. ולפי הרמב"ם שאלת הגמ' מאי עבידתיה גביה הוא אפילו כשמשתמש לצורך הכלי. דמדין שומר אין חיוב טיפול, ואין זה אבידה שהבעלים יכולים לבא בעצמם ולהשתמש, ותי' דהלכו למדה"י ואז חייב השומר מדין השבת אבידה.

לשיטת התוס' דקושית הגמ' מאי עבידתיה גביה הוא משום שמשתמש לצורכו בלי צורך הכלי יוצא שעל מה שמבואר לעיל לגבי ס"ת שכשגוללו לצורך הספר יכול לקרות בו שם לא קשה מאי עבידתיה גביה ושם גוללו אפילו כשלא הלכו הבעלים למדה"י. אבל הרא"ש כתב בהדיא שתי' הגמ' קאי גם על ס"ת וגם שם מיירי דוקא בהלכו הבעלים למדה"י שאף שיש חיוב על השומר לטפל [ע' באבה"א שבזה הרא"ש ס"ל כתוס' שחיובו מדין שומר ולא כרמב"ם שמחייב מדין השב אבידה] היינו דוקא כשאין הבעלים יכול לטפל בעצמו.

נמצא ג' דרכים בביאור שאלת הגמ' מאי עבידתיה גביה. א. שיטת תוס' איזה התר יש

להשתמש כשכל השימוש הוא לצורכו ולא לצורך הכלי ותי' שהלכו למדה"י ואז ניחא להו גם שימוש כזה. ב. לרא"ש השאלה היא דאף שמשמש לצורך הכלי מ"מ כיון שהבעלים יכולים להשתמש בעצמם אין חיוב על השומר. ותי' שהלכו למדה"י ואז חייב לטפל מדין שומר. ולרא"ש גם ס"ת מיירי בהלכו למדה"י. ג. לרמב"ם שאלת הגמ' דמדין שומר ליכא חיוב טיפול כלל וחיוב זה הוא רק מדין השבת אבידה, ופקדון אינו אבידה. ומשני שהלכו למדה"י ואז הפקדון נחשב כאבידה.

כהן והיא בביה"ק. מבואר בגמ' דס"ד להתיר לכהן ליכנס לביה"ק לצורך השבת אבידה מדין עשה דוחה ל"ת. ויש לעיין דאיתא בכתובות מ. דעשה דולו תהיה לאשה אינו דוחה לאו דממזרת דאי אמרה לא בעינא ליכא עשה, וא"כ גם כאן נימא כיון שאם אמר בעל האבידה לא בעינא ליכא חיוב השבה, אין עשה זה יכול לדחות ל"ת. אמנם ברמב"ן מבואר שזה באמת תירוץ הגמ' ומי דחינן איסורא מקמיה ממונא דכיון שהעשה הוא מצוה ממונית ויכול בעל הממון למחול על חיוב ההשבה אין עשה זה דוחה ל"ת כמו שאמרו בכתובות לגבי עשה דולו תהיה לאשה. וע' מה שכתבנו בס"ד בדברי הרמב"ן לקמן לב. על הגמ' של אמר לו אביו היטמא.

הקשו הראשונים אין ס"ד להתיר לכהן ליכנס לבה"ק כדי להשיב אבידה מדין עדל"ת הא מוכח לעיל כו: שהמעלים עניו מהשבת אבידה עובר רק בלא תוכל להתעלם ולא ביטל עשה דהשב תשיבם ואינו מתחייב בעשה זה אלא כשמגביה. וא"כ כ"ז שלא הגביה אין מה שיתיר את כניסתו לביה"ק. וכתב הגמ"י שהר"ן למד מכאן שגם אם לא הגביה כלל עובר בעשה ומה שמבואר לעיל שאם המתין עד שנתיאשו הבעלים לא עבר על העשה היינו משום שהמתין ולא הניחה אבל אם הלך לדרכו ביטל העשה. ומביא שכן מבואר ברמב"ם שגם לפני

שהגביה איכא ביטול עשה אם אינו משיב. הרמב"ן ס"ל דליכא עשה אא"כ מגביה כדמשמע לעיל ואעפ"כ אילו בטומאת כהנים היה רק לאו היה נדחה מפני עשה דהשבה שאם לא ישיב אף שלא יבטל עשה מ"מ יחסר לו קיום עשה, ולא נדחה מפני קיום עשה גם באופן שלא יהיה ביטול עשה. וע' בקוב"ע ס' י"ד שמאריך לדון אם מה שלא נדחה מפני עשה הוא כדי שלא יבטל העשה או גם באופן שאין ביטול עשה הלאו נדחה כדי שיתקיים העשה. ומביא שברמב"ן מוכח כצד השני, וע"ש שמביא עוד ראיות לספק זה.

עוד מקשה הגמ"י אין ידחה העשה דאבידה ל"ת דטומאה הא בתחילת כניסתו עובר בלאו והעשה אינו מקיים עד שיגביה ויחזיר את האבידה לבעלים. וכתב בשם הר"ן דאף שגמר קיום העשה הוא בשעת השבה מ"מ משעה שנכנס כדי להגביה הרי הוא מתעסק במצות השבה וגם חלק זה דוחה ל"ת כמו שמילה דוחה צרעת אף שלא נשלם מצות המילה עד הפריעה. ועיין בקוב"ע ס' ס"ט אות כ"ח שהבין שכוונת הר"ן דאף שאין הכניסה לביה"ק והעסק עד שמשיב לבעלים מגוף המצוה מ"מ כיון שבלי פעולות אלו אי אפשר לקיים המצוה דינם כהכשר מצוה וס"ל דהכשר מצוה נחשב כמצוה לענין דחיה והוי בעידנא, ומוסיף הקוב"ע שהתוס' בב"ב יג. הקשו למה חצי עבד וחצי בנ"ח אסור בבת חורין יבא עשה דפנו"ר וידחה ל"ת דלא יהיה קדש. ותי' דהלאו עובר בתחילת ביאה והעשה אינו מקיים אלא בגמר ביאה. ומבואר דאף שא"א לעשות גמר ביאה בלי תחילת ביאה, וא"כ תחילת ביאה הוא בודאי הכשר מצוה מ"מ אין זה בעידנא וכתב הקוב"ע שהר"ן חולק על תירוץ זה של התוס'. ולולא דבריו היה נראה שאין שום סתירה בין דברי הר"ן לתוס' בב"ב, ואין כוונת הר"ן מדין הכשר מצוה אלא שכל העסק וההשתדלות בהשבה הוא חלק מגוף המצוה. שהר"ן מדמה את זה למל ולא פרע והתם ברור

הערות

אלו מציאות דף ל.

וציונים

רמה

שהמילה הוא חלק מגוף המצוה אלא שלא נגמר המצוה אלא כפרע. וע"ז חולק הנ"י וס"ל דלא דמי למילה ששם זה חלק מגוף המצוה וכאן אינו אלא הכשר מצוה. אבל הר"ן ס"ל שגם כאן העסק הוא חלק מגוף המצוה. ואף אם לעולם לא ימצא את הבעלים עסק במצות השבה כמו שביאה נחשבת עוסק בעשה דפו"ר אף אם לא הוליד ע"י ביאה זו כמו שמבאר בקוב"ע ס' ס"ט אות כ"ה דעדל"ת תלוי במעשה המצוה ולא בקיום המצוה. משא"כ תחילת ביאה דאינו חלק ממעשה המצוה ואינו אלא הכשר מצוה בזה יודה הר"ן לתוס' דלא הוי בעידנא.

אין עשה דוחה ל"ת ועשה. שיטת הריב"א בתוס' חולין קמא. היא שגם כשיש ל"ת ועשה הלאו נדחה ואם עבר אינו לוקה אלא דאיסורא איכא מפני שהעשה אינו נדחה. וזה דלא כתוס' בקידושין לד. סוד"ה מעקה שכתב שאם יש ל"ת ועשה גם הלאו אינו נדחה דלאו שיש עמו עשה אליהם. וע' בשעה"מ בפ"ג מנדרים ה"ו בד"ה ודע שמקשה על הריב"א מה הקשו כאן דלא בעינן קרא לכהן והיא בביה"ק דבל"ה אין עשה דוחה ל"ת ועשה הא נ"מ לענין ללקות אם עבר והשיב, שאם יש מיעוט מקרא ליכא עשה כלל וילקה על הלאו אבל אם לא היה מיעוט ומה שלא מחויב בהשבה הוא רק בגלל שאין עשה דוחה ל"ת ועשה אם עבר ונכנס אינו לוקה דהלאו נדחה ע"י העשה. ע"ש מש"כ בזה השעה"מ. וגם רע"א עמד בזה על תוד"ה הא ע"ש.

תוד"ה הא. הקשו שעשה דוחה ל"ת ועשה שאינו שוה בכל וא"כ ידחה עשה דאבידה ל"ת ועשה דטומאת כהנים. וכתב בזה השיטמ"ק בשם הרא"ש דעשה השוה בכל דוחה ל"ת ועשה שאינו שוה בכל אבל הכא גם עשה דאבידה אינו שוה בכל דאינו נוהג בזמן ואינה לפי כבודו ולכן אינו דוחה עשה ול"ת

דטומאה אף שאינו שוה בכל. ודברי הרא"ש הם חידוש שבתוס' בסמוך מבואר שהפטור של זקן ואינה לפי כבודו אינו מיעוט ממצות השבה דוקא, אלא מכאן ילפינן לכל התורה שבמצות של ממון יש התר לעבור משום כבוד הבריות אפילו בגנאי קטן [והדברים מבוארים יותר בתוס' בשבועות ל:]. א"כ לכאורה זה בגדר דחייה ולא שאינו בכלל המצוה כלל, וא"כ מסבירא היה נראה שנחשב עשה השוה בכל כמו שלא אמרין שכל המצות אינם שוה בכל שהותרו במקום פקוח נפש.

בסוף הדיבור כתבו התוס' שמה שנוהג באנשים ובנשים נחשב שוה בכל אף שאינו נוהג אלא בכהנים לכן הלאו דאלמנה לכה"ג נחשב שוה בכל. ורק דבר שנוהג באנשים ולא בנשים נחשב אינו שוה בכל. בביאור סברת התוס' ע' בקוב"ע ס' מ"ח בהשמטה לאות ט' דמדחזינן שאלמנה מוזהרת שלא לינשא לכה"ג מוכח דהאיסור של חילול קדושת הכהונה מוטלת על כל ישראל אלא שאין היכא תמצא לישראל לחלל קדושת כהונה לכן נחשב שוה בכל.

רע"א בכתובות דף ל. כתב לחדש שאף שהלאו דאלמנה לא יקחו קאי גם על האשה העשה דבתולה מעמיו יקח אשה הוא רק על הכה"ג והאשה לא עוברת על עשה זה. ושואל רע"א מתוס' דידן שכתבו שהל"ת ועשה של אלמנה מן הנישואין שוה בכל כיון שנשים מצוות בזה. וקשה אמנם הל"ת דאלמנה הוא גם בנשים אבל העשה של אלמנה מן הנישואין הוא העשה של בעולה ובזה אין האשה מצווה. וכתב רע"א שמה שעשה השוה בכל דוחה ל"ת ועשה שאינו שוה בכל זה דוקא אם גם הלאו אינו שוה בכל אבל אם הלאו שוה בכל אף שהעשה אינו שוה בכל אינו נדחה. ואע"ג שהלאו מצד עצמו היה נדחה ומה שמונע את הדחיה הוא העשה מ"מ גם מה שהעשה שאינו שוה נדחה מפני העשה השוה בכל הוא רק אם

שיטת הרמב"ן שמוכח בנ"י לקמן לב: שההתר הוא רק בת"ח. והנ"י חולק וכתב דלשון הגמ' כל שבשלו אינו מחזיר פטור מלהחזיר של אחרים משמע שכל שמתביש להחזיר פטור מהשבה וכן הוא בלשון הטור בס' רס"ג וכן משמע בתוס' שכתב שמוהתעלמת ילפינן התר כבוד הבריות בגנאי קטן לכל מצוה של ממון. ומשמע שההתר הוא משום כבוד הבריות ולא משום כבוד התורה. והנ"י לשטתו פסק שבמקום ספק חייב להשיב כיון שאם רוצה להחמיר ע"ע רשאי א"כ מספק חייב להחמיר. דהיינו שב' מחלוקות תלויים זב"ז. אם ההתר הוא דוקא בת"ח אסור להחמיר על עצמו ואם ההתר הוא בכל אדם מותר להחמיר על עצמו. אך הכ"מ בפ"א מגו"א הי"ג כתב שאפילו אם ההתר הוא רק בת"ח מ"מ רשאי להחמיר על עצמו כיון שאין זה גנאי כ"כ. ולפ"ז מעשה דר"י הוא כפשוטו. לשון הרמב"ם בזה הוא ת"ח או זקן מכובד. וע' מש"כ בזה האבה"א בפ"א מגו"א ובפרי יצחק ח"א ס' נ"ב.

הבישה חייב בה. פרש"י דכיון שהתחיל נתחייב לאהדורה לבעלים. וכן כתב הרמב"ם פ"א הי"ד שחייב שהרי התחיל במצוה. וע' בנ"י שתמה על רש"י והרמב"ם שבגמ' בב"ב פח. מבואר שדין זה הוא רק בבע"ח דאנקטינהו נגרי ברייתא ומפני שקלקל ומיעט בשמירת הבהמה חייב להשיב לתקן מה שקלקל. אבל בשאר אבידות אף שהתחיל אינו חייב. וכ"כ התוס' לעיל כה: וכתב הב"י בס' רס"ג שהגמ' בב"ב הוא דיחוויה בעלמא והלכה כסתמא דגמ' כאן שלא חלקו בזה. וע' מש"כ בזה בתרה"כ שם. ואכתי צ"ב בסברת רש"י והרמב"ם דכיון שהתחיל בהשבה נתחייב בה. ואין לומר שהמיעוט של והתעלמת הוא רק בלאו דלא תוכל להתעלם ולא בעשה דהשב תשיכם וכ"ז שלא הגביה לא נתחייב בעשה לכן פטור אבל אחרי שהגביה ונתחייב בעשה אין פטור, שהרי שיטת הרמב"ם הוא שגם לפני שמגביה הוא מתחייב בעשה וע"כ שזקן פטור גם מהעשה.

הלאו אינו שוה בכל. אמנם השיטמ"ק כאן בשם התוס' שאנץ כתב בהדיא שאלמנה מן הנישואין הוי שוה בכל מפני שגם הלאו של אלמנה וגם העשה של בעולה הם גם על האשה. ומבואר בתוס' שאנץ דלא ס"ל כרע"א בתרתי. א. ס"ל שהעשה של בעולה לכה"ג הוא גם על האשה. ב. ס"ל שאם העשה לא היה שוה בכל היה נדחה הלאו והעשה אע"פ שהלאו שוה בכל. דהיינו שעשה השוה בכל דוחה ל"ת ועשה אם העשה הנדחה אינו שוה בכל אע"פ שהלאו שוה בכל. והטעם כנ"ל דהלאו היה נדחה ומה שמונע את הדחייה הוא העשה לכן אם העשה אינו שוה בכל אין העשה מונע ושפיר נדחה הלאו אף שהוא שוה בכל. והיכא שהעשה שוה בכל והלאו אינו שוה בכל מסתבר שלכו"ע אינו נדחה דמאי אולמא האי עשה מהאי עשה ורק במקום שהעשה אינו שוה נחלקו התוס' שאנץ ורע"א אם בעינן שגם הלאו יהיה אינו שוה בכל כדי שידחו העשה והל"ת או שסגי בזה שהעשה אינו שוה בכל וממילא העשה שאינו שוה בכל נדחה מקמיה העשה השוה בכל והלאו נשאר לבדו ולכן גם הלאו נדחה אף שהוא שוה בכל. ובעיקר דברי רע"א ע' ברש"ש כתובות דף ל. שמביא שבתוס' בחגיגה יד: מבואר שגם האשה עוברת על העשה של בעולה ולא כרע"א אלא כתוס' שאנץ.

דף ל:

זקן ואינה לפי כבודו. נחלקו הראשונים אם ההתר הוא דוקא בת"ח משום כבוד תורתו או בכל אדם נכבד שחס על כבודו ולא היה מחזיר בשלו. השיטה כתב בשם הריטב"א שרק בת"ח יש התר זה וכן מבואר ברא"ש שכתב על הספק של דרכו להחזיר בשדה וכו' דמספק אסור להחמיר ולהשיב שאסור לו לזלזל בכבוד התורה במקום שאינו מחויב ומה שר' ישמעאל בר"י החמיר על עצמו היינו שקנה העצים וגרם שיפטר אבל להחמיר ולהשיב אסור. וכן הוא

הערות

אלו מציאות דף ל:

וציונים

רמז

ועוד שבתוס' מבואר שהדין של זקן ואינה לפי כבודו אינו דין מיוחד בהשבת אבידה דוקא אלא ילפינן מהכא לכל מצות של ממון שיש התר של כבוד הבריות אפילו בגנאי קטן. וכן מבואר בגמ' שבועות ל: שמכאן לומדים שת"ח אינו חייב להעיד בממון אם אינו לפי כבודו א"כ אפילו אם הפסוק של והתעלמת קאי על הלאו ילפינן מזה גם לעשה כמו שלומדים מכאן לכל התורה, לכן צ"ל שסברת רש"י והרמב"ם שהפטור רק מהמצוה אבל אחרי שהתחיל בהשבה נעשה שומר אבידה ועכשיו חיובו מדין שומר והוא דין ממוני ולא רק מצוה וע"ז אין פטור של זקן. והחולקים ס"ל דכיון שפטור מהשבה אינו נעשה שומר אבידה כשמגביה כמש"כ התוס' לעיל כה: אבל רש"י והרמב"ם ס"ל שהפטור הוא רק כ"ז שחס על כבודו אבל אם מגביה כ"ז שעוסק בהשבה ואינו חס על כבודו הוא חייב בהשבה ונעשה שומר ואחרי שנעשה שומר אינו יכול לפטור עצמו אפילו אם עכשיו מקפיד על כבודו כיון שכבר נעשה שומר וחל עליו חיוב ממון. ואולי זה כוונת השיטמ"ק בשם הרמ"ך וז"ל הכישה והלכה מעט נתחייב בה ואם אבדה משלם עכ"ל היינו כיון שנעשה שומר ואם אבדה משלם תו לית ליה פטור דזקן ואינה לפי כבודו, ושור"ר באבה"א פי"א מגו"א בסוף הי"ד שסברת הרמב"ם הוא דנעשה שומר ע"ש.

תוד"ה אלא. הקשו ל"ל קרא ת"ל מולאחותו דכבוד הבריות דוחה. ע' בחי' רבינו מאיר שמחה שכתב ליישב קושית התוס' דהתם הותר לבטל מצוה כדי שלא יתבזה מת מצוה ששם הבזיון אין לו שייכות למצוה משא"כ כאן שמתבזה ע"י קיום המצוה דהשבת אבידה בזה ס"ד דלא מקפידים על בזיונו דרצונו של מקום הוא כבודו של האדם. ולזה צריך עוד לימוד שבממון הותר המצוה גם לבזיון כזה.

דרכו להחזיר בשדה וכו'. מבואר בלשון הגמ' שלצד הראשון פטור אפילו בשדה

כיון דהשבה מעליא בעינן ולצד השני כיון שחייב בשדה ששם אין בזיון ממילא חייב גם בעיר כדין הכישה נתחייב בה. ולכאורה יש לבאר צדדי הספק בב' אופנים. א. הצד שפטור הוא שאין חיוב לעשות מקצת השבה ואם יודע שבעיר יהיה פטור אינו חייב להגביה כדי לקרב האבידה לעיר א"ד אף שבעיר יהיה פטור חייב לעשות מה שיכול לקרב האבידה לעיר וממילא כיון שחייב להתחיל בהשבה דינו כהכישה שחייב להמשיך גם בעיר. ב. לעולם גם לצד הראשון חייב לעשות מקצת השבה אף שאינו יכול לגמור ואף שיש לו פטור בעיר היה ראוי לחייב בשדה ויעשה מה שיכול, אך כיון שיש דין של הכישה נתחייב בה ואם יתחיל בשדה יצטרך להמשיך להשיב בעיר וזה גנאי לו א"כ גם על תחילת ההשבה בשדה יש לו פטור כיון שהגבהה זו תביא לידי גנאי שעל ידה יהיה מוכרח להשיב גם בעיר א"כ יש סיבה לפטור גם בשדה. ונ"מ יהיה לסוברים שהדין של כיון שהכישה נתחייב הוא דוקא בבע"ח ולדבריהם מה שיש צד שחייב בשדה וממילא נתחייב גם בעיר הוא רק בבע"ח אבל בשאר אבידות אף אם הגביה בשדה אינו חייב להמשיך בעיר וא"כ לדרך השני לא יהיה שום מקום להסתפק בשאר אבידות שפשוט שבשדה חייב וכשמגיע לעיר נפטר מחיובו. אבל לפירוש הראשון גם בזה יהיה ספק אם הוא חייב להגביה בשדה ולהביא עד העיר דמה שבידו לעשות יעשה או כיון שאין יכול לעשות השבה מעליא אינו חייב כלל. וכן בכל אופן שמאיזה סיבה לא יוכל לגמור את ההשבה לבעלים אם חייב להתחיל לקרב הדבר לבעלים יהיה תלוי בספק של הגמ'. אבל לפשט הראשון בזה פשוט שחייב להתחיל בהשבה אף שלא יוכל לסיים.

הרא"ש כתב שהרי"ף היה לו גרסא אחרת בגמ', שפשוט שבעיר פטור והספק הוא רק אם חייב להתחיל בשדה אף שלא יוכל לסיים ההשבה או שכיון שאינו יכול לעשות השבה מעליא אינו חייב גם בחלק שכן יכול. וזה

והכישה נתחייב בה ומשמע שדין זה הוא דוקא בבהמה. אך הרמב"ם מסיים שהרי התחיל במצוה ולפי טעם זה בכל אבידה יהיה הדין כן. וע' בב"י בס' רס"ג שבתחילה כתב שהרמב"ם ס"ל שלא קי"ל כגמ' בב"ב ואם הגביה מתחייב בכל אבידה ולא דוקא נקט הרמב"ם בהמה. ואח"כ כתב שהרמב"ם ס"ל בהמה דוקא ומש"כ הטעם שהרי התחיל במצוה היינו שהתחיל בהשבה ואם לא יגמור יהיה נזק לבעלים דאנקטינהו נגרי ברייתא. אך קשה לפ"ז דברמב"ם מפורש שהספק של דרכו בשדה ולא בעיר הוא בכלים ומפורש בגמ' וברמב"ם שעל הצד שחייב צריך להמשיך גם בעיר וזה בכלל הדין של הכישה נתחייב בה. ומפורש שדין זה הוא גם בכלים וכתב בזה הב"י וכן בכ"מ בפ"א ה"ד שיש לחלק בין היכא שבתחילה היה פטור ואעפ"כ התחיל בהשבה שבוזו אינו חייב להמשיך בכלים, ורק בבע"ח חייב דאנקטינהו נגרי ברייתא. משא"כ כשמגביה בשדה ששם אינו גנאי הוא נעשה שומר אבידה ושוב אין לו פטור גם בעיר אף ששם אינו לפי כבודו ובאופן זה חייב להמשיך גם בכלים.

דהיינו שלעיל נתבאר שסברת הסוברים שהדין של הכישה הוא בכל דבר הוא דס"ל דכל שהתחיל בהשבה נעשה שומר אבידה ותו ליכא פטור דזקן ואינה לפי כבודו. והחולקים ס"ל כיון שהיה פטור אף שהגביה לא נעשה בזה שומר אבידה כמבואר בתוס' לעיל כה: ובזה כתב הכ"מ שזה דוקא היכא שהגביה כשהיה פטור משא"כ בשדה שבשעת הגבהה היה מחויב להגביה נעשה שומר וגם החולקים יודו שכבר אין לו פטור גם כשמגיע לעיר ואפילו באבידות שאינם בע"ח.

נמצא ג' שיטות בדינא דהכישה נתחייב בה. א. שיטת רש"י, ולצד אחד בב"י זה גם שיטת הרמב"ם, שלא קי"ל כגמ' בב"ב אלא בכל אופן שהתחיל בהשבה אף שהיה פטור נתחייב להמשיך בהשבה. ב. נ"י בשם הר"ן

כהצד הראשון שכתבנו לעיל. אבל לשון הנ"י הוא שאינו חייב להתחיל בשדה כדי שלא יתחייב לגמור בעיר. משמע שהצד שפטור אפילו בשדה אינו מפני שלא חייב במקצת השבה אלא מפני שאם יתחיל יתחייב להמשיך ויהיה גנאי א"כ הגנאי של העיר פוטר גם מהשבה בשדה. וזה כצד השני שלולא הדין שאם מתחיל חייב להמשיך היה פשוט שצריך להתחיל אפילו שאין בידו לסיים. ואולי יש לדחות דלעולם עיקר הספק הוא אם חייב במקצת השבה ומה שהזכיר הנ"י שהפטור הוא מפני שאם יתחיל יצטרך להמשיך ויהיה גנאי הנ"י כ"כ בדעת הרי"ף [נ"ס] בדעת הרי"ף שלצד שחייב חייב גם בעיר ולא כמש"כ הרא"ש בדעת הרי"ף] שפסק שמספק לא יחזיר בעיר. ומה שלא אמרין שיתחייב מספק כדין ספק דאורייתא הוא כמבואר ברא"ש דאין לו לזלזל בכבוד תורתו. וכל זה מפני שאם יתחיל בשדה יצטרך להמשיך בעיר. דהיינו שמה שהזכיר הסברא של גנאי הוא כדי לבאר למה פטור מספק. אבל בעיקר דברי הגמ' יתכן שהצד שפטור הוא מפני שאינו חייב במקצת השבה ולא רק מפני שזה יגרום שאח"כ יהיה גנאי אלא שלולא הגנאי היה חייב מספק.

עיקר הספק אם חייב מקצת השבה כשיודע שלא יוכל להמשיך לכאורה יש לתלות במחלוקת הר"ן והנ"י שהובא לעיל אם העסק באבידה עד שמגיע למצב של השבה הוא חלק מעיקר המצוה של השבה או שאינו אלא הכשר מצוה. שלנ"י דאינו אלא הכשר מצוה א"כ כשאינו יכול לקיים את גוף המצוה שהוא ההשבה אינו חייב לטפל ולקרב לעיר שאם אין מצוה אין הכשר מצוה. אבל לר"ן שכל העסק והטיפול שמקרב לבעלים הוא חלק מעיקר המצוה של השבת אבידה לכן חייב בכל מה שיכול אפילו אם אינו יכול לסיים את כל ההשבה.

הרמב"ם בפ"א ה"ד כשמביא את הדין של הכישה נתחייב בה כתב וכן אם מצא בהמה

הערות

אלו מציאות דף ל:

וציונים

רמט

ס"ל כגמ' בב"ב שרק בבע"ח מתחייב ע"י הכשה משא"כ בשאר אבידה אף שהתחיל אין נעשה שומר אבידה כיון שהיה פטור וכן הוא שיטת התוס' לעיל ולתי' השני בב"י גם הרמב"ם ס"ל כן. אך לדברי הכ"מ כ"ז כשהיה פטור בתחילת ההגבהה משא"כ הגביה בשדה נעשה שומר אבידה ונשאר בחיובו גם כשמגיע לעיר. ג. הרא"ש בדעת הרי"ף ס"ל שאפילו לצד שחייב להגביה בשדה אינו חייב אלא להביא עד העיר אבל בעיר חוזר הפטור של זקן ואינה לפי כבודו ולא אמרינן הכישה נתחייב בה כשאינו בע"ח אפילו כשהיה מחויב להגביה.

להלכה בספק של הגמ' יש כמה שיטות בראשונים. א. הרמב"ם פסק שמספק חייב להגביה בשדה וממילא צריך להמשיך גם בעיר. ב. הרי"ף כתב כיון דהוי ספק לא יחזיר בעיר. הנ"י מפרש דברי הרי"ף דכיון שלא יכול להחזיר בעיר ממילא פטור גם בשדה. ג. הרא"ש לומד ברי"ף שגרס בגמ' בצד שחייב שאין חיובו אלא בשדה אבל בעיר פשוט לגמ' שאינו חייב ולגבי הספק בשדה פסק לחומרה. ד. הרא"ש בעצמו גורס כגרסא שלנו שלצד שחייב חייב גם בעיר אך פסק מספק שאסור להחמיר דהוי זלזול בכבוד תורתו. ונחלקו הטור והב"י בדעת הרא"ש שהטור כתב שדעת הרא"ש דאסור להחמיר בעיר אבל בשדה שאין זלזול חייב מספק וכשיגיע לעיר יניחנה. והב"י מקשה שלפי גרסתינו אין צד כזה בגמ' ואם א"א לחייב מספק בעיר ע"כ צריך לפטור גם בשדה. והדרכי משה כתב כהטור דכ"ז שאין זלזול אין מה שיפטור מספק מצות השבה ורק בעיר שיש זלזול אינו יכול להחמיר מספק. ואינו מובן הא אם הכישה נתחייב בה ואם חייב בשדה איך יפטור בעיר. וע' ברע"א שמבאר סברת הטור דאמנם לפי הצד בגמ' שחייב להגביה הוא נעשה שומר אבידה וחייב להשיב גם בעיר אפילו בשאר אבידות שאינם בע"ח אבל על הצד שאינו חייב להגביה אפילו הגביה

אינו נעשה שומר וא"כ אם אינו בע"ח אף שהתחיל יכול להפסיק. וא"כ כשיש ספק אם חייב להגביה בשדה הרי זה ספק אם נעשה שומר בהגבהה זו או לא ולכן כ"ז שנמצא בשדה ואין עדיין זלזול חייב מספק להגביה אבל כשמגיע לעיר ששם יש זלזול ואסור להחמיר מספק חיישינן שמא היה פטור מלהגביה ולא נעשה שומר א"כ יכול להפסיק וחייב להפסיק מספק, דהיינו כרי"ף ולא מטעמיה.

ר' ישמעאל בר' יוסי. בגמ' ב"ק נד: דרשו מג"ש חמור חמור משבת דחיוב פריקה הוא לאו דוקא בחמור אלא בכל בהמה. וכתב שם השיטמ"ק בשם ר"פ דמשמע דלולא קרא היה חיוב רק בחמור ומג"ז דחמור חמור משבת ילפינן רק שאר בע"ח א"כ באדם ליכא חיוב פריקה דאדם הוקש רק לענין שבת כמבואר שם. והקשה מכאן דמבואר שיש חיוב טעינה באדם. וכתב שגם באדם יש חיוב פריקה וטעינה מדרבנן. וע' מש"כ בזה התרה"כ בס' רע"ב.

תוד"ה אפקריה. כתבו שמה שהפקיר ר"י בר"י הוא כדי שלא יכשלו בני"א באיסור גזל. לכאורה אינו מובן דכדי שלא יכשלו בגזל לא היה צריך להפקיר ולהכנס לשאלה של הפקר לעניים ולא לעשירים אלא היה יכול לתת רשות לכל מי שרוצה לקחת את הממון שיקח ואם אינו מקפיד אין איסור בלקיחת הממון ולא בהשתמשות אף שהממון עדיין שלו. בשו"ע אבה"ע ס' כ"ח סע' י"ז פסק המחבר דאף שהמקדש אשה בממון חברו אינה מקודשת מ"מ אם היה דבר שאין בעה"ב מקפיד עליו היא ספק מקודשת. וכתב ע"ז הנוב"י באבה"ע ס' נ"ט שמה שיש חשש קידושין כשאינו מקפיד הוא רק אם אינו מקפיד לכל אדם אבל אם מקפיד לגבי אדם אחד אין שום אדם יכול לקדש בזה דלא עדיף אינו מקפיד מהפקר גמור

הפקר בפני ג' ושיטה זו מובאת ברמ"א ס' רע"ג סע' ז' והמקור מכאן כמש"כ הגאון שם. ומביא הנ"י ראייה לזה מאבידה מדעת וס"ל דהוי הפקר אע"ג דליכא לא שנים ולא שלשה. וראית הנ"י לכאורה אינה מובנת דהתם לא רק שאין ג' אלא אין מעשה הפקר כלל, אע"כ דהפעולה של איבוד הממון הוא מעשה שמוכיח המפקיר ומעשה זה נעשה בפני ג'. וע' לעיל כ"א: שהובא בשם הגאון בס' רס"א סק"ט שכתב בדברי הנ"י כאן וכתבנו שם שלכאורה אינו מובן. ובדברי הנ"י מבואר שלענין זכיה אפילו מדרבנן לא בעינן ג' ורק לגבי מעשר תקנו רבנן ולא כהסמ"ע שכתב בס' רע"ג סק"א שהי"א שמביא הרמ"א קאי רק על הדין דאורייתא אבל מדרבנן מודו דבעינן ג' אלא כמבואר בגאון שם סק"ח דלי"א אפילו מדרבנן לא בעינן ג' אלא רק לענין מעשר.

א " נ מה שצריך ג' אינו אלא מדרבנן. ע' בכ"מ בפ"ב מהלכות נדרים הט"ז שכתב שאף דבפני ג' הוא דרבנן ומן התורה הוי הפקר בלי ג' מ"מ חד בעינן מן התורה שאם אין אפילו אחד שיכול לזכות אין זה הפקר. וע' באו"ש בפ"א ממכירה ה"ח שמביא ראייה לדברי הכ"מ מכאן דאי אמרינן דמן התורה לא בעינן אפילו חד היה ריב"י יכול להפקיר בלי שישמע שהוא גברא. ובחי' ר' מאיר שמחה כאן מוסיף די"ל דאף דבעלמא בעינן לכה"פ מדרבנן שיפקיר בפני ג' כאן אפילו מדרבנן לא היה צריך ג' שרק במקום שידוע שהממון הוא שלו ואם אין הוכחה שהפקיר יוציא מהזוכה מכח חזקת מ"ק לכן לא גמר ומפקיר אלא בפני ג' שיהיה אחד זוכה ושנים עדים. אבל הכא לא היה ידוע שריב"י זכה בעצים א"כ לית ליה חמ"ק ולא יוכל להוציא מהזוכה גם אם לא יהיה לזוכה עדים שהפקיר ובכה"ג גמר ומפקיר אפילו שלא בפני ג'.

א מ ר עד ג' ימים. עיין ברשב"א שאפילו בודאי הינוח אחר ג' ימים תולים שזה אבידה.

דלא מהני אא"כ מפקיר לכל העולם ומביא ראייה מכאן דכל ההפקר היה כדי שלא יכשלו בגזל ולזה סגי במה שאינו מקפיד ומה הקשו דהוי הפקר לעניים אלא מוכח שגם כדי שלא יכשלו בגזל בעינן שלא יקפיד לכל העולם. והאב"מ בס' כ"ח סקמ"ט חולק וכתב דדבר שאינו מקפיד אינו מתורת הפקר אלא מדין מתנה והרי זה כנותן לכל מי שירצה לקחת ובוזה לא בעינן שיתן לכל אדם. והא דריב"י לא אמר שאינו מקפיד משום שחשש שמא ידרוס אדם ע"ז ויזיק בלי לזכות ואם אינו מקפיד יש לו רשות לזכות אבל כ"ז שלא זכה שייך לבעלים ואיכא איסור מזיק, לכן רצה להפקיר שלא יהיה על המזיק איסור דיצא מרשות הבעלים. ולכאורה אין דבריו מובנים דאם אומר בפירוש שנותן רשות לכל אדם להזיק ממנו ליכא איסור על המזיק ולמה היה צריך להפקיר. וע' באמרי משה בס' ל"ז אות ט"ז בהג"ה דחשש שמא אחר יקח ויקדש בזה אשה לכן הוצרך להפקיר ולא סגי בנתינת רשות. ונראה שזה גם כוונת הנוב"י דפשוט שנתינת רשות מהני גם לאחד ומה שכתב הנוב"י דבעינן שלא יקפיד לכל העולם היינו לענין הדין שכתוב בשו"ע דכשאנו מקפיד לא רק שמותר להשתמש אלא שאפשר לזכות בממון ולקדש בזה אשה זה דוקא כשאנו מקפיד לכל העולם וכיון שריב"י רצה שלא יהיה מכשול לגבי קידושין בעינן שלא יקפיד לכל העולם. אבל למה שכתב האב"מ שכדי לזכות סגי באינו מקפיד לאנשים מסוימים א"כ לגבי קידושין לא היה מכשול גם אם לא היה מפקיר אלא שחשש שמא יזיקו בלי לזכות, וזה קשה דלענין זה בודאי סגי שאינו מקפיד והוי כמזיק ברשות ואמאי היה צריך להפקיר לכל אדם.

ו א " ת הא אין הפקר אלא בפני ג'. כתב הנ"י שאחרים כתבו דהא דבעינן הפקר בפני ג' הוא רק לענין שיפטר מן המעשר דחיישינן להערמה. אבל לענין זכיה בממון לא בעינן

הערות

אלו מציאות דף לא.

וציונים

רנא

דף לא.

ראה מים שוטפים ובאים. הא דבלי פסוק היינו פוטרים מחיוב השבה באבידת קרקע יש לפרש בב' אופנים. א. כמו שבכמה דינים קרקע יש לו דין אחר ממטלטלין כגון לגבי שבועה שמירה וגזילה, כך ס"ד דחיוב השבה נתחדש במטלטלין ולא בקרקע. ב. ס"ד דיש דין אבידה רק כשהחפץ אבוד מן הבעלים משא"כ אבידת קרקע אין הקרקע אבודה אלא שהיא עומדת להתקלקל אבל הגוף אינו כלה ואינו אבוד מן הבעלים. ובקרא דאבידת קרקע התחדש שגם הצלה מנזק הוא בכלל השבת אבידה. ונ"מ מזה במים שבאים לשטוף בית שהוא תלוש ולבסוף חברו וי"א שאין דינו כקרקע. לשון הרמב"ם בפ"א מגו"א ה"כ הוא הרואה מים שוטפין ובאין להשחית בנין חברו או שדהו חייב לגדור. וע' באבה"א שבתחילה כתב שמבואר ברמב"ם דס"ל דתלוש ולבסוף חברו דינו כקרקע ואח"כ דחה שאפילו אם דינו כתלוש מ"מ צריך ריבוי לחייב בהשבה כיון שלענין אבידה נחשב כקרקע שאין הגוף כלה ואינו אבוד לגמרי ורק אחר שנתחדש חיוב השבה על קרקע נתחדש שגם על אופן זה יש חיוב השבה.

בדאיכא עומרים. הגמ' מעמידה

בצריכי לקרקע וקשה אם צריך לקרקע דינו כקרקע בכל מקום וא"כ אכתי מוכח מזה שגם באבידת קרקע יש חיוב השבה [ע' שיטמ"ק בשם הריטב"א]. וכתב בזה האבה"א דכיון שהמים ישטפו את הזרעים שבשבלים הם יהיו כמטלטלין לפני שיאבדו א"כ דינו כאבידת מטלטלין ואין להוכיח מזה שיש חיוב גם באבידת קרקע. ולפי מש"כ האבה"א בהמשך דבריו שהחי' של אבידת קרקע הוא שאף שאינו אבוד לגמרי יש חיוב השבה יש לבאר דברי הגמ' באופן פשוט שיש ב' חידושים באבידת קרקע א. שעל חפצא של קרקע יש דין השבה. ב. שאף שאינו נאבד לגמרי ואינו מציל אלא

מקלקול מ"מ חייב. וב' חידושים אלו כלולים בדברי רבא. וע"ז אמר ר' חנניה תניא דמסייע לך וא"ל רבא שמכאן יש רק ראייה שעל חפצא של קרקע יש חיוב השבה דאפילו אי מיירי בעומרים ע"כ מיירי בצריכי לקרקע, וא"כ דינם כקרקע, אבל בעומרים המים שוטפים את הזרעים וא"כ יאבדו לגמרי ואכתי אין ראייה לחידוש השני של רבא שגם כשהנזק הוא לגוף הקרקע שאינו אבוד אלא מתקלקל יש חיוב השבה. ואין צורך לומר דכיון שהשבלים נשטפים לפני שנאבדים דינם כאבידת מטלטלין כמש"כ האבן האזל אלא אף דהוי אבידת קרקע מ"מ אין בזה את שתי החידושים שיש בקרקע אלא רק אחת מהם.

המנ"ח במצוה תקל"ט מסתפק אם מה שנתרבה אבידת קרקע הוא רק ללאו דלא תוכל להתעלם או גם לעשה דהשב תשיכם ע"ש.

כאן באבידת גופה כאן באבידת קרקע. כתב הרא"ש דאף שפרה הרועה בכרם אינה אבודה ומה שחייב להוציא מהכרם הוא מפני קלקול הכרם מ"מ כיון שמוציאה מן הכרם חייב להשיבה לבעלים כדין הכישה נתחייב בה דאנקטה נגרי ברייתא. לפ"ז ניחא הא דנקט התנא פרה רועה בדרך אף שהתנא מדבר על אבידת גופה ולא על אבידת הכרם וגם רועה בכרם ליכא אבידת גופה, דלרא"ש ברועה בכרם למעשה כיון שמחויב להוציאה מהכרם מתחייב גם להשיב לבעלים א"כ האופן שפטור מהשבת הפרה לבעלים הוא כשרועה בדרך. וכן ניחא לדעת הרא"ש קושית הגמ' ת"ל משום אבידת קרקע דזה רק מחייב להוציא מהכרם ולא להשיב לבעלים אבל לרא"ש השאלה היא שע"י חיוב השבה משום אבידת קרקע ממילא מתחייב גם בהשבת גופה. גם בלשון הרמב"ם בפט"ו מגו"א ה"ד מבואר כרא"ש וז"ל מצאה רועה בין הכרמים חייב להחזיר משום אבידת קרקע עכ"ל הרי שלא כתב שחייב להוציאה מהכרם אלא חייב להחזיר דהיינו שחייב

חייב לתקן מה שקלקל. ולפי הרא"ש יצא דין מחודש דכל הרואה בהמה שרועה כדרכה ומזיזה ממקומה נתחייב להשיבה לבעלים. והריטב"א ס"ל שרק אם בל"ה היא אבודה נאמר דין זה אבל אינה נעשית אבידה בגלל נגרי ברייתא. ומסברא לכאורה נראה כריטב"א אך לרא"ש יותר מובן קושית הגמ' ת"ל משום אבידת קרקע.

השב אפילו ק' פעמים. צריך להבין מה החידוש שחייב אפילו ק' פעמים ומ"ש פעם שנייה מפעם ראשונה הא כ"ז שהיא אבודה יש חיוב השב. ע' בדבר אברהם ח"ב ס' ח' ענף ב' אות ו' שמחדש שקמ"ל שאם החזירה וברחה עדיין נשאר עליו החיוב שנתחייב בו בהשבה הראשונה ואם לא יחזיר עובר בעשה אף לסוברים שאינו מתחייב בעשה אלא א"כ הגביה, דכאן נשאר מחויב מכח הגבהתו הראשונה. וכן אם היה זקן ואינה לפי כבודו והשיב בראשונה חייב גם עכשיו מדין הכישה נתחייב בה. אך גם לדבריו צ"ל דמיירי באופן שיש שייכות בין אבידה הראשונה לשנייה כגון שלא היה דעת בעלים בהשבה ראשונה [ע' ספר משפט האבידה שכ"כ] או שהנגרי ברייתא של אבידה ראשונה גרם את האבידה השנייה. אבל לא יתכן לומר שאם החזירה ואחר כמה שנים נאבדה שוב בלי קשר עם האבידה הראשונה דנשאר עליו החיוב שנתחייב בה בפעם הראשונה. אך הדבר אברהם מביא שבש"ך ביו"ד ס' רצ"ב סק"ט משמע שמה שחייב בפעם השנייה הוא חיוב חדש ולא מחמת החיוב הראשון. שהב"ח כתב שם דהא דאמרינן בסמוך שלח אפילו ק' פעמים היינו כששלח ולא יצאה מתח"י דלא קיים דין שילוח חייב לחזור ולשלח אבל אם יצאה מתח"י וחזרה אינו חייב לשלח שוב. והש"ך חולק וס"ל שגם בזה חייב מחדש דומיא דהשבת אבידה דאף שהחזירה מתחייב חיוב חדש בפעם השנייה.

להחזיר את הפרה לבעלים. אך השיטמ"ק כתב בשם הריטב"א דאינו חייב להחזירה אלא רק להוציאה מהכרם. הש"ך בס' רס"א סק"ב כתב כהרא"ש ורע"א שם מביא שהריטב"א חולק.

לכאורה היה נראה שהמחלוקת בזה תלוי במה שנחלקו הראשונים לעיל בטעם הדין של הכישה נתחייב, שאם הטעם כמבואר בגמ' בב"ב דאנקטינהו נגרי ברייתא [ורק בבע"ח נאמר דין זה] זה שייך גם כאן. אבל אם הטעם כמבואר בלשון רש"י לעיל שחייב מפני שהתחיל בהשבה זה דוקא כשהכישה כדי להשיבה לבעלים, משא"כ כאן שמוציא משום אבידת הכרם לא התחיל בהשבת הפרה. ואף שהרמב"ם בפ"א הל' י"ד כתב הטעם שהרי התחיל במצוה ומשמע דס"ל כרש"י ומ"מ כאן ס"ל כהרא"ש, אין זה סתירה לדברינו דהובא לעיל שהב"י מסופק אם כוונת הרמב"ם לחייב אפילו בכלים או דוקא בבע"ח. ואפילו אי ס"ל שגם בכלים נתחייב אין מזה ראייה שלא ס"ל הסברא של נגרי ברייתא, דאף דס"ל דקי"ל שגם כשאין סברא זו מתחייב ע"י התחלת ההשבה, מ"מ ס"ל גם סברת נגרי ברייתא. אמנם בדעת הריטב"א א"א לומר כן שהריטב"א הוא מהראשונים שהקשו על רש"י לעיל, וס"ל שהחיוב בהכישה הוא רק בבע"ח משום נגרי ברייתא ואעפ"כ ס"ל הכא שמוציאה מהכרם ואינו חייב להשיב לבעלים.

ונראה שמחלוקת הרא"ש והריטב"א הוא שהריטב"א ס"ל שנגרי ברייתא נאמר דוקא במקום שהבהמה היא במצב של אבודה, בזה אמרינן דכל שמזיזה ממקומה הוא מוסיף באבידה וכיון שקלקל לית ליה פטור דזקן ואינה לפי כבודו, אבל בהמה שרועה כדרכה ואינה אבודה כלל אין הנגרי ברייתא גורם שתהיה אבודה. והרא"ש ס"ל שאפילו כשאינה אבודה הנגרי ברייתא נותן לו דין אבידה ואף דכלפי אחרים מסתבר שאין לה דין אבידה מ"מ מי שגרם את הנגרי ברייתא וקלקל את שמירתה

הערות

אלו מציאות דף לא.

וציונים

רנג

הכל צריכין דעת בעלים. פרש"י דקאי על גנב וגזולן וד' שומרים. הנ"י כתב דקאי על גנב וגזולן והשמיט ד' שומרים. וכן היה גרסת הראשונים ברש"י. ע' בשיטמ"ק בשם הריטב"א ותוס' חיצוניות שהביאו בשם רש"י דגנב וגזולן צריכים דעת בעלים והריטב"א כתב דלאו דוקא גנב וגזולן אלא ה"ה ד' שומרים והתוס' חיצוניות הבין שלרש"י ד' שומרים לא צריכים דעת בעלים. והקשה הת"ח אם ד' שומרים לא צריכים דעת בעלים למה צריך פסוק לשומר אבידה שלא צריך דעת בעלים הרי אינו אלא ש"ח או ש"ש ולמה יהיה חמור יותר מש"ש. ולכאורה יש ליישב דאמנם מצד הדין שומר אבידה פשוט שאינו צריך דעת בעלים שאינו חמור יותר מכל ש"ש מ"מ ס"ד דבאבידה בעינן דעת בעלים מצד החיוב השבה שיש באבידה ולא נפטר ממצות השבה עד שיודיע לבעלים [וממילא יתכן שנשאר גם שומר אבידה דכ"ז שלא קיים מצות השבה נשאר עליו דין שומר אבידה]. והנידון אם צריך דעת בעלים בד' שומרים אינו נוגע למה שנחלקו הקצות בס' פ"ו סק"ד והנתיבות שם סק"א [ע' במשובב שם] אם יש חיוב השבה בשומרים או לא שאפילו אם אין חיוב השבה מ"מ ההשבה לבעלים פוטרת את השומר מאחריות שלו ויש צד שאינו נפטר אא"כ השיב לדעת בעלים. ודעת בעלים אין פירושו שצריך הסכמת הבעלים אלא צריך שידעו ואז מהני ההשבה גם בע"כ. כן מוכיח המחנ"א בדיני שומרים ס' ל"ד מדברי הנ"י בפרק השואל ע"ש.

איתא לקמן פא. הלוקח כלים מבית האומן לשגרן לבית חמיו, דהיינו שקנה על תנאי שירצה בזה חמיו, בהליכתו חייב באונסין ובחזרתו דינו כש"ש. ושיטת רש"י שם שמה שחייב באונסין בהליכתו הוא מפני שכ"ז שלא חוזר מן המקח המקח קיים ושללו נאנס. ורק בחזרתו שנתברר שאין חמיו רוצה במקח המקח בטל ואינו אלא ש"ש. והתוס' בב"ב פז: כתבו

שחיובו בהליכתו הוא מדין שואל דעדיין לא נתקיים המקח והוא משתמש בו כדי לשולחו לחמיו. וכן פרשו הרא"ש והר"ן בנדרים לא: וקשה אמאי בחזרתו אינו חייב באונסין הא שומר צריך השבה לדעת בעלים כדי ליפטר מחיוב אונסין. וכתב בזה המחנ"א בהל' שאלה ס' ז' שמה ששואל צריך דעת בעלים הוא כדי ליפטר גם מאחריות דגו"א אבל לענין אונסין נפטר גם בלי דעת בעלים דבל"ה אין הבעלים יכולים לשמור מאונס ע"ש.

למצוה מנין ת"ל תשלח. הא דס"ד להתיר לקיחת האם על הבנים לצורך טהרת מצורע מבואר בחולין קמא. דיבא עשה דטהרת המצורע דחמיר דגדול השלום וידחה ל"ת ועשה דשילוח הקן קמ"ל תשלח דאינו דוחה. ומה דס"ד שידחה אף דאינו בעידנא ע' תוס' פסחים נט. דעשה חמור דוחה עשה קל גם כשאינו בעידנא. השיטמ"ק מקשה בשם הרא"ש דלמ"ד מצורע בימי חלוטו מותר בתשמיש ליכא טעמא דגדול השלום ואמאי צריך קרא דתשלח. ותי' שגם למאן דמתיר תשמיש אינו מקובל עליה כ"ז שהוא בטומאתו וגם לדידיה יש בטהרת המצורע משום גדול השלום. ובתוס' לעיל ל: מבואר דלא ס"ל כן. וע' בלשון הנ"י שכתב דהא דאיצטרך קרא לדבר מצוה הוא משום דכתיב תקח לך היינו לדבר הרשות כגון לאכילתו. משמע דס"ד להתיר מצוה לא משום כח הדחיה של העשה אלא דכל הלאו נאמר כשצריך הבנים לדבר הרשות כדכתיב תקח לך. וקשה דבגמ' בחולין מפורש דהה"א להתיר הוא משום דעשה דוחה עשה. ואולי י"ל דהגמ' בחולין קאי למ"ד מצורע בימי חלוטו אסור בתשמיש ולדידיה ס"ד להתיר משום דגדול השלום אבל למ"ד שמותר בתשמיש ליכא גדול השלום ולדבריו צ"ל כסברת הנ"י דס"ד דהלאו דשילוח נאמר רק באופן של תקח לך דהיינו לדבר הרשות ולא לצורך מצוה.

טעינה דלאו צעב"ח איכא. הקשה הריטב"א דבסמוך בצריכותא דפריקה וטעינה ואבידה אמרו אי כתב רחמנא הני תרתי משום צערא דמרה וצערה דידה משמע שגם בטעינה איכא צער בע"ח. ותי' דגם בטעינה איכא קצת צער שאם לא טוענים בצורה טובה יש לבהמה צער מזה. אבל אין זה צער כצער דפריקה. וכן כתב המהר"ם שי"ף. אמנם הגאון בס"ה סק"א מבאר באופן אחר. דאם באנו ללמוד אבידה מפריקה וטעינה אין ללמוד מטעינה אלא בשכר. והמקור לחייב השבת אבידה בחנם הוא רק מפריקה וע"ז הקשו שפיר מה לפריקה שכן יש בה צעב"ח.

דף לא:

מות יומת המכה. מכאן למדו שאם א"א להמיתו במיתה הכתובה בו יכול להמיתו בכל מיתה שאתה יכול. מבואר בסנהדרין מה: דדין זה הוא דוקא ברוצח וגואל הדם ועיר הנדחת [ע' תוס' שם ד"ה משום] והוי ב' כתובים הבאים כאחת דאינם מלמדים. וכתבו התוס' במכות ב. דמה שבשאר מקומות א"א להמית בשאר מיתות היינו רק במיתה שאינה מד' מיתות ב"ד אבל מתוך הד' מיתות ב"ד אם א"א להמית במה שכתוב בו יכול להמית במיתה אחרת. ובתוס' בסנהדרין מה: מוכח דלא ס"ל כן שהקשו על חייבי מיתות שנתערבו שמבואר שנותנים המיתה הקלה שבהם, ורק למ"ד מותרת לדבר החמור הוי מותרת לדבר הקל. וקשה דאפילו אם לא הוי מותרת לקל יכול להמיתו בכל מיתה שאתה יכול. ותי' דלא מיירי ברוצח ובשאר מיתות ליכא דין זה. הרי מבואר שבשאר מיתות א"א לתת אפילו מיתה אחרת מתוך הד' מיתות. ועוד כתבו שם התוס' דדוקא בבורח נאמר הדין שאפשר להמיתו בכל מיתה שאתה יכול ולא כשנמצא בפנינו ולא יודעים איזה מיתה הוא חייב. ואולי לזה כיוון רש"י

הוכח תוכיח. מבואר דמהוכח לבד ידעינן שחייב אפילו ק' פעמים. והקשו הראשונים דבערכין טז: אמרו הוכיחו ולא קיבל מנין שיחזור ויוכיחנו ת"ל תוכיח. וכתב השיטה בשם הר"ן והרמב"ן דהוכח משמע ק' פעמים היינו בב' עבירות חלוקות אבל באותה עבירה שהוכיחו ולא קיבל לא היה חייב לחזור ולהוכיחו וחייב זה נלמד מתוכיח. ואף דהכא ילפינן מתוכיח תלמיד לרב תרתי ש"מ דתוכיח משמע לעולם ולכל אדם. והביאור בזה הוא דלעיל לגבי אבידה ושילוח הקן אמרינן דלא בעינן יתור ללמד שחייב ק' פעמים מפני שבכל פעם יש סיבה חדשה לחיוב. ובין אם איבד ממון אחר בין אם חזר ואיבד אותו הממון יש בכל פעם סיבה חדשה לחיוב וכן בשילוח הקן כל פעם שחוזרת יש סיבה חדשה לחייב [ובפרט לש"ך שהובא לעיל שלא נשאר חיוב הראשון] ולא גרע פעם השני מהראשון ולא בעינן יתור לרבות ק' פעמים. וגם הוכחה בעבירות חלוקות דמי לאבידה ושילוח שיש סיבה חדשה לחיוב הוכחה ומהוכח לבד ידעינן שחייב ק' פעמים. משא"כ כשהוכיחו ולא קיבל אין סיבה חדשה לחייב הוכחה שנייה ובזה ס"ד דסגי במה שהוכיחו פעם אחת ובעינן קרא דתוכיח לחדש שחייב לחזור ולהוכיחו.

אך אכתי יקשה על הגמ' בערכין מה שהקשו כאן אימא הוכח חדא תוכיח תרי. דמבואר שאם צריך ריבוי ליותר מפעם אחת אין לרבות אלא תרי וא"כ בעבירה אחת דלא ידעינן מהוכח שחייב יותר מפעם אחת מנין שחייב ק' פעמים נימא תוכיח תרי זמני. ואולי י"ל דאחרי שנתגלה שבאותה עבירה צריך לחזור ולהוכיחו נתחדש שגם אותה עבירה דמי לעבירות חלוקות וכל רגע שעומד במרדו הוא סיבה חדשה לחייב הוכחה א"כ אחרי הגילוי עבירה אחת דמי לעבירות חלוקות דמסברא ידעינן דחייב אפילו ק' פעמים.

הערות

אלו מציאות דף לא:

וציונים

רנה

במה שכתב כגון שהיה בספינה ובורח ואתה יכול לזרוק בו חץ או לטובעו. שיטת הרמב"ם בפ"ד מסנהדרין ה"ח שבכל חייבי מיתות הדין הוא שאם א"א להמיתו במיתה הכתובה בו אפשר להמיתו באופן אחר ולא כפשטות הגמ' בסנהדרין דרך ברוצח ועיר הנדחת נאמר דין זה. וע' מש"כ בזה הכ"מ שם.

השב תשיב. מהאי קרא ילפינן שגם במשכנו שלא ברשות איכא דין השבת העבוט. וע' בתוס' תמורה דף ו. ד"ה שאני שהלימוד תלוי במחלוקת אביי ורבא אי אמרינן אי עביד מהני או לא. דלרבא הפסוק מלמד שמקבל קנין משכון אף שנטל שלא ברשות ולרבא אין החידוש שחייב להחזיר כסות יום ביום אלא החידוש שחוזר ונוטלו בלילה ואינו חייב להחזיר לגמרי. ולאביי החי' הוא שיש חיוב השבת העבוט גם כשנטל שלא ברשות. ובין לאביי בין לרבא מבואר שמקבל קנין משכון אף שמשכנו אחרי ההלואה שלא ברשות. והקשה הקצח"ח בס' ע"ב סק"ב מכאן על הר"י מגש שמובא בנ"י בריש פ"ק וכן בר"ן בשבועות בריש שבועת הדיינים דאין המלוה קונה קנין משכון אלא בשעת הלואה ע"י מעות ההלואה או שלא בשעת הלואה ע"י גוביינא דב"ד. אבל שלא בשעת הלואה בלי ב"ד אין משיכת המלוה במשכון קונה קנין משכון. דכיון שאינו קונה את גוף המשכון אין קנין זה נקנה במשיכה. וקשה דכאן מבואר שגם שלא ברשות ב"ד יכול לקנות קנין משכון. וע"כ מיירי הכא שלא בשעת הלואה דבשעת הלואה ליכא חיוב השבת העבוט. וע' מש"כ בזה הקה"י בקידושין ס' י"ח אות ג'.

נתון תתן. אין לי אלא מתנה מרובה וכו'.

פרש"י מתנה מועטת מנין אם אי אפשר לך לתת מתנה מרובה. ואינו מובן למה ס"ד שאם א"א לתת מתנה מרובה שלא יתן כלום. וע' בשיטמ"ק שהראשונים פרשו דברי רש"י דס"ד שאם גם הנותן הוא עני ואינו יכול לתת אלא

מתנה מועטת יפטר מצדקה. ובשם הרא"ש כתב דס"ד כיון שהמקבל אינו צריך אלא דבר מועט אין בזה חיוב צדקה.

כפועל בטל של אותה מלאכה.

שיטת רש"י שאין רואים אותו כאילו היה בטל לגמרי אלא כאילו בטל ממלאכתו הכבידה ועסק במלאכת ההשבה שהיא קלה. ולרש"י יוצא שמה שיש יותר טירחא בהשבה יקבל יותר. התוס' בבכורות כט: הקשו דא"כ נמצא שנוטל שכר עבור טירחת ההשבה ואסור ליטול שכר השבה ורק טעינה הוא בשכר. ולכן פרשו דנוטל כפועל בטל כאילו ישב בטל ולא טרח כלל. התוס' לקמן סח: ס"ל כרש"י וכתבו שאין זה נחשב שנוטל שכר על ההשבה כיון שלולא האבידה היה עוסק במלאכתו ויש לו הפסד. דהיינו שבעצם ראוי שיטול כל מה שהיה מרויח במלאכתו דאף שאסור ליטול שכר השבה מ"מ מה שהפסיד בשביל השבה הוא נוטל. אך כיון שלא טרח כמו שהיה טורח במלאכתו א"כ לא הפסיד כל שכרו דניחא ליה לטרוח פחות ולקבל פחות. אבל עד כמה שכן טרח הרי הוא יכול לטרוח במלאכתו וא"כ עד כדי טירחתו יש לו הפסד. והתוס' בבכורות ס"ל כיון שהטירחא שטורח בהשבה הוא בחנם דנים אותו כאילו לא טרח כלל ומחשבים ההפסד כאילו היה בטל. ומחלוקת זו הובא להלכה בס' רס"ה סע' א' המחבר פסק כתוס' בבכורות. והרמ"א כתב בשם י"א כרש"י ותוס' לקמן. וכתבו התוס' לקמן שמהגמ' כאן מוכח כרש"י דהקשו מאי כפועל בטל ותירצו כפועל בטל של אותה מלאכה ומשמע שבה"א הגמ' הבינה שמשלם כאילו היה בטל לגמרי וע"ז הקשו שלא היה בטל לגמרי ותירצו כפועל בטל של אותה מלאכה שמנכים מה שטרח באבידה פחות ממה שהיה טורח במלאכתו. אבל לתוס' בבכורות שבאמת שמין כפועל שבטל לגמרי א"כ מאי פריך בתחילה מאי כפועל בטל. וכתב בזה הש"ך שלתוס' בבכורות הגמ' הבינה בתחילה כפועל בטל היינו כאילו לא היה לו

מלאכה אחרת והקשו אמאי הא יש לו מלאכה אחרת והפסיד, ותי' כפועל בטל היינו כאילו היה עכשיו בטל. וע' בריטב"א שגם כתב כעין זה בסוף דבריו בשם י"מ.

מתנה בפני ב"ד. צריך להבין הענין של

מתנה בפני ב"ד שאם ע"פ דין מגיע כל מה שהפסיד יטול גם בלי להתנות ואם לא מגיע לו כיון שלא טרח למה בהתנה מקבל יותר. ונראה שההפסד תלוי במוצא שאם מוכן לקבל פחות שכר ולמעט בטירחא א"כ ליכא פסידא אלא כפועל בטל. אבל אם הוא רוצה לטרוח ולהרויח ולא היה מוכן לקבל פחות שכר ולטרוח פחות א"כ לדידיה זה נחשב שהפסיד כל שכרו דמיעוט הטירחא אינו רווח בשבילו ואם לא התנה מתחילה לא יהיה נאמן אח"כ להוציא מהמאבד בטענה שהיה רוצה לטרוח יותר. אבל אם מתנה מתחילה יכול לומר שאינו רוצה למעט בטירחא ויש לו הפסד כשעור כל שכרו ואם לא יאמינו לו הרי יש לו פסידא ויהיה פטור מהשבה. וכיון שרצון חכמים שישלב ע"כ צריך להאמין לו. ותקנו שאם התנה בפני ב"ד יהיה נאמן כדי שיחזיר ולכן כתב רש"י בד"ה אם יש שם ב"ד דהוי מדין הפקר ב"ד דמדינא אינו נאמן גם כשמתנה לפני"כ אבל מוכרחים להאמין שאל"כ לא ישיב. אבל לדבריו שאינו רוצה למעט בטירחא אית ליה פסידא ומגיע לו מדינא.

תוד"ה אם יש שם ב"ד. הקשו אמאי

נקט שלו מרובה משל חברו הא אפילו בשווים ליכא רווח לבעלים ולמה יחזיר. עיין מה שכתב השעה"מ בס' צ"ז סק"א ליישב קושית התוס'. ועל מה שהקשו מרועה שהיה יכול לקדם ברוצים ומקלות שחייב ש"ח בחנם וש"ש בשכר וחוזר ונוטל מבעה"ב. וכתבו דמסתמא גם ש"ח אף שאינו חייב להציל בשכר אם עשה כן גם הוא חוזר ונוטל מבעה"ב והקשו משטף נהר חמורו. ואינו מובן מאי קשיא לתוס' נימא

שבאמת בש"ח שאינו חייב בשכר הוי מברייח ארי ואינו חוזר ונוטל ורק ש"ש שחייב להציל בשכר אינו מברייח ארי חוזר ונוטל. ומנין לתוס' לומר דמסתמא גם בשומר חנם הדין כן ולהקשות מב"ק. ע' במהרש"א כאן שהקשה כן. וכבר עמד בזה בשיטמ"ק בב"ק נח. בשם ר"א מגרמייזא ע"ש.

כתבו דההוא דשטף נהר חמורו ע"כ מיירי

שיכולים הבעלים להציל ע"י הדחק [ולכן אין המציל נוטל דמי חמורו] דאל"כ הוי הפקר ויקח החמור כולו. ויש לעיין מה בכך דהבעלים אינם יכולים להציל כלל, הא כיון שחברו יכול להציל אין החמור אבוד מכל אדם ולמה יהיה הפקר. אך הביאור הוא כמו שכתב השיטמ"ק בב"ק קטו: שאם חברו יכול להציל והוא חייב להציל אינו הפקר, אבל באופן שאין חברו חייב להציל אף שיכול להציל יהיה החמור הפקר. והכא אין חברו חייב להציל כיון שמפסיד חמורו ואין יכול לתבוע אלא שכרו כפועל וכיון שאינו חייב להציל יהיה החמור הפקר ועכצ"ל דמיירי שגם הבעלים יכולים להציל ע"י הדחק.

עוד כתבו שהדין של מברייח ארי שפטור

הוא דוקא כשאינו מצילו אלא מן הדאגה ופחד אבל כשמציל מהפסד ודאי אין פטור של מברייח ארי. וצ"ב דסברת הפטור של מברייח ארי כתב רש"י בב"ק נח. משום דמצוה קעביד ולולא זה היה חייב גם כשמצילו רק מן הדאגה ומן הפחד דגם זה נחשב נהנה ומ"מ פטור בגלל סברת מצוה קעביד א"כ למה לא יפטור בגלל הסברא של מצוה קעביד גם כשמצילו מהפסד גמור. עיין בזה בשערי יושר ש"ג פכ"ה שמבאר ענין משתרשי ליה ונהנה ע"פ היסוד שכתב הקצה"ח בס' רמ"ו בביאור דברי התוס' בחולין קלא. דהיכא שגורם הנאה לחברו אבל לא נתרבה ממנו חיובו מדין נהנה ובזה בעינן שיהיה הנותן חסר ושיבא ההנאה ע"י מעשיו כמבואר בתוס' בב"ק קא. אבל במקום שנתרבה

הערות

אלו מציאות דף לא:

וציונים

רנז

היה מוחל הוא ממש סברת התוס' בחולין שיש טענת הייתי מתענה.

מה שכתבו התוס' בתירוצם הראשון דפורע חוב פטור מפני שלא הצילו מהפסד דמה שהיה צריך לשלם למלוה אין זה הפסד שהרי נתחייב לו, לכאורה אינו מובן דאכתי משתרשי ליה שע"י שפרע חובו בשבילו נשאר ממונו בידו והרויח לו ממון. וכתב בזה בשערי יושר דאין זה נחשב משתרשי ליה שגם אם היה משלם היה עושה שימוש בממונו. ולא מנע ממנו איבוד ממון כמו באנסו בית המלך את גורנו אלא מנע ממנו שימוש בממונו ודמי למונע חברו מלאכול את ממונו דאינו משתרשי ליה דאף שהרויח לו ממון מ"מ מנע ממנו השתמשות בממונו. ולכאורה אינו מובן דלא דמי למונע חברו מלאכול דהתם לא אכל משא"כ כאן חובו נפרע ע"י ממון חברו ונשאר ממונו בידו וליכא בזה סברת הייתי מתענה ולמה לא יתחייב מדין משתרשי ליה. אך בתי' השני שפיר י"ל ע"פ דברי השערי יושר כמו שנתבאר לעיל.

הנ"י כתב שהטעם שפורע חובו פטור הוא מפני שלא מטא לידיה דבע"ח מידי אלא נמחל חובו ונסתלק נזקו ממנו. דהיינו שעצם הדבר שפטור אותו מחובו אינו נחשב שקיבל ממון, וכמו שהמקדש במחילת מלוה אינה מקודשת מפני שלא קיבלה האשה ממון ומה שנפטרה מחוב אינו נחשב קבלת ממון. ונראה שדברי הנ"י אינם תירוץ אחר מתירוצ' התוס' אלא דברי התוס' והנ"י צריכים זל"ז. שאילו היה הפטור מחוב נחשב קבלת ממון לא היה נפטור בגלל הסברה שהיה המלוה מוחל דאטו הנותן ממון לחברו יפטור חברו מלשלם בטענה שהיה יכול לקבל ממון זה מאחר. אלא בודאי גם דברי התוס' הם רק בגלל שאין פטור מחוב נחשב קבלת ממון. אך אין זה מספיק דאכתי משתרשי ליה דאף שהפטור אינו קבלת ממון אבל לולא הפטור היה צריך להוציא ממון נמצא שנשתרש

ממון חברו על ידו חיובו מדין משתרשי ליה ובוזה לא בעינן שיהיה חסר ולא שיכא ע"י מעשיו ע"ש. ובד"ה עפ"י דרך זה מבאר דברי התוס' לגבי מבריה ארי. דמש"כ רש"י בב"ק שהפטור של מבריה ארי הוא משום דמצוה קעביד היינו דהוא מחויב לעשות פעולת ההצלה בגלל מצותו א"כ דמי לזה נהנה וזה לא חסר דמה שחיסר עשה בשביל מצותו. ופטור זה הוא דוקא במצילו מן הדאגה ומן הפחד דאינו אלא מהנה חברו וליכא חיוב של משתרשי ליה. אבל כשמציל מהפסד ודאי אין חיובו מדין נהנה אלא מדין משתרשי ליה ובוזה אין פטור של זנוול"ח וממילא גם אין פטור של מבריה ארי.

ועל דרך זה יש לבאר את המשך דברי התוס' שהקשו אמאי פורע חובו של חברו נחשב מבריה ארי הא מצילו מהפסד ממון. ותירצו בתי' השני דשמא היה מוחל המלוה. ואינו מובן דודאי אין זה מצוי שהמלוה מוחל החוב ולמה יחשב מחמת זה למצב שאינו מצילו מהפסד אלא רק מדאגה ופחד. אך הביאור הוא דהתוס' בחולין קלא. הקשו שכל נהנה כגון המאכיל את חברו יחשב משתרשי ליה שהרי הרויח לחברו ממון. ותי' דאין זה רווח ממון דיכול לומר הייתי מתענה. והביאור הוא כמש"כ הקצות והשערי יושר שכיון שיש צד שהיה מתענה אין זה נחשב שנוסף לו ממון ע"י שאכל ממון חברו ואין לחייב משום משתרשי ליה אלא רק מדין נהנה. ועל דרך זה ממש כתבו התוס' דכיון שיש צד שימחול אף שרחוק לומר שימחול מ"מ אין זה ודאי רווח ממון דיש אפשרות שימחול א"כ אין לחייב משום משתרשי ליה. ועדיין אפשר לחייב משום נהנה. אך לגבי חיוב נהנה יש פטור של מבריה ארי דמצוה קעביד והוי כזנוול"ח. ורק אם היה אפשר לחייב מדין משתרשי ליה לא היה פטור של מבריה ארי. אבל לגבי זה מהני סברת התוס' דאולי היה מוחל. דהיינו שסברת

לו ממון ע"י ממון חברו. ע"ז כתבו התוס' שאולי המלוה היה מוחל ואין רווח ממון ודאי.

נמצא דיש לחייב את הפורע חובו מג' טעמים וכדי לפטור צריך להגיע לג' סברות. א. אין זה נחשב קבלת ממון דמקדש במלוה אינה מקודשת ופטור מחוב אינו קבלת ממון. ב. אין לחייב מדין משתרשי ליה דשמא היה המלוה מוחל ואין ודאי רווח ממון. ג. אין לחייב מדין נהנה כיון דהוי מבריא ארי דמצוה קעביד ודמי לזה נהנה וזה לא חסר.

בסוה"ד כתבו שאם גזל השר ביתו של ישראל ופייס אותו אחר בדמים מועטים צריך בעה"ב לשלם הדמים שהוציא כיון שהצילו מהפסד אין זה מבריא ארי. אבל אם קנה בכל שויו לא הצילו מהפסד שאם ישלם כל דמיו למציל הרי לא הרויח כלום. וכתבו שגם בזה חייב לשלם ונחשב שהצילו מהפסד דאם היה משתקע ביד העכו"ם לא היה חוזר אפילו בשויו. אבל לולא זה לא היה נחשב מצילו מהפסד והיה פטור. והקשה רע"א א"כ מה הקשו לעיל דפורע חובו מציל מהפסד וישלם, הא אם ישלם לפורע את כל מה שפרע נמצא שלא הרויח כלום ולא הצילו מהפסד. ובעיקר דברי התוס' לחלק בין קנה מהשר בדמים מועטים שהצילו מהפסד ונוטל דמיו לקנה בדמים מרובים שלא נוטל דמיו [לולא הסברא שמשתקע ביד העכו"ם] לכאורה אינו מובן, שאם שילם דמים מרובים יטול לכה"פ דמים מועטים ונמצא שהרויח. ולמה כשהוציא דמים מרובים אינו משלם כלום וכי מפני ששילם יותר יגרע כחו. וכבר עמד בזה השיטמ"ק בב"ק נח. בשם התוס' שאנץ ע"ש.

אז"ר' ספרא פ"ג. יש לעיין בזה לפי מה דמבואר בב"ב ג. דשותפים שחולקים צריך שכ"א יעשה קנין בחלקו ובחלוקת קרקע צריך שיקנו ברונחות א"כ אין יכול שותף לחלוק שלא בפני חברו הא בעינן דעת מקנה. ואין

לחלק בין מטלטלין לקרקעות דמפורש בג"י דשותף חולק שלא מדעת חברו הוא בין במטלטלין בין בקרקע. וע' בקו"ש ב"ב אות י"ח שמקשה על הא דמבואר שם שצריך קנין לחלוקת שותפות דמבואר בב"ב קו: דחלוקה לא צריכה קנין אלא סגי בגורל. ובתחילה כתב דתלוי אם יש ברירה או שאין ברירה ובסוף דבריו כתב לחלק בין יש בו כדי חלוקה דלא בעינן קנין לאין בו כדי חלוקה שצריך קנין. ולפ"ז ניהא דהכא מיירי ביש בו כדי חלוקה לכן סגי בשומא ולא בעינן קנין ולכן חולק שלא בפני חברו. ושו"ר באבי עזרי פ"ב משכנים ה"י שהקשה מכאן לגמ' בריש ב"ב ומחלק בין יש בו כדי חלוקה לאין בו כדי חלוקה ע"ש.

דף לב.

תדע דתנן אלמנה וכו'. הקשו התוס' מאי פריך מאלמנה הא התם הוי קולא מיוחדת משום חינא או כדי שלא תתבזה בב"ד. ותי' שאם אלמנה מוכרת אע"פ שהממון אינה שלה בגלל חינא א"כ ה"ה שותף שהממון שלו יכול למכור שלא בב"ד אף שאין בו הסברא של חינא. וכוונת התוס' בזה כמבואר בג"י דמה שתקנו שאלמנה מוכרת משום חינא הוא שעשאוה כשותף בנכסים אבל אם גם שותף אינו מוכר בלי ב"ד לא היתה אלמנה מוכרת משום חינא.

בשו"ע חו"מ ס' ע"ג סע' ט"ו מובא בשם הריב"ש שבע"ח שמוכר משכון כדי לגבות ממנו חובו מוכר ע"י ב"ד וסגי בג' הדיוטות. ותמה הש"ך דמבואר כאן שגם אלמנה שמוכרת שלא בב"ד צריכה ג' הדיוטות ומבואר בכתובות שזה קולא משום חינא אבל שאר בע"ח צריכים ב"ד מומחין. וכתב הקצות בסק"י דמשכון שאני דקנוי לו מדר' יצחק. ובאב"מ בס' ק"ג סק"ה מוסיף דמה שהקילו באלמנה משום חינא הוא דהחשיבו אותה כשותף א"כ בע"ח שקונה משכון דמי לשותף

הערות

אלו מציאות דף לב.

וציונים

רנט

ומוכר בלי מומחין כשותף כמבואר כאן, וזה כדברי הנ"י שגדר הקולא באלמנה הוא שעשאוה כשותף.

אבל צריכה ב"ד הדיוטות. מבואר

בגמ' שלגבי אלמנה ושותף שחולק סגי בהדיוטות אבל לא מפורש בגמ' לענין אבידה דמתנה בפני ב"ד אם בעינן מומחים או סגי בהדיוטות. ומה שחלקו בגמ' בין שותף לאבידה הוא למאי דס"ד דמוכח מאלמנה דלא בעינן ב"ד כלל. אבל למסקנה שגם באלמנה צריך הדיוטות אולי גם באבידה סגי בהדיוטות. ומדברי רבה בר רב הונא שלמד ששותף צריך ב"ד מאבידה ובמסקנה מבואר דשותף סגי בהדיוטות א"כ לכאורה כוונת רב"ה מתחילה היה ללמוד משם שצריך הדיוטות וא"כ משמע שגם באבידה סגי בהדיוטות. וכן כתב הפנ"י דלרבה בר"ה הונא סגי באבידה בהדיוטות. אך למה שמחלק רב ספרא בין שותף לאבידה יתכן שאבידה צריך מומחין ובפרט למש"כ רש"י שבאבידה צריך להגיע להפקר ב"ד. וע' בחכמת שלמה לגר"ש קלוגר בשו"ע ס' רס"ה שנקט שבאבידה בעינן מומחין.

רש"י ד"ה שלא בב"ד. ובלבד שיראו

שנים שלא תמכור בזול. הב"י באבה"ע ס' צ"ג הבין ששיטת רש"י דמה שאמרו במסקנת הגמ' שאלמנה צריכה ב"ד הדיוטות היינו שתמכור בפני שנים ויראו שלא מכרה בזול. ומביא הב"י שבשאר הראשונים מבואר שצריכה ב"ד של ג' הדיוטות הבקיאים בשומא. וע' בש"ך חו"מ ס' ע"ג סק"מ שתמה על דברי הב"י שדברי רש"י נאמרו למאי דס"ד שאלמנה מוכרת שלא בב"ד היינו שאינה צריכה ב"ד כלל ע"ז פרש"י שאינה צריכה אלא ב' עדים שיעידו שלא מכרה במזיד יותר בזול. אבל למסקנה בודאי שגם רש"י מודה דבעינן ב"ד של ג' שיעשו שומא.

תוד"ה ב"ד הדיוטות. הביאו דברי

הגמ' בכתובות דאלמנה ששמה לעצמה לא

עשתה ולא כלום דאמרין לה מאן שם לך והבינו שכוונת הגמ' שיש חשש שלא שמה כד"ן, והקשו אמאי חיישינן לזה הא גם כשמוכרת לאחרים צריך ב"ד של ג' הבקיאים בשומא א"כ באופן זה למה אינה יכולה לקנות לעצמה. הרמב"ם בפ"ז מאישות הי"ד פסק דמה שאמרו שאלמנה שמוכרת לאחרים צריכה ב"ד הדיוטות היינו דוקא לכתחילה אבל בדיעבד אפילו מכרה בינה לבין עצמה מהני. וע"ז מביא הרמב"ם את הדין של אלמנה ששמה לעצמה לא עשתה ולא כלום. וכתב המ"מ שלדעת הרמב"ם אפשר שאם מכרה בפני ג' הדיוטות גם אם שמה לעצמה מעשיה קיימים. דהיינו שהיה קשה לרמב"ם קושית התוס' אם צריכה שומת ב"ד הדיוטות אמאי אינה מוכרת לעצמה. ולמד מזה הרמב"ם שמה שצריך ג' הדיוטות אינו אלא לכתחילה ובדיעבד מהני בלי ב"ד ובאופן זה שמכרה בלי ב"ד נאמר הדין שאם שמה לעצמה לא עשתה כלום. ומדברי התוס' מוכח דס"ל שבלי ב"ד גם לאחרים לא מהני אפילו בדיעבד וע"כ מה ששמה לעצמה לא מהני הוא אפילו בפני ג'. וכ"כ המ"מ שם בשם הרמב"ן.

הלח"מ תמה על הרמב"ם מסוגיא דידן

דמוכח שמה שאלמנה צריכה ג' הוא לעיכובא, שהרי למדו מזה למעשה דאיסור ור' ספרא והכא מיירי לענין דיעבד. וכתב בזה האב"מ בס' ק"ג סק"ו דמה שר' ספרא חלק בלי דעתו של איסור היה לעצמו ודמי לאלמנה ששמה לעצמה ובזה מודה הרמב"ם דבעינן ג' הדיוטות לעיכובא. ואדרבה מכאן יש מקור לשיטת הרמב"ם דבפני ג' הדיוטות מהני גם כששמה לעצמה.

קושית התוס' הוא רק למה שהבינו

שהפשט מאן שם לך הוא שחוששים שזילזלה בשומא. אבל שיטת הנ"י כאן והר"ן והרשב"א בכתובות צח. דמאן שם לך אינו רק חסרון בשומא אלא הפשט מאן שם לך הוא מי הקנה

הוי אבירה והכא קתני שכל שנמצאת הבהמה ברה"ר חייב בה. ע' ברא"ש שכתב ב' דרכים בזה.

אמר לו אביו אל תחזיר. ע' בשיטמ"ק בשם הרמב"ן והרשב"א דמירי שאמר אל תחזיר אלא תשמשני, אבל אם אמר סתם אל תחזיר אינו חייב לשמוע גם בדבר המותר כיון שאינו לצורך האב. וכ"כ הרשב"א יבמות ו. וז"ל אמר לו לעשות דבר שאין לו בו הנאה של כלום אין זה כבוד שנצטוו עליה וכבוד כזה אין בו עשה של תורה שידחה אפילו לאו גרידא עכ"ל. ע' בגר"א יו"ד ס' ר"מ סקל"ו שמדייק בלשון הרשב"א שאינו עשה לדחות לאו אבל כשאין לאו יש מצוה גם בזה. ולכאורה הכונה דאין בזה חיוב אבל קיום מצוה איכא וס"ל שקיום אינו דוחה. ע' ברמ"א שם סע' כ"ה לענין אב שמוחה בבנו שלא ישא פלונית. וע"ע חזו"א אבה"ע ס' קמ"ח לדף לב. על תוד"ה רב יהודה שכל שרוצה האב בתקנת בנו ומצטער אסור לצערו.

הלך וישב לו. אם בעל הבהמה יכול לסייע אלא שאינו רוצה לסייע מפני שאין זה לפי כבודו ע' בפרי יצחק בח"ב ס' נ"ט שאם בעל הבהמה ת"ח ואסור לו לסייע מפני כבוד תורתו חייב חברו לפרוק לבד, אבל אם מותר לו אלא שאינו רוצה לזלזל בכבודו א"א לחייב את חברו לפרוק לבד.

אני ה' כולכם חייבים בכבודי. מבואר בגמ' דהא דס"ד דישמע לאביו אף דאין עדל"ת ועשה הוא משום דהוקש כבודם לכבוד המקום. והקשו הראשונים דהוקש כבודם לכבוד המקום הוא רק סיבה שיהיה שוה לכבוד המקום ולא שיהיה עדיף ואמאי ס"ד בגלל ההקש שידחה כיבוד אב איסור של תורה. וג' תירוצים נאמרו בזה. א. השיטמ"ק בשם ר"י איש ירושלים כתב שבאמת לא היה ה"א שיהיה כבוד אביו עדיף

לך. שהתקנה שאלמנה מוכרת היא שנתנו לה בעלות למכור נכסי היתומים לצורך גביית הכתובה וזה דוקא לענין למכור לאחרים. אבל לקנות לעצמה אינה יכולה שאין היא יכולה להיות גם המקנה וגם הקונה. ולכן כשהיא הקונה היא צריכה שב"ד יקנו לה. ומזה למד הר"ן דמי שעשה שליח למכור ממונו אין השליח יכול לקנות הממון לעצמו אף שאין ע"ז קפידא של הבעלים, דבעינן שיצא הממון מרשות המקנה לרשות הקונה ואין אדם אחד יכול להיות בבת אחת גם מקנה וגם קונה. ולדברי הר"ן פשוט שאין מקום לקושית התוס' דאף שיש ג' הדיוטות ואין חשש שתזלזל בשומא מ"מ אינה יכולה להקנות לעצמה וצריכה הקנאה של ב"ד ולזה לא סגי בהדיוטות שאין להם כח להקנות. נמצא ג' דרכים בישוב קושית התוס'. א. התוס' תרצו שגם כשיש ג' הדיוטות אינה שמה לעצמה דנראה שמעכבת ממון היתומים בידה. ב. לרמב"ם מיירי בדליכא ג' הדיוטות ולאחר מהני בדיעבד בלי ג' הדיוטות. ג. לר"ן מאן שם לך היינו שאינה יכולה להקנות לעצמה וזה קיים גם כשיש ג' הדיוטות.

הדין שלמד הר"ן מהא דמאן שם לך ששליח למכור אינו יכול לקנות לעצמו הובא בשו"ע בס' קפ"ה סע' ב' וע' מש"כ בזה המחנ"א בהל' שלוחין ס' כ' וע"ע במה שכתבנו מזה בס"ד בכתובות דף צח.

בהמשך דברי התוס' הקשו מ"ש אלמנה שמוכרת לאחרים בלי ב"ד ובב"ד מוכרת גם לעצמה ובפרק המפקיד שומר מוכר דוקא בב"ד ודוקא לאחרים. וצ"ב מגין לתוס' דהא דתנן בהמפקיד שומר מוכר בב"ד היינו מומחין אולי הכוונה ב"ד הדיוטות וא"כ הדין שוה אלמנה. וע' מש"כ בזה הפנ"י.

מצאה ברפת וכו' ברה"ר חייב בה. קשה דלעיל מבואר שרק רצה בדרך ואפה לגבי דברא

הערות

אלו מציאות דף לב.

וציונים

רסא

ויהיה חייב לשמוע בקולו ולבטל מצות השבה אלא ס"ד כיון ששקולים הם יעשה מה שירצה קמ"ל קרא שאסור לשמוע לאביו וחייב להשיב. נויש לעיין בתי' זה למה יעשה מה שירצה הא שב ואל תעשה עדיף ולענין אבידה לא ישיב אבל איך יטמא הכהן בקום ועשה. ע' ערוך לנר יבמות דף ו.]. ב. הריטב"א תירץ דמצאנו שחייב כבוד אביו חמור יותר מכבוד המקום דאינו חייב לחזר על הפתחים לצורך קיום מצות כמבואר בירושלמי דכתיב כבוד את ה' מהונך ובכיבוד אב חייב לחזר על הפתחים [ע' תוס' קידושין לא. ד"ה כבוד] לכן לולא קרא היה כבוד אביו דוחה מצוה אף שיש בו כבוד המקום. ג. השיטה בשם הרא"ש כתב דס"ד שכבוד אביו ידחה מפני שיש בו גם מעלה של כבוד אביו וגם ענין של כבוד המקום דלא גרע משאר מצות.

ונראה שיש תלות בדברי הראשונים האלו את מה ששמעתי מסתפקים על הא דאיתא בקידושין לא. אביו אומר השקיני מים ואמו אומרת השקיני מים יניח כבוד אמו ויעסוק בכבוד אביו שאתה ואמך חייבים בכבוד אביך. ויש להסתפק אם סברא זו נאמרה דוקא באביו ואמו שחייב הכיבוד לשניהם שוה ובאופן שגירש האב הדין הוא שמה שירצה יעשה, בזה אמרינן דכיון דשקולים יבא סברא זו דאתה ואמך חייבים בכבוד אביך ויכריע דזה מספיק להעדיף את כבוד אביו כיון שמצד עצמם הם שקולים. אבל במקום שיש שני חיובי כיבוד שאחד אלים יותר מהשני לא נימא שידחה כבוד הראשון מפני שהוא חייב בכבוד השני. כגון אביו אומר השקיני מים ואבי אביו אומר השקיני מים דמבואר ברמ"א ביו"ד ס' ר"מ סע' כ"ד שחייב אדם בכבוד אבי אביו אבל חייב יותר בכבוד אביו מכבוד אבי אביו, א"כ אולי בזה לא יהיה חיוב להקדים את אבי אביו בגלל הסברא של אתה ואביך חייבים בכבוד אבי אביך. או דלמא גם באופן זה אינו יכול

להקדים כבוד אביו בגלל הסברא של אתה ואביך חייבים בכבוד אבי אביך.

וספק זה הוא מחלוקת הפוסקים שרע"א מביא על דברי הרמ"א הנ"ל שחייב בכבוד אביו יותר מכבוד אבי אביו, בשם ספר אליהו זוטא, שאין כוונת הרמ"א שיש דברים שחייב לאביו ואינו חייב לאבי אביו דגדר הכיבוד שוה בשניהם. ומה שכתב הרמ"א שחייב בכבוד אביו יותר היינו לענין שאם יש לו לכבד את שניהם אביו קודם. ומבואר דלענין זה לא אמרינן שיקדים אבי אביו משום דאתה ואביך חייבים בכבוד אבי אביך דזה נאמר רק כששני החיובים שוים. אמנם רע"א בתשובה ס"ח כתב בשם ספר לוית חן על דברי רש"י בפ' ויגש על הפסוק ויזבח זבחים לאלוקי אביו יצחק דחייב אדם בכבוד אביו יותר מכבוד אבי אביו. וכתב ע"ז הלוי חן דמה שכבוד אביו הוא יותר היינו דוקא לאחר מיתת אביו שבטל הסברא של אתה ואביך חייבים בכבוד אבי אביך אבל כ"ז שאביו חי צריך להקדים את אבי אביו דאתה ואביך חייבים בכבוד אבי אביך. ומבואר דס"ל שגם באופן שאין החיובים שקולים ואם אביו לא היה חייב בכבוד אבי אביו היה חייב להקדים את אביו אעפ"כ כשאביו כן חייב יש להקדים את אבי אביו. נמצא שנחלקו האליהו זוטא והלוי חן בספק הנ"ל.

ונראה שמחלוקת זו תלויה במחלוקת הראשונים שהובא לעיל. שהתוס' ביבמות ה: מקשים אמאי ס"ד שכיבוד אביו ידחה השבת אבידה וטומאת כהנים מפני שהוקש כבודם לכבוד המקום הא בקידושין אמרו מסברא דאע"ג דכבוד אביו ואמו שוים אביו קודם שאתה ואמך חייבים בכבוד אביך, וה"נ נימא אתה ואביך חייבים בכבוד המקום ולמה צריך פסוק ללמד שכבוד אביו אינו דוחה כבוד המקום. ותירצו דמהכא ילפינן לה. דהיינו שמה שאמרו בקידושין אתה ואמך חייבים בכבוד אביך אינו מסברא אלא נלמד מהאי קרא דאני

ביד האב לעקור מצות כיבוד אלא רק לוותר על כיבוד מסוים. ועוד כתב הרא"ש שאפילו אם אומר האב לא בעינא מ"מ מצוה הוא בכל דבר. ובקו"ש בכתובות אות קמ"ד מבאר שכוונת הרא"ש דאף שאין ביטול עשה אם אינו מכבד כשאומר האב לא בעינא מ"מ אם יכבד יהיה קיום מצוה. ועוד כתב שם הקו"ש שמהתירוץ הראשון של הרא"ש מוכח דאשה שאמרה לא בעינא ונפטר הבעל ממצות ולו תהיה לאשה אין האשה יכולה לחזור מזה ולתבוע שישאנה. וע' במנ"ח במצוה תקנ"ח שמוכיח מהירושלמי שמהני חזרה. ונראה שגם מתי הראשון של הרא"ש אין ראיה שלא מהני חזרה שגם אם מהני חזרה מ"מ כ"ז שאומרת לא בעינא ליכא עשה כלל והעשה תלוי ברצונה משא"כ העשה דכיבוד קיים גם כשהאב אומר לא בעינא דאין בידו לבטל מצות כיבוד כלל אלא שאין מצוה לכבדו כשאינו רוצה דרצונו זהו כבודו אבל מצות כיבוד לא נעקר גם בזמן שאומר לא בעינא.

ונראה שלפי מה שמבואר בשיטמ"ק לעיל ל. בשם הרמב"ן והרשב"א לא קשיא כלל קושית הת"י והרא"ש מהדין של אי אמרה לא בעינא. דאיתא לעיל דהא דעשה דאבידה אינו דוחה איסור טומאת כהנים הוא מפני שאין עשה דוחה ל"ת ועשה ועוד מי דחינן איסורא מקמי ממונא. וכתב שם הרמב"ן לבאר הענין שאין דוחין איסורא מקמי ממונא וז"ל ונ"ל דה"פ משום דכיון שאפילו בעל האבידה כהן אינו רשאי ליטמא לה היאך יטמא זה בשבילה והרי אם באו בעלים ואמרו לא בעינן לה ליתיה לעשה כלל הלכך לא דחינן מ"ע משום מצוה שבממון וכו' שהרי הוא חייב לומר כן [לא בעינא] כדי שלא יטמא כהן ששניהם חייבים בכבודו של מקום וכו' ודמיה לההיא דגרסינן בכתובות וכו' אי אמרה לא בעינא מי איתא לעשה כלל כלומר הואיל ואפשר לה לבטלו אע"פ שאמרה בעינא ליה אין שומעין לה ששניהם חייבים בכבודו של מקום ולא גלי

ה' כולכם חייבים בכבודי דאין זה גזה"כ בעלמא אלא כאן נתחדש הסברא של הגמ' בקידושין. וכיון שהדרשה שנאמר כאן הוא המקור לסברת הגמ' בקידושין א"כ לפי הראשונים דס"ל שלולא הפסוק היה חייב לשמוע לאביו דהיינו דס"ד דכבוד אביו עדיף מכבוד המקום, או כריטב"א דכתיב כבוד ה' מהונך, או כרא"ש דכבוד אביו יש בו תרתי, וע"ז ילפינן מקרא דאני ה' דכיון שאתה ואביך חייבים בכבוד המקום נדחה כבוד אביו מפני כבוד המקום, א"כ מכאן יש מקור לחדש סברא זו גם באופן שאין החיובים שווים. ולפ"ז יהיה הדין שגם באביו אומר השקיני מים ואבי אביו אומר השקיני מים יקדים את אבי אביו לאביו. אבל לפי הראשונים שכתבו שלולא קרא לא היה מקדים את כבוד אביו אלא שהיו שקולים ומה שירצה יעשה א"כ אין לנו מקור מקרא דאני ה' לחדש הסברא של אתה ואמך וכו' אלא היכא דשני החיובים שקולים ולא במקום שאחד אלים יותר מהשני וא"כ יהיה הדין שבאביו אבי אביו יקדים את אביו אע"פ שאביו חייב בכבוד אבי אביו.

האי ל"ת ועשה. מבואר בגמ' שלולא שהיה ל"ת ועשה היה העשה של כיבוד אב דוחה הלאו דהשבת אבידה או של טומאת כהנים. והקשו הראשונים דאיתא בכתובות מ. שאין עשה דולו תהיה לאשה דוחה ל"ת דממזרת כיון שאי אמרה לא בעינא ליכא עשה. דהיינו שעשה שתלוי ברצון ותביעת חברו אינו דוחה ל"ת. א"כ גם עשה דכיבוד לא ידחה ל"ת כיון שאי אמר לא בעינא ליכא עשה דכיבוד. וכתב בזה התוס' ישנים בכתובות מ. דכיבוד שאני דאף שיכול לומר לא בעינא מ"מ מיד כשצוה האב הוי עשה לעשות מצותו. ואינו מוכן מה כוונת הת"י בזה. ובשיטמ"ק כאן בשם הרא"ש עמד בשאלה זו. וכתב דהתם אי אמרה לא בעינא בטל העשה לגמרי משא"כ בכיבוד אף כשאומר לא בעינא לא בטל העשה דאפשר שיתקיים בשאר דברים. דהיינו שאין

הערות

אלו מציאות דף לב.

וציונים

רמג

רחמנא בכי האי עשה דנדחי עכ"ל. הרי שהרמב"ן כלל בדבריו ג' גמרות א. מי דחינן איסורא מקמי ממונא. ב. אי אמרה לא בעינא מי איתא לעשה. ג. שניהם חייבים בכבודו של מקום שהוא הסברא שנזכרה בקידושין לא. ומחדש הרמב"ן שכולם יסוד אחד, והוא שבמקום שבאים לדחות לאו ע"י עשה והעשה הוא באופן שמי שהעשה נאמר בשבילו יכול למחול, מחויב הוא למחול כדי שלא ידחה איסור. וכיון שחייב למחול אפילו אם אינו מוחל אין במצוה זו כח לדחות דאין לו זכות לתבוע קיום המצוה במקום שגורם עי"ז לעבור איסור. וזה כוונת הגמ' שלא דחינן איסורא מקמי ממונא שאין לבעל האבידה זכות לתבוע השבה כשגורם עי"ז לעבור על לאו. וזה ממש הדין של אי אמרה לא בעינא שהאשה יכולה למחול על המצוה וחייבת לעשות כן כדי שלא ידחה האיסור של ממזרת. והסיבה שחייבת למחול הוא מאותו הטעם שהאם חייבת לותר על כבודה כשע"י זה מתבטל כבוד בעלה דכיון שבידה לותר על כבודה חייבת לעשות כן כדי שלא יתבטל כבוד בעלה שהיא חייבת בו כמו שבעל האבידה חייב לותר על השבה כשמתבטל עי"ז כבוד המקום שהוא חייב בו. וג' גמרות אלו מישך שייכי בהדדי וכולם יסוד אחד. והמקור ליסוד הזה כתבו התוס' ביבמות ה: שנלמד מקרא דאני ה' כולכם חייבים בכבודי. שמבואר בתוס' שסברת הגמ' בקידושין נלמד מהאי קרא ולפי מה שיוצא מדברי הרמב"ן זה גם המקור למה שאמרו לעיל מי דחינן איסורא מקמי ממונא, וכן זה המקור לדברי הגמ' בכתובות אי אמרה לא בעינא.

ולפ"ז לא קשה כלל מה שהקשו הת"י והשיטה בשם הרא"ש למה צריך הפסוק אני ה' ללמד שעשה דכיבוד אב אינו דוחה איסורים ת"ל בגלל אי אמר לא בעינא מי איתא לעשה שהרי לדברי הרמב"ן בצירוף עם התוס' ביבמות יוצא שאי אמרה לא בעינא אינו סברא

אלא נלמד מהאי קרא דאני ה' א"כ זה גופא מה שהגמ' מתרצת שאינו דוחה בגלל הפסוק אני ה' שמזה נלמד שחייב בעל האבידה לותר על זכותו משום כבוד המקום שהוא חייב בו וזה עצמו סברת הגמ' בכתובות אי אמרה לא בעינא.

עפ"ז יתישב מה שמקשה הקצה"ח בס' צ"ז סק"א על הרשב"א בתשובה שכתב שמה שלא מברכים ברכת המצות על מצות כיבוד אב משום דאינה מצוה מוחלטת שאם אמר לא בעינא ליכא לעשה. והקשה הקצות דמפורש בסוגיין דלולא קרא היה בכיבוד אב דין עשה דוחה ל"ת וע"כ שלגבי כיבוד ליכא סברת אי אמרה לא בעינא דהיינו או כסברת הת"י בכתובות או כסברת השיטה בשם הרא"ש. ואיך שלא נבאר מוכח בגמ' דבכיבוד אין סברת אי אמרה לא בעינא, ואיך כתב הרשב"א שזה הטעם שלא מברכים. אבל למה שנתבאר ע"פ הרמב"ן והתוס' ביבמות אין ראיה מכאן כלל דאדרבה זה גופא תי' הגמ' אני ה' שהוא המקור לסברת הגמ' בכתובות וסובר הרשב"א שכמו שמצוה כזו אינה דוחה ל"ת גם אין ברכה על מצוה שיכול למחול עליה.

ולא אתי עשה ודחי ל"ת ועשה.

פרש"י דקאי על השבת אבידה דאיכא עשה דהשב תשיבם ולא דלא תוכל להתעלם. והקשה הרש"ש לסוברים לעיל שהעשה דהשב תשיבם חל רק בשעת הגבהה אולי כאן מיירי שעדיין לא הגביה וליכא אלא לאו ולכן ס"ד שהעשה ידחה. וע' בשו"ת חות יאיר ס' ז' [הובא בגליון רש"א] שכתב שלשון אל תחזיר משמע שבא לידו ואביו אומר שלא ישיב א"כ כבר נתחייב בעשה. אך הרש"ש מדייק מלשון רש"י במשנה שמשמע שעדיין לא הגיע לידו ואביו אומר לו שלא יטלנה. ועוד דהובא לעיל שיטת הראב"ד שאם בא לידו ע"מ להשיב ואח"כ נמלך לגזולה אינו עובר על הלאו אלא רק על העשה א"כ קשה ממ"נ לפני שהגביה

הראשון של הרש"ש שהעשה של כיבוד שהוא עשה חיובי בודאי דוחה עשה של השבת אבידה שעדיין לא נתחייב בו ואם לא ישיב לא יהיה ביטול אלא רק יחסר קיום. ורק לתוס' בקידושין שהעשה מחזק הלאו יש מקום לומר שגם קיום עשה מחזק הלאו. א"כ שני תירוצי הרש"ש הם רק לתוס' בקידושין ולא לשיטת הריב"א. וע' לעיל ל. שהובא שרע"א והשעה"מ בל"ה מקשים על הריב"א ממג' זו מה הקשו ת"ל דאין עשה דוחה ל"ת ועשה הא איכא נ"מ לענין הלאו דלולא קרא דאני ה' הלאו נדחה ונשאר רק העשה ועכשיו שילפינן מקרא דעשה דכיבוד לא דוחה איכא נמי לאו.

כל זה לרש"י שמפרש שאלת הגמ' על אבידה אבל התוס' לעיל ל. ד"ה הא כתבו ששאלת הגמ' על טומאת כהן. ומה שרש"י לא פירש כתוס' אולי הוא מפני מה שהקשו התוס' ע"ז דעשה דוחה ל"ת ועשה שאינו שוה בכל. ומה שהתוס' לא פרשו כרש"י י"ל דקשיא להו כנ"ל דבאבידה ליכא עשה כ"ז שלא הגביה. אך ע' ברע"א לעיל שמבאר באופן אחר שהתוס' ס"ל דעשה דאיסורא דוחה ל"ת ועשה דממונא. ומבואר דרע"א ס"ל דמצות כיבוד אינה בגדר ממונא דהוי כמצוה בין אדם למקום ולא בין אדם לחברו. וידוע שהמנ"ח מסתפק בזה במצוה ל"ג אי סגי בתשובה או שצריך בקשת מחילה ככל עבירה בין אדם לחברו. ומדברי הרמב"ן שהובא לעיל מבואר דחיוב כיבוד נידון כממונא ולא כאיסורא. דס"ל דמה שמבואר כאן שכיבוד לא דוחה לאו מקרא דאני ה' הוא אותו דין שמבואר לעיל דלא דחינן איסורא מקמי ממונא. ומבואר שכיבוד נחשב לענין זה כממונא ולא כרע"א שנקט דהוי כאיסורא.

ההגהות מיימוניות בפ"ו מממרים מקשה אמאי ס"ד שישמעע לאביו כשאומר לו לעשות איסור מכח עשה דכיבוד הא אינו עושה מעשה עמך וליכא מצוה לכבדו. וכתב בזה

יש רק לאו ולא עשה ואח"כ יש עשה ולא לאו ובאיזה אופן איכא ל"ת ועשה. הרש"ש כתב דמיירי לפני שבא לידו ואף שעדיין לא נתחייב בעשה מ"מ כיון שאם יגביה וישיב יקיים עשה ואם ישמעע לאביו יעבור על לאו וימנע מקיום עשה אין העשה דוחה דנחשב שיש כנגדו ל"ת ועשה. ודמי למה שהובא לעיל בשם הרמב"ן והקובה"ע שגם באופן שאין ביטול עשה אלא יחסר קיום עשה אמרינן עשה דוחה ל"ת. אלא שהרמב"ן מיירי לגבי הדוחה והרש"ש כתב כן לגבי הנדחה. ועוד כתב הרש"ש ע"פ התוס' בקידושין לד. דהיכא דאיכא ל"ת ועשה לא אמרינן שהלאו נדחה ונשאר רק העשה שאינו נדחה מפני עשה אלא כיון שיש עשה גם הלאו הוא אלים ואינו נדחה ואפילו באופן שאין את העשה הלאו אינו נדחה. וא"כ גם כאן אף שעדיין לא הגביה וליכא עשה אין הלאו נדחה. ותי' זה אינו ברור דהתוס' מיירי התם בנשים שמצוות בלאו ולא בעשה כגון הא דאין מדליקים בשמן שריפה ביו"ט משום דאין עשה דוחה ל"ת ועשה. וכתבו שגם נשים אף שאינם מצוות בעשה דיו"ט מ"מ גם להן אסור להדליק ולא אמרינן עדל"ת דהלאו הוא אלים כיון שאצל אנשים יש על פעולה זו גם עשה. אבל הכא הלאו קאי לפני הגביה ועל אופן זה אין עשה כלל ומה בכך שאחרי שמגביה יש גם עשה הא עשה זה מחייב רק להשיב אחרי שהגביה אבל על פעולת ההגביה אין שום אופן שיש עשה א"כ למה יהיה הלאו אלים.

ועוד נראה שגם מה שכתב הרש"ש בתי' הראשון הוא רק לתוס' בקידושין דס"ל דבאין עשה דוחה ל"ת ועשה גם הלאו אינו נדחה. בזה יש מקום לומר שאף שאין ביטול עשה מה שיחסר קיום עשה אם לא יגביה גם זה מחזק את הלאו וגורם שלא ידחה. אבל לתוס' בחולין קמא. שכתבו בשם ריב"א שגם כשיש ל"ת ועשה הל"ת נדחה ואינו לוקה ומה שאין עשה דוחה ל"ת ועשה היינו רק משום דאין עשה דוחה עשה לפ"ז בודאי שאין מקום לתירוץ

הערות אלו מציאות דף לב. – לב: וציונים רסה

שחולק על המהרש"א, וכתב שבודאי מודה רש"י שאם לא היה כתוב אלא טעינה היה טעינה בחנם אלא שגילתה התורה שטעינה בשכר ע"י שכתבה גם פריקה ובזה חדשה תורה שהדין של טעינה שונה משל פריקה ולכן א"א ללמוד פריקה מטעינה. אבל כ"ז נתגלה רק אחרי שהתורה כתבה פריקה. וע' בשיטמ"ק שכבר נחלקו הראשונים בביאור דברי רש"י.

דף לב:

צער בע"ח דאורייתא. המקור לצב"ח דאורייתא ע' רש"י שבת קכח: שנלמד מקרא דעזוב תעזוב עמו. וכ"כ הר"ן והמאירי שם וכן מביא רע"א כאן בשם הלבוש [או"ח ס' ש"ה] שנלמד מעזוב תעזוב. וכתב רע"א שלפ"ז צעב"ח הוא מצות עשה ממש וידחה ל"ת ומישב בזה רע"א קושית התוס' בפסחים איך התירו לפרוק יין נסך הרי משתכר באיסה"נ. ותי' רע"א דעשה דצעב"ח דוחה האיסור של משתכר באיסה"נ. וכן נקט הפמ"ג באו"ח ס' ש"ה בא"א סקי"א שמקשה על הגמ' בשבת שמותר לבטל כלי מהיכנו כדי למנוע צעב"ח משום דצעב"ח דאורייתא ומבטל כלי מהיכנו דרבנן ותי' שאפילו אם מבטל כלי מהיכנו היה דאורייתא יבא עשה דצעב"ח וידחה. ותי' דבמלאכת שבת איכא ל"ת ועשה. ומבואר דלולא זה צעב"ח דאורייתא הוא עשה ממש ודוחה ל"ת. אך בשיטמ"ק לקמן בד"ה ולענין פסק כתב דצעב"ח אינו עשה ולא ל"ת ונדחה לצורך ע"ש.

דברי רש"י שילפינן צעב"ח דאורייתא מעזוב תעזוב לכאורה צ"ע דמבואר בגמ' כאן שאם לא היה כתוב עזוב תעזוב היינו לומדים פריקה בק"ו מטעינה ולמ"ד צעב"ח דאורייתא הק"ו הוא מכח צעב"ח א"כ מפורש שגם אם לא היה כתוב עזוב תעזוב היה צעב"ח דאורייתא. וגם בהמשך הסוגיא מבואר שגם באופנים דליכא חיוב מקרא דתעזוב מ"מ יש

רע"א לעיל ל. על תוד"ה הא דלק"מ שאם היה הדין דעשה דכיבוד דוחה ל"ת א"כ לא עשה האב איסור כלל שמותר לו לצוות ולגרום להתר דעשה דוחה ל"ת.

פריקה בחנם טעינה בשכר. הפשט

הפשט הוא שפריקה בחנם היינו שדינו כאבידה שאסור ליטול שכר אבל אם היה בטל מן הסלע מקבל את מה שהפסיד כמו באבידה. וטעינה בשכר היינו שנוטל שכר על הטעינה אפילו שלא היה בטל מן הסלע. אבל הנ"י כתב בשם הר"ן איפכא דטעינה בשכר היינו דהוי כאבידה שאם היה בטל מן הסלע נוטל מה שהפסיד כמו באבידה אבל אם לא היה בטל אינו נוטל שכר טעינה. ופריקה בחנם היינו שאפילו את מה שהפסיד אינו נוטל. ומה שפריקה גרע מאבידה ואינו נוטל אפילו מה שהפסיד כתב הר"ן שהוא משום דאיכא בפריקה צער בעלי חיים. וכונתו דאין זה מצוה לחברו אלא מצוה שלו לשמים למנוע מהבהמה צער בע"ח. לכן אינו נוטל אפילו מה שהפסיד שלא הפסיד מחמת הצלת ממון חברו אלא מחמת קיום מצוה לשמים. וזה צ"ע מהמשך הגמ' דמבואר שבמקום שחיובו אינו ממצות פריקה אלא רק מדין צעב"ח יכול ליטול שכר. ע' בזה לקמן.

רש"י ד"ה לומר קף. אבל טעינה לא

נצטוית אלא בשכר הלכך אי לא כתב פריקה ואתיא מק"ו מטעינה ה"א דיו לבא מן הדין להיות כנדון מה טעינה בשכר אף פריקה בשכר. מפשטות לשון רש"י משמע שאם היה כתוב טעינה לבד ג"כ היינו אומרים שטעינה בשכר ולכן צריך לכתוב פריקה ללמד שפריקה בחנם. וכן הבין המהרש"א ע"ש. ואינו מובן למה שנחלק בין טעינה להשבת אבידה שהוא בחנם. ודברי המהרש"א ברש"י מובנים רק לשיטת הר"ן שטעינה בשכר היינו שנוטל מה שהפסיד כמו באבידה. וע' במהר"ם שי"ף

חיוב דאורייתא מכח צעב"ח ומוכח דאין המקור של צעב"ח דאורייתא מהאי קרא וצ"ע.

השיטמ"ק כאן כתב בשם הראב"ד שהמקור לצעב"ח דאורייתא הוא מקרא דלא תחסום שור בדישו וכ"כ המאירי. המנ"ח במצוה פ' כתב שצעב"ח דאורייתא הוא הלל"מ וכדבריו מפורש בשיטמ"ק כאן בשם הריטב"א. בהגהות החת"ס שנדפס בסוף הגמ' כתב שצעב"ח דאורייתא נלמד מקרא דורחמיו על כל מעשיו.

תוד"ה מדברי שניהם. הקשו אמאי עוקרים על המלכים הא יש בזה צעב"ח. ותי' שהאיסור של צעב"ח נדחה מפני כבוד מלך ונשיא. והתוס' מדמה את זה למה ששרף אונקלוס על ר"ג ע' מנה ולא חשש לבל תשחית וע"כ שכבוד הנשיא דוחה בל תשחית וה"נ דוחה צעב"ח. התוס' בע"ז יא. הקשו מצעב"ח אבל מבל תשחית כתבו דלא קשיא דכיון דלכבודו עושים אין זה השחתה וליכא איסור כלל ורק לגבי צעב"ח צריך להגיע לדחיה שנדחה האיסור מפני כבוד הנשיא. וכתב המנ"ח במצוה פ' שהנ"י מבאר בשם הר"ן למה זקן ואינה לפי כבודו פטור מפריקה ואינו חייב מחמת צעב"ח דאורייתא משום דצעב"ח הותר לתשמיש בנ"א. וכתב המנ"ח שלפ"ז מיושב קושיית התוס' ולא צריך להגיע לדחיה דליכא איסור כלל כיון שזה לצורך תשמישן של בנ"א. וכ"כ החת"ס בהגהותיו כאן ע"ש. אבל בתוס' מבואר דלא ס"ל כן אלא כרמב"ן שכתב שמה שהותר זקן ואינה לפי כבודו הוא משום דכבוד התורה דוחה צעב"ח. ואף שפשוט שגם התוס' והרמב"ן מודים שצעב"ח הותר לתשמישן של בנ"א. [ממה ששוחטים בהמות אין ראייה שהותר צעב"ח לשימוש בנ"א דעיין באו"ש פי"ג מרוצח שמביא בשם ספר האשכול שבהריגת בהמה ליכא משום צעב"ח ומביא ראייה מהגמ' בחולין ז': במעשה דר' פנחס בן יאיר. וכן כתב הנוב"י קמא יו"ד ס' פ"ג לענין

להכניס ספק בכור לכיפה ובתנינא ס' י' וס' י"ג לענין צידה. מ"מ ממה שחורשים ורוכבים ע"ג בהמה מוכח שלכו"ע הותר צעב"ח לתשמיש האדם. ועוד שבשו"ת שואל ומשיב תנינא ח"ג ס' ס"ה מוכיח מדברי החינוך במצוה ת"מ שכתב טעם מצות שחיטה משום צעב"ח דמוכח שגם בהריגה יש צעב"ח. וכן מפורש בר"י מגש בב"ב כ. שרק שחיטה התירה תורה אבל הריגת בהמה אסורה משום צעב"ח וע' מה שכתבנו בזה בב"ב מ"מ ס"ל לתוס' שזה דוקא כשיש תועלת ישירה ממה שמצער את הבהמה כגון שחיטה וחרישה אבל עוקרין על המלכים שהוא תועלת צדדית ואין זה שימוש שהבהמה עומדת לכך ס"ל שאין זה בכלל ההתר שהותר צעב"ח לשימוש בנ"א. וחילוק זה בל"ה מוכח בתוס' שהקשו גם מבל תשחית ולגבי בל תשחית פשוט שכל שיש תועלת אין זה השחתה. אע"כ דכל שעושה דרך השחתה ויש לו תועלת צדדית נחשב השחתה וצריך להגיע לדחיה. וכן ס"ל לתוס' לענין צעב"ח.

נמצא ג' שיטות בזה. א. שיטת תוס' כאן שכל שעושה דרך השחתה אף שיש תועלת צדדית לא הותר לא צעב"ח ולא בל תשחית וצריך להגיע לדחיה של כבוד מלך עדיף. ב. התוס' בע"ז יא. ס"ל שלענין בל תשחית כל שיש תועלת אפילו צדדית אין זה השחתה אבל לענין צעב"ח ס"ל שהותר רק תשמיש הרגיל שיש בו תועלת ישירה. ג. שיטת הנ"י בשם הר"ן שגם לגבי צעב"ח כל שיש תועלת אפילו צדדית הרי זה בכלל ההתר שהותר צעב"ח לשימוש בנ"א. וע"ע מה שכתבנו בס"ד בב"ב כו. לגבי בל תשחית לתועלת.

הרש"ש מוכיח מדברי התוס' דס"ל דבל תשחית דאורייתא הוא בכלל השחתה ולא רק בעץ מאכל. ומביא ששיטת הרמב"ם הוא שמן התורה האיסור הוא רק בעץ מאכל. וכ"כ הנוב"י יו"ד ס' י'. וגם עמד שם על השינוי בין תוס' דידן לתוס' בע"ז ע"ש.

הערות

אלו מציאות דף לב:

וציונים

רסז

מכלל דת"ק פבר זקוק לו. מבואר בתוס' שבה"א הגמ' למדה שגם רבנן דורשים משאו במשוי הראוי לו ומדין עזוב תעזוב אין חיוב פריקה ביתר על כדי משאו ומה שרבנן מחייבים הוא רק משום צעב"ח וחיובו רק בשכר. ומסקנת הגמ' שרבנן חולקים על הדרשה וס"ל שיש חיוב של עזוב תעזוב גם ביתר על כדי משאו וחייב בחנם. השיטמ"ק בשם הריטב"א מפרש שגם בה"א הגמ' ידעה שרבנן חולקים על הדרשה של ריה"ג ומחייבים מדין תעזוב וחייב בחנם ואעפ"כ סברה הגמ' שמוכח דרבנן ס"ל צעב"ח דאורייתא מפני שהמשמעות הפשוטה של משאו הוא משאוי הראוי לו כדרשת ריה"ג ומה שרבנן הוציאו הדרשה ממשמעותו הוא משום דס"ל צעב"ח דאורייתא וס"ל דיסוד המצוה של פריקה הוא משום צעב"ח ולכן לא מסתבר להו שיהיה פטור ביותר מכדי משאו אבל אם היו סוברים צעב"ח דרבנן היו מודים לדרשת ריה"ג. ובמסקנה הגמ' חוזרת מזה שאף שרבנן ס"ל צעב"ח דרבנן לית להו דרשת ריה"ג וס"ל דמשאו כל משא במשמע. ומוסיף הריטב"א שכן משמע בלשון רש"י. וצ"ע דלכאורה נראה מלשון רש"י בד"ה זקוק כפירוש התוס'.

אך אם נלמד ברש"י כמש"כ הריטב"א בדעתו יתיישב מה שקשה מכאן על רש"י בשבת קכח: שכתב שהמקור של צעב"ח הוא מקרא דעזוב תעזוב, וכאן מבואר בה"א שרבנן דורשים הפסוק של משאו כריה"ג שביתר על כדי משאו אין חיוב של עזוב תעזוב ואעפ"כ חייב משום צעב"ח, ומוכח דאין המקור מהאי קרא. אבל למש"כ הריטב"א בדעת רש"י ניחא שגם בה"א הגמ' ידעה שרבנן ס"ל שלא ממעטים יתר על כדי משאו ושפיר חייב מצד עזוב תעזוב שיסודו מדין צעב"ח. אך אכתי קשה מה ששאלנו לעיל דמוכח בגמ' שגם אם לא היה כתוב עזוב תעזוב כלל היה צעב"ח דאורייתא.

וע"פ דברי הריטב"א יתישב פסק הרמב"ם שהכ"מ בפ"ג מהל' רוצח ה"ט כתב שהרמב"ם פסק צעב"ח דאורייתא. ובגמ' מבואר שאם צעב"ח דאורייתא יכולים רבנן להודות לדרשת ריה"ג ואעפ"כ מחייבים ביתר על כדי משאו מדין צעב"ח ואז יכול לקחת שכר. ורק כדי ליישב את רבנן גם אם ס"ל צעב"ח דרבנן אמרה הגמ' שרבנן חולקים על דרשת ריה"ג. אבל הרמב"ם שפסק צעב"ח דאורייתא צריך לפרש כהה"א. ומקשה המנ"ח במצוה פ' א"כ למה פסק הרמב"ם בהל' א' גם ביתר מכדי משאו חייב במצות עשה דפריקה דמשמע שחיובו מכח העשה דעזוב תעזוב וחייב בחנם. ובתחילה מצדד המנ"ח לומר שאחרי שהגמ' מחדשת במסקנה שרבנן פליגי על דרשת ריה"ג י"ל שכן הוא האמת אפילו למ"ד צעב"ח דאורייתא. ובסוף מסיק המנ"ח דיותר נראה שהרמב"ם ס"ל דקי"ל צעב"ח דרבנן ולא כהכ"מ וכ"כ הגאון בדעת הרמב"ם. אמנם הטור פסק בס' רע"ב דצעב"ח דאורייתא ואעפ"כ פסק דביתר על כדי משאו חייב בחנם. וע' בגאון שם סק"א שעמד בזה שבגמ' משמע שאם צעב"ח דאורייתא רבנן מודו לדרשת ריה"ג ומחייבים מדין צעב"ח ורק בשכר. וכתב הגאון כמש"כ המנ"ח בתחילת דבריו שלמסקנה אחרי שאמרו שרבנן לית להו דרשת ריה"ג כן הוא האמת אפילו אי ס"ל צעב"ח דאורייתא. ולשיטת הריטב"א לא קשיא כלל וניחא פסק הרמב"ם והטור שגם בה"א ידעה הגמ' שרבנן פליגי על דרשת ריה"ג וס"ל שהחיוב ביתר על משאו הוא מעשה דעזוב תעזוב וחייב בחנם ואעפ"כ ס"ד שמוכח מדברי רבנן דס"ל צעב"ח דאורייתא. ושפיר פסק הרמב"ם כה"א של הגמ'.

בעיקר שיטת הרמב"ם אי ס"ל דקי"ל צעב"ח דאורייתא או דרבנן ע' בגאון ס' רע"ב שמקשה סתירה מהל' רוצח להל' שבת. וע' מש"כ בזה האור"ש בפכ"ה מהל' שבת הכ"ו שיש איסור מיוחד של צעב"ח בשבת. וע"ע

באו"ש פי"ג מרוצח. והאבה"א שם כתב דמבואר במסקנת הגמ' דריה"ג ס"ל טעינה בשכר ומוכח מזה דס"ל צעב"ח דאורייתא והרמב"ם לא ס"ל מה שכתבו התוס' שלריה"ג עבדינן ק"ו מחסרון כיס אלא מצעב"ח. ומה דסבר ריה"ג שכשיש פטור מעזוב תעזוב ליכא חיוב משום צעב"ח הוא משום דאינו חייב לטרוח משום צעב"ח שהותר לשימוש בנ"א. אבל אם רוצה לטרוח מקיים בזה מצוה דאורייתא ולכן זה דוחה איסור מבטל כלי מהיכנו. ולפ"ז יוצא שדברי רבא מדברי שניהם נלמד וכו' קיים גם למסקנה ולא כשיטת התוס' שהגמ' חוזרת מראיה זו.

פטור בחנם וחייב בשכר. מבואר בגמ'

שם אין חיובו מכח מצות פריקה אלא רק משום צעב"ח יכול ליטול שכר. ואינו מוכן מ"ש מצות צעב"ח מכל מצוה דאסור לקחת שכר וכמו שהשבת אבידה חייב בחנם כך יתחייב להציל מצעב"ח בחנם. וכתב בזה המנ"ח במצ' פ' דכמו שכתבו הראשונים שמה שיש התר של זקן ואינה לפי כבודו בפריקה אף למ"ד צעב"ח דאורייתא משום דצעב"ח הותר לשימוש של בנ"א, מאותו הטעם מותר ליטול שכר על צעב"ח שגם נטילת השכר הוא שימוש של בנ"א המתיר צעב"ח. אבל אם יודע שגם אם ימנע מלפרוק בחנם לא יתן בעה"ב שכר א"כ אין לו תועלת מהצער וחייב בחנם. וכן מבואר בלשון הרא"ש שבס' כ"ח כתב לגבי טעינה בשכר שיכול לומר איני טוען אלא בשכר ובס' ל' לגבי צעב"ח בשכר כתב שמותר לקחת שכר אם יתן. ומשמע שאם לא יתן חייב לעשות בחנם [ע' פ"ח אות ט'] וכן מבואר בשיטמ"ק בד"ה כתב הרא"ש. הסמ"ע בס' רע"ב סק"ז כתב שבכל מצות אסור לקחת שכר וכאן מותר אבל גם כאן בצעב"ח אסור לתלות הפריקה בשכר ולומר אם לא תתן לי שכר לא אפרוק. ולסברת המנ"ח גם זה צריך להיות מותר אלא שאם אינו מצליח להוציא שכר חייב בחנם. וע' במחנ"א דיני שכירות ס' י"ז שכתב שרשי

חולק על הרא"ש וס"ל שנוטל שכר בע"כ של בעה"ב. ושיטת הר"ן שגם על צעב"ח אסור ליטול שכר ורק כשבעה"ב נמצא ואינו רוצה לסייע פורק בשכר דקנסו בעה"ב וע' מש"כ בזה המנ"ח.

כתבו התוס' בסוד"ה מכלל שמבואר בכל הסוגיא שלמ"ד צעב"ח דרבנן אינו חייב בפריקה אלא כשיש המצוה של עזוב תעזוב ולא אמרינן שגם בלי מצות פריקה יתחייב מדרבנן מדין צעב"ח כמו שחייב למ"ד צעב"ח דאורייתא. אבל לא ביארו התוס' טעם הדבר אמאי ליכא חיוב משום צעב"ח דרבנן. וע' בשיטמ"ק בשם הרא"ש שכתב שאם צעב"ח דרבנן לא הטריחו רבנן בשל חברו. והמנ"ח במצ' פ' כתב שאם צעב"ח דאורייתא יש חיוב למנוע צער מבע"ח אפילו כשהצער בא מעצמו משא"כ צעב"ח דרבנן הוא רק שאסור לצער בידים אבל אין חיוב למנוע צער שבא מאליו.

טעינה יין אסור. התוס' בפסחים כב: הקשו דנהנה מאיסה"נ דמחזיק לו טובה כדמוכח שם בפסחים. וכן הקשה השיטה כאן בשם הרא"ש. ותי' דמיירי שלא בפניו או כיון שמחויב משום צעב"ח הוי כלא אפשר ולא קמכוין דמותר. והובא לעיל דרע"א כתב שצעב"ח דאורייתא נלמד מעזוב תעזוב והוי מצות עשה ודוחה איסור הנאה מיין אסור. וכן כתב הפמ"ג ס' ש"ה א"א סק"א שמקשה אמאי אין המצוה של מניעת צעב"ח דוחה איסור מבטל כלי מהיכנו אפילו אם היה דאורייתא. אך השיטמ"ק בד"ה ולענין פסק כתב בשם שו"ת הרשב"א שכבוד הבריות דוחה צעב"ח דאורייתא מפני שצעב"ח אינו לא עשה ולא ל"ת.

לכוף את יצרו. כתב המנ"ח במצוה פ' דהא דמותר לבטל צעב"ח דאורייתא כדי לכוף את יצרו הוא משום שגם זה הוא בכלל שימוש של בנ"א שהותר צעב"ח בגללו. וכמו שכתב

הערות אלו מציאות דף לב: — לג. וציונים רסט

מדין צעב"ח א"כ מה ראית הגמ' דקאי כריה"ג.

יכול אפילו מרחוק וכו'. כתב המנ"ח דאף שאינו מחויב מדין פריקה אם הוא רחוק יותר מריס אבל מדין צעב"ח חייב ונ"מ שעושה בשכר. ויש לע' אם נוטל שכר רק על הטורח של כניסתו לתוך ריס, אבל אחרי שנמצא בתוך ריס חל חיוב פריקה וחיובו בחנם או כיון שלא היה מחויב כלל להזדקק לפריקה זו נוטל שכר כולה. ולכאורה נראה שלוקח שכר על כל הפריקה.

ת"ל כי תפגע. ע' בשיטמ"ק בשם הרא"ש דאף דקרא דכי תפגע כתיב בהשבת אבידה ולא בפריקה מ"מ כ"א מלמד על חברו. ומבואר דגם בהשבת אבידה ליכא לאו דלא תוכל להתעלם אא"כ נמצא בתוך ריס. וע' בחי' הג"ר מאיר שמחה בד"ה ולפ"ז שתמה אמאי לא נזכר בפוסקים דין זה לגבי השבת אבידה. וכבר עמד בזה הב"ח בריש ס' רנ"ט יעו"ש.

ומדדה עמה ונוטל שכר. הא דמותר לקחת שכר ע"ז ע' מנ"ח דהחיוב להיות מדדה עמה אינה אלא חיוב דרבנן.

אבידת אביו ואבידת רבו. מבואר במשנה שהטעם שרבו קודם הוא מפני שרבו מביאו לחיי העוה"ב. ובמשנה בסוף כריתות איתא שהרב קודם את האב בכל מקום שהוא ואביו חייבים בכבוד רבו. וצ"ע למה לא נזכר כאן דרבו קודם לענין אבידה ולפדיון שבויים ופריקה בגלל שאתה ואביך חייבים בכבוד רבו ולמה שם לענין הקדמת כיבוד לא נזכר הטעם שרבו קודם מפני שמביאו לחיי העוה"ב. ולכאורה יש נ"מ בין הטעמים לענין מה שכתב הרמ"א ביו"ד ס' רמ"ב סע' ל"ד דהא דרבו קודם לאביו הוא דוקא כשהרב מלמדו בחנם אבל אם אביו שוכר לו מלמד אביו קודם.

הר"ן לענין זקן ואינה לפי כבודו. אבל למה שנתבאר לעיל שיטת התוס' והרמב"ן הוא ששימושים כאלו אינם בכלל ההתר לשימוש בנ"א וא"כ קשה למה הותר צעב"ח כדי לכוף את יצרו. וצ"ל דס"ל כשיטמ"ק שהובא לעיל דצעב"ח אינו לא עשה ולא ל"ת אלא זה מידה טובה שראוי לחוס על צערן של בע"ח וכל המידות הותרו במקום שיש צורך מצוה כמו ששקד הותר מפני השלום.

תוד"ה אמאי. הקשו נימא פטור בחנם וחייב בשכר. וכן הקשו בד"ה מה על עכו"ם. לשיטת הר"ן שהובא לעיל שאסור לקחת שכר על צעב"ח ורק בהלך וישב לו קנסו את הבעלים מיושב קושיות התוס'.

הרמב"ם פסק שונא ישראל ולא שונא עכו"ם. והקשה הכ"מ כיון דפסק צעב"ח דאורייתא למה פוטר שונא עכו"ם. וכתב הכ"מ דמה שפטר הרמב"ם היינו בחנם אבל בשכר חייב. וכבר הובא לעיל שהגאון והמנ"ח למדו מזה שהרמב"ם פסק צעב"ח דרבנן. ראית הכ"מ שהרמב"ם פסק צעב"ח דאורייתא הוא מזה שהשמיט הדין של רובץ ולא רבצן. והמנ"ח דוחה ראיה זו דכיון שהעמידו כריה"ג לא מצאנו שרבנן דרשו דרשה זו. וכמו שחולקים על הדרשה של משאו כך חולקים על דרשה זו. ובעיקר הדין דרובץ ולא רבצן ע' בשיטמ"ק בשם הרשב"א שלכאורה זה סתירה לדין שנתבאר שיש חיוב פריקה אפילו ק' פעמים ע"ש.

דף לג.

מאן שמעת ליה דאית האי סברא דתחת משאו ריה"ג. ע' בריטב"א שמכאן ראיה לשטתו שגם אם רבנן ס"ל צעב"ח דאורייתא לית להו דרשה דתחת משאו. אבל לשיטת התוס' שאם רבנן ס"ל צעב"ח דאורייתא גם הם מודים לדרשת ריה"ג אלא שמחייבים בשכר

אביו קודם אף שאינו שקול כרבו כיון שאין זה רבו מובהק. והכ"מ חולק וס"ל שברבו שאינו מובהק תמיד אביו קודם אף שאינו חכם כלל וכ"כ הש"ך בס' רמ"ב סקס"ב.

הלח"מ בהל' ת"ת לומד בדעת הרמב"ם שמה שברישא דמתני' גרסינן אם היה אביו שקול ובסיפא אם היה אביו חכם אינו מפני שיש חילוק בין אבדה לשבי כהבנת הרא"ש אלא שהרישא מיירי באופן שאינו יכול להשיב לשניהם והנידון הוא מי נדחה מפני מי, בזה כדי לדחות את רבו מפני אביו בעינן שאביו יהיה שקול כרבו. אבל בסיפא לשון המשנה פודה את רבו ואח"כ פודה את אביו, דהיינו שיכול לפדות את שניהם והנידון הוא רק לענין קדימה, בזה אם אביו חכם הוא קודם לרבו אף שאינו שקול כמותו. וגם בזה צריך להבין הסברא שאם רבו עדיף מאביו כשהוא חכם ואינו שקול כרבו היכא דא"א לקיים שניהם למה לא יהיה עדיף גם לענין להקדימו. וע' מש"כ בזה הרש"ש כאן.

שיטה מחודשת בענין זה יש בשיטמ"ק כאן בשם הרמ"ך שאם הרב הוא רבו מובהק הוא קודם לאביו אפילו אם אביו שקול כמותו. ורק אם אביו גדול יותר מרבו מובהק אז אביו קודם. וברב שאינו רבו מובהק אם האב שקול כמותו אביו קודם ואם אינו שקול אף שגם אביו חכם רבו קודם אף שאינו רבו מובהק. נמצא ג' שיטות לגבי רבו שאינו מובהק. א. הכ"מ והש"ך ס"ל שבזה אביו קודם אפילו שאינו חכם כלל. ב. הכ"מ בשם אחד מבני בניו של הרמב"ם ס"ל שאם אביו אינו חכם כלל רבו שאינו מובהק קודם, ואם אביו חכם אף שאינו שקול אביו קודם לרב שאינו מובהק. ג. הרמ"ך ס"ל שרב שאינו מובהק קודם אפילו אם אביו חכם אא"כ אביו שקול כמותו.

לגבי פריקה לא נתבאר במשנה מה הדין אם אביו חכם או שקול כרבו. ע' מש"כ בזה

והטעם הוא מפני שבאופן זה אביו מביאו גם לחיי העוה"ב דלולא שהיה משלם שכר לא היה הרב מלמדו. וכ"ז לענין הסברא של משנתנו אבל סברת המשנה בכריתות שאתה ואביך חייבים בכבוד הרב שייכת גם כשהאב משלם שכר הרב וא"כ צ"ב למה באמת אין הרב קודם באופן זה בגלל סברת המשנה בכריתות. וע"ע בש"ך שם סקס"ו ובחו"מ ס' רס"ד סק"א שאם אחרים משלמים שכר הרב אבידתם קודמת לאבדת רבו וזה מפני שהם מביאים אותו לחיי עוה"ב אבל סברת המשנה בכריתות לא שייך בזה.

אם אביו חכם. גרסת הרי"ף אם היה אביו שקול אבל אם אינו שקול, אף שגם הוא ת"ח, רבו המובהק קודם. ולגבי פדיון גם הרי"ף גורס אם היה אביו חכם. וכתב הרא"ש שבזה מודה הרי"ף שאם אביו חכם אף שאינו שקול כרבו אביו קודם. והריטב"א מבאר שהוא משום דלגבי שבי חשו לכבוד אביו יותר. ובשיטמ"ק כתב בשם הרדב"ז שלגבי שבי אביו קודם מפני שיש בזה צערא דגופא ובזיון טפי. והכ"מ בפ"ה מהל' ת"ת כתב דפדיון שאני משום דאית ביה סכנת נפשות. וצ"ב דאמנם שבי קשה יותר מאבדה דאית בה סכנת נפשות וצערא דגופא ובזיון מ"מ כמו שקשה לאביו כך קשה נמי לרבו, ולמה לגבי אבדה שהוא קל לשניהם רבו קודם ולגבי פדיון שהוא קשה לשניהם אביו קודם.

הרמב"ם בפ"ב מגו"א ה"ב פסק כגרסת הרי"ף שרק אם אביו שקול לרבו אביו קודם. ובפ"ה מל' ת"ת ה"א פסק הרמב"ם שאם אביו ת"ח אף שאינו שקול כרבו אביו קודם. וכתב בזה הכ"מ בשם אחד מבני בניו של הרמב"ם שבהל' גזילה מיירי ברבו מובהק כמבואר בלשון הרמב"ם שם, ובזה אפילו שאביו חכם רבו קודם אא"כ אביו שקול כרבו. ובהל' ת"ת מיירי ברבו שאינו מובהק וגם בזה רבו קודם לאביו אם אביו אינו חכם אבל אם אביו חכם

הערות

אלו מציאות דף לג.

וציונים

רעא

הרב עושה אלא גילוי מילתא בעלמא ורק רבו שלמדו חכמה נחשב שלמד מרבו דזה לימוד שא"א ללמדו מעצמו. וע' בשיטמ"ק בשם התוס' שאנץ בשם השאלות שמבואר דס"ל שמה שאמר ר"מ רבו שלמדו חכמה היינו שכל חכמתו ממנו, ור' יהודה ס"ל דסגי ברוב חכמתו, ור' יוסי ס"ל דסגי בכל דהו.

כתב הרמ"א ביו"ד ס' רמ"ב סע' ד' כיון שרבו מובהק היינו רוב חכמתו ממנו לא יתכן שיהיה לאדם שני רבו מובהק. והש"ך שם בסקי"ב חולק וכתב דיתכן שיהיו שנים שרוב חכמתו מהם וכ"א מהם הוא רבו מובהק. ומביא ע"ז הש"ך את דברי רש"י שכתב רוב חכמתו הימנו אם מקרא אם משנה אם גמרא. ולמד הש"ך שכוונת רש"י שדנים כל סוג לימוד בפנ"ע וא"כ משכחת שני רבו מובהק שאחד למדו מקרא ורוב חכמתו במקרא ממנו והשני למדו משנה ורוב חכמתו במשנה ממנו. ולולא דברי הש"ך היה נראה שאין זה כוונת רש"י אלא לעולם רוב חכמתו המנו היינו שבס"ה מכל מה שיודע למד רוב מחכם זה אלא שאם לא למד אלא מקרא א"כ מי שלמדו רוב חכמתו במקרא נחשב רבו לאפוקי מר"מ דס"ל דמי שלמדו מקרא אינו נחשב רבו. דהיינו שרש"י מפרש דרוב חכמתו יכול להיות במקרא או במשנה או בגמרא אבל אם למד מכולם לא דנים כ"א בפנ"ע אלא כולם יחד וא"כ אין מציאות של שני רבו מובהק.

החידוש בזוהמא ליסטרוך הוא שאף שלא למדו הלכה או סברא להבין משנה אלא רק אמר לו מציאות מ"מ חייב בכבודו כיון שע"ז הבין דברי המשנה.

ת"ח שבבב"ל וכו'. הובא לעיל שבדברי הראב"ד משמע דס"ל כר' יוסי לענין קריעה וקימה וכו' יהודה לענין אבידה. ולדברי הריטב"א ס"ל לגמרי כר' יהודה וגם ר' יהודה מודה לענין קריעה ועמידה דסגי בהאיר עיניו

בשיטמ"ק בשם הרדב"ז. ועיין בכ"מ פ"ה מת"ת שכתב שלגבי פריקה אפילו אם אביו שקול כרבו רבו קודם. דהיינו שלדעת הכ"מ יש בזה ג' דינים חלוקים. א. באבידה אם אביו חכם ולא שקול רבו קודם. ב. בשבי אם אביו חכם אף שאינו שקול אביו קודם. ג. לגבי פריקה רבו קודם אף שאביו שקול כמותו.

ת"ר רבו שאמרו וכו'. הרא"ש והנ"י כתבו דקי"ל כר' יוחנן דפסק כר' יהודה דתלוי ברוב חכמתו משום דעולא ס"ל כוותיה שאמר שת"ח שבבב"ל לא הקדימו אחד את השני לאביהם לענין השבת אבידה אלא דוקא את רבו מובהק שרוב חכמתו ממנו. ומבואר דס"ל דמה דסבר ר' יוסי שאפילו האיר עיניו במשנה אחת היינו שנחשב רבו לענין שאבידתו קודמת לאבידת אביו ומדברי עולא דלא ס"ל כן מוכח דס"ל דקי"ל כר' יהודה. וכן מפורש בריטב"א דמחלוקת התנאים הוא לענין להקדימו לאבידת אביו. ולגבי קריעה וקימה גם ר"מ ור' יהודה מודים לר' יוסי. וזה דלא כמהרי"ק שהובא בש"ך ביו"ד ס' רמ"ב סקי"ב שכתב שר' יוסי לא ס"ל כן אלא לענין קריעה וקימה ולא לשאר מילי. בשיטמ"ק בשם הראב"ד מבואר דהא דת"ח שבבב"ל עומדים וקורעים זה על זה הוא משום דס"ל שלגבי קימה וקריעה קי"ל כר' יוסי ולגבי אבידה לא קי"ל כוותיה.

נמצא ג' שיטות בזה. א. לריטב"א פליגי לענין אבידה. ולגבי קריעה ועמידה כו"ע ס"ל כר' יוסי. ב. למהרי"ק פליגי לענין קריעה ועמידה ולשאר מילי מודה ר' יוסי לר' יהודה. ג. לראב"ד פליגי בין לקריעה בין לאבידה. ולגבי קריעה קי"ל כר' יוסי ולגבי אבידה קי"ל כר' יהודה.

שלמדו חכמה פרש"י סברת טעמי המשנה. אבל אם למדו מקרא ומשנה אפילו כל חכמתו ממנו אין לו דין של רבו מובהק. סברת ר"מ דמקרא ומשנה שהם דברים מפורשים אין

במשנה אחת. הנ"י כתב דחששו שכ"א יש לו דין רבו מובהק לגבי חברו דכל יומא גמר חד מחבריה ורק לענין אבידה שזה חומרה שמביא לידי קולא בכבוד אביו חששו שאין דינם כרבו מובהק. ומשמע בנ"י שלולא דכל יומא גמרי חד מחבריה לא היו עומדים וקורעים כדין רבו מובהק דאפילו לענין קריעה וקימה לא קי"ל כר' יוסי. ושיטת הרמב"ן שמובא בנ"י הוא שבאמת לא עשו קריעה וקימה כדין רבו מובהק אלא קימה בתוך ד' אמות ככל ת"ח וקריעה המתאחה וקמ"ל דאף שחלק היו גדולים מחבריהם מ"מ קרעו ועמדו מפניהם מפני שלמדו זה מזה ע"ש.

עד ארבעין שנים. המהרש"א הבין דקאי אבתריה עד ארבעין שנים איקפדי אהודי, וע"ש שמבאר הטעם שהקפידא נמשך ארבעין שנים. אך מדברי המהר"ם שי"ף מבואר שלמד דקאי אלעיל שר"ה אמר לר"ח את צריכת לי עד ארבעין שנים. וכדברי המהר"ש מבואר בשיטמ"ק בשם ר"ח ור"פ ע"ש.

תוד"ה אבידתו קודמת. מסתפקים התוס' מה יעשה מי שיש לפניו אבדתו ואבידת

רבו [בקידושין כתבו אבידת חברו שגם זה קודם לכבוד אביו] וכבוד אביו מה קודם למ"ד משל בן [וכתב רע"א דה"ה שיש להסתפק למ"ד משל אב לענין ביטול מלאכה שחייב לבטל מלאכתו משום כבוד אביו ואינו חייב לבטל משום אבידת חברו או רבן]. וכתבו התוס' שגם למ"ד משל בן אינו חייב להפסיד אבידתו משום כבוד אביו כיון שאין אביו נהנה מהפסד ממונו. אבל לולא זה אין פשיטות בתוס' בעיקר הספק מה יעשה בכה"ג. ולכאורה היה נראה שיחזיר אבידת רבו או אבידת חברו, שמה שאבידתו קודמת הוא רק כשיש אפשרות להחזיר אבידתו אבל כאן שלא יכול להחזיר אבידתו שיצטרך לעסוק בכבוד אביו א"כ אין מה שיפטור אותו מאבידת רבו. ויש להוסיף שאם בא להחזיר אבידתו הוא מבטל כבוד אביו א"כ אין התר לעסוק באבידתו. וכשעוסק בכבוד אביו הוא מבטל מצות השבת אבידה א"כ אסור לעסוק בכבוד אביו. משא"כ כשעוסק באבידת רבו אף שאבידתו קודמת אין זה חיוב אלא התר א"כ בודאי מותר לו לעסוק באבידת רבו או של חברו ולכן חייב לעשות כן כיון שבל"ה לא יוכל לעסוק באבידתו.

פרק המפקיד



דף לג:

המפקיד אצל חברו. כתבו התוס' דאית דלא גרסי אבדו דבאבדה ליכא כפל. וכתב המהרש"א שגם באבדו משכחת כפל בטוען טענת גנב באבדה. וכתב ע"ז המהר"ש ולא ידעתי מאי קאמר. אך כוונת המהרש"א כמש"כ הק"ר, וכן לומד רע"א במהרש"א, דמשכחת כשאבד ומצאו אחר והמוצא טט"ג ונתחייב כפל, וכפל זה יהיה לשומר. ולכאורה נראה דהתוס' לא תרצו כן משום דס"ל שרק הכפל שמתחייב הגנב על הגניבה מרשות השומר קונה השומר דע"ז שילם משא"כ כשאבד והשומר שילם על האבדה אין זה סיבה שיקנה את הכפל שמתחייב המוצא על מה שהוא טט"ג שזה מעשה גניבה חדש. ואף שלמסקנת הגמ' אינו קונה רק את הכפל אלא גוף הפרה ומה"ט הקשו שיזכה השומר גם בגיזות וולדות והוצרכו לחלק בין שבח מגופה לשבח דאתי מעלמא ומבואר בדף לה. דשבח דיוקרא קונה השומר אף דלא בא מחמת הגנבה א"כ גם הכפל שבא מחמת טט"ג לא גרע מיוקרא. אמנם כ"ז למסקנת הגמ' אבל לה"א שאינו מוכר הגוף אלא רק את הכפל או פרה לכפילא מבואר ברע"א בד"ה בא"ד וי"ל, שאינו מקנה אלא כפל שהוא רווח שנגרם ע"י הגניבה. ולה"א לא היה קשה לגמ' מגיזות וולדות ומפורש ברע"א שלה"א לא יזכה השומר בשבח יוקרא. א"כ נראה שלה"א לא יזכה השומר אלא בכפל שבא על מעשה הגניבה שעליו שילם השומר ולא כפל שבא אח"כ ע"י שטען המוצא טענת גנב

דהוא שבח חדש שלא בא מחמת האבדה שעליו שילם השומר. וא"כ קשיא לתוס' איך הבינה הגמ' בה"א לשון המשנה נגנבו או אבדו ולה"א א"א לתרץ כתירוצו של המהרש"א. ואולי מה"ט לא תי' התוס' כרמב"ן ונ"י שגם באבד קונה לענין יוקרא, דאכתי קשה למאי דס"ד דאינו מקנה גוף הפקדון.

ועוד אפילו למסקנת הגמ' פשוט שאם נמצא הגנב וחזר הפקדון לבעלים ושוב נגנב מרשות הבעלים דכפל על גניבה זו שייך לבעלים ולא לשומר. וא"כ ה"נ כשאבד והגביה המוצא ע"מ להחזיר לבעלים חזר האבדה לרשות הבעלים כמבואר ברמב"ן לעיל כו., דמה"ט לא מהני יאוש אחרי שהגיע ליד המוצא דהוי יאוש ברשות. א"כ כשטוען המוצא טענת גנב זה מעשה גניבה חדש מרשות הבעלים ולמה יהיה כפל זה לשומר. ואין לומר דכוונת המהרש"א דמשכחת כפל לשומר כשהגביה המוצא ע"מ לגזלה ואז אין החפץ נחשב ברשות הבעלים כמבואר ברמב"ן הנ"ל ואז הכפל הוא שבח שהגיע לפני שחזר הפקדון לרשות הבעלים. זה אינו דמבואר בב"ק ק"ז: דהשולח יד בפקדון ואח"כ טט"ג אינו חייב כפל. והטעם דכמו שגנב חייב רק כשגונב מרשות הבעלים דבעינן וגונב מבית האיש, כך טט"ג מתחייב כפל רק אם בזמן שטט"ג הפקדון היה עדיין ברשות הבעלים משא"כ בשלח יד ואח"כ טט"ג אין החפץ ברשות הבעלים וליכא כפל דטט"ג. והיכא דהגביה אבדה ע"מ לגזלה עובר בלא תגזול כמבואר

לעיל כו: ואין לך שולח יד גדול מזה ולא יתחייב כפל כשטוען אח"כ טענת גנב נוגרע מכופר דפקדון ואח"כ ט"ג דחייב כפל כמבואר בתוס' ב"ק קז: דהתם לית ליה קניני גזילה ואינו גולן אלא לענין חיוב אונסין], א"כ משכחת כפל בט"ג באבידה רק כשהגביה ע"מ להחזיר וכו' האבידה חזרה לרשות הבעלים והטט"ג הוא גניבה חדשה מרשות הבעלים ולמה יהיה הכפל לשומר, ואולי זה כונת המהר"ש במה שכתב לא ידעתי מאי קאמר.

אמנם אכתי תלוי במה שנחלקו הפוסקים בביאור דברי התוס' בסד"ה כגון שכתבו שבה"א הגמ' ידעה שמקנה בהמה לכפילא ואעפ"כ הקשו דהוי דשלב"ל. ובמסקנה הוא מקנה את גוף הפרה והכפל שלו ממילא. ולומד הש"ך בס' רצ"ה סק"א שכוונת התוס' שקונה ממש את גוף הבהמה ואין הבהמה חוזרת לבעלים כמבואר ברמב"ם, אלא לשומר. ולדברי הש"ך אם אבד ושילם השומר אין המוצא שומר של הבעלים אלא שומר של השומר ולדבריו בודאי הכפל של טט"ג יהיה לשומר כמש"כ המהרש"א. אבל רע"א בד"ה ובעיקר לומד שגם תוס' מודה לרמב"ם שגוף הבהמה חוזרת לבעלים ומש"כ התוס' שקונה גוף הפרה היינו שאינו קונה פרה לכפילא בלבד אלא לכל שבח כולל שבח דיוקרא. וכיון שגם לתוס' גוף הפרה היא של הבעלים א"כ המוצא הוא שומר של הבעלים וכשהגביה ע"מ להחזיר חזרה הפקדון לרשות הבעלים והטט"ג הוא מעשה גניבה חדשה מרשות הבעלים א"כ מסתבר שכפל זה הוא לבעלים ולא לשומר אפילו למסקנת הגמ' ויתישב בזה קושית המהרש"א על התוס'.

בריש דף לד. בשם הראב"ד לר"ש דאית ליה דבר הגורם לממון כממון דמי ומחייב כפל בגונב קדשים שחייב באחריותו וכן בגונב שור הנסקל מבית שומר אע"פ שממון הקדש אינו שלו ושור הנסקל אסור בהנאה מ"מ כיון שגורם לממון לשומר נחשב כשלו ויש בזה חיוב כפל א"כ מה"ט יהיה חיוב כפל לשומר שהפקדון גורם לממון לשומר. ותירץ הראב"ד דגול"מ הוי דוקא כשבכל אופן שיופסד הממון יהיה הפסד לשומר אבל שומר שאינו אחראי בכל האופנים, דש"ח פטור מגול"מ ויש"ש פטור באונס ושואל פטור במתה מחמת מלאכה א"כ אין זה נחשב גול"מ דיש אופן שיאבד הפקדון ולא יהיה לשומר הפסד מזה. ולכאורה יהיה חידוש דין לדברי הראב"ד לענין המקבל אחריות על חמצו של עכו"ם בפסח דעובר בכל יראה ונחלקו הראשונים איזה אחריות צריך ע' ברא"ש פ"ק בפסחים שי"א דסגי באחריות של ש"ח וי"א דבעינן כדין ש"ש והתוס' בשבועות מד. סד"ה שומר אבידה וכן לקמן פ"ב: כתבו דבעינן אחריות של אונסין. ולדברי הראב"ד יוצא שאפילו שואל שחייב באונסין לא יעבור. דהגמ' בפסחים ה: בה"א למדה שמה שעובר בב"י בגלל אחריות הוא משום דבר הגול"מ, ואף שהגמ' דוחה שאפילו למ"ד לאו כממון שאני הכא דכתיב לא ימצא, מוכח בגמ' שגם הלא ימצא הוא בגדר דבר הגול"מ, שהקשו למ"ד גול"מ כממון לא ימצא למה לי, ולראב"ד יכלו לתרץ דמדין גול"מ חייב רק באחריות הכוללת כל האופנים ולא ימצא מוסיף אחריות דש"ח או ש"ש. אלא מוכח לכאורה שלראב"ד ליכא חיוב אא"כ בכל גווני יהיה הפסד שלו ואפילו שואל שפטור במתה מחמת מלאכה לא יעבור בב"י.

האו"ש פ"א מגניבה הי"ז כתב לישב קושית הראב"ד באופן אחר שרק במקום שאין בעלים אחר כגון בהקדש דהבעלות של הקדש לא מחייב כפל או בשור הנסקל שהוא איסה"נ על בעלים בזה נחשב מי שהממון גורם לו

למי משלם לבעל הפקדון. מבואר במשנה שרק במקום ששילם מקבל השומר כפל בגלל הקנאת המפקיד אבל בלי זה אין סיבה שיהיה כפל לשומר. והקשה השיטמ"ק

הערות

המפקיד דף לג:

וציונים

ערה

לממון לבעליו. אבל הכא דאיכא בעלים ממש אין הגול"מ נחשב בעלים במקום שיש בעלים גמורים.

הפנ"י מקשה מה החידוש בסיפא דמתני' שאם אינו משלם הכפל הולך לבעל הפקדון. ולמה שנתבאר יש חידוש בסיפא דמתני' שאין השומר מקבל כפל מדין גול"מ כקושית הראב"ד. הפנ"י כתב בזה שהריטב"א (הישן) מקשה אמאי משלם כפל לבעלים הא בעינן וגונב מבית האיש. ותי' דרשות שומר כרשות הבעלים ונחשב בית האיש. וכדברי הריטב"א כתב גם השיטה בשם הראב"ד בריש דף לד. א"כ י"ל דזה החידוש בסיפא דמתני'. וע' בתוס' ב"ק דף ע. ד"ה לא כתבין שכתבו דמה שנמצא אצל השומר נחשב כרשות הבעלים והוכיחו ממתני' דאיכא כפל לבעלים כשנגנב מבית השומר. אך יש לעיין דלכאורה חידוש זה שמעינן מרישא דע' לקמן לד: דנחלקו האחרונים בדעת הרמב"ם אם החיוב כפל לשומר ברישא הוא חיוב ישיר לשומר והוא הבע"ד לתבוע הכפל מהגנב או שהמפקיד תובע את הגנב וזכייט השומר היא דרך הבעלים. ואם התובע הוא הבעלים א"כ גם מהרישא מוכח שפקדון נחשב כרשות הבעלים. ואפילו אם החיוב הוא ישיר לשומר מ"מ מוכח שלולא הקנאת הבעלים היה הכפל לבעלים דאל"כ אינם יכולים להקנות כפל שאין להם וא"כ מרישא שמעינן דגניבה מרשות השומר נחשב וגונב מבית האיש.

ועוד כתב הפנ"י דקמ"ל סיפא דמתני' דלא נימא כסברת רב דאית ליה בב"ק קו. שבועה קונה ואף שנשבע לשקר קונה אפילו פקדון וק"ו היכא דנשבע באמת דקונה. קמ"ל מתני' דלא כרב [ולרב כתב הפנ"י דצ"ל דהכא שאני דאינו ברשותו]. אך מש"כ הפנ"י דאם קונה כשנשבע לשקר ק"ו בנשבע באמת אינו מוכרח. דע' חזו"א ב"ק ס' כ' סק"א ד"ה שם א"ר שמבאר שסברת רב דשבועה קונה במלוה הוא

מדין קם דינא ובפקדון רב לשיטתו דס"ל בבא במחתרת בדמים קנינהו ואפילו אם החפץ בעין נפטר מחיוב השבה ע"י קלב"מ וכל שנפטר מחיוב השבה זוכה בגזילה מכח הקנינים שיש לו. וכן כשכופר בפקדון נעשה גזלן וכשנשבע עליו נפטר מחיוב השבה וממילא זוכה בחפץ. וזה שייך דוקא בנשבע לשקר דאז נעשה גזלן וקונה ע"י קניני גזילה משא"כ כשנשבע באמת אינו גזלן ואין סיבה שיקנה.

אמנם מטעם אחר היה יכול הפנ"י לומר דס"ד שיקנה ע"י השבועה דאיתא לקמן לה: השוכר פרה והשאילה לאחר ומתה השואל משלם לשוכר דקני לה השוכר בשבועה. ועיין ברע"א כאן על תוד"ה המפקיד שהקשה למה אין השומר מקבל הכפל בסיפא כמו שקונה ע"י השבועה לענין שמקבל את התשלומין מן השואל כך יקנה לענין לקבל כפל מהגנב. וע"ש מה שתרץ רע"א ומש"כ עפ"ז ליישב את קושית המהרש"א שהובא לעיל. וא"כ י"ל שזה החידוש בסיפא דלא נימא דקונה ע"י השבועה כמו שקונה בשוכר שהשאל לאחר. דהיינו כפנ"י אך לא בגלל הדין שבועה קונה דרב אלא בגלל הדין המבואר במשנה לקמן. וע' לקמן לה: שכתבנו שלדברי רע"א שם יתכן שזה גם הפשט בשבועה קונה דרב ולא כחזו"א ע"ש.

תוד"ה נגנבו. וריב"ן פירש וכו'. מקשה רע"א אם הלשון שילם ולא רצה לישבע יכול להתפרש שמודה שחייב ולא רצה לישבע לשקר א"כ גם לשון הברייטא שמובא לקמן בשוכר שאמר נגנבה ואמר הלה הריני משלם ואינו נשבע יכול להתפרש באופן זה שמודה שחייב ואינו נשבע לשקר א"כ איך מוכיחה הגמ' בב"ק נו: דליסטין מזוין גנב דע"כ מיירי שטוען טענת ליסטין מזוין דאל"כ שוכר חייב בגניבה אולי באמת טוען טענה המחייבת וקונה הכפל מפני שלא פטר עצמו בטענת שקר. ע' קצה"ח ס' רצ"ה סק"א שגם עמד בזה ומוכיח מזה דתוס' לא ס"ל כב"ח שמחדש דשומר

שמודה שהוא חייב אינו קונה כפל ע"י הודאת חיוב לבד אלא בעינן שיאמר הריני משלם. ומקשה הקצות א"כ מה ראית הגמ' בב"ק שהברייתא דשוכר מיירי בטענת פטור אלא מוכח דבטענת חיוב לא בעינן הריני משלם וכיון שבברייתא דשוכר קתני ואמר הריני משלם ע"כ מיירי בטענת פטור. והא דקתני במתני' שילם אף דמיירי במודה שחייב לריב"ן מבאר הקצות ע"פ תוס' לקמן ד"ה אלא דאתא לאשמועינן החידוש דאביי ורבא בב"ק בנשבע ושלם ע"ש. וע' מש"כ על דברי הקצות בחי' הג"ר מאיר שמחה זצ"ל.

מתקיף לה רמב"ח. רש"י פירש דאמתני' פריך והריטב"א חולק דבמשנה י"ל דהוי תקנ"ח אלא קשה על הצריכותא דמבואר שהוא המקנה ע"ש.

והא אין אדם מקנה דשב"ל. התוס' בקושייתם הבינו שלה"א של הגמ' ההקנאה הוא על הכפל בלבד ולא על פרה לכפילא. וכך לומד השיטה בשם התוס' שאנן אליבא דאמת וכן מבואר בריטב"א דף לד. בשיטמ"ק ד"ה מסתברא. ומה שהקשו התוס' באיזה קנין קונה את הכפל כתב התוס' שאנן שקונה בסודר או אגב קרקע או בההיא הנאה ע"ש. וגם הגר"ח בפכ"ג ממכירה ה"ג לומד בדעת הרמב"ם שבה"א קונה רק כפל ולא פרה לכפילא וכתב שזה גם שיטת הריטב"א. וכן נראה לכאן מלשון רש"י בד"ה והא אין אדם מקנה שכתב שקושיית הגמ' איך מקנה הכפל שעדיין לא נתחייב בה הגנב. משמע שהנידון על הקנאת הכפל ולא בהמה לכפילא. ומה שכתב רש"י בד"ה דמקני ליה כפילא שהקנין הוא ע"י מסירת הבהמה אין מזה ראיה שגם לה"א מקנה פרה לכפילא דרש"י כתב בהדיא כדאמרין לקמן דהיינו שמבאר הקנין כמסקנת הגמ', אבל בה"א משמע ברש"י שמקנה כפל גרידא ולא פרה לכפילא. [ולא הבנתי דברי השיטה בשם הרא"ש שכתב על קושיית התוס' באיזה קנין

קונה הכפל שרש"י מפרש שקונה ע"י מסירת הבהמה דתוס' הקשו לה"א ורש"י מביא את מסקנת הגמ', אך העירוני שכוונת הרא"ש לרש"י ד"ה מי יימר]. ונחלקו האחרונים אי אמרינן שההקנאה הוא על הכפל ולא על הפרה לכפילא אם הדבר הנקנה הוא המעות שעתיד לקבל מהגנב בתשלום הכפל והוי כשדה זו כשאקחנה קנויה לך. או שמקנה את החוב שעתידי הגנב להתחייב. שהפנ"י מקשה למה הקשו התוס' רק באיזה קנין מקנה את הכפל הא אפילו אם יש מעשה קנין אינו יכול להקנות דבר שאינו ברשותו. ולכאורה כוונת הפנ"י דהוי אינו ברשותו מפני שהוא ביד הגנב ואם הקרן הוא אינו ברשותו כ"ש הכפל ורע"א מקשה בנוסח אחר דפשיטא שאפילו אם מעות קונות א"א לקנות כפל במעות. וכוונתו דכל חוב נחשב אינו ברשותו וא"א לקנותו כמבואר בראשונים בריש פ"ד דב"ק. הרש"ש גם מקשה דא"א להקנות דבר שאינו ברשותו. ותי' דקס"ד דמקני ליה בשעת שילום הכפל לכשיבא לידי גוביינא. דהיינו שרע"א והפנ"י ס"ל שמקנה את החוב שעתידי הגנב להתחייב ולכן הקשו שאפילו אחרי שיתחייב אין החוב ראוי להקנאה דאינו ברשותו. והרש"ש ס"ל דאינו מקנה את החוב אלא את הכסף שעתידי לגבות ובשעת גוביינא הוי ברשותו. ובלשון רש"י מבואר שמקנה את החוב שכתב דהוי דשב"ל מפני שעדיין לא נתחייב בו הגנב ואי נימא דמקנה המעות שעתידי לקבל אפילו אם נתחייב הגנב בכפל הוי דשלב"ל שעדיין לא זכה במעות.

וכן יש להוכיח מהתוס' בב"ב עט: דהראשונים מקשים על הא דמבואר כאן דר"מ ס"ל אדם מקנה דשלב"ל דוקא בעבידי דאתו הא המקור דסבר ר"מ אדם מקנה דשלב"ל הוא מלאחר שאתגייר ואשתחרר ושימות בעליך וכו' וכ"ז לא עבידי דאתו. וכתבו התוס' דמיירי הכל בעבידי דאתו כגון שדעתו להתגייר ורבו עומד לשחררו או באופן שכופין אותו לשחרר ומה שתלוי במיתה מיירי בגוסס. ואח"כ כתבו בשם

הערות

המפקיד דף לג:

וציונים

רעז

דשיעבוד דינו כקרקע. ומה שהקשה הגרש"ש אין זה טענה על רע"א אלא על התוס' דחוב אינו נקנה אלא ע"י כו"מ או מע"ש וגם אם כסף היה קונה לא היה חוב נקנה בכסף.

וי"ף דהמקשה סבר וכו'. תירצו שגם בה"א ידעה הגמ' שאינו מקנה הכפל בעצמו דע"ז ליכא מעשה קנין אלא מקנה פרה לכפילא. וגם ע"ז הקשו דלא מהני דהוי דשלב"ל וגרע מכל דקל לפירות כיון שלא עבידי דאתו. והגמ' כאן קאי לצד שא"א למכור עבד לקנס דכיון דלא עבידי דאתו לא מהני וגרע מדקל לפירות דמהני אפילו לרבנן. ומה שבגמ' נזכר עבידי דאתו לר"מ היינו דכיון דלא עבידי דאתו גם לר"מ לא מהני אבל לעולם גם לרבנן מה שלא מהני הכא הוא רק בגלל שלא עבידי דאתו. אך הסברא צ"ב בשלמא לענין מקנה דשלב"ל מוכן שלא עבידי דאתו הוא חסרון אבל כשמקנה דקל לפירות הרי הקנין חל על דבר שנמצא עכשיו בעולם ומה נ"מ לענין זה אם הפירות עבידי דאתו או לא הא לא מכר פירות אלא דקל לפירות. ובתוס' בגיטין הוסיפו דהא דלא מהני עבד לקנס ופרה לכפילא לרבנן אע"ג דדקל לפירות מהני הוא משום דבדקל הפירות יוצאין מגוף הדקל ועבידי דאתו משא"כ קנס וכפל אינו יוצא מגוף העבד והבהמה וגם לא עביד דאתו. ומבאר רע"א שבמקום שהפירות יוצאים מהגוף קונה דקל לפירות אפילו אם הפירות לא עבידי דאתו אבל במקום שאין הפירות יוצאין מן הגוף לא שייך לקנות קנין בגוף לפירות אא"כ הפירות עבידי דאתו דאם עבידי דאתו נחשב כאילו כח השבח טמון בגוף העבד כיון דבודאי אתי ונחשב כאילו יוצא השבח מגוף העבד אבל אם לא עבידי דאתו וגם לא יוצא מגופו א"א להקנות קנין בגוף לשבח שהפירות אינם חלק מהגוף.

אך רע"א מוסיף דברשב"א בגיטין מוכח דלא ס"ל כן אלא ס"ל שכל שאין הפירות יוצאין מן הגוף לא מהני אפילו עבידי דאתו.

ר' אליעזר מפליר"א שמה שצריך עבידי דאתו הוא דוקא בדבר שאינו בעולם כלל אבל כשנמצא בעולם אלא שאינו שלו או שאינו ברשותו בזה סובר ר"מ שאדם מקנה דשלב"ל אפילו שלא עבידי דאתו. ולדבריו עכצ"ל דהקנאת הכפל נחשב הקנאת דבר שאינו בעולם כלל דמפורש בגמ' דבעינן בזה עבידי דאתו. ובשלמא אם מקנה את החוב שעתיד הגנב להתחייב שפיר הוי דבר שאינו בעולם עכשיו כלל אבל אם מקנה את הכסף שעתיד לגבות מהגנב א"כ זה כשדה שאקחנה קנויה לך דנמצא בעולם אלא שאינו ראוי עכשיו להקנאה ולא בעינן בזה עבידי דאתו. אלא מוכח דס"ל שהקנאת הבעלים לגנב אינו המעות שעתיד לקבל אלא החוב שעתיד הגנב להתחייב וזה אינו בעולם עכשיו כלל. ומה שקשה אם מחלקים בין ב' אופני דשלב"ל מנין המקור שר"מ ס"ל אדם מקנה דשלב"ל כשאינו בעולם כלל ע' מש"כ בזה הראשונים כאן.

תוד"ה כגון. הלא מעות אינם קונות. וכתב רע"א דיש ליישב קושית התוס' שלמ"ד שיעבודא דאורייתא יכול להקנות השיעבוד שיש על נכסי הגנב לחוב של הכפל ושיעבוד קרקע כקרקע ונקנה בכסף ודמי למש"כ התוס' בדף נו: בשם ר"ח כהן ע"ש. וראיתי בחי' ר' שמעון בס' כ"ד אות ג' שהקשה על רע"א דמכירת שיעבוד לא מהני אלא ע"י כו"מ או מעמד שלשתן. ולכאורה נראה דזה בל"ה קשה על התוס' שהקשו רק דאין מעות קונות והיינו דחוב הוי מטלטלין ואינו נקנה בכסף וע"ז שפיר כתב רע"א דלמ"ד שיעבודא דאורייתא מכירת השיעבוד נחשב כמכירת קרקע. אך בל"ה דברי התוס' צ"ב דאפילו אם כסף היה קונה מטלטלין א"א להקנות חוב בכסף דחוב הוי כדבר שאינו ברשותו. ורע"א בעצמו מקשה כן על התוס' בד"ה ובזה כמו שהובא לעיל. ורע"א כתב ליישב רק לפי מה דמשמע בתוס' שחוב נקנה בכל קנין המועיל וקשיא להו רק דכסף אינו קונה מטלטלין ע"ז כתב רע"א

מעוֹת לרווחיו כיון שהרווח בא לעולם כשמוציא המעות. והקשה הקצות דעבד לקנס נמי הקנס הוא כשמת העבד ואעפ"כ מבוואר בתוס' דאילו היה עבידי דאתו היה מועיל אע"ג דאין השבח יוצא מהגוף. וזה אמת למה דמבוואר בתוס' דידן, אבל למה שרע"א מפרש בתוס' בגיטין יוצא שאם הפירות לא יוצאים מהגוף לא מהני לרבנן דקל לפירות אפילו בעביד דאתו.

עוד תלוי בנידון זה מש"כ התוס' בגיטין עז: בד"ה ידה לחלק בין זכות הבעל בנכסי אשתו שקנוי לו קנין גוף לפירות לבין זכות הבעל במעשה ידי אשתו דמעלמא קאתו. וכתב שם רע"א שכוונת התוס' דכיון שאין המע"י יוצאין מן הגוף לא שייך לומר שיש לו קנין ביד למע"י. וכן מצאנו כלל זה בריטב"א בב"מ צט: וקידושין מז: בהא דסבר ר"ה דשואל קרדום קונה ע"י תחילת מלאכה ולא ע"י משיכה. ומבאר הריטב"א דס"ל שמשיכה קונה רק במקום שקונה את הגוף אבל שואל שקונה רק קנין השתמשות אין זה קנין בגוף ולא נקנה במשיכת הגוף. וכתב ע"ז הריטב"א שאין לומר שגם קנין השתמשות הוא קנין בגוף כקנין דקל לפירות דדקל לפירות שייך רק במקום שהפירות יוצאים מן הגוף. ודברי התוס' והריטב"א הם רק לצד שלא מהני עבד לקנס דאם מהני עבד לקנס מוכח דמהני דקל לפירות גם כשלא יוצא מהגוף. אך גם לצד דלא מהני עבד לקנס אכתי לתוס' דידן מוכח דרק בלא עבידי דאתו לא מהני אבל ידים למע"י או קרדום לתשמיש שהוא עבידי דאתו מהני קנין בגוף לפירות אף שלא יוצא מהגוף. ורק לתוס' בגיטין יוצא לדברי רע"א שלרבנן לא מהני כשלא יוצא מהגוף אפילו בעבידי דאתו.

בגדר הקנין דעבד לקנס ופרה לכפילא אם הקונה הוא התובע את הגנב או שצריך שהמוכר יתבע את הגנב וזכיית הקונה הוא דרך המוכר נחלקו בזה האחרונים ויבואר בס"ד לקמן לד:

לכן מפרש רע"א שכוונת התוס' בגיטין דהצד שלא מהני עבד לקנס אפילו לרבנן הוא דלא מהני דקל לפירות אא"כ הפירות יוצאין מן הגוף ואין נ"מ לרבנן בין עבידי דאתו ללא עבידי דאתו. ורק לר"מ דס"ל שבדשלב"ל אפשר להקנות הפירות בפנ"ע א"כ ה"ה שנקנים בקנין הגוף אפילו שלא יוצא מהגוף. ורק לר"מ צריך להגיע לזה דלא עבידי דאתו וממילא אינו ראוי להיות נקנה בפנ"ע וא"כ גם אינו נקנה מדין גוף לפירות כיון שאינו יוצא מהגוף. אך זה ניחא בתוס' בגיטין אבל התוס' כאן כתבו בהדיא שלרבנן לא מהני מדין דקל לפירות משום דלא עבידי דאתו. ובדעת התוס' כאן לכאורה צ"ל כפשט הראשון של רע"א שאם עבידי דאתו זה נחשב כאילו הפירות יוצאין מן הגוף והיה מועיל גם לרבנן מדין דקל לפירות אבל כיון שלא עבידי דאתו ולא יוצא מהגוף לא מהני.

נמצא דהיכא דיוצאין הפירות מהגוף בודאי מהני לרבנן אם מקנה דקל לפירות אפילו בפירות דלא עבידי דאתו. והיכא שאין הפירות יוצאין מן הגוף [לצד דלא מהני עבד לקנס] אם לא עבידי דאתו לא מהני, ואם עבידי דאתו לתוס' דידן זה נחשב כיוצא מן הגוף ומהני אפילו לרבנן, ולתוס' והרשב"א בגיטין לרבנן לא מהני כשלא יוצא מהגוף אפילו בעבידי דאתו ורק לר"מ מהני עבידי דאתו אפילו שלא יוצא מהגוף. וע' באב"מ ס' פ"א סק"א ד"ה ומה שמוכיח מתוס' בגיטין ותוס' דידן דס"ל דמהני דקל לפירות גם במקום שאין הפירות יוצאין מגוף הדקל שהתוס' כתבו דלא מהני פרה לכפילא ועבד לקנס רק משום דלא עבידי דאתו. ולמה שנתבאר ראייתו מוכרחת רק בתוס' דידן אבל בתוס' בגיטין רע"א לומד שלרבנן בעינן שיצאו הפירות מן הגוף ומה שהוסיפו שלא עבידי דאתו זה רק לר"מ. ונ"מ מזה לנידון של המהר"ם אלשיך שמובא בקצה"ח בס' ר"ט סק"ד שאי אפשר להקנות

הערות

המפקיד דף לג: – לד.

וציונים

רעט

לשומר שלתוס' השומר קונה את הגוף ולרמב"ם קונה רק פרה לכפילא וכן דעת האו"ש בפ"ח משאלה ה"ה. ובביאור הה"א של הגמ' לרמב"ם, לגר"ח הה"א שקונה רק כפל, ולקצות גם לרמב"ם בה"א קונה פרה לכפילא ולמסקנה פרה לכפילא לא מהני אבל פרה לכפילא וליוקרא כן מהני.

הנתיבות בס' רצ"ה סק"ד כתב דרך חדש לבאר שיטת הרמב"ם דס"ל לגמרי כתוס' ולמסקנת הגמ' קונה השומר את גוף הפקדון ומש"כ הרמב"ם שהגוף חוזר לבעלים הוא משום דכל קושית הגמ' הוא רק לצד דמוכר עבדו לקנס לא קנה והוא בעיא דלא איפשטא וא"כ הכא חיישין שמוכר עבדו לקנס קנה וא"כ אין הכרח לחדש שקונה את גוף הפרה אלא נשאר כהה"א דקונה רק פרה לכפילא. וע' ברע"א בד"ה אמנם לפ"ז שמקשה אמאי קי"ל דשומר קונה יוקרא הרי זה רק למסקנה ולצד שמוכר עבדו לקנס אפשר ללמוד כסברת הה"א דקונה רק לכפילא ולא לשאר שבח ומספק יהיה שבח יוקרא לבעלים. והנתיבות כתב בדעת הרמב"ם שבאמת מספק קי"ל כהה"א ולכן כתב הרמב"ם שגוף הפקדון חוזר לבעלים. ומה דפסק הרמב"ם דשבח דיוקרא הוא לשומר כתב הנתיבות דהיינו דוקא מה שהתיקף אחר התשלומין ובזה גם שבח מגופא הוא לשומר וגם לה"א ע"ש.

דף לד.

נעשה כאומר לכשתגנב וכו' פרחי קנויה לך מעכשיו. כתב השיטה בשם הריטב"א דרך בנגנב בעינן שיחול הקנין מעכשיו או סמוך לגניבה ולא בשעת התשלומין דאז אינו ברשותו אבל באבידה יכול השומר לקנות בשעת התשלום דאבידה נחשבת ברשות הבעלים. וע' לעיל כו: שהובא מחלוקת האחרונים אם אבידה נחשבת ברשות הבעלים או לא [הנתיבות בס' רנ"ט סק"א והאמר"מ בס' נמצא שלש"ך יש צד לומר דכו"ע מודו שהגוף שייך לשומר. רע"א נקט שגם תוס' מודה שהגוף חוזר לבעלים. ולקצות והגר"ח לרמב"ם הגוף חוזר לבעלים ולתוס' הגוף שייך

בסה"ד שגוף הפרה מוכר לו. היינו דבשלמא אם לומדים שבה"א הגמ' למדה שמוכר את הכפל בלבד וע"ז הקשו דהוי דשלב"ל א"כ י"ל דלמסקנה התירוצ' הוא שמקנה פרה לכפילא. אבל אחר שפרשו התוס' שגם בה"א ידעו שמקנה פרה לכפילא וגם ע"ז הקשו דהוי דשלב"ל ע"כ התירוצ' במסקנה הוא שקונה את גוף הפרה. הרמב"ם כתב בפ"ח משאלה ה"א שאם שילם השומר הוא זוכה בכפל אבל גוף הבהמה חוזרת לבעלים. וכתב הכ"מ שמקורו של הרמב"ם מהגמ' בב"ק קח: שקלינן אנן דידן ואת שקלת דידך ע"ש. וכתב הש"ך בס' רצ"ה סק"א שהתוס' שכתבו שלמסקנה השומר קונה את גוף הפרה חולקים על הרמב"ם וס"ל שגוף הפרה הולכת לשומר עם הכפל ורק שבח הגיזות והולדות חוזרות לבעלים. ויש צד לש"ך לומר שגם הרמב"ם ס"ל כתוס' אלא שבסתם אין השומר מקפיד. ובחי' הגר"ח בפכ"ג ממכירה ה"ג ד"ה ונראה כתב שהרמב"ם מפרש הה"א במוכר כפל לבד ולמסקנה במוכר פרה לכפילא [ומאריך הגר"ח לבאר הא דעבד לקנס הוי ספק ופרה לכפילא מהני ע"ש]. אך רע"א נקט שגם לתוס' גוף הבהמה חוזרת לבעלים ומש"כ דקונה גוף הפרה היינו דלא קנה רק פרה לכפילא אלא גם ליוקרא וכיון שקונה גם לענין יוקרא מהני הקנין גם לכפילא אבל לעולם גוף הבהמה שייך לעצמו וחוזרת לבעלים. וגם הקצות בס' רצ"ה סק"ד לומד בדעת הרמב"ם כן ולדבריו גם הרמב"ם ס"ל דבה"א ידעו דמקנה פרה לכפילה ולא מהני כיון דלא עבידי דאתו. ובמסקנה נתחדש דקונה פרה גם ליוקרא שהוא עבידי דאתו וממילא קונה נמי לכפילא. אבל הגר"ח חולק על סברא זו ולכן כתב דלרמב"ם בה"א מקנה כפל בלבד ולמסקנה פרה לכפילא.

נמצא שלש"ך יש צד לומר דכו"ע מודו שהגוף שייך לשומר. רע"א נקט שגם תוס' מודה שהגוף חוזר לבעלים. ולקצות והגר"ח לרמב"ם הגוף חוזר לבעלים ולתוס' הגוף שייך

ל"ד אות ג' ס"ל דאינו ברשותו והאו"ש שהובא באמר"מ שם ס"ל דהוי ברשותו וע' באבן האזל פי"ד מגו"א ה"ו שמאריך בראיות בענין זה ומביא שגם בריטב"א בדף כו: משמע דאבידה נחשבת ברשות הבעלים]. אך הקצות בס' רצ"ה סק"ג תמה על הריטב"א איך יקנה בשעת תשלומין אמנם האבידה היא ברשותו אבל באיזה קנין יקנה הרי מה שקונה לל"ב סמוך לגניבה מבואר בגמ' שזה רק אם נמצא בחצרו ואיך יקנה אחרי שנאבד ואינו בחצרו הא משיכה ראשונה כלתה וכסף לא קונה מטלטלין.

מעלמא לשבח מגופה ומזמן הגניבה גם גיזות וולדות הם לגנב לל"ב וכ"ש יוקרא. וע' בקצות ס' רצ"ה סק"ב ונתיבות שם סק"א שכתבו בשם הריטב"א תירוץ אחר שכל החילוק בין מעלמא למגופה הוא רק בשבח שהשביח עד ששילם השומר אבל שבח שהשביח אחר התשלום הוא לשומר אע"פ שהוא מגופה. דבר זה נמצא בריטב"א הישן על דף לה. אבל הריטב"א החדש [המובא בשיטמ"ק] מתרץ באופן אחר כנ"ל.

א"ד אמר רבא. רש"י מפרש שגם לל"ב שהקנין חל סמוך לגניבה הנעשה כאומר הוא בשעת מסירה שאז הוא כאומר שיקנה השומר לאחר זמן סמוך לגניבה. וכתב ע"ז המהרש"א דאין צורך לומר כן אלא י"ל דנעשה כאומר סמוך לגניבה. וע' בקצה"ח בס' קפ"ט סק"א שמבאר דברי רש"י ע"פ הטור שכתב שאין המפקיד יכול להקנות את הפקדון לשומר בקנין חצר. והט"ז מבאר ע"פ הרשב"ם בב"ב שכתב שרשות השומר מושאל למפקיד א"כ אין החצר ראוי לקנות לשומר. ומקשה הקצות מכאן שהשומר קונה את הבהמה שנמצאת בחצרו סמוך לגניבה ע"י קנין חצר. וכתב הקצות ליישב ע"פ דברי רש"י דנעשה כאומר בשעת מסירת הבהמה לשומר וכיון שהותנה כן בתחילת השמירה א"כ גם השאלת חצרו של השומר למפקיד הוא רק עד סמוך לגניבה. ומוסיף הקצות שלכן הוצרך רש"י לפרש כן דאם הנעשה כאומר היה רק אח"כ לא היה מועיל חצר השומר לקנות לו את הבהמה מפני שהרשות מושאלת למפקיד. אך הביאור הפשוט ברש"י הוא כמו שכתב הפנ"י שלא מסתבר לרש"י שיהיה הנעשה כאומר בשעה שסמוך לגניבה שאז אין המפקיד מתעסק עם השומר כלל ואינו יודע שזה סמוך לגניבה ולא מסתבר לרש"י לומר שזה כאומדנא קבועה וכאילו שדעתו ע"ז כל הזמן. לכן פירש נעשה כאומר בשעת מסירה שאז יש לו עסק עם השומר ועל

רש"י ד"ה נעשה. ניחא להו לבעלים שיהא בטוח בקרן ע"מ שיהא ספק כפל של שומר. כתב ע"ז המהר"ש לפי"ז לא קשה מאי פסקת עכ"ל. דהיינו שרש"י מפרש שמקנה הכפל כיון שבל"ה הרווח של הכפל מוטל בספק א"כ מה הקשו על מה שאמרו חוץ מגיזותיה וולדותיה מאי פסקת הא דוקא כפל מקנה מפני שהוא ספק משא"כ גיזות וולדות שהם ודאי. ויש לישב קצת ע"פ מש"כ הריטב"א על תירוץ הגמ' דשבח הבא מעלמא מקנה ושבח מגופה אינו מקנה. והקשה הריטב"א הא איתא לקמן דשבח יוקרא קונה השומר אף דהוי שבח בגופה. וכתב הריטב"א דשבח יוקרא הוא כשבח דאתו מעלמא כיון דזימנין דלא אתו ולא בגופה ממש תליא מילתא. דהיינו שמה שנזכר בתי' הגמ' גופא ומעלמא הוא לאו דוקא דהעיקר תלוי אם זה שבח שודאי יבא כגיזות וולדות או שזה ספק ככפל ויוקרא. נמצא שמה שמקשה המהר"ש על רש"י מה הקשו מאי פסקת, לדברי הריטב"א זה גופא תירוץ הגמ' ורש"י פירש מיד כמסקנת הגמ'. ובעיקר קושית הריטב"א דיוקרא הוי שבח מגופה ע' תוס' לקמן לה. שכתבו שיוקרא נחשב כשבח מעלמא כיון שאין השבח ניכר בגוף הבהמה. והשיטה כתב שם בשם הרא"ש שהגמ' שם קאי כל"ב שהקנין חל סמוך לגניבה וללשון זה אין חילוק בין שבח

הערות

המפקיד דף לד.

וציונים

רפא

זמן זה יש אומדנא שדעתו להקנות סמוך לגניבה אם ישלם.

סמוך לגניבתה. הקשו האחרונים דסמוך לגניבה הוי כמגרש שעה קודם מיתה דתלוי בברירה כמבואר בגיטין. ע' ברע"א שעמד בזה. והחזו"א בדמאי ס' ט"ז סק"ג כתב מכח גמ' זו וז"ל והיה נראה מתוך זה דלא אמרינן ברירה לענין קניית ממון וכל תנאי שבממון קיים אפילו תנאי שיש בו משום ברירה עכ"ל. והקצה"ח בס' ס"א בסוף סק"ג כתב שרק לרש"י שנעשה כאומר בשעת מסירה קשה דתלוי בברירה אבל למש"כ המהרש"א דנעשה כאומר סמוך לגניבה לא קשה. דמה ששעה קודם מיתה תלוי בברירה הוא מפני שאין זמן החלות מבורר דלא ידוע איזה זמן הוא סמוך למיתה אבל כשאומר על זמן מסוים שאם הוא סמוך למיתה יהיה גט זה תנאי ולא ברירה. וא"כ למהרש"א שנעשה כאומר הוא דבר קיים וכל רגע הרי הוא כאומר אם עכשיו זה סמוך לגניבה יהיה קנוי לשומר א"כ אין זה נוגע לברירה. ורק לרש"י שנעשה כאומר בשעת מסירה שיחול בזמן לא מבורר קשה שלכאורה תלוי בברירה.

אמנם נראה שגם לרש"י יש ליישב על דרך תירוצו של הקצות לדעת המהרש"א דיבואר בסמוך בס"ד שיש להסתפק בדעת רש"י שהנעשה כאומר הוא בשעת מסירה אם כוונת רש"י שמעשה הקנין הוא המשיכה שעושה בשעת מסירה וקונה ע"י משיכה זו לאחר זמן סמוך לגניבה והא דבעינן שיהיה בחצרו הוא כדי שלא יהיה חסרון של כלתה וסובר רש"י שאגם לא מספיק לסלק חסרון דכלתה, אבל כשנמצא ברשותו אין חסרון של כלתה ואז קונה ע"י משיכה ראשונה או שכוונת רש"י שכל המעשה קנין הוא ע"י שנמצא אח"כ בחצרו ורק הדעת קנין הוא בשעת מסירה אבל מעשה הקנין הוא אח"כ ולכן בעינן שיהיה בחצרו. ואי נימא שכל המעשה קנין הוא אח"כ א"כ י"ל דמה ששעה קודם מיתה תלוי בברירה

הוא רק מפני שמעשה הגירושין דהיינו מסירת הגט נעשה עכשיו והחלות יחול בזמן שאינו מבורר. אבל כשכל מעשה הקנין הוא אח"כ ורק האמירה וגילוי על דעת המקנה הוא בתחילה וזה מהני מפני שנחשב שדעת הקנאה קיים כל הזמן א"כ כל ההקנאה הוא בשעה שמגיע הזמן סמוך לגניבה א"כ כמו שלמהרש"א כתב הקצות דלא תלוי בברירה כך לרש"י נמי לא תלוי בברירה. ורק אם לומדים ברש"י שמעשה הקנין הוא המשיכה הראשונה אז זה דומה למגרש עכשיו שיחול שעה קודם מיתה ואז קשה שתלוי בברירה. וע' לקמן שבארנו צדדי הספק בזה.

א"ב קושיא דר"ז. ע' מהר"ש דה"ה דא"ב גיזות וולדות שאחר הגניבה דל"ק שבח מגופה אינו מקנה כלל [לריטב"א שהובא לעיל זה רק עד זמן התשלום אבל אחר התשלום מקנה גם שבח מגופה אפילו לל"ק] אבל לל"ב אין חילוק בין מגופה למעלמא ואחרי הגניבה מקנה גם גיזות וולדות. וע' ברע"א שלומד שזה עצמו כונת הגמ' א"ב קושיא דר"ז דהיינו א"ב אם צריך לחדש חילוק בין מגופה למעלמא או לא. וכן מבואר בשיטמ"ק דף לה. בשם הרא"ש שכתב שמה שמבואר שם ששבח יוקרא לשומר אע"ג דהוי מגופה משום דקאי כל"ב. ועיין בש"ך ס' רצ"ה סק"ט שמוכיח מזה שהרמב"ם ושו"ע הביאו להלכה את החילוק בין שבח מגופה לשבח מעלמא דס"ל דק"ל כל"ק. וזה כנ"ל דלל"ב אין נ"מ בין שבח מגופה לשבח מעלמא.

א"נ דקיימא באגם. מבואר בכתובות פב. דמשוך פרה ותקנה לאחר ל' לא קנה דבעינן שמעשה הקנין יהיה קיים בזמן החלות ואפילו אם נמצא באגם לא קנה לר' יוחנן אא"כ אמר מעכשיו. ובדף פו: אמר ר"נ שמשוך בהמה ותקנה לאחר ל' אם נמצא בסוף ל' באגם קנה. ושיטת התוס' שם שגם ר"נ ס"ל כר"י ומה

במחלוקת זו בדעת הראב"ד תלוי מה שהסתפקנו לעיל בדעת רש"י שכתב שגם לל"ב הנעשה כאומר הוא בשעת מסירת הפקדון לשומר אם כוונתו שקונה מחמת משיכה ראשונה אלא דבעינן שיהיה סמוך לגניבה בחצרו כדי שלא יהיה חסרון של כלתה ולא סגי באגם כשיטת הראב"ד לדעת האבי"ע, או שכונת רש"י שרק דעת הקנאה הוא בשעת מסירה אבל מעשה הקנין הוא אח"כ בקנין חצר כמו שלומד המל"מ בדעת הראב"ד.

הקצה"ח בס' קצ"ז סק"ג מקשה על הר"ן דס"ל דקי"ל שיכול לקנות ע"י משיכה לאחר ל' אפילו אם נמצא באגם דמפורש כאן בל"ב כיון שקונה סמוך לגניבה בעינן שיהיה בחצרו ולא מהני מה שנמצא באגם. ובאמת הרמב"ן בספר הזכות בכתובות פו: פסק דלא מהני אגם ומביא רא"י מסוגיא זו ע"ש. ומתוך הקצות ע"פ דברי השיטמ"ק כאן בשם ר' פרץ שכתב על הקושית התוס' דנימא שהקנה מעכשיו וסמוך לגניבה ובזה מהני גם אם נמצא באגם בסוף ל' כמפורש בכתובות פב. ותירץ ר"פ דמה דמהני אגם הוא דוקא כשכל הזמן נמצא באגם אבל אם בין המשיכה לזמן החלות יצא לרה"ר לא מהני אפילו אם בסוף ל' חזר לאגם. א"כ י"ל גם לר"ן שמה שמהני אגם הוא רק אם לא יצא מהאגם עד זמן החלות וכיון שלא מצוי שאינו יוצא לכן בעינן שיהיה בסוף ל' בחצרו ואז קונה בקנין חצר. אך מביא הקצות ששיטת התוס' ביבמות צג. אינה כן אלא מהני מעכשיו ולאחר ל' אם נמצא באגם בסוף ל' אף שיצא באמצע לרה"ר.

אמנם דברי הקצות תלויים במה שיש להסתפק בכוונת ר' פרץ, דהא דמהני אגם במעכשיו ולאחר ל' אף שבלי מעכשיו לא מהני אגם לר' יוחנן ביארו התוס' בכתובות פב. דמעכשיו הקנין מתחיל מעכשיו ונגמר לאחר ל' וכיון שמתחיל מעכשיו סגי באגם לענין גמר הקנין [ע' מה שכתבנו בס"ד בביאור ענין זה

שקנה הוא דוקא כשאמר מעכשיו ובלי מעכשיו לא מהני אפילו קיימא באגם דכלתה קנינו. הר"ן והרשב"א שם חולקים וס"ל שר"נ חולק על ר' יוחנן וס"ל שגם בלי מעכשיו מהני משיכה אם בסוף ל' נמצא באגם. ונחלקו הר"ן והרשב"א כמאן קי"ל דהרשב"א ס"ל דקי"ל כר"י א"כ להלכה הרשב"א כתוס' דבלי מעכשיו לא מהני מה שנמצא באגם, והר"ן ס"ל דקי"ל כר"נ ויכול לקנות ע"י משיכה לאחר ל' אם בסוף ל' נמצא באגם גם בלי מעכשיו. דהיינו ששיטת הר"ן דאף שאגם אינו מקום הראוי לקנות בקנין חצר מ"מ כיון שאגם נחשב רשותו וקנין משיכה הוא הכנסה לרשותו כ"ז שנמצא ברשותו אף שמעשה המשיכה אינו קיים מ"מ התוצאה של מעשה המשיכה קיים דעדיין נמצא ברשותו מחמת משיכה הראשונה א"כ עדיין לא כלה רושם המעשה הראשון א"כ יכול המעשה הראשון לפעול חלות עכשיו. ולשון הר"ן הוא שקונה במשיכה ראשונה כיון שעדיין ברשותו הוא. והתוס' פליגי וס"ל שא"א להפריד את מעשה הקנין מהחלות וכיון שבזמן החלות המשיכה לא קיימת לא מהני מה שעדיין נמצא ברשותו מחמת המעשה הראשון. ולפ"ז אפילו אם יהיה בחצרו בסוף ל' לא יקנה מכח משיכה ראשונה. וכן הוא שיטת הרמב"ם בפ"ב ממכירה ה"ט והראב"ד כתב ע"ז שאם הפרה עומדת בחצרו בסוף ל' קנה. דהיינו שאגם לא מהני גם לראב"ד אבל חצר ממש כן מהני. וכתב המ"מ שמשמע שלרמב"ם אפילו חצר ממש לא מהני. ומה דאם נמצא ברשות לוקח בסוף ל' מהני לראב"ד אף דלגבי אגם ס"ל כתוס' דלא קנה ע' במל"מ שכתב דאם נמצא בחצרו קונה בקנין חצר אבל מדין משיכה גם חצר לא מהני. אבל האבי עזרי שם מפרש שכוונת הראב"ד שאם נמצא בחצרו קונה מכח משיכה ראשונה דהיינו כסברת הר"ן שאם משך לרשותו ועדיין נמצא ברשותו יכול עכשיו לקנות ע"י משיכה ראשונה. ורק לענין אגם חולק הראב"ד על הר"ן אבל מה דסובר הר"ן באגם סובר הראב"ד בחצר הקונה.

הערות

המפקיד דף לד.

וציונים

רפג

בכתובות פו:]. א"כ י"ל דביאור מחלוקת התוס' ור"פ הוא בגדר מעכשיו ולאחר ל' דתוס' ס"ל דיש רק ב' זמנים דהיינו שהקנין מתחיל עכשיו והגמר הוא לאחר ל' אבל בזמן שבין המעשה לסוף ל' לא חל כלום לכן סגי במה שבסוף ל' נמצא באגם, ור"פ ס"ל שעכשיו מתחיל והקנין הולך ונשלם במשך כל הזמן ונגמר בסוף ל' לכן ס"ל דבעינן שיהיה כל הזמן באגם. ואם זה הפשט בר"פ אין זה נוגע כלל לדברי הר"ן דדברי ר"פ הם דוקא במעכשיו ולאחר ל'. אבל לר"ן דס"ל שגם בלי מעכשיו מהני מה שנמצא בסוף ל' באגם בזה פשוט שבזמן שבין המשיכה לחלות לא חל כלום ובוזה גם לר"פ אין ענין שיהיה כל הזמן באגם. אך יש לבאר דברי ר"פ באופן אחר דס"ל שכל המעלה שיש באגם שגורם שלא כלתה משיכה ראשונה הוא מפני שעדיין נמצא ברשותו וקיים תוצאת המשיכה. וזה דוקא אם נמצא ברשותו מחמת משיכה ראשונה, אבל אם יצא לרה"ר וחזר לאגם אין זה ברשותו מכח משיכה ראשונה ואין זה נחשב שרושם המשיכה קיימת וממילא הוי כלתה קנינו. ותוס' ס"ל דכל שמשך לרשותו ונמצא ברשותו מהני אף שיצא באמצע. ואם זה סברת ר"פ שפיר יש ללמוד ממה דסבר ר"פ במעכשיו שכך יהיה הדין לר"ן בלי מעכשיו. ועכצ"ל שהקצות למד כפירוש זה. שלפשוט הראשון דברי ר"פ הם דוקא לגבי מעכשיו והיכא דמהני אגם בלי מעכשיו יודה ר"פ דלא בעינן שיהיה כל הזמן באגם. [ובעיקר מחלוקת הר"ן ותוס' אי מהני אגם לסלק חסרון דכלתה בלי מעכשיו ע' מה שכתבנו בס"ד בכתובות פו: ובגיטין עד.].

עוד כתב הקצות ליישב שלא יקשה על הר"ן דס"ל דמשיכה לאחר ל' מהני אם נמצא באגם וכאן מפורש דלא מהני אא"כ נמצא בחצר ע"פ דברי המהרש"א שכתב שהנעשה כאומר אינו בשעת משיכה אלא סמוך לגניבה. וכל מה דמהני אגם לר"ן הוא כשמשך ע"ד לקנות לאחר ל' בזה קונה אח"כ ע"י משיכה

ראשונה אם נמצא בזמן החלות באגם. אבל כשאין דעת קנין בשעת משיכה ע"כ כל מעשה הקנין הוא אח"כ סמוך לגניבה לזה בעינן חצר ממש דאגם אינו קונה בקנין חצר.

נמצא ג' נ"מ בין פרש"י למהרש"א מתי הזמן של הנעשה כאומר. א. לרש"י קשה דתלוי בברירה למהרש"א ניחא, קצות ס' ס"א סוף סק"ג. ב. למהרש"א קשה מכאן על הטור דס"ל ששומר אינו קונה מהמפקיד בקנין חצר ולרש"י ניחא, קצות ס' קפ"ט סק"א. ג. לפרש"י מוכח מכאן דמשיכה לאחר ל' לא מהני אף שנמצא באגם, וקשה על הר"ן למהרש"א ניחא, קצות ס' קצ"ז סק"ג.

הנתיבות בס' קצ"ז סק"ד מיישב דברי הר"ן באופן אחר שהנעשה כאומר מהני רק לדעת מקנה ואכתי חסר דעת קונה ולכן בעינן דוקא שיהיה הקנין ע"י חצר שקונה שלא מדעתו ולא ע"י משיכה שצריך דעת קונה. ע"ש שמבאר דבריו, אך לא הבנתי כראוי אמאי לל"ק כן קונה ע"י משיכה אף דהתם נמי ליכא דעת קונה ועכצ"ל דהנעשה כאומר מהני נמי לדעת קונה או דנחשב כדעת אחרת מקנה שמהני בלי דעת קונה וא"כ גם לל"ב יועיל.

תוד"ה א"נ. הקשו אמאי לא אמרינן נעשה כאומר מעכשיו וסמוך לגניבה ואז מהני אפילו באגם ולא יקשה מגיזות וולדות שבאופן זה לא יקנה הקונה גיזות וולדות כיון שלא נגמר הקנין עד סמוך לגניבה. והביאו ראיה דלא נגמר הקנין מהא דתופס קידושי שני. ותי' דשאני קידושין דאלימי משא"כ לגבי גיזות אותן שהיו עליה בשעת מכירה יהיו לקונה. ונתקשו האחרונים בביאור דברי התוס' אם כתבו דקידושין שאני א"כ היה צריך להיות שגם הגיזות שיבאו אח"כ יהיו לקונה ולמה כתבו שרק מה שהיה עליו בשעת מכירה לקונה. ועוד אם תירוצם הוא רק שמה שעליו בשעת מכירה הוא לקונה ולא מה שבא אח"כ א"כ למה

הוצרכו לומר דקידושין שאני דאלימי. וע' מה שכתבו בזה בחי' ר' שמעון ס' כ"ד ובקה"י ס' ל"א. ולולא דבריהם היה נראה שיש שני חלקים בתי' התוס' שבשאלה כתבו שגם הגיזות שיבואו אח"כ יהיו של המוכר כיון שלא נגמר הקנין והביאו ראיה מקידושין וע"ז כתבו בתי' דשאני קידושין דאלימי דהיינו שאין ללמוד מהא דתפסי קידושי שני שהגיזות יהיו למוכר דשאני קידושין דאלימי אבל לענין גיזות אפילו גיזות שיבואו אח"כ יהיו של הקונה דסגי במה שהתחיל הקנין מעכשיו שהוצא מהבהמה יהיה של הקונה. ואח"כ הוסיפו דאפילו אי לא אמרינן הכי אלא כמו שלא נשלם הקנין ותופס קידושי השני כך אין הבעלות מספיקה לגרום שגיזות שיבאו אח"כ יהיו של הקונה מ"מ אותם גיזות שהיו על הבהמה בשעת מכר בודאי הם של הקונה דגיזות אלו נכללו בקנין כיון שהקנין מתחיל מעכשיו, דעל בהמה זו עם כל מה שעליה אמר שיקנה מעכשיו וסמוך לגניבה. ולכן כתבו בלשון לכל הפחות דתחילת תירוצם קאי על מה שיבא אח"כ והוסיפו דאפילו אי לא מהני הקנין לענין מה שיבא אח"כ לכה"פ מה שעליו יהיה של הקונה וא"כ לא נרויח באוקימתא זו דאכתי יקשה א"ה אפילו גיזות נמי לענין גיזות שהיו עליה בשעת מכירה.

הראשונים מקשים עוד אמאי לא פרשו שמקנה הבהמה גוף מהיום ופירות סמוך לגניבה ואז לא בעינן שיהיה בחצרו ולא יזכה השומר בגיזות עד שעת גניבה. וע' ברע"א שתמה על תירוצם.

כיון שאמר הריני משלם. התוס' בעמ' ב' דנים אם יכול לחזור מאמירה זו או לא ומבואר שיש צד לומר דאע"פ שאין האמירה מחייבת ויכול לחזור מזה מ"מ כ"ז שלא חזר קונה כפל ע"י אמירה. אבל הרא"ש כתב דמזה שקונה כפל ע"י אמירה לבד מוכח דלא מהני

חזרה דאל"כ לא היה מקנה לו הכפל על סמך אמירה לבד. ולמסקנת התוס' דא"א לחזור מאמירה יתכן שגם התוס' מודו שרק באופן דלא מהני חזרה מקנה הכפל. וע' ברע"א שמבאר לפ"ז מש"כ התוס' בד"ה אלא שמה שסובר רבא בב"ק שאם משלם אחר שנשבע קונה הכפל הוא דוקא בשילם ממש אבל אמר לא מהני כיון שנשבע. והטעם שרק בשילם ולא רצה לישבע האמירה מחייבת דהוי כפס"ד שהוא חייב. אבל אחרי שנשבע ונפטר כשאומר הריני משלם אין זה אלא כנותן מתנה לחברו דיכול לחזור וכיון שיכול לחזור אין המפקיד מקנה לו את הכפל. עפ"ז מחדש רע"א שדוקא בנשבע ואח"כ אמר הריני משלם אינו קונה את הכפל אבל בנשבע ואח"כ הודה שפשע ונשבע לשקר שבזה יש הודאת בע"ד אינו יכול לחזור זוכה בכפל ע"י אמירה בלבד גם אחרי שנשבע.

השעה"מ בס' רצ"ה סק"א מקשה שדברי הרא"ש לכאורה סותרים זא"ז דמצד אחד מבואר ברא"ש שאם יכול לחזור אינו זוכה בכפל ומזה שסגי באמירת הריני משלם מוכיח הרא"ש שאינו יכול לחזור, ומאידך מבואר בלשון הרא"ש שגם בנשבע ואח"כ משלם סגי באמירת הריני משלם ולא כתוס' דאחרי שנשבע בעינן שישלם ממש. [גם הרמ"ך בשיטמ"ק חולק בזה על התוס']. וקשה הא אמירה אחרי שנפטר ע"י השבועה בודאי אינה מחייבת ויכול לחזור מזה א"כ למה קונה הכפל. וכתב השעה"מ שמה שסובר הרא"ש שקונה כפל ע"י אמירה אחרי שבועה הוא דוקא כשמודה שפשע ונשבע לשקר שאז אינו יכול לחזור מהודאתו. אבל אם אומר הריני משלם אחרי שנפטר ע"י שבועה בודאי מודה הרא"ש לתוס' דבעינן שילם ממש. ומה"ט כתב השעה"מ שלא פליגי תוס' והרא"ש כלל אלא תוס' מיירי באומר הריני משלם והרא"ש מיירי במודה שחייב. וזה כדברי רע"א שבאופן זה מודה התוס' דקונה כפל ע"י אמירה לבד.

הערות

המפקיד דף לד.

וציונים

רפה

עפ"י דברי רע"א יש לבאר דברי הרשב"א על הא דאמרו בסמוך ששואל שמודה שחייב ואומר הריני משלם אינו קונה כפל אע"ג דהיה יכול לפטור עצמו בטענת מתה מחמת מלאכה אין זה שכיח. והקשה הרשב"א דאכתי יכול לפטור עצמו בטענת להד"ם ואפילו הפקידו אצלו בעדים יכול לפטור עצמו בטענת החזרתו. ותי' דלא מקנה אלא בדאית ליה למפטר נפשיה בטענת שומרים בנגנבה או נאבדה ונאנסה או מתה מ"מ עכ"ל ובזה מיושב קושית הרש"ש דיכול לפטור עצמו בטענת בעליו עמו שזה ג"כ אינו טענת השומרים אלא כלהד"ם שהוא הוא כופר שנתחייב בחיובי השומרים. אך עיקר דברי הרשב"א אינם מובנים מה נ"מ אם יכול לפטור עצמו בטענת השומרים או בטענה אחרת. ואדרבה בלהד"ם אי בעי פטר נפשיה בלי שבועה ומה שהפטר יותר גדול זה יותר סיבה לקנות. ונראה שהרשב"א לומד שמה שש"ח שמודה שפשע קונה כפל משום דאי בעי פטר נפשיה בגניבה היינו דהיה יכול לטוען נגנבה ואז אם היה אומר שמשלם היה קונה כפל א"כ גם כשמודה שחייב ורוצה לשלם קונה כפל. אבל אם בטענת הפטור לא היה קונה כפל גם עכשיו שטוען טענת חיוב אינו קונה כפל. וסובר הרשב"א שמה ששומר קונה כפל בטענת פטור הוא דוקא בטענת השומרים כגון ש"ח בטענת נגנבה אבל שומר שטוען להד"ם או החזרתי אף שרוצה לשלם אינו קונה כפל אא"כ שילם ממש. והביאור הוא ע"פ דברי רע"א דשומר שטוען טענת השומרים אינו נפטר עד שישבע ובזה כשאומר שמשלם ואינו נשבע הוא מתחייב בדיבור ואינו יכול לחזור. אבל כשטוען להד"ם או החזרתי שדינו ככופר הכל שנפטר בלי שבועה דאורייתא א"כ מיד שטוען להד"ם הוא נפטר [ודמי לטוען נגנב ונשבע] ואף שצריך לישבע היסת אין זה אלא שבועה דרבנן ולא כלול בו חיוב ממון. וכיון שנפטר ע"י הטענה כשחוזר ואומר הריני משלם הרי הוא כנותן מתנה דיכול לחזור א"כ לא יקנה כפל עד שישלם. ולכן גם כשטוען טענת חיוב

ורוצה לקנות כפל ע"י אמירה לבד בעינן אי בעי פטר נפשיה באופן שאם היה פוטר עצמו ואומר הריני משלם היה קונה כפל אבל שואל שאין אי בעי פטר נפשיה בטענת השומרים אלא ע"י מתה מ"מ וזה לא שכיח ואי בעי פטר נפשיה בלהד"ם לא היה קונה כפל ע"י אמירה כיון שיכול לחזור מהאמירה, ולכן גם עכשיו שטוען טענת חיוב אינו קונה עד שישלם. דהיינו כמש"כ התוס' דאחרי שנשבע בעינן שישלם ולא סגי בהריני משלם ומבאר רע"א דכיון שנפטר בדין אין אמירה מחייבת, כך בטענת כפירה שנפטר בלי שבועה הוא נפטר בדין מיד כשטוען להד"ם וא"כ גם בזה אין האמירה מחייבת ולא קונה כפל עד שישלם. וממילא גם כשטוען טענת חיוב ובא לזכות בכפל משום דאי בעי פטר נפשיה בטענה שאינו של שומרים אינו קונה עד שישלם.

השובר פרה מחברו ונגנבה. רש"י מפרש שנגנבה היינו טענת חיוב וכן הבין הב"ח שלמד מכאן שגם בטוען טענת חיוב לא סגי במודה שהוא חייב אלא בעינן נמי שיאמר הריני משלם דהכא מודה שנגנב וקתני ואמר הלה הריני משלם. ותמה הקצות בס' רצ"ה סק"א דמבואר בהדיא בב"ק נו: דבריייתא זו מיירי בטוען נגנבה באופן שפטר וכן הקשה הרש"ש ע"ש. ואדרבה מהא דנקטה הגמ' דמיירי בטענת פטור מוכיח הקצות דאילו היה טענת חיוב לא היה צריך לומר הריני משלם ודלא כב"ח. וע' מש"כ בזה בחי' ר' מאיר שמחה זצ"ל.

אי בעי פטר נפשיה. בירושלמי מבואר שגם אם יש עדים שפשע ואין אפשרות לפטור עצמו אם רוצה לשלם קונה כפל. ונחלקו הרשב"א והריטב"א אם הבבלי חולק או לא. הריטב"א כתב דהבבלי חולק ורק משום דאי בעי פטר נפשיה קונה כפל אבל אם יש עדים שפשע אינו יכול לפטור עצמו ואינו קונה

והרשב"א לומד שאין הכרח שהבבלי חולק ע"ש.

השיטמ"ק לקמן צו: בד"ה ההוא גברא ובד"ה וכ"כ מביא ראשונים שרצו לומר ששואל שטוען מתה מ"מ צריך להביא עדים על טענתו ואינו נפטר בשבועה דאין זה בכלל שבועת השומרים שנאמר בתורה ומצד כופר הכל דעלמא אין לפוטרו דהוי טענה גרועה כטענת מחילה דאינו נאמן עליו. אך חזרו מדבריהם מכח גמ' דידן דמבואר דשואל יכול לפטור נפשיה במתה מ"מ. ולמה שכתב הרשב"א הנ"ל מוכח דהוי טענת השומרים דאל"כ אין זה סיבה לקנות כפל.

לרש"י ל"ק דר"פ הוא כר' זביד דשואל לא קונה באמירה אבל כן קונה בתשלום אך לא מטעמיה דלר"פ הטעם שלא קונה באמירה הוא משום דמתה מ"מ לא שכיח ולר"ז הטעם משום דכל הנאה שלו. ול"ב דר"פ ס"ל שגם שואל קונה ע"י אמירה. ולר"ח שהובא בתוד"ה לל"ק איכא ג' שיטות, לל"ק דר"פ אינו קונה אפילו שילם, לל"ב קונה באמירה, לר"ז אינו קונה ע"י אמירה ואם שילם קונה.

דף לד:

תוד"ה וחזר ואמר. בתחילה כתבו להוכיח מכאן דיכול לחזור ודחו דאף שאינו יכול לחזור כיון שרוצה לחזור אינו קונה כפל. הרא"ש כתב דאדרבה יש להוכיח מסוגין דאינו יכול לחזור שאם היה יכול לחזור לא היה מקנה לו כפל באמירה לבד. גם התוס' בשבועות לט. כתבו שיש להוכיח מכאן שאינו חוזר אבל לא כראית הרא"ש אלא מזה שיש צד שאפילו אומר שחוזר בו אמרינן דחויי קא מדחי ליה. ואם יכול לחזור למה נפרש שרק רוצה לדחותו בזמן שאומר בפירוש שחוזר בו אלא מוכח דאינו יכול לחזור בו ולכן יש צד לומר שאין כוונתו לחזרה אלא רק לדחותו.

הקצה"ח בס' ס"ט סק"ז מסתפק בהא דקי"ל שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים דיורשים שאינם יכולים לישבע אינם משלמים דלא נאמר דין מתוך שאינו יכול לישבע משלם אצל יתומים אם זה דוקא כשחלות חיוב השבועה חל אחרי מיתת האב אבל אם האב כבר נתחייב שבועה בחיו ולא נשבע ישלמו הבנים כיון שכבר חל חיוב על האב לישבע או לשלם א"ד שגם באופן זה לא גובים מהבנים. ומביא הקצות שהמהרי"ק מביא ראייה לשאלה זו מסוגין שהגמ' מסתפקת באמר הריני משלם ומת ואמרו בנים אין אנו משלמים אם מהדר קא הדרי בהו ואינם קונים כפל או דיחויי הוא דקא מדחי ליה וקונים כפל. ומשמע שאם רוצים יכולים לחזור בהם אף שאביהם אמר הריני משלם וכ"ש שפטורים אם היה דעתו של האב לישבע וליפטר ולא הספיק עד שמת. וכתב הקצות שכמו שכתבו התוס' שאין להוכיח מכאן שהוא עצמו יכול לחזור בו דאולי אף שאינו יכול לחזור אינו קונה כפל כיון שרצה לחזור כך אין להוכיח שהבנים יכולים לחזור שאפילו אם אינם יכולים לחזור יש צד שלא יקנו כפל כיון שרוצים לחזור ומטריחים אותו לב"ד וא"כ אין ראית המהרי"ק ראייה כלל. ומוסיף הקצות דיש להוכיח איפכא שאינם יכולים לחזור שאם יכולים דמי לש"ח שמביא עדים שנגנבה או ש"ש שמביא עדים שנאנסה שאינו קונה כפל כמבואר ברשב"א והובא בש"ך ס' רצ"ה סק"ח. והטעם שלא אסיק המפקיד אדעתיה שירצה לשלם בזמן שיש עדים שהוא פטור. ואם היורשים אינם חייבים א"כ גם באופן זה לא אסיק אדעתיה שישלמו ואינו מקנה כפל אלא מוכח שאינם יכולים לחזור. אך גם ראית הקצות לכאן אינה מוכרחת דאף שהבנים אינם חייבים ואין סיבה להקנאת הכפל מחמת רצון הבנים לשלם מ"מ כיון שאביהם היה חייב שבועה ורצה לשלם א"כ יש סיבה להקנאת הכפל מחמת הריני משלם של האב וכ"ז שלא קלקלו הבנים ע"י שאמרו שאינם רוצים לשלם מקנה המפקיד

כפל מחמת אמירת האב. אבל יש להוכיח דאין הבנים חוזרים באופן אחר ותלוי ברא"ש והתוס' בשבועות הנ"ל. שהרא"ש מוכיח שהאב אינו חוזר בו דאל"כ לא היה קונה כפל וראיה זו ליכא לגבי הבנים שהם קונים מחמת הריני משלם של האב. אבל התוס' הוכיחו מזה שיש צד לומר שדחויי קא מדחי שאם יכול לחזור בודאי כוונתו לחזור וראיה זו יש גם לגבי הבנים שאם יכולים לחזור בודאי כונתם לחזור ולא לדחותו אלא מוכח שגם הבנים לא יכולים לחזור לכן יש צד לומר שאין כוונתם אלא לדחותו.

שיטות הראשונים לענין חזרה א. שיטת ר"ת שהובא ברא"ש בשבועות לט. ובטור בס' כ"ב שיכול לחזור בו אפילו אחר שיצא מב"ד [התוס' כאן כתבו שר"ת חזר בן]. והיכא דאמר לחברו השבע וטול כ"ז שלא נשבע חברו יכול לחזור. ב. שיטת רש"י שכל זמן שלא יצא מב"ד חוזר ואחר שיצא אינו חוזר. ג. שיטת הרי"ף שמובא בנ"י בסנהדרין כד. דמיד שאמר בב"ד שרוצה לשלם אינו יכול לחזור בו. ומה שאמרו פוסקים אותו מיד לר"ת היינו כדי שיתבייש, לרש"י כדי שיצא מב"ד ואז לא יוכל לחזור, ולרי"ף כיון שבל"ה אין יכול לחזור פוטרינן אותו. [ע' בזה חזו"א סנהדרין ס' י"ז אות ו']. ולהלכה מובא בס' כ"ב סע' ג' שיטת רש"י ושיטת ר"ת. והטעם שאינו יכול לחזור מבואר ברא"ש כאן וז"ל דכיון שקיבל עליו בפני ב"ד לשלם דבריו קיימים כאילו חייבוהו ב"ד ואין בו חזרה עכ"ל דהיינו כיון שיש צד שחייב ע"פ דין ואומר בפני ב"ד שרוצה לשלם ה"ז כפס"ד שחייב. וכל מחלוקת הראשונים בזה הוא רק מתי נחשב כפס"ד. לר"ת כ"ז שלא נעשה מעשה ע"י אמירתו אין זה כפס"ד אבל אם אמר השבע וטול ונשבע חברו מודה ר"ת שאינו חוזר אחרי שחברו נשבע דאז זה נחשב כפס"ד. והרי"ף ס"ל שמיד שאמר בפני ב"ד נחשב פס"ד ורש"י ס"ל שכשאמר ויצא מב"ד הוי כפס"ד ושוב אינו חוזר. אך כ"ז כשאמר כן

בפני ב"ד, וע' בנ"י דכל מה שקונה כפל ע"י אמירת הריני משלם הוא דוקא כשאמר כן בפני ב"ד.

הריני משלם ומת. הקשו התוס' איך ישלם לבני השומר הא אין אדם מוריש קנס לבניו. וכתב בזה האו"ש בפ"ח משאלה ה"ה שהתוס' בזה לשטתם דס"ל לעיל שלמסקנת הגמ' קונה השומר את גוף הפרה וא"כ החיוב כפל הוא חיוב ישיר לשומר וכשמת השומר זוכה הבן מכח אביו ושפיר הקשו דאין אדם מוריש קנס לבניו. אבל לשיטת הרמב"ם שגם למסקנה הגוף חוזר למפקיד ואין השומר קונה אלא פרה לכפילא אין החיוב ישיר לשומר אלא המפקיד תובע את הגנב והשומר זוכה במה שזוכה המפקיד. א"כ אע"ג דמת השומר לא שייך בזה א"א מוריש קנס לבניו דעיקר חיוב של הגנב הוא למפקיד והוא לא מת והשומר קונה מהמפקיד וכשמת מוריש זכותו על המפקיד לבנו. ומביא האו"ש שכן מבואר בכ"מ פ"ח משאלה ה"ה שהכ"מ מבאר דברי רש"י שכתב שהספק של שילם לבנים שהמפקיד מת ואח"כ נגנבה ואילו בשלמו בנים משמע בהדיא ברש"י שנגנב בחיי האב ואח"כ מת לפני שהספיק לומר הריני משלם. ומבאר הכ"מ דעיקר חיוב הכפל הוא למפקיד א"כ אם מת המפקיד אחר הגניבה אין חיוב כפל לבני המפקיד דא"א מוריש קנס לבניו לכן פרש"י דמת המפקיד לפני הגניבה והחיוב לכתחילה חל לבניו. אבל במת השומר גם אם מת אחרי הגניבה לא אמרינן בזה א"א מוריש קנס לבניו מפני שהמפקיד קיים וחיוב של הגנב הוא למפקיד והשומר מיניה קא זכי. וכל זה לשיטת הרמב"ם שאין השומר קונה את הגוף הבהמה אלא רק פרה לכפילא. אבל לתוס' שקונה את גוף הבהמה בודאי חיובו של הגנב הוא לשומר וא"כ נהפוך הוא דבמת המפקיד אפילו מת אחר הגניבה לא קשה א"א מוריש קנס שהרי החיוב אינו למפקיד אלא לשומר ורק במת השומר

במה שהודה לבעלים או לא. דהודאה בקנס פוטרת רק אם מודה לבע"ד כמבואר בתוס' שם בד"ה תבעו. וכיון שקנה השומר את הכפל הוא הבע"ד על תביעת הגנב א"כ אולי אין הגנב נפטר במה שהודה לבעלים דאין הבעלים בע"ד על תביעת הכפל, א"ד מצי אמר ליה כי היכי דאת עבדת לן מילתא אנן נמי עבדינן לך טרחינן בחר גנבא. דהיינו כיון שראוי שהבעלים יתבע את הגנב כדי להשיב טובה לשומר הרי הבעלים כשלוחו של השומר לתבוע את הגנב [כן הוא לשון החזו"א ב"ק ס' י"ח סק"ז ד"ה הא] הרי מפורש בגמ' דעיקר הבע"ד על תביעת הכפל הוא השומר ולכאור' זה ראייה מפורשת לרע"א ולא כהכ"מ והאו"ש וצ"ע.

בעיקר קושית תוס' דאין אדם מוריש קנס לבניו ע' רע"א שמתרץ ע"פ המהרש"א לעיל דיש היכא תמצא של כפל בט"ג באבידה וא"כ משכחת לה שאבד מהשומר ונשבע ואח"כ מת ורק אחר מיתתו טען המוצא טענת גנב ונתחייב כפל ליורשים.

השיטמ"ק בשם הרשב"א כתב דהא דפרש"י את הספק של שילם לבנים במתו הבעלים ואח"כ נגנבה משום דס"ל שאם נגנב בחיי הבעלים פשיטא שזכה השומר אע"פ שהתשלום היה לבניו ורק במת לפני זכיית השומר מסתפקת הגמ' אם גם הבן מקנה או לא. דהיינו שאין הספק אם האב מקנה על סמך התשלום לבניו דזה פשיטא שכן מקנה, אלא הספק הוא אם רק האב מקנה או שגם בנו מקנה. ומביא הרשב"א שהראב"ד מפרש איפכא שהספק של שילם לבנים הוא דוקא כשמת המפקיד אחרי הגניבה שבזמן חלות הקנין המקנה קיים אבל אם מת לפני הגניבה אין מקנה ופשיטא דלא קנה השומר. דהיינו שפשיטא שהבנים אינם מקנים והספק הוא אם האב מקנה על הצד שהתשלום יהיה לבנו. וע' במהרש"א שענין זה תלוי בנידון של רש"י והמהרש"א שהובא לעיל אם הנעשה כאומר

ושלמו בנים בזה קשה איך הם יורשים את הכפל הא א"א מוריש קנס לבניו.

רע"א כתב על דברי הכ"מ שדבריו צ"ע שאפילו אם אין השומר קונה אלא פרה לכפילא לענין הכפל הוא נחשב הבעלים וחיובו של הגנב הוא ישיר לשומר וגם במת שומר ושלמו בנים קשה אין אדם מוריש קנס לבניו. דהיינו שנחלקו הכ"מ ורע"א בגדר דינא דפרה לכפילא ועבד לקנס דרע"א מפרש דהוי ככל דקל לפירות שיש לקונה קנין בפרה לענין הכפל, ולענין הכפל נחשב שהגניבה היא מהקונה והקונה הוא התובע את הגנב. אבל הכ"מ והאו"ש ס"ל שלא יתכן בעלות לענין כפל דכפל הוא חיוב עבור החפץ וניתן למי שהוא בעלים על החפץ וכן בעבד לקנס לא יתכן להיות בעלים לענין קנס דחיוב קנס הוא תוצאה מהפסד הבעלים ותלוי במי שהוא בעלים על העבד לשאר תשמישיו [כעין זה איתא בריטב"א ב"מ ט': שיש צד לומר דלא שייך להיות בעלים על חצר לענין לקנות ע"י החצר בקנין חצר דהקנין הוא מחמת שזה רשותו וזה נחשב רשותו מפני שקנוי לו להשתמשות ואם אין לו שום השתמשות אין סיבה שהחצר תקנה לו דהיינו שקנין חצר הוא תוצאה מהבעלות ולא אחד מתשמישי החצר]. לכן ס"ל דע"כ התובע הוא המוכר אלא שהקונה זוכה במה שזוכה המוכר. ועיין בחי' הגר"ח בפכ"ג ממכירה ה"ג שמסתפק בספק זה אם במוכר פרה לכפילא המוכר הוא התובע או שחיובו של הגנב הוא ישיר לקונה וכתב לחלק בזה בין פרה לכפילא לבין עבד לקנס ע"ש. וספיקו של הגר"ח הוא מחלוקת הכ"מ והאו"ש עם רע"א כנ"ל.

אמנם יש לעיין בכל זה מגמ' מפורשת בב"ק קח: שמסתפקת בשומר ששילם ולא רצה ליטבע שקונה השומר את הכפל מה הדין אם הבעלים תבעו את הגנב והודה ואח"כ תבעו שומר וכפר ואח"כ באו עדים אם נפטר הגנב

הערות

המפקיד דף לד:

וציונים

רפט

כאילו לזה הוא את הכל אלא כ"א הוא לזה על חצי וערב על החצי של חברו. וכיון ששילם את החלק שהוא חיוב שלו מדין שואל עדיף משילם מחצה. והנ"מ בין הפשטים הוא אם מה שגובה הכל מכ"א הוא דוקא כשאין נכסים לחברו או אפילו שיש לו. וע' ברמב"ן ונ"י כאן שגם האריכו בשאלה זו.

רש"י ד"ה אשה ששאלה. כתב ששאלה לצורך נכסי מלוג וכן לקמן צו: שותפין ששאלו פרש"י לחרוש קרקע של שותפות וכן שם גבי אשה וצ"ב מה כוונתו בזה.

תוד"ה שאל מן האשה. לפירוש השני ולריב"ן הספק הוא דומיא דשילם לבנים. ועיין ברע"א שנחלקו הראשונים בכתובות עט: אם כפל בהמת מלוג לבעל או לאשה ומדברי התוס' בתי' הראשון מוכח דס"ל שהכפל לבעל שאם אינו לבעל אינו יכול למכור ע"ש. וממה שכתבו ששאלה ואח"כ ניסת מוכח דס"ל שהבעל זוכה בקנין שאלה של אשתו וכ"כ רש"י לקמן צו: וע' ברע"א שם בגליון הש"ס שמתקשה בזה. ובביאור שיטת רש"י ע' בשיטמ"ק בשם הרא"ש דמיירי ששילם לבעל שלא מדעת האשה לכן יש צד שלא נתקיים בזה התנאי של אם תשלמני.

לענין הלכה פסק הרי"ף כיון שספיקות אלו עלו בתיקו חולקין ומבאר הרא"ש דאע"ג דלא קי"ל כסומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקין אלא אמרינן הממע"ה הכא שאני דאין מוחזק לכן חולקים. ומקשה הרא"ש כיון שהספק הוא אם מכר לשומר פרה לכפילא או לא אוקי בהמה בחזקת מריה קמא ככל ספק במכירה. וע' במל"מ פט"ו מטו"נ ה"ט דמפרש דפליגי הרי"ף והרא"ש אי איכא חזקת מ"ק דוקא בקרקע או גם במטלטלין. ולכא"ו אינו מובן דמפורש לקמן ק. במחליף פרה בחמור אחרי שתמצו דמיירי באגם הקשו ונוקמא אחזקת מ"ק. הרי מפורש שגם במטלטלין

הוא בשעת מסירת הפקדון או סמוך לגניבה, דהראב"ד אזיל בשיטת רש"י שהנעשה כאומר הוא דוקא בתחילת ההפקדה ולכן אין צד שהבנים מקנים אלא רק שאולי האב מקנה גם אם שלמו לבניו לכן הספק הוא דוקא כשמת אחרי הגניבה. אבל ברש"י לשיטתו שואל המהרש"א כיון דס"ל שנעשה כאומר הוא רק בשעת מסירה איך מפרש שלמו לבנים במת ואח"כ נגנב הא הבנים לא הפקידו וליכא לגבייהו נעשה כאומר אלא מוכיח המהרש"א מזה כשיטתו, שנעשה כאומר הוא סמוך לגניבה לכן יש צד שגם הבנים מקנים סמוך לגניבה. אך רע"א בד"ה אולם מיישב דברי רש"י דלא תלוי דוקא בשעת מסירה אלא בזמן שמתחיל להיות שומר שלו ושעת מיתת האב הוא הזמן שנעשה השומר שומר של הבן וזמן זה נחשב כשעת מסירה וגם לרש"י אמרינן בזה נעשה כאומר. ומסתפק רע"א בשומר אבידה שאין מסירה ואין שום התעסקות של הבעלים עם השומר בתחילת השמירה אולי בזה לא אמרינן נעשה כאומר ולא יקנה כפל אפילו שילם ע"ש.

עכ"פ יוצא ב' פשטים בהא דפרש"י שילם לבנים במת ואח"כ נגנב א. לרשב"א שאם נגנב ואח"כ מת פשיטא שקנה השומר כפל. ב. לכ"מ דאם מת אחרי הגניבה פשיטא דליכא כפל כלל דאין אדם מוריש קנס לבניו.

שותפין ששאלו. הרי"ן בפרק שבועת הפקדון מביא בשם הירושלמי ששנים שלוו יכול המלוה לגבות את כל החוב מכ"א מהלווים ומקשה הרי"ן מהכא דמבואר ששותפין ששאלו עדיף משילם מחצה כיון ששילם את כל חלקו. ואי נימא דכ"א חייב בכולו א"כ לא שילם אלא חצי חלקו ודמי ממש לשילם מחצה. ותי' הרי"ן ב' תירוצים א. אע"ג דחייב כולו מ"מ חוזר וגובה מהשותף חצי לכן עדיף משילם מחצה דשילם את כל החלק שאין לו על מי לחזור. ב. אין כוונת הירושלמי שכ"א חייב

ולא ידוע איזה, יכול הכהן לדחות כ"א מהם אא"כ באו בהרשאה, וכאן לא מהני הרשאה דהוי קנס. וכתב בזה האו"ש דמבואר בב"ק קח: שאפילו כשלא קונה השומר את הכפל הוא בע"ד לתבוע את הגנב בשביל הבעלים וא"כ יכול השומר לתבוע ממ"נ או מפני שקנה הכפל או בשביל הבעלים וכלי הרשאה הוי ככתב הרשאה. אמנם לכאור' נראה שגם בל"ה לא קשיא קושיית הקונה"ס ולא דמי כלל לגמ' בבכורות דהתם אין שום דין ודברים בין שני האבות שנתנו הפדיון לכהן, אלא כ"א תובע את הכהן והכהן דוחה כ"א ואין צד לומר התם יחלוקו כיון שאין דו"ד בין האבות. משא"כ כאן דאיכא דו"ד בין הבעלים לשומר ויש ספק אם מכר פרה לכפילא או לא וליכא בזה חמ"ק כמו שנתבאר א"כ אמרינן יחלוקו על הבהמה לכפילא וממילא חולקים בכפל. ואם לא נימא הכי יקשה גם לרא"ש דפסק מכח חמ"ק דהבהמה בחזקת המוכר והוא מקבל הכפל ואיך מוציאים ממון מהגנב ע"י חזקת מ"ק הא מוחזק עדיף. אע"כ דחמ"ק מכריע דין הבהמה לכפילא וממילא משלם הגנב, א"כ ה"נ לרי"ף הדין יחלוקו מכריע של מי הבהמה וממילא חולקים בכפל. ושור"ר באבי עזרי פ"ח משאלה שכתב כן ליישב קושיית הקונה"ס ע"ש.

אכתי יש לעיין בדברי הרא"ש דס"ל שהכל למפקיד מכח חזקת מ"ק לכאורה איכא ודאי מכירה וספק תנאי שהרי המכירה הוא משעת מסירה או מסמוך לגניבה ובודאי הגיע הזמן של סמוך לגניבה אלא שהיה תנאי במכירה אם תשלמיני והספק הוא אם נתקיים התנאי. והיכא דאיכא ודאי מכירה וספק תנאי ע' בנתיבות בס' כ"ה בכללי תפיסה אות כ"ב דהיכא דאיכא ודאי מכירה וספק אם יש תנאי המבטלו או לא מוקמינן לקרקע בחזקת הלוקח דאין ספק תנאי מוציא מודאי מכירה. ודין זה מקורו משו"ת הרשב"א. אמנם הנתיבות כתב שם בשם המל"מ בפט"ו מטו"נ שדברי הרשב"א הם דוקא כשיש ספק בעיקר התנאי אבל כשיש

אזלינן בתר חמ"ק כשאין מוחזק. הקונה"ס בכלל א' אות ג' מבאר ששיטת הרי"ף והרמב"ם דרק בטענת ברי אזלינן בתר חמ"ק ולא בטענת שמא והכא כיון שנשאר בתיקו א"א להכריע והוי טענת שמא לכן חולקים. ובכלל ד' אות ה' מבאר הקונה"ס באופן אחר דיש ראשונים דס"ל שרק בספק במציאות אזלינן בתר חזקה אבל בספיקא דדינא לא מהני חזקה באיסורין ולא חמ"ק בממון, לכן כאן ס"ל דלא אזלינן בתר חמ"ק כיון דהוי ספיקא דדינא. האו"ש בפ"ח משאלה ה"ה מיישב שלשיטת הרמב"ם שאינו מוכר הגוף אלא רק פרה לכפילא לא שייך להעמיד בחזקת מ"ק שגם על הצד שמכר פרה לכפילא לא מכר גוף הפרה והפרה נשארת בחמ"ק. א"כ גם אם נאמר שזכה הקונה בפרה לכפילא אין זה מגרע חמ"ק של המוכר. ולכאורה אינו מובן אמנם אין אנו באים להוציא את גוף הפרה מחמ"ק מ"מ לענין אותו חלק הנקרא פרה לכפילא שלגבי זה יש ספק אם נמכר או לא למה ליכא חמ"ק. ואפילו אם היה אפשר למכור דשלב"ל והיה מוכר את הכפל שעתידי לקבל והיה ספק במכירה לכאורה נוקמא בחמ"ק א"כ למה פרה לכפילא גרע. ואדרבה לסברת האו"ש והכ"מ שהמוכר הוא התובע את הכפל והקונה מיניה קא זכי לכאורה זה סברא שיהיה יותר בחזקת המוכר. וצ"ל שכוונת האו"ש דכיון שחמ"ק אינו חזקה דמעיקרא אלא דין מוחזק [ע' קונה"ס כלל א' אות ה' ו'] לא שייך לומר שהמוכר הוא מוחזק על הפרה לכפילא כיון שעדיין לא הוחזק בשימוש זה. ולא דמי להקנאת דשלב"ל דהתם הקנין חל אח"כ ואז הדבר בחזקתו משא"כ כאן חל עכשיו קנין על שימוש שעדיין לא בא לעולם ולא הוחזק בפועל כבעלים על שימוש זה.

הקונה"ס מקשה עוד על הרי"ף אם ס"ל דלא שייך הכא להעמיד על חמ"ק אמאי חולקין נימא שיפטר הגנב לגמרי דלגבי כ"א נימא הממע"ה ודמי להא דאמרו בבכורות שנים שנתנו פדיון לכהן ואחד מהם מת בנו תוך ל'

הערות

המפקיד דף לד:

וציונים

רצא

ודאי תנאי והספק הוא אם קיים התנאי מודה הרשב"א דנשאר בחזקת מ"ק. אבל הקונטה"ס בכלל ז' אות י' חולק בזה על המל"מ וס"ל שגם בזה כיון שיש ודאי מכר בטל חזקת מ"ק. והכא יש לעיין אי הוי כספק התנה או כספק קיים התנאי דמצד אחד יש כאן ודאי תנאי וספק אם ע"י שילם לבנים או לבעל וכו' איכא קיום התנאי או לא, אך מאידך יתכן שהספק הוא כמה כלול בתנאי דהיינו כשמתנה אם תשלמיני אם התנאי הוא דוקא שישלם לו או שגם תשלום לבניו מהני א"כ כשמשלם לבנים יש להסתפק אם היה תנאי שישלם לו דוקא או שהתנאי כולל תשלום לבנים ולא דמי להיכא דידוע מה כלול בתנאי ויש ספק אם נתקיים או לא. ואי נימא דהוי כספק תנאי יהיה ראייה שהרא"ש חולק על הרשב"א ולקונה"ס גם אם לא נימא כן מוכח שהרא"ש חולק. [אמנם אין בזה ליישב את הרי"ף דלסברת הרשב"א יהיה הכפל כולו לשומר והרי"ף פסק שחולקים].

משיביעין אותו שבועה שאינה

ברשותו. ברמב"ם בפ"ו משאלה ה"א מפורש ששבועה זו אינה שבועה דאורייתא אלא תקנ"ח והטעם דליכא בזה שבועה דאורייתא הוא שרק כשאין השומר משלם איכא כפירת ממון וזה מחייב שבועה. אבל כשמשלם ליכא כפירת ממון לכן אין סיבה לחיוב שבועה אלא שתקנ"ח שישבע שמא עיניו נתן בה. הקצה"ח בס' ע"ג סק"ב מוכיח מתוס' לעיל ב' שהתובע מחברו חפץ וחברו כופר החפץ ומודה בדמיו או שהתובע תובע חפץ והוא מודה שחייב בדמי החפץ כגון שטוען מכרת לי ועדיין לא שילמתי והמוכר כופר גם זה נחשב כפירת ממון והיכא דמודה במקצת או שיש ע"א חייב שבועה דאורייתא [ע' לעיל דף ב' שכתבנו בס"ד שלכאורה הראיה מתוס' שם אינה מוכרחת]. ומקשה הקצות א"כ למה שבועה דר"ה אינה אלא מדרבנן הא איכא כפירת חפץ בעין שדינו ככפירת ממון אף שמשלם דמיו. וכתב הקצות שבמקום שתובע חפץ שנמצא

בעין אפשר לחייב שבועה ואם לא ירצה לישבע יוציאו ממנו החפץ אבל הכא שהחפץ לא נמצא בפנינו והשומר טוען שנאנס אם יאמר שאינו רוצה לישבע א"א לקחת חפץ אלא רק נחתינן לנכסי לגבות דמי החפץ א"כ כשמשלם מעצמו דמי החפץ לא ירויחו כלום מהשבועה שגם אם לא ישבע א"א יותר מלגבות דמים. אמנם עיקר הדבר שנקט הרמב"ם ששבועת ר"ה הוא תקנ"ח אינו מוסכם. ע' בריטב"א [הישן] שמביא שי"א דהוי שבועה דאורייתא והתומים בס' ע"ב סקמ"ו מביא שכן מבואר בבעה"ת. ומדבריהם מוכח דס"ל כהקצות דכפירת חפץ בעין נחשב כפירת ממון אף שמשלם דמיו.

עוד כתב הרמב"ם שם שבדבר שמצוי

בשוק ומחירו קצוב ליכא חשש שמא עיניו נתן בה והמ"מ כתב שדבר זה לא מבואר בגמ' אך נראה נכון מסברא דלמה נחשוד שמא עיניו נתן בה הואיל ומצוי בשוק. והגאון בס' ע"ב סקע"ד כתב שהמקור מלעיל כט: תפילין בי בר חבו שכיחי. ויש לעיין בהא דהוכיח הקצות דהיכא דתובע חפץ בעין כגון שתובע שמכר לו חפץ ומודה שחייב דמיו ויש ע"א דחייב המוכר שבועה דאורייתא שגם כפירת חפץ נחשב כפירת ממון אם גם בזה נימא שאם החפץ מצוי בשוק ליכא חשש ויפטר משבועה. ולכאורה נראה דדברי הרמב"ם הם רק בשומר דליכא טענת ברי ובלי טענה לא חיישינן א"כ הדבר אינו מצוי בשוק. אבל במודה במקצת שיש טענת ברי וכן בשבועת ע"א דע"א מעיד שמחזיק חפץ שאינו שלו ונחשב כפירת ממון אף שמודה בדמיו כמו שהוכיח הקצות בזה אין לחלק בין מצוי בשוק לאינו מצוי בשוק. וא"כ נראה דלא קשה כלל מה שהקשה הקצות אמאי שבועת ר"ה אינה אלא מדרבנן הרי כפירת חפץ הוי כפירת ממון, דאף שזה נחשב כפירת ממון מ"מ מן התורה ליכא חשש משקר כשמשלם דמים. והא דאיכא שבועה דאורייתא כשמודה בדמים הוא רק במקום דאיכא ע"א או טענת ברי אבל בטענת שמא ליכא חשש משקר א"כ

תוד"ה שמא. בביאור שיטת רש"י ע' בראשונים שכתבו שאינו חשש משקר אלא חשש שטועה בשומא ויצא לעז שנשבע לשקר.

דף לה.

שיש עדים שנשרפה. הטור בס' רצ"ד כתב בשם הרמ"ה שאם הופקד אצלו טלית וטוען שנשרף באונס ומביא עדים שראו שטלית נשרף אבל אינם יודעים אם זה הטלית של המפקיד או טלית אחר סגי בעדות זו לפטור את השומר משבועת השומרים. והקשה הב"ח א"כ מה הקשו הכא אי איכא עדים שנשרפה מהיכא מייתי לה, הא משכחת לה דאיכא עדים שנשרף טלית וסגי בזה לפטור את השומר משבועה ואח"כ יוציא את הטלית ויאמר שמה שראו העדים לא היה של המפקיד. וכתב בזה הקצה"ח בס' רצ"ד סק"ה דדברי הרמ"ה נאמרו רק לענין שבועת התורה שבאופן זה שיש עדים אפילו על טלית סתם לא חייבה תורה שבועה. אבל לענין מה שרבנן חייבו שבועה משום חשש שמא עיניו נתן בה אינו נפטר אא"כ יש עדות ברורה. ותקנ"ח היתה דוקא באופן שמשלם. ויצא דין מחודש דהיכא דאיכא עדות כזו אם השומר אינו משלם הוא פטור משבועה ואם עושה לפניו משורת הדין ומשלם מחייבין אותו שבועה דע"י שמשלם נולד חשש שמא עיניו נתן בה. והפשטות בודאי אינו כן אלא דר"ה מחדש שאע"פ שמשלם עדיין יש חשש וצריך שבועה וכ"ש היכא דלא משלם וא"כ אפילו באופן דליכא שבועת התורה יהיה עכ"פ שבועה דרבנן דר"ה. ועוד דסברת הרמ"ה מבואר בטור ובשו"ע שא"א לחייב שבועה אף שהעדים אינם יודעים שהטלית שנשרפה היא של המפקיד דאילו לא היה נשרף אלא הטלית נמצא בעין והשומר אומר שזה טליתו של המפקיד והמפקיד אומר שאין זה טליתו ותובע טלית אחר בודאי מספק אין השומר חייב יותר מאותו טלית והממע"ה א"כ ה"ה כשנשרף

יש רווח ממון ולא כשיש רווח של חפץ בעין וחשש שמא עיניו נתן בה אינה אלא חשש דרבנן.

דהיינו שמה ששבועת ר"ה הוא דרבנן יש לפרש בב' אופנים א. דאין זה כפירת ממון כיון שמשלם דמיו. וע"ז מקשה הקצות דמוכח דכפירת חפץ הוי כפירת ממון ולכן הוצרך ליישב כנ"ל דליכא תועלת להשביעו כיון שא"א לחייבו יותר מלשלם דמים. ב. אע"ג דאיכא כפירת ממון ליכא חשש משקר כשאין מרויח אלא החפץ ורק בטענת ברי יש שבועה דאורייתא בכפירת חפץ. ומה דחיישינן גם בטענת שמא שעיניו נתן בה אינו אלא חשש דרבנן. וכן נראה מלשון הגמ' שר"ה אמר הטעם שמא עיניו נתן בה. ומשמע שזה הטעם לתקנת השבועה. ולדעת הקצות חשש זה הוא דאורייתא אלא מטעם אחר השבועה הוא דרבנן אבל למש"כ זהו הטעם לתקנ"ח דחששו שמא עיניו נתן בה ומן התורה לא חיישינן לזה אא"כ יש טענת ברי. ובמקום שיש טענת ברי איכא חשש אפילו בדבר המצוי בשוק. ומה שרבנן הוסיפו לחשוש גם בטענת שמא הוא רק בדבר שאינו מצוי בשוק. ומה שקשה על הרמב"ם מה הקשו ממשכון אולי מיירי בדבר המצוי בשוק ואז ליכא שבועת ר"ה עיין ברש"ש.

הרא"ש כתב דשבועת ר"ה מעכב בהקנאת הכפל ואם ש"ח טוען נגנבה ואמר הריני משלם אינו קונה הכפל עד שישבע שאינה ברשותו. אך הש"ך בס' רצ"ה סק"ג כתב שדעת הפוסקים אינו כן.

סלע הלוייתך עליו וכו'. מבואר בסיפא דרישא שהמלוה תובע את הלוה והלוה מודה במקצת וחייב הלוה שבועה דאורייתא. ע' בר"ן בשבועות מג: שמאריך בקושית הרמב"ן דאין הודאת המקצת שמודה הלוה הודאה המחייבת שכ"ז שהמלוה אינו מחזיר את המשכון ואינו מוכיח שאינו ברשותו אין הלוה חייב לפרוע.

הערות

המפקיד דף לה.

וציונים

רצג

טלית נאמן השומר לומר שזהו טליתו של המפקיד, וסברא זו קיימת גם לגבי שבועת ר"ה דאם המפקיד תובע טלית מסוים והנפקד מכחיש ומודה בטלית אחר וכי נחייבו שבועה כיון שרוצה לתת טלית אחר שמא עיניו נתן בטליתו של חברו, א"כ גם בנשרף ורוצה לשלם נפטור מה"ט וצ"ע.

רישא דסיפא תיובתא לר"ה שאם

איתא לדר"ה ישבע המלוה שאינה ברשותו וע"י גלגול ישבע נמי כמה היתה שוה. רע"א מקשה אמאי לא יפטר משבועת הגלגול ויהיה נאמן בלי שבועה לומר כמה היה שוה במגו דלהד"ס. ובשלמא לגבי טענת אינה ברשותו א"א להאמינו במגו דלהד"ס דהוי מגו דהעזה דלא מהני לאפטורי משבועה אבל על טענת כמה היה שוה יש מגו דלהד"ס דהוי כופר הכל במגו דכופר הכל ובשני הטענות הללו מכיר בשקרו וליכא העזה בזה יותר מבזה. וכתב רע"א לחדש דלא מהני מגו לפטור משבועת הגלגול כשאין לו מגו לפטור מעיקר השבועה. והטעם שבגלגול תמיד אין סיבה לחייב שבועה בטענת הגלגול אלא מגלגלין עליו משבועת העיקר, א"כ גם כשיש מגו שהוא דבר הפוטר אכתי כיון שנשבע שבועה על העיקר נשאר דין גלגול. וכדברי רע"א כתב גם השעה"מ בס' צ"ד סק"ב לענין עד המסייע דיש ראשונים דס"ל לעיל דף ב: שכשם שע"א נאמן לחייב שבועה כך נאמן לפטור משבועה. ומסתפק השעה"מ אם מהני עד המסייע לפטור משבועת הגלגול כשאין עד המסייע על עיקר השבועה. והצד שלא יועיל הוא משום דאף שהעד פוטר משבועת הגלגול מ"מ כיון שנשאר מחויב בעיקר השבועה עדיין אפשר לגלגל מכח השבועה שנשבע על העיקר. [הקצוה"ח בס' פ"ז סק"י מסתפק במי שנתחייב שבועה והתובע מגלגל שבועה על תביעת קרקע ויש לנתבע עד המסייע לפטור משבועת הגלגול על הקרקע דשמא כשם שאינו מחייב שבועה על קרקע כך אינו פוטר משבועה על קרקע. ומבואר דמגלגול של מטלטלין פשוט

לקצות דמהני עד המסייע לפטור אף שנשבע שבועת העיקר]. עיין מה שכתבנו בספק זה של שעה"מ לקמן ל"ה: בקטע המתחיל הרא"ש בריש פ"ק.

ונראה דצדדי הספק בזה תלוי בגדר הדין דמהני מגו לאפטורי משבועה דיש לפרשו בב' אופנים. א. דמגו פוטר מחיוב השבועה. ב. דהמגו מהני במקום השבועה והוי כאילו נשבע, דאם המגו פוטר מחיוב השבועה מסתבר דלא שייך לפטור משבועת הגלגול דאף שפטור אכתי יכול לגלגל. אבל אי הוי כנשבע א"כ א"א לגלגל. וע' בקו"ש ח"ב ס' ו' שדן בשאלה זו בגדר מגו לפטור משבועה ומוכיח מהר"ן בשבועות שאין המגו נחשב כנשבע אלא שפוטר מהשבועה. ולענין עד המסייע ע' בכתב וחותם לרע"א בס' ג' שדן בזה לענין אי הוי כנשבע או שפוטר מן השבועה. ונראה שבוזה תלוי ספקו של השעה"מ. וע' בפ"ק דף ב: שכתבנו שלכאורה נחלקו בגדר עד המסייע הש"ך והקצות ושיש לחלק בזה בין גדר הפטור של מגו לפטור של עד המסייע.

תהא במאמינו. מבואר בגמ' שאם מאמינו ואינו משביע את עיקר השבועה אינו יכול לגלגל. ודין זה צ"ב דזה ניחא אם הדין גלגול הוא דאגב שנשבע שבועת העיקר נשבע גם שבועת הגלגול א"כ באופן שבפועל אינו נשבע על העיקר אינו יכול לגלגל. אך יש להוכיח שגדר גלגול שבועה אינו רק דאגב שבועת העיקר נשבע על שאר טענות אלא דכיון שמחויב שבועה על העיקר חל חיוב שבועה על שאר הטענות וגם אם אינו משביע שבועת העיקר יכול להשביע שבועת הגלגול. וב' ראיות יש לזה א. דהרשב"א והג"י כאן מביאים בשם הירושלמי דמי שנתחייב שבועה ורצה לישבע וראה שהתובע רוצה לגלגל עוד טענות ואמר שרוצה לשלם כדי שלא יגלגל עליו אינו נפטור בזה מהגלגולים אא"כ משלם על כל הטענות. ודין זה נפסק בשו"ע ס' צ"ד סע' ג'.

אבל אכתי אהני המגו שלא יהיה בגדר חיוב שבועה [ונ"מ שבאופן זה לא יהיה מתוך]. ולפ"ז א"ש הא דא"א לגלגל הכא במאמינו דהכא איכא מגו על טענת הגלגול והמגו פוטר מהחיוב שבועה שנעשה ע"י דין גלגול. אלא שאעפ"כ מחדש רע"א דיכול להשביעו אגב שבועת העיקר אך זה כבר אינו בגדר חיוב שבועה ולכן פשוט שאם מאמינו ובפועל אינו משביעו א"א לגלגל דהחיוב ירד ע"י המגו ונשאר רק הדין אגב וזה שייך רק אם בפועל משביעו את העיקר ולא במאמינו. וע' בתוס' צז. ד"ה ביום שגם כתבו שאם מאמינו על העיקר אינו יכול לגלגל וגם שם מיירי באופן שיש מגו על טענת הגלגול כמבואר ברע"א שם צח. ע"ש ודו"ק.

ונהמניה לזה למלוה נמי לענין כמה היה שוה. אינו מובן דכיון שטוען הלוה טענת ברי בודאי לא יאמין בזה למלוה. ועיין מש"כ בזה הרש"ש והפנ"י.

כל לא ידענא פשיעותא היא. הנ"י בב"ק בסוגיא דאשו משום חציו כתב על הגמ' שם בדף כו: היתה אבן מונחת בחיקו ושכח וקם ונפל האבן והזיק דפטור מד' דברים ואין זה נחשב פשיעה, ומבאר הנ"י דבשעה שהניח האבן בחיקו ליכא פשיעה דהאבן הוא שמור ולא היה לו לחשוש שמא ישכח. והשכחה עצמה ג"כ אינו פשיעה כמבואר בשבועות כו. לגבי הנשבע לשקר מחמת שכח מה שהיה דנחשב אונס ופטור משבועת שקר. ולומד הנ"י מזה למי שלא התפלל מפני שהיה סבור שעוד היום גדול והתעסק בעסק אחר ואח"כ שכח להתפלל דיכול להתפלל תשלומין דנחשב אונס ולא פושע. ויש לעיין מאי שנא שומר שהניח פקדון במקום המשתמר ואח"כ שכח מקומו דנחשב פושע מהמניה אבן בחיקו ושכח וקם דנחשב אונס. ואם החילוק הוא דבשעת הנחת האבן בחיקו לא היה צריך לחשוש שאח"כ ישכח שאין הדרך לשכוח דבר שמונח בחיקו,

ומוכח דאיכא דין גלגול אף שלא נשבע כלל את עיקר השבועה. ראייה זו מביא הקה"י לעיל ס' ד' אות ד' ע"ש. ב. שיטת הרמב"ן לקמן צח. שגם אם טוען על עיקר השבועה איני יודע שדינו מתוך שאינו יכול לישבע משלם אפשר לגלגל. כן מוכיח התומים בס' צ"ד סק"ז מדברי הרמב"ן וזה דלא כדברי הטור בס' צ"ד בשם הרא"ש שבכה"ג א"א לגלגל כיון שאינו נשבע על העיקר. ומדברי הרמב"ן מוכח דאף שלא נשבע על העיקר יש דין גלגול דגלגול הוא על חיוב השבועה דאגב שמחויב שבועה על העיקר חל חיוב שבועה על שאר טענות וגם אם אינו משביע על העיקר אכתי מחויב שבועה על שאר הטענות. וא"כ צריך להבין מה בכך דמאמינו על עיקר הטענה מ"מ כיון שחל שבועה אף שאינו תובע חיוב זה למה לא יוכל להשביע על הגלגול. ואף שיש ליישב דמיירי שמחל על שבועת העיקר לפני שגלגל ובאופן זה אינו יכול לגלגל כמבואר בס' צ"ד שאם שילם לפני שהתובע גלגל אינו יכול אח"כ לגלגל מ"מ לקושטא דמלתא נר' כמו שכתבנו בסמוך ע"פ דברי רע"א שכאן אינו יכול לגלגל אא"כ נשבע בפועל על העיקר.

ונראה ע"פ מה שכתבנו בס"ד בפרק השואל צז. שגם לרמב"ן שגלגול הוא חיוב שבועה יש גם דין גלגול הפשוט דאגב שנשבע על העיקר נשבע על השאר. ובזה מבואר דברי הרמב"ן שם שכתב שעל שבועת הגלגול יש דין מתוך שאינו יכול לישבע משלם אבל דוקא בגלגול שבא ע"י טענת ברי ולא בטענת שמא. ואינו מובן הא יש דין גלגול גם בשמא א"כ למה לענין מתוך יהיה נ"מ בין גלגול של שמא לגלגול של ברי. אלא דדין מתוך הוא דוקא כשיש חיוב שבועה וכשיש טענת ברי יש חיוב שבועה גם על הגלגול אבל בשמא ליכא חיוב שבועה ואז הגדר הוא שנשבע אגב שבועת העיקר. וכתבנו שם שמש"כ רע"א דלא מהני מגו לפטור משבועת הגלגול הוא רק מפני שנשאר הסברה שאגב שנשבע ע"ז נשבע ע"ז,

הערות

המפקיד דף לה.

וציונים

רצה

משא"כ בפקדון היה לו לחשוש שישכח א"כ הוא פושע בזה שאינו עשה סימן שיוכל לברר אח"כ היכן הטמין הפקדון, א"כ איך למד הנ"י מהניח אבן לתפילה הא שם ג"כ הוא פושע בזה שלא חשש מלכתחילה שישכח אח"כ, אע"כ דאין הדרך לשכוח ואין זה פשיעה ולמה לגבי שומר כן נחשב פשיעה. ולכאורה צ"ל דשומר שאני כיון שקיבל שמירה מוטל עליו לחשוש שמא ישכח. אך אינו מובן דגם לענין תפילת מנחה מחויב כל אדם לשמור עצמו שלא יבא לידי שכחה.

ועוד שאם נפרש כן יהיה מדברי הנ"י סתירה לדברי הנתיבות בס' רצ"א סק"ד שכתב דהא דאמרו הכא לא ידענא פשיעותא היא אין זה ככל פשיעה שאין בו משום אדם המזיק ורק מפני שקיבל שמירה חייב בפשיעה והיכא דליכא חיובי שמירה כגון שבעליו עמו פטור אפילו מפשיעה [ואפילו לרמב"ם שפשיעה נחשב כמזיק היינו דוקא מפני שהוא שומר לכן הפשיעה נחשב לגביו כמזיק אבל מי שאינו שומר אין הפשיעה מחייבו כיון שלא מוטל עליו לשמור]. אבל הכא אפילו בבעליו עמו יהיה חייב ואפילו אם לא היה שומר כלל אם לקח ממון חברו כדי לשומרו ולא זוכר איפה הניחו דינו כאדם המזיק. וצ"ע מ"ש מהניח אבן בחיקו שלא נחשב פשיעה לא בשעת הנחה ולא בשעת שיכחה ומ"ש ממי שלא התפלל ואח"כ שכח דנחשב אנוס ולמה כאן נחשב כפושע ודינו כמזיק אפילו כשאין לו דין שומר. [המג"א בס' תמ"ג סק"ה כתב דשומר על חמץ שהיה עליו למוכרו כדי שלא יאסר ולא מכר פושע בשמירה וחייב לשלם. וכתב המ"ב שם בשעה"צ סק"ד בשם נהר שלום שאם שכח למכור הוא אנוס ופטור ומדמה להא דס' ק"ח לגבי שכח להתפלל הרי שמדמה שומר לתפילה]. מלשונו של הנתיבות נראה שהפשיעה אינה השכחה אלא מה שמטמין ממון חברו במקום שיש חשש שלא ימצאנו. ולפ"ז נוחא דברי נהר שלום דהתם ליכא

מעשה. ושו"ר שהמג"א בס' תקכ"ז סק"ו עמד בזה ומחלק בין שכחה מחמת עצלות לשכחה שלא מחמת עצלות ע"ש.

הכא אמריה ל"ב ד. מבואר דלולא זה היה קונה הכיפי וזוכה בשבח יוקרא. והקשו התוס' דלכאורה יוקרא הוי שבח בגופה דלא קונה השומר. וכמה דרכים נאמרו בזה א. התוס' כתבו דנחשב כשבח דעלמא כיון שאינו ניכר בגוף הבהמה. ב. לשון הרא"ש הוא דהוי שבחה דמעלמא מפני שתלוי בשער השוק ואינו יוצא מגוף החפץ. ג. בשיטמ"ק בשם הרא"ש כתב עוד דלעולם הוי כשבח מגופה וקאי הכא כל"ב דמקנה סמוך לגניבה וללשון זה לא מחלקים בין שבח דגופה לשבח מעלמא. ד. הובא לעיל דברי הריטב"א בשיטמ"ק לד. ד"ה מסתברא דאף דיוקרא הוי שבח בגופה אינו תלוי בדוקא במגופה או מעלמא אלא תלוי אם זה שבח שבודאי יבא כגזוזת וולדות או שזה שבח שזמנין דלא אתו ככפל. ולגבי זה יוקרא דמי לכפל דזמנין דלא אתי. ה. הריטב"א [הישן] כתב שמה שחלקו לעיל בין שבח מגופה למעלמא הוא רק לגבי שבח שבא לעולם לפני ששילם השומר אבל מזמן התשלום זוכה גם בשבח דמגופה. והובאו דבריו בנתיבות ס' רצ"ה סק"א ע"ש.

שומא בטעות הוי. שיטת רש"י דהא דחשיב שומא בטעות הוא דוקא כשהוברר שהנזמים היו ברשותו בשעה ששילם ומעולם לא נאבדו. אבל אם נאבדו ואחרי ששילם נמצאו אין זה שומא בטעות ובאופן זה צריך להגיע להלכה של שומא הדרא והיכא דזבנא או אורתא לא חוזר. משא"כ היכא דהוי שומא בטעות גם בזבנא ואורתא חוזר כמבואר ברשב"א. והרמב"ן חולק וס"ל שאפילו אם באמת נאבד כל שנמצא וחזר הפקדון בעין לבעליו נחשב שומא בטעות וחוזר בלי הלכה של שומא הדרא ואפילו זבנא ואורתא. וצריך

להבין סברת רש"י הא גם כשנמצא ברשותו אם אינו יודע היכן הוא הרי הוא חייב מדינא לשלם אף שידוע שהפקדון ברשותו א"כ למה כשנמצא זה סיבה שיחשב שומא בטעות יותר מאשר אם נאבד ואח"כ נמצא. אך מאידך גם לרמב"ן צ"ב למה זה נחשב שומא בטעות הא לא היה טעות ובאמת היה חייב בין בנאבד בין כשנמצא ברשותו ולא נודע מקומו, וכשנמצא לא נתברר ששילם בטעות. וצ"ל שאין הכוונה שומא בטעות דהוברר שגבו בטעות אלא זה אומדנא שהגבייה נעשה רק על דעת כן שאם ימצא הפקדון בעין יחזור הפקדון לבעליו ויתבטל הגבייה. ובזה פליגי רש"י והרמב"ן דרש"י ס"ל שרק אם נמצא ברשותו ואינו אבוד בזה בודאי האומדנא שהפרעון הוא רק על הצד שלא ימצא והרמב"ן ס"ל שגם בנאבד איכא אומדנא שהתשלום הוא ע"ד שלא ימצא הפקדון בעין.

הש"ך בס' רצ"ה סק"ו כתב דמבואר כאן דלולא דאטרחיה לב"ד היה קונה כפל ויוקרא אע"פ שהשומא היתה בטעות. דהיינו שמסברא היה מקום לומר שבאופן זה אינו קונה כיון שהוברר שהתשלום היה בטעות אלא שבגמ' מבואר שגם בכה"ג קונה הכפל. אבל למה שנתבאר י"ל שאם היה הנתינה בטעות ממש לא יקנה הכפל והכא שאני שהתשלום היה ע"פ דין אלא שיש אומדנא שזוכה רק על הצד שאינו עתיד לקבל חזרה את הפקדון ובאופן זה קונה הכפל אף שבסוף נתבטלה השומא.

שומא הדרא. הרא"ש והר"ן בכתובות צא: מביאים מחלוקת הראשונים אם שומא הדרא דוקא ללוה בעצמו או שגם אם הבע"ח גבה מלוקח שומא הדרא ללוקח. שיטת ר' יונה שמוכא ברא"ש שם שלא הדרא ללוקח כיון שהוא נכנס לשיעבודו של חברו. ושיטת הרמב"ם בפכ"ב ממלוה הט"ז שחוזר גם ללוקח. והובא מחלוקת בזה בס' ק"ג סע' ט'. הר"ן בכתובות בד"ה ההוא גברא כתב

שלכאורה יש להוכיח מכאן דשומא לא הדרא ללוקח דמבואר ששמו מאשה וניסת לא חוזר לבעל כיון דהוי כלוקח מבואר דליכא הלכה דשומא הדרא אצל לוקח. וכתב הר"ן שיש לדחות דשאני הכא שהגבייה היתה מהאשה ואח"כ נעשה הבעל לוקח בזה אין שומא הדרא. אבל היכא שקנה ואח"כ גבו מהלוקח אמרינן שומא הדרא גם ללוקח. רע"א בס' ק"ג סע' ט' כתב דמכאן יש להוכיח איפכא דמדנקט שמו מינה ואח"כ ניסת משמע שאם ניסת ואח"כ גבו מהבעל יהיה דין שומא הדרא אע"ג דבעל לוקח ומוכח דשומא הדרא ללוקח. ומביא שהרמב"ן בב"ב מביא ראיה זו ע"ש.

הקצה"ח בס' ק"ט סק"א נקט שגם החולקים וסוברים ששומא לא הדרא ללוקח מודים שאם מת הלוה וגבו מהיורשים בודאי שומא הדרא ליורשים. אבל רע"א בס' ק"ג סע' ט' כתב בשם הגידולי תרומה שמדייק מלשון המ"מ דס"ל שכשם שנחלקו הראשונים לגבי לוקח כן נחלקו גבי יורש. ולכאורה לגבי יורש יש להוכיח מכאן דשומא הדרא דמבואר בשמו מינה וניסת שלא הדרא לבעל משום דהוי כלוקח ומבואר דאם היה כיוורש היה שומא הדרא. והדברים ק"ו אם שמו מיניה דלוה ואח"כ מת שומא הדרא ליורש כ"ש במת ושמו מהיורש שחוזר ליורש. וע' בשיטמ"ק בסוד"ה וז"ל הריטב"א שכתב דשמעינן מהכא דשומא הדרא ליורש. וגם הגאון בס' ק"ג סקכ"ג מביא ראיה זו. אמנם עיין בשיטמ"ק שהרשב"א מפרש דהא דהיה חוזר אילו הבעל היה יורש מיירי כשלא מתה האשה והיה חוזר לאשה דכל זכותו של הבעל מדין יורש הוא אחר מיתת האשה. וכתב ע"ז השיטה בשם הר"ן שלפ"ז ליכא ראיה מכאן ששומא הדרא ליורש.

בגדר הדין דשומא הדרא נחלקו הראשונים אם צריך קנין לקנות חזרה מהמלוה או לא. בשיטה בשם הריטב"א מבואר שאם המלוה קטן לא הדרא שומא עד שיגדל וידע לאקנויי

הערות

המפקיד דף לה.

וציונים

רצו

דהיינו דס"ל שצריך קנין וכ"כ הכ"מ בפכ"ב ממלוה הט"ז בשם הרמב"ן והקצות בס' ק"ג סק"ה בשם הרשב"א. אך הכ"מ מביא שהראשונים מדייקים בלשון הרמב"ם דס"ל שלא צריך קנין. ולכאור' הפשט ברמב"ם שהישר וטוב הוא שזכיינו תהיה בתנאי שלא ישלם הלוח ואם ישלם יתבטל קנינו של המלוה.

שמו לה לאשה. נחלקו הראשונים אם דינים אלו דשמו לה ואינסיבא ושמו מינה ואינסיבא מיירי דוקא במתה או גם בלי מתה. המחבר בס' ק"ג סע' י' פסק דלא בעינן מתה והרמ"א כתב די"א דוקא מתה. [ע' ש"ך סוף ס"ק י"ט שהסוברים שדין זה הוא גם בלא מתה לא גרסו בגמ' ומתה]. וענין זה תלוי במה שנחלקו הראשונים בגדר התקנה שתקנו באושא. דנחלקו הרא"ש והרמב"ם אם גם בחיי האשה הבעל מבטל מכירת הגוף או רק אחר מיתת האשה הבעל מוציא מהלוקח. והובא מחלוקת זו באבה"ע ס' צ' סע' ט'. לרמב"ם דס"ל שמכירת הגוף אינה בטילה בחיה מוכח דס"ל שאינו לוקח מחיים ורק אחר מיתת נתנו לו דין לוקח שלא יהיה דינו כשאר יורשים שביד המוריש לבטל את הירושה ע"י שמוכר לאחר בחיו ובבעל תקנו שיהיה דינו כלוקח דהיינו שיש לו זכות לקבל את נכסיה לאחר מיתה ואינה יכולה להפקיע זכותו ע"י מכירה. [ע' אב"מ ס' צ' סק"ב בשם השיטמ"ק וכתב שכן הוא שיטת הרמב"ם]. ולפ"ז אין הבעל נחשב לוקח על הגוף בחיי האשה כלל. ובדעת הרא"ש דס"ל שגם בחיי האשה הבעל מוציא הגוף מהלוקח כתב הקצה"ח בס' ק"ג סק"ט דיש לבאר בב' אופנים. שיטת רש"י בב"ק פח: דאף שאינו בעלים על הגוף עד מיתת האשה מ"מ תקנו שקנין פירות דבעל יהיה כקנין הגוף, אף דבעלמא קנין פירות לאו כקנין הגוף, וקנין הפירות של הבעל מונע את מכירת האשה מלחול. ושיטת התוס' בכתובות דף נ: שאפילו אם הבעל הסתלק מאכילת פירות מ"מ הוא מוציא מהלוקח ומוכח דלא ס"ל כרש"י

שהחשיבו את הקנין פירות כקנין הגוף שהרי גם באופן שאין לבעל פירות הוא מבטל את מכירתה. אלא ס"ל שתקנו שעל הצד שתמות האשה בסוף הוכרר למפרע שגם מחיים הבעל היה לוקח על הגוף ולכן מבטל את המכירה גם בחיי האשה. דהיינו שיש ג' שיטות בגדר תקנת אושא. ובמחלוקת זו תלוי מחלוקת הראשונים בסוגין אם מיירי דוקא במתה או גם בלי מתה כמבואר בקצות הנ"ל. שלשיטת הרמב"ם שאין הבעל מבטל המקח בחיי האשה ע"כ דמחיים אין לו דין לוקח א"כ מה דלא מהדר ולא מהדרין ליה הוא דוקא במתה. וכן לשיטת הרא"ש שהבעל מבטל המקח בחיי האשה אם הטעם הוא משום שתקנו שקנין הפירות יחשב כקנין הגוף אבל בגוף עצמו אינו כלוקח עד אחר מיתה א"כ מתה דוקא. אבל לסוברים שמה שהבעל מבטל המקח בחיי האשה הוא מפני שנחשב לוקח על הגוף למפרע א"כ גם אם לא מתה לא מהדר ולא מהדרין ליה.

הש"ך בס' ק"ג סק"ט כתב לחלק בין שמו מינה שבזה מתה דוקא לשמו לה שבזה מיירי בלי מתה כדמשמע לשון הגמ' שרק בשמו מינה נזכר בגמ' מתה. והטעם דבשמו מינה אם לא מתה אף אם דינו כלוקח מחיים במקום דאית ליה פסידא אינו כלוקח [ע' בסמוך שהש"ך חולק בזה על התוס'] ולכן מהדרין לה ודוקא במתה לא מהדרין ליה. אבל ברישא מיירי בלי מתה [ובמתה גם אם הוא כיוורש לא מהני דזבנא ואורתא לא הדרא כתוס' ולא כרא"ש] ולא הדרא כיון שהוא כלוקח מחיים. גם הקצות שם סק"ט כתב דרישא מיירי בלא מתה וסיפא במתה, אך מטעם אחר דלעולם הבעל אינו נחשב כלוקח על הגוף מחיים ולכן בשמו מינה אם לא מתה שומא הדרא לאשה ודוקא במתה לא הדרא כיון שזכה הבעל. אבל בשמו לה גם בחיה לא הדרא דאף שאין הגוף של הבעל מחיים מ"מ כיון שכמה ראשונים ס"ל ששומא הדרא הוא ע"י הקנאת המלוה כאן אין האשה יכולה להקנות

רחצ הערות המפקיד דף לה. – לה: וציונים

כיון שקנין הפירות של הבעל מונע מהאשה להקנות הגוף שבתקנת אושא כלול שקנין פירות דבעל כקנין הגוף.

עוד מקשה שם הקצות לסוברים דהא דבעל מוציא מהלוקח הוא משום שתקנו שקנין פירות דבעל יחשב כקנין הגוף א"כ מנין שהבעל נחשב כלוקח אולי זוכה אחרי מיתה בגוף ככל יורש ומה שמוציא מהלקוחות הוא רק משום דקנין פירות ידיה כקנין הגוף ובגמ' מבואר כאן ובעוד מקומות דזכותו עכ"פ לאחר מיתה הוא מדין לוקח ע"ש מש"כ בזה.

תוד"ה לוקח הוי. שיטת התוס' דאורתא לא מהדר הוא כפשוטו שגם יורש נחשב נחית אדעתא דארעא אף דירושה הוי ממילא כיון שדינו לקבל קרקע ורק בע"ח שאין דינו לקבל קרקע וגבה קרקע רק מפני שלא היו מעות נחשב לא נחית אדעתא דארעא. וא"כ גם אם היה יורש לא היה מהדר. ומה שאמרו שלא מהדר בגלל תקנת אושא קאי על שמו מינה דלא מהדרינן ליה. ומוכח מדברי התוס' דס"ל שגם שמו לה מה שבעל לא מהדר הוא דוקא אחרי מיתת האשה ובזה גם בלי אושא לא מהני ככל יורש. אבל לסוברים שגם מחיים לא מהדר מפני שנחשב כלוקח על הגוף מחיים א"כ בודאי צריך גם בזה להגיע לתקנת אושא דדין יורש מקבל רק אחר מיתה. הרא"ש חולק על תוס' וס"ל שירושה דממילא לא הוי כזבנא ויש בו דין שומא הדרא ואורתא היינו שהוריש בחי לאחד מיורשיו. ולכן גם בשמו לה מה שלא מהדר הוא בגלל שדינו כלוקח אבל אם היה כיוורש היה מהדר.

מה שכתבו התוס' דלא מהדרינן ליה מפני שהוא כלוקח אע"ג דמבואר בב"ב דטבא ליה עבדו ליה היינו דוקא במקום דליכא פסידא לאחריניה. אבל הכא שמפסיד למלוה דינו כלוקח ולא מהדרינן ליה. ע' בש"ך ס' ק"ג סק"ט שתמה בזה על התוס' דעיקר דינו של

בעל הוא יורש ובאושא תקנו דבמקום דטבא ליה להיות כלוקח יהיה דינו כלוקח ותקנה זו הוא דוקא כשאין פסידא לאחריניה. אבל היכא דטבא ליה להיות יורש בודאי לא תקנו שיהיה לוקח לרעתו וא"כ בזה יהיה יורש אף דאיכא פסידא לאחריניה.

דף לה:

אגביה איהו בחובו. רש"י מפרש דקאי על עיקר דינא דשומא הדרא דמיירי בשמו ב"ד בע"כ והכא פליגי בשם הוא עצמו מדעתו. אך ברמב"ם משמע דמפרש על מה שאמרו לעיל שמו ליה לבע"ח ואזל איהו ושמה לבע"ח ידיה דאמרינן לא עדיף את מגברא דאתית מיניה דזה דוקא בשמו ב"ד מבע"ח ראשון לשני. אבל היכא דהמלוה הראשון אחרי שגבה פרע הקרקע לבע"ח ידיה מדעתו בזה סבר חד מ"ד דהוי כזבנא דתו לא הדר ללוה הראשון. וע' בש"ך בס' ק"ג סקט"ז שכתב שנחלקו רש"י והרמב"ם בזה בפשט בגמ'.

מאימא אכיל פירי. מבואר בגמ' שמזמן מסירת האדרכתא לידו או מכי שלימו ימי אכרזתא זוכה המלוה בקרקע והפירות שגדלו אחרי זמן זה שלו. וצ"ב במה זכה בקרקע הא כ"ז שלא ירד לקרקע ועשה קנין חזקה באיזה קנין קנה את הקרקע. בלשון השיטמ"ק בשם הריטב"א מבואר שב"ד מקנים לו. שמביא שהרי"ף בפ"ק למד מכאן דלא קי"ל עדיו בחתומי זכין לו דהא רבה ורבא הכא לית להו דין זה. ותמה ע"ז הריטב"א דמדברי רבא בודאי ליכא ראייה דלית ליה עבז"ל דס"ל דאינו תלוי כלל באדרכתא ואפילו מטא לידיה לא מהני ולשון הריטב"א הוא דאין דעת ב"ד להקנות לו פירות עד דשלימו ימי אכרזתא. וגם מרבה לומד הריטב"א שאין ראייה דרך בשטר קנין אמרינן עבז"ל ולא בשטר ראייה. וגם אביי אין כוונתו ממש הדין של עבז"ל אלא לישנא

הערות

המפקיד דף לה:

וציונים

רצט

בעלמא נקט ע"ש. עכ"פ משמע מלשונו שזוכה מכח הקנאת ב"ד דהיינו ע"י הפקר ב"ד. החזו"א בב"ק ס' י"ח סק"ו כתב דחפץ שביד הלוח וכו' רוצים להגבותו למלוה אין צורך בקנין דפסק ב"ד עושה קנין ומביא החזו"א את הגמ' כאן. ולכאורה כוונתו שזוכה מכח תקנ"ח מדין הפקר ב"ד. אך מוסיף החזו"א שמדברי אב"י שאמר עבז"ל משמע שיש כאן קנין שטר אבל י"ל דאין הקנין ע"י השטר אלא כיון דבעלמא עבז"ל ה"נ חשיב כמטא אדרכתא לידיה. וזה כדברי הריטב"א הנ"ל דאין כוונת אב"י לדין עבז"ל ממש אלא לישנא בעלמא נקט. ולפי דברי הריטב"א והחזו"א פשוט דהא דאכיל פירא מזמנים אלו בלי מעשה קנין הוא דוקא בגוביינא דבי דינא ולא בפרעון שפורע הלוח מדעתו דבזה אין הקנאה של ב"ד ובעינן דוקא שיעשה המלוה מעשה קנין ולפנ"ז אין הפירות שלו.

אמנם הנתיבות בס' שד"מ סק"א כתב לחדש מכח גמ' זו שבכל פרעון חוב לא בעינן קנין אלא כיון שיחד הלוח מעות ונתרצה המלוה לגבות מזה זוכה ממילא בלי מעשה קנין כדאיתא הכא דאוכל פירות גם לפני שהחזיק בקרקע וס"ל שאין זה דוקא כשגובה ע"י ב"ד מכח פסק דין אלא בכל פרעון חוב דינא הכי. [ובזה מיישב הנתיבות את שיטת הרמב"ם דמלוה קונה במכר יעו"ש]. ע"פ דברי הנתיבות רגילים לבאר דברי התוס' בסנהדרין סח: שהקשו איך משכחת מן התורה שיהיה לגר קטן ממון וכתבו דמשכחת במעשה ידיו דמלאכתו ושכר טרחו שלו מדאורייתא. ואינו מובן כיון שאין לו דעת לקנות ויש צד בתוס' שאפילו דעת אחרת מקנה לא מהני מן התורה א"כ איך זוכה בשכר טרחו. אבל לפי הנתיבות שפרעון חוב לא בעי קנין ניחא. וע' בקצה"ח ס' רמ"ג סק"ד שמביא התוס' בסנהדרין וכתב דמבואר מדבריהם דכל שמגיע לו זוכה הקטן במה שנתן לו בעה"ב כיון שמגיע לו. ולמד מזה הקצות שיכול כהן קטן לקבל פדיון הבן

אף שאינו בר קנין דזוכה ממילא כיון שמגיע לו ע"ש. וזה לכאורה כדברי הנתיבות דכיון שגובה דבר שמשועבד לו לא בעינן מעשה קנין וזוכה ממילא ע"י יחוד מעות לפרעון.

עוד מבואר בדברי הנתיבות שמה שאוכל פירות לפני שעושה קנין זה דוקא כשמגבים את קרקע הלוח למלוה בעצמו אבל כשב"ד מוכרים לאחר כדי לגבות ללוח הדמים אין הקונה אוכל פירות עד שעושה קנין בקרקע. וע' בלשון רש"י בכתובות קד: בד"ה אשקול שמביא השיטות ממתי אוכל פירות וכתב דרבא מרע כח הלוקח טפי דאינו אוכל אלא אחרי ההכרזה. וכן בד"ה ליהדר מביא רש"י הגמ' שלנו בזה"ל דהכי אמר רבה בפ' המפקיד גבי שומת ב"ד לוקח מאימתי אכיל פירי וכו'. וע' ברש"ש שם שמתקשה למה נקט רש"י לוקח הא התם מיירי לענין גביית הבע"ח בעצמו. אך עכ"פ נראה מדברי רש"י שגם כשב"ד מוכרים לאחר כדי לגבות למלוה מהדמים זוכה הלוקח לפני שמחזיק בנכסים מזמן האדרכתא או אחר הכרזה. וזה יתכן רק לריטב"א והחזו"א שזוכה בתקנ"ח ע"י הקנאת ב"ד. אבל לנתיבות שקונה מפני שפרעון חוב לא צריך קנין בודאי זה שייך רק כשהמלוה בעצמו זוכה ולא בלוקח כמש"כ הנתיבות בעצמו.

בעיקר חידושו של הנתיבות שפרעון חוב לא צריך קנין יש להביא ראיות מדברי הראשונים בכמה מקומות לכאן ולכאן. איתא בגיטין כ: שהיה כפר קטן והיה בו זקן אחד שהיה מלוה לכל בני הכפר והוא היה כותב השטרות. והקשו הא בעינן ספר המקנה דהיינו שהשטר יהיה ממון של המקנה או המתחייב ולא שיהיה השטר של המלוה. והוכיחו מזה דתולים שהזקן ידע לאקנויי והיה מקנה השטר ללוח. והקשו התוס' שרק בשטר קנין בעינן ספר המקנה ושטר הלואה אינו אלא שטר ראייה. ותירצו כיון שהיה מלוה לכל בני הכפר מסתבר שהיו נותנים לו מתנות ופעמים שהמתנות היו

קרקעות והיו מקנים לו הקרקע בקנין שטר וגם שטרות אלו הוא היה כותב וע"ז הקשו דבעינן ספר המקנה. והרשב"א שם מתרץ דכיון שהיה מלוה בודאי היו פורעים החובות ופעמים הפרעון היה ע"י קרקע והיו מקנים הקרקע בשטר ושטרות אלו הם שטרי קנין ובעינן בהו ספר המקנה. ומבואר בהדיא ברשב"א דפרעון חוב בעי מעשה קנין ולא כנתיבות. ויתכן שמה"ט התוס' לא תרצו כהרשב"א דלמה הוצרכו לידחק שהיו נותנים לזקן מתנות ולא כרשב"א שהיו נותנים בפרעון החוב. אלא דס"ל כנתיבות דפרעון חוב לא בעי קנין.

ולכאורה נראה שנחלקו בזה רש"י ותוס' בגיטין מד. בעכו"ם שלוה מישאל ע"מ למשכנו ולא משכנו. ופרש"י שלוה ע"מ שאם לא יפרע לזמן פלוני יגבה הישראל מקרקע זו והגיע הזמן ועדיין לא גבה הישראל, הקרקע בחזקת העכו"ם אע"ג דמטא זמניה, והפירות שגודלים שם פטורים מן המעשר. והתוס' שם בד"ה בשלוה מפרשים באופן אחר ויוצא מדבריהם שאם מטא זמניה אף שעדיין לא גבה הישראל הפירות חייבים במעשר [ע"ש במהר"ם]. ואינו מובן אמאי חייבים הפירות במעשר הא אף שהגיע הזמן ויכול הישראל לזכות בקרקע מ"מ עדיין לא זכה. אלא מוכח דס"ל כנתיבות דפרעון לא בעי קנין וכיון שהתנה שבזמן פלוני יגבה והגיע הזמן הרי זה כיחד מעות לפרעון שזוכה המלוה בלי קנין. וברש"י שס"ל שאין הפירות חייבים מבואר דאינו זוכה אף שיש יחוד אא"כ עשה מעשה קנין וזה דלא כנתיבות.

עוד תלוי בזה מה שנחלקו הראשונים בגיטין עח: דאיתא התם שאם אמר המלוה ללוה זרוק לי חובי זרוק קרוב למלוה זכה המלוה, קרוב ללוה הלוה חייב. שיטת רש"י דהנידון דפרעון חוב הוא שאחר שזרק המעות הם נאבדו ולא הגיעו ליד המלוה. והמרדכי מפרש שהלוה רוצה לחזור מהפרעון ולהמשיך

להשתמש במעות. וכתב שם המהרש"א שלר' יוחנן שמפרש שם קרוב לו היינו ק' אמה שהוא תקנ"ח בגט דוקא והא דמהני בחוב הוא כשאומר זרוק בתורת גיטין ותיפטר ס"ל לתוס' כפרש"י שהנידון הוא לענין אבדו המעות. שאם זה קרוב למלוה נתקיים התנאי ואיכא מחילת המלוה. אבל לענין חזרה ס"ל שגם אם יהיה קרוב לו יכול הלוה לחזור דק' אמה אינו קנין אלא לענין גט ובמה זכה המלוה במעות. אבל לרבה ור' יוסף דמפרשי בד' אמות שהוא קנין גם בעלמא יכולים התוס' לפרש כמרדכי דמיירי לענין חזרה. ואם נכנס לד' אמות של המלוה זכה במעות ואין הלוה יכול לחזור. כך מבאר הקצה"ח בס' ק"כ סק"ב את דברי המהרש"א ע"ש. ומוסיף הקצות להקשות שבמרדכי מבואר דמפרש לענין חזרה גם לדעת ר' יוחנן. וקשה למה אין הלוה חוזר בו הא ק' אמה אינו קנין בחוב ואף שאמר זרוק ותיפטר מ"מ במה זכה המלוה במעות. ונראה דמוכח מזה שהמרדכי ס"ל כנתיבות דפרעון חוב לא בעי קנין וכיון שאמר זרוק ותפטר הרי נתרצה לקבל מעות אלו והוי כיחד מעות לפרעון שזוכה המלוה בלי קנין. ומהתוס' דס"ל שלר' יוחנן ע"כ מיירי לענין אבדו ולא לענין חזרה מוכח דלא ס"ל כנתיבות אלא אף שיחד מעות ונתרצה המלוה אינו זוכה במעות אא"כ עשה מעשה קנין.

עוד העירוני שמדברי הר"ן בכתובות צח. [הובא לעיל לב.] על הא דאלמנה ששמה לעצמה לא עשתה כלום דאמרינן לה מאן שם לך מוכח לכאור' דלא ס"ל כנתיבות. שהפשוט הפשוט הוא שכיון ששמה לעצמה חוששים שלא שמה כראוי וכן הבינו התוס' לעיל לב. ד"ה בית דין. אבל הר"ן מפרש דכיון שאלמנה מוכרת שלא בב"ד היא נחשבת המקנה של נכסי היתומים ואין המקנה יכול להקנות לעצמו אלא בעינן דוקא ממקנה לקונה. ולמד מזה הר"ן ששליח למכור אינו יכול לקנות לעצמו ע"ש. ואי נימא דפרעון חוב לא בעי מעשה קנין למה אינה שמה לעצמה הא סגי ביחוד מעות

הערות

המפקיד דף לה:

וציונים

שא

ויכולה ליחד לעצמה ורק כשצריך מעשה קנין בעינן שיצא מרשות המקנה ויכנס לרשות הקונה.

עוד יש לעיין מהמשנה בב"ק ע"ט. נתנו לבכורות בנו או לבע"ח. ולפירוש הראשון ברש"י שם איירי בבע"ח שנתן לבע"ח שלו ומבואר שאין הבע"ח זוכה ע"י משיכה ברשות המקנה אלא כשמוציא מרשותו. ומפורש שאין המלוה זוכה בפרעון החוב בלי מעשה קנין.

נמצא הראיות לנתיבות א. מהא דאכיל פירי לפני שמחזיק ויש לדחות דגוביינא דב"ד שאני כמבואר בריטב"א ובחזו"א. ב. מתוס' בגיטין מד. דקרקע של עכו"ם מתחייב במעשר כשמיחד לפרעון לפני זכיית הישראל המלוה. ג. המרדכי גיטין עח: ס"ל דמלוה זוכה במעות שנמצאים בק' אמה כשאמר זרוק ותפטר אף דליכא מעשה קנין. ד. מהתוס' גיטין כ: דלא תרצו כרשב"א משמע לכאורה דס"ל דפרעון לא בעי קנין. והראיות דלא כנתיבות הם א. ברשב"א גיטין כ: מפורש דפרעון חוב בעי קנין. ב. ברש"י גיטין מד. מבואר דאף שיחד העכו"ם קרקע לפרעון אינו מתחייב במעשר עד שירד הישראל לקרקע. ג. תוס' בגיטין עח: ס"ל דבק' אמה אינו זוכה המלוה אף שנתרצה בפרעון ויכול הלוה לחזור מוכח דבעינן קנין. ד. מהר"ן כתובות צח. מוכח לכאור' דפרעון בעי קנין ולכן אין אלמנה שמה לעצמה שאינה יכולה להקנות לעצמה. ה. מהמשנה בב"ק ע"ט. לפירוש הראשון ברש"י שם.

אכתי יש לעיין בדברי הנתיבות מסוגיא מפורשת בע"ז סג. דמבואר שם דאתנן נאסר רק אם נתן לה לפני הביאה ומיד בשעת הביאה זוכה בו אבל אם נתן אח"כ אינו נאסר אא"כ אמר שיתן לה טלה זה. והקשו והא מחוסר משיכה דאף שהתחייב לתת טלה זה במה זכתה בטלה הא בעינן מעשה קנין ואין הזכיה מיד עם הביאה. וע' בר"ן שם שכתב דמהא שמעינן

שאם התחייב לפועל דבר מסוים עבור פעולה יכול לחזור ולתת דבר אחר. דהיינו שחוב בודאי יש אבל לא זכה בחפץ מסוים זה ויכול לפרוע דבר אחר. ואי נימא דפרעון חוב לא בעי מעשה קנין וסגי ביחוד מעות לפרעון מה הקשו הא מחוסר משיכה הא חייב חוב ומיד בשעת ביאה איכא יחוד של טלה לפרעון החוב ושניהם נתרצו בזה ולמה לא זוכה מיד בשעת ביאה ויאסר להקרה.

אמנם יעוין במש"כ הנתיבות בספרו בקהילת יעקב ס' כ"ח סע' ז' שמה שפרעון חוב לא צריך קנין אינו מפני שלא צריך קנין כלל אלא הקנין נעשה ע"י מעות ההלואה שהן מעשה קנין על מה שעתידי לפרוע ולאביי דלמפרע הוא גובה קונה למפרע ולרבא דמכאן ולהבא גובה הוא קונה משעת פרעון ע"י מעות הראשונות. ולפ"ז מה שלא צריך קנין הוא רק בדברים הנקנים בכסף אבל במטלטלין אחר שבטלו רבנן קנין כסף לא יזכה המלוה אא"כ יעשה מעשה קנין. וגם מה שפועל זוכה בשכר פעולתו ע"י הפעולה שעשה הוא משום דפעולה נחשב כנתינת כסף. כן כתבו הקצה"ח בס' ר"ג סק"ד והמחנ"א הל' דשלב"ל ס' ג' [אף שבסברא אינו מובן כמש"כ החזו"א אבה"ע ס' מ"ד סק"ד ואבה"א פ"ו ממכירה ה"ה ע"ש] ולכן אינה זוכה בטלה בלי קנין דמעות אינם קונות. אך בדבריו כנתיבות נראה דמהני גם למטלטלין דכתב שאפילו יחד מעות משמע דס"ל דאין הטעם מפני שקונה ע"י מעות ההלואה אלא דפרעון חוב לא בעי קנין זה לכאור' צ"ע מהגמ' בע"ז הנ"ל.

מכי מטיא אדרכתא לידיה. פרש"י דהיינו אדרכתא ראשונה שכותבים לפני שומא והכרזה. והשיטמ"ק בשם הריטב"א חולק בזה על רש"י דלא יתכן שיזכה מזמן אדרכתא ראשונה שעדיין לא מבורר באיזה קרקע יזכה ועדיין לא היה שומא. אלא אדרכתא היינו אדרכתא של חליטה שהוא אחר שמצא קרקע

לידיה. ודברי המהרש"ל מובאים ברע"א בשו"ע ס' צ"ח סע' ט' וכתב ע"ז רע"א שמדברי התוס' שלא תרצו כמהרש"ל ומדברי הפוסקים שלא חלקו בזה מבואר דלא ס"ל כמהרש"ל. סברת המהרש"ל הוא שבמקום שדוחין אותו לקרקע ע"פ דין כגון שאין כסף או בלוקח א"כ צריך להמתין כפי סדר הגביה של קרקע שהוא ע"י שומא והכרזה ולמה יזכה בפירות לפני זה. משא"כ כשיש מעות דינו לקבל מעות מיד ולאכול פירותיהם ולמה יפסיד פירות אלו שלא כדין. לכן תקנו שיזכה בקרקע מיד ויאכל פירות מזמן האדרכתא.

השוכר פרה מחברו. כתבו התוס' דמבואר בפ' השואל צו: שלרבנן השואל הוא שומר של השוכר ורק אם השוכר יהיה עמו במלאכה יהיה פטור של בעליו עמו. ולר' יוסי השואל הוא שומר של הבעלים ורק אם הבעלים יהיו עם השואל במלאכה יהיה פטור של בעליו עמו. עוד כתבו התוס' דמחלוקת רבנן ור"י הוא דר"י ס"ל כראב"א דיכול המפקיד לומר לשוכר דל אנת ודל שבועתך ורבנן ס"ל כאב"י שהמיתה פוטרת ולא השבועה. וצ"ב למה השאלה אם השואל הוא שומר של הבעלים או של השוכר תלוי אי איכא טענת דל אנת ודל שבועתך או לא. וכן קשה איך יתכן שהשואל יהיה שומר של השוכר הא אין הבהמה שלו ואיך עושה שומר על ממון שאינו שלו ואפילו אם יכול לעשות שומר על ממון חברו למה ישלם השומר לשוכר הרי שומר משלם את הפסדו של המפקיד והשוכר לא הפסיד אלא לפי שווי השכירות ולא כל דמי הגוף. וכמה דרכים נאמרו בזה באחרונים.

א. בדברי רע"א מבואר שלומד לשון הגמ', קני לה בשבועה, ומשעת מיתה קני, כפשוטו. דגדר הפטור שפטרה תורה ש"ח מגו"א וש"ש מאונסין הוא שעל הצד שיאנס ואינו עתיד לחזור לבעלים זוכה השומר בפקדון למפרע והוי ממון השומר ממש דהתורה הקנת

ואחר שומא. ועיין בקצה"ח בס' צ"ח סק"ג שכתב שמדברי השו"ע נראה דס"ל כפירוש השיטמ"ק דבס' ק"ג סע' ו' פסק המחבר שאם עשו שומא והכרזה ועד שהספיקו להוריד המלוה לקרקע נשתנה ערך הקרקע עושים שומא אחרת ורווח היוקרא או הפסד של הזולא הוא ללוה. ולכאור' דין זה סותר הדין של אכילת פירות, דלענין אכילת פירות מבואר הכא דזוכה בגוף הקרקע לפני שיורד לתוכה ולמה לענין יוקרא וזולא הקרקע עדיין ברשות הלוה. וכתב הקצות דמוכח מזה שהשו"ע ס"ל כשיטמ"ק דאדרכתא היינו אדרכתא אחרונה שהוא בזמן שמחליטים אותו בקרקע ועד אז אינו זוכה לענין אכילת פירות ולכן אינו זוכה גם לענין יוקרא וזולא. ודברי הקצות בזה לכאורה אינם מובנים כלל דמחלוקת רש"י והשיטה הוא בביאור דברי רבה דס"ל מכי מטא אדרכתא לידיה לרש"י זה אדרכתא ראשונה ולשיטה אדרכתא אחרונה. אבל אנן קי"ל כרבא שאין האכילה תלויה באדרכתא אלא אוכל מכי שלימו ימי אכרזתא. וכן פסק המחבר בס' צ"ח סע' ט' שעליו קאי הקצות. א"כ יש סתירה בין זמן אכילת פירות שבזה קי"ל בס' צ"ח שהוא מזמן גמר ההכרזה אף שלא ירד לקרקע לדינא דיוקרא וזולא שבזה מפורש בס' ק"ג סע' ו' שאפילו אחרי גמר ההכרזה הקרקע ברשות הלוה. ואין זה נוגע כלל לדברי השיטמ"ק שהם פשט בדברי רבה שלא קי"ל כוותיה. וע"כ צריך לחלק בין אכילת פירות ליוקרא וזולא וצ"ע.

תוד"ה רבא. התוס' הקשו מדברי רבא הכא דס"ל דתלוי בהכרזה לדברי רבא בכתובות דס"ל דתלוי באדרכתא. המהרש"ל בכתובות קד: כתב לחלק בזה בין היכא שאין ללוה מעות או שבאים לגבות מלוך שאינו חייב מעות ובזה דין המלוה הוא לגבות מקרקע ואז אינו אוכל אלא אחר גמר ההכרזה. אבל בכתובות מיירי שיש ללוה מעות ואינו רוצה לפרוע ממעותיו ויורדים לנכסיו לגבות מהקרקע בזה גם לרבא אוכל לפני ההכרזה מכי מטא אדרכתא

הערות

המפקיד דף לה:

וציונים

שג

לו. עיין ברע"א בריש פרקין שמקשה על סיפא דמתני' נשבע ולא רצה לשלם נמצא הגנב משלם תשלומי כפל לבעל הפקדון ואמאי לא ישלם לשומר הא קני לה בשבועה וכמו שהשואל משלם לשוכר אחרי שהשוכר נשבע לבעלים כך הגנב ישלם לשוכר. ואפילו לר"י שחולק בשואל היינו משום שיאמר הבעלים דל אנת ודל שבועתך אבל כשנשבע מודה ר"י דקנה בשבועה והשואל משלם לבעלים וה"נ ישלם הגנב לש"ח אחרי שנשבע השומר. הרי מבואר דנקט רע"א שמה שהשואל משלם לשוכר אינו דוקא מפני שהשוכר עשה את השואל לשומר שלו שהרי בנגנב מתחייב לבעל הממון ואעפ"כ סובר רע"א שגם בזה ראוי שיתחייב לשומר כיון שקנה השומר בשבועה. דהיינו דס"ל שקונה ממש ונחשב בעל הממון ולכן השואל משלם לו. וכן מבואר ברע"א כאן על המשנה שמקשה על הנ"י בב"ק דס"ל בשואל חמור לרכוב עליו ומסרו לשלוחו ומת והשואל אינו יודע אם מתה מחמת מלאכה או לא דחייב השואל כיון שפשע שמסר לאחר הוי כאיני יודע אם פרעתין. וא"כ הכא דמיירי שהבעלים נתנו רשות להשאיל הוי איני יודע אם נתחייבתי וא"כ אפילו אם אין השוכר נשבע הוא נפטר ולמה השואל משלם לשוכר דוקא כשנשבע הא גם אם לא נשבע השוכר פטור מלשלם לבעלים. ותי' רע"א וז"ל דאף דבאינו יכול לישבע השוכר פטור מ"מ למיקני עי"ז הפרה שיהא השואל משלם לו הוי כמו ספק בקנין דהתורה לא הקנה לו אא"כ אם טוען בודאי מתה כדרכה אבל כל שטוען א"י אף דפטור מספק מ"מ לא קנה הפרה עכ"ל. הרי שכתב בהדיא שאם נפטר השוכר בפטור ודאי, התורה הקנתה לו את הפקדון. וכשנפטר מספק אף שהוא פטור מלשלם מספק מ"מ על הצד שהוא חייב לא הקנתה לו התורה הפרה ומספק הפרה ברשות הבעלים אף שהשומר נפטר. ועיין עוד בדברי רע"א בדף לו. בהא

דפעמים שהשוכר בחטאת והשואל באשם כגון שמתה כדרכה והם נשבעו שמתה מחמת מלאכה. והקשה רע"א אמאי חייב השואל אשם הרי לבעלים לא כפר ממון שאחרי שנשבע השוכר חיובו של השואל הוא לשוכר וגם ר"י מודה כאן כיון שנשבע השוכר ולא אמרו דל אנת וכו'. ואין לחייב את השואל משום כפירתו לשוכר שהשוכר בעצמו מודה שמתה מחמת מלאכה והוי הודאת בע"ד. ובתחילה מתרץ רע"א שנשבע השואל לפני שנשבע השוכר א"כ בזמן שנשבע השואל היה חיובו לבעלים ועל כפירה זו מתחייב אשם. אך רע"א דוחה תירוץ זה דאף אם נשבע השואל תחילה מ"מ אח"כ כשנשבע השוכר איגלאי דהשוכר קנה למפרע והוברר שבזמן שנשבע השואל הפקדון היה שייך לשוכר וליכא כפירת ממון לבעלים כלל.

הרי למדנו מדברי רע"א בג' מקומות דס"ל שע"י שנפטר השוכר מהבעלים התורה הקנתה לו את הפקדון והיה צריך להיות שגם חיוב הכפל שמתחייב הגנב יהיה לשומר אף שחיובו של הגנב אינו מחמת המיני של השומר וחיובו של הגנב הוא לבעל הממון השומר נחשב בעל הממון שהתורה הקנתה לו את הפקדון. וקנין זה חל כשנשבע למפרע מתחילת ההפקדה כמבואר ברע"א בדף לו. ולדברי רע"א אין ראייה ממשנה זו דיכול לעשות שומר על ממון חברו ולא קשה למה משלם לשוכר כל דמי הפרה הא לא הפסיד אלא דמי שכירות דכיון שנפטר השוכר הוא קונה למפרע את גוף הפרה ממש. וניחא מה שמחלוקת ר"י ורבנן תלוי בטענת דל אנת וכו' שאם השבועה פוטרת ויכול הבעלים לא לתבוע את השבועה א"כ יכול למנוע את קנינו של השוכר ואם המיתה פוטרת אין הבעלים יכולים למנוע את קנינו של השוכר שהוא נפטר ע"י המיתה. וולדברי רע"א יובנו דברי רב דס"ל בב"ק קו. שבועה קונה ואפילו בפקדון דכיון שנפטר קנה דהתורה הקנתה לו אך אף לא קי"ל הכי דהתם הוברר

שנשבע לשקר אבל היכא דנשבע באמת ונפטר כדין גם לדין קנה ע"י השבועה וע' מש"כ עוד בדברי רע"א על הגמ' של דל אנת וכו'.

ב. החזו"א בחו"מ ס' ח' סק"ה מוכיח שאין שומר מתחייב למי שהפקיד אצלו א"כ הוא בעל הממון דנחלקו ר"ש ורבנן בב"מ נו: בקדשים שחייב באחריות אם יש ע"ז דין שומר אם דבר הגורם לממון כממון דמי או לא. ואי נימא דדין השמירה הוא למפקיד ולא לבעל הממון א"כ למה לא יתחייב השומר לבעל הקרבן שהפקיד אצלו ומה בכך שהממון הוא של גבוהה הא המפקיד הוא הדיוט. אלא מוכח דדין השמירה הוא לבעל הממון דוקא. ומקשה החזו"א ממתני' שהשואל משלם לשוכר ומבואר שהשואל הוא שומר של השוכר אף שאין זה ממונו של השוכר. [וכבר נתבאר שלדברי רע"א לא קשיא]. וכתב החזו"א דבכלל השימוש שקונה השוכר בפקדון הוא גם שיהיה שלו לענין למסור לשואל ודמי להא דקונה השומר פרה לכפילא. וגם בש"ח שמוסר לש"ש מקנה הבעלים הפקדון לש"ח לענין שאם יוסיף אחריות על מה שהוא חייב לבעל הפקדון קנוי לו לענין הרווח שיבא מתוספת האחריות שהוסיף השומר ע"י שמסר לאחר. ובוה מבאר החזו"א הא דאמרו בדף לו. חלוק ר"י אף בראשונה דמשמע שיש שייכות בין דברי רבנן דשואל משלם לשוכר לבין הדין שש"ח שמשלם קונה פרה לכפילא ע"ש. אך כ"ז לענין תוספת שמוסיף על האחריות שהוא חייב בו אבל עד כמה שגם הראשון חייב אין לו שום קנין למסור לאחר ולגבי זה חיובו של השני הוא לבעלים. ולכן אם יכול לומר דל אנת וכו' נשאר השוכר בחיובו ולענין אחריות שהוא חייב בו לא הקנו לו הבעלים ולכן חיובו של השני הוא לבעלים. ורק כשנפטר הראשון הוא נחשב בעלים על הפקדון לענין תוספת אחריות שהוסיף על חיובו לבעלים. וגם לדברי החזו"א ניחא הא דמשלם לשוכר כל דמי הפרה ולא רק כמה ששוה הבעלות שלו על ההשתמשות

דלענין תביעת השואל השוכר נחשב בעלים על הגוף דקנה קנין זה מהבעלים כדין הקונה פרה לכפילא.

ג. הקה"י בס' ל"ג מבאר דאין השוכר קונה הפקדון בשבועה כלל וקנה ליה בשבועה היינו שנפטר מחיובו לבעלים ע"י שבועה. אלא שלענין מה שהשוכר חייב לבעלים השומר השני נכנס תחתיו ונעשה השני שומר לבעלים במקום הראשון. ולענין מה שמוסיף הראשון אחריות ע"י שמוסר לשני חיובו של השני הוא לראשון שהוא המפקיד ואילו מתחייב השואל אף שאינו בעלים. ומחלוקת ר"י ורבנן הוא אם הפטור של הראשון הוא ע"י השבועה ואז יש טענת דל אנת שאינו רוצה להשביעו ונשאר הראשון בחיובו וממילא השני חייב לבעלים. ואם המיתה פוטרת א"כ אין טענת דל אנת ובע"כ של הבעלים נפטר השוכר ולענין מה שהשוכר פטור השואל הוא שומר של השוכר. [וע' בפ"ק ס' א' שברצת הר"י מגש לומד הקה"י דר"י ורבנן פליגי בזה גופא אם שומר מתחייב למפקיד או דוקא לבעל הממון ע"ש]. ועל דרך זה כתב גם האבי עזרי בפ"א משכירות ה"ו ע"ש. ולדברי הקה"י יקשה קושית החזו"א דמוכח משומר של הקדש דאינו נעשה שומר למפקיד אלא רק לבעל הממון. והקה"י בעצמו מביא בהמשך דבריו שבראשונים מבואר דא"א לעשות שומר על ממון חברו. ועוד שאפילו אם הוא שומר של השוכר למה ישלם לשוכר כל דמי הפקדון הרי אין הוא בעלים על הגוף אלא רק על קנין השתמשות. ודברי הקה"י מובנים רק אי אמרינן דאחריות של שואל אינו חיוב לשלם הפסדו של המפקיד אלא חוב בעלמא כעין חברת ביטוח שמתחייב ממון אם תמות הבהמה. אך אין זה מספיק דיבואר בסמוך דפליגי ר"י ורבנן גם בש"ח שמסר לש"ש וחיובו של ש"ש בודאי אינו סתם התחייבות. ועוד שגם חיובו של שואל הוא לשלם הפסד המשאיל דשואל הוא אחד מאבות נזקין ועוד מוכיח החזו"א הנ"ל בחו"מ ס' ח' סק"ה דחזינן

הערות

המפקיד דף לה:

וציונים

שה

דשואל משלם ממייטב כדין מזיק ואם היה התחייבות בעלמא היה משלם בינונית כדין בע"ח. וע"ע לקמן במחלוקת ר"ז ומבר"א.

עוד ביאור בסוגיא זו עיין בשערי יושר ש"א פ"ה ד"ה ועפ"ז בקצרה וביתר אריכות בחי' הגרש"ש ב"מ ס' כ"ה.

כל זה לשיטת התוס' דרבנן ור"י פליגי אי אמרינן דל אנת או לא. ובאופן שנשבע השוכר או שראה המפקיד בעצמו שמתה כדרכה מודה ר"י לרבנן שהראשון נפטר והשואל משלם לשוכר. אבל הרשב"א והר"ן [הובאו בשיטמ"ק] חולקים וס"ל שר"י ס"ל שגם אם נפטר השוכר אין השואל שומר של השוכר דאין הוא נותן לשואל אלא בשליחותו של הבעלים וכל חיובו של השואל הוא לבעלים דשוכר שלוחו של המפקיד וכן מוכח ברי"ף וברמב"ם שהשמיטו הך דפעמים שהבעלים משלמים לשוכר כמה פרות דס"ל דכ"ז לרבנן וקי"ל כר"י וס"ל דבכל גווני ר"י חולק על רבנן ולא כתוס' וכמו שיבואר בגמ' בס"ד.

הרש"ש כתב דמחלוקת ר"י ורבנן הוא דוקא בשוכר ושואל דשכירות ממכר ליומא. אבל ש"ח שמסר לש"ש ונגנב לכו"ע משלם הש"ש לבעלים. אך כבר כתבו האחרונים [נע' חזו"א חו"מ ס' ח' סק"ה וחי' הג"ר מאיר שמחה כאן] שבתוס' בב"ק יא: מפורש דר"י ורבנן פליגי גם בש"ח שמסר לש"ש. וכן מוכח לכאור' לקמן מב: בההוא תורא דלא הוי ליה כחי ושיני ע"ש ברש"י ותוס' שמדברי שניהם מבואר דרבנן דר"י גם בש"ח הש"ש משלם לש"ח ע"ש. ועיין בפת"ת בס' ש"ז סק"א שכתב בשם השבות יעקב איפכא מדברי הרש"ש שבש"ח שמסר לש"ש יודה ר"י לרבנן דש"ש ישלם לש"ח ואין זה עושה סחורה בפרתו של חברו דתוספת אחריות שמקבל ש"ש הוא מחמת הדמים ששילם לו הש"ח, והש"ח עושה סחורה בממונו. ומוכיח הרשב"י

את דינו מדלא נקט התנא כה"ג. והרש"ש הוכיח מזה דבש"ח רבנן יודו לר"י כיון שאין לש"ח קנין והשבו"י מוכיח מזה דבש"ח שמסר לש"ש ר"י יודה לרבנן. והקשה הפת"ת על השבו"י מדברי התוס' בב"ק דמבואר דר"י ורבנן פליגי גם בש"ח וש"ש. וזה סתירה גם לרש"ש.

בעיקר קושית הרש"ש והשבו"י אמאי נקט התנא שוכר ולא ש"ח עמד הריטב"א [והובא בשיטמ"ק] שמה שאמרו לקמן דמתני' מיירי בנתנו הבעלים רשות לשוכר להשאל זה נאמר רק למ"ד דאין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר נחשב פשיעה אבל להלכה שקי"ל דאינו נחשב פשיעה המשנה מדברת בלי נתינת רשות. וכתב הריטב"א דלפ"ז ניחא דנקט שוכר דשוכר יש לו זכות השתמשות ויכול לתת לשואל. אבל ש"ח שימסור לשואל בלי רשות הוא שולח יד בפקדון ויתחייב באונסין לכן נקט התנא שוכר. ובדברי הריטב"א מפורש לא כרש"ש דמשמע שאם היה רשות הדין של המשנה קיים גם בש"ח שמסר לשואל וישלם השואל לשוכר אף שש"ח אין לו שום קנין. אך מאידך נראה שמדברי הריטב"א יש סיוע לדברי השבו"י דחזינן דהיה קשה לריטב"א אמאי נקט שוכר ולא ש"ח. ותירוצו של הריטב"א מתרץ רק למה לא נקט ש"ח שמסר לשואל בזה שפיר תירץ דהוי שולח יד אבל אכתי קשה דנימא ש"ח שמסר לש"ש. ואין לתרץ כרש"ש דא"כ גם לא קשה מש"ח שמסר לשואל. אלא ראייה לדברי השבו"י דש"ח שמסר לש"ש לא קשה לריטב"א דבזה מודה ר"י כיון שהש"ח משלם שכר הש"ש. ולכן הקשה רק דנימא ש"ח שמסר לשואל ובזה תירץ דהוי שליחות יד.

ישבע השוכר שמתה כדרכה. היכא שהשוכר אינו יודע אם מתה כדרכה או לא נחלקו הרמב"ן והראב"ד בשיטמ"ק אם חייב השוכר לשלם או לא. הרמב"ן ס"ל דפטור דהוי כאיני יודע אם נתחייבתי. והראב"ד ס"ל דחייב

פרעתין. וע' בנתיבות שמבאר הטעם שאין מתוך בשבועת השומרים ועיין מה שכתבנו בזה בס"ד בסמוך על הגמ' של דל אנת ודל שבועתך. וא"כ י"ל שמה"ט לא דנו הרמב"ן והראב"ד מדין מתוך אלא מדין איני יודע אם פרעתין.

בעיקר מה שנחלקו הרמב"ן והראב"ד בספק אם נאנסה או לא אי הוי כאיני יודע אם נתחייבתי או כאיני יודע אם פרעתין לכאורה תלוי אי קי"ל ששואל מתחייב משעת משיכה או משעת אונסין. וכן מבואר בגמ' בדף צז: שאם מתחייב משעת משיכה הוי איני יודע אם פרעתין ואם משעת אונסין הוי איני יודע אם נתחייבתי. ומביא שם הנ"י שנחלקו הרמב"ם והרמב"ן איך לפסוק בזה. שהרמב"ם פסק כמ"ד משעת משיכה והרמב"ן פסק כמ"ד משעת אונסין. לפ"ז הרמב"ן כאן לשטתו ס"ל דהוי איני יודע אם נתחייבתי מפני שפוסק ששואל מתחייב משעת אונסין. אמנם שיטת הש"ך בס' רצ"א סקמ"ד והיש"ש בפ' הגוזל ומאכיל ס' ג' [הובא דבריהם בקצות ס' ש"מ סק"ב] שאפילו למ"ד דשואל מתחייב רק משעת אונסין היינו רק לענין השיעבוד נכסים לשלם דמי הפקדון אבל חיוב השבת הפקדון חל לכו"ע משעת משיכה וכשיש ספק אונס לכו"ע נחשב איני יודע אם פרעתין. והקצות כתב בס' רצ"א סק"א ובס' ש"מ סק"ד איפכא ע"פ הריטב"א שאפילו למ"ד משעת משיכה מתחייב, עיקר החיוב חל בשעת אונסין ולכו"ע הוי איני יודע אם נתחייבתי ע"ש.

הרא"ש בריש פ"ק מקשה ממשנה זו על הסוברים שע"א נאמן לפטור מחיוב שבועה א"כ אמאי ישבע השוכר הא השואל הוא ע"א לפטור את השוכר משבועה. וע"ש ברא"ש מש"כ בזה. ובשיטה כאן בשם הריטב"א כתב דמכאן מוכח דעד המסייע לא מהני לפטור משבועה. ועוד מביא השיטה בשם הגליון שכתב וז"ל ותי' מורי ה"ר משה כגון שיש עסק

דהוי כאיני יודע אם פרעתין. ומבואר מדברי שניהם דס"ל דאין לחייבו מדין מתוך שאינו יכול לישבע משלם. והטעם יש לבאר בג' אופנים. א. רע"א על המשנה כאן וכן הקצה"ח בס' ש"מ סק"ד מביאים את הנ"י בסוף ב"ק בשואל בהמה לרכוב עליו ומסרה לאחר ומתה ואין השואל יודע אם מתה כדרכה או מחמת מלאכה והנ"י דן לחייב רק מצד איני יודע אם פרעתין ולא מצד מתוך וזה ממש כדברי הראב"ד והרמב"ן כאן. וכתבו רע"א והקצות שמה שלא חייבו מדין מתוך הוא משום דס"ל דעיקר שבועת השומרים הוא שאינה ברשותו ושבועת נאנסה אינה אלא מדין גלגול. הקצות מוסיף דס"ל דאין מתוך על שבועת גלגול. רע"א אינו מוסיף הוספה זו ולכאורה כוונתו דמיירי באופן שהנבילה בפנינו ואינו נשבע שבועה שאינה ברשותו וממילא אין חייב שבועת נאנסה כלל ולכן אין מתוך. והקצות מיישב אפילו אם הנבילה אינה בפנינו שנשבע אינה ברשותו וחייב שבועת נאנסו מדין גלגול מ"מ אם אינו יכול לישבע אין מתוך דס"ל דאין מתוך על שבועת הגלגול. וכדברי רע"א והקצות בביאור דברי הנ"י י"ל גם ברמב"ן ובראב"ד. ב. שיטת התוס' בכמה מקומות [לקמן צז: וב"ק מו.] שמתוך שאינו יכול לישבע משלם נאמר רק במקום שהוי ליה למידע והכא כיון שמיירי שהיה לו רשות למסור לשואל א"כ נחשב כלא הוי ליה למידע שאין לחייבו מדין מתוך לכן דנים הרמב"ן והראב"ד רק מצד איני יודע אם פרעתין. וסברא זו מוזכרת ברע"א במערכה על שומר שמסר לשומר באות י"ד ט"ו ע"ש. ג. נחלקו הרמב"ם והרמ"ה בשומר חשוד שטוען נאנסו אם משלם או לא. שיטת הרמב"ם שאינו משלם וכן נפסק בשו"ע ס' צ"ב סע' ח'. וכתב הנתיבות בכללי מגו ס' פ"ב סע' כ"ח שלרמב"ם השומר פטור מפני שבשבועת השומרים לא אמרין מתוך שאיל"מ וגם אם אומר איני יודע אינו משלם לדעת הרמב"ם מדין מתוך ואין לחייבו אלא מדין איני יודע אם

הערות

המפקיד דף לה:

וציונים

שז

שבועה ביניהם עכ"ל. ואינו מובן מה מוסיף בזה עסק שבועה דהיינו שיש הודאה במקצת הא אכתי למה לא יועיל העד המסייע לפוטרו משבועה. ולכאורה כוונתו שהיה עסק שבועה בטענה אחרת שהודא בו במקצת ובא להשביעו שנאנסה מדין גלגול וס"ל דלא מהני עד המסייע לפטור משבועת הגלגול דאף שהעד פוטר מהחיוב אכתי איכא גלגול כיון שעל עיקר השבועה אין העד מסייע. והובא לעיל לה. שהשעה"מ בס' צ"ד מסתפק בזה אי מהני עד המסייע לפטור משבועת הגלגול. ולכאור' הדבר מבואר כאן בשיטמ"ק.

בדברי הריטב"א שאין השוכר מתחייב בשליחות יד של השני ע' מש"כ בס"ד לקמן לו: וכן בדף מד.

דל' אנת ודל' שבועתך. היינו דאף שזכותו של השומר לפטור את עצמו ע"י שבועה, זה דוקא אם הבעלים תובעים ממנו ממון הוא נשבע ונפטר אבל אם אינם תובעים אותו כלל לא ישביעוהו ב"ד בלי תובע א"כ ביד הבעלים לא לתבוע, וכיון שר' אידי בר אבין לומד שכל הפטור של השומר הטוען נאנסו הוא ע"י השבועה א"כ ביד הבעלים למנוע מהשוכר לפטור עצמו וכל זמן שלא נפטר השוכר מהבעלים חיובו של השואל הוא לבעלים כמו שנתבאר לעיל. אך זה ניחא לראשונים דס"ל שבכל שבועת הדיינים בעינן דוקא שהב"ד ישביעו אותו ואם קפץ ונשבע או נשבע חוץ לב"ד לא נפטר מחיובו וחוזר ונשבע בפני ב"ד א"כ כ"ז שהתובע אינו תובע אין לשוכר אפשרות לפטור עצמו. אבל לסוברים שגם בקפץ ונשבע יוצא ידי חובת השבועה איך יאמר דל אנת הא יכול לישבע בלי תביעה ובלי שב"ד ישביעו שגם בקפץ ונשבע הוא יוצא יד"ח השבועה. [מחלוקת הראשונים בזה מובא ברשב"א בגיטין לה. ובב"ק קו.].

ואולי י"ל לפי דברי רע"א שהובא לעיל שלומד שקני לה בשבועה הוא כפשוטו, וכתבנו

לעיל שלדבריו יתכן שמה דאיתא הכא שקונה בשבועה מישך שייכי בהא דאית ליה לרב בב"ק קו. דשבועה קונה. ומפורש שם בב"ק שהדין של רב ששבועה קונה הוא בשבועה שהשביעו ב"ד ולא בקפץ ונשבע, א"כ אולי גם הא דקני הכא בשבועה הוא דוקא כשנשבע ע"י ב"ד אפילו לסוברים שנפטר גם בקפץ ונשבע מ"מ לקנות אינו קונה אלא ע"י שבועה שב"ד משביעים ולכן שפיר יכול לטעון דל שבועתך שבלי תביעה ב"ד לא ישביעו ולא יקנה.

שוב העירוני שכל מה שיש ראשונים דס"ל שגם בקפץ ונשבע נפטר מחיוב השבועה הוא כשהבעל דין תובע את הממון וחל חיוב שבועה על הנתבע בזה יכול הנתבע ליפטר מחיוב השבועה גם ע"י קפץ ונשבע אבל אם אין הבע"ד תובע את הממון כלל לא חל על הנתבע חיוב שבועה כלל בזה כו"ע מודו דלא מהני מה שנשבע מעצמו כשאינו מחויב שבועה. ושפיר איכא טענת דל אנת ודל שבועתך גם לראשונים אלו.

מה שכתבו התוס' שגם לגבי עדים יכול התובע לטעון אני פוטרך מהבאת עדים היינו נמי משום שהגדת עדות צריך להיות בפני ב"ד ובלי תובע ליכא מושב ב"ד ואין השוכר יכול לפטור עצמו ע"י עדים.

משעת מיתה הוא דקני. ביאור מחלוקת ראב"א ואב"י בזה הוא לכאורה דראב"א ס"ל שכמו שבכל שבועה דאורייתא רמי על הנתבע חיוב לישבע או לשלם ונפטר מחיוב זה ע"י השבועה, כך הדין בשבועת השומרים ואפילו על הצד שבאמת היה אונס כיון שיש על השומר חיוב שבועה, ובחיוב השבועה כלול דין שבע או שלם, א"כ אינו נפטר מחיובו עד שישבע. ואב"י חולק וס"ל דשבועת השומרים שאני כיון שבא ע"י טענת שמא וליכא הודאה במקצת שגורם רגלים לדבר לחיוב [ע' תוס' לעיל ד' ד"ה הצד] א"כ ס"ל

כאביי ואז יש מקום לומר שבשומרים לא יהיה דין מתוך.

ועיין באבי עזרי פ"א משכירות ה"ו שגם מבאר דראב"א ואביי פליגי בגדר שבועת השומרים אך באופן אחר דראב"א ס"ל דמצד משפט הממון טענת נאנסו הוא טענה גרועה כטענת מחילה שלא מהני לפטור א"כ יש מגו דאינו עומד לכך אלא שחדשה תורה שישבע ויפטר. ואביי ס"ל שטענת נאנסו היא טענה הפוטרת אלא שמחויב שבועה ככל שבועת הדיינים. דהיינו שלמה שכתבנו לעיל לראב"א שבועת השומרים הוא ככל שבועת התורה ולאביי זה קל יותר. ולאביי"ע לראב"א יש בשומרים יותר חיוב ממון משאר שבועות ולאביי שומרים שוה לשאר שבועות. ולדבריו גם הסוברים דקי"ל כאביי יכולים להודות שיש מתוך בשבועת השומרים. אבל בנתיבות מפורש שיש צד לומר שבשבועת השומרים יש פחות חיוב ממון משאר שבועות א"כ לדבריו צריך לפרש את דברי אביי כמו שכתבנו. וע' באבן האזל פ"ב משכירות ה"ג שגם חקר בגדר שבועת השומרים ובד"ה ולפ"ז כתב כדברי האביי"ע שיש צד לומר שבשומרים אין טענת אונס טענה לפטור מממון ורק ע"י השבועה חדשה תורה שנפטר ובשבועת השומרים נחשב יותר מחויב ממון מבשאר שבועות. ובד"ה ובעיקר תלה בזה מחלוקת הרמב"ם והרמ"ה לענין הדין של איסי בן יהודה יעו"ש.

נמצא ב' דרכים בביאור המחלוקת דראב"א ואביי א. לראב"א שבועת השומרים ככל שבועת לאביי שומרים קל יותר ואין בו דין שבע או שלים. ונ"מ לענין מתוך בשבועת השומרים. ב. לראב"א שומרים חמור יותר משאר שבועות דטענת נאנסו אינה טענה לפטור. ולאביי שומרים כשאר שבועות. לפ"ז גם לאביי יהיה מתוך בשומרים. ואי קי"ל כראב"א או כאביי תלוי במחלוקת תוס'

לאביי דעיקר הפטור מחיוב הממון הוא ע"י המיתה והשבועה אינה אלא לתוספת בירור להפיס דעת בעה"ב ולכן גם אם לא ישיב המפקיד את השוכר יכול השוכר לתבוע את השואל. [ע' או"ש פ"א מטו"נ הי"ב ד"ה ואחר].

ולענין הלכה אי קי"ל בזה כסברת ראב"א או כאביי תלוי במחלוקת התוס' והראשונים. תוס' כתבו דרבנן ור"י פליגי במחלוקת ראב"א ואביי וכיון דקי"ל כר"י דשואל משלם לבעלים יוצא שקי"ל כסברת ראב"א שאין השומר נפטר אלא ע"י השבועה. ולשאר הראשונים דס"ל שר"י ס"ל כן אפילו כשראה המפקיד בעצמו שנאנס משום דס"ל שהשוכר נותן לשואל בשליחות הבעלים ואפילו אם נפטר השוכר אין זה סיבה שהשואל ישלם לשוכר, א"כ גם ר"י יכול לסבור כסברת אביי דאין השבועה אלא להפיס דעתו של בעה"ב. נמצא דמחלוקת הראשונים בביאור דברי ר' יוסי בסוגיין הוא מחלוקת ביסוד דין שבועת השומרים. ולכאורה נראה שבזה תלוי מחלוקת הרמב"ם והרמ"ה [הובא בסמ"ע ס' צ"ב סק"ג] אם בשומר חשוד אמרינן מתוך שאיל"מ או לא והובא לעיל שהנתיבות בס' פ"ב כללי מגו סע' כ"ח כתב דפליגי נמי לענין שומר שטוען איני יודע אם יש לחייבו מדין מתוך. וע' בנתיבות שמבאר שהצד לומר דלא אמרינן בזה מתוך הוא שמצד עיקר דין הממון היה ראוי לפטור את השומר בלי שבועה ככל כופר הכל אלא שיש חשש שאומר בדדמי ורמי רחמנא שבועה עליו כדי שידקדק. וזה אמת לסברת אביי שהמיתה עצמה פוטרת והשבועה אינה אלא להפיס דעת בעה"ב. אבל לראב"א מבואר דעיקר הפטור הוא ע"י השבועה ככל שבועת הדיינים. א"כ לתוס' דקי"ל כסברת ראב"א שזה סברת ר"י א"כ יהיה דין מתוך בשומר. ולחולקים על תוס' וס"ל שגם ר"י מודה לסברת אביי א"כ קי"ל

הערות

המפקיד דף לה:

וציונים

שט

והרא"ש אם ר"י כראב"א או שיכול לסבור כאב"י.

פעמים שהבעלים משלמים כמה

פרות לשוכר. ב' חידושים חידש ר' זירא בדין זה. א. שאם נעשה שואל ב' פעמים על אותה בהמה ונאנסה חייב בהמה על כל שאלה אף שרק בהמה אחת מתה. וע"ז חולקים ר"א מדיפתי ומר בר ר"א. וס"ל שאף שהיו ב' שאלות אין זה אלא ב' סיבות לחיוב האחריות אבל כיון ששני החיובים הם על בהמה אחת אינו משלם אלא אחת. וצריך להבין סברת ר"ז בזה מ"ש מגזל ובא אחר ואכלו דאף שיש לכ"א סיבה לחיוב, הראשון מפני שגנב והשני מפני שהזיק ויכולים הבעלים לתבוע כ"א מהם, מ"מ הדין הוא רצה מזה גובה ורצה מזה גובה אבל אינו גובה ב' פעמים. ולמה כאן משלם ב' פרות הא פעמיים קיבל אחריות על אותה בהמה והוי ב' סיבות לשלם פרה אחת אבל למה ישלם ב' פרות שהוא יותר ממה שהוזק. ולכאורה מוכח מזה דר"ז ס"ל דחיוב אחריות של שואל לענין אונסין אינו חיוב לשלם את הפסד הפקדון אלא הוא חיוב אחריות בעלמא דהיינו חיוב תשלומים בתנאי שיאנס החפץ, ולכן כל שאלה הוא התחייבות בפנ"ע. וע"ז חולקים מבר"א ור"א מדיפתי וס"ל דאין חיובו אלא לשלם הפסד הפקדון כעין חיוב של מזיק וא"כ אף שיש ב' סיבות לחיוב אינו משלם אלא פעם אחת. [אך צ"ע איך ר"ז יפרש הא דשואל נמנה בכלל האבות נזיקין ודינו לשלם ממיטב והובא לעיל שהחזו"א חו"מ ס' ח' סק"ה מוכיח מזה דאינו התחייבות בעלמא אלא דין לשלם הפסד הפקדון].

האו"ש בפ"ה משכירות ה"ו מסתפק

בשוכר ששילם לחברת ביטוח כדי שיקבלו אחריות על הפקדון שברשותו ונשרף הפקדון באונס אם חברת הביטוח משלם לשוכר או לבעלים. ובתחילה כתב דהיינו מתני' דשוכר שמסר לשואל. ולכא"ו היה נראה דלא דמי כלל

דחברת ביטוח הוא בודאי התחייבות בעלמא ואינו דין תשלום על הפסד החפץ, ולכאורה פשוט שחברת ביטוח משלם מבינונית ככל בע"ח ולא מעידית. ובזה גם ר"י מודה שהתחייבות של החברה הוא לשוכר ולא לבעל הממון ואין זה נוגע לשואל שחיובו לשלם הפסד הפקדון וזה חיוב לבעל הממון. [וע' באו"ש שמחלק באופן אחר ואולי גם חילוק זה שכתבתי כלול בדבריו]. אך למה שנתבאר כ"ז למאי דקי"ל כמבר"א אבל לר"ז באמת גם חיוב של שואל הוא כחיוב של חברת ביטוח ולר"ז יש ללמוד דין חברת ביטוח ממתני'.

עוד חידוש יש בדברי ר"ז שאע"פ שנותן

פרה גמורה תמורת הפרה שמתה אינו נפטר בזה מחיובו להעמיד בהמה ל' ימים לתשלום השכירות. והטעם הוא מפני שמה שחייב פרה גמורה הוא מפני שהוא שואל וחייב באחריות ומה שחייב בהשלמת השכירות הוא מפני שהוא משכיר. ואילו השוכר היה משאיל לאחר היה מקבל פרה שלימה מהשואל ופרה ל' ימים מהמשכיר ועכשיו שהמשכיר הוא עצמו השואל הוא חייב גם בפרה שלימה מצד השואל שבו וגם בפרה ל' ימים מפני שהוא המשכיר. ולשיטת רש"י אין חולק על חידוש זה שמבר"א חולק רק שאין שתי השאלות מחייבים שתי פרות שלימות אבל מודה שאף שנותן פרה שלימה אין זה פוטר את חיוב השלמת השכירות. וגם ר"א מדיפתי שאומר חזא פרה לפרש"י ס"ל נמי כמבר"א וחולק רק לענין שנפטר משתי החיובים של שואל בפרה אחת אבל גם הוא מודה שצריך גם להשלים את ימי השכירות. המהר"ם שי"ף כתב דמלשון הגמ' משמע יותר שר"א מדיפתי ומבר"א אינם שווים. אלא ר"א מדיפתי ס"ל דסגי בפרה אחת לכל החיובים שעליו. ובתחילה יעבוד בה לתשלום ימי השכירות ואח"כ תהיה מוחלטת לו. ומבר"א מודה לר"ז שאינו נפטר בפרה אחת מחיובו להשלים השכירות וחולק רק ששתי השאלות מחייבים רק אחת. דהיינו שר"א

מדיפתי חולק על שני החידושים של ר"ז ומבר"א חולק רק על אחד מהם.

ועיין מש"כ המהר"ש בסברת ר"א מדיפתי שנותן פרה אחת ויעבוד תחילה לתשלום השכירות ואח"כ תהיה נחלטת לו. דאינו מחויב ליתן נתינה מוחלטת עד אחר זמן השאלה כמבואר ברש"ש ע"ש. ויש לבאר באופן אחר ע"פ דברי האו"ש בפ"ז משכירות ה"א שמסתפק באחד ששכר בית מחברו וקיבל עליו אחריות שאם ישרף הבית ישלם ואח"כ הלך המשכיר והבטיח את ביתו בחברת האחריות ונשרפה הבית, אם יכול השוכר לפטור עצמו מחיוב האחריות שקיבל עליו בטענה שהוא התחייב לשלם הפסד הבעלים אם ישרף הבית ועכשיו שמקבל דמי הבית מחברת האחריות לית ליה פסידא ועל אופן זה לא נתחייב השוכר לשלם. וכתב האו"ש לפשוט ספק זה ממה שמבואר כאן שאף שמקבל השוכר פרה שלימה מהשואל א"כ נשלמה החסרון שנחסר ע"י מיתת הבהמה שאין לו פרה להשלמת השכירות, מ"מ אין זה פוטר את הבעלים מלהשלים ימי השכירות דטוען השוכר שמה שקיבל בהמה שלמה מהשואל הוא מפני שהוא ויתר על זכות ההשתמשות שהיה לו ונתנה לשואל ותמורת זה השואל נתחייב לו אחריות א"כ זה רווח ידידה ואין זה סיבה לפטור את מה שהבעלים חייבים מדין משכיר. ומזה למד האו"ש לנידון ידידה שאף שהמשכיר מקבל דמי הבית מחברת האחריות זה רווח ידידהו תמורת התשלום ששילם לחברת האחריות ואין זה פוטר את השוכר מההתחייבות שלו. א"כ י"ל דבזה פליגי ר"ז ור"א מדפתי דר"ז ס"ל כמסקנת האו"ש שאף שמקבל בהמה שלימה אין זה פוטר את המשכיר מחיובו להשלים. ור"א מדיפתי ס"ל דחיובו של המשכיר הוא להעמיד לשוכר בהמה לכל ימי השכירות ואם מתה הבהמה באופן שיש מי שאחראי לשלם בהמה אחרת הרי יש לו בהמה ואין המשכיר חייב להעמיד לו בהמה אחרת וכהצד שהיה

לאו"ש לפטור את השוכר מהתחייבותו לבעלים מפני שהבעלים מקבלים הפסד ממוקם אחר.

נמצא שלשיתת רש"י אין מחלוקת כלל לגבי תשלום השכירות אלא רק אם ב' שאלות מחייבים ב' פרות או לא ותלוי בגדר אחריות של שואל אם הוא תשלום הפסד או התחייבות בעלמא כחברת ביטוח. ולמהר"ש ר"א מדיפתי חולק גם לגבי תשלום השכירות והמחלוקת לגבי זה תלוי בספיקן של האו"ש בפ"ז משכירות ה"א.

והא דנקט ר"ז ד' פרות דהיינו פרה נפרדת לכל י' ימים של שכירות ומבר"א אמר שנותן רק אחד לתשלום השכירות באמת אין כאן מחלוקת כלל דברש"י מבואר בד"ה מכדי שגם לר"א מדיפתי ומבר"א שנותן רק אחד לתשלום השכירות הרי הוא נותן לו אחת לעשרים יום. ופרה אחת לעשרים ליום הוי כב' פרות ל' יום ואין מחלוקת כלל בזה כן מבואר בשיטמ"ק בשם הריטב"א. ובשיטה בסד"ה והך כתב דמה דנקט מבר"א שום שכירות אחת הוא לאו דוקא דלגבי זה אין מחלוקת ולכו"ע נותן או ב' ל' ימים או אחד לכ' יום.

רש"י ד"ה כיצד. בפשטות מה שחייב בהשלמת השכירות הוא משום דמיירי במשכיר פרה סתם אבל בפרה זו אם מתה אין המשכיר חייב להשלים השכירות כמבואר בסוף פרק השואל לגבי המשכיר בית ונפל. וכ"כ הריטב"א דמיירי הכא בפרה סתם. אבל המהרש"א כתב דמיירי הכא בפרה זו ומה שאם מת אינו משלים בפרה זו הוא דוקא כשהיה ברשות השוכר כשמת אבל אם חזר והשאילו לבעלים ומת ברשות הבעלים צריכים הבעלים להשלים את הי' ימים גם בפרה סתם. ובזה מבאר המהרש"א מה שכתב רש"י שאם ראובן שכר משמעון לק' יום וחזר שמעון ושאל לצ' יום וחזר ראובן ושכר לפ' יום ומתה ברשות ראובן ששמעון נותן לראובן פרה אחת ועוד

הערות

המפקיד דף לה:

וציונים

שיא

אחת לתשלום י' ימי השכירות. ולא כתב רש"י שנותן עוד אחת להשלים הפ' ימי השכירות השנייה. וכתב ע"ז המהרש"א דזה אינו משלים כיון דמיירי בפרה זו ורק את ה' ימים שחייב מכח השכירות הראשונה שלענין זה נחשב שמתה אצל השואל כיון שנמצא בתוך הצ' ימים ששמעון חזר ושאל מראובן ולענין מתה אצל השואל הוא חייב להשלים ימי השכירות אפילו בפרה זו. והאחרונים חולקים בזה על המהרש"א. ע' במחנ"א שכירות ס' ג' ובקרני ראם שכתבו שפשוט שאם השכיר פרה זו אינו חייב להשלים אפילו מתה ברשות השואל אלא הסוגיא מיירי בפרה סתם. וע' במחנ"א מש"כ ליישב קושית המהרש"א על רש"י אמאי לא כתב שצריך להשלים פ' ימי שכירות כשמת אצל השוכר. וע"ע ברע"א כאן שמיישב קושית המהרש"א באופן אחר.

תוד"ה אגרה פ' יום. ביאור דבריהם בסוף הדיבור הוא שמה דאמרינן שאם שכר לק' יום וחזר השוכר והשאל לבעלים לק' יום הוא מבטל בזה את השכירות זה דוקא כשחזר והשאל לבעלים אבל אם שכר לק' יום והשאל לאחר לכל הק' יום אינו מבטל בזה את האחריות שיש עליו כשוכר. והטעם פשוט דרק כשחזר והשאל לבעלים אפשר לפרש קבלת הבעלים חזרה כחזרה מהשכירות ויש בזה מחילה על קבלת השמירה שקיבל השוכר אבל כשמשאל לאחר אין השוכר יכול להפקיע מעצמו את האחריות שהתחייב לבעלים. ומה שכתבו התוס' כגון שהיה עם השואל במלאכתו היינו דאל"כ אין נ"מ אם בטל חיובו של השוכר או לא הא בל"ה משלם השואל לבעלים. ותי' דנ"מ כשיש לשואל פטור של בעליו עמו אז תביעת הבעלים הוא לשוכר ובוזה יש נ"מ בין אם השוכר השאל לבעלים לכל זמן השכירות שאז בטל דין שוכר מיניה ואם השאל לאחר לא פקע חיובו של השוכר וחייב לשלם לבעלים אם יש לשואל פטור של בעליו עמו [ע' במהר"ם שי"ף].

הרי"ף והרמב"ם השמיטו את כל הגמ' של פעמים שמשלמים הבעלים לשוכר כמה פרות. וכתב הש"ך בס' ש"ז סק"ג שהרמב"ם השמיט דין זה מפני שכל דברי הגמ' בזה הם רק לרבנן שהשואל משלם לשוכר אבל אנן קי"ל כר"י דהשואל משלם לבעלים א"כ אין היכא תמצא שישלמו הבעלים לשוכר כמה פרות. ומוכיח מזה הש"ך שהרמב"ם חולק על התוס' שכתבו שבאופן שמתה בפני הבעלים וליכא טענת דל אנת וכו' מודה ר"י לרבנן שהשואל משלם לשוכר דא"כ גם להלכה דקי"ל כר"י משכחת שהבעלים ישלמו לשוכר כמה פרות באופן שראו שמתה. אלא מוכח שהרמב"ם חולק על התוס' וס"ל שגם באופן זה חולק ר"י ותמיד ס"ל שהשואל הוא שומר של הבעלים והשוכר ממנה את השואל לשומר בשליחות הבעלים. וכדברי הש"ך מפורש בשיטה כאן בשם הרשב"א והר"ן שהוכיחו מזה שהרי"ף והרמב"ם השמיטו דברי ר"ז ומבר"א שלא ס"ל כתוס' אלא שר"י חולק בכל אופן. [גם המ"מ פ"א משכירות ה"ו כתב שהעיקר בזה שר"י חולק בכל גוונין]. אמנם הרא"ש כתב שאף שר"י ס"ל ששואל משלם לבעלים אפילו כשראו הבעלים שמתה כדרכה מ"מ משכחת לדברי ר"ז ומבר"א גם למאי דקי"ל כר"י כגון שאמר המשכיר לשוכר אם תרצה תשאלנה ויהיה דינך עם השואל כאילו לא יצאת מרשותך. ודין זה נפסק בשו"ע ס' ש"ז סע' ה' שאם אמר כן המשכיר לשוכר משלם השואל לשוכר ולא לבעלים. וכתב ע"ז בהגהות אמרי ברוך בגליון השו"ע שמדברי הרשב"א והר"ן הנ"ל שכתבו שהרי"ף והרמב"ם השמיטו דין זה מפני שס"ל שאין נ"מ מזה להלכה דקי"ל כר"י והוכיחו מזה דהרי"ף והרמב"ם לא ס"ל כתוס' משמע שלהלכה אין שום אופן שמודה ר"י לרבנן ומוכח דפליגי גם על דברי הרא"ש ע"ש.

ביאור מחלוקת הרא"ש עם הר"ן והרשב"א בזה הוא שהרא"ש ס"ל שמה שר"י

חולק על רבנן הוא משום דאין השוכר יכול לעשות סחורה בממון הבעלים ואין לו רשות לעשות שומר שיתחייב לו תשלום עבור ממון הבעלים אבל אם הבעלים נתנו לו רשות יכול השוכר לעשות סחורה בממון הבעלים ואם הבעלים אינם מעכבים מודה ר"י שהשואל הוא שומר של השוכר. אבל הרשב"א והר"ן ס"ל שסברת ר"י אינו רק מפני עיכוב הבעלים אלא שאין אפשרות לעשות שומר על ממון של אחר ואפילו אם קיבל רשות מפורשת מהבעלים לא מהני דאין חיובו של השומר אלא לבעל הממון בלבד.

נמצא ג' שיטות בדעת ר' יוסי. א. שיטת תוס' דר"י חולק רק בגלל סברת דל אנת וכו' ובמקום שהבעלים ראו המיתה מודה ר"י לרבנן. ב. שיטת הרא"ש שהבעלות של הבעלים מונע מהשוכר למנות שומר שיתחייב לשוכר וע"כ אינו אלא שליח הבעלים למנות השואל כשומר של הבעלים. אך אם קיבל רשות מהבעלים יכול הוא למנות את השואל לשומר שלו. ולתוס' והרא"ש נ"מ ממחלוקת ר"ז ומבר"א גם לדין דקי"ל כר"י. ג. שיטת הרשב"א והר"ן שלר"י אין השוכר עושה שומר שיתחייב לו אפילו בהסכמת הבעלים דאין חיוב שומר אלא לבעל הממון ואין שום אופן שר"י מודה לרבנן ולכן השמיטו הרי"ף והרמב"ם מחלוקת ר"ז ומבר"א.

דף לו.

פעמים ששניהם בחטאת. הקשה רע"א אמאי כשמתה כדרכה ונשבעו שניהם שמתה מחמת מלאכה חייב השואל אשם, הא לרבנן חיובו של שואל הוא לשוכר א"כ לא כפר לבעלים ממון. ואפילו ר"י חולק רק בגלל שטוען הבעלים דל אנת אבל הכא שנשבע השוכר מודה ר"י לשיטת התוס' שהשואל משלם לשוכר. וע"כ חיוב אשם דשואל הוא על מה שכפר ממון לשוכר וקשה הא השוכר

בעצמו מודה שמתה מחמת מלאכה ואיכא הודאת בע"ד שאין השואל חייב לשוכר ולמה יביא אשם. ואפילו אם נשבע השואל לפני השוכר ס"ל לרע"א שאח"כ כשנשבע השוכר מתברר למפרע דקנה ולא כפר השואל ממון [ע' מש"כ בזה לעיל]. וכבר עמד בקושיא זו השיט"מ"ק כאן בשם הרא"ש וכתב שאין כוונת הגמ' שיהיו שניהם טוענים כן כאחד אלא שיש טענה שאם השוכר טוען אותו הוא מתחייב חטאת ואם השואל טוען הוא מתחייב אשם ולעולם כ"א טוען בלי שחברו יטען ואז פשוט שהשואל כפר ממון לבעלים לר"י ולרבנן כפר ממון לשוכר.

האו"ש בפ"ד משאלה ה"ט ד"ה אמנם מקשה על הא דשוכר באשם ושואל בחטאת כגון שנגנבה ונשבעו שמתה כדרכה השוכר כפר ממון וחייב אשם. וקשה דמיירי שקיבל רשות להשאיל דאל"כ מתחייב באונסין למ"ד שומר שמסר לשומר חייב. ואם יש לו רשות החיוב בגניבה הוא על השומר השני והראשון פטור א"כ לא כפר ממון. וכתב האו"ש דלכאורה מוכח מזה כראשונים דס"ל שאפילו באופן ששומר שמסר לשומר פטור אם אין אפשרות לגבות מהשני גובים מהראשון. דאי נימא שאפילו אם א"א לגבות מהשני הראשון פטור אמאי השוכר באשם. ע' מש"כ בזה האו"ש. ובעיקר מחלוקת הראשונים בזה ע' בסמוך בסוגיא דשומר שמסר לשומר.

עוד יש לעיין בסוגיא זו בהא דשניהם בחטאת כגון שמתה ונשבעו שנאנסה בלסטין מזוין. ומבואר בהמשך הגמ' שהחידוש שחידש בזה ר' ירמיה הוא דאיכא חטאת דשבועת ביטוי גם על שבועה שנשבע ע"י ב"ד. וקשה דשואל שטוען נאנסו אינו חייב שבועת השומרים שהרי הוא מודה שהוא חייב ואינו נשבע אלא שאינה ברשותו. ולכאורה בשבועה זו שנשבע משום שמא עיניו נתן בה אינו צריך לפרט למה אינה ברשותו אלא רק שאינה ברשותו א"כ כשנשבע

הערות

המפקיד דף לו.

וציונים

שיג

שנאנסה בלסטין מזוין והאמת היא שמתה כדרכה אין כאן שקר בחלק של אינה ברשותו אלא באופן האונס וזה לכאורה אינו שבועת הדיינים אלא זה הוספה שהוסיף מעצמו שלא חייבוהו ב"ד. א"כ מה החידוש בזה שחייב חטאת הא לא חיבוהו ב"ד לישבע אלא שאינה ברשותו והשקר הוא בהוספה שהוא הוסיף מדעתו והוי ככל שבועת ביטוי. ואין לומר שבחלק זה באמת ליכא חידוש במה שהוא חייב חטאת וחידוש זה השמיע ר' ירמיה בבבות האחרים דמדברי רש"י בד"ה נאנסה שכתב שמשביעין אותו כדר"ה משמע דהיה קשה לרש"י מה קמ"ל ר' ירמיה בזה הא אינו מחויב שבועה כיון שמודה שחייב וא"כ אין זה שבועת הדיינים ותי' רש"י שזה כן שבועת הדיינים שחייב שבועת אינה ברשותו. ויותר מפורש כן בשיטמ"ק בשם הראב"ד שמקשה הא דאמרינן דבשבועה שהדיינים מחייבים ס"ד דליכא חיוב שבועת ביטוי הא אלה שנשבעין מחויב לחיוב אינם שבועת הדיינים ותי' שגם בטענת חיוב חייב שבועת הדיינים כדר"ה שנשבע שאינה ברשותו. וא"כ קשה שהשקר אינו באינו ברשותו אלא איך היה האונס וזה לא חלק מהשבועה שב"ד מחייבים. ולכאורה מוכח מזה שגם בשבועה דר"ה שמא עיניו נתן בה לא סגי בנשבע שאינה ברשותו אלא צריך לפרט למה אינה ברשותו שמתה כדרכה או נגנבה כמו בעיקר שבועת השומרים דמבואר בשיטמ"ק בדף ו. בשם הרא"ש שבכלל שבועת אינו ברשותו נשבע שאינה ברשותו אלא נגנבה או נאנסה. אך בשיטמ"ק בשם ר"פ משמע דלא ס"ל כן שהקשה כרש"י אמאי נשבע כשטוען טענת חיוב ותי' וז"ל דמ"מ משתבע שאינה ברשותו וכו' ואגב גררא קאמר שנאנסה כלומר שאינה ברשותו עכ"ל. ומשמע דאע"ג דסגי בזה שישבע שאינה ברשותו בלי לפרט מ"מ אם נשבע שנאנסה ובזה מקיים חיוב שבועת ב"ד דאינה ברשותו ס"ד שיחשב ששיקר בשבועת הדיינים ולא יתחייב חטאת וצ"ע.

שומר שמסר לשומר. מבואר בגמ' שלרב דפוטור היינו אפילו בש"ש שמסר לש"ח ואע"ג דגרועי גרעה לשמירתו אין זה נחשב פשיעה לענין לחייבו באונסין. והא דאינו נחשב פשיעה אף דש"ש חייב בשמירה יותר מש"ח כמבואר בטור ס' ש"ג שש"ש חייב לעמוד בעצמו ביום ובלילה לשמור. ואין הכוונה רק לענין שאם לא עשה כן ונגנב חייב באחריות אבל אין חיוב לעשות כן, דע' במחנ"א שומרים ס' י"ח שכתב ע"פ הטור דש"ש יכול לחזור בו מחיוב השמירה דכיון שכתב הטור שחייב לשמור בעצמו ביום ובלילה דינו כפועל שיכול לחזור בחצי היום מקרא דעבדי הם ולא עבדים לעבדים. הרי דס"ל שחיוב השמירה של ש"ש הוא יותר משל ש"ח ולא רק האחריות הוא יותר. וא"כ אמאי לא נחשב ש"ש פושע כשמוסר לש"ח. ועיי' בתוס' לקמן צג: שעמדו בזה וכתבו בזה ב' דרכים. א. בתחילה רצו ללמוד מכאן דרק תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב אבל תחילתו בגניבה ואבידה וסופו באונס אינו חייב. ולכן אף שמסר לש"ח ואינו שומר מגו"א כדין ש"ש אלא רק מפשיעה כדין ש"ח אין זה סיבה לחייב אם היה בסוף אונס. [וטעמא דמלתא ע' רע"א במערכה אות כ"ט ויובא לקמן בס"ד ועיקר היסוד דכל שאין פשיעה גמורה לא אמרינן תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב כתבו גם הנ"י והרשב"א ב"ק כ"א: והובא ברע"א ס' רצ"א סע' ו']. ב. אפילו אי אמרינן דתחילתו בגו"א וסופו באונס חייב סתם בן דעת שומר גם מגו"א ויכול לסמוך שישמור כדין ש"ש לכן אין זה פשיעה אפילו לענין גו"א. ולפי התי' הראשון באמת אסור לעשות כן לכתחילה [אפילו באופן שאין סברת אין רצוני כגון למי שרגיל להפקיד אצלן דאינו מקיים החיוב שמירה שמוטל עליו אלא דאין זה נחשב פשיעה לחייבו באונסין. ולתי' השני עושה כדין דיכול לסמוך על שמירת השני.

תחתיו בשביל הבעלים וכיון שהכניס אחר שיתחייב לבעלים תחתיו הוא נפטר לגמרי. אבל כשמוסר לאשתו ובניו אין הם נעשים שומרים של הבעלים אלא הם כפועלים שלו לעזור לו בשמירת הפקדון ובוזה סובר ר"ת שלא פקע חיובו של השומר ואם א"א לגבות מהם גובים ממנו. ועל ראית ר"ת שכל אדם יעשה כן ויפטר כתב הריטב"א שאה"נ וע"ד כן מסר המפקיד.

אמנם הש"ך בס' ע"ב ס"ק קל"ד מביא כמה ראשונים שכתבו בשם ר"ת שבכל שומר שמסר לשומר באופנים שפטור היינו דוקא מאונסין אבל כל מה שהיה חייב מתחילה נשאר חייב ואם א"א לגבות מהשני גובים מהראשון. האו"ש בפ"ד משאלה ה"ט מדייק מלשון רש"י ותוס' בב"ק יא: דס"ל כן וכן משמע מדברי רש"י כאן שפטור ממה שהיה פטור. דהיינו שיש בזה ג' שיטות. א. הרמב"ן הרשב"א והריטב"א ס"ל שבכל גווני פקע מהראשון חיובי שומר שהכניס אחר תחתיו ואפילו כשמוסר לאשתו ובניו נפטר הראשון לגמרי. ב. הנ"י והרשב"א בדעת ר"ת ס"ל שמודה בכל שומר שמס"ל וחולק רק במוסר לאשתו ובניו. ג. בעה"ת המרדכי והאגודה שהובאו בש"ך ס"ל בדעת ר"ת שתמיד לא פקע חיובו של הראשון אלא שמקיים דין השמירה ע"י השני ואם השני לא שמר ואין לו ממה לשלם גובים מהראשון. וע' בקצה"ח ס' רצ"א סק"ח שתולה במחלוקת זו מה שנחלקו הריטב"א והמ"מ בשומר שטוען מסרתי לאשתי ובני אם צריך לישבע ע"ז שבועת השומרים. דאם כשמוסר לאשתו פקע מיניה דין שומר ה"ז כטענת החזרתי ואינו נשבע שבועת השומרים ואם לא פקע מיניה דין שומר אלא מקיים דינו ע"י מסירה לאשתו כשטוען שמסר להם הרי זה טענת לא פשעתי ונשבע ע"ז שבועת השומרים ע"ש.

נחלקו האחרונים אם מה שפטור הראשון לרמב"ן והרשב"א אפילו אם אין לשני מה

דהא מסרה לבן דעת. הא דשומר שמסר לשומר פטור היינו דאין המסירה נחשב פשיעה לענין לחייבו באונסין אבל אין זה פוטור את השומר ממה שנתחייב בו, לכן ש"ש שמסר לש"ח ונגנב מהש"ח מסברא פשוט שהש"ש חייב דאיך יפקיע מעצמו חיוב אחריות לענין גו"א וכן דעת כל הראשונים חוץ מיש מפרשים שהובא בריטב"א כאן דס"ל שגם בזה הראשון פטור והריטב"א דחה דבריהם וגם המאירי בב"ק יא: מביא שיטה הפוטרת ודחה דבריהם ע"ש. וזה לרב שפוטור שומר שמסר לשומר וכן לדין דקי"ל שומר שמ"ל חייב באופנים שפטור כגון שמסר למי שהבעלים רגילים למסור לו. והיכא דש"ח מסר לש"ח ופשע השני או ש"ש מסר לש"ש ונגנב מהשני גובים מהשני. וכתב הנ"י בשם הרמב"ן והרשב"א שאפילו אם העני השני או שהלך למדה"י וא"א לגבות ממנו הראשון פטור דיכול לומר אוקמא גברא בחריקאי. וכתב האו"ש בפ"ד משאלה ה"ט ד"ה וכן שגם מתוס' לעיל ד"ה דאגרה לפ' יום מוכח כן שכתבו בסוף דבריהם נ"מ מהא דהשוכר מחברו והשאל ללאחר לכל זמן השכירות דלא בטלה השכירות היכא דהשואל היה בעליו עמו. אבל בל"ה אין נ"מ מחיובו של השוכר דבעה"ב תובע את השואל. ואמאי לא כתבו נ"מ כשא"א לגבות מהשואל כגון שהעני. אלא מוכח דס"ל שהראשון פטור גם כשא"א לגבות מהשני. אך מביא הנ"י בסוף דבריו שר"ת חולק לענין שומר שמסר לאשתו ולבניו שאם פשעו ואין להם מה לשלם גובים מהראשון. ודברי ר"ת הם בתוס' לקמן מב: אך נחלקו הראשונים אם ר"ת חולק דוקא באשתו ובניו או בכל שומר שמסר לשומר באופן שהראשון פטור כגון לרב או לר' יוחנן במוסר למי שהבעלים רגילים למסור. דמלשון הנ"י משמע שר"ת חולק דוקא באשתו ובניו [כ"כ המחנ"א שומרים ס' ל"א] וכן מפורש ברשב"א בדעת ר"ת. והסברא לחלק בין אשתו ובניו לכל שומר שמסר לשומר הוא שכל שומר שמסר לשומר הראשון ממנה שומר שישמור

הערות

המפקיד דף לו.

וציונים

שמו

לשלם זה דוקא כשהעני אחרי שנמסר לו בזה יכול הראשון לומר אוקמא גברא בחריקאי כיון שבשעת מסירה היה אפשרות לגבות מהשני אבל אם היה עני בשעת מסירה הרי לא העמיד תחתיו אדם שראוי לשלם או שגם בזה נפטר הראשון שהרי מסר לבן דעת. הנתיבות בס' רצ"א בסוף סקכ"ד כתב שאפילו אם השני היה עני מתחילה פטור הראשון. והאו"ש פ"ד משאלה ה"ט בד"ה וכן כתב שאם מסר למי שאינו יכול לשלם אינו נפטר דאין בזה טענת אוקמא גברא בחריקאי ורק בהעני אח"כ פטור. אך נראה שאם מסר לאחר שפטור מן הדין מלשלם אף שחייב בשמירה מודה הנתיבות שלא נפטר הראשון וליכא למימר בזה אוקמא גברא בחריקאי. ורק בעני שחייב נפטר הראשון אף שבפועל א"א לגבות מהשני. וכן מוכח מתוס' לעיל דשוכר שמסר לשואל והיה בעליו עמו והשואל פטור השוכר חייב והאו"ש מוכיח מתוס' זה שאם לא היה בעליו עמו הראשון פטור אף שאין לשני מה לשלם, ואעפ"כ אם השני פטור הראשון חייב ואע"ג דבפשטות גם בבעליו עמו יש חיוב שמירה. אלא כיון שאין השומר ששומר תחתיו חייב בתשלומין אין זה גברא בחריקאי ולא נפטר ממה שהיה חייב לפני"כ. אמנם כ"ז לענין שחייב במה שהיה חייב קודם אבל שיחשב פשיעה לענין לחייב באונסין אפילו שמסר למי שאינו חייב לשלם לא הוי פשיעה כיון שמסר לבן דעת כדמוכח בתוס' לקמן צג: דש"ש שמסר לש"ח לא נחשב פשיעה כיון שסתם ש"ח שומר גם מגו"א ואף שאם יגנב פטור מלשלם אין זה פשיעה כיון שהוא שומר מגו"א ואם יגנב ישלם הראשון ואם יאנס שניהם פטורים.

גרועי גרעה לשמירתו. מלשנו של אב"י בביאור שיטת ר' יוחנן משמע לכאורה דר' יוחנן חולק על רב בתרתי א. בש"ש שמוסר לש"ח ס"ל דמה שמגרע את השמירה [או מפני שבפועל מחויב בפחות שמירה מש"ש או משום שלא מוסר נפשו לשמור כש"ש כיון

שפטור מגו"א] נחשב פשיעה. ב. אפילו כשאינו מגרע את השמירה כגון ש"ח לש"ש או ש"ש לש"ש מ"מ נחשב פשיעה בגלל סברת אין רצוני. ויצא לפ"ז שאפילו אם מסר למי שהבעלים רגילים למסור דליכא סברת אין רצוני ומודה ר"י בזה דשומר שמס"ל פטור היינו דוקא בש"ש שמסר לש"ש אבל ש"ש שמסר לש"ח נחשב פשיעה מה שמגרע את השמירה ויתחייב הראשון באונסין אף כשאין סברת אין רצוני. וזה שיטת המהרש"ל שמוכח בש"ך ס' רצ"א סקמ"ו שש"ש שמסר לש"ח נחשב פשיעה כיון שמגרע השמירה ואפילו אם באו עדים שנאנס אצל השני [דליכא סברת את מהימנת לי בשבועה] הראשון חייב. וזה שיטת המהרש"ך שהובא בש"ך בס' רצ"א סקכ"ז דהא דמפקיד ע"ד אשתו ובניו הוא רק בש"ח אבל אם הוא ש"ש אע"ג דליכא טענת אין רצוני מ"מ פושע בזה שמוסר לאשתו שאינה אלא ש"ח ומגרע את השמירה. דהיינו דס"ל דלהלכה גרעון השמירה נחשב פשיעה. וכן הוא שיטת הריטב"א שמוכח בב"י בבדק הבית שם. ומה שתמה הקצה"ח שם סק"ו על הב"י דדברי הריטב"א נאמרו רק בה"א כתב ע"ז החזו"א בחו"מ ס' ה' סק"א ד"ה ומש"כ שדברי הקצות תמוהים שדברי הריטב"א הם למסקנת רבא ע"ש. וכן מבואר בשיטמ"ק בב"ק יא: בשם ר' ישעי' דהיכא דמגרע השמירה אפילו אם הבעלים רגילים להפקיד אצלו נחשב פשיעה ע"ש. וע' ברע"א במערכה אות י"א שדן בשואל שמסר לשוכר או ש"ש אי נחשב גרועי גרעה לשמירתו או לא. וכתב דתלוי במחלוקת הראשונים אם ש"ש חייב בגניבת אונס או לא. שאם חייב א"כ דרגת השמירה של ש"ש ושואל שוים אבל לסוברים דש"ש פטור על גניבת אונס א"כ חיוב שמירה דשואל הוא יותר מש"ש ויחשב גרעון בשמירה כשמוסר שואל לש"ש, ע"ש.

אמנם כמה ראשונים חולקים וס"ל שגם ר' יוחנן ורבא מודו דגרועי גרעה אינו פשיעה

ובמקום דליכא טענת אין רצוני או את מהימנת לי גם ש"ש שמסר לש"ח פטור. וכ"כ הרשב"א כאן וז"ל כל זמן שנשבע ש"ח שמתה כדרכה הראשון נמי פטור ולא חשבינן ליה פושע אע"ג דגרעה לשמירתו שהרי מסרה לבן דעת והא דאמר רבא לא מיבעיא ש"ש שמסר לש"ח וכו' לאו למימרא דהיכא דגרעה חשבין ליה פושע אלא לא נ"מ מידי לענין דינא אלא דלאלימא לטענתא קאמר דמ"מ גרע שומר שמירתו עכ"ל. וכן כתב הש"ך ס' רצ"א סקכ"ז בשם ר"י לבית לוי וכן מסקנת הש"ך להלכה בסקמ"ו. וכן מוכח לכאורה ברמב"ם פ"א משכירות ה"ד שאף שמצד אחד כתב ש"ש שמסר לש"ח אף שהבעלים רגילים למסור לו נחשב פושע כיון שמיצט בשמירתו מ"מ כתב הרמב"ם בהל' ה' שאם מביא הש"ח עדים שנאנסה הראשון פטור ומוכח דס"ל דאין גרעון השמירה נחשב פשיעה לענין לחייב באונסין. ומש"כ שהוא פושע היינו רק שאם נגנב מהש"ח מתחייב הש"ש. והא דהצריך הרמב"ם עדים שמתה ולא סגי בשבועת הש"ח עיין בסמוך. כך מפרש הקצות בס' רצ"א סקי"ב את שיטת הרמב"ם דגרעון השמירה לא נחשב פשיעה ולכן אם יש עדים שנאנס אצל הש"ח הש"ש פטור. אך הלח"מ מפרש שהרמב"ם ס"ל דהוי פשיעה גמורה וחייב אפילו באונסין ומש"כ הרמב"ם שפטור מאונס היינו אונס שאין לתלות שבא מחמת הפשיעה ע"ש.

רע"א במערכה אות י"ט כתב שלכאורה מלשונו של אב"י בדעת ר' יוחנן משמע דס"ל שגרועי גרעה נחשב פשיעה ומקשה מנא ליה לאב"י דר' יוחנן פליג על רב בתרתי אולי מודה דאינו פשיעה אלא מחייב רק בגלל סברת אין רצוני. לכן כתב שבאמת גם גרועי גרעה אינו פשיעה אלא זה מחזק את הסברא של אין רצוני ולא מבעי ש"ש שמסר לש"ח בודאי יש טענת אין רצוני מפני גרעון השמירה אלא אפילו ש"ח לש"ש נמי יש טענת אין רצוני. אבל כשרגיל להפקיד שאין סברת אין רצוני אפילו ש"ש

לש"ח פטור. אך באות כ"ג כתב שזה ניחא רק ליישב את דברי אב"י אבל עדיין קשה בדברי רבא דלית ליה סברת אין רצוני אלא מחייב מפני טענת את מהימנת לי ולגבי סברא זו אין נ"מ בין גרועי גרעה לעלויי עלייה וא"כ מדאמר רבא לא מבעי ש"ש שמסר לש"ח דגרועי גרעה משמע דס"ל דגרעון שמירה נחשב פשיעה [הובא לעיל שהרשב"א כתב גם בדברי רבא דאמר כן רק ללאלימא למילתא]. וכתב בזה רע"א שלעולם גרועי גרעה אינו פשיעה אלא זה עוד סיבה שלא יועיל שבועת השני לראשון דפשוט שאם אחר שאינו שומר ראה שמתה כדרכה אינו יכול לפטור את השומר ע"י שבועתו אפילו אם הבעלים רגילים להפקיד אצלו דאין זה שבועה של בעל דבר. והא דשומר שמס' מהני שבועת השני לראשון לולא סברת את מהימנת לי הוא משום שגם הוא שומר והוי לגביו שבועת השומרים. וזה דוקא בש"ש שמסר לש"ש שגם השני צריך טענת נאנסו כדי לפטור את עצמו א"כ השבועת נאנסו שלו הוא שבועת השומרים ומהני לפטור את הראשון. אבל ש"ש שמסר לש"ח, לש"ח סגי בשבועה שלא פשע ומה שמוסיף שנאנס הוא הוספה שהוא אינו צריך לו א"כ אין זה שבועה של בעל דבר ולא מהני לפטור את הש"ש. וזהו שאמר רבא לא מבעי ש"ש לש"ח שבודאי לא מהני שבועת הש"ש לש"ש אלא אפילו ש"ח לש"ש נמי לא מהני שבועת הש"ש דאת מהימנת לי.

הקצה"ח בס' רצ"א סקי"ב כתב ממש כסברת רע"א ומיישב בזה דברי הרמב"ם שהובא לעיל שכתב שש"ש שמסר לש"ח אם מביא הש"ח עדים שנאנסה נפטר הש"ש וקשה למה צריך עדים הא מיירי שהבעלים רגילים להפקיד אצלו ופטור הש"ש בשבועת הש"ח. וכתב הקצות דכיון שהש"ח פטור בגו"א ואינו צריך שבועת נאנסו הוי לענין שבועת נאנסו כאחר שאינו בע"ד דלא מהני שבועתו לפטור את הראשון. וגם רע"א כ"כ בדעת הרמב"ם

הערות

המפקיד דף לו.

וציונים

שיז

באות ל"ג ע"ש. אמנם המל"מ פ"א ה"ה לומד שבאמת אם ישבע הש"ח שנאנסו יפטור בזה את הש"ש אלא סתמא דמלתא שאינו נשבע אלא מה שצריך לעצמו לכן נקט הרמב"ם עדים. וגם ברשב"א שהובא לעיל מפורש שש"ש שמסר לש"ח אם ישבע הש"ח שנאנס יפטור בזה את הש"ש [באופן דליכא סברת את מהימנת לין]. וזה דלא כסברת רע"א והקצות.

נמצא ג' פשטים בלא מבעי דרבא. א. למהרש"ל דהוי פשיעה. ב. לרשב"א אינו פשיעה אלא נאמר לאלימא מלתא. ג. לרע"א זה תוספת סיבה שלא מועיל שבועת השני לראשון.

אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר.

שיטת התוס' שאף שעבר על רצון הבעלים אינו נעשה גולן ומה שחייב באונסין הוא משום דנחשב כפשיעה וחייב על כל אונס שיש לתלות שבא מחמת הפשיעה כדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס. וצריך להבין למה נחשב פשיעה הא מסר לבן דעת ואין שום חסרון בשמירת הפקדון ואף שאסור לעבור על רצון בעה"ב ועשה שלא כדין בזה שמוסר לאחר מ"מ למה זה נחשב פשיעה בשמירה הא שמירה תלוי אם נשמר או לא ולמה קפידת הבעלים יעשה שנחשב פשיעה בשמירה. וכדברי התוס' מבואר גם בטור בס' רצ"ב בשם הרמ"ה שכתב שאם הבעלים יחדו מקום לפקדון והשומר טלטל את הפקדון למקום אחר, אך לא לצורכו שאז היה נחשב גולן ומתחייב באונסין אפילו שלא באו מחמתו, ולא לצורכה שאז אינו מתחייב באונסין כלל, אלא טלטלה מפני שרצה להשתמש במקומה בזה אינו נעשה גולן להתחייב בכל אונסיה אבל נחשב פושע בשמירה ומתחייב בכל אונסין שבאו מחמת פשיעתו. דהיינו שטלטול החפץ ממקום שיחדו הבעלים לצורך מקומה לרמ"ה הוי ממש כשומר שמוסר לשומר לר' יוחנן לשיטת התוס'. דבתרויהו אינו נעשה

גולן אבל נחשב פשיעה כיון שעבר על רצון הבעלים. וגם ברמ"ה צ"ב למה שינוי מרצון הבעלים [באופן דלא נעשה גולן] יחשב פשיעה הרי גם מקום השני הוא מקום המשתמר. ואף שהמחנ"א בשומרים ס' כ"ט ד"ה וראיתי כתב שכוונת הרמ"ה שבמקום הראשון הפקדון היה נשמר יותר מהמקום השני [וכ"כ הנתיבות ס' רצ"ב סק"ז] מ"מ גם לדבריו המקום השני משתמר מספיק שלא יחשב פשיעה וכל מה שמחשיב את זה לפשיעה הוא מה שעבר על רצון המפקיד. וזה לכאורה אינו מובן למה הקפדת הבעלים מחשיב את זה פשיעה.

ונראה שהביאור בזה הוא דרע"א באות כ"ט חוקר בסברת הדין דתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב אם הפשט הוא שהפשיעה מחייבת דכיון שהדרך שתאבד ע"י פשיעה מיד כשפשע אשתעבד נכסיה ולכן אפילו אם הנזק היה בגלל אונס אין זה פוטר, או שאין הפשיעה מחייבת אלא כיון שאם לא היה פושע לא היה בא האונס א"כ האונס עצמו הוא סיבה לחיוב כיון שנגרם ע"י פשיעתו ועל אונס כזה אין טענת מאי הוי ליה למעבד. וכתב רע"א ב' נ"מ מספק זה. א. בזה תלוי הנידון אי בעינן שיבא האונס מחמת הפשיעה שלצד הראשון יתחייב גם אם האונס לא בא מחמת הפשיעה כיון שהפשיעה עצמה מחייבת. אבל לצד השני רק אם האונס בא מחמת הפשיעה הוא נגרר אחר הפשיעה והוי כולו פשיעה. ב. בזה תלוי מה שדנים התוס' בדף צג: אם תחילתו בגו"א וסופו באונס חייב או לא. שאם הפשיעה מחייבת זה דוקא פשיעה מפני שהדרך שתאבד ומיד נשתעבדו נכסיו משא"כ בגו"א. אבל אי אמרינן שאונס שבא מחמת פשיעה דינו כפשיעה א"כ גם אונס שבא מחמת גו"א דינה כגו"א. ולפי הצד השני נראה שגם באופן שלא פשע בשמירה כלל כל שעשה שלא כדין ומחמת הפעולה שעשה שלא כדין נגרם אונס בטל מיניה הפטור של אונס דאין בזה טענה של מאי הוי ליה למעבד דאם

היה עושה כדין לא היה נאנס. וזה שכתבו התוס' דהוי כהתנה שלא ימסור לאחר וכיון שעשה שלא כדין ועבר על דעת בעה"ב אף דאינו גזלן מ"מ נחשב כפשיעה לענין שאין לו הפטור של אונס על הנזק שבא מחמת הפעולה שעשה שלא כדין. וזה הביאור גם בדברי הרמ"ה שהובא לעיל.

יסוד זה שפעולה שעשה שלא כדין אף שלא היה בו שום חסרון בשמירה נחשב כפשיעה לענין לחייב על האונס שבא מחמתו למדתי מדברי רע"א באות ל"ה שמביא מחלוקת הרא"ש והריטב"א אם שליחות יד של השומר השני מחייב את הראשון. דשיטת הריטב"א במשנה לה: שרק אם פשע השני יכול לגבות מהראשון שהראשון חייב בשמירה ומי שהעמיד לשמור תחתיו לא שמר. אבל אם השני שמר כראוי אלא ששלח יד אין זה חסרון בשמירה אלא זה כמעשה גזילה שמחייב את השני באונסין אבל אין לחייב את הראשון על גזילתו של השני. והרא"ש ס"ל שגם שליחות יד של השני מחייב את הראשון [ע' מש"כ בזה בס"ד בסמוך על הגמ' של את מהימנת לי בשבועה]. וכתב רע"א שפשוט שגם הרא"ש מודה שמה שהראשון מתחייב באונסין ע"י שליחות יד של השני אין חיובו כדין שולח יד דאין יתחייב הוא על גזילת חברו. אלא מחדש רע"א דבכל שולח יד חוץ ממה שמתחייב באונסין מדין גזלן שזה סיבה לחייב אפילו באונס שלא בא מחמת השל"י יש גם כמעשה השליחות יד משום פשיעה וזה סיבה לחייב על כל אונס שבא מחמת השליחות יד. ומה דסבר הרא"ש ששליחות יד של השני מחייב את הראשון הוא מצד הפשיעה שבו ולכן צריך השני לישבע שלא שלח יד דהיינו שהאונס לא בא מחמת שליחות יד שלו. ואינו מובן איזה פשיעה יש בשליחות יד הא גם בשעה ששולח יד בפקדון הוא ממשיך לשמור כראוי ואיזה תחילתו בפשיעה יש כאן שנוכל לחייב על

האונס שבסופו. אלא כוונת רע"א שאף שאין שום חסרון בשמירה בזמן השליחות יד מ"מ כיון שזה פעולה האסורה והאונס בא בגלל פעולה שעשה שלא כדין בטל הפטור של אונס על הנזק שקרה אח"כ דליכא בזה טענה של מאי הוי ליה למעבד. וזה יסוד הדין דאין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר לשיטת התוס' כמו שנתבאר לעיל.

הרמב"ן והרשב"א חולקים על תוס' וס"ל כהאין לפרש של התוס' דאין רצוני היינו דהוי משנה מדעת בעה"ב ונעשה גזלן וחייב אפילו באונסין שלא באו מחמת הפשיעה. [הרשב"א מובא בשיטה כאן בסוף ד"ה הא דאמר והרמב"ן מובא בעמ' ב' בד"ה וז"ל הרמב"ן]. ומוסיף הרשב"א שאפילו למ"ד מעביר על דעת בעה"ב לא הוי גזלן ה"מ במשנה ברשותו אבל כשמעביר את הפקדון לרשות אחר נחשב כגזלן. ומה שהוכיחו התוס' מקושיית אביי על רבא עיין ברמב"ן ורשב"א שם שפרשו שזה גופא תירוצו של רבא שלדבריהם שטעמו של ר' יוחנן הוא מפני שאין רצוני וכו' הוא נחשב גזלן וחייב אפילו על אונס שלא בא מחמת הפשיעה לכן לגבי זה לא אמרינן מלאך המות מ"ל הכא מ"ל התם ע"ש. דהיינו שבדעת אביי גם הרמב"ן והרשב"א מודים למה שכתבו התוס' אבל ס"ל שרבא חולק וס"ל בדעת ר' אבא בר ממל דהוי גזלן ממש וחייב אפילו על אונס שלא בא מחמת השינוי מרצון הבעלים. ושו"ר ברע"א בד"ה ועפ"ז יש ליישב שכתב שלא משמע בלשון הגמ' שבזה גופא פליגי אביי ורבא אי הוי גזלן או לא ומאריך לבאר קושיית אביי לשיטת הרמב"ן והרשב"א ע"ש.

ביאור דברי התוס' בסד"ה אין רצוני בחילוק בין צריפא דאורבני לפשע ויצא לאגם וכן במה שהוכיחו התוס' דבעינן שיבא האונס מחמת הפשיעה כתבנו בס"ד בעמ' ב' על הגמ' של פשע בה ויצאה לאגם.

הערות

המפקיד דף לו. – לו:

וציונים

שיט

דף לו:

את מהימנת לי בשבועה. מבואר דכיון שלא מהני שבועתו של השני לראשון חייב הראשון לשלם א"כ מפורש דשומר שאינו יכול לישבע שנאנסה חייב לשלם. הש"ך בס' רצ"א סקמ"ד מקשה מכאן על תלמידי הרשב"א שהובאו בב"י שם שכתבו שש"ש שמסר לש"ח שרגילים הבעלים למסור לו ואין השני רוצה לישבע או שהלך למדה"י שפטור הראשון דהוי ליה איני יודע אם נתחייבתי. ותימה דמפורש כאן שאם השני אינו יכול לישבע כגון באופן שיש טענת את מהימנת לי שהראשון חייב וא"כ ה"ה שיתחייב כשאין טענת את מהימנת לי כשהשני הלך למדה"י או שאינו רוצה לישבע. ומבאר הש"ך הטעם שחייב משום דהוי כאיני יודע אם פרעתין ואפילו למ"ד ששומר מתחייב משעת מיתה זה רק לענין שיעבוד נכסים על תשלומי הפקדון. אבל בחיוב השבת הפקדון נתחייב לכו"ע בשעת שאלה וכשיש ספק אם נפטר מחיוב זה ע"י אונס הוי איני יודע אם פרעתין.

הב"י בס' ש"מ מביא בשם הרא"ש ששואל שלא יודע בבירור אם הבהמה מתה מחמת מלאכה או לא חייב לשלם. והב"י מקשה למה משלם מספק. וכתב בזה הש"ך בס' ש"מ סק"ז דכיון ששואל מחויב לישבע אם אינו יכול לישבע משלם מדין מתוך. והובאו דבריו בקצות שם סק"ד. לפ"ז יהיה הפשט באת מהימנת לי בשבועה דכיון שאין השני נאמן בשבועתו והראשון אינו יכול לישבע מפני שאינו יודע חייב הראשון לשלם מדין מתוך. וכן נקט הש"ך בס' ע"ב סקס"א שהרא"ש בריש פ"ק מביא שיש מקשים הבל על הסוברים שעד המסייע פוטר משבועה מהא דאמרו שומר שמסר לשומר חייב מפני שאינו מאמין לשבועת השני וכיון שהראשון לא יכול לישבע משלם וקשה שהשני יפטור את הראשון משבועה מדין עד המסייע. וכתב הרא"ש דכיון

ההיא סבתא. מבואר שאם מסר למי שרגיל להפקיד ליכא טענת אין רצוני. הכ"מ בפ"א משכירות ה"ד מביא שמהר"י וייל כתב דלא סגי בהפקיד אצלו פעם או פעמיים אלא בעינן שרגיל תדיר כמעשה דסבתא. והכ"מ חולק וס"ל דסגי במפקיד אצלו לפרקים. ומש"כ הרמב"ם אם היה דרך הבעלים להפקיד תמיד וכו' כתב הכ"מ בפשט השני דבא לאפוקי אם השתנה מצבו מהזמן שהיה מפקיד אצלו לעכשיו, כגון שהעני בינתיים או שנעשה חשוד שבזה הדרא סברת אין רצוני. ועיקר דין זה דבעינן שלא ישתנה מצבו מבואר בריטב"א כאן והובא בב"י בס' רצ"א ובקצה"ח שם סק"י. וע' ברע"א ס' רצ"א על סמ"ע סקמ"ו שכתב בשם הב"ח דאין נ"מ לענין זה בין הפקיד אצלו פעם אחת או שרגיל להפקיד אצלו בקביעות, אלא כל שהפקיד אצל אחר, כשהיה אפשרות להפקיד אצל זה, בין ההפקדה האחרונה למי שהיה רגיל אצלו לבין ההפקדה למי שהפקיד עכשיו בטל הרגילות וחוזר סברת אין רצוני ואם לא הפסיק בהפקדה לאחר סגי אפילו בפעם אחת לבטל סברת אין רצוני.

הכא במאי עסקינן בשנתנו לו הבעלים רשות להשאל. בשו"ע ס' ש"ז סע' ה' הובא דינא דמתני' השוכר פרה והשאלה לאחר, וכתב הסמ"ע בסק"ה דאף שעבר בזה השוכר על ציווי חכמים שאין השואל רשאי להשאל אין זה פשיעה לחייבו באונסין. וכתב ע"ז הש"ך בסק"ב דלחנם דחק הסמ"ע דמבואר בגמ' דמיירי שנתנו רשות. אך כוונת הסמ"ע הוא דמה שהעמידו בגמ' בנתנו רשות היינו כדי שלא יקשה על המ"ד דמחייב שומר שמסר לשומר משום אין רצוני. אבל לדידן דקי"ל שחייבו משום את מהימנת לי בשבועה היכא דנשבע הראשון הוא פטור ואין צורך להעמיד את המשנה בנתנו לו רשות. וכן מפורש בריטב"א לעיל דלהלכה אין צורך להעמיד המשנה שקיבל רשות. וע' בהגהות אמרי ברוך שמביא על דברי הש"ך את הריטב"א.

שהראשון אינו יכול לישבע הרי הוא חייב ממון ועד המסייע פוטר רק משבועה ולא מממון. ולמד מזה הש"ך בס' ע"ב דכל המחויב שבועה ואינו יכול לישבע שמשלם מדין מתוך אין עד המסייע פוטר. וכ"כ הש"ך בס' פ"ז סקט"ז. ולדבריו מבואר ברא"ש דחייב של השומר הראשון הוא מדין מתוך.

הקצה"ח ס' פ"ז סק"ט חולק על הש"ך וס"ל שבמקום שחייב מדין מתוך מהני עד המסייע לפוטרו וכאן חוץ מדין מתוך יש לחייבו מדין איני יודע אם פרעתין וזה חייב ממון שאינו בתולדה מחיוב שבועה ועד המסייע אינו פוטר מחיוב זה. אמנם על מה שכתב הש"ך בס' רצ"א שנחשב איני יודע אם פרעתין אפילו אם מתחייב משעת אונסין מפני שנתחייב בהשבת הפקדון הקצות בס' ש"מ סק"ד חולק וס"ל דליכא חיוב השבה בשומרים והיכא דליכא פשיעה ויש ספק אונס הוי איני יודע אם נתחייבתי. ורק במקום שפשע כגון שומר שמסר לשומר דאף דלא קי"ל כסברת אין רצוני לענין שיחשב פשיעה גמורה לחייב באונסין מ"מ יש בזה משום פשיעה כל דהו שהרי אסור לתת לאחר כמבואר בתוד"ה רב וכיון שפשע עליו להביא ראיה שנאנס דע"י פשיעה זו נעשה איני יודע אם פרעתין. ובוזה מבאר דברי תלמידי הרשב"א שאם מסר למי שרגילים הבעלים למסור והשני אינו נשבע הראשון פטור והש"ך הקשה מאת מהימנת לי. וכתב הקצות דלק"מ דהיכא דלא פשע כלל הוי איני יודע אם נתחייבתי ורק כשמסר למי שאין רגיל למסור איכא פשיעה ונעשה איני יודע אם פרעתין ובוזה כשאין השני נאמן בשבועתו הראשון חייב לשלם. ובוזה מבאר הקצות את דברי הנ"י בסוף ב"ק בשם הרא"ה שאם קיבל רשות למסור לאחר ולא יודע אם מתה מחמת מלאכה פטור ורק כשלא קיבל רשות ומסר לאחר דאיכא קצת פשיעה בזה כשאינו יכול לישבע חייב מדין איני יודע אם פרעתין וזה מה שהיה קשה לב"י על הרא"ש

למה יתחייב כשלא ידוע אם מתה מחמת מלאכה דכיון שלא פשע הוי איני יודע אם נתחייבתי. ומה שאין בכל זה נבדברי הנ"י בשם הרא"ה ובתלמידי הרשב"א ובב"י חיוב מדין מתוך כתב הקצות דס"ל דעיקר השבועה הוא שאינה ברשותו והשאר מדין גלגול ובגלגול י"א דליכא מתוך. ועי"ל ע"פ הראשונים שהובאו בנתיבות כללי מגו ס' פ"ב אות כ"ח דס"ל דבשבועת השומרים לא אמרינן מתוך והובא לעיל ע"ש.

החזו"א בחו"מ ס' ה' סק"ז סד"ה שבועות כתב דשומר שאינו יודע משלם אפילו למאן דלית ליה מתוך מפני שהשומר שיעבד נפשיה לחיוב שומרים והתורה חייבה לשומר עד שישבע שנאנסה. ומביא ע"ז החזו"א את דברי רבא ב"מ לו: בשומר שמסר לשומר. דהיינו שמה שמתחייב הראשון כשאין השני נאמן בשבועתו הוא מפני שזה בכלל שיעבודו של השומר. וכן כתב החזו"א שם סק"ו ד"ה ובנה"מ ע"ש.

נמצא הדרכים בטעם שחייב הראשון בגלל סברת את מהימנת לי בשבועה. א. לש"ך בס' ע"ב סקס"א בדעת הרא"ש חיובו משום מתוך וכן מבואר ברמב"ן במלחמות ריש ב"מ ובנ"י ב"ק יא: הובאו דבריהם בקה"י ס' ל"ז. ב. הש"ך בס' רצ"א סקמ"ד לומד שחיובו מדין איני יודע אם פרעתין וכל שומר נחשב איני יודע אם פרעתין אף שלא פשע כלל ואפילו למ"ד שמתחייב משעת אונסין מפני שנתחייב בהשבת הפקדון. ג. לדעת הקצה"ח כיון שפשע קצת במסירת הפקדון לשומר השני נחשב איני יודע אם פרעתין. ד. לחזו"א חו"מ ס' ה' אות ו' ואות י"ז בכלל שיעבוד של שומר שאינו נפטר מאחריותו אא"כ נשבע. ה. הנתיבות בס' ש"א סק"ב יש לו שיטה חדשה בזה שגם באופן שאין לחייב מדין מתוך חייב הראשון אם השני אינו נשבע מפני שחוששין שנמצא בעין ברשות השני והראשון שעשה מעשה

הערות

המפקיד דף לו:

וציונים

שכא

בחפץ והביאו למקום שא"א להוציאו משם נחשב מזיק וחייב.

הואך לא מהימן לי בשבועה. הובא לעיל שנחלקו הראשונים היכא דליכא סברת את מהימנות לי בשבועה כגון שמסר למי שהבעלים רגילים למסור לו אם פשע השני ואין לו מה לשלם אם חייב הראשון. וצריך להבין לרמב"ן ולרשב"א דס"ל שהראשון נפטר לגמרי כיון שהעמיד גברא בחריקאי ואפילו פשע השני הראשון פטור א"כ למה מתחייב כשהשני אינו יכול לישבע. דכל מה שנתבאר לעיל שחייב מדין מתוך או מדין איני יודע אם פרעתין זה אמת אם פשיעת השני מחייב את הראשון א"כ כל שאינו יכול לישבע שנאנס הוא חייב. אבל אם הראשון פטור אפילו על הצד שהשני פשע א"כ אין חיוב שבועה על הראשון כלל והוא בודאי פטור א"כ מה בכך דאין השני נאמן בשבועתו. אך הביאור הוא פשוט דמה שנפטר הראשון הוא רק מפני שהעמיד אחר תחתיו לכל החיובים של השומר וכלול בזה שאם יפשע ישלם ואם יאנס ישבע. אבל אם מסר לאדם שאינו יכול לישבע א"כ לא העמיד גברא בחריקאי ולא נפטר מהחיובים שהיו עליו ובאופן זה בודאי שחייב הראשון על פשיעת השני. ושפיר אמר רבא שהראשון נשאר חייב כיון שיש טענת את מהימנות לי א"כ לא העמיד במקומו אדם שיכול לישבע. ורק באופן שאין סברת את מהימנות לי יש טענת אוקמא גברא בחריקאי ורק באופן זה סוברים הרמב"ן והרשב"א שנפטר הראשון מכל חיובי שמירה ואפילו פשע השני פטור הראשון. וראיתי בחזו"א חו"מ ס' ה' סק"א ד"ה יש שכתב על דרך זה [קצת באופן אחר] ע"ש.

לפ"ז יש לבאר באופן פשוט את דברי תלמידי הרשב"א שכתבו שאם מסר למי שרגיל למסור לו והשני אינו רוצה לישבע או שהלך למדה"י שהראשון פטור והובא לעיל שהש"ך בס' רצ"א סקמ"ד תמה על דבריהם מהגמ' דאת

מהימנות דמפורש שאם השני לא נשבע הראשון חייב. ולהנ"ל לק"מ דהרשב"א הוא מהסוברים שאם העמיד גברא בחריקאי פטור הראשון אפילו פשע השני וכמו שפשיעת השני אינו מחייב את הראשון כך מה שאין השני רוצה לישבע אינו מחייב את הראשון שהוא שפיר העמיד תחתיו אדם שראוי לשמור ולישבע שתלמיד הרשב"א מיירי במסר למי שרגיל למסור לו ובזה נכנס השני תחתיו, ואפילו אם באמת פשע השני פטור הראשון א"כ מה בכך שהראשון לא יכול לישבע. ורק כשמסר למי שאין הבעלים רגילים למסור בזה כיון שיש סברת את מהימנות לי הרי לא העמיד אחר תחתיו. ובזה חייב הראשון בפשיעת השני ואם אינו יכול ישבע שהיה אונס משלם. אבל כשמסר לאדם שראוי לישבע א"כ העמיד אחר תחתיו לשמירה ולשבועה בזה כמו שאם לא רצה לשמור אין זה מחייב את הראשון כך אם אינו רוצה לישבע אין זה מחייב את הראשון. ולא שייך לחייב הראשון מדין מתוך כיון שאפילו אם באמת פשע השני הראשון פטור. והדברים לכאורה ברורים ופשוטים. והיה אפשר לבאר בזה גם את דברי הנ"י בשם הרא"ה שאם קיבל רשות למסור לאחר ליכא סברת את מהימנות לי ואז אין לחייב הראשון מפני שלא יכול לישבע שאפילו פשע השני הראשון פטור. אבל בלשון הנ"י מבואר דמחייב משום איני יודע אם פרעתין.

השעה"מ בס' רצ"א כתב לבאר דברי תלמידי הרשב"א באופן אחר [הובא בקה"י ס' ל"ז] דלעולם חיובו של הראשון כשהשני אינו נשבע הוא מדין מתוך אך זה רק כשאסור למסור לו דאז נחשב הוי ליה למידע. אבל כשיש רשות למסור נחשב לא הוי ליה למידע ובזה שיטת התוס' דלא אמרינן מתוך. סברא זו כתב גם רע"א באות י"ב ורצה לבאר בזה את הנ"י בשם הרא"ה אך כתב שלשון הנ"י הוא שחיובו מדין איני יודע אם פרעתין ולא מדין מתוך.

מתוך ידו. ולדברי רע"א גם הרא"ש מודה דסגי בעדות שלא שלח יד באופן שהאונס נגרם ע"י השליחות יד וזה שפיר יכול להעיד אף אם זהו מתוך ידו. וע"ע בקצות שתמה על דברי הריטב"א שלא כתב בפשיטות דלא מחייבים את הראשון על שליחות ידו של השני אלא מוסיף דדמיא לאומר לשלוחו צא גזול שפטור המשלח דאין שליח לדבר עבירה דטביחה ומכירה הוא דרבינן מקרא אבל בעלמא לא עכ"ל. והדברים תמוהים דמפורש בגמ' בסוף פרקין דנתרבה שליח לדב"ע בשליחות יד. ועוד תימה למה צריך הריטב"א להגיע לזה הא השני שלח יד מדעת עצמו ולמה הוא נחשב בזה כשלוחו של הראשון. וע' מש"כ האו"ש בפ"ג מגניבה ה"ו בביאור דברי הריטב"א וע"ע מה שכתבנו בזה בס"ד לקמן מ"ד.

ולא כר"ח דפסק כאביי. ע' ברע"א באות ט' ובאות י"ג מה שכתב לבאר הטעם שפסק ר"ח כאביי.

הבלא דאגמא קטלה. נחלקו רש"י ותוס' בסברת אביי בהא דגרע פשע ויצאה לאגם מצריפא דאורבני בגלל הסכרא של הבלא דאגמא קטלה. בתוס' לעיל מבואר שהטעם הוא מפני שאם מתה מחמת ההבל א"כ מיד שבאת לשם התחיל החולי. דהיינו דאף שגם צריפא דאורבני נחשב אונס מחמת הפשיעה מ"מ יש דרגות באונס מחמת הפשיעה ובפשע ויצאה לאגם האונס הוא יותר מחמת הפשיעה שעל הצד שמתה מחמת ההבל הרי שבהבאת הבהמה לאגם הוא מכניס אותה לתוך ההבל וגורם בידיו למיתת הבהמה. משא"כ בצריפא דאורבני אין הפשיעה מכניס לידי הגנב ואינו אלא כגורם לגניבה שאם לא היה שם לא היה נגנב. אבל רש"י מבאר באופן אחר דבצריפא דאורבני ליכא פשיעה כלל לגבי גנבי אלא שבמקרה באו גנבים לשם. משא"כ הכא איכא למימר בפשיעה מתה דשמא הבל המצוי באגם קטלא. וכתב המהרש"א דהא דתוס' לא פרשו

נמצא ג' דרכים בביאור דברי תלמידי הרשב"א א. לקצות כיון שלא פשע הוי איני יודע אם נתחייבתי ולא דמי לכל שומר שמסר לשומר דאיכא פשיעה והוי איני יודע אם פרעתיך. ב. לשעה"מ כיון שמסר ברשות לא הוי ליה למידע וליכא מתוך משא"כ שומר שמסר לשומר שאסור למסור הוי ליה למידע וחייב מדין מתוך. ג. למה שכתבנו כיון שאין סברת את מהימנת לי הרי אוקמא גברא בחריקאי ופטור אפילו פשע השני. משא"כ שומר שמסר לשומר שיש סברת את מהימנת לי הרי לא העמיד גברא תחתיו דאין השני ראוי לשבועה ואז חייב הראשון בפשיעת השני וכיון שאינו יכול לישבע משלם או מדין מתוך או מדין איני יודע אם פרעתיך.

תוד"ה את מהימנת. כתבו שאם יש עדים שנאנסה אצל השני פטור הראשון. כתב הרא"ש דלא סגי בעדים שנאנסה אלא בעינן נמי שיעידו שלא פשע בה ולא שלח בה יד. ומבואר דס"ל לרא"ש שאם השני אינו יכול לברר שלא שלח יד הראשון חייב לשלם. ובחי' הריטב"א לעיל במשנה של השוכר פרה והשאילה לאחר לא ס"ל כן אלא ישבע השוכר שלא פשע השני והבהמה מתה באונס אבל אין צריך לישבע שהשני לא שלח בה יד דאין הראשון מתחייב בשליחות יד של השני, דשל"י אינו חסרון בשמירה אלא הוא כמעשה גזילה שמחייב את השומר באונסין ולא מתחייב הראשון על גזילת השני. מחלוקת הרא"ש והריטב"א בזה מובא ברע"א באות י"ד ובאות ל"ה ומקשה רע"א על סברת הרא"ש למה יתחייב הראשון בשל"י של השני. והובא לעיל שרע"א מבאר שבכל של"י, חוץ מהדין גזול שבו שהוא סיבה לחייבו אפילו באונסין שלא באו מחמת השל"י, עצם השל"י נחשב כפשיעה לענין לחייב באונסין שבאו מחמת השל"י. ולענין זה של"י של השני מחייב את הראשון. ויתישב בזה מה שהקשה הקצה"ח בס' רצ"א סק"ד אין משכחת לה שיעיד הראשון שהשני לא שלח יד וכי לא זהו ידו

הערות

המפקיד דף לו:

וציונים

שכנ

כרש"י הוא משום דקשיא להו אי אגם הוא פשיעה לענין הבלא א"כ אפילו הולכה בעצמו לאגם דליכא פשיעה לענין גנבי יתחייב על הפשיעה לגבי הבל. אך פשוט שגם רש"י מודה שאם אין פשיעה לגבי גנבי אינו חייב על הבל שגם מיתה מחמת הבל באגם הוא אונס. אלא כוונת רש"י כמבואר ברא"ש דאף דהבל באגם הוא אונס מ"מ קצת פשיעה איכא לגבי הבל וכיון שפשע לענין גנבי וגם לגבי הבל הוא מוריד בדרגת השמירה בכזה תחילתו בפשיעה כו"ע מודו דחייב משא"כ בצריפא דאורבני אף שהאונס בא מחמת הפשיעה היינו שבמקרה נגנב משם אבל אין שום פשיעה כלל לענין גניבה בצריפא דאורבני יותר מבבית. וע' בשיטמ"ק בשם הרא"ש שכתב בהדיא שזה שיטת רש"י.

הנ"מ בין רש"י ותוס' הוא במה שכתבו התוס' לעיל בשומר שמסר לשומר דכיון שהנתינה לשומר השני נחשבת פשיעה בגלל סברת אין רצוני ממילא תולים שהבלא דבית חברו קטלא וכתבו שזה אפילו למ"ד תחילתו בפוס"ב פטור הכא חייב כסברת אב"י בפשע ויצאה לאגם. וזה אמת רק לשיטת התוס' שגם בזה על הצד שמתה מחמת הבל בית חברו הרי הוא הכניס אותה בידים לתוך ההבל. אבל לרש"י רק בפשע ויצאה לאגם שיש קצת פשיעה לענין הבלא אמרינן דאפילו מאן דפטור בצריפא דאורבני מחייב. אבל בפשע ויצאה לבית חברו אין שום פשיעה לגבי הבלא שאין סיבה לחשוב שיהיה הבל בבית חברו יותר מביתו ואף שתולים שמתה מחמת הבל חברו ליכא פשיעה לגבי זה כלל. ונראה שמה"ט לא כתבו התוס' כסברת רש"י והרא"ש דרצו להשוות בית חברו לאגם. ולרש"י באמת הא דמחייבין בשומר שמסר לשומר משום סברת אין רצוני הוא דוקא למאי דקי"ל בצריפא דאורבני כמ"ד תבפוס"ב חייב דס"ל שכל שיש לתלות אונס מחמת הפשיעה חייב א"כ גם בבית חברו יש לתלות שמתה מחמת הבל בית

חברו וא"כ האונס בא מחמת הפשיעה. אבל למאן דפטור התם אף שמודה באגם בבית חברו אינו מודה. ומש"כ התוס' לעיל בסוף דבריהם ואפילו למ"ד תבפוס"ב פטור הכא חייב לית ליה לרש"י. וע' ברש"י בסמוך בד"ה ושני ליה שמבאר קושית אב"י על רבא דמוכח דלא אמרינן מלאך המות מ"ל הכא מ"ל התם ומסיים רש"י שמעינן דלמ"ד תבפוס"ב חייב לא שגא אונס מלאך המות משאר אונסין. דהיינו שמה שמחייב בשומר שמסר לשומר הוא למ"ד תבפוס"ב חייב. וקשה הא אב"י ס"ל בפשע ויצאה לאגם שחייב גם למ"ד תבפוס"ב פטור והתוס' כתבו שגם בשומר שמסר לשומר חייב לאב"י לכו"ע. וע' במהרש"א שעמד בזה וכתב דאף דאב"י ס"ל כן לכו"ע מ"מ אין לו ראייה על יותר מזה. אבל למה שנתבאר לכאורה פשוט דרש"י לשטתו דס"ל דסברת אב"י הוא דוקא ביצאה לאגם אבל בבית חברו אין לחייב אפילו לאב"י אלא דוקא למ"ד תבפוס"ב חייב.

בעיקר הדבר דתולים שמתה מחמת הבל וממילא אמרינן שהאונס בא מחמת הפשיעה צ"ב מנין שמתה מחמת הבל אולי מתה מחמת דבר אחר וגם בבית היתה מתה ואיך מחייבים מספק. ובפרט בבית חברו למה לתלות שמתה מחמת הבל בית חברו מאחר ואין פשיעה כלל לענין הבל. לכאורה הפשט הוא כמו שנתבאר לעיל בשם הקצה"ח ורע"א דכל שיש פשיעה יש ודאי סיבת חיוב וכשיש ספק אם נתחייב מחמת הפשיעה או לא הוי כאיני יודע אם פרעתין וחייב מספק. ולכן בפשע ויצאה לאגם או שנתן לשומר אחר דנחשב פשיעה מספק אמרינן דמתה מחמת הבל ואם מתה מחמת הבל האונס בא מחמת הפשיעה וחייב. וע"ז חולק רבא דלא מספקינן בהבל כלל אלא תולים במלאך המות וא"כ האונס לא בא מחמת הפשיעה. ונראה שזה כוונת השיטמ"ק כאן בד"ה וז"ל שיטה שכתב דמוקמינן אחזקיה

דפשיעת היציאה ולא מפטרינהו מספק ע"ש. ומש"כ מוקמינן אחזקיה היינו דהוי כחזקת חיוב כיון דודאי פשע והוי כדין איני יודע אם פרעתין. אך מלשון הקצה"ח בס' ש"מ סק"ד משמע שלא למד כך דכתב ברועה שהניח עדרו אם אין ידוע אם היה יכול להציל משלם מספק כיון שפשע קצת עליו הראיה דנתחייב תיכף ע"י הפשיעה וה"ל איני יודע אם פרעתין ועוד דהתם כיון שתחילתו בפשיעה כל שאנו יכולים לתלות האונס מחמת הפשיעה חייב עד שיבורר בודאי שהאונס אינו מחמת הפשיעה דהכי דינא דתחילתו בפשיעה חייב אא"כ ידוע שלא בא האונס מחמת הפשיעה ע"ש. ולדברינו זה גופא מפני מה שכתב בתחילת דבריו דע"י הפשיעה נעשה כאיני יודע אם פרעתין.

לא מבעיא ל"מ"ד תבפוס"ב חייב.

מלשון הגמ' משמע שמה שצריך להגיע לסברא של הבלא דאגמא קטלה הוא רק למ"ד תבפוס"ב פטור כאן מודה מפני שהבלא קטלא כמו שנתבאר לעיל אבל למ"ד חייב גם בלי סברת הבלא דאגמא חייב כמו בצריפא דאורבני. ולמד מזה הרי"ף דאב"י ס"ל דהמ"ד דמחייב תבפוס"ב היינו אפילו באונס שלא בא מחמת הפשיעה. ורק רבא ס"ל דבעינן שיבא האונס מחמת הפשיעה ולכן פוטר בגלל סברת מה"מ מ"ל הכא מ"ל התם דהמיתה לא בא מחמת הפשיעה. וגם השיטה בשם הר"ש משאנן כתב דלאב"י למ"ד חייב היינו אפילו כשלא בא מחמת הפשיעה. אבל התוס' לעיל הוכיחו מהמשנה בדף עח. דתבפוס"ב אינו חייב אא"כ האונס בא מחמת הפשיעה לכן ס"ל שגם לאב"י אין מי שמחייב אא"כ האונס בא מחמת הפשיעה. וע' לקמן עח. בתוד"ה הוחמה שכתבו שגם למ"ד חייב הטעם הוא משום הבלא דאגמא דבלי זה אין האונס בא מחמת הפשיעה.

יש לעיין בגדר אונס מחמת הפשיעה דאם ראה בהמתו הולכת לאגם והניחה ללכת אפשר

להחשיב הפשיעה מה שפשע בשמירתה והניחה ללכת ואם זה הפשיעה האונס בא מחמת הפשיעה שאם לא היתה הולכת לא היה הבלא דאגמא. אבל מאידך אפשר לומר שהפשיעה אינו שהניחה ללכת אלא שלא הלך אחריה לשומרה מגנבי ואם זהו הפשיעה האונס לא בא מחמת פשיעה זו שגם אם היה הולך ושומרה מגנבי היתה מתה מחמת ההבל. ועל כעין זה מצאנו מחלוקת בראשונים. דאיתא לקמן צג: דרועה שהניח עדרו ועל בעידנא דלא עיילי אנשי ובא זאב וטרף פטור ומקשה אב"י הא הוי תבפוס"ב ומקשה הרי"ף דהתם אין האונס מחמת הפשיעה. וכתב דאב"י פריך לשטתו דס"ל דמאן דמחייב מחייב אפילו כשלא בא מחמת הפשיעה. התוס' בדף עח. כתבו שנחשב מחמת הפשיעה דשמא אם היה שם היה מציל ע"ש. והנ"י כאן כתב בשם הראב"ד דהתם בא האונס מחמת הפשיעה דאין הפשיעה מה שנכנס אלא מה שלא הוליך העדר עמו לעיר. והאונס בא מחמת פשיעה זו. דהיינו שהרי"ף ס"ל שהפשיעה הוא מה שלא נשאר עם העדר וכלפי פשיעה זו אין האונס מחמת הפשיעה. והראב"ד ס"ל שהפשיעה הוא שלא לקח העדר לעיר ולגבי זה האונס כן בא מחמת הפשיעה. וצ"ע במה תלוי פלוגתתן ואיך נקבע שם הפשיעה בכל מקרה.

הגמ' בב"ק נב: מסתפקת בחופר בור במקום ששכיחי גמלים וכסהו בכיסוי הראוי לשוורים ולא לגמלים והתליע ונפל שור. והקשו התוס' אמאי לא נחייב מדין תחילתו בפשיעה שפשע לגבי שוורים שמא יעבור גמל ויפול הכיסוי ואח"כ יפול שור וא"כ אף שסופו באונס דהתלעה יתחייב. ותירצו התוס' דאין לחייב מדין תבפוס"ב א כיון שהאונס לא בא מחמת הפשיעה. וע' בראב"ד פ"ב מנזק"מ ה"ה שכתב שהרי"ף השמיט ספק זה משום דקי"ל תבפוס"ב חייב. ואינו מוכן דאמנם הרי"ף סובר שלאב"י לא בעינן אונס מחמת הפשיעה אבל להלכה דקי"ל כרבא גם הרי"ף

הערות

המפקיד דף לו:

וציונים

שכה

מודה דאין לחייב אא"כ האונס בא מחמת הפשיעה וא"כ למה השמיט הבעיא דב"ק. כן הקשה הלח"מ שם ומוסיף דדוחק לומר שהרי"ף חולק על תוס' וס"ל שהתלעה באה מחמת הפשיעה שאם היה כיסוי הראוי לגמלים לא היה מתליע. וע' באבה"א שם שכתב דהראב"ד מחלק בין תבפוס"ב בשומר ששם בעינן דוקא שהאונס יבא מחמת הפשיעה לנזקי ממון ששם כל שפשע חייב אף שהאונס לא בא מחמת הפשיעה.

בעיקר קושיית התוס' ע' בשעה"מ ס' רצ"א סק"ב שכתב שבעל העיטור תירץ דלא אמרינן תבפוס"ב חייב אלא באונס דשכיח קצת אבל אונס דלא הוי ליה לאסוקי אדעתיה כלל לא מחייבים אפילו שתחילתו בפשיעה. ותירוצו זה מביא גם השיטמ"ק בב"ק נב: בד"ה וז"ל המאירי ע"ש. וע' בש"ך ס' רצ"א סק"ד שכתב כלל זה בשם מהרש"ך וכתב ע"ז הש"ך שאינו נראה וגם המחנ"א בהל' שומרים ס' ל' מביא דברי מהרש"ך וכתב שאינו נראה. והובא לעיל דברי רע"א באות כ"ט שכתב ב' דרכים בהא דתבפוס"ב חייב. א. דהפשיעה מחייב. ב. האונס עצמו כיון שבא ע"י פשיעה בטל ממנו פטור של אונס. ותלה בזה את המחלוקת אם בעינן אונס מחמת הפשיעה או לא וכן תלה בזה את הדין של תחילתו בגו"א וסופו באונס ע"ש. ולשני הצדדים לכאור' אין לחלק בין אונס ששכיח קצת לאונס שלא שכיח כלל.

מלאך המות מ"ל הכא מ"ל התם.

השיטמ"ק בשם הרשב"א והראב"ד מקשה אמאי חייב שואל במתה כדרכה נימא מה"מ מ"ל הכא מ"ל התם. דהיינו שהבינו שמה שחייבה תורה שואל באונסין היינו רק אונסין שבאו מפני שהפקדון נמצא ברשות השואל כגון ליסטיין מזוין אבל מיתה לרבא שאין לתלות שזה מחמת רשות השואל למה יתחייב השואל הא גם אם היתה ברשות המשאל היתה מתה. ותירצו שמה ששואל חייב באונסין אינו

מפני שהאונס בא מחמתו אלא מכיון שכל הנאה שלו אוקמא רחמנא ברשותיה ונחשב כשלו לענין שהפסד המיתה הוא הפסידו של השואל. ויש לעיין אמאי הקשו רק לרבא הא גם לאביי מה שתולים שהבלא דאגמא קטלא הוא רק מפני שפשע ומסר לשומר אחר או שפשע והוציאה לאגם. אבל בשואל דלא פשע כלל אין סיבה לתלות את המיתה בהבל ביתו של השואל וגם לאביי עכצ"ל שחיוב של שואל הוא משום דרחמנא אוקמא ברשותיה להתחייב באונסין.

ומודי אביי דאי הדרא לבי מרה ומתה פטור. אף שגם בזה יש מקום לתלות שמתה מחמת ההבל שהיה כשהיתה באגם ע' בלשון הרשב"א שרק כשמתה באגם יש הוכחה קצת שמתה מחמת האגם ובזה כיון שפשע תולים שהבלא דאגם קטלא אבל כשמתה אחרי שחזרה אף שגם זה יכול להיות שהוא בגלל הבלא דאגמא כיון דלא מוכחא מלתא לא תולים בזה אע"ג דפשע. וכמו שלרבא לא תולים בזה אפילו כשמתה באגם כך לאביי לא תולים בזה כשמתה בבית השומר.

לדידכו דמתניתו וכו'. לכאורה אינו מובן מה תירץ רבא הא אכתי למאי דסברי אינהו דטעמא דשומר שמסר לשומר משום אין רצוני מוכח דלית להו סברת מה"מ מ"ל הכא מ"ל התם. וע' בשיטמ"ק בשם הרמב"ן שרבא תירץ דלמאי דסברי אינהו דשומר שמסר לשומר חייב משום אין רצוני לא בעינן שיבא האונס מחמת המסירה לשומר השני דאין הטעם שחייב מפני שנחשב פשיעה וחייב על אונס שבא מחמת הפשיעה, אלא האין רצוני גורם שנחשב גזלן וחייב אפילו על אונס שלא בא מחמת הפשיעה ושפיר הקשו בשוכר שנתן לשואל שיתחייב אפילו על מתה כדרכה אע"ג דמה"מ מ"ל הכא מ"ל התם ואין סתירה מדבריהם לדברי רבא. דהיינו שמה שהוכיחו

שנים שהפקידו אצל אחד. הקשה הרמב"ן אמאי לא יתחייב מדינא לכ"א מהם מאתים שהרי הוא מודה במקצת לכ"א והוי כחמשין ידענא וחמשין לא ידענא דמתוך שאינו יכול לישבע משלם. ואין לומר דהוי הילך דא"כ יקשה מכאן למאן דמחייב גם בהילך. ותירץ הרמב"ן דליכא הכא דין שבועה כיון שאינו מעכב ממון חברו לעצמו שהרי הוא מודה בכל הג' מנים ועוד כתב הרמב"ן דעיקר טענה וכפירה דהני אינם בינם ובין השומר אלא בין שני המפקידים. [לא ברור כ"כ מה בין תירוצו הראשון לשני הא גם בתי' הראשון תירץ שהוא אינו מעכב ממון אחרים בידו דהיינו שהדו"ד הוא בינם ולא עם השומר כמש"כ בתי' השני]. הרשב"א מקשה על תי' הרמב"ן דא"כ אמאי חייב בב' כריכות ב' מנים לכ"א [לר"ע חייב מדינא בברי ושמא והוי ליה למידק ולר"ט חייב לצי"ש] הא בב' כריכות נמי נימא דאין תביעה על השומר כלל שהוא מודה בכל חיובו ואין דו"ד אלא בין שני המפקידים. לכן כתב הרשב"א דבכרך אחד אין לחייב מדין מתוך דרך במקום דהוי ליה למידע אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם כמבואר בתוס' לקמן צז: ובב"ק מו. והכא בכרך אחד לא הוי ליה למידע וליכא מתוך.

צריך להבין סברת הרמב"ן אמאי ליכא תביעת ממון ודו"ד על השומר ומה בכך דמודה בכל הג' מנים הא כ"א תובע מאתים והוא מודה לו במנה ואין שום שייכות בין שני המפקידים וכ"א בפנ"ע יש לו תביעת מאתים והודאה על מנה ומה בכך דבין שניהם הוא מודה בכל חיובו ומה יש לאחד מהודאתו לשני. ושו"ר שהגידולי תרומה הקשה כן על הרמב"ן והובא באבן האזל פ"ה משאלה ה"ד. ולכאורה נראה דהביאור בדברי הרמב"ן הוא דס"ל דכיון דמתני' מיירי בכרך אחד לגרסת הרי"ף והרמב"ם או כעין כרך אחד לגרסת רש"י אין זה שני הפקדות אלא הפקדה אחת של ג' מנים משני המפקידים והוא נעשה שומר לשניהם על

התוס' לעיל שאין רצוני לא גורם שיהיה כגולן ואין זה אלא כפשיעה וזה סיבה לחייב רק על אונס שבא מחמת הפשיעה, וראיתם מקושית אביי על רבא, לדברי הרמב"ן זה גופא תירוצו של רבא, דע"י אין רצוני הוי גולן וחייב גם על אונס שלא בא מחמת הפשיעה וא"כ מקושית ר"א בר ממל אין ראייה דלית ליה סברת מה"מ מ"ל הכא מ"ל התם. אך רע"א במערכה באות ח' תמה דאם אביי ורבא פליגי בזה דאביי ס"ל דאין רצוני אינו סיבה שיהיה גולן אלא רק פשיעה וחייב רק על אונס שבא מחמת הפשיעה ורבא ס"ל דהוי גולן וחייב אפילו על אונס שלא בא מחמת הפשיעה א"כ עיקר תירוצו של רבא חסר מן הספר, וע' מש"כ בזה באות ל"ה ואח"כ בד"ה ועפ"ז.

דף לו.

חלוק היה ר"י אף בראשונה. הובא לעיל לה: שהחזו"א חו"מ ס' ח' אות ה' מבאר הא דסברי רבנן דהשואל משלם לשוכר אין זה מפני שיכול אדם לעשות שומר על ממון של אחר דחיוב של שואל אינו אחריות בעלמא אלא חיוב לשלם הפסדו של המפקיד כדמוכח מזה ששואל נחשב בהדי אבות נזקין ומשלם ממיטב ואם היה התחייבות בעלמא היה משלם מבינונית. וכיון שלא הפסיד השוכר למה ישלם השואל לשוכר. אלא סברת רבנן הוא דבכלל השימושים שמקבל השוכר מהבעלים הוא מקבל זכות למסור לשואל ולקבל אחריות מהשואל לענין תשלומי אונסין והבהמה קנויה לשוכר לענין זה כמו שקונה השומר פרה לכפילא בשילם ולא רצה לישבע. וגם בש"ח שמוסר לש"ש מקנה הבעלים זכות זו לש"ח. ומוסיף החזו"א דכן משמע מהא דאמרו הכא חלוק היה ר"י אף בראשונה משמע דמשנה דשוכר שמסר לשואל ומתני' דריש פרקין בני ביקתא נינהו ולכן יש צד לומר דכשם שחולק ר"י כאן חולק גם שם.

הערות

המפקיד דף לז.

וציונים

שכו

ג' מנים. וא"כ מובן מש"כ הרמב"ן שאין כאן כפירת ממון כלל שהוא מודה בכל חיובו שהוא ג' מנים לשניהם וליכא דו"ד אלא בינם למי מגיע מנה ולמי מאתים. וכזה מתישב מה שהקשה הרשב"א על הרמב"ן שלדבריו בב' כריכות לא יתחייב שהוא מודה בכל חיובו. דכל מה דנחשב שהוא מודה בכל חיובו הוא רק בכרך אחד שבזה אין לכ"א תביעה פרטית על השומר אלא שניהם תובעים ג' מנים והוא מודה בכל חיובו וליכא הודאה במקצת. אבל בב' כריכות כ"א תובע בפנ"ע ולכ"א השומר מודה במקצת חיובו ושפיר איכא דו"ד בין כ"א מהם לשומר. וע' בקו"ש ב"ב בסוף אות תרל"ט שכתב שמה שאמרינן הכא יהא מונח ולא אמרינן זיל הכא קא מדחי וכו' כמו בבכורות מח. דהכא מיירי בכרך אחד ואין תביעתן לנפקד אלא זמ"ז. וזה כמו שכתבנו ברמב"ן.

יסוד זה דבכרך אחד זה הפקדה אחת של ג' מנים כתב הקה"י בריש פ"ק בס' א', ומבאר בזה דברי התוס' בדף ב. דמבואר בדף ג'. דהא דאמרינן הכא יהא מונח ולא יחלוקו הוא משום דאין החלוקה יכולה להיות אמת ולר' יוסי משום דאיכא ודאי רמאי. אבל לולא זה היו אומרים הכא יחלוקו. ומזה למד הרשב"א שמוכא בתוס' ב"ב לה: דאמרינן יחלוקו גם במקום שאינם אוחזין. אבל שיטת התוס' דרק באוחזין חולקין ולכן בארבע אמרינן כדא"ג ולא יחלוקו כיון שאינם אוחזין. והקשו א"כ למה כאן לולא שאין החלוקה יכולה להיות אמת היו חולקים הא אינם אוחזין. ותירצו שגם כאן זה נחשב כאוחזין מפני שהנפקד תופס בחזקת שניהם. ואינו מובן למה מחזיק לשניהם הרי אין הוא מחזיק אלא בשביל הבעלים ואף שאינו יודע מי הוא אינו מחזיק בשביל שניהם. וכתב בזה הקה"י דכיון שמיירי בכרך אחד זה הפקדה אחת של ג' מנים ושפיר כתבו התוס' שהוא מחזיק בשביל שניהם. ועפ"ז מבאר הקה"י את דברי הר"י מגש בב"ב שכתב שמה שלא אומרים יחלוקו במנה שלישי הוא משום

דאינם מוחזקים. ודבריו תמוהים דמפורש בגמ' לעיל שרק מפני שאין החלוקה יכולה להיות אמת לא חולקים ולולא זה היו חולקים וע"כ דנחשב מוחזקים כשיטת התוס', או שאומרים יחלוקו גם כשלא אוחזין כשיטת הרשב"א, ואיך כתב הר"י מגש דלא חולקים מפני שאינם אוחזין. יעוין מש"כ בזה הקה"י שם. ולכאורה יש סיוע ליסוד דהוי הפקדה אחת של ג' מנים מדברי הרמב"ן.

אך יצא לפ"ז דהיכא שהפקידו בב' כריכות זה מנה וזה מאתים יהיה חייב מדינא מאתים לכ"א אפילו לר"ט דאית ליה שאפילו בברי ושמא והוי ליה למידק אינו חייב אלא לצי"ש, זה דוקא היכא דליכא הודאה במקצת כגון בגזל אחד מחמשה או אביו של אחד הפקיד אצלי מנה. אבל בשנים שהפקידו זה ק' וזה ר' דאיכא הודאה במקצת אם יהיה ב' כריכות יתחייב מדינא דהוי מחויב שבועה ואינו יכול לישבע ובזה אינו מודה בכל חיובו שכ"א יש לו תביעה נפרדת ולכ"א הוא מודה במקצת. וגם לפי הרשב"א שתירץ דאין מתוך מפני שלא הוי ליה למידע יהיה הדין כן כמפורש בדבריו דבב' כריכות הוי ליה למידע ויתחייב מדין מתוך. והרשב"א מקשה א"כ מאי פריך לקמן ממתני' דבכורות בשנים שהפקידו אצל רועה וס"ד דדמי לב' כריכות הא בל"ה קשה שיתחייב מדין מתוך. ולמש"כ התוס' שם דמיירי שכ"א הפקיד בהמה אחת ומתה אחת וכ"א תובע שהחי שלו ניחא דבזה ליכא הודאה במקצת.

הרמב"ם בפ"ה משאלה ה"ד מביא את הדין של ב' שהפקידו אחד ק' ואחד ר' בב' כריכות שחייב מאתים לכ"א כיון דאיכא ברי ושמא והוי ליה למידק וכ"א מהמפקידים נשבע ונוטל. וכתב ע"ז המ"מ שמה שצריכים שבועה ולא מחייבים את השומר מדין מתוך ואז יטלו בלי שבועה הוא מפני סברת הרשב"א בשם הרמב"ן שכיון שברור שאינו חייב יותר מג' מנים א"כ הודה בכל חיובו. ומבואר דנקט שגם

טענה על השומר דהוי ליה למידק מוכח שאם יודע הוא נאמן דאל"כ מה לו לדייק. וכן מפורש ברשב"א שנאמן. ולכאורה תלוי אם הדו"ד הוא בין שני המפקידים יהיה השומר כע"א ויהיה תלוי במחלוקת הראשונים אם ע"א נאמן במקום דליכא חזקת ממון כמש"כ שם הקו"ש אבל אם תביעתם על השומר אין לו נאמנות לפטור עצמו מתביעת האחד ע"י הודאה שזה של השני. ואולי בשומר הנאמנות מדין המניה.

רישא הוה ליה למידק. שיטת התוס' בזה הוא דבמקום דהוי ליה למידק יש חיוב לצי"ש אפילו בשמא ושמא וזה רישא דמתני'. היכא דאיכא ברי ושמא והוי ליה למידק נחלקו ר"ע ור"ט בגזל אחד מה' לר"ע חייב מדינא ולר"ט חייב לצי"ש. והיכא דלא הוי ליה למידק [ולא עביד איסורא] כסיפא דמתני' אפילו בבו"ש אינו חייב אפילו לצי"ש בין לר"ע בין לר"ט. הרא"ש חולק בזה על התוס' וס"ל שאפילו באופן דלא הוי ליה למידק אי הוי ברי ושמא חייב לצי"ש ורק בשמא ושמא ולא הוי ליה למידק ליכא אפילו חיוב לצי"ש. זה מבואר בדברי הרא"ש בסוף ס' ט' שכתב שאם הפקידו זה בפני זה, זה מנה וזה מאתים אי לא תבעי פטור אפילו בבא לצי"ש. משמע דאי איכא תביעה חייב לצי"ש אע"ג דלא הוי ליה למידק. וכן כתב הטור בס' ש' בשם הרא"ש והובא ברמ"א שם בסוף סע' א'. ולדברי הרא"ש סיפא דמתני' דמיירי בכרך אחד הא דפטור היינו מדינא אבל לצי"ש חייב אע"ג דלא הוי ליה למידק כיון דהוי ברי ושמא. דהיינו שבין לתוס' בין לרא"ש גם למסקנה נשאר דסיפא מיירי בכרך אחד שאם היה ב' כריכות היה חייב מדינא. אלא שלתוס' כיון דמיירי בכרך אחד פטור אפילו לצי"ש ולרא"ש כיון דאיכא בו"ש חייב לצי"ש ופטור דקתני סיפא היינו מדינא.

עוד כתב הרא"ש שמה שמחייבים את השומר כשהוי ליה למידק הוא דוקא

בב' כריכות קיימת סברת הרמב"ן כמו שהבין הרשב"א ברמב"ן ולא כמו שביארנו לעיל. [שוב התבוננתי שזה טעות דדברי ה"ה בשם הרשב"א אינם מש"כ בתחילת הסוגיא בשם הרמב"ן אלא הם דברי הרשב"א עצמו בסוף עמ' ב' ע"ש]. ולולא דבריו י"ל דאין כאן מתוך משום דהוי הילך. דקושית הרמב"ן היא רק דיקשה על מאן דלית ליה הילך ממתני'. אבל להלכה דקי"ל הילך פטור וכל מודה במקצת בפקדון שהוא בעין הוי הילך ולכן כל חיובו בגלל ברי ושמא והוי ליה למידק לכן צריך התובע שבועה. ואה"נ באופן שלא יהיה הילך יתכן שיתחייב בב' כריכות מדין מתוך ולא יצטרך התובע שבועה.

נותן לזה מנה ולזה מנה. מבואר בגמ' דהיינו בבא לצי"ש אבל מדינא אינו מחויב לשניהם. וכתב הרמב"ם בפ"ד מגזילה ה"י שמדינא משלם גזילה אחת והם חולקים ביניהם. וכתב רע"א לעיל דף ב. שלשיטת הטור בס' ש' שבב' שהפקידו זה מנה וזה מאתים בשמא ושמא יהא מונח ה"נ בגזל כיון דהוי שמא יניח ומבאר רע"א דתלוי במחלוקת התוס' וריב"א שהובא לעיל ע"ש. וברש"י כאן בד"ה ולא אמרינן מפורש שמדינא היה צריך להיות כאן יהא מונח, וזה כטור ולא כרמב"ם. והא דלא אמרינן הכא זיל הכא קא מדחי זיל הכא קא מדחי כמו בבכורות מח. ולא ישלם כלל דיאמר לכ"א הממע"ה ע' בקו"ש ב"ב אות תרל"ט שבפשטות רק בחוב אמרינן כן ולא כשיש תביעה על חפץ מסוים. אך למ"ד שהפודה בתוך ל' ונתאכלו המעות אין בנו פדוי מוכח לכאורה שגם בחפץ בעין אמרינן דיכול לדחות שניהם. וכתב הקו"ש שצ"ל דהא דלא אמרינן כן הכא הוא כנ"ל דכיון דהוי כרך אחד אין תביעתן לנפקד אלא זה מזה.

עוד דן שם הקו"ש באות תר"מ בענין הנאמנות של ע"א להכריע ממי גזל או מי הפקיד מאתים ומי מנה. ומכל הסוגיא כאן די

הערות

המפקיד דף לז.

וציונים

שכט

כשהמפקיד לא הוּי ליה למידק כגון שאביו הפקיד. וכתב הש"ך בס' שס"ה סק"ה שלפ"ז הא דמחייבים בגזל אחד מה' משום דהוּי ליה למידק הוא דוקא כשגזל שלא בפני הבעלים אבל אם גזל בפניו הוּי ליה לנגזל למידק ואם לא דייק אין לחייב את הגזלן על מה שהוא לא דייק ופטור אפילו לצי"ש. הקצה"ח שם סק"ב חולק על הש"ך דבתחילת הסוגיא כשהקשו מפקדון אגזל תרצו דגזל כיון דעבד איסורא קנסו רבנן. ורק אח"כ כשהקשו פקדון אפקדון חלקו בין הוּי ליה למידק ללא הוּי ליה למידק. וכתב הקצות דהא דלא תרצו על גזל דהוּי ליה למידק משום דנ"מ לדינו של הרא"ש, היכא שגם התובע הוּי ליה למידק, דבפקדון כה"ג אין לחייב את הנתבע ובגזל שמחייבים אותו משום דעבד איסורא א"כ יש לחייבו אפילו כשגם הנגזל הוּי ליה למידק. וע' ברשב"א שכתב שמה שהוצרכו בגזל לטעמא דאיסורא הוא משום דבגזל לא הוּי ליה למידק מפני שחשב שהנגזל יתבענו מיד. ורק בפקדון שלא יתבעו עד זמן מרובה רמי על השומר למידק. נמצא שלש"ך למסקנת הגמ' תלוי הכל בהוּי ליה למידק וגם בגזל מחייבים רק במקום דהוּי ליה למידק. לרשב"א אין בגזל הוּי ליה למידק וחייבו רק משום דעבד איסורא. ולקצות בגזל יש לחייבו בין משום דהוּי ליה למידק בין משום דעבד איסורא. ונ"מ מהטעם דעבד איסורא דמה"ט יש לחייבו אפילו באופן שגם הנגזל הוּי ליה למידק שבאופן זה אין לחייב את הגזלן משום דהוּי ליה למידק לדעת הרא"ש. וע"ע בקצה"ח בס' ש' סק"ב שמוכחי מתוד"ה התם דפליגי על הרא"ש וס"ל שגם במקום שהמפקיד לא דייק מחייבים את השומר על מה דאיהו לא דייק.

להלכה נפסק בס' ש' לגבי פקדון דבשתי כריכות חייב לשניהם כיון דאיכא בו"ש והוּי ליה למידק. ובכרך אחד דלא הוּי ליה למידק פטור אפילו לצי"ש. ובס' רכ"ב סע' ד' לגבי הלוקח מאחד מה' נפסק דאינו משלם לכולם

ואם היה חסיד נותן דמים לכ"א. והקשה הש"ך בסק"ד מאי שנא מקח מפקדון דאף דלא עבד איסורא מחייבים היכא דהוּי בו"ש והוּי ליה למידק ולמה לא נחייב גם בדמי מקח. וכתב הש"ך בשם הנ"י [וכן כתב הרשב"א] דבמקח לא הוּי ליה למידק דאין הדרך להקיף לזמן מרובה. וקשה אם לא הוּי ליה למידק הרי זה כדרך אחד שאפילו לצי"ש אינו חייב. ולמה פסק המחבר שאם היה חסיד משלם לצי"ש. וע' בקצה"ח שמיישב בב' אופנים. בס' רכ"ב סק"ה כתב שבאמת גם בדמי מקח כיון דלא הוּי ליה למידק אינו חייב אפילו לצי"ש ומש"כ אם היה חסיד אין זה חיוב לצי"ש אלא מדת חסידות. ובס' ש' סק"א כתב שדוקא בפקדון אין חיוב לצי"ש כשלא הוּי ליה למידק משום דליכא חיוב השבה על השומר ומקיים דינו בזה שמוכן לתת למי שיביא ראיה שהוא הבעלים. משא"כ לוקח שחייב לשלם דמי המקח חייב לצי"ש אע"ג דלא הוּי ליה למידק. וזה כשיטת הקצות בכמה מקומות שאין חיוב השבה בשומר וע' נתיבות ס' פ"ו סק"א שחולק וס"ל שגם בשומר יש חיוב השבה. ובתוד"ה התם שהקשו ממעשה בחסיד אחד מבואר דס"ל שגם מקח נחשב הוּי ליה למידק כמו פקדון בשני כריכות. אמנם ע' לקמן עמ' ב' על תוד"ה ומי אמר שכתבנו שלתוס' בזה גופא פליגי ת"ק ורשב"א אם ר"ע מחייב גם בלוקח מאחד מחמשה אם במקח הוּי ליה למידק או לא. וקושיית התוס' למ"ד דנחשב הוּי ליה למידק וקי"ל כמ"ד שבמקח מודה ר"ע א"כ להלכה תוס' כנ"י.

גזל אחד מחמשה. בביאור מחלוקת ר"ע ור"ט בגזל אחד מחמשה מדברי התוס' בד"ה גזל מוכח לכאורה דס"ל דר"ע מחייב מדינא ולא קנס דהקשו דמוכח מדברי ר"ע דברי ושמא ברי עדיף. משמע דאין צד לפרש שר"ע הוא קנס. ומש"כ התוס' דהכא עדיף מכל בו"ש משום שיודע בודאי שהוא חייב לאחד מהם כוונתם דדמי לאיני יודע אם פרעתין דאף שלכ"א הוא מסופק אם נתחייב לו מכל מקום

כיון שבדאי נתחייב וספק אם נפטר דמי לאיני יודע אם פרעתין דאיכא חזקת חיוב. וע' ברמב"ן שכתב שאין לומר דמי לאיני יודע אם פרעתין דלא דמיא כלל. דהיינו דס"ל שכל אחד הוא נידון בפנ"ע ולגבי כל אחד זה ספק חיוב. אך ע' בשיטמ"ק בד"ה וז"ל שיטה שכתב על דברי ר"ע והוי כעין מנה לאביך בידי ואיני יודע אם פרעתין ע"ש. וכן הוא שיטת התוס' שכיון שבין כולם הוא בודאי חייב לאחד דמי לחזקת חיוב. ולפ"ז הא דס"ל לר"ש בן אלעזר ביבמות ק"ח: דר"ע מחייב רק בגזל ולא במקח אינו משום דס"ל שבגזל קנסו ולא במקח אלא דס"ל שבמקח לא הוי ליה למידק כמש"כ הרשב"א והנ"י. והחילוק בין הוי ליה למידק ללא הוי ליה למידק לתוס' אינו מטעם קנס אלא מדינא. דכיון דהא דמחייב ר"ע בברי ושמא הוא כדין איני יודע אם פרעתין שהוא מכח בוי"ש עם חזקת חיוב בעינן שיהיה ברי טוב ושמא גרוע כמבואר במל"מ פ"ד משאלה ה"א בשם התה"ד ע"ש. ומה שחלקו בין הוי ליה למידק ללא הוי ליה למידק הוא לענין חיוב לצי"ש בשמא ושמא ולענין חיוב מדינא בברי ושמא. וטעם החילוק לענין בוי"ש לתוס' הוא דבמקום דהוי ליה למידק השמא הוא גרוע ואז מצטרף בוי"ש עם חזקת חיוב וחייב מדינא. והיכא דלא הוי ליה למידק השמא הוא טוב ואז לא מהני בוי"ש לחייב אפילו עם חזקת חיוב. וביאור מחלוקת ת"ק ור"ש בן אלעזר אם ר"ע מחייב גם במקח הוא אם במקח הוי ליה למידק או לא דאם הוי ליה למידק חייב מדינא ואם לא אינו חייב מדינא. וגזל לכו"ע נחשב כהוי ליה למידק וכן פקדון בב' כריכות לכו"ע הוי ליה למידק וחייב מדינא בבו"ש ועדיף ממקח דהתם יש צד שלא הוי ליה למידק כמש"כ הנ"י והרשב"א. וע' בעמ' ב' על תוד"ה ומי אמר שכתבנו שמוכח מתוס' שם דמחלוקת רשב"א ות"ק הוא אי במקח הוי ליה למידק או לא וכיון שמוכח בתוס' כאן שר"ע מחייב מדינא יוצא שלתוס' לכו"ע חיובו מדינא ופליגי רק אם במקח הוי ליה למידק או לא.

הרמב"ן כתב דכיון דקי"ל בוי"ש לאו ברי עדיף, וס"ל דאין זה נחשב כאיני יודע אם פרעתין, ע"כ הא דמחייב ר"ע בגזל אחד מחמשה הוא קנס. והא דפליגי תנאי אם ר"ע מחייב בלוקח או לא הוא אם בלוקח הוי ליה למידק או לא ובכל מקום דהוי ליה למידק קנסו שיתחייב לשלם כשיש ברי ושמא [ובשמא ושמא והוי ליה למידק חייב לצי"ש]. וכן מה שחייב בפקדון בב' כריכות הוא משום דקנסו דהוי ליה למידק. ואפילו מי שפוטר בלוקח מחייב בפקדון דבמקח ס"ל דלא הוי למידק. דהיינו בין לרמב"ן בין לתוס' מחלוקת ת"ק ורשב"א בדעת ר"ע הוא אם בלוקח הוי ליה למידק או לא. אלא דלתוס' במקום שהוי ליה למידק חייב מדינא דהוי בוי"ש וחזקת חיוב. ולרמב"ן הוי למידק הוא סברא שהוא פושע וראוי לקנסו.

הרשב"א לומד שת"ק ורשב"א פליגי אי מה שמחייב ר"ע הוא מדינא או קנס. ת"ק ס"ל שמחייב מדינא ולכן ס"ל שר"ע מחייב גם במקח. ורשב"א ס"ל דר"ע מחייב מקנסא ולכן ס"ל דקנסו דוקא בגזל. גם הרא"ש כתב דמה שר"ע מחייב בגזל ולא במקח הוא משום דבגזל קנסו. וכ"כ הרמב"ם בפ"ד מגזילה ה"ט. וכ"כ הרמב"ן בדעת הרי"ף דמשמע ברי"ף דמחלוקת ת"ק ורשב"א תלוי במחלוקת של ברי ושמא ות"ק מחייב מדינא ולכן מחייב גם במקח. ורשב"א ס"ל לאו ברי עדיף לכן מחייב רק בגזל מקנסא. ואנן קי"ל כרשב"א כיון דקי"ל בוי"ש לאו ברי עדיף.

נמצא ג' דרכים בזה. א. לתוס' ר"ע מחייב מדינא בין לת"ק בין לרשב"א ופליגי אי במקח הוי למידק. וכל מקום דהוי למידק ואיכא ברי ושמא חייב מדינא כדין איני יודע אם פרעתין. ומה שתלוי בהוי למידק הוא משום דזה עושה את השמא גרוע. ב. לרמב"ן ר"ע מחייב מקנסא דלא נחשב כאיני יודע אם פרעתין אלא כאיני יודע אם נתחייבתי וקנסו בכל מקום דאיכא

הערות

המפקיד דף לז. – לז:

וציונים

שלא

פשיעה דהוי למידק בצירוף בו"ש. ומחלוקת ת"ק ורשב"א הוא אם במקח הוי ליה למידק או לא. ג. לרשב"א לת"ק ר"ע מחייב מדינא ולרשב"א ר"ע מחייב מקנסא.

ממה שרצו התוס' לתלות מחלוקת ר"ע ור"ט במחלוקת דברי ושמא לכאורה מוכח דלא כהפנ"י בכתובות יב. שמקשה למה צריך סימנים באבידה יהיה נאמן מדין ברי ושמא ות"י כיון שיש ספק על כ"א הוי ברי ושמא נגד רוב. ולדבריו גם כאן כיון שיש ספק על חמשה הוי הבו"ש של כ"א מהם נגד רוב. אלא מוכח מזה או שמהני בו"ש נגד רוב או כדברי האחרונים שחולקים על הפנ"י [ע' שערי יושר ש"ו פ"ד] וס"ל דאין זה נחשב בו"ש נגד רוב כיון שכ"א מהעולם הוא אחד מן הרוב.

דף לז:

ספק הינוח אם נטל לא יחזיר ע' מה שכתבנו בביאור דברי רש"י לעיל כה:

אמר ר' ספרא ויניח. פרש"י יהא מונח בידו עד שיבא אליהו והתוס' בב"ק קג. כתבו שמניח בב"ד. המחבר בס' ש' סע' א' פסק כרש"י שיניח בידו והרמ"א מביא י"א כתוס' שיניח בב"ד. ובס' רכ"ב סע' ב' פסק המחבר לגבי לוקח מאחד מה', דקי"ל מניח הדמים ביניהם ומסתלק, דיניח בב"ד עד שיבא אליהו או עד שיתברר של מי הדמים. והקשה הש"ך בסק"ה דדברי המחבר סתרי אהדדי דבס' ש' פסק שיניח בידו ובס' רכ"ב פסק שיניח בב"ד. וכן מקשה הגאון בס' ש' סק"ה. וכבר עמד בזה הלח"מ בפ"ה משאלה ה"ד. ע' ברע"א בגליון הרמב"ם שמביא שהריטב"א מחלק בין דמי מקח לפקדון שבדמי מקח המעות הם כהלואה ואם ישאר בידו יהיה מותר להשתמש בהם לכן מוציאים מתח"י. משא"כ בפקדון שגם אם ישאר בידו אינו רשאי להשתמש בפקדון א"כ

יהא מונח בידו. ובזה ניחא דברי השו"ע. ולדברי הריטב"א בגזל לר"ט דאמר יניח ביניהם יהיה הדין כמו בפקדון שיניח בידו כיון שאסור להשתמש. וע' באו"ש פ"ה משאלה ה"ד שמחלק באופן אחר דגבי לוקח מכר ע"ד שיוציא הלוקח דמים מתח"י וכן בגזל אינו סומך על הגזלן משא"כ בפקדון שנתן לשומר ע"ד שישמור עד שיחזיר לבעלים לכן מחזיק את הפקדון ברשותו עד שיתברר של מי הוא. וע' בשיטמ"ק ד"ה ושקלינן שכתב בשם הראב"ד דהא דאמרו במשנה יהא מונח היינו ביד השומר ומה שאמרו בגזל אחד מה' מניח ביניהם ומסתלק ואמרו ע"ז ויניח היינו ביד ב"ד והטעם מבאר הראב"ד דצריך שיוציא גזלה מתחת ידו. וכ"כ המהרש"א דבמתני' יהא מונח היינו בידו כיון דבהתירא אתא לידיה. אבל בגזל קתני מניח ביניהם היינו בב"ד משום דבאיסורא אתא לידיה בעי להוציא גזל מתח"י. אך לסברת המהרש"א דמי מקח דמי לפקדון דבהתירא אתא לידיה וצ"ע דמדבריהם משמע שחילוק זה כתוב בשינוי הלשון דמניח ביניהם ללשון המשנה יהא מונח. וא"כ לענין לקח מאחד מה' שלשון הברייתא בב"ק קג: שמניח דמי מקח ביניהם ומסתלק יהיה הדין שמניח בב"ד כמו בגזל. ואולי הטעם הוא ע"פ דברי הקצות ס' ש' סק"א דבשומר ליכא חיוב השבה לכן מניח תח"י משא"כ בגזל ולוקח שחייב בהשבת הדמים צריך להוציא המעות מתח"י. ויתישב בזה הסתירה בשו"ע.

נמצא ג' דרכים בישוב הסתירה בשו"ע. א. רע"א ע"פ דברי הריטב"א ויוצא לדבריו שבפקדון יהא מונח בידו, בלקח יהא מונח בב"ד, וגזל כפקדון שיניח בידו. ב. או"ש, ולדבריו בפקדון יניח בידו, בלוקח יניח בב"ד, וגזל דמי למקח ויניח בב"ד. ג. הראב"ד והמהרש"א מחלקים בין פקדון שיהא מונח בידו לגזל שצריך להוציא מתח"י. לסברת המהרש"א מקח יהיה כמו פקדון. ולא יתישב בזה השו"ע. ולמה שכתבנו ע"פ הקצות מקח

כגולן וצריך להוציא מתח"י ורק בפקדון מניח בידו משום דליכא חיוב השבה. וע' בגאון בס' ש' שמביא על דברי הרמ"א שמביא י"א שבפקדון מניח בב"ד שמקורו מהתוס' בב"ק קג. לסברת האו"ש וכן לראב"ד אין הכרח מהתוס' שכתבו כן בגזל שיסברו כך גם בשומר.

נפל הבית עליו ועל אמו. הראשונים

תמהו בזה מה קושית הגמ' משם הא מה דמחייב ר"ע בגזל אחד מה' הוא משום דעבד איסורא או משום דהוי ליה למידק וזה לא שייך בנפל הבית עליו ועל אמו. ובמקום דליכא סברות אלו אין חיוב לא מדינא ולא לצי"ש א"כ מה קושית הגמ'. ע' בזה בשיטמ"ק בשם הרא"ש ובד"ה ז"ל שיטה ובמהרש"א. ועוד קשה דלמאי דמשני במסקנה יוצא שנפל הבית גם לר"ע שהנכסים בחזקת שבט האם יהיה חיוב על יורשי האם לצי"ש ולא משמע כן ועוד למה יתחייבו הם לצי"ש יותר מיורשי הבן. וכן יוצא מדברי הגמ' שאילו יורשי הבן היו טוענים ברי ויורשי האם שמה היו זוכים יורשי הבן מדין בו"ש והא קי"ל בו"ש לאו ברי עדיף. ובשלמא בר"ע כתבו התוס' לעיל דכיון שבדאי חייב לאחד מהני בו"ש לחייבו דהוי כעין איני יודע אם פרעתיך כמו שנתבאר לעיל אבל הכא למה יתחייב ע"י ברי ושמא. אמנם ע' בקובה"ע ס' ל"ז אות ט' שהוחזקו נכסים בחזקת אותו השבט אינו מוחזק גמור ומסתפק הקובה"ע אי מהני בו"ש נגד חזקה זו דאפילו בחזקת מ"ק מביא הקנה"ס שנחלקו הראשונים אי מהני בו"ש. ומביא הקובה"ע שמפורש כאן בסוגיין דאילו היו יורשי הבן ברי והאם שמה מהני בו"ש להוציא מחזקת האם. ומביא שכן מפורש ביד רמ"ה בב"ב ולמד כן מגמ' שלנו. ויוצא לפ"ז שמה שהגמ' מדמה גזל אחד מה' לנפל הבית הוא דבגזל אחד מה' מחייבים מספק כיון דליכא מוחזק גמור כיון שהוא בודאי חייב לאחד כמש"כ התוס' לעיל והגמ' מדמה מצב זה לחזקה דהוחזקו נכסים בחזקת השבט שגם

זה אינו חזקה גמורה. וכמו ששם אהני חזקת האם שלא יוציאו מספק ה"נ הכא לא יוציאו. ומשני דהכא בו"ש ומהני ברי ושמא להוציא כשאין מוחזק גמור. משא"כ התם דהוי שמא ושמא סגי בחזקה כל דהו דחזקת השבט. ואה"נ אם יהיה שם בו"ש יוציאו מיורשי האם כמו שכאן מוציאים ע"י בו"ש. אבל כ"ז לענין לחייב מדינא בברי ושמא אבל לענין לחייב לצי"ש בשמא ושמא פשוט שחיוב לצי"ש הוא רק כשיש טענה שעשה שלא כדין או דעבד איסורא או דהוי ליה למידק משא"כ בנפל הבית כשאין חיוב מדינא אין סיבה לחייב לצי"ש. אבל לענין חיוב מדינא בבו"ש הבינה הגמ' דכיון דחזקה בנפל הבית אינו חזקה ממש אם מחייב ר"ע בגזל מאחד מה' בבו"ש והוי ליה למידק ראוי לחייב שם בבו"ש לבד. וכן הוא לדינא לדעת הרמ"ה. אך מביא הקובה"ע שבחי' הר"ן כאן מבואר דכל קושית הגמ' מנפל הבית הוא רק למ"ד דר"ע מחייב גם בלקח מאחד מה' ולדידיה ר"ע מחייב מדינא ובוזה משני דהכא ברי ושמא ולהאי מ"ד ר"ע סבר בו"ש ברי עדיף ולכן הוצרכו לומר דנפל הבית הנכסים בחזקת האם דוקא בשמא ושמא. אבל למאי דקי"ל כר"ש בן אלעזר דר"ע מחייב דוקא בגזל החיוב הוא קנס משום דעבד איסורא או משום דהוי ליה למידק ולדידיה לא קשה כלל מנפל הבית ושם אפילו בבו"ש ישארו הנכסים בחזקת יורשי האם. וכעין זה כתב השיטמ"ק בשם הרשב"א ע"ש.

נמצא ב' דרכים בביאור הדמיון דגזל אחד מה' לנפל הבית. לרמ"ה בתרוייהו ליכא מוחזק ממש ובתרוייהו אם יהיה בו"ש מוציאים מדינא. ולר"ן קושית הגמ' למ"ד דר"ע מחייב מדינא ולהלכה מחייב רק בגזל מקנסא ולהלכה בנפל הבית אפילו בבו"ש הנכסים בחזקת יורשי האם.

תוד"ה ומי אמר. תוכן דברי התוס' הוא דבגמ' מבואר דבמקום דעבד איסורא או הוי

הערות

המפקיד דף לו: – לח.

וציונים

שלג

תוד"ה והאמר רבא. ע' בגאון ס' ש' סקי"ב שלרמב"ם ולרי"ף דכרך אחד היינו כרך אחד ממש מיושב קושית התוס' דבבהמות אין מציאות של כרך אחד.

וכן שני כלים. אבל בהא דאיכא פסידא וכו'. ע' רשב"א לעיל במתני' דמכאן למד רש"י שמה שנותנים דמי הקטן מתוך הגדול היינו ששוברין אותו והרשב"א חולק וס"ל דמוכרין אותו ונותנים דמי הקטן. וגם זה נחשב פסידא ע"ש.

דף לח.

רשב"ג אומר מוכרין בב"ד מפני שהוא כמשיב אבידה לבעלים. ע' במחנ"א שומרים ס' ל"ה שמסתפק אם חיובו של השומר למכור הוא מדין שומר וזה בכלל חיוב השמירה למכור אם מתקלקל. או שאינו מחויב מדין שומר אלא כלשון המשנה מפני שהוא כמשיב אבידה שחיובו מדין השבת אבידה. ונ"מ אם עבר ולא מכר אם החיוב מדין שומר זה פשיעה בשמירה וחייב לשלם. ואם חיובו מדין השבת אבידה אם עבר ולא השיב אינו משלם. וכתב שבתוס' לעיל ל. מבואר דחיובו מדין שומר וברמב"ם משמע שזה מדין השבת אבידה. וע' במג"א בס' תמ"ג סק"ג לגבי פקדון של חמץ שצריך השומר למכור לפני זמן איסורו דאם לא מכר חייב השומר לשלם והח"י שם חולק וס"ל דאין חיובו מדין שומר אלא מדין השבת אבידה ואם לא מכר פטור. ע' בזה במ"ב שם סקי"ב ושעה"צ סקט"ז. וע' בשו"ת חת"ס או"ח ס' ק"ה ד"ה אבל באמת שנקט שפשוט שחייב מדין שומר וצריך לשלם והלשון משיב אבידה הוא רק לאפוקי מסברת אדם רוצה בקב שלו.

יש לעיין בין אי אמרינן דחיובו משום שומר בין אם חיובו משום השבת אבידה איזה

ליה למידק אע"ג דלא עבד איסורא איכא חיוב לצי"ש בשמא ושמא. אבל לא מפורש בדברי ר"ע דבכו"ש יש חיוב מדינא אלא רק בגזל דעבד איסורא ולא בכל מקום דהוי ליה למידק כגון בפקדון בב' כריכות. וא"כ מה קושית הגמ' משנים שהפקידו אצל רועה, אמנם התם הוי ליה למידק אבל לא עבד איסורא. וע"ז הביאו התוס' ב' ראיות שבברי ושמא מחייב ר"ע מדינא בכל מקום דהוי ליה למידק אע"ג דלא עבד איסורא. א. מדיוקא דרישא. ב. מלוקח מאחד מחמשה דחייב מדינא בכו"ש אע"ג דלא עבד איסורא וע"כ משום דהוי ליה למידק. וצ"ב מה כוונתם בראיה השניה הא זה שיטת ת"ק אליבא דר"ע ואנן קי"ל כר"ש בן אלעזר דר"ע מחייב רק בגזל ולא בלוקח א"כ אדרבה מוכח איפכא דלהלכה לא מחייבים אלא בגזל דעבד איסורא. ונראה שמוכח מזה כמו שכתבנו לעיל דתוס' ס"ל דמחלוקת ת"ק ורשב"א אם ר"ע מחייב רק בגזל או גם בלוקח אינו אם ר"ע מחייב מדינא או מקנסא אלא פליגי אם במקח אמרינן דהוי ליה למידק או לא. ושפיר הוכיחו התוס' מת"ק דהיכא דהוי ליה למידק מחייב ר"ע אע"ג דלא עבד איסורא ורשב"א לא חולק אלא משום דס"ל שבמקח לא הוי ליה למידק אבל בפקדון בב' כריכות שהוי ליה למידק לכו"ע יהיה חייב מדינא בכו"ש אע"ג דלא עבד איסורא. ומתוס' זה מוכח דס"ל דמה שר"ע מחייב בגזל אחד מה' הוא מדינא ולא קנס אפילו למ"ד דר"ע מחייב רק בגזל דלעיל כתבו דטעמו של ר"ע משום דס"ל דבכה"ג שהוא בודאי חייב לאחד אמרינן בו"ש ברי עדיף וחיובו מדינא. וכאן מוכח שזה בין למ"ד שר"ע מחייב גם בלוקח בין למ"ד דר"ע מחייב דוקא בגזל דלא פליגי אלא אם בלוקח הוי ליה למידק או לא אבל לכו"ע במקום דהוי ליה למידק מחייב ר"ע בברי ושמא מדינא. ולא כראשונים שהובאו לעיל דס"ל שלמ"ד דלא מחייב ר"ע אלא בגזלן חיובו מקנס ולא מדינא.

לעשות להם תיקון משום דדמי לרואה אבידת חברו וכו' עכ"ל. דהיינו דאין זה אבידה ממש משום שאינו אבוד מן הבעלים ואע"ג דמייירי כשאין הבעלים בעיר כמבואר במ"מ פ"ז משאלה ה"א ובשו"ע ס' רצ"ב סע' ט"ו מ"מ אינו אבוד שהם יודעים שיתכן שיתקלקל. אלא רבנן תקנו שיעשה להם תיקון כיון דדמי להשבת אבידה ובהפסד מועט לא תקנו. אבל אם חיובו מדין שומר מ"ל מועט מ"ל מרובה. אבל למה שנתבאר ניהא דאמנם החיוב שמירה מחייבת למכור כדי למנוע קלקול אבל זה רק אם בידו למכור. ומעיקר הדין אין לשומר כח למכור אע"ג דניחא לבעלים, וצריך בזה לתקנ"ח מיוחדת שנתנו לשומר בעלות למכור ממון המפקיד. ולענין זה שפיר י"ל דבמקום הפסד מועט לא תקנו חכמים וכלי תקנ"ח אין לשומר בעלות למכור.

אדם רוצה בקב שלו. פרש"י דחביבה עליו ע"י שעמל בהם. וכתב ע"ז הרש"ש דמשמע מדברי רש"י שאם ידוע שלקח פירות אלו מן השוק ולא טרח בגידולם ליכא סברת אדם רוצה בקב שלו וגם לת"ק מוכר ונשאר הרש"ש בצ"ע. וכדברי הרש"ש מפורש בשיטמ"ק בד"ה וקשה שכתב בשם הריטב"א דאם לקח בשוק ליכא סברת אדם רוצה בקב שלו. אמנם בחי' הריטב"א הישן כתב שיתכן שגם בלקח מן השוק אמרינן כן דגם בזה איכא טירחא בקנייתם. וכן מוכח בתוד"ה מזבנין שכתבו שמה שפשוט לגמ' שלרנב"י אינו מוכר אפילו ביותר מכדי חסרונן הוא משום דע"כ רנב"י מודה לסברתו של ר' כהנא א"כ מה נ"מ מסברתו של רנב"י וע"כ בא להוסיף בזה דאפילו ביותר מכדי חסרונן לא ימכור. ואי נימא כרש"ש והשיטמ"ק דאם לקח בשוק ליכא סברת רב כהנא א"כ יש נ"מ מסברת רנב"י לענין לקח פירות מן השוק ומה הראיה שלרנב"י לא ימכור ביותר מכדי חסרונן. אלא מוכח דתוס' ס"ל שגם בלקח אמרינן אדם רוצה בקב שלו. ובאמת בשיטה בשם הריטב"א

בעלות יש לו למכור ממון חברו ואין יזכה הקונה בלי דעת מקנה. ולכאורה הכח למכור הוא מדין זכין אך א"כ יקשה מכאן על דברי הקצ"ח בס' רמ"ג סק"ח שמביא דברי התה"ד בעיסה שתתקלקל אם לא יפרישו חלה עכשיו אם יכולה משרתת להפריש שלא מדעת בעלת העיסה. וכתב התה"ד שיכולה להפריש מדין זכין. והקצות מוכיח מדברי הראשונים דלא ס"ל בזה כהתה"ד. ומבאר הקצות הטעם דלא אמרינן בזה זכין דלא אמרינן זכין אלא היכא דזוכה המקבל באיזה דבר. דהיינו דזכין נאמר רק לענין לזכות ממון או חפץ לחברו אבל לעשות חלות בממון חברו כשאינו זוכה ממון עבדו אינו יכול אף דהוי זכות. וכמו שסובר הקצות שא"א להפריש חלה מדין זכין כדי למנוע קלקול העיסה א"כ גם לא יוכל למכור פקדון של חברו כשמתקלקל דאף דהוי זכות ליכא בזה דין זכין כיון שהוא מוכר ולא זוכה ממון. ואף שמקבל כסף עבדו הפירות שמוכר ושפיר שייך זכין לענין זכיית המעות לבעל הפקדון מ"מ איזה כח יש לו להקנות הפירות הרי ההקנאה אינו זכיית ממון ולדעת הקצות לא שייך בזה זכין אע"ג שגם הקנאת הפירות הוא זכות. וכן קשה לעיל כח: שמוכרים אבידה שאוכלת ואינה עושה ואיזה בעלות יש לו למכור. ולכאורה צ"ל דהוי תקנ"ח שימכור כדי למנוע הפסד מחברו ונתנו כח לשומר למכור והפקר ב"ד הפקר.

ובזה יתישב קושית המחנ"א בשומרים ס' ל"ה שמקשה על מה שמבואר בסמוך דיש מ"ד דס"ל שרק להפסד מרובה חששו אבל להפסד מועט לא חששו ובהפסד מועט לא ימכור השומר. ומקשה המחנ"א אם חיובו משום שמירה מה לי הפסד מועט מ"ל הפסד מרובה. ובשלמא אם זה חיוב של השבת אבידה ניהא דלא הטריחו רבנן. ואף דבעלמא יש חיוב השבת אבידה אפילו על פרוטה ע' לשון המחנ"א בתחילת דבריו כשמבאר הצד דחייב מדין אבידה כתב וז"ל חכמים הצריכוהו

הערות

המפקיד דף לה.

וציונים

שלה

מבואר שרנב"י בא להוסיף לקח פירות מן השוק יעו"ש.

תוד"ה שמא עשאן. הקשו אמאי חיישינן לזה הא לא נחשדו חברים לתרום שלא מן המוקף. וכתב בזה השיטמ"ק בשם הריטב"א דיש גורסים שמא עשאן תרומת מעשר על מקום אחר ובתרו"מ ליכא דין מוקף. ומביא הריטב"א שכן הוא גרסת הרמב"ן. וע' תוס' בגיטין ל': שס"ל שמן התורה ליכא דין מוקף בתרו"מ אבל מדרבנן גם תרו"מ צריך להפריש מן המוקף. שיטת הרמב"ם בפ"ג מתרומות ה"כ דאין דין מוקף בתרו"מ אפילו מדרבנן אלא שת"ח מחמירים לתרום גם תרו"מ מן המוקף. הראב"ד שם מחלק בין ישראל שתורם תרו"מ שלא צריך מוקף לבין לוי שתורם שצריך לתרום מן המוקף. ע' רש"י גיטין ל': שכתב שמה שצריך לתרום מן המוקף הוא מפני שחוששים שהפירות אינם בעין. והתוס' שם לומדים שרש"י ס"ל שכל הדין של מוקף הוא מדרבנן. אבל הר"ש בביכורים פ"ב מ"ה כתב שגם לרש"י הדין מוקף בתרומה גדולה הוא מן התורה ומש"כ הטעם שמא אינו בעין קאי על תרו"מ וס"ל שדין מוקף בתרו"מ הוא מדרבנן. המגיה במל"מ בפ"ג מתרומות הי"ז מסתפק בדבר שחייב בתרומה רק מדרבנן כגון פירות אם גם בזה תקנו כעין דאורייתא וצריך להפריש מן המוקף או לא. וכתב להוכיח שגם בפירות יש דין מוקף מהתוס' בגיטין ל': שהקשו על גמ' דידן [כקושית התוס' שלגון] דאסור לתרום שלא מן המוקף אף דהכא מיירי בפירות ומוכח שגם בזה יש דין מוקף. וע' בשעה"מ שם שכתב שפשוט שגם בפירות יש דין מוקף אף דחיבו רק מדרבנן וכל ספקו של המגיה במל"מ הוא רק לענין תרו"מ שכל הדין מוקף בתרו"מ הוא מדרבנן בזה מספקא ליה שאולי בפירות שצריך חיוב הפרשה בהם הוא דרבנן א"כ אולי לא תקנו דין מוקף בתרו"מ של פירות שהוא תרי דרבנן. ומה שמוכיח המגיה מתוס' בגיטין הוא משום שהתוס' שם הביאו

שרנב"י מפרש הטעם שלא יגע בהם דחיישינן שמא עשאן תרומת מעשר על מקום אחר. ולא כמו שכתוב בנוסח שלנו שמא עשאן תרומה ומעשר על מקום אחר. ומגרסת התוס' מוכח שגם בתרו"מ של פירות יש דין מוקף. אמנם ע' ברש"י בגיטין שם שכתב על דברי התוס' שהוא ט"ס דלא נזכר בגמ' תרו"מ אלא תרומה ומעשר. אך ברור שהתוס' בגיטין גרסו כגרסת הרמב"ן שמובא בריטב"א כאן דגרס שמא עשאן תרו"מ. ולכן המגיה מביא מהתוס' בגיטין ולא מתוס' דידן.

תוס' תרצו דחיישינן שמא הפריש בע"ש שאז מותר לתרום שלא מן המוקף כדמוכח ביבמות צג': אמנם אין זה דעת כל הראשונים דאיתא התם ביבמות דאריסא דרב ינאי היה מייתי ליה כנתא דפירי כל מעלי שבתא, ההוא יומא אחר האריס לבא והלך ר' ינאי ועישר על מה שעתיד האריס להביא. ואמר לו ר' חייא שפיר עבדת דתניא למען תלמד ליראה כל הימים אלו שבתות ויו"ט. והגמ' לומדת מזה דר' ינאי ס"ל אדם מקנה דשלבל"ל ולכן מהני הפרשתו על מה שעתיד לקבל מהאריס. וכתבו התוס' דמה דילפינן מקרא דכל הימים הוא שמותר לתרום שלא מן המוקף בע"ש לצורך שבת. והתוס' כאן לשטתם הביאו דמבואר ביבמות שבע"ש מותר לתרום שלא מן המוקף. אבל הריטב"א שם כתב דהתם אין איסור במה שתרם לפני שהפירות היו ברשותו דהתם לא הפריש שיחול עכשיו שעדיין אין הפירות שלו אלא עשה עכשיו מעשה הפרשה שיחול לאחר זמן כשיבאו הפירות לרשותו. וכיון שבזמן החלות יהיו הפירות ברשותו אין זה נחשב שתרם שלא מן המוקף דסובר הריטב"א שדין מוקף אינו תלוי בזמן מעשה ההפרשה אלא בזמן החלות. ולדברי הריטב"א אין שום מקור מהגמ' ביבמות שיש קולא בע"ש לתרום שלא מן המוקף. ומהתוס' שלמדו משם להקל בע"ש מוכח דס"ל שדין מוקף תלוי בזמן מעשה ההפרשה ולא בזמן החלות. דהיינו היכא

נאמן כיון שמע"ש ממון גבוה נחשב הוצאת ממון ובעינן ב' עדים ע"ש.

מזבנין לכהנים בדמי תרומה. הא דלא חיישינן שמא עשאן מע"ש ונימא שימכר לכהנים ויאכל בירושלים בקדושת מע"ש ע' במקדש דוד זרעים ס' נ"ז אות ג' ד"ה הנה.

רש"י ד"ה מקמי. שאין אדם משהה טבלים כ"כ זמן מרובה כזה מלתקנן. לכאורה אינו מובן דלא השהה את הפירות שמתקן דמיד שקנה פירות תקנם ע"י הפירות המופקדים. אך אולי קנה פירות רק לאחר זמן. ואין לומר שכוונת רש"י שלא היה משהה את הפירות המופקדים מלתקנן זמן מרובה הא גם אחר שעשאן תרומה לא הותרו אותם הפירות ומה לי איסור טבל מה לי איסור תרומה. וע' בפנ"י שכוונת רש"י דלא ישהה זמן מרובה משום שאם יגמר השנה לא יוכל לתרום מפירות שנה שעברה על פירות שנה זו.

יין והחמין שמן והבאיש. למסקנת הגמ' מיירי שנתקלקל באופן שלא יתקלקל יותר דכיון דקם קם אלא שאם לא ימכר יהיה פסידא דקנקנים ופליגי אי חששו להפסד מועט או לא. [וע' לעיל בשם המחנ"א אמאי לא חששו להפסד מועט אף דבעלמא שומר חייב אפילו על הפסד של פרוטה]. שיטת בעה"מ דר"מ ורבנן פליגי בברייתא בין לגבי פירות והרקיבו ובין לגבי יין שמן ודבש וגם פירות שהקריבו בכדי חסרון נחשב הפסד מועט כהפסד של קנקנים ור"מ בברייתא דס"ל שלא יגע בהם הוא כת"ק דמתני' ורבנן דברייתא שחוששים להפסד מועט ומחייבים למכור גם בכדי חסרון הוא כרשב"ג דמתני'. וכיון דקי"ל כרבנן דמתני' קי"ל כר"מ דברייתא בין לגבי פירות והרקיבו בין לגבי שמן יין ודבש דתלוי זה בזה דכולהו הוי הפסד מועט. וזה שיטת רש"י שכתב בד"ה הפסד מועט כגון כדי חסרון דריקבון פירות וקלקול הקנקן דיין והחמין. דהיינו דפליגי

שתורם שיחול לאחר זמן לריטב"א סגי בזה שבזמן החלות יהיה מוקף ולתוס' בעינן שבזמן מעשה ההפרשה יהיה מן המוקף. והיכא דהוי איפכא שבזמן ההפרשה היה מוקף ובזמן החלות לא היה מוקף ע' בר"ש פ"ג מחלה מ"א דסגי בזה. וזה לכאורה כשיטת התוס' אבל לריטב"א דאזלינן בתר זמן החלות לקולא ה"ה לחומרה. וע"ע בר"ש שם דסגי שמקיף התרומה לחלק מן החולין. וכן מבואר בר"ן בפ"ק דביצה גבי חלת חו"ל אוכל והולך דמשייר קצת יותר משעור הפרשה כדי שיתרום מן המוקף [ולא כרא"ש שם דכיון שאוכל והולך לא בעינן מוקף]. ואם נאמר שכמו שסגי במקיף למקצת מן החולין כך מספיק שמקצת מן התרומה הוא מוקף לחולין נוכל ליישב קושית התוס' דחיישינן שמא תרם על פירות שבביתו וגם על פירות המופקדים אצל השומר.

עוד כתבו התוס' דדוקא בפקדון חוששים שמא עשאן תרומה אבל בעלמא לא. והביאו ראיה מסנהדרין ל. דלא חוששים על מעות שנמצאו שהם של מע"ש. והטעם שלא חוששים כתבו משום דאזלינן בתר רוב מעות שהם חולין. וע' בקו"ש פסחים אות קי"ח שמביא שו"ת מהר"ם בר ברוך שמה שלא חוששים בסנהדרין שהמעות הם של מע"ש הוא מפני שמספק לא מוציאים ממון מחזקתו. ומשמע מלשונו דהיינו מדין חזקת מ"ק וכן הבין הקו"ש שם ע"ש. ומוכח מדבריו שעל הצד שזה מע"ש אין זה נחשב ממונו והוא משום דקי"ל מע"ש ממון גבוה ומוכח דס"ל דהוי ממון גבוה ממש ולא כמו שכתבו האחרונים בשם הגר"ח [ע' תורת זרעים מע"ש פ"ד מ"ח, גרי"ז זבחים ו. קו"ש ח"ב ס' כ'] שגם למ"ד ממון גבוה אין זה אלא דינים של ממון גבוה ולדבריו לכאורה אין מקום לדון בספק מע"ש מכח חזקת מ"ק שגם על הצד שזה מע"ש לא יצא הממון מבעלותו. וכן נראה מדברי הר"ן בחידושי על סנהדרין ל: שכתב שע"א שמעיד על ממון שהוא של מע"ש אינו

הערות המפקיד דף לח. – לח: וציונים שלז

הקנקנים והסלים מוסיפים הפסד. ומה שמוסיף סלים קאי על פירות והרקיבו.

נמצא השיטות בזה א. שיטת רש"י בעה"מ והרא"ש שבברייתא פליגי בפירות ובקנקנים והמחלוקת בברייתא הוא כמחלוקת במשנה. ת"ק כר"מ ורשב"ג כרבנן. בעה"מ פסק כת"ק דמתני' וכר"מ דברייתא. הרא"ש פסק כרשב"ג דמתני' וכרבנן דברייתא. ב. לרמב"ן בדעת הרי"ף המחלוקת בברייתא הוא רק בקנקנים ולא בפירות ומחלוקת דקנקנים לא נוגע כלל למחלוקת במשנה וק"ל כת"ק דמתני' וכרבנן דברייתא. ג. לרשב"א יש ב' מחלוקות בברייתא שאינם תלויים זב"ז. לגבי פירות פליגי בפלוגתא דמתני' ובזה ק"ל כר"מ שהוא כת"ק דמתני'. ולגבי קנקנים פליגי אם חששו להפסד מועט ובזה ק"ל כרבנן דברייתא. ד. הרמב"ם ס"ל שהמחלוקת לגבי פירות בברייתא הוא באופן שהוא דומה לדין והחמין ומוכר משום הפסד הסל וק"ל כרבנן דברייתא ולא נוגע כלל למחלוקת במשנה.

דף לח:

מדרשב"ג נשמע מורידין קרוב וכו'. לשון הרא"ש בזה דכי היכי דלגבי פירות חייב הנפקד להשתדל בתקנתן כמו כן חייבין ב"ד להשתדל בתקנת השבוי. והרמב"ן והרשב"א [מובא בשיטמ"ק] מוסיפים בזה דכמו שבמכירה דמתני' יתכן שיהיה לבעלים הפסד ע"י המכירה דשמא יוקרו הפירות אחרי המכירה מ"מ כיון דאיכא ודאי פסידא דקלקול הפירות תופסים את הודאי ומניחין את הספק, מזה למדו שמורידין קרוב כיון שיש ודאי פסידא שיכורו שדותיו ולא חיישינן לספק שמא יקלקל הקרוב. והא דמורידים קרוב ולא אחר בתורת אריסות כתבו הרשב"א והרמב"ן דאולי מת השבוי וזכה הקרוב בירושתו וכשנוריד אחר אנו מפסידים את הקרוב. והריטב"א כתב דקרוב כיון ששייך בנכסים יעבדם יפה וישמרם יותר.

בשניהם ושניהם תלויים זה בזה א"כ המחלוקת בברייתא תלוי במחלוקת במשנה וכיון שבמשנה קי"ל כת"ק ע"כ קי"ל כר"מ דברייתא. וכן דעת הרא"ש. אלא שבעה"מ ס"ל דקי"ל כרבנן דמתני' וכר"מ דברייתא והרא"ש ס"ל דקי"ל כרשב"ג דמתני' וכרבנן דברייתא. אבל הרמב"ן במלחמות מקשה דאיך אפשר לומר דפלוגתא דרבנן ורשב"ג במתני' הוא אם חששו להפסד מועט או לא הא מבואר לעיל דסברת ת"ק היא משום דאדם רוצה בקב שלו או מפני חשש שמא יעשנו תו"מ ולא נזכר לעיל טעם זה דלא חששו להפסד מועט. ועוד דלעיל מבואר דלא רק שאינו חייב למכור אלא שאסור למכור ואיך אמרו כאן הטעם שלא חששו להפסד מועט שהוא רק סברא שלא הטריחו ולא איסור למכור. לכן כתב הרמב"ן דר"מ ורבנן פליגי בברייתא רק לגבי יין שמן ודבש דבזה ליכא חשש תרומה ואין בזה סברא של אדם רוצה בקב שלו כיון שאינו ראוי לאכילה ואין המחלוקת בברייתא לגבי קנקנים נוגע כלל למחלוקת רשב"ג ורבנן במשנה. ובזה מבאר הרמב"ן את דברי הרי"ף שפסק במשנה כת"ק ובברייתא כרבנן דר"מ. הרשב"א כתב דברייתא פליגי לגבי פירות והרקיבו בפלוגתא דרשב"ג ורבנן ופליגי בקנקנים אם חששו להפסד מועט. ושתי המחלוקות אינם תלויים זה בזה ולגבי פירות קי"ל כר"מ שהוא כרבנן דמתני'. ולגבי קנקנים קי"ל כרבנן דברייתא דמחלוקת זו אינה נוגעת למחלוקת במשנה. הרמב"ם כשמביא הדין של יין והחמין בפ"ז משאלה ה"ב כתב המפקיד פירות והרקיבו דבש ונפסד יין והחמין מוכרן בב"ד. הרי דס"ל דפליגי גם לגבי פירות ופסק כרבנן אף שבמתני' פסק כת"ק שלא יגע בהם. וע' במאירי שכתב שבברייתא פליגי בין בפירות בין בקנקנים ואעפ"כ אין המחלוקת לגבי פירות בברייתא נוגע למחלוקת במשנה. דקלקול הפירות בברייתא הוא דומיא דדין והחמין שלא יתקלקל יותר והמכירה הוא משום הפסד הסלים. וכן משמע לשון הרמב"ם שכתב הרי

דהיינו שלרמב"ן מורידים קרוב ולא אריס אחר משום פסידא דקרוב ולריטב"א משום פסידא דשבו. ומדרבנן נשמע שלא מורידים דכמו שלא מוכרים משום דיש צד פסידא כך לא מורידים קרוב מפני צד הפסד שאולי יקלקל את הנכסים.

בששמועו בו שמת. כתבו התוס' דשמעו היינו בע"א או בקול ואע"ג דע"א וקול לא מהני לרדת לנחלה היינו לענין לירד למכור אבל לאכול מורידים ע"י קול או ע"א. אבל שמעו שמת ע"י ב' עדים פשיטא דמורידים. ולדברי התוס' כאן לא שמעו שמת היינו דליכא אפילו ע"א ולא קול. התוס' ביבמות קטז: ד"ה שאין נקטו בתחילה דשמעו שמת היינו בשני עדים ולא שמעו היינו שלא שמעו בב' עדים אלא ע"י ע"א או קול. ובמסקנא כתבו דשמעו היינו בע"א ולא שמעו היינו ע"י קול אבל כשלא שמעו כלל לכו"ע אין מורידין. ועל מה שנקטו בתחילה דלא שמעו שמת היינו ע"י ע"א מביא הש"ש ש"ז פ"ב שמהרח"ש ומהריב"ל הקשו מקרא דוהיו נשיכם אלמנות דהגמ' מוכיחה משם דאין מורידין ולדברי התוס' ע"כ מיירי שיש ע"א שמת דאל"כ לכו"ע אין מורידים. ואם יש ע"א שמת אמאי אין מניחין אותן לינשא הא ע"א נאמן במיתת הבעל. וכתב הש"ש דמוכח מזה דשיטת התוס' דע"א דנאמן במיתת הבעל אינו מן התורה אלא תקנ"ח וא"כ מן התורה אף שיש ע"א אין מניחין אותן לינשא. וניחא קרא דהיו נשיכם אלמנות.

תניא היוורד לנכסי שבוי. כתבו התוס' דאע"ג דמורידים לכתחילה לכו"ע בשמעו בו שמת נקט לשון דיעבד משום סיפא. הרמב"ם בפ"ז מנחלות ה"ד כתב ששבוי שנשבה ושמעו בו שמת וירדו יורשיו לנחלה אין מוציאין אותה מידן. והקשה הראב"ד הא קי"ל דאפילו בלא שמעו שמת מורידים קרוב לכתחילה ולמה כתב הרמב"ם בשמעו שמת שרק בדיעבד לא מוציאין. וע' במ"מ שכתב שהרמב"ם מיירי

שירדו על דעת לירד ולמכור דלענין זה לא מורידים אפילו בשמעו שמת מ"מ בדיעבד לא מוציאין אלא אם יבא הבעלים יוציא מהלוקח. דהיינו שהיה קשה לרמב"ם קושית התוס' אמאי נקט הברייתא אין מוציאין הא גם לכתחילה מורידים. ולכן פירש הברייתא לענין שירדו למכור וגם בזה בדיעבד לא מוציאין. וע' בסמ"ע ס' רפ"ה סק"א ובגאון שם דלרמב"ם מיושב קושית התוס'. וכתב המ"מ על פירוש זה דלפ"ז צריך לדחוק הסוגיא. דהיינו שאם הברייתא מיירי לענין לירד ולמכור איך הביאו מזה תנאי לענין מורידים קרוב לנכסי שבוי דמיירי לענין לירד לאכול ולא למכור. אמנם ע' בביאור הגר"א ס' רפ"ה סק"א שמבאר דברי הברייתא לשיטת הרמב"ם שיש שני הבדלים בין שמעו בו שמת ללא שמעו שמת. א. בשמעו מורידים לכתחילה לאכול לכו"ע ובלא שמעו לת"ק לא מורידים. ב. בשמעו אפילו ירד למכור בדיעבד לא מוציאין ובלא שמעו מוציאין. ועל כל זה אומר רשב"ג שהנטושים כשבויים. היינו בלא שמעו שמת בדיעבד לא מוציאין אפילו ירד למכור וכלול בדברי רשב"ג שנטושים כשבויים לכל דיניו דהיינו כמו שבשבו מורידים לכתחילה לאכול כך בנטושים. ומזה הביאה הגמ' תנאי. דהיינו אף שעיקר דברי ת"ק מיירי לענין לירד למכור ודוקא בדיעבד מ"מ מדקאמר רשב"ג נטושים כשבויים כלול בזה שדינו כשבוי גם לענין שמורידים לכתחילה לאכול ומזה מיייתי הגמ' תנאי לפלוגתא דמורידים קרוב לנכסי שבוי.

נכסי רטושים. נחלקו הראשונים בשמעו שמת אם מורידים קרוב לנכסי רטושים. הרא"ש כתב שמורידים והנ"י כתב שלא מורידים. הרמב"ם בפ"ז ה"ד כתב שיוצא לדעת אף ששמעו שמת אין מורידין. ובהל' י' כתב שאם שמעו שמת מורידין. וכתב הסמ"ע בס' רפ"ה סק"א ע"פ המ"מ הנ"ל דבהל' ד' מיירי לענין לירד ולמכור ובהל' י' מיירי לענין לירד ולאכול.

דף לט.

והשביעית תשמטנה ונמשתה

אפקעתא דמלכא. ידוע מחלוקת הב"י והמהב"ט אם נוהג קדושת שביעית בפירות עכו"ם. ועוד נחלקו אם פירות עכו"ם חייבים במעשר בשביעית. ע' שו"ת מהב"ט ח"א ס' י"א שכתב שאף שהעכו"ם אינו מפקיר הפירות הם הפקר ממילא ופטורים מן המעשר והב"י חולק וס"ל דאפילו פירות של ישראל אינם הפקר אא"כ מפקירם ואם נועל כרמו אין הפירות הפקר. ובשו"ת מהרי"ט ח"א ס' מ"ג מביא ראיות שגם אם אינו מפקיר זה הפקר מאליו ואחד מראיותיו הוא מלשון הגמ' כאן דשביעית אפקעתא דמלכא. אך לדעת הב"י י"ל דאפקעתא דמלכא היינו שלא תלוי ברצונו אלא שמחויב להפקיר כמש"כ רש"י אפקעתא דמלכא מצות המלך אבל לעולם יתכן שכ"ז שאינו מפקיר אינו הפקר. ע' בזה במנ"ח מצוה פ"ד.

וכולם שמין להם כארים.

ג' שיטות יש בזה א. שיטת התוס' דבשמע שמת אוכל הכל כל זמן שלא בא השבוי ואפילו שמע אח"כ שממשמשין ובאין ממשיך לאכול הכל ונותנים לו להיות זריז ונשכר. ואחרי שבא השבוי אינו מקבל שום חלק בשבח ובפירות אלא דינו כבעל בנכסי אשתו דמה שאכל אכל ומה שהוציא הוציא. וכיון שאינו מקבל כלום אחרי שבא השבוי לכן הקילו שיכול להיות זריז ונשכר עד שבא השבוי. ובלא שמעו שמת כשמורידים אותו אוכל הכל ואם שמע שממשמש ובא אינו יכול להיות זריז ונשכר אלא מאותו זמן אוכל רק כארים. וגם בשבח ופירות שנמצאים כשבא השבוי מקבל כארים. [ומ"ד אין מורידין ס"ל שלא יקבל כארים לכן יפסיד הקרקע ולכן לא מורידים]. וכיון דלית ליה פסידא דאוכל כארים לכן לא הניחוהו להיות זריז ונשכר אחר שמע שממשמש ובא השבוי. אבל בתחילה אוכל הכל ולא רק כארים.

ומה שאמרו על שבוי השתא זריז ונשכר הוה מאי דאשבח מיבעיא דשמע שגם בשמעו שמת מקבל כארים אחרי שבא השבוי כתב הרא"ש דהיינו למאי דס"ד אבל למסקנה שנתחדש דמה שאוכל כארים היינו משום דלא סמכא דעתיה היינו דוקא בלא שמעו שמת. דהיינו שלשיטת התוס' שמעו שמת דמי לאשתו גדולה דסמכא דעתיה ולכן אחרי שבא השבוי אינו אוכל כלל ואפילו כארים אינו. ובלא שמעו שמת דינו כבעל בנכסי אשתו קטנה שאוכל כארים משום דלא סמכא דעתיה. ב. שיטת רש"י דבשמעו שמת אוכל בתחילה הכל וכשבא השבוי ממשיך לאכול כארים. ובלא שמעו שמת אוכל גם בתחילה וגם בשבח שקיים כשבא השבוי כארים. דהיינו שלרש"י מה שאמרו דנכסי שבוי דמי לאשתו קטנה קאי גם על שמעו שמת שגם בזה לא סמכא דעתיה ואוכל כארים כשבא השבוי ולא כתוס' דס"ל שרק לא שמעו שמת דמי לאשתו קטנה ושמעו שמת הוי כאשתו גדולה. ג. שיטת הרמב"ם שבלא שמעו שמת לכתחילה מורידים לאכול הכל דשמא באמת מת אבל כשבא השבוי והוברר שלא מת מוציאים מהקרוב למפרע את כל מה שאכל ומשאירים לו רק כארים. ומיושב בזה מה שהקשו התוס' על רש"י למה הוצרכו לתרץ לעיל לירד ולמכור תנן לישני לירד ולאכול תנן דאינו יורד לאכול כיורש אלא רק כארים. אבל לרמב"ם לק"מ דמתחילה יורד ואוכל הכל ורק אח"כ כשבא השבוי מוציאים מה שאכל יותר על מה שמגיע לו כארים. ורק לרש"י קשה דס"ל שמתחילה אינו אוכל אלא כארים. עיקרי הדברים שכתבתי בזה מבוארים בקצרה בביאור הגר"א בס' רפ"ה סק"ז יעו"ש.

ביאור שאלת הגמ' השתא זריז ונשכר הוה

מאי דאשבח מיבעיא תלוי במחלוקת רש"י ותוס'. דלרש"י המשמעות של כולם שמין להם כארים הוא כל הזמן מתחילת ירידתו וע"ז הקשו דבשבוי ששמע שמת מקבל הכל ולא רק כארים אבל למסקנא דקאי על נטושים ניחא

לגמ' דגם בתחילה אוכל רק כאריס [והראשונים הקשו על רש"י דלשון הגמ' משמע דאין הדין זריז ונשכר סתירה לדין ששמין כאריס אלא דלא צריך למימר דשמין כאריס. ע' שיטמ"ק בשם ר"פ וריטב"א]. אבל לתוס' למסקנה שמין כאריס קאי אחרי שבא השבוי ולפנ"כ גם בנטושים אוכל הכל וא"כ אין סתירה מפורשת בין הדין של זריז ונשכר שהוא לפני שבא השבוי לדין של כולם נוטלים כאריס שהוא אחרי שבא השבוי אלא שאלת הגמ' שאם הקילו לפני ביאת השבוי שיהיה זריז ונשכר פשיטא שאח"כ יקבל לכה"פ כאריס. ותירצו דקאי על נטושים והתם ליכא דינא דזריז ונשכר אלא בתחילה אוכל הכל ואח"כ מקבל כאריס. ולמסקנה בשמעו שמת אף שבתחילה אוכל הכל ויכול להיות זריז ונשכר אח"כ אינו אוכל אפילו כאריס והגמ' חוזרת ממה שנקטו בשאלה אחרי שחדשו את הסברא של סמכא דעתיה כמו שהובא לעיל בשם הרא"ש.

אפוטרופוס לדקנני לא מוקמינן.

נחלקו הראשונים בטעמא דלא מעמידים אפוטרופוס לדקנני. הרשב"א כתב דטורח למצוא אפוטרופוס לגדולים ואין חיוב על ב"ד להשתדל בזה אבל אם יש אדם שרוצה לרדת כאפוטרופוס מורידין אותו ולא קרוב אא"כ שמעו שמת. והרא"ה חולק וס"ל דלא מורידים אפוטרופוס דחוששים שיפסיד הנכסים. והובא מחלוקת זו בשיטמ"ק ובנ"י ע"ש. לשון הרמב"ם בפ"ז מנחלות ה"ה הוא שאין ב"ד חייבין להעמיד אפוטרופוס לגדולים משמע כהרשב"א. ומה שלקצור ולבצור מורידים אפוטרופוס ע' בריטב"א שרק בקרקע שהטיפול הוא טורח לא מעמידים משא"כ לשמירת מטלטליו מורידים אפוטרופוס גם לגדולים.

אין מורידין קרוב לנכסי קמין.

השיטה בשם הרא"ש דאע"ג דהא דאין מורידין קטן לנכסי שבוי מיירי לענין לאכול ככל קרוב

שמורידין לנכסי שבוי אבל הא דאין מורידין קרוב לנכסי קטן לא מיירי לענין לאכול אלא לענין הורדת אפוטרופוס דכיון שאינו דקנני מורידים אפוטרופוס ואינו אוכל כלל. אבל ברש"י ד"ה ולא קרוב מפורש שהנידון הוא להוריד קרוב לעשות ולאכול. ומה שהכריח את רש"י לפרש כן הוא דאם אינו אוכל אין חשש שיחזיק שאין חזקה בלי אכילת פירות. ולדעת הרא"ש צ"ל דחיישינן שיאכל בלי רשות ויחזיק אבל לרש"י לא חיישינן לזה. ונראה שיתיישב בזה קושית התוס' על רש"י. דרש"י מפרש ש"מ מדר"ה אין מחזיקים בנכסי קטן שהראיה היא דמדברי ר"ה שמעינן דרק קרוב לא מורידים לנכסי קטן אבל רחוק כן מורידים ואמאי לא חיישינן שאחר יחזיק בנכסי קטן אלא ש"מ שאין מחזיקין בנכסי קטן. והקשו התוס' דזה לא צריך ללמוד מר"ה דמבואר בכמה משניות שמורידים אפוטרופוס ליתומים קטנים. וזה קשה רק לרא"ש דהכא מורידים כדין אפוטרופוס בלי אכילה אבל לרש"י לשטתו לא קשיא כלל דמה שמורידים בעלמא אפוטרופוס לנכסי קטן הוא בלא אכילה ובזה אין חשש שיחזיק. אבל הכא ר"ה אומר שאין מורידין קרוב לנכסי קטן מפרש רש"י שאין מורידים לאכול ומשמע שרחוק היו מורידים אף שאוכל כגון שלא מצאו אפוטרופוס שירד בלי לאכול כמבואר בשיטה בשם התוס' שאנץ. וע"ז קשה אמאי לא נחשוש שיחזיק ומזה למדו שאין מחזיקין בנכסי קטן. ומצאתי בס"ד שהדברים מבוארים בביאור הגר"א בס' רפ"ה סקכ"ב שהרמ"א שם סע' ז' מביא בשם י"א דהא דאין מורידים קרוב לנכסי קטן היינו דוקא כשאוכל פירות אבל אפוטרופוס בעלמא מורידים אפילו קרוב לקטן והמקור הוא מהב"י בשם שו"ת הרשב"א וטעמו דאם אין אוכל פירות אין חשש שיחזיק. וברור שזה שיטת רש"י ולכן פירש הא דאין מורידים קרוב היינו לעשות ולאכול. וכתב שם הגאון על דברי הרמ"א וז"ל בזה מתורץ קושית תוס' בד"ה ש"מ וקשה וכו' והטעם דאין חזקה אלא

הערות

המפקיד דף לט.

וציונים

שמא

באכילת פירות עכ"ל. דהיינו שלרשב"א אין ראייה משאר אפטרופוס דהתם אינו אוכל ורק מר"ה דמייירי שיוורד לאכול ואעפ"כ משמע שהחשש הוא רק מפני שהוא קרוב ע"ז אמרו ש"מ אין מחזיקין בנכסי קטן.

האו"ש בפ"ד מטו"נ ה"ז כתב ליישב קושית תוס' על רש"י באופן אחר. דברמב"ם בפ"ח מנחלות ה"א מבואר דהא דאמר ר"ה אין מורידים קרוב לנכסי קטן היינו בקטן שבוי דרך כשיוורד שלא בפני הקטן יש חשש שיחזיק וא"כ ממה שמורידים אפטרופוס בעלמא אין ראייה דהתם אין חשש שיחזיק כיון שהקטן נמצא כאן. אבל מדברי ר"ה למדנו שגם שלא בפניו רק קרוב לא מורידים אבל רחוק כן מורידים וע"ז קשה למה לא נחשוש שיחזיק הרחוק ומה למדו ש"מ אין מחזיקין בנכסי קטן.

ולא קרוב מחמת קרוב. פרש"י שהקטן יש לו אח מאביו ואותו אח יש לו אח מאמו והוא רחוק אצל הקטן ואעפ"כ אין מורידים אותו דחוששים שמא יאמר שהוא מחזיק בשביל אחיו מאמו שהוא יורש עם הקטן וזה חלקו. והרא"ש מפרש איפכא שהקטן יש לו אח מאמו ואותו האח יש לו אח מאביו ואין מורידים האח מאביו שמא יאמר שאחיו ירש חלק זה מאמו והוא ירש את אחיו מאביו. ודברי הרא"ש שייכים רק למסקנת הגמ' שגם אח מהאם אין מורידים לנכסי קטן וכמו שלא מורידים אח מן האם דחיישינן שיאמר שזה היה של אמו כך אין מורידים קרוב שבא מחמת אח מהאם דהיינו אחיו מאביו. אבל למאי דס"ד דאח מן האם מורידים כ"ש שקרוב שבא מחמתו מורידים ולה"א ע"כ יפרש הרא"ש כפרש"י.

אין מחזיקים בנכסי קטן ואפילו הגדיל. כתב הרמב"ם בפ"ד מטו"נ ה"ז שמא שאמרו אפילו הגדיל היינו כגון שבשנה

ראשונה היה בפני קטן ואח"כ הגדיל והמשיך המחזיק להחזיק ב' שנים בפני גדול בזה אין חזקתו חזקה כיון שאכילת שנה ראשונה היתה בפני קטן, אבל אם ירד בזמן שהיה הבעלים קטן ואכל ג' שנים אחרי שהגדיל הקטן חזקתו חזקה. וכן דעת הר"י מגש כמו שמביא שם המ"מ והובא גם בשיטמ"ק כתובות יז: הראב"ד חולק וכתב שאפילו המשיך לאכול ג' שנים אחרי שהגדיל אינה חזקה. ומוסיף הראב"ד וכן נראה מן הגמ'. וראיית הראב"ד מהגמ' מבאר הלח"מ שם בשם הריב"ש נוכ"כ הרמב"ן כתובות יז: דאם כשאוכל ג' שנים אחרי גדלות יש לו חזקה אמאי מורידים רחוק לנכסי קטן ניוחש שמא יאכל ג' שנים אחרי שהקטן יגדיל. ברש"י כאן בד"ה ואפילו הגדיל מפורש כראב"ד וכ"כ הרמב"ן כתובות יז: בשם רש"י. וע' ברמ"א בס' קמ"ט סע' י"ט שמביא את שיטת הראב"ד והגאון שם סק"ז מציין רש"י ב"מ ל"ט:

בלשון הרמב"ם בהאי דינא מבואר שטענת המחזיק בנכסי קטן הוא אתה מכרת לי. ותמה המל"מ דאם טוען שהקטן מכר לו אפילו אם היו מחזיקין בנכסי קטן לא היתה חזקתו חזקה דהרי חזקה שאין עמה טענה דאין מכירת קטן כלום. וכתב ע"ז המל"מ כיון שהחזיק ב' שנים אחר הגדלות יכול לטעון שקנה אחר שהגדיל ורק מפני שאין מחזיקין בנכסי קטן אינו זוכה. ותמה ע"ז הקצות בס' קמ"ט סק"ו דאפילו אם מחזיקין בנכסי קטן א"א לצרף שנה ראשונה אא"כ טוען שקנה לפני השנה הראשונה. אבל אם מודה שקנה רק בשנה השנייה איך יצטרף אכילת שנה ראשונה הרי מודה שאז לא היה שלו ואכל בגזל. וכתב הקצות לבאר ע"פ דברי הרמב"ם בפכ"ט ממכירה דבן שמכר בנכסי אביו לפני שהיה בן כ' דמכירתו בטילה ואח"כ נעשה בן כ' ולא מיחה הבן נתקיימה המקח ביד הלוקח שהרי רצה בממכרו. וכתב הקצות דגם קטן שמכר ואח"כ הגדיל ושותק מוכח שהוא מתרצה בממכרו ומתקיים המקח. וא"כ הכא

אפילו שיש לקטן אפוטרופוס וא"כ גם הש"מ אין מחזיקין בנכסי קטן הוא אפילו שיש לקטן אפוטרופוס].

תוד"ה ש"מ. הקשו על רש"י בתרתי א. גם בלי ר"ה מפורש בכמה מקומות שמעמידים אפוטרופוס לקטן ולא חוששים שיחזיק. והובא לעיל ב' תירוצים על שאלה זו. ב. אולי מחזיקין בנכסי קטן ומה שמורידים רחוק ולא חוששים שיחזיק הוא מפני סומכים על מחאת הקטן אמאי אין מורידים קרוב. וצ"ל דסמכו על מה שכתבו בהמשך דבריהם שבקרוב לא ימחה הקטן מפני שסבור שאומר אמת משא"כ ברחוק. לכן פשוט התוס' דאין הראיה מדאמר ר"ה שלא מורידים קרוב ש"מ שרחוק כן מורידים אלא בלי ר"ה ה"א דאף שמחזיקין בנכסי קטן אין חוששים לרמאות דב"ד יבררו אדם נאמן וגם סומכים על מחאת הקטן. אבל מדברי ר"ה שאמר שלא מורידים קרוב מוכח דחוששים לרמאות ולא סומכים על מחאת הקטן וא"כ מהא דמורידים רחוק מוכח דאין מחזיקים בנכסי קטן. וע"ז הקשו דאכתי לא מובן החילוק בין קרוב שלא מורידים לרחוק שכן מורידים דאם מה שאין מחזיקים בנכסי קטן גורם שאפשר להוריד רחוק ואין חשש שיחזיק מפני שאין חזקתו חזקה, א"כ גם קרוב יורידו שלא יוכל להחזיק מפני שאין מחזיקין בנכסי קטן ועוד ששותפים אין להם חזקה זה על זה [ע' נ"י] אע"כ אע"ג דאין יכול להחזיק ואם הקטן יתבע הוא יוציא מהקרוב מ"מ חוששים שלא יתבע כלל וא"כ אמאי מורידים רחוק אולי לא יתבענו כלל. ותירצו שבקרוב חוששים שלא יתבע כלל ולכן בקרוב יש חשש אף שאין חזקתו חזקה. אבל ברחוק יתבע הקטן ואף שלא ימחה יוציא הקטן ממנו דאין חזקתו חזקה. אך אכתי אינו מובן אם מחלקים בין קרוב לרחוק א"כ מה הראיה שאין מחזיקין בנכסי קטן אולי מחזיקים וכמו שיתבע את הרחוק הוא גם ימחה בסוף כל ג' ולכן אין

נמי אילו היו מחזיקים בנכסי קטן היה זוכה אף שטוען שהמכירה היתה בעוד הבעלים קטן. וע' באמרי בינה בקונטרס בדיני קנינים ס' כ"ג שחולק בזה על הקצות וכתב דדברי הרמב"ם נאמרו דוקא בגדול שמכר אלא שהיה פחות מבן כ' בזה מן התורה מקחו מקח ואינה אלא תקנ"ח שלא ימכור בזה מהני שתיקתו אחרי כ' לקיים המקח שעשה לפני כ'. אבל קטן שמן התורה מקחו בטל לא יתקיים המקח אפילו אם שתק אחרי שהגדיל. אך גם אם לא נחלק בין קטן לפחות מבן כ' נראה לכאורה שדברי הקצה"ח אינם מובנים. שאפילו אם הרמב"ם סובר שקטן שמכר קרקע ואחר שהגדיל שותק הוי שתיקתו כריצוי שיחול הקנין [וע' קצה"ח ס' רל"ה סק"ו דמה שקונה הוא או ע"י מעות הראשונות שקונות לאחר זמן או ע"י השתמשות שהוא קנין חזקה אח"כ]. מ"מ פשוט שאין הקנין חל אלא מכאן ולהבא דלא יתכן ששתיקתו עכשיו יעשה קנין למפרע מקטנותו. וא"כ אכתי קשה מה שהקשה הקצות על המל"מ איך יצטרף אכילת שנה ראשונה הא מודה המחזיק שבזמן אכילתו לא היה הקרקע שלו ואכילת שנה זו לא היתה אכילה של בעלים שהרי הוא מודה שבאותה שנה עדיין לא זכה בקרקע ואיך יצטרף שנה זו לחזקה. וע' באו"ש פ"ד מטו"נ ה"ז שכתב שכונת הרמב"ם שהיה לקטן אפוטרופוס וטוען המחזיק שהאפוטרופוס של הקטן מכר לו כשהוא היה קטן. ושפיר הוי חזקה עם טענה דמכירת האפוטרופוס הוי מכירה. ומביא האו"ש שדין זה הוא מחלוקת הפוסקים ומוכח בשו"ע בס' קמ"ט סע' כ"ד אם מחזיקין בנכסי קטן כשיש להם אפוטרופוס. ומדברי הרמב"ם מוכח דס"ל שגם כשיש אפוטרופוס אין מחזיקים בנכסי קטן. [ע' בגאון שם סקמ"ח שכתב שהמקור לסוברים דאין מחזיקין בנכסי קטן הוא אפילו שיש אפוטרופוס הוא מסוגיא זו דהתוס' כתבו בסמוך ד"ה מוקמינן דהא דאין מורידין קטן לשבוי הוא אפילו ע"י אפוטרופוס. ודומיא דהכי הוי הדין דאין מורידין קרוב לנכסי קטן

הערות

המפקיד דף לט. – לט:

וציונים

שמג

חשש שיחזיק ורק בקרוב חוששים מפני שלא יתבענו כלל. כן מקשה המהר"ם ותי' שתביעה בקרוב ומחאה בסוף כל ג' ברחוק שווים. ומזה שר"ה חושש בקרוב שלא יתבענו כלל למדה הגמ' שברחוק אף שכן יתבע מ"מ לא ימחה בסוף כל ג' ואם אעפ"כ מורידים רחוק מוכח שאין מחזיקין בנכסי קטן.

דף לט:

ההיא מבתא. אביי אמר פלגא יהבינא לאחתא ואידך פלגא מוקמינן אפוטרופא לינוקא. נחלקו התוס' והרא"ש בדעת אביי. לתוס' אין הקטן אוכל הכל כשאר קרוב היורד לנכסי שבוי אלא האפוטרופוס מקבל מנכסי השבוי כאריס ומחלקו יפרנס את הקטן והשאר יהא מונח בשביל הסבתא. והרא"ש כתב שלאביי האפוטרופוס יורד לתקנת הקטן ואם יבא השבוי יטול הקטן הכל כדין קרוב היורד לנכסי שבוי. ובדעת רבא לומד הרא"ש שחולק על אביי בתרתי. א. שמורידים אפוטרופוס על הכל דכיון שבל"ה מוטל על ב"ד לטרוח למצוא אפוטרופוס לחלק הקטן יוסיפו מעט טורח ויעמידו אפוטרופוס גם לחלק האחות. ב. לרבא הורדת האפוטרופוס גם לחלק הקטן אינו לצורך הקטן כמו שסובר אביי אלא כמו שבחלק האחות האפוטרופוס הוא לצורך השבוי כך בחלק הקטן הוא לצורך השבוי ואין הקטן והאחות אוכלים כלל אלא האפוטרופוס מוריד אריס והאפוטרופוס שומר את חלק השבוי לשבוי.

שרוצה להיות אפוטרופוס מורידים דוקא קרוב. וכתב הנ"י שמדברי רבא יש ראייה לרשב"א דבשלמא אם אפוטרופוס עדיף מקרוב אלא שלא הטריחו את ב"ד למצוא אפוטרופוס שפיר אמר רבא דהכא דבל"ה צריך אפוטרופוס ירד גם לחלק האחות. אבל לרא"ה אף שלחלק הקטן מוכרחים להוריד אפוטרופוס לחלק האחות עדיף להוריד את האחות. וכתב ע"ז הנ"י דהרא"ה יתרץ שרק כשהאפוטרופוס הוא רק לדקנני בלבד חוששים שיפשע אבל כאן שחלק הוא של קטן ישתדל בשמירתם משום מצוה וממילא לא יפשע גם בחלק האחות. אך תירוצו זה יתכן רק אם גם לרבא הורדת האפוטרופוס בחלק הקטן הוא לצורך הקטן א"כ משום מצוה דטיפול לצורך הקטן לא יפשע גם בחלק האחות. אבל למש"כ הרא"ש שלרבא גם בחלק הקטן אין הקטן אוכל כלל והאפוטרופוס הוא לא לצורך הקטן אלא לצורך השבוי ומ"מ סובר רבא דכיון שבל"ה צריך אפוטרופוס יוסיפו מעט טורח ויעמידו אפוטרופוס על הכל מוכח דהרא"ש ס"ל כרשב"א דאפוטרופוס עדיף מקרוב ומדברי הנ"י בדעת הרא"ה מוכח לכאורה שחולק על הרא"ש וס"ל שרק בחלק האחות האפוטרופוס הוא לצורך השבוי משא"כ בחלק הקטן האפוטרופוס הוא לצורך הקטן כמו שסובר הרא"ש בדעת אביי. [ולא מסתבר לומר דאף שהורדה עכשיו הוא בשביל השבוי מ"מ אם יתברר שמת השבוי נמצא שטיפול האפוטרופוס בנכסים היה לצורך הקטן וזה מספיק סיבה שלא יפשע].

נמצא שבדעת אביי נחלקו התוס' והרא"ש אם מקבל הקטן כל הפירות או רק כאריס. ובדעת רבא נחלקו הרא"ש והנ"י בדעת הרא"ה שלרא"ש לרבא גם חלק הקטן הוא בשביל השבוי ואין הקטן אוכל כלום ולרא"ה חלק הקטן הוא בשביל הקטן. ולגבי מחלוקת הרשב"א והרא"ה לכאורה מוכח מהרא"ש דס"ל כרשב"א.

הובא לעיל שנחלקו הרשב"א והרא"ה בהא דלא מעמידים אפוטרופוס לדקנני שלרשב"א זה מפני שקשה למצוא ואין מוטל על ב"ד לטרוח בזה אבל אם יש מי שרוצה להיות אפוטרופוס מורידים אותו וזה עדיף מלהוריד קרוב לנכסי שבוי. והרא"ה ס"ל דחוששים שיפשע בנכסים ואפילו אם יש מי

במה שכתבו התוס' בסוף דבריהם וזה טוב מלתת לאחתא שתאכל הכל לכאורה אינו מובן שבל"ה א"א לתת לאחתא שאין מורידים קרוב לנכסי קטן עיין מש"כ בזה המהר"ם.

לסוף שמעו דשכיבא מבתא. עיין בחי' רבינו מאיר שמחה שמסתפק אי סגי בסתם שמעו שמת המבואר לעיל שהוא בקול או בע"א לענין שיורירו קטן לנכסי שבוי דלכאורה השמעו שמת כאן אינו בעדות ברורה ומבואר שמורידים קטן ואילו לעיל נקט ר"ה אין מורידים קטן לנכסי שבוי וסתם שבוי דסוגיין היינו בשמעו שמת ואעפ"כ אין מורידין קטן. וכתב האו"ש דאולי השמעו שנזכר כאן היינו בעדות ברורה או שהכא שאני שהגיע לגבורות בזה סומכים על שמועה שמתה. ואח"כ כתב האו"ש שאולי ספק זה אם מהני שמעו שמת להוריד קטן לנכסי שבוי תלוי במחלוקת רש"י ותוס' לעיל אם בשמעו שמת מקבל הקרוב כאריס כשבא השבוי. דרש"י ס"ל שמקבל שגם שמעו שמת לא סמכא דעתיה ודמי לאשתו קטנה. ותוס' ס"ל שרק בלא שמעו שמת הוי כאשתו קטנה משא"כ שמעו הוי כאשתו גדולה דסמכא דעתיה. דלתוס' דסמכא דעתיה א"כ יורידו קרוב על סמך שמועה שמת ולרש"י לא יסמכו ע"ז להוריד קטן אא"כ יש עדות ברורה. ובעיקר הדבר שדן האו"ש אם שמעו דשכיבא סבתא הוא בעדות ברורה הוא מחלוקת מפורשת בראשונים. דהנ"י כתב בהדיא דשמעו ע"י קול. ומוכח מדבריו דסגי בקול להוריד קטן [דמוכח שאינו מחלק דהכא שאני דהגיעה לגבורות ע"ש]. והשיטה בשם הריטב"א כתב בפירוש דקול לא מהני להוריד קטן אלא מיירי הכא בעדות ברורה.

תוד"ה די"מא. הקשו אמאי לא מעמידים את הסבתא בחזקת חי כהיה דפרק כל הגט. האו"ש בחידושו כאן כתב ליישב קושיית התוס' דהתם בגיטין סומכים על חזקת חי דשמא מת לא חיישינן אבל הכא כדי שנוכל

להוריד קרוב צריך שנדע שלא יגיע למצב של קרוב לנכסי קטן ושמא ימות חיישינן. דהיינו שחזקה נאמר רק על העבר דבדאי לא מת אבל כשיש ספק על העתיד אין חזקה שלא ימות. וצריך להבין אמאי לא ניחא לתוס' בתירוץ זה. ונראה שתירוץ זה תלוי במחלוקת ר"ת ור' מנחם מיוני שמוכח בתוס' בקידושין מה: במי שהלך למדה"י ורוצים לקבל קידושין בשביל בתו שנמצאת כאן. וחשש ר' מנחם שמא אביו קיבל קידושין בשבילה במדה"י והיא אסורה להנשא כאן לאחר שמא היא אשת איש. ואמר לו ר"ת דאי חיישינן להכי א"כ אם מת אביה במדה"י תהיה אסורה לעולם אע"כ דסומכים על חזקת פנויה. ור' מנחם השיב דאם מת אביה אין זה אלא חשש שמא קידש בעבר ולענין זה הוי כשמא מת דלא חיישינן אבל כשהאב חי יש חשש שמא אחרי שתנשא כאן מדרבנן יקבל קידושין בשבילה במדה"י וכיון דהוי חשש בעתיד לא סומכים על החזקה דשמא ימות חיישינן. ור"ת חולק וס"ל דכיון שבכל רגע כשנחשוש שמא עכשיו היא אשת איש יש חזקה שאינה אש"א נחשב שמא מת ולא שמא ימות. וע' מש"כ הנוב"י יו"ד ס' נ"ו בביאור מחלוקת ר"ת ור' מנחם מיוני. ומדברי רע"א במשניות בספ"ג דגיטין נראה שמחלוקת ר"ת ור' מנחם הוא שהכלל שחיישינן שמא ימות מבואר בגמ' לגבי מגרש שעה קודם מיתה ורוצה אשתו לאכול בתרומה על סמך שמסתמא בעלה לא ימות בעוד שעה. בזה הדין של האשה עכשיו תלוי במה שיהיה בעתיד שאם ימות בתוך שעה יוברר למפרע שהיתה מגורשת. ולגבי זה לכו"ע אין חזקה לגבי העתיד. אבל ר"ת סובר שבנידון ידידה מה שהאב יקדש אח"כ לא יעשה איסור אלא מכאן ולהבא ומה בכך שעכשיו אין בירור שאח"כ הוא לא יקדש מ"מ בכל רגע יש חזקה שלא יקדש והיא מותרת לבעלה. וסברת ר' מנחם היא שבשעה שנשאת או עכ"פ בשעת ביאה צריכה לדעת שבמשך זמן הביאה לא תהיה אש"א ואל"כ אסורה להכניס עצמה למצב

הערות

המפקיד דף לט:

וציונים

שמה

שיתכן שאח"כ יהיה איסור. וכדי להתחיל הביאה צריך בירור שבמשך זמן הביאה היא לא תאסר וזה אין החזקה יכולה לברר דהוי חזקה על העתיד. ור"ת ס"ל שאין צריך בירור בתחילת ביאה שלא תאסר אח"כ אלא סגי בזה שבכל רגע יש חזקה שבאותו רגע היא מותרת. והכא נמי בנידון דידן כשבאים להוריד קרוב לנכסי שבוי סובר האו"ש דבעינן שנדע מתחילה שלא נגיע למצב של קרוב לנכסי קטן. ולזה בעינן בירור מתחילה שלא תמות הסבתא אח"כ וזה דמי לשמא ימות דחיישינן. וזה נכון לשיטת ר' מנחם מיינו. אבל התוס' לא תרצו כן משום דס"ל כשיטת ר"ת שגם כאן מיתת הסבתא לא תעשה איסור למפרע אלא רק מכאן ולהבא ובכל רגע יש חזקה על אותו רגע שעדיין לא מתה א"כ שפיר אפשר להוריד קרוב ולסמוך על החזקה שיהיה אח"כ ודמי לשמא מת דלא דחיישינן ולא לשמא ימות.

התוס' תרצו דאע"ג דבעלמא סומכים על חזקה הכא חששו לפסידא דיתמי. ובשיטמ"ק לעיל לח: בד"ה מדרשב"ג כתב בנוסח אחר דאין לעשות תקנה לאחד במקום שיש חשש קלקול לאחר אפילו בצד רחוק. הקצה"ח בס' קכ"ב סק"א כתב ע"פ התוס' לבאר הא דאיתא בב"ק קד: שמלוה ששלח שליח לגבות חובו מן הלוה יכול הלוה לעכב הפרעון עד שיקנה המלוה את החוב לשליח אגב קרקע דחיישינן שמא ימות המלוה לפני שיגיעו המעות לידו והמעות ישארו באחריות הלוה. וקשה אמאי חיישינן למיתה הא איכא חזקת חי. ומש"כ רש"י דזקן היה אינו מספיק דגם בזקן יש חזקת חי כמבואר במשנה בגיטין. וכתב הקצות דלפי מה שכתבו התוס' כאן דלגבי יתמי חיישינן ניהא. ודבריו לכאורה אינם מובנים דכאן אם מתה הסבתא ויורידו קרוב לנכסים יש פסידא של הקטן ובמקום חשש פסידא דיתמי חוששים למיתה ולא סומכים על החזקה. אבל שם הלוה מעכב הפרעון מפני שחושש להפסד שלו שאולי ימות המלוה ויצטרך לפרוע שוב

ליתומים. ואין עיכוב הפרעון משום פסידא דיתמי המלוה אלא משום פסידא דלוה. והפשט הפשוט בגמ' בב"ק הוא כמו שכתב הסמ"ע בס' קכ"ב סק"ג דאף שלענין איסור מותר לסמוך על חזקה מ"מ אם רוצה הלוה לחשוש לפסידא ידידה מותר לו לעכב הפרעון מפני שחושש למיתת המלוה ובפרט כשהמלוה זקן כמש"כ שם רש"י דמותר ללוה לחשוש אף שבאיסור כה"ג מותר לסמוך על החזקה. אך כ"ז לפשט הפשוט בגמ' שם שיכול לעכב הפרעון מחשש מיתת המלוה אבל הרמב"ן שם במלחמות ס"ל שבאמת אינו יכול לעכב מחשש מיתה דאיכא חזקת חי ומפרש הגמ' שם באופן אחר ע"ש.

מרי בר איפק. נחלקו הראשונים אם טענתו של מרי היתה שלא ידוע לו כלל שיש לו אח. או שמודה מרי שיש לו אח אלא שאינו יודע אם זה שבא הוא אחיו. דממה שהביאו מוכרי יוסף משמע שמודה שיש לו אח ולכן היה צד לומר דאיכא ריעותא שאינו מכירו אבל אם אינו יודע כלל אם יש לו אח ליכא ריעותא. אך מאידך מהמשך הגמ' הכא מי ידע דליחיל משמע שהשביח ע"ד שיהיה השבח שלו ומוכח מזה שחשב שאין לו אח כלל. ברש"י ד"ה אתא ליה אחא שמפרש שגם מרי היה בבי חוזאי כשנולד אחיו ואח"כ חזר לכאן. משמע דמפרש דידוע למרי שיש לו אח [צ"ע למה נקט רש"י שאביו הלך לבי חוזאי ונשא שם אשה מנין לרש"י שלא יצא מכאן עם אשתו אמו של מרי ובבי חוזאי נולד האח ולמה הוצרך רש"י לפרש שהיו לו ב' נשים]. וכ"כ הרשב"א והריטב"א שמרש"י משמע דידע מרי שיש לו אח. וכן דעת השיטה בשם ר"פ. אך הרשב"א מקשה על רש"י מהגמ' בסמוך מי ידע דליחיל ומה"ט מפרש הרשב"א שמרי טען שלא היה מעולם בבי חוזאי ולא ידוע לו אם יש לו אח כלל. ומה שהביאו את הפסוק ויכר יוסף כתב הרשב"א שזה לדברי האח ע"ש.

ויש לעיין לשיטת רש"י שמודה מרי שיש לו אח אלא שמסופק מי הוא האח מה אמרו דינא הכי המוציא מחברו עליו הראיה למה האח צריך להביא ראיה הא מודה מרי שיש לו אח ולא זכה אלא בחצי הירושה והחצי השני אינו שלו וכיון שהאח טוען ברי שזה שלו אין מרי בעל דבר לעכב עליו לקחת הממון כיון שרוב מרי מודה שאין הממון שלו. ולכאורה יהיה ראיה מכאן למה שכתב הרמב"ם בפ"ד מטו"נ דאף דחזקה שאין עמה טענה אינה חזקה והיושב בקרקע ג' שנים ומודה שאינה שלו אלא טוען שלא אמר לי אדם דבר בודאי אין חזקתו חזקה ואעפ"כ כתב הרמב"ם שאין מוציאים מידו אא"כ המערער מביא ראיה שפעם היה שלו. ואינו מובן אמאי צריך המערער ראיה הא מודה המחזיק שהקרקע אינה שלו והמערער טוען ברי שזה שלו ואיך יעכב אותו המחזיק מלרדת לנכסים. ועיין בקה"י ב"ב ס' כ"ו שכתב שמקורו של הרמב"ם מדברי הירושלמי שמובא בר"ן בפ"ג דקידושין דף סג: דהאומר מכרתי שדה ואיני יודע למי ובא אחד ואמר אני קניתי אינו נאמן ונשאר הקרקע ברשות המוכר. הרי דאף שמודה שאינה שלו יכול לעכב על הטוען שהוא שלו עד שיביא ראיה. וטעם הדבר כתב הנתיבות בס' קמ"ו סק"ט דכיון שנמצא בידו ולא ידוע מי הבעלים דינו כאבידה דאין המוציא מוציא מתח"י עד שיתברר מי הבעלים [ע' בקה"י הנ"ל מה שהקשה על דברי הנתיבות]. ומה שמותר להשתמש בקרקע אף שמודה שאינה שלו כתב הנתיבות שהוא מדין זה נהנה וזה לא חסר. אמנם אין דין זה מוסכם דע' בס' רכ"ב סע' ד' שכתב הרמ"א בשם הגהות מיימוני שאם מכר ואינו יודע למי ובא אחד ואומר שהוא הקונה נאמן. ובביאור הגר"א שם סק"ה כתב שהגהות מיימוני היה לו גרסא אחרת בירושלמי. וע' בש"ך שם סק"ח ששואל סתירה מדברי הרמב"ם הנ"ל גבי חזקה שאין עמה טענה שהובא בס' קמ"ו סע' ט' לדברי הרמ"א בס' רכ"ב. ומגמ' דידן לפרש"י דמיירי שמודה שיש

לו אח לכאורה ראיה לגרסת הר"ן בירושלמי וכן מבואר בהגהות אשרי כאן והובא בש"ך הנ"ל ע"ש. אך יש לדחות הראיה מכאן דהראשונים מקשים לרש"י דמרי ידע שיש לו אח למה אמרו בסמוך דהשביח ע"ד עצמו ומי ידע דליחיל ואמאי הא יודע שאין הקרקע שלו. וכתב בזה הריטב"א דסבור היה מרי שמא מת האח והוא יורשו. [הגאון בס' רפ"ה סק"ז כתב דמיירי שמרי שמע שמת אחיו ע"ש]. א"כ י"ל דדוקא כאן צריך ראיה להוציא ממרי דכאן אף שמודה שאין כל הירושה שלו מ"מ הוא היורש של מי שבעלים על שאר הירושה ולכן צריך ראיה להוציא ממנו דשמא אין אתה האח אלא אחר הוא האח ואולי הוא מת. משא"כ כשמודה שהקרקע הוא של אחר שאין הוא יורש שלו בזה אולי אינו יכול לעכב על מי שטוען בו שהוא שלו. אך מאידך ע"פ דברי הרמב"ם והירושלמי יתיישב קושית הראשונים על רש"י גם אם לא חוששים שמא מת. דכיון שהדין הוא שכ"ז שאין ראיה של מי הנכסים א"א להוציא מהמחזיק אף שמודה שאינו שלו ויכול להשתמש בנכסים מדין זה נהנה וזל"ח א"כ שפיר טען מרי שהוא השביח ע"ד עצמו וזכה בשבח.

זיל את אייתי פהדי. שיטת התוס' שגם בגברא אלימא לא בטל דין הממע"ה ואם לתובע אין עדים לא מחייבים את הנתבע האלים להביא עדים. ורק כאן שאומר הנתבע שיש לו ב' עדים מסוימים והם מפחדים להעיד בזה אמרינן לנתבע שהוא יביאם. וכ"כ הרשב"א ומסיים הרשב"א ולא נראה כן מדברי רש"י. ואם כוונת הרשב"א ממה שכתב רש"י בד"ה דלאו אחיך הביאם אתה ויעידו שאינו בן אביך או בקש עדים אחרים הרי שמוטל עליו להביא גם עדים אחרים, ולכאורה מזה אין ראיה דבדואי אם במקום להביא אותם עדים יביא עדים אחרים שיעידו שאינו אחיו יועיל לפטור את מרי ואין ראיה מרש"י שמוטל עליו להביא עדים אחרים. ונראה שראית הרשב"א

הערות

המפקיד דף לט:

וציונים

שמו

באלים לא בטל דין הממע"ה ורק אותם עדים שיש רגלים לדבר שאינם מעידים מתוך פחד מחייבים את הנתבע להביאם אבל יותר מלהביא את אותם העדים לא חייבו. וא"כ פשוט שאם באו ואמרו אין אנו יודעים א"א לחייב יותר. אבל רש"י ס"ל שבגברא אלימא בטלו דין הממע"ה והטילו על הנתבע להוכיח שהוא פטור ולכן סובר רש"י שגם אם אין לתובע עד מסוים מחייבים את הנתבע להוכיח שהוא פטור. ולכן לא סגי במה שיאמרו שאינם יודעים דאין זה ראיה שהוא פטור ואף שגם על טענת איני יודע אינם חשודים לשקר דגם זה בכלל תרתי מ"מ אין זה מספיק לפטור את מרי. ונראה שראית הרשב"א שרש"י חולק על תוס' ומחייב להביא גם עדים אחרים הוא ממה שמשמע ברש"י שלא מספיק שיעידו שאינם יודעים ומה יעשה הרי הביאם אלא מוכח שלרש"י מוטל על מרי להוכיח שהוא פטור ולא סגי בהבאת עדים אלו.

סוף סוף אתו ולא משהדי. פרש"י ולא משהדי אלא כמותי ולא כמותך. דהיינו שרש"י מפרש שהשאלה שיעידו שקר מחמת פחד. ורש"י לשטתו צריך לפרש כן דס"ל שלא מספיק לפטור את מרי אא"כ יעידו כמותו ולא סגי בעדות שאינם יודעים וכמו שנתבאר לעיל. והריטב"א חולק וכתב דהגמ' לא היתה שואלת שנחשוש שיעידו שקר מחמת פחד דח"ו לא נחשדו ישראל ע"ז. אלא כוונת הגמ' שיעידו שאינם יודעים וסגי בזה לפטור את מרי כשיטת התוס'. ומשני תרתי לא עבדו דגם להעיד שאינם יודעים נחשב תרתי. והפשטות הוא דנחשב תרתי משום דלא רק שנמנע מלהעיד אמת אלא מעיד שקר שאינו יודע עדות. אך הריטב"א לא כתב כן, וז"ל ואמרינן תרתי לא עבדי שלא יבואו מחמת יראה ואם יבואו שיכבשו עדותם וקיימי באם לא יגיד ונשא עונו עכ"ל. הרי שכתב בהדיא שאפילו אם מעיד שאינו יודע אין זה עדות שקר ואינו אלא כובש עדותו. ומבואר מדברי הריטב"א דס"ל שהמעיד

הוא ממה שכתב רש"י שצריך מרי להביא עדים שאינו אחיו ומשמע שאם יבואו העדים ויעידו שאינם יודעים לא יפטר מרי בזה אלא בעינן דוקא שיעידו שאינו אחיו. ולא כתוס' שכתבו שאם יעידו שאינם יודעים יפטר מרי בזה. וצריך להבין במה פליגי רש"י ותוס' אם יפטר מרי בזה שיביא עדים שיאמרו שאינם יודעים או לא. ולכאורה היה נראה דפליגי אם עד שיוודע עדות ומעיד בב"ד שאינו יודע עדות אם נחשב שמעיד עדות שקר או שאינו אלא ככובש עדותו. דתוס' ס"ל שגם אמירה זו שאינו יודע עדות יש עליו תורת עדות ואם שיקר הרי העיד עדות שקר. א"כ גם שיאמרו שאינם יודעים הוא בכלל תרתי לא עבדי. אבל רש"י ס"ל שאיני יודע אין לו תורת עדות אלא אומר בזה שאינו רוצה להעיד וכיון שאין ע"ז תורת עדות שקר אין זה תרתי. אך אי אפשר לומר כן דנחלקו רש"י והר"ן בשבועות לא: אם עד שאמר בב"ד איני יודע עדות ואח"כ רוצה להעיד אם נחשב חוזר ומגיד דרש"י כתב דגם זה נחשב הגדה וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד והר"ן כתב דאיני יודע אינו הגדה ואין בזה הדין של אינו חוזר ומגיד. א"כ רש"י לשיטתו קשה.

אך המעיין בדברי הכ"מ בפ"ג מעדות הי"ב יראה שכתב שמדברי רש"י מבואר שחולק על תוס' וס"ל שלא יפטר מרי בזה שיעידו שלא יודעים. ואח"כ כתב שרש"י חולק על תוס' גם במה שכתבו שרק אותם עדים צריך להביא ולרש"י גם אם לא היו עדים מסוימים מחייבים את מרי להביא עדים שהוא פטור. דהיינו שרש"י ותוס' פליגי בתרתי א. לתוס' אם יעידו שלא יודעים יפטר מרי ולרש"י לא יפטר. ב. לתוס' אם לא היה התובע מביא עדים מסוימים לא היו מטילים על הנתבע להוכיח שהוא פטור ולרש"י כל שטוען התובע שאינו יכול להביא עדים מחמת אלימותו של הנתבע מחייבים את הנתבע להביא ראיה שהוא פטור. ונראה מדברי הכ"מ ששתי המחלוקות תלוים זה בזה. והביאור הוא פשוט דשיטת התוס' דגם

ע"ז הרמב"ן דאין קושית ר' אמי שאלה אחרת ממה ששאל אביי אלא ר' אמי בא לומר דשפיר קאמר אביי. נמצא לדברי הרמב"ן שגם אביי לא אמר שכל השבח מגיע למרי אלא רק שיטול כאריס ולמה אמר ר"ח שהכל לאח. ובשיטמ"ק בשם ר' יהונתן כתב שאביי חולק על ר"ח וס"ל שכל השבח למרי ור' אמי מסכים עם ר"ח שעיניק השבח הוא של האח אלא שחולק שמרי צריך לקבל כדין אריס. דהיינו שלר' יהונתן יש ג' שיטות א. לר"ח הכל לאח. ב. לאביי הכל למרי. ג. לר' אמי מרי מקבל כאריס והשאר לאח.

ונראה דמחלוקת הרמב"ן ור' יהונתן בביאור דברי אביי תלוי במחלוקת ראשונים בב"ב. דאיתא התם במשנה בדף קמג: אחרי הדין שהשביחו גדולים לאמצע שאם אמרו הגדולים ראו מה שהניח אבא הרי אנו עושים ואוכלים השביחו לעצמם. דהיינו שאם פשוט שאין כוונתם להשביח לצורך הקטנים השבח לעצמם. והתוס' כתבו שם בד"ה ואם שלרשב"ם אף שפרשו כן אין הם מקבלים את כל השבח אלא השבח של חלקם הוא כולו שלהם והשבח של חלק הקטנים הוא של הקטנים והגדולים מקבלים מחלק הקטנים כדין אריס [ע' בני"י שם] והתוס' חולק וס"ל שהגדולים מקבלים את כל השבח גם מחלקם של הקטנים. והא דאמר אביי הכא דלא דמי למתני' דהתם דהכא לא מחיל שהרי השביח ע"ד עצמו, היינו דהכא בסתם הוי כפירש שאינו משביח בשביל הקטן, ולרשב"ם ששם מקבל הגדול רק כאריס בחלק הקטן א"כ גם כאן יהיה הפשט באביי שמקבל כאריס בחלק הקטן וזה כשיטת הרמב"ן. אבל לתוס' שם שאם פירש שלא מוחל מקבל את כל השבח גם כאן כוונת אביי שיהיה כל השבח למרי וזה שיטת ר' יהונתן כאן.

סברת אביי שיהיה כל השבח של מרי אף שארעא דאחיו אשבח הוא כמבואר בתוס' הנ"ל

שאינו יודע עדות אין לזה תורת הגדת עדות ואם שיקר אין זה עדות שקר ולא עבר על לא תענה אלא על אם לא יגיד. וזה כשיטת הר"ן בשבועות לא: דאם אמר איני יודע יכול לחזור ולהעיד ואין בזה משום כיון שהגיד שהרי עדיין לא הגיד. והא דנחשב תרתי הוא משום שלא רק נמנע מלהעיד בשב ואל תעשה אלא שבקום ועשה כובש עדותו. ומשמע בריטב"א שרק באופן זה עובר באם לא יגיד אבל במה שאינו בא לב"ד כלל אינו עובר באם לא יגיד וכן מבואר בתוס' בב"ק נו. ד"ה פשיטא. אך התוס' כתבו משום דחזון לב"ד יכול לחזור ולהעיד משא"כ בב"ד דאינו חוזר ומגיד. אבל לר"ן שמאיני יודע לידע יכול לחזור ליכא טעם זה ואעפ"כ סובר הריטב"א שרק באופן זה איכא לאו דאם לא יגיד.

לפ"ז **לי מפרדיסי ובוסתני**. ר' חסדא פסק שמגיע לאח כל השבח של חלקו מכח המשנה בב"ב דהשביחו גדולים השבח לאמצע. לרש"י מייירי בשבח מחמת טורח הגדולים ור"ח ורב פליגי על הא דאמרו בב"ב שדין זה הוא דוקא בשבחו נכסים מחמת עצמם. ותוס' חולקים דאין חולק על הגמ' בב"ב. ולדעת תוס' צ"ל כמש"כ הנ"י דהכא במרי בר איסק מייירי שכל השבח היה ע"י הנכסים עצמם שמתוך נכסי הירושה שכר מרי פועלים כדי להשביח את שאר הירושה. וע"ז מקשה אביי דלא דמי למשנה בב"ב דהתם יודע שיש לו אח ומשביח ע"ד שהשבח יהיה גם לאחיו משא"כ כאן משביח ע"ד עצמו [מפני שחושב שאין לו אח או שחושב שמא מת אחיו או מפני שאין האח תובע חושב שמגיע לו מדין זנוז"ח כמו שנתבאר לעיל]. ונחלקו הראשונים בביאור דברי אביי דבהמשך הגמ' מבואר דר' אמי הקשה על הפסק של ר"ח מהא דכולם שמין להם כאריס. דהיינו שקשה למה אמר ר"ח שהאח מקבל חצי השבח שהוא כל השבח של חלקו למה לא יקבל מרי לכה"פ כדין אריס על חלק אחיו כדין קרוב שירד לנכסי שבוי. וכתב

הערות

המפקיד דף לט:

וציונים

שמט

בב"ב ובנ"י שם דכיון שהקטן לא יכול להשביח לעצמו השבח לגדולים. ולכאורה הכוונה מדין זה נהנה וזל"ח. ויש בזה חידוש דהדין של זנוזל"ח נאמר לענין הדר בחצר חברו שפטור לשלם עבור ההשתמשות בממון חברו. אבל לא מוכח מזה דאם ירד לשדה חברו וזרע באופן שאין חברו יכול לזרוע והוי זה נהנה וזה לא חסר שבגלל זה יהיו הגידולים שלו דסו"ס מה שגדל משדה חברו צריך להיות של חברו. והכא חזינן שזנוזל"ח גורם שהשבח שהשביח הקרקע יהיה שייך למי שהשביח ולא לבעל הקרקע. וכן מוכח מדברי הנתיבות בס' קמ"ו סק"ט ע"ש [ע' קה"י ב"ב ס' כ"ו]. ויתכן שזה גופא הטעם דר' אמי חולק על אביי וס"ל שאין כל השבח של מרי אלא נוטל כאריס [ולדעת הרשב"ם והרמב"ן גם לאביי הדין כן] ולמה אינו זוכה בכל השבח מדין זנוזל"ח, ואולי ס"ל כנ"ל שזה רק סברא לפטור מדמי שימוש ולא סברא שיזכה בשבח שקרקע חברו השביח. אך ראיתי במחנ"א דיני גזילה ס' י' שמבאר אחרת את סברת ר' אמי דזה נהנה וזל"ח היינו דוקא בית דלא קיימא לאגרא היינו שאפילו שהבעלים נמצאים ויכולים להשכירו אינם משכירים אותו. אבל באופן שאם היו כאן היו משכירים אותו אלא שאינם כאן נחשב קיימא לאגרא. ומשמע דפשיטא ליה שאם היה זנוזל"ח לכו"ע היה גוף השבח לזה שהשביח וגם לענין זה אמרינן זנוזל"ח פטור. עיין מה שכתבנו בזה לקמן ק"א. על הגמ' של שטף נהר זיתיו.

סברת ר' אמי דנוטל כאריס הוא לכאורה מדין יורד. וצ"ב דדין יורד נאמר במקום שכוונת היורד להשביח ממון חברו. אבל הכא שהשביח ע"ד עצמו לכאורה ליכא דין יורד. כלל זה מבואר בנתיבות בס' קס"ד סק"א ומביא מהש"ך בס' רצ"א סק"ב. והסברא הוא משום דחייב ליורד בשדה העשויה ליטע הוא משום דכיון שעשוי ליטע הוי כיוור ברשות וחייבו מדין פועל. וזה שייך רק אם כוונתו

בשביל חברו ולא כשכוונתו לעצמו. וא"כ קשה אמאי אמר ר' אמי שכאן יקבל כאריס. אם ס"ל שגוף השבח של האחר אמאי יקבל מרי כאריס הרי כוונתו היתה לעצמו. ועיין בנ"י שנראה מדבריו שזה גופא מה שר"ח דוחה את דברי ר' אמי מי דמי התם ברשות ב"ד נחית הכא שלא ברשות. דכאן לא מגיע לו כאריס שירד ע"ד שזה שלו. [גם הרשב"א מביא פשוט זה וכתב שאין לפרש כן ע"ש]. אמנם להלכה הרי"ף פוסק כר"ח שהאח מקבל כל השבח של חלקו רק בגלל הטענה השניה של ר"ח דהכא האח היה קטן ואין מורידים קרוב לנכסי קטן. ע' שיטמ"ק בשם ר' יהונתן שכוונת ר"ח דכיון שעשה שלא כדין קנסוהו שלא יקבל כאריס. אבל בגדול פסק הרי"ף שיקבל כאריס כר' אמי ולא קי"ל כדחיית ר"ח לחלק בין ברשות לשלא ברשות. וא"כ להלכה יוצא שיש לו דין יורד אף שלא כיוון להשביח לחברו. אך כתב הנ"י דהכא עדיף מעלמא כיון דאית ליה חלק בגוף השדה חשבינן ליה כיוור ברשות. וגם הנ"י בב"ב כשמבאר שאם אמרו ראו וכו' נוטלים כל השבח מדין זנוזל"ח מוסיף הנ"י כיון דאית ליה חלק בקרקע. וא"כ אולי בעלמא אין סיבה שיזכה בשבח מחמת זנוזל"ח. וצ"ב מה מוסיף מה שיש לו חלק בקרקע לגבי השבח של החלק של אחיו.

נמצא לר"ח הכל לאח דלא ס"ל שיקבל כל השבח מדין זנוזל"ח ואפילו כאריס לית ליה דירד שלא ברשות ועוד שקנסוהו שעשה שלא כדין דאין מורידים קרוב לקטן. ונ"מ בין הטעמים בגדול. ופסק הרי"ף שבגדול מקבל כאריס ורק בקטן אינו מקבל כלום. לאביי הכל למרי לפי ר' יהונתן ולתוס' בב"ב דאמרינן בזה זנוזל"ח הנ"י מוסיף משום שיש לו חלק בקרקע. ולרמב"ן ורשב"ם לאביי מקבל רק כאריס כר' אמי. לרב אמי אינו מקבל כל השבח דלא אומרים בזה זנוזל"ח או כמחנ"א שאם היה יכול היה משביח בעצמו או דס"ל שזנוזל"ח אינו גורם שהשבח יהיה שלו. אבל כדין אריס

מקבל מדין יורד אף שאין כוונתו לחברו כיון שיש לו חלק בגוף הקרקע כמבואר בנ"י.

דף מ.

התם ברשות נחית. רש"י גרס ברשות ב"ד. הרשב"א מקשה מה ענין רשות ב"ד לכאן הא היורד לנכסי שבוי אינו צריך רשות ב"ד וגם כשיורד מעצמו מקבל כאריס. לכן כתב הרשב"א דלא גרסינן ליה והכל דבר אחד דקטן היה יורד מרי שלא כדין. גם הריטב"א כתב שטעם ראשון אינו עיקר ומה שר' אמי חזר בו הוא רק בגלל הטעם השני. וכבר הובא שהנ"י מפרש שלא ברשות היינו שלא ירד ע"ד להשביח לחברו אלא לעצמו ובכה"ג ליכא דין יורד.

ה"ז יוציא לו חפרונות. בגמ' אמרו בד"א שעירבן עם פירותיו. ויש לעיין דמבואר בב"ב כג': בניפול שנמצא בין שני שובכים אמרינן שנפל מהשובך שיש בו יותר דכל דפריש מרובא פריש ורק בשוים אמרינן יחלוקו. א"כ אמאי לא נימא הכא דמה שאכלו העכברים וכן מה שאבד או התפזר הוא מהרוב. ואמנם אם הרוב של בעה"ב י"ל דאין לתלות שכל החסרון הוא משל בעה"ב ולחייבו להחזיר למפקיד בלי חסרון דאין הולכים בממון אחר הרוב וא"א להוציא ע"פ רוב. אבל היכא דהרוב של הפקדון אמאי לא נזיל בתר רובא ונתלה את כל החסרון בפקדון דבאופן זה הרוב הוא להחזיק. ואולי יש לדון דדינא דכל דפריש נאמר רק במקום שהספק הוא על הדבר הפורש מה דינו כגון ניפול הנמצא שהספק של מי ניפול זה או בשר הנמצא שדנים אם הוא כשר או לא או ט' עכו"ם וישראל אחד ופירש אחד ונפל עליו מפולת שהספק על מי שפירש אם לפקח עליו את הגל או לא. אבל כשדנים על מה שנשאר אין לדון מכח כל דפריש שהפורש הוא מן הרוב ממילא מה שנשאר הוא מן

המיעוט. וכעין זה כתב החזו"א באבה"ע ס' ל"א סק"א בג' אנשים שהיו בבית ואחד הוא בעלה של פלונית ופירש אחד מהם ואח"כ נפל הבית ומתו השנים שנשארו בבית ודן החזו"א אם יש להתיר מכח רוב דנימא דהפורש היה מן הרוב שאינם בעלה וא"כ בעלה נשאר בבית ומת. וכתב החזו"א דאין להתיר מכח רוב דזה שפירש, אם אינו בעלה, אין הוא זה שדנים עליו, אלא שמכח זה שנידון בו כל דפריש מרובא פריש נחליט שבעלה בפנים ונהרג, זה אינו בכלל מידה שכתורה למיזל בתר רובא. ע' היטב בדברי החזו"א שם ויש לעיין אם יש לדמות לנידון דידן.

הרמ"א בס' רצ"ב סע' י' מביא בשם התה"ד ס' שי"ד באחד שנתן לחברו מעות להוליך למקום פלוני והתנו שהשליח אינו מקבל אחריות וגם לשליח היו מעות שלו ונאבדו חלק מהמעות ולא ידוע אם המעות שנאבדו היו משל השליח או משל המפקיד. וכתב התה"ד שאם הפקדון היה של מעות שאין הדרך להקפיד על מטבעות מסוימות ההפסד הוא לשניהם לפי היחס בין מעות המפקיד לשל שליח. ואם הפקדון היה חתיכות של זהב שהוא דבר מסוים ויש קפידא לכ"א לקבל את שלו בזה כיון שהשליח הוא מוחזק א"א להוציא ממנו מספק ותולים את כל האבידה בבעל הפקדון. ואם היו שני מפקידים שאין אף אחד מהם מוחזק אזלינן בתר רובא ותולים שכל האבידה הוא משל מי שהרוב שלו. [מבואר שגם באופן זה שהנידון על מה שנשאר אזלינן בתר רובא]. וכתב הגאון שם בסקל"ה שמש"כ התה"ד שאם אינו דבר מסוים ההפסד לשניהם הוא נלמד מכאן דבעירב עם פירותיו תולים שנחסר לשניהם ולא תולים את כל החסרון ברוב. וכן נראה מדברי הרמ"א שמביא דברי התה"ד אחרי הדין של המפקיד פירות אצל חברו. והטעם הוא משום דכיון שאין מקפידים לקבל חזרה אותם הפירות א"כ מיד כשמעריבים הפירות נעשים שניהם שותפים בכל הפירות

ובטל הבעלות הפרטית של כ"א על חלקו. ולכן פשוט שכל ההפסד הוא לאמצע. וע' בשערי יושר ש"ג פכ"ד ד"ה והנה שכתב שמה שנעשים שותפים ע"י שעירבו הוא בערבו מדעת דכיון שאין מקפידים נעשים שותפים [צע"ק דמפורש ברמב"ם ובשו"ע שלכתחילה לא יערבם עם פירותיו וע' בגאון סקל"ג שהוא משום דאדם רוצה בקב שלו. וכל הדין דמתני' הוא בדיעבד כשעבר ועירב א"כ חזינן שיש כן קפידא וצ"ל שבדיעבד אם ערבו אין קפידא על פירות בעין] אבל אם העירוב נעשה מאליו אינם נעשים שותפים.

אמנם המעיין בתה"ד בפנים יראה שבכל אריכות דבריו לא הזכיר מסוגיא שלנו כלל. ולולא דברי הגאון שכתב שמקורו מכאן היה נראה שיש לחלק דהתם כ"ז שלא ראינו אבידת מעות לא חוששים לזה ואילו היה מפקיד מעות אצל חברו והשומר עירבן עם מעותיו ומסתפק מהם בודאי אינו מנכה כלל דלא חוששים לאבידת מעות אא"כ ראינו שאבדו. לכן כשרואים תולים האבידה ברוב. אבל כאן תולים באכילת עכברים ובפיזור הפירות גם בלי שראינו שנחסר מפני שהדרך שסתם פירות נחסרים א"כ לגבי זה אפילו אם יש קפידא ואינם נעשים שותפים ע"י העירוב ראוי לתלות החסרון מכל חלקי התערובת שכן הדרך שכל פירות נחסרין. אך מדברי הגר"א שכתב שמקורו של התה"ד מכאן מבואר שאינו מחלק בזה.

נמצא בדבר השאלה שנתלה את כל החסרון ברוב א. הגאון לומד שאין לכ"א חלק מסוים אלא נעשו שותפים בכל התערובת. ב. לפי דברי החזו"א היה מקום לומר דאין הרוב מכריע על מה שנשאר אלא על מה שפירש. ג. אולי יש מקום לחלק בין הפסד שלא חוששים לו אא"כ ראינו להפסד של עכברים ואבידת פירות שתולים בו גם בלי שנראה חסרון א"כ חסרון כזה תולים בכל חלקי התערובת.

אם היתה מדה מרובה. ג' פשטים נאמרו בזה. א. התוס' בד"ה מדה כתבו דר' יהודה כרבנן שהכל לפי המדה ואין כוונת ר"י שבמדה מרובה אינו מוציא חסרונות כלל שאם הנפיחות שוה לחסרון אז גם במדה מועטת לא יוציא חסרונות. אלא שבמדה מרובה עולה הנפוח לשעור חסרון דכור אחד ובעשרה כורים במקום לנכות עשרה פעמים תשעה חצאי קבין לכור ינכה רק ט' פעמים תשעה חצאי קבין לכור. ב. השיטה בשם ר"פ מפרש דר"י ס"ל כריב"נ שגם ב' כור אוכלים רק ט' חצאי קבין ולכן ב' כורים הניפוח משלים את החסרון. ולדינא אין נ"מ בין תוס' לר"פ אלא רק לענין הפשט במשנה. ג. ברש"י ד"ה אם היתה מבואר דלא ס"ל כתוס' ולא כר"פ. ע' מהרש"א דרש"י לא פירש כתוס' דמשמע שבמדה מרובה אינו מנכה כלל. וכר"פ לא פירש דלא משמע דר"י כריב"נ. אך לא ביאר המהרש"א את שיטת רש"י בזה. ומלשון רש"י משמע דס"ל דאף שאמרו רבנן הכל לפי המדה דהיינו שבב' כורים אוכלים כפול ממה שאוכלים מכור אחד מ"מ גם לרבנן יש גבול ומי' כורים אינם אוכלים עשרה פעמים מה שאוכלים בכור אחד. ולכן ר"י ס"ל שגם לרבנן כשיש י' כורים הניפוח משלים את כל החסרון ואינו מנכה כלל. ובדעת הרמב"ם בזה ע' במ"מ ובלח"מ פ"ה משאלה ה"ה.

שתות ליין. בשיטה בשם הרא"ש כתב דשתות ליין אינו כולו בלע אלא כולל שמרים ובלע. וזה דלא כרש"י שיש לו צד לומר שביין לא מנכים שמרים דשמרי יין שוים כמו היין עצמו ע"ש.

דף מ:

המשתכר אל ישתכר יותר על שתות. כתב הרא"ש דשמעינן מהכא דחנוני המוכר על יד על יד שמין לו טורחו וכל

הוצאותיו ויתר עליהם משתכר שתות. והיה אפשר לפרש כוונת הרא"ש שמחשבים שתות לפי ההוצאות ומותר להרויח יתר על היציאות שתות ועוד כמה ששוה הטירחא. אך הסמ"ע בס' רל"א סקל"ז כתב יותר מזה דהטירחא נכלל בכלל יציאות גם לענין שנכלל בחשבון השתות דהיינו שמותר להרויח כנגד כל היציאות ודמי הטירחא ועוד שתות מהיציאות ודמי הטירחא והטירחא נחשב כקרן גם לענין חישוב השתות.

כיון דטעון טעון. הב"י ביו"ד ס' צ"ג

כתב בשם ר"י הלבן דבשר שנתבשל בקדירה של חרס חולבת שאינה בן יומו מותר ואף שהיה בתוכו חלב צונן בתוך מעת לעת וחרס בולע גם בצונן מ"מ מותר כיון דהיה חרס ישן ושבע מלבלוע. וראיתו מסוגיא דידן דבכלי חרס ישן אמרינן כיון דטעון טעון. וכתב שם הט"ז בסק"ב דהב"ח והלבוש כתבו שאפילו אם היה חלב צונן בכלי במשך מעת לעת אינו נבלע כיון דטעון טעון. וראיתם דהכא בפקדון השמן נמצא בחבית זמן רב ואעפ"כ אמרו שאם הקנקנים ישנים אינו מוציא בלע ואם הר"י הלבן למד דינו מכאן ה"נ יש ללמוד מכאן שאפילו ביותר מעת לעת אינו בולע כיון דטעון טעון. וכתב ע"ז הט"ז דודאי אינו כן דאחרי מעת לעת כיון דכבוש כמבושל בולע גם אם שבע מבליעה. והא דהכא אינו מנכה בלע בכלים ישנים אף שהיה בו זמן רב הוא משום דכיון ששבע מלבלוע אינו יכול לבלוע יותר אא"כ פולט ממה שבלוע בו כבר ובפחות ממעת לעת שאינו מפליט גם אינו בולע אבל ביותר מעת לעת כיון שכבוש כמבושל יש בכחו להפליט וממילא יש מקום לבלוע שוב. אבל לענין לנכות בלע אין לנכות כיון שאין בולע אא"כ פולט א"כ לא נחסר כמות השמן. וזה שמוכיח מכאן הר"י הלבן דאחרי ששבע בליעה שוב אינו בולע אא"כ פולט ומזה יש ללמוד לענין איסור והתיר שכ"ז שלא פולט אינו

בולע אך זה רק בתוך מעת לעת. ועיין בשו"ת חוות יאיר ס' ק"ד שהובא בפת"ת שם סק"ה שדוחה ראית הלבוש באופן אחר דמה שחרס בולע בצונן הוא בליעת ממשות ולענין זה אמרינן דאם שבע מלבלוע שוב אינו בולע. אבל אחרי מעת לעת שדינו כמבושל יש בליעה של טעם ובליעת טעם שאינו ממשות תמיד נבלע. לכן אין ללמוד התיר מגמ' דידן אלא לענין פחות ממעת לעת. ובעיקר הדבר דנקט הר"י הלבן דחרס בולע בצונן בפחות ממעת לעת הש"ך בנקודת הכסף שם כתב דלהלכה אינו כן דאפילו אוכלין אינם בולעים בצונן בפחות ממעת לעת וכן נקט הח"י הנ"ל ע"ש.

תוד"ה במזופפין. קושייתם אינה מובנת וכבר עמד בזה המהרש"א ע"ש. וע' מש"כ בזה המהר"ם שי"ף. ולתירוצם השני יוצא שיין נבלע אפילו בישנים מזופפים.

ר"י אומר אף המוכר וכו'. ברש"י בד"ה מותר לערב מבואר דמתני' מיירי במוכר שמן סתם אבל אם פירש מזוקק מודה ר"י דאינו מנכה וצריך להביא ק' לוג מזוקק. ומה דקתני מתני' המוכר שמן מזוקק אין הכוונה שהיה תנאי שיהיה מזוקק אלא מכר שמן סתם ולמעשה הביא לקונה שמן מזוקק. וכן כתב השיטמ"ק בשם הרשב"א והראב"ד דפליגי בסתם ובמפרש מודה ר"י לרבנן. ובדעת הרמב"ם נחלקו המ"מ בפ"ח ממכירה ה"ט והב"י בשם הרב המרשים. שהרמב"ם פסק שבסתם מקבל הלוקח לוג ומחצה שמרים ובמפרש אינו מקבל. והמ"מ כתב דס"ל דפליגי במפרש ופסק כת"ק ובסתם גם ת"ק מודה לר"י. והרב המרשים ס"ל שהרמב"ם פסק כר"י וס"ל דפליגי בסתם ובמפרש לכו"ע אינו מקבל שמרים. וע' בלח"מ שם שמביא את שני הפשטים בזה. הב"י מסכים עם ה"ה דהרמב"ם ס"ל דפליגי במפרש ופסק כרבנן וכ"כ הגאון ס' רכ"ח סק"ו. וצריך להבין סברת ר"י לפי המ"מ בדעת הרמב"ם למה ס"ל שאפילו שפירש

הערות

המפקיד דף מ: — מא.

וציונים

שנג

מזוקק מקבל הלוקח שמרים. וצ"ל דהתנאי שיהיה מזוקק מתפרש שהשמן יהיה מזוקק אבל לא שיוסיף שמן על מה שהיה נותן אילו לא היה מזוקק לכן מקבל לוג ומחצה פחות. ומה שאמרו כיון שמותר לערב שמרים יכול לנכות לוג ומחצה היינו כיון שבסתם יכול לערב א"כ במפרש היינו שלא יערב אבל אינו מוסיף שמן. כ"כ האבן האזל, וע"ש שמקשה על המ"ד דכיון שלא עירב מחל ולמה יהיה בזה מחילה הא התנה שיתן מזוקק ואינו יכול לערב.

לענין אם מותר לערב שמרים, לאביי ר"י
מתיר ות"ק אוסר ולר"פ ר"י אוסר ות"ק מתיר. להלכה פסק הרא"ש כת"ק אליבא דר"פ שמותר לערב שמרים וכיון שלא עירב מחל. ובדעת הרמב"ם הבינו המ"מ והלח"מ שפסק שאסור לערב שמרים שכתב בהל' ח' אסור לערב שמרים וכיון שהמ"מ ס"ל שהרמב"ם פסק כת"ק יוצא שהרמב"ם פסק כאביי ואליבא דת"ק שאסור לערב שמרים ומנכה ללוקח לוג ומחצה רק כשפירש שמוכר מזוקק. אבל לדעת החולקים וס"ל שהרמב"ם פסק כר"י וס"ל דפליגי במפרש כתב הלח"מ דע"כ פוסק הרמב"ם כר"פ שהרי הרמב"ם אוסר לערב שמרים ורק לר"פ ר"י אוסר לערב. דהיינו שהרא"ש פסק כרבנן אליבא דר"פ שמותר לערב. והרמב"ם שפסק שאסור לערב זה או כר"י לר"פ או כרבנן לאביי. אך מה שנקטו המ"מ והלח"מ שהרמב"ם פסק שאסור לערב שמרים אינו ברור שבסוף ה"ח כתב הרמב"ם שמה שאסור לערב שמרים הוא דוקא מחבית אחרת אבל אם עירב מכלי לכלי נותן שמריו לתוכו דהיינו שהרמב"ם מתיר לערב שמרים של אותו חבית א"כ פסק דמותר לערב שמרים דמחבית אחרת לכו"ע אסור. אך זה תלוי בגרסאות ברמב"ם. דבגרסא שלפנינו כתוב אבל אם עירה היין מכלי לכלי נותן שמריו לתוכו. ולפי' ההתר הוא רק ביין אבל בשמן אסור לערב אבל הטור כתב בשם הרמב"ם אבל אם

עירה ולא הזכיר יין ומשמע דקאי גם על שמן ע"ש בב"י. ולגרסת הטור שהרמב"ם פוסק מותר לערב שמרים יתהפך שיטתו לענין אביי ור"פ, דאם פליגי במפרש והרמב"ם פוסק כר"י ע"כ דפוסק כאביי דלאביי ר"י מתיר לערב. ואם פליגי בסתם והרמב"ם פסק כרבנן ע"כ פוסק כר"פ דלר"פ רבנן מתירים לערב שמרים.

נמצא דמה שברור ברמב"ם הוא שפסק שבמפרש מזוקק אינו מנכה לוג ומחצה ובסתם מנכה. אך לא ברור בדעת הרמב"ם א. אם פוסק כר"י או כת"ק. ב. אם פסק כאביי או כר"פ. ג. אם ס"ל דפליגי בסתם או במפרש. ד. אם ס"ל דקי"ל מותר לערב שמרים או שאסור לערב שמרים.

תוד"ה לחודיה. ע' בריטב"א שכתב שמה שמותר לערב שמרים היינו דוקא דמותר לנער החבית אחרי ששקעו שמריו ולחזור ולערבם אבל אחרי שהוציא השמרים מן השמן אם חוזר ומערב זה מקלקל את השמן ובוה מיישב קושית התוס' ע"ש.

פקטים ע' בשיטה בשם הריטב"א שההבדל בין שמרים לפקטים הוא שהשמרים יש עליהם שם שמן וראוים להדלקה משא"כ פקטים אינו חלק מהשמן כלל אלא פסולת המעורב בשמן.

דף מא.

מלמלה ונשברה לצורכו חייב. פליגי בגמ' אם מה שמתחייב באונסין ובהשבה ע"י טלטול זה הוא משום שנטלה ע"מ לגזולה או שנטלה ע"מ לשלוח בה יד או שחיובו מדין שואל שלא מדעת. הראשונים מתקשים בסוגיא זו מהו החידוש שנתחדש בפרשת שליחות יד יותר מכל גזלן ולמה לא נחייב שומר ששולח יד מדין גזלן בלי חידוש של שליחות יד. וג' דרכים נאמרו בזה. א. השיטמ"ק בשם הר"ן

כתב דמבואר במשנה לקמן מג: שאם הגביה חבית ע"מ ליטול ממנה רביעית ונשברה משלם דמי כולה. ובגזלן כה"ג אינו מתחייב אלא על החלק שדעתו לגזול. ובשומר נתחדש שאם שלח יד בפקדון דהיינו שנטל את הפקדון ע"ד לקחת חלק ממנו מקבל דין גזלן על כל החבית וזהו החידוש של פרשת שליחות יד. לפ"ז כשמגביה ע"מ לקחת רביעית לגבי הרביעית באמת הוא גזלן גמור ובוה אין צורך לחידוש של שליחות יד. ומה שצריך להגיע לשל"י הוא רק כדי שגזילת המקצת תחייב על הכל. ולגבי חידוש זה נחלקו אם של"י צריכה חסרון או לא. דמ"ד צריכה חסרון ס"ל שחי' זה דגזילת מקצת מחייב על הכל התחדש רק כשהוציא את הרביעית. ומ"ד א"צ חסרון ס"ל שגם אם לא הוציא את הרביעית הגבהת החבית ע"ד להוציא רביעית מחייבת על כל החבית. וכן נראה מדברי רש"י כאן בד"ה ור' נתן שמבאר הנ"מ בין התירוץ של ר' יעקב שמייירי בנטלה ע"מ לגזולה לחי' של ר' נתן שמייירי בנטל ע"מ לשלוח יד. דלר' יעקב נטל ע"מ לקחת את כולה ובוה חיובו מדין גזלן ולא צריך להגיע לחי' של של"י ור' נתן מוסיף שאפילו שלא נטלה אלא ע"מ לשלוח בה יד וליטול מקצתה אפ"ה קמה ליה ברשותיה כולה ובעי השבה. משמע בהדיא שהחי' של של"י הוא שגזילת מקצת מחייב על הכל. וכ"כ התרה"כ בס' רצ"ב סע' ב' בדעת רש"י בדף מד.

ב. שיטת הריטב"א שמוכא בשיטמ"ק בד"ה תרגמה וז"ל הנוטל לגזול הוא הנוטל ע"ד ליטלה כולה או מקצתה לעצמו או שיחסרנה ולא ישלם לבעלים וכו' והשולח יד בפקדון דעתו ליטול ולחסר הכל או מקצת ע"ד לשלם לבעלים ובוה נחלקו אם צריך חסרון לחייבו באונסין אם לאו עכ"ל. ומבואר בריטב"א דגזלן ע"מ לשלם אינו נעשה גזלן ואינו מתחייב באונסין וזה החי' שנתחדש בשל"י ששומר השולח יד מתחייב אף שעשה כן ע"מ לשלם. ע' קצה"ח ס' רצ"א סק"ב

שמביא ששיטת הריטב"א דגזלן ע"מ לשלם אינו חייב באונסין. אך החזו"א בליקוטים על חו"מ ס' כ' לדף מא. מוכיח שגם גזלן ע"מ לשלם חייב באונסין [ועוד הקשו האחרונים דמפורש בריטב"א ששואל של"מ מתחייב אפילו אם דעתו לשלם עבור ההשתמשות ולמה עדיף מגזלן גמור]. ונדחק לפרש דברי הריטב"א באופן אחר ע"ש. והא דאיתא בריש איזהו נשך דגונב ע"מ למיקט אסור ע' בקצה"ח ס' שמ"ח סק"א שיש ראשונים דס"ל שגונב ע"מ למיקט היינו שאין דעתו להחזיר ולסוברים שאפילו בדעתו להחזיר אסור כתב הקצות דהיינו רק לענין הלאו אבל חיוב אונסין ליכא ומביא ע"ז הקצות את הריטב"א הנ"ל. [ולמש"כ הקו"ש ב"ב טז. לחלק לענין ע"מ למיקט בין גנב לגזלן אין הכרח לחלק בדעת הריטב"א בין הלאו לחיוב אונסין דהריבוי של ע"מ למיקט היינו בגנב והריטב"א שע"מ לשלם פטור היינו בגזלן].

יש לעיין בדברי הריטב"א היכן יש רמז בפרשת שליחות יד שכל חידוש דפרשת של"י הוא לענין גזול ע"מ לשלם. ועוד שקשה לומר שכל המחלוקת אם של"י צריכה חסרון או אינה צריכה חסרון הוא רק באופן ששלח יד ע"מ לשלם. ודוחק לומר דסתם שולח יד בשומר הוא ע"מ לשלם. ולכא' נראה שלעולם מודה הריטב"א לר"ן שהחידוש של של"י הוא שהגבהת הפקדון ע"מ לגנוב חלק ממנו מחייב על הכל ומש"כ הריטב"א שהגזלן הוא הגונב כולה או מקצת אין הכוונה שגניבת המקצת מחייב על הכל אלא חיובו רק על המקצת והחי' של מקצת הוא שאף שלא הפריד הקצת מהשאר לא חסר בגניבת המקצת. ורק בשל"י גניבת המקצת מחייב על הכל. ומה שהוצרך הריטב"א לחדש דגנב ע"מ לשלם אינו מתחייב ובשל"י כן מתחייב הוא משום דמשמע ליה שיש חידוש בשליחות יד גם לגבי המקצת שכן רוצה לקחת. לכן כתב שגם לגבי המקצת יש חידוש בשל"י שחייב אף שדעתו לשלם.

הערות

המפקיד דף מא.

וציונים

שנה

והמקור שבשל"י יש חיוב גם כשנעשה ע"מ לשלם נראה שהוא מעצם הדין של מקצת ככולו, דכשם שבכמות אמרינן דשל"י במקצת חייב ככולו כך גם באיכות הגניבה, דשליחות יד ע"מ לשלם הוא של"י בבעין של הפקדון ולא בדמיו, וגם לגבי זה אמרינן דמקצת ככולו. וזהו ממשמעות הלשון אם לא שלח ידו דכל ששלח יד בפקדון אפילו במקצתו מתחייב בכולו. ויסוד זה דגם לגבי איכות הגניבה אמרינן בשל"י מקצת ככולו הוא מבואר גם בר"ן וברמב"ן כמו שיבואר לקמן בס"ד על הגמ' דהניח מקלו ותרמילו עליה.

ג. שיטת התוס' בד"ה שנטלה שגם לר' יעקב בר אבא דמתני' מיירי בנטל ע"מ לגזול את כל החבית אין חיובו מדין גזול אלא מדין שולח יד. דהפשט הפשוט בדברי ר' יעקב הוא שרק בנטל ע"מ לקחת מקצת צריך להגיע לחידוש של של"י ורק בזה בעינן חסרון. אבל כשגזול את כולה חיובו מדין גזול ובזה לא בעינן חסרון. אבל בתוס' מבואר שגם כשגזול את כולה חיובו מדין שליחות יד אלא כיון שלוקח לעצמו את כל החבית זה נחשב חסרון שאין החלק הגזול מחובר לשאר הפקדון שאינו גזול ואין לך חסרון גדול מזה. אבל לעולם גם כשגזול את כולה אין חיובו מדין גזול אלא מכח החידוש דשליחות יד. וטעם הדבר מבאר התרומת הכרי בס' רצ"ב סע' ב' דמעשה גזילה היינו הוצאה מרשות הבעלים והכנסה לרשות הגזולן ובחפץ שנמצא ברשות השומר ובהתירא אתא לידיה אין כאן שום מעשה גזילה כשמגביה ע"מ לגזול דבל"ה החפץ נמצא אצלו. ומדמה התרה"כ לגזבר שמבואר בתוס' דאינו מועל ע"י הגבהת ממון הקדש כיון שבל"ה הממון נמצא ברשותו. ובדין שליחות יד נתחדש שגם מעשה זה יחשב כמעשה גזילה כיון ששלח ידו בפקדון. וכשמגביה חבית ע"מ ליטול רביעית גם לגבי הרביעית צריך להגיע לחידוש של של"י. ולכן גם כשמגביה ע"מ לגזול את כל החבית חיובו מכח החידוש של

של"י אלא שבאופן זה זה נחשב חסרון וחייב גם למ"ד של"י צריכה חסרון. וע' בהמשך הסוגיא שיתבאר דגם שיטת בעה"מ כשיטת התוס' בזה.

כיוצא בזה מצאנו בראב"ד בפ"ד מגניבה ה"י שהרמב"ם כתב שם דשומר שגנב טלה מן העדר שהופקד אצלו או סלע מן הכיס חייב כפל. וכתב ע"ז הראב"ד זה אינו כלום. ומבאר המ"מ שכוונת הראב"ד הוא דמוכח מהדין של טוען טענת גנב ששומר שלקח הפקדון לעצמו אינו מתחייב כפל אא"כ טען נגנבה ונשבע אבל בלי שבועה וחידוש התורה דט"ג אינו חייב כפל. וכתב הכ"מ שהרמב"ם ס"ל שרק כשלא עשה מעשה גניבה אלא טען נגנבה בזה צריך להגיע לחידוש של ט"ג ובעינן דוקא שבועה, אבל כשעשה מעשה גניבה הרי הוא גנב ממש ולא צריך שבועה. ואף שגם בלי מעשה ראוי להיות גנב דנמצא בחצרו צ"ל ע"פ הקצה"ח בס' שמ"ח סק"ב דגנב צריך מעשה גם כשנמצא בחצרו ע"ש. וכדברי הראב"ד מבואר שאפילו שעשה מעשה גניבה אינו נעשה גנב ואין חיובו אלא מדין ט"ג ודוקא ע"י שבועה. וע' באמרי משה ס' ל"ה אות ו' דסברת הראב"ד כיון שבהתירא אתא לידיה אין הלקיחה מעשה גניבה [נחי' דשליחות יד אינו אלא לענין הקרן ולא לחייב כפל] ואין לחייבו אלא מפני החידוש של טוען טענת גנב ולכן צריך דוקא ע"י שבועה. וזה כסברת התרה"כ בדעת התוס'. [אלא שאין להוכיח מהא דחסר במעשה גניבה לענין כפל שאין זה גם מעשה גזילה לחייב באונסין]. וע"ע באו"ש שם שמבאר דברי הרמב"ם באופן אחר. ושו"ר באבי עזרי פ"ג מגזילה הי"א בד"ה והנה שמבאר דברי הראב"ד ע"פ התוס' בסוגיין ע"ש.

שואל שלא מדעת גזולן. הטור בס' רצ"ב כתב שאם השומר הגביה ע"מ להשתמש תשמיש שמחסר הרי זה כמגביה ע"מ ליטול רביעית שחיובו מדין שליחות יד ומתחייב

ר' ששת שטלטלה יתבאר לקמן ע"פ דברי הרמב"ן.

ומה"ט יש להסתפק בדברי הטור אם ס"ל כן בכל שואל של"מ שאינו מתחייב ע"י משיכה עד שישתמש, או דלמא בעלמא מודה הטור שחייב ע"י המשיכה גם לפני שישתמש ורק בשומר ס"ל דאין במשיכה מעשה גזילה כסברת התוס' ובוזה אינו מתחייב עד שישתמש. וראיתי במחנ"א בהל' גזילה ס' י"ח שבתחילה נקט שהטור קאי על כל שואל של"מ ובסוף דבריו כתב דאפשר לומר דדוקא בשומר סובר הטור שאינו מתחייב עד שישתמש. אך מדברי הגאון בס' רצ"ב סק"ה שציין על דברי המחבר שמביא דברי הטור ע' רשב"ם ב"ב פח. ד"ה למוד וכונתו דלשון הרשב"ם הוא שלקח צלוחית למוד בה ומדד בה לאחרים ע"ש. ומשמע כטור דבעינן שישתמש ולא סגי במשיכה. והתם לא מיירי בשומר ומשמע שהגאון למד שהטור ס"ל כן בכל שואל של"מ. ולדברי המחנ"א יתישב מה שמקשה הנתיבות בס' רצ"ב סק"א שהמחבר מביא בס' רצ"ב את שיטת הטור ובס' שנו"ט ששם מובא הדין של שואל של"מ לא הזכיר דברי הטור. ולדברי המחנ"א ניחא דרק בשומר ס"ל לטור כן ולא בכל שואל של"מ.

האחרונים דנים אם לשואל של"מ למ"ד גזלן יש קנייני גזילה כגזלן ממש או שאין לו אלא חיוב אונסין וחיוב השבה כגזלן אבל אין לו קנייני גזילה. ונ"מ לענין לקנות בשינוי ולענין אם יכולים הבעלים להקדיש כשנתרצה להחזיר ועדיין לא החזיר. ע' קו"ש ב"ק אות קכ"ד ואמרי משה ס' ל"ד אות י"ג. [האמר"מ מוכיח דאינו ברשותו ואינו יכול להקדיש ובהגהת אמרי ברוך כתב בס' רצ"ב סע' א' דשואל של"מ הוי ברשות הבעלים ויכולים להקדיש]. ולכאורה תלוי במחלוקת הנ"ל. דלסוברים שחיוב של שואל של"מ הוא ע"י משיכה א"כ בפשטות יש לו קנייני גזילה ככל גזלן ולכן

בשעת הגבהה עוד לפני שישתמש. אבל אם הגביה ע"מ להשתמש תשמיש שאינו מחסר אין חיובו מדין של"י אלא מדין שואל שלא מדעת ואינו מתחייב עד שישתמש. כתב התרה"כ בס' רצ"ב סע' א' דמקורו מלשוננו של ר' ששת כגון שטלטלה להביא עליה גוזלות ולא כר' יעקב שנקט שנטלה ע"מ לגזולה או כר' נתן שנטלה ע"מ לשלוח יד. וכדבריו מפורש בב"י על דברי הטור ע"ש. [המחנ"א בגזילה ס' י"ח כתב שהטור למד את דבריו מהתוס' בעמ' ב' ד"ה חדא ע"ש]. אמנם בנ"י וכן בשיטמ"ק בשם הר"ן מפורש שגם המגביה ע"מ להשתמש מתחייב משעת משיכה ולא כהטור.

יש לעיין לדעת הטור דאינו מתחייב ע"י משיכה עד שישתמש אם השימוש מחייב בלי משיכה וכל חיובו תלוי בהשתמשות או שגם לטור בעינן משיכה אלא שאין המשיכה מחייבת אא"כ השתמש אבל גם השתמשות לא מחייבת אא"כ עשה מעשה קנין. ואי נימא דלשיטת הטור השתמשות מחייבת בלי קנין יתישב מה שקשה לכאו' על התוס' שהובא לעיל דס"ל דליכא מעשה גניבה בשומר ואין לחייבו אלא מדין של"י. וקשה א"כ איך מחייב ר' ששת מדין שואל שלא מדעת הא שואל שלא מדעת גזלן לא יהיה עדיף מגזלן ממש [וע' לקמן דלשיטת בעה"מ לק"מ שגם מה שר' ששת מחייב מדין שואל של"מ הוא רק מכח החידוש של של"י]. ולדברי הטור ניחא שרק גזלן שבאים לחייבו על מעשה הגזילה והכנסה לרשותו זה ליכא בשומר שבל"ה נמצא ברשותו אבל שואל של"מ שאין חיובו תלוי במשיכה אלא בהשתמשות בממון חברו נותנת לו דין גזלן זה קיים גם בשומר ושפיר מתחייב ע"י ההשתמשות מדין שואל של"מ בלי חידוש של של"י. ואין להוכיח דאינו מתחייב בלי משיכה מהא דאמרו בסמוך והא לא משך דלהרבה ראשונים שם אין חיובו מדין שואל של"מ אלא מדין של"י כמו שיבואר לקמן בס"ד. והא דנקט

הערות

המפקיד דף מא.

וציונים

שנז

המשיכה מחייבת. ובאמת הנ"י דס"ל הכא דמתחייב ע"י משיכה כתב בב"ק יא. דשואל של"מ קונה בשינוי. אבל לשיטת הטור דאינו מתחייב אלא ע"י השתמשות ובפרט למה שכתבנו שתלוי רק בהשתמשות ולא בעינן משיכה כלל מסתבר דלית ליה קניני גזילה דאיך יקבל קנין בלי מעשה קנין ודמי לכופר בפקדון [ע' אבי עזרי פ"ג מגזילה הי"ד ד"ה ובפרק] או לגזול ע"י משיכה ברה"ר דחייב באונסין ולית ליה קניני גזילה [ע' אבי עזרי פ"ח מגזילה ה"י ד"ה ונראה שנקט שע"י משיכה ברה"ר חייב באונסין אבל אינו קונה בשינוי אך האו"ש פ"ג מגניבה ה"ב ד"ה והנראה כתב שגם במשך ברה"ר קונה בשינוי]. אך כ"ז אי אמרינן שדברי הטור הם בכל שואל של"מ ולא רק בשומר.

ונראה שבוזה תלוי גם מחלוקת ראשונים במי שלקח כלי מהקדש ע"ד להשתמש בו ולהחזירו אם מעל כנגד כולו ויוצא כולו לחולין או שמועל רק כפי טובת הנאה שהיה לו ורק שעור זה יוצא לחולין. דהתוס' לקמן צט. רצו לומר בתחילה שלא יוצא כולו לחולין ויהיה בזה מועל אחר מועל ודחו שאין לומר כן דהא קי"ל שואל שלא מדעת גזולן הוי וקם ליה כוליה ברשותיה. והמל"מ בפ"ו ממעילה ה"ד מביא שהריטב"א בקידושין כתב הפשט שתוס' דחו ועל קושיית התוס' דקי"ל שואל של"מ גזולן כתב המל"מ שהריטב"א לא שת לבו לקושיא זו וס"ל דכל שלקח רק כדי להשתמש לא יוצא כולו לחולין ויש בו מועל אחר מועל. ולכאורה תלוי במה שהובא לעיל, שאם שואל שלא מדעת מתחייב ע"י משיכה ויש לו קניני גזילה ואם יעשה שינוי יקנה את כולו א"כ שפיר כתבו התוס' דכולו יוצא לחולין. אבל לטור דאינו מתחייב ע"י קנין אלא ע"י השתמשות ואין לו קניני גזילה אלא רק חיוב אונסין א"כ אין סיבה שיצא כולו לחולין. אך א"כ יהיו דברי הריטב"א סותרים זה את זה דבשיטמ"ק בתחילת הסוגיא כתב בשם הריטב"א שגם

שואל של"מ אינו מתחייב אא"כ משך. וצ"ל דס"ל דאע"ג שגם שואל של"מ יש לו קנין מ"מ כיון שלקח רק את ההשתמשות ולא את גוף הממון הוא נעשה גזולן על ההשתמשות וכמו ששואל מדעת ושוכר מדעת קונה קנין השתמשות ולא את הגוף כך שואל של"מ נעשה גזולן על ההשתמשות ולא על הגוף ובאמת אם יעשה שינוי לא יקנה את הגוף ולכן מועל רק כנגד טוב"ה שבו ולא כנגד כולו. דהיינו שיש ג' צדדים בשואל של"מ א. לתוס' נעשה גזולן על כולו וכן דעת הנ"י בב"ק דקונה בשינוי. ב. לריטב"א נעשה גזולן על זכות ההשתמשות שבו. ג. לטור יש צד לומר דאין לו קנין כלל אלא רק חיוב אונסין וחיוב השבה כגזולן.

עיינן באמרי משה ס' ל"ד אות י"ג ד"ה ואולם שמביא שהדברי משפט מקשה על הריטב"א שכתב בקידושין מז. וכן לקמן צט. שמה דסבר ר"ה ששואל קרדום קונה רק ע"י שבקע בו ולא ע"י משיכה דכיון שאינו קונה אלא קנין השתמשות ולא את גוף הקרדום לא מהני בזה משיכה. וקשה א"כ במה מתחייב שואל של"מ הא גזולן בעי משיכה וכיון שאינו לוקח אלא השתמשות אינו קונה ע"י משיכה. וקושיא זו היא רק לריטב"א לשטתו דס"ל דבעינן משיכה אבל לטור שההשתמשות מחייבת ניהא. ומש"כ האמר"מ שם לישב דכיון דשואל שלא מדעת יש לו קניני גזילה לקנות בשינוי זה קנין בגוף ושפיר מהני משיכה, זה ניהא לשיטת התוס' שיוצא כולו לחולין ע"י מעילה, אבל לריטב"א לשטתו שלא יוצא הכל לחולין מוכח דאינו גזולן אלא על ההשתמשות וא"כ שפיר הקשה הדברי משפט איך קונה ע"י משיכה.

רש"י ד"ה תרגמה. כתב שמה שאינו מקיים חיוב השבה ואינו נפטר מאונסין כשמשיב למקום שאינה המקום שיחדו הבעלים הוא רק בגזולן או בשואל של"מ למ"ד גזולן אבל

למ"ד שואל הוי הוא דוקא בשואל שלא מדעת ע"ש.

הא שקלינהו. פרש"י ששאלת הגמ' שאפילו אם הנחת המקל נחשב של"י ונעשה עי"ז גזלן הא כשמפסיק להשתמש יש כאן השבה ועי"ז מוסיף פרש"י דאע"ג דלר"ע לא מהני השבה לדעת שומר הא אוקמינן סתם מתני' כר' ישמעאל שסגי בדעת שומר. ומשמע דרש"י ס"ל דקי"ל כמ"ד דכולה מתני' ר' ישמעאל וכיון דסתם משנה כר' ישמעאל קי"ל כוותיה. אבל הרי"ף והרמב"ם פסקו כר"ע דס"ל דקי"ל כר' יוחנן דרישא ר' ישמעאל וסיפא ר"ע והלכה כר"ע מחברו. ובשו"ע ס' רצ"ב סע' ו' פסק כר"ע ומביא הגאון שם סקט"ו שהסמ"ג והג"מ והג"א פסקו כר' ישמעאל ומסיים הגאון וע' פרש"י שם ד"ה הא שקלינהו. וכוונתו שברש"י מבואר כהסמ"ג. לסוברים דקי"ל כר"ע צ"ל דקושית הגמ' הא שקלינהו כמש"כ בעה"מ דלא ניחא לגמ' לאוקמא לברייתא כחד תנא. והרשב"א [הובא בשיטה] כתב בשם הראב"ד דשאלת הגמ' הא שקלינהו הוא דעל הנחת מקל פעם אחת אין קפידא של הבעלים ואין זה נחשב של"י ומשני בעודן עליו דכיון שמניח זמן מרובה מקפידים הבעלים. לפ"ז ניחא קושית הגמ' גם לר"ע. וע"ע בנתיבות ס' רצ"ב סק"ג.

הא לא משכה. פרש"י דהמקור שבלי משיכה ליכא חיוב דשל"י ממתני' דלקמן הטה את החבית ונטל רביעית אינו משלם אלא רביעית. וקשה בשלמא הכא אינו ברשותו ושפיר בעינן משיכה אבל התם החבית מונחת ברשות השומר ואיכא קנין חצר וכיון שדעתו לשלוח יד אמאי בעינן הגבהה. וע' קצה"ח ס' שמ"ח סק"ב שמביא מזה ראיה לחידושו שגזלן אינו מתחייב באונסין אף שדעתו לגזול ונמצא בחצרו אא"כ עשה מעשה גזילה כמבואר ברש"י בכמה מקומות דבעינן נעל בפניו. אך

אם הוא שואל סגי בהשבה כל דהו ונפטר מחיוב אונסין גם ע"י השבה למקום שאינו המקום שיחדו. ויש להסתפק אם מש"כ רש"י דבשואל סגי בהשבה כזו אם זה דוקא בשואל של"מ דאע"ג דלמ"ד שואל אית ליה חיוב אונסין מ"מ כל חיובו הוא מפני שעכשיו הוא משתמש לכן כשמחזיר אפילו שלא למקומו כבר אינו משתמש ובטל סיבת חיובו. אבל שואל ברשות שיש לו קנין שאלה אולי אינו נפטר אא"כ עשה השבה מעליא. ואף שכתב הקצה"ח בכמה מקומות שאין חיוב השבה על שואל היינו דלא מוטל עליו להשיב אלא יבואו הבעלים ויקחו ממנו אבל כ"ז שלא השיב אינו נפטר מחיוב אונסין ולענין זה אולי צריך להשיב למקומה או דלמא בכל שואל ס"ל לרש"י דסגי בהשבה כל דהו. ובשיטמ"ק בשם הריטב"א בד"ה מתקיף משמע דגם בשואל ממש סגי בהשבה זו. אבל בדברי המרדכי שהובא בש"ך ס' רצ"ב סק"א מוכח לא כך. שכתב המרדכי שאם השומר שאל את הפקדון שבידו ואח"כ החזירה למקום שהיה מונח בתחילה אין עליו דין שואל דמהני השבה לדעתו ואפילו לר"ע שצריך דעת בעלים היינו דוקא בגזלן אבל כאן שרק שאל לא כלתה שמירתו ומהני השבה לדעתו. והקשה הש"ך דמפורש בגמ' דלמ"ד שואל של"מ גזלן בעינן השבה מעליא ולא מהני דעת שומר לר"ע. וכתב הש"ך דאין כוונת המרדכי ששאל שלא לדעת אלא ששאל מדעת הבעלים ובזה בודאי שנשאר שומר ומהני השבה לדעתו אפילו לר"ע. ובלשון המרדכי מבואר דנפטר רק כשהחזיר למקום שהיה מונח בתחילה וכוונתו ביחדו לה מקום. ומבואר דלמקום אחר לא מהני השבה אף דאינו אלא שואל ולא גזלן. וע"כ דס"ל שמה שמשמע בגמ' שאם שואל של"מ שואל הוי מהני השבה גם למקום אחר היינו דוקא בשואל שלא מדעת אבל שואל מדעת אינו נפטר מחיוב אונסין אא"כ החזיר למקום שיחדו לה הבעלים. ושור"ר בקו"ש ב"ב אות שיי"א שכתב שמה דסגי בהשבה כל דהו

יש חידוש בדבריו דלכאורה היה נראה שגם הטאת החבית כדי ליטול רביעית נחשב מעשה ולא גרע מנעל דאינו מעשה קנין ואעפ"כ חשיב מעשה גזילה ומצטרף לקנין חצר וה"נ יחשב הטאת החבית למעשה גזילה ויקנה ע"י חצר. וצ"ל דהטה גרע מנעל ואינו נחשב מעשה כלל. וע' במחנ"א הל' גזילה ס' י"ב שגם עמד בשאלה זו אמאי אינו חייב בהטה הרי נמצא בחצרו ותי' אפשר דשליחות יד שאני דגילה הכתוב דבעינן שישלח בה יד ממקום למקום ואין ללמוד משם דשל"י חידוש הוא ע"ש. ובביאור דברי התוס' בד"ה הא לא משכה עיין מהרש"א ומהר"ם שי"ף.

והא לא חסרה אלא לאו ש"מ של"י אינה צריכה חסרון. הקשה רש"י מנין לגמ' דחייבו מדין של"י וממילא מוכח דשל"י א"צ חסרון הא הכא יש לחייבו מדין שואל שלא מדעת. ותי' דהא דמחייבים מדין שואל של"מ הוא דוקא בדבר שאינו מתחסר אבל בע"ח שמכחישים מחמת מלאכה דינו כשולח יד ולא כשואל של"מ. ודברי רש"י לכאורה תמוהים כמו שכתב המהר"ם למה גרע בזה שנחסר ואם בלי חסרון אפשר לחייבו מדין שואל של"מ כ"ש כשמחסר שיש לחייבו מדין שואל של"מ. וכבר עמדו בזה הרשב"א והשיטה בשם הר"ן וגם הגאון בס' רצ"ב סק"ב כתב שדברי רש"י תמוהים. אך ע' בריטב"א שמבאר דברי רש"י וגם החזו"א חו"מ ליקוטים ס' כ' ד"ה ודעת מבאר כוונת רש"י ע"ש.

הרמב"ן במלחמות כתב ליישב קושית רש"י דשואל שלא מדעת שחייב הוא דוקא כשטלטלה ממקומה כדי להשתמש בה אבל הכא הבהמה עומדת במקומה והולכת עם העדר ורועה באפר במקום שדעת הבעלים שתהא שם ועדיין לא שינה במלאכת הבעלים אלא שיחד עם השמירה בשביל הבעלים הוא גם משתמש לעצמו אין זה כל הנאה שלו דאיכא נמי הנאה לבעלים שהוא ממשיך לשמור ולטפל בשביל

הבעלים א"כ אין לחייבו מדין שואל של"מ. ובאופן זה חייבו רק מכח החידוש של של"י ושפיר הוכיחו מכאן דשל"י א"צ חסרון. וצ"ב אם הסברא שאין כל הנאה שלו הוא סיבה שאין לחייבו מדין שואל של"מ למה מדין של"י הוא כן חייב היכן מצאנו חידוש זה בפרשת של"י. אך הדבר מבואר בלשון הרמב"ן וצ"ל לא נעשה עליה לא שואל ולא גזול אלא שולח יד בפקדון הואיל ומשתמש בה כלל שהרי שלח בה יד ונשתמש במקצת דמי עכ"ל ונראה שצ"ל וכנשתמש במקצת דמי. דהיינו שכו"ע מודו דבשל"י נתחדש דאם שלח ידו ע"מ לקחת מקצת מתחייב בכולו כמבואר במשנה לקמן דגם לקחת מקצת שם שליחות יד עליו. ושאלת רש"י היא שכאן משתמש בכולה א"כ בזה אין צורך להגיע לחידוש של של"י. ובוזה מחדש הרמב"ן דכמו שבכמות לקחת מקצת מחייב על הכל כך באיכות הגניבה אף שמדין שואל או גזול אינו מתחייב עד שיהיה כל הנאה שלו מ"מ בשל"י נתחדש שלקחת מקצת השתמשות יש עליו שם שליחות יד ומחייבו בכל. וע' לעיל שכתבנו שזה גם כוונת הריטב"א שבשל"י יש חיוב גם בע"מ לשלם דגם זה נחשב כגזילה במקצת שמחייב על הכל. והדברים מפורשים בשיטמ"ק בשם הר"ן שאחר שמביא דברי הרמב"ן מבאר הר"ן שמה שמניח מקלו ותרמילו עליה ולוקח חלק מהתשמישים לעצמו בזמן שעדיין הפקדון נשמר לבעלים ואין כל הנאה שלו זה נחשב כגזילת מקצת הפקדון ויש לחייבו באונסין מכח החידוש שחדשה תורה דשליחות יד במקצת מחייב בכולו דגם הלוקח מקצת תשמישים לא יצא מכלל שולח יד ומתחייב באונסין. ומכאן מוכיחה הגמ' שגם במקום דליכא חסרון של"י במקצת מחייב בכולו.

כסברת הרמב"ן כתב גם הנ"י ומקשה מזה על דברי ר' ששת שמפרש טלטלה דמתני' להביא עליה גזולות וחייבו משום שואל של"מ וקשה הא חיובו של שואל של"מ הוא משום

דכל הנאה שלו אבל הכא גם כשהוא מטלטל לצורכו עדיין החבית משתמרת בביתו כמו שהיתה קודם שהשתמש בה ומוסיף הנ"י דאין לומר דחיובו משום של"י דלא הגביה ע"מ לחסר. ותי' הנ"י דכיון דקי"ל כר"ע דכלתה שמירתו א"כ כבר אינו שומר והוי כל הנאה שלו. והדברים תמוהים דר' ששת בא להעמיד המשנה כולה כר' ישמעאל ובסיפא חיובו משום שלא החזיר למקום שיחדו הבעלים ואין כתב הנ"י שר' ששת קאי אליבא דר"ע. וכבר עמד בזה התרומת הכרי בס' רצ"ב סע' א' ע"ש. ולדברי הרמב"ן יתיישב קושית הנ"י דכיון דלקח חלק מהשתמשות החפץ אף שאין כל הנאה שלו סגי בגזילת מקצת לחייב על כולו. אך מדברי הרמב"ן נראה דלא קשיא ליה כלל על ר' ששת ורק בהניח מקלו ותרמילו שלא נטל את הפקדון לעצמו כלל אלא תוך כדי הילוכה עם שאר העדר לצורך הבעלים הוא משתמש בה גם לצורכו רק באופן זה סובר הרמב"ן דחסר בכל הנאה שלו, משא"כ בטלטלה להביא גוזלות בשעת טלטלו אינו עוסק בשמירה לבעלים אלא עוסק בהשתמשות לצורכו. ויתישב בזה אמאי נקט ר' ששת טלטלה למה שכתבנו לעיל בדעת הטור דשואל של"מ לא בעי משיכה והוי ליה למימר שעלה על החבית להביא גוזלות. אך למה שכתבנו נראה דבזה יקשה קושית הנ"י דכיון שנשאר במקומו ולא לקח לעצמו אין זה כל הנאה שלו. אבל כשטלטלה למקום אחר הוא עוסק בפעולה שהיא כולה לצורכו ובזה חייב מדין שואל של"מ.

הקה"י בס' מ' כתב שגם לר"ע דס"ל כלתה שמירתו היינו דוקא לענין הא דבעינן השבה לדעת בעלים ולא סגי בדעת השומר כיון שאינו סומך עליו אבל חיוב שמירה והשיעבוד שנשתעבד רשותו למפקיד עדיין קיים. ונראה שמדברי הנ"י שתירץ דלר"ע שכלתה שמירתו נחשב כל הנאה שלו מוכח דבטל מיניה דין שומר. ומה שמביא הקה"י ע"ז מדברי רע"א

בשו"ע רצ"ד לכאור' אינו ראייה דהתם מיירי לגבי כופר בפקדון והתם ליכא קנייני גזילה אלא רק חיוב אונסין לכן נשאר שומר אבל בשל"י שנעשה גזלן גמור מבואר ברע"א בדף מג: דבטל מיניה דין שומר כמו שיבואר לקמן בס"ד.

הבעה"מ כתב על שאלת רש"י דלעולם חיובו משום שואל שלא מדעת ואעפ"כ שפיר למדו מכאן דשל"י א"צ חסרון. דכדי לחייב שומר שמשתמש בפקדון מדין שואל של"מ צריך להגיע לחידוש של של"י. וז"ל בעה"מ וכי אמרינן שואל של"מ גזלן הוי לשומר שהוא ברשותו איכא למיפשט מינה של"י א"צ חסרון עכ"ל. וביאור דבריו הוא ע"פ מה שנתבאר לעיל בשיטת התוס' שהחידוש של של"י הוא לא רק בדין של מקצת ככולו, אלא גם כשגזול את כולה חיובו רק מכח החי' של של"י, ולולא זה אין מעשה גזילה בשומר כיון שבל"ה החפץ ברשותו. ורק בפרשת של"י נתחדש שגם ע"ז מתחייב. וכשם שאם לוקח לעצמו את כל הפקדון שבעלמא הוא גזלן, בשומר הוא גזלן רק מכח חי' דשל"י, כך שומר שמשתמש שבעלמא הוא שואל של"מ גזלן, בשומר הוא מקבל דין גזלן ע"י שהוא שואל של"מ רק בגלל החי' של של"י, שבוזה נתחדש שיש מעשה גזילה אף שבל"ה זה ברשותו. א"כ אין מקום לקושיתו של רש"י דאה"נ חיובו מדין שואל של"מ אבל כיון שבשומר צריך להגיע לחי' דשל"י, למ"ד של"י צריכה חסרון לא יתחייב אא"כ חסר, שבשומר השואל של"מ הוא שואל של"מ מחודש. ובזה א"ש מה ששאלנו לעיל לתוס' דלא שייך גזלן בשומר איך מחייב ר' ששת מדין שואל של"מ, ולעיל כתבנו ע"פ הטור. ולבעה"מ לק"מ דאה"נ גם שואל של"מ דר' ששת הוא מכח החידוש של של"י. דהיינו שלבעה"מ כל שלושת הפשטים בגמ' הם מדין של"י א. ע"מ לגזולה זה של"י בכולה והוי כחסרון. ב. ע"מ לשלוח יד זה של"י במקצת וחייב רק למ"ד א"צ חסרון.

הערות

המפקיד דף מא.

וציונים

שסא

ג. משתמש ונעשה שואל של"מ וגם הוא נכנס לחיוב של של"י. ומש"כ הרמב"ן על דברי בעה"מ זו שאלה שאל רבינו שלמה ועדיין לא נגע בה בעה"מ, ולכאור' אינו מובן דלבעה"מ לא קשיא כלל שאלת רש"י. וע' בגאון בס' רצ"ב סק"ב שכתב על תירוץ הרמב"ן שהוא דחוק על פירוש בעה"מ כתב שהוא נכון מאד שכל שואל בשומר הוי של"י ע"ש.

מדברי החזו"א חו"מ ליקוטים ס' כ' ד"ה הקשו הראשונים מבואר שלמד בבעה"מ דס"ל שלמ"ד של"י צריכה חסרון כל שואל של"מ אפילו במי שאינו שומר אינו נעשה גולן אא"כ יש חסרון ומ"ד צריכה חסרון ע"כ לית ליה שואל של"מ גולן ע"ש. אבל לולא דבריו נראה שמבואר בלשון בעה"מ דבעלמא שואל של"מ גולן ורק בשומר כיון שזה ברשותו ליכא גזילה אלא רק מכח חי' דשל"י לכן שואל של"מ בשומר אינו מתחייב אא"כ יש חסרון ור' ששת שהעמיד ע"מ להביא גוזלות ע"כ ס"ל של"י א"צ חסרון וכן מבואר בביאור הגר"א הנ"ל דרק בשומר אין לחייב מדין שואל של"מ בלי החידוש של של"י. וכן מבואר בשיטמ"ק בשם הראב"ד בד"ה והראב"ד כתב ע"ש.

עוד כתב בעה"מ בהמשך דבריו דהא דאמרו בעודן עליה, למסקנת הגמ' דאיירי בהכחישה, עודן עליו קאי על הכחש דכ"ז שהכחש נראה בה ליכא השבה וחייב באונסין ורק כשחזר הכחש הוי השבה ונפטר לר' ישמעאל. ומסברא היה נראה דאם כבר לקח את מקלו ותרמילו ועכשיו אינו משתמש ונמצא הפקדון במקום שיחדו הבעלים איכא השבה ונפטר מאונסין לר' ישמעאל אע"פ שלא חזר הכחש ואם מיירי בכחש שיש בו שינוי בבהמה א"כ קנה בשינוי ואפילו חזר לקדמותו לא בטל קנינו ונתחייב בדמיו, וצ"ע.

עוד כתב בעה"מ בסוף דבריו שמה שמתחייב על כחש של מקצתה בכולה הוא משום שהכחש הוא דבר המתפשט בכולה

ונחשב כמו ששלח יד בכולה א"נ כיון דרצה לפניו הויא לה משיכה ומשום הכי מתחייב בכוליה באונסין וכו' ע"ש. ומבואר בדבריו שכל מה שצריך משיכה בשל"י הוא רק כדי שגזילת המקצת יחייב על הכל לזה בעינן שימשוך הכל כדי לקחת מקצת אבל היכא דמכחיש את כל הפקדון זה נחשב של"י בכולה ובזה מתחייב בלי משיכה. ולדבריו מה שהקשו הא לא משכה היינו לה"א דמיירי שלא הכחישה אבל למסקנה הכחש נותן דין של"י בכולה ואז מתחייב גם בלי משיכה.

הרשב"א כתב על השאלה של רש"י דמדין שואל של"מ אין לחייב בהנחת מקלו ותרמילו כיון שאין דרך הבעלים להקפיד ע"ז אבל מדין של"י מתחייב שגם זה בכלל הגזה"כ של שליחות יד.

נמצא התירוצים על שאלתו של רש"י א. דברי רש"י שדבר שנכחש אינו שואל של"מ אלא של"י ולכאור' אינו מובן. ב. לרמב"ן אין לחייב מדין שואל של"מ דחסר בכל הנאה שלו. ג. לבעה"מ אף שהוא שואל שלא מדעת צריך להגיע לחי' של של"י כדי לחייבו כיון שבל"ה נמצא ברשותו. ד. לרשב"א אין לחייב משום שואל של"מ כיון שאין הבעלים מקפידים.

תוד"ה דיקא. מבואר בתוס' דכשם שלענין מקח וממכר קורא לה והיא באה נחשב משיכה כך לענין גזילה כמו שמתחייב במשיכה כך מתחייב בקורא לה והיא באה. וזה דלא כשיטמ"ק ב"ק נו: שכתב בשם המאירי שגולן אינו מתחייב אלא במשיכה או הכשה במקל ולא ע"י קורא לה. ועמש"כ בזה בס"ד בקידושין כב: ולמה שכתבנו שם לבאר סברת המאירי ע"פ הקצות דבגולן בעינן חוץ מהקנין מעשה גזילה ובקורא לה אף דקנין יש חסר במעשה הגזילה א"כ אין סתירה מהתוס' למאירי דהכא איכא מעשה שהרי הניח מקלו עליה וחסר רק קנין ולזה סגי בקורא לה.

דף מא:

לא תאמר של"י ותיתי משואל.

מבואר ברש"י שאין כוונת הגמ' שנלמד של"י בש"ח וש"ש משליחות יד הנאמר בשואל, שהרי לא נאמר בפרשת שואל שליחות יד. אלא כוונת הגמ' שנלמד מעצם הדין של שואל מדעת שחייב באונסין אף שנטל מדעת הבעלים כ"ש שש"ח וש"ש ששלח יד שלא מדעת בעלים שמתחייב באונסין. והקשה רע"א איך נלמד של"י משואל הוא בשל"י נתחדש שגזילת מקצת מחייב באונסין על כל הפקדון ואיך נלמד חידוש זה משואל. ונשאר רע"א בצע"ג. ואין לומר דמה שמגביה כל הפקדון כדי ליטול חלק ממנה נחשב השתמשות בכל הפקדון ומסברא חייב באונסי כולה כשואל דא"כ גם גזלן שאינו שומר יתחייב בכל החפץ שנטל ע"ד לגזול מקצתה ובראשונים מבואר שזה חידוש שנתחדש בשל"י. [נע' חזו"א ליקוטים חו"מ ס' כ' בד"ה והא דאמר ובד"ה הא דבהגביה]. ועוד מקשה הנתיבות בס' רצ"ב סוף סק"ד שיש כמה נ"מ בין דינו של שולח יד לדינו של שואל ששל"י דינו כגזלן שמשלם כשעת הגזילה ושואל משלם כשעת האונס וכן חיוב השבה דשולח יד שונה משל שואל כמבואר בתחילת הסוגיא וברש"י ד"ה תרגמה, וא"כ למה קרא דשליחות יד מיותר ללמד שא"צ חסרון הא איצטריך קרא לדינים אלו. וכתב בזה הנתיבות דכ"ז בכלל מה שאמרו וחדא שלא תאמר דיו, דהיינו אם היה של"י נלמד משואל היה חיובו מדין שואל ולא מדין גזלן ונ"מ לכל מה שיש בין שואל לגזלן כגון פטור של בעליו עמו וכן שישלם כשעת האונס ולא יהיה מחויב בהשבה כדין גזלן אבל אחרי שגלי קרא דלא אמרינן דיו נתחדש בזה ששולח יד יש לו דין גזלן לכל דיניו. אבל אין זה מיישב את קושית רע"א דאכתי צריך עוד פסוק לומר ששולח יד עדיף מגזלן ואמרינן ביה מקצת ככולו וא"כ אין פסוק מיותר ללמד ששל"י א"צ חסרון.

כל זה קשה לפי הביאור הפשוט בגמ' וכמבואר ברש"י שילפינן של"י מעצם הדין של שואל. אמנם ע' קצה"ח בס' שמ"ו סק"א שמביא בשם שו"ת בית יעקב שכתב שמבואר בסוגיא זו שכל השומרים ששלחו יד חייבים באונסין אף שהשמירה היתה בבעלים חוץ משואל שפטור אפילו אם שלח יד אם היה בעליו עמו. שהרי מבואר בגמ' שלגבי זה אמרו דיו ולא ילפינן ש"ח וש"ש משואל. ותמה הקצות דאין כוונת הגמ' שנלמד של"י בש"ח וש"ש משל"י דשואל דאין פרשת של"י בשואל אלא הכוונה כמבואר ברש"י מעצם הדין של שואל. וע"ז אמרו דיו דעיקר דינו של שואל הוא דוקא כשבעליו אין עמו, אבל של"י דשואל [באופן שמשמש לדבר שלא שאול לו לזה] בודאי הוא כשליחות יד דשאר שומרים שחייב אפילו בעליו עמו. ואף שבודאי דברי הבית יעקב צ"ע שמביא הגמ' אחרת ממה שפרש"י ורוב הראשונים, אמנם מצאנו גם חבר לבית יעקב. והוא בפירוש ר"ח כאן שכתב וז"ל שלא תאמר שליחות יד אלא בשואל בלבד ולא היה צריך לכתוב לא בש"ח ולא בש"ש ויבואו וילמדו מן השואל ולמה נאמר בהם ללמד שא"צ חסרון ושלא תאמר דיו ופשוטה היא, של"י דכתיבא בש"ח ובש"ש ואפילו אשואל וכי ישאל ו' מוסיף על ענין ראשון וכאילו בשלשתם כתיבא של"י הני כולהו למה לי עכ"ל. והובא חלק מדבריו בשיטמ"ק אך יש שם חסרון דברים ע"ש. ומבואר דס"ל שהלימוד אינו משואל עצמו אלא משליחות יד דשואל. וכיון דאיכא ו' מוסיף בפרשת שואל זה כאילו כתוב בו פרשת של"י בהדיא. וע"ז הקשו ל"ל של"י בש"ח וש"ש נילף משואל. ואע"ג דאם לא היה כתוב בש"ח ובש"ש לא היה דרשה של ו' מוסיף צ"ל שכוונתו שבמקום לכתוב ו' בשואל ושל"י בש"ח וש"ש היה אפשר לכתוב של"י בהדיא בשואל ונלמד ש"ח וש"ש משואל. ולדבריו מה שאמרו דיו היינו דבשואל כמו שיש פטור של בעליו עמו על עיקר דין שואל כך יש פטור בעליו עמו על

הערות

המפקיד דף מא :

וציונים

שסג

שליחות יד ידידיה שעל כל פרשת שואל נאמר פטור של בעליו עמו וס"ד שגם בש"ח וש"ש אם בעליו עמו לא יתחייב על שליחות יד קמ"ל קרא דלא נימא דיו. לפ"ז יש מקום לדברי הבית יעקב שאולי גם אליבא דאמת בשואל יש פטור בעליו עמו גם אם שלח יד נאך גם לר"ח אין זה מוכרח דיתכן שאחרי שנתגלה בש"ח וש"ש ששל"י חייב אפילו בעליו עמו חוזרים ולומדים שואל מש"ח ע"י ו' מוסיף אבל לר"ח יש מקום לומר שבשואל פטור בבעליו עמו אפילו שלח יד. ולדברי ר"ח לא קשיא כל מה שהקשו האחרונים דאיך נלמד כל החדושים של של"י משואל דלר"ח לא לומדים משואל אלא משליחות יד דשואל.

ואידך שלא תאמר דיו. לא מבואר

בגמ' וברש"י אם מה שהיה ה"א לפטור ש"ח וש"ש ששלחו יד בבעליו עמו היינו שהיה בעליו עמו בתחילת השמירה ואח"כ שלח יד וס"ד כמו ששואל שהיה בעליו עמו בתחילת השמירה אינו מתחייב באונסין מדין שואל כך ש"ח שהיה בעליו עמו בתחילת השמירה לא יתחייב על מה ששלח ידו אח"כ. או שכוונת הגמ' כיון שבאים ללמוד חיובו של שולח יד שלוקח ממון חברו לעצמו משואל א"כ ס"ד שכמו ששואל שהיה בעליו עמו בשעת שאלה לא מתחייב ה"נ אם היה בעליו עמו בזמן השליחות יד שהוא הזמן שהש"ח נהפך להיות כשואל יהיה פטור של בעליו עמו קמ"ל קרא דלא תאמר דיו. בקצה"ח הנ"ל בס' שמ"ו סק"א נקט בפשיטות שכוונת הגמ' שהיה בעליו עמו בזמן קבלת השמירה וס"ד שלא יתחייב על מה ששלח יד אח"כ קמ"ל. ויש לעיין בזה למה ס"ד דבעליו עמו דשעת קבלת שמירה יפטור מהשליחות יד שעשה אח"כ. הרי לס"ד דליכא קרא לשליחות יד לחדש דין מדיני שומרים אלא חיובו של שולח יד נלמד מסברא דדמי לשואל א"כ תחילת זמן חלות האחריות על אונסין הוא שעת השל"י שאז מקבל דין שואל ומתחייב באונסין. ואיך יפטור מחיוב זה ע"י

בעליו עמו כשנעשה ש"ח הא אין שום שייכות בין מה שנעשה ש"ח לחיוב אונסין שמחייבו השל"י. ולכן היה נראה לפרש דלס"ד דיש פטור של בעליו עמו בשל"י היינו כשהיה בעליו עמו בשעת של"י. אך העירוני שאפילו אם נפרש דמיירי בבעליו עמו בשעת קבלת השמירה ניחא מה שיש צד שיהיה פטור אף שמקבל דין שואל רק בשעת של"י דאיתא לקמן צח: שכרה בבעלים וחזר ושאלה שלא בבעלים מהו. הרי שיש צד לומר שאף שבזמן שנעשה שואל לא היה בעליו עמו מ"מ יפטור מחמת מה שהיה בעליו עמו בתחילת השמירה שלפני השאלה. אך אכתי קשה לצד של הגמ' בדף צח: שאין פטור של בעליו עמו בכה"ג אמאי איצטריך קרא הכא וצ"ע.

לכאורה נראה שלשיטת הש"ך יש הכרח לפרש שהנידון כאן לענין בעליו עמו בשעת של"י דג' שיטות יש בענין בעליו עמו א. הקצה"ח בס' רצ"א סק"ח לומד שלמסקנת התוס' בב"ק נז: הפטור של בעליו עמו הוא לא רק מתשלומין אלא גם משבועה ונלא כתוס' לקמן מב. ד"ה אמר דמוכח דס"ל שיש חיוב שבועה בבעליו עמו. ב. הנתיבות בס' רצ"א סקל"ד כתב דבעליו עמו הוא רק פטור מתשלומין אבל חיוב שמירה וחיוב שבועה יש. ג. הש"ך בס' ס"ו ס"ק קכ"ו כתב ליישב מה שמקשה הראב"ד על שיטת הרמב"ם דבדברים שנתמעטו משמירה כגון עבדים שטרות וקרקעות היינו דוקא לענין גניבה ואונסין אבל פשיעה נחשב כמזיק וחייב. והקשה הראב"ד דקי"ל שבבעליו עמו פטור אפילו מפשיעה. וכתב הש"ך דבעבדים שטרות וקרקעות המיעוט הוא רק מתשלומין ושבועה אבל דין שומר יש עליו ולכן פשיעתו נחשבת מזיק. משא"כ בעליו עמו אין עליו דין שומר כלל והוא כאינש דעלמא לכן פשיעתו אינה נחשבת כמזיק. וקשה אם בבעליו עמו אינו שומר כלל איך מתחייב כששלח יד הרי אליבא דאמת של"י הוא חידוש שנתחדש בשומר. וע'

רצ"ב את חידושו ששואל של"מ אינו מתחייב במשיכה גרידא עד שישתמש. וע' בנתיבות ס' רצ"ב סוף סק"ד שמקשה עוד על תי' התוס' דלעיל מבואר בהניח מקלו ותרמילו דאע"ג דכבר השתמש כיון שאין חסרון אינו מתחייב ובזה אין את סברת התוס' שהרי כבר השתמש וע"ש מש"כ בזה.

דף מב.

צירון והפשיטין לאחוריו. ע' ברמב"ם פ"ד משאלה ה"ו דנחשב פשיעה גם לענין שאם נאנס חייב מדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס. ומקשה המל"מ דאין האונס בא מחמת הפשיעה ע"ש. הא דמסרן לקטנים ולא נעל כראוי חייב משמע שאם נעל כראוי או שמסר לגדול ליכא פשיעה והוא פטור והקשו הראשונים הא בכל גווניו הוי פשיעה דכספים אין להם שמירה אלא בקרקע ואם לא שמר בקרקע ונגנב ה"ז פשיעה וחייב. וכתב השיטה בשם הרא"ש דלגרסא ונעל כיון שיש שם קטנים ליכא חשש גנבי כי יראים פן יצעקו. ולגרסא דאז נעל כתב דמיירי בע"ש בין השמשות שאז אין חיוב לשמור בקרקע. הריטב"א מיישב ע"פ מה שכתבו הראשונים [ע' רא"ש] דהא דצריך שמירה בקרקע הוא דוקא בזמן שהיו מצוים גנבים והדרך היה שכ"א שמר מעותיו בקרקע לכן גם פקדון צריך לשמור בקרקע אבל בזמן שאין הדרך ששומר כסף של עצמו בקרקע גם פקדון אין צריך לשמור בקרקע ובהכי מיירי מתני'.

ברוך השולח ברכה וכו'. כתב הריטב"א דמברכים ברכה זו עם שם ומלכות אך כתב בשם הרמב"ן דרק כשמודד לצורך הפרשת מעשר מברך ברכה זו שאז יש הבטחה של ברכה. וע' במ"ב ס' ר"ל סק"ד שמכריע להלכה כרמב"ן שרק כשמודד לצורך מעשר מברך בשם ומלכות.

בנתיבות הנ"ל שכתב שגם בבעליו עמו יש לו דין שומר מביא ראיתו מכאן דחזינן דיש דין של"י. ומוסיף הנתיבות דאין לפרש שהסוגיא כאן מיירי בבעליו עמו בשעת של"י דבשעת של"י דינו כגזולן ובגזולן ליכא פטור של בעליו עמו. אבל לדעת הש"ך דס"ל שבעליו עמו אינו שומר לכאורה צריך לפרש שהנידון בסוגיא הוא בבעליו עמו בשעת של"י. וגם למסקנה דליכא בשל"י פטור בעליו עמו היינו דוקא כשהיה עמו בשעת של"י אבל אם היה עמו בתחילת השמירה אינו שומר כלל וממילא ליכא דין שליחות יד.

לשון השיטמ"ק בשם הריטב"א הוא קמ"ל מיתורא דקרא דש"ח וש"ש בבעלים חייב ע"י שליחות יד עכ"ל משמע בהדיא דמיירי שהיה בעליו עמו בתחילת השמירה כהבנת הקצות והנתיבות. אבל לשון הנ"י הוא קמ"ל דאפילו שלח יד בפני הבעלים חייב. משמע לכאורה שכוונתו שהיה בעליו עמו בשעת שליחות יד. וזה כמו שכתבנו בדעת הש"ך.

רש"י ד"ה אף כאן לשבועה. כתב שילפינן מזה תרתי א. דחייב כפל דטוען טענת גנב הוא דוקא ע"י שבועה ב. שמכאן יודעים שש"ח פטור מגז"א דלולא זה ה"א ונקרב לדין היינו לשלם. וקשה אם ש"ח חייב בגז"א למה מתחייב כפל כשטוען טענת גנב. ע' מהרש"א ב"ק סג: דה"א דגז"ח שאם טען נגנבה אף שחייב עצמו כשנמצא בידו ישלם כפל קמ"ל ונקרב לשבועה שהוא פטור ורק כשפוטר עצמו ונשבע משלם כפל.

תוד"ה חדא. כתבו שבשואל המשיכה מחייבת כיון שמושך לדעת בעלים משא"כ בשל"י אף שחייבו נלמד משואל מ"מ כיון דהוי שלא ברשות בעלים אינו נחשב כאילו השתמש בשביל משיכה לבדה. והקשה המחנ"א גזילה ס' י"ח דשואל של"מ ג"כ מתחייב במשיכה אף דהוי שלא ברשות. וכתב שמכאן למד הטור בס'

הערות

המפקיד דף מב.

וציונים

שסה

כספים אין להם שמירה אלא בקרקע. היינו בכספים דוקא משום דאין מתקלקלים בקרקע ועוד מוסיף הרא"ש דעל כספים מסרי גנבי נפשיהו טפי. והא דאמרו שאם היה צורבא מרבנן אינו חייב לקוברם מיד במוצ"ש כתב הרמב"ם דיכול להמתין רק עד שיעור שיבדיל והרא"ש כתב שיכול להמתין עד הבוקר. וע' בראב"ד שמפרש דקאי על השומר ולא כפרש"י דקאי על המפקיד. וע' בלח"מ שמבאר דברי הראב"ד. והא דרק בצ"מ חוששים שמא צריך הכסף להבדלה כתב המ"מ שבזמן שהיה היין ביוקר לא היו מדקדקים להבדיל על יין [אלא על שאר משקין דהוה חמר מדינה] או שהיו שומעין מאחר. אבל צורבא מרבנן מהדר להבדיל בעצמו ועל יין.

והאידנא דשכיחי גשושאי. לגרסתינו יוצא למסקנת הגמ' שהאידנא לא ישמור בקרקע ולא בשמי קורה אלא דוקא בכותל בטפח הסמוך לקרקע או הסמוך לשמי קורה. הרמב"ם בפ"ד משאלה ה"ד פסק שיטמין בקרקע או בכותל בטפח הסמוך לקורה. והקשה הב"י בס' רצ"א שאין זה כמסקנת הגמ'. וכתב הש"ך בסקכ"א דהרמב"ם והרי"ף ס"ל דכל האידנא בא לאפוקי משלפניו ובתחילה אמרו דהאידנא שיש גשושאי לא מהני בקרקע ואח"כ אמרו האידנא שאין גשושאי אלא פרומאי לא מהני שמי קורה אבל בקרקע מהני. ובמסקנה אמרו האידנא דאיכא טפוחאי אפשר להטמין בקרקע או בכותל בטפח הסמוך לשמי קורה. והגאון בסקכ"ח כתב שהרי"ף היה לו גרסא אחרת בגמ' ולא גרס כלל האידנא דאיכא גשושאי או פרומאי אלא על עיקר דברי שמואל שכספים אין להם שמירה אלא בקרקע אמר רבא מודה שמואל בכותל וע"ז אמרו האידנא דשכיחי טפוחאי לא מהני כותל אלא בטפח הסמוך לשמי קורה. אבל בקרקע תמיד מהני. ולכן פסקו הרמב"ם והרי"ף שישמור בקרקע או בכותל בטפח הסמוך לקורה.

תוד"ה אמר שמואל. התוס' האריכו בענין גניבת אונס בש"ש שמסברא בודאי צריך להיות פטור ועיקר הראיה לחייב הוא מדף צה. דיליף גו"א בשואל ק"ו מש"ש ופריך מה לש"ש שמשלם כפל בטוען טענת לסטין מזוין ותרצו דלסטין מזוין גזלן. ומוכח דאם ליסטין מזוין גזלן אין שום טענת גניבה שיביא ש"ש לידי כפל של טט"ג וע"כ דבשאר גניבת אונס ש"ש חייב. מסקנת התוס' כאן שפטור והא דלא פרכינן משאר גניבת אונס משום דלמאי דס"ד דילפינן גו"א בשואל מש"ש גם שואל פטור בגניבת אונס וליכא פירכא. [נאיינו מוכן א"כ מה הקשו מליסטין מזוין הא כמו שש"ש פטור בליסטין מזוין א"כ גם שואל יהיה פטור כן הקשה המהרש"א ע"ש]. שיטת התוס' בב"ק נו. והרא"ש כאן שש"ש חייב בגניבת אונס. וב' טעמים נאמרו בזה א. התוס' בב"ק והרא"ש כאן כתבו כהסבר שדחו התוס' כאן שכל גניבה הוא קרוב לאונס ואעפ"כ חייבה תורה א"כ לא חלקו בין אונס כעין גניבה לגניבת אונס ממש. ב. הרא"ש מוסיף שאם הטמין בקרקע ק' אמה ונגנב אין זה אונס שחיובו של ש"ש לעמוד בעצמו ביום ובלילה לשמור כדכתיב הייתי ביום אכלני חורב וקרח בלילה. ואין לפטור ש"ש אלא כשהיה שם בעצמו ולא היה יכול להציל כגון בליסטין מזוין. נ"מ בין הטעמים הוא היכא דשמר בעצמו אך חלה או ניים דבזה אין לחייב מצד הסברא שצריך לשמור בעצמו שהרי שמר בעצמו ונאנס ורק בחפר בקרקע ק' אמה או הקיף במחיצה של ברזל ולא שמר בעצמו בזה אמרינן שאין זה אונס שאם היה עומד בעצמו לא היה נגנב אבל כששמר בעצמו ותקפתו חולי אין לחייב לסברא זו. אבל אם החיוב מפני שכל גניבה הוא קרוב לאונס ולא חלקו בין גניבה סתם לגניבת אונס גמור, זה סיבה לחייב גם בתקפתו חולי ורק ליסטין מזוין פטור שזה התורה פטרה בפירוש כמש"כ התוס' בב"ק. ובאמת ג' שיטות יש בראשונים בענין גניבת אונס כמו שמביא רע"א בגליון השו"ע ס' ש"ג סע' ב'. א. שיטת התוס' כאן שכל

גניבת אונס פטור. ב. שיטת התוס' בב"ק והרא"ש שש"ש חייב בכל גניבת אונס בין שחפר בקרקע ק' אמה בין שתקפו שינה או חולי. ג. שיטת הנ"י והרמב"ן שבחפר ק' אמה חייב ותקפתו חולי או שינה פטור. וזה משום דהתוס' והרא"ש כתבו הסברא שכל גניבה הוא אונס ולא חלקה תורה א"כ זה סברא לחייב בכל אונס. והנ"י מביא רק את הסברא שש"ש חייב לעמוד בעצמו ולשמור וזה סיבה לחייב רק כשחפר בקרקע ולא בתקפו חולי.

עוד נ"מ בין שני הטעמים לחייב גניבת אונס הוא באבדת אונס דהקצה"ח בס' ש"ג סק"א כתב שרק בגניבת אונס מחייבים התוס' שכל גניבה הוא קרוב לאונס אבל באבדה שאין סברא זו יהיה פטור אבל בטור בס' ש"ג מפורש שגם באבדת אונס ש"ש חייב. וזה מפני שהטור מביא שם את הסברא השניה של הרא"ש שחייב לעמוד בעצמו ביום ובלילה וזה סיבה לחייב גם באבדת אונס באופן שאם היה עומד בעצמו לא היה נאבד. אבל הקצות קאי בשיטת התוס' שכתבו הטעם שכל גניבה הוא קרוב לאונס וזה סברא רק לענין גניבה ולא לאבדה. אך יוצא שאם תקפו חולי ואבד לכו"ע יהיה פטור ממ"נ שאם הסברא לחייב הוא שכל גניבה קרוב לאונס זה לא שייך באבדה ואם משום שצריך לשמור בעצמו הכא שמר בעצמו ורק כשלא שמר אלא הקיפה מחיצה של ברזל וקרה אונס ונאבד בזה יש צד לחייב לסברת הטור כיון שאם היה שומר בעצמו לא היה נאבד. גם המהרי"ק שמובא בב"י בד"ה וז"ל מהרי"ק כתב שש"ש חייב גם באבדת אונס ודלא כהקצות אך אין זה סתירה לקצות דהוא קאי בשיטת התוס', והמהרי"ק אזיל בשיטת הנ"י והטור.

עוד נ"מ מסברא זו שש"ש חייב לעמוד בעצמו ביום ובלילה כתב רע"א לעיל בסוגיא דשומר שמסר לשומר באות י"א אם שואל שמסר לש"ש נחשב גרועי גרעה לשמירתו או

לא ע"ש. וע"ע מחנ"א שומרים ס' י"ח דבזה תלוי אם שומר דינו כפועל ויכול לחזור בחצי היום או לא דאם חייב לעמוד בעצמו דינו כפועל ויכול לחזור ואם אינו חייב אינו פועל ואינו חוזר. אך בעיקר האי דינא שחדשו הראשונים דש"ש חייב לעמוד בעצמו ולשמור ביום ובלילה יש לעיין מריש פרק השואל דהקשו אמאי חשיב שואל כל הנאה שלו הא בעי נטירה ותירצו בשאלת כלים. ופרש"י דבכלים אין טורח בשמירה דנשמרים בביתו חנם. וזה ניחא אי אמרינן דסגי בחפירה בקרקע או מחיצה של ברזל. אבל לסוברים שש"ש צריך לעמוד ביום ובלילה ולשמור בעצמו א"כ לכאורה ק"ו לשואל שמחויב בזה וכן נקט המחנ"א בשומרים ס' ל"ח ששואל ג"כ מחויב בזה א"כ למה שמירת כלים הוי כל הנאה שלו הא יש בזה טורח מרובה. וע' שיטמ"ק כאן בד"ה אמר הכותב שיש צד לומר שכל דברי הירושלמי שצריך לעמוד בעצמו ביום ובלילה הוא רק בבע"ח ולא בכלים, ולפ"ז ניחא. אבל שאר הראשונים לא חלקו בזה וצ"ע.

הנ"י מישב קושית התוס' דלא משכחת טט"ג בטענת גניבת אונס ע"פ דרכו שמחלק בין אונס דק' אמה שחייב ש"ש לבין תקפתו חולי שפטור. דבתקפתו חולי לא קשיא שטוען טענת גנב הוא רק באופן שהיה שומר והיה מחויב בשמירה אבל אם טוען שהיה פטור משמירה כגון שתקפתו חולי אין זה טענת גנב אלא טענה שלא היה מחויב בשמירה באותו זמן. ורק מק' אמה ס"ל לנ"י דקשה דהתם מחויב בשמירה ושמר וקרה אונס אך סובר הנ"י שבאונס כזה חייב ש"ש.

התוס' הקשו בתוך דבריהם אמאי לא משכחת טוען טענת גנב בש"ש כגון שטוען נגנבה והיה בעליו עמו. וכתבו דהוי מצי למימר לטעמיה. ומוכח מדברי התוס' שגם בבעליו

הערות

המפקיד דף מב.

וציונים

שסז

לענין הלכה במחלוקת אם ש"ש חייב בגניבת אונס השו"ע בס' ש"ג סע' ב' מביא בשם י"א שחייב על גניבת אונס. והש"ך שם סק"ד כתב שהעיקר כדעת הפוסקים שש"ש פטור בגניבת אונס ומביא שכן פסק המהרש"ל בפרק הכונס ס' י"א. על שאלת התוס' דא"כ משכחת טט"ג בש"ש דטוען נגנבה באונס כתב המהרש"ל דלמ"ד ליסטין מזוין גזלן כמו שבליסטין מזוין ליכא דין טט"ג דהוי טענת אונס ולא טענת גניבה כך בכל גניבת אונס ליכא דין טט"ג למ"ד ליסטין מזוין גזלן. ואינו מובן דאם אמרינן דאין הפטור מחמת שם גנב אלא מחמת האונס שבזה א"כ גם למ"ד ליסטין מזוין גנב לא יתחייב כפל. וע' ברש"ל שם קרוב לסוף הסימן שכתב בשם הגהות מיימוניות פ"א משכירות אות ג' דכל גניבת אונס גמור קרי להו גזלן כמו ליסטין מזוין דנקרא גזלן אף דמטמר ע"ש. ולשון זה מביא גם הב"י בס' ש"ג בד"ה וז"ל מהרי"ק בשם המרדכי.

ונראה ביאור דבריהם דסברת המ"ד ליסטין מזוין גזלן אף שבא בדרך גניבה בפשטות הוא משום שאם יעמוד בעה"ב כנגדו יקח בחזקה בדרך גזילה לכן דינו כגזלן וכ"כ הלח"מ פ"א מגניבה ה"ג וע' מש"כ האבן האזל שם בזה. אך המרדכי והגהות מיימוניות ס"ל כיון שבא בהצנע בדרך גניבה דינו כגנב וקשה להם סברת המ"ד ליסטין מזוין גזלן. והוכיחו מזה דע"כ המ"ד ליסטין מזוין גזלן ס"ל שכל גניבת אונס נחשב גזל. והטעם הוא דהשם גניבה הוא לא רק צורה של לקיחת הממון אלא גם דרגא של מידת האונס דיש אונס כעין אבידה ואונס כעין גניבה ואונס גמור כמתה כדרכה. ודינא דטט"ג למ"ד ליסטין מזוין גזלן הוא דוקא כשטענת הפטור הוא מחמת דבר שהוא בדרגת אונס של גניבה אבל כשהאונס הוא יותר מאונס דגניבה אין זה טענת גניבה שעליו נתחדש דין טט"ג אלא הוי כאבידה או גזילה ולכן כל גניבת אונס למ"ד ליסטין מזוין

עמו יש דין שומר וחייב שבועה שאל"כ אין כפל דטט"ג. ואם יש מקום לדון שבבעליו עמו אינו שומר כלל או שנתמעט גם משבועה זה רק בדעת התוס' בב"ק נז: אבל בתוס' כאן מוכח שיש לו דין שומר ושנשבע. התוס' בב"ק כתבו על שאלה זו ושמא אין שייך כפל בטט"ג בענין זה. וכמה דרכים נאמרו בביאור דברי התוס'. א. הקצות בס' רצ"א סקי"ח לומד שתי' התוס' הוא דכשם שנתמעט בעליו עמו מחיובי שומר כך נתמעט מכפל דטט"ג ולכן כתב הקצות שלמסקנת התוס' גם משבועה נתמעט דכפל ושבועה תלוים זה בזה. והנתיבות שם סקל"ד חולק וס"ל דרק מכפל נתמעט ולא משבועה. ב. השיטמ"ק שם בשם ר' אליעזר מגרמישא כתב שטט"ג משלם כפל דוקא כשפטר עצמו ע"י טענת גנב משא"כ ש"ש שטוען נגנבה בבעלים אין טענת גנב מה שפטר אלא טענת בעליו עמו הוא הפטור. לפ"ז גם למסקנת התוס' בב"ק נשאר שפשוט להם שיש דין שומר בבעליו עמו וחייב שבועה. ג. האו"ש בפ"ד מגניבה ה"י כתב שהנידון בתוס' הוא אם בעליו עמו זה רק פטור מתשלומין אבל דין שומר יש לו או שאינו שומר כלל ולכן אין בו דין טט"ג. וכבר הובא לעיל שהש"ך ס' ס"ו סקקכ"ו לומד בדעת הרמב"ם שבבעליו עמו אינו שומר כלל והוי כאינש דעלמא והנתיבות בס' רצ"א סקל"ד מוכיח מהגמ' לעיל מא: שגם בבעליו עמו יש דין שומר. ולדברי האו"ש זה גופא הספק של תוס' ובמסקנה כתבו דשמא אינו שומר כלל ולכן אין בזה דין טט"ג. ד. עוד כתב שם האו"ש פשט אחר מחודש שהנידון בתוס' הוא במקום דליכא שבועה אם יש דין טט"ג בלי שבועה ע"ש וע' מה שכתבנו בזה בס"ד בב"ק קו: וכל זה בדעת התוס' בב"ק אבל בתוס' דידן מוכח דס"ל שיש לו דין שומר ושחייב שבועה ויש בו דין טט"ג. כן מוכיח הקו"ש בב"ב אות תרנ"ט מתוס' דידן ומוסיף שמתוס' דב"ק אין ראיה שחולקים שאפשר לפרש כדברי השיטמ"ק שם.

דף מב:

משתבע איהו דאשלימיהו לאימיה.

מה שצריך הבן לישבע שמסר המעות לאמו ולא סגי בשבועת האם שלא פשעה כתב הנ"י כיון שהפקדון היה מעות שאינו דבר מסוים האם לא יודעת שהמעות שהפקידו אצלה הם המעות שהפקידו אצל בנה וכדי שיהיה שבועה שמעות הפקדון נגנבו בעינין שישבע הבן שנתן מעות הפקדון לאמו ואח"כ תשבע אמו שאותם מעות שמסר לה נגנבו. לפ"ז כתב הנ"י שאם הפקדון הוא דבר מסוים והאם מכירה שמה שהפקידו אצלה הוא הפקדון שנמסר לבנה סגי בשבועת האם ולא בעינין שישבע הבן שמסר לאמו. וכ"כ המ"מ פ"ד משאלה ה"ח וכן פסק הרמ"א בס' רצ"א סע' כ"ג.

הש"ך בס' קכ"א סקמ"ג מביא בשם המהרי"ל בראובן ששלח מעות עם שמעון לפרוע חוב שהיה ראובן חייב ללוי ומסרם שמעון לאשתו והאשה אומרת שנתנם ללוי ולוי אומר שלא קבלם. ופסק המהרי"ל שישבע שמעון שמסרם לאשתו ולא פשע בזה דכל המפקיד ע"ד אשתו הוא מפקיד. ואשת שמעון תשבע שנתנם ללוי ובזה נפטר שמעון מאחריות המעות כמבואר כאן, ואח"כ יסבע לוי שלא קיבל המעות וחוזר וגובה מראובן כדין חנוני על פנקסו. ותמה ע"ז הש"ך דמה שכאן הבן צריך לישבע הוא רק מפני שהאם אינה יודעת שמעות אלו הם המעות שהפקידו ביד בנה משא"כ בנידון דמהרי"ל ראובן נפטר מחובו אפילו אם שמעון או אשתו נתנו ללוי מעות אחרים דאין קפידא על כסף מסוים א"כ בזה סגי בשבועת אשתו של שמעון ולא צריך ששמעון ישבע שנתן המעות לאשתו.

אך טענת הש"ך על המהרי"ל הוא רק לשיטת הנ"י ולרמ"א שמביא הנ"י להלכה אבל הריטב"א כאן [מובא בשיטמ"ק] מבאר באופן אחר למה צריך הבן לישבע שמסר לאמו שאין האם נאמנת בשבועתה עד שישבע הבן שמסר

גזלן דינו כגזלן לענין טט"ג. וע' בפרק השואל דף צה. שכתבנו דבר זה בתוספת ביאור.

נמצא התירושים על השאלה דנפרוך מה לש"ש שכן משלם כפל בטוען טענת גניבת אונס א. לתוס' בב"ק והרא"ש ש"ש חייב בגניבת אונס. ב. לנ"י באונס דק' אמה או מחיצה של ברזל ש"ש חייב ובאונס דתקפתו חולי שהוא פטור ליכא טט"ג דלדבריו אינו חייב בשמירה באותו זמן. ג. לתוס' דידן ליכא פירכא שגם שואל פטור מגניבת אונס לה"א שגו"א בשואל נלמד מש"ש. ד. למרדכי והגהות מיימוניות למ"ד דליסטין מזוין גזלן כל גניבת אונס נחשב גזל ואין בו דין טט"ג.

חמץ שנפלה עליו מפולת הרי הוא כמבוער. פרש"י דאין כאן עוד בל יראה, משמע שזה נחשב מבוער מן התורה ואפילו בלי ביטול אינו עובר בב"י. וע' או"ח תל"ג ובמ"ב סקל"ח שמביא שנחלקו הראשונים בזה. רש"י והר"ן ס"ל דנחשב מבוער מן התורה, והסמ"ק והמ"מ ס"ל שאם לא ביטל לא מהני המפולת להחשיבו מבוער ועובר בב"י ורק כשביטל שאין ב"י ואין חיוב הביעור אלא מדרבנן שמא יאכל בזה מהני המפולת להחשיבו כמבוער לענין דליכא חשש אכילה וגם מדרבנן סגי בביטול. ונ"מ היכא שלא ביטל והגיע זמן איסורו אם חייב לפקח את המפולת כדי לבער את החמץ לרש"י והר"ן אינו צריך ולחולקים צריך ע"ש.

כל לא ידענא פשיעותא היא. כתב הפלפולא חריפתא באות ש' לא ידענא מאי קמ"ל מסדר התלמוד בהאי עובדא דזה ממש כעובדא דכיפי לעיל לה. וכתב בזה בחי' רבינו מאיר שמחה שכאן נכתב אחר הדין של תחילתו בפשיעה וסופו באונס ללמד שאם לא ידע היכן הפקדון ואח"כ נגנב חייב על הגניבה אף דש"ח פטור בגו"א כיון דפשע והוי תחילתו בפשיעה וסופו בגניבה. וקמ"ל דנחשב שהגניבה באה מחמת הפשיעה שאם היה יודע היכן הוא שמא היה נותן דעתו עליו ולא היה נגנב ע"ש.

הערות

המפקיד דף מב:

וציונים

שסט

לאמו והיא נכנסה תחתיו לשמירה. והקצה"ח בס' רצ"א סק"ח מבאר דברי הריטב"א שאף שלגבי האם אין טענה של את מהימנת לי ואיהו לא מהימן לי דמפקיד ע"ד אשתו ובניו מ"מ זה מהני רק אם קבלה האם שמירה א"כ נעשית האם בעל דבר ומהני שבועתה. אבל כ"ז שלא ידוע שהגיע לידה בתורת שמירה אין היא בע"ד כלל ושבועה של אדם מעלמא לא מהני אף אם הוא אדם שרגילים הבעלים להפקיד אצלו. לכן בעינן שישבע הבן שמסר לאמו בתורת שמירה ואז נאמנת האם בשבועתה. ולשיטת הריטב"א גם בדבר מסוים שידוע לאשה שהוא החפץ של הפקדון לא מהני שבועתה עד שישבע הבן שמסר לאמו. א"כ קושית הש"ך על המהרי"ל הוא רק לשיטת הנ"י ופסק הרמ"א אבל לשיטת הריטב"א יהיה הדין כמהרי"ל שצריך שמעון לישבע שמסר לאשתו ורק אז נאמנת האשה לומר שנתנה ללוי.

בביאור מחלוקת הריטב"א והנ"י בזה כתב הקצות שם דתלוי במה שנחלקו הראשונים בשומר שמסר לשומר כגון ש"ח שמסר לש"ח ופשע השני או ש"ש שמסר לש"ש ונגנב מהשני וא"א לגבות מהשני האם גובים מהראשון או לא. לסוברים שאפשר לחייב את הראשון ע"כ שלא נפטר הראשון מאחריותו ע"י המסירה לשני אלא שמקיים חיובו לשמור ע"י שמעמיד אחר תחתיו א"כ הטענה שטוען הבן שמסר לאם הוא כטענה שלא פשעתי ואינו נאמן ע"ז אלא בשבועה. וכ"ז שלא נשבע לא ידוע לנו שהאם היא שומר ולא מהני שבועתה. אבל לראשונים דס"ל שא"א לחייב את הראשון כשפשע השני ע"כ הטעם משום דס"ל שע"י שמוסר לשני והעמיד אחר תחתיו יכול הראשון להפקיע מעצמו את חיוב השמירה והאחריות שעליו. וא"כ טענת הראשון כשטוען שמסר לשני אינו כטענת לא פשעתי אלא הוא כטענת החזרתי שהרי טוען שהפקיע מעצמו דין שומר. ובטענת החזרתי נאמן השומר בלי שבועה א"כ נאמן הבן לומר שמסר לאמו בלי שבועה ואחרי

שיש נאמנות שנמסר לאם נאמנת האם בשבועתה.

אמנם בדעת הריטב"א לכאורה א"א לומר כדברי הקצות שהריטב"א הוא מהראשונים דס"ל לעיל לו. [והובא בשיטה שם בד"ה שאני התם] שהראשון נפטר לגמרי ע"י מסירתו לשני ואעפ"כ ס"ל הכא שאינו נאמן לומר שמסר לאמו אלא בשבועה. ומוכח שמה שנפטר הראשון לדעת הריטב"א אינו כמו שהבין הקצות שפקע מיניה דין שומר ע"י מסירתו לשני אלא לעולם נשאר הראשון שומר אבל מקיים שמירתו ע"י שמעמיד אחר תחתיו והשני הוא כמחיצה שעל ידו שומר הראשון. ואף אם פשע השני אין לחייב את הראשון כיון שהיה מותר לו לסמוך על שמירת השני. סברא זו כתב הנתיבות בס' ע"ז והביאו הקה"י בס' ל"ז אות ב' ד"ה ונראה ע"ש. עכ"פ יוצא לדברי הקצות דכו"ע ס"ל שאין האם נאמנת בשבועתה אא"כ יש בירור שנמסר לה לשם שמירה. ומחלוקת הראשונים בזה הוא רק אם נאמן הבן ע"ז בלי שבועה כטענת החזרתי או שאינו נאמן אלא בשבועה כטענת לא פשעתי. ומה דפשיטא ליה לקצות שאם לא נמסר לאם בתורת שמירה אינה נאמנת בשבועתה הובא לעיל שכן דעת רע"א אבל בדברי הנתיבות שמוכח בסמוך מבואר דלא ס"ל כן.

בטענת האם שהבן לא אמר לה שהם של פקדון קשה הא גם אם זה של הבן הרי היא פושעת כלפי הבן דכספים אין להם שמירה אלא בקרקע. וכתב בזה הרא"ש שטענתה כיון שזה של הבן אולי זה כסף שעומד להוצאה שאין חיוב לשומרו בקרקע. וטענת הבן כיון שהפקיד אצלה בודאי אינו עומד להוצאה והיתה צריכה לשמור בקרקע גם לפי מה שחשבה שזה שלו. הש"ך כתב בס' רצ"א סקל"ג כיון שחשבה שזה של הבן יכולה לטעון שהיתה סבורה שהבן לא יקפיד ודי לו בשמירה זו. אך כ"ז אם עכ"פ הניחה אותם בקרטליא

אבל אם גם זה לא עשתה בודאי זה פשיעה גם לפי מה שחשבה שזה של הבן דע"ז בודאי מקפיד כמש"כ הש"ך בסקל"ה. [ומיירי שאמו סמוכה על שולחנו דאל"כ אין טענה של כל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד כ"כ המ"מ בפ"ד משאלה ה"ח]. ובהגהות אמרי ברוך הקשה על הש"ך שאפילו אם פשעה אין לחייבה כלפי הבן דכיון שהבן חייב בכבוד אמו נחשב בעליו עמו. ולדבריו כל הנידון בסוגין לחייב את האם אינו חייב כלפי הבן והבן חייב למפקיד אלא חיובה של האם הוא ישר למפקיד. דאין לחייב את האם לבן דהוי בעליו עמו. ומדברי הראשונים לעיל לו. דס"ל דמה שר"ת מחייב את הראשון בפשיעת השני הוא דוקא באשתו ובניו ולא בשאר שומר שמסר לשומר [ע' רשב"א ונ"י לעיל] וטעם החילוק דבני ביתו אינם שומרים של המפקיד אלא מסייעים לשומר בשמירתו וחיובם לראשון ולא לבעלים א"כ מוכח שהאם חייבת לבנה ולא הוי בעליו עמו.

תוד"ה כל המפקיד. כתבו בשם ר"ת שסברת כל המפקיד ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד הוא רק סברא לענין שמהני שבועת השני לפטור את הראשון אבל אם פשע השני ואין לו מה לשלם ישלם הראשון. [ע' מה שכתבנו בזה לעיל לו.]. והוסיפו ע"ז התוס' ולכך נמי הכא משתבעא אימיה. ואינו מובן דמשמע שבלי ר"ת לא מובן למה נשבעת האם ורק לר"ת ניחא ואמאי הא האם נשבעת כדי לפטור את עצמה והיא צריכה לישבע בין אם אפשר לחייב את הבן בין אם א"א לחייבו. וע' בפנ"י שעמד בזה. וכתב בזה הנתיבות בס' רצ"א סקכ"ב שאדם המוסר חפץ לאחד מבני ביתו אין השני מקבל שמירה בסתם ואין על האם דין שומר כלל דלא קבלה שמירה ואינה חייבת שבועה מצד עצמה לכן כתבו התוס' דבשלמא לר"ת שאם פשעה האם חייב הבן ניחא למה האם נשבעת אף שלא קבלה שמירה דשבועתה הוא כדי לפטור את בנה אבל

לחולקים על ר"ת וס"ל שהבן פטור למה נשבעת האם. זה כוונת התוס'. ובדעת החולקים כתב הנתיבות שצ"ל שקבלה שמירה בהדיא ונשבעת כדי לפטור את עצמה. ודברי הנתיבות בזה הם חידוש גדול מתרי טעמי. א. כל מה שיש ראשונים דס"ל שהראשון נפטר לגמרי הוא רק מפני שאוקמא גברא בחריקאי בין לתשלומין בין לשבועה אבל אם מסר לאחר שלא קיבל על עצמו שמירה ולא ישבע הרי שלא הכניס אחר תחתיו ולמה יפטר בזה. הרי חזינן דהיכא דאיכא סברא של את מהימנת לי לא נפטר הראשון והטעם שלא העמיד במקומו מי שיכול לישבע במקומו. א"כ ה"נ למה נפטר במסירה לאמו הא לא קבלה שמירה ואינה מחויבת שבועה ומה בכך שנאמנת בשבועתה הא לא תשבע. וצ"ל כיון שאם תשבע נאמנת יכול לסמוך שתשמור ותשבע. וכעין זה כתבו התוס' לקמן צג: בש"ש שמסר לש"ח שפטור למ"ד שומר שמסר לשומר פטור. וקשה הא חייב בשמירה מגו"א ומסר לש"ח שאינו שומר מגו"א א"כ לא יצא יד"ח שמירה במסירה לש"ח. וכתבו התוס' בתי' השני דאף שאין הש"ח חייב בשמירה מגו"א סתם בן דעת רגיל לשמור הרבה אפילו מדברים שאינו חייב ויכול הראשון לסמוך ע"ז ונפטר בזה. וכן כאן אף שאינה חייבת לשמור ולישבע יכול לסמוך שכן תשמור ותשבע כיון שנאמנת בשבועתה. ב. מבואר בנתיבות שהאם נאמנת בשבועתה לפטור את הבן אע"ג דלא קבלה שמירה כלל ואין לה דין שומר ואינה אלא כאדם מעלמא. וזה הפך מאי דפשיטא להו לקצות ולרע"א דאף דהיא נאמנת על הבעלים ואין סברא של איהו לא מהימן לי מ"מ בעינן דוקא שבועה של בעל דבר ולא של אדם מעלמא שאינו שומר כלל. ובריטב"א שכתב שמה שצריך הבן לישבע הוא מפני שהאם אינה נאמנת בשבועתה עד שנדע שהיא שומר מוכח לא כנתיבות ודברי הנתיבות יש להם מקום רק לשיטת הנ"י ויפרש שמה"ט חולק הנ"י על הריטב"א דס"ל שגם אם האם אינה שומר היא נאמנת בשבועתה ולא כהקצות

הערות

המפקיד דף מב:

וציונים

שעא

שלומד שגם הנ"י מודה שאינה נאמנת אא"כ היא שומר אלא דס"ל שהבן נאמן לומר שמסר לאם לשם שמירה גם בלי שבועה כמו שנתבאר לעיל.

האו"ש בפ"ד משאלה ה"ט מבאר דברי התוס' באופן אחר. שכל מה שהמפקיד תובע שבועה מהשומר הוא כשטוען ברי שמסר לו לשם שמירה. אבל הכא אין הבעלים יכולים לתבוע שבועה מהאם שאין להם טענת ברי שהיא שומר וחייבת להם שבועה דשמא לא מסר לה הבן [ואף שהבן נשבע שבועתו מהני לפטור אותו ולא לענין חיוב האם]. ובשלמא לר"ת שהבן חייב לשלם א"כ חוזר הבן ותובע את אמו והוא טוען טענת ברי שמסר לה וחייבת האם לישבע לבן. אבל אם הבן פטור ע"כ שהאם נשבעת למפקיד ואין משביעים אותה הא אין המפקיד טוען ברי שהפקידו אצל האם. ומשמע בגמ' שאם לא היתה האם נשבעת היתה חייבת לשלם ולדברי האו"ש היינו חיוב לבן והבן חייב למפקיד. וזה דלא כאמרי ברוך שהובא לעיל דס"ל דאין לחייב את האם לבנה דהוי בעליו עמו כיון שחייב בכבודה. ולדבריו ע"כ חיוב האם הוא למפקיד ולא לבן.

ההוא אפוטורפא דיתמי. מסקנת הגמ' שאם נשבע הספסירא שלא ידע, הבקרא משלם לספסירא דמי בשר בזול. ומקשה רש"י איזה חיוב יש לבקרא לספסירא הא אין הוא שומר של הספסירא אלא של היתומים. וכתב בזה רש"י דדמי נידון זה למחלוקת ר"י ורבנן במשנה של השוכר פרה והשאלה לאחר דכמו ששם השוכר אינו חייב באחריות אונסין והוא מסר לשואל והוסיף אחריות אונסין, וסובר ר"י שהשואל משלם לבעלים, ה"נ היתומים הם שומרי חנם של הספסירא כיון שהוברר שהיה מק"ט והבהמה שייכת לספסירא, היתומים שהם הקונים דינם כש"ח, והם מסרו לבקרא והוסיף אחריות דגו"א ודמי לשוכר שמסר לשואל וגם כאן לר"י הש"ש משלם לבעלים.

וכן הוא שיטת התוס' שהיתומים נחשבים כש"ח שמסר לש"ש. ומה שבתחילה מקשה רש"י ולא פשוט לו לדמות למשנה דלעיל כתב האבן האזל בפ"ב משאלה ה"א בד"ה ונראה שהיה מקום לומר שרק בשואל סובר ר"י שחיובו של השואל לבעלים אף שלא הבעלים מסרו לו את הפקדון דכיון שמשמש בממונם ההשתמשות עצמה מחייבת בלי קבלת שמירה כמבואר לעיל שאפשר ללמוד שליחות יד משואל וכן מוכח מהדין של שואל שלא מדעת גזלן, ואולי רק בזה סובר ר"י שהשואל משלם לבעלים, אבל בש"ח שמסר לש"ש כל מה שמחייב את הש"ש הוא שהתחייב וקיבל שמירה למפקיד ואם נמסר ע"י אחר אין סיבה שיתחייב הש"ש לבעלים. ובזה מחדש רש"י בתירוצו שגם בזה סובר ר"י שהש"ש מתחייב לבעלים ולא לש"ח שמסר לו ע"ש.

אמנם בתוס' מבואר טעם אחר לחלק בין ש"ח שמסר לש"ש לבין שוכר שמסר לשואל. דיש צד לומר דדוקא שוכר שיש לו קנין השתמשות ויש לו שייכות בגוף הפרה בזה אם הוא מוסר לשואל מתחייב השואל לבעלים משא"כ ש"ח שאין לו שום זכות או קנין בפקדון אין מסירתו לש"ש נותנת לש"ש דין שומר לבעלים. ומסקנת הגמ' שיש לדמות ש"ח שמסר לש"ש לשוכר שמסר לשואל ובתורויהו יהיה הדין לר"י שהשני משלם לבעלים. אך דברי התוס' צריכים ביאור למה כדי שהשני יהיה שומר לבעלים צריך שהראשון יהיה לו קנין הא איפכא מסתברא דאם אין לו קנין זה יותר סיבה שיהיה השני שומר של הבעלים. אך ביאור דברי התוס' הוא ע"פ מה שכתב הריטב"א כאן שמקשה על רש"י מה ענין מחלוקת ר"י ורבנן לכאן דדוקא שם שהראשון הוא שומר של הבעלים לכן יכול הוא למנות שומר אחר שיהיה שומר לבעלים תחתיו אבל הכא כיון דמק"ט הוה אין האפוטורפוס שומר של הספסירא כלל ולא שלוחו והרי זה כאדם שאמר לרועה שמור פרה של פלוני שאין

כש"ח מ"מ מדבריו למדנו שסברת הראב"ד הוא כיון שיש תועלת ללוקח ממה שהממון נמצא ברשותו דהוי כמשכון על תביעת הדמים יש לו דין ש"ש כדין אומן.

נמצא מחלוקת רש"י תוס' והריטב"א עם הראב"ד בכל מק"ט אם הלוקח נחשב ש"ח על החפץ שבידו או ש"ש. בתוס' ובריטב"א מפורש דאינו אלא ש"ח ולכן כתבו דתלוי בר"י ורבנן וכן מוכח ברש"י שגם כתב שתלוי בר"י ורבנן. ולראב"ד הוא ש"ש ולכן ס"ל דהכא גם רבנן מודו. ומחלוקת זו מובא במחנ"א שומרים ס' י"ב ע"ש. ולפי הראשונים שמביא הקה"י דס"ל שאפשר לעשות שומר בשביל הבעלים גם אם המוסר לשומר אינו בעלים כלל א"כ אין להוכיח מכאן שיש במק"ט דין שומר כלל. ומרש"י ותוס' והריטב"א שכתבו שהדין המבואר כאן תלוי במחלוקת ר"י ורבנן מוכח שפשוט להו שמחלוקת ר"י ורבנן הוא לא רק בשוכר שמסר לשואל אלא גם בש"ח שמסר לש"ש ולא כרש"ש ועוד אחרונים שכתבו לעיל דבש"ח מודו רבנן לר"י דהש"ש משלם לבעלים ולא לש"ח שאין לו שום בעלות על הפקדון. וזה הפך סברת התוס' שכתבו שיש צד לומר איפכא דבש"ח יודה ר"י שלא משלם לבעלים. עכ"פ למסקנת הגמ' מבואר ברש"י ותוס' דתלוי בר"י ורבנן ומפורש לא כאחרונים הנ"ל.

השיטת ק' בשם הר"י מגש כתב דלוקח שמסר לש"ש ואח"כ נעשה מק"ט הש"ש נעשה שומר שכר לבעל הממון ואם החפץ עדיין קיים הבעלים צריכים לפרוע לשומר שכר השמירה. וזה לכאורה כראשונים שהובאו בקה"י שגם מי שאינו בעלים שמוסר לשומר נעשה השומר שומרו של הבעלים. ולפי ראשונים אלו אין להוכיח כלל מסוגין שבמק"ט יש לקונה דין שומר דאף שאין ליתומים דין שומר נעשה הבקרא ש"ש של הבעלים. לרש"י תוס' והריטב"א מוכח מכאן דבמק"ט הלוקח הוא ש"ח ולראב"ד הוא ש"ש.

הרועה נעשה שומר כלל. דהיינו שפשוט לריטב"א שמי שאינו בעל הממון לא יכול למנות שומר לבעל הממון ודוקא שוכר שהוא שומר על הממון יכול למנות אחר שיהיה שומר לבעלים במקומו. אבל אדם שאין לו שייכות לממון לא יכול למנות שומר בשביל הבעלים. [ע' קה"י ס' ל"ג אות ג' שמביא דברי הריטב"א ומוכיח שכמה ראשונים חולקים בזה על הריטב"א וס"ל שגם אם אחר מסר לשומר נעשה השומר שומר לבעל הממון ולדבריהם לא קשה קושית הריטב"א על רש"י. ותירץ הריטב"א שגם כאן יש ליתומים או לאפוטרופוס דין שומר חנם על הממון שנמצא ברשותם. וכן הדין בכל מק"ט הקונה יש לו דין ש"ח על הממון שברשותו, וכיון שהוא שומר שפיר יכול הוא למסור לש"ש ולעשות את הבקרא ש"ש של הבעלים כמו ששוכר מוסר לשואל. לפ"ז הביאור בדברי התוס' הוא פשוט. דכיון שמי שאינו בעלים על הממון אינו יכול לעשות שומר בשביל הבעלים היה מקום לומר דלא סגי בזה שיהיה ש"ח דש"ח אין לו שום בעלות על הממון ורק שוכר שיש לו קנין וזכות השתמשות נחשב כבעלים ויכול לעשות שומר בשביל הבעלים משא"כ ש"ח. ומסקנת הגמ' שגם ש"ח כיון שהוא שומר על הממון יכול להכניס אחר תחתיו.

שיטת הראב"ד שמוכא ברא"ש הוא דדינו של רמי בר חמא אינו תלוי במחלוקת ר"י ורבנן דלעיל אלא הכא חייב הבקרא לספסירא אפילו לרבנן דר"י. דס"ל לראב"ד שדין היתומים על הממון שקנו והיה מק"ט הוא כש"ש. והוי כש"ש שמסר לש"ש שלכו"ע השני משלם לבעלים. והטעם שהוא ש"ש מבואר בלשון הראב"ד דכיון שעומד השור לחזור למוכר ויחזיר הדמים צריכים הם לשומרו עד שיחזירוהו לבעליו. ויותר מבואר בשיטה בשם הריטב"א דכיון שיכול הלוקח לעכב את החפץ על דמיו דמי לאומנים שהם ש"ש ואף שהריטב"א בעצמו מסיים דהכא דיו שיהא

הערות

המפקיד דף מב:

וציונים

שעג

משתבע איהו דלא הוי ידע. מבואר

שעל הצד שידע הספסירא הבקרא פטור וא"כ צ"ב איך נאמן הספסירא בשבועתו להוציא מהבקרא. ולמה לא נימא המוציא מחברו עליו הראיה ונפטור את הבקרא עד שיוכיח הספסירא שלא ידע. ובפרט קשה למש"כ הרא"ש דהא דצריך הספסירא שבועה אף דטענת הבקרא הוא שמא דאינו יודע אם ידע הספסירא או לא דכיון שקרוב לודאי שידע הספסירא דסתם ספסירא בקי במומי בהמה נחשב כטענת ברי לחייב שבועה כדמוכח לעיל כו: שגם טענה שאינה ודאית ממש נחשב כטענת ברי לענין שבועת היסט. ואם זה קרוב לודאי שידע קשה למה נאמן בשבועה להוציא מהבקרא. וכמה דרכים נאמרו בזה.

שיטת בעה"מ דנאמן הספסירא בשבועתו

מתקנ"ח דתקנו תקנת נגזל כמבואר בריש פרק כל הנשבעין דמי שנכנס לבית חברו וכשיצא ראו שהטמין כלים תחת כנפו וידוע שגזל ולא ידוע כמה, תקנו שישבע הנגזל כמה גזלו ממנו ויטול. והכא נמי כיון שהבקרא פשע בזה שלא עיין קנסו אותו שיהיה הספסירא נאמן בשבועתו לחייב את הבקרא. והקשה הרמב"ן במלחמות דלא דמי לתקנת נגזל דהתם בודאי גזל משהו והספק אינו אלא כמה גזל בזה קנסו את הגזלן ואמרו שהנגזל נשבע ונוטל. אבל הכא על הצד שידע הספסירא אין הבקרא חייב כלל ולמה יקנסו אותו להאמין לספסירא. ונראה דסברת בעה"מ הוא דאף שאין ודאי חיוב על הבקרא מ"מ איכא ודאי פשיעה שהוא בודאי עשה שלא כדין שהיה לו לעיין שהרי הוא לא ידע שהספסירא יודע [וגם ברמב"ן בפשט שלו מבואר דאיכא ודאי פשיעה] ואף שאם ידע הספסירא אין פשיעת הבקרא מחייבתו מ"מ כיון דאיכא ודאי פשיעה יש מקום לקונסו ולהאמין לספסירא בשבועתו דומיא דקנסו שקנסו את הגזלן והאמינו לנגזל.

עוד מקשה הרמב"ן על בעה"מ שלא

מצאנו תקנת נגזל אלא בגזלן שלוקח בידים

ממון חברו ואפילו במוסר מספקא לגמ' בסוף הכונס אם עשו תקנת נגזל במוסר או לא. והוא משום שלא איבד ממון חברו בידים וכ"ש הכא שאינו אלא פושע בשמירה ולא מזיק בידים דלא עשו תקנת נגזל. ונראה דקושית הרמב"ן הוא רק הרמב"ן לשטתו דס"ל שגרמי דאורייתא וחיובו של מוסר שהוא מדין גרמי הוא חיוב מן התורה ואעפ"כ כיון שלא עשה מעשה בידים יש צד שאין בו תקנת נגזל וכ"ש בפשיעה של שומר. אבל התוס' בב"ק נד. בד"ה חמור מוכיחים ממה שיש צד שאין תקנת נגזל במוסר שגרמי הוא מדרבנן דאל"כ למה שלא יהיה בזה תקנת נגזל. ולדבריהם בודאי שאין ראייה ממוסר שחיובו מדרבנן לפשיעת שומר שחיובו מן התורה לכן פשוט לבעה"מ שיש בזה תקנת נגזל.

שיטת הרמב"ן במלחמות דחיובו של הבקרא הוא מדין איני יודע אם פרעתיך דכיון דאיכא בודאי פשיעה של הבקרא כמו שנתבאר לעיל אין ספק פשיעת הספסירא פוטרת את הבקרא. ומה שצריך הספסירא שבועה משום דכל נוטל בלי ראייה ברורה נשבע שבועת הנוטלין. ומדברי הרמב"ן מוכיחים האחרונים דס"ל דהא דחייבים באיני יודע אם פרעתיך מדין חזקת חיוב הוא לאו דוקא כשהיה חיוב בפועל. דהכא על הצד שידע הספסירא מעולם לא נתחייב הבקרא ע"י פשיעתו ואין כאן אלא ודאי סיבת חיוב וסגי בזה לחייבו דאין ספק פשיעת הבעלים מוציא מודאי סיבת חיוב שיש בפשיעת הבקרא. וראיה מזה למש"כ הש"ך בחו"מ ס' ע"ה סקכ"ז שגם בספק פרעון שלפני ההלואה אמרינן דאין ספק פרעון מוציא מודאי הלואה אע"פ שלא ודאי שהיה זמן של חיוב בפועל. ראיה זו מביאים הקובה"ע בס' נ"ט אות י', ובקו"ש ב"ב אות תקכ"ט ותרג"ז, וכן באבי עזרי פ"א מטו"נ ה"ט יעו"ש.

שיטת הנ"י על דרך הרמב"ן דחיובו משום איני יודע אם פרעתיך אך לא כתב כרמב"ן שיש כאן ודאי פשיעה אלא כיון שמת השור לפני

שהספסירא החזיר המעות ליתומים ובאותה זמן הפשיעה חייב את הבקרא ליתומים ועכשיו שנעשה מק"ט יש ספק אם נשאר החיוב כלפי הספסירא לכן דמי לאיני יודע אם פרעתיך. וגם מדברי הנ"י מוכח כש"ך שהרי בסוף הוברר שמעולם לא נתחייב ליתומים ואעפ"כ דנים אותו כחזקת חיוב.

הרשב"א כתב בשם הראב"ד דהא דצריך הספסירא שבועה הוא מפני שתביעת הספסירא הוא ליתומים והיתומים תובעים את הבקרא ולכן צריך שבועה כדין הבא ליפרע מנכסי יתומים. צ"ל שכוונתו על דרך הרמב"ן והנ"י דמה שנאמן לענין הוצאת הממון הוא מדין איני יודע אם פרעתיך ומה שצריך שבועה הוא מדין הבא ליפרע מנכסי יתומים. ולכאורה אינו מובן דהבא ליפרע מיתומים צריך שבועה בחוב של אביהם שגובים מהיתומים מכח שיעבוד נכסים אבל הכא זה חוב שנתחייבו בו היתומים בעצמם, וצ"ע. נמצא השיטות לענין השבועה. א. לבעה"מ תקנת נגזל. ב. לרמב"ן כל נוטל נשבע. ג. לראב"ד הבא ליפרע. הרא"ש מוסיף דנחשב שבועה בטענת ברי ע"פ הגמ' לעיל כו.:

דמי בשר בזול. בהא דמשלם רק דמי בשר בזול ולא כל דמיו יש כמה שיטות בראשונים. א. לרש"י הוא פשרה כיון דאין זה פשיעה גמורה. ב. לתוס' הרמב"ן והרא"ש אינו שוה כל דמיו כיון שאינו יכול להמתין ליום השוק. וע' בקצה"ח ס' ש"ד סק"א שדין זה תלוי במחלוקת ראשונים בסוגיא דשקולאי אם דין מזיק תלוי במחיר של יום השוק או לא. ג. בעה"מ כתב דכיון דלא הוי ליה ככי ושיני היה בשרו כחוש ואינו משוכח לכן משלם דמי בשר בזול. והרמב"ן מקשה דאין זה נחשב בשר בזול שזה כל השווי שלו. ד. הרא"ש כתב בשם הראב"ד דבשר בזול היינו דבהמה שעומדת לחרישה דמיה יקרים וכאן שהיו צריכים לשחוט מיד שוה רק כבהמה העומדת לשחיטה.

בשיטת הרמב"ם בסוגיא זו ע' בכ"מ פט"ז ממכירה הי"א ובאו"ש שם ובנתיבות ס' רל"ב סק"ו וסק"ז.

תוס' ד"ה נימא. הוכיחו מכאן דאפוטרופוס חייב בפשיעה. הקשה המל"מ בפ"ה משלוחין ה"ב אולי חיובו כאן מדין מזיק שהוציא מעות היתומים עבור בהמה שיש בה קלקול ואיבד בידים מעות היתומים. וע' מש"כ בזה האו"ש שם.

ההוא גברא דאפקיד כשותא. כתב הנ"י דמה שנפטר השומר בטענת אנא אמרי ליה מהאי רמי הוא דוקא בש"ח אבל אם היה ש"ש הוי ליה לעיוני טפי כמבואר לעיל לגבי בקרא [ע' גאון רצ"א סקמ"ד] והיה צריך לפרש מהא רמי ומהא לא תרמי. ומבואר דס"ל לנ"י דהא דאמרו שאם שהה שליח חייב השומר הוא אפילו בש"ח. וזה דלא כרמב"ן בפירושו הראשון שמקשה למה חייב השומר בשהה שליח דילמא למלתא אחריתי איעכב שליח. ותירץ בש"ש בלבד נאמרו הדברים דהתם הוי ליה למידק אבל בש"ח פטור השומר אף ששהה שליח. אך בפשט השני כתב הרמב"ן שגם ש"ח חייב בשהה שליח ואף דאין זה פשיעה גמורה דיש לתלות השהיה בדבר אחר מ"מ מצטרף מקצת פשיעה זו עם מקצת פשיעה דלא אמר מהאי רמי ומהאי לא תרמי וביחד נחשב פשיעה לחייב ש"ח. ומבואר ברמב"ן כדברי הסמ"ע בס' רצ"א סקמ"ג שמה שמחייבים בשהה הוא דוקא כשאמר מהאי רמי אבל אם פירש מהאי רמי ומהאי לא תרמי פטור השומר אע"פ ששהה שליח דשהה לבד אינו פשיעה אלא בצירוף פשיעת האמירה מהאי רמי. וע' ברע"א בגליון השו"ע שמציין על דברי הסמ"ע לעיין ברמב"ן. היכא דהוי איפכא שהכרי של הפקדון הוא קרוב יותר מכריו של השומר כתב הסמ"ע בסקמ"ב דכ"ש הוא דהיה לו להרגיש שמיהר לבא ובדאי לקח מהפקדון. והש"ך בסק"מ חולק דדוקא כשהפקדון רחוק

הערות

המפקיד דף מב:

וציונים

שעה

יותר היה צריך לפרש מהאי תרמי ומהאי לא תרמי ואל"כ יש צד לומר דמראה מקום הוא. ואז יש קצת פשיעה ומצטרף עם פשיעת השהיה. אבל כשהפקדון קרוב יותר ואמר לו לקחת מהרחוק הרי זה כאילו פירש שלא יקח מהקרוב וא"כ ליכא צירוף וליכא אלא פשיעת שהיה לבד וזה לא מספיק לחייב כמ"ש"כ הסמ"ע בעצמו בסקמ"ג. ובדעת הסמ"ע י"ל דס"ל שאם הפקדון קרוב והלך לרחוק בזה הפשיעה שלא הרגיש שמיהר לבא נחשב פשיעה גמורה ומחייב אפילו בלי פשיעת האמירה. ורק כשהפקדון רחוק ואמר לו לקחת מהקרוב ושהה לבא בזה השהיה אינה פשיעה גמורה בגלל טענת הרמב"ן שאולי שהה בשביל דבר אחר ובזה בעינן צירוף פשיעת האמירה משא"כ כשהפקדון קרוב ומיהר לבא סגי בפשיעה זו לבד בלי צירוף פשיעת האמירה.

והא קא משתרשי ליה. השעה"מ בס' רצ"א סק"ד הבין שכוונת הגמ' שחייב מדין נהנה ומקשה מזה על דברי התוס' בב"ק קא. שכתבו שחייב נהנה הוא דוקא כשנהנה גוף האדם או שההנאה באה ע"י מעשיו או מעשה ממונו אבל הכא לא נהנה גופו ולא בא ההנאה ע"י מעשה השומר ולמה חייב מדין נהנה. וכתב בזה בשערי יושר ש"ג פכ"ה דדברי התוס' בב"ק נאמרו דוקא במקום דליכא רווח ממון ודאי ואין לחייבו מדין משתרשי ליה אלא מדין נהנה אבל הכא שאלת הגמ' מדין משתרשי ליה שהרויח ממון מממון חברו בזה חייב גם בלי הנאת הגוף ובלי מעשה. והא דנחשב כאן משתרשי ליה מבואר בשע"י שם בסוף ד"ה ונלענ"ד הוא מתרי טעמי א. דשבח הכשות של חברו קיים בשכר שלו. ב. ע"י שלקח הכשות של חברו נשאר הכשות שלו. ודמי לאנסו בית המלך את גורנו שבגלל המתנות כהונה שלקח המלך נשאר ממון שלו.

אך צריך להבין לפ"ז מהו תירוץ הגמ' דהוה שיכרא חלא ובשלמא לענין הא דמשתרשי ליה מחמת ששבח הכשות קיים בשיכרא ניחא דכיון דהוה חלא אין הכשות משביחו כלל. אבל אכתי איכא משתרשי ליה מחמת שאילו היה מכניס הכשות שלו היה נפסד הכשות שלו שאין סיבה לתלות הא דנעשה חלא שנגרם בגלל הכשות של חברו ואילו היה מכניס כשות שלו לא היה נעשה חלא ואם גם אם היה מכניס כשות שלו היה נעשה חלא נמצא שבגלל שהכניס של חברו נשאר לו שלו והוי ממש כאנסו בית המלך את גורנו ומה תירוץ הגמ' דנעשה חלא. וע' בשע"י שכתב בזה"ל ומסיק הש"ס דהוי שכר חלא ובכה"ג ליכא גם חשבון משתרש מה שנשאר כשות שלו עכ"ל אך לא ברור מה כוונתו בזה דלכאורה המשתרשי ליה קיים גם אם נעשה חלא. גם המחנ"א בהל' נזקי ממון ס' ב' כתב ששאלת הגמ' אינה מכח נהנה אלא מכח משתרשי ליה ומביא מלשון רש"י שכתב שהרווח הוא ששלו עומד. ומשמע שעיקר המשתרשי ליה כאן הוא מה שנשאר הכשות שלו וא"כ מאי משני שנעשה חלא. וליכא למימר דיש בזה סברת התוס' בחולין קל"א דיכול לומר הייתי מתענה דהיינו שגם אם לא היה לו את של חברו לא היה מכניס את שלו דהרי כאן עמד להכניס את שלו א"כ בודאי הרויח את שלו ע"י של חברו כמבואר ברש"י. ועיין בשיטה בשם הריטב"א שעמד בשאלה זו וז"ל אע"ג דבדידיה נמי הוה חלא [וא"כ מרויח את שלו בגלל של חברו] מ"מ כיון שלא נהנה לא הוי אידך אלא כמבריה ארי עכ"ל. [ואולי מה"ט הבין השעה"מ שהחייב מדין נהנה והקשה מכאן על התוס' בב"ק]. אך אינו מובן מ"ש מאנסו בית המלך את גורנו דאע"ג דלא נהנה מ"מ חייב כיון שנשאר ממון בגלל ממון חברו. וצ"ל שגם החיוב של משתרשי ליה הוא בצירוף עם זה שהוא משתמש בממון חברו כדי

להרבות ממונו. אבל מה שנתרבה ממונו ע"י ממון חברו בלי השתמשות אינו מחייב.

בכיסוי. פרש"י שהכשות של הפקדון לא היה משובח ולא השביח כמו שהיה משביח הכשות שלו. הריטב"א מפרש איפכא ששל בעה"ב היה כיסי ושל הפקדון היה משובח והוא טוען שהוא לא צריך שבח גדול וסגי ליה בכשות שלו. ואף שנהנה שממונו משובח יותר עכשיו י"ל כסברת התוס' בב"ק קא. דאין חיוב נהנה כיון שלא נהנה גופו ולא ע"י מעשיו ואין לחייבו אלא מדין משתרשי ליה ואין משתרשי ליה אלא לפי מה ששוה הכשות שלו דאם המשתרשי ליה כאן הוא מה שנשאר לו הכשות שלו בודאי אין משתרשי ליה על יותר ממה ששוה הכשות שלו. וגם אם המשתרשי ליה הוא מה ששבח הכשות של חברו קיים בשכר מ"מ לענין מה שהכשות של חברו משביח יותר משלו איכא סברת הייתי מתענה ואין לחייב בזה מדין משתרשי ליה כמש"כ התוס' בחולין קל"א.

תוד"ה מי אמר. הקשו מגיטין דמשמע דאיכא קפידא כשמפרש שיקח מדבר מסוים אף שלא אמר שלא יקח מדבר אחר. ותירצו דיש ג"מ בין מין אחד לב' מינים. הלח"מ בפ"ד משאלה ה"ט כתב שהרמב"ם אינו מחלק בזה אלא ס"ל דמה שאמרו בגיטין דהוי קפידא היינו דהאמת היא כן שהשליחות קאי רק על מה שנשלח בהדיא. ואעפ"כ השליח שטעה וחשב שאין זה קפידא אינו פושע דיש מקום לטעות בזה. ומוסיף הלח"מ עכצ"ל כן דאל"כ יקשה לתוס' כיון דמין אחד ליכא קפידא א"כ אמאי לא פשע השומר הרי אמר נוסח שאפשר להבין ממנו שאינו מקפיד ממה יקח. אע"כ אף שבאמת אין קפידא המשלח חשב שיבין השליח שמקפיד ואינו פושע א"כ ה"ה די"ל כן לגבי השליח לדעת הרמב"ם. ועל דרך זה כתב גם הש"ך בס' רצ"א סקל"ט לגבי החילוק השני

שחלקו התוס' בין מקום אחד לב' מקומות ליישב מהבא לי מן החלוק וכו'. וכתב הש"ך שלא קשה משם דכאן לא מוכח שהשינוי הוא בכלל השליחות אלא רק שאין זה פשיעה. אבל לענין מעילה אף שאינו פשיעה כ"ז שאינו בכלל השליחות מועל השליח. וזה כסברת הלח"מ. וע"ע בש"ך מה שמביא בזה מהתוס' בגיטין.

דף מג.

המפקיד מעות אצל שולחני מותרין ישתמש בהן לפיכך אם אבדו חייב באחריותן. לר"ה התר השתמשות מחייב באונסין ור"נ ס"ל דאינו אלא כש"ש דהואיל ונהנה מהנה. וכתבו התוס' לעיל כט. דאף דלשון הגמ' בדעת ר"ה הוא דשואל הוי הלשון לאו דוקא דאינו כשואל אלא כלוה ואפילו באו הבעלים לפני שהשתמש השולחני במעות ותובע מעותיו יכול השולחני להחזיר מעות אחרים ולא כשואל שחייב להחזיר אותו החפץ. וראית התוס' מהא דאמרו בסמוך דלר"ה שחייב באונסין מועל הגזבר מיד כשמפקיד מעות מותרים אצל שולחני ואפילו שלא הוציאם השולחני. ובשלמא אי דינו כלוה שפיר מעל דמיד זכה במעות אבל אם אינו אלא כשואל לא מעל גזבר עד שיוציא השליח דר"ה אית ליה דהמשאל קרדום לא מעל עד שיבקע בו השואל. אלא מוכח דמותר להשתמש היינו שזוכה מיד כדין לוה. הש"ך בס' רצ"ב סק"ח מביא דברי התוס' להלכה דהמפקיד מעות מותרין אצל שולחני אפילו תובע מעותיו יכול השולחני לפרוע אחרים ודינם כמלוה דלהוצאה ניתנה. ותמה האמרי ברוך בהגהותיו דדברי התוס' נאמרו לר"ה דמחייב באונסין בזה יש לדון אם דינו כשואל או כלוה ובוזה הוכיחו התוס' דהוי לוה. אבל למאי דקי"ל כר"נ דאינו חייב באונסין בודאי אינו לא שואל ולא לוה אלא רק כש"ש. וא"כ פשוט שלהלכה כ"ז שהמעות בעין יכול המפקיד לתבוע מעותיו. דברי הש"ך נשנו גם בס' ע"ג סקנ"ה שכתב

הערות

המפקיד דף מג.

וציונים

שעז

שאף שמחילה מהני רק בחוב ולא בחפץ בעין כפקדון מ"מ במעות מותרין שדינו כלזה מהני מחילה אף שעדיין לא הוציא המעות ומביא ע"ז הש"ך מהתוס' בדף כט. וכ"כ הט"ז שם. ותמה החכם צבי בהגהתו על הט"ז כתמיהת האמרי ברוך דדברי התוס' נאמרו לר"ה, כדמוכח מהא דפריך ר"נ לר"ה משמע דלר"נ נוחא דלא מעל עד שיוציא, ואנן קי"ל כר"נ. וע' מש"כ הנתיבות בס' רצ"ב סק"ט ליישב דברי הש"ך.

הרי"ף כתב בשם רב האי גאון דאף דקי"ל כר"נ שאינו חייב באונסין היינו דוקא כ"ז שלא התחיל להשתמש במעות אבל אם השתמש בהם נעשים כולם כמלוה וחייב באונסין. והרא"ש מקשה למה היה צריך הרי"ף להביא דין זה מרה"ג הא פשוט הוא שאם השתמש הוא חייב באונסין. ותי' דקמ"ל דאף שהחזיר המעות למקומם לא נפטר מחיוב אונסין כיון שנעשה שואל ע"י ההשתמשות. ודברי הרא"ש לכאורה אינם מובנים דמה שהקשה שפשוט שאם משתמש מתחייב באונסין זה פשוט רק לגבי אותם מעות שהוציא וכוונת הרי"ף שאם התחיל להוציא מתחייב באונסין גם על מה שעדיין לא הוציא. וע' בנתיבות ס' רצ"ב סק"י שכתב שבדאי כוונת הרי"ף שהשתמשות של פרוטה מחייבת באונסי כל המעות אך לומד שגם ברא"ש אין סתירה לזה וזה כוונת הרא"ש בתי' דס"ד שיועיל השבה היינו כשהשתמש במקצת והשאר במקומו ס"ד שיחשב השבה על שאר המעות קמ"ל שחייב באונסי כל המעות אבל המעות שהוציא פשוט שלא יועיל השבה כ"ז שלא זכה המפקיד במעות. עכ"פ זה פשוט ומפורש בנתיבות שכוונת הרי"ף ור' האי גאון שע"י השתמשות בחלק מהמעות מתחייב באונסי כולם.

לפ"ז צריך להבין דברי הגאון בס' רצ"ב סקכ"א שכתב מקור לדברי ר' האי גאון שאם השתמש גם לר"נ מתחייב באונסין מהא

דאיתיביה ר"נ לר"ה המפקיד מעות אצל שולחני אם מותרים ישתמש בהם לפיכך אם הוציא מעל הגזבר ואי אמרת שהוא חייב באונסין אפילו לא הוציא נמי. משמע דלר"נ נוחא דלדידיה כ"ז שלא הוציא לא מעל דאינו אלא ש"ש. ולכאורה לר"נ קשה איפכא למה כשהוציא כן מעל הא אכתי אינו אלא ש"ש. אלא מזה המקור לדברי הרי"ף ורה"ג שגם לר"נ אחרי שהתחיל להשתמש נעשה שואל וחייב באונסין על הכל ולכן מועל כשהוציא גם לר"נ. ולכאורה אינו מובן הא נתבאר דלענין הממון שהוציא פשוט שחייב באונסין ועיקר חידושם של רה"ג והרי"ף הוא שההשתמשות במקצת מחייבת באונסי כל המעות. וא"כ מה ראית הגאון מהא דמועל הגזבר כשהוציא השולחני אולי המעילה הוא רק על אותן מעות שהוציא וקמ"ל דכיון שהמעות מותרים הוי כהוציא השולחני בשליחות הגזבר ומועל הגזבר ומה הראיה שנעשה השולחני שואל על כל המעות ע"י ההשתמשות במקצתן. ואולי צ"ל שמשמעות הברייתא הוא שכשהוציא השולחני מועל הגזבר כנגד כל המעות שהפקיד אצל השולחני.

ונראה שצריך להוסיף בזה דבלשון רש"י ד"ה מותרין מבואר שמה שמועל הגזבר כשהוציא השולחני הוא משום דנחשב כשלוחו על הוצאת המעות כיון שנתן לו מותרין. ולפ"ז בודאי אין לחייב אלא על המעות שהוציא. אך דברי רש"י לכאו' צ"ב דאף שהמפקיד מעות מותרין גילה דעתו שאינו מקפיד אם ישתמש השולחני במעות מ"מ לא היה כאן ציווי להשתמש אלא רק רשות להשתמש ולמה נחשב השולחני כשלוחו של הגזבר על הוצאת המעות. ועיין ברמב"ם פ"ז ממעילה ה"י שפסק שאם מסר מעות מותרין לשולחני והוציאם שולחני שניהם פטורים. ומבאר הכ"מ בשם הרי"ף קורקוס שהרמב"ם ס"ל שאין לחייב את הגזבר על מה שהוציא השולחני דלא הוציא בשליחותו אלא רק ברשותו. וע"ש מה שכתב

כמבואר בכ"מ בשם מהר"י קורקוס. ולדברי הרי"ף יש נ"מ מדברי התוס' בדף כט. גם להלכה דקי"ל כר"נ היכא דהתחיל להשתמש, דכמו שלר"ה כתבו התוס' שהוא לזה ולא שואל ואין המפקיד יכול לתבוע מעותיו אפילו הם בעין כן הדין לר"נ אחרי שהתחיל להשתמש. ובעיקר הדבר דקי"ל הכא כר"נ אף בדף כט. קי"ל כמ"ד דהתר השתמשות עושה אותו שואל ע' מה שכתב בזה הרא"ש.

תוד"ה מאי איריא. הוכיחו דהנותן מעות לקנות מטלטלין דכסף אינו קונה ולא זכה הלוקח במטלטלין המוכר אסור להשתמש במעות עד משיכת הלוקח. דמבואר בדף מח. דאם נתן מעות של הקדש לקנות מטלטלין לא מעל דעדיין לא זכה המוכר במעות. ואי נימא דאית ליה התר השתמשות א"כ לר"ה דהתר השתמשות מחייב באונסין ימעל הלוקח מיד בנתינת הדמים אלא מוכח שאין למוכר התר השתמשות. ובקושייתם הבינו שבין לר"י דמעות קונות מן התורה ורבנן בטלו קנין כסף ובין לר"ל שמן התורה אינו קונה אין התר השתמשות. וכן הוא לתירוץ הראשון. ורק בתי' השני כתבו שלר"י יש התר השתמשות ורק לר"ל אין. וצ"ב דמפורש בגמ' בדף מח. שמה שבספר לא מעל, דהיינו מה שלא מועל כשנותן מעות על מטלטלין הוא דוקא לר"ל שמן התורה מעות אינם קונות או לר' יוחנן במוכר עכו"ם שבזה גם לר' יוחנן מעות אינם קונות מן התורה. אבל כשהמוכר הוא ישראל שמן התורה כסף קונה לר' יוחנן, מועל הלוקח מיד כשנותן המעות אף שרבנן בטלו הקנין. ואמאי מועל הא למאי דס"ל בקושיא ובתי' הראשון אין למוכר התר השתמשות במעות. וצ"ל דאע"ג דליכא התר השתמשות מ"מ כיון שאין זה אלא תקנ"ח לענין מעילה אולינן בתר דאורייתא, ומן התורה זוכה המוכר במעות. וראית התוס' הוא מדחזינן שבאופן שמן התורה אינו קונה, כגון לר"ל בישראל ולר' יוחנן בעכו"ם ליכא מעילה, ומוכח מזה שאם לא חל

לבאר מקורו של הרמב"ם לפסוק דלא כברייתא [וע"ע בדברי האחרונים שהאריכו בדברי הרמב"ם שם]. עכ"פ חזינן דמסברא גם במעות מותרין אין זה שליחות וא"כ י"ל שהגאון למד בדעת הרי"ף ורה"ג שמה שמועל גזבר כשמוציא השולחני אינו מפני שהוא כשולחו על הוצאת המעות אלא מפני שברגע שמוציא השולחני זוכה הוא בקנין שאלה [או נעשה לוהן בכל המעות ומה שמועל גזבר אינו מדין שליחות אלא מפני שהוא המקנה והמשאיל, וכמו שלר"ה מועל הגזבר מיד בנתינת מעות מותרין לשולחני, ואין זה מדין שליחות אלא הגזבר בעצמו מועל בהקנאת המעות לשולחני כך לר"נ מועל הגזבר כשמתחיל השולחני להשתמש במעות שאז זוכה במעות כולם ובאותו רגע מועל הגזבר מפני שהוא המקנה. ודמי ממש למשאיל קרדוס דאם בקע השואל מועל המשאיל וה"נ הכא. ושפיר למד מכאן הגאון דמאי דסבר ר"ה מיד בשעת נתינת המעות לשולחני סובר ר"נ כשמתחיל להשתמש. ומזה המקור לדברי הרי"ף ורה"ג שלפי דבריהם יש לפרש הברייתא כפשוטה שמועל כנגד כל המעות ולא רק על המעות שהוציא. וכן נראה מדברי הריטב"א בקידושין מג. שכתב שלא קשה מכאן על הכלל שלא מצינו זה נהנה וזה מתחייב, שכאן אין חיובו מדין שליח אלא הוא עצמו המוציא. וקשה דזה ניחא לר"ה אבל לר"נ זה מדין שליחות לפרש"י. ולמה שנתבאר בדעת הגאון ניחא גם לר"נ.

נמצא ב' דרכים בהא דמועל הגזבר כשמוציא השולחני לר"נ. א. ברש"י מבואר שהוא מדין שליחות דהוצאת השולחני היא בשליחות הגזבר ובמעילה יש שליחות לדב"ע. ולפ"ז אינו מועל אלא על המעות שהוציא. ב. בגאון משמע שלמד בדעת הרי"ף שמועל מפני שהוא מקנה המעות לשולחני ולא מדין שליחות ולפ"ז המעילה הוא בכל המעות. אבל מדין שליחות אין לחייב דאינו אלא רשות

הערות

המפקיד דף מג.

וציונים

שעט

הקנין אין התר השתמשות, א"כ מוכח מזה שגם לר' יוחנן כשקונה מִישראל שמדרבנן לא חל א"כ מדרבנן אין לו התר השתמשות דכעין דאורייתא תיקון. ומה שמועל הוא מפני שלענין מעילה אזלינן בתר דאורייתא.

הרשב"א בדף מח. באמת מקשה אמאי מועל לר' יוחנן הא רבנן בטלו את הקנין והפקר ב"ד הפקר. ותי' דלענין מעילה דאורייתא לא תקנו. וע' במחנ"א בהל' קנין מעות ס' י"א שמזה יש מקור לדברי רש"י בדף מח. שכתב שאף שבטלו רבנן קנין מעות לא עשו בזה הפקר ב"ד הפקר ולא עקרו את הקנין דאורייתא ואם קידש המוכר אשה במעות הוו קידושין. וראיה לרש"י מהא דלר' יוחנן מועל. אך מוסיף המחנ"א שלתי' השני בתוס' דידן לא קשיא קושית הרשב"א ואין מקור לחידוש של רש"י. שלתי' השני מה שמועל לר' יוחנן כשהמוכר ישראל הוא מפני שגם אחרי ביטול המקח נשאר למוכר זכות השתמשות במעות והמעילה הוא מפני שנתן למוכר זכות השתמשות במעות הקדש ולא מפני שמן התורה חל הקנין. וכדבריו כתב גם רע"א לקמן מח. דהתוס' בע"ז סג. הקשו מ"ש דלענין מעילה אזלינן בתר דאורייתא ואף שרבנן בטלו קנין מעות מועל הלוקח ולענין אתנן מבואר שאם הקנה האתנן בקנין שחל מן התורה ורבנן בטלוהו אינו נאסר דאזלינן בתר הדרבנן. [ובביאור תי' התוס' שם ע' במהר"ם שם ובלח"מ פ"ג ממכירה ה"א ובאבן האזל שם ובקו"ש פסחים אות קל"ה]. וכתב רע"א שלתי' השני של תוס' כאן לא קשיא קושית התוס' בע"ז דלעולם אזלינן בתר הדרבנן גם לענין מעילה ומה שמועל לר' יוחנן הוא לא מפני שמן התורה חל הקנין אלא מפני שגם אחרי הדרבנן נשאר למוכר זכות השתמשות במעות וזה גורם שימעול לר"ה דהתר השתמשות מחייב באונסין.

נמצא דהא דלוקח מִישראל במעות הקדש מועל לר' יוחנן לתי' הראשון בתוס' כאן

ולרשב"א ולרש"י בדף מח. ולתוס' בע"ז סג. הוא מפני שלענין מעילה אזלינן בתר דאורייתא ומן התורה הקנין חל. ולתי' השני י"ל דעשו הפקר ב"ד ובטלו את הקנין לגמרי ומה שמועל הוא מפני שנשאר למוכר התר השתמשות במעות.

הקשו התוס' כיון שאין למוכר התר השתמשות ואין הוא חייב באחריות המעות איכא חשש שמא יאמר המוכר ללוקח נשרפו מעותיך בעליה. וע"י שתיקנו שלא יקנה כדי שלא יאמר נשרפו חטיך בעליה קלקלו לגבי המעות ומה הועילו בתקנתם. ותי' דעל מעות ליכא חשש דכספים אין להם שמירה אלא בקרקע. והקשה הפנ"י בריש פרק הזהב דמפורש במשנה שהכסף אינו קונה את הזהב מפני שכסף הוא טיבעא וזהב הוא פירא וכסף אינו קונה מטלטלין. וקשה הא טעמא דבטלו קנין כסף הוא שמא יאמר נשרפו חטיך בעליה וכשהדבר הנקנה הוא מטבע של זהב ליכא חשש זה דאין להם שמירה אלא בקרקע וא"כ אמאי אין הכסף קונה את הזהב. ואין לומר דלא פלוג רבנן ולא חלקו לגבי הדבר הנקנה בין אם יש חשש או שאין חשש, דעיין ברמ"א בס' קצ"ח סע' ה' שכתב בשם י"א דהיכא דליכא חשש שריפה לא בטלו קנין כסף. [וע' בתרה"כ ס' ר"ג סע' ד' מש"כ בקושית הפנ"י]. וכתב בזה הנתיבות ס' קצ"ח סק"ה שמה שכתבו התוס' שבדבר שאין לו שמירה אלא בקרקע ליכא חשש הוא דוקא לענין המעות שנמסר מהלוקח למוכר בזה כ"ז שלא חל הקנין המוכר דינו כש"ח על המעות שקיבל ואם לא שמרם בקרקע הוא פושע בשמירתו. אבל המוכר חפץ ונשאר ברשותו אינו שומר כלל על החפץ ואפילו כש"ח אינו ממילא בזה יש חשש נשרפו חטיך בעליה אף שהחפץ הוא מטבע. וע' במחנ"א דיני שומרים ס' י"א שמוכיח מתוס' זה דהמקנה חפץ לחברו בקנין סודר ונשאר החפץ ביד המוכר דינו כש"ח על החפץ כמו שכתבו התוס' לענין הכסף שנתן הלוקח למוכר

ומביא המחנ"א שהריטב"א חולק וס"ל דאינו שומר. ולדברי הנתיבות ליכא ראייה מתוס', דשאני הכא שנמסרו המעות מהלוקח למוכר ומסירה זו הוא ע"ד שאם לא חל הקנין יהיה לכה"פ ש"ח. אבל המוכר חפץ ונשאר החפץ ברשותו אינו שומר על החפץ כלל.

בעיקר תירוצ' התוס' דכיון שצריך שמירה בקרקע ליכא חשש נשרפו מעותיך בעליה קשה דהראשונים כתבו דהא דצריך שמירה בקרקע הוא דוקא בזמן שהיה דרך שכ"א שומר ממונו בקרקע אבל בזמן שאין הדרך לעשות כן גם שומר אינו חייב בזה. א"כ בזמן כזה יחזור החשש של נשרפו מעותיך בעליה. ע' בהגהות אמרי ברוך בגליון השו"ע ס' רצ"א סע' י"ח שרצה להוכיח מתוס' זה דפליגי על הראשונים הנ"ל ע"ש מש"כ בזה.

ועוד י"ל. בתי' השני כתבו שלר' יוחנן כשלוקח מישראל שמן התורה מעות קונות אף שרבנן בטלו קנין כסף מ"מ נשאר למוכר זכות השתמשות במעות ורק לר"ל, או לר' יוחנן כשקונה מעכו"ם שמן התורה לא קנה, בזה אין לו התר השתמשות במעות. ויש לעיין אם כוונת התוס' דכיון שמן התורה הלוקח זכה בחפץ והמוכר זכה במעות כשרבנן בטלו את המקח לא בטלו אלא את זכיית הלוקח בחפץ אבל זכיית המוכר במעות לא בטלו וכיון שזכה במעות הרי הוא כלוה על המעות עד שימשוך הלוקח את החפץ. או שבטלו גם את זכיית המוכר במעות, אבל כיון שמן התורה המעות הם שלו אף שבטלו את הקנין השאירו זכות השתמשות על המעות, וא"כ אינו אלא שואל ולא לווה. ואין זה נוגע לתוס' בדף כט. לענין המפקיד מעות מותרין אצל שולחני דהתם מיירי שהפקיד מעות באופן שיש רשות לשומר להשתמש במעות, בזה כתבו התוס' דרשות זה הוי כלוה ולא כשואל ואין ראייה מזה לכאן שנתן לשם קנין ועדיין לא חל הקנין. עיין בקצה"ח ס' ס"ו סק"ד שכתב בהדיא שאינו לווה

אלא רק שואל דכשם שבטלו קנין הלוקח בחפץ בטלו גם את קנין המוכר במעות אלא שהשאירו למוכר זכות השתמשות. וכן הוא בלשון התוס' שכתבו והוי שואל עלייהו. אבל לשון הנתיבות בס' קצ"ח סק"ה והמחנ"א בקנין מעות ס' י"א הוא דכשרבנן בטלו קנין כסף בטלו רק את קנינו של הלוקח בחפץ ולא בטלו את קנינו של המוכר במעות. ומשמע דלענין המעות המקח קיים וזוכה המוכר במעות וא"כ הוא לווה על המעות ולא שואל.

האי מאן גזל חביתא דחמרא איתבר ממילא משלם זוזא. הקשו הראשונים מ"ש גזלן דמשלם כזולא דשעת גניבה ומ"ש שומר דאם נתיקר לפני שנפסד הפקדון משלם כשעת הנזק. וכתב בזה הרמב"ן דשאני שואל שאינו מתחייב באונסין משעת משיכה אלא משעת שבירה משא"כ גזלן שחיובו חל בשעת גזילה לכן משלם כשעת הגזילה. וכתב הקצה"ח בס' רצ"א סק"א שלפ"ז למ"ד דשואל משעת משיכה מתחייב ישלם כשעת שאלה ולא כיוקרא דשעת האונס וא"כ קשה שהרמב"ם פוסק שמתחייב משעת משיכה ואעפ"כ כתב המ"מ שמשלם כשעת האונס. ומביא הקצות שהשיטה בשם הריטב"א מבאר באופן אחר שרק בגזל שמיד בשעת הגזילה יוצא הממון מרשות הבעלים ואינם יכולים למכור ולהקדיש לכן משלם כשעת גזילה, משא"כ שואל כ"ז שהפקדון בעין הוא ברשות הבעלים וברשותם התיקר לכן משלם כשעת האונס. ולפ"ז אפילו למ"ד שואל משעת שאלה מתחייב משלם לפי ערך של שעת האונס. [באמת הרמב"ן גם מצרף הענין שגזל הוא שלא ברשות הבעלים ופקדון ברשותם אך הקצות הבין שזה הכל הסבר למה שואל מתחייב משעת אונס וגזל משעת גזילה. אבל למ"ד ששואל משעת שאלה מתחייב יהיה דינו כגזלן לענין יוקרא. אבל הריטב"א שתלה רק אם זה ברשות הבעלים או לא מישב גם למ"ד משעת שאלה מתחייב]. והקשה הקצות שגם תירוצ' הריטב"א אינו מיישב אלא למאי

הערות

המפקיד דף מג.

וציונים

שפא

דקי"ל דגול ולא נתיאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדיש. אבל ר"ל ס"ל בב"ק סט. שגם דבר גזול אפשר להקדיש ולדידיה יקשה למה גזולן משלם כשעת הגזילה ואינו כשואל דמשלם כשעת האונס. ולכאורה נראה דלא קשה כלל שגם ר"ל מודה דדבר גזול אינו ברשות הבעלים ואינו כפקדון שהוא ברשות הבעלים אלא דס"ל שמה שאינו ברשות הבעלים אינו סיבה שלא יוכלו למכור ולהקדיש. אבל מ"מ יש נ"מ מהא דאינו ברשות הבעלים לענין שהגזולן קונה בשינוי ואינו משלם דמי השתמשות. והקובע אם משלם כשעת הגזילה או לא אינו אם יכול להקדיש או לא אלא אם נמצא ברשות הבעלים או לא ובודאי שגם לר"ל יש חילוק בין גזול לפקדון. ומה דנקט הריטב"א הקדש ומכירה הוא משום דלהלכה זה נ"מ בין אם נמצא ברשותו או לא אבל לא תלוי דוקא בזה.

הקצות מסיק שהעיקר כתירוץ הרמב"ן שההבדל בין גזול לשואל הוא שגזולן מתחייב משעת גזילה ושואל מתחייב משעת אונסין. ומה שקשה בדעת הרמב"ם מבאר הקצות ע"פ הריטב"א שכתב בפרק השואל שאפילו למ"ד משעת משיכה מתחייב אין זה אלא ששיעבוד נכסים חל בשעת שאלה אבל עיקר החיוב הוא בשעת האונס לכו"ע ע"ש. אך אכתי היא גופא צריך ביאור מ"ש גזולן דמתחייב משעת גזילה ומ"ש שומר שמתחייב רק בשעת אונסין. אלא הביאור כמבואר בלשון הרמב"ן דשואל לא מתחייב אלא משעת האונס דכ"ז שהפקדון בעין הוא ברשות הבעלים למכירה ולהקדש אבל גזול שיוצא מרשות הבעלים מיד בשעת גזילה ואין הבעלים יכולים להקדיש לכן חייב הגזולן על שעת הגזילה שהוא שעת הוצאה מרשות בעלים. וא"כ גם לרמב"ן קשה דזה ניחא למאי דקי"ל דנגזל אינו יכול להקדיש וקשה לר"ל דס"ל שגזולן יכול להקדיש. אע"כ צ"ל כמו שנתבאר דעצם הדין של אינו ברשותו

הוא גם לר"ל אלא דאין זה מונע מלמכור ולהקדיש.

מדברי הריטב"א שתולה הדין של איתבר ממילא משלם זוזא בהא דגזול אינה ברשות הבעלים יש להוכיח שגם שואל שלא מדעת למ"ד גזולן נחשב שלא ברשות הבעלים. שהרי מפורש בהמשך הגמ' דאם שאל שלא מדעת ונתיקר ואיתבר ממילא למ"ד שואל שלא מדעת גזולן דינו כגזולן ומשלם זוז. ואי נימא דהוי ברשות הבעלים א"כ דינו כשואל שמתחייב לפי שעת האונס. אך נראה שאין להוכיח מזה שיש לשואל שלא מדעת קניני גזילה דיתכן שזה אינו ברשות הבעלים מפני שבמציאות הוא מעכב מלהשיב לבעלים ואינו בשליטת הבעלים. ואף שסופו לחזור מ"מ עכשיו אינו ברשותם. וע' באמרי משה בס' ל"ד אות י"ג שדן בזה ומביא מהריטב"א אך לא צירף לזה את הגמ' בעמ' ב' ולכן מסיק שאין ראייה מכאן. ולכאנ' כיון שמפורש בגמ' שדינו כגזולן לענין איתבר ממילא א"כ לדברי הריטב"א מוכח שנחשב אינו ברשות הבעלים.

תברה ושתיה משלם ד'. ידוע מה שנחלקו הקצות והנתיבות בהא דתו"ש משלם ד'. הקצות בס' ל"ד סק"ג כתב דמדן גזולן אין לחייב על השכירה כיון שהחפץ הוא כבר גזול ואינו ברשות הבעלים הוי ליה כגונב מן הגנב וסובר הקצות שגונב מן הגנב אינו פטור דוקא לגבי כפל אלא גם לגבי קרן ליכא חיוב ואינו חייב באונסין ועוד מוסיף הקצות שאפילו על הלאו של לא תגזול אינו עובר כשגונב מן הגנב. ובזה מבאר הקצות את דברי הריב"ש שמוכא ברמ"א שהחולק עם הגנב אינו נפסל לעדות. [ע' בגאון שם סק"י שמבאר דברי הריב"ש באופן אחר שמציין על דברי הרמ"א ב"מ ו: (צ"ל ה:)] לא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו, דהיינו שאף שהאמת הוא שלא תחמוד הוא גם עם דמים מ"מ לא נפסלים לעדות דטועים וחושבים שלא תחמוד הוא בלא דמים.

מרוכה שאין הטובח והמוכר אחר הגנב משלם דו"ה. הרי מפורש שגם הטובח אחר הגנב אף שהוסיף בגניבה מ"מ אית ליה הפטור של גונב מן הגנב. וכתב בזה האמרי משה בס' ל"ב אות ו' שבדאי מודה הנתיבות שאף שמוסיף השני על גניבת הראשון איכא גזה"כ דגונב מן הגנב פטור ולכן טובח אחר הגנב פטור מדו"ה. אך הנתיבות חולק על הקצות וס"ל שהפטור של גומה"ג אינו אלא לענין כפל אבל קרן חייב ולכן תו"ש משלם ד' מדין גזלן. ומה שאיתבר ממילא אינו משלם ד' אין פטורו מגזה"כ דגומה"ג אלא פטור מסברא שלא עשה כלום אבל היכא דהוסיף אז פטורו מגזה"כ ופטור רק מכפל ודו"ה וחייב קרן.

נמצא שלשיטת האו"ש בין לקצות בין לנתיבות הפטור של גומה"ג הוא אפילו מקרן ונחלקו אם כשיש תוספת יש פטור של גומה"ג או לא. לקצות גם כשיש תוספת פטור אפילו מקרן. ולנתיבות כשיש תוספת אין פטור של גומה"ג. ולשיטת האמר"מ הקצות והנתיבות פליגי אי גזה"כ דגמה"ג נאמר דוקא לגבי כפל ודו"ה או גם לגבי הקרן. לקצות הפטור הוא אפילו מקרן ולנתיבות הפטור הוא דוקא מכפל ודו"ה. ועוד נחלקו כשאין שום תוספת במעשה של השני לקצות פטורו מגזה"כ דגמה"ג ולנתיבות הפטור מסברא דלא עבד מידי.

דף מג:

ל'ימא רבה דאמר כב"ש. כתבו התוס' דאין לומר דפליגי באיתבר ממילא וב"ה כרבה דא"כ לא הוו פליגי ב"ש. מבואר שכמו שבגזלן אם מעיקרא שוה זוז ובסוף ד' ואיתבר ממילא משלם זוז כך בשליחות יד משלם זוז. וכתב בזה רע"א דמבואר בסוגיא דשל"י שוה לגזל לענין איתבר ממילא משלם זוז ומשמע שאפילו אם פשע בשמירה אחרי שהתיקר אינו משלם אלא זוז. וקשה דבשלמא גזלן כל חיובו אינו אלא על מעשה הגזילה ואין עליו חיוב שמירה

וכן בחולק עם הגנב אף שהאמת היא שדינו כגזלן וראוי ליפסל לעדות מ"מ כיון שלאינשי אין זה נחשב כגזל הרי זה כשוגג ואינו נפסל לעדות]. והא דבתברה ושתייה משלם ד' אינו מדין גזלן אלא מדין מזיק. ומביא הקצות ראייה לדבריו דאל"כ גם באיתבר ממילא אמאי אין סיבה חדשה לחייב על היוקרא הא נמצא בחצרו וכל רגע יש מעשה גזל חדש [ואפילו למה שכתב הקצות בס' שמ"ח דבענין מעשה גזילה ולא סגי במה שנמצא ברשותו ומכוין לגזול מ"מ מי לא עסקינן דאחרי שנתיקר הגביה הפקדון בידו או נעל הדלת שנחשב מעשה גזילה]. אלא מוכח דאין לחייב מדין גנב כיון דהוי גונב מן הגנב, וחיוב של תו"ש הוא מדין מזיק.

הנתיבות שם סק"ה חולק על הקצות וס"ל כפשטות לשון הגמ' שחיובו של תו"ש משום דההיא שעתא קא גזיל מיניה משמע שחיובו מדין גזלן. ומה שמקשה הקצות שגם באיתבר ממילא נחייב ד' שיש כל הזמן גניבה חדשה כתב ע"ז הנתיבות דהיכא דהחפץ הוא כבר גזול ונמצא ברשותו אין לחייבו שוב על מה שנמצא אח"כ ברשותו שאין בזה שום תוספת על הגזילה הראשונה. אבל בתו"ש שיש תוספת על גזילה ראשונה דעד עכשיו היה עדיין של הבעלים ויצא רק מרשותם. ועכשיו שאינו בעולם פקע בעלותם של הבעלים וכיון שיש תוספת בגזילה זו על גזילה ראשונה יש לחייב מדין גזלן. ונחלקו האחרונים בביאור דברי הנתיבות. האו"ש בפ"ג מגניבה ה"ב הבין שמה שמודה הנתיבות במקום שלא הוסיף על גזילה ראשונה שפטור הוא בגלל הגזה"כ שגונב מן הגנב פטור, וגם הנתיבות ס"ל בזה כהקצות שהפטור של גונב מן הגנב הוא אפילו מקרן והא דחייב כשהוסיף בגניבה הוא משום שלגבי התוספת ליכא פטור דגונב מן הגנב שכל הפטור של גומה"ג הוא מפני שאינו מוסיף על הראשון. ומה"ט תמה האו"ש שדברי הנתיבות הם נגד משנה מפורשת דמפורש במשנה בריש

הערות

המפקיד דף מג:

וציונים

שפג

לכן משלם זוז אבל הכא שהוא שומר אלא שנוסף עליו חיוב אונסין ע"י השליחות יד א"כ לגבי חיוב אונסין בודאי משלם כשעת השל"י אבל אם פשע הרי יש לחייבו מדין שומר א"כ אמאי לא יתחייב ד' מדין שומר. וכתב בזה רע"א וצ"ל כיון שנעשה גזלן פקע ממנו חיוב השמירה וחייב רק מדין גזלן וצ"ע.

הובא לעיל שהרמב"ן והריטב"א הקשו מ"ש גזלן דמשלם כשעת הגזילה ולא כיוקרא דשעת האונס משומר דמשלם כיוקרא דשעת פשיעה. ותירץ הריטב"א דבגזל כיון שיוצא מרשות הבעלים לענין מכירה והקדש אין לחייב על היוקרא [אא"כ תברה או שתיה] משא"כ פקדון שהוא ברשות הבעלים. לפ"ז לכאורה לא קשיא קושית רע"א דכל מה שמדין שומר הוא מתחייב כשעת פשיעה הוא מפני שנמצא ברשות הבעלים. אבל כששלח בה יד ונעשה גזלן ואין הבעלים יכולים למכור ולהקדיש אין לחייבו על היוקרא אפילו מדין שומר מאותו הטעם שגזלן אינו חייב על היוקרא. ולדברי הריטב"א לא היה צריך רע"א לומר שכיון שנעשה גזלן פקע ממנו חיוב שמירה דאפילו אם נשאר עליו חיוב שמירה אין לחייבו על מה שהתקרא אחרי שיצא הפקדון מרשות הבעלים. ונראה שרע"א ס"ל בהא דשומר חייב על יוקרא דשעת פשיעה וגזלן אינו חייב כמו שכתב הנתניבות בס' רצ"א סק"א ע"פ התוס' בב"ק נו: דגזלן אין עליו חיוב שמירה ואין לחייבו אלא על מעשה הגזילה משא"כ שומר שחייב בשמירה שעת הפשיעה הוא זמן חיובו לכן משלם כשעת הפשיעה. וע"ז מקשה רע"א שאם הוא גם שומר וגם גזלן אמאי לא יתחייב כשעת הפשיעה מדין שומר. והוצרך רע"א לחדש שכיון שנעשה גזלן פקע ממנו חיוב שמירה.

רע"א בגליון השו"ע בס' רצ"ד סע' א' כתב דהכופר בפקדון שנעשה גזלן ומתחייב באונסין אם בשעת כפירה היה שוה זוז ואח"כ

נתיקר ושוה ד' לענין אונסין פשוט שאם איתבר ממילא משלם זוז. אבל אם פשע כתב רע"א דמשלם ד' ואף שמדין גזלן אין לחייבו אלא זוז מ"מ לא פקע מיניה דין שומר ומדין שומר חייב כשעת הפשיעה. וזה הפך מש"כ רע"א בסוגיין לענין שומר ששלח יד. ושמעתי בזה ממרן הגרא"מ שך שליט"א שמוכח ברע"א דכופר בפקדון אף שמתחייב באונסין כגזלן אין לו דין גזלן ממש ואין לו קניני גזילה ולא יקנה בשינוי לכן לא פקע מיניה דין שומר משא"כ שולח יד דהוי כגזלן ממש ויש לו קניני גזילה פוקע ממנו דין שומר. ובזה ביאר דברי התוס' בב"ק קז: ד"ה ושלח שכתבו שכופר בפקדון אינו גזלן ממש ורק לענין חיוב אונסין דינו כגזלן. ועיין בקה"י ס' מ' שכתב לחדש ששומר שגזל או שלח יד בפקדון שברשותו נשאר עליו דין שומר ואפילו לר"ע דס"ל כלתה שמירתו היינו דוקא לענין הא דבעינן השבה לדעת בעלים לא מהני השבה לדעת שומר דכיון שאינו נאמן לבעלים אין דעת שומר כדעת בעלים אבל אכתי רמי עליו חיוב שמירה דמי הפקיע חיובו. ומביא שכדבריו מוכח ברע"א בשו"ע ס' רצ"ד שכתב רע"א דאף שכפר בפקדון ונעשה גזלן מ"מ נשאר עליו דין שומר. ולמה שנתבאר ליכא ראייה מדברי רע"א ואדרבה בדברי רע"א בסוגיין מפורש לא כדברי הקה"י אלא דכיון שנעשה גזלן פקע מיניה חיוב שמירה, וכופר בפקדון שאני דאינו גזלן גמור ולא רמי עליו אלא חיוב אונסין לכן לא פקע מיניה דין שומר.

רש"י ד"ה כי פליגי. כתב דהא דאמרין כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה היינו בגזל ממש אבל הכא דבהיתרא אתא לידיה ומשום שליחות יד קמחייבת ליה איכא מ"ד דבעינן חסרון. מבואר בלשון רש"י דהא דצריך לחידוש של שליחות יד ואין לחייבו מדין גזלן הוא משום דבהיתרא אתא לידיה וזה כשיטת התוס' לעיל מא. כמו שביאר התרה"כ וכשיטת בעה"מ דאין גזילה בשומר כיון שכבר נמצא

ברשותו בהתר ולא שינה במצב החפץ ע"י שגזל. וזה דלא כמו שדייקנו מרש"י בדף מא. ד"ה ור' נתן שהחידוש של של"י הוא שגזילת המקצת מחייב על כולו, ומשמע שלגבי המקצת לא צריך להגיע לחי' של של"י. וכן מפרש התהכ"ר ברש"י בסמוך מד. ד"ה דניחא ליה ע"ש. וצ"ע דמלשון רש"י כאן משמע שגם לגבי המקצת צריך להגיע לחידוש של של"י משום דבהיתרא אתא לידיה.

תוד"ה ב"ש. הקשו דמהא דמחייבי ב"ש בחושב לשלוח יד מוכח דס"ל דשל"י לא בעי חסרון. ע' בראשונים שכתבו דאינו מוכרח דכיון דחושב לשל"י היינו שאמר א"כ כשאומר שרוצה לשל"י ולחסר הרי כלל באמירתו את השליחות יד ואת החסרון. משא"כ כשלא אמר ושלח יד ולא חסר הרי לגבי החסרון ליכא מעשה ולא דיבור.

הכא בשבח של גזילה קמפלגני. ע' מש"כ רש"י לבאר לפי פשט זה חסר ויתר וע' מה שכתב על דבריו המהרש"א. וכתבו התוס' דהא דסבר ר' יהודה שקונה את הגיזות והולדות בשינוי אע"ג דלגבי הנותן צמר ס"ל דשינוי אינו קונה התם שאני דאין מתכוין לקנותו בכך. ביאור דברי התוס' תלוי במחלוקת האחרונים אם גזלן קונה בשינוי דוקא אם רצונו לקנות או שקונה בע"כ. הנתיבות בס' שנ"א ובס' שס"א ובס' ל"ד סק"ה ס"ל דרחמנא אוקמא ברשות הגזלן בע"כ וקונה בשינוי אפילו אם אינו רוצה לקנות וכ"כ התרה"כ בס' רס"ב. ולכאורה מוכח כן מגיטין נג. שהוכיחו דהיזק שאינו ניכר לאו שמיה היזק מהא דגזל חמץ ועבר עליו הפסח אומר הרי שלך לפניך ואי שמיה היזק הרי זה שינוי ואינו יכול לומר הש"ל. ומה הראיה אולי זה שינוי ואינו קונה מפני שאינו רוצה לקנות כמו שמבאר בב"ק סו. דמה"ט גזל חמץ אינו קונה ביאוש דזה מתיאש וזה אינו רוצה לקנות. אלא מוכח שרק יאוש צריך כונת קנין משא"כ בשינוי קונה

בע"כ. ושיטת האו"ש בפ"ב מגזילה הט"ו והמחנ"א שם דגם בשינוי אינו קונה בע"כ. והא דאם היזק שאינו ניכר שמיה היזק אינו יכול לומר הש"ל היינו דאינו כעין שגזל ואינו נפטר בזה. אבל לקנות אינו קונה אא"כ רוצה לקנות. ולשיטת האו"ש והמחנ"א כוונת התוס' כאן כפשוטם דאינו קונה כיון שאין כוונתו לקנות וקנין שינוי אינו קונה אא"כ רוצה לקנות. אבל לנתיבות ולתרה"כ דס"ל דקונה בע"כ צ"ל שכוונת התוס' הוא דזה דוקא בגזלן ממש שכוונתו לגזול אבל בנותן צמר לצבוע אין כוונת הצבעי לגזול ור' יהודה ס"ל דמעביר ע"ד בעה"ב אינו גזלן. ומש"כ התוס' שאינו מתכוין לקנות היינו שאינו מתכוין לגזול ואינו מקבל דין גזלן כלל לכן אינו קונה בשינוי. והדברים מבוארים בקו"ש בב"ק. דבאות ק"א כתב שמדברי התוס' משמע דקנין שינוי בעי כוונה. ובאות כ"ז כתב שאין ראיה מהתוס' שצריך כוונה שכוונתם דאינו מתכוין לגזול יעו"ש. וכדבריו כתב גם האמר"מ בס' ל"ב אות מ"ד.

ר"ע אומר כשעת תביעה. נחלקו הראשונים בביאור דברי ר"ע. שיטת הרי"ף דמיירי לענין שבח גזילה דע"ז קאי מחלוקת ב"ש וב"ה, ור"ע ס"ל כב"ה דמה שגזו קונה בשינוי אבל כ"ז לענין גזו או ילדה לפני התביעה בב"ד. אבל אחרי שתבע המפקיד את השומר בב"ד ואח"כ גזו השומר או שילדה אינו קונה בשינוי דילפינן מקרא דלאשר הוא לו יתנו ביום אשמתו דכל מה שעל הבהמה בזמן התביעה בב"ד חוזר לבעלים ואין הגזלן קונה בשינוי שעשה אחרי התביעה. שיטת בעה"מ הוא איפכא ממש מהרי"ף וס"ל שלר"ע כל שינוי שעושה לפני התביעה אינו קונה ואם ילדה או גזזה לפני התביעה הולד והגיזה חוזר לבעלים. ורק שינוי שעשה אחרי התביעה קונה. הרמב"ן במלחמות מקשה על בעה"מ דהוי יציבא בארעא וגיורא בשמי שמיא דלמה שמה שב"ד מחייבים יהיה סיבה שיקנה הגזלן יותר

הערות

המפקיד דף מג:

וציונים

שפה

מלפני חיוב ב"ד. אך שיטת בעה"מ בזה דכיון דהשומר ששלח יד בהיתרא אתא לידיה, ונתבאר לעיל מא. דשיטת בעה"מ דמה שצריך חי' של של"י ואינו גזלן ככל גזלן הוא משום דבהיתרא אתא לידיה ולא שייך לעשות מעשה גזילה בדבר שהוא כבר ברשותו ורק בפרשת של"י נתחדש שמקבל השומר דין גזלן ע"י לקיחת הפקדון. ולענין זה חולק ר"ע וס"ל שגם אחרי הפסוק אינו מקבל דין גזלן לענין לקנות בשינוי ע"י משיכה לבד ורק מהזמן שהבעלים תובעים אותו בב"ד ועדיין מחזיק בפקדון ע"מ לגזלו אז מקבל דין גזלן לענין לקנות בשינוי. וע' במהרש"א שלומד בדעת התוס' דס"ל בזה על דרך בעה"מ וכתב המהרש"א בהדיא דמה שאינו מקבל דין גזלן עד שעת תביעה הוא משום דבהיתרא אתא לידיה ע"ש. דהיינו שלר"י דינו של ר"ע אינו דוקא בשל"י אלא בכל גזלן כלשון הרי"ף אם גזל רחל וכו'. ור"ע ס"ל שכל גזלן קונה בשינוי רק אם שינה לפני התביעה לדין. אבל לבעה"מ דינו של ר"ע הוא דוקא בשל"י דבזה אינו נעשה גזלן עד שעת תביעה כיון שבהיתרא אתא לידיה ואינו קונה אלא בשינוי שעשה אחרי התביעה בדין. ואף דקרא דלאשר הוא לו יתנגד ביום אשמתו לא מיירי דוקא בשולח יד מ"מ היום אשמתו של שולח יד הוא לא כיום אשמתו של גזלן דשל גזלן בשעת גזילה ושל שולח יד בשעת תביעה. ובין לר"י בין לבעה"מ ר"ע מיירי בשבח דומיא דמחלוקת ב"ש וב"ה.

בשיטת התוס' נחלקו האחרונים כמאן ס"ל. דבתחילת דברי התוס' מבואר שהבינו פשוט בדברי ר"ע שמה שגזז לפני התביעה בדין הוא של הבעלים ומה שגזז אח"כ הוא של השומר וע"ז הקשו ממ"נ אם שינוי קונה למה אינו קונה את מה שינה לפני התביעה ואם שינוי אינו קונה למה קונה מה שינה אחרי התביעה ולא ס"ל לתוס' בקושיהם שלר"ע מקבל דין גזלן בשעת תביעה. ותירצו דר"ע קאי לענין יוקרא וזולא. אך היא גופא צ"ב למה

לענין יוקרא וזולא תלוי בשעת תביעה. וכתבו בזה המהרש"א והמהר"ם דתוס' ס"ל בזה כשיטת בעה"מ דכיון שבהיתרא אתא לידיה מקבל השולח יד דין גזלן רק בשעת תביעה ולכן היוקרא וזולא נקבע לפי שעת תביעה. ואין זה סתירה לדין של כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה דשעת הגזילה דשולח יד הוא בשעת תביעה. אך א"כ צ"ע מה הקשו התוס' ולמה הוצרכו להעמיד דברי ר"ע ביוקרא וזולא הא איכא למימר דקאי על שבח וס"ל שינוי קונה אבל זה דוקא במה ששינה אחרי שקיבל דין גזלן ודין גזלן מקבל בשעת תביעה. ומה"ט כתב הפנ"י דמוכח דתוס' לא ס"ל כבעה"מ אלא שיש לו דין גזלן מיד בשעת שליחות יד ואעפ"כ ס"ל שהדין יוקרא וזולא תלוי בשעת תביעה. וגם זה אינו מובן דלעיל פשוט לגמ' שאין חולק על הדין של כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה. דהיינו שמהרש"א והמהר"ם ס"ל שתוס' כבעה"מ וניחא לפ"ז למה דין יוקרא וזולא תלוי בשעת תביעה שהוא שעת הגזילה אבל קשה למה כתבו שא"א לפרש דברי ר"ע על שבח. ולפנ"י תוס' לא ס"ל כבעה"מ א"כ ניחא תחילת דברי התוס' אבל צ"ע א"כ למה הדין של יוקרא וזולא תלוי בשעת תביעה.

החושב לשלוח יד. בגמ' מבואר דב"ש לפני מקרא דכל דבר פשע וב"ה ס"ל דכיון דכתיב אם לא שלח ידו משמע דבעינן מעשה וקרא דכל דבר פשע לשליחות. ולא נתבאר בגמ' מהו תשובתם של ב"ש על קרא דאם לא שלח ידו. ונראה דלא קשיא להו לב"ש מקרא דב"ה דמבואר בסוגיא דשולח יד דינו כגזלן ממש ולא רק לענין חיוב אונסין אלא גם לענין שקונה בשינוי כגזלן. ולכאורה נראה שפשוט שהחושב לשלוח יד דס"ל לב"ש שמתחייב באונסין אין זה אלא גזה"כ לענין חיוב אונסין אבל לית ליה קניני גזילה ולא יקנה בשינוי. דקניני גזילה מקבל הגזלן דוקא ע"י מעשה קנין ואפילו ע"י משיכה ברה"ר למ"ד בכתובות

דמתחייב באונסין הובא לעיל שכתבו האחרונים שלא יקנה בשינוי. וכ"ש החושב לשל"י לב"ש מסתבר דאינו קונה בשינוי ואינו כגזלן אלא לענין חיוב אונסין. ודמי לכופר בפקדון שהובא לעיל דמוכח מדברי רע"א ומהתוס' בב"ק קז: דאין לו קניני גזילה. וא"כ שפיר צריך ב"ש תרי קראי לשולח יד. קרא דאם לא שלח ידו מיירי בשולח יד ממש עם משיכה וזוה הוא גזלן גמור וקונה בשינוי. וקרא דכל דבר פשע מרבה שיש עוד דין שליחות יד בלי מעשה קנין ע"י מחשבה או דיבור. וזה אינו אלא לענין חיוב אונסין ולית ליה קניני גזילה ולא יקנה בשינוי.

ובזה יש ליישב מה ששמעתי מקשים בשם מרן הרב מפוניבז' זצ"ל דר' ששת אית ליה בב"ק קז: דהשולח יד ואח"כ טוען טענת גנב פטור דכיון שנעשה גזלן ע"י השליחות יד תו אינו מתחייב כפל על מה שטען טענת גנב. וקשה דלר' ששת לב"ש לא משכחת ט"ג שכל טוען טענת גנב דעתו לשלוח יד א"כ לסוברים דלב"ש סגי במחשבה בלי דיבור מיד כשחושב לטעון טענת גנב הרי הוא חושב לשלוח יד ונעשה גזלן ואיך יתחייב כפל דט"ג. ולמה שנתבאר א"ש דהתוס' שם הקשו על ר' ששת דכל ט"ג לפני שנשבע הוא כופר בפקדון ונעשה גזלן ואיך יתחייב כפל ע"י השבועה ותרצו דכופר בפקדון אינו גזלן גמור ואינו גזלן אלא לענין להתחייב באונסין. והובא לעיל שהאחרונים פרשו דכוונתם דלית ליה קניני גזילה. ומה שנפטר מט"ג הוא דוקא אם יש לו דין גזלן גמור עם קניני גזילה. א"כ כמו שכופר בפקדון אינו גזלן גמור ואינו מבטל את הדין של ט"ג כך הדין של חושב לשלוח יד נמי אינו גזלן גמור ולא יקנה בשינוי ואין בזה כדי להפקיע את הדין של ט"ג. וגם לב"ש דברי ר' ששת הם דוקא בשליחות יד ע"י מעשה ולא בחושב לשלוח יד דאינו גזלן גמור אלא דוקא לענין חיוב אונסין.

רש"י ד"ה החושב. כתב שאמר בפני עדים. ע' ברש"ש שהקשה אמאי בעינן עדים ולא סגי באמירה שלא בפני עדים אם הוא מודה. וכן מבואר בשיטה בשם הריטב"א שכתב דהא דנקט התנא מחשבה אף דבעינן דיבור משום דלא בעינן שיאמר בפני עדים. אך מביא הריטב"א בסוף דבריו שי"א דלב"ש בעינן אמירה בפני עדים וכתב ע"ז הריטב"א ואין זה נכון. ובמה שכתבו התוס' דבעינן דיבור ע' ברע"א שהתוס' במנחות והרא"ש בהל' ס"ת חולקים וס"ל דסגי במחשבה. וע' מש"כ רע"א בדברי הרא"ש.

המה את החבית וכו'. מבואר דבלי משיכה או הגבהה אינו מתחייב באונסין ומכאן זה שאלה הגמ' לעיל מא. והא לא משכה כדפרש"י שם. והובא שם קושיית האחרונים הא החבית נמצאת ברשות השומר ואמאי בעי הגבהה הא אית ליה קנין חצר. וכן קשה אמאי פליגי ב"ה על החושב לשל"י הא נמצא בחצרו ויהיה גזלן ע"י קנין חצר וג' דרכים נאמרו בזה. א. הקצה"ח בס' שמ"ח סק"ב כתב ע"פ היסוד שלמד מדברי רש"י דגזלן בעי מעשה ובלי מעשה גזילה אינו מתחייב אף שיש לו קנין חצר. וצ"ל דהטאת החבית אינו נחשב מעשה. ובמה שהקשו האחרונים ע"ז מכופר בפקדון ע' מה שכתבנו בזה בס"ד לעיל כו: ובב"ק קה: ב. המחנ"א דיני גזילה ס' י"ב כתב דשאני שליחות יד דחידוש הוא ובעינן דוקא שישלח יד ממש ולא סגי בקנין חצר. ג. הקצה"ח בס' קפ"ט סק"א מביא שמבואר בטור ששומר אינו יכול לקנות את הפקדון מהמפקיד בקנין חצר. וכתב הט"ז שהטעם משום דרשות השומר מושאל למפקיד והוי כרשות המפקיד. ומביא שהמהרי"ט חולק וס"ל שאין רשות השומר שייך למפקיד דבמה קנה קנין בחצר השומר ע"ש. וכתב הקצות דיש להביא ראיה לסברת הט"ז מהחושב לשל"י דאינו מתחייב אע"ג דקאי בחצרו ומוכח דרשות השומר אינו ראוי

הערות

המפקיד דף מג: – מד.

וציונים

שפז

לקנות לו בקנין חצר וע"כ הטעם משום שהרשות מושאל למפקיד. וכתב הקצות שיש לדחות ע"פ מש"כ בס' שמ"ח דבעינן מעשה גזילה.

השני של"י הוא עשה כן בשליחות של הראשון ואולי לרווחא דמילתא כתב הריטב"א שאפילו שלחו לשל"י ג"כ אין שלדב"ע. ע' מש"כ בזה הקצות ובמה שכתב בזה האו"ש בפ"ג מגניבה בסוף ה"ו.

דף מד.

אמר לעבדו ולשלוחו מנין. מבואר דאע"ג דבכל התורה אין שליח לדב"ע לגבי שליחות יד נתרבה שיש שליח לדב"ע ומתחייב השומר על מעשה שלוחו. וכן מבואר בקידושין מב: דשל"י ומעילה הוי ב' כתובין הבאים כאחד דיש שליח לדב"ע. ומכאן מקשה הקצות בס' רצ"א סק"ד על הריטב"א על המשנה בדף לה: השוכר פרה והשאילה לאחר דהובא שם דנחלקו הריטב"א והרא"ש אם מתחייב שומר הראשון על שליחות יד של השני. הרא"ש ס"ל שמתחייב וכשם שצריך שבועה שלא פשע השני כדי לפטור את הראשון כך בעינן שבועה שלא שלח השני יד דאם השני שלח יד מתחייב הראשון. והריטב"א חולק וס"ל שאין הראשון מתחייב בשליחות יד של השני. ומחלוקת זו הובא ברע"א בסוגיא דשומר שמסר לשומר באות י"ד ובאות ל"ה. ומסברא כתב רע"א דאין לחייב את הראשון על של"י של השני דרק פשיעת השני מחייב את הראשון מפני שקיבל שמירה והחפץ לא היה שמור, אבל של"י של השני הוא מעשה גזילה של השני ואין זה מחייב את הראשון. וע' מש"כ רע"א באות ל"ה לבאר סברת הרא"ש. אך הריטב"א שפוטט את הראשון לא כתב מטעמיה דרע"א דאין לחייב את הראשון על גזילת השני אלא כתב בזה"ל אבל של"י למה יתחייב הראשון בשל"י השני כיון שלא נאבדה הבהמה באותו של"י הא לא דמיא אלא לאומר לשלוחו צא גזול שפטור המשלח דאין שליח לדב"ע דבטביחה ומכירה הוא דרכינן מקרא אבל בעלמא לא עכ"ל ותמה הקצות דמפורש בסוגיין שגם בשל"י נתרבה שליח לדב"ע. ונבאמת בל"ה אינו מובן וכי אם

ונראה שיש לבאר דברי הריטב"א ע"פ שיטת התוס' ובעה"מ לעיל מא. דס"ל דמה שצריך לחידוש של של"י הוא מפני שהחפץ נמצא ברשות השומר ואין מעשה גזילה על מה שבל"ה נמצא ברשותו, כמו שמבאר התרה"כ את שיטת התוס', ולכן צריך להגיע לחידוש של שליחות יד. ובחי' זה של שליחות יד נתחדש שיש שליח לדב"ע. ואם מסר השומר הראשון לשומר אחר והלך הראשון לביתו של השני וגנב את הפקדון נראה דאין חיובו משום שליחות יד אלא הוי גזלן ככל גזלן. ולא מיבעיא לסוברים דע"י המסירה לשני פקע מהראשון דין שומר לגמרי ואינו מתחייב אפילו פשע השני, א"כ אין הראשון שומר כלל ובודאי אין על גזילה דידיה שם של"י אלא גזל ממש. ואפילו לסוברים שנשאר על הראשון דין שומר וחייב הראשון בפשיעת השני מ"מ כיון שהפקדון כבר לא נמצא ברשותו שפיר שייך בו מעשה גזילה וחוזר מעשה גזילה דידיה להיות ככל גזל ואין חיובו מפרשת שולח יד. ונאף שהריטב"א בדף מא. לא ס"ל כתוס' ובעה"מ וכתב שהחי' של של"י הוא שחייב אף שזה ע"מ לשלם זה כתב השיטמ"ק שם בשם הריטב"א והוא מחי' הריטב"א החדשים, ומה שהקצות מביא מהריטב"א הוא הריטב"א הישן שהוא מחבר אחר. א"כ כיון שאם היה הראשון בעצמו גונב מבית השני היה חיובו מדין גזלן ולא מדין של"י א"כ גם אם שלח הראשון את השני לשלוח יד אף שהשני הוא שומר ולגביו המעשה הוא שליחות יד ובשל"י נתרבה שליח לדב"ע, מ"מ כיון שלגבי המשלח אין זה שליחות יד אלא גזל א"כ א"א לחייב את המשלח מכח גזה"כ דיש שליח לדב"ע בשל"י דלא באים לחייב את המשלח מדין של"י אלא

מדין גזלן. וזהו שכתב הריטב"א שבגזל לא נתחדש שליח לדב"ע אלא רק לענין טביחה ומכירה ולא על הגניבה עצמה. ואף דשל"י נמי נתרבה היינו דוקא בשומר ששלח אחר שלגבי המשלח זה של"י. אבל כשאחר שולח את השומר לשלוח יד לגבי המשלח אין זה של"י אלא גזל ובגזל אין שלדב"ע.

ומצאנו כיוצא בזה, דהיינו שלענין המשלח העבירה היא עבירה שאין בו שליח לדב"ע, ולענין השליח העבירה היא עבירה שיש בה שליח לדב"ע, במעילה ששלח שליח למעול ושניהם היו שוגגין ונזכר המשלח ומבואר במעילה כא. דמועל השליח. ומבאר רש"י בקידושין ג. דאע"ג דהשליח עושה פעולה של מעילה בשוגג ובוזה נתרבה שליח לדב"ע מ"מ כיון שלגבי המשלח שנוזכר זה הזיד במעילה, ולגבי מזיד לא נתרבה שליח לדב"ע, אין העבירה יכולה להתחסם למשלח וממילא חייב השליח. וזה ממש כנידון דידן דלגבי השליח העבירה היא של"י ולגבי המשלח העבירה הוא גזל. לכן סובר הריטב"א שדינו כגזל שאין בו שליח לדב"ע. אמנם רש"י בחגיגה י: מבאר באופן אחר דכיון שנוזכר המשלח הוא מבטל את השליחות ומשמע דלולא זה היו מיחסים את המעילה למשלח כיון שהשליח הוא שוגג אע"ג שהמשלח הוא מזיד. [וע' מש"כ בזה הקצה"ח בס' שמ"ח סק"ד]. ואולי גם לרש"י בחגיגה אין לחייב את המשלח בכה"ג אלא דקשיא ליה דעכ"פ נפטור את השליח כיון שהוא שוגג ולגבי יש שליח לדב"ע. עכ"פ דברי הריטב"א יש לדמות לדברי רש"י בקידושין וא"כ לק"מ מה שהקשו האחרונים על דבריו.

ולכאורה היה אפשר ליישב בזה את דברי הסמ"ע שכתב על הא דנפסק בס' רצ"ב סע' ה' דבשל"י יש שליח לדב"ע ואם אמר השומר לשלוחו לשלוח יד חייב המשלח. וכתב ע"ז הסמ"ע בסק"י דהיינו דוקא כשלא ידע השליח

או שאינו בר חיובא או שאין לו מה לשלם דאל"כ הא קי"ל דאין שליח לדב"ע. וכתב ע"ז הש"ך בסק"ד שהכל תפסו על הסמ"ע בזה דמפורש בגמ' דלענין שליחות יד לא נאמר הכלל שאין שליח לדב"ע. וזה דומה לקושית הקצות על הריטב"א שהובא לעיל. וכתב בזה הש"ך בשם אביו דבדודאי לא נעלם מהסמ"ע הגמ' דבשל"י יש שליח לדב"ע. אבל קשיא לסמ"ע דזה רק סיבה לחייב את המשלח אבל אכתי למה נפטור את השליח הא סוף סוף הוא שלח יד. וא"כ מאי נ"מ מחיובו של המשלח הא בל"ה אפשר תמיד לחייב את השליח. ע"ז תירץ הסמ"ע דיש אופנים שא"א לחייב את השליח כגון שהיה שוגג או שאין לו מה לשלם או שלא היה בר חיובה בזה מחייבים את המשלח. אבל היכא שהשליח בר חיובה ויש לו מה לשלם אפשר לחייב את השליח אף שנתרבה בזה שליחות לדב"ע. והקשה ע"ז הקצות שם סק"א דבמעילה שהתרבה שליח לדב"ע רק המשלח מועל ולא השליח ולמה בשל"י קשה לסמ"ע שאהני הגזה"כ רק לחייב את המשלח ולא לפטור את השליח. והיה אפשר לומר על דרך שכתבנו בריטב"א דמה שבמעילה מהני הגזה"כ לפטור את השליח הוא מפני שעבירת המשלח והשליח הוא מעילה ולגבי מעילה נתרבה שליח לדב"ע. אבל בשל"י כששולח השומר שליח לשלוח יד בפקדון אמנם לגבי המשלח מעשה זה הוא שליחות יד ונתרבה בו שליח לדב"ע, אבל לגבי השליח אין זה של"י אלא גזל ממש. ואם היה עושה כן בעצמו היה גזלן ולא שולח יד. א"כ בזה קשיא לסמ"ע שכאן הגזה"כ יועיל רק לחייב את המשלח אבל לא לפטור את השליח דלגבי שליח זה גזל ולענין גזל ליכא גזה"כ. ותירץ הסמ"ע דמה שחייב המשלח ופטור השליח הוא כשהשליח אין לו מה לשלם.

אמנם תירוצו זה לכאורה נסתר מהא דהוכיחו התוס' בקידושין מב' ד"ה אמאי מהגמ' במעילה שאם שלח שליח להוציא מעות

הערות

המפקיד דף מד.

וציונים

שפט

הקדש ונזכר השליח המשלח מעל ולא השליח. א"כ מפורש שאע"פ שלגבי השליח העבירה הוא הזיד במעילה שע"ז לא נתרבה שליחות מ"מ כיון שלגבי המשלח העבירה היא מעילה בשוגג וע"ז יש שליח לדב"ע א"כ זה מחייב את המשלח ופטר את השליח וא"כ גם בשל"י אף שלגבי השליח אין זה של"י כיון שלגבי המשלח זה של"י צריך להיות המשלח חייב והשליח פטור. אבל בדעת הריטב"א לכאורה דברינו נכונים דבריטב"א הנידון הוא כשלמשלח זה עבירה שאין בה שליח לדב"ע ולשליח זה עבירה שיש בה שליח לדב"ע וזה יש לדמות לרש"י קידושין נ. שאם נזכר המשלח מועל השליח.

למדנו מכל זה דיש לדון באותן עבירות שנתרבה בהם שליח לדב"ע מה הדין היכא שלמשלח זה עבירה שאין בו ריבוי ולשליח זה עבירה שיש בו ריבוי. והדוגמא לזה הוא שמי שאינו שומר, שאצלו הש"י הוא גזל, שולח שומר לשלוח יד. ויש לדמות את זה למעילה היכא דנזכר המשלח שמבואר ברש"י קידושין נ. ע"פ הגמ' במעילה כא. דכיון שלגבי המשלח זה עבירה שאין בו ריבוי אין בזה שליחות וחייב השליח. ובזה יתיישבו דברי הריטב"א. והיכא דהוי איפכא שלמשלח זה עבירה שיש בו שליח לדב"ע ולשליח עבירה שאין בו שליח לדב"ע כגון שומר ששלח אחר לשלוח יד, מדברי הסמ"ע לפי ביאורו של אביו של הש"ך היה נראה לכאורה דבכה"ג אף שמחייבים את המשלח מ"מ אפשר לחייב גם את השליח. אך מהדין של נזכר השליח דמשלח מעל ושליח פטור מוכח שבכה"ג מתיחס העבירה למשלח ופטור השליח.

חבית כולֵה בסים לרביעית. הפשט

הפשוט בגמ' הוא כמבואר בשיטמ"ק בשם הריטב"א שלמ"ד צריכה חסרון החי' שנתחדש בשל"י שגניבת המקצת מחייב על כולו הוא דוקא כשחסר דהיינו שהוציא המקצת

מהחבית. אבל כ"ז שלא הוציא לא נחלט שיש כאן גזילה דחזינן דעדיין לא נחלט אצלו לגנוב שהרי לא הוציא את מה שרוצה לגנוב משאר הפקדון. אבל בחבית של יין שיש לתלות שמה שלא הוציא את הרביעית הוא משום שרוצה שיהיה נשמר ע"י שאר היין, בזה נגמר השל"י ע"י הגבהה ע"מ להוציא רביעית. אך ברש"י מבואר דלא פירש כן שכתב שמה שחייב על שאר החבית הוא מפני שמשמש בשאר היין כדי לשמור את הרביעית שגנב ונעשה שואל שלא מדעת על שאר היין. וכתב הריטב"א דרש"י ס"ל דמה ששל"י במקצת מחייב על הכל הוא דוקא כגון שהשתמש בבהמה שהשתמשות הוא בכולו משא"כ חבית יין כל טיפה הוא דבר בפנ"ע ושליחות יד במקצת אינו מחייב בכל. ולכן הוצרך רש"י לפרש שמה שחייב על הכל הוא מדין שואל שלא מדעת. אך מקשה הריטב"א דא"כ יוצא שאם של"י ע"י שהוציא רביעית יין יתחייב רק על אותו רביעית שביין לא אמרינן מקצת ככולו וליכא לחייב מדין שואל של"מ שאם הוציא את הרביעית אינו משתמש בשאר היין לשמירת הרביעית. ועיין בתרה"כ בס' רצ"ב שמבאר דברי רש"י באופן אחר. דבדאי גם רש"י מודה שאמרינן ביין מקצת ככולו ואם הוציא מקצת חייב על כל החבית. אבל ס"ל דלמ"ד שצריך חסרון לא מהני סברת בסיס להחשיב את זה כאילו חסר והיכא שהגביה ע"מ להוציא רביעית ולא הוציאו אין לחייבו מדין של"י שהרי לא חיסר. ואעפ"כ מתחייב בכולו דמה שצריך חסרון הוא רק כדי שהמקצת יחייב בכולו שזה החי' של של"י אבל לענין המקצת חיובו מדין גזלן וחייב אף שלא הוציא את הרביעית. וכיון על הרביעית יש לו דין גזלן מתחייב על שאר החבית מדין שואל שלא מדעת שהוא משתמש בשאר היין לשמור את מה שגזל. אבל אם הוציא את הרביעית הוא מתחייב בכולו מדין של"י אף דליכא בזה סברא של בסיס. אך א"כ מוכח ברש"י דס"ל כראשונים שהחי' של של"י הוא

וציונים

המפקיד דף מד.

הערות

שצ

כי פליגי דמשמע בהדיא כשיטת התוס' דהחי' הוא ששייך גזילה אף שבהיתרא אתא לידיה וא"כ בלי חסרון לא יתחייב גם על המקצת וצ"ע. בשיטת הרמב"ם בביאור הספק של ארנקי ע' מש"כ הנתיבות בס' רצ"ב סק"ד.

מקצת ככולו אבל לגבי המקצת ליכא חי', ולא כשיטת התוס' ובעה"מ שגם לגבי המקצת יש חי' ששייך גזל על מה שנמצא ברשותו. וכן משמע מרש"י בדף מא. שחי' של של"י הוא שמקצת ככולו. אבל צ"ע לשון רש"י מג: ד"ה