



במסכת בבא מציעא

א

תוכן העניינים

מפתחות.....א	
סימן א	בדין שנים או חזין בטלית ובדין שנים אדוקין בשטר כא
סימן ב	בדיני תפיסה..... ס
סימן ג	עירוב פרשיות..... עג
סימן ד	בסוגיא דר' חייא קמייטא פח
סימן ה	בסוגית הילך צט
סימן ו	בחשיד אממונא אי חשיד אשבועתא קמ
סימן ז	תופס לבע"ח, ומגיבה מציאה, ומיגו דזכי קנד
סימן ח	קנין ד' אמות וחצר..... קעז
סימן ט	שליחות יד..... רג
סימן י	בריש פרק המפקיד..... רכ
סימן יא	בשבועה שאינה ברשותו..... רמט
סימן יב	בענין תחלתו בפשיעה וסופו באונס, ושש"ר..... רנט
סימן יג	בדיני שמירה בבעלים..... רצב
סימן יד	בדיני שמירה שומר שכר וש"ח..... שמו
סימן טו	תקנו משיכה בשומרים..... שמ
סימן טז	הערות לפו"ר ע"ס המסכת..... שע

סימן יז

- שיעורים..... שיעט
- א. בריש שנים אוהזין..... שעת
- ב. בדיני תפיסה..... שפט
- ג. בסוגיא דב"מ ק"ב א' המשכיר בית לחבירו לשנה..... שצט
- ד. בסוגיא דר"ח קמייטא..... תא
- ה. בסוגיית הילך..... תד
- ו. בסוגיא דהמגביה מציאה לחבירו..... תז
- ז. עוד בענין מגביה מציאה לחבירו, ותופס לבע"ח..... תיא
- ח. עוד בענין הנ"ל..... תיג
- ט. בקנין חצר..... תיד
- י. יאוש שלא מדעת..... תטז
- יא. סימנים דאורייתא או דרבנן..... תמז
- יב. בחיוב השבה, ובדין אם נטל לא יחזיר, ובאבידה שאין בה סימן.. תיח
- יג. בפרק המפקיד [א]..... תכא
- יד. פרק המפקיד [ב]..... תכה
- טו. בסוגיא דתחלתו בפשיעה וסופו באונס, ובדין שש"ל..... תמב
- טז. בדין תיקנו משיכה בשומרים..... תמוד

שש99מפתחות

סימן א

בדין שנים אוזוין בטלית ובדין שנים אדוקין בשטר

א. ב' א' תוד"ה ויחלוק, לכאו' במנה שלישי לא שייך כלל חזקה מה שתח"י אדם שלו, אפי' אם החלוקה יכולה להיות אמת, מיהו לענין כל דאליס גבר חשיב שפיר מוחזק, איך מתפרשת קר' הגמ' ואלא מאי רבנן לפ"ז, ובדעת הרא"ש בדין ז"א אני ארגתי ונתברר בעדים שרק אחד ארגה.

ב. ג' א' לימא מתני' דלא כר"י, לכאו' לא אשכחן דקניס ר"י להניח דבר המבורר של מי הוא, דהכא גם הצורך של המנה אינו מבורר לאחד מהם, מיהו אפי"ה חשיבי מוחזקין ממש, אם מחובת הנפקד להניח לפנייהם המנה שלישי, שם אלא אי אמרת ר"י, שם אימא תרווייהו, שם א"נ התם קניס, במאי פליג אתירין קמא, בקר' הגרע"א ז"ל בגהש"ס, שם תוד"ה א"נ, אם חשיב ודאי רמאי כששניהם מודים דבמציאה אתאי לידם, אלא דז"א היום וז"א אתמול, שם תוד"ה אלא.

ג. ב' ב' מציאה הוא דרמו רבנן כו' לכו"ע חידושא דמתני' בדין השבועה, ומתפרשת באופן שאין לומר יהא מונח, גם במציאה ומו"מ דליכא רמאי משכח"ל דליכא מורי ואמר, וניחא לפרש"י, לפרתו' קשה דליתני א"א ותו לא, דלכאו' אין סברא לבטל השבועה במציאה, דאע"פ שיי"ל שטועה, מ"מ חשש תקיפה לא בטל.

ד. בדין שנים שהגביהו כאחת טלית שיש בה סימן, וכל אחד אומר א"א, לדעת רש"י, ואפשר לבאר בזה טעמא דשנים אדוקים בשטר יחלוקו לפרש"י, בדברי הרמב"ן דשטר חשיב ליכא ודאי רמאי, בביאור דברי הרשב"א דבשטר לא מצינן למימר יהא מונח, מיהו אכתי צ"ב די"ל המע"ה.

ה. ג' א' התם קניס לי' כו', בטעמא דקניס ל"ב אפי' בליכא ודאי רמאי, בגמ' מוכח דל"ב קניס ר"י

אף בדליכא ודאי רמאי, במה שהוזכר בגמ' גבי חנוני לשון ודאי רמאי לרבנן.

ו. ב"ב ל"ה א' אם למ"ד חלוקה עדיפא, אמרי' כל דאליס גבר, שם התם ליכא למיקם כו' בדברי הרמב"ן דאף בדאיכא דרד"מ אמרי' שודא, וכן בדאיכא מרא קמא, ובטעמא דמילתא, בטעמא דל"א כל דאליס גבר בדאיכא דרד"מ, לפרתו' בדרד"מ אף שני שטרות חשיבי דרד"מ, ומ"ט לא משני הכי.

ז. שם בביאור הענין מה חשיב ליכא למיקם עלה דמילתא, ואם זה דוקא בדבר שלא הי' ידוע מתחלתו, ואם בכל דבר שביררו היטיב ונתברר דתו ליכא למיקם עלה דמילתא, אמרי' שודא, באוזוין ל"א שודא, שם בתוד"ה רב, ובתוד"ה ושמואל.

ח. שם ל"ד ב' תוד"ה ההוא, תו' לשיטתם דלרבנן יחלוקו אף בדאיכא רמאי, ורק לר"י תליא ברמאי, אבל לפי הרמב"ן בשם י"א ל"ק קר' תו', עוד בקר' תו' להריב"א, בדברי הרמב"ן בשם י"א, שם ל"ה ב' אי דמר לא דמר.

ט. בשיטת הרמב"ן דאין חילוק בין אוזוין ממש לנפקד, והעיקר תלוי אי איכא ודאי רמאי, ולכאו' קשה דאנן סהדי ליכא למימר בנפקד, ובדעת תו' דתפיסתן מסייעת לומר דתרווייהו הוא, ואולי זהו המקור לפלוגתתם באני ארגתי, והדרך הממוצעת ביישוב הסוגיא.

י. ב' ב' בדברי הגרע"א ז"ל דבמו"מ דנקיט מתרווייהו ליכא למימר יהא מונח, ולכאו' אפשר לומר יהא מונח על היתרון שמוסיפין על המחיר כדי ליטול הטלית, בקר' התומים ממ"ש בסי' רכ"ב דאפי' המקח ביד המוכר יחלוקו, במה שדקדק הרשב"א דלהרי"ף חולקין אף בדאיכא רמאי, בתירוצ' הקצה"ח על קר' התומים.

יא. דינים העולים.

יב. ב' א' מתני' שנים אוזוין מ"ט נקט טלית, שם ז"א כולה שלי, לפרש"י הול"ל אני לקחתי, שם

בזמן שהם מודים, שם או שיש להם עדים, שם גמ' תנא לישנא דעלמא נקט, שם ב' לימא מתני' דלא כבן ננס, שם כי אמר סומכוס היכא דאיכא דררא כו'.

יג. ז' א' זה נוטל עד מקום שידו מגעת, אין חילוק בין טלית לנסכא וכיו"ב, כדמוכח משטר, מיהו בכלי ובהמה וכיו"ב דהכל דבר אחד לא אמרי' כמאן דפסיק, ובדין אם צריך שיהא שיעור חשוב בחלק שבידו, בשיטת רש"י והרמב"ם בזה, בדברי הרא"ש שכ' בשנים אדוקים שיעור גע"ג, בדין תפיס בכרכשתא ורוצה לפסקן.

יד. שם מחוי לי' ר"א ובשבועה, בפלוגתא הראשונים ז"ל אם צריך שבועה גם על מה שבידו, ואיך הדין באדוקין בכל הטלית ואין שאר בינתיים, ובמאי דקמ"ל ר' אבהו לשיטת הרמב"ם.

טו. שם והשאר חולקין בשוה, שם ולא קתני זה נוטל כו', שם ומ"ש מדר"ח כו' אם טעמי' דר"ח באינו יכול לנתקו משום דכמאן דפסיק דמי, ובדין סרוכי מיסריך, בדברי תו' כתובות ל' ב' ובקו' הגרע"א ז"ל, שם דקאי דהבא בי מיצעי כו' דמיקרב לגבי חד.

טז. דינים העולים.

יז. שם ת"ר שנים אדוקים בשטר למה לא חשיב הלוח מוחזק והמע"ה, בדברי הרשב"א דבשטר דליכא למימר יהא מונח אמרי' יחלוקו, שם ונפל ממני ומצאתיו, לפרש"י דוקא בכה"ג יחלוקו, שם שלך הוא ופרעתיו לך, אי מיירי בשגם הלוח טוען ממני נפל, בדברי הרמב"ם שנקט הדין באופן אחר, בטעמא דלא אמרי' נפל איתרע, גדר הדברים דתלוי אם הוחזר למלוה מפני הכתוב בשטר, או ע"י סימנים דחזר אלא כשאר חפציו, עוד ביאור בארוכה בטעמא דמילתא דכשהשטר בעין המלוה מוחזק.

יח. שם ולית לי' לרבי מתני' כו' מאי מייתי ממתני', שם מ"ט חספא בעלמא הוא, אם הטעם משום מיגור, או דגם לאחר הודאתו ליכא שטר, בחידוש דאשמועינן התנא במה ששנה פלוגתתם בכה"ג.

יט. שם ב' מחלוקת בששניהם אדוקים כו' אפשר דר"א סבר דלרבי גבי מלוה כולי', בביאור הסוגיא אם ר"י פליג אר"א, ובדברי הש"ך בזה, לפרתו' צ"ע מאי פריך מטלית לשטר.

כ. שם למה לי' וכי לצור ע"פ צלוחיתו כו' בדברי הרמב"ן, ואם מחויב המלוה לקנות הטופס מהלוה כשאין לו צורך בכך, ובדברי הרמב"ן בהשמטה שגם הלוח צריך לשלם למלוה דמי הטופס, בר"ן בשם הרמב"ן דהיינו דמהדרין לאתויי דיחלוקו לדמי.

כא. בדברי הראשונים ז"ל בדעת רש"י, בדברי הטור שלא הזכיר שבועה גם על מה שידו מגעת בשטר.

כב. שם ויחלוקו נמי דאמרן לדמי, בדברי התו' דשמין כמה שוה השטר בשוק, וצ"ע למאי נפ"מ, בדברי הנה"מ בזה, ובדעת ש"פ בזה.

כג. שם הא אפסדוה הא ל"ק כו' עיקר הנדון אם אמרי' לשון יחלוקו במקום שבדאי אין חולקין ממש אלא לדמי, ובמה שלמד התה"ד משמעתי.

סימן ב

בדיני תפיסה

א. ו' א' אי דשתיק כו' ר"ל דאין לשאול מהו כשעדיין שותק, דפשיטא שאין לב"ד להתערב כשהלה שותק ומסכים לתפיסת חבריו, ולא נחית הגמ' לנדון צווח לאח"ז, בהגהות הגר"א דבשתק לא מהני ראי', ואיך אפשר לומר כן בשתק בפני עדים וצווח בב"ד.

ב. שם מ"ט לא אמרי' דאודי לי', שם או"ד כיון דקא צווח כו' בדברי הר"ן בביאור בעיין.

ג. שם את"ל תקפה אחד כו' בביאור הסוגיא לשיטת הרמב"ן.

ד. בביאור שיטת תו'.

ה. בשיטת הר"ן.

בגונא שהי' ראוי לתקן שבועה על בעה"ב, וצ"ע מה שיין מיגו, ושמא אין לחייב שבועה בכה"ג שהי' יכול לפטור עצמו מן השבועה בטענה אחרת, דמי שבאמת פרעו ואינו רוצה לגזול יעדיף לטעון לא שכרתיך כדי ליפטור מן השבועה, בדברי רמב"ח ורבא, ואם חשיב טפי העזה לומר לא שכרתיך היכא דבלא"ה משקר במזיד וטוען פרעתיך.

ה. בדברי הרמב"ן שמיאן בפ"י רש"ג, ובביאור הגמ' לדעת הרמב"ן.

ו. בראית הרמב"ן מט"ט"ג באבידה דלא בעינן שטר, ובקו' מרן זללה"ה ע"ז.

ז. בקו' תו' ב"ק ק"ז א' דלרמב"ח ליהמן במיגו דנאנסו, ומה שקשה על תירוצם דההיא דכפירה קמן, ובמה דנקט הרמב"ן מכח קו' זו דרמב"ח לית לי' דרבה, וס"ל דאמרי' מיגו דהעזה, ובביאור הגמ' בב"ק לדעת הרמב"ן, ואם אפשר ליישב דברי רמב"ח בע"א.

ח. בדברי הרמב"ן בהשמטה סוף שבועות דאף בטוען ברי שפשע דשוב אינו מעיז, מ"מ חייב שבועת השומרים.

ט. ב"ק ק"ז א' תוד"ה עירוב, והנהו דהתם לאו מידי דכפירה ניהו, בביאור תירוצם, ובדברי הרא"ש בתוספותיו, שם בסוה"ד ואין להקשות יהא נאמן כו' בקו' המהרש"א.

סימן ד

בסוגיא דר' חייא קמייטא

א. ג' ב' אבל העדאת עדים דליכא למימר הכי, לכאור' בעדים יש ג"כ ריעותא להצריכו שבועה על השאר, ואיצטריך ק"ו כפשוטו דלא נימא דהודאת פיו מבוררת יותר מעדים, שם ומה פיו שאין מחייבו קנס, שם ר"ח כר"מ ס"ל, אם זה קאי למסקנא, בתוד"ה אשם, ד' א' אתי מגלגול כו' מאי קסבר ר"פ, שם הצד השוה שבהן כו' צ"ב מאי מהני הצד השוה, ושמא אק"ו דמעיקרא סמך, ובגרסת

ו. שם ב' וכי לא תקפו כו' בביאור רא"י דרב המנונא, שם קדושת בכור קאמרת כו' מ"ט לא מיישב משמעות מתני' דהמע"ה, ובדברי הרמב"ם.

ז. תוד"ה והא, ראית רה"מ נחא שפיר כשיש רק כהן אחד בעולם, או שכתבו הרשאה זל"ז, וקו' תו' רק על הממע"ה.

ח. שם גמ' נמצא זה פוטר ממנו כו', שם לעשר ממ"נ, לכאור' אף בדליכא ממ"נ חייב לעשר, ובקו' תו' דיקדיש עשירי וי"א, ז' א' עשירי ודאי אמר רחמנא, שם יהי' קדוש כו' בדעת הרמב"ם דספק מה"ת לקולא, שם מפריש עליהן עשרה שיין ובתו'.

ט. שם במסותא מקרקעי בקו' הגרע"א ז"ל, ובדברי מרן ז"ל דיש ללמוד משמעתין דאף בכה"ג א"י להקדיש.

י. בדברי הפוסקים סי' קל"ח.

יא. ו' ב' תוד"ה פוטר, בטעמא דמהני נכנס בהיתר, ובדברי הרמב"ן, והרא"ש.

סימן ג

עירוב פרשיות

א. ב"ק ק"ז א' עירוב פרשיות כו' בפ"י ריב"א דאפקדון כעין מלוה קאמר, צ"ע מגמ' דסנהדרין, ומהי המשמעות דכי הוא זה אמלוה דוקא, בדברי הרמב"ן ב"מ צ"ח א' דרחב"א פליג ארמב"ח, ודרמב"ח פליג ארבה.

ב. ב"מ ה' א' ח"ש דתני רמב"ח כו' ומתו כולוהו בפשיעה כו' בדעת המקשן והתרצן, ובקו' תו' מ"ט לא מייתי מכמה משניות בשבועות, וביאור הכונה בתירוצם, בדברי הרשב"א שצידד לומר דלרמב"ח לא בעינן ג' פרות.

ג. הערות בתו' בב"ק ק"ז א'.

ד. שבועות מ"ה ב' מתוך שיכול לומר לו לא שכרתיך כו', הא דשכיר נשבע ונוטל הוא רק

ג. בדעת רש"י - בדין פקדון - בקו' תו' ה' א'.
ד. ה' א' איצטריך קרא כו'.

ה. בדין ענבים העומדות ליבצר, בחילוקי הדינים
שבר"י מיגש - בש"ך סי' צ"ה סק"ט - שם
בש"ך סק"ח.

ו. בשו"ע סי' צ"ה ובדברי התומים - בדברי
הקצוה"ח סק"ז.

ז. ה' א' תוד"ה למ"ד.

ח. ד' ב' דהו"ל שטר שעבוד קרקעות - בדיני
השעבוד מדאורייתא ומדרבנן לדעת הרמב"ן.

ט. בתוד"ה אין - בתו' שבועות ל"ז ב'.

י. בדברי הרמב"ן בסוגיא דשבועות.

יא. ד' ב' תוד"ה לעולם.

יב. בדברי הירושלמי בכתובות פ"ב ובשבועות פ"ה
- בדברי הרמב"ן ע"ד הירושלמי - רא"ש שם
ס"א ולא חשבינן לי' כמודה מקצת כו'.

יג. ד' ב' רשב"א אומר הואיל כו' - שם אף זה
ישבע כו' איכא דמותיב כו' - שם א"נ משום
דהו"ל שטר שע"ק כו' - בדברי הגרע"א.

יד. בדעת הרמב"ם, ובריטב"א בשטמ"ק בשם תו'.

טו. שם והא שטר כיון דקא מודי ב' כהילך דמי.

טז. תוד"ה אין.

יז. בדברי בעל העיטור דאם נותן משכון חשיב
הילך.

יח. ש"ך סי' פ"ז סק"ב - בש"ך שם סק"ג -
בנתיב"מ שם סק"א.

יט. עוד בדברי הנתיב"מ סי' פ"ז סק"א.

כ. ב"מ ק' ב' שטענו עבד בכסותו כו' - בדברי
הנמו"י דכשארין החלק מבורר לא חשיב הילך -

נוסחי עתיקי שברמב"ן, בדברי הגרע"א ז"ל דל"א
משואיל"מ בדר"ח קמייטא.

ב. ג' ב' תוד"ה אבל, ביאור דבריהם, וביאור הגמ'
לפמש"כ לעיל, ובדברי הנמו"י.

ג. ד' א' שכן לא הוחזק כפרן, בדין כופר בפקדון
דאית' בעיני' והוחזק כפרן, בתו' ובתו' הרא"ש
בשם הרמ"ה.

ד. ה' א' ת"ש דתני אבוח דר' אפטוריקי כו', שם
כתיב הוא וכתוב זה ביאור הדברים, ובמאי
דקיי"ל כר"ח.

ה. ד' א' אלא דקאמר ותנא תונא מי דמי כו' אאידך
דר"ח כו', בביאור הדברים, בדין הטוען להד"ם
ובאו עדים שלוח וחזר ואמר לויתי ופרעתי, בדברי
הסמ"ע דלא חשיב העדאת עדים, בביאור הסוגיא
לשיטת הרשב"א ודעימי', ואם בעינן שיתעורר חשש
משקר ע"י העדים שחייב מקצת, ונפ"מ כשנתברר
שטעה, ובדברי הש"ך סי' פ"ז סק"י"ב וסי' ע"ה
סק"י"ט בכ"ז, ובדין חמשין א"י אם פרעתין
דחשיב הודאת פיו, ובדברי הקצה"ח שם, ובשו"ע
סי' שס"ד ס"ו למה אינו חייב מדין גלגול שבועה,
בדברי הר"ן בנ' דחבלה, ובש"ך סק"י"ג, עוד בדין
מתחייב ע"י טענותיו כשנתברר שטעה, ובתשו'
הרשב"א סי' רמ"ו.

ו. בטעמא דנשבע מב"מ בדאית' קמן וליכא למימר
אשתמוטי, בקו' הגרע"א ז"ל ג' א' דמ"ד חציה
שלי הוה מב"מ.

סימן ה

בסוגיית הילך

א. ד' א' ור"ש אמר הילך פטור כו' כמאן דנקיט
להו מלוה דמי כו' - במ"ש ק' א' ז"א גדול וז"א
קטן - בדברי תו' דלמ"ד הילך פטור חשיבא העזה
ככופר הכל.

ב. שם והא הכא כיון דתפיס כו', מתי הדרינן
מטעמא דמוב"מ, בדברי הרמב"ן - בפ"י הרו"ה.

עוד בדברי הנמו"י הנ"ל - בקו' הקצה"ח ע"ד הנמו"י.

כא. בדברי הגרע"א כתבעו ק' ומודה נ' ואומר הילך כ'.

כב. בדברי ההגהמ"ר שבב"י סי' ע"ה ס"ד - בשו"ע סי' ע"ה ס"ד - בבהגר"א סי' פ"ז ס"ק ט"ז.

כג. שו"ע סי' פ"ז ס"ד.

כד. בבהגר"א סי' פ"ח ס"ק נ"ז - בתמיהת הגרע"א למה לא הוזכר בפוסקים טעמא דמסייע לי' שטרא.

כה. שו"ע סי' פ"ח סכ"א.

כו. כמה אופנים נוספים בדין זה גובה וזה גובה.

כז. כשמודה שהפקדון בידו ותופס בו עבור חוב אחר שהתובע כופר בו באיזה אופן יחשב הילך.

כת. בשו"ע אם נראה לדיין שהוא מערים.

סימן ו

בדין מיגו דחשיד אממונא אי חשיד אשבעתא

א. ה' ב' תוד"ה דחשיד, דגולן לא פסול לשבועה אלא מדרבנן, ר"ל דנהי דהתמירו מדרבנן לפוסלו, מ"מ ודאי שיש תועלת בשבועה כיון דחמירא להו ואין לפוטרו בלא שבועה, ברם צ"ע בעיקר הדברים דמשמע ששבועה ועדות היינו הך, ולא רק מדרבנן השוו זל"ז, ובמשמעות הגמ' בזה, ובתו' ב"ק ק"ח א' דגם חשוד על השבועה כשר מדאו'.

ב. שם בגמ' ונימא מיגו כו' הא דלא מייתי מכל הנשבעין ונוטלין, י"ל מפני שלא נטלו עדיין ולא חשידי, וליכא לאוכוחי מזה לאותו שכבר עבר אממונא אלא שיפרוש ע"י שבועה, א"נ לא פריך אלא מהני שבלא שבועה הדין כמו עם השבועה, בקו' הגמ' אפשר לומר דהיינו רק על עיקר התקנה בכח"ג דחשיד, אבל אם אירע גונא דליכא למימר

אשתמוטי שפיר אמרי' דלא פלוג ומשבעין לי', ובביאור הראי' משבועת היסת לפ"ז, מיהו בראשונים ז"ל ל"מ כן, ובקו' התומים אמאי משבעין ש"ד אחר שבועה דרבנן, ובתשו' הרשב"א בזה.

ג. בקו' הרמב"ן ו' א' בשבועה שא"ב הא משעת כפירה איפסיל לי', ומ"ש משנים אוחזין בטלית, ובאכל הפקדון אם ג"כ שייך לנדון דחשיד אממונא כו', בפר"ת בשליחות יד דהיינו אכלה.

ד. ה' ב' אלא הא דתני רמב"ח כו' בפרש"י מ"ט לא פריך משבועת השומרים דחייב רחמנא, ובתירוץ הגמ' לפ"ז, בדברי הרמב"ן דשבועת השומרים ל"ק אף בלא טעמא דאשתמוטי, ולכאו' אפשר לומר דגם כשאין דעתו לשלם כלל, לא חשיד אממונא, דמורי ואמר לא נהניתי משלו כלום.

ה. ו' א' שלש שבועות משביעין אותו, בפשוטו נראה דהשומר צריך לישבע ששימר כראוי, דאינו מחויב לידע מה אירע לפקדון, ולכן בעינן ג' שבועות, בביאור הוכחת הגמ', ובקו' הרמב"ן ותירוצו, ובקו' אמו"ר שליט"א נימא דמשתמיט עד דמייתי לי' מאגם כדאמר ב"ק ק"ה ב'.

ו. ה' ב' תוד"ה ההיא, דאי איכא סהדי דנשבע לשקר כו' יש לעי' אם לאחר שנשבע אמרי' איגלאי מילתא דמשעת כפירה לאו לאשתמוטי הוה ובפשוטו אינו נפסל אלא מכאן ולהבא, ב"ק ק"ה ב' הב"ע דקיימא באגם כו' לכאו' כונת הגמ' בדיעין שלא נתכוין אלא לאשתמוטי, ופסולו רק משום דעבר אשבועת הפקדון, אבל לא תלינן באשתמוטי אדאזילנא, היכא דמשומר ברשותו במקום רחוק, ובביאור הגמ' שם, כללא דמילתא דלא מכשרינן לי' ע"י תלייה פרטית באדם זה, ורק בתלייה כוללת כאשתמוטי עד דהוו לי' זוזי בזה תלינן אף בלא ידיעה.

ז. ו' א' משתבע נמי מספק, משמע דבודאי מלוה ישנה לאו שבועת שוא היא, ובפרש"י בזה, ואמאי לא חשבינן לי' חמסן לאביי, שם תוד"ה ממון.

י. שם א"ל שאני פועל דידו כיד בעה"ב הוא, שם והאמר רב פועל יכול לחזור בו כו'.

יא. בעיקר הנידון דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה, בדברי הגרע"א תשו' סי' קל"ג.

יב. רא"ש פ"ק סכ"ז וכתב רב אלפס כו' בפלוגתא רא"ש ורי"ף, רא"ש גיטין פ"א סי"ט.

יג. טור סי' ק"ה בדברי בעה"ע כיון שקנה נפטר הלזה וחייב באחריותו, בדברי ב"י בכדה"ב בבהגר"א סקי"ג.

יד. שם בטור כתב הרמב"ן נפקד כו' שתפיסתו מועלת לענין ג' דברים ובדברי הב"ח.

טו. ח' א' תעשה זו כמי שמונחת כו' בשטמ"ק בשם הראב"ד, שם התם האי קאמר כולה שלי כו'.

טז. שם והכא ה"ט מיגו דזכי כו' בטעמא דמיגו משוי לה כאינה מונחת ע"ג קרקע, שם תוד"ה ומאי.

יז. בשותפין שגנבו והתנו ביניהם.

סימן ח

בקנין ד' אמות וחצר

א. י' א' כיון דנפל גלי דעת' כו'. למה באמת נימא דלא ניחא לי', ואיך הדין באינו יודע דד"א מהנו, ושמא מוותר על זכותו בקנין חפץ זה כלפי חבירו, ובטעמא דבעינן בא אחר והחזיק בה, ואין השני קונה בד"א.

ב. בטעמא דאתו לאנצויי, ובדין מתנה ומו"מ, ובדעת תו' בזה, בקו' תו' מהי' מגרר ויוצא, ובש"ך סי' רמ"ג שכ' דיש לקיים מסברא דגנב לא תיקנו, עוד יישוב בגנב מ"ט ל"ק, בדברי הקצה"ח שם דלדינא ליכא נפ"מ בהא דגנב ל"ק.

ג. בדין מהלך אי אית לי' ד"א, בדברי הראשונים ז"ל דד"א שאמרו הם לכל צדדיו, והיינו דוקא

ת. שם חיישינן שמא מלוה ישנה במחלוקת הראשונים ז"ל אם לאביי חשוד אממונא חשיד אשבועתא, ואם אביי מפרש דברי ר"י, או דפליג עליה.

ט. בדברי הרא"ש שאין נפקותא בין ר"י ואביי, אם כונתו דאמרי' לא פלוג, ובדין מחל כל מלוה ישנה, בביאור דברי הריטב"א בדין טוענו מנה של רבית, בדברי הנה"מ סי' צ"ב בשם התומים דצריך ליזהר באיש שיש לו פטורים משאר תביעות, דתו ליכא למיחש למלוה ישנה, שו"ע שם ס"ג.

י. בשו"ע סי' צ"ב ס"ד, בתשו' הרא"ש כלל צ"ד דבמענות שבעיסקא לא אמרי' אשתמוטי.

סימן ז

תופס לבע"ח, ומגביה מציאה, ומיגו דזכי

א. גיטין י"א ב' התופס לבע"ח כו', ב"מ ח' א' בדברי רבא, ב"מ י' א' בדר"נ ור"ח דל"ל מיגו.

ב. גיטין שם תוד"ה ש"מ.

ג. גיטין שם כל האומר תנו כו'.

ד. ב"מ ט' ב' תנן התם מי שליקט את הפאה, בד' רש"י גיטין י"א ב' מי שליקט ובירושלמי פאה פ"ד ה"ו, במימרא דריב"ל בבעה"ב עשיר נחלקו, אבל בבעה"ב עני כו'.

ה. ב"מ שם ולימא מר מעני לעני מחלוקת.

ו. שם דהא מציאה הכל עניים אצלה ותנן כו' ובדברי תו' גיטין דבמתנה תן לאו כזכי.

ז. י' א' א"ל מתני' דאמר תחילה ה"נ מסתברא כו', שם ואידך תנא סיפא כו'.

ח. ביצה ל"ט ב' במגביה מציאה לחבירו קא מיפלגי כו', ובבה"ל סי' שצ"ז סט"ז.

ט. י' א' ארחב"א אר"י המגביה מציאה ובירו' פאה פ"ד ה"ו.

ד"א, ובדין מי שיש לו זכות הילוך בחצר חבירו, אם קונה בה מדין חצר.

ט. י' ב' ר"פ אמר כי תקינו כו' אי ר"פ פליג אדינא דכיון שנפל כו', וזה תלוי אם מודה לדרב ששת, ורחב"י וריב"א ודאי פליגי, ובדעת הראשונים ז"ל בזה, להסוברים דלא אמרי' כיון דנפל כו' אם הטעם משום דאין זו הוכחה, או דלא מהני גילוי דעתא, בקו' הגרע"א ז"ל מסי' קצ"ח סי"ב, ויש לחלק בין מו"מ למציאה, ועי' סק"י.

י. בדברי הרמ"ה שבטור סי' ער"ה דהבונה בנכסי הגר משלו יכול ליטול עציו ואבניו, ולא מהני העמדת דלתות דשני, ובטעמי' דהרמ"ה דהבונה לא קנה האבנים בהגבהה, ומ"ט ל"ק בד"א, ובדברי אאמור"ר שליט"א בזה.

יא. בדברי הט"ז אם ד"א קונות שלא מדעתו.

יב. בתו' י' ב' שכ' דיש גם דין ד"א בגט, ובגהש"ס בזה.

יג. י"א א' דתניא ה' עומד בעיר ואומר כו' לכאור' נראה דשכחה שייכא רק בשכחה הנגרמת במעשה העימור, אבל לא שכחה שמחולשת הזכרון, וכששכחוהו פועלים אע"פ שבעה"ב זכור ורק לבסוף שכח, חשיב נמי שהשכחה נגרמת ע"י הפועלים, שזה שהם לא אספוהו גרם שלא יגיע לידי בעה"ב, ואם הכניסו בעה"ב לרשותו בטל שכחת העימור, ואם ישכחנו אח"כ ה"ז כשוכח שאר חפציו, ולפ"ז צ"ב מהו שכחו בעה"ב ולא שכחוהו פועלים, ובטעמא דעומר שהחזיק בו להוליכו לעיר אין בו שכחה.

יד. שם תוד"ה זכתה ועוד כו', בביאור הרא"י מדריב"ח, ובמש"פ מהרש"א בזה, ולכאור' אין להצריך אמירה אלא כדי שתשתמר על ידו, והיינו היכא שצריך למנוע הרצים או העניים מלזכות, ואם יש להצריך יותר אמירה בשכחה כדי להוכיח שכונתו לבטל שכחת הפועלים, או דשכחה עדיף דאכתי ממונו הוא, ובפשוטו מדיוקי דמתני' וברייתא יש להשוות שניהם, ובדעת הרמב"ן בזה, ובדין אם

במשתמרין על ידו, בדברי הראב"ד ט' ב' שדקדק מהגמ' דמהלך לית לי' ד"א.

ד. בדין נפלה המציאה אחר שהגיעו שניהם לד"א בוא"ז, אם יש להוכיח ד"ז מגמ' דגיטין, ובדברי הקצה"ח סי' רס"ח בזה, במ"ש הנה"מ שם דבהי' אחר ונסתלק זוכים שניהם כאחת בד"א.

ה. במשה"ק הראשונים ז"ל למה תיקנו משיכה ליקני בד"א, וצ"ע מאי קו' הא סתמא המוכר קדם, ויש לעי' מ"ט מהני משיכה בד"א של מוכר כשהמוכר קדם, ולכאור' כיון שאין דעתו עליהם לא חשיבי ד"א ידידי', וא"כ לעולם יכול הלוקח ליתן דעתו עליהם, וסוגיא דגיטין יש לפרש כשהבעל נותן דעתו לקנות הד"א, מיהו מסתברא שלא תיקנו בקנין ד"א שיועיל ע"י ויתור המוכר לחוד, דסו"ס אין כאן מעשה קנין של הכנסה לרשות לוקח, ואפשר דלעולם הד"א הם של מי שקדם אף כשאינו חפץ בהם, דד"א של אדם זוהי מציאות, ועוד בזה, צ"ע במה שנקטו הפוסקים דהרא"ש פליג על הרשב"א בדין קדם הכלי ללוקח, ואיך ביארו קו' הרשב"א, ולענין הלכה לא מצאנו חולק, והרבה ראשונים כתבו כהרשב"א, הא דמהני משיכה בד"א של מוכר היינו מפני שקנין ד"א אינו מונע מהלוקח להניח חפציו שם.

ו. בדברי הרמב"ן דד"א מהני בגט רק מדין אפקעניה, טעמו מפני שלא זוכה בגוף הד"א, ולש"פ י"ל דסגי בנותנו במקום שהוא מוחלט לבעלותה, ולפ"ז אפשר לומר דיכולה לשומרו נמי מהני מדאור', בדין יכולה לשמרו אם זה כעין קנין חצר, או דדוקא באופן זה שבזמן המסירה יכולה לשמרו, ונפ"מ בקדושין, בדברי הקצה"ח והנה"מ בקדמו הקדושין, בדברי הגרע"א ז"ל דאחד יכול לקנות הד"א לענין מציאה, ואינו מונע בכך מאחר לקנות בהם במו"מ.

ז. במה שנסתפק הגרע"א ז"ל בעומד אמה אחת ברה"ר סמוך לסמטא אם יש לו ג' אמות בסמטא.

ח. י' ב' בשדה דבעה"ב לא תקינו לי' רבנן, בדברי הרמב"ן שנסתפק בשבילי הרשות אם תיקנו בהם

חיובו בלא מעשה, ובפשוטו משמע דאף שמונח בחצרו פטור לב"ה, ובדברי מרן ז"ל בזה, בטעמא דלב"ש מתחייב בכולה ע"י מחשבת רביעית, ובמה גרע חושב מהטה ונטל, שם הגביהה ונטל, בפשוטו אע"פ שאינו מכוין לקנין חייב, שם משלם דמי כולה ולא חשיבא השבה לר"ש כיון שאפשר שתחמיץ, ובדברי הראב"ד שהטלטול גורם לחימוץ.

ג. מ"ד א' שאני הכא דניחא לי' כו' אם הטעם דש"י צ"ח שמא ימלך ויחזור בו, א"כ למה נחליט כאן שלא יחזור בו, ונראה דבכה"ג נחלט הקנין בהגבהה כיון שאין חסרון בשלימות בעלותו במה שלא נטל, שם אמרי לא כו' יש להבין למה נקט שמואל דבריו הכא אם ס"ל דאצ"ח, שם בעי רב אשי כו' משמע דדינרים עדיפי משמן דלא סגי לי' בהגבהה כמ"ש תו' מ"א א', ויש לרדן למ"ד אצ"ח אם הגבהה הכיס לצורך דינר אחד מייחסת הש"י לכולו, ואם מתחייב בכל מיד בהגבהה פשיטא דחייב בכולו, וא"כ נפ"מ בבעיא דר"א אף למ"ד אצ"ח, ובביאור דברי הרמב"ם בזה, בדין הגביה חבית של שמן ע"מ לחסר והניחה והטה ונטל אם בטלה הגבהה קמייתא.

ד. מ"א א' תוד"ה שנטלה והיינו חסרון כו' מבואר דגם בזה בעינן לחידוש התורה דש"י, ובטעמא דמילתא, שם תוד"ה שנטלה ע"מ כו', לכאור' עדיף לפרושי לישנא דטלטלה בש"י, וא"כ קשה נוקמה בחבית של יין, וי"ל דכל העדיפות בש"י הוא כשלא חיסר עדיין, וחבית של יין כחיסר דמי, בטעמא דשתיק רב למאן דמוקי לה בש"י, והא רב סבר צ"ח, שם תרגמה ריב"א קמי' דרב כו' בדברי רש"י דר"ש לא שביק דליסיימו לתירוציהו כו', שם ור"י הניחה במקומה משמע, לכאור' כשמניחה מידו לצורך הגזולות ע"כ אינה במקומה, וי"ל דע"כ מיירי כשכבר גמר שימוש, דאל"כ עדיין אינו משיב את הגזילה, ועיקר כונתו דומיא דרישא כמ"ש הריטב"א, וצ"ע אמאי לא קי"ל כר"ש דאשכחן במנחות נ"ח א' דר"פ סבר כותי'.

ה. שם דתניא רועה שהי' רועה כו'. צ"ב למה נקט דינא דש"י בכה"ג, ומשמע דכשהוא עם עדרו

מוכח ממעשיו שכונתו לשמר ולזכות, אם צריך אמירה, ובסוגיא ק"ב א' דביצא לו שם מציאה בעיר הו"ל כחצר המשתמרת, ואם מיירי שאמירתו קודם שנפלה המציאה, במה שהוכיח הגר"א דצריך אמירה מהא דלא מוקמינן מתני' במשתמרת.

טו. ב"ק מ"ט ב' הב"ע דליתי', בביאור מש"פ רש"י דליתי' בעיר, וביאור הסוגיא לפירושו, וכד' תו' בב"מ, ודברי התו' בב"ק צ"ת.

טז. בדין חצר שא"מ ועומד בצדה אם קונה לו שלא מדעתו, לכאור' יש לרדן דכשא"י אינו משמרה, ובדין משכנו של גר שמשמרו לשם משכון, בביאור קר' הגמ' י"א א' ותקנה לי' שדהו, והיכן מוכח מדריב"ח איפכא.

יז. בדין כסבור שהוא שלו, אם חצרו קונה לו, בדברי המהרי"ט והמל"מ בזה, בראית אאמור"ר שליט"א מב"ק מ"ט ב' ובירור' כתובות שכ' דל"ק, ואפשר דהירור' סבר דלא כריב"ח, בדברי הרשב"א גיטין כ' ב' דמשמע דל"ק, ובדין דעת אחרת מקנה אי מהני, ובדברי הגרע"א ז"ל דמהני אפי' שניהם סבורים שהוא שלו וקר' מגמ' דיבמות דמדמי קדושין.

סימן ט

בדין שליחות יד

א. מ"א ב' לא תאמר שליחות יד כו' ותיתי משואל כו', פי' מעיקר דין שואל, ויש להבין איך נלמד מזה דע"י מקצת מתחייב בכל, ולמה לא נחייב גם בשימוש שאינו מחסר, ובקו' קמייתא י"ל דבאמת גם שואל מקצת מתחייב בכל, ובביאור טעמא דס"ד דש"י בבעלים פטור, ובששל"מ פשיטא דחייב דאין בעליו עמו שאינו יודע ששואל וגם אינו מסכים, ובקו' דחסרון י"ל דכשהשאר נשאר בשמירתו לטובת הבעלים לא דמי לשואל שמוציא החפץ מרשות בעלים לצורך שימוש.

ב. מ"ג ב' מתני' החושב לשלוח יד כו' הא דסגי לב"ש בחושב היינו מפני שהכל ברשותו, ואף באגם חשיב תחת ידו, וב"ה סברי דאין להחליט

רביעית שמעשהו מתייחס לרביעית, וה"נ חיובו נחלט על מה שמחסר, ועד"ז אפשר לפרש דברי הרשב"א והריטב"א דנטל ע"מ לשלם, דכשדעתו לשלם החסרון מתייחס שימושו רק למה שמחסר, ובעיקר הדברים ומקורם דש"י ע"מ לשלם מנ"ל.

ט. ביישוב הרמב"ן מ"ט לא נעשה ששל"מ בהניח מקלו ותרמילו עלי, ובקו' הנמו"י א"כ גם בחבית דמתני' כן, בקו' הר"ן היכי גמרי' ש"י משימוש שאינו מחסר, ואם לפי תירוצו ג"ז בכלל ש"י למ"ד אצ"ח, ואם מתחייב במשיכה ע"ד להשתמש דלא דמי לדעתו לחסר שזוכה מיד, ואם למ"ד צ"ח חייב באונסין לפי ערך המעט שנשתמש.

י. ביאור שיטת הרמב"ד בשטמ"ק, דשומר עדיף שאינו מוציאו מרשות בעלים, ובסתירה שיש מדבריו בהשגות בדעתו לחסר רק מקצת, ביישוב קו' הרמב"ן על הרו"ה, ובביאור דברי הרו"ה.

יא. בדברי הטור דשל"מ חייב רק משנשתמש, במקור הדברים, ואפשר דדוקא בשומר קאמר, ובדברי המחנ"א בזה, במה שדקדק הגר"א מלשון רשב"ם כהטור, ובדעת הרמב"ם בזה.

יב. בדין הגביה ע"מ לחסר רביעית למ"ד צ"ח אם פטור אף על הרביעית, נראה דיש פלוגתא בדברי הראשונים ז"ל בזה, וזה תלוי בדין גזול דעלמא כה"ג, ומהו החידוש של ש"י דקרא.

סימן י

בריש פרק המפקיד

א. מתני' או שאבדו, פי' הראשונים ז"ל דנפ"מ ליוקרא, ולכאו' אם מרויח ביוקרא מפסיד בזולא, וא"כ אין בזה כ"כ חידוש, ובטעמא דקתני למי משלם, שזה כמיותר, ברם מדברי הראשונים ז"ל מוכח שאינו מפסיד בזולא, מדהוצרכו לומר דחשיב שבחא דמעלמא, ואם צריך להחזיר גוף הבהמה ניחא, וגם ניחא לפ"ז דגזירות שלאחר גניבה חשיבי מגופה, אבל העיקר נראה דגוף הבהמה לשומר, וכ"נ מסוגיא דב"ק, והכא היינו טעמא

לא קפיד על הנחת מקלו, והיינו דפריך הא שקלינהו דכשהלך משם אינו משאירם על הבהמה, דאינו משתמר, וניחא דקדוק הרמב"ן, ובמה שיש לדקדק לפרש"י דהקו' רק כרי"ש, חדא דהלשון משמע שהנחת מקלו ותרמילו אין בה כדי לחייב, וגם לא הו"ל לסתומי כרי"ש, ועוד מ"ט לא פריך מהא לא משך ברישא, וכן מדקאמר וכי עודן עלי' מאי הוי, בעיקר הדברים לכאו' י"ל דכיון דלא קפדי בעלים כ"כ נהי דש"י חשיב, מ"מ לא כלתה שמירתו, ומודה ר"ע דהויא השבה, וצ"ע מנ"ל להראשונים ז"ל דבכל ש"י פליג ר"ע, שם ובא זאב וטרף, שם בעודן עלי', אפשר דלפ"ז מתפרש הניח השאיר.

ו. בדין ש"י למ"ד אצ"ח אם צריך מחשבה ע"מ לחסר, בביאור פלוגתת הראשונים ז"ל בזה, ובדברי הרמב"ן מ"ג ב' במתני', וניחא קו' תו' לעיל שם ד"ה ב"ש, ועיקר הנדון אם הא דאצ"ח בהגביה ולא חסר תלוי בהגביה לשימוש שאינו מחסר, ולפ"ז מתיישב טפי הא דגמרי' משואל רק ש"י שיש בה חסרון, ולפ"ז ניחא הא דמהני חסרון שקודם המשיכה, ובביאור דברי רב שרמז החסרון בענין המשיכה, ויישוב סוגיא דגמ' מ"ג ב' דאף אי ש"י אצ"ח, ששל"מ אינו לוקה בחסר ויתר למ"ד שואל הוי.

ז. שם אימא שהכחישה במקל, צ"ב דהעיקר חסר מן הספר, וי"ל דכיון שאין השימוש הזה מחסרה, אלא שהוא הניח בלא זהירות והכחישה, איכא שפיר החידוש דחשיבא ש"י בשימוש מועט, ורב סבר דהברייתא מתפרשת שש"י שהניח משכה, ועפ"ז ניחא הא דאיצטריך להראב"ד בעודן עלי', אע"פ שכבר הכחישה, ולפרש"י ל"ק כ"ז בלא"ה, שם שהכחישה במקל ורצתה לפניו, לכאו' כיון דבעינן רצתה, ע"כ למיתני הכישה במקל, ובדיקא נמי לפרש"י ותו', שם והא לא חסרה כו' לפרש"י צ"ב מאי פריך בפשיטות הכי, הרי סופה ליחסר ושמא כבר חסרה, ובדברי הריטב"א בזה, ובהא דחזינן דסגי בחסרון שקודם השימוש לפרש"י.

ח. ביאור דברי רש"י דבבע"ח שדרכן ליכחש אינו מתחייב משום ששל"מ, דדמי למגביה ליטול

שבשעה שמשלם קיבל זכות לקנותה, אם ירצה, ויכול להחליט בדבר לבסוף כשימצא הפקדון.

ב. ל"ד א' בדין שבחא דמגופה שלאחר גניבה, בשיטת הראשונים ז"ל, ובדעת המ"מ, ובסברא י"ל דמודה לישנא קמא דלאחר גניבה ה' ראוי ליתן לשומר.

ג. בדין יוקרא לל"ק, ובדברי המ"מ בזה, ואם בכלל ותרצה ותשלמני גם גיזות וולדות שברשותו, בש"ך בזה, ואם סתמא מקבל שמירה על גיזות וולדות, או צריך להחזירם לבעלים, בדין יוקרא דמשעת גניבה עד שעה ששילם, בדברי הראב"ד ובש"ך וקצה"ח בזה, ובדין שבחא דמגופה שלאחר תשלומין.

ד. בדברי הש"ך שהשומר צריך להוכיח מתי אירעה הגניבה, ובדעת האחרונים ז"ל בזה, במה שדן הגרע"א ז"ל אם מקנה ל' כפילא כששילם כשעת הזול, ואם כשהשומר משלם אע"פ שפטור סגי בשווייה בזמן המסירה, בדברי מרן ז"ל בזה.

ה. תוד"ה א"נ, י"ל דכיון שלא נחלט הקנין סמוך לגניבה, אין מחדשים לומר כן, ובחידושים ע"ש ריטב"א באמת כ' דלא קנה, בקו' הגרע"א ז"ל דנימא דגוף מהיום ופירות סמוך לגניבה, בקו' הרשב"א אליבא דל"ק, שם בא"ד ושמא י"ל כו' כאן משמע דלא כהש"ך ובמה שתירץ בתו' הרא"ש בזה.

ו. שם גמ' א"נ דקיימא באגם, בביאור הסברא דל"ב, ובדיוקא דמתני' דקתני מי שהפקדון אצלו, ואי משכח"ל דלא קנה לל"ק, בדברי הרשב"א דלרבא קנה גם באגם, בהא דמשמע ברשב"א שהשומר מביא עדים שהיתה ברשותו, בפר"ח הנדמ"ח, ובהשמטת הרי"ף, יש להסתפק אם בכלים דליכא שבחא דמגופה נמי פליגי.

ז. שם ש"ח כיון שאמר פשעתי כו' פשיטא ל' לר"פ דאמירתו שהוא פטור לא מעלה ולא מוריד, כ"ז שלא נשבע, ובדין יש עדים שפע, בהבנת לישני' דר"פ לדעת הרשב"א, וראי' מס"ד

דרבא בכיפי דעיקר הטעם מפני שהודה אע"פ שהי' יכול לפטור עצמו, ושיטת היר"ו שונה לגמרי מתלמודן, דמפרש טעמא מגזיה"כ, ולכן כל שחייב ע"פ דין, בכלל הגזיה"כ, בנה"מ סי' רצ"ה סק"ג.

ח. ל"ד ב' וחזר ואמר איני משלם, במ"ש הראשונים ז"ל שאינו יכול לחזור בו, לכאור' יש לחלק כיון שהמפקיד שמא, וגם ק"ק לומר דדוקא באמר בב"ד מקנה ל' כפילא, ובעיקר הסברא אפשר להבין דאינו חושש שיחזור, בדברי הרא"ש שכ' דאף באמר פשעתי שחייב עצמו ע"פ דין קמיבעיא לן, ולכאור' יש ראי' מבנים שהם פטורים ואפ"ה קמיבעיא לן, בקצה"ח ונה"מ סי' ס"ט בזה.

ט. ל"ד א' הכי אמר אב"י כו' כ"ז בתנאי שיכול לפטור עצמו בממ"מ, בדברי התו' דשואל שהתנה להיות כש"ח, דינו כשואל לאב"י ולכאור' היכא דבאמת נגנבה ראוי שיפטר, דמ"מ עשה לו טובה, ואפשר דלפרתו' הריני משלם לאו כשילם ממשי, אלא דמ"מ מקדים להקנות לו לפי שעשה לו טובה, וניחא בזה דבנשבע משום דאטרחי' אינו מקדים להקנות לו לפי שעשה לו טובה, וניחא בזה דבנשבע משום דאטרחי' אינו מקדים להקנות לו עד שישלם, מיהו נראה עיקר דהריני משלם כשילם, ומ"מ בשואל מאחר מלהקנות כ"ז שלא נגמר העסק לגמרי, בדברי הגר"א ז"ל בטען ממ"מ ושילם, ובמה שהשיג על הש"ך סי' קכ"א.

י. ב"ק ק"ח א' כיון דאטרחי' בשבועה כו' אבל לכו"ע לא נסתלק להיות כאחד מן השוק ששילם, שם וקמפלגי בדיוקא דמתני', כו"ע מודו שהתנא נחית להשמיענו ד"ו, ובזה ניחא ששנה מתני' בש"ח דוקא, דבנשבע לשקר אינו מקנה לו כפילא, בדברי הגרע"א ז"ל שכ' גם ליישב עפ"ז קו' תו' מכיפי, שם טעמא דל"ר לשלם הא שילם כו', בביאור הדברים דרצה ול"ר דקתני היינו במעשה דוקא אבל לא שייך לדון דליסגי הכא באמירה דהריני משלם.

יא. בדברי התו' בב"מ דבנשבע בעינן דוקא שילם, בפשוטו הטעם משום דאטרחי', או מפני שיכול לחזור בו, אבל לפמשנ"ת אין שייך לדון שיהא ערך

יז. שם שילמו בנים מאי, מהו הנייח נפשי, ומ"ש בנים, ובנדון מתי מת האב, ובפשוטו אם מת המפקיד קודם שנגנבה נעשה הנפקד שומר של הבנים, בדברי הראב"ד והרשב"א בכ"ז, ובהשמטת הרי"ף דשילם לבנים.

יח. שם שילם מחצה מאי, אי מיירי בטוען שפטור דוקא, או אף בחייב ולא ציית דינא, ולכאור' שואל מיירי רק בחייב, דסתמא אין הנדון באמר הריני משלם, אלא שלא הספיק לשלם, שם הערה בתוד"ה שאל, בדברי הרמב"ם דמפני תפיסה.

יט. בדברי הרא"ש דבאמר הריני משלם צריך שישבע שא"ב, צ"ב מה הסברא בדבר.

סימן יא

בשבועה שאינה ברשותו

א. ל"ד ב' אר"ה משביעין אותו שבועה שא"ב, שבעה זו מדרבנן, ואינה ענין לשבועה שא"ב דשומרים, וצ"ע ק' בלשון הרמב"ם.

ב. שם שמא ישבע זה, פ"י הרי"ף מיושב יותר בסתמות הלשון, וביאור אוקימתא דאביי ל"ה א', דאין כונתו שנשבע לשקר, אלא שלא חיפש כראוי, בדברי הרשב"א שהק' לפר"ח מאביי, וכתב דלפרש"י ניחא, אם מפרש דהחשש שנשבע לשקר ממש, במ"ש הרשב"א ליישב פרש"י, וכמה קו' לפירוש, וכמה קו' לפר"ח.

ג. ל"ה א' רא"א זה נשבע וז"ל, בדברי הראשונים ז"ל דאף במאמינו חייב לישבע, ובמה שיש לדון בזה, ואין דוחק לאוקומי רישא באינו מאמינו.

ד. במה שמבואר בשו"ע סי' ע"ב סט"ו דבדבר מצוי ליכא חיוב שבועה שא"ב, אע"פ שהלוח טוען ששוה יותר, ולמה לא נחוש שבשביל כך מעכבו, ויש לבאר בשני אופנים, ולמה יש לחוש שיוציא הפקדון בכה"ג, בשו"ע שם סוסי"ב מה דעת הסה"ת במאמינו ולענין הלכה, ובדין כשהמלוה חשוד.

לאמירה שהמעשה סותרת, ורק מעשה מוציא מיד מעשה, וראי' לזה מהגמ' דרק איני משלם וחזר ואמר הריני משלם מהני, ב"מ ל"ד א' טעמא דל"ר כו' אמאי לא דייקין נמי טעמא דנשבע, עיקר פירושא דמתני' לפי האמת בשילם ממש אף בסיפא דעיקרה לדיוקא דאביי ורבא, וניחא כמה דיוקים בגמ' לפ"ז, ובדעת הרא"ש אם סגי בהריני משלם, שם תוד"ה אלא יישוב לקושייתם, ובביאור תירומתם.

יב. שם ואמר הלה הריני משלם ואיני נשבע, כאן מודו כו"ע דאינו נשבע מתפרש באמת, וניחא סוגיא דב"ק אף לפריב"ן, בטעמא דפשיטא לן בב"ק שם דהשוכר ג"כ טוען נגנבה, ואיך הדין בטוען נאנסה ונתברר ששיקר, בדברי הקצה"ח והנה"מ סי' כ"ב דאי ברייתא ר"מ אמאי מהני הריני משלם.

יג. ל"ה א' לא ידענא היכא אותבינהו, בטעמא דמקנה ל"י כפילא אם לא הטריחו לבסוף, ובדברי הגרע"א ז"ל בזה, ובביאור ס"ד דרבא.

יד. שם למימרא דסבר ר"נ דשומר הדר כו', בדברי הראשונים ז"ל שאין אם אין השומר רוצה שיחזור האפדנא, מ"מ מחזיר יוקרא דכיפי, אם הכונה שהכיפי עצמן שלו, ברמב"ן ורשב"א וריטב"א בזה, ובביאור דברי הרמב"ן, שם ואמרי ל"י שילם ול"ר לישבע, ביאור הענין שאם מקנה לו הכפל אין השומא בטעות, ובדין נגנב ולא חזר בעין, בדין שומת כלים אם חוזרים בשומא בטעות, בדברי הרמב"ם, ודיוק מרמב"ן בזה.

טו. ל"ג ב' סיפא דמתני' נשנית ללמדנו עיקר הענין שאין התשלומין מחייבין את ההקנאה, וכמה דיוקים הנרמזים במשנה, שם ביאור דברי תוד"ה המפקיד, שם בתוד"ה נגנבו.

טז. ל"ד ב' או"ד במילתי קאי, איך הדין באמר פשעתי ולא אמר הריני משלם, וחזר ואמר איני משלם, ואיך הדין כשמאמינו שלדיחויא נתכין, שם ואמרו בניו כו' הבעיא מתפרשת שפיר אפי' אם בדידי' נקטינן דהדר ב', שם תוד"ה הריני, קושייתם גם בבני המפקיד.

אונס בא מחמת הפשיעה יתכן שיש מחלוקת בראשונים.

ג. שם לדידכו דמתניתו כו' כונת רבא לומר דאביי ורבאב"מ טעו, ור' אמי לא חש לדקדק בתשובתו, כיון שהקו' בטעות מעיקרא, ובביאור דברי הרמב"ן בזה.

ד. שם הב"ע שהעלה למרעה שמן וטוב כו' שתקפתו ועלתה, לדינא אין חילוק בין אביי ורבא בדין תקפתו ועלתה, וא"כ שפיר העתיק הרי"ף דינא דאביי, וכמה שנתקשו הראשונים ז"ל בדבריו, שם שהי' לו לתוקפה, כאן מבואר דאע"פ שפשע לא אמרי' הבלא דאגמא קטלה, אף להרי"ף לאביי, שם שתקפתו ועלתה, למאי הלכתא קתני הכי במתני', ובתירוץ הראב"ד בזה.

ה. בדין עלתה בלא תקיפה בשומר חנם דפטור, נראה דמיירי דוקא בשאינו רואה שעולה, אבל אם רואה פושע הוא, ובכה"ג מתפרשים דברי הרמב"ם, מיהו בשומר שכר אע"פ שתחלתו בגניבה ואבידה, שלא שמרה, מ"מ חייב, כיון שמעיקרא חששנו לאונס זה, דודאי ראשי צוקין מקום סכנה הוא, בדברי הנה"מ סי' ש"ג בזה, בדברי הרמב"ם דתלי לה בתחילתו בפשיעה וסופו באונס, ולכאורה לכו"ע חייב, ומצינו כע"ז במתני' ע"ח א'.

ו. ע"ח א' שמתה מחמת אויר, פי' שהי' ניכר עלי' שנחנה וכיו"ב, וכיון שאויר של הר ובקעה שונים זמ"ז, אפשר לתלות שבאויר אחר לא היתה מתה, ובתו' פי' בדידיעין שהי' שינוי גדול באויר, וצ"ע אם לפ"ז גם במתה כדרכה תלינן, ולשון הרמב"ן פי' א' בזה, שם כגון שהכיש נחש, גם בזה יש לפרש דפעמים ששינוי ההר והבקעה גורמים לנשיכת הנחשים, ובביאור דברי התו' בדידיעין שמצויין שם נחשים, בקו' הגרע"א ז"ל אמאי לא פי' דכיון שהנחש הי' מזומן להמית שם, והוא פשע, חייב אף לרבא, דאיגלאי מילתא דהבלא דאגמא קטלה, ונראה דעת תו' דנחשים לא חשיבי היזק מזומן במוחלט, תדע דאי לאו דשינה מדעת בעה"ב, לא הי' נחשב פושע.

ה. ל"ה א' אמר רבה שיש עדים שנשרפה, רבה סבר דאף בלא עדות גמורה פטור משבועה שא"כ, שם אביי אומר כו' ביש עדים שנגנבה לאביי ור"א לא חיישינן דטרח ומייתי, שם ר"א אמר זה נשבע כו' בדין היכא דשבועה גבי מלוה ושניהם חצים להפך, שם הערות בגמ', והיכי מוקים אביי לסיפא, שם ונהימני' לזה כו' לזה מקיים כו'.

ו. בקו' הב"ח סי' רצ"ד ס"ד לוקמה בראו שנשרפה טלית אבל אין העדים מכירים שאותה טלית ל המפקיד היתה, ביישוב הקו', ובדברי הש"ך בזה, וצ"ע בקצה"ח ונה"מ שכתבו דאף בכה"ג שבועה שא"ב מיהא מיחייב, בדברי הגרע"א ז"ל סי' רצ"א ס"ד אם תיקנו שבועה שא"ב במקום שאם היא ברשותו עובר על לא תגזול, או דרך ללא תחמוד חששו.

ז. בדין שבועה שא"ב, איך יוכל ליפטר משבועה, במש"כ אאמו"ר שליט"א שאם יוסיף כמה ששנה יותר למפקיד, יפטר משבועה, ולפ"ז צ"ב משה"ק הראשונים ז"ל מהירו', ואפשר דרק כשאין למפקיד סיבה מוצקת חייב לוותר על השבועה, וראיה מתלמודן לענין זה, בדברי הרמב"ן בביאור הירו'.

סימן יב

בענין תחלתו בפשיעה וסופו באונס, ושומר שמסר לשומר

א. ל"ו ב' אתמר פשע בה ויצאת לאגס, ה"ה הניחה באגס והלך לו, משא"כ בביתו כה"ג, והחילוק תלוי איה מקומה הראוי של הבהמה אי לאו הפשיעה, בקו' הרי"ף מסוגיא צ"ג ב' וביישוב הראב"ד, במאי פליגי אביי ורבא, והדיוקים בסוגיין לפ"ז, בביאור שיטת הרי"ף, ומ"ש הדרא לבי מרה דפטור לאביי.

ב. שם הבלא דאגמא קטלה, הוצאת הבהמה לאגס דבר הגון הוא, ומ"מ מחייב אביי, כיון שאינו מוחלט שבבית היתה מתה, וצ"ע בשיטת הרא"ש שפי' דיש קצת פשיעה בהולכה לאגס, ביסוד הבנת

לחש"ו חייב, והרי אין האונס בא מחמת הפשיעה, במ"ש תו' בב"מ דמשמעתינ מוכח דקיי"ל תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב.

יב. ב"ק כ"א ב' כגון דמקריב כו' דבעינן תחלתו בפשיעה לכלים אלו שהזיק, שם פעמים שאפי' נפלו כו', כ"ב א' תוד"ה דאפיק.

יג. ב"ק נ"ח א' כי תיבעי כו' נפ"מ באין האונס בא מחמת הפשיעה.

יד. ב"מ ל"ו ב' בשיטת הרי"ף דלאביי לא בעינן אונס בא מחמת הפשיעה, בדברי הרמב"ן דקמה לה ברשותי' לענין אונסין, ומ"ש הדרא לבי מרה דפטור, ואפשר דדוקא באונסין שנתחדשו אחר הפשיעה מחייב, אבל מה"מ חשיב כאיגלאי מילתא שעמדה למות, ולפ"ז גם במזיק שייך לחייב אפי' אם אין האונס בא מחמת הפשיעה, בדברי הרמב"ן והר"ן ע"ח א', ובדין הוחלקה אם יש לדמותו להבלא דאגמא לאביי, לשון הרמב"ן בסברת אביי דתלינן בהבלא דאגמא.

טו. בדין תחלתו בגניבה ואבידה ויצאה לאגם ואיגלאי מילתא דהבלא דאגמא קטלה, דאם רבא מודה בדידעינן שמתה מחמת אויר, ה"נ חייב, והוכחה לזה מדברי הרמב"ן.

טז. ל"ו א' תוד"ה אין אליבא דאביי ז"ל לכו"ע כפרתו, שם אלא י"ל כו' אבל כו' שיעור הדברים וביאורם, והנה לדבריהם בעינן דוקא אונס בא מחמת הפשיעה, ודוחק דלפ"ז אתיא פשטא דשמעתתא דר"י כמד' תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, וגם למ"ד חייב ק"ק כיון שיש כמה אופנים שפטור, במ"ש בשטמ"ק דגם מ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור, מודה הכא, גם צ"ב לדבריהם מ"ש שינה מדעת בעה"ב והוליקה בהר דפטור במתה כדרכה, אבל מדברי הראב"ד נראה דכל המקרים אע"פ שהם אונס גמור, מ"מ יכול לתלותן במזלו של השומר השני, וניחא בפשיטות, מיהו אם אמרי' מה"מ מ"ל הכא ומ"ל התם אפי' מאגם לבית, ה"נ אין לתלות שינוי מפני מזלו של שני, במה שהוכיחו תו' צ"ג ב' משמעתינ דתחלתו

ז. שם תוד"ה הוחמה, למה לא הקשו אהוחלקה דרישא, שם תודה ריב"ח, בהערות המהרש"א ומהר"ם שי"ף, ואם התו' והרמב"ן פליגי בדין שומר חנם ששינה, ובביאור דברי המהרש"א בזה.

ת. בדברי הרא"ש שפסק ככל האוקימתות, ויש ליתן טעם דאפי' אי מודו לדינא, מ"מ בפירושא דמתני' פליגי, בדברי הרמב"ם והמ"מ דר"י פליג עלייהו לדינא, ואם מודה הרמב"ם בשינוי ידוע כמ"ש פ' תו', בפסק הרמ"א ובהשמטת המחבר, דעת הרמב"ן כהרא"ש, עוד בביאור שיטת תו' מאחר דבאובצנא לא מיירי בשינוי ידוע, ובדברי הרמב"ן.

ט. שם מתני' להוליכו בהר כו' אם גם בבקעה ובקעה חשיב מעביר על דעתו של בעה"ב לר"מ, ובמ"ש הרמב"ן שם אפי' זו עשר מילין, אם הי' מסיים וזו חמש, הי' מתפרש בע"א.

י. שם תוד"ה הוחמה, מ"ש דכ"ש דבבקעה הוה הוחמה, ר"ל דכיון ששמר טפי בחשש הוחמה, לא שייך לתבעו ע"ז, אבל מודו דבמצמאות אינו כ"ש מזל"ז, ובדברי הרמב"ן בזה, שם וי"ל דשמא אם הי' שם כו' צ"ע א"כ אמאי תליא בפלוגתא דתחילתו בפשיעה וסופו באונס, וגם בסברא אין לחייבו מכח שמא, ול"ד להבלא דאגמא, בדברי הטור סי' רצ"א שהעתיק בשם הראב"ד כתו', ובדעת הראשונים ז"ל בזה, יישוב לדברי הרמ"א שהביא דעת הראב"ד רק בשומר שכו', עוד שם כתו', ובדברי הגרע"א ז"ל שהק' מפ"י הרי"ף גבי הכישה נחש, ובמה שיישב דלרבא תחלתו בגניבה ואבידה וס"ב חייב.

יא. ב"ק נ"ו א' והוא שחתרה כו' תחילתו בפשיעה וסופו באונס כו' פשיטא לגמ' דבנפל הכותל מיירי, דאל"כ מנ"ל לרבה דהכותל רעוע וחתרה, ועוד יש להוכיח כן מטעם אחר, ובשטמ"ק בשם הרא"ה בזה, שם ואפי' חתרה, בלא רבה נמי ידעינן דחידושא דמתני' שבחמה מתאמצת יותר להפיל הכותל, ובתו' ובהגר"א שם, שם מ"ד הו"ל תחילתו בפשיעה וסופו באונס כו' אם הכונה באונס בא מחמת הפשיעה, בדברי הרמב"ם דחתרה במסרה

מצי איניש דעלמא למימר את האמנתי' לפלוני, שהרי הפקדת אצל אביו.

כ. כמה חילוקי דינים באונס הבא מחמת הפשיעה.

סימן יג

בדיני שמירה בבעלים

א. צ"ד א' בעליו עמו, ר"ל עם השואל, וטעם הפטור משום דאכתי ברשות בעלים קאי, וחיובי התורה נאמרו כשמוסר חפציו לאחר, וכיון שיש פעמים שראוי לפטור, וא"א לקבוע הלכות מוחלטות, מש"ה לא נתנה תורה דיני שומרים בזה, וכל אחד יתנה כרצונו, צ"ה ב' בדקדוק לשון הבריייתות, ודברי אביי ורבא, צ"ו א' איפוך אנא כו' משמע דבשני הזמנים הטעם אחד, והנדרון איזה זמן עיקר, ובתרייתו יסוד הענין דלא אפי' מרשותי' בשאלה זו, עוד שם הערות בגמ'.

ב. צ"ה ב' אמר רה"מ כו' לרה"מ בעינן שלא יוציאנה הבעלים מתח"י לרשות השואל במוחלט, ומייתורא דקרא גמרי' דצריך להיות גם בשעת שאלה, ובטעמא דמילתא, והיכי משכח"ל כה"ג בש"ח ושומר שכו', שם אלמא קסבר כו' פ"י דעל יסוד זה בנויים שני הדינים שאמר רה"מ, ולכן מכל ברייתא מיתותב לגמרי, אבל בסברא אפשר לקיים זה בלא זה, בדברי הריטב"א דמברייתא בתרייתא איתותב לכולה מילתי', ובטעמא דמייתי תניא אידך, שם אע"פ שהבעלים עושין מלאכה במקו"א, צ"ב להריטב"א מה החידוש, שם האי מאי אא"ב כו' ביאור הגמ' פשוט, וצ"ע בכונת תו', ואם מודה רה"מ במרפי ואזיל.

ג. צ"ז א' נימא ליה אשקיין מיא, צ"ב למה מותר להערים בדבר, הרי לפמש"כ התורה רק ביטלה הלכות שומרים והיינו מפני שעל המשאל להתנות לפי הענין ואפשר דכיון שדעתו לשמור כראוי, הרי הוא בא להערים רק משום חיוב אונסין, ובביאור ואי פקח, ובעיקר חדושא דרבא, ואפשר דכיון שכל הענין נפיק מגדר הסברא תו לא מחלקינן, והכל בכלל הלא פלוג.

בגניבה ואבידה וס"ב פטור, ואמנם לשיטתם נחא, אבל למש"כ בשם הראב"ד י"ל דמה שנגרם ממיעוט השמירה חייב, ובדקדוק לשון הרמב"ן שם בזה.

יז. שם גמ' לא מיבעיא כו' אם יש סברא לחלק, שם שהרי מסרה לכן דעת, אם במסר לחש"ו שייך סברת אין רצוני, יש לעי' באיגלאי מילתא שבית שומר שני גרם, אי מצי א"ל כדאמר ע"ח א', שם מרן דחזא סבר כו' מאי ס"ד בטעמא דששל"ש, שם שמע קלא בי הלולא כו' מ"ט הוצרכו לפרש ד"ז בגמ', שם הווי מפקדי להו, בדברי המרדכי בזה, שם ואם איתא לימא לי' כו' א"ה לבעלים כו', שם מתיב רמב"ח כו' כולה שמעתין אתיא לטעמא דאביי שם ב' תור"ה ד"ה.

יח. שם ב' אמר רבא הלכתא כו' לא מיבעיא כו' בדברי הרמב"ם והרשב"א בביאור לשון זה, בביאור שיטת הרמב"ם לדעת המ"מ, דודאי שומר שכו' שמסר לשומר חנם חשיב תחלתו בגניבה ואבידה וס"ב ופטור, ובדין אם מועלת שבועת שומר שני לפטור את הראשון, אין ראי' מהשמטת הרמב"ם, אבל אפשר דלהרמב"ם דוקא כשהמסירה כדינו חשיב השני שומר של הבעלים, ולפ"ז גם בשבועה שלא פשע אינו פטור את הראשון (אם יש נפ"מ בדבר), וזוהי שיטת הנה"מ, מיהו מצינו דשוכר שמסר לשואל שלא כדין, לא חשיב השני גזלן אלא שואל, בדברי הקצה"ח והגרע"א ז"ל דלענין שבועה שנאנסה חשיב השומר חנם כאיניש דעלמא, ובכל הראשונים שהוזכר ענין זה מבואר איפכא, וכ"מ בגמ' מרב ור"א, מיהו אם כבר נשבע שלא פשע, הכריע מרן ז"ל שא"י לישבע לפטור את הראשון.

יט. שו"ע סי' רצ"א סכ"א כל המפקיד כו' ע"ד אשתו ובניו כו', ה"ה שומר שכו', אבל פשוט דאסור לו לגרע בשמירתו, וצריך להודיעם שהוא שומר שכו', ואם אינם מתחייבים בחנם, צריך ליתן להם שכו', ודברי הריטב"א שהביא בבד"ה אינם נבדוק זה כלל, ובדברי האחרונים ז"ל בזה, בדין אם

ז. שם לסוף איגלאי מילתא כו' יש לפרש דבאמת דלי בהדייהו אלא שלא לשם זה יצא, ובר"ה פ' שלצורך עצמו דלי בהדייהו, ואם חשיב בעליו עמו בכוונה לחוד, בטעמא דהעתיקו הרי"ף והרא"ש ל"ב.

ת. פ"א א' ואמאי שמירה בבעלים היא, צ"ב הא בפשוטו אינם שומרים כאחת, ואפשר דרבותא דמתני' דא"א תצא שמירה בשמירה ועדיף לפרושה בב"א, ובשינויא דר"פ במתני' ובברייתא, וי"ל דאם משעבד עצמו לשמור מיד סגי בזה אע"פ שהמשיכה עשו בזא"ז, שם בדין השאילני ואשאיך בשעה אחת אי חשיבי בבעלים, בדיוקי' דהש"ך למה הוצרך ר"פ לשנות דבריו אברייתא, ולכאורה טעמ' דרש"י מפני שאין המלאכה של המשאל, דחפציו שמורים והשואל הוא שמוציאם ושומרם, ולהרמ"ה י"ל דסגי בשעבוד גופו לשמור, וביאור עובדא דאריך וגוצא אם לס"ד הו"ל השאילני ואשאיך, ובטעמא דזוכירו בגמ' דחד אריך וחד גוצא, צ"ע בתשו' הרא"ש שלא חילק מי משך תחלה, וגם צ"ע דבלא"ה שומר שכר הוא ופטור באונס לסטים, ולענין הלכה בהשאילני ואשאיך אין להוציא מן השואל, אבל בהשאילני ואשמור לך ושמור לי ואשאיך חייב.

ט. שם כולן נעשו שומר שכר זל"ז, צ"ע במהרש"א ובמשמעות הטור שהגדון רק על הבהמה הראשונה שבכל בבא, הערות בשו"ע ובפוסקים סי' ש"ה.

י. שם גמ' זיל אפי לן, שם בההוא אגרא, אם צריך להתנות בהדיא, שם ב' לסוף איגלאי כו' יש לדקדק בשינוי הסדר.

יא. צ"ו א' שאל משותפין כו' אפשר לבאר הגדון בסברא בקו' תו' מחצאי בקר, ובתירוץ, ובדין שאל משותף רק חלקו, ובשותפין ששאלו משותפין, שם שאל מהאשה כו' השואל א"צ את הזכות שיש לאשה בגוף, וא"כ נמצא ששאל רק מהבעל, וצ"ע אי מהני נשאלו לו הבעל והאשה, מיהו נראה דחשיב שואל גם על הגוף כיון שנוטלו לרשות

ד. צ"ד א' ושאל בעליה עמה, ס"ד דדוקא עמה ממש פטור, ועיקרה דמתני' לדיוקי דבאותו מעמד לא מהני לפטור, שם תוד"ה פרה, הכלל העולה לפירוש תו' דאמירה של שעת מלאכה היא גופה הכנה והזמנה, ורק כשמתעסק בד"א או שלא הגיע זמן המלאכה, לא חשיב עמו, ובגמ' מוכח דבעלים באמירה בלבד סגי, בלא שום מעשה, בביאור דברי הרא"ש, אם כהטור או כהש"ך, וממה שהביא דברי הראב"ד משמע כהטור, וכ"נ ברי"ו, ובדברי הנה"מ בזה, וצ"ע מה הכריחו להרא"ש לאפוקי לשון אמירה מפשטי', מאחר שפסק בענין עידן עבדתייהו כהראב"ד, ולענין הלכה א"א להוציא מהשואל, ועדיפא מינה דלהרבה פוסקים פטור, שם בגמ' את גופך כו' א"צ לאוקומי שעשה בשביל שיהא עמה ממש, אלא שלא הוצרך לו קודם, בדברי הטור בשם הרמ"ה דיש חילוק בין נשאל לכל צרכיו כעין שכיר יום, או למלאכה מיוחדת, ובמה פליג הרא"ש, ובסברא מיושב לומר דבכעין שכיר יום מודה הרא"ש.

ה. צ"ז א' בעידן עבדתייהו, לשון זה כמיותר, אבל אם זהו עיקר החידוש נחא, אפשר לפרש גם דעת הרמב"ם כהראב"ד, ובדברי הריב"ש שהחידוש אע"פ שלא נשכר במיוחד לו, שם הערות בהני שהזכיר רבא היכי מיירי.

ו. שם איהו שאיל להו כו' מפרש"י משמע שהלימוד הוא גם מלאכת הרב, ולכן כשאינם יכולין לישמט, הרי הם במלאכתו, ועפ"ז כתב הרא"ש דבשניהם אין יכולים לישמט, מהלכות המועד, ואפשר לפרש דכשצריכים ללמוד על כרחם מה שאינם רוצים, א"א לחשבו כעושה מלאכתם, וכיון שהם חייבים לשמוע ולעסוק במה שירצה הרב, הרי הם עמו מפני שכפופים לעשות כדבריו, אע"פ שזה לתועלתם ג"כ, ולפ"ז בששניהם אינם יכולים לישמט חשיב הרב במלאכתם, וכ"מ מפר"ח דביומא דכלה ג"כ הרב החליט על המסכת, וע"פ דבריו יש ליישב השמטת הרי"ף, צ"ע בדברי הרמ"א שדימה ש"ן וציבור להא דרבא.

בקפץ עליו חולי מחלק כן, אין חילוק בין גניבה לשאר אונסין, וכ"מ במכילתא ובירור, וכ"מ מק' דאביי מברייטא דותפול שבא, והנוסחא המדויקת בירור דאין אומרים אילו הי' אחר שם הי' מציל.

ב. מ"ב א' תוד"ה אמר שמואל, הערות ע"ד התור כסדר, ובדין העמיק ק' אמה ועמד שם ונגנב ע"י מחילות אם גם הרמב"ן מודה דפטור, שם במ"ש תו' דהו"מ למימר וליטעמין משכח"ל ט"ט ג' בבעלים, וביאור מ"ש תו' בב"ק דבכה"ג אינו בדין ט"ט ג', ואם בכל שומר שכר ג"כ שייך לומר דאין הפטור בגניבה, כיון שצריך להוסיף מעשה האונס, ובדין אם שייך פטור בבעלים בשומר אבידה, ויש לעי' למסקנתם איך מתפרשת קו' הגמ' שם מהשוכר שאמר הריני משלם, ואם מקנה ליה כפילא לדעת הרמב"ן, שם ואין לתרץ כו' בביאור החילוק שבין תו' בשמעתין לתו' בב"ק, ובטעמא דפליגי, ובמהרש"א וקרני ראם בזה, שם במ"ש תו' דשואל גמור חיוב גניבה ואבידה משומר שכר, ומ"מ חייב בכל אונסין, ואפשר דלא שייך פטור אונס בשואל, כיון שנתחייב להיות בדין שואל גם בזמן חליו, שם במה שתירצו דנפק"ל מוכי ישאל, ולכאורה משמעות הגמ' דלא גמרי לגמרי מהדדי בדרשא זו.

ג. צ"ג ב' גנא פורתא בעידנא דגנו אינשי, בפשוטו היינו ביום, בזמן שהוא עם העדר, וצ"ע ברשב"א שלם מכאן דלאביי אין אונס שינה פטור, ומכאן זה הוצרך לחלק דאונס בגופו של שומר לא פטור, וצ"ע א"כ מנ"ל לאביי דרבה תרתי קאמר, דפריך ליה אלא מעתה, בדברי הרשב"א שכ' דלאביי אף בשמע קל אריה אומדין אותו, דעת תו' בפשוטו דלא כהרשב"א, בדברי הגרע"א ז"ל שהוסיף דברי הרשב"א ע"ד התו', במה שיש להק' לפירוש תו' מאי פריך מותפול שבא, הא מודה רבה בגניבה, בביאור שיטת הרא"ש דגם באבידה באונס חייב, וצ"ע היכי גמרי' לה מגניבה, ובלשון הירור שברא"ש, ובמה שהזכיר הרא"ש גם בעידנא דניימי אינשי בכלל האונסין, ובפשוטו מודה הרא"ש בלא הי' יכול להציל אפי' הי' שם בביאותו דפטור, וצ"ע בלשון השו"ע ובדעת הב"י ובנה"מ בזה.

ולאחריותו, ומש"ה בעינן דעת האשה, ולפ"ז מהני נשאלו לו שניהן, בפ' הראב"ד דאתיא באת"ל.

שם אשה ששאלה כו' לכאורה מתפרש בשאלה סתמא דזוכה הבעל בכל שימושי השאלה, ובפרש"י ששאלה לצורך נכסי מלוג, צ"ב אם דיני השאלה נקבעים לפי הצורך ששאלה, ובהשמטת הרמב"ם ד"ז, שם מהו קנין פירות כו' פלוגתא כו', אפשר דקורא דביכורים יש לדמותו ללשון תורה אי קרינן ב' בעליו, ולעומת זה גם עיקר ההודאה דביכורים היא על הפירות, ובקו' תו' מ"ט לא מייתי פלוגתא דתנאי.

יב. שם האומר לשלוחו כו' פי' שממנהו להיות במקומו, אבל לא כששלחו על דעתו, ואם יש כאן נדון בסברא, ובטעמא דעבד אינו יכול להיות כמותו, ובקו' הגרע"א למה אשה יכולה להיות שליח, במתני' צ"ח ב' ובקו' תו' צ"ט א', ובתירוצ' הר"ן שם, בשיטת תו' דדוקא כשנשאל רבו מעיקרא ושלחו במקומו חשיב כרבו, ובדברי הרמב"ם דסגי בדעת רבו, הא דאמרו תיבעי למ"ד שלוחו כו' לכאורה זה מדברי הגמ', וביר"ף בזה.

יג. צ"ח ב' שכירות בשאלה מישך שייכא, בפרש"י ותו', ובפ' הראב"ד ובדברי הרמב"ן.

סימן יד

בחיובי שמירה דשומר שכר וש"ח

א. צ"ג א' מאי הו"ל למעבד הא נטר כדנטרי אינשי, רבה פטר לי אע"פ שאין זה אונס גמור, אלא דע"ד כן קיבל השמירה, אבל מודה דבשעת חיובו לשמור, אינו יכול לפטור עצמו אפי' במחיצה של ברזל, וכשיודע בעצמו שלא יוכל לשמור מחמת אונס שבגופו, חייב להטמין הכספים בקרקע, וכן לשמור שמירה מעולה בבהמה, בדברי הרמב"ן שאם טען נגנבה בשעה שקפץ עליו חולי אינו בדין ט"ט ג', וצ"ע א"כ ש"ח שטען נגנבה בלילה כשנאנס בשינה לא ישלם כפל, לכאורה י"ל דבשעה שהשומר שכר אנוס הרי אינו בחיובי שומר שכר, ולכן לא שייך למיפרך ק"ו בהכי, ואפשר דמורה הרמב"ן בזה, ורק

הצלה, והנה מבואר בברייתא דאע"פ שאפשר שלא יציל, מ"מ ה" צריך להיות שם, ולמ"ש הנה"מ דשוכן בקבלנות אם יצילו, נחא, וצ"ע לדינא למה לא יתחייב להציל בספק, שו"ע סי' ש"ג ס"ח, לענין הלכה יש לנקוט כהראב"ד, בדברי הגרע"א ז"ל דש"ח שקידם בשכר דינו כמשיב אבידה, ויחזור להיות שומר שכר משום פרוטה דר"י, בעיקר הטעם דש"ח פטור מלקדם בשכר, שם שו"ע ס"י ואם אין הדבר ידוע חייב לשלם, יש לדייק כן מהברייתא.

ז. שם גמ' לסוף הוכר הגנב, מלשון לסוף משמע שמעיקרא כבר נפטר בטענת נגנבו, ומיושב עפ"י מ"ש תוד"ה אמר, ותוד"ה דאי, עוד בביאור הענין בגמ', ואם חייבי ר"ע לשלומי מיד, או למיקם עמי' בדינא, ממש"פ רש"י דשבו לסטים מזויין הוה, יש ללמוד דאל"ה גם ש"ח חייב.

ח. שם להכי יהבי לך אגרא כו' משמע דמפקיד קאמר הכי, ולא מחיוב גניבה ואבידה דשומר שכר גמרי' לה, ולפ"ז בשומר שכר משום פסולה דר"י, ליכא לד"ז, בדברי הקצה"ח והגרע"א ז"ל בזה, ובפ"ת בשם הח"ס, והעיקר נראה דכל שומר שכר שוין, שם נטירותא יתירתא, בכלל זה לחורב ביום ולוקח בלילה, ובמה שהשמיט הרי"ף ברייתא זו, שם איבעי לך לעבורי חדא חדא, בדברי הרמב"ן דלענין נזקין פושע הוא, וראיה לזה משריג חדא מינייהו דלעיל, ובדין אם חשיב תחלתו בפשיעה בכה"ג לענין נזקין.

ט. שם מתני' זאב אחד אינו אונס, פ"י לענין אומד, דסתמא הכי הוא, אבל אם נלחם עמו פטור, ובפשוטו אף ש"ח חייב להשתדל לגרשו, ובדברי הקצה"ח בזה, שם שני זאבים אונס, פ"י שאין לו להלחם עמהם, אבל בכלבים משתי רוחות, רק אחד מהם אונס, דאת השני יכול לגרש, ובדין ג' כלבים, שם הלסטים, הו"ל למיתנייה לבסוף, שם והנחש, מהו האונס, שם אימתי בזמן כו' מה החידוש, ובדין ג' כלבים, שם הלסטים, הו"ל למיתנייה לבסוף, שם והנחש, מהו האונס, שם אימתי בזמן כו' מה החידוש, ובדין ש"ח חייב להו"ל תבוב"ב, וזה כשיטת תו' ע"ח א', אבל למ"ש הראשונים בשמו, הכא לא חשיב אונס בא מחמת הפשיעה, ולשון הגמ' מסייע לדבריהם.

ד. שו"ע סי' ש"ג ס"ב, ד' שיטות בד"ז, ובדין אילו ה" שם לא יכול להציל בגניבה, ובדין שריפת אונס, ואילו ה" שם יכול להציל, שם ס"ג בהגה, דברי הב"י לא שייכי בתשו' שבמרדכי, וכונת הב"י כשיטת תו' דכל האופנים הנזכרים חשיבי אונס, אלא דבגניבה חייב, אבל בשריפה פטור, ובביאור תשו' מהר"ם, ואם חשיב בכה"ג האונס בגופו של שומר, שם בש"ך סק"ז, צ"ע במה דנקטו האחרונים ז"ל דאונס ממון מתיר לש"ח להניח הפקדון בפשיעה, ולכאורה ל"ד כלל לעל בעידנא דעיילי אינשי, ועי"ש עוד וצ"ת.

ה. צ"ג ב' א"ל התם בחזני מתא, לכו"ע לא נחתא הברייתא לנדרון דנטר כדנטרי אינשי, רק ללמד השיעור שצריך להעמיד עצמו, והמשל דנקטה מיתוקם בחזני מתא, ויש ללמוד דש"ח שאירעו חולי בגופו א"צ להעמיד עצמו, עד כעין לקרר בלילה אף שהוא הגורם ועי"ז לא נטר כדנטרי אינשי, ובדין זאב אחד בש"ח, שם א"ל אטו יעקב אבינו, יש להבין לאביי מאי רבותי' דיעקב, שם רועה שה"י רועה, האי לישנא אתא למימר דמיירי באומנותו בכך, ועוד בזה, שם בא זאב וטרף להרבותא נקטי', ובדברי התו' בזה, שם ובא ארי ודרס, גם בזה יש חידוש, שם א"א אילו כו', עיקר החידוש בשומר שכר שמחובתו להיות שם בגופו, ומ"ט נקט שומר שכר לדברי הרי"ף ל"ו ב', שם דעל בעידנא דלא כו', אינשי דשמעי קל אריה לא עיילי לעיר, שם ה"י לו לקדם כו', וביאור הא דמשני שומר שכר בשכר, שם א"ה מאי איריא שומר שכר כו', בביאור מ"ט לאביי נחא בדברי הראב"ד והרשב"א דהק' ואכתי הו"ל תבוב"ב, וזה כשיטת תו' ע"ח א', אבל למ"ש הראשונים בשמו, הכא לא חשיב אונס בא מחמת הפשיעה, ולשון הגמ' מסייע לדבריהם.

ו. שם שומר שכר בשכר, בדברי הראב"ד דאם לא קידם מנכין לו שכר הרועים ומשלם רק ההפרש, ובדעת הרמב"ם בזה, בדברי הריטב"א דמפסיד שכרו, ולמה הניח הרמב"ן ד"ז בצ"ע, ומ"ט אין גולן משלם דמי כושרא, בדין לקדם בשכר בספק

המ"מ והנ"י, שם בדוכתא פלניא יתבינן, לאו במקום סתר מיירי, אלא דמ"מ שינוי מקום הי' מועיל.

י. שם סגפה ומתה, מאי קמ"ל, ובדברי המ"מ בשם הר"י, שם עלתה לראשי צוקין, חידושא דמתני' דסכנת נפילה דשומר חשיב אונס, ופטור מלטפס, ואם זהו נשבר דקרא.

יא. מ"א' המפקיד מעות כו' והפשילן לאחריו, ד"ז דוקא במעות, שם נעל בפניהם, שם כדרך השומרין, שם בגמ' בדין כספים, ובדין מוצ"ש, שם ומורה שמואל בכותל, שם והאידנא כו' בדברי הר"י והרמב"ם, שם גמ' כל לא ידענא כו' החידוש דאף במעות כן.

יב. שו"ע סי' רצ"א סט"ו החביר אותם במקום שאין אדם מכירו ולא מרגיש בו ה"ז פושע, לפרש"י מבואר בצריפא דאורבני איפכא, והרמב"ם לשיטתו שם, ובדין צרון והפשילן לאחריו, בדלא שכיחי גנבי, וראיה מקרטליתא דא"צ להחזיק בידו דוקא.

סימן טו

בדין תיקנו משיכה בשומרים

א. ב"ק ע"ט א' תיקנו משיכה בשומרין או לא, בפשוטו הנדון אם מתחייב בלא משיכה, ובטעם התקנה, ונראה דלפי' הר"י סיפא דמתני' לא מיירי בגנב, ויש ליישב קו' תו', דנדון דגנב ודשומרין שוה, דלרבינא קמ"ל מתני' דבכולהו סגי בהוצאה מרשות בעלים, ולר"א קמ"ל דאינו מתחייב בכך, ואם הי' הדין שאין משיכה בשומרין גם הכהן והמלוה היו נעשין שומרים עד שימשכו ויקנו, בקו' הגרע"א ז"ל מה שייך קנין הרי אין השומר קונה. שם תוד"ה או, צ"ע במה נקטו דרבינא פליג אאביי ורבא, דא"כ לא פליגי בדיוקא דמתני', ודעת הראשונים ז"ל דרך בגנב פליג רבינא, וההיא דגגו וחצרו מתפרש כשלא הי' ברשות בעלים, ולכל השיטות אין ההלכה כרבינא.

ב. שם גמ' מאי לאו שומר, לפרש"י ותו' מסיפא דחייב קדייק, ולפי' הר"י מיושב יותר, ואיך מתפרשת הראיה לפרש"י, ובמה שלא הזכירו תו' והרא"ש בשמעתין דשומרים מתחייבים קודם משיכה, ועיקר פירוש תו' בשמעתין דחוק טובא, שם בסוה"ד בגהש"ס. שם בנמו"י שהשומר מתחייב לבעלים.

ג. ב"מ צ"ט א' בקע בו לא מצי הדר ביי' כו' אפשר דכו"ע מודו דקודם שתיקנו משיכה בשומרין, הדין כר"ה, ור"ה נמי מודה שתיקנו משיכה אלא שלא תיקנו לענין חזרה, והראיה מדר"א מדקאמר כדרך שתיקנו בלקוחות, ומש"ה לא איתותב ר"ה מהברייתא מיהו בלא"ה ר"מ דקדושין ע"כ כר"ה, ויותר נראה דלר"א גם בלא תקנה קונה במשיכה או בחצר לענין חזרה, ומשבקע כבר הוחלטה השאלה וכל משך הזמן כמעשה אחד חשיב, ולפ"ז ניחא הא דלא מוכחינן מדר"מ דקדושין שם דעד כאן ל"פ אלא במלוה, כיון דכוליה מחד טעמא שאין בדעת המשאיל והמלוה להקנות במשיכה לענין חזרה.

ד. שם תוד"ה כך, ביאור מה שהוכיחו מהנח לפני, ולכאורה גם אם משך אח"כ, הכל מתייחס ללשון שקיבל מתחלה, שם בא"ד הא דפשיטא להו לחלק בין שומר לשואל מדאורייתא, אפשר דזה מסברא שהמציאות של שואל נקבעת ע"י החפץ הנשאל, משא"כ שומר שזה חובת גברא בלבד, ולפ"ז ה"ה שוכר, עוד בביאור הא דפשיטא לגמ' דר"א פליג אר"ה, ולשון כדרך שתיקנו בלקוחות צ"ב לפירוש תו', ולענין הלכה, ובדברי השו"ע שהעתיק דעת תו' בשומרים והשוכר, אבל בשואל השמיט דעה זו, ובקו' הב"י מלשון משיכה שהוזכר בגמ' גבי שואל, ובדברי הרמ"א שהעתיקה גם בשואל, אע"פ שהסכים לפסוק דלא כרב גבי הכישה במקל, עיקר מ"ש הטור בדעת תו' דבעינן נסתלקו הבעלים מקורו ברא"ש, והרא"ש לשיטתו גמר כן מלישני' דרב, וא"כ לדעת תו' י"ל דסגי בהסכימו ביניהם, ונפ"מ לענין בעלי עמו יש לעי' לדעת תו' אם שואל שהניחו לפניו ולא משך נעשה ש"ח וי"ל

הזמן, אבל סוגי הקנין דרבנן מועיל שפיר אף לדאורייתא, ולש"פ מהני מדאורייתא משיכה או חצר אף לענין חזרה, במשה"ק הגרע"א ז"ל מ"ח א' מאי מהני משיכה בשומרין, בדברי הקצה"ח סי' קצ"א לענין קנין שומר בשטרות.

ט. צ"ח ב' מתני' א"ל השואל שלחה כו' אפשר דגם באופנים שהשואל פטור מ"מ זכה בקבלתם לענין שלא יוכל המשאל לחזור בו. ובחידושי דמתני' ואפשר דהקנין מועיל לחייב השואל משתבא לידו, וא"צ מעשה קנין חדש, ואף לר"ה נראה כן, וכן בשעה שמחזירה השליח זוכה למשאל ואין השואל יכול להשתמש יותר, ועוד יש חידוש במתני' דנעשה שואל אע"פ שהמשאל יודע שאינו יכול ליהנות.

י. צ"ט א' נעשה כא"ל הכישה כו', מעיקרא ס"ד דכל ביד עבדו על אחריות השואל יהיב לה, אע"פ שאינו זוכה ממש, ומסיק דדוקא כשאומר כן בפירוש, אבל בסתמא כיד רבו דמי, אבל אף למסקנא מתפרשא כפשטה בא"ל שלח לי ביד עבדך, ועיקר חידושי דרב דכה"ג שמוציא מרשותו לאחריות השואל ויש להניח שאמנם תכנס לרשותו דלאו בשופטני עסקינן חשיבא שפיר משיכה המחייבת, ואע"פ של"ק לענין חזרה, ובביאור שינוי דר"א עד"ז, ומ"ט לא מוקמינן לדרב כדמוקי ר"א לברייתא.

יא. צ"ט א' תוד"ה כיון, ביאור דבריהם דהוצאה מרשות בעלים לרשות הראוי למשיכה מהני אף בקנינים, ולת' בתרא גם רה"ר ראוי למשיכת שומרים, אבל ביסוד הדברים אין חילוק בין ת' קמא לבתרא, ומן ז"ל פי דלת' בתרא לא מהני בקנינים כה"ג אף בסימטא, ועי' להלן בזה. לדעת ר"י בתו' כתובות ל"א ב' לא יתכן פי' בתרא, בביאור הא דתקינן משיכה מחודשת לענין חיוב אונסין, בהא דפשיטא להו דשואל צריך משיכה, ובמ"ש מן ז"ל דלמסקנא הדרו מזה, בחילוקים שבין תו' והרא"ש. שם במ"ש תו' מדר"ה, לכאורה אף לר"ה נחלט הקנין במשיכה אלא שיכול לחזור בו, עוד בדעת תו' בת' קמא.

דאין הבעלים מסתלקים כ"ז שלא הוחלט בחיובי שואל.

ה. שם ב' כך שכירות כו' ר"ל שימושים כקנין בגוף הדבר, דומיא דשומרים, ולענין חזרה מיושב טפי, ועיקר החידוש בחזקה, ועכ"פ בחליפין פשיטא דמתחייב, ואין חידוש טפי בזה, שם שכירות מאי עבידת', טעם לשינוי הלשון בין סוגין לב"ק, שם בדברי הרמב"ן דשכירות מטלטלין נמי נקנה בכסף, ור"ל אבל לא חיובי שוכר, וי"ל דהשוו חכמים חיובי שוכר וקנין שוכר, בשו"ע הביא רק דעת הרמב"ן, והרבה חולקים. בק' הגרע"א ז"ל בזה.

ו. בדברי הנמו"י בשם הרא"ה והר"ן לענין אי מהניא משיכה בשומר שכר ובדין אם ש"ח ושומר שכר יכולין לחזור בהם תוך הזמן, ואם הרא"ה לשיטתו בהבנת תיקנו משיכה בשומרים, (ועדיין צ"ת), צ"ע בדברי הנה"מ שכ' דבקע בו ולא משך חייב באונסין, ובראיה שהביא מהריטב"א בזה, ובפשוטו שימוש ברשות בעלים כאורח חשיב, ועכ"פ לבתר הלכות שומרים אינו מתכוין להתחייב בלא משיכה.

ז. צ"ט א' בקע בו קנאו, בדברי הראשונים ז"ל קדושין מ"ז ב' דנשתמש בזו אחד קנה הכל, ובדין שאל שני קרדומין ובקע באחד, עוד מבואר בסוגיא שם שאפי' נגב מהמעות והוא צריך לשלם מ"מ אינו קונה כיון שהוא לא נשתמש בהם, בגמ' מ"ג א' דפריך לר"ה ממפקיד מעות אצל שולחני, ולא משני דאת' כר"מ דבעינן בקע בו אף במלוה, ולכאורה יש לומר דהנחת המעות בשולחנו כביקוע חשיב, ועי' דכיון שלעולם יכול לחזור בו ככה"ג אינו מעכב הקנין עד הביקוע. בדין שוכר לר"ה, דבפשוטו כיון שמשלם שכר מעכשיו ע"כ הוחלטה השכירות, ועוד דמדאורייתא מיהת קונה בכסף, ובדברי הריטב"א שכ"כ, וצ"ע בתו' דמשמע שאף בשכירות בעינן ביקוע, ורק מדרבנן תיקנו משיכה.

ח. שם ופליגא דר"א כו' בדר"א לא הוזכר איזה קנין ומ"ש תו' דאי מדרבנן קאמר אינו בדין שיועיל להתיר מעילה, היינו הפקעה דרבנן קודם

מתנים ליפטר מן הכל לגמרי, בשו"ע סי' ש"ה ס"ד באמר סתם ע"מ שלא אתחייב באחריותו ובפוסקים שם.

טו. בדין שומר שכר שלא שמר ולא נפסד אם מקבל שכרו, ואיך הדין בנפסד ומשלם, לענין שכרו, והתנה להיות פטור, ואיך הדין כשבגרמתו לא הרויחו הבעלים כלום משמירתו, ואם זה חשיב תרתי דסתרי לחייבו בגניבה ואבידה ולא ליתן לו שכר.

טז. צ"ד א' ומתנה שומר שכר להיות כשואל, צ"ב מה החידוש בשקנה מידו, ואם אפשר להתחייב ע"י קנין כל דבר שבעולם, ואם אפשר להתחייב ע"י כסף בדין שומרין, בדברי הנה"מ דשומר שכר שהקדימו לו מעות מתחייב בלא משיכה, ובדברי מרן ז"ל בזה.

יז. נ"ח א' השוכר את הפועל, אם האיסור להרויח בשבת או דוקא כשמרויח במלאכה המותרת, בקו' תו' שיתחייב בההיא הנאה, ובביאור תירוצם, ובמ"ש תו' דרק כשומחזק בשואל איכא הנאה.

סימן טז

הערות ע"ס המסכת

סימן יז

שיעורים

יב. בביאור דעת הראב"ד שבשטמ"ק דס"ל דלענין חיובי ש"ח סגי בהנח לפני במקום הראוי למשיכה, ורק לחיובי שואל בעינן משיכה גמורה, ובמאי פליגי רב ושמואל, במה שדקדק הרשב"א שלא להעתיק דעת הראב"ד דמהני הנחה בסימטא אף שלא בבב"ח. ובמאי פליגי, בדברי הש"ך בדעת הראב"ד ובקו' מרן ז"ל דודאי ל"פ רב ושמואל בפ' דמתני' בהנח לפני, שיטות הראשונים ז"ל באוקימתא דרב אשי, ואיך הוכיחו תו' לשיטתם מהנח לפני הרי זה קנין גמור.

יג. עוד בביאור הסוגיא דע"כ ממתני' אין ראייה דצריך משיכה, ועיקר הענין בקבלת אחריות כמלוה שעושה שליח לקבל חובו, וכיון דמדאורייתא בהנח לפני סגי, ה"ז כנתן מעות במקום וא"ל שלחה לי ביד פלוני דפטור המוכר, ואמנם התם לא קנה אלא שנפטר אבל לעומת זה הרי הכא א"צ בקנין, ובדלא סמכא דעת' הו"ל כשכירו ולקיטו דלא מיפטר, הערות בדברי הר"ן שכ' דחיובו מדין ערב.

יד. צ"ד ב' ושאני הכא דמעיקרא לא שעבד נפשי, אפשר לפרש דענין מתנה על מה שכתוב בתורה נאמר במעשה שפרטי הדינים כתובים בתורה, אבל כשצורת המעשה כתובה בתורה, כ"ז שאינו עושה כמעשה הזה אינו מענין הפרשה שבתורה, והרמב"ן כ' דאין חיובו מדין שומרין דקרא כלל, עוד בזה, בטעמא דלא קתני במתני' בקצרה דכל השומרים

סימן א

בדין שנים אוחזין בטלית ובדין שנים אדוקין בשטר

אלא מכח המוחזק שלפנינו, ולא חשבינן לה כחזקה שאין עמה טענה, כיון דכל אחד טוען טענה המצדיקה את חזקתו, (משא"כ בטענה דלא אמר לי' אדם דבר מעולם).

ובאמת כבר הזכירו תו' ב"ב ל"ד ב' לפרש דבאוחזין אפי' איכא ודאי רמאי כמנה שלישי, אפי' יחלוקו, ומנה שלישי לא חשיב אוחזין רק לענין כל דאלים גבר, [עי"ש בשם ריב"א, אבל אינו מתפרש כמש"כ], והקשו ע"ז א"כ מאי פריך משאר, ולכא' י"ל דהיינו מאי דמשני דהתם ודאי האי מנה דחד מינייהו, אבל הכא מכח המוחזק יש לנו לומר דתרווייהו היא, והא דנקט לשון איכא למימר היינו משום דמפרש השתא החיוב שבועה מעיקר הדין כמ"ש רש"י, ולכן לא נחית לבאר דהכא עדיף דאוחזין, אלא דמאחר שאינו תופס לחד מינייהו א"כ איכא למימר דתרווייהו היא, ועי' להלן בזה, (ויתכן דבשמעתין נקט לשון איכא למימר גם כשנקטינן כן בודאי, ויש להוסיף דאם הי' הדבר מוחלט דלאו דתרווייהו היא, כמו שמוחלט לנו במנה שלישי, הרי היתה מתערערת חזקתם, דע"כ חזינן דלית לן למימר הכא מאי דתפוס האי ידי', וכן במנה שלישי אם הי' מקום לומר דמעיקרא יהבו לי' תרווייהו, ממילא הי' נחשב מוחזק לשניהם, (עי' להלן בזה), ולכן ע"כ יש לנו להתייחס להא דאיכא למימר דתרווייהו היא, אע"פ שהסיבה שאנו אומרים כך היא מכח תפיסתם.

ביאור קו' הגמ' ואלא מאי רבנן

ואפשר דאליבא דרבנן בדרך דיחויא קאמר לה, דמדרבנן ליכא למיפרך כלל, דלא שמעינן להו אלא היכא דליכא למימר דתרווייהו היא, ואתיא שפיר מתני' כותייהו

תוד"ה ויחלוקו, אם במנה שלישי שייך לומר חזקה מה שתח"י אדם שלו

א. ב' א' תוד"ה ויחלוקו, וי"ל דאוחזין שאני כו' וכן במנה שלישי כו' לכא' נראה דכשהגדון לענין כל דאלים גבר באמת גם במנה שלישי חשיב מוחזק, דהנפקד תופס לבעלים האמיתי, ואיך נוציא מידו ליתנו למאן דאלים, ועדיף מהא דאי תפסינן לא מפקדינן דקאמר גבי ארבא, כיון שהתם התפיסה היתה במצב של ספק, ומש"ה איכא למ"ד מפקינן, דמהדרינן לה למצב של קודם התפיסה, אבל הכא שהתפיסה היתה מוחלטת לחד מינייהו, ודאי לא מפקינן מתפיסה כזו, דהבעלים האמיתי מוחזק והמוציא מחבירו עליו הראי', אבל לענין יחלוקו ודאי לא חשבינן להו כזה תפוס ועומד וזה תפוס ועומד, שאין כאן אלא מוחזק אחד, ולכן אפי' אם החלוקה היתה יכולה להיות אמת כמו באני ארגתי, לא אמרי' יחלוקו, דדמי למחליף פרה בחמור דאמרי רבנן המע"ה, ועדיף מינה דאף לסומכוס לא אמרי' יחלוקו, כיון שהממון מוחזק בודאי, ואינו ממון המוטל בספק, משא"כ בהמחליף פרה בחמור שהמרא קמא אינו מוחזק מכח ודאי, (אפי' בברי וברי).

ולפ"ז נראה דהיכא דאוחזין אנן סהדי דמאי דתפוס האי ידי' אפי' אין החלוקה קרובה להיות אמת, דאי לאו טענותיהם הי' הדבר מוחלט דתרווייהו היא, והשתא נמי מאחר שאין אנו מתחשבים בטענותיהם, אנו דנים לפי המוחזק שלפנינו, וזה מוכח, דהא אף בחלוקה יכולה להיות אמת כאני ארגתי, נקטינן דשניהם רמאים, וכיון שכן אף אם לפי טענותיהן החלוקה רחוקה להיות אמת, אמרי' יחלוקו, כיון שאין החלוקה מכח טענותיהן,

מוחזקים לפנינו, נהי דמכח טענותיהן לא מצינן למימר דתרווייהו היא מ"מ יחלוקן דמכח החזקה יש לנו לומר דתרווייהו היא, דמאי שנא אם אנן סהדי דליכא למימר דתרווייהו היא, או שנתברר בהדיא ע"י עדים מכיון שע"כ לומר שלא ע"פ טענותיהן וה"ה עדים, שו"ר דצ"ע בזה דאפשר דלא אמרי' דל טענותיהן מהכא, אלא כשלא נתברר שאחד מהן אמת, כגון ב"זא אני ארגתי' דמצינן למעבד יחלוקן על סמך דתרווייהו לא ארגוה, אבל אם נתברר שטענת אני מצאתי, דחד קושטא היא, שמא לא חשבינן דהחלוקה יכולה להיות אמת שלא ע"פ טענותיהן, וכ"כ מסתברא דבכה"ג דמי למנה שלישי, מיהו לפרתו' הכא אפשר שהקנה לו החצי, ובכה"ג גם במנה שלישי יחלוקו.

ג' א' לימא מתני' דלא כר"י

ב. ג' א' לימא מתני' דלא כר"י כו' לכאור' נראה דדוקא בפקדון שגם הצורר של המנה בכלל הספק של מי הוא, קאמר ר"י יהא מונח, אבל אם הפקידו אצל שולחני ועכשיו בא לפרוע להם מכיסו, אין לפנינו נדון על ג' מאות, דכל אחד חשיב מוחזק גמור במנה ידיד', ואינם חלוקים אלא על השלישי, ולא אשכחן דקנים ר"י להוציא מיד הרמאי מה שהוא מוחזק גמור, ויש לעי' א"כ מנלן דקנים ר"י בשנים אוחזין ואיכא ודאי רמאי, הרי בזה אין היהא מונח בשב ואל תעשה כבנפקד, דאין לנו ליגע בפקדון המסופק, והרי שניהם בספק, אלא הכא בעינן לאפוקי מינייהו בקום ועשה, ולהניח, ובשלמא לפרתו' דחשיבי ממש כאוחזין ע"י אחיזת הנפקד ניהא, אבל למש"כ סק"א דחשיבי כאוחזין רק לענין כל דאלים גבר ולא לענין יחלוקו, א"כ אין ללמוד מיהא מונח דהתם לשנים אוחזין.

ונראה דל"ק, דאי לאו קנסא דקנים ר"י לרמאי, ה"י מחובת הנפקד להשיב לכל אחד מנה ידיד', אע"פ שיצטרך בהכרח

בלא טעמא דאוחזין, אבל לפי האמת במנה שלישי אף אם הנפקד מסופק שמא דתרווייהו היא, שקיבלו במעמד שניהם (כדמוקי לה בגמ'), ואינו זכור אי דתרווייהו אי מחד מינייהו, ג"כ יהא מונח, דבזה לכו"ע אי תפסינן לא מפקינן, כיון שהתפיסה היתה ודאי ליכא למימר דזה תפוס ועומד כו' ושבועה זו למה, וכיון דלא שמעינן ד"ז ממתני', אין מקור לומר יחלוקו בכה"ג, (ולפי משמעות הדיחויא דאף בלא אוחזין יחלוקו, באמת יהא חיוב שבועה מעיקר הדין, והיינו דקאמר פליגי לה בשבועה כמ"ש רש"י), אבל מדר' יוסי פריך שפיר כיון דאף אמנה דודאי ידידהו קנים, וכ"ש אוחזין דיתכן לומר דחד מינייהו, ועי' לק' סק"ב, ועי' לק' סק"ט.

שו"ר ברא"ש ס"א דבאמת אינו מחלק אם החלוקה קרובה להיות אמת, ומנה שלישי שאני מפני שידוע לנפקד שהוא של אחד מהם, ונראה דכונתו כמש"כ שאין כאן מוחזק לתרווייהו, דנימא שמכח המוחזק אנן סהדי דתרווייהו הוא, ואפי' אם הנפקד מסופק גם שמא דתרווייהו הוא, מ"מ כיון דקודם שנודע מחלוקתן נסתפק שמא דחד מינייהו הוא, א"כ ליכא אנן סהדי מכח המוחזק, ומספיקא לא מפקינן למיעבד יחלוקו, וכמש"כ.

ברעת הרא"ש, ובדין ז"א אני ארגתי

ונראה דלדעת הרא"ש דשנים האוחזין חשיבי כל אחד מוחזק בחצי, כאילו ידו מגעת עד החצי, והרי אם קרעו את הטלית וכל אחד מוחזק בחצי, וז"א ארגתי וז"א אני ארגתי, אע"ג דאיכא ודאי רמאי, מ"מ דין מוחזק קובע במוחלט שהוא שלו, וכן בתרי ותרי המסייעים אותם, אע"פ דודאי שיש כאן הכחשה, מ"מ כל מה שתחת יד אדם הרי הוא שלו, והכי נמי בתפיסי בכרכשתא, אפי' יהיו תרי ותרי, או עדים דאמרי דחד מינייהו מצאה, [וכגון שלא ראו איך באה ליד השני, דאם ראו שהשני גולה נראה דלא חשיב דאיכא תרי

רמאים, אין להתחשב בזה ולהמנע מלקונסו, דממ"נ או שניהם ושפיר קנסינן להו, או דחד מינייהו הוא, והרמאי מפסידו.

שם אימא תרווייהו בהדי הדדי אגבהוה, לפ"ז תיקנו לר"י שבועה משום הני גוויי לחוד, ואע"פ שאין הדבר מצוי שיהא תוקף טליתו של חבירו בכה"ג דמציאה ומו"מ ובפרט לטעמא דמלוה ישנה, מ"מ כשעומדין לפנינו בכה"ג, אין לחלוק בלא שבועה, אבל אין נראה לומר דלר"י טעמא דשבועה משום דמורי ואמר.

שם א"נ התם קניס ל"י כו' בפשוטו האי א"נ אתא לשנויי מתני' אליבא דר"י בכל גוויי, כי היכי דמתפרש לרבנן, ומבואר מזה דלרבנן מיירי אפי' בדאיכא ודאי רמאי, אבל דוחק לומר דה"פ א"נ אפי' בדליכא ודאי רמאי קניס היכא דאית ל"י פסידא לרמאי, דלמה נחדש כן אליבא דר"י, וטפי אית לן למימר דלא קניס אלא במאי דאשכחן ל"י דפליג ארבנן, ועי' לק' סק"ה דטעותא הוא דע"כ להאי א"נ אף קניס ר"י אף בדליכא ודאי רמאי.

שם תניח מציאה מו"מ מא"ל אלא כו', פשיטא לתלמודא דקניס ר"י אף בכה"ג דהרמאי לא בא להפסידו מעות, ומורי ואמר דרק טירחא גורם לחבירו, אפ"ה קניסן ל"י ממון ועי' לק' סק"י.

בקושיית הגרע"א דנוקמה בדנקט זווי מחד
משה"ק הגרע"א ז"ל דנוקמה בדנקט זווי מחד, לכאו' צ"ע דא"כ ליתני כולה שלי ולא בעי אני מצאתיה, ולפרתו, ב' ב' ליתני אני מצאתי ולא בעי כולה שלי, דבכה"ג ליכא מורי ואמר, וע"כ לומר דאי מתני' ר"י היא ה' מקום להעמידה במו"מ דמורי ואמר, ומש"ה איצטריך אני מצאתי, וא"כ מתני' מוכחת דאף בכה"ג יחלוקן דליכא פסידא לרמאי ואפשר דכונתו ז"ל להקשות דנימא אליבא דר' יוסי, גופא אתיא מתני'

למכור פקדון המסופק, דזוהי ההשבה המעולה, וכיון שכן חשיבי כמוחזקין כל חד במנה ידיד', ועדיפי מאוחזין דמתני', ומ"מ קאר"י יהא מונח, א"נ בפשיטות יותר, דע"כ הנדון כשחד מינייהו רוצה במנה, ואידך קאמר הכל יהא מונח, דאם שניהן מסכימים ל"פ ר"י, אלא דקאר"י שלזה שומעין דהכי עדיף טפי למיקנסי לרמאי, וכיון שכן אי לאו קנסא יכול למכור הפקדון דמנה, וליתנו לאותו שחפץ במנה, דהא קאמר אידך דלאו ידיהו הוא, וממילא כבר ירצה השני שיתנו לו כנגד הקטן מן הגדול, ונמצא דאע"פ שהם כמוחזקים במנה ידידה, קאר"י יהא מונח, וכ"ש באוחזין.

ואפ"ר דמדרי"י נשמע לרבנן, דאף במנה השלישי לא מצי הנפקד להניחו בידו מספק, אלא מחובת שמירתו להחזירו למפקיד, וכיון דאינהו לא קפדי אהדדי, יכול להניחו לפנייהם ולהסתלק מחובת שמירתו, ודינא דיהא מונח כאילו נאמר לאחר שהניחו לפנייהם [עי' ל"ז ב'], דכדי להציל הנגול נוטלין אותו ב"ד מביניהם ומניחין אותו, ונמצא לפ"ז דדין יהא מונח הוא לעולם בקום ועשה, שמוציאין מידן ומניחין, ולפ"ז מבואר יותר מ"ש תו' דחשיב שהנפקד תופס לשניהם, וכיון דבאמת מחובת שמירתו צריך הוא להשיבו לפני שניהם, וא"כ הם ממש כמוחזקין, [אלא דאין להם מעלת מוחזקין לענין יחלוקן, כיון דידעינן שמקור חזקתם הוא מכח דלא קפדי מעיקרא, אבל באמת דחד מינייהו הוא], ולפ"ז מיושב טפי הא דלא הוזכר טעמא דאוחזין בשמעתינן, כיון דבמנה שלישי הדין נפסק גם לאחר שהם אוחזין, דכיון דליכא למימר דתרווייהו הוא, לא מהני אוחזין, ועי' סק"א בזה.

שם אלא אי אמרת ר"י השתא ומה התם כו' יש לדרקדק דילמא עד כאן לא קניס ר"י אלא היכא דהבעלים האמיתי ודאי מפסיד, אבל הכא דאיכא למימר דתרווייהו הוא, ואין הבעלים מפסיד ע"י הרמאי, לא מחדשינן קנס, וי"ל דכיון דלצד דתרווייהו היא, שניהם

לאשמועין, דאפי' בדאיכא ודאי רמאי יחלוקו, והק' לפרתו' דלא מצי למיתני אני מצאתי לחוד, אבל לפרש"י כיון דקתני כולה שלי בדליכא מורי ואמר, כ"ש אני מצאתיה, [וכן לפר"י בתו' ד"ה וליחזי ניהא], ובאמת זוהי קו' על הצריכותא דלעיל ב' ב' מנלן ד"ז במו"מ, ואפשר דמשמעות המשנה דחלוקתן מכח האוחזין כמו במציאה, ובדנקיט מחד עיקר חלוקתן מי נתן המעות, ולא מי קיבל הטלית אבל בדנקיט מתרוייהו, הנדון מי אחזו ראשון, ומי אזל אח"כ ותפס בהדי'.

העובדא אפשר דתרוייהו בהדי הדדי אגבהוה, נהי דהוסיף לשקר בפרטי הדברים, לא מחזקין לי' ברמאי, אלא שופרא דטענה הוא, שהרי אף אם בא חבירו ותפס, ומ"מ אמרי' שרק לשפר טענתו מפליג הדברים, ולא חשבינן לי' רמאי בהכי, וה"נ י"ל בהיום ואתמול, מיהו אפשר דגם באני מצאתי דמתני' היינו דוקא באופן ששניהם היו בשעת המציאה וכל אחד טוען שהוא הקדים לזכות בה, (עי' ב' א' בגמ'), ועי' לק' סק"ד.

בתוד"ה אל"א

תודייה אל"א, מיהו לשון אל"א כו', לפי הצעת הגמ' לא דנו בעצם החילוק בסברא, דא"כ הול"ל הכא דמי יימר דאיכא רמאי אפי' ר"י מודה, הכא דלית לי' פסידא אפי' ר"י מודה, ומשמע מזה דהחילוק בסברא פשוט, והנדון אם זהו החילוק דמתני', וכיון שכן שפיר נקט אל"א אע"פ שאינו חוזר מן הסברא, [ועי' לק' סק"ה בזה], והא דפריך בסמוך בין לרבנן בין לר"י, יש לפרש משום דר"י מודה לרבנן במנה שלישי, כדקאמר א"כ מה הפסיד הרמאי, ומשמע דאף בלא טעמא דהפסד הרמאי יש לקיים דברי ת"ק, אלא שצריך להוסיף ע"ד משום הפסד הרמאי, ובעיקר קו' הגמ' י"ל דהא דהזכיר ודאי רמאי, היינו רק לבאר אמאי לא פריך דיחלוקו גבי חנוני, דכיון דאיכא ודאי רמאי דודאי דחד מינייהו הוא, א"כ בין לרבנן בין לר"י ד"ז שייך במתני' דנפקד ולא במתני' דיחלוקו, אבל לא מייתי טעם זה שלא יטלו שניהם דהא פשיטא לי' שאין בעה"ב צריך להפסיד, [והיינו טעמא דמייתי לה הכא, משום דהי' מקום לשאול שיחלוקו, ועשטמ"ק שכ' שאינו מן הגמ'], ועי' לק' סק"ה.

ואי הדר ב' תלמודא, צ"ל דמעיקרא לא קאמר הכי אלא כדי להעמיד מתני' ברווחא כו', אבל בסברא מסתבר שיקנוס ר"י את הרמאי בכה"ג שלא ירויח, דאע"פ שאין

ועוד דא"כ אמאי תנא לה במו"מ, ליתני אני ארגתיה, ובאמת יש לשאול לרבנן מנלן דמתני' במו"מ, דילמא כולה שלי דארגתיה, וקמ"ל לאפוקי מפרש"י דבנ"א אני ארגתי' יהא מונח, והתשובה לזה וכמדומה דכן שמעתי מאמור"ר שליט"א דאין נופל לשון כולה שלי אלא בדבר המשותף ביניהם, דשייך שיאמר שבענין המשותף זכיתי אני בכולה, אבל אם אין להם שייכות כלל, הול"ל שלי היא, (דהא לשון כולה שלי זהו לשון הטענה שלהם), ומה"ט גופי' יש לדקדק קצת דנקט מתרוייהו, דאם רק אחד נתן מעות, וכל אחד טוען אני נתתי, א"כ אין כאן ענין משותף ביניהם, וגם בזה יש לתרץ כמש"כ לעיל דמשמע דחלוקתן באוחזין, דומיא דמציאה.

בתוד"ה א"נ

תודייה א"נ, כגון שז"א אני מצאתי היום כו' מודה דיחלוקו, מכאן יש לדקדק דהא דאמרי' יחלוקו בז"א אני ארגתי' לדעת תו', אין הטעם משום דלגבי החצי אפשר לקיים דבריו, דנימא שכל אחד ארג חצי', דהכא אם הגביהו שניהם כאחד, ע"כ שניהם זכו בה היום או אתמול, ומ"מ חולקין שלא ע"פ טענותיהן, דסגי בזה שהחלוקה יכולה להיות אמת מכח תפיסתן, מיהו בעיקר הדברים יש מקום לדון דבאני מצאתי היום לא חשיב ודאי רמאי אף לפרש"י, דכיון שבעיקר

טלית כזו במקו"א, וא"כ ליכא טעמא דחבראי ליטרח, א"נ שמכרה בזול, דלא שייך שישגי במחיר זה במקו"א, [א"נ בהוקרה הטלית, ויש לדון בזה כיון שזה דבר שנתחדש אחר המכירה, ומאחר שתפסה סבר דברשותי אייקר], וכן במציאה משכח"ל שנפלה ממנו ומצאה, כדנתיא ז' א' גבי שטר, ואע"ג דלית בה סימן, מ"מ אין דרך בנ"א להורות היתר בכה"ג, דחשיב חבראי חסר בה, א"נ כגון שהוציא הוצאות למצוא המציאה, כההיא דשכרו ללקט מציאות, או ששמע שיש מציאה והוציא הוצאות להגיע לשם, דבכל הני ליכא הוראת היתר, וליכא ודאי רמאי, [ובר"ן כתב כגון דאמר כולה שלי סתם, דליכא מורי לחדש ואמר, וליכא ודאי רמאי וכ"נ ברמב"ן דזה חשיב ליכא ודאי רמאי, דגבי ההיא ארבא דהאי אמר ידידי היא, משמע דסבר דלא חשיב רמאי], ומייתור דמתני' שמעינן דבכל גונא צריכין שבועה, ולפ"ז נחתא משה"ק הראשונים ז"ל מדסומכוס ודר' יוחנן, וכן תירץ הרמב"ן, ואכתי אין ללמוד מזה לדין ז"א אני ארגתי, וכמש"כ וכ"מ ברמב"ן, (וכן בשטר אם נפרש דחשיב ליכא ודאי רמאי לפרש"י, הרי מבואר דחולקין אף בדליכא מורי ואמר, ואמנם לא הוזכר שם שבועה, אבל מדפריך ולית לי' לרבי מתני' כו' משמע קצת דזהו ממש דין המשנה).

לפרתו' קשה דליתני אני ארגתיה ותו לא, ועוד בדעת תו'

והנה לפרש"י אין להקשות דליתני חדא בגונא דלית בי' מורי ואמר, דכיון דלא משכח"ל יחלוקן אלא במציאה ומו"מ, הי' צריך להאריך לבאר בהם אופן דליכא מורי ואמר, וניחא לי' טפי למיתני תרתי, אבל לפרתו' הו"ל למיתני אני ארגתי, וביותר קשה דכולה מייתרא, דהול"ל זה אומר שלי היא וז"א שלי היא, ולא הוה סליק אדעתין לאוקמה דוקא בדמורי ואמר ותירצו בתו' דמתני' קמ"ל דאפי' בהני איכא חיוב שבועה,

הקנס מרתיעו, מ"מ אם ירויח הרי אנו מסייעים בידו, משא"כ אם יהא מונח, אפשר שיוותר, או שמתחלה לא ירד לתפוס, ועי' לק' סק"ה.

ב' ב' מציאה הוא דרמו רבנן כו' ביאור חידושא דמתני' בחיוב השבועה, ובביאור הצריכותא

ג. **ב' ב' הו"א** מציאה הוא דרמו רבנן כו' נראה לכלל הפירושים חידושא דמתני' הוא בחיוב השבועה, דמתני' מתפרשת בגונא דאין לתקן בו יהא מונח, וא"כ פשיטא דמאחר שזה תפוס ועומד אנן סהדי דמאי דתפיס האי ידידי הוא כו' ויחלוקן, והדין הוא שיחלוקן בלא שבועה, וקמ"ל מתני' דתק"ח שזה ישבע כו', ואפשר נמי דמתני' דקתני שנים או חזין מתפרשת כשיש לשניהם דין מוחזק, והיינו בדאיכא למימר דתרוייהו הוא, אבל אם יתברר בעדים דאחד הגביה תחלה והשני תקפה אח"כ, לא חשיב דתרוייהו או חזין, (אם הכונה מוחזקין), ונדון דז"א אני ארגתי אינו נלמד ממתני', אלא הוא נדון בסברא אם חשיב דאיכא למימר דתרוייהו, וכל שדינו יחלוקן הרי הוא בכלל מתני' לענין שבועה.

ולפ"ז יש לפרש הצריכותא בעיקר התקנה דמאחר שזה תפוס ועומד שבועה זו למה, ואי תנא מציאה הו"א דלא תיקנו אלא במציאה משום דמורי ואמר כו', ונראה דאף לפרש"י מתפרש דקמ"ל דאף בלא טעמא דמורי ואמר, תיקנו שבועה, דלא מסתבר לפרש המשנה שתיקנו בשני מאורעות מיוחדים, וגם אין מבואר במתני' האופן דמו"מ, דנימא שתיקנו תקנה מיוחדת באופן זה, א"ו אף בדליכא מורי ואמר תיקנו שבועה, אבל אין לדקדק מזה לדין ז"א אני ארגתי, דמתני' מתפרשת שבכל האופנים שדינם יחלוקן צריכין שבועה, ולא נחתא לבאר דיני יחלוקן, ובמציאה ומ"מ גופייהו משכח"ל גונא דליכא מורי ואמר, כגון שלא שייך לקנות

בדין שנים האוחזין בטלית שיש בה סימן, וכל אחד אומר ממני נפלה

ד. **נראה** דשנים האוחזין בטלית שיש בה סימן, ושניהם מודים דבהדי הדדי אגבהוה, אלא שכל אחד טוען שלי היתה ונפלה ממני, חולקין בלא שבועה, דלא מצינו תקנה דשבועה אלא בטענת תקיפה, כדאר"י שלא יהא כאו"א הולך ותוקף, אבל כשכל אחד מודה במוחזק של חברו, שבועה זו למה, ולפ"ז אפשר דאפי' כ"א אומר אני מצאתי, לא חשיב איכא ודאי רמאי, ואף לפרש"י חולקין בשבועה, דאע"פ שיש כאן רמאי בטענת הבעלות, מ"מ אנו דנים יחלוקו מכח האחיזה ובוזה ליכא ודאי רמאי, דהא דלא דיינינן יחלוקו בדאיכא רמאי הוא משום שהמוחזק שלפנינו איתרע, ולא מצינן למידן עפ"ז, אבל כשהמוחזק לא איתרע שפיר פסקינן עפ"ז, אע"פ שאנו יודעין שיש רמאות ביד המוחזק, וכמו טלית שחציה ביד ראובן וחציה ביד שמעון וכל אחד אומר אני ארגתיה דודאי איכא רמאי, ומ"מ כל מה שתח"י אדם הרי הוא שלו ואע"פ שהוא רמאי, (תדע דבשנים אדוקים בטלית נוטל כ"א עד מקום שידו מגעת, אע"פ שאם הגביהוה יחד הרי שניהם שוים, אלא מכיון שאין לנו לדון על החלק שהוא מוחזק בו במוחלט, לא נחתנין לזה, מיהו לאו ראי' היא דהתם אפשר שהגביהוה כך, וקנה אותו חלק לבדו, מיהו במו"מ קשה, וכן בז"א כולה שלי וז"א חציה שלי דחשיב החלוקה אמת מכח דתרווייהו בהדי הדדי אגבהוה, מוכח דלא נחתנין לברר אלא החלק הנדון שלפנינו, כאילו ה' נדון ע"ז בפ"ע, וה"נ הכא כיון שאם הגביהוה כאחת, הרי היא שלהם במוחלט, אין לנו אלא לדון בד"ז, וכיון דאפשר דתרווייהו בהדי הדדי אגבהוה יחלוקו בשבועה).

ולפ"ז אפשר ליישב ברייתא דשנים אדוקים בשטר ז' א' בפשיטות לפרש"י, דהא קתני דמלוה אומר שנפל ממנו, ויש לפרש

וטעמא משום דמורי ואמר, וכ"ש בז"א א"א דאין לו מקום לטעות דדידי' היא וצ"ע דמה"ת לבטל השבועה במציאה, הרי גם במציאה יש לחוש שמא תקפה בלא מורי ואמר, כמו באני ארגתי, ומה בכך דיש צד שטועה ולא יפרוש, ועוד דצד זה איכא גם לבתר הסברא דמורי ואמר וצ"ל דהו"א דיש לנו להחזיקם בכשרים, וטעמא דמורי ואמר שייך גם בכשרים, שאין מצוי שיתקוף מיד חברו בסתם, אבל בדמורי ואמר שפיר יש לחוש ועו"ק דלפ"ז טעמא דשבועה דמציאה ומו"מ הוא טעם מיוחד, ואינו טעמא דר' יוחנן, ול"מ כן ועוד דלפ"ז במציאה ומו"מ היכא דליכא מורי ואמר [כגונוי שכתבנו לעיל] חולקין בלא שבועה לפרתו, ול"מ כן, דהא לפרתו יש לפרש לפי האמת דכולה שלי כולל כל הטענות, ומנלן לאפוקי הני, (משא"כ לפרש"י דל"ק כ"כ לפרש דרק בדמורי ואמר איכא שבועה, כמו שהזכירו הראשונים ז"ל, דהא לדידי' גם כל שאר האופנים אינם בכלל המשנה).

וכבר כתב הגרע"א ז"ל דזהו המקור לפרש"י דבז"א א"א יהא מונח, ודוחק לומר דנקט רבי הני במתני' כי היכי דתיקום מתני' אף כר' יוסי (ובן ננס), וצ"ל לפרתו דלפי האמת כולה שלי מתפרש בכל הטענות, ולא דוקא במו"מ, ותנא מציאה דלא נימא דהיכא דיש עסק משותף ביניהם לא תיקנו שבועה, דהענין מתפרש ששניהם היו באותו מעמד, והנדון מי הגביה קודם, ולא הוצרכו לתקן שבועה במאורע כזה, דיש לנקוט שכ"א סבור לומר אמת, וכמ"ש תו', וקמ"ל דלא הוציאו מציאה ומו"מ מן הכלל, אבל אין הטעם משום דמורי ואמר, דזה הוזכר בגמ' לאידך גיסא דה' מקום לומר דרק בהני תיקנו שבועה, וכמ"ש לפרש"י, אלא דלפי האמת אין להקשות איפכא מפני הטעם שכ' תו', ועדיין אינו מחזור.

כולה במציאה דומיא דמתני', ומיירי שהלוח טוען שממנו נפל ומצאו, [או שהלוח מודה שנפל מן המלוח, אלא דקטעין פרוע ועכשיו אני מצאתיו, דאע"פ שנפל ממך כיון שפרעתיו שלי הוא, ומדוקדק לפ"ז לשון הברייתא דרק גבי מלוח קתני נפל ממני ומצאתיו, וצ"ע בד"ז], ואם היו שניהם מודים דתרוייהו בהדי הדדי אגבהוהו אינו שייך בדין שנים או חזין דליכא תקיפה וחולקין בלא שבועה כמש"כ גבי טלית, והשתא נמי דכ"א אומר אני מצאתיו, אימור תרוייהו בהדי הדדי אגבהוהו, דאין לנו לדון אלא אם הם מוחזקים, ובזה ליכא ודאי רמאי, ואפי' לר' יוסי לא קנסין בכה"ג, דבנדון שאנו דנים בו ליכא ודאי רמאי, וניחא בזה הא דפריך בפשיטות ולית ל' לרבי מתני' כו', וכן מדאיירי ר"י בסיפא ש"מ דמודה ברישא, [ויעוי' בספר אמו"ר שליט"א ס"ט סק"ד שכ' דדוקא בז"א אני מצאתיו יחלוקו אבל הם הלוח טוען שהשטר הי' בידו והמלוח תקף השטר מידו אין גובה שטר זה, עי"ש, ולפי מה שצדדנו לעיל אפשר דדוקא אם הלוח מודה שנפל מיד המלוח, דמשוי ל' שטרא וניחא משה"ק שם, ובשו"ע סי' ס"ה סט"ו העתיק הדין בשהלוח טוען שנפל ממנו עי"ש, ולע"כ בד"ז].

בדברי הרמב"ן דשטר חשיב ליכא ודאי רמאי

ויעוי' ברמב"ן שכ' לדון דז"א אני ארגתי' יהא מונח, דליכא למימר, דתרוייהו הוא, ומ"מ בשטר פשיטא ל' דיחלוקו כיון דאפשר שפרע לו החצי, ולכא"ו זה ע"ד סברת תו' ב' א' ד"ה ויחלוקו דטעמא דיהא מונח במנה שלישי הוא מפני שלא מסתבר שהקנה לו החצי, וס"ל להרמב"ן דה"נ באני ארגתי' אם ננקוט דחד ארגה, אין לנו לחדש שמכר החצי לחבירו, דזה שהם טוענים ארגתי' הו"ל כטענת הפקדתי', שהרי אם יתברר לנו בעדים מי ארגה (או הפקיד) הו"ל דידי', ולא אמרי' שמה הקנה החצי לחבירו, השתא נמי חשיב כנתברר לנו דחד מינייהו ארגה, ואין לנו

לחדש שהקנה לחבירו חציה, אבל בשטר אינו דבר מחדש לומר דתרוייהו הוא, ושפיר מוקמינן להו בחזקתייהו, דהא אף במציאה ומו"מ הא דאמרי יחלוקו אם הטעם משום דראוי לנקוט דכך היה המעשה דתרוייהו בהדי הדדי אגבהוהו או שנתרצה לשניהם, אלא דכיון שאפשר שהמוחזקים שלפנינו הם מוחזקים בדין, שפיר מוקמינן להו בחזקתייהו, דאין לב"ד להתערב בדבר שהוא בחזקת האדם, מאחר ואין סתירה לחזקתו, וה"נ בשטר אפשר להניח שהם מוחזקים בדין, בלא שנצטרך להמציא עובדא מחודשת, משא"כ באני ארגתי', ולפ"ז לא תליא מילתא באיכא ודאי רמאי, שהרי אנו אומרים יחלוקו דלא כמר ודלא כמר, והיינו מכח המוחזק בלא טענותיהן, אבל לפרש"י נראה דלעולם לא מחזקין בידייהו אלא מכח טענותיהן, והיכא דאיכא ודאי רמאי דלא מצין למימר יחלוקו אלא מכח טענה מחודשת, אמרינן יהא מונח, [ואפשר דנפ"מ גם בז"א אני מצאתי' הרבה קודם באופן שאין להסתפק דתרוייהו בהדי הדדי אגבהוהו, דלפרש"י יהא מונח, אבל להרמב"ן לא חשיב טענה מחודשת לומר שהיתה הגבהתם בסמוך זל"י, ועי' לעיל סק"ב נסתפקנו דשמא לא חשיב רמאי כשמסקר בפרטי המעשה, מכיון שבטוח שהוא הגביה קודם, שפיר קאמר הכי לאלומי לטענתו, ועדיף מיחלוקו דשטר, ואמנם בהיום ואתמול שהזמן מופלג מבואר בתו' דחשיב רמאי, מ"מ באותו מעמד, אפשר דכו"ע מודו], מיהו בסמוך נתבאר דלדעת הרמב"ן חשיב כל דין יחלוקו ליכא ודאי רמאי ולפ"ז אין ראי' דפרש"י פליג.

ונראה דדעת הרמב"ן דליכא פלוגתא בין ר"י ורבנן בדינא דמתני', ואם לרבנן יחלוקו באני ארגתי' אף לר"י כן, וכן בשטר אף לר' יוסי יחלוקו, וכ"מ ברשב"א דשינויא דמשנינן לרבנן היינו שינויא דמשנינן לר' יוסי, וכ"ה בהדיא בריטב"א [ובשטמ"ק] אפי' בז"א

אני ארגתי' דחשיב ליכא ודאי רמאי לר"י, וכ"ד הר"ן דכל דחשיב איכא ודאי רמאי אף לרבנן יהא מונח, וכל הנדון הוא מה חשיב ודאי רמאי, ובשם תו' כתב דודאי רמאי היינו שהדין שנפסוק הוא ודאי מרומה, ולפ"ז ניהא דפריך בפשיטות ממתני' לשטר, וגם ר"י שפיר איירי בסיפא, וניהא נמי סתמא דשמעתתא ג' א' דמתני' מיתוקמא נמי כדר"י, ולא משמע דהיינו באוקימתא אחריתי מדרבנן, אבל דעת תו' והרא"ש דר"י ורבנן פליגי בדין ז"א אני ארגתי', ועתו' הרא"ש ז' א' שדקדק לפ"ז מאי פריך לרבי.

בביאור דברי הרשב"א דבשטר לא מצינן למימר יהא מונח

והרשב"א כתב ליישב ההיא דשנים אדוקים בשטר וז"ל יש לתרץ דאילו אתה מעמידו עד שיבא אליהו הרי אתה מזכהו לגמרי ללוה שאתה פוטר מהכל, ואם אתה גובה מעות מן הלוה ומעמידו עד שיבא אליהו נמצאת מחייבו לגמרי דמאי איכפת לי' בין שאתה נותנם למלוה בין שהעמידם ביד ב"ד עכ"ל, והנה בכל יהא מונח הבעלים האמיתי מפסיד הכל, והכא נמי אם יגבו הכל מן הלוה ויעמידו ביד ב"ד, אפשר שהמלוה הוא שמפסיד הכל, ובפשוטו ר"ל דבטלית מאחר שחבירו תפוס בה, א"כ בלא מעשה ב"ד ג"כ כבר אבד חציה, ולכן לא חשיב שמוציאין ממנו ליהא מונח אלא חצי', אבל בשטר עדיין כל המעות ברשותו, ואאמו"ר שליט"א בס"א סק"א ביאר הדברים דכדי להוציא המעות מן הלוה לומר יהא מונח, אנו צריכין לכח השטר, והרי אכתי לא נתברר לנו שיש כאן שטר, ואמנם לגבי החצי של המלוה אפשר לומר יהא מונח, דהא אף ביחלוקו אנו מוציאין החצי על סמך השטר שביד המלוה, אבל כדי להוציא החצי של הלוה אנו צריכין תחלה לפסוק שיש כאן שטר על כל החוב, וזה חשיב כולו לטובת המלוה, ונהרי כל ענין יהא מונח הוא שאין ב"ד מכריעין במצב כזה, וכאן

צריך להכריע בנדון השטר לטובת המלוה, וד"ז הוא ודאי ספק, (מכח תפיסת הלוה), ורק אח"כ נוכל להניח המצב בספק עד שיבא אליהו, וע"ע מש"כ לק' ס"ק י"ז], וכ"ז מבואר בלשון הרשב"א שכ' בתחלה דמדין יהא מונח ה"י ראוי להעמיד בשטר ביד ב"ד, דאנו צריכין להניח את הנדון של השטר עצמו עד שיבא אליהו, אלא דבזה לא הנחנו משל לזה כלום, וכדי להניח את המעות אנו צריכין להכריע תחלה בספק שלפנינו דהיינו בעצם השטר לרעת הלוה, ועי' תומים סי' קל"ח סק"ב שתירץ ג"כ כהרשב"א.

ברם צ"ע בעיקר הדבר הכא דהדין יהא מונח, משום דלא ברירא לן מילתא למעבד בה יחלוקו, אם באופן שאחד ירויח, יש לב"ד להכריע ולמעבד יחלוקו, כגון בנפקד שהפקידו אצלו שטר, והמלוה והלוה כ"א טוען אני הפקדתיו, דלכאו' נראה שאין להוציא כלום במצב של ספק, ואפי' החצי אין להוציא מן הלוה, דכיון שאין אנו מכריעין בדין השטר, יש לנו להניח השטר במצב של ספק עד שיבא אליהו, ואע"פ שהלוה נשכר בזה דמ"מ איך נפסוק דבר שנראה לנו שקר, דלית לן למימר דתרווייהו הוא, וצ"ע, ובסוגיית הגמ' ז' א' ג"כ אין מיושב לומר דהא דפריך ולית לי' לרבי מתני' שנים ווחזין כו' דבאמת לא דמי למתני', אלא דמסברא מחודשת (מכח ההכרח) יש לנו לדון יחלוקו, ועתו' הרא"ש שם אליבא דר"י, וקצת משמע מסתמות דבריו שם דלר"י דיהא מונח המעות, ואפשר דהיינו דוקא לר' יוסי דמפיק מבעלים ודאי, כדי שיפסיד הרמאי, ועי' שו"ע סי' ס"ה ס"א דאמר' יהא מונח על השטר ועי' לק' ס"ק י"ז נתבאר [בזה].

ג' א' התם קניס לי' כו', בטעמא דקניס ליה אפי' בליכא ודאי רמאי

ה. ג' א' א"נ התם קניס לי' ר"י לרמאי כו' לעיל סק"ב כתבנו דע"כ האי א"נ

והדר ב' מתירין בתרא לגמרי כמ"ש תו' דהא תירין בתרא ס"ל דאם טעמי' דר"י כדי שיודה הרמאי בדין הוא שיקנוס אף בדליכא ודאי לרמאי, דמ"מ האמת יכולה להתברר, דכיון דחזינן דאף במקום שאפשר שיודה מחמת הקנס לא קניס ר"י, כיון שאינו רמאי ברור, א"כ משמע דעיקר טעמו לחוש לרמאים שלא ירויחו הרמאים ברמאותם ולא דוקא כדי שיתברר האמת במקרה זה ע"י ההפסד, ועוד דגם זה שאינו מרויח מזה מניעו לוותר, מיהו לפ"ז ל"ק כ"כ לשון אלא, אף אי לא הדר ב' לגמרי, כיון דל"ב פליג אסברא דל"ק, משא"כ לפי מה שסברנו לעיל סק"ב בדעת תו' דל"ב מודה לל"ק בסברא עיי"ש, ולפי מה שצידדו תו' דלא הדר לגמרי מטעמא דפסידא לרמאי, למסקנא מודה ר"י בשטר דיחלוקו, ולשיטת ש"פ ניהא בפשיטות הא דקאמר אלא, דבדאיכא ודאי רמאי יהא מונח מעיקר הדין אף לרבנן, ולא צריכין בזה לטעמא דרמאי.

שם בין לרבנן בין לר"י כו' דהא בודאי איכא רמאי, לפרש"י זוהי נתינת טעם דלא פרכינן נימא יחלוקו, וה"ק בין לרבנן בין לר"י, שייך דין זה במתני' דמנה שלישי וכן לפי הרמב"ן ודעימי' ניהא, אבל לפרתו' דודאי רמאי אינו טעם לומר יהא מונח לרבנן, לא הו"ל להזכיר טעם זה, ואפשר דמכח זה דקדקו תו' דלר"י תלוי הטעם בדאיכא ודאי רמאי לחוד, וה"ק בין לרבנן מטעמא דמנה שלישי דהכא לית לן למימר דתרווייהו הוא, ובין לר"י דמלבד מנה ג' יש כאן עוד טעם לומר יהא מונח דהא בודאי איכא רמאי, ולא למימרא דר"י לית לי' טעמייהו דרבנן במנה שלישי, אלא דלר"י יש כאן קושיא מטעם נוסף ומדחשיב לי' טעם נוסף ש"מ דלית לי' טעמא דא"נ כלל, אבל אי לאו ייתורא דהאי לישנא לפרתו', באמת ליכא למידק דיש כאן קושיא נוספת אליבא דר"י.

אתא לאוקמי' מתני' אליבא דר"י אף בדאיכא ודאי רמאי, דאל"כ מה"ת לחדש דקניס ר"י אף בדליכא ודאי רמאי, וזו קושיא לפרש"י, ונראה דל"ק דשפיר ראוי לחוש ולקנוס הרמאי, אף כשיתכן דליכא ודאי רמאי, דהדבר קרוב יותר לחוש דאיכא רמאי, ועוד דאף אם האמת דתרווייהו בהדי הדדי אגבהוה הרי כל אחד רמאי, אלא שיש תלות דטועה ברמאותו, ואין כאן עוול במשפט לאנשים ישרים אם קנסנו כאן מחשש רמאי, כיון דלכל הצדדים יש כאן רמאות, ואאמו"ר שליט"א בסק"ה כתב דטעות זו ג"כ חשיבא רמאות, דבאמת אם ידקדקו לזכור מה שברור להם בהגבהתם יבואו לידי השתוות עיי"ש, ולפמשנ"ת לעיל סק"ד לדעת הרמב"ן והרשב"א והריטב"א והר"ן מתפרשת הסוגיא כך, אף אם ז"א אני ארגתי' יחלוקו, דס"ל דלא חשיב ודאי רמאי בכה"ג, ואף ר"י מודה, אבל בודאי רמאי לכו"ע יהא מונח, וכיון שכן לא שייך לפרושי א"נ אפי' בדאיכא ודאי רמאי מודה ר"י, דהא דאפי' לרבנן אין חולקין.

ובאמת הדבר מוכח בגמ' אף לפרתו' דלהאי א"נ אף בדליכא ודאי רמאי קניס ר"י, דאל"כ מאי פריך מו"מ מא"ל, הא סתמא דמו"מ בדנקיט מתרווייהו דאיכא פסידא לרמאי ליכא ודאי רמאי, וא"כ מתני' מתפרשת שפיר אף לר"י, ולא שייך להקשות ממו"מ דנקיט מתרווייהו ואיכא ודאי רמאי, דמנ"ל לכלול במתני' גם כה"ג, א"ו להאי לישנא קניס ר"י אפי' בדליכא ודאי רמאי, וע"כ לפרש כמ"ש דראוי לקנוס בכה"ג, אם משום דשייך הודאה אף בטועים, או דיותר יש לחוש לרמאי ולקנוסו, אלא דהתו' לשיטתם דלתירין קמא פליג ר"י ארבנן, א"כ לתירין בתרא אין לחדש מחלוקת בזה, משא"כ לרש"י וש"פ דאף לתירין קמא לא פליגי, אבל בעיקר היתירין לכו"ע מתפרש דל"ב קניס ר"י בכל גווני, ונלפ"ז אפשר להבין טפי טעמא דקאמר אלא,

ב"ב ל"ה א' אם למ"ד חלוקה עדיפא, אמרי' כל דאלים גבר

ו. **ב"ב ל"ה א'** רב אמר יחלוקו, לכאן' הי' מקום לומר דלמ"ד חלוקה עדיפא, אף בדאיכא למיקם עלה דמילתא עבדינן חלוקה, כיון שיש יושר בחלוקה, ואין לחוש כ"כ אם יתברר דחד מינייהו הוא, תדע דבדאיכא דררא דממונא עבדינן חלוקה, אע"ג דאיכא למיקם עלה דמילתא, אבל בתו' מבואר דמדרב נמי פריך, [ואמנם מ"ש תו' דלישנא דסבר רב חלוקה עדיפא עיקר, צ"ע דהא מסקינן התם דרב כר"מ בשטרות, אבל עכ"פ הסברא יש ללמוד מדבריהם וכ"מ ברמב"ן וברשב"א עי"ש], ונראה להוכיח כדבריהם מהא דמשמע דאף רבנן דסברי חלוקה עדיפא אמרי' המע"ה במחליף פרה בחמור, ובדליכא למיקם עלה דמילתא אמרי' שודא או יחלוקו אפי' נגד מרא קמא, וכמשנ"ת להלן, וכיון דחזינן דלא מהני טעמא דחלוקה (נגד המע"ה) בדאיכא למיקם עלה דמילתא, תו לית לן לחדש דנגד כה"ג אמרי' חלוקה, והטעם פשוט דאף למ"ד חלוקה עדיפא סבר דחצי' יהבינן שלא כדין, וכיון שכן כל שיכולים להמנע מלעשות שלא כדין, שבקינן לה, וכל דאלים גבר.

שם התם ליכא למיקם בו' בדברי הרמב"ן דאף בדאיכא דרד"מ אמרי' שודא, ובדאיכא מרא קמא

שם התם ליכא למיקם עלה דמילתא, ברמב"ן מבואר דאף בדאיכא דררא דממונא אמרי' שודא, וכ"כ הר"ן ריש ב"מ, וכ"מ רי"ף פ' הכותב שכ' דאי דינא דשני שטרות בהלואה, הו"ל לשנויי הכא דטעמא דלא אמרי' כדה"ג הוא משום דאיכא דררא דממונא, והדבר מוכח מהא דאמרי' יחלוקו במחליף פרה בחמור, ואם התם גם בדליכא למיקם אמרי' יחלוקו, ש"מ דחלוקה עדיפא דברד"מ אין בו כדי להכריע חלוקה, אבל אם איכא למיקם עלה דמילתא שפיא מכרעינן לפי שעה יחלוקו דכיון דליכא למימר כל דאלים גבר, חשיב

יחלוקו כמזונח במצב הקיים, (וכן יש לדקדק מהא דפריך ומ"ש ממחליף פרה בחמור רק אר"נ, ולא אדשמואל כדפרשב"ם, ואם דינא דמחליף פרה בחמור הוא אף בדליכא למיקם עלה דמילתא, א"כ אף לשמואל בעינן לשינויא דדררא דממונא, מיהו אין זה דיוק כיון דסתמא דמחליף פרה בחמור איכא למיקם עלה דמילתא, לא הו"מ למיפרך מינה, ואדרבה יש להקשות מ"ט לא פריך בכתובות צ"ד ב' ממתיני' דהמחליף פרה בחמור והו"ל לשנויי התם איכא למיקם עלה דמילתא, ובשלמא אם לדינא דשודא בעינן תרתי דליכא למיקם וליכא דרד"מ, ניחא דלא פריך כיון דלא דמי מהתרי טעמי, ורק מאותם דדמו בחד טעמא פריך, ולא חש לבאר כיון ששני הטעמים מבוארים בשמעתינן, אבל אם צריכינן לטעמא דליכא למיקם, הו"ל לאקשווי ולשנויי כבשמעתינן, וי"ל דכיון דאשכחן תנאי דסברי חלוקה עדיפא, לא הו"מ למיפרך מדסומכוס, וכיון דלא מצי למיפרך בפשיטות, סמך על הטעמים המבוארים בשמעתינן), נראה לפ"ז דאף בדאיכא מ"ק אמרי' שודא, ואע"ג דסבירא לן כרבנן דהמע"ה, ה"מ בדאיכא למיקם עלה דמילתא, דלא בעינן למיחת ולמידן בה מידי, אלא שהדררא דממונא מכריחינו שלא להתעלם ולהניח דכל דאלים גבר, ולכן שפיר מניחין ביד המרא קמא דס"ל לרבנן דזה חשיב להניח במצב הקיים, אבל באמת אין כאן סברא להניח ביד המ"ק, ולכן כשצריך להכריע הדין, אמרי' שודא או חלוקה, וכ"מ בגיטין י"ד ב' דאמרי' שודא או חלוקה ואע"פ שהמשלח מ"ק, וכ"מ לק' ס"ב ב' דאמרי' שודא אף בדאיכא מוחזק, וכמ"ש בזה תו' שם, ומבואר מזה דשודא הוא פסק גמור, דכיון דלא מצינן למיעבד יחלוקו מפני שיש בזה ודאי שקר, אין לנו לומר גם לי גם לך לא יהיה ולהניח עד שיבא אליהו, ושפיר קבעו חז"ל דין שודא, וכמו שהזכירו הראשונים ז"ל דדמי להפקר ב"ד הפקר, [מיהו להמפרשים דקו' הגמ'

לפ"ז ליכא דררא דממונא דרק מי שקדמה מסירתו יש לו עיקר ממון], מיהו ל"ק כ"כ דקושטא קא משני דאף בלא דררא דממונא אמרי' שודא בדליכא למיקם עלה דמילתא, ואפשר דלא חשיב דררא דממונא אלא כשיש ספק מכח מציאות ידועה ביניהם, משא"כ הכא דכל ענין השטר זהו גופא הספק.

בביאור הענין מה חשיב ליכא למיקם עלה דמילתא, ואם הוא דוקא בדבר שלא הי' ידוע מתחלתו, ובנתברר דליכא למיקם עלה

ז. שם התם ליכא למיקם עלה דמילתא, ברי"ף פ' הכותב ובשאר ראשונים וכן בתו' בשמעתין מבואר דאף בשטרי הלואה חשיב ליכא למיקם עלה דמילתא, ואף דלא דמי לשטרי מקח, דהתם כל שטר סותר את חברו, ומעלימין מהם שיש כאן שני שטרות, מ"מ כיון שהאפשרויות לברר ידועות, מאחר שלא הצליחו לברר, אין סמך למיקם עלה דמילתא ממקו"א (ושמא התם נמי הלואה מעלים הלואתו מהמלוה), משא"כ במחליף פרה בחמור שאין כאן נדון על מעשה שנעשה ביודעין, דנימא שכל הצדדים המועילים לברר הדבר ידועים לנו, ולכן אפשר דאיכא למיקם עלה דמילתא ע"י עדים שראו, וכן בז"א של אבותי אין ידוע לנו מי יכול להעיד בדבר, משא"כ במעשה שעשו ביודעין, הרי אנו יודעין כל הצדדים שיכולים לברר, וכיון שלא נתברר תו ליכא למיקם עלה דמילתא, ועפ"ז כתב הרשב"א ריש ב"מ דמתני' דשנים אווזין נמי חשיב ליכא למיקם עלה דמילתא, כיון שהם יודעים הפרטים בשעת מציאה ובשעת מו"מ, וכיון שלא הצליחו לברר עפ"ז, תו ליכא למיקם עלה דמילתא, אבל קשה לפ"ז במחליף פרה בחמור בברי וברי מ"ט חשיב איכא למיקם עלה דמילתא, הרי הם טוענים שיודעים היו שעת הלידה וא"כ גם יודעים אם עמד אדם שם או לאו, וצ"ל דסתמא דמחליף בשמא ושמא מיירי, וממילא מתפרש בברי וברי גם בכה"ג, דכיון שהפעולה לא נעשית

לשמואל, א"כ מבואר דבדאיכא דרד"מ לא אמרי' שודא, וכ"פ הר"י מיגש].

ולפ"ז ביאור הענין דלעולם כשבאים לקבוע הדין, שודא עדיף, דאין כאן ודאי שקר, ובדאיכא למיקם עלה דמילתא אין לב"ד לקבוע הלכה, ולכן כשיכולים להסתלק לגמרי אמרי' כל דאלים גבר, ובדאיכא דרד"מ שא"א להסתלק לגמרי, מניחין המעות במצב הקיים, והיינו בדאיכא מוחזק או מרק' המע"ה, ובדליכא מניחין המעות בחזקת שניהם [והיינו יחלוקן] שיהיו שניהם תפוסים בו בשוה.

בטעמא דל"א כל דאלים גבר בדאיכא דרד"מ, ובתו' דבדרד"מ אף שני שטרות חשיבי דרד"מ בעיקר הסברא דדררא דממונא לכאו' נראה דהיינו משום דחשיב קצת כמוחזק, דכיון שיש לו תפיסת ממון ודאית בהאי ספיקא א"א שלא להזקק לדינו משא"כ בדלא ידעין לי' כלל בהאי ספיקא, דשפיר אפשר להסתלק דלא מוטל עלינו להציל החלש מיד האלים כשלא ידענו שיש כאן עושק כלל, משא"כ בספק עושק, והיינו דקאמר ב"מ ג' א' דהיכא דאיכא דררא דממונא ראוי יותר להצריך שבועה, ואאמו"ר שליט"א בס"ק ב' פ' לפי סברת תו' דבלא טענותיהם יש ספק לב"ד דכיון שאם אינם יודעים ובאים לשאול ע"כ צריכין ב"ד להכריע, [דכיון שהספק אינו בא ע"י טענותיהן, הרי הוא מוטל כל ב"ד לבררו, ורק כשהבע"ד הם עושים את הספק, שייך להסתלק מהם שיכריעו לבדם בספק שהם מחדשים], ומאחר שהדין מוכרע שוב אינו נגרע ע"י טענותיהן, אפי' בברי וברי.

ולכאו' לפי' תו' דדררא דממונא היינו דבלא טענותיהן יש ספק לב"ד, אף שני שטרות חשיבי דררא דממונא, דכיון שנחתמו ביום אחד, יש ספק לב"ד בלא טענותיהן, וא"כ קשה קושיית הרי"ף דהו"ל לשנויי הכי, [משא"כ לפי' הראשונים ז"ל דהיינו עיקר ממון, קודם המכירה למוכר ואחרי' ללוקח,

על ידיהם, מתפרש הברי אף באופן שאינו יודע כל הפרטים, משא"כ במציאה ומו"מ, ומדברי הרמב"ן נראה דלא חשיב ליכא למיקם עלה דמילתא, אלא בדבר שבשעשה שיודעין אותו ג"כ אין מדקדקין בדבר, כההיא דשני שטרות, דבחד יומא אין מדקדקין בשעות, ולא רמו עדים אנפשיהו למידכר כלל, אבל בהני שבשעת ידיעה ידעי לה, אפשר שפיר דמידכרי לאח"ז, ואיכא למיקם עלה דמילתא, ולפ"ז סתם מציאה ומו"מ חשיבי איכא למיקם עלה דמילתא, [נויעו' ברשב"א בשעתין שכ' הטעם שכ' הרמב"ן, א"נ דבעידי אבות איכא למיקם עלה דמילתא כיון דאיהו לא ידע מאן ידע ומאן סהיד, פי' שאינו יודע מי ידע בזה שהי' של אבותיו, ולכן אפשר שימצא עדים לאח"ז, משא"כ בשטרות דכיון שהבע"ד עצמם לא ידעי, אין סברא שיתברר אח"כ יותר, וחזר בו משום דמסתברא דדינא דשני שטרות הוא אף בשל יורשים, וא"כ אפשר שיתברר להם לאח"ז מי היו העדים עיי"ש, ואפשר שדבריו ז"ל בריש ב"מ הם ע"פ טעם השני, ולפי מאי דהדר ב', אה"נ דאף במציאה חשיב איכא למיקם עלה דמילתא].

וב"ז בנדון איך לקבוע סתמות העובדא, אבל היכא דנתברר דתו ליכא למיקם עלה דמילתא נראה מדברי הראשונים ז"ל דבכל מילי חזר הדין כשני שטרות, כגון במציאה (ואין אוחזין) שהיו לבדם במדבר וידוע שאין איש למיקם עלה דמילתא, וכן במחליף פרה בחמור כה"ג, ואפי' בברי וברי איכא למימר שודא כדפרקינן אז"א ש"א דנימא שודא, ולא משני דהתם ברי וברי, ואמנם אין מזה ראי' דהתירוצ' האמיתי הוא משום דליכא למיקם עלה דמילתא, ואאמו"ר שליט"א שם סק"ב צידד לומר דלא חשיב ליכא למיקם עלה דמילתא אלא בשני שטרו' דמעיקרא נעשה הדבר בהסתר, באופן שלא יוכלו למיקם עלה דמילתא, ששני השטרות נחתמו ביום אחד, ונמסרו לכל אחד כאילו אין שטר אחר, ולא

נתעוררו למיקם עלה דמילתא אלא עתה שנתברר ששניהם יוצאים ביום אחד, וכיון דלא ידעו חד מדחברי' ליכא למיקם עלה דמילתא ע"י שיברר אחד מתי היתה המסירה שלו, עד שגם חבירו יברר המסירה ידי', ואותו שחושש (או יודע) שהוא אחרון לא יברר, משא"כ בכל שאר מילי דסגי בזה שיברר אחד מהן דבריו, וכ"ש אם נימא דגם בשני שטרות דוקא בשמא ושמא חשיב ליכא למיקם עלה דמילתא, אבל בברי וברי לעולם יתכן שיוכל להוכיח האמת אם בראי' או בדרישה וחקירה שיודה הרמאי, ולפ"ז ליכא דינא דשודא אלא בב' שטרות או בספיקא דדינא כההיא דגיטין י"ד ב' ולק' ס"ב ב', וצ"ע.

ובעיקר הא דקיי"ל שודא עדיף, מבואר מהא דלא פרכינן אשמואל ממחליף פרה בחמור, דכיון דליכא למיקם עלה דמילתא אמרי' שודא אף נגד המע"ה או יחלוקו וכמשנ"ת לעיל סק"ו, וש"מ דכללל הוא בכל ספק שב"ד צריכין להכריע שודא עדיף, מיהו נראה דהיינו דוקא באין אוחזין, [ואחזית הנפקד במנה שלישי כאוחזין דמי], דלא מצינן למימר שודא לאפוקי מן המוחזק, ולא דמי למוחזק דלק' ס"ב ב' דאינו טוען שהוא שלו, אבל בשנים אוחזין בטלית לא מצינן לאפוקי מן המוחזק מספק, דהא שודא בעלמא קאמרינן בה, ואיך נוציא מה שבירו לדבר שאנו מודים בו שאינו מהכרעת האמת, וכ"מ ברשב"א ריש ב"מ, וכ"מ בדברי הרמב"ן בשמעתין והר"ן ריש ב"מ, ואפי' בשמא ושמא כגונא דמנה שלישי (ומת הנפקד) לכאו' ליכא למימר שודא, כיון שיש כאן מוחזק גמור.

בתוד"ה רב, ובתוד"ה ושמואל

שם תוד"ה רב, ואותו לשון הוא עיקר כו', הרמב"ן והרשב"א כתבו דל"ק עיקר, וכ"נ בסוגית הגמ', וצ"ע, - יעוי' ברשב"ם סוד"ה התם, דשם מבואר דס"ל כתירוצ' תו', ולכן

לדידי' יהא מונח, [אבל אם כונת ריב"א כשיטת הרמב"ן, הדין בשטר דיחלוקו, דלא חשיב איכא ודאי רמאי, כיון דאיכא למימר דתרווייהו הוא], ומשה"ק תו' מאי פריך והא נמי כשאר דמאי, לא קשיא להו אהא דקאמר לימא מתני' דלא כר"י, דע"ז ליכא לשנויי אוחזין שאני, דר"י קניס אף במוחזקין, אלא אהא דפריך ואלא מאי רבנן, ולכא' י"ל דהיינו מאי דמשני הכא איכא למימר דתרווייהו הוא אלא דכיון דכל עיקר ראית ריב"א היא מכח הקו' והא נמי כשאר דמאי, ומזה הוכיח דבשאר נמי יחלוקו ואע"פ שאין אוחזין, א"כ ע"כ לפירוש דהכא איכא למימר דתרווייהו הוא היינו דליכא ודאי רמאי, וע"ז קשיא להו דלא הו"ל לשנויי כדמשני לר"י, אלא הו"ל דלרבנן מטעם אחר לא דמי, מיהו נראה דלפי' (תו' בדעת) ריב"א י"ל דאה"נ, ושני החילוקים בכונת הגמ' דהכא איכא למימר דתרווייהו הוא, אם משום דאוחזין אם משום דליכא ודאי רמאי אף בלא אוחזין, והיינו דקאמר דלרבנן ל"ק כלל, ומשה"ק נקט בתרי לישני ולא משני כדמשני לר"י, ומשה"ק סתים ולא מדכר בהדיא טעמא דאוחזין לאשמוענין דאף בלא אוחזין איכא גונא דיחלוקו.

שם בא"ד אבל מ"ד מפקין לא אתי שפיר, לכא' לא דמי דבמנה שלישי היתה התפיסה בידיעה ודאית, משא"כ בארבא דשפיר מפקין לה לאותו מצב שהי' בשעת התפיסה.

בקו' תו' להריב"א

ומשה"ק נמי מאי פריך מב' שטרות וממחליף פרה בחמור הא התם ליכא רמאי, צ"ע דהתם גרע שאין החלוקה יכולה להיות אמת, ואפי' לרבנן לית לן למימר יחלוקו, ואפשר דבאמת אין כונתם שקו' אלו מכריעות, אלא דלמ"ד מפקין הי' מקום להוסיף בגמ' דה"מ בכה"ג, אבל לא בנפקד, וכן הא דפריך מב' שטרות ומחליף פרה בחמור דאשכחן

במחליף פרה בחמור לא שייך שודא דאין כאן מקום לסברא, משא"כ בטענת של אבותי, מיהו בברי וברי לכא' אף במחליף שייך תירוץ תו'.

שם תוד"ה ושמואל, לפו"ר אפשר לומר דלא אמרי' עבחו"ל אלא בשטרי הלואה שאין שטר סותר את חבירו, והנדון רק על השעבוד, בזה י"ל דמשתעבד מחתימה, אבל כשהשטר השני שקר לגבי הראשון לא מהני עבחו"ל דאין כאן מכירה כלל וממילא ליכא עדים ולא שטר, וזה בכתב שניהם ואח"כ מסר דהי' מקום לומר דשבק זכות ע"י הכתיבה לשני קודם המסירה לראשון, ומ"מ מסתברא דלא אמרי' עבחו"ל, אבל בכתב ומסר תחלה לית דין ולית דיין דכתיבה שניה לאו כלום היא, ועי' רמב"ן ורשב"א, ולע"כ כלל בד"ז.

שם ל"ד ב' תוד"ה ההוא, תו' לשיטתם דלרבנן יחלוקו אף בדאיכא רמאי, ולר"י תליא ברמאי

ח. **שם** ל"ד ב' תוד"ה ההוא, ולריב"א נראה כו' ואין נראה כו', דעת תו' דשינויא דהכא ליכא ודאי רמאי לאו היינו שינויא דהכא איכא למימר דתרווייהו הוא, ונפ"מ בז"א אני ארגתי דשפיר איכא למימר דתרווייהו הוא, ומ"מ חשיב איכא ודאי רמאי, וכן בשנים אדוקים בשטר, וה"נ האי אמר ידידי היא חשיב ודאי רמאי, דאין לנו לחדש שבאה לידם במציאה או במו"מ, [וכבר נתבאר לעיל סק"ד ה' דאין כן דעת הרמב"ן ודעיימי', דלפירושה לא פליגי רבנן ור"י בדינא דמתני', ואם ז"א א"א חשיב דאיכא למימר דתרווייהו הוא, ה"נ דחשיב ליכא ודאי רמאי, ולפ"ז ל"ק משה"ק תו' דההיא דוקא לר"י נאמר, דחלוקה יכולה להיות אמת וודאי רמאי חד מילתא הוא], ונראה לדעת תו' דמ"ש ועוד פי' ריב"א זה מיישב קו' תו', דמה שפי' ריב"א דבאוהזין אפי' איכא ודאי רמאי יחלוקו, זה דוקא לרבנן, אבל לר"י דסבר יהא מונח גם במנה דידהו דודאי חשיבי מוחזקין, ה"ה דסבר יהא מונח אף באוהזין, בדאיכא ודאי רמאי, ובשטר

דאף לפר"ח דאוחזין שאני, מ"מ אין יחלוקו מכח תפיסתן, דאפי' במנה שלישי ס"ל יחלוקו בדליכא ודאי רמאי, וכיון שכן אפשר נמי בדבדלא תפסי כלל נמי יחלוקו, אבל למ"ש להלן (בדעת הרא"ש) דעיקר היחלוקו מכח תפיסתן, אין לחדש יחלוקו בדלא תפסי, ואע"ג דליכא ודאי רמאי.

מזהא דמייתנין דינא דנהרדעי בשמעתין יש להוכיח דבאין אוחזין מיירי, דבאוחזין לא הוו אמרי נהרדעי דא"צ להחזיר, (וכן נראה דאוחזין חשיב דררא דממונא דהיינו תפיסת ממון, עכ"פ לחד מיניהו).

שם ל"ה ב' אי דמר לא דמר

הא דאמרי' בגמ' ל"ה ב' הכא אי דמר לא דמר כו' צ"ב דאף במחליף פרה בחמור כן הוא, וא"כ לא שייך לשנות טעם זה כנגד הדרד"מ, ומצינן למימר דכיון דאשכחן בשנים אוחזין יחלוקו אף בדליכא דררא דממונא והתם טעמא דיחלוקו לאו משום דאוחזין ולא מצינן לאפוקי מיניהו, אלא משום דאיכא למימר דתרוייהו הוא, מש"ה קאמר דהכא ליכא למימר דתרוייהו הוא, ובאמת הא דאמרי' התם דתרוייהו הוא היינו דמכח תפיסתם יש להחזיק כן, דאם הי' ראוי לומר כן אף בלא תפיסתם בדין הוא דיחלוקו אף באין אוחזין, א"ו אי לאו תפיסתם אין לנו להעמיד המעשה כך, ולכן חשיב הכא אי דמר לא דמר, אבל אם הי' ראוי לומר כאן דתרוייהו הוא, כמו שראוי לומר בשנים אוחזין, הי' הדין יחלוקו אע"פ שאין אוחזין, ולפי' ריב"א דהעיקר תלוי באי דמר לא דמר ניחא טפי, אבל עדיין אינו מיושב כ"כ למה נקטו בגמ' דבר שהוא אמת אף במחליף פרה בחמור, ואפשר דלא ניחא לתלמודא למימר הכא ליכא דררא דממונא, כיון דלגבי אחרים חשיבי הכא דררא דממונא, ועדיפי מינה, אע"פ שאינם מוחזקים, וכדאמר רב אשי, ואם הוה אמרי' הכא ליכא דררא דממונא הי'

דיחלוקו, אינה קו' בסתמא, דהא משנים אוחזין לא פריך משום דליכא רמאי, א"כ מהני דפריך הו"ל לפרושי דמשום דליכא למימר יחלוקו אית לן למימר כד"ג, ואפשר דס"ל בדעת ריב"א דהא דאמרי' כד"ג בדאיכא רמאי היינו מפני שאין ב"ד נזקקין ליתן לרמאי חצי, אבל לעולם יחלוקו עדיף, אפי' כשאינו אמת, ועי' בספר אאמו"ר שליט"א בכ"ז.

לפי' הרמב"ן בשם י"א אם קשה קו' תו'

והרמב"ן ריש ב"מ הביא י"א כפי' ריב"א, דאפי' אין אוחזין יחלוקו, היכא דהחלוקה יכולה להיות אמת, וזה נקרא ליכא ודאי רמאי לפי' הרמב"ן, ולפ"ד הרמב"ן דשטר חשיב ליכא ודאי רמאי יחלוקו אפי' אין אוחזין, ובאיכא ודאי רמאי אפי' אוחזין כד"ג, ולפ"ז אוחזין ואין אוחזין שוין, וצ"ע א"כ מאי פריך וכי מאחר שזה תפוס ועומד כו' הרי בדאיכא ודאי רמאי אין תפיסתו כלום, והשתא נמי דליכא ודאי רמאי אין תפיסתו כלום, והשתא נמי דליכא ודאי רמאי מ"מ איכא ספק רמאי, מיהו ל"ק כ"כ דנהי דבאיכא ודאי רמאי, ע"כ תפיסתן כמאן דליתא דמיא, מ"מ בדליכא ודאי רמאי, חזר הדין דכח תפיסתן מהניא, ובפרט לפי' ריב"א דאף בלא תפיסה אלימא טענה דאימור תרוייהו כו' לומר יחלוקו, כ"ש דאלימ לחזק ידי המוחזקים שלא יצטרכו שבועה, מיהו לפ"ד באין אוחזין אפשר דהשבועה מעיקר הדין, ול"מ כן, וגם איכא למיפרך עלה מדסומכוס, וצ"ל דאה"נ אף בלא טעמא דתפוס ועומד א"צ שבועה כדחזינן מסומכוס, אלא דמכח קו' דתפוס ועומד איכא הוכחה לכו"ע, ומ"מ מפשטות הגמ' נראה דלא מפקינן מתפיסה לומר כד"ג, אפי' בדתפסי ב"ד מספק, דלא אלימ מתפיסה דידהו, וכן מדאמרי' אנן סהדי דמאי דתפסי האי ידי' כו' משמע שכח התפיסה עיקר, ואף טעמא דדרד"מ פירשנו לעיל דהיינו משום דחשיב קצת כמוחזק, והנה הרמב"ן לשיטתו

יותר דתרווייהו בהדי הדדי אגבהוה, וכיון שכן ה"ה דבנפקד אמרי' יחלוקו.

ולכאוי' בסוגית הגמ' אפשר לומר דבאמת מכח שזה תפוס ועומד וזה תפוס ועומד אמרי' דתרווייהו הוא, ומ"מ פריך שפיר ממנה שלישי, דאי לאו דאיכא למימר דתרווייהו הוא, כגון שיש עדים דחד מינייהו אגבהה לחודי', וחבירו תקפה אח"כ, אין כאן אלא מוחזק אחד, דומיא דמנה שלישי, וכיון דהמוחזקות שלהם באה מכח האיכא למימר דתרווייהו הוא, דכיון ששייך לומר כן לית לן לאורועי חזקתייהו, שפיר פריך ממנה שלישי ומשני האי טעמא, וכבר נתבאר בזה לעיל סק"א, וביותר מיושב אם גם בז"א א"א יהא מונח, דא"כ חזינן שהתפסיה לחוד לא מהניא, אא"כ יכולה להתקיים ע"פ טענותיה, ולפי מש"כ לק' ס"ק י"א דין ו' אפי' בנתברר בעדים שטענת אחד מהם אמת, לכו"ע יהא מונח, אע"פ שאם באנו לדון מכח אחיזתן הרי הם מוחזקים לפנינו, ולפ"ז היינו ממש כמנה שלישי והאוחזין לא מהני, ושפיר פריך ממנה שלישי, ונמצא לפ"ד דהאוחזין רק מהני במציאה ומו"מ, דבמנה שלישי כה"ג הי' ג"כ יהא מונח, ויתכן שזוהי דעת הר"י מיגש שכ' הרמב"ן לאפוקי מיני', אבל הרמב"ן הבין בדעתו דמחלק משום דשליש לית ל' לאפוקי מידי' בספק, וכ"כ הרשב"א בשמו והסכים לזה עיי"ש.

בדעת תו' דתפיסתן מסייעת לומר דתרווייהו הוא, ועוד בביאור הסוגיא

ובתו' ב' א' ד"ה ויחלוקו משמע דתפיסתם מסייעת לומר יחלוקו, והיינו כמש"כ דיש לנו להעמיד חזקתם בכל טעם שאפשר, אבל צ"ב מה שכתבו דבמנה שלישי אין דרך שיקנה לו החצי, דמשמע שאם הי' סברא לומר שהקנה לו החצי, הו"א יחלוקו, ואמאי הרי אין לכל אחד מוחזק דמסייע ל', וכי שייך לומר דאנן סהדי דתרווייהו הוא, וצ"ע,

מתפרש כנהרדעי, מש"ה קאמר הכא ליכא דררא דממונא למר ולמר דאי דמר לאו דמר הוא כלל, ואין לו תפיסת ממון כלל, [מיהו עי' בשו"ע סי' קל"ט דאם אותו שתקף טוען ידידי הוא מהניא חזקתו, אע"פ שתפס לאחר שיש להם לכל הפחות דררא דממונא, ולפ"ר אפשר דדוקא משום דהדין כד"ג אכתי לא חשיב כמוחזקין כלל, אבל אם הי' נפסק הדין דיחלוקו [כגון בשמא ושמא] הו' חשיבי מיד כמוחזקין דחשיב שזה ברשותם, אע"פ שאין אוחזין].

בשיטת הרמב"ן והר"ן דאין חילוק בין אוחזין ממש לנפקד

ט. **הרמב"ן** והר"ן נקטו דאף במנה שלישי אי ליכא ודאי רמאי יחלוקו, דאם יש חילוק בין אוחזין לנפקד, לא הו"ל לאקשווי משאר, ומשמע לפי דבריהם דבאמת אין חילוק בין אוחזין לאין אוחזין לענין היחלוקו דע"י שהם אוחזין לית לן למינקט טפי דבהדי הדדי אגבהוה, אלא דבאוחזין לא מצינן למימר כד"ג, ואהניא תפיסתם לומר יחלוקו כשאפשר שזה האמת, ובאמת לא הזכירו כלל לומר דבאוחזין מכח תפיסתן נימא יחלוקו, משא"כ בשליש, אלא דנו מטעם אחר, דשמא מחובת הנפקד שלא להוציא מתח"י אלא כשיתברר לו במוחלט, אבל אינו רשאי להוציא מתח"י להכרעה שמחמת ספק, וע"ז הוכיחו מהגמ' דלית לן למימר הכי גבי נפקד, אבל לא דנו בעיקר הסברא דגבי נפקד לעולם ליכא למימר דתרווייהו הוא, שאין לומר בזה אנן סהדי דמאי דתפיס האי ידידי, ושבעה זו למה, ולפ"ז הי' מקום לומר דמודו שפיר דביד שלישי ליכא למימר דתרווייהו הוא (כמו באוחזין) אם לא בדרך רחוקה, וכונתם רק לאפוקי דלא נימא דאף במקום שנראה לומר דתרווייהו הוא, לא מפיק שלישי מידי' בלא ראי', אבל ל"מ כן מפשטות דבריהם, אבל ס"ל בפשיטות דע"י דאוחזין אין לנו לנקוט

לא מהניא אלא באופן שהתפיסה מתקיימת ע"פ טענותיהן, ומש"ה בעינן לטעמא דאיכא למימר דתרווייהו הוא, ואז מסייע לזה כח האוחזין, ולפ"ז ניחא דבאין אוחזין לא אמרי' יחלוקו אפי' באני מצאתי כיון דבעינן לתפיסה דידהו כדי להחליט כצד זה דתרווייהו הוא, [וכיון דמכח אחיזתן הוא ניחא טפי הא דיחלוקו בז"א כולה, וז"א חציה [ועי' מ"ש בזה אאמור"ר שליט"א סוסק"א], ובזה נוטל עד מקום שידו מגעת, ובשנים אדוקים בשטר [עי' לעיל סק"ד בזה], אע"פ שמצד המעשה לחד קשה לומר דתרווייהו הוא, אבל כיון דמכח אחיזתן יש לנו לומר דתרווייהו הוא, כ"ז שאין לזה סתירה מפורשת, הרי המוחזק לפנינו כאנן סהדי], וניחא נמי צריכותא דעבדינן במציאה ומו"מ, וכמשנ"ת לעיל סק"ג עיי"ש.

שו"ר דגם הרי"ף פשיטא לי' דלא בעינן לאוחזין כדי לומר יחלוקו, דמוקי סיפא דמו"מ באין אוחזין, וצ"ע.

[מיהו עמש"כ לעיל סוסק"א ולק' ס"ק י"א דין ו', ומבואר מזה דאוחזין לא מהני בדליכא למימר דתרווייהו הוא, ותו לית לן לחדש דבדאיכא למימר דתרווייהו הוא היינו רק מכח האוחזין, דעכ"פ זה נבאר דבאוחזין דומיא דמנה שלישי, לא מהני אחיזתן טפי מנפקד דמנה שלישי].

בדברי הגרע"א ז"ל דבמו"מ דנקיט מתרווייהו ליכא למימר יהא מונח

י. כתב הגרע"א ז"ל בחידושים ב' ב' דבמו"מ דנקיט זוזי מתרווייהו לא מצינן למימר יהא מונח אפי' איכא ודאי רמאי, דלהניח המעות והטלית הר"ז כמניח כל הג' מנים, ולהניח רק הטלית ולחלוק במעות הר"ז כמניח הכלי גדול, וחולקים בקטן, ובאמת עיקר הנדון הוזכר בגמ' ל"ז ב' דמה"ט הוצרך התנא לשנות דינו בכלי גדול וקטן דלא נימא דהתם מודו רבנן דיש להניח כל הכלי הגדול, שלא להפסידו לבעליו, [כפי' הנמו"י, אבל

אבל בדעת הרא"ש באמת נראה דהיינו טעמא דנפקד כיון שחזקתו באה מכח חד, אין להם מעלת מוחזקין, וכבר נתבאר בזה לעיל סק"א.

ואפשר דאזדי לטעמייהו דכיון דס"ל להתו' דהאוחזין מסייע לומר דתרווייהו הוא, ס"ל דגם בז"א אני ארגתי' יחלוקו, אבל לדעת הרמב"ן דאחיזתן אינה מסייעת ליחלוקו, אין לנו להמציא דתרווייהו הוא, אלא בדליכא ודאי רמאי, דהיינו במקום שהענין קרוב שהחלוקה אמת, [וה"ה בשטר כמ"ש הרמב"ן], והנה התו' פירשו דלא איכפת לן בודאי רמאי, דלאו מכח טענותיהן אמרי' יחלוקו אלא מכח המוחזק, וסגי בדאיכא למימר דתרווייהו הוא, ולפ"ז צ"ל דר"י ורבנן פליגי בדין ז"א א"א, וקצת משמע דמתני' אתיא ככו"ע בענין אחד, וכן הא דפריך בין לרבנן כו' דהאיכא ודאי רמאי משמע שהטעם תלוי בודאי רמאי וכמש"כ לעיל סק"ה עיי"ש, אבל הריטב"א פי' כדעת תו' בז"א אני ארגתי' ומפרש דזה לא חשיב ודאי רמאי, וכ"כ הר"ן בשם תו', ולפ"ז ניחא מה שדקדקנו, אבל אכתי דחוק קצת לפרתו' הא דמדמי לה לשאר, אם נימא דמכח האוחזין לחד אמרי' יחלוקו, משא"כ לפי' הרמב"ן דלאו מכח האוחזין הוא, [ולמש"כ לעיל ניחא טפי כיון דאוחזין לחד לא סגי, וע"ע בסמוך].

ולכאוי הדרך הממוצעת בביאור הסוגיא הוא כפרש"י והרמב"ן דבדאיכא ודאי רמאי לא אמרי' דתרווייהו הוא, דזה מגרע את המוחזק שלפנינו דליכא למימר אנן סהדי דמאי דתפיס האי ידי', ואין לחדש מכח המוחזק טענה מחודשת ששניהם מודים דאין הדבר כן, מיהו לאו לגמרי כהרמב"ן, אלא דבדליכא ודאי רמאי נקטינן דתרווייהו הוא מכח המוחזק שלהם, דכיון דליכא סתירה לחזקה דמה שתח"י אדם הרי הוא שלו, נקטינן דהכי הוא, וניחא בזה הא דאמרי' וכי מאחר שזה תפוס ועומד כו' ואנן סהדי כו', ומ"מ שפיר פריך משאר כיון דהתפיסה לחד

פרש"י צ"ע], וממילא הכל יהא מונח כר' יוסי, וקמ"ל דלא אמרי' יהא מונח להפסיד ממון גמור, (דהיינו להניח כלי (או מעות) דתרווייהו) כדי שהבעלים האמיתי לא יפסיד טירחא דקניית החפץ, [ועי' לעיל סק"ב], והיינו ממש כדברי הגרע"א ז"ל דאין להניח הטלית אע"פ שחפץ בעליו בו, כיון שעיי"ז מניח ממון חבירו, ולפ"ז בדנקיט מתרווייהו אליבא דרבנן לא צריכין לאיכא למימר דתרווייהו הוא כדי לומר יחלוקו, אבל לר' יוסי דקניס הכל, ה"נ יש להניח המעות והטלית, כדאמרי' מו"מ מא"ל, מיהו אם הנדון מפני שהוקר הטלית בינתיים, היתרון כשאר דמי ויש לומר בו יהא מונח, ואפשר דסתמא דמילתא מתפרש הנדון כשכל אחד אומר לדידי שוה לי להוסיף על הטלית, אם מפני הטרחא, או שאין מצוי לקנות כזו, ולכן חשיבא האי תקיפה כגולונותא, וכיון שכן שפיר שייך להניח את היתרון עד שיבא אליהו, דומיא דשאר, ולפ"ז נחא נמי הא דפשיטא לן דר"י קניס במו"מ, אע"פ שהרמאי אינו בא להפסיד ממון, ומנלן דקניס לי' ר"י להניח ממונו, ונתקשינו בזה לעיל סק"ב, ולפ"ד נראה דלעולם חשיב שמפסידו ממון, כיון ששוה לו להוסיף על הטלית, והשתא נמי נחא דאע"פ שיחלקו הטלית לדמי (וכן הבהמה) יש ריוח ביחלוקו, כיון שערכה נישום ביותר מהדמים, שנמכרה בהם, וצ"ע.

בקו' התומים ממ"ש בס"י רכ"ב דאפי' המקח ביד המוכר יחלוקו

בקו' התומים סי' קל"ח לדעת הרא"ש מ"ט אמרי' בס"י רכ"ב יחלוקו במקח יוצא מתח"י המוכר, הרי בשעה שנטלה ידע ממי נוטל, ובזה מודה הרא"ש דיהא מונח, תירצו האחרונים ז"ל דכיון דליכא ודאי רמאי יחלוקו, [ועי' להלן בזה] ונראה דמיירי דוקא כשאינו זכור כלל ואפשר שלשניהם נתרצה או ששניהם נתנו כאחת והוא אמר מי שיתן יזכה, או ששניהם משכו כאחת, דדוקא בדאיכא למימר נמי לשניהם נתרצה המוכר הוא דמהני

ליכא ודאי רמאי, דהשתא החלוקה יכולה להיות אמת כמו באוחזין, אלא דאי איכא ודאי רמאי בעינן לכת האוחזין להכריע דתרווייהו הוא אף נגד דבריהם, אבל כשאפשר לומר דתרווייהו הוא ע"פ דבריהם אמרי' יחלוקו אף באין אוחזין ממש, [ולפי' הרי"ף הדבר מפורש בגמ' דאף ביוצא מתח"י המוכר איכא למימר דתרווייהו הוא וליכא ודאי רמאי] ולפ"ז נחא אף למ"ש הקצה"ח סי' שסה דבאין החלוקה יכולה להיות אמת לא אמרי' יחלוקו לפרתו, ואע"ג דליכא ודאי רמאי, דמ"מ בשגם החלוקה יכולה להיות אמת שפיר יחלוקו, ובתו' הדבר מפורש, אלא דאף לדעת הרא"ש צ"ל כן, ובאמת כן הדין לדעת הרמב"ן והר"ן דהמוכר כנפקד ואף כנפקד כתבו דיחלוקו בדליכא ודאי רמאי והיינו שהחלוקה יכולה להיות אמת ע"פ טענותיהן, [וכמשנ"ת לעיל דלדידיהו ליכא ודאי רמאי היינו דהחלוקה קרובה להיות אמת, ולא דהנדון בקנס הרמאי], ואפי' בשטר הדין כן לדעת הרמב"ן, אבל לדעת הרא"ש חשיב איכא רמאי ובעינן אוחזין דוקא, ועכ"פ במוכר כה"ג הסכימו לד"ז הרי"ף והרמב"ן והר"ן, וכן הדין לדעת לדעת תו' [והרא"ש], ואפי' לדעת הרשב"א [והר"י מיגש] דנפקד שאני, י"ל דמודה בדליכא ודאי רמאי דיחלוקו, ועי' להלן בזה, ברם לפמשנ"ת לעיל סק"ט דהאוחזין מסייע לומר דתרווייהו בהדי הדדי אגבהוה, א"כ הכא דליכא אוחזין אין לנו מקור דאמרי' דתרווייהו הוא, ובאמת לפי' הרא"ש צ"ע מנלן לומר דבאוחזין אפי' איכא רמאי יחלוקו, הא בגונא דמתני' אף בלא אוחזין ממש יחלוקו, וצ"ל דהרא"י היא רק משינוי הלשון דמשני לרבנן דאיכא למימר דתרווייהו הוא, ומשמע שיש כאן טעם נוסף והיינו משום דאוחזין.

במה שדקדק הרשב"א דלהרי"ף חולקין אף בדאיכא רמאי

הרשב"א כתב דסתמות הרי"ף משמע דאף בדאיכא ודאי רמאי יחלוקו, דאל"כ

בתירוץ הקצה"ח והנה"מ על קו' התומים

הקצה"ח ונתה"מ סי' קל"ח כתבו לתרץ דליכא ודאי רמאי והחלוקה אינה יכולה להיות אמת יחלוקו, ומייתו ראי' מדין שמא ושמא, ולכאור' אין ללמוד ברי בדדמי, דחשיב כמשקר בזה שאינו נותן לבו לדקדק בדבריו, [ועי' לעיל סק"ה], משמא ושמא, דגם ברי נגד ברי וחד בדדמי גרע טפי, ומדברי הגמ' אין ראי' דכששניהם משקרים קצת, לא חמיר שקרו ליחשב רמאי, כיון שלכל אחד באמת יש חלק בה, וכנגד טענת חבירו שאומר כולה שלי, רואה הוא שהוא הקדים בכולה, אבל כשאחד טועה לגמרי, וטוען ברי אין לו מעלת ליכא רמאי אפי' אם יש לו מקום לטעות קצת, ועי' קצה"ח סי' שס"ה סק.

דינים העולים

א. אוחזין, וליכא ודאי רמאי, [ואף באופנים דליכא מורי ואמר עי' סק"ג] יחלוקו בשבועה ועי' להלן מה נקרא ודאי רמאי.

ב. אוחזין ואיכא ודאי רמאי והחלוקה יכולה להיות אמת, לדעת תו' יחלוקו, [וכ"ה הכרעת השו"ע] ובדעת רש"י כתבו דיהא מונח, ולדעת הרמב"ן ודעימי' הדבר תלוי אם החלוקה יכולה להיות אמת ע"פ טענותיהם, או שצריך להמציא מציאות מחודשת כדי לומר דתרווייהו היא וכדלהלן.

ג. ז"א אני ארגתי וז"א אני ארגתי, לדעת תו' והרא"ש יחלוקו, ולדעת רש"י והרמב"ן יהא מונח, דחשיב לדעת תו' החלוקה יכולה להיות אמת, ואע"פ שצריך לחדש מציאות שלא ע"פ טענותיהן, וס"ל דבזה יש רק חסרון של איכא רמאי, אבל לדעת הרמב"ן (וס"ל כן בדעת רש"י) חשיב איכא רמאי ואין החלוקה יכולה להיות אמת, [ולדעת הרשב"א לא בעינן איכא למימר דתרווייהו הוא, דמפרש כפי' הרמב"ן, ולדינא כפרתו], ולי"א שהביא הרמב"ן הדין כד"ג.

הו"ל להביא סוגיא דגמ' לימא מתני' דלא כר"י כו', והנה הרשב"א מפרש דהיכא שהטלית ביד שלישי יהא מונח, ומתני' יחלוקו מפני שכ"א תפוס בה, ולכאור' אם המקח ביד המוכר דינו כנפקד, ובדאיכא ודאי רמאי יהא מונח, וא"כ אין ראי' מסתמות הרי"ף דע"כ הרי"ף מפרש מתני' בדליכא רמאי דוקא, שהרי מפרש לה במקח ביד המוכר, [מיהו לעיקר הדין כבר נתבאר לעיל בדעת הרא"ש דלא צריכינן לטעמא דאוחזין אלא בדאיכא ודאי רמאי, והנ"ל י"ל לדעת הרשב"א, דקיי"ל כסוגיא ג' א' לענין היכא דהמקח ביד המוכר, (דומיא דשאר) דהיכא דליכא ודאי רמאי יחלוקו].

ובעיקר הדברים שדקדק הרשב"א מהשמטת הרי"ף, י"ל דכיון שלא הוזכר הדבר כאוקימתא בגמ' הב"ע כו', אלא נקטוה בגמ' כדבר פשוט דבמתני' ליכא רמאי, וכדמשני לכן ננס, ואליבא דרבנן תירצו בפשיטות דא"ב רבנן כו' הכא דאיכא למימר דתרווייהו הוא, והיינו ליכא ודאי רמאי לפי' רש"י והרמב"ן, לא ראה הרי"ף להעתיק ד"ז דממילא מתפרשא בהכי, דהא לא קתני אלא מציאה ומו"מ, ובפרט לדעת הרי"ף דמו"מ מיירי ביד מוכר א"כ היינו ממש כשאר, וע"כ דהכא בדליכא ודאי רמאי, וכן לדעת הרמב"ן והר"ן דכולה שלי סתם חשיב ליכא ודאי רמאי, קשה ללמוד מסתמות הדברים, וצ"ע.

ובשו"ע סי' קל"ח העתיק כולה שלי סתם, וזה חשיב ודאי רמאי לפרתו, וליכא ודאי רמאי לפי' הרמב"ן, וכבר הביא בד"מ בשם הנ"י דבזה יחלוקו לכו"ע, ומ"מ סתמות השו"ע מתפרש כסתמות הרמב"ם והיינו אפי' איכא ודאי רמאי.

שו"ע סי' קל"ח ס"ב בהגה, יעוי' בתו' הרא"ש ב' א' בשם הרמ"ה דמשמע שחולק ע"ז.

ד. ז"א שלי הוא ולא פירש דבריו, לדעת תו' ברש"י נראה דחשיב ודאי רמאי ודינו יהא מונח, אבל לדעת הרמב"ן ודעימ' לא חשיב ודאי רמאי, ויחלוקו.

ה. במציאה ומו"מ דאיכא למימר תרוייהו בהדי הדדי אגבהוה, לכו"ע חשיב ליכא ודאי רמאי, ויחלוקו, אבל אם נתברר ע"י עדים דרך אחד הגביה, ולא ראו איך הגיע לידו של שני, כיון דלית לן למימר דתרוייהו היא [כמשנ"ת בד"ן ו'], אע"פ שאפשר שאינו רמאי, אלא שטועה וסבור שהוא הגביה תחלה, מ"מ לא אמרי' יחלוקו, ועי' בזה לעיל סוסק"י דהאחרונים צידדו דליכא ודאי רמאי יחלוקו אע"פ שאין החלוקה יכולה להיות אמת, (מיהו) בציור זה לפרתו אפשר שהקנה לו החצי).

ו. אם נתברר ע"י עדים שאחד הגביה, והשני תקפה, לכו"ע יהא מונח, דלא חשיב כלל שנים מוחזקים לפנינו, אבל אם ז"א אני ארגתי' וז"א א"א, ועדים מעידים דחד מינייהו ארגה, לפרתו י"ל שהקנה לו החצי אבל לפי הרא"ש נראה דדינו כמנה שלישי, דחשיב שיש עדים לפנינו דחד מינייהו היא, ולא דמי לז"א אני מצאתיה היום וז"א אני מצאתי' אתמול, אע"ג דאנן סהדי שלא מצאוה שניהם ביום שאמרו דכיון שלא נתברר לנו דטענת אחד מהם, אמיתית, מצינן למימר דל טענתייהו מהכא, ויחלוקו לפי המוחזק שלפנינו, וכמש"כ סוסק"א.

ז. טלית שיש בה סימנים, וכל אחד אומר (אני ארגתי') ממני נפלה, ושניהם מודים דתרוייהו בהדי הדדי אגבהוה, נראה דיחלוקו (בלא שבועה) לכו"ע, דכיון ששניהם מוחזקים בלא תקיפה, חזקה כל מה שתח"י אדם הרי הוא שלו, ואע"פ שאין החלוקה יכולה להיות אמת, וכמש"כ סק"ד, והר"ז דומה לטלית שחלקוה וחציה ביד ראובן וחציה ביד שמעון וכ"א אומר אני ארגתי', או לשנים אדוקים בטלית וכל אחד תפוס בחציה, וז"א א"א וז"א

א"א, דכל אחד נוטל עד מקום שידו מגעת לכו"ע.

ח. הי' הדבר ביד שלישי, אם מעיקרא בא לידו במצב של ספק ידו כידם, ואם מעיקרא ידע דחד מינייהו הוא, יהא מונח, ואם אין ידוע אם בא לידו משניהם או מחד מינייהו וא"כ ליכא ודאי רמאי יחלוקו, כ"מ בראשונים ובכל הפוסקים, [מיהו לפרתו] בדעת רש"י דוקא כשיש מקום לטעות] ואף באופן שאם לא היו אוחזין הי' הדין כד"ג, (כמציאה ומו"מ שהצד לומר דתרוייהו הוא, אינו מכריע אלא באוחזין, ה"נ ס"ל דנפקד חשיב כאוחזין), ועי' לעיל סק"ט דצ"ע בזה עפ"ד הרא"ש דאפשר דהא דנקטינן דתרוייהו הוא היינו רק מכח האוחזין.

ט. שנים אדוקים בשטר (המלוה והלוה) יחלוקו, ולפרתו' והרא"ש היינו דין ג', ולפי' הרמב"ן ג"כ חשיב ליכא ודאי רמאי כיון שא"צ לחדש עובדא לומר דתרוייהו הוא, ולפרש"י נראה דמיירי בז"א אני מצאתי' דאיכא למימר תרוייהו בהדי הדדי אגבהוה, ודמי לדין ז' וכמש"כ סק"ד, [והרשב"א כתב דהיכא דליכא למימר יהא מונח, הדין יחלוק, וצ"ע למה לא נימא המע"ה, עי' לעיל שם].

י. אין אוחזין ואין החלוקה יכולה להיות אמת או דאיכא ודאי רמאי, כד"ג, אם החלוקה יכולה להיות אמת וליכא ודאי רמאי לדעת ריב"א יחלוקו, ומ"מ דעת ר"ה"פ דכד"ג, [וביאור ליכא ודאי רמאי בזה תלוי בדלעיל דין ג'], ואם איכא דררא דממונא המע"ה, ובדליכא מרא קמא יחלוקו, ובדליכא למיקם עלה דמילתא אפי' איכא דרד"מ (ומרא קמא) שודאי דדייני, ועי' סק"ז בענין מה חשיב ליכא למיקם עלה דמילתא.

ב' א' מתני' שנים אוחזין מ"ט נקט טלית

יב. מתני' ב' א' שנים אוחזין בטלית, אפשר דלשון אוחזין מוכיח דתפיסי

שלו ולא של חבירו, דמאי שייטי' דחבירו הכא, א"ו מדקאמר כולה שלי [וזהו הלשון שלהם כדמוכח בגמ'] ש"מ דיש עסק משותף ביניהם והיינו מו"מ, וע"כ לתרץ כן לפרתו, דאל"כ מנ"ל דמתני' מיירי במו"מ, וכ"כ אאמו"ר שליט"א ס"א סק"ג.

שם בזמן שהם מודים, פי' שהם מודים לחלוקה דקתני ברישא, וכאן מוכח דמתני' מיירי בדאיכא למימר תרווייהו בהדי הדדי אגבהוה, דע"כ מיירי שהם מודים לחלוקה ע"פ טענותיהם, והיינו דקושטא הוא שאני מצאתי' אלא שגם חבירי הי' עמי, (ומזה מוכח דמיירי במציאה דוקא, דלא שייך כולה שלי אבזמן שהם מודים), מיהו ל"ק לש"פ דע"כ קאי ארישא דמצאתי', ובזה כו"ע מודו.

שם או שיש להן עדים, יש לעי' דמשמע שהם אינם מודים, והיכי דמי, ואפשר דמיירי בדאיכא תרי ותרי, דתו ליכא טעמא דשלא יהא כאו"א הולך ותוקף כו', א"נ כגון שהעדים אומרים שהם טועים ותרווייהו בהדי הדדי אגבהוה, שו"ר ברש"ש עיי"ש.

שם גמ' ומיהו תנא לישנא דעלמא נקט, פי' דנקט זה אומר ומתפרש כפי הלשון שהוא אומר, וכיון שעיקר הענין הוא לגלות המציאה מאבידתה, לכך נקרא בלשון בנ"א מציאה על גילוי האבידה, אפי' בלא הגבהה.

שם ב' איזיל איתפיס ואתפליג בהדי', דמעיקרא תפס ע"מ לחלוק, וטוען כולה לקבל חציה, אבל במו"מ הי' סבור שיצליח לתפוס כולה, והיינו דקאמר אשקליה אנא.

שם לימא מתני' דלא כב"נ כו' יעוי' בתוד"ה לימא, וכונתם להקשות דהכא עיקר הא דיחלוקו הוא משום דאיכא למימר דתרווייהו הוא, דאל"ה הי' הדין דיהא מונח, (ואם המקשן לא ידע זה הי' צריך לתמוה על עיקר דינא דיחלוקו, ולא על השבועה), ולכא' י"ל דסבר המקשן דנהי דלגבי יחלוקו מוקמינן

בכרכשתא, דאל"כ הול"ל אדוקין או תופסין, או מוחזקין, אבל אוחזין משמע אחיזה בקצה, כמו נאחז בסבך אוחזו בשפתותיו, ועכ"פ אינו הלשון הראוי לתפיסה וחזקה, ומש"ה נקט טלית לאשמועינן דדוקא אוחזין יחלוקו, אבל אדוקין זה נוטל כו', א"נ במו"מ דעיקר כונתם לחפץ, סתמא דמילתא אין תועלת בחלוקת בהמה או שלחן וכיו"ב, להכי נקט טלית דשייך תועלת בחלוקה וכל אחד ישבע לצורך זה, ועי' לעיל ריש סק"י (ולדעת הראב"ד דחידושא דהמגביה מציאה לחבירו מתפרש דוקא כשצדה האחד מונח ע"ג קרקע, יש לנקוט טלית משום סיפא, שוב שמעתי מאאמו"ר שליט"א דנקט טלית מפני ששייך בזה תרויהו בהדי הדדי זכו בה אפי' כשהגביהו בזא"ז דכ"ז שחציה ע"ג קרקע לא זכה גם הראשון), ולדעת תו' עיקר תקיפה בטלית נשנית שלא יהא תוקף טלית שע"ג חבירו, עי' ל' הירו' רפ"ב דכתובות.

שם ז"א כולה שלי, לפרש"י הול"ל אני לקחתי' **שם** זה אומר כולה שלי, לפרש"י הול"ל ז"א אני לקחתי', ושמא ניחא ל' למינקט האי לישנא משום סיפא דכולה וחציה, וגם מתפרש פשטות הלשון דבחד עובדא מיירי וקמ"ל דלא סגי בראיתי', כסוגית הגמ', והא דפריך והא זה וזה קתני היינו דכיון שזהו עיקר החידוש דלא סגי באני מצאתי', א"כ הלשון זה וזה סותר את הכונה, וע"כ דבא לרמוז ענין אחר, [ובזה ניחא מ"ש תוד"ה והא זה וזה קתני, דהכא הזה וזה משבש את עיקר הכונה], אבל גם נלמד ד"ז מסתמות הלשון דמיירי בחד עובדא, ולמ"ש הרמב"ן והר"ן דשלי היא סתמא לא חשיב ודאי רמאי ניחא מתני' כפשטה, ובאמת הראשונים ז"ל הקשו מכח סתמות המשנה דמיירי בכל גווני, מיהו ע"כ לשון כולה שלי מוכיח דמיירי בעסק המשותף ביניהם, דאל"כ הול"ל שלי היא (כדאמר גבי ארבא ב"ב ל"ד ב') דאם כל אחד אומר אני ארגתי' וכיו"ב, הרי אין טעם להוסיף שהכל

וחולקין בלא שבועה, ופריך ולא ק"ו הוא כו' דכיון דלכל אחד יש דררא דממונא, יתור צריך ראי' להוציא ממנו, ולא מהני מה שלחבירו יש ג"כ דררא דממונא, דמ"מ יש להצריכו שבועה, אבל הכא ליכא דררא דממונא לענין יחלוקו, דכשכל אחד נוטל חצי אינו נוטל מדררא דממונא דחברי', כיון דאין תפיסתו נותנת לו שייכות ממון לכאן יתור מחצי, אבל אם לא הי' שייך לומר דתרווייהו הוא, י"ל דהיתה אחיזתם נחשבת דררא דממונא לחד מינייהו, (דכיון דמוחזקים נינהו חשיב שייכות ממון, ורק באין מוחזקים חשבינן להו דליכא דררא דממונא), ולפ"ז בסיפא חדא קאמר דליכא דררא דממונא משום דאיכא למימר דתרווייהו הוא, אבל התם אף אם הי' אפשר דתרווייהו הוא, מ"מ יש להם דררא דממונא לכולו, משא"כ הכא שהדרד"מ כמה שתפיסתם מוכחת ולכן חשיב דליכא דררא דממונא אפי' לחד מינייהו, וניחא בזה לישנא דדררא דממונא למר ולמר, מיהו לפרתו' נמי מתפרש דע"י שבלא טענותיהם יש ספק לב"ד, ע"ז אית להו דררא דממונא, ולכאו' הכל עולה לענין אחד, וע"י לעיל סוסק"ו, [ויעו' ברשב"א ובאחרונים ז"ל שנתקשו בקו' דדררא דממונא, ולמש"כ נתבאר משום דבא להוציא מן המוחזק הודאי דאית לי' דררא דממונא, ולענין שבועה לא מהני מה שגם לעצמו יש דררא דממונא, משא"כ במוחזק גמור].

ז' א' זה נוטל עד מקום שידו מגעת, אם יש חילוק בין טלית לנשכא וביי"ב

יג. ז' א' זה נוטל עד מקום שידו מגעת כו' לכאו' הי' מקום לפרש דדוקא בטלית ודבר רך חשיבא עיקר התפיסה לאותו שתפוס בידו, אבל בשרביט ומקל אין עדיפות למה שתפוס בידו, דכיון שהוא גוף מוצק גם החלק שחוז' ליד תפוס באותה חשיבות כאותו שביד, ושפיר מתייחסת אחיזת כולו לשניהם, אבל מהא דפשיטא לן לק' ב' בשטר דנוטל

בחזקתייהו בכל מאי דאפשר, אבל לתקן שבועה על סמך סברא דאפשר שאירע שבאמת הוא של שניהם, לית לן לתקוני הכי לב"ג, ומשני דכיון שאפשר ע"פ טענותיהם שהשבועה אמת, לא חשיב דבאים לידי שבועת שוא, ואפשר דהתו' לשיטתם דאני ארגתי' נמי יחלוקו בשבועה, וס"ל דאף לכן ננס בעו שבועה בכה"ג, ולפ"ז מתפרש התירוץ דהכא איכא למימר דתרווייהו הוא אפי' שלא ע"פ טענותיהם, וא"כ מאי פריך, דמעיקרא נמי ידע דטעמא דיחלוקו מפני שאפשר שהחלוקה אמת, וע"ז תירצו דמעיקרא סבר דסגי בספק שבועת שוא שלא להשביע, [אבל לא ניחא להו לומר דלב"ג באני ארגתי' יחלוקו בלא שבועה, ומתני' תתפרש לב"ג כמו לר' יוסי, דלא משמע דאיכא יחלוקו בלא שבועה, מיהו יש סמך מזה לשיטת רש"י והרמב"ן דכל היכא דיחלוקו היינו משום דליכא ודאי רמאי, מדנקט בגמ' טעמא דאימור תרווייהו בהדי הדדי אגבהוה, ולפרתו' הו"ל למינקט אימר דתרווייהו הוא, כיון דגם בכה"ג איכא שבועה לב"ג], ומשני דעיקר הקפידא משום דגנאי הדבר שתהא ניכרת שבועת שוא לעין כל, וכל שאפשר שאינה שוא שפיר דמי.

שם כי אמר סומכוס היכא דאיכא דררא דממונא כו' ביאור הסוגיא לפי הראשונים דדרד"מ היינו עיקר ממון

שם כי אמר סומכוס היכא דאיכא דררא דממונא כו' לפי הראשונים ז"ל דדררא דממונא היינו עיקר ממון, ור"ל דיש לו ממון ודאי בענין זה, דכיון שודאי יש לו תפיסת ממון בספק זה, הו"ל כעין מוחזק דא"א להוציא ממנו בלא ראי', וליכא למימר כד"ג, לפ"ז תוכן הסוגיא הוא כך, דמעיקרא קאמר דמודה סומכוס דהיכא דלא ידעינן שיש לו שייכות בספק זה, לא יטול אלא בשבועה, דהוא צריך להוכיח יותר שייכותו לממון (כדי שיחשב שהממון מוטל בספק אצלו) אבל כשיש לו שייכות הו"ל ממון המוטל בספק

עד מקום שידו מגעת, מבואר דאף בנר כן, ואמנם מצינן למימר דנר כטלית, אבל מכיון דסתים הכי בכל שטר, על המחלק להביא ראי' דבכתוב על טס של זהב אין הדין כן, אלא יש לפרש דחזינן לה כעשויה פסקי פסקי, ובכח"ג ודאי החלק שבידו אינו חשוב כבידי שניהם והשתא נמי שכולה גוף אחד, מ"מ החלק שבידו כמאן דפסיק דמי, שאין חבירו חשוב כתפוס בדבר שהוא כולו בידו, (ומה שעשויה גוף אחד אין זה מחייב שלא נחלקנה כפסקי פסקי, כיון שאין הכל כלי אחד וכמשי"ת להלן).

והנה בגמ' קאמר רב משרשיא דמהברייא חזינן דכמאן דפסיק דמי, ומשמע דאי לאו דכמאן דפסיק דמי אינו יכול לזכות יותר בחלק שתפוס בידו, דכל הסברא דמה שבידו ידיד', הוא מפני שאפשר להתייחס למה שחוץ לידו כדבר בפ"ע, והחלק שבידו אינו בכלל הספק, אבל אם הכל דבר אחד ממילא גם מה שבידו בכלל הספק, ולכאור' נראה דאם הי' חשיב מוחזק לחודי' בלא הסברא דכמאן דפסיק דמי, הי' דהוה מהני לקנות, דסברת מוחזק (נגד חבירו) וסברת קנין היינו הך, ור"מ רק ביאר הדברים דטעמא משום דכמאן דפסיק דמי, (ולאפוקי דלא נימא דנוטל עד מקום שידו מגעת לאו משום דחשיב מוחזק גמור, אלא דלענין להוציא מה שבידו צריך ראי').

וואאמו"ר שליט"א בס"ט סק"ב כתב דמכאן דקדק הרמב"ם דבכלי לא אמרי' זה נוטל עד מקום שידו מגעת, דלא מסתבר לומר כמאן דפסיק דמי בדבר שאין לו חשיבות בפ"ע, דאין לומר שאותו חלק אינו בכלל הספק כשא"א לראותו כדבר נפרד, ונהי דאמרי' הכי בחלק מן הטלית, מפני שאין חילוק בעיקר הטלית בין כולה למיעוטה, אלא דכולה בגד גדול ומיעוטה בגד קטן, אבל האוחז ברגל הפרה ובאוזן הכלי, א"א לחשוב הרגל והאוזן כדבר בפ"ע, ולכאור' הדבר

מפורש בראשונים לק' ב' בסוגיא דשטר, שכתבו תו' דלענין עיקר השטר חשיבי שניהם מוחזקים בשהו, ואם איתא דכמאן דפסיק דמי למה באמת לא יפסול הלוח השטר ע"י מה שתפוס בידו, א"ו לא אמרי' כמאן דפסיק בדבר שע"י פסיקתו נפסל השטר ואין לו חשיבות בפ"ע, וכ"מ בגמ' דבשניהם אדוקים בתורף יחלוקו, ואע"פ שאם יקרע הלוח החלק שהוא אדוק בו יפסל השטר, א"ו לא אמרי' כמאן דפסיק דמי, וכלשון הרמב"ן ואין אומרים שלא יהא לכל אחד אלא מה שהי' כתוב במה שבידו, "שמאחר שכולו דבר אחד אין חולקים אותו", עכ"ל.

ולכאור' מוכח כן מהיו שנים רוכבין ע"ג בהמה או שהי' אחד רכוב ואחד מנהיג, ובפשוטו נראה דדינא דנוטל עד מקום שידו מגעת הוא לאו דוקא בתפוס ביד אלא ה"ה בתפוס בין רגליו וכיו"ב, וא"כ החלק שהוא תפוס בו להוי ידיד', ומ"ט חולקין, [וגם החלק שלפנים מתפיסתו ג"כ ידיד', כמש"כ אאמו"ר שליט"א מלשון עד מקום שידו מגעת] א"ו בבהמה לא אמרי' על חציה כמאן דפסיקא.

אם צריך שיהא שיעור חשוב בחלק שבידו ובשיטת רש"י והרמב"ם בזה

מיהו נראה דאין מזה ראי' לנדון אם בתפוס בטלית פחות מגע"ג אמרי' כמאן דפסיק דמי, דבשטר ובהמה כיון דהכל דבר אחד חשיב האוחז בפרה כאוחז גם החלק שביד חבירו, דאין מקום להפקיע מתפיסתו רגל הפרה דע"י אחיזתו בפרה ממילא כל גופה בכלל, וכן בשטר, משא"כ האוחז בטלית נהי דהתפוס בה פחות מגע"ג אינו חשוב בפ"ע, אבל מ"מ אין לחבירו תפיסה במה שבידו, דאטו תפיסתו מוכחת למדה מסוימת באורך הטלית, משא"כ בכלי שתפיסתו מוכחת לכלי שלם, הא לא דמיא אלא לבגד שכולו רק גע"ג, דבזה חשיב כל אחד כתפוס בשיעור

בגד, וממילא גם מה שביד חבירו בכלל תפיסתו, ובזה נמי דוקא כשלשניהם אין שיעור בגד, אבל אם אחד אדוק עד פחות מג' בשפת הבגד, אמרי' שפיר כמאן דפסיק דמי, אע"פ שישאר מן הבגד רק פחות מג', (כדין אחד אדוק בתורף דכמאן דפסיק דמי כיון שעיקר השטר בידו, אע"פ שהטופס לחוד לאו כלום הוא), דשפיר קני מה שבידו ואין לו ענין בנותר.

ולאמור נראה בדעת הרמב"ם כפרש"י דטעמא דבעינן שלש על שלש הוא משום דבעינן כלי, אבל כמאן דפסיק אמרי' אף בדליכא שיעור כלי, דהרמב"ם לא הזכיר שיעור גע"ג בהל' טו"נ, וחילק בין אוחו בחוטים שבשפת הטלית או בגוף הטלית, כפשטות הגמ' דנקט כרכשתא, ולא נקט פחות מג', וגם שפיר י"ל דרש"י מודה לדינ' דהרמב"ם דבכלי שכולו דבר אחד לא אמרי' כמאן דפסיק, [ועי' בהגר"א סי' ס"ה ס"ק מ"ה דמבואר שכ"ה שיטת רש"י גבי שטר הובא לק' ס"ק י"ט], ובאור שמח כ' בדעת הרמב"ם כפי' אאמור'ר שליט"א, ויעוי' בבהגר"א או"ח סי' תרנ"ח ס"ק י"א ודינא דאתרוג שם אפשר לדמות לפרה ושטר, ומתיישב שפיר אף כמש"כ.

בדברי הרא"ש שכ' בשנים אדוקים שיעור גע"ג

ויעוי' ברא"ש שהעתיק המימרא הלכך האי סודרא כיון דתפיס בה גע"ג כמאן דפסיק דמי וקני, ולא העתיק קרינן ב' ונתן לרעהו, וכ"ה ברי"ף, ולשון זה משמע דרק כיון דתפיס ג' על ג' כמאן דפסיק דמי, (ובאמת גם לגירסא דידן קצת משמע כן מלשון גע"ג דהול"ל קרינן ב' ונתן לרעהו דכמאן דפסיק דמי, וממילא מובן דלא עדיף ממאן דפסיק ממש ובעינן שיעור כלי), וביאר הרא"ש שזה נאמר לבתר שינויא דכרכשתא דמפרש כרכשתא שפת הבגד, וקאמר רב משרשיא דעד ג' חשיב שפת הבגד, הלכך בג'

כמאן דפסיק דמי, ויעוי' בש"ך סי' קל"ח סק"ד שדקדק ממ"ש הרא"ש שאינו דבר חשוב לומר שיטלנו קודם חלוקה, דמשמע דנהי דאמרי' כמאן דפסיק, מ"מ לא דקדק התנא להזכיר דבר שאינו חשוב, דאל"כ הו"ל להרא"ש למימר שאינו חשוב לומר כמאן דפסיק דמי, ולפ"ז דעת הרא"ש כרש"י, וכי היכי דמתפרש לרש"י בחוטין שאין לו צורך בהם ליטול עד מקום שידו מגעת, ס"ל להרא"ש בפחות מג', אבל בעיקר הדברים ס"ל דאמרי' כמאן דפסיק אף בפחות מג', מיהו ע"כ צ"ל דכונתו שאין לראותו כמאן דפסיק, דכיון שאינו חשוב אין לראותו כדבר בפ"ע לומר שיטלנו קודם חלוקה, וכמו שהוכיח אאמור'ר שליט"א בס"ט עיי"ש, וכ"כ הגרע"א ז"ל בגליון שם בשם הפרישה והלבוש.

והנה לפי' הרא"ש צ"ל דסתם אדוקים, כיון שתופס בכל היד ממילא יש בה ג' על ג', ור"פ אוקמה באינם תופסים בכל היד, [שור' בספר אאמור'ר שליט"א דלדעת הרא"ש היינו אוקימתא דכרכשתא דשפיר מיירי בתפוסים בכל היד כסתם תפיסה, אלא דמ"מ ליכא גע"ג, ולפ"ז ל"ק משה"ק בהמשך], אבל פשטות הגמ' כפרש"י, וכ"נ סתמות הראשונים ז"ל, דלפי' הרא"ש בכרכשתא דנקט לא ביאר עיקר התיורץ, דעיקרו לומר פחות מג', ובפרט למ"ש ר"ח ורש"י וש"פ דביאור תיבת כרכשתא היינו החוטים שבשפת הבגד, א"כ ר"פ בתירוצו לא הזכיר כלל חילוק דפחות מג', ועוד דאם כונתו לפחות מג' הול"ל כגון כו' וכיון דתפיסי בכרכשתא לא אמרי' כמאן דפסיק דמי, שאין הענין פשוט כ"כ שלא יצטרכו להזכירו, משא"כ אם כונתו שאינם תפוסים בבגד עצמו, וכן בדבר משרשיא נמי משמע דרק לענין קנין סודר נתחדש שיעור גע"ג, [וכ"כ בריטב"א הנדמ"ח ובנמו"י כפרש"י], ומכל הלין נראה דפשטות הפוסקים כפרש"י, וא"כ לדינא יש לנקוט כמ"ש הש"ך דאם רוצים לחלוק תחלה בג' אצבעות כפי

מה שתפוס הרשות בידם, ולא מטעמי' אלא כשיטת רש"י.

בדין תפיס בכרכשתא

ובדין הכרכשתא, לכא' י"ל דבאמת אם ירצו יחלקו בזה, אלא שאינו חשוב כלל, ואפשר דבתפיסי רק בכרכשתא ממילא תפוסים בשוה, דהכרכשתא דבר מועט הוא, ובמשהו ודאי לא דייקנן, וניחא בזה טפי כיון דמשערים שווי הכרכשתא ביחס לכל הטלית, דהיינו טלית שיש בה כרכשתא כמה שוה, וכמש"כ אאמו"ר שליט"א בס"ט סק"ב, (ושו"ר שכ' שם דשמא הכרכשתא הם חוטים שעומדים ליפסק), וא"כ גם לכרכשתא יש דמים, דעי"ז משתמרת אריגת הטלית יותר, אבל בכרכשתא גופה אין חילוק במשהו שבארכה, מיהו יש מקום לדון בעיקר הדבר, דשמא לא אמרי' כמאן דפסיק בכרכשתא לחוד, שהתפוס בבגד עד סופו חשיב כתפוס בכרכשתא, שזהו השלמת הבגד, והו"ל כתפוס בכלי שכולו בכלל, ואמנם בתפוס בגוף הטלית אם יחלק הטלית באמצעה לא ישאר כרכשתא, מ"מ כשנשאר ביד חבירו כרכשתא לחוד לא חשיב כתפוס בה בפ"ע, כיון שהיא כמשמשת לבגד, וחשיבי שניהם מוחזקים בו, - יעוי' לק' סק"כ אם יכול לחתוך החלק שבידו כשזה גורם הפסד לשאר הבגד.

שם מחוי ל"ר"א ובשבועה בפלוגתת הראשונים ז"ל אם צריך שבועה גם על מה שבידו, ובדין אדוקין בכל הטלית ואין שאר בינתיים

יד. **שם** מחוי ליה רבי אבהו ובשבועה, יעוי' בתו', ולכא' הי' נראה דדוקא בדאיכא שאר דלא תפסי ב', צריכין שבועה על כולה, דטעם התקנה כולל כל הטלית ולא מהני לזה כמאן דפסיק, שהרי אנו חוששין שמא תקפה, ואטו בכרכשתא הוא דתקפי, אבל אם היו אדוקים בכולה, כיון דאמרי' כמאן דפסיק דמי, א"כ אין כאן עסק משותף ביניהם, ואין לנו לחדש שבועה, מיהו בש"ך סי' קל"ח

סק"ה מבואר דס"ל, דאף בכה"ג בעינן שבועה לדעת תו', וכ"נ מדברי הרמב"ן והרשב"א ד' א' שכתבו דלר"ח דהיכא דנקיט בידי פטור ליכא שבועה על מה שבידו, אפי' בדאיכא שאר, ונראה להוכיח דטעמם משום דבדליכא שאר ליכא לתקוני שבועה לר"ח, וש"מ דלר"ש נשבעין דבשלמא אם דין השבועה במה שבידו, מחייב לומר דאף בדליכא שאר בעו שבועה, שפיר הוכיחו דלר"ח בכה"ג ליכא לתקוני שבועה, אבל אם לכו"ע השבועה רק בדאיכא שאר, ולגבי השאר הרי איכא שבועה דכוותה באורייתא, אין כלל קו' אם נצריך אף לר"ח שבועה על מה שבידו, דסגי במאי דבעו שבועה בטלית זו, להצריכם מדרבנן שבועה על כולה, [ואמנם למה שצדדנו דדוקא בדאיכא שאר, אין הטעם כעין גלגול שבועה, דגם החלק שבידו מצריך שבועה מצד עצמו, אלא שלא נתקנה השבועה אלא כשיש דבר המשותף ביניהם, אבל לר"ח ע"כ למייתי עלה מעין גלגול שבועה, מ"מ אין כ"כ קו' אם כבר תיקנו חכמים עיקר השבועה על הכל מטעם שלא יהא כאו"א הולך כו' ולא מדין גלגול], א"ו הנדון אם להשביע על מה שתפוס בידו הוא בין בדאיכא שאר ובין בדליכא, וכ"כ אאמו"ר שליט"א ס"ט סק"א והוכיח כן דאם משום שלא ילך ויתקוף הרי סגי בשבועה שעל השאר שאם לקחו בתקיפה הרי הכל בכלל, ואם מצד מה שבידו לחוד ליכא שבועה, לא הי' צורך לתקנה בדאיכא שאר משום שלא ילך ויתקוף, אבל אם גם בדליכא שאר צריכין שבועה, נוחא דלעולם איכא חיוב, ואמנם אף למש"כ לצדד פירשנו דהחיוב שבועה הוא מצד מה שבידו לחוד, אלא דהיכא דאין דבר משותף ביניהם ליכא תקנה כלל, מ"מ שפיר מוכח מזה דלא הו"ל לתקן שבועה למה שתפוס בידו, דאם בדליכא שאר לא הועיל הטעם שלא ילך כו' לתקן שבועה, ובדאיכא שאר אין כ"כ צורך בשבועה למה שבידו, שוב אין לחכמים לתקן שבועה למה

וקמ"ל דאעפ"כ צריכין שבועה, ואאמו"ר שליט"א תירץ דכיון שלכל אחד יש בה חלק ודאי הו"א דליכא הכא שבועה משום שלא ילך ויתקוף, דאם נתברר דהחלק שתפוס בו באמת שלו הוא בהיתר הרי אין לחוש בו שמא ילך ויתקוף, והשתא נמי כיון שהחלטנו דכמאן דפריק דמי, חשיב כנתברר שהוא שלו בלא תקיפה, וקמ"ל ר"א דהא דיהבינן ל' עד מקום שידו מגעת, אינו מבטל חשש תקיפה מאותו חלק, אלא דכיון שהוא תפוס בו לבדו לא מצינן לאפוקי מיני' מספק, [ואין לדקדק דהא נמי מתני' היא בכולה שלי וחציה שלי דשניהם נשבעין, ואע"פ שהאומר כולה שלי יש לו בה חלק בודאי דודאי אין להשביע רק אותו שאומר חציה שלי דרק על פיו נעשה חבירו מוחזק בחציה בודאי והו"ל כעין הפה שאסר לענין ששניהם שוים, בנדון על החצי השני] ולפ"ז ז"א ג' חלקים שלו ורביע שלך וז"א ג' שלי ורביע שלך חולקין בלא שבועה.

ולכאוי אף להרמב"ם צריך לישבע על הכל, דלא עדיף מז"א כולה וז"א חציה דצריך לישבע על ג' חלקים, אלא שאין צריך שבועה בשביל ליטול מה שבידו, שאם אינו נשבע נוטל רק מה שבידו, והתם נמי אם אינו רוצה לישבע נוטל רק חציה מיהו יש עדיפות הכא שאם ירצה לחתוך מה שבידו קודם שבועה רשאי אפי' אם הטלית נפסדת בכך, משא"כ בכולה וחציה שיש לו חצי ערכה ואינו יכול לחלקה קודם שבועה בדבר שנפסד, וכמ"ש בשו"ע סי' קל"ח ס'.

בדין אדוקים בשטר, עמש"כ לק' ס"ק כ"א בדבר הטור.

שם והשאר חולקין בשוה

טו. **שם** והשאר חולקין בשוה, אפשר דהוסיף בשוה, דלא נימא דלעולם חולקין כל הטלית, והא דקתני זה נוטל עד מקום שידו מגעת היינו שאותו חלק מוחלט עבורו, ונפ"מ בטלית מוזהבת דלא מצי למימר ל' פלוג הכי

שבידו, א"ו טעמי' דר' אבהו לפי' תו' והראשונים ז"ל דלא מהני כמאן דפסיק אלא לענין המוחזק, אבל לא לבטל תקנת השבועה.

מיהו נראה דלא היו מתקנים שבועה משום אדוקים בלחוד, ומהטעם שכתבנו דבכה"ג שאין דבר משותף ביניהם, אין לחכמים להצריך שבועה כדי להחזיק האדם בנכסיו, וכדמסתבר נמי דאפי' איכא ודאי רמאי נוטל כל אחד מה שבידו לכו"ע, מה"ט דכיון שהוא מוחזק גמור אין לב"ד להוציא מידו לומר יהא מונח, אלא דכיון שתיקנו שבועה באוחזין מטעמא דשלא יהא כאו"א הולך ותוקף, ממילא גם מה שבידו בכלל, דחשש התקיפה שוה בזה ובוזה, דאטו התוקף תופס רק בכרכשתא, וכיון שזהו גופא החשש שבגללו תיקנו, לא ראו להוציא אופן זה מהתקנה, ולכא' לפ"ז ל"ק מדר"ח ד' א' דכיון שעיקר התקנה הואי בדאיכא שבועה דכוותה בדאורייתא, לית לן לאפוקי האי גונא מהכלל, אע"פ שבאופן זה ליכא דכוותה בדאורייתא, אבל הראשונים ז"ל נקטו דלר"ח אין לחייבו לישבע אם באופן זה ליכא דכוותה בדאורייתא, ולע"כ בסוגיא שם ועי' לק' ס"ה סק"ב.

הראשונים ז"ל הק' לשיטת בה"ג והרמב"ם דהשאר דוקא בשבועה, מאי קמ"ל ר"א מתני' היא, ואפשר דכשלכל אחד יש חלק ודאי בטלית חשיב דאית להו דררא דממונא, דהיינו תפיסת ממון ודאי, דנהי דלגבי תפיסת חברי' כמאן דפסיק דמי, אבל לגבי השאר שביניהם חשיב כתפוס בו ע"י ממונו הודאי, [וחשיב נמי שבלא טענותיהם יש ספק לב"ד, ע"י שחלק מן הטלית ודאי שייך להם], והרי בדורא דממונא יש סברא לומר שלא יצטרכו שבועה כדאמר ב' ב', ובפרט אם נימא דעיקר הפירכא התם ולא ק"ו הוא כו' משום דאיכא למימר כולי' דמר, ע"י לעיל ס"ק י"ב, וא"כ הכא יש מעלה דאיכא דררא דממונא לכל חד, וגם איכא למימר דתרווייהו הוא,

והכי פריך מ"ש מדר"ח דלא סגי בטעם זה לחוד, ובעינן נמי אינו יכול לנתקו, מיהו אין להוכיח כמש"כ מהא דפריך מ"ש מדר"ח ולא משני דהתם מיירי בדליכא למימר כמאן דפסיק כגון שרק חצי גט בידה, דקושטא הוא דאף בכל הגט בידה קאמר ר"ח דאינה מגורשת.

ברם יש לעי' מתי חשיב סרוכי מיסרך דאמרי' לעיל ו' א' דלאו כלום הוא, ואם נימא דכל שאוחז במשיחה וחבירו בחפץ אפי' רק בחציו, חשיב האוחז במשיחה סרוכי מיסרך, א"כ לא הוצרכנו בדר"ח לכמאן דפסיק, אבל לכא' ביכול לנתקו אין נראה לומר כן, וממילא ה"ה באינו יכול, דלא מצינו חילוק זה אלא גבי כריתות, (עי' רמב"ם פ"ה מה' מכירה), דבפשוטו האוחז כלי במשיחה אפי' אינו יכול ליטול החפץ ע"י המשיחה, ובא אחר ותקפה ממנו חשיב דאנן סהדי שהוא שלו, וע"כ דנקטינן שכל חלקי החפץ שוים, וכיון שכן אף בדתפיס כולי' וחבירו במשיחה נהי דאמרי' כמאן דפסיק, מ"מ לא חשיב סרוכי מיסרך, ונפ"מ דצריך שבועה לדעת תו' ודעימייהו דנשבע אף על מה שבידו, ואילו בסרוכי מיסרך לא הצריכו שבועה, וקצת ראי' לזה מדתפיסי בכרכשתא, דלכא' אם חבירו תפוס בכולה חשיב אידך סרוכי מיסרך, ומ"מ כשנשאר ביניהם אפי' אחד אדוק ברובה לא חשבינן ל' כמאן דמיסרך, דמשמע שתפיסת הכרכשתא אלימא בכל ענין, ולכא' נראה דגדר סרוכי מיסרך הוא דוקא כשגם החלק שנסרך בו חשיב כתפוס ביד חבירו, כגון שחבירו תפוס בכל הטלית והוא מחזיק מעט בחלקי הטלית המבצבצים בין אחיזת ידי חבירו, אבל בתפוס במשיחה וחשיב מוחזק גמור במה שתפוס, לא חשבינן ל' כסרוך, מיהו אם חבירו תפוס בכולה אלא שהמשיחה מבצבצת מתוך תפיסתו דמי לסרוכי מיסרך, דאחיזתו בכולה בצורה זו מחזיקתו גם במשיחה, וזו נראה כונת אמו"ר שליט"א

במקום שידו מגעת, א"נ דלא נימא דנהי דנוטל עד מקום שידו מגעת אפי' טפי מחציה מ"מ לגבי השאר יש לחבירו עדיפות עד חציה, דמ"מ חשיבי תרוייהו מוחזקין בכולה.

שם מחוי ל' ר"א ובשבועה, אם מתפרש כמו שבא להוסיף בברייתא והשאר חולקין בשוה ובשבועה, משמע יותר שאשאר דוקא קאי, וכנראה כך פ' בה"ג, מיהו אף בכה"ג אפשר לפרש וכולה ברייתא בשבועה, - אפשר דמשה"ה לא הזכיר התנא שבועה, כדי שהברייתא תתפרש גם בשניהם מודים שהגביהו כך, ומשה"ה לא קתני ז"א כולה שלי, (אף דבחציה שלי אין חולקין השאר בשוה), ואתא לאשמעינן דינ' דרב משרשיא.

שם ואלא מתני' כו' ולא קתני זה נוטל כו' להכי הוסיף להקשות ולא קתני כו' דהא דפלגי משכח"ל באדוקים בחלק בשוה, אלא דאף בכה"ג הו"ל לתנא לבאר דהיינו משום שידו מגעת, ואינו מדין יחלוקו דשאר, והיינו דקאמר ולא קתני כו' שזוהי עיקר הקו', ועש"ך ס' קל"ח סק"ד, (ועי' ס"ק י"ד דמעיקרא תיקנו באוחזין, אבל משום אדוקין לחוד לא הוו מתקני, וגם מה"ט לא מצי לאוקומי מתני' באדוקין בכולה).

שם ומ"ש מדר"ח כו' אם טעמי' דר"ח באינו יכול לנתקו משום דכמאן דפסיק דמי, ובדין סרוכי מיסרך

שם ומ"ש מדר"ח כו' לכא' נראה דדינ' דר"ח גופי' נמי מטעמא דכמאן דפסיק דמי, [מיהו דרב תחילפא עדיפא דאמרי' כמאן דפסיק גם באמצע הבגד, משא"כ בדר"ח דשמעינן רק בין הגט למשיחה], דאל"כ אמאי מהני אינו יכול לנתקו, ונפ"מ בחצי גט בידה דאי משום כמאן דפסיק דמי לא מהני, אע"פ שאין הבעל יכול לנתקו, (וזה אם נימא דבליכא משיחה כלל מיגרשא אע"פ שאין הגט כולו בתוך היד, עי' בפוסקים בזה דשמא לא חשיב חצרה אלא בתוך שטח היד, ולע"כ),

בכולה, ולכאור' ה"ה במשיחה דגט, אלא שיש לדון כיון שהמשיחה היא כחלק מן הגט, לא חשיב כמיסוך סריך, משא"כ בתוחב כוש, ואפשר שכ"ז רק בצירוף הסברא דכמאן דפסיק, [ודאי נראה שבתחוב חציו בתוך פיו חשיב מוחזק ע"י הכוש], וגם בזה לא הכריעו התו', ע"ש.

שם ל"צ דקאי דהבא בי מיציעי, צ"ל דאתא לאשמועינן דלא נימא שהזהב כדבר בפ"ע הוא, וכאלו שניהם אינם מוחזקים בו, והדין כד"ג, וכ"כ אאמור' שליט"א, ולק' ב' גבי שטר נמי קאמר כהאי שינויא, והתם אפשר דהוה חשיב הלוח כמוחזק במעותיו.

שם ל"צ דמיקרב לגבי דחד, קמ"ל הכא דאפי' באדוקין בגופה דזה נוטל עד מקום שידו מגעת, מ"מ בשאר חולקין אותה לארכה, שלא כאופן חלוקת תפיסתם, [ואפשר דרק לבתר דחזינן דמקום שידו מגעת חשוב ידי', ה' מקום לומר דה"ה דמיקרב לגבי חד, והוצרך רבא לשנות דבריו רק לאחר הברייתא], וביאור הדברים כמש"כ אאמור' שליט"א דלישנא בעלמא הוא הא דקא"ל פלוג הכי, ועיקרו שהם שותפים בכל שווי הטלית, וחולקים את ערכה, וכ"מ לק' ב' גבי שטר דקאמר כהאי לישנא, ואם יחלקו התורף אין שטר, (וכ"מ בגמ' ח' א' דקאמר דחולקין דרבא היינו לדמי וע"כ דליכא צד חלוקה דנימא ב' ממ"נ פלוג הכי או הכי).

דינים העולים

מז. נמצינו למידין

א. שנים אדוקים בטלית או בנסכא [אפי' היד פתוחה, ולא דוקא בתופס אדוק] זה נוטל עד מקום שידו מגעת.

ב. היו אדוקים בכלי אחד, לא אמרי' כמאן דפסיק דמי, דכל אחד חשיב כאוחז בכלי שלם, וממילא גם מה שביד חברו בכלל תפיסתו.

ס"ט סק"ג שהק' דאין להחשיב הבעל טפי מסרוכי מיסריך ואף בלא טעמא דכמאן דפסיק הו"מ למיפוך אדר"ח, ולמש"כ י"ל דהכא אינה חשובה כתפוסה גם במשיחה דאינה מתבטלת לאחיותה בגט, כיון שאינה תפוסה בו באופן גם המשיחה בחזקתה, [ועוד י"ל דלא מהני טעמא דסירכא לאו כלום הוא היכא דידעינן דהאי דמיסוך ה' תפוס בו מעיקרא, דבעלמא במיסוך אמרי' דש"מ דחבירו תפס כולה מעיקרא, אבל בדידעינן דהאי תפיס מעיקרא אין לאחיותו שם סירכא, וצ"ע בזה דסתמא דמוחזק תלוי לפי המציאות עכשיו], ועדיין צ"ע בכ"ז - יש לברר אם בתופס הבעל בגט עצמו (כגון בגליון) אם מהני אינו יכול לנתקו, דאפשר שבגט עצמו חשיב לעולם חסרון בכריתות.

בדברי תו' כתובות ל' ב' ובקו' הגרע"א

שו"ר בתו' כתובות ל' ב' ד"ה ואי שכתבו דאם אחד תפוס בכולו וחבירו אוחז במשיחה אפי' יכול לנתקו קנה התפוס, והק' הגרע"א ז"ל ע"ד דמה הוצרכו להוכיח כן מסוגיא דלק' י' א' דלא מהני יכול לנתקו בזכייה, וגם כתבו בזה כמסתפקים דשמא תרוייהו זכו, הרי הדבר מפורש בשמעתין בהדיא, ונראה דאין ראי' משמעתין לנדון התו', דהתם ליכא למימר כמאן דפסיק על הכוש, שאינו יכול לזכות בכוש, שהוא שייך לתוחב, והר"ז דומה לתוחב ידו לתוך המקום שיד חבירו מגעת דודאי לא מהני מה שיד חבירו מגעת, כיון שרשותו נכנסת בתוך המקום המיוחד לאחיות חבירו, [ועי' ב"מ ד' ב' תוד"ה דאית שכתבו כע"ז דמהני תפיסה, ועי' לק' סק"י"ט בזה], משא"כ בגט שאמרי' כמאן דפסיק דמי גם על חלק המשיחה שבידה, ונמצא שאין לבעל שום תפיסה בשטר שהוא כמאן דפסיק, ומש"ה בעינן לטעמא דכריתות, ולפ"ז יש לבאר הנדון שבדבריהם דחשיב כמיסוך סריך כיון שחבירו תפוס

הכא לגבי שאר הבגד חשיב כמחובר וכמאן דתפיס ל' דמי, תדע דבאוחז בידו פתוחה נמי אמרי' כמאן דפסיק כדמוכח מגט בידה לפי' הראשונים ז"ל, ובשבת אין נראה דבמניח ידו תחת הבגד נימא כמאן דפסיק, מיהו אם לפי הענין חזינן דבטל מתורת בגד, כההיא דהיוצא בטלית מקופלת על כתיפו, אף בדליכא למימר כמאן דפסיק, כגון בדליכא גע"ג [עי' לעיל], יש לאסור וצ"ת, [שו"ר שבת נ"ד א' ובלבד שלא יצא חבל מתח"י טפח, ולע"כ].

שם ת"ר שנים אדוקים בשטר למה לא חשיב הלוח מוחזק והמע"ה

י. זי' ת"ר שנים אדוקים בשטר כו' יחלוקו, יש להבין הרי הלוח מוחזק במעות, והיכי מפקי' מיניה מספק, והרי בעינן שטר שלם אפי' להוציא חצי וגם ליכא למימר הכא שטרך בידי מאי בעי, ומשמע בגמ' שאין כאן נידון אלא על גוף השטר כאילו היה דבר שגופו ממון, וכל שהשטר בידו כאילו המעות בידו, וביאור הדברים כמש"כ האאמו"ר שליט"א בספר ב"ב ס"ט סק"ה משמיה דמרן זללה"ה דמוחזק הוא כפי הפשטות, והיינו דלאו דוקא מי שתפוס במעות הוא המוחזק, אלא מי שהפשטות שהמעות שלו הוא נקרא מוחזק, והבא להוציא מן הפשטות בטענה מחודשת נחשב למוציא, וכבר ביאר הדברים בארוכה בחזו"א חו"מ לקוטים ס"ה סק"ז עיי"ש שביאר כן גם בשמעתין, דכשהשטר ביד המלוה חשיב המלוה כמוחזק במעות, והלוח שטוען פרעתי הוא המוציא מן הפשטות ועליו הראי', [ועיי"ש שהוכיח דהכח של שטרך בידי מאי בעי לחוד אין בו כדי להוציא ממון, ורק עיי' שיש שטר כשר חשבינן למלוה כמוחזק, עיי"ש], וכיון שאם המלוה מוחזק בשטר הרי הוא מוחזק במעות, חשיב לדידי' כגופו ממון, ויש לנו לדון בזה כמו בטלית וע"ע להלן. (ועי' לק' ב' תוד"ה ויחלוקו דמשמע שמתייחסים לשטר כאילו נמכר בשוק, דאינו

ג. בד"א כשהחלק שתפוס בו לחוד אינו כלי בפ"ע, אבל אם תפוס גע"ג מאמצע הבגד, אע"פ שצורת שאר הבגד מחייבת שיש גם חלק זה וא"כ נמצא שחבירו כתפוס בחלק זה מחמת אחיזתו בבגד, כגון התופס בבית יד של הבגד, מ"מ כיון שחלקו לחוד חשוב בגד, משמע דאמרי' כמאן דפסיק דמי.

ד. בטלית לפי דברנו אף בדליכא גע"ג אמרי' כמאן דפסיק דמי, כיון שאין לחבירו תפיסה במה שבידו כלל, ורק בכלי ששלימותו כוללת גם מה שביד חבירו בזה מחלקינן אם החלק שבידו לחוד חשיב כלי, אבל בדברי אאמו"ר שליט"א מבואר דלעולם בעינן חשיבות כלי במה שבידו, (כשבא להפסיקו מכלי, לאפוקי בנסכא דלעולם אמרי' כמאן דפסיק), [ובמה שנסתפק שם ביש זהב על הטלית בפחות מגע"ג, הנה יש לדון בזה דנמצא שחבירו תפוס בתוך תפיסת ידו, אם נימא דאת גוף הטלית חולקין כולה, ועמש"כ בזה מדברי התו' כתובות ל' ב' וכה"ג יש לדון בכלי שיש זהב דבוק עליו באופן שאפשר לפסקו, אבל הנדון שם הוא משום שזהו גוף הטלית, ולא מטעם שכ' בתו' כתובות ויש לפשוט הדברים משיטת תו' לק' ב' דהתפוס בשטר בתורף מרויח שווי הזמן אע"פ שע"כ שניהם תפוסים בכל השטר כמ"ש תו' שם, ולרש"י באמת לא אמרי' כה"ג, ורק לרשב"ג דא"צ זל"ז אמרי' דנוטל עד מקום שידו מגעת].

ה. בכרכשתא לחוד צ"ע אי אמרי' כמאן דפסיק דמי.

ו. בשטר אם אחד אדוק בתורף כולו אמרי' כמאן דפסיק כיון שאינו צריך לחלק שביד חבירו, וצ"ע בסוגיא בזה.

ז. לפו"ר נראה דסברת כמאן דפסיק דמי לא שייכא אלא כלפי אחיזת חבירו, אבל לא לענין טלטול דשבת או כיו"ב, דכל שמשמש שימוש בגד אין היד שבינתיים מפסקת, (וגם

שם ונפל ממני ומצאתיו

שם מלוה אומר שלי הוא ונפל ממני ומצאתיו, לפרש"י דבדודאי רמאי לא אמרי יחלוקו, פרשנו לעיל סק"ד דהיכא דתרווייהו מודו דבהדי הדדי אגבהוה, הדין יחלוקו, כיון שהם מוחזקים בדודאי לפנינו, וכל הדין דאמרי' יהא מונח הוא כשלא נתבררה חזקתם, וכיון שכן אף בז"א אני מצאתי' וז"א אני מצאתי' לא חשיב ודאי רמאי, דאימור תרווייהו בהדי הדדי אגבהוה, ולא איכפת לן מה שביסוד טענותיהם יש שקר, וכמשנ"ת שם, ואאמור'ר שליט"א ס"ט סק"ד כתב בזה ע"פ דברי הרמב"ן דשטר ביסוד טענותיהן לא חשיב ודאי רמאי דאפשר שפרע לו החצי, אבל מ"מ בעינן נמי שלא יהא ודאי רמאי בחזקתם, דאם כ"א אומר שחבירו תקפה ממנו, אפשר דלא מהני מה שהחלוקה יכולה להיות אמת, להכי קתני דוקא בנפל ומצאתיו, אבל לפרתו' קשה, למה שנה התנא דבריו במציאה, ולמ"ש אפשר לומר דהיינו כי היכי דתיקום ברייתא אף אליבא דר' יוסי, וגם יהא פשוט דרבי כרשב"ג במקומם, דהא היינו מתני' דשנים אוחזין לכו"ע, ועמש"כ אאמור'ר שליט"א שם לחדש מכח זה.

והנה בברייתא לא קתני שהלוה אומר נפל ממני ומצאתיו, ואפשר דאפי' מודה שנפל מן המלוה, אלא שטוען פרעתיו לך וממילא שלי הוא, ועכשיו אני מצאתיו יחלוקו, [ולגרסא דידן שלך הוא הדבר מפורש בגמ'], ואפשר דאפי' בלא מיגו דממני נפל, דכיון שטוען שהשטר שנפל הי' שלו, היינו ממני נפל, מיהו אם מודה שתקפה מן המלוה, וכן בטלית אם טוען אין תקפי ודיד תקפי, אפשר דחשיב מיגו להוציא, דלא חשבינן ל' מוחזק כשחבירו תפוס בה, ותפיסת חבירו משוי ל' מוחזק גמור, [ועד מקום שידו מגעת אפשר שיטול, עכ"פ להפוסקים דא"צ שבועה].

תפוס אלא בערך שיש בידו, ולא בחוב שאינו בעין, אבל גם בזה צריך לטעם שכתבנו).

בדברי הרשב"א דבשטר דליכא למימר יהא מונח אמרי' יחלוקו

ולפ"ז אפשר להבין מ"ש הרשב"א ריש פרקין דכיון דבשטר לא מצינן למעבד יהא מונח, אמרי' יחלוקו אע"ג דאיכא ודאי רמאי, ונתקשינו בזה לעיל סק"ד דבכה"ג ראוי לומר המע"ה, וישאר הכל ביד הלוה, ולא דמי לטלית דאי ליכא למימר יהא מונח שפיר אמרי' יחלוקו, דכיון ששניהם מוחזקים בגוף הממון, גם יחלוקו חשיב שמניחין במצב הקיים, משא"כ הכא שצריך להוציא מן הלוה, ולפי האמור ביאור הדברים דיש להניח גוף השטר ביד שניהם כמו הטלית, והיינו דמכריעין הדין שיחלוקו בגוף השטר, וכיון דפלגי' דשטרא ביד המלוה, ממילא הוא כמוחזק במעות, דגבייה בשטר לא חשיב להוציא, וכעת ראיתי שהדברים מבוארים בדברי אאמור'ר שליט"א ס"א סק"א, [ותו"ד שם שאם נבא לומר יהא מונח בספק זה, היינו שאין אנו מכריעין של מי השטר, וא"כ לא מצינן לאפוקי מן הלוה בשטר כזה לומר יהא מונח, אבל אם נכריע בשטר יחלוקו, שפיר מצי המלוה לגבות בחצי שלו], מיהו בגונא דנפקד שכתבנו לעיל שם, צ"ע אם נאמר יחלוקו, אפי' אם בטלית היינו אומרים יחלוקו בגונא דליכא למימר יהא מונח, ואפשר דהתם שאני מפני שצריך ליתן השטר ליד המלוה ורק עי"ז יחשב כמוחזק בממון שביד הלוה, וזה לא עבדינן מספק, כיון שהלוה מוחזק, משא"כ הכא שהמלוה תפוס בו כבר ודמי לטלית, שו"ר בשו"ע סי' ס"ה ס"א שכ' דיהא מונח השטר, בגונא דשליש, [מיהו יש שם סברא דשליש גרע דכיון שהוא מסופק הו"ל כמלוה מסופק, ולע"כ].

בדברי הרמב"ם פ"ד ממלוה הי"ד

והרמב"ם פ"ד ממלוה הי"ד וכן בשו"ע סי' ס"ה סט"ו העתיקו הדין בלוה טוען נפל ממני והמלוה טוען שמצאתיו להפרע בו ממך, ומשמע שהמלוה טוען בשעה שהוצאתיו תקפתו, והלוה שאין לו סיבה להוציאו בפני במלוה טוען נפל, ואמנם הדין דיחלוקו אמת להרמב"ם דאפי' בודאי רמאי יחלוקו, אבל אכתי קשה למה שינה דברי הגמ', ושמא ס"ל דהיכא דהמלוה מודה שנפל איתרע, ונהי דאם המלוה לבדו מצאו שפיר גובה בו, ובפרט להרמב"ם גופי' (הובא בטור סי' ס"ה) דבהחזיר המוצא למלוה נמי גובה בו, מ"מ כשגם הלוה תפוס בו ושניהם יודעים שנפל איתרע, אבל צ"ע לחדש כן דלא אשכחן מאן דפליג אברייא, ואפשר דגם כונת הרמב"ם שהמלוה טוען ממני נפל, וכ"מ מלשון הלוה וממני נפל, אלא שהוסיף טעם דלא איתרע בנפילה שהוצרך להוציאו כדי ליפרע ממנו, ודוחק.

בטעמא דלא אמרי' נפל איתרע כשמציאו המלוה, גדר הדברים בזה

בטעמא דלא אמרי' נפל איתרע כשמציאו המלוה, לכא' נראה דאם המוצא ראה שנפל מן המלוה ג"כ יכול להחזירו למלוה, כדמשמע מפרש"י ז' ב' ד"ה לא יוציאוהו מידו כו' עד שיבא אליהו או עדים שראו ממני נפל, [מיהו י"ל דעדים מהני כשהלוה אומר ממני נפל], דדוקא כשחזר השטר ליד המלוה מכח הכתוב בשטר, בזה אמרי' דלא אלים לקבוע על פיו דין שטר, (דכיון דנפל איתרע), אבל אם רואה שנפל ממנו ד"ז שפיר מחזירו לו, וכן בדין דהרואה שנופל מחבירו חפיסא או דלוסקמא מחזיר לו מיד, ואינו צריך לברר תחלה אם יש שם שטרות, וכיון שכן אף כשהמלוה גופי' מצאו אין כאן ריעותא, דחוזר אליו מכח הנפילה

ולא מכח השטר, וגדולה מזו תנן כ' א' דבסימן לחוד יחזיר למלוה, ושו"ר בקצה"ח סי' ד"ה סק"ט שנתקשה בזה, וכתב דמשמע שאפי' ראו שנפל מן המלוה לא יחזיר, והראיות שהביא הם בדליתא לשטר שנאבד או נמחק, אבל בדאיתי' לשטר שפיר י"ל דצריך להחזירו לבעליו, ועיי"ש בנתה"מ ס"ק י"ז שכ' מבעה"ת בשם תו' דבנפל בחפיסא או כרוכין משמע שנזרז בשמירתו, אלא שנאבדו דרך נפילה, וגם לפ"ז נראה דכל שרואים איך שנפל ממנו חשיב דרך נפילה, ורק כשאין יודעים איך נאבד אמרי' דשמא הושלך עם שאר ניירות מביתו, וכיו"ב, וכן בנמחק או נאבד שהביא הקצה"ח, אבל כשרואים שנפל ממנו כדרך נפילת אבידה, ליכא ריעותא, [ובההיא דסי' ס"ה ס"ב דמלוה שלקח השטר מבית הנפקד שמת, גובה בו, אע"פ שלא ידענו מי הפקידו, אפשר לומר דסתמא דמילתא השטר של המלוה שדרכו להפקיד משא"כ הלוה שקורעו ואינו מניחו, אלא שכ"ז שאינו בידו איכא חזקת ממון גבי לוח, ועכשיו שתפסו חזר הדין לפשטות דשטרא דמלוה הוא, כענין שכ' מן זללה"ה חו"מ לקוטים ס"ה סק"ז דכשהנכסים ביד האשה נאמנת לומר נ"מ הם, ואם תפסם הבעל אפי' בפני עדים, הרי הם בחזקתו, עיי"ש].

ולפי' דברנו הכלל הוא אם המלוה מוחזק בשטר מכח עצמו, דהיינו שמצאו הוא בעצמו, או שאחר ראה שנפל ממנו, או שנטלו מבית הנפקד והוא טוען שהנפקד החזיקו עבורו, חשיב שפיר מוחזק לגבות בו, אבל אם בא לידו מכח אחר שאינו יודע של מי הוא, וכן אם בא לכתוב שטר אחר מחמת שנמחק או נאבד דהשטר השני אינו בא מכחו, אלא מכח מי שאינו יודע האמת, בזה איתרע כח השטר, ולהלן זכינו להבין טעמא דמילתא בס"ד.

עוד ביאור בטעמא דמילתא דכשהשטר בעין המלוה מוחזק

ונראה בביאור הדברים ע"פ דברי מרן זללה"ה בחו"מ לקוטים ס"ה סק"ז (הובא לעיל), דהמלוה שיש בידו שטר חשיב כמוחזק, כיון שהלוה צריך לטעון שנתחדש איזה דבר אחר השטר, וכל שצריך לטענה מחודשת על המציאות הידועה לנו, הוא חשוב כמוציא מהפשטות, ובזה יש עדיפות לשטר מעדים דכשמביא עדים חשיב הלוה מוחזק, והמלוה מוציא ע"פ עדים, ואע"פ שלאחר העדאת העדים על הלוה לטעון טענה מחודשת, מ"מ אין כאן מצב של מציאות לחשוב המלוה כמוחזק, משא"כ בשטר כיון שהמציאות של החוב מוחלטת על ידו, חשיב התופס בו כמוחזק, וזהו הטעם שיש להתייחס לשטר כגופו ממון, כיון שרק המציאות של השטר משוי למלוה כמוחזק, דמכח הראי' לחוד עדיין אינו מוחזק, אלא כמביא עדים, וכיון שכשהשטר ביד המלוה הרי הוא כמוחזק במעות, מהניא ב' תפיסה כמו במעות עצמן, דכמו שאם תפס המעות על הלוה להביא ראי', כך כשתפס השטר, הלכך היכא שהמלוה מצא השטר חשיב המלוה מוחזק, ולא מהניא טענת נפל איתרע להוציא מיד המוחזק, וכן אם המלוה לקחו מאחר שהוא יודע שהשטר שייך למלוה, כגון שראה שנפל ממנו, או ע"י סימן בחפיסא או בתכריך, דינו כמוחזק בממון, אבל היכא שמחזיקו מיד אחר שאינו יודע בו שהוא של המלוה, הו"ל כתפיסה בממון לאחר שנולד הספק, ובזה בשטר גרע טפי, [וודין יורשי הנפקד היינו מפני שהמלוה טוען שהנפקד החזיקו בודאי עבורו, ולכן חשיב מוחזק טוב, ואין המלוה חשיב כמוחזק מכח יורשי הנפקד, כ"ז שלא נודע להם הספק ותפסוהו להחזיקו בספיקו, (וצל"ע בתשו' הרשב"א שם), ודמי לנפל מידו לתוך חצר חבירו, דכ"ז שלא תפסו חבירו נוטלו כדין], וכל שאיתרע מעלת שטר כשהי' ביד האחר, אין נעשה המלוה מוחזק

בתפיסתו, וחזר הלוה מוחזק, ועל המלוה להביא ראי'.

וכ"ז כשהשטר ביד המלוה, אבל אם ראו עדים השטר שנשרף או נאבד, חזר הלוה להיות מוחזק, שאין כאן אלא עדים, ועדים לא חשיבי כבירור קיים להחזיק המלוה, עד שיתבררו הדברים וכמש"כ, וכיון שהלוה מוחזק מהני טענת נפל איתרע, ולכך כתב הש"ך סי' מ"א סק"י א דאיירי שידעו שנאבד באונס דלא איתרע, וכן בנמחק השטר סי' מ"א ס"ב, כיון שאין שטר חזר הלוה להיות מוחזק, ואיכא טענה דאיתרע במחיקתו, כללא דמילתא טעמא דנפל איתרע מהני להחזיק ולא להוציא, וכשהשטר ביד המלוה הוא המוחזק. [ולכאור' י"ל שזו כונת אאמור"ר שליט"א ס"ט סק"ד במ"ש שאין השטר רק ראי' על החיוב, אלא השטר עצמו הוא החיוב שבכל אופן שדין השטר לגבות בו הרי הוא כאילו גופו ממון, והיינו משום שכח המוחזק שע"י השטר הוא רק ע"י הניר של השטר וכמש"כ, אבל יותר משמע דר"ל שזהו ענין המחודש במציאות של שטר, דכיון שששטר הוא דבר המוחלט לגבייה, חשיב שטר כאילו על ידו גובין, ולא ע"פ המעשה שנלמד מהכתוב בו, (כענין צ'קים שנותנים היום) ולכן חשיב כגופו ממון לענין תפיסה, ונראה דגם היסוד לדברים אלו הוא כמש"כ, ועדיין צ"ע בכ"ז].

שם ולית לי' לרבי מתני' כו' מאי מיייתי ממתני'

יח. **שם** ולית לי' מתני' שנים אוחזין כו' לא נתפרש מאי מיייתי ממתני', דע"כ אם ס"ל לרבי דלוה קרע שטרי' וסתמא דמלוה הוא, אין לזה סתירה ממתני', דהתם שפיר מודה רבי דיחלוקו דאין עדיפות לאחד על חבירו, (דהא במציאה קיימין שאם ידוע מי המרא קמא, ממילא הוכחש חבירו, וכן באני ארגתי' אם נודע שהי' פעם של אחד מהם ע"כ צריך לטעון מינך זבנתי', וכיו"ב), ולכאור' הי' נראה לומר דלישנא בעלמא קאמר דעיקר

מדרבנן הצריכו קיום כעין דאורייתא, ונפ"מ אם חזר בו הלוח ומודה שלא פרע או שהוכחש על מעשה הפרעון ע"י עדים, דמ"מ אין כאן שטר לגבות ממשעבדי, [ע"י ע"ב ב' ולע"כ] וכיון שכן לא בעינן הכא לנאמנות דמיגו, דאין לפנינו שטר כלל, (אלא דהלוח לפי דבריו דידוע שיש כאן שטר, צריך טענה ליפטר), ונראה דזהו ביאור הלשון צריך לקיימו, דכ"ז שאינו מקיים אין כאן שטר, ולא רק שהלוח נאמן במיגו או בהפה שאסר, וכן אין צריך לקיימו פירושו שא"צ קיום כלל, ולא שהלוח קיימו בהודאתו, אלא דכיון שלא טען מזוייף א"צ כאן קיום דאוקמוהו דאורייתא.

ואי"ת דילמא רבי ה"ק יתקיים השטר בחותמיו, דאל"ה הלוח נאמן, אבל שטר מיהא הוי דסגי מדרבנן בהודאת הלוח, וי"ל דא"כ הול"ל אם נתקיים בחותמיו יחלוקו [ואם לאו הלוח נאמן], דמדנקט סתמא האי לישנא בלא לבאר מה יהא הדין, הרי זה מוכיח דה"ק כ"ז שלא נתקיים בחותמיו אין כאן שטר כלל, ולא שייך לדון בדין שנים אדוקים בשטר, [ולכא"ו כן מתפרשים דברי ר"נ כתובות י"ט א' דא"ל לר"ה למה הוא מסתיר דבריו שפוסק כיחידא, הו"ל למימר הלכה כר"מ, דידעו שהוא יחידא, ומזה הבין ר"ה דר"נ לא סבר הכי, א"ל ומר היכי ס"ל, ואם ה"י ר"נ משיבו צריך לקיימו, ה"י מתפרש, דכלפי ר"ה אמר כן דאינו מכשיר לגמרי כר"ה, אבל שפיר מודה דלבתר הודאת הלוח יש כאן שטר, אלא שיש תועלת לקיימו כדי שלא יהא ללוח מיגו, מש"ה השיבו כי אתו לקמן לדינא אמרי' להו זילו קיימו שטרייכו וחותר לדינא, דאין ב"ד נזקקין כלל לתביעה שע"י שטר אם אינו מקיים, דבין אם הלוח טוען מזוייף או מודה, חספא בעלמא הוא, וא"כ אין תועלת לב"ד להזדקק לשטר, ואין כונתו ליתן עצה למלוח שיבטל המיגו של הלוח, אלא דב"ד לא נחתי כלל לדון בשטר

הק' בסברא שלא יתכן דגבי מלוה כולי', אלא כיון שרוצה לסיים דרבי נמי סבר יחלוקו כרשב"ג, מש"ה פריך דמן הראוי שרבי יאמר יחלוקו כדתנן במתני', וכיון דפליגי בצריך לקיימו ממילא ראוי לפרש דמודה רבי לרשב"ג כדתנן במתני', אבל מהא דמיייתי בב"ב ק"ע א' והוינן בה ולית לי' לרבי מתני' כו' (ומיייתי כולה מתני' התם), משמע שהק' מכח המשנה, ואפשר דלכל הפחות הו"ל לרבי להצריך שבועה, דטעמא דתקיפה שייכא גם גבי מלוה, דאפי' אם יש סברא ליתן למלוה, מ"מ לא יתכן לומר דליכא הכא כלל חשש תקיפה ונחליט שהלוח תקף, (ורק אם אמרי' יחלוקו יש פוסקים בטור סי' ס"ה דלא בעינן שבועה אבל להחליט שהלוח תקף זה לא יתכן), ואפשר דס"ל לתלמודא דאם יש מקום לומר דגבי לי' מלוה כולי', היינו דאמרי' דל תפיסתם מהכא, והרי הוא לפנינו כשטר שנמצא ע"י אחר, ומש"ה פריך ולית לי' מתני', דלפ"ד בטלית דין הוא שיהא מונח, משום דתפסי, או כל דאליה גבר.

שם מ"ט חספא בעלמא הוא, אם הטעם משום מיגו, או דגם לאחר הודאתו ליכא שטר

שם מ"ט חספא בעלמא הוא כו' לכא"ו יש לפרש דלכו"ע לא אמרי' מיגו דמזוייף, דלא ניחא לי' למיטען מזוייף, אם מפני שירא שיקיימוהו, או דהוה טענה דהעזה דלא חציף איניש לזיופי, ואינו מצוי, והמלוה מכיר בשקרו, (משא"כ פרעתי דשייך בי' טעות) [שו"ר ברמב"ן לק' כ' ד"ה מחלוקת כ' דליכא מיגו לרשב"ג מפני שקיום שטרות דרבנן או שירא לכפור במידי דעבידא לאגלויי, וכ"כ תו' כתובות י"ט א' שני הטעמים, ולא משמע דפליגי אם מעיז לטעון מזוייף], והיינו דקאמר מ"ט כו' דלרבי אין הנאמנות משום דאי בעי טעין מזוייף, אלא דהשתא נמי לבתר הודאתו אין כאן שטר בדיני התורה, דאם ה"י צריך קיום מדאורייתא הרי הדבר פשוט שאין בהודאת הלוח לעשות שטר, והשתא נמי

קאי. [ועוד יש חידוש דאף בנפל לא מצריך רשב"ג קיום].

ויש להוסיף עוד דכיון דהתנא בא להשמיענו דאפי' לא נפל ליד דיין, דאיכא למימר כתב ללוות ולא לזה, נמי מהני תפיסת המלוה לומר יחלוקו, וממילא הי' צריך להביא פלוגתתם, דכיון שהצורך לבאר בדבריו דאיירי אף באינו מקוים, לא רצה לסתום כחד מינייהו, מיהו נראה דאפי' נפל ליד דיין מודה ר"י דיחלוקו, דכשהלוה תפוס בו לא אמרי' הרי הוא בחזקתו, וכ"נ דנאמנות הלוה בדרשב"ג לאו משום מיגו דלא לויתי הוא, וכן יש לדקדק מדפריך ולית לי' לרבי מתני' כו', (ובפרט לאיפוך דרבנן אמרי הרי הוא בחזקתו), וע"כ דמכח המוחזק יחלוקו, ולא משום מיגו דאית לי' בכה"ג, וכבר ביאר בזה אאמו"ר שליט"א ס"ט סק"ד עיי"ש.

שם ב' מחלוקת בששניהם אדוקים כו' אפשר דר"א סבר דלרבי גבי מלוה כולי'

יט. זי' ב' אמר ר"א מחלוקת כו' פרש"י יחלוקו וכ"מ מדלא סיים דברי הכל זה נוטל כו', מיהו לא נתפרש למה נקט האי לישנא, ולא דמי לב"ב קו' ב' דהתם ליכא למיטעי, וגם דליכא פלוגתא בברייתא, וגם הענין המובן מדקאמר שחלקו, אבל הכא לא הול"ל הכי בסתם] והנה הרמב"ן צידד דדעת הירו' דלרבי גבי מלוה כולי', ובירו' גיטין פ"א ה"א מיתי דר"א הכל הולך אחר התפוס בעדים מה פליגין כשכתבו לאורך ושניהם תפוסין בעדים, ומשמע דיש כאן פלוגתא, ולא משמע לדחוק דמה פליגין היינו במה יחלוקו, ומעיקרא הא דמדמי לה לגט [ומסיים דברי הכל היא הכא כו'], דקדק בפי"ע דס"ל דרבי פליג, ולפ"ז אפשר דר"א באמת סבר הכי, אלא דתלמודן מיסתם סתים לה, לפי שלא הוזכר אלא שינויא דר"נ, אבל מ"מ הביא דברי ר"א כלשונו, מיהו עי' רמב"ן דאם לרבי גבי מלוה כולי' אע"פ שגם הלוה תפוס בעדים

בלא קיום דחספא בעלמא הוא, ולע"כ בסוגיא שם], וע' להלן דיש בזה חידוש דמ"מ אם נתקיים יחלוקו.

בחידוש דאשמועינן התנא במה ששנה פלוגתתם בכה"ג

ולפ"ז מיושב הא דשנו פלוגתם בכה"ג דשנים אדוקים בשטר, דאם היו שונים בעלמא רבי אומר דהלוה נאמן, ורשב"ג אומר אינו נאמן, הי' מתפרש דרבי מאמינו במיגו דזוייף, ואפי' הי' שונה רבי אומר יתקיים השטר בחותמיו ורשב"ג אומר הלוה חייב, היה מתפרש טעמי' דרשב"ג משום דלאחר הודאת הלוה נתקיים השטר, (ואיכא טענה דשטרך בידי מאי בעי, וליכא מיגו משום דלא ניחא לי' למיטען מזוייף וכמש"כ), אבל השתא מתפרש דאף בלא הודאת הלוה יש כאן שטר גמור וא"צ לקיימו, ורק כשהלוה טוען מזוייף מתחדש הצורך לקיימו, דאם הי' הדין שהמלוה צריך הודאת הלוה כדי לקיים שטרו, לא הי' גובה הכא כלל, דכל מאי דמחזקינן למלוה כתפוס בדבר שגופו ממון, והלוה נחשב כמוציא ממנו, וכמשנ"ת לעיל ס"ק י"ח היינו דוקא בשטר שמצד עצמו ראוי לגבייה, אבל מכיון שצריך הודאת הלוה א"כ חזר הלוה מוחזק, ותו לא גבינן בשטר כה"ג דכיון שהלוה מוחזק בכל החוב לא מפקינן מיני' מספק, והיינו דקמ"ל רשב"ג שהשטר אינו צריך קיום כלל, וחשיב המלוה כמוחזק ויחלוקו, וגם יש כאן חידוש אליכא דרבי דאע"פ שצריך קיום, מ"מ המלוה חשיב כמוחזק אם קיימו, דאיגלאי מילתא למפרע שהוא הי' המוחזק, [ויש להסתפק אם גם כשצריך קיום מדאורייתא חשיב כמוחזק למפרע ע"י הקיום] ולא דמי לקיום שע"י הודאת הלוה שכתבנו שאינו נעשה מוחזק, דהתם חשיב שאין הגבייה מוחלטת ע"י השטר דכיון שצריך הסכמת הלוה הו"ל מוחזק משא"כ קיום דעדים שזהו רק בירור דבחזקתו

ה"ה דלא מהני ליה תפוס בעדים לחודי' וע' לק' ס"ק כ"ב ד"ה אם באנו.

והנה אשמועינן ר"א דבשניהם אדוקים בתורף או בטופס לא אמרי' שכל אחד יטול עד מקום שידו מגעת, וכמ"ש הרמב"ן דכיון שהוא דבר אחד אין חולקין אותו, וכמשנ"ת לעיל ס"ק י"ג, ומ"מ באחד אדוק בתורף כולו, נוטלו, דאינו צריך מה שביד חברו.

בביאור הסוגיא אם ר"י פליג אר"א

שם, ור"י אמר לעולם חולקין ואפי' אחד אדוק כו', ואף דיש סברא לומר ששטר הכל דבר אחד ואין חולקין אותו, מ"מ פשיטא שיש שיעור לדבר, דאם אחד אדוק בכל עיקר השטר וחברו אוחו בשופרא דשטרא, או בשאר תוספת דברים, אין לומר דדבר אחד הוא ואין חולקים, וכיון שכן ע"כ דלעולם לא קאי לומר דאין שום חילוק אפי' אם אחד תפוס יותר מחברו.

מהא דפריך ואפי' אחד כו' ולא פריך מיד והתניא, מוכח שלא נאמרו דברי ר"י אדר"א, ולכך שייך לשאול אם המימרא דלעולם חולקין כוללת גם דינ' דר"א, אבל אם דבריו נאמרו אדר"א הו"ל למיפרך מיד והתניא, וגם אין נראה לומר דר"י בעצמו סיים כן, חדא דא"כ הו"ל להקדים דברי ר"י כיון שגם בדבריו מבואר עיקר הנדון, ועוד דא"כ לשון לעולם חולקין מיותר, דהול"ל אפי' אחד אדוק כו' חולקין, (ואם באמת נאמרו דבריו אדר"א ודאי שלא הוצרך להזכיר ואפי' כו'), וכיון שלא נאמרו דבריו אדר"א שפיר מוקים תלמודא דבריו בתפוסים בשוה, והנדון בצורת השטר, [ובאמת מהא גופא דאיצטריך לאשמועינן בדמיקרב לגבי חד חולקין, יש ללמוד דאחד אדוק בתורף נוטלו, דאם אין האדוק נוטל מה שבידו מפני שהכל שטר אחד, כ"ש בדמיקרב לגבי' וגם אפשר דאף בטלית כל הנדון בדמיקרב לגבי חד, הוא משום דיש עדיפות למה שתפוס בה, ועש"ך

סי' ס"ה סק"מ שנדחק למצוא בזה חידוש], והא דפריך לר"א דאמר זה נוטל כו' היינו משום דהקו' רק על הלשון דזה נוטל טופס, דהול"ל כדאמר בירו' הכל הולך אחר התפוס בעדים או בתורף, ולכן קו' זו לא שייכא אר' יוחנן אפי' אם מודה לר"א דבכה"ג אין חולקין [וצ"ל שזו גם כונת הרשב"א].

ובדברי הש"ך בזה

ויצונו בש"ך שם מ"ש לפרש בדעת הרי"ף והרמב"ם דר"י פליג אר"א וקיי"ל כר"י דלעולם חולקין, [ונמשה"ק מלשון ר"י אמר, י"ל דבאמת המקשן סבר הכי, ומש"ה קאמר דלר"י מצינו שאמר האי לישנא דמשמע דלא כר"א, ומשה"ק עוד מתיישב חדא בחבירתה דכיון דהמקשה שאל ואפי' אחד כו' ומשני לי' לא צריכא ממילא מובן דלא פליגי וע"ע לעיל] והקרוב לומר עד"ז דגרסת הרי"ף והרמב"ם ל"צ דקאי תורף בי מיצעי ותו לא, ולפ"ז מפורש כן בגמ', דאדר' יוחנן ליכא לשנויי הכי דא"כ פשיטא, וכדפריך לגרסא דידן, וע"כ דאברייטא קאי, וס"ל דהברייתא נשנית בשטר, אבל מטלית ליכא למיפרך לר' יוחנן, דשטר שאני שהכל דבר אחד ואין חולקין אותו, ומשני דברייתא אנייר קיימא ולצור ע"פ צלוחיתו, וקמ"ל דאע"פ שבשטר עצמו לא מהני אדוק, דלעולם חולקין, מ"מ לענין הניר שעד התורף מהני תפיסה ונוטל עד מקום שידו מגעת, ודקאי תורף בי מיצעי היינו לומר דלאו באדוקים בו מיירי, שהוא נמצא באמצע המקום בתפיסת שניהם, מיהו אפשר דהשמטת הרי"ף מפני שאינו מצוי דמלוה ולוה תפסי, ואחד בטופס ואחד בתורף, בפרט אם הדין במציאה דוקא ולא בתקיפה, וסמך גם אדינא דטלית.

יצונו בבהגר"א ס"ק מ"ה, ור"ל דלרש"י לא אמרי' זה נוטל עד מקום שידו מגעת אא"כ החלק שבידו שוה בפ"ע כגון לרשב"ג, אבל לרבי אפי' אחד אדוק בטופס וא' בתורף

הטופס לא יפסל השטר שהטופס מלמעלה ויש שטר כשר במה שתחתיו עם העדים, ופר"ח נסתר מהירו', ולגרסא דידן יש לנקוט כפי' המפרשים וכ"נ דעת הרמב"ן קודם שמצא דלשון זה אינה מהגמ'.

ברם יש לעי' דלכא' נראה דבשנים אדוקין בטלית יכול כל אחד לחתוך מה שבידו, ואינו צריך להתחשב במה שנשאר ביד חברו, ולא דמי לבהמה טמאה שאין לאחד חלק מוחלט, וודאי מוכן שהחלוקה לפי ערך ולא כל כמינ' להפסיד הערך, אבל החלק שמוחלט לו אי אפשר למנעו מלפסקו, וכמו שאם הגביהו כך ושניהם מודים דודאי כל אחד זכה במה שבידו במוחלט, ויכול לחתכו, וא"כ מ"ש גבי שטר דאמרי' לי' למלוה שחייב ליתן ללוה ההפרש אף כשאנו צריך לו, כגון דאית לי' ללוה בני חורין וגבי מיד ע"י התורף לחוד, ובריטב"א באמת הזכיר צד זה שאם אין המלוה חפץ בטופס הרשות בידו לגבות מב"ח לחוד, ואפשר דהרמב"ן נמי מודה לזה, אלא דקושטא הוא דלעולם יש לזה שווי בדמים, והמלוה ישלם לו אם יניח אצלו הזמן והעדים, ואם כבר הגיע זמן פרעון ואית לי' בני חרי, בזה באמת לא ירויח הלוה כלום, דלשון הרמב"ן בפי' המפרשים משמע דטעמא דשוה הזמן הוא מפני שחושש שבזמן הפרעון ישתדפו הבני חרי, אבל אם עכשיו הוא זמן פרעון ואיכא ב"ח לא יהא הפרש בשומא בין שטר שיש בו זמן לאין בו, ומ"מ לא קאמר דנפ"מ למיגבי ממשעבדי, משום דהנפ"מ הזו תתברר בשעת פרעון ומשמעות דר"א דנוטל מיד הטופס, ומש"ה מפרש לה לדמי, כך אפשר לבאר דברי הרמב"ן והרשב"א בפי' המפרשים, [מיהו ק"ק דברייתא דקתני פרעתי לך יש לפרשה סתמא בפרע בזמנו, וצ"ל דדברי ר"א התפרשו כשיש נפ"מ והיינו קודם זמ"פ, ועי' ס"ק כ"ב], אבל הרמב"ן מבאר דדמי לבהמה טמאה ולפמש"כ לא דמי, ואפשר דזה כעין כופין על מדת סדום, דכיון

חשיבי כשניהם אדוקים בטופס או בתורף דלא אמרי' שכ"א יטול עד מקום שידו מגעת כיון שהכל דבר אחד וכמשנ"ת לעיל ס"ק י"ג, ולא ס"ל סברת תו' דמ"מ לגבי הזמן אמרי' דנוטל.

לפרתו מאי פריך מטלית לשטר

לפרתו ד"ה דאית, צ"ע מאי פריך לר' יוחנן מברייטא, הרי אין זו סברא פשוטה לומר שנוטל שיווי הזמן, דלא דמי לזה נוטל עד מקום שידו מגעת, דהתם אין לחבירו שום תפיסה במה שבידו, אבל הכא ע"כ חבירו חשיב כתפוס בכל השטר, ושפיר סבר ר"י דלא אמרי' דלגבי הזמן חשיב כתפוס בפ"ע, ולפמשנ"ת לעיל דהקו' מהא דקאמר לעולם חולקין, כיון דודאי דיש אופן שאין לומר דחולקין כגון שאחד תפוס ברוב ועיקר השטר, וחבירו תפוס בדברים של מה בכך שיש בשטר, וכיון שכן ע"כ דהאי לעולם לא נאמר על צורת התפיסה אלא על צורת השטר, וממילא אין ראי' דפליג אר"א, לפ"ז ניחא נמי לפרתו, ועי' ריטב"א [בשטמ"ק] בביאור שיטת תו'.

שם למה לי' וכי לצור ע"פ צלוחיתו כו'

כ. שם [טופס] למה לי' וכי לצור כו' כ"ה גרסת הראשונים ז"ל, יעוי' ברמב"ן, [ונדפס שם בטעות באמצע קטע מהריטב"א וזה מוכח מתוכו וגם מהשטמ"ק עיי"ש], ובפשוטו יש לפרש דהקו' דהול"ל הכל הולך אחר התורף, ואין לו להתייחס השתא בשיווי הניר לומר שזה נוטל טופס, שהרי אין שום תועלת בטופס, דלעולם התפוס בתורף זוכה בכלול, ומשני לדמי שיש עדיפות לשטר שיש בו גם טופס, אם כמפרשים שהביא הרמב"ן דבטופס כתוב הזמן, או כפר"ח דבטופס יש עדים, וע"י התורף גובה רק מב"ח כשטר שאין בו זמן, דשטר שאין בו עדים דינו כשטר שאין בו זמן לענין משועבדים, או כמ"ש הרמב"ן דל"ג דאמר הכי כו', אלא מיירי בשאר עדיפויות שיש לשטר שיש בו טופס, וכמו שביאר הרמב"ן, ומיירי שאם ינטל

דהגמ' מייתי מקור לזה], אבל אכתי טעמא בעי למה באמת אמרו כן, ומ"ש מטלית, וגם קשה לומר דשטר שאני, דחשיב הכל דבר אחד, דא"כ מאי פריך לר' יוחנן מברייתא דטלית אשטר, [וע' לעיל ס"ק י"ט בזה].

ואפשר דכיון שיחלוקו דאמרן לדמי, וכפרתו דרואין כמה שטר זה נמכר בשוק [וע' לק' ס"ק כ"ב], חזינן למלוה ולוה כאדוקין בדבר שגופו ממון, וכאילו השטר של מלוה ולוה אחרים והם זכו בו בצורה זו, אבל אין הלוח או המלוה זוכים בחוב עצמו שאינו בעין לזכות בו, וכיון שכן אף כשהלוח אדוק בתורף אין לו לדון בו מחמת שהוא הלוח, אלא כאיניש דעלמא, דהתפיסה שמועלת כאן היא בזה שגופו ממון לימכר בשוק, אבל זה שהוא הלוח לא שייך ב' תפיסה), ובשנים אדוקים בשטר דעלמא באופן שזוכין בו, הדבר מובן דלא שרינן ל' למפסקי' לטופס שביד חבירו דמ"מ הכל שטר אחד, והוא כמאבד ממון חבירו, דטופס לחוד אינו שוה כלום, ועדיין צ"ע.

בר"ן בשם הרמב"ן דהיינו דמהדרינן לאתויי דיחלוקו לדמי

ויצוי בר"ן שכ' בשם הרמב"ן דמש"ה הוצרך לאתויי מטלית ובהמה טמאה, משום דבשטר ידע שפיר דאין למלוה להפסיד, שהוא אדוק בשוה עם הלוח, ולא כל כמיני' למפסקי', אבל כשאניס אדוקים בשוה בזה הי' מקום לומר דכל אחד נוטל כפי תפיסתו, דהיינו שלא יהא הפסד לחד טפי מלחברי', מ"מ לא שבקינן ל' להפסידה, אע"פ שטוען אנא גופא דבהמה בעינא, ולכאו' אכתי אין מזה ראי' וכמש"כ לעיל, דבבהמה הם שותפים בכולה, אבל בטלית מסתברא שיכול לחתוך וליטול עד מקום שידו מגעת (עכ"פ כשהחלק שבידו חשוב ואינו צריך למה שביד חבירו), אלא דלהר"ן לשיטתו דס"ל כפרש"י דלעולם חולקין, והנודן על היתרון שבדמי הזמן, בזה

שעם התורף יש ערך לטופס, חייב המלוה להניחו עם התורף, וממילא נותן ללוה דמיו, ובטלית כה"ג נמי אם יש תועלת בחיבור הכל, ואם יחתוך יפסד הנשאר לגמרי לא שרינן ל' למפסקי', אלא אמרי' ל' טול הכל, ותן הערך שנוסף לחברך, וכ"ז ממלוה ללוה, אבל הלוח כיון שאין לו שום תועלת בטופס, אינו מחויב לשלם למלוה דמיו, ולפ"ז עיקר הדברים דס"ס דזה נוטל היינו שחולקין ממש, וקמ"ל דנוטל היינו לפי ערך דמיו, ובאופן שיהא נפ"מ בדבר.

בדברי הרמב"ן בהשמטה שגם הלוח צריך לשלם למלוה דמי הטופס

מיהו אכתי קשה מדברי הרמב"ן [בפירושו שבהשמטות] שכ' דאפי' הלוח אדוק בתורף והמלוה בטופס נותן לו הלוח שיווי הטופס, ואע"פ שאין ללוה תועלת בדבר, ואמנם בדעת היר"ו נראה דעתו ז"ל שם דבלוה תפוס בעדים פטור מכלום, והיינו משום דהתם לא הזכיר ר"א זה נוטל טופס, אבל בתלמודן פירש דבין לוח בין מלוה נוטלין דמי הטופס, [ועי' חדושי הריטב"א הישן מ"ש בשם רמב"ן], ובאמת צריך טעם מ"ש דלפירושו כתב הרמב"ן דאף הלוח חייב ליתן למלוה, ולפי' הראשונים שהביא כ' דהמלוה נותן ללוה, (ויתכן לומר דלמאן גריס דאמר הכי שטרא כו' משמע דא"ל לוח למלוה, אבל אין נראה כן דאנן אמרי' הכי, ושייך שפיר ללוה כמו למלוה), ואפשר דלפירושו דטופס כולל כל עניני שופרא דשטרא אין כ"כ קו' על הלוח טופס למה ל', דפעמים שכתוב שם אופני גבייה שאינו חייב בהם ע"פ דין, וכמ"ש שם ברמב"ן, ולכן צריך לפרש דעיקר הקו' על המלוה למה ל', וא"כ התיירץ לדמי קאי נמי אמלוה, משא"כ לפי' הראשונים דהנודן רק על הזמן, אפשר לדחוק דהקו' הואי גם על הלוח, ושפיר משני דמ"מ ללוה יש תועלת בדבר לדמי ולפ"ז משמע דבלא הכרח מהגמ' לא הי' מפרש דגם הלוח צריך ליתן למלוה דמי הטופס, [ועי' להלן דהר"ן כתב בשמו

לשון יהיב לי' היאך דביני ביני, מיושב טפי אי אלוה קאי שנותן למלוה, אבל במלוה הול"ל מזכה לי', מיהו ל"ק כ"כ דשפיר מבאר ענין הלדמי דיהיב לי' דמי, (יעוי' ברש"ש, והטעם מפני שבעל הטופס צריך לשלם לבעל התורף על זה שמשביח החצי של הטופס בזמן ידיד', כענין שבעל התורף נותן לבעל הטופס לפי הרמב"ן).

בדברי הטור שלא הזכיר שבועה גם על מה שידו מגעת בשטר

במור סי' ס"ה (סט"ו) כתב דזה נוטל היתרון של התורף והשאר חולקין בשבועה, ודקדק בש"ך ס"ק מ"ה דהול"ל דהכל נוטל רק בשבועה, ונראה בכה"ג דהטור לית מאן דפליג דצריך לישיבע על הכל, דהא ליכא למימר כמאן דפסיק דמי ממש, שכל אחד מוחזק בכל השטר גם מה שביד חבירו, אלא שנתנו לו יתרון מפני תפיסתו בתורף ובוזה לא שייך לומר דהיתרון של הזמן הוא כדבר בפ"ע ואינו בכלל הספק, ועיקר הא דנוטל היתרון הוא מחודש וכמש"כ לעיל, ועכ"פ לענין שבועה פשיטא דאם יש חשש תקיפה הכל בכלל, ולכן לא הוצרך הטור לבאר דבשבועה אכולה קאי, מיהו לפירושים שהביא הרמב"ן דרק התפוס בתורף גובה, שפיר יש לדון אם צריך שבועה, כמו בטלית, (וע' לעיל סק"כ אם שטר שונה מטלית).

שם ויחלוקו נמי דאמרן לדמי

כב. **שם** ויחלוקו נמי דאמרן לדמי, אפשר לפרש דה"ק ויחלוקו נמי דמשמע שחולקין לכל אחד חציו, אשכחן דקאמר לי' תנא סתמא, ומתפרש לדמי, והא דלא מייתי משטר גופי' משום דחלוקת החוב בין המלוה והלוה לא חשיב לדמי, דאפשר להתייחס לזה כתפוסים בחוב גופי' ובוזה הם חולקין ממש, שחלקו את הדבר המשותף ביניהם, ולא את דמיו, אבל בזה נוטל טופס, נתחדש ענין לדמי בשטר שרואין כמה השטר שוה בשוק,

באמת מסתברא דלא מצי למפסקי', דשניהם נחשבים כאדוקין בכל, ודמי לבהמה, אבל לפי' הרמב"ן לא נתבאר הוכחה מבהמה, אבל עכ"פ חזינן מזה דהרמב"ן גופי' כתב שהדבר צריך ראי' לומר לדמי בדבר שתפוס בידו, (ואפשר דכיון שפי' דהגמ' מיתי ע"ז ראי', תו ל"ק לי' אם גם במלוה אדוק בטופס הדין כן, עי' לעיל בזה).

בדברי הראשונים ז"ל בדעת רש"י

כא. **הראשונים** ז"ל פירשו בדעת רש"י דהא דפריך טופס ל"ל אלוה קאי, דאילו המלוה גובה בו מב"ח, ומשני לדמי, דבאמת יחלוקו בעיקר החוב, והנדון ביתרון הזמן שבתורף, וצ"ע דלפ"ז העיקר חסר מן הספר דהול"ל מי סברת מלוה גבי כולי', לא אלא יחלוקו, ועוד דלמה ס"ד שיגבה המלוה בתורף או בטופס, הרי לעומתו גם הלוה תפוס בשטר, ולא מצי למימר לי' שטרך בידי מאי בעי, כיון שנתן לו השובר דהיינו הטופס או התורף, (ולכא למימר דמה שביד הלוה לא מהני, דכותבין ללוה אע"פ שאין מלוה עמו, ולכל הלוואה אפשר שיהא בידו שטר, דהכא חד שיטרא הוא, והעדים מעידים כן), ומה"ט באמת קשה מאי פריך טופס ל"ל, הרי אף הלוה מרויח בתפיסתו דאית לי' שטרא כנגד השטר שאצל המלוה, ולכא' יש לפרש לפרש"י כפרתו', ול"ג טופס ל"ל, והקו' דבין האדוק בטופס ובין בתורף נוטל חצי, וא"כ למאי הלכתא קאמר זה נוטל וז"ע וכי לענין הניר קאמר, ומשני לדמי, ולפרש"י ניחא טפי דאותו שבידו הזמן אינו צריך לטופס שביד חבירו, וכן חבירו אינו כתפוס בתורף כלל, ולכן נוטל מה שבידו, אבל לפרתו' דכל שאר השטר של שניהם, הדבר מחודש לומר דלגבי פרט מסוים אמרי' כמאן דפסיק בידי' דמי, והר"ז דומה לתפוס בטלית פחות מגע"ג והיא מוזהבת באותו חלק, עי' לעיל ס"ק ט"ז בזה, ועיי"ש בשם תו' כתובות ל' ב' שדנו בכע"ז, ועריטב"א בשטמ"ק מ"ש בדברי התו'.

למכור לאחר השטר, אלא מחזיק בחציו עד זמן פרעון, ונראה דא"נ אם חפץ המלוה להמתין אינם חולקין מיד, אלא דסתמא דמילתא אין מניחין השטר כך, וע"ז קאמר שאם בא לפרוע מיד אינו צריך לפרוע חצי החוב ממש, [ברם עי' להלן דמשמעות הברייתא שהגיע זמן פרעון], וכ"נ בדעת הרמ"א ורי"ו, אבל בדעת תו' שפירשו דהיינו דאתא תלמודא לאשמועינן ק"ק לפרש כן, דאין בזה חידוש וע' להלן בזה.

בדברי הנח"מ, ובדעת ש"פ בזה

שו"ר בנתה"מ סי' ס"ה ס"ק כ"ד בביאורים שכ' דאם ערך השטר פחות מפני שלא הגיע הזמן יכול המלוה לומר שרוצה להמתין, אלא דנפ"מ כשאין ללוה לשלם כל החוב הכתוב בשטר, אבל החצי (של המלוה) יש לו לשלם, ולכן אם נשום ערך כל השטר נפחת ערכו, משא"כ כשבא המלוה לגבות חציו, ועי"ש עוד, וצ"ע למה באמת משערים לפי כל השטר, הרי נקטינן שחציו פרוע, דמטעם זה החלוקה יכולה להיות אמת, וא"כ באמת ראוי להעריך כאילו השטר על חצי הדמים, ואין נגרע כחו של המלוה בתרתי דסתרי.

ונראה דמה"ט סתמו הראשונים ז"ל ולא פ"י אין משערים שווי השטר דאם לא הגיע זמ"פ פשיטא שאינו צריך לשלם [ועוד דנראה לדקדק מדקאמר ופרעתי לך דהגיע זמ"פ, דאין לפרש באומר שפרעו תוך זמנו] ואם הגיע ויש נכסים, גם ערך השטר הוא כמחצית החוב, ויש להוסיף דהרמב"ם כתב והוצאתיו להפרע בו ממך, וא"כ הגיע זמ"פ, ושפיר כתב דגובה מחצית החוב, ואי משום גונא דיש ללוה רק כנגד המחצית, אין לפרש נדון זה בגמ', [אף לדעת הנתה"מ, וע' לעיל בזה, ואפשר גם דכיון שהגיע זמ"פ והוא מחויב בכולו, נהי דלעלמא ערך השטר פחות, מ"מ הלוה אינו יכול להתייחס לפטור עצמו מכח זה כיון שבאמת הוא מחויב בכל הסכום

שהחילוק בזמן ושאר שיפורים שבטופס אינו בגוף החוב שהוא לעולם כסכום שכתוב בשטר, ורק לדמי שייך לדון בו, ומש"ה מיייתי מבהמה טמאה דנקט תנא יחלוקו, אע"ג דלא שייך לדון בה אלא לדמי, [וכן לפי הרמב"ן שהביא הר"ן מתפרש יחלוקו דאמרן בעלמא, דבשטר כו"ע מודו עי"ש אלא דלמש"כ בשטר לא חשיב לדמי אבל להרמב"ן ניחא טפי דיחלוקו דאמרן כולל גם שטר, אלא שאין מזה הכרח], מיהו יותר מיושב לומר דאתא למימר דיחלוקו דשטר נמי לדמי קאמר, דהכי משמע לישנא דאמרן ולישנא דאלת"ה, דמשמע דאלת"ה דיחלוקו דאמרן בשטר הוא לדמי, מאי תעביד בטלית ובהמה, ואפשר דבשטר אינו בא להוכיח דין, אלא הבנת הלשון, דמה שהם חולקין החוב נמי פירושו לדמי וממילא ה"ה ז"נ טופס, דאלת"ה ותדחוק לפרש לעולם יחלוקו ממש, נהי דבשטר מצית לפרושי הכי דמה שחולקין החוב היינו חלוקה ממש, אבל בטלית ובהמה מא"ל, וכיון דע"כ אשכחן יחלוקו דמתפרש רק לדמי, יש לפרש כן גם בשטר, דבאמת אין כאן חוב בעין רק חולקין בערך, ולפרתו צ"ל דס"ל מסברא דבשטר ראוי ליחס התפיסה לשווי השטר למכור בשוק, ולא לחוב, והא דקאמר דאלת"ה אינה ראוי לדבריו, אלא הוכחה ללשון יחלוקו, דאלת"ה משום דסבירא לך דיחלוקו משמע חלוקה ממש, ועי' להלן דבאמת א"צ ראוי לד"ז.

בדברי התו' דשימין כמה טוה השטר בשוק

ברם יש לעי' בעיקר הדין שכ' תו' דאמר' יחלוקו בשטר כפי ערכו בשוק, למאי הלכתא, דאם הלוה אינו חפץ לשלם חצי שווי, אלא אומר שימתין עד זמן פרעון ויגבה חצי, ודאי לא כייפינן ל', וכן אם המלוה חפץ להחזיק בחצי עד זמן פרעון, למה נכופו לקבל חצי ערך השטר מיד, הרי אם עתה הוא הזמן פרעון לא ירד ערך השטר כלל, היכא דיש ללוה הרבה נכסים ב"ח, ואז גובה חצי החוב ממש, והשתא נמי מצי למימר שאינו חפץ

שם הא אפסדוה הא ל"ק כו' עיקר הגדון אם אמרי' לשון יחלוקו במקום שבדאי אין חולקין ממש אלא לדמי, ובדברי התה"ד

כג. **שם** גמ' ה"נ דפלגי לה הא אפסדוה הא ל"ק דחזיא לקטנים, נראה דאין הכונה דבאמת פלגי לה משום דחזיא לקטנים, דאין ראוי להפסידה משום זה, אלא ה"ק דמהתם אין רא' דשפיר שנה התנא יחלוקו, כיון דיש גונא שחולקין ממש, כשלא נגרם הפסד ע"י החלוקה, דכיון דחזי לקטנים פעמים שניחא להו בחלוקה, או דפעמים שאין הפסד בערכה ע"י החלוקה ושפיר שנה התנא עיקר הדין דיחלוקו, אבל מבהמה פריך דליכא גונא שיהא תועלת בחלוקתה ממש, וע"כ שהתנא שנה יחלוקו לדמי, תדע דבסמוך משני בטלית מוזהבת דחזיא לבני מלכים, וכי בשביל זה יוכל לכוףו לחלקה, הרי הדבר רחוק שאמנם יצליחו למכרה לבני מלכים, וא"כ ודאי דאפסדוה, אלא ה"ק כיון דהמציאות של החלוקה ממש אינה מוחלטת להפסד, שפיר שנה התנא עיקר הדין ולעולם לשון יחלוקו מתפרש חלוקה ממש, אבל פשוט שאם יש הפסד לא יחלוקו, אלא דתו ליכא לדיוקי מלשון יחלוקו, כיון דמשכח"ל גונא דליכא הפסד, אבל בבהמה דלא משכח"ל גונא דבאמת חולקין ממש, ע"כ יחלוקו דנקט היינו לדמי, וכיון דבטלית מוזהבת פשוט דמתפרש כן, ה"ה בדחזיא לקטנים ובדחזיא לבשר.

וצ"ע בתה"ד סי' של"ו הובא ברמ"א סי' קע"א ס"ה שנתן בזה שיעור חומש, דלכאור' בטלית מוזהבת ההפסד הרבה יותר מחומש, דלא חזיא לקטנים כלל, ולהביאה לפני בני מלכים זה דבר רחוק, מיהו י"ל דמפרש בני מלכים לאו דוקא, אלא בני עשירים, וזה מצוי ולא חשיב הפסד, ובלשון ר"ח שהובא ברמב"ן לא הזכיר חילוק איזה הפסד, ודימה זה לשותפין דכל שיחלק ושמו עליו עיי"ש, וע' בספר אאמו"ר שליט"א כ"ב ס"ד [נדפס ב"מ סי"ט סק"ב] בזה.

אלא שהוא אנוס ובמה שאינו אנוס חיובו גמור, וכ"ה אם הטעם מפני אלמותו, אלא דמ"מ י"ל דהכא כיון שהוא טוען פרעתי כולו, אזלינן בתר ערכו לעלמא, ומיהו משכח"ל שאין ללוה כלל לשלם אבל גם בזה מסתברא דיכול המלוה להניח השטר בידו עד שיהא לו מה לשלם ויגבה חצי החוב.

ואפשר דבדעת תו' ג"כ יש לפרש דעיקר כונתו להוכיח הא דמשני לדמי בזה נוטל טופס, אבל הא דאם בא ליפרע מיד נוטל כפי ערך השטר פשיטא לי', וה"ק דיחלוקו דשטר גופי' נמי מתפרש לדמי, לענין זה שאם הוא באופן שאין דמיו שוין ככל הסכום שכתוב בו, לא יטול חציו ממש, [וכמש"כ לעיל דכשחולקין כל החוב לא חשיב לדמי, שחולקין הדבר שתופסין בו ממש], וכיון דהיחלוקו כולל גם אופן דלדמי, ניחא טפי הא דמוקים זה נוטל טופס נמי לדמי, דאלת"ה אלא תאמר דלשון יחלוקו מתפרש רק באופן שחולקין ממש, ותפרש הברייאא באופן שאין חילוק בין ערך השטר לסכום החוב, כגון שהגיע זמ"פ ויש ללוה נכסים רבים, [ובאופן שיש חילוק לא הול"ל יחלוקו, אבל מודה דשם הדין לדמי], גבי טלית ובהמה מא"ל, וכיון דע"כ בכלל יחלוקו גם לדמי, א"כ גם בשטר יחלוקו דקאמר כולל גם לדמי ומתפרש שפיר זה נוטל כו' נמי לדמי, ולפ"ז ניחא דלא הוצרך לרא' על עיקר הדין דלדמי.

אם באנו לקיים גרסת הספרים שבתו' לא דפסקינן לשטרא [וברי"ף כתב ולא לשטרא], נצטרך לומר דר"א ס"ל כהירו' דלרבי גבי מלוה כולי', וכמ"ש הרמב"ן בדעת הירו', והיינו דקאמר מחלוקת, וכמש"כ לעיל ריש סק"ט י"ט, ומש"ה לא מייתי מברייאא דאין רא' אלא לאוקימתא דרבא אר"נ, ומש"ה"ק תו' דהשטר נפסד, כבר כתבו הראשונים ז"ל דל"ק כיון שהלוה מרויח, משא"כ בטלית ובהמה.

סימן ב

בדיני תפיסה

הקדישה ושתק מאי, דודאי כשהשתיקה היא הודאה ודאית, מהני ההקדש שהרי הוא תפוס בה בידו, וכיון שחבירו הודה, איגלאי מילתא דברשותי' הוה קיימא, מיהו בפשוטו נמי ניחא שהתו' פירשו בצוות לבסוף כשבא הגזבר, וא"כ כששתק כשבא הגזבר פשיטא, אבל מהא גופא שפי' דשתק ולא צוות היינו שהניח לגזבר ליטלו, מוכח דמפרשי שתק בלא שום צויחה, ומה"ט לא הביא הרמב"ם דין שתק דלא נאמר בזה חידוש כלל, אבל אם מתפרש בצוות חוץ לב"ד, הו"ל לפרושי דצוות דמיבעיא לן היינו בב"ד, ונפ"מ לתקף חבירו אח"כ. – בלשון קצרה, שתק דגמ' לא מיירי בחזר משתיקתו, [דבלא אמתלא אין דרך שיחזור, ועם אמתלא, הרי לא נתבארה טענתו בגמ'], ולכן לא שייך להזכיר אופן זה בברייתא ובבעיא, וא"ת נוקמה כגון שחזור מהודאתו, לאו קו' היא, דדוחק לאוקומה בהודאה שברורה לנו, ומ"מ חזר בו.

בהגהות הגר"א דבשתק לא מהני ראייה

ובהגהות הגר"א כתב דמש"ה לא מוקי ברייתא בשתק, דא"כ לא מהני ראי', ויש לעי' הרי ע"כ דהשתק נותן אמתלא לשתיקתו, כגון שטוען שלא רצה להתווכח עמו וסמך על הראי', או טענה אחרת, ולא עלה על דעתו לחוש דחזו לי' בי דינא גרע מלא חזו לי', וגם האמת יש לנקוט דלא אודי לי' שהרי יש לו ראי', ומסתמא האמתלא שנותן לשתיקתו נכונה היא, וביותר הדבר קשה לומר כן בשתק בפני עדים, [שבזה כ"כ הריטב"א שצ"י הגר"א], ובודאי אמתלא טובה היא אם טוען כדעת הרשב"א שסמך שביא העדים שראו שתקפו ועדי הראי' לב"ד, שו"ר

אי דשתיק בו' ר"ל דאין לשאול מה אומר כשעדיין שותק

א. וי' א' ה"ד אי דשתיק אודיי אודי לי', אפשר לפרש דמיירי כשהם בב"ד וה"ק אי דשתיק עדיין, והנדון אם ב"ד צריכין לומר לו שיחזיר, אודיי אודי לי' פי' שאין לב"ד להתערב במצב כזה שהבע"ד שותק, דיש לנו לומר דמודי לי', אבל לא איירי בשתק בב"ד וצוות חוץ לב"ד, דזה נדון בפ"ע, ושייך לבעיא דלבסוף צוות עד כמה שיעורו, ולפ"ז מתפרש אודיי אודי לי', שהרי הוא מודה לו, ולא שייך לדון מה הדין אם חזר בו מהודאתו, דלא איירינן בשמעתין במאורע שחזור וטוען, אלא מיירי שמתחלה ועד סוף טוען ידידי הוא, (ואי מיירי בגונא שאין שתיקתו מוכחת כהודאה, זה שייך לבעיין, אבל פי' הגמ' באי דשתיק היינו בגונא ששתיקתו מתפרשת כהודאה, ואם פשוט לן דכל שלא צוות בב"ד חשיבא הודאה, ג"ז בכלל, אבל עכ"פ הגמ' מתפרשת במצב של השתיקה, בלא הצויחה שאחרי'), ולפ"ז ניחא דלא שייך לדון לאוקומי ברייתא בדשתק, דהא קתני המוציא מחבירו, וע"כ דמיירי בצוות ורוצה להוציא, ואלא מאי נוקמה בצוות חוץ לב"ד, לית לן לאוקומה בחזור וטוען, שזה מאורע שאינו רגיל, ועוד דכי היכי דפשיטא לדין מסברא דחשיב כצוות למחר וליומא אחרא, אין לנו לפרש דלהכי איצטריכא הברייתא, ועי' להלן.

שתק ואח"כ צוות לא מיירי בשחזור משתיקתו

ולפ"ז ניחא מה שיש להק' לפרתו' דהנדון בהקדישה אם צריך לצוות מיד, א"כ אמאי לא מיבעיא לי' את"ל מוציאין מידו,

מתוך הדברים וההוכחות מתחזק אחד ומושכה כלומר מי לא מודית דידדי הוא מכח טענה זו וזו, ולכן לא הו"ל לחבירו לשותק אא"כ מהרהר בטענתו וחושב אולי האמת אתו, וזהו אודויי אודי לי' דקאמר, דסגי בהודאה דמשוי לי' שמא וחבירו ברי', ואמנם באני אגתי' הענין ק"ק וכמש"כ, מ"מ כיון דלא הו"ל למישתק בכה"ג, יש כאן ריעותא בחזקתו, וילהסוברים יהא מונח לכא' קרוב יותר דמהניא תפיסתו שאין כאן מוחזק ודאי דלא אמרי' אןן סהדי דתרוייהו היא].

ואפשר דאודויי אודי לי', אין הכונה הודאה אלא הסכמה שהודה והסכים לזה שחבירו מחזיק בה, ומתפרש גם משום ויתור [ואינו ויתור גמור לזכות בו מכח זה, אלא דמ"מ חשיב מוחזק], ולפ"ז ודאי מסתברא דראי' מהניא, דלא מתפרש כלל כהודאה על המעשה, [ומכח הויתור אינו זוכה].

בביאור הבעיא ובדברי הר"ן בזה

שם או"ד כיון דקא צווח השתא איגלאי מילתא כו' נראה דאם הי' אחד מוחזק וחבירו תקף ודאי לא מהניא תפיסתו, ולא רק משום דלית לי' למצווח, אלא אפי' בגונא שהי' ספק מחמת שתיקתו (כמו בשמעתין), מ"מ מוציאין מידו, דודאי האי טענה דהא קא חזו לי' רבנן, מילתא בטעמא היא, וכיון שהוא הי' מוחזק ודאי, אין תפיסת חבירו מגרעת, דתפיסתו בטענה כזו דשמא אודויי אודי לי' לא משוי לי' מוחזק וכ"מ בראשונים ז"ל, והכא קמיבעיא לי' כיון דמעיקרא נמי ספיקא הוי, ועכשיו יש לאחד יתרון על חבירו, אם טענה זו מסייעתו כשהוא מוחזק, דאם הדין שעל חבירו להביא ראי', צריך הוא להוכיח בבירור דלא הואי הודאה, או"ד ע"י התקיפה לא נשתנה דבר וחזינן לה כנשארה בידו, ובכה"ג ודאי דלא מצי לאפוקי מכח טעמא דשמא אודויי אודי לי', וכבר כתב כן הר"ן, [וכ"מ ברמב"ן וברשב"א], ועיי"ש שכ' דאפשר

בט"ז סי' קל"ח דדעתו דאפי' בשתק מהני ראי', וצ"ל דהכל לפי הענין, דאם ניכר שהאמת לא שנותן לשתיקתו גרועה, באמת לא מהני, אבל אם נותן אמתלא טובה בדין הוא שתועיל ראי', וא"כ קשה לוקים לברייאתא בכה"ג, וי"ל דהא נמי פשיטא, דנהי דמהני ראי', מ"מ בלא ראי' פשיטא דלא גרע מבא לפנינו בתחלה כשהיא בידו לחוד, דהכא מסייע לי' קצת שתיקת חבירו, והרשב"א כתב דדוחק לומר הא נמי פשיטא בעדים, ועי' לק' סק"ב.

ואפשר דבשתק אפי' אם מועלת ראי', מ"מ כ"ז שלא הביא ראי', אפי' אין חבירו מוחזק הרי היא שלו, דמדשתק סתמא אודויי אודי לי', אלא שאם הביא ראי' נקטינן דלא אודי לי', וכיון שכן לא מצי לאוקומי ברייאתא בהכי, דקתני אם היתה טלית יוצאת מתח"י של אחד מהן, ומשמע שזו הסיבה דאמרי' המע"ה, מפני שהוא מוחזק וחבירו מוציא, ובגונא דשתק (או בעדים) יהבינן לי' מכח ההודאה, אפי' אינו מוחזק.

מ"ט באמת אין אומרים דאודי ליה

ב. **שם** מדאישתיק אודויי אודי לי', במציאה ומו"מ מובן הענין יותר, דיש דין דוברים ביניהם על מעשה מסוים מי קדם, וכל אחד סבור שהוא זכה בה, ושפיר אפשר שמתוך הטענות שהוכיח לו חבירו הודה לדבריו, ושוב חזר בו לחשוב שהוא הגביה תחלה, אבל בז"א אני ארגתי' לדעת תו' דיחלוקו, ק"ק לומר דאודי לי' לומר גזלתי ממך, ושוב חזר בו ודעתו לגזול, ובפשוטו בכה"ג שאין מקום להודאה (אא"כ עושה תשובה) אין שתיקתו מתפרשת כהודאה, וודאי סבר הא קא חזו לי' רבנן, ואפשר דענין התקיפה לפני ב"ד, לעולם מתפרש ככח טענה, דאין דרך בנ"א לתקוף קמי בי דינא, ויודע שאין זה מוסיף לנאמנותו, אלא דכשיש דין דוברים ביניהם ז"א שלי היא וז"א שלי היא,

הסברא דאודויי אודי לי', דאם נתברר ששתק אחר התקיפה, הרי זכה בה מיד עם התקיפה ולא רק לבסוף ששתק, וכמש"כ לק' סק"ה דאם הקדישה מיד אחר שתקף קודם ששהה לראות אם חבירו שותק, פשיטא דההקדש חל, אם שתק לבסוף ובסברת אודויי אודי לי', הקדש הוה ממש כתקיפה, הלכך יש לנו לדון בחלות ההקדש על הצד שיתברר ששתק, ובזה הוה הנדון כמו במסותא שיש לו זכות לתקוף אפי' חבירו צווח, והנדון הוא אם חשיב ברשותו, כיון שעם חלות ההקדש תהא בחזקתו דכמאן דתקפה ומסרה להקדש דמי, או"ד השתא מיהא לא תקפה, דבשעה שמקדיש אינה ברשותו, ולא אמרי' דבאין כאחד.

ובשתק מתוע"ס לכא' נראה דטעמא דמקודשת משום דחשיבא מיד ברשותו ע"י שתופס בה, ועדיף מפקדון, דאיגלאי מילתא דתפיסת חבירו לא מגרעא בתפיסתו, ונפ"מ דבשניהם אינם תופסים בה והקדיש, אפי' שתק מתוע"ס לא חל ההקדש למסקנא, דבשעה שהקדישה לא הואי ברשותו, ואע"ג דהשתא אודי לי', מ"מ כיון שבשעה שהקדיש אמר ידידי היא, הרי הקדיש בשעה שאינה ברשותו, והכא נמי לא חשיב כפקדון כיון שכופר בשעת ההקדש, אלא טעמא מפני שגם הוא מוחזק, ודמי לקרקע דברשותי' קיימא, שו"ר ברשב"א עיי"ש, ומה"ט חשיב נמי ברשותו היכא דתקפה ואין מוציאין מידו, לענין דנימא באין כאחד הזכייה וההקדשה.

והא דאיצטרך למימר את"ל ת"כ מוציאין כו' דלכא' אין בזה חידוש, דלא הי' כאן צד לומר דהקדש עדיף מתקיפה, י"ל דקמ"ל דלא נעשה אפי' ספק הקדש וכמשנ"ל לעיל, ולפי מה דנקטו הגאונים בעלמא דהלכה כאת"ל, הוצרך כאן לומר את"ל קמא, כדי שלא נדקדק מכאן דהלכה כאת"ל דאין מוציאין.

לפרש הספק לומר דמוציאין מידו משום דאין כאן אפי' ספק דאודויי אודי לי', ואפשר לפרש דהנדון אם חשיב הכא כל אחד כמוחזק בודאי בחצי, וא"כ לא מהני תקיפה כלל, [וכמש"כ דכך הדין בה' אחד מוחזק ודאי], או"ד הכא דמעיקרא ספיקא הוא מהני יתרון הספק כשהוא מוחזק, [ועי' לק' סק"ה בדעת הר"ן דעיקר המוחזק מפני תפיסתו, אלא דבלא ספק אודויי לא הוה נעשה מוחזק ע"י תקיפה], ונראה דמהא דלא פירש ר"ז ספיקתו יש לדקדק דהנדון אם הוא נחשב מוחזק ע"ז, דאם הי' נדון בדעת האדם אם יש להסתפק דאודויי אודי לי' הי' ראוי שיפרש הצדדים אם בכה"ג שטוען הא קא חזו לי' רבנן חשיב ספק, וכן בברייתא לא הוזכר הנדון כלל רק התפיסה, ומדפשיט מינה ר"נ משמע דעיקר הנדון אם מהני תפיסתו ליחשב מוחזק, דאם זה נדון פרטי בכה"ג ששתק ולבסוף צווח, אבל תפיסה במקום ספק הודאה ודאי מהני, א"כ שפיר מתפרשת הברייתא באופן שנתחדש ספק גמור דאז המע"ה, א"ו זהו גופא הנדון אם מהני תפיסה בספק, כדי שחבירו יצטרך להביא ראיה, ולכא' גם מפני הר"ן לק' בהקדישה מוכח כן, דאם הטעם דמוציאין מידו מפני שאין לחוש להודאה כלל, והו"ל כצווח מעיקרא, אכתי אמאי פשיטא לן דאת"ל מוציאין מידו הקדישה אינה מקודשת, הרי בהקדש אפי' צווח אין מוציאין, אבל אם לאת"ל דמוציאין, הטעם מפני שכל אחד כמוחזק בודאי ואין ספק מוציא מידו, ניחא שפיר כפי' הר"ן דמה"ט לא חל הקדש כלל, וצ"ע דלכא' משמעות הר"ן שלשני הפירושים מתיישב הא דלק', ועי' בר"ן לק' שכ' ועוד שכיון שתאמר שהוא של שניהם כו' אלא בהודאה גמורה כו'.

ביאור הסוגיא לשיטת הרמב"ן

ג. **שם** את"ל תקפה אחד בפנינו כו' לפי' הרמב"ן תקפה והקדישה שוין לענין

דמסתפקים במסותא הוה פשיטא להו שראוי לחול ההקדש, והנדון הי' אם כח הקדש לחוד אלים מתקיפה, אבל אם הי' הדין בתקף ג"כ דאין חבירו מוציא מידו [עי' סי' קל"ט ס"א ???], ה"נ דהי' חל ההקדש, ופשוטה במסקנא מטעם אחר דההקדש אינו ראוי לחול כלל, וצ"ע טובא דהעיקר חסר מן הספר בעובדא דמסותא, דהא לפי האמת מתפרשת כל הסוגיא גם בצוות, וא"כ מנלן דהעובדא הואי בשתק, ונידוק מינה לנדון דהודאה, ודוחק לומר דכל הראי' דמייתי היא מדלא מפרש בגמ' ואידך מאי עביד משמע שאין חילוק, דעכ"פ הו"ל לתלמודא דשמעתין לפרש הדברים, ועוד דלפ"ז האמוראים הוה פשיטא להו דשייך הקדש, וטעו בזה, ולא נפשט להם הספק, אלא דמטעם אחר אין להסתפק בזה, ול"מ כן, וכן בעיין צ"ל שהי' פשוט לכולהו אמוראי דאינה מקודשת, ול"מ כן, וגם לפ"ד שייכא בעיין אף למסקנא דמסותא, אלא שנפשטה מסתמות האמוראים, ועוד דבמסותא כיון דדינו כד"ג, אין ראי' מדלא צווח דאורי ליי, דאטו בכל פעם שחבירו גובר צריך לצווח, וא"כ גם בהקדש דכתקף דמי שפיר שתק, וצ"ל לפרתו' שהי' לו לצווח מפני שע"י ההקדש גובר לעולם, ולא יוכל לחזור ולתקוף, אבל זה דוחק כיון דעיקר הסברא שכ' תו' דבעינן דהו"ל לצווח אע"פ שאין ההקדש חל, בלא הודאתו, מחודשת, וכ"ש הכא דמשום תקיפה לחוד לא הו"ל לצווח, וה"ה אמירתו לגבוה, ורק מכח החלות שלא יוכל לחזור ולתקוף הו"ל לצווח, והרי אינו חל (אם אינו מודה), ועי' מהר"ם שיף.

ועיקר הנדון במסותא ג"כ צ"ע, דלכאור' טעמא דמהני הקדש לבתר תקיפה שלא יוכל לתקוף שוב, היינו משום דהקדש תפיסה אלימא היא, דכל היכא דאיתיה בי גזא דרחמנא אית', ואף אם יתקוף אין זה כתוקף מיד חבירו, דגם בידו עדיין היא ברשות הקדש, דאל"כ מנלן באמת דאינו יכול לתקוף

ולפ"י זה הנדון הוא בהלכות הקדש, כנדון דמסותא, מיהו לכאור' נראה דאפי' אם במסותא הי' הדין דההקדש חל, מ"מ הכא הי' מקום להסתפק, דשאני התם שהדין כד"ג, וחשיב שפיר ברשותו לזכות בה בתקיפה, אבל הכא אין לו זכות תקיפה אלא בתוקף בגזלנותא, אלא שאם תקפה אפשר דחשיב מוחזק, וקרוב יותר לומר דלא חשיבא כברשותו, והיינו דקבעי הכא נוסף לבעיא דמסותא, אלא דלמאי דאיפשיט במסותא דלא הוי הקדש, כ"ש הכא, ועי' לק' סק"ה בזה.

ביאור שיטת תוס'

ד. **שם** תוד"ה הקדישה, בפשוטו משמע דכיון דבעלמא הקדש הוי כמסירה דרך בנ"א להתייחס לזה כמסרו להקדש, וא"כ הו"ל לצווח, אבל קשה דאטו מפני שאמר תיבות שבעלמא מועילה כמסירה, ראוי לו לצווח על פטומי מילי, ונראה דדוקא הכא מפני שאם שתיקתו תתפרש כהודאה, גם ההקדש חל, אפשר שיש לו לצווח כדי שלא תתפרש שתיקתו כהודאה, מיהו ג"ז רק בצירוף דהקדש כמסירה דמי בעלמא, דבכה"ג סתמא דמילתא אינו שותק, (אבל אם הקנהו לאדם אחר אע"פ שאם שתק מתוע"ס חל הקנין דכפקדון דמי, מ"מ לא הו"ל לצווח דלא נעשה כלום, ורק בהקדש מיבעי ליי כיון דאמירתו כו'), או"ד השתא מיהא הא לא תקפה כיון דכתיב ואיש כו' דלא חשיב כתקיפה אלא ע"י חלות ההקדש, מיהו לא הו"ל דאינו ברשותו אלא שאינו שלו, אלא כיון שאם הי' ברשותו ע"י תקיפה, גם הי' נחשב שלו, ניחא ליי למינקט הכי דלא הו"ל לצווח כיון שנשארה בידו, ולא יצאה מרשותו ע"י ההקדש הזה.

ויצוי בתוד"ה והא, ולכאור' לפ"ד נמצא דכשנסתפקו במסותא, ג"כ הוה פשיטא להו בבעיין דאינה מקודשת, דלא דנו כלל שתהא שתיקתו כהודאה, ועוד נמצא לפ"ד

מהקדש, וכיון שכן אין חידוש יותר בהקדש שקודם תקיפה, דכיון דסבר שיכול להקדיש, ממילא נעשית תפיסה אלימתא, והרי זה כזרקה לים, מיהו דעת תו' נראה דמהקדש לא מהני תקיפה בלא פדיון, ולא מפני שבמציאות אינו יכול לתקוף, אלא שאינו זוכה בתקיפתו, ובבהגר"א סי' קל"ט ס"א כתב דמהא דמהני הקדש אחר תקיפה מוכח דלבתר דתקפה האי, לא מהני אם חזר ותקפה חבריו, (ור"ל מהא דמדמי מסותא לטלית, דהנדון מפני שלא תקפה, דבטלית פשיטא דלא מהני תקיפה, מאחר שהודה לו), ומבואר מזה דאם הי' יכול לעולם לחזור ולגבור וליטלה לא היתה קדשה אפי' אחר שגבר המקדיש ותקפה, וכמ"ש לדעת תו' דאין הקדש לחצאין שיצא בלא פדיון ע"י תקיפה, דאם זו מציאות שא"א לתקוף מן ההקדש, בדין הוא שיועיל הקדש אחר תקיפה לכו"ע, [ויעוי' בתו' הרא"ש שנשמר מלפרש כפרתו בד"ז, דאזיל לשיטתו ב"ב פ"ג ס... דבכד"ג לא מהני אם יחזור חבריו ויתקוף, ופירש דהנדון כיון דטעמא דכד"ג מפני שיש להניח שמי שהאמת אתו ימסור נפשו ותגבר ידו, א"כ הכא יהא עדיפות לכח הקדש, שחל אף בלא תגבורת המקדיש, ונמצא שע"י ההקדש מנע מן האלים את האפשרות לגבור, כן צריך לפרש כונתו ז"ל, וצ"ע].

בשיטת הר"ן

ה. והר"ן פי' דבהקדישה מיבעי לי' אפי' בצווח מיד, דכיון דתקפה אין מוציאין מידו, ש"מ דלא חשבין לחבירו כמוחזק ודאי בחצי, וכיון שהדבר ספק הרי אין מוציאין מיד ההקדש כמו שאין מוציאין מיד התוקף, דאף בתקפה הא דאין מוציאין מידו היינו משום דהדבר ספק מעיקרא, וכיון דתפס לא מפקין מיני', ולא משום ספק דאורי לי', והא דבעינן שתק מעיקרא היינו משום דבתקיפה לחוד אינו מוחזק טפי מחבירו, דלא האחיזה משויא לי' מוחזק, ועדיין חזינן כאילו

ויש לעי' לפי' זה מאי קאמר טעמא דאמירתו לגבוה כמאן דתקפה, הרי אפי' תקפה ממש והקדישה קמיבעיא לן, דהא בצווח מתוע"ס (נמי) קיימינן, והנדון אם יכול להקדיש כ"ז שלא זכה בה, ואפי' מסרה להקדש בכלל הנדון, כיון דהלה צווח, ואי לא דחל ההקדש ברשותי' קאי, וא"כ לא תלי באמירתו לגבוה ובהשתא מיהא הא לא תקפה, וצ"ל דכיון דעיקר הא דאין מוציאין מידו הוא משום דתקפה, והיא ברשותו, והא דבעינן לספק דאורי' אורי' לי' זה רק כדי להחשיבו מוחזק בתפיסתו, תדע דבהקדש לא בעינן

שההקדש כתקיפה איגלאי מילתא דמיד עם הקדשתו הי' ברשותו, אלא שאם צווח מיד, מנע ממנו להחשב כמוחזק ע"י תקיפתו, וכיון דבאמת הא דאין מוציאין הוא משום דיהבינן לכל חד מינייהו זכות לקבוע עובדא בדבר שהוא יהא המוחזק, חשיב קצת ברשותו, כמו במקום שהדין כד"ג, דחשיב ברשותו מיד בשעה שתקף אף קודם שנתבררה שתיקת חברו, אלא שאם צווח ביטל המוחזק, והדברים מבוארים ברשב"א בשטמ"ק עיי"ש, מיהו כ"ז דוקא משום דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דההקדש נעשה מוחזק וכמאן דתקפה דמי, דבעלותו והקדשתו באין כאחד, אבל זכות התקיפה לחד אינה בעלות לקבוע (דברים).

בביאור ראייה דרב המנונא

ו. ו' ב' וכי לא תקפו אסורין בגיזה ובעבודה, רב המנונא סבר דקדושת בכור היא כאילו הקדישו לעולה ושלמים, דכל קרבן יש לו בעלים [שו"ר דהא מייתי מפדיון פטר חמור שאינו קרבן ועי' להלן], ואם אין לכהן שום זכות דאפי' תקפו והקדישו לא חל ההקדש, בדין הוא שלא תחול קדושה במצב של ספק, כמו שבהקדיש הטלית (לאת"ל מוציאין), לא הוה אפי' ספק הקדש, ונהי דקדושה הבאה מאליה היא, מ"מ בעינן כח בעלות לחלות הקדושה, [וביאר אאמור"ר שליט"א ס"ו סוסק"א דסבר רה"מ דקדושת בכור תליא במצות נתניה וכל שלא יוכל הכהן לזכות בו לא קדשתו תורה, עיי"ש, ועי"כ צ"ל כן דהא אף בפטר חמור ס"ל הכי, מיהו י"ל דבפטר חמור מודה דחייל איסורא אף בלא בעלים, תדע דהא תקפו כהן לפטר חמור פשיטא דמוציאין מידו, מיהו אם תקף השה לרב המנונא אין מוציאין מידו, דאל"כ מאי מייתי מברייתא דספקות, ועי' להלן], ויש להבין הרי הא דדיינינן דתהני הקדישה בלא תקפה הוא משום דכמאן דתקפה דמי, דע"י ההקדש שבא מכחו מוציאה מרשות חברו

להודאתו כלל, מש"ה לא נחתין בגמ' אלא לענין התקיפה, ומה"ט נמי מדמינן לה למסותא, כאילו גם כאן הנדון רק אם תקפה או לא, ואם נימא דאתא למיפשט ממסותא אפי' אם נימא דמקודשת, ניחא שלא הזכיר בבעיא אלא הצדדים דשייכי במסותא, דס"ל שהצד שבעינן אודויי אודי לי' לא מעלה ולא מוריד לענין הקדש, אבל צ"ע מ"ט וכמש"כ לעיל.

והנה לדעת הר"ן אף שתק ולבסוף צווח בכלל בעינן, דהיינו ממש כעובדא דמסותא, ויש להבין א"כ למה לא פי' כהרמב"ן דהספק רק בכה"ג, ולא נצטרך לחדש דיפה כח הקדש, וגם לשון הגמ' והראי' ממסותא יתפרשו כפשוטן, וי"ל דפשיטא לי' שאם ההקדש תלוי במה שיתחדש אח"כ, ודאי לא אמרי' דבאין כאחד וחל ההקדש, דבשעה שהקדיש לא הי' יכול לחול מכחו כלל, ושתיקת חברו אינה הקדשה שיחול ההקדש מחמתה, מיהו נראה דל"ק דכיון שתקפה מיד היא ברשותו אף קודם שנתברר אם חברו שתק, דעיקר המוחזק הוא מכח תפיסתו, ואם נתברר ששתק כבר היתה ברשותו מיד עם התקיפה, וממילא גם ההקדש חל, תדע דאם תקפה והקדיש מיד קודם שנתברר שחברו שתק ודאי חל ההקדש, וה"נ אם הקדש כתקיפה, (ויש לבאר עוד דטעמא דאין מוציאין בתקפה הוא מעין סברא דכל דאלים גבר במסותא דכיון שהדבר ביד אחד מהם, לא נחתין לאפוקי מיני', דאף בכד"ג אין התקיפה בירור, אלא דב"ד לא נחתי למידן ביי', ולכן חשיב שיש לכל אחד בעלות קצת לענין שיכול לזכות בה ע"י תקיפה, דהספק דאודויי אודי לי' אינו הגורם המקנה לו הטלית, אלא תקיפתו, דעיי"ז נעשה מוחזק והממע"ה, (כדקתני בברייתא שאם היתה טלית יוצאה מתח"י של אחד מהם הממע"ה) חשיב מיד ברשותו בלא שתיקת חברו, ולכן שפיר חל ההקדש גם אם נתברר הדבר רק אח"כ, דכיון

קדושה כו', אבל הלשון דקאמר משמע דראית רה"מ היא רק מהא דקדש, ולרבה דליכא ראי' מצי למימר דמוציאין, וכ"מ מדמייתי ר"ח סיעתא לרבה לד"ז, ואפשר דבאמת לאו ממתני' דייק לה, דבבכור אדם ודאי מתפרש המע"ה דלא שייך תקיפה, אלא כולה מילתא מאסורין בגיזה ועבודה דייק, דע"כ לפ"ז מתפרש הממע"ה אף בתקפו כהן דהישראל הוא המוציא, ומש"ה חל הקדושה, ואפשר עוד ע"ד פלפול דכיון דרב המנונא סבר דקדושת בכור תליא בבעלות הכהן, מש"ה ס"ל דלא מהני תפיסת הישראל לשווייה מוחזק ודאי, דסו"ס יש כאן ספק איסורא דבכור, וזה גם מחייב שיחא בעלות הכהן, ולכן הספק איסורא משוי' לתרווייהו מוחזקים בשוה, דהמצוה מחייבת בעלות והבעלות עושה חלות ההקדש, אבל למאי דאמר רבה דהקדושה חלה בלא בעלות, א"כ אין כאן נדון אלא על הבעלות הממונית (ממצות נתינה) ובזה הדרנין לדין מוחזק בממון דהמע"ה, ולא מהניא תפיסה, ועי' בסמוך.

לפמשי"כ אאמו"ר שליט"א דרב המנונא סבר דקדושת בכור תליא במצות נתינה וכל שלא יוכל הכהן לזכות בו לא קדשתו תורה, יש לפרש דהכי מייתי מינה דאם אע"פ שיש לו זכות תקיפה אינו יכול להקדיש, מן הראוי שלא תחול עליו קדושה מכח זכות הכהן, דכיון שהקדושה תלויה בנתינתו לכהן, לא חשיב שיש כאן זכות לכהן בדרגה כזו שתחול קדושה מחמתו, ואע"פ שיכול לתקפו (וגם להקדישו אח"כ), מ"מ לא חיילא קדושה אלא במצב הקיים עם לידתו, ולפ"ז פטר חמור ובכור שוין, אבל לפי מה שצדדנו דסבר דקדושת בכור תלוי' בבעלים כשאר קרבנות, לפ"ז צ"ל דבפטר חמור הוה ניחא לי' דצריך פדיון אפי' אם תקפו כהן מוציאין מידו, ומ"מ שפיר מייתי מברייא דספיקות נכנסין לדיר להתעשר, דלענין תקפו כהן יש להשוות כל הספיקות, וזה דלא כמש"כ לעיל דהספק

והרי היא בדין הממע"ה, אבל הכא אכתי ברשות הבעלים הוא, והיכי מהני הקדישה ברשות חבירו, ונראה דהנהא ודאי דמהני חזר ותקפו ישראל מן הכהן, כי היכי דמהני תקפו כהן מישראל, ואף להסוברים דבכד"ג לא מהני חזר ותקפה, הכא דשמא ושמא הוא אין תפיסת המוחזק חזקה שלא יוכלו לתקוף ממנו, ואם תקפו כהן והקדישו קדושת בכור, (אם היתה תלוי' בפה) וחזר ישראל ותקפו ממנו, בדין הוא שיחא אסור בגיזה ועבודה דקדושה לא פקעה, אבל הזכות הממונית שבבכור שייך לישראל דמהני בי' תפיסה, דהבכור מוכרין אותו תמים חי ובע"מ חי ושחוט ומקדשין בו את האשה כדתנן ריש מע"ש, וכיון דקדושת בכור מרחם היא ולא שייך שתחול אח"כ, הרי הוא קדש ברשות ישראל כאילו תקפו כהן, ולגבי הזכות הממונית חזינו כאילו חזר ישראל ותקפו ממנו, ואפשר דחזינו לגבי הקדושה דגיזה ועבודה כאילו מסרו לגבוה ממש, והגבוה לא תפס בו אלא כפי חפצו, והניח את השאר ביד הבעלים, דשפיר אמרי' הממע"ה לגבי רשות הגבוה, ואפשר עוד דכיון דקדושת בכור לענין גיזה ועבודה אין בעלות הישראל מונעתה מלחול, חשיב כעומד באגם לגבי קדושה זו, ודמי למסותא מקרקעי דשייך ששניהם יוכלו להקדישו, (ועוד דתפיסתו בשמא), אבל לגבי נתינה לכהן דשייך בה בעלות ישראל אף לאחר נתינה וכמש"כ לעיל, חשיב שהישראל מוחזק, ולפ"ז לא נצטרך לומר דלרב המנונא נמי טעמא דמהני ההקדשה בלא תפיסת הכהן משום דקדושה הבאה מאלי' היא, אלא דבזה אין הישראל תפוס.

מ"ט לא יישבו מה שדקדק רב המנונא ממתני' דהמע"ה

שם קדושת בכור קאמרת לעולם אימא לך תקפו כהן כו' יש לעי' הא רב המנונא ממתני' דייק לה דתני המע"ה, והכי הול"ל אפי' תימא תקפו כהן מוציאין אותו מידו

דעיקר קושייתם אמאי אין מוציאין מידו, אבל לבעלים א"צ להחזיר, אלא שחייב ליתנו לכהן שהבעלים יאמרו, דטפי מזה אין להם זכות, ותירצו במכירי כהונה כגון שהבעלים מודה שאם הי' רוצה ליתן הי' נותנו לכהן זה, ולכן אין להם תביעה מכח הטובת הנאה, שו"ר בספר אאמו"ר שליט"א ס"ח סק"ו ועיי"ש שהק' ע"ד הש"ך בספר תקפו כהן שכ' לפרש דמוציאין משום טובת הנאה דבעלים עיי"ש.

שם נמצא זה פוטר ממונו כו'

ח. שם נמצא זה פוטר ממונו בממונו של כהן, פי' דפוטר את הודאי בספק ולצד שהוא של כהן לא נפטר, והא דנקט לשון ממונו וממונו של כהן, היינו משום דאפי' נימא תקפו כהן מוציאין מידו, לא נתברר הספק אלא דכיון שהוחלט להיות ממונו של ישראל, א"כ חיובו ודאי, דעל שה שהוא ממונו ונשאר בידו במוחלט, יש מצות מעשר, אבל אם יש לכהן זכות ממון ע"י תקיפה, הו"ל ספק ואינו פוטר את הודאי, שו"ר דבפשוטו ניאח, דהא אפי' פדיון פט"ח ודאי, אם הוא שייך לישראל, כגון שירש פט"ח מאבי אמו כהן נכנס לדיר להתעשר, כדאמר בבכורות י"א א' והובא ברש"י כאן, והקשו הראשונים ז"ל דשפיר מיפטר במנין הראוי, ותירצו דנפ"מ לאחרונים עיי"ש, ולכאור' אין ראוי להכניסו לדיר, דנחי דמיפטר מ"מ לא מייקיא המצוה כדבעי, ולמה נכניסם לדיר לקלקל המצוה, דעשירי ירעה עד שיסתאב, ולפ"ז בדוקא נקט אביי דליכא אלא תשעה והוא, שאין להכניסו לדיר שאפשר לעשר בלעדו, ולעולם יש להניח הספיקות עם הנותנים לגורן הבא, או דוקא בדאיכא ט' וליכא גורן אחר, וכ"נ כונת הראשונים ז"ל, ובאמת מדלא פריך והא מייתי חולין בעזרה, מוכח דידע שפיר דיש לפרש שמכניסן בסוף, שתו ליכא עשרה אלא בהדי הספיקות, ובזה פשיטא דירעו עד שיסתאבו, דדוחק לומר דסבר דהמעשרות כולן ירעו עד שיסתאבו,

איסורא גורם שניתן זכות לכהן שאם תקפו אין מוציאין מידו.

בדברי הרמב"ם

מיהו דעת הרמב"ם פ"ה מה' בכורות ה"ג אפשר ליישב עד"ז, דס"ל דבפטר חמור מודה רב המנונא דמוציאין מידו, שהרי את הפטר חמור עצמו בודאי אינו יכול לתקוף, כיון שיש לישראל זכות לפדותו, וכיון דהישראל פודהו בשה לא מצי תקיף לי' לשה, דמעיקרא בספיקא שביד ישראל נתקדש, כמ"ש הרשב"א בתשו', ומ"מ חיילא עלי' קדושת פטר חמור, וש"מ דלזה לא בעינן בעלות כהן, והטעם כמ"ש לעיל דדוקא לקדושת קרבן בעינן בעלות כהן, (וגם אפשר דכיון דקדוש אף בלא בעלות כהן, תו לית לן למיתב לי' זכות תקיפה בשה, וכמו שפלפלו לעיל), הלכך שפיר מיתוקמא מאי דפשיטא לי' לרה"מ ממתני' דתקפו כהן אין מוציאין מידו, ורבה נמי אהדר לי' רק בדרך דחויא, וס"ל להרמב"ם כמ"ש בהגהות הגר"א בשם הרשב"א דר"ח ואביי היו סבורים דבריייתא דספיקות, בבכור מיתניא, ומש"ה מיתו מינה, אבל למסקנא דמוקמינן לה בפדיון פט"ח איפריכא לה הראי' דבזה אף רב המנונא מודה.

בתוד"ה והא, ביאור קושית תו' דלא קאי על ראית רה"מ ורק על הממע"ה

ז. שם תוד"ה והא וא"ת אמאי אין מוציאין כו' נראה דקושייתם אהא דקתני המע"ה דמשמע בכל ענין שתקפו כהן, אבל דברי רב המנונא מתיישבין שפיר אף אם תקפו כהן אחד מוציאין מידו, דמ"מ כיון שאם תקפו כל שבט הכהנים וכתבו הרשאה זל"ז אין מוציאין מידו, שפיר חיילא קדושה עלי', וכן הקו' דספיקות נכנסין לדיר להתעשר קשיא אפי' אם רק ע"י הרשאה של כל השבט יוכלו לתקפו מן הבעלים, דמ"מ יש כאן ממון כהן, ואע"פ שרחוק שידמן לו לתקוף, ואפשר עוד

ועכ"פ אין לו לקרא בשקר], ועשירי אינו קדוש מפני שלא עברו תשעה המחויבין, ויש להסתפק אם גם כשידע בודאי שזהו הפטור בשעה שיצא, אם הוא ג"כ מקלקל המנין, [שו"ר בתו' הרא"ש מבואר דאף בודאי מקלקל המנין], אבל עכ"פ כשכולם מסופקים העשירי דקרא, היינו זה שיצא עשירי, שהוא הראוי להתקדש במנין העשרה, ולא שייך להחשיב את האחד עשר, דאפי' אתא אליהו השתא ואמר לנו דהפטור כבר עבר, וזה שיצא אחד עשר עשירי הוא, אינו מתקדש כיון שבמנין הוא לא הי' העשירי, ואם מנין הראוי אינו פוטר הי' צריך לחזור ולמנותן כדי שיתקדש העשירי שבמנין, ועכשיו נפטור כולם, אבל אינו יכול לקדש את שאינו ראוי לכך לפי המנין, ולפ"ז לא מיבעיא דאין אחד עשר קדש מעצמו, דבזה ודאי מסתברא לומר האי סברא דהא לאו עשירי שבמנין הוא, אלא אפי' קדשו בהדיא אינו קדוש, (ואפשר שד"ז נלמד מהא דמנין הראוי פוטר, דש"מ שהמנין גופי' הוא חלק מחלות המעשר, ולכן יש לדון בזה לפי המנין במציאות, ויתיישב בזה הא דמיתני לי' אביי בממ"נ, לומר שרק העשירי קדוש והאחד עשר לא יתקדש כלל), ויעוי' בריטב"א שהק' דהאחד עשר יתקדש מעצמו, אם האמת שהוא עשירי והעשירי יתקדש כדין קרא לתשיעי עשירי, ונראה דמ"ש שם בשם הרב החסיד כונתו כמ"ש, וכ"נ כונתו תו' הרא"ש בשם ר"מ.

ז' א' עשירי ודאי אמר רחמנא כו'

ז' א' עשירי ודאי אמר רחמנא כו', דעשירי שהוא ספק, חסר בו השלימות, ובמוחלט אינו קדוש, דלאו קדושה דממילא היא, דנימא דאזלינן בתר האמת, אלא הבעלים מונה ומקדש העשירי, ואין הקדושה שלימה בדבר שהוא מסופק בו, [ואפשר לפרש דאחיוב בעלים קאי, שאם אין לו עשרה ודאין, לא בא לכלל חיוב במוחלט, דחסר בשלימות צאנו, וכיון דבאית ליה ט' וספק, פטור בודאי,

א"נ שמסמן הספיקות ובמנין שיצאו, אין העשירי קרב], אלא דמשמע לי' דבכל דיר מכניסן, אפי' הו' טובא ונתחייבו כולן, ואפשר דמשה דקדקו הראשונים ז"ל על טעם הפטור, דכיון שלא הזכיר דמיתני חולין בעזרה, ע"כ שאינו חושש ע"ז שגורם שירעו עד שיסתאבו, דהא עדיפא לפטור גם הספיקות מחיובן, ועיקר קושיתו דאינם נפטרים מחיוב מעשר, וע"ז יש להק' דהא ליתא כיון דמיפטרי במנין הראוי.

לעשר ממ"נ כו' לכאז' אף בדליכא ממ"נ חייב לעשר

שם לעשר ממ"נ דאי בר חיובא כו' לכאז' החיוב לעשר בספק הוא אף בדליכא ממ"נ דמ"מ מרויח דשמא נתקנו, וזה עדיף מלפטור כולן בלא כלום, ואפשר דאין לחייבו בספק לעשר טפי מודאי, דהיינו שאינו מחויב להקדיש טפי מעשירי, ואם לא היו נפטרינן במנין הראוי, הי' צריך לחזור ולעשרן מספק, דשמא לא חל המעשר, (וכן לעולם, עד שיתקדשו כולם), וכיון דלא מחייבינן לי' לעשר טפי מפעם אחת, אם אחר המעשר ג"כ נשאר בספק, לא מחייבינן לי' לעשר כדי להרויח שיהא ספק ספיקא, ולפ"ז ניחא נמי משה"ק תו' דיקדיש עשירי וי"א, שאינו מחויב לעשר טפי מבודאי, מיהו עיקר הדבר אינו ברור, דאפשר שמחויב לצאת מן הספק בכל אופן שיוכל, ואע"פ שמפסיד טפי מבודאי, שו"ר בשטמ"ק בשם הראב"ד שכ' דאף בלא ממ"נ הי' חייב לעשר, אלא דעדיפא מינה קאמר.

בקושי' תו' דיקדש עשירי וי"א

ובקו' תו' אפשר לומר דעשירי היינו זה שיצא עשירי, ולא עשירי מן המחויבים שיצאו, דאף הפטור נמנה בכלל העוברים, ואם יצא הפטור באמצע וקרא לאחד עשר עשירי אינו מקודש, שהרי הוא יודע שאינו עשירי, ולא מהני אלא בקרא בטעות, [לע"כ בזה,

מדאורייתא, וצ"ע דהא דספק שרי מדאורייתא להרמב"ם אינו במוחלט כעשירי ודאי, אלא דאינו צריך להחמיר בספק, אבל מידי ספיקא לא נפיק, ואם הי' עשירי אינו קרב, (גם מה שתירץ שם צ"ע דהא מסקינן דאפי' תקפו כהן אין מוציאין מידו אינו יכול להקדיש, כיון שאינו יכול להוציא בדיינים, ואף להרמב"ם איתותב רב המנונא בד"ז).

מפריש עליהן עשרה שיין ובתו'

שם מפריש עליהן עשרה שיין כו' יעוי' בתו', ולכאור' נראה דנקט עשרה שיין כדי לאשמועין דמעשרן, וגם כשפודה כמה פעמים בשה אחד חשיב עשרה שיין, כיון שחזר להיות ממונו הודאי, והרי הוא כשה אחר, דאינו יכול לפדות כולה בשה אחד כאחת, אלא בזא"ז, וקמ"ל דאע"פ שיש לו חיוב ודאי מן השיין למעשר, יכול להכניס עצמו בספק זה ולעשרן אח"כ, ולא מחייבין ל' לעשרן תחלה, כיון דממונו הודאי נינהו וחיובן בודאי, ועוד דבעלמא לכאור' אסור לפדות קודם מעשר, דמפקיעו ממעשר, והר"ז כמוכר קודם מעשר, והכא שרי, וגם יכול לפדות בכולן, אע"פ שלאחר שעושר אינו יכול לפדות בעשירי שהוא קודש, ועוד קמ"ל דדוקא בספק, דהן שלו כחולין גמורין, מעשרן, אבל בספק בכור כה"ג אפי' כולן ספק אינו מעשר, ואע"ג דליכא טעמא דפוטר ממונו בספק, דאיכא ממ"נ דאי לאו בר חיובא הוא תשעה לאו בר עשורי הוא, אפ"ה אינו מעשרן כדאביי דעשירי ודאי אמר רחמנא, ועוד קמ"ל דהמעשר קרב, אע"פ שהוא תלוי בהרבה ספיקות דעשרה ספיקות יש בזה, והיינו נמי מה"ט כיון שהוחלטו כולן כממונו הודאי, וגם יש בזה חדוש שכולן שלו אע"פ שהספיקות הרבה, והיינו דקאמר ומעשרן והן שלו דהן שלו במוחלט דאפי' תקפו כהן מוציאין מידו דאל"ה לא הי' מעשרן, ובבכורות מיתי לה אמתני' דנכנס לדיר להתעשר עיי"ש, ותניא התם בבביתא כהאי לשנא, מיהו שיעור הלשון

ה"ה באית ל' טפי, דמקרא שמעין שהספק אינו מביא לכלל חיוב במוחלט, ולפ"ז עיקר הדרשא בחשיבות ממונו מתפרשת, [מיהו אף ספק בכור מתמעט דכיון שהוא כבר קדוש חסר לו עשרה צאן שהם שלו לגמרי], מיהו א"צ לחדש כן, ויש לפרש כפשוטו דאקדושת עשירי קאי], - לפמש"כ נראה דאפי' יבא אליהו ויאמר דעשירי ודאי הוה, אינו קדוש, ועדיף מספק דעלמא אפי' ספק במציאות כגון ספק ממזר ספק בהרת קדמה דאם יתברר שהוא ממזר או שהבהרת קדמה יהא טמא, ומ"מ שפיר מדמו להו התו', (עתו' הרא"ש), כיון דדרשא מתפרשת שלא יעשר כלל בכה"ג, (וממילא פשוט שאם עושר שאינו חל), ואם יבא אליהו יצטרך לעשר עכשיו, וצ"ע בהביא קרבנות בבהרת שטהור מספק ובא אליהו ואמר שטמא הי', מה דינו, שו"ר דבבהרת נמי אם טימאו הכהן קודם שנודע אינו טמא, כיון שטעה דהדין הוא שטהור, ולע"כ.

בדעת הרמב"ם דספק מה"ת לקולא

שם יהי' קדש אמר רחמנא ולא שכבר קדוש, דנהי דהממון הוחלט ביד הישראל, מ"מ מידי ספק קדושת בכור לא נפיק, ואפי' אם הי' הדין דמספק מותר בגיזה ועבודה דספיקא מדאורייתא לקולא, מ"מ מידי ספק לא נפיק, דאם עושרו אינו קרב אלא ירעה עד שיסתאב, וא"כ אינו עשירי ודאי, [משא"כ בדין הממון שהוחלט בידו בודאי, לא חשיב ממונו המסופק, ואם קידש בו את האשה קידושי' ודאין], והא דנקט ולא שכבר קדוש אבכור ודאי קאי, שאינו נכנס לדיר להתעשר מפני שהוא כבר קדוש, כגון בבכור שנולד אצל הכהן, דדידי' הוא, וממילא ה"ה דמימעט ספק מה"ט, (מיהו אם הי' הדין דמותר בגיזה ועבודה משום דאין קדושה חלה היכא דתקפו כהן מוציאין מידו כהבנת רב המנונא, ה"נ הוה קרינן ב' יהי' קדש), ויעוי' בש"ש ש"א פ"ג שכ' להק' לדעת הרמב"ם משמעתי, דשייך למימר יהי' קדש כיון שהוא כחולין

נראה דה"ק מפריש כו' והן שלו, ומעשרן, אלא דה"י צריך לשנות כפי הסדר שצריך לעשות תחלה.

בקושית הגרע"א במסותא מקרקעי

ט. שם במסותא מקרקעי, הק' הגרע"א ז"ל דבכה"ג שהגזולן אינו תפוס בה, בדין הוא דיהני הקדש, ולכאור' מסתבר כן דמי שהניח כסותו בשוק ויש לו עדים על כך, אפי' בא אחד וטוען ידידי היא, לא נפקע בבעלותו כלום, דע"י העדים מתברר שהוא עדיין מוחזק בו, ובשמעתין אפשר ליישב דבכלל יכול להוציאו בדיינים אף אם לא נתברר לנו שהי' מוחזק גמור וברשותי' קיימא, כגון דאיתי' ע"א וחבירו חשוד, דבזה לא אמרי' ברשותי' קאי במטלטלין, (עוד אפשר לפלפל דעיקר הקו' אמסותא, דמאי קמיבעיא לי', הא איכא התם חסרון דאינה ברשותו מלבד החסרון דאינו יכול להוציאה בדיינים, ומאי קמיבעיא לי', ומש"ה קאמר עלה מי סברת במסותא מטלטלין עסקינן, ולא קאמר משכח"ל בקרקע, דדיני' דר"נ אמת אף במטלטלין וכקו' הגרע"א ז"ל, אבל אין זה אמת, וכן מדמסיים עלה במסותא מקרקעי עסקינן דכי יכול להוציאה בדיינין ברשותי' קיימא, משמע דדוקא במקרקעי מהני יכול להוציאה בדיינין, מיהו פשוט הגמ' דאין חילוק מאיזה טעם יוציא בדיינין.

בדברי החזו"א דיש ללמוד מסוגיין דאף בכה"ג א"א להקדיש

ומרן זללה"ה בב"ק סט"ז סק"ט כתב דאינו מובן למה נקט כן הגרע"א ז"ל, ואדרבה יש ללמוד מסוגיין דכל מטלטלין שאינו שליט עליהם מיקרי אינו ברשותו, ולא דמי לקרע שמטלטלין עלולין להפסד ולהברחה, וכל שאינן בידו ואינו יכול לעשות בהם דבר, אין כחו למכרן ולהקדישן, ואפשר דבאופן שכתבנו שיש לו עדים שהניחו שם, אף לדעת מרן זללה"ה חשיב שפיר ברשותו, דהר"ז כאדם

שהניח חפציו לפניו, ובא אדם אחר ועומד אצלו וצועק שלי הם, דודאי לא נפקו מרשותו בכך, [מיהו ע"י בזה ברמב"ם פ"ט מטו"נ ה... דפעמים דחשיבי מוחזקין בכה"ג], והיינו טעמא דהיכא שיש לו עדים שהניחם שם, נעשה מקום זה כרשותו, ורק אם העדים אינם יודעים איך הגיעו הלום, אלא יודעים שטענתו אמת דשלו היו, ועתה הם ברשות הרבים או בסמטא, בזה חשיב דהשתא מיהא נפקי מרשותו וצל"ע בסוגיות בזה, (עשטמ"ק ב"ק ל"ג ב' בשם הרא"ש [שכ"כ בשם הרמ"ה] דאם בא אח"כ ליד הבעלים חל ההקדש למפרע עיי"ש ולע"כ בזה כלל).

יש לדקדק אמאי קאמר מי סברת במסותא כו' הול"ל במקרקעי דכי יכול כו' דבפשוטו הקו' על דיני' דר"נ, (ועי' לעיל), ואפשר דדיני' דר"נ נפ"מ גם בטלית ששניהם אוחזין, דליכא חסרון של אינו ברשותו, וכמש"כ לעיל סק"ג כפי' הרשב"א דכיון שהוא תפוס בה אם חבירו שותק ברשותי' קיימא, או כפרתו' דכפקדון דמי, וגם בזה קמ"ל דאין ההקדש חל מפני שאינו יכול להוציאה בדיינין, ולכן לא בעי לשנויי דדיני' בקרקע, אבל במסותא שפיר קאמר דמייירי בקרקע.

גרסת הראשונים ז"ל רב ולא ר"נ, וכ"נ עיקר דלא הוה פשיט ר"ה מדר"נ.

בדברי הפוסקים סי' קל"ח

י. הרמב"ם בפ... מה' טו"נ ה ... לא הביא דין שתק מתוע"ס והטעם כמש"כ לעיל סק"א דבגמ' מתפרש דשתק ועדיין שותק, ולכן אין מקום להעתיק ד"ז, ואע"פ שיש זמן דתו לא מהני צווח לבסוף, מ"מ זה אינו מבואר בגמ' אלא שיש להכריע בו מסברא, ולכן מתפרשים דבריו בפשיטות רק על צווח לבסוף, וכיון שהדבר ספק, מהני חזר ותקפה, [והא דלא קיי"ל כאת"ל היינו משום דאיכא תרי את"ל, ויתכן דרק לצורך זה אמרו בגמ' את"ל קמא, דהכא לא ניזיל בתר כללא

הראב"ד למה מהני תקיפה, וכנראה כך הבין הטור, ועפ"ז השווה ד"ז לדין שתק מתוע"ס לענין ראי' דמאחר שהוכרע בגמ' א"כ חשיבא הודאה, ולפ"ז כו"ע מודו דאם רק מכח ספק אין מוציאין מידו, מהני חזר ותקפה.

בבהגר"א ס"ק ט"ז מבואר דלהסוברים תקפו כהן מוציאין מידו, ה"ה דהכא מוציאין מידו דהתוקף הראשון כבעלים הישראל חשיב, והתוקף השני כתקפו כהן, ומשמע דס"ל שהספק נולד בשעה שצווח לבסוף ואז כבר ה' הראשון מוחזק, מיהו יש לדון בזה דהתם לא היו מוחזקין כלל והספק נולד ברשות הישראל, אבל הכא שהיו מוחזקין תחלה, ולא נתברר אם הועילה תקיפתו למהוי מוחזק, לא חשיבא תפיסתו עיקר, ושפיר מהניא חזר ותקפה ממנו, וכ"ה דעת המ"מ וכ"מ ברשב"א שהעתיק דינ' דהרמב"ם וס"ל ת"כ מוציאין מידו.

שי"ך סק"ט, מיהו יש עדיפות לאידך גיסא דהשני מותר לו לתקוף בכד"ג, והכא לא שרינן ל' לתקוף ועי' לעיל סק"ד בטעמא דא"א לתקוף מהקדש, ועי"ש בדברי הגר"א סי' קל"ט ס"א.

בתוד"ה פוסר ובטעמא דמהני נכנס בהיתר

יא. ו' ב' תוד"ה פוסר, וי"ל דהתם נכנס בהיתר כו', לכא' כשנכנס בהיתר דמי לתפיסה קודם שנולד הספק, שלא תפס ע"ד ליטול את הדבר המסופק, מיהו בקרקע אמרי' דבחזקת בעלי' עומדת, דכיון שע"כ הבעלים מוחזקין בגוף הקרקע שייך לדון בה כאילו עדיין לא דר בה, וכיון שאז מוכרע הדין דהממע"ה, תו לא מהני מה שדר בה, דהו"ל כאחר שנולד הספק, ולפ"ז נראה דהיינו דמחלקינן ק"י א' בין מילתא דעבידא לאיגלווי, דלא מכרעינן הדין בקרקע בשעה שאוכל הפירות, כיון דבשעה זו אין ספק מוחלט לפנינו, דעבידא לאיגלווי כיון שאינו ספיקא דדינא, והיינו דקאמר אטרוחי בי דינא

דהלכה כאת"ל, וכמש"כ סק"ג, וכבר כ"כ בדרישה, וצ"ע בקצוה"ח סי' קל"ח סק"ג שנדחק בזה, גם מ"ש ליישב ע"פ דברי הר"ן צ"ע דודאי לצד דאין מוציאין מידו לא מהני תקפה, דע"י הספק הודאה יש יתרון לתוקף, והו"ל מוחזק דהממע"ה (וכדקתני בברייתא).

בבהגר"א ס"ק י"ד הביא ראי' מדקאמר מאי הוי עלה דמסותא, דתקפה אין מוציאין מידו, דאי מוציאין מידו א"כ פשיטא לן דאינה מקודשת, ור"ל להמפרשים דהתם הנדון משום דשתיק, אבל אי התם מיירי במסותא שדינה כד"ג, א"כ לא תליא מסותא בבעיין כלל, ואף לפי"ז י"ל דבעי אם צריכין לפרוש ממנה דלמאי דפשיט מדר"נ א"צ לפרוש, ואפשר דכונת הגר"א להוכיח מה הדין בספק היכא דלא איפשיטא בעיין, דאם מספק מוציאין מידו א"כ לדינא אין ספק במסותא שהרי מוציאין מידו, ואפי' אם מוציאין מספק, מ"מ ההקדש ודאי לא חל, ולפ"ז ניחא דמהני חזר ותקף, דלא איפשיטא בעיין, אלא דחזינן דאין מוציאין.

בבהגר"א ס"ק ט"ו כתב דדברי הרמ"א מתפרשים אשתק מתוע"ס, וצ"ע דברמב"ם ושור"ע לא הוזכר דין שתק מתוע"ס, ורק בטור שפיר כתב כן הבי"ח דשם הוזכר תחלה דין שתק מתוע"ס, [וצ"ע בש"ך סק"ח שכ' ע"ד הבי"ח דאם הטור ארישא קאי א"כ גם הר"ב ארישא קאי], ועי' לעיל סק"א דגם בשתק מתוע"ס יש לדון כדעת הט"ז. — מ"ש בקצה"ח סק"ב לדמות תקף אחר שבועה להביא עדים אחר התקיפה, וצ"ע דאחר שהוחלט שהוא שלו אין לו לצווח, וכמו בנסכא דר"א, אבל אם ה' ראי' דמודה כששתק תחלה, לא מהני עדים אח"כ, דלא אמרי' ששותק על סמך עדים שיביא אח"כ, ועי' לעיל סק"א.

לשון הרמב"ם משמע כאילו הוכרע הדין דחשיבא הודאה, ולכן תמה עליו

בדברי הרא"ש

במ"ש הרא"ש לחלק בין תפיסת ברי לתפיסת שמה, כבר נתקשו האחרונים ז"ל מסוגיא דלק' ק"י א' דמבואר בפשיטות דדברי ר"נ קיימי אף בברי, ועי' תקפו כהן סי' מ"ד מ"ה, ולע"כ בעומק הסוגיות, אבל הנראה מפשטות הדברים דלאחר שהוכרע הדין דהממע"ה לא מהניא תפיסה (אפי' בברי) מהמוחזק או מרא קמא (דג"כ חשיב כמוחזק דקתני עלה הממע"ה), מלבד תרי ותרי לדעת הרמב"ן, ובמילתא דעבידא לאיגלווי לא מצינו בהדיא דמהני אחר פסק ב"ד, ומסתברא דלאחר פסק ב"ד לא חשיב אטרוחי ב"ד דראוי לב"ד להעמיד הדין על תילו, וגם אפשר דתו לא חשיב עבידא לאיגלווי, ולפ"ז רק קודם הפסק מהני תפיסה בעבידא לאיגלווי, אף לדעת הרמב"ן, ולעיל כתבנו דהי' מקום לפרש דברי הגמ' רק לענין הסברא דקרקע בחזקת בעלי' עומדת עיי"ש, וגם צ"ע מה נקרא עבידא לאיגלווי, - ותפיסה קודם שנולד הספק היינו מוחזק גמור, אפי' אם הספק מערער את חזקתו, וה"ה מוחזק ברשות (מלבד בקרקע) דלאו בתקיפה אתאי לידי', [ומשכח"ל אף לאחר שנולד הספק כמ"ש בת"כ סי' נ' בשם הרמב"ן והרא"ש בבכורות, כגון שנתן לו מדעתו, מיהו אם טעה ונתן לכהן לפי שלא ידע שהדין הממע"ה מוציאין מידו, וכמ"ש הרמ"א יו"ד סי' שט"ו, ועת"כ סי' ס"ב בזה], - נמצא דלעולם לא מהני תפיסה ממי שדינו כמוחזק אפי' הוכרע כן מחמת הספק, ורק בספק דליכא מוחזק או מ"ק ודינו יחלוק, מהניא תפיסה, כסברת כד"ג.

כו' שאין לב"ד להכריע בד"ז קודם שנתבררו טענותיהן, אבל לאחר שהוכרע הדין, תו לא מהני תפיסה, אע"פ שאפשר שיתברר כגון בההיא דהתם שהמלוה לא קדים ואכל, ואחר הפסק ב"ד תפס [ואפשר נמי לומר דכל לאחר פסק ב"ד חשיב לא עבידא לאיגלווי],

בדעת הרמב"ן

אבל הרמב"ן הק' מהא דאמרי' בכתובות שיכולה לתפוס מאתים, ומשמע לי' אפי' בעדים, דאי רק בתפסה שלא בעדים לא הו"ל לתקוני משום זה דניעבר נמי קמי בעולה, שהרי לעולם יכולה לתפוס ולעכב בידה כיון דליכא עדים, אבל אם מועיל תפיסה בעדים שפיר תיקנו למנוע אפשרות תפיסה, ומכאן זה הוכיח דמהני תפיסה במילתא דעבידא לאיגלווי, והדברים מחודשים לומר דחשיב עבידא לאיגלווי כשטוענת לפנינו דאיתנוסי איתניס, ומי יוכל לעמוד על הדבר, ולכאו' בפשוטו י"ל דזימנין דתפוסה כבר במלבושים ומטלטלין שעמה שהיא מוחזקת בהן שלא ע"י תקיפה, וכתפסה ברשות חשיבא, דקודם שנולד הספק תפסתן, ואפי' תפסה מטלטלין אין האשה כאיניש דעלמא שתפיסתה כגזילה ושפיר נעשית מוחזקת בהן כשתפסתן קודם גירושין, דנהי דאיכא עדים מ"מ אינן עדי גזל, וחשיבא שפיר תפיסה קודם שנולד הספק, משא"כ באיניש דעלמא התוקף דכיון שאין דבר המצדיק את תפיסתו אלא הנדון שלפנינו, לא חשיב כמוחזק אלא מחמת הספק, והו"ל כתפס אחר שנולד הספק.

סימן ג

עירוב פרשיות

ונראה דלכו"ע מתפרש דכי הוא זה היינו כפירה על טענת ודאי דקא תבע לי' המפקיד או המלוה, ומש"ה אוקמה רמב"ח (ורחב"א) בכפירה דלהד"ס, דכפירה דנאנסו אינה כפירה על טענת ודאי, דסתמא דמילתא לא ידע הבעלים אם נאנסו, ועכ"פ קרא לא מתפרש בהכי, וכשטוען לו על שניהם שמא נאבדו בפשיעה, ליכא לפרושי דא"ל שומר כי הוא זה, דליכא הוא וזה, אלא הי' לו להשיב גופא דעובדא, אבל בתביעה ודאית שפיר נופל לשון כי הוא רק זה, ולא כדבריך, ואפי' באומר איני יודע שייך לשון כי הוא זה, שאינו מקבל להתחייב בכל תביעתו, כי אינו יודע אלא זה, והיינו דרבא ב"מ צ"ח א'.

ולפ"ז מאן דלית לי' עירוב פרשיות, ע"כ כרמב"ח ס"ל, וכ"ה נמי לישנא דרחב"א אר"י עד שיכפור במקצת ויודה במקצת, ומתפרש מלבד טענת גנב, ולפ"ז כו"ע אית להו דרבה, דלכו"ע החיוב שבועה הוא במודה במקצת דטענת מלוה, והגדון רק אם יש שבועת השומרים על נאנסו בלא מב"מ, והא דאמרי' ומ"ש מלוה כדרבה כו' זוהי נתינת טעם מ"ט לא הצריכה תורה בשבועת השומרים שיהא מב"מ, וצ"ע ברמב"ן ב"מ צ"ח א' דנקט דג' מחלוקות בדבר, ולמאן דלית לי' עירוב פרשיות ס"ל דסגי בכפירה שטוען נאנסו, ורק רמב"ח מצריך ג' פרות, ולפנינו בגמ' לישנא דרחב"א אר"י כלישנא דרחמב"ח, והי' אפשר לומר דהרמב"ן כתב כן רק למאי דקאמר רב יהודאי גאון דרמב"ח פליג ארבא, וכיון דרמב"ח מצריך כפירה גמורה ולא סגי באינו יודע, איכא למימר דמה"ט סבר נמי דנאנסו לאו כפירה גמורה

א. **ב"ק ק"ז א'** עירוב פרשיות כתוב כאן וכי כתיב כי הוא זה אמלוה הוא דכתיב, בסנהדרין ב' ב' מבואר דאמלוה ממש קאמר, ולא אטענה דאיתא במלוה, דהיינו להד"ס או החזרתי, וכ"מ לשון עירוב פרשיות, דאי מתוקם בפקדון אלא דבעינן טענות כבמלוה, אין כאן עירוב פרשיות, והנה ענין עירוב פרשיות הוא דהתורה כללה בהאי קרא כל חיובי שבועה, וה"ק ונקרב בעל הבית לשבועה על כל דבר פשע בין בפקדון שור וחמור, ובין על כל אבידה, ובין אשר יאמר כי הוא זה, ויש להבין לפי' ריב"א למה לן לערובי כאן פרשת מלוה, הא מתפרש שפיר בפקדון, וה"ק קרא על כל דבר פשע דקטעין נגנב, או אשר יאמר כי הוא זה להד"ס או החזרתי, ואפשר דבפקדון אכתי לא מיחייב בזה שמודה במקצת התביעה, דהיינו אם אומר לו ב' פרות מסרתי לך, והוא אומר כי רק חדא הואי, אכתי אינו מחויב עד שאמר דמתה בפשיעה, וקרא משמע דע"י שמודה במקצת הוא חייב אותו מקצת, ובשלמא לרמב"ח דכולה בפקדון מיירי, וכבר הוזכר בתחלת הענין שהוא טוען על אחת נגנבה, שפיר מתפרש סתמא דקרא דמיירי בדאיכא הודאה המחייבת, דאשר יאמר כי הוא זה לא הי' בכלל טענה דרישא דוגונב, דטענו ג' פרות, ואחת וגונב, והשאר יאמר כי הוא זה, דממילא כשמודה שהיתה עוד פרה היינו שמודה בחיובה, אבל אם באנו להעמיד הפסוק במעשה אחר בפקדון, אכתי אין בהודאתו חיוב תשלומין על מה שמודה, עד שיודה גם שמתה בפשיעה, ומש"ה מוקמינן לקרא במלוה דכי הוא זה מחייבו במקצת, והדר גמרינן מיני' לפקדון דומיא דמלוה.

לתביעה זו, משכח"ל רק בהילך, ועוד דאם המפקיד עדיין חושדו שהיא ברשותו א"כ גם על המקצת הודאה איכא לחיובי שבועה שאינה ברשותו, וקרא לא משמע הכי, ודחי דמשכח"ל כשהמפקיד יודע שמתו, ואינו תובעו כלל ששייב אחת מהן, ולכן כשמודה דאחת מתה בפשיעה, הרי הודה לטענת המפקיד, (משא"כ אם הי' יודע רק שאחת מתה בפשיעה אכתי הי' צריך לבאר שידוע איזו היא, ועל אותה אחת מודה לו ועי' להלן).

מיהו נראה דלפי האמת מודה רמב"ח דאפי' בתובעו שיחזיר לו הג' פרות, וא"ל איהו חדא מתה בפשיעה, דחשיב מב"מ, דלית לן לשוויי פלוגתא בדין מב"מ, ולרחב"י ודאי חשיב מב"מ, דמ"מ מודה במקצת החיוב, אלא דמשמעות הפסוק דצריכין כפירה והודאה מלבד שבועת השומרים, וכשהבעלים תובעו שיחזיר, אכתי איכא שבועה שאינה ברשותו על אותה שמודה דחייב לשלם, וגם דמשמע דעל אשר יאמר כי הוא זה ליכא למיחש שהוא גנבו, דא"כ שייך ירשיעון גם על זה וכמש"כ.

ולפ"ז ניחא משה"ק תו' אמאי לא מקשה מכמה משניות כו', דכל עיקר הקו' הואי מהא דמשמע דבעינן הודאה לטענת המפקיד, והיינו דוקא בביאור הפסוק, אבל לדינא בכל ענין חשיב מב"מ, אפי' טוען המפקיד שהוא ברשותו, וא"ל איהו חדא מתה בפשיעה, (ויש להוסיף עוד דלרחב"י דשבועת השומרים איכא אף בכופר הכל, א"כ ה"ה שבועה שאינה ברשותו, ואי מיירו מתני' דזיו וגפנים בטוענו שהם ברשותו, א"כ בלא"ה איכא התם חיוב שבועה, ויכול לגלגל על הכל, ולא בעינן לדין מב"מ, וע"כ כיון דמיירי באינו אומר הילף, גם תביעת המפקיד מתפרשת בידוע שאינן ברשותו וידע שפיר המקשן דר"ש מפרש להו בדלאו הילך, אבל בדמב"ח דקאמר סתמא הו"ל לפרושי דמיירי

היא, אבל אליבא דרבא אף למאן דלית לי' עירוב פרשיות סגי בכפירת איני יודע, וה"נ י"ל דסגי בכפירת נאנסו, וכטעמי' דרבא דעיקר המחייב היא ההודאה במקצת, אבל למאי דנקט הרמב"ן דרמב"ח מודה לרבא, וא"כ חזינן דכפירת נאנסו אינה כפירה כ"כ, כאומר איני יודע ושמא להד"ס או החזרתי, לית לן לחדש פלוגתא אליבא דמאן דל"ל עירוב פרשיות, ולכו"ע בעינן כפירה דלהד"ס ולא סגי בנאנסו, וכמש"כ לעיל, אבל הרמב"ן כתב דמאן דל"ל עירוב פרשיות לא חייש לקו' דאית לי' מיגו כדרכה כדמוכח בהגוזל, ומשמע דמפרש בשמעתין דרבה כרחב"י דוקא, ולא נתבאר מנ"ל הא [שו"ר דמקורו מבואר ומוכרח עי' לק' סק"ז], (ואם הוה גריס ברחב"א עד שיוודה במקצת, ותו לא, הוה ניחא), ואמנם יש לדקדק אמאי לא משוינן בשמעתין דרחב"א לדרמב"ח, ולימא סבר לה כדתני רמב"ח, ואפשר דר' יוחנן לא יליף נתינה נתינה ורק בש"ח מצריך מב"מ, ומש"ה אמר לדינא' בט"ג דוקא, וצ"ע בזה [ועתו' רי"ד ובשטמ"ק בשם הרא"ש] אבל אין להכריח מכח זה דפליג אדרמב"ח, מהו כפירה במקצת, בזמן שנקט בדבריו כלשונו של רמב"ח, [ועי' בשטמ"ק ב"מ שם בשם הרשב"א שצידד דאף לרמב"ח לא בעינן כפירה דלהד"ס, ונדחק לדחות ביאור הגמ' ה' א', אבל אף לדידי' לא אשכחן למיעבד פלוגתא בין רמב"ח ורחב"א], וצ"ע, (וערש"י בחומש וברמב"ן דפי' כרחב"א וכדעת הרמב"ן), ולק' סק"ז נתבארו דברי הרמב"ן.

ב. ב"מ ה' א' ת"ש דתני רמב"ח כו' ומתו כולהו בפשיעה כו' לכא' הול"ל לא דא"ל מתה בפשיעה דבעינא שלומי לך, ולא הי' צריך להאריך בטענת המפקיד, ונראה דמשמע לי' למקשן דהודאה במקצת היינו הודאה גמורה שמודה לטענת המפקיד, וסתמא דמילתא, אין המפקיד יודע היכן פקדונו והוא תובעו ששייב לו הג' פרות, וא"כ ההודאה

רש"י דכולי קרא דעל כל דבר פשע, מקומו גבי מלוה, אבל ע"כ הא דכתיב ישלם שנים בט"ג בפקדון מיירי, ובאמת כולי, קרא בפקדון מיירי אף לפרש"י, ורק תיבות אשר יאמר כי הוא זה גבי מלוה, וה"ק על כל דבר פשע בפקדון, ועל כל אבידה, וכן אשר יאמר כי הוא זה במלוה, בכולהו צריך שבועה, וכבר נתבאר בזה לעיל סק"א, והנה כונתם לומר דלפר"ת וריב"א נחא דמיתוקם נמי בפקדון, אבל קשה לפירושם מנלן למילף מינה לדין מומחין במלוה, ולמה לן למימר עירוב פרשיות, ועמש"כ בזה בסק"א, - (לכא' הי' מקום לומר דהא דאר"י ט"ג באבידה משלם תשלומי כפל, זהו רק לשיטתו דכולי' קרא בפקדון, אבל לרחב"י דעירוב פרשיות כתוב כאן, ואיכא נמי מלוה בהאי קרא, תו ליכא ראי' לפרושי על כל אבידה לענין ט"ג, דאפשר לפרשה דומיא דמלוה לענין שבועה לחוד, אבל אין נראה כן מסוגית הגמ', ובאמת אף לר' יוחנן לא קאי ישלם שנים שנים אכי הוא זה, אע"ג דנשבע על כפירתו).

שם בא"ד והא דאמר בסוף המוכר את הבית גבי המפקיד כו' לכא' התם מוכח דיש חילוק בין כופר הכל דהחזרתי, לכופר הכל דנאנסו, דהא ס"ד שיפטר בהחזרתי בלא שבועה, ורק מכח החיוב שבועה דנאנסו, משתבע אהחזרתי, וא"כ מבואר חילוקו של ריב"א, ולפר"ת נמי ע"כ לומר דמדרבנן חילוקו כריב"א, ולא הצריכו שבועה אלא בנאנסו.

ד. **שבועות** מ"ה ב' מתוך שיכול לומר לו לא שכרתיך כו' פ"י דנאמר בלא שבועה, דהא דשכיר נשבע ונוטל הוא דוקא היכא דאיכא חיוב שבועה על בעה"ב, והחיוב שבועה הוא מחשש משקר, ומהני מיגו לאפטורי מחיוב שבועה דבעה"ב, וכיון דבעה"ב פטור משבועה, לא מהני טעמא דטרוד בפועליו לחוד, שיהא השכיר נשבע ונוטל, ולפ"י נחא משה"ק תו' ד"ה מתוך, דעיקר השבועה על בעה"ב מחשש משקר הוא,

כשיודע שאינן ברשותו, מיהו א"צ לזה אא"כ נימא דלכו"ע בעינן הודאה גמורה (במקצת) לכל תביעת המפקיד, אבל אין נראה כן, וכמש"כ דפשיטא דחשיבא הודאה, ועי' לק' ל"ד ב', דשבועה גבי מלוה אף אם הלואה טוען שהוא ברשותו, - מ"ש תו' דניחא לי' למיפרך מכל ד' שומרים, ר"ל דטפי הוה הוכחה כשצריך לדחוק דכל שבועת ד' שומרים לא מיתוקמא אלא בכה"ג, משא"כ מאורעות השנויים במשנה, דאין דוחק לאוקמינהו באופן דלאו הילך.

יש לרדק בהא דפריש בגמ' אופן השבועה בש"ש, ולא פירש בש"ח, דבהכי משתעי קרא דכי הוא זה, ואפשר כיון דקרא מיירי בט"ג, ע"כ לא מיירי בדטעין דכולהו מתו בפשיעה והי' צריך להאריך ולבאר דאותה שטוען נגנבה, קטעין המפקיד עלה שהיא ברשותו, ובאותה שמודה שפשע גם המפקיד יודע שאינה ברשותו, מש"ה נחא לי' לפרושי בש"ש, כדי שלא יצטרך להאריך באופן דט"ג.

יעזי' בשטמ"ק צ"ח א' בשם הרשב"א שצידד לומר דלרמב"ח נמי סגי בכפירה שטוען נאנסו, וחדא דלהד"ם דשמעתין לאו דוקא, ואין כן דעת ש"פ, ונראה דמסוגיא דלק' ב' נמי מוכח דכפירה דרמב"ח היינו להד"ם, דמדפריך מדתני רמב"ח ולא פריך מכל שבועת השומרים, ש"מ דהיכא דפשע וטוען נאנסו לא חשיב חשוד אממונא, משום דמשתמיט, וכדפרש"י, (או דמורי ואמר בדדמי, דסבור ששמר כראוי), ואם איתא דדרמב"ח נמי מיתוקמא בכפירה דנאנסו לחוד, א"כ היינו כשבועת השומרים לכו"ע, א"ו לדידי' משתבע אע"ג דקאמר להד"ם, ומש"ה פריך דחשיד אממונא, והדברים מבוארים בהדיא בגמ' דמייתי לה אכופר בפקדון עיי"ש.

ג. **ב"ק** ק"ז א' תוד"ה עירוב, וקשה דבריש סנהדרין כו' משמע דמפרשי לדעת

כמו בקציצה דנשבע בעה"ב, ולפ"ז אם נימא דלא מהני מיגו, והבעה"ב צריך לישבע, גם בזה מפכינן שבועה אשכיר, אבל למ"ש תו' דשייך מיגו כיון שטוען ברי, אפשר דרבא (דבסמוך) סבר דבזו ישבע בעה"ב ויפסיד שכיר, דנהי דלא אהני המגו לפטרו משבועה, אבל יש בזה עדיפות לטענת בעה"ב ולא עקרוה מיני, [אם נימא דטעמי' דרבא משום דלא אמרי' מיגו לאפטורי משבועה, ולא משום דהוי מיגו דהעזה, ועתוד"ה מתוך שיכול לומר להד"מ], מיהו אף למש"כ אפשר לקיים כן דמ"מ יש עדיפות ע"י המיגו לאוקמי ממונא ביד בעה"ב, ולפ"ז מצי רנב"י למיסבר כרבא (אם נימא דרבא פליג) ומ"מ מוקי רישא בראי', דבליכא עדים ישבע בעה"ב.

יש להבין מה שייך מיגו בכה"ג, הרי זה גופא מה שאמרו חכמים, דכשטוען להד"מ ליכא למיחש להצריכו שבועה, משא"כ כשטוען פרעתי, (כונתנו על שבועת בעה"ב, קודם הנדון דעקרוה), ואם האמת דכל מי שעלול לטעון פרעתי, גם יטעון להד"מ, א"כ הקו' על חכמים למה לא תיקנו שבועה גם בלהד"מ, וע"כ צ"ל דיותר יש לחוש שהרמאי יטעון פרעתי, וא"כ מה שייך מיגו [ועי' להלן דהא ל"ק], ולכאור' זוהי טענת רבא דזהו גופא מה שאמרה תורה דנאנסו חייב (משום דמעיו) משא"כ להד"מ והחזרתי, ואפשר דאה"נ, דודאי אף בדאית לי' מיגו דלא שכרתיך ראוי להשביעו, כמו בשכרו בעדים, אלא דכיון שמי שטוען אמת דפרע לו, הרי יכול לטעון להד"מ כדי להפטר משבועה, דשפיר עבד כל טצדקי ליפטר מן השבועה, ואינו חושש להעזה, כיון דידוע שהשכיר בא לגוולו, תו לא מצינן לחייב את הטוען פרעתי בכה"ג שבועה, דכיון שהטענות שוות, הרי זה כאילו מצריכים את הבעה"ב לשקר בדבריו, כדי להפטר מן השבועה, וזה חשיב מיגו, דהבעה"ב האמיתי טוען, שא"א לחייבו שבועה, בגלל שהי' דובר אמת, שהרי הי' יכול לטעון טענה אמיתית

בשפת שקר וליפטר, ולא דמי למיגו דמב"מ שהי' יכול לכפור הכל, דשפיר חשבינן לי' מיגו דהעזה לרמאי, ואילו הטוען אמת שפרע מקצת הרי לא יכול לשקר ולומר שפרע הכל, כללא דמילתא כל שמהלכות גזל שתי הטענות שוות, אין לחייב את הדובר אמת בפיו, יותר מהמשקר, וע"ז פריך רבא דמשבועת השומרים דאצריך רחמנא יש ללמוד דאין לחוש לטענה זו, וכיון דאיכא הכא חשש משקר, כמו באפקיד בשטר, שפיר מחייבינן בכל גונא שבועה, וניחא נמי הא דאמר רמב"ח כמה מעליא הא שמעתתא, דיש כאן סברא מחודשת, ולא דין מיגו בעלמא, ועי' שבועות ל"א א' בדין מדבר שקר תרחק, ועי' לק' ס"ק י"א בשם הר' יונה סברא כע"ז, שו"ר בספר אאמור"ר שליט"א ב"מ ס"ג סק"א כעין זה, אלא דשם פירש משום דסבור לומר אמת, והיינו אף כשבאמת פשע או לא נתן לו שכרו, ולעיל כתבנו רק מפני האדם שאומר אמת באמת, ולפ"ז לא נצטרך לחדש בדדמי גבי שומרים, וכן גבי בעה"ב דפטרינן לי' מעיקר השבועה שנתקנה גבי' בלא הטעם דטרוד בפועליו, מיהו הכל עולה לענין אחד, (ויש עדיפות לפי' אאמור"ר שליט"א דהסבור לומר אמת מתירא מן השבועה, ויעדיף להעזיז כדי ליפטר מן השבועה).

והנה מהא דקאמר רמב"ח כמה מעליא הא שמעתתא, הבין רבא דס"ל שזוהי סברא כללית לומר מיגו בכה"ג, דאם שבועת השומרים נשבעין בכה"ג, אלא דמסתברא להו לרו"ש ור"י דבתקנתא דרבנן אוקמוהו אדיני' במיגו כל דהו, אין מקום לשבח האי שמעתתא, דאין כאן סברא שמחייבת לומר כן, דה"נ היו חכמים יכולים לתקן דומיא דדאורייתא, ולומר דלא מהני מיגו, אלא דמסתבר להו שלא אמרו חכמים את הדבר להחמיר אלא להקל, כיון דעיקר טעמי' התקנה שקולין ובהצטרף טעם כל דהו פטור, ואפשר דרמב"ח סבר דאי לאו דבעלמא אמרי' מיגו

מפני טרדתו, מ"מ כיון שהוא והשכיר יודעים האמת, צריך הוא להעזה כדי לטעון כן, ושפיר אמרי' מגו דלא שכרתיך מעולם, שהי' מעדיף לטעון כן דמהימן טפי, דלא חשדינן לי' בטועה מחמת טירדא, וכ"כ הרשב"א בשם הר"י, (ואין להקשות א"כ למה לא תיקנו שבועה בלא שכרתיך מעולם, כיון דמעיו דלא תיקנו אלא בדידיעין שנתייב לו, ואיכא רגלים לתביעתו), ולפ"ז מתפרש כמ"ש להלן בדברי הרמב"ן דתלמודא לא חש לשנויי קו' דרבא דידוע בעלמא דלא אמרי' מיגו דהעזה.

ה. הרמב"ן הביא פי' רבינו שרירא גאון דרבא מודה לדרוש"ש אלא דס"ל דטעמייהו משום דלא אלימא חששא דבעה"ב טרוד בפועליו, ובמקום מיגו לא תקינו לי' רבנן, אבל רמב"ח סבר דה"ה בדאורייתא מדקאמר כמה מעליא כו', והחידוש הוא דמהני מיגו במקום דאיכא למימר שטועה, עיי"ש, וסיים וזה הפי' אינו נכון, ונראה הטעם משום דלפ"ז רמב"ח ורבא ס"ל דאמרי' מיגו דהעזה מנאנסו ללהד"ם, אלא דרבא סבר דבדאורייתא לא מהני מיגו היכא דאמר בדדמי, וא"כ נמצא דטעמא דנאנסו נשבע בשומרים משום דאמר בדדמי, ובב"ק ק"ז א' אמרו הטעם משום דמעיו, ועוד דלפ"ז לא הו"ל לרבא למימר מאי מעליותא, כיון דמודה דמעליא הא שמעתתא, והול"ל מאי דעתך דה"ה בעלמא א"כ שבועת השומרים כו', ועוד דכיון דטעמייהו דרו"ש משום סברא מיוחדת בהאי תקנתא, לא הו"ל לתלמודא למיסתם, דכיון שאין כאן מחלוקת בסברא, אלא דיש כאן טעם מצד אחר אורחא דתלמודא לפרושי, משא"כ אם זה תלוי בסברא ששייך לדון בה או ביישוב דחוק בברייתא דבזה שפיר מניח בקשיא, אע"פ שיש יישוב, ועוד דאם רבא ידע יישוב לדרוש"ש לא הו"ל לסיומי מילתי' באוקימתא דרמב"ח בדאפקיד בשטר, אבל אם גם רבא לא ידע ליישב, שפיר סתום הכא כדסלקא להו לרמב"ח ורבא, ועוד דכיון

כה"ג, לא היו מחדשים כן בבעה"ב כיון דטרוד בפועליו ולא מהני כ"כ מיגו, אלא כיון דס"ל דבעלמא ליכא שבועה כה"ג, ס"ל דה"ה הכא דפטור, דהיכא דליכא תקנתא דשבועה גבי בעה"ב, לא אמרי' דעקרוה למיתב לשכיר, אבל רבא סבר דדוקא הכא מהני האי מיגו, (ואפשר דהיינו דוקא משום דשכיר נשבע ונוטל, דבכה"ג מעיו בעה"ב כיון שסבור לומר אמת, ואינו רוצה להפסיד, אבל כשיש לו עצה לישבע אינו משקר, ולכן לא חשיב מיגו גבי שומרים לפטור משבועה דכל המיגו הוא למי שטוען אמת וכמשנ"ת, אבל הכא כיון דנטלו משכיר שוב לא הצריכו שבועה לבעה"ב, ולפ"ז בקציצה לעולם ישבע בעה"ב, אף באופן שפרעו מה שאומר שקצץ והו"ל כופר הכל כיון דמעיקרא שבועה גבי בעה"ב וצ"ע בזה בסוגיא), ואפשר דרבא ורמב"ח סלקי להו שמעתתא בתיובתא דברייתא דרב"ש, ויש קצת משמעות לזה מדקאמר מכלל דתרוייהו ס"ל כו' ואם להלכה ס"ל דליכא שבועת השומרים בכה"ג לא הו"ל למיגמר האי דינא דודאי הכי הוא בכל שומר, אבל כיון דהאי דינא לא קאי, שפיר קאמר דמ"מ מדבריהם נלמד ד"ז, ועכ"פ לדינא נקטו הראשונים ז"ל דאיתא לדרוש"ש ור"י, וכדמשמע שינויא דרנב"י, דלא קאמר לעולם אימא לך כו' אלא בלשון מוחלט, וגם לא קאמר רנב"י אמר, (וגם דבתרא הוא), וכבר נתבאר מכל הנ"ל בראשונים ז"ל עיי"ש.

ואפשר דטעמייהו דרו"ש ור"י משום דלא חשיב כ"כ מיגו דהעזה כמו בנאנסו, בין למש"כ דהנדרון בטוען אמת, דהשומר שידוע שנאנסו ג"כ אינו מעיו כ"כ לטעון להד"ם, כיון שבאמת צריך הוא להשיב לבעלים מה נעשה בפקדונו, ואין טענת המפקיד היכן פקדוני, כטענת השכיר שקיבל שכרו ובא לגולו, דהתם שפיר טוען כל טענת העזה כדי לינצל מן הגולן, ובין אם הנדרון ברמאי, דבעה"ב הטוען בשקר פרעתין ג"כ מעיו הוא, ואע"פ שיש מקום לתלות ששכח

דבמב"מ לא אמרי' מיגו דהעזה א"כ מה הפשיטות לדמות העזה דנפקד להעזה דבעה"ב, וכמש"כ לעיל סוסק"ד.

והרמב"ן פי' דבאמת התשובה על קו' דרבא היא דלא אמרי' מיגו דהעזה, ולא חש תלמודא לפרושי הכא דידוע בעלמא דלא אמרי' מיגו דהעזה, דטעמא דנאנסו חייב בפקדון משום דמעיו, אבל להד"ם פטור משום דאינו מעיו, ולפ"ז יש לפרש דגבי בעה"ב לא חשיב מיגו דהעזה לומר לא שכרתיך מעולם, כיון דמעיו לומר פרעתך, אע"פ שהשכיר מכיר בשקרו, ומה שיש לדנו לכוף זכות מפני טרדתו, אין זה מגרע בהעזתו כיון שמשקר במזיד וגם השכיר מכיר בשקרו, וברצון הי' טוען לא שכרתיך דנראה יותר כאומר אמת, וכ"ש כשסבור לומר אמת וכמ"ש הרמב"ן דמה"ט אמרי' מיגו אע"ג דטעמא דלא מהימנינן לי' הוא משום דאמר בדדמי וכמשה"ק תו', (ועי' לעיל סוסק"ד), ברם צ"ב א"כ מ"ט ל"ק לי' לרבא ממודה במקצת, ולכאור' צ"ל דידע רבא דממודה במקצת לכופר הכל חשיב מיגו דהעזה, אבל סבר דנאנסו כיון שאינו מודה בחיובו כלל חשיבא נמי העזה, דכל שמסלק עצמו מחיובו לבעלים לגמרי יש כאן העזה, וא"כ יש לו מיגו דלהד"ם, אלא דכיון דאמר בדדמי לא אמרי' מיגו, והשתא דאמרת דאפי' בדדמי אמרי' מיגו א"כ שבועת השומרים דחייב רחמנא היכי משכח"ל, ולפי האמת דטעמא דשבועת השומרים לאו משום בדדמי, אלא משום דמעיו, לק"מ, א"נ י"ל דרבא סבר דבכל מילי אמרי' מיגו דהעזה, וטעמא דמב"מ משום דאיכא רגלים לתביעתו וכמ"ש הרמב"ן לטעמי' דרמב"ח, והכי משמע יותר בלשון הרמב"ן, מיהו לפ"ז צ"ב מ"ט דרבא דאמרי' עירוב פרשיות, ואין לומר דסבר דנאנסו חשיב לעולם דאיכא רגלים לתביעתו דא"כ בדין הוא שלא יועיל מיגו כמו במב"מ וגם מדרמב"ח מוכח דנאנסו לא דמי למב"מ, ואם נימא דקרא מתפרש דוקא בכפירה גמורה

דלהד"ם והודאה וכמש"כ סק"א, וכ"ה באמת אליבא דרמב"ח (ויש לפרש כן גם דעת רבא) י"ל דלא משמע לי' לפרושי דליכא שבועת השומרים כלל, ועיקרה רק מגלגול דמב"מ, (ואפשר דלרמב"ח גם מסקנא הכי הוא וליכא משום דאמר בדדמי)

ו. כתב הרמב"ן דלרמב"ח לשיטתו דבעינן ג' פרות ל"ק שבועת השומרים היכי משכח"ל, דהא אפי' יטעון להד"ם חייב שבועה מדין מב"מ, וה"ה לרחב"א לשיטת הרמב"ן דסגי לי' בב' פרות עי' לעיל סק"א, דאם יטעון החזרתי אכתי חייב שבועה, ומיגו דנאנסו כולן לא אמרי', וע"כ טעמי' כמ"ש הרמב"ן אליבא דרמב"ח דכיון דאיכא רגלים לתביעתו חייבתו תורה שבועה, ומיגו דנאנסו כולן לא אמרי', וע"כ טעמי' כמ"ש הרמב"ן אליבא דרמב"ם דכיון דאיכא רגלים לתביעתו חייבתו תורה שבועה, ולא מהני מיגו דכופר הכל או נאנסו כולן.

ויעוי' בספר מרן זללה"ה חו"מ ס"ה סק שהק' על ראית הרמב"ן מט"ט"ג באבידה, דע"כ לא מיירי שטר, דשפיר משכח"ל חיוב שבועה בלא שטר בג' פרות וכדרמב"ח, דליכא מיגו כיון דבלא"ה חייב שבועה, ובזה י"ל דדוחק לאוקומי קרא רק בדאיכא בלא"ה גלגול שבועה, דהא כיון דעירוב פרשיות כתוב כאן, הרי לא הוזכר בעל כל אבידה ענין מב"מ כלל, והיכי כתב ב"י ונקרב בעה"ב, מיהו לדעת הרמב"ן בדרחב"א משכח"ל גם בלא גלגול, דאטענת נגנבה גופה חייב שבועה, וכגון שהודה במקצת, אבל גם זה דוחק לאוקומי לדידן קרא דעל כל אבידה במב"מ, ועדיפא מינה י"ל דא"כ מ"ט אמרי' עירוב פרשיות כתוב כאן, הא ע"כ לכו"ע על כל אבידה במב"מ מיתוקמא, ושפיר קאמר קרא על כל אבידה אשר יאמר כי הוא זה, א"ו קרא מתפרש דומיא דאינך, דאיכא שבועה בטענת נאנסו לחוד, (מיהו משכח"ל באופן רחוק דאיכא עדים דלא אהדר לי' כגון שלא

דשם ב' מייתי מדרבב"ח דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא ומשני דאשתמוטי קא משתמיט סבר משכתנא לגנב א"נ משכחנא לי' באגס, ולפרתו' הא ע"כ מיירי בדאית' קמן, ובדוחק גדול י"ל דס"ל לרבב"ח דלא אמרי' מיגו דנאנסו, שאינו ממציא ברצון מעשה שלא הי', דחושש שיתפס בשקרו, משא"כ להד"ס והחזרתי, וזו סברא הפוכה מדרבב"י, ולא מסתבר להמציא כזאת.

ומכח קו' זו הוכיח הרמב"ן דרבב"ח לית לי' דרבה, [עיי' חדושי הרמב"ן שבוועות מ"ה ב' ובהשמטה שם בסוף המס' ועיי' להלן מה שנתבאר עוד בזה דמפרש כן בדברי הגמ' ב"ק שם], אף בגונא דאית לי' מיגו חייב שבוועה במב"מ, דטעם החיוב כיון דאיכא רגלים לתביעתו רמא רחמנא שבוועה עלי', ולא מהני מיגו דבהכי חייבי' רחמנא, דהא עיקר דינא דרבב"מ שחייבתו תורה מיירי בדאית לי' מיגו, ואפ"ה אמרה תורה דישבע, כיון דחזקה א"א תובע אא"כ יש לו, ויש רגלים שתביעתו אמת, משא"כ בכופר הכל דאין רגלים לתביעתו ואין להצריך שבוועה על כל תביעת אדם בעולם, [אבל בטענת נאנסו אינו נשבע אפי' מב"מ, דטענת שמא היא, דאין הבעה"ב יודע, ואפי' טוען ברי שמתו בפשיעה עיי' ב"מ ה' א', לא חייבתו תורה שבוועה, ואפשר דשאני תביעת ממון דשייך טפי לחשוד את המוחזק במעות שמעכבן שלא כדין, ואשתמוטי קא משתמיט, אבל בנדון מעשה שאירע איך היה, הבעה"ב והשומר שוין, דגם בעה"ב עלול לטעון פשעת כמו השומר נאנסו, ואין לחייבו שבוועה מפני טענת בעה"ב], ולפ"ז אפי' בבנו דמעיו חייב שבוועה, דלעולם אית לי' מיגו וחייבי' רחמנא בהכי, כ"כ הרמב"ן (מיהו בטוענו שמא אפשר דיש לדמות לטענת נאנסו דלא חייבי' רחמנא, ולע"כ עיי' בסוגיא דגיטין), והנה הרמב"ן אזיל לשיטתו, דרבב"ח בסוגיא דשבוועות מ"ה ב' אית לי' מיגו דהעזה למיפטר משבוועה, ולדידי'

זוה ידם מתוך ידו, אלא דכל כי האי הו"ל לגמ' לפרושי וגם לא מוקמינן קרא בהכי, - גם יש מקום לדון דאגלגול שבוועה אין כפל בט"ג, ולא דמי לרבב"ח דלדידי' ע"כ שבוועת השומרים מדין גלגול היא, דאם שבוועת השומרים היא בצירוף ההודאה במקצת א"כ מנ"ל דאיכא שבוועה במב"מ לחוד, דילמא דוקא בדאיכא הני תלת איכא שבוועה, וכיון דס"ל דרבב"מ לחוד חייב שבוועה, ע"כ דשבוועת השומרים רק מדין גלגול אתיא, וכיון שכן אין לחלק מאיזה חיוב נתגלגל, אבל לדידן (ולרחב"א) איכא למימר דליכא כפל בשבוועת גלגול, מיהו למ"ש הרבב"ד דאם מחל לו על השבוועה באותה שכפר בה חייב שבוועה על ההיא דנאנסו, א"כ יש לדון דאף לרבב"ח ליכא כפל ע"י גלגול, אבל מפשטות הראשונים ז"ל מבואר דפשיטא להו דבכל ענין שנשבע חייב כפל, וכמ"ש אאמו"ר שליט"א, מיהו בלא"ה אין בזה יישוב לקו' מרן זללה"ה דבכה"ג נשבע שבוועת השומרים על הנאנסו, דכיון דלית לי' מיגו, מפני שבלא"ה יצטרך לישבע ע"י גלגול, חזר החיוב שבוועה משום נאנסו, והו"ל שבוועת השומרים, (אלא דדוחק לאוקומי קרא בכה"ג).

ז. בתו' ב"ק ק"ז א' הקשו דלרבב"ח יהא נאמן על אותה דכפירה במיגו דנאנסו, דאז הי' פטור משבוועה, ותימצו כגון דההיא דכפירה קמן, ולפ"ז צ"ל גם בכל מב"מ בפקדון דחייב שבוועה לרבב"ח דאיירי בדאית' לכפירה קמן, דאל"כ אית לי' מיגו דנאנסו, מיהו בההיא דסלע הלויתני ומנורה בת עשרה ליטרין י"ל דלא שייך לומר נאנסו, ולהיות מב"מ, וע"כ הוא כופר הכל, אבל בעשר גפנים דוחק לאוקומי בדאיכא קמן עשר שהמפקיד טוען דהנהו נינהו, וכן בז"א עד הזיז קשה לפרש כן, ועו"ק דרבב"מ ה' א' מוקמינן דלרבב"ח בדא"ל ג' פרות מסרתי לך ומתו כולן בפשיעה, ולפרתו' טענת המפקיד שקר, דחדא איתא קמן, ול"מ כן כלל, ועו"ק

כו"ע ל"ל דרבה וטעמא דמ"ד עירוב פרשיות כתוב כאן הוא משום (דסבר דבנאנסו ראוי להשביעו משום דאמר בדדמין, ולא מסתבר לי' לאוקומי קרא במב"מ ונאנסו, ולומר דליכא חיוב שבועה משום נאנסו כלל, דפשטי' דקרא דעיקר השבועה על נאנסו ולרחב"א [אליבא דהרמב"ן לעיל סק"א] י"ל דרבא סבר דבכל נאנסו חשיב דאיכא רגלים לתביעתו ומה"ט קשיא לי' אדרו"ש) ועי' להלן עוד בדברי הרמב"ן.

לכאוי אפשר לפרש דמודה רמב"ח דאין לחייב מודה במקצת היכא דאית לי' מיגו דכופר הכל, וכדקשיא לי' לרבה שזה סותר לכללי מיגו שבתורה, ולא מהני דבהכי חייביה רחמנא, דמ"מ נמצא שאנו מחייבין אותו מחמת הודאתו אע"ג דמשיב אבידה הוא, [וגם יש לדקדק מהא דפשיטא לן ב"מ ה' א' דלרחמב"ח דין הילך כמו לדידן, ואמאי הא לדידי' טעם החיוב משום דאיכא רגלים לתביעתו ואיכא למימר דה"ה בהילך, אבל לטעמא דאישתמוטי י"ל דהילך ככופר הכל דמי, כיון שמסלק עצמו מכל שעבוד לבעל חובו, מיהו יש לדחות, וצל"ע בסוגיא וכן דר"ח קמייטא אתיא כדרכה], מיהו היינו דוקא כשיכול לכפור את הדבר המחייבו, דהיינו ההודאה, דבזה חשיב עיקר חיובו ע"פ עצמו, אבל בטוען להד"ם לא מהני לי' מיגו דנאנסו, דעיקר חיובו מפני הודאתו דרגלים לתביעתו, ובדין הוא דנאנסו כה"ג נמי ליחייב, אלא שהתובע שמא, והשתא לענין להד"ם דהתובע ברי לא מהני מיגו, דלית לי' מיגו לכפור הכל ולבטל ההודאה המחייבתו, דאינו מעיז, ואפשר דזה נלמד מקרא דנקט שבועת נאנסו בהדי כי הוא זה, ונתקשו בזה הראשונים ז"ל, ואפשר דאתא למימר דנהי דנאנסו לחוד אינו מחייבו שבועה, אבל בהצטרף תביעה נוספת צריך לישבע גם על זה, דבאמת צריך הוא לברר גם טענת נאנסו, אלא דלא אלימא כ"כ להצריכו שבועה בטענה זו לחוד, וכיון שכן

אין להסתייע במיגו דנאנסו לפטרו מן השבועה, דנאנסו גופי' אינו פטור גמור, והיינו דאמרה תורה דבראיכא כפירה ישבע, ואע"פ שידוע שיכול לטוען נאנסו, דאדרבא אף על זו שטוען נאנסו ישבע, [ואין מזה קר' למיגו בעלמא, דהתורה אמרה שטענת נאנסו שקולה היא, ואינו נפטר אלא כשטוען כך, אבל הבו דלא לוסיף עלה לפטור במיגו דידה, דהיא גופה צריכה שבועה כשאפשר לגלגל עליו ממקו"א].

ובמב"מ בפקדון בב' פרות דלא מהני מיגו דנאנסו כולן, אפשר דס"ל לרמב"ח דחשיב מיגו דהעזה לכפור בכל חיובו, ומש"ה לא חשיב משום אבידה במגו דנאנסו כולן, [ומיגו דנאנסה אותה דכפירה כבר נתבאר לעיל דלא מהני], וזה מתיישב עם דעתו דאמר' מיגו מנאנסו להחזרתי, כיון דבתרווייהו כופר בכל חיובו, ואפשר דאיכא סברא זו לכו"ע, דנה דנקטינן דמעזי לומר נאנסו, מ"מ המב"מ אין לו מיגו דנאנסו, דמ"מ חשיב טפי כפירה ואינו מעיז, א"נ צ"ל דס"ל דלא מהני מיגו דלהד"ם אלא בכעין מיגו דאי בעי שתיק דהיינו שלא יסכים כלל לתביעת המפקיד, אבל כשצריך לחדש עובדא כדי ליפטר, תו לא חשבינן לי' משיב אבידה, וחזר הדין כמו בג' פרות דאפשרות של טענת נאנסו לא מהניא.

ולפ"ז רמב"ח נמי אית לי' דרבה, ולית לי' מיגו דהעזה, והא דאמר אליבא דידן מיגו מנאנסו להחזרתי, אפשר דס"ל דלא חשיבא העזה, כיון דבתרווייהו אינו מודה שחייב לו כלום, והא דנשבעין אנאנסו, משום דאיכא רגלים לתביעתו, דהשומר צריך להוכיח שנפטר, משא"כ בלהד"ם והחזרתי, א"נ משום דאמר בדדמי, וא"נ כמש"כ סק"ד דכשסבור לומר אמת יש לו מיגו דהעזה, ועיי"ש בזה, [ולפ"ז נחא נמי טפי טעמא דמ"ד עירוב פרשיות (לדעת רמב"ח), דכיון דכו"ע אית להו מיגו, ס"ל דאם נאנסו פטור, ראוי לפטרו במיגו דנאנסו, או דס"ל דאי קאי אפקדון יש

לפרש הכפירה בנאנסו מקצת (בלא להד"ם) וזוה אית לי' מיגו דנאנסו כולן, וע"כ דנאנסו נמי חייב משום דמעיו, ולמש"כ סק"ד רמב"ח אף ידע דטעמי' כדרכה ומשום דמעיו, מיהו עי' להלן ההוכחות לפי' הרמב"ן.

ברם יעוי' ברמב"ן בהשמטה סוף שבועות דביאר דעיקר ההוכחה לומר עירוב פרשיות כתוב כאן, היא מכח הקו' דאי נאנסו פטור א"כ לעולם אית לי' מיגו דנאנסו, והיינו דקאמר אבל בפקדון מעיו ולעולם אית לי' מיגו, וכונתו ז"ל דאי משום דמעיו לחוד הא אשכחן כופר הכל בבנו דמעיו ופטור, וא"כ מכח זה אין לחייב נאנסו אע"פ שמעיו, ומטעם זה חידשו הראשונים ז"ל סברת בדדמי בנאנסו, [דזה מבואר ברמב"ן גם בלא סוגיא דרמב"ח ורבא מ"ה ב'], דזהו הטעמא דקרא לחלק בין כופר הכל בבנו דמעיו ופטור, לכופר הכל בנאנסו דחייב, ולפ"ז מבואר מאי דנקט הרמב"ן דרמב"ח לית לי' דרבה, שהרי עיקר טעמא דעירוב פרשיות הוא משום קו' מיגו דרבה, וע"כ דרמב"ח לא חייש לקו' זו.

והנה לפי' הרמב"ן ביאור הגמ' ב"ק ק"ז א' דקאמר וגבי מלוה הוא דאיכא למימר הכי אבל גבי פקדון מעיו ומעיו, היינו דבפקדון ליכא למימר הכי כמו במלוה דלא יתכן שיהא מב"מ חייב וכופר הכל פטור, דכיון דמעיו קיימא קו' דרבה, אבל אין לפרש אבל בפקדון כיון דמעיו יש לחייב שבועה גם כופר הכל, דאף בגונא דמעיו כופר הכל פטור, וגם מענינו מוכרע דקאמר דבפקדון ליכא למימר (כדרכה), ודאיתאן עלה זכינו לטעמי' דהרמב"ן דנקט דלרחב"א סגי בב' פרות ונתקשינו מנ"ל לעיל סק"א, ולפ"ז ניחא דדברי הגמ' מתפרשין דבפקדון יכול לכפור הכל כמו המקצת משום דמעיו, וזה מתפרש ע"כ בטוען במקצת נאנסו, דבכופר מקצת בלהד"ם לא הול"ל דמעיו לכפור הכל, דבזה פקדון ומלוה שוין, אלא שיכול לכפור מטעם אחר דיאמר

נאנסו, והול"ל אבל בפקדון אית לי' מיגו דנאנסו, א"ו מדקאמר סתמא מתפרש דבפקדון דומיא דמלוה מעיו למיכפר ככולי, וע"כ מיירי בטען במקצת נאנסו, ולמאן משני הכי הא לרמב"ח לא מיירי במקצת נאנסו, דלדידי' בעיקר הדברים אפשר לפרש טעמא כדרכה דהא לא ס"ל מב"מ בפקדון אלא דומיא דמלוה, א"ו לרחב"א קאמר, דדרחב"י פליגא עליה דמחלק בין פקדון למלוה ולא מפרש ב' כבמלוה משום דבפקדון ליכא טעמא דרבה, ולפ"ז לא הוזכר בגמ' טעמא דנשבע בכופר הכל דנאנסו, דטעמא דהעזה נאמר רק על המיגו ממקצת לכולו, ושפיר נחתו הראשונים ז"ל לטעמא דבדדמי, [או דמורי ואמר שאינו נהנה ומעכב לעצמו משל חבירו כלום, וכמ"ש הרמב"ן שבועות מ"ב ב'], שו"ר שהדברים מבוארים בדברי הרמב"ן מ"ב ב' עיי"ש ד"ה והא דאמר רבה, (וק"ק מנ"ל לרחב"א דין מב"מ בכפירה במלוה ופקדון, דילמא דוקא בטענת נאנסו חייבי' רחמנא משום דמעיו, אבל בכפירה, חזקה אין אדם מעיו אפי' במקצת, וי"ל דמסתבר לי' דעיקר החיוב מפני ההודאה במקצת ולעומת אינו מעיו איכא חזקה א"א תובע אא"כ יש לו).

ובעיקר החילוק בין נאנסו לכופר הכל אפשר לומר משום דבנאנסו יש רגלים לתביעתו דהשומר צריך להוכיח שנפטר, משא"כ בכופר הכל וכמ"ש הרמב"ן, דהדין נותן שלא יהא כל אחד משביע את חבירו בטענה שאין לה רגלים ותביעה שאין בה אמתלא, תדע דהשומר נשבע על טענת שמא, ובעלמא אין חיוב על טענת שמא, ולפ"ז לא בעינן למימר דטעמא משום דאמר בדדמי, אלא שאפשר להוסיף טעם זה לשבח וכלשון הרמב"ן שאינו מדקדק על עצמו מפני שאין הלה יודע ומכיר בדבריו, והרווחנו בזה שאין כאן סברא מחודשת שלא הוזכרה בגמ', אלא אותה סברא המחייבת במודה במקצת מחייבת בנאנסו.

ואפשר להעמיד דברי רמב"ח כמש"כ לעיל, דדברי רבה לא באו לאפוקי מדרמב"ח, ובלשון הגמ' ב"ק שם ע"כ צריך לפרש דלא אתא לפרושי מ"ט לא קאמר כרחב"א אם ננקוט כדעת תו' דרחב"א כרמב"ח ס"ל, [ובתו' הביאו דבספרים ישנים ליתא לתיבות אלון], שהרי לדידי' נמי המב"מ הוא במידי דאינו יכול להעזי, אלא שיש לו עצה לטעון נאנסו, וכמש"כ לעיל, (ומש"ה לא קאמר מ"ט דרחב"א אלא ומ"ש מלוה), אלא לבאר עיקר הדברים מ"ש מלוה דבפקדון אין לחלק בין מב"מ לכופר הכל ואמנם כו"ע מודו בזה, ומש"ה הוצרך רמב"ח לדחוק בג' פרות, וזה לא הוצרכו לבאר בגמ' מ"ט לא ניחא לי' בהכי, אם משום דדוחק לפרש כן, או משום דמ"מ איכא מיגו דנאנסו, (ולהאמור נתבאר נמי מה שדחקו לרש"י לפרושי דבפקדון דומיא דמלוה מעזי, דס"ל דרחב"א כרמב"ח, וא"כ נמצא דתלמודא קאמר דבמודה במקצת דמוקים רמב"ח ליכא למימר כדרכה, ואמאי הא לדידי' מיירי בכפירה גמורה, [ומיגו דנאנסו זה ענין אחר, ואינו שייך לדרכה וכמש"כ לעיל], א"ו אף בכפירה גמורה מעזי בפקדון, וע"ע בריש סנהדרין דג"כ מתפרש כפרש"י בחילוק שבין מלוה לפקדון, לענין ג' ומומחין עיי"ש ברש"י).

ח. **דין** שבועת השומרים דנאנסו הוא אף בגונא דאינו מעזי, דהא הטעם המחייב בנאנסו הוא משום דאיכא רגלים לתביעתו וכמש"כ, אבל הא דאינו מעזי אינו פטור, דה"נ אין אדם תובע אא"כ יש לו, (ועי' ב"מ ה' א' דהמפקיד טוען שמתו כולם בפשיעה, ואם נפרש שטוען ברי, א"כ לא בעינן ג' פרות, דגם ההיא דנאנסו חשיבא כפירה, ואם נימא דכפירה היינו דוקא להד"ם או החזרתי, יש לדקדק מכאן דאיכא שבועת השומרים אף בטענת ברי), והרמב"ן בהשמטה סוף שבועות הק' דהיכא דטוען המפקיד בפני פשעת יהא נאמן במיגו דלהד"ם או החזרתי

היכא דלא אפקיד לי' בשטר, אבל ל"ק לי' דליכא שבועת השומרים וכמש"כ, ובכה"ג בלא"ה פשיטא דע"י טענת המפקיד שפשע לא יפה כחו ליפטר מן השבועה, שהרי השבועה אינה מכח תביעת המפקיד, וכי בשביל שטוען המפקיד שפשע יפה כחו של זה, אבל אכתי מיגו אית לי', ותירץ הרמב"ן דאפי' נאמינו דבאותה שעה שטוען המפקיד שפשע דבאמת שימר כראוי, אכתי חייב שבועת השומרים על שאר משך זמן השמירה, ויש ללמוד מזה דהיכא דלא שייך לחייבו שבועה אלא על אותה שעה שטוען המפקיד, באמת נאמן במיגו דהחזרתי, ועש"ך סי' ע"ב ס"ק קט"ו [שהעיר ע"ז הגרא"ז ז"ל בהגהותיו], ובפשוטו יש לפרש כונתו שיודע שפשע כל הזמן, א"נ י"ל דלפי הפירות יודע שלא היו עלולים ליפסד אלא בפשיעה, ולפ"ז באמת הנדון איזה פירות הפקיד גביה וא"כ לא תליא בשבועת השומרים, ולע"כ בההוא ענינא ושוע"ע סי' צ"ב ס"ח ובש"ך וקצה"ח ונה"מ שם.

ט. **ב"ק ק"ז א'** תוד"ה עירוב, והנהו דהתם לאו מידי דכפירה ניהו, אפשר לפרש דהיכא דהאמינו תחלה וכופר בהאמנתו אינו מעזי, דלנהוג בהיפוך כלפי חבריו המאמינו יש בזה כפיות טובה ועזות, (כמ"ש רש"י גבי מלוה) וכן פי' הש"ך בכללי מיגו סו"ס פ"ב ולכאו' ה' נראה דהחילוק דבהני הרי לפי טענת הבן תפסה בגזלנותא, וכן בעיזי, ולכן אם האמת כך, לא נוסף העזה, אם טוען מידי דידע ב', משא"כ בנאנסו שאינו חושדו בגזלנותא, ואינו מעזי לכופר להיות כגולן (ובמב"מ ניחא בפשיטות) מיהו בההיא דעיזי משמע שהי' ידוע שאכלו חושלי, ורק הנדון משום דקטעין טובא, וכיון דאינו חושדו על עיקר התפיסה שהיא בגזלנותא, י"ל דחשיב מיגו דהעזה לטעון לקוחים הם בידי, ויעוי' בתו' הרא"ש בשטמ"ק שכ' לחלק בין היכא דבלא"ה מעזי להחזיק בשל חבריו, לבין היכא דבא לפטור עצמו מתשלומין, דזה לא חשיב

דצריך דוקא ג' פרות וכמו שצדדו לפר"ת, או דאיכא נפ"מ בשבועה דנאנסו, דאל"ה למאי הלכתא כתבי רחמנא, וע"ז הקשו ותיירצו].

י. **דעת** הרמב"ן בהשמטה סוף שבועות דעזי דאכלי חושלא הוה מיגו דהעזה, ומהני האי מיגו להאמינו בשבועה, דמהא דהצריכה תורה שבועת מב"מ אין ללמוד דמיגו דהעזה לא מהני כלל, ואע"פ שבשבועה נאמן גם בדליכא מיגו, מ"מ אין להוכיח מזה דלא מהני המיגו כלל, אפי' לאוקומי ממונא גבי, ולפי דבריו ההוא דתפס צריך לישבע שבועה כעין דאורייתא, ואם הי' הדין דנשבעין שבתורה נשבעין ונוטלין הי' חייב שבועה דאורייתא, וכמ"ש בחידושי פ' כל הנשבעין דמה"ט לא מיחייב שבועה דאורייתא, וביאר אאמו"ר שליט"א בס"ג סק"ב דאין ר"ל דבמיגו דהעזה סגי לאוקומי ממונא אלא שעדיין יכול לתבוע החיוב שבועה כיון שאין זה בירור גמור ושייך לחייבו לברר הדבר ע"י שבועה, דא"כ מ"ט משואיל"מ, הא אית לי' מיגו דכופר הכל [וגם באיני יודע חיובו משום דלא מהימנינן לי' שאינו יודע], ואע"פ שאינו יכול להוסיף בירור ע"י שבועה, מ"מ אין להוציא ממנו כיון דאית לי' מיגו, א"ו מיגו דהעזה לחוד לא מהני אפי' לאוקומי ממונא גבי, ורק עם השבועה מהני, [ומשה"ק ע"ד הר"ן א"כ מאי פריך אקו' דרבא, הא בפשוטו ניחא אפי' אם אין תקנת שבועה על בעה"ב כלל, מ"מ א"א שיועיל המיגו דהעזה ידי' בלא שבועה, ושפיר פריך רבא דהיכי מהני בלא שבועה, י"ל דאם לא היתה תקנת שבועה על בעה"ב, שפיר י"ל דכיון דתקנת נשבע ונוטל דשכיר ליתה בכה"ג בטלה התקנה וחזר הדין למקומו דבעה"ב פטור בלא שבועה, דהמיגו דהעזה הועיל לבטל תקנת חכמים, ואע"פ שלא הועיל לברר בירור גמור, מ"מ כיון דליכא תקנת חכמים, חזר הדין לדאורייתא דפטור, ואין לנו לחדש דמ"מ ישבע להעמיד טעם תקנת חכמים, אבל כיון

כמעשה גזילה, ולכן אינו מעיז לכפור [וערמב"ן שבועות מ"ב ב' שהזכיר סברא זו לטעמא דחייב ושבועה בנאנסו טפי מכפירה שו"ר דיש לדון בזה דאפשר לפרש כונת הרא"ש אף בחוב ולא רק בנאנסו דלא משתרשי לי' ועי' לק' ס"ק י"א בזה], וזה כעין מש"כ, אלא דלפ"ז אפי' בא לידו בהיתר חשיב מעיז, כיון שמעכב בידו משל חבירו, וניחא ההיא דעזי, מיהו אכתי התם נמי לא חשדינן לי' בגזלנותא, אלא שסבור שאכלו טובא או קלקלו, ודמי לבדדמי דנאנסו וא"כ חשיב העזה למימר לקוחין הם בידי.

ודעת תו' שסתמו החילוק מסתברא דכונתם כמ"ש הרא"ש, אלא לפי שאין חילוק זה כולל כל עניני מיגו דהעזה, דבמב"מ הטעם כפשוטו, ובנאנסו נמי איכא תרי חילוקים כמ"ש הרא"ש סתמו לשונם, אבל לטעמ' דהש"ך הו"ל לפרושי דהתם לא האמינו תחלה, שו"ר דמ"מ משמעות דבריהם כהש"ך דמשמע שאין זה כפירה, ולא דבלא"ה יש כפירה בטענתם (ואם נימא דדעת הרא"ש דבחוב לא חשיב מעיז אע"ג דמשתרשי לי', א"כ י"ל דאף במב"מ הכל חד טעמא, ועי' לק' ס"ק י"א).

שם בא"ד ואין להקשות יהא נאמן במיגו דאי בעי אמר להד"ם נמי כו' יעוי' מהרש"א, ונראה דכונתם להקשות בג' פרות דבלא"ה מודה במקצת וגם מעיז פניו במקצת לומר להד"ם, בזה ודאי אית לי' מיגו דלהד"ם אההיא דנאנסו, אפי' אי בעלמא הוי מיגו דהעזה, ואף בלא דרו"ש קשיא לרמב"ח, מיהו צ"ב מאי קו' הרי בלא"ה ישבע, ומה ירויה אם יטען להד"ם, וי"ל דע"כ יש נפ"מ בשבועת נאנסו דכתיב בקרא, ולענין זה אית לי' מיגו, [מיהו צ"ע מה הנפ"מ, דטעמא דמחל לו שתירץ הראב"ד, או גלגול באיני יודע, או כפל בטט"ג, כל הני לא מהנו לפטור מן השבועה, וצ"ל דהתו' לא נחתו לדקדק בזה אליבא דרמב"ח אבל פשיטא להו או

דהואי שבועה בתקנה, שפיר פריך, ולפי האמת גם בזה לא הצריכו שבועה מהאי טעמא גופא שכתבנו דהעמידוהו על עיקר הדין].

ברם אכתי טעמא בעי בההיא דעיזי דאכלי חושלא, דלכא' מדאורייתא דליכא שבועה לנוטלין, ה' נוטל בלא שבועה, דאין נראה לומר דלבתר תקנת חכמים דשייך שבועה לנוטלין, נתנו לו הזכות לישבע וליתול, והיכי מהני מיגו דהעזה ליטול בלא שבועה, ולכא' נראה דהתם לא דמי לגדון דמיגו דהעזה, אלא ה"פ כיון שאם ה' טוען כך, ה' דינו כמוחזק דעלמא נמצא שהורעת חזקתו באה רק ע"י דבריו, ולכן יש לו חשיבות של מוחזק לענין טענתו, ואע"פ שבאמת אינו מעיז לטעון כך, מ"מ כיון שיש לו אפשרות להעמיד חזקתו נמצא דלפנינו יש כאן מוחזק גמור (כגון אם מת דאין מוציאין מן היורשין, דאמרי' חזקה כל מה שתח"י אדם הרי הוא שלו, ולקוחין הם בידו), ורק ע"י דבריו בטל מוחזק ידי', וכיון שאם ה' מוחזק (כגון אם לא היו לו עדים שהיו שלו כלל), על בעל העיזים להביא רא' שלא אכלו, השתא נמי בחזקתן קיימי, ביאור הדברים דשאני מב"מ שהוא באמת מוחזק גמור בממון, אלא שיש ריעותא ע"פ הודאתו, ומש"ה בעי שבועה, אבל הכא אין ריעותא בטענתו, דבעל העיזים טוען שמא, ועכ"פ אין כאן טענה המחייבת את בעל החושלא שבועה, ורק החסרון שאינו מוחזק, ולענין זה מהני כל טענה שיכולה לקיים את חזקתו לשווייה מוחזק, כללו ש"ד מיגו דהעזה לא אמרי' להעמיד טענה גרועה המחייבת שבועה, אבל כשטענתו טובה, אלא שאינו מוחזק, מהני מה שהי' מוחזק כיון שיש טענה שהי' יכול לקיימם בידו ע"פ טענה זו, ולא בעינן בזה לדין מיגו, אלא לקבוע המציאות של מוחזק, תדע דבלא תפס עיזים אלא שהי' חייב לבעל העיזים מעות, ואין עדים על החוב, אע"פ שלא הי' מעיז לכפור כל החוב, מ"מ מסתברא

דכיון שהוא מוחזק בדמי החוב, יכול לטעון שאכלו משלו כנגד החוב, ונלכא' לא חשיב מן הנשבעין ונוטלין אלא מן הנשבעין ולא משלמין, ודוקא הכא שמודה שצריך להחזיר גוף העיזים, חשבינן ל' נוטל, אבל התם הוא מחזיק בטענה גמורה בחוב, ואף לפי דבריו אינו צריך להחזירו למלוה], והכא נמי נעשה מוחזק אע"פ שקיום חזקתו תלוי בטענת העזה, - מיהו אם נימא דאף בבא לתפוס חוב שיש לו לא מהני משום דהוי מיגו דהעזה, ליתא למש"כ, אך כיון דמסתברא דחשיב מן הנשבעין ולא משלמין דלא דמי לעיזים וכמש"כ במוקף, וכן"ה בשו"ע סי' ע"ב סי"ז כמש"כ להלן] דאינו בכלל דינא דכתבו בעיזים דבעי שבועת המשנה, ואם ננקוט דבחובר נאמן, תו ל"ק מ"ט נאמן בעיזים, דבאמת הוא המוחזק ורק ע"י הודאתו ביטל ממנו דין מוחזק, והא קאמר דמצי למיטען לקוחים היינו דמצי להעמיד חזקתו בטענה זו, ולכן חשיב דאיכא מוחזק קמן אף בלא טענתו, ונאפשר למיחשב טענה זו כמיגו דאי בעי שתיק, ואולי זה אמרי' אף בהעזה].

ואפשר להגדיר הדברים דהא לא מצינו חיוב שבועה מדאורייתא אלא בלא משלמין דהיינו שיש לחוש לאישתמוטי או דכיון שהמעות בידו קל לו לגזול, אבל באדם הבא לתבוע אם יש רגלים מוכיחות לתביעתו אין לחוש להשביעו (או שלא תועיל השבועה בגזול כי האי), ולכן בעיזי כיון שאין כאן חיוב שבועה על טענתו, אם המיגו מועיל יש לו להועיל בלא שבועה, ואם בעינן לשבועה עם המיגו, אין להוציא ממון ככה"ג, מיהו יש לדון בצירור של חוב שכתבנו, דשמא בא להשתמט בטענה מחודשת שאין המלוה מכיר בה, וי"ל דטענה כזו (שאין המלוה מכיר בה) א"א להמציא בלא רגלים לדבר, וגם אינו חשוד להמציא עובדא מחודשת, משא"כ להדם והחזרתי ונאנסו, ולכן אנו דנים על המעשה כתביעה בפ"ע, ולא כהשתמטות מן החוב,

יא. יעו"י בתשו' הרשב"א ח"ב סי' רע"ג שכ' דכל שבא להחזיק בדבר הידוע לחבירו כל שמעיו פניו בכך יעיו ויעיו בכל טענה ואף בטענת מינך זבינתה, ודימה ד"ז לעיו דאכלי חושלא וכתב עוד ודוגמא לזו קצת יש עוד בההיא דנאמן לומר לא שכרתיך מעולם עיי"ש, ונראה דכוונתו ז"ל משום דהתם הנדון על חוב שבעה"ב חייב לשכיר ושייך סברא דאישתמוטי, ומ"מ כיון שמלאכתו בידו, ולא ניתן לו חוב השכירות להוצאה, איכא נמי העזה, אבל בחוב שניתנו לו המעות להוצאה לא חשיב מעיו, [כ"נ מלשון הרשב"א, אבל בדעת הרא"ש אינו מוכרע דבחוב נמי משתרשי ל' משל חבירו ועי' לעיל סוסק"ן], מיהו נראה דבמב"מ הטענה, אפי' מעיו במקצת שכופר, מ"מ אינו מעיו לכפור הכל, ויש חילוק בין מודה במקצת מה שטוענו לבין כופר הכל ואית ל' מיגו שיכול לכפור בדבר נוסף, דלעולם כשמודה במקצת הטענה אין כאן העזה כ"כ, אבל כשמכחיש כל תביעתו חשיבא העזה, ושפיר אמרי' דהי' מעיו אפי' בכפירה גדולה יותר, וזה מבואר ממלוה ופקדון, דהא הכופר במלוה לא חשבי' ל' העזה כ"כ כיון שאינו חצוף להחזיק בדבר הידוע לחבירו, ומ"מ המב"מ אינו מעיו לכפור כולו [אמנם אין זו ראי' די"ל דגברא דאינו מעיו אינו מוסיף לכפור, מ"מ הראי' מפקדון נראה אמת], וכן בפקדון אע"פ שמעיו להחזיק בחצי של חבירו (באופן דליכא טעמא דאישתמוטי), מ"מ אינו מעיו לכפור בכל תביעתו, וכן בההיא דבעה"ב אם הי' טוען נתתי לך חצי שכרך, לא הי' מועיל מיגו דלהד"ם, דכל שמודה במקצת מה שטוענו, אינו מעיו לכפור בכלו, ולא דמי לעיו דאפי' אם כשהי' טוען לקוחים הי' צריך לכפור יותר, מ"מ השתא נמי בא לתבוע ממון שלא כדין וחשיבא העזה, וכן באומן ב"ב מ"ו א' ובמלוה אומר חמש ב"מ ק"י א', דבכל הני מעיו לגזול דבר הידוע לחבירו, ואינו מודה

ומהני ל' מוחזק כמש"כ לעיל, [ואולי יתכן להעמיס כן בכונת הרמב"ן, דע"כ מדאורייתא נמי נאמן, ובלא שבועה, אלא דס"ל דלבתר שתיקנו שבועת הנוטלין, דהיינו ששייך חיוב שבועה אף בבאין ליטול שלא כדין, ה"נ חייב שבועה כיון שהיסוד בנוי על מיגו דהעזה, אבל מקו' הר"ן על רבא מוכח דס"ל דהמיגו מהני בזכות טענה, ואילו למש"כ ל"ק דהתם אין הנדון מי המוחזק וצ"ע].

ובההיא דשדה זו של אביך היתה י"ל דאמרי' שפיר מיגו דהעזה וכמש"כ סק"ט, דכיון שחשוד ליכנס לתוך של חבירו בגזילה, יכול לומר לא היתה של אביך מעולם, ורק בעיו שתפיסתו כדין, והנדון על שיעור החיוב, בזה לא חשבינן ל' כגולן בתפיסה, ולא אמרי' מיגו דהעזה, ואפשר דהתם דמי לציור של חוב שהזכרנו, דהא אף לפי טענתו הוא מוחזק, וא"כ אינו מדין הנשבעין ונוטלין, ואף להרמב"ן ליכא התם שבועה, ורק במודה שצריך להחזיר העיו שייך לדון דלא חשיב מוחזק, כיון שלא הי' יכול להחזיקם אלא בטענת העזה, וכמשנ"ת.

שו"ר בשו"ע סי' ע"ב סי"ז בהגה דבתפוס במעות אינו בדין נשבעין ונוטלין וכמש"כ, מיהו עי' ש"ך סי' ע"ה ס"ז ומשמע התם דלענין הנדון דנאמנות במגו דהעזה אף בתפוס ע"י חוב אינו אינו נאמן בלא שבועה, אמנם בריב"ש שם מיירי בפקדון, אבל הש"ך מדמי להו, ובתה"ד סי' פ"ד הביא דדעת תו' דאמרי' מיגו דהעזה בשדה זו של אביך היתה, לשם מיירי רבא מכא אביו דלא האמינו תחלה עיי"ש, ובדעת הרא"ש בתוספותיו לא נתבאר איך הדין בחוב דמשתרשי ל' אבל אינו מחזיק בשל חבירו בעין, ובתה"ד משמע דגם בזה אמרי' מיגו, ולפ"ז הסברא כמש"כ סק"ט דדוקא נאנסו דלא משתרשי ל' משל חבירו כלום אלא שחייב לשלם מפני שלא שמר כראוי, אבל משדה זו של אביך אין ראי' אלא לדבר בעין.

[מיהו אפי' אם המפקיד טוען ברי איכא שבועה וכמ"ש הרמב"ן סוף שבועות].

ג. כשאין חבירו מכיר בשקרו, כגון בבנו, אבל אם הוא משקר הרי הוא גזלן גמור שנכנס לתוך של חבירו בגזילה, נאמן במיגו דלהד"ם כיון דלגזול נמי הויא העזה גדולה, כ"ה לדעת הרשב"א והרא"ש, ואפשר דאף לדעת הרמב"ן א"צ שבועה, ולא דמי לעיזי שיש לו אמתלא טובה בתפיסתו, ולדעת תו' (ליכא מיגו בכה"ג, מיהו) אם לא האמינו בתחלה אמרי' מיגו דהעזה בכל גונא (לדעת תו'), - ואם יש לו אמתלא לתפיסתו, שאינו צריך למעשה גזילה, בזה לדעת הרמב"ן והר"ן לא אמרי' מיגו דהעזה, מיהו עם שבועה נאמן, ולדעת הרשב"א והרא"ש כל שמעכב ברשותו ממון הידוע לחבירו, חשיבא העזה גדולה ויש לו מיגו לכל הטענות, כיון דבלא"ה מעיז, ורק בחוב דנאנסו [א"נ חוב דמלוה שלהוצאה ניתנה] אין העזה כשאינו משלם חובו, ולכן לא אמרי' ב' מיגו דהעזה.

ד. וכ"ז כשכופר הכל גם בטענה של עכשיו, אבל אם בטענת המיגו צריך לכפור יותר, בזה יש חילוק, דאם מודה במקצת ממה שטוענו חבירו, כגון שטענו הלוחיתך או הפקדתי אצלך מאתים והלה מודה במנה, בזה בכל האופנים לית לי' מיגו דכופר הכל ליפטר בלא שבועה, אע"פ שמעיז במנה שכופר ואפי' אוחו בו ברשותו בגזילה, [ויש לדון בזה לדעת הרשב"א עי' לעיל], דכל שמודה במקצת ניכר שאינו יכול לכפור בו לגמרי, אבל אם כופר בטענת חבירו לגמרי, או שתובע ממון מחבירו, אע"פ שבטענת המיגו צריך לכפור ממון נוסף, מ"מ באופנים שמעיז לא חשיבא טענה גרועה מזו שטוען עכשיו, דהא חזינן שמעיז להחזיק בידו משל חבירו, (ואינו נמנע מהעזה ע"י מקצת הודאה).

ה. מיהו היכא דאין חבירו מכיר בשקרו, ובטענת המיגו צריך להעזי ולשקר וגם לכפור יותר, לא נתבאר בהדיא בדעת

במקצת הטענה, וכבר נתבאר מכ"ז בספר אאמור"ר שליט"א, אלא שכ"כ לדעת תו' ולכאו' אף לדברי הרשב"א צ"ל כן.

וגם בדעת תו' יש לעי' אם נימא דבאומן חשיב שהאמינו תחלה על הכלי, א"כ מ"ט נאמן במיגו, הרי כשטוען שמים קצצת לי, אינו כופר במה שהאמינו, וע"כ דלא חשיב שהאמינו אלא בפקדון שעיקרו לשם שמירה וראה אותו כנאמן שלו, וכן במלוה שעושה לו טובה וגם האמינו, אבל כשרוצה לתקן הכלי ונותנו לאומן לא חשיב שהיתה ביניהם אמנה, דע"כ צריך להגיע לאומן, וכן במלוה, מיהו יש לדחות דכל שהאמינו אינו מעיז לכפור כלל אפי' בנדון השכר שלא בזה האמינו, וכיון דבלא"ה מעיז, אית לי' מיגו, עכ"פ כללא דמילתא דמב"מ הטענה לית לי' מיגו דכופר כל הטענה, בין לתו' בין להרשב"א, ומה שיש לדון הוא ביכול לכפור יותר, אבל גם השתא אינו מודה במקצת מה שטוענו, - (עיין חדושי הרשב"א ב"מ ג' ב' שכ' כהרמב"ן ועי' בתשו' ח"ב סי' ר"ה).

ולפמשנ"ת לעיל סק"י יש ליישב ההיא דאומן ומלוה כמ"ש שם דמהני טענה דהעזה לשווייה מוחזק, וכיון שהוא מוחזק שפיר נאמן בתביעתו.

והנני מפרט הנדונים

א. כשמעיז בטענה של עכשיו שחבירו מכיר בשקרו, ובטענת המיגו אינו צריך לכפור יותר, אמרי' מיגו, אע"פ שטענת המיגו יש בה עזות יותר, כגון בבעה"ב (אם לא הי' טרוד בפועליו), דנאמן פרעתיך במיגו דלא שכרתיך, אע"פ שצריך יותר עזות לכפור בכל השכירות, [ועי' לעיל סק"ד דבאמת מה"ט לא חשיב מיגו דהעזה לדעת הרמב"ן, וכ"ה ברשב"א בשם הר"ן].

ב. כשאין חבירו מכיר בשקרו, אע"פ שכופר הכל, כגון שטוען נאנסו בפקדון, אינו נאמן במיגו דלהד"ם כיון שחבירו מכיר בשקרו,

הקלו משום דהוי שבועה דרבנן, הוצרך לחלק ולומר דהבו דלא לוסף עלה, ובאמת יש לחלק בפשיטות דבבעה"ב השתא נמי מעיז וכדעת הרמב"ן, דלענין שלא נדמהו לשותף ודאי יש לחלק כן, ועוד דבבעה"ב אם הי' עיקר הדין דצריך שבועה אפשר שלא היו פוטרינן אותו במיגו, אבל כיון דמעיקרא השכיר נשבע שוב לא תיקנו על בעה"ב וכמ"ש הר"ן בסוף דבריו, - (ועי' שו"ע סי' צ"ג ס"א דבעינן שיחשוד אותו המשיב בשתי מעין כסף, ואם טוענו ברי באותן שתי מעין, א"כ השתא נמי מעיז, וליכא טעמא דהרמב"ן בשבועת השומרים דהכא אינו מחויב שבועה אלא מכח החשד, וכיון שעל החשד נאמן במיגו, אין מכח מה לחייבו שבועה, וצ"ע).

והרא"ש ר"פ כל הנשבעין סתם הדברים, ואפשר משום דלא פסיקא ל' אם הקלו גם בזה במיגו דהעזה, וגם פעמים שהטענה שחושד אותו היא גופה העזה, שטוען דכלי זה אפשר דשייך לו, לפי חלוקת השותפות, ובכה"ג לדעת הרא"ש מעיז, כיון שמעכב בידו משל חברו, אבל הטור נקט בדעתו דפטור מן השבועה, ואאמו"ר שליט"א כתב דאפשר דס"ל להרא"ש דטענה שאינו כופר בה ממון הרי הוא מעיז, ור"ל דעצם הענין אם היו שותפין או לאו זה כאילו חלוקים במילי דעלמא, משא"כ בשכיר דאם טוען לא שכרתיך היינו שא"צ לשלם לו, ואע"ג דהשתא נמי טוען שפרעו, מ"מ לא חציף למיטען טענת העזה הפוטרתו ממון, אבל בשותפות אין החיוב בעצם השותפות אלא אם גנב ממנו בזמן השותפות, נמצא דהשותפות אינה נדון של חיוב ממון, [עי' בגליון הגרע"א ז"ל סי' צ"ג סמ"ע סק"ט לענין ע"א, ובשכיר אפשר דחשיב ממון כיון שנשבע ונוטל], ואם נימא דכל דמשתרשי ל' מעיז, ורק בנאנסו אינו מעיז, א"כ ה"נ שפיר מעיז, ול"ד לבעה"ב דאיכא טעמא דטרוד בפועליו.

הרשב"א, [דבאומן ומלוה חבירו מכיר בשקרן], ר"ל דרק כנגד הממון שמחזיק בגזילה מעיז בכל טענה, אבל אינו חשוד לגזול יותר בטענת העזה, (דהיינו שמורה היתר לגזול מעט, וגם מעיז ע"ז), אבל בפשוטו משמע דהנהו עיזי לא אכלו כדי דמיהן, וא"כ אם יטען לקוחים צריך לכפור יותר, ומ"מ כתב הרשב"א דאמרי' מיגו, - ולדעת הרמב"ן והר"ן נאמן בשבועה בכל מיגו דהעזה, [ועמש"כ לעיל סק"י בסברת מוחזק].

יעוי' בשטמ"ק ב"ב קכ"ח ב' בשם עליות הר"י, ולכאור' דבריו צ"ב דהא אנן חשדינן ל' במשקר ומש"ה מצרכינן ל' שבועה, וא"כ אינו נפסד מממונו כלל, ואפשר דכונתו דהטוען אמת א"א שלא להאמינו, דלדיד' ודאי איכא מיגו, שאם הי' יודע שאם יטען האמת יפסיד ממנו, הי' מעיז לשקר, ולכן כשדנים אם לקבל טענתו לענין ממון אית ל' מיגו, אבל אם רק נצריכנו שבועה, בזה הדובר אמת לא יעזי לשקר כדי ליפטר מן השבועה, ולכן שפיר יש לחייב שבועה במצב כזה, ולעיל סק"ד הזכרנו סברא כזו גם לענין שבועה כשלא יצטרך לכפור בטענתו השני' יותר ממון, רק ישקר בלשון הטענה, ועי' שבועות ל"א א' מנין לנושה בחבירו מנה וטענו מאתים שלא יאמר כו' ולא יגלגל עלי כו' (וצ"ע איך הדין אם מפסיד ממנו עי"ז, ובפשוטו ה"ה, אבל אפשר דרק להנצל משבועה אסור, אבל י"ל דמותר לשקר כדי להציל ממנו מן הגזלן).

יב. הרמב"ן והר"ן שבועות מ"ה ב' הסכימו לדעת הר"י מיגש דבשותף לא מהני מיגו דלא נשתתפנו לפוטרו מן השבועה, דדמי לשבועת השומרים דבטענה זו אינו מעיז, מיהו לדעת הרמב"ן לא מצינו שפטור משבועה במיגו דהעזה אפי' בשבועה דרבנן, דלדיד' בבעה"ב ושכיר לא חשיב מיגו דהעזה, דהשתא נמי מעיז, וא"כ פשיטא דשותף כשומר, אבל לדעת הר"ן דבבעה"ב

סימן ד

בסוגיא דר' חייא קמייתא

שקרו, דהתם באמת נתערערה נאמנותו טפי ממודה במקצת, מיהו גם הציור דההוא רעיא תליא בדרכי חייא (ד"ז נרשם לפו"ר), - מש"כ לעיל הוא כנראה לפי מה שהבנו הנדון כההוא רעיא, ולפי' משנ"ת כעת ניחא טפי בדעת הראשונים ז"ל. - ע"כ.

שם ומה פיו שאין מחייבו קנס

שם ומה פיו שאין מחייבו קנס כו', משמע דהיינו משום דלא מהימנינן ליה, וכיון דקנס צריך פסק ב"ד, א"א לפסוק ע"פ הודאתו, [ודינא דמודה בקנס ואח"כ באו עדים נלמד מקרא אחרינא, ומדחזינן דלא ירשיעון ב"ד ע"פ עצמו, ואם באו עדים אח"כ הי' חייב, (אי לאו אידך קרא), ש"מ דלא מהימן כ"כ], משא"כ ממון דלא בעינן ב"ד, שפיר מורינן ליה לשלם כפי הודאתו, והיינו דמיייתנן מינה דנאמנות דעדים אלימא טפי מהודאתו, (מיהו שמעתי מאאמו"ר שליט"א דאפי' אם נאמין לו אפשר דלא שייך לקנוס ע"פ הודאתו, דקנס זה חיוב על ב"ד לקנוס את העבריינים, ואין לב"ד לקנוס אדם שלא נודע חטאו אלא מפיו), - (בדין עדות מיוחדת שמחייבתו ממון, אי איכא שבועת מודה במקצת מדרכי חייא קמייתא, עי' ט"ז וקצה"ח ונה"מ סי' ל' ס"ג שדנו אם מחייבין אותו קנס, ולא קאימנא בזה כעת רק ציינתיו למקום עיון).

שם ר"ח כר"מ ס"ל, היכי קי"ל למסקנא בתו' בזה

שם הא ל"ק ר"ח כר"מ ס"ל כו', בתו' ד"ה אשם מבואר דלמסקנא דשמעתין מצי סבר כרבנן דיליף במה הצד, ואפשר דכיון דרבי חייא קאמר מק"ו, יש ללמוד דכר"מ

ג' ב' אבל העדאת עדים דליכא למימר הכי, אם בעדים יש ג"כ ריעותא להצריכו שבועה על השאר

א. ג' ב' אבל העדאת עדים דליכא למימר הכי כו', בעיקר הדברים ודאי יש לנקוט דע"י העדאת עדים נתערערה נאמנותו גם על נ' הנותרים, ואע"ג דנקטינן דאישתמוטי קא משתמיט, מ"מ הרי כמו כן יש לחוש דמשתמט על כל המנה, ומה"ט פרש"י ותו' דס"ד דליכא להאמינו בשבועה, אבל הא פשיטא דהעדאת עדים גדולה מהודאת פיו לעיקר הנאמנות, מיהו משמעות הגמ' דס"ד דהודאת פיו גדולה לענין הנאמנות, משא"כ העדאת עדים דלא מהנו לערער נאמנותו על השאר, ואהא מיייתי ק"ו דהעדים נאמנים טפי מהודאת בע"ד, ואפשר דהא דקאמר דגבי עדים ליכא למימר הכי היינו משום דליכא ריעותא בטענתו לגבי ידי', ואין לסתור נאמנותו אלא במה שנתברר ע"י העדים, אבל לגבי השאר כיון שהוא מכחיש (את העדים) ולא העדו ע"ז עדים יש לו נאמנות של כופר הכל, כיון שלא הורעה טענתו, דנימא שניכר מתוך דבריו שהוא משתמט, והיינו דקאמר שלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים, דלגבי השאר לא נאמין לעדים, ואהא מיייתי ק"ו דמהימנינן לעדים טפי מהודאת פיו, אלא דלגבי נפשיה מחייבין ליה לנהוג כהודאת פיו.

(הוספה) ועי' לק' סק"ה מה שנראה בדעת הראשונים ז"ל בזה ונראה הענין

משום דדינא דהעדאת עדים נאמר גם כשתחלת כפירתו היתה נגד העדים, ובכה"ג דחזינן העזה להכחיש עדים אין ריעותא בנאמנותו כ"כ דלא דמי להיכא דכפר מפני שלא היו עדים ועכשיו באו עדים ונתברר

יהא מוכח מדרבי חייא כחד לישנא, וכבר נתבארו הדברים בשטמ"ק כריתות שם, וצ"ע בתו' בשמעתין שכ' דמאן דדריש מהותורה לא סבר כסוגיא דהכא, דלכא' לדידי' ל"ק כלל וכמש"כ, (ערש"ש שהק' דה"נ כתיב והתורה, ועשטמ"ק שם י"ב ב' שתירץ בשם תו').

ד' א' אתי מגלגול כו' מאי קסבר ר"פ

ד' א' אלא אר"פ אתי מגלגול כו' שכן שבועה גוררת כו', ע"כ אף לר"פ השבועה היא שגוררת שבועה, שהרי אין העד מעיד על המעשה השני כלל, וגם ר"פ לא בא להצריך שבועה בעדים על כל הטענות דומיא דעד אחד, אלא רק במעידים על מקצת, שאם עדים כפיו, יש כאן ריעותא לחוש דאישתמוטי קא מישתמיט, ואפשר דס"ל לר"פ דאי לאו דאלים כחו דעד אחד, הול"ל הבו דלא לוסף עלה, ולא נגלגל שבועה מחמת עדותו, ושפיר גמרי' מיני' לעדים דנאמנים גם לענין היוצא ע"פ עדותם במה שלא העידו, מיהו לשון הגמ' דלא קאמר אלא פיו יוכיח, משמע דר"פ נמי אמה הצד סמך, אלא דס"ל שיש לעשות מה הצד מגלגול ופיו, ותלמודא סמך אמה הצד גם מע"א גופי', שו"ר ברמב"ן עיי"ש.

שם הצד השוה שבתן כו' מאי מהני הצד השוה, ובגרסת נוסחי עתיקי שברמב"ן

שם הצד השוה שבתן כו', צ"ב אכתי היכי גמיר, אם איתא דפיו גדול מעדים, לא מהני יוכיח דעד אחד לענין מה שאינו מעיד, דהדין נותן כיון שפיו גדול מכולם מהני להשביעו על מה שכפר, ואפשר דמה לפיו שאינו בהכחשה והזמה אינה פירכא לומר דפיו גדול מעדים, דודאי לענין הנאמנות גם פיו איתרע בהכחשה, אלא דכמו שהעדים שהוכחו יש להם לנהוג כפי האמת הידועה להם, כך הבע"ד עצמו אינו יכול לפטור עצמו מהודאתו ע"י שהכחישהו, אלא דתלמודא פריך דשמא לא הצריכה תורה שבועה אלא בדבר שאינו בהכחשה והזמה, דהיינו שהסיבה

ס"ל, דדוחק לומר דהק"ו על ע"א לחודי', ואמנם צריכים לע"א משום קו' דמה לפיו שכן אינו בהכחשה והזמה, מ"מ שפיר חשיבי עדים טפי מפיו, דק"ו דקנס לא מיפריך בהכי, דשאני לגבי נפשי' דאינו יכול לסמוך על ההכחשה שמכחישינן אותו וליפטר, אבל אם הי' פטור מקרבן הוה מיפריך ק"ו, ולפ"ז ניחא דנקט בפשיטות ר"ח כר"מ ס"ל, ולא קאמר דילמא, דנהי דדיני' דרבי חייא קושטא אף לרבנן, מ"מ ר"ח דקאמר ק"ו כר"מ ס"ל, ועמש"כ להלן בגמ'.

שם א"ל מה אם ירצה כו', פי' דע"כ אין ביד העדים לחייבו, עד שנדע מפיו השלמת הדברים, ול"ד למיתה דע"פ העדים לחוד מתחייב, וכיון דע"כ מפיו אנו באים לחייבו, יש לנו לומר בכה"ג דהוא נאמן יותר מהעדים, ואפי' באופן שא"א לתרץ דבריו, דלהאי לישנא קאמרי רבנן לר"מ שיודה לדבריהם בכה"ג שיכול לומר מזיד הייתי, והיינו שיודה דנאמן על עצמו יותר ממאה איש, וזו גם כונת תו' דלאו מדין מיגו קאמרי, אלא דיש לפרש כן חיוב הקרבן שיהא הכל תלוי בדבריו.

שם מה לפיו שכן מחייבו אשם, ללישנא דמפרש טעמייהו דרבנן משום דמתרץ דבריו, ע"כ דאשם שאני משום דכתיב והתודה, ולא שייך למיפריך מה לפיו כו', דטעמא לאו משום דמהמינינן לי' טפי מעדים לגבי אשם, אלא דלא חייבתו תורה אלא כשהוא מודה, אבל כ"ז שהוא כופר לית לי' כפרה באשם, ואפי' באינו מכחיש את העדים, אלא שאומר איני יודע, י"ל דפטור, וכ"כ תו' בשטמ"ק כריתות שם, (ואילו בקרבן דעלמא אפי' ע"י ע"א ואשה מיחייב), והכא לא פריך אלא משום דסבר דטעמא דפטור משום דנאמן על עצמו יותר מהעדים, ואם מסקנא דתלמודא התם כלישנא דמתרץ דבריו [עכ"פ אליבא דרבנן, עיי"ש בתו'], אתיא שפיר סוגיא דב"ק כפי המסקנא, אבל בשמעתין פריך כדי שלא

לפרש"י ותו' דהנדרון משום דחשיד, אין נפ"מ כ"כ על מה הוא נשבע.

בדברי הגרע"א דלא אמרין מחויב שבועה ואינו יכול להשבע משלם בדרכי חייא קמייטא

הגרע"א ז"ל בגליון השו"ע סי' ע"ה ס"ד הביא בשם תשו' בשמים ראש בדניא דרבי חייא קמייטא לא אמרי' מתוך שאיל"מ, כיון דעיקר הדין נלמד מגלגול שבועה, ובגלגול דעת הרבה פוסקים דל"א מחויב שבועה ואינו יכול להשבע משלם, והנה למסקנא דתלמודן לאו מגלגול ילפינן לה, מיהו יש לדון אליבא דר"פ אם הדין כן, ובפשוטו מדקאמר ר"ח שלא תהא הודאת פיו גדולה כו' מק"ו, משמע דבאמת אינה גדולה, דאם איתא אכתי הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים, וכן מדממעטין עדים מקרא בברייתא, דאבוה דר' אפטוריקי לק' ה' א' משמע דאי לא קרא היו עדים בכלל, ובפשוטו היינו ממש כמודה במקצת דפיו, ועוד יש להוכיח מדר"ז גבי ההוא רעיא דקאמר דשכנגדו נשבע ונוטל, ובפשוטו היינו מדין מחויב שבועה ואינו יכול להשבע משלם, עיי"ש בתו', ואם הכא באינו יכול לישבע פטור, מנ"ל שתיקנו דשכנגדו נשבע ונוטל, א"ו הא פשיטא דאף בעדים מחויב שבועה ואינו יכול להשבע משלם, ואפשר שיש להוכיח מזה כדעת הפוסקים דאף בגלגול שבועה אמרי' מתוך, א"נ י"ל דטעמא דבגלגול ל"א מתוך היינו משום דליכא טענה חשובה שאין העד יודע כלום בשאר תביעות, ולא משום דלא אליס כח הגלגול כשבועה עצמה, הלכך לענין עדים דע"י עדותם יש ריעותא גם במקצת שכופר (כמו במודה במקצת), חשיבא כתביעה ע"י עדים ואמרי' מתוך שאיל"מ, וכבר הביא בפ"ת בשם תשו' בית אפרים לחלוק ע"ז (ואינו תח"י), וכן עיקר (דכל הנדון שייך רק לגרסת הנמו", מלבד הראיות שכתבנו), שו"ר ברמב"ן עיי"ש.

הגורמת לשבועה מוחלטת, ואהא מייתי שפיר מע"א דמחייב שבועה אע"פ שישנו בהכחשה, ולפ"ז עיקר הלימוד, הוא מק"ו דהעדאת עדים גדולה מהודאת פיו, ולפ"ז אף למסקנא אית לן לאוקומי דרבי חייא כר"מ, או כאידך לישנא בכריתות ואתי אף כרבנן, ונפ"מ לענין הלכה דקיי"ל כר"י בכריתות שם, ואי דרבי חייא כר"מ א"כ ליתא לדרכי חייא, - ומשה"ק תו' כופר הכל יוכיח זהו לשיטתם דלמסקנא לא איצטריך ק"ו, אבל למש"כ דעיקר הלימוד מכח ק"ו, לא שייך להק' מכופר הכל, (ואפשר לפרש לתירוץ תו' דבעינן טענה חשובה דנראה כמשקר, דהיינו דקאמר מק"ו, דכ"ש שנראה כמשקר כשיש עדים).

יעו"י בנמו"י ונראה מדבריו דלמסקנא נמי קאי שינויא דר"פ דאתי מגלגול שבועה, שפי' טענה וכפירה, טענת הע"א, וכפירה הדבר שמגלגלין דליכא בי' טענה, וכנראה גריס כמו שהעתיק בתחלת הסוגיא, אבל לגרסא דידן דהדר קאמר מה לעד אחד שכן על מה שהוא מעיד כו', משמע דלא קאי אגלגול שבועה, ולפ"ד אפשר לפרש דהא דפריך שכן שבועה גוררת שבועה לאו למימרא דאין זה מכח הע"א, דמ"מ חזינן שהוא גורם שבועה שאפשר לגלגל מחמתה, אלא דאין ללמוד מזה לחדש שבועה היכא דממון קא מחייב, ולא משום דלא אלימא נאמנותם, ופיו יוכיח ר"ל דאשכחן שחייבה כאן תורה שבועה מכח ממון, וכיון דאין חסרון מכח נאמנות העדים אלא שאין לנו להמציא שבועה היכא דליכא כותה בדאורייתא, לענין זה שפיר קאמר פיו יוכיח, ולפ"ז ניחא משה"ק אכתי היכי גמיר מפיו, מיהו ל"מ כן לשון יוכיח, דהול"ל כדאשכחן בפיו, ועי' לעיל, שו"ר ברמב"ן בשם נוסחי עתיקי עיי"ש, [ובאמת לפי הרמב"ן ודעמי' אין מובן כלל הלימוד מע"א שעל מה שמעיד הוא נשבע, אבל

ג' ב' תוד"ה אבל, ביאור דבריהם, ובדברי הנמו"י

ב. ג' ב' תוד"ה אבל, תוד"ד ז"ל דהא פשיטא דבהעדאת עדים אין להאמינו יותר ממורה במקצת, דאם הוחזק כפרן על הנ', כ"ש שיש לחוש דמשקר גם על השאר, וע"כ דמה שאמרו בגמ' דליכא למימר הכי, היינו דבעדים י"ל דלא מהני שבועה, וק"ו דמייתי עלה, היינו ע"א יוכיח, דג"כ כופר הכל, ומ"מ איכא שבועה, ותלמודא לא נחית לבאר ד"ז, אלא דע"י הק"ו דגמרי' עיקר הדין, ממילא גם מיושב דאמרי' אשתמוטי, (דאפי' אם הוה פשוט לן דאמרי' אשתמוטי אף בעדים, אכתי צריכין למה הצד למיגמר עיקר הדין דעדים כפיו, ועלה קאי הק"ו), דאילו לענין סברא דאשתמוטי אין לדרון בק"ו, והא דקאמר שלא תהא הודאת פיו גדולה, ר"ל דלענין שבועה נמצא שהודאת פיו גדולה משום דאיכא למימר אשתמוטי, ולא משום דהודאת פיו אלימא טפי, דאדרבא עדים אלימי שלא תועיל שבועה, אלא כיון דלא מצרכין ומיגבי נמי לא גבינן מיני', דמי שכפר פעם אחת אינו חייב לשלם לעולם כל התביעות (דאם נקטינן ל' בגזלן על הנ' ליכא ריעותא על אידך נ' טפי מעל כל ממון אחר, משא"כ אי נקטינן ל' באשתמוטי דקרוב לומר דבמצב זה וכלפי מלוה זה אשתמוטי קא משתמיט), נמצא שהודאת פיו גדולה דמצרכתו שבועה, ברם הדבר קשה לומר דהק"ו אינו תשובה להא דקאמר שלא תהא כו', וגם המשך הגמ' סתום מאד דלא מפרש החשובה לדרכה, אלא נחית לנדרון אחר שלא תהא הודאת פיו באמת גדולה מכח הנאמנות, וערמב"ן.

והנה הא דמחייב ר"ח שבועה בהעדאת עדים, היינו משום דנקטינן דאשתמוטי קא משתמיט דמה"ט כשר לעדות, וכיון דחזינן דמשתמיט כלפי המלוה, ראוי לחוש דמאיך נמי משתמיט, והרי אם חזר והודה בנ' אחר שבאו עדים, ודאי דחייב שבועה אף בלא דרכי

חייא, והשתא נמי שהוא מחזיק בכפירתו דין הוא שנאמין לעדים שמעידין דהאי גברא אשתמוטי קא משתמיט, ולפ"ז יש לפרש הא דקאמר דהעדאת עדים ליכא למימי הכי דה"פ בשלמא בהודאת פיו החשש אשתמוטי באידך, מבורר לפנינו, דהמודה במקצת ניכר שאינו מעיז אלא משתמט, אבל בעדים אין ניכר לפנינו הריעותא, אלא שע"י העדים נחדש ריעותא גם באידך הנ', ומייתי מק"ו דע"י עדים ג"כ חשיב שניכר לפנינו, כהודאת פיו, ובאמת בע"א כה"ג לא מהניא עדותו על מה שאינו מעיד, ואע"פ שאם האמת כדברי העד יש לחוש דאשתמוטי נמי באידך, אלא משום דהודאת פיו גדולה מע"א, ולא מהימנינן ל' אלא למיחש לדבריו, (ואידך נ' כעין ספק ספיקא נינהו, ולכן צריך לימוד בעדים).

יעו"י בנמו"י שכ' דנימא דמשטה הי' בו כו', ולכאור' ע"ז לא מהני ק"ו, אלא נראה דכונתו כמש"כ שאין לערער נאמנותו באידך נ' ע"י העדאת עדים כהודאת פיו, ואי קשיא לך כיצד יתקיימו נאמנותו ונאמנות העדים, אימא דמשטה הי' בו, אבל יסוד הדברים, דלא מהימנינן לעדים לגבי מה שלא העידו (וכמו בע"א לענין שבועה), ולכן מהני ק"ו שלא תהא הודאת פיו גדולה, שו"ר דמשמעות הנ"י והראשונים ז"ל דבאמת משום חשש השבועה הודאת פיו קרובה יותר לחיוב כדרכה, אלא דמ"מ אהני ק"ו לחייב בעדים ג"כ שבועה, ועי' לק' סק"ה (ועי' לעיל סק"א בהוספה בסוגרים דדינא דרבי חייא הוא גם כשתחלת כפירתו היתה נגד עדים או שטר).

ד' א' שכן לא הוחזק כפרן, בדין כופר בפקדון דאית' בעיני' והוחזק כפרן, בתו' ובתו' הרא"ש בשם הרמ"ה

ג. ד' א' מה להצד השוה שבהן שכן לא הוחזק כפרן כו', שבועת מודה במקצת איכא אף במי שהוחזק כפרן, לענין זה שדינו כמחויב שבועה ואינו יכול להשבע

משלם, אלא דבמאורע שהוא כפרן אינו יוצא מכלל החיוב שבועה, משא"כ עדים דעיקר השבועה משכח"ל רק ע"י דהוחזק כפרן, ולמאי דמסיק דבעדים לא הוחזק כפרן, אם אירע עדים באופן שמוחזק כפרן, כפקדון דאיתא ברשותי, י"ל דלא חזינן ל"י כאילו החיוב בא באופן דהוחזק כפרן, אלא כמי שכבר הוחזק כפרן מקודם, דזה שבמאורע זה נוסף פרט בעדותן דמשוי ל"י כפרן, אינו נכלל בחלק המחייב את השבועה, דעיקרה מפני שחייב לשלם מקצת.

ולכאוי יש להוכיח דלא כהרמ"ה מהא דאמר' ותנא תנא ממתני', והרי במתני' ליכא אשתמוטי, וא"כ הוחזק כפרן שתופס של חבירו בגזילה, ובגמ' לא דחינן לה מה"ט, וש"מ דאף בדהוחזק כפרן ע"י העדים משתבע, נויש לדחות דלא חשיב הוחזק כפרן, כיון שעדיין לא תפס, דכל חד תפוס בשלו, מיהו גם אופן זה יש למעטו מהצד השוה], וצ"ל דעדיפא מינה פריך.

ה' א' ת"ש דתני אבוא דר' אפטוריקי כו'

ד. ה' א' ת"ש דתני אבוא דר' אפטוריקי לדרכי חייא קמייא כו', נטר עד הכא משום דסוגיא דהילך אגב גררא נסיב לה, לפרושי ותנא תנא דרבי חייא, והו"מ לסיומי התם האי ת"ש, ולבתר הכי לומר גופא ולסיומי פלוגתא דר"ש, אלא דניחא ל"י להשלים בההוא רעיא בטר דרבי חייא קמייא, ובתר הכי סוגיא דמיגו דחשיד, דשייכא בההוא רעיא, ועוד דהוצרך לבאר היכי מפרש ר"ש למתני', וכיון דנחית לדר"ש מייתי ר"ש.

שם יכול ישבע על השאר ת"ל כו', מהא דקאמר האי לישנא, מוכח דטעמי' לאו משום דפריך תורת הזמה, או דס"ל כרבנן דר"מ וליכא ק"ו, אלא דוקא מכח קרא ממעט להו, ומש"ה הוצרך לאוקומי כר"ג.

שם כתיב הוא וכתוב זה ביאור הדברים, ובהא דקיי"ל כר"ח

שם כתיב הוא וכתוב זה, אפשר דהוא משמעו שמתייחס אל כל הטענה, אשר יאמר כי הוא אשר טענת הוא רק זה, ומש"ה גמרי' מיניה ממין הטענה, ומהא נמי שמעינן למעוטי העדאת עדים, דהעדים אינם מתייחסים לכל הטענה לומר שהוא רק זה ולא יותר, (דבכה"ג ליכא שבועה כדאמר ד' א'), דאינם מעידים אלא על הנ' שהם יודעים, וכיון דכתיב הוא שמעינן דבדיד' משתעי קרא, ומייתר למימר דדוקא בכה"ג שהוא אומר את הזה, מיחייב.

ויעוי' בתו' הרא"ש בשם הרמ"ה שכ' לחלק כן בההוא רעיא, דהכפירה שכופר עכשיו אינה כפירת גזילה, ולכן לא חשיב הוחזק כפרן אהני נ', אלא משום שעת גזילה, והר"ז כגולן שהודה במקצת, ובאמת אין זו סברא פשוטה לחלק בין מעשה הגזילה למה שאינו פורע עתה, ואם ה' הדין דבעדים דפקדון ליכא שבועה, מסתברא דאף בכה"ג כן, וזוהי דעת הרא"ש, (דבחשוד מעיקרא שלא ע"פ עדותם, לא גריעי עדים מפיו, דמחויב שבועה בכה"ג) אבל אפשר לקיים סברא זו בכל עדות שהוחזק כפרן אפי' בפקדון, דכיון שבסתם עדים לא הוחזק כפרן, ובמי שכבר הוחזק כפרן נמי איכא שבועה, השתא נמי כשהעידו בפקדון דאיתי' קמן, לא חשבינן לה כעדות המחייבת שבועה ע"י שהוחזק כפרן, אלא זה כפרט נוסף בעדותן, מיהו תירוצ' התו' ה' א' נמי פשוט, [ומה שכ' בלשון ושמא י"ל, היינו לשיטתם דהא דהוצרכנו לק"ו דלא נימא דעדים חמירי טפי ומיגו דחשיד כו', וא"כ באמת יש לדון דבהוחזק כפרן אכתי נימא דהודאת פיו גדולה, אבל לפי הרמב"ן דכל הנדון הוא אם הודאת פיו גדולה בנאמנותו, א"כ הוחזק כפרן זוהי רק פירכא למה הצד לאידך גיסא, וכיון דגמרי' העדאת עדים דלא הוחזק כפרן ה"ה בדהוחזק ועתו' הרא"ש שכ"כ גם לשיטת תו'].

דמ"מ שפיר מחייבין כל אחד ע"פ הודאתו דלגבי ידי' חשבינן שחבירו תובע כולה כמו שהוא באמת, ואין זה תרתי דסתרי, משא"כ באנן סהדי וכמש"כ.

בשוי"ע סי' פ' מבואר דאדם שאמר לא לויתי נאמן לחזור ולומר לויתי ופרעתי, וביאר שם בקצה"ח וכן בנתה"מ סי' ע"ב ש"ך ס"ק צ"א דטעמא משום דכל מפטור לפטור לא דייק איניש, אבל אינו נאמן לומר דמעיקרא שיקר במזיד (במיגו דלא לויתי), ולכאור' גם לשון הגמ' י"ז א' מוכיח כן, דקאמר דהיכא דמעיקרא אמר אין לך בידי, והעדים מעידים אותו שיש לו, וחזר ואמר פרעתי הוחזק כפרן לאותו ממון, ואם הטעם משום מיגו לא צריכין לטעמא דהוחזק כפרן, אלא דמה"ת נאמינו, אלא ביאור הדברים דאחר שהכחישוהו העדים הוחזק כפרן, ומעתה אין ערך לדבריו, דדברי כפרן הם, (ולע"כ בסוגיא זו).

ולפ"ז מסתברא דאם העדים מעידין שיש לו חמישים, וחזר ואמר דאותן חמישים פרעתי, מחויב שבועה מדברי חייא קמיתא, דמה שחזר ואומר אחר שנעשה כפרן, לית ב' מששא, ועוד דהו"ל חזרה מחויב לפטור, ונשאר בחיובו כאילו אומר עדיין לא לויתי, אבל בסמ"ע סי' פ"ז ביאר דברי הרשב"א בתשו' (ח"ב סי' ר"ו) דבכה"ג ליתא לדברי חייא קמיתא כיון שאין העדים מעידין שחייב נ', אלא דמשום דהוחזק כפרן לא מהימנינן לי, וזה לא חשיב העדאת עדים, [ויעוי' בש"ך סי' פ"ז ס"ק י"ב, ועדיין ל"ע היטיב בדבריו ז"ל].

בביאור הסוגיא לשיטת הרשב"א ודעימיו

והנה לעיל סק"א ב' נקטנו במהלך הסוגיא דאם נתבררה העדאת העדים על הנ' כהודאת פיו, ודאי דיש לחייבו שבועה כמו בהודאת פיו, דהא קמן דהאי גברא מישתמיט בחוב זה כלפי המלוה וראוי לחוש דבאידיך

לענין הלכה נקטו הפוסקים דאיתא לדרכי חייא, ויש ללמוד כן מהא דלא אייתי תלמודן דברי ר' יוחנן דפליג בירו' אדרבי חייא, ובאמת ברייתא דאבוה דר' אפטוריקי מסייעת דלא ניפרוך תורת הזמה מדאיצטריך קרא למעוטינהו, וכיון דקיי"ל כרבנן דר"ג ע"כ כר"ח, וזו כונת תו', מיהו אם נימא דלמסקנא נמי בעינן ק"ו מפיו ואם קיי"ל כמ"ד אדם נאמן על עצמו יותר ממאה איש, [צ"ע בסוגיא דכריתות בזה], יש לדון מכח זה דלית הלכתא כר"ח, מיהו בפשוטו משמע דלמסקנא אתיא דרכי חייא ככו"ע, אם משום דלא צריכין ק"ו, וכפי' הרמב"ן דמגלגול שבועה דעד אחד גמרי', או דטעמייהו דרבנן משום דמתרצינן דיבורי', ועי' לעיל סק"א, וא"כ אין מקום לחדש פלוגתא בדרכי חייא, ומדר"ז דקאמר אם איתא אין הכרע, דאם ידע דליתא לדרכי חייא לא הוה מדכר לה כלל, וע"כ דמספקא לי', או דקרוב לו לנקוט כדרכי חייא אלא שלא נתברר לו למעשה, וכיון דמדר"ז אין משמעות לדחויא לדרכי חייא יש לנקוט כסתמא דתלמודא דאיתא לדרכי חייא, וכן דמתרין ר"פ למילתי', וכן מדפרכין מתניתא קא רמית עלי' דרכי חייא, דאם אמוראי בתראי פליגי עלי' שפיר ראוי להביא ברייתא דפליגא עלי'.

ד' א' אלא דקאמר ותנא תונא כו' ביאור הדברים, ובדין אמר לא לויתי דנאמן לחזור ולומר לויתי ופרעתי

ה. ד' א' אלא דקאמר ותנא תונא מי דמי כו', נראה דידע שפיר תלמודא דלא דמי ממש למהוי שבועה דאורייתא, אלא דסבר דשייך לתקוני הכא שבועה כעין דאורייתא, כיון דיש סברא לומר שהטלית כולה דחד מינייהו, כמו שיש סברא לומר דמשתמיט נמי מאידך חמשין, ופריך דמכח אנן סהדי ליכא לדמויי לשבועה דאורייתא, דאותו אנן סהדי מעיד על שניהם אבל באידך דר' חייא לא פריך כי היכי דהאי מודה, האי נמי מודה,

נמי משתמיט כמו המודה בעצמו במקצת, ולפ"ז הק"ו בא להוכיח נאמנות העדים וכמשנ"ת לעיל שם, ולפ"ז גם בהוזק כפרן כיון דנקטינן דמשתמט מהני נ', ראוי להצריכו שבועת מודה במקצת באינך נ'.

אבל הנראה בדעת הראשונים ז"ל דבאמת בהעדאת עדים אין להצריכו כ"כ שבועה כמודה במקצת, דלפי האמת בהעדאת עדים ליכא למימר אישתמוטי כיון שהעיו פניו, ויש לנו לנקוט דקושטא קאמר, והני נ' דכפר משום דשכח או משטה הי' בו, אלא דמק"ו מחייבין לי' שבועה אף בעדים, דכיון דחזינן דבכל דוכתא עדים חמירי מפיו, אין לנו לומר דבהעדאת עדים לא יתחייב שבועה כמו בפיו, א"נ מעיקרא אק"ו דעד אחד סמך, ומגלגול שבועה דעד אחד גמרי' להצריכו שבועה, אלא דבעינן פיו יוכיח משום דהתם שבועה גוררת שבועה, ולפ"ז ע"י הק"ו למדנו להצריך שבועה אף במקום שנאמן טפי מהמודה במקצת, (דמגלגול שבועה דעד אחד חזינן דהצריכה תורה שבועה אף בחשש מועט), והיינו משום דעדים חמירי מפיו וע"א, דכיון דעבדינן יוכיח מע"א אטעמא דאינו בהכחשה והזמה, איכא שפיר ק"ו דקנס, וזהו שכ' הרמב"ן והרשב"א דבעדים איכא למימר ששכח או משטה הי' בו, דבאמת י"ל כן, אלא דעדים מחייבין שבועה גם כשיש מקום לומר כן, וזה נתחדש מק"ו, (ועי' לעיל סק"א בהוספה סוף הדיבור הראשון).

ודאתאן עלה מיושב נמי דברי הרשב"א בתשו' (אפי' אם נימא בכונתו כהסמ"ע), דכיון דהאמת דבהעדאת עדים אין לחייב שבועה כמודה במקצת, אלא דמק"ו שמעינן דעדים חמירי כהודאת פיו ויש לחדש בהם חיוב שבועה, א"כ היכא דליכא עדים ממש, לא גמרי' האי דינא מק"ו, דנהי דמחייבין לי' הני נ', מ"מ י"ל שפיר דשכח או דלוה ופרע כדקטעינן, ולא יתחייב שבועה על השאר, דכיון דהעיו פניו לכפור הכל יש

לנקוט דקושטא קאמר, ומשום הודאת פיו אין לחייבו בכה"ג, דאינו מודה שהוא חייב, מיהו בעיקר הדברים מסתברא דבכה"ג חשיב כהעדאת עדים, דאף מחייבין אותו קנס בכה"ג, ואיכא שפיר קו' גם בכה"ג, ועי' להלן.

ובי"ז כשנתעורר חשש משקר ע"י העדאת עדים, דכיון דכפר ומכחיש לעדים יש לחוש לאשתמוטי, אבל בהודאה הבאה מתוך טענת הכפירה, כיון דאיכא שפיר הוכחה מהא דהעיו דקושטא קאמר אין מהיכן לחייבו, וכמ"ש הרמב"ן והרשב"א והר"ן והנמו"י דאי לאו ק"ו הי' פטור בהעדאת עדים משום דאמרי' ששכח או משטה הי' בו, ואכתי מה בכך הא מ"מ נתברר שהוא חייב מקצת, דמשמעות דבריהם שאם הי' מתברר שאמנם שכח לא הי' מתחייב, [ועי' להלן ד"ה בדין]. א"ו כיון דאיכא ראי' מהא דמעיו דקושטא קאמר, ואין ריעותא בנאמנותו ע"י העדים, כגון שנתברר ששכח, אין מהיכן לחייבו דטעמא דרבה ליכא, וטעמא דרבי חייא ליכא, וכ"ש בההיא דתשו' הרשב"א שבב"י ר"ס פ"ז דהי' סבור שחייב לו משום הריבית שפרע, ואע"פ שידוע עכשיו ע"פ ב"ד שעדיין חייב לו, מ"מ אין לחייבו שבועה דאין ריעותא בטענתו כלל, [ובלא"ה צ"ב שם מה טוען התובע, דאם כופר בתשלומי הריבית א"כ אין כאן הודאה לטענתו, מיהו י"ל דמ"מ חשיבא הודאה כיון שמודה שחייב לו].

ומי"ש בשו"ע סי' ע"ה ס"ה בשם סה"ת יש לפרש דהיינו שנתברר שקרו מתוך טענותיו, שלא הי' יכול להעמיד דבריו כשחקרוהו ב"ד על ענין התשלומין, ולכן יש ריעותא בנאמנותו או שעדיין כופר הכל נגד מה שנתברר לב"ד, אבל היכא דנתברר שטעה א"כ ליכא טעמא דרבה, ונאמן משום דחזקה א"א מעיו, [מיהו אם בתוך ב"ד אמר נזכרתי שאני חייב מקצת, שפיר חשיב מודה במקצת, אע"פ שבתחלה העיו לכפור הכל, דאמרי'

דמשמע בסמ"ע דאף בלא חזר ואמר פרעתי בעינן שידעו העדים שלא פרע זה צ"ע וכמ"ש הש"ך, ואפשר דגם כונת הסמ"ע דבכה"ג שהוא עדיין טוען לא לויתי חשיב שהעדים מעידים דלא פרע, משא"כ כשחזר ואמר פרעתי, וצ"ע בזה, אבל עכ"פ בדעת הרשב"א הי' מקום לדון כן, מיהו העיקר נראה כדברי הש"ך דבכה"ג חשיבא העדאת עדים גמורה, דמה שחזר וטוען לא מעלה ולא מוריד, ואף לענין קנס חשיבי כעדים בכה"ג וא"כ איכא ק"ו מפיו גם בעדים כה"ג.

מיהו מ"ש בש"ך סי' ע"ה ס"ק י"ט דבנתברר חיוב ע"פ ב"ד חשיב כהעדאת עדים אף כשנתברר שטעה יש לדון בזה דמסתברא דבכה"ג ליכא שום ריעותא ואיכא שפיר הוכחה מדמעיו דקושטא קאמר, ודברי הסה"ת צריך לפרש במכחיש חיובו דהיינו שנתברר ששיקר, או באופן שחזר בו ומכחיש מה שנתברר לב"ד, ומהא דמיייתי ותנא תונא אין קו', דהתם טוען להכחיש מה שנתברר לב"ד, שהרי טוען דגם מה שביד חבירו שלו הוא, שו"ר בתומים שכ' כמ"ש, ועי' להלן מש"כ אאמו"ר שליט"א בזה.

בדין חמשין איני יודע אם פרעתיך דחשיב הודאת פיו, ובדברי הקצה"ח שם

ובטוען חמשין איני יודע אם פרעתיך, חשיב הודאת פיו, דגם זה בכלל אישתמוטי כשטוען דבר שיודע שיצטרך לפרוע, דא"צ להעזי בשביל לטעון כך, משא"כ אם יטען איני יודע אם הליתני כיון דפטור הוא העזה, וכן במודה שנתחייב ע"י שבועת חבירו בחבלה, אע"פ שכופר יסוד החיוב, מ"מ מודה הוא דהשתא חייב לשלם לו, וכל שמודה בחיובו לשלם מקצת, זה מועיל לו שיוכל להעזי בשאר לאישתמוטי עד דהווי לי' זוי.

ובקצודה"ח שם סק"א נקט דלהרמב"ם בחמשין איני יודע אם פרעתיך לא חשיב מודה במקצת, ולפמשנ"ת שפיר מודה

מעיקרא סבר לאשתמוטי בכלי' ועכשיו אינו מעזי כ"כ, וההוכחה דאא"מ היא דוקא כשיכול להעזי כל הזמן, עד פסק ב"ד, אבל לאחר פס"ד אם חזר והודה משיב אבירה הוא, וכמ"ק שבועות מ"א א'.

בדברי הש"ך סי' פ"ז ס"ק י"ב וסי' ע"ה ס"ק י"ט בכ"ז

ויצונו בש"ך סי' פ"ז ס"ק י"ב ועיקר דבריו לסתור דלא מצינן לפרושי דרבי חייא במעידין שלא זזה ידם מתוך ידו, אבל לענין הנדון בחזר ואמר לויתי ופרעתי אחר העדאת העדים אין מכ"ז ראי', אלא דבסו"ד כ' דלא מסתבר כלל לחלק בעדים בין אמר פרעתי אח"כ או לא, והיינו משום דמאחר שהעידו והוחזק כפרן, אין נפ"מ מה שחזר וטען, וחשיבא העדאת עדים גמורה, כמו בטוען עדיין לא לויתי, והרשב"א בתשו' לא דן בענין זה, אלא דמיייתי הוכחה דמה שנתברר ע"י טענותיו לא חשיב כהודאת פיו, דא"כ למאי צריכינן ק"ו להעדאת עדים, הרי גם בהאי גונא דרבי חייא חיובו בנוי ע"פ הודאת פיו, דקאמר לא לויתי, ואם בכל כה"ג חשיב אשר יאמר כי הוא זה, א"כ בלא ק"ו יתחייב (ואף לאבונה דר' אפטוריקי), א"ו כיון שהוא אינו מודה אע"פ שמתחייב לא חשיבא הודאה, זהו תו"ד הרשב"א שם.

ומשמע דפשיטא לי' דאין לחייב בגונא דעד אחד מכח אנן סהדי, דודאי אין לחיוב כח של עדים, וכל מה שדן הוא דנימא דחשיב הודאת פיו, והסמ"ע פירש כונתו דאף בעדים אכתי חיובו תלוי בפיו, שהרי הי' יכול לומר פרעתי דאל"כ אין חיובו ע"י פיו, דהעדים מחליטין החיוב לגמרי, ומה בכך שעדותם מחליטתו לחיוב מפני טענתו דמעיקרא, ולא דמי להיכא דטענתו דהשתא היא מחליטתו לחיוב שאינו יכול לישבע, א"ו ה"נ רק מפני שאינו משנה טענתו, איכא חיוב, וחשיב שפיר שחיובו ע"פ דברי פיו, מיהו מה

וּמִיִּישׁ שֶׁם סָק"ב דאין לעשות העדאת עדים
ע"פ הודאת פיו, צ"ע מדבריו הרשב"א
גופי', וכמבואר בש"ך סי' פ"ז ס"ק י"ב,
דדרכי חייא קמיתא מיירי כשהעדים מסתמכים
על הודאת פיו דלא לויית וממילא לא פרעתי,
וכה"ג מיירי בעובדא דריבית לענין נדון
דפרעון אחר, ולא דמי למה שהנחת אתה
נוטל, שאין אנו מוסיפים בידעתנו על דבריו
כלום, ואפי' אמר לעדים בחוץ מה שהנחת
אתה נוטל, והלכו ומדדו ובאו לב"ד לא
חשיבי העדאת עדים, דאינם משנים מדבריו
כלום, משא"כ כשבא לפטור עצמו ע"פ דבריו
והם מחייבים, ובמה שדימה איני יודע אם
פרעתיך לדברי הרשב"א והרמב"ם כבר נתבאר
לעיל.

**בשוע סי' שס"ד ס"ז למה אינו חייב מדין גלגול
שבועה, בדברי הר"ן בנ' דחבלה, ובש"ך ס"ק י"ג
בעיקר דברי הרמב"ם שהובאו בסי' שס"ד
ס"ז יש לעי' דאכתי יתחייב שבועה
ע"י גלגול, ולכאור' מוכח מזה דל"א גלגול
שבועה היכא דהשבועה הראשונה אינו רוצה
לישבע ומשלם [דל"א בזה שכן שבועה גוררת
שבועה], וכמ"ש הש"ך סי' ע"ה ס"ק נ"ב,
שו"ר שכבר רמז לזה הגר"א בסי' ע"ה ס"ק
מ"ד, מיהו צ"ל דבאומר איני רוצה לישבע
ומשלם לא מהני, כמ"ש בסי' צ"ד ס"ג,
ואפשר דהיכא דמיד שהעיד ידעו שלא יוכל
לישבע חשיב כאמר הריני משלם קודם שגלגל
עליו שאר שבועות דמהני כמ"ש שם ס"ד,
ולפ"ז בגונא דתשו' הרשב"א ח"ב סי' ר"ו
שטען פרעתי אחר העדאת העד יכול לגלגל
עליו, דמעיקרא כבר תבעו כל החוב ובכה"ג
ב"ד מגלגלין בלא תביעה, כמ"ש הרא"ש ב"מ
ד' א', ולע"כ בסוגיא זו.**

**סי' פ"ז ש"ך ס"ק י"ג ונראה דמ"ש ונתבע
כו' אבל מ"מ מודה שנשבע או מיירי כו',
מדברי הר"ן משמע דהא דלאחר שבועה חשיב
מודה במקצת היינו משום דאנן סהדי שהאמת**

הרמב"ם בד"ז, (כיון שאינו טוען בבירור
שהוא פטור), דכשהודה בכך ידע שהדין
מחייבו לשלם, ואיכא למיחש שפיר
לאישתמוטי, משא"כ בגונא דעד אחד
דמעיקרא בא לפטור עצמו לגמרי, ולא מהני
מה שיודע שיש ע"א, לומר דתו לא חשיב
מעיו כיון שיודע שיצטרך לשלם ע"פ הע"א,
דרוקא כשמחייב עצמו לשלם ע"פ עצמו, מהני
האי טעמא [ועמ"ש הר"ן גבי חבלה קודם
שנשבע דמי יימר דמשתבע, והכא עדיף דהתם
התובע סתמא ישבע, משא"כ העדאת עד,
ובסברת ההעזה ודאי ראוי לחלק כן וכמ"ש כ].

**ובאיני יודע אם פרעתיך איכא נמי טעמא
אחרינא דהוא מודה שהוא חייב ע"פ
דין, דאף אם האמת כדבריו שאינו יודע הרי
הוא חייב, משא"כ בע"א, ואפי' בחבלה
שטוען דבאמת פטור הוא, מ"מ הרי הוא יודע
שאם נאמין לדבריו דהוא כי האי מעשה
וחבירו נשבע הרי הוא חייב לשלם, ואע"פ
שאם נאמין לו ביסוד המעשה שלא חבל הי'
פטור, מ"מ יש כאן מעשה המחייב מצד
עצמו, משא"כ בע"א מעשה החטיפה ודידי
חטפי זה ענין אחד, ואי הוה מהימנינן לי'
לעובדא כדבריו, הרי הוא כופר בכל.**

**ומי"ש שם בקצה"ח דחשיב אנן סהדי לפטור
הלוח מאידך חמשין, צ"ע דודאי הא
דמחייבין ללוה באיני יודע אם פרעתיך חשיב
חיוב מבורר דברי ושמא הוא, אבל הא
דפטרין לי' מאידך חמשין היינו משום דמספק
לא מפקינן מיני, וזה לא חשיב בירור, וכבר
הק' כן בנתה"מ, ואמנם בטלית נמי אנן סהדי
רק מכח מוחזק, התם הרי שניהם שוים
בחזקתם, ועוד דהתם הנדון ברשות מי מונח
הטלית בהיתר, ולענין זה חשיב אנן סהדי גם
בחוב כה"ג, דבכל חוב אנן סהדי דהלוח הוא
המוחזק במעות, אלא דהנדון אם הוא חייב
לשלם, ובטלית סגי בזה שאנן סהדי שהוא
המוחזק בטלית לאוקומה ברשותי'.**

תובעו אם הי' מודה לדבריו ששילם הריבית, אלא שטוען להד"ם שלא שילם עבורו, בזה לא חשיב מודה במקצת כשנתברר טעות מחודשת.

אב"ד ראיתי בספר אאמו"ר שליט"א שם דין א' דס"ל דכיון שמודה במציאות המחייבתו, לא מהני מה שטעה וסבר שהוא פטור, והביא שם דהרשב"א בתשו' ח"ב סי' רמ"ו כתב בהדיא דכשנתברר שטעה כגון שסבר שאם חבירו לא קיים התנאי הוא פטור, ואינו כן לפי לשון התנאי, אע"פ שחבירו ג"כ הי' סבור כן, אלא שטוען שלא תבעו לקיים התנאי עיי"ש, מ"מ כיון דאנן סהדי שחייב לשלם, חשיב מודה במקצת, כאנן סהדי דשנים אוחזין בטלית, ולכאור' זה סותר לתשו' שהביא הב"י ר"ס פ"ז דאע"פ שפרעון הריבית אינו פרעון, מ"מ לא חשיב מודה במקצת, ואפשר דהתם מיירי שאין שום ראי' לעצם החוב, והכל מפיו אנו חיינן שהודה בחוב ואמר פרעתי ריבית, דמכח אנן סהדי אין כאן שום חיוב, משא"כ בההיא דסי' רמ"ו דאיכא שטר, ודמי לעדים המעידים על ההלוואה, והוא אומר להד"ם, דאע"פ שאינם מעידים שלא פרע, מ"מ חשיב שפיר העדאת עדים, ולפ"ז מבואר דלא חשיב מודה במקצת דהודאת פיו, ומ"מ חשיב העדאת עדים אע"פ שאין ריעותא בנאמנותו ע"י העדאתם.

ואפשר דבאמת למד כן הרשב"א מהא דמייתי ותנא תונא ממתני', וס"ל דגם במתני' אין ריעותא בנאמנותו ע"י האנן סהדי, ואפ"ה חייב שבועה, וש"מ דהעדאת עדים מחייבתו מק"ו בכל גווני, ולפ"ז מ"ש הרשב"א ז"ל בביאור הגמ' אבל העדאת עדים דליכא למימר הכי, דאפשר לומר ששכח (או משטה הי' בו), היינו דאפי' אם האמת כן חייב שבועה על השאר, וצ"ע מ"ט, אבל לשון הרמב"ן והר"ן והנ"י שם דקמ"ל דהואיל והוחזק כפרן במקצת יצא מחזקתו ובחזקת

כדבריו, (וכאנן סהדי דגבי שנים אוחזין בטלית), ועפ"ז כתב דאפי' נשבע אח"כ, הר"ז כהשתא אתו סהדי, ועי' קצה"ח, אבל לכאור' לא דמי דלאחר שנשבע הרי חיובו במוחלט מפני פסק ב"ד, ואם הוא בעצמו מודה שנתחייב בב"ד ע"י שחבירו נשבע, אין חיובו מכח אנן סהדי אלא מדיון מודה במקצת דפיו, (כדאיכא עדים דליכא מיגו), ואף למאן דלית לי' דרבי חייא חייב, ואע"פ שאינו מודה בחבלה מ"מ מודה הוא שחייב בתשלומין, ולכן אינו דומה לדרבי חייא שבאו עדים אח"כ, דכאן העדים של אח"כ אינם גילוי מוחלט על מה שכפר תחלה, אלא דמכאן ולהבא יש כאן חיוב מוחלט, תדע שאם חשיב אנן סהדי דגזולן הוא, א"כ בנגזל דתנן דמתני' בשבועות דומיא דחבלה בדין הוא שיהא כנגדו נשבע על השאר ככההוא רעיא, ול"מ כן כלל אף לדעת הר"ן דודאי אף לאחר שחבירו נשבע אינו נפסל ע"פ שבועתו, א"ו אין כאן אנן סהדי על החבלה, אבל שייך סהדי על חיובו בב"ד, וכבר ביאר בזה אאמו"ר שליט"א ב"מ ס"ד סק"א דין ו' דדעת הרמב"ן והריטב"א כהש"ך.

עוד בדין מתחייב ע"י טענותיו כשנתברר שטעה, ובתשו' הרשב"א סי' רמ"ו

בדין מתחייב במקצת ע"פ טענותיו, באופן שנתברר שטעה, נקטנו לעיל דלא חשיב מודה במקצת, דהא ליכא טעמא דרבה כיון דמע"ז, ולחייבו משום העדאת עדים ג"כ אין לחדש אלא כשיש ריעותא בנאמנותו, דהעדים מעידים שמשקר, ולכן יש לחוש לאישתמוטי גם באידך, ואנן סהדי דשנים אוחזין נמי חשיב ריעותא באידך פלגא כיון דמסתבר שכל הטלית של אחד, אבל היכא דנתברר שטעה כההיא דריבית שבתשו' הרשב"א אין מקור לחייבו, ואמנם ודאי אם חבירו טוען שהריבית אינה תשלומין ונתברר שהאמת כדבריו, בזה חשיב מודה במקצת, דנתברר שהוא מודה למקצת הטענה, אבל כשגם חבירו לא הי'

מעיו פנים הוא ונשבע, (ועי' לעיל סק"א מה שהוספנו סוף הדיבור הראשון, ולע"כ).

בטעמא דנשבע מודה במקצת בדאיתי קמן וליכא למימור אשתמוטי

ו. **מהא** דמייתי ותנא תונא ממתני', מבואר דאף בגונא דליכא למימור אשתמוטי, דאיכא סהדי דהשתא ברשותי' הוא, מ"מ איכא שבועת מודה במקצת, וכ"מ לק' ק' ב' גבי שפחה וולד, וביאר הרמב"ן בשבועות מ"ב ב' (ובהשמטה) דבאמת לאו דוקא אשתמוטי על דעת להחזיר, אלא לעולם כל שמודה מקצת קל לו יותר לגזול את השאר, דהוא נשמט מהרגשת החיוב ע"י שמודה במקצת, ולדעת רש"י דלמסקנא חשיד אממונא חשיד אשבועתא ה"נ חיישינן שמא מלוה ישנה יש לו עליו, ובנה"מ סי' ע"ה סק"ד נתקשה בזה עיי"ש, ובדברי התו' ב"ק ק"ז א' עמש"כ לעיל ס"ג ועי' בספר אאמו"ר שליט"א סי"ט סק"א בזה.

בקו' הגרע"א ג' א' דמ"ד חציה שלי הוה מודה במקצת

הגרע"א ז"ל בחידושים ג' א' הק' למאי דמייתנין ותנא תונא כו', א"כ ז"א כולה שלי וז"א חצי' שלי להוי מודה במקצת

שהרי מודה לו דחצי' שלו, וא"כ חייב שבועה על כל החצי, וכ"ז שלא נשבע על כל החצי לא מהני חזקתו ליטול רביע, דאם אינו נשבע הרי צריך לשלם, ככל מודה במקצת, ולכאור' אין כאן תביעה כלל על כולה, דכיון שהוא מודה לו דחצי' שלו, והוא תפוס בה א"כ כבר נפרע ממנו החצי, ועדיפא מהילך שלא הי' החצי ביד הנתבע, אלא כל הזמן הוא ביד התובע, ואינו תובע ממנו אלא החצי האחר ובזה הוא כופר הכל, (תדע שאם אפשר לחלק החצי חולקין אותו תחלה, ואינו צריך לישבע דג' חלקים שלו כמ"ש הרשב"א הובא בשו"ע סי' קל"ח ס"ב), ומה"ט חשיב זה שטוען כולה שלי מוחזק בג' חלקים, כיון דכל הנדון על החצי, וכמש"פ הראשונים ז"ל, וצע"ע לבאר דעתו ז"ל, (ועתו' הרא"ש ב' א' בשם הרמ"ה).

ואפשר לבאר ביישוב הקו' גם בדרך ממ"נ, דאם חשיב שיש תביעה הכל, א"כ זה שטוען חציה שלי מוחזק בחציה, וא"כ מה שחבירו נוטל רביע נוסף זה בגלל שלא נשבע ע"ז.

א"נ י"ל ד"ל דמ"מ חשיב מוחזק גמור ברביע, דע"י שאינו נשבע על חצי לא נעשה חבירו מוחזק ברביע נוסף, ולכן שפיר נשבע ונפטר מכל הרביע שבידו.

סימן ה

בסוגית הילך

כמאן דנקיט להו מלוה דמי כו'

א. ד' א' ור"ש אמר הילך פטור מ"ט כו' כמאן דנקיט להו מלוה דמי כו', משמע דאם נתנן ביד המלוה לאחר התביעה קודם שהודה, לכו"ע לא חשיב מודה במקצת, מיהו אם אמר אין לך בידי אלא נ' ולא אמר הילך, כבר נתחייב שבועה, ואפי' נתנן מיד למלוה, לא מיפטר מחיוב שבועה, ונראה דפלוגתא דהילך היא גם כשבשעת התביעה ידוע שהנ' אומר לו הילך, כגון חמישים שבשטר דהילך הוא, ומ"מ למ"ד הילך חייב חשיבא תביעה לחייבו שבועה, וכן בפקדון סתמא דמילתא תבעו קודם שבא לב"ד, ואמר לו דמקצת ברשותו, וממילא הילך הוא, ואפ"ה למ"ד הילך חייב חשיב מודה במקצת הטענה אע"פ שאין התובע צריך לב"ד בשביל המקצת שמודה, דהי' יכול לילך לביתו וליטלן.

ולפ"ז מבואר טעמי דר"ש, דכשהדבר מזומן לו ליפרע אין זה בכלל הטענה, דהמלוה גופי' ידע שזה מזומן לו ליפרע וא"צ לתובעו ע"ז, ור"ח סבר דמזומן ליפרע לאו כמאן דנקיט בידי' דמי, דלא חשיב שנסתלקה התביעה שביניהם בענין זה, כ"ז שלא פרעו, ולפ"ז כו"ע מודו דכיון דא"ל הילך בשעת ההודאה, חשיב דהתביעה היתה על דבר שאומר לו הילך, דנתברר שעל ד"ז לא הי' צריך לתובעו, [ועי' לק' ס"ק י"ב דבאמת בירו' מחלק בזה].

בהחיא דלקמן ק' א' ז"א גדול וז"א קטן

ויש לעי' בהחיא דלק' ק' א' דזה אומר גדול וז"א קטן חשבינן ל' הילך, ולכאור' ליכא למימר ב' שלא הי' צריך לתובעו על המקצת, דהרי זוהי גופא תביעתו שרוצה לקבל הגדול

ולא הקטן, ונראה דהתם נמי אם הערך של הקטן הי' בטוח בידו, כגון דאיכא עדים דאית ל' גביה המעות, א"כ לא הי' שיעור זה בכלל הטענה, ונמצא דמה שהודה לו אינו מקצת הטענה, ואע"פ שאינו רוצה לקבל המקצת דא"ל הילך, מ"מ לענין הערך של המקצת חשיב כמאן דנקיט ל' בידי', וזהו מה שמודה לו, ואם הוא צריך להודאתו גם על דמי הקטן, א"כ ודאי דבעי למינקט בידי' מה שמודה לו, וכשאומר לו הילך הקטן כמאן דנקיט ל' בידי' דמי להבטיח ערך הקטן בידו, והרי אינו מודה לטענתו טפי מערך הקטן.

ולזהאמור ל"ק סתמות המשניות דשבועות דצריכינן לאוקמינהו בשהרקיבו וכיו"ב, דמתני' מתפרשת כשיש לו תביעה על הכל, ולכך הוא בא לב"ד שיהא חיובו ברור, ובדא"ל הילך אינו צריך לתובעו ע"ז, (ואם תובעו כדי שיהא מודה במקצת, זה אינו מתפרש בסתמות התביעות).

בדברי תו' דלמ"ד הילך פטור חשיבא העזה ככופר הכל

בתו' כתבו דלמ"ד הילך פטור חשיבא העזה ככופר הכל, וביאור הדברים דהא דאדם מעיז כשמודה במקצת הוא מפני שמראה למלוה שהוא מכיר בחובתו, ומשאיר הקשר ביניהם ע"י שצריך לפרעו מקצת, ואפשר שיודה לו מיד בינו לבין עצמו, או שיודה על חיובו כשיגמור לשלם המקצת, וכיו"ב, אבל כשאומר הילך הרי הוא קובע את המצב שביניהם כשל כופר הכל, וכשכונתו להשתמט אינו מעיז בכך, דהמקצת הזה אינו מסייע לו בהעזה, ולשון הגמ' כמאן דנקיט להו בידי' דמי, משמע יותר דאין כאן תביעה על אותן

מ"מ לא הו"ל לחלק בין הילך לנקיט ביד' בזמן שמדאורייתא דינס שוה.

מיהו לשון הגמ' דחוק לפ"ז, דהול"ל אא"ב הילך לאו כמאן דנקיט ביד' דמי, ומדקאמר אא"ב הילך חייב משמע דמכח החיוב שבהילך אתינן עלה וגם הלשון סתום דלא משמע דהשתא הדר ב' ממאי דסבר מעיקרא דמכח מודה במקצת מייתי, ולמש"כ סק"א דהגדון אם התובע הוצרך לתבעו על הג' דמודה, י"ל דלשון כמאן דנקיט ביד' לאו דוקא נקיט ממש, דהא במלוה א"א לומר כן, אלא דלענין התביעה חשבינן ל' כאילו כבר קיבל תביעתו זו, ולפ"ז צ"ע היכי גמיר מינה לשנים או חזין לפי' הרו"ה, הא אף למ"ד הילך פטור לא אמרי' דכמאן דנקיט ביד' דמי ליחשב מוחזק.

ויעוי' בתו' ולכאור' לא דמי הודאת פיו להעדאת עדים, דכיון דמפרשין דמאי דתפס כאילו מודה לו, לא שייך למיפוך והרי גם חבירו מודה לו, דע"כ יש דו"ד ביניהם, ולגבי כל אחד אפי' אם נחשיבנו כמודה, הרי חבירו תובעו כולו, משא"כ באנן סהדי דאותן סהדי מעידים על כל הענין, ולא שייך לחייב מכחם שבועה, שו"ר שכ"כ בתו' הרא"ש, וזהו כפי' הרמב"ן, וביאור הענין דר"ח סבר דשבועה דמתני' דמיא לשבועת מודה במקצת, דע"י שאנו רואים שחציה שלו, מסתבר לומר דכולה שלו, ואם בדאורייתא כשאומר הילך לא חשבינן ל' כמודה במקצת הטענה, אלא כל חצי כענין בפ"ע, והרי הוא כופר הכל, אע"פ שבאמת היתה כאן טענה אחת, כמו בכל מודה במקצת, לא הו' מתקני רבנן הכא שבועה, דיש ללמוד מחכמת התורה שצריך להתייחס לד"ז כלאחר חלוקה, וככל כופר הכל דמי, ואין מחובת ב"ד לתקן שבועה למה שבחזקת בעליו, אפי' במקום שיש מקום לתקנה, (כסברת הרו"ה, או שהיו צריכים לתקן מדרבנן שבועת מודה במקצת גם בהילך),

נ', (וכעין הסברא דממון שאינו יכול לכפור בו לא חשיבא הודאה לדעת הרמב"ם), דהמלוה לא הי' צריך לתובעו בב"ד על אותן נ' שמודה, מיהו בעינן שיהא במצב שב"ד א"צ להתייחס לתביעת הג', אם מפני שכבר פרעו, או שיש לו שטר ומעיקרא לא הי' צריך פסק ב"ד או בפקדון דממילא ברשותי' קאי, ובאמת מלוה אינו דומה ממש לשטר ופקדון דקודם הפסק ב"ד ג"כ הי' מזומן ליפרע, אלא דכיון דהגדון שעל ב"ד לדון הוא בתביעת נ' וכפירת נ', חזינן ל' כמאן דנקיט מעיקרא ביד', וגם אפשר לומר דהלוה לא הי' כלל במצב של מודה במקצת, הטענה דתשובתו על טענת המלוה אינה כי הוא זה, דאינה מתייחסת אל הכל בהודאת מקצת ממנה, אלא שבטל תביעת המקצת וכפר בשאר.

שם והא הכא כיון דתפס כו', בדברי הרמב"ן
ב. **שם** והא הכא כיון דתפס הילך הוא וקתני ישבע, בפשוטו משמע דשבועת מודה במקצת קאמר עד לבסוף דקאמר דתק"ח היא, ויעוי' ברו"ה, וכבר ביאר הרמב"ן ע"פ פירושו דרק למסקנא הדינן מטעמא דמודה במקצת, מיהו אכתי צ"ב נהי דכשמודה ואומר הילך אמרי' דכמאן דנקיט ביד' דמי, אבל אין ללמוד מזה להיכא דאינו מודה אע"ג דתפס, ואמנם יש עדיפות בתפס, והיינו דפרכינן שבועה זו למה, אבל למאי דמשני דכיון שכ"א טוען כולה שלי תיקנו שבועה, לא דמי להילך כשמודה לו, ועדיפא מינה הוכיח הרמב"ן משניהם אדוקים בכולה, דודאי כמאן דפסיקא דמיא ואפ"ה תיקנו שבועה, וצ"ל דאנן סהדי סמך, דלגבי זה שמזומנים לחלוק, אין ממש בדבריו שאומר כולה שלי, ואפשר להוסיף דכיון דבחלוקה כבר לא משבעינן להו, נמצא שחכמים נחתו בתקנתם לחלק בין הילך לנקיט ביד', ויש להבין מזה דגם בדאורייתא כן הוא, דלא היו מחדשים חילוק נגד סברת התורה, דאע"פ שיכולים לתקן שבועה גם בכה"ג כיון שאינו מודה לו,

שו"ר בר"ן שביאר הענין כמורה במקצת דעלמא עיי"ש.

בפי' הרז"ה

והנה הרמב"ן הק' לפי' הרז"ה מ"ט צריכין שבועה היכא דתפוסין בה ממש דכמאן דפסיקא דמיא, ועי' לעיל ס"א ס"ק י"ד דהוכחתו מהיכא דאדוקים בכולה וליכא שאר עיי"ש, וקצת משמע דלפי פירושו אתיא ברייתא דשנים אדוקים בטלית אף כר"ח, ואפשר הטעם כיון דחיובא דמתני' דמי למורה במקצת, חזר ענין התקנה לפי הטעם וכל מקום ששייכא תק"ח דלא ילך ויתקוף, הוי שפיר בכלל החיוב, אע"ג דכמאן דנקיט בידי' ממש הוא, משא"כ לפי' הרז"ה דס"ל דמשום טעם לא מצינן לתקוני שבועה היכא דכמאן דנקיט בידי' דמי, מיהו לכאור' אפשר לומר דהרז"ה נמי מודה דלבתר דתיקנו שפיר מחייבין שבועה בכל גווני, [ומסתברא דכ"ה האמת דמשום גונא דאדוקים בכולה לא הוו מתקני רבנן שבועה, כיון שאין דבר משותף ביניהם, וכמש"כ לעיל שם], אלא שלא הי' לחכמים לתקן שבועה מחודשת בכה"ג, כיון דליכא דכוותה בדאורייתא, אבל לבתר דתיקנו לא פלוג וכל מקום שיש לחוש לתקיפה צריכין שבועה.

בדעת רש"י

ג. **דעת** רש"י משמע דלא חשיב הילך, אלא היכא דלבתר הודאתו איגלאי מילתא דבשעת התביעה כבר הי' ברשותו, כגון פקדון דכיון שלא נתכוין לגזולו ברשותא דמר' קאי, וכן מלוה שבשטר דהקרקע המשועבדת ברשותי' קיימא מעיקרא (ואפי' לקח הקרקע אחר ההלואה מ"מ קודם התביעה כבר היתה משועבדת לו), אבל מה שאומר הילך זווי מעלמא, לא מהני אלא מכאן ולהבא, ונמצא שכבר נתחייב שבועה משעה שהודה, מיהו הראשונים ז"ל הכריעו דאף במלוה חשיב הילך כשנותן לו מיד בב"ד, ונראה דלשון

הילך פירושו שנותן מיד, כדמחלק בב"ק ק"ה ב' בפקדון בין הילך לקיימא באגם, וש"מ דהילך פירושו דוקא הי' לך, והא דנקטינן בפקדון ובקרקע לשון הילך, הוא לשון מושאל כיון דפלוגתתם נשנית בהלואה דבעינן הילך דוקא, נקטינן בכולהו לשון הילך, דדינם שוה דכמאן דנקיט להו התובע דמי.

ועוד הוכיח אחי הר"י שליט"א מהא דקאמר אברייא דרמב"ח וחדא מתה בפשיעה דבעינא שלומי לך דלאו הילך הוא, ולכאור' לשון דבעינא שלומי לך בא להשמיענו דלא נקיט זווי בידי' לשלומי לי' על אותה שמתה, דאל"ה הילך הוא, [דהלשון מיותר וגם הול"ל דבעי שלומי לי', ועכשיו מתפרש שזוהו הלשון שאומר למפקיד], ואילו לפרש"י אפי' נקיט זווי לאו הילך הוא, דכמלוה דמי, (וכ"מ בשו"ע סי' ע"ב סי"ב דכה"ג חשיב הילך עיי"ש).

ברין פקדון

וברין פקדון כבר הוכיחו הראשונים ז"ל דאפי' קיימא באגם הילך הוא, דכל היכא דאיתי' ברשותא דמר' הוא, מיהו אם הבהמות שבאגם צריכין שמירה, לכאור' לא חשיבא השבה מעליא, דלא מצי למפטר נפשי' מהמקצת ע"י שאומר לו שהמקצת באגם, וא"כ אף דברשותי' קיימא, אכתי מקצת הטענה חשיבא, אלא דסתמא דמילתא הפקדון במקום המשתמר, ושפיר מקבל עליו המפקיד השבה זו למהוי ברשותי', ואפשר דבע"כ נמי מצי למפטר נפשי' בכה"ג שהפקדון במקום המשתמר, דמהשתא ברשותא דמפקיד קאי, ולע"כ בזה, ולפ"ז אפשר דאין מחלוקת בין הראב"ד והרז"ה, דהא ודאי אף להראב"ד אם מקבל המפקיד השבתה כשהיא באגם היינו ממש הילך, כמו שבמלוה אם אומר לו זכי במעות שבמקום פלוני, באופן שהמלוה חייב לקבל השבה זו, ודאי כיון דהשבה מעליא היא הילך הוא, וה"נ בפקדון (בלא קנין) דברשותי

קאי, ואם הוא באופן שאין המפקיד חייב לקבל השבה זו, דאכתי טעונין שמירה באחריות השומר, אף להרז"ה אין לחשבו הילך, דלאו כמאן דנקיט בידו דמי, [מיהו משמע פליג גם בזה, ועמש"כ בזה לק' ס"ק י"ח].

ולפ"ז נוחא ההיא דב"ק ק"ה ב' דקאמר דעומדת באגם לאו הילך הוא, דהתם הנדון ע"ז שפוטר עצמו מגניבה ואבדה אם יגנב מהאגם, וש"מ דמיירי באופן שמחויבי השמירה או ההשבה אינו יכול לומר לו הילך מן האגם, וכדאמר נמי התם ר"ש דהיכא דקאי באגם משתמיט וכפר עד דאזיל ומייתי לי' מאגמא, (ועי' לק' ה' ב'), אבל אם הי' מונח במקום שיכול לומר לו הילך משם וברשותך קאי, היינו הילך, ואמנם בלא"ה נמי ל"ק דלשון הילך מתפרש שנותן מיד, וכמש"כ לעיל, מ"מ כיון דהאמת כן נוחא טפי, דבכה"ג דהתם שבא לפטור עצמו מחיובי שמירה ע"ז שהיא באגם, לאו הילך הוא, ואם יכול להשיבו בהשבה כזו, למה הוא כופר בו, לימא לי' הילך, ועשטמ"ק צ"א ב' שהביא תשו' הראב"ד שבאמת הוכיח מכח זה דאין לחשבו כמאן דתפיס לי' כיון דאפשר דמיגניב או מת עד דלא אתי לידי, ועיי"ש תשו' הרז"ה (הקודמת לזה).

ולפ"ז אפשר ליישב ההיא דמה שהנחת אתה נוטל כדעת הראב"ד, ומיירי באופן שאינו יכול לפטור עצמו בהילך עד שימסרנו לידו, כגון שהבית והכיס במקום רחוק ואיכא למיחש לגנבי וכיו"ב, דכיון דלא מצי לאוקמינהו ברשותי' מיד, לאו הילך הוא.

בקו' תו' ה' א'

ודאתאן עלה אפשר לומר דמש"ה לא פריך ממתני' דשבועות כמשה"ק תו' ה' א', דבהני דאיכא חיובי שומרים פשיטא לן דמשכח"ל דלאו הילך, אם מפני שפשע בהן, או דקיימי בדוכתא דלאו השבה היא, ורק

בקרע קשיא לן כיון דאימעטא נמי מחיובי שמירה, א"כ אין לחייבו על מה שאירע בהן, ובכל דוכתא ברשותי' היא, וע"כ לאוקומה כגון שהוא עצמו חפר בה בורות, ולפ"ז לא פריך היכי משכח"ל קרקע שנתקלקלה, אלא דאף כשנתקלקלה לאו באחריותי' קיימא ושפיר הו"ל הילך, [והא דפריך מברייטא דרמב"ח, משום דמשמע לי' דאיכא כפירה והודאה בלא חיובי שמירה, דהא מלבד טענת השומרים בעינן כפירה והודאה, וא"כ בכל אופן שמודה יכול לומר הילך, מיהו זה אינו דע"כ למאי דמשני דמתה בפשיעה מחיובי שומרים הוא, ועי' מה שביארנו בזה לעיל ס"ג סק"ב].

והנה יש לדקדק בסוגיא דלק' ק' ב' דמשמע דל"ק לן קו' דהילך אלא בעבדים וקרקעות אבל לא בכסות ובפשוטו משכח"ל בעבד דלאו הילך כמו בכסות, [ואין נראה לומר דבכסות מיירי שנתחייב לו כסות דעבד, ולא מיירי בכסות מסוימת, דלכא"ו בכה"ג כיון דלא חל קנין על דבר מסוים אלא אגברא רמי, יש לדמותו לטוענו דמי, ואף בעבד כה"ג נשבעין, והיינו אוקימתא דרבי, [וצ"ע בזה כיון שמודה בחיובו להביא עבד והנדון אם גדול או קטן חשיב שפיר תביעת עבד] וכיון דע"כ בקנה כסות מסוימת א"כ הו"ל הילך], והי' אפשר לומר דבעבדים ל"ק לי', ורק אגב קרקע מפרש לה רבא, אבל מהא דפריך בתחלת הסוגיא אעבד דהילך הוא, וכן בסוף הסוגיא מייתי אוקימתא דרבא אשפחה ולא מייתי לה אפרה, משמע דלא הוצרכנו להך אוקימתא אלא בעבד אבל בשאר מטלטלין פשיטא דמשכח"ל דלאו הילך ולא הוצרך לפרש, [שור' בני' שהק' בכסות דהילך הוא ועמש"כ בזה לק' סק"כ].

ולפי מש"כ דכל הקו' היא רק מהני דליכא בהו חיובי שומרים, נוחא שפיר, דבקרע ועבד בכל גונא הילך הוא, דאינו מחויב בשמירת העבד, ואפי' הוזק או מת ברשותא דמרי' קאי, משא"כ כסות ופרה דברשותי'

מיהו מסתברא דאפי' קלקלה שלא ברשות לא חשיבא תביעת מטלטלין, דיש להתייחס לתביעה כאילו אין התובע יודע מה עשה בקרקע, ותובעו ששיב לו הקרקע שמסר לו, וכשמתברר שקלקלה לא נעשית תביעה מחודשת, אלא הכל מחובתו להשיב מה שמסר לו, וה"ז דומה למסר לו כלי ונפגם בפשיעתו, דכשתובעו הכלי, היינו כלי שלם, שצריך להשלים לו בגלל החיובים שיש לו, ולא חשיב ככה"ג טענו כלי ומנה, דחיובי הנזק הם מחיובי השבת הכלי, [דאל"כ הו"ל טענו חטים ושעורים והודה באחד מהן, דהקרקע הילך הוא, וההיזק מין אחר הוא, ותיקשי לר"ש ממ"ד פטור למאי איצטריך למעוטי קרקע, ויעוי' ברי"ף שהוכיח מהא"נ דחייב, אבל אם גם תירוץ קמא למ"ד חייב, תיקשי למ"ד פטור מיעוטא דקרקע למה לי, מיהו ערשב"א בתשו' ח"ב סי' שמ"ג דקטע זה מרב יהודאי גאון הוא וכ"כ הר"ן, ושפיר נקט שינויא אליבא דהלכתא, ועיי"ש ברשב"א], ועי' לק' סק"ו בסופו.

וב"ז כשעיקר התביעה היא ששיב לו הקרקע, אבל התובע את חבירו שחפר בורות בשדהו דמעיקרא לא נתחייב אלא תשלומין, אין ללמוד מכאן דחשיב כקרקע, ובפשוטו נראה דבכה"ג תביעת מטלטלין חשיבא, דלבתר פסק ב"ד ודאי הדין כן, ואילו בתביעת קרקע אפי' נתחייב בב"ד, ותובעו עתה על מה שנתחייב מסתברא דתביעת קרקע חשיבא, דחוזר ותובעו חיובו להשיב לו הקרקע, ולא נשתנה עיי"ז שכבר פסקו ב"ד שחייב להשיב לו הקרקע, ולא דמי לקנס ונשבעין ונוטלין דהחיוב משתנה לאחר פסק ב"ד, מיהו ודאי אם בב"ד נתברר דליתיה לקרקע, וצריך לשלם דמים חזרה כתביעת מטלטלין, ולא עוד אלא אפי' טוענו הרגת את עבדי בשוגג, אם נימא דליכא קלבד"מ, וחייב בתשלומין, ג"כ חשיבא תביעת מטלטלין, דהיכא שתחלת החיוב הי' לתשלומין לא חשיב כקרקע, משא"כ אם מסר

דמוכר קאי, דהו"ל שומר חנם, דלא גרע מהנח לפני, ובזה פשיטא דמשכח"ל דלאו הילך הוא, כגון שנפסדו בפשיעתו, או דקיימי באגם באופן שצריכין שמירה, משא"כ בעבד ושפחה דצריך לדחוק שהזיקן בידים, ברם לכאו' טעותא היא דהא למאי דקיימינן למ"ד דנשבעין על העבדים, בפשוטו יש בהם גם חיובי שמירה, וא"כ גם בעבדים משכח"ל בפשיטות דלאו הילך מאותו טעם דכסות ופרה, וי"ל דאה"נ, מיהו סתמא דמילתא אינו מקבל עליו לשמור על העבד והשפחה, דיש להם דעת וברשותא דמרייהו קיימי, וכן בקרקע, משא"כ פרה וכסות דהמוכר חייב בשמירתן, וכל מה שנפסדין בפשיעתו עלי' ידידי' לשלומי ולא הילך הוא, ומיירי שאין העבד, לבוש בכסותו דמוקמינן לה בדלייפי, ואי לייפי בא לומר רק דהבגד של חוליות ומ"מ מיירי בשני בגדים נמי ל"ק לומר דמיירי שאינו לבוש בכסות שמודה בו, והרי הוא בשמירת המוכר, ועי' לק' סק"כ.

ה' א' איצטריך קרא כו'

ד. ה' א' איצטריך קרא היכא דחפר בה בורות שיחין ומערות, לא מצי למימר שטפה נהר כדתניא גבי גוזל שדה מחבירו ב"ק קי"ז ב', דכיון דאימעטו קרקעות מחיובי שמירה הו"ל שפיר הילך, ורק בורות דעבד בידים לא מצי למימר בהו הילך, ולכאו' אפשר לפרש בחפר ברשות ע"מ לתקנה בשעה ששיכנה, ובכה"ג ודאי תביעת קרקע היא, שעדיין אינו בדין מזיק, אלא שאינה ראויה להשבה עד שיתקנה, ולא מצי למימר הילך כן, ואפי' יהיו מעות ההיזק מזומנים בידו לא מהני בכה"ג, כיון שחיובי לכסות, (מיהו אם חוזר בו ואינו רוצה לכסות, אי לא כייפינן ל' נעשה עכשיו בדין מזיק, ואם משלם מיד הו"ל הילך), ודברי הראב"ד בשטמ"ק אפשר לפרש עד"ז, ועי' בספר מרן זללה"ה ב"ק ס"ו סק"ג.

לו עבד לשמור, והרגו, ותובעו השבת העבד, דתביעת קרקע חשיבא.

ואפשר שזו כונת המ"מ פ"ה מה' טו"נ ה"ב שכ' פי' הגמ' כפרש"י, וסיים לפרש דתירוצ ראשון מיירי כגון שאינו תובעו כלל מן החפירות, ור"ל שתובעו השבת הקרקע בשלימותה, והנתבע יודע שאינו יכול לומר לו הילך כיון שאינה בשלימותה, וזה מתפרש כמש"כ דבכה"ג חשיבא הכל תביעת קרקע.

והנה הראב"ד שם הק' ממתני' שבועות מ"ד ב' דקתני דחבלת בי שתיים והלה אומר לא חבלתי בכך אלא אחת חשיבא מקצת הודאה, וש"מ דחוב הבא מחמת אדם שהוא כקרקע אינו כקרקע, והמ"מ דחה דדוקא עבד כנעני הוקש לקרקע, אבל לכאור' קשה ממתני' שם ל"ו ב' דקתני המית שורך את עבדי כו' פטור, והיינו משום דהוה קנס כדפרש"י, וכדקתני בסיפא זה הכלל כל המשלם ע"פ עצמו כו', ואם איתא למה לי האי טעמא הא אין נשבעין על העבדים, ובגמ' שם ל"ז ב' בעא לדיוקי דסבר תנא דמתני' דאעבד לא מיחייב קרבן, ודחי לה, אלמא דהמית שורך את עבדי לא חשיבא תביעת עבד, וכמש"כ דכיון דמתחלה נתחייב רק בתשלומין לא חשיבא תביעת עבד, וכן בסיפא שם קתני א"ל עבדו הפלת את שיני וסימית את עיני כו' פטור, ולא חשבינן לה תביעת עבד, מיהו בזה יש לפרש דהיינו מפני שאינו תובעו עבד אלא בן חורין, ודמי לתובע מחבירו שנתחייב ליתן לו כור תבואה מתבואתו שהיא עדיין מחוברת, וצ"ע בזה.

ובתו' כתובות מ"ב א' ד"ה הפלת באמת הק' אברייא דמייתי התם משמ' דר"ש כדינא דמתני' דהא אין קרבן שבועה על עבדים דומיא דקרקעות, ותירצו דסבר דלא דמי עבד לקרקע לענין זה, אבל במתני' א"א לומר כן, דהא בהדיא דייקנן בגמ' מעבד, ולא פריך מהמית שורך ומהפלת את שיני, (וצ"ע

בדעת תו' שהביאו סוגיא דשמעתין, ולכאור' כאן מבואר דלא כתירוצם), ויעוי' בקצה"ח סי' צ"ה סק"ח שכתב דדעת הרמב"ם דהפלת את שיני לא חשיב תביעת עבד אלא תביעת ב"ח, [וק"ק לומר כן להרמב"ם דסו"ס מכח חבלה דבעבד אתי], ועיי"ש שהוכיח דהרמב"ם לא ס"ל כתירוצ תו' בכתובות, אבל אכתי לא נתיישב מהמית שורך את עבדי, והרמב"ם כייל להו בהלכה אחת בפ"ח מה' שבועות ה"ב, ושמא כיון דכופרא כפרה לא חשיב לי' חיוב דעבדים, ועפכ"ג מה' מכירה ה"ג ובמ"מ דשייך לקנות העבד לקנס, ואפשר דהרמב"ם מדמי לה לשכירות דכמטלטלין דמי.

ואם הפקיד אצלו אבנים וקבען בבנין [באופן שלא קנה בשינוי, וליכא תקנת מריש], אע"ג דהשתא קרקע נינהו מ"מ נראה דחשיבא תביעת מטלטלין, ואע"פ שתובעו את האבנים המחבורות שהם כקרקע, דנתחייב בשמירה על מטלטלין, וע"ז הוא תובעו, וצ"ע בזה, ואפשר נמי דנפ"מ לענין שמירת כספים אם נימא דשביעית משמטת את ההיזק, והחופר בורות בשדה חבירו או המקרע את כסותו, שביעית משמטתו, מ"מ אם הפקיד בידו הכסות וקרעה אין שביעית משמטתו, דתביעת פקדון אית לי' גבי', ולע"כ בזה.

ובמתני' דעשר גפנים טעונות מסרתי לך פי' הרשב"א דמיירי כשבצר חמש שבהן מודה, וחמש אחרות קיימי טעונות וכופר בהן, דהו"ל תבעו כלים וקרקעות והודה בכלים וכפר בקרקעות, וצ"ע, דהא לר"מ הו"ל תבעו ענבים ומעות, והודה לו במעות, דבפשוטו משמע שהגפנים הסרוקות כולם לפנינו, וטוענו שהיו עשר טעונות, ומסרן לו לשמרן והלה אומר לא היו אלא ה' טעונות, דבפשוטו אינם חלוקים של מי הקרקע והגפנים, וגם יש לפרש בדרי"מ שהגדון רק על המחובר לקרקע, וכיון שכן קשה להעמיד שעדיין יש שם חמש טעונות וטוען דדידי' נינהו, ובאמת לשון אינן אלא חמש משמע דהחמש שמודה בהן טעונות

ובב"ב פ"ז א' הביא הר"י מיגש דמעשים בכל יום דהרי"ף מחייב בהו שבועה ודן בהו אונאה כדינא דמטלטלי, וכן הביא הרמב"ן שם דהרי"ף בתשו' מפרש הגמ' דפשתן העומד ליתלש דינו כמטלטלין לענין קנין, ואף בדעת הרשב"ם נקט כן הרמב"ן שכ' דלפי' הרשב"ם מיירי בפשתן הצריך לקרקע, והרשב"א שם הק' דאף בא"צ לקרקע נקנין עם הקרקע, ובפשוטו י"ל דהיינו רק לענין דעת בני"א במכירה, אבל צריך לעשות קנין, וכ"כ הריטב"א בשם הרא"ה ומשמע דהרשב"א נקט דאם צריך קנין מיוחד אינו בכלל המכירה, ולפמש"כ י"ל דכשמוכר לו גם הקרקע לא חשיבי דקיימי לתלישה, דאין הנדון על הפירות לחודיהו, ודמי לשומר דעל השעה שאנו דנין אינן עומדין ליתלש, משא"כ בפשתן שבא למכור לו רק הפשתן, מיהו לא דמי דמ"מ י"ל דרוצה לעכבן לעצמו אי כתלושין דמו, ולא שייכא הסברא שכתבנו אלא כשמוכר לו גם הפירות אי חשיבי כקרקע, (כההיא דשדה בעומרי' ב"מ ק' ב' אם היו מחוברין), לענין שבועה שו"ר בשטמ"ק כתובות נ"א א' שכ' בשם הרשב"א דטעמיהו דרבנן משום דלאו למבצרינהו מסרינהו ניהלי', וההיא דמכר את השדה מכר את התבואה ופרישנא בגמ' אע"ג דמטא למחצד התם משום אומדן הדעת הוא דכיון דמחוברת לקרקע הו"ל לשוירה, עיי"ש, עכ"פ למדנו דדעת הרי"ף והרמב"ן והרשב"א כהר"י מיגש דחשיבי כמטלטלין לענין קנין.

ובגיטין ל"ט א' נמי משמע דפלוגתיהו דר"מ ורבנן מפני שהנדון בשעה שהם מחוברין, דהא שער הראש חשבינן ל' מטלטלין בנדרים ס"ה ב', ואפ"ה אמרי' דלענין מעילה י"ל דמודה ר"מ דלאו כגזוז דמי, וע"כ דהתם הטעם משום דהנדון על מעילה בשעה שהי' מחובר, וההנאה באותה שעה הנאה ממחובר היא לרבנן, ומזה נמי מוכח דטעמא דחשבינן בכתובות תמרי דחזו

עדיין, דאל"כ הול"ל לא היו אלא חמש, או לא מסרתי לי אלא חמש, ולדעת הראב"ד משכח"ל שהגפנים בבקעה וחייב בשמירתן עד ששיבם לבעלים, ולא מצי למימר ל' הילך וקיימי ברשותך, א"נ י"ל כגון שהרקיבו מעט בפשיעה, דבעא שלומי ל' לר"מ או שבצר מעט ועדיין טעונות מיקרו.

בדין ענבים העומדות ליבער, בחילוקי הדינים שבר"י מיגש

ה. **בדין ענבים** העומדות ליבער אי כקרקע דמו יעוי' בר"י מיגש שחילק בין אם הנדון כשנמסרו לתלישה או ע"מ לשמרן מחוברין, ונראה דבכל דבר תלוי על מה דנין, כגון לענין קנינים כשרוצה לקנות הענבים לחוד, א"כ הנדון שלפנינו הוא ביחס לענבים בפ"ע, ושפיר חשיבי כמטלטלין דכתלושין דמו, אבל אם מכר לו הכרם כולו עם הענבים, והנדון על שעת המכירה, הרי באותה שעה מחוברין הם, דהעסק שכאן הוא בענבים מחוברים, וכן לענין אונאה אם מוכר הענבים לחודיהו חשיבי כמטלטלין דהנדון שלפנינו הוא על ענבים תלושין, ולא מגרע מה שלא נתלשו עדיין כיון שעומדין ליתלש, וזהו שכ' לחלק בין שומרים לקנין ואונאה דהכא שנמסר לו לשומר הנדון הוא על פירות מחוברים דכל משך זמן השמירה מחוברין הן, וכיון שאינם עומדים ליתלש כל זמן השמירה, חשיבי לגבי נדון זה כאינם עומדים ליתלש, וזהו גדר המחלוקת דר"מ וחכמים, דלר"מ גם במצב שהם מחוברין כתלושין דמיא, ולרבנן במצב זה כמחוברין הם, אלא דכשדנים עליהם כשהיו תלושין שפיר אפשר להתייחס להם כתלושין, [ואפשר דמש"ה קתני ברישא רמ"א יש כו' ואין חכמים מודים לו כיצד כו' לומר דדוקא הכא אינם מודים לו, ואם הי' נשנה רק הסיפא דכל המחובר לקרקע כו' הי' מתפרש דבכל דוכתא הרי הן כקרקע].

לבודיא כמטלטלין אינו משום דס"ל כר"מ, דהא בשער מודה ר"מ, ואפ"ה חשבינן ל' כגוזז בנדרים שם.

זה הרשב"א ז"ל, עכ"ל, ונראה דכונת הרמב"ן כהר"י מיגש, דע"כ גם ברשות השומר יכולים הבעלים לבצור, אלא כיון שמסרום לו לשמרן מחוברין, נמצא שאינם עומדים ליבצר כל משך זמן השמירה, והכי משמע ממ"ש שכ"ד הרשב"א וברשב"א כתובות מבואר כן.

בש"ך סי' צ"ה סק"ט

ובש"ך סי' צ"ה סק"ט האריך להוכיח דדעת הפוסקים דלכל מילי כקרקע דמו, מלבד לענין גביית בע"ח דלא סמכה דעת', ולפמשנ"ת דעת הר"ף בתשו' (ועשה כן מעשים בכל יום) והר"י מיגש והרמב"ם והרמב"ן והרשב"א דלענין קנין ואונאה כמטלטלין דמו, ובאותן שנפסדין אם לא יבצרום גם דעת הרא"ה והריטב"א והר"ן דכמטלטלין דמו אפי' בשומרים, מיהו עי' לעיל דאם מוכר כל השדה אפשר דלא חשיבי כמטלטלין, דאין ללמוד מהיכא דבא למכור הפירות לחוד, וכן נפ"מ בגזל דכ"ז שלא תלש כגזילת מחובר דמי, אע"פ שדעתו לתלוש, וצ"ע בכ"ז.

כ"ז רשמתי לפו"ר שלא בעיון הראוי בסוגיות, אבל הא פשיטא דאף להרמב"ם והר"י מיגש מתפרשת מתני' כפשוטה במודה במקצת, אלא דמיירי במודה במקצת דפקדון דכיון שנתנן לו לשמרן מחוברין לא חשיבי כתלושין, ומ"ש הרמב"ם בפ"ה מה' טוען ההתם מיירי שמסרן לו ע"מ לבצור, ושיפרע לו לאח"ז, וזה מבואר בהדיא מטעמי דהר"י מיגש והרמב"ן והרשב"א דכיון שמסרן לשמרן מחוברין לאו ככצורות דמיין, וכמפורש במתני', וכבר כ"כ בתומים, ומ"ש בנתה"מ שם סק"א דשומר שכופר במקצת, חיובו הוא בשעת הכפירה, ואז למתלשניהו קיימי, צ"ע דא"כ אפי' מסר לו ענבים שאינם עומדות ליבצר ליחייב כיון שבצורן וכופר בהן, ועו"ק דא"כ בחפר בורות שיחין ומעורות להוי כמטלטלין כיון שבשעת הכפירה חייב מעות,

ברם צ"ב בסנהדרין ט"ו א' דבעי ר' אבין לענין פדיון שער העומד ליגזז, ובגמ' מדמי להו, ולכאור' התם הנדון איך לשער השער לענין גזיזה, וי"ל דכיון שרוצה לפדותו מן ההקדש קודם גזיזה נמצא דאינו עומד ליגזז ברשות הקדש, וחזר הנדון מה דינו במצב זה, דומיא דמעילה, מיהו צ"ב מאי ס"ד דר"א מתני' היא דרבנן ס"ל לאו ככצורות דמיין, ובפשוטו ידע אוקימתא דריב"ח מדפליגי בטענות, ואפשר שהי' מסופק דאדם שאני דליחשב אדם בעינן טפילות גמורה (כשער שאינו עומד ליגזז), ואפי' אי בעלמא כמחבר דמיין הכא לאו כאדם דמיין, ופשיט ל' ממעילה דלרשב"ג כאדם דמיין, ולא ס"ל לתלמודא כהאי סברא ומש"ה לא קאמר אפי' תימא רבנן ואדם שאני וכמש"כ, וצ"ע.

ואפשר דהרמב"ם סבר דלענין מעילה מודו רבנן לר"מ, דרק לענין שומרים פליגי, ומש"ה אמרו בגמ' רק אפי' תימא ר"מ, דכו"ע כותי' ס"ל, (דאל"כ יתכן דהול"ל רבנן כת"ק, ור"מ אומר אפי' תימא כו') ותלמודא לא חש להאריך ולבאר דבזה כו"ע מודו, ומש"ה העתיק טעמא דשער אשבוחי משבח בפ"ה מה' מעילה ה"י, [ונכ"כ בבהגר"א סי' צ"ה סק"י ב], וניחא בזה בעיא דר' אבין דלא הו"מ למפשט ממתני', דשער שאני, מיהו ק' לפ"ז מ"ט חשבינן לשער מטלטלין בנדרים ס"ה ב', (ועי' נזיר נ"א א'), ועי' לח"מ פ"ב מה' שכירות.

והריטב"א שבועות מ"ב ב' הביא דהרמב"ן כ' בתשו' דכי אמרי' כל העומד לגדור כגדור דמי בפירות העומדים ברשות בעלים שבידו לבוצרן אבל אין ברשות בעלים לבצורן כגון דמסרן [כצ"ל] לשומר בהא אמרי רבנן דלאו ככצורות דמיין, וכן הסכים לפי'

של חבירו, אבל הכא דאפקיד גבי' קרקע עיקר תביעתו היא שישב לו הקרקע, ואין חילוק אם נודע לו בשעת התביעה שחפר בקרקע או שתובע הקרקע סתמא כסבור שהיא בשלימותה, דבתרוייהו התביעה שיש לו עליו היא תביעת קרקע, וכן במ"ש הש"ך בס"ק ט"ו בהא תליא, דאם שניהם מודים שהקרקע של הנתבע עכשיו, נמצא דאין כאן תביעה על קרקע, אע"פ שהגורם לחיוב הממון הי' קרקע, ודמי לשכירות וכמ"ש המ"מ, אבל באופן שכ' הש"ך שבאמת הוא חייב לו העבד עצמו, אלא שאינו נותנו לו מפני שאינו בעין, בזה ודאי חשיבא תביעת עבד, דמכח כי יתן איש אל רעהו עבד אתי עלי', וזה שנאנס ואינו יכול לקיים חיובו, אינו משנה את מהות החיוב, משא"כ היכא דנשתנה החיוב למעות, כגון ככה"ג דהש"ך ותבעו בב"ד וראו שאינו יכול ליתן העבד וחייבוהו ליתן לו דמים, ועכשיו תובעו על החיוב דמים, בזה ודאי בטלה תביעת קרקע וחזרה להיות, תביעת מטלטלין, דהחיוב נשתנה ולא מאורעות שמונעין האפשרויות לקיים החיוב, וכבר תמה בנה"מ על דברי הש"ך שם.

בדברי הקצוה"ח סק"ז

ובנדון אכילת פירות שהביא בקצה"ח סק"ז ג"כ נראה ע"ד מש"כ, דכיון שהקרקע בחזקת בעלי' עומדת, נמצא שתביעת הבעלים היא שנכנס לשדהו ואכל פירותי', ואע"פ שהמחזיק פוטר עצמו בטענה דקרקע שלו היא, אין לנו ענין בזה דמ"מ התובע תובעו פירות, ואע"פ שהיו הפירות מחוברין חשיבא תביעת מטלטלין, ומה שתובעו גם גוף הקרקע לא משוי' להו תביעה אחת, ולא דמי לעשר גפנים טעונות מסרתי לך, לא מיבעיא לדעת הרמב"ם ודעימי' לעיל סק"ה דהם חלק מהגפנים לכל משך זמן השמירה, אלא אפי' להסוברים לכל מילי כמחוברין חשיבי, היינו דוקא כשמסר לו הדבר בחיבורו, דחיובו על השעה שהן מחוברין, אבל כשפעולתו בתלישת

ובלא"ה נמי תמוה להמציא כן דודאי החיוב תלוי במה שמסר לו, ומקרא דכי יתן גמרי' לה, ושעת הכפירה אינה קובעת בפקדון כלום, א"ו כדברי התומים עיקר שבזה לא נחלק אדם מעולם כמפורש במתני', למאי דנקטינן דהלכה כחכמים.

שם בש"ך סק"ח

יעזי' בש"ך שם סק"ח בדין תלוש ולבסוף חברו, ולכא' נראה דכל שמציאותו נקבעת ע"י חיבורו לא יתכן לחשבו כמטלטלין, כגון בית שלא היתה מציאות בית קודם החיבור, לא שייך לומר דליבני הוא דאיכא הכא אלא שחיברן, משא"כ דבר שהוא מציאות בפ"ע, אלא שחיברו, כגון שחיבר הכוורת בטיט, [ע"י תורע"א בגליון הרע"ב פ"י דשביעית], בזה שייך לדון דיש כאן כוורת תלושה שחיברה וכן באהל שייך לומר דהוי כתלוש, כיון שמציאותו מטלטלת ממקום למקום אלא שעכשיו הוא מחובר, וכנראה זו כונת הש"ך, ולע"כ בסוגיות.

בשו"ע סי' צ"ה ובדברי התומים

ו. שו"ע סי' צ"ה ס"ו וי"א דוקא שתבעו למלאות החפירות כו' יעזי' בנתה"מ בשם התומים שהרשות ביד המזיק למלאות החפירות ולא לשלם דמים מש"ה הוי כתביעת קרקע, משא"כ בחבילה, וג"ז צ"ע דאין כאן מקום לרשות, כיון דחיובו לשלם דמים, (וגם אין לו רשות ליכנס לתוך של חבירו), ואין כן דעת הראשונים ז"ל דפליגי אראב"ד, מיהו יש לעי' בעיקר הדבר אם תביעה לתקן הנזק חשיבא תביעת קרקע או תביעת פועל, כיון שאין למזיק שייכות בקרקע כלל, שו"ר בזה בספר מרן זללה"ה ב"ק ס"ו סק"ג.

וכבר נתבאר לעיל סק"ד דעיקר החילוק הוא אם חיובו הוא להשיב הקרקע, או דמעיקרא נתחייב בתשלומין דהחופר בורות בתוך של חבירו, עיקר חיובו תשלומי נזק, ואין כאן תביעת קרקע כלל, וכן החובל בעבדו

הפירות ממחובר של חבירו, לגבי ידי' לא חשיבא כתביעת מחובר, דאין עליו תביעה שלקח ממנו גפנים טעונות, דלא לקח ממנו גפנים כלל, ותחלת התביעה היא על הפירות, ואם הפירות לאחר שתלשן ברשות בעל הקרקע ונימא דלא חשיב שינוי (לע"כ), א"כ לא הזיקו במחובר כלל, אלא בצר לו את כרמו, וצריך להתיישב בכ"ז, וראיתי בזה בספר מרן זללה"ה חו"מ לקוטים סכ"א לפרק ג' דב"ב, ובחו"מ ס"א ס"ק ט"ז עיי"ש.

במ"ש הראב"ד בשטמ"ק ה' א' דמיירי שתבעו למלאות החפירות, אפשר דבאמת שומר שאני, ואינו מתחייב מיד בתשלומי הנזק, אלא אם חזר ומילא החפירות פטור, אפי' אם בזמן ההיזק הי' משלם ד' והשתא בזוזא סתם להו, ולפ"ז י"ל דגם אם לא סתם משלם כדהשתא ולא כשעת החפירה, ול"מ כ"כ, אבל בדברי הרמב"ם דמיירי בחופר בשל חבירו א"א לומר כן, ועחו"א ב"ק שם.

בההיא דעשר גפנים אפשר לפרש שאינו יודע מי בצרן, וכדמתפרש סתמא דאומר שמעיקרא לא נמסרו לו אלא חמש טעונות, ותביעתו היא רק מחיובי השמירה, ובוזה אפי' כשמורה שהוא בצר את החמש שמורה מ"מ הכל מכח תביעת קרקע היא, אבל בשדה שאינו מחויב בדיני שומרים ואינו יכול לתובעו מכח זה שמסרה לו, בזה שייך לדון דע"כ אם תובעו על החפירות היינו מפני שיועד שהוא חפרן, מיהו גם בזה י"ל שתובעו רק מכח זה שמסרה לו, דכיון שהיתה ברשותו שייך לתובעו על החפירות דסתמא דמילתא מדעתו נעשו, ומתפרש שפיר שאין כאן אלא תביעת קרקע, וכבר נתבאר מזה בסק"ד.

אינו מחויב בשמירת הולד (כמש"כ סק"ג), וכן בעבד משמע דהגדול בעין דומיא דרישא דקתני זכה בגדול, א"ו אף בחפצים בעין איכא שבועת מודה במקצת, נועי' לעיל ס"ד סק"ו דקדקנו כן מהא דמייתי ותנא תונא דלר"ח אע"פ שהטלית בעין בידון והטעם כמו שביאר הרמב"ן שבועות מ"ב ב' ובהשמטה, דהא דנקט רבה דמשתמיט עד דהוו לי זוזי, הוא לרווחא דמילתא במלוה, אבל גם כשמתכוין לגזול חשיב כאישתמוטי, דע"י המקצת שמודה קל לו לכפור בשאר, א"נ דעתו להחזיר לאח"ז, ורוצה להשתמש בזה בינתיים, עד דהוו לי זוזי, ולא יצטרך לחפץ של זה, ועתו' הרא"ש ו' א' בשם רב האי בשבועות, שו"ר שהאריכו בזה הראשונים ז"ל ו' א'.

שם תוד"ה אמאי, למש"כ סק"ג עיקר הקו' היא משום דפטור משמירת הקרקע, דחיקא לי' לאוקומי קרא כשהזיק בידים, אבל קלקולים שמחמת פשיעה מצויים כגון שטפה נהר, ובאילנות מצוי טובא, וכן בבית, וכיון שכן ע"כ דהקו' היא לאו אעיקר קרא, דהא מחד קרא אימצטו משבועה ושמירה, אלא דמתני' מתפרשת במודה במקצת וכדקתני בסיפא יש דברים כו' כיצד כו' וכן ההיא דבית מלא מסרתי כו', מיהו כבר כתבו הראשונים ז"ל דהאי לישנא הוא מרב יהודאי גאון, ולפ"ז לא נאמרו הדברים דרך קו' ותירוצ' אלא תוספת ביאור.

משה"ק דליכא קרא מיותר למעוטי קרקעות, היינו אף לר"מ, דלא מחדשינן לדידי' דרשא אלא משום דאשכחן לי' דמפליג בין קרקע לעבד, ומצינן שפיר למימר דטעמי' דפטור במודה במקצת הוא באמת משום הילך.

ד' ב' דהו"ל שטר שעבוד קרקעות

ח. ד' ב' א"נ משום דהו"ל שטר שעבוד קרקעות ואין נשבעין כו' יש להבין הא הו"ל גם שעבוד מטלטלין, וישבע על זה שכופר שעבוד המטלטלין, (מש"כ דאיכא

ה' א' תוד"ה למ"ד

ז. ה' א' תוד"ה למ"ד, תימה כו', לק' ק' ב' ג"כ משמע דאע"פ שולד השפחה והפרה בעין, מ"מ איכא שבועת מודה במקצת, דלא מוקמינן בדקטעה לידה אלא דשפחה, וגם

מטלטלין, דבשעה שתובע מתפרשת תביעתו שיודה לזכותו שבשטר, והיינו שיודה שיש לו שעבוד קרקעות, ואח"כ יבא לגבות ע"פ זכותו, מיהו מלשוננו ז"ל משמע דה"ק כיון דעיקר סמיכות דעתו על הקרקע, הרי הוא מתייחס לזה כאילו רק הקרקע משועבדת לו, ודמי בתביעתו למחל שעבודו שעל המטלטלין, (וברמב"ן שם מבואר דאיכא שעבודא דאורייתא גם על המטלטלין, וכמ"ש הנ"י), ועי' להלן.

וזהאמור אפשר לומר דמאן דמתייב ידע שפיר דטעמא דשטר הילך הוא, היינו משום שעבוד קרקעות, אלא דסבר דלא חשיב שטר ככפירת קרקע כיון דאיכא שעבוד על הכל, ומ"מ חשיב הילך מכח הקרקעות דקיימי ומשעבדי לוי, (ויתכן לומר דר"פ בשבועות ל"ז ב' ג"כ סבר הכי, ומש"ה מפרש טעמי דר"י משום דעדים עבידי דמייתי, דס"ל דשטר לא כקרקע דמי, מיהו בכתובה מודה ר"פ כיון דאינה גובה ממטלטלין אפי' מיני' [עי' נדרים ס"ה ב'], והיינו דפריך רבא כתובות פ"ז ב' ועוד אין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות, ואע"ג דר"פ סבר שעבודא לאו דאורייתא, אפשר דגם לדידי' כל נכסיו משועבדין מדרבנן כמו למ"ד דאורייתא, ונפ"מ דמדרבנן גובין מנכסיו ולא רק מכין אותו, דלא מסתבר שרק מקרקעות גובין, וגם משמע דהשעבוד שוה אלא דלאו דאורייתא הוא, ועי' תו' כתובות פ"ז א', ולע"כ בכ"ז, א"נ משום דר"י סבר שעבודא דאורייתא מפרש אליבי' ועי' שבועות ל"ב ב' אר"פ כו' ש"מ כו', מיהו בלא"ה נמי י"ל דס"ל לר"פ דטעמי דר"י משום שטר ואפי' בדלית ביי' אחריות, ובעדים אפי' בדאיכא שעבודא דאורייתא, ור"י מדאורייתא קאמר שו"ר בכ"ז בתשו' הגרע"א ז"ל ח"א סי' קנ"ג).

ולפ"ז במלוה ע"פ ואית לוי קרקע בני חרי לא חשיב כפירת שעבוד קרקעות אע"פ שעתה הקרקע משועבדת לו, דכיון דאיכא נמי

שעבוד מטלטלין הכי משמע מדברי הנ"י ב"ב קע"ה ב' שכו' שעבודא דאורייתא דכתיב יוציא אליך את העבוט החוצה ש"מ דנכסיו משועבדים למי שהלוה לו וה"ה מקרקעי הלכך כשמכרן כו', ונראה דאף לפ"ז ליכא שעבוד מטלטלין שביד לקוחות מדאורייתא, דכיון דמטלטלין אין להם אחריות ולא סמכא דעת' עליהו, כשמכרן פקע לגמרי שם בעלים הראשונים, [הוספה, ז"א דהא במטלטלין אגב קרקע משתעבדי], וכמו שבמלוה ע"פ המכר מפקיע מידי שעבוד קרקע מדרבנן, כך במטלטלין אפי' מדאורייתא, [ואפותיקי שאני דאית לוי קלא ולא פקע שעבודו ע"י המכירה, שלקח ע"ד כן, עי' ב"ק ל"ג ב'], ומותר לו למכור לכתחלה, כמו במלוה ע"פ מדרבנן, מיהו ברשב"א שלהי קדושין כתב דירדה תורה לסוף דעתן של בריות ומסתמא לאו עיקר אסמכתניהו אמטלטלי ומיהו היכא דשעבד לוי בפירוש מטלטלי גבי כו', ומשמע מזה דמטלטלי לא משתעבדי כלל, דענין שעבוד שייך רק כשיש לו זכות שא"י להפקיע ממנו, ול"ע בדברי הרשב"א כלל), ואפי' נימא דליכא שעבוד מטלטלין מ"מ השעבוד שיש במלוה ע"פ ונשבעין עליו, לא פקע עי"ז שיש שעבוד בשטר, ואפשר דענין הפטור שבועה בקרקע אינו משום דקרקע אינה חשובה להשביע עלי' (כמו שטרות), אלא זה מחשיבות הקרקע (דבחזקת בעלי' קיימא כל הזמן, וכאילו לא נתנה ביד חבירו צ"ת בזה), ולכן סגי בזה שיש לחוב כח של שעבוד קרקע, ולא מגרע מה שיש לו גם שעבוד מטלטלין, דמ"מ יש כאן חוב בדבר חשוב דהיינו קרקע, ועי' להלן דבשבועות ל"ב ב' ל"מ כן.

שו"ר ברמב"ן שבועות ל"ז ב' שכו' הטעם לפי שכל מה שאדם טורף מן הלקוחות עיקר שעבודו עליו ועיקר טענתו אותו הוא תובע, ולכאור' ר"ל דכיון דשעבודו שבקרקע עדיף לוי, הרי הוא תובע שיתן לו השעבוד קרקעות, ואינו מסכים לקבל השעבוד

שוין מן הראוי שיתחייב שבועה, דהשתא ליכא הטעם שכ' הרמב"ן דעיקר תביעתו על הקרקע מפני שגובה אותה מלקוחות, א"ו מדאורייתא רק קרקעות גבי מלקוחות, ואע"פ שהשעבוד על כל המטלטלין, ואפשר דהטעם כמ"ש הרשב"א שלהי קדושין דירדה תורה לסוף דעתן של בנ"א דמסתמא לאו עיקר אסמכתינהו אמטלטלי, ונפרש שזו כעין מחילה על שעבוד המטלטלין שביד הלקוחות, דמעיקרא נמי ידע שיכול להחביאן ולא סמך עלייהו להוי שעבוד גמור, אבל כשבא לגבות מיני, שעבודו על כל נכסיו, דמכרו לאחר חשבינן לי' כאילו באמת הסתיר ממנו המטלטלין הללו, ולגבי זה מעיקרא מייאש, משא"כ כשהם בעין, (ולפ"ז יש להשוות דברי הרשב"א לדברי הרמב"ן והנ"י, וצל"ע בדברי הרשב"א).

ובי"ז למ"ש הראשונים ז"ל דלמ"ד של"ד ע"כ דפריעת בע"ח מצוה וא"א לירד לנכסיו, וזה ע"פ מש"פ הרמב"ן שלהי ב"ב דפלוגתייהו בקרא דיוציא אליך את העבוט, אבל למ"ש הש"ך ר"ס ל"ט ונתבאר בדברי אאמו"ר שליט"א ערכין כ"ב א' דאף אי של"ד שייך חיוב גמור טפי ממצוה ויכולים לירד לנכסיו, [ועשטמ"ק ב"ב קע"ד א' בשם עליות דר"ן], לפ"ז אפשר דהמושג שעבוד שייך רק בדבר שאפשר לגבותו מלקוחות, שזה כעין קנין בקרקע, אבל במטלטלין כיון שאינו גובה מלקוחות אינם משועבדים לו, אלא שגובה מהם מפני שהחוב אלים כמו להבדרי"א אליבא דמ"ד של"ד, ועדיפא מינה כיון דהקרקעות משתעבדים לו, (וכנ"ב בתו' ב"ב קע"ה ב' ד"ה דבר שכתבו דמדאורייתא לא יוכל לשעבד בחובו את נכסיו מן הלקוחות אע"פ שיכול למכרן, ומשמע דהמושג שעבוד הוא לגבי לקוחות שו"ר בתו' בתו' שם א' שכ' דליכא שעבודא מדאורייתא אלא בלוה בעדים, ומזה מוכח כדברינו דלא משמע כלל דבמלוה בלא עדים פריעת בע"ח מצוה לכו"ע.

שעבוד מטלטלין, והאי קרקע לא עדיפא מינייהו, חשיב שתובעו נמי מטלטלין, מיהו נראה דאפי' בדלית לי' ללוה אלא קרקע ג"כ נשבע, דכיון שאין לו זכות בקרקע אלא מכח חיוב הלוה, ואם מכרה פקע השעבוד, לא חשיבא תביעת קרקע, אלא שתובע החוב משעבוד גופו של הלוה, ורק בשעבוד דגבי מלקוחות ששעבודו על הקרקע אלים כקנין בגוף הקרקע דגם הלוה לא מצי לאפקועי, בזה חשיב כתובעו הקרקע, ולפ"ז (אפשר לבאר דתביעת שע"ק כתביעת פקדון, דתבע מיני' הקרקע שהיא כקנוי' לו, וא"כ) ניחא משה"ק דהא איכא נמי שעבודא דמטלטלין, דכיון דאית לי' גבי שע"ק ה"ז כתובעו דבר בעין דאית לי' גבך, ולא שייך לחייבו שבועה מכח זה שתובעו נמי שעבודו שעל גופו ונכסיו, דשע"ק כדיד' חשיב, ואמנם זהו מש"כ הרמב"ן, אבל מדבריו ז"ל נראה דשעבודא דמטלטלין נמי כשעבודא דקרקע חשיב, לענין זה דחשיב כדיד', אלא שעיקר תביעתו על הקרקע מפני ששעבודו אלים בה, אבל לפ"ד לא חשיב תביעת קרקע אלא בדבר שאין הלוה יכול להפקיע שעבודו, אבל כל שהלוה יכול להפקיע השעבוד, לא חשיבא תביעה על הנכסים, דאין לו זכות אלא מכח הלוה, משא"כ בשע"ק שגוף הקרקע משועבד לו, מיהו העיקר נראה דזוהי גם כונת הרמב"ן.

בדיני השעבוד מדאורייתא ומדרבנן לדעת הרמב"ן

מדברי הרמב"ן מתבאר דנהי דאיכא שעבודא דאורייתא אמטלטלין, מ"מ מדאורייתא לא גבי להו מלקוחות, דאם רק מדרבנן משום דלית לי' קלא, א"כ בכל מלוה המטלטלין משועבדים כמו הקרקע במלוה על פה, וא"כ למה דחה הרמב"ן המפרשים דלכתר תק"ח ליכא שע"ק במלוה ע"פ, ומשמע דדעתו ז"ל משום דשעבוד איכא, וא"כ כאותו שעבוד גם שעבוד מטלטלין איכא, וכיון דשני השעבודים

דאלים ממון זה לגבותו גם מן הקרקע יש לו חשיבות של קרקע, ודוחק לאוקומה בדתפיסה מטלטלין שהם אפותיקי דידה].

ויעוי במ"מ פט"ז מה' אישות הכ"ה שכ' דבאיכא שעבוד קרקע ומטלטלין נשבעין, ותמה בלח"מ משטר דחשיב כפירת שעבוד קרקעות, והי' אפשר לומר כיון דתקנת הגאונים משום דבזה"ז סמיכא אמטלטלין, א"כ ליכא למימר טעמי' דהרמב"ן דעיקר תביעתה על הקרקע שהרי סומכת הרבה על המטלטלין, אבל א"כ הי' בדין שישבעו בזה"ז על שטר, כיון דתביעתו על המטלטלין, שו"ר בתומים סי' פ"ח ס"ק י"ט [ועמש"כ לק' ס"ק י"ב בדעת הרא"ש] מיהו עיי"ש דהמ"מ דאיירי בסוף דבריו בכותבין כתובה דנאמן לומר פרעתי וא"כ ליכא שע"ק למיגבי מלקוחות, וכל הקו' משום דכתובה לעולם גובה מקרקעות וע"ז כתב דלבתר תקנת הגאונים ניחא, וכבר כתבו הראשונים ז"ל רפ"ב דכתובות עד"ז, עיי"ש, (וזה בלא"ה קשה דמשמעות הרמב"ם דמיירי באין כותבין כתובה).

בתוד"ה אין

ט. **שם** תוד"ה אין, וא"ת למ"ד ש"ד מודה מקצת הטענה למה נשבע, מדבריהם נראה דאפי' בלא עדים איכא שע"ק, ולפ"ז מ"ש בסוה"ד דאי אית לי' ב"ח אפי' יש עליו עדים פטור, לאו דוקא יש עליו עדים, אלא אפי' ליכא עדים כלל פטור, דמ"מ האמת שהקרקע משועבדת לו, שו"ר בתו' ב"ב קע"ב א' ד"ה המלוה שכתבו דהא דשעבודא דאורייתא היינו ע"פ עדים, אבל ע"פ עצמו לא, ואמנם תירצו דדין מודה במקצת בלזה שלא בעדים, וצ"ע בדעת תו' דהכא וברא"ש וטור סי' פ"ח, ועי' לק' ס"ק ט"ז.

שם וי"ל שמחל לו השעבוד, נראה מדבריהם דהא דגובין החוב מנכסיו לא בעינן בזה לדין שעבוד, שהרי לא מחל לו זכות גביית

במש"כ לדון בדלית לי' אלא קרקע בני חרי אי חשיב שע"ק לדעת הרמב"ן, לכאו' נראה דכיון שיכול למכור לא חשיבא תביעת קרקע, דהשעבוד שיש על קרקעות אלו הוא שעבוד על הערך שלהן ולא על גופן, דאין לייחס התביעה למצב הנכסים ברגע זה, תדע דבשטר אפי' אית לי' בני חרי מטלטלין וקרקע משועבדת חשיב כפירת שעבוד קרקעות, אע"פ שבמצב זה אינו יכול לגבות מהקרקעות במקום שיש ב"ח, וע"כ דאזלינן בתר עיקר החוב, והי' לאידך גיסא כשבשעת התביעה אית לי' רק קרקע, (שאין לה אחריות דשעבוד), דהשעבוד אינו על החפצא אלא על הערך שלו.

נמצא לפ"ז דהטעם דחשיב שטר כפירת שעבוד קרקעות, אע"ג דאית לי' ללוה מטלטלין, הוא משום דעיקר תביעתו היא הקרקע שהיא משועבדת לו, אם כפרתו' דמטלטלין לא משעבדי לי' כלל, או דעיקר סמיכות דעתו על הקרקע שיכול לגבותה מן הלקוחות, ואת זה הוא תובע, משא"כ היכא דליכא שע"ק אע"ג דאית לי' רק קרקע שאינו תובעו קרקע אלא שעבוד גופו וממילא כל נכסיו בכלל, אבל אין תביעה על דבר מסוים, ולכן לא חשיבא תביעת קרקע.

ובשבועות ל"ב ב' מבואר בגמ' דבדתפיסה מטלטלין, חשיבא תביעת מטלטלין, ובפשוטו משמע דאע"פ שלא פקע השע"ק דאית לה, (וכ"ה לשון הרמב"ם פ"י מה"ש הי"ב בד"א כשהי' לה לגבות כתובתה מן המטלטלין אבל אם אין לה לגבות כתובתה אלא מן הקרקע כו' משמע שר"ל אף מן המטלטלין), ולדעת הרמב"ן ניחא דבכה"ג עיקר תביעתה על המטלטלין שבידה, ולדעת תו' נמי צ"ל דאית לה שעבוד על המטלטלין שתפסה, שהרי יש לה זכות לגבות מהם, ולפ"ז מבואר בשמעתין דאע"ג דאית לה גם שע"ק לא סגי בהכי לאחשובי' כקרקע, [ומזה מוכח דלא כמש"כ לעיל (בתחלת הס"ק) דכיון

הוא לו, כיון דבלא"ה אין נפ"מ בשעבוד שלו, ונראה מזה דדעת תו' דאם הלוקח מאמינו שלוה ולא פרע וידע כן בשעת קנית הקרקע, חייב להחזיר לו הקרקע משום דמשעבדא לי', וכ"כ הרא"ש בשבועות ס"פ שבועת הפקדון, ואפשר שהלוה חייב להודיע ללקוחות שהיא משועבדת, ואם הודיעם בעדים, גבי אף מלקוחות, מיהו גם לפ"ז צ"ל דהא דלא מיחייב משום כפירת מטלטלין, אע"פ שאינו תובע הקרקעות מ"מ כיון דמדאורייתא הם נשתעבדו בחובו, חשיב כיש לו בידו קרקע.

שם או שאין לו כלל קרקעות אפי' משעבדי, אפשר שכתבו כן לדינא דאורייתא דלא אמרי' שמחל לו השעבוד שביד הלקוחות, ואע"פ שאינו יכול לגבות מהם אלא בעדים, מ"מ אינו מוחל השעבוד, ולפ"ז בכל מלוה שלא בעדים אע"פ שאינו טורף מן הלקוחות מ"מ איכא חשש גזל דשמא האמת כדבריו, מיהו למאי דאמרו רבנן דלא גבי בכל מלוה ע"פ מלקוחות, לעולם חשיב מחילה.

בתו' שבועות ל"ז ב'

בתו' שבועות ל"ז ב' הקשו לר"י אמאי חוב משמט הא קרינן ב'י' של אחיך בידך כמו במלוה בשטר, ונראה דכונתם להק' מדאורייתא דגבי מלקוחות, אבל אם אינו יכול לגבות, לכאור' ודאי לא חשיב של אחיך בידך, וא"כ משכח"ל שפיר במלוה ע"פ בלא עדים, מיהו לדעת תו' דחשיב כפירת שעבוד קרקעות ככה"ג, אע"פ שאינו יכול לגבות, וע"כ היינו שהשעבוד כזכות בגוף הקרקע וכמש"כ לעיל, לפ"ז י"ל דלא גרע ממשכון, ולבתר דתקינן רבנן דלא גבי ניהא להו בפשיטות, ומש"ה לא הקשו אדר"י דהתם, מ"ש עדים ומ"ש שטר, והיינו כדבריהם בב"מ ד' ב' דהפקעת השעבוד מדרבנן כמחל חשיב, משא"כ כשאינו מאמינו בלא עדים, דבזה באמת לא פקע השעבוד.

החוב, ומבואר דעתם ז"ל כמש"כ לעיל סק"ח בשיטת הש"ך, דאף למ"ד שעבודא ל"ד נחתנין שפיר לנכסי' אליבא דרהבדרי', וכמו שביאר אאמור"ר שליט"א, והכי נמי למ"ד ש"ד כשמחל לו השעבוד, וגם נראה מדבריהם דליכא שעבודא אמטלטלין, דמה שגובה החוב אינו חשוב שעבוד, וטפי מזה ליכא במטלטלין, אבל אקרקעות איכא שעבוד, והא דלא גבו מלקוחות זוהי הפקעת חכמים מכאן ולהבא וכמחל לו השעבוד דמי, ולכן כ"ז שלא הפקיעו איכא שעבוד אקרקעות בני חורין שבידו, ואע"פ שאין נפ"מ בשעבוד זה טפי משאר מטלטלין, מ"מ כיון שהתורה קבעה שעבוד אקרקעות דהיינו זכות בעלות להפקיע מיד הלקוחות, לא חילקה בזכות זו בין אם יש לו אפשרות להפקיע עי"ז מיד הלקוחות, דבכל חוב שעבדה לו הקרקעות, וכשמחל השע"ק חזרו הקרקעות כדין שאר מטלטלין, שגובה מהם בלא שעבוד.

ויש לעי' מ"ט לא חשבינן לזה שלא בעדים כמחל השעבוד, שהרי יודע שלא יוכל לתבוע מן הלקוחות, וכן במלוה ע"פ בעדים לבתר הפקעת חכמים, דבזמן ההלואה יודע שלא יוכל לגבות, ואפשר דענין השעבוד הוא שהקרקעות נכנסו תחת הבעלים, ולכן שייך שעבוד אף כשאינו גובה מן הלקוחות, ומש"ה לא מיחייב משום כפירת המטלטלין, דהתורה הטילה עליהם השעבוד לפרוע החוב, ולפ"ז ענין השעבוד בקרקעות מדאורייתא הוא משום דסמכא דעת' עליהו אף בבני חרי, ולכן קבעה תורה שגובה אותם מן הלקוחות, אבל השעבוד נאמר על ב"ח שהנכסים שהמלוה סומך עליהם יהיו משועבדין לו, מיהו קשה אם איתא דאין נפ"מ בזה שיש לו שעבוד על הבני חרי, למאי הלכתא מחל לו השעבוד, (וכי מחל לו כדי שיתחייב שבועה ולא תהא כפירת שעבוד קרקעות, וגם אפשר דלא מהני מחילה בע"כ ככה"ג שמוחל לו עתה דחוב

בדברי הרמב"ן בסוגיא דשבועות

י. דעת הרמב"ן שבועות שם דכל שאינו יכול לגבות הקרקע מן הלקוחות לא חשיב שעבוד קרקעות, וה' אפשר לפרש משום דבכה"ג לא חשיבא עיקר תביעתו על הקרקע, וחייב משום כפירת שעבוד מטלטלין, אבל הנראה מדברי הרמב"ן דלגמרי פקע השעבוד, דכיון שאינו יכול להפקיע מן הלקוחות, גם כלפי שמיא גליא שפקע השעבוד, ולא שייך למעבד בזה לפנים משה"ד, דע"י המכירה, פקע השעבוד, וכי מהדר ל' כמתנה חשיב, דכיון שאינו יכול להפעיל את כח שעבודו, נמצא שאין הקרקע כערב לפרוע החוב, ולא שייך מושג של שעבוד שאינו משועבד.

וב"ז כשאין אפשרות לגבות מן הלקוחות, כגון שלוח שלא בעדים, או שמתו, או שאינם יודעים אם פרע, אבל באבד השטר או דליתנהו לעדים קמן, אפשר דכלפי שמיא גליא שהשעבוד קיים שימצא השטר ויבואו העדים, אלא דבתביעה זו ליכא כח שע"ק, וזהו שכו' הרמב"ן שאפשר לדון בכה"ג שלא להשביע מספק, ומ"מ סמך על הוראת הר"י מיגש דגם בכה"ג משביעין, ולכא' בכה"ג לכה"פ יכול להשביע משום כפירת מטלטלין, דכיון שאין השע"ק מזומן לפניו, אין לחשוב עיקר תביעתו על הקרקע, וכנראה זוהי כונת הר"י מיגש, דהשתא מיהא לאו תביעת קרקע היא, ואפשר דכיון דעיקר החוב קובע ולא תביעתו בשעה זו, דהא אף בדאית ל' ב"ח חשבינן לה תביעת קרקע, השתא נמי אע"פ שלא טרח להביא העדים והשטר כיון שא"צ לו בשעה זו, אכתי י"ל דחשיבא כפירת שעבוד קרקעות, דשניהם מודים שיש שע"ק על חוב זה.

ולכא' הדבר מבואר בגמ' דהכופר בשטר חשיב כפירת שעבוד קרקעות, אע"ג דלא חשיב כפירת דברים כיון דאפשר דמירכס, וש"מ דשטר המזומן אע"פ שלא תבע בו בב"ד חשיב שע"ק, ויש ללמוד מזה גם

לעדים, דבגמ' משמע דהחשש בעדים ובשטר שוה, דהיינו דפריך ל' רהבדרי' לר"פ דאין לחלק ביניהם, וש"מ דעדים דקיימי אם יש שע"ק בעדותן חשיבא כפירת שעבוד קרקעות, מיהו אם נאבד השטר, אע"פ שאפשר שימצא, מסתברא דכי היכי דלא חשיב כפירת דברים לר"פ, ה"נ לא חשיב כפירת שעבוד קרקעות, דכיון שצריך להתחדש מאורע שיהא שע"ק לא חשיב כקרקע, מיהו יש לחלק דבגמ' דיינינן על הלוח עצמו שיודע שיש שטר ועדים על המעשה, אלא שלא העידו עדיין, ולכן חשיב כפירת שעבוד קרקעות, דסתמא דמילתא יבא לידי שע"ק, אבל בחביעה שבב"ד דלא ידעינן שיבא לידי שע"ק, י"ל דאין לו לדיין אלא מה שענינו רואות, ואין לפניו תביעת שע"ק, מיהו י"ל דמ"מ יש לו לסמוך כיון דשניהם מודים דאיכא עדים ושטר דיבא לידי שע"ק, ונראה דבאמת גם להר"י מיגש בכה"ג חשיבא כפירת שעבוד קרקעות, ורק בנאבד השטר או שאין העדים מזומנין לפנינו [נדאל"ה הו' מיתו להו שיאמרו אם נ' או ק'] בזה ס"ל דלא חשיב שע"ק לפנינו, וכן מתבאר מדברי הרמב"ן.

הרמב"ן שם הביא מפרשים דשבועות מודה במקצת דאורייתא משכח"ל בלוח שלא בעדים או שמתו העדים, מיהו לבתר דתקינו רבנן דמלוה ע"פ אינה גובה מן הלקוחות, תו לא חשיבא שע"ק, וסיים שאין הדברים הללו נכונים, ולא נתפרש מ"ט, ובדלית ל' ללוח אלא משעבדי בזמן השבועה לכא' נראה דלא חשיב כפירת שעבוד קרקעות דודאי לבתר תקנתא דרבנן פקע השעבוד, ועכ"פ א"א לחשוב עיקר תביעתו על הקרקע, [וע"י להלן דשו"ר דאפשר לקיים דברי הרמב"ן בכל גוונין], וע"כ כונת הרמב"ן בדאית ל' בני חרי, ואפשר דס"ל להרמב"ן דאסור ללוח למכור הקרקעות בלי להודיע ללוקח דמשועבדין הן, דהו"ל כעין מזיק שעבודו של חבירו, ולכן חשיב שפיר דעיקר השעבוד על

הקרקע, דעלי' סמכא דעתי', והלוקח שלא ידע, פקע השעבוד ברשותו, אבל מעיקרא משעבדי הוה, וכדחזינן נמי דלבי יתמי שעבודא דאורייתא וגבי בע"ח מהם עי' קדושין י"ג ב'.

שו"ר דאפשר דאפי' אית ליה רק משעבדי הדין כן, דהמלוה תובע את הנכסים שנשתעבדו לו בזמן ההלואה, כאילו הפקיד אצלו קרקע, ואע"פ שמכרן חשיב שפיר תביעת קרקע ולפ"ז אפי' אם הלוח יכול למכור מ"מ אפשר לחשבו כהפקיד גבי קרקע, וזה שאינו גובה מהלקוחות זהו מהוראת חכמים למלוה, ואינו מגרע בשעבוד נכסי הלוח, ועי' לעיל סק"ח, וצ"ע, והריטב"א והר"ן הסכימו בזה דלא כהרמב"ן, וס"ל דלכתר תק"ח אפי' העדים מעידים שלא פרע לא חשיבא כפירת שעבוד קרקעות.

מיהו דעת הרשב"א ר"פ שבועת הדיינין בתוספתא שהביא עיי"ש, משמע דס"ל כהרמב"ן, ולכאז' יש לפרש התוספתא בשעדים מעידים דבאותו מעמד היתה הלואה ורק לחמשים], (ועב"מ ה' א' דגולן משתבע מדר"ח, ולא חשבינן ליה כפירת שעבוד קרקעות, אלא דכבר כ' הרמב"ן פ' חזקת הבתים דא"צ לפורעו בעדים, וא"כ לא נשתעבדו נכסיו, אבל לש"פ ניחא דמדרבנן אינה גובה מלקוחות קודם העמדה בדין מיהא, ויש לעי' למ"ד צריך לפורעו בעדים מדר"ח קמייטא לדעת הרמב"ן).

והנה פשוט להרמב"ן אליבא דכל השיטות דאף בדאית ליה קרקע ב"ח לא חשיבא הודאת קרקע אא"כ הי' יכול לגבות אותה קרקע מלקוחות, ויש לעי' נהי דאם מכר קודם הודאתו לא גבי לה מלוה, אבל השתא דקא מודה הרי הוא מודה שקרקעות אלו משועבדים למלוה, ומכאן ולהבא לא יוכל למכרם דאנן סהדי שעדיין לא פרע לו, ויכול לחייבו לכתוב שטר על חיוב זה או שלא יזווג עדים מתוך ידו עד שיפרענו, דתו לא מצו

לקוחות למימר שפרע לו, וא"כ מדאורייתא כל הודאה בדאית ליה קרקע הודאת קרקע היא, ולא קו' היא דזה שמשעבדינן נכסיו לשלם הודאתו לא משוי לה הודאת קרקע, דשפיר קרינן ביה כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים דהתביעה היא על חיוב כסף, והשעבוד נעשה רק כתוצאה מההודאה, דאל"כ אף בפקדון שאבד בפשיעה, יחשב כקרקע, כיון דבשעת הודאתו מודה דחייב לו וממילא משתעבדים נכסיו, והרי התם ודאי קרינן ביה תביעת מטלטלין, א"ו דוקא אם הקרקעות כבר משועבדים לו חשיבא תביעת קרקע.

ולפ"ז צ"ע בכונת הר"ן על הרי"ף ר"פ שבועת הדיינים שהק' בדר"ח קמייטא הא הו"ל שע"ק, ותיירץ כתי' הרמב"ן דכיון שאין העדים יודעים אם פרע לא מצי למיגבי מלקוחות, וחזר והק' ואכתי מודה במקצת דחייב רחמנא היכי משכח"ל הא הו"ל הודה בקרקעות, ותי' בשם תו' בדלית ליה קרקע, ונראה דר"ל דאף בדר"ח קמייטא מיירי בכה"ג דל"ל קרקע בני חרי אלא דמעיכא הק' ממשעבדין, וצ"ע מאי קו' הא קודם הודאתו לא היתה הקרקע משועבדת שהי' יכול למוכרה, ולאחר הודאתו שמשעבד קרקעותיו זה לא משוי לה הודאת קרקע אלא הודאת מטלטלין שמשעבדת את קרקעותיו, וכמש"כ, ואפשר דס"ל דבהלואה ליכא אלא או מצוה בעלמא או שעבוד קרקעות, ולכן כשמודה חשיב שמודה בשע"ק, ונהי דלא מהני אלא מכאן ולהבא, מ"מ כיון שאין אלא שע"ק ומכאן ולהבא מהני האי שעבוד חשיב הודאת קרקעות, אבל הדבר צ"ע דא"כ בדלית ליה קרקע למ"ד ש"ד במאי כייפינן ליה, ובפשוטו יורדין לנכסיו מדין ש"ד, וכיון דכל נכסיו משועבדין בשוה דגם הקרקעות יכול למכרן, תו לא חשיבא הודאת קרקע, וצ"ע.

שם ברמב"ן ועוד דשמעתין לא איפריקא דחיוב קרבן אדינא דאורייתא הוא, ר"ל דיש לפרש דברי ר"י בדינא דאורייתא, ונהי

השתא לר"ע דאיערומי קא מערים, דאם איתא דהיינו טעמא דבעלמא כל מודה במקצת יותר מפרוטה חייב, א"כ הו"ל למפרך מ"ש מכל מודה במקצת שהודה יותר מפרוטה, מיהו לפי האמת אפשר דטעמא דמודה במקצת לא מהימן במיגו שהי' מודה פחות היינו משום דאיערומי קא מערים, ועי' להלן.

והשתא ליכא לאקשויי מ"ט דרשב"א, דשפיר ס"ל דדמי לכל מודה במקצת, וסברא דמסייע לי' שטרא לא מהניא, אבל אם שתיים פטור יש לשאול מ"ט דרשב"א, דכיון דמיפטר בשתיים ודאי יותר ברצון טוען שתיים, אפי' בלא סברא דסיוע השטר, (והקו' ג"כ לטעמא דשע"ק), וע"ז תירצו דיש סברא לאידך גיסא דסיוע השטר גרע, ולפ"ד דהכא אין ראי' דהילך ככופר הכל דמי למ"ד פטור וכמ"ש תו' לעיל ד"ה ושמ"מ, די"ל דטעמי' דרשב"א משום דסיוע השטר גרע, [ונפ"מ במודה בנ' ואומר הילך כ', דנימא מיגו דהוה מודה רק בכ' והוה מיפטר משום הילך], והכי משמע בל"ב דטעמא דפטור משום הילך, ואפ"ה אית לי' לר"ע מיגו, מיהו אין זו ראי' די"ל דידע שפיר דטעמא דמסייע לי' שטרא מהני לענין זה דלא חשיבא העזה, אבל לא ס"ל דאלימא כולי האי למפטרי' משבועה, ונראה לדקדק מסוגיא דב"ב קכ"ח ב' כפרתו, דמשמע התם דלר"ע כשעדים מסייעין אותו אית לי' מיגו דכופר הכל, ואם איתא דהילך לאו ככופר הכל הוא, א"כ מנ"ל דלר"ע אמרי' מיגו דכופר הכל, א"ו הילך ככופר הכל דמי, ויש לדקדק מזה נמי דהלכתא כר"ש, דלר"ח לא שמעינן לר"ע דאמר מיגו דכופר הכל.

ויש לעי' אליבא דר"ע הודה בקרקעות ומקצת כלים, אי מחייבינן לי' שבועה משום מקצת כלים שהודה, או"ד משיב אבידה הוא, שהי' יכול להודות בקרקע לחוד, [ולמ"ד הילך פטור כגון שחפר בה בורות דלאו הילך הוא], ואם נימא דטעמא דכל מודה במקצת לא מהימן במיגו שהי' יכול להודות בפחות הוא

דלכתא תק"ח נשתנה הדין, מ"מ כיון דהגדון בקראי בחיוב הקרבן, יש לנקוט הדין מדאורייתא, ואם ע"י תקנה דרבנן נשתנה הדין, יכול להוסיף באור בדבריו דהאידנא דתקון רבנן כו', אבל אין לסתום כן כשדנים על דין דאורייתא, וגם בסוגיא מבואר דהגדון בקראי, (לעיל בדרכה ולקמן בעידי קרקע), ומיהו ודאי מודה הרמב"ן דההפקעה דרבנן מהניא לקרבן כמו לשבועה.

שם וכ"ש דגבי פקדון כו' צ"ב מאי כ"ש, ואפשר דר"ל שבפקדון מבואר בגמ' דאף במשביע העדים עצמן בממון אחר דלאו קרקע הוא חייב, דלא פטרו אלא משביע עידי קרקע, וזה קשה טפי מההיא דאתרובי' עדים.

ומישמע מדברי הרמב"ן דבפקדון שיש עליו שטר איכא שע"ק, דלצורך זה עשה השטר שישתעבדו נכסיו אם יתחייב בתשלומי הפקדון, משא"כ בעדים דלא מסהדי שנשתעבדו נכסיו דאפשר שהפקדון בידו, או נאנס דפטור, ואפשר דהרמב"ן לשטתו במלחמות ס"פ ג"פ דשטר שאין בו שעבוד נכסים לא מצי למימר בי' שטרך בידי מאי בעי, וע"כ דשטר דפקדון יש בו שעבוד נכסים, ובאמת הראשונים ז"ל פליגי עלי' בד"ז, ועש"ך סי' ס"ט ס"ק י"ד שהאריך בד"ז ולע"כ.

שם ויש מי שאומר כו' עמש"כ בזה לעיל סק"ח.

ד' ב' תוד"ה לעולם

יא. **די' ב' תוד"ה לעולם**, תו"ד ז"ל דודאי מודה במקצת שהודה נ' לית לי' מיגו שהי' יכול להודות כו', ואפי' בלא סברא דאיערומי קא מערים, אלא דאמרי' שלפי הענין הי' נוח לו להשתמט בשיעור זה, דודאי יש סברא לומר דלא ניחא לי' להודות בפרוטה בלבד, וטעמי' דר"ע משום דהכא דמסייע לי' שטרא ודאי הוה ניחא לי' טפי למימר שתיים וגם להרויח סלע, ולפ"ז ניחא דלא פריך

בכתובה משום דאין החיוב לתת לה קרקע ולא חשיבא כתובעתו קרקע], וכ"מ בירו' שבועות פ"ה ה"א דמפרש טעמי' דר' יוחנן דהכופר בממון שיש עליו עדים חייב ושטר פטור משום דעדים עבידי דמייתי או שישכחו עדותן עיי"ש, וכ"מ בירו' לק' גבי פוגמת כתובתה דחשיב לה שבועה כעין דאורייתא ולא פריך דהו"ל כפירת שעבוד קרקעות, וצ"ע בזה.

אלא נראה דהירו' חשיב מה שמפורש בשטר כאילו אינו תובעו על זה, וכדחשבינן ל' כפירת דברים בשבועות שם, וה"נ כשמודה במה שמפורש בשטר כאילו לא הודה במקצת הטענה, והיינו דקאמר אין הודאה מן הטענה, דהטענה היא רק על שלש הנוספים ובהם לא הודה, ואפשר דגרסינן והלוה אומר שנים, ואפי' גרסי' שלש מ"ש הנדון דברייתא הוא על חיוב דשנים, וס"ל לחכמים דאם בשנים פטור הו"ל הג' משיב אבידה.

[ועי' ירו' ב"ב פ"י ה"ב ושם לכא' יש למגרס ג' במקום ב' כמו שהעיר ביפה עינים, ופליגי התם בפלוגתא דרשב"א ור"ע, וה"ק כיון שאילו לא הודה לו כל עיקר לא הי' לו אלא שנים, אם נצריכנו שבועה נמצא שנשבע בגלל מה שהשיב אבידה והודה, מיהו קשה דהא לא מסייע ל' שטרא כיון שנמחקו וכמש"כ, ואי גרסי' ב' הק' אינו נשבע אלא על מה שהודה, וזה כלא הודה חשיב וצ"ע.]

ותוכן הסוגיא דנהי דר"ח מחייב בהעדאת עדים, מ"מ בהעדאת שטר פטור, דכיון שיש לו שטר ע"ז אינו צריך לטענה (וכממון דנקט ביד' דמי) וכלא טענו אלא נ' הנוספים דמי, וזה כפי הסברא דאשכחן בדין כפירת דברים בשבועת הפקדון, ומייתי ראי' מהאי ברייתא כר"ח, דפטרה בהעדאת שטר ומשמע דוקא שטר מפני שאין הטענה במה שמוכח בשטר, אבל בדאיכא רק עדים דחשיבא שפיר טענה, הרי הוא נשבע, [וכנראה ס"ל בטעמי'

משום איערומי, א"כ הכא אית ל' מיגו, אבל אם נימא דהא לא חשיב מיגו, דכיון שלא הי' יכול לכפור הכל, הוצרך להניח הודאה חשובה, דלא סגי ל' בהודאת פרוטה, ולא הוצרכנו לטעמא דאיערומי אלא היכא דמסייע ל' שטרא, דבזה חזינון כל החוב שיתר על השטר כאבוד כבר והוא משיב האבידה, א"כ בנד"ד יש לחייבו, דלא חשבינן כל חלק מההודאה שיתר על פרוטה כמשיב אבידה, אלא הכל מכלל הודאת המקצת, ולכא' נראה יותר לחיוב דהא לא שמעינן ל' לר"ע אלא בכה"ג דהשטר מסייעו וחשיב משיב אבידה ממש, ואמנם יש סברא לומר דרבנותא קמ"ל דאפי' במיגו דכופר הכל מהימן, מ"מ כיון דלרשב"א ודאי חייב כדמוכח ממ"ד הילך חייב, צריך ראי' דלר"ע פטור, וגם בסברא י"ל דלא הי' יכול להעזיז ולכפור בכל המטלטלין דכל מעשה הוא ענין בפ"ע ולא מהני לזה הודאת הקרקע, לענין דנימא מיגו, [ומה"ט נמי נראה דל"ק הודה במטלטלין ליהמן במיגו דהי' מודה בקרקעות וכמשה"ק תו' בסוה"ע, דפעמים שצריך העזה להכחיש ענין המטלטלין, דהמעשה שלהם ידוע יותר וכיו"ב, וכעין מיגו מממון לממון חשיב], ובשטר שכתוב בו זוזי דאינון ונמחק, דלא מסייע ל' שטרא, יש גם סברת תו' אליבא דרשב"א דלא ניחא ל' להודות רק במה שהשטר מוכיח, מיהו בזה עמש"כ לק' ס"ק י"ב.

בדברי הירושלמי בכתובות פ"ב ובשבועות פ"ה

יב. ירו' כתובות פ"ב ה"א ואר"י בר"ב נשמעינה מן הדא כסף סילעין די אינון ונמחקו כו' וחכ"א אין הודאה מן הטענה כו', לכא' נראה דבכה"ג דהירו' כיון שהי' כתוב ונמחקו, לא מסייע ל' שטרא מידי [ועי' להלן בזה], וגם אין נראה לפרש דאין ההודאה מין הטענה משום דהו"ל הודה בקרקעות, דהא בסמך בעי לאצרכי שבועה בכתובה אע"ג דשע"ק הוא, וע"כ דהירו' ס"ל דנשבעין על שטר, דלא חשיב כקרקע, [ואפי'

דבנמחקו אינו מעיז לומר ב' למ"ד הילך פטור דחשיב ככופר הכל), ואפשר דמסייע ל' בזה שלא חשש לשמרו מן המחק במנין כיון דבלא"ה אינן אלא ב', א"נ דבכה"ג חשוד המלוה שבכונה מחקו כדי לטעון טפי מב', [ולפ"ז בנמחק באונס י"ל דלא מסייע ל' שטרא], מיהו לכאור' בכתובה לא מתיישב מטעמא דמסייע ל' שטרא, וע"כ דמעיקרא נמי משום שע"ק הוא, וי"ל דנהי דליכא טעמא דמסייע ל' שטרא מ"מ חשיב הודאה שלא ממין הטענה כמו היכא דמסייע ל' שטרא.

והיי"א שהביא הרמב"ן אינו מתיישב לפי הירו', וכ"מ ברשב"א עיי"ש, ולמש"כ לעיל בשיטת הירו' נחא, וגם לכאור' מיושב טפי כל מהלך הסוגיא בירו'.

רא"ש שם ס"א ולא חשבינן ל' כמורה מקצת כו'

רא"ש שם ס"א ולא חשבינן ל' כמורה מקצת כו' נראה דכונת רבנו למ"ד שעבודא לאו דאורייתא, ומדרבנן איכא שעבוד לשטר וכל מעשה ב"ד, הלכך הויא כתובה שעבוד קרקעות, אבל אם הי' נאמן לטעון פרעתי, טענינן ללקוחות ואינה גובה ממשועבדים, וזהו שכ' דהכא לא מהימן למטען פרעתי, וזה נחא אף למ"ד הילך חייב, (ואם הי' נאמן לטעון פרעתי לא חשיב הילך כיון דלא גבי ממשעבדי), ומה שהזכיר רבנו טעמא דהילך היינו לבתר דתקינו דכתובה גובה ממטלטלי, ומשמע ל' לרבנן דתו לא חשיב ככפירת שעבוד קרקעות כיון שמודה נמי בשעבוד המטלטלין, מש"ה כתב טעמא דהילך, דכיון דאית ל' קרקע ומשעבדא ל' הו"ל הילך, ולענין הילך אין מגרע מה שיכול לגבות גם ממטלטלין, וכ"מ בתו' הרא"ש ששם לא הזכיר טעמא דהילך, מפני שלא הזכיר דאף לבתר דתקינו דגובה ממטלטלין ליכא שבועה, וזהו שסיים על הירו' טעמא דשע"ק כיון דאזיל בתר דינא דגמ'.

דר' יוחנן דפטור משום דלא חשיב לה הודאה כיון שאין צורך בהודאתו, דהא איכא בעדים, ולא נחית לנדרון דק"ו מהודאת פיו], והדר פריך ממתני' דהא ליכא שטר ויש לחשבה כתובעתו מאתים, והוא מודה מקצת מן הטענה ומ"ט לא מחייבין ל' שבועה, ומשני דמתני' דמי לשטר שאינה תובעתו המנה, שידוע לכל שהוא חייב מנה בגירושין, ונמצא שיש כאן תביעה רק על מנה, ובזה אינו מודה כלל, (וכיו"ב גם בשבועת הפקדון הוי כפירת דברים), ואפשר דאף להירו' הילך חייב לר"ח, ורק בהילך כי האי שהחייב מבורר קודם התביעה פטר, אבל בתלמודן מדמי להו, [ודינא דשנים אוחזין בטלית דמייתי נמי בירו', דמי לעדים ולא לשטרן], שו"ר בשטמ"ק בשם הרא"ה בכתובות שם עיי"ש בפ' בתרא.

בדברי הרמב"ן ע"ד הירושלמי

ברם הרמב"ן בכתובות שם כתב לפרש טעמייהו דרבנן בירו', כר"ע בתלמודן, וגריס אין ההודאה ממין הטענה, ומפרש לה משום דהו"ל הודה בקרקעות, וכתב נמי טעמא דמסייע ל' שטרא והא דחשיב ל' אין ההודאה ממין הטענה, ר"ל דמכח טענת השטר אין הודאתו מחייבת דהא מסייע ל' שטרא, וחזינן תביעת הג' הנוספים כאילו אינן מכח השטר.

ויש לעי' אכתי הוי כטענו חטים ושעורים והודה באחד מהם, דה"נ כתבעו ב' בשטר וג' ע"פ, וצ"ל כיון דתובעו הכל מכח השטר, וכן בכתובה מכח חוב אחד, לא חשיב כב' תביעות, ולישנא בעלמא הוא דקרי לה לאו ממין הטענה, והכונה כבתלמודן דנאמן כיון דמסייע ל' שטרא [וצ"ע בזה דבכתובה אינו מתיישב כן, ועי' להלן].

מיהו צ"ע כיון דהוה כתיב ב' כמה ונמחקו מ"ט חשיב דמסייע ל' שטרא, הרי רש"י בב"מ פ' דמסייע ל' שטרא שאינן אלא שתיים דלכך לא פירשו מניינן, (וה"נ מסתברא

ברם צ"ע מ"ש משטר דגבי ממטלטלי ואפ"ה חשבינן ל' כפירת שעבוד קרקעות, ואף למ"ד הילך חייב מיפטר, ואפשר דלשיטת תו' והרא"ש דחשיב כפירת שעבוד קרקעות אף כשאנו יכול לגבות מכח שעבוד זה, משום דשעבוד הוא זכות בגוף הקרקע, למ"ד ש"ד, לדידהו ל"ק מ"ט חשיב שטר שע"ק אף כשיכול לגבות ממטלטלין משום דליכא שעבוד אמטלטלין, אבל בכתובה אפשר דתיקנו הגאונים שיהיו קרקע ומטלטלין שוין, וכיון שכן תו לא חשיב כפירת קרקעות לחוד, וצ"ע, [שו"ר בתומים סי' פ"ח ס"ק י"ח י"ז בכ"ז].

ומי"ש הרא"ש דכיון שהודה בג' כאילו נכתב בשטר, אין לזה סתירה מתלמודן דמירי שלא ה' כתוב מנין מעיקרא, אבל הרשב"א כתב דתלמודן פליג, ובאמת צ"ע איך יגבה מלקוחות ע"פ הודאתו, ולפי' הרמב"ן פטר ל' הירו' מדין משיב אבידה, ולא דנו על הג' רק על הב', [שו"ר בזה בתומים סי' פ"ח ס"ק י"ז עיי"ש].

ד' ב' רשב"א אומר הואיל כו'

יג. ד' ב' רשב"א אומר הואיל כו' בתו' דקדקו מ"ט אקדמי' לרשב"א, ונהי דאשכחן כה"ג בשאר דוכתי, בכל המקומות יש טעם בדבר, פעמים שהסדר ששונה הדינים מחייב כן, ואפשר שבא לומר דדברי רשב"א לא נאמרו אדר"ע, דלא שמיע ל', אלא בפ"ע ה' שונה הואיל והודה כו', ואם ה' שונה איפכא ה' מתפרש דאדר"ע קאי, ובשמעתין אפשר דהיתה ברייתא שנחלקו בה ר"ע ובן עזאי, ואינהו פליגי גם בדין שתיים כדמשמע בירו' כתובות רפ"ב, וכ"ה בירו' ב"ב פ"י ה"ב עיי"ש, ואפשר שבאותה ברייתא לא קתני הואיל והודה כו' אלא אף זה ישבע, א"נ כיון דלר"ע פטור שייך שפיר האי לישנא, עי' להלן, והאי תנא לא רצה להעמיד המחלוקת דב"ע, או משום דקיי"ל הילך פטור, [ושמא ההיא דב"ע מיתקמא בדלית ל' קרקע,

וכטעמא דמסייע ל' שטרא], או משום שע"ק או דמסייע ל' שטרא, או משום דלא שמיע ל' דפליג ב"ע אדר"ע בסברא דמשיב אבידה ועיקר מחלקותו משום שתיים, וכדמשמע בירו', אבל אם שתיים פטור ה' מודה לר"ע, ומש"ה הוצרך לאשכוחי תנא במקום ב"ע דפליג אדר"ע בסברא דמשיב אבידה, ועייל רשב"א במקום ב"ע, ומשנה לא זזה ממקומה, לפי שדברי ר"ע נשנו על מאן דמחייב, וקאמר אין זה כו'.

ואם נימא דלר"ע אף היכא דלא מסייע ל' שטרא כלל, חשיב ל' משיב אבידה,

כגון בה' כתוב סלעים דאינון ונמחקו באונס [עי' לעיל ס"ק י"ב בזה], דכיון דשתיים פטור, בכל גווני חשיב משיב אבידה, אפשר ליישב בפשיטות שנה דבריו בדאינון ונמחקו, ולכן לא מצי למינקט' ברישא, דכיון שרשב"א לא נחלק עם ר"ע, לא אמרי' דשנה דבריו לרבנותא דרשב"א, וכדי לאשמועינן דרשב"א פליג אף בדמסייע ל' שטרא נקט דיניה דרשב"א, ומסיים ב' דר"ע פליג, מיהו למאי דקיי"ל הילך פטור, ע"כ צריכין לטעמא דמסייע ל' שטרא, וע"כ לומר דר"ע לא שנה בנמחקו, היכא דלא מסייע ל' שטרא, וגם בעיקר הדין צדדנו לעיל ס"ק י"א דר"ע מחייב עיי"ש, וגם אפשר דאע"פ שרשב"א לא נחלק עם ר"ע מ"מ התנא ששונה דברי ר"ע יכול לשנותם לרבנותא דרשב"א.

(עי' שבועות לד' א' בפלוגתא דר"א ור"ע) דלכאז' משמע דר"ע פליג אר"א בגזילת קרקע, מיהו אדרבא משם ראי' לאידך גיסא עי' בספר אאמו"ר שליט"א מ"ש שם על (הדף).

שם אף זה ישבע כו' איכא דמותיב כו'

שם אף זה ישבע כו' איכא דמותיב כו' משמע דל"ב סבר דמרישא אין הוכחה, ואשכחן בירו' דנקט ב"ע לישנא דהואיל והודה כו' ומשמע דמחייב אף בשתיים, מיהו

להלכה בודאי נשבע היסת, ומאי מייתי מסוגיא דהתם דאתיא אליבא דהלכתא, א"ו לכ"ע סברא דמסייע ל"י שטרא קושטא היא, שו"ר בגליון הגרע"א ז"ל בשו"ע סי' פ"ח סל"ב שהק' למה לא הביאו הפוסקים טעם זה.

והא דנקטי מילתייהו בכה"ג דאיכא נמי סיוע השטר, למאי דקיי"ל הילך פטור ניהא, דלא מהני טעמא דשע"ק לענין מיגו דשתים, דהא הו"ל ככופר הכל, אבל למ"ד הילך חייב הו"מ לאיפלוגי בהודה בקרקעות ומקצת כלים, א"נ בנמחקו, ולעיל צדדנו דלכו"ע בעינן טעמא דמסייע ל"י שטרא.

ברם יש כאן מקום עיון, דנמצא למסקנא הסברא הפוכה מדעת המקשן, דמעיקרא סבר דנהי דמהני סיוע השטר לענין שיוכל להעז, מ"מ לא מהני לפוטרו משבועה, ולמסקנא לכו"ע מהני לפוטרו משבועה ומ"מ לא חשיב ל"י רשב"א משיב אבידה, וכנראה מה"ט צידד הרשב"א לומר דלר"ש ב"א לא אמרי' דמהני סיוע השטר לפוטרו משבועה, והיינו משום דחזינן דלא מהני אפי' לענין מיגו, מיהו ל"ק כ"כ, דהגדון בדעת בנ"א הוא ענין בפ"ע, וכמ"ש תו' די"ל דלא ניהא ל"י להודות רק כפי משמעות השטר, ומש"ה לא חשיב ל"י מיגו, ואפשר נמי לומר לאידך גיסא דנהי דיש בזה סיוע למי שטוען כך שיוכל להעז, מ"מ לא אלים לפוטרו משבועה, ועוד יתכן לומר דבאמת ל"ק לא פריך מדר"ע מה"ט, דידע שפיר דאיכא למימר דמסייע ל"י שטרא, כי היכי דמהני האי טעמא לענין מיגו, אבל מדרשב"א קשיא ל"י, דכיון דחזינן דלא מהני לענין מיגו, ה"ה לענין לפוטרו משבועה, ול"ב דלא פריך מדרשב"א ס"ל לקושטא דמילתא דלא מצינן לשנויי דרשב"א פטר משום דמסייע ל"י שטרא, וע"כ לדחוק דלישנא דנקט משום דר"ע הוא, ולא פריך אלא מר"ע, ולפ"ז לשתי הלשונות אין הסברא הפוכה לגמרי למסקנא.

לאו קו' היא דכיון דחכמים דהתם פטרי אף שתיים, לא בעי למימר אף זה ישבע, משא"כ בשמעתין דבעינן למימר דלכו"ע חייב, ולפ"ז אפשר דל"ב סבר דלפי האמת אין הוכחה מאי קסבר רשב"א דשמא נקט הואיל כו' משום דר"ע פטר אף בשתיים, אבל מדר"ע שפיר איכא הוכחה מסברא, מיהו בלא"ה י"ל דניחא ל"י לאוכוחי מסיפא דמוכח טפי, אלא דקצת יש דיוק מדלא עריב להו תלמודא, דהו"ל לאקשווי ותו הא דקתני רע"א כו', וע"ע להלן.

שם א"נ משום דהו"ל שטר שע"ק כו'

שם א"נ משום דהו"ל שטר שע"ק כו' יעוי' מש"כ לעיל סק"ח דאין זו סברא פשוטה דשטר חשיב כפירת שעבוד קרקעות כיון שגובה גם מן המטלטלין, (ואפשר דהכי ס"ל לר"פ), וניחא שפיר ס"ד דמקשה, ויש לעי' למאי דקיי"ל דשטר חשיב כקרקע, אם אידחי ל"י תירוץ קמא, דאין לחדש דסיוע השטר מהני כולי האי לפטרו משבועה, ואמנם למ"ד הילך פטור מוכח דטעמא דמסייע ל"י שטרא אלים טובא, דהא פטרינן ל"י בלא שבועה מכח מיגו דכופר הכל, אבל דעת המקשן דאכתי אין ללמוד מזה, לפטרו משבועה, ונפ"מ בדלית ל"י קרקע דלאו הילך הוא, ובפשוטו נראה דס"ל לתלמודא דשני התירוצים אמת, והיינו לישנא דאי נמי דנקט, ולא קאמר אבע"א, וכ"מ ברשב"א, ואף לפי' בתרא דהרשב"א י"ל דקיי"ל כר"ע גם בסברא דמסייע ל"י שטרא, ואמנם למאי דקיי"ל הילך פטור ליכא ראי', מ"מ יש ללמוד הסברא מדר"ח, וצ"ע ברי"ף שהביא רק תירוץ בתרא אם כונתו דליתא לת"י קמא משום דת"י בתרא פליג או משום דקיי"ל הילך פטור, או דנקט טעם זה דנפ"מ לנ' בשטר דמסיים עלה.

וב"מ מהא דדנו הראשונים ז"ל באומר שתיים אם נשבע שבועת היסת, והוכיחו מסוגיא דלק' ק"י א', ואם למ"ד הילך פטור לא אמרי' דסיוע השטר פוטרו משבועה, א"כ

בדברי הגרע"א

ויעווי בחדושי הגרע"א ז"ל מ"ש ע"ד הרשב"א, תחלה להוכיח דמשמע דלרשב"א לית לי' טעמא דמסייע לי' שטרא דאל"כ נהי דר"ע אית לי' נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות ומש"ה צריכין לטעמא דמסייע לי' שטרא, אכתי קשה למאי צריכין למימר טעמא דכפירת שעבוד קרקעות, וע"כ דטעמא דמסייע לי' שטרא לא מהני לרשב"א, ולכא' עיקר הקו' היא למה לן לחדש טעמא דמסייע לי' שטרא, אבל טעמא דכפירת שעבוד קרקעות כיון דקושטא לא מצי תלמודא למסתם בלא טעם זה, מיהו קושטא הוא דברשב"א נראה דהאי טעמא לא קאי לר"ש בן אלעזר [דאל"כ הו"ל לתרץ שהקדים תירוץ זה דקאי לכו"ע].

ונתקשה הגרע"א ז"ל בטעמא דמילתא, וכתב לפרש דאכתי תיקשי לרשב"א ליהמני' במגו דהוה אמר דהאי סלעים שתים נינהו, ויוסיף להודות עוד דינר במלוה ע"פ, וצ"ע אי אמרי' מיגו בכה"ג, דלא ניחא לי' להמציא הודאה בדבר שלא הי' מעולם ואין המלוה תובעו, וכמו המודה בחטים דלית לי' מיגו שהי' מודה בשעורים.

ונקט הגרע"א ז"ל דבכה"ג מהימן כיון דמסייע לי' שטרא ובטלה תביעת המלוה מהג' הנוספים, ונמצא הודאת הדינר הנוסף כהודאה בלא טענה, אבל אם הטעם דפטור בשתים הוא משום כפירת שעבוד קרקעות, לא חשבינן לטענת השטר כמבוטלת, ואע"פ שהודה מכח הלואה נוספת חייב, ומזה מוכח דרשב"א לית לי' טעמא דמסייע לי' שטרא, ויש לדון בזה דאפי' אי אית לי' טעמא דמסייע לי' שטרא לפוטרו משבועה, מ"מ חשיב שפיר הודה במקצת הטענה דהא קמן דלא ניחא לי' להודות רק בכתוב בשטר, (וכסברת תו' גופה), דמה"ט יש לייחס הודאתו לתביעת המלוה טפי מלומר דהודאה בלא

טענה היא, [ועי' ב"ב קכ"ח ב'], (ולעומת זה גם יש לדון דמהני טעמא דמסייע לי' שטרא לפטרו אם מודה מכח מלוה ע"פ, אפי' אם האי טעמא לא מהני לפוטרו משבועה, ובעינן לפטורא דהילך או כפירת שעבוד קרקעות, מיהו אין נראה כן), ודברי הרשב"א נתבארו לעיל דטעמי' כדי שלא תהא סברת התרצן הפוכה מסברת המקשן עיי"ש, או דכונתו כפשוטו כיון דע"כ שנינוא דשע"ק קושטא הוא, אין הכרח לחדש דמהני סיוע השטר.

בדעת הרמב"ם, ובריטב"א בשטמ"ק בשם תו'

יד. **הריטב"א** בשטמ"ק הביא בשם תו' לפרש דשאני הכא דמסייע לי' שטרא למלוה, וכיון שכן אין עיקר תביעתו אלא הג' ואין כאן מודה במקצת, ולפ"ז ר"ל דמודה ר"ח בזה דכמאן דנקיט ביד' דמי, ולישנא ל"מ הכי, דהול"ל מודה ר"ח היכא כו' ולא שאני הכא כו' דמשמע שאינו מחדש בדעת ר"ח כלום, וגם לשון מסייע אינו מכוון בזה, דהול"ל כיון דאית לי' שטרא, וגם לשון אי נמי, משמע דהכל ענין אחד, לתרוצי דהכא שאני, ולפ"ז לפי תירוץ בתרא אף בדאיכא שטר לא חשיב הילך לר"ח, מיהו עיקר הסברא איתא בירו' רפ"ב דכתובות וכמשנ"ת לעיל ס"ק י"ב.

ואפשר דגם הרמב"ם פ"ד מטו"נ ה"ד מפרש כן, ומש"ה העתיק דינא דהודה בשטר בלא דין הילך, ואמנם מעיקרא ס"ד דדמי להילך, ומשני דבזה אף ר"ח מודה דחשיב שמעיקרא לא הואי תביעה ע"ז, משא"כ בהילך דנותן לו מיד אבל הי' שייך תביעה מעיקרא, ואפשר דס"ל דלסברא זו סגי בשעבוד נכסים בני חורין, דמ"מ חשיבא עיקר התביעה על השאר, וזהו א"כ והרי כל נכסיו משועבדין בו, א"נ כמ"ש בלח"מ דזו רק נתינת טעם למה אינו נאמן לומר פרעתי, וזה מיושב יותר בלשון הרמב"ם, וכן משמע במ"מ, דנראה מדבריו דהרמב"ן פליג על

טו"נ דמשום שע"ק חשיב הילך, אלא דביכול
לכפור ממילא ליכא שע"ק וכ"ד מרן זלה"ה
לקוט' ס' כ' בדעת הרמב"ם, וכ"כ בתומים
ס' פ"ח ס"ק י"ט עיי"ש], וצ"ע.

**בדברי הרמב"ם פ"ג מטו"נ הט"ו ובמ"מ
עמש"כ ס"ק כ"ג.**

שם והא שטר כיון דקא מודי ב' כהילך דמי

(טו) שם והא שטר כיון דקא מודי ב' כהילך
דמי, פרש"י דל"ג כיון, דבלאו
הודאתו נמי כל שטרי הילך הוא, מבואר
דפשיטא ל' לרש"י דאיכא סברת הילך אף
בהעדאת עדים, ואע"פ שע"כ הוצרך לתבעו
על כך בב"ד, דכיון שכופר בו אינו כמזומן
בידו עד, פסק ב"ד, מ"מ כיון דאתינן לחייבו
מכח עדותם ולאחר עדותם (בפקדון או שטר)
כמאן דנקיט ביד' דמי, אין כאן מצב של
הודאת מקצת, ולכאור' כ"מ מותנא תונא דמייתי
ממתני', אע"פ שצריך הוא לפסק ב"ד דחבירו
טוען כולה שלי, מ"מ חשבי' ל' הילך, מיהו
לאו רא' היא דכיון שהוא תפוס בידו הילך
מעליא הוא, דא"צ פסק ב"ד לחדש דבר, אלא
להעמיד בידו מאי דנקיט כבר ביד', (ועוד
שהרי אינו מודה אלא דחזינן ל' כמודה
ובמדה שהוא חשיב מודה ודאי הילך הוא),
ולכאור' ה' מקום לדון בזה דכשצריך פסק ב"ד
להעמיד המקצת בידו, לאו הילך הוא, ואפי'
בפקדון דאמר להד"ם ואמרי עדים דהאי דקמן
דידי' הוא, אפשר לומר דחשיבא מקצת
הודאה, דנהי דהחויב בא מכח העדים, מ"מ
א"א לחשבו כמאן דנקיט ביד', ולא דמי
למלוה אע"פ שנותן לו אחר התביעה דהתם
אמרי' דאיגלאי מילתא שע"ז לא ה' צריך
לתובעו, ואינו צריך לפסק ב"ד דכבר נתנו
בידו [ע' לעיל סק"א], אבל הכא איכא תביעה
גמורה, וליכא למימר ב' כמאן דנקיט ביד'
קודם התביעה דמי, ואפי' את"ל דבפקדון
חשיב הילך, אכתי יש לדון בשטר דכיון דלאו
כמאן דנקיט כבר דמי, אלא שמזומן לגבות,

הרמב"ם וכ"מ בראשונים ז"ל בדעת הרמב"ם,
ועי' לח"מ, ולא העתיק טעמא דשע"ק, כיון
דאפי' בלא שע"ק פטור, ועמ"מ פט"ז מה'
אישות הכ"ה, ובמה שנתבאר בדבריו לעיל
סק"ח [נקצת ה' משמע דהרמב"ם מפרש דין
הילך רק בפקדון, והילך במלוה משכח"ל רק
בשטר כיון שאינו יכול לכפור, ולמסקנא לא
צריכין בזה לדין הילך, ונמצא דענין הילך
במלוה, ולפ"ז נחא שהצריך שיהא בידו ע'
סופ"ג הט"ו ובמ"מ שם, כיון דהגמ' מיירי
בפקדון וקאמר הילך וכמאן דנקיט ביד', ועי'
פ"א ה"ג שכ' ג"כ ד"ז במטלטלין, מיהו
סתמא דמילתא כונתו ז"ל שם גם להלואת
מעו' ועכ"מ סופ"ג שם], שו"ר דהרמב"ם גבי
משכון ב' דאיכא שבועת מודה במקצת,
ולכאור' א"י לכפור בו, וע"כ דלא סגי בזה
אלא בעינן שעבוד כל נכסיו, וצ"ע, ועש"ך
ס' פ"ז סק"ה.

**ויצוי ברמב"ם פכ"ב מה' עדות ה"ב ונראה
מדבריו ז"ל דדוקא בהודאת פיו בעינן
שיהא ממון שיכול לכפור בו, אבל בהעדאת
עדים כיון שהוא כפר בממון, שפיר מחייבי
עדים, שהרי לעולם מתברר אחר העדאת עדים
שלא הועילה כפירתו, ואם נפרש דטעמא
משום דחשיב מעיז ככופר הכל כשלא הודה
דבר שצריך הודאתו, א"כ בעדים ליכא האי
טעמא, ואפי' נפרש טעמא משום דלא חשיבא
תביעה על הממון שבטוח בו, מ"מ היכא
שכפר בו וצריך להביא עדים או שטר על כך
חשיבא שפיר תביעה, ולא חשיב העדאת עדים
גדולה מהודאת פיו, דלאו מכח העדים נעשה
החויב, אלא מכיון שהוא כופר, ע"כ צריך
לתובעו על כך, [שו"ר שכ"כ בש"ך ס' ל"א
סק"ב ועי' לק' ס"ק כ"ב], מיהו הקו' משע"ק
צ"ע, דגם בטו"נ לא הזכיר הרמב"ם ענין
כפירת שעבוד קרקעות בשטר, אבל בשבועות
כתב דשטר חשיב כקרקע, [דאם ה' אפשר
לפרש דס"ל דשטר לא חשיב כפירת שעבוד
קרקעות הוה נחא טפי לפרושי כונתו בה'**

ה"מ היכא דמודה בו, דבזה פרעונו מזומן, אבל כשצריך לתובעו בב"ד (וצריכין לירד לנכסיו) אין לחשבו כמזומן בידו.

ויעוי בירו' רפ"ב דכתובות ובמש"פ בזה לעיל ס"ק י"ב, ואפשר לפרש שם דריב"ב מיייתי מבריייתא דסלעים דאינון ונמחקו דדוקא כשלא הוצרך לתבעו כלל חשיבא ההודאה לאו מן הטענה, אבל אם תבעו וכפרו והביא שטר חשיב שפיר מן הטענה, (עבהגרא סי' פ"ז ס"ק ט"ז שפי' דפליג אר' אבין), וזה כסברא שכתבנו דדוקא שטר שמודה בו כמאן דנקיט בידו דמי, וצ"ע, שו"ר בספר מרן זללה"ה חו"מ לקוטים סי' כ' לדף ד' ב' עיי"ש, ועמ"ש"כ בזה לק' ס"ק כ"ב.

תוד"ה אין

(טז) **שם** תוד"ה אין, בתו' ב"ב קע"ה א' כתבו לתרין דמיירי בדליכא עדים דהא דש"ד היינו ע"פ עדים אבל ע"פ עצמו לא, ואפשר לפרש דכונתם לחלק בין היו עדים בשעת הלואה דהי' שייך למיגבי מלקוחות, דבזה תו לא פקע השעבוד, בין מלוה דמעיקרא לא הוו עדים, דכיון שלא הי' שום צד גבייה לא חל השעבוד.

וכבר נתבאר לעיל דשיטת תו' דאף בדליכא שעבודא, וכן למ"ד של"ד, ס"ל לרהב"ר דשעבוד הגוף של החוב אלים למיחת לנכסי, וניחא שפיר דבמלוה בלא עדים כלל נהי דליכא שעבוד, מ"מ יורדין לנכסיו לרהב"ר, אבל לדעת הראשונים ז"ל דהגדון דפריעת בע"ח מצוה תלוי בפלוגתא דשעבודא דאורייתא, לפ"ז לא מצינן למימר דבמלוה שלא בעדים לכו"ע פריעת בע"ח מצוה, עי' כתובות פ"ו א', וע"כ דדין שעבוד יש בכל חוב, אלא דשעבוד קרקעות למיגבי מלקוחות פקע כשא"ל לגבות מהם, והא דפקע היינו ברשות הלקוחות, ולעיל סק"ט נקטנו בדעת תו' בשמעתין מדלא תירצו בדליכא

עדים, דבכל חוב איכא שע"ק, וכן משמע דעת הרא"ש ס"פ שבועת הפקדון [וכן בטור סי' פ"ח], אבל אפשר לדחוק בדבריהם ולומר דמודו לתירוצ' זה, דהיכא שבתחלת החוב לא הי' שום צד גבייה לא נשתעבד מעיקרא, ורק באותן שנשתעבדו תו לא פקע, וצ"ע בזה, ברם יש לדון דאף התו' בב"ב שם לא נתכוונו לחלק בין הי' עדים בשעת החוב, אלא בין אם העדים מעידים לפנינו דגבי מלקוחות (דקושיתם מדאורייתא), לבין ליכא עדים קמן, ואתינן למידן ע"פ הודאתו וכן משמע קצת מלשונם ז"ל, וזה כסברת הר"י מיגש והרמב"ן, ולפ"ז ודאי דאין כן דעת הרא"ש, ולא דעת תו' בשמעתין, [שו"ר בתומים סי' פ"ח ס"ק י"ז בזה ולעכ"ה].

ויש לעי' למ"ש תו' דדוקא במחל השעבוד לא חשיב כפירת שעבוד קרקעות, א"כ מ"ט אמרי' ב"ב קכ"ח ב' דנשבע וגובה מחצה מב"ח, הרי מבואר התם דלא מחל השעבוד, ורק משום דאמרי' לקוחות דסמכי אעדים לא גבי, וגם מבואר דאיכא משעבדי, וגם משמע דאיכא קרקעות ב"ח, ומ"מ נשבע שבועת מודה במקצת, ונהי דאנן אעדים סמכינן מ"מ א"א להשביעו מכח האי שטרא, ועש"ך סי' פ"ב דאי לאו שטרא הי' פטור מן השבועה, ולע"כ בזה, אבל אפי' אם בע"פ נשבע, מ"מ עיקר השבועה מכח התביעה דאמרי דאית בי' שטרא, ובאמת הר"י מיגש הוכיח מהתם דלא חשיב כפירת שעבוד קרקעות אלא כשיכול לגבות מלקות מחמת שעבודו, וצ"ע, שו"ר בט"ז סו"ס פ"ח שתמה בזה ועיי"ש מ"ש ליישב, ולע"כ בשמעתין משמע דתו' מפרשי כמו בדר' יוחנן בשבועות דאית לי' משעבדי ולית לי' בי', לשנויא דשע"ק.

לכאוי לדעת תו' במלוה בשטר ואין השטר לפנינו, נהי דלא גבי מלקוחות, מ"מ כיון שלא מחל, ליכא חיוב שבועה, ואפשר דאפי' נשרף השטר לא פקע השעבוד, כמו במלוה ע"פ דמדאורייתא לא פקע השעבוד

ואלכאוי נראה דאפי' אם הי' הדין שהמלוה קונה המשכון עתה כמו במשכנו בשעת הלואתו או ע"י ב"ד שלא בשעת הלואתו, מ"מ לא חשיב הילך, דמה שקונה המשכון לא משוי לי' כמאן דנקיט החוב בידו, דלאו ידי' ממש הוא, וכ"מ בריטב"א דאפי' נתנו לפרעון ולית לי' זוזי לא הילך הוא דאכתי בעינן שומא, ויעוי' בב"י בשם הריב"ש דמבואר ג"כ הכי, אבל מדברי הר"ן משמע דעיקר הנדון מפני שלא קנה משכון, ושמא לרבותא נקטי' דלא קנה משכון כלל, ואפי' הי' קונה ג"כ הי' אפשר לדון דלאו הילך הוא, מיהו לפמשנ"ת לעיל דאיכא למיגמר משטר, אפשר נמי לומר לאידך גיסא דאפי' לא קנה משכון אם נתנו לו קודם התביעה, אפי' שלא בשעת מתן מעות דלא קנה כמ"ש הר"ן, מ"מ אפשר דחשיב הילך, שו"ר בש"ך סי' פ"ז סק"ה שהביא מהחידושים הנדפסים ע"ש ריטב"א שכ' דליכא למיגמר משכון משטר משום דבשטר איכא תרתי דהוה נמי ממון שאינו יכול לכפור בו, וזה מתאים למש"כ, שהרי כתב כן לפרש"י דממון שא"י לכפור בו לחוד לא חשיב הילך, וע"כ דלגבי זה שלא נחשיב דאיכא טענה על אלו הנ', סגי בזה שפרעונו בטוח, אבל פרעון לא הוי, ולכאוי הי' נראה דמשכון שביד המלוה משוי לחוב שכנגדו ממון שא"י לכפור בו, וא"כ אפי' לא קנה משכון, לא גרע משטר, אבל קשה מדברי הרמב"ם פ"ד מטו"נ ה"ו שכ' דבמשכון איכא שבועת מודה במקצת אע"פ שהמלוה יכול לטעון עליו עד כדי דמיו, ואפשר שיש להוכיח מזה דטעמי' דהרמב"ם בשטר [שם ה"ד] דוקא משום שעבוד נכסים, אלא שאם יכול לכפור ממילא לא אהני השעבוד, עי' לעיל ס"ק י"ד.

ואמנם יש לדון דמטלטלין אע"פ שהם ברשותו גריעי משע"ק דהפרעון בשע"ק בטוח יותר, מ"מ אין נראה כן בסברת הילך, דודאי כל פרעון כסף או שוה כסף המזומן בידו לא חיישינן בהו לאונסא ופסידא,

אע"פ שאינו יכול לגבות בו, ויש להסתפק למ"ד שעבודא לאו דאורייתא אם השעבוד פקע בשטר שאינו יכול לגבות בו, או דחכמים תיקנו שעבוד כעין דאורייתא, והכי מסתברא דלפרתו' שעבוד הוא כעין קנין בקרקע, ולא פקע בלא מחילה, ואם מדאורייתא לאו מחילה היא ה"ה דמדרבנן בעינן מחילה בפירוש, [שו"ר בתומים שם שלא כ"כ].

בדברי בעל העיטור דאם נותן משכון חשיב הילך

יז. **נראה** דאם הכין הלוה שטר עם עדים על נ' ונתנו למלוה בב"ד, לאו הילך הוא, דדוקא מפני שבזמן התביעה הי' בידו שטר, חשבינן לי' כמאן דנקיט בידו, שלא הי' צריך לתבעו על כך, אבל אם נותן לו השטר אחר התביעה, א"כ הואי תביעה מעלייתא, ושטר פרעון לחשבו כאילו לא היתה הודאה באלו הנ', ובאמת לפי המבואר בגמ' דשטר חשיב כתביעת קרקע, א"כ לענין הילך הו"ל ממש כפקדון, שהוא תובעו השעבוד שיש לו, ולפ"ז פשוט דרק שטר שתובע בו חשיב כתובע פקדונו, אבל אם נותן לו עתה שטר, אין זה אלא כהבטחת פרעון.

ויעוי' בטור סי' פ"ז שכ' בשם בעה"ע דאם נותן לו משכון חשיב הילך, דלא גרע משטר, ולפמשנ"ת באמת אפשר ללמוד משטר, דאם הי' בידו משכון על נ' חשיב הילך, ובאמת משכון עדיף משטר דחשבינן לי' של אחיך בידך לענין דלא משמט, ומלוה בשטר קיי"ל דמשמט, אבל אם בא עתה ליתן לו משכון, אין ללמוד משטר, דגם בשטר כה"ג לא חשיב הילך, [ובסה"ת בשם הר"י מיגש מיירי בנותן עתה משכון, וע"ז העיד דרבנו הרב [ר"ל הרי"ף] מחייב בזה שבועה], שו"ר בסמ"ע סי' פ"ז סק"י דבאמת דקדק מזה, דה"ה אם נותן לו שטר מיד חשיב הילך, ועי' להלן בשם חדושי הריטב"א.

ליטלו ברגע זה, חשיב שפיר הילך, אבל עכ"פ כמאן דנקיט בידי' מעיקרא קאמר, ולא קאי על זה שאומר הילך ולא נתן דכמאן דנתנו דמי, ועי' לעיל סק"א דתלוי אם ב"ד צריכים להתייחס בפס"ד לנ' דמודה, או דלא נשאר לב"ד אלא לדון על הנ' שכופר בהם.

בש"ך שם סק"ג

ש"ך סק"ג, יעוי' מש"כ לעיל סק"ג דצ"ע אם הפקדון במקום שאינו משתמר ועדיין הוא באחריות השומר, דאינו יכול לפטור עצמו בזה שיאמר הרי הוא שלך בכ"מ שהוא, עד שיחזירנו לידיו, א"כ אין לחשבו הילך דלאו כמאן דנקיט בידי' דמי, ויש לפרש הגמ' משום דסתמא במקום המשתמר קאי ויכול לומר לו מעתה ברשותך הוא, אבל מדברי הראשונים ז"ל שחלקו על הראב"ד ל"מ כן, דהראב"ד כתב טעם זה דשמא לא יגיע לידי המפקיד, שיגנב או יאבד, וא"כ הו"ל לפרושי דבכה"ג מודו ל', ויש ללמוד מזה דס"ל דאף בכה"ג נהי דהשבה מעליא לא הויא, מ"מ חשיב הילך, דכיון שהדבר באמת ברשותו, וקרוב לשוב לידו, מה שיכול ליפסד ע"י מאורעות, אינו מגרע, אע"פ שהמאורעות הם באחריות השומר, ונראה בטעמא דמילתא מפני שגם לאחר פסק ב"ד דחייב ליתן לו, אינו בטוח בשמירת החפץ מזמן הפס"ד עד שיבא לידו, ונמצא שאינו תובע בב"ד אלא שלא יעכב מלהחזיר הפקדון, וכיון שאינו תובע יותר, כמאן דנקיט בידי' דמי, ולא דמי למלוה מפני שאין החפץ שלו דנימא דמיד ברשותי' קאי, ועי' לעיל סק"ג, וצ"ע, ועי' סמ"ע סי' פ"ח.

בנתיב"מ שם סק"א

בנתיב"מ סק"א כ' דבגזילה לא חשיב הילך אלא בדנקיט לה בידי' בב"ד, וכתב הטעם מפני שאינו ברשות הבעלים להקדישה, ולפ"ז לדעת הר"ז ב"ק פרק ד' דמיד שמודה להחזירה יכולים הבעלים להקדישה, ה"נ חשיב הילך, מיהו יש לדון דאף לדעת הרמב"ן

(וגם שטר יכול ליאבד) ורק ביד הלוח אמרי' דלא סמכא דעת' עלייהו, (ואם נותן לו עתה המשכון, אפי' משכון דקרקע לא מהני), [ועי' לק' ס"ק כ"ד בדברי הראשונים ז"ל רפ"ב דכתובות], מיהו בש"ך שם כתב דמשכון חשיב ממון שיכול לכפור בו כיון שיכול לכפור בחוב, ול"ד לשטר שא"י לכפור בחוב, ולכאור' כל שאין המלוה זקוק להודאת הלוח, חשיב ממון שא"י לכפור בו, ואמנם במשכון יכול הלוח לפטור עצמו מן החיוב לשלם בוויז, מ"מ לאו ממון חשיב, וגם סתמא דמילתא חפץ במשכון ומעדיף ליתן דמיו, ולכן אין לחשוב הודאתו, כמודה לטובת המלוה, [ויש להביא קצת רא' מהא דאמר שבועות ל"ב ב' דבדתפיסה מטלטלין לא חשיבא תביעת קרקע, אלמא כשיש מטלטלין בידה (עיקר) סמיכות דעתה על המטלטלין, אע"ג דאיכא קרקע, ויעוי' בראשונים רפ"ב דכתובות שכתבו ביישוב דעת הרמב"ם דמייירי בדתפיסה מטלטלי, והתם כונתם כשיכול לטעון פרעתי דלאו הילך הוא, עיי"ש בריטב"א ובמ"מ, ולפ"ד צ"ל דמייירי בדתפיסה בעדים, מיהו לשיטת הרמב"ם דמשכון לאו הילך הוא כלל, ה"ה בדתפיסה שלא בעדים], גם צ"ע בדברי הש"ך אכתי מאי מהני משכנו שלא בשעת הלואתו נהי דחייב באונסין מ"מ אינו יכול למכרו, והלוח יכול לכפור במעות כמו במשכנו בשעת הלואתו, ועי' לעיל בדברי הר"ן, ועדיין צ"ע בכ"ז.

ש"ך סי' פ"ז סק"ב

יח. **ש"ך סי' פ"ז סק"ב**, צ"ב כונתו ז"ל, דמ"ש הר"ן דכמי שנתנם לו כבר דמי, כונתו להעתיק מאי דאמרי' בגמ' כמאן דנקט בידי' דמי, ור"ל כמאן דנקיט בידי' קודם התביעה או קודם ההודאה, אבל אם גם לאחר ההודאה לא נתנם לו, אלא שאמר שמזומן בידו ליתן לו אח"כ, בזה יש לחלק אם העיכוב הוא מצד הלוח לאו הילך הוא, ואם המלוה אומר כאילו התקבלתי, או שאינו רוצה

הוא, ועדיפא מינה דברשותא דיד' נמי קאי, ואפי' ברשותא דחד מינייהו נמי מוקמינן לה בגמ' שם, ולכאור' יש לדון דאף למ"ד הילך חייב הכא כמאן דנקיט ביד' ממש דמי, ועדיף משנים אוחזין בטלית, כיון דמודה לו וקיימי ברשותי'.

ואפשר דלא חשיב הילך אלא כשהנפקד באמת אומר הילך, אבל כשהנפקד אינו מחזיק הפקדון, מפני שמעכב אותו על תביעה אחרת שיש לו על המפקיד, לאו הילך הוא, דנהי דברשותי' דבעלים קאי, מ"מ לאו כמאן דנקיט ביד' דמי, שהרי הנפקד מונע בעדו מליטלו, [ובעלמא כה"ג דינו ככופר הכל כשמעכב הפקדון בגלל תביעה אחרת שיש לו כנגדו], וה"נ דכוותה, דכל האבנים ברשותא דתרווייהו קיימי, וגם הנתבע הזה תובע את בעל האבנים, שיתן לו כנגדן אבנים שלימות אחרות, ולא יהיב ל' האבנים שמכיר, עד שיתן לו כנגדן, הלכך לאו הילך הוא, דהאבנים שצריך לחשב כנגדן אינן ידועות, וצ"ע, ועי' לק' ס"ק כ"ז (ויצוי' בגליון הגרע"א ז"ל סי' פ"ז ס"א שציין למ"ש בש"ך סי' צ' סק"א, והתם אינו יכול לעכב כלל).

ב"מ ק' ב' שטענו עבד בכסותו כו'

כ. ב"מ ק' ב' אלא אר"א כגון שטענו עבד בכסותו ושדה בעומרי' כו' אר"פ בדלייפי, בפשוטו נראה דעומרי' שדה קטנה היינו עמרים ידועים שהם מהשדה הקטנה וכן מהשדה הגדולה, ודכוותה יש לפרש בכסות, ואמנם אינו מודה לו כלום מהכסות והעומרים שטענו, מ"מ חשיב מודה במקצת, כיון שמודה לו ממין הטענה, דכל מין עמרים חד הוא, וכן כסות דלייפי אם מודה בבגד של הקטן הרי הוא כמודה בחלק מהבגד של הגדול, וזה שמייחס העמרים לשדה אחרת, והכסות לעבד אחר, לא משוי' ל' כמין אחר, [ודמי לתובעו מלוה ע"פ ומודה לו מלוה בשטר, ול"ד לתובעו פקדון ומודה לו מלוה,

במלחמות שם שא"י להקדישה מ"מ כיון שהחפץ הוא שלו ובהודאתו חל חיובו על חפץ מסוים שהוא בעין, כמאן דנקיט לה ביד' דמי, ועש"ך סי' צ' סק"א ובפשוטו משמע שם דסתמא הו"ל הילך, אפי' לא הביאו בב"ד ואע"ג דחשבינן ל' גזלן, שו"ר בתשו' הגרע"א ז"ל ח"ג סי' ס"ה נדפס שבועות מ"ו א' ויש ועי' לק' ס"ק כ"ב, [ועי' בהגר"א בדעת רש"י דאף במלוה אם לא הוציאה הילך הוא, וצ"ע אם מהני הקדשו (לשיטה זו) בכה"ג], (וההיא דב"ק קי"ד א' לפו"ר אינה ענין לנד"ד, דהתם לא מיירי בגזילה עצמה אלא בפרעון דמים שגזל, ומבואר שם בגמ' דאע"ג דכפקדון דמי מ"מ לאו השבה היא, וע"כ דפקדון דנקט לאו בדיני פקדון קאמר שיוכל להקדישו, שהרי לא זכה בממון זה מעולם, אלא בחיוב השבת הגזילה שיש לו כלפי הבעלים קאמר, דהבעלים כאילו אמר נתקבלתי ויהא פקדון בידך, ובאופן זה פשיטא דלאו הילך הוא, ולע"כ כלל בסוגיא שם), וצ"ע.

עוד בדברי הנתיח"מ סי' פ"ז סק"א

יט. בנדה"מ שם הק' בהא דאמרי' ריש הבית והעליי', דאם הי' אחד מהן מכיר מקצת אבניו, וחבירו מודה לו בחלק מהן שהם שלו, ובאינן אמר איני יודע, נוטל כולן, דהו"ל משואיל"מ, ואמאי הא הו"ל הילך, דהמקצת שמודה ברשותי' קאי, וכן הק' הגרע"א ז"ל בגליון השו"ע סי' קס"ד והנה"מ כתב לפרש דמיירי בדפנינהו לרשותי' דרך גזילה, ור"ל דנהי דמוקמינן לה בגמ' בחצר דתרווייהו או ברה"ר, מ"מ אח"כ לקחן לרשותו ולע"כ אם אפשר ליישב הסוגיא בהכי, מיהו ודאי שאין זה במשמעות הסוגיא כלל, וגם בכה"ג הו"ל חשוד, ושכנגדו נשבע ונוטל, (וצ"ע בזה כיון דאמר א"י), ובפשוטו כונת הסוגיא כיון דחבירו מעכב בעדו מליטול אבניו, חשיב שפיר שתובעו ליתן לו אבניו, ובלא נתכוין לגזול ג"כ חשיבא שפיר תביעה, מיהו הא ודאי קשיא דאותן דמודה בהו הילך

העמרים עיי"ש, אבל בשו"ע ספ"ז ס"ד מבואר דאף בכה"ג חשיב ממין הטענה, ורק מדין הילך מיפטר, ולא משמע דטעמייהו דהראשונים ז"ל שהעמידו כן בשמעתין הוא משום הילך וכהני, וצ"ע.

ברם למש"כ קשה אכתי הילך הוא, ואפשר לומר דמיירי שנתן מעות לקנות הלכך השדה והעבד שפיר קנה, אבל העמרים והכסות לא קנה דאינם נקנין בכסף, ומש"ה לאו הילך הוא, ומ"מ חשיב שפיר תביעת שתי כסף כיון דנתן לו דמים וכדפרש"י בדמי עבד ושדה, ואמנם הי' יכול לקנות העמרים אגב השדה, י"ל דמיירי כשלא קנאם באגב, מיהו במחליף פרה בחמור א"א לומר כן, ויותר נראה מפשטות הגמ' דבמטלטלין שחויב שמירתן על המוכר פשיטא לי' דמשכח"ל דלאו הילך, ורק היכא דפטור משמירתן איצטריך לאוקומה כגון שהזיקן בידים, ומש"ה בברייתא דבסמוך מוקמינן רק בשפחה דקטעה לידה ולא הזכירו כן בפרה כיון שחייב בשמירתה משכח"ל בפשיטות כגון שפשע בה ומתה או הוזקה, וכבר נתבאר בזה לעיל סק"ג עיי"ש דאפי' לר"מ דנשבעין על העבדים ניחא עיי"ש.

מיהו בשטמ"ק בשם הראב"ד כתב דבפרה נמי מיירי בדקטעה לידה, ובאמת צ"ע להראב"ד לשיטתו דאפי' פקדון אי לא קאי בב"ד לאו הילך הוא, מה הוצרך לזה, הא משכח"ל בפשוטו בדלא קיימא בב"ד, ואין לומר דא"כ ה"ה שפחה, דמסתברא דמודה הראב"ד בעבד כיון שיש בו דעת ברשותא דמרי' קאי, אפי' אינו עומד בב"ד, וצ"ל כיון דאתיא כר"מ דנשבעין על העבדים, א"כ הו"ל לשנויי בשקיבל עליו שמירתה דלא מיפטר באמירת הילך בכל מקום שהיא, וכיון דלא משני הכי דלהוי דומיא דפרה ניחא לי' להראב"ד לאוקומי פרה דומיא השפחה, שו"ר בסמ"ע סי' רכ"ג סק"ג שנתקשה בטעם השבועה בפרה הא הילך הוא, ותיירק בט"ז

כיון דמודה לו ג"כ פקדון, וכ"מ בשו"ע ספ"ז ס"ד ולע"כ בסוגיא דטענו חטים והודה לו בשעורים], ולפ"ז מיושב טפי הא דאמרי' לק' סד"א כסות עבד כעבד דמי עומרי שדה כשדה דמי, דכיון שתובעו כסות של עבד זה ועמרים של שדה זו, באמת הי' מקום לומר דחשיבא הכל תביעת שדה ועבד, אבל אם לא הקנה לו עמרי השדה הזו, אלא עמרים כשיעור השדה, וכן בגד כשיעור העבד, מהיכי תיתי לחשבן כשדה, וגם אין סברא לומר שהקנהו השדה בלא עומרי' אלא בעמרים כשיעור השדה, וכן בעבד דוחק לאוקומי כגון שיש לו בגד גדול והקנהו חלק ממנו, אלא יש לפרש כפשוטו שיש לעבד הקטן והגדול בגד עשוי בדלייפי וכן בשדה מיירי בעומרי השדות עצמן, וכמשנ"ת.

בדברי הנמו"י דכשאינ החלק מבורר לא חשיב הילך

ולאמור צ"ע במ"ש הנ"י דטעמא דלא הוי הילך, מפני שיכול ליתן לו מאיזה צד שירצה, וכיון שאין חלקו מסוים לא אמרי' דכל היכא דאיתא ברשותי' הוא, עיי"ש, ולמש"כ בפשוטו מיירי בדבר מסוים, דומיא דשדה, דלא הוזכר בה בדלייפי דנימא דמיירי בשדה אחת גדולה, ובפשוטו מיירי בב' שדות, וגם בעבד אין לפרש בדלייפי שהנדון על בגד אחד המחובר בתפירת מחט, אלא כיון שהוא ממין העשוי בתפירת מחט אפי' אם מודה בחלק ממנו חשיב ממין הטענה, דומיא דמנורה של חוליות שבועות מ"ג א' עיי"ש וכ"מ בפרש"י שם, שו"ר דגם רש"י בשמעתין פי' כהני' דהבגד הוא שלם עדיין, ועי' הגהות הב"ח, וצ"ע משדה וכמש"כ, ונראה דרש"י לרווחא דמילתא נקטי' בכה"ג, דאפשר לפרושי במין הטענה גופי', אבל ודאי אף בב' בגדים חשיב ממין הטענה, כיון דאין חילוק ביניהם, וכמו בשדה ואזורה ומנורה של חוליות בשבועות שם, שו"ר בשטמ"ק בשם הראשונים ז"ל דפי' בשדה כעין בגד וכגון שנתערכו

ת' סק"ג] מיהו נראה דמודה הנ"י בדנקיט ביד' דחשיב הילך, אפי' בכה"ג דכסות שיש ביד המוכר להחליט איזה יתן לו, דהיכא דיהיב לי' ממש ביד' אף במלוה חשיב הילך, ואמנם במלוה אחר שנתנו בידו, תו לא אגיד גבי' כלל, מ"מ ה"נ כיון שאין לו זכות לתבוע יותר, הרי כל הבעלות שיש לו בידו כבר, ואין כאן תביעה כלל, שהרי אינו תובעו אלא שיתן לו מה שקנה ממנו, ועדיין לא קנה אלא זכות בבגד, והתביעה שיחליט איזה חלק נותן לו, זה ענין בפ"ע, ורק בחידוש שאמרו דבפקדון אפי' לא נקיט לי' בב"ד ברשותי' קאי, בזה ס"ל להנ"י לחלק דהיינו דוקא בפקדון מבורר, הלכך שנים אוחזין בטלית ודאי הילך הוא, דאפי' אם הי' זכות ביד אחד מהם לבחור חשיב הילך.

(בקצה"ח שם משמע שלמד מסברא מדברי הנ"י בבגד לעמרים, ובאמת ע"כ לומר כן להנ"י בביאור הגמ' דה"ה בעמרים, וכ"כ הב"ח סי' רכ"ג עי"ש).

ועוד נראה דאם הי' ברשותו במצב זה קודם התביעה חשיב שפיר הילך, דומיא דשטר וטלית, דלא גרע ממשכון, שלא בשעת הלואתו ע"י ב"ד, או בשעת הלואתו, ומש"ה ל"ק משה"ק משטר, [ורק אם נימא דשטר מהני אף אם נותן לו השטר בב"ד כמ"ש הסמ"ע סי' פ"ז סק"י קשה, עי' לעיל ס"ק י"ז בזה], ובגונא דהנ"י משכח"ל כגון שיש עדים שקנה ב' אמות מן הבגד הזה, דכיון דקודם התביעה הי' ג"כ חשוב כמחזק בב' אמות, הו"ל שפיר הילך, ורק בתורת פרעון ס"ל להנ"י דלא מהני למימר בי' כמאן דנקיט ביד' דמי, ועי' מש"כ ס"ק י"ז בשם חידושי הריטב"א ועיי"ש, [ולכאור' אף במשכון אם מזכה במשכון כפי חובו בקנין גמור ג"כ חשיב הילך, דהר"ז כמודה במחצית השקל ונותן לו שקל שזוכה בחציו, דכיון דנעשו שותפין גמורים, א"כ אין שום עיכוב בפרעון, אבל לפ"ז הדין נותן דאף אם זיכה במשכון

דמיירי בדקיימא באגם, והיינו משום דשיטת הרמב"ם כהראב"ד דבעינן מזומן בב"ד, עיי"ש.

עוד בדברי הנמו"י הנ"ל

ובעיקר דברי הנ"י דבמכר לו ב' אמות מן הבגד, ואין מסוים איזה ב' אמות, לא חשיב הילך, יש לעי' היכי דמי אם יכול ליתן לו כיו"ב מן השוק א"כ אין כאן מכירה כלל, אלא פסיקה דקאי רק במי שפרע ובוזה פשיטא דלאו הילך הוא, אבל מדהזכיר הנ"י בבגד עצמו ממקום שירצה דמיירי שהקנה לו חלק בבגד, אלא שהתנה שהכרירה בידו לבחור מה יתן לו, ולכאור' אם נשרף הבגד (באונס עכ"פ) הפסיד הלוקח, ולפ"ז הו"ל ממש שותפין אלא שיש למוכר יתרון שיכול לבחור חלקו, וצ"ע אמאי לא חשיב הילך בכה"ג, הרי יכול למכור ולהקדיש חלקו, דברשותי' קאי, ולכאור' יש להוכיח כן מהא דשטר חשיב הילך אע"פ שאין מסוים לו קרקע לגבות הימנה, דמ"מ כיון שיש לו שעבוד על הקרקעות חשיב הילך, ועי' להלן בזה, (וגם לפ"ד משכח"ל שבועה מודה במקצת בקרקע דלאו הילך הוא כגון דא"ל ב' בתים בבתיך מכרת לי והלה אומר אינו אלא אחת, באופן שהמוכר יכול לבחור, ולא בעינן לאוקומי קרא בחפר בה בורות).

בקו' הקצוה"ח ע"ד הנמו"י

ובקצה"ח סי' פ"ז הק' לדברי הנ"י משנים אוחזין בטלית דחשבינן לה הילך אע"פ שאין חלקו מסוים, ותיירץ דכיון שאין החלוקה תלוי' בו, חשיב שפיר הילך, דבעלות שניהם מבוררת בשוה, וביאור הדברים דהא טעמי' דהנ"י מפני שלא נשלם הפרעון באמירת הילך דעדיין צריך להגיע ללוה שיפרע לו, ובכה"ג לא חשיב מעיז ככופר הכל כיון שעדיין הפרעון תלוי בו, משא"כ כשיד שניהם שוה בו, א"כ לא חשיב דאיכא עיכוב המקצת בידו, [ועי' להלן בדברי הקצה"ח סי'

שבתוך ביתו נמי חשיב הילך, והרי בזה פליג הנ"י וכמשנ"ת, וצ"ע.

ממ"נ ול"ע מזה], וכיון שכן לאו ידיד' הוא עד דאתא ליד'.

מידו בעיקר הדין שבשו"ע שם צ"ת מנ"ל דהודאת קנס משוי לי' מודה במקצת, הא מכח הודאת פיו ליכא חיובא, ולא שייך לומר שלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים, וגם אין לחשבו כמודה במקצת הטענה, כיון שאין כלל חיוב קודם פסק ב"ד, וכמ"ש הרשב"א בשם ירו' דאפי' לצי"ש פטור קודם פסק ב"ד, (ושמעתי מאמור"ר שליט"א הביאור בזה דקנס הוא הוראת התורה לבי"ד איך ינהגו עם העבריינים בזה, ולכן לא שייך חיוב על הבע"ד בלא ב"ד כלל), ובזמן החיוב הו"ל ממון שא"י לכפור בו, ועדיף מזה דבממון זה לא שייכא כפירה כלל, [מיהו אם תובעו שנתחייב כבר בב"ד ליתן לו קנס, ההיא תביעת ממון מעליא היא, דאין לנו ענין בסיבת החיוב ועי' בכתובות ושבועות ולע"כ], ועוד צ"ע בזה מהא דתניא כתובות מ"ב א' יצאו אלו שהן קנס, משמע דקנס לית בי' חיוב שבועה, ועתו' שם ב', ועי' שבועות ל"ג א' המשביע עדי קנס ושם ל"ד א' ועב"ק ל"ג ב' בתו' ובשטמ"ק בשם תו' שאנץ, ולע"כ בכ"ז, וצ"ע, (וערשב"א ב"ק ל"ג א' בשם הראב"ד שכ' דה"נ מתחייב ע"פ עצמו ותמה עליו אבל עכ"פ כאן להראב"ד לשיטתו נחא וכן יש ליישב ע"פ הרמב"ם פ"ה מחובל לשיטתו).

עוד כתב בקצה"ח שם בשם אחיו ז"ל דחיוב קנס כיון שהוא חל רק לאחר פסק ב"ד לא שייך למימר בי' כמאן דנקיט ביד', הלכך לא מיפטר בהילך, דהפטור של הילך הוא רק משום דחזינן כאילו לא היתה תביעה בזה, וזה לא שייך בקנס, ור"ל דאפי' משלם בב"ד לאו הילך הוא, והנה בכה"ג דיוחלט השור בודאי קשה לומר כן, כיון שהוא מוחלט למפרע מזמן הנזק, דמכרו מכור והקדישו מוקדש, ואפי' הי' מוחלט רק מכאן ולהבא, מ"מ כיון שהחיוב והפרעון באין כאחד, ודאי יש לחשבו כהילך, מיהו אף בשאר קנסות יש

ויעוי בקצה"ח סי' ת' סק"ג שביאר ע"פ דברי הנ"י מ"ש בשו"ע שם דשני שוורים שרדפו אחד תם ואחד מועד הניזק אומר מועד הזיק והמזיק אומר תם הזיק נשבע שבועת התורה על השאר, והק' בש"ך שם סק"ז הא הילך הוא, דמיד זוכה בשור כנגד ההיזק, [ואמנם להרמב"ם והראב"ד לשיטתם ל"ק דס"ל דדוקא בדקאי בב"ד חשיב הילך, אבל לדברי הטוש"ע קשה], ותירץ הש"ך דכיון דצריך שומא לאו הילך הוא, והק' הקצה"ח דמ"מ חלק הניזק כל היכא דאיתי' ברשותי' איתא, ותירץ ע"פ דברי הנ"י דבעינן שיהא החלק שמודה בו מסוים, וה"נ כל כמה דלא שמו השור, אין חלק הניזק בשור מסויים, וצ"ע דמה בכך הא מ"מ מסוים שיש לו שותפות בשור כשיעור החצי נזק, והתם גרע מגונא דהנ"י, דמיד נעשה שותף גמור בכל השור לפי ערך, ושוב אין המזיק יכול לבחור לעצמו חלק מסויים, ואמנם קודם פס"ד יכול להניח לעצמו חלק מסוים, ויוחלט מן השור שאר החלקים, מ"מ החלק שב"ד מחליטין לניזק, הוא מוחלט ממש, וכשותף גמור חשיב, ואם פסקו שיש לו חצי השור יש לו חצי מערך כולו, כמו בשנים אוחזין בטלית, [עי' לעיל בזה], וא"כ אף להנ"י יש לדמותו להילך.

ולכאזי נראה דבגונא דהשו"ע שם לא אמרי' יוחלט השור, כיון שאין עדים להחליט השור, שהם מסופקים שמא המועד הזיק, וכן בשני תמין אין מחליטין אחד מהן ע"פ הודאתו, ואם מכרו אפשר דמכור, דהלוקח אינו סומך על הודאתו, לא מיבעיא היכא דניזק אומר השני הזיק, דמצי אמר לוקח עלי' קא סמיכנא, אלא אפי' שניהם מודים, כיון דליכא עדים לא מצי לאפוקי' מלקוחות, [ואפשר דגובה הניזק מעות המקח מהמזיק

בדברי ההגהמ"ר שבב"י סי' ע"ה ס"ד

כב. ב"י סי' ע"ה [ס"ד בשו"ע] הביא דברי הגהות מרדכי שכ' דאם העדים מעידים שנעשה בקנין או דאיכא שטר הו"ל הילך, וכתב דאינו נראה, ולכאור' הי' נראה דכונתו לחלוק על מ"ש דאם העידו שהי' בקנין חשיב הילך, וע"ז ציין לדברי הר"ן ר"פ שבועת הדיינים דאף למ"ד ש"ד לא גבי במלוה ע"פ כיון שאין העדים מעידין שלא פרע לו, וה"נ נהי דבקנין איכא שעבוד קרקעות, מ"מ אינם יכולים לכתוב עתה כיון שכבר פקע השעבוד דשמא פרע, ואם הוא תוך זמנו הדבר במחלוקת כמ"ש הרמב"ן והר"ן שבועות ל"ז ב', אבל ק' שהרי דעת הב"י בסי' פ"ח דשטר חשיב הילך אפי' לית לי' קרקע, וי"ל דמ"מ כיון דעדים לאו הילך הוא, לא מהני טפי מה שיכולים לכתוב שטר, דסו"ס לאו כמאן דנקיט בידיו דמי, מיהו מסתמות הב"י משמע דכונתו לחלק גם בשטר, ועי' להלן בזה, ועכ"פ צ"ע במ"ש הרמ"א דאף בקנין חשיב הילך, והא ליכא שע"ק, דאע"ג דלכתיבה הי' עומד עכשיו אינם יכולים לכתוב, ואפשר דכיון שיכולים לכתוב לו מזמן זה, היכא דאית לי' ב"ח חשיב שפיר הילך, ועדיף ממ"ש הסמ"ע ספ"ז סק"י דאם נותן לו שטר במקום פרעון נמי חשיב הילך, דהכא קודם התביעה הי' יכול לבקשם שיכתבו לו שטר, הלכך כמאן דנקיט שטרא בידיו דמי לענין זה, וכהי' בידו משכון חשיב, שו"ר דכ"ז מבואר בטוש"ע סו"ס פ"ח, וכ"ז טעות דקי"ל דבקנין אין נאמן לומר פרעתי וכמ"ש בש"ך סי' ע' סק"ד.

בשו"ע סי' ע"ה ס"ד

שו"ע שם ס"ד, ויש מי שחולק, בבהגר"א פ"י דהגדון בשטר שיש בו שע"ק, דרש"י כתב דל"ג כיון דקא מודי ב', דאפי' אינו מודה חשיב הילך, אבל אי גרסי' לה ש"מ דבאינו מודה לא חשיב הילך, ואפשר דפליגי אפי' בשטר דפקדון שהוא בעין, דכיון שאינו

לדון אם שייך לחשוב דאיכא טענת ממון קודם פסק ב"ד לענין דחשיב מודה במקצת הטענה ולחשוב החיוב רק לאחר פס"ד, דלכאור' ממ"נ כיון דחשבינן לי' כמודה במקצת הטענה כיון שהלה טוענו על המעשה המחייב, א"כ יש לראותו כמאן דנקיט בידיו כפי טענתו, דאם לגבי טענה חשיבא טענת ממון, שפיר י"ל דאותו ממון שטוען כמאן דנקיט בידיו, מיהו בזה ניחא טפי כסברת אחיו של הקצה"ח, אלא דעיקר הדבר צ"ע לחשוב כטענה קודם פס"ד, ואם הטענה מתחלת רק עם הפס"ד, א"כ שפיר שייך לומר שמיד עם טענתו כמאן דנקיט בידיו דמי, ועי' לעיל דעיקר הדין צ"ח, וצ"ע, ועי' לעיל ס"ק ט"ו, מש"כ בדברי רש"י דאף שטר דלא מודי ב' הילך הוא.

בדברי הגרע"א בתבועו ק' ומודה נ' ואומר הילך ב'

כא. סי' פ"ז ס"א בגליון הגרע"א ז"ל דן בתבועו ק' ומודה נ' ואומר הילך כ' אם נימא מיגו דהוה מודה רק כ' והוה מיפטר משום הילך, וכבר ציין ז"ל שם דלמ"ש תו' דטעמא דהילך פטור משום דחשיב ככופר הכל ודאי ליכא מיגו, [לפנינו נדפס בדבריהם בב"מ דף ה' ד"ה ושמא הילך ודוק, והוא ט"ס וצ"ל דף ד' ד"ה וש"מ דהילך, ופשוט] ועי' לעיל ס"ק י"א שמוכח כדבריהם בב"ב קכ"ח ב', ועמש"כ שם לדון היכא דמיפטר בטענת כ' משום דהויא כפירת שעבוד קרקעות, ובאופן דלאו הילך הוא, אם אמרי' מיגו, או"ד לעולם לא אמרי' מיגו שהי' מודה בפחות, ורק היכא דמסייע לי' שטרא פטר ר"ע עיי"ש.

ההיא דס"ב שהוכיח מזה הגרע"א ז"ל גרע קצת, דכל מודה במקצת אם כופר או כפ' הויא מעין אותה העזה, ולכן שייך לדון במיגו, אבל דנימא מיגו שהי' טוען שלא נשתמש בכלי י"ל דזה אינו מעיז.

שם בגליון השני, עמש"כ לק' ס"ק כ"ב.

אבל אם אינו מודה הרי יכול להבריה המטלטלין, ולכן אין השטר מועיל לחשבו הילך, אבל בהילך ממש אף להש"ך מהני, וכ"מ בש"ך ר"ס צ' דחשיב הילך ע"י עדים אע"פ שאינו מודה, והתם הטעם מפני שהחפץ מסוים וביד ב"ד להכריחו להשיבו, משא"כ בשעבוד מטלטלין דיכול להקנותם לאחר, וע"ע בש"ך סי' שצ"ט ס"ג וסי' ת' ס"ג דקנס חשיב הילך, הובא לעיל סק"כ, וכ"מ בגליון הגרע"א ז"ל הנ"ל שפי' כן בדעת הש"ך, ודברי הש"ך סל"א סק"ב יש לפרשם כדבריו כאן.

ובפשוטו הב"י לא אזיל בשיטת רש"י, וס"ל דדוקא שטר דקא מודי ב"י חשיב הילך, דהטעם דבדבר שא"י לכפור בו לא חשיבא הודאה, שייך רק כשבאמת מודה, אבל אם הוא כופר לא בטל החיוב שבועה מדר"ח, דאדרבא זהו חיוב שע"פ עדים, וכ"מ ברמב"ם פכ"ב מה' עדות וכמש"כ לעיל ס"ק י"ד [וצ"ע שם בכ"מ וכמ"ש בש"ך סל"א סק"ב] ולכן חלק על ההגמ"ר דהיכא דבעינן לחיובא ע"פ עדים וכדר"ח קמייתא, לא שייך פטור הילך בזה שא"י לכפור, וצ"י לדברי הר"ן בשבועות שכתב דדינא דר"ח נאמר בדלית ל"י קרקע, וע"כ ההגמ"ר דמחלק בין שטר לע"כ ע"כ רק משום הילך ובכה"ג ושאינו מודה לא הילך הוא, מיהו לבתר תק"ח משכח"ל בדאית ל"י קרקע ובזה שפיר יש לחלק כן, משום שע"ק ולא משום הילך.

בב"י ובדק הבית סו"ס פ"ח משמע דעתו ז"ל דשטר שאין בו שע"ק לא חשיב הילך, אבל ביש בו שע"ק אפי' אין ללוה קרקע חשיב הילך דנהי דלא חשיב כפירת שעבוד קרקעות כיון דלית ל"י קרקע, מ"מ חשיב הילך כיון שא"י לכפור בו, [והיינו כשמודה וכדלעיל], וצריך טעם לחלק בין שטר שיש בו שע"ק ואין לו קרקע, לבין כת"י בנאמנות דליכא שע"ק, הא לכאור' לענין סברת הילך אין לחלק ביניהם, [וכ"ש בדאית ל"י קרקע

מודה, לאו כמאן דנקיט ביד' דמי, מיהו אפשר כיון שמודה לקיים הפס"ד מיד הו"ל ברשותו, דאינו חשד להסתיר הפקדון דביד ב"ד להכריחו על כך, ורק בפרעון חוב אמרי' דלאו כמאן דנקיט ביד' דמי, כיון שאין כאן דבר מסוים, והלוה ישתדל למנוע ממנו אפשרות לגבות, וצריך כח ב"ד על אופן הגבייה, ויעוי' בגליון הגרע"א ז"ל סי' פ"ז ס"א שהביא הוכחות לד"ז מדברי הש"ך עי"ש, והיינו משום דה"י מקום לומר כיון שאינו מודה לא חשבינן ל"י כמאן דנקיט ביד', כיון שאין גבייתו מזומנת כ"כ, (אבל אם הנתבע לא ציית דינא ותופס הפקדון בגזלנותא, דבכה"ג הקדישו מפקיד אינו קדוש, באמת לאו הילך הוא, אבל היכא דמוכן לשלם בע"כ, בזה הנדון כיון שישתדל למנוע הגבייה באופן שיפטר מן הדין, שו"ר דהגרע"א ז"ל דן היכא דאינו חפץ להחזיר והבעלים א"י להקדיש, והאריך בזה בתשו' ובמשניות נדפסו בחידושי על שבועות מ"ו א' בתו' עיי"ש.

וב"ז אם נימא דבנותן לו מיד בב"ד ודאי הילך הוא, אבל אכתי מצינן למימר דכל שהוצרך לתובעו בב"ד בשביל עצם החיוב, תו לא מהני אם פורע מיד, דטעמא דהילך הוא רק כשאפשר להתייחס למקצת כאילו לא היתה בזה תביעה כלל, וכמש"כ סק"א, ולפ"ז בכל העדאת עדים שהלוה כופר לא מהני הילך, וכבר נתבאר מזה לעיל ס"ק ט"ו, וראיתי בספר מרן זללה"ה לקוטים סי' כ', דפירש דשתי הדעות בשו"ע פליגי בנדון זה, והיינו דכו"ע מודו דמציאות השטר כהילך הוא, אפי' בע"כ של לוה, אלא דכיון שהוצרך לתבעו על כך בב"ד לאו כמאן דנקיט ביד' קודם תביעה דמי.

מיהו בדעת הש"ך נראה דכונתו לחלק מפני שאין הפרעון בטוח כשהלוה כופר, וזהו החילוק בין אית ל"י קרקע דאינו יכול למנוע הגבייה, לבין אית ל"י רק מטלטלין, דבזה היכא דמודה חשיב הפרעון בטוח וכבידו דמי,

מפני שהי' מזומן לפרוע לו מיד, לא חשיבא הודאת מקצת הטענה, [ולא שייך לחייבו מהעדאת עדים, כיון דסו"ס לא הוצרך לתבעו על כך בב"ד, ואין לנו ענין מאיזו סיבה חיובו בטוח, ולא הוצרכנו לדינא דהעדאת עדים אלא היכא שהוא כופר, ובוה באמת ס"ל להב"י דחייב מכח העדאת עדים, וצ"ע בקצה"ח שם סק"ה], ומ"ש בשו"ע שם ס"ב מתיישב שפיר לפמש"כ, דכיון שלאחר התביעה לא יהא בידו טפי ממעשה בב"ד, הו"ל כשטר, ועדיף מכת"י דהתם ע"י התביעה יוסיף כח לגבות מקרקעות כדין מעשה בב"ד, וכאן כבר יש בידו מעשה בב"ד על זה.

בבהגר"א סי' פ"ז ס"ק ט"ז

בבהגר"א סי' פ"ז ס"ק ט"ז הוכיח מהירו' דאף בממון שא"י לכפור בו חייב שבועה, ורק במעשה בב"ד דקודם התביעה כו"ע ידעי שחייב לו, [ועדיף משטר דבעינן תביעת המלוה], בזה לא חשיב מודה במקצת, וכונתו להוכיח דאין פטור נוסף מלבד הילך, וכדמשמע בבדק הבית [ועי' לעיל בזה], דאע"ג דהירו' סבר דשייך פטור מפני שא"י לכפור בו, מ"מ התנה דפטור זה שייך רק היכא דכו"ע ידעי דחייב לו, וש"מ דלא שייך פטור זה בשטר, [ועי' בליקוט שהק' על הרמב"ם ולא תירץ דהיינו משום הילך עיי"ש, וש"מ דמפרש דזה פטור אחר], מיהו אכתי אפשר לחלק דלמ"ד הילך פטור, אף בשטר פטור מהאי טעמא, אבל למ"ד הילך חייב בעינן דוקא דכו"ע ידעי, דאז לא חשיבא תביעה כלל, אלא דלא ס"ל להגר"א לחלק בהכי, כיון דהירו' מקיים סברא דא"י לכפור בו לכו"ע, ועדיין צ"ע.

בדברי הש"ך סי' פ"ח ס"ק מ"ט נ"א, יעוי' מש"כ אאמו"ר שליט"א, וכבר נתבאר מזה בתומים עיי"ש, [וכמ"ש בדברי הש"ך סי' ע"ה ס"ק י"ב עמש"כ לעיל בטעמא דבדאית דבדאמת לי' קרקע לא בעינן מודה].

דמשמע דאף בכה"ג לאו הילך הוא בכת"י, ואפשר דס"ל להב"י דלא חשיב הילך כשא"י לכפור בו, אלא כשיש למלוה כל הזכויות שיש לו אחר ההודאה, דבכה"ג כמאן דנקיט בידי' קודם התביעה כל מה דאית לי' לאחר פס"ד, ואמנם בדלית לי' קרקע אין פרעונו מזומן כ"כ, מ"מ חשיב הילך כיון דלאחר ההודאה לא נתחזק כחו, דפסק בב"ד על מטלטלין ג"כ אינו בטוח כ"כ, וכל כה"ג חשיב הילך, [דהילך כולל פרעון סמוך לתביעה דכמאן דנקיט בידי' מעיקרא דמי, וכן תביעה שמוחלטת בידו קודם התביעה, כמו לאחר התביעה, ונמצא דלא הויא חלק מן הטענה], אבל היכא דליכא שע"ק בשטר כההיא דכת"י בנאמנות, אע"פ שא"י לכפור בו, לאו הילך הוא, [ואפי' אית לי' קרקע], מפני ששייך בשטר כזה תביעה, כיון שאין הכל משועבד לפרעונו, [ויוכל לתבעו בב"ד כדי לשעבד קרקעותיו], ומש"ה לא כתב הב"י בפשיטות דבליית לי' אפי' מטלטלין לא חשיב שטר הילך, דכיון שכל מה שב"ד יכולים לחייב אחר הטענה, כבר נמצא בידו קודם לכן, א"כ כמאן דנקיט תשובת בב"ד בידו, ולאו מקצת הטענה היא, ומ"מ צידד דלאו הילך הוא, כיון שפרעונו רחוק יותר.

ויעוי' בבדק הבית ר"ס פ"ז מש"כ ע"ד הרא"ש בכתובות, ולכא' פירש כונת הרא"ש בלא שע"ק, דהא קרקע לכו"ע חלק הוא אף דלא קיימא בב"ד, אלא דפירש כונת הרא"ש דמלבד שע"ק איכא טעמא דהילך ונפ"מ בדליכא קרקע, וסבר לפרש טעמו מפני שהפרעון מזומן ממה שבביתו, וקשיא לי' דזה לא חשיב הילך, ופי' דטעמא דחשיב הילך משום דכמאן דנקיט בידי' דמי, שהרי א"י לכפור בו, וביאור הדברים כמש"כ לעיל דפטור הילך הוא משום דחשבינן לי' כאילו לא היתה טענה ע"ז, דכיון שלא הי' צריך לתובעו בב"ד על כך, מפני שחיובו בטוח, או

שו"ע סי' פ"ז ס"ד

כג. שו"ע סי' פ"ז ס"ד אין לך בידי אלא הכלי והילך כו' אין זה הכלי כו' יעוי' בבהגר"א שהביא מקור מהגמ' דחשיב הילך בכה"ג, ועמש"כ בזה לעיל סק"א, ועי' בסמוך, - (יעוי' בב"י בדינא דסעיף ג' שכ' דהי' נשבע רק שלא נשתמש, וצריך להוסיף דנשבע רק היסת כמ"ש כאן עיי"ש).

שם ואם הודה התובע שאין זה כליו אלא שנתחלף לו, יעוי' בש"ך ס"ק י"א, וכך הבין בכ"מ, אבל יפה העיר אחי הר"י שליט"א דמדברי המ"מ נראה דכונת הרמב"ם שהכלי בביתו, ונתחלף לו שהביא כלי אחר במקומו, ומזה הוכיח דס"ל להרמב"ם דאע"פ שהכלי בעין לאו הילך הוא, ובאמת כן מוכיח לשון הרמב"ם ונתחלף לו ב"אחר" (ובטוש"ע השמיטו תיבה זו) וכנראה מקור דברי הרמב"ם הוא ממעשה שהי' (בתשו' הגאונים או מרבתינו), וסבר הנפקד שיפטר מדין הילך, ע"י שהביא הכלי לב"ד, דבלא זה אינו הילך להרמב"ם, ובפני ב"ד נתברר לו שהחליף, והביא כלי הדומה לכלי שהפקידו אצלו, ולא שמתחלה הביאו בתורת פרעון או משכון, אלא שנתחלף לו בטעות, והפקדון בעין בביתו, וקאמר דג"ז לאו הילך הוא אע"פ שהי' מזומן לפורעו אלא שטעה, וגם הכלי מזומן בביתו, אפ"ה כיון שלא נסתלקה תביעת הכלי לאו הילך הוא, ולפ"ז לא שייך להזכיר כאן נדון דמשכון, אא"כ אומר לו לאחר שנתברר לו שטעה, דמ"מ יטול זה בתורת משכון, דמעיקרא הביאו לפרעון גמור מפני שחשב שזהו כליו, [וש"מ דהטור והרמ"א ג"כ פי' כהכ"מ והש"ך, וכ"מ בבהגר"א, ועיי"ש ס"ק י"ט מ"ש על הבה"ג, ולפמש"כ בדעת המ"מ נחא גם דברי הבה"ג, אלא שאין זו כונת המחבר והרמ"א], שו"ר גם דברמב"ם לפנינו לא נזכר, "אע"פ ששוה כמו כליו", ובטוש"ע העתיקו כן, ותוספת זו מורה קצת לפרשו

כהבנת הטור, ומ"מ אף לפי גרסא זו יש לפרש כמש"כ.

לכאוי צ"ע אמאי סגי בהיסת כשטוען שאין זה כליו, הא צריך לישבע שאינה ברשותו, ושוב יוכל לגלגל עליו גם את המנה, (מיהו סתמא מיירי שאינו חושדו שנתן עיניו בכליו אלא שטוען שטעה ונתחלף לו ולא הילך הוא ונמצא שמצד השבועה שמא ברשותו הוא כמאמינו דמי, (דהרי יש לו ג"כ כלי כזה ואינו חשוד לגולל) והנדון רק אם יש כאן הילך, ולזה סגי בהיסת, ועדיין צ"ע).

בבהגר"א סי' פ"ח ס"ק נ"ז

כד. בבהגר"א סי' פ"ח ס"ק נ"ז כתב דהרי"ף לא העתיק טעמא דהילך בשטר משום דלא חשיב הילך בלא שע"ק, ובדאיכא שע"ק לא צריכין לטעמא דהילך דאין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות, ור"ל דכן ראוי, להעתיק טעמא דשע"ק דאתא אליבא דכו"ע, (משא"כ טעמא דהילך שלא נתבררה ההלכה בגמ' בהדיא), ויש להוסיף שהרי מבואר ברי"ף דכל קרקע הילך הוא, וכיון שמבואר כאן דשטר חשיב כתיבית קרקע, א"כ אין צורך להוסיף דהילך הוא, דיותר קרוב לחשוב שטר כקרקע לענין הילך, מלחשבו כקרקע לענין שאין נשבעין על כפירתו, (ועי' לעיל סק"ח דבאמת יתכן דר"פ פליג בהא, אע"פ שמודה בסברא דשטר הילך הוא, דהא משמע הכא שהי' פשוט לגמ' דשטר הילך הוא אליבא דכו"ע), ולפ"ז נחא דלא הוצרך להעתיק טעמא דהילך משום גונא דתפס מטלטלין דלא חשיב כפירת שעבוד קרקעות, דסברת הילך נלמדת בק"ו מהא דחשיב כתיבית קרקע, ועי' בזה לעיל סק"ח, (ומרן זללה"ה בלקוטים סי' כ' לדף ד' נסתפק בשעבד מטלטלין אגב קרקע אי חשיב הילך כיון שדעתו גם על המטלטלין עיי"ש, ומדברי הרי"ף אין הכרע וכמש"כ).

בעיקר התביעה דהא תניא בתוספתא הובאה בשו"ע סי' ע"ה ס"ז דאם טענו מנה לי בידך והלה משיבו יש לי בידך כנגדו כסות או כלים הו"ל ככופר הכל, וא"כ הכא נמי הרי כל אחד בא לתבוע את חברו, וממילא חשיב כטוען שלא ישלם מה שמגיע לו בהודאתו, ויותר קשה במ"ש דאם הודאת השני יותר מהודאת הראשון אז גם השני חייב שבועה דאורייתא, ואמאי הא קדמה תביעתו, דתבעו מנה, וע"כ דהודאתו היא פחות ממנה, א"כ הו"ל כופר הכל, שהרי בא לתבוע את חברו במה שיותר על הודאתו, וכ"ש שלא ישלם מה שמודה לו, [ועי' להלן דבאמת יכול לטעון כן, וכאן טעינו לחשוב דרך כנגד מה שהודה יכול לטעון].

והנה עיקר הא דחשבינן לי' כתובע מנה ולא אמרי' דחשיב כתובע צ"ט דינרים כיון שמודה לו בחטים שוה דינר, היינו משום דהם שני חובות וזה גובה וזה גובה, דאפי' בשניהם חוב של מעות קיי"ל כתובות ק"י א' דזה גובה וזה גובה אם יש נפ"מ בכינונית וזיבורית דלא הוי הפוכי מטרתא, והכא פשוט יותר דהחייב בחטים אינו נפטר מחוב החטים ע"י שחבירו חייב לו מעות, דאפי' כששניהם מודים בחיובם, זה גובה חטיו וזה גובה מעותיו, מיהו אם התובע של החטים מוותר על החטים כנגד הדינר שמודה, י"ל דשומעין לו, ואע"פ שבע"ח דאית לי' זוזי לא מצי לסלוקי בחטי, (כתובות פ"ו א'), הכא דליכא חטים בעין ורק חיוב לקנות חטים, י"ל דכזוזי חשיב, ברם אפשר דאינו יכול להכריחו בכך, דפעמים דטעין שכבר קנה החטים ואינו רוצה שישארו אצלו, במקום המעות.

ובאמת לפ"ז גם כשהודאתן שוה זה גובה דינר וזה גובה חטים בדינר, והא דחשבי' לי' הילך לדעת הראב"ד דמשכון חשיב הילך ניחא, וכן אם נימא דמשכון שבידו קודם הגבייה ודאי חשיב הילך נמי ניחא, אבל אם נימא דמשכון לאו הילך הוא כלל, צריך לחלק דהכא כיון שאין דבר בעין

(דברי הראשונים ז"ל בשטמ"ק רפ"ב דכתובות ביישוב דעת הרמב"ם מתפרשים במקום שיכול לטעון פרעתי, ומש"ה לאו הילך הוא, אלא דכתובה חשיבא בכל ענין שע"ק כיון שנפרעת רק מן הקרקע, אבל בדאיכא שטר וא"י לטעון פרעתי חשיב הילך אף בדתפיסא מטלטלין, ואפי' לית ליה קרקע אפשר דחשיב הילך בכה"ג, מדין משכון שבידה, עי' לעיל ס"ק י"ז בזה).

בתמיהת הגרע"א למה לא הוזכר בפוסקים טעמא דמסייע לי' שטרא

הגרע"א ז"ל בגליון השו"ע סי' פ"ח סל"ב תמה למה לא הביאו הפוסקים טעמא דמסייע לי' שטרא להלכה, ויעוי' מש"כ לעיל ס"ק י"ג דבאמת יש לדון אם טעם זה קאי להלכה, והוכחנו שם מדברי הראשונים ז"ל שדנו אם פטור משבועת היסט דס"ל דקאי האי טעמא להלכה, ויעוי' בש"ך ס"ק נ"ג שבאמת הביא דברי הראשונים ז"ל בזה, שו"ר דהגרע"א ז"ל בגליון הש"ך העיר דהראשונים שהביא הש"ך דנו משום טעמא דמסייע לי' שטרא, אבל המחבר לא הביא טעם זה, ועמ"ש"כ לעיל ס"ק י"ד דהריטב"א בשם תו' פ"י דמסייע לי' שטרא למלוה, ור"ל דהו"ל ממון שא"י לכפור בו, ויתכן שגם הרמב"ם פ"י כן, [ובנפ"מ שכ' הגרע"א ז"ל בכת"י שאין בו נאמנות יעוי' מש"כ אאמור"ר שליט"א ס"ד סק"ה, ובאמת לכאור' הי' נראה דטוען המלוה שנכתב סלעים כדי שלא יהא שע"ק על יותר, כדי שלא יזדלזלו קרקעותיו של הלוה, וסמכו על הנאמנות שביניהם, ולפ"ז ג"כ בכת"י ליכא האי טעמא], ומ"מ לענין הלכה הרי הרמב"ן והרשב"א והמ"מ והר"ן והנ"י ודאי ס"ל טעם זה להלכה.

שו"ע סי' פ"ח סב"א

כה. **שו"ע** סי' פ"ח סב"א שני בע"ד שכל אחד תובע לחבירו כו' הנה הנדון כאן הוא בחלק שמודים זל"ז, אבל אכתי צ"ב

אלא חיוב אקרקפתא דגברא, בזה לכו"ע חשיב הילך, שהרי הוא תופס בשל חבירו תפיסה גמורה, מיהו לענין שביעית אכתי אפשר דמשמט דכיון שהדין דזה גובה וזה גובה לא קרינן ב' של אחיך בידך, ורק כשניתן לו בתורת משכון (וקני לי' מדר"י) חשיב שיש בידו החוב שנוגש בו, ובא"ת כתב דדינר כיון דא"צ שומא לכו"ע חשיב כהילך, נולפ"ז איפכא לאו הילך הוא, ול"מ כן מהצעת הדברים, ע"י סה"ת אלא דהראב"ד והטור לשיטתם], וע"י קצה"ח בזה, וע"י סי' ע"ב סכ"ז דבנתיב ליטלו במקום החוב לכו"ע חשיב הילך, וכמ"ש בבהגר"א שם ס"ק קל"ה, א"נ בדלית זוזי או חטי וכמ"ש בנה"מ שם וכ"כ הקצה"ח כאן, מיהו גם בזה צריך להסכמת המלוה, דיכול לומר אמתין עד שיהיו לך זוזי או חטי.

ולפ"ז אפשר ליישב דעיקר החוב כיון שאינו מודה בו לא חשיב כמשכון, ובטעמא דמילתא צריך להרחיב הביאור, דהנה הדין נותן שראובן התובע את שמעון חטים במנה, ושמעון טוען שראובן חייב לו מנה, יכול שמעון לעכב בידו החטים עד שיפרע לו ראובן המנה, דאע"פ שהדין דזה גובה וזה גובה, מ"מ יכול לעכב בידו עד שיפרע לו, ובאמת בכה"ג לא נפקע חוב החטים, דאם ראובן יעדיף ליתן לו המנה (אע"פ שטוען שאינו חייב לו) ולקבל החטים הרי שמעון חייב ליתן לו חטיו, וע"י פסק ב"ד יכול שמעון ליפטר מן החיוב בחטים, דאם ראובן אינו רוצה ליתן לו המנה, יכולים ב"ד לפסוק לו שיגבה המנה מהחטים שבידו, כשאר דיני גבייה, שהרי הוא נאמן במה שבידו, וכן הדין בפקדון של חפץ מסוים היכא דיכול לטעון לקוחה היא בידי, והאריכו בזה הראשונים ז"ל ב"מ ו' א' בסוגיא דמלוה ישנה, והכי קי"ל בשו"ע סי' ע"ב סי"ז, ועריב"ש סי' שצ"ו שהאריך הרבה בד"ז, ולע"כ ולפ"ר יסוד הדברים דבלא פסק ב"ד לא פקע חוב החטים,

דע"י שחבירו כופר לא נוסף לו זכות יותר מאילו הודה חבירו במנה, דאז ודאי הדין דזה גובה וזה גובה, חוץ מהיכא דהוי הפוכי מטרתא, אלא דכשחבירו כופר בדרך כלל באין לידי גבייה ממה שבידו ואינן נסכמין להגבות זל"ז מה שהם כופרין, נוע"י בריב"ש שם דאף בזוזי וזוזי אם יש חילוק בבינונית וזיבורית לא מצי למעבד חושבנא בעלמא, וכמבואר בגמ' כתובות שם, ונתקשה בסתימת ל' הרמב"ן שהסכים לתשו' רה"ג דחושבנא בעלמא הוא, מיהו ע"י בספר אאמור"ר שליט"א בהערות כתובות שם דאי נקיט זוזי בידו, יכול לתפסם, דלא מצי למדחייה לקרקע בדאית לי' זוזי, והו"ל הפוכי מטרתא, ולפ"ז סתמא דמילתא מצי למעבד חושבנא דחשיב שאין חילוק באופני הגביה, והגמ' תתפרש באופנים מסוימים, ולע"כ בכ"ז], ולפ"ז גם בעיקר החוב אע"פ שחבירו כופר בו, אינו יכול לעכב מה שבידו, רק בתורת משכון, וכיון שכן חשיב שפיר מודה במקצת על מה שמודה, דהא חייב ליתן לו, וזה שיש לו זכות לעכבו בידו אינו מגרע בהודאה, ואפי' בזוזי י"ל דחשיב מודה במקצת, ע"י להלן בזה.

מיהו אכתי יש לדון דחשיב כיש בידו משכון, דכיון ששמעון יכול לעכב ברשותו החטים שמודה בהם עד שיפרע לו ראובן המנה, נמצא שאין לראובן זכות בהודאת החטים עד שיתן המנה שבידו, ולענין הודאת שמעון יש לחשוב כאילו יש ביד ראובן משכון [דהיינו המנה של החוב] כנגד הודאתו, ואפשר דמשכון כזה לא חשיב הילך כיון שאינו מוחלט קודם פסק ב"ד, דב"ד צריכין לפסוק שהוא פטור מלתת החטים שמודה, עד שיתן לו המנה, ואמנם פרעון גמור כה"ג באופן דלא אמרי' זה גובה וז"ג יש לחשוב כהילך, ועדיף מיני', דנתברר לאחר פס"ד דכבר נקיט בידי' משל חבירו, וצ"ע בזה, אבל עכ"פ משכון שאינו מסלק החוב לא מהני אא"כ אומר הילך מיד עם הודאתו, אבל בכה"ג הודאתו מוחלטת

טענותיהן כו' דלטענתייהו דכל חד וחד לא פש לי' גבי חברי' מאי דאודי לי', לאו הודאה היא זו, ולכאור' אף למ"ד הילך חייב יש לפטור בכה"ג, דכיון דבכופר הכל כה"ג פטור, כדנתיא בתוספתא, ה"ה בכופר במקצת שמודה דבכופר הכל חשיב, דלא גרע זה שמודה מקצת מזה שמודה בכל המעשה וכופר מצד אחר, הגע עצמך אם הכור חטים אינו שוה מנה והי' מודה בכל התביעה הי' פטור מפני שתובעו מנה, ועכשיו שהודה במקצת דחייב שבועה הרי תו לא מהניא לי' טענת יש לך בידי לפטור מן השבועה, דהא לא ידעינן שיש לו בידו כנגדו, מיהו בזה צ"ל דמודה הראב"ד דלא גרע מהודה בכלו, דיש כאן רק הריעותא על כולו ככל מודה במקצת, ולא חשבינן לי' כהודה ואח"כ תבע, דבכה"ג מסתברא דלא מהימנינן לי', דהודאתו כמאה עדים, ותביעתו לאחר כד"ד לאו כלום היא, אבל הכא חשבינן לי' כתובע תוכד"ד להודאתו.

ולאמור מ"ש בשו"ע דחייב שבועה לאו דצריך לשלם כל התביעה אם אינו נשבע, אלא כל אחד נאמן לתפוס כשיעור תביעתו, ורק מה שתביעת חבריו יתירה על תביעתו, יצטרך לשלם אם אינו נשבע, ול"מ כן, דא"כ בכה"ג רק התובע פחות יצטרך לישבע, וצ"ע.

ומדברי הראב"ד בתשובה שם (בסה"ת ש"ז ח"ב כ"ט) משמע דזוהי סברא מחודשת דכיון דמודה במקצת חייב מפני שאינו מעיז, הכא נמי כשברגע התביעה עונה כדרך מודה במקצת, הועילה לו הודאתו שלא יחשב מעיז, דהא מ"מ מודה הוא, ואמנם אם הי' מזכיר שלא יצטרך לשלם הודאתו זו הי' חוזר להיות כמעיז, אבל כיון שברגע הודאתו הסתיר הדבר, הקלה עליו הודאה זו שלא ירגיש כמעיז, וכיון שכן דינו כשאר מודה במקצת, [ולפ"ז גם כשמודה הכל אין להאמינו בתביעתו דהרגשתו בזמן ההודאה כשל אינו מעיז, וא"כ יש לנו לנקוט דקושטא קא מודה,

לחייב וצריך פס"ד שיש כאן משכון, וזה דוקא במה שכופר, אבל החלק שמודה חשיב שפיר משכון מיד עם הודאתו.

אבל באמת בדברי הראב"ד שבסה"ת מבואר בהדיא שאם הי' אומר בזמן הודאת החטים, דאיני נותן לך הודאתי מפני שאני תופסה בשביל המנה שיש לי בידך, לאו מודה במקצת הוא, וכ"ה בלשון הטוש"ע כיון שלא א"ל בשעה שתבעו להד"מ שהרי יש לך משלי כנגדו ובשבילו אני רוצה לתופסו כו', וא"כ אדרבא מבואר בדבריהם דליתא לכל מש"כ, ובאמת ד"ז דומה ממש לדין התוספתא סי' ע"ה ס"ז דכיון שאינו מודה לשלם לאו מודה במקצת הוא, רק צריך להבין במה תלוי החילוק בין זה גובה וזה גובה לדין התוספתא, ולכאור' יש ללמוד מזה דדינא דזה גובה וזה גובה לא משוי' לי' מודה במקצת, כיון שאינו מודה שחייב לשלם ממון יותר, אע"פ שמודה באופני תשלומין כיון דלאו ממון הוא לאו חשיבא הודאה, (דהא בחטים במנה קיימינן וכן בינונית וזיבורית במנה), מיהו יתכן דיש חילוק בין שניהם מודים לשניהם כופרים, וכן יש חילוק בין אם שניהם תובעים או שאחד אינו תובע רק טוען לפטור, וצריך עוד להתיישב בזה, ועכ"פ בהאי דינא יש לנו לדון בו דאיירי בגונא שיכול לטעון כך בשביל לפטור, וכל חיובו מפני שלא טען, וכ"מ בבגהר"א ס"ק מ"ב.

ברם אכתי צריך יישוב מנ"ל לחייבו בכה"ג, וכי צריך לטעון בפירוש לא אפרע, הרי ב"ד ידעי בתביעת המנה שיש לו, ושפיר מודה במקצת החטים כדרך מודה במקצת, אע"פ שאין דעתו לשלם, דסומך על פסק ב"ד באופני הגבייה, ואפי' הנתבע ראשון ג"כ אין לחשבו כמודה במקצת, דמתחלה באו שניהם ע"מ לתבוע זא"ז, והר"ז כטוען בשעת הודאתו דיש לו תביעה כנגדו, וכ"ה הלשון בסה"ת שני בעלי דינים תובעין זל"ז בתביעות הרבה חטים ושעורים ומעות, ומודים זל"ז במקצת

ותו ליכא ראי' על תביעתו השני', וצ"ע בזה כדלעיל], וכתב ע"ז דנדון זה דומה למ"ש הר"י הלוי בטענו חטים וקדם והודה לו בשעורים, ואיכא למילף מדבריו דעיקר מודה מקצת אינה אלא בשעת הטענה, ובתשו' לעיל שם (כ"ד) הביא הראב"ד דברי הר"י מיגש שכ' דטעמא דמודה מקצת משום דאין מעיז פניו הוא והא לא משכח"ל אלא כו' דהו"ל בשעת ההודאה מודה במקצת וכופר במקצת כו' מי איכא למימר דהודאתו משום דאינו מעיז כו', ומבואר מזה דמילתא דסברא היא בנדון זה דדמי לשאר מודה במקצת דשפיר מעיז בכה"ג, אבל במקצת שחבירו הודה מתחלה בזה חשיב הילך מפני שהדבר ידוע וא"צ לטענתו, א"נ הראב"ד לא ס"ל דבאומר הילך הו"ל מעיז ככופר הכל, דמ"מ בשעת ההודאה הודה כדרך מודה במקצת, (אין זה מוכרע כלל כיון שנותן לו מיד), ומ"מ בהילך פטור הלכך הכא מה שמודה דחשיב הילך פטור, אבל מה שאינו מודה אין לחשבו הילך, עי' לעיל, ורק מדין תפיסה דהו"ל כופר הכל, וזה לא אמרי' דחשיב ככופר הכל וכמשנ"ת, מיהו עיקר הדברים צ"ב שהרי בא לב"ד ע"מ לתבוע אע"פ שהי' בדעתו להודות כמה שהודה, ומה ריעותא יש בזה שלא עירבב שתי הטענות יחד, והודה במה שמודה וממילא מובן שבא לפחות זה מזה.

ואפשר דבאמת טעמי' דהראב"ד משום דמעיקר הדין זה גובה וזה גובה, ולכן כ"ז שלא טען שמעכב הודאתו עד שיפרע לו חבירו, חשיבא כהודאה גמורה, אבל אם טען דמעכב הודאתו בשביל החוב, דעביד איניש דינא לנפשי', ע"י טענה זו נעשה ככופר הכל, ולפ"ז הא דחשיב כופר הכל בדינא דתוספתא היינו מפני שטוען שמעכב זה כנגד זה, וה"ה מודה במקצת, אבל אם אינו טוען כן בזמן ההודאה, נמצא שאינו כופר בחיוב זה, דהגבייה זה כנגד זה היא דבר שצריך פסק ב"ד, ואינו נעשה ממילא, ובמעות ומעות

היכא דליכא נפ"מ כלל דהוי הפוכי מטרותא, אפשר דחשיב ככופר הכל אע"פ שלא הזכיר כן בשעת ההודאה, (ובאופן דידעין כן כגונא דהכא), ומ"מ הוצרך הראב"ד לסברת מעיז, כיון דידעין שבא לב"ד ע"מ לתבוע, והרי ודאי לא הי' בדעתו לשלם הודאתו, כ"ז שלא יפרע לו תביעתו, ומש"ה כתב כיון דבסברת הפטור דכופר הכל ג"כ יש לחייבו כאן, לפי שעיקר הקושי להעזי הוא ברגע התביעה, ואז עשה עצמו כמודה גמור, וגם באמת דינו כמודה כ"ז שלא פסקו ב"ד שיכול לעכב משל חבירו עבור החוב, הלכך חשבינן ל"י כמודה במקצת, וצ"ל דלא גרע מאילו הודה בכולו וכמש"כ, ועדיין צ"ע בכ"ז.

כמה אופנים נוספים בדין זה גובה וזה גובה

כו. **בדין** זה גובה וזה גובה יעוי' מש"כ לעיל ס"ק כ"ה, ונוסיף בזה לפור' כמה ציוני דברים, התובע את חבירו מנה וא"ל יש לי בידך במנה כסות דינו ככופר הכל כמבואר בתוספתא, שבועות פ"ה [וה"ה אם מודה רק בנ' ואומר שיש לו כנגדו בנ' כסות, אע"פ שמודה במקצת הטענה, ואפשר שג"ז נשנה בתוספתא שם], ומבואר בשו"ע סי' ע"ה ס"ז דנשבע היסת ונפטר, ויש להבין אמאי לא חשיב הנתבע ג"כ כתובע, ויצטרך התובע לישבע היסת, ונתבאר ד"ז בפוסקים סי' כ"ד דהכא עדיף מדינא דנוקטין לתובע תחלה, כיון שהנתבע אינו תובע שיתן לו הכסות, רק רוצה לפטור עצמו, וכיון דליכא תביעה אין כאן דין שבועת היסת, עיי"ש בנה"מ, ועי' בספר מרן זללה"ה ב"ק סי"ב ס"ק ט"ו, והדבר מובן בסברא דאין אדם תובע אא"כ יש לו, נאמר רק כשהוא תובע, ולא כשבא ליפטר בטענת יש לי בידך.

התובע את חבירו מנה ומודה לו אלא שאומר יש לי בידך נ' מכסות, הו"ל מודה במקצת, אע"פ שמודה בכל טענת התובע, כיון דמ"מ אינו מודה לשלם, וכמו

מודה דמה שתפס אינו שלו, (וגם שהלוה כופר בעיקר חיובו).]

והנראה לכאור' בגדר הדברים מתי חשבינן ל' כב' תביעות וז"ג וז"ג דוקא כששניהם מודים דיש כאן שני חובות, או שחוב אחד מבורר, כגון בשטר, ולא תועיל טענתו מהחוב השני כלום, אבל היכא דהנאמנות של הטענה השני' תלו' בתביעה זו בזה דיינינן להו כתביעה אחת.

דהנה ראובן התובע לשמעון מנה בשטר, ושמעון טוען יש לי בידך ק' או נ' מחפץ פלוני שבידך, בזה כתבו תו' ב"ק מ"ו ב' דנוקקין לתובע תחלה ומוציאין ממנו המנה, ואח"כ דינן בתביעת הלוה, וכ"ה בשו"ע סי' כ"ד, ואם הי' הלוה טוען שנתנם לו בפרעון הי' המלוה צריך לישבע, שבועת הנוטלין, אבל השתא שהם שתי תביעות נזקקין לתובע תחלה, ואפי' אם הלוה רוצה שיצא החוב זה בזה, לא חשבינן להו תביעה אחת כיון שמתחלה לא ניתן לפרעון וצריך פסק ב"ד שיצא זב"ז, אם לא באופן דהוי הפוכי מטרתא כגון שאופן הגבייה משניהם שוה דשניהם חייבים זל"ז וזוי ואית להו בינונית בזה, יש לחשבו כפרעון, ודינו כטוען פרעתי, ווגם בזה הי' מקום לדון ועי' ס"ק כ"ז], עי' בכ"ז בנה"מ סכ"ד ובספר מרן זללה"ה ב"ק סי"ב ס"ק י"ז ובתור"ד ב"ק שם [וב"מ י"ז מ"ש לחלוק על פרש"י בזה], ול"ע בעומק הדברים אבל עכ"פ חזינן מזה דכשטענה אחת מבוררת, קיימא השני' בדין ז"ג וז"ג, וכ"ש היכא דתוריייהו מודים דיש כאן שתי תביעות.

אבל היכא דאין לתובע נאמנות בתביעתו, וכן לנתבע בתביעתו, כגון שראובן טוענו מנה בלא ראי', ושמעון טוענו פקדון או מלוה בלא ראי', בזה א"א לדון על כל תביעה בפ"ע דהנאמנות של התביעה תלו' בחברתה, דשמעון נאמן על הפקדון כדי שלא יצטרך לפרוע לראובן, הלכך אם שמעון טוען שמעכב

דבטוען ק' מכסות חשיב כופר הכל, אע"פ שמודה בתביעה, וכ"כ הרמב"ן בשם רה"ג ב"מ ו' א' גבי מלוה ישנה, וכ"ה בשו"ע סי' ע"ב סכ"ב לענין משכון.

ונראה דהתובע את חברו מנה והלה מודה לו, אלא שטוען יש לי בידך כנגדו מנה או במנה כסות, ויש לנתבע בינונית ולתובע זיבורית, ונמצא שהודה הנתבע להגבות לתובע בינונית והוא יגבה זיבורית, (דאע"פ שאין התובע מודה בכלום מ"מ ניחא ל' לכה"פ להרויח בגביותו), לא חשיב מודה במקצת דאין שו"פ בהודאתו דשתי הגביות שוים ק', ואע"פ שאדם נותן פרוטה כדי לגבות הבינונית, מ"מ לא חשיבא הודאה בעצם החיוב, תדע דאי נקיט מעות ביד' יהיב ל' רק ק', וגם חוזר וגובה ממנו אותן מעות, וזה פשוט.

ונראה דאף במודה במקצת הדין כן, כגון ראובן תובע לשמעון מנה ושמעון אומר פרעתיך נ', וראובן מודה שקיבל נ' אלא שטוען שלא קבלם לשם פרעון אלא בהלוואה, והו"ל זה גובה וזה גובה, ורוצה לגבות ק' מבינונית דשמעון, ושמעון מודה רק בנ', מ"מ א"צ שבועה, דאין כאן כפירת שתי כסף, וכן אם נתן לראובן חפץ שוה נ' ושמעון טוען שנתנו לפרעון וראובן טוען לפקדון, ורוצה לגבות זוזי, אין כאן כפרת שתי כסף.

ודיכא דשמעון מודה בנ' וראובן תפס משל שמעון ק', לכאור' לא משבעינן לשמעון, כיון שלא יוכל לגבות מה שתפס ממנו, ואע"פ שהוא כופר בחוב, והתפיסה כחוב אחר, מ"מ כיון שתופסו בשביל החוב חזינן ל' כענין אחד, וכ"מ במתני' סופ"ו דשבועות לענין משכון, אלא די"ל דמשכון מעיקרא ניתן לשם כך שתהא התביעה בו כתביעת החוב, לנכות זמ"ז, [והחילוק בין אופן זה לההיא דתוספתא הוא מפני שהמלוה

וד"ז מבואר בבהגר"א סי' ע"ב ס"ק קל"ח, ועיי"ש בש"ך ס"ק קכ"ב.

ולפ"ז אפשר אולי ליישב משה"ק אאמור"ר שליט"א בספר כתובות ס"ט סק"א בהא דסבר רמב"ח שם פ"ז ב' לומר דשבועת הפוגמת שבועה דאורייתא היא, אמאי הא הילך הוא, שהמנה שמודה מנכה לו משטר הכתובה, ורבא נמי לא פריך לי' משום הילך, ולמש"כ י"ל דכל זמן דנקיטא שטר של מאתים לגבות בו המנה לאו הילך הוא, שהיא מעכבת בידה המאתים בשביל מנה, כדלעיל שמעכב פקדון דק' בשביל נ', ואמנם שטר לאו ממון הוא, והמעות כבר בידו ועדיפי מהילך דלכו"ע יש לחשבו כמאן דנקיט בידו, מ"מ כיון דחזינן לה כשתי תביעות, ע"כ שאנו מתייחסים לשטר כתביעת מאתים, וכן בדין דכל כח השטר הוא מפני שכל מה שכתוב בתוכו, יש לזה כח שטר, דאם הי' המאתים שקר גם ק' לא גביא בי', ומש"ה חשבינן לה כתביעתה כמוחזקת בכל המאתים ע"י השטר, [עתשו' הרשב"א המיוחסות סי' ק"ט], כעין תפיסת משכון, ולא הילך כ"ז שמחזקת במאתים ואע"פ שמחזיקתו בשביל מנה וכמשנ"ת,

בקצרה דאם בעינן בזה לדין הילך, כיון דחשבינן לה כתובעת מאתים, אלא שע"י הודאתה כאומרת הילך דמיא, האי לאו הילך הוא, דלא חשיבא כמסלקת לגמרי תביעת המנה כ"ז שהשטר בידה, ואמנם שייך להק' דלאו תביעה היא כלל, אבל א"כ לא היתה נחשבת מודה במקצת, ובביאור טעמי' דרמב"ח עמש"כ אאמור"ר שליט"א שם דאתינן בזה מדין זה גובה וזה גובה, וצ"ת בזה ממש"כ לעיל דבמעוות ומעות חושבנא בעלמא הוא, וכמ"ש הרמב"ן ב"מ ו' א' בשם רה"ג, אלא דיש לחלק כמש"כ לעיל דכשחוב אחד מבורר לא אמרי' חושבנא בעלמא הוא, ולא זכינן כעת לברר היטב ענין זה גובה וזה גובה, וכל מש"כ בענין זה נרשם לפור'.

המנה בשביל הפקדון, חזינן לי' ככופר הכל, אע"פ שאף לפי דבריו יש כאן שתי תביעות, מ"מ הנאמנות שלו קיימת, רק לענין תביעת ראובן, ולכן לענין שבועת מודה במקצת דיינינן להו כתביעה וכפירה אחת, ואע"פ שיש נפ"מ ב"ג וז"ג לא חשיבא כפירת ממון, מיהו אם אינם רוצים שתצא תביעה בחבירתה אפשר דדנים גם דין מודה במקצת על כל תביעה בפ"ע.

ולפ"ז בדיני' דהראב"ד לעיל ס"ק כ"ה אם תופס על החלק שמודים זל"ז מהני רק מדין משכון, אבל על החלק שכופר תופס מדין פרעון.

כשמודה שהפקדון בידו ותופס בו עבור חוב אחר שהתובע כופר בו באיזה אופן יחשב הילך

כו. **לכא"ז** נראה דראובן הטוען לשמעון יש לי בידך פקדון במנה, ושמעון משיב הן, אלא שאני תופסו בשביל חוב נ' דאית לך גבאי, וראובן כופר בזה, הו"ל שמעון מודה במקצת, ולא חשיב הילך, אע"פ שהנ' שמודה בהם ממילא הם ברשות ראובן, ככל מודה בפקדון, ה"מ היכא דקאמר הילך שמשיב הפקדון, אבל אם תופסו בשביל החוב לאו הילך הוא, וכמש"כ לעיל ס"ק י"ט לפרש עד"ז הגמ' ר"פ הבית והעליי', וה"מ היכא דצריך להשיב הפקדון כולו, אבל אם יש לו זכות לגבות חובו מהפקדון כגון במשכון שהלוח טוען פרוע כולו, ובאופן שמתחלה יכול לגבות מהמשכון, בזה חשיב שפיר הילך דאינו מעכב המשכון בידו, אלא נותן לו מיד החלק שמודה ששייך לו, והרי פקדון הילך הוא אפי' אינו מזומן בידו בב"ד, [ולא דמי לההיא דהבית והעליי' דהתם מעכב בידו בשביל מה שהתובע צריך ליתן לו מרשותו וכמשנ"ת שם, אבל הכא הכל בידו ואינו מעכב אלא החלק שאינו מודה בו], ודמי להילך דשנים או חזין בטלית דעדיין צריכין לעשות חלוקה, מיהו התם תפוס בידו ממש,

בשז"ע אם נראה לדיין שהוא מערים

כח. סי' פ"ז ס"ג אם נראה לדיין שהוא מערים כו' כבר תמה הב"ח דלא דמי לקדם והודה לו בשעורים, דהתם חשבינן הודאתו מחמת הטענה, וגם אין גריעותא במה שרוצה ליפטר מן השבועה עיי"ש, ובאמת למ"ש תו' דטעמא דהילך משום דמעיו ככופר הכל, אין מגרע במה שמערים, ואע"פ שאין הילך העזה ככופר הכל ממש, מ"מ הרי סגי בהעזה זו לפטרו מן השבועה, [ויעוי' בנה"מ שהק' רק מדין מיגו דכופר הכל, ולכאוי' לא הועיל בערמתו כיון שנצרך להעיו עכמ"ש], וצ"ל דס"ל דפטור הילך משום דחזינן כאילו לא הוצרך לתבעו על אותו מקצת, וכקדמה הודאה לתביעה דמי, עי' לעיל סק"א, ואם נראה לדיין שאם לא שתבעו בב"ד לא הי' מחזיר לו גם המקצת, א"כ רק מכח התביעה

הודה והו"ל מודה במקצת, ולפ"ז ה"ק אם נראה לדיין שאחר שרואה שאינו יכול לכפור הכל, והודה במקצת התביעה, מזדרז להערים ולמהר התשלומין שיהא פטור משום הילך, לא מיפטר בהכי, כיון שניכר דהודאתו ככל מודה במקצת הואי, מיהו קשה לחדש כן בלא ראי', ועי' מה שתמה אאמו"ר שליט"א ס"ד סק"ו ע"ז, ואפשר דהר"י מיגש הי' מפרש הא דחייב במערים בטענו חטים וקדם והודה לו בשעורים, לאו מדאורייתא הוא, אלא דיש ריעותא באדם שמתנהג בשינוי כדי לדחות השבועה מעליו, אם מפני שקופץ לתוך דברי חבירו, או שממהר הפרעון קודם פסק ב"ד, וכיון שיש כאן ריעותא אמרו חכמים דחייב שבועה, וצ"ע, ולענין הלכה אפשר דהוי ספק כיון דלדעת תו' פטור, ובספק חיוב שבועה קיי"ל דפטור כמ"ש הש"ך כאן סק"י.

סימן ו

בחסיד אממונא אי חשיד אשבועתא

דרבנן לא קתני במתני' שם, וגם מדפריך הא תו ל"ל משמע דידעינן דכל הני חשודים על השבועה, ועוד דבפשוטו משמע דמהא דהוסיפו רועין ואינן לענין עדות ממילא ידעינן דה"ה לענין שבועה, כדפריך בשמעתין לעיל, ומנ"ל הא, דילמא לא החמירו למעבד תרי דרבנן בהנהו דהוסיפו עליהן, מיהו אין הקו' כ"כ על רועין אלא על משחקי בקוביא ואינן דקתני במתני', דבפשוטו משמע דמעדות גמר לה, עתו' בסמוך ד"ה בלא, וכן משמעות הסוגיא בשמעתין דשבועה ועדות היינו הך, ועוד דבשבועות איצטריך ל' לתנא לאשמועינן דהחשוד על שבועת שוא חשוד על שבועת ממון, והיינו בפשוטו אף לבתר דידעינן דהחשוד על הגזל חשוד על השבועה, מיהו י"ל דהתם מדאורייתא קאמר דפסול משום שבועת שוא, ועוד דבסנהדרין כ"ז א' מכשר רבא העובר על שבועת שוא לעדות, ואם איתא דשבועה חמירא להו טובא היכי מכשר ל', וגם מהברייתא דמדכרא התם מועלין בשבועות לענין פסול עדות, משמע שיש בזה חידוש, ואם בעלמא שבועה חמירא טפי, א"כ פשיטא ׀ולעיל נמי דאמרי' תקנתא לתקנתא לא עבדינן, צ"ל דהכונה משום דהוי תרי דרבנן, דהא של גזלן נמי מדרבנן.׀

ויעו' עור ב"ק ק"ה ב' דמתיב רמב"ח אהא דקתני ואחד שבועת הפקדון כו' ואם איתא בכפירה הוא דאיפסל ל' עור, ולפרתו' דמשום כפירה לא מיפסיל אלא מדרבנן, מאי קו' הא ברישא קתני פסולי דאורייתא כדאמר שם מ"ז א', ויש ליישב דמ"מ פריך שפיר דלא הו"ל למיתנייה בהדי הנ', כיון דמדרבנן מיהא איפסיל מעיקרא, והלום ראיתי בתו' ב"ק ק"ח א' ד"ה ותרי שכ' דחשוד על השבועה

א. ה' ב' תוד"ה דחשיד, וי"ל דגזלן לא פסול לשבועה אלא מדרבנן כו', יש לעי' אכתי תיקשי מדרבנן מ"ש גזלן ודאי ומ"ש חשוד, דאי מדרבנן חשיד אממונא חשיד אשבועתא תיקשי כל הני דמייתי, ולא קו' היא, דנהי דהחמירו מדרבנן ליתן לגזלן דין חשוד על השבועה, דכשכנגדו נשבע ונוטל, מ"מ כשהנדון אם יש תועלת בשבועה או ליתן לו בלא שבועה, בזה ודאי כיון דנקטינן דמדאורייתא לא חשיד אשבועתא משום דשבועה חמירא להו, א"כ יש תועלת אם נצריכנו שבועה, ולא אמרו חכמים את הדבר אלא להחמיר, והיינו בגזלן ודאי, אבל בכל מב"מ לא יכלו להחמיר עליו דהא לית בי' ריעותא, וגם התובע חשוד, וע"כ כיון שיש תועלת בשבועה שפיר משבעינן ל', מיהו בגזלן ודאי השו' מדותיהן דדינו כחשוד על השבועה עצמה ואף שבועת היסט אינו נשבע. - (ובתו' ג' ב' הזכירו סברא לאידך גיסא, וכונתם דלחומרא השתמשו חכמים בתועלת של השבועה, אבל לקולא לא מצו להקל נגד הדאורייתא ור"ל דנקיים כל הני שינויי דתלמודא ורק בשבועות דרבנן מסיק לימא משום דלא חשיד, וכל הפסולים לעדות פסולין לשבועה מדאו').

ברם צ"ב בעיקר הדברים דלפ"ז צריך לחדש שראו חכמים שמזלזלין בשבועות ולא חמירי להו טפי משאר איסורין ולכך השוו' שבועה לעדות ׀ועתו' ג' ב'׀ וגם דוחק לומר דהנדון בשמעתין הוא אם הא דגזלן פסול לשבועה הוא מדאורייתא או מדרבנן, ונצטרך לומר דהמשחק בקוביא ואינן הוו תרי דרבנן לענין פסול שבועה, ולא משמע כן מפשטות הגמ' בשבועות מ"ז א', דלפ"ז עיקר פסולא

מדרבנן הוא דמיפסל, כדמוכח בשבועות דקתני ושכנגדו חשוד על השבועה ומשמע התם דמדרבנן הוא, ולכאור' פ"י דמדרבנן הוא מה שנוטל ע"י שבועה, וש"מ דמדאורייתא הוה מיפטר, והיינו ע"כ ע"י שבועה, וצ"ע טובא דמדאורייתא משואיל"מ, ולמאן דפטר לי' היינו בלא שבועה, אבל ליתן שבועה לחשוד על השבועה ליכא למ"ד, דבכל דוכתא החשוד על הדבר לא מהימן כלל, ובפשוטו יש לפרש הגמ' שם בשעשה תשובה, וכ"ה ברשב"א בשם הראב"ד, וכעת שמעתי מאמו"ר שליט"א דמדאורייתא חשוד שנשבע נפטר, דדין שבועה שבתורה כולל גם לחשוד, [ועשו"ע ספ"ז סי"ד ובש"ך ס"ק...] אלא דמהנהגת ב"ד שלא להשביע את החשוד, [ומ"ש בשו"ע שם דכמי שלא נשבע דמי, היינו מדרבנן] ועדיין ל"ע כה"צ בזה, אבל דברנו הם ע"פ דברי התו' בשמעתין שלא דנו אלא משום דשבועה חמורה, (וגם בזה פליג תירוצ' בתרא), אבל משבועה לשבועה פשיטא להו דהוה חשוד מדאורייתא, וכונת אמו"ר שליט"א דאע"פ שהוא באמת חשוד מדאור', מ"מ מיפטר בשבועה, ומשמע דב"ד משביעין את החשוד מדאור', ורק מדרבנן תיקנו שלא להשביעו, וצ"ע בכ"ז.

ב. שם גמ' ונימא מיגו כו', במסקנא מייתי מדתני ר"ח שניהם נשבעין כו', ומבואר מזה דמעיקר דינא דנשבעין ונוטלין דכולה מתני' בשבועות, ל"ק לי' דשפיר מצרכינן להו שבועה אפי' אי חשוד אממונא חשוד אשבועתא, ואפשר לומר דדוקא בהני שהממון בידיהם חשבינן להו חשוד אממונא, שאת האיסור דממונא כבר עברו, אלא שיכולים לתקנו, אבל בשנבעין ונוטלין שלא עברו עדיין איסור כלל, בזה ודאי יפרשו ע"י חומר דשבועה, ומש"ה פריך מנשבעין ונוטלין מבעה"ב, דחשבינן להו כגזלו הממון שבידיהם דהא מכחשי לחנוני, ואע"פ שאם לא יטלו עתה, כדין מחזיקין מה שבידם, מ"מ כיון

שמכחשינן לחנוני הו"ל חשוד אממונא (וכגון אם החנוני לא ירצה לישבע נמצא שנטלו ממנו שלא כדין ולא מה שנוטלין עתה מבעה"ב), ולא דמי לשכיר שנטל מבעה"ב, וזה מתיישב כפי' ר"י החסיד, מיהו י"ל דלא פריך אלא מהני דבלא שבועה נמי הדין כמו עם שבועה, דבזה נמצא שתקנת השבועה היא ליתרון בירור, ובזה ס"ל לתלמודא כיון דבלא"ה יש לנהוג כן אף בלא שבועה, אין לנו להזדקק לשבועה אם אינה בירור גמור, אבל היכא דהדין שלא יטול, שפיר תיקנו שלא יטול אא"כ בירר כל מה שניתן לברר, דאפי' בגזלן גמור יש תועלת בזה שנצריכנו שבועה, אלא דאסור להשביעו מפני שגורמים חילול שבועה, אבל בחשוד דיש לן להחזיקו בכשרות ושרי להשביעו, מובן שפיר שלא תיקנו לשנות הדין אא"כ ישבע, [ולפ"ז ניחא הא דמייתי מדתני ר"ח ולא ממתני', דמתני' מצנין לפרושי כדסבר רבי דחנוני מפסיד, והפועלים נשבעין ונוטלין מחנוני, עיי"ש במלחמות, ובספר אמו"ר שליט"א שם דרבי נמי שנה מתני' כמו שהיא לפנינו, ובכה"ג דמי לכל שאר הנשבעין ונוטלין, דהחנוני אינו חייב כלום, אבל הא דנוטלין מבעה"ב הוא משום דאמרי לי' מאי אית לן גבי חנוני, [וכן חנוני, כדאמר לעיל ג' א', או דההוכחה מפועלים].

אפשר דעיקר הקו' היא על זה שמתקנים שבועה במקום דחשוד, דנהי דיש יתרון לשבועה אי משום דשבועה חמורה או דמשום חומרא דתרווייהו פריש, מ"מ אין לתקן שבועה במקום שקרוב הדבר שאין תועלת בשבועה, (וגם יש לחוש שישבע לשקר, כי היכי דלא מתקנינן בגזלן ודאי, אע"פ שגם גזלן חמירא לי' טפי שבועה ויתכן שיפרוש, מ"מ משום עדיפות זו אין לתקן שבועה), אבל אם עיקר התקנה בגונא דאיכא למימר דמישתמיט אין קושיא אם כשאירע אופן דליכא למימר אשתמוטי לא בטלה התקנה, דכיון שיש יתרון במה שנצריכנו שבועה, אין

דחנוני צריך לישבע, וגם דעכ"פ חד מינייהו רמאי, ודמי לשאר נשבעין ונוטלין, משא"כ בטלית, ועיקר הקו' מדר"ש (דשבועה דאורייתא היא).

ברם מדברי הראשונים ז"ל שכתבו דהו"מ למימר דשבועת מב"מ חייב לישבע אף בדליכא למימר אשתמוטי, אלא שאין לזה הוכחה מפורשת מבואר דלא כמש"כ אלא דאין לתקן כלל שבועה בגוונא דחשיד אממונא, אי חשיד אשבועתא [וכ"נ ממ"ש בראשונים ז"ל דבמחל מלוה ישנה ליכא שבועה], ואף למה שהוכחנו דיש תועלת בשבועה אף אי חשוד אשבועתא, מהא דנשבעין ונוטלין (לתירוץ בתרא שכתבנו), מ"מ כשדנים על אופן זה אין להצריך בו שבועה, מיהו אכתי אין ללמוד מזה לנשבע שבועה דרבנן שלא יצטרך לישבע שבועה דאורייתא, כגון שנשבע היסת ואח"כ בא ע"א שכ' בשו"ע ספ"ז סי"ד דחוזר ונשבע שבועה דאורייתא, [ועי' מקור לזה בכתובות פ"ח א' כמ"ש בבהגר"א, מיהו התם טעמא משום בדדמי, ואמנם גרע בצד אחד, אבל גם עדיף, דלא חשידא ממש לשקר, ומ"מ יש ראי' משם כיון דאם נתברר שנשבעה שקר, ודאי נעשית חשודה, מיהו למש"פ אאמו"ר שליט"א שם ס"ט אין משם ראי', דמיירי בגמ' כשעדיין לא נשבעה], והק' בתומים הובא בקצה"ח ונה"מ ספ"ז סל"ד, הא חשיד אשבועתא [ושבועה דרבנן לא גריעא משבועת שוא דקתני במתני' דהוה חשוד, כ"נ, דהחילוק הוא רק בנוודות נפוחים וס"ת, אבל בכל השבועות הוא נשבע, ולא גרע משבועת שוא, ועדיפא מינה דקא כפר ממנו, ואאמו"ר שליט"א ב"מ ס"ז סק"ב הוכיח כן מסוגיין עיי"ש], ולמש"כ י"ל נהי דאין לתקן שבועה בכה"ג, מ"מ כשאירע כן דהע"א מחייבו שבועה בכל גווני, אין לנו לפוטרו בלא שבועה, כיון דמ"מ יש תועלת בשבועה, ועי' בספר אאמו"ר שליט"א שם בזה באר היטיב, ולא באנו אלא לבאר דהחילוק

לפוטרו בלא שבועה, לאחר שהוכרע הדין דבריעותא כזו מצרכינן שבועה, ולפ"ז י"ל דאפי' אי ידע תלמודא דאיכא שבועת מב"מ אף בדליכא למימר אשתמוטי, מ"מ משני שפיר דעיקר הטעם משום אשתמוטי וממילא כבר יש חיוב שבועה בכל גווני, דאף בדאורייתא איכא האי סברא.

והא דמייתי מדר"נ, [ופי' תו' דהיינו משום דידע תלמודא דאף בדליכא למימר אשתמוטי איכא שבועת היסת], נראה דבאמת גם מעיקר תקנת ר"נ פריך שפיר, דכיון דמדאורייתא האי גברא פטור מן השבועה, ואם משקר הוא גם ישבע לשקר, נהי דר"נ חייש שמא משתמט הוא, לא הו"ל לתקוני שבועה כשיש בה קלקול, דמדאורייתא אין להשביעו חנם בכה"ג, אי משום דמהימן או דישבע לשקר, ואין ראוי לחכמים לתקן שבועה לרווחא דמילתא אלא כשאין הפסד בדבר, ותדע דהאי שבועה לרווחא דמילתא היא, שהרי החשוד ודאי, פטור משבועת היסת, ולא חשבינן ל' משואיל"מ ולא מהפכינן לה אשכנגדו, ולפ"ז אפי' אם תקנת ר"נ הואי רק בגוונא דאיכא למימר אשתמוטי פריך שפיר, דהא מדאורייתא לית לן למימר אשתמוטי בכה"ג, ואינו אלא חשש דרבנן, וכיון דמדאורייתא חשיד אשבועתא אין לנו לתקן דצריך להשביעו, [דענין התקנה אינו מעיקר הדין במוחלט, (דא"כ אף בחשוד ודאי הי' ראוי לומר כן וכמש"כ), אלא חשש דרבנן כשאר תק"ח, ולכן מיושב יותר לומר דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא], ועדיפא מינה כתבו תו' דר"נ תיקן כן אף בדברים שעיקר התקנה בדליכא למימר אשתמוטי, כגון בקרקע דצריך תקנה מיוחדת לחדש שבועה בקרקע, דאין נשבעין על הקרקעות, וכן בטוען גזלתני, ולפ"ד ניחא דסתים תלמודא בדר"נ מיהו כיון דאיכא למידחי, מייתי דר"נ ודר"ח ברישא [אע"ג דר"ש מדאורייתא קאמר] די"ל דר"נ משום אשתמוטי, ודר"ח פועלים נשבעין משום

משעת כפירה נפסל לעדות וממילא פסול לשבועה, ונראה דדוקא התם קשיא לי' משום דחשבינן שמעשה הגזל הושלם ע"י הכפירה כדמייתי מההיא דב"ק, אבל משנים אוחזין לא קשיא לי', ואע"פ שאם היו עדים שתקף, הרי נפסל משעת תקיפה, (וגרע מפקדון כיון דחציף למיגזל), מ"מ ניחא לי' דבזה מהניא השבועה שיפרוש גם מגזל, דכל זמן שחבירו מחזיק עמו, לא הושלמה גזילתו, אע"פ שמצד הדין גזלן גמור מיקרי, דכחציה ברשותו דמאי, מ"מ לענין לפרוש ע"י שבועה, חשיב שבא לעבור ע"י שבועתו תרי איסורי, משא"כ בפקדון שהחפץ ברשותו לגמרי ונשלמה גזילתו במציאות אלא שצריך שבועה, מיהו גם בזה תירץ ז"ל דכיון שהשבועה היא על הממון שגזל, חשיב שלא הושלמה גזילתו עד שישבע, וכיון שצריך לעבור שני איסורין פריש, (ועי' לעיל סק"ב דמשה"ה לא מדמי נשבעין ונוטלין לנדון דחשיד אממונא).

והנה הרמב"ן מיירי בשבועה שאינה ברשותו, דאי פריש מתקן לכולה מילתא, אבל אם אכלה, נהי דאכתי צריך לישבע כדי ליפטר מן התשלומין, מ"מ מעשה הגזילה כבר הושלם ע"י אכילתו, אלא שאם ישיב את הגזילה עשה תשובה, ובזה לא אשכחן דמשביעין אותו, דלא אמרי' שיעשה תשובה ע"י השבועה, דאיסורא דעבר עבר, אבל בתו' פרי"ת דשבועה שלא שלחתי בה יד, היינו שלא אכלה וש"מ דאף בכה"ג משביעין אותו, דכיון שאם לא ישבע יתקן כל מה שהוא חייב לתקן, אע"פ שאינו יכול לתקן מעשה הגזילה, מ"מ אינו נמנע מלשוב, דהא דגזלן פסול היינו מפני שהוא ממשיך בעשיית האיסור כל הזמן, אבל גזל שכבר השיבו ה"ז כאכל נבילות לתיאבון, דשפיר מתחרט על מעשיו, ואין המעשה שעשה מונע בעדו מלשוב, וזהו שכ' הר"ן והג"י בשם ר"ת דקשה גזל הנאכל, דהיינו דאע"פ שרוצה לשוב אינו יכול, וכיון שע"כ מחזיק באיסורו, אינו נמנע מאיסור

הקובע הוא אם אנו דנים לתקן שבועה בכה"ג, או שהחייב שבועה קיים אלא שאירע חשד אשבועתא, ומשום איסור להשביע חשוד ליכא דהא מחזיקין לי' שנשבע אמת, [כמו כל גלגול שבועה כגון בדרמב"ח בד' שומרים], (ועשטמ"ק ו' א' בשם תוספי תו' להרא"ש) – ובאמת יש לדון דאפי' נשבע כבר שבועה דאורייתא, כגון מב"מ, ואח"כ כא ע"א, דג"כ חוזר ונשבע, דלעולם יש תועלת בתוספת שבועה, (כההיא דתנן השביע עליו ה' פעמים מיהו אפשר שאין לב"ד להזקק לזה, אבל) להכחיש את העד, ודאי יש תועלת יותר, ואפי' ע"א וע"א באופן שאינם מצטרפין, ג"כ י"ל דיכול לטעון שאת העד הזה לא יעזי להכחיש, או שיפסלוהו לעדות ע"י עדותם, ואמנם על התובע להמנע מלהשביעו מפני שקרוב שיחזור וישבע שקר, אבל ב"ד אינם יכולים לפטור בלא שבועה שמחויב בה, אבל מדברי אאמור"ר שליט"א שם ל"מ כן, וכן מדברי מרן זללה"ה, חו"מ ס"י ס"ק י"ט, שכ' לחלק רק מדרבנן לדאורייתא.

וכעת ראיתי בב"י סי' צ"ב [מחו' ה'] בשם תשו' הרשב"א ח"ג סי' צ"ד שדן אם התובע טוען שהנתבע חשוד הפסיד שלא יוכל להשביעו דלפ"ד חשוד הוא, והוכיח מהא דנשבע שבועה דאורייתא אחר שבועת המשנה ושבועת היסת [עיי"ש דמייתי לההיא דאי פקח הוא, ולדברי הר"ף דמייתי בשו"ע ספ"ז שם], ש"מ דאינו מפסיד דלעלמא עדיין כשר הוא, יכול הוא לתבוע שישביעוהו, ומשמע דפשיטא לי' ז"ל שיש תועלת בשבועה אפי' בחשוד ידוע, וכמשנ"ת, ועי' לק' סק"ט, [ובתשו' המיוחסות להרמב"ן בסי' ק"ט כ' דגם השבועה הראשונה יש לתלות במלוה ישנה, עיי"ש, ואפשר דכונתו כמש"כ דבמאורע אין לבטל השבועה, אבל ודאי אין לתקן שבועה בכה"ג כיון דלא פריש מספק שבועה].

ג. **הרמב"ן** הק' בההיא דר"ש דמשביעין אותו שבועה שאינה ברשותו, אמאי הא

נוסף, ובאמת הרמב"ן כתב גבי שליחות יד דאם חשיד אממונא משום איסור גזל דלא חסרי' מדי, אין להשביעו כיון שאיסור זה לא מיתקן אף אם לא ישבע, וזה כמש"כ בדעתו ז"ל, (מיהו הא ליכא למימר דבאכלה נמי לא חשיד אממונא, כגון שדעתו לשלם, ודמי לשליחות יד, דא"כ כל גזלן לא חשיד, דנימא דמעיקרא גזל ע"מ להחזיר, והשתא אשתמוטי קא מישתמיט, [ועתה] הרא"ש ד' א' בשם הרמ"ה], ולא אמרי' לא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו, אלא כשנותן דמים ואח"כ נוטל, וכן חמסן שמשלם מיד עם נטילתו, אבל גזלן דהשתא עביד כולי' איסורא, לא מהני דעתו להשיב, דכדעתו לעשות תשובה על עון גמור דמי).

ד. שם גמ' אלא הא דתני רמב"ח כו' פרש"י דמשבועת השומרים לא פריך משום דאיכא למימר אשתמוטי מלשלם, אבל לכפור אינו כופר כשכונתו להשטט, ופי' הראשונים ז"ל דל"ד למלוה דהכא אם כונתו להשטט, הי' אומר נאנסו, ויש להוסיף דבברייתא דרמב"ח מבואר דכשטוען נאנסו טענתא אלימתא היא ולא משבעינן ל' אלא כשהוא גם מב"מ וכעין גלגול שבועה, וודאי דטפי הוה נוחא ל' למימר נאנסו דאלימא טענת', (מיהו ע"כ לא ידע דבנאנסו פטור משבועה, דהא בעינן למימר דפריש משבועה), ויש לעי' א"כ מאי משני אשתמוטי קא משתמיט, אכתי טפי הו"ל למימר נאנסו, ולא קו' היא, דודאי היכא דמשתמיט משום דלית ל' זוזי, לא חציף לכפור, דהתייחסותו למפקיד כעבד ליה לאיש מלוה, שהרי מכיר בעצמו דודאי חייב לו, אבל כשמשתמט מפני שאינו רוצה להשיב עתה על טענתו, ורוצה להרויח זמן עד דבחישי ומשכח לגנב או לבהמה באגם, בזה אורחא דמילתא למימר להד"ם, דכשכונתו לחפש אינו מרגיש עצמו כמעז, אלא כאומר שאינו רוצה להשיב ע"ז עתה, וגם כיון שאינו כופר משום דצריך למעות, אינו מרגיש חיוב כלפי

המפקיד, אלא סובר בדעתו שמן הראוי להניח לו עד שיחפש וימצא, ועוד שאינו ממציא ברצון מעשה דאונס, כשבדעתו למצוא הפקדון ולהשיבו, אבל אם באמת מתה בפשיעה, לא הי' טוען להד"ם אלא נאנסו וכדעת המקשן, שו"ר ברשב"א שכ' טעם זה, (ועי' נה"מ סי' ע"ה סק"ג).

אבל הרמב"ן כתב דיש לפרש דבלא טעמא דאשתמוטי נמי ל"ק משבועת השומרינן, משום דאיכא למימר דרמא רחמנא שבועה עלי' משום דשמא אינו יודע אם מתה באונס או בפשיעה, והוא סבור שבאונס מתה ורמא רחמנא שבועה עלי' משום דפרשי מספק שבועה, ונראה דכונתו משום דסתמא דמילתא הכי הוא, שענין האונס והפשיעה נתון לשיקול דעת, וטוען נאנסו אף כשהדבר צריך ביורור נוסף, וכ"מ ברמב"ן סוף שבועות [בהשטטה] דהתורה חייבה שבועת השומרינן משום דאינו מדקדק, על עצמו וטעין בדדמי מפני שאין הלה יודע ומכיר בדבריו, ברם צ"ב למה באמת סבר המקשן דליכא למימר אשתמוטי בפקדון, ואפשר דמשמע ל' מימרא דר"ח בכל כופר בפקדון, וטעמא משום דאין לחדש אשתמוטי אלא בלוה, דמעיקרא חזינן שהוצרך למעות ומלוה להוציאה ניתנה ומצוי הדבר שאין לו לשלם, אבל בפקדון צריך לחדש דלית ל' זוזי כדי להכשירו, ושמא לא מחדשינן כולי האי, א"נ בפקדון הויא העזה, להשטט עד דהוו ל' זוזי דהרי הוא כעושה מפקדון מלוה על דעת עצמו, משא"כ במלוה דהמלוה יודע דחקו, ומבין דלאשתמוטי קאמר, ואינו אלא כממשיך את המצב הקיים, ולפ"ז אין ראי' דלמסקנא אמרי' אשתמוטי עד דהוו ל' זוזי בפקדון, אשתמוטי דקאמר בגמ' הוא ענין אחר, וכמש"כ, אבל אין נראה כן דודאי משמע שהטוען נאנסו ובאו עדים שפשע לא מיפסיל לעדות בהכי, דאמרי' אשתמוטי קא משתמיט עד דהוו ל' זוזי, דדוקא הכופר בפקדון קאמר דפסול, וכמבואר

בגמ' דדוקא בדאיכא סהדי דידע או דנקיט ביד', ולא משמע דבנאנסו מיפסיל טפי, וכיון דע"כ צ"ל דלמסקנא אמרי' אשתמוטי עד דהוו ל' זוזי אף בפקדון, מיושב יותר לומר דגם המקשן ידע כן, שהרי לא הוזכר בגמ' חזרה בסברא זו, ורק מכופר בפקדון פריך, דומיא דמימרא דר"ח, וזה לא אשכח אלא בברייתא דרמב"ח, (דבמתני' דשבועות הי' צריך להאריך להוכיח דמיירי בפקדון).

ובעיקר הקו' לכאו' אפשר לומר דהטוען נאנסו אינו חשוד אממונא אפי' במתכוין שלא לשלם כלל, דלא משמע לאינשי חיוב גמור לשלם ע"ז שלא שמר, דהא אינו מעכב משל חבירו בידו כלום, וגם בדרך כלל מורי היתירא מפני ששמר כראוי, ועל שעה מועטת שפשע, אינו מרגיש חיוב כ"כ, בפרט ש"ח שעשה לו טובה, וכן ש"ש על אונס גניבה מורי ואמר דגבי בעלים נמי הוה מיגנב, וכן שואל בשבורה ומתה, וכן הזכיר הרמב"ן שבועות מ"ב ב' דמה"ט חייבה תורה שבועת השומרים בכופר הכל, משום דאמר בדדמי כו' או שמורה ואמר לא נהניתי משלו בכלום, ואפי' נימא דנפסל לעדות כשאין דעתו לשלם, והרי הוא פשטא דמילתא, מ"מ לענין חשיד אשבועתא מהני האי טעמא להצריכו שבועה, וכמ"ש הראשונים ז"ל ב' ב' דבמציאה דמורי ואמר חבראי לאו מידי חסר בה, ליכא למימר מיגו דחשיד כו' דעל הממון יש לו הוראת היתר, אבל לא על השבועת שוא, ואע"ג דודאי נפסל לעדות כשתוקף מציאה של חבירו, דגול גמור הוא, מ"מ מהני הוראת ההיתר להצריכו שבועה, וה"נ בטענת נאנסו כשפשע, דקרוב יותר להוראת היתר וכמש"כ, [מיהו מברייטא דרמב"ח פריך שפיר דכשטוען להד"ם לא אמרי' שפשע ומשתמט בטענה זו, דכיון שאין החפץ בעין, ודאי עדיף ל' למימר ששמר כראוי ונאנס, וכמ"ש הראשונים ז"ל בדעת רש"י, ובכה"ג יש עדיפות לטעם זה דכיון שמורי היתירא מפני שדעתו דסגי

למאי דס"ד דבכופר בפקדון ליכא למימר אשתמוטי, יש להק' א"כ מ"ט מב"מ חייב שבועה, הא טעמ' דרבה משום אשתמוטי, ומאי ס"ד דמקשה, ולשיטת הרמב"ם בהשמטה סוף שבועה דרמב"ח ס"ל דלא אמרי' מיגו משום דבהכי חייבי' רחמנא ניהא, אלא דע"כ תיקשי ל' למקשן, ממב"מ בפקדון דמתני' בשבועות, וצ"ל דהו"מ למיפרך וליטעמך, ולמ"ש הרמב"ן שם [וכמ"מ ברמב"ן בשמעתין], דטעמא דאשתמוטי לרווחא דמילתא קאמר, ועיקרו דע"י שמודה מעט קל לו להעזי לכפור בשאר, ניהא בפשיטות ועי' לעיל ס"ד סק"ו, - לעיל א' מוקמינן לדרמב"ח דהמפקיד טוען שמתו כולם בפשיעה, וא"כ לפי טענתו הו"ל חשוד אממונא, ומ"מ אמרי' שפיר דאשתמוטי קא משתמיט דמשכח ל', דלא משבעינן ל' על טענת המפקיד, אלא על מה שיש לחוש בו, וכמ"ש הרמב"ן שבועות שם לענין אם המפקיד טוען ברי.

ה. ו' א' שלש שבועות משביעין אותו, בב"ק ק"ז ב' אש"ח קאמר לה, [וכן העתיקו הראשונים ז"ל והאר"נ שהם דברי ר"נ לר"ש שם, והיינו דקאמר משביעין אותו לשון יחיד], ולפ"ז נראה דש"ש משביעין אותו ששמרה כראוי לו, במקום השבועה שלא פשע בה, [ושואל נשבע שממ"מ, ובידיד' אפשר דאיכא רק שבועה אחת, כי היכי דלא משתבע שלא שלח בה יד], וביאור הדברים דהשומר

אינו מחויב שידע מה באמת אירע לפקדון, אלא נשבע שהוא שימר כראוי לו, (ואינו יודע מה אירע), ולכן חיישין שמא היא ברשותו, ובאמת אם יכול לישבע מה שאירע, ממילא נכלל בשבועתו שלא פשע ושאניה ברשותו, [בלי הנדון דתחלתו בפשיעה וסופו באונס], וצ"ע בשטמ"ק בשם הרא"ש שכ' דשבועה שאניה ברשותו זוהי שבועת השומרים ועי' בטור וב"י סי' רצ"ד ולע"כ בסוגיא זו, גם צ"ע לפ"ד מאי מייתי מינה, נהי דמשתבע בלישנא דאניה ברשותו, מ"מ עיקר השבועה לומר ששימר כראוי, ומה הוכחה יש מזה דמשביעין שבועה דעיקר אממונא דחשיב, ואפשר דמפרש הרא"י משומר חנם.

והנה ביאור הגמ' דאחר שנשבע ששימר כראוי לו, תו ליכא למיחש לאישתמוטי, דלא שייך טעמא דמשכחנא לגנב או באגם, דאם שימר כראוי לו ונגנב או נאבד, הרי באמת פטור, ואם נאבד באגם בפשיעתו הרי כבר נשבע שקר שלא פשע בה, ואפי' אם באמת ימצאנה איכא שבועת שוא, ולא דמי לההיא דרמב"ח דהתם קאמר להד"ם ולא נשבע כלום ומש"ה איכא למימר אשתמוטי, והק' הרמב"ן דאכתי אפשר ששימר כראוי ועדיין היא ברשותו, ואמנם ודאי באגם אם נאבדה ע"כ שלא שמר כראוי, אבל אפשר שהיא בביתו, ובביתו שייך שלא ימצא הפקדון, והוא עדיין באופן שלא נתמעטה שמירתו, כגון שהניחו במקום המשתמר ולא מצאו שם, ואפשר שנגנב, אך אפשר שטלטלוהו בני הבית ממקום למקום, וא"כ נימא דמש"ה נשבע שאניה ברשותו, ואכתי לא חשיד אממונא שאינו מתכוין כלל לגזול, ותירץ דאם הפקדון ברשותו בשמירתו הראויה, בדרך כלל יודע היכן הוא, (אם הוא במקום שמחובתו לדעת) ולא אשכחן דאמרי' אישתמוטי אלא כשפשע בשמירתו ואינו ברשותו עתה, או אפי' ברשותו בדוכתא דבעי בחישה דכיון שפשע אינו יודע להיכן נתגלגל,

ועוד שהרי אינו מחויב לישבע שבודאי אנה ברשותו, אלא שחיפש כראוי ברשותו ולא מצאו, וה"ז בכלל חיוב שמירתו, ונמצא שכל שנהג כדרך השומרים בשמירה ובחיפוש, לא שייך להשביעו שאניה ברשותו, (מחויבי השמירה) שהרי כבר נשבע שלא פשע והיינו שנהג כדרך השומרים, ומחובת השומר לחפש בביתו במקום שיכול להטלטל ע"י בני הבית, ואם לא חיפש פושע הוא [ועב"ק ק"ח ב']. ויותר אינו מחויב, וע"כ דהשבועה היא שמא היא ברשותו וכונתו לגזולה, - בלשון קצרה דאם נשבע שלא פשע בה, תו לא יתכן לומר שנשבע אמת ועדיין חייב בהשבתה, אא"כ יודע בה ומתכוין לגזולה, דממ"נ אם היא באגם ואינו יודע מקומה היינו פשיעה, ואם שימר כראוי בביתו (או באגם) ועכשיו אינו יודע מה אירע בה, אינו מחויב בהשבה, דיותר משימור כראוי אינו מחויב, מאי אמרת שמא אע"פ ששימר כראוי מחובתו לחפש במקומו במקום שעלול להתגלגל, הרי גם זה מחויבי השמירה, ואם לא חיפש הו"ל פושע, ונמצא שנשבע שקר, ואם הוא בביתו במקום שאין מחובתו לחפש, א"א להטיל עליו שבועה שיחפש יותר ממה שהוא מחויב.

והק' אאמו"ר שליט"א ס"ז ס"ק... אכתי נימא דמשביעין אותו שאניה ברשותו משום דשמא באגם היא ומשתמיט עד דאזיל ומייתי ל' כדאמר ב"ק ק"ה ב', ומצינן למימר דאם נשבע שאניה ברשותו אין אגם בכלל, ששם היא ברשות בעלים ג"כ, (ולא דמי להצניעה חוץ מביתו דודאי חשיב ברשותו), ושבועה דמתני' מיירי באומר להד"ם (ומב"מ), מיהו למש"כ לק' סק"ו י"ל דלא חיישין להכי כלל, ומתני' מתפרשת בדידעין שלא נתכוין לכפור וכמשנ"ת שם.

ו. ה' ב' תוד"ה ההיא, דאי איכא סהדי דנשבע לשקר כו', בסנהדרין כ"ז א' מבואר דאפי' לרבא דבעינן רע לבריות ולא מיפסיל בשבועת שוא, מ"מ מיפסיל לעדות

בעלמא עכ"פ בעי לאשתמוטי מחיובו, ואיכא כפירה אלא דלאו גזלן הוא, והיינו דמייטנין התם מהא דהכופר במלוה כשר לעדות ולא מפרשין מיד, דלא בעינן לאתויי ראי' דאמרי' אשתמוטי בפקדון, [דהא מוקמינן מתני' בידעינן שלאשתמוטי נתכוין], אלא דאע"פ שזכה בכפירתו במלוה, מ"מ לא מיפסיל כיון דלאשתמוטי איכוין, וזו הוכחה לרמב"ח דסבר דטעמא דלא מיפסיל קודם השבועה משום דלא הוחלטה זכירתו ע"י הכפירה, וא"כ בכופר הכל בדין הוא שיפסל מיד, ומייטנין מהכופר במלוה דלא מיפסיל, אבל לא נחתנין לעצם הנדון אם יש לתלות באשתמוטי, דמתני' מתפרשת שפיר באופן שבודאי לכך נתכוין.

והא דמפרשין למתני' בכה"ג, י"ל בפשיטות דניחא ל' לפרושי מתני' בלא החידוש דהכופר במלוה כשר לעדות, [דהתם החידוש דאמרי' אשתמוטי, אבל בדמשתמיט פשיטא ל' דלא נפסל בהכין], ואפשר דמשמע ל' דמתני' רבואת קמ"ל דע"י שבועה לחודה מיפסיל, אע"פ שנתברר לנו דלא כפרי' ממונא, ובאשתמוטי דאמרי' בעלמא נהי דמוקמינן ל' בחזקת כשרות, מ"מ גרע טפי דע"י השבועה יש לחוש דלגזילה נתכוין, [ע"י לעיל], וגם איכא כפירת ממון אלא שאינו גזלן גמור, משא"כ באוקימתא דגמ' אינו חושב לכופר ממון כלל, ולפ"ז ניחא משה"ק תו' שם דליתני' שבועת מלוה, דהתם ליכא חידוש כיון דקא כפר ממונא אלא שיש לתלות דלאו לגזל גמור נתכוין, משא"כ בשבועת העדות והפקדון וכמש"כ [וחשיב שפיר כפירת ממון (ע"י שבועות מ"ו ב')] כדאמר לעיל בב"ק שם דלאו הילך הוא, דפטר נפשי' משמירתו, באגם עד ששיבנו] (גם י"ל דמשום דבדאילפא דבסמוך שם משמע שהפקדון ידוע ומוקמינן ל' בדקיימא באגם ניחא לפרושי תרווייהו בידוע). ולפי מש"כ אין ללמוד מסוגיא דב"ק שם דבידיע לה אלא שאינה בביתו, תלינן באשתמוטי, דהגמ' מתפרשת בדידיעין שכן

בשבועת הפקדון, ומיירי בדאיכא למימר אשתמוטי, דאל"ה משעת כפירה איפסיל ל' כדאמר בב"ק ק"ה ב', והיינו גזלן, ומבואר מזה דכשנשבע לשקר חשיב רע לבריות אע"פ שקודם השבועה הי' כשר בכפירתו, מיהו יש להסתפק אם כשנשבע נמי אמרי' דלאשתמוטי איכוין, וטעמא דחשיב רע לבריות משום דהכופר לאשתמוטי נמי רע לבריות הוא, ולא עדיף מהאוכל נבילות לתיאבון דפסול לכו"ע, או דלא אמרי' דאדם נשבע לשקר אלא משום חימוד ממון, אבל (אם אינו חשוד לגזול גם) לא ישבע לשקר משום אשתמוטי, וכיון דאשתבע לשיקרא ש"מ לכפירה נתכוין, ובפשוטו נראה דאשמועינן רבואתא במועלין בשבועות טפי מגזלנין, והיינו משום דלאו גזלן הוא, וכן מבואר בב"ק שם דאף לבתר השבועה לא אמרי' דמשעת כפירה איפסיל ל', מיהו ע"י להלן דדברי הגמ' שם יש לפרש בדידיעין דאין כונתו לכפור, ועיי"ש עוד בזה, [וכעת שמעתי מאמור"ר שליט"א דכל שטוען טענה שגם מי שאינו גזלן טוען כן, אף אם הוא עצמו כונתו לגזול, מ"מ אינו מרגיש שעשה הגזילה בטענה זו כיון שטענה כזו טוען גם מי שאינו גזלן, ולע"כ].

בב"ק ק"ה ב' מוקמינן למתני' דשבועות דקתני דהחשוד על השבועה היינו שנשבע שבועת הפקדון לשקר, כגון דקיימא באגם דלאו כפירה הוא דסבר אשתמיטנא ליה אדאזילנא ומייטנא ל', ונראה דכונת הגמ' לומר דמיירי כשנתברר שאמנם זו היתה כונתו, כגון שאחר השבועה החזירוהו הוא בעצמו לבית בעלים, [ולהלן נתבאר עוד בזה עיי"ש], ובכה"ג לא נפסל אלא משום השבועה, והלשון מוכיח כן דקאמר בגמ' דלאו כפירה הוא דסבר כו', ובעלמא אמרי' אשתמוטי קא משתמיט כו', והחילוק דהתם אינו חושב עצמו לכופר כלל, שיודע שהפקדון באגם ואינו חושש שנאבד, אלא דלא בעי למיטרח ואתויי [וכ"מ בשטמ"ק שם], ולכן אינה כפירה כלל, אבל

דר"ש, ובוזא ליכא למימר אשתמוטי, ודחי דמשכח"ל בדאיתי' לפקדון ונמצא דכשנשבע אינו פוטר עצמו מתשלומין אלא מהשבת הפקדון, ודמי לשבועת הפקדון שגזלו, (וניחא נמי לפ"ז דבשבועת להד"ם כופר בפקדון דבאגם, אבל בשבועה שאינה ברשותו אפשר שאין אגם בכלל) [וכן שבועת מלוה כשבועת הפקדון, כיון שהחיוב השבה הוא על המלוה עצמו], וזוהי כונת המשנה דאפי' חשוד על שבועת עצמו, פסול לשבועת הדיינים, מיהו ד"ז הוא נגד הפשטות וגם אפשר שיש ראיות פשוטות לסתור הדברים, ולע"כ כלל בביורו ענין זה).

ולאמור לא אשכחן דמהני טעמא דאשתמוטי אלא כשצריך לשלם דמים, כגון במלוה, או פקדון שפשע בו, או נתחייב משום שליחות יד, וכן בש"ש ושואל לפי חיובם, אבל כל שהפקדון בעין וידע ב'י, אפי' אם צריך לטרוח להשיבו לא תלינן כפירתו באשתמוטי, דלא אשכחן בדברי ר"ח אלא כפירה כעין מלוה, וכן בשמעתין ה' ב', ולפ"ז נראה דלא דחקינן לחדש טעמים בשביל להכשירו, דאין לו לדיין אלא מה שענינו רואות, (עי' שבת... במה שדנו לכף זכות), ורק טעמא דאשתמוטי מלשם אמרי', שאין אנו מחדשים מציאות באדם זה, אלא מעיקרא ידעינן באופן כללי, שקשה לו לאדם לשלם חובותיו, אבל אשתמוטי אדאזילנא לאגם או מלוה ישנה, זהו דבר פרטי באדם זה, ולא מכשרינן ל' מה"ט, [והא דאמרי' בגמ' דאיתי סהדי דאיתא לפקדון בביתיה והוה ידע, היינו משום דאם הוא באופן שצריך למיחוש יש לתלות שא"י וסבור (או ודאי) שפשע ומשתמט מתשלומין].

שז"ר ברי"ף בשמעתין שהביא סוגיא דב"ק הכא על דברי רב אידי בר אבין, ומשמע מזה דמפרש לה כאשתמוטי דשמעתין דתלינן בהכי, וצ"ע, וכעת שמעתי מאמור"ר שליט"א דאין נראה לפרש הגמ' כמש"כ,

הוא וכמש"כ, וביאור הגמ' נראה דה"ק כגון דקיימא באגם ואין השומר מסתירה ליטלה לעצמו, דסתמא דמילתא אם תמצא הבהמה, הדבר ידוע של מי היא, ואם היתה כונתו ליטלה לעצמו, לא ה' מניחה באגם שהיא כברשות בעלי, וע"כ שבאמת אין השומר מתכוין להסתירה אלא להשמט הלכך לאו כפירה היא כלל, ואין כאן אלא חשוד על השבועה (אלא שהוא רע אף לבריות וכמש"כ), אבל באמת אם ה' החפץ מוסתר בביתו בעיר אחרת דחזינן דלכפירה מכיין, אפשר דלא נימא דלאשתמוטי איכוין עד דאזיל ומייתי ליה, אלא כיון דידע ל' נפסל בכפירתו, דאין אדם כופר כשהחפץ משומר ברשותו ודעתו להשיבו, ואפי' כשהוא באגם וידע ל' דהיינו שאינו צריך לבחושי ל' תמן, ג"כ אין דרך לכפור, אלא שבזה יש לדון לפי הענין, כיון דכשכונתו לגזול אינו מניחו באגם (בשעת כפירה) – והי' מקום לדון לפ"ז דכשנשבע לשקר ונפסל לעדות, נימא דאיגלאי מילתא דמעיקרא נמי לאו לאשתמוטי כפר, דטעמא דמכשרינן הכופר במלוה משום דמוקמינן ל' בחזקת כשרות, אבל הכא דאיגלאי לבסוף שגם נשבע לשקר ע"ז, י"ל דמעיקרא נמי לכפירה נתכוין, ולפ"ז כל כופר בפקדון שנשבע נפסל משעת כפירה, ורק בגונא דמוקמינן בגמ' דידעינן דלא נתכוין לכפור וכמש"פ, בזה לא נפסל אלא ע"י השבועה, אבל אין נראה כן דאע"פ שנפסל ע"י השבועה, יש להעמידו בחזקת כשרות עד השבועה, ומכאן ולהבא הוא דנפסל, (ועי' לעיל בנדון זה מטעם אחר).

(ויתכן) עוד דשבועת הפקדון דתנן במתני' מתפרשת שבועה שמכחש בפקדון עצמו, אבל אם פשע ונשבע שנאנס לא קרי ל' תנא שבועת הפקדון, ואפשר דשבועת הדיינים מיקריא, כיון שחיובו הוא ענין חדש, ולא תביעת הממון שנתן לו, ולפ"ז ניחא דמתב"ב רמב"ח משום דיש לפרש המשנה בכופר בפקדון שהוא בעין דומיא דדיני'

וא"ת אכתי חמסן הוא שהרי תקף טליתו של חבירו בשביל מלוה, עתה ה' ב' ד"ה בלא, היינו חמסן שחצוף לחטוף כו', ולא קו' היא דהכא עיקר חטיפתו להציל ממנו, ואם ה' יכול לתפוס מעות אפשר שלא ה' תופס הטלית, ואפי' נימא דניחא לי' בטלית, מ"מ אינו חצוף לתקוף בשביל זה, ולהציל ממנו שפיר עביד דינא לנפשי' לתקוף, ואפי' אם הכופר בפקדון דיהיב דמי ה' פסול לעדות משום לא תחמוד, מסתברא דהתופס משום מלוה ישנה כשר, דיש להחזיקו בכשרות שעיך תקיפתו להציל ממנו, ואינו חומד הטלית עצמה.

שם תוד"ה ממון, צ"ב כונתם ז"ל, דאפי' אי קושטא הוא דבספק שאינו יכול להתברר לעולם, אף ישבע מספק, מ"מ שפיר משבעינן לי' משום ספק מלוה ישנה שיכול להתברר, וגם בדרך כלל יכול להיות שיתברר, ופריש מספק שבועה.

ח. **שם** אביי אמר חיישינן שמא מלוה ישנה כו', אביי אשבועה דמתני' קאי, ולא בא ליישב דברי ר' יוחנן, דא"כ הול"ל אביי אמר אימר מלוה ישנה יש לו עליו, ועוד דהא ר"י קאמר שלא יהא כאו"א הולך ותוקף כו' ולאביי לא חיישינן להכי, ועוד דמבואר בגמ' דאטלית קאי דאמר' א"ה נשקול בלא שבועה כו', תפיס ממונא כו', ואם אביי בא ליישב הא דלא אמר' מיגו דחשיד אממונא כו', הול"ל טעם זה בעלמא שיכלול כל הקושיות שבגמ', ועוד דא"כ העיקר חסר בדברי ר"י (א"כ נימא דחיישינן לכאו"א אלא שהשבועה משום האי דאית לי') א"ו אביי בא לחלוק אדר' יוחנן ומפרש למתני' משום מלוה ישנה, וכ"מ ברש"י, אבל מהצעת הר"ף משמע שמעתיק דברי אביי ליישב מימרא דר' יוחנן, (ויתכן דמה"ט שינה הלשון לאמר אביי נ"ל לא אביי אמר), ולא העתיק תירוץ קמא, וה"ק שלא יהא כל אחד שיש לו ספק מלוה ישנה

דדוחק לאוקומי מתני' בכה"ג, וגם בגמ' אין נראה להעמיד באופן משונה, ובעיקר הסברא אמר דסברא דאישתמוטי מהני גם כשכונתו לגזול, דכל שמצטרף עוד סיבה לכפירתו, דהיינו שרוצה הממון וגם טריחא לי' למיזל לאגם, עדיין לא חשיב גזלן גמור, דגם אם לא החליט בדעתו לגזול, כופר הוא בכה"ג, ולכן גם מי שהחליט לגזול לא חשיב שכבר עשה מעשה הגזילה בזה, נמיהו אדם כשר שאינו סבור לגזול כלל, באמת גם לא יכפור משום טירחא זון.

ז. ו' **א'** ולא אמר' כו' משתבע נמי מספק, יעוי' בראשונים ז"ל דבאמת אינו יכול לקחת הטלית בפרעון חובו אפי' אית לי' ודאי מלוה ישנה, אלא צריך לטעון מכח המלוה ומהימן במיגו עד כדי דמיו, מיהו כשטועה בזה לאו חשיד אממונא הוא, אבל קשה דא"כ כשנשבע דדידי' היא איכא ודאי שבועת שוא, אפי' אם האמת שיש לו מלוה ישנה, וא"כ מאי צריכין לטעמא דשבועה ליתא בחזרה, הרי זוהי ודאי שבועת שוא, וצ"ל דכיון דלא מצי למיגבי מדחברי' מידי ועביד דינא לנפשי' לתפוס הטלית בפרעון חובו, סבור הוא ששבועתו אמת, דמכיון שתפסה בפרעון חובו דידי' היא, מיהו לא משמע בגמ' דשבועת שקר היא, אלא שסבור שהיא אמת, שו"ר ברש"י שכ' ונשבע שיש לו בה דמי חציה וטלית זו שלו דהא אפי' גלימא דעל כתפיה שעביד לי', ומשמע לכאו' דאינו יכול לישבע בהדיא דדידי' היא, אלא נשבע שיש לו בה כו' ובכה"ג מתפרש זכות דמים, וזה שפיר נשבע כיון שכל נכסיו משועבדין לו, מיהו בנ"י העתיק לשון רש"י בלא תיבת "דמי", ועשטמ"ק בשם הריטב"א, וצ"ע, ונראה דמשבועה שאינה ברשותו לא פריך דזה אינו יכול לישבע אפי' בודאי מלוה ישנה, (ודוחק לומר דמתפרש שאין פקדונך ברשותי דדידי' הוא).

להמציא חשש כדי לומר דליכא שבועת שוא, (מיהו מסומכוס ב' ב' אין להק', דהיכא דבלא טענותיהן יש ספק לב"ד, אין להמציא ענין מלוה ישנה, אע"פ שהם ברי וברי).

אב"ל רש"י פי' דאביי פליג אר' יוחנן משום דס"ל דחשיד אממונא חשיד אשבועתא, [אבל לא משום דקשיא לי' עיקר הטעם דאין לחוש שיתקוף ע"מ לגזול], וכיון דזה מה שבא אביי ליישב, ע"כ לומר דבכל דוכתא חיישינן למלוה ישנה, ולכאור' הי' אפשר לחלק דדוקא בתוקף בגזלנותא חשיד אשבועתא וכמו שחילקו תו' גבי חמסן, ולפ"ז לא פליג אביי אלא בגונא דר' יוחנן, אבל מודה לראיות שהביאו בגמ' דמשום עון גזל לחוד לא חשיד אשבועתא, אבל אין זה במשמעות הסוגיא וע"כ צריך לדחוק, [והטעם משום דהנדרון בשמעתין הוא אם יפרוש מחומר תרי איסורי ואם נקטינן דפריש מממונא [דלא תקף] ע"י השבועה, יש לנקוט שיפרוש גם מממון שתקף, ורק כשהנדרון על הגברא בזה אמרי' דגברא דתקיף גרע טפי, ומה"ט נמי פשוט מדמה הגמ' לאו דלא תחמוד לנדרון דחשיד אשבועתא, דכיון דבידיעין דעבר חשיד אשבועתא א"כ הדרינן תו לנדרון אם יפרוש קודם שחטא], - יעוי' בשטמ"ק בשם הרא"ש דמחלק בין עדות לשבועה, וצ"ל דלאחר שנודע פסולו, אין לב"ד להשביעו, אבל השתא דרק חשיד ומחזקין לי' בכשרות אין איסור להשביעו, ושפיר משבעין לי' משום תועלת דספק מלוה ישנה, וזה כסברא שביאר אאמו"ר שליט"א לענין שבועה דאורייתא אחר שבועה דרבנן, עי' לעיל סק"ב.

ט. **רא"ש** ס"ט ומיהו אין נפקותא בזה כו' דאל"כ תיקשי לאביי מכל הלין כו' אפשר דדעת רבנו דאפי' בגונא דליכא למיחש למלוה ישנה, כגון שידוע שלא הכירו זא"ז מעולם, (ושניהם מודים בזה או דאיכא עדים), או שהפקיד אצלו ממון הרבה דלא יתכן למתלייה בספק מלוה ישנה, (אא"כ נימא

הולך ותוקף, ואפשר דמשמע לי' הכי גם מהא דאמרי' לעיל ג' א' שבועה זו מדרבנן היא כדר' יוחנן כו' ומדמייתי סתמא דתלמודא לדר' יוחנן ש"מ דקאי הכי למסקנא, מיהו יש לדחות דלא מצי לאתויי דאביי כיון שלא הזכיר בדבריו דתק"ח היא, ודבריו נאמר אדר' יוחנן דאמנם תק"ח היא אלא הטעם משום מלוה ישנה, ולישנא דחיישינן משמע דאקו' דשבועה זו למה קאי, וכמשנ"ת.

והנה בפשוטו כיון דאביי אמרה למילתי' אמתינ', אין לחדש מכח זה דבעלמא נמי חיישינן למלוה ישנה, דסברא זו שייכא בכה"ג שתקף, דאמרי' דמסתמא יש לו סיבה לכך, אבל כשאירע נדון בחנוני או בפקדון, אין לנו לחדש שאירעו שני המקרים יחד, דנודמן לאדם זה שיש לו ספק מלוה ישנה והפקידו אצלו, דלא אמרי' כן אלא בתקיפה דבזה לא מחדשינן שני ענינים, אלא לפי שיש לו ספק מלוה הלך ותקף, תדע דהא ודאי לא תיקנו חכמים שבועה משום מלוה ישנה אלא בכה"ג דשנים אוחזין לפי שיש ריעותא לפנינו, ומנלן לחדש דמשבעין לי' שאינה ברשותו משום מלוה ישנה, הרי אין כאן ריעותא דנימא מכחה שמא יש לו ספק מלוה ישנה (ועי' להלן) ויש להוכיח כן מדבן ננס דקאמר כיצד אלו ואלו באין לידי שבועת שוא, ואם איתא דטעמיהו דרבנן משום מלוה ישנה, א"כ איכא למימר דליכא שבועת שוא, דשמא באמת יש לו מלוה ישנה, [ואין לומר דאפי' ודאי אית לי' מלוה גבי', איכא שבועת שוא, דהא מבואר בגמ' דגבי טלית ליכא שבועת שוא אי משתבע דאית לי' בה, וכונתו לחוש דמים, וכמש"פ רש"י, עי' לעיל סק"ו, והכא עדיף דדמים בדמים הוא, ובכה"ג פסק רה"ג דנוטל המעות בחובו, ומשתבע דלית לי' גבי' מידי, ועוד דעכ"פ הו"ל לבן ננס למימר שישבעו שעדיין חייב להם דמי השכירות], אבל אם גם לרבנן לא מחדשינן ענין מלוה ישנה בלא דבר המוכיח, ניחא, דלא מהני האי טעמא

כגון בתפס דבר שלא יוכל להשיבו לאח"ז ויצטרך להשיב ממון, וש"מ דאיסורא דלא משמע לי', עובר עליו גם כשלא אפשר בחזרה, ועיי"ש שכ' שהרשב"א חולק ע"ז ע"י בחדושי הרשב"א ב"מ ס"ב ב', וע"י בתשו' הרשב"א המיוחסות סי' ק"ט, (וע"י בספר אאמו"ר שליט"א סנהדרין ס"ד סק"ז דמלוה בריבית לא משמע לאינשי עון גמור כשהלוה מתרצה מדעתו עיי"ש).

ובעיקר הדברים יש לבאר דודאי לא אזלינן לפי דברי התובע, שהרי הוא טוען דליכא כלל צד מלוה ישנה וגזלן גמור הוא, ואפ"ה משבעין לי', וכן בנשבע שבועה דרבנן חוזרין ומשבעין אותו שבועה דאורייתא, וכמ"ש בסי' פ"ז סי"ד, אע"פ שלדעת התובע כבר נשבע שקר בראשונה, והטעם משום דלגבי האפשרות להשביע אין לב"ד אלא מה שנראה להם בנאמנות, והרי הוא בחזקת כשרות, ולעולם יכול התובע לומר שיש לו תועלת בשבועה אע"פ שב"ד עצמם לא היו משבעין בכה"ג, ואפי' בגזלן ודאי יכול לטעון שיש לו תועלת בשבועה, אלא שאז אין ב"ד משבעין, דאין מוסרין שבועה לחשוד, אבל כל שב"ד מותרין להשביעו, אין התובע חייב לנהוג כהלכות ב"ד, שלא להשביע בשביל תועלת מועטת, או בחשש קרוב, דשפיר עבד כל טעדיק להציל ממון, (ורק מדת חסידות שייך כשקרוב שישבע לשקר), ורק בריבית שב"ד צריכין לדון על עיקר החיוב, בדבר דליכא חשש מלוה ישנה, בזה כ"כ הריטב"א, דכיון שעל ב"ד לדון אם חשוד על הריבית חשוד על השבועה, י"ל דלאב"י הוי חשוד, שו"ר בקצה"ח סי' צ"ב סק"ו ועיי"ש בתשו' הרשב"א שהביא בב"י שם.

והנה פשוט שהתובע את חבריו דמי נבילה שאכל משלו, ג"כ נשבע היסת, וכן בכל תביעה שעשה איסור במעשה שתובעו, ולכאור' אפשר לדמות ריבית לד"ז דכי היכי דלר' יוחנן אמרי' שע"י השבועה יפרוש מגזל, אע"פ

שדעתו להחזיר המותר), אפ"ה לא פלוג רבנן, דעיקר הקו' ונימא מיגו דחשיד היא על תקנה מיוחדת בגונא דחשיד, אבל אם עיקר התקנה בדלא חשיד ואירע דחשיד אין לבטל התקנה בשביל כך, וע"י לעיל סק"ב, אבל הריטב"א והר"ן והנ"י כתבו נפ"מ בשמחל לו כל מלוה ישנה, ומשמע דבאופן זה פטור מן השבועה, [מיהו לא מיירי בדמחל קמן אחר תפיסה, ד"ל דלא מהני לעשותו גזלן על מה שבידו, דכמחל לאחר שגבה דמי, ואפי' בנשבעין ונוטלין (ע"י לעיל סק"ב) י"ל דלא חשיד אאמנא בכה"ג, דמורי ואמר שבע"כ הוצרך למחול ועדיין תופס הוא בשביל החוב, גם צ"ל דמהני מחילה בע"כ, שהתובע בודאי מוותר על מחילתו, א"ו כונתם אם אירע שמחל קודם לכן, [וכ"ה בהדיא בחידושים הגדפסים ע"ש ריטב"א] אבל ודאי אינו יכול לפטור עצמו ע"י מחילה עכשיו], ועמש"כ בזה אאמו"ר שליט"א ס"ז סק"ו.

בשטמ"ק בשם הריטב"א כתב דנפ"מ בטוענו מנה של ריבית לי בידך, למ"ש הרמב"ן דלא מיתקן לאויה בחזרה, וא"כ לאב"י אינו מלוה בריבית משום ספק מלוה ישנה, דהא לא אפשר בחזרה לתקן לאו דריבית, אבל לר' יוחנן נהי דלא מיתקן לאויה כי פריש, מ"מ אם יפרוש מחמת חומר שני איסורים לא יצטרך לעשות דבר נוסף כדי לשוב מאיסור ריבית, דכיון שחוזר בו הרי עשה תשובה, ונמצא שמתקן הכל ע"י דפריש, ויש לדון בזה דאפשר שאם אינו מתכוין לזכות בריבית אלא לצד שחייב לו, שפיר מיתקן לאויה בחזרה, דאיגלאי מילתא שלא זכה בריבית, ועו"ק דודאי לא משמע לאינשי דעברי איסור ריבית גם לאחר חזרה, וזה קיל טפי מלא תחמוד דמשמע להו בלא דמי, (וכבר הוזכר כן בחידושים ע"ש ריטב"א עיי"ש, שו"ר שהובא כן בקצה"ח ס' צ"ב סק"ב מהב"י עיי"ש), תדע דמשום ספק מלוה ישנה עבר על לא תחמוד גם כשא"א בחזרה,

יעו"י בנה"מ סי' צ"ב סק"ב שהביא בשם התומים דצריך לזהר באיש שיש לו פטורים משאר תביעות ויש לו משכון או שאר נשבע ונוטל דא"צ לישבע [והנה מ"ש בנשבע ונוטל צ"ע דבזה לכו"ע לא אמרי' חשיד אממונא חשיד אשבועתא מדלא מייתי תלמודא אלא מחנוני, וכמשנ"ת לעיל סק"ב, וגם נראה דאינו נוטל בלא שבועה אפי' בחנוני, וכמ"ש להלן דדעת הרמב"ן דקי"ל חשיד אממונא לא חשיד אשבועתא, מיהו נפ"מ בשבועת היסת, או בשבועה שאינה ברשותו דג' שבועות], ובנה"מ כ' ע"ז דאכתי אפשר שיש לו ספק בתביעה זו עצמה, וגם י"ל דמחילה בטעות היא עי"ש, וצ"ע אם באמת יש ללמוד מדאביי לחוש למלוה ישנה ששכחה בשעת מחילה, ועכשיו נזכר, ועדיין מסופק הוא בה, דבפשוטו עיקר המחילה באה על מלוה ישנה דחייש לה אביי, אבל אין להמציא חשש מלוה ישנה ששכחה ואינה נכללת במחילתו, וכן בתביעה זו עצמה אפשר דלא אמרי' שמא מספקא לי', שהרי שוטחין טענותיהם לפני ב"ד, ויודע הוא מהכרעת ב"ד אם יש לו או לאו, וגם אינו תולה בשכחת חבירו כמו במלוה ישנה, מיהו לענין דינא הרי דעת הרמב"ן דלמסקנא חשיד אממונא לא חשיד אשבועתא, וכן הרא"ש לא הכריע בזה, ולא מיבעיא דאינו נוטל בלא שבועה, אלא אף בנשבע ונפטר, יש לעשות מזה עכ"פ סניף לחייבו שבועה.

שו"ע סי' צ"ב ס"ג אבל בלא עדים אינו חשוד דשמא מלוה ישנה כו', הלשון מקוצר, דכל הנדון שייך לגבי אותו ממון, דאילו לנדון אחר הרי הוא טוען שלא חטף כלל, ויתכן שלא רצה הטור לבאר דחשיד אממונא חשיד אשבועתא אי לא מלוה ישנה, ולכן סתם הדברים דיש חשש מלוה ישנה, ועיקרו בא לומר הפסול, דבדאיכא עדים לא מכשרינן לי' בהכי, ולפ"ז גם יתיישבו דברי הט"ז שכ' דא"צ להגיה ספק מ"י.

שאינו יכול לתקן הריבית, ה"נ יש לתלות במלוה ישנה לענין גזל, דנימא שאמנם הלוהו בריבית (כמו לר"י), ועכשיו ה' פורש אי לאו ספק מלוה ישנה ולכן יפרוש ע"י שבועה, כללא דמילתא דאין לנו לדון באיסורא דעבד כבר, וכל הנדונים בשמעתין הם באיסור שעדיין עושה, דבזה אמרי' דלא פריש משבועה כיון (ששרץ בידו) שגזל בידו [ע"י תו' ה' ב' במ"ש על תי' ר"י החסיד וכן בנ"י בשם ר"ת], וכנראה דעת הריטב"א דלא אמרי' טעמא דפריש מאיסורא אלא לר' יוחנן, אבל לאביי דחשיד אממונא חשוד אשבועתא לא משבעינן לי' אלא כשיש לנקוט מעיקרא שלא חטא ומשום מלוה ישנה הוא דתפס, מיהו באיסור נבילה גם הריטב"א מודה, ורק בריבית דן, כיון שהגזל והריבית הוא ענין אחד ממש, משא"כ בנבילה שהגזל הוא הלקיחה, מיהו גם בריבית יש לומר כן, שעל ב"ד לדון רק על המעות לקח ממנו שלא כדין, ולא איכפת לן אם תקפו או ע"י הלוואה בריבית, ואפשר דיש לדון בזה פלגין דיבורא, דאין ב"ד דנין על המעשה איסור דזה אין התובע נאמן כלל, ואין אנו דנין אלא על התביעה ממון שיש לו, וכיון שכן אינו יוצא מכלל כל התביעות דמשבעינן לי' משום חשש מלוה ישנה, - ויעו"י בקצה"ח ונה"מ ספ"ז סל"ד ובחידושי הגרע"א ז"ל ו' א' גבי שליחות יד [וברמב"ן שם מבואר דלא כותי'], בההיא דנשבע ש"ד אחר היסת דאפשר ששב בינתיים, (עיי"ש שהזכירו כן ע"ד תו' ב"ק ק"ח א' ולע"כ בדברים רק עצם הסברא), ולפ"ד ה"נ הוה לן להשביעו, די"ל ששב על האיסור ריבית, וי"ל דכיון שבודאי עשה איסור תו לא תלינן החלק הממוני במלוה ישנה, דהא חזינן שמעשה זה עשה שלא כדין, משא"כ בנשבע שזהו מעשה נוסף, ושפיר י"ל שאחר שתפס משום מלוה נשבע ולא פירש מספק שבועה ועכשיו עשה תשו' ע"ז, מיהו גם בריבית שייך לומר כן שלא חשש לאיסור ריבית בזמן התפיסה.

שהופסדו בפשיעה, וגם לא שייך לומר דהמעות שבידו הם של העיסקא, דשמא נפסדו, וע"כ צ"ל דמיירי בדידעין שהמעות נתנן בעסק זה, והעסק קיים ורווח, [והרי אינו יכול להוציא המעות לצרכו], ולפ"ז אף אם השקיע חלק מהכסף בעיסקא אחרת ומשתמט מלבטל העיסקא, ומש"ה כפר, מ"מ יש כאן חלק דודאי הוא של המפקיד, דיש לו שותפות בעסקא, וכיון שכפר בחלק שהוא בעין, נעשה חשוד, וכמש"כ, ומ"מ הדברים צ"ע דבסברא שייך אשתמוטי בכה"ג, וכמשה"ק בד"מ, ומ"ש בסמ"ע אינו מיישב כ"כ, דאם יש כאן טעמא דאשתמוטי, תו לא מחלקינן איזו טענה טען, עי' לעיל סק"ד מדברי הראשונים ז"ל בזה, שו"ר בש"ך סי' ע"ה ס"ק י"ז שהאריך בכ"ז עי"ש, - (בתשו' הרא"ש שם יש עד המסייע על ק' הנוספים, ואם הוא פוטר מן השבועה, אין התובע צריך לישבע אלא על נ', ואפשר שלכך סתם הדברים, ולא הזכיר דכשנגדו צריך לישבע [עש"ך סי' ל' ס"ה בזה], גם יתכן שכל התביעה היתה מכח העדים, [דהתובע ה' קטן (ועכשיו הגדיל), ועי' סי' צ"ו ס"א], שהעיד כל אחד על ממונו אחר, דהיינו שמעדותם נתברר שהי' בידו מאתים, אלא שאין מתחייב בעדותם כי אם נ', וא"כ אין שכנגדו יכול לישבע, וצ"ע הדין בזה, עסי' צ"ב ס"ז ח' י' ולע"כ בזה כלל, ועי' סי' ל' ס"ג ובש"ך שם).

פ"ת סק"ו בשם הגרע"א ז"ל שציין לקצה"ח בדין חשוד שעשה תשו' אחר הטענה אם נשבע, ועי' סנהדרין כ"ה א' א"ל רבא דילמא איערומי כו'.

י. שו"ע סי' צ"ב ס"ד והוא שיש עדים שראוהו בידו בשעה שכפר, א"נ שהעידו שהי' אז בביתו והוה ידע, כ"ה בגמ' ועי' לעיל סק"ו אם הפקדון במקום רחוק והוה ידע, אם אמרי' אשתמוטי עד דמייתי לי' מהתם.

ויש לעי' אם טענו שני כלים מסרתי לך, והלה כופר בכל, ויש עדים שראו אחד מהן, אם אמרי' האי דכפר בכל הוא משום דמשתמיט מתשלומי הכלי שחסר והוצרך לכפור בכל, כדי שלא יצטרך שבועת מב"מ, דאם יתחייב שבועה שוב לא יוכל להשתמט מתשלומי הכלי השני, דהא פריש משבועתא [ועי' משכח"ל כגון דלא מצי למימר הילך, א"נ אם שייכא סברא זו לא אמרי' דהול"ל הילך ודוק], או"ד כיון דהוחזק לפנינו בגזל כלי אחד, לא מחדשינן טעמים להכשירו, ורק באשתמוטי הרגיל אמרי' כן, דבמשתמט מתשלומין דרך הוא לפעמים שכופר הכל, ואינו נמנע מלהעיד, מפני שידוע שגם המלוה מבין דלאשתמוטי קאמר, אבל כשיש לפנינו גזל דבר בעין, צריך ראי' להכשירו, והכי מסתברא, שו"ר שכ"ה בשו"ע סי' ע"ה ס"ד.

ואפשר ליישב עד"ז מ"ש הרא"ש בתשו' כלל צ"ד ס"ח הובא בסמ"ע ס"ק י"ד, שכ' דבנתנו לו מעות לעיסקא, וכפר בהן, לא אמרי' אשתמוטי קא משתמיט, דהא לא שייך למימר בחשנא ומשכנא לי', כיון שאינו חפץ מבורר, והמעות שבידו או ברשותו צריך להחזירם, והנה משמע דבעובדא שם א"י לטעון נאנסו או הופסדו בעיסקא, דאל"ה מצינן למימר דמשתמיט מלשלם מפני

סימן ז

תופס לבע"ח, ומגביה מציאה, ומיגו דזכי

הבעלים, אבל לא אלים להחליט את הבעלות, מפני שהקנין קלוש דבאמת לא הוכנס החפץ לרשות בעליו, דרק ע"י ע"י שנקנה לבעלים יש כאן מעשה קנין.

וב"ז שייך רק בתופס שלא נשתתפו במעשה הקונה והמקנה, אבל חצר או פועל, חשיב המעשה מכח הקונה, דאע"פ שצריך דעת הפועל בקנין, מ"מ כיון שא"צ דעת מחודשת בזכיה, אלא סגי בזה שאינו חוזר בו, חשיב שהמעשה בא מכח שכירות הבעלים, ולא דמי לשליח שכל העשייה מתייחסת לשליח, דבזה שעשאו שליח לא חל כלום.

והנה לכו"ע התופס לבע"ח במקום שאינו חב לאחרים קנה, ואמנם אין ללמוד כן ממתני' למאי דמוקמינן לה דתן כזכי, דכשזוכה מדעת הבעלים, לאו תופס הוא כלל, מ"מ יש ללמוד כן מלישנא דר' יוחנן, ולפמשנא טעמא דמילתא כיון שאין הקנין צריך להחליט זכויות, רק לעצם מעשה קנין, מהני מה שעושה לחבירו מדין שליחות, וכיון שאינו חב לאחרים א"צ שיהא לו זכות לעשות המעשה קנין, ומסתברא דה"ה דהמציל מזוטו של ים יכול לזכות לחבירו, כיון דאינו חב לאחרני, (דאין נראה לומר דבבע"ח חשבינן ללוה כמסכים בע"כ, ומהני מכח הלוה).

ולפ"ז מבואר הא דאמר רבא ח' א' דמהני מיגו דזכי לנפשי', דכיון שהחסרון בעצם מעשה הקנין, היכא דבאמת מכניס לרשותו בהגבהה זו, שפיר מהניא לסייע גם לחבירו לקנות, דיש כאן קנין גמור, [והי' אפשר לפרש דלא חשיב חב לאחרים, כשצריך לזה כדי שיקנה לעצמו, ונפ"מ כגון שתפס בידו מה שזוכה, ואינו צריך לחבירו בשביל

א. גיפ"ז י"א ב' ש"מ מדרבנן התופס לבע"ח קנה כו' ואפי' במקום שחב לאחרים א"ל אין, מבואר מזה דאף במקום שלא חב לאחרים יתכן לומר דלא קנה, והיינו משום דלא מצי זכי לנפשי', [ועי' לק' ס"ק י"ב], ולעומת זה מצינו דגבי מציאה חשיב חב לאחרים, אע"פ שלא יתכן לומר שעשה שלא כהוגן, וגם אין לומר דהחסרון ביסוד דין שליחות שהרי חצר המשתמרת שאינו עומד בצדה מדין שליחות היא, וקונה לו מציאה לכו"ע, [שו"ר שדנו בכ"ז ועי' לק' ס"ק י"א], וכן פועל דידו כיד רבו, אע"פ שג"ז מדין שליחות, [כ"ג לכאור' ועי' לק' סק"י], והנה בעיקר הדבר למדנו מדין שליחות בגט דמהני הכנסה לרשות אחרת שתקנה בשביל המשלח, אע"פ שהי' שייך לזון ולומר דלא שייך שליחות במעשה קנין דהכנסה לרשות שאינה שלו, אינה מעשה קנין, ושמענין מינה דשייך הכנסה לרשות לקנות לאחר.

ואפשר דהנדרון של תופס לבע"ח הוא, אם המעשה שעושה זה שאין לו זכות בעצמו, חשיבא מעשה קנין, ואמנם כשעושה כן בשליחות בעל הממון, מהני שפיר המעשה בשביל הזוכה, אבל כשתופס על דעת עצמו, אין הקנין מעשה בעלות, דהמעשה בעלות שלו חיילא רק מכח זה דזכי לבע"ח, דבאין כאחד הזכות לקנות עם הקנין, ויש בזה שני נדונים חדא דאין לו זכות לעשות מעשה הקנין, וזה שייך גם במקום דלא חב לאחרני, דאין לו שום תפיסה בממון לעשות בו קנין, ועוד יש לזון אם מעשה קנין כזה אלים להפקיע זכויות אחרים, או דמהני רק לגמירות דעת שיש בין מקנה וקונה, בדבר שעיקרו מוחלט ע"פ

כך, אם מהני כיון דמ"מ מכניס לרשותו בהגבהה זו, וצ"ע בזה].

ואפשר דר"נ ור"ח ב"מ י' א' דלא ס"ל טעמא דמיגו דזכי לנפשי, היינו משום דס"ל דלא מהני קנינו של התופס להחליט הבעלות, דסברת מיגו מהניא כשהחסרון בזכותו של התופס, אבל אם מעשה כזה אינו מועיל לקבוע עובדות, רק להסכים למעשה שכבר נעשה, [או בדלא חב לאחרניי שג"ז חשיב שאין המציאות נקבעת ע"י הקנין], לא מהני מה שיכול ה' לעשות מעשה אחר, אכתי השתא הרי לא נעשה, אבל עולא משמי' דריב"ל ב"מ ט' ב' [וכן אמימר ואיתימא ר"פ בשמעתין בסמוך], ס"ל דהחסרון בזכותו של התופס, דכיון שאין לו זכות לעשות מעשה הקנין, לא אמרי' דבאין כאחד לזכות לבע"ח ולכן מהני מיגו, דכיון שיש לו אפשרות לקנות לעצמו, יש לו כח תפיסה לזכות לאחרניי, שוב נתחדשו בזה כמה דברים עי' לק' ס"ק י"א.

ב. **שם** תוד"ה ש"מ, תימה לר"י כו' אבל כאן אפי' העבד עצמו כו', לכאור' בפשוטו ניחא, דאם בא העבד ליטלו מיד מן השליח ה' משתחרר מיד, ונמצא שאין עיכוב מצד האדון למנוע מן העבד את השחרור לזמן מסוים, ושפיר עביד ל' האי שליח זכייה ותופס עבורו, ומ"מ חשיב חב לאדון כיון שע"י תפיסתו מחליט שלא יוכל האדון לחזור בו, ואמנם תפיסתו בשעה שעדיין ניחא ל' לאדון בהכי, מ"מ כיון שהוא קובע המעשה בתפיסתו ה"ז שייך לדין תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים, וכמשנ"ת לעיל סק"א דהגדון אם אלימא תפיסתו לקבוע בזכות הבעלות, או רק לגמירות דעת במעשה הקנין, והיינו באמת מאי דבעי ריב"י ואפי' במקום שחב לאחרים, מפני שכאן יש מקום לדמותו לאינו חב כיון שמדעתו נתנו וכ"כ הר"ן, וצ"ב בדעת תו'.

ואפשר דאם ה' אחר תופס מן השליח ומזכה לעבד, בזה גם התו' מודו דשייך לדין

תופס לבע"ח, ודוקא הכא קשיא להו כיון שצריך לפרש שהשליח זוכה בתפיסה זו שמקבל מן האדון, והרי האדון לא נתן לו ע"מ לזכות, וקודם נתינת האדון אין לו זכות תפיסה כלל, בזה ס"ל להתו' דאינו יכול להחליט בקבלה זו לשם תפיסה, כיון שלא קיבל ע"מ כן, ובעלות האדון קובעת עד שמקבל השליח, מיהו ל"ק כ"כ, ושפיר י"ל דבאין כאחד הזכות תפיסה עם קבלתו מן האדון, ויכול השליח לקבלו עבור העבד, ומהני כדן תופס בלא דעת הנותן, ומסתברא דאף בפועל של העבד דידו כיד רבו, מהניא תפיסתו, ואע"ג דמהני מפני שהתפיסה מתייחסת לעבד עצמו, והכא לא נתכוין האדון ליתן לעבד, מ"מ מהני כיון שא"צ לכח האדון בשביל התפיסה.

ויותר מזה נראה דאם השליח נתן לאחר לזכות בשביל העבד, מהני לכו"ע דלא חשיב תופס כלל, ואע"פ שמקדים עי"ז שחרור העבד, ומונע חזרת האדון, מ"מ אין בזה החסרון של תופס, כיון שנעשה מדעת השליח של האדון, והרי הוא כמוהו לזכות ע"י אחר, ורק בכח"ג שזוכה בזמן קבלתו מן האדון, בזה חשבינן ל' כתופס, כיון שאין הזכייה באה מכח האדון, ולא מכח השליח, ועדיין לא זכה השליח שיזכה לעבד.

ובאמת יש בזה ענין מחודש, דמשמע שאם ה' בגיטי נשים זכות לה היתה מתגרשת בתפיסת השליח, אף למאי דס"ל דתן לאו כזכי, ולכאור' קשה דלא עדיף מטלי גיטך מע"ג קרקע, שהרי התופס לא חשיב מכח הבעל, והא פשיטא דאם תפסתו האשה מן השליח שלא מדעתו דאינה מגורשת, וצ"ל דהכא שאני כיון שהשליח בעצמו הוא התופס, חשיב כאילו נתנו השליח לשליח של האשה, ובכח"ג חשיבא נתינה גמורה, וזה באמת חידוש לחשוב האשה כמקבלת, והשליח כתופס וכנותן.

מההיא דב"מ י' א' דלא שייך לומר דהמבקש תנה לי כאילו אמר זכה לי, ואמנם בכלל לשון תנה לי שאם ירצה יזכה לו, אבל כשמגביה ע"ד בקשתו עדיין אינו כזוכה עבורו, ונראה שזו כונת תו' דדוקא הכא דדעת אחרת מקנה אותו אמרי' תן כזכי, ור"ל דוקא כשאומר המזכה ולא הזוכה, [מיהו מדבריהם משמע דתן כאומר בהדיא זכי], ובתו' הרא"ש ב"מ שם הוסיף טעם למה באמת לא אמר המוצא זכה לי, מפני שרצה להעלים מן המגביה שזו מציאה, דאם ה' אומר זכה לי ה' המגביה מקדים לזכות לעצמו, לכך אמר לו תנה לי שיחשוב ששלו היא ונפלה ממנו, אבל יסוד הדברים כמש"כ דכשהזוכה מבקש שיזכו עבורו אינו אומר תנה לי, ולכן כשהגביה על דעת דבריו לא זכה עבורו, ועי' לק' סק"ו.

ובפשוטו לשון כל האומר תנו, מוכיח דלאו דוקא בשחרור עבד קאמר, דאל"ה הול"ל כיון דאמר תנו כו', וגם הסברא לחלק בין שחרור לסתם מתנה אינה פשוטה כ"כ, דהא מתנה נמי משום נייח נפשי' היא, אלא דמסתמא שחרור עבד דדבר גדול הוא, אינו נעשה אלא בחוב גמור, משא"כ מתנה (שו"ר שכ"כ הרא"ש סי"ט) אבל לא הול"ל לתלמודא למיסתם כי האי מילתא (ולומר כל האומר תנו כו'), ובירור' נמי מבואר דינא דמתני' סותר לכלל דתן לאו כזכי, ומוקי למתני' בדאמר זכה, [הובא ברשב"א י"ד א'], ומשה"ק תו' מברייתא דלק' י"ד א' דקתני הולך ותן גבי מלוה ופקדון, (אף דלפרתו' נמי הוי זו ואצ"ל זו, מ"מ לדיוקי דמתנה אתי), י"ל דלרבותא דחייב באחריותו קתני לה, [ולא מצי למיתני זכה, מפני שאין זה זכות גמור משום דאינו זכות שיפטר מאחריות], גם יתכן דאמנם סיפא דברייתא כמו שהובא בתו', אבל תלמודן לא מייתי לה, דס"ל כו' יוחנן, והירור' דמייתי לה באמת פליג אר' יוחנן בהא, ולפ"ז לתלמודן כל האומר תנו אפי' במתנה כזכו דמי, והולך לכו"ע לאו כזכי כדמסיק בתלמודן, וכ"כ הר"ן

שם בא"ד ונראה לר"י דחשיב קצת חוב כו' רוצה הוא שיהא בע"ח בכך כו', נראה כונתם דנדון לבע"ח במקום שחב לאחרים, פירושו תופס במקום שאין בעלותו של הזוכה מוחלטת קודם התפיסה, ולכן אע"פ שהאדון ניחא לי' בהכי, מ"מ כיון שאין האדון מקנה לו, נמצא שצריך התופס לזכות מכח עצמו, דבר שאינו מוחלט לזוכה, וזהו הנדון אם יכול תופס להקנות למשלחו זכות בעלות, בלא דעת מקנה, ובמקום שאין חב לאחרים הול"ל כאילו זכותו של הזוכה מוחלטת, והתופס רק עושה מעשה הקנין, וכאן זכות בעלות של העבד גריעא משל בע"ח במקום שחב לאחרים, ומש"ה גמרינן מיני', מיהו הא דמשמע לפי דבריהם שהאדון רוצה שהשליח יזכה לעבד אלא שאינו אומר לו בהדיא זכי, צ"ע למה הוצרכו לכך, הא אפי' אם אין דעת האדון שיזכה השליח בתפיסה זו ניחא, דכיון שרוצה האדון שיהא כחוב עליו לשחרר העבד, א"כ שייך שפיר תפיסה על החוב, ואע"פ שלא נתנו לשליח ע"ד שיתפוס, מ"מ כיון שזה כחוב עליו שפיר תפסו השליח כאילו בע"כ של אדון, כמו שתופס בע"כ של לוה, אבל אם האדון רוצה בכך י"ל דהיינו זכי, ועכ"פ לא דמי לתופס דעלמא, וכמשה"ק הר"ן, ובאמת בתו' הרא"ש וברשב"א לא הוסיפו דברים אלו שבתו' שלפנינו ובר"ן עיי"ש, ומתפרש בדבריהם כמש"כ.

ג. **שם** גמ' כל האומר תנו כאומר זכו דמי, אפשר דה"ק כאומר זכו נמי אם תרצו דמי, דהאומר תנו הוא לשון נתינה גמורה שאינו מעכב כלום, וכאומר תנו בכל אופן שתרצו, ובכלל זה שאם ירצו לזכות הרי הוא מזכה על ידם, [גם יתכן דאע"פ שאינו מזכה, מ"מ תו לא הוה חב לאחרים, כיון שהאדון מרוצה בכך, ונפ"מ באומר הלזה לשליח תן לבע"ח פלוני במקום שחב לאחרים, וצ"ע בזה], וכך יש לפרש לשון הולך כזכי, דר"ל שאינו מעכב מלזכות לו מיד, ולפ"ז ל"ק

בשם הרמב"ם, וכ"כ ברשב"א בתשו' בדעת הראב"ד, וכ"כ הטור סי' קכ"ה בשם הרמ"ה, ולע"כ בסוגיא זו, ולכאור' יש לדקדק גם מדעולא ור"נ ב"מ ט' ב' דס"ל אף במציאה תן כזכי, והתם מתנה היא לכה"פ, ואין לחדש דפליגי נמי במתנה, ועי' לק' סק"ו, - גם משה"ק תו' למה תיקנו מעמד שלשתן צ"ב, דאפי' תן לאו כזכי, למה תיקנו, הול"ל שיאמר זכי, וכן צ"ע בתשו' הרשב"א שהביא בב"י חו"מ סי' קכ"ה ולע"כ, - ובעיקר הקו' ממתני' דלק' לכאור' התם נמי מתפרש תנו זכו, אלא שאין הדבר מסוים שיזכוהו, ואמנם כשיגיעו ליטול הדבר יזכוהו מיד בשביל המקבל, אבל הגדון במתני' כשלא קיבלו הדבר לידם עד שמת, וביאור הדברים כמש"כ דהאומר תנו נותן רשות לזכות, הלכך כשנותן דבר מסוים ליד השליח, או שהשליח יכול לזכות מיד עם אמירתו, למקבל, שפיר זכה לו (אם נתכוין לכך), אבל כשאומר תנו מנה מרכושי או כתבו ותנו שטר שחרור לעבדי, א"א שיזכו ע"י האמירה לחוד, עד שיקבלו לידם מה שאמר להם תנו, ואז גם יזכו, דכאומר זכו דמי, ומתני' מיירי כשמת קודם שקבלוהו לידם, ולע"כ בסוגיא.

ד. ב"מ ט' ב' תנן התם מי שליקט את הפאה כו' פרש"י אדם בעלמא דאי בבעל השדה לא אמר ר"א זכה כו', בחולין קל"א א' מבואר דלהזהיר עני על שלו, היינו דלית לי' זכייה בגויה, ומוציאין אותו מידו, ודינו כבעה"ב עשיר שליקט דהו"ל גזלן כמבואר ב"ק צ"ד א' לענין שינוי, ולפ"ז בעה"ב עני לא עדיף מעשיר, דבלא מיגו לא יתכן לומר שזוכה, דבשלמא אם היינו מפרשים דלעני יש רק איסור על שלו, כדי שלא יתנהג בבעלות, אבל לאו גזלן הוא, כיון שכל מתנות עניים שייכי לכלל העניים, והרי הוא עני, בזה י"ל דלא בעינן מיגו אע"ג דבעה"ב הוא, אבל כיון דמפרשין שאין לו זכייה כלל, דינו כעשיר, ויעוי' בתו' הרא"ש שש"כ דמ"מ לר"א יכול

לזכות, דכיון דאמרי' מיגו דאי בעי מפקר נכסי', א"כ גם השדה אינה שלו, ויכול לזכות במעשר עני לעצמו, ויתכן לומר בדעת רש"י דבכלל להזהיר עני על שלו דלית לי' נמי זכות מיגו, דלבעה"ב מזהר רחמנא שלא ילקט בשום ענין, דלכאור' ענין המיגו בעשיר, הוא מפני שבאמת אינו נוגד את כונת התורה, שהרי הוא זוכה לעני, ושרי לי' לכתחלה להפקיר נכסיו בשביל לזכות לעני אחר, ולכן אין לגרע זכותו כשלא הפקיר, והיינו דוקא באיניש דעלמא, אבל בעה"ב שמלקט בתוך שדהו מכח עצמו, קעבר על לא תלקט, וגם ממצות עזיבה יש ללמוד דבעה"ב אסור ללקט, מיהו היינו דוקא למאי דאיתנן עלה מכח מיגו, אבל אם טעמי' דר"א משום דהתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים קנה, בזה אין לחלק בין בעה"ב לאיניש דעלמא, ולפ"ז ניחא מש"פ רש"י גיטין י"א ב' מי שליקט את הפיאה בעה"ב עשיר שליקט כו', דאליבא דר"ח קיימינן התם דמפרש טעמי' דר"א דהתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים קנה, (גם יש מקום לחלק דלא אמרי' מיגו אלא כשהחסרון הוא בדבר חיצוני, אבל כשהחסרון בגוף הדבר לא שייך לומר מיגו שהי' דבר אחר, וא"כ י"ל דהחסרון דבעה"ב בשדה זה נקרא חסרון בדבר שלפנינו, משא"כ חסרון דעשיר שאין החסרון בפאה שלפנינו, אבל אין זה אמת בכאן, ודו"ק).

ובירור' פאה פ"ד ה"ו קאמר במימרא דריב"ל בבעה"ב עשיר נחלקו אבל בבעה"ב עני מאחר שהוא ראוי ליטול זכה, ומדמה לה התם למגביה מציאה לחבירו, ואם נפרש דבעל השדה קאמר, ע"כ צ"ל דס"ל דלהזהיר עני על שלו זה איסור לאו, ולא גזל, דאל"כ היכי מדמי לה למציאה, אבל אין נראה לחדש פלוגתא בזה, [מיהו עשטמ"ק בשם הריטב"א, וצ"ע], ובר"ש שם משנה ט' הוכיח מהירו' דלר"א אף בעה"ב גופי' יכול לזכות, [שם מיירי דבעה"ב זוכה לעצמו במקום השבולת

וכן סתמות הלשון ולימא מר כו' לא משמע דמחדש טעם אחר.

ונראה לבאר הדברים ע"פ מש"כ לעיל סק"א, דהנה אין לפרש פלוגתא דר"א ורבנן בהבנת החסרון דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים, ואם ר"א ס"ל דמהני מיגו, יש לפרש דלרבנן גם שייך שיועיל מיגו, אלא דס"ל דלא אמרי' מיגו, וכיון שכן נהי דאשכחן לרבנן דלא ס"ל מיגו בפאה, אכתי אין ללמוד מזה למציאה, דהתם פשוט יותר לומר מיגו, שאינו מגרע מחלקו של אחר, משא"כ במתנ"ע דזה שייך לכלל העניים, ואית לן למימר דעד כאן ל"פ רבנן עלי' דר"א אלא בפאה, אבל במציאה מודו, דכיון שבעיקר החסרון מהני אם יש לו זכות ע"י מיגו, מסתבר לומר דמציאה עדיפא טפי טובא ולא נחלקו בד"ז, ולפ"ז נחא טעמי' דר"ח דכיון דמפרש במתני' דהמגביה מציאה לחבירו ל"ק חבירו, ע"כ דלגבי החסרון של תופס לבע"ח לא מהני זכות שע"י מיגו, וכמשנ"ת לעיל שם דהחסרון בעצם מעשה כזה דלא אלים לקבוע הבעלות, ולכן אף במציאה לא מהני, וכיון דחזינן דלגבי החסרון של תופס לבע"ח לא מהני ענין מיגו, ע"כ דטעמי' דר"א לאו משום מיגו, אלא דס"ל דאף התופס לבע"ח דליכא מיגו קנה, וזהו שכ' תו' דר"נ כיון דקאי בשיטתי' דר"ח, יש לפרש לדידי' נמי מה"ט, והשתא אין להק' מדאמימר ואיתימא ר"פ בגיטין שם, דלדידהו באמת במציאה לכו"ע קנה, ושפיר מפרשי פלוגתייהו דר"א ורבנן אי אמרי' אפי' חד מיגו, מיהו בשמעתין אפשר לפרש דר"נ סתם הדברים דע"כ צריך עולא לומר דמעני לעני נמי מחלוקת, ואם ירצה ידחוק דהכל מטעם מיגו, ורבנן ס"ל דאף במציאה בעינן לטעמא דמיגו, אלא דקושטא הוא דלפ"ז עדיף טפי למימר כדר"ח וכמשנ"ת.

ו. שם דהא מציאה הכל עניים אצלה ותנן כו' תנה לי כו' לכאוי' משמע דר"נ

שנתן לעני, וע"כ שהוא זוכה לעצמו מכח שזוכה לעני, כ"נ לפו"ר, ולפ"ז נראה דנקט בעה"ב עני אגב עשיר, דבעשיר מחלוקת אף אם הוא בעה"ב, ונקט בבעה"ב עני כיון שהוא ראוי ליטול, וממילא מובן דבעל השדה עצמו אינו ראוי ליטול, וכ"מ בפ"י הרא"ש שם דמפרש הירו' דבבעה"ב עשיר זוכה אליבא דר"א, אבל לרבנן בעה"ב עני כעשיר דמי, מיהו אכתי אין להוכיח מהירו' דלא כרש"י, דאפשר דהירו' ס"ל טעמי' דר"א לאו משום מיגו, אלא כדר"ח דהתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים קנה, ובה מודה רש"י דה"ה בעה"ב וכמש"כ, (וצ"ע בסוגית הירו' שם דקצת משמע דאזיל בשיטה אחרת בכ"ז, ולע"כ).

ה. שם ולימא מר מעני לעני מחלוקת, פרש"י אפי' מעני לעני, ובפשוטו משמע דמ"מ מתפרש שפיר דטעמי' דר"א משום מיגו, אלא דלרבנן אפי' חד מיגו לא אמרי', ונראה הטעם משום דמשמעות המשנה דכל מי שליקט קאמר ר"א דזכה, ואין להעמידה בעני דוקא, וכן מדקאמרי רבנן יתננה לעני הנמצא ראשון נמי מוכח דבעשיר מיירי, ולכן ע"כ לא מצינן למעוטי בפלוגתא ולומר דמעשיר לעני לכו"ע לא זכה, וכן נראה דמתפרשת דחייה דאמימר ואיתימא ר"פ גיטין י"א ב', דמשמע דמפרש למתני' כדר"ח, והיינו בין בעשיר בין בעני ומפרש טעמי' דר"א משום מיגו, וש"מ דלרבנן לא אמרי' מיגו כלל, דאל"כ הול"ל דילמא לא היא ומעשיר לעני מחלוקת, וש"מ דאף אי מפרשינן טעמי' דר"א משום מיגו, מצינן שפיר לפרושי דפליגי בין בעשיר בין בעני, ויש לעי' א"כ למה פי' תו' בדר"נ דאתיא כדר"ח, דילמא לדידי' נמי מתפרשא כדחייה דר"פ, וגם אין קו' לעולא למה לא פי' דאיכא מ"ד התופס לבע"ח במקום שחב לאחרים קנה, דשפיר י"ל דפשיטא לי' מסברא דבלא מיגו אין לומר כן,

דעולא ור"נ סברי דכיון שהמגביה טעה וסבר שהיא של הרוכב, והי' דעתו למסרה לו, נמצא שעשה ההגבהה לשם בעלות הרוכב, וחשיב נמי כמגביה לצורך הרוכב.

ז. יי א"ל מתני' דאמר תחילה ה"נ מסתברא כו' נראה דלאו למימרא דרישא מיירי כגון שאמר בלשונו אני זכיתי בה תחילה, אלא דרישא מיירי כשמיד עם נטילתו אמר אני זכיתי בה, וזה מתפרש שבהגבהתו נתכוין לעצמו, וה"ק מתני' דאמר כן כשמתפרש דכונתו תחילה, (והי' אפשר נמי לפרש מתני' דאמר כן מיד בתחילה, אבל אין משמעות הגמ' כן, דיש לפרש כל לשון תחלה דשמעתין לכוונה אחת שו"ר שכ"ה בשטמ"ק בשם ר"ח), ולכן לא שייך להק' דליתני ברישא נמי תחלה, דכיון שהענין מתפרש כן, א"כ מיותר לשון תחלה, (ובלא"ה נמי לא שייך נמי להק' דליתני ברישא בלבד תחלה, דאם קאי תחלה אומן הגבהה א"כ אינו מיותר בסיפא, ואם לא הי' שונה תחלה בסיפא הי' מתפרש דמש"ה לא אמר כלום), והא דקאמר אלא לאו הא קמ"ל, אין הכונה דתנא סיפא לאשמועין ארישא, אלא ה"פ דמש"ה הוצרך להשמיענו לשון תחלה בסיפא, משום דרישא נמי מיירי בדאמר תחלה, כיון דרק אם אמר דמתחילה בשעת הגבהה זכה בה מהני, א"כ ליכא למימר דאע"ג דלא אמר תחילה תחילה קאמר, [ולפ"ד נחא לעולא הא דקתני זכה בה ולא קתני נאמן או דבריו קיימין, עי' להלן].

ולפי שינויא דעולא קמ"ל מתני' דהמגביה מציאה לחבירו קנה חבירו, וקמ"ל נמי דדוקא לאחר שנתנה לו לא מהימן למימר אני זכיתי בה תחלה, אבל אחר שהגביה סתמא, יכול לחזור ולומר אני זכיתי בה תחלה, וקמ"ל נמי דאע"ג דלא אמר זכה לי אלא תנה לי, זכה לו בהגבהה סתמא כיון שנתכוין למלא רצונו, [ואפי' לא ידע שזו מציאה, למ"ש הרא"ש].

ועולא ס"ל תן כזכי אפי' במציאה, וצ"ע למ"ש תו' גיטין י"א ב' דבמתנה תן לאו כזכי, ומייתו התם דהכי תניא בתוספתא, א"כ ה"ה מציאה, ואפשר לומר דמתנה גרע כיון שנותן מתנה מנכסיו, אינו רוצה לאבד זכות חזרה, משא"כ מציאה דהוה רק מניעת הריוח, אבל אין הדברים נראין, דהמבקש מחבירו תנה לי גרע מנותן מתנה, ולכו"ע לא מתפרש זכה לי, ואמנם נחא לי אם יזכה לו, אבל א"א לומר שכונת הלשון שיזכה לו מיד בהגבהה, [ועי' להלן עוד בזה], ונראה דס"ל לעולא ור"נ דנהי דתנה לי לאו כזכה לי דמי, מ"מ אם המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו, ה"נ דין הוא שיקנה, דלעולם דעת המגביה לזכות במה שיכול, והכא אם נימא דלא זכה הו"ל הפקר, ואין לפרש כן דעת המגביה וכיון שמגביה להשלים רצון חבירו, יש לפרש שזוכה לו במה שיכול, ואפי' לא נתכוין לכך בהדיא, דשליחותו מתפרשת בכל מה שיכול להועיל לחבירו, דאינו מגביה ע"ד שיהא הפקר בידו, (דזה ודאי משמע שאם לא אמר אני זכיתי בה לא זכה בה, דלא נתכוין לזכות לעצמו), ור"י סבר כיון דלא אמר זכה לי, אין לומר דסתמא מפסיד זכותו לגמרי ומזכה לו.

ועוד נראה בביאור הא דאר"י דאמר תנה לי ולא אמר זכה לי, דאין דרך שיאמר אדם לחבירו שיזכה לו מיד כדי שלא יוכל לחזור בו, דבשלמא תנה לי שפיר מבקש ממנו כיון שהוא רוכב ע"ג בהמה וחבירו מהלך קא"ל תנה לי, אבל לא חציף לבקש ממנו שיזכה לו מיד, ולפ"ז אפי' אם נימא דאם אמר לו תנה לי חפץ של פלוני, שנתן לי רשות לזכות בו, שפיר מתפרש זכה לי, מ"מ במציאה שמבקש החפץ עצמו מהשליח, אין מתפרש כלל זכה לי, וכיון שאינו רוצה שישתמע מדבריו שמבקש זכייה, לא אמרי' דמגביה ע"ד לזכות לו, וביותר נחא לפי מה שביאר בתו' הרא"ש דהמבקש אינו רוצה שהמגביה ידע שזו מציאה, ולפ"ז יתכן לומר

בדאמר זכה לי, או אפי' תנה לי באופן שהלה יודע דמציאה היא, וכמ"ש בתו' הרא"ש, ובפשוטו משמע דר"י סבר בפירוש משנתנו כדר"נ מדקאמר וא"ת משנתנו כו' משמע דבלא טעמא דתנה לי ג"כ ס"ל דמשמעות המשנה דלא זכה לו בהגבהתו, [ויתכן גם דר"י לא הכריע בפירוש המשנה, וה"ק וא"ת דמשנתנו משמע דלא קנה תפרש דאמר תנה לי דוקא ומשום דלא קאמר זכה לי, אבל אפשר לפרש דתנה לי דקאמר אורחא דמילתא הוא, ומתפרש גם שמבקש ממנו שיזכה לו, ואז נפרש מתני' בדאמר תחלה, והכי משמע לכאור' בירו', וניחא לן בזה דלכאור' חסר בדברי ר"י לשון תירוץ דהול"ל וא"ת משנתנו התם היינו משום דאמר תנה לי, או הול"ל וא"ת משנתנו הא אמר תנה לי ולא אמר זכה לי, אבל כיון שזה רק צד לשינויי מתני' שפיר נקט הכין], - (וראיתי בשטמ"ק בשם הרשב"א שנדחק בפי' הגמ' דאע"ג דלא אמר תחלה תחלה קאמר, וצ"ע למה לא פי' כפרש"י, ושמא משמע לי תחלה דכולה שמעתין בענין אחד, וגם לשון תחלה, מיהו ש"פ פירשו כפרש"י).

ח. **ביצה** ל"ט ב' במגביה מציאה לחבירו קא מיפלגי מ"ס קנה כו', לעיל דקאמר מ"ס בירא דהפקרא הואי ומ"ס כו' מתפרש מ"ס קמא אר"ש, ויש לפרש גם הכא כן, וזה מתיישב כפרש"י או פר"ת אבל לא כפר"ח ורשב"ם, והנה לפרש"י צ"ל דסתמא דתלמודא מעיקרא סתים דבבירא דהפקרא כרגלי הממלא, ואתיא כמ"ד המגביה מציאה לחבירו ל"ק חבירו, ולא הו"ל לתלמודא למיסתם הכי למאי דקיי"ל קנה חבירו, וכן במסקנא למאי דקיי"ל הלכה כר"ש באיסורי משמע דכרגלי הממלא, והא ליתא, למאי דקיי"ל קנה חבירו, ועוד דלפ"ז לר"ש הטעם משום דמי שנתמלאו לו, באמת לא נתמלאו לו, אלא לעולם נתמלאו לממלא, והוא נותן מתנה משלו לחבירו, ול"מ כן [שור' ברשב"א עיי"ש], ועוד דלפ"ז הוה

שם ואידך תנא סיפא לגלויי רישא כו' נראה דענין מחלקותם הוא משום דמתני' מתפרשת דכשאומר אני זכיתי בה אז זוכה בה, דאם ר"ל דנאמן לומר שזכה בה מתחלה, הול"ל דבריו קיימין או נאמן, אבל השתא דקתני זכה בה מתפרש דקאמר המגביה אני הוא שזכיתי בהגבהתה וקאמר תנא דזכה עי"ז, וס"ל לר"נ דעד שנתנה לו שייד ד"ז, דדייק מסיפא דדוקא משנתנה לו לא מהני אמירתו, אבל עד שנתנה לו זוכה באמירת אני זכיתי בה, ועולא מפרש למתני' שאומר מיד עם הגבהתה אני זכיתי בה, והכי משמע לישנא דאני זכיתי ולא אני זוכה בה, ומש"ה קתני זכה בה, ובסיפא קתני תחלה לפרושי דכולה בדאמר שבהגבהתה לא נתכוין לזכות לחבירו וכמשנ"ת לעיל, אלא שיש חילוק דקודם שנתנה לו נאמן לומר אני זכיתי בה תחלה, אע"פ שהגביה סתמא.

ולכו"ע מתפרשת המשנה בסיפא דומיא דרישא, דמשנתנה לו אינו מועיל אם אומר שזכה בה בזמן שאמרנו ברישא דזכה בה, והיינו דקאמר ר"נ תנא סיפא לגלויי רישא, דזה מבואר במשנה שהחילוק בין הרישא לסיפא הוא אם נתנה לו או לאו, וכיון דבסיפא קרי לאותו זמן בלשון תחלה וברישא לא קרי ל"י תחלה, מוכח דברישא בכל הזמן הדין כן, עד שנתנה לו, וכמשנ"ת.

והנה לר"נ הוסיף התנא תיבת תחלה, לומר דהמגביה מציאה לחבירו ל"ק חבירו, ולר' יוחנן צ"ל דנקט כן לאשמועינן דבאמר תנה לי אינו זוכה לו, עי' לעיל סק"ו, ומדנקט לה בתנה לי ולא אשמועינן רבותא דאמר בזכה לי, שמעינן המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו, [וביותר מוכח כן לפמש"פ בתו' הרא"ש דהמגביה לא ידע שזו מציאה], ואפשר דמשו"ה נקט התנא לישנא דמשמע לתרי גיסא, לרמוז דפעמים בעינן דוקא בדאמר אני זכיתי דמשמע מעיקרא, (וכן בסיפא דוקא בדאמר תחלה הי' מקום לומר שזכה), והיינו

ב"מ י' א' העתיק בשם ר"ח דהדר ב"י ר"נ מהאי דהכא, וכ"כ בהגהמ"י פ"ה מתיו"ט הי"ד בשם ר"ח, ולפ"ז קשה דא"כ אמאי הדינן מאוקימתא דשותפי נינהו, נימא דהדר ב"י ר"נ, [ולא נצטרך לומר דרבא טעה בהבנת טעמי דר"נ], ועוד דלפ"ז לא שייכא פלוגתייהו לדיני תחומין כלל, מיהו י"ל דס"ד דאזלינן בתר דעתו אע"פ שלא קנה.

ולפרש"ם קשה משה"ק תו' מ"ט דר"ש, ועו"ק דאטו כללא הוא דבמים אינו חב לאחרני, ואדרבא יש מקום לדון דמים של עולי בבל גריעי ממצאיה, שאם יבא לקלקל ולאבד המים, יכולים הרבים למחות בו, ונמצא שיש להם קצת זכות בדבר, ואילו במציאה יכול נמי לאבדה, וא"כ אדרבא במים הוה טפי חב לאחרני, וכן לפירושו קשה מ"ט זכה הממלא, ועוד כיון דמעיקרא הוה פשיטא לן דבהפקירא לא קנה חבירו, והכא נתחדש לן אליבא דר"נ דאינו חב לאחרני א"כ הו"ל לגמ' לפרושי, וביותר קשה דנקט לשון המגביה מציאה, ובזה לר"נ לא קנה.

אב"י לפר"ת מיושב שפיר, ונראה להטעים הדברים, דהנה לשון כרגלי הממלא אומר דרשני, דהו"ל כרגלי כל אדם או כרגלי הזוכה, וכבר דקדק בזה רש"י במתני', וכן הראשונים ז"ל בערובין עיי"ש ולע"כ בסוגיא זו, ולמ"ד המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו לא הו"ל לתנא למינקט האי לישנא, אא"כ כונתו לומר דאזלינן בתור הממלא אע"פ שלא מילא לעצמו, אבל למ"ד ל"ק חבירו לעולם הממלא נקרא זה שזוכה, דכיון שבמעשהו של הממלא לא נשתנה דבר, ועדיין הפקר הוא, לא חשיב ממלא אלא זה שהוציאו מכלל המים שבבור, ולר"ש נמי אם מילא ולא נתכוין לזכות הרי הן כרגלי הזוכה, אע"פ שלא מילאם מן הבור, ולפ"ז מיושב הא דאמר' מ"ס בירא דהפקרא הוא ולא מפרשינן מידי, דכיון דקתני כרגלי הממלא, לא הוצרך ר"ש לפרש דבריו, דהיינו דקתני במתני',

פשיטא לתלמודא מעיקרא דהממלא קנה לעצמו, ולא הוצרכו לפרש מעיקרא בטעמי דר"ש מידי, ורק הכא נתחדש דלר"נ לא קנה כלל, ול"מ כן, דאדרבא המחודש דקנה המגביה וכמשה"ק תו', ועוד דלשון במגביה מציאה לחבירו פליגי משמע שזהו הנדון הידוע במגביה מציאה לחבירו, ולפרש"י הו"ל הכא כיון דמגביה מציאה לחבירו ל"ק חבירו מ"ס קנה כו', ועו"ק דאפי' אי שותפי נינהו מסתברא דשייך הכא דינא דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים, ואם לעולם קונה המגביה, כשלא קנה חבירו, דין הוא דהכא נמי יקנה הממלא, וצ"ל דכיון דשותפי נינהו לא אמרי' דקנה הממלא, אע"פ שגם מי שנתמלאו לו ל"ק, דכיון שרוצה ליתן לחבירו חלק שותפותו אינו מתכוין כלל לזכות לעצמו, משא"כ במציאה, אבל כל כי האי הו"ל לגמ' לפרושי, מיהו יש לדחות דשותפי נינהו ולא הוצרך לזכירת המגביה, אבל אין נראה כן, דודאי התנאי שהתנו למ"ד שותפי נינהו, הוא שיזכה הממלא דאינו דומה לשאר שותפין שכל אחד מקבל חלקו, וא"כ הו"ל בדין מגביה לחבירו, ועוד דרש"י מוחק גרסת הספרים וכמשה"ק תו'.

ולפר"ח דלר"נ קנה חבירו, והדר ב"י משמעתי', צ"ע אמאי פשיטא לן דלמ"ד ל"ק חבירו, קנה הממלא, ופשטות המשנה בב"מ ט' ב' דאף למ"ד ל"ק חבירו, מ"מ לא קנה המגביה אא"כ אמר אני זכיתי בה, וכבר דקדק בזה רש"י במתני' שם [ועיי"ש בראשונים בזה], וגם דוחק טובא לומר דהדר ב"י ר"נ, דהא לא שמעינן ל' הכא בהדיא דהיינו טעמי, והו"ל לתלמודא למיפרך ידי' אדידי' כדפריך אשינויא דשותפי נינהו מדר"נ אדר"נ, וגם הכא חדא והתם תרתי דא"ל לעולא ב"מ ט' ב' וההיא דר"נ ור"ח דאמרי תרווייהו שם י' א', ודפריך ל' רבא, (והתם אהדר ל' ר"נ משא"כ בשמעתין), ואין דרך התלמוד לסתום בכה"ג, (ובתו' הרא"ש

תחומין, ולא רצו לומר כן בשל עולי בבל, דאז מוכיח טפי שהמים כשאר חפצי הפקר, ואתו למיחלף לומר כן בשל אנשי העיר, ולכן אמרו דהממלא ומוציאן מחזקתן, הן כרגליו בכל ענין, אבל אם לא קנה חבירו א"כ אין חבירו זוכה מכחו ולא שייך לומר שיהיו כרגלי הממלא, שהוא השאירן בחזקת של עולי בבל, ועדיין צריך יישוב.

ולפ"מ שני נחא מה שיש להק' לפר"ת נימא שיהיו כרגלי שניהם, דנהי דצריך להחמיר שיהיו כרגלי הממלא אבל אכתי איך אפשר להקל להוציאן חוץ מרגלי מי שזכה בהן באמת, [שו"ר בר"ן ב"מ י' א' שאמנם כ"כ לדעת ר"ת, אבל בר"ן על הרי"ף בשמעתין ל"מ כן], אבל למש"כ נחא שזוהי תקנת חכמים בבור של עולי בבל, ולפ"ז נראה דאף למ"ש הרמב"ן ב"מ י' א' דבמגביה מציאה לחבירו לא צרכינן לטעמא דמגו ואף אם מעני לעני מחלוקת, מ"מ במציאה קנה דאינו חב לאחרים, מ"מ הדין דכרגלי הממלא, דאין יסוד הדין משום כח המיגו, וגם בסברא טעמא דמיגו אין בו כדי להקנות תחומין, הגע עצמך ר"א דאית לי' תרי מיגו אמרי', וכי שייך לומר שהעני זוכה מכח העשיר, הרי העשיר אין לו שום זכייה בגוה, וכל הזכייה היא משליחות העני, שו"ר ברשב"א ב"מ י' א' שהק' ע"ד ר"ת.

ויצוי בבה"ל סי' שצ"ז סט"ז שהאריך לבאר דעת רוב הראשונים דקיי"ל כרגלי מי שנתמלאו לו, וכתב דמסתבר טפי דהשמטת הרי"ף והרמב"ם משום דקיי"ל קנה חבירו וא"כ פשיטא דכרגלי מי שנתמלאו לו, וכמ"ש המ"מ, והכי מסתברא שהרי סברת ר"ת אינה פשוטה דנימא שהרי"ף סמך דמתפרש סתמא כך, מיהו ברמב"ם צ"ע שהוסיף לבאר בפ"ה מהיו"ט הי"ד שכל מי שמילא מהן מוליכין למקום שהוא מהלך, ובאמת קשה להכריע בדבר מאחר דסברת ר"ת צריכה יישוב וראי', ובלא"ה צריך להחמיר כרגלי שניהם שהרי

[וכ"מ מהשמטת הרי"ף דסמך אהא דמתפרשא מתני' דלעולם כרגלי הממלא, לפמ"ש הרי"ף], ולפ"ז יש ליישב נמי הא דס"ד דרבא [כ"נ דאיתיבי' רבא לר"נ הכונה לשיטת ר"נ, והיינו דלא אשכחן דאהדר לי' ר"נ והק' כן למאי דס"ד דטעמי' דר"נ משום דשותפי ניהו שו"ר ברשב"א עיי"ש], דטעמי' דר"נ משום דשותפי ניהו ואם איתא דלמ"ד המגביה מציאה לחבירו ל"ק חבירו, אין מקום לומר כרגלי הממלא, וטעמי' דר"ש שייך רק משום דסבר קנה חבירו, א"כ לא הי' צריך למצא טעם בדר"נ, דהא שמעינן לי' דאמר ל"ק חבירו, [וי"ל דמשמע לי' דטעמי' דר"נ שייך לבור של עולי בבל, ולא נחלק מהלכות קנינים], ולמש"כ י"ל דס"ד דאם בירא דהפקרא הוא מודה ר"נ דהממלא נקרא זה שמילא מן ההפקר, (ולא זה שזכה אחר המילוי), דכיון שעשה מעשה בעלות הרי הן כרגליו, ואע"פ שלא הועילו מעשיו שייך לומר דחכמים תיקנו שיהיו כרגליו, דמ"מ אפיק להו מחזקתן בבור של עולי בבל, ורק אי שותפי ניהו חשיב זה שנתמלאו לו שהוא הממלא.

מיהו אכתי צריך טעם למה באמת אמרו חז"ל דכרגלי הממלא, ולא אמרו שיהא כרגלי כל אדם, ואפשר דכיון דשל עולי בבל לאו הפקר ממש הוא, שהן נחלת כל ישראל, [אלא שאינם בדין שותפין כגון לענין לאסור במודר הנאה], והי' מקום לומר שיקנו שביתה, לפיכך אמרו דמיד שמוציאין אותן מן הבור קונים שביתה, כאילו כבר קנו שביתה, וכשמזכה לאחר הרי הוא כמזכה לו מים שקנו שביתה, ולכן לעולם השביתה ברגלי הממלא, [מיהו בשו"ע סי' שצ"ז פסק כן בכל בור של הפקר, ואפשר לומר דלעולם מים של הפקר שייך לכלל, ולא דמי לשאר חפצי הפקר], ובסברת בנ"א הענין מובן, דהנותן לחבירו הוא העושה מעשה בעלות, וגדרי הקנינים אינם משנים בזה, ואם היינו אומרים שהן כרגלי מי שנתמלאו לו, הי' נראה כשינוי רשות לענין

מכח ה"נ מסתברא דקאמר במתני', אם מברייא דפועל, או מדיוקא דרמב"ח, ובא להשמיענו דאף מעני לעני מודו רבנן, וכיון שריב"ל הוצרך להשמיענו ד"ז, ור' יוחנן נקט דבריו בדליכא מיגו, ש"מ דלא ס"ל הכי, וכן בדחויא דאמימר ואיתימא ר"פ גיטין י"א ב' מתפרש דפלוגתייהו אף מעני לעני, כי היכי דמתפרש לאוקימתא דר"ח, וכיון דלא הזכירו בגמ' שם למידחי כי הא דעולא משמי' דריב"ל, משמע דלא נקטינן הכי, מיהו י"ל דמזה אין קו' לר"ח דמשמע לי' דמתני' מיירי בכל גווני, אבל מ"מ אם מסקנא דתלמודא דקיי"ל בביאור מתני' כריב"ל, הו"ל לאתוייה התם, ויעוי' בספר אאמו"ר שליט"א ס"י סק"ה מ"ש עוד בזה.

י. שם א"ל שאני פועל דידו כיד בעה"ב הוי, בפשוטו משמע דהפועל זוכה מיד בשביל בעה"ב כמו בשאר מלאכה שעושה לבעה"ב, ואפשר לפרש דכיון דידו כיד בעה"ב הו"ל כחצר, דכל מעשה הזכיה מתייחס לבעה"ב, ואמנם צריך שיהא הפועל בן דעת, דאל"ה אין כאן מעשה קנין, אבל הברירה אם לזכות לבעה"ב או לא, אינה תלויה בדעת הפועל, וכמו בעבד כנעני, (אא"כ חוזר בו), ואפי' אם יתכוין לזכות לעצמו לא קנה, כ"ז שאינו חוזר בו מהשכירות, וקנה בעה"ב, כמו בעבד כנעני ולפ"ז אף בבע"ח יכול פועל לתפוס, ובנה"מ סי' ק"ה סק"ב כתב בדעת התומים דהפועל בזוכה לעצמו ובעה"ב זוכה מכחו, ומשמע דמפרש שאני פועל דידו כשזוכה לעצמו, היא גופה כיד בעה"ב, וכמו מה שקנה עבד קנה רבו שאפי' רוצה לקנות לעצמו, עצמו היינו דרבו, מיהו בפשוטו משמע דמציאת פועל כשאר מלאכתו, וכמו בשכרו ללקט מציאות, דמעיקרא עושה מלאכת הגבחה המציאה בשביל האדון, וכ"מ ב"ק קט"ז ב' דקתני הציל לאמצע, ומוקי לה רבא בפועל, דמשמע שהציל הנכסים למקום שהיו ואפשר דרק בסברת חב לאחרים מפרש כן,

הרא"ה בביצה והר"ן בב"מ וחי' ע"ש ריטב"א שם כ' דלפר"ת דלר"ש היינו כרגלי שניהם ואף כרגלי הממלא קאמר.

ל"שון מילא ונתן לחבירו צריך ביאור, דהול"ל מילא לחבירו, ולפרש"י דלכו"ע המגביה מציאה לחבירו ל"ק חבירו ניחא, ואולי בא לומר דוקא כשהממלא נתן מדעתו, ולאפוקי היכא דאינו רשאי ליטלן לעצמו, (כגון הסכימו תחלה לחלק המים ביניהם, צ"ע בזה).

ט. י' א' ארחב"א אר"י המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו, דעת תו' דטעמי' דר"י משום מיגו דזכי לנפשי', וה"ה מעני לעני ובתופס לבע"ח כשהלוה חייב גם לו, דלא ניחא להו למעבד פלוגתא חדשה בהבנת דין מציאה, וכ"מ בירו' פאה פ"ד ה"ו דריב"ל דאמר מעשיר לעני מחלוקת, ור' יוחנן דאמר המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו אמרו דבר אחד, וכ"מ בסוגיא דביצה לפר"ת בתוד"ה ר"נ, אבל הרמב"ן כתב דמציאה לא חשיב חב לאחרים, ולא בעינן בזה לדין מיגו, וכ"מ מדהוצרכו ר"נ ור"ח לבאר במגביה מציאה מ"ט כו' ומשמע דלאו סברא פשוטה היא לדמות מציאה לחב לאחרים, ובפשוטו נראה לפ"ז מדנקט ר"י למילתי' דוקא במציאה, ש"מ דמעני לעני נמי מחלוקת, דאל"כ הו"ל לאשמועינן רבותא טפי, מיהו יש לדחות דכיון שרצה לשנות וא"ת משנתינו, ניחא לי' למנקט דיני' בגונא דמשנתינו, ומ"מ נראה מדלא נקט בלישני' טעמא דמיגו, לכלול גם אופנים דחב לאחרים, אלמא לאו מטעם מיגו קאמר וכ"מ ש הרמב"ן, וכיון שכן יש לנקוט דס"ל דלא אמרינן מיגו, דכיון דדין מיגו הוא ענין אחר, ולעולם במציאה איכא מיגו, א"כ אין תועלת במימרא זו, א"ו דוקא במציאה קאמר, וכ"כ הר"ן בהדיא דלדעת הרמב"ן תופס לבע"ח לא קנה, אפי' אם הוא לעצמו יכול לתפוס, (וכ"נ מלשון מגביה שאינו כתופס), וכ"נ דמתפרשת מימרא דעולא משמי' דריב"ל דבמציאה פשיטא דקנה, אם

דכיון שידו כיד בעה"ב יכול הבעה"ב לומר שיקנה עבורו בצורה זו, דהיינו שקונה לעצמו תחלה.

ולכאוי אפשר לומר דבשכרו ללקט מציאות, אין לדונו כחב לאחרים, (אם הטעם כעין אשלד"ע, וכמ"ש פ' רש"י), דכיון שהבעה"ב שוכר פועל לעסק זה, חשיב הבעה"ב כמפסיד, וכו"ע כמניעת ריוח, [ונכתופס לבע"ח מגר שמת ואין לו יורשים, באופן שלא יוכל להוציא מהזוכים], דאין לראותו כמזכה לבעה"ב מן ההפקר, אלא כמסייע לבעה"ב בעסקו, וכמוכר עבור בעה"ב בשוק במקום שיש מוכרים אחרים, וכמשכיר חצר לבעה"ב סמוך לאגם ושאר סיוע למלאכת הזכייה שעוסק בה בעה"ב, [ורבא לטעמי' לק' י"ב ב' ב"ק קט"ז ב' ודלא כר"פ], ולפ"ז אפשר לפרש דאהדר לי' ר"נ דמ"מ מהני טעמא דיד פועל כיד בעה"ב, דאע"פ שלא שכרו מיוחד לכך, מ"מ זהו חלק ממלאכתו, אבל בבע"ח אם אין ראוי לשליח לזכות עבור בע"ח זה, ה"ה שאין לפועל לתפוס, מיהו י"ל דאף בשכרו ללקט מציאות כיון דחשיב חב לאחרני אין לו להשכיר עצמו לכך, וכמו בבע"ח.

הא דיד פועל כיד בעה"ב לכאוי נאמר רק בפועל ששכרו לעבוד אצלו כמו עבד, אבל בקבלנות ליכא למימר דידו כיד רבו, וכדאמרי' ע"ז א' דלא אמרי' עבדי הם בקבלנות, עיי"ש ברש"י, ובתו' מ"ח א', ולפ"ז צ"ע במ"ש הש"ך סי' ק"ה סק"א דבשכרו לתפוס מן הלוה, הו"ל כפועל, דלכאוי היינו קבלנות, כדאמר ב"ק צ"ט א' בשליחא דאגרתא, ולא דמי לשכרו ללקט מציאות דהתם הוא שכיר יום ואין עבודתו תלוי' בכמה שילקט, וכמ"ש רש"י ב"מ קי"ב א' ד"ה דאגר לביטשי, אבל דברי הש"ך מתפרשים בקבלנות, דאל"כ אין יישוב ללשון רש"י.

שם והאמר רב פועל יכול לחזור בו כו' לכאוי בדבר נתחדש שהפועל יכול לחזור בו, דבברייתא דר"ד ורבנן מיירי בדיעבד כשלא עשו מלאכתם, כיצד שמין להם, אבל אכתי אפשר דכופין אותן לגמור אם יש שהות ביום, אלא דמיירי כשיום השכירות כבר עבר (ולע"כ בגמ' שם), א"נ רב קמ"ל דכדין עבד גם כשחוזר, והיינו משום דכתיב עבדי הם, א"נ אם המשיכו במלאכה אלא שרוצים לבטל הסכם השכירות, ובאין לתבוע מדין יורד, או בששכרו ללקט מציאות, והמשיך ללקט, אלא שאמר דמלקט לעצמו, זה שמעינן רק מדרב, אלא דממילא מובן דידו על העליונה, דאל"ה לא חשיב שיכול לחזור בו, כיון שצריך להפסיד מהחלק שזכה כבר בעבודתו, והיינו דמייתנין מינה לק' ע"ז א', ולפ"ז ניחא נמי בב"ק קט"ז ב' עיי"ש, וצ"ע בתו', ולע"כ בסוגיא בזה, ורבא סבר דאם פועל קנוי לבעה"ב, לא שייך שיוכל לחזור בו, כמו שאין העבד יכול לחזור בו, ואפי' אם ידו על התחתונה קשה, דמ"מ רשאי לחזור, וזה סותר לידו כיד בעה"ב, דש"מ שהוא ברשות עצמו, ועובד מדעתו ולא מכח קנינו של בעה"ב.

יא. **בעיקר** הנדון דתופס במקום שחב לאחרים ל"ק, פרש"י הטעם דלאו כל כמיני' להיות קופץ מאליו וחב לאלו, ומשמע דכיון שעושה שלא כהוגן לא אהנו מעשיו, והאחרונים ז"ל כתבו בשם הפ"י דזה כעין אין שליח לד"ע, ואין הכונה כפשוטו שהרי העבירה היא על השליח דהמשלח שפיר עביד כל טעדיקי להציל ממונו, ורשאי לשלוח חש"ו ועכו"ם לתפוס עבורו, [שו"ר שכ"כ בקצה"ח סי' ק"ה סוסק"א], אלא ר"ל שאין הענין ראוי לעשות, ולכן אין לו זכות להועיל במעשיו, ועד"ז ראיתי שכ' אאמו"ר שליט"א בספר מעילה דף י"ג ב' וז"ל דטעמא דתופס לבע"ח שמענא מיני' דמרן זללה"ה שהוא משום שכל יחיד יש לו לנהוג במדת ב"ד ולא לבכר אחד על פני חבירו ע"כ, וביאור הדברים

דכיון שאין כאן אלא המעשה של התופס, דהבעלים לא נשתתף בזכייה, אפשר לבטל כל המעשה, מאחר שלא הי' לו זכות לעשות כן, ולא חשיב כתפס והכניס לרשות בעה"ב, דבזה תו לא שייך לומר לא אהנו מעשיו, דכיון שגם לאחר מעשה אין כאן אלא הכנסה לרשות התופס, הרי אנו דנין על זכותו של התופס לעשות כן, וכיון דחב לאחרים לא אהנו מעשיו, ויש לפרש לפ"ז דהא דמהני מיגו, היינו משום דבזה חשבינן ל' כמוותר משל עצמו, לא מיבעיא במציאה דכן הוא האמת דמוותר משל עצמו מפני שהנאתו בזכייה לחבירו נוחא ל' טפי, ואף מעני לעני יש לפרש כן, אלא דיש לדון כיון שזכותו לעצמו מוגבלת עד מאתים זוז, וכן בבע"ח שתופס לחבירו בע"ח תחלה ואח"כ תופס לעצמו, דנמצא שרק הערים לזכות לחבירו, מיהו י"ל דגדרי הזכייה אינם משתנים, דיש להשוות מזכה לעני בין בדאיכא טובא בין בדליכא, וכן בבע"ח, מיהו סברת תרי מיגו אינה מובנת, וצ"ל דכיון שיש לו אפשרות לזכות, לא מהני הסברא שעשה שלא כהוגן לבטל מעשיו, וא"כ גם בחד מיגו יש לפרש כן.

ברם צ"ב במציאה אמאי חשבינן ל' שעשה שלא כהוגן, [וביותר קשה לרמב"ח ח' א' דמדמי שנים שהגביהו מציאה לדין מגביה מציאה, ובסברת עושה שלא כהוגן אין לזה טעם כלל], ומכח קו' זו פרשנו לעיל סק"א דהגדון במעשה הקנין דאחר אם מהני ליחשב במקום המקנה והקונה, דכשיש דעת מקנה לעצם העברת הבעלות, שפיר מהני המעשה קנין של אחר, להחליט הדברים, דאיכא גמירות דעת כאילו קנה הקונה עצמו, וכן בתופס לבע"ח במקום שאינו חב לאחרים, דכיון שהענין ראוי להעשות בלא"ה, לא חשבינן ל' כמקנה מכח עצמו לחוד, אבל במקום שחב לאחרים או אפי' במציאה, לא אלימא תפיסתו להחליט את הזכות לקנות ואת

הקנין יחד, ועי"ש עוד, ונראה שזוהי כונת הר"ן לק'...., הובא בנ"י, שכ' דלא מהני כח שליחות לקנות אלא כשמקיים שליחותו של בעל הממון, ור"ל דכח שליחות סו"ס אינו הזוכה בעצמו, ולא אלים לפעול שני ענינים יחד בשביל המשלח, [ובתופס לבע"ח במקום שאינו חב לאחרים צ"ל דס"ל דמכח תקנה קונה, או דחשיב כשליחות בעל הממון, כיון שנשתעבד לכך], ולפ"ד אף לר"נ ור"ח לא מדמינן מציאה לחב לאחרים, אלא דכיון שאין במציאה בעל הממון שמוכה, דמיא לבע"ח במקום שחב לאחרים, דהתם נמי לא מהני שליחות, (משא"כ באינו חב דמהני מטעם אחר), מיהו לשון הגמ' משום דהוי כו' ל"מ כן, ונפ"מ במגביה מציאה שאבודה ממנו ומכל אדם דאין לחשבו חב לאחרני, או במזכה לחבירו עפר או צורות דניחא ל' בהכי, ואינו חב לאחרים כלל, דמ"מ לדעת הר"ן ל"ק, וצ"לע"ע בשיטת הר"ן בכ"ז, מיהו לפמ"ש"כ לעיל אין החסרון בכח דין שליחות אלא במעשה שליחות שאין משתתף כח הזוכה בזה, דרק דעת השליח קובעת את המעשה, אבל חצר או פועל דעצם המעשה הוא הכנסה לרשות הזכות, בזה אין חסרון כלל, וכמשנ"ת לעיל שם, וטעמא דמיגו לדעת הר"ן משמע דחשיב עי"ז קצת כשליחות בעל הממון, כיון דמצי זכי לנפשי, יש לו זכות להיות מזכה.

ולמעמא דעשה שלא כהוגן צ"ל דאין הענין תלוי רק בתחלת המעשה אם רשאי להתערב בתפיסת ממון זה, אלא בעצם הקנין ע"י מי שאין לו זכות בגוף הדבר, דהמחודש בדברי ר"נ ור"ח הוא זה דחשבינן לאחרים כמפסידין על ידו, אבל אם חשבינן להו כמפסידין הדבר מובן דלא מהני מעשיו, אע"פ שא"א לומר שאינו רשאי לעשות כן, דמ"מ אנו דנין עתה על מעשה קנין, שנעשה ע"י מי שאין לו זכות בדבר, ומעשה של מי שאין לו בעלות לא מהני לחוב לאחרים, דשייך

לומר לאו כל כמיני' דאדם מן השוק להפסיד לזה, וצ"ת, (ועי' לק' ס"ק ט"ז).
הגרע"א ז"ל בתשו' סי' קל"ג כנראה פי' החסרון דתופס לבע"ח כמ"ש הר"ן והנ"י דהחסרון בכח שליחות דלא אלים להקנות בלא שליחות בעל הממון, ומה"ט נקט דאם חצר משום שליחות אתרבאי, לא מהני אף בתופס שהכניס לחצרו של הבע"ח, אף אם הבע"ח עצמו רוצה לתפוס ע"י חצרו לא מהני, ובאמת כ"מ בר"ן דלפי טעם זה צ"ל דחצר המשתמרת משום ידו אתרבאי, וכבר השיב הב"מ להגרע"א ז"ל דלמאי דמפרשין טעמא דתולבע"ח כעין שליח לד"ע, לא שייך טעם זה בחצר, וכ"ש בכה"ג דמיירי הגרע"א ז"ל שמעשה התפיסה ע"י החצר מתייחס לבע"ח עצמו, ופשוט דאין הכונה לדין אשלד"ע דעלמא, דלאו עבירה היא, וגם המשלח מותר לעשות כן וכמשי"כ לעיל, אלא דכיון שאין ראוי שיעשה כן מבטלינן מעשיו, וזה לא שייך בחצר, וזה עדיף מפועל דמ"מ זוכה ע"י דעתו, אבל בחצר הכל מתייחס לבע"ח, אלא דמגדרי שליחות אתרבאי, וכן לפמשנ"ת לעיל דהחסרון במעשה הקנין, היינו דוקא במעשה שאינו מוכיח מצד עצמו שהוא למשלח, אבל כשהמעשה עצמו הוא הכנסה לרשות המשלח, בזה חשיב המשלח כמשתתף בקנין, אף דמדין שליחות אתרבאי.

לכאו' עיקר הדברים נראין כמזכה שטרא לבי תרי, שהרי לדעת הר"ן דהחסרון הוא בעיקר דין שליחות, אף באינו חב לאחרים אינו בדין שיועיל בלא שליחות בעל הממון, וכמ"ש הר"ן להדיא דאפי' למ"ד המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו לא מטעם שליחות הוא אומר כן, אלא דוקא היכא דאיכא למימר מיגו כו', עיי"ש, אבל לדעת הרמב"ן דבמציאה מהני בלא מיגו, ע"כ שאין חסרון בעיקר דין שליחות לקנות בלא שליחות בעל הממון, ורק החסרון משום דחב לאחרים, וע"כ הביאור בזה כעין אשלד"ע או כמשנ"ת לעיל, וא"כ לא שייך זה בחצר, [ועקצה"ח סי' ק"ה סק"ה] גם מה שהעתיק הגרע"א ד"ז להלכה בסי' ק"ה צ"ע דבהדיא נפסק שם בשו"ע ס"ב כדעת תו' דבע"ח זוכה לבע"ח חבירו משום מיגו, ולפ"ד הרי מבואר בגמ' דחצר שאני, ואפשר שנתכוין למה שצייד בסוף התשו' דאף לדעת תו' אין ראוי מחצר עיי"ש, ובאמת ממשה"ק שם דחצר אינו בתורת גיטין וקדושין ג"כ מוכיח דבחצר הפעולה מתייחסת לבעל החצר, ולכן לא שייך לומר לאו כל כמיני', וצ"ע, ועמשי"כ אאמור"ר שליט"א ס"י סק"ז דחצר עדיפא מפועל עיי"ש.

יעו"י בקצה"ח סק"ה בדיני' דרי"ו, ואם דינא דתולבע"ח הוא כעין אשלד"ע, צ"ע לחדש כן בגוי אפי' אינו בגדר שליחות ואף אם החסרון בחלות הקנין מסתברא דבשליחות הגוי בעל הממון חשיב דעת מקנה, ואינו בגדר תופס, ואפשר דהתם מיירי ששלחו לתפוס, ולא לגבות מדעת הגוי, אבל צ"ע א"כ למה הזכיר דאין שליחות לגוי, וצ"ע, ועי' תומים.
יב. רא"ש פ"ק סק"ז וכתב רב אלפס בתשובה דדוקא כו' ולא נהירא כו' עיקר הנדון אם תופס לבע"ח קנה הוא נדון בקנינים, דכיון שאינו תופס בשליחות בעל הממון, ואין לו שום זכות בממון זה, לא מהני מעשה שלו כלל, ואפי' במקום שהלוה אינו מתנגד, אלא שלא עשאו שליח שייך לודן

ובאמת הדבר מבואר בגמ' דמציאה נקנית בחצרו המשתמרת אף דמדין שליחות אתרבאי, אלא שהגרע"א ז"ל דן לומר דלדעת הרמב"ן דמציאה לא חשיבא חב לאחרים אין ראוי מהא דקונה במציאה ונדחק לומר דר"ג ור"ח יפרשו דחצר משום יד אתרבאי ומקשינן קטן לקטנה, והנה מלבד שהדברים מחודשים להמציא פלוגתא כזו, בין האמוראים ובין הראשונים, וגם בסברא מובן לומר דחצר לא גריעא מפועל, [אלא שהגרע"א ז"ל סתם בזה משום דעת התומים דפועל נמי משום מיגו זכי, וזה ל"ש בחצר ועיי"ש שכ"כ לדעת תו'],

שמעכב בידו בשביל הפרעון, וודאי מצי א"ל לאו בעל דברים ידידי את, להכריחני לשלם ע"י תפיסת חפצים משלי, משא"כ מלוה דמצי לעכב בידו עד שיפרע לו חוב שכנגדו, (אפי"א לא היה ראוי לו שיתפוס בדליכא פסידא).

וביישוב קו' זו אפשר לומר בשני פנים, או דחכמים תיקנו שבמקום הפסד רשאי אדם מן השוק לתפוס גם בתורת משכון בשביל המלוה, או דמירי בגונא שאם המלוה הי' תופס הי' לו זכות בגוף הדבר, ושפיר תופס וזוכה בקנין עבור המלוה, ולא שייך לומר לאו בע"ד ידידי את, שאינו תופס משל הלוה כלום, ולגבי לזכות בקנין בשביל המלוה, זה מבואר בגמ' דמהני מעיקר הדין וכמשנ"ת, אבל דעת הרא"ש משמע דשייך קנין של תפיסת משכון, והכל מתייחס למלוה, וכמשי"ת.

ובדעת הרי"ף משמע דבאמת אין התופס זוכה גוף הדבר למלוה, אלא תופס ומעכב שלא יוכל הלוה ליתנו לאחר, או לענין יתומים, (ואפשר שהרי"ף לשיטתו בפ"ק דגיטין דמפרש כל האומר תנו כאומר זכו דמי לענין חזרה, והיינו שזוכה כח זה עבור העבד, אבל העבד אינו משוחרר עד שיגיע לידו, ואפשר שעד"ז פירש גם תופס לבע"ח דמייננן מינה התם בסוגיא, וכמ"ש שם דדמי להולך כזכי עיי"ש ברי"ף, וע"ז כתב דהתקינו שיהא רשאי לתפוס בשביל המלוה במקום פסידא, והיינו בתפיסה שאינה קנין גמור, רק לענין משכון כההיא דלענין חזרה, ולפ"ז נדון תולבע"ח לא דמי ממש לשאר תפיסות דפיאה ודמציאה, דהתם קונה קנין גמור עבור הזוכה, ולא צריכין בזה לתקנה).

ודעת הרא"ש דכל היכא דמלוה יש לו זכות תפיסה, יכול אחר לתפוס עבורו, וחשיב כאילו המלוה תפוס בו, ומשמע דאף היכא שאין למלוה זכות בגוף הדבר שתופס, ג"כ שייך תפיסה עבורו, מיהו אפשר דאף

בוה, וזה מבואר בגיטין י"א ב' דקאמר ש"מ ממתני' התופס לבע"ח קנה, והיינו דיש ללמוד חרוש זה ממתני' אף אם נימא דלא חשיב חב לאדון בכך, ועלה בעא מיני' אם אפי' במקום שחב לאחרים קאמר, ומזה אין ללמוד להיכא שהלוה מתנגד, (ואף במלוה גופי' יש לדון בזה עי' להלן), וכן מתפרשים דברי ר"י דדוקא במקום שחב לאחרים ל"ק, אבל במקום שאינו חב מועיל קנינו, וזה מעיקר הדין, וגם הרי"ף מודה בזה, ומשכח"ל היכא דהלוה מניח לתפוס אלא שאינו מזכה, ואף במזכה מציאה כשאינו חב לאחרים הוצרכנו לחידוש זה, כיון שהזכייה נעשית ע"י מי שאין לו בעלות בדבר, ולפ"ז בביאור הגמ' מודה הרי"ף להרא"ש, (אלא דמשמע דשייך תפיסה לבע"ח, או לאו משום דחב לאחרים, וע"ז דן הרי"ף דנהי דשייך חלות קנין, אבל אכתי לימא לי' לאו בע"ד ידידי את, וכמשי"ת להלן).

ברם יש לדון בזכות התפיסה של המלוה גופי', דהיכא דאית לי' נכסי ללוה, אין המלוה רשאי לתפוס מנכסיו לפרעון החוב, אם לא בגונא דמפסיד ועביד דינא לנפשי', ואף כשתפס אינו זוכה במה שתפס, אלא הרי הוא כמשכון לפריעת החוב, ולכן אם איניש דעלמא תופס בשביל המלוה בתורת משכון, דין הוא דמצי ליה לסלוקי לי', דהחפץ שייך ללוה, ואין רשות לתופס, לעכב ממון הלוה בשביל שישלם למלוה, כמו בתופס שלא נתכוין לזכות למלוה, אלא תופס בידו עד שיבא המלוה ויזכה, דודאי מצי ליה לסלוקי לי' [ועי' להלן]. וה"נ בכל חפץ שתפס כיון שאינו יכול לזכות בגוף הדבר, ונראה שזוהי קו' הרי"ף, דנהי דתופס לבע"ח באופן שהבע"ח הי' קונה קנין גמור אם הי' תופס, כגון בתופס מעות, [באופן שזה זכות למלוה, עי' להלן], ה"נ מהני מעשה התופס לזכות לבע"ח, אבל בתפיסת חפצים דליכא זכייה גמורה, רק כעין משכון, א"כ אף אם המלוה הי' תופס לא הי' קונה בגוף הדבר, וא"כ גם התופס אינו מזכה למלוה כלום, אלא

ולפ"ז באופן זה שהתפיסה לפרעון ולא למשכון, אם הי' השליח תופס המנה לבעלות המלוה, הי' נגמר פרעון החוב ע"י זכייתו אלא שיש לדון דאם הי' המנה באחריות הלוה שוב אינו זכות לו, ולכן ע"כ אם השליח רוצה לזכות למלוה, צריך לקבל ע"ע אחריות, דהשתא הו"ל זכות למלוה, ונראה שזו כונת הרא"ש דלק"מ, דכיון שהשליח בא לזכות גוף הממון למלוה, זה לא יתכן אלא א"כ זוכה בו המלוה לפרעון חובו, וממילא גם אחריות על המלוה, [והשליח במקומו], וא"ת דיתפוס השליח רק בתורת משכון, שתי תשובות בדבר חדא דהדבר תלוי בדעת הלוה, ויכול הלוה לומר לו שהוא נותנו בתורת פרעון, וע"כ אחריות על השליח או על המלוה שאין לו זכות לתפוס בדוקא ע"מ שלא יהא לפרעון ועוד דאפי' אם הלוה רוצה לפדות החפץ שתפס, מצי א"ל קבל עליך אחריות שאתה מוציאו ממקום המשומר לי, מיהו בזה אפשר דבעינן טענה מעלייתא, דאינו יכול לחייב את המלוה בכל אונסין בגלל שתפס ממנו שלא ברשות, מאחר שאינו נותנו לו לפרעון, אלא די"ל דאחר שאני, וצ"ל ע"ע בדיני תפיסת משכון, ולע"כ, ועתשו' הרמב"ן שבסנה"ת שער ס"ז שכ' שהתופס צריך להחזיר ללוה, כי מי יקבל ע"ע אחריות עד שיגיע למלוה].

ויפוד הקו' דנקט רבינו שהשליח תופס, נראה שהוא מכח הגמ' י"א ב' דמפרש סתמא שאם אפשר לזכות עבור העבד, אמרי' דהשליח תפס עבורו, ולכן שייך להק' לשמואל איך סתם דיכול לחזור בו, [ואפשר דלס"ד דגמ' שם מפרש דמתני' ה"ק אם בא לחזור אינו תלוי בדעתו לחזור דשמא תפס השליח], וע"ז תירץ דכיון שהשליח מתחייב באונסין אם תפס, תו לא אמרי' דסתמא תפס עבור המלוה, משא"כ במתני' דגט ושטר שחורר דשפיר אמרי' שזוכה עבורו בסתמא, ועוד דהא מבואר בהדיא דמיירי כשחייב הלוה לקבל

המלוה אין לו זכות תפיסה אלא במקום פסידא, אבל שלא במקום פסידא אין ראוי לתפוס, אלא למיקם בדינא, דהא מיירי כשאין הלוה כופר בחוב, ואמנם אם המלוה תפס לא מפקינן מיני', עד שיפרע לו הלוה, מ"מ אין אחר יכול לתפוס עבורו, דחשיב חב ללוה כיון שאין למלוה זכות תפיסה, ולפ"ז מודה הרא"ש לדיני' דהרי"ף, אלא דס"ל שזה מעיקר הדין ולא מתקנתא, א"נ במקום דליכא פסידא לעולם חשיב חב לאחרים, דאם נימא דמהני תפיסת אחר בכל חוב, לא שבקת חיי לכל בריה שכל אדם יתפוס נכסי חבירו כשהוא חייב לשום אדם ויאמר בשביל בעל חובך אני תופס, ולפ"ז דוקא אחר אבל הוא עצמו שפיר תפס, ולפ"ז נמי מודה הרא"ש לדיני' דהרי"ף, וכ"מ בטור סי' ק"ה, ועיי"ש בב"ח שכ' שתיקנו שלא יועיל בדליכא פסידא, ולמש"כ הטעם דחשיב חב לאחרים, או דליכא זכות תפיסה כלל וגרע מחב לאחרים, וע"ע מש"כ לק' בדברי הרא"ש בגיטין בזה.

רא"ש גיטין פ"א סי"ט וא"ת נהי דהולך לאו כזכי וכי גרע מתופס לבע"ח כו' כ"ש הכא דמדעת כו' לכאו' הכא היינו גונא דמתני' י"א ב' למאי דמפרש דתן לאו כזכי, ודייקינן מינה דתולבע"ח קנה, [אלא דלפרתו' חשיב גם החוב וגם חב לאחרים עצם השחרור, אבל לפי' הר"ן חב לאחרים היינו שמונע ממנו זכות חזרה, וכמשנ"ת לעיל סק"ב], ולפ"ז ה"ג הוה חב לאחרים בזה שמונע מן הלוה זכות חזרה, ולא דמי לתופס לבע"ח דעלמא שאינו זוכה גוף הדבר למלוה בע"כ של לוח, אלא דמתפיס הדבר ביד המלוה למהוי כמשכון בידו עד שישלם, וזה הלוה מחויב בדבר, אבל אם נותן בידו להוליך חפץ מסוים בפרעון החוב, אם השליח תופס ומונע זכות חזרה מהלוה, הו"ל חב לאחרים, וי"ל דכיון שנתן לו מנה להוליך, וחייבו לשלם מעות, לא חשיב חב ללוה בזה שמחליט המעות למלוה, דזהו החוב שרשאי לתפוס.

הר"פ דבעינן נמי שלא יהא ללוה נכסים אחרים, א"כ בלא"ה ל"ק, ולמה לו להעמיד הגמ' בכה"ג, א"ו כונת הר"פ ליישב הקו' בענין אחר, ויש לעי' א"כ מנ"ל להרא"ש דאף במקום דאיכא פסידא למלוה ס"ל להר"פ שאינו יכול לתפוס בתוך זמנו, וצ"ל דמשמע ל"י הכי מדאינו מחלק בדבריו, ודבריו מתפרשים כמו שהעתיק הטור סי' ק"ה והר"פ כתב דלא מהני תפיסה אלא כשעבר הזמן, ועי' בסמוך, [ונפ"מ נמי מדברי הרא"ש דאם רק בע"ח אחד הגיע זמנו ותופס עבורו חשיב חב לאחרים אע"פ שלא הגיע זמנם].

שם וגם פי' ה"ר משה אמת, לפמשנ"ת דעת רבנו כמ"ש הטור דמודה לשיטת הר"ף בעיקר הדברים דלא מהני תפיסה בדליכא פסידא, וצריך טעם למה סתם רבנו דבריו בב"מ ולא הזכיר דמודה להר"ף בזה.

ונראה דעיקר הדברים דמיירי בדאיכא פסידא זה פשוט לכו"ע, חדא מדחשיב ל"י חב לאחרים ואי בדאיכא נכסי טובא, והאי ניהו דעבד שלא כהוגן וקפץ ותפס, לא חשיב חב לאחרים שהם סמוכים על הלוה שיפרע כדינו, ועוד דהא מיירי בדפשיטא לן שזה זכות למלוה, ואי בדליכא פסידא מנ"ל דהמלוה חפץ שכל אדם יקפוץ ויזכה עבורו, ועוד דבשטר שחרור ופיאה ומציאה מיירי בזכות גמורה, שאל"כ יפסיד הכל ודכוותה מתפרש דין תולבע"ח דמייתי עלה, ועוד דאם אין התפיסה מחשש הפסד עיקר החוב, אלא כדי להכריח את הלוה להודור בתשלום החוב, זה ענין מחודש ולא שייך לחשבו בתולבע"ח סתמא, דמשמע שתופס את החוב למי שהוא שייך, א"ו יסוד דין תולבע"ח מיירי במקום פסידא ואז זכות הוא למלוה שיתפוס עבורו אפי' אם האחריות על המלוה, אלא שיש בזה חילוק, דאם תפס מעות שהמלוה זוכה בגוף הדבר באמת הו"ל פרעון גמור, וניחא ל"י בהכי, ואפי' אם אין התופס מקבל ע"ע אחריות, הו"ל זכות למלוה שלא יפסיד בודאי,

ע"ע אחריות, ואי בדתפס הרי אינו מחויב לקבל ע"ע אחריות, וליכא טעמי' דשמואל דמתוך שחייב כו', ולפ"ז אמנם יכול לתפוס אלא שבדברי שמואל מבואר דמיירי כשלא תפס, [דהא עיקר הקו' מכח סתמא, כההיא דמתני'], וכעת ראיתי בבהגר"א סי' ק"ה ס"ק י"ג שפי' דכונת הרא"ש לומר דאף לס"ד דטעמי' דשמואל משום דהולך לאו כזכי מ"מ טעמא דחזרה משום מתוך כו' ולכן בתופס ליכא מתוך, [ובתו' ותו' הרא"ש ל"מ כן עיי"ש] ונראה דמפרש קו' הרא"ש דגם אם הולך כזכי הרי לא אמר זכי אלא שיכול לזכות אם ירצה, וא"כ גם אי לאו כזכי יכול לזכות כדין תופס, וע"ז תירץ דאה"נ וכל הנדון הוא כשאחריות על הלוה, דאי הולך כזכי גם בכה"ג יכול לזכות, [ועיי"ש שהוכיח מהמסקנא דאחריות על התופס].

שם ותירץ הר"מ מאיבר"א כו' דאלת"ה כו' בפשוטו ר"ל דהו"ל כמקום שחב לאחרים דעצם הדבר ליתן זכות תפיסה לכל אדם, וזה חוב ללוה, ואינו מחויב בזה מחמת החוב, [ועיין בל' הרמב"ן בתשו' הובאה בב"י סי' ק"ה מסה"ת], ויותר נוחא למש"כ לעיל דגם המלוה אין לו זכות תפיסה שלא במקום הפסד, אלא שאם תפס לא מפקינן מיני' עד שיפרע לו הלוה החוב שכנגדו, ולפ"ז אף למ"ד תולבע"ח במקום שחב לאחרים קנה, (ר"א אליבא דר"ח) מ"מ לא מהני תפיסה שלא במקום הפסד, דלגבי הלוה אם אמרי' דאסור לתפוס משום דלא שבקת חיי לכל בריה, הו"ל גזלן ולא רק חב לאחרים, וניחא בזה דאע"ג דלא שייך הכא כ"כ טעמא דלא שבקת חיי לכל בריה, כיון שהלוה נתנו בידו, מ"מ ל"ק כיון שאין זכות תפיסה בכה"ג, (מיהו גם סברא דלא שבקת שייכא בזה), ועי' להלן.

שם והר"פ תירץ כו' בפשוטו מיירי הר"פ בשיש ללוה נכסים אחרים, שהרי בא ליישב הגמ' דמיירי בתוך זמנו, ואם מודה

המלוה אינו מפסיד א"כ אין הלוח מחויב בדבר מחמת החוב, ונמצא מפסידו שלא כדין. יג. **טור** סי' ק"ה כתב בעה"ע התופס לבע"ח כו' וכיון שקנה נפטר הלוח וחייב באחריותו, [וכ"ה בסה"ת שער ס"ז בשם הגאון] משמע דמיירי בתופס דבר שנחלט למלוה ע"י תפיסתו, והיינו כגון מעות או שהלוח מסכים להחליט חפץ זה למלוה, ומיירי בגונא שאינו זכות למלוה, שיהיו באחריותו, אם מפני שהסכנה מצוי' בדרך עד שיגיע לידו, או שאין ההפסד דנכסי הלוח בטוח כ"כ, ולא נוחא לי' ליכנס בסיכון האחריות, או שאינו סומך על התופס, ולכן כדי שתהא התפיסה ודאי זכות למלוה, ע"כ שיקבל עליו הלוח או התופס אחריותו, וכיון שהלוח לא נתן מדעתו לתופס, אינו בדין שיקבל עליו אחריות ולא יוכל לחזור, דרב נמי לא קאמר אלא בנתן מדעתו, וע"כ שאם התופס רוצה שתועיל תפיסתו, הרי הוא צריך לקבל ע"ע אחריות, מיהו כיון דאירינן במקום הפסד פעמים שאף אם האחריות על המלוה שפיר תפיס, היכא דזכות הוא לו שלא יפסיד לגמרי, ואף במקום שאחריות הדרך על התופס, י"ל דשאר פסידא על המלוה, דניחא לי' שיתפוס עבורו גם ככה"ג, ויתכן דבעה"ע מיירי בדליכא פסידא למלוה, וקנה כשאין הלוח מונע בעדו, אלא שאינו רוצה לקבל ע"ע אחריות, כללא דמילתא דבעה"ע מיירי בגונא שהמלוה זוכה לגמרי, וממילא נפטר הלוח לגמרי, וע"כ שאחריות על התופס, אם לא על המלוה.

שם ומדברי א"א כו' מ"ש בבדק הבית להשוות הרא"ש עם בעה"ע צ"ע, דאם אחריות על התופס ממילא לק"מ, דשפיר קאמר שמואל דחזור, משום דסתמא דמילתא אינו מכין לתפוס, ולשוויי נפש' עבד לוח בחינם, ומה הוצרך הרא"ש להוסיף שיכול לתבעו לומר בפירוש שמקבל ע"ע אחריות, וגם צריך לדחוק שיש תועלת ללוח בזה שאומר בפירוש, וכמ"ש בש"ך סק"ו, וגם

ושפיר נעשה שלוחו לכך, אבל אם תופס חפץ שאין המלוה רשאי לתופסו לעצמו אלא בתורת משכון, בזה אין המלוה מחויב לקבל ע"ע אחריות, אם תפס בעצמו, ולכן אם התופס מקבל ע"ע אחריות, הו"ל ודאי זכות למלוה, [ועוד פריטם בזה עי' לעיל ד"ה ולפ"ז, ועי' להלן...], ולפ"ז מיושב קצת סתימת הרא"ש, דעיקר המחודש בדברי הרי"ף הוא מ"ש דתקנה התקינו.

ויצוי בסה"ת שער ס"ז שהביא תשו' הרמב"ן בדין נפקד שתפס הפקדון בשביל בע"ח דמפקיד, [הובאו דבריו בטור סי' ק"ה ולשונו בב"י שם] וז"ל אני לא באתי לידי מדה זו בתופס לבע"ח בחיי לוח דמהני, משום דממון לוח הוא, ומאן דבעי לאפוקי מיני', אפי' למפרעיה לבע"ח ידי', חב לאחרים הוא כו' עיי"ש, ונראה דמיירי במעות שאם המלוה הי' תופס הי' שלו, או שצריך לתפיסה כדי שלא יכפור הלוח, אבל לא איירי בתפיסת משכון כשהלוח מודה, דבזה לא אשכחן מאן דסבר דמהני שלא במקום פסידא, וזהו שסיים בסוה"ד ולא עוד אלא אפי' במודה כו', ועי' לק' ס"ק י"ד.

נמצינו למידין דדין תופס לבע"ח נאמר רק במקום דאיכא פסידא למלוה כמ"ש הרי"ף בתשו', וכגון שהלוח מודה או שחיובו ברור, וכשאין הלוח מודה, זהו גופא פסידא דמלוה, שלא יוכל לגבות בלא תפיסה, אלא ד"ל דחשיב חב לאחרים דגם ללוח יש זכות תפיסה לפי דבריו, ובזה הזכיר הרמב"ן מחלוקת הראשונים ודעתו דלא מהני תפיסה, [ועי' לק' ס"ק י"ד], אבל בדליכא פסידא אין אחר יכול לתפוס, אפי' בשליחת המלוה, דהמלוה גופי' אין לו לתפוס, אלא דבדרך כלל אם המלוה חפץ בתפיסה מסתמא אית לי' חשש פסידא בדבר, וזה קובע אם חשיב חב לאחרים, דאם המלוה מפסיד א"כ זהו חיובו של הלוח ולא חשיב חב ללוח, אבל אם

משכון, מיהו באופן שאינו זכות למלוה אם יצטרך לקבל ע"ע אחריות, א"כ אינו יכול לתפוס עבורו, אא"כ מקבל ע"ע אחריות, וגם בזה נסתלק הלוה, כיון שהמלוה כהסכים לקבל זה בתורת פרעון, דמאחר שאחריות על התופס זכות הוא לו, ובאופן שאחריות הדרך היתה מוטלת על הלוה, (ואינו זכות למלוה) בזה לא מהניא תפיסה אא"כ התפס מקבל ע"ע אחריות, דכל עיקרו שלא יוכל לחזור בו, והרי לעולם יוכל לחזור בו הלוה, מאחר שאינו מקבל ע"ע אחריות, ואם לא חזר בו הלוה בלא חזר בו בהולך לאו כזכי, שלא הי' מי שיעכבהו מלחזור.

ומי"ש בבד"ה דאם אין לתופס לשלם, חוזר אל הלוה, בפשוטו ל"מ כן, אלא כיון שאם אחריות על התופס זכות הוא למלוה שיתפוס, א"כ הו"ל כעשאו שליח לכך, ואמנם ודאי אם ידוע שאין לתופס ממה לשלם, ומיירי בגונא שאין ההפסד של המלוה ברור, י"ל דלאו זכות הוא שיתפוס עבורו, אבל בזה גם הלוה יכול לטעון דלא ניחא לי' שיתפוס אפי' מקבל אחריות, כיון שאין לו ממה לשלם, וכבר כ"כ הב"ח, וצ"ע בכונת הש"ך סק"ה שחלק עליו, דממ"נ אם המלוה חוזר אצל הלוה, א"כ יכול הלוה לומר דבקבלת אחריות נמי לא ניחא לי', ואם מיירי במקום פסידא שהמלוה חושש מחזרת הלוה, א"כ זכות הוא למלוה, מיהו אם אין הזכות של המלוה מבוררת, והלוה הוא שהסכים שיהי' באחריות התופס ולא יוכל לחזור בו, בזה ודאי שייכי דברי הש"ך, וגם הב"ח מודה בזה, ובמילתי' דשמואל בגמ' נמי מתפרש מתוך שחייב באחריותו דהיינו שאינו נפטר מן החוב בכך, ואין מועיל לזה מה שהשליח מקבל ע"ע אונסא דאורחא, דמ"מ החוב נשאר על הלוה וזה מחייב שיוכל לחזור.

בבהגר"א ס"ק י"ג הוכיח דינ' דהרא"ש מהא דאמר' דכו"ע הולך כזכי, ואפ"ה ס"ל לשמואל דחוזר משום מגו והרי תופס לא

לשון דלא מהימנת לי קשה לפ"ז [נועד נראה דכונת הרא"ש לומר דלא יתכן מתוך שחייב באחריותו בתופס, ולכן לק"מ דע"כ לא מיירי בתופס מדקאמרי שחייב באחריותו, ולפ"ז הקו' הואי על שמואל דהא בתופס חזינן שחייב באחריותו ואינו חוזר, ועי' לעיל ס"ק י"ב].

ונראה דדברי הרא"ש מתפרשים באופן שהלוה מחויב להוליך המנה למלוה, ולכן אינו יכול לפטור עצמו מאחריות הדרך, אי לאו טענה דלא מהימנת לי, דכיון שהאחריות מוטלת על הלוה, והתופס בדין תפס כיון דאיכא פסידא למלוה, אינו בדין שיפטר הלוה מאחריות, אלא דמצי א"ל החזירנו לי ואני אוליכנו למלוה באחריותי, וכיון שבאמת הלוה צריך לקבל ע"ע אחריות הדרך, אם לא אמר את לא מהימנת לי, נשאר באחריות הלוה, דכיון שהי' רשאי לתפוס, הו"ל כהתפיסו הלוה, דאינו חוזר ומ"מ הוא באחריותו, אלא דאף בהתפיסו לזה, מצי הדר בי' ולומר לשליח את לא מהימנת לי ואני אשלחנו ביד אחר, או קבל עליך אחריות, אלא שאז אינו מרויח בדבר כלום, אבל כאן יכול לחזור בו עי"ז, וא"ת למה יוכל לחזור בו נהי דאינו סומך על שליח זה, מ"מ כבר זכה בו המלוה, וי"ל דכיון שהתופס צריך להחזירו ללוה לאו תפיסה מיקריא, דכל המושג של תפיסה הכא היינו להוציאו ממקום זה דאיכא פסידא, ולפ"ז מודה הרא"ש דהיכא דאין חיוב אחריות על הלוה כלל, כגון שהמלוה הי' צריך לבא לבית הלוה, בזה ודאי דאחריות על התופס אפי' לא אמר הלוה כלום, דרק במקום שהלוה חייב באחריות אלא שטוען שיתחייב באחריות הדרך שע"י אדם אחר, בזה בעינן שיאמר כן בהדיא.

ולאחאמור בתולבע"ח כיון דאיכא פסידא סתמא דמילתא אחריות על המלוה, דגם אם אחריות עליו, זכות הוא לו, והיכא דאינו יכול לתפוס לעצמו רק בתורת משכון, בזה נראה דאין עליו אחריות טפי משאר

שאם יהיו ביד המלוה, הרי הם שלו, ובזה כתב דאין נראה לו דמהני תפיסה, אבל אם מחזיר ללוה, שפיר מהני תפיסה לענין ג' דברים הללו, דאינו חב ללוה בזה.

מיהו משמע דהרמב"ן מיירי בתופס למלוה כדי שהלוה לא יוכל לכפור, ואינו חב לאחרים כיון שהוא יודע שהלוה חייב, ומשכח"ל בגונא דליכא עדים שתפס או שהפקידו אצלו, ומהימן ליתנם למלוה במיגו דדידי' נינהו, וע"ז כ' הרמב"ן דהדין נותן להחזיר ללוה אלא שיודיע לב"ד שתפס עבור המלוה, ומהני לשווייה למלוה כמוחזק, ובדלית לי' מיגו דדידי' נינהו נמי מהני תפיסתו כתפיסת משכון, כאילו תפס המלוה בעצמו, ונהי דצריך להחזיר, נפ"מ מיהא לענין ג' דברים, [וזהו שהביא הרמב"ן ממלוגא דשטרי דאע"פ שתפוסה בהם מכת המפקיד, מהני אם אמרה מחיים לענין שלא יעשה מטלטלין], אבל דעת הרמב"ן גופי' דלא מהני תפיסה בחיי לוח כלל, דאין לאחר להתערב בריב לא לו, ורק במקום פסידא שלא יעשה מטלטלין אצל בניו, או בשאר אופנים שהזכיר הרי"ף בתשו' בזה מהני תפיסה, וכל התשו' קיימא לדעת קצת הראשונים, ולפ"ז אפי' אם הלוה כופר אין לתופס להכניס עצמו במחלוקת, ומקום פסידא שאני שאין כאן מחלוקת בעיקר החיוב, (א"ה הדברים שבס"ק י"ב י"ג י"ד צ"ע נוסף, דצריך להתיישב בחילוקים שבין תפיסה לזכות גוף הדבר לבין תפיסת משכון, וממילא חילוק קבלת אחריות שמשתנה לפ"ז, וכן בתפיסה כשהלוה כופר, ואין הדברים מבוררים בידי היטיב).

טו. ח' א' תעשה זו כמי שמונחת כו' יעוי' בשטמ"ק בשם הראב"ד שכ' דדוקא אם תהא מונחת ע"ג קרקע ע"י שיניח האחד לא קנה, אבל אם כל אחד הגביה הרבה שמכח הגבהה לחוד היתה כולה מוגבהת מן הקרקע, אינו צריך להגבהת חבירו, וחלקו עליו הרשב"א והרא"ש עיי"ש, ואפשר דאף הראב"ד

עדיף מא"ל בהדיא זכי, ומ"ש דהתם קנה, הא אית לן למימר מיגו, א"ו התם יכול לחייב את התופס באחריות.

יד. **שם** בטור כתב הרמב"ן נפקד כו' מועיל לו תפיסתו לענין כו' ולכשיבא המלוה יאמר כו' יעוי' בב"ח שכ' דאף לאחר שהחזירו ליד הלוה מהני לענין ג' דברים אלו, וכמו במחזיר עבוט, ב"מ קט"ו א', ובההעתיקה שבב"י חסר מתשו' הרמב"ן שכ' ראי' מהתוספתא וסיים אין לנפקד אלא למקום שנטל יחזיר אף כאן יניח הדין ביניהם לכשיבא מלוה יאמר אני תפסתי לו והרי שמואל חי ובית דינו קיים ולא עוד אלא אפי' במודה כו', ומבואר בהדיא דר"ל דאע"פ שמחזיר הרי ידעו ב"ד שתפס עבורו והחזיר, [כדין החזרת עבוט], ומהני שיהא שעבוד על המטלטלין שתפס לענין ג' דברים אלו, ובפשוטו אף באחר שתפס הדין כן, דמ"ש נפקד, דהרמב"ן בא להוכיח דאף בנפקד מהני תפיסה, ולא אמרי' דכמונח ברשות בעה"ב דמי, ומהיכי תיתי לזון איפכא [ועי' בעה"מ ב"מ ו' א'], וצ"ע, בסמ"ע ובב"ח.

ולכאוי משמע דלענין ג' דברים אלו גם הרמב"ן מודה דמהני תפיסה בחיי לוח, דלא חשיב לאפוקי ממונא מלוה, וגם נראה דחשיב אית לי' פסידא, דלענין שלא יעשה מטלטלין אצל בניו, הדבר מבואר בתשו' הרי"ף, ולענין שביעית נמי מסתברא דחשיב פסידא, וכן לענין שאם נתנו אינו נתון, [ועי' בגד"ת שהק' למה לא הוזכר כן בעבוט, ובבהגר"א כתב דהכא התופס קנה, וצ"ע, ולכאוי דוקא נקט מתנה דליכא פסידא דלקוחות], הרי פירושו שיהא שעבוד חל על זה כשע"ק, דודאי לא קנה גוף הדבר, וא"כ נמצא שתפס לו לענין שאם לא יהא ממה לגבות שיגבה מזה, והיינו נמי פסידא, ולפ"ז ה"ה אחר שתפס, וצ"ע בסמ"ע שחילק בין נפקד לאחר, ולפ"ז בתחלה דן הרמב"ן כשתופסו ע"מ ליתנו למלוה, ומשכח"ל במעות

וּלְפָנָיו אִפְשָׁר לִבְאֵר הָא דִּאֲמַרִי כְּתוּבָת פִּיָּה
א' גְּבִי הֵהוּא אֲרַבָּא דְּתַפְסוּה ר"פ
וְהַבְדֵּרִי מִשְׁלֹחֹתוֹ שֶׁל יִימָר בַּר חֲשׁוּ, ר"פ
מִיִּמְלַח מְלוּחֵי רַהֲבֵרִי מִמַּתַּח לֵה בִּאשְׁלָא מַר
אֲמַר אֲנָא קִנְיָנָא לֵה לְכוּלָּהּ וּמַר אֲמַר אֲנָא
קִנְיָנָא לֵה לְכוּלָּהּ, (וּפְרִשִׁי הִנְהַגְתִּי בְּרִיאָה
מִשְׁלַח חֲבִירִי), וּבִפְשׁוּטוֹ אִינוּ עֲנִין לְעִיקָר
הַתְּפִיסָה, אֲלֵא דִּינָא בַּעֲלָמָא קִמ"ל דְּפִלְגִי מֵאֵן
קִנִּי, כְּנֻדוֹן דְּרֻכּוֹב וּמִנְהִיג, וְאִפְשָׁר לִימָר דֵּאִי
לֹאוּ דַּחַד קִנִּי לְכוּלָּהּ לֹא הִיָּה קוֹנָה לֹא זֶה
וְלֹא זֶה, (לֹא מִיִּבְעִיָּא הִשְׁתָּא דִּלָּא כּוּוֹנוּ
לֹא־קִנְיָנִי חַד לְחֲבֵרִי אֲלֵא אִפִּי הִיוּ מְכּוּנִים
לְזֻכּוֹת זִל"ז), דְּהוּ"ל תּוֹלְבַע"ח בְּמִקּוֹם שֶׁחָב
לְאַחֲרִים, דְּהִינּוּ יִימָר בַּר חֲשׁוּ, וְלֹא אֲמַרִי מִיָּגוּ
דּוֹכִי לְנַפְשִׁי לְמֵאִי דְּקִי"ל כְּרִי דְּהַמְגִּבִּיָּה
מִצִּיאָה לְחֲבִירִי קִנָּה חֲבִירִי, דְּטַעְמָא דְּמָגוּ אֲמַר
לִי רַבָּא מַכַּח יִתּוּרָא דְּמַתְנִי, וְהִשְׁתָּא דִּלָּא
מִיִּתְרָא לֹא שְׁמַעִינָן לִי מַתְנִי, וְאִמְנָם לְפִרְתָּ
הִיוּ יִכּוּלִים לְזֻכּוֹת זִל"ז כִּיּוֹן שְׁחִיב לְשִׁנְיָהֶם,
אֲבָל לְדַעַת הֶרְמִב"ן דִּלָּא אֲמַרִי מִיָּגוּ, וְטַעְמָא
דְּמַגְבִּיָּה מִצִּיאָה מִשּׁוּם שְׁאִינוּ חָב לְאַחֲרִים, לֹא
הִיוּ יִכּוּלִים לְזֻכּוֹת זִל"ז, וְלִכְךָ הֻצְרָכוּ לְמַעַבַּד
מִלְתָּא שִׁיזָכָה מַכַּח תְּפִיסָתוֹ לְחוּדִי, מִיָּהוּ
אֲכַתִּי מוֹכַח דִּין מִיָּגוּ מִשּׁוֹתֶפִין שְׁגַבּוּ.

שם הַתָּם הָאִי קֹאֲמַר כּוּלָּהּ שְׁלִי וְאֲנָא אֲגַבְּהָתָה
כוּלָּהּ כּו' לְכֹא' אִפִּי אִי נִנְקוּט דְּתִרְוִיָּהוּ
בְּהַדִּי הַדִּי אֲגַבְּהוּה, לִית לָן לְמִימָר שְׁשִׁנְיָהִם
יִדְעוּ בְּדַבְרֵי וְהַגְבִּיָּהוּ כָּל חַד לְדַעַתִּי דְּחֲבֵרִי,
אֲלֵא אֲמַרִי דְּכָל חַד סְבוּר שְׁהוּא הַגְבִּיָּה תַּחֲלָה,
וְכַמְשָׁפ רַשִׁי ב' וּלְפָנָיו אִפִּי אִי הַמְגִּבִּיָּה
מִצִּיאָה לְחֲבִירִי קִנָּה חֲבִירִי, הִכָּא לֹא קִנָּה לֹא
זֶה וְלֹא זֶה, כְּדֹאֲמַרִי לְעִיל דְּה"מ הִכָּא דְּמַגְבִּה
לִי אֲדַעְתָּא דְּחֲבֵרִי הָאִי אֲדַעְתָּא דִּידִי קָא
מַגְבִּה לִי, וְיֵשׁ לְהַקְשׁוֹת א"כ הִכִּי מִיִּתּוּקְמָא
מַתְנִי כְּב"נ, דְּהָא לֹא מַהֲנִי אִפִּי נֹאמַר דְּסוּגִיָּא
דְּלַעִיל סְבֵרָה דְּהַמְגִּבִּיָּה מִצִּיאָה לְחֲבִירִי קִנָּה
(וְעִי רַשִׁב"א שְׁתִּירָן כֵּן) כִּיּוֹן שְׁלֹא נִתְכּוּיִן
לְזֻכּוֹת לֹר, וְלְכֹא' מוֹכַח מִזֶּה דָּאָף בְּלֹא טַעְמָא
דְּמַגְבִּיָּה לְחֲבִירִי אֲמַרִי שְׁפִיר יַחֲלֻקוּן בְּמַתְנִי,

לֹא קֹאֲמַר אֲלֵא בְּסִבְרָת תּוֹפֵס לְבַע"ח בְּמִקּוֹם
שֶׁחָב לְאַחֲרִים, דִּלָּא חֲשַׁבִּינָן לִי כְּתוֹפֵס אֲלֵא
כְּשִׁמְסִיָּע לְחֲבִירִי בַּעֲצֵם הַתְּפִיסָה, אֲבָל הִכָּא
דְּחֲבִירִי הַגְבִּיָּה כּוּלָּהּ, וְרַק הוּא מַעֲכָב בַּעֲדוֹ,
בּוֹזָה י"ל דִּלָּא חֲשַׁבִּינָן לִי כְּעוֹשָׂה מַעֲשֶׂה לְחֹב
לְאַחֲרִים, וְאֲע"פ שֶׁמַּגְבִּיָּה אֲדַעְתָּא דְּחֲבֵרִי, אִינוּ
אֲלֵא כְּמִסְלַק עֵיכּוּבוּ, מִיָּהוּ אָף לְפָנָיו הַפְּשׁוּטוֹת
כְּדַעַת הֶרְשִׁב"א וְהִרָא"ש דְּכָל שְׁבַעֲיָנָן דַּעַתוֹ
לְהַגְבִּיָּה לְחֲבִירִי חֲשִׁיב חָב לְאַחֲרִים, [נְמִיָּהוּ
בְּטוֹר ס' רַס"ט הֶעֱתִיק דְּבִירִי הֶרָאב"ד בְּפִקָּח
וְשׁוּטָה, וְכ"מ דַּעַת הֶרְשִׁב"א וְהִרָא"ש בְּהַבְנָת
הֶרָאב"ד, וְעַמְש"ש הָאֲחֵרוֹנִים לְחֻלְק בֵּין שׁוּטָה
לְפִקָּח, וְאִין נִרְאָה כֵּן מְדַבְּרִי הֶרָא"ש בְּשִׁטְמ"ק,
דְּלִדַּעַת הֶרָאב"ד מַעֲיָקָר הִדִּין קִנָּה, וּמִמִּילָא אִין
מִקּוֹם לְחֻלְק, וְגַם הֶרָאב"ד לֹא אֲמַר עִיקָר
דְּבִירִי בְּפִקָּח וְשׁוּטָה, אֲלֵא שֶׁהַטוֹר הֶעֱתִיקוּ כֵּן
דְּבַעֲיָנָן אַחֵר אִין נִפ"מ לְהַלְכָּה, וְזֶה ע"פ דְּבִירִי
הֶרָא"ש שְׁבַשְׁטְמ"ק עִי"ש], וְנִרְאָה לְהוֹכִיחַ כֵּן
מִהָּא דְּמִיִּתְיָנָן בְּסִמּוֹן מַהִּיּוּ שְׁנֵים רֹכְבִין,
וּמִשְׁמַע לְכֹא' דָּאָף בְּשִׁנְיָם רֹכְבִין חֲשִׁיב כָּל
חַד כְּמַגְבִּיָּה לְחֲבֵרִי, דְּמָה לִי מִשִּׁכָּה כֹּאחַת
מִה לִי הַגְבִּיָּה כֹּאחַת, וּבִפְשׁוּטוֹ כָּל אֶחָד
לְחוּדִי הוּ"ל בְּדִין רֻכּוֹב, וְאִפִּיָּה כִּיּוֹן דָּגַם
חֲבִירִי רֻכּוֹב, חֲשִׁיבָא כְּמוֹנַחַת ע"ג קִרְקַע, וְש"מ
דְּתְּפִיסָת חֲבִירִי מַגְרַעַת לְחֲשִׁבָּה כְּמוֹנַחַת ע"ג
קִרְקַע, (לֹא מִיִּבְעִיָּא אִם רֻכּוֹב קוֹנָה מַחֲמַת
תְּפִיסָת הַבְּהִמָּה אוֹ הַמוֹסִירָה לְחוּד, אֲלֵא אִפִּי
אִם הוֹלְכָת מַעֲט מַחֲמַתוֹ, מִסְתַּבְּרָא דְּמַחֲמַת
אֶחָד לְחוּדִי ג"כ הוּא זֹאֲלָא), בְּרַם בְּשִׁטְמ"ק
בְּשֵׁם הֶרִיטְב"א כ' עֲלֵה דְּהִיָּא וְאֲע"ג דְּלִיכָא
הַגְבִּיָּה מ"מ מִיִּתּוּרָא קִמ"ל כּו', מִשְׁמַע
דְּפִשְׁטָא לִי דְּזֶה שְׁגַם חֲבִירִי רֻכּוֹב אִינוּ מַגְרַע
לְחֻשׁוֹב כַּח תְּפִיסָתוֹ כְּמוֹנַחַת ע"ג קִרְקַע, וְלְכֹא'
הִי נִרְאָה דְּבִפִּקָּח וְשׁוּטָה שְׁרֹכְבִין שְׁנֵיָּהֶם לֹא
קִנּוּ, דְּהוּ"ל כְּפִקָּח וְשׁוּטָה שְׁמַשְׁכוּ, [וְכַמְבּוּרָא
בְּרָא"ש וְטוֹר דְּשׁוּטָה מַגְרַע אָף כְּשֶׁהַפִּקָּח
הַגְבִּיָּה כּוּלָּהּ לְחוּד וְלֹא אֲמַרִי שׁוּטָה כְּמֵאֵן
דְּלִיתִי], וְצ"ע, שׁו"ר בְּקִצָּה"ח ס' רַס"ט סִק"ב
שֶׁהִבִּיא דְּרַשִׁי פִּלְגִי עַל הֶרִיטְב"א בּוֹזָה עִי"ש.

והיינו דפריך א"כ מאיזה מיגו קנה חרש, וקאמר מיגו דשני חרשין, דס"ד דלגבי זכיות החרש פקח לא גרע מחרש, ולמסקנא קאמר דה"ק רבא כיון דרק משום מיגו קנה, א"כ בחרש ופקח אפי' יתכוין הפקח להקנות לחרש לא מהני כיון דליכא מיגו.

מיהו מלשון מגו דזכי לנפשי נראה דע"י שזוכה לעצמו מהני מעשהו לחבירו, ולא דע"י מהני מעשה חבירו לחודי', ולכן יש לפרש דכיון דזכי לנפשי, הו"ל כעושה בשליחות בעל הממון, דפשיטא דמהני, והר"ז כמסייע את חבירו בממונו, ולכן ליכא חסרון דמגביה מציאה לחבירו, וליכא נמי חסרון דאשלד"ע, כיון דהעבירה עושה לנפשי, ומכח זה זוכה לחבירו, וזו אינה עבירה לעצמה, אלא כמסייע לגנב, ועדיפא מינה י"ל דכל החסרון דחשבי לה כמונחת ע"ג קרקע, היינו רק כשחציה השני נשאר כקודם הזכייה, אבל אם קדם אחד וזכה בחציה, (או שותף שהוציא עם גנב) ועכשיו מגביהה עם חבירו שלא ע"מ לזכות לעצמו, אלא תופס החצי שכבר זכה בו, לא חשיבא כמונחת ע"ג קרקע כיון שאותו חצי יש לו בעלים, ואינו מעכב השלמת הקנין של החצי השני, ועכ"פ בעה"ב שמסייע לגנב ע"י שמגביה עמו החלק שלו, אינו כמזכה לגנב משל גנב, דמרשות הנגנב רק הגנב לוקח, והלה מסייעו שלא יהא החצי השני מונח ע"ג קרקע.

ואפשר לפרש דה"ק כיון שכל אחד בא לזכות לעצמו, נהי דלגדרי הקנינים בעינן לכת שניהם כאחד, מ"מ אינו בדין מגביה לחבירו, אלא מגביה לעצמו, וכן בגניבה לעצמו הוא נוטל, וה"פ הכא אין הטעם מפני שמזכה לחבירו, אלא מתוך שזוכה באותו דבר לעצמו, זכי לחברי' בגדרי הקנינים להשתתף עמו, אבל ביסוד הדברים אין כאן אלא זכייה לנפשי, וזוהי באמת ההבנה הפשוטה בדעת בנ"א, אלא דרבא נמי מודה דבלא מיגו חשיבא כמונחת ע"ג קרקע, ונפ"מ

אף למאי דנקטינן דתרווייהו בהדי הדדי אגבהוה, וזה כדעת הרמב"ן, וביאור הדברים דלגבי הדין דבאין החלוקה יכולה להיות אמת אמרי' יהא מונח, סגי בזה דהכא איכא למימר תרווייהו בהדי הדדי אגבהוה, ואע"פ שא"כ אינה של שניהם, מה בכך, מ"מ סו"ס אין אנו מוציאים ממון שלא כדין דנימא יהא מונח, ושפיר אמרי' יחלוקו, וגם בסברת שבועת שוא י"ל דאע"פ שלא קנאה בגדרי הקנינים, ובאמת אינה שלו ממש, מ"מ שייך לומר שחציה שלי, כיון שחציה מוחלטת לו ע"י טענותיהם, דזהו המובן של לשון שלי בדעת בנ"א, [וכן משמע דהא דקתני סיפא בזמן שהם מודים דמוקמינן לה לאשמועינן דשניהם קנו היינו שמודים לדברנו דאמרי' יחלוקו, וש"מ דטעמא דידן נמי משום דתרווייהו בהדי הדדי אגבהוה], מיהו י"ל דנהי דכל אחד אדעתא דנפשי מגבה, מ"מ פתיכא בדעת' שאם שניהם הגביהו יחד שיקנה מיהא חצי, דהא מיירי בהגביהו סמוך מאד זל"ז, וראוי לכל אחד להסתפק שמא תרווייהו בהדי הדדי אגבהוה, (ועי' לעיל ס"א סק"ה מש"כ בשם אאמו"ר שליט"א דחשיב רמאי בזה שאינו מדקדק על עצמו לידע אם ברור לו שהוא הגביה תחלה).

טז. **שם** והכא ה"ט מיגו דזכי לנפשי כו', לכא' אפשר לפרש דטעמא דמיגו משוי לה כאינה מונחת ע"ג קרקע, דכיון שגם בחציה השני נעשה מעשה קנין, מהני לראות הטלית כולה כנכנסת לרשות אחת ע"י מעשה זה, ושפיר קנה כל אחד חצי' כיון ששניהם עשו הקנין יחד, וניחא בזה דמהני בגניבה, אע"ג דזכייה מטעם שליחות ואשלד"ע, דבאמת לא בעינן שליחות לזכייה זו, אלא המצב הזה מועיל שהמעשה של כח אחד מועיל לחצי, ולפ"ז בחרש ופקח ס"ד מעיקרא דמהני קנין דדרכי שלו' גם בשביל הפקח, דסו"ס החצי נכנס לרשות החרש בהגבהה זו, ודחי דדרכי שלו' לא חשיב קנין לגבי פקח, וכיון דפקח לא קנה א"כ ליכא מיגו כלל,

משמעות הגמ' דשני חרשין לכו"ע קנו ואף לרמב"ח מדקאמר בפשיטות וכ"ת מ"ש כו' תקינו להו רבנן דלא ליתו לאינצויי, ויעוי' בספר אאמו"ר שליט"א ס"י סק"ב, דבאמת כתב לבאר מיגו דרבא מיגו ממש, [ע"ד מש"כ] ומתיישב לפ"ז לשני' דרבא, עיי"ש, ולמש"פ הראשונים ז"ל דה"ק רבא השתא דאמרת צריכינן לטעמא דמיגו, אפשר לומר דה"ק חרש ופקח לעולם לא קנו אפי' יתכוין הפקח לקנות לחרש, אבל לרמב"ח נהי דפקח ל"ק, מ"מ שייכא התקנה.

קצת משמע מדברי הראשונים ז"ל דרמב"ח נמי מודה לדין מיגו, אלא דס"ל דלא איצטריכא מתני' ליתורא לד"ז, מדהקשו לרבא הא משותפין שגנבו שמעינן לה, ולכאור' שותפין שגנבו אינה משנה, אלא דמברייתא דשותף שטבח יש להבין שהיו שותפין במעשה הגניבה, (אם לא נדחוק כבתוד"ה...), מיהו פשטא דגמ' דרמב"ח לית לי' מיגו, ובאמת בלא"ה ק"ק לרמב"ח למה השמיענו התנא ד"ז במקום שקשה לראותו כתולב"ח במקום שחב לאחרים, כיון דעיקר זכייתו לעצמו, והחצי השני חבירו זוכה בו לעצמו, וכ"ש אם איכא טעמא דמיגו, דודאי לית לי' לתנא להשמיענו ד"ז בכה"ג, ועמש"כ לעיל בטעמ' דרמב"ח בשותפין שגנבו.

יז. **לכאור'** נראה דשותפין שגנבו והתנו ביניהם שזה יטול ג' חלקים וזה רביע, חשיב זה שנוטל רביע כשלוחו של חבירו לזכות לו רביע, וכיון דאשד"ע לא קנה המשלח, [וקנה השליח, עי' בספר מרן זללה"ה ב"ק סט"ז סק"ט], דמעשה הקנין שנעשה ע"י שנים מתייחס לשניהם בשוה, כדחזינן דחרש מעכב את הפקח מלקנות, אפי' אם הגביה כ"כ שאם הניח החרש היתה מוגבהת ע"י הפקח לחודי', וכמ"ש הרא"ש והטור סי' רס"ט, והא דמהני לכיון לזכות רק רביע, אינו גורם חסרון במעשה הקנין, וכמ"ש תו' דיכול להגביה כולה לזכות רק חציה, והתם ע"כ חשיבא

בחרש ופקח, ואפשר דהיינו טעמ' דרמב"ח בשותפין שגנבו דלא חשבינן לי' שליח לד"ע, כיון שעיקר מעשה הגניבה מתייחס לכל אחד לעצמו, ואינו אלא מסייע לגניבה שעושה בעצמו, [ועחזו"א ב"ק סט"ז סק"כ, דמסתברא דלאו דגניבה עובר ע"י הפקעה מרשות בעלים, אע"פ שלא קנה לענין חיוב כפל ואונסין], משא"כ לענין מגביה מציאה לחבירו, דלא מהני קנינו כיון שאין לו בעלות בדבר.

ומהא דמדמינן בגמ' ענין מיגו דזכי לנפשי' לדין חרש ופקח, משמע דענין המיגו הוא, כיון שאין אנו יכולים לבטל כח זכייתו לנפשי', ממילא חל כל מה שזוכה בזכייתו, דהי' מקום לומר מיגו דלא מצי למזכי לחברי' לא זכי נמי לנפשי', ואמר' מיגו דמעשה הזכייה לעצמו מוחלט, וכיון שכן ממילא חל הזכייה לחברי', והיינו דקאמר מתוך שקנה חרש דזכייתו לעצמו מוחלטת מתק"ח, ממילא מהניא לפקח, והדר קאמר מיגו דשני חרשים דכיון שקניית שני חרשים מהני מתק"ח, א"א לבטל קניית החרש דלא גרע מינייהו, ולבסוף קאמר דדין מיגו מחייב דכיון דלא קנה פקח ל"ק חרש.

שם תוד"ה ומאי, צ"ע כונתם דהא בסמוך פריך וכ"ת מ"ש משני חרשין, וש"מ שהסברא פשוטה דטעמא דלא לית' לאינצויי שייכא גם בחרש ופקח, וע"כ דלא צריכינן בזה לכח מיגו, אלא דיש להק' א"כ מאי קאמר דמיגו דקאמר רבא היינו מיגו דשני חרשין, ונראה מדבריהם דהפקח מועיל לחרש מיגו דחרש מועיל לחרש, אבל אין החרש קונה לעצמו בלא מיגו מכח התקנה, וצ"ע, והי' אפשר לפרש דה"ק, ומאי מיגו דקאמר רבא, אמיגו ששני חרשין גופייהו קאי, דכיון דאמר' מיגו, שני חרשין קנו, וממילא ה"ה חרש ופקח, אבל לרמב"ח שני חרשין לא קנו, דלא תיקנו שייגביה כל אחד לחבירו, ולבסוף מסיק דכיון דאמרת מיגו ושני חרשין קנו, צריכנא למימר לך דחרש ופקח לא קנו, אבל

הגבהה לכולה, א"ו מעשה קנין הנעשה ע"י שנים יחד מתייחס לשניהם בשוה, וע"כ בעינן לדעת המגביה לזכות לחבירו רביע, (ואין נראה לומר דהא דתפיסת חרש מגרעת, היינו דעכ"פ יש לו תפיסה בממון זה, וה"ה דהמגביה עם חבירו ע"מ שלא לזכות כלל, ע"כ בעינן לכח שליחות, אבל אם יש לו תפיסה בגווה שפיר מתייחסת תפיסתו לפי כונתו לזכות, והשאר מתייחס לחבירו, דפשטות הדברים כיון דבאינו מכוין כלל לזכות חשבינן ל"י כתפוס בה, ש"מ דהתפיסה נקבע לפי המציאות, ולעולם הוא תפוס בשוה עם חבירו), ולפ"ז אליבא דרבא אין המגביה יכול לזכות לחבירו מכח מיגו דזכי לנפשי, אא"כ זוכה לעצמו כפי השיעור שהוא מוחזק בו, ובזה זכי לחברי' שלא תהא כמונחת ע"ג

קרקע, אבל אינו יכול לזכות את חבירו יותר מחצי. (לא נגמר)

הוספה לפו"ר: עיקר כונת הגמ' דמתני' מתפרשת באופן שאין קנין ד"א, ומשכח"ל בדגלי דעתי' דלא ניחא ל"י, דכונת התנא לאשמועינן דנפילה לא מהני אע"פ שנראה כתפוס בה ומשתמרת על ידו, ולא נחית לדין ד"א שהוא ענין צדדי דשייך להקשות דבלא"ה קני, ולפ"ז א"צ לומר דבכל האופנים גלי דעתי', אלא דמתני' מיירי בדגלי דעתי' ע"י הנפילה, דלא ניחא ל"י בד"א, ואפשר הענין דלא גמר בדעתו שיכנס לרשותו ע"ז, כיון שאינו בטוח שהקנין הזה מכניסו לרשותו, ואין כאן ויתור על ד"א, אלא חסרון החלטה לקנות ע"ז.

סימן ח

קנין ד' אמות וחצר

על זכות ד"א, דכיון ששניהם משתדלים לזכות בפאה ובמציאה, ואע"פ שהוא הקדים ליכנס בד"א, עדיין הוא משתדל לקנותה, ה"ז כאילו הסכים שהקודם בנפילה הוא יזכה, ופעמים שעושה כן משום דכסיפא ל' מילתא בדבר ששניהם שוים בו, להוציא ממנו בכח הדין (או תקנת אינצויי), אבל כשהצליח להקדימו במעשה, בדין קא שקיל, הגע עצמך בפיאה, וכי יושר הוא שזה שקל ברגליו והספיק לרוץ דרך כל השדה תחלה זכה בכולה, אבל אם הקדים לתפוס ידעי כו"ע דבדין קא שקיל, ולכן הוא מוותר על זכות הקנין בד"א, וביותר הדבר מובן בקנין ד"א דלא מיחזי לאינשי שיש לו זכיה בכך, כששניהם רצים יחד, שהרי אינם רשותו ויד הכל שזה בהן, ולכן לא נוחא ל' דליקני בהכי.

ולפ"ז נוחא הא דבעינן ובא אחר והחזיק בה, וכן בפיאה מעבירין אותה הימנה, ולא אמרי' דהעומדים שם זכו בד"א, דאינו מבטל זכותו בד"א, אלא שהוא מסכים שזכייתם תקבע ע"י מעשה, אבל ודאי שאם חבירו יבא לזכות בד"א, הרי הוא הקדימו, וכלפי זה לא ויתר, ומצאתי שכ"כ הגרע"א ז"ל, ולפ"ז לענין מציאה אחרת שפיר זוכה בד"א, (אבל מדברי הגרע"א ז"ל ל"מ כן), ולפ"ז יש מקום לדון דלגבי אדם שלישי, מהני קנין ד"א ידיהו שלא יוכל לזכות בה, שאינם מוותרים על הקנין, אלא מסכימין ביניהם שלא תוכרע הזכיה בכך, אבל בירו' מייתי נמי משנים שהיו מתכחשין על העומר ובא עני אחר וחטפו זכה בו, (וער"ש פאה פ"ד מ"ג, ולפ"ז נוחא להירו') ונראה מזה דלגבי כל הזכאים בפאה או במציאה גלי דעת' שכל הקודם במעשה הקנין זכה, וכן במתני' קתני ובא אחר

א. י' א' כיון דנפל גלי דעת' כו' יש לעי' אי ידע דקנין ד"א מהני, למה באמת לא נוחא ל' דלקני, בשלמא במכר שייך לומר דלא נוחא ל' שייגמר אלא בקנין זה, אבל הכא ודאי נוחא ל' בכל מה שמועיל, ואפשר דתקנת ד"א היינו שיש לו אפשרות להשתמש בהן כחצירו לזכות לו, אבל אינם קנויות לו כשאינן נפ"מ לקנין, ולכן כשחשב שאינו צריך לקנין ד"א בשביל מציאה זו, אינו זוכה ממילא, ולפ"ז בחצירו אפי' נפל קנה, והיכא דאינו יודע שקנין ד"א מועיל, אפשר דלא מהני אפי' לא נפל, דד"א לא עדיפא מחצר שאינה משתמרת, וכשעומד בצד חצירו ואינו יודע שהיא קונה לו, לכאור' לא מהני מידי, דאינה משתמרת על ידו כשאינו יודע שהיא קונה לו, וכ"ש ד"א שאין בהם משום הכנסה לרשותו כשאינו יודע שהם רשותו ולא דמי לחצר המשתמרת שהיא פועלת מצד עצמה, ואע"פ שלא ידע שהיא חצירו, שפיר מהני, מיהו אפשר דכל שאינו יודע הלכות קנינים, קונה שפיר בד"א, דאדם סומך דעתו על מה שנמצא תח"י, וכ"ז שאין אחר עמו, אינו נזקק למעשה קנין בדבר המזומן לפניו, ולכן כל שנכנס לד"א של המציאה, יש בזה משום הכנסה לרשותו, ואין מגרע מה שאינו בקי בהלכות קנינים, ומשכח"ל הסברא שכתבנו במי שיודע הדין, אלא דס"ל כמ"ד בירו' דד"א אינן קונות במציאה, דבזה י"ל דלדין נמי לא קנה, שהמעשה קנין של ד"א הוא בזה שהאדם מתייחס להם כרשותו.

ואפשר לפרש דכיון דהא דנפל הוא כדי למנוע זכיית אדם אחר, שייך שפיר למימר דגלי דעת' שאם השני הי' מקדים ליפול עלי' הי' הוא זוכה, והוא כעין ויתור

דקיי"ל כר' יוחנן, וה"ה לשאר אמוראי, (תדע דלא מסייענין לר"ל ממתני' דגיטין, דקתני וכן לענין החוב), ובפשוטו סוגיא דהתם זהו מקור הראשונים שחילקו בתקנה זו דליתה אלא היכא דאיתמר, [וכ"מ ברמב"ן], וצ"ע בגליון הגרע"א ז"ל סי' רמ"ג בש"ך סק"ט שהוכיח מזה, [ובבהגר"א סי' ר' סק... כ' ללמוד מהירו' דרק במציאה אמרו כן, ולפמ"ש הרמב"ן הרי דר"י דירו' ודאי פליגא אתלמודן, דר"י מודה במציאה כדאמר לק' ב' גבי קטנה, והא דאר"י בגיטין שם לגיטין אמרו ולא לד"א ודאי מתפרש אף במציאה, דהא ליכא בה דין קרוב דיכול לשומרה, וע"כ לאו היינו דירו', ולכך פ"י דר"י אד"א קאי, ובירו' לא הוזכר בגט אלא דין ד"א], וקצת יש לדקדק מהא דמסקינן דילפינן מציאה מגט לענין קטנה אף דקטן לא קני, וש"מ דיש להשוות הקנינים בכל דבר, מיהו בגיטין ע"כ אשכחן חילוק בד"ו, [ועי' לק' סק"ה ד"ה ברם].

ונראה דגם התו' פשיטא להו דמו"מ ומתנה עדיפי ממצאה, והוה ס"ד דאף בגניבה כן, אע"ג דליכא דעת אחרת דומיא דמצאה, וע"ז תירצו דבגניבה לא תיקנו, וקשיא להו מגט דלא חשיב דעת אחרת מקנה כיון דאית' בע"כ כדאמר י"א ב', וע"ז תירצו משום עיגונא, וכ"מ ברא"ש שהוצרך להוסיף טעם זה בגט, ולא קאמר בפשיטות דבגניבה דעביד איסורא לא תקינו, א"ו כונתם דאין לחדש קנס בגניבה דעביד איסורא, ולכן פירשו דכולה תקנה מפני הצורך היא, ואינה קנין גמור שיהיו הד"א שלו, אבל לא משמע כלל דבתירוצם נתחדש דאף במתנה ומו"מ ליכא דין ד"א, וכן במה שסיימו דלר"ש נחא, לא משמע דדין מו"מ מיתלא תלי בנדון זה, א"ו פשיטא להו דכל מאי דעדיף ממצאה ליכא למעוטי, אבל גניבה לא עדיפא ממצאה, [ובשטמ"ק בשם ריטב"א כ' להוכיח מקו' תו' דקנין ד"א בכל מילי, אלא ששם העתיק תירוצם דבגניבה דעביד איסורא לא תקינו לי'

ולא מחלק, ואם כדברנו הול"ל ובא השני או חבריו, וכן בסברא אין לחדש כאן קנין לחצאין, וכיון דבד"א לא קנה, כל הקודם זכה. ב. שם תקינו רבנן דלא ליתי לאנצויי, פ"י דהמוצא מציאה ואין אחר עמו, אינו ממנה לעשות מעשה קנין, דלגבי נפשי' כממוני' דמי, ולכן אם יקפוץ אחר ויגביה, אתי לאנצויי, דבדעת בנ"א נראה כחטף ממונו מרשותו, ועוד דבמצאה העיקר הוא גילוי המציאה, ומה"ט אמרי' ב' א' דלשון בנ"א הוא דמדחזי לה אמר אנא אשכחית, דכמו באבידה שיש לה בעלים מדחזי לה חזרה לשווייתה, כך לגבי המוצא דבר הפקר אע"פ שלא עשה הקנין, ולכן אם נכנס אדם אחר וחטפה, אתי לאנצויי, דלגבי השני אינה מציאה, אלא ממון המזומן לחבירו, ובדרך כלל הקודם בד"א הוא ראה המציאה קודם, וגם בראיה ממקום רחוק לא סמכא דעת' ליחשב כממונו, [ועי' להלן מש"כ גבי פאה ד"ה ואפשר (בסוגריים)].

הרמב"ן הביא ירו' דה"ה במתנה ומו"מ, וביאור הירו' דלר"י אין קנין ד"א במציאה, ונקט מתנה לרבותא דאפי' במתנה ל"ק, ור"ל נקט מציאה לרבותא דקני וכ"ש מתנה, (וזהו לשון רובה דר"י רובה דר"ל, דכל אחד נקט רבותא), וכ"ה פשטא דתלמודן דבמתנה קני טפי ממצאה, כדאמר י"א ב', ולא עשאום חכמים כהלכתא בלא טעמא, לומר דדוקא במציאה, שהרי אמרו שהם כחצרו (עי' לק') למיהוי חצירו לא זכה לי' רחמנא), ובאמת לא הוזכר בדר"ל לשון מציאה כלל, ואיך יתכן לסתום כשהדין כך רק במציאה, והא דהוזכר לק' בשמעתין ילפינן מציאה מגט, היינו לרבותא, דאף במציאה כן, (אם לגבי מציאה לא הוה מהני בקטנה, לא ה"י לה דין ד"א אף במתנה), מיהו מהא דבגיטין ע"כ ב' א"ר יוחנן לגיטין אמרו ולא לד"א, אין להוכיח דלאוקימתא דר"א נחא כפשטה, דשפיר סתים תלמודא כפי המסקנא

ד"א, ובש"ך סי' רמ"ג סק"ט משמע שדייק ממ"ש תו' טעמא דאינצויי ועיגונא, דדוקא בדאיכא טעמא קני, ור"ל דלפי תירוצם דנתמעט גניבה ה"ה מתנה ומו"מ, אבל ע"כ א"א לדייק מזה, כיון דברא"ש ג"כ סיים טעמא בגט, והיינו כמש"כ דמתנה ומו"מ דרעת אחרת מקנה פשיטא דקני, וה"ה קדושין וחוב דקתני במתני' דגיטין.

בש"ך שם כתב דאף דמדברי הגמ' אין הכרח מ"מ יש לקיים דברי התו' בסברא, דלא יתקנו ד"א לגנב להוציא מרשות בעלים, והנה מ"ש דמהגמ' אין הכרח ד"ל דבעי לאוקומה אף כר"ש, יש לקיים הדברים רק אם נימא דקיי"ל כר"ש, דכל מהלך הסוגיא בכתובות מוכיח דבודאי לא קני, ורק לאוקימתא דרבינא שם אף ברה"ר קנה, וש"מ דהגמ' נקטה כן עיקר, וזה באמת הזכירו תו' בשמעתין דלר"ש ניחא מיהו מ"ש דהדברים מקיימים בסברא צ"ב, דודאי אם היו חז"ל דנים על כל אופן בפ"ע הדין נותן שלא יתקנו, אבל בפשוטו נתנו לו בד"א קנין חצר, ואף באותה שעה שהכניס הגניבה לשם, קונה המציאה שבד' אמותיו, ומנלן לחדש דתיקנו לחצאין, [ואם נימא דלא יתבין ד"א לאחוריו עי' לק' סק"ג, מצינו לאוקומה דמגרר משמע לאחוריו, ולכן לית לי' ד"א, אבל אין נראה דזהו הטעם דלא משני הכי, דהו"מ לאוקומה בהופך פניו, אא"כ נימא דלא ניחא לי' לתלמודא שיהא דין ד"א מוכרח בברייתא, מיהו י"ל דכיון דבלא"ה צריך לאוקומה אליבא דר"ש, לא דחיק לאוקומה אליבא דחד מ"ד, מיהו לק' כתבנו דנגרר ויוצא י"ל דכלפניו חשיב לענין זה], וגם אין לומר דהגנב לא ניחא לי' דליקני כיון שהקנין לחובתו לחייבו באונסין ובכפל, (עי' בספר מרן זללה"ה ב"ק סט"ז סק"ט ועתו' י' ב' ד"ה...), דכיון דקלבד"מ ניחא לי' לקנות וליפטר, עחו"מ סי' שנ"א.

ואפשר דחפציו של הבעלים המונחים בסימטא, מונעים מן הגנב זכות ד"א

במקומם, דכיון שהוא הכניסם מדעתו, ה"ז כקמו חפצי הבעלים, [דכ"ז שלא נכנס כל הכלי לא קנה, ומשנכנס כל שהוא כבר זכו הבעלים במקומן], וכיון דהבעלים זכו במקומם, (לא גרע מפקדון דלא קני לי' שומר בכונה לחוד, מיהו י"ל דהכא חשיב מעשה כשהוציא המשהו האחרון), תו לא מהני זכות ד"א ידידי' למיקני להו, [כמ"ש הראשונים לענין מוכר ולוקח], ולא דמי למושך חפץ של חברו לתוך ד"א לקנותו, דמדעת בעלים קעביד, ולא נתן לו זכות שימוש בד"א כלל, אבל כשלוקח חפץ של הבעלים מביתו שלא מדעתו ומניחו בסימטא, חשיב שנתן לו זכות הנחת חפציו בד"א, ואפשר דיכול הבעלים להשאירם שם בע"כ, ואפי' נימא דהגנב יכול להשליכם מד"א, מ"מ כ"ז שמניחם שם מדעתו, חשיבי כמונחים ברשות בעלים, וצ"ע בכ"ז, [ועי' לק' סוסק"ה דלעולם יש זכות לאחר להניח חפציו בד"א של חברו, ולפ"ז דוחק לתרץ כדברינן, אבל אפשר לומר דלא נפיק מרשות בעלים בד"א אלא מדעתו, דבאמת גם בעלים יש זכות להניח שם, אלא דסגי בצורה זו לגמירות דעת לקנין, אבל להוציא מרשותו לא נפיק בכה"ג עיי"ש], ואם ננקוט כן ניחא טפי דבאמת קנין ד"א הוא זכות חצר בד"א ולא נחתין לדון בכל דבר מה הוא בא לקנות עי"ז, וכ"ש דלא עבדינן תרתי דסתרי, שבאותה שעה זוכה דבר אחר בד' אמותיו, (ואם הי' צריך לדון בכל דבר, הי' מקום לומר דבפיאה אין לתקן זכות ד"א, דאינה כמציאה שהרואה ראשון הוא חשיב המוצא, דכו"ע ידעי דאיכא פאה באותה שדה, וליכא אינצויי דאנא אשכחת עי' לעיל, וגם אין ראוי לסייע את הקל ברגליו כ"כ, ויותר החלוקה הוגנת ליתן לכל אחד מה שהחזיק בידו, ומה"ט נראה דלא תיקנו בשדה חבירו לר"פ, דאם הי' בפאה אותו טעם כמו במציאה, היו מתקנים כן, כיון דרחמנא שרא להו להלוי בגווה), ונפ"מ לפ"ז דעביד

איסורא כגון עני המהפך בחררה, שפיר קונה בד"א, והרי בדעת אחרת מקנה ודאי דקני אף בעני המהפך בחררה, ועי' מ"ש הגרע"א ז"ל במתני' מ"ט צריך החזיק, (ובאמת גם טעמי' דהש"ך שלא הקנו בשביל להוציא מהבעלים, אינו בכה"ג שאינו מוציא מרשות בעלים, אלא דבזה נראה דאם נחתנין לדון בכל דבר מהי הזכייה, אין לתקן במקום איסור).

יעו"י בקצה"ח סק"י שכ' דליכא נפ"מ בקנין ד"א בגניבה בסימטא, וכבר השיג בנה"מ דנפ"מ טובא, ומשכח"ל נמי במשך משהו דלא חשיב משיכה, ומסתברא דחשיב מעשה, בפרט אם עי"ז נכנס כולו לתוך ד"א, [וע"ע בדין עני המהפך דלעיל], מיהו יש לעי' בהיתר הגניבה בחצר שאינה משתמרת ובא ועמד בצד שדהו ע"מ לגונבה, אי חשיב מעשה, אע"פ שלא עשה דבר בגניבה עצמה, ולמ"ש רש"י י"א א' דהשתא משתמרת על ידו, אפשר לדמותו לנעל בפני, ולפ"ז אף בד"א אם נכנס לתוך ד"א בשביל לקנותה, חשיב שפיר מעשה, דד"א דמו לידו וחשיבי משתמרין ע"י, מיהו למש"כ לעיל לא קנה כיון דחפצי הבעלים קדמו, ואין זכות ד"א מפקיעתו משם, ומ"מ אפשר דאפי' נכנס מאליה, מ"מ עמידתו לשמור חשיבא מעשה, אע"פ שלא חידש דבר, וצ"ע בכ"ז בסוגיות, [ודעת המע"מ נראה דלמאי דקיי"ל כר"ש, יש לנקוט דמש"ה לא משני הכי בכתובות, ובלא ראי' אין לחדש דבגנב ביטלו זכות ד"א, והבין דכונת הרא"ש רק ליישב לדידי, אבל לדינא לדידן בסימטא קנה הגנב, מיהו דעת הרא"ש ל"מ כן, אלא ס"ל דד"ז קושטא לכו"ע, אם מסברא, או דכיון דאמוראי טובא סברי דקנה, הו"ל לגמ' לפרושי בשלמא למ"ד כו'].

ג. **שם** תקינו רבנן דלא ליתי לאנצויי, מטעם זה ראוי לתקן ד"א אף במהלך, דסתמא דמילתא נדון דמציאה הוא במהלך, ואכתי אתו לאינצויי, ופעמים שהראשון מהלך ומתקרב למציאה, והשני שמאחוריו יעמוד,

והוא יזכה ואמנם יש סברא לומר דד"א דמהלך לא קביעי להקרא ד"א דידי, [נע' כע"ז ברכות כ"ד ב' במהלך במבואות דאיכא מ"ד דלא חשיב מחניך], מ"מ לענין דעת בנ"א כל המונח לפניו סמכא דעת' עלי' כדידי, בין עומד בין מהלך, ועפ"ז ראוי לקבוע התקנה, וכ"מ בתו' שהקשו מהי' מגרר ויוצא דמיירי במהלך.

ומה"מ נראה לכא' דדין ד"א הוא רק בד"א שלפניו, שהם משתמרין לדעתו, אבל לאחריו לא מיבעיא במהלך דאין שום סברא שיקנו לו, אלא אפי' בעומד, לא חשיבי חצרו אלא אותן שלפניו, וצ"ע בכונת רש"י שכ' אם יש סביבותיו דבר הפקר כו', ונראה דל"ק דע"כ מיירי ביודע במציאה ומשמרה לדעתו, ובכה"ג כל שסביבותיו כבר הי' במצב של לפניו, דגם בנתינת דעת לשמור ולקנות מה שבתוך ד"א סגי, אבל המהלך או עומד ואינו נותן לבו למה שמאחוריו, ובא אחר ונותן לבו למה שמאחוריו זכה בו, וכן אם באו שנים זא"ז, אין הראשון יכול לזכות בד"א שסביבותיו, דמה שמהני סביבותיו זהו רק בכח שהי' הכל בכלל לפניו, אבל אינו יכול לזכות בב"א בד"א שאינן משתמרין לדעתו, ולפ"ז במגרר ויוצא חשיב שפיר כלפניו אע"פ שהוא לאחריו, דנותן דעתו ושמירתו לד"א אלו, ואפי' אי לא מהני לשאר חפצים ששם, מ"מ י"ל דלענין מה שמגרר בידו חשיבי שפיר כד"א שלו, שו"ר בבעה"מ ערובין מ"ח א' שכ' ונראה בעיני ה"ה לכל ד"א שקונות לו לאדם בכ"מ כולן ח' על ח' הן והוא באמצען, והעתיקהו הרשב"א והרא"ש והר"ן שם, [ואפשר דס"ל כהראב"ד דד"א שאמרו דוקא בעומד], ולפמ"ש יש לפרש כונתו בנותן דעתו למה שסביבותיו, וכבר הי' הכל בכלל ד"א שלפניו, מיהו מדבריו נראה דאם קדם יש לו ח' על ח', ואין חבירו יכול לקנות מאחוריו כשהוא משמר כל סביבותיו לדעתו, ונמצא לפ"ז דבאמת הדין שיש לו ד"א

סביבותיו, אלא שאינן קונות לו אלא במשומרין על ידו, וגם בחצר שאינה משתמרת אינו קונה אלא במה שמשמרת על ידו ולא מהני עומד בצד ברחוק טובא, [שו"ר בב"י סו"ס ר', ולכאור' לכל הפירושים שברא"ש בערובין אין לחדש דפליגי ארז"ה לענין מציאה].

והראב"ד בשטמ"ק ט' ב' כתב דלא אמרו ד"א אלא בעומד אבל מהלך לא, ובזה יישב הא דפריך היתה מהלכת ברה"ר וזרק לה גט כו' ה"נ דלא מגרשה, ותיפוק לי משום ד"א, ולמ"ש הראשונים ז"ל גיטין ע"ח א' דאף בגט ליכא ד"א ברה"ר, לק"מ, [אלא דהראב"ד הוצרך כן לשיטתו דאוקמה בסימטא], ועוד דסתמא דהיתה מהלכת מתפרש שהוא עומד והיא מהלכת וזרק לה, וא"כ קדם הוא והו"ל ד"א ידידי, כדאמר' בגיטין שם, [ועוד דכיון דעיקר הנדון שבגמ' לבאר נדון דחצר מהלכת ליכא לאקשויי משום ד"א דאדמשכח"ל בדקדמ אחר לתוך הד"א], ועוד דאי ד"א שאמרו אין להם אויר, לא מהני חצר מהלכת ליחשב כע"ג קרקע, אפי' אם נימא דכלי המונח ע"ג קרקע כקרקע דמי, והרא"ש בתוספי תו' הובא בשטמ"ק שם כ' דקלתה מבטלת כח הקרקע, ור"ל דאם יש בקלתה חסרון של חצר מהלכת, (דאינה משמרת כמ"ש רש"י), לא מהני לזה הד"א, כיון שהגט בטל לקלתה, והקלתה מהלכת ואינה משתמרת [ובחיקה ע"כ מיירי בכיס, דעל גופה באמת חשיב מהלכת עי' גהש"ס שם ולע"כ], מיהו אין זו סברא פשוטה, דלכאור' נראה דבהמתו שעומדת בחצרו שאינה משתמרת והוא עומד בצדה חשיב שפיר משתמרת לדעתו, והו"ל כקשורה בתוך חצרו, דחשיבא שפיר משתמרת, אע"פ שיכולה להלך מעט בתוך החצר, [ועי' להלן דמה"ט נקט ברה"ר לאפוקי חצרה], וא"כ ה"נ בד"א כיון שהם משתמרים לדעתו, מהני לשמור גם את החצר המהלכת, כמו שהי' קונה את הבהמה עצמה בד"א, אלא

דהרא"ש מייתי לה מכח קנין דאורייתא דאיכא בקלתה, ומשמע כונתו דמה שבתוך קלתה חשיב לגבי הד"א כבתוך כלי של אדם אחר, דג"כ לא קני למי שעומד בד"א, דהכלי מבטל ד"א לגבי מה שבתוכו, וה"נ כלי ידידי, ומ"מ צ"ע דכיון דמהלכת זהו חסרון בחשיבות החצר לקנין, למה לא יועילו הד"א למיחשבי' כמונח ברשותה, אבל לענין אויר ד"א שפיר יש סברא לומר דנהי דמידי דקביע קני, מ"מ חצר מהלכת לא עדיפא מאויר], ועוד דאם קלתה מופשלת לאחוריה או לצדדין ואין הקרקע שתחת' משתמרת על ידה, [בפרט במהלכת], לא מהני אויר דידה אפי' אם יש להם אויר, דאויר בלא קרקע ליכא, (ולכאור' הא דנקט מהלכת ברה"ר הוא לאפוקי ברשותה, דלא מגרע מה שמהלכת בתוך רשותה, וע"כ מתפרש נמי בדליכא ד"א אם משום רה"ר, או שאר טעמים שכתבנו).

ובעיקר הדברים צ"ע בגט דהשיעור נקבע ביכולה לשמרו, אם אית לן למימר דבמהלכת לא מגרשה, דבשלמא בד"א שייך לומר דבדלא קביעי לא חשיבא ד"א ידידי, אבל ביכולה לשמרו אין לחלק בהכי, (לפז"ר משמע בסוגיא דלא מחלקינן הי מינייהו קדים לענין קרוב לה), מיהו י"ל דכיון דג"ז מדין חצר, בעינן קביעות [שו"ר דל"ק כיון שגם הוא יכול לשמרו], ועוד דבעמדה ומתכוונת לכל המקום שיכולה לשמרו אע"פ שהלכה פסיעה אחת אינו בדין שיתבטל זכותה, שהיא כמהלכת בתוך חצירה, וא"כ נמצא דיש למהלכת זכייה בגט, וגם בד"א מסתברא דיכול לזוז ולא יתבטל זכותו בדקדים איהו, (ועוד משכח"ל מחצה על מחצה כשהיו שניהם מהלכים, ועמדו יחד עי' גיטין ע"ח א', אם נימא דבכה"ג אין זכות למאן דקדים, עי' לק'...., ושמא גם בעמידה כאחת א"א לצמצם).

ולענין הלכה הרשב"א והר"ן העתיקו דברי הראב"ד, [ואמנם הרשב"א כתב בלשון עוד הק' כו' וניחא לי' כו', אפשר כונתו דהק' עוד

אלא שלא ראה אותה קודם שנכנס השני, י"ל דלגבי זה חשיב נתינת דעת לזכות בד"א לענין מה שיתגלה לו בתוכן, וג"ז אינו מוכרע, די"ל דענין הד"א נקבע עם נתינת דעתו ושמירתו, וכמש"כ סק"ג לענין ד"א מאחוריו, אבל בדבר שנתחדש אח"כ, ודאי יש סברא לומר דמעיקרא לא הוו הד"א ידיד, וולכאו נראה שזוהי הסברא דלענין קרוב לה בגט חוץ לד"א לא מחלקינן הי מינייהו קדים, דמושג הקנין שביכולה לשומרו נוצר רק עם נתינת הגט, ובאותה שעה שניהם שם, ולע"כ בזה.

ובקצה"ח סי' סק"ח סק"א הק' ע"ד הטור והרמ"א שכ' שנים שבאו כאחד לתוך ד"א או שעומדים שניהם ונפלה המציאה לתוך ד"א קנו שניהן, דמה שייך להזכיר שני אופנים, דאם בסיפא מיירי שבאו בזא"ז, אמאי יחלוקו, הרי מי שקדם זכה בד"א, ולמש"כ אפשר דבכה"ג שנפלה המציאה אח"כ באמת יחלוקו אע"פ שקדם האחד, דנתינת דעתם לקנין הד"א נעשית רק עם נפילת המציאה, אבל קודם לכן הרי הם כמוותרים על זכות ד"א או שלא זיכו להם כלל, כיון שבאמת אין להם בעלות אלא זכות קנין, וביותר הדבר מובן אם נימא דהא דאמרי' בנפילה לא ניחא ל' דליקני, דכיון שלא הוצרך לזה לשם קנין, לית ל' ד"א ממילא, וכמש"כ סק"א, ועדיין צ"ע בד"ז, דמכח קו' הקצה"ח אין להכריח כן, (די"ל דקמ"ל אע"פ שלא עשו מעשה, ונכנסו יחד לד"א, אלא שהמציאה נפלה אח"כ יחלוקו, דהי' מקום לומר דכל הקודם זכה), ובלא ראי' אין להחליט כן, די"ל שתיקנו הד"א למי שקדם בכל האופנים, ועי' תשו' הגרע"א ז"ל ח"ב סי' צ"ו, וכעת ראיתי בתשו' הגרע"א ז"ל ח"ג ס... שכ' דיש לנקוט לדינא דלא כמשמעות הרמ"א ואם באו בזא"ז אפי' נפלה אח"כ הראשון זוכה, ולמש"כ לק' סק"ה דאפשר דד"א לא שייכא בהו ויתור, והם לעולם מתייחסים לראשון, מסתברא כדעת האחרונים ז"ל דלעולם ראשון קנה.

רק לשיטתו דמיירי בסימטא, אבל על עיקר הדין לא פליג הרשב"א, אבל אם הראב"ד חידש כן רק מכח קושייתו בגמ' [כדמשמע ברא"ש], א"כ אף להרשב"א והר"ן אין ראי', וכ"נ דעת תו' שהקשו בהי' מגרר ויוצא דליקני בד"א אע"פ שהוא מהלך, וכן בשטמ"ק בשם הריטב"א העתיק דברי התו' בזה, ובטור סי' רס"ח הביא דברי הראב"ד וסיים דהרא"ש אומר שאין לחלק, והובאו הדברים בסמ"ע שם, וסתמות הדברים נראה כדעת הרא"ש, דלדעת הראב"ד צריך לברר מי עמד תחלה ולא מי נכנס תחלה, ואם עקר ממקומו מפסיד, וכיון דלא הזכירו חילוקים בזה, משמע דנקטי כהרא"ש, (ולענין מחניך ברכות כ"ד ב' נמי קיי"ל דמהלך אסור, ולענין תחומין לכאו' יש ד"א למהלך בהם ברגע כניסת השבת, שו"ר בבה"ל סי' ת"ד ד"ה שהי' ממקום שהביא מהרמב"ן דלא קנה, ובעבוה"ק כתוב שקנה, והגרע"א ז"ל בגליון הסמ"ע ציין לדברי הבי"ט סי' של"ד שדן דלשיטת הראב"ד אפשר דאף לענין מנודה במהלך ליכא דין ד"א), ולענין קדושין כתבו בח"מ וב"ש סי' ל' דבמהלכת הוי ספק קדושין.

ד. מזהב דאמרי' בגיטין ע"ח א' וליחזי הי' מינייהו קדים, משמע לכאו' דיש זכות בד"א אפי' בדליכא מציאה או דבר הנקנה, מיהו נראה דאין ראי' משם, דודאי אם נכנס לד"א ע"מ לזכות בהם בתורת חצר, כגון שמצפה למציאה שתפול שם, או לקנות במכר ומתנה, וכן גט, שפיר זוכה בד"א כיון שקדם, אע"פ שלא הי' הקנין עדיין, אבל כשמהלך בדרך ואין דעתו על קנין כלל, ואח"כ בא חבירו ונזדווג לו בתוך ד"א, ואח"כ נפלה מציאה לתוך הד"א, י"ל ששניהם זכו בה, דבשעה שנכנס השני לד"א, לא חשיב כנכנס לחצר חבירו, כיון שהראשון לא הי' דעתו על החצר ואינו משמרה, אין בזה תקנת ד"א, וכ"ז דוקא בדבר שנתחדש ולא הי' מקום שיתנו דעתם לזה, אבל אם כבר היתה מציאה בד"א,

לבעליו, אבל הלשון ל"מ כן, דלא הו"ל להזכיר שהכלי זוכה אלא המוכר זוכה, ובסמ"ע סי' ר' סק"ג כ' דהרא"ש פליג ע"ז, וע"כ כונתו בקדם הכלי דבקדם המוכר הדבר מבואר בגמ', מיהו אינו מובן איך קדם הכלי, בלא המוכר, ואם כונתם שהמוכר יוותר על זכות ד"א, א"כ יכול נמי לומר אי אפשר בזכות שהכלי זוכה עבורי, ואפשר דכונתם דא"צ מעשה קנין, אלא שבהסתלק המוכר ממילא תיקני ל' חצירו ללוקח, וולפ"ז משמע דאף אם עמד אחר שם זוכה הלוקח כשנסתלק המוכר, עי' לעיל סק"ד, מיהו ג"ז אינה קושיא, דודאי משיכה עדיפא להו, כיון שהמוכר קובע כאן עם סחורתו, ובוה י"ל דבדברים הגדולים שאין דרכן בהגבהה בדרך כלל אין כל הסחורה בד"א של המוכר, ובקל אפשר שיקנה בד"א.

ויש לעי' בקנין משיכה בסימטא, למה לא הזהירו שימשוך חוץ לד"א של מוכר, כיון דסתמא דמילתא המוכר קדם, [ואם באמת צריך למשוך חוץ לד"א של מוכר, ניחא משה"ק הראשונים ז"ל ל"ל משיכה, דע"כ הוא צריך למשכו לד"א שלו, אבל צ"ב לפ"ז מהו התירוץ, ולא משמע דכונתם דבמהלך לא קנה ד"א, וברגע שעמד כבר הי' החפץ בתוך ד"א, ועוד דעיקר הקו' דא"צ משיכה, שכבר קודם המשיכה קנה, מיהו בזה י"ל דקושיתם ממ"נ אם הלוקח קדם, א"צ משיכה, ואם המוכר קדם בלא"ה צריך להוציאו מד"א, וגם לא מצינו שצריך לזוהר במשיכה שלא יעמדו בנ"א שם ויכנס לתוך ד"א שלהם, ויצטרך לברר מי קדם, [שו"ר בנה"מ סי' ר' סק"ד שכ' דמשיכה מהני אף בד"א של מוכר, וכתב דמש"ה הוצרכו לתקן משיכה עיי"ש].

ולכאוי נראה מזה דכשאין דעתו של אדם על הד"א, ואין לו ענין בהם, לא חשבינן להו כחצרו, [וכמש"כ לעיל סק"ד לענין מציאה שנפלה אח"כ], ולכן אם אין באים לקנות בד"א, לא חשיב חצירו דחד מינייהו,

ובנה"מ פי' כגון שהי' אחר בד"א, ואח"כ באו שניהם זא"ז, והלך האחר, ונפלה המציאה, דבשעה שהלך זכו שניהם כאחת בד"א, מיהו ל"מ כן בכונת הטור, (וגם משכח"ל כה"ג כשכבר היתה המציאה מקודם אלא שאותו אדם לא ידע בה, אם נימא דלא קנה שלא מדעתו), ויש לעי' בעיקר הדין מ"ט לא נימא דגם בכה"ג מי שקדם זכה, דכיון שהשני בא ועמד כדי לזכות בד"א אחר שיסתלק הראשון, יש לו זכות קדימה, [ובאמת גם הראשון כשהגיע קודם המציאה לא זכה בד"א, אלא האפשרות לזכות על ידם, שהרי אינו יכול למנוע אחרים מליכנס שם, וכיון שכן מובן טפי שאין לחלק בין זכות קדימה דראשון לזכות קדימה דשני], וראיתי שהגרע"א ז"ל בתשו' ח"ב סי' צ"ו ג"כ ס"ל כהנה"מ, והק' לפ"ז מאי פריך בגמ' דלא משכח"ל באו שניהם כאחת, משום דא"א לצמצם, הא משכח"ל בכה"ג שהי' אחר, והלך אחר שבאו שניהם, ולמש"כ י"ל דבכה"ג נמי מי שקדם זכה, [וגם נראה דלשון מחצה על מחצה מתפרש כשבאין זה מול זה, ויש שטח בינתיים ששייך לו ולה, כגון שהיו רחוקים זמ"ז ט' אמות ופסיעה אחרונה עשו בב"א, [ובאמת בכה"ג אם הי' אחר באמצעית מובן יותר דהזכות למאן דקדים], וכיון שכן אין מיושב לאוקומי בהי' אחר, דאין נופל כ"כ ע"ז לשון מחצה על מחצה, דאפשר נמי שיהא קרוב לה או לו ויחשב מע"מ מפני שזכו בב"א, וזה חשיב ברשות שניהם ולא מע"מ, משא"כ כשהגדון מכח הזכיה שמכאן ומכאן שייך לשון מע"מ], ועי' לק' סק"ה ד"ה ואפשר נמי.

ה. **הקי'** הראשונים ז"ל למה תיקנו משיכה ומסירה ליקני בד"א, ויש להבין מאי קו' הא סתמא דמילתא המוכר קדם, שהוא עומד עם סחורתו, והקונים עוברים מזל"ז, וא"כ הד"א הם של מוכר, והי' אפשר לפרש דזהו מה שתירצו דכשהכלי קדם זוכה בד"א

או דחשיב חצר דתרווייהו, וכן שאר בנ"א שעומדים בד"א ואין דעתן עליהם לא חשיבי חצר דידהו ושפיר קונה במשיכה בתוך ד"א דמוכר ושאר בנ"א, ולפ"ז י"ל דלעולם יכול הלוקח לכונן לקנות בד"א בשעת גמר המקח, דקדימת המוכר אינה מעכבתו, כיון שלא נתכוין לזכות בהם, ושפיר הקשו ז"ל דלעולם יכול לקנות בד"א.

וא"ת א"כ מאי פריך בגיטין ע"ח א' וליחזי הי מינייהו קדים, הא בפשוטו אין הבעל מתכוין לזכות בד"א, מיהו הא לאו קר' היא, דהא מיירי ארישא דמתני' דקתני בדקדורב לו אינה מגורשת, וש"מ דניחא ל' בד"א, ורק משום דהוי מע"מ הויא ספק מגורשת, ושייך שפיר להק' דתלוי מי קדם, אלא שיש להקשות בעיקר הדבר דקתני קרוב לו אינה מגורשת, אמאי הא סתמא דמילתא אין דעתו על הד"א, וג"ז ל"ק דהא קרוב לו היינו חוץ לד"א דידה, וכיון דמתפרשא רישא בדאית ל' ד"א, תו ל"ק במע"מ וכמש"כ, מיהו ביכול לשמרו לא מצינו שחילקו מי קדם, ואע"פ שלא תיקנו לבעל זכות ביכול לשמרו, דעיקר התקנה לאשה משום עיגונא, מ"מ כיון דעיקר תלוי בשמירה, לא נפיק הגט מיני' ביכול לשמרו, (ואפשר דמה"ט שניהם יכולים לשמרו הויא מגורשת ואינה מגורשת דיש עדיפות לכח דידה).

והעיקר נראה דבקדם המוכר אפי' אמר בשעת גמר המקח אי אפשי בתקנת ד"א, ויזכה בהם הלוקח, מ"מ לא מהני לאפוקי מרשות מוכר, דכיון שאין הד"א קנין גמור, אין הדיבור של המוכר קובע הקנין, (עי' שו"ע סי'... דלא מצי המוכר למימר תיקני חצרי ללוקח אלא א"כ הקנהו החצר לצורך זה), ועכ"פ אם לא אמר אי אפשי, אע"פ שאין דעתו על הד"א, מ"מ לא מהני כונת הלוקח לזכות בד"א, להוציא מרשות מוכר, דבמצב זה אין הד"א הכנסה לרשות לוקח טפי מרשות

מוכר, ותקנת ד"א עיקרה מפני שהד"א שברשות האדם דמו קצת לחצרו, וכשמניח לפניו הר"ז כהכניס לחצרו, אבל כשאין בד"א משום הכנסה לרשותו מפני שקדמו המוכר, בזה לא אלימא תקנת ד"א לקבוע זכות הלוקח כבעלות גמורה, ומה"ט אמרי' דקרוב לו אינה מגורשת ואינה מקודשת, אפי' באופן שאין דעתו על הד"א, דלגבי להוציא מרשותו לא מהני אי אפשי לחוד, כיון שגם הלוקח אינו עושה מעשה, אלא שע"ז שהמוכר מוותר יתקנו לו זכות קנין ע"י הד"א, וזה לא אמרי', כיון שבצורה זו אין כאן משום הכנסה לרשותו, ואע"פ שאם תפול מציאה יקנה הלוקח, היינו מפני שהמוכר ויתר על זכותו, ובשעה שנופלת המציאה זכותו של הלוקח לקנות בד"א, אבל אין כאן קנין ממשי לענין מציאה, ולכן לא מהני לקבוע המכר, וכבר כתב בזה הגרע"א ז"ל בתשו' ח"ב סי' צ"ו, ובנה"מ סי' ר' ס"ק.

ואפשר נמי דד"א של אדם, זוהי מציאות, ולא שייך בזה ויתור, ומי שקדם הו' ד"א ידיד', ואם מוותר על זכותו, חשיב השני כזוכה מכחו, [דוגמא לדבר לענין מנודה שהביא בב"י יו"ד סי' של"ד לדמות ד"א ידיד' למציאה, דאזלינן בתר מי שקדם, דודאי אין שייך שהמנודה יוותר על זכות קדימה שלו, דזוהי המציאות דכיון שקדם חשיב הנכנס בד"א, בא בגבולו, וה"נ לענין מו"מ ומציאה], ולכן אינו מועיל ויתור בגט ומו"מ, וניחא בזה דבנפל על המציאה לא מצי אחר למיזכי בד"א, דבעינן שיזכה מכח המוותר, ולפ"ז מסתברא דבה"י אחר, והלך, זוכים שניהם כאחת וכמש"כ סק"ד בשם הנה"מ, דאין כאן זכות אלא מציאות, [מיהו אכתי אין זה מוכרע, די"ל דלגבי השלישי חזינן כאילו באו שנים הראשונים כאחת], ולפ"ז אף אם ויתר יוכל לחזור בו, ויותר נראה לפ"ז דבקדם הראשון לא יוכל השני לקנות בד"א, דלא שייך למסור זכות זו, וצ"ע.

הרשב"א שילך הלוקח תחלה ויקנה, ותירץ דכיון שהחפץ כבר מונח ל"ק ובוה נקטו דדברי הרא"ש מתפרשים שהלוקח יכול לילך למקום החפץ ולקנותו בד"א, אבל אינו מובן מנ"ל להעמיד כן פשטות הדברים, ובפשטות המוכר בא עם חפציו וחד מינייהו קודם, אבל הציור שהחפץ מונח במקום מסוים, זהו נדון לעצמו, ואין ללמדו מסתמות הדברים, ואפשר דקשיא להו אם בסתמא החפץ מונח בד"א של המוכר והלוקח, א"כ מאי מקשו ל"ל משיכה, הרי אין זו תקנה שיחול הקנין רק כשיסתלק המוכר, א"ו מקו' הראשונים משמע דפשיטא להו שהחפץ מונח במקום מסוים, [והטעם דכן הדרך בחפצים גדולים דלאו בני הגבהה ניהו], וזהו שכ' דהחפץ קדם ולא הזכירו ענין המוכר, וכיון דהכי הוא סתמא דמילתא יש לפרש סתמות הרא"ש שיכול לילך ולקנותו ע"י שיהא בד"א דומיא דמציאה, וכך מתפרש מ"ש הרשב"א דל"ד לפאה ומציאה, דלית להו בעלים, ומ"מ צ"ע.

ולענין הלכה נראה דכיון דהרשב"א והריטב"א בשטמ"ק ותלמידי הרשב"א והרי"ו והר"ן והנ"י פסקו כן בהדיא, וגם הרא"ש לא הזכיר בזה כלום, יש לנקוט דלא קנה, ובפרט שנראה דלאו מכח הקו' הכריח כן הרשב"א, אלא דס"ל מסברא דכיון שזכותו של המוכר להניח שם חפציו, לא חשיב הכנסה לרשות הלוקח בהכי, דאין הנכנס לתוך ד"א שיש שם חפצים רשאי לסלקן, וכיון דבאין דעתו למכור חשיבי כמונחים ברשות המוכר, א"כ אין כאן אלא דעת למכור ולא הכנסה לרשות, ולכאוי' יש להביא הכרח לזה, דהא כליו של אדם המונחים בסימטא קונין לו כמו חצירו, [עי' סי' ר' ס"ג ובראשונים ב"מ ט' ב'], וא"כ כשתפול מציאה לכלי המונח בסמטא, אע"פ שעומד אדם בתוך ד"א, קנה בעל הכלי, ואילו בחצר חבירו שאין לו רשות להניח כליו שם, לא קנה, [ואפשר דבעל החצר נמי ל"ק, דהכלי מונע ממנו מלזכות

ולפ"ז ע"כ דמשה"ק הראשונים ז"ל דליקני בד"א היינו כשהמוכר יסתלק, וע"ז אמרו ולא מהני כיון שהחפץ הנקנה קונה מקומו לבעליו, ולא מהני שיאמר שמוותר על זכותו, כי היכי דלא מהני בעומד כאן ומוותר וכמש"כ, וצ"ל דהו"מ נמי למימר דיותר נוח שהקנין נגמר כשהמוכר לפנינו, ואין זו תקנה יפה שיגמר הקנין בהסתלקות המוכר, וכן אם קדם שם אדם אחר ג"כ יצטרך להסתלק משם, אלא דקושטא קא משנו דגם הקנין לא יחול בכה"ג, ויש מקום לומר דאף בקדם הלוקח, ואח"כ בא המוכר והניח החפץ בד"א, ונשאו ונתנו וגמרו המקח, דלא מהני ד"א לקנות, דאין כאן מעשה הכנסה לרשות הלוקח, דעדיין נמשך המצב שחפץ המוכר מונח כאן ברשות, אא"כ נימא דזכותו של הלוקח לסלק החפץ מד"א דידיו, דנמצא שכל הזמן הי' מונח ברשותו של הלוקח, [מיהו ל"מ כן ועי' להלן], וכן משמע מלשון הראשונים ז"ל דבכה"ג קנה.

ובסמ"ע וש"ך סי' ר' כתבו דהב"י דייק מסתמות הרא"ש דפליג על הרשב"א וש"פ בזה ולא נתפרש איך אפשר ללמוד מסתמות הדברים, דודאי לא דן הרא"ש איך הדין בקדם המוכר, ואח"כ נסתלק, והניח החפץ וזכה הלוקח בד"א, ודבריו מתפרשים בקדם הלוקח או בהכניס החפץ לתוך ד"א של הלוקח כההיא דקרויב לה, ובריו' נ"י ח"ב כתב ג"כ כדברי הרא"ש וסיים בדברי הרשב"א דבקדם הכלי לא קנה, ולא משמע דפליג עלי', שוב ראיתי בב"י סו"ס ר' שכ' דעת הסוברים דמהני ד"א לענין מו"מ ומתנה, וסיים וז"ל, וכ"ד הרא"ש אבל לא כתב החילוק שכ' הר"ן והרשב"א בין קדם הוא לכלי לקדמו הכלי, ע"כ, ולא הוכיח מזה דהרא"ש פליג, וכן בד"מ לפנינו ליתא מ"ש בסמ"ע בשמו, וכמש"כ דבאמת ברי"ו העתיק כהרשב"א.

ומשמע ממפרשי השו"ע דהבינו הנדון כשהחפץ מונח במקום מסוים, ואחר שנו"נ ביניהם הולכים לעשות הקנין, וע"ז הק'

ומקומו שייך לבעליו, אין בזה משום הוצאה מרשות המיוחדת לבעלים, אע"פ שנכנס אדם לתוך הד"א, ונראה דאף בדקדק המוכר אין לו זכות קנין במקום החפץ, אלא שאינו מתבטל ליחשב בד"א של הלוקח, ואפשר דאם נטלו המוכר אפי' עמד בצדו (כבר הפסיד זכותו) כשהחזירו חשיב שפיר קנין ד"א.

ובמה ש"ק לעיל אמאי מהני משיכה תוך ד"א של מוכר, אפשר לומר דכיון דיש לו רשות להניח חפציו שם, סגי בהכי לענין משיכה, דקנין ד"א של מוכר אינו בעלות גמורה דנימא שכל הנותן לתוכן ברשותו קא מנח, (וגם י"ל דסגי בנותן לו רשות לכך, והכא א"צ קנין כמו בחצרו ממש, אבל א"צ לזה) וכן אדם אחר שקנה שם ד"א, אינו יכול למנוע בכך קנין משיכה מה"ט.

ו. **הרמב"ן** בגיטין ע"ח א' כתב דהא דמהני זרק לה גט בד"א דידה, משום דכל דמקדש אדעתא דרבנן כו', (ואפשר שמקורו מדקאמר כדי שתשוח ותטלן, וזה גם ממעט ד"א, ואם זה מעיקר הדין מהני הול"ל ד"א), ונראה דאין כונתו משום דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא, אלא דאף מדרבנן, אין הד"א שלה דאפי' הפקירו חכמים הד"א אכתי במה זכה להו מן ההפקר, [שור"ר ברשב"א גיטין ל"ז א' דדייק התם דבכלל זה גם להקנות לאדם אחר עיי"ש, וכעת ראיתי בזה בתשו' הגרע"א ז"ל סי' רכ"א ורכ"ב אות כ"א], ועוד שהרי אינו יכול למנוע אדם אחר מלהשתמש בד"א דקאי בגוויהו, א"ו התקנה דרבנן היא שהד"א להו כחצרו לענין קנינים, וזה כתקנה משיכה למ"ד דרבנן, שתיקנו דליהו ידי' לענין גמירות דעת של הקנין, אבל אין כאן הקנאת ד"א, אבל הר"ן כ' דמהני מדאורייתא מדין הפקר ב"ד הפקר, וכ"נ דעת הראשונים ז"ל שם דרק לר"י הוצרכו לטעמא דכל דמקדש כו', ואפשר דמדאורייתא סגי בנתן בחצירה שקונה עבודה, אפי' אינו בגדרי חצר דלהו ממש דידה, דריבויא דונתן

בחצרו], וש"מ דכלים שקדמו לאדם בסימטא אין זכות הבעלים מתבטלת, אע"פ שבא אדם לד"א שלהם, וה"נ לענין לקנות אותן הכלים דלא מהני, [ועשטמ"ק ט' ב' בשם הרא"ש דקלתה מבטלת כח הד"א ומשוי לה חצר מהלכת, וזה מסייע קצת לומר דגם לדעת הרא"ש זכות בעל הכלי עדיפא מבעל הד"א], ולפ"ז נראה דגם הרא"ש מודה בזה, וצ"ע בסמ"ע שם סק"ג שהכריע מסתמות הרמ"א דאפי' קדם הכלי קנה, (ונסתמך על רי"ו ושם מבואר איפכא, וגם מהרא"ש אין דיוק מכריע).

ברם אכתי צ"ע דלכאור' נראה דאף הקודם לד"א, אינו יכול למנוע את חבריו מלהכניס כלים לד"א, [אא"כ יש לו איזה שימוש עתה, וזה אינו ענין לקנין ד"א], וא"כ אע"פ שקדם הלוקח ואח"כ הכניס המוכר החפץ לד"א, שפיר זוכה במקום החפץ, דברשותי' מנח, ואפשר דבאמת זהו טעמן של הראשונים שכ' דרק במציאה מהני קנין ד"א, דלגבי להוציא מרשות אחרת לא נפיק בהכי, וע"כ חזינן מדברי הראשונים דאע"ג דברשות קא מנח, מ"מ כי היכי דלגבי מציאה מהני ד"א ידי' לחשבה כהכנסה לרשותו, אע"פ שזכות כולם שוה בד"א לענין שימושים, ש"מ דבד"א של אדם תיקנו דחשיבא הכנסה לרשותו, וסגי בזה לענין קנין, וה"נ כשהאדם מוציא חפצו מרשותו לרשות שמיוחדת יותר לזוכה, סגי בזה לענין קנין, דלא גרע ממשיכה ומסירה שיש בהם משום גמירות דעת, ע"י מעשה המורה על הכנסה לרשותו, ולפ"ז באמת אין פשוט כ"כ דבהכניסו תחלה לא חשיב עכשיו כמנוח ברשות הלוקח, שהרי אף כשהכניסו אח"כ חשיב כמנוח ברשות מוכר וכמש"כ, ומ"מ בצורה זו חשיב כמנוח יותר ברשות הלוקח, ושפיר מצינן למימר דאף בבא הלוקח אח"כ, יש בזה משום הכנסה לרשותו, מיהו מסתברא דלא דמי, דנהי דכשמוציא מרשותו ומכניס לרשות ד"א של חבריו, יש כאן מעשה קנין, מ"מ כשהחפץ מונח תחלה,

סצ"ו שדן לומר דבשעה שזוכה הגט הקנו לה חכמים מקומו בתורת חצר אף למציאה].

יש להסתפק בקדושין דמהני טלי קדושין מע"ג קרקע, אם יכולה לקנות ע"י שנכנסת למקום שיכולה לשמרן, דאפשר דהא דמהני יכולה לשמרן זה רק בצורת נותן ומקבל, דמסירה כזו יש בה משום גמירות דעת לקנין, אבל לא אמרו דכל שיכולה לשמרו זהו חצרה, [וכן לא הוזכר בזה דיש חילוק מי קדם], וגם משום ויצאה והיתה אין ללמוד לקדושין אלא כה"ג דאיכא בגיטין, והיינו ע"י מסירה ולא ע"י חצר, ואת"ל דמסירה דוקא בעינן, יש להסתפק להסוברים דאף ברה"ר תיקנו ד"א בגט, אם תיקנו ד"א לקנין דומיא דד"א בסימטא, או שזה כדין יכולה לשמרו, ובאמת אינו מובן מנ"ל לחדש מכח מתני' שתיקנו גם ד"א ברה"ר, הא לר"י מתפרשא מתני' ביכולה לשמרו, ונהי דמקיימין לכו"ע דין ד"א, מ"מ א"א ללמוד מלשון רה"ר דקתני במתני' דין נוסף, וגם בסברא לא היו צריכין לתקן נוסף לדינא דיכולה לשמרו, דין ד"א ברה"ר, ויעוי' בקצה"ח ונה"מ סי' ר' סק"ד בדין קדושין שהיו מונחין ברה"ר ונכנסה האשה אח"כ אם קונה בד"א, ומבואר דפשיטא להו שיש קנין ד"א ברה"ר בגט דומיא דסימטא, ובמ"ש שם הנה"מ דלגבי גט נתנו לבעל קנין ד"א, יש לדון דמ"מ כיון שכליו מונחים שם שלא ברשות, לא זכה במקומם, ול"ד לקדמו כליו בסימטא, דברשות מנח להו, ול"ד לד"א ידי' שזה מובן בסברא דלא נפיק מרשותי' לרשותה כשרשותו דומה לרשותה, ואיהו נמי ברשות קאי ברה"ר, ואמנם אף כלי שלה לא יזכה ברה"ר שאינו מונח שם ברשות, [ועתו' הרא"ש בשטמ"ק ט' ב' לענין קלתה].

הגרע"א ז"ל בתשו' ח"ב סי' צ"ו נקט בסברא דשייך קנין ד"א לשני בנ"א כשלאשון אין ענין בד"א לגבי מה שהשני

מ"מ, מתפרש בכל מקום שהנתינה לבעלותה, ואין חילוק בין קנתה רשות לענין קנינים לחוד, [אם בכה"ג חשיב כידה (ועחו"מ סי' שי"ג)] או שרבנן חידשו שזהו רשותה לקנות בו, ומה"ט הוצרכו אמוראי לבאר דלענין קטנה ד"א משום ידה איתרבו, דאין כאן קנין גמור דלהו חצרה, והנדון בתקנת חכמים איך הגדירו קנין ד"א, ומבואר במסקנת הסוגיא דלכו"ע יהבו להו דין חצר דמשום ידה אתרבאי, ומהא דמסקינן ילפינן מציאה מגט, יש לדקדק דבגט גופי' מדאורייתא מהני [ולפ"ז אפשר להבין דביכולה לשומרו נמי מהני מדאורייתא, דכיון שתיקנו שבמקום זה יחשב הגט כברשותה מתרבי שפיר מונתן, דעיקר כונת התורה שיתן למקום שנכנס מיד לבעלותה, וסגי בתקנת חכמים שקבעו דבמקום זה יכנס לבעלותה, וכיון שיודע הבעל שבנתינתו למקום זה נחלט הגט לרשותה, סגי בנתינה זו מדאורייתא, [ויתכן דבאינה רוצה לשומרו לא חשיב יכולה לשמרו, וא"כ לא תתגרש בע"כ, ולע"כ], ויתיישב בזה קצת מה שתיקנו אף בקדושין כן, דאם זו תקנה דרבנן, מה מכריחנו היקישא דויצאה והיתה לתקן כן גם בקדושין, אבל אם זה גדר בדאורייתא, שפיר יש ללמוד מההיקש דאין לחלק ביניהם, וניחא בזה מה שיש להקשות דלא משמע שתהא מקודשת רק מדרבנן (עיקר הנפ"מ בקידושין שבשטר דבקידושי כסף יש כח ביד חכמים להקנות לה הכסף דליהני מדאורייתא) ונראה דלא מצו רבנן לתקוני דבר שאין לו טעם, דליהני מדאורייתא, אלא דוקא ביכולה לשמרו שיש בזה משום הכנסה לרשותה, ויש סברא לקבוע קנין כזה, ומש"ה מייתי במתני' וכן לענין החוב דלא אמרי' משטה הוא, דאם הי' אופן שבחוב הוה אמרי' משטה הוא, אף בגיטין לא הוה מהני, מיהו הראשונים ז"ל נקטו דא"א לתקן רשות שיועיל לגיטין וקדושין בלבד, ויעוי' בתשו' הגרע"א ז"ל ח"ב

רוצה לקנות, וכנראה יסודו מהא דאשכחן שדנו דד"א מהני רק למציאה ולא למו"מ, וכן בגט אשכחן דיכולה לשומרו דמהני רק לגיטין, אבל לכא' ממו"ש הראשונים ז"ל דד"א מהני בגט מדאו' משום הפקר ב"ד הפקר, וביכולה לשומרו מדין אפקעינהו, ש"מ דס"ל דאין לחדש תקנת חצר לחצאין, ומה"ט נמי כתבו דאף במו"מ ומתנה מהני ד"א, ולהסוברים דלא מהני, נצטרך לומר דאף במציאה אין לו ד"א, אלא שמתק"ח זוכה במציאה, [אם לא נחלק בגדר התקנה דלענין הפקר סגי בקנין מועט, משא"כ להוציא מרשות בעלים, אבל בגמ' קאמר איפכא דדעת אחרת מקנה עדיף, ועי' לעיל סק"ה דבמו"מ ומתנה מצינן למימר דברשות בעלים קאי, כיון שיש לו רשות להניח שם], אבל אין לחדש בתקנה שני כחות בב"א, וגם בסברא הדבר קשה דליחשיב הכנסה לרשותו, כשהרשות שייך לאדם אחר, ולפ"ז גם אין לדון דליקני במו"מ בשעה שקונה במציאה, שדן ז"ל שם, דאם נקטינן דרך במציאה מהני, ה"ז תק"ח בקנין המציאה ולא בקנין הד"א, וכן ביכולה לשמרו דגט, [דאפקעינהו, ולמש"כ לעיל חשיב שפיר כבא מכחו, אבל עכ"פ אינו חצרה].

ובדין קדם י"ל דכל שאין לראשון ענין בד"א, ה"ז כמוותר, ומ"מ בויתור המוכר ללוקח והבעל לאשה לא מהני, או דלעולם הד"א של הראשון והשני כזוכה מכחו, וכמשנ"ת סק"ה, ובזה יש לקיים שיקנה הראשון מציאה והשני מו"מ כיון שהשני מכח הראשון קונה, אבל אין לשנים קנין בד"א, אפי' כל אחד לקנין שלו, (אא"כ באו בב"א), ובסברא נמי קשה לומר שהד"א מהנו לקנין ליחשב מכניס לרשותו אע"פ שאינם מיוחדים לזוכה, [ועי' לעיל סק"ב].

ז. הגרע"א ז"ל בגליון שו"ע סי' רמ"ג סכ"ב נסתפק בהי' עומד אמה אחת ברה"ר סמוך לסימטא, אם יש לו ג' אמות בסימטא, ומקום הספק מפני שהג"א שבסימטא

משתמרין על ידו, כמו בהי' עומד בסימטא הגע עצמך בהי' עומד בסימטא והיו לו ד"א, ונכנס אמה אחת ברה"ר, דלגבי הג"א שבסימטא לא נשתנית בעלותו, ונהי דלא תיקנו לו ברה"ר, מ"מ התייחסות הד"א שייכא שפיר ברה"ר, ומ"מ הדברים מחודשים לדון בזה, ובפשוטו כיון דדחקי בי' רבים חשבינן כאילו עומד אדם אחר עמו או באותה אמה, ובלא"ה נמי אין לחדש ד"א כשהשטח שבינו לבין הג"א אינו שלו, דאע"פ שיכול לשמור את הרחוק מ"מ בעלותו נפסקת ע"י רשות אחרת שבאמצע, (והגע עצמך, בהי' ג"א ברה"ר וכי סברא היא שיקבל אמה אחת בסימטא), דהמושג ד"א של אדם מתבטל כשמה שסמוך לו אינו שלו, דהקשר עם האדם כאילו נפסק עי"ז, ויש להביא סמך מדברי הר"ז והש"פ בערובין מ"ח א' דמדמו ד"א דמציאה לד"א דתחומין, והתם הדין דבדאיכא מחיצה אין לו ד"א מעבר למחיצה אפי' עומד סמוך למחיצה, [אם יש לו ד"א בתוך המחיצה], וה"נ רה"ר כמחיצה, ואינו מקבל ד"א מעבר לזה.

ח. י' ב' ר"פ אמר כי תקינו לי' רבנן ד"א בעלמא כו' יעוי' ברמב"ן שנסתפק בבקעה בימות החמה דתקין יהושע ב"ק פ"א א' שמהלכין בשבילי הרשות, אי תקינו לי' בהו ד"א, והנה בחצר המשתמרת לדעת הבעלים או שאין רשות ליכנס בתוכה, פשוט דאף למאן דלית לי' דר"פ, מ"מ בהא מודה דלא תקינו ד"א, והנדון בהני אם נתחדש בדר"פ שכל שדה שיש לו בעלים לא תקינו בי', או דדוקא כעין פאה דלכו"ע ליכא רשותא להלוכי בגווה, בזה פליגי אם יש לתקן לעניים ד"א, דלדידהו הו"ל כשבילי הרשות, או"ד כיון דכו"ע אסירי לא מחדשינן בהו רשות גמורה למהוי חצירו, ואין לך אלא מה שהתירה להם תורה, והיינו דמסיים דלא זכי להו רחמנא היתר הליכה, אלא דלנקוטי פאה יכולין ליכנס, ולכאו' נראה דאף לר"פ מצו

א"ו ה"ק כיון שזה היתר שימוש לצורך מסוים בלבד, ואינה זכות גמורה לשימושי הילוך והנחת חפצים, מש"ה לא חשיב חצרו, ולפ"ז אם קנה בחצר זכות הילוך בכל שעה גם יכול להניח חפציו לצורך הילוכו, י"ל דחשיב שפיר חצרו לגבי אדם אחר, דהיינו לזכות במו"מ, דלגבי מציאה מסתברא דזכות בעה"ב עיקר, ולא חשיבי כשותפין, מיהו אפשר דמ"מ לא חשיב שהכניס לחצרו, כיון שאין לו בה שימוש קבוע אלא בצורה עראית דרך הילוך, ועי' חדושים ע"ש ריטב"א בזה, וצ"ע בזה, שו"ר בתו' ק"ב א' ד"ה תרת"י, ולע"כ בסוגיא זו – אפשר דהא דקאמר דזכה להו רחמנא היינו מפני שזכו בה במחובר, דזה חשיב טפי כזכות בגוף הקרקע, ומש"ה הזכיר לנקוטי פאה, לומר שזכותם רק ליטול הפאה, (עקצה"ח סי' קפ"ט סק"א ובנה"מ בפתיחה לסי' ר' לענין זכית מפקיד במקום הפקדון, ולע"כ).

שם למהוי חצרו לא זכי לי' רחמנא, פי' חצירם של כל העניים, דאם הי' נחשב חצרים כלפי בעה"ב, שפיר הוו מתקני רבנן ד"א, ועשטמ"ק בשם הריטב"א.

ט. **שם** ר"פ אמר כי תקינו כו' בפשוטו נראה דר"ש לא ס"ל כר"פ, וכן ר"פ מצי סבר דלא כר"ש, ואי גרסינן רב אשי במקום ר"ש, כגו' הראשונים ז"ל, משמע דר"פ לא ס"ל כר"א, ומוכח מזה דל"פ אטעמא דכיון דנפל גלי כו', דהא איצטריך לשנויי הכי גבי נזיקין, וכן ר"ש גבי פאה, אלא דס"ל לקושטא דמילתא דלא תיקנו במקומות אלו, ובאמת לא הוזכר בגמ' תירוץ זה בתורת חידוש, אלא דהב"ע דלא אמר איקני, אבל עיקר הדין ברור מסברא, וכן יש להוכיח מדר"ש דלא קאמר הב"ע ברה"ר, דבאמת לא מוקים למתני' ברה"ר, דכיון דנפל גלי אדעת' כו' ואפי' בסמטא לא קני, אלא דמצינן לאוקומה נמי בדאמר איקני וברה"ר, אבל ריב"א דפריך ממתני' ודאי סבר דלא כר"ש, דמשמע דאיהו

רבנן לתקוני דליקנו לי' ד"א היכא דשרי לי' להלוכי בגוויהו, אלא דס"ל דסתמא אין זה בכלל התקנה וא"כ י"ל דבשלמא גבי פאה לא ראו צורך לתקן ד"א, דאינה מציאה שהרואה תחלה אמר אנא אשכחית דמעיקרא ידעי דאיכא מתנות עניים התם, ולא אתו לאינצויי אם יצריכום הגבהה דוקא, וגם יש סברא שלא לזכות את הקל ברגליו בכל השדה, אבל בשבילי הרשות כיון דאיכא טעמא דאינצויי, אפי' אי חשיבי שדה בעה"ב, הו"ל לתקוני דבכל דוכתא איכא דין ד"א, מאותו טעם שתיקנו כן בסימטא, מיהו נראה דאין ללמוד מזה, דמשום מציאה דשבילי הרשות לא הוצרכו לתקן דין ד"א, דלא שכיחי אינשי התם, ואין אבידות מצויות שם, או שזה שייך לבעלי השדות, וכן אנצויי אינו מצוי כיון שאין רבים מצויים שם לידחק לתוך ד"א בשעה שמצא המציאה, ובפשוטו נראה דר"פ סבר שלא נתנו דין ד"א אלא במקום ששייך לחשבן כחצרו, אבל לא בשדה דבעה"ב אפי' בבקעה ואינה משתמרת, דאין יאמרו חכמים שהד"א שלו, בזמן שיש להם בעלים, דאם בבקעה יש דין ד"א, אין זו סברא פשוט לאפוקי שדה דבעה"ב, והו"ל לר"פ לבאר טפי נקודת החילוק שיש בשדה דבעה"ב, וגם לשון ואע"ג דזכה לי' כו' משמע שהי' סברא לומר דבפאה לא חשיב כחצר בעה"ב, ולא משמע דאדרבא פאה חמירא טפי, וכן נקטו הראשונים ז"ל לדינא דדוקא שדה הפקר.

שם להלוכי בגווה ולקוטי פאה, אפשר דה"ק להלוכי בגווה בשביל לנקוטי פאה, שזה רק שימוש לשעה והר"ז כנכנס לבית חבירו לדבר עמו, אבל אי הוה זכי להו רחמנא להלוכי בגווה כל שעה אפי' שלא לצורך הפאה י"ל דהוה חשיב שפיר חצרו, כיון שיש להם בעלות מסויימת, ולא חשיבי כנכנסים בתוך של חבירו, תדע דע"כ או משום דהלוכי הוה דבר מועט ולא חשיב, קאמר הכי, דהא שרי להו לאנוחי קופותיהן והר"ז שימוש גמור,

אף בדרבנן, עיי"ש, ואם איתא דהנדרון אם כיון דנפל הוכחה היא, א"כ שפיר מודה הרא"ה דבשאר גילוי דעת מהניא דעתו שלא יקנה, (ואפי' בדאורייתא), ורק בנפילה ס"ל דלא חשיב גילוי דעת, א"ו ס"ל להר"ן דכיון דנפל הוכחה גמורה היא, והנדרון אם מהני גילוי דעת, ואפשר דטעמו משום דאין לעשות פלוגתא במציאות אם חשיב גילוי דעת, ואפשר נמי דמפרש הב"ע דלא אמר איקני, דה"פ הב"ע בדצריך לומר איקני ולא אמר, והיינו בדאיכא גילוי דעת איפכא, ולא נקבע בזה כלל בכל נפילה, אלא דהב"ע בכה"ג שהנפילה היתה הוכחה דלא ניחא לי' דליקני, וכיון דמיירי בכה"ג שידוע דגלי אדעת', לא שייך למעבד בזה פלוגתא, וע"כ דבדינא פליגי אי מהני לא ניחא לי', אבל קשה דא"כ י"ל דטעמייהו דר"פ ור"ש משום דלא ניחא להו לאוקומיה מתני' בכה"ג, אבל ל"פ בעיקר הדין, ועי' לק' סק"י.

ואם נפרש דהכרעת הרמ"א דלא אמרי' כיון דנפל גלי אדעת', אבל אם גילה דעתו בהדיא אפי' חפץ לקנות באותה שעה, ג"כ מהני דלא ליקני, יש ליישב משה"ק הגרע"א ז"ל מההיא דסי' קצ"ח ס"ב דאמרי' כיון שמשך גלי אדעת' דלא ניחא לי' לקנות במסירה, דשאני מו"מ די"ל דלא ניחא לי' דלהוי גמירות דעת לקנין עד שימשוך, אבל במציאה אין סברא לומר שרוצה לבטל קנין המועיל לו, ועוד דבשלמא במציאה ניחא לי' לחזק תפיסתו בנפילה, אבל במסירה שאינו חסר בתפיסת הדבר, למה מושכו, ואפשר דבמו"מ אפי' משך מפני שלא ידע דמסירה מהניא לא קנה, כיון שעושה מעשה המוכיח לבטל הגמירות דעת שבמסירה, וע"כ מיירי באופן שניכר מיד עם המסירה שמושך, דאל"ה לא מהנו מעשיו לבטל למפרע, ולא דמי לעושה מעשה קנין המועיל, ואינו יודע שבזה נשלם הקנין, דהתם רוצה להכניס לרשותו ולא עשה מעשה המבטל הקנין, אבל כשמושך עם

לא משני עלה מידי, ואם ס"ל כר"ש הו"ל לאוקומי מתני' ברה"ר, ומש"ה קאמר עלה ר"ש אמר, ונראה שזו כונת הר"ן שכ' דלא מידחייא סתמא דתלמודא מהלכתא, ור"ל דאע"ג דקיי"ל נמי כר"פ ור"ש, מ"מ הדין שהוזכר בגמ' לא אידחי, דמשמע דס"ל לתלמודא דקושטא הוא, (אבל אם ס"ל לפסוק דלא כר"פ ור"ש משום סתמא דגמ', א"כ דבריו הם גם דלא כהרשב"א והרי"ף וש"פ, דהא ל"ק סבר דאף ברה"ר ובשדה בעה"ב תקינו, ועי' בסמוך.

והנה הרי"ף והרא"ש העתיקו מתני' כפשטה ולא אוקמוה ברה"ר, וכן הרמב"ם, ומזה משמע דמתני' מיירי בכל מקום, אך לעומת זה קשה שלא הזכירו כיון דנפל כו', ושמא ס"ל דאין בזה חידוש דהיכא דלא ניחא לי' פשיטא דלא קני ומתפרשא מתני' בדליכא קנין ד"א, אי משום דלא ניחא לי' או ברה"ר, מיהו משמע דרחב"א וריב"א ס"ל דאע"ג דנפל בדין הוא שיוכח בד"א, וכיון שכן אין לחדש דפליגי עליהו בלא הכרח הקו' ממתני', אא"כ נימא דהב"ע דלא אמר איקני זוהי אוקימתא דוקא בדידע שיש קנין ד"א וגלי אדעת' דלא ניחא לי', [ועי' להלן בזה], ובזה שפיר י"ל דלא ניחא להו לאוקומי מתני' בהכי, והרמ"א בסי' רס"ח ס"א הכריע דלא כהר"ן בזה.

בעיקר הנדרון אם אמרי' כיון דנפל כו', הי' נראה לכאור' דבדאמר דלא ניחא לי' דליקני, כו"ע מודו דל"ק, והכא הנדרון אם אמרי' כיון דנפל גלי אדעת' דלא ניחא לי' בד"א, או"ד האי דנפל כי היכי דלא ניתפוס חברי', ויאמר שהוא קדם, והו"ל מוחזק, או כדי לחזק קנינו בתפיסה גמורה, אבל אין לו ענין לבטל שום קנין שמועיל לו, דבאמת עיקר הענין לומר דלא ניחא לי' צ"ב וכמש"כ סק"א, אבל מדברי הר"ן נראה דר"פ ור"ש דפליגי אשינויא קמא, היינו דס"ל דלא מהני לא ניחא לי', כיון דמ"מ חפץ הוא בקנית החפץ, וזה מבואר ממ"ש דהרא"ה פליג על עיקר הדין

המסירה ה"ז מוכיח שלא נשלם במסירה, ויתכן דהתם דוקא בתפס מעצמו הדין כן, דאין ע"ז שם מסירה כשהתחיל מיד במשיכה, אבל אם מסר לו המוכר י"ל דמהני, ולע"כ, אבל אם הטעם דלא מהני אפי' אמר בפירוש דלא ניחא לי, צריך לחלק דבנפל בשעה זו רוצה לקנות, ובזה חשיב הא דלא ניחא לי' דתקנת חז"ל לא ניחא לי, אבל כשרוצה לקנות רק אח"כ כשימשוך בזה לא חשיב כמתנגד לתקנת חז"ל, דבשעה זו עדיין לא ניחא לי' למיקני, ואע"פ שבאמת אינו מקפיד לקנות רק ברגע אח"כ, ואם קנין המשיכה הי' קונה בשעה שהמסירה או קודם לכן ג"כ הוא ניחא לי' במשיכה, וא"כ נמצא שבכל האופנים עיקר התנגדותו שלא לקנות בקנין זה, מ"מ לא חשיב בזה שמבטל תקנת חכמים, כיון דסו"ס בשעה שצריך להועיל הקנין לא ניחא לי' למיקני, שו"ר בפ"ת סי' קצ"ח סק"ט שכ' ליישב כן, (וחילוק זה כתבו הגרע"א ז"ל בתשו' סי' ל"ז בשם המל"מ), - מקור דברי השו"ע שם הוא מהמ"מ בשם הרשב"א (בשם ר"י מיגש) ותרייהו ס"ל לדינא דמהני טעמא דלא ניחא לי', ובאמת בזה לא מצאנו חולק אלא הרא"ה, דדברי הרי"ף והרא"ש והרמב"ם יש לפרש דלא אמרי' כיון דנפל גלי דעת', אבל אי גלי גלי, ולשון הרמ"א ג"כ מתפרש ער"ז, אלא שמדברי הר"ן ל"מ כן, וכ"נ הבנת האחרונים ז"ל דלא מהני אפי' גילה דעתו בהדיא, ועי' תשו' הגרע"א ז"ל סי' רכ"א מהגרש"א.

י. **חור** סי' ער"ה והרמ"ה כ' כו' שיכול לומר עצי ואבני אני נוטל כו', לכאור' הכא דשמין לו וידו על העליונה, [כמ"ש ב"י בשם הנ"י], לא מצי למימר עצי ואבני אני נוטל, [עב"י סי' שע"ה בשם הרשב"א ובשו"ע שם ס"ז בהגה], דחשיב שבנה הפלטרין לזכות בעל הקרקע, אם יחשב כיורד ברשות, ואע"ג דהכא הפקר הוא, מ"מ המעמיד את הדלתות מיד עם זכייתו בקרקע זוכה בזכות זו שיש לבעל

הקרקע בפלטרין, דמה שיש לבעל הפלטרין סיבה צדדית ליטול אבניו, כדי לבטל קנין הדלתות, זה אינו משנה את המצב הקיים, דבנין פלטרין לאו למיסתר קאי, וזכה בזה בעל הקרקע אם יחשבנו כיורד ברשות, ועוד אפשר דסגי בזה שכ"ז שלא אמר עצי ואבני אני נוטל חשיב חזקה בהעמדת דלתות, דסתם פלטרין לאו למיסתר קאי, וסיבה פרטית אינה מגרעת בחזקה, (וכשיבא ליטלן אמנם יעמיד מחיצה אחרת), וחשיבא שפיר חזקה יפה כיון שלגדר יש קיום מצד עצמו, ומכיון שנאמר שזכה, תו לא ירצה הלה ליטול אבניו וזו ג"כ סיבה לראותו כמחזיק, כללא דמילתא אע"פ שיכול ליטלן, מ"מ כל כמה דלא נטלן חשיבי דבעל הקרקע ולא שבעל האבנים הוא הגודר כאן ע"י שהעמיד אבניו, דכ"ז שלא נטלן יש כאן מציאות מוחלטת של מחיצה, ולפ"ז ניחא סוגיא דתלמודא אף בעצים ואבנים של ראשון, וכ"נ דעת המ"מ והנ"י דאף כשבנה משלו, הדין כן, אבל הרמ"ה והרא"ש נקטו דדוקא בשחשני זוכה גם בעצים ואבנים מהניא חזקתו, ולדידהו מבואר בגמ' דהבונה לא זכה באבנים, ולכאור' הרמ"ה יחידאה במ"ש שאע"פ שהגביהן לא זכה בהן, שהרי אף הרא"ש חולק בזה, וס"ל דלא משכח"ל אלא בפועלים, וצ"ע שהרמ"א העתיק דברי הרמ"ה שכנראה נדחו במסקנת הטור שהעתיק הכרעת הרא"ש, עי' פרישה, והרמ"א כנראה הבין ששניהם אמת, או דכונתו בכה"ג שאמר בפירוש שאינו מתכוין לקנות, דעיקר הנדון אינו בד"ז, ושבקי' דאיהו מוקי אנפשי', באופן שלא זכה באבנים.

והנה לדעת הרמ"ה מבואר בגמ' דאע"פ שהיפך באבנים לא קנה, ונראה הטעם מפני שאינו מכוי' להוציאם מהרשות שהם שם, והוא מתייחס לפעולת ההגבהה כפועל שמתעסק בזה לצורך הבנין, ואם היו האבנים ברשות אחרת של הגר (או של הפקר) שפיר זוכה אע"פ שכיוון לבנין, אבל כשנוטל אבנים מאותה רשות, ע"מ להניחם שם, ואינו מתכוין

ונפ"מ לההיא דסי' קצ"ח סי"ב שתפס הבהמה ע"מ למשכה דשייך שפיר לחשוב גם המסירה כמעשה קנין, וכן אם רץ ע"מ ליפול על המציאה, דהכא שאני שאין כאן מצב של הכנסה לרשותו, נכ"ז אם ננקוט כדעת הרמ"ה, דבסברא י"ל נמי דהכא ההגבהה קנין גמור, ודעתו לבנות לא מגרע כלל, ועדיף מדעתו למשוך או ליפול], ואאמו"ר שליט"א בסי"א סק"א כ' לחלק בין קנין ד"א לקנין הגבהה, דבד"א מעשה הקנין נעשה ממילא, כמו בשליחות, ואחר שהוחלט לו זכות ד"א, קונה ממילא, אבל בהגבהה מעשה הקנין מועיל בצירוף דעתו לקנין, ובאינו מכוין לקנות ה"ז חסרון במעשה הקנין, (וכמו ביטול אם נכנס לחצירו קנה, ובהגביה ישן לאו כלום עבד), ועיי"ש עוד בכ"ז.

וראיתי שאאמו"ר שליט"א נקט בפשיטות דטעמא דר"ש דלא אמרי' כיון דנפל גלי דעת' דלא ניחא ל', היינו מפני שאינו רוצה לבטל קנין אחר המועיל, ונסתפק איך הדין במו"מ, אבל לכא' מדברי הר"ן נראה דס"ל דלא מהני אפי' יאמר בפירוש דלא ניחא ל', וכ"כ הגרש"א בתשו' הגרע"א סי' רכ"א, וכן משמעות האחרונים, וכמש"כ סק"ט, ולפ"ז מובן טפי החילוק שכ' הגרע"א ז"ל בשם המל"מ, וכמשנ"ת סק"ט, וגם יש לחלק בין אם עוסק עתה בהכנסה לרשותו וכמש"כ, אבל בסברא צ"ע איך אפשר להחשיב הגבהה שלא לשם קנין כקנין בע"כ, וכמו שבאמת כ' הר"ן בשם הרשב"א, וגם אין זה מעשה קנין כלל בלא כונה, ורק אם בשעה זו ממש רוצה לקנות, שייך לדון שהוא רק כמתנגד לתקנת חז"ל, דאין לו ענין במציאות אלא לשנות גדר החלות קנין, [ובאמת אם ננקוט דטעמ' דהרמ"א משום דלא אמרי' דגלי אדעת', אבל אי גלי מהני, א"כ לא מוכרח לדמות להבונה פלטרין בנכסי הגר, דכל דבר הוא נדון בפ"ע, ואמנם אין הטעם מובן למה נימא שאינו רוצה לקנות אלא בבנין, אבל אי מיירי בדידעין

לזכות בהן, אין בהגבהה זו משום קנין, דאין כאן הכנסה לרשות אחרת, ואפשר דמה"ט גם בד"א אינו קונה, שדעתו להניח בד"א אלו, גם כשלא יהיו הד"א שלו, וכיון שאין בדעתו שישתנה בהן דבר, לא אלים ד"א מהגבהה, שאין כאן כונת שינוי במצב הקיים דנחשבי' כהכניסו לרשותו, ועוד דכמו שאינו קונה את הקרקע עצמה בקנין ד"א, ה"ה שאינו קונה את מה שנשאר בד"א, שהד"א הם משמשים את האדם בתורת יד, אבל דבר המחובר או קבוע בד"א, אינו כחלק נפרד מהד"א לזכותו בפ"ע ע"י הד"א דכל דבר שהוא חלק מהד"א זכיתו תלו' בזכיית גוף הד"א, והא דאינו זוכה הד"א עצמן בשל הפקר וגר, היינו מפני שלא הקנו לו זכות חצר (בסמטא) לענין תשמישים, שאינו יכול למנוע אחר מלהשתמש שם, ולכן אינו בדין שבכח זה יזכה את הד"א לגמרי, שהרי גוף הזכייה של ד"א נאמרה במצב שאין הד"א שלו, ונלא דמי לפאה אע"פ שמחוברת כיון שעומדת ליקצר, ושפיר משתמש בשדה בתורת יד לקנותה, ומצינן נמי למימר דמהא דקתני וכן בלקט, וכן בעומר השכחה פריך, א"נ בפאה קצורה, אבל האמת נראה דקניית הפאה אינה מוכרחת עם קניית השדה, משא"כ דבר שקבוע בשדה, או שאין כונתו להוציאו משם כפי' הרמ"א], ואחר שבנה הו"ל כקרקע ממש (וגם י"ל דלא ניחא ל' דליקני, ובגמר הבנין כסבור שהם שלו צע"ב).

ולאאמור ל"ד לדינא דכיון דנפל דלא ניחא ל' דליקני, דהכא כיון שאין בדעתו לקנות אכתי חסר בכל המעשה קנין, ואף בד"א כיון שאין בדעתו לשנותן מהמצב הקיים וכמש"כ, אבל כשרוצה לקנות חשיב צורת קנין בכל הקנינים המועילים, ושייך לנדון דלא ניחא ל' דליקני, ולפ"ז אין החילוק אם רוצה לקנות ברגע זה או אח"כ, אלא אם עוסק עתה בהכנסה לרשותו דבזה כל מעשה קנין חשיב קנין, לבין אם אין דעתו על קנין כעת כלל,

בפ"ע שהזכירוהו ר"י ור"ל [דהי' מקום לומר דד"א דמו טפי לידה, שהקנין שייך רק בסמוך לה, ומתייחס לגופה ולא לממונה, ויש מקום לומר דלא אלימא תקנת ד"א שיחשבו כידה, ועכ"פ אין ללמוד תקנת מציאה מתקנת גט], משמע דאי לאו דיש לדמות מציאה לגט אין לחדש כן במציאה, ואם תקנת גט שונה לית לן למילף מציאה מינה, ויש להטעים זה עם התירוף, דאם איתא דבד"א בגט ג"כ בעינן שהיא יכולה לשומרו והוא אינו יכול לשמרו, אין ללמוד מזה לד"א דמציאה, שהם ענין אחר, וע"כ דד"א דגט דינם כד"א דמציאה, וזה באמת מסתבר ללמוד כן, אע"פ ששייך לתרץ כמ"ש הגרע"א ז"ל, - יעוי' ברש"ש שדקדק מפרש"י דמר אמר חדא היינו דר"י מיירי לענין גט, וש"מ דיש דין ד"א בגט, ובאמת צ"ע לפ"ז למה לא הזכיר דינא דיכולה לשמרו, כיון דאיירי בגט, וגם הוה ילפינן דין ד"א מיני'.

יג. י"א א' דתניא ה' עומד בעיר ואומר יודע אני כו' לכאור' נראה ביאור הענין דעיקר שכתה שייך רק במעשה העימור, והוא נעשה ע"י הפועלים, וסתם שכתה ששכחו עומר מבין העמרים בשעת העימור, לא שייך להזכיר בו ידיעת בעה"ב, דמהיכן ידע מה שכחו אא"כ עומד אצלם ורואה מה ששכחו, אבל בעומד בעיר מתפרש הענין בעומר ידוע שהוא מכיר במקומו שהוא מוצנע ויודע שהפועלים לא דקדקו ומסתמא שכחוהו, או שנתברר לו מהם ששכחוהו, וכן לא שייך להזכיר שכחת בעה"ב אלא בעומר ידוע, ששייך להזכיר בו שכחה קודם העימור, אבל השכחה שבזמן העימור שהוא בבל תשוב, לא שייך לומר ששכח קודם העימור, ולפ"ז סתם שכחה שוכח בעה"ב עם הפועלים יחד, שאין לו ידיעה במה ששכחו, וממילא זה גם שכוח מעמו, וזה חשיב שפיר שכוח מעיקרו, אע"פ שלא הקדים שכחתו לפועלים, אלא שסומך עליהם, ואין לו ידיעה אם שכחו.

שכן הוא, א"כ אין קו' לזה מנפל, מיהו מסברא י"ל דאפי' לשינויא דכיון דנפל גלי אדעת', היינו דוקא בנפל אבל לא בבונה וא"כ כ"ש דלמאי דקיי"ל כר"פ ור"ש שאין לחדש כזאת, אבל עכ"פ קו' האחרונים ז"ל היא ע"פ משמעות הר"ן דלא מהני לא נחא לי', ולפ"ז הקו' מוכרחת].

יא. במ"ז סי' רס"ח ס"ג כ' דד"א קונות לו שלא מדעתו כמו חצר, אבל הביא ראיות לענין דד"א קנויות לו בלא כונה לזכות בהן, אבל לענין הדין דאף שאינו יודע במציאה קנה לא מייתי רא', ונראה דבאמת כונתו ביודע במציאה, דהרי הרמ"א מסיים שם על חצר המשתמרת, ואין חצירו קונה לו אלא ביודע במציאה או דאסיק אדעת', ובד"א הרי כל שאינו יודע בה אינה בכלל אסיק אדעת', דכ"ז שלא ראה אותה עדיין אבודה היא, ואין כאן זכיה כלל, ועוד דכל שאינה יודע בה אינה משתמרת לו, א"ו כונתו רק להוכיח דא"צ כונה לזכות בד"א, ולא הוכיח מהגמ' דכיון דתקון רבנן כי לא אמר מאי הוי, דהתם י"ל דכונה מיהא בעי, (וכנראה פירש לשון שלא מדעתו שלא בכונה, אבל אף ביודע חשיב שלא מדעתו דהרי הרמ"א מסיים על דינא דשלא מדעתו דמיירי ביודע במציאה, ופשיטא לי' להט"ז דבאינו יודע אין שייך לדון דליקני, וכמ"ש כ), וכ"כ בריב"ש סי' שמ"ה דד"א אין קונות לו שלא מדעתו, וכ"מ בתו' י"א א' לענין אמירה דד"א דמו לחצר שא"מ ועומד בצדה, וכן במ"ש המ"מ בדעת הרמב"ם מתבאר דד"א מיירי ביודע ולא אמר דליקני, וכבר כתב בכ"ז אאמו"ר שליט"א בסק"ד עיי"ש.

יב. י' ב' תוד"ה ר"י, אלמא שייך קנין ד"א בגט, יעוי' בגהש"ס, ובתו' הרא"ש באמת כתב להוכיח מהא דס"ד דמיירי בגט, [וכן בנמו"י נראה כדעת הגרע"א ז"ל] ואפשר דדעת תו' דכיון דחזינן דדין ד"א הוא נדון

ואם אחר מעשה העימור הי' זכור בו, בדין הוא שלא יהא שכחה, אלא שעדיין לא הגיעה שעת העימור של העומר הזה, וא"כ שייכא שכחה אם יזכור לאספו, וזהו דינא דהעומר שהחזיק בו להוליכו לעיר, דכיון שכבר החזיק בו הרי כבר עימרו, דזה הכלל כל המעמר למקום שהוא גמ"מ יש לו שכחה ושוב אין לו שכחה, פאה פ"ה מ... וכיון שהחזיק בו להוליכו לעיר הרי כבר עימרו לגמר מלאכתו, אבל בלא החזיק בו רק שזכור בו אחר שכחת הפועלים, בזה תלוי אם הוא ברשותו לגמרי, א"כ אין שייך בו שכחה, דהא מיירי בעומר ידוע, שלא שייך לשכחו בזמן העימור של שאר עמרים, (וה"ז כהיתה כל השדה עומר אחד, דלא שייך שכחה בלא קצירה), אבל אם הוא עדיין במצב של שכחה קצת, א"כ עדיין לא הוחלט ששכחת הפועלים בטלה, שעדיין יכול גם בעה"ב לשכחו, ולכן אם באמת ישכחנו חשיב ששכחת שעת העימור גרמה לשכחתו, ולא ששכח עומר שברשותו.

ולפ"ז ביאור רא"י דשמעתין לאו משום שצריך למעשה קנין בעומר ששכחוהו פועלים ולא שכחו בעה"ב, דגזל גמור הוא ולא נפיק מרשות בעה"ב, אלא דכ"ז שלא נכנס לרשותו המוחלטת אחר שכחת הפועלים, לא הועילה זכירתו לבטל שכחת הפועלים, ואכתי מיתלא תלי אם יזכור בעה"ב לאספו, [ובפרט לפמשנ"ת דשכחוהו פועלים וזכור בעה"ב מתפרש בעומר ידוע שמקומו או צורת עימורו ושאר סיבות שבו, גורמין לשכחתו, ולא הטעות של שכחה שבשעת אסיפה שבמקרה נשכח עומר זה, ולכן שייך להתייחס אליו כשכוח עד שיתברר שאמנם זכרו בעה"ב ואספו], אבל אם זכה בו ע"י מעשה הראוי לקנין, תו לא שייכא ב"י שכחת העימור שכבר בטלה, וה"ז כשוכח עומר שכבר אספו, דזהו המושג של מעשה קנין שנכנס לרשותו באופן מוחלט, ועכ"פ בקנין חצר יש לחשבו כהכניסו

לאוצר אחר שכחת פועלים, ותו ליכא דין שכחה שענינה רק בשעת העימור, ואפשר דאי לאו קרא הי' מקום לומר דמ"מ אם ישכח לבסוף הוי שכחה, דקנין חצר שבשדה זו עצמה אינו מועיל הי' מקום לומר דמ"מ אם ישכח לבסוף הוי שכחה דקנין חצר שבשדה זו עצמה אינו מועיל כ"כ לבטל שכחת הפועלים, [דבפשוטו לא אתא קרא לאשמועינן דין קנין חצר], אבל השתא מפרשינן דזהו טעם החילוק שבין שדה לעיר.

הא דתנן שכחו בעה"ב ולא שכחוהו פועלים אינו שכחה, משכח"ל כשהפועלים לא אספוהו בזמן העימור אבל זכרוהו והניחוהו במתכוין, אבל הבעה"ב אינו יודע שנשאר עומר בשדה, או שמתחלה הי' במקום מסוים ושכחו, אבל אם שכחו קודם העימור וחזר ונזכר בו לא חשיב שבא לכלל שכחה, שאין השכחה אלא בשעת העימור, ועדיין לא עימרו הפועלים, ולכן אפי' עמד בצד שדהו ואמר זכתה לי שדי, יש בו שכחה כשיעמרו הפועלים, וסתם שכחה מתפרשא כשהבעה"ב סומך על הפועלים ואין לו ידיעה בנשכחות, ואז חשיבי הפועלים כבעה"ב המעמר בעצמו, וזהו שכוח מעיקרו, ולפ"ז צ"ע במ"ש הר"ן דבשכח בעה"ב ולא שכחו פועלים תזכה לו שדהו, והוכיח מזה דבאינו יודע במציאה לא חשיבא משתמרת על ידו, ואכתי יש לשאול שהרי הפועלים משמרין עבורו, וכמו שיכול למנות שליח לעמוד בצד שדהו ולזכות לו זכין לו פועליו שלא מדעתו עכ"פ כשיודעין ששכח, ועי' חרושים ע"ש ריטב"א בזה [שו"ר ברמב"ן שם ג"כ דלא מהני אמירת פועלים לפי שאינו בחצר שלהם שתקנה, וצ"ע], ולפמ"ש"כ לא חשיב בא לכלל שכחה, כ"ז שלא עימרו הפועלים, ואפי' חזר בעה"ב ונזכר קודם ששכחוהו פועלים, אינו יכול לזכות בו, [מיהו חצר המשתמרת בסתמא לא משכח"ל לענין פאה, דרחמנא שרא לעניים להלויכי בגווה ולנקוטי לשו"פ, ולכן אפי' היתה שדהו

משמרת], ולכא' לריב"ח הו"מ לאקשווי נמי דבמתני' קתני במדעתו ומשמע דשלא מדעתו לא מהני, אלא דבזה י"ל דפשיטא דאגב סיפא נקטה, וכיון שכן תו ל"ק מ"ט לא פרכינן לריב"ח, כיון דלדידי' ע"כ מתני' משום סיפא איתמר, שו"ר בחדושים ע"ש ריטב"א שכ' דבאמת הו"מ לאקשווי ממתני' אדריב"ח, אלא כיון דבתירוצא חדא מיתרצי תרוייהו לא האריכו בזה, וכ"כ הרשב"א, ועיי"ש שפי' הנדון אם בקנין גרוע בעינן אמירה וזה ע"ד פרתו'.

מיהו נראה דאם באנו להצריך אמירה, היינו דוקא כשצריך לשמרה מפני אלו שרצין אחרי', דהא בדליכא אחר עמו לא שייך להצריך אמירה בפה, [וכשעמד בצד שדהו ע"מ לשמרה, יכול לטעון בב"ד דשלו היא, והתופס בלא טענה לא יוכל לומר הבא ראי' שזכית, כמו שא"צ להביא ראי' שהגביהה], ורק כשצריך למנוע זכייה מאחר, י"ל דאינה משמרת ע"י עמידתו בצד שדהו עד שידע אותו אדם או העומדים שם, שהוא משמרה ומתכוין לזכות בה, ולפ"ז בחצר המשמרת אין להצריך אמירה, שאינו צריך למנוע אחר מלזכות בה, דבלא"ה אין לו אפשרות ליכנס בתוכה בלא רשותו, שו"ר בחדושים ע"ש ריטב"א שכ' דכיון שראה אחרים רצין ואשתיק נראה דהוא לא בעי, דתוכה לו חצרו, ולפ"ז אפי' נכנס לחצר המשמרת צריך אמירה, מיהו י"ל דכיון שלא יוכלו ליכנס בלא רשותו, חשיבי אינן רצין, ועי' להלן.

ובשטמ"ק בשם הראב"ד כתב דנהי דבמציאה צריך שיאמר זכתה לי שדי, מ"מ גבי שכחה א"צ שיאמר כלום לפי שהוא זוכה בשלו, וטעמא דמילתא נראה דכיון שעכשיו זכור הוא א"כ אפי' אינו מתכוין לזכות כדי לבטל השכחה, משתמר הוא לו, שהנוטלו כעת גזלן הוא, מיהו הר"ן כתב דאחר שכחת פועלים חשיב כאילו כבר יצא מרשות בעה"ב, אלא שעניים לא זכו בו עד שישכח בעה"ב,

נעולה והוא בעיר ואמר כו' לא יהא שכחה, לא מהני, אע"פ שלענין קנינים זוכה בה, מ"מ לענין מצות שכחה כל משמרת כאינה משמרת דמיא, מיהו בנעלה באופן שא"א ליכנס, י"ל דלא גרע מעומד בצדה, שהוא משמרה ע"י המפתח שבידו, שכיון שיצטרכו לו לעמרי השכחה, ממילא הוא כמשמר העומר שזכור בו, דכיון שאינו מונעם לגמרי מליכנס אלא שרוצה שיכנסו רק ברשותו, רשאי הוא בזה, כדתנן שלש אבציות ביום].

מ"ש הרמב"ן דבהחזיק בו להוליכו לעיר חשיב בא לכלל שכחה, לכא' ר"ל דהיינו עימור ידי', דמה לי עימר חלק מהשדה או עומר אחד, ולשון הגמ' דזכי בי ר"ל שכבר נשלם העימור בזה שהגביהו והכניסו לגמרי לרשותו, ואם החזיק בו שלא ע"מ להוליכו לעיר, י"ל דחשיב מעמר למקום שאינו גמ"מ, דאכתי יש לו שכחה ממנו ולגורן, כדתנן סופ"ה דפאה, וצ"ע בשטמ"ק בשם ריטב"א דמשמע ואפשר לעשות כן בכל השדה, וכבר העיר בזה הגרא"ז ז"ל בגליון הרמב"ן, וכ"מ בחידושים עי"ש ריטב"א ע"ש.

יד. **שם** תוד"ה זכתה, נראה אע"ג דלא אמר כו', בפשוטו משמע דהנדון אי מהני קנין בלא דעת קונה, דבכל הקנינים הקונה עושה מעשה, או שלוחו, והכא כשאינו אומר תיקני לי, אין כאן גילוי דעת לקנות, ואמנם חצר הוא אחת מדרכי הקנינים, אבל בעינן דעת קונה, ואף דפשיטא לן שזכות היא לו וניחא ל"י בהכי, מ"מ ס"ד דצריך שיתוף הקונה בהכנסה לרשותו, ועי' הוכיחו מקנין ד"א דלא בעינן אמר, וכן מחצירו המשמרת דקונה לו שלא מדעתו, (אלא די"ל דבזה שעשה חצר משמרת כאמר דמי, משא"כ בקנין שמתחדש ע"י עמידתו שם, ולכן לא הוכיחו מזה בפשיטות), אבל לא דנו בזה שיש לחלק דבחצר שאינה משמרת יש להצריך טפי אמר, ובמהרש"א ביאר דהוכחתם מדלא פריך ממתני' לריב"ח, [וד"א דמי לאינה

ואפשר דאף למש"כ לעיל ס"ק י"ג דאכתי ממונו הגמור הוא, מ"מ כדי לבטל שכחת הפועלים בעינן מעשה הראוי לקנין מן ההפקר, דהא באמת ממונו הוא וא"צ קנין כלל, אלא שע"י הקנין חשיב כאספו לביתו, והו"ל כנתברר שלא שכח עד לבסוף, ובזה אינו יכול להסתייע מטעם שהוא ממונו (בגלל שעדיין לא שכח), דכל הסברא היא משום זכייה מחודשת שאינה נסמכת ע"ז שהוא זכות עתה, דרך ע"ז אמרי' דשוב לא שייכא ב' שכחה, ומסתברא שמזה בא הרמב"ן לאפוקי, שכתב גבי שכחה ודוקא נמי בדאמר תקנה לי שדי, אע"פ שהוא עומד בצד שדהו ומשתמר, ור"ל דמשתמר ע"י עמידתו שמירה מעולה, דעדיין ממונו הוא, ומ"מ לא מהני לבטל השכחה, ויש מקום לדקדק איפכא ממ"ש "ומשתמר" דמשמע דפשיטא ל' דאף בלא אמירה משתמר הוא, וא"כ זה דין רק בשכחה, דכדי לבטל השכחה בעינן אמירה, אבל לגבי קנין סגי שיהא משתמר, אבל לפ"ז הו"ל לפרש דבריו דמהא דקתני דאמר לא יהא שכחה גמור לה, והו"ל לפרושי מ"ט ליכא למידק ממתני', ועי' להלן וסתמות לשונו משמע שאינו מחדש כאן דין בשכחה, וכ"נ מהזכיר תקנה לי שדי ולא כתב דדוקא בדאמר לא יהא שכחה (ועדיין צ"ע ממ"ש דאמירת פועלים לא מהני לפי שאינו בחצר עי' לעיל ס"ק י"ג).

ובאמת מזה שנשנית האמירה במתני' ובברייתא, משמע דאמר דוקא, ואם באנו לומר דאמירת לא יהא שכחה דברייתא לאו דוקא, אלא לרבותא נקטי', תו ל"ק נמי לומר דרישא דמתני' משום סיפא דאיצטריך למיתנייה לרבותא, ולכן נראה דיש להשוות שכחה למציאה ובתרווייהו בעינן אמר, כדמשמע ברמב"ן, ולכאור' מהא דאיצטריך תנא לאשמועינן רבותא דלא מהני אמר, נמי יש לדקדק כן, דאם בצבי שבור מהני עומד בצד שדהו בלא אמירה, מה סברא יש שתועיל אמירתו לגבי החסרון שהצבי רץ כדרכו,

ומעמא דמילתא כמש"כ לעיל דע"י האמירה הויא לה חצר המשתמרת, כי היכי דבעינן שידע במציאה דבלא"ה אינה משתמרת לו כמ"ש הר"ן, (וכ"נ בשטמ"ק בשם הראב"ד), ה"נ בעינן שיהא מוכח שמתכוין לשמרה בעמידתו שם, מיהו דוקא בראה אותן רצין, וכן בשכחה דחשיב נמי כראה את העניים רצין ליקח כל הנשכח בשדה אחר העימור, וכיון שאינו מונעם באמירתו לא חשיב כהכניס לרשותו, ולפ"ז משכח"ל זכייה בשדה גם בלא אמירה כגון שאין למי לומר, מיהו בלא"ה נמי ל"ק קרא דבשדה ושכחת, כיון שאין האמירה תנאי בביטול השכחה, אלא דע"ז השדה משתמרת, ואם יהא אופן דמשתמרת בלא אמירה ג"כ זכה, (ואולי בדקאי בד"א ידי' דמשתמר טפי א"צ אמירה), אבל אם נימא דבמציאה א"צ אמירה ודוקא בשכחה צריך גילוי דעת דרוצה לזכות כדי לבטל שכחת הפועלים, ק"ק דהו"ל לתלמודא לבאר דין האמירה, דצריך לבאר ד"ז בדרשא דושכחת בשדה.

מיהו אכתי צ"ע בזה, כיון דפשיטא לן דרוצה לזכות במציאה, למה יצטרך אמירה כדי למנוע את הרצין מלזכות בה, הרי גם כשאינו

מיבדל בדילי משמע שנראה להם כאילו זכה בו הבעלים ולא נמנעים מלתפסה, ולפ"ז בטעות בדלי מינה, וזה מועיל שתהא משתמרת, ואפשר דענין עומד בצד שדהו היינו שמשתמרת על ידו כדפרש"י, והא דלא סגי בעומד מרחוק, היינו מפני שאינה משתמרת לאדם שיכנס מצד אחר, וכזה אמר' דכשהדבר מפורסם הו"ל כעומד בצד שדהו, דעיקר העמידה היא שמודיע שמשמר המציאה בשדהו לעצמו, וכשהדבר ידוע לכולם א"צ עומד בצד שדהו דוקא, [ובשטמ"ק בשם ר"ח כתב דאינם נכנסים בשדה מפני שהשלטון יאמר שהם נטלוה, משמע שר"ל דמירי בפרסאי דאמרי אביראתא למלכא, וזה דוחק בסתמות הגמ', ואפשר דמש"ה השמיטו הרי"ף והרמב"ם ברייתא זו, דאינה נוהגת למעשה אלא בזמן דבדלי מיראת השלטון, אבל מסתמות הראשונים ל"מ כן, ושמא הרי"ף השמיטה מפני שאינו מצוי כה"ג דיצא לו שם מציאה בעיר ובשדה שאינה משתמרת, ובעיקר הדין סמך על הסוגיא י"א א'].¹

ויש לעי' בהא דקתני יצא לו שם מציאה בעיר דבריו קיימין, אי מירי שכבר נפלה המציאה בחצירו, א"כ הול"ל זכה בה, שהרי אינו אומר הלשון המוזכר ברישא, שתפול לתוכו היום, אלא שנפלה, ולפר"ח שבנ"א אין נכנסין בשדה כלל, יש לפרש דדבריו קיימין גם לגבי שאר מציאות דהו"ל חצר שכולה משתמרת, אבל סתמא משמע דבדילי שלא ליקח המציאה, ושמא כיון דבדילי מהמציאה, שוב אין נכנסין לשדה כלל, שלא יחשדו אותם נוטלין המציאה הידועה בעיר, מיהו אף לפ"ז יש לפרש דעיקר הדין נאמר על המציאה הידועה, אלא דנקט דבריו קיימין לכלול גם שאר מציאות, ואפשר נמי לפרש דעדיין לא נפלה המציאה בחצירו, כגון שצף הנהר וידוע בעיר שיכנסו דגים לחצרו, ולפ"ז י"ל דלכו"ע בלא אמר, לא קנה, דאין ידוע לו רגע הנפילה, ולא בדילי אינשי מיני' אלא מפני שודאי ידוע

אומר כאמר דמי, תדע שאילו הגביהם אחר בשבילו, זכה לו משום דזכות הוא לו, וכן אם נכנסו לחצרו המשתמרת, וא"כ למה צריך דיבור בשביל למנוע את הרצין מלזכות, ובשלמא אם נימא כמ"ש בחדושים ע"ש ריטב"א דבאינו מפרש אמרי' דמניחם לזכות כיון שהם רצין, או כמ"ש הר"ן דכיון שהם מהלכין, לא סגי בעומד ומונע אחרים מליכנס, כיון שאם לא ישתדל בזכיותו, מעצמן יצאו, ולכן בעינן שיאמר זכתה לי שדי, פי' והריני משתדל בתפיסתו, [ואולי לפ"ד ברץ אחריהן ממש, א"צ אמירה], אבל אם באנו להצריך אמירה בכל גווני, צ"ב מ"ט, ואפשר דהאמירה אינה נצרכת בחיוב, אלא לבטל השתיקה, וזה לפי הענין, דאם ניכר שעומד ע"מ לשמור המציאה, באמת א"צ אמירה, אבל פעמים שצריך לברר ענינו ע"י האמירה, שיוודע במציאה ומתכוין לשמרה בעמידתו, כגון בראה אותן רצין אחר צבי שבור בכל השדות שבבקעה, וצריך לפרש דמכוין לשמור בשעה שימצא הצבי בתוך שדהו, וכן בשכחה אע"פ שזכור ועומד בשדה אין כאן נתינת דעת לקנין, שהרי עדיין שלו הוא, וצריך נתינת דעת לעשות מעשה קנין מחודש לבטל השכחה, ועכ"פ אם אינו יודע ששכחוהו לא מהני זכירתו, ולכן צריך לפרש דבריו שלא יהא שכחה, וכן בההיא דלק' ק"ב א' ע"י אמירתו ניכר שיוודע ובאינו יודע לא מהני ועי' להלן ... בזה, ולפ"ז אמנם דוקא קתני אמר, אבל ה"ה שאר אופנים שמשתמרת על ידו דדמי לאמר, (ועסה"ת שער מ"ט סי"ח שכ' דגבי מציאה הדא דשתיק הו"ל כמתייבש למחילה אף לבאים לחצרו, ועיי"ש).

בסוגיא לק' ק"ב א' אמרי' דבחצר שאינה משתמרת אם יצא לו שם מציאה בעיר מיבדל בדילי אינשי מינה והויא לה כחצר המשתמרת, ולא נתפרש מאי טעמא בדילי, הרי העומד בשדהו ורואה שאין בעה"ב עומד בצדה למה לא יזכה במציאה, ולשון

לו, ואמירה מהני שיזכה ברגע הנפילה אפי' אין ידוע לו, והרא"ש כתב דהכא צריך אמירה מפני שאינה משתמרת ממש, ובתוספותיו כתב נמי לתרץ דאגב רישא כדמפרש במתני' י"א א', אבל בפסקיו הכריע כתירוץ דהכא שאני, וכנראה לשון דבריו קיימין דחקו, דהול"ל זכה, אבל דבריו קיימין משמע שאנו צריכין לדבריו, מיהו אם כבר מצינו דיש ענין אמירה מפני שהחצר אינה משתמרת כ"כ, ראוי להעמיד מתני' דהכא נמי כפשטה, [אש"כ נימא כמש"כ דהכא יש חידוש טפי, אם לשאר מציאות, או לקודם שנפלה].

בבבגרי"א סי' רס"ח סק... דקדק מנ"ל לר"י א"ש דמיירי מתני' באינה משתמרת נוקמה במשתמרת ולא נצריך עומד בצד שדהו, והוכיח מזה כדעת הרמב"ם דמשמע ליה דאמר דמתני' דוקא, וכיון דבמשתמרת לא בעינן אמר ע"כ דמיירי באינה משתמרת, ולכא' אי מיירי במשתמרת קשה נמי למה לי ראה אותן, אפי' לא ידע נמי, ועוד דע"כ בצבי רץ כדרכו לא חשיבא משתמרת, וע"כ יש לפרש דרישא דומיא דסיפא ורק ע"י דרך אחריהן ומגיען מהני, ועוד דבפשוטו ראה אותן רצין לתוך שדהו, ואי במשתמרת איך נכנסין לתוכה, ועוד דברמב"ם מבואר דסתם שדה וגינה אינן משתמרין [וק"ק במה שהשווה גינה לשדה, ממתני' קי"ז ב' דקתני שנפל הכותל לגינת חבירו, ובגמ' פריך בפשיטות ותקנה לי' שדהו, ואפשר דהתם משמע בגינה הסמוכה לבית, כדקתני שנפל לתוכה כותלו של חבירו, וכה"ג סתמא משתמרת, (או שעומד בצדה, עתו' שם), והרמב"ם מיירי בגינה דומיא דשדה], ובמתני' שדה קתני, וכ"מ בברייתא דפאה, אלא דהתם י"ל דעניים נכנסין אף לשדה המשתמרת, דרחמנא זכי להו בגוה, ומשוו לה לגביהו כאינה משתמרת.

טו. ב"ק מ"ט ב' ה"ב"ע דלית', פרש"י שאין המלוה בעיר, ונראה דהשתא נמי מיתוקמא בחצר המשתמרת, אלא שאם המלוה

אינו בעיר, ס"ד דלא אלים קנין חצרו, דחשיב כאילו המלוה אינו בתורת קנין, ואפשר דס"ד דחצר משום יד אתרבאי וצריך שיהא שייך בקנין כדי שתחשב כידו, ולא נתבאר מה חשיב איתי' לענין זה, דאם עומד בצד חצרו שארכה מאה אמה והמשכון רחוק בקצה חצרו, ג"כ אינו יכול לקנות ברגע זה, וה"נ אם עומד רחוק מחצרו מאה אמה, ולכא' זה נקבע לפי הענין, אם כשהולך לקנות בעצמו חשיב כמתעסק בקנין וזהו שכ' רש"י דלית' בעיר דכ"ז שאינו בעיר לא חשיב כמתעסק בקנין אפי' יודע וזכר בו, אבל אם ר"ל דלית' בצד חצרו הול"ל ה"ב"ע בחצר שאינה משתמרת, וגם בסברא דוחק לאוקומי דאנחי' בחצר שא"מ, וטפי ניהא למימר דלית' למשכון בחצרו כלל, אבל אי מיירי במשתמרת ניהא, דלא רצה לדחוק שאין המשכון ביד המלוה, ומסיק דלית' בחצרו, וממילא מובן דאמשכון קאי, דבלית' לדידי' אפי' לית' בעיר דחקינן לאשכוחי טעמא דלא קנה, ולא הוה סתים בפשיטות דאפי' לית' בחצרו ל"ק, א"ו פשוט דאקו' דתיקני לי' חצירו קאמר דלית' בחצרו, וזהו לשון והלכתא, דיש כאן אוקימתא דחוקה קצת וקאמר דכן עיקר, כמו והלכתא בכפות ב"מ ט' ב', [ומ"ש תו' דלמאי דס"ד דבלית' למלוה ל"ק, [אפי' במשתמרת], זה אינו כפי המסקנא של ב"מ, צ"ב הכונה, דמשמע שאין מחלקים בין לית' בעיר ללית' בצד חצרו, ולפ"ז באמת קשה מסוגיא דב"מ, אבל פשוט דכונת רש"י בעיר דוקא, ואפשר דקשיא להו להתו' מסוגיא שם דמבואר דבזכור בעיר לא קנה מפני שאינה משתמרת, ומזה דקדקו דאף מעיר לשדה קונה במשתמרת, ויש ליישב הסוגיא בכה"ג שקרוב מהעיר לשדה דחשיב דאיהו מצי קני, אלא דקושטא הוא דסוגיא דהתם כמסקנא דשמעתין דדוקא בלית' למשכון בחצרו ל"ק].

ונראה שזוהי ג"כ כונת תו' ב"מ י"א א' שכ' דמלוה גם לפי המקשן מיירי דלית'

בחצר, פי' שאינו עומד בצד חצרו, ומשני הב"ע דלית', פי' בעיר כדפרש"י, אבל דמצי לאוקומה בדלית' בצד חצרו פשיטא ל' אף למקשן (שלא ה' מניחו ליטלו, ובלא"ה אין זה דוחק לפרושי בכה"ג), מיהו מש"פ תו' בשמעתי' וכ"כ הרא"ש בב"מ שם דמיירי בחצר שא"מ, ואינו עומד בצד חצרו, צ"ע דא"כ מאי פריך מדריב"ח, והו"ל לשנויי הב"ע באינה משתמרת, וגם צריך למחוק הא דאמר' בגמ' כל היכא דאיתי' דלפרתו' א"צ לזה ולא זהו הטעם בדבמשתמרת הרי אף בדלית' קני, וגם לשון והלכתא אינו מוכן, דע"כ זוהי המסקנא, ועוד דצריך לחדש לדעת תו' דאף באינו יודע במציאה מהני עומד בצד חצרו, (דאי מיירי דוקא ביודע, א"כ הויא לה משתמרת על ידו שלא יניח אחר ליכנס, וכי היכי דפשיטא ל' למקשן דאינה משתמרת מפני שנכנס אחר, הכי נמי פשיטא שאינו משמרו, וכן מוכח, מדלא משני הב"ע בדלא ידע, ועי' לק' ס"ק ט"ז בד"ו, אבל לפרש"י לא ניחא ל' לפרושי דמנח בחצר שאינה משתמרת, וטפי ניחא לפרושי דלית' בחצרו כלל, (ושמא ה' מונח בחצרו של המחזיק, מיהו לשון ובא ישראל אחר והחזיק בו, לא משמע דר"ל ע"י קנין חצרו).

טז. **בדין** חצר שא"מ אם קונה לו שלא מדעתו, יש לדון אם אלים קנין זה כחצר המשתמרת ויש לדון אי חשיבא משתמרת כשאינו יודע במציאה, ונדון הראשון ודאי משמעות הגמ' דע"י שעומד בצד שדהו הויא לה כחצר המשתמרת, דקאמר אדריב"ח ה"מ בחצר המשתמרת אבל באינה משתמרת אי עומד בצד שדהו אין אי לא לא, ומשמע דדיני' דריב"ח במשתמרת שוה לאינה משתמרת כשעומד בצד שדהו, אבל בנדון השני לכא' אינה משתמרת ע"י עמידתו אם אינו יודע במציאה, שהרי יניחנה וילך, ואפי' ביודע בחפץ ואינו יודע שהוא הפקר כגון

בתופס במשכון דנכסי הגר, יש מקום לומר דלא חשיב משתמרת כשאינו יודע שמת הגר, (וכן במשמר את עומרי השדה ואינו יודע שהפועלים זכורים עדיין באותו עומר) דכיון שאינו משמרו לגבי הגר אין בזה המעלה של עומד בצד שדהו, דלגבי כל הבא מכח הגר אינו משתמרת, ואמנם אף במשתמרת אינו משמרו לגבי הגר, שהרי אינו יודע שמת הגר, מ"מ הכא שאינה משתמרת אלא שע"י עמידתו מהני ליחשב כראוי' לקנין, בזה יש לדון אם עמידתו מועילה לענין קנין זה, דבשלמא כשיודע יש כאן שימור מוחלט וחשיב נכנס לרשותו בחצר זו, דאע"פ שעתידי להסתלק מכאן ותבטל החצר מלהיות משומרת לו, מ"מ מהני כיון שלשעה זו הו"ל רשותו המוחלטת, וכשיחליט ללכת ממילא ידאג לשימור נכסיו, אבל כשאינו יודע אין לחשבה רשותו הגמורה לענין זה דנתנה למקום שאינה משתמרת לו, משא"כ במשתמרת לעולם דאין חסרון בשלימות החצר, ולעולם חשיב שנתנה למקום שזוהי רשותו, מיהו בזה י"ל דכיון שאין חילוק בטיב שמירתו המשכון בין משתמרת לאינה משתמרת ועומד בצדה, אין לחלק ולומר דבאינה משתמרת לא קנה, ולדעת תו' הדבר מפורש בגמ' ב"ק מ"ט ב' דקנה כמש"כ ס"ק ט"ו, אבל באינו יודע במציאה ואינו משמרת (וכן בשכוח בו גם עכשיו עשטמ"ק בשם הראב"ד), ולכא' אינה חשובה משתמרת, מיהו יש סברא לומר דחצר שעומד בצדה כיון שיש בו מעלת חצר, לענין דהמכניס לתוכה כמכניס לבעלותו, דלגבי לקנות דבר הידוע לו חשיבא חצר מעליא, תו לא מחלקינן בדיני חצר וחזר דינה כחצר המשתמרת דקונה שלא לדעתו, דלא בעינן שימור גמור ע"י עמידתו, אלא להחשיב מקום זה כחצירו לענין קנין, דכשאינה משתמרת לא חשבינן ל' כמכניס לרשותו, וכשהבעה"ב בצדה ניכר לכל שהמכניס לתוכה כמכניס לרשות של בעה"ב, אף אם אין עמידתו מועלת לשמרה לגמרי

כחצר המשתמרת, דכיון שיש לה שם חצר, חזרה לכלל דיני חצר.

ולכאוי הי' נראה לדקדק מהא דפריך ותיקני לי' שדהו, דמשמע מזה, דבעומד בצד שדהו הקנין מתייחס לעומד, וע"ז פריך דתיקני לי' שדהו לחוד, (דאל"כ הול"ל איני והאריב"ח, כיון דלר"י א"ש ג"כ שדהו היא שקונה) אבל נראה דבאמת המקשן הבין דבעינן עומד בצד שדהו מפני דעתו של קונה, ולכן פריך מדריב"ח, ולמאי דמשני דבעינן עומד כדי שתהא משתמרת, באמת גם הכא חצירו היא שקונה לו, ומצינן שפיר למימר דאף שלא מדעתו קונה, ולפ"ז ניחא נמי הא דפריך בפשיטות מדריב"ח דלא בעינן עומד בצד שדהו, ואם בעומד בצד שדהו נמי קונה שלא מדעתו, א"כ י"ל דמודה ריב"ח דבעינן עומד בצד שדהו, ולמש"כ דהמקשן הי' סבור דהא דבעינן עומד בצד שדהו היינו משום דבעינן דעתו, כמו עומדת בצד ביתה דגבי גט ניחא, וזה מפורש בגמ' דפריך ותיקני לי' שדהו, וכמש"כ, ולמאי דמשני דהעמידה כדי שתהא משתמרת, ממילא מובן דבמשתמרת א"צ עמידה כלל, דזה פשוט לכו"ע דאין טעם אחר להצריך עומד בצד שדהו, אלא או כדי לשמור או דבעינן דעתו לקנין.

הוספה לפו"ר

אח"ז ראיתי ברמ"א סי' כ' ס"א שהביא דעת המ"מ דגם בקנין מציאה בעינן עומד בתוך שדהו כמו בגט לדעת הרשב"א גיטין ע"ז ב', וברש"י עירובין צ"ב ב', ומבואר דמפרש דעומד בצד שדהו מהני מדין יד, ולא משום דע"ז נעשית משתמרת ומהני מדין שליחות, ולפ"ז מיושב הא דפריך ותיקני ליה שדהו בפשיטות כיון דהשתא מדין יד אתינן עלה, ומיושב הא דנקטו לשון שוה בתרווייהו לשון בצד שדהו, וכ"נ בריטב"א שכתב דאין ללמוד ממתני' דגיטין דבעינן בתוך דוקא, וש"מ שדינם שוה מדין יד, אבל הדברים מחודשים דבפשוטו ר"פ ודאי סבר דלאו מדין

יד אתינן עלה מדמהני במתנה ולא בגט, וכמ"ק ק"ב א' דמהני בדילי אינשי מינה, ובב"מ אה"ע סי' קל"ט ס"ב השיג ע"ז, אבל בנה"מ סי' ר' הסכים לזה, וכן בסמ"ע סי' רס"ח, וכן משמע ברא"ש בשמעתין, אלא שבפ"ח סק"ב פירש דכונת הרא"ש לגבי אשה, אבל לגבי איש מהני מדין שליחות, וצ"ע בסוגיא, ולע"כ, שו"ר בספר אאמו"ר שליט"א גיטין שם שנקט כהב"מ ע"ש, ובמקו"א כתבנו עוד בזה.

יז. **מהא** דפריך בב"ק מ"ט ב' גבי משכונו של גר ביד ישראל, ותיקני לי' חצירו דאריב"ח כו', ומוקים לה בדלית' למשכון בחצר, מבואר דאל"ה הוה קניא לי' חצירו אף כשאינו יודע שמת הגר, דאל"כ הו"ל לאוקומי מימרא בשאינו יודע שמת הגר, וגם סתמא הכי משמע טפי, דכיון שהוא לא ידע עדיין, קדם חבירו וזכה, וגם נראה דמה"ט מייתי לדריב"ח ולא פריך מכח הברייתא דחצר קונה, דידע דעכ"פ איכא לשנויי בדלא ידע, ובפשוטו יש להוכיח מזה דבקנין חצר אפי' כסבור שהוא שלו קני, דמסתברא דהעודר בנכסי הגר ולא ידע שמת הגר לא קנה, כמו בכסבור שהוא שלו, וע"כ דדוקא בקנין שרק בצירוף דעת האדם שייך לחשבו כהכנסה לרשותו, לא מהני בכסבור שהוא שלו, אבל בחצר זוהי מציאות של הכנסה לרשותו, ולא דעתו קובעת שיש בזה הכנסה לרשותו, וכיון דקונה לו שלא מדעתו ה"ה בכסבור שהוא שלו.

ואמנם בירו' כתובות פ"ט ה"ג מבואר דאף בחצר לא קנה בכסבור שהוא שלו, אפשר דהירו' ס"ל דאין חצר קונה שלא מדעתו, והכי משמע בירו' ב"מ פ"א ה'... דאף ביתו אינו קונה לו באומר תזכה לי ביתי במציאה שתפול לתוכה, אא"כ יצא שם למציאתו, ולא מסתבר לאוקומי ביתו באינו משתמר וכדמוקי בתלמודן ק"ב א', דסתם בית משתמר, א"ו הירו' ס"ל דבעינן דעתו אף

דקדק מלשון הטור דקני, ועיי"ש מ"ש מדבריו הר"ן.

ברם מדבריו הרשב"א גיטין כ' ב' שהק' נהי דוקן ידע לאקנויי, אכתי אינהו לא מכווני לקנות, והו"ל כעודר בנכסי הגר וכסבור שהם שלו, ותיריך דדעת אחרת מקנה אותו שאני, ומבואר מדבריו דאע"פ שתפסו השטר בידם לא קנו לי' בלא דעת אחרת מקנה, ואמנם התם גרע מכסבור שהם שלו, דאין כאן תפיסת בעלות כלל, מ"מ נראה מדבריו הרשב"א דמדמי להו, וערשב"א ב"ב מ"א א' שהביא דברי הראב"ד דדעת אחרת מקנה מהני בכסבור שהוא שלו, וסיים עלה דמסתברא לאוקומי שמעתא בשחזר וזכה לאחר שידע, ומשמע דס"ל דלא מהני דעת אחרת מקנה, [ועי' להלן בזה], ויש לחלק דהתם הזקן מכוין בהדיא להקנות, והם נוטלים כפי דעתו, אבל בדר"ע ב"ב שם אין שם הקנאה גמורה, אך לעומת זה בהחזיק ע"י בנין הכותל עדיף דעצם הכותל זוהי החזקה, משא"כ בתפיסה בידו לשעה מועטת, דחסר בחשיבות הקנין כשאינו מכוין לכך, אח"ז ראיתי ברשב"א ב"ב פ"ד ב' דמשמע דהגבחה בידו צריכה כונה, ומ"מ משמע דכשהניח ע"ג סימטא קנה משום חצר, וש"מ לחלק בין הגבחה לחצר, או דנימא דאחר שהניח ונתכוין לקנות.

ובאמת מעיקר הא שנקטו הראשונים ז"ל דמהני דעת אחרת בכסבור שהם שלו, משמע דס"ל שאין חסרון הידיעה משפיע על מעשה הקנין, דאם כשאינו יודע לאו מעשה קנין הוא, מאי מהני דעתו של נותן, א"ו ס"ל דכסבור שהוא שלו אינו מגרע במעשה הבעלות של העודר, וחסר רק כונה, ומהני דעת נותן, כאילו נתן לאחר לזכות לו, ולפ"ז באמת אין עדיפות לחצר ויד, למש"כ לחלק משום דבחצר א"צ דעתו לקבוע שזה מעשה קנין, משא"כ בעודר ומשיכה וכיו"ב שהם סימנים המוכיחים רק כשדעתו לכך, דלפ"ז אינו בדין שתועיל דעת אחרת, כיון שבלא

בחצר, ומה"ט מצריך בירו' אמירה דוקא גבי ד"א, דכיון שבעינן לדעתו צריך שתהא דעתו מבוארת, דאל"ה הו"ל דברים שבלב וכיון שכן אין ללמוד מזה לתלמודן, דלהירו' דבעינן דעתו היינו דרך בצירוף דעתו הקנין נשלם, ולכן בכסבור שהוא שלו דליכא דעתו ל"ק, ועוד נראה בירו' כתובות שם דדוקא כשהי' תחלה באותו חצר לא מהני בכסבור שהוא שלו, דכיון שלא נתחדש דבר בחפץ, א"כ רק דעתו יכולה לקבוע שזוהי הכנסה לרשותו, ולכן בכסבור לא קנה, אבל אם בשעה הראויה לקנין נכנס בחצירו קנה אף בלא דעתו, והיינו דקאמר התם שאם טלטלה ממקום למקום קנו, וע"כ מיירי בכסבורים שהיא שלהם, דבמתכונים לזכות אף בלא טלטול ממקום למקום קנו, וצ"ע בזה, [ועי' ירו' פ"ג דדמאי ה"ג לענין ידו באינו רוצה לזכות].

ולא דמי למ"ש תו' ב"ב נ"ד א' דהתם אין לו טעות בחסרון ידיעה, ולא מחדשינן דחצירו קונה לו מה שאינו חושב לקנות, אבל הכא יש לדאותו כאינו יודע במציאה כלל, או כאילו אחר הגביה לו, דכיון שחסרון ידיעתו אינו משפיע על עצם המעשה, שפיר זכין לו שלא מדעתו, וכבר כתב מהרי"ט ח"א סי' ק"ג לחלק בין חצר לעודר בנכסי הגר, והמל"מ פ"ז מגו"א דחה הדברים ממ"ש תו' בב"ב שם, ולמש"כ יש לחלק, וכן בהופך את הגלל, דכל שאין דעתו לקנין מפני שאינו מעונין בניר בעלמא, אין זכין לו שלא מדעתו, אע"פ ששייך להעמידו על דעתו שאינו מפסיד אם יכוין לקנות לכה"פ הניר, [ועש"ך סי' ער"ה סק"ג], ובקצה"ח ונה"מ סי' רס"ח הביאו דברי מהרי"ט ומשמע דקבלוה מיני', וכן בנה"מ סי' ר' ס"ק ט"ו העתיקו, - מש"כ להוכיח מסוגיא דב"ק ראיתי בספר אאמו"ר שליט"א סי"א סק ... ועי"ש שכ' דאין ללמוד משם לכסבור שהוא שלו, אבל לכאו' כיון דע"כ חצר שאני מעודר, צריך ראי' דגם בחצר איכא להאי דינא, ועיי"ש שכבר הזכיר מכל האמור, וגם

דעת העורר חסר במעשה הקנין, אבל לדבריהם דגם בעודר חשיב שיש מעשה קנין המועיל, ומ"מ לא מהני ה"ה ידו, מיהו אכתי יש לדון מדין דחצר קונה לו שלא מדעתו, דא"צ קונה כלל, וחשיב כאילו אחר זכה בשבילו.

בתש"י הגרע"א ז"ל סל"ז כתב לחדש דבדעת אחרת מקנה אפי' אם הדעת אחרת ג"כ סבורה שהוא של הזוכה מהני, ודקדק כן מדאמר ב"ב מ"א א' טעמא דמחילה בטעות, ומשמע דאל"ה הי' קונה אע"פ שגם הנותן טועה, ואפשר דמה"ט כתב הרשב"א שם דמסתברא דר"ע עשה קנין אחר שנודע לו שבנה בתוך של חבירו, ועכ"פ מה"ט ראוי

שיאמר לו ר"נ טעמא דמחילה בטעות שאפי' יעשה קנין לא יועיל, ולכאור' בההיא דיבמות נ"ב ב' מבואר איפכא, דהא מדמי לה לקדושין דאיכא דעת אחרת מקנה, ובשלמא אם כשהיא טועה לא חשיב דעת אחרת ניהא, אבל לדעת הגרע"א ז"ל בדין הוא דליקני, וצ"ע, גם עיקר הדבר דמהני דעת מקנה צ"ת, [ועי' קצה"ח סי' ער"ה סק"ד, ושם יישב ג"כ דברי הטור בסי' ר' משום דעת אחרת מקנה, ונתקשה בדעת הראב"ד לשיטתו, ולכאור' כסבור שהוא שלו עדיף לענין זה, דכיון שאינו עתיד להתכוין לקנין מהני דעת המקנה לכונה, אבל כשדעתו לקנות אח"כ, אין המקנה מתכוין להקנות לו קודם לכן], ועי' בכ"ז ב"ב פ"ד ב' ברשב"א שם.

סימן ט

שליחות יד

מקצת אין לגלגל עליו את הכל כיון שלא נמסר לו אלא אותו מקצת, אבל בש"י חזינן ל"י כנטל מדעת בעלים את הכל לצורך המקצת, ולא גרע משואל שמתחייב בכך.

ולפ"ז מובן נמי הא דס"ד שהשולח יד בבעלים פטור, ואיצטריך קרא להכי, דהא דמחייבין ל"י בכולי, הוא מפני שכל החפץ כנמסר לידו לצורך זה, ואם המסירה היתה בבעלים באופן שאין לחייבו מצד המסירה, שפיר יש מקום לראותו כגוזלן על מה שנטל בלבד, וכ"ז דוקא בש"י שמה שמתחייב בכולו הוא מכח המסירה, אבל ששל"מ כל חיובו מצד השאלה דהשתא, שעכשיו מוציא כל החפץ מרשות בעלים לצורך שימוש, ובוה לא שייך פטור בבעלים, [ואפי' למ"ד שואל הוי], כיון שהבעלים אינו מסכים על ההשאלה כלל, ואפי' בשומר אבידה דניחא ל"י לבעלים בשמירתו משמע קצת בתו' ב"ק נ"ז ב' דליכא פטור בבעלים והיינו מפני שאין הבעלים יודע שהוא שומר שלו כמש"כ לעיל ס סק, ואאמו"ר שליט"א הוכיח כן מגמ' פ"א ב' עיי"ש בספר ס סק, וכ"ש הכא שאינו חפץ בשמירתו ודוקא בש"י ס"ד הכי כיון שחיובו מצד המסירה שנעשית מדעת בעלים, וכמש"כ, והגרע"א ז"ל בחידושים נתקשה בזה עיי"ש, וזהו באמת ענין ש"י שאמרה תורה, דכיון דמסר לו פקדונו וסמך עליו, מן הראוי בזה להטיל עליו האחריות כשואל, שהוא נהנה מן הנאמנות שניתנה לו.

מיהו עדיין לא נתיישב מ"ט לא גמרי' משואל לחייבו אף בשימוש שאין בו חסרון, ואפשר דאי ששל"מ גוזלן הוי באמת חשיב כל

א. מ"א ב' לא תאמר ש"י כו' ותיתי משואל כו' פרש"י דהיינו מעיקר דין שואל דחייב באונסין, אבל אין לפרש דה"ק ניכתוב ש"י בשואל וניגמר מיני', דהא קאמר דלדעת בעלים קא עבד, וגם הו"מ למיכתב ש"י בשואל לבתר פטורא דבעליו עמו, וגם בגמ' נראה דתרווייהו מייטרי, וגם אין סברא לכתוב ש"י בשואל לחייב ממ"מ דזה אינו פטור בשואל, אלא סברא דכל שאירע בגרמת המשאיל אין לחייב את השואל, וממילא מובן דבמלאכה שאין לו רשות לא שייך פטור זה, (ויש לדון בזה), ועפר"ח הנדמ"ח ובשטמ"ק בשמו, ויש לעי' הרי המחודש בש"י הוא דאע"פ ששלח יד במקצת נתחייב בכל, דאם שלח ידו ליטול כולו היינו גוזלן כדאמר לעיל שנטלה ע"מ לגזולה, [ועי' לק' סק"ד מש"כ ע"ד התו' שם], ועוד דבש"י בעינן שימוש המחסר דוקא, ובשואל בכל ענין חייב, ומ"ט לא גמרי' ג"ז משואל.

ונראה דשואל נמי מתחייב ע"י שימוש במקצת, כגון ששאל ספסל ע"מ לישב רק בצדו האחד מ"מ מתחייב באחריות כולו, כיון שלצורך הנאתו הוצרך בעה"ב למסור לו את כל הספסל, ולא עוד אלא אפי' בשואל חבית מלאה יין להביא עלי' גוזלות משמע דמתחייב על כולה כדן שואל, ואע"ג דלעיל למ"ד ששל"מ גוזלן הוי מיירי, מ"מ יש ללמוד מזה לכל שואל, כיון דבשומר מיירי ואין דעתו להוציא היין מרשות בעלים, ומ"מ מתחייב בכולו כיון שלצורך שימוש נוטל את כל החבית, וה"נ בש"י לא גרע מעושה מדעת בעלים דכיון שמסר לו הבעלים כל החבית כדי שיוכל לשלוח ידו ליטול ממנה המעט, הו"ל כשואל, ומה"ט ש"י גרע מגוזלן, דבגזל

שימוש כחסרון, אבל אי שואל הוי אינו שואל אלא על החלק שהוא שואל, דלא בטלה שמירתו על השאר, כיון דלא קפיד בעלים על מה ששואל שיחשב כגזלן, ואף אי גזלן הוי משכח"ל שימושים שאין לחשבו כמוציא מרשות בעלים בכך, עי' בראשונים ז"ל לעיל, בהניח מקלו ותרמילו, ולכן אין ללמוד משואל אלא שליחות יד גמורה דחשיב מוציא מרשות בעלים כמו שואל.

ב. מ"ג ב' מתני' החושב לשלוח יד כו' הא דסגי לב"ש במחשבה או דיבור י"ל דהיינו מפני שהחפץ ברשותו ואינו מחוסר מעשה, דכיון שחושב לשמור מעתה הפקדון לעצמו, מיד קם לי' ברשותו, דהמשיכה או ההגבהה אינם מוסיפים בהכנסה לרשותו, וב"ה סברי דבעינן מעשה המוכיח ואין לתפסו על הדיבור, ומסתברא דמדאורייתא נמי מהני הכא משיכה אף להסוברים דבמתנה לא מהני משיכה כיון שהחפץ בחצרו, וסגי בשינוי מקומו לקנותו בקנין חצר, [שו"ר בספר מרן זללה"ה שהצריך הוצאה מרשותו לגמרי], מיהו בעומדת באגם נמי משמע דמהני מחשבה לב"ש, כיון שהיא כברשותו ואין מעשה הקנין מוסיף בעלות, [דהא מדבר פשע גמרי לה, ואי בקנין חצר דוקא, א"כ לאו דבר הוא], ובזה לב"ה בעינן דוקא חצר או יד, שו"ר בספר מרן זללה"ה חו"מ לקוטים סי' כ' בכ"ז, ובפשוטו נקט דחצר קונה אף לב"ה, וסיים דאפשר דבש"י בעינן דוקא משיכה דכיון דמקומה של חבית בחצר זו לא איקבע חטאו בקנין חצר, עיי"ש, והגרע"א ז"ל בשו"ע סי' רצ"ב ס"ג כ' דמשמע דוקא משיכה או הגבהה אבל מה שהוא בחצרו לא מהני, וכ"נ פשטות הסוגיא מ"א א' דמפקיד אצל חבירו וייחדו לה מקום מתפרש סתמא ברשותו, ומ"מ בעינן דוקא טלטלה, וכן הטט"ג בפקדון לא חשיב שולח יד אע"פ שמתכוין לגזלה והיא ברשותו, מיהו אחר שהוחלטה כפירתו שפיר קונה בחצירו, כיון שביטל שמירתו לשם הבעלים,

אבל כ"ז שהוא שומר לא חשיבא ש"י בהכי, עי' ב"ק ק"ז ב' [ק"ה ב'], וכ"מ בלשון הרמב"ם פ"ג מהגו"א הי"א נטל הפקדון ממקום למקום ברשותו, [ומה שפרש"י דמילתא באנפי נפשה היא אם נפרש דלשיטתו לכו"ע בעינן בשליחות יד ליטול כולה דוקא, עריטב"א בדעתו ז"ל, וכ"ה דעת הראב"ד בהשגות פ מה ה אבל בדעת רש"י ז"ל צ"ע בזה], ויש להבין נהי דמצרכי ב"ה מעשה, אכתי מ"ש החושב ליטול רביעית דמתחייב בכולה לב"ש, והנוטל רביעית אינו מתחייב בכולה לב"ה, ולפמש"כ דלב"ש חשיב מיד כהכניס כולה ברשותו נחא, דכשחושב לשלוח ידו ברביעית, חשיב כהגביה כולה ליטול רביעית, והא דאינו מתחייב לב"ה בנטילת רביעית היינו מפני שאין המעשה מתייחס לכל הפקדון, ורק כשנוטל כולו לצורך זה חשיב ששלח ידו בכולו, מיהו אף בבהמה חסרון מקצת אינו מחייב בכולה בלא משיכה כדאמר מ"א א', וע"כ צ"ל דכ"ז שהבהמה רועה לא נפקא מרשות בעלים, ודמאי לחבית שמונחת במקום שיחדו לה הבעלים.

שם הגביהה ונטל כו' בפשוטו אינו מכוין בהגבהה לשם קנין, שהרי אינו חפץ בכל החבית, וגם המעט שנוטל אין לו צורך בקנינו, שהרי מגביה כדי ליטול, אלא דיש בזה מעשה הכנסה לרשותו, [ולכאור' יש ללמוד מזה לכל הקנינים דמעשה ההכנסה לרשות מועיל אע"פ שאינו מכוין לשם קנין, עי' בספר אאמור"ר שליט"א ב"מ סי"א סק"א, מיהו הכא עדיף שהכל ברשותו ובעינן גילוי מילתא להוציאו מתורת שמירה], ולפ"ז יתכן שאם מכוין לקנות בקנין חצר ה"י מועיל גם בש"י, אבל אין קנין חצר דממילא מועיל לחשבו כשלח ידו במעשה, ועי' לעיל בזה.

שם משלם דמי כולה, בפשוטו מתפרש משהניחה [והיינו במקומה דומיא דהטה, וגם לא קתני ייחדו], ונראה דהכא אף לרי"ש לאו חזרה היא, כיון דגירי דיד' יכולין לגרום

תועלת בהשאתו בחבית, וז"א, דכ"ז שדעתו ליטול סתמא דמילתא נמנע לצורך עצמו, ולכן נראה דאף אם נמלך שלא לחסר חייב [לר"ע], והא דמצרכינן חסרון היינו דוקא כשיש חסרון בשלימות בעלותו כשלא חסר, דלמה יניח שלו עם של המפקיד, ואף אם יש לו סיבה צדדית לכך, מ"מ יש בזה חסרון בעלות, אבל כשהוא נצרך לשימוש החבית אם הוציא גם היין שכבר הוחלטה בעלותו, א"כ אין חסרון בשלימות בעלותו כשמניחו בחבית, ואף אם הוא אינו חפץ להניחו בחבית ואינו נצרך לתועלת זו, מ"מ הגבחה יין שבחבית זהו הקנין המושלם, וההוצאה מן החבית היא רק לצורך שימוש, (כשבלא"ה הכל ברשותו), תדע דהגביהה ע"מ לגזולה ג"כ לא עשה מעשה שמחליט חסרונה, וכן בהוציא הרביעית מן החבית, א"ו כל שאין חסרון בשלימות בעלותו חייב, אע"פ שעדיין יכול לימלך.

שם אמרי לא שאני הכא כו' מלישנא דגמ' וכן מבעיא דר"א מבואר דדחיה זו קושטא היא אף אם האמת דס"ל לשמואל ש"י אצ"ח, ויש להבין א"כ למה נקט שמואל דבריו הכא, הרי מכאן לא נדע האמת דאצ"ח, ושמא עיקרו בא לאשמועינן פירושא דמתני', א"נ שמואל מפרש למתני' אף בחבית של שמן דלמ"ד צ"ח דוקא נטל כמ"ש תו' מ"א א', (מיהו עי' לעיל סק"ב דבשמן פטור לרי"ש), ואם ידע תלמודא דשמואל ס"ל צ"ח ניחא טפי.

שם בעי רב אשי הגביה ארנקי כו' למ"ד ש"י צ"ח מבואר בגמ' מ"א א' דהגביה לחוד לא מהני בחבית, והיינו בחבית של שמן כמ"ש תו' שם, ולפ"ז צ"ל דבשמן לא צריך נטירותא כדינרים, דכיון שמניחו בכלי אינו מצוי ליאבד, וכן בגביה יש לחוש טפי בדינר ובעי נטירותא טפי, ומדמיבעיא לי' בטעמא דנטירותא והיינו למ"ד צ"ח, יש ללמוד דלמ"ד אצ"ח פשיטא דחייב (בדינר מיהא), מיהו אכתי יש לדון אם חשבינן כל הדינרים כפקדון

שתחמיך, והו"ל כאנקטינהו נגרי ברייתא ב"ק קיח ב', ואמנם התם פטור לרי"ש מפני שהשומר משגיח שלא תברת, הכא גרע כיון שמניח החבית חסירה, [וכשעדיין לא נטל הרי אין דעתו להחזירה כך והשליחות יד נמשכת], ולפ"ז יש ללמוד למתני' דלעיל מ' ב' דאם החמיצה נמי פטור ואע"פ שטלטלה דהא חשבינן לי' חזרה וגם סתמא משמע הכי מדאמר רבה למילתי' רק הכא (ועי"ש בתו' דמתני' איירי אפי' בשמן, אבל גם ביין), וצ"ע בלשון הראב"ד בשטמ"ק שכ' שהנדנוד גרם, ועפיה"מ, ובאמת צע"ק לפרש"י דהא תנן במנחות פ"ו ב' שאינו ממלא את החבית עד פיה כדי שיהא ריחו נודף, ואפשר דכל חסרון נוסף עלול לגרום חימוץ, ולפ"ז אפי' אין החבית מליאה חייב בחיסור ממנה רביעית, וניחא טפי סתמות הדברים לפ"ז, שו"ר ברש"י מנחות שם דג"כ משמע כן ממ"ש שם בטעמא שאין כונסין אותו בחצבים גדולים.

ג. מ"ד א' אלא כיון שהגביהה ליטול כו' שאני הכא דניחא לי' כו' יש לעי' אם הטעם דש"י צ"ח משום דאמרי' שעדיין לא חשיב כגולן כ"ז שלא עשה מעשה, ויש לנקוט שימלך ויחזור בו, וכדמשמע בתו' מ"א ב' ד"ה חדא, א"כ למה נחליטנו כגולן בכה"ג שיש לו סיבה להניחה שם, סו"ס לא עשה מעשה, ועוד דבפשוטו מתפרש שהגביה ע"מ ליטול, ונמנע מאיזו סיבה, דהא אינו מגביה כדי לזכות, דמה תועלת יש לו בזכיתו, וא"כ מעיקרא לא הי' בדעתו שתהא החבית בסיס לרביעית, וא"כ גם כשנמלך אין להחליט זכיתו ונימא דכחיסור והחזיר דמי, ואפשר דאה"נ אם באמת נמלך שלא ליטול, לא חשיב ש"י למ"ד צ"ח, ואף לר"ע פטור, אבל הכא מיירי כשעדיין דעתו ליטול, והא דמצרכינן חסרון היינו דוקא כשהסיבה שאינו מחסר אינה לטובתו, דאז חשיב שעדיין לא נשלמה גזילתו, מיהו לפ"ז הו"ל דכל שנמנע מהחסרון לטובת עצמו חייב, אפי' אם אין לו

וכמש"כ, אבל אם המעשה נשלם בהגבהתה ודאי שיש ליחס הגבהת כל הכיס לנטילת הדינר, ולפ"ז הנדון שוה בין למ"ד צ"ח ובין למ"ד אצ"ח ודוקא בכיס, אבל בשמן פשיטא דלא תליא הא בהא.

ואפשר שזוהי דעת הרמב"ם בפ"ג מהגו"א הי"ב שהעתיק בעיא דרבי אשי למ"ד אצ"ח, ומבואר בדבריו ז"ל דעל הדינר חייב, והרי למ"ד צ"ח גם על הדינר פטור כ"ז שלא חיסר [ועי' לק' ס"ק י"ב בזה], א"ו כונתו דבעיא דר"א נפ"מ לדין אם מתחייב בכולו, ולפ"ז מיושב מה שחילק בין גוף אחד כיון ושמן לדינרים, ולכא' קשה דבגמ' מ"א א' מבואר דלמ"ד צ"ח אף בגוף אחד פטור, דהא מתני' דנשברה החבית בגוף אחד מיירי שהמסקנה נשפך בשבירתה, ולמ"ד צ"ח אינו חייב בטלטלה ע"מ לשלוח בה יד [שו"ר בנה"מ סי' רצ"ב סק"ד שהק' כן], וע"כ דדוקא ביין דלא מינטר אלא אגב חמרא קאמר דניחא ל' דתהוי כולה בסיס לרביעית, ולענין זה דינרים עדיפי משמן וכמשנ"ת לעיל, אבל שמן אע"פ שהוא גוף אחד צריך חסרון, ולמש"כ גם הרמב"ם סובר כן למ"ד צ"ח, אלא שלמד מבעיא דר"א דנפ"מ בנדון זה אף לדין, והיינו דוקא בגופין הרבה, וכמשנ"ת, [ובה"ג שם נשמר מלהזכיר טעמא דלא הגביהן גבי פירות דזה תלוי בבעיין, ורק בחבית סיים כן, ובשו"ע סי' רצ"ב ס"ג כתב דוקא בלא הגביהן, ואפשר לפרש נמי משום בעיין ועי"ש בבהגר"א שלא פי' כן], וניחא בזה דאם להרמב"ם בעיא דר"א משום גופין מחולקין א"כ לא הול"ל טעמא דנטירותא, וגם נקט בהדיא חמרא, ולמש"כ באמת כ"ז דוקא, למ"ד צ"ח, (ולפי' המ"מ יתכן לומר דלמסקנא טעמא דנטירותא לא מהני למ"ד צ"ח, דרק לדיחויא קאמר דלעולם קסבר צ"ח, אבל כיון דקיי"ל אצ"ח מפרשינן טעמ' דשמואל משום דאצ"ח, וניחא בזה הק' מסוגיא דלעיל מ"א א', ובעיא דר"א מתפרשת שפיר לשני הצדדים,

אחד וכשלח יד בכולן דמי, דבעיא דר"א אפשר לפרש אם מתחייב בדינר למ"ד צ"ח, ובסברא נראה דהשולח יד בכיס כשולח בכל הפקדון דמי, [וכן לענין תחלת שימוש במלוה מבואר בראשונים קדושין מ"ז ב' דמשנשתמש בחלק מהמעות זכה בכולן עי"ש, מיהו אין ללמוד מזה לעניננו דהתם אף בקיבל עדר שלם ונשתמש באחד מסתברא דסגי, [ועי' צ"ו א' שאל שתי פרות], והכא משמע דפשיטא לן דבהניח מקלו ותרמילו על אחת מהן אינו חייב על כולן, עי' מ"א א' דהנדון רק על אותה שהניח מקלו עלי' והכישא], מיהו אפשר דאף דלענין ליחשב פקדון אחד יש לדמות כיס לחבית, מ"מ כיון דבעינן שימשוך או יגביה כל הפקדון כדי להתחייב בכולו, אבל בלא"ה אינו חייב אף בגוף אחד כנוטל רביעית מן החבית בהטייה, שבאמת כנוטל שלח ידו בכולו, לכן יש לומר דבכיס אינו מתחייב בכולו בהגביהו ע"מ ליטול דינר, דכיון שהם גופים מחולקים והדרך ליטול הדינר ולא לשפוך אותו מן הכיס כיון מן החבית, א"כ אין הגבהת הכיס התחלה לנטילת הדינר, ולכן אינו מועיל לחשבו כשלח יד בכולו ע"י הגבהתו.

ולפ"ז יש ליישב בעיא דר"א אליבא דהלכתא, [דבאמת הדבר דחוק לפרש בעיא דר"א כמ"ד צ"ח כיון שזה נדון פרטי בכיס, ואין דרך הגמ' למיחת לנדון פרטי ולאסוקי בתיקו כשאין נפ"מ לדינא], דאם מתחייב בהגבהת הארנקי אף למ"ד צ"ח, מתחייב נמי למ"ד אצ"ח בכולו, דכיון שבהגבהה זו נשלמה הש"י לנטילת הדינר, [עי' לעיל בביאור דברי שמואל בחבית], נמצא שהגבהת הארנקי כולו שייכא לש"י, אבל אם הש"י נשלמת רק בנטילת הדינר מן הארנקי, נהי דבדינר ודאי חייב למ"ד אצ"ח, מ"מ אין ההגבהה של כל הכיס יחד מחייבת לייחסו כחלק מנטילת הדינר, דאם המעשה נשלם רק בנטילת הדינר, א"כ לא דמי להגבהת חבית לצורך המשקה

רביעית, חשיב חסרון אפי' ברביעית, ועי' לעיל סק"ג, ומבואר מדבריהם דגם נטלה ע"מ לגזולה כולה חשיב שליחות יד, והיינו משום דשומר שהכל ברשותו, גם כשמגביה ע"מ ליטול כולו בעינן לחידוש התורה שהוחלט כגזול, שהרי לא הוציאו מרשות בעלים כי אם במחשבה, אלא שעשה מעשה המחליט את כונתו, (כמו דיבור לב"ש).

שם תוד"ה שנטלה ע"מ כו' וי"ל דמתני' איירי אפי' בשמן כו', משמע מזה שאין עדיפות לאוקומי מתני' בנטלה ע"מ לשלוח בה יד, דהא מתני' אפשר לפרשה רק ביין כדמפרשין למתני' דסוף פרקין, אלא דשינו לשונם מפני המחלוקת שיש ביניהם, ולכאור נראה דנטלה ע"מ לשלוח בה יד מיושב יותר בלשון טלטלה, שאינו בא להפקיעה לגמרי מרשות בעלים, והיינו דקאמר דמ"ד ש"י צ"ח לא מצי לאוקומה בש"י והוצרך לאוקומה בלגזולה כולה, דאל"כ אין כ"כ ראייה דפליגי דשמא מ"ד לגזולה לא משמע ליה לאוקומה בש"י במקצת, דמשמע ל"י שכל החבית בכלל המעשה, א"ו כשנטל ע"מ לשלוח יד ועדיין לא חיסר כלום, שייך בזה לשון טלטלה, שהרי גם אותו מקצת לא נטל, תדע דמה"ט פטור למ"ד צ"ח.

ולפ"ז קשה נוקי מתני' בחבית של יין, ולא יצטרך לאוקומה ע"מ לגזולה, ונראה דכיון דבחבית של יין דינו כחיסר, א"כ היינו ע"מ לגזולה, [עי' ביאור הדבר לעיל סק"ג], דכל המעליותא להעמיד מתני' בשליחות יד הוא רק בדבר שצריך חסרון ועדיין לא חיסר, דע"ז נופל לשון טלטלה, אבל כשהוחלט החסרון ע"י ההגבהה א"כ כנטלה דמי, ושוב אין נופל ע"ז לשון טלטלה כמו בנטלה ע"מ לגזולה, ולפ"ז מתני' בכל החביות מיירי ונקט לשון טלטלה שאפי' לא הוחלט מעשהו חייב למ"ד אצ"ח, ולמ"ד צ"ח מתפרש כשהוחלט מעשהו, בשמן כולה וביין אפי' מקצתו.

דלא רצה להחליט כן בדעת שמואל, ונקט לישנא דנטירותא לפי הצד דאף למ"ד צ"ח חייב, וניחא בזה דנקט שמואל דבריו אליבא דהלכתא, וצ"ע).

בפ"שמו נראה דלמ"ד צ"ח א"צ שיחסר ברגע ההגבהה אלא כל שעדיין דעתו לחסר מתייחס הכל להגבהה שעשה לצורך זה, כגון שמשך (בחבית גדולה שדרכה במשיכה) החבית של שמן למקום סתר לחסר ממנה, אע"פ שלא חיסר ברגע המשיכה חייב, וה"ה בהגבהה משהניחה, ואע"פ שנתבטלה הגבהתו קודם שחיסר, מ"מ כל שדעתו לשלוח יד לא בטלה הגבהתו, וכן יש ללמוד ממ"ש רש"י במתני' שכ' עד שימשוך או יגביה (והיינו בחבית גדולה) וסתמא דמילתא אינו מחסר בזמן המשיכה, וה"ה הגבהה, וכן יש ללמוד מדברי התו' מ"א ב' ד"ה חדא שכ' דהיינו טעמא דשואל אצ"ח שבודאי ישתמש משמשך לצורך זה, ואע"פ שבזמן השימוש ליכא משיכה, וה"נ נהי דמיתל תלי אם באמת ישלח בו יד, מ"מ מששלח הכל מתייחס למשיכה קמייתא כמו בשואל, ואם נפרש טעמא דחבית יין חייב, מפני שאין לתלות עיכובו מפני שנמלך, עי' לעיל, מבואר נמי דאצ"ח ממש אלא שיוחלט החסרון ולא נחוש שימלך, וכיון שכן כשלא חזר בו ולבסוף שלח ידו חייב, ומרן זללה"ה בלקוטים סי' כ' נסתפק בזה, וכנראה נסתפק רק בהגבהה דהא במשיכה אין דרך לחסר בזמן המשיכה, אלא דהתם י"ל דעצם זה שמונחת במקום שמשכה לשם חשיב כלא בטלה משיכתו, אבל לכאור הדין שוה גם כשהחזירה למקומה דאין חילוק בין המקומות כשלא ייחדו לה הבעלים מקום, מיהו במתני' הוזכר רק הגבהה בחבית.

ד. **מ"א** א' תוד"ה שנטלה, והיינו חסרון כו', ר"ל שא"צ חסרון שמאבד מן העולם, אלא להחליט ההוצאה מרשות בעלים, ועדיפא מינה מבואר בגמ' מ"ד א' דהיכא דניחא ל"י דתהוי כולה חבית בסיס להא

יש לרדק אמאי שתיק רב לרנב"א הא רב ס"ל צ"ח, ואפשר דרב מפרש למתני' בחבית של יין וכדמפרשין למתני' דסו"פ, ולכן לא חשש לתקן דבריו, דקושטא הוא שגם בע"מ לשלוח בה יד חייב הכא, ורק כלפי דברי ריב"א יש במובן מדבריו דש"י אצ"ח, ולזה לא חשש רב.

שם גמ' תרגמה ריב"א קמ"י דרב כו' [עחזו"א לקוטים סי' כ' ד"ה ומה שדקדק הגר"א], פרש"י דעיקרו ר"ל דכולה רי"ש היא ורב ששת לא שביק דליסימו לתירוצייהו ואתקיף כו' ולפ"ז כולה רי"ש לאו ר"ש חידש כן, וק"ק דאף אם הי' כן בבית המדרש קמ"י דר"ש מ"מ למה לא סידרו בגמ' תחלה כל דברי ריב"א כמו שאמרם קמ"י דרב, ורק אח"כ לסיומי בקו' דר"ש, (ואפשר דאינהו מפרשי פלוגתא דרי"ש ור"ע בפלוגתא דרו"ש ב"ק קי"ח א' ב' [ועתו' הרא"ש מ"ג ב'], ואתיא דרב כר"ע, אבל לכו"ע לא כלתה שמירתו בהכי, וא"כ מתני' צ"ב לכו"ע, ולכן לא סיימו וכולה רי"ש היא, אלא דסיפא שהניחה שלא במקומה, [ויתיישב בזה נמי הא דפריך בפשיטות לק' הא שקלינהו ולא מדכר דהקו' לר"ש], וכיון דרב אשי ר"ל כולה רי"ש נקט לדר"ש לבסוף דאיהו באמת אמר כולה רי"ש היא).

ואפשר דבאוקימתא דר"ש הי' מקום לומר דאתיא ככו"ע דנהי דששל"מ גזלן הוי, לענין דבעי השבה מעליא, מ"מ לענין אי כלתה שמירתו י"ל דבזה מודה ר"ע לרי"ש, כיון שאין הדבר חמור לאינשי כגזלנותא, תדע דאיכא למ"ד שואל הוי, ולכן הוצרכו בגמ' לסיומי בדר"ש וכולה רי"ש היא, וכיון דבדר"ש ע"כ לסיים כן, שפיר מסדר לכולהו הכי, וסמין אמאי דמסיים לבסוף.

שם ור"י הניחה במקומה משמע, יש להבין הא בפשוטו מתפרש גם ברישא שנטלה ממקומה אם לצרכה או לצרכו, ובמקום

שהניחה מתוך ידו היינו הניחה דקתני, וע"כ היינו שלא במקומה הראשון שהרי הוצרך ליטלה משם לצרכה או לצורך הגזולות, ודכוותה בסיפא היינו הניחה שלא במקומה, ולא קו' היא דע"כ הניחה דקתני היינו שכבר נטל הגזולות ובא להחזירה, או שחזר בו מלגזול או לשלוח יד, דאל"ה אכתי שואל וגזלן הוא, וע"כ האי הניחה היינו שגמר שימושו ובא להניחה במקומה, ואמנם ברישא כל מקום מקומה הוא, מ"מ כיון דפירושא דהניחה ברישא היינו שבא להחזירה והניחה במקום שהחשבה מעליא, יש לפרש כן גם הניחה דסיפא, ויעוי' בריטב"א שהביא מאי דאמר' בעלמא (סנהדרין ס"ב ב') דר"י לטעמי' דלא מוקים מתניתא רישא בחד טעמא וסיפא בחד טעמא, עיי"ש, ור"ל דהא דקאמר הניחה במקומה משמע היינו משום דומיא דרישא, דמשמע שהחילוק רק בייחוד מקום ולא במה שהניחה, ואם הי' שונה כל דין בפ"ע הוה מתפרש לי' שפיר הניחה דסיפא שלא במקומה, ודכוותה מייתי לה התם בסנהדרין, שכל דין כשלעצמו מיושב, ורק משום דומיא דרישא קא קשיא לי' וכ"ה בשטמ"ק בשם תור"פ, ור"ש סבר דבתרווייהו מתפרש שטלטה למקו"א, וכיון שכן ממילא מובן דבסיפא אינו מקומה, וכמש"כ, ועי' קדושין ס"ג ב', ובמנחות נ"ח א' אמר ר"פ ש"מ דחקינן ומוקמינן בתרי טעמי ולא מוקמינן בתרי תנאי, ואף שיש לדון בכל ענין בפ"ע, מ"מ מדקאמר ש"מ משמע דאתא לאשמועינן כללא, וגם מדקאמר ר"י לטעמי' משמע קצת דלא נקטינן כותי', ולפ"ז יש לפרש דכו"ע מודו דהניחה במקומה משמע, אלא דפליגי בהאי כללא.

ולכאוי כיון דאשכחן דר"פ סבר במנחות דלא כר"י בהאי כללא, אית לן למינקט כר"ש, ומבואר ברי"ף דלר"ש הלכתא כרי"ש, [ועי' לק' סק"ה דלפרש"י אמוראי טובא סברי כרי"ש], אבל הרי"ף הכריע כר"י, ועבהגר"א

דסתים לקושיא כרי"ש ולא קא מסיים הניחא לר"ע כו' בפרט אם נימא דקיי"ל כר"ע, ואף דבמקום שהקו' מפורשת כגון אי הוה אמר הא שקלינהו והויא לה השבה, אפשר לפרש דאסוגיא דלעיל סמיך דאתיא כרי"ש, אבל כשאין הקו' מפורשת כ"כ, ליכא למיסתם לה אליבא דרי"ש, [ועוד דאי רב ור"נ ורבה ב"א ורשב"י וריב"א ורנב"א ור"ש ס"ל כרי"ש, אמאי לא ננקוט כותייהו, ועסק"ד].

ומהא דפריך קו' זו ברישא ולא פריך והא לא משכה נמי משמע דקשיא לי' משום דאין בהנחת מקלו ותרמילו כדי לחייב, דאל"כ הו"ל למיפרך ברישא במה נתחייב כ"ז שלא משך, ואח"כ הו"ל לאקשווי שכבר נפטר בהשבתה, אבל אם קושייתו בעיקר הדבר דלא קפדי ע"ז, יש להקשות תחלה מכח זה, [ואף למש"כ בסמוך דחיובו משום ש"י אלא דמודה ר"ע דלא כלתה שמירתו ג"כ ניחא דהקו' על השימוש של מקלו ותרמילו שאין בו כדי לחייב כיון דלא קפדי בעלים ע"ז כ"כ], וכן יש לדקדק מהא דפריך וכי עודן עלי' מאי הוי, ולכא"ו הול"ל ואכתי הא לא משכה, דלא שייכא קו' זו לנסבה על שינויא דעודן עליה, אם איתא דהקו' משום השבה, אבל אם משני בעודן עליה דקפדי הבעלים או שחיוב ש"י מחייבו, פריך שפיר דנהי דיש כאן ש"י משום דעודן עלי', אכתי אמאי חייב הא לא משכה.

ולכא"ו י"ל דמודה ר"ע לרי"ש בהניח מקלו ותרמילו עלי' דלא כלתה שמירתו, כמ"ש הרמב"ן והרא"ש דלא חשיב ששל"מ בהכי, כיון שאינו מבטלה ממלאכת הבעלים, ולא קפדי כ"כ בהכי, ומה"ט אי שקליהו לכו"ע הויא השבה, דלא בטלה נאמנות השומר אצל הבעלים [וכעת ראיתי בנה"מ סי' רצ"ב סוסק"ג שהזכיר לפרש כן], [ועוד דכיון דלא נפקא מרשות בעלים לא בעינן השבה גמורה, דכיון דשקלינהו ממילא הדרא לרשות בעלים, ולבטל חיוב ש"י י"ל דסגי בהכי], ובזה נמי ניחא לישנא דמשום דהניח כו' חייב,

סי' רצ"ב סק... דיש פוסקים כרי"ש מה"ט, אבל לא הזכיר הא דר"פ, ואם נימא דמשמעות מתני' דסו"פ דכל ששלח יד אע"פ שהחזיר השאר למקומו חייב, הוה ניחא, אבל לעיל סק"ב כתבנו דאין ראי' מזה עיי"ש, ואולי מתני' דהשולח יד בפקדון משמע דבכל ענין חייב, ויתיישב בזה הא דנקט ר"י הלכה כר"ע לעולם לאפוקי מדרי"ש, דמשמע שיש משמעות בדברי ר"ע דהתם דלא כרי"ש, מיהו לא נתבאר היכי משמע, וצ"ת.

ה. **שם** דתניא רועה שהי' רועה כו' הניח מקלו כו' יש להבין אמאי שנה דינא דש"י בכה"ג, ולכא"ו יש לדקדק מזה דדוקא מפני שהניח עדרו חייב כשמקלו ותרמילו עלי', אבל אם נשאר עם העדר לא קפיד בעה"ב על הנחת מקלו ותרמילו, ולפ"ז מבואר הא דפריך משום דהניח מקלו ותרמילו עלי' חייב הא שקלינהו, דאם הי' נוטלם כשהלך אין לחייבו, ומשמע למקשן בפשוטו דכשהניח עדרו אינו משאיר המקל ותרמיל ע"ג הבהמה, אלא נוטלם עמו או מניחם במקום המוצנע, דע"ג הבהמה אינו משתמר ורק מפני טורח המשא להעבירם ממקום למקום יחייב להו על גבה, ומש"ה פריך בפשיטות הא שקלינהו דכיון שהניח עדרו ודאי שקלינהו, [וברמב"ן נתקשה בהאי לישנא, ועיי"ש מה שתירץ בזה], וכיון דשקלינהו אמאי חייב על הנחת מקלו ותרמילו, וכ"מ ברמב"ן בשם הראב"ד דלא קפיד בעה"ב ע"ז, וערשב"א בזה, ומשני בעודן עלי' כשהלך, ומש"ה קפיד וחייב, דאע"פ שהלך בזמן שמותר לו לילך, מ"מ בכה"ג אין זה מענין המרעה אלא שמשתמש בה לצרכו.

ל"שון הגמ' משום דהניח מקלו ותרמילו עלי' חייב משמע ע"ד פ"י הראב"ד דהנחת המקל אין בה כדי לחייב, דלפרש"י הו"ל למימר אמאי חייב הא שקלינהו, ולמש"פ הרמב"ן דלישנא דהניח מקלו כו' משמע לי' דשקלינהו ניחא נמי לפרש"י, וגם דחוק הא

דשימוש זה אין בו לחייב היכא דשקלינהו, ולפ"ז כ"ז שלא נטלן חייב אפי' בשלא הניח עדרו, וצריך טעם אמאי נקט ד"ז בהניח עדרו, ולמ"ש הראב"ד דבשעה מועטת אין קפידא, י"ל דכיון דמתפרש הניח השאיר כמש"כ להלן, נקט בכה"ג שזה מוכיח דמיירי בזמן מרובה.

אבל מדברי הראשונים ז"ל שלא פי' כן יש ללמוד דבכל גונא שהוא בדין ש"י כלתה שמירתו לר"ע, ומהא דלא מוקמינן חבית כר"ע ובשימוש מועט דלא קפדי כ"כ, אין ראי', דכיון שמטלטל החבית ממקום למקום ודאי קפדי, ואפשר דמהא דקאמר מ"ג ב' הלכה כר"ע לעולם, ומוקמינן לה לאפוקי מדרי"ש, משמע דבדינא דש"י בפקדון בכל גונא קאמר ר"ע דלא כר"ש, ועדיין צ"ע דאין להחליט דכלתה שמירתו בכה"ג שדין התורה מחליטו כגזלן, ואין דעת בנ"א כן.

שם ובא זאב וטרף, יש לדקדק מזה דמיירי בבהמה דקה, וניחא טפי כחשא דמקלו ותרמילו.

שם בעודן עלי', אפשר דמעיקרא ס"ד דהניח פירושו הנחה בעלמא, והשתא מפרש הניח השאיר, דומיא דהניח עדרו, ואם כ"ז שהוא שם לא קפדי הבעלים כלל, א"כ מתפרש החיוב בזה שהניח, ואם בכל ענין קפדי קצת, מתפרש הניח דאל"ה פטור מדין השבחה, ולא נדקדק מלשון הניח דעד השתא יחייב להו בהיתר, (כמו הניח עדרו), אלא יתפרש שכאשר הניח עדרו נתן מקלו ותרמילו על אחת מהן, והלך לו.

ו. בדין ש"י למ"ד אין צריכה חסרון נקטו הראשונים ז"ל דמ"מ בעינן משיכה ע"ד לחסר, אלא שמתחייב אע"פ שלא הספיק לחסר, וכההיא דלק' מ"ד א' הגביהה ליטול הימנה רביעית ועדיין לא נטל, אבל הגביהה ע"מ להשתמש שימוש שאינו מחסר אינו בכלל ש"י, ולפ"ז צ"ל דהניח מקלו ותרמילו עלי'

עתידה ליכחש עי"ז, ואמנם כ"מ לפרש"י דמה"ט אינו בדין ששל"מ דבע"ח המכחישינן מחמת מלאכה תחלתו ש"י הוא, אבל לפי' הראב"ד אין חסרון ברור, ומ"מ למ"ד אצ"ח משמע דחייב, ובאמת בשטמ"ק בשם הראב"ד מבואר דלמ"ד אצ"ח לא בעינן ע"ד לחסר, ולכאור' לשון צריכה חסרון מוכיח כן, דאם ש"י לכו"ע פירושו ע"י חסרון, הול"ל צריכה מעשה, או אינו חייב אלא מששלח, וכיו"ב, אבל לשון צריכה חסרון ואצ"ח חסרון משמע דעל עיקר שליחות יד קאמר אם צריכה שתהא בה חסרון, ואמנם למ"ד צ"ח אין לחייבו על מחשבת חסרון דלב"ה בעינן מעשה, אבל למ"ד אצ"ח לא מחדשינן בש"י דין חסרון כלל.

וראיתי ברמב"ן מ"ג ב' דפשיטא ל' דלמ"ד אצ"ח לא בעינן ע"ד לחסר, שכ' אמתני' דחושב לשלוח יד וז"ל וליכא למיגמר מינה דש"י אצ"ח דמתני' בשחשב לחסר ולא חסר, וב"ש משווי מחשבה כמעשה, אבל ש"י בלא חסרון שלא חשב לחסר ולא חסר לעולם אימא לך פטור, הנה מבואר בדבריו ז"ל דעיקר המחלוקת היא אם ש"י פירושה חסרון, אלא דלמ"ד צ"ח אינו מתחייב במחשבת חסרון דקיי"ל כב"ה, ולמ"ד אצ"ח קמ"ל קרא דבכל גונא ששלח ידו חייב, וה"ה דבהגביה ע"מ להשתמש חייב, דחשיב עי"ז שלח ידו, וכמשנ"ת בסמוך, ולפ"ז ניחא משה"ק תו' שם ד"ה ב"ש תרתי בבי ל"ל, ומה שתירצו דרישא רבואת דב"ה וסיפא רבואת דב"ש דחוק קצת דהו"ל להוסיף ביאור בדב"ה בסיפא ולא יצטרך לבבא דרישא, בפרט כשבבא דרישא סתומה וגם לישנא דסיפא משמע שרק עכשיו נחתנין לנדון זה, אבל לפי' הרמב"ן לא תליא הא בהא והכל מיושב שפיר.

והנה הראשונים ז"ל שלא פי' כן נראה דס"ל שהם שני נדונים אם ש"י צריכה שתהא ע"מ לחסר, ואם צריך שיוציא מחשבתו לפועל לגמרי, וכיון שכן אם למ"ד אצ"ח ס"ל דש"י

ולאמור הא דבעינן חסרון היינו כדי להחליט את המעשה כשליחות יד וגזילה, דכ"ז שאינו מחסר כשואל דמי, כשאנו בדין ששל"מ, וכשואל מדעת נמי לא הוי להתחייב באונסין כיון שלא הוציא החפץ מרשות בעלים, ומיושב בזה הא דמהני חסרון של הכחשה במקל לש"י שעושה אח"כ, דע"ז נחלט שימוש זה דהנחת מקלו ותרמילו בדין ש"י, ומיושב נמי הא דקאמר אימא שהכחשה במקל, ומשמע מזה דאקו' דוהא לא משכה השיב רב שהכחשה במקל ורצתה לפניו ולכאו' אין לכלול ענין החסרון במעשה המשיכה, ולפמשנ"ת ה"ק שהחליט המעשה שיחשב ש"י ולא שאלה ע"י שהכחשה במקל, ולא נזהר שלא לחסרה, מיהו להסוברים דמיירי כשיהא חסרון גם אח"כ ע"י השימוש ל"ק כ"כ, דרק כדי להחליט חיובו מיד, מוקמינן לה שנחסרה מיד, אבל לפמשנ"ת דאינה נחסרת ע"י השימוש, נמצא שכל ענין הש"י שפירשו חסרון רמזו רב במעשה המשיכה, וזה מתיישב יותר אם החסרון אינו נצרך לעיקר החיוב, דמתחייב כשואל בלא חסרון, אלא שכשמחסר חשיב שולח יד להוציא מרשות בעלים, משא"כ כשמשתמש בלבד דאכתי ברשותא דמרי' קאי, ולכן שייך לכלול החסרון במעשה המשיכה, וה"ק והא לא משכה ואינו בדין שולח יד בכולה, שלא נטלה מרשות בעלים לצרכו, ומשני כשמשכה להוציאה מרשות בעלים, ולמ"ד צ"ח לא חשיבא הוצאה מרשות בעלים בלא חסרון וכמשנ"ת.

ברם אכתי צ"ב לק' מ"ג ב' דבעי לאוקומי פלוגתייהו דב"ש וב"ה בש"י צ"ח, ודחי דע"כ לרבא אף לב"ה אצ"ח, והדר בעא לאוקומי פלוגתייהו בששל"מ אי גזלן הוי או שואל הוי, ואם איתא דלמ"ד אצ"ח ע"י כל שימוש חשיב שולח יד, א"כ מ"ט דב"ה, נהי דששל"מ שואל הוי אכתי הכא מיחייב מדין ש"י, [ויעוי' ברשב"א וריטב"א שכ' ע"ד

פירושה כל שימוש אף בלא חסרון, א"כ מנ"ל דבהגביה ע"מ לחסר ולא חסר חייב הרי לא נשתמש בה כלל, וזה גרע מנשתמש שימוש שאינו מחסר, [ולפי דבריהם ב"ש ס"ל אצ"ח וק"ק דא"כ הו"ל למינקט פלוגתייהו אמילתא דב"ה ונימא עד כאן לא פליגי כו' וזוהי קו' הרמב"ן], ונראה ליישב דהא לכו"ע שלח ידו היינו במשיכה או הגבהה ואע"פ שעדיין לא חסר, אלא דבעינן שיחסר לבסוף [וכמש"כ לעיל סוסק"ג], ולמ"ד אצ"ח נשלם חיובו בנטילה לצרכו, דהיינו שלח ידו דקרא, ולכן אע"פ שלא חסר ואע"פ שדעתו להשתמש בלא חסור, מ"מ הוא בכלל חיוב ש"י כיון ששלח ידו להגביהו לצרכו, ולמ"ד צ"ח שליחות יד היינו רק בחסרון, ולכן כ"ז שלא חסר פטור, ובדעתו לחסר אינו מתחייב אלא לב"ש [שו"ר דהראשונים ז"ל מיאנו בזה משום סוגיא דלק' מ"ג ב' ומדר"ש בשמעתין ועי' להלן בזה].

ולפ"ז מיושב טפי הא דגמרי' משואל רק ש"י שיש בה חסרון, דאם פשיטא לן דצריך ע"מ לחסר, והנדון אם חיובו נחלט קודם שיעשה המעשה, א"כ נדון זה לא שייך לילפותא משואל, דהא התם מתחייב מיד, אלא שיש טעם לחייבו התם טפי כמ"ש תו', והו"ל לתלמודא לפרושי דד"ז ליכא למימגמר משואל, והוא נדון בסברא אם להחליטו בש"י בלא מעשה, אבל אם הנדון אם בש"י מתחייב ע"י כל שימוש כמו שואל, בזה שפיר י"ל דליכא למיגמר ש"י משואל כיון דשואל הוציא החפץ מרשות בעלים לצרכו, אבל בש"י החפץ כברשות בעלים קאי, וכ"כ הרמב"ן בהניח מקלו דכשואל מדעת נמי לא הוי, וכ"ז כשאנו מחסרו, אבל כשמחסרו לא אמרי' דברשות בעלים קאי, שהרי נוטלו לצרכו, ובזה מוכן דלא גרע משואל, ועי' לעיל סוסק"א בזה, והגביה ע"מ לחסר חשיב כנשתמש שימוש שאינו מחסר, דאין לחייבו על המחשבה כמעשה.

הרוז"ה שהוצרך לידחק בשמעתין לפי פירושו, ומשמע דמה"ט לא פירשו כדבריו, מיהו לפ"ד קשה טפי דבכל השימושים הרי הוא בדין ששל"מ, אבל לדברי הרמב"ן בהניח מקלו אין לחייבו אלא מדין ש"י], ונראה דלמ"ד ששל"מ שואל הוי אף השולח יד בלא חסרון שואל הוי ואינו לוקה בחסר ויתר, דלא גרע מאילו נטל כל החפץ מרשות בעלים ונשתמש בו, דמה שנתחדש בש"י הוא שימוש במועט מחייב בכולו, אבל לא גרע מאילו נשתמש בכולו, ולפ"ז מיושב הא דקרי לי' במתני' השולח יד בפקדון ואם לב"ה ששל"מ אינו בכלל שולח יד לא הו"ל למיתני בי' השולח יד, אבל בלא חסרון אף למ"ד צ"ח חשיב ש"י כיון שעתיד לשלוח יד ויתחייב.

ובאמת גם בדור"ש מ"א א' מבואר דלמ"ד ששל"מ שואל הוי אף בשומר אין דינו כגזולן ואף דקיי"ל ש"י אצ"ח, א"ו אע"פ שהוא בדין שולח יד מ"מ לענין השבה דינו כשואל, וע"ע לק' סק"ט.

ז. שם אימא שהכחישה במקל כו' לכאור' חידושא דברייתא דמתחייב על הנחת מקלו ותרימילו אע"פ שהוא דבר מועט, [לרש"י בכל ענין חייב [ולשיטתו ל"ק כ"כ ע' להלן], ולהראב"ד רק ברגיל בכך, א"נ דע"י שהניח עדרו מתחייב גם ע"ז ע"י לעיל סק"ה, א"נ כמש"כ לעיל שם דאע"פ שהוא בדין ש"י לא כלתה שמירתו, והיינו דקמ"ל דחייב אף באופן שלא כלתה שמירתו כלפי הבעלים], ויש לעי' א"כ העיקר חסר מן הספר דקמ"ל דמתחייב בדבר מועט, ומוקמינן לה בהכחישה עי"ז, ואפשר דהכא מיירי כשלא הי' בדעתו להכחישה, דהנחת מקלו ותרימילו אין בזה כדי להכחישה, אלא שלא נזהר והניח עלי' בחוזק ועי"ז הוכחשה, ואילו הרשהו בהדיא להניח מקלו ותרימילו לא הי' נחשב כש"י כשהכחישה במקל, אלא דהכא מהני הכחש לחשוב הש"י עם חסרון, אבל בעיקר השימוש ה"ז כהניח מקלו ותרימילו בלא כחש,

וס"ל לרב דכיון שהתנא לא הזכיר ענין המשיכה, ע"כ דבהא דקתני הניח מקלו ותרימילו עלי', מבואר דמיירי כשע"ז גם היתה משיכה, וכיון דנקט התנא המשיכה ע"י המקל ש"מ דמיירי בהכחישה, ומדויק לפ"ז הא דקאמר דיקא נמי "דקתני" שהכחישה במקל, [ואי אמימרא דרב קאי הול"ל דקאמר, ועריטב"א שדקדק בזה], דאקתני דברייתא נמי קאי, אבל למ"ד אצ"ח לא הזכירה המשיכה בברייתא, ומתפרש באופן המחייב, ושפיר סתם התנא כיון שאין המשיכה קובעת את צורת הש"י, משא"כ למ"ד צ"ח שזה חלק מהש"י, [ועמהרש"א ומהר"ם שיף].

ולפ"ז מיושב נמי מה שקשה לפי' הראב"ד אמאי איצטריך לאוקומה בעודן עלי' לומר דמיירי באופן שהבעלים מקפידין, הא כיון שמכחישה פשיטא דקפדי, ואפי' אין עודן עלי' ליחייב, דכיון דלא קפדי הבעלים אם מניח מקלו עלי' לפעמים, אין לחייבו בזה שלא נזהר בנתינתו והכחישה, דלא נעשה עי"ז כשימוש המחסר, אלא כמזיק, דבנתן לו רשות בהדיא הדבר פשוט כן, וה"ה בדלא קפדי, וכן למש"כ דלא כלתה שמירתו בהניח מקלו ותרימילו, אף בהכחישה כן, כיון שאין השימוש מכחיש דניחא שמעל בנאמנותו בזה שמשתמש בה שימוש המכחיש, [וכבר הק' כן בריטב"א, אבל תירוצו לפי שיטתו דהא דקאמר אימא שהכחישה ר"ל שהכחישה בהנחת מקלו ותרימילו עלי' זמן מרובה דאיכא חסרון, (וגריס שינויא דעודן עלי' בשם שמואל), וצ"ב דא"כ אינו ענין לקו' דמשיכה, וליכא לדיוקי מהכשת מקל שהניח זמן מרובה, וצ"ע בדבריו ז"ל], ומ"מ לחשבה ש"י בחסרון סגי בזה, ועסק"ו.

ובי"ז לפי' הראב"ד, אבל לפרש"י ניחא, דאף לאחר שהחסירה מהניא השבה בשאר, ולכן בעינן עודן עלי', וכ"כ הריטב"א, ולפירושו ל"ק כ"כ הא דסתים תנא ענין הכחישה במקל, כיון דפשיטא לן שמכחשת

ושמא ר"ל דמהא דחזינן שרצתה מחמת המקל שהניח עלי', משמע שהניחו באופן שמכחישה, ומתפרש שפיר כשכבר הוכחשה, אבל בסתמא אינה מכחשת ע"י מקלו ותרמילו אלא בזמן מרובה ביותר, [שו"ר בספר מרן זללה"ה לקוטים סי' כ' שפי' כונתו דהכחישה במקל היינו שהי' וודה בה במקל להריצה עד שהוכחשה מחמת משא מקל ותרמיל שעליה], שו"ר בשטמ"ק בשם תור"פ, שהק' כן, ומשמע דמפרש שע"י פעמים הרבה זמן מרובה נחסרת, אבל בהנחה אחת כשנכנס לעיר ליכא חסרון, וכיון שדעתו להשתמש תדיר הו"ל ש"י מהשתא, וצ"ע.

ולפ"י הריטב"א ניתא טפי דהחסרון נעשה לאחר המשיכה, ולפרש"י צ"ל דסגי בחסרון זה להחליט שימוש, (כעין דאשכחן בניחא ל"י דתהוי בסיס, עיי"ש בריטב"א), ואע"פ שאין לחייבו מחמת החסרון שקודם משיכה, מ"מ שימוש הנחת מקלו מתייחס למעשה שמתחלת ההנחה, ובכה"ג מודה מ"ד צ"ח דמתחייב מיד, כיון שדעתו ע"מ לחסר עוד, וכבר הוחלט הענין ששלח ידו בחסרון ע"י הכחשה זו, ועי' לעיל סק"ו מש"כ לדעת הרמב"ן בזה.

ח. רש"י ד"ה והא לא חסרה, ואי קשיא כו', עד הכא ליכא לאקשו"י משום ששל"מ דהא לר"ש מהני השבה ובעינן עודן עלי', ואף ששל"מ בעי משיכה, אבל אחסרון פריך שפיר דששל"מ בלא חסרון מיחייב, ולכא"ו כונת רש"י בתירוצו דהשולח יד ליטול רביעית מן החבית, בלא חידוש התורה אין לחשבו שולח יד בכל החבית, (ועריטב"א בסו"פ בדעת רש"י בזה), וה"נ כשבא לחסר בבע"ח יש מקום לייחס גזילתו על החלק המתחסר, ובזה עדיף מששל"מ שע"כ מתייחס מעשהו לכולה, דחידוש התורה בש"י שיתחייב מהמקצת על כולו, אין ללמדו מששל"מ, דיש לדמותו לשאל רביעית בלבד, ולכן אף דהכא יש מקום לחייבו בלא חידוש התורה דלא גרע

ע"י הנחת מקלו ותרמילו, ולא חידש רב ענין הכחש אלא שהחליט חיובו מיד, ובזה ל"ק כ"כ כמו שלא הוזכרה המשיכה בברייתא.

שם שהכחישה במקל ורצתה לפניו, משמע דהלכה לפניו לא מהני, והטעם שאין בזה משום הכנסה לרשותו מפני שמתרחקת ממנו וגם דרכה לילך מעצמה, אבל כשרצתה ניכר שמכחו והטא, ולפ"ז ע"כ למימר הכישה דבלא הכשה אינו רצה, ובתו' משמע שהרועה יכול להריצה בלא הכשה, אבל בהנהגה לחוד כדרך המרעה אין לחשבו קנין בשומר, מיהו אין כ"כ דיוק אמאי לא קאמר שהריצה בקולו, וגם נקט לישנא דברייתא בקנין משיכה כדתניא בקידושין שם ולפרש"י קשה מההיא דקדושין כמ"ש תו', וגם סתם הכשה במקל, ועוד דהא מפרש שהכחישה בהנחת מקלו, וזה מיושב יותר מלפרש הכישה בידו, שזה אינו מוזכר בברייתא כלל, והרז"ה כתב דהדיוק מדקאמר שהכחישה ולא קאמר שהנהיגה, וכ"ה בפר"ח שהנהיגה בקול, ולכא"ו יש לפרש לפ"ז דהדיוק מדלא קאמר בפשיטות כשמשכה או קורא לה ובאה אצלו, וכ"ה בריטב"א, [או הנהיגה באופן שניכר שזה משיכה], ואם הטעם מפני שמפרש כן בהניח מקלו דברייתא, א"כ הדיוק מהברייתא וכמשנ"ת לעיל, דלמ"ד אצ"ח מתפרש שפיר כשמשכה, דמ"מ החיוב של ש"י הוא על הנחת מקלו ותרמילו דדבר מועט הוא ומתחייב.

שם והא לא חסרה, יש לעי' לפרש"י דהשימוש בבע"ח חשיב חסרון, ולכא"ו פירושו דע"י שמניח עלי' משא זמן הרבה נכחשת או שנמנע ממנה פיתום, וא"כ מאי פריך בפשיטות והא לא חסרה, דילמא מיירי בשכבר חסרה עי"ז, דהא ע"כ מיירי בשדעתו לחסרה עי"ז, דאל"ה לאו ש"י הוא, והריטב"א באמת פי' דהיינו דמשני שהכחישה במקל, אבל הקו' צ"ב, וגם משמע דאשעת משיכה קאי, דלא הו"ל לרב למינקט הכישה במקל, כדי שנדע שהניחם זמן הרבה, דמה ענין זל"ז,

מלהביא עלי' גוזלות, מ"מ כיון שבא לשלוח יד בחסרון אינתיק לי' לגדרי התורה בש"י, ולמ"ד צ"ח אינו מתחייב מדין ששל"מ, וזהו שכ' רש"י דרך בשומרין אימעיט האי גונא מדין ששל"מ, מיהו צ"ב א"כ היכי גמרי' ש"י בחסרון משואל, ועי' מעילה כל דבר שיש בו פגם כו' ובספר אאמו"ר שליט"א שם.

והרשב"א והריטב"א חידשו דש"י היינו ע"מ לשלם, ונראה דלמדו כן מפרש"י כאן, דהיינו טעמא דבדבר שנכחש תחלתו ש"י הוא, לפי שדעתו לשלם מה שיכחש, וכאילו נטל רק מה שחיסר, אבל כששואל בלא חסרון אין דעתו לשלם כלום, [מיהו בריטב"א כתב דאע"פ שדעתו לשלם חייב], ושפיר מתחייב בכולה דכל הנאה שלו כשואל דעלמא, מיהו ממה שכתבו כן בפשיטות משמע דמעיקר ענין ש"י מובן דהיינו ע"מ לשלם, והטעם מפני שהחסרון של רביעית וכיו"ב אינו בא ממילא שיתלה השומר באונס או גו"א, וע"כ שדעתו לשלם, [נתעוררתי לזה], או דפשטי' דקרא דלאו בגזלן קיימינן אלא בדמורי התירא לשלוח ידו במלאכת רעהו, ולכן ע"כ שדעתו לשלם, אבל קשה א"כ היכי גמרי' ד"ז משואל, הא בש"י אין כל הנאה שלו, ועוד צ"ת בכ"ז, וראיתי בספר מרן זללה"ה שם שהאריך בזה עיי"ש.

ט. הרמב"ן כתב ליישב קו' רש"י, דע"י הנחת מקלו ותרמילו אינו בדין שואל ולא בדין גזלן, כיון שהבהמה כברשות הבעלים, ואין חיובי שואל אלא כשמוציא מרשות בעלים לצרכו, [וע"ע לשון הרמב"ן והר"ן בזה וכ"כ הגהמ"ר בשם ספר החכמה (סי' תל"א) ומורי הכהן פי' דלא שייך למהוי שואל אלא כששואל כל הבהמה כי ההיא דטלטלה להביא עלי' גוזלות אבל הכא דבהמה היתה רועה כדרכה ועם רעייתה מניח תרמילו עלי' דומה לש"י בחבית ליטול ממנה רביעית, וזה כפי' הרמב"ן], והרי זה דומה לבהמה טעונה מחפצי הבעלים שאם מוסיף עלי' חפץ

שלו, בין ברשות בין שלא ברשות אינו נחשב שואל עיי"ז, והכא נמי אם קיבל רשות מבעה"ב להניח מקלו על בהמתו הרועה באפר, אינו בגדר שואל, וה"ה שלא מדעת שאינו בגדר שואל או גזלן, אבל בטלטלה להביא עלי' גוזלות חשיב כהוציא כולה לצרכו, ואף ברשות בעה"ב כן כגון שהלך ליטול גוזלות בחצרו של בעה"ב, והק' הנמו"י אכתי הרי נהנה בעה"ב משמירתו, והר"ז כמוליכה באפר ומשתמש בה, דמה לי הנאת פיתום מ"ל הנאת שמירה, ולכאור' כיון דבמוליכה כה"ג ברשות בעלים ג"כ חייב כדין שואל, אין עדיפות בזה שהוא שומר שלו, הגע עצמך בש"ש הרי אינו עושה טובה לבעה"ב שהרי מקבל שכר, וה"ה ש"ח, דזה שעושה לו טובה בשמירה אין בזה להקל בש"י, וכיון דאם איניש דעלמא המטלטלה בפני השומר ובשמירתו חשיב ששל"מ, ה"ה השומר עצמו, [ואמנם בסתם שואל לא חשיב שעושה טובה לבעלים בשמירתו, מ"מ גם אם הבעלים נהנה בשמירתו דינו כשואל, אא"כ התנה השימוש בשכר השמירה], והטעם דחשיב מוציא מרשות בעלים י"ל מפני שכלפי ההפסד שעלול לבא ע"י הטלטול אין משמעות לחשש גניבה לומר דלגבי זה מיהא ברשות בעלים קאי, משא"כ ברועה באפר ומניח מקלו, אבל הנמו"י כנראה הבין דמפני הטובה שעושה לו במרעה דחשיב אין כל הנאה שלו פטור, וכמו שהעתיק הר"ן דברי הרמב"ן, אבל בפשוטו גם לדעת הר"ן ה"ה כשאינו שומר שלה, דעיקר הטעם שאין כאן הוצאה מרשות בעלים לטובת השואל, וכמשנ"ת, (וממה שתי' הנמו"י רק אליבא דר"ע הי' אפשר לדקדק דהקו' רק לר"ע דכלתה שמירתו מדין שומר, וא"כ עושה טובה לבעה"ב, אבל לר"ש אין זו טובה כיון שמחויב בשמירה מעיקרא, וזה אינו, אבל אפשר דכוונתו דאף לר"ש אין זו טובה שלימה דכחזינן לר"ע דכלתה שמירתו, וטובה כזו אין בה לפטרו מדין שואל).

מיהו יש סברא לומר דאף למ"ד אצ"ח מ"מ אינו מתחייב במשיכה ע"ד להשתמש, דבשלמא במושך ע"ד לחסר הרי הוא זוכה מיד ברביעית שמחסר, ומתחייב כאילו כבר חיסר, אבל הכא אינו זוכה בשימוש ע"י המשיכה, ולא דמי לטלטלה להביא עלי' גזולות דכיון דהו"ל ששל"מ הרי הוציאה מרשות בעלים בנטילתה, אבל הכא דברשות בעלים קיימא וחיובו רק משום ש"י, כ"ז שלא שלח ידו פטור, [וצ"ע בזה מדברי הר"ן שכ' דהשומר מתחייב באחד מג' דרכים ולא חילק בנדון זה, ובסברא י"ל דחייב כדחזוין שהכל מתייחס למעשה המשיכה, וצ"ת], ולפ"ז מיושב יותר טעמ' דהר"ן שלא כלל אופן זה בש"י, דבזה כו"ע מודו דדוקא כשהוציא מחשבתו לפועל חייב, ואף למ"ד צ"ח חייב כפי מה שנשתמש, [כ"נ לכאור' לדעת הר"ן, ואפשר דמשערין להו כשותפין, לפי ערך, וצ"ע בזה וע"ע להלן בזה], ובש"י לחסר קמיפלגי אם צריך להוציא מחשבתו לפועל, ולמ"ד צ"ח פטור לגמרי כ"ז שלא חיסר, [כ"נ בפשוטו ועי' לק' בזה], וכיון דלא אשכחן בגמ' שני עניני ש"י צ"ח או אצ"ח ע"כ שז"א בכלל ש"י שבגמ', מיהו לפמשנ"ת לעיל סק"ו ש"י אצ"ח פירושו שא"צ שימוש המחסר, ובכלל זה הגביה ע"מ לחסר, דכיון דבגזולן כה"ג חייב על הרביעית, הר"ז כנשתמש בנטילת רביעית, וזה כפי' הר"ן אלא שלפי דברנו הכל בכלל ש"י, מיהו לפי דברנו בהניח מקלו ותרמילו ולא חיסר ע"כ אינו חייב באונסין כפי מה שנשתמש, למ"ד צ"ח דכיון שהוא מדין ש"י אם מתחייב במקצת חייב בכולו, [לפמש"כ דלמ"ד צ"ח פטור גם מן הרביעית].

ברם צ"ע אם להר"ן חייב דלכאור' אדם שהניח מקלו ותרמילו על בהמת חבירו הרועה באפר כיון שאינו נעשה שואל לדעת הרמב"ן, אין לחדש שחייב באונסין בחלק שנשתמש, אם כפי השכירות או כשותף לפי

וכבר נתבאר לעיל סק"ו דדעת הרמב"ן דגם שימוש שאינו מחסר בכלל ש"י למ"ד אצ"ח, ולפ"ז אתיא סוגיין כפשטה דע"י הנחת מקלו ותרמילו הו"ל ש"י בלא חסרון, אבל הר"ן נקט דבעינן שתהא דעתו לחסר, והק' א"כ היכי גמרי' דש"י אצ"ח, הא הכא לאו מדין ש"י מיחייב, ותירץ דמ"מ גמרי' מינה דלענין המחודש בש"י שמתחייב בכולה ע"י מקצת שפיר יש ללמוד מכאן דד"ז נאמר גם בלא חסרון, דהכא מתחייב ע"י מקצת ששל"מ, בכולו, ואע"פ שאין בזה חסרון, ולכאור' לפי תירוצו ג"ז בכלל ש"י למ"ד אצ"ח, אלא שאינו נקרא בשם ש"י אלא בדין ששל"מ, וצ"ב, וכנראה קשה לו לומר דג"ז בכלל ש"י למ"ד אצ"ח, דא"כ תיקשי למ"ד ששל"מ שואל הוי נמי להוי בדין ש"י כשטלטלה להביא עלי' גזולות, ולעיל בדר"ש מבואר דרק למ"ד ששל"מ גזולן הוי חייב, וכן לק' מ"ג ב' מבואר דאף דש"י אצ"ח מ"מ למ"ד שואל הוי אינו לוקה בחסר ויתר, וש"מ דשימושי שאלה שאין בהם חסרון כלל אינם בגדר ש"י, אלא דלמ"ד גזולן הוי גם ככה"ג מיחייב כדין ש"י, ולפ"ז לדינא נמצא כמש"כ לעיל בדעת הרמב"ן, אלא שאינו נקרא בגמ' בשם ש"י, אבל מ"מ צ"ע דע"כ הוא בכלל ש"י דקרא, ולעיל שם כתבנו ליישב דאף למ"ד שואל הוי מתחייב בכולו ע"י המקצת למ"ד אצ"ח, אלא שאינו גרוע מאדם מן השוק שנשתמש בכולו שדינו כשואל, ולכן לענין השבה ולענין ילקה בחסר ויתר דינו כשואל, ולפ"ז ניחא שמעתין אף אי רב ס"ל ששל"מ שואל הוי, דלענין אונסין שפיר מיחייב כדין ש"י, (דבפשוטו טעמייהו דריב"א ורנב"א קמי' דרב משום דס"ל ששל"מ שואל הוי ומהני חזרה בכל מקום), אבל אם דעת הר"ן כן, א"כ הו"ל בפשוטו דגם בלא חסרון כלל חשיב ש"י כיון שנשתמש, וע"כ צ"ל דס"ל דלמ"ד שואל הוי אינו מתחייב מדין ש"י, ולמש"כ בסמוך מיושב יותר.

ערך, [כגון שהיתה טעונה סאה של בעה"ב והטעינה גם הוא סאה דהו כשותפין ששאלו ועד"ז נשער הנאת בעה"ב עם הרועה], דבפשוטו נהי דעבד איסורא מ"מ אין כאן קנין להתחייב באונסין כלל, וא"כ צ"ע אם כונת הר"ן דלמ"ד צ"ח משלם מידי, בלא חסרון.

י. **דעת** הראב"ד בשטמ"ק דגם שימוש שאינו מחסר בכלל ש"י, ופליגי נמי בזה אם צ"ח או אצ"ח, וזה ע"ד פי' הרמב"ן, אלא דלהראב"ד אף בטלטלה להביא עלי' גזלות פליגי, דכל שימוש בכלל ששל"מ, וממילא אי פליגי בהניח מקלו ותרמילו, ה"ה בטלטלה להביא עלי' גזלות, ולמ"ד צ"ח פטור אף אי ששל"מ גזלן הוא, דדוקא איניש דעלמא שמוציא החפץ מרשות בעלים בנטילתו נעשה גזלן, אבל שומר דברשות בעלים קאי אינו מתחייב אלא מדין ש"י, וכיון דס"ל צ"ח פטור כ"ז שלא הכחישה, ולפ"ד חידוש התורה הוא דאפי' שומר מתחייב בכולו ולא אמרי' דברשותי' דמרי' קאי, ואף בנטל את החבית לחסר רביעית באיניש דעלמא שהוציאה מרשות בעלים לצורך זה, י"ל דלא גרע מששל"מ, ולפ"ז גמרי' משואל דאפי' שומר מתחייב, אבל באיניש דעלמא לא הוצרכנו לשואל, והא דלא שמעינן מיני' בלא חסרון י"ל דהיינו מפני שעצם ההוצאה מרשות בעלים כחסרון דמאי, ואילו בשומר בלא"ה ברשותי' קיימא, ע"י לעיל סק"ו, ובאמת בתו' כתבו דגם נטלה ע"מ לגזולה כולה מתחייב מדין ש"י, והיינו כסברת הראב"ד דבשומר כ"ז שלא אבדו מן העולם ברשותי' דמרי' קאי, וכמש"כ לעיל סק"ד בדבריהם.

ובדין הגביה את החבית ע"מ ליטול רק רביעית, ולא הי' בדעתו שיוסיף לשלוח יד בכולה, לכאור' יש חזרה בדברי הראב"ד דבהשגות פ"ג מגו"א הי"ב כתב דבכה"ג אינו מתחייב בכולה, ופולגתתם בשדעתו ליטול כולה במשך הזמן, אלא שבהגבהה זו לא נתכוין להוציא אלא רביעית, [וע"מ לגזולה

צ"ל דהיינו כשבהגבהה זו מתכוין להטמינה כולה ברשותו], וטעמו בזה משום דחזינן להו כשתי חביות, כשמתחלה לא נתכוין לשלוח יד בשאר, וכמו בכיס, אבל בחידושיו בשטמ"ק שם כ' נ"ל כי ש"י אפי' אינו אלא במקצת אם נשברה חייב בכולה כו', וע"כ ר"ל בשאין דעתו אלא למקצת, דאל"ה היינו מתני' הגביהה ונטל הימנה רביעית כו'.

ודעת הרז"ה כהראב"ד, ולפמשנ"ת ל"ק משה"ק הרמב"ן דאכתי אי ששל"מ שואל הוי נמי מיחייב, די"ל דאה"נ, אלא דס"ל דשומר עדיף מכל אדם, דאינו מוציא החפץ מרשות בעלים בשימוש, וכאורח המשתמש בבית בעלים דמי, ואף למ"ד ש"י צ"ח ששל"מ גזלן הוי בכל אדם, ורק מהא דאר"ש ששל"מ גזלן הוי גבי שומר שמעינן דש"י אצ"ח, ומדברי הרז"ה נראה דלמ"ד ששל"מ שואל הוי אין שימוש זה בכלל ש"י לכו"ע, דהא אפי' למ"ד גזלן הוי מ"מ בשואל פטור למ"ד צ"ח, דשומר עדיף וכמשנ"ת, וה"נ אף למ"ד אצ"ח אי שואל הוי אינו בכלל ש"י גבי שומר, ואינו חייב כדין שואל כיון שהחפץ בלא"ה ברשותו, ולפמש"כ באונסין באמת מיחייב, ורק לענין דין חזרה וילקה בחסר ויתר יש חילוק ביניהם וכמשנ"ת לעיל סק"ו לדעת הרמב"ן, [ולפ"ד הרז"ה הו"מ למימר דב"ש וב"ה פליגי בששל"מ אף אי גזלן הוי בכל אדם, דלב"ה אינו בכלל ש"י, אלא שלא רצו להאריך מאחר שמבואר באוקימתא דר"ש דלמ"ד גזלן הוי חשיב ש"י].

יא. **טור** סי' רצ"ב אבל הגביה לעשות תשיש שאינו מחסרו אינו חייב משעת הגבהה אלא משעת תשיש ולא משום ש"י כו' אלא משום שהוא ששל"מ כו' דעת רבנו בפלוגתא דש"י צ"ח כפרתו' והרא"ש בתוספותיו דכ"ז שלא עשה מעשה נקטינן שימלך ולא הוחלטה גזילתו, ולמ"ד אצ"ח אייתר קרא לחייבו אף בלא חסרון, ואם גם שימוש שאינו מחסר הי' בכלל ש"י, בדין הוא

סק"ט מש"כ בדעת הרמב"ן במשך כדי להניח מקלו ותרמילו.

בבהגר"א סק ציין לדברי הרשב"ם ב"ב פ"ח א' שכ' בהא דמוקמינן שנטלה למוד בה לאחרים וחיובו משום ששל"מ, וז"ל שהצלוחית מדה ומדד בה לאחרים, דמשמע דוקא מדד, ובפשוטו אין הכרח מלשון זה דהרשב"ם בא לפרש הענין, דהא מיירי שהחזיר הצלוחית לתינוק, וזה נדון פרטי אם גם כשנמלך שלא למדוד חייב, אבל בפשוטו מתפרש שנטלה למוד בה ומדד והחזירה לתינוק, מיהו יש לעי' בכה"ג שהחנוני צריך ליטול הצלוחית כדי למדוד לתינוק, אם יש לחייבו כשחשב למוד בה לאחרים, דלא דמי לשומר שטלטלה להביא עלי' גוזלות שהטלטול מוציאה ממקום המשתמר, וכמוציאה מרשות בעלים לצרכו דמי, אבל הכא צריך להחזיקה בידו, ויש לדמותו לטלטלה לצורכה וגם נתכוין להביא עלי' גוזלות, ומ"מ חייב כשמודד כיון שאוחזה בידו דאיכא הגבהה ומשיכה, דבאותה שעה נחלט מעשהו להוציאה מרשות בעלים, ואמנם משכח"ל שקודם המדידה נחלט המעשה שלצורך אחרים נטלה כגון שהי' יכול למוד ביד התינוק או קרוב אצלו ונטלה למקו"א למוד בה לאחרים, אבל לאו כללא הוא שמתחייב בנטילה, ויש ללמוד ממתני' שם דקתני סיפא ומודים חכמים לר"י בזמן שהצלוחית ביד התינוק ומדד חנוני לתוכה שהחנוני פטור, דאף אם מדד לאחרים ביד התינוק פטור, אף דעיקר פירושא דמתני' שמדד רק לתינוק כדפרשב"ם, מ"מ אם כשמדד לאחרים ביד תינוק חייב, לא מצי למיתני הכי, וש"מ דשל"מ אע"פ שנשתמש אינו חייב בלא משיכה, ולפמ"ש עצם המדידה בידו כמשיכה לצורכו דמי, דהא אף כשנטלה ברשות חייב.

מיהו בדברי הרמב"ם פ"ג מהגו"א הט"ו שכ' הי' כלי ביד בנו של בעה"ב או ביד

שיתחייב משנשתמש לכו"ע אע"פ שלא חיסר שהרי כבר הוחלטה הש"י, וע"כ דז"א בכלל ש"י כלל, וכיון דלא אייתר קרא לחייבו משעת הגבהה אינו מתחייב כ"ז שלא עשה מעשה, ולא דמי לשואל מדעת דאין לחוש שימלך כמ"ש תו'.

ולכאז' קשה נהי דהוצרכנו לריבויא דקרא בש"י במקצת לחייבו בכולו, אבל ששל"מ דכגולן דמי א"צ חסרון שהרי גזל כולו, ואפשר דדעת הטור כהתו' דבנטלה ע"מ לגזלה כולה נמי חיובו מדין ש"י, דכיון שהיא ברשותו אין כאן מעשה גזילה מוחלט כאיניש דעלמא, ולכן בלא נטלה לגזלה אלא להשתמש בה לא הוחלט הענין כ"ז שלא נשתמש, ולפ"ז בכל אדם מודה הטור דמשהגביה ע"מ להשתמש חייב, כיון שהוציא החפץ מרשות בעלים בהגבהתו, ורק בשומר לא חשיבא ההגבהה מעשה גמור כיון דברשותא דמרי' קאי, וכבר כ"כ הגרע"א ז"ל בגליון השו"ע בשם המחנ"א אבל לאו מה"ט, ויש להעיר במ"ש המחנ"א שם דלבתר דגלי קרא בש"י שפיר מיחייב בלא מעשה, דאם פלוגתא דחסרון משום שמא ימלך, א"כ לכו"ע יש לחייבו בנשתמש בששל"מ, ואמאי לא מפרשינן דג"ז בכלל ש"י דקרא, א"ו ששל"מ לא חמיר כש"י, וא"כ אין ראי' מזה שהחמירה תורה בש"י ע"מ לחסר שחייב מיד, דה"ה בשלא ע"מ לחסר דלא חמיר איסורי' כ"כ, אלא דהמחנ"א מפרש דקמ"ל קרא דלא חיישינן שימלך, ולפ"ד למ"ד צ"ח ה"ה דשל"מ צריך מעשה, ולא משמע דאיכא בינייהו פלוגתא נוספת, גם במ"ש מסוגיא דסנהדרין יש להעיר דרב ס"ל צ"ח וא"כ לדידי' אין ראי' משואל, ובעיקר הדברים שכ' בדעת ע"פ הרמב"ן, הרי לדעת הרמב"ן גם בנשתמש אינו ששל"מ, ואם יש תועלת לבעלים בשמירתו גם כשמתמש יש תועלת זו, ואפשר דבאמת כונתו כמש"כ וזה כסברת הראב"ד והרד"ה דשומר שאנין, ועי' לעיל

עבדו ולקחו אחד מהן ונשתמש בו ה"ז ששל"מ כו' א"א לומר כמש"כ שלא העתיק הדברים בחנוני כלל, וא"כ יש לחייבו בנטילה, ואפשר דהרמב"ם מפרש דומיא דסיפא דקתני ומדר חנוני לתוכה דדומיא דהכי מפרשין ברישא שמדר לתוכה כשהיא ביד החנוני, ולכן העתיק הדין בנשתמש, אבל ה"ה דמתחייב משעת משיכה, כדמשמע קצת סתמות הרמב"ם פ"ז משו"פ ה"ט דבטלטה לצרכו חייב ולא התנה דוקא שנשתמש, ועמחנ"א סי' י"ח מ"ש בזה.

ובעיקר הדברים שכתבנו דכיון דבנטל חנוני למדוד לתינוק פטור כמ"ש רשב"ם אינו מתחייב ע"י מחשבה לחוד, אפשר דלרבנן דאמרי' דלאודועי' שדר"י, א"כ אין לו רשות ליטול הצלוחית למדידה, אף דמסתברא דמ"מ רוצה הוא שיטלנה ממנו למלאות בה השמן ולשלחה ביד גדול, מ"מ כשנוטלה למוד בה חשיבא מיד נטילה אחרת, דכיון שדעתו להחזירה לתינוק לא הי' לו ליטלה ממנו כלל, ונהי דכשנוטלה לצורך התינוק פטור, דלא אפקה מרשות בעלים, מ"מ כשנוטלה למדידה חשיבא כל הנטילה שלא כדין, ואם נטלה לשמרה אח"כ עבור הבעלים, אפשר דבאמת אינו מתחייב בנטילה אע"פ שדעתו עכשיו למוד בה, וצ"ע בסוגיא שם, ולע"כ, (ויש לדקדק שם אמאי חשיב לה אבידה מדעת לפטור החנוני הרי צלוחית מליאה עלולה יותר להשבר, והבעה"ב לא נתן בידו צלוחית מליאה מדעת, [דענין אבידה מדעת ביאר אאמו"ר שליט"א שרק במדה שהיא אבידה היא מדעת אבל אינה כהפקר], ואפשר דכיון שזה שינוי קל חשיב גם לזה אבידה מדעת א"נ דעת בעה"ב שישלח בידו על אחריותו אם ירצה (וזה אמרי' רק מכח זה דחזינן שנתן בידו צלוחית מדעת), ולכן חשיב שהסכים לתת הצלוחית בידו גם מליאה).

יב. **מדבריי** הראשונים ז"ל נראה דלמ"ד צ"ח, כ"ז שלא חיסר אף על הרביעית

שנתכוין ליטול פטור, דהא דבעינן חסרון פי' תו' והריטב"א מ"א ב' דהיינו מפני שלא הוקבע חטאו בנטילה דיש לנקוט שימלך ויחזור בו, ואם איתא דעל הרביעית כבר נתחייב, לא הו"ל לחלק דבאותו רביעית עצמו מוסיף חטא בנטילתו, וכ"מ ממ"ש תו' בנטלה ע"מ לגזולה דהיינו חסרון כו', ואם על הרביעית מתחייב בלא חסרון, א"כ הכא שנטלה כולה ממילא מתחייב, וכ"מ בדברי הראב"ד בהשגות שפי' דכל ש"י מיירי בדעתו בשעה שהגביהה ליטול כולה אלא שעכשיו אינו נוטל אלא רביעית, ולא משמע לחלק דלמ"ד צ"ח על הרביעית שעומד ליטול עתה מתחייב בלא מעשה, דאין כאן אלא מחשבה ליטול עכשיו ולאח"ז, [ואף שיש לחלק לדעת הראב"ד בטור סי' ר' דבעינן כונה לקנין ועל מה שנוטל עתה חשיב ככונה לקנות בהגבהה, כיון שמגביה לצורך הנטילה, מ"מ בסתמות הדברים ל"מ לחלק], וכ"נ מדבריו בשטמ"ק שכ' כמחדש דש"י במקצת נמי חייב בכולה, ומשמע דאף לגבי המקצת איכא נפ"מ בין מ"ד צ"ח למ"ד אצ"ח, וכן מתפרש לדברי הרשב"א והריטב"א דש"י היינו ע"מ להחזיר דגם על המקצת בעינן לחידוש התורה דש"י.

אב"י בספר מרן זללה"ה משמע דנקט דרך בחידוש שמתחייב במקצת על כולו פליגי, אבל מה שמחויב איניש דעלמא כדין גזלן לכו"ע חייב בלא חסרון, דלא גרע מאיניש דעלמא, וכ"נ מלשון הר"ן שכ' בהא קמיפלגי דמ"ד צ"ח סבר שמה שחידש הכתוב לומר שמי שגזול מקצת פקדון יהא חייב על כולו חידוש הוא כו' מגביה ע"ד לגזול מקצתו אינו מתחייב על כולו לפי שאינו אלא גזיה"כ כו', ובאמת הא בהא תליא דלדעת הראשונים הנ"ל הוצרכנו לחידושא דש"י גם בנטל כולו כ"ז שלא איברו, דכיון דברשותי' קאי וגם לא נטלו מרשות בעלים לצרכו, לא חשיב מעשה גזילה, וגם במקצת שרוצה ליטול אינו חייב בלא חסרון, אבל לדעת הר"ן שהחידוש בש"י

טפי מגזלן, א"כ כל מה שגזלן חייב, לכו"ע חייב, וגם מאי דנקט הר"ן דגזלן שהגביה ע"מ ליטול מקצת אינו מתחייב אלא במקצת שנתכוין לזכות, בריטב"א כתב בהדיא דחייב בכולו בגזלן אע"פ שלא חיסר, ועי' לשון הרשב"א בזה, ולכא' אם מוציא החבית מרשות בעלים ליטול ממנה מקצת לא גרע מששל"מ, דמדעת כה"ג נמי מיחייב, דלא גרע מלהביא עלי' גוזלות, שכיון שנוטל כל החפץ, למקצת שצריך לו, מתחייב בכולו, אבל בשומר אי לאו חידוש התורה לא היה מתחייב בכולו כיון שלא הוציא החפץ מרשות בעלים

לצרכו, ועכ"פ השאר ודאי ברשותא דמרי' קאי, וגזלן בדבר שהוא גוף אחד ודאי מסתברא דמשך בהמה מרשות בעלים לזכות ברגלה מתחייב בכולה בחיובי גזלן, (והיינו כשדעתו לחתוך הרגל ולהחזירה לבעלים), ואף בנוטל חבית להוציא ממנה רביעית, חשיב דברים שבלב, דהמעשה הוא שנוטל כולו ויש לחייבו באונסין ע"ז, מיהו במוציא לצורך מקומו אינו נעשה גזלן דכ"ז שאינו בגדר ששל"מ דקפדי הבעלים, אינו מתחייב, אבל כשנוטל לחסר מעט לא גרע מששל"מ. (לא נגמר)

סימן י

בריש פרק המפקיד

לבעלים, ויישב כונתו כדעת תו' ועי' להלן בכ"ז], ואפשר עוד שיש לדקדק ממתני' דהשומר שנשבע ג"כ יכול לתבוע את הגנב כדאמר ב"ק ק"ח ב', (וכן הבעלים בשילם, ולענין הודאה סלקא בתיקו), ורק הנדון למי משלם.

ברם דברים שכתבנו ליתא, דמדברי תו' והראשונים ז"ל שדנו בשבח דיוקרא, מוכח דאין השומר מפסיד בזולא כנגד יוקרא, ואפשר דפשיטא להו דלא משכח"ל שהשומר יצטרך להפסיד בע"כ, ע"י ששילם, ויש להוכיח כן מהא דהריני משלם נמי זוכה בכפל, ונמצא שאם הוזל החפץ ועדיין לא שילם, יוכל לחזור בו, ואם יראה שהוקר לא יחזור בו, ואילו זה ששילם יפסיד ע"ז, שלא יוכל לחזור בו בהוזל, וזה לא מסתבר, ועוד דבגונא דכיפי נראה שהשומר הי' בטוח שהכיפי ברשותו, ולכך נמנע מלשלם עד שגבו ממנו, ואם נימא דלעולם רק בגלל ספק גניבה חפץ בקניית החפץ, א"כ אין הדבר מוחלט כן בההיא דכיפי, דאם הי' מפסיד בזולא, קרוב לומר שלא הי' לו ענין בכיפי.

והנה אם נימא דגוף הבהמה חוזר לבעלים, כלשון הרמב"ם, וכ"כ בתורי"ד, נוחא דכיון שהבהמה חוזרת לבעלים ודאי מפסיד בזולא, ושייך לדון ביוקרא אם מקנה לשומר, אבל אם גוף החפץ לשומר, ע"כ יפסיד בזולא [מיהו עי' להלן דאם הבעלים חייב לקבל החפץ ביוקר, אין סברא כ"כ שיקנה לו בכה"ג], ובאמת גם הא דנקטו הראשונים ז"ל דגזירות וולדות שלאחר האבידה לא מקנה לי', לל"ק דרבא [עי' לק' סק"ב בזה] מוכיח שאין החפץ מוחלט לשומר בשעה ששילם, דאם ע"י

א. ל"ג ב' מתני' או שאבדו, יעוי' בתו', והראשונים ז"ל פירשו דקמ"ל דמקנה לי' יוקרא, כמבואר בגמ' ל"ה א', ויש לעי' מנ"ל דניחא לי' לשומר לזכות החפץ, הרי כנגד יוקרא איכא זולא, ובגמ' מבואר דבאייקור כיפי סתמא הי' זוכה השומר, וא"כ לכאו' ה"ה בזלו כיפי, ואפשר דבאמת כולה מילתא משום כפילא היא, דכיון דאיכא ספק גניבה, ניחא לי' לשומר לזכות החפץ, ולכן נקבע הדין דכל שמשלם זוכה בחפץ במוחלט, ולא תלינן המכירה במה שיתברר אח"כ, [עי' לק' סק"ג בשם ריטב"א], ולפ"ז ניחא דכילי התנא או שאבדו בדינא דנמצא הגנב, וה"ק בין נגנבו בין אבדו ושילם זוכה בחפץ, ונפ"מ דמרויח כפל, אבל יוקרא לא חשיב ריוח, כיון דאיכא נמי זולא, אבל בתו' ל"ה א' ד"ה ואותבינ' כ' דצ"ל דיוקרא הוי שבחא דעלמא כמו כפילא כו', וצ"ב למה הוצרכו לכך, הא כנגד יוקרא איכא זולא ופשיטא דמקנה לי' לענין זה, ורק בכפילא וגזירות וולדות דאיכא רק רווחא, צריך לחלק בהכי (ומשמע מדבריהם דגזירות וולדות דבתר אבידה נמי לא מקנה לי', עכ"פ לל"ק דרבא).

ולפ"ד אפשר דמש"ה קתני במתני' למי משלם, ולא קאמר משלם תשלומי כפל למי שהפקדון אצלו, דאז הי' מתפרש שרק הכפל לשומר, אבל כלשון למי משלם מתפרש על כל התשלום, דגם גוף החפץ של השומר, וה"ה ליוקרא, [ובברייטא דאיצטריך למיתני חוץ מגזירותי' וולדותי', נמי משמע דגוף הבהמה לשומר, וכן לק' ל"ה א' קאמר הדרי כיפי למרייהו, דשבח היוקרא שייך למי שגוף החפץ שלו, שו"ר בש"ך סי' רצ"ה סק"י"א שהביא לשון הרמב"ם שהבהמה חוזרת

ומוטל עליו חוב לשלם שבח יוקרא לשומר, וכיון שכנגד היוקרא קנה בכיפי, מסתברא דקנה כולן, ועי' בסמוך, [וערמב"ן גבי כיפי דאין לחייב את בעה"ב לקנות גם אפדנא וגם הכיפי שלו וש"מ דהמקנה לי' כפילא אין הכיפי שלו, ועיי"ש ברשב"א ובריטב"א דאפי' אטרחי' אפשר דגופן של שומר ועי' לק' ס"ק י"ד].

ומסוגיא דב"ק ק"ח ב' דא"ל שומר לבעלים אתון כיון דשקליתו לכו דמי אסתלקיתו לכו מהכא, נמי משמע דאין לבעלים זכות [כושרא דחיותא וטרחא יתירא], בגוף הדבר, דאל"כ בדין הוא שיוכלו לתבוע את הגנב בשביל גוף הדבר, וגם תהא הודאה המחייבת, עתו' שם, [שו"ר בחדושי אנ"ש על הרי"ף שדקדק כן], ואף למה שדקדקו תלמידי הרשב"א [הובאו בב"י שם] מהא דמסיים שקלנא [גרסת הכ"מ ושקלינן] אנן דידן, דהבעלים נוטלין את שלהן, [ומתפרש כשהחפץ בעין], מ"מ לא הוזכר ד"ז בגמ' למיחשב בעה"ב כבעל דבר, מכח זה, ושייך רק לדקדק מזה כמו שפי' הש"ך בדעת הרמב"ם דסתמא דמילתא מחזור הבהמה שאין ענין לשומר בבהמה זו דוקא, ואפשר דהיכא דליכא נפ"מ לשומר אלא לכושרא דחיותא, לא מקנה לי', דבכה"ג חשיב רק הפסד לבעלים בלא ריוח לשומר, אבל כשיש גם כפל או יוקרא, דע"כ מקנה לי' הבהמה גופה דאל"ה ל"ק כפל, בזה גוף הבהמה נמי דשומר, וייתישבו בזה דברי הרמב"ם בהא ובה"ג, דכאן לא הזכיר רבנו בהדיא שיש כפל, (ויכול להתפרש חזרה הבהמה בהודאת הגנב, דאכתי בגנב איירי מדמסיים וכבר ביארנו כו'), [ועי' לק' סק"ו עוד יישוב לזה].

ונראה מזה דאין הקנין נחלט בשעה ששילם או אמר הריני משלם, ורק בשעה שנמצא החפץ והשומר ניחא לי' לקנותו, יכול להשתמש בזכות הקנין שנתן לו מעכשיו, ואי ניחא לי' טפי במעות ששילם כגון שהוזל

התשלומין צריך השומר להחליט שהחפץ שלו, א"כ נסתלק מזה הבעלים לגמרי, ואין זה שבחא דמגופא דבעלים, אבל אם הגוף של הבעלים גם כשמקנה לי' כפילא ניחא, ובגמ' נמי משמע הכי, דאם גיזות וולדות שלאחר גניבה לא חשיבי שבחא דמגופא לגבי בעלים, א"כ החילוק פשוט, דגיזות וולדות שעד הגניבה פסידא דבעלים ניהו, שמשלם לו רק שווי הבהמה, אבל בכפל אינו מפסיד מהקנין כלום, וכן ביוקרא דלבתר גניבה, ומאי איצטריך לסברת שבחא דמגופא, א"ו גם שלאחר גניבה הוו דבעלים, וע"ע בזה לק' סק"ב.

אבל מדברי הראשונים ז"ל נראה דהיכא דמקנה לי' כפילא גם גוף הבהמה שלו, דהיינו דקאמר הרי פרתי קנויה לך מעכשיו, לומר שאין הקנין מתייחס לכפל אלא לגוף הפרה, וכן פרש"י דכשגנב היתה הפרה של שומר עיי"ש, ועוד דאם הי' קנין גוף לפירות לא הו"ל למיפרך מאי פסקא, דבלא"ה נמי מובן דאין ללמוד מכפל לפירות דעבידי דאתו, ורק מפני שמקנה גוף הפרה, קאמר מאי פסקא, וגם לשון הברייתא חוץ מגיזותי', מוכיח דגוף הפרה קנוי, דאל"ה הו"ל אבל לא גיזותי', אבל השתא מתפרש דמקנה הכל ומשיר לנפשי' גיזותי' וולדותי', וכ"מ בתו' ד"ה כגון שכ' שגוף הפרה מכר לו דהשתא הכפל שלו "ממילא", וכמ"ש הש"ך הובא לעיל, ועמ"ש בזה הגרע"א ז"ל, וגם מלשון הדרי כיפי משמע דאל"ה לא הדרי, וכ"מ בראשונים ז"ל גבי כיפי עיי"ש [וכ"מ שם במרדכי למעשה עיי"ש], וגם לשון הרמב"ם בפ"ח מה' שו"פ ה"ג שכ' הפקיד ד' סאין כו' ואח"כ נמצא כו' הרי הן של שומר ואינו משלם אלא סלע, משמע דגופן של שומר, [ומהמשך דברי הרמב"ם באטרחי' מבואר דמיירי בחזרו גופן, דאל"ה לאו שומא בטעות הוא], ובפשוטו נמי שבח יוקרא הוא בגוף הדבר, ואין לחדש דכל הכיפי של בעה"ב,

א"ב קו' דר"ז, היינו דל"ב א"צ לשנויי כדמשני ר"ז, אלא צריך לאוקומה ברייתא עד שעת גניבה, א"נ י"ל דפשיטא לן דברייתא לא מיירי בגיזות וולדות דבית גניבה, שהם של גנב, אלא מיירי בגיזות שביד השומר, (או שנגנבו ולא שילם עליהם), אלא דל"ק נפ"מ בגיזות דאבידה, או בשבח שע"ג הבהמה באופן שלא קנאם הגנב, (ולע"כ בזה), והול"ל א"ב גיזות וולדות דבית גניבה, אלא דלא פסיקא לי' למינקט הכי, כיון דנעשה כאומר חוץ כו' לא אמרה רבא בהדיא, ואי לאו קו' דר"ז הרי הי' מתפרש לל"ק דכולן לשומר.

אב"ל המ"מ בפ"ח משו"פ ה"א נקט בדעת המפרשים דגיזות וולדות דבית גניבה אף לל"ק הו' דנפקד, וניחא לי' בזה הא דקאמר א"ב קו' דר"ז, דמשמע דל"ב ל"ק כלל קו' דר"ז, וכ"ה לשון רש"י והיינו ע"כ משום דידעינן דברייתא מתפרשא רק עד שעת גניבה, ואמנם בסברא מיושב לומר כן דאחר שקיבל דמים תמורת הבהמה אין מן הראוי לעכב גיזות וולדות לעצמו, אבל סתמות הגמ' ל"מ כן, דלפ"ז הא דהוצרכו לחלק בין שבחא דמגופה לשבחא דמעלמא הוא משום הרגע של הגניבה, דאחר הגניבה הכל לשומר, ודקודם הגניבה הרי השומר משלם כפי שווייה בשעת הגניבה, וגם בסברא אם לאחר הגניבה הכל לשומר, [משום דחשיב כשילם מיד, דע"י הגניבה, חל עליו חיוב תשלומין], יש ליתן לשומר השבח שחל עם הגניבה יחד, ולא נצטרך לחלק בין שבחא דגופה לשבחא דמעלמא, ועיקר הדבר דמשכח"ל שבעה"ב, מרויח גיזות וולדות אף לאחר ששילם, לא קשה דע"כ קיים ד"ז באטרחי' לבי דינא, או ביש עדים שפשע, להסוברים דלא מקנה לי' בכה"ג, וכבר כתב הש"ך סי' רצ"ה סק"ט דל"מ כן מדברי המפרשים.

מיהו אפשר דבסברא מודה ל"ק שהי' ראוי להקנות לשומר גיזות וולדות דבית גניבה, אלא שאין להמציא חילוק בזמן

החפץ וכיו"ב, אינו צריך להשתמש בזכות הקנין, ומחזיר החפץ לבעלים, ובאמת אם הי' הקנין נחלט בזמן התשלומין הי' בדין שיחליטו הדבר בזמן התשלומין, ולא משמע שדנים ע"ז באותה שעה כלל, וכן בעובדא דכיפי לא דנו ע"ז כלל, א"ו בזמן התשלום לא נחלט דבר בענין הקנין, וכן שמעתי מאמור"ר שליט"א דכיון שכל הענין לטובת השומר אינו בדין שיצטרך לקבל ע"ע הפסד דזולא, ורק בדניחא לי' למיקני קני, ועי' לק' ס"ק י"ד.

ובאמת אף דיהבינן לשומר הזכות להיות קרוב לשכר ורחוק להפסד, מ"מ אין לראות הבעה"ב כנפסד בדבר, דסתמא דמילתא לא הי' מוכר הבהמה, וממילא הי' נפסד בזולא, וכן כפל ד' וה' לא חשיב פסידא כלל, ורק לענין יוקרא שייך לחשבו כמפסיד, והתשובה לזה כמ"ש הרמב"ן דמשעה שקיבל דמים תמורת החפץ, שוב אין דעתו על היוקרא, דלגבי נפשי' הוא כאילו הוכרח למכור חפציו בשוויים, ושוב אין דעתו על חפצים אלו אם יתייקרו, (וגם הי' יכול לקנות חפצים כאלו), ואמנם אם הי' צריך לקבל החפצים ביוקר ולהוסיף לשומר הריח, הוה חשיב פסידא, אבל מכיון דבכה"ג השומא במקומה עומדת, ה"ז כמכר חפציו בשעה ששילם, ונמצא לפ"ז דאם יהא רווחא, מקבל בעה"ב השומא ששילם לו השומר, דזהו מה ששמו פסידא דידיו, ואם לא יהא ריוח, יקבל חפציו כמות שהם.

ב. ל"ד א' שבחא דאתא מעלמא עביד איניש דמקני כו' איכא בינייהו קו' דר"ז, מדברי הראשונים ז"ל נראה דלל"ק לא מקני שבחא דמגופא אפי' לבית גניבה ותשלומין, שהרי כתבו גבי כיפי דאי יוקרא הוי שבחא דמגופה ניחא רק לל"ב, ומבואר מזה דבשבחא דבית גניבה פליגי הני לישני, וכן בתו' שם כתבו דצ"ל דיוקרא הוי שבחא דעלמא, וש"מ דשבחא דמגופה לא קני, ולפ"ז הא דקאמר

דיוקרא חשיב שבחא דמגופה ומ"מ קני לה לכו"ע משעת גניבה.

במעמא דמקנה יוקרא לל"ק, אפשר לומר דלאו משום דחשיב שבחא דממילא, אלא דכיון שמקנה לו גוף הדבר, ממילא יוקרא בכלל, וניחא בזה דלא נצטרך לומר שמקנה לו יוקרא משעת מסירה, אלא שבע"כ גובה ממנו, מה שהוקר עד שעת גניבה].

ולכאוי נראה דנהי דפשיטא לן דתרצה ותשלמני היינו שווי הבהמה בזמן הגניבה מ"מ לענין גיזות וולדות שנגזזו מן הבהמה אי לאו דחשיב שבחא דמגופה, י"ל דהווי דידו, דהא דחשבינן יוקרא שבחא דמעלמא היינו משום דלאחר ששמאוו בדמים אין היוקרא חלק ממנה, משא"כ כ"ז שהבהמה אצלו הרי זהו גוף הפקדון, ונה"ז כטלה ונעשה איל, דבזמן הגניבה פשיטא דחייב לשלם, ובגדל אחר הגניבה שפיר זוכה בו, אבל גיזות וולדות שאינם ע"ג הבהמה, אפשר לראותם ככפל שקיבל עבור הבהמה, (אי משכח"ל כה"ג), דכשבא לשלם את הבהמה אין הגיזות בכלל, ואמנם אפשר דצריך לחשבם כפקדון בפ"ע, אבל עכ"פ ותרצה ותשלמני וכן תביעת הפקדון אינם מתייחסים לשבח נפרד שבא מן הבהמה, ולכן חשיב שקיים התנאי מששילם שווי הבהמה לחוד, וכיון שכן בדין הוא שיהיו הגיזות וולדות שלו, ונע"י לק' סק"ה הוכחה לזה מתוד"ה א"נ].

אב"ל הש"ך בסי' רצ"ה סק"ז פשיטא לי' דגיזות וולדות כיוקרא דמו וכ"ז שלא שילם גיזות וולדות לא קיים תנאו, ודינו כשילם מחצה, אע"פ ששילם דמי כולה, ונדחק לפ"ז דהא דקאמר א"ה אפי' גיזות וולדות נמי היינו שיהא גוף הגיזות של שומר ויצטרך רק לשלם תמורתן [וכונתו כמ"ש בנה"מ סק"ג], וזה דוחק, דאיך שייך לומר סתמא דמילתא דקפיד שיהיו לו דוקא גיזות שלו, אדרבא סתמא דמילתא סגי לי' בשוויין של הגיזות

ההקנאה של גיזות וולדות, דכיון דס"ל שאפי' קיימא באגם קנה, א"כ הקנין חל מעכשיו, וכיון שאינו מקנה גיזות וולדות מעכשיו, אין לנו לחדש משעה מסוימת שמקנה גיזות וולדות, שהרי לא התנו ביניהם כלום, אלא שחכמים קבעו דנעשה כאומר לו כיון שהדבר ראוי וניחא לי' בהכי, אבל אין לחדש דנעשה כאומר לו פרטי דברים וחילוקים, ונע"ע לק' סק"ה בקו' הרשב"א והריטב"א, ובקו' הגרע"א ז"ל].

ג. **בדין** יוקרא דעת הראשונים ז"ל דשני הלשונות שוין, ולא מחד טעמא, דלל"ק קני יוקרא נמי משעת משיכה, אלא דכיון שמשלם כשעת גניבה, ממילא הוי יוקרא לבעלים, ויוקרא דבחר גניבה חשיב שבחא דמעלמא, דכיון שקיבל בעה"ב דמים אין דעתו על היוקרא שאח"ז, וכמש"כ סק"א בשם הרמב"ן, וכ"ד המ"מ פ"ח ה"ג, [אלא שצידד לדעת הרמב"ם דלל"ק אינו משלם אלא כשעת משיכת הפקדון, דלשון הרמב"ם שכ' כיצד הפקיד ד' סאין והרי הן שוין סלע כו' ואמר הריני משלם סלע כו' ותרי הן שוין ד' סלעים כו' משמע דמשלם כשעת ההפקדה, אבל אין זה מוכרע, די"ל דהרמב"ם לא נחית לאופן שנשתנה המחיר בין שעת פקדון לגניבה, וכ"נ עיקר, דלפי' המ"מ צריך לחלק בין טוען טענה המחייבתו ולא רצה לישבע לשקר, דאז משלם כשעת הגניבה, [דמאחר שהודה האמת ב"ד מכריחין אותו לשלם כפי הודאתו], ובטוען טענה הפוטר אתו סגי במשלם כשעת ההפקדה, ואף דודאי יכול בעה"ב לחבועו לשלם כשעת הגניבה, או ישבע, אלא דסתמא דמילתא הבעה"ב מסכים שישלם כשעת ההפקדה, ולא ישבע ויפטר, וכ"ז אינו במשמעות הסוגיא, דמתפרש שילם ולא רצה לישבע, דע"י ששילם נפטר מן השבועה, והיינו כששילם כל החיוב, וכ"כ הש"ך דהרמב"ם מודה לזה ונע"ע לק' סק"ד בכ"ז], מיהו המ"מ לשיטתו אפשר דס"ל

וולדות, ואמנם אין להקשות מהא דמקנה גוף הבהמה, דהתם ע"כ קא מקנה, דאל"כ לא יוכל לזכות בכפל, מ"מ מאחר שגוף הבהמה מקנה, קשה לקבוע דעל גוף הגיזות קפיד שלא להקנות, וגם לשון הברייתא יש לפרש על שווי הגיזות וולדות, כיון שלא הזכירו בגמ' שיהא חידוש בזה שגוף הבהמה לשומר, וסתמא דמילתא אין דנים ע"ז כלל וכמ"ש בש"ך ס"ק י"א, ולכן קשה לפרש ע"ז לשון חוץ, מאחר שברישא לא נשנה החידוש בהקנאת גוף הדבר, (ואמנם חוץ דבריייתא כולל גם גיזות וולדות שאחר הגניבה, מ"מ עיקר הדין דחוץ על קודם גניבה נאמר, עי' לעיל סק"ב), ועי' לק' סק"ד.

ובעיקר דין שמירה בגיזות וולדות, אפשר דבלא התנו ע"ז בזמן המשיכה, צריך השומר להחזירין לבעלים מיד, דכיון שאינו מקבל ע"ע שמירתן אין לו לעכבן בידו, וסתמא דמילתא אין הרועה שומר גיזות, וה"נ מסתברא דסתם שואל אינו יכול להשתמש בגיזות וולדות בלא רשות מהבעלים, דכפקדון אחר דמו, וכיון שכן כל השומרים פטורים בזה, מיהו י"ל דלא גרע מהנח לפני דהוי ש"ח עד שיביאם לבעה"ב, ובהתנו שישמור גם הגיזות וולדות, ה"ז כפקדון נוסף, [ואפשר דבשילם רק הגיזות מקנה לי' כפילא, דעדיף משתי פרות, דהכא חשיבי כשני פקדונות שמסרן זה אחר זה], ולפ"ז ודאי שאין לכלול הגיזות וולדות בתנאי דתרצה ותשלמני.

ובדין יוקרא שמשעת גניבה עד שעה ששילם, יעוי' בש"ך שם שתמן בדעת הראב"ד דיוקרא שעד התשלום משלם השומר, והנה ביסוד הדברים [לדעת הש"ך] מודה הראב"ד להמ"מ דיוקרא דמשעת גניבה לשומר, אלא דס"ל דלא ידעינן שעת גניבה אלא בעדים, וצ"ע דלפ"ז לא הו"ל להראב"ד לתלות דבריו בשעה ששילם, דאדרבא סתמא דמילתא בדמשתכח גנב, ידעינן מתי נגנב, ועכ"פ קודם השעה ששילם, ועוד דכיון שנתברר שנגנב, לא

מסתבר שישלם השומר כשעת היוקר דוקא, והעיקר דכיון שמזמן הגניבה קונה השבח דיוקרא, לא הו"ל להראב"ד לומר שילם מפני אופנים שלא נתברר זמן הגניבה, וגם משכח"ל שילם הרבה אחר התביעה, כגון בנשבע ונפטר ושילם, וע"כ דעת הראב"ד כמ"ש במ"מ דלענין יוקרא ל"ק אלא משעת תשלומין ואילך, והמ"מ פי' כונתו לל"ב דרבא, אבל ממה שסתם הראב"ד בה"א וגם כאן, משמע דמודה לחילוק דשבחא דמגופה, אלא דס"ל דכ"ז שלא שילם הוי יוקרא שבחא דמגופה, ורק לאחר ששילם חשיב שבחא דממילא, אבל זה דוחק דכיון שמשלם כשעת גניבה, אין להמציא שיור לבעלים ביוקרא דמשעת גניבה עד שעת תשלומין, ולכן נראה דכונת הראב"ד במ"ש דוקא שבא השבח אחר ששילם, ר"ל דוקא בשבח שנוסף על מה ששילם, ולאפוקי מהבנת המ"מ בדעת הרמב"ם.

ובקצה"ח סק"ב ג' כתב לפרש דעת הראב"ד דיוקרא הוי שבחא דמגופה, ולבתר תשלומין קונה אף שבחא דמגופה והסכים עמו בנה"מ סק"ב, ול"מ כן ממה שסתם הראב"ד דבריו בה"א וכאן, דמשמע שמודה דשבחא דמגופה כולו חוזר, ובאמת בחידושים ע"ש ריטב"א שהביא הקצה"ח כתב בדיבור שאח"ז דלבתר תשלומין מקנה לי' שבחא דמגופה, ומסיים בדברי הרמב"ם והראב"ד שחילק בזה, וז"ל וכן מצאתי שכו' הר"מ ז"ל דיוקרא דאחר ששילם מקנה לי' אבל לא איירי בשבחא דמגופא אחרנא כגון גיזות וולדות, וזה כמ"ש המ"מ ולא כמ"ש בקצה"ח סק"ג, ובעיקר הסברא שכו' הריטב"א שם דאחר ששילם לו נגמר הקנין אצלו, והרי היא שלו לגמרי, יעוי' מש"כ בזה סק"א דבאמת לא נחלט הקנין עד לבסוף, אם ירצה השומר בכך.

בנה"מ סק"א כ' דכו"ע מודו דלבתר תשלומין קונה שבחא דמגופה, ומה שכתבו דיוקרא הוי שבחא דממילא היינו לומר שקונה משעת גניבה, וצ"ע שהרי מכח קו' דכיפי

והשומר צריך לברר שאין הדבר כן, וכל מה שלא בירר נשאר בכח התביעה הודאית דקא תבע מיני' איל.

מידו נראה דכיון דהחוב של השומר הוא על הפשיעה, נהי דמעיקרא קא תבע מיני' השבת הפקדון, מ"מ לא זהו עיקר חיובו, דאם אין הפקדון ברשותו, נכגון שנשבע שא"ב, או דידעין שנגנב, חזר חיובו על הפשיעה, וא"א לחייבו על פשיעה דהשתא, היכא דקא טעין שמעיקרא פשע, ואמנם יש סברא להעמיד החפץ במקומו כמה דאפשר, ולא נתחדש בנגנב מעיקרא, מ"מ א"א לתבוע השומר מכח זה, וזוהי דעת הגרע"א ז"ל והקצה"ח והנה"מ שחלקו בזה על הש"ך, ונהגה"ע ז"ל הוכיח כן מהא דבשכורה מתה חשיבא תביעת שמא, אע"פ שזמן השאלה הוא לבסוף, כגון שבזמן השכירות הי' טלה ובזמן השאלה איל, דמ"מ מהימן למימר שכורה מתה, מיהו אפשר דהתם כיון דאפשר שלא בא לכלל שאלה, לא חשיבא תביעת שאולה, משא"כ הכא דקא תבע לי' אותו פקדון שיחזירו כי השתא, והגע עצמך ביש עדים שפשע בשעת הזול, אלא שאינם יודעים מתי נגנבה, והוא מודה שבאותה פשיעה נגנבה, מי מחייבין לי' על סמך טענה דשמא חזרה אליו, וחזר ופשע בה בשעת היוקר, וכן בהלך למדה"י בשעת הזול דידעין שלא שמרה מאז, מי מחייבין לי' עד שיוכיח מתי אירע ההפסד שמחמת הפשיעה, וכן בתבעו בשעת הזול ובינתיים הוקר ג"כ הדין נותן להש"ך דמשלם כשעת היוקר ול"מ כן, וצריך עוד להתיישב בכ"ז, לפי שראיתי בספר מרן זלה"ה חו"מ לקוטים סי' כ' דפשיטא לי' כדעת הש"ך עיי"ש.

עוד כתב הגרע"א ז"ל דבכה"ג שהשומר טוען שנגנב בשעת הזול, ומהימנין לי' משום דעל בעה"ב להביא ראיה, לא מקנה לי' האי יוקרא כיון דאפשר שהי' חייב לשלם יוקר זה, ונהי דמעיקרא הדין דהממע"ה, מ"מ השתא הו"ל בעה"ב מרא קמא, וצריך השומר להוכיח

אמרו כן, ואם איתא הא מתפרש שפיר דכיפי אייקור לבתר תשלומין, וכמו שתירץ בחידושים ע"ש ריטב"א, ומבואר מדבריו גופא דלשאר תירוצים אין הדין כן, וכ"מ ברמב"ם ה"א, וכמ"ש במ"מ ה"ג דאין לחדש זמן של שעה ששילם, נוכן פשיטא לי' להש"ך ולא הוצרך להזכיר בסק"ט שעת תשלומין, דגם בסק"ז לא ס"ל חילוק זה אף להראב"ד, וצ"ע מ"ש בזה בנה"מ, וגם בסברא הדבר קשה כיון שמשלם כשעת הגניבה עמש"כ לעיל, ומה שהזכיר הרמב"ן דמשעת שומא אין דעתו על היוקר, כבר נתבאר לעיל דשעת שומא היינו השעה שחל החיוב, ואף אם איחר בתשלום ונתייקר בינתיים, אין בו כדי לשנות הדין, דכן הדין בכל גזילות וחבלות, דלעומת זה מרויח בזולא, וועי' בספר אמו"ר שליט"א סט"ז סק"א בטעמא דקבעו התשלומין בדמים שבשעת ההיזק.

ולענין הלכה נראה דלמאי דקיי"ל כל"ק דרבא, אינו קונה גיזות וולדות כלל, כמ"ש הש"ך סק"ט, וכ"מ בתו' ובשטמ"ק בשם תו' שאנץ והרא"ש, ורמב"ן וריטב"א [בשטמ"ק כמש"כ סק"ב, ומינה גופא שכ"כ מכח קו' דכיפי נמי מוכח שאין חילוק בין מששילם לעד שעה ששילם, וכן ברשב"א ור"ן ונמו"י כתבו בחדושה דאז שאבדו דמקני יוקרא משעת אבידה ומשמע דגיזות וולדות כלל לא, ואף בדעת הראב"ד נקטו כן המ"מ והש"ך, וכ"ע בריטב"א הנ"ל, ואין לנו מפורש בזה אלא דעת המ"מ בה"א, דלכו"ע גיזות וולדות שלאחר תשלומין דשומר, וכל"ב דרבא, אלא שכ"כ בדעת המפרשים, ועי' בזה בסק"ב.

ד. **ש"ך** סק"ז, הי' מוכרח לשלם לו כפי שעת התביעה כו', ר"ל דהמפקיד אצל חבירו טלה ונעשה איל, חשיבא תביעת שומרין על איל, ולא תביעת שמא חשיבא, דכ"ז שלא נתברר שאין החפץ בעולם חשיבא תביעה ודאית, דזהו מה שצריך להחזיר לו,

ששילם כולו, וכ"כ בנה"מ סק"ב ופי' כן כונת הש"ך עיי"ש, ועוד הוסיף הגרע"א ז"ל לדון דהו"ל כשילם מחצה עיי"ש.

ולכאוי נראה דודאי מקנה לי' בכה"ג שהרי אינו מצפה שישלם לו השומר מה שפטור ע"פ דין, (גם אם פשע), וזה עדיף מיש עדים שנגנבה שכ' הרשב"א דלא מקנה לי' כפילא, דהכא לפי ידיעת השומר אין כאן שום צד חיוב, דאין אפשר שיצטרך לשלם יותר מאילו אכלה בזמן שנגנבה, וכיון דלפי ידיעת השומר אין כאן שום צד חיוב מקנה לי' כפילא, לפי שנהג עמו לפניו משה"ד, בכל מה שהפסיד בעה"ב דמה שנתייקר אחר הגניבה זה אינו חשיב פסידא דבעה"ב לפי ידיעת השומר דאף אם הוול הי' משלם לו כשעת גניבה, (ואפי' אם שילם לבטל ספיקות דבעה"ב, י"ל דאין זה מוסיף לענין הקנאת בעה"ב, שאינו מעלה על דעתו שיוסיף לשלם בכה"ג, וכיון דבשילם כשעת היוקר פשיטא דקנה, ה"ה בלא שילם, דאין דעתו של בעה"ב להוספה זו), מיהו אם נתברר שבשעת היוקר נגנבה, מסתברא דגרע משילם מחצה, אבל אם בעה"ב טוען ברי שבשעת היוקר נגנבה, צ"ע אי מהימנינן לי' להפסיד את השומר, ואע"פ שבודאי לא הי' דעתו להקנות אם ישקר, מ"מ אי מהימנינן לשומר, הו"ל ככל שומר ששילם כדינו, מיהו מסתברא דאליה כח מר"ק דבעה"ב, כיון שטוען ברי, וכ"כ מרן זללה"ה שם דבכה"ג לא מקנה לי' כפילא, אבל בטוען שמא כתב דאפשר דכל ששילם תשלומין המספיקים לפוטרו משבועה מקני כפילא, וזה כמש"כ.

בקצה"ח סק"ב העתיק להלכה דברי המ"מ דיש חילוק בין טוען נאנסה דמשלם כשעת מסירה, לטוען פשעתי דמשלם כשעת גניבה, אבל באמת דעת המ"מ דאין לחלק בזה, אלא שצייד כן במשמעות דעת הרמב"ם, וכבר כתב הש"ך דגם דעת הרמב"ם יש לפרש דלא קני יוקרא דעד שעת גניבה, וכ"נ מדברי

הרמב"ן דיוקרא דעד שעת גניבה שבחא דמגופה חשיב, ורק לבתר שומא אין דעתו על יוקרא דמכאן ולהבא, וכ"כ הראשונים ז"ל במתני' דמקנה לי' יוקרא דמשעת אבידה, ולא חילקו דלל"ק כל היוקר שלו, בגונא דמתני' שהוא פטור, [וערש"י ל"ה א' דאייקור יתר על הדמים שפרע לבעלים, אלא דהתם באמת פשע, מיהו גם בזה יש לדון כשנתברר דגבי' הוול, אי חשיב שילם בפטור וגם נראה דכל הראשונים ז"ל סתמן כפירושן דאין חילוק בתשלומי שומר הפטור באמת, לשומר דחייב, ובדעת הרמב"ם לפי הבנת המ"מ נתבאר לעיל סק"ג דכונתו כשהבעלים נתרצה בכך, דניחא לי' בהכי טפי משישבע ויפטור, משא"כ במודה שפשע דאין הבעלים צריכים להתפשר על תשלום כזה, כיון שב"ד יכריחוהו לשלם מאחר שהודה האמת שפשע.

ברם ראיתי בספר מרן זללה"ה שם שכ' לפרש דברי המ"מ דאחר שנמצא הגנב נתברר שהי' פטור ושילם, ואז מחזיר לו המפקיד יוקרא דמשעת מסירה, וניחא לי' בזה הא דפריך אפי' גיזותי' וולדותי' נמי, דהיינו בכה"ג שפטור, וכ' שגם הש"ך מודה בזה, [וצ"ע א"כ למה נדחק בקו' דגיזות וולדות], ולפמ"ש"כ אין כן דעת הפוסקים, ולא מחלקינן בין שילם בפטור לשילם בחיוב, ולעולם אין המפקיד צריך להחזיר ממה שקיבל עבור הפקדון, וכן בסברא דיוקרא דעד שעת גניבה לא עביד איניש דמקנה, וצ"ע.

ה. **ל"ד** א' תוד"ה א"נ, הרי פרתי קנויה לך מעכשיו סמוך לגניבה כו', אפשר דמשונה לחדש קנין מעכשיו ולאחר ל', כשגם לאחר ל' אין הקנין נחלט, דהכא גם סמוך לגניבה אינו נחלט אא"כ תרצה ותשלמני, [וגם אז הדבר תלוי ברצונו כמש"כ סק"א] וא"כ למאי הלכתא האריך משך הקנין בגוף הדבר מעכשיו וסמוך לגניבה, ואלא מאי אית לך למימר משום פירות, א"כ נימא בהדיא גוף מעכשיו ופירות סמוך לגניבה, אבל אין למשוך

טפי לומר כשינויא דר"ז, מלהמציא עוד פרטים בנעשה כאומר לו, ואע"פ שנרויח בזה שלא נפסיד השומר בגיזות דלאחר תשלומין, אין לחדש מכח זה פרטים בנעשה כאומר לו וכמש"כ לעיל.

[ואפשר גם לפרש קושייתם לאחר שתגנב ותמצא הגניבה דעיקר קושייתם דנימא ד"ז במעכשיו ולאחר בלי חוץ וממילא נבין לפרש דהיינו עד שעה שמקנה לו לפי לישנא דחוץ, אלא דהאמת שראוי להקנות מיד אחר שתגנב, ע"י לעיל סק"ב, ומ"מ פרשנו דבריהם אחר שתגנב ותרצה ותשלמני שאז יוחלט הקנין דאל"כ הו"ל להקשות מעכשיו סמוך לגניבה ולא יקשה ע"ז מאי פסקא, אלא שאז הקנין אינו מוחלט עד שירצה וישלמנו וכמש"כ ע"ד התו'].

שם בא"ד ושמא י"ל כו' לכה"פ הנהו דאיתנהו בשעת מסירה כו', נראה מדבריהם דאין הגיזות וולדות שהיו בידו עד שעת גניבה בכלל ותרצה ותשלמני, דאם בלא"ה צריך לשלם, מה בכך שיהיו הגיזות שלו, ובשלמא לל"ק שייך לדחוק כמ"ש הש"ך בסי' רצ"ה סק"ז דניחא ל'י בשבחא דמגופה, אבל התו' מיירו לל"ב, דלא ס"ל חילוק זה, וגם אין לחוש ליתרון דגיזות עצמן בפעם אחת, דהיינו מה שהי' בשעת מסירה, א"ו כונת תו' שיקנה הגיזות ולא יצטרך לשלם כלל, וזה כמש"כ לעיל סק"ג דאין הגיזות בכלל ותרצה ותשלמני.

בתו' הרא"ש תירץ על קו' תו' דאכתי לא פסיקא ל'י, כיון דאף במעכשיו סמוך לגניבה צריך שתהא במקום הראוי לקנין, אבל ברה"ר לא, וצ"ע דמ"מ הא עדיפא מלהצריך שתהא ברשותו דוקא, וצ"ל דס"ל דכיון שבדרך כלל הפקדון בביתו ורק בבהמה מצוי נדון זה, ובלא"ה קשה לברר אם עמדה במקום הראוי לקנין סמוך לגניבה, ס"ל לתלמודא דיש לפרש הקנין בסתמא סמוך לגניבה בלא

הקנין בגוף מעכשיו סמוך לגניבה, שו"ר בחידושים ע"ש ריטב"א שחילק מה"ט ושם כתב דמן הדין אינו קונה בכה"ג בעומדת באגם.

מיהו אכתי יש להקשות דנימא שמקנה גוף מעכשיו ופירות סמוך לגניבתה, וקו' זו הק' הגרע"א ז"ל, ונראה דכיון דבאמת אינו אומר לו כלום, אלא דחו"ל אמרו דנעשה כאומר לו, אין להמציא בזה פרטי דברים, ובזה ביארנו לעיל טעמא דלל"ק לא מקנה ל'י שבחא דמגופה דלאחר גניבה, אע"פ שבסברא הוא שלו, דאין מקום להמציא פרטי דברים בנעשה כאומר לו, ולכן אם ע"כ אינו מקנה לו שבחא דמגופה דקודם גניבה, תו לא מחדשינן דין נוסף בזה לאחר גניבה, ומה"ט פליג ל"ב דס"ל שאין להפסיד השומר בגיזות שאחר גניבה, או דס"ל דאין להוסיף תנאי דחוץ, בנעשה כאומר לו, וכ"ז כשצריך לחלק בין גוף לפירות, אבל תו' הקשו בקנין הגוף עצמו שיחול בכה"ג, והיינו דבאמת מקנה הכל רק סמוך לגניבתה, אלא כדי למנוע הפסד בדקיימא באגם, אפשר לומר נעשה באופן שמשכח דהשתא תועיל לקנין דסמוך לגניבה.

הרשב"א והריטב"א בשטמ"ק הקשו כעין קו' תו', אבל באמת לא דמין אהדרי, שהם הקשו כן לל"ק, והיינו באופן שבאמת יוחלט הקנין באותו זמן, דהיינו מעכשיו ולכשתגנב ותרצה ותשלמני [ועי' לעיל סק"ב דעת המ"מ], וע"ז אין לתרץ מש"כ ע"ד התו', כיון שבשעה שמשלם הוחלט הקנין [מצד בעה"ב עי' סק"א], והנה הרשב"א והריטב"א תירצו בזה דאכתי גם לפי"ז צריך לחלק בין שבחא דמגופה לשבחא דמעלמא וזהו שכ' דא ודא אחת היא שלא הרוחנו בזה ליישב קו' דמאי פסקא, ולכן לא שייך להק' דנימא הכי, מיהו עדיין יש חילוק לדינא בין התירוצים דלפי תירוצם משעת תשלומין מיהא קונה גם גיזות וולדות, משא"כ ללישנא דמעכשיו וחוץ, אלא דכיון דע"כ למיתי לטעמא דחוץ, עדיף

מעכשיו, אע"פ שהי' אפשר להרויח עוד כמה אופנים, ועשטמ"ק בשם תו' הר"פ.

ו. **שם** גמ' א"נ דקיימא באגם, לישנא בתרא ס"ל דעדיף למימר נעשה כאומר לו כפי הראוי, דהיינו שמקנה לו הכל סמוך לגניבה, דכיון שמשלם לו שווייה בשעת גניבה, בדין הוא שהגזיות וולדות ג"כ יהיו שלו, [ועוד דכיון שמקנה לו גוף הפרה, אין סברא לעכב שבחא דמגופה], ולכן יש לפרש דהמפקיד נעשה כנותן לו כולה, ואע"פ שפעמים שלא עשה השומר מעשה קנין ויפסיד לגמרי, מ"מ הכי עדיף שהבעה"ב מוכן להקנות הכל כפי הראוי, וגם סתמא דמילתא הפקדון ברשותו, ועוד דנהי דלא קני בעומדת באגם, מ"מ אם הבעה"ב מעכבו לעצמו, לאו שפיר עבד, דכיון שהסכים להקנות הפקדון תמורת התשלום, אלא שלא נודמן לשומר לגמור הדבר במעשה קנין, ראוי לקיים הדברים וליתנו לשומר.

ונראה דל"ב דרבא רמז התנא ד"ז במאי דקתני למי שהפקדון אצלו, ולא קאמר לשומר, ובאמת דל"ק לשון זה צ"ב, ושמעתי מאאמור"ר שליט"א דאף דל"ק משכח"ל דלא קני, כגון שהיתה עומדת באגם בשעת מסירה, וקיבל שמירה ע"י שא"ל הנח לפני, ולקנות הבהמה לא מהני, ונמצא דלכו"ע בעינן דוקא מי שהפקדון אצלו, ולא סגי בזה שהוא שומר, [מיהו לדעת רוח"פ תיקנו משיכה בשומרין דאינו מתחייב בלא קנין גמור, עשו"ע סי' רצ"א ס"ה], מיהו נראה דאם באת לרשתו בינתיים קנה לל"ק, דנעשה כאומר לו בשעת מסירה שיכול לקנותה מעכשיו, אבל יכול לעשות המעשה קנין אח"כ, וכ"ה פשטות הדברים דליכא גונא דל"ב קני ולל"ק לא קני, - יעוי' ברשב"א שכ' דשמא רבא גופי' ס"ל דאף בעומדת באגם קני, דאל"כ לא הי' נדחק לאוקומי מתני' בהכי, מיהו קשה למעבד פלוגתא בין לישני דרבא בד"ז, ושמא ס"ל

לל"ק דיש להעמיד מתני' אף בעומדת ברה"ר, אבל לפ"ז רבא קאמר שיקנה במשיכה דהשתא, ותלמודא מייתי לה בע"א, ועוד דלפ"ז גם ל"ב צריך לומר דנעשה כאומר לו כעין חוץ, כיון שגומר הקנין מעכשיו ומשייר תנאי לסמוך לגניבתה, ולפמשת"ל דלכו"ע קתני מתני' למי שהפקדון אצלו לומר דבעינן מעשה קנין, ניחא קצת שאין הענין סתום במתני', ועי' להלן אם גם בכלים פליגי.

הרשב"א הזכיר בקושיתו ובעדים, משמע שר"ל דהשומר לא מהימן לומר שהיתה ברשותו, ואפשר דדוקא בבעה"ב מכחישו בעינן עדים, אבל סתמא השומר מהימן, דהו"ל כפוסק עם חבירו על מקח, ושלחו לעשות קנין, דברי דלוקח עדיף, ואפשר נמי דבשעה ששילם מאמין לו הבעה"ב, דאפשרות הריוח דכפילא רחוקה, ובדרך כלל מתברר ע"פ דבריו אם היתה ברשותו, מיהו אם העדים ראו שעת גניבה יכולים להעיד גם ע"ז.

בפי' ר"ח הביא לפרש דהא דקאמר א"נ דקיימא באגם, ר"ל דבהא פליגי הני לישני, דלל"ק אם הי' קונה סמוך לגניבתה, לא קנה בדקיימא באגם, ולכן ע"כ לאוקומי במעכשיו, אבל ל"ב סבר דאפי' קיימא באגם סמוך לגניבתה קני, דכיון שהיא באחריות השומר חשיבא ברשותי' דשומר, וסגי בהכי לקנין, ולפ"ז הי' ראוי לפסוק כל"ב, אבל כל הפוסקים לא ס"ל הכי, ולשון הגמ' נמי ל"מ כן.

מהשמות הרי"ף נראה דלא מקנה לי' אלא כפילא [ויקרא], שלא הזכיר דמקנה לו הבהמה כלל, ולכן לא הוצרך לפרש חוץ מגזיותי' וולדותי', ובבעיות דסלקי בתיקו דן הרי"ף בדין כפל ולא הזכיר יקרא וגוף הבהמה, והי' אפשר לומר דלל"ק לא קני להו, אבל הרי"ף העתיק סוגיא דכיפי, ודוחק לומר דרק לענין דינא דאטרחי' כתבו וצ"ת.

הגנב כו' ולא נתברר עי"ז אם פשיעתו גרמה לכך, וכ"ש באבידה שא"א לברר, ומ"מ קתני דמקנה ל' כפילא מעיקרא, [שו"ר ברמב"ן במתני' שכ' תדע כו' והוסיף א"נ שלח בה יד עי"ש].

והנה ודאי דלישני' דר"פ מתפרש כשהי' השומר יכול לפטור עצמו, דאל"כ הול"ל דמצי למיפטר בגניבה, אבל לשון דאי בעי ולשון נפשי' קאי על השומר שאם הי' רוצה הי' פוטר עצמו, וצריך ראי' לחדש דאף כשיש עדים שפשע מקנה ל' כפילא, ואין לפרש דה"ק ש"ח בשעת מסירה מקנה ל' כפילא משום דמשכח"ל ב' צד פטור, דא"כ הול"ל ש"ח אע"פ שפשע מקנה ל' כפילא, [וממילא יתפרש באומר הריני משלם], וגם הול"ל משום דאפשר שיפטר בגו"א, ונראה דגם להרשב"א מתפרשת עיקר המימרא בש"ח שאמר פשעתי משום דבאופן זה מצי פטר נפשי', אלא דס"ל דאין דעתו בשעת מסירה לחלק אם תהא לו אפשרות להביא עדים, אלא כיון דהשומר אומר פשעתי מקנה ל' כפילא, ולא נחית לדקדק אם יוכל להביא עדים, אבל אם השומר אמר לא פשעתי, והביא לו עדים חוץ לב"ד, ושילם מיד, אע"ג דלא אטרחי' לבי דינא לא מקנה ל' כפילא, דעיקר סברת הרשב"א היא שאין להשתמש בכח העדים, כ"ז שלא הוצרך לעדים, והשומר משלם מעצמו.

ונראה להוכיח דעיקר הפטור משום דמצי פטר נפשי', וכדעת הרמב"ן, מס"ד דרבא בכיפי, דהא התם אמר פשעתי [וגרע מינה שלא הי' סבור שיתחייב], ואטרחי' לבי דינא, ומ"מ סבר רבא דפטור, וע"כ הטעם משום דהוה מצי למיפטר נפשי', בטענה מעולה מזו, אבל אם היו עדים שפשע לא הוה סבר רבא דמקנה ל' כפילא, וכיון דלרבא טעמא דמקנה ל' בפשעתי משום דמצי למיפטר נפשי', אין לחדש דאחר שנתחדש לו טעמא דאטרחי' לב"ד, הדר ב', וסבר דהכל

יש לעי' אם מודה ל"ב בכלים שאין בהם שבח מגופן, דמקנה להו מעכשיו, דכיון שאין סיבה שלא יקנה מעכשיו, ראוי לומר נעשה כאומר מעכשיו, כדי שיקנה גם באגם, אבל סתמא משמע שלא חילקו בין בהמה לכלים, וי"ל דסתמא כלים בבית, ואין להוכיח ממ"ש הראשונים ז"ל גבי כיפי, לחלק בין ל"ק לל"ב, דהתם קיימי לצד דיוקרא הוי שבחא דמגופה, וא"כ בכל מילי איכא שבחא דמגופה, [ובזה אפשר ליישב דברי הרמב"ם בפ"ח משו"פ ה"א שכ' דגוף הבהמה חוזרת לבעלים, ובה"ג גבי ד' סאין משמע שהם של השומר, עי' לעיל סק"א, ולפ"ז י"ל דהיכא דמעכב שבחא דמגופה לעצמו ממילא גם גופה בכלל, אבל היכא דליכא שבחא דמגופה, מקנה גם גוף החפץ, דלא עביד שויר משום כושרא דחיותא לחוד].

ז. **שם** אר"פ ש"ח כיון שאמר פשעתי כו', אפשר דפשיטא ל' לר"פ הכי, משום שאין סברא להקנות לו כשטוען נגנבה, כ"ז שלא נשבע, דהא לא מהימנינן ל', וכיון דבמתני' קתני דבמקום שצריך לישבע ולא נשבע מקנה ל' כפילא, ע"כ דאין הטעם מפני ששילם לפניו משוה"ד, אלא דכל שיכול לפטור עצמו גמר ומקנה ל' כשמשלם, ויש להוסיף דכיון שדעתו לשלם, קרוב שישקר ויטעון שהוא פטור, ואעפ"כ משלם, (כמ"ש תו' במתני' עי"ש), ואינו בדין שע"ז מקנה ל' טפי, [וכה"ג משני ר"ז ב"ק נ"ז ב'], (מיהו הא דקאמר דאי בעי פטר נפשי' בגניבה, אין הכונה דאי בעי אמר הריני משלם אע"פ שנגנבה, וזה יתפרש ממש כמש"כ, אלא מתפרש כפשוטו דאי בעי פטר נפשי' בשבעה דנגנבה, וכ"מ מדקאמר בש"ש שבורה ומתה ובשואל ממ"מ, ובכה"ג הרי יתברר שטען שקר שלא מקנה ל', וגם אינו טוען כן כשדעתו על כפל ויוקרא דלפי דבריו אין לו מה לקנות), ואין לפרש מתני' דמיירי דוקא כשנתברר שהי' פטור, דסתמא קתני נמצא

לשיטה דתלמודן כלל, ואדרבא יש לדקדק דאי לאו דהוה בכלל ישלם דקרא, לא הי' הירו' מסתפק שיקנה כפל.

בנה"מ סי' רצ"ה סק"ג כ' דבשילם ממש אפי' יש עדים שפשע י"ל דמקנה לי' כפילא, כמו לל"ק דר"פ דאע"ג דלא שכיח דליפטר נפשי' בממ"מ, מ"מ בשילם ממש מקנה לי' לגרש"י, וש"מ דבזה לא בעינן דמצי פטר נפשי', ואין נראה כן מדברי הראשונים ז"ל, [ועיקר הנדון להרשב"א הוא מטעמא אחרינא וכמש"כ לעיל], ואף לגרש"י נראה דמתפרש משום דמצי פטר נפשי' בממ"מ, אלא דכיון דלא שכיח בעינן שילם ממש, שאין זו טובה גמורה כ"כ, שיקנה בדיבורא בעלמא.

ומה"ט לא כתבו תוס' שם נפ"מ בש"ח שהתנה להיות כשואל, דהתם ליכא שום פטור, ואפי' שילם ל"ק], ונראה דגם הרשב"א מודה בש"ח שהתנה להיות כשואל דלא מקנה לי' כפילא דכיון דבשעת מסירה ידע דלא משכח"ל גבי' שום פטור, אין דעתו להקנות, [אם לא נחדש שאינו רוצה להפסידו בגלל שהוסיף להיות כשואל].

בש"ך שם סק"ח הכריע דלא כהרשב"א, ואמנם מ"ש מלישנא דתלמודן, הרי הרשב"א דן בזה וביאר הדברים, [וכן דברי הירו' נתבארו לעיל], אבל מ"מ יש לנקוט כדעת הרמב"ן שכ"ד הרמב"ם והריטב"א ובשם מורו והר"ן, וכ"נ דעת המ"מ, ומאחר מדברי הירו' אין ראי', יש לנקוט כסתמא דתלמודן.

ח. **ל"ד** ב' וחזר ואמר איני משלם כו', יעוי' בתו', ולכאור' הכא עדיף מכל מה שהביאו בתו', שהרי אין המפקיד טוען שהוא בודאי חייב, וגם השומר לא קיבל ע"ע לשלם כמחויב בדבר, אלא אמר שמוכן לשלם לפנים משהו"ד, ואפי' יחשב גמ"ד, א"א לחייבו לשלם, שהי' גמ"ד שמוכן לשלם לפנים

תלוי באטרחי' ואי לא אטרחי' אפי' לא מצי למיפטר נפשי', א"ו יש לקיים גם למסקנא דעיקר הטעם משום דמצי פטר נפשי'.

והרשב"א הביא בשם ירו' דהיו לו עדים שנגנבה בפשיעה הרי הוא בכלל שלם, ואח"כ נמצא הגנב למי הוא משלם לראשון או לשני לשניהן, לפנינו בירו' או לשניהן ולא איפשיטא, או דמסיק יחלוקן, אבל כנראה שהרשב"א גרס לשני במקום לשניהן, או לשני הן [שתי תיבות], והיינו דפשיט דלשני הן, ועוד הביא מהירו' דהיו לו עדים שנגנבה באונס הדא הוא דאר"א המוכר קנסיו לאחרים לא עשה ולא כלום, ופי' דכיון דלא אסיק אדעת' שישלם, ה"ז כמוכר לו עכשיו קנסיו, וצ"ע דכיון דלא אקני לי' מעיקרא, תו לא מהני אפי' מקנה לי' גופה, כיון שאינה ברשותו בשעת תשלומין, ומאי איצטריך לטעמא דמוכר קנסיו, [שור' בנה"מ סי' רצ"ה סק"ג ע"ד הש"ך שם סק"ח עי"ש], ועוד דסתמא דמילתא בזמן התשלומין אין דעתם על קנין הכפל, וכיון דמעיקרא לא אסיק אדעת', [דליקני כתק"ח], השתא נמי כיון שלא התנו כך, ממילא לא קני, גם צ"ב לענין מאי קאמר בירו' בהיו לו עדים שנגנבה בפשיעה הרי הוא בכלל שלם, אבל באמת בירו' לא מפרש טעמא דמתני' מכח נעשה כאומר, אלא מיייתי לה מקרא שהתורה הקנתה הכפל לשומר עי"ש, ולכן אין בזה משום מוכר קנסיו לאחרים, אבל בהיו לו עדים שנגנבה באונס דא"צ לשלם, לא קאי עלי' קרא דשנים ישלם, כיון שהוא לא הי' בכלל ישלם בקרא דלעיל, ולכן אינו יכול להקנות לו כדר"א, והיינו אפי' יתנה כן מתחלה, כיון שאינו יכול למכור קנסיו לאחרים, והדר קאמר דבהיו לו עדים שנגנבה בפשיעה הרי הוא בכלל ישלם [כ"ה לפנינו] ור"ל בכלל ישלם דקרא, ומ"מ מסתפק בירו' אם זוכה בכפל בכה"ג, דאפשר שיש לפרש הפסוק דוקא במשלם ע"פ עצמו, ומסיק דיחלוקן, ולפ"ז אין ללמוד מהירו'

כמה יש להניח דקאי איניש במילתה ולא עד כמה ציית דינא, [ונכמש"כ ס"ק ט"ז].

והנה הרא"ש דקדק עוד דמיירי בא"י לחזור בו משום דמשמע דקאי גם אמילתי' דר"פ דש"ח שאמר פשעתי כו' ובהנהו לא שיך חזרה כיון שהודה, ולכאור' לשון הריני משלם שבגמ' מתפרש סתמא כשהוא פטור, דכשמחייב עצמו א"צ לומר הריני משלם, כמ"ש בקצה"ח סי' רצ"ה סק"א לדיוקא מדר"פ דכיון שאמר פשעתי סגי, ולכאור' גם מהא דפתח בגמ' פשיטא אמר איני משלם כו' מוכח דמיירי ביכול לפטור עצמו, דאין לדון באומר פשעתי ולא צייתנא דינא, וחזור ואומר צייתנא, וגם אין להעלות על הדעת כה"ג אלא כשיש לו סיבה לכך, [ובההיא דכיפי הי' סבור דלאו פשיעה היא, שהי' בטוח שיזכר וימצאם, ומה"ט קאמר ר"פ דבעלמא כיון שאמר פשעתי כאומר הריני משלם דמי, עי' קצה"ח שם ולק' ס"ק י"ג], ומה"ט נמי מיושב יותר לומר דחזר ואמר איני משלם היינו כשיכול לחזור בו, דאין סברא להעמיד באמר לא צייתנא דינא, ובודאי דחוי קא מדחי לי, מיהו לאו קו' היא, דכיון שמרגיש בעצמו שלפנים משהו"ד קאמר הריני משלם, שפיר יש לדון בחזר בו, אע"פ שא"י לחזור ע"פ דין, אבל באמר פשעתי, וחזר ואמר איני משלם, ודאי יש לנקוט דדחוי קא מדחי לי, כיון שמכיר בחובתו, אבל הרמב"ן והרא"ש הסכימו דגם בזה קמיבעיא לן, ואפשר דמתפרש בחזור ואומר שלא פשע, דסתמא דמילתא כל האומר לא צייתנא דינא מצדיק הנהגתו.

ולכאור' מהא דקמיבעיא לן באמר הריני משלם ומת ואמרו בניו אין אנו משלמין כו' מוכח דבאמר הריני משלם כבר נתחייב בתשלומין, דאל"כ הרי הבנים פטורים לגמרי, דכיון שהאב טען שהוא פטור אלא שהי' מחויב שבועה, א"כ היורשים פטורים לגמרי, ואמאי נימא דבמילתא קיימי, ואפי' לא חזרו בהן בפירוש, יש לשאול כן, [ועוד דבכה"ג

משהו"ד, ומצאתי שהק' כן אאמו"ר שליט"א בספר סנהדרין ס"ח סק"ח, (ועיי"ש בביאור טעמא דא"י לחזור בו), ותירץ דחשיב כאילו אמר בב"ד איני נשבע, ופסקו ב"ד שישלם, דשוב א"י לחזור ולומר אני נשבע, ואפשר דחשיב כמוותר על זכותו להיות נאמן בשבועה, ודינו כא"י לישבע דמשלם, ולפ"ז בנשבע ואח"כ שילם, אם אמר הריני משלם יכול לחזור בו, וניחא דקאמר דוקא שילם, דבאמירה לחוד לא סמכה דעת' [וצ"ע בלשון הרא"ש כמתני' דמשמע דברצה לשלם סגי ועי' בכ"ז לק' סק"ט י"א], וכן בהיו עדים שנגנבה באונס, להריטב"א דמקנה לי' כפילא, דוקא שילם, אבל אמר, לא סמכא דעת'.

ברם קשה דמאי פסקא דהריני משלם בב"ד קאמר, וסתמא דמילתא שומר שרוצה לשלם, לא מטרח לי' לב"ד כלל, ואם נימא דבאמת חוץ לב"ד כיון שיכול לחזור בו לא סמכא דעת' כמ"ש הרמב"ן והרא"ש, א"כ ניחא מתני' דקתני שילם ולא קתני אמר, דסתמא מיירי חוץ לב"ד, ואפי' אמר כן בפני עדים יכול לחזור בו, שו"ר בתו' שבועות ל"ט א' ד"ה אם שכ' דר"ת לפי חזרתו פי' שמעתין באומר חוץ לב"ד או שחזר בו קודם שיצא מב"ד, [ובשטמ"ק בשם הר"ן הקדים לבאר דכולה שמעתין באמר בב"ד וכ"מ בפוסקים].

ולכאור' הי' נראה דאף ביכול לחזור בו שפיר סמכא דעת', דסתמא דמילתא כיון דרמיא עלי' שבועה, וקאמר הריני משלם ואיני נשבע, אין לחוש שיחזור בו, והרי אין הבעה"ב מפסיד בזה שמקנה לו כפל מיד, דאין דעתו שמא ימצא הגנב בינתיים, ואם לבסוף לא ישלם הרי לא יקנה, ונמצא שאין כאן אלא נדון בהרגשה אם אפשר לסמוך, בדעתו שבאמת ישלם, ומאי קו' אם אמרי' דאין לחוש שיחזור בו, (ועי' קצה"ח סי' כ"ב, הובא לק' ס"ק י"ב), ואין לומר דמ"מ כשאומר איני משלם יש לנקוט שאמנם חזר בו, כיון דלכו"ע עיקר הנדון שבגמ' הוא עד

אאביי), ונראה מזה דאביי סבר כל"ב בעיקר הדברים, אלא שהוסיף דלא סגי בדיבורא, ומש"ה הוצרך לטעמא אמאי לא סגי באמר, ולא לטעמא אמאי מהני שילם, וכבר נתבאר לעיל סק"ז דבש"ח שהתנה להיות כשואל דלא שייך פטור דממ"מ, וכן בכלי שלא שייך בו שבירה מחמת מלאכה, לכו"ע לא מקנה לי כפילא, דסתמא הרשב"א בעידי פשיעה, היא דוקא באופן שאם מעצמו אמר פשעתי ראוי להקנות לו, אבל כל שבשעת מסירה ידע שאין צד פטור, פשיטא דלא מקנה לי אפי' שילם, (מיהו בש"ח שהתנה, שייך לומר דלא ירצה הבעלים להפסידו בגלל שחייב עצמו מעיקרא), תדע שאפי' לל"ק דר"פ סובר הרשב"א דבעדי פשיעה מקנה לי כפילא.

והנה בתו' נקטו דה"ה בשואל שהתנה להיות כש"ח, והיינו משום דבזה שהתנה להיות כש"ח, חשיב טפי כל הנאה שלו, וראוי יותר שיניח דעתו של בעה"ב (כדפרש"י), שהרי הבעה"ב הוא שהוסיף להיטיב עם השואל בזה שפטרו מחיובי שואל, אבל לכאור' הי' נראה דהיינו דוקא כשפשע, דבאמת חייב לשלם, אבל כשאירע אונס או גו"א ואמר הריני משלם הרי עשה טובה גדולה עם בעה"ב, (וכ"ש למ"ש תו' לק' דא"י לחזור בו, א"כ ה"ז כשילם), ולא דמי לסתם שואל דלא משכח"ל נדון דהקנאת כפל במתה אלא באופן שהוא באמת חייב, [ויהי"ט אין להזכיר חילוק בטען ממ"מ ואעפ"כ הריני משלם, כיון שרק אם שיקר בטענתו שייכא הקנאה, וודאי שאין בזה יתרון להקנות לו בשביל כך, (וגם אפשר דכשטוען מתה ובאמת נגנבה, אף בש"ח לא קנה, כיון דלפי דבריו אין מקום לקנין, וצ"ע בזה בסוגיא דב"ק נ"ז ב' באוקימתא דר"ז, ועי' לק' ס"ק י"ב, ואפשר דדבריו בלא שבועה לאו כלום הם, ואין בהם כדי להפסידו), וערש"ש ע"ד התו' ועי' להלן מש"כ בזה ע"ד הגרע"א ז"ל], ואפי' נימא דלא מהימנינן לי' כ"ז שלא נשבע, מ"מ בכה"ג שנתברר שבאמת

יש לדמותן לנשבע ואח"כ שלם, כיון שאין מוטל עליהם שום חיוב, (אם נפרש דהתם בעינן שילם, לאו משום דאטרחי'), ואם התם דוקא שילם, כ"ש דבאמרו אין אנו משלמין דלא קנו, מיהו י"ל דכ"ז דבמילתי' דאבוהון קיימי, לא בעינן שילם אע"פ שפטורין, דלא מפקיע הקנאתו כיון שלא חזרו בהם, ונשבע גרע טובא מכה"ג], וי"ל דכיון שהיו חייבין שבועת הירושים אמרי' דבמילתי' דאבוהון קיימי, דלא סמכנין אמאי דטען אבוהון שהוא פטור, כיון שהי' דעתו לשלם, ולע"כ בזה, ואפשר דאף שאין עליהם חיוב שבועה מפני שאינם יודעים, מ"מ חשיבי כמחויבין שבועה, ולכן סתמא דמילתא קיימי במילתא דאבוהון.

[שז"ר בקצה"ח סי' ס"ט סק"ז וראית מהרי"ק שם מפ' קמא בתוס' רוב משה"ק דהבנים הו"ל כיש עדי אונס עש"ך סי' רצ"ה סק"ח אבל לא הזכירו ממה שהקשנו] ולמ"ש הנה"מ סי' ס"ט ס"ק י"ג דבנתחייב האם שבועה בב"ד, נשתעבדו נכסים והבנים חייבים כדין משואיל"מ, א"כ ה"נ הבנים חייבים וודאי לא הדרי בהו, (וכבר הק' כן מהרי"ק שם), [וכ"ה סתמא דמילתא דבאמר הריני משלם בב"ד חשיב כנתחייב שבועה מיהת, אם לא נפרש באמר הריני משלם חוץ לב"ד וכפר"ת בתו' שבועות שם], וי"ל דמיירי בידועים שלא פשע ויכולין לישבע, דהשתא הו"ל ממש דומיא דאב [ועיי"ש בנה"מ חדושים ס"ק כ"ב דלהפוסקים שהאב יכול לחזור בו אע"פ שאמר הריני משלם ה"נ הבנים פטורים, [וכ"כ הגרע"א ז"ל בגליון הסמ"ע שם], וצ"ע דנהי דיכול לחזור בו ולישבע, אבל עכ"פ מחויב שבועה הוי כשאמר הריני משלם בב"ד ולדעת הנה"מ חל על היתומים דין משואיל"מ, וצ"ע בכ"ז].

ט. **ל"ד** א' א"ל ר"ז הכי אמר אביי כו', לשון זה קאי אל"ב, אבל לל"ק לא איתמר מימרא דאביי קמי' דר"פ, (ולגרש"י דלל"ק ודאי לא הוי תיובתא, ניחא דר"פ ל"פ

א"כ זוהי סברא מחודשת, ואינה בכלל שילם, אלא הקנאה מוקדמת, תמורת נייח נפשי, [ולפי גרש"י לל"ק דר"פ ודאי לא הוי תיובתא, ג"כ חזינן דשילם שאני בעיקר ההקנאה].

ולפ"ד מבואר יפה מ"ש תוד"ה אלא, דבנשבע כיון דאטרחי' [כ"ה בתו' הרא"ש] בעינן שילם דוקא, דכיון דטעמא דמקנה באמר הוא משום שהקדים להניח דעתו, אבל היכא שהוא מחויב בהקדמת הטובה כיון שכל הנאה שלו, לא מקדים להקנות לו בשביל כך, ה"נ בנשבע דאטרחי' לב"ד, אינו מקדים להקנות לו בדיבורא בעלמא, אבל למש"כ דהיכא דעיקר הריני משלם טובה גדולה היא, בכל ענין מקנה לי' אפי' באמר, א"כ כ"ש דבנשבע ראוי להקנות באמר, ואם באנו לומר דהתם שילם דוקא, היינו משום דלעולם יכול לחזור בו, מאחר שכבר נשבע, ואם נימא דגם קודם שנשבע יכול לחזור בו, ומ"מ סמכא דעת' ומקנה לי', י"ל דמ"מ אחר שנשבע לא סמכא דעת' עד שישלם (ד"ז כבר כתבו הגרע"א ז"ל).

מיהו בעיקר הא דשואל עד שישלם, נראה דא"צ לומר דהריני משלם לאו כשילם, אלא ה"פ דבשואל אינו רואה חובה להקנות לו, וגם בשילם הי' מקום לומר שאינו מקנה, אלא דבזה אמרי' כיון שבעה"ב לא הפסיד כלום, והגורם לזה הוא גם ע"י נאמנות השומר, שלא טען מילתא דלא שכיחא, אין מן הראוי שיעכב בעה"ב לעצמו כל הזכויות, אבל כ"ז שאינו מוכרח להקנות אינו מקנה וה"פ שואל כ"ז שאינו מחויב להקנות אינו מקנה, ולפ"ז ניחא דהריני משלם כשילם ממש דמי, (ואם נימא דלפרתו' גם בפטור על הגניבה לא מקנה לי', נצטרך לומר דגם בזה אינו רואה חובה להקנות כ"ז שאינו מחויב בדבר).

וניחא בזה דקאמר מי עדיפא ממתני' דקתני שילם ואוקימנא באמר, דמבואר מזה,

נגנבה, והוא אמר הריני משלם ראוי להקנות לו, וכיון דע"כ לאו כללא הוא בשואל עד שישלם, אפשר נמי לומר דדוקא הכא שפטורו לא שכיח, מהני טעמא דכל הנאה שלו שיצטרך לשלם, אבל בהתנה להיות כש"ח ופשע ג"כ מקנה לי' כפילא.

והסברא בזה דבשואל שבדרך כלל חייב לשלם, אין הבעה"ב נזקק להנחת דעת כ"כ, והא דמקנה הוא רק כי היכי דאת עבדת לן מילתא שמהרת להניח דעתנו בהריני משלם, עבדינן לך נמי מילתא בהקנאה, ולכן בשואל שכל הנאה שלו לא מקנה לי' כדפרש"י, אבל היכי שבאמת הי' חושש שיפטור עצמו, גם בדיבורא הניח דעתו ומקנה לי', מיהו התו' והר"ן והנ"י לא נקטו כן, ומ"מ היכא דהי' פטור באמת, ראוי להקנות לו בדיבורא, (ובל' תו' מבואר דמיירו בפשע), וצ"ע בסתמות הפוסקים, עש"ך סי' רצ"ה סק"ג.

ולכאוי לפרתו' אם נימא דאף בפטור לא מקנה לי', יש ללמוד מזה דעיקר הטעם דמקנה לי' באמר לחוד, הוא משום דעבד לי' נייח נפשי' להקדים הנחת דעתו ע"י האמירה, ותמורת זה מקנה לו מיד, אע"פ שכ"ז שלא שילם, אינו בדין שיקנה לו, וק"ק דלפ"ז ההקנאה בהריני משלם, היא מטעם מחודש, דבאמת מעיקרו הי' מחליט הקנין רק כשישלם, אלא דתמורת הנייח נפשי' מקנה מיד, וא"כ מנ"ל לר' יוחנן דהריני משלם בכלל שילם, בשלמא אי מפרשינן כפשוטו דבהריני משלם נגמר העסק שביניהם בענין השמירה, וחוב התשלומין אינו מעכב מלגמור מכירת הפרה, ניחא, דבסברא אפשר להבין דשילם והריני משלם היינו הך, [בפרט למ"ש הראשונים ז"ל דא"י לחזור בן], וכ"נ מדר"פ לגר"ח, והא דמחלק אביי בשואל זהו דוקא בצירוף דממ"מ ל"ש, וכמשנ"ת, [ועי' להלן]. אבל אם זוהי סברא דוקא באין כל הנאה שלו שמגיע לו דבר תמורת הניח נפשי' שאמר,

למימר דמשקר ובאמת לא מתה, אלא דבשכר שאינו משקר לגמרי ופטר נפשי, מקנה לי' כפילא א"כ נמצא דבשואל אם הוא איש אמת לגמרי אינו מקנה לו כפל, ורק אם הוא כבר שקרן, ראוי להקנות לו, כיון שהי' יכול לשקר יותר, וזה ודאי לא מסתבר, אלא דקושטא דמילתא שהתירוק בטען ממ"מ ולא נשבע, הוא כדברי הגרע"א ז"ל דיש לנקוט שרק מפני שבלא"ה משלם, אינו חושש לומר שהוא נוהג לפנים משוה"ד ומשלם, אבל לא הי' משקר לפטור עצמו בממ"מ, אבל היכא דנשבע ופטר עצמו ואח"כ הודה ושילם, התירוק כמש"כ דבשכר שבועת שקר א"א שיקנה לו כפל, ובלא"ה אפשר דכל שנשבע לשקר אפי' ש"ח ושילם לא מקנה לי' כפילא, עי' לק' סק"י, אבל בשואל גרע שאין בו אופן שיקנה רק אם ישבע לשקר, וזה לא יתכן, [ואם נשבע ממ"מ, ולא חזר בו מזה, ושילם ונמצא הגנב, יש גם לדון דלפי דבריו ה"ז כאומר שאינו רוצה לקנות כפל, ולא דמי לטען שבורה ומתה ולא נשבע ושילם שאין מתחשבין בדבריו, וכלא טען כלום דמי, וזה תלוי בסוגיא דב"ק נ"ז ב' עי' לק' ס"ק ב'].

עוד שם בדברי הגרע"א ז"ל שכ' להשיג מכח זה על הש"ך סי' קכ"א ס"ק ס"א [וכ"כ שם בגליון על הש"ך], דהש"ך מייטי משמעתין דגו"א הוי ל"ש כמו שבורה ומתה, דאם שבורה ומתה הוי טפי ל"ש מאי קאמר דאי בעי פטר נפשי בשבורה ומתה הא לא שכיח ולא הי' רוצה לפטור עצמו בכך, א"ו כיון דטוען נגנבה אע"ג דל"ש, ה"ה שהי' טוען נאנסה, וש"מ דתרווייהו לא שכיחי, כך הבין הגרע"א ז"ל, והשיג ע"ז דמה שטוען עכשיו נגנבה אין מזה הוכחה שהי' טוען נגנבה לפטור עצמו, וע"כ דהא דאמרי' שהי' טוען נאנסה אינו מכח דחוינן שטוען נגנבה אלא סברא בעלמא, דכיון ששכיח קצת חשיב דמצוי פטר נפשי' בהכי, וכיון שכן אין ראי' דשכיח כמו גו"א, וצ"ע כונתו ז"ל דמה ראי'

דשילם ואמר היינו הך, והא דקאמר בדיבורא לא מקנה לי' כפילא, לאו משום דדיבורא לא חשיב כ"כ, אלא ה"ק כ"ז שעדיין לא נשלם במעשה אינו מזדרז להקנות לו, (הגרע"א ז"ל כתב דלא מצינן לאוקומי ברייתא בשואל שהתנה להיות כש"ח משום דלטעמא דכל הנאה שלו אין לומר דאף בשילם לא מקנה לי' כפילא, דרק לענין דיבורא מצינו שסברת כל הנאה שלו גורמת שלא יקנה, ולמש"כ אין זה מוכרע, מיהו בעיקר הקו' ודאי לית לן לאוקומי ברייתא בהכי, וגם כיון דגבי הדדי תניין ע"כ דשואל גרע משוכר, ופשוט, רק הזכרנו הדברים לענין אם מהני הסברא דכל הנאה שלו שלא יקנה לו כלל).

במש"כ לעיל דאין שייך לדון לל"ק דר"פ היכא דבאמת טען ממ"מ ונשבע ושילם, משום דכיון דאם באמת אירע כן שממ"מ לא שייך נדון דהקנאה, א"כ נמצא דצריך שיודה שנשבע לשקר ועכשיו משלם ומכח זה יקנה לו הכפל, וזה אינו נראה דודאי אין דעתו של המשאל שרק אם ישבע לשקר יקנה לו הכפל, ראיתי שהגרע"א ז"ל כתב טעם אחר, ודבריו הם בטען ממ"מ ושילם, וע"ז כתב דאע"פ שטען כן בשעה שמשלם, לא חשבינן לי' כמצוי למפטר נפשי' בהכי, דכיון שמשלם אינו חושש לטעון מילתא דל"ש, אבל לא הי' פטר עצמו במילתא דל"ש, [ואמנם פשיטא דלא מהימנינן לי' בלא שבועה, מ"מ למשוי לה כטענה דשכיחא הי' מקום לומר דסגי באומר כך, אבל באמת הדבר פשוט שלא יתכן להקנות לו כשטוען ממ"מ בלא שבועה דכל אחד יטעון כן כשמשלם, וזהו גם סברת הגרע"א ז"ל, ועי' לעיל סק"ז בזה].

ברם אכתי יש לדון בזה ממש"כ דאין להקנות לו כשכל זכות ההקנאה בנוי בגלל טענת שקר, דכשאומר הריני משלם וממ"מ, אינו יכול לבקש שיקנה לו הבהמה, כיון שלפי דבריו מתה, אלא מאי את לך

דס"ל שהתנא נחית להשמיענו ד"ז, וביאר בדבריו דשילם עיקר, ושבועה לא מגרעא, לרבא, או דלא סגי בשילם ובעינן נמי לא רצה לישבע, וכאביי, ומזה מבואר דהנדון משום דאטרחי' בשבועה, שזה נאמר בנתינת טעם להקנאה, ובנ"י ר"פ המפקיד כתב דכולה סיפא דמתני' מייתרא לאשמועינן כדרבא, ועמ"ש בדרו"ח שם.

ולפ"ז מיושב הא דנקט תנא דמתני' דינ' בש"ח שהי' יכול לישבע וליפטר, דהיכא שנשבע לשקר אין סברא שיכיר לו טובה ויקנה לו הכפל, ואע"פ שעכשיו עושה תשובה, מ"מ כשדנים על שעת מסירת הפקדון, כל שיודע שיכפור וישבע ויפטר, אין דעתו להקנות לו הפקדון כעין הא דאמר בסמוך דבנשבע לשקר אינו רוצה בו להיות שומרו, אף לענין להתעסק בהצלת הפקדון מן הגנב, וה"נ לענין הקנאת כפל אע"פ שישלם, הגע עצמך במכיר הבעלים בשקרו, וטוען ברי שנשבע לשקר מי ס"ד דמקני לי' כפילא, וכן רש"י בשמעתין פירש בש"ח ששילם לפניו משה"ד, (אלא שיש לדחות דמשום דמייתי ממתני', הקדים רש"י לפרושה כגונא דמתני').

ונראה דמתני' נמי מוכחא דדוקא בשחל תלוי ברצה מיירי, דכשמפרשים המשנה על נדון זה, מתפרש הענין דרצונו הטוב הוא המכריע, [ולא נחתין להריני משלם עי' להלן], ואם גם כשאין הדבר תלוי ברצונו מקנה לי', לא הו"ל לדון ברצונו אלא במעשיו (דרצון מתפרש כשבירדו הבחירה באמת, משא"כ כשחייב אע"פ שיכול לכפור), וכבר כתב כן הגרע"א ז"ל ר"פ המפקיד בשם מהר"ל דין דק' לעסלא עיי"ש, ושם כתב דדוקא משום דשילם לפניו משה"ד מקנה לי' אבל לא כשהי' חייב מדינא, ומשמע שר"ל שבכה"ג התשלומין מכריעין את האטרחי', משא"כ תשלומין שחייב מן הדין, אבל לפמש"כ כל שנשבע לשקר ונפטר גם בלא טעמא דאטרחי' לא מקנה לי' כפילא, [מיהו

היא ממה שטען גנבה הרי האמת שנגנבה ולכן טען כן, ואיך נוכיח מזה דאי בעי פטר נפשי' בשקר בנאנסה, וזה לא דמי לנדון דממ"מ דמייתי הגרע"א ז"ל דהתם באמת טען בשקר ממ"מ, ובאמת לפי הבנת הגרע"א ז"ל בלא"ה הי' יכול להקשות מש"ח שאמר פשעתי דאי בעי פטר נפשי' בגו"א, ואמאי הא לא שכיח, ולומר דזה שכיח כמו פשעתי ליכא למימר, דא"כ נמצא שאונס שכיח כפשעיה, ועוד דא"כ שומר שכר שאמר פשעתי לא מקנה לי' כפילא, וז"א, (כדמשמע בגמ' דשואל שאמר נגנבה נמי מקני לי' לל"ב דר"פ, אע"ג דנחית תרי דרגי), וז"ל הש"ך בא"ד נאנסו לא שכיח כו' ואפשר דמשמע לי' להר"ב דה"ה גו"א ל"ש, וקצת משמע כן בר"פ המפקיד דאמר התם דגו"א ונאנסו חד דינא אית להו לענין שהי' יכול השומר לפטור עצמו בהם לענין שזוכה בכפל עי"ש, וכונתו מהא דש"ח וש"ש שוין, אבל באמת אינה הוכחה, אלא שמצינו דגם אונס לא חשיב כ"כ ל"ש.

י. ב"ק ק"ח א' כיון דאטרחי' בשבועה כו', מבואר דטעמי' דאביי משום דאטרחי', ולא משום דלבתר שבועה איסתליק לי', ומאי דמשלם בתר הכי, כמתנה הוא, דכ"ז שלא נתברר כדבריו, עדיין מוטל עליו חיובו, ולא עדיף משומר ששילם ול"ר לישבע ונתברר שהי' פטור, ולא דמי ליש עדים שנאנסה קודם ששילם, דפטורא דשומר ע"י שבועה אינו דבר מוחלט, אלא שהאמינתו תורה לשומר, משא"כ בדאיכא עדים, שאין הרגשת חיוב מצד השומר כלל, ועריטב"א ר"פ המפקיד דמדמי להו.

שם וקמפלגי בדיוקא דמתני' כו', לכאור' בעלמא כה"ג מתפרשת פלוגתתן בסברא, וכל חד מתרץ מתני' לטעמי', וגם הו"מ למירמי דיוקא דרישא וסיפא אהדרי, ולאסוקי אלא מהא ליכא למשמע מינה, כדמשני אדר' יוחנן ב"מ ל"ד א', אבל הכא מפורש בגמ' דפלוגתתן היא בדיוקא דמתני', ונראה מזה

השבועה לשלם והיינו דוקא בשילם, שאם רצה ולא שילם, היינו כמי שעדיין לא רצה, וכן רבא קאמר בסיפא טעמא דל"ר לשלם הא שילם, וכן ברישא קאמר ולא רצה לעמוד בשבועתו אלא שילם, כללו של דבר רצונו ומעשיו אחד הם, ורק כשלא עשה מעשה דשילם או נשבע שייך להתייחס אל רצונו [וזהו נדון רצון בהריני משלם הוא נדון בפ"ע, ועי' בזה לק' ס"ק י"א].

ולאביי מתפרש ולא רצה דכולה מתני' לא רצה מעיקרא, והיינו דקאמר ל"ר לישבע קודם התשלומין הא נשבע כו', וכן בסיפא ל"ר לשלם מעיקרא, ולרבא מתפרש בהוה, שילם ול"ר להשאר במצב של שבועה, וכן בסיפא ל"ר להיות שילם.

יא. **בתו' ב"מ** ל"ד א' כתבו דבנשבע ואמר הריני משלם לא מקנה לי' כפילא, ובתו' הרא"ש ביאר דהיינו משום דאטרחי' בשבועה, וכבר נתבאר לעיל סק"ט דלפ"ז הענין כמו בשואל דלא מקנה לי' עד שישלם ועיי"ש עוד טעמים משום דמצי הדר בי', אבל לפמשנ"ת לעיל סק"י א"צ לכל זה, דכל מה שמצינו לדון בהריני משלם, זה דוקא כשאין מעשיו סותרין כונתו, אבל בנשבע, אין להתייחס לרצונו לשלם, דכ"ז שלא שילם הרי מעשיו מוכיחין דאינו משלם, (וכמו שבשילם אין להתייחס אם רוצה לישבע), וזה מתבאר בלשון הגמ' בין בדאביי ובין בדרבא, דרבא מסיים אנשבע ולא רצה לשלם הא שילם, וכן בלא רצה לעמוד בשבועתו אלא שילם, וזה מוכיח דלא רצה שאחר מעשה אין לו משמעות אא"כ עשה מעשה המוציא מיד מעשה, וכן אביי קאמר נשבע ולא רצה לשלם קודם שבועה אלא לאחר שבועה, וה"פ ל"ר מעיקרא אלא עכשיו והאי רצה היינו שילם.

ומכ"ז נראה דאין כונתם להוסיף דינא מסברא דבכה"ג לא סגי באמר כיון דאטרחי', אלא זהו גופא פירושא דמתני', דרצון שאחר

בחידושים שם ל"ד א' נקט בפשיעה דאף בהודה שנשבע לשקר מקנה לי' כפילא, ודן לומר דבזה אפי' באמר סגי, ונראה דחזר מזה דבשו"ע סי' רצ"ה ע"ד הש"ך סק"ד [בדפו"י] כתב דלא מקנה לי', ומדברי הראשונים ז"ל במתני' אין להוכיח דפליגי לדינא בזה, די"ל דלא ניחא להו ליישב עיקר מתני' בדיוקא דרבא.

הגרע"א ז"ל שם כתב דבזה מיושב קו' תו' מכיפי, ור"ל דהכא כיון ששילם לפניו משה"ד מקנה לי' אע"ג דאטרחי', אבל התם לא שילם לפניו משה"ד, מיהו לפי דברנו נראה דתירוץ התו' עיקר, דאף ביהודה שפשע יש לחשבו כשילם לפניו משה"ד, לענין אם התשלומין מכריעין את האטרחי', דסו"ס שילם מדעתו מה שכבר נפטר, משא"כ בכיפי שאין כאן שום טובה מצד השומר, דאמירת פשעתי אחר שכבר נפטר, לא דמיא לאמירת פשעתי בתחלה, [ומ"מ אפשר גם לראותן כי הדדי, דבכיפי הודה שפשע ואטרחי' בתשלומין, והכא אטרחי' ואח"כ הודה (אם נימא דאף בחייב הדין כן), ולכן כתב דלפ"ד דבשלם לפניו משה"ד מייירי ניחא טפי וניחא בזה דנוכל לומר שגם התו' מודו לד"ז, דבנשבע לשקר לא נקני לי'.

שם גמ' טעמא דל"ר לישבע הא נשבע כו' טעמא דל"ר לשלם הא שילם כו', נראה דבין לאביי בין לרבא מתפרש לשון לא רצה לבאר מה החליט השומר מרצונו, כמו ורצה בנו, דהיינו רצון מוחלט, ואין לכלול בזה רצה לשלם ולא שילם רצה לישבע ולא נשבע, שעיקר הענין מהו רצונו ודעתו, וממילא מתפרש שעשה כך, אבל לא שייך להתייחס לרצונו שהוא ההיפך ממעשיו, ולחשבו רצה, ולכן פירש אביי בפשיטות הא נשבע שאם רק רצה לישבע ושילם א"כ הרי עשה ההיפך ממה שרצה, ורצונו כמאן דליתי', וכן בסיפא קאמר אביי ול"ר לשלם קודם השבועה אלא לאחר השבועה, ור"ל אלא שרצה לאחר

מיהו בעיקר הדברים נראה דפשיטא לתלמודא דלא נחית תנא דמתני' לדיוקי דינא דהריני משלם ועיקרה לדיוקי דינא דנשבע ושילם כדדייקי מינה אביי ורבא, וזה מוכח מייתורא דל"ר לישבע ול"ר לשלם, דהא מנשבע נמי איכא לדיוקי טעמא דנשבע וכמש"כ, וגם בסברא ידעין דנדון דהריני משלם הוא בסברא עד כמה חשיב כשילם, ולא בדעת בעה"ב אם מוכן להקנות אע"פ שלא שילם, וכמש"כ סק"ט, ועוד דנמצא הגנב בינתיים, זהו מאורע, ואין לפרש עיקר משנתנו בנדון זה, משא"כ דיוקא דאביי ורבא שזה בסברא דאטרחי', וצריך לבארו ביסוד טעמא דהקנאה, ולפי האמת דבדין נשבע ואח"כ שילם מיירי מתני', א"כ לא רצה לשלם לא מיירי כלל לאפוקי רצה שלא השלים רצונו וכמשנ"ת לעיל, אלא דתלמודא מייתי לה כנגד דיוקא דרישא, לאסוקי דליכא למשמע מינה.

ודאתאן עלה מיושב הא דאר"י לא שילם שילם ממש כו', ובגמ' דייקין לאקשווי משילם, ומשמע דנקטינן דשילם לחוד משמע ממש, וכבר הק' כן בריטב"א, וביותר קשה דלק' אמרי' מי עדיפא ממתני' דקתני שילם ואוקימנא באמר, [כן הק'] במהדו"ב וכן בתו' הרא"ש הזכיר זה עיי"ש, ומי דמי הא במתני' רק מכח דיוקא דסיפא מחלקינן בהכי (ועי' דרו"ח) ולפ"ד ניחא דבאמת אין במתני' דיוקא דסגי בהריני משלם, דלא רצה לשלם היינו שלא שילם ממש, ורק אם דייקין מרישא דשילם ממש, יש כנגד זה דיוק מסיפא דברצא סגי, אבל לפי האמת כולה מתני' בשילם ממש מיירי, אלא דמסברא אמרי' דהריני משלם כשילם דמי, [כ"ז שלא נשבע, שמעכשיו סותרים אמירתו], וכן תירץ בתו' הרא"ש קו' תו' דנימא נעשה כו', דהריני משלם נמי שילם קרי לי' כדאמר לק' מי אלימא ממתני' כו', והיינו דעיקר דברי ר"י הם דלא שילם שילם ממש, ובלא דיוקא דסיפא אמרי' הכי.

המעשה מתפרש עם מעשה, ועכ"פ הדבר מפורש בגמ' דדוקא שילם, מדשני רבא בלישני' ולא רצה לשלם הא שילם ולא קאמר הא רצה לשלם, וצ"ע בלשון הרא"ש שם ס"א שהעתיק מימרא דרבא ודוקא נשבע ולא רצה לשלם אבל אם רצה לשלם אע"פ שכבר נשבע הכפל למי שהפקדון אצלו, וצ"ל דכונתו רצה לשלם ושילם ועי' להלן בזה.

ונראה להוכיח כן מהא דאמר ב"מ שם פשיטא אמר איני משלם וחזר ואמר הריני משלם הא קאמר הריני משלם, הנה הוצרכו להשמיענו בגמ' דהא פשיטא לן דאע"פ שאמר איני משלם סמכא דעתי' כשחזר ואומר הריני משלם, ואם איתא דגם כשהחליט את האיני משלם ע"י שבועה, מהני חזר ואמר הריני משלם, א"כ אין זה מענין הבעיא דמסיים עלה, אם דיבור מבטל דיבור, שהרי החלטת הריני משלם לעולם מועלת, ועוד דכיון דלא שמעינן בגמ' דפשיטא לן אלא באמר איני משלם וחזר, מנלן לחדש דה"ה עשה מעשה המחליט כן, (ועוד דנראה שאם אמירת הריני משלם עדיפא ממעשה השבועה, מסתברא דאף בחזר ואמר איני משלם במילתי' קאי, כיון דחזינן דאמירת הריני משלם אלימא אף להוציא מיד מעשה), וביאור הדברים כמש"כ דלבתר מעשה המחליט את האיני משלם, אין לאמירה משמעות כלל.

ב"מ ל"ד א' טעמא דלא רצה הא רצה אע"פ שלא שילם כו', לכאור' הו"מ למידק טעמא דנשבע הא לא נשבע אע"פ שלא שילם, וכן ברישא ל"ר לישבע, הא רצה אע"פ שלא נשבע, ולפ"ז יש ללמוד ממתני' דהריני משלם נמי מקנה לי', שנשנו כאן שני תנאים לכל צד, דהינו נשבע ורצה לישבע ושילם ורצה לשלם, ויש ללמוד דנשבע או רצה לישבע דהיינו שלא רצה לשלם, לא מקנה לי', ושילם או רצה לשלם דהיינו ל"ר לישבע, מקנה לי' כפילא.

ולפמשייכ דלמסקנא רצה דמתני' אינו ענין לדינא דהריני משלם, וכמ"ש בתו' הרא"ש בתירוצ' בתרא, מיושב יותר מ"ש הרא"ש הא רצה לשלם אע"פ שנשבע כו', ואין כונתו הא רצה, דקאמר הריני משלם, כיון דרצה דמתני' ברצה ועשה מתפרשא כולה, וע"כ צ"ל כן בדעת הרא"ש שכ' דביכול לחזור בו, לא מהני הריני משלם, ואחר שנשבע הרי יכול לחזור בו, [לפמשייכ סק"י דמיירי רק בנשבע אמת, ועכ"פ מתני' בנשבע אמת מתפרשא], ונתקשינו בזה בסק"ח עיי"ש א"ו כונת הרא"ש הא רצה לשלם ושילם, [ובפרט שבגמ' ב"ק שם מפורש הא שילם, אם לא שגרס בע"א ועי' בסמוך], וכיון שעדיין לא הזכיר חילוקא דהריני משלם לא נחת לזה ומתפרשים דבריו שרצה להיות שילם, והדברים מתייחסים לכונתו ולא איירינן ברצה ואמר הריני רוצה לשלם, ועי' טור סי' רצ"ה שכ' הדין בשילם, והגרע"א ז"ל בגליון הש"ך שם סק"ה נקט בדעת הרא"ש דה"ה אמו, ואפשר שתפס הרא"ש כתירוצ' בתרא שבתוספותיו עיקר דהריני משלם נמי שילם קרי ל', והיינו מכח סוגיא דלק' דקאמר מי עדיפא ממתני' כו' וכמשי"כ, ולכן גם שילם שהוזכר בגמ' ב"ק שם ה"ה הריני משלם, ולפ"ז א"צ לדחוק כמ"ש הגרע"א ז"ל בהרא"ש לשיטתו, (ויצטרך לפרש דבברייתא שאני דקאמר הריני משלם ואינו נשבע שנגנבה), אבל אכתי משה"ק דהא יכול לחזור בו, קשה וצ"ע.

שם תוד"ה אלא, נימא נעשה כו', י"ל דהכא לא מצינן למימר נעשה כמי שנשבע, וגם צריך לכלול ול"ר לישבע בדיוקא דנעשה, ועמשי"כ בזה לעיל, ועוד י"ל דנדון דהריני משלם לא שייך לאוקומי ביה נעשה, שאין זה צורת תשלומין, אלא נדון פרטי אם נמצא הגנב קודם שהספיק לשלם מאי, ובעיקר הדברים כבר נתבאר לעיל דמתני' לאו בהכי מיירי, ולכן אין להזכיר בזה נעשה.

שם בא"ד וי"ל דשילם נקט לאביי כו' כונתם דתנא סיפא לגלויי דשילם דרישא לאו דוקא, והא דנקט שילם הוא מפני הדין הנרמז בדיוקא דמתני', אבל עיקרה מתפרשת בדין הסתמא דהיינו שלא נשבע (בין ברישא ובין בסיפא דהיינו לא רצה לשלם קודם שבועה), ולכן לא שייך להקשות לפי דיוקא דמתני', תיקשי סיפא, דעיקרה לאו בדיוקא מיירי, אלא דכדי ליישב הסתירה, דלאו משום נעשה קאמר שילם, ע"ז כתבו דמפני הדין הנרמז תנא הכי, והגרע"א ז"ל נתקשה בזה, [ועמשי"כ לעיל בכ"ז, ודבריהם אינם מתפרשים כן].

יב. **שם** גמ' ואמר הלה הריני משלם ואינו נשבע, נראה דכאן כו"ע מודו דמיירי בטוען טענה הפוטרתו, דלא יתכן לפרש ואינו נשבע לשקר, דבשלמא במתני' דהתנא קאמר שלא רצה לישבע, שייך לפרש כן, אבל השוכר שאומר פשעתי והריני משלם אינו מסיים ואינו נשבע לשקר, ואפי' אם ה' רוצה לסיים שיכול לפטור עצמו ה' אומר ואינו פוטר עצמי או ואינו משקר, א"ו בטוען שיכול לישבע באמת מיירי, ועוד דכל עיקר הלשון דהריני משלם מתפרש בטענה הפוטרת, דאל"כ הול"ל פשעתי וממילא מובן שהוא משלם, כמו שאר"פ ש"ח כיון שאנו פשעתי כו', ולפי"ז ניחא אף לפי ריב"ן בתוס' ל"ג ב' הא דפשיטא לתלמודא ב"ק נ"ז ב' דמיירי בטענה הפוטרתו, [ודברי רש"י לא נתפרשו, אא"כ נימא דלא גרס ואינו נשבע, ורצה לאוקומה אליבא דהלכתא ומ"מ סוגיא דב"ק מבוארת איפכא].

והא דנקט תנא בכה"ג, היינו משום דעיקרו לאשמועינן רבותא דהריני משלם, כדמסיק דגבי הדדי תניא לבאר החילוק משואל, ובכה"ג שהוא פטור יש יותר חידוש דסגי בהריני משלם, לא מיבעיא אם יכול לחזור בו כס"ד דר"ת, אלא אפי' א"י לחזור בו, מ"מ כשהסכים לשלם שלא מן הדין, יש לחוש שמא יחזור בו, ולא סמכא דעת' כ"כ,

רמאי, - (עי' לק' סי'?? סק"ב בדין שוכר שקפץ עליו חולי, ונגנב ושילם).

בקצה"ח סי' כ"ב ס"ק ?? הק' למ"ש הרא"ש דביכול לחזור בו לא מהני הריני

משלם, א"כ היכי מוקמינן בב"ק שם האי ברייתא כר"מ, והא לר"מ אף לאחר גמ"ד חוזר, ועיי"ש שיישב לפ"ז הא דסבריה מני ר"י היא, ובנה"מ תירץ דכשואמר הריני משלם ולא טען בפירוש טענה הפוטרת לכו"ע א"י לחזור בו, ולפמש"כ לשון הריני משלם ואיני נשבע מוכיח דמיירי בטענה הפוטרת, וגם אפשר דנגנבה דקתני, השוכר קאמר [ולע"כ בעיקר דיני' דהנה"מ ועי' חדושים ע"ש ריטב"א בבעיא דחזר ואמר איני משלם], ואפשר דנדון החזרה דפליגי בי' ר"מ ורבנן אין לכללו בברייתא כשבא להשמיענו דבשוכר סגי דביבורא ושואל עד שישלם, דזה נדון צדדי איך משכח"ל אמירה דסמכא דעת', ומשכח"ל שפיר לר"מ בקנו מידו, ונפ"מ באמר פשעתי, (ומה"ט לא מוקמינן מתני' דקתני שילם כר"מ), ומ"מ הלשון ק"ק, אא"כ נימא דסבר כותי' בחדא ופליג עלי' בחדא, ובעיקר מ"ש דלר"מ יכול לחזור בו, יש מקום לומר דכיון דמשואיל"מ, חל עליו חיוב תשלומין וא"י לחזור בו, כיון שכאן נקבע רק למנוע ממנו אפשרות להיות נאמן בשבועה, ולא צריכין לקבוע חיובו עי"ז, דממילא חייב כ"ז שלא נשבע, וצ"ע בזה, וכמש"כ סק"ח עיי"ש, אח"ז ראיתי בספר מרן זללה"ה חו"מ ס"ט ס"ק כ"א בזה, ולע"כ.

יג. **ל"ה** א"ל לא ידענא היכא אותבינהו כו', נראה דאפי' לא אטרחי' לבסוף, מ"מ כ"ז שלא שילם, או הוסיף ואמר הריני משלם, לא מקנה לי' כפילא, ולא דמי לש"ח שאמר פשעתי דהיינו שמכיר בחובתו, דממילא מובן שישלם, אבל כשסיפר דברים כהוייתן ואינו מכיר בחובתו, עדיין צריך שיאמר הריני משלם, מיהו אם קיבל עליו דיני' דר"נ, היינו נמי הריני משלם.

[והיינו נמי דקתני ואח"כ נמצא הגנב, לומר שמיד אחר שאמר הריני משלם נמצא הגנב, קודם שהספיק לשלם, אבל במתני' דקתני שילם לא איצטריך למיתני ואח"כ].

ועוד מבואר מסוגיא דב"ק שם דיש לפרש הבריייתא שהאמת הוא כפי שטען השוכר, ואף ר"ז דמוקי לה כגון דקא טעין טענת ליסטים מזויין ונמצא לסטים שאינו מזויין, ג"כ משמע דדוקא בכה"ג שבאמת הי' ליסטים, אלא שהשומר הי' סבור שהוא מזויין ובאמת לא הי' מזויין, אבל לא קאמר כגון דקטעין טענת ליסטים מזויין ונמצא גנב, או דקטעין נאנסה ונמצא גנב.

ומצינן למימר דאפי' אם הדין אמת גם בטען שקר, מ"מ לא ניחא לי' לגמ' לאוקומי ברייתא דוקא בכה"ג, דיותר ראוי לתנא לשנות עיקרי הדינים בשומר נאמן כיון שהנדון הוא בהקנאה מדעת היכא דתרווייהו צייתי דינא, ואין לצייר ד"ז כשנוסף גם שקר בדבריו, ועוד דמדקתני ונגנבה ע"כ שהשוכר מיהא טוען כן, או ידיעין שנגנבה כמ"ש תו' במתני' ד"ה??, ולכן לא מצינן לאוקומה בטוען שבורה ומתה, אבל לסטים מזויין שפיר קרי לי' נגנבה, אבל באמת לא מצינו בהדיא דשומר שטוען שקר לפטור עצמו ושילם, מקנה לי' כפילא, ואפשר לדון בזה משום דעת בעה"ב, וגם יש לדון בנגנבה וטוען מתה דלפי טענתו אין מקום להקנאת הבהמה, ולמה נאמר שמזכה לו נגד דבריו, מיהו מסתמות הראשונים ז"ל משמע דמקנה לי', ואפשר דפשיטא להו דטענת ליסטים מזויין, כמשקר דמי, והטעם משום דמה שהוסיף בדבריו דשימר כראוי פטומי מילי נינהו, דכיון שאין נפ"מ בדבריו, דרך השומר לטעון ששימר כראוי ואעפ"כ משלם, ואינו נקרא רמאי בכך, תדע שאפי' עמד לישבע בשקר מספקא לן בגמ' ב"ק ק"ח ב' דשמא כיון שלא נשבע לשקר סמין עלי' דמוקי לי' בחזקת כשרות שלא הי' נשבע, וש"מ דטענת שקר בעלמא לא משויא לי'

לי', ולא עוד אלא אפי' שואל שסיפר האונס הגדול ביותר, ונתחייב בכך, אע"פ שלא עלה בדעתו לומר ממ"מ, אפ"ה מקנה לי' יוקרא, כיון שסיפר האמת והבעלים לא הפסידו.

ולפ"ז לס"ד דרבא אפשר לומר דאפי' אם בנשבע ושילם לא מקנה לי' כפילא, כיון דאטרחי' בזה שלא החזיר לו פקדונו, מ"מ באטרחי' בענין הגבייה שפיר קנה, כיון שהוא בטוח בדמי פקדונו, וכמש"כ (בנגנבה ושילם בפטור), מיהו הריטב"א כ' דס"ד דרבא נמי לשיטתו.

יד. שם למימרא דסבר ר"נ דשומא הדר כו', לפ"ז במטלטלין דלא הדרי, הדין נותן דהדרי כיפי למריהו, והוא יפרע לשומר דמי המטלטלין שקיבל, דאע"פ שקיבל המטלטלין במקום הכיפי, מ"מ הכיפי ודאי לא נקנו לשומר, כיון דאטרחי' לב"ד, וזה אינו מחייב שהמטלטלין יחזרו לשומר, למאי דלא סליק אדעתין טעמא דשומא בטעות, דהמפקיד קיבל המטלטלין להוצאה, ואינו מחויב להקנות גוף הכיפי תמורתו, דאין חילוק בין פרעו מעות או מטלטלין, דאע"פ שניתנו לו המעות להוצאה, אינו מקנה תמורתן בגוף הכיפי כלום.

ומה שכתבו הראשונים ז"ל דהריוח דאייקור מחזיר למפקיד, לכאור' אין כונתם דגוף הכיפי שלו, דהא לא אקני לי' כלום, וגם דאם הי' מקנה לו גופן, לא יתכן דיוקרא דבעה"ב, אלא דכלפי שאמרו דנימא לי' לשומר בכיפי משום יוקרא, ע"ז כתבו דבכל ענין יצטרך להחזיר היוקרא, אבל ודאי שגם גוף הכיפי כולן של בעה"ב.

וז"ל הרמב"ן וע"כ כיפי הדרי, א"נ רוחא דאייקור, דהא לא מקני לי' מידי מדנפשי', ניחא לי' לנפקד דתהדר לי' אפדני', ואי לא בעי להדרי' לפקדון ויהיב לי' היאך דמי אפדני' כדשמו לי' מעיקרא, הנה מבואר בדבריו שלא הקנה לו המפקיד משלו כלום,

[וכבר הוכיח בקצה"ח סי' רצ"ה סק"א דסגי באמר פשעתי, ובפרט לגרסא דידן כיון שאמר, אלא דהראשונים ז"ל גרסי ש"ח שאמר, והכא באמת מפני שלא הסכים לדיני' דר"נ לא שילם, אבל בסתמא לא איירינן במאן דלא ציית דינא במרד].

והנה מבואר בגמ' דבלא אטרחי' לבסוף מקנה לי' כפילא, אע"פ שהשומר הי' סבור שיפטר, ואין ההקנאה בשכר דלא אטרחי' לבסוף, שאנוס הי' לשלם אחר שכך פסקו ב"ד, ואינו מכיר לו טובה על כך, וכמו ביש עדים שפשע ושילם מיד שאינו מכיר לו טובה על כך, א"ו הא דמקנה לי' הוא מפני שאמר האמת ועי"ז חזרו לבעלים, ואי בעי פטר נפשי' בטענה מעולה מזו, דידע שפיר שיש קצת פשיעה בדבר, וגם עי"ז עדיין מוטל עליו חיוב לחפש ולהשיב, ואם הי' רוצה ליפטר ולהפסידו לגמרי, הי' טוען נגנבו או נאנסו, ועי"ז הוא מכיר לו טובה שאמר האמת ולא פטר נפשי', וסבר רבא דאטרחי' דבסוף אינו ענין לאטרחי' דשומרים, שהרי עכשיו הבעה"ב בטוח במעותיו, והאי דלא ציית דינא, אינו משנה הדין במה שנוגע לשומרים, הגע עצמך ש"ח שאמר נגנבה והריני משלם וחזר בו וגבו ממנו בע"כ כיון שא"י לחזור בו, ודאי שיש סברא לומר דסו"ס עשה לו טובה דלא פטר נפשי', וההטרחה לבסוף היא כמטריחו על חוב, וה"נ כיון דאמר לא ידענא, כאמר פשעתי דמי, ולמסקנא נראה דכל דאטרחי' בתשלומין אפי' נתברר שהי' פטור ושילם, לא מקנה לי' (דגם בכיפי אפשר לומר שנתברר שהי' פטור ושילם).

והגרע"א ז"ל נתקשה בטעמא דחשיב כאמר פשעתי, הרי נתכוין לפטור עצמו בכך, ולפי דבריו גם ש"ח שאמר הנחתים בתיבה ולא בקרקע והי' סבור שפטור, ג"כ אין להקנות לו, וכן כיו"ב בש"ש, ולכאור' פשוט דכל שהודה האמת ולא פטר נפשי' בשקר שהי' פטור מוחלט יותר, שפיר מקנה

אלא בס"ד דמקשן, דלפי האמת פשיטא לי' דלא קני גופן, ומה"ט אינו יכול לקיים פרש"י עיי"ש], אלא יש לפרש כמש"כ דכיון שהשומא קיימת זכותו של השומר לקבל הכיפי מן הנפקד, אבל עדיין אינם שלו, כיון שלא הקנה לו, ולכן גם אינו מפסיד בזולא דכיפי, ואילו בעה"ב מפסיד בזולא דאפדנא.

מיהו דעת הרמב"ן נראה כמש"כ דאע"פ שהשומא אינה חשובה בטעות, אין זה מחייב שיקנה לו גוף הכיפי, דזה הי' הראוי שישלם לו בשעת התביעה, ואין חילוק אם שילם לו מעות או אפדנא, ועכשיו שנמצא הכיפי, לא נשתנה בדין הגביה שנעשית כהלכה, ומקבל בעל הכיפי את הכיפי, ומחזיר הדמים שקיבל תמורתן, אבל לכאור' מ"ש הרמב"ן א"נ רווחא דאייקור, ראוי לפרשו כמש"כ הראשונים ז"ל, כיון שמצינו דכ"ד הרשב"א והריטב"א, ולפ"ז לא הכריע הרמב"ן בד"ז, דהיינו שאפשר דלפי הס"ד זכותו של השומר לקנות הכיפי לעצמו כיון שהשומא במקומה עומדת, אבל מ"מ ממ"ש הרמב"ן להלן על פרש"י, משמע דנקט עיקר דהדרי כיפי למרייהו, ועמש"כ בזה להלן.

ולפרש"י וכ"ד ר"ח דבנגנבו ואבדו לא הוא שומא בטעות, איכא נפ"מ לדינא באטרחי' לב"ד, דלדעת הרשב"א יכול השומר לעכב הכיפי לעצמו, ואם אייקור יחזיר שבח יוקרא למפקיד, ולדעת הרמב"ן הכל למפקיד, [עכ"פ בדובנה], ואם זלו כיפי אפשר דאף להרשב"א מזהר כיפי למרייהו וגבי מינייהו דמי אפדנא, דאינו יכול לתבוע מהמפקיד להחזיר לו הדמים שהזולו, וגם להסתמך על השומא לענין לזכות בגוף הכיפי, (מיהו אין זה מוכרע שהרי המפקיד עושה כן ביוקרא, וא"כ גם השומר יוכל לתבעו לדעת הרשב"א), ועכ"פ הא פשיטא שאין השומר מפסיד בזולא, אע"ג דלאו שומא בטעות היא, דכיון דיוקרא למפקיד, ע"כ דלא אהני השומא לענין ערך הכיפי, (ועשטמ"ק בשם הרמ"ן).

והוא צריך להחזיר הפקדון עצמו כולו, ויקבל דמים תמורת האפדנא, [ומ"ש א"נ רווחא דאייקור, היינו אם ירצה בעל הכיפי טפי באפדנא, ור"ל דבשום ענין לא ירויח היוקרא, וכ"כ להלן, דשקיל לי' כיפי דהא לא אקני לי' רווחא וכיפי לא שיימינהו לנפקד, ועי' להלן].

אבל הרשב"א כתב דמהדר יוקרא לבעה"ב, ומשמע דגוף הכיפי לשומר, ונראה דס"ל דאף למאי דס"ד דלא חשיב שומא בטעות, מ"מ לא יתכן שתהא יד בעה"ב על העליונה שיוכל לעכב גם הכיפי וגם האפדנא, דזהו גופא ענין שומא שמקבל האפדנא תמורת הכיפי, ואמנם אינו מקנה לו מעיקרא כיון דאטרחי', מ"מ עכשיו שנמצאו הכיפי זכותו של השומר ליטלן לעצמו, כיון ששם לו ד"א תמורתן.

ולפ"ז הא דמהדר לי' יוקרא היינו מפני שבאמת מקנה לו הכיפי רק עכשיו משנמצאו, וכיון שהם שוים עכשיו יותר, צריך השומר להוסיף היוקרא, ואז יועיל לו ענין השומא שיוכל לזכות בגופן, אבל כ"ז שלא שילם שוויים דהשתא, לא מהני לי' שומא דמעיקרא, כיון שבשעת השומא לא נתכוין להקנות לו הכיפי תמורתן, (כיון דאטרחי') וגם לא שיימינהו ניהלי' שיפסיד בזולא דכיפי, ולפ"ד אפי' שילם מעות, אהני לי' שיוכל לקבל הכיפי אם ירצה, דזהו ענין התשלומין שקיבל דמים תמורת הפקדון, וכיון דלא ס"ל ענין שומא בטעות, ע"כ הדין נותן דהשומא שקיימת היינו במקום הכיפי.

וכ"מ בריטב"א, אלא שרצה לחדש מכח זה דגוף הכיפי מיהא מקנה לי' לשומר וזה תמוה, שאינו יכול לעכב היוקרא לעצמו כשגופן של שומר, ויש ליישב דכיון שאינו מפסיד בזולא א"צ ליתן לו יוקרא, אבל זה גופא צ"ב, שיהא גופו שלו ולא יפסיד בזולא ולא ירויח ביוקרא, [מיהו אין לקיים פירושו

יעו"י ברמב"ן, ויש לדקדק במ"ש ולפי דברי אפי' היכא דאיתזל אפדנא כו' אבל רש"י פירש כו' ומשמע שיש חילוק בין פירושו לפרש"י בד"ז, ולכא' גם לפרש"י הדין כן בדהו כפי גבי' מעיקרא, דכיון דהוי שומא בטעות הדרא אפדנא למרה אפי' הוזהל, ונראה דאה"נ, אלא דהסברא דפסיקא לי' להרמב"ן דשומא בטעות נאמר גם לחובתו של הנפקד, היינו מפני שא"א להכריח את המפקיד לקנות האפדנא, דכיון שהכיפי הו' דמפקיד, נמצא שצריך לקנות האפדנא אם בדמי כיפי או במעות אחרות, [דליכא למימר בי' דניפוק כיפי בדמי אפדנא, דכיון דהכיפי שלו במוחלט, אין בין הכיפי לשאר נכסיו כלום, ודאי דלא אמרי' לי' למיזבן אפדנא], והכרח זה נסתר מפרש"י, שהרי בנגבבו הדרי כיפי למפקיד, ואפ"ה לא חשיב לי' רש"י שומא בטעות, א"כ הדין נותן שאם אין הנפקד רוצה בחזרת האפדנא, משלם לו המפקיד דמי האפדנא, [וכגון שהוזהל האפדנא דלא מצי פרע לי' באפדנא גופה], וכיון דבנגבבו הדין כן, ה' אפשר לומר דבהו כיפי גבי', זהו ג"כ זכותו של הנפקד, אבל אם אינו רוצה באפדנא, כגון שהוזהל, לא הדרא בע"כ, ויתכן שזוהי באמת דעת הרשב"א שלא הביא נפ"מ דהוזהל לדינא, מיהו ברמב"ן מבואר בהדיא דאף לפרש"י בשומא בטעות הדרא אפדנא בע"כ, שכ' דהנפ"מ בין שומא הדרא לשומא בטעות הוא בזבנה או באיתול אפדנא, אלא דלפירושם ע"כ אין הסברא כמ"ש הרמב"ן, דהא פעמים דהדרי כיפי ולא הדרא אפדנא.

והנה מבואר בדברי הרמב"ן דאף היכא שאין השומא בטעות, הדרי כיפי למריהו כיון דאטרחי', שהרי כתב לפרש"י דהיכי דלא בעי נפקד דתהדר לי' אפדנא יהיב לי' האיך מדמי כיפי וכו' ושקיל לי' כיפי, פי' דהמפקיד נותן מדמי הכיפי אבל נוטל את הכיפי, דכיפי לא שימינהו אפקד, [ור"ל דכמו שאינו מפסיד בזולא אינו מרויח ביוקרא, דזהו ענין השומא,

וכאן לא שמו לו הכיפין, ולפ"ז צ"ל דמ"ש לעיל א"נ רווחא דאייקור, לא קאי הכי למסקנת הרמב"ן, ואפשר שכ' כן לדעת המקשן, כדי ליישב משה"ק הרמב"ן דלא מסתבר שנכריח את המפקיד לקנות האפדנא וגם לקבל הכיפי, ולכן הזכיר דלדעת המקשן יתכן שבאמת גוף הכיפי לא הדרי, וזה כתב רק לשיטתו דלמסקנא לעולם כל דהדרי כיפי הדרא אפדנא, אבל לדעת רש"י דלמסקנא הרי הוא בנגבבו, הכריע דהדרי כיפי בע"כ דנפקד.

שם ואמרי לי' שילם ול"ר לישבע, מבואר מזה דאף בדהו כיפי גבי' מעיקרא מקנה לי' כפילא בדלא אטרחי', ולפי' הרמב"ן הרי אפי' בנגבבו חשיבא שומא בטעות, אם חזרו בעין, ומ"מ מקנה לי' כפילא, ונראה דכל היכא דמקנה לי' כפילא, לאו שומא בטעות מיקרי, דכיון שזוכה בגוף הכיפי וכפילא ויוקרא תמורת האפדנא, שומא מעליא היא, אבל לא מצינו שיוכל השומר לתבוע האפדנא מדין שומא בטעות, וגם יוקרא משום דאקני לי', דאם רוצה לזכות בכיפי תמורת האפדנא ע"כ צריך לקיים שומת האפדנא, ולפ"ז תלוי בדעתו של השומר, דאם ניחא לי' בהקנאה לא הדרא האפדנא, ואם אינו חפץ בכיפי, יכול להשתמש בכח שומא בטעות, דתהדר לי' האפדנא, ויד בעה"ב על התחתונה דאי זל אפדנא או איפקור כיפי, יקח השומר את הכיפי, ואי זל כיפי או אייקור אפדנא יטען דשומא בטעות הואי, וכ"מ ברמב"ם פ"ח משו"פ ה"ג שהעתיק דין שומא בטעות רק בגונא דאטרחי', ומתבאר מסידור הדברים דברישא דמקנה לי' יוקרא לא שייך למידן משום שומא בטעות, [וק"ק בלשון הרמב"ם שם שכ' הוכר הגנב או נמצא הפקדון כו' דמשמע שבהוכר הגנב לחוד סגי למיחשבי' שומא בטעות אע"פ שלא חזר גוף הפקדון, ויש לדחות.

מיהו אפשר דס"ל להרמב"ם דכיון שהגנב מתחייב ג"כ כפי הערך בשעת הגניבה,

שהיתה שומא בטעות, עשה כדין שהוציאם, ה"ה מטלטלין, דכל שניתנו מטלטלין ביד אדם להוצאה, הרי הם שלו במוחלט, שמיד נשתקע שייכות החפץ לבעלים הראשונים, וקצת יש לדקדק כן מזה שלא הזכיר הרמב"ן נפ"מ זו לפרש"י, דבנמצאו הכיפי ברשותו אפי' פרע במטלטלין הדרי, ובנגנבו או שאבדו לא הדרי, וצ"ע דמאחר שהדין מפורש ברמב"ם ובטור, אין לדקדק מדהרמב"ן איפכא, [ועי' לעיל בדעת הרשב"א דיתכן דס"ל שדין שומא בטעות נאמר רק לזכותו של השומר, אבל אם רוצה יכול להשאיר השומא ביד המפקיד, ולפ"ז מסתבר דמטלטלין לא הדרי, כיון שלא כדין טעות גמורה נחתנין לזה].

טו. צ"ג ב' מתני' נשבע ול"ר לשלם כו' למי משלם לבעל הפקדון, אפשר דאי לאו סיפא דמתני' הי' מתפרש דכל ששילם נקנה לו הפקדון, כענין מתני' דלק' ל"ה ב' דקני לה בשבועה, [ועי' ירו' בזה ולעיל סק"ז], וה"נ הי' מתפרש דחיוב תשלומין שעל השומר מזכה לו גוף הדבר, [והא דקתני שילם ול"ר לישבע שהרי אמרו כו' היינו לאפוקי דלא קני לה בשבועה אף לענין כפל (כמו לענין שואל) כמ"ש הגרע"א ז"ל], אבל הסיפא באה ללמדנו שיש בזה פרטי דינים, ובכל אופן צריך לשאול למי משלם, דאם מיירי בלא שילם כלל מה שיך לשאול למי משלם, אבל השתא מתפרש מינה דפעמים ששילם, ומ"מ הוא בכלל לא רצה לשלם, ולכן שיך לשאול למי משלם, וכן ברישא צריך לשאול למי משלם, דפעמים שהי' חייב מן הדין, ומ"מ מקנה לי' כששילם, וכן באמר הריני משלם, ועוד דאפי' נתברר ששילם לפנים משהו"ד, לא מקני לי' בדאטרחי'.

נמצא מבואר במתני' דההקנאה היא רק מכח דאמדינן דעתו של בעה"ב דניחא לי' בהכי, ומש"ה דוקא בשילם ולא רצה קנה, דהיינו שחיוב התשלומין נעשה מדעתו, לאפוקי נתחייב בעדים, [ולהרשב"א אחר

הרי הוא נכנס תחתיו, וחשיבא נמי שומא בטעות, אבל במ"מ כתב בשם הרמב"ן שאפי' נאבד הפקדון או נגנב ואח"כ נמצא והוא חוזר בעינו לבעליו אף הקרקע חוזר לבעלים בכל ענין, וסיים וזה דעת רבינו, ומבואר מזה דבנגנב נמי דוקא בחוזר בעינו הוי שומא בטעות], ויש לדקדק בטוש"ע סי' ק"ג סי"א שכתבו דין שומא בטעות כנמצא שהפקדון ברשותו או שנאבד ומצאו, ולא חילקו דבלא אטרחי' אין הדין כן, וי"ל דעיקר הנדון בסי' ק"ג סי"א שכתבו דין שומא בטעות כנמצא שהפקדון ברשותו או שנאבד ומצאו, ולא חילקו דבלא אטרחי' אין הדין כן, וי"ל דעיקר הנדון בסי' ק"ג הוא כשהלוה חפץ בביטול השומא, והרי לעולם יכול לבטל השומא, אפי' אקני לי', וכמש"כ, ועוד דבלא אטרחי' לב"ד י"ל דחשיב אגביה איהו בחובו דקיי"ל לזכותו של השומר דלא הדרא השומא [עש"ך שם ס"ק ט], והטוש"ע כתבו הדין בגונא דגבו מיני' ב"ד עיי"ש, וממילא היינו אטרחי', מיהו הדין דסי' ק"ג אמת אף בלא אטרחי' וכמש"כ.

בדין שומא בטעות כתב הרמב"ם דאף מטלטלין הדרי, ואע"ג דדין שומא הדרא נאמר רק בקרקע, כמ"ש הרמב"ן והפוסקים, וכ"כ המ"מ פכ"ב ממלוה ולוה בדעת הרמב"ם שם שהזכיר קרקע, התם שאני דליכא בחזרת שומא דמטלטלי משום ועשית הישר והטוב, אם משום דאין דעתו של אדם על המטלטלין כמו על הקרקע, או משום דלאו ישר וטוב הוא שיצטרך לזכור בעלות על מטלטלין, באגבי' בחובו, או שהוליכן למדה"י, וכיו"ב, משא"כ קרקע דברשותי' דמרה קיימא, אבל כל שחוזר משום טעות, דינו כמקח טעות, ואף מטלטלין הדרי, וכן בטור סי' רצ"ה העתיק כדברי הרמב"ם דאף מטלטלין הדרי, ובסי' ק"ג כ' דדין שומא הדרא רק בקרקע.

מיהו בסברא הי' מקום לומר דמטלטלין כמעט דמו, וכי היכי דהמעות שנותן בזמן התביעה להוצאה ניתנו, ואף אם יתברר

דבגונא דידוע שנגנבו צריך לישבע שלא פשע, ובגונא דידוע שנאבדו אין ר"ל דידוע שהיתה אבידה ולא גניבה, אלא דלא ידעינן איך נאבד החפץ מרשותו אם בגניבה או באבידה, והיינו לומר שבשעת תשלומין לא הי' מצפה כ"כ לכפל, מיהו גם בזה מתפרש דלא ידעינן אם פשע, ובעיקר הדברים ע"כ לא מיירי מתני' בעדות גמורה, מדמשבעינן לי' שבועה שאינה ברשותו.

שם תוד"ה נגנבו וריבין פי' כו', צ"ע דלפ"ז הסיפא לא מיירי בגונא דרישא, אלא כונתו כמ"ש הרמב"ן דהכל בכלל המשנה בין נגנבו באונס ובין נגנבו בפשיעה, מיהו לשון שהרי אמרו מתפרש שהרי אמרו בכה"ג שנגנבו או שאבדו ש"ח נשבע ויוצא, ואם עדיין אין במשמעות נגנבו או שאבדו דקתני ברישא, שהוא פטור, לא הו"ל לסיים שהרי אמרו ש"ח נשבע ויוצא דמתפרש שעל מה ששינו ברישא אמרו שנשבע ויוצא ולא שש"ח יש לו אפשרות לישבע וליפטור, ועמש"כ הגרע"א ז"ל בענין זה, ועי' לעיל סק"י י"א.

שם גמ' משום דנפיש טירחה כו', פי' והו"א דש"ח דוקא כדקתני שהרי אמרו ש"ח.

שם אבל בהמה כו', לא מקני לי' כפילא, דא"א לחלק ולומר דדוקא כפילא, אבל ד' וה' לא, דמאי פסקא וגם יש לדון משום דהוי תשלומי ב' וג'.

שם מתקיף לה רמב"ח כו', אפשר לפרש דאבעל הגמ' קא מתמה כיון דאמרת שתלוי בדעתו של בעה"ב, היכי מקנה לי' אבל מתני' הו"מ לפרושי דכך מתפרש חיוב התורה ועי' ירו' דמיתני לה מקרא, ולכאור' יתיישב בזה גם קו' תו'.

טז. ל"ד ב' או"ד מילתי' קאי ודחויי הוא דקא מדחי לי', משמע דעיקר הספק הוא משום דאין להחליט שחזור

שכפר דוקא], וכן התשלומין עצמן לאפוקי לא רצה לשלם מדעתו, אע"פ שעיקר החיוב נעשה מדעתו, כעובדא דכיפי, וקתני ל"ר לישבע, לאפוקי היכא דהי' פטור משבועה ושילם מרצונו, כגון בעדי אונס להרשב"א, [ואחר שהביאם לב"ד אפשר דכו"ע מודו בזה], וכן בפשיעה בבעלים כמ"ש הגרע"א ז"ל, (וכן אפשר דבפטור משבועה (בזמן המסירה) אינו בכלל ל"ר לישבע, אבל י"ל דכל שמוטל עליו חיוב תשלומין אם פשע, שפיר מקנה לי' כפילא, וכמ"ש בש"ך סי' רצ"ה סק"ח בדין שילמו בנים ובדין פשיעה בבעלים אכתי צל"ע כיון דמחויב שבועה שא"ב ושלא שלח בה יד, מדין שומרים], וקמ"ל נמי דינא דאביי ורבא ב"ק ק"ח א'.

ובהא דקתני למי משלם מבואר דגוף הפקדון לשומר ולא רק הכפל וכמש"כ סק"א, [ועי"ש עוד חידוש בזה], ומבואר נמי דלאו בכל גונא קנה, וכמש"כ לעיל, ובהא דקתני למי שהפקדון אצלו ולבעל הפקדון, מבואר דדוקא בהי' הפקדון אצלו וכמש"כ סק"ו לאפוקי עמדה באגם בשעת מסירה, וגם מתפרש דאינו שומר אלא שהפקדון הי' אצלו ובאמת הוא קנאו, ועוד מתבאר מדקתני למי משלם שהדבר לא נחלט בזמן הפרעון ולכן כשנמצא הגנב צריך לשאול למי משלם דעדיין תלוי בדעתו של השומר, וכמש"כ סק"א.

שם תוד"ה המפקיד, תו"ד ז"ל דונגנבו או שאבדו מתפרש בשני אופנים, אבל לא מתפרש דלא ידעינן אם נגנבו או אבדו, והשתא קשיא להו בגונא דאמר' עלה שאבדו, מה שייך נמצא הגנב, ותירצו שהנפקד טען אבדו אבל באמת נמצא שהי' גנב, [אבל אין כונתם שהנפקד טוען לא פשעתי ולא ידענא אם נגנבו או אבדו], ועי' בזה לעיל סק"י"ב, א"נ הא דקתני נגנבו או שאבדו תנא דמתני' קאמר לה, שידעו שכך הי' המעשה, אבל זה קשה דאם ידוע שנגנבו למה נשבע, ואם ידוע שנאבדו איך נמצא שנגנבו, ולכן פירשו

מדבריו, דסתמא דמילתא קאי איניש במילתו, אבל לא נסתייעו כאן בהא דסתמא דמילתא ציית איניש דינא, ויש לעי' בש"ח שאמר פשעתי ולא אמר הריני משלם, וחזר ואמר איני משלם, מאי, דנהי דאם לא חזר ואמר איני משלם, נקטינן דבכלל הודאת פשעתי מתפרש גם שישלם, וכמ"ש בקצה"ח סי' רצ"ה סק"א הובא לעיל סק"יג, מ"מ בחזר בו אפשר דאין לזה כח של במילתו קאי, ואפשר שזה תלוי לפי הענין, אם לבתר דאמר איני משלם אפשר לפרש דמעיקרא נמי לא הי' דעתו לשלם, לא מקנה לי, אבל אם בזמן שאמר פשעתי ניכר היה שכונתו לשלם, שיך שפיר לומר דבמילתו קאי, - ובעיקר הבעיא לפי הראשונים ז"ל דלא מצי הדר בי, עמש"כ לעיל סק"ח.

והנה ודאי מיירי כשהשומר טוען ברי דדחויי דחי לי, והרי הבעה"ב שמא, ואין להקשות אם תרוייהו לא חשיבי מוחזקים בכפל, ליהוי ברי ושמא, (ואולי חשיב א"י אם נתחייבתי, דהחיוב לא נחלט בבירור כשאמר הריני משלם), דאם יש לנקוט דמיהדר קא הדר בי, הרי בודאי לא הקנה לו הכפל, אפי' אם יבא אליהו כעת ויאמר דמעיקרא לא הדר בי, דמ"מ לא הי' בדעתו להקנות, כיון שלא הרגיש עצמו בטוח בקרן, מיהו השתא נמי דהוי ספק, לא אמרי' דכיון שהוא מסופק הרי הוא מחליט שלא להקנות, דאם האמת דיש לנקוט דלא הדר בי, אין להתחשב בזה שהמפקיד נעלם ממנו האמת, ולהאמור אפי' מאמינו מפקיד לשומר אכתי בכלל בעיין הוא.

שם ואמרו בניו אין אנו משלמין כו', יעוי' לעיל סק"ח דלפי' הראשונים ז"ל כבר נתחייבו בתשלומין וא"י לחזור בהם, ועיי"ש עוד בכ"ז, והנה מבואר דכלא אמרו כלום ודאי במילתא דאבוהון קיימי, [ונראה דהכא מכא אבוהון זכו שהרי אמר הריני משלם ולא חזר בו, ולכן אין זה תלוי בבעיא דשילמו בנים, אבל אם הי' תלוי גם בזה יש לדון

דחשיב ספק ספיקא לטובת המפקיד, ולמה פסק הרי"ף וש"פ דגם בכה"ג מהני תפיסה ולע"כ בדיני ס"ס כלל ועי' להלן בזה], ונראה דמתפרשא שפיר האי בעיא בלא את"ל אבעיא קמייטא, דיש סברא לומר דבנים לא הדרי ממילתא דאבוהון במה שאמרו אין אנו משלמין, שאינם רואים עצמם כבע"ד להחליט אם לשלם או לא, ולכן אע"פ שאמרו אא"מ, מסתבר טפי דדחויי קא מדחו לי, ויש סברא נמי לאידך גיסא, שהרי הם לא אמרו הרינו משלמים, ועל האדם עצמו שיך טפי לומר במילתו קאי, וניחא בזה שהרמב"ם לא הכריע בבעיא קמייטא מכא את"ל דאמרו בניו כו' [שו"ר בשטמ"ק בשם הריטב"א שפי' לה באת"ל], מיהו אכתי קשה משילמו בנים לבנים, דגם שילמו בנים למפקיד הניח הרמב"ם בספק, אע"ג דודאי קיימא באת"ל, וש"מ דכיון שלא אמרו בהדיא בגמ' את"ל, לא קיי"ל הכי, ומזה נמי מוכח דשילמו בנים לבנים לא גרע אע"ג דהוי ס"ס, ואפשר הטעם דאור"ד ל"ש חשיב ספק אחד שכולל הכל, ולע"כ בדיני ס"ס.

שם תוד"ה הריני, תימה היאך ישלם לבני הנפקד כו', לאו דוקא בני הנפקד קשיא להו, אלא ה"ה לבני המפקד, ולכל מי שנגנב ממנו ומת, אלא שכאן הדבר מפורש בגמ', וכ"מ במהרש"א שדייק מדקאמר כי אקני לך אבונא כפילא עיי"ש, וכן פשוט דכיון דקני לה נפקד אם מעכשיו או סמוך לגניבה, הרי הוא ככל אדם שנגנב ממנו, דהגנב משלם ליורשים כפל, ועי' גופא קשיא להו וכמש"כ ובתו' הרא"ש הק' כן בשילם לבנים עיי"ש [ועכ"מ סופ"ח משו"פ], (יעוי' מ"ש הגרע"א ז"ל דמשכח"ל בטט"ג באבידה, אבל לפ"ז לא הו"ל להזכיר דאקני לאבוהון כפילא, אלא גוף הבהמה, דהכפל ממילא שיך לבעל הבהמה שהמוצא כופר בו, משא"כ בנגנב ממנו דשייך לומר שהוא זה שמקנה הכפל, וכדאמרי' עלה מאי פסקא).

הסכם מפורש, אלא הרגשה שבין אדם לחבירו או"ד ל"ש, דכלפי הבנים הכל נמשך בלא שינוי, וזהו ג"כ הנדון בשילם לבנים, שאין להם רגש הכרת הטוב לשומר, אע"פ שמבחינת הריוח יש להם כמו לאביהם.

ולאמור מתפרשא שמעתין כפשטה, דהמפקיד והנפקד הם האבות, ורק התשלומין מיירי בבנים בין בשילמו בנים בין בשילם לבנים, והיינו שנגנבה בחיי האבות, שלא נעשו הבנים שומרין, ולא בני המפקיד כמפקידין ביד האב או הבנים, והנדון בדעת המפקיד אם האב דאמר חכמים דעתו שרוצה להקנות, חל ממילא על הבנים, לפי שאינו יכול לומר להם שרק לאביהם הי' מקנה, דהיינו שהרגש המחייב ההקנאה לאב, מחייב גם לבנים, או"ד מצי אמר להו כו', וכן בשילם לבנים אין הנדון בדעת הבנים עכשיו, אלא דאם לפי הסברא אינם מחויבים לעמוד במילתא דאבוהון לענין זה, מפני שרגש ההקנאה הוא דוקא בין המפקיד עצמו לשומר, א"כ גם חכמים לא יאמרו שנעשה כאומר לו מחייב גם את הבנים, כיון שהרגשת המפקיד כלפי השומר הוא רק כשהעסק ביניהם, אבל אין זה מחייב את הבנים לנהוג כך, אבל באמת אין צריכים להקנות הבנים, דאם הבנים לא מצו אמרי כי אקני אבונא כו', ממילא מתפרשת הקנאת האב, גם אם הענין יגמר עם הבנים, וכ"נ דעת הראב"ד ותו' שבשטמ"ק דהכל תלוי בדעת המפקיד, [ועתוד"ה שאל ובמהרש"א ולע"כ בזה].

מידו מ"ש הראב"ד דבנגנבה אחת מיתת האב לא אקנו לי' בנים מידי [עכ"פ לל"ב], לכאור' בזה נעשה האב שומר של הבנים, והו"ל הבנים המפקיד עצמו, ופשיטא דמקנו לי' כפילא, [ועי' להלן] ובנגנבה מן הבנים ג"כ תלוי בזה, דאם הבנים נתחייבו בשמירתה כדין ש"ח, (אם נימא דלא גרע מהנח לפני), א"כ הם הנפקד עצמו, ואם כבר נפטרו

יז. **שם** שילמו בנים מאי מצי אמר להו כי אקנאי כו', לכאור' הו"ל מי אמרי' כי אקני כפילא לאבוהון דעבד לי' ניח נפשא, שהרי אנו מסתפקים בדעת בעה"ב, והתשובה לזה דבאמת אף בדלא עבד לי' ניח נפשא כלל, מקנה לי' כפילא, תדע דרש"י פירש פעמים רבות עשה לי קורת רוח, ואטו ס"ד דדינא דמתני' דוקא בכה"ג, (ורש"י כתב כן לאפוקי ניח נפשא דשילם כשהי' פטור, דא"כ (בכה"ג מיהא) בנים נמי עבדי לי' ניח נפשאי ומקנה להו, וברשב"א כתב דליכא למימר ניח נפשא דשמירה, דשואל מא"ל, ועוד נראה דאם הניח נפשא הוא עצם השמירה בדין הוא שיירשו גם את זה הבנים, וכן בני המפקיד יש להם להכיר לו טובה על ששמר בהמתם, דסו"ס בהמה דידהו נשמרה על ידו, ועשטמ"ק בשם הריטב"א).

וביאור הדברים דכשמוסר בהמתו לשומר אמדינן דעתו דכיון שהבטחת ממונו תלויה בישרותו של השומר, רגש הכרת הטוב שיש למפקיד אל השומר, מחויב שיקנה לו כל ריוח אפשרי, תמורת אימונו, והשתא מיבעיא לו אם יש למפקיד רגש זה כלפי בני השומר, [ואפשר לאמוד הדבר אם נתייחס לזה כאילו באמת אמר המפקיד לשומר הא דנעשה כאומר לו, אם לבנים יוכל לומר שרק לאבוהון הקנה, או שאותה סיבה מחייבתו להמשיך ההסכם עם הבנים, ואמנם אם הי' אומר כן באמת, אפשר דגרע, דחשיב כהקנה לו זכות זו, והרי הוא מורשה לבניו, וכ"ש בשילם לבנים שהי' מקום לדון דכשילם לבעה"ב עצמו דמי, אבל כשאנו דנים על דברים שלא התנו, יש לנו לירד לעומק דעתו, ולא שייך לדון אכתי דדין, דאמירה סתמא מחייבתו בכל האופנים], והנדון מובן בהרגשת בנ"א דאפשר לראות היחס לבנים כאילו נקלעו למצב זה בנ"א מן השוק, כיון שאין כאן הסכם מפורש, אלא הרגשה שבין אדם לחבירו, או"ד ל"ש, דכלפי הבנים הכל נמשך בלא שינוי, וזהו כאן

משמירתה א"כ בטל התנאי דלכשתגנב ותרצה ותשלמני, כיון שלא נגנבה בזמן חיוב שמירתו.

אבל הרשב"א פי' דהנדרון באומד דעתן של הבנים, ומיירי בגונא דבשעת ההקנאה כבר מת האב, והיינו אליבא דל"ב, וכשמת קודם גניבה, וצ"ל דהספק אם לבנים יש רגש הכרת הטוב כלפי השומר, כשלא הי' להם עסק עמו כלל, אע"פ שלמעשה הוא שומר שלהם, [שו"ר שהגרע"א ז"ל כ' דמסתברא דשומר אבירה קונה כפל, ועיי"ש מה שדן בזה], ולפי מאי דנקטו הפוסקים הלכתא כל"ק דרבא, קשה לפרש בעיין לל"ב דוקא, וגם סתמא דמילתא שילם לבנים דומיא דשילמו בנים שרק התשלומין נעשו ע"י הבנים, מלבד שבסברא אם מת האב קודם גניבה הרי הוא שומר של הבנים, ודינם כמו האב, [ובדעת רש"י אין מוכרח שכונתו נגנבה אחר מיתת האב, אלא שפי' תחלה לשון שילם לבנים דהיינו בדליכא אב, ואח"כ פי' הענין שנגנבה ושלם], שו"ר במהרש"א ע"ד התו' ד"ה שאל, עיי"ש ובמ"ש ע"ז הגרע"א ז"ל ול"ע בזה, וע"ע מ"ש הגרע"א ז"ל ע"ד המ"מ והכ"מ בענין זה.

בר"ף ורמב"ם וכן בפר"ח ליתא לבעיא דשילם לבנים, ומשמע דפשיטא דקני, דרק בשילמו בנים לבנים קמיבעיא לן, ואפשר שלזה נתכוין המ"מ שהביא דברי הרשב"א דבנגנבה בחיי האב פשיטא דקנה, דכיון שכן ניחא דל"ג לה, דדומיא דשילמו בנים ליכא למיבעי בשלם לבנים, ולמ"ש הרשב"א דל"ק פשיטא דקנה י"ל נמי דלמאי דקיי"ל כל"ק לא העתיקו בעיא זו, אבל ז"א, חדא דאם הבעיא כל"ב ש"מ דהכי קיי"ל, ועוד דאם גרסי לה בגמ' א"כ בעיא דשילמו בנים לבנים עלה קאי וכדפרש"י, ולא הו"ל להשמיט בעיא דשילם לבנים, דעיי"ז מתפרשת בעיא דשילמו בנים לבנים בע"א.

יח. **שם** שילם מחצה מאי, בש"ח שטוען נגנבה מתפרש כגון ששילם מחצה ונשבע על השאר, א"נ לרבא בנשבע ואח"כ שילם מחצה, אבל בש"ח שאמר פשעתי ולא ציית דינא צ"ע אי מקנה לי' במחצה, ועוד הרי כשיתבענו על המחצה ממילא הכל בכלל החיוב, ונמצא שלא הרויח במה ששילם מחצה, [ור"ח פי' בשלא הספיק לשלם כולו עד שנמצא הגנב, משמע שמפרש לה בשואל ובאמר הריני משלם כולה, אלא כיון דבעינן עד שישלם, מיבעיא לן אם מקנה לו המחצה ששילם], מיהו מהא דנקט שאל שתי פרות, משמע דאף במחייב עצמו קמיבעיא לי', [דסתמא אינה מתפרשת בחילוק המיוחד שבשואל דבעינן עד שישלם, דיש לפרש הבעיא כשהבעלים מפסיד, ולא בסברא דעד שישלם], דליכא לאוקומה בטוען ממ"מ, עי' לעיל סק"ט, וצ"ל דכיון ששילם מחצה נקנה לו מחצה, ומה שחזר ומרד אח"כ ולא ציית דינא, אינו מבטל הקנאת המחצה, מיהו אכתי משכח"ל בשאל שתי פרות ומתה אחת מהן, ולא שילם אלא אותה שנגנבה, [ובשותפין נמי מיירי בחייבין רק שאחד שילם מדעתו ואחד בע"כ, דהנדרון בשאלה מתפרש בחייבין, או שאחד אמר הריני משלם ועדין לא שילם, ועי' בראשונים ז"ל בזה], וצ"ע בכל האופנים שבזה, ולע"כ, ועי' בספר מרן זללה"ה חו"מ לקוטים סי' כ' דנחית לנדרונים אלו עיי"ש.

שם תוד"ה שאל, וכן אשה ששאלה כשהיא פנויה כו' היינו ששילם מנכסי האשה, אלא שע"כ נותן הפירות משלו, ולכא"ו אף בשאלה נשואה יש לדון כן, ואפשר דבזה אין הבעל משלם מפירותיו, רק מוכרין הגוף כמה הוא שוה, משא"כ בחיובים שהיו עלי' קודם שנשאת, וצ"ע, ובשילם הבעל משלו, אין לדון כלל, דהו"ל כאיניש דעלמא.

בב"י תיקו דשמעתין גם לצד דלא קנה מ"מ התשלומין מוחלטין למפקיד, (כמו

באטרחי' לב"ד), אבל במוכר עבדו לקנס אם המכירה לא חלה, הרי המוכר צריך להחזיר הדמים, ואפשר שגם מספק חייב להחזיר הדמים מיד, וכיון שכן פשיטא דלא מהני תפיסה, וניחא פסקי הרמב"ם בזה, - לענין יוקרא וגוף הבהמה לא מהני תפיסה, וצ"ע שלא הזכיר מזה הרי"ף, עי' לעיל סק"ו.

יט. רא"ש ס"א ואתא לאשמועינן דלא מקני כפילא עד שישבע שאין ברשותו דכ"ז שלא נשבע או שילם לא סמכא דעתי' כו', צ"ע מה בכך שהוא סובר שקודם שבועה יוציא חלה את הפקדון, הרי ההקנאה היא בשעת מסירה או סמוך לגניבה, אם יניח דעתו בתשלומין, וכל ההקנאה היא לצד שבאמת נגנבה ומשלם, ולמה יחשוב בזמן המסירה שאינו מקנה כ"ז שלא נתברר לו שאינה ברשותו, הרי אין כאן צד הפסד למפקיד, דהא קיימין השתא לצד שאם היא ברשותו לא ישבע, וכיון שדעתו של מפקיד ניחא בהכי, ודאי מקנה לי' כפילא, ועו"ק דא"כ שפיר קתני מתני' שילם ממש, כ"ז שלא נשבע כלל, והנה מה שדחקו להרא"ש היא גרסת הרי"ף, אבל באמת הרי"ף ל"ג הכי בגמ', אלא שהוסיף לבאר דאף במשלם צריך לישבע, ויעוי' בפר"ח שכ' אדר"ה פי' אע"פ שמשלם ותלמוד א"י מסייע דגרסין כו' [אמר משלם אנין חוששין שמא שלח בה יד, וזהו שהוסיף הרי"ף תיבות אלו לבאר הענין כמו שאמרו

בירו', והא דנקטו במשלם אני היינו משום דסתמא דמילתא אומר בב"ד משלם אני ועדיין לא שילם, וקאמר דמיד משביעין אותו שבועה שא"ב, וכשיצא מב"ד ישלם, [שו"ר לשון הטוש"ע מהרמב"ם שכ' משביעין אותו שאינה ברשות ואח"כ משלם נראה שלמד כן מלשון הירו' והרי"ף ומפרש כמ"ש הש"ך שם סק"א ד"ה הסדר הראוי שמא יפרוש ויחזיר החפץ] וכבר כתב הש"ך סי' רצ"ה סק"ג דדעת כל הפוסקים אינו נראה כן, וכ"פ הב"י והב"ח ועיקר.

ביאור הספיקות שבגמ' נראה משום שהמפקיד חייב להקנות, ואם אינו רוצה להקנות אין השומר צריך לשלם, ועוד דהרי המפקיד לא עלה על דעתו ענין ההקנאה, אלא שחכמים קבעו שזהו היושר המוסכם, וכו"ע ניחא להו, ומש"ה מספק"ל בכל הני, אף דסתמא דמילתא ודאי ניחא לי', מ"מ א"א לקבוע את זה כבלבו ובלב כל אדם, אלא כשהדבר מוחלט, וביותר מובן כשחכמים קובעין את זה בע"כ דחייב התשלומין תלוי בזה וכשאין הדבר פשוט שהיושר מחייבו, מספקא לן אם חכמים קבעו כן, ועוד דבאמת מן הדין הי' יכול לומר דאינו רוצה להקנות כלל, דאין חיוב התשלומין מחייב שיוכהו כפל, ולא קבעו חכמים אלא בדידעי בודאי דניחא לי' למיעבד ניחא נפשי' אע"פ שהוא פטור מזה.

סימן יא

בשבועה שאינה ברשותו

לא נתברר שלא גנבו הוא עצמו, ואפשר דה"ק דבשומר שנשבע נתברר בג' שבועות גם שא"ב, וכיון שזה אינו מתברר בשילם משביעין אותו, מיהו ע"כ צ"ל דר"ה קבלה היתה בידו שכך תיקנו חכמים, דשבועה דאורייתא ליכא בכה"ג, וכמ"ש הרמב"ם בהדיא דתקח היא, [ואאמו"ר שליט"א בהערות לשבועות כתב דמסברא קים ליה לר"ה דאין לפטרו בלא שבועה, ולפ"ז דכל דבר שראוי לגזור א"צ מושב ב"ד אלא הוא גזור ועומד, כמ"ש"כ אאמו"ר שליט"א בשם מרן זללה"ה מהא דאמרי' בעלמא מ"ד ליגזור].

ב. שם שמא ישבע זה ויוציא את הפקדון ונמצא שומר שכר מתחלל, כך פי' הרי"ף בשבועות שם [וכ"ה בשטמ"ק בשם תו' שאנץ], ובאמת מתני' מתפרשא שהמלוה יוציא את הפקדון להוכיח שהלוה נשבע לשקר, דכשנשבע אמת לא יוציאו המלוה, וכיון שכן הוי כאילו קתני שמא ישבע זה ויוציא הלה את הפקדון ויראו כולם שנשבע לשקר, והנה לא סיים התנא בדבריו מה בכך שיראו כולם שרשע הוא, ולפי' הרי"ף נחא שא"צ לסיים ונמצא שומר שכר מתחלל, שזה דבר המובן דמשבועת שקר שומר שכר מתחלל, וזה גורם לזלזול בשבועות, ואין מן הצורך שיפרשו התנא, אבל לפרש"י ע"כ לפרש דחיישינן שלבו אנסו ובטעות נשבע, וא"כ הענין חסר במשנה, שהרי אין הדבר פשוט שצריך לחוש שבטעות נשבע, ואם באמת יש לנקוט כן, למה ידונוהו בנ"א לכף חובה, והכל לפי הענין.

ולפ"ז נחא שחששו חז"ל ביותר לחילול שומר שכר, כיון שהמלוה יטרח להציל

א. ל"ד ב' אר"ה משביעין אותו שבועה שאינה ברשותו מ"ט כו' הא דאר"נ ב"ק ק"ז ב' גבי ש"ח דשלש שבועות משביעין אותו שבועה שלא פשעתי בה שבועה שלא שלחתי בה עש שבועה שאינה ברשותי, היינו דלבתר דקאמר שלא פשעתי בה אכתי חיישינן שמסתירה ברשותו, ואינה ענין לנתן עיניו בה דשמעתין, דהתם אף בפקדון של מעות בעין משביעין אותו שאינן ברשותו, ובפשוטו נראה דשלא פשעתי בה זו שבועת השומרים, שהרי אין מחובת השומר לידע מה באמת אירע לפקדון, ונקט שלא פשעתי משום דמיירי בש"ח [והיינו הא דמייתי לעיל ו' א', וגי' הראשונים ז"ל שם ר"נ], א"נ ה"ק שלא פשעתי בחיוב שלא פשעתי בחיוב שמירתי כל שומר כדינו, וכיון שעדיין לא נתברר מזה שאינה ברשותו, ע"כ צריך להשביעו שא"ב, [ועשו"ע סי' ע"ב סי"ד], אבל הרמב"ם פ"ו משו"פ ה"א וכן בשטמ"ק ו' א' בשם הרא"ש פירשו דשבועה שא"ב היינו שנגנבה וא"ב או שנאנסה וא"ב, ושבועה שלא פשעתי, היינו מפני שאפי' נגנבה או מתה אפשר שפשיעתו גרמה לכך, שו"ר ברמב"ם רפ"ד משו"פ ובמ"מ שם, ועי"ש [ועי' נה"מ סי' רצ"ד סק"ב], מיהו גם לפ"ד פעמים שנשבע שא"ב לחוד, שהרי אינו מחויב לידע מה אירע לפקדון, ומש"ה קרי לה שבועה שא"ב, [ועט"ז סי' רצ"ה ס"ב בזה, ועש"ק סי' רצ"ו סוסק"ט], וקצ"ע לפ"ז בלשון הרמב"ם שם ובשו"ע סי' רצ"ה ס"א ב' שסיימו על שבועה שא"ב דר"ה, נמצא כל שומר שנשבע שבועת השומרים כולל בשבועתו ג' דברים כו', ולפמ"ש לא שייכי בהדדי, דשבועה שא"ב דשומרים אינה ענין לנתן עיניו בגוף הפקדון, אלא שעדיין

דמילתא הוא שאף אם לא נשבע לשקר ממש, יש לחוש דטרח טפי ומשכח לה, וכמ"ש הרמב"ן ו' א' דשבועה שא"ב היינו דלא ידע לה עי"ש, וא"כ הו"ל לאביי למימר גזירה דילמא טרח ומייתי לה אחר שבועה, ולישנא דיטעון ויאמר לו משמע דהאמת אינה כך, ולכן פירשנו דאביי נקט החשש הקרוב יותר, דהיינו שנשבע כשעדיין לא חיפש יפה עד שיהא מבורר לו שא"ב, ועכשיו יטען שמעיקרא חיפש יפה, ורק אחר שבועה מצאה].

אב"ל הרשב"א פי' דאמנם חיישינן דנשבע לשקר במזיד, ואפ"ה משבעינן ליה, דאם נשבע באמת מהיכא מייתי לה, דהא אביי לית ליה טעמא דטרח ומייתי לה, ונדחק לפ"ז דבאמת גם לצד שהמלוה הוא הרמאי, חיישינן שמא בשומא טעה הלוח, ויפסלוהו, [וכונתו דכי היכי דבלא נשבע שא"ב, אע"פ שיש לחוש שהמלוה משקר, מהני חששא דשמא הלוח טועה (ויפסל שלא כדין) להכריע שהמלוה ישבע, ה"נ אע"פ שנשבע שא"ב, לא נוסף בחשש משקר דמלוה טפי, דמעיקרא הוה מחצה על מחצה ושיאמר האמת, ועדיין מע"מ שהמלוה אומר אמת, וכיון שיש חשש שהלוח טועה, וסגי בזה להכריע שהמלוה ישבע], אבל הדבר תמוה שיתקנו חכמים שבועה למלוה מפני הצד שנשבע לשקר, אא"כ נימא דאע"ג דחשד על לא תחמוד אכתי לא חשד כ"כ על לא תגזול, ועי' להלן, ובתו' הרא"ש כתב בהדיא דלא חיישינן שנשבע לשקר, אלא חיפש ולא מצא כו', ולשון יטעון ויאמר יש לפרש כמ"ש לעיל, א"נ כמ"ש בריטב"א דכסיפא ליה למיטען הכי אפי' אם האמת כך, ואביי אמר דחיישינן שיטען כן.

והנה עיקר מה שדחקו להרשב"א הוא משום דהאפשרות למצוא אחר שבועת אמת ע"י טירחא רחוקה יותר מלמצוא את הגנב, וכיון דהתם לא חייש אביי שימצא, ה"נ אין לחוש אחר שנשבע, [דלדינא פליג אביי ביש

ממונו ולברר קלונו של הלוח, ולכן חששו גם כשיש עדים שנגנבה, שיטרח וימצא הפקדון, דכ"ה טבע בנ"א שיותר יטרח אחר שהפסיד בדין, כדי לנצח ברובו [וגם מפסיד יותר] אע"פ שבשביל עצם הגניבה שנפסד לא טרח כ"כ, ואביי חידש דאף לאחר שנשבע שא"ב יש לחוש יוציא את הפקדון, מיהו מסתברא דהא דאמר אביי גזירה שמא יטעון ויאמר לו אחר שבועה מצאתיה, לאו למימרא דנשבע לשקר, דאין לנו להחזיק שניהם בשקרנים, אלא ה"ק גזירה שמא יטרח טובא אחר שבועה, למצוה הפקדון, ולא יחוש להוציאו, שיטעון אחר שבועה מצאתי, עי' רמב"ן ו' א' דשבועה שא"ב היינו דלא ידע לה, [אבל אינו שבודאי אינה באיזה מקום ברשותו] ואפשר דאם ה' יכול לטרוח ולמצאה ברשותו, חשיב שבועת שקר, אלא שאין דרך בנ"א לחוש כ"כ, דכיון שלא מצאה נשבע שא"ב, ועדיין כשר הוא, ועכשיו יטרח וימצאנה, ויטעון ויאמר שנמצא אחר שבועה בכה"ג שכדין נשבע שא"ב, לפי שהי' מוטמן ועכשיו יטרח וימצאנה, ויטעון ויאמר שנמצא אחר שבועה בכה"ג שכדין נשבע שא"ב, לפי שהי' מוטמן ונסתר במקום דלא הו"ל לאסוקי דעת' כלל, ויתכן שזהו לשון יטעון ויאמר, דהיינו שימציא טענה שתשאירו בצדק, אע"פ שבאמת פושע הוא בשבועתו, אבל לא רמאי ממש, אלא כעין סברא דאישתמוטי ועדיפא מינה, [מיהו לעיקר פי' הגמ' גם אם נשבע לשקר שא"ב, אין קו' אמאי נשבע מלוה, שהרי הא דמשבעינן למלוה הוא משום דחיישינן שהלוח ישקר בשבועתו ונמצא שומר שכו' מתחלל, וא"כ שבועת המלוה שבועת אמת היא, והחמירו טובא בחשש חילול השם, אלא שאין סברא כ"כ לחוש ששניהם שקרנים, ולכן אם המלוה נשבע לשקר שא"ב, גם בכמה ה' שוה משקר הוא, ואפשר נמי לומר דאע"פ ששיקר בשבועה שא"ב, מ"מ לא חשד אממונא, בכמה ה' שוה, אלא דקושטא

כאנוס שנצטרך לדאוג לכשרותו, ועוד דביש עדים שנגנבה לא הו"ל לחז"ל למיחש כולי האי לכשרותו של לוח, אבל לחילול השם (או שבועה לבטלה) שהעוולה נגרמת ע"י ב"ד שפיר חיישין אפי' טובא, ועוד דלרב אשי לא מתפרשא שמא כו' כמו לאינך שינויי, וכמ"ש הרשב"א, דלרב אשי א"צ לזה, דזכותו של הלוח לתבוע שהמלוה ישבע תחלה, כדי שלא יצטרך הלוח לישבע, בלא טעמא דשמא יפסלנו.

ולפר"ח נמי קשה הא דקתני שמא ישבע זה, דהול"ל שהלה יכול להוציא את הפקדון ולמנוע שבועה לגמרי, דלא איכפת לן מי נשבע אלא על מי תהא מוטלת השבועה, כדי שיוכל למנועה, וכוליה לישנא דמתני' וגמ' ל"מ כן, דלישנא דמי נשבע כו' משמע שהנדרן מי נשבע ולא על מי מוטלת השבועה, וכן שמא ישבע זה מתפרש דהחשש הוא אחר שבועתו של זה, וולפר"ח ע"כ צ"ל דגם קודם שבועתו יוציא הלה את הפקדון אם יצטרך ליšבע, דאם השבועה של הלוח גורמת לו לטרוח, נמצא שלא היתה השבועה לבטלה, שגם עכשיו כשנטיל השבועה עליו, ישבע ולא יטרח, וגם לשון שמא כו' אין לו מקום, דהטעם פשוט שיש להטיל השבועה על מי שיוכל למנועה, ועוד דכל עיקר הסברא דטרח ומייתי לה, הוא מפני שהפסיד בדין, ולא כדי למנוע מעצמו חשש שבועת שקר, שהרי הוא סבור לומר אמת, ועוד דפרכינן א"ה לוח נמי טרח ומייתי לה, ואם נדון בגונא דמתני' הרי המלוה לא טרח ומייתי לה אע"פ שמפסיד שני דינרים, ולמה יטרח הלוח לאתוייה כדי להרויח דינר, ועוד דצריך למחוק הא דקאמר כי משתבע מלוה, ובאמת הגמ' נקטה בזה לישנא דמתני' שמא ישבע זה, אלא דמתרוייהו קשה וכמס"כ ועוד דאביי קאמר גזירה שמא יאמר כו', הול"ל אחר שבועה נמי מצי למיטרח, ומאי גזירה דקאמר, ועוד מאי קאמר מי נשבע תחלה פשיטא שיש להטיל על

עדים שנגנבה, ולא רק בפירושא דמתני'[, וצ"ע מאי קו' אם נימא שנשבע אמת אלא שלא טרח כ"כ, ואפשר דרק לפר"ח קשיא ליה, דכשאנו דנים אחר שנשבע שא"ב להטיל על המלוה שבועה דכמה ה' שוה כדי שיטרח ויביאנו, הדעת נותנת שלא יוסיף לטרוח מאחר שנשבע באמת שא"ב, ולכן אף אם נוטל השבועה על המלוה יש להניח שישבע ולא יוציא הפקדון, וא"כ לא הרווחנו שבועה, וע"כ דחיישין דבלא טרחא יוציא את הפקדון, והיינו כשמעיקרא נשבע לשקר, אבל לפרש"י דהחיפוש כדי להציל ממונו ולפסול את הלוח, שפיר יש לחוששיטרח לחפש יותר, אחר שהלוח נשבע, ובזה מיושב הא דניחא ליה טפי לפרש"י, דלפרש"י גם אם נשבע אמת יש לחוש שימצאנו וכמשנ"ת, ועתו' הרא"ש שיישב נמי לפר"ח.

הרשב"א כתב ליישב פרש"י דחיישין שהלוח טעה בשומא, ובאמת אינו חשוד ליšבע בשקר, ואם יוציא הלה את הפקדון, ע"כ יפסל לעדות ולשבועה, שלא יועיל חשש דשמא טעה להכשירו, וכ"נ מרש"י בשבועות שם, אבל עיקר הדבר צ"ע שיחקנו חכמים בע"כ של לוח להפסיד ממונו מפני חשש שיפסיד יותר, ולא מצינו כה"ג, דאחר שמודיעין לו שאפשר שטועה ויפסל לעדות ולשבועה, והוא טוען ברי דלא טעינא, ואיני רוצה להפסיד מעותי בשביל כך, למה לנו להתערב ולהפסידו בע"כ, ובמאמינו כתבו ז"ל דלפרש"י איהו דאפסיד אנפשי', ונשבע לוח לחוד אליבא דר"א, וה"נ כשרוצה ליšבע יש לנו לומר איהו דאפסיד אנפשי', [ולמאי דקיי"ל דלא מפכינן שבועה בדאורייתא שמא י"ל דתיקנו כן משום גונא דהלוח חפץ בכך, אבל למבר"א דאף בדאורייתא מפכינן, ע"כ מיירי בשאין הלוח רוצה להפוך ובע"כ מפכינן], ועוד דכיון שנשבע כשאין ברור לו, (שהרי שכנגדו מכחישו), ג"כ נעשה חשוד קצת שאינו מתיירא מן השבועה, ואין לראותו

למנותו עם אלו שתיקנו להם זכות לישבע וליטול.

ג. **ל"ה א' רא"א** זה נשבע וזה נשבע כו' וה"ק מי נשבע תחלה כו', בשבועות מ"ג ב' מבוא דהכי קיימא למסקנא, אף לבתר דמוקמינן סיפא במאמינו, ומדברי התו' נראה דבמאמינו מפסיד הלוח וישבע המלוה כמה הי' שוה, אלא דלא משמע ליה לאוקומי רישא במאמינו, אבל הדבר קשה לחדש תקנה במאמינו שיפסיד הלוח, דהא לר"א לא תיקנו כולי האי משום שמא יוציא את הפקדון, ורק הורו שהמלוה ישבע תחלה, והראשונים ז"ל נקטו לאידך גיסא דלא מהני מאמינו לפטור את המלוה משבועה שא"ב, והיינו משום דפשיטא להו דלר"א לא תיקנו כלל שיפסיד הלוח משום חשש זה, אבל שפיר אפשר להכריח את המלוה לישבע, כאילו אינו מאמינו, דאינו בדין שיפסיד הלוח מפני שמאמינו, וניחא להו בזה דאתא כולה מתני' במאמינו, אבל צ"ע דלפ"ז חידושא רבה אשמועינן מתני', דהמלוה נשבע אע"פ שהוא פטור, ואמאי מפרש ר"א דה"ק מי נשבע תחלה, וגם הלשון מיושב יותר אי מתני' קמ"ל חיוב שבועה, ובפרט שהאמת כן דמתני' במאמינו מיירי (ועוד דקודם שפי' בגמ' סיפא במאמינו לא הו"ל לחדש דאף במאמינו צריך לישבע, דבלא משנה אין לחדש כן ולא מצינו שנשתנה דבר לדינא בדברי רב אשי למסקנא ולישנא דתהא במאמינו לא משמע שיש חידוש דין בזה), וע"ע לק' סק"ה אליבא דאביי.

ולכאורה הי' נראה דנהי דלשאר אמוראי החמירו טובא בחששא דשמא יוציא את הפקדון, אבל לרב אשי תיקנו רק סדר הנשבעין משום חשש זה, וכיון שכן אין קושיא אם במאמינו נשבע הלוח בלבד, וביותר קשה שהרי האמת הוא דבמאמינו אין לחוש כ"כ שיוציא את הפקדון דלוח קים ליה במלוה ידי' ואם הוא מאמינו, אין לקבוע דאנן לא

המלוה תחלה שא"ב, כדי למנוע שבועת הלוח, אבל לפרש"י והרי"ף איסורא קתני, (משא"כ לפר"ח שהחשש הזה מובן, ולא הוסיף בו התנא איסור), ובסברא נמי קשה שיפקיעו חכמים זכותו של הלוח, מפני שהמלוה יכול למנוע השבועה, מ"מ זכותו של הלוח לקבל ממנו ע"י שבועה, וזה לא חשיב שבועה לבטלה, כיון שאם לא השבועה הרי הוא מפסיד ממנו שלא כדין, ועוד דביש עדים שנגנבה לא הו"ל להפסיד ממנו של לוח, דהחשש רחוק, וכן בנשבע שא"ב, וגם האמת נראה שלא יטרח המלוה כ"כ כשיש עדים שנגנבה וכן אחר שנשבע שא"ב, קודם שישבע כמה הי' שוה, ומכל הלין נראה דאף לפר"ח עיקר הקלקול הוא במה שמתגלה שנשבע לבטלה וזה כסברת הרי"ף, אלא דאפי' בנשבע אמת יש בזה זלזול כבוד שמים, שאין נזהרין למנוע שבועות, וכיון שהעוולה נגרמת ע"י ב"ד חיישינן טובא, ולפ"ז עיקר הענין כפי' הרי"ף, אלא שיש להוסיף דגם עכשיו שהמלוה נשבע יש תועלת כיון שימנע מלישבע עד שיטרח, אבל עיקר הקלקול שחוששים לו, הוא אם ישבע זה ואח"כ יוציא הלה את הפקדון, שו"ר בש"ך סי' ע"ב ס"ק ס"ג ובבהגר"א שם ס"ק ע"ח, ע"ש, [בשטמ"ק בשם הריטב"א שכתב להו בחד טעמא משום חשש שבועה לבטלה או שיתחלל שומר שכר, ומשה"ק שם מלשון הגמ' טרח ומייתי לה, לכאורה ל"ק רק אם נפרש דקודם השבועה טרח, ואפשר שר"ל דרק אם ידע שנשבע הלוח לשקר טרח ומייתי לה, ולכן אין להזכיר שבועה לבטלה, אבל מ"מ לפי' הרי"ף אין קו'.

שם תוד"ה שמא, וי"ל דלא חשיב התם כו', כונתם מבוארת דהכא אינו נשבע ונוטל מפני שיש לו יתרון בנאמנות על הלוח, אלא דמשום סיבה חיצונית א"א להשביע הלוח, ואם נשבע המלוה שא"ב או שיש עדים שנגנבה, הרי אינו נשבע ונוטל, ולכן א"א

נחית כלל להוצאת הפקדון, אין דוחק לאוקומה במאמינו, דלא נחית תנא לזה.

ד. שו"ע סי' ע"ב סט"ו אבל בזמן שהלוח נשבע כמה הי' שוה כו' אפי' אם ירצה לשלם והוא דבר המצוי לקנות כו', בש"ך סק"ס כתב ליישב דמשכח"ל שיהא דבר המצוי ומ"מ פליגי בשומא, כגון שיש שני כלים דומים, ושניהם מצויים, אלא שלאחד יש יתרונות אם במשקל או שאר מעלות, והם חלוקים איזה כלי הי' מיהו אכתי קשה דסו"ס מאי מהני טעמא דמצוי בשוק, הרי אין מצוי לו לקנות במחיר שהוא טוען, ולכך נתן עיניו בו, ועי' בתומים ס"ק כ"ט שהק' כן, [וצלע"ע בדבריו], ולכאורה נראה דכיון שכל החשש שהוא ברשותו, הוא אם טענת הלוח אמת, בזה לא משבעינן ליה שבועה שא"ב, שהרי בזה גופא חלוקים הלוח והמלוה ועדיין לא נתברר הדבר, ואין להחליט דמ"מ ישבע המלוה, כיון שאם האמת עם הלוח יש לחוש שעניו נתן בו, שהרי לעומת זה אם האמת עם המלוה אין כאן מקום לשבועה שא"ב, ולמה נחליט הדבר לרעת המלוה כשהנדון לענין שבועה שא"ב, ולא דמי לשבועה שא"ב דעלמא, שגם לפי טענת המלוה שייך לחוש שעניו נתן בו, [ועי' לק' סק"ה ד"ה שם מידן], ויש לדמות ד"ז לחלוקים בעיקר המשכון דמלוה אומר שהי' כלי פשוט, והלוח אומר שהי' כלי מיוחד, דכיון שהמלוה כופר בעיקר הפקדון, אין כאן שבועה שא"ב, [והנה אילו ידענו שאין החפץ ברשותו ואינו יכול להחזירו, אלא דאפשר שמכרו, ודאי דאין להשביעו שא"ב, דהשתא אין כאן אלא הנדון כמה הי' שוה, ואם כמה הי' שוה הוא ג"כ בכלל שמה עניו נתן בו, א"ב אכתי יש להשביעו שמה נותן עניו בדמי המשכון, אלא דגם בזה יסוד הטעם הוא כמש"כ, דחשיב הנדון על עצם הפקדון אם הפקיד אצלו בשווי כזה, ועי' אין נאמנות ללוח כדי להשביעו], - ואפשר לאמרו בלשון אחר, דלא חששו

מהימנינו, ליה וכולי האי לא החמירו לחוש שהלוח טועה, ונראה דס"ל להראשונים ז"ל דהא דלוח מקיים בי' במלוה כו' אינו מעלה ולא מוריד, וכיון שנשאר חשש חילול השם אין להתירו לישבע, (ולפ"ד נחא נמי דלרבה ור"י פשיטא להו שלא תיקנו שבועה שא"ב למלוה, במקום שאין לחוש שהיא ברשותו, אע"פ שע"י השבועה שוב לא נחוש שיוציא את הפקדון, והעדיפו להפסיד את הלוח וישבע המלוה, ולית לן לחדש דלרב אשי חייבו את המלוה לישבע כשהוא פטור, ואע"פ שהאמנת הלוח גרמה לפטור, מיהו יש לדחות דבדרבה ור"י גם אם ישבע לא מהני דהא כו"ע ידעי דבקושטא אישתבע, ועי' לק' סק"ה) מיהו מ"מ צריך ראייה דלר"א חששו לזה גם כדי לשנות הדין להטיל שבועה על המלוה כשהוא פטור וכיון שמצוינו גונא שהלוח נשבע לבדו, אין קו' אם גם במאמינו הדין כן, מיהו למ"ש בשו"ע סי' ע"ב סט"ו גם בזה ישבע המלוה, ועי' לק' סק"ד, שו"ר בספר אאמור"ר שליט"א בהערות שבועות שם בכ"ז.

ועיקר הדבר לאוקומי סיפא דוקא במאמינו אינו דוחק, דכיון דסיפא מיירי בתביעת הלוח, אם איתא דתבע ליה גוף הפקדון הול"ל היכן משכנוי סלע הליתני כו', ולכן מתפרשא שפיר מתני' כדקתני, שרק תביעת השוויות יש ביניהם, [וגם עיקר המשנה אתיא לדין מב"מ], אבל ברישא שהמלוה תובע לא נתבאר במתני' דעת הלוח, ומסתבר להניח שכאשר הוא הנתבע, אינו מוותר כלום לטובת המלוה, גם כדי שלא יפסיד, וגם מפני שהמלוה חשוד יותר כשמעז לתבוע בדלא קים ליה, משא"כ כשהלוח תובע, והמלוה פוטר עצמו בדדמי, ועכ"פ אין במשמעות המשנה שמצד הלוח אין תביעה, וכן הא דדחקו אמוראי ביש עדים שנשרפה ושנגנבה היינו דשבקי' דאיהו דחיק ומוקי אנפשי' כשאין ראייה משבועה שא"ב, דהתנא בא להשמיענו עיקר הדין בדמשכח"ל שיש לחוש שיוציא הפקדון, ולכן בסיפא דלא

חכמים אלא לאיסורא דלא תחמוד דלא משמע לאינשי איסורא, ולכן הצריכוהו שבועה, אבל חשדוהו בגזילת ממון, ולהצריכו שבועה מכח חשש זה, וכעת ראיתי שדן בזה הגרע"א ז"ל סי' רצ"א ס"ד, וכ"כ בנה"מ סי' רצ"ד, סק"ג, ועמש"כ לק' סק"ו נפ"מ בין הטעמים, [אבל ביסוד הדברים גם הטעם הראשון הוא משום דלא חשדינן ליה בגזלנותא, אלא דהתם עדיף].

ברם יש לדקדק מנ"ל להסה"ת דבכה"ג חששו שמא יוציא את הפקדון, בשלמא אם יש לחוש שענינו נתן בו, אמרי' דעכשיו שמפסיד יוציא את הפקדון, אבל כשאין לחוש שנתן ענינו בו, א"כ לא הי' מעכבו, (דהא רק אם הוא שוה כפי דבריו וציאנו, וא"כ אין לו הריחו ששוה יותר), ולאו קו' היא דנהי דאין החשש קרוב להצריכו שבועה, [דלא שכיח שיתן ענינו בו, וגם כשיתן אין הלוח מקפיד, כ"כ], מ"מ לענין חשש חילול השם, ודאי יש לחוש, שמא הוה ניחא ליה במשכון, ועוד דקודם שישבע יחפש היטיב, ובלא שבועה יתכן שידמין לו ויוציאנו אע"פ שלא עיכבו במתכוין, [ועי' בש"ך ס"ק ס"ב בשם הב"ח, ובבהגר"א בזה, ונראה דלדעת תו' גם בכה"ג א"צ שבועה, [ועי' להלן מבהגר"א בזה], מיהו לא נתבאר דעתם אליבא דר"א אם עקרינן שבועה מלוה למלוה, אבל עכ"פ לא תיקנו שבועה כשהמלוה פטור], - ואין להקשות לוקים מתני' בהכי, דדוחק גדול לאוקומה בכה"ג שכ' הש"ך, מכמה טעמים.

ולאמור צע"ק במ"ש בסה"ת וטוש"ע שם סוסי"ב דהיכא דמוטל על המלוה שבועה דכמה הי' שוה, והלוה מאמינו שא"ב, א"צ לישבע, ופירשו הסמ"ע והב"ח הובאו בש"ך ס"ק נ"ב דכיון שהמלוה נשבע תחלה כמה הי' שוה, לא חיישינן שמסתיר הפקדון ברשותו, דלא הי' נשבע בחנם, ולפמש"כ הרי יש לחוש שימצאו אח"כ, משא"כ אם נשבע שא"ב דיותר רחוק שימצא, ואמנם ל"ק כ"כ, אבל כיון דחזינן דבהי' מצוי בשוק חיישינן,

וכן במאמינו, א"כ מנלן לפטרו בלא שבועה שא"ב דעדיפא טפי, והול"ל שיגלגל בשבועתו שא"ב, וקצת הי' נראה מהשמטת הסה"ת והטור והמחבר הדין דאף במאמינו חייב לישבע, דאמנם לא ס"ל הכי, תדע דהטור קאי בשיטתא דאבוהי' ואזיל בתוספותיו בשיטת תו', דרישא לאו במאמינו, ובפרט בדינא דסט"ו הו"ל להסה"ת לומר גונא דמאמינו וכמ"ש הרמ"א, (ובבהגר"א סוס"ק ע"ז כ' דדעת סה"ת כהר"ן, וכונתו להשוות מצוי למאמינו, וכמש"כ בדעת תו').

ולענין הלכה הרי דעת הרמב"ן והרשב"א והר"ן דאף במאמינו נשבע שא"ב, ונקטו כן בדעת הרי"ף (וכ"נ בפר"ח שבועות שם, אבל לא פי' הטעם), ועשטמ"ק בשם הראב"ד, ואפי' אם יש חולקים, לא יוכל המלוה להכריח את הלוח לישבע כ"ז שהוא לא נשבע שא"כ, וב"ד נמי לא שרו ליה לישבע, שמא כו', - ובהי' המלוה חשוד, יעוי' בקצה"ח ונה"מ דפשיטא להו שלעולם אין הלוח נשבע בלא שבועת המלוה, אבל אאמור' שליט"א כתב בהערות שבועות שם די"ל דמשום חששא דשמא יוציא כו' לא מפסדינן המלוה לגמרי, ושפיר משבעינן ללוה ול"ד לשאר אוקימתי דמשבעינן למלוה במקום הלוח, דמ"מ אינו מקבל בלא שבונה, דרק כשאפשר לקיים שניהם שייך לדון דהוי לבטלה, ורק לטעמא דשומר שכו' מתחלל יש לדון בזה, וכיון שהראשונים ז"ל השוו שני הטעמים לענין מאמינו, [ועשו"ע סי' פ"ז סל"ג וסו"ס ע"ה, ובש"ך סי' ע"ב ס"ק ס"ג], הה"נ לענין שלא מפסדינן למלוה לגמרי, משום חשש זה.

ה. ל"ה א' אמר רבה שיש עדים שנשרפה א"ה מהיכא מייתי לה כו' יש להבין ורבה מאי קסבר, [וכן בתוד"ה מיגו מבואר דרבה נשאר בסברתו, ובמהרש"א נתקשה בזה, (ורבה גרסי' כגרסת תו' משום דקדים לר"י, וכן מוכח דר"ה בר תחליפא

חייב שבועה מאחר דאיכא עדים, (וכמ"ש תוד"ה מיגו), אלא שהי' מקום דמשתבע לדעת הראשונים ז"ל דבמאמינו נמי חייב לישבע שא"ב קודם שישבע הלוח וכמשנ"ט סק"ג ד' ולמש"כ לעיל אליבא דר"י גם אם ישבע לא מהני וזה לא יתכן לרב אשי דלא מצינו לדידי' שהעבירו השבועה להלוח.

שם ר"א אמר כו' וה"ק מי נשבע תחלה כו', דינא קתני שאפי' ירצה הלוח לישבע תחלה לא משבעינן ליה, אבל בלאו מתני' נמי ידעינן דחייב שבועה שא"ב על המלוה תחלה, ולפ"ז נחית התנא לאשמועינן דינא נגד רצונם, ואאמו"ר שליט"א כתב בהערות שבועות שם דלהכי קתני מי נשבע בסיפא לומר דאף בסיפא אם רצו להפך השבועה על הלוח, לא צייתין להו, ולמש"כ גם ארישא מתפרשא לאפוקי מה שרוצים שלא מן הדין וניחא טפי, וכבר כ"כ בבהגר"א סי' ע"ב סק"ע, וכו"מ בש"ך שם סק"ס, ובאמת בתו' הרא"ש הביא בשם ר"ב ממגנצא שהוכיח מדלא משני לה תלמודא אסיפא ולומר שאין מהפכין, ש"מ דבדאורייתא בלא"ה אין מהפכין, ודחה דדילמא פריך למ"ד אין מהפכין, אבל אכתי לוקמה ברצו להפך, [ועטוש"ע ספ"ז סי"א], מיהו עיקר כונתו דס"ל לתלמודא שאין להעמיד המשנה בכה"ג, דאל"כ אכתי תיקשי לשמואל אי סבר כמבר"א, ועכ"פ חזינן בדבריו שהדין אמת דלא שרינן לאפוקי, ואף בסיפא יכול להתפרש מי נשבע תחלה, כגון אם אין המלוה רוצה לישבע כמה הי' שוה, אבל מוכן לישבע שא"ב, יכול להפך ברצון הלוח, והוא נשבע תחלה שא"ב. – אפשר שאם הי' כתוב מי נשבע תחלה מיד בתר סיפא דרישא, הי' מודה ר"א דעקרינן לשבועה מלוה למלוה, אבל כיון דקתני לה בתר חיוב שבועה דמלוה, מצינן לפרושי דמי נשבע תחלה קאמר.

שם מיגו דמשתבע כו' אבל בלאו מיגו ל"ק מ"ט קתני פטור, דשבועה שא"ב מילתא

משמ"י דרבא קאמר, והיינו דלא כרבא ומוזה מוכח נמי דלא כגרסת הב"ח]], ואפשר דלאו עדים ממש שראו שנשרפה קאמר אלא שידוע שהיתה שריפה בביתו, ולפי הענין יש להניח שג"ז נשרף, תדע דיש עדים שנגנבה נמי לא מיירי בשראו הגנב, אלא שידועים בודאי שנלקח ממנו, וס"ל לרבה דבכה"ג שלפי הענין נראה שנשרפה, לא מחייבינן ליה שבועה שא"ב, דלא תיקנו כולי האי, לחוש שמא לא נשרף, ועיניו נתן בו, אבל לענין חילוק השם חששו טפי, שמא לא נשרפה והיא ברשותו, [ולפ"ז י"ל דמיירי שפיר בטוען שנשרף באונס, אלא דכיון שאין עדים אינו נאמן, ואם אינו רוצה לישבע משלם], אבל תלמודא לא ס"ל לחלק בזה, דאם מה שנודע שנשרפה ידיעה ברורה היא, מהיכא מייתי לה, ואם אינה ידיעה ברורה, אין לפטרו משבועה שא"ב שו"ר שכבר כ"כ אאמו"ר שליט"א ב"מ סי"ט סק"ז עיי"ש, [שו"ר בחידושים ע"ש ריטב"א עיי"ש], וכעת ראיתי בש"ך סי' רצ"ד סק"ו ובקצה"ח ונה"מ שם בענין זה, ועמש"כ בזה לק' סק"ל.

שם אלא אר"י כו' בכה"ג אפי' ישבע שא"ב לא מהני, כיון שהחשש דטרח ומייתי לה.

שם אביי אומר גזירה כו' ברשב"א מבואר דאביי פליג אר"י לדינא, וס"ל דביש עדים שנגנבה, נשבע הלוח ולא חיישינן דטרח ומייתי לה, והנה זה פשוט לדעת הרשב"א דהחשש שנשבע לשקר, דאע"ג דשאר אמוראי לא ס"ל לחוש כן, מ"מ אין לחדש לאביי חשש דטרח ומייתי, אבל נראה דאף למ"ש בתו' הרא"ש דאפי' נשבע אמת יש לחוש שימצאנו, וכמשנ"ט לעיל סק"ב, מ"מ אין ללמוד מזה ליש עדים שנגנבה, דהתם המציאות מוחלטת ואין לחוש לטרח ומייתי, משא"כ בנשבע שיש לחוש שלא חיפש יפה, ולרב אשי ודאי נראה כן (וכמ"ק בפוסקים סי' ע"ב סוסי"ב), דאין לחדש חשש דטרח ומייתי, וכ"כ אאמו"ר שליט"א שם, והא פשיטא דאינו

אחריתי היא, ועל עיקר התביעה שפיר קתני פטור, ומזה יש לזקק כמש"כ סק"ד דלא משבעינן שבועה שא"ב מפני תביעת הלוח שטוען שמא היא ברשותו ונותן עיניו בה ליקחנה בזול, [עיי"ש דנפ"מ בדבר המצוי לקנות], דא"כ גם השבועה שא"ב מכח התביעה, ולא הו"ל למיתני פטור, ולשון הגמ' מוכיח דרך משום מיגו פריך.

שם תהא במאמינו, ולהכי לא מוקי לה ביש עדים שנשרפה ונגנבה, דא"כ תיקשי רישא נמי אית לן לאוקומה בהכי, אבל במאמינו שפיר מוקמינן נמי רישא לדעת הראשונים ז"ל, ולדעת תו' נמי ניחא, ועמשנ"ת בזה לעיל סק"ג.

ויש לעי' למ"ש הראשונים ז"ל דלמסקנא רישא נמי במאמינו, א"כ אביי במאי מוקים לה, דהא ע"כ לאביי נמי מיירי סיפא במאמינו, ואי רישא במאמינו א"כ מנ"ל דרבנשבע שא"ב נמי חיישינן ומהפכינן שבועה למלוה, דילמא מתני' דוקא במאמינו, דאז יש לחוש שיוציא, ואיהו דאפסיד אנפשי' ומהפכינן, ושמא אביי מוקים לסיפא כשכבר נשבע שא"ב דלא מצינן לגלגולי עליה כמה הי' שוה, והויא שפיר דומיא דרישא, וי"ל דפשיטא ליה לאביי דלא מיתוקמא עקירת השבועה רק במאמינו, דדוחק לפרש שדנו ותיקנו חכמים הפסד ללוה אם יהא אופן שאיהו דאפסיד אנפשי' והימני', (וזה כאילו תיקנו להורות ללוה שלא יאמר שמאמינו, כי אז יפסיד, וזה מאורע משונה ולית לן לאוקומי עיקר התקנה בהכי).

שם ונהמני' לוח למלוה נמי בהא כו' אין הקו' דנהמני', שהרי יודע שאין האמת כן, אלא ר"ל מ"ש דמהימן ליה בהא ולא בהא, דדאם יש חשש משקר אין להאמינו כלל, ונקט' בהאי לישנא כדי שיוכל לשאול אליה נמי בהאי לישנא.

שם לוח מקיים ב' במלוה כו' אפשר דבמשכון דוקא אמרי' סברא זו, שלא הי' המלוה מעונין בחפץ זה, אלא שעשה טובה ללוה והלוהו, וכיון שהלוה מרגיש שכל עיקר החזקת המשכון זוהי טובה שעושה עמו המלוה, אינו מתעורר לחשדו בגניבה, אבל המלוה נטל המשכון מחשש כפירת הלוה ושיהא פרעונו בטוח, והוא רואה בתביעתו סלף בוגדים, ואינו מעלה על דעתו שהוא עצמו טועה, ועיקר הדברים הוא דאין קושיא אם סתם התנא בדליכא שבועה שא"ב, כיון שמצוי שאין הלוה חושדו, והרי שבועה זו אינה עיקר לנדון דמתני', ושפיר השמיט התנא מ_ בזה, אבל במה שהם חלוקים הרי מבואר שכל אחד חושד את חברו.

ולפ"ז מיושב יותר מה ששנה התנא מי נשבע לבסוף, כיון דבכה"ג שהלוה מאמינו, רק שחושב דלא קים ליה, קרוב הדבר שיסכים הלוה לישבע, וקמ"ל מתני' דבכה"ג נמי דוקא אם מלוה נשבע תחלה שא"ב, (וכמ"ש הראשונים ז"ל).

ו. **הב"ח** סי' רצ"ד [ס"ד] הק' למ"ש הרמ"ה דביש עדים שנאנס לשומר גלימא, אלא שאינם מכירים אם הי' של מפקיד, והשומר טוען שהי' של מפקיד פטור, א"כ נוקים למתני' בהכי, דמ"מ יש לחוש שמא יוציא את הפקדון, ויאמר טעיתי ולא הי' זה שנשרף, ותיירץ דאין לחוש שיוציא ויאמר טעיתי, ובלא"ה נמי דחוק טובא לאוקומי מתני' שתיקנו תקנה מיוחדת משום אופן רחוק כזה, שיהא פקדון מיוחד שאין שומתו ידועה, וראו עדים שנשרף כע"ז, ולא הבחינו אם זה ממש אותו של המפקיד, ומיירי כששייך שיהא לשומר ג"כ כזה, מיהו בעיקר הדין אפשר נמי דכללא הוא כל שהעדות שנאנס או נגנב ברורה בכדי לפוטרו מחיובי שומרים, דין הוא שלא נחוש לשמא יוציא את הפקדון, דהיינו אם גם כשהשומר אומר א"י, יש להניח שזהו

בשל כסף, אי משבעין ליה שבועה שא"ב, דנהי דדינר כסף הוי דבר המצוי, מ"מ יש לחוש שנתן עיניו בו, שמרוית שהוא של זהב, ונדון זה מבואר בשו"ע סי' ע"ב סט"ו ובש"ך ותומים שם, (וכן בחידושים ע"ש ריטב"א), וכמשנ"ת כ"ז לעיל סק"ד, ואפשר שיש נפ"מ דלטעם ראשון שכתבנו שם דלא מהימנין ללוה כדי להשביע את המלוה, א"כ הכא יש לדון ביש עדים שהי' של זהב, אבל אם הטעם דלא חשדוהו אלא בלא תחמוד דקיל בעיני בנ"א בנתן דמיו, אבל לא תיקנו לחוש לגזל, ה"נ דכוותה, וזהו שדן הגרע"א ז"ל, והוכיח מהא דסי' ש"א דבעבדים ושטות א"צ לישבע שא"ב, ואמנם התם מיירי בשבועה שא"כ דאורייתא, מ"מ מתבאר מהדברים דאף מדרבנן לא תיקנו שבועה בזה.

ז. ל"ד ב' אר"ה משביעין אותו שבועה שא"ב, כתב אאמו"ר שליט"א סי"ט סק"ז יש לעי' לא רצה לישבע במאי כיפינן ליה, [ור"ל דלא יתכן שיהא מוכרח לישבע ולא יועיל תשלום ממון ליפטר, דא"כ נמצא שמי שמתרחק משבועת אמת, לא יוכל לקבל שמירה על חפץ], ונראה דכל הנדון כשהמפקיד טוען לדידי שוה לי יותר מדמיו, וסכום זה ששוה יותר מחייבינן ליה לשלם אם אינו רוצה לישבע שא"ב, ועיי"ש עוד בזה (וערמב"ן צ"ג ב' דפעמים ששומר שכר משלם רק שומת כושרה של בהמה א"נ דמי טירחא), ולפ"ז אפשר ליישב דברי הירוש' שמבואר שם דבראה שמגלגלין עליו יכול ליפטר ע"י שמשלם, והקשו הראשונים ז"ל אכתי חייב שבועה שא"ב, ולמש"כ י"ל דמשלם כמה ששוה למפקיד, דעיי"ז נפטר משבועה שא"ב, ומדוקדק בזה הא דאמרי' שם אמר משלם אני חוששין שמא שלח בו יד, ולא קאמר משביעין אותו שא"ב, והיינו מפני שיכול לפטור עצמו ע"י שישלם, ואפשר דהראשונים ז"ל משמע להו משלם דומיא דרישא, ולא איירי במוסיף על חיובו.

שנאבד, אין לחוש שימצא אח"כ, עיי"ש בב"ח, וט"ז ולע"כ בסוגיא זו.

בש"ך סק"ו כתב דאם העדים הבחינו שזה דומה ממש לתביעת הלוה א"כ גם ידעו שומתו, וצ"ע דבגמ' אמרי' דמלוה לא קים ליה בגויה, כ"ש עדים שראוהו ברגע השריפה, ועוד דא"צ שיראו כל חלקי הבגד שעפ"ז נקבע שומתו, וסגי בבגד שדומה לזה במה שנראה, ועי' נה"מ בזה.

בקצה"ח סק"ה כתב דאע"פ שנאמן לענין שבועה דאורייתא, מ"מ בשבועה שא"ב דרבנן החמירו טפי, וצ"ע דבפשוטו יש ללמוד מדאורייתא דבכה"ג אין לחוש שיהא ברשותו, ואין סברא לימר שזה גזיה"כ ורבנן חששו יותר, שהרי מילתא בטעמא היא שלא לחוש בשיש עדים שנאנס, [ואדרבה לפמש"כ סק"ה מציינו בגמ' דרבה סבר דאפי' באין עדים מבוררין שנשרפה כבר נפטר, משבועה שא"ב, והיינו אף בגונא דמשבועה דאורייתא לא הוה מיפטר], ולא נתפרש טעם לומר כן, וגם להחמיר טפי במשלם, ובנה"מ סק"ג ס"ל ג"כ דאף בכה"ג שיש עדים שנאנס, נשבע שא"ב, אלא שהוסיף טעם למה לא גזרו גם בפטר עצמו דמ"מ ישבע שא"ב, וע"ז כתב דלא חשדוהו בגזילת ממון, ורק בחשש ל"ת שהוא קרוב לחוש בו, תיקנו שבועה שא"ב, וכמש"כ לעיל סק"ד ע"ד הש"ך עיי"ש, [ועי' להלן בדברי הגרע"א ז"ל בזה], אבל יסוד הדברים צ"ע מהיכי תיי להצריך שבועה שא"ב כשיש עדים קמן, ורק בחשש רחוק אפשר שזה עדיין ברשותו, וכן פשוט להב"ח והש"ך דאינו נשבע בכה"ג, והרי לכו"ע הקר' בגמ' לא מוכחת מידי, ושמא ס"ל דבאמת לא מהימנין ליה אלא דכיון דאית ליה מיגו לא מצינן לאשבועי' ועדיין צ"ע.

הגרע"א ז"ל בגליון השו"ע סי' רצ"א ס"ד נסתפק בנתן לו לשמור דינר זהב וא"ל הזהב בו של כסף הוא דאינו חייב אלא

שהיא נראה דאף כשמשלם כמה ששוה למפקיד, אין כאן פטור מוחלט משבועה שא"ב, שהרי בשום ענין אין מחויב להפסיד החפץ שלו, אלא שאין ב"ד נזקקין לתביעתו שישבע שא"ב, שאין מן היושב שיחייבו לישבע דוקא, אבל כל שיש לו סיבה שאינו רוצה לוותר שבועתו, לא מחייבין ליה לוותר על החפץ תמורת תוספת בתשלום, ולכן אם יש לו לגלגל עליו שבועות אחרות, שפיר תובעו שישבע או ישלם כל התביעות, דרק כשאין לו סיבה להצריכו שבועה, מהני מה שמוסיף לו כמה ששוה לו שלא יצטרך לישבע, ויש להוכיח כן מתלמודן, דהא במלוה אומר שקל ה' שוה, אם ה' כדבריו, הרי סגי במוסיף איזה פרוטות מה ששוה ללוה, שיהא החפץ שלו בידו, וא"כ משכח"ל שהמלוה יפטר משבועה שא"ב, ועדיין תהא לו תביעה על הלוה, ויחשב הלוה שאומר ג' דינרים ה' שוה מב"מ, א"ו כיון שהלוה טוען ששוה יותר, אע"פ שהשבועה שא"ב לא משבעינן ליה מכח דברי הלוה, נדחינו שאם כפי טענת המלוה כבר נפטר משבועה שא"ב, לא מהני טענת הלוה לחיובן, וכמשנ"ת לעיל סק"ד, מ"מ אין לחייב את הלוה לוותר על שבועה שא"ב, כ"ז שיש לו תביעה המצדיקה את זה, מיהו יש לחלק בין תביעה זו לרוצה לגלגל שאר תביעות, דבההיא שפיר יש לחייבו לוותר על השבועה, דסו"ס הוא משביעו שלא לצורך, משא"כ בטוען ששוה יותר, שהרי הוא רוצה את היתרון שבמשכון עצמו, וניחא הירו' כפשטי', אלא שהראשונים ז"ל לא פי' כן. — (ואם משלם כל הג' דינרים, אין להשביעו שא"ב, משום דשוה ללוה יותר, דמ"מ שוב אין לחשוד את המלוה שנתן עיניו בו, דלפי דבריו רק משבעינן ליה כמש"כ, וזה ע"פ מש"כ אאמו"ר שליט"א שם בסוה"ד).

ויותר נראה דאף כשמשלם כמה ששוה למפקיד, אין כאן פטור מוחלט משבועה שא"ב, שהרי בשום ענין אין מחויב להפסיד החפץ שלו, אלא שאין ב"ד נזקקין לתביעתו שישבע שא"ב, שאין מן היושב שיחייבו לישבע דוקא, אבל כל שיש לו סיבה שאינו רוצה לוותר שבועתו, לא מחייבין ליה לוותר על החפץ תמורת תוספת בתשלום, ולכן אם יש לו לגלגל עליו שבועות אחרות, שפיר תובעו שישבע או ישלם כל התביעות, דרק כשאין לו סיבה להצריכו שבועה, מהני מה שמוסיף לו כמה ששוה לו שלא יצטרך לישבע, ויש להוכיח כן מתלמודן, דהא במלוה אומר שקל ה' שוה, אם ה' כדבריו, הרי סגי במוסיף איזה פרוטות מה ששוה ללוה, שיהא החפץ שלו בידו, וא"כ משכח"ל שהמלוה יפטר משבועה שא"ב, ועדיין תהא לו תביעה על הלוה, ויחשב הלוה שאומר ג' דינרים ה' שוה מב"מ, א"ו כיון שהלוה טוען ששוה יותר, אע"פ שהשבועה שא"ב לא משבעינן ליה מכח דברי הלוה, נדחינו שאם כפי טענת המלוה כבר נפטר משבועה שא"ב, לא מהני טענת הלוה לחיובן, וכמשנ"ת לעיל סק"ד, מ"מ אין לחייב את הלוה לוותר על שבועה שא"ב, כ"ז שיש לו תביעה המצדיקה את זה, מיהו יש לחלק בין תביעה זו לרוצה לגלגל שאר תביעות, דבההיא שפיר יש לחייבו לוותר על השבועה, דסו"ס הוא משביעו שלא לצורך, משא"כ בטוען ששוה יותר, שהרי הוא רוצה את היתרון שבמשכון עצמו, וניחא הירו' כפשטי', אלא שהראשונים ז"ל לא פי' כן. — (ואם משלם כל הג' דינרים, אין להשביעו שא"ב, משום דשוה ללוה יותר, דמ"מ שוב אין לחשוד את המלוה שנתן עיניו בו, דלפי דבריו רק משבעינן ליה כמש"כ, וזה ע"פ מש"כ אאמו"ר שליט"א שם בסוה"ד).

הערה לפו"ר, בדין השואל משלם לשוכר אפשר דקבעו חז"ל כן כשנתנו לו הבעלים רשות דאז סברא הוא שלא ימנע ממנו הבעלים להרויח מכח ממנו שהפסיד דמי השכירות והשאל, וכיון שנקבע דשאלה לאחר מכח השוכר קאתיא, תו לא פקע ד"ז כשהשאל בלא רשות [אבל משום זה לחוד לא הווי מתקני שמקנה לו, כיון דסו"ס שלא ברשות], דמ"מ השואל מכחו משתמש, דמה"ט לא נעשה גזלן כדין ששל"מ, וא"כ הנדון אם משתמש מכחו בלא זכות בעלים בגוף הפרה או דיש לו גם זכות זו כמו בשנתנו לו הבעלים רשות, ושפיר אמרי' דנשאר הדין שכל מסירה לאחר מכח שומר כמסירת בעלים תחשב, [ולפ"ז הא דאהדר ר"א בשנתנו לו הבעלים כשוה קושטא קאמר אף לרבא ל"ו ב' דלדידי ליכא לאותבה כלל, דמ"מ הדין נקבע משום האי גנא].

הרמב"ן פי' הירו' דה"ק אמר נשבע אני, וראה שמגלגל עליו, ואמר משלם אני, א"כ ה' בדין שנפטרנו, שהרי אין לחוש

סימן יב

בענין תחלתו בפשיעה וסופו באונס, ושומר שמוסר לשומר

א. ל"ז ב' אתמר פשע בה ויצאת לאגם ומתה כדרכה אביי כו', נראה דה"ה הוציאה לאגם והניחה והלך לו, דהא מודי אביי בהדרא לבי מרה ומתה דפטור, ולכאורה היינו אפי' אם באותה שעה ה' השומר בשוק או באגם, והחילוק הוא דבבית השומר זהו מקומה, ואף כשהניח ביתו והלך, אין זה מחייב שיקחנה עמו, אלא שיש לו לנעול בפני' כראוי, אבל באגם אם אינו שומרה שם, נמצא שאינה במקומה, דיש לו להחזיק בביתו, וקצת יש להביא ראי' מהא דאותבי' ראב"מ לר"א, ולא משני ל' כשהולכה השוכר לשם, דהא יש לו רשות להולכה עמו, אלא דאכתי אין להוכיח מזה לאגם, דפעמים שמקומה באגם למרעה, ולכן יש לדון דאפי' הניחה והלך, חשיב האגם מקומה, אלא שפשע בשמירה, ועי' לק' סק"ב.

ולפ"ז מבואר כתיורצו של הראב"ד שהביא הנמו"י בההיא דרועה שהניח עדרו צ"ג ב', דכיון שאין הרועה עם עדרו אין מקומו של העדר באגם, ואם מתה כדרכה בשעה שהניח עדרו, דינו כפשע בה ויצאת לאגם דחייב לאביי אליבא דכו"ע, ורק מפני שבא ארי, תלי' לה בתחילתו בפשיעה וסופו באונס, [מיהו אם הרועה שם, אלא שפושע בזה שאינו משגיח בשמירתו, לא אמרי' הבל דאגמא קטלה, כדמוכח בגמ' עי' סק"ד], ובאמת צ"ב לדעת הרי"ף מ"ש הדרא לבי מרה, מהניח עדרו באגם, כיון דס"ל דבעידנא דלא עיילי אינשי, מקומו של העדר הוא באגם, א"כ גם באירע בבי מרה כה"ג ליחייב, (ובמה שיש להק' לפי' הרי"ף מ"ש שומר שכר דנקט בברייתא צ"ג ב', עמש"כ לק' ס סק"ה), ושמא ס"ל להרי"ף דמודה אביי היינו דלמ"ד תחילתו

בפשעה וסופו באונס פטור, ה"נ פטור, דלדעת הרי"ף מתפרש אליבא דאביי דלמ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב לא בעינן לטעמא דהבלא דאגמא קטלה, ואביי רק מודה דכיון דהדרא לה ליכא למימר הבלא דאגמא קטלה, ואה"נ דלמ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור, ה"נ פטור, דלדעת הרי"ף מתפרש אליבא דאביי דלמ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב לא בעינן לטעמא דהבלא דאגמא קטלה, ואביי רק מודה דכיון דהדרא לה ליכא למימר הבלא דאגמא קטלה, ואה"נ דלמ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, אף במתה בבי מרה חייב, מיהו פשוט הגמ' דמודי לבר פלוגתי' בזה, דלכו"ע פטור, אלא דע"כ לפי' הרי"ף פלוגתתן ביסוד דינא דתחילתו בפשיעה וסופו באונס, וממילא מתפרש הכל עד"ז, ועי' להלן.

ולפ"האמור נראה דאביי ורבא פליגי רק בסברא דמה"מ מ"ל הכא ומ"ל התם, אבל בסברא דתחילתו בפשיעה וסופו באונס מודה רבא דידעינן שמתה מחמת הבלא חייב, [כשההבל הרגיל שיש באגם גרם למיתה], אפי' אם כשהולכה בעצמו ה' פטור, דהיינו שלא ה' ניכר שההבל מזיק, [מיהו האמת דלא חשיב מתה כדרכה כה"ג ועי' לק' סק"ו שו"ר שכ"כ הגרע"א ז"ל ע"ח א' די"ל דרבא מודה שפיר לאביי בדידיעין דהבלא דאגמא קטלה ועי' לק' ס"ק ט"ו בזה], וכן לאביי בדליכא למיתלי בהבלא דאגמא, כדאמרי' ומודי אביי, והיינו אפי' למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, ולפ"ז ניהא דלא אמר אביי אסברא דרבא כל דינא דלא דאין כו', וכן רבא דאדאביי, אלא ה"ק אחר ההנחה דהבלא דאגמא קטלה, כל דינא דתלי לה

בפלוגתא תחילתו בפשיעה וסופו באונס לאו דינא הוא, ולאפוקי דלא נימא דרבה קאמר חייב משום דסבר כל דינא דלא דאין כו', וכן רבא אדאביי, אלא ה"ק אחר ההנחה דהבלא דאגמא קטלה, כל דיינא דתלי לה בפלוגתא תחילתו בפשיעה וסופו באונס לאו דיינא הוא, ולאפוקי דלא נימא דרבה קאמר חייב משום דסבר תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, וכן מתפרש בדרבא, דכיון דאיתש לן למימר מה"מ מ"ל הכא ומ"ל התם, לא תליא בפלוגתא תחילתו בפשיעה וסופו באונס.

והא דקאמר לא מיבעיא למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב כו', היינו משום דיש סברא לראות הלא דאגמא כאונס שאירע אח"כ, וכן מתפרש בדרבא, דהיינו שההכל או המלאך רק באגם באו, וכבא ארי דמי, אבל בין לאביי בין לרבא מתפרש דלפי האמת חד טעמא הוא לכו"ע, דאין כאן מקום לסברא אמצעית דלא הבלא דאגמא ולא מה"מ, ובאמת גם לא מיבעיא שומר שכר שמסר לשומר חנם דקאמר אביי לעיל מתפרש כן, דהא לפי האמת אי לאו טעמא דאין רצוני לא הי' ר"י מחייב בשומר שכר שמסר לשומר חנם, דהו"ל תחלתו בגניבה ואבידה וסופו באונס ועדיף מינה כמ"ש תו' צ"ג ב', וודאי דאין מחלוקת נוספת בין רב ור"י בשומר שכר שמסר לשומר חנם דלר"י חייב אף באדם שרגילין הבעלים להפקיד אצלו, א"ו לישנא בעלמא קאמר שהי' מקום לחייב בכה"ג, וכן מתפרש בלא מיבעיא שומר חנם שמסר לשומר שכר הרי"ף, [וכ"ש דלא שייך לפרושי לא מיבעיא שומר חנם שמסר לשומר שכר דאפי' או איכא טעמא דאין רצונו פטור, דזה ודאי אינו], וכן יש לדקדק קצת מלישנא דרמב"ח דקאמר לימא לי' אוריא דהם קטלה, ולא פריך תחילתו בפשיעה וסופו באונס הוא, ועוד לימא לי' אוריא כו', ומשמע מזה דהק' רק מכח אוריא דהם קטלה, מיהו י"ל שקיצר להקשות אדאביי, אבל עכ"פ יותר מיושב בלשון

הסוגיא דרבא חידש מה"מ מ"ל הכא ומ"ל התם, ואביי קאמר הבלא דאגמא, ובהא הוא דפליגי.

ועדיין צ"ע בדעת הרי"ף דאביי ורבא פליגי בתרתי, אם מתפרש ומורי אביי רק למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור, דאליבא דרבא ודאי מסתברא דמודה, דאף למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור, דבמיתה בי גנב חייב, שהרי הסברא היא תחילתו בפשיעה וסופו בפשיעה הוא, והמיתה שאירעה בי גנב אח"כ, לא זו היא שהפסידה את הבעלים, וכיון שכן אין סברא דלמ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור יפטר, וכן בלא מיבעיא למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור אין לפרש דלדידי' אפי' הבלא דאגמא קטלה פטור, דמסתברא דבידעין שבשעה שפשע בה הי' הבלא הממית באגם, מיחייב לרבא, אפי' באופן שלא הי' מחובתו להרגיש בו, ואם הוציאה בעצמו הי' פטור, דמ"מ השתא הפשיעה גרמה למיתה, ואביי רק חידש דאף בדלא ידעין שום סיבה באויר, מ"מ יש להתייחס למתה כדרכה, כאילו האויר גורם, וחשיב כאילו הגורם למיתה כבר הי' מיד וכמ"ש תו' לעיל א', [נאפי' אם האויר לא התחיל להשפיע עלי' מיד, מ"מ אותו אויר שהי' בזמן יציאתה גרם למיתה, והר"ז כהי' ארי באגם ודרסה רק לאחר שעה, דמ"מ הפשיעה הכניסתה מיד למקום ההפסד שו"ר שכ"מ בדברי הגרע"א ז"ל ע"ח א' עי' לק' סק"ן], ועי' לק' סק"ב, וכיון דלרבא מתפרש לא מיבעיא כו' דלפי האמת לכו"ע רק מטעמא דמה"מ כו' פטור, וכן ומודי מתפרש דלכו"ע חייב, קשה לפרש דלאביי מתפרש בע"א, (אא"כ נימא דנקט בדרבא הכי, אגב אביי), וגם בסברא אין נראה שיחייב אביי בפשע בה ולא יצאת לאגם ומתה בביתו, (למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב), וכיון שכן ע"כ דגם לאביי בעינן שיהא מצב שונה מחמת הפשיעה אלא דס"ל להרי"ף דבכה"ג לא חשיב

ב' סיגפה ומתה, ובנה"מ ס' ש"ג סק"י בזה, הובא לק' ס' סק"י).

אבל הרא"ש בפסקיו ס"ז, וכן בתוספתיו, ובשטמ"ק בשם תו' שאנץ, פירשו שיש קצת פשיעה בהולכה לאגם, ומש"ה מיחייב למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור, דלאו סופו באונס מיקרי, ולפי דבריהם מבית השוכר לבית השואל כששני הבתים שוים, ליכא למימר הבלא דהאי בית קטלה, ופירשו דלאביי למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, לא בעינן לטעמא דהבלא דאגמא קטלה, וקושיא דראב"מ אתיא למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, וצ"ע בקו' דרמב"ח דקאמר לימא לי' אוריא דהר קטלה, דמנ"ל לאוקומה ככה"ג שיש באוריא דהי קצת פשיעה ביחס לבקעה, ואם הקו' רק למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, לא הו"ל להזכיר אוריא דהר קטלה, וכבר הק' כן הרשב"א, ולפ"ד גם דינ' דר"י דששל"ש חייב הוא כמ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, ועי' בתו' הרא"ש שחזר בו ממ"ש לעיל בזה, וכ"ז צ"ע טובא, ובעיקר ביסוד הדברים דאגם מקום יפה הוא, ולא נחלקו אביי ורבא במציאות בזה, וגם אין טעם לפרש דמחלוקת זו השמיעונו ככה"ג, ועוד הרבה דחוקים בגמ' לפ"ז, [וכעת ראיתי בספר אאמו"ר שליט"א סט"ו סק"ב שהוכיח מומודי רבא כו' דלאביי אמרי' הבלא דבי גנב קטלה דמשמע דלאביי ניהא בלא טעמא דאי שבקה מה"מ כו' ולדבריהם יש לדחוק דלאביי ניהא למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב].

ואפשר שיש כאן מחלוקת מה נקרא אונס בא מחמת הפשיעה, אם בעינן שהאונס יהא תוצאה מן הפשיעה, דאם לא הי' פושע לא משכח"ל שיקרה אונס זה, או דסגי בזה שבאופן זה אי לאו הפשיעה לא הי' נארע האונס, כגון ברועה שהניח עדרו בא ארי צ"ג ב', דכיון שאף אם הי' נשאר לא הי' מציל,

אונס בא מחמת הפשיעה כיון שאין השמירה מחייבת שלא תהא באגם, משא"כ בההיא דצריפא דאורבני, ועי' להלן סק"ב בדעת הרא"ש דמתפרש עד"ז, ושם נתבאר יותר, ועי' לק' סק"ד (ד"ה שם שהי' לו), הוכחה לזה.

ב. **שם** מ"ט דאמרי' הבלא דאגמא קטלה, פרש"י דשמא הבל המצוי באגם קטלה, ובפשטו אין שום צד פשיעה בהולכה לאגם, אדרכא מקום אויר יפה יותר מהבלא דביתא, ומחובת השומר לאפוקה לאגם ולעולה עי' ל"ג ב', ועי' לק' צ"ד ב' דשואל כל הנאה שלו משום דאית לה מזוני באגם, ועי' ל"ד א', וב"ק ק"ה ב', ובדוכתי טובא, ואביי ה"ק דכיון דאמרי' שאין להחליט דמה"מ רק באגם קטלה, ע"כ לומר שיש סיבה באגם שגרמה למיתתה, ואע"פ שאין נראה לעינים חסרון באויר שבאגם, מ"מ אם באנו לומר דבבית לא היתה מתה, ע"כ שהאויר שבאגם גרם, וכיון שאם נתברר שהאויר שבאגם גרם, יש לחייבו לכו"ע, השתא נמי דנקטינן שבבית לא היתה מתה, אמרי' הבלא דאגמא קטלה, וחייב לכו"ע, [ובענין אויר יש לתלות בכל שינוי מקום, דפעמים ריבוי האויר גורם, ופעמים מיעוטו, וכענין שאמרו שלהי כתובות שהנוה היפה בודק, וזהו מ"ש תו' לעיל א' שבריא בית אחד יותר מאחר, וה"ה אם בית השומר הי' מרווח ובריא יותר], ומש"ה נמי אמרי' דמודי אביי דאי הדרא לבי מרה ומתה, לא תלינן בהבלא דאגמא, שאין שום סיבה לתלות בהבלא דאגמא, אלא דכיון שהמיתה אירעה כאן, וס"ל דאין להחליט שבכל המקומות היתה מתה, תלינן לה באויר, אבל השתא דמתה בבית אית לן למימר דהבלא דבית גרם, ואם היתה סיבה לתלות באויר האגם, הול"ל שהאויר הגורם השפיע רק לאחר שעה וגרם למיתתה בבית, א"ו כשלא אירעה המיתה באגם אין מייחסים להבלא דאגמא כלום, וכבר כ"כ הרשב"א, ועי' לק' סוס"ק י"ד, (ועי' צ"ג

לא חשיב שהפשיעה גורמת לאונס, אבל אחתי י"ל שבאופן זה כיון שהי' ראוי שיכניסם עמו, והרי אם הי' מכניסם עמו, לא הי' נארע האונס, נמצא שבאונס נגרם ע"י הפשיעה ובוזה מובן מה שנתקשה בתו' שאנץ בההיא דב"ק נ"ו א' דקאמר שחתרה הו"ל תחילתו בפשיעה וסופו באונס, והק' אמאי אם לא נפל הכותל, הרי אירע כאן אונס שאין לו שייכות לפשיעה, ותירץ שמחמת החתירה נפל הכותל, ולכאורה בפשוטו נוחא דכיון שכאן הכותל רעוע, אם לא הי' פושע, לא היתה נמצאת בדיר הזה כלל, [מיהו אין זה פשוט לנקוט כן, ועס"ק י"א] אלא דס"ל שזה לא חשיב שהאונס בא מחמת הפשיעה, דבעינן שהפשיעה עצמה תגרום לאונס, [שו"ר בשטמ"ק ב"ק שם שכי' בשם הרא"ש דמירי' בנפל הכותל, וכ"כ תו' שם נ"ב ב', ובשם הרא"ה תירץ כמש"כ מיהו עי' לק' ס"ק י"א דנראה תירוץ התו' עיקר], דכל שיתכן שיקרה אונס זה, גם אם שימר כראוי, לא חשיב שהפשיעה גורמת לאונס ועי' להלן.

ונראה שזוהי דעת הרי"ף לדינא, דבעינן שהאונס יבא רק בגרמת הפשיעה, אבל אם אונס זה הי' יכול לבא בלא הפשיעה, אלא שאירע שבא עם הפשיעה, פטור לרבא, והיינו ההיא דרועה, דלא אמרי' שאילו לא פשע הי' מכניסין לעיר, דאפשר נמי שלא יפשע, והי' נשאר עמהם, ובוזה הוא דס"ל לאביי דתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, אבל אם הפשיעה לא גרמה לאונס כלל, פטור, והיינו דקאמר ומודי אביי דאי הדרא לבי מרה כו' דאפי' למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, הכא פטור, דהסוף של האונס אינו שייך לפשיעה שבתחלה כלל, ולפ"ז גם דברי הרי"ף בנויים על תירוצו של הראב"ד, עי' לעיל סק"א, אלא דס"ל דהיינו טעמי' דאביי, [ועי' לק' סק"ד הוכחה לזה], ובוזה נוחא שהראשונים ז"ל לא הביאו תירוצו של הראב"ד כקו' על הרי"ף, דבאמת הרי"ף פליג

ע"ז לדינא, מיהו ל"מ בדבריהם דלאביי נמי בעינן להאי טעמא ועמשנ"ת בכ"ז לק' ס"ק י"ד.

שוב נראה דלדעת תו' כל שנגרם מחמת השינוי חייב, כעובדא דגינאי שאירע שנגנבו מסכתא, ולא חסרון השמירה גרם, ורועה שאני דאפשר להחליט לפי הענין שמקומם כעת במרעה, כיון דלא עיילי אינשי השתא, ואילו לא פשע הי' נשאר, ולכן לא חשיב אונס בא מחמת הפשיעה, ולפ"ז גם בדעת הרי"ף אין ראי', מיהו לשונו ז"ל משמע קצת כמש"כ, וזה תלוי בטעמי' לק' ע"ח א' עי' ס"ק י' ט"ו ועי' סק"ב.

ג. **שם** ומודי רבא כו'. דיני' דרבא הוא אף בשומר שכר בתחלתו בגניבה ואבירה, וא"כ אינו ענין כלל לדברי אביי וכ"מ בגמ' צ"ז א' דכה"ג חייב לרבא, [וכ"כ הסמ"ע סי' ש"ג ס"ק ט"ו, וכ"כ בט"ז שם], ולמש"כ סק"א דעיקר פלוגתתם בסברא דמה"מ מ"ל הכא ומ"ל התם נוחא טפי.

שם א"ל אביי לרבא לדידך דאמרת כו' א"ל לדידכו דמתניתו כו', נראה דראי' דאביי מר' אמי היא, דמדראב"מ אין להקשות לרבא שהי' בדורו, כדאמרי' סוכה כ"א ב' פליגי בה ר' זירא ור' אבא בר ממל, ור"ז בימי אביי ורבא הוה, והיינו דקאמר אביי ושני לי' כו' ולימא לי' כו' דמראב"מ שהקשה לר"א אין להוכיח לרבא, ודאתאן עלה מיושב בפשיטות מאי דדחי רבא לדידכו כו', וניחא נמי הא דקאמר לדידכו לשון רבים, דאי לאביי קאמר הו"ל לדידך אלא ה"ק לי', לדידכו דהיינו אביי וראב"מ, יש קושיא ממתני', אבל לפי האמת ל"ק ממתני' כלל, ולכן לא חש רבי אמי להשיב לראב"מ טעמא דמה"מ מ"ל הכא ומ"ל התם, כיון שאינו בא ליישב האמת במתני', דא"כ הו"ל למימר לי' מי סברת טעמא משום אין רצוני כו', אלא לפי קושייתו השיבו, דהב"ע בנתנו לו רשות, דבאמת לר'

ד. שם א"נ אובצנא דהר קטלה, ש"מ דרבא פליג נמי בהא, ועי' ע"ח א' שהוזכרו שני הטעמים.

שם הב"ע כו' א"ה נפלה כו', לרבא מתפרש שמשעת עמידתה על הצוק, קרוב שתפול, וא"א למנוע הנפילה ע"י תקיפה, ולכן אתיא מתני' כפשטה, דהפשיעה היא בהעלאה, ולכן בהעלה חייב ובעלתה פטור, אבל לאבוי דמוקים לה שאין פשיעה בעלאה, ע"כ מיירי שגם כשהיא על הצוק אפשר שתשמר, דמרעה שמן וטוב אינו מועיל אלא כשיכולה לישמר, אלא שצריך זהירות יותר, וע"ז פריך א"ה הנפילה אונס, ומשני שהי' לו לתוקפה, ולכן מותר להעלותה למרעה שמן וטוב כיון שיכול לתוקפה, אבל אינה נשמרת בלא תקיפה, והפשיעה היא בזה שלא תקפה, ומש"ה פריך א"ה אימא רישא, דמ"ש עלתה ומ"ש העלה, כל הנדון הוא, אם תקפה כשיכול לתקפה, אבל לרבא כולה מתני' בשא"א לתקפה על הצוק, וממילא פשוט דהחילוק בין העלה לעלתה, ולפ"ז לרבא מעיקרא נמי ידעין שתקפתו וירדה, דכל המצב של צוק הוא שאינו יכול לתקפה, אבל פשיטא דביכול לתקפה חייב אפי' עלתה, ובדין תקפתו ועלתה אין חילוק בין אבוי ורבא, דלאבוי נמי צריך טעם מ"ש דנקט תקפתו ועלתה וכמשה"ק תו', ולרבא עלתה סתמא נמי מתפרש כשלא יכול למנוע כשראה שעלתה, וצ"ע במה שנתקשו הראשונים ז"ל בדברי הרי"ף שכתב אליבא דרבא בשתקפתו ועלתה תקפתו וירדה, והקשו דרק לאבוי מיתוקמא הכי, ונהי דהאי לישראל לאבוי איתמר, אבל ע"כ בדין תקפתו ועלתה אין נפ"מ בין אבוי לרבא, דאם נימא שא"צ להשיגח עלי' שמא תעלה, היינו נמי בכלל תקפתו, ואף לאבוי כן, ואם צריך להשיגח עלי', גם לרבא בעינן תקפתו, וכן בתקפתו וירדה לאבוי דיכול לתקפה, צריך להזכיר תקפתו, אבל לרבא ראשי צוקין מיירי דאינו

אמי בכל ענין חשיב כנתנו לו רשות, [לענין שלא יתחייב], דהא לא ס"ל טעמא דאין רצוני, ועוד דלפי קושיתו הבין דס"ל דלא אמרי' מה"מ מ"ל הכא ומ"ל התם, וכמו שלא העמידו על טעותו בטעמא דאין רצוני, כך לא העמידו על טעותו בזה, ובזה ניחא דנקט דבריו אם איכא לאותבה, שהטעות היא של המקשן, ור"א גופי' סבר דליכא לאותבה כלל, שאין כאן התחלת קושיא, ונראה שלזה נתכוין רש"י שכ' ומאי דניחא לי' לר' אמי שני לי' עיי"ש.

אבל לפי הרמב"ן צ"ע שהעיקר חסר מן הספר, וגם מה הזכיר לדידי דאמינא כו' הרי זה אינו שייך לתירוצו כלל, ומאי קאמר איכא לאותבה, הול"ל דליכא לשנויי מה"מ מ"ל הכא ומ"ל התם, וגם נצטרך לחדש פלוגתא נוספת בין אבוי ורבא [דבסברא אין לחשבו כגזלן כ"ז שכולם שומרים עבור הבעלים, ונחדש לרבא דחשיב כגזלן], ועוד דכיון דחש רבא לדברי ר' אמי, איך פירש דלא כותי' בטעמא דר' יוחנן רביה, ועוד דאי טעמא דששל"ש חייב משום אין רצוני כו', אין לפרש דהו"ל כגזלן, דלשון חייב דקאמר משמע חיובי שומרים על מה שאירע, ולא שהמסירה כגזילה, וכן ר"א ב"ק י"א ב' קאמר דהא מסרה לבן דעת, ומשמע שהנדון בדיני שומרים, ולא דהו"ל כגזלן, [ואם נימא דדוקא בנתן לאחר להשתמש כמתני' דשוכר שמסר לשואל הו"ל כגזלן, אבל לא בשומר חנם ושומר שכר ששומרים עבור הבעלים, הוה ניחא טפי, אבל אין נראה כן בדברי הרמב"ן]. וצ"ל גם לפי הרמב"ן כמ"ש לעיל, דרבא סבר דר"א השיבו לפי שיטתו, אלא שהי' סבור, דרב"מ מפרש טעמא דאין רצוני, דהו"ל כגזלן וכונתו להקשות ממתני' דהו"ל גזלן, ולכן השיב לו בשנתנו לו הבעלים רשות, שו"ר ברשב"א עיי"ש.

יכול לתקפה, וממילא היינו תקפתו, ונראה דאיה"נ, וקשיא להו דלא הו"ל להרי"ף להעתיק לשון הגמ' בזה, דנהי דלאב"י צריך לפרש עלתה, תקפתו ועלתה, כדי שיתפרש תקפתו וירדה, ואי הוה קי"ל כאב"י הוה ניחא שהעתיק הרי"ף לשון זה, [אף דלפי האמת אין חילוק בין אב"י ורבא בדין עלתה דמ"מ יש לו להעתיק כלשון הגמ'], אבל למאי דקי"ל כרבא לא הו"ל להעתיק לשון זה, ואמנם לפי האמת אין חילוק בין אב"י ורבא בזה, ולמ"ש להלן דלאב"י דוקא, תקפתו ועלתה ניחא טפי, אבל כ"ש דרבא דוקא תקפתו ועלתה, שו"ר בבהגר"א סי' ש"ג ס"ק י"ב שכ' עד"ז בדעת הרי"ף ועמ"ש שכ' ע"פ דברי התו', ובתו' הרא"ש פי' כמש"כ עיי"ש.

שם שהי' לו לתוקפה ולא תקפה, וא"ת כיון דהשתא פשע בשמירתה, א"כ הו"ל כרועה שהניח עדרו, ואפי' מתה כדרכה ליחייב לאב"י כמש"כ סק"א, ולאז קו' היא, דבאמת אם הי' מניחה והולך, הוה מיחייב אבל עכשיו שהשומר כאן, הו"ל כפשע בה ועומדת בביתו, דלא אמרי' הבלא דבית קטלה, דהיכא דפשע והניח עדרו או שהניחה ויצאת לאגם, הפשיעה גורמת שהבהמה כאן, דאם הי' שומר כראוי, הי' מכניסן עמו, ושומרה בבית, אבל כשהשומר כאן, לא הי' חל שינוי במקום הבהמה, בין שמר כראוי לפשע, ונמצא שאין האונס בא מחמת הפשיעה כלל, ולפ"ז מבואר בגמ' אליבא דאב"י חילוק זה, וע"כ לקיימו אף לדעת הרי"ף, וזה מוכיח דאף למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, מודה אב"י דפטור בכה"ג, וכמש"כ סוסק"א וסק"ב, - (עיקר הדבר דהי' לו לתוקפה ולא תקפה, פושע הוא, פשוט בסברא, ומוכח דכיון דבהעלה בלא מרעה שמן וטוב פושע הוא, ודאי שכל ההיתר העלאה למרעה הוא משום שיתקפנה, ואי לא תקפה, פושע הוא, וכ"כ מהרש"א, והגרע"א ז"ל בשו"ע סי' רצ"א סי"א

העתיק דבריו לדין עלתה בלא תקיפה, ועי' להלן סק"ה.

שם לא צריכא שתקפתו ועלתה כו', צ"ע דלפ"ז כל החילוק בירידה, ולמאי הלכתא קתני החילוק בהעלה ועלתה, וזוהי קו' תו', אבל לא נתפרש מה תירצו דתנא עלתה לגלויי כו' למה לי' לגלויי ליתני בהדיא, נפלה מראשי צוקין אין זה אונס, תקפתו וירדה ונפלה ה"ז אונס [ואפשר שאין נאות לשנות בכה"ג, דחסר תמונת הדברים, אבל בהעלה ועלתה הדבר מתבאר דמיירי במקום ששייך לעלות, ואינו מסוכן כ"כ, מהו אכתי הו"מ למיתני ברישא העלה כו' ולסיימי תקפתו וירדה ונפלה], והראב"ד בשטמ"ק תירץ דבתקפתו ועלתה אינו מחויב לתקפה בראשי צוקין, דכיון שהיא תקיפה ממנו, עלול ליפול מחמת תקיפתה, ולפ"ז ניחא דבתקפתו ועלתה סגי, דממילא הו"ל כתקפתו וירדה, ואפשר עוד דהיכא דידוע שיכולה לתקפו אסור לו להעלותה למרעה שמן וטוב, אע"פ שיכול לתקפה, מ"מ כיון שפעמים יכולה לתקפו חייב, והיינו דקאמר דבהמה שתקפתו וירדה מיירי דוקא בתקפתו ועלתה, אבל בהעלה אין לחלק ולפטור בתקפתו, שהי' לו לחוש שתתקפנו, ויתכן דלאב"י מתפרשא מתני' נמי כמו לרבא, אלא דלגבי דיוקא דהא מתה כדרכה פטור, ע"ז משני דבכלל מתני' גם בשאין ההעלאה פשיעה, ובזה באמת דוקא נפלה, [ועדיין צריך לדקדק בעיקר חידושא דמתני', גם אליבא דרבא ועי' לק' סי' סק"י], ולפי האמת ל"ק לאב"י דהא בעינן תקפתו כדין שומר שכו', אלא דע"כ לאוקומי מתני' אף לרבה דהא אב"י משמי' דרבה קאמר.

ה. בדין עלתה בלא תקיפה כתבו הראשונים ז"ל דשומר שכו' חייב, אבל שומר חנם פטור וכי יאחזנה בזנבה וילך, וכ"ה בשו"ע סי' רצ"א סי"א, מיהו נראה דברואה שעולה ואינו תוקפה פושע הוא, דאין חילוק

אה"נ דאם רואה בזמן עלייתה גם בשומר חנם בעינן דוקא תקפתו, [מיהו מדברי המ"מ שכ' ע"ד הרמב"ם שם דדוקא בשומר שכר מבואר דמפרש בדברי הרמב"ם כפי' הראשונים ז"ל, וכ"נ בטור עי' להלן].

ולפ"ז הי' אפשר ליישב מ"ש בשו"ע סי' ש"ג סי"ד דעלתה מאל"י ויכול למנעה כו' כלשון הרמב"ם, דהיינו דוקא כשפשע בזה שלא מנעה וכמשנ"ת, אבל לא איירי בעלתה מאל"י בלא ידיעתו, שכ' ע"ז בס"י רצ"א סי"א דלאו פשיעה היא, וניחא משה"ק שם בנה"מ ס"ק י"א, דאמאי חייב בתקפתו וירדה הא הו"ל תחלתו בגניבה ואבידה וסופו באונס דפטור, ולמש"כ באמת מיירי בתחלתו בפשיעה, ועי' בסמוך.

ואין להקשות מדברי הראשונים ז"ל שכתבו דלדינא אף לרבא מיירי בתקפתו ועלתה, ואם איתא דעלתה מאל"י כגניבה ואבידה חשיב, א"כ מאי קו' הא הו"ל תחלתו בגניבה ואבידה וסופו באונס דפטור, דהא למאי דמתפרש עלתה סתמא, מיירי באינו יכול לתוקפה בראש הצוק, וא"כ פשיטא דחייב שאין זה סופו באונס, דע"י פשיעת הגניבה ואבידה הגיעה למקום סכנה, שאין אפשרות לשמרה שם, ותחלתו וסופו בגניבה ואבידה חשיב, כמו פשע ויצאת לאגס ונגנבה שם, אבל בעלתה מאל"י במקום שיכול לתקפה, ועלה אחר' ותקפה, ולא הצליח, לפי שתקפתו וירדה, אכתי י"ל דתחלתו בגניבה ואבידה וסופו באונס הוא, ברם מדברי הטור אין נראה כן, דאם נפרש דבריו כמ"ש בדעת הרמב"ם, א"כ לא העתיק הטור החילוק בין שומר חנם לשומר שכר לענין עצם עלייתה, אם מחויב שידע כשעולה, ונהי דבדעת הרמב"ם נראה כמש"כ, אבל הטור שבס"י רצ"א כתב דבשומר חנם עלתה בלא תקיפה לאו פשיעה היא, ע"כ דכונתו כאן לומר דבשומר שכר הויא פשיעה, דעלה קאי, וגם לשונו שכ' דפשע קצת בעלייתה, מוכיח דלאו בפשיעה גמורה מיירי,

בין הי' לו לתוקפה בראש הצוק או למטה, ולא אמרו אלא שאין לו לחוש שמא תעלה, ואינו מחויב להחזיקה שמא תעלה, וצ"ל דמיירי כשאינו קרוב שתעלה מאל"י, שאין דרך הבהמה לטפס בהרים, או שבדרך כלל יגיע וימנענה קודם שתעלה, דאל"כ יש לו להרחיקה ממקום זה, כללא דמילתא בשומר חנם בעינן מיהא נטר כדנטרי אינשי, עי' צ"ג א' שריג כו', אבל כשרואה שעולה לא שייך לומר וכי יאחזנה בזנבה, דאפי' לראש ההר חייב לטפס ולתקפה, ולפ"ז מתפרשים שפיר דברי הרמב"ם פ"ג מה' שכירות ה"ט שכ' העלה לראשי צוקין או שעלתה מאל"י והוא יכול למנעה ולא מנעה אע"פ שתקפתו ונפלה ומתה או נשברה חייב שכל שתחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב אף בשומר חנם, [כמ"ש שתחלתו בפשיעה, וגם השווה ד"ז להעלה], דדברי הרמב"ם מתפרשים ברואה שעולה ויכול לתוקפה ואינו מונעה, אבל לא נחית לנדון אם צריך לשמרה באופן שלא תוכל לעלות בלי ידיעתו, אלא מחלק בין תקפתו ללא תקפתו והכל בידעתו, וזה מבואר בגמ' דהי' לו לתוקפה ולא תקפה חייב, ואין חילוק בין תקיפה בהר או סמוך להר וכמש"כ, ואפשר שזוהי גם דעת תו' דאוקמוה אליבא דרבא בתקפתו ועלתה, דלא נחתי לנדון שאינו רואה כשעולה, דהא מיירי במשמרה באגס, וסתמא רואה אם עולה, ולכן ע"כ בתקפתו, דהיינו דאמר' הי' לו לתוקפה, וצ"ע בכונת הגרע"א ז"ל בגליון השו"ע שם, דממה שהביא דברי מהרש"א [עמ"ש לעיל סק"ד בזה], משמע שרוצה לדמות היתה בראש הצוק ולא תקפה לעלתה מאל"י שכ' בשו"ע, ומשמע מזה דאע"פ שרואה כשעולה אין שומר חנם מחויב לתקפה, וצ"ע, אבל הראשונים ז"ל שדנו ע"ד הרי"ף ואמרו דבשומר שכר דוקא תקפתו ועלתה, כונתם דשומר שכר ע"כ חייב לראות כשעולה, וממילא מיירי בתקפתו, משא"כ שומר חנם דאפשר שלא ראה כשעלתה, אבל

והאמת דגם בדעת הראשונים ז"ל יש לקיים כן, דנהי דאין הוכחה גמורה וכמש"כ, אבל מ"מ נראה מדבריהם דאף בגונא דבעינן תקפתו וירדה, דהיינו שהי' יכול לשמרה, אפ"ה דוקא תקפתו ועלתה פטור, וא"כ הדרא קו' הנה"מ לדוכתה, דהו"ל תחלתו בגניבה ואבידה וס"ב.

ונראה דל"ק, דכמו שכתבו תו' דבליכא מרעה שמן וטוב חשיב פושע אע"פ שיכול לתוקפה, דשלא לצורך אין לו להעלותה למקום סכנה, ואע"פ שהאפשרויות שתפול הם רק אם יהא אנוס, דאין לו לחוש על עצמו שיפשע, מ"מ אין האונסים הללו דבר מחודש, דודאי יש סכנה בהלכה ע"ג הצוק, ואין המקרה אנוס, אלא שאם מותר לו לילך ע"ג הצוק, אמרי' דמאי הו"ל למיעבד כיון ששמר כדרך השומרים, אבל אם מכניס עצמו לסכנה זו שלא לצורך, חשיבא התוצאה פשיעה, וה"נ חיוב השמירה של השומר שכר שלא תעלה מאליה, היינו מחשש אונסים של הנפילה אם בתקיפה או מקרים אחרים כיו"ב, ונמצא שהנפילה חשובה כגניבה ואבידה, [ואפ"י למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור הכא חייב], ונראה שזוהי כונת הנה"מ בתירוצו, ובההיא דסכ"ג וסכ"ה יתפרש נמי בכה"ג שהאונס הוא בתוצאה ישירה ממה שלא אמר, אבל א"צ לומר דדוקא כשיש תלות בצד רחוק כההיא דגם את הארי ואת הדוב, פטור, דה"ה בגונא דצריפא דאורבני, אלא תלוי אם מעיקרא חששנו לאונס כההיא דראשי צוקין, ועוד דלמש"כ אף למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור הכא חייב, ובאמת צ"ע בלשון הרמב"ם ושו"ע דתלי לה בתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, דהא ע"כ מיתוקמא מתני' ככו"ע, והיינו דאף למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור, העלה לראשי צוקין ונפלה באונס חייב, כיון שהפשיעה היא מפני שיש לחוש לנפילה באונס, דהיינו שלא יוכל לישמר ממנה

וכמשנ"ת, וצ"ל דאה"נ, ואין כונתו דתלי בפלוגתא דתחילתו בפשיעה וסופו באונס, אלא דבכה"ג תחילתו בפשיעה וסופו באונס וחייב, ואמנם גרע משאר תחילתו בפשיעה וסופו באונס וכמשנ"ת.

ובאמת הדברים פשוטים דהאומר לשומר שלא יוציא הבהמה לאגס משום חשש נחשים והבלא והחלקה חשיב פושע, אע"פ שמותר להוליך בהמה לאגס, דמ"מ פשוט שבבית נשמרת יותר, אע"פ שכל הני חשיבי לאונסים, ומצינו כה"ג במתני' לק' ע"ח א' לגבי הוחלקה בהר, דאע"פ שאם שכרה להוליכה בהר הו"ל אונס, מ"מ בשכרה להוליכה בבקעה חייב אפי' שומר חנם, כמ"ש הנמו"י בשם הר"ן, ובלא דברי הר"ן נמי בשומר שכר הרי הי' פטור בשכרה להוליכה בהר, וש"מ דחשיב אונס, ומ"מ חייב בשכרה לבקעה, דמעיקרא ידעינן שיש חשש כזה בהר, והתם הוה מחודש טפי מההיא דראשי צוקין, כיון שכנגד זה יש חשש אונס דהוחמה בבקעה, משא"כ בצוקין שיש רק תוספת סכנה בצוקין, ומש"ה בעינן התם דוקא דהעביר על דעת בעה"ב, ועמהרש"א ע"ח ב' ע"ד התו' שם, ובמש"כ בזה לק' סק"ז, ועי' לק' סק"ו ד"ה ובתו'.

ו. **ע"ח א'** שמתה מחמת אור דאמרי' אורא דהר קטלה כו', בפשוטו מתפרש שהי' ניכר שהאור השפיע עלי', שכאילו נחנקה מחוסר אור וכיו"ב, ונהי דאפשר שגם בבקעה היתה מתה מחמת אור, מ"מ הואיל וידעינן דאור הר ובקעה שונים זה מזה, וידעינן שהאור שכאן גרם לה, אמרי' שאור מסוג אחר לא הי' ממיתה, והיינו דקאמרי' לישנא דאמרי' אורא דהר כו' דאנן אמרי' הכי, לפי מה שידענו שינוי האור, אבל באובצנא לא הוצרך לפרש, דבהר איכא טורח המעלה, ובבקעה איכא הבלא שמכביד עלי', (או שקיצר בלשוננו), אבל בתו' כנראה למדו מלשון דאמרי' כו' דהכא מיירי בדלא ידעינן

שם רבה אמר כגון שהכיסה נחש, אפשר לפרש דבכל דוכתא איכא נחשים, אלא שאינם מצויים לישוך כ"כ, ופעמים שהחום שבבקעה משפיע עליהם לישוך, ופעמים שהקור ואוירא דהר גורם לכך, (דהיינו פעמים מכעס ופעמים משמחה וכיו"ב), א"נ שינוי זה גורם שישתלחו לשם רוב נחשים, ועכ"פ השינוי תלוי בהר ובקעה, כמו לאידך שינויי.

ובתו' פירשו כגון שבמקום שהלך הנחשים מצויים יותר, וצ"ל דלאו פשיעה היא, דבכל דוכתא מצויים נחשים, והשינוי שיש יותר נחשים, אין לחוש לו, ואי לאו דא"ל בעה"ב שלא ילך שם, הי' מותר להלך בשניהם, ואז היתה נחשבת הנשיכה אונס, אבל השתא שמחובת שמירתו הי' גם שלא ליכנס לסכנת ריבוי הנחשים, [אף דהבעה"ב לא נתכוין לכך], כשאירע שהכיסה נחש חשיב תחלתו וסופו בפשיעה, דבזה גופא פשע מתחלה, וזה כמשנ"ת הסברא לעיל סק"ה לענין עלתה שלא מדעתו ותקפתו וירדה עיי"ש.

ולפ"ד תת' דחשיב פשיעה בזה שהולוכה להר, א"כ מצינן לפרושי דהיינו פשע בה ויצאת לאגם, וידעינן דהבלא דאגמא קטלה, דבזה מודה רבא, דהא ליכא למימר מה"מ מ"ל הכא ומ"ל התם, וכמשנ"ת סק"א, והיינו דמיירי שפיר בדלא פשע לענין אויר ונחשים, אלא דעכשיו נתברר לנו שכשפשע בה הוציאה למקום שתמות, דאע"פ שאילו הוציאה למקום כזה [ולא פשע משום גנבי, או החלקה וחוסם], הי' פטור שלא הי' לו לחשוש לכך, מ"מ השתא דפשע, פשיעתו הביאה את הבהמה למקום ההפסד, ולא דמי לסופו באונס דהתם נתחדש האונס אח"כ, וכמ"ש תו' ל"ו א', וראיתי שהגרע"א ז"ל באמת הק' כן ע"ד התו' דאפי' מיירי שהנחש אונס, מ"מ השתא איגלאי שהי' מזומן להזיק שם, והו"ל כהבלא דאגמא, ואמנם בתו' כתבו

שמתה מחמת אויר ורק באובצנא פירשו בידעינן שמתה מחמת אובצנא, ואפשר דס"ל דסתמא דמילתא אין ניכר על הבהמה אם מתה מחמת אויר, ולכן ע"כ דה"ק רישא אמרי' שמתה מחמת אויר כגון שהי' שינוי מיוחד באויר, ולכן אמרי' אוירא כו', אבל קשה דלפ"ז מיירי שמתה כדרכה ומנ"ל למיתלי בשינוי האויר, הרי בדרך כלל אין בשינוי כזה כדי להמית, ושומר המוליך בהמתו בכה"ג אינו פושע כלל, ואית לן למימר מה"מ מ"ל הכא ומ"ל התם, ואם נימא דלא מתה כדרכה, צ"ע למה להו לפרושי בשהי' שינוי מיוחד בין ההר לבקעה, ואמאי לא סגי בשינוי הרגיל שבין אוירא דהר לבקעה, וגם לדבריהם צריך לדחוקי במתני' ולאוקומי בשהי' שינוי נוסף בהר, וגם לא נתיישב לישנא דדאמרי' לפ"ז, ושמא י"ל דמיירי בדלא ידעי' שמתה מחמת אויר, ומ"מ אמרי' שמא מתה באויר כיון שהי' משונה ובאמת לפ"ז גם במתה כדרכה לעיל ל"ו ב' אם הי' הרבה הבל באגם, חייב לכו"ע, דיש סברא לתלות כהבלא דאגמא, אע"פ שאין זו פשיעה להולוכה שם, מ"מ כשפשע עליו להוכיח שלא זה גרם דבמצב כזה מודה רבא דלא אמרי' מה"מ מ"ל הכא ומ"ל התם מיהו בשינויא דנחשים דמיירי ידיעינן שמתה מחמת נחשים, ג"כ פירשו תו' בידעינן שהי' שם ריבוי נחשים, וצ"ע, ובשטמ"ק בשם הריטב"א פי' כמש"כ, ועי' לק' סק"ח.

ובעת' ראיתי ברמב"ן לק' פ' א' שכו' דמתה מחמת אויר ה"פ כגון שידוע הוא שחמור זה אינו רגיל לילך בבקעה ומש"ה אפשר שמחמת אוירא מתה הואיל ולהולוכה בהר שכרה לו וכן פרש"י כו' א"נ התם כגון שמתה ודאי מחמת אויר שנצטננה ומתה שכיון שודאי אויר המית אותו ואילו לא בא באויר דרך זו לא מתה עכשיו אע"פ שדרכה בכך פשיעתו גרמה אבל מתה סתם אין תולין בדבר שאינו ממית כדאקשי' לאבבי בפ' המפקיד כו'.

לעיל מבואר דגרסי רבה, (ולא רב) אלא דכונתם דאביי אינו שונה כל הסוגיא, דלא יחלוק אביי על דבי ר"י וריב"ח, כי היכי דמייתי סיעתא מדרי"א ל"ו ב' דהוה בתרייהו ולכן לא הוצרכו ליישב בהדיא הא דאביי גופי' משמי' דרבה קאמר, כיון דמכולהו קשיא לאביי וכמש"כ, [נומ"ש בסוה"ד דדוחק הוא שיחלוק אביי על כל האמוראים ר"ל דדוחק שיאמר דכל זה להד"ם], (ולכא למימר דלרבותא נקט הכישה נחש דאיכא למ"ד פטור, דאם האמת דמתה כדרכה חייב, תו לא שמעינן ממתני' אפי' הכישה נחש, וגם לא הו"ל לרבה לדחוקי מתני' בהכי, אפי' אם יש בזה חידוש, וצ"ע במהר"ם שיף).

שם בא"ד והא דנקט בסיפא הוחלקה בהר כו' אבל לרבה ל"ק להו דליחני אפי' נאנסה דלא ניחא ל' להוסיף עובדות, ושפיר קתני הפסד הרגיל בכה"ג, כדאמרי' ל"ו ב' גבי העלה לראשי צוקין ונפלה, ולא פריך לרבה ליתני בא ארי, למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, מיהו יש לדחות דהתם אגב רישא קתני הכי, אבל משה"ק דמרישא שמעינן לה קשה אף לרבה, אלא דהו"מ לדחויי דלרבותא דפטור נקטי', לאשמעינן דחשיב אין האונס בא מחמת הפשיעה, אבל לאביי הו"ל למיתני מתה כדרכה חייב ואם הוחלקה פטור.

ולמסקנתם דלא חשיב פשיעה, ברישא קמ"ל שמתחייב מחמת שפשע קצת, אע"פ שאין המיתה במה שהקפיד המשכיר, דלא הו"ל למיחש לשינויים אלו שאינם מצויים, וה"נ הי' יכול להיות איפכא, מ"מ השתא דשני חייב, ולעומת זה יש ריעותא ברישא דהשתא איגלאי שבמקום שאמר בעה"ב הי' יותר משתמר, ובסיפא מיירי כשאמנם אירע מה שחשש ממנו בעה"ב, [דאפי' אם מטעם אחר אמר הר מ"מ הכל בכלל], ולעומת זה אי לאו דאמר בעה"ב אין פחיתת שמירה בהר יותר מבבקעה או איפכא דבכל מקום יש מעלה וחסרון, וכמ"ש הרמב"ן.

שם שמיד שבאת התחיל ההבל להזיק, מ"מ פשיטא ל' להגרע"א ז"ל דה"ה נחש המזומן להזיק, אע"פ שהזיק לאחר שעה, דמ"מ חשיב שמיד עם הפשיעה נכנסה למקום ההזיק, וכמש"כ לעיל סק"א, ועי' ס"ק ט"ו.

ונראה דדעת תו' דנחש לא דמי לארי, דבארי אם נתברר שהוא רובץ באגם חשיבא פשיעה להוליכה שם, אבל לגבי נחש בכל דוכתא שכיחי נחשים, והנשיכה דבר מחודש, ולכן אין לחייבו מדין הבלא דאגמא, דאף דידעינן שיש שם נחש לאו פשיעה היא, וזה מבואר בדבריהם לדינא, וכמ"ש הטור סי' ש"ט, דהוליכה למקום שנחשים מצויים יותר חייב, ומיירי דוקא כשא"ל בעה"ב שלא להוליכה לשם, הא לאו הכי פטור, ואע"פ שמצויים שם נחשים, [והטעם כמש"כ דבכל דוכתא איכא נחשים, אלא דלא שכיחי לנשוך, ומ"מ כשיש יותר נחשים, יש לחוש יותר], א"ו נחשים לא חשיבי הזיק ברור, וכיון שכן לא מצו לפרושי שהי' הנחש מזומן להזיק, דלא דמי הי' ארי בהר, ורבה נמי לא ניחא ל' לאוקומי מתני' בארי וכיו"ב, דא"כ העיקר חסר מן הספר, משא"כ נחשים שזה דבר המצוי, ושייך שינוי במקומות, כמו באויר, מיהו לדעת הרי"ף אפשר דבאמת זהו הטעם דחייב, עי' לק' סק"י וס"ק ט"ו.

ז. שם תוד"ה הוחמה, הא תחלתו בפשיעה היה לענין הוחלקה, בתו' הרא"ש הק' כן ארישא דאם החליקה פטור והא תחלתו בפשיעה לענין הוחמה, ונראה דניחא להו לתו' לאקשווי בהוחלקה, שזה פשוט לומר דהוחלקה בהר הוא פשיעה, אבל הוחמה אינו מצוי אפי' בבקעה, כיון שיש די אויר גם בבקעה, ובאמת בתוד"ה ריב"ח כתבו שזהו חידוש לומר דהוחמה היא פשיעה, וזה מוכיח כמש"כ.

שם תוד"ה ריב"ח, והשתא כל אלו אמוראים שבאין לתרץ סוברים כרבא כו' בתו'

כשהולכה בהר, שהכניסה לסכנה מחודשת
 דהוחלקה וע"ז כתבו דלאו פשיעה היא, וא"כ
 ה"ה בכל שומר, ולפ"ז מסתברא דלר"מ
 דשוכר כשומר חנם פטור לדעת תו', דהשינוי
 מדעת בעה"ב, לא גרע מהולכה מדעתו שלא
 לצורך, (ודאתאן עלה מבואר טפי כונת
 מהרש"א, דס"ל לדעת תו' דכשכרה להולכה
 בהר חשיב כאמר בעה"ב שאינו חושש
 לפסידא דהוחלקה, ולכן פטור השוכר אע"ג
 דכשומר שכר דמי, אבל כשמכניס עצמו
 להפסד זה מדעתו חשיב כגניבה ואבירה, מיהו
 גם לפ"ז ע"כ לומר כמש"כ סק"ה דכשמותר
 לו לילך בהר חשיבא הוחלקה אונס אלא
 דניחא טפי סתמות המהרש"א ע"פ תו'),
 והגרע"א ז"ל בגליון השו"ע סי' ש"ט ס"א
 ציין לדברי הנ"י, דאף שומר חנם חייב וסיים
 ועי' תו' בסוף דבריהם ובמהרש"א שם,
 ומשמע מזה דכונתו לומר דפליגי בדין שומר
 חנם.

ח. הרא"ש פסק ככל האוקימתות, וכ"נ דעת
 הר"ף שהביא מתני' וכל
 האוקימתות, והיינו משום דס"ל דר"י פליג רק
 בפירושא דמתני', דכיון דקתני סתם מתה
 משמע ל' בכל גווני, ואפשר דאמוראי דלעיל
 נמי פליגי בפירושא דמתני', דריב"ח לא ס"ל
 לאוקומה במתה מחמת אור, משום דסתמא
 לית לן למיתלי ששינוי אור שמיה לבקעה
 הי' גורם במיתתה, וכן מוכיח לישנא דרבי
 ר"י דאמרי דאמרי' אורא דהר קטלה כו'
 דהיינו שזה שינוי קל ואינו גורם גמור, אבל
 מודה ריב"ח שאם נתברר כן, או שקרוב לומר
 כן, דחייב, [מיהו יתכן דבדינא פליג וס"ל דלא
 מחמירין כולי האי לתלות ששינוי האור הי'
 גורם], אבל מתה מחמת אובצנא זהו חילוק
 הניכר, דטורח המעלה וחוסם הבקעה מבורר,
 ורבה ס"ל דבכה"ג נמי לא נתברר שהמקום
 גורם דדמי למתה מחמת מלאכה, דאיגלאי
 מילתא שלא היתה ראוי' למלאכתה, ודוחק
 לאוקומי מתני' בגונא שנתברר שהיתה ראוי'

שם בא"ד לכך נראה דלא חשיב הכא פשיעה
 כו' יש לדקדק במ"ש מהרש"א
 דלמסקנתם הוחלקה בהר וחימום בבקעה הוי
 כעין גניבה ואבירה, והוחמה בהר והוחלקה
 בבקעה הוה אונס, וכיון דמה ששינה לאו
 פשיעה היא, אף מתה כדרכה פטור לאב"י,
 דהו"ל תחלתו בגניבה ואבירה וס"ב דפטור,
 וצ"ע דא"כ גם בא"ל בהר והלך בהר ליחייב,
 כיון דשוכר כשומר שכר דמי, א"ו הוחלקה
 בהר כשמותר לו לילך בהר, אונס הוא, ומ"מ
 לא חשיב תחלתו בגניבה ואבירה וס"ב, כיון
 שלענין זה גופא נחשב תחלתו בגניבה
 ואבירה, שאנו מפרשים שבעה"ב לא הרשהו
 לילך בהר שמא תחליק, וכשאמנם החליקה
 חשיב שהוא גרם לכך, בזה ששינה מדעת
 בעה"ב, ואם השינוי גניבה ואבירה גם
 התוצאה גניבה ואבירה, וכבר נתבאר לעיל
 סק"ה עיי"ש, ואולי זו כונת מהרש"א, [ומה"ט
 נראה דלא הוצרכו כאן למ"ש צ"ג ב' דתחלתו
 בגניבה ואבירה וס"ב פטור, דהכא עדיף
 דכשמותר לו לילך בהר חשיבא החלקה אונס],
 ועי' בסמוך, ולפ"ד מצינן נמי למימר דחשיב
 כפשיעה לענין זה, כי היכי דחשבינן ל' גניבה
 ואבירה, אע"פ שהתוצאה כשלעצמה אונס,
 וכ"כ הרמב"ן והר"ן והנ"י, ולכאורה אין ראי'
 מתו' דפליגי בזה, [ועי' בסמוך].

מיהו נראה דיש נפ"מ לדינא בין תו'
 להרמב"ן בשומר חנם שהולך הבהמה
 שלא לצורך בהר והוחלקה, או בבקעה
 והוחמה, דכיון שלא הי' צורך להכניסה לסכנת
 החלקה, י"ל דפושע הוא בכך, כמו העלה
 לראשי צוקין בדליכא מרעה שמן וטוב,
 דחשיב פושע, אע"פ שיכול לתוקפה, כמ"ש
 תו' ל"ו ב', אבל מדברי התו' נראה דחשש
 רחוק הוא, ואינו פושע בזה שהכניסה במתכוין
 לסכנה זו, דלדעת תו' משמע דלא מוקמינן
 פסידא דהוחמה כנגד הוחלקה וכמ"ש הרמב"ן,
 אלא הוחמה כיון ששכרה לכך פטור, דכאילו
 לא חשש הבעה"ב להפסד זה כלל, ונמצא

בשינוי זה ומתה מחמת זה, אלא דמפרש בגמ' בדלא פשע, אלא דאנן תלינן שהשינוי גרם, כיון שיש סברא בדבר, וכמשנ"ת לעיל סק"ו, ולפ"ז לדינא עולה פסק הרמ"א בסי' ש"ט ס"א גם לדעת הרמב"ם [מיהו באובצנא עי' בסמוך], וצ"ע דהמחבר שבקי' לכללא דאזלינן בתר הרי"ף והרא"ש נגד הרמב"ם, וכנראה בהשמטה אינו חושש, כיון דלא כ' איפכא, ומדברי הרמב"ן ע"ח ב' ד"ה דילמא, נראה כדעת הרי"ף והרא"ש שכ' בדרי"י דשוכר בהמתו להר והולכה בבקעה כיון שלא מתה מחמת אויר מאי איכפת לי' לבעה"ב כו' וש"מ דבמתה מחמת אויר מודה ר"י.

מיהו במתה מחמת אובצנא לא מיירי לדעת תו' בפשיעה ידועה, ומ"מ חייב, ומוכח מזה דרך משום דס"ל שאין בשינוי האויר שבין הר לבקעה לתלות בו המיתה או הנחשים, אוקמוה בידוע שהי' שינוי [אף דיש לדחות דבאובצנא פשע כשרואה שמתייגעת, והי' לו לתלות שהשינוי גורם, משא"כ באויר שאינו ניכר, וכן נחש, ל"מ כן מדבריהם], ולפ"ז ע"כ דאין החיוב מפני שידע בשינוי ופשע קצת, [דיש לפרש לכל האוקימתות בחד גוונא], אלא דכיון שפשע בזה שעבר על דעת בעה"ב מתחייב בכל מה שאירע מחמת פשיעה זו, ואף למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור, הכא חייב, כיון שנתברר, דמתחלה הי' ההפסד מזומן במקום זה, וכמ"ש תו' ל"ו א' לענין פשיעה גמורה, ולפ"ז מיושב טפי סתמות הגמ', ועדיין צ"ע בזה, דשמא אובצנא גרע כיון שאין זה מאורע בהר, אלא שאירע שזה השפיע, - ויש להבהיר הדברים, דהנה יש חידוש במתני' גם כשאירע שנתברר שרק בהר היתה מתה, כגון שהיו שם זאבים מזומנים לטרוף, דהשתא אילו ידע כן קודם הליכתו פושע גמור הוא, וכשלא הי' ידוע, אם הרשהו בעה"ב לילך בהר פטור, אבל כשלא הרשהו, נתחדש במתני' דכיון דחשיב פושע נתחייב בכל מה שיכול לקרות בסיבת ההר,

למלאכה שאמר בעה"ב, דהא סתמא מתפרש שגם בעה"ב לא משום חשש זה מנעו מללכת בהר, וכיון דבדרך כלל לענין אובצנא הר ובקעה שוין נמצא שלא נתן לו בהמה ראוי' למלאכתה משא"כ הכישה נחש, [ואפשר דבדינא פליג מה"ט, וס"ל דלא תלינן בשינוי המקום אלא בדבר חיצוני לגמרי כנחש], אלא דלעומת זה המחודש בהכישה נחש לתלות בשינוי דהר לבקעה, ולפ"ז אפשר דמש"ה לא ניחא לי' לר' יוחנן לאוקומי מתני' בהכי, אבל לדינא לא פליגי, [אם נימא דכולהו נמי לא פליגי אהרדין].

והרמב"ם בפ"ד מה' שכירות ה"א לא העתיק רישא דמתני' כלל, וביאר המ"מ דסמך על אוקימתא דר' יוחנן, ואפשר דר"י חולק על האוקימתות האחרונות [אולי צ"ל האחרות] ולומר דלרבנן כ"ז שאין פשיעתו ניכרת פטור, דאי לא, לא הוה מוקי לה דלא כהלכתא, ור"ל דבשלמא לגבי הוחלקה חשיב פשיעה ניכרת כיון שהבעה"ב התנה עמו לשמור מהחלקה ולא שמר, אבל אם אירעו אונסים אחרים מחמת פשיעה זו, לא חשיבא פשיעה ניכרת, כיון שבאמת אין כאן פשיעה רק שינוי מדעת בעה"ב, אבל היכא דהיתה פשיעה ניכרת דהיינו פשע בה והלכה להר ונשכה נחש, לא מיבעיא למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב דחייב, אלא אף למ"ד פטור, הכא חייב, דהא מתני' אליבא דכו"ע מוקמי לה, ולא נתחדש בפלוגתא דר' יוחנן אלא דהאי לא חשיבא פשיעה הניכרת, ולדידהו נמי לא גרע מפשיעה גמורה, ומוכח מזה דפשע בה ויצאת לאגס וידעינן דמתה מחמת אויר, אמרי' הבלא דאגמא קטלה, וחייב לכו"ע, [כ"ז אם הרמב"ם אינו מפרש כתו', אלא כמשמעות המ"מ דמיירי בלא פשע כלל, ועי' בסמוך].

ונראה דהיכא דידע שהאויר בהר משונה או שיש שם ריבוי נחשים, מודה הרמב"ם דחייב, דבזה לא הוה פליג ר"י, כיון שפשע

אף למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור כיון שאין סופו באונס אלא שנתברר שהיתה הפסידא מזומנת כאן וכמ"ש תו' ל"ו א', מיהו לא מיירי מתני' בכה"ג, דא"כ אין השנינוי בהר ובקעה, אלא שאירע כן, ואפשר לדון דבאמת פטור בכה"ג דלא חשבינן לי' לגמרי כדין פושע מחמת השנינוי אלא בדברים שאפשר לתלות שהשנינוי שבין הר לבקעה גרם, ולא שכאן אירע כן, דאילו הלך להר אחר הרי לא היתה מתה, ומדברי התו' אין להוכיח כיון דמיירו בשנינוי ידוע, - ובמתני' מיירי דאפי' אם ידע המפסידים שיש בהר, מותר לו לילך שם, דאין לחוש לכך, ורק מפני שזה נגד דעתו של בעה"ב, תלינן לחייבו בכל מה שאירע מפני השנינוי, ויש ג' אופנים בזה, דשנינוי דאוריר אינו קרוב לתלות שהשנינוי גורם, [אם לא הי' שנינוי מיוחד], שנינוי דאובצנא שיש סברא לומר שטירחא זו שונה מזו, ושנינוי דנחשים דודאי יש לייחס נשיכת הנחש להר דוקא, אלא שיש לדון אם לראותו כאונס גמור בלי שייכות לשנינוי, או שגם השנינוי גרם, וכיון דמיירי בלא נתברר שהשנינוי גרם, ס"ל לתו' דבעינן שיהא שנינוי גמור שיהא קרוב לתלות בו, אבל לא נתבאר אם בעינן שיהא הדבר ידוע, או דסגי בזה שנתברר עתה שמקום השנינוי הי' בו גורם מבורר, דבפשוטו יש לפרש שהפשיעה של השומר היא רק בשנינוי דעתו של בעה"ב, אבל לשונם ז"ל ל"מ כן, מיהו אפי' מיירי בדידע, ע"כ רק מפני ששינה תלינן לחייבו, אבל לא הי' לו לחוש לכך מתחלה, שו"ר בספר אאמו"ר שליט"א סק"ג.

ולכאורה מדברי הרמב"ן משמע דאפי' אירע אונס מחמת השנינוי חייב, ואפשר דכונתו למאי דקיי"ל תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, דה"נ לגבי מה שנגרם מהשנינוי כפשיעה דמי, שנתברר שמתחלה הי' ההפסד מזומן כאן, וכמ"ש סק"ו ולפ"ז מתני' תתפרש למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור כגון דבנתברר שהבלא דאגמא קטלה

מודה רבא, ועי' לק' סק"י מ"ש בזה הגרע"א ז"ל, ועי' ס"ק ט"ו דע"כ זוהי כונת הרמב"ן. ט. **שם** מתני' להוליכו בהר כו', יש לעי' לאוקימתא דר"י דטעמא דמתני' משום דמעביר על דעתו של בעה"ב מ"ש הר ובקעה דנקט, ואפשר דבהר ובקעה יש לנקוט דבעה"ב קפיד משא"כ מהר להר, דאפי' אמר הר פלוני, מראה מקום הוא לו, ואם התנה בפירוש דוקא מקום פלוני יש לדמות להר ובקעה, אלא שהי' צריך להאריך, ואפשר דלאו בכל שנינוי חשיב מעביר על דעתו של בעה"ב, אא"כ יש לבעה"ב סיבה להקפיד בכך, אבל אם א"ל בעה"ב לילך בצבועים, והלך בלבנים, לאו גזלן מיקרי [ועשטמ"ק בשם ריטב"א בהא דמשני דקנייה בשנינוי, דבמשנה לגמרי מדעת בעה"ב קרוב לחשבו גזלן מדין מעביר על דעת בעה"ב], ולפ"ז דוקא הר ובקעה אבל הר והר אע"ג דמעביר על דעתו של בעה"ב הוא פטור, [ועי' ברי"ף ל"ו א' דשוכר שהשכיר או השאיל חשיב גזלן לר"מ, מיהו גברא אחרינא חשיב כהר ובקעה, ועי' לעיל סק"ג בדין שומר שאינו משתמש] והרמב"ן כתב כן לאוקימתי קמייתי, דהא דמחייבינן לי' באירע שמתה מחמת אור או נחש, היינו דוקא כשפשע בשמירה לענין השנינוי שבין הר לבקעה, אבל בשניהם שוין אינו מתחייב במה שאירע אונס במקום שאסר לו בעה"ב, מיהו לדעת תו' דמיירי בשנינוי ידוע, אין חילוק בין הר והר להר ובקעה, דלדבריהם גם השנינוי לענין הוחלקה והוחמה אין בו משום פשיעה לגבי הבעלים, רק כעין גניבה ואבידה, ולכן אין לחייבו בגלל ששינה לענין הוחלקה שיתחייב גם באובצנא, וכיון דליכא האי טעמא הו"ל הר והר כהר ובקעה.

שם אפי' זו עשר מילין כו', יעוי' בתו', וכונתם כמ"ש הרא"ש, ואע"פ שאינו מאריך בלשון, מ"מ חשיב אריכות כיון דדבריו מתפרשים דלא מיבעיא בשוין אלא אפי' זו עשר וזו חמש, ולא חש להוסיף חידוש זה

בדבריו דפשיטא, ואפשר עוד שאם הי' שונה אפי' זו עשר וזו חמש, הי' משמע דמיירי שהשוכל יודע שיש חסרון בדרך שהוא הולך, אלא שתמורת זה פוחת באורך הדרך, וקמ"ל תנא שאינו יכול להחליף למעט באורך הדרך, ע"מ לילך בדרך שיש בה צד הפסד, ולכן העדיף התנא לשנות בשניהם שוין, דהשתא מתפרש שאין נראה שום חילוק בין הדרכים, ומ"מ כיון ששינה מדעת בעה"ב חייב.

י. שם תוד"ה הוחמה, וי"ל דלא מחייב כו' כ"ש דאם לא שינה כו', יעוי' ברמב"ן שו" דלאביי יש לחייב אפי' הוחלקה בבקעה [אם השינוי פשיעה], דאם במתה כדרכה תלינן בהבלא דאגמא, כ"ש בהוחלקה שחלקה של בקעה ושל הר שני דברים הם ושמא לא יארע לה חלקה בהר אע"פ שמצוי בה יותר, ונראה דהיינו רק לשיטת הרי"ף דאביי ס"ל דאפי' אין האונס בא מחמת הפשיעה חייב, ובזה מתה כדרכה גרע, דודאי שסברת מה"מ מ"ל הכא ומ"ל התם קרובה יותר להניח שאף בבית היתה מתה, משא"כ החלקה שאין הבהמה במצב של החלקה דנימא שבהר ודאי היתה מחליקה, אלא זה מאורע, ואע"פ שהוא מצוי יותר בהר, מ"מ אין המאורע של הבקעה מלמד שהי' נארע כן בהר, אבל אי מצרכינן אונס בא מחמת הפשיעה, אין לנו לחייבו על החלקה, כשהוסיף בשמירה לענין זה, אפי' אם האמת שרק במקום הפשיעה הי' נארע האונס, דמ"מ אין לתבעו על תוצאה שאירעה במה ששמר כראוי והוסיף בשמירה, [וזהו שכ' תו' כ"ש דאם לא שינה כו' ולא למימרא שאמנם בודאי היתה מחליקה בהר, אלא דלגבי תביעת השומר על פשיעתו בזה, אמרי' דאדרבה הוסיף בשמירה לענין החלקה].

שם בא"ד וי"ל דשמא אם הי' שם כו', יש לעי' א"כ אמאי חשיב לי' סופו באונס, דאביי תלי לה במאי דקיי"ל תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, ואם יש סברא לומר שבזה גופא פשע, תחלתו וסופו בפשיעה היא, וצ"ל

דלמ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור, כי היכי דלא מחייבין לי' באונס הבא מחמת הפשיעה, ה"נ אין לחייבו כשיש צד רחוק שהפשיעה גרמה להפסד, דפלוגתתם היא אם מחמת הפשיעה נתחייב בכל התוצאות, ועליו להוכיח שאף בלא הפשיעה הי' האונס, ובכלל זה גם ספק הצלה, או"ד אינו מתחייב אלא במה שפשע, מיהו לאביי דפשע בה ויצאת לאגס חייב לכו"ע, משום דבהוצאות הפשיעה חייב לכו"ע, דוחק לחלק ולומר דבכה"ג מיהא פליגי משום שהאונס אירע אח"כ, ואין משייכים אותו לפשיעה, מא"כ בהבלא דאגמא, וכמ"ש תו' ל"ו א', דאדרבא יש סברא לומר דהכא גרע, שהפשיעה גרמה גוף ההפסד, ויש מקום לחייב לכו"ע ואף לרבא והראב"ד בשטמ"ק צ"ג ב' באמת הזכיר דלטעם זה כולה פשיעותא היא.

ובאמת הדבר מחודש לתלות האונס מחמת הפשיעה בכה"ג, ולא דמי להבלא דאגמא שסיבת המיתה עלומה מאתנו, ואמרי' דשמא נצטרף לזה גם גורם דהבלא, כההיא דאמר שמואל לק' ק"ז ב' הכל ברוח, או דבצירוף חולשא מחמת אור, ריע מזלי' ומית, אבל בזאב וארי קמן, לא מחדשין לחוש שמא הי' מציל, וכיון דלמ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור ה"נ פטור מנ"ל דמ"ד חייב פליג הכא.

ובמור סי' רצ"א הביא בשם הראב"ד כתירוצ' תו' והרא"ש וסיים וכן עיקר, ואמנם בשטמ"ק בשם הראב"ד לק' צ"ג ב' כתב גם טעם זה, [ועי' גליון הגרע"א ז"ל שם סי"ב בשם הפרישה], אבל הראשונים ז"ל ל"ו ב' לא העתיקו טעם זה, וכתבו בשמו רק הטעם השני, שהי' לו להכניסם עמו, [ולק' סי' ??? סק"ה דקדקנו מלשון הגמ' דבלאו האי טעמא לא חשיב אונס בא מחמת הפשיעה, מדלא קאמר אביי שינויא דהי' לו לקדם ברועים ובמקלות, ואכתי תחילתו בפשיעה וסופו באונס הוא כו', (וע"ע מש"כ שם ע"ד הרשב"א)],

מחמת הפשיעה, מיהו האמת נראה שאין לחלק כן).

שם בא"ד ובלא"ה צריך לפרש הפשט התם כך כו' ר"ל דנהי דלענין לחייבו קתני דאין אומרים, מ"מ לענין הסברא דאונס בא מחמת הפשיעה י"ל דאומרים אילו כו', וכבר נתקשינו לעיל מנ"ל לחלק בזה, ואפשר עוד דגם אם היינו אומרים אילו כו' לענין לחייבו, היינו דוקא בשומר שכר דאף דהי' מקום לומר אילו כו' מ"מ לא ס"ד כלל שיחשב כפשיעה, ולפ"ז גם אין להסתייע בזה לענין תחילתו בפשיעה וסופו באונס שיחשב אונס בא מחמת הפשיעה, שהאונס בא מחמת הגניבה ואבידה, וצ"ע בזה מכמה צדדים, (ד"ל דחשיב שפיר בא מחמת הפשיעה, וגם כשאומרים אילו כו' אפשר דאינו מצב של שמירה ששייך לחלק בזה בין שומר חנם לשומר שכר), ועי' לק' סי' .. סק"ה דבשומר חנם ליכא למימר אילו כו' כיון דסגי לי' בשמירה פחותה, ואין מחובתו להיות שם.

שם בא"ד ורב אלפס כו' ומיהו לפי מה שנפרש לבסוף כו', יעוי' מ"ש הגרע"א ז"ל בזה, [נדרפס בחידושי הר"ן כאן, ובמערכה פ' המפקיד אות כ"ח כ"ט], ותו"ד ז"ל דמדברי הרי"ף באוקימתא דרבה שהכיש נחש משמע דתחלתו בגניבה ואבידה וסופו באונס הבא מחמת הגניבה ואבידה חייב, (אם נפרש דחשיב תחלתו בגניבה ואבידה כמ"ש תו'), וא"כ חזרה הק' ממתני' מ"ט הוחמה בהר פטור, דכל יישוב התו' לק' הוא משום דהו"ל תחלתו בגניבה ואבידה וס"ב כמ"ש מהרש"א, [ועמשנ"ת בזה לעיל סק"ז, ושם כתבנו דלא תלי לגמרי בדין תחלתו בגניבה ואבידה וס"ב, שהרי אי לאו דא"ל בעה"ב, מותר לו לילך בין בהר ובין בבקעה, ואז היתה ההחלקה נחשבת אונס, וכיון שכן גם לענין תחלתו בגניבה ואבידה עדיף, ודמי לשומר שכר שמסר לשומר חנם שכתבו תו' דעדיף מתחלתו בגניבה ואבידה, מיהו עיי"ש עוד בדעת תו'

ומוכח מזה דלא ס"ל דבטענת שמא כי האי, חשיב אונס בא מחמת הפשיעה, [והטור השמיט הטעם דהי' לו להכניסם עמו, דס"ל דזה לא חשיב בא מחמת הפשיעה, שאילו לא פשע הי' נשאר לשמור, (ואזיל לשיטתו בסי' שצ"ו ס"א דדוקא בנפל הכותל חשיב אונס בא מחמת הפשיעה וכמשנ"ת לעיל סק"ב מיהו ז"א למש"כ לק' ס"ק י"א)], ואפשר דיש לנקוט כותייהו בזה דרבים ניהו, ה"ה הרי"ף והרמב"ם והרמב"ן והרשב"א והר"ן והנ"י ולכאורה כ"ד רי"ז נ"ל ח"ד, [וגם התו' והרא"ש כתבו כן רק מכח ההכרח שבגמ', אלא דלדידהו אין לתרץ כהראב"ד דזה תלוי בהבנת אונס בא מחמת הפשיעה וכמשנ"ת סק"ב], ועפ"ז אפשר ליישב פסק הרמ"א שבסי' רצ"א סי"ב לא הביא דעת הטור, דכיון דמייירי בשומר חנם לא אמרי' שהי' לו להכניסם עמו, דאין מחובת השומר חנם שיהיו הבהמות עמו כל הזמן, שהרי בעידנא דעיילי אינשי מניחם שם, ולכן גם בעל בעידנא דלא עיילי אינשי חשיבא הפשיעה בזה שלא שמר, ולא אמרי' דהי' לו להכניסם עמו, ומש"ה פטור דתחילתו בפשיעה וסופו באונס שלא מחמת הפשיעה הוא, אבל בסי' ש"ג ס"י דמייירי בשומר שכר, שמחובתו להוליכם עמו גם בעידנא דעיילי אינשי, חשיבא הפשיעה בזה שהניחם שם, והו"ל אונס בא מחמת הפשיעה, [וצ"ע בד"ז אם יש לחלק בין שומר חנם ושומר שכר בזה], מיהו בפשוטו כונת הרמ"א להעתיק דברי הטור, וה"ה שומר חנם, (ולפלפולא אפשר ליישב עד"ז משה"ק תו' צ"ג ב', מ"ש על בעידנא דעיילי אינשי דפטור לי' אביי, ולפ"ז י"ל דבעידנא דעיילי אינשי מקומו של העדר הוא במקום שהניחו, כשאר רועים, ותוספת השמירה של השומר שכר הוא שישאר עמם לקרח כלילה, ולכן חשיב אין האונס בא מחמת הפשיעה, משא"כ בעל בעידנא דלא עיילי אינשי, דאז אינו רועה, ויש לו להכניס העדר עמו, וחשיב האונס בא

בוה], ואפשר ליישב דמ"ש הרי"ף בהכיסה נחש אין ראי' לתחלתו בגניבה ואבידה וס"ב, דכיון שעכשיו נתברר שהי' שם נחש, מזומן להזיק, (אע"פ שלא הי' ידוע הדבר תחלה), הו"ל כאיגלאי מילתא דהבלא דאגמא קטלה, ובזה י"ל דלכו"ע חייב, [וכמ"ש הגרע"א ז"ל להקשות ע"ד התוד"ה ריב"ח הובא לעיל סק"ו ועיי"ש], וכיון דלא תליא בנדון דתחילתו בפשיעה וסופו באונס, דבזה מודה רבא לאביי דחייב לכו"ע, י"ל שפיר דגם תחלתו בגניבה ואבידה חייב, דזה גרע מסופו באונס, כיון שהחסרון בשמירה הכניסה מיד למקום ההפסד, וחשיב תחלתו וסופו בגניבה ואבידה, אבל תחלתו בגניבה ואבידה וס"ב, כהוחמה בהר, פטור, ועי' לק' ס"ק ט"ו.

והגרע"א ז"ל שם כתב ליישב דאמנם לאביי דאפי' אין האונס בא מחמת הפשיעה חייב, [לדעת הרי"ף], א"כ הענין משום דמיד שפשע קמה לה ברשותי' לענין אונסין [כ"ה בר"ן או דאשתעביד נכסי' מיד עי' בלשון הגרע"א ז"ל] ידי' י"ל דדוקא בפשיעה שקרוב שתאבד אמרי' דאשתעבוד נכסי' מיד נקמה לה ברשותי', אבל בגניבה ואבידה דאינה עומדת ליאבד, אינו מתחייב מיד, ולכן אין לחייבו על תחלתו בגניבה ואבידה וס"ב, אבל לרבא דהחויב רק כשהאונס בא מחמת הפשיעה, א"כ הענין דכיון שהאונס נמשך מכח הפשיעה כולה שם פשיעה עלה, וה"נ יש לחייב בתחלתו בגניבה ואבידה, כשהאונס בא מחמתו, דכולי' שם גניבה ואבידה עלי', ובאמת נראה דלהרי"ף לא שייך לחיובי תחלתו בגניבה ואבידה אליבא דאביי, דבשלמא בפשיעה שייך לדון דחשיב כאינו שומר כלל, ולכן חייב בכל אונסין, אבל בשומר שמירה דשומר חנם נהי דאינו מקיים דינו, מ"מ לית לן לאוקומי' ברשותי', וזה כדברי הגרע"א ז"ל אלא דלא תליא בהיזק קרוב אלא אם הוא נחשב שומר, מיהו כולה חדא טעמא היא, ויש לעי' דלפ"ז אביי מיקל

טפי מרבא בתחלתו בגניבה ואבידה וס"ב הבא מחמת הגניבה ואבידה, וע"כ צ"ל דמודה אביי לרבא בכה"ג דחייב, וזה דחוק טובא, דכיון דסבר אביי שיש לחלק בין בא מחמת הפשיעה או לא, א"כ מנ"ל דמ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, מחייב בכל גווני, דהא התם בבא מחמת הפשיעה מיירי.

גם יש לעי' למ"ש הגרע"א ז"ל להרי"ף אתיא אוקימתא דרבה כמ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, ובעלמא כה"ג פרכינן הניחא למ"ד כו' דלית לן לאוקומי מתני' כחד לישנא, ולדינא מבואר בראשונים ז"ל צ"ג ב' דאף לרבא אין חילוק בין שומר חנם לשומר שכר בדין תחלתו בפשיעה וס"ב.

ובעיקר הקו', לפמש"פ הרמב"ן, ל"ק מהכיסה נחש אף לפי הרי"ף, דחשיב שפיר תחלתו בפשיעה, אלא דאפי' למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור י"ל דהכא חייב (עי' לק' ס"ק ט"ו) (ועי' לעיל סק"ח), מיהו כל מהלך הגרע"א ז"ל הוא לפרתו' דחשיב תחלתו בגניבה ואבידה.

יא. **ב"ק** נ"ו א' אמר רבה והוא שחתרה כו' אמאי פטור תחילתו בפשיעה וסופו באונס הוא כו' נראה דהא פשיטא לן דמיירי באונס בא מחמת הפשיעה, שהרי לא הוזכר במתני' איך נפרצה, ובשלמא אם האונס בא מחמת הפשיעה שייך לומר דהכל מבואר במתני', דכיון דקתני שנפרצה, ומוקמינן לה בנפל הכותל וכיו"ב, שיש סיבה מוקדמת לפרצה, ממילא מבואר דמיירי בכותל רעוע, אבל אם הא דקתני נפרצה אינו ענין לפשיעה מוקדמת, א"כ אין זכר במתני' לדבר נוסף דנימא וכגון שפשע ג"כ, הגע עצמך בפשע שהניחה בצירה ונפרץ כותל בריא, וכי שייך לפרושי כן לשון נפרצה, הרי אין כאן זכר לצירה, וה"ה כל אונס שאינו בא מחמת הפשיעה, ואמנם הו"מ לאקשו"י אמתני' פשיטא, ולפרושי הא קמ"ל דאפי' בשפשע בה

הא דקתני פטור דוקא מפני שחתרה, אבל לא חתרה חייב וממילא מוכן דבנפל הכותל מיירי, וגם אין טעם להמציא במתני' שהכותל רעוע וחתרה, דהו"מ נמי למימר כה"ג בפשיעה אחרת כיון שאין החתירה ענין לפשיעת לכותל, וכבר נתבאר לעיל, ונראה דמה"ט הדרינן מזה לגמרי במסקנא, [ועי' להלן], דפשיטא לן דרבה מיירי בחתרה ויצאה במחתרת, דזהו לשון חתרה, דאם ר"ל שהפילה הכותל בשינוי ולא יצאה במחתרת אין נופל ע"ז לשון חתרה, ועי' להלן, - יעוי' בספר אאמו"ר שליט"א סט"ו סק"ו שהעיר דמא דחשבינן ל' אונס בחתרה מוכח דאע"פ שאירע הדר שפשע בו, אלא שנעשה באופן משונה, דמה לי דחפתו בגופה מ"ל ע"י חתירה, מ"מ חשיב סופו באונס ולפמש"פ מרן זללה"ה שם דהבהמה לא היתה יכולה לדחוף הדלת כי בדחיקתה לצד חוץ אינה נפתחת, והפשיעה היתה שהרוח יכול לפתחה, ועכשיו ע"י חתירה נפלה לצד פנים, אין ראי' לד"ו, מיהו עצם הדבר ל"ק כ"כ, שהרי כשמניחה כך, דעתו שלא תדחוף הכותל כי כבר הורגלה שאינה יכולה להפילו, ולכן חשיבא החתירה אונס, דכאילו נתקיים הענין דבלא חתירה לא היתה יכולה לצאת, (ולישנא דכותל רעוע מיושב יותר ביכולה גם לדחפו).

ובשטמ"ק בשם הרא"ה פי' דהוה אונס הבא מחמת הפשיעה, שאילו לא פשע

לא הי' מניחה כאן, ואמנם לפ"ז ניחא דמיירי שיצאה בחתירה כפשטא דלישני' דרבה, אבל לפ"ז ה"ה פשיעה אחרת שנגרמת מחמת המקום, ולא הו"ל לאוקומי בכותל רעוע דוקא, (לפמשנ"ת שזה נלמד מנפרצה), ועו"ק דמאי פסקא שבמקו"א לא היתה חותרת, וצ"ל דמיירי דלפי הענין היתה כאן אפשרות חתירה טפי ממקו"א, אבל א"כ הדרא קו' לדוכתה, מנ"ל דמיירי בכה"ג, [וי"ל שהדבר מצוי שיהא בזה שינוי ממקום למקום] וביותר קשה דאטו כללא הוא דבכותל רעוע יש להחליט שלא

מתחלה, וקמ"ל דכיון שאין האונס בא מחמת הפשיעה פטור, אבל בדברי רבה מבואר דמוקים למתני' באופן מסוים, [דהא לא קאמר דמתני' בכותל בריא, ואפי' רעוע וכשחתרה, וגם דוחק לפרש כן מתני'], וכיון שכן ע"כ לפרושי רק בכה"ג שמנפרצה ידעינן דהכותל רעוע, והיינו כגון שנפרצה רק בגלל שהוא רעוע, [או רק בגלל שהניחה בדיר זה, עי' להלן], וביותר מבואר כן בלישני' דרבה דקאמר והוא שחתרה וזה מתפרש כיון דמתני' בכותל רעוע שנפל לכן צריך להשמיענו דוקא חתרה ומזה מוכח דמיירי בנפל הכותל, ועוד נראה דאי מיירי באין האונס בא מחמת הפשיעה פשיטא, וע"כ דלדיוקי אתא דבאונס בא מחמת הפשיעה חייב, וזה אינו במשמעות מתני', וגם פשיטא לכו"ע דלא נחתא מתני' לנדון דתחילתו בפשיעה וסופו באונס, ואף למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור לא מוקמינן לה בשחתרה ובכותל רעוע למסקנא, כיון דאין לפרש במתני' דאתיא לאשמועינן דין תחילתו בפשיעה וסופו באונס, ומה"ט לא מוקמינן למסקנא דואפי' חתרה דקאמר רבה היינו כמ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, [ועי' להלן בזה], ולמ"ד מיתוקמא ארישא דוהוא שחתרה קאמר, דפשיטא לן שאין לכלול במתני' נדון זה, דד"ז הי' פשוט לתנאים להאי גיסא או להאי גיסא, ואינו חידוש נוסף בדיני פשיעה.

ולפ"ז ניחא בפשיטות מ"ש תו' נ"ב ב' דמיירי בנפל הכותל מחמת החתירה [עי' חזו"א סי"ב סק"ה ד"ה מיהו] דכיון דפשיטא לן דמיירי באונס בא מחמת הפשיעה, לא הוצרכו לפרש היכי דמי, ובתו' הרא"ש תירץ דמשמע ל' נפרצה שהגדר נפרץ ולמש"כ א"צ לומר שהדיוק בלישנא דמתני' מחייב כן, אלא דמעיקר הא דמוקמינן מתני' בכותל רעוע מוכח דנפל הכותל, וזה מבואר בלישני' דרבה, דהא השתא מתפרש דידע רבה דמתני' בכותל רעוע, והוצרך להשמיענו דדוקא חתרה, וה"ק

דלא מיבעיא היכא דלא חתרה כו' מתפרש בכותל רעוע, עיי"ש, וצ"ע דא"כ מאי קמ"ל מתני' בלא רבה, ועוד דהא אוקימנא רישא דמתני' בכותל בריא, ואפשר דכונתו לאפוקי כותל בריא שכ' תו', דהיינו בריא שיחשב אונס גם כשהפילו בהניחה בחמה, אבל מיירי בבריא לענין שמירה כשאינה בחמה, מיהו ל"מ כן בדבריו ז"ל עיי"ש, וצ"ע, שו"ר בספר מרן זללה"ה סי"ב סק"ה עיי"ש.

שם מ"ד הו"ל תחילתו בפשיעה וסופו באונס כו', יעוי' בשטמ"ק בשם הרא"ה, ואפשר ליישב הענין גם באונס הבא מחמת הפשיעה, והיינו דמימרא דרבה מתפרשת כמשנ"ת לעיל בנפרצה בלילה, דנפל הכותל, דכיון דבלא רבה מתפרשא מתני' בנפל הכותל, כשהוסיף ואפי' חתרה, מתפרש דבלא רבה גם בחתרה ונפל הכותל אפשר דפטור, ומש"ה תלי לה בתחילתו בפשיעה וסופו באונס, כיון שבא מחמת הפשיעה, מיהו לפי האמת מתפרשים דברי רבה בלא נפל הכותל, ואפי' בבריא כ"כ שאינה יכולה להפילו וכמ"ש תו', ומש"ה קאמר ואפי' חתרה דמתפרש סתמא שיצאה בחתירה, (ויתכן דהיינו דאמרו משמי' דרבה והוא שחתרה, דאפי' בגונא שרק ע"י חתירה אפשר שתצא, דהו"ל תחלתו וסופו באונס חייב, משא"כ לישנא דאפי' חתרה דמתפרש בגונא דמתני' שהפילה הכותל, וקאמר דאפי' חתרה והפילו הדין כן), ומש"ה פשוט דאף למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור קאמר, דהא מיירי באין האונס בא מחמת הפשיעה, (אפי' אי מיירי בגונא דמתני'), וגם מיירי בדליכא פשיעה כלל, וצ"ע בשטמ"ק בשם הרא"ה, דהכא באמת י"ל שהפשיעה גורמת שתהא כאן, דאילו לא פשע בחמה, הי' מניחה במקו"א שיש צל, ואפשר דכיון דמיירי בחתירה דכל טעדיק כו' אין לומר דבמקו"א לא היתה חותרת, (והי' אפשר לפרשו תחלתו בפשיעה לענין הוחמה ערש"י ב"מ צ"ג ב' ד"ה סיגפה).

הי' מניחה שם, הרי בדרך כלל זהו ביתו או דירו של השומר, ומחובתו לחזק הכותל, וכהניחה בביתו ולא נעל כראוי ולא יצאה דמי [ולא דמי לתירוצו של הראב"ד צ"ג ב'], מיהו לפמשנ"ת לעיל דפשיטא לן דמיירי באונס בא מחמת הפשיעה, ל"ק כ"כ לאוקומה בכה"ג שלא נפל הכותל, אלא שנתנה בדיר כזה שלא שייך לתקנו ולחזקו, וגם אפשרות החתירה קרובה שם יותר, מיהו כיון דע"כ צריכין להאי טעמא עדיף טפי לפרש כפרתו'.

ולא אמור מ"ש בטוש"ע סי' שצ"ו ס"א דבחתרה ולא נפל הכותל פטור אפי' בכותל רעוע, קושטא הוא לכו"ע, דסתמא דמילתא אין השמירה מחייבת שניחנה בדיר אחר דוקא, וחשיב כפשע והניחה בביתו שלא נעל כראוי, וחתרה, [ועי' לעיל סק"ב וליתא, דלכו"ע הכא אין הפשיעה גורמת שתשאר בדיר זה], ועיי"ש בשו"ע סי' ... ובסמ"ע ס"ק י"א, הובא להלן.

שם אמר רבה ואפי' חתרה לא מבעיא כו', מדקאמר ואפי', מבואר דמיירי נמי בדלא חתרה, ואי בכותל רעוע מ"ש הניחה בחמה דקתני, א"ו בכותל בריא, ואפ"ה פשיטא לן דחייב בהניחה בחמה, דבלא רבה נמי מובן דהיינו דקתני הניחה בחמה לומר דבעיא שמירה טפי, אלא דס"ד דהיינו דוקא ע"י שתדחק ותבעט בכותל, דנהי דבעלמא חשיב כותל בריא לענין שמירה, מ"מ בחמה בעינן בריא הרבה, אבל חתירה ודאי אונס הוא, וכן פרש"י, [ובהדיא אמרי' בגמ' אלא מתני' בכותל בריא כו'], וצ"ע בכונת תו' שכ' דהו"ל מ"ד כוליה אונס הוא, דהא ואפי' קאמר, ואי מיירי בכותל שלא שייך שתפיל, הו"ל והוא שחתרה, כדפריך לעיל היכי דמי כו' דרבה מיירי בכותל דמיירי ב' מתני', ואם הי' מתפרש כפרתו' לא הו"ל לאוקומי מילתי' אמתני' דמשמע דבחד גונא מיירי, ועי' בסמוך, וצ"ע בבהגר"א סי' שצ"ו סק"ו שכ' דלישנא

שם פעמים שאפי' נפלו נמי חייב, פי' פעמים דנפלו נמי לאו אונס הוא, דהא בא לומר דלאו בכל גיוני מחלקנין בין קפצו לנפלו, ומש"ה פשוט לגמ' דלאו משום תחלתו בפשיעה קאמר, ובלא"ה נמי פשוט דאי משום תחלתו בפשיעה משכח"ל כדעת המקשן וכמ"ש תוד"ה הא, ויש לעי' מאי קמ"ל רבא, ואפשר דהי' מקום לומר דאמדה נפשה וקפצה, וכשיקפצו על המעקה תחלה, יזהרו להטות עצמם לצד הגג כדי שלא יפלו אם לא ימצאו מעמד, וקמ"ל רבא דמ"מ לא חשיב אונס כשנפלו, (ואפשר גם דכלב וגדי בתוך כדי נפילה דרכן להסמך על הגג ולקפוץ מעט, וא"כ לא ישרו הגי דמקרבן ממש לכותל).

כ"ב א' תוד"ה דאפיך, דאפי' פושע גמור לענין קרן כו', לכאורה הסברא בדאורייתא מתפרשת שאין האונס בא מחמת הפשיעה, אלא דאפי' בגונא שאלמלא הפשיעה לא הי' נארע האונס, מ"מ לא חשיב שהפשיעה גרמתו, וכמו הוחמה בהר שכי' תו' ב"מ ע"ח א' דאין האונס בא מחמת הפשיעה, וכמשנ"ת בדבריהם לעיל סק"י.

יג. **ב"ק** נ"ח א' תיבעי לך אליבא דמ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור כו', לכאורה נפ"מ באין האונס בא מחמת הפשיעה, אלא שקשה להעמיד הציור למיבעי בכה"ג, דאי קאי גבה ודאי צריך לשמרה, ומשכח"ל נמי בתחלתו בגניבה ואבידה וס"ב כי האי, אלא דהבעלים פטורים בשמירה פחותה, מיהו לכאור' דחפתה חבירתה חשיב תחלתו בגניבה ואבידה כמ"ש בדעת הרי"ף, ומסתברא מיהו לכאורה דאף לענין מזיק אין דינו כת"ב, וצ"ע בזה], ולכאורה הספק כיון שפשע בה וירדה לגינה בדרך כלל זה לשעה מועטת, ומספק"ל אם יש לו לחוש שתלד באותה שעה ובדיוק במקום שתזיק, וענין משונה קצת יש מקום לחשבו אונס, ולע"כ בכ"ז.

(יעו"י לעיל כ"ג ב' כשחתרה, וצ"ע דמבואר הכא דאונס הוא, וכבר ביאר בזה מרן זללה"ה סי"א ס"ק?? – הרמב"ם בפ"ד מג"מ ה"ו כנראה פירש ואפי' חתרה בין אהניחה בחמה ובין אחש"ו, דמפרש דברי רבה אמתני' דמיירי אפי' חתרה, ועלה קתני ויצאה והזיקה חייב, וכנראה דעתו דאף באין אונס בא מחמת הפשיעה חייב בנזקין, כיון שאין האונס גוף הנזק, וחשיב שהבהמה הזיקה בשעה שאינו שומרה וחייב, והכריח כן מסוגין, ועי' לק' ס"ק י"ד בזה, וצ"ע, וכבר נתקשה הסמ"ע סי' שצ"ו ס"ק י"א בזה, ועי' בספר מרן זללה"ה סי"ב סק"ה).

ב"מ מ"ב א' תוד"ה הג"ה ר"ח, וכן מוכח ר"פ הכונס, יעו"י בתו' הרא"ש, ואפשר דכונת תו' מדמסיק תלמודא דכי איתמר דרבה אסיפא, ואם באמת קיי"ל דפטור, הול"ל ולמ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב מוקים לדרבה אסיפא כו', מיהו עי' לעיל דיש עוד טעמים שלא להעמיד דברי רבה בתחילתו בפשיעה וסופו באונס.

יב. **ב"ק** כ"א ב' כגון דמקרי כלים לגבי כותל כו' ואפי' תחלתו בפשיעה ליכא, נראה דמיירי גם כשיש כלים רחוקים דמתברי בקפיצה, אלא דמאי דפשע לגבייהו לא משוי' לי' תחלתו בפשיעה לכלים דמקרי לגבי כותל, וכן פשוט לתוד"ה הא, דתחלתו בפשיעה בעינן שיהא דוקא לאותן כלים שאירע בהן האונס וז"פ, שו"ר בשטמ"ק בשם תו' הר"י והכ"פ שכ"כ, [וערמב"ן ב"מ צ"ג ב' ולע"כ], והרשב"א תירץ דבקפצו ושברו אף דמקרי לכותל חייב, שאין זה משונה, אלא דמ"מ לאו תחלתו בפשיעה היא, אלא תחלתו בגניבה ואבידה וס"ב שכ' תו' והראשונים ז"ל ב"מ צ"ג ב' דפטור, [הרשב"א לא הזכיר לשון גניבה ואבידה, ואפשר דס"ל דאף שומר חנם חייב בכה"ג, ומ"מ לא חשיב תחלתו בפשיעה, ולע"כ].

מתחייב משום דקמה לה ברשותי, כדן גזלן, חייב אף בדאיכא למימר מה"מ מ"ל הכא ומ"ל התם, וע"כ דהכא קמה ברשותי, אבל לא לגמרי כדן גזלן.

ואפשר דאם אית לן למימר מה"מ מ"ל הכא ומ"ל התם, חשיב שקודם הפשיעה היתה עומדת למות, ולא דמי לאונסים המתחדשים אח"כ, דלענין זה קמה לה ברשותי לאבוי, דכאילו קיבל עליו אחריות משפיע, אבל מלאך המות חשיב האונס בגלל הבעה"ב, דנתברר שכבר עמד מה"מ להמיתה, והיינו דקאמר אבוי לא מיבעיא למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, דאפשר לראות המיתה כמאורע שנתחדש אח"כ, אבל אין כונתו דלדידי אפי' אם נימא מה"מ מ"ל הכא ומ"ל התם חייב, ועי' בזה לעיל סק"א, ובסברא הדבר מובן לחלק בין מאורע חיצוני שזה חשיב שהאונס אירע אח"כ, משא"כ מתה כדרכה דחשיב כנתברר שהיתה עומדת למות מחמת חולי, ולכן בבא ארי אפי' הי' האונס נארע גם אם לא הניח עדרו, מ"מ חייב, שהאונס נתחדש אחר הפשיעה, והרי הוא באחריותו, ולפ"ז מודה אבוי דהיכא דלא חל שום שינוי בבהמה מחמת הפשיעה, אמרי' מה"מ מ"ל הכא ומ"ל התם, ומ"מ שפיר קאמר לא מיבעיא למ"ד כו' דאפי' לא נימא הבלא דאגמא קטלה, מ"מ סגי בשינוי זה, דלא נימא מ"ל הכא ומ"ל התם, ואפשר דלזה א"צ שינוי אויר אלא שינוי מקום סגי.

ולאמור הסברא בדאבוי למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, דכיון שפשע חזינן לה כאבודה, [ובפשיעה שקרובה ביותר ליאבד הדבר מוכן יותר], וכי היכי דבלא נאבדה מחמת הפשיעה הדבר, מובן שמזלו של שומר גרם, כך אם אירע שנאבדה באופן משונה ג"כ יש לייחסו למזלו של שומר, שבמקום ליאבד כך נאבדה באופן אחר, דלגבי השומר עם הבעלים חשיבא כאבודה ונתחייב משעת פשיעה, ושוב אין לבעלים ענין

יד. ב"מ ל"ו ב' אבוי משמי' דרבה אמר חייב כו' לא מיבעיא למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב כו', דעת הרי"ף דאבוי ה"ק לא מיבעיא למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב דחייב אפי' אי ליכא למימר הבלא דאגמא קטלה, וכ"כ תו' ע"ח א' בשמו, ולמד מזה דלאבוי מתחייב בכל אונסין מאחר שפשע, והנה מבואר בגמ' דפשע בה ולא יצאת לאגם ומתה כדרכה, פטור אף לאבוי, דאפי' הדרא לבי מרה מאגם מודה אבוי דפטור, וצ"ב לדעת הרי"ף מ"ש בית מאגם, מאחר דבלא טעמא דהבלא דאגמא מחייב אבוי למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, וביותר קשה שהרי אילו נכנס ארי לביתו בגלל שלא נעל כראוי, הרי יחשב תחילתו בפשיעה וסופו באונס לכו"ע, שהאונס בא מחמת הפשיעה, וא"כ לאבוי יש לחייבו בכל אונסין, ועוד מצינו בגמ' דבהניחה בראשי צוקין ולא תקפה ומתה כדרכה פטור לאבוי, [עי' סק"ד], ואע"פ שפשיעתו כבר מעמדת את הבהמה קרוב להפסד, ולעיל סק"א ב' צדדנו לומר דאף להרי"ף בעינן אונס שלא הי' נגרם אי לאו הפשיעה, ורק בא לאפוקי דלא בעינן אונס שחסרון השמירה גרם לו כהיכא דצריפא דאורבני, אבל אין נראה כן מדברי הראשונים ז"ל וגם מהרי"ף גופי', שלא הוצרכו לבאר טעם בדאבוי צ"ג ב', (ולפי דברנו לאבוי צריכין לטעמי' דהראב"ד), וכ"מ בתו' ע"ח א' דאף בהוחמה בהר יש לחייב לדעת הרי"ף, ואע"פ שכתבו בזה דבבקעה כש"כ דהיתה מתחממת, וביותר מבואר כן ברמב"ן שם ובר"ן בשמו, דלאבוי משעה שפשע נעשית ברשותו להתחייב עלי' בכל ענין ואפי' במתה כדרכה וכ"ש הוחלקה כו', ולשון הר"ן שם דטעמי' דאבוי לפי שמשעה שפשע בה קמה לה ברשותי לגמרי לכל אונסין, וא"כ צ"ב מ"ש מתה כדרכה בביתו דפטור, [ועי' ברמב"ן ורשב"א ור"ן ל"ו ב' גבי הא דאמר רבא לדידכו כו' איכא לאותבה כו' שכתבו דאם

עם מאורעותי' אח"כ, ולפ"ז אין הענין דחשבינן ל' כגולן, [נוכמו מסרה לאחר שכ' הראשונים ז"ל בשינויא דרבא לדידכו כו'], דא"כ אפי' בביתו נמי, אלא דכל אונס שנתחדש אחר הפשיעה, מזלו של שומר הוא, כיון שהוא כבר נתחייב כלפי הבעלים, ולא אמרי' דבלא"ה היתה נאבדת בגלל הבעלים אלא דהאונס אירע בבהמה שבלא"ה אבודה, [ועי' בדברי הגרע"א ז"ל בתו' ע"ח א' הובאו לעיל סק"י].

ולפ"ז ניחא דאף במזיק שייך האי טעמא, דאין בעל הבהמה יכול לטעון אונס הייתי בחתירתה, דחשבינן ל' כאירע האונס בבהמה שכבר היתה בחוץ, ואינו יכול לומר לבעל הפירות מזלך גרם, (ואפשר נמי לראות המזיק כפשע בפירות, אלא שאינו מחויב בשמירתן כלל, ולכן קשה להגדיר פשיעה בפירות לגבי בהמתו לחוד), ויש גם סברא לומר דמזיק גרע שלעולם מתייחס האונס לבעל הבהמה, כיון שעדיין לא הזיקה, [ול"ד לשומר שעם האונס נפסדת לבעלים, ושייך לומר מזלו דבעלים], ולכן י"ל דאפי' לרבא לא בעינן בזה אונס בא מחמת הפשיעה שהרי הי' מקום לחייב אפי' נאנס, דמה איכפת ל' לניזק באונסי הבעלים, אלא דאמרי' מזלו דניזק גרם, והיינו דוקא כשהמזיק שמר כראוי, אבל כשפשע והרי בהמתו בחוץ, אין לנו ענין איך הגיעה לחוץ, דסו"ס הוא במצב של פשיעה גם עכשיו, ויתכן שזוהי דעת הרמב"ם הובא לעיל סוס"ק י"א, מיהו אין כן דעת הראשונים ז"ל, אלא דבכל ענין שאירע אונס שלא מחמת הפשיעה, אומר הבעלים לניזק מזלך גרם, אבל אליבא דאביי דאף בשומר חייב, ה"ה מזיק.

ל'שון הרמב"ן והר"ן שכתבו דמשעה שפשע בה נעשית ברשותו להתחייב עלי' בכל ענין, מתפרש למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, דלמ"ד פטור אינו מתחייב אפי' באונס הבא מחמת הפשיעה ורק בדאיכא

למימר הבלא דאגמא קטלה מחייב אביי לכו"ע, והדברים מתפרשים בשיטת הרי"ף אליבא דאביי וכמשנ"ת, והנה הרמב"ן סיים וכ"ש בהחלוקה שחלקה של בקעה ושל הר שני דברים הם ושמא לא יארע לה חלקה בהר אע"פ שמצוי בה יותר, ולא נתבאר אם כונתו דמה"ט גם למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור יש לחייב אליבא דאביי, כמו הבלא דאגמא, או שהוסיף כן רק לומר דלא דמי למה"מ מ"ל הכא ומ"ל התם, ומסתברא דמורה הרמב"ן דלא חשיב אונס בא מחמת הפשיעה, אע"פ שעתה חלקה של בקעה זו גרם, דכיון שבהולכה לבקעה חשיב תוספת שמירה לענין החלקה, לא שייך לחייבו בזה בגלל שהלך לבקעה, ונראה דה"ה למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור דפטור לאביי בכה"ג, דהולכת הבהמה לבקעה והוחלקה לא חשיב כהי' ההיזק המזומן מחמת הבקעה, כנחש ואויר, אלא כאונס שנתחדש עם היות הבהמה בבקעה, וג"ז מה"ט דכיון שלענין הוחלקה חשיבא שמירה ה"ז כשכרה להוליכה למקום שנחשים מצויים והוליכה למקום שאין נחשים מצויים ונשכה נחש, דאין לראות היזק כזה כאיגלאי מילתא שבגרמת המקום בא, משא"כ שאר אונסים, ובזה ניחא דשאני הוחמה בהר מאויר, ומהבלא דאגמא, אע"פ שגם החום מחמת האויר, כהוחמה דבקעה.

הפברא בדאביי דאמרי' הבלא דאגמא קטלה הוזכרה ברמב"ן פ' א' וז"ל דלאביי כל המשנה ידו על התחתונה ותולין לו בדברים שאין דרכן בכך ואזדא לטעמי' דאמר בפשע בה ומתה כדרכה חייב, ולית הלכתא כותי', עכ"ל, [ועי' שו"ע סי' ש"ג סי' ובש"ך סק"י], מיהו יש בזה חילוקי דינים דבשינה מהר לבקעה לא תלינן ל' בהבלא דאגמא אליבא דאביי, דכיון דלאו פשיעה היא דינו כתחלתו בגניבה ואבידה, ורק במה שאירע בודאי מחמת השינוי חייב.

טו. בדין תחלתו בגניבה ואבידה וס"ב דקיי"ל דפטור כמ"ש הראשונים ז"ל צ"ג ב', עדיין יש אופן שחייב, וזה תלוי אם מודה רבא בנתברר דהבלא דאגמא קטלה, וכבר הוזכר נדון זה לעיל סק"א ר' ח' י' עיי"ש, והנה הרי"ף פירש בגמ' ע"ח א' דא"ל אי לא דשנית לא הוה מטי האי היזיקא, [ונראה דאכולהו שינויי קאי עי' להלן], ופי' הגרע"א ז"ל [הובא סק"י] דאע"פ שסופו באונס חייב כיון שהאונס בא מחמת הפשיעה, דאם כונתו בידוע שיש ריבוי נחשים לא הול"ל דא"ל אי לאו דשנית, מיהו לפ"ז צ"ל דאתאי שמעתין כמ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, ול"מ כן, דבעלמא פרכינן הניחא למ"ד כו', ואמנם הגרע"א ז"ל הבין דרק בשינויא דנחשים מתפרש כן, וא"כ למ"ד פטור ניהא כאינן שינויי, ורבה או רבא לטעמי' דסבר חייב, אבל פשטא נראה דדברי הרי"ף אכולהו קיימי, וכ"נ ברמב"ן דכולהו חד טעמא, [מיהו למ"ש הרמב"ן פ' א' בתירוקן קמא [הועתק לשונו לעיל סק"ו], אפשר לחלק דבאור ואובצנא חשיב שהפשיעה גרמה למיתה, ולא חשיב אונס שנתחדש אח"כ, ורק בנחש יתפרש משום תחילתו בפשיעה וסופו באונס, וכדברי הגרע"א ז"ל, אבל מלשון הרמב"ן נראה דבכולהו חד טעמא הוא], ולפ"ז קשה היכי מוקמינן מתני' רק כמ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, ועוד נראה להוכיח דטעמי' דהרמב"ן לאו משום תחילתו בפשיעה וסופו באונס, שהרי מבואר בדבריו דאפשר לומר דשומר חנם פטור בכה"ג, אלא שכ' דמסתברא דאף שומר חנם חייב, ואם בכה"ג חשיב תחלתו בגניבה ואבידה הרי דעת הרמב"ן צ"ג ב' דתחלתו בגניבה ואבידה וס"ב פטור, (ובדברים א"א לחלק כמ"ש הגרע"א ז"ל בדעת הרי"ף עי' סק"י), א"ו דעת הרמב"ן דבכה"ג לא חשיב סופו באונס אלא כולו בפשיעה או כולו בגניבה ואבידה, ולכאורה היינו טעמא דכיון דנתברר דהבלא דאגמא

קטלה, מודה רבא דחייב לכו"ע, וה"ה תחלתו בגניבה ואבידה דחייב בכה"ג, כיון דלאו סופו באונס חשיב, אלא דהשתא פשיעתו גרמה מיד שנכנס למקום היזק, [ועי' סק"ה בזה], ולהאמור הדבר מבואר ברמב"ן ובר"ן ונ"י שג"כ דנו בדין שומר חנם, ועי' סק"ז בדעת תו', [ובעיקר הנדון שו"ר בזה בספר אאמור שליט"א סק"ג], ומפרתו' באובצנא נמי משמע דתחלתו בגניבה ואבידה חייב בכה"ג, שהרי למסקנתם חשיב גניבה ואבידה, אלא דאפשר דס"ל דאובצנא דהר לא חשיב מאורע בהר, דזהו גופי' הר, וחשיב ההיזק מהשינוי ממש, ועי' סק"ח בזה, ועדיין צ"ע בכ"ז דשמא הכא גרע ממייעוט שמירה בעלמא, דהכא חשיב טפי כמקבל על עצמו כל אחריות שמחמת השינוי, משא"כ בממעט בשמירתו שאין כאן שינוי ברור אלא פשיעה.

טז. ע"ז א' תוד"ה אין, אין לפרש דטעמא כו' דא"כ מאי פריך אביי לרבא כו' הרמב"ן והרשב"א באמת פירשו דהיינו דמשני ל' רבא, דלטעמא דאין רצוני דין הוא שיתחייב בכל אונסין, דכיון שמסרה לאחר הו"ל כגזלן וגרע מפושע כיון שהוציאה מרשותו לגמרי, מיהו אף לדבריהם משמע דאביי לא ס"ל הכי, וע"כ לפרש לפ"ד כפרתו', מיהו שו"ר דברשב"א פירש גם כשמעתין דהו"ל גזלן, ואפשר דלראב"מ ור"א קאמר, אבל לאביי דאוחיב לרבא ע"כ טעמא אחרינא הוא, וכמש"כ, [ולפ"ד בסברת רבא באין רצוני, מסרה לחש"ו עדיף מבן דעת, דמסירה לחש"ו כפשיעה בעלמא היא].

שם בא"ד אלא י"ל דהטעם כו' אבל אם נעל בפני' שלא כראוי כו', שיעור דבריהם, דדוקא באונס ששייך לייחסו לפשיעה חייב, דמסרו לאחר כפשע דמי, וכמו דבפשע דוקא בהוליקה לאגם או לבית השומר וכן לבית החש"ו, חייב [ואע"פ שבהוליקה בעצמו שם פטור], אבל אם נשארה בביתו שאין צד לתלות בשינוי אור פטור, ה"ה כה"ג במסרו

ונהי דחשיב אונס בא מחמת הפשיעה כיון שבביתו לא הואי גניבה, מ"מ למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור לכו"ע פטור.

עוד צ"ב לדבריהם מ"ש להוליקה בהר והוליקה בבקעה, דלא חשבינן לה כפשיעה לענין מה שיארע בגלל השינוי, דהא מתה כדרכה פטור כמסקנת תו' ע"ח ב', ולמה יהא אין רצוני חמור, מאמר בפירוש, וי"ל דלהוליקה בהר חשיב כאמר בפירוש שלא יוליכנה בבקעה משום שמא תתחמם, ולכן חשיב הפשיעה בזה שלא שמרה מחימום, וכיון שאינו פושע כשלא חשש לזה, אין כאן תחלתו בפשיעה, אבל במסרו לאחר אין כאן סיבה הנוראית לעין, דרק כלפי רצונו של בעה"ב פשע, ולכן מתחייב בכל מה שאירע כתוצאה משינוי דעתו של בעה"ב, משא"כ בהר ובקעה דלא חשבינן ל' כמשנה דעתו של בעה"ב, אלא כאילו א"ל בעה"ב והזהר מהוחמה, אבל אין לו קפידא בשינוי המקומות, מיהו בשינוי ידוע מתחייב התם, אע"פ שלא נתכוין בעה"ב לכך, והיינו אור ואובצנא ונחשים, (ועי' בספר אאמור"ר שליט"א סק"ג בזה ולעיל סק"ח).

ובפשוטו נראה דענין אין רצוני כו' למאי דמפרשינן ל' שזה גרע משינוי דעת בלבד, (דהא כו"ע מודו שאין רצונו, כמ"ש תו'), היינו שהמפקיד אומר שאינו סומך על אחר כלל, שגם האונסים שיארעו ברשות השני, לדעת בעה"ב זה מזלו של השומר, וכ"ה בשטמ"ק בשם הראב"ד דא"ל אין רצוני כו' והטעם שיש בנ"א שפגיעתן יפה זה מזה, ואין המקרים הרעים פוגעין בהן כשאר בנ"א כו', וקמפלגי אם יש להתחשב בדעת בעה"ב בזה, [וכמו בסברא דאת מהימנת כו', שכך היא רק דעת בעה"ב], ולפ"ז לא משכח"ל אונס שאינו בא מחמת הפשיעה בשומר שמסר לשומר, לא מיבעיא בהחלקה והוחמה אפי' הוחלקה בבקעה והוחמה בהר, דודאי מצי א"ל בעה"ב אילו בידך הוה היית מזדרז לשמרה

לאחר, והוכיחו שכן הדין בפשע דאפי' למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב בעינן אונס בא מחמת הפשיעה, וכיון דבאין שום צד לתלות בפשיעה פטור, לכך פריך אביי לרבא שפיר, דנימא ל' מה"מ כו'.

ולפי דבריהם שומר שמסר לשומר כנעל שלא כראוי דמי, הלכך באירע אונס שלא מחמת הפשיעה פטור לכו"ע, ובאירע אונס מחמת הפשיעה תליא בפלוגתא דתחילתו בפשיעה וסופו באונס בעלמא בפושע ממש, ובמתה כדרכה חייב לכו"ע אליבא דאביי, דאמרי' הבלא דאגמא קטלה, וצ"ע דלפ"ז לא הול"ל שומר שמסר לשומר חייב, אלא דפושע הוא, דהא למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור אינו מתחייב אלא במתה כדרכה, שהאונס לא נתחדש אח"כ, ואף למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב אכתי אם שמר בהר ונתנה לאחר להוליקה בבקעה והוחלקה פטור, שאין האונס בא מחמת הפשיעה דכש"כ בהר שהיתה מחליקה [מיהו עי' בזה להלן], וכן בהניח עדרו ומסרו לרועה אחר ובא ארי יש לפטרו לדעת תו', דבתחלתו בפשיעה בעלמא חשיב אין האונס בא מחמת הפשיעה, עתו' ע"ח א', ובשטמ"ק בשם תו' שאנן ותו' הרא"ש כתבו דבזה לא פליגי לישני דתחילתו בפשיעה וסופו באונס, דכיון דחשיב כאילו פירש לו שיתחייב, בזה גם מ"ד פטור מודה דחייב, אבל אין כן דעת תו' דהא לא פירש לו מידי, ואין כאן מקום לחלק, אלא או דחשיב כגזול או כפושע, כיון שאינו כגזול תו' ליכא למימר דגרע מפושע בעלמא, מיהו לעומת זה מבואר מדברי הר"ש משאנן והרא"ש דפשיטא להו דבכלל דברי ר"י כל האונסין שאירעו בבית שומר שני, ולפרתו' למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור, קשה לישנא דחייב דקאר"י, עוד יש לדקדק לפרתו' אתיא הא דדיקינן מכללא אליבא דגינאי דפטור רב כמ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, דהא התם נתחדש האונס אח"כ

לאחר, שברוב פעמים יש לתלות שאילו הי' ברשות שומר ראשון לא הי' עכשיו באגם וכיו"ב, מלבד באופנים שהזכרנו כגון ששניהם באגם וכיו"ב, ואם נימא שכ"ה דעת תו' נחא דסתם חייב, אפי' שיש אופנים שפטור, אבל למש"כ סק"ב בדעת הרי"ף והרא"ש דדוקא אם האונס לא הי' בא אי לאו הפשיעה חייב, וכמו שתירצו תו' ע"ח א' בההיא דרועה, לפ"ז אין לתלות בגרמת השומר השני, אא"כ נתלה במזלו וכמ"ש הראב"ד, וצ"ע בדעת תו' בזה.

בתו' צ"ג ב' הוכיחו מהא דלרב שומר שכר שמסר לשומר חנם פטור, דתחתלו בגניבה ואבידה וס"ב פטור, ואמנם לפי דבריהם דכל הנדון בשל"ש הוא במה שנארע בגרמת הפשיעה של מסירה לאחר נחא, אבל אם כל החיוב תלוי בטעמא דאין רצוני, דרק משום זה תלינן ההפסד בגרמת השני, א"כ אין הוכחה משומר שכר שמסר לשומר חנם דפטור לרב, דמתפרש שפיר שברוב האופנים פטור, שבדרך כלל אין האונס בא מחמת המסירה לאחר, דהא לית לי' לרב טעמא דאין רצוני שנאמר שהכל בגרמת השני, ולכן צריך למצוא אופן שבגלל מיעוט השמירה אירע האונס, ושמא באמת חייב בזה, ואם נימא דכל שנזדמן שאילו הי' ביד הראשון לא הי' באגם בשעה זו וכיו"ב, חשיב שהאונס בא מחמת המסירה, ג"כ יש לדיוק שפיר, אבל אם בעינן שהאונס יגרם מחסרון השמירה, שהרי הי' אפשר שיהא בי"ד השני בהיתר, שמא בזה באמת חייב לרב, וראיתי ברמב"ן שם שכ' ויש קצת ראי' ממה שאמרו כו' [ולא הזכיר לדחות הראי' מטעמא דהתו' שכן דעת שומר יותר, ועי' בראי' שני' שהביא שם], ונראה שלכך לא הוי ראי' גמורה דשמא באמת חייב בכה"ג, ומדוקדק לשון הרמב"ן שכ' ואין מחייבין אותו מפני שלא שמר כראוי מתחלה "ולא אומר אם יכול להציל", ור"ל דהראי' מהא דלא מפרש בגמ' דרואין אם הי' נשאר בידו הי' יכול להציל, ואפשר דכונתו דבדידעין

כראוי, [ויתכן שגם תו' מודו בזה], אלא אפי' בא ארי ודרס, [בגונא שהיו שניהם באגם], וכן בגניבה, קא"ל דמזלו של שומר שני גרם, ולפ"ז אינו ענין לתחילתו בפשיעה וסופו באונס, דתחתלו וסופו בפשיעה הוא, שהמסירה לאחר מביאה את האונס, ודמי להוחלקה בהר כשא"ל להוליכה בבקעה, דאע"פ שאי לאו דא"ל להוליכה בבקעה, הי' נחשב אונס גמור, מ"מ השתא חשיב כלא שמר, וכמ"ש הרמב"ן שם, וה"נ דינו כנתברר שמזלו של שני גרם.

וב"ז במאורעות מתחדשות מבחוץ, אבל מתה כדרכה אם אמרי' מה"מ מ"ל הכא ומ"ל התם, אין לייחסו למזלו של שומר שני [ועי' לעיל ס"ק י"ד], והיינו דפריך לי' אביי לרבא, דאם מודה רבא דבשינוי שומר תו' לא אמרי' מה"מ מ"ל הכא ומ"ל התם, כ"ש בשינוי מקום, [וזה מבואר דגם בבית גנב סבר רבא סברא דמה"מ מ"ל הכא ומ"ל התם], ואפשר לפ"ז דאפי' היתה בבית שומר ראשון ומתה כדרכה חייב לאביי אליבא דר"י, דזה גרע מפשע בה ומתה בביתו, דכיון שהיא בבעלות שומר שני, אין מעלה בזה שהיא במקרה בבית שומר ראשון, ושייך לומר מזלו גרם, ומ"מ פריך לרבא שפיר כמש"כ, וניחא בזה דבכל האופנים חייב שומר שמסר לשומר, מיהו אין קו' אם נימא דדוקא שומר שמסר חייב, אבל כשהיא בביתו לא חשיב שמסר, ויתכן דבזה פטור גם אליבא דרבא בשינויא דלדידכו כו' לפי' הרמב"ן, דזה שהחליט עם השומר השני דברים שאין לו רשות בהם, לאו כלום הוא, וכ"ז שלא נשתנה המעשה לא שינה מדעת בעה"ב כלל, [ולע"כ מתי חשיב שמסר, ומתי ברשותי' קאי].

ואם נימא דלענין אונס בא מחמת הפשיעה סגי בזה שאירע שאי לאו הפשיעה לא בא האונס, כההיא דרועה שהניח עדרו שגם אם לא הניחם הי' בא ארי, והפשיעה שלא הכניסם עמו, כתירוצ' הראב"ד, לפ"ז נחא קצת אפי' אם נצריך אונס בא מחמת המסירה

להשתמש אפשר דחשיב שליחות יד, אפי' בשוכר, שיכול רק ליתן לאחר במקומו, אבל לא לשנים יחד), ועפרש"י בדין קטנים שנעל בפניהם כראוי.

שם תוד"ה רב, וא"ת והא תנן פ"ג דגיטין כו' ברשב"א גיטין שם הביא ירו' דקאמר אמתני' דהתם לית הדא פליגא על ר"י דאמר ששל"ש הראשון חייב, ומפרש הרשב"א דבניחותא קאמר ור"ל דלרב קשיא מתני', ומשני משום תנאי גיטין כו', והלשון קשה דהו"ל לסיועי לר"י, וגם מאי קו' דצריך לשנות משום תנאי גיטין הא בפשוטו ניהא כפרתו, ועוד דר"ל דאמר כאן שנה רבי ודאי לא ס"ל תנאי גיטין, ודוחק לומר דרק למ"ד ששל"ש חייב קאמר, דא"כ כאן לא שנה רבי, ובפשוטו ה' נראה דהירו' פריך לר' יוחנן מדקתני שאין רצונו משמע דלא מיחייב, דאם מיחייב א"כ עצם המסירה חשיבא פשיעה ופשיטא שלא ישלחנו ביד אחר, אבל לרב ניהא דקמ"ל דנהי דלא מיחייב מ"מ אסור, ומשני דאיצטריך לאשמועין שהגט ג"כ נפסל בכך, וכן בתלמודן יש לפרש דהיינו דקא"ל ר"י לר"ל זו אפי' תשב"ר כו' דהא מיחייב ופשיטא שלא ימסור, ומשני כענין דמשני בירו' כ"נ לפו"ר.

ויש לעי' מתה מחמת אויר דבית שומר שני מאי, דהא מודה רב דאין רצונו שיהא פקדונו ביד אחר, אלא שאינו מתחייב לשלם בשביל כך, כמ"ש תו', וא"כ הו"ל כשכרה להולכיכה בהר והולכיכה בבקעה ומתה מחמת אויר דחייב, [והיינו בדאיגלאי מילתא שההיזק ה' מזומן שם, דבסופו באונס פטור, אפי' כשרק בבית השני ה' נגנב כההיא סבתא, והיינו כפרתו ע"ח א' או כפי' הרי"ף, עי' לעיל סק"י טו'], ולמ"ש הרמב"ן ד"ל דבשכרו לבקעה זו דוקא, אע"פ ששיניה לבקעה אחרת פטור, כיון שלא מיעט בשמירה לשום דבר, אפשר דה"ה שומר שני, וגם י"ל שומר שני עדיף, דהתם לא ה' לו שום

שהשומר הראשון ה' יכול להציל, ואעפ"כ אילו מסר לשומר שכר לא ה' מקום לחייבו, כיון ששומר כדינו, מיהו מסתברא דבמסר לשומר חנם חשיב אונס בא מחמת המסירה אף לדעת הרי"ף ותו' דבהנחה עדרו לא חשיב אונס בא מחמת הפשיעה, דכיון שהמסירה לאדם זה פשיעה היא (לצד דלא מחלקינן בין גניבה ואבידה לפשיעה), אם נגנב מביתו חשיב שהמסירה גרמה ולא בעינן שחסרון השמירה יגרום את האונס, ומ"מ שפיר רמז הרמב"ן דלאו רא' גמורה היא, דשפיר קאמר פטור בחיובים שאינם באים מחמת הפשיעה דגם בזה חייב לר' יוחנן וכמשנ"ת לעיל, [ועי' לק' ס"ק י"ח, בדעת הלח"מ והגר"א בנדון זה].

יז. ל"ו א' אלא אפי' שומר שכר שמסר לשומר חנם כו' מ"ט דהא מסרה לב"ד, לפרתו קאמר דאפי' תחלתו בגניבה ואבידה וס"ב פטור, או דבן דעת עדיף מכעין גניבה ואבידה, עתו צ"ג ב', ואפשר דה"ק לא מיבעיא שומר חנם שמסר לשומר שכר דלא מהני טענת המפקיד דאין רצוני כו' שהרי השומר עשה דבר הגון לענין תועלת השמירה, אלא אפי' כשהשומר פשע קצת, וה' מקום לומר דהשתא מגלגלין עליו את הכל, שמתחשבים גם בדעת המפקיד דאין רצוני כו' ויתחייב בכל מה שאירע אצל שומר שני, קמ"ל דכיון שמסרה לבן דעת, לא מהני טענת בעה"ב דהאי בן דעת אינו כהאי, ואפי' כשעשה שלא כהוגן אין מתחשבים בזה לחייב, ולא נחית השתא לדין תחלתו בגניבה ואבידה וס"ב שזה ידוע דפטור, ולפ"ז ניהא נמי לא מיבעיא דר' יוחנן, ועי' ס"ק י"ח.

שם שהרי מסרה לבן דעת, לפרתו בלא מסרה לבן דעת מודה רב לר"י, אבל לפמש"כ לעיל בשם הראב"ד דתלינן במזלי' דשני נראה דדין מסרה לחש"ו, כלא נעל בפניו כראוי, אבל לא חשיב שמסרה ביד אחר, דכיון שאין בהם דעת לא חשיב שמסר בידם, וחשיב שהפקדון עדיין ברשותו, (ובמסר להם

ולא משמע דגם הסבתא הואי שומר שכר ונתחייבה במקומו, אא"כ נימא דחשיבי נמי בבעלים וער"מ פ"א מה' שכירות ה"ד ולע"כ.

שם הוּוּ מפקדי להו, אבל מפקדון אחר אין להוכיח לכל הפקדונות, [נוראיתי במרדכי סי' רע"א בשם מהר"ם שכ' דאי הוּוּ מפקדי גביה מילי אחריני, לא מהני לגבי פקדון זה ושפיר אמר אין רצוני, והק' ע"ז מההיא סבתא, וכנראה לא גריס הוּוּ מפקדי להו, אלא דתלמודא מסיים דהוּוּ מפקדי גבה ומהימני לה, וע"ז כתב דאין ראי' דסגי בזה לענין אין רצוני, אבל לענין את מהימנת לי' משמע מדבריו דמהני הוכחה משאר פקדונות, אבל ודאי מודה דמעובדא דרב אין ראי' גם לדין אין רצוני, וכל דבריו בנויים על סיום לישנא דתלמודא, וזה מוכח מתשו' שאח"ז, מיהו צ"ע דאי תלמודא מסיים הכי משום דלטעמא דאת מהימנת הכי הוא ש"מ דהאי טעמא עיקר, וכבר הובא שם בשם מהרי"ק דבמפקדי גבה מרייהו גופייהו מודה מהר"ם דפטור אף לאביי שו"ר בב"י סי' רצ"א בכ"ז].

שם ואם איתא לימא לי' כו', ולא קאמר ואמאי הא ששל"ש חייב, דרק לפי טעמא דאין רצוני, קשה ועי' לעיל סק"ג דראב"מ סבר כאביי, ורבא סבר דר' אמי הי' יכול להשיבו מה"מ מ"ל הכא ומ"ל התם, אלא שלא חש לדקדק, דבלא"ה הי' צריך להעמידו על טעותו בעיקר הטעם שהוא משום את מהימנת, וממילא לק"מ, והשיבו לפי שיטתו דמיתוקמא נמי שפיר בשנתנו לו רשות, ולא בעי לשנויי ברגילים להפקיד, דאינו מצוי שיהיו רגילים להשאל לו אותה פרה, ויותר קרוב להעמיד בנתנו לו רשות, (וגם לא מיתוקמא בבני ביתו דוקא, דלאחר קתני, וזה אפי' נימא דמותר לו ליתן לב"ב להשתמש, [וכ"מ במרדכי], ועוד דלמה להו לשאלה הרי יכולים להשתמש מכח השכירות), והא דפריך א"ה לבעלים בעי לשלומי, ס"ד דהעברת הבהמה לשואל נעשית ע"י הבעלים, דמיירי

אפשרות לילך בבקעה השני', אבל הכא הי' רשאי לילך לבית שומר שני כשהוא בעצמו שומר על הפקדון, ולפ"ז ה"ה בא"ל בפירוש אין רצוני כו', וצ"ע בזה דמסתברא דבא"ל אל תפקיד ביד פלוני שמזלו רע, חשיבא פשיעה כשאירע אונס בבית שומר שני, אע"פ שאי לאו דא"ל בעה"ב הי' דינו כבן דעת דעלמא.

שם אר"ח הא דרב לאו בפירוש אתמר כו' מאן דחזא סבר כו', בפשוטו משמע דמאן דחזא לא ידע דכל יומא הוּוּ מפקדי גבה דההיא סבתא, אבל לפ"ז טפי הוה ניחא אם לא הי' מפרש כן במעשה, אלא דהנהו גינאי דאפקדו מרייהו גבי חד מינייהו אול אפקדינהו כו' ולא היא שאני התם כו' [מיהו עי' להלן מ"ט סיפר כל המעשה], ואפשר דאף בכה"ג הרי הוא ברין לא ישלחנו ביד אחר, שהביאו תו' מההיא דגיטין, ומש"ה ס"ד דסגי בהכי לחיובי', וקאמר ר"ח דבעינן דוקא שיוכל לטעון שבגרמת השני אירע האונס.

שם שמע קלא בי הילולא כו', אם לא הי' מפרש ד"ז, הי' מקום לדון מ"ט אפקדינהו אינהו גבי' ואיהו אול ואפקיד גבה, ממ"נ אי לא ניחא לי' בפקדון נימא להו גבה דסבתא מובילנא להו, ואם לא היו מתרצים, א"כ חזינן דקפדי, מש"ה מפרש דלפי הענין הי' נוח להם שיהא אצלו, ונתחדשה לו סיבה לצאת מביתו, ולכן הפקידם אצלה, וגם הי' דעתו לקחתם בחזירתו, כנראה מאותה סיבה שהי' נוח להם מתחלה שיהיו אצלו, והיינו דקאמר אדאזלא ואתא, (וגם מבואר מלשון זה דבשעה מועטת איגנוב ובוה ודאי שהאונס הי' נגרם רק ברשותה, וחשיב אונס בא מחמת המסירה, עי' לעיל סק"ט ז'), ולפ"ז אין לדקדק מ"ט סיפר מיד גופא דעובדא, ולא הניח לפרש הטעות בולא היא, עי' לעיל.

שם איגנוב, ע"כ דלא הוּוּ שותפין דהא שותפין שומר שכר זל"ז ומיחייב אגניבה,

ומוותר על שכרו, ובמקום להחזירו לבעלים מסרו לבן דעת, [ואליבא דרב צ"ל דס"ל להרמב"ם דפטור, דכהחזירו לבעלים דמי וצ"ע, ועי' להלן ד"ה ומהא], וקאמר רבא דבמה שמגרע משמירתו ודאי חייב, והיינו אפי' בלא טעמא דאת מהימנת לי, דאפי' יביא עדים חייב, ולענין אם השומר השני נשבע דבר שפוטר את הראשון, בזה תלוי אם דרך הבעלים להפקיד אצלו ועי' להלן.

ובמ"מ שם מבואר שמפרש כן דברי הרמב"ם, ומה שהזכיר הרמב"ם בה"ד אם יש עדים ששמרה השומר השני כדרך השומרים ונאנס פטור כו' ר"ל נאנס לפי חיוב שמירתו, דכל תחלתו בפשיעה וסופו באונס מתפרש אונס לפי שמירתו, אבל בהלכה ה' שפירש בשומר שכר שמסר לשומר חנם הוצרך לבאר שמתה כדרכה, דהיינו אונס שפוטר את הראשון, וזהו שכ' שם המ"מ זה פשוט וכבר נתבאר, ור"ל דזהו גופא הדין שכ' בה"ד, ובלח"מ דקדק לשון הרמב"ם שכ' הואיל ומיעט שמירתו פושע הוא ומשלם, דמשמע דפשיעה גמורה היא ולהוי תחלתו בפשיעה וס"ב, ולמ"ש תו' והראשונים ז"ל צ"ג ב' הרי תחלתו בגניבה ואבידה וס"ב פטור, ופושע שהזכיר הרמב"ם ר"ל פושע לענין גניבה ואבידה שאם נגנב חייב, וזהו שכ' המ"מ אין לך פשיעה גדולה מזו, (ואם הכונה דתחלתו בפשיעה, ודאי דשאר פשיעות גדולות מזו ועוד דברמב"ם כ"כ גם בשואל שמסר לשומר שכר), ומ"ש בלח"מ דמייירי באין האונס בא מחמת הפשיעה, צ"ע דסתמא דמילתא חשבינן לי' אונס בא מחמת המסירה לאחר, כההיא סבתא, [ופשע בה ויצאת לאגם ונשכה שם נחש], דאע"פ שלא מיעט השמירה גרם, מ"מ כיון שאם לא מיעט בשמירה לא הי' מוסרה לשומר זה נמצא שהפשיעה גרמתו, וכ"מ בראשונים צ"ג ב' שדייקן מהאי דינא דתחלתו בגניבה ואבידה וס"ב פטור, וכמשנ"ת לעיל סוס"ק ט"ז עיי"ש, שו"ר בש"ך סי' רצ"א ס"ק

שהשוכר רוצה להשאיל, ובא לשאול רשות מהבעלים, והבעלים הוא שהשלים הדבר ע"י הסכמתו, דכאילו סילק השוכר זכותו כדי שהבליים יוכל להשאיל, ומשני לדעתך, שהסכמת הבעלים קדמה להשאלה, אלא שנתנו לו רשות אם ירצה להשאיל, אבל אין הכונה שהיתה כאן אמירה מיוחדת לדעתך, וכ"מ בפרש"י.

שם ב' תוד"ה דא"כ וא"ת כו', לכאורה זוהי קו' הגמ' ב"ק נ"ו ב', ויש לחלק דהכא קתני ייתור לשון, והתם רק שינה מאחר לרועה.

שם מתיב רמב"ח כו' אמאי נימא לי' כו', אבל לרבא ל"ק, דמתפרש שפיר דומיא דקטנים ואין הנדון להאמינם בשבועה, ומיירי שהשומר נשבע או שיש עדים, וכולה הך שמעתתא אתיא לטעמא דאין רצוני, דגם בדר"ח הול"ל דההיא סבתא אמרה דאיגנוב, אם איתא דהנדון בנאמנות המעשה, וכן בדראב"מ וכמשנ"ת לעיל.

יח. שם ב' אמר רבא הלכתא [נקט הלכתא משום דר"א פליג בב"ק י"א ב'] כו' לא מיבעיא כו' לפמשנ"ת לעיל בדאב"י יש לפרש דה"ק לא מיבעיא שומר שכר שמסר לשומר חנם שעשה שלא כהוגן, דהי' מקום לומר דמגלגלין עליו את הכל, דכיון שפשע בשמירתו, נתחייב גם בשאר פסידא שנגרם, ומתחשבים בטענת דהאיך לא מהימן בשבועה, אבל כ"ז שלא פשע בעצם השמירה אין מתחשבים בדעת הבעלים ולא מהימני לי', וברשב"א כתב דלאומי למילתי' קאמר הכי, אבל באמת אין מקום לחלק בזה.

ומדברי הרמב"ם פ"א מה' שכירות ה"ד ה' נראה דמפרש כפשוטו לא מיבעיא שומר שכר שמסר לשומר חנם שלא נפטר בכך, דאפי' אי מהימני לי' בעלים, מ"מ אינו יכול לפטור עצמו מחיובי גניבה ואבידה, ומיירי בשומר שכר שרוצה ליפטר משמירתו,

מ"ו ועיי"ש בפ"ת ס"ק כ"א, [נובריו"ו (נתיב ל' ח"ב) העתיק מלשון הרמב"ם דרך במתה כדרכה פטור, ומשמע דמפרש לדעת הרמב"ם דדוקא באונס שאינו בא מחמת הפשיעה מיפטר].

והנה הרמב"ם לא הביא דאם נשבע שומר ראשון נפטר, וזה נלמד מהא דאמר רבא לדידי' ליכא לאותבה כלל, אלא דכיון שאינו מפורש בגמ' העתיק דינו בעדים כמ"ש הרי"ף, וכבר ביאר במ"מ דה"ה בנשבע הוא עצמו, והנראה מהצעת דברי הרמב"ם דכונתו לבאר מתי נכנס השומר השני במקום הראשון לגמרי, וכמ"ש הרמב"ן בשמו דשומר קמא איפטר ל' לגמרי אפי' בבניו וב"ב, עיי"ש, וע"ז כתב דבאין רגילים להפקיד אצלו לא נכנס תחתיו, ופשוט שאם ישבע הראשון יפטר, אבל זה היפך מחידושא דמירי ב', דודאי אם אם הוא עצמו נשבע, מתפרש שלא נכנס השני תחתיו, וכן במיעט בשמירתו אפי' רגילין להפקיד אצלו לא נכנס השני תחתיו, ואפשר לפ"ז שדין הבעלים עם הראשון, גם כשפשע השני דכיון שלא נכנס תחתיו לא בטלה שמירתו, ולפ"ז אין קו' למה לא ביאר הרמב"ם דמהני שבועה של שומר שני, דכיון שלא נכנס תחתיו, ה"ז נדון מחודש אם נפטר השומר בשבועת השני, וד"ז לא הוזכר בגמ', [ואפי' לענין שבועה שלא פשעתי בה יש לדון בזה, כגון שהי' סופו באונס, והנדון רק אם הי' תחלתו בפשיעה, דכיון שהוא אינו שומר של הבעלים, י"ל דלא מהני שבועה ידי' לשומר ראשון], מיהו מה"ט גופי' י"ל דס"ל להרמב"ם דלא מהני שבועה ידי' לשומר ראשון, דאין לנו בגמ' דין דאנת האמנתי' שתועיל שבועת שומר שני, דלדעת הרמב"ם רק שומר שנכנס לגמרי תחת הראשון מוזכר בגמ', וכיון שאין הבעלים מאמינים לשני, אינו נכנס תחת הראשון כלל.

ועד"ז מתפרשים דברי הרמב"ם פ"ד מג"מ הי"א דכיון שהשומר השני אינו שומר

של הבעלים לא נכנס תחתיהם לענין נזקין, אע"פ שבאופן זה לא איכפת לבעלים בכך, דמ"מ לא איגלאי מילתא דנכנס תחת השומר הראשון [וכן בפ"ד משו"פ ה"ח הזכיר רבנו לשון פושע, וסיים דבראי' שלא פשע סגי וכן בפ"ג מה' שכירות ה"ו כ' דשומר שכר שהי' לו לשכור ולא שכר פושע הוא ושומר חנם פטור, ועי' צ"ג ב' בזה], שו"ר בנה"מ סי' רצ"א ס"ק ל"א שביאר כמש"כ, מיהו אין כן דעת הרמב"ן וש"פ אע"פ שפירשו דהראשון נפטר לגמרי.

וראיתי בחידושים ע"ש ריטב"א [ל"ו א' סוד"ה וא"ת] שכ' שהיינו רגילים לפרש דבגרועי גרועי' לשמירתו חשיב תחילתו בפשיעה וסופו באונס וחייב, אלא שראינו לרמב"ם שכ' דבהביא השומר השני ראי' שנפטר בה שומר ראשון פטור, נראה מזה שחזר בו מכל מה שהאריך בד"ז ל"ו ב' ד"ה אמר רבא, וקטע הקודם הוא הוספה כמ"ש המסדר ר"פ המפקיד, והיינו דס"ד דתחלתו בגניבה ואבידה וס"ב חייב, ואפי' עדים לא מהני לפ"ז, ועיי"ש צ"ג ב' בזה, ולפ"ז מבואר דפשיטא ל' בדעת הרמב"ם דלא חשיב תחילתו בפשיעה וסופו באונס, ולפ"ז פשיטא ל' דמהני נמי שבועה ובחזו"א חו"מ ס"ה ס"ק י"א לא ראה חזרת הריטב"א שהבאנו, ועקצה"ח סק"ו וס"ק י"ב בזה ועמש"כ לק' ס"ק י"ט.

(ומהא דאמר רבא לדידי' ליכא לאותבה כלל, משמע דבנשבע השוכר פטור, ואע"פ שלא נתרצה הבעלים בהשאלתו, ואם כדעת הרמב"ם דבעינן שבשעת ההשאלה יסכים הבעלים ויכנס השואל תחתיו, א"כ מאי מהני שאירע שהשוכר יכול לישבע, סו"ס שואל זה לא נכנס תחתיו, [וסוגיין גם לאביי מתפרשא דיש לשני דין שומר כקו' דאביי דאם אמרי' מה"מ כו' ניחא מתני', וכן מהא דמהני עדים מבואר דלא חשיב גולן בעלמא], ואפשר שלכך כתב בפיה"מ דמתני' מיירי בנתנו לו

לדברי תו' משמע דר"ל דבאין האונס בא מחמת הפשיעה פטור, ושמא ס"ל דבעינן שהאונס יבא מחמת המיעוט שמירה, ולא סגי במה שנגרם ע"י המסירה לאחר, ע"י לעיל סוס"ק ט"ז בזה.

בקצה"ח ס"ק י"ב והגרע"א ז"ל בדרו"ח ובמערכה כתבו בדעת הרמב"ם דשומר שכר שמסר לשומר חנם אינו נפטר בשבועת השומר חנם שנאנסה, כיון שעל השומר חנם מוטל רק שבועה שלא פשע ולגבי מה שמוסיף לומר שנאנסה, הו"ל כאיניש דעלמא ואין השומר נפטר משבועתו, ע"י שאדם מן השוק נשבע שנאנסה, אפי' שבדרך כלל מאמינו הבעלים, וזה אינו ענין למ"ש הרמב"ם דחשיב פושע בכך, דהתם ודאי אין כונתו דחשיב פושע להתחייב בדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס, וכונתם רק לדייק מהא דהשמיט הרמב"ם דמהני שבועת שומר שני, וכתב רק דמהני עדים, ולפ"ז אפי' לא פשע בשמירה, כגון שמסר לשומר שכר אלא שהתנה לפטרו מגניבה ואבידה, [או שומר חנם שמסר לשומר חנם והתנה לפטרו מפשיעה, כמו שהזכירו תו' צ"ג ב'], דכיון דשומר שני פטור לא מהניא שבועתו, וכבר הוכיח הגרע"א ז"ל מהא דלרב פטור אפי' שומר שכר שמסר לשומר חנם דש"מ דמהני שבועת השומר חנם לפטור את השומר שכר, אלא שכ' לפלפל דרב לשיטתו דלית ליה מחויב שבועה ואי"ל משלם, ואכתי תיקשי ליה מדעולא א"ר אלעזר ב"ק י"א ב', דג"כ ס"ל כרב, וס"ל משואיל"מ ע"י שבועתו, והדבר פשוט לכל הראשונים ז"ל דמהני שבועת שומר חנם שמתה כדרכה לפטור השומר שכר, [ה"ה הרמב"ן והרשב"א והר"ן והנ"י, וכ"נ דעת תו' והרא"ש דמודה רבא היכא דרגילין הבעלים להפקיד אצלו, וכ"כ ברי"ו בשם רוב הפוסקים, וגם בדעת הרמב"ם לא פי' כן הרי"ו, וכן המ"מ, וכן בחדושים ע"ש ריטב"א כונתו כרי"ו, אבל לא כסברת הקצה"ח והגרע"א

הבעלים רשות, דאל"ה לא נעשה השני שואל, דגזולן בעלמא הוא [מיהו שו"ר לשונו ז"ל שם ול"מ כן כלל], והא דאמר רבא לדידי ליכא לאותבה מפרש הרמב"ם דלדידי ליכא לשנויי מה"מ מ"ל ומ"ל התם, דכיון שלא הסכימו הבעלים בהשאלה, אין כאן חיוב על השואל, ולא יועיל שינוייא דמה"מ כו', ורק לדידכו דטעמא משום אין רצוני וחשביתו לי' כעין פשיעה, שייך לחלק בזה, [וניחא לי' בזה שינויא דרבא שנתקשו הראשונים ז"ל], ולפ"ז לא נצטרך לדחוק לדעת הרמב"ם דלרב ור"א שומר שכר שמסר לשומר חנם נפטר לגמרי, דלדידהו שהנדון משום אין רצוני ודאי דלא נפטר אלא במה שהעמיד גברא במקומו, אבל לרבא שהנדון אם נכנס השני תחתיו, בזה קאמר דבגרוצי גרעי' פשיטא דלא נכנס תחתיו כלל, אפי' לגבי השמירה פחותה, א"נ כונתו דבעינן עדים ששמר כראוי, ולא סגי במתה קמן, ובמתני' קתני רק שנשבע שמתה, ע"י בפוסקים, ולא דקדקתי בכ"ז, [ועיקר כונתנו להוכיח דיש לשני דין שומר או שואל וגם בדלא מהימן ליה, וכל הנדון בעצם הנאמנות, ודלא כמ"ש בשיטת הרמב"ם]].

וב"ז לדעת הרמב"ם, אבל אין כן דעת הראשונים ז"ל ע"י להלן, וגם בדעת הרמב"ם לא נתבאר דלא מהני שבועה, שהרי גם שבועת שומר ראשון לא הזכיר, וכמשנ"ת הטעם, אבל עכ"פ פשוט בדעת הרמב"ם דשומר שכר שמסר לשומר חנם לא חשיב פושע לענין תחילתו בפשיעה וסופו באונס, וכ"מ בשו"ע שם סכ"ו שהשמיט לשון מתה כדרכה, [ולזה הסכימו גם הקצה"ח והנה"מ והגרע"א ז"ל וכ"מ במ"מ ובריטב"א הנ"ל], וצ"ע בבהגר"א ס"ק מ"ז שפי' ע"ד השו"ע שאין כן דעת תו', והרי בשו"ע א"א לדחוק כמ"ש הש"ך ס"ק מ"ו, ושמא מפרש מ"ש בשו"ע ואם יש עדים ששמר השני כראוי, דאיגלאי מילתא שלא מיעט בשמירתו, וא"כ לא הואי פשיעה כלל, ודוחק, וכן ממה שצריך

ובטעמא דמילתא אפשר לומר דלא דמי לאיניש דעלמא שנשבע אלא יש לדמותם לשותפין ששאלו ונשאל לאחד מהם, דמסתברא דסגי בשבועת השואל שבעליו הי' עמו דמתה מ"מ אף אם הוא פטור, דמ"מ שומר הוא, ועי' ב"ק ק"ח א' ולע"כ [אבל י"ל דט"ג שאני מנשבע שמתה שו"ר בזה בחזו"א חו"מ ס"ה סוס"ק י"א], ותדע דלא חשיב כאיניש דעלמא שאילו אמר השומר חנם הריני משלם, מקנה לי כפילא וש"מ דלא נסתלק לגמרי מליחשב שומר, והי"נ השומר השני לגבי הראשון הוא כשותף, או כברזילי' ובני ביתו, ויכול להסתייע בשבועתם, [מיהו שואל שמשלם לשוכר לא יצטרך בעה"ב לקבל שבועתו שמתה כדרכה לפטור השוכר, דכיון שמשלם לשוכר א"ל בעה"ב לאו בע"ד ידידי הוא, (וערש"י ל"ו א' מ"ט משבעין ב"ד את השואל שמתה כדרכה ומשמע ששניהם נשבעין)], וראיתי בספר מרן זללה"ה חו"מ ס"ה ס"ק י"א שהכריע בזה דלא מהני שבועת השומר חנם מאחר שכבר נפטר, אבל בלא נפטר עדיין מהניא שבועתו שנפטר בה אפי' לפטור את השומר שכו', וזה מבואר בראשונים בהדיא, ואף אם היתה דעת הרמב"ם כן רבו החולקים, וגם בדעת הרמב"ם לא פי' כן המ"מ ורי"ו וש"פ וכמשנ"ת.

יט. **שו"ע** סי' רצ"א סכ"א כל המפקיד כו' ע"ד אשתו ובניו כו', בפשוטו

נראה שאם הוא שומר שכו', צריך להודיע להם שהוא שומר שכו', והם משתעבדים בהנאה שהוא מקבל שכו', או דכשותפים חשיבי בשכרו, ואם הדין נותן שאינם נעשים שומר שכו', מיירי כשנותן להם שכו', דהנדון כאן על היתר המסירה להם, ופשוט דלא מיירי בממעט בשמירתו ע"ז, ואם ממעט דינו כשומר שכו' שמסר לשומר חנם, וכבר כתב הש"ך סי' ע"ב ס"ק קל"ו דדינא דכל המפקיד ע"ד אשתו כו' נאמר גם בשומר שכו', והיינו דלא נימא שמחובת שומר שכו' לשמור בעצמו

ז"ל], ואמנם בגונא דעדיין לא נשבע שלא פשע, הדבר מובן דמהניא שבועתו וכמ"ש בנה"מ ס"ק ל"א דכיון שבשבועה זו נפטר השומר חנם, ע"כ צריך לקבל שבועתו, [ויש להוכיח כן מדין ט"ג דבפשוטו שומר חנם נפטר בשבועה ששמר כדינו אע"פ שאינו יודע מה אירע לפקדון וכמש"כ לעיל ס"ה סק"א, ומ"מ כשטען שלא פשע ונגנבה חשיב שפטר עצמו בשבועת גניבה [דלעולם צריך לישבע שלא פשע, דאם שמר כספים שלא בקרקע לא מיפטר בגניבה], דהשתא מיהת, פוטר עצמו בטענה זו, והי"נ בטענת מתה כדרכה], אבל היכא דכבר נשבע שלא פשע, לכאורה אין מועיל אם ישבע עתה שמתה כדרכה, דכין שכבר נפטר בשבועה שלא פשע, הו"ל השתא כאיניש דעלמא, ולשון הרמב"ן שכ' ואם נשבע שמתה כדרכה אף הראשון פטור אבל אם נשבע שלא פשע בה ואמר נגנבה או נאבדה או "שאינו רוצה" לישבע שמתה כדרכה הראשון חייב כו' יש לפרש דה"ה דלאחר שנשבע שלא פשע לא יועיל אפי' רוצה לישבע שמתה כדרכה, ועיקר כונתו שטוען שמתה כדרכה אלא שאינו רוצה לישבע על כך, ומשכח"ל נמי כשעדיין לא נשבע שא"ב, דמסתברא דחשיבא שפיר שבועת השומרים לפטור את השומר שכו', אם במקום שא"ב אמר שמתה כדרכה, (עי' ל"ו א' ברש"י, ושם מייתי שבועה דר"ה, כיון שמשלם).

מיהו יתכן נמי לומר דאע"פ שכבר נשבע שלא פשע מהניא שבועתו לפטור את השומר שמסרו לו ויעזי' בראשונים ז"ל שהוצרכו לבאר דכשנשבע השומר חנם שלא פשע א"י לפטור עצמו מספק שמא נאנס, [ובב"י בשם תלמידי הרשב"א הביא דכ"ז שלא נשבע השומר חנם, גם השומר שכו' פטור מספק, והיינו בגונא דעדיין לא נפטר בשבועה שלא פשע בה, ועי"ש], וקצת משמע מזה דכל שנתברר בשבועה דשומר שני שמתה כדרכה, לא חשיב שפוטר עצמו בטענת ספק,

חילוק בין שומר שכר לשומר חנם, וכמ"ש בש"ך סי' ע"ב [שו"מ שכ"ד הב"י בשם הנ"י] ונדון גרועי גרועי נתבאר בסכ"ו, והסברא שהזכיר בחידושים ע"ש ריטב"א לענין אשתו ובניו זה שייך רק לענין תחילתו בפשיעה וסופו באונס ובלא"ה קי"ל בזה דתחלתו בגניבה ואבידה וס"ב פטור, ועפ"ת סק"ט.

נראה דדינא דכל המפקיד כו'. לא משוי לאשתו ובניו של נפקד זה כנאמנים על המפקיד, ונפ"מ אם שומר אחר יוכל למסור להם פקדון של מפקיד זה, אלא עיקר סמיכות דעתו על הנפקד, ויודע שאשתו ובניו לא יכפרו באביהם, אבל לא האמינם כשהם לעצמם, ועוד דחשיב מחמת ההכרח, שא"א למנוע מהנפקד אפשרות להסתייע בהם, ולפ"ז ה"ה ברזילי דרועה.

כ. **חילוקי דינים** בתחילתו בפשיעה וסופו באונס.

א. אונס שבא מחמת הפשיעה כצריפא דאורבני, יש בו תרתי לחיובי שאילו שמרם בבית היתה השמירה מעולה יותר לענין גנבי, [שו"ר דהרמב"ם מפרש שטמנן בעובי המחיצה (פ? מה' שו"פ ה?), וא"כ זה דמי לטמנן בקרקע ועפרש"י ולק' ס? ס"ק י"ב הוכחנו דהרמב"ם יחידאה בזה], וגם אפשר שלא היו באים גנבים שם כלל.

ב. אונס שבא מחמת השינוי בלא מיעוט שמירה, כגון שנתנם בקרקע אצל חבירו, [באופן שחשיב פשיעה לענין ד"א] ואירע שבאו שם גנבים, לדעת תו' חשיב אונס בא מחמת הפשיעה, דהיינו עובדא דגינאי [וכ"ה לפי הרמב"ם הנ"ל], אבל לפי משמעות לשון הרי"ף כיון שלא מיעט בשמירה לענין זה, שגם בביתו אפשר שיגנב, אפשר דפטור, [ורדן ששל"ש יתפרש כמש"כ ס"ק ט"ז בשם הראב"ד], וזה תלוי בפירושו בההיא דלהולכה בהר, אם שינוי דעת הבעלים גרע לענין זה

דוקא, ופשוט שמ"ש בבד"ה בשם הריטב"א הוא מ"ש בריטב"א הנדמ"ח מ"ב ב' בשם כתב כלשון הב"י, שבא לבאר שגם אמו בכלל, (וכל ריטב"א שמעתיק הב"י הוא מחיבור זה), וסבר הב"י דכונתו דין כללי בכל המפקיד כו' אבל כונתו כמ"ש הנ"י בשם הר"ן וכ"ה ברמב"ן דשומר שכר חייב להודיע לב"ב שהוא פקדון, ואינו יכול לסמוך שתשמור שלו יותר, ולפ"ז מבואר גם בריטב"א דה"ה שומר שכר, וז"פ דאין מקום לדון בזה אא"כ אינם מתחייבים כדין שומר שכר, והם שני נושאים נפרדים, דכל המפקיד גם בשומר שכר ע"ד אשתו ובניו הוא מפקיד, ואם אמר להם שישמרו בחנם, ה"ז בדין שומר שכר שמסר לשומר חנם שידוע שהבעלים מאמינים לו, [וכעת ראיתי בב"י ר"ס ש"ג שהביא דברי הנ"י בשם הר"ן בההיא דאשלמינהו לאימי' דשומר שכר חייב, וכתב וש"מ דאע"ג דשומר שכר צריך להיות יושב ומשמר מ"מ יכול למסור ביד ב"ב כו'].]

ובש"ך ס"ק כ"ז הביא דברי האחרונים ז"ל שדנו בזה בדין שומר שכר שמסר לשומר חנם אם מתחייב באונסין, ואינו ליסוד דינא דכל המפקיד ע"ד כו', דמיירי כשבודאי גרועי לשמירתו, ובקצה"ח סק"ו הביא דברי חידושי הריטב"א, [ואינו הריטב"א שהביא הבד"ה], ושם פשיטא ל' דשומר שכר שנותן לאשתו ובניו אינו נותן להם שכר, ולכן כתב דשומר שכר אסור לגרע שמירתו וליתן להם, וצידד דהם שומרים סתמא כמו שומר שכר, ולכן לענין תחלתו בפשיעה לא חשיב שגרע שמירתו, ולפ"ד לא נכנסו בניו וב"ב תחתיו, אלא שהם משרתים אותו במלאכת שמירתו, ולפ"ז אפשר לדון שבשומר שכר אינו מפקיד ע"ד אשתו ובניו כיון שבדרך הרגיל לא יוכל ליתן להם, אבל ג"ז אינו, דאם הדין מחייב שיתן להם שכר, אמנם יתן להם שכר, אבל ע"כ צריך ליתן לו אפשרות להעזר בב"ב, נמצינו למידין דבעיקר הדין דכל המפקיד אין

להעלותה, מ"מ אם הכניסה לסכנה מדעתו, חשיב הכל בגרמתו, וה"ה דבתחלתו בגניבה ואבידה חייב בכה"ג, ועי' סק"ה.

ח. עוד יש אופן בדאיגלאי מילתא שבשעה שפשע הי' ההיזק מזומן באגם, ואילו הלך בעצמו לאגם הי' פטור, כיון שאין לחוש לכך, מ"מ כשפשעתו הכניסה הבהמה למקום ההפסד, אפשר דלא חשיב סופו באונס, ולכן אפי' תחלתו בגניבה ואבידה חייב, ועי' סק"ט.

ט. בתו' ובראב"ד כתבו דרועה שהניח עדרו בפשיעה ובא ארי, נהי דאין אומרים אילו הי' שם הי' מציל לחייבו, מ"מ כיון שיש קצת סברא לומר כן, מהניא לחשוב האונס כבא מחמת הפשיעה לחייבו למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, ועי' סק"י דהרבה ראשונים חולקין ע"ז, דכאן ע"כ דנקטינן שהאונס לא בא מחמת הפשיעה, מדפטרין ל' בתחלתו בגניבה ואבידה וכן למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור.

י. אם בבית השומר שכיחי נחשים, ופשע בה ויצאת לאגם במקום דלא שכיחי נחשים, ונשכה נחש, אע"פ שאפשר שדוקא נחש זה רתח ונשך, מ"מ לא חשיב אונס בא מחמת הפשיעה כיון דלגבי נחשים הוסיף בשמירתה כשהוציאה מביתו, כ"מ בתו' לענין הוחלקה בבקעה, ועסק"י י"ד.

יא. מתה כדרכה חשיב אין האונס בא מחמת הפשיעה דמה"מ מ"ל הכא ומ"ל התם, מיהו אם ניכר עלי' שינוי כגון הוחמה או נצטננה וכיו"ב, לא חשיב מתה כדרכה, ותלוי אם האונס בא מחמת השינוי, (ואם הי' שינוי מיוחד באויר עי' סק"ו).

יב. כותל שהי' עלול ליפול ע"י דחיפת הבהמה, ולבסוף נפל באונס ע"י חתירה, מבואר בתו' דחשיב אונס, אע"פ שאילו הי' בריא לא הי' נופל, ולפ"ז בתחלתו בגניבה

מפשיעה, עס"ק ט"ו, מיהו מההיא דרועה צ"ג ב' אין הוכחה, כדלעיל סק"ב, ולהלן דין ה'.

ג. פשע בה ויצאת לאגם, ואירע אונס באגם [ארי או נחש וכיו"ב, ואפי' באופן דודאי לא שייך כלל שהי' מציל], בזה נראה דגם הרי"ף מודה דחייב, ואע"פ שיתכן שיהא עמה באגם בלא פשיעה, מ"מ השתא אי לאו דשני לא הואי באגם, ובבית לא שייך שיקרה אונס כזה.

ד. הי' באגם, ופשע והלכה לאגם אחר, ובא ארי שם ודרס, גם בזה נראה דמורה הרי"ף, אע"פ שהי' שייך שיקרה האונס באגם שהשומר שם, דכיון דנפקא מהתם הרי זה כפשע ויצאה מביתו לאגם.

ה. מיהו בהניח עדרו ובא לעיר, בזה דעת הרי"ף ותו' דהפשיעה היא זה שלא שמרם, אבלא חשבינן עצם שהעדר באגם פשיעה, לייחס את האונס אליה, ולפמ"ש"כ היינו דוקא כשלא נעשה שינוי בפקדון מחמת הפשיעה, דבזה חשיבא הפשיעה דלית' הכא, אבל אם הלכו למקו"א אחר שהניחם, חייב כדלעיל דין ד', ולדעת הראב"ד ודעימ' חשיב אונס בא מחמת הפשיעה, כפשע בה ויצאת לאגם, והמחבר סתם כהרי"ף, והרמ"א הביא דעת הראב"ד, אבל לא מטעם זה, (ועי' סק"י בזה), אלא מטעמא דלהלן דין ט'.

ו. תחלתו בגניבה ואבידה וס"ב פטור גם כגונא דצריפא דאורכנא כגון אם גם לענין נורא לא חשיבא פשיעה התם, אלא כעין גניבה ואבידה, ברם יש בזה חילוקי דינים דפעמים דלא חשיב סופו באונס, ואף למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור הכא חייב, וה"ה לדין בתחלתו בגניבה ואבידה, וכדלהלן.

ז. יש אונס שנגרם מחסרון שמירה, כגון העלה לראשי צוקין שלא לצורך, אע"פ שיכול לתוקפה ואח"כ נפלה באונס בזה לכו"ע חייב, דאע"פ שהנפילה אונס כשהי' צריך

בבא

סימן יב

מיעינא

רצא

ואבידה פטור, מיהו אפשר דהיינו דוקא באינו
עומד כלל ליפול, ובדעת בנ"א קרוב לתלות
שלא תדחוק להפיל הכותל, ועס"ק י"א דלפי'
מרן ז"ל מיירי התו' בע"א.
יג. היה הכותל רעוע וחתרה ויצאת בחתירה
לא חשיב אונס בא מחמת הפשיעה, ועס"ק
י"א דפעמים יש דחשיב כפשע בה והלכה
לדיר זה.

סימן יג

בדיני שמירה בבעלים

בזה גדרי התורה במוחלט, ומהא דלא מהני הי' עמו בשעת שבורה ומתה, נמי חזינן שבבעלים אינו פטור גמור, אלא דכשיצאה מרשות משאיל בבעלים, לא חייל חיובא דשואל, אבל אם כבר נתחייב אין בזה כדי להפקיע חיובו, ואמנם הי' מקום להצריך שיהא גם בשעת שבורה ומתה, אלא דכיון שכבר נמצא ברשותו בפטור, תו לא חייל חיובא בהסתלקות הבעלים, ועי' להלן ד"ה ובזה.

צ"ה ב' אביי סבר לה כר"י ומתוך לקראי כו', יעוי' ברמב"ן ובר"ן, והנה הבריות לא הקשו סתירה אלא דדרשי מייתורא, אבל אביי ורבא באו ליישב סתירת המקראות אליבא דר"י ור"י, ולכן הפכו הסדר מהבריות דבבריות נקטי קרא דבאית' בתרויהו פטור ברישא, והדר יליף מייתורא דבחדא נמי פטור, אבל אביי ורבא שהקשו סתירה, נקטו קרא דפטור בחדא ברישא, ומסיימו עליה לומר לך הי' עמו בשעת שאלה א"צ כו', וקרא דחיובא בסיפא לומר לך דהי' עמו בשעת שבורה ומתה צריך כו', ומש"ה לא נקט רבא כלישנא דברייא דר' יונתן, כיון שבא ליישב גם קרא דאית' בחדא חייב, ואילו בברייא מפרשא רק חידוש דפטורא הנלמד מייתורא דאם בעליו עמו, [וזה הכריח לרש"י לומר דטעותא היא, כיון דחזינן דרבא נקט במילת' כתנא דברייא קמייתא].

והא דנקטה ברייתא קמייתא לומר לך הי' עמו כו', ובתניא אידך לומר לך כיון שיצאת כו', היינו משום דברייא קמייתא אקרא דחיוב קיימא, דהיינו בעליו אין עמו שלם ישלם, ואין נאות לסיומי עלה לומר לך

א. **צ"ד א'** אם בעליו עמו, פרש"י בחומש אם בעליו של החפץ עמו עם השואל, ולא בעליו של החפץ עם החפץ, וכ"מ בברייא צ"ה ב' דמיירי בבהמה וקאמר א"צ להיות עמו [לשון זכר], בשעת שבורה ומתה [לשון נקבה], ולכאורה ענין בעליו עמו הוא מפני שהחפץ כברשות הבעלים קצת, (כאילו מארח את השואל בביתו), שאינו מניח לשואל להשתמש בחפץ בלא השגחתו, וכך מתפרש צא והשאל עם פרתי בשליח ועבד, ובדרך כלל כשהבעלים עמו הי' מועיל לשמר חפציו וחיובי התורה נאמרו כשהבעלים מוסר חפציו לגמרי לאחר, [והא דבעינן עמו במלאכתו היינו שהשואל מכניסו להיות אצלו, [ועי' צ"ז א' גבי מרימר והתם ניחא להו בהכין], משא"כ אם אין הסכמה מצד השואל, דבזה חשיב הפקדון לגמרי ברשות השואל, ובקרא מתפרש עמו בקביעות לאפוקי אם אירע שהבעלים אצלו דהאי לאו עמו חשיב, בפרט שבכל שאלה בעליו עמו בשעת שאלה], כללא דמילתא יסוד הבנת בעליו עמו מתפרש לדין כמו לכה"מ צ"ה ב' (וכמשנ"ת לק' סק"ב) ועי' ירו' סוף ה"ג דכשבעליו משתמש עמו בתמחוי ששאל חשיב נמי בעליו עמו, ועיי"ש עוד], ונראה דבאמת אין הסברא מחייבת שיפטור לגמרי בבעליו עמו, אלא דכיון שמצב זה ממעט מאחריות השומר, אפקי' קרא לגמרי מהלכות שומרים, מפני ששוב אין גדר ברור לקבוע בזה הלכות, דתלוי לפי הענין, ולכן ביטלה תורה חיובי התורה לגבי השומרים, והניחה למשאיל שיתנה עם השואל כרצונו, ובאמת באשקין מיהא אין שום סברא לפטור, אלא שהתורה לא נחתה לפרטי דינים, כיון שצריך לשקול הדבר לפי הענין, וא"א לקבוע

משום דבסתמא שאלה בבעלים היינו שהבעלים לא הוציא החפץ מרשותו לגמרי, לכן קבעה תורה שהזמן לברר הדבר, הוא בשעת שאלה, וכיון שכן גם בהי' עמו רק בשעת שבורה ומתה, יש מטעם הפטור דבעליו עמו, אלא שצריך גם שעת שאלה, וכן בלא הי' עמו בשעת שבורה ומתה חסר מטעם הפטור, אלא שא"צ לדקדק בדבר, מאחר שכבר הוחלט הענין בשעת שאלה.

שם אי לאו שאלה שבורה ומתה מאי עביד, אפשר דדוקא באונסין אמרי' כן, שאין המיתה בגרמת השואל כלל, אלא שנתחייב בדבר מחמת השאלה, אבל בפשיעה או בגניבה ואבידה שייך לומר דשעת הפשיעה זהו עיקר הזמן המחייב, אע"פ שהחויב נגרם משום שעת מסירה, מיהו אין בזה נפ"מ, דהשתא גמרי' כולוהו משבורה ומתה.

שם שכן חייב במזונותי', זה אינו ענין לבעליו עמו, אלא יתרון לשעת שאלה ממקו"א, ומש"ה לא ניחא ליה לר"א בהכי, וס"ל דאי לאו קרא, לא היינו מכריעים דשעת שאלה עדיפא מה"ט.

שם וכי ישאל איש מעם רעהו ולא רעהו עמו, לפמשנ"ת לעיל זהו באמת טעם הפטור, דכשרעהו עמו לא חשיב ששאל מעם רעהו, וכ"מ מדקאמר דאי לאו דאורחי' דקרא הכי היינו למידין מזה פטור בעליו עמו, וש"מ דבעליו עמו לא חשיב מעם רעהו.

ב. צ"ה ב' אמר רב המנונא לעולם הוא חייב כו' נראה דלר"מ בעינן שלא יניח הבעלים החפץ ביד השואל כלל רק יהא עמו כל הזמן, ואפי' נשאל הבעלים עם הפרה לחרישת שדה גדולה, אע"פ ששניהם נשאלין לאותה מלאכה, לא מיפטר, אא"כ השאלה של הבעלים גורמת שיהא עמו כ"ז שהוא משתמש עם הפרה וכן אם הי' עמו בשעת שאלה, ואח"כ הפסיק, ונשאר השואל עם הפרה לבדו, אע"פ שחזר לחרוש עמה, דנמצא שהי' בשעת

כיון שיצאת כו' פטור, דהו"ל לסיומי לומר לך כיון שנכנסה שעה אחת שלא בבעלים חייב, וכיון דהאמת דמהאי קרא גמרי' פטורא, מש"ה נקט בהאי לישנא, אבל ברייתא בתרייתא דמקרא דאם בעליו עמו לא ישלם גמרה פטורא, שפיר מסיימא לומר לך כיון שיצאת כו' פטור, ומתני' דקתני חייב ופטור אתיא שפיר ככו"ע, דאף תנא דר' יאשיה לא שנה לשון פטור, אקרא דשלם ישלם.

צ"ו א' איפוך אנא מסתברא כו', משמע דבעליו עמו דשעת שאלה, ובעליו עמו דשעת שבורה ומתה, הכל מענין אחד, דאם בעליו עמו דשעת שבורה ומתה ענינו שהמקרה אירע אצל הבעלים, וביסוד הדבר הפטור משום דבעלים קאי גבי', ובשעת שאלה ענינו משום דלא נפיק מרשותי', א"כ הו"ל לתלמודא לפלוגי בהני טעמא, ולימא שבורה ומתה עדיפא משום דע"ז הוא מתחייב, ואהני בעליו עמו שהי' בהשגחתו, או דשאלה עדיפא דלא נפקא מרשותי', ומדנקט החילוק רק בחשיבות הזמנים, מבואר דהכל ענין אחד, והנדון רק איזה זמן חשוב יותר.

ובזה מבואר הא דקאמר הי' עמו בשעת שאלה א"צ כו' דלכאורה הו"ל הי' עמו בשעת שאלה פטור, לא הי' עמו בשעת שאלה חייב, אבל כיון דהכל ענין אחד, והא דפטור בהי' עמו בשעת שאלה אין הטעם משום דטעם הפטור דבעליו עמו הוא משום רגע ההשאלה, דודאי עיקרו משום דבעליו עמו כל הזמן ולא יצא החפץ מרשותו, אלא שכיון שבא לרשותו בפטור, אין חל חיוב אח"כ, דקבעה תורה שהחייבים יוחלטו בשעת שאלה, וכאילו נתברר לנו שבשאלה זו לא הוציאו הבעלים החפץ מרשותו, ומה שהניחוהו אח"כ אינו גורם חיוב, וכן אם מסרוהו לו שלא בבעלים, אע"פ שבאו אח"כ, לא חזר החפץ לרשותם בכך, אבל אם הי' המושג של שעת שאלה מחייב שלא יהיו הבעלים עמו בשעת שבורה ומתה, לא הי' נקבע דפטור, דדוקא

מברייתא דמותבין לרה"מ דקתני שכרה מוכח דאף בשומר שכר איכא דין בבעלים, ומדלא מותבין לרה"מ מינה ש"מ דמודה בזה.

שם אלמא קסבר בעליו עמו אכולה מילתא משמע, מדקאמר אלמא קסבר, משמע שאינו בא ליתן טעם לזכריו, אלא זה כעין הקדמה להא דמותיב עליה, ונראה הטעם כיון דמותיב עליה סתמא מכמה ברייתות, אע"פ שבברייתא קמייאט מבורר דינא דמלאכה אחרת, ובאינן ברייתות דינא דשעת שאלה ובעלמא כה"ג מפלגינן להו בתרתי, מש"ה הקדים לומר דהכלל העולה מדרה"מ דבעליו עמו אכולה מילתא משמע, וזה נסתר מכל הברייתות, ואמנם אפשר לחלק שני הדינים, ולומר דלא בעינן עמו באותה מלאכה, אבל בעינן משעת שאלה עד שעת שבורה ומתה, וכן אפשר להצריך עמו באותה מלאכה בשעת שאלה לחוד, דהא טעמא דשעת שאלה הוא משום דלא הצריכה תורה לדקדק אם באמצע השאלה הניחו הבעלים לבדו עם החפץ, ואזלינן בתר שעת שאלה, אבל אם בשעת שאלה ה' במצב שאינו עמו באותה מלאכה, שפיר יש לחייב, [ועי' להלן בשם הריטב"א בזה], מ"מ האמת דרה"מ קסבר דאכולה מילתא משמע, ואי הוה משכח ברייתא דלאו אכולה מילתא משמע, ע"כ ה' נסתר הסברא דבעינן שיהא עמו ולא יניחנו עם החפץ לבדו, וכיון שכן אין לנו להוכיח מיתורא דקרא דבעינן נמי עמו בשעת שאלה, מאחר דחזינן דלא קפיד קרא שיהא עמו בכולה מילתא, ויש לפרש ייתורא דקרא לפטור כדלקמן, וגם מה דנקט רה"מ דבעינן עמו באותה מלאכה, דמשמע ליה שזהו ענין בעליו עמו, מ"מ כיון דחזינן דלאו אכולה מילתא משמע, יש לפרש עמו עם השואל במלאכתו ותו לא, דאין מקור ממשעות הפסוק להצריך עמו במלאכת החפץ הנשאל.

שאלה ובשעת שבורה ומתה, אפ"ה לא מיפטר, כיון שיצאה הבהמה לרשות שואל לבדו שעה אחת, והיינו שיהו בעלים משעת שאלה ועד שעת שבורה ומתה, וכן הא דקאמר פרה וחורש בה לאו אשעת שבורה ומתה בלחוד קאמר, אלא דוקא פרה וחורש בה משעת שאלה עד שעת שבורה ומתה, [ויש לעי' אם גם בלילה צריך להיות עמה, דשמא בעינן בעליו עמו רק בשעה שהשואל משתמש בה, ואי בעינן שלא תצא מיד הבעלים כלל, משכח"ל שמתה ביום ראשון, או שנשאל גם לשמרה בלילה], והיינו דקאמר אלמא קסבר בעליו עמו אכולה מילתא משמע, דבכל ענין השאלה ה' בעליו עמו, ולא הניחו עמה לבדו, [וע"ע להלן בזה].

ונראה דרה"מ מפרש דמתני' קמ"ל דמיתורא דקרא שמעינן דצריך להיות עמו בשעת שאלה, אבל מחד קרא הו"א דכיון שה' עמו בשעת שבורה ומתה, והוא עמה במלאכה אחת, סגי בהכי להוריד האחריות מן השואל, דעכ"פ בשעה זו ברשותא דמרה קיימא, אבל בלא בעלים עמה ממש בשעת ההפסד, לא ס"ד כלל דשייך למיפטר בהכי, ולפמשנ"ת לעיל סק"א לכו"ע ההבנה בבעליו עמו כמו לרה"מ, אלא דאף באינו עמה ממש, חשיבא קצת תחת יד הבעלים, כיון שהוא עם השואל במלאכתו, ויודע מה נעשה בחפציו, וכיון שיצאת מרשות משאיל שעה אחת בפטור תו לא חייבה תורה בדיני השומרים משנסתלקו הבעלים, או דסתמא מתפרש שהמצב שבעליו עמו נמשך, ולא הצריכה תורה לדקדק אם נמשך זמן שאלת החפץ אחר שאלת הבעלים, אבל טעם הפטור מפני שהבעלים עמו (כל הזמן) ולא מסרו החפץ לרשותו לגמרי.

וא"ת היכי משכח"ל בשומרים בעליו עמו לרה"מ, וי"ל כגון ברזיליה דרועה שנתן לרועה לשמור בהמתו, ושניהם יחד שומרים כל העדר.

הדין כן, ולפי מה שאמרו בגמ' דטעמי' דרה"מ משום דבעליו עמו אכולה מילתא קאי, באמת יש מקום לחלק בין ר"י לר' יונתן בד"ז, ואיצטריך לאתויי תרווייהו, ואפשר עוד דלישנא דכיון שיצאת מרשות משאל שעה אחת בבעלים, משמע גם דא"צ אותה מלאכה, דמשמע שמתחלה הי' בעליו עמו רק לשעה אחת, כההיא דאקשיין מיא, וע"כ שלא נשאל לו לחרוש עם בהמתו, משא"כ בבב"א דהי' עמו בשעת כו' דמתפרש שפיר הי' עמו באותה מלאכה, אלא שלא נשאר עד שעת שבורה ומתה.

שם אע"פ שהבעלים עושין מלאכה במקום אחר ומתה פטור, יש לדקדק למשמעות הר"פ והריטב"א דאי סגי בהי' עמו בשעת שאלה, פשיטא שאין להצריך באותה מלאכה, א"כ מה החידוש דאפי' היו במקו"א בשעת מיתה, הא אפי' לא הוו כלל בשעת מיתה פטור, וצ"ל דמשום סיפא נקטי', ולפמ"שנ"ת לעיל יש בזה חידוש דס"ד דבעינן עמו באותה מלאכה, אלא שהדין נקבע לפי שעת שאלה.

שם והא מדסיפא ע"ג כו' האי מאי אא"ב כו' בפשוטו ה"ק אא"ב דרישא קמ"ל דלא בעינן כלל אותה מלאכה, איכא שפיר רבואתא בסיפא דאפי' אותה מלאכה, אבל אם גם ברישא מצריך אותה מלאכה, אלא שחידש דגם מרפי ואזיל חשיב אותה מלאכה, א"כ אין מקום להזכיר החידוש דבלא הי' עמו בשעת שאלה אפי' באותה מלאכה דקאי על גבה חייב, שהרי הטעם דפטור ברישא הוא משום דחשיב בעל גבה, ולא משום דא"צ על גבה, וא"כ לא יתכן שיהא פטור בעל גבה, ולא משום דא"צ על גבה, וא"כ לא יתכן שיהא פטור בעל גבה ממש טפי ממרפי ואזיל קמה, דאם יש לנו לומר דמרפי ואזיל אינו חשוב כעל גבה, באמת יש לחייב גם ברישא, ואמנם בעיקר הדבר יש חידוש דמרפי ואזיל קמה שאינו רואה אותה, ג"כ חשיבא באחריותו, אבל זה אינו שייך לחילוק דרישא

ויעוי' בריטב"א וכ"כ בשטמ"ק בשם תור"פ שהקשו לפרש"י דלשון ועוד תניא משמע דמהדר לאקשווי מעוד ברייתא כקו' קמייטא, וכתבו דבאמת מכולה מילתי' איתותב, דכיון דקתני דסגי בשעת שאלה ע"כ דלא בעינן פרה וחורש בה שהרי בשעת שאלה אינו חורש, ויש לעי' דנהי דלישנא דקאמר עד שתהא וכו' איתותב, אבל עיקר הענין אפשר לקיים דבעינן שיהא עמו באותה מלאכה, דנהי דסגי בשעת שאלה, מ"מ בעינן שבשעת שאלה יהא עמו ולא יניח החפץ בידו לבדו, וכמ"ש"כ לעיל, [ועי' להלן מש"ה לדקדק מברייטא דמתיב רבא], ואפשר דכונתם ממשמעות הברייטא דכיון דקתני דסגי בהי' עמו בשעת שאלה, אם איתא דבעינן שנשאל לו בשעת שאלה לאותה מלאכה, לא הו"ל לתנא למיסתם הכי, משא"כ אם בעינן עמו בשעת שבורה ומתה, בזה אפשר להבין בסתמא דעמו דקאמר היינו שהי' אצל הבהמה בזמן ההפסד, ולפמ"שנ"ת לעיל מש"ה הקדימו בגמ' אלמא קסבר כו' לומר דעל יסוד זה באים כל הקושיות, ושפיר קאמר ועוד תניא, אלא דקושטא הוא שע"י שנסתור חלק אחד מדבריו ממילא ידעינן דלא קאי בעליו עמו אכולה מילתא, - (לכאורה הי' מקום לומר דמאן דמצריך בעליו עמו בשעת שבורה ומתה, ממילא מובן דבעינן באותה מלאכה, וא"כ יש לפרש דכיון דס"ל לרה"מ דבעליו עמו אוכי ישאל ואונשבר או מתי קאי, ממילא ס"ל דבעינן אותה מלאכה, אבל משמעות הגמ' לק' צ"ו א' דאף בשעת שבורה ומתה היינו בעליו עמו דשעת שאלה, וכמ"שנ"ת סק"א, וכן מדרה"מ משמע דתרי מילי קאמר, וגם לשון הגמ' אכולה מילתא, אינו מתפרש אתרווייהו בלחוד, דא"כ הו"ל דאייתי בתרווייהו כדאמר לק'.

והא דמיייתי נמי הא דתניא אידך, כתב הרמב"ן דכיון דחדא כו' יאשיה וחדא כו' יונתן מיייתי תרווייהו לומר דאליבא דכולהו

שיגמור תחלה ענין השאלה, והשואל נמי לא ניחא ליה להזכיר שרוצה ליפטור, וע"כ יתחייב לפי שלא יוכל לעכב הענין, ובחיובי אונסין הדבר מבואר יותר, דכיון שאין להטיל האחריות על השואל, לכן שניהם נמנעים מלדבר בד"ז, ובלא"ה נמי מתפרש שהפקחות במה שמשיב לו לפי דבריו דאם באמת כונתך רק לשתיית מים, שאיל ברישא], אבל מפשיעה וגניבה ואבידה אפשר שאין ראוי לשואל לפטור עצמו בהערמה, שזה כקיבל שכר על השמירה, ואולי לצי"ש באמת ראוי לו לשלם אם פשע, ואם נגנב או נאבד ישלם דמי שכירותה, (ובאמת עצה זו דקאמר רבא מהניא גם כשהמשאל מרגיש בדבר שאינו יכול לסרב להשקותו, ואם אינו פקח, גם אינו יכול להתנות בהדיא וכמש"כ, ובכה"ג אין כאן מרמה, אלא שסיבב הענין שחבירו יסכים להשאיל לו, בלא אחריות), וצ"ע.

ובעיקר המימרא יש חידוש דאע"פ שאינו עמו במלאכה עבודה, דבצורה של הכנסת אורחים לא חל ע"ז שם מלאכה כלל, [עי' קדושין ל"א ב' ור"ג עומד ומשקה כו'], וגם לא עלה ע"ד הבעלים שהוא נשאל לו בכך, וגם לא שעבד עצמו למלאכתו, והכל אדעתא דנפשי' עביד, אפ"ה חשיב בעליו עמו, ואפשר דבאמת הטעם משום דבלא"ה אין דין בעליו עמו נקבע לפי הסברא, שהרי קבעה תורה דבכל בעליו עמו ליכא דין שומרים אע"פ שאין סברא לפוטרו והיינו כדי שלא לחלק בפרטי דברים וכמש"כ סק"א, וכיון דבכלל הלא פלוג הרבה אופנים שאין בהם טעם לפטור, ה"ה שבכלל זה כל עניני עמו, אפי' אשקיין מיא, דאין להוציא מה שאין נראה מסברא לפטור, דבסתמא הכל בכלל הלא פלוג.

ד. **צ"ד** א' מתני' ושאל בעליה עמה, לכאורה אין סברא לומר דעמה ממש, לא חשיב בעליו עמו, בעינן שבעליו כבר עמו, אבל י"ל לאידך גיסא דדווקא עמה ממש

וסיפא, אלא הו"ל למיתנייה בדין בפ"ע דאפי' אזיל קמה חשיב עמו, ואולי זו כונת תו', ויש להסתפק בדעת רה"מ איך הדין במרפי ואזיל קמה, דמאחר שאין הכרח מהברייתא, י"ל דבאמת מצריך דוקא ע"ג, וכדמשמע מייתור לישני' דנקט פרה וחורש בה חמור ומחמר אחרי'.

הופפה תוד"ה ואהע"א כדמחליף כו' י"ל דכיון דתנא דמתני' ר"מ הוא ולא שנה אלא הכתובין בהדיא, לא ניחא לן למימר דבבריתא נמי ר"מ ושם שנה גם שאינו כתובין, ולכן מהדרין לפרושי ברייתא כר"י.

ג. **צ"ז** א' אמר רבא האי בין דבעי למישאל כו', לכאורה מבואר הכא דשרי לאערומי בד"ז, ויש להבין מ"ט, הרי כיון דכל הנאה שלו יש לו להתחייב בכ"ז, ונהי דהתורה פטרתו משום דאין להחליט חיובי התורה בכה"ג, דפעמים שבעליו עמו גורם סיבה לפטור, וכדי שלא ליכנס לפרטי דינים ביטלה תורה הלכות שומרים, והניחה לבעלים להתנות כפי הענין, וכמש"כ סק"א, אבל היינו דוקא כשהבעלים יודע שיש כאן פטור של בעליו עמו, אבל למה יש להתיר להערים עליו שלא ידע שאין אחריות על השואל כלל, ואפשר דמשום חיוב אונסין עושה כן, שהרי דעתו לשמור כשומר שכר, אלא שרוצה ליפטור מאחריות אונסין, ומד"ז יכול לפטור עצמו שאינו גורם הפסד לחבירו, דבדעת בנ"א מובן שפיר לפטור השואל מאונס שהי' מגיע גם לבית המשאל, אלא שהתורה אוקמי' ברשותי', ובכה"ג שפטור עצמו מדין התורה לא חשיב שהפסידו, [ולפ"ז יש לבאר נמי הא דקאמר ואי פקח הוא כו', דלא ניחא ליה למשאל להתנות שרוצה שתהא אחריות על השואל, דסתם משאל בדעת בנ"א עושה לו טובה, ונתן לו בסבר פנים, ואין דעתו על ההפסד, ואם יזכיר לו בהדיא אחריות יראה כצרות עין וקמצנות וכו', ולכן צריך לעשות בפקחות, שאמנם מסכים להשקותו, אבל יסבב הענין

מחמתה, אם אינו מתעסק במלאכה אחרת, אבל אמירה דמקרי דרדקי לא משוי ליה עמו כל הזמן, כיון שהסכימו על זמן מסוים ואינו עמו במלאכתו אלא בזמן הראוי למלאכתו, ואפי' אין לו זמן קבוע, מ"מ בעינן שיהא בזמן שעוסק במלאכה, וה"ה דמכין עצמו לכך חשיב עידן עבדתי, אבל ביסוד הדברים א"צ מעשה בגופו דבאמירה סגי.

ובאמת הדבר מוכח בגמ' [מלבד הא דקאמר בעלים באמירה], מהא דמשני דקיימא בחצרו של שואל, ואם איתא דבהסכמת הבעלים לא סגי עד שיזמין עצמו, א"כ תיקשי איפכא שקדמה שאלת הפרה לשאלת הבעלים, דמיד בהסכמת המשאל נשאלה לו, וכן קשה בהא דקאמר את גופך לא תשאל כו' ואם צריך לעשות מעשה באותה שעה, א"כ קדמה שאלת הפרה, אלא ודאי יש אמירה שנעשה מזומן על ידה לחוד.

וכך אפשר לפרש דברי הרא"ש ס"ו שכ' דעידן עבדתייהו לאו דוקא, אלא בשעה שמזמין ומגידון עצמן ללכת, מיקרי עידן עבדתייהו, היינו אמירה דלעיל, ור"ל דבהנהו כיון דליכא אמירה, בשעה שמזמין ומגידון עצמן היינו כאמירה דלעיל, דכיון דמיירי התם בנשאל מיד, ממילא ע"י האמירה הוא הזמנה, וכ"מ בתו' הרא"ש שכ' וי"ל דל"ק דהתם נמי לאו דוקא בעידן עבדתייהו אלא בשעה שמזמין ומכנים עצמן ללכת מיקרי עידן עבדתייהו, (אלא) [אבל] ודאי אמירה נמי של קודם עסק המלאכה לא מיקרי עידן עבדתייהו כדאמר' לעיל איגלאי כו', ברם צ"ע א"כ למה העתיק לשון הראב"ד דכיון שהתחיל ללכת כו' דמשמע מיני' דהתחלת הליכה מיהא בעינן, שהרי כבר הסכים קודם התחלת ההליכה, והי' אפשר לדחוק דמיירי שאינו עומד אצלו עם בהמתו, אלא שביקש ממנו שיבא אצלו עם בהמתו, ולכן לא התחילה שאלתו מזמן ההסכמה, שעדיין אינו מזומן למלאכתו, אבל ראיתי לשון הראב"ד כאן שכ'

פטור, דאז מישך שייכי בהדדי, משא"כ אם שכר בעליה תחלה, הי' מקום לומר דעכ"פ היכא דעושה מלאכה במקו"א, לא חשיב כבעליו עמו בשאלה זו, ועיקר מתני' נראה דלדיוקא אתיא דדוקא עמה ממש פטור, אבל אם שאל הבעלים באותו מעמד, אפי' לחרוש על גבה, לא חשיב בבעלים, כיון שלא הי' עמה ממש או לפניה.

תוד"ה פרה, אבל ודאי משעת אמירה של קודם עסק [כצ"ל, וכ"ה בתו' הרא"ש] מלאכה כו' כדאמר' בס"פ האומנין כו', מהתם נמי מוכח דבזמן עצמו למלאכה סגי, שהרי סתמא דמילתא כשאומר נטורו לי גלימאי, עדיין עומד הוא אצלם [שהאפי' היתה במקו"א, דלכך הוצרכו לשמרה, וכ"מ מלשון זיל, ואדאזל ואתא, והא פשיטא, דההליכה כמלאכה, אלא דאף העמידה שקודם ההליכה כשמזמן עצמו לכך], ומ"מ פשיטא לגמ' דחשיב בבעלים, ורק משום דשתי שיכרא שלא זימן עצמו למלאכתן כלל חשיב שלא בבעלים, [ואפי' עומד לעשות מלאכתן מיד, לא חשיב בבעלים ככה"ג שעדיין אינו נשאל להם, וכמו בשאל ברישא והדר אשקיי צ"ז א', אלא דהתם מתכוין לעכב זמן השאלה עד שישאל החפץ ברישא].

והנה מבואר בדבריהם דעכשיו הוא הזמן של עסק המלאכה סגי באמירה, דאמירה של קודם עסק, היינו שאינו מזמין עצמו למלאכה מיד, דעדיין שתי שיכרא, אבל אי לא הכי סגי באמירה, וביאור הדברים דאמירה שמשעבד עצמו מיד לצורך השואל משויא ליה כמוכן ומזומן והו"ל עמו, וכמו שהשכיר עצמו למלאכתו דאם צריך לו מיד הרי מיד שהסכים חשיב שכירו ומקבל אגרא, דבמצב הזה דומה הוא לשכיר יום, שאף בזמן שאינו עסוק במלאכה חשיב עמו, ויעוי' בריטב"א פ"א א' שכ' בשם תו' שאמירה שאין הפסק מלאכה אחרת בינה ובין המלאכה משוי ליה עמו, ור"ל כמש"כ דיש אמירה שהוא ממילא מזומן

דאמירה דלעיל נמי כשיש בה הכנה מתפרשא, וכמש"כ, מיהו ממה שהעתיק אח"כ דברי הראב"ד משמע כהטור, וצ"ע איך מתפרש לדידהו עמה ממש בדקיימא בחצרו של שואל, (ובאת גופך לא תשאל, אפשר לדחוק שהוא מוכן כל הזמן, אלא שאין השואל רוצה לשאלו), וצ"ע, וגם בהנהו אהלויי קשה מנין הוה פשיטא מעיקרא שכבר התחיל בהליכה דמותבין בפשיטות לר"פ, ורק משום דשתי שיכרא מפקינן ליה מליחשב כשואל, וצ"ע.

מ"ש בנה"מ דהתו' רבותא קמ"ל דמכינין מאתמול לא מהני, אינו מובן, דענין מכינין שכתבו תו' ר"ל שיש כבר משום התחלת שאלה, ולא שייך להזכיר הכנה כזו, כשבאמת לא תתחיל השאלה אלא למחר, ואם השמירה של מחר מחייבת שיצא כעת לדרך, א"כ מהשתא שואל הוא, ובלא"ה אין סברא לומר דמש"ה לא תירצו בפשיטות דלא סגי בהסכמה, וגם קשה איך סתמו הדברים דהתם הרי בסתמא אינו מזמין עצמו כיון ששמירתו מחר, וכ"מ בריטב"א פ"א א' בשם תו', כמ"ש הש"ך, ועי' מה שהועתק בשמו בשטמ"ק ר"פ השואל, - (בסמ"ע סק"ד כתב דכו"ע מודו להרמ"ה בד"ז, ועי' להלן דכ"מ בגמ' דא"ל את גופך כו', ולא נתפרשה כונת הט"ז בזה).

ועדיין לא נתחווורו דברי הרא"ש גם לפי הטור, דכיון שהרא"ש הביא פי' הראב"ד דבעידן עבדיתה היינו זמן הראוי לעבודה, א"כ למה ליה לאפוקי לשון אמירה ממשעותי, שהרי עיקר קושינו הואי מהא דמצריך התם עידן עבדתייהו, [ובאמת הראב"ד לא דן כלל מה"ט, וכמשנ"ת מלשונו לעיל], ומזה נראה בדעת הרא"ש כמ"ש הש"ך, ויתפרש הליכה דהראב"ד לאו דוקא, אלא ה"ה אמירה שיש בה זימון, ועל הטור אין קו', שהרי הראב"ד גופי' הצריך הליכה, אע"פ שפי' עידן עבדתייהו זמן הראוי למלאכה, וש"מ דמסברא קים ליה דבעינן מעשה, ולא ראה דברי הראב"ד שדן מטעם חזרה ולא

האי אמירה לאו אמירה בלחוד היא דהא בעיא התחלה במלאכה או בהליכה למלאכה [ר"ל מדאמרי' בריש הפועלים עד שלא יתחילו במלאכה, ואם מפסידים עי"ז שלא יוכלו להשתכר חשיבא נמי ההליכה התחלה, עי' ע"ו ב' ולע"כ], אלא כיון שהתחיל ללכת עם פרתו אע"פ שעדיין לא יצא מביתו כבר התחיל בשאלתו, הנה מפורש בהאי לישנא דבעינן דוקא מעשה דמלאכה או הליכה, ולא סגי באמירה לחוד, ולשון זה העתיק הרא"ש, ואמנם הראב"ד שם סיים א"נ הא דבעינן התחילו או הלכו ה"מ לאחיובי ממונא כו' ולפ"ז כתב דכל היכא דלא הדרי בהו באמירה בעלמא שאולין נינהו, ונראה דנקט כן לעיקר, [ובזה נראה שגם הרא"ש מודה לו, דלא בעינן התחלת מלאכה כההיא דפועלים שהרי במקרי דרדקי ואינך כבר התחילו במלאכה, אלא הנדון אם חשיב עמו באמירה לחוד או דבעינן קצת מעשה שיחשב עמו], אבל הרא"ש הרא"ש שהעתיק רק דבריו הראשונים, משמע שר"ל דהליכה מיהא בעינן, [אא"כ נאמר שלא ראה דבריו במקורם], ולפ"ז שפיר העתיק הטור סי' שמ"ו דלדעת הרא"ש באמירה לחוד כ"ז שלא הכין עצמו לא חשיבא בבעלים, וכ"נ מלשון הרי"ו נ"ל ח"ג שכ' שאלה בבעלים מיקרי מזמן שמכינין עצמן ללכת, כגון אם אמר לו השאילני פרתך והשאל לי אתה עמה (כגון) [כיון] שהתחיל ללכת עמה אע"פ שעדיין לא יצא מביתו כבר התחילה שאלתו ונקראת שאלה בבעלים, כי בעלים באמירה, [פי' דא"צ משיכה, דאם כונתו לומר בזה דא"צ הכנה, לא הוה סתים כ"כ, שהרי לא הזכיר אלא מזמן שמכינין עצמן כו', (משא"כ הרא"ש שהקדים דברי הגמ'), וצ"ע בש"ך שם סק"א שהוכיח מדבריו כדעתו, ועי' להלן], ובש"ך סק"א דקדק מלשון תו' ומדבריהם בב"ב דסגי באמירה וצ"ל דכונתו כמ"ש בנה"מ, והיינו כמש"כ לעיל, אבל לפ"ז מתפרשים דברי הרא"ש בפשיטות טפי,

משום דבעינן עמו במעשה קצת, ואמנם כתב בפ' בתרא דסגי באמירה לחוד, ועי' להלן בכ"ז.

ולענין הלכה נראה שא"א לחייב את השואל בכה"ג, כיון דלדעת תו' והראב"ד והריטב"א והר"ן והנ"י סגי באמירה כשהמלאכה מתחלת מיד, וכ"ה בהג"א, [וענ"י פ"א א' בשם הרשב"א], וגם דעת הרא"ש לא נתבררה, ועי' להלן בדעת הרמ"ה, [ובאו"ז כ' כדעת תו' (ועיי"ש בסי' ש"ג, הובא בהגר"א)], ועי' להלן ד"ה ולהאמור.

שם גמ' אבע"א דא"ל את גופך כו', כגון דא"ל בא אתה עם פרתך, וכיו"ב, דמילא נמצא שאע"פ שהסכים באמירה, לא חיילא השאלה מיד, אבל א"צ לפרש דא"ל הכי כדי שיהא עמה ממש, דאין תועלת בזה, ולמה יאמר לו כן, אא"כ נימא דהוה ס"ד לפרושי קרא דוקא בכה"ג, וא"ל הכי כדי שתהא שאלה בבעלים.

מור סי' שמ"ו וכ"כ הרמ"ה אלא שחילק כו', בדברי הרמ"ה מבואר ג' חילוקים שהוזכרו בגמ', א' בעלים באמירה, ב' בדא"ל את גופך לא תשאל כו' דחיילא השאלה רק בבא הזמן, ג' באינו נשאל לזמן אלא למלאכה מסוימת, דבזה בעינן התחיל במלאכה, והיינו עידן עבדייתהוה שהוזכר בגמ', ותוכן הדברים דבנשאל למלאכה ידועה לעשותה [בזמן שירצה הנשאל], כגון לאפות, דעד זמן סעודתם, יכול לברר לעצמו הזמן שנוח לו, דמצי למישתי שיכרא ואח"כ ללכת, ובזה בעינן שיתחיל במלאכה, אבל כשנשאל כולו לצרכי השואל כעין שכיר יום, בזה א"צ התחלת מלאכה, שהוא כשכור מיד באמירתו, דכמו שאם א"ל למחר אני נשכר לך כל היום, דחשיב בבעלים, מיד בתחלת זמן עבודה, [וה"ה נשאל דאין חילוק] ה"נ בנשכר [ונשאל] מיד עכשיו באמירתו, דעצם המצב שהוא מוכן לעשות כל מלאכתו כפי שידרוש ממנו השואל

משוי ליה עמו, ולפי דבריו היכא דא"ל זיל אפי לך, כיון שאינו מחויב לאפות מיד, בעינן שיתחיל במלאכה, ומיהו מודה דהליכה חשיבא התחלה, (וצ"ע בבהגר"א סי' שמ"ו סק"ג שכ' בדעת הרמב"ם דהליכה לא חשיבא התחלה, וע"ע בעובדא דמרימר צ"ז א'), אבל לא סגי באמירה, כיון שאין האמירה מורה על התחלת עבודה כעת, וה"ה דהזמנה והכנה לא מהני לדעת הרמ"ה דלא מצינו בגמ' אלא אמירה או עידן עבודה, ובזה חלוק הרא"ש, ובאמת אין מוכרע דהרמ"ה פליג בזה, אבל לאידך גיסא פליג הרמ"ה שהרי לדידי' סגי באמירה היכא דנשאל גופו כעין שכיר יום, ולדעת הרא"ש שבטור בענין הכנה והזמנה (ועי' בסמוך בד"ז), וצ"ע בלשון הטור שהשוה דבריהם לגמרי בזה, אלא דהיא הנותנת שלדעת הטור אמירה שבגמ' היינו הכנה והזמנה ופשיטא ליה שגם לדעת הרמ"ה כן, וא"כ חילוקו של הרמ"ה הוא בזה דבמלאכה ידועה בעינן התחלת מלאכה ממש, וע"ז סיים דהרא"ש לא חילק.

ובאמת צ"ע בשכיר יום או בשאול ליום מה סברא יש להצריך זימון והכנה, הרי הוא מקבל שכר מיד ע"ז שהוא מזמין עצמו לצרכי השוכר, וה"ה שואל, דאין לחלק ביניהם, דעצם שהייתו במצב כזה היינו הזמנה, ומהא דמפרשי אמירה שבגמ' הכנה והזמנה, משמע דליכא שאלה דסגי באמירה, וביותר דסתם שאלה מתפרש שיהא מזומן לכל צרכיו ולא למלאכה מסוימת, וא"כ יש לדמותו לשכיר יום וכמ"ש הרמ"ה, ומדלא פי' כן משמע דלא סגי באמירה אף בכה"ג, מיהו במקרי דרדקי ואינך לא משמע דבעינן הכנה לפי' הראב"ד, דבעצם השעבוד סגי וע"כ לחלק דהתם הוה טפי מאמירה, וג"ז צ"ע דבפשוטו מיד שסיכמו ביניהם יש לו דין כמקרי דרדקי שכבר לימד, (ועב"ח ס"ק י"ד עיי"ש) ויותר מיושב לומר דבשכור ושואל ליום מודו דבאמירה סגי, אלא דמשמע להו

לדעת הרמב"ם הטעם משום דכשעוסק בשל אחד פטור מלהתעסק בשל שני).

ובשו"ע סי' שמ"ו סי"ב העתיק דברי הרמב"ם שחולק על הראב"ד בזה, וס"ל דדוקא לאותו שעוסק במלאכתו חשיב בבעלים, [ועי' לק' סק"ו דטעמו משום דכשעוסק לאחד אינו חשוב עם האחר, אבל בעושה מלאכה לכולם יחד, סגי בעידן עבדותי' אע"פ שאינו עוסק עתה במלאכה], ויש לעי' א"כ למה כתב הרמב"ם יום שהוא יושב בו לעשות במלאכתו, הרי בעושה במלאכתו קיימין, ואפשר דהרמב"ם בא לאפוקי שאר בני העיר שאין להם עסק עמו, כגון מקרי דרדקי, לא מיבעיא אם רק אלו שבניהם צריכין ללמוד יהבי ליה אגרא, דודאי שכור הוא רק להם, ואפי' אם כל בני העיר משתתפין בהוצאות, ג"כ י"ל דמי שאין לו בן לא חשיב גבי' בבעלים, כיון שאינו משועבד לעשות לו כלום, וכן שתלא למי שאין לו שדה, מיהו בזה"ל שכיון שיכול לקנות ויתחייב לעבוד אצלו חשיב בבעלים, אבל אם רק בעלי השדות משלמין שכרו, רק לדידהו חשיב בבעלים, ולכן ביאר הרמב"ם דדוקא לאחד מאלו שעוסק במלאכתו באופן כללי, אבל א"צ שבשעת השאלה עיסוק במלאכת אותו שואל, וסגי בזה שביום זה הוא שכור למלאכת כל בני העיר, [ונעבהגר"א שם סק"ג, ובפשוטו לכו"ע הליכה חשיבא מלאכה, ועתשו' הר"י מיגש בשטמ"ק פ"א א'].
וראיתי בשו"ת הריב"ש סי' תל"ו שפי' דברי הרמב"ם כמ"ש בב"י, וכתב דהחידוש בזה דאע"פ שאינו שכור לאותו יחיד בפרט, אלא מכח שכירות כלל המדינה, מ"מ חשיב בעליו עמו, ויש לעי' לפ"ז תינח הני שכולן משתתפין בשכר, אבל היכא דהשואל הזה לא נתן שכרו, כגון שהי' המשאיל שכירו של ראובן, ושלחו לסייע לשואל [באופן שא"י לחזור בו עי' בסמוך], א"כ לא יחשב בבעלים, כיון שמכח שכירות ראובן עושה כן, ובפשוטו כל שהבעלים עמו במלאכתו, אין חילוק מכח

שאלה דעם פרתי למלאכתה, וכיון שאינו מזומן לשרת את השואל בכל צרכיו לא דמי לשכיר יום, וכיון שאין המלאכה מחייבת התחלה מיד, דדמי לעובדא דאהלו"י, לכן בעינן שיראה שאמנם התחיל במלאכתו כעת, [ועי' נמו"י פ"א א'].
ולאמור כו"ע מודו בשכיר יום, וה"ה במשאיל עצמו מיד לכל צרכי השואל, או כעין שכיר יום, דמיד בבא הזמן הו"ל בעליו עמו עי' אמירה שמקודם [ועשו"ע סי"ג וכמ"ש בזה לק' סוסק"א], ובהסכים באמירה למלאכה מסוימת, צריך שיחא ניכר שדעתו לעשות המלאכה עתה, וזהו הכנה וזימון, [ולהרמ"ה י"ל דבעינן הליכה שהיא התחלת מלאכה ועי' לעיל], וכן אם המלאכה מחויבת שתהא מיד, סגי באמירה.

ה. צ"ז א' אמר רבא מקרי דרדקי כו' בעידן עבדיתייהו כשאלה בבעלים דמו, אם הי' החידוש בעצם המלאכה כגון בשתלא דבדידי' קא טרח, (וכמ"ש תו' ב"ב מ' ב' דהיינו חידושי' דשמואל דשותפין נעשין שומר שכר זל"ז) לא הו"ל למימר בעידן עבדיתייהו דפשיטא דעמו במלאכה בעינן, ולא בא רבא להשמיענו דבעינן התחיל במלאכה, א"ו ה"ק דבעידן עבדיתייהו אע"ג דלא עבדי השתא כשאלה בבעלים דמו, וכמ"ש הרא"ש בשם הראב"ד, וכ"ה בשטמ"ק בשם ר"ח, וז"ל פי' אלו כולן שכורין הן בזמן קצוב לכל המדינה וכל השואל מהן שאלה בבעלים היא כי הללו כולן כשכורין הן בעתות שדרכן להתעסק בצרכי ציבור, ומשמע מזה דאע"פ שאין עוסקין עתה במלאכה כלל חשיבא בבעלים, ומ"ש בריטב"א בשם הרמב"ן דאפי' כשעושין מלאכה לאחד מהן כאלו עושין לכולן, אפשר דלרבנותא נקטי' דאף כששואל לאחד מהם, ואינו מחויב להתעסק בצרכי האחרים בשעה זו, מ"מ חשיב כמתעסק אצל כולן, וכ"ש כשמוזמן למלאכת השואל אם ירצה שישחוט לו וכיו"ב, (וראיתי בנה"מ סק"ג שאמנם כתב

מאן קאתי, וכולהו עדיפי מאשקיין מיא, מיהו היכא דהבעה"ב ששכרו יכול לחזור בו כל שעה ממסירתו לעבודת השואל, בזה חשיב המשאיל כעוסק במלאכת הבעה"ב דאינו משעבד עצמו לשואל, אבל באופן זה יש לדמות כמסר השוכר את זכות התשלומין לטובת השואל דמאחר שנשכרו לבני המדינה לשחוט כבר הוחלט הענין, ובמלאכת השואל חשיב, ה"ז דומה לרב המלמד לתלמידים מכח מצות התורה, וכיון שכן כ"ש בדיהבי כל בני העיר אגרי' דבעליו עמו קרינן ב', (ואולי גם בכונת רש"י יש לדחוק דמ"ש משהי' זה במלאכתו הוא תרגום דעבדיתיהו, ואין ר"ל במלאכתו של השואל, אלא שהי' הטבח מתעסק במלאכתו, דהיינו בשעה שעוסק בשחיטה ותיקון הבהמות, שו"ר באו"ז דגרס ברש"י מי שהי', ולפ"ז מבואר בדבריו כמ"ש הריטב"א בשמו), ועו"ק דבפשוטו טבחה ואומנא וספר שקלי שכר מכל אחד אלא אף טעמי' דהריב"ש ליכא וצ"ע, [וכעת ראיתי בירו' סוף ה"ג דכיר'.... חשיבי בעליו עמו, ובפ"ט ה"א קאמר שהם נוטלין שכרן מן האמצע, ועי"ש עוד לענין בייר ובלן].

שם וספר מתא, אי גרסי' ספר דתספורת, צ"ב למאי נקט גבי' ספר לשון מתא, טפי מאינך, [ואמנם משמע שהי' ספר לכל בני העיר כדאמרי' מגילה דהמן הי' ספק של כפר קורצין, ועי' שבת קכ"ט ב' יומא דשפמי בפירוש תו'], והרמב"ם פי' דמתא אכולהו קא מהדר, וכ"כ במ"מ פ"י מה' שכירות ה"ז, אבל א"כ הו"ל למימר דמתא בד', ואי גרסינן סופר ניחא, דסופר סתם אין במובן שהוא סופר העיר, משא"כ טבחה ואומנא, ועתו' ב"ב כ"א א', ואפשר דספר בנסמך קרינן, ואף בלא וא"ו מתפרש סופר, - מקרי דרדקי, בדרך כלל רק האבות משלמין לו, אם לא באופן מיוחד, עי' ד"ס רמ"ה ס"ד ז', והחידוש דאע"פ שמתעסק בבנו של אחד, חשיב בבעלים לכולם, א"נ בשעה המיועדת ללמד, אע"פ

שלא לימד, ואפשר דקמ"ל דאע"פ שנוטל רק שכר בטלה, חשיב עמו, כיון שמתבטל ממלאכתו בשבילו, - שתלא, בפשוטו אין שתלא לכל העיר, כדאמרי' ק"ט א' רוניא שתלא דרבינא, וכמ"ש הראב"ד בה' שכירות שם, והיינו משום דמלאכת השתלא גדולה, ואין אחד יכול להתעסק בשל כל העיר, וא"כ יש לפרש החידוש מפני שמתעסק בשלו, והו"א דלאו עמו חשיב אע"פ שחולק עמו לבסוף, ואולי אגב דנקטינהו בהדי הדדי לענין דכמותרין ועומדין הן לק' ק"ט א', נקטי' נמי הכא, אע"פ שאין בזה חידוש כ"כ, - טבחה, ליתא ברמב"ם לגבי שאלה בבעלים, ובפ"י מה' שכירות ה"ז איתא, - אומנא, מהא דאית ליה עידן עבידתי' יש ללמוד דהיינו מקיז דם, דעל מאורע של מילה אין קביעות זמן, ועבהגר"א סו"ס ש"ו, ומשמע שנוטל שכר על המילה.

ו. שם אמרו ליה רבנן לרבא כו' אקפיד כו', מפני שאמרו כן בלשון מוחלט, ולא בלשון שאלה, ולפי שהתייחסו אליו, ולא אמרו הרב השונה לתלמידים, מש"ה א"ל לאפקועי ממונאי כו', [ועי' להלן דא"ל שהם כפופים לו ושמא ע"ז הקפיד].

והנה בפשוטו הרב השונה לתלמידים, א"צ להם, ואע"פ שלומד עמהם מה שהוא רוצה, הר"ז כא"ל אמשקיין מיא, והוא נותן לו יין או חלב או מים כרצון הנותן, דמ"מ הרי הוא במלאכתו, ויש להבין א"כ מאי מהני דמצי אישתמוטי להו, ומפרש"י נראה דהלימוד הוא גם מלאכתו של הרב, וכיון שהוא צריך עתה לחזור על מסכתא זו, והם נתחייבו להקשיב לו, אע"פ שהם רוצים במסכתא אחריתי, הרי הם עמו במלאכתו, [ועסק"ז בפר"ח וראבי"ה] וק"ק דסו"ס במלאכה דידהו עסיק, ואינו לומד מהם, (דלא משמע דמענין מתלמידי יותר מכולם נחית הכא), ואפשר דכיון שהם חייבים לשמוע מה שאינם רוצים, לא חשבינן ליה כעוסק במלאכתם, דהמשקה

את חבירו מים או יין, ברשות השואל שלא לשותת, ולכן חשיב שמתעסק בצרכיו לפי רצונו, אבל הכא שע"כ הם שומעים מה שהוא חפץ ללמד, חשיבי הם כפופים להוראותיו, שעליהם לבא לשמוע מה שילמד, ולפ"ז ביסוד הלימוד הוא עמם במלאכה, אלא דכיון שהם למידין על כרחם, הרי הוא אדון להם, ולא חשיב כנשאל להם, וכיון שהם כעבדים לשמוע ולעסוק באשר יורם, הו"ל עמו, (ועי' סק"ח בדעת הרמ"ה דכל שואל חשיב משועבד למשאל שצריך לשמור החפץ).

ולפ"ז היכא דשניהם אינם יכולים לשנות, הו"ל איהו במלאכתם, כיון דעצם הלימוד הוא מלאכה שעושה עבורם, אבל לפרש"י דהלימוד הוא מלאכתו של הרב ג"כ י"ל דבכה"ג אינם שאולין זל"ז, ולכאורה זוהי דעת הרא"ש שכ' דבכה"ג אינם שאולין זל"ז, וכ"ה בטוש"ע סי"ג, [ועי' לק' סק"ח מ"ט לא חשיב כהשאלנו ואשאלין], מיהו אף לפרש"י שהחשיב במלאכתו כשיכול לאשתמוטי, מ"מ י"ל דבדלא מצי לאשתמוטי הו"ל איהו במלאכתו, דסו"ס הרב הוא שעושה מלאכה לתלמידים, וא"ת לדעת הרא"ש מ"ט ביומא דכלה שדורשין בהלכות המועד, איהו שאיל להו, הרי גם התלמידים אינם יכולים לשנות, וי"ל דבזה חשיב שהמסכת נקבעה ע"י התלמידים, דסתמא דמילתא הם צריכים להלכות המועד, (ואמנם אם אף אחד לא ירצה בהלכות המועד לא יצטרך לעסוק בהן), ולמש"כ בסמוך מפר"ח יש ראייה למש"כ.

שם ולא היא איהו שאיל כו', אפשר שרבא הסתיר מהם דיש זמן שהוא שאול, מש"ה קאמר ולא היא, (שהרי הדבר ידוע שאינו יכול לישמט), ולמש"כ י"ל דמרבא הוה משמע שעצם הלימוד הוא מלאכתו של הרב, וע"ז קאמר ולא היא, דכשאנו יכול לישמט [אע"פ שגם הם אינם יכולים לישמט], חשיב איהו במלאכתו, ועי' בסמוך.

שם איהו שאיל להו ביומא דכלה, ראיתי באו"ז שהעתיק לשון ר"ח וכן הרב כשואל לתלמידים בימי הכלה ואין להתעסק אלא באותן הפרקים שגילה להם בכלה שעברה כו', והענין ידוע מתשו' רש"ג שבאלול ואדר נתקבצו כל התלמידים לברר וללבן המסכת שעסקו בה כל הזמן, והיינו שבסיום כלה דאדר הודיע הרב שבאלול ידונו במסכת פלונית ובמשך הקיץ עסקו כולן באותה מסכת, ובאלול לא יכול הרב לישמט למס' אחרת, שחייב ללמד באותה מסכת, ולפ"ז מבואר דאע"פ ששניהם אינם יכולים לשנות, מ"מ איהו שאיל להו, והיינו כמש"כ דבעצם הלימוד הוא עושה מלאכתו של התלמידים, [והיינו דקאמר ולא היא, שאע"פ שהוא קבע המסכת, מ"מ איהו שאיל להו].

ונראה דמה"ט השמיט הרי"ף ד"ז, דהחילוק בין יומא דכלה לשאר יומי, אינו מצוי בזה"ז שבטלו הני סידרי, והא דעצם הלימוד מלאכת התלמידים הוא מבואר במקרי דרדקי, ואפשר דגם הא דמצי לאשתמוטי להו באמצע המסכת נשתנה, או שאין התלמידים כפופין לבא ללמוד מה שאינם חפצים, ולא חשיבי עמו.

שו"ע סי' שמ"ו סי"ג ואפי' שלא בשעת הלימוד כו', לא דמי לההיא דלעיל סי"ב שכשמתעסק עם אחד פטור מלהתעסק עם השני, ולכן י"ל דצריך בירור אצל מי עוסק, אבל הכא מלמד את כולם כאחת, ושפיר סתם דא"צ התחלת מלאכה דוקא, [וצ"ע בבהגר"א סק"ג שכ' דלדעת הרמב"ם בעינן נמי התחלת מלאכה, ולמש"כ י"ל דרק בשותפין מצריך כן, כיון שאין ידוע למלאכת מי מהם הוא מזומן, וענה"מ סק"ג, ועי' לשון השו"ע ס"א שם], ועי"ש שצריך ללמוד עמהם בכל עת שירצו, ר"ל בזמן המתעסף וכונתו לומר דלא דמי לאומנים שיש זמן עבודה ביום ותו לא, אבל בתורה אין זמן מוגבל, אבל מ"מ יש זמנים שהוא פטור.

מדעתו, ולא הזכיר כלום, אפשר דלא חשיב כמתעסק בצרכי השואל דאין כאן אלא מחשבה, וכן בהניח השואל חפציו, ונתכוין המשאיל לשמרו, דאפשר דלא חשבינן ליה עמו, וצ"ע.

הרי"ף והרא"ש העתיקו נמי לישנא דאיגנובי איגנוב, וצ"ע דהא קי"ל פשיעה בבעלים פטור, ואתיא שפיר כל"ק, ובאמת בהנהו אהלויי פ"א א' לא הביאו הרי"ף והרא"ש לישנא דאיגנוב, והיינו מה"ט דקי"ל פשיעה בבעלים פטור, ואפשר דמיתו לה לומר דשוכר כשומר שכר וחייב בגניבה ואבידה, והיינו דר"א ורבינא דבתראי נינהו סברי הכי, מדמוקמי עובדא דרבא בהכי, אבל בההיא דלעיל מיירי בשומר שכר, ואולי גרסת הרי"ף בגמ' איכא דאמרי.

ח. **פ"א א'** ואמאי שמירה בשמירה בבעלים היא, יש להבין מאי ס"ד דמקשה, הא בפשוטו א"ל שמור לי, מפני שאינו יכול לשמור עתה, וממילא מתפרש ואשמור לך למחר כשתצטרך, ונראה דחידושא דמתני' דלא אמרי' שתצא שמירה בשמירה ותרוייהו ש"ח, וכאילו הסכימו שניהם לשמור זל"ז בחנם, וכיון שכן נוח יותר לפרש החידוש כששמירת שניהם שוה ממש, משא"כ באשמור לך למחר, שאין לדמות שמירה לשמירה, ובזה מובן בפשיטות יותר דכשכר חשיב, [ואפשר גם דלשון ואשמור לך מתפרש בדבר ידוע שגם הוא צריך לשמירה, ולכן ס"ד דאיירי בשמירה שצריך עתה], ובזה ניחא הא דפריך ממתני' אע"פ ששומר שכר דקתני מתפרש סתמא על המקבל הראשון, דומיא דא"ל הנח לפני, ואם הניח לפניו תחלה כבר נתחייב קודם שהי' בעליו עמו, ולמש"כ דמשמע ליה ששתי השמירות שוות ממש, שפיר יש להקשות דאין להחליט בסתמא דמתני', מי משך תחלה, (אבל לא משום דסתמא משכו כאחת, וכדאמרי' צ"ד ב' עמה ממש מי משכח"ל), ולפ"ז הו"מ ר"פ למימר דא"ל שמור לי, ומיד מסר לו, ואשמור

שם בהגה וכן הדין בש"ץ כו' הם כשאולין לו כו', צ"ע דאטו ביומא דכלה יכולין התלמידים להשמט באמצע הדרשא, פשיטא דלאחר שהתחיל לא גרע מש"ץ, ואפ"ה איהו שאיל להו, וה"נ ש"ץ שהתחיל בתפלה עושה מלאכתו, ואינם כפופין לו כלל, וצ"ע במקור הדברים.

ז. **שם** לסוף אגלאי מילתא דלמיסר טעונה הוא דנפק, פי' דתחלת יציאתו היתה למיסר טעונה, אלא שלבסוף ראה שהם צריכין סיוע ודלי בהדיהו, והרואים סברו שמתחלה יצא לשם כך, ואגלאי מילתא דבשעת משיכה לא נתכוין להשאל להם, אבל אם לא דלי בהדיהו, במה טעו מעיקרא, ובמרדכי בשם ר"ח [וביותר מבואר כן בלשון שבשטמ"ק], פי' דאמנם דלי בהדיהו, אלא שעשה כן כדי לידע כובד המשאוי ולא כדי לסייע לשוכר, [והי' אפשר לפרש דרואהו מגביה המשאוי אחרי שכבר הי' על גבה, אבל בשטמ"ק מבואר דלאו בהדיהו, וכ"נ מהלשון שהיתה הנאה לשוכר, אלא שלא נתכוין לכך], וכוונתו ליישב במה טעו [שו"ר שכ"כ בדרישה ועיי"ש], אבל לפ"ז הול"ל דלמיסר טעונה הוא דעבד, ולשון דנפק, משמע שלא יצא ע"מ לדלווי, והראב"ה למד מזה דכל הנאה דתרוייהו לא חשיב בבעלים, [ועי' סק"ו בענין הרב ותלמידים], ונראה דלאו כללא הוא, דפעמים שהסיוע עיקר, והנאת המשאיל אין בה לקבוע את המעשה כטובת כשעיקרו לטובת השואל, ולפמ"ש אין לזה מקור בגמ'.

שם נפק כו' לסוף כו', במרדכי הביא דדוקא כשהשואל מבקש ממנו חשיב בבעלים ומקורו מדברי הר"י שבשטמ"ק, ולא נתפרשה כונתו, וכבר הכריעו הפוסקים דלא כותי', (ועי' צ"ט א' ולשיטתו מיושב דהשואל לא ביקשו שישלח עבדו), מיהו יש לעי' אם חשיב בעליו עמו בכונה לחוד, דהכא לפי הענין ניכר שיצא עמהם לענין השכירות, אם לדלווי או למיסר, אבל אם בזמן המשיכה הלך להביא לו מים

לך מיד כשתרצה לתת, דבסתמא אפשר לצייר שהוא מוסר תחלה, שהוא המתעסק וחפץ בדבר, אלא דס"ל לר"פ קושטא דמילתא דמתני' אתרוייהו קיימא, (מדלא קתני וא"ל הן, ועכ"פ אין התייחסות במשנה למקבל, ולכן מתפרשת על המושג של שמור לי ואשמור לך, דמשוי להו שומר שכר), ולכן מפרש דוקא למחר כשכלתה שמירתו של זה.

ובזה מיושב הא דאיצטריך ר"פ למיהדר ולמימר מילתי' אברייטא, דבמתני' לא קתני בהדיא דשניהם שומר שכר, והי' אפשר לומר דדוקא במתני' קאמר ר"פ למחר, ור"ל דלאחר שמשך זה, הביא לו לשמור חפציו, אבל בברייטא דצריך לפרש למחר דוקא, והיינו לאחר שכלתה שמירתו, ליכא למיגמר לה ממתני', מש"ה חזר לפרש דגם בברייטא כן, [וכן בב"ב מ"ג ב' הוצרך לפרש כן בשותפין, דסתמא דמילתא מתעסקים יחד, ולא כלתה שמירתו של זה כשמתחיל זה], ובש"ך סי' ש"ה סק"ו נתקשה בזה לפרש"י, ועמש"כ להלן.

שוב הערני אחי' אליהו שליט"א די"ל דסגי במה שנשתעבדו באמירה לשמור זל"ז, ונהי דלחיובי שומרין בענין משיכה, מ"מ לענין בעליו עמו סגי במה שמשועבד לשמור מיד כשיתן לו, ושניהם משתעבדים יחד והו"ל שפיר בעליו עמו, [מיהו בהשאלני ואשאלך לא מהני האי טעמא כיון שזה לטובת השואל], ולפ"ז מיושב יותר.

שם ת"ר כו' ואמאי שמירה בבעלים היא אר"פ דא"ל שמור כו', פרש"י דאשמור לי ואשמור לך קאי, וכן משמע לשון שמירה כו' שמור כו', ובש"ך שם דקדק א"כ למה הוצרך ר"פ לחזור ולשנות דבריו אברייטא וצ"ע מאי קו', אדרבא כיון דבברייטא מיירי נמי בשאלה, והתם מתפרש אף מיד כדפרש"י, מש"ה הוצרך ר"פ לומר דה"נ מיתוקמא הכי, אע"ג דהויא רישא בענין אחר מהסיפא, דכיון

שיש דוחק באוקימתא זו, הוצרך ר"פ לומר דזהו האמת בברייטא, [ונראה ליישב למה באמת שנה התנא כך, דבשמור לי ואשמור לך מתפרש סתמא שהוא אינו יכול לשמור עתה, ולכן אין קו' דמיירי רק למחר, אבל בשאלה מתפרש סתמא על שני חפצים, שהוא שואל חפץ שאין לו ותמורת זה ישאל לחבירו מה שאין לו, ולכן מתפרש שפיר דישאל לו מיד החפץ תמורת החפץ, וכן בשמור ואשאלך, והשאלילני ואשמור לך], ומ"ש הש"ך דמשום השאלילני ואשאלך איצטריך, צ"ע דהעיקר חסר מן הספר דהמקשן הקשה בפשיטות גם בלא ר"פ וכן ר"פ לא הזכיר בדבריו שאלה, ואם זהו עיקר החידוש הו"ל להזכיר, [וע"ע מש"כ לעיל ליישב בזה].

והנה טעמא דרש"י נראה משום דסתמא דמילתא אין המשאל נצרך לשמירת חפציו ע"י אחר, אלא שהשואל חפץ בדבר, ובכה"ג לא חשיב שהשואל משמש את הבעלים בזה, (ועי' לעיל סק"ז בפר"ח) וגם יכול להחזיר החפץ כל שעה שירצה, ולדעת הרמ"ה בטור שם צ"ל דלבתר שהשאלו, רוצה הוא שישמור, וחשיב שפיר עמו, ואפשר דס"ל דסגי בזה שהשואל גופו משועבד לשמירת חפץ הבעלים, אע"פ שהכל מפני טובת השואל, מ"מ עכשיו גופו משועבד לשמור חפץ המשאל, (ודמי לשוכר את הבעלים שמשעבד גופו תמורת השכר), (ועי' בטור סי' שמ"ו לענין הרב ותלמידים שכ' דכששניהם אינם יכולין לישמט אינן שאולין זל"ז, ולכאורה הטעם משום דחשיב כל אחד כמתעסק לצורך עצמו, ועמשנ"ת סק"ו, ויש לחלק דבמעשה אחד לא חשבינן כל אחד משועבד לחבירו, ועדיף טפי לומר דלא חשיבי כשאולין כלל, אבל הכא נהי דהשואל נוטלו לטובתו, מ"מ יש כאן רק שעבוד מצד השואל למשאל, ועי' צ"ד ב' בנטר מתא.

ובעובדא דהנהו בי תרי לק' ב', אם נפרש דשטפיה מיא הוה אונס, א"כ

טעמא דבעליו עמו, הא שומר שכר פטור מאונסין, והשאלני ואשאלך לכו"ע שניהם שומר שכר זל"ז, [שור"ר שכבר הק' כן הב"ח], ומצינן למימר על דרך חדוד דחדא קר' מיתרצא בחבירותה, דאם ס"ל להרא"ש שרק הראשון שומר שכר, שנתן השני בשכר, והוא ודאי פטור כדין ש"ש, אבל השני שואל, והנדון אם הוא חייב באונסין, נוחא שסתם דחשיב בבעלים, כיון שהוא השני, והראשון כבר מחזיק הגלימא ואי לאו דחשיב בבעלים, הי' חייב באונס לסטים, כיון שהוא שואל, [ועי' לק' סק"ט מש"כ בדברי הטור] אבל הדברים סתומים, (ועשו"ע סי' רצ"א ס"ה ובב"י ובד"ה סו"ס רצ"א בלשון משך שכ' הטור), ובסברא נמי אין נראה לומר דרק המתנה שומר שכר.

ולמשיב לעיל דלענין בעליו עמו סגי בשעבוד לשמור ה"נ י"ל דמשנשתעבדו לשמור זל"ז (עי' השאלה), סגי בהכי ליחשב בעליו עמו אף קודם המשיכה, ומ"מ בשאלה קשה לומר כן כיון שהכל לטובת השואל ואין כאן שעבוד כ"ז שאינו שומר ממש, שוב שמעתי מאמור"ר שליט"א דעי' משיכת השואל הראשון נשתעבד בקנין חליפין להשאלת החפץ שלו ועי' קנין זה זכה המשאל, ובאופן שהחפץ מונח לפניו כבר נתחייב גם בשאלה וזה מיישב דין השאלני ואשאלך, אבל אכתי בעובדא דהרא"ש, בסתמא אין מצב של הנח לפני, וכ"ז שהוא ביד המשאל לא נתחייב השואל בשמירה.

ולענין הלכה בהשאלני ואשאלך, אע"פ שדעת רש"י ואו"ז והר"י ומהר"ם שבמרדכי (סי' רפ"ב) ונמו"י דלא חשיב כבעלים, (וכן נוטה דעת הטור ועי' מ"מ), מ"מ הרי פשוט דעת הרמב"ם, וכ"ד הרמ"ה והרא"ש ותשו' שבמרדכי (סי' שע"ד) וכ"נ בשטמ"ק ב"ב מ"ג ב' בשם רבנו יונה, וכן ברי"ו, [נ"ל ח"ג שכ' שמור לי היום כו'] וכן תשאלני כו' אבל אם הכל היום כו' הו"ל

מבואר דמעיקרא נמי ידע דלא שאל הסרביל תמורת הסדין, דא"כ הו"ל אידך נמי שומר שכר ואמאי חייבי' באונסין, א"ו הרכוב הי' שומר בלבד, וכמ"ק מלשון שאלה בבעלים היא, והיינו שדינו כשואל, מיהו יש לדקדק למאי איצטריך לפרושי דחד אריך וחד גוצא, ולפרש"י י"ל דבא לומר דמעיקרא נמי ידעינן שלא החליפו שיתכסה הארוך בסרבילא דגוצא, דלא מיכסי בי' שפיר, וע"כ ששמרו לו, ולכן הו"ל בבעלים, אבל אם הי' מתכסה בו הו"ל השאלני ואשאלך, דלא חשיבי בבעלים, [וכ"כ בתורת חיים] ולפי' הרא"ש [בתשו' שהביא בטור שם] דמיירי בהשאלני ואשאלך, י"ל דבנהר אינו רוכב על החמור, וס"ד דמשה החליפו לפי שהארון יכול להגביה יותר שלא ישרה במים.

והנה מבואר בההוא עובדא דאותבי' לסרבילא אחמרא ברישא, ולכן בשעה שלקח את הסדין, כבר הי' בעליו עמו, ואפי' אם שאל הסרבילא להתכסות בו, ועדיין לא נתכסה, מ"מ כבר נתחייב כדין שואל מדמנח אחמרי', (או משמשכו עם החמור), ולכאורה לא משכח"ל שיפטרו שניהם בהשאלנו ואשאלך, אא"כ אותבי' ברישא שלא מדעתי ולקח הסדין שלא מדעתו, ואח"כ הסכים, דבאותה שעה חיילי תרוייהו, והוי כההיא דמשני צ"ד ב' דקיימא פרה בחצירו של שואל, וצ"ע בתשו' הרא"ש שכ' סתמא בההוא עובדא שהחליפו בגדיהם דשניהם פטורים, הא א"א לצמצם שימשכו שניהם יחד, ורק מי שמשך אחרון נפטור, [וכ"כ תו' ב"ב מ"ג ב' ד"ה אמאי, ומ"ש התם שהתחילו לשמור יחד, משכח"ל שקנו שני חפצים יחד וכל אחד שומר חד מינייהו, או שקיבלו שמירתן משעה מסוימת], וצ"ע גם בשו"ע סי' ש"ה ס"ז שסתם כדברי הרא"ש, ולא ביארו הפוסקים דמשכח"ל רק אם אמר לו שלא תשאל לו הגלימא עד שעה שישאל לו הגלימא שכנגדה, ועוד צ"ע כיון דמיירי בבאו לסטים דבפשוטו היינו אונס, למה ליה

בעלמא משמע ליה דהנדרון על הבהמה שקיבל הראשון, וצ"ע.

שׁו"ע סי' ש"ח ס"ו האומר לחבירו שמור ליה כו', בדרך הרגיל ככה"ג רק האחרון שמשך חשיב בבעלים, וצ"ל דמיירי הכא כשהתנו שהתחלת חיוב שמירתן יחול כאחת, דכיון דמיירי בשמירה תמורת שמירה, י"ל שלא יתחייב האחד קודם חבירו, מיהו בדרך כלל אין מדקדקים על שעה מועטת, והמושך מתחייב מיד, ע"מ שגם חבירו ימשוך ויתחייב, ועי' סי' רצ"א ס"ה בדין משיכה להתחייב ובב"י שם בסוף הסימן (ובנה"מ שם ס"ק י"ב), ובדרך כלל באופנים אלו לא נסתלקו הבעלים משמירתן קודם שימשוך, ועמש"כ לעיל סק"ח, די"ל דלענין בעליו עמו סגי בשעבוד לשמור, אע"פ שעדיין לא נתחייב בחיובי שומרים.

ש"ס בהגה י"א דה"ה השאילני ואשאלך, מבואר מזה דהמשך דברי המחבר אינו מוכיח כן, והיינו כמ"ש בכ"מ, די"ל דאגב אינך נקטי', ובש"ך סק"ד נתקשה בזה, ובדברי המחבר ס"ז עמש"כ להלן, ולפ"ז נראה דיש ללמוד מכאן דדוקא בהשאילני ואשאלך העתיק דברי הרמ"ה, אבל לא בשמור לי ואשאלך, דבזה לא נתפרשו דברי הרמ"ה וכמ"ש בטור, ועי' לעיל סוסק"ח, ועי' בסוף בהגה שני'.

ש"ס בהגה הוי השומר שומר שכר, צ"ע בלשון זה, דהא ה"ה השואל ואפשר דר"ל אפי' השומר, דיש בידו חפץ חבירו, וצ"ע.

ש"י סק"ו, במ"ש לדקדק תרתי דר"פ ל"ל, עמש"כ סק"ח, ובמ"ש דהמשאל שומר החפץ לשואל, עי' נה"מ, ובלא"ה צ"ע דודאי אין מוטל עליו חיובי שמירה, והרי גם בנאנסו חייב, דאגברא רמי חיובא ולא אמנא, ואם נאנס זה שבידו צריך להמציא לו אחר, ואם לא המציא, נהי דלא מיקרי עבריין, די"ל

שמירה או שאלה בבעלים ופטורים], דחשיב בבעלים, [ועשו"ע סי' ש"ה ובטוש"ע סי' שמ"ו ס"ח], מיהו בשמור לי ואשאלך והשאילני ואשמור לך מבואר ברבנו יונה שם דבזה לא שייך פטור בבעלים, וגם דברי הרמב"ם יש לפרש דאגב אינך נקט בזה, וכן לדעת התו' לא מצינו שיפטור בזה, והו"ל הרמ"ה יחידאה [ובפרט שלא נתפרשו דבריו בזה כמ"ש הטור], ועי' לק' סק"ט.

ט. **ש"ס** כולן נעשו שומר שכר זל"ז, בפשוטו כולן ממש קאמר, דהיינו ד' שומרים וד' שואלים, כולן דינן כשומר שכר, וכ"כ בקצה"ח סי' ש"ה סק, אבל במהרש"א כ' בשמור לי ואשאלך דנגבבה אותה של שמירה, ובהשאילנו ואשמור לך בנאנסה אותה של שאלה, וסיים בדברי הטור בשם הרמ"ה דשייך בזה שמירה בבעלים ובאמת בטור שם נראה דמפרש כדברי המהרש"א, שכ' דבשמור לי ואשאלך הו"ל חפצו של מפקיד ברשות שומר, משא"כ בהשאילני ואשמור לך עיי"ש, וכבר תמה בב"ח דמ"ש, וע"כ דס"ל להטור דבשמור לי ואשאלך הנדרון על בהמת השמירה, ושייך לומר דחפץ של הבעלים, משא"כ בהשאילנו ואשמור לך דלגבי החפץ הנשאל לא שייך להזכיר דחפץ בעליו עמו, ולפ"ז לגבי החפץ דשמירה בשני האופנים שייך לומר שחפץ בעליו (הנשאל) עמו במלאכתו, ולגבי החפץ דשאלה בשני האופנים לא שייך להזכיר כן [שו"ר שכ"כ בנה"מ] אלא דהטור מפרש כמ"ש מהרש"א דברישא הנדרון על חפץ השמירה, ובסיפא על חפץ השאלה, אבל אין סברא לחלק בין שמירה דרישא לשמירה דסיפא, וכן בשאלה, ואע"פ שהראשון הוא שהתנה מ"מ ע"ד כן נותן לו, וחשיב כל חד בשכר חבירו, וכמו בשמור לי ואשמור לך שכ' הטור דהווי שומר שכר זל"ז, אע"פ שהאחד התנה כן, וה"נ באינך, (ועי' לעיל סק"ח בדברי הרא"ש) וע"כ דרק בלישנא

שע"ד כן התנה, מ"מ אין זה פטור אלא ביטול ההסכם.

ובנה"מ פי' כשהלך להביא הכל שמשאיל, בשעה שמשך השומר את הכלי שניתן לשמירה, ואמנם הדין אמת דבכה"ג חשיב בבעלים כמו באשקין מ"א, דלא גרע בזה שמחויב בדבר [ועי' צ"ט א' בתו'], מ"מ סתמא לית לן לאוקומי בכה"ג כלל, דאם שני החפצים לפניו מוסרם יחד, ואף אם של שאלה בביתו ושל שמירה כאן, סתמא דמילתא מוסר לו לשמירה תחלה, [ועי' סי' רצ"א ס"ה דמתחייב בשמירה מיד שסילקו הבעלים שמירתן לדעת הרא"ש, וא"כ בכה"ג קדמה חיובא דשמירה].

שו"ע ס"ז א"ל כו' ובאו לסטים כו' המחבר לא הזכיר שאלה בבעלים, ואולי סתם משום דשומר שכר פטור מאונסין, וכמו שהעיר הב"ח, עי' לעיל סק"ח בזה, ואי משום השאילני ואשאילך צ"ע דלא מפליג מי משך תחלה, וכמשה"ק לעיל שם, ועש"ך סק"ד ובשו"ע סי' שמ"ו ס"ח, וצ"ע.

שם בהגה מיהו כו' לכאורה יש לדון דאי הוי כשלוחו של ראובן לשמור המשכון, [ואמנם לוי שומר שכר (או ש"ח) וראובן חשיב שואל בהנאה שממשכנו כדמשמע הכא, (ואחריות זו לא משוי ליה בבעלים, וענה"מ סק"ג), מ"מ השמירה בשליחותו], וי"א דשלוחו כמותו לענין בעליו עמו, עי' סי' שמ"ו סע"י ובעובדא דמהרי"ק הי' המלוה עכו"ם, דלאו בר שליחות הוא, ואפשר דכיון ששמעון מסרם, הו"ל שומר של שמעון, וצ"ע בזה, גם צ"ב בשומר שמסר לשומר דאם השני מכח הראשון י"ל דכשלוחו חשיב, אבל אם שומר לבעלים, לא חשיב עמו דשומר (ועפ"ת), ולע"כ בכ"ז.

ממ"ש הרמ"א דהוה שומר שכר זל"ז, מבואר שהשאל ראובן לשמעון בשכר

המשכונות, וצ"ע בסמ"ע ס"ק י"ג שלא כ"כ ועש"ך.

ע"ך סק"ז הביא תשו' הר"ן דהשאילני ואתן לך משכון לא חשיב בבעלים, ומשמע שר"ל אפי' קדם ונתן לו המשכון ונתחייב הלה בשמירתו, וצ"ע למה יגרע מהשאילני ואשאילך, ואמנם להסוברים דגם בזה לא חשיב בבעלים י"ל דה"נ לא חשיב עמו במלאכתו דאין השואל נותן המשכון לטובתו, שו"ר בנה"מ בסוף סק"ג שכ' דמיירי שהשאילו תחלה, וכתב כן בשם התומים סי' ע"ב ס"ק י"ח, ולפ"ז יפטר המשאל אף מפשיעה, ובפשוטו נראה דדעת הר"ן כרש"י דהשאילנו והשאילך לא הוי בבעלים, שו"ר בתשו' שם דלא הזכיר כלל ענין בבעלים, ומתפרש שפיר בקדמה השאלה, או דס"ל דבשמירת משכון לא חשיב בעלים עמו, (במ"ש שם בנה"מ לענין חיוב גניבה ואבידה עט"ז סי' רצ"א סכ"ג, ולע"כ בש"ך שצ"ן לפו"ר כנתה"מ...

י. שם גמ' א"ל לחד מינייהו זיל אפי לן, לכאורה לל"ק דהוה יומא דידיו, לא איצטריכו למימר ליה, והכי הול"ל דההוא דבעי למיזל לאפויי א"ל נטרו כו', אלא דהאמת דשיכרא הוה שתי, והוא לא נתעורר ללכת לאפות, וא"ל שילך לאפות, ונתן להם הגילמא בזמן שלא גמר שתייתו.

שם דההוא שעתא כו' היינו שעת משיכה כדפרש"י, ובלא"ה קשה לפרש שנתברר שברגע הגניבה שתה שיכרא, אבל כשעומד לפנייהם השעה מבוררת, [וצ"ע ברי"ו נ"ל ח"ג שכ' דבעינן עמו בשעת אבידה ולא נתפרשה כונתו ז"ל], ועי' לעיל סק"ד.

שם בההוא אגרא כו' לכאורה הענין שאמר להם דכיון שהוא עסוק במלאכה לא יוכל לשמור בגדיו, וא"כ הו"ל סתמא שמור לי ואשאל לך, ולמה ליה למימר בההוא אגרא, ואפשר דתלמודא מפרש הענין איך נעשו

שומר שכו, אבל אה"נ דסתמא נמי מתפרש כן.

שם ב' לסוף איגלאי מילתא דבלא דעתי שקליה כו', אפשר דאשעת הנחה ולקחה קאמר, אבל אח"כ נתרצה לו, ולא הוה גולן, אלא שבשעת משיכת הסדין לא קיבל הבעלים שמירה [ועי' חידושים ע"ש ריטב"א] ולפ"ז יש ליישב שינוי הלשון דקאמר בלא דעתי שקליה ואח"כ ובלא דעתי אותבי, אע"פ שהסדר הי' איפכא כדאמר לעיל, דאל"כ לא הויא שעת שאלה בבעלים, אבל השתא הוצרך לפרש דבשעה שנטל הסדין או שהסכים על נטילתו, לא ידע עדיין בהנחת הסרבל, דאל"ה הו"ל בעליה עמה ממש.

יא. **צ"ו א'** שאל משותפין ונשאל לו אחד מהן מהו, אפשר לבאר הנדון בסברא, דכיון דענין בעליו עמו, שלא הוציא החפץ מרשותו, וכמש"כ סק"א, י"ל דכיון שאין כל בעליו עמו, (דהאי דעימי' אינו בשליחות חבירו), לא חזינן זה שעמו, כמעכב חלקו ברשותו בזה שהוא עמו, דהא חזינן שהשותף השני מסרו לגמרי לרשותו וזה נדון בסברא אם לראות זה שעמו כמאורע, או כבא לשמור על חלקו, וכן בשותפין ששאלו ונשאל לאחד מהן, י"ל שאינו סומך על אותו אחד, ולכן נשאר עמו, או דמדיהבי' לשותפותיהו, האי דהוה עמו אינו כדי לעכבו ברשותו, ובזה מיושב יותר הא דלא מספק"ל לפטור לגמרי משום דלא קרינן ב' בעליו אין עמו שלם ישלם, וגם לא הוזכר לשון שואל בקרא דנימא כוליה שואל.

ויצוי בתו', ונראה כונתם בקושיתם דאמנם התם המחודש הוא התשלומין, ומש"ה לא מספק"ל שיתחייב חמשה בקר כ"ז שלא הודה בכולן, והכא המחודש הפטור דבעליו עמו, ומש"ה לא מספק"ל שיפטור בכולו, אבל מ"מ קשה אמאי לא פשטינן דמקצת החידוש ג"כ מתקיים, כדחזינן התם, ותירצו דהתם

מסתברא דבחצי יש אותו טעם שבכולו, אבל הכא דלא ידעינן טעם כלל בכולו, מנלן דהאי טעמא שייך במקצתו, (ולפ"ז הו"ל למיבעי נמי דבמקצת בעליו יפטור כולו, אלא דזה נלמד בק"ו מחמשה בקר שאין להסתפק לחדש טפי וכמש"כ בביאור קושייתם), ועי' מהרש"א ורשומר שכו.

ונראה דאם שאל משותף אחד חלקו, ונשאל אותו שותף עמו, חשיב בעליו כולו [ועי' להלן באשה ובעל] מיהו שותפין ששאלו משותפין, ונשאל אחד לאחד, והשני לשני, מסתברא דהיינו בעיין.

ויש להסתפק שותפין ששאלו משותפין ונשאל אחד מהן לאחד מהן, אי חשיב תרי ספיקי לחיובי, עבהגור"א סי' שמ"ו סק שביאר דבתרי ספיקי חייב לדעת הרמב"ם, או"ד כוליה חד ספיקא במשמעות דבעלים ושואל, ולפמש"כ דהנדון בסברא הוי תרי ספיקי, אבל לפירוש תו' אפשר דחד ספיקא הוא, או דאיתא באת"ל דבעליו כולו בעינן, שואל מאי, כיון דלא כתיב בהדיא שואל אלא עמו.

שם שאל מהאשה כו', זכות השתמשות אינו שייך לאשה כלל, וא"כ השואל נוטל הכל מן הבעל, [אלא שיש נדון אם האשה יכולה לעכב על בעלה מלהשתמש בנכסי' להשאלה, אבל גם כשמסכמת אינה בגדר משאיל, וכן במכר קרקע לפירות, אם מסכמת, הבעל הוא המוכר, [ולכאורה יש לדמות שאלה לשכירות דמשתלמת לבסוף ומסתברא דחשיב רווח ביתא בהכי, וגם אינו מכסיף בזמן מועט, ולע"כ]], ולפ"ז הי' אפשר לומר דנשאלה האשה לא מעלה ולא מוריד, ולמאי דקיי"ל קנין פירות לאו כקנין הגוף, אפי' נשאלו שניהם לא חשיב בעליו עמו, דהאשה לא חשיבא בעליו, דלא קרינן בה וכי ישאל איש מעם רעהו, דלאו דידה הוא כלל, והמשאל אינו בעליו הלכך ליכא בכה"ג פטורא דבעליו עמו, (וניחא דבעי לה הכא, כיון שדין קנין

גרע, דלית ליה גוף, וה"נ קיי"ל דבעל לא חשיב בעליו עמו, אע"ג דשותף הוי ספק, - וענמו"י שרצה לפרש דפשיטא לן דבעל לא גרע משותף והנדון אם עדיף משותף וחשיב כוליה בעלים וכוליה שואל.

שם אשה ששאלה כו' לכאורה נראה דנהי דמסקינן לק' ב' דבעל לוקח הוי, היינו דוקא באגרה קודם שנשאת, אבל המשאל לאשה נשואה חשיב שמשאל פירות לבעל, כשלא התנה לצרכי' לחוד, [עי' אה"ע סי' פ"ה סי"א], ולפ"ז מתפרש בפשיטות אשה ששאלה סתם, דממילא הפירות לבעל, [ואע"ג דמכליא קרנא חשיבא אכילת פירות כמ"ש בשו"ע שם סי' פ"ה סי"ג, ועי' גהש"ס לק' ב' ע"ד רש"י, וחשיב קנינו של הבעל קנין פירות כיון שאוכל מכח קנין הגוף שלה, אע"פ שמכלה הקרן], ויש להבין למה פרש"י לחרוש בשדה של נכסי מלוג, ובפשוטו אין לנו ענין לצורך מה שאלה, ושמא בא לאפוקי שלא שאלה לצורך עצמה, דאין לבעלה רשות בה, [נעשו"ע שם סי"א ובב"ש שם, ולע"כ], ול"מ כן, ועוד דלמש"כ י"ל ששאלה סתם ולא פירשה, [וצ"ל נמי דהוי חרישה דהאי לצורך גוף השדה, ולא לפירות דאל"ה נמצא שכל השאלה בשביל הבעל, (דממש"פ רש"י שנשאל לבעל למלאכת עצמו, משמע דבזה ששאלה לחרישת קרקע מלוג חשיבא שאלה לגוף דידה ופירות דבעל וענמו"י ש"כ דבנשאל למלאכת נכסי מלוג פשיטא דחשיב בעליו עמו), ואפשר דאע"פ שהכל לצורך הבעל חשיב כמתעסק בשל אשה ג"כ וצ"ב בכ"ז], וצ"ע, והרמב"ם בפ' משו"פ ההשמיט דינא דאשה ששאלה, כנראה מכח סוגיא דלק' ב', אבל מפשטא דגמ' לא משמע דתליא הא בהא, וע"כ לחלק דשאלה משנשאת אינו כלוקח אלא מיד נעשה כשואל, ועוד צ"ע בכ"ז.

שם מהו קנין פירות כו' [לעיל ל"ד ב' מפליג לה בתרתי בעיי, אבל הכא בשניהם הנדון שוה, והיינו דנקט חד מהו אתרוייהו] יעוי'

פירות לאו כקנין הגוף מחדש שאלה שאין בה בעלים), אבל אין נראה כן מדברי הראשונים ז"ל [וכ"מ בנמו"י (אלא דלשיטתו אין כ"כ ראייה) ועשטמ"ק בשם הראב"ד, וערש"י ד"ה אשה, למלאכת עצמו], ואמנם מהטעם שכתבנו חשיב שפיר הבעל כולו בעליו, כיון שלא שאל אלא זכותו של הבעל, [וכמש"כ לעיל גבי שותף], אבל אכתי צריך רשות מהאשה לגבי שאלת הגוף, דהבעל מוסר לאחריות השואל גם הגוף שהוא של האשה, ולא דמי למוכר קרקע לפירות שאינו מוציא הגוף מרשותה, אבל במטלטלין ע"כ מוסר גם הגוף, ולכן אם שניהם נשאלו לו שפיר דמי, דגם האשה חשיבא משאל לענין הגוף, ואם קנין פירות כקנין הגוף סגי בנשאל הבעל לגבי מה שיש לו, כיון שכל הנאת השואל משל בעל הוא, ולפ"ז מיושב הא דקאמר שאל מהאשה דבעינן הסכמת האשה, אפי' למ"ד דבקרקע א"צ דעתה, [והא דפשיטא לן לק' ב' דאשה ששכרה בהמה מעלמא חשיבא בעלים כשהשאלה לבעל, אע"פ שאין לה אלא קנין פירות, לכאורה נראה דכיון דהנדון להתחייב לאשה כרבנן דר"י, א"כ לגבי זה גם הגוף שלה, וצ"ע בזה], מיהו נשאלה האשה לחוד לאו כלום הוא, כיון שאין לה זכות שמוש [ועתו' דבעיין בבעל לחוד, ובזה ודאי הדין כן], ולמ"ד קנין פירות כקנין הגוף דמי, חייב השואל במה שבעל חייב לאשה.

בשטמ"ק בשם הראב"ד כתב דבעיא דבעל אתיא לצד דאחד מן השותפין חשיב שפיר בעליו עמו, דבעל לא עדיף משותף, [ולפ"ד יש לדון גם בשאל משותף רק חלקו, עי' לעיל], ולפ"ד יש לנקוט בשותפין דפטור, דנהי דלא הוזכר בזה את"ל, אבל כיון דרב אשי ור"א בדר"א דנו בענין בעל, ש"מ דהכי נקטינן, אבל הפוסקים נקטו דבעיא דשותפין לא איפשטא, וכ"כ בריטב"א דבעל חשיב שפיר כוליה בעליו, עיי"ש, ואף את"ל דבשותף חשיב בעליו עמו, י"ל דבעל

נדרים, ואפשר דסתמא מתפרש שמצטרף שיקול דעתו שהרי רק כשירצה יפר, ולפ"ז דמי ממש לבעליו עמו, שמניח הענין לאחריות השליח], ול"ד לתרומה וקדושין שכל המעשה מתיחס למשלח, דההפרה היא חלות מצד עצמה, ויש סברא לומר דרק ע"י הבעל עצמו יש לדיבור זה כח, משא"כ באינך שהבעלות היא מקרית, או שהמעשה מתיחס למשלח, והעיקר נראה בזה כמש"כ [במוקף] שמניח הדבר לשיקול דעתו.

ולפ"ז מובן בעיא דרב עיליש דעבד גרע, דכיון שאינו במעלת המשלח, לא סמכא דעתו, דמשאיל שיהא הוא במקומו בהשגחתו על החפץ, וזה שאינו במצוות הוא גילוי שאינו במעלת בעליו, ואינו יכול להיות תחתיו לגמרי, מיהו היינו דוקא עבד שהסיבה שאינו במצוות היא מפני חסרון שבגופו שאינו ראוי להצטוות כאיש, אבל באשה אין חסרון במה שלא נצטוית כאיש, והו"ל ככהן ששלח את ישראל, דדוקא כששניהם אנשים וראוים לאותו דבר, בזה מגרע הקלקול שבעבד, שזה הגורם שיפטר מן המצוות דאכתי כעכו"ם הוא קצת, ולכן אינו בשלימות להיות תחתיו, משא"כ נשים שבמינן הם בצד השלימות, ולכן אין חסרון לענין בעליו עמו להיות תחתיו, ומיושב בזה משה"ק הגרע"א ז"ל ע"ד הרמב"ן, דמה"ט גם אשה ששלחה עבד אינו כמותה, כיון שבמינו הוא נחות בדרגא.

הא דתנן צ"ח ב' דשלחה ביד שלוחו של משאיל חייב השואל, ע"כ מתפרש שאין המשאיל חפץ שיהא במקומו, דאל"ה תיקשי כיון דשלוחו ש"א כמותו אכתי ברשות משאיל היא וכאילו הוליקה בעצמו, א"ו ה"ק ליה אמור לשלוחך שיביאנה כמעצמו לרשותי, וממילא תכנס לרשות שואל ע"י שנטלה השליח, ומה"ט ל"ק נמי דהו"ל שאלה בבעלים, וכמש"כ לעיל באומר לחבירו שישקה את השואל דהאי שלוחא כאדעתא דנפשי עבד, [ועשטמ"ק בשם הראב"ד שהביא כאן

בריטב"א שאין הכרח לתלות בעיא זו בפלוגתא דקנין פירות, מיהו בסתמא יש לנקוט דמיבעי ליה רק אחד מ"ד אבל לא לשני הקצוות, ולמאי דקיי"ל לאו כקנין הגוף דמי, יש לפרש דמיבעיא ליה אם צריך קנין גוף ליחשב בעליו, או דסגי בקנין דבעל כיון שאינו שואל אלא זכותו של בעל, ואפשר דר"א ברי' דר"א ס"ל דיש לדמות נדון זה לקריאה דביכורים, דלמ"ד מביא וקורא יש ללמוד מזה דבלישני' דקרא הרי הוא בכלל אשר נתת לי, וממילא נקרא נמי בעליו, ולמ"ד אינו קורא, אע"פ שעיקר ההודאה דביכורים על קנין פירות דאית ליה מינה, מ"מ אינו בכלל אשר נתת לי, וה"נ לא חשיב בעליו, והיינו דמיייתי מדבריהם דנדון קנין פירות אי כקנין הגוף דמי, כולל כל האופנים, [ולאהמור לא מצי לאתויי מפלוגתא דיום או יומיים דהתם הנדון איזה עיקר אבל לא בלישני' דקרא, ועוד דהתם למ"ד לאו כקנין הגוף דמי, חשיב בעל הגוף עיקר, ובשמעתין אין הדין כן, ועת'].

יב. שם האומר לשלוחו צא והשאל לי כו' לפמשנ"ת לעיל סק"א דענין בעליו עמו היינו שלא הוציא החפץ מרשותו מתפרש הכא נמי שאמר לשלוחו צא והשגיח על פרתו ולא תניחנה ביד השואל, וה"ה בא"ל צא והשאל לי לשאר מילי, לאפוקי אם א"ל אשקיה לפלוני מיא, דבעינן דוקא שישאל בתורת שליח להיות במקום הבעלים, (והיינו דקאמר האומר לשלוחו, ולא האומר לחבירו) [ועי' להלן בזה], ויעוי' בתו' בראשונים ז"ל שכתבו דהנדון בהבנת לשון בעליו ואישה, או משום כפל הלשון, וגם בסברא אפשר להבין דהני חשיבי קצת כמצוה שבגופו, דכשהוציא החפץ מרשותו, אע"פ ששלח שלוחו עמו, מ"מ כבר הוציאו מרשותו קצת, וקאי באחריות השואל, וכן בנדרים י"ל דכח ההפרה תלוי בגופו, [ובפרט כשמניח הדבר לשיקול דעתו אם להפר או לא, עי' לשון הרמב"ן בה'

ק' תו' ועריטב"א], אבל בעבדו כנעני חשיב כא"ל שתשאר ברשותו עד שיכניסנה לרשותו ומש"ה פריך בגמ' דיד עבד כיד רבו, וליכא לאוקומי דא"ל שלח ביד עבדיך שיוציאנה מרשותך בזה שהוא נוטלה, דכמו שהמשאיל עצמו אינו יכול להוציא מרשותו כשמוליכה בעצמו, ה"ה ע"י עבדו, וכמו שאינו יכול לזכות לאחר ע"י עבד כנעני, [ועבהגר"א סי' שמ"ו סק"י, וצ"ע], ועבד עברי מתפרש דומיא דשלוחו, אבל אינו נחשב כשלוחו של בעה"ב אע"פ שהולך ע"פ ציויו שהרי הוא משועבד למלאכתו.

ובתו' צ"ט א' ד"ה באומר, הקשו בשלח ביד עבדו דהו"ל בעליו עמו, כיון דיד עבד כיד רבו, ודוקא בההיא דהכיסה במקל והיא תבא שעבדו של משאיל במלאכת השואל, דכיון שיצאת מרשות משאיל קיימא ברשות שואל, ועבדו של משאיל מוליכה לביתו, אבל עצם ההכנסה לרשות שואל, לא משוי ליה בעליו עמו, דכל שואל מקבל מיד המשאיל, ותירצו דכי אמרי' דעבד חשיב כבעליו עמו כשבא במקום רבו כו' עיי"ש, ובאמת יש לדקדק לרב דמיירי באומר הכיסה כו' מ"ש עבדו דנקט הא אפי' הוא עצמו הוליכה יש לחייב בכה"ג, כיון שהוציאה מרשותו לאחריות השואל, [דאלת"ה הדרא קו' לדוכתה דיד עבד כיד רבו, ואי מחלקינן בכה"ג בינו לבין עבדו, ממילא ל"ק נמי דהו"ל כבעליו לענין שאלה בבעלים], וע"כ דבהוליקה הוא עצמו הו"ל בעליו עמו, ומש"ה נקט עבדו, דאינו בהכרח כיד רבו [והראב"ד פ"י שאף אמור לעבדך שיכיסה במקל והיא תבא, ולפ"ז ניחא קו' תו', אבל צ"ב מה החידוש, ואפשר דלרבותא נקטי' שאף בכה"ג מתחייב, (א"נ מיירי שא"ל הכיסה והוא אמר לעבדו וזה פרש"י שיכיסה), וצ"ע], ונראה ביאור הדברים דיסוד בעליו עמו הוא שהמשאיל שומר החפץ ואינו מניחו עם השואל לבדו, ודכוותה הא דאמרי' דעבדו במקומו היינו כשהוא שולח עבדו לשמור את

החפץ, אלא דכי היכי דכשהוא עצמו נשאל לא חילקה תורה באיזה ענין נשאל עמו, ה"נ בעבדו כששולחו במקומו, אבל אין העבד בחשיבות כבעליו, והרי הוא כשלוחו, דרק כשחפץ שיהא במקומו הו"ל כמותו, [ועוד דמעלת ההשגחה של השליח והעבד היא כשהבעלים מינה אותם לשם כך, ורק אז חשיבי תחתיו], ובאמת בבעיא דרב עיליש מבואר דאיירי דומיא דשלוחו, והנדון אם יכול להיות כמותו, אלא דלפי פשיטותי' דרבא הי' מקום לומר דבכל גונא יד עבד כיד רבו, מיהו אין לך בו אלא חידושו דכיון דיד עבד כיד רבו, יכול להיות במקומו, אבל לא נתחדש דבעליו עמו לאו דוקא אלא ה"ה עבדו, [ועי' להלן ד"ה ועיקר וד"ה ולכאורה בדברי הרמב"ם דבעינן מדעת בעליו], - בר"ן תירץ לפי שיטתו דעדיין לא נתחייב מדין שואל עד שתבא לרשותו, ובההיא שעתא אין העבד במלאכתו, ויש לעי' דא"כ ה"ה בעלים עצמו, ואפשר דלפירושו בבעלים עצמו מוליכה, ליכא לחיובי' מדין ערב, אפי' אמר לו הכיסה במקל והיא תבא, [והכי משמע בריטב"א], ואחיא מתני' כפשטה דבבעלים מוליכה אינו מתחייב כלל.

ולפי' מש"פ לק' סי' סק"י דהא דקאמר באומר הכיסה כו' ר"ל שהבעלים אינו סומך על העבד, וה"ק ליה ההוצאה מרשותי ביד עבדי כהכשה כמקל ותבא מאליה הוא, והשואל מקבל אחריות כאילו הניחה הבעלים בלא שמירה כלל, מסתבר נמי דגם לענין יד עבד כיד רבו לאו כרבו דמי, שאם הי' מקום לחשבו כיד רבו לא הי' מתחייב כהכיסה במקל, מיהו קו' תו' היא לפרש"י שם [מה שסיימו תו' ששואל את עבדו ר"ל ששלח את עבדו מדעתו לא עדיף מבקשו שישלח את עבדו, ומתפרש כפרש"י ולפרש"כ לק' שם מתפרש שפיר בא"ל שלחה ביד עבדך, ולפ"ז אפשר דכיון ששליחת העבד הוא תנאי ההתחייבות, א"כ חשיב כלא נשלמה השאלה

לגבי יד בעליו עמו, אע"פ שכבר נתחייב, ועי' בזה].

וצ"ב למה מתחייב מדין ערב במתה כדרכה הא מה"מ מ"ל הכא ומ"ל התם, ולא הוצאתה מרשותו גרם, ול"ע בזה כלל שו"ר בנה"מ סי' ש"מ ס"ק י"א שהעיר בזה עיי"ש לק' ס סק.

ועיקר ענין יד עבד כיד רבו לענין בעליו עמו, נראה דכיד רבו אריכתא חשבינן ליה, ולא כבמקום רבו אלא דבעליו ממש עמו, ע"י ששלח עבדו שהוא כאחת מידיו, והיינו דמדכר יד עבד ולא קאמר עבד כרבו, דאין הענין מכח העבד, אלא כידיא אריכתא דבעליו דמי, ולכן פשוט דבלא דעת רבו [אפי' כשמותר מדין גזל] אין שייך לייחס המעשה לאדון כלל, אבל במ"מ פ"ב משו"פ כתב הטעם שאין בידו לחוב לרבו, ומשמע דחשיב בעליו עמו אלא שאינו רשאי להיות עמו, (וד"ז מבואר במתני' צ"ח ב' דעבדו של שואל אין ידו כיד רבו לקבל הפרה, כשלא שלחו רבו וכבר כ"כ בבהגר"א סי' שמ"ו ס"ק י"א), ולפ"ד משמע דכל שהסכים רבו שישאל אפי' שלא שלחו רבו במקומו חשיב כיד רבו, [ועי' לק' ד"ה ולכאורה], וכ"כ בבהגר"א סי' שמ"ו סק"י וכ"כ בגליון הגרע"א ז"ל שם בשם הלח"מ [ואולי ס"ל בקו' תו' כתירון הר"ן או דמפרש כהראב"ד הובא לעיל עי"ש], ובנה"מ סק"ב מוקי לה כגון שנשאל במקום רבו בלא ידיעתו, עיי"ש, ולפמשנית' הענין של במקום רבו הוא מפני שרבו רוצה שימלא מקומו, וזה משכח"ל כשרבו נשאל בעצמו, כמ"ש תו', אבל בלא ידיעת רבו אע"פ שעשה מלאכת רבו, לא חשיב טפי כיד רבו עיי"ז, (אא"כ נימא דמדין זכין ידעין דניחא ליה לרבו בהכי, אבל הכא מיירי בדלא ניחא ליה לרבו בהכי, מפני שמפסיד החפץ), - יעוי' בפ"ת שם סק"א בשם הח"ס דבנשתעבד המשאיל תחלה ושלח שלוחו במקומו חשיב לכו"ע בעליו עמו, ולכאורה זה נסתר מדברי התו'

הנ"ל, ואפשר כונתו כשלא נפטר משעבודו עיי"ז, וחשיב עמו במלאכתו כיון שאם לא יתעסק השליח במלאכה, יצטרך הוא לעבוד או להעמיד אחר במקומו, וצ"ע בד"ז, ובדברי התשו' שם.

שם גמ' תיבעי למ"ד כו' בפשוטו היינו לישנא דתלמודא דלא נפשוט מבעיא דרב עיליש דהלכה כר' יאשיה או כר"י, דמשמע שר"א בדר"א הוא חידש לתלות בעיא דשלוחו בפלוגתא דתנאי, ורבינא ור"א לא שמיע להו הא מילתא, ואם איתא דהיינו לישני' דרב עיליש א"כ מדר"ע ורבא שמעינן לה, [וכ"כ בבהגר"א שם סק"י בדעת הרי"ף], מיהו אכתי ליכא למיפשט ממסתברא דרבא דהלכתא כר' יאשיה, דאפשר דמדין שלוחו לכו"ע לא מהני עבד, ומש"ה הוצרך לטעמא דכיד רבו, ונפ"מ לפ"ז דעבד אינו נעשה שליח לאחר, דזה יש לפשוט מדרבא, אי משום דהלכה כר' יאשיה או דעבד גרע אף לר' יונתן, וכ"כ הגרע"א ז"ל בגליון השו"ע שם [ועי' להלן], אבל בבהגר"א שם כתב דהרי"ף פשט מלישני' דרבא דהלכתא כר' יאשיה, וכמ"ק מדברי הראשונים ז"ל דאי לאו דרבא פשט לר"ע כפי שאלתו, ה' אפשר לדייק מלישני' דדוקא עבד, ושמא משמע להו דיד עבד כיד רבו היינו דלא מיבעיא שהוא כמותו אלא שעדיף מיני', אבל אם לא ה' כמותו מפני שאינו בר מצוה, לא היתה ידו כיד רבו, וצ"ע, ויעוי' ברמב"ן שם דדין עבד של אחר לא איפשיט מדרבא, והיינו לשיטתו דהכל לישני' דרב עיליש, אבל למ"ש הגר"א יש ללמוד מדרבא דרק לרבו מהני וכמ"ש, (מ"ש בבהגר"א עוד ראייה לפי' הרי"ף, לא נתפרש לן איך מיישב קו' תו' להרי"ף, וצ"ע).

ולכאורה יש להוכיח מדברי הרי"ף דיד עבד כיד רבו רק מדעתו ובשליחותו, דאל"כ מאי פשיטותי' מדרבא, דילמא איצטריך לאשמועינן דעדיף משליח, דאפי' שלא

בשליחותו כיד רבו דמי, א"ו רק כעין שליחות מהני בעבד.

ולפמשנ"ת תלמודא מפרש בדרכ עיליש תיבעי למ"ד כו' כי היכי דלא נפשוט מבעיא ידי' בפלוגתא דר"י ור"י, יש ללמוד מזה שאין הכרעה בפלוגתתם, דאל"ה הוה לן לפרושי מילתי אליבא דהלכתא, וזה כדעת הרמב"ן וש"פ.

יג. **צ"ח ב' או"ד** כיון דשייכא במקצת כו', בפרש"י משמע דמגניבה ואבידה מיהת מיפטר, והנודן לענין אונסין, שכ' בד"ה שכרה בבעלים כו' ומתה כדרכה וחיוב זה כו' [משמע דהנודן על מתה דוקא], מי אמרי' שאלה לענין אונסין כו' דחיוב גניבה ואבידה שעליו יש לתלות כו' ופטור אף באונסין, ולא מתיישב הדבר בסברא, אבל לפ"ז מבואר היטיב לשון הגמ', וכבר העיר ברשומר שכר דממשה"ק תו' על פרש"י משמע שלא פי' כן בכונת רש"י, דלפי' נוחא שפיר בעיא בתרייתא כיון דגם בשעת שאלה הי' פטור מחיובי שכירות, ובאמת צ"ב לפרתו' מאי קאמר כיון דשייכא במקצת כו' הא לכאורה הצד לומר דשייכי בהדדי, הוא משום דחילוקי הדינים אינם משנים עיקר הענין, דסו"ס בתרוייהו קיבל בהמתו להשתמש, או"ד כיון שבשואל נתוספו חיובים, ש"מ שקיבל ממנו דבר נוסף, וזה לא הי' בבעלים, ונראה דעכ"פ לפי הבנת תו' זה בא רש"י ליישב, דכשדנים על חיובי גניבה ואבידה יש סברא לומר דנמשך חיובו מכח השכירות, דנהי דנוסף חיוב לענין אונסין, מ"מ לענין המקצת שייכי בהדדי, [גם צ"ב לפירוש תו' דפשיטא לן דתרי שייכי לא אמרי', ומ"מ הדרא שאלה לדוכתה, דבפשוטו פסקה שאלה ע"י השכירות טפי מתרי שייכי, ועהג"א מ"ש בזה ובפשוטו נראה כצד אחרון, תדע דג' שכירות לא איבעיא לן, וה"ה שאלה ושאלה ושכירות, וכיון שכן מסתברא דה"ה שאלה שכירות שכירות].

ולפ"י הראב"ד דאיירי שמיד כשמסר לו שאלה לכך וכך ימים ואח"כ תהא אצלו בשכירות, אלא שהיתה השאלה שהיא תחלה, בבעלים, ובזמן התחלת השכירות לא הי' בעליו עמו, מיושב הענין יותר, [וגם מיושב לפ"ז הא דמסדר ליה בגמ' אמתני' דהכא ולא אמתני' דשאלה בבעלים משום דאיירי בשאלה חצי יום ושכרה חצי יום, וכמ"ש הראב"ד], ולפ"ז הנדון אם מתחדש בשאלה ענין מחודש בזמן שהיא שאלה לבתר שכירות וקרינן ב"י וכי ישאל מעם רעהו, או דחשיב שכר התחילה בזמן המסירה כיון דשייכא במקצת והתחיל מיד חיוב גניבה ואבידה עד סוף הזמן שהיא אצלו, ולפ"ז נראה בבעיא דשאלה שכירות ושאלה, דע"י דהדרא שאלה לדוכתה חשיבא גם השכירות בבעלים, דע"י חזינן הכל כענין אחד, ועדיין צ"ע בכ"ז, (ועי' ירו' סוף ה"ג השאילני פתך לאחד עשר ימים א"ל סב"ה מן כבר [שו"ר ד"ג לאחר עשרה, וכן עיקר], משמע דר"ל שאחר ששאלה לעשרה ימים חזר וביקש להוסיף יום נוסף, וקאמר דחייב, וסבה מן כבר, ר"ל שכבר נטלה [נסבה] ואולי מיירי לאחר זמן שאלתה אלא שלא החזירה עדיין).

והרמב"ן כתב דמשמע דבכה"ג שמתחלה מסר לו לשאלה ולשכירות פשיטא דחשיב הכל בבעלים בכל האופנים, ולפ"ז אף לחומרא בשכרה שלא בבעלים, אע"פ שבזמן תחלת השאלה הי' בעליו עמו מ"מ חשיב שעת שאלה בשעה שמסרה לו לשכירות וחייב, ולפ"ז מודה הרמב"ן דההיא דלעיל צ"ו ב' באוגר מינה פרה מיירי כשאח"כ נתחדש ענין הנשואין, ואפשר דכשמפרש שהשאלה או השכירות שאח"כ תהא בבעלים, יכול להפריד ביניהם ע"ז, וא"כ הנשואין חשיבי כענין אחר גם כשידעו כן מתחלה, ועו"ל דכיון שזה תלוי במעשה אחר, לא מתייחס הכל למסירה ראשונה, מיהו בראב"ד נראה דבאמת מיירי כשנתחדש ענין הנשואין אח"כ.

ולכאורה עד כאן לא קמיבעיא לן ליה
 לראב"מ אלא בשאלה ושכירות
 אבל בשאלה ושמירה שהם שני ענינים
 נפרדים ודאי דלא שייכי בהדדי, מיהו שאלה
 ואח"כ שמירה י"ל דמישך שייכי, דמעיקרא
 נמי הוצרך לשמרה, ואפי' להראב"ד שואל

בבעלים שנעשה שומר שכר בזמן שכלתה
 שמירתו אין סברא לחייבו, מיהו צ"ע
 להרמב"ן בהתנה מתחלה על שמירה ואח"כ
 שאלה אי חשיב הכל בבעלים, והכי מסתברא
 דמשמע שכל הנמשך ממשיכה ראשונה כענין
 אחד חשיב.

סימן יד

בדיני שמירה שומר שבר וש"ח

וּלְפִי' נִיחָא דְלֹא מְצִינוּ שְׁמוֹר שְׁכָר חַיִּיב
לְהַעֲמִיק כִּסְפִּים טַפִּי מִטְפַּח, בִּשְׁעָה
שִׁיּוּדַע שְׁלֹא יוּכַל לְהַעֲמִיד עֲצָמוּ מְלִישָׁן, דּוּדָא
סָגִי בִּשְׁמִירָה דְטַפַּח בְּקִרְקַע, וְכִיּוֹן שְׁעָתָה אִינוּ
חַיִּיב לְעֲמוֹד בְּעֲצָמוּ, אִינוּ מַחֲוִיב טַפִּי מִשְׁ"ח,
מִיְהוּ לְעֲנִין שׁוֹר מְצִינוּ חִילּוּק בַּחֲוִיב שְׁמִירָתָן
בְּ"ק מ"ה א' [ועי' בראשונים בזה] וְכֵן לְעֲנִין
הַשְּׁבָה לְגִינָה שְׁאִינָה מִשְׁתַּמְרָת שֶׁם נ"ז א'
(וְעַב"ק צ"ט ב' וְלַע"כ בִּזָּה, וּבִסְפָּר מִרְן
זִלְלָה"ה בְּ"ק סוֹף ס"ז דֵּן אִם חֲוִיבֵן מִדִּין
שׁוֹמְרִים, וְצ"ע דְּבִשְׁלַחֲנִי מִשְׁלָם עַל הַדִּיבּוֹר,
מִיְהוּ בִּאֲמַת לֹא הוֹזָכַר עַל שְׁלַחֲנִי בִּגְמ' אִיִּיתִי
רֹאִיָּה רַק עַל טַבַּח, וְלַע"כ), אֲבָל גַּם מִזֶּה מוֹכַח
דִּישׁ זְמָנִים שְׁמוֹמֵר שְׁכָר פְּטוֹר מִלְּעֲמוֹד אֲצֵל
הַבְּהֵמָה, דֵּהָא וּדְאִי אֵילּוּ הִי' שֶׁם לֹא נִפְקָא,
וְכִלְלָא דְּמִילְתָּא דְכ"ז שִׁיכּוֹל לְשַׁמְרָה בְּעֲצָמוּ,
אִינוּ יוּכַל לְפָטוֹר עֲצָמוּ בִּשְׁמִירָה פְּחוּתָה מִזֶּה,
אַלֵּא כָּל שְׁאִילוּ הִי' שֶׁם הִי' מְצִיל, חַיִּיב, אֲבָל
כְּשֶׁא"צ לְשַׁמְרָה בְּעֲצָמוּ, חַיִּיב לְהַכְנִיסָה לְמִקּוֹם
הַמִּשְׁתַּמֵּר, כְּדִנְטָרִי אִינְשִׁי אוֹ נְטִירּוֹתָא יִתִּירָתָא.

וַיֵּשׁ לַעִי' א"כ מְצִינוּ שְׁמוֹר שְׁכָר מִשְׁלָם כָּפֵל
בְּטַט"ג בְּזִמָּן שֶׁהִי' מוֹכֵרָה לִישָׁן, וְהִרְמַבְּ"ן
תִּירָץ בִּזָּה דֵּהָאִי שְׁעָתָא דְנֶאֱנָס כְּאִינוּ שְׁמוֹר
שְׁלוֹ דְמִי, וְהִרְשַׁב"א הֶעֱתִיק דְּבִרְיוֹ לְעֲנִין קִפְץ
עֲלִיו חוּלִי, [וְאִמְנָם כ"ה בְּרַמְבַּ"ן וְעִי' הֵלָן
בִּזָּה], אֲבָל לֹא נִיחָא לִיָּה לְמִימַר דְּכָל שְׁמוֹר
פְּסָקָה שְׁמִירָתוֹ בִּשְׁעָה שְׁנֶאֱנָס בְּשִׁינָה, וְלִכְּן
נִשְׁאָר בְּקוּשִׁיא דְּלַפ"ז מִשְׁכַּח"ל כָּפֵל בְּשׁוֹמֵר
שְׁכָר כְּשֶׁנֶּאֱנָס בְּשִׁינָה, וְעִי"ש, [שו"ר דְּעִיקָר
טַעמִי דֵּהִרְשַׁב"א מִפְּנֵי שֶׁלְּפִירוּשׁוֹ מְבֹאָר
בִּהְדִּיא בִּגְמ', דְּאוֹנֵס שִׁינָה לֹא פֶטוֹר, וְעַמְשָׁנ"ת
בִּזָּה לִק' סָק"ג], וְהִנֵּה הִרְמַבְּ"ן הֵנִיחַ ד"ז בְּצ"ע
אִם שְׁמוֹר שְׁכָר שְׁטַעֲן נִגְנָבָה בִּשְׁעָה שֶׁהִי'
אִינוֹס, מִשְׁלָם תְּשֻׁלוּמֵי כָּפֵל, וְהִרְיָטב"א וְהִרְ"ן

א. צ"ג א' אָמַר מֵאִי הו"ל לְמַעֲבַד הָא נָטַר
כְּדִנְטָרִי אִינְשִׁי, נִרְאָה דְּגִנְיָבָה
חֲשִׁיב טַפִּי אִינוֹס, וּמ"מ חַיִּיב, אָף דֵּהָכָא אֵין
הַנְדוֹן בַּחֲוִיב גִּנְיָבָה וְאִבִּידָה דְּכֹתִיב בְּקָרָא גְבִי
שׁוֹמֵר שְׁכָר, אֲלֵא בִּדְעַת בְּנ"א אִם מִתְחַיִּיב
כְּדִנְטָרִי אִינְשִׁי, אוֹ דֵּא"ל לְהַכִּי יִהְיֶה לָךְ אֲגָרָא
לְנִטְוִירִי לִי נְטִירּוֹתָא יִתִּירָתָא, וּבַחֲזוֹנִי מֵתָא מוֹדָה
רַבָּה דְּדַעַת בְּנ"א כֵּן, אַע"פ שֶׁבַּחֲוִיבֵי גִנְיָבָה
וְאִבִּידָה דְּקָרָא אֵין חִילּוּק בֵּין סַתָּם שׁוֹמֵר שְׁכָר
לְחֲזוֹנִי מֵתָא, וּבִיאוֹר הַדְּבָרִים דְּזִמְנֵי הַשְּׁמִירָה
וְאוֹפְנֵי הַשְּׁמִירָה נִקְבָּעִים לְפִי מָה שֶׁהִסְכִּימוּ
בִּנְיָהִם וְזֶהוּ כְּפִי דַּעַת בְּנ"א, וְע"ז נֶאֱמַר בְּתוֹרָה
שְׁמוֹמֵר שְׁכָר מִתְחַיִּיב בְּכָל מָה שְׁאִירַע מִמִּיעוּט
שְׁמִירָתוֹ, אַא"כ הִי' אִינוֹס, אֲבָל ש"ח יוּכַל
לְפָטוֹר עֲצָמוּ בִּשְׁמִירָה פְּחוּתָה אַע"פ שֶׁהִי' יוּכַל
לְשַׁמּוֹר יוֹתֵר, אֲבָל מָה שֶׁהַשְּׁמוֹר שְׁכָר לֹא
נִתְחַיִּיב לְשַׁמּוֹר, אִינוּ צָרִיךְ לְהִיּוֹת אִינוֹס, דֵּאִפִּי'
יוּכַל בְּקָל לְהַתְעַכֵּב טַפִּי מִדְּעִילִי אִינְשִׁי, אִינוּ
מַחֲוִיב בְּדִבְרֵי, וְכֵן לְמִינָם פּוֹרְתָא אַע"פ שִׁיכּוֹל
לְהַעֲמִיד עֲצָמוּ.

מִיְהוּ כ"ז דְּלֹא עִיִּילִי אִינְשִׁי אִינוּ יוּכַל לְפָטוֹר
עֲצָמוּ בְּמַחֲצִיזָה שֶׁל בְּרוֹזֵל, אַע"פ
שֶׁשְּׁבִירָתָה אִינוֹס, דְּמ"מ הוּא אִינוּ אִינוֹס
לְהַסְתַּפֵּק בִּשְׁמִירָה זֹה, שֶׁהִי' יוּכַל לִישְׁאָר כֵּאֵן,
וְזֶה עֲדִיף מִמַּחֲצִיזָה שֶׁל בְּרוֹזֵל, וְאָף לְרַבָּה הַדִּין
כֵּן, וְלִכּוֹ"ע לֹא נִתְחַיִּיב טַפִּי מִנְטִירּוֹתָא יִתִּירָתָא,
שֶׁאִם אִינוּ יוּכַל לְעֲמוֹד בְּקָרָה בְּלִילָה פְּטוֹר,
וְזֶה אִינוּ מִפְּטוֹר אִינוֹס דְּנִשְׁבֵּר אוֹ נִשְׁבָּה, אֲלֵא
דְּלֹא נִתְחַיִּיב אֲלֵא נְטִירּוֹתָא יִתִּירָתָא, וְכַמ"ש
הִרְמַבְּ"ן מ"ב א', וְלְרַבָּה אִם טַעֲן נִגְנָבָה בִּשְׁעָה
דְּעִיִּילִי אִינְשִׁי, אוֹ לְדִידָן בִּשְׁעָה שֶׁהוּא עֲצָמוּ
מוֹכֵרָה לִישָׁן, לֹא שְׁמוֹר שְׁכָר הוּא בְּאוֹתָהּ
שְׁעָה, [שו"ר בְּרַמְבַּ"ן בְּשִׁמְעָתִין עִי"ש].

שחייב בגניבה ואבידה, ומה"ט נמי ל"ק משמירה בבעלים, דכל עיקרנו אתינן לשומר שכר שחייב בגניבה ואבידה, וכמש"כ, [ועי' לק' סק"ב מש"כ בשם אמו"ר שליט"א בהערות פ' בתרא דשבועות].

ברם בדין טט"ג באבידה לכאורה הו"מ לשנויי דמיירי בשעה ששומר שכר ג"כ פטור מגניבה ואבידה, אלא דעדיפא מינה משני, א"צ דחיקא ליה לאוקומי סתמות מימרא דר"י בכה"ג, ואפשר דאי שומר אבידה שומר שכר, ע"כ לפרש שיש דין טט"ג בשומר שכר, דאל"כ לא הו"ל לפרושי קרא בטט"ג באבידה, וכיון דמתפרש שיש דין טט"ג בשומר שכר, וקרא קמ"ל דאף בשומר אבידה הדין כן אע"פ שלא מסרו לו הבעלים, ע"כ לפרש דבגונא דשומר שכר שחייב בגניבה ואבידה, איכא דין טט"ג, וכמשנ"ת לעיל דהא דמשכח"ל בגונא שהוא פטור מחיובי שומר שכר, לא חשיב דמשכח"ל בשומר שכר.

ואפשר דהרמב"ן נמי פשיטא ליה באונס שינה כמש"כ, דדברים שהם בדרך הרגיל, מתפרש לדידן כמו לרבה, דבעידנא דעיילי אינשי לא נתחייב לשמור בעצמו, ולדידן נמי לאחר הזמן דעיילי אינשי, כשחוטפתו שינה דודאי לא מצי א"ל להכי יהבי לך אגרא, שישמור כשאינו יכול לשמור, ורק להוסיף בשמירה טפי מדרך בנ"א מהני האי טעמא, ובזמן שהוא פטור משמירה פשיטא דפטור מגניבה ואבידה אבל במאורע שקפץ עליו חולי, אין לחשבו כעל בעידנא דעיילי אינשי, שהרי אינו שומר כפי שהתנו, אלא שהוא אנוס, משא"כ בשעה שנאנס בשינה, שע"מ כן נתן לו בעה"ב (תדע דמי שנאנס ואינו יכול לשמור חייב להודיע לבעה"ב, וגם אינו מקבל שכר שמירה, ומי שנאנס בשינה הרי ע"ד כן נתנו לו), ולכן צידד הרמב"ן בזה שיהא פטור מכפל, שאין מצב זה מתנאי השמירה, אלא כנפטר משמירה דמי, ואמנם אם החולי גורם שאינו יכול

והנ"י העתיקו דפטור, אבל קשה דא"כ ש"ח שטען נגנבה, בשעה שהי' מוכרח לישן, ג"כ אינו משלם כפל, ולא מצינו חילוק בש"ח באיזו שעה טוען שנגנבה, וגם בסברא אינו נפטר אלא אם שמרה כראוי, ונמצא שטענת גנב פטרתו, ואם ש"ח חייב בכה"ג, יש לחייב גם בשומר שכר, שאינו נפטר אלא משמירה מעולה, אבל יש לו לשמרה באופן שכשיאנס בשינה לא תאבד, וכיון שהוא חייב בשמירה הרי הוא בדין טט"ג בש"ח.

ואפשר דבכה"ג הו"ל שומר שכר שפטור בגניבה ואבידה, שהרי ע"ז לא נאמר אם גנב יגנב מעמו ישלם, ולכן לא שייך לפרוכי מיני', ול"ד לטוען טענת לסטים מזויין, שבאותה שעה הוא בדין שומר שכר שאם נגנב חייב, ומשום שבויה מיפטור, אבל כד אתינן למיגמר חיוב גניבה ואבידה בשואל משומר שכר שפטור מאונסין וחייב בגניבה ואבידה, ליכא למפרך מה לשומר שכר שכן משלם תשלומי כפל כשפטור מגניבה ואבידה, דלא אתינן למילף אלא משומר שכר שחייב בגניבה ואבידה, הגע עצמך אם שואל הי' פטור מגניבה ואבידה, הרי בפשוטו ג"כ הי' משלם כפל בטט"ג, וכי שייך למעבד פירכא משומר שכר כשפטור מגניבה ואבידה הרי גם שואל אם יפטר מגניבה ואבידה יהא חייב כפל, אם לא נגמר משומר שכר לחייבו, [ועתו' מ"ב א' בזה, ולק' סק"ב נתבאר], א"ו כל הפירכא רק משומר שכר שחייב בגניבה ואבידה, ומ"מ משכח"ל דמשלם כפל, וזה לא משכח"ל בשואל, [מיהו לפי האמת שואל חייב בכל גניבה ואבידה, כיון דהפטור של אונס בשומר שכר, הוא מפני שלא נתחייב בשמירת שומר שכר במצב של אונס, כמו בדעיילי אינשי לרבה, אבל שואל נתחייב בדין שואל כל הזמן, וממילא אין חילוק אצלו בין אנוס לאינו אנוס], וכן בברייתא דמייתי ב"ק נ"ז ב' לא שייך לפרוכי משומר שכר שפטור מגניבה ואבידה, דכל הלימוד הוא לחייב שומר שכר

לשומר בעצמו אבל יכול להניחו בקרקע, חזר דינו כש"ח, ובטט"ג חייב, ואם החולי גורם שלא יוכל לשמור כלל, י"ל דבאמת אף ש"ח פטור מכפל בטט"ג בכה"ג, שהרי אומר שלא הי' שומר באותה שעה.

(ויתכן) דשומר שכר שטוען שקפץ עליו חולי, וכן ש"ח, אינו בדין שבועת השומרים, אלא עליו להביא ראיה שנפטר משמירה באותו זמן, וכגון דלית ליה מיגו דלהד"ם או החזרתי, מיהו ל"מ כן, ואפשר דגם בזה מתייחס האונס לחפץ, דמ"ל נפל הכותל מ"ל נפל השומר, (עי' בדין מעביר חבית ונתקל), ולע"כ בזה).

נמצא לפ"ז דחייב גניבה פירושו כל שאילו הי' שם הי' מציל, דרק בלסטים מזוין אמרי' שלא הי' יכול להציל, אבל כל גנב מיטמר מאינשי, [ועב"ק ע"ב ב', ובגמ' בסמוך לוקי גברא להדי גברא], וזהו מה שנאמר בשומר שכר שאינו יכול ליפטר מגניבה, דאפי' עשה מחיצה של ברזל, מ"מ הרי אילו הי' שם הי' מציל, ובשעה שאינו מחויב להיות שם, לא שייך לחייבו בטענה דאילו הי' שם הי' מציל, ולכן לא שייך לומר דמצינו שומר שכר שפטור מגניבה ואבידה, שהרי לא נתחייב לשמור בזמן זה.

ובאמת אין חילוק בין גניבה לשאר אונסין, אלא דסתם גניבה אילו הי' שם הי' מציל, וסתם שבורה ושבויה ומתה לא הי' מציל, וכ"מ במכילתא (סי' קנ"ה) דדריש אקרא דמת או נשבר או נשבה עדיין אני אומר השבר והשבי בין שיכול להציל בין שאין יכול להציל ת"ל ומת כו' רע"א כו' חזר ודנן מן גניבה, (ועי"ש סי' קס"ב, הובא ברש"י בחומש), ומבואר מזה דר"ע דן לחייב שבורה ושבויה שאפשר להציל מגניבה, וש"מ נמי דגניבה היינו שאפשר להציל אילו הי' שם.

ואם באנו לחלק בין אירע האונס בחפץ או בשומר, נצטרך נמי לומר דבא זאב אחד ואירע לשומר שלא יכול להציל, דחייב, דאין

לנו מקור להחמיר בחיוב גניבה טפי, ובגמ' צ"ד ב' אמרי במערבא דילפינן חיוב אבידה מק"ו דגניבה, ואם בגניבה נתחדש חיוב אף באונס גמור, א"כ מנלן למיגמר אבידה מיני', הרי שבורה ושבויה לא גמרי מגניבה לחייב באונס, א"ו גניבה פירושו שאינו אונס בכך, ונדון אונס דגוף השומר אינו ענין לגניבה, דה"ה שיש לדון בזה בשבורה ושבויה, דאין להחמיר בגניבה משום שם גניבה, תדע דבאבידה ודאי אין להחמיר טפי משבורה ושבויה שהרי לא נאמרה אבידה בתורה, ואם בשבורה ושבויה כשנאנס פטור, ה"ה באבידה, וממילא ה"ה בגניבה, [ועוד מבואר שם בגמ' דמשבורה ומתה יש ללמוד לחייב שבויה בשואל, אי לאו דאונסא דלא סליק אדעתא הוא, וש"מ דכל עניני אונסין חד, ואם חייב באחד חייב בכלהו], וצ"ע ברא"ש מ"ב א' שכ' להחמיר בגניבה משום שם גניבה, דבגמ' הנ"ל ובמכילתא ל"מ כן, וגם בירו' שהביא הרא"ש, אינו מחלק בין הצלת גניבה לשאר אונסין.

ויעוי"ק דאם באנו לומר דבשם גניבה חייב אפי' אונס, א"כ יש לקיים ד"ז אף לרבה, דלא נחלקו אלא בדעת בנ"א דיהבי אגרא, וא"כ מאי פריך ליה אביי מותפול שבא ותקחם, הא ע"כ אף לרבה לא מיפטר אלא בכה"ג, דהא בעינן דלהוי שבויה, ובעל בעידנא דעיילי אינשי הו"ל גניבה, א"ו בכה"ג מיפטר לרבה אף מגניבה, וכיון דלרבה לא חמיר שם גניבה, יש לקיים ד"ז לכו"ע, שו"ר בקצוה"ח ונה"מ סי' ש"ג בזה, ועי' לק' סק"ג.

ויעוי' בלשון הירו' שהעתיקו הראשונים ז"ל מס"פ המפקיד, ובדפוסים חדשים נוסף כן ע"פ החדיד"א מכת"י, [ויעוי' בישומר שכר ובהגר"א שלא מצאו כן בירו' ועי' בזה לק' סק"ג], ולפנינו בירו' פ"ח דשבועות ה"א מסיים הכי שנאמר בשומר שכר אין משערינן אלא בגופו [וערא"ש נ"ז א'] כו' אין אומרים אילו הי' "אחר" שם יכול להציל כו', ותיבת

"אחר", לא נמצא בהעתקת הראשונים ז"ל, [וכנראה הוא השמטת המעתיק של החידושים, מדלא ביארו בזה דבר, וכן בנדמ"ח בירו' איתא תיבת אחר], ולפ"ז הכל מפורש בירו' דינו דשומר שכר נמדד בגופו כל שאילו הי' שם הי' יכול להציל חייב, ואם לאו פטור אע"פ שאחר הי' יכול להציל, דהאונס נקבע לפי השומר, דלא סגי ליה בפחות, ולא בעי טפי, הלכך שומר שכר חולה או זקן משערין בו, וה"ה אונס שינה וחולי וכמשנ"ת, ועסק"ג.

ב. מ"ב א' תוד"ה אמר, כגון שהעמיק בקרקע ק' אמות, ברא"ש סיים שא"א לגונבם אלא ע"י מחילות בקרקע, ור"ל שלא הי' מספיק לחפור כ"כ בעומק, בהעדר הבעלים מביתו, אבל אם חפר כמו שהשומר חפר, לאו אונס הוא, ויש להסתפק לדעת הרמב"ן ודעימי', היכא שעמד השומר אצל החפירה ונגנבו במחילה תחת הקרקע אם חייב, דודאי דבר הגון הוא להטמין המעות ולא להניחם לפניו מגולין, ואפשר דאם הוא בדרך נס ופלא באמת פטור, דחשיב כעשו לו כישוף ואחזו עיניו שלא יראה, וכדרך והפשילן לפניו ועשו נקב בכיס באופן שאין שייך שיראה, דכל כה"ג כיון דליכא למימר אילו הי' שם הי' מציל, חשיב כשבויה, ולא שייך להזכיר כן בגמ' כיון שזה אירע בדרך נס, ואפשר דהשומר לא מהימן לטעון כן, ורק כשיוכיח שהי' כך מיפטר, וכיון שכן לא משכח"ל ט"ג כה"ג.

שם או שתקפתו שינה, יעוי' לשון הרא"ש וטוש"ע שכתבו נס בעידנא דניימי אינשי, ועמשנ"ת בזה לק' סק"ג.

שם בא"ד דבלא"ה נמי מצי למימר וליטעמין כו' בבעלים, בתו' ב"ק נ"ז ב' כתבו דאפשר דפטור מכפל כה"ג, והטעם משום דאין הגניבה פוטרתו, אלא זה שהי' בבעלים, ול"ד להעמיק מאה אמה דאע"פ שצריך לטעון שהעמיק כ"כ ובלא"ה אינו נפטר בטענת

נגנבה, דגם בש"ח צריך לטעון ששומר כדינו, ורק אז נפטר בגניבה, כדאמרי' בשמעתין בלא שמרם בקרקע, ובירו' שבועות פ"ח הדריש לה מקרא וגונב מבית האיש ולא מראש גגו, ר"ל דדוקא כששמרן בביתו מיפטר ש"ח בגניבה, ומ"מ כשטוען שאירעה גניבה חשיב שפוטור עצמו בטענת נגנבה וה"נ בשומר שכר כשטוען נגנבה אחר ששומר כדינו, [ואף שיש לדחות דטענת נגנבה סתמא פירושה שאירע דבר קרוב לאונס, ואם לא שמר בקרקע, א"י לטעון נגנבה, דלא חשיבא גניבה, משא"כ בשומר שכר דכל ששומר מפשיעה חשיבא גניבה, ונמצא דאינו נפטר בגניבה לחדוד עד שיוסיף לפרש ששומר כדינו, מ"מ אין נראה כן, דגניבה פירושה שנלקחה ע"י אדם דמיטמר מאינשי, ולפי הלכות שומרים הורגלנו לנקוט גניבה ואבידה למצב שבין פשיעה ואונס, אבל כל שנלקח ע"י אדם בגניבה חשיב שפוטור עצמו בטענת בגניבה, ומה"ט חשיבא טענת ליסטים מזויין טענת גנב למ"ד גנב הוא, אע"פ שהוא בכלל שבויה דקרא וכו"מ בירו' הנ"ל לענין נגנבה מראש גגו, ברם שוב שמעתי מאמור"ר שליט"א דמחלק כן [וכ"כ בהערות שבועות פ' בתרא] והיינו כיון דענין ט"ג גזיה"כ הוא, בעינן שתהא טענת גניבה בעלמא, ולא כשצריך להוסיף בטענה שאירע דבר משונה, דבזה חשיב עיקר הפטור במעשה שאירע, ולא במעשה הגניבה מיהו אכתי צ"ב בנגנבה בלילה, דאונס שינה אינו מאורע משונה, משא"כ בשמירה בבעלים שאין הפטור מתייחס לאופן השמירה והמאורע ואפי' אם צריך לישבע שא"ב, עי' נה"מ סי' ש"א ס"א, [שו"ר בקצוה"ח ונה"מ סו"ס רצ"א בזה, ודנו בדברי התו' עיי"ש], מ"מ א"צ לישבע איך אינה ברשותו, ואם לא נשבע שא"ב אלא רק שנגנבה ופוטור, עצמו בטענת נגנבה דממילא מובן שא"ב, ג"כ י"ל דלא מיבעיא אם צריך לפרש שא"ב עתה, דשמא חזרה אליו, דודאי לא שבועת נגנבה פטרתו, אלא אפי' אם סגי

בהכי, מ"מ לא מצינו חיוב ט"ג אלא בפטר עצמו מחיובי שמירה בכך, מיהו לאו סברא פשוטה היא בכה"ג, [וערמב"ן בדין טוען שקפץ עליו חולי שרוצה לחלק בדין כפל דבעינן שיפטר עצמו בפטורי שומרים] ועו"ק דלמ"ד פשיעה בבעלים חייב, לא גרע מש"ח דפטר נפשי בגניבה.

בגמ' לאוקומה כר"מ או כדמחליף, ור"ז מוקים לה בנמצא שלא טען אמת, ודוחק טובא לומר דהו"מ לאוקומה בטענת גניבת אונס, ויש לעי' לדעת הרמב"ן אם מקנה ליה כפילא בטוען שקפץ עליו חולי, ובפשוטו נהי דצידד הרמב"ן לענין כפל בט"ג דאינו מתחייב בכה"ג, כיון דחשיב שלא טענת הגניבה פטרתו, מ"מ לענין הקנאת כפל לא בעינן גדרי התורה כ"כ, דסו"ס כיון שפטר עצמו ומשלם מקנה ליה כפילא, ואין לנו להתייחס לפטור מסוים, ולפ"ז נצטרך לומר דנראה לגמ' דוחק לאוקומי בכה"ג, ולמש"כ סק"א י"ל דלא מצי לאוקומה בשוכר ע"י אונס שאין לו דיני שוכר, דא"כ מ"ש שוכר דנקט וכל שנפטר השוכר מלשמו כשומר שוכר, ה"ז כהתנה להיות כש"ח, דלית לן לשנויי ברייתא בכה"ג, (ואי בעי פטר נפשי' לומר דהוה בבעלים לא אמרי' אף לפירוש תו', דאינו מעיז לפטור עצמו בדבר שהבעלים מכירים בשקרו, וכ"כ הגרע"א ז"ל שם לענין שמירה בבעלים אע"ג דאי בעי פטר נפשי' בלהד"ס).

שם בא"ד ואיך יתכן ששום גניבה כו' ומיהו יש לדחות כו' ואין לתרץ כו' דעת תו' דאין לחלק ולחייב בכל שם גניבה, כדחזינן מלסטים מזויין דגנב הוא ופטור, וע"כ דאי מחייבין בכל גניבת אונס, היינו משום דלאו אונס גמור הוא כלסטים מזויין, אבל בדרכה חזינן דגם אונס פחות מלסטים מזויין פטור, וה"ה נגנב בשעה שעלה ונכנס לעיר, (והו"מ לאקשויי משמע קל אריא ועל דחשיב אונס ומשכח"ל נגנב באותה שעה, אלא שהדבר פשוט בסברא דמשכח"ל אונסין טפי מלסטים מזויין), מיהו בתו' ב"ק נ"ז א' תירצו דבכל שם גניבה מיחייב, ולסטים מזויין מקרי שבויה (כדתניא במכילתא), וגזיה"כ הוא דמיפטר, [וסיימו ע"ז ודוחק], ולפי דבריהם אף לרבה צ"ל דעל גניבה מיחייב בכל ענין, וכ"כ בקצה"ח סי' ש"ג סק"א, ועי' לק' סק"ג בזה.

והנה דקדקו להוסיף בדבריהם וליטעמין אפי' גזלן הוא תמצא שומר שוכר משלם כפל בבעלים, וכונתם בזה דאט"ג באבידה לא מצי למימר האי וליטעמין, (אלא דכי היכי דבשומר שוכר מצי למימר ולא אמר, ה"ה בט"ג באבידה, דהו"מ למימר נגנבה באונס), וכ"מ בדבריהם ב"ק שם שלא הקשו כן אלא בק"ו דבריייתא ובלא"ה פשוט כן בכונתם דלשון "וליטעמין" אינו שייך אלא על הקו' מבריייתא, והטעם י"ל משום דלא חשיב בבעלים כשאין הבעלים יודעים שהוא שומר שלו, [ונפ"מ בשוכר שהשאל לאחר, ולא ידעו הבעלים מזה, והיו עמו במלאכתו], וצ"ע בזה, [ועי' בזה ברמ"א סי' שמ"ו סי"ז (ובפ"ת סי' רצ"א ס"ק י"ג) גיסא], ולע"כ, ובלא"ה נמי לית לן לפרושי קרא בהכי, ורק למיפרך ק"ו שייך לדון בזה וג"ז רק בשומר דעלמא שמצוי קצת אבל לא בשומר אבידה דמשכח"ל ביותר.

ולמסקנתם משמע דבאמת הו"מ למימר וליטעמין בההיא דב"ק, ובשלמא בההיא דבלא"ה משני ליה שכן משלם תשלומי כפל בכל טענותיו, שייך לומר דהו"מ למימר וליטעמין, אבל בהא דקאמר לימא מסייע ליה מבריייתא דהשוכר פרה מחבירו ונגנבה ואמר הלה הריני משלם כו', דחיק

והא דלא נחא להו לתו' לומר דליסטים מזויין שאני דגזיה"כ, הוא דשבויה פטור, אין הטעם משום דס"ל דלסטים מזויין דחשיב גנב לר"י, אין להוציאו מכלל גניבה דכתיבא בשומר שכו', ואי משום שבויה דקרא מתפרש שפיר כגון ותפול שבא דלא מטמרי מאינשי כלל, דודאי לסטים מזויין שמוזכר בגמ' מתפרש דהיינו שבויה דקרא, וא"כ מצינן שפיר למימר דגזיה"כ הוא דכל שבויה אע"פ דמיטמר קצת מאינשי פטור, אלא הטעם כפשוטו דדוחק לחדש גזיה"כ דלסטים מזויין פטור ושאר גניבות באונס כזה חייב, והו"ל למיגמר מלסטים מזויין דכל גניבת אונס דכוותה פטור, וז"פ, אלא שבקרני ראם פי' כונת תו' כטעם ראשון, ויישב עפ"ז כונת מהרש"א, אבל דברי התו' מיושבין בפשיטות, וממילא לק' קו' מהרש"א, [ועי' לק' צ"ה א' תוד"ה דאפשר].

שם בא"ד דמסתמא הוא חייב קרן בכל אונסין דכעין זה פריך כו' פי' דכיון דנגמר משומר שכו' דאפשר למיטרח ולאתויי אינו פטור, חזר דינו ככל אונסין דחייב, ודחו דלא ניגמר גם לגניבת אונס, וי"ל הטעם דתיתי למעליותא דאפשר למיטרח ולאתויי, וגם אונס, לא אשכחן לחיובי, מיהו בעיקר הדברים כתבנו לעיל סק"א דהיכא דהאונס מפני שאין השומר יכול לשמור, וכן לרבה בדעיילי אינשי, חשיב כלא נתחייב בשמירה באותה שעה, משא"כ שואל דחשיב שנתחייב בשמירה בכל שעה, ולכן לא שייך למימר דיו, דהו"ל כשומר שכו' שהתנה להוסיף בשמירה שעה אחת לבתר דעיילי אינשי, דודאי לא שייך לומר בו דיו כשומר שכו' דעלמא, וה"נ שואל כהתנה לשמור כל הזמן, אלא דמה"ט גופי' ליכא למיפרך ק"ו בהכי, דכל הק"ו משומר שכו' שחייב בגניבה ואבידה גמרינן, ולא שייך למיפרך מהא דפטור בשעה שלא נתחייב לשמור, עיי"ש.

שם בא"ד וי"ל דנפקא לן מוכי ישאל כו' והא דיליף בברייתא מק"ו כו' פשטות הגמ' לק' צ"ה א' דאף למאי דרשינן מוכי ישאל אכתי בעינן לק"ו דברייתא (וכבר העירו תו' שם), ואפשר דלא דרשינן מוא"ו שילמד תחתון מעליון אלא לענין בבעלים, דגמיר שומר שכו' משואל בהאי דרשא גופה, ולכן אמרי' שפיר דילמד נמי תחתון מעליון בזה, אבל לא אלימא האי דרשא למיגמר חיובי דהכא להכא, (תדע דהא לא גמרי' חיובי משואל לשומר שכו'), ובזה נחא דאף לבתר דידעינן דרשא דוכי ישאל, ס"ד דלא גמר תחתון מעליון, דבשלמא עליון מתחתון אמרי' דסיומא דתחתון אכולהו קאי, אבל לאו לתחתון מעליון, ורק להא מילתא דגמר עליון מתחתון, יש סברא להשוותם, ואפשר לומר לפ"ז דלמאן דאית ליה דיו קאי ק"ו למסקנא, ואתיא האי ברייתא כותי', ולא נצטרך לחדש דילמד נמי עליון מתחתון כלל, [והיינו אפי' נימא כפירוש תו' דלמסקנא לא בעינן ק"ו], ולפ"ז אכתי לתנא דברייתא תיקשי גניבת אונס כשואל מנלן, ובלא"ה נמי קשה לומר דק"ו דברייתא אינו מספיק למיגמר מיני' כל חיובי גניבה ואבידה דשואל.

ג. **צ"ג ב'** גנא פורתא בעידנא דגנו אינשי ה"נ דפטור א"ל אין, בפשוטו מתפרש דלאו בשינת הלילה מיירי, אלא מה שדרך הרועים לנוח בצהריים, וגם ישנים קצת, ומענינו הוא מוכרע שהרי בעידנא דעיילי אינשי הוא נכנס עמהם, א"כ הוא בלילה בביתו, וליכא אונס שינה ביום, אלא שנוהג כמנהג הרועים, ועוד דאי בדעיילי אינשי פטור, כ"ש באונס גמור דשינה, א"ו שאלו אביי אם גם בשעה שחייב בשמירתן, יכול לישן מעט כדרך הרועים, וזה חידוש טפי מעל בעידנא דעיילי אינשי שלא נתחייב בשמירתן מאותה שעה לרבה, וזהו לשון לשון פורתא שהזכיר אביי, וניחא ליה לאביי לברר שאלה זו דעי"ז

תיקשי טפי מבריתא דותפול שבא, דלרבה משכח"ל שהשומר שם ונגנבו ופטור.

אבל הרשב"א מ"ב א' כתב דבשמעתין מבואר דאונס שינה אינו פוטר לאביי, וכנראה לא גרס פורתא ומפרש בעידנא דגנו אינשי בלילה בזמן שינה, וז"ל וק"ל גנא בעידנא דגנו אינשי ליפטר דשינה אונסתו ואין לך אונס גדול מזה כו' אמרי' בפ' השוכר את הפועלים שהוא חייב, וצ"ל לפירושו דלא ארועים קא בעי אביי אלא אשאר שומר שכר, דליכא זימנא דעיילי אינשי, ומיבעי ליה אי לדידהו מהני כד ניימי אינשי, וניחא ליה לישנא דניימי אינשי, ולא קאמר רועים.

ומכח זה הוכרח הרשב"א לחדש דכל שאירע האונס בגופו של שומר חייב, ואינו מחלק בין גניבה לשאר אונסין, אלא אפי' שמע קל אריא ועל, אומדין אותו אילו הי' שם אם יכול להציל, דהיינו שהאונס שהארי הבריוח אינו מועיל, ואם נתברר שאילו שם הי' מתגבר חייב, וכן אם נגנבה באותה שעה אע"פ שלא הי' יכול להציל מפני הארי, דמ"מ אילו הי' שם הרי הי' הגנב נחבא מפניו, ויש לעי' מנ"ל לחדושי תרתי בדרכה, הא ר"ח ורבר"ה ודאי לא אמרי דאדעתא דלא לינום כלל יחב ליה אגרא, וכיון דאשכחן דרבה ס"ל דאף אונס בגופו של שומר פוטר, ה"ה לדידהו באונס גמור, וכן אביי מאי פריך ליה לרבה אלא מעתה על בעידנא כו' מי דמי הא רבה אמר רק באונס שאירע בבהמה, אלא שאינו אונס גמור וס"ל דסגי בדנטר כדנטרי אינשי, אבל אם יש סברא אחרת דבעינן אונס בגוף הפקדון, ע"ז לא פליג רבה, דהא אפי' באונס גמור חייב, ואמנם לבתר דא"ל רבה דגם בזה פטור נתברר דפליג נמי בהא, אבל מנ"ל לאביי לאקשוויי אלא מעתה, וי"ל בדוחק, דאם הי' הדין דאפי' אונס גמור בגופו של שומר לא מהני, ע"כ דמאי הו"ל למיעבד אינה טענת הפוטרת ואף בגוף הפקדון אין לפטור אלא

באונס גמור, אבל מר"ח ורבר"ה באמת אין ראייה דאונס גמור בגופו של שומר לא מהני.

ועי'ק דלפירושו הא דקתני עד מתי שומר שכר חייב לשמור, ר"ל ואע"פ שאינו מחויב יותר, מ"מ אם נפסד חייב, דהאי ברייתא בגופו של שומר מיתניא, ובפשוטו מתפרשת הברייתא דיותר מכאן פטור, כיון שאינו מחויב.

ועוד כתב הרשב"א דלפי פירושו הא דאמר אביי לרבה בשמע קל אריא ועל א"ה אומדין אותו מאי הו"ל למעבד לדבריו דרבה קאמר, אבל לאביי אף בשמע קל אריא אומדין אותו, דאם אילו הי' שם הי' מציל, אע"פ שבאונס ברח חייב, כיון דהאונס בגופו של שומר, והנה בברייתא קתני שהארי דרס, [ולא נגנב], ולכאורה כיון שהארי הבריוח מרחוק, היינו לא יכול להציל, דאין לך אומד גדול מזה שהארי הבריוח מרחוק, ואין לחשוב ד"ז כאונס בגופו של שומר, אלא שמשעה ששמע קל אריא התחיל הארי בדריסתו, הגע עצמך בקידם במקלות ונלחם עמו והבריוח הארי מי בעינן לברר שבשעת דריסה לא יכול להציל, וצ"ל דכשהשומר ירא לנפשו וברח, עדיין לא התחיל ההפסד בגופה של בהמה, וכשנתקרב הארי לעדר הי' יכול להציל, מאיזו סיבה שנתחדשה, נמצא דהאונס שבגופו של שומר גרם את ההפסד, ומ"מ ק"ק לפרש אומדין אותו אם נתחדשה סיבה אח"כ.

ולכאורה נראה דהרשב"א יחידאה בזה, וגם בפ' הגמ' יחידאה הוא, [עשטמ"ק בשם הראב"ד שפי' גנא פורתא ביום], וזהו מה שדחקו לנטות מפני הרמב"ן בזה כמשנ"ת, וכן מ"ש הרשב"א בחידושו ב"ק נ"ז א' לשיטתו דהכא, אבל אין כן דעת תו', [ואפשר דרבה גופי' סבר לסטים מזויין גנב הוא, מדמוקי ב"מ נ"ח א' נגנבו בלסטים מזויין, ולכן לא הק' לר"י מאי דאקשי ליה אביי,

ערשב"א שם (ובישומר שכר), מיהו עי' להלן בדברי הרא"ש.

וכעת ראיתי בחידושי הגרע"א ז"ל לב"ק נ"ז א' שהוכיח מדברי הרשב"א דגם לדעת תו' הכל תלוי אם האונס בגופו של שומר, או בפקדון, ואפי' אכלה ארי בשעה שקפץ עליו חולי חייב, אם יכול להציל, וכדברי הרשב"א הנ"ל, וצ"ע א"כ למה להו' לתו' לחדש דטעמא דלסטים מזויין משום שבו', הא התם אירע האונס בפקדון וכן ממה שהוכיחו תו' מדרבה, וניחא להו' בתירוצם, מבואר דמודה רבה בגניבה, וכל דבריהם בב"ק ובב"מ מתפרשא כן, (וע"ע לק' סק"ד בדברי ה"י), והגרע"א ז"ל כתב ליישב הדברים עם דברי הרשב"א, ולא היו לפניו חידושי הרשב"א מ"ב א', וכבר נתבאר הכל לעיל ועי' להלן, שו"ר בקצה"ח סי' ע"ב סק"ה שאמנם העיר ע"ד הרשב"א דלפירוש תו' א"א לומר כן דהא לרבה נמי חייב בכל גניבה (ובדברי המל"מ בשם מהרש"ך שדנו הקצה"ח והגרע"א ז"ל שם עי' לק' סק"ח).

מידו גם לפירוש תו' ק"ק מאי פריך לרבה מותפול שבא, הא בגניבה מודה רבה דדוקא לסטים מזויין פטור, ונכבר הק' בנה"מ סי' ש"ג סק"ב], וי"ל דהביריתא מתפרשת לבאר במשל זה כל חיובי שומר שכר דבעינן אונס גמור, אבל לענין גניבה א"צ משל, דאפי' אונס גדול מזה חייב, כ"ז שאינו בכלל שבויה, ואם איתא דמשום גניבה קתני הכי, הול"ל איזו היא שבויה כגון ותפול שבא, מיהו עיקר הדבר לחלק בין גניבה לשאר אונסין מחודש, ועמשה"ק עוד בזה לעיל סק"א.

ברא"ש ב"ק פ"ו ס"ה מבואר דאף באבידת אונס שקפצה עליו שינה או חולי חייב, נראה דעתו ז"ל דרק בשם שבויה ושבויה ומתה מיפטר, וכל שאינו בכלל זה חייב אפי' באונס, ובשלמא למאן דגמר אבידה מגנב יגנב לק' צ"ד ב' ניחא, אבל למערבא

דגמרי לה מק"ו דגניבה, צ"ע איך אפשר לחייב באונס גמור, ובלא"ה נמי קשה היכי גמרי' מגניבה דגזיה"כ הוא לחייב בכל גניבה אפי' אונס גמור כשבויה ושבויה, וכמשה"ק לעיל סק"א, וצריך לדחוק דגמרי' לחיובי אבידה שקרובה לפשיעה, ולבתר הכי ממילא ידעינן דכל שאינו בכלל הפטורים שהוזכרו בתורה, חייב בכל גונו, אבל ל"מ מדבריו דכונתו להשוות כל האונסין והכל תלוי אם האונס בגופו של שומר או בפקדון, ויש לעי' טבעה ספינתו בים מ"ט מיפטר כדאמר רבה ב"מ נ"ח א', וצ"ל בדקאי התם דאין שם אבידה עליה, גם לשון הירו' שהעתיק הרא"ש בב"מ פ"ג סכ"א ואחריו הטור סי' ש"ג, אינו מיושב, וכבר נתבאר עיקר הגרסא לעיל סק"א, ומלשון שברא"ש משמע דה"ק כל דלית' תמן אין אומדין אותו אלא חייב בכל גונו, ואמרי' דאילו ה' שם ה' מציל, וצ"ע דאם בא לסטים מזויין למה לי עמד שם [ועי' להלן דמשמעות השו"ע דגם בזה דוקא עמד], וע"כ בלסטים שאינו מזומן, א"כ הרי חזינן דאומדין אותו, וצ"ל דהק' אין אומדין אותו אם נתחייב לעמוד שם, והיינו דאונס בגופו של שומר לא מהני כ"ז שיש ע"ז שם גניבה ואבידה, אבל כל שהוא עומד שם אין ע"ז שם גניבה ואבידה, נמצא לפ"ז לדעת הרא"ש בגניבה ואבידה כמו לדעת הרשב"א, ונפ"מ בינייהו רק בבא ארי בשעה שקפץ עליו חולי.

ברם צ"ע בלשון הרא"ש בב"מ שהעתיק נם בעידנא דניימי אינשי בכלל אונס גמור, ושינה בזה מלשון תו' שכתבו שתקפתו שינה, וכן בב"ק כתב תו' שינה נפלה עליו באונס, והרא"ש שם העתיק נגנבו בשעה שהוא ישן, ולכאורה נראה מזה דמפרש הא דא"ל אביי לרבה גנא פורתא בעידנא דגנו אינשי דהיינו שינה שאדם מוכרח לישן כדרך העולם, ומשמע דלאביי חייב, והיינו כפי' הרשב"א, ואפשר שרק בא לתקן הלשון שכ' תו' כאילו זה מאורע ולכן נקט בלשונו שבכל יום חשיב

הסמ"ג מצוה פ"ח ושם כתב בסתם דבשמר בקרקע גם שומר שכר פטור, אבל בקפץ עליו חולי יש לנקוט כמ"ש הש"ך, וכדעת הרמב"ן, לא מיבעיא אם בזמן החולי בא כלב וטרף, דאף לדעת תו' ב"ק (והרא"ש) פטור, אלא אפי' נגנב בגלל החולי יש לפטור דכ"ד הריטב"א והר"ן והנ"י [מיהו הם הזכירו גם דברי הרשב"א], והיכא דנגנב בליסטים מזויין אפי' לא הי' שם פטור, דזה בכלל שבויה, כיון שא"י להציל, וכ"ה בהדיא בתוספתא פ"ח ה"ו, (וראיה מטבעה ספינתו בים, דבפשוטו אפי' לא הי' שם הדין כן), וענה"מ בזה, ואם טמנו בכיפת אבנים ונשרף, ואילו הי' שם הי' מציל, חייב, מיהו עי' בזה בסמוך.

שם חייב בגניבה ואבידה, בתו' הזכירו רק גניבה, ועי' לעיל סק"ג, ועי' להלן.

שם ס"ג בהגה ודוקא שיודע בודאי כו', יעוי' בב"י, ונראה דכונתו ע"פ שיטת תו' והרא"ש, ומיירי כגון שהדליקה אונס, והוא לא הי' שם, ולכן אע"פ שאילו הי' שם הי' מציל, מ"מ פטור, דאונס דלאו שם גניבה עליה פטור, דהו"ל כהטמינם ק' בקרקע ונגנבו, דבשאר אונסין כה"ג פטור, ולכן הוסיף דבעינן שידע שנשרפו ולא נגנבו, דהא בשם גניבה חייב בכל ענין, ומ"ש דלא יכול להציל ר"ל דמשנודע לו שיש שריפה לא יכול להציל, אבל ודאי אם הי' שם הי' מציל, ובתשרי מהר"ם שבמרדכי מיירי בע"א, עי' להלן, ולפמשנ"ת לעיל לדעת הרמב"ן והרשב"א ודעימיהו חייב, דכל שאילו הי' שם הי' מציל, חייב בכל אונסין, ואף לדעת הרא"ש והטור אפשר שכך הדין, דכל כה"ג לא חשיב אונס גמור, אלא שהוסיפו דבשם גניבה חייב בכל ענין, וולפ"ז מ"ש בהעמיק בקרקע ק' אמה היינו כשאילו הי' שם לא הי' מציל, שלא הי' מרגיש במחילות ועי' לעיל ריש סק"ב, וצ"ע בהא דפשיטא ליה להב"י דטבעה ספינתו ונשרפה פטור, הרי לדעת הרא"ש ה"ה אבידה, ול"מ דכונתו כשעמד שם, ועי' סק"ג.

אונס שינה בזמן הנצרך לשינה, ומש"ה לא העתיק לשון הגמ' גנא, בעידנא דגנו, אלא גם ואם באנו לפרש דברי הרא"ש כהרשב"א יתפרש כמש"כ דכל שאילו הי' שם הי' מציל חשיב מה שאירע בשם גניבה ואבידה, ואפי' קפץ עליו חולי ובאותה שעה בא כלב וטרף, כיון שאילו הי' שם הי' מציל, חשיבא טריפת הכלב בשם אבידה, מיהו בשו"ע משמע שלדעת הרא"ש דאפי' בלסטים מזויין חייב כשלא הי' שם, וע"ז שפיר תמהו ישומר שכר והגר"א, ולפ"ד ע"כ לחלק בין גניבה לשאר אונסין דמחלק בגמ' אם יכול להציל.

ובטושי"ע סי' ש"ג ס"ב הביאו גם בעידנא דניימי אינשי ביחד עם קפץ עליו חולי, וכבר תמה בנה"מ סק"א דלמאי דקיי"ל כאב"י בזה חייב לכו"ע, ואמנם עיקר הקו' על המחבר שהעתיק ד"ז בשם י"א, אבל גם על הטור קשה, ומקורו ברא"ש וצריך לפרש כמש"כ לעיל, אבל עכ"פ ברור דכונתם בזה גם בשעה שמוכרח לישן, לאפוקי גם בשעה שאין דרך בנ"א לישן, ר"ל כשאין לו צורך כ"כ לישן, [תדע שלשון פורתא שבגמ' לא הזכירו].

ד. שו"ע סי' ש"ג ס"ב וי"א שאפי' כו' בש"ך סק"ד כתב דהעיקר כהפוסקים דגניבה באונס גמור פטור, והגרע"א ז"ל בגליון כתב דג' שיטות בדבר, לדעת תו' ב"מ כל גניבה באונס גמור פטור, ולדעת הרשב"א והרא"ש והטור אם האונס בגופו של שומר חייב, ולדעת הרמב"ן ודעימיהו הניחו בקרקע חייב אבל תקפתו שינה וחולי פטור, ויעוי' לעיל סק"ג לדעת תו' בב"ק ובפשוטו כ"ה דעת הרא"ש, דבגניבה כל אונס חייב ואין חילוק בין בגופו של שומר לפקדון, ורק לסטים מזויין פטור, אבל בשאר אונסין פטור אם שמר כראוי, ונראה דבהניח בקרקע ק' אמה יש לנקוט דחייב שכ"ד תו' והרמב"ן והרשב"א והרא"ש וכל הפוסקים, ותו' בב"מ יחידאה נינהו לפטור בזה, [שו"ר דכ"ה דעת

ותשו' מהר"ם שבמרדכי פ' השואל מיירי כשנאנס ולא יכול להציל, אלא דחשיב אונס בגופו של שומר, ומ"מ בנשרף פטור, וצ"ע מ"ט הא נשרף חשיב כאבידה, ולדעת הרא"ש גם באבידה חייב בכל ענין, וי"ל דחשיב כה' שם כיון שהוצרך לברוח, ועסק"ג בזה, א"נ מהר"ם ס"ל דרק בגניבה חייב בכל ענין, ואפשר דכשירא שישליכוהו באש חשיב אונס בגוף הפקדון, דמ"ל ירא שיהרגו הלסטים או ידרסנו האריה, לירא שהאש ששורפת את החפץ תשרפנו, ואמנם בעל מפני אריה ונגנבו חייב לדעת הרשב"א, מ"מ הכא חשיב טפי אונס השומר ואונס הפקדון חד, ולא חשבינן ההפסד מפני אונס השומר דבכל דליקה יש חשש שישרף צ"י גויים, ובעיקר הדין כבר כתב בנה"מ סק"ו, והובא בפ"ת, דלמ"ש הש"ך סק"ד דגניבה באונס פטור, אפי' נגנב בשעת השריפה פטור, דאונס שירא שישרף נמי חשיב אונס, ועיי"ש מ"ש בכ"ז, והרכיב תשו' מהר"ם ע"ד הב"י.

ש"ך סק"ז ויש לדקדק מדבריו דאף אם הי' ש"ח חייב כו' בקצה"ח סק"ג כתב דש"ח פטור דכיון שטרוד להציל את שלו לא גרע מעידנא דעיילי אינשי דש"ח פטור, ולכאורה ודאי דהכא גרע כיון שזה מאורע פרטי, ולא דמי לעידנא דעיילי אינשי שאמדינן דעתו שלא קיבל לשמור יותר מדרך בנ"א לשמור את שלהם, וכן לעבורי חדא חדא חשיב בתנאי השמירה, [ועי' סק"ה ד"ה ולהאמור] אבל אם אירע לו הפסד ממון, ודאי שאסור לו להניח הבחמה באגם בשביל כך, ולכאורה נראה דבזה לכו"ע חייב, ורק כשמאורע ההפסד של הפקדון גורם להפסיד ממון, בזה יש לדון דכאילו הדבר מובן שאם תהא שריפה בביתו לא יטרח בהצלת הפקדון תחלה, [וגם בזה דוקא כשמוכן שהפקדון יהא מונח עם חפציו, אבל אם אירע ששם חפציו בדיר והיתה שריפה בדיר, לא חשיב כלא קיבל שמירה משריפה], אבל משמעות הקצה"ח

וביותר בנה"מ בתשו' נו"ב וחת"ס שבפ"ת, דאונס ממון כאונס חולי לפטור בש"ח עכ"פ, וזה ודאי צ"ע דאיך אפשר שיהא מותר להניח בהמת חבירו בפשיעה באגם, כדי להציל ממון, וכיון שלא חילקו מטעם שכתבנו, יש להשוות הדין גם ביודע שמניחו עם חפציו, דהפסד ממון לא מהני, מיהו אם צריך לאבד ממון בידיו חשיב כרועים ומקלות בשכר, [ועפ"ת בשם תשו' שם יעקב בעובדא שב"ב של השומר ג"כ סייעוהו, ולכאורה יש לדמותם לרועים שבאים בשכר שאין להם להציל של השותף בחנם, ויש להם להתנות לקבל מה שהפסידו כדין יש שם ב"ד, כיון שמתנים עם השומר], גם מה שציין בנה"מ סק"ה להחייב דסי' שפ"ח ש"ך סק"כ יעוי' בבהגר"א שם דלכו"ע התם פטור מן הדין, וזהו נדון מיוחד אם קנסוהו בכה"ג שהי' אונס, וגם לכאורה התם חשיב שממונו של חבירו גורם לו ההפסד, משא"כ הכא שאין הפקדון גורם ההפסד, אלא שהוא טרוד והשריפה גורמתו, מיהו אם אנסוהו גוים שלא יציל, יש לדון לפ"ז אם גם אונס ממון חשיב אונס, ענה"מ שם, אלא דלמ"ש בהגר"א שם דחשיב גרמא, א"כ בפשע דחשיב מזיק יש לחייבו בהפסד ממון, וכ"ז צ"ת מאחר שכל האחרונים פשיטא להו לפטורא, [ועי' בפ"ת בשם חת"ס לענין להציל ביוהכ"פ לחצר שאינה מעורבת, ובזה ודאי דכיון שאילו הי' שם לא הי' מציל אינו מחויב יותר, וכן באופן שהדין מחייב את השומר להציל גופו של אחר, חשיב שפיר אונס, מאחר שהתורה מונעתו מלהציל], ולפי דברנו יש לראות שומר שאינו מציל כמזיק בידים, שהרי חיובו מדין מזיק, [ערמב"ם פ. מהל' ה. לענין פשיעה בקרקעות], וכל שאסור לו להזיק ממון חבירו בשביל להציל ממון, הרי הוא חייב בשמירה, אבל כשמותר לו להזיק או שהוא אונס בכך, הרי הוא נפטר מן השמירה, (וגם בזה יתכן לחייבו בתשלומין כיון שהסיבה נתחדשה בשומר ולא בפקדון,

לא נתחייב למסור נפשו כ"כ, גם כשגופו הגורם להפסד, וכן פשוט לראשונים ז"ל דמחייבי בקפץ עליו חולי, גבי שומר שכו, אלא דכאן מבואר דאף באינו אונס לכו"ע, דהיינו פחות מאכלני חורב וקרח, מ"מ אינו מחויב כ"כ ועי' לעיל סק"ד לענין אונס ממון, ועקצה"ח סי' ש"ג סק"ג בדין זאב אחד בש"ח, וגם לזה יש סמך מברייטא דמיתנייא בתוספתא, דארישא דאלו הם אונסין ששומר שכו פטור עליהם מסיים בזאב אחד וגנב אחד, וכמש"כ לעיל, וזה עדיף כיון שהאונס בפקדון, מיהו עי' לק' סק"ט דנראה דחייב.

שם א"ל אטו יעקב אבינו חזן מתא הוה, וא"ת לאבבי א"כ מאי רבותא דיעקב אבינו, וי"ל דה"ק ליה אני נהגתי הכל כדין, ולפנים משוה"ד, ורק אתה נהגת עמי שלא כדין, [כמו ואילי צאנך לא אכלתי, מיהו יתכן שדרך הרועים לעשות כן מפעם לפעם, ולא גזל גמור מיקרין], א"נ סיומא דמילתי' הוא טריפה לא הבאתי אליך אנכי אחטנה וגו' גנבתי יום וגנבתי לילה, ולא מפני שמעטתי בשמירתי, אלא הייתי ביום וגו' וא"כ נפטרתי מכל מה שאירע, שהרי הי' שם ולא יכול להציל, ומ"מ אנכי אחטנה. – משמע דותדד שנתי מעיני, זוהי תוצאה מקרח בלילה, דאל"כ הול"ל ושינה נדדתי מעיני, וניחא דלא מייתי לה בברייטא, - גנבתי לילה משמע שבא להוסיף דאף מה שנגנב בשעה שהי' ישן באונס שינה שילם, ומשמע דשומר שכו נפטר באונס שינה, מיהו י"ל דלא נתחייב בתשלומי גניבה בדיניהם, כיון דקרובה לאונס, וגנבתי יום מתפרש ליסטים מזויין, דכיון דיעקב קאי התם, לא אתי אלא גנב מזויין.

שם איתביי' רועה שהי' רועה כו' נראה דר"ל רועה שאמנותו בכך שהי' רועה והניח, ועיקר הכונה לומר שומר שכו שהי' רועה והניח כו', והיינו דדייקנן עלה מאי איריא שומר שכו, וקמ"ל נמי דאף ברועה אין אומרים אילו הי' שם הי' מציל, (כדאמרי

מיהו בזה הדבר מוכן לפטרו, דהתורה פטרתו מחיוב שמירה בשעה זו), וצ"ע, [נעי' לק' סק"ה], (בדין זאב אחד בש"ח עי' סק"ט).

ה. צ"ג ב' איתבייה אלו הם אונסין ששומר שכו פטור עליהן כגון כו' א"ל התם בחזני מתא, נראה דאף לאבבי לא אתיא הברייטא לאפוקי על בעידנא דעיילי אינשי, אלא לאפוקי לסטים שאינו מזויין וזאב אחד, דאע"פ שצריך להלחם עמו חייב, ורק כגון ותפול שבא דאונס גמור הוא פטור, והאי ברייתא מיתנייא בתוספתא פ"ח ה"ו קודם דינא דזאב אחד וגנב אחד, ומ"מ מקשה אבבי דמשמע שאין אונס פחות מזה שיפטר בו שומר שכו, ומשני רבה דהכא מיירי בזמן השמירה, לומר שאינו יכול לפטור עצמו מלהלחם עם הלסטים והזאב, ומתוקמא בשומר שאין שייך בו כדעיילי אינשי, ואין זה דוחק, דלכו"ע לא נחתא הברייטא לנדון זה, וכמש"כ ולפ"ז ניחא דעיקר דינא דברייטא בכל שומר שכו נאמר, ושפיר סתם התנא, אבל אם בחזני מתא נתחדש גדר אחר באונסין, א"כ העיקר חסר מן הספר, ועשטמ"ק בשם הרשב"א, ואפשר דכונתו ג"כ כמש"כ.

ולפ"ז נראה דגם באידך ברייתא מפרש רבה דעד מתי שומר שכו חייב לשמור עד כדי הייתי ביום כו', ר"ל דרך באונס כעין זה מיפטר, ובשאר רועים משכח"ל כשאחזתו צינה וכיו"ב, שצריך להעמיד עצמו בשמירה עד כדי הייתי כו', אבל אם כל הרועים נכנסים בשעה זו מפני החורב והקרח גם הוא יכול ליכנס, ובחזני מתא מיתוקמא כפשטה בחורב ובקרח, אבל עיקרה לאשמועינן עד כמה מחויב בשמירה בדליכא פטורא דכדנטרי אינשי.

ולאמור מבואר בברייטא אליבא דרבה, דגם במאורע פרטי שבגופו של שומר, אין הש"ח מחויב להעמיד עצמו כדי הייתי ביום וגו', והיינו אפי' באופן דלית ליה פטורא דכדנטרי אינשי, ויש לקיים ד"ז לכו"ע, דש"ח

ניחא ולמאי דקיי"ל כר"ח וכבר"ה נקט שומר שכר דמיתוקמא בכל גונא דעל, משא"כ בש"ח דעל בעידנא דעיילי אינשי, דאפי' יכול להציל פטור.

שם אין אומרים כו' אלא אומדין כו' עמש"כ לק' סק"ו דמכאן מקור למ"ש הרמב"ם פ"ג מה' שכירות ה' דבאין ידוע אם יכול להציל חייב.

שם לא דעל בעידנא דלא עיילי אינשי, בפשוטו משמע דרבה א"ל הכי, ויש לעי' כיון דע"כ צריך לאוקומה בשמע קל ארי', א"כ אף בעידנא דעיילי אינשי יש לחייבו, דאף ש"ח חייב להשתדל בהצלה כשהסכנה לפניו, וי"ל דאה"נ, וה"ק דעל בעידנא דלא עיילי אינשי אלא טרחי בהצלה, ומש"ה מיחייב דלא נטר כדנטרי אינשי.

שם ה' לו לקדם ברועים ובמקלות, והיינו דקתני א"א אילו ה' שם, דע"י הרועים בודאי ה' נשאר שם, אלא שספק אם הם היו יכולים להציל [לע"י לק' סק"ו בזה], והא דמשני שומר שכר בשכר, ר"ל דכיון דשומר שכר סתמא דמילתא יכול לקדם, שפיר סתים תנא דהניח עדרו שלא כדין והי' לו להיות עמהם, אבל בש"ח סתמא דמילתא אינו מוצא בנ"א שיצאו להלחם עם הארי בחנם, ולכן נקט התנא דינו בשומר שכר, דאילו בש"ח לא הוה מצי למיסתם דחייב עסמ"ע סי' ש"ג ס"ק י"א, (אבל אין לפרש אומדין אותו אם יכול להשיג רועים, דא"כ פשיטא שא"צ להיות שם בלא רועים, ומאי אין אומרים אילו כו').

שם א"ה מאי איריא שומר שכר, פי' אא"ב דהוא עצמו ה' לו להיות שם, שפיר יש לחלק בין שומר שכר לש"ח, דש"ח אינו מחויב להיות שם דוקא, דהא סגי ליה בשמירה פחותה וכמש"כ לעיל, ואפשר נמי לפרש דמשום תבו"ב נקט שומר שכר, והא דפשיטא ליה דברייתא בשומר שכר כתבנו לעיל דהיינו לישנא דרועה שהי' רועה, וגם

לקדם ברועים שהם בקיאים בדבר), שו"ר שכ"כ הריטב"א דשמעתין מוכחא דפרכינן רועה שומר שכר, ועוד העיר אר"י הרי"א שליט"א דבא לרמוז ששומר כדנטרי אינשי ולא פשע, ורק מקל אריה על או בעידנא דעיילי אינשי, (ולמד תבו"ב פטור וכן לפי הרי"ף ל"ו ב' א"א לומר כן), וקמ"ל נמי שהי' במקום המרעה דאל"ה הו"ל פשיעה.

שם בא זאב וטרף, לרבותא נקטי' דאף בזה אין אומרים אילו ה' שם הי' מציל אלא אומדין כו', דאף דמיתוקמא בשעת משלחת זאבים כמ"ש תו', מ"מ יש בזה חידוש טפי, דהא רבנן פליגי גם בזה, (ואפשר דמהאי ברייתא מייתי בסמוך דזאב אחד אונס), ולפ"ז אין לתרץ שבאו זאבים הרבה ואחד טרף, דא"כ למאי הלכתא נקט זאב, אם איתא שע"כ צריך להוסיף שהי' אונס טפי מזאב, ועתו' הרא"ש, [הרמב"ם פ"ג מה' שכירות ה"ח העתיק זאבים, וכן הגיה הגרע"א ז"ל בשו"ע סי' ש"ג ס"י], - יש חידוש בדרס דכיון שאין דרך הארי לטרוף עב"ק ט"ז ב', ע"כ הוא שוהה במקום האכילה, ויש סברא לומר שאילו ה' שם הי' מציל, שאם הי' מצליח לגרשו הי' מניח הבהמה [נחיה עתו' ב"ק שם שדורס ואוכל מחיים], ובורח משא"כ זאב דבשעה מועטת טורף ובורח.

שם אין אומרים אילו ה' שם הי' מציל, עי' לק' ק"ו א', ובתו' לעיל ע"ח א' ד"ה הוחמה, ונראה דמש"ה נקט שומר שכר שמחובתו להיות שם, ואינו נפטר בשמירה פחותה מזה, אבל ש"ח דסגי ליה בשמירה פחותה, פשיטא שאין לחייבו משום אילו הי' שם, ולפ"ז ניחא אליבא דאביי אף למ"ד תבו"ב פטור, מאי איריא שומר שכר, ומיושב נמי לשיטת הרי"ף ל"ו ב' דמוקים ברייתא אליבא דרבא בעל בין בעידנא דעיילי אינשי ובין בעידנא דלא עיילי אינשי, ותיקשי ליה [לרבה] א"כ מאי איריא שומר שכר, ולמש"כ

אי הוה תני רועה שהניח עדרו יש לפרש דסתם רועה שומר שכר.

ובשטמ"ק בשם הראב"ד פי' דה"ק א"ה אכתי תבו"ב הוא, דכיון דש"ח חייב, ש"מ דפשיעה היא, ונראה דהיינו לשיטתו שם דחשיב ליה אונס בא מחמת הפשיעה שאילו הי' שם לא הי' בא הארי וכיו"ב, וכדעת תו' ע"ח א', ועי' לעיל ? סק"י, אבל למ"ש בתירוץ בתרא דחשיב אונס בא מחמת הפשיעה דאילו לא פשע הי' מכניס העדר עמו, וכמו שהעתיק הראשונים ז"ל ל"ו ב' בשמו, א"כ הכא דשמע קל אריה ודאי מיירי בשלא יכול להכניסם עמו, וא"כ אפי' פשע בזה שלא קודם, מ"מ לא חשיב אונס בא מחמת הפשיעה, כיון שאפי' לא פשע היו נשארים שם, והרי הוא לא יכול להציל, [וק"ק בשטמ"ק בשם הרשב"א שהעתיק פי' הראב"ד דקו' אביי מטעם תבו"ב, ולעיל ל"ו ב' לא הביא תירוץ זה דהראב"ד, רק הטעם דהי' לו להכניסם עמו, וש"מ דלא ס"ל שזה חשיב אונס בא מחמת הפשיעה וכמשנ"ת לעיל עיין כת"י _ סק"י], ובאמת לשון הגמ' ק"ק לפי' הראב"ד דהול"ל ואכתי תבו"ב הוא דהא מר הוא דאמר כו' והו"ל לשנויי הב"ע באינו יכול לקדם בחנם, ומכאן יש להוכיח דתירוץ בתרא דהראב"ד עיקר, דגם לפירוש תו' קשה קו' זו, ועמש"כ לעיל שם.

ו. **שם** ש"ח בחנם [והיינו דנקט בלישני' ש"ח שהי' לו (אפשרות) לקדם ולא קידם דבפשוטו הול"ל ש"ח שלא קידם, ועי' להלן בטעמא דש"ח פטור מלקדש בשכר], שומר שכר בשכר, [עמש"כ בזה לעיל] ולפי"ז הא דקתני חייב, היינו ההפרש שבין שכר הרועים לשווי הבהמה, ואם דעת הרמב"ם פ"ג מה' שכירות עיין כת"י דשומר שכר שלא קידם משלם הכל, י"ל דהכי משמע ליה סתמות הבריייתא, [ובאמת יש לדקדק בדברי הרמב"ם שם עיין כת"י שהעתיק דאומדין אותו אם יכול להציל ברועים ובמקלות חייב, ולכאורה

לא הו"ל לפרש הכי למאי דקי"ל כאביי, אבל אם לדעת הרמב"ם משלם הכל, א"כ קושטא הוא דה"ה ביכול להציל ע"י רועים ומקלות דחייב, משא"כ אם בכה"ג א"צ לשלם הכל, אין לכלול אופן זה בבריייתא, דמתפרשא סתמא חייב הכל], מיהו מ"ש הנמו"י דהכי הוא פשטא דמילתא, דכיון שפשע אין מנכין לו כלום, לא נתפרש טעם בדבר [והרי גם אם בא למכור הבהמה באותה שעה אינה שוה דמי כולה שגם הלוקח מנכה דמי הרועים, ונמצא שנפחת ערכה, וכהזלה דמי], גם צ"ב למה סיים הרמב"ן בזהו צ"ע [שו"ר במל"מ, אבל לשון הרמב"ן משמע יותר כהמ"מ], ובריתב"א הנדמ"ח כתב דאינו משלם דמי כושרא דחיותא, אבל מפסיד שכרו, ובה אפשר להבין דאפי' אם כושרא דחיותא הוה בציר משכרו [וכ"ה סתמא דמילתא], מ"מ כיון שלא טרח בשמירה כפי חיובו הפסיד שכרו, ואולי בזה נסתפק הרמב"ן, אם מפסיד כל שכרו, או רק דמי כושרא מיהו גם בדעת הריטב"א נראה שאינו מפסיד כל שכרו, אלא שמנכין דמי כושרא משכרו, וזהו שכ' שמפסיד שכרו בלבד, ולפי"ז אם שכרו פחות מדמי כושרא דחיותא [כגון פרוטה דרב יוסף], מפסיד שכרו וא"צ לשלם דמי כושרא דחיותא, ונימא מה שדקדק בנה"מ סי' ש"ג סק"ח דלא מצינו חיוב תשלומין לכושרא וטירחא, (ומ"ש שם בדעת הראב"ד צ"ע דמפורש בהשגות הראב"ד כמ"ש הטור), דבאמת רק לגרע משכרו מהני האי טעמא, וכ"מ בריטב"א הנ"ל עיי"ש, מיהו מצינן נמי למימר, דחייב דקאמר בגמ' היינו דחייב לעשות כן מדיני שמירתו, אבל אם לא קידם אין כאן תביעת ממון, ואפשר דכיון דחיובי גזילה משתערין בכסף דוהי ההשבה היותר טובה, וכמו שביאר אאמו"ר שליט"א ב"מ סט"ז סק"א, לכן לא מחשבינן בי' כושרא וטירחא, כיון דכאילו הפסידו מעות דיינינן ליה, (שהרי אינו יכול להחזיר לו חפץ כעין שגול, אם הוזל, ואיך

ואפשר דכל שהדבר ספק לא אמרי' אילו הי' שוכר הי' מציל, וא"כ אם לא שכר פטור, וצ"ת בכ"ז.

שו"ע סי' ש"ג ס"ח ואם לא עשה כן כו' הי' פושע וחייב, דעת הראב"ד והריטב"א והמ"מ והטור דאינו משלם אלא ההפרש שהי' נשאר אם הי' מנכה שכר הרועים, וכ"נ דעת הרמב"ן, [ועי' לעיל דמה שסיים בצ"ע אפשר שהוא מטעם אחר], והמחבר סתם כלשון הרמב"ם וסמך ע"ד המ"מ שכ' דאפשר שגם כונת הרמב"ן כן, והר"ן והנמו"י הזכירו שני צדדים, ולדינא ודאי שא"א לחייבו יותר, ובדין כושרא דחיותא אם שכרו שוה פחות, אינו מפסיד אלא שכרו, ואם לאו מנכין משכרו שעור כושרא, עי' לעיל בזה.

הגרע"א ז"ל בגליון צידד דש"ח שקידם ברועים ובמקלות בשכר, חשיב כמשיב אבידה, שהרי לא הי' מחויב בכך, וא"כ יחשב שומר שכר משום פרוטה דר"י עיי"ש, וא"ת לפ"ד למ"ש תו' צ"ג ב' דסתם ש"ח שומר יותר מחיובו, א"כ יעשה שומר שכר, וי"ל דרק בכה"ג שעומדת ליאבד אם לא יטרח בהצלתה, בזה ס"ל דכלתה שמירתו, ומה שהוא מטפל מעתה חשיב כמשיב אבידה, אבל ש"ח שמהדר בשמירתו לא חשיב משיב אבידה, כגון דלא עייל בדעיילי אינשי ולא גנא בדגנו אינשי, דכמו שבעיקר שמירתו לא חשיב משיב אבידה, [כיון שהבעלים העמידו מדעתו במקומו, וכנתן לו שכר לשמור דמי, דפשיטא דלא חשיב כעושה מצוה, וכמו שביאר אאמו"ר שליט"א בהערות שבועות ספ"ן], ה"נ מה שמוסיף מעצמו בשמירה הכל נחשב כעיקר השמירה, מיהו בפשוטו נראה דמה"ט אף בקידם ברועים ובמקלות בשכר חשיב כלא על בדעיילי אינשי דהכל נחשב כתוספת בעיקר השמירה, ואינו נחשב כמשיב אבידה בכך, (ואף שנפטר מפרוטה לעני, בשעה שמקדם ברועים, אין זה שכר דבכל

נדרוש ממנו דמי טירחא, כשמוכרן לתת אותו חפץ, דליכא טירחא), אבל שומר שחיובו להחזיר גוף החפץ, אינו נפטר מחיובו גם כשהנפ"מ רק לכושרא וטירחא, מיהו כ"ז דוקא כששכר שמירתו יתר על דמי כושרא וטירחא, דהא בהי' לו לקדם בפחות מדמיהן או בחנם, ודאי שאינו מוסיף דמי כושרא וטירחא.

וי"ש לעי' למאי דמוקי רבה לברייתא דהי' לו לקדם ברועים בשכר, ומבואר בברייתא דאע"פ שלפי האומד לא הי' יכול להציל, מ"מ הי' מקום לחייבו אם נימא אילו הי' שם הי' מציל (כפירוש תו' ע"ח א') וא"כ נמצא שמחויב לשכור רועים אפי' בספק הצלה, (דאפי' אי אמרי' אילו הי' שם הי' מציל, אינו ודאי, אלא דסגי בזה כדי לחייבו, עשו"ע סי' ש"ג ס"י בשם הרמב"ם), וצ"ע עד כמה מותר לו לשכור מספק, ואיך יגבה מבעה"ב, מאחר שאינו מוחזק בבהמה, וצ"ל דצריך לאמוד בדעת בנ"א לפי הענין, אם ההצלה קרובה, ואם השכר מועט, ועכ"פ פשוט דבזה אין השיעור עד כדי דמיהן, וק"ק למה סתמו כאן בגמ' עד כדי דמיהן, אם בגונא דהאי ברייתא אין הדין כן, וראיתי בנה"מ סי' ש"ג סק"ט שכ' דאין שומר שכר מחויב לשכור פועלים, אא"כ הם מסכימים שיקבלו שכרם, [בקבלנות, דהיינו] רק אם יצילו, אבל אם מבקשים שכר טרחתם בכל ענין, אינו מחויב לשכור, כיון שאין לו פקדון לגבות, ובעה"ב נמי יפרע להם אם לא יצילו, ועי' סי' רס"ד ס"ד בדין ירד להציל ולא הציל, והכא חשיב כהתנה, אלא שלא יאמין לו, ולפ"ז אם יש עדים בדבר שפיר מיחייב לשכור כיון שיתחייב בעה"ב, אבל לענין שמעתין ולמ"ש הנה"מ ניחא שפיר הברייתא כיון שא"צ לשכור פועלים על ספק [שו"ר שכ"כ במאירי] וצ"ע לדינא אם אין שומר שכר מחויב לשכור במקום שקרוב להציל, ולכאורה כל שמחויב בדבר משום השבת אבידה, חשיב כהתניה, וגובה מבעה"ב,

אחת, ובשני' לא הציל, יכול לפטור עצמו מתשלומין בטענה שכבר הציל פעם אחת עד כדי דמיהן, ועי' בגליין הגרע"א ז"ל ובנה"מ, ולע"כ.

שם ס"י אין אומרים אילו כו' [אם יכול להציל ע"י רועים ומקלות כו', אע"פ דלא שמע קל ארי', מ"מ כיון שאילו הי' שם הי' שומע והי' לו לקדם, ועמ"ש"כ לעיל ע"ד הרמב"ם בזה], ואם אין הדבר ידוע חייב לשלם, כ"כ הרמב"ם ואפשר דיש ללמוד כן מהברייתא, דקתני א"א אילו כו' אלא אומדין כו' והיינו אין אומרים בסתמא שהי' מציל, ולכאורה פשיטא שאין להכריע בודאי שהי' מציל, א"ו ה"ק א"א אילו הי' שם שמא הי' מציל, וליחייב מספק, אלא אומדין כו', וש"מ דכשאין הדבר ידוע חייב, והטעם כמ"ש בש"ך סק"י וכ"כ הט"ז, והכא גרע ממשואי"ל כיון שאינו יודע אם שימר כראוי, [עי' בספר אאמו"ר שליט"א סי"ז סק ? וגם במתני' דפליגי רבנן ור"י בשעת משלחת זאבים, וכן רבנן ור"מ בכלבים משתי רוחות, מסתברא דמידי ספיקא לא נפיקי ומ"מ חייב.

הא דקתני בברייתא אין אומרים כו' פי' תו' ע"ח א' דר"ל א"א שהי' מזדמן לו להציל, ע"י שהי' מתגבר על הארי או שהי' נמנע מלבא, או שהי' הולך למרעה אחר [עסמ"ע סק"י] אבל לענין אם הי' משיג רועים זהו בכלל האומד דקתני, וכמ"ש בשו"ע בהדיא, ולא נתפרש מ"ש בסמ"ע סק"י"א דסתמא דמילתא יכול להציל, ואיך אפשר להחליט כן כשאומדו המקרה, ולא נתברר לנו אם יכול להציל, הרי כל השיקולים לפנינו בזמן האומד, וכבר הק' כן בש"ך סק"י, [ולפ"ד הסמ"ע לא יתחייב לשלם הכל, דיש לנכות שכר הרועים ע"י לעיל בזה], הסמ"ע לחלק בין ש"ח לשומר שכר מבואר בגמ' בדברי רבה וכמשנ"ת לעיל סק"ה, אלא שאין בזה נפ"מ לפמ"ש הש"ך.

שומר נמי כשבא עני בזמן שאם לא ינער יפסד הבגד, הרי הוא פטור מפרוטה לעני, ומ"מ לא חשיב שומר שכר בכך, כיון שלא נפטר מהמצוה, אלא כנאנס מלעשות מצוה חשיב, ואין זה שכר, ורק כשעוסק במצוה בחנם, חשיב שכר, שנפטר ממצוה שצריך להפסיד ממון עליה).

ועיקר הדין דש"ח פטור מלקדם בשכר צ"ב מ"ט, דודאי ליכא בזה פטורא דנטר כדנטרי אינשי, דכיון שהסכנה מזומנת לבא, כו"ע טרחי בהצלה כפי האפשר, ומ"ש לקדם בשכר או בחנם, ופי' הראב"ד בשטמ"ק שכדי לשכור רועים צריך להתחייב לשלם בעצמו, וכן בגבייה מבעה"ב צריך למיקם בדינא ודינא, ואין חובת הש"ח לתקוע עצמו בהצלה כ"כ, ואפשר דבחנם ובשכר זהו תיאור מצב ההפסד, וגם המציאות נקבעת בכך, דאם יכול להשיג רועים שיקדמו בחנם, א"כ כלא הי' הפסד חשיב, ורק בפשיעתו נגרם ההפסד, וגם בדעת בנ"א כן דכל שהצלה מזומנת בקל, סמכא דעת' שיציל, ורק כשמתרשל בהצלה גורם הפסד, משא"כ כשא"א להציל בחנם, כבר חל שם הפסד על הפקדון, הן משום דסתמא דמילתא כשצריך לשכור, ש"מ שצריך לטרוח בהצלה וגם מפני שהדבר תלוי במו"מ שבין בנ"א, חשיבא ההצלה כמחודש, וש"ח לא נתחייב לטרוח בהצלה דכשנפסד במצב כזה חשיב כאבידה ולא כפשיעה, ולפ"ז אם ההצלה הזו יש בה טירחא ונוטלין עליה שכר, אין מחובת הש"ח לטרוח לחפש בעלי חסד שיעשו בחנם, דגם זה כבשכר חשיב (תדע) דלא מחייבין שומר שכר לחפש בעלי חסד, ורק בהצלה מזומנת בחנם חשיבא פשיעה, כיון שבקל יכול להציל וכמשנ"ת.

שם ס"ט שאינו יכול לטעון אלא עד כדי דמיהן כו' ואם הציל כמה פעמים בעדים, לכאורה גובה יותר מכדי דמיהן, דכיון שהציל הדרא למרה, וא"כ שומר שכר שהציל פעם

ז. **שם** גמ' לסוף הוכר הגנב, משמע דקודם שהוכר הגנב הי' פטור, ואפשר הענין דמעיקרא טען נגנבה ונשבע ונפטר, ולבסוף הוכר גנבם, והי' ידוע דלסטים מזויין הוא, ועי"ז נתברר שלקח ממנו בע"כ, ולכן חזר לתבעו אצל ר"נ, דהו"ל למירמי קלא, אבל מעיקרא ס"ד דנגנב ממנו שלא בידיעתו דש"ח פטור, ולפ"ז מיושב הא דמייתי דלבסוף הוכר הגנב, דאף לרבא כך הי' המעשה, שכבר נפטר בשבועה, ורק כשהוכר הגנב חזר ר"נ וחייבו, ולכן הבינו דהיינו דלא כרהב"א, ודחי רבא דע"י דהוכר הגנב נתברר שידע בשעת הגניבה, וכמש"כ, וניחא בזה מה שדקדקו תו' מ"ט הוצרך רבא לאוקומה הכי, כיון דמשמע שקודם שהוכר הגנב כבר נפטר, דאל"כ לא הו"ל לסוף, [עב"ק ק"ח ב' דלא מדכר לסוף] א"נ י"ל דמעיקרא ויתר לו איבו על השבועה כשטען נגנבה, ועכשיו תבעו שיעשה עמו דין, ומתוך הדברים נתברר לר"נ דידע בזמן הגניבה, ולכן חייבו.

ח. **שם** ר"ח ורבר"ה לא ס"ל הא דרבה דאמרי להכי יהבי כו' הלשון מוכיח דהיינו דברי בעה"ב לשומר, [וכרי"ף הגירסא דא"ל להכי כו'], ולפ"ז אין לקבוע כן בהלכות שומר שכר דאורייתא, אלא דכי היכי דס"ל לרבה דבחזני מתא יהבי להו אגרא ע"ד כן, ה"ע ס"ל לר"ח ורבר"ה בכל שומר שכר, וביאור הדברים דנהי דבעה"ב גופי' נאלץ למעט בשמירה, מ"מ שומר שאומנותו בכך, נותנין לו ע"ד שיוסיף בשמירה, דכיון דמקרים אלו אינם אונסין, ובתוספת טירחא יכול למנעם, חייב השומר שכר בכך, אבל ודאי שאינו מחויבי להוסיף בשמירה משונה, כגון מחיצות של ברזל למנוע ליסטים וחיות רעות, דהנדון בשמעתין על תוספת שמירה מפני היזק המצוי, כגון למיעל ולמיגנא, דאיכא למיחש לגנבי בכל השעות בשוה, אלא שדרך בנ"א שלא לחוש לשעה מועטת דשינת היום, או שנכנסים מעט קודם ההכרח, דכוליה ליליא ודאי לא יתבי התם, אלא שיכולים להתעכב שם יותר, ומקדימין מעט, ואין חוששין כ"כ, ובזה שייך לחייב את השומר שכר שיוסיף לטרוח בשמירה, וכן לעבורי חדא חדא, ולשמור יותר אגודא דנהרא, אבל אינו מחויב להוסיף בשמירה מפני מקרים שאינם מצויים והם בכלל אונס.

והנה כבר נתבאר לעיל סק"א (ועוד), דנדון זה אינו ענין ליסוד דין התורה בחיוב גניבה ואבידה דשומר שכר, ואין כאן אלא נדון בדעת בנ"א, וס"ל לר"ח ורבר"ה דיש לדרוש משומר שאומנותו בכך לשמור יותר, ולכן לא שייך להוסיף בד' שומרים חזני מתא

ז. **שם** גמ' לסוף הוכר הגנב, משמע דקודם שהוכר הגנב הי' פטור, ואפשר הענין דמעיקרא טען נגנבה ונשבע ונפטר, ולבסוף הוכר גנבם, והי' ידוע דלסטים מזויין הוא, ועי"ז נתברר שלקח ממנו בע"כ, ולכן חזר לתבעו אצל ר"נ, דהו"ל למירמי קלא, אבל מעיקרא ס"ד דנגנב ממנו שלא בידיעתו דש"ח פטור, ולפ"ז מיושב הא דמייתי דלבסוף הוכר הגנב, דאף לרבא כך הי' המעשה, שכבר נפטר בשבועה, ורק כשהוכר הגנב חזר ר"נ וחייבו, ולכן הבינו דהיינו דלא כרהב"א, ודחי רבא דע"י דהוכר הגנב נתברר שידע בשעת הגניבה, וכמש"כ, וניחא בזה מה שדקדקו תו' מ"ט הוצרך רבא לאוקומה הכי, כיון דמשמע שקודם שהוכר הגנב כבר נפטר, דאל"כ לא הו"ל לסוף, [עב"ק ק"ח ב' דלא מדכר לסוף] א"נ י"ל דמעיקרא ויתר לו איבו על השבועה כשטען נגנבה, ועכשיו תבעו שיעשה עמו דין, ומתוך הדברים נתברר לר"נ דידע בזמן הגניבה, ולכן חייבו.

ואפשר דרבא לא ידע בההוא עובדא בזמן ר"נ, אלא דידע דסמוך לבי רוניא הוו גברי דפרמוסקא, ומסברא הבין דמה"ט חייבי' ר"נ, וניחא טפי בזה הא דמייתי תלמודא טעות בני הישיבה בזה, כיון שלא נתברר בטעו במציאות, דרק מסברא קא"ל רבא.

שם אתא לקמי' דר"נ חייבי', אפשר דאיבו אתא לקמי' דר"נ שיחייב את רוניא לעשות עמו דין, ומש"ה נקט לישנא דחייבי סתמא, ואפשר דהי' ידוע שלא יוכלו לאפוקי מידי מיד שבו, ומש"ה חייבי' לשלומי, וניחא בזה הא דהוצרך רבא לאוקומה בהי' לו לקדם, דנהי דס"ל לרבא דעושה עמו דין ואינו נשבע, מ"מ אינו מחויב לשלם כשא"א להוציא ממנו בדין, וע"כ דלאו מה"ט חייבי' ר"נ, ולפ"ז הו"מ לאקשווי וליטעמין נהי דפליג ארהב"א מ"מ לית לן לחיובי' ממון.

וסתם שומר שכר לרבה [מיהו י"ל דכולהו דינם כדנטרי אינשי בכה"ג], או שומר שכר שלא יחבו ליה אגרא [עי' להלן], לר"ח ורבר"ה, דזה אינו חילוק בדין שומר שכר, אלא בתנאי השמירה.

ולפ"ז הדברים נראין כדעת מהרש"ך שהובא במל"מ פ"י מה' שכירות ה"א ובקצה"ח סי' ע"ב סק"ה דדוקא בשומר שכר דיהבו ליה אגרא חייב בנטירותא יתירתא, אבל שומר שכר משום פרוטה דר"י אין לחייבו בנטירותו יתירתא, ואין קושיא מסתמות הדברים, כיון שלא דין שומר שכר קובע, אלא המציאות דיהבי ליה אגרא, (ובאמת שומר שכר שהתנה ליפטר מגניבה ואבידה, ג"כ וחייב בנטירותא יתירתא, מיהו התם רק מחיוב תשלומין פטר עצמו ועתוד"ה, לענין ש"ח), וה"נ מסתברא דלמה נחייב את השומר אבידה לשמור יותר ממה שהבעלים עצמם שומרים, וכן במשכון אין לחייב את המלוה לשמור יותר מהבעלים, [דכאבידה מדעת חשיב לגבי תוספת זו], (ולהלן כתבנו דהעיקר כש"פ).

והנה הקצה"ח שם וכן הגרע"א ז"ל בגליון השו"ע שם סי"ב ובחידושים ב"ק נ"ז א' הקשו ע"ד מדברי הרשב"א, אבל באמת לדעת הרשב"א רבה תרתי קאמר, דס"ל דגם אונס בגופו של שומר פטור, וזה אינו ענין לדברי ר"ח ורבר"ה, דפשיטא דליכא למימר להכי יחבי לך אגרא דאפי' באונס ישלם, ולכן פשוט דה"ה שומר אבידה, דבחיוב גניבה ואבידה דשומר שכר פליגי, אבל למשנ"ת לדעת הרמב"ן לא אשכחן דפליגי אלא בהאי סברא דלהכי יחבי לך כו', ושפיר י"ל דבלא יחייב ליה אגרא פטור, וכבר נתבאר דברי הרשב"א לעיל סק"ג עיי"ש בכ"ז, וכן מדברי התו' בב"ק אין ראיה למסקנתם, דאפשר לומר דלמסקנא משכח"ל גם לכו"ע פטור בדעיילי אינשי בשומר אבידה, כמו לרבה בכל שומר שכר, אלא דמדרכה פסיקא להו לאקשווי,

ובפ"ת שם סק"ד הביא דברי החת"ס שתמך בדעת מהרש"ך, [ורצה לפרש דהיינו ד' שומרים דקתני צ"ג א' דלמ"ד שוכר כשומר שכר דמי, יש חילוק בין שמירה דשוכר לשמירה דשומר שכר, כיון שאינו מקבל אגרא על השמירה, מיהו בגמ' משמע דלכו"ע איכא למיתני ד' שומרים [ובתו' שם דקדקו על לשון א"ה דמאי אא"ב איכא הכא ולכאורה י"ל דה"ק אא"ב דאיכא תנא דלית ליה ד' שומרים כהבנת רבא בדרי"ג, ניחא דקתני ד', לאפוקי מהאי תנא, אבל השתא דאמרת דאין חולק בזה, א"ה אמאי נקט ד'), ובפשוטו ניחא דחשיבי ד' שומרים דשוכר ענין אחר הוא אע"פ שדינו שוה, ועוד דהא שוכר פטור בממ"מ, ולית ב' שליחות יד, ואי משום דלא יחייב ליה אגרא, משכח"ל גם שומר שכר דלא יחייב ליה אגרא כשומר אבידה ומשכון, ואולי גם שומר לי ואשומר לך בכלל, ונמצא שאין החילוק בין שומר שכר לשוכר, אלא כל חד כתנאי שמירתו, [ובטעמא דשוכר בשומר שכר פרש"י פ' ב' משום דנחית חד דרגא משואל], גם מה שכ"כ בדעת הראב"ד שברא"ש סט"ז לא נתפרש לפו"ר דהא לא איירי מתני' שם בשוכר], ולדינא צ"ע דודאי סתמא דמילתא שכל שומר שכר שוין, וכדסתמי תו' והרשב"א הנ"ל, ואמנם לשון הגמ' מוכיח לאידך גיסא, שמא יש לדחות דמה"ט השוותה התורה כל דיני שומר שכר, דכי היכי דלענין חיובי גניבה ואבידה דין שומר שכר דמקבל אגרא, ודין שומר שכר משום פרוטה דר"י, וההיא הנאה, שוין, ה"ה לענין נטירותא יתירתא, אלא שבעיקר דין שומר שכר נקבע כן משום דא"ל

להכי יהבי לך אגרא כו' (וערש"י ד"ה להכי),
וצריך ראיה מכרעת לד"ז.

שוב נראה דהמוציא מן הפשטות עליו הראיה,
וטעמא דלהכי יהבי לך אגרא מוכיח
שאין הדבר מופקע מן הדעת לחשבו אונס,
וכיון דלאו אונס הוא הרי הוא בכלל גניבה
דקרא, תדע דלסברא דרחמנא שעבדי' בע"כ
ודאי נראה דכל שאינו אונס גמור חייב,
דהסברא בזה דכיון דרחמנא שעבדי' ה"ז
כמצוה מן התורה שכ"ז שאינו אונס אינו
נפטר ממנה, ופשט שהוא מחויב כפי מה
שמחויב זה שקיבל שכר, ומהא דחשיב תחלתו
בגניבה ואבידה ג"כ יש ללמוד כן.

שם לנטורי לי נטירותא יתירתא, פי' דלא סגי
כדנטרי אינשי, מיהו לא נתבאר עד כמה,
(ועי' ל' הרמב"ן מ"ב א' ולא עלה על דעת
שתהא אמו הולכת כל היום וכל הלילה ומעות
בידה), ומדברי אביי יש ללמוד דהיינו עד
לחורב ביום וקרח בלילה, והיינו רק הכרח
גמור, ובכלל זה אכילה ושינה ותפלה וכיו"ב,
דבזמנים אלו צריך לנעול הבהמה בדיר,
[ועס"ק מ"ה א' נ"ז א', ולע"כ בחלוק שבין
ש"ח ושומר שכר בד"ז וצ"ת], וכמשנ"ת לעיל
סק"א, ולא נתבאר גדר ברור בזה, וצ"ע ברי"ף
ורמב"ם שהשמיטו ברייתא דעד מתי שומר
שכר חייב לשמור, וכן בטוש"ע ליתא, מיהו
הראשונים ז"ל העתיקו לשון השאלות כהאי
ברייתא, והסכימו לדעתו בזה.

שם איבעי לך לעבורי חדא חדא, יעוי'
ברמב"ן מ"ש בדעת הרי"ף, ולכאורה יש
להוכיח כן מדרכה דשריג חדא מינייהו ונפלת
למיא משמע דהיינו מפני שנתקרבה לקצה
יותר מדאי, [דאי בהוחלקה במ"ר וכיו"ב אונס
גמור הוא], ובכה"ג גבי נזקין לכו"ע חייב,
מדהוצרכו להעמיד בדחפתה חבירתה או
הוחלקה במ"ר, וש"מ דלגבי נזקין מחייבין
ליה להשגיח שלא תתקרב לקצה ותפול, אע"ג
דש"ח פטור כדרכה, והנה מבואר בשמעתין

דדחיפת חבירתה דבר המצוי הוא וממילא יש
לחוש לו גם בשעת מועטת, והנזון אם מחויב
לטרורח יותר בשביל למנוע דחיפה על הגשר,
וזהו שכ' הרמב"ן דמשמעתין גמר הרי"ף
דהלכתא כר"כ, [דר"פ הוא בתרא נגד רבא,
מיהו לפנינו ברי"ף שם גרס רב במקום רבא].

מיהו יש לעי' אי חשיב תחלתו בפשיעה
לענין נזקין, ובפשטו נראה דגם לענין
נזקין כיון דנטר כדנטר אינשי לא חשיבא
פשיעה, (ערמב"ן לעיל בדין תחלתו בגניבה
ואבידה), ולפ"ז מ"ש בשו"ע סי' שצ"ד ס"א
ואפי' טנפה פירות כו' שתחלתו בפשיעה וכן
אם דחפה חבירתה כו' לא קאי אטנפה פירות,
דבדחפתה חבירתה וטנפה פירות במי לידה
פטור, (מספק, דלא איפשיטא בגמ'), וצ"ע.

ט. **מתני'** זאב אחד אינו אונס כו' בטוש"ע
סי' ש"ג ס"ה בשם הרמ"ה כתבו
דכל מה דאמרי' דלא הוי אונס דוקא בשלא
השתדל להציל, אבל אם השתדל להציל ולא
יכול אין לך אונס גדול מזה ונשבע ע"ז
ונפטר, ועי' לעיל סק"א דבירו' אמרי' אין
אומרים אילו ה' אחר שם ה' מציל, דמשערין
בגופו של שומר, ולפ"ז קמ"ל מתני' דבהני
סתמא דמילתא א"י להציל ופטור, ונפ"מ בלא
השתדל או דעל בדעיילי אינשי, וכן אם הביא
עדים שבא ארי פטור משבועה, ובהני דלא
חשיבי אונס חייב להתאמץ להציל, ומסתבר
דש"ח נמי מיחייב הכי, (כשידע ולא השתדל
בהצלה) וכמו שהוכחנו לעיל סוסק"ז מפרש"י
לענין לסטים שאינו מזויין דש"ח נמי מיחייב,
וכן לענין הצלה מחיות דהא מצרכין ליה
לקדם ברועים ובמקלות בחנם, והתם נמי איכא
טירחא בהצלה, וה"נ עליו ליטרוח דלא גרע
מרועה בחנם, [ולשון אינו אונס מתפרש אף
בפשיעה כמ"ש המ"מ פ"ג מה' שכירות ה...
וכ"מ בגמ' ל"ו ב' בקו' דרמב"ח, וגם פשטות
לשון המשנה בהולכין למקום גדודי כו'
מתפרש בפשיעה, וקתני אין זה אונס, ועי'
להלן בזה], מיהו אם הזאב נלחם עמו ואינו

דה"ק הא דשמיע לכו דשני כלבים אינו אונס, ר"מ מפרש לה דהיינו מרוח אחת], ולמש"כ ה"ק דגם כשבאים משתי רוחות, רוח אחת אינה אונס, דלא נימא דהאונס מפני שנלחמים עמו פנים ואחור, אלא דעד שנלחם עם האחד, טורף השני, [שו"ר בשטמ"ק בשם הר"י בע"א עיי"ש].

ולאחמור אין לדייק ממתני' דעד כאן לא פליגי אבל בשני כלבים, אבל שלשה לכו"ע הוי אונס [כמ"ש הרמב"ם פ"ג מה"ש] די"ל דאף לר"מ ג' כלבים מרוח אחת אין זה אונס, אבל אם נפרש דטעמי' דר"מ מפני שנלחמים פנים ואחור, א"כ כ"ש ג' מצד אחד דהוי אונס, מיהו מלשון מרוח אחת אינו אונס דקאמר ר"מ, משמע דדוקא שנים, והמ"מ שם דייק מדלא קתני סתמא כלבים אין זה אונס, ובוה י"ל דמשום ר"מ נקט שנים ברישא, דה"י מקום לפרש דבעי כלבים משתי רוחות, והיינו ד' כלבים מיהו ודאי קושטא הוא דיש שיעור כלבים דהו אונס, ולכן שפיר יש לדייק ממתני' דדוקא שנים לא הוי אונס, [ומסתברא דשנים מרוח זו ואחד מרוח אחרת חשיב אונס, דדמי לשני זאבים דלא מחלקינן בין רוח אחת לשתי רוחות, דע"י שרואים שיש עוד כלבים או זאבים הרי הם מתחזקים [לטורף].

שם הלסטים ה"ז אונס, לכאורה הו"ל למיתנייה לבסוף, ולא בין מיני החיות, ונראה דבא לרמוז דבליסטים מזויין מיירי, שיש סכנה להלחם עמו, כמו עם החיות [והרמב"ם פ"ג מה"ש ה"ד העתיק כסדר המשנה, אע"פ שכ' בהדיא לסטים מזויין], ובתוספתא קתני גנב אחד אינו אונס שני גנבים ה"ז אונס, ומשום רישא איצטריך דאע"ג דמסר נפשי', אין זה אונס, אבל הא פשיטא דתרי לגבי חד חשיב אונס, ומיירי בידוע שהם גזלנים, ולא גנבים דמיטמרי מכל אדם, ע"י ב"ק ע"ט ב'.

בורח, בזה יש חילוק בין ש"ח לשומר שכר עד כמה חייב לטרוח במקלות וכיו"ב, דשומר שכר מחויב עד כדי אכלני חורב וקרח, וטפי מכיו"ב אינו מחייב גם גבי זאב, וש"ח סגי ליה בפחות מכאן, וע"י לעיל סק"ה דגם באונס שמחמת גופו של שומר יש חילוק בין ש"ח לשומר שכר, ובקצה"ח סי' ש"ג סק"ג כתב דבש"ח אף זאב אחד פטור, [וכ"כ בפ"ת סק"ו בשם הנו"ב], ודבריו הם ע"פ תשו' הרמ"א דיכול להגיע לו נזק בגופו ומ"מ חייב, ובוה באמת יש לפטור ש"ח, וגם בשומר שכר י"ל דזה גרע מחורב וקרח, אבל בפשוטו כשהאדם מתאמץ נגד הזאב והכלב הרי הם בורחים, ומש"ה לא חשיב אונס, אבל אם מעיזים ונלחמים עמו, אינו מחויב להסתכן אפי' אינו פיקו"נ, (כדחזינן מר"י דהיינו טעמי' דפטור בשעת משלחת זאבים וש"מ דבעלמא זאב אחד בורח), ובשיעור עד כמה חייב להלחם יש חילוק בין ש"ח לשומר שכר, אבל בעצם ההשתדלות גם ש"ח מחויב כדחזינן מרועים ומקלות בחנם וכמ"ש, וע"י לעיל סק"ד בעיקר דברי הקצה"ח, [שו"ר ברע"ב שפי' במתני' דזאב אחד אינו אונס לפיכך שומר שכר ושומר חייבים, [ודבריו ע"פ פיה"מ אבל שם כתב לענין פטורא דאונסין עיי"ש], מיהו י"ל דכונתו שהם מתחייבים בכל ענין, אבל ש"ח אי נטר להו כדנטרי אינשי, ולא ידע [פטור].

שם שני זאבים אונס, פ"י ברועה אחד, ומשמע דהאונס מפני ששניהם יעמדו נגדו, ולכן אין לו להלחם עמהם, ולא דמי לשני כלבים משתי רוחות, דהתם רק כלב אחד אונס, ונפ"מ דבזאבים אפי' טרפו שני כבשים הוי אונס, ובכלבים רק כבש אחד, והכי משמע מר"י דבשעת משלחת זאבים דמי חד לתרי, והיינו שיש סכנה להלחם עמו, והיינו נמי דקאמר ידוע הבבלי משום ר"מ מרוח אחת אינו אונס, ולכאורה הו"ל רק לסיים ארישא דמתני' דמשתי רוחות הוי אונס, [מיהו י"ל

שרי ליה לרועה לחשוב שזהו לטובת השמירה, וכ"כ הקצח"ח והנה"מ סי' ש"ג.

שם גמ' איבעיא להו ליסטים מזויין ורועה מזויין מהו, לכאורה כיון שאין מחובת הרועה להיות מזויין, אין לחייבו בהניח עדרו, משום דאילו הי' שם הי' מזויין, ומתפרשא בעיין בהי' שם ולא נלחם עמו, דכיון שהוא מזויין הרי יש בידו רועים ומקלות, [ומסתברא דבש"ח לא קמיבעיא לן דפטור, אע"ג דבלסטים שאינו מזויין משמע ברש"י דאף ש"ח חייב, וכמש"כ לעיל סק"ז], א"נ ברועה ששכרו להיות מזויין, דנהי דלא מהני לליסטים מזויין [למסקנא], מ"מ יש בזה להרתיע ליסטים שאינו מזויין, אפי' שנים, וכן גם ליסטים מזוין לא יבא להתגרות בו, (ובאופן שהליסטים יודע מה נעשה בעדר, באמת שייך לחייבו כשלא דאילו הי' שם, לא הוה אתי).

שם מסתברא דהאי כו' במ"מ פ"ג מה' שכירות ה"ד כ' דבעינן לא איפשיטא ומספיקא אזלינן לקולא, וכ' הכ"מ דלא גריס האי פשיטותא, וכ"נ בנמו"י שכ' דמשמע דאפי' תפס כו' עיי"ש, ומהא דא"ל אביי לרבא אין לפשוט, דאפשר דאיירי כשבאמת נלחם עמו, וגם אפשר דהוה בהדיהו כמה גברי כדא"ל, ואיהו נמי אייתי בהדי' כמה וכמה ליסטים, - (הגרע"א ז"ל הק' לדעת הנמו"י הא נפ"מ לדמי השכירות של הרועה, עי' תשובות כו"ח סי' י"ד).

שם בדוכתא פלניא יתבינן, פי' הזהב שלא לבא שם, ונראה דאינו מקום סתר, דודאי יודע ומכיר מקומות המרעה, אלא שהראהו מקום להוכיח גבורתו, והי' לו לרועה לשנות מקומו, דאע"פ שנתגרה בו, אם הי' משנה מקומו לא הי' מגיע לשם דלא טרח לברורי איה מקומו, וגם עיקר הגירוי כשמחכה במקום שהפחידו, אבל אין הטענה בזה שגילה לו שיש עדר במקום פלוני, דמקומות המרעה ידועים וכמש"כ.

שם והנחש, דיש סכנה להתגרות בו, והיינו כשבא להזיק, וגם אם אינו מרתיע ובא, אין להתגרות בו, דזה יכול לגרע יותר, ובסתמא גם לא ישוך הבהמות, ועי' ברכות ר"פ אין עומדין, ולכאורה בכלל אונס דנחש גם כשאינו יודע שבא נחש, דאין מחובת השומר להרגיש ברחש זוחל.

שם אימתי בזמן שבאו מאליהן, בהאי לישנא מרומז דינ' דרבא בגמ', אבל הולیکن כו' אין זה אונס, קמ"ל דאפי' לא ידע שזהו מקום גדודי חיה ולסטים, מ"מ אין זה אונס שהי' לו לברר היטיב קודם שילך לשם, ועוד קמ"ל דאפי' הלך בריחוק מקום שאין מצוי שיבאו החיות שם, דהשתא לאו פשיעה היא, מ"מ חייב, דאונס נמי לא הוי, ובפרט אם הוליכה למרעה שמן וטוב דלאו פשיעה היא, באופן שהסיכון מועט כדאמר ל"ו ב', וכ"מ מהא דרבא דאפי' בצד רחוק חייב, ונראה דמתני' מתפרשת בתחלתו בגניבה ואבידה, דהא לא קתני להיכן הולیکن דנדע אם פשע ממש, וע"כ דה"ק הא דאמרן דחשיב אונס היינו כשהי' אונס בביאת הארי, אבל לא כשאינו אונס, ומש"ה לא פריך מינה לאביי ל"ו ב' דקתני אין זה אונס, דמשמע הא מתה כדרכה פטור, דפשיטא לן דלא קאמר תנא שדינו כפשע, ובסברא נמי מובן שאינו מוליקן למקום דחשיב פשיעה, שהרי גם את עצמו הוא מסכן, משא"כ בראשי צוקין.

ולפ"ז נראה דגם ההיא דאשכחי' רועה לגנב מתפרשא בתחלתו בגניבה ואבידה, דמשמע דאביי נסתפק אם הרועה שהוא שומר שכר חייב, וכשרבא השיבו דהיינו מתני', אין לחדש דא"ל דפושע הוא, דהא מתני' בגניבה ואבידה מתפרשא, ומנ"ל לפרש פשיטותי' לקצה השני, ועוד דא"כ לאביי אפי' מתה כדרכה חייב בכה"ג, ול"מ כן, דדוקא באתא ושקל מיני' חייב, וכן באירעו אונס אחר שם מחמת השינוי מסתברא דפטור, וה"נ מסתברא דמאי דסבר אביי ששומר שכר אפשר דפטור,

צ"ד א' כך וכך זוקתא פסיקא לן, אפשר דה"ק כך וכך חצים מעץ או מאבן (פסיקא מלשון) חתוכות ומוכנות לנו, וכן פי' הרמב"ם כלי מלחמה, וזה מיושב יותר לפי הסדר, וגם לפי הלשון.

שם מאי, ספיקי' דאביי נמי משום פשיטותי' דרבא, אלא דתלמודא מקצר, ורבא הכריע כצד זה, והנה אביי נסתפק דאפי' שומר שכר פטור, [דסתם רועה שומר שכר, וכמ"ש הריטב"א, ועסק"ה], דבאמת נתכוין להרחיקו, ואם חשיב כהוליקן למקום גדודי חי' ולסטים, הוה חשיב מעליותא, ואפשר דמשום ספיקא לחוד סגי לחייבו.

י. מתני' גפה ומתה אינו אונס, אפשר דלשון סוגף נאמר על מניעה ולא על עינוי במעשה, ומש"ה תרגם ענות נפש לסגפא נפש, אבל ותענה שרי מתרגם ועניתה שרי, וה"ג קמ"ל דאף במניעת צרכי' חייב, כגון שהרעיבה, (או שלא עשה לה צל, ערש"י). ובפשוטו מתפרשא מתני' בעינוי שאין בו כדי להמית כלל, ומ"מ חייב, כיון שגם העינוי גורם, דאגב חולשא ריע מזלה וקטלה מה"מ, או שזה נצטרף עם שאר סיבות שבגוף, והיינו חידושא דמתני' דאע"פ שאין לחוש שעינוי זה יגרום לה חולי או מיתה, מ"מ כשאירע תלינן ליה בזה, ויתכן דחשיב גניבה ואבירה כיון שאין לחוש להפסד מחמת עינוי זה, ובתו' פירשו בעינוי שאפשר שיגרום למיתה, ולכן הוצרכו לפרש החידוש כשאפשר לתלות המיתה בסיבה אחרת, מיהו נראה דהיינו דוקא במתה כדרכה, אבל אם נכר חולי מסוים או סיבה אחרת לא תלינן המיתה בסיגוף, אא"כ יש סברא שהסיגוף גורם לחולי זה, ועמ"מ בזה.

והמ"מ פ"ג מה"ש ה... הבא בשם הרר"י דאפי' מתה אח"ז מרובה חייב, דאינו יכול לומר בבירור, שלא נולד לה איזה חולי מחמת הסיגוף, וצ"ע דא"כ אפי' החזירה

שלימה יתחייב, דשמא הסיגוף גרם, ובפשוטו אם אין שום ריעותא בגופה אין סברא לתלות בסיגוף ורק בזמן סמוך שיש סברא שהסיגוף השפיע שייך לחייב, וכבר ביאר בזה בנה"מ סי' ש"ג סק"י, [וההיא דבהדרא לבי מרה מודה אביי שהביא הנה"מ שם, לא דמי להכא, דהתם אין סיבה לתלות שום קלקול בהבלא דאגמא, וכמשנ"ת לעיל סי' סק"ב בשם הרשב"א עיי"ש].

שם עלתה לראשי צוקין ונפלה ה"ז אונס, בפשוטו מתפרשא מתני' דיש סכנה לטפס על ראשי הצוקין וקמ"ל דאין השומר מחויב בדבר, דכיון שלא פשע בהעלאתה הרי הנפילה אונס, ודמי לשאר אונסין דמתני', ובכלל והעלה לראשי צוקין גם כשלא שמר שלא תעלה, ולרבה סגי בזה כדנטרי אינשי ולר"ח ורבר"ה בעינן נטירותא יתירתא, ומשכח"ל בתקפתו ועלתה, [או באופן שאין לחוש כלל שתעלה, דגם בנטירותא יתירתא יש גבול, והיינו דקתני לשון העלה שהוא סייע בכך], ואפי' העלה למרעה שמן וטוב חייב, כיון שא"א לשמרה שם, קצרון ש"ד אליבא דרבא ל"ו ב' חידושא דמתני' דאין מחובת השומר לטפס בראשי צוקין, דזה סוג אונס שלא הוזכר בתורה, מיהו דוקא כשלא גרם לכך, דומיא דהוליקן למקום גדודי חיה וליסטים, ועמשנ"ת לעיל סי' סק"ד ה' בסוגיא ל"ו ב' ובדברי הראב"ד והרמב"ן בשמעתין על הרי"ף ובפוסקים שם בכ"ז, ואפשר דנשבר דקרא מתפרש בנפלה מן הצוק, ערמב"ן עה"ת ובתרגום יב"ע ובמכילתא, ומפרש תנא דינא דנשבר דקרא.

יא. מ"ב א' מתני' המפקיד מעות כו' צרון והפשילן לאחוריו, משום האי דינא נקט מעות, דכיון דגנבים מסרי נפשייהו עלייהו ומשאן קל צריך לזוהר בהן יותר, והיינו דפרכינן מאי הו"ל למעבד, דבשאר מילי שמירה מעולה היא, ומייתי מקרא דבכסף צריך זהירות יותר, אבל סיפא מתפרשת בכל

שם ואם שימר כדרך השומרים פטור, קמ"ל דאפי' באותן השנויים ברישא דחייב, אם דרך השומרים כן פטור, והיינו דגמר מינה בירו' לענין יכול למסור פליטורין לבנו ובתו הקטנים כשמסרום לו בשוק, דלא עלה על דעתו שיטעון פליטורין בשוקא, הובא בריטב"א בשטמ"ק.

שם גמ' אמר רבא ומודי שמואל בע"ש ביהש"מ כו' נקט מודי שמואל כיון שהזכיר בלשונו אין להם אלא, דמשמע דבשום גונא לית בהו שמירה פחותה מזה, ובעיקר הדברים לכאורה זה כעין תקנה דרבנן, שלא יצטרך לטרוח בע"ש ביהש"מ, וממילא כל המפקיד נותן ע"ד כן.

שם ואי צורבא מרבנן הוא סבר דלמא כו' לדעת הראב"ד פ"ד משו"פ ה"ה אנפקד קאי, והיינו דאינו מחוייב לקבור מיד במוצ"ש ושירי ליה להבדיל תחלה, ול"ג סבר דילמא מיבעי ליה זוזי, וצ"ל לפ"ז דצורבא מרבנן יהיב ליה ע"ד כן, אבל איניש דעלמא אינו רשאי להחמיר ולהבדיל תחלה, על הכוס כיון שלא נתן לו ע"ד כן וצ"ל דזמן תפלת ערבית בביהכ"נ יהיבין לכו"ע, ומיירי כשאינו יכול לשמור בעצמו כשמבדיל, דאל"ה יש לחייבו בכך, (ועי' להלן דשמא קרקע דוקא ואפי' בידו לא מהני), אבל לפרש"י והר"ף וכגוסא דידן וכ"כ המ"מ בדעת הרמב"ם צ"ב מה סברא היא זו, דאטו כללא הוא, שיש לחוש דמיבעי ליה זוזי לאבדלתא, ושמא מיירי דוקא כשלפי הענין אפשר שיצטרך כן, וה"ק כיון שעדיין לא קברו, ואם יצטרך לזוזי, יהא הזמן נחוץ, שאם יתאחר עד שיחפור אחר מעותיו לא ימצא לקנות יין, אין מן הראוי למהר בזה, מיהו מ"ש הרא"ש דזמנו כל הלילה צ"ע, דמה יתאחר הצו"מ כ"כ, ואין סברא לבטל השמירה כל הלילה משום חשש זה, ורק סמוך ליציאת השבת יש סברא לומר דעכשיו אין מן הראוי למהר, כיון שלפי הענין אפשר שיצטרך המפקיד למעות ויהא הזמן נחוץ, אבל אינו

הפקדונות, דמסר לקטנים או נעל שלא כראוי בזה חייב בכל הפקדונות כולן, והיינו דנקט הני, דבשאר ענינים תלוי לפי דרכן, עשו"ע סי' רצ"א סי"ג, ולפ"ז מצינן למימר דנקט בפניהן משום שאר פקדונות, ומתפרש נעל בפני כל אחד לפי ענינו, כמ"ש בשו"ע שם, וגם בע"ח בכלל, מיהו בלא"ה נמי ל"ק כ"כ דהנעילה היא שלא יצאו אם בגניבה אם באבידה, ושייך שפיר האי לישנא אע"פ שיציאתן ע"י אחרים, ואפשר נמי דבא לרמוז שאע"פ שנעל המעות, אלא שהחש"ו יכולין לפתוח המנעול, ג"כ חשיב פשיעה, דבעינן שיועיל בפני ב"ב הקטנים כראוי, וקמ"ל מתני' דאפי' נעל, חשיבא פשיעה אם לא נעל כראוי, אע"פ שאינם בע"ח דניפקו מעצמן, וכן בגנבים י"ל דחשיבי אונס כיון שלא עלה על דעתם שהבית הנעול אינו נעול כראוי.

והנה במתני' אפשר לפרש דנעל כראוי דמעות היינו מחיצה של ברזל, דמתפרש כראוי לכל אחד לפי עניניו, ולא ניחא ליה למיתני קרקע, כיון שזה דין פרטי במעות, והתנא בא לכלול כל הפקדונות, ובכלל נעל כראוי, בקרקע, אלא דלשון נעל אינו מתפרש כ"כ על קרקע, ולמ"ש הראשונים ז"ל דיש חילוק לפי הזמנים, יש לחלק בין בבל לא"י, ומש"ה הירו' העתיק שפיר דינא דתוספתא פ"ח ה"ו דנתנו בשידה ומגדל ונעל בפניו פטור, א"נ כמ"ש בב"י בשם ר"ת הובא בסמ"ע ס"ק ? שהיו הבתים רעועים וכחותרים דמו, ועי' להלן ד"ה אם.

שם נעל בפניהם שלא כראוי, כתבו הראשונים ז"ל דאפי' נעל בפני המעות והקטנים כראוי, לא מהני סיוע הקטנים לענין גנבי, דנימא דבודאי יצחקו בבא גנב, ולענין אבידה הרי נעל כראוי, דקטנים כמאן דליתנהו דמי, ולפ"ז אין טעם לשנות נעל בפניהם, בפני הקטנים, שו"ר בתו' הרא"ש שכ' דקטנים מהנו לענין גנבי בנעל כראוי, וזה דלא בדעת הרמב"ן והרשב"א והריטב"א והר"ן.

מגששים גם בקרקע, ואין לפרש דאין להם שמירה "בכותל" אלא בטפח כו' דבשלמא שמואל קאמר אין אלא בקרקע משום דכותל הוי טירחא טובא, ואינו ממעט אלא שאר השמירות, אבל אטפח דכותל לית לן למינקט אין להם שמירה אלא, אם איתא דבקרקע נמי מהני, ונדון דג' טפחים וטפח, מתפרש שפיר בעומק הכותל, דצריך להעמיק עד שיכסה טפח, וכ"מ ברא"ש, מיהו בש"ך סי' רצ"א ס"ק כ"א כתב לפרש דשכיחי רק טפוחאי, ולכאורה אינו מובן מ"ש דגבי פרומאי מתפרש דשכיחי תרווייהו, וגבי טפוחאי מתפרש רק טפוחאי, ואפשר לומר דהאידנא אינם יכולים ליכנס לבית לגשש, דהבתים שמורים יותר, וגם צריך לזה הרבה זמן, ואדהכי אתא או מיתער, אבל מבחוץ יכולים לגשש, מיהו פשוט הגמ' אין נראה כן, בפרט למש"כ דזוהי אומנות דטפוחאי טפי מגששאי, ואין להם שמירה אלא, משמע שאין אפשרות בקרקע, ברם מדברי הרמב"ם נראה דאפשר להטמין בקרקע, ואולי מפרש מ"ש בגמ' בטפח הסמוך לקרקע ר"ל בעומק טפח בקרקע, ולכך לא העתיק ד"ז, ועלח"מ בכ"ז, והובא דבריו בבהגר"א ס"ק כ"ח, ואמנם כ"נ דעת הרמב"ם, אבל בדעת הרי"ף נראה כמש"כ, דכל הראשונים גרסי גששאי [ונקט שפיר בעיא ידי' סתמא בלשון התם תנן דמתפרש אקרקע וה"ה בכותל, בפרט אם נפרש עפר טפח גם בכותל, ולא טיט ונפ"מ נמי באתרא דליכא גששאי, מלבד שעצם הדיוק דמיירי אקרקע אינו מכריע].

שם בטפח הסמוך כו' לכאורה הטעם דשם א"א להרגיש ע"י טפיחה, כיון שיש אוטם גמור מהתקרה או מהקרקע.

אם נפרש דגששאי ואינך הוו אנסים, מיושב הענין יותר, שהיו נכנסים בכח ומחפשין הכספים ליתנם למלכות או לעצמם [דלשון "שכיחי" משמע לעצמם], מיהו לפ"ז גם יושב

יכול להתאחר משום זה אלא כפי השיעור שאם יצטרך למעות ה' מגיע לבקשן, ואפשר דזהו לשון אחר שיבדיל שכ' הרמב"ם שם ובשו"ע סט"ז, ור"ל עד שיעור בכדי שיש להניח שהבדיל, א"נ רק שעה מועטת ממש יכול להתעכב, וזה מיושב יותר דהיינו שאם ה' צריך למעות ה' מזדרז לבא דידע שעומד לקברם, ובטור סי' רצ"א לא העתיק דעת הרא"ש, ועיי"ש בב"י.

שם אמר רבא ומודה שמואל בכותל, אפשר לפרש דה"ק דאף כשאפשר לקבור בקרקע מודה שמואל דה"ה כותל, ונקט קרקע מפני שזה קל יותר, דאין דרכו של שומר לשבר כותלו, אבל בלשון אלא בקרקע לא בא למעט כותל, וכן הא דקאמר ביני אורבי היינו במקום שאינו משבר הכותל, אלא בין האבנים עב"ב ג' א' (עפר"ח), ויש להבין אמאי נקטי הכא, מעיקרא הול"ל דמודה שמואל בכותל, והדר לפרושי כולהו מאידנא, ואולי בא לומר דאף אם לשמואל ביני אורבי אסור דגרע מקרקע, (משום דכותל אפשר למשש ולחתור מבחוץ), מ"מ כיון דאיכא גששאי ופרומאי וא"א בקרקע, לא מטרחינן ליה למעבד שמירה אחרת כעין קרקע, וסגי בשמירה דביני אורבי, אלא דלקושטא דמילתא קאמר רבא דמודה שמואל בכותל, וערשומר שכר שרוצה לגרוס דאמר רבא (ואז יתפרש היפך ממש"כ), ומ"ש הרא"ש דקמ"ל אפי' דלאו ביני אורבי צ"ב מה החידוש אי איכא טפח מ"ש הכא ומ"ש הכא, ואי ליכא טפח גם ביני אורבי לא מהני, ובפשוטו נקט ביני אורבי שא"צ לשבר האבנים ונותן במקום הטיט שבין האבנים.

שם והאידנא דשכיחי טפוחאי כו' בפשוטו נראה דטפוחאי הוי, אומנות טפי מגששאי, והני טפוחי נמי גששאי ופרומאי, שיודעים לגשש ואפי' לנקש בכותל, ובזה ניחא שלא הביא הרי"ף גששאי ופרומאי, דכיון דמסיים דהאידנא דשכיחי טפוחאי אין להם שמירה אלא בטפח כו' ממילא מובן דטפוחאי

ומשומר לא מהני, דיש להטמינם מאנסים, וער"ח ס"ק כ"ב.

שם אותבינהו בצריפא דאורבני, עפרש"י וברמב"ם פ' משו"פ ה' פ"י בע"א, ועמש"כ בזה לק' ס"ק י"ב, דהרמב"ם יחידאה.

שם איכא דאמרי, רש"י בב"ק נ"ו א' כ' דשני הלשונות אליבא דר"י, וכ"ה בפר"ח.

שם כל לא ידענא פשיעותא היא, לכאורה היינו ממש מימרא דר"ג ל"ה א', ואפשר דקמ"ל דאפי' בזוי שצריך לטמנם בני אורבי (אולי ה"י כ"ג בזמן רבא), ואפי' בטפח הסמוך, צריך לחפש עד שיתברר לו מקום ההטמנה שאינו מחוייב לסתור כל כותלו, אפי' חייב לשלם מיד, ולא הוה שמעינן לה משאר מילי שבשעה מועטת יכול לחפש אחר מקומות המחבוא שלו, ונראה דהחידוש דלא יהבינן ליה שום זמן, (וכ"כ הש"ך רצ"א ס"ק ט"ז) אבל הא פשיטא שאינו יכול לפטור עצמו לעולם בטענה זו, ובפשוטו האי לא ידענא לא משוי לחפץ כאבוד, ורק אם יתנו לו זמן וחיפוש היטיב כל המקומות, שייך לדון אם ה"ז כאיבד ממון חבירו, וגם בכה"ג עדיף משנים שהפקידו אצל אחד זה מנה וזה מאתים ואינו יודע מי מנה ומי מאתים, דהתם אין אפשרות לברר במציאות, והכא אפשר לחפש יפה, מיהו אחר שחיפשו היטיב מסתברא דחשיבא אבידה, דהא יתכן נמי שנגנב או נאבד משם, [וענה"מ ס"ק י"ד שדן לחיבו משום מזיק, והיינו כשכבר בדק היטיב כל המקומות ובגמ' ל"ה א' משמע דמשלם מדין שומר מדמקנה ליה כפילא, ולע"כ].

שם בקרטליתא, למ"ש הראשונים ז"ל דלא פשעה כיון שסברה דצריך להם להוצאה, מבואר דבקרטליתא שמירה עליא היא [ושטמ"ק ב"ק צ"ג א' בשם הרמ"ה שפי' דהא דפטור בלשמואל ולא לחלק לעניים מפני שאין לו להטמינם אלא להניחם שיהיו מזומנים לעניים בכל שעה עיי"ש ולע"כ].

יב. **שו"ע** ס"י רצ"א סט"ו החביא אותם במקום שאין אדם מכירו ולא

מרגיש בו ה"ז פושע וחייב לשלם, והוא לשון הרמב"ם, ובאמת היינו דוקא לשיטתו דמפרש בצריפא דאורבני שטמנם בעובי המחיצה, וס"ל דהיינו ממש כטמנם בכותל, אבל לפרש"י דטעמא דהויא נטירותא בצריפא מפני שאין עולה על דעת הגנבים לחפש שם, א"כ מפורש בגמ' איפכא, ובאמת לדעת ריה"פ דבכותל בעינן נמי שיעמיק טפח, אין לפרש בצריפא שטמנם בעובי המחיצה, שאין בהם טפח מכאן ומכאן, וגם אין איכסויי מעינא כמו בעפר וטיט, ורק הרמב"ם לשיטתו שלא הצריך להעמיק בכותל, מצי לפרושי הכי, [וצ"ע בשו"ע שהצריך להעמיק בכותל ומ"מ תפס לשון הרמב"ם, ובסמ"ע ס"ק י"א פ' שטמנם בעובי המחיצה בעומק טפח], ובבהגר"א ס"ק ל"א ציין מדאמר שמואל אין להם שמירה אלא כו', ולכאורה לא שייך שיאמר שמואל דימצא מקום משונה כצריפא דאורבני, ומתפרש בשומר בביתו ככו"ע, ושם אין שמירה אלא בקרקע, ולשון הגמ' אותבינהו בצריפא, נמי מיושב טפי כפרש"י, והיינו דקמ"ל ר"י דלענין גנבי נטירותא היא.

שי"ך ס"ק י"ט, רק מחמת צמאון, ע"י הוריות י"ג א', ואין מזה סתירה כ"כ.

שם ס"ק כ"א, עמש"כ בזה לעיל ס"ק י"א.

שם ס"ק כ"ב, לכאורה ה"י צריך לחלק בין תקופת תמוז לתקופת טבת, ועב"י, ולגרסתנו ביהש"מ צ"ל דדוקא סמוך.

שם ס"ק כ"ו מ"מ כאן אין לכספים שמירה אלא בידו, וכ"מ בראשונים ז"ל דמתני' מיירי בדליכא גנבי, ולכן מהני נעל כראוי, ואפ"ה מצריך ברישא צרון בידו, וכן פשוט דקרא אין לפרש על מאורע זמני, ומ"ש בשם תשו' ר"ש ר"ל גם בזמן שמואל, דהיינו בשעה שא"י לקברם, דיכול להניחם מידו, וכמ"ש בסמ"ע סק"ל, ויש להוכיח כן מהא דאותבינהו

בקרטליתא מהני במעות הנצרכים להוצאה, ולא הצריכוה שתחזיקם בידה כל הזמן, ועי' לשון הרמב"ן שם, (מיהו יש לחלק בין קרטליתא שבבית למהלך בדרך ובמלון, דאינו משומר כ"כ).

שם בשו"ע ס"כ עד שיגיע לביתו ויקברם כראוי, בפשוטו ר"ל שלא יצטרך להחזיקם בידו ועב"ח, ועי' לעיל ס"ק י"א, ומ"מ לשון הטוש"ע ודאי מתפרש כן.

סימן ט"ו

תקנו משיכה בשומרים

פשטות נתנה לכהן או לשואל ושוכר מיושב יותר לפרושי בבעלים, וע"ע לק' סק"ב בזה, ומשה"ק רש"י ותו' דבש"ח ובשומר שוכר ושוכר ג"כ לא מיתוקמא במתה כדרכה, לכאורה י"ל דלשון חייב ר"ל שהוא בחיובי שמירתו, ואמנם ש"ח ואינך נפטרים בשבועה, אבל כבר נתחייבו בכך, משא"כ בלא הוציאו דאין עליהם חיובי שומרים כלל, ובכלל זה גם שצריכים לברר בשבועה שלא מת בפשיעתם, [ולא מצי למימר ונגנב בדקאי גבוה, מש"ה נקט מת, דומיא דרישא].

והא דנקטה מתני' חיובי שמרים בהדי חיובי גניבה, נראה הענין דבתרווייהו איצטריך לאשמועין דין הוציאו לרה"ר אם כרב אחא או כרבינא, כתובות ל"א ב', דע"כ יש לקיים דיוקא דדיקי ממתני' בין ברישא ובין בסיפא, ולרבינא דהוציאו מרשות בעלים סגי לחייב בגנב, ה"ה דסגי בהכי לחיובי שומרים (וצ"ע בדעת הרמב"ם בזה), וביאור הדברים כפר"י בתו' כתובות שם דמודה רבינא דלא קני ברה"ר, אבל לענין חיוב אונסין סגי בהוציאו מרשות בעלים, דמ"מ הכניס הבהמה לאחריותו, מאחר שהוציאה מן הבעלים, ובסברת תיקנו משיכה בשומרין מסתבר לומר כן, דנהי דהצריכו שתצא מרשות בעלים, אבל אין להצריך מעשה קנין גמור, [מיהו בנסתלקו בעלים לחוד, אינו מתחייב, דבעינן מעשה משיכה ע"י שומר, אלא דסגי במשיכה המוציאה מרשות בעלים], ולרב אחא קמ"ל מתני' לאפוקי מדרכינא, דבכל הני בעינן הוציאו דומיא דהגביהו.

ודאתאן עלה מיושב לישנא דחייב ופטור גם אנתנו לבכורות בנו ולבע"ח, דאם

בסיפא אי תיקנו משיכה בשומרים או לא

א. ב"ק ע"ט א' בעי אמימר תיקנו משיכה בשומרים או לא, בפשוטו מתפרש כתקנת משיכה במטלטלין, דאי לאו דתיקנו משיכה ה' נקנה במעות, וה"נ אי לאו דתיקנו משיכה ה' מתחייב במסירה לאחריותו בלא מעשה קנין, (וכדס"ל לתו' ב"מ צ"ט א' דבהנח לפני לחוד מיחייב בשמירה), ושואל נמי הוי בהכי כיון שיש לו זכות השתמשות מיד, וכן שוכר כשואל או שהי' זוכה בנתינת מעות, ואי מפרשינן סיפא בנתנו בעלים ולא מיירי בגנב כלל, ומאי פטור שומר, הרי מפורש במתני' דתיקנו משיכה בשומרים, ואפשר דאף קודם שתיקנו משיכה בלקוחות הצריכו קנין בשומרין, דראוי לקבוע החיובים ע"י מעשה גמור, ואפשר דלכתר דביטלו קנין מעות ראוי להשוות הקנינים שלא יתחייב בלי מעשה בחפץ, דכיון נקבע בדעת בנ"א שהדברים נחלטים רק ע"י מעשה בחפץ, ועכ"פ הדבר נאות לקבוע החיובים ע"י מעשה בחפץ, ועכ"פ הדבר נאות לקבוע החיובים ע"י מעשה קנין, שאז נחלטה ההכנסה לרשותו, [ועי' להלן בדברי הגרע"א ז"ל].

להרי"ף סיפא דמתני' לא מיירי בגנב, ובישוב קושיות התוס' לפירוש זה

ונראה לבאר מתני' בנתנו בעלים ולא איירי בגנב כלל, וכפירוש הרי"ף מאן פטור פטור שומר, (ואפשר דגרס פטור בגמ', וכמ"ק מהעתקת הרא"ש דבגרסא שפיר מעתיק לשון הרי"ף אע"פ שאינו מפרש כמותו), דבתרווייהו מיירי בנתנו בעלים והנדון מי משכו, דזה מתפרש גם בסתמא, שמי שמשכו מתחייב, אבל אם משתנה הנותן הו"ל לפרושי, וגם

לא תיקנו משיכה בשומרין הדין נותן דהכהן והמלוה נעשין שומרים על הבהמה משנתנו לרשותם עד שימשכו, לא מיבעיא ש"ח, דלא גרע מהנח לפני, אלא אפי' שומר שכר ושואל נמי הוו, כיון שניתן להם הזכות להשתמש בה לצרכם, ועדיף משולחני ב"מ מ"ג א' דהכא להוצאה גמורה ניתנה, ונהי דעדיין אין בנו פדוי כ"ז שלא זכה הכהן בבהמה, אבל הכהן נתחייב בדמי', וכן המלוה, והיינו דקתני לשון חייב ופטור אכולהו דדינם כשומרין ולרבינא מיחייבי משהוציאו מרשות בעלים אע"פ שלא זכו ממש, ועי' קדושין מ"ז ב'.

בקושיית הגרע"א מה שייך קנין הרי אין השומר קונה כלום אלא מתחייב

הגרע"א ז"ל בחי' ב"מ מ"ח א' הק' מאי מהני משיכה בשומרין הרי אינו קונה כלום [עיי"ש] שהקדים לומר דמשיכה אינה קנין התחייבות, אלא דע"י שזוכה בחפץ הרי הוא מתחייב, וא"כ במה מתחייב השומר הרי אינו קונה כלום], ולכא' מדאורייתא מתחייב בעצם ההכנסה לאחריותו, ומדרבנן הצריכו הכנסה גמורה לאחריות השומר כהכנסת חפץ לקנין, אבל אין הכונה שע"י המשיכה קונה החפץ ומתחייב, אלא שמחליט לגמרי את ענין ההנח לפני בקנין גמור, וכדס"ל לרבינא דסגי לענין זה בהוצאה מרשות בעלים, ועי' לעיל, ולק' סק"ג ועסק"ח ועי' לק' סק"י"ב בדעת הראב"ד בזה.

שם תוד"ה או, ונראה דההוא פליג אאביי ורבא כו' ואין נראה לחלק כו', צ"ע טובא דא"כ מאי קאמר התם דקמיפלגי בדיוקא דמתני' כו', עיי"ש, הא לרבינא מתפרש נמי הוציאו דומיא דהגביהו כיון דרה"ר כסימטא, ובתרווייהו חשיב הכניס לרשותו ע"י משיכה, ולדידי' נמי הוציאו מרשות בעלים לחוד לא מהני עד שיכניסנו לרשותו, ונפ"מ דהכניסו לחצר שאינה של שניהם לא קנה, דרק ברה"ר שייך לומר דמהני משיכה, כיון שיש לו רשות

להניחו שם, וגם דיוקא דמתני' נסתור מחצר שאינה של שניהם לרבינא, נוי"ל דסתמא מתפרש שמוציאו לרה"ר ולא לחצר של אחר, ועתו' ב"מ צ"ט א' ד"ה כיון, דסתמא מוציאו לסימטא או לצדי דרה"ר, וגם קשה לומר דבזה בא רבינא לחלוק על אביי ורבא, דהו"ל למימר למילתי' התם, וגם למה דחה שמעתתא דר"א, דקאמר רבינא מתני הכי, הא לאביי ורבא ע"כ למיתני כר"א, ועוד לפי דבריהם אפי' משך ברה"ר עצמו קנה, ואינו ענין להוציאו מרשות בעלים, אבל לפר"י בתו' כתובות שם וכ"כ בתו' הרא"ש שם בשם ר"ת, וכ"מ ברמב"ן ורשב"א [ור"טב"א, עיי"ש עוד], שם, הענין מובן בפשיטות דכיון שהוציאו מרשות בעלים חייב באונסין, דכבר נשלם מעשה הגניבה, וכ"מ ברמב"ם פ"ג מה' גניבה ה"ב שפסק כאוקימתא דרבינא וכמ"ש בבהגר"א סי' שמ"ח ס"ק ט"ו וכ"כ הגרע"א ז"ל שם בדעת השו"ע סי' שנ"א שהעתיק לשון הרמב"ם בהוציאו לרה"ר, ואע"ג דקיי"ל כאביי ורבא לענין משיכה ברה"ר.

ומשה"ק תו' מההיא דלעיל דדרשינן גגו וחצירו וקרפיו, לכאורה י"ל דשפיר איצטרין קרא היכא שלא הוציאו מרשות בעלים, וכמש"פ רש"י ב"מ י' ב' ד"ה גגו שאם נכנסה שם ונעל בפני' לגונבה, דלא נתחדש בדרכינא אלא דהוצאה מרשות בעלים הוא מעשה המחייב, אבל בדלא הוציא ודאי בעינן מעשה קנין, (אבל אין לחדש דבאפקי' לרה"ר אינו משלם כפל, ורק לענין קרן דאונסין קאמר דחייב, דכל קנינו של הגנב הוא לענין חיובי אונסין, וקונה בע"כ, וכ"מ בגמ' בדרכינא דברה"ר נמי קנה [ולענין פטור קלב"מ עי' בסמוך], ורישא דמתני' נמי מוכחא דקתני חוץ מרשותם חייב, וישלפרשה דומיא דסיפא, וכ"מ ברמב"ם שם דחייב כפל), ועי' סנהדרין ע"ב א' דמתב רבב"א מברייטא דה' מגרר ויוצא פטור, ומשמע דלרב קני ליה לגמרי ולכך פטור, וצ"ע, אם גם אליבא

דרכינא פריך, [מיהו עיי"ש דרב גמר לה מחיובי אונסין, וא"כ יש לדמות ד"ז גם אליבא דרבינא וועיי"ש בספר אאמו"ר שליט"א ב"ק סי"ב סק"א ולפ"ז לא דמי], וסוגיא דב"ב פ"ו א' דפריך מהאי ברייתא דכיס נקנה בגרירה אע"ג דמידי דבר הגבהה הוא, לכאורה אתיא דלא כרבינא, (אא"כ נימא דכשקונה שלא כדרך גרע דאין כאן הוצאה מרשות בעלים להכניס לרשותו, אלא כמזיק חשבינן ליה, משא"כ במקום שאינו ראוי למשיכה), והרמב"ם שם דפסק כרבינא לא העתיק דינא דשליפי וררבי, כיון דלאו במשיכה קנין תליא מילתא, שו"ר ברמב"ן כתובות שם שכ' בפשיטות מה"ט דלא אתיא ההיא שמעתתא כרבינא, ובאמת למאי דקיי"ל כר"א לקולא יש לפסוק שלא נתחייב באונסין ע"י הוצאה מרשות בעלים לחוד, וצ"ע בדעת הרמב"ם בזה, (ולמ"ש תו' דפלוגתתם בקנין משיכה ברה"ר, הוה רבינא לקולא, ולכן הוצרכו לומר דבהא לא קיי"ל כותי'), ולע"כ בסוגיות אלו, ולדינא בין לדעת תו' בין לדעת הראשונים ז"ל (מלבד הרמב"ם שלא נתבררו דבריו), קיי"ל כר"א ובעינן קנין גמור בין לגנב בין לענין תיקנו משיכה בשומרים.

ב. שם מאי לאו שומר כו' לפרש"י ותו' מהא דחייב גנב במשיכת שומר דייק, וצ"ל לפ"ז דתלמודא סמך אסיפא אע"פ שלא הביאה, מיהו סתמות הלשון ל"מ כן, ועו"ק דמהדר מאי לאו אהי' מושכו, ולא הו"ל למיסתם בהכי, כיון דמפטור קא סליק, [ועוד נראה דדחויא דא"ל לא גנב אחידושא דפטור קאי, וש"מ דכל הענין אפטור דמתני' קאי, דהו"א שמבית שומר סגי במשיכה פורתא להתחייב, דהא לא קתני כפל במתני', דנימא דהחידוש דחייב, ושמא הוה מוקמינן לה בשחי' רשות לגנב להשתמש בבית השומר, וקמ"ל דכחפציו של שומר דמי, שאינו יכול לקנותו שם, כ"ז שהשומר שומרו בשביל הבעלים], ולפרש"י צ"ב עיקר הא דדיק מינה

דתיקנו משיכה בשומרין, [דהא פשיטא דבלא משיכה א"א שיתחייב הגנב, אפי' אם בעלמא שומר מתחייב בהנח לפני, דלא יתכן שע"י שומר יתחייב טפי מהוא עצמו, ומה"ט פרש"י הדיוק מהא דמתחייב גנב במשיכת שומר, אבל צ"ב אמאי תליא בהכי], וצ"ל דאם תיקנו משיכה חשיב שמושך בציורי הגנב, ונמצא שמוציאו מרשות בעלים בשליחות הגנב, אבל אם השומר נתחייב מיד כלפי הגנב, וכבר נסתלק הגנב מכאן, חשיבא המשיכה כצורך השומר לעצמו, מיהו אין הדבר פשוט די"ל דבכה"ג כל פעולות השמירה לבעלות הגנב חשיבי כבשליחותו, וקונה במשיכת השומר אח"כ, וכ"מ לפירוש תו' בש"ח ושומר שכר דמתחייב באמירה, ומ"מ מתחייב גנב במשיכתו, דהכל מתייחס למפקיד.

ולפירוש תו' צ"ב מ"ש ש"ח דמתחייב באמירה, ומ"מ מתחייב גנב במשיכתו, דהכל מתייחס למפקיד, ולמה לא סגי לחייב הגנב בכך, וצ"ל דשואל שהבעלים עושה לו טובה, חשיב כל הענין כמיתלא תלי אם יחזור בו, ואע"פ שמתחייב באונסין בינתיים, לא חשיב שהוחלטה השאלה לענין שמירה, דמה שמתחייב בנתיים הוא ע"ש סופו, וכיון שלא יצא מרשות משאל במשיכה, לא מיחייב, משא"כ בש"ח ושומר שכר דמיד הוחלט הענין ונסתלק הגנב שהוא המפקיד, ואף אם יכול לחזור בו גם בשומר שכר, מ"מ חשיב הענין כמוחלט, כיון שהוא לטובה המפקיד.

והנה תו' בשמעתין לא הזכירו כלל לפרש תיקנו משיכה בשומרין שלא יתחייב באונסין בלא משיכה, ודברים שכתבו דמשעת משיכה מתחייבים ר"ל דעכ"פ אין לאחר זמן החיוב טפי משעת משיכה, וכנראה פשיטא להו שאין לפטור את הגנב ממשיכת שומרים כשכבר הוחלט שהם שומרים עבורו, ואדרבה הם דנו לאידך גיסא דלא תהני כ"ז שלא הוחלטה שמירתם, [ועי' לעיל בפרש"י בזה],

בפ"ע אף קודם שנשתמש, אבל אם מדאורייתא קנה לא הוצרכו לדמיון דבלין, דס"ל כס"ד דדבריהם בב"מ צ"ט א' דכוליה נפיק לחולין, או דכונתם להזכיר לישנא דמתני' שהוא אומר לו הרי המרחץ פתוחה כו', שמתפרש כנתינת טעם למה מעל, מפני שא"י לחזור בו.

יעו"י בנמו"י בשם הרא"ה וכ"ה בשטמ"ק בשם הרמב"ן, וצ"ע איך אפשר לחייב את הכהן בתשלומין בע"כ, הא לא ה' מתרצה לשמור כלל, ורק ע"ד שהוא שלו נטלו, וכן בבע"ח, ובשומר שכר נמי קשה שהרי לא יקבל שכרו מבעה"ב ושואל ושוכר נמי לא נחא להו להשתמש בתורת גזל ולהתחייב תמורתו בחיובי שואל ושוכר, (עי' בכורות ל"ז א') וכן אם ה' הגנב עמו במלאכתו, א"א לחייבו לבעלים יותר, וגם י"ל דלא נחא להתחייב אלא לגנב דנוח לו ויודע שלא ישביעוהו וכיו"ב, ואיך נעשהו שומר לבעלים בע"כ, וענה"מ סי' שמ"ח סק"ד, וצ"ת בזה, ועשטמ"ק ב"מ מ"ב ב' בשם הריטב"א.

צ"ט א' בקע בו קנאו כו' לרב הונא הא דמשעת משיכה מתחייב אם הוא מדאורייתא, ובביאור הסוגיא לפ"ז

ג. ב"מ צ"ט א' אר"ה השואל קרדום מחבירו כו' בקע בו לא מצי הדר ב' משאל כו', אפשר דמודה ר"ה דתיקנו משיכה בשומרין שלא יתחייבו קודם משיכה, כדפשטינן ב"ק ע"ט א' ממתני', אלא שלא תיקנו לענין חזרה דמשאל, דגם לגבי השואל לא תיקנו אלא כבכל השומרים שלא יתחייב במסירה לאחריותו, בלא מעשה קנין, אבל חזרה דמשאל קיימא כבינא דאורייתא, וביאור הדברים דמדאורייתא נתחייב השואל מיד בשעת מסירה לאחריותו, דכיון שמצד המשאל אין שום מניעה, מן הראוי שיתחייב השואל מיד, שכבר מסר לו הכל, אבל לענין חזרת המשאל, אין כאן אלא דברים, שאמר

אבל משיצא מרשות גנב ודאי מהני משיכה דידהו שנעשית בשליחותו, וא"כ בכל ענין נחא מתני', א"ו תיקנו משיכה היינו דעכ"פ משעת משיכה הוחלט הקנין, ומה"ט לא הזכירו נמי דש"ח ושומר שכר מתחייבים באמירה, דהכא ודאי אינם מתחייבים בלא משיכה, דרק עי"ז זוכה הגנב מכחם, ולכן לא ראו לנכון להאריך כאן בחילוקים אלו, וניחא נמי דברי הרא"ש דסתם כאן דמשעת משיכה נתחייבו, כיון דבשמעתין קושטא הוא, ועיקר דבריו מתפרשים לאפוקי אחר משיכה, ובפרטי חיוב דסתם שומר סמך עמ"ש בב"מ בזה.

והרבה דברים דחוקים לפירוש תו', דסתמא מתפרש תיקנו משיכה כתקנת משיכה בלקוחות, והיינו למעוטי בלא משיכה, ובפרט בדר"א דאמר הכי בהדיא, וסתם שומרים מתפרש על חיובי שמירה, ודוחק לאפוקי ש"ח ושומר שכר מן הכלל, ולפרושי בכולהו שלא בענין השמירה, [גם בדין שוכר צ"ע כמש"כ לק' סק"ז], ומ"ט לא מיבעיא ליה לאמימר שמא כדר' אמי דמדאורייתא מהני משיכה, כמו שהוא באמת לענין חיוב אונסין, ולמה לא הביאו בשמעתין מימרא דר"ה ודר' אמי, וגם נמצא דאמימר נסתפק כמאן הלכה, ונהי דלא שמיע ליה דר' אלעזר אבל לא מסתבר לומר שלא שמע כל המימרות הללו, וגם נמצא דפלוגתתן בפירושא דמתני', ול"מ כן כלל, בפרט מאחר דקאר"א לא תדחיה מ"ל כו', ועוד דא"כ ר"א מתני' אתא לאשמועינן, וגם סוגיא דב"מ קשיא, שלא הזכירו ממתני' דהכא כלל, ועיקר הסברא לחלק בין שואל לשומרין אינה מיושבת כ"כ, עי' לעיל בזה, וצ"ע.

יעו"י בגהש"ס, ובפשוטו כונת תו' דיש מעילה על נתינת זכות שימוש אע"פ שאין כאן דבר בעין, ואמנם התם המעילה על הפרוטה שנתן, ומה שקיבל תמורתה זהו זכות השתמשות, וכאן איפכא שהוציא מהקדש זכות השתמשות, מ"מ מייתו מינה שזה נקרא דבר

ליתן לשואל, וכיון דמדאורייתא ליכא דין משיכה, לא נפיק מכלל דברים, עד שיעשה מעשה, אבל אם מדאורייתא בעינן משיכה בשומרין אין סברא להצריך ביקוע לענין חזרה דמשיכה מעשה גמור היא, אלא שמדרבנן לא תיקנו משיכה לזכות השואל שלא ראו צורך לאלם זכותו, ורק את שעת החיוב התנו בעד שימושך, ולפ"ז מיושב שלא תיקנו תקנה דמשיכה ותקנה דביקוע, ואתיא מתני' דב"ק כר"ה.

ולפ"ז הא דמיייתי מדר"א דפליג אדר"ה היינו מדקאמר כדרך שתיקנו בלקוחות, דהיינו אף לענין חזרה, (וכדאמר') נמי התם מ"ט ב' כדרך שתיקנו משיכה במוכרין כך תיקנו משיכה בלקוחות מיהו לכאורה הכא השומר הוא הלוקח) [ועי' להלן מש"כ ע"ד התו' ושוב בלשון המ"מ פ"ב מה' שכירות דמשמע שגם לענין חזרה מכח התקנה הוא], ומש"ה לא איתותב ר"ה מהברייתא, דיכול לדחוק דרך לענין חיוב אונסין מיתניא, מיהו בלא"ה איכא תנא דסבר כרב הונא וכמ"ש תו' ב"ק שם, דר"מ בקדושין מ"ז ב' ע"כ ס"ל כר"ה, דהא קאמר התם דלכו"ע מלוה לא גרעא משאלה, והא דלא קאמר התם לימא דר"א תנאי היא, היינו משום דאתי שפיר כרבנן, ואדר"ה פריך משום דאתי כיחידאה, [עיי"ש בתו' ובראשונים ז"ל אליבא דרב], וגם הי' צריך להאריך כיון שאין מפורש בדר"א דין חזרה, [והי' אפשר לומר דלר"א דרך משום תקנה א"י לחזור בו, חשיב שפיר כמעוה בעין לענין קדושין אליבא דר"מ, דנהי דלא שרינן ליה לחזור מדרבנן, אבל אכתי מעותיו הן, וכיון דיהיב לה לשם קדושין שפיר דמי, דאפי' אי בעלמא קנין דרבנן מהני לדאורייתא הכא לא אמרו מדרבנן אלא שלא יוכל לחזור דומיא דשאלה, ולא הקנו לו לגמרי, אבל ל"מ כן בגמ' אלא בחזרהגופה פליגי, ובסברא נמי נראה שאם תיקנו משיכה בשומרין לענין חזרה, מן הראוי שיזכה במלוה

לגמרי, דבשלמא אם בשואל מצי הדר ב' חשבינן ליה שפיר כשואל המעות להשתמש בהן, אבל אם הוחלט ענין המלוה כמו שהוחלטה השאלה, ממילא קיימא ברשותי' לגמרי, כקנין דשאר חפצים].

בבא דלא איתותב ר"ה, י"ל עוד דכך תיקנו בשומרין משום ש"ח ושומר שכר ושוכר נקטי, אבל בשואל, אינו לגמרי כלקוחות, מיהו מדר"א דייק דהאמורא יש לו לפרש דבריו יותר.

לר' אליעזר הא דהמשאיל אינו יכול לחזור בו מהמשיכה אם הוא מדאורייתא

ויותר מיושב לומר דלר"א משעת משיכה [או הכנסה לרשותו], קונה מעיקר הדין, אלא דמהא דקאמר תיקנו משיכה בשומרין כדרך שתיקנו בלקוחות, שמעינן דלבתר משיכה הו' שומרין כלקוחות, דאל"כ לא הו"ל להזכיר לקוחות, אבל אין זה מהתקנה, אלא מעיקר הדין דכיון שמשך קנה, וגם לשון לקוחות משמע על חזרת השומר דומיא דלוקח ועי' לק' סק"ה במשמעות הבריתא [שור' בלשון המ"מ הנ"ל דמשמע שהכל מהתקנה], ור"ה סבר שאין בדעת המשאיל להקנות כלום במשיכה זו, [אבל ודאי אם הי' רוצה מהניא משיכה או חצר לחייבו תדע דבמלוה ודאי יכול להקנות קנין גמור, ומ"מ אינו קונה במשיכה ובחצר לר"מ], אבל משבקע בו כבר הוחלטה ההשאלה, ואף דהי' מקום לומר שיוכל לחזור בו מכאן ולהבא, מ"מ בזה נקטינן מסברא דכולה שאלה אחת היא, ואמנם משבקע בו אגלאי מילתא שמשעת משיכה זכה בו, (עי' צ"ד ב' צ"ו), אבל כ"ז שלא בקע, לא ביטל זכותו לחזרה, [ועי' לק' ס"ק י"א דמדברי התו' משמע שהביקוע משלים הקנין, ולא איגלאי שנשלם במשיכה].

ולפ"ז ניחא דנקטינן דטעמי' דר"מ בקדושין שם לענין מלוה הוא מאותו טעם דשאלה, דס"ל שאין בדעת המלוה למנוע

סתמה המשנה כיון דהנדון בעיקר הדבר מדאורייתא, - (עי' לעיל ל"ד א' דמשמע דבכל פקדון איכא משיכה הראוי' לקנין בשעת מסירה, ועמש"כ בזה לעיל סכ"ב סק"ו).

בהא דפשיטט לתוס' ששואל לא מתחייב באונסין מדאורייתא באמירת הנח לפני

שם בא"ד וה"ה שומר שכר כו' ואי אשואל קאמר מדאורייתא נמי ל"ק כו' יש לעי' מנין פשיטא להו דשואל אינו מתחייב מדאורייתא בהניחו לפניו, דהא דאמר צ"ד ב' פרה במשיכה מתפרש שפיר מדרבנן, ומתני' דהכא מתפרשת שפיר גם בלא מעשה קנין, דמ"מ בעינן שיסתלקו הבעלים וימסרו כולו לרשות השואל, ואף אינו מתחייב באופנים ששואל פטור במתני', ואפשר דמסברא פשיטא להו דבשלמא ש"ח ושומר שכר דאין כאן אלא חיובא אגברא שפיר מתחייב בלא מעשה בחפץ, (כדאמרי' בעלים באמירה) אבל שואל אינו נעשה במציאות שואל בלא החפץ, [וה"ה שוכר], וכ"ז שלא משך, הר"ז כלא ניתן לו החפץ כלל, מיהו מצינן שפיר למימר דמשנמסר לו החפץ להשתמש נעשה שואל, ואין חילוק בין שואל לש"ח בזה, דכיון שנסתלקו הבעלים ויש לו זכות שימוש נתחייב כשואל, (אבל אין לומר דכונתם משום דש"ח ושומר שכר הם חיובי שמירה משא"כ שואל שאינו מתחייב לשמור יותר, אלא לשלם יותר, וזה אינו יכול להתחייב באמירה, דא"כ למה מתחייבים ש"ח ושומר שכר לשלם, הרי לא נתחייבו באמירה אלא על חובת גברא, וזה מוכח מדינחא להו לומר דשוכר מתחייב רק במשיכה, אע"פ שאינו מתחייב טפי מש"ח וש"ח, א"ו המציאות של שואל ושוכר שייכי רק ע"י מעשה בגוף החפץ וכמש"כ), וצ"ע, ועי' ברא"ש שפי' גם בשואל דמתחייב קודם משיכה בהכישא במקל והיא תבא, ועי' בזה להלן, ועמשנ"ת עוד בזה לק' ס"ק י"א, שו"ר בזה בספר מרן זללה"ה לקוטים סי"ז סק"ג.

מעצמו זכות חזרה ע"י משיכה הלוה, והיינו טעמא דשואל, אבל אם בשואל הוה הטעם משום שתיקנו בו משיכה גם לענין חזרה, אבל מעיקר הדין לא מהני משיכה לענין חזרה, ופלוגתתם במלוה הוא אם דמי לשאלה עד שיוציא, או דמלוה להוצאה ניתנה וקונה במשיכה מעיקר הדין, א"כ אמאי תלי לה מעיקרא בדר"ה, וביותר קשה לר"א דהול"ל עד כאן לא פליגי עליה דר"מ אלא במלוה, דר"מ מדמה לה לשואל, ורבנן מדמו לה למקח, אבל מנ"ל למעבד פלוגתא ביניהם בשואל גופי', אבל לפמשנ"ת דלר"א מעיקר הדין ראוי שיקנה במשיכה גם בשואל, וטעמי' דר"מ מפני שהמשאל אינו רוצה לאבד זכותו ואינו מקנה לו במשיכה זו, וזהו גופא הטעם במלוה, שפיר י"ל דחדא פלוגתא היא ולא מחלקינן בדעת המשאל לומר דכיון דהדר בעינ' מעכב מלהחליט השאלה עד שעת ביקוע, - מש"כ דמהני משיכה מן הדין ר"ל קנין גמור, ואם משיכה לא מהני מדאורייתא אף במתנה דליכא מעות, קונה מדאורייתא בחצר, ועכ"פ א"צ ביקוע, דדברי ר"ה מתפרשים אף לאחר קנין חצר.

בתוד"ה כך

ד. **שם** תוד"ה כך, כדאמרי' פרק האומנין דהנח לפני ש"ח, אין כונתם דהיינו דקמ"ל מתני' דא"צ משיכה בש"ח אלא דכיון דמתפרשא סתמא במניח שלא בחצירו, עי' פ"א ב', ובלא עשה מעשה קנין, דא"כ הו"ל טפי מהנח סתמא, ש"מ דלא בעינן קנין, אבל הנדון במתני' הוא במשמעות הלשון דהנח לפני, ובנמו"י שם פי' בשם הראב"ד והרשב"א דמייירי בהניחו בדר"א בסימטא, וכ"כ הר"ן שם, ולכאורה אם הי' הדין דהנח לפני אינה קבלת שמירה, וחשיב כמו הא ביתא קמך מ"ח ב', אף אם משך אח"כ, אדעתא דהכי משך, דמתפרש שאמנם ישמור לו, אבל אינו מתחייב כש"ח, ובפרט אם מדאורייתא א"צ משיכה, דהקנין מתייחס למה שהתנו ביניהם, ושפיר

במש"כ תו' להוכיח מהא דאמרו דר"א פליגא אדרב הונא

שם בא"ד ועוד מאי פליגא דקאמר הכא, בפשוטו אכולה מילתא קא מהדרי, (ועי' לק' סק"ז בדין שוכר לר"ה), ולעיל סק"ג כתבנו דמכדרך שתיקנו בלקוחות קדייק, דאף אם באנו לקיים דין משיכה בשומרין לר"ה שלא יתחייב בלא משיכה, מ"מ אינה מענין משיכה דלקוחות, דהתם מכניסה לרשותו, והכא אינו זוכה בדבר כלל, והמשיכה אינה אלא כעין קנו מידו מידו להתחייבות, שלא ראוי חכמים לחייבו בלא מעשה בחפץ, אבל אין בזה מעשה קנין כלל, ואי לאו דמדאורייתא מעיקרא מיחייב באונסין, לא הי' מתחייב במשיכה זו, או בהכנסה לחצירו, לר"ה, שאינו נותנו לו כדי לזכות, [ומה"ט הוצרכו לתקנת משיכה בשומרין, דאין כאן דין קנינים מדאורייתא, שאין כאן הכנסה לרשותו ורק מפני שמסרו לאחריותו חייבתו תורה], ועי' לק' סק"ה, לפירוש תו' צ"ע האי לישנא, דהא איפכא מלקוחות הוא, דכאן תיקנו שתספיק משיכה לענין חזרה, (ובבבב"א נמי משמע דבהלכות קנינים מיירי, כדקתני סיפא), ועמש"כ לעיל סק"ב ע"ד בסוגיא דב"ק.

לענין הלכה

ולענין הלכה כתב הש"ך סי' רצ"א סק"י"ג דהעיקר כהפוסקים דכל השומרים אינם מתחייבין בלא משיכה, וכ"מ בשטמ"ק ב"ק ע"ט א' בשם הרמב"ן וכ"כ בדעת הרי"ף, וכד' רש"י והרמב"ם והראב"ד והרשב"א והמ"מ והר"ן והנ"י, ובשואל גם דעת תו' שאינו מתחייב בלא משיכה, ולפמש"כ ה"ה שוכר, (עי' בספר כתב וחותרם סי' י"ב).

ובשו"ע סי' ש"ז ס"ב הביא דעת הרא"ש דשוכר מתחייב בלא משיכה, אבל בסי' ש"מ ס"ד השמיט דעה זו, משום דקשיא ליה לישנא דגמ' דמשעת משיכה מתחייב במזונות, ולפמשנ"ת ע"כ שואל ושוכר שוין,

ובההיא דמשעת משיכה נתחייב במזונות, לעיל פ"א א', לא הוזכר שואל, כיון דה"ה שוכר, וביותר מבואר בכתובות ל"ד ב' דקאמר סד"א הואיל ואר"פ משעת משיכה הוא דאתחייב ליה במזונות, ה"נ משעת שאלה אתחייב באונסי' קמ"ל, דהיינו דשני בלישני' כיון דהתם מיירי בשאלה ומימרא דר"פ אף בשכירות, ובגמ' צ"ו א' דמיירי בשאלה קאמר דמשעת שאלה תחייב במזונות, וכן בגמ' צ"ד ב' קאמר פרה במשיכה, אבל הרא"ש לא חשש לזה דהאי משיכה היינו הכנסה לרשותו, ובכלל זה הכישה במקל, או נסתלקו הבעלים, וכדקרי ליה בגמ' שעת שאלה, אלא שבדרך כלל הבעלים שם ואינו קונה עד שימשוך, [וכבר כ"כ מרן זללה"ה חו"מ לקוטים סי"ז סק"ז].

במקור דברי הרא"ש ובדברי הרמ"א

והנה מקורו של הרא"ש לחלוק ע"ד התו' בדין שואל הוא מדרב דהכישה במקל נמי חייב, ומפרש דאפי' ביצאה לרה"ר חייב, דכיון שיצאה מרשות בעלים לאחריות השומר מתחייב, [ומכאן למד לש"ח ושומר שכר דבהסתלקות הבעלים תלא מילתא, דקאמר כיון שיצאת מרשות בעלים כו'], אבל ע"כ דלדעת תו' גם לרב צריך משיכה בשואל, אלא דס"ל לרב דהוצאה מרשות בעלים נמי חשיבא כמשיכה לחיוב אונסין, ולא מסתבר כלל לומר דפליגי בדין משיכה בשואל, ובאמת הרמ"א שם פסק דא"צ משיכה בשואל, ומ"מ בדין הכישה במקל סתם כדעת המחבר דאינו מתחייב בכך, ובבהגרא"א סק"ט ז' אמנם תמה ע"ז, אבל ע"כ דעת הרא"ש דגם לשמואל א"צ משיכה בשואל לחיוב אונסין, [אפי' אי פליג ארב], דוקא התם שאין השואל לפניו לקבל שמירה, ס"ל דאינו מתחייב, וכבר הק' מרן זללה"ה שם סק"ח ע"ד הש"ך עד"ז, [ומדבריו ז"ל נתעוררתי דע"כ לא תליא הא בהא], ועי' לק' סק"י"ב ביישוב דעת הש"ך והגר"א.

אם א"צ נסתלקו הבעלים לדעת תו', מ"מ בעינן שתחלט מסירת החפץ לאחריותו, ובשאלה אע"פ שנותן לו למשוך אינו ברשותו כ"ז שלא נעשה שואל, [ועתו' ב"ק ע"ט א', ובמש"כ בביאור דבריהם לעיל סק"ב], אבל אה"נ דבאופן שכבר נמסר לרשותו תחלה, נעשה ש"ח עד שימשוך, (ולפ"ז מיושב הא דקאמר צ"ד ב' פרה במשיכה, ולא סגי בבעליו עמו שבשעה שהניחה לפניו, דבכה"ג מישך שייכא השאלה בשמירה שמתחלה נתן לו ע"ד כן רמב"ן צ"ח ב', עי' לעיל ס' ס"ק י"ג, מיהו הקו' ממתני' אינה מתיישבת בזה, דהנחה לפניו נמי מעשה הוא ובעלים באמירה לחוד, ובלא"ה נמי לא משמע דכל שואל נעשה ש"ח בתחלה, וע"ע בזה).

שם ב' כך שכירות נקנה בכסף ובשטר ובחזקה ביאור החידוש בשכירות ואי גם זה קאי לענין חזרה

ה. **שם ב'** כך שכירות נקנה בכסף ובשטר ובחזקה, לכאורה מייתי לה הכא דקנין של שימוש בפירות לחוד צורתו כקנין גוף הדבר, וכמו בשומרין, (שו"ר דקנין שכירות אינו כקנין פירות, דהמשכיר משתעבד להעמיד בהמה לשוכר, ועכ"פ אם מתה תוך השכירות אינו משלם שכר, וכן בקרקע, [שו"ע סי' ש"י ס"א ב' וש"ע סי"ז], ונמצא שקונה שעבוד אע"פ שאין הכל באחריותו, ודמי טפי לקנין התחייבות כמו שומרין, ולע"כ בכ"ז), ולפ"ז משמע דתיקנו משיכה לענין חזרה קאמר, דהשתא הוי דומיא דשכירות, שזוכה בשכירות ע"י הקנין, מיהו י"ל דאכדרך שתיקנו בלקוחות מייתי לה, [וכמשנ"ת לעיל סק"ג ד'], אבל אה"נ דלענין חזרה מהני מעיקר הדין בחצר או במשיכה (כמו בשכירות קרקע), ולכאורה עיקר החידוש בחזקה, אבל כסף אין סברא שלא יועיל בשכירות, ואפי' נימא דיש קצת חידוש בכסף כיון שאינו קונה דבר בעין, [שו"ר דיש חידוש כיון דאינה משתלמת אלא לבסוף א"כ ע"כ יש קנין אחר

לדעת תוס' בשומר חנם שמתחייב בהנח לפני
אם צריך ג"כ שיסתלקו הבעלים

ובאמת התו' לא הזכירו בהנח לפני דש"ח
וכן בשומר שכר דבעינן נמי נסתלקו הבעלים, דמתפרש שפיר שהחיוב דשומר כבעלים באמירה, וא"צ שיסתלקו הבעלים, וה"נ מסתברא דאין החיוב בהסתלקות הבעלים אלא במסירה לידו, ולענין בעליו עמו אותה שעה היא הקובעת, ואם באנו לפרש מתני' דהנח לפני בלא קנין, אין מקור להוסיף דבנסתלקו הבעלים דוקא חל החיוב, מיהו י"ל דסתמא מתפרש כן, ולכאורה נראה דלענין חיובא דאורייתא קודם שתיקנו משיכה בהנח לפני סגי, אע"פ שלא נסתלקו הבעלים, דעיקר החיוב שהחליטוביניהם ונמסר החפץ לאחריותו, ולדעת תו' גם משתיקנו משיכה נשאר הדין כען, ולפ"ז באמת מוכח מהא דהוזכרה משיכה גבי שאלה לענין מזונות' ולעיל צ"ד ב', דבלא משיכה אינו מתחייב, [ורק לדעת הרא"ש איכא לאוקומה בלא נסתלקו הבעלים וכמש"כ לעיל], אבל הרא"ש למד כן מדרב, שיצאת מרשות בעלים נתחייב, וש"מ דכיון שסילקו הבעלים שמירתן על סמך השומר, סגי בהכי לחייבו, ומתפרש נמי בש"ח ושומר שכר כן, ונפ"מ בכ"ז לקולא היכא דהוי בעליו עמו בשעה שהניח לפניו, ולא היו בשעת משיכה, ולפמ"ש"כ יש גם חילוק בין תו' להרא"ש בהיו עמו בשעה שהוחלטה השמירה, אבל עדיין הבעלים כאן, דלהרא"ש לא נתחייב עד שתצא מרשות בעלים, [ועי' לק' ס"ק י"א בכ"ז].

שואל' שהניחו לפניו אם נעשה עכ"פ בשומר חנם עד המשיכה

ויש' לעי' לדעת תו' דש"ח הוי בהנח לפני לחוד, אבל שואל עד שימשוך, א"כ כל שואל נעשה ש"ח משהונח לפניו עד שמשך, דבפשוטו מקבל שמירה כמו ש"ח בהנח לפני, מיהו נראה דסתמא דמילתא אין הבעלים מסתלקין כ"ז שלא נגמר חיובו דשואל, ואפי'

אלא לבסוף, בדרך כלל ליכא קנין כסף, וכמ"ש תו' לעיל א', ונראה שכונת הרמב"ן שיזכה זכות שכירות, אבל לא יתחייב בשמירה עד שימשוך, מיהו זהו גופא טעם מספיק כיון שאין קנין כסף מועיל לעשותו בדין שוכר, חזר דינו במשיכה אף לקנין זכות שכירות, וכ"מ בריטב"א.

ובשו"ע סי' קצ"ח ס"ו כ' די"א דשכירות מטלטלין נקנה בכסף כו' ולא הביא דעת החולקים, אבל באמת רבו החולקים ה"ה רש"י והרשב"א והריטב"א ובשם מורו הרא"ה וכ"כ בניי שהאחרונים כהרשב"א, וכ"מ בראב"ד ובטור כמ"ש הגרע"א ז"ל ועי' בראשונים ז"ל מ"א א', וכבר העיר ע"ז בפ"ת שם סק"ח, והגרע"א ז"ל בגליון שם (ובסוף דרו"ח ב"מ) הק' דמה שייך נשפרו חטיך אפי' לא יציל המשכיר, ג"כ לא יצטרך השוכר לשלם (ובפ"ת העתיק שהק' על פסק המחבר, אבל כונתו איפכא דא"צ כלל לטעמא דכיון דשלו הוא טרח ומציל, שהרי לא שייך פסידא לשוכר), ולשון הריטב"א צ"ט ב' והוא טעמא לא שייך בשכירות שהרי אם נשרף נשרף למשכיר וזה מתפרש כדברי הגרע"א ז"ל, והנה הר"ן והנ"י באמת הזכירו ד"ז במתני' ע"ח א' וכמ"ש הגרע"א ז"ל שם, ונראה מזה דאח"כ, וכונתם לומר דעדיפא מינה, שאין לחוש שיצטרך לרדוף אחר המשכיר לקבל מעותיו או שכירות, כיון שהמשכיר טרח ומציל, ואי משכח"ל דלא טרח ומציל וגם השוכר לא יפסיד, יתכן שבאמת אין להוציא שכירות מכלל מקח, דסו"ס שייכא כאן הסברא שתיקנו במקח, ואף דמשום זה אין לתקן, אבל מ"מ שפיר יש לכלול שכירות בכלל מקח, שידע שכשנותן מעות לא נגמר העסק, (והא לא חיישינן בעלמא שהשוכר לא יציל, כיון שהוא מחויב כדן שומר שכר (או ש"ח), ועכ"פ מ"ש דטרח ומציל הוא התירוץ הנכון יותר בזה, ואמנם אכתי הו"מ למימר דעת מפני השכירות, וא"צ לטעמא דגוף שלו, שהרי

בזה מדאורייתא], אבל בחליפין פשיטא דקני, דשפיר משתעבד בקנין סודר להשכיר, כמו שמשמע בד' לכל מילי, ולפ"ז צ"ע במה שדקדקו תו' קדושין כ"ז א' מ"ט לא קתני בחליפין, דהא בזה אין שום חידוש, ובלא"ה נמי כסף שטר וחזקה הוא לשון הרגיל בקרקע, שו"ר במהרש"א בזה.

שם שכירות מאי עבדתי, בב"ק קאמר שכירות דמאי אילימא שכירות דמטלטלין מטלטלי בני שטרא ניהו, ויש ליתן טעם בשינוי הלשון, דבאמת ר"ח אמר לשמעתי' הכא, קדים לאמימר ורב אשי דב"ק שם, והכא הוה פשיטא לגמ' דשכירות היינו דמטלטלין, דהכי משמע סתם לשון שכירות, (דאי אקרקע קאי הול"ל שכירות), ומש"ה פריך בפשיטות מאי עבדתי, אבל בב"ק כבר ידעינן שינויא דר"ח דמיירי בשכירות קרקע, ומש"ה מפרש בגמ' מ"ט ליכא לאוקומה בשכירות דמטלטלין, אבל הכא הניחו הקושיא כמו שהקשו בבית המדרש קמ' ר"ח, ועי"ל דהכא פריך גם מחזקה וכדפרש"י, דאם איתא שיש להצריך חזקה בתר משיכה היינו כדר"ה, אבל התם שלא הוזכרו דברי ר"ה, לא פריך אלא משטר, וזה נכון יותר, (במ"ש רש"י בענין חזקה עי' לק' סוסק"ו).

בנידון הראשונים אם קנין כסף קונה בשכירות מטלטלין

הרמב"ן הק' לפרש"י מ"ט אין שכירות מטלטלין נקנה בכסף, הא לא יאמר לו נשרפו חטיך בעליה, כיון שהגוף שלו יטרח ומציל מפני הגוף, ומשמע שר"ל במסקנתו דבאמת נקנה בכסף, ויש לעי' אכתי יאמר לו נשרפו חטיך באונס כעין גניבה ואבידה, ויהא חייב השוכר לשלם, (דהא דאמרי' דנפלה דליקה באונס, לאפוקי מזיד קאמר), וגם פשטא דברייתא הכא ובמתני' דב"ק ע"ט א' קתני בהדיא, דבכל השומרין תקנו משיכה, אלא דבזה י"ל דכיון דשכירות אינה משתלמת

קודם ביקוע דהא איכא קנין דאורייתא [מיהו צ"ע דודאי משמע מדר"ה דאפי' הכניסו לרשות יכול לחזור כ"ז שלא ביקע, ועי' להלן בזה] ומה"ט דן בשכר דשומר שכר שלא תיקנו שיתחייב הבעלים בכך ע"י משיכה, אבל ודאי דמשהתחיל במלאכת השמירה מתחייב המפקיד בשכרו כדין פועל, [ולכאורה דינו כקבלן לענין מ"ש תו' מ"ח א' ד"ה, כיון שאינו משועבד לכל מלאכתו, ולא קרינן ב' עבדים לעבדים], ולהאמור מצי סברי שפיר כדעת הראב"ד בשו"ע סי' רצ"ג ס"א דבקיבל פקדון לזמן א"י לחזור בו, אלא דבענין קנין טפי ממשיכה, וצ"ע בכ"ז בסוגיות דפועלים, ואמנם ממ"ש דליכא למימר שיהא מחויב לשמור בע"כ, משמע דכל שומר יכול לחזור, מיהו י"ל דדוקא בשואל קאמר שלא נתחייב משום שמירה לטובת המשאל, והלום ראיתי בריטב"א פ"א א' שכ' בהדיא דש"ח ושומר שכר או לחזור תוך הזמן חוץ משואל שהזמן נקבע לטובתו, עיי"ש.

וב"ז לשיטתם, אבל לפמ"ש הראשונים ז"ל דהנדון אם תיקנו להצריך משיכה שלא יתחייב בלא משיכה, דמדאורייתא משניתן החפץ לאחריותו כבר נתחייב, ואף ר"ה מודה בזה, כמשנ"ת לעיל סק"ג ד', א"כ פשיטא דבשעת משיכה חשיבי התחילו במלאכה, דקודם שתיקנו היו מחויבים מיד שנמסר להם, וע"י שחכמים איחרו זמן חיובם, נתאחר גם זמן ההתחלה, [ולדעת תו' גם בלא משיכה נתחייבו ש"ח ושומר שכר וה"ה בשכר השומר שכר], ונדון חזרה בש"ח ושומר שכר תליא בפלוגתת הראב"ד והרשב"א בקדושין י"ג א' עשו"ע שם ובהגר"א ולע"כ, ושוכר נמי מתחייב משעת משיכה, ולענין שמירה כשחוזר בו, מסתברא דפטור, דנהי דמחויב ליתן שכרו דא"י לחזור בו לענין זה, מ"מ לא גרע משואל.

מפסיד דמי השכירות, אבל דאי דטעמא דמפסיד הגוף עדיף טפי, מיהו למש"כ הטעם דהשוו קנין שכירות עם חיובי שמירה של השוכר, דבזה לכו"ע מתחייב רק במשיכה, כמ"ש בשו"ע סי' ש"ז ס"א, וכ"מ בריטב"א דמשמע ליה שכל השומרין שוין בדין משיכה.

אם מהניא משיכה לחייב את הבעה"ב בשכר השומר שכר

ו. **בנמו"י** הביא פלוגתת הר"ן והמפרשים אי מהניא משיכה לחייב בעה"ב בשכר השומר שכר, וגם הביא בשם הרא"ה דמהניא משיכה לחייב את השואל שלא תועיל אמירתו לבעה"ב ששוב אינו רוצה בשאלה, לחשבו שומר שכר בלבד, אלא צריך שיחזיר לרשות בעלים דוקא, והא דאמר פ"א א' דתוך ימי שאלתה דינו כשואל, מתפרש בפשוטו כשלא הודיע לבעלים, שאינו רוצה בשאלה, דא"כ הי' אומר לו שלח, דהא לא מתפרש סתמא במחזיר בע"כ, והנה מתבאר מדבריהם דש"ח ושומר שכר יכולין לחזור בהם אפי' קיבלו הפיקדון לזמן, וזה דלא כדעת הראב"ד שבשו"ע סי' רצ"ג ס"א.

ברם משמעות הדברים שהרא"ה לשיטתו הובא בריטב"א קדושין מ"ז ב' וכן בשמעתין, דמן הדין לא מהני משיכה אלא לקנין הגוף גמור, ואפי' לחיוב אונסין, והיינו טעמי' דר"ה, אלא דלר"א תיקנו חכמים כן שלא מן הדין, בין בשואל ובין בש"ח ושומר שכר עיי"ש, ויש לדון הרבה בכ"ז, ועי' בספר מרן זללה"ה לקוטים סי"ז סק"ט, ועפ"ז נקט הרא"ה שלא חידשו תקנת משיכה לחייב את הש"ח ושומר שכר לענין חזרה ושכר השומר, אבל פשיטא ליה דבקע בו או שנכנס לרשותו לשמור, תו לא מהני חזרה, ואתיא ההיא דלעיל פ"א א' בפשיטות דלאחר שבקע בו פשיטא שא"י לחזור בו, ואף משהכניסו לחצרו

במש"כ החזו"א שהנידון רק אם לא התחילו במלאכת השמירה

ויעזי בספר מרן זללה"ה לב"ק סכ"ג ס"ק כ"ז מ"ש בזה, ושם כתב לפרש דהנודן במשיכה דשומר שכר כשלא התחיל במלאכת השמירה, וכן בחזרה דשואל קודם ביקוע, וכן עולה לפמש"כ, אלא דלא תלי לה בדעת הרא"ה לשיטתו, ובאמת מש"כ דלהרא"ה מפני קנין חצר ל"מ כן כלל, וע"כ דכונתו לעצם קנין בדבר שאין קונה בגוף כלום, ואף בקנין חצר בעינן לתקנה דרבנן שיקנה ולפ"ז מדאורייתא לעולם יכול לחזור, מיהו לענין תחלת מלאכה מהני שפיר ביקוע וכן תחלת שמירה, והרא"ה מיירי במשיכה שקודם שמירה כמו קודם ביקוע שלא התחיל הענין, וכמ"ש מרן ז"ל, [ול"ע בבירור שיטת הריטב"א בשמעתינן ועוזו"א לקוטים סי' כ' מה יתפרש עוד בזה].

במש"כ הנה"מ שבקע בו ולא משך מתחייב באונסין

בנה"מ סי' ש"מ סק"ח כתב דשואל שנשתמש בחפץ ברשות משאיל אע"פ שלא משך כבר נתחייב, דבההיא הנאה משעבד נפשי, והוכיח כן מדברי הריטב"א שכ' אליבא דר"ה דכיון דלא תיקנו משיכה בשומרין הא דמתחייב באונסין במשיכה, היינו דמשעבד נפשי בההיא הנאה דאפקי' מרשותי' לרשות שואל, עי"ש, ועיקר דברי הריטב"א כבר נתבאר שזה לשיטתו דטעמי' דר"ה משום דלא מהני קנין משיכה לשאלה, ול"מ כן בדעת ש"פ, אבל אף לדעת הריטב"א נראה שלא בכל הנאה מתחייב, אלא דכיון דאשכחן שחייבה תורה שואל במשיכה, מפרשינן דהיינו מפני שהנאה כספ' ומשתעבד בה, אבל כשלא נשלמה ההשאלה כפי גדרי התורה אינו מתחייב סתמא ע"י כל הנאה, ולא מיבעיא למאי דקיי"ל דתיקנו משיכה כשומרין ודאי שבכלל תק"ח שברשות משאיל לעולם אינו בדין שואל, אלא דתיקנו משיכה בשומרין

ודאי שבכלל תק"ח שברשות משאיל לעולם אינו בדין שואל, אלא אף לר"ה שימוש שברשות משאיל לא משוי ליה שואל, אלא כאורח חשיב, דאילו התנה עמו שלא יוציאנו מרשותו ודאי נראה שלא נחשב שואל בכך, אא"כ הגביה דג"ז כהוצאה מרשותו, וגם בזה יש לדון שהרי אורח המשתמש בחפצי בעה"ב אינו שואל, ודברי הנה"מ יש לפרש כשנתן לו רשות להוציא אלא שהתחיל להשתמש בחצירו ג"כ, (אם כי לשונו ז"ל בספסל ל"מ כן), ובזה נמי נראה דאינו מתחייב סתמא כדין שואל, אע"פ שמצד ההנאה יכול להתחייב דכיון שאופן זה אינו מעשה שאלה, אינו נעשה שואל סתמא, ורק בשואל דקרא פי' כן אליבא דר"ה דמכח זה מתחייב, [ועי' בספר מרן זללה"ה חו"מ לקוטים סי"ז סק"י"ב סברא כזו לענין שאינו מתחייב בהכחשה], ועי' רש"י צ"ט ב' שכ' דלא משכח"ל חזקה במטלטלין בלא משיכה, והעתיקו הריטב"א, וכונתם ג"כ דחזקה ברשות משאיל אינה קונה (ועי' ל"ד א' משמע דכל שואל קונה בשעה שמוסרה לו, ומשכח"ל בעלים ופרה עמד ממש באמירה כגון שיש על הבהמה והסכים להשאילה לו מעתה, דלהנה"מ מתחייב מיד כיון שיושב עליה, (מיהו לע"כ בדין שמירת אשה בחפצי בעלה, אי מיירי בהגבהה דוקא)), ולפי שיטתו צ"ע בנשתמש ברשות משאיל מה דינו לענין חזרה, דלר"ה בדין הוא שלא יוכל לחזור, לפמ"ש הריטב"א שזו תקנה דרבנן עיי"ש, ולדידן פשיטא דיכול לחזור כיון שלא קנה, וזה ג"כ מוכיח דבלא משיכה ליכא למ"ד דחייב, וכ"מ בראשונים ז"ל מ"א א' עיי"ש ברש"י ורמב"ן ועוד וענה"מ שם.

בדברי הראשונים בקדושין מ"ז ב' דנשתמש בזוז אחד קנה הכל, ובדין שאל שני קרדומין ובקע באחד

ז. **צ"ט א'** בקע בו קנאו לא בקע בו לא קנאו, בקדושין מ"ז ב' איכא למ"ד דאף במלוה כ"ז שלא הוציא יכול

הגזבר, ומשני ה"ה אפי' לא הוציא כו' עיי"ש, וביארו הראשונים ז"ל דאפי' אם יחזור בו המפקיד מיד, יכול ליתן לו מעות אחרות, ודמי ממש להלוואה, ולכאורה הו"מ ר"ה לאוקומה כר"מ קדושין מ"ז ב' דאף במלוה דוקא משנשתמש א"י לחזור בו, וכבר הק' כן בתומים סי' ע"ב ס"ק נ"ד, ובפשוטו י"ל דנראה לו דוחק לאוקומה כרשב"א משום ר"מ, וגם אין קו' לומר דלא שמיע ליה האי ברייתא.

מיהו אפשר דמעות המונחים אצל שולחני כבקע בו דמי, שהרי העמיד המעות לשימוש שולחנו וא"צ שכבר יהנה בפריטת המעות, דזהו גופא שימוש מספיק להחליט את ההלוואה, ובאמת בהלוואה גמורה קרוב לומר כן, אבל בכה"ג שהפקיד אצלו ולא נתנו במוחלט עד שישתמש, בזה י"ל דכ"ז שלא נשתמש אין זה כביקוע.

מיהו אפשר מטעם אחר דלא שייך כאן דינ' דר"ה, כיון שלעולם צריך להחזיר לו מיד כשיבקש, וא"כ אין השימוש מחליט שום דבר, דהא לעולם חזרתו רק מבטלת מכאן ולהבא, וזה יכול לעשות גם לאחר השימוש, ובכה"ג דמי לפקדון דש"ח ושומר שכר שהענין נחלט במשיכה, דאין סיבה לעכב החלטת הענין עד שישתמש, משא"כ בשאלה לשימוש מסוים או לזמן או הלוואה, דאחר שהוחלט הענין אינו יכול לתבעו עד כלות הזמן, ובזה ס"ל לר"ה שאין דעתו להקנות לו במוחלט עד שכבר נשתמש וכמשנ"ת בסק"ג.

בדין שוכר לר"ה אם משעת התשלום הוחלטה השכירות

בפשוטו נראה דמודה ר"ה בשכירות דמשעה שמתחייב בשכר שוב א"י לחזור בו, ואע"פ שגם השוכר יכול לחזור בו כ"ז שהמשכיר יכול לחזור בו, מ"מ כיון שצריך לשלם שכירות משעת משיכה, חשיב שפיר כהתחיל במלאכה, וכ"כ בשטמ"ק בשם

המלוה לחזור בו, ומבואר בראשונים ז"ל שם שאם נשתמש בזו אחד מהני לכל הסכום אע"פ שאין גוף אחד כקודם, דמ"מ כבר הוחלטה ההלוואה ע"י השמימוש, וה"ה בשאלה כה"ג [ועי' מה א' בגמ' לענין ש"י, וברמב"ם פ"ג מגניבה ואבידה הי"ב].

מיהו בשאל שני קרדומין ושתי פרות יש לעי' אי מהני מחד לחברי', ויש סברא לומר דמהני, אף אם לענין שוה פרוטה בעינן בכל חד שו"פ, כדבעי רמב"ח צ"ו א', דהתם החיובים מתייחסים לכל חפץ בפ"ע, אבל לענין הסברא של התחלת שימוש בתר שואל ומשאל אזלינן, מיהו בשאל קרדום ופרה לשני ענינים נפרדים, יש לומר דה"נ לא מהני מחד לחברי', וצ"ע אם רמב"ח מיבעי ליה גם בכה"ג, ובשאל קופה מלאה מטבעות לשימוש וכל כיו"ב, אף לרמב"ח לא בעינן בכל מטבע שו"פ, ולענין ביקוע מתבאר בראשונים דמהני, וכמש"כ.

ולפ"ד מבואר בגמ' שם שאפי' נגנבו המעות ונשאר שו"פ ג"כ יכול לחזור בו, דנהי דנתחייב בתשלומי הגניבה, מ"מ לא הוחלטה ההלוואה עי"ז, דהחייב אונסין הוא בגלל האפשרות להשתמש, וזה שאמנם אירע אונס, אינו קובע את ההלוואה, הגע עצמך בנשבר מעט מן הקרדום באונס, וכי זה מחייב להחליט את השמלה, וה"נ במלוה אע"פ שהאונס שאירע והשימוש שוין, דמ"מ לא הי' כאן שימוש, ולפ"ז מבואר דחזרת בעה"ב עוקרת רק מכאן ולהבא, (וכ"מ מדין בעליו עמו דלכו"ע שעת שאלה קובעת), וה"ה בשומר שכר אף אם יכול לחזור בו, מ"מ משלם לו שכר שמירה של אותה שעה.

בסוגיא מ"ג א' למח לא משני דאתיא כר"מ דבעינן בקע בו אף במלוה

יעוי' בסוגיא מ"ג א' דמותיב ר"נ לר"ה מהמפקיד מעות אצל שולחני דקתני מותרין ישתמש בהן לפיכך אם הוציא מעל

לדאורייתא, דודאי סוג הקנין ראוי שיועיל מדאורייתא, דגם מדאורייתא ענינו גמירות דעת להחליט הענין, ואין ענין בצורה זו או אחרת, אלא שהתורה קבעה קנינים שהם מצד עצמם מורים על גמר הענין, ושאר הקנין בצורה זו או אחרת, אלא שהתורה קבעה קנינים שהם מצד עצמם מורים על גמר הענין, ואין ענין בצורה זו או אחרת, אלא שהתורה קבעה קנינים שהם מצד עצמם מורים על גמר הענין, ושאר הקנינים מועילים מצד ההסכמה, ובכלל זה גם קנינים דרבנן, ועדיפי מינה, אבל היכא דמדאורייתא יכול לחזור בו וחכמים אמרו שלא יוכל לחזור, בזה יש לדון קצת מדין הפקר ב"ד הפקר, ובזה י"ל דלא אלמוה לענין דאורייתא למיהוי כהפקר ממש, או דלענין לאפוקי הקדש לחולין לא תיקנו.

וב"ז לפירוש תו' דתיקנו להקדים הקנין, אבל לפי הראשונים ז"ל דעיקר תיקנו נאמר שלא יתחייב בהנח לפני יש לפרש דמדאורייתא במשיכה, או בחצר מיהא, קני לענין חזרה, וכמשנ"ת לעיל סק"ג ועי"ש, ושפיר איכא מעילה גם לר"א, דזהו מעיקר הדין דאורייתא, ולהסוברים דלא מהני משיכה מדאורייתא במתנה, נוקים לדר' אמי בשעשה קנין דאורייתא כגון שהכניסו לחצרו, [דאין מבואר בדבריו איזה קנין עשה, אלא דהא ודאי משמע שלא התחיל לבקע], וניחא מש"פ הרמב"ם בפ"ב מה' שכירות כר"א, ובהלכות מעילה פסק כר' אמי, והיינו אף אם נימא דהרמב"ם סבר דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא, אבל מצינן שפיר למימר דסוג הקנין מועיל וכמש"כ בדעת תו', אבל אם הי' הנדון על הזמן שיוחלט הקנין, מודה שפיר הרמב"ם לתו', אלא דלפירושו לאו בהכי תיקנו וכמש"כ ובפשוטו משמע דמשנעשה בדין שואל קאמר ר' אמי דמעל, והיינו אף במשיכה כשואל מהדיוט.

הריטב"א ועי' בריטב"א הנדמ"ח, ודבריו הם לשיטתו שאין קנין משיכה לפירות לחוד, וא"כ שאלה ושכירות שוין, אלא דכיון שיכול לקנותה בכסף מדאורייתא, כשתיקנו משיכה העמידה במקום כסף לגמרי, וכמו דבמקח אינו יכול לחזור בכסף, ה"ה בשכירות, וממילא ה"ה משיכה, ובאמת מזה מוכח לכל הפירושים דמודה ר"ה בשכירות, דלא גרעה משיכה מכסף, וגם עיקר הטעם שעושה לו טובה ואינו מבטל מעצמו זכות חזרה וכמשנ"ת סק"ג, לא שייך בשכירות.

ברם צ"ע בלשון תו' בשמעתין ובכ"ק ע"ט א' דאף שלא כתבו בהדיא דלר"ה ה"ה שכירות, אבל מהא דמפרשי בעיא דאמימר, ולשון תיקנו דר"א, אף בשכירות משמע דמעיקר הדין אף בשכירות יכול לחזור בו כ"ז שלא בקע, ואפשר דכונתם כשאנו מתחייב בשכירות ליומא אלא לביקוע, ומ"מ צ"ע כיון דע"כ שכירות לא דמיא לשאלה, [ועי' לק' ס"ק י"א בדעת תו' בזה].

ופליגא דר"א כו' לא הוזכר איזה קנין, ובמ"ש תו' דאי מדרבנן אינו בדין שיועיל להתיר מעילה, ובדעת הראשונים

ח. שם ופליגא דרבי אמי כו', בתו' ב"ק ע"ט א' כתבו דג' מחלוקות בדבר, דלר"א דתיקנו משיכה מדרבנן, אסור לבקע בו לכתחלה, דהא מדאורייתא אכתי לא נפיק לחולין, והנה בדר' אמי לא הוזכר אם הי' קנין דרבנן או קנין דאורייתא, כגון חצר, אלא דלשיטתם תיקנו משיכה שיקנה אע"פ שלא בקע, ואף בקנין חצר הוצרכנו לתקנה זו, דלא מיירי בסוג הקנין אלא בזמן ההקנאה, ובפרט אם דעת תו' דבמתנה וכיו"ב דליכא מעות קונה מדאורייתא במשיכה עריטב"א מ"ז ב' בשם תו' ובע"ז ע"א א' ד"ה פרשני, א"כ משיכה כחצר בשואל, ולפ"ז נראה דאין ללמוד מכאן לדין קנין דרבנן אי מהני

החידוש בסיפא דזוכים מיד לשואל וגם מקבל אחריות, אע"פ שהמשאל לא הוציאה מרשותו לגמרי, וכן יש חידוש בשעה שמחזירה.

אם כשבאה ליד השואל צריך לעשות קנין כדי שיתחייב באונסין, ובביאור החידוש בסיפא דמתני'

ונראה דאף ברישא משבאה ליד שואל, אפי' עומד ברה"ר, מיד נתחייב באונסין, שהרי הם כבר זכו לו, וקבלת האחריות אינה משאירתה ביד הבעלים, והו"ל כעומדת בחצירו דבאמירה נתחייב כדאמר צ"ד ב', וקרוב לומר דאף לר"ה הדין כן, ואע"פ שאין לו זכות בקבלתם לענין חזרה, מ"מ ניחא ליה בהכי אם מפני שאחר שמסרו המשאל להם חשיב טפי אינו עומד בדיבורו כשחוזר בו, ולכן זכות הוא לו שיתפסו עבורו, דעי"ז לא יחזור בו, ובלא"ה נמי אין השואל המקבל ברה"ר מעונין לעכב זמן השאלה עד שיוציאנה לסימטא, דניחא ליה שיוכל להשתמש בה מיד, (דלכאורה כ"ז שאינו חייב באחריות אין לו רשות להשתמש חנם, ועי' סק"ו), אלא שהלכות קנינים מונעים ממנו לקנות כאן, ולכן ניחא ליה בקנין שעושה השליח, כשהאחריות על המשאל עד שתבא אצלו, ועוד דכיון דניחא ליה שיביאנה אצלו כשזה על אחריות המשאל, גי בהכי שתחשב הוצאה מרשות בעלים והכנסה לרשותו.

וכן בשעה שמחזירה תוך ימי שאלתה, משנתן לשלוחים אלו, שוב אינו יכול להשתמש בה, שזכו למשאל, ומ"מ הרי היא באחריות השואל עד שתבא אצל המשאל, (ובזה אף לר"ה הדין כן, ושפיר איצטריך משום סיפא), ובנתן לעבדו הכנעני יכול לחזור בו ולהשתמש, ומשמע דאע"פ שא"ל המשאל שלח, לא נאסר מלהשתמש עד שתכלה זמן שאלתו, דאל"כ הו"ל כלאחר ימי שאלתה דהו"ל שומר שכר, [וענה"מ סי' ש"מ ס"ק י"ד ובסה"ת שער ח"ג, ובש"ך סי' קכ"א סק"ד

בקו' הגרע"א מאי מהני משיכה בשומרים, ובדברי הקצה"ח לענין קנין שומר בשטרות

הגרע"א ז"ל בחי' מ"ח א' הק' מה שיין התחייבות בשומרים ע"י משיכה או חצר או ד"א הרי אין השומר קונה כלום, וכבר נתבאר בזה לעיל סק"א דתקנת המשיכה היא להחליט הסתלקות הבעלים והכנסה לרשות השומר, עיי"ש, ובקצה"ח סי' רצ"א סק"ה הק' למאי איצטריך למעוטי שטרות משמירה הא לא משכח"ל בהו קנין לשומר דבעינן כתיבה ומסירה עיי"ש, והנה מדאורייתא בהנח לפני סגי וא"כ ל"ק קרא ל"ל, אבל בעיקר הדבר נראה דהבין כקושית הגרע"א ז"ל שקונה גוף החפץ ועי"ז מתחייב, ולכן ס"ל שאינו יכול להתחייב על ערך החוב אא"כ עשה קנין על החוב, אבל בפשוטו כיון שחייב השמירה על הנר, א"צ אלא להחליט הכנסת הנר לרשותו ע"י מעשה קנין, [וכבר כ"כ בגליון השו"ע מח"ש].

צ"ח ב' מתני' השואל את הפרה ושלחה לו ביד בנו כו'

ט. **צ"ח ב'** מתני' א"ל השואל שלחה לי כו' ומתה חייב, כל הני משיכתן בשביל השואל, ולמאי דקיי"ל דלא כרב הונא, משמשכו שוב אין המשאל יכול לחזור בו, ואף שלוחו של משאל כונתו לזכות בשביל השואל, ואפשר דברישא נמי משמסר לידם א"י לחזור בו, שהרי מסר להם שיזכו עבור השואל, ונהי דאין האחריות על השואל שלא מדעתו, אבל לזכותו שפיר זכו לו, וכמ"ש בשו"ע סי' רצ"ג ס"ד לענין פקדון, דמשמסרו לשליח א"י לחזור בו אע"פ שהאחריות עליו, וכשזה לטובת המקבל כמלוה ושואל בכל ענין אינו יכול לחזור בו, ולפ"ז יש חידוש במתני' דאע"פ שהמסירה לתועלת השואל דזוכה עי"ז אף שלא בידיעתו וניחא ליה בהכי, וגם סתמא דמילתא מוסר חפציו לבנו ועבדו ושלוחו, מ"מ לא מקבל אחריות עד שיאמר בפירוש שלח, וביד בנו ועבדו ושלוחו של משאל

ולע"כ], והשאלו סתם, וא"ל שיחזיר, לכאורה תאסר להשתמש מיד, והו"ל לאחר ימי שאלתה.

וקמ"ל מתני' דאע"פ שיודע המשאל שאין כל הנאה של השואל עד שתבא לרשותו, [ולא עדיף מלאחר זמן שאלה דהו"ל שומר שכר, כיון שאין כל הנאה שלו], והו"א דבתורת פקדון יהיב להו, והו"ל השליח ש"ח עד שיביאנה לשואל, ובפרט במשלחה ביד בנו ועבדו ושלוcho של משאל שזמן ההשאלה ידוע רק למשאל, והי' ראוי לומר שמבקש ממנו שיביא בהמתו וישאלנה כשיגיע אצלו, אפ"ה אמרי' דמתחייב באונסין מיד, שלטובת השואל הוא מוציאה, מרשותו, ומקבל עליו אחריות, והיינו דקמ"ל בסיפא שאפי' א"ל המשאל הריני משלחה כו' דמשמע טפי לדעת, אפ"ה חייב, דלעולם חייב השואל עיקר, שהרי הכל נעשה לטובתו וחייב באחריות, ורק כשלא הסכים בפירוש, א"א לחייבו ולכן נשאר באחריות המשאל.

צ"ט א' נעשה כאומר לו הכישה במקל והיא תבא, ביאור ההו"א וביאור המסקנא ומה מחייב את השואל

י. צ"ט א' נעשה כאומר לו הכישה במקל והיא תבא, קס"ד דסתמא נמי מתפרש שכשמוסרה הבעלים ביד עבדו, אין כונתו שתהא אחריות הדרך עליו, וכיון שהעבד אינו יכול לזכות עבור השואל, כמו שהמשאל עצמו אינו יכול לזכות עבורו, ע"כ מתפרש שאחריות על השואל בלא זכיה, וזה כהתחייבות שבהכישה במקל והיא תבא, ומותיב מברייאת דסתמא באחריות הבעלים קיימא, ונראה ביאור הדברים דדוקא כשא"ל שיפקירנה בלא שומר, בזה האחריות על השואל, אבל כשמשלחה ביד עבדו אין התחייבות מצד השואל בלא זכיה, כיון שלא הפקירה הבעלים לטובתו, והיינו נמי טעמא דהכישה במקל עדיף משואל שמושך בעצמו,

דהתם כ"ז שלא קנה במשיכה, הרי מסרה הבעלים לבן דעת, ושפיר נשאת אחריות עליו עד שיגיע לסימטא, ובדרך כלל נותנה לו בענין שאינו חושש לאונסא שממקום המסירה עד שיקנה, ורק כשמוציאה מרשותו בלא שמירה כלל יש לדון על התחייבות מחודשת מצד השואל, ועוד נראה דע"כ מיירי באופן שסומך השואל שתבא, [כדפרש"י והיא תבא אחרי, מיהו זה צ"ע דאי קאי הכא מאי קא"ל ביד מי, ואפשר דכונת רש"י והיא תבא אצלי, ולא דוקא אחרי דמשמע דקאי הכא], דלאו בשופטני עסקינן, ובכה"ג יש סברא לומר דהשואל מתחייב בכך, כיון שהמשאל הוציאה מרשותו לטובתו, וקרוב הדבר שעי"ז תבא לחצר השואל, סגי בהכי ליחשב הכנסה לרשות שואל, ואמנם לענין חזרה ודאי דברשות משאל קיימא שהרי לא זכה בה השואל, מ"מ מדאורייתא מתחייב בכך, דלא גרע מהנח לפני, כיון שמוציאה מרשותו בלא שמירה על סמך שבדרך כלל תבא לרשות שואל, וכשתיקנו משיכה בשומרין ס"ל לרב דאף בכה"ג בכלל, כיון שיש בזה משום הכנסה לרשות שואל, אבל בא"ל הכישה במקל ותצא מרשותך לאחריותו, אף לרב פטור, ואפשר דשמואל מדאורייתא נמי פליג, דכיון דלא סמכא דעת' דשואל, גרע מהנח לפני, וע"ע לק' ס"ק י"ג בכ"ז.

אם למסקנא צריך שיאמר בפי' הכישה במקל והיא תבא, ובביאור שינוי' דרב אשי

ואפשר דהא דקאמר לא תימא נעשה כא"ל אלא אימא בא"ל כו', מתפרש כדלעיל בנעשה כאומר לו, דנהי דשמעינן מברייאת דסתמא ביד עבדו אין התחייבות מצד השואל, מ"מ בפירוש לו שאינו סומך על עבדו, (ואפשר דדוקא בעבד כנעני מהני סברא זו, עשו"ע סי' רצ"א ס' דלא אמרי' המפקיד ע"ד עבדיו הוא מפקיד), ואם ירצה ישלחנה בידו על אחריות השואל, מתחייב שפיר כמו בהכישה במקל, והיינו דקאמר באומר הכישה

תוד"ה כיון ביאור ב' התירושים שבתוס' ואם לת' בתרא מהני בעלמא בסמטא משיכה ע"י

המוכר

יא. **שם** תוד"ה כיון, תו"ד ז"ל דהכא מהניא משיכת בעה"ב לשואל כיון שהבעה"ב מוציא מרשות המיוחדת לו, ונותנה לרשות שהשואל יכול לקנות בה, וה"ה מדד המוכר והניח ע"ג סימטא דקנה שהוציא המקח מכליו ונתנו ברשות שיכול הלוקח לקנות בה, [וכ"כ בתו' הרא"ש], אבל ודאי דמשיכת בעה"ב בסימטא עבור השואל או הלוקח לאו כלום היא, ובזה אין חילוק בין תי' קמא לת' בתרא, אלא שבתירוצ' בתרא חידשו דמהני משיכה לשואל ברה"ר, וכיון שכן חזר דין רה"ר כסימטא בתירוצ' קמא, ולת' בתרא אף לשמואל מהני משיכה גמורה דשואל ברה"ר, דלא נחלקו אלא במשיכת בעה"ב, עבור השואל [מיהו מרן זללה"ה פי' דלתירוצ' בתרא אף בסימטא לא מהני אלא בשומרין לענין אונסין, דפי' שכונתם ליישב גם הק' מההיא דר"ש בתי' בתרא, מיהו בתו' הרא"ש משמע כמש"כ, והא דנטרו עד לבסוף נראה דתירוצ' בתרא אינו מדברי ר"י, וכמש"כ בסמוך, שו"ר דפי' מרן ז"ל עיקר], ולמ"ש תו' כתובות ל"א ב' בשם ר"י דרבינא קאמר דהגנב מתחייב באונסין בהוצאה, מרשות בעלים ואפי' לרה"ר, ע"כ מבואר דלמאי דקיי"ל כרב אחא אף לענין חיוב אונסין לא מהניא, הוצאה מרשות בעלים לחודה, ולכו"ע נמי לא מהניא לזה משיכה ברה"ר ועי' לעיל סק"א דכ"ד רוח"פ, אלא דהתו' אזלי לשיטתם ב"ק ע"ט א' דלחיובי גניבה בעינן קנין גמור וכשיטתם בפי' הסוגיא שם דלענין שיתחייב הגנב במשיכת השואל בעינן קנין גמור שא"י לחזור בו, אבל לש"פ מבואר במתני' שם דאף באונסין פטור.

בביאור הא דתיקנו משיכה מחודשת לענין חיוב אונסין

ולכאורה יש ללמוד מדבריהם דקנין משיכה מהני מדאורייתא היכא דליכא כסף,

כו' שאומר הריני מתחייב על הוצאה מרשות בעלים, והיא תבא ע"י העבד, כענין דוהיא תבא ע"י הכשה, דבתרוייהו מיירי כשבדרך כלל יש להניח שאמנם תבא לרשות השואל, וכמש"כ, א"נ י"ל דה"ק באומר הכישה במקל והיא תבא מעצמה או ביד מאן דהוא, עבד, או גוי, וחש"ו, (מיהו נראה דגוי וחש"ו פטור, (וענה"מ סי' ש"מ ס"ק י"א דלטעמא דחייב מדין ערב אף בזה חייב), דדוקא עבד, או והיא תבא מעצמה, שאין חשש הפסד ע"י השליח), אבל דוחק טובא לפרושי דמיירי שלא א"ל שלחה ביד עבדך, [שו"ר בשו"ע סי' קכ"א ס"א ובש"ך סק"ד לענין שליח גוי ולע"כ].

ולכאמור גם לפי שינויא דרב אשי מיירי בברייתא כעין ההוא דרב, אלא שבדרך נתחדש שבכל ענין שהשואל מקבל ע"ע התחייבות חייב, וזה מוכח מדמדמי התחייבות שע"י הבאת העבד, להתחייבות שהיא תבא מעצמה ועי' להלן, ורב אשי מפרש לברייתא דמיירי רק כשאין חשש הפסד באחריות השואל, אלא דאפשר שלא תבא מיד, או שתחזור לרשות בעלים, ובכה"ג מתחייב שפיר בהוצאה מרשות בעלים דחשיבא כנכנסה לרשותו, אף באופן שעדיין לא קנה מדין חצר, אבל לא ביד עבדו וכיו"ב שאין הדבר מוחלט שאמנם הבא לחצירו של שואל, והא דלא מפרש למימרי' דר"נ אמר רבב"א כדמפרש לברייתא, היינו משום דגוף העובדא נאמר בלשון סתמא, ורב השיב על שאלה כזו בסתמא דחייב, ולכן אין לאוקמה באופן מיוחד, אבל בברייתא התנא העמיד הצירור והדין, ומצינן שפיר לאוקמה כדרב אשי.

והמחזור בפלוגתא דרב ושמואל דלאו בדין משיכה פליגי דיש להשוות דין בשעה שמחזירה לשעת שאלה, ופלוגתייהו במסיכות דעת כמבואר במילתי' דרב אשי, ועמשנ"ת בכ"ז לק' ס"ק י"ב י"ג.

צריך משיכה אלא דמהני משיכה ברה"ר, ובמוסר המשאיל לידו ברה"ר צריך לעשות משיכה אלא דמהני אף ברה"ר, וכמשנת תו"ד, וביותר מבואר כן בתו' הרא"ש עיי"ש דהנדון על קנין משיכה בשואל ברה"ר, אבל לשני התרוצים בעינן משיכה אף בעומד אצלו, וכמ"ש בתור"ה כך.

אבל מרן זללה"ה בחו"מ לקוטים סי"ז סק"ג כתב לפרש דהא דפשיטא להו דבעינן משיכה בשואל היינו משום דבלא משיכה יכול לחזור בו, וכ"ז שיכול לחזור בו אינו בדין שיתחייב באונסין, ור"ל דאי מפרשינן דלר"א א"י לחזור משעת משיכה מדאורייתא, יש לנקוט דחיובי שואל ג"כ מההיא שעתא, אבל למאי דמסקי דאף לר"א אין הקנין נחלט במשיכה מדאורייתא, א"כ י"ל דקודם משיכה ג"כ מתחייב ועיי"ש עוד בכ"ז, וצ"ע, [ועי' בפוסקים סי' ש"מ ש"ך סק"י ובהגר"א ס"ק ט"ז ועמש"כ בזה לק' ס"ק י"ב].

בחילוק בין שיטת תוס' ושיטת הרא"ש בזה

ועמש"כ לעיל סק"ד דהתו' לא הזכירו דבעינן נסתלקו הבעלים בהנח לפני, ואף באין דעתם להסתלק מכאן, נחלט הענין במסירה לאחריות השומר, ולכן הבינו בשואל דההוצאה מרשות בעלים משום משיכה היא, אבל הרא"ש פי' דההוצאה מרשות בעלים לסלק השגחתם דהו"ל נסתלקו הבעלים, [ואף בחצר שאינה משתמרת דבעלים, מתחייב שואל בהניחה לפני], ולכן השווה שואל לש"ח ושומר שכר דלא בעינן משיכה כלל, ולכן לא הזכיר הרא"ש דמהני משיכה בשואל ברה"ר, אע"פ שפי' מימרא דרב אף ברה"ר, דלא משום משיכה אתינן עלה, אלא מדין הנח לפני ונסתלקו הבעלים, וכ"ז שהיא ברשותו עדיין לא נסתלקו הבעלים, ובנסתלקו הבעלים ברה"ר, אף משיכה לא בעי, כמו בש"ח ושומר שכר.

וכמ"ש הריטב"א מ"ז ב' בשם תו' לענין מתנה, ולפ"ז אפשר לומר דלענין חיוב אונסין סגי בפחות מזה, דהחסרון ברה"ר מפני שלא נכנס כ"כ לרשותו, אבל יש בזה משום הוצאה מרשות בעלים כמו בסימטא, ולכן סגי בהכי להתחייב באונסין, אבל אם מדאורייתא ליכא בשואל אלא קנין חצר וכיו"ב, לא היו חכמים מחדשים קנין משיכה גרוע לענין חיוב אונסין, כיון דלא אשכחן בדאורייתא קנין לשואל פחות ממקח, ואפשר דמקור דבריהם הוא מהא דחזינן דלא מהני קנין גמור בשואל לענין חזרה מדאורייתא, וכדמיתו מדר"ה, וה"ה לר"א לשיטתם, וכיון דגם קנין גמור אינו מועיל להכניס לרשותו לגמרי, ומ"מ חייב באונסין, יש גם מקום שלא להצריך קנין גמור לענין אונסין, אבל לא היו מחדשים קנין פחות לענין אונסין לחוד, [ולפ"ז יש מקום שיתקנו כן אף אי משיכה דרבנן].

בהא דפשוט לתוס' ששואל צריך משיכה לחיוב אונסין

ויש לעי' כיון דס"ל דקנין דשואל לאו קנין גמור הוא, א"כ מנין פשיטא להו דאינו מתחייב בהנח לפני, והרא"ש באמת כתב מכח זה דבהנח לפני נמי מתחייב, אבל ל"מ כן דעת תו', [וע"ע להלן בזה], ולעיל סק"ד כתבנו דמשמע להו ז"ל דהמושג של שואל ושוכר מתייחס לחפץ ולכן צריך מעשה בחפץ משא"כ שמירה דליכא אלא חובת גברא לשמור, אבל למ"ש תו' דא"צ קנין גמור אין כ"כ פשיטות להצריך מעשה קנין שאינו גמור, [ועי' לק' ס"ק י"ב דגם דעת הראב"ד דשואל חלוק מש"ה מדאורייתא], ובשם אאמו"ר שליט"א שמעתי די"ל דקרא משמע הכי דבשמירה כתיב כי יתן, [ועב"ק צ"ג א' לשמור דאתא ליד' משמע], אבל בשאלה כתוב וכי ישאל דמשמע הכנסה לרשותו, ועכ"פ הוצאה מעם רעהו, ועכ"פ מבואר בדבריהם דשואל

במה שהוכיחו התוס' מדעת רב הונא שמהני משיכה לחיוב אונסין אע"ג דיכול עדיין לחזור בו

מ"ש תו' לדקדק מדר"ה דמהני קנין משיכה להתחייב באונסין אע"ג דלא קניא לחזרה, צ"ב דבפשוטו אף לר"ה עיקר הקנין הוא משעת משיכה, כדחזינן לענין בעליו עמו צ"ד ב' צ"ו א', ואם לא יחזור בו קודם ביקוע איגלאי מילתא דמשעת משיכה ידי' הואי, וכשחוזר בו כאילו נתבטלה השאלה מכאן ולהבא, וא"כ אין לדקדק מזה שתועיל לענין אונסין משיכה שאינה מועלת לקנין גמור, ומשמע לכאורה מזה דע"י הביקוע נשלם הקנין כעין חזקה, ומה"ט ס"ל דאף בשכירות בעינן ביקוע, וכמש"כ בדעתם ז"ל לעיל סוסק"ז.

במש"כ לעיל דאף לת' בתרא דתו' אתיא דרב ושמואל כמ"ד מדד מוכר והניח בסימטא קנה, אין הדברים נראין כן דיש לפרש דח"ס אליבא דהלכתא ב"ב פ"ד ב' [ועי"ש בתו' ותו' הרא"ש], וע"כ דבתיורין בתרא הדרי בהו וכמש"פ מרן זללה"ה (וכ"נ מהא דפשיטא להו דהנח לפני אינו קונה ואמאי מיירי בסימטא) ובתו' הרא"ש כנראה פ"י גם בתיורין קמא דרק לענין חיוב אונסין מהני כעין דאשכחן מ"ד דמהני לקנין גמור.

בביאור דעת הראב"ד דלענין חיובי שומר חנם סגי בהנח לפני במקום הראוי למשיכה משא"כ לענין חיובי שואל

יב. יעוי' בשטמ"ק בשם הראב"ד במתני' ובגמ' ולעיל פ' ב', ונראה דעתו ז"ל דכיון דש"ח מתחייב בהנח לפני מדאורייתא, הא דתיקנו משיכה לא בעינן שתעשה ע"י השומר, אלא אף בהכיסה המפקיד כדי למסרה ליד השומר, ונמשכה במסירה זו במקום הראוי למשיכה, שפיר נתחייב השומר, וד"ז פשוט ליה מסברא שהרי אין השומר זוכה כלום, (כקו' הגרע"א ז"ל הובא לעיל סק"א), אלא

דבעינן להחליט ההכנסה לאחריות השומר, וכיון שכן אף בשנעשית המשיכה ע"י מסירת המפקיד שפיר דמי, מיהו במשך המפקיד לאו כלום הוא, שאין במשיכה זו מסירה ליד השומר, אבל בהכיסה במקל והיא הולכת לרשות השומר, חשיבא שפיר משיכה לענין שומרין, [וה"ה בהוציא המפקיד והפקדון מרשותו והניחו לפני השומר במקום הראוי למשיכה, ולאו דוקא בבע"ח, כ"מ בראב"ד פ' ב' ועי' להלן], ומשיצאת לסימטא קנה אע"פ שאינו עומד כאן, ובזה מודה שמואל, ולא נחלקו אלא אם מתחייב גם באחריות אונסין עי"ז, ופשיטא ליה ז"ל דאין שואל מתחייב באונסין כ"ז שלא זכה בחפץ בקנין גמור, וכדעת תו' דשואל מדאורייתא במשיכה, ועי' בסמוך בזה, ולפירושו י"ל הטעם דבמשיכה קונה מדאורייתא לענין חזרה, והא בהא תליא ואף לר"ה אין החזרה עוקרת למפרע, [ועי' לעיל ס"ק י"א], והא דמתחייב לרב בהכיסה במקל היינו משום דמתנה ש"ח להיות כשואל, [כ"כ הראב"ד בהדיא במתני' דמהכא נמי שמעינן דין מתנה ש"ח כו' עיי"ש], [א"ה זכינו בזה לגליון מאמור"ר שליט"א ז"ל עיקר הטעם דחשיב משיכה כה"ג כמ"ש הראב"ד בעצמו, ומה שהביא ענין מתנה הוא לדוגמא בעלמא דקל להתחייב בחיובי שומרים, עכ"ל], וה"נ הרי א"ל השאילני פרתך ע"י שתכישנה במקל והיא תבא וכוונתו להתחייב באונסין כשואל, ושמואל סבר שאין כונתו להתחייב יותר מחיובי התורה בשמירה, וכ"ז שאינו שואל עדיין הוא ש"ח, וקיי"ל כשמואל, אבל מתני' דהנח לפני ניחא שפיר אף לשמואל, דהא מודה שמואל דהוי ש"ח בהכיסה במקל, וזהו שתירץ הראב"ד בסתמא הכי לעיל פ' ב', אע"פ שפסק הכא דלא כרב ואפשר דהא דפשיטא ליה דנעשה ש"ח בכך מפני שמניחה בלא שמירה על אחריותו, אבל באונסין מתחייב רק מכח הנאת השאלה, ועדיין אינה ברשותו להשתמש בה, ואפשר דמדין קנין הי'

מועיל אף לשואל, אלא דסתמא דמילתא אין דעתו להתחייב כ"ז שאין כל הנאה שלו, ומש"ה קרי ליה מתנה ש"ח להיות כשואל דבמציאות עדיין אינו שואל.

במה שהרשב"א הביא דבריו רק לגבי בע"ח

בנמו"י פ' האומנין וכן במ"מ פ"ב מה' שכירות ה"ח העתיקו דברי הרשב"א בשם הראב"ד דבבע"ח משכח"ל חיובא בהנח לפני לחוד כגון שא"ל הכישה במקל והיא תבא, ומבואר מזה דלא ס"ל מ"ש הראב"ד דכיון שהמפקיד מניח הפקדון במקום הראוי למשיכה בשליחות השומר סגי בהכי, ודוקא בבע"ח שהולכת מעצמה מהניא שליחותי' דבשעה שנמשכת מתייחס הדבר לשומר, [וכן ביאר מרן זללה"ה שם עיי"ש], ומשמע דאף בזרק הפקדון לפני השומר דאיכא משיכה כעין הכישה במקל לא מהני, מיהו ודאי דוחק לאוקומי מתני' דהנח לפני בכה"ג, ועיקר התירוץ לדעתם בד' אמות, אבל הראב"ד כתב תירוץ דהכישה ברישא, דלדידי' הנח לפני לחוד מהני, כיון שמניחו בסימטא בשליחות השומר, מיהו נראה דאף להראב"ד לא מהני משיכת המפקיד כשהחפץ כבר מונח בסימטא, דעיקר הטעם הוא דבהוצאה מרשות בעלים סגי, וכיון שתיקנו משיכה בעינן בזה הכנסה לרשות שומר, ואף ע"י הבעלים סגי בזה.

יעו"י בש"ך סי' ש"מ סק"י ונראה דכונתו לדקדק מדברי המ"מ והנ"י הנ"ל דס"ל דהלכה כרב והיינו משום דשמואל לא פליג עליה בדינא דא"כ היכי משנו מתני' דהנח לפני אליבא דרב סתמא, וכנראה מפרש שזוהי דעת הראב"ד, אבל דעת המ"מ והנ"י גופייהו דלית הלכתא כרב, וכמבואר בדבריהם, ולדידהו באמת אין ליישב מתני' דהנח לפני בהכישה, וזהו שכו' דמוכח מדברי המ"מ והנ"י דלמ"ד הכישה במקל פטור כ"ש דבעלמא בעיא משיכה, אבל למאן דס"ל דא"צ משיכה בשואל, כ"ש דהכישה במקל חייב, ור"ל

דלדידי' ע"כ דל"פ רב ושמואל בדינא, וכ"ד הגר"א בס"ק ט"ז, ומרן זללה"ה שם סק"ח הק' דודאי ל"פ רב ושמואל בדין משיכה בשואל, ולמש"כ נתבארה כונתם בזה, [ועי' בסמוך דלשיטתו קשה טפ"י], מיהו מדברי תו' והרא"ש גופייהו נראה דלא תליא הא בהא, דס"ל להרא"ש דלכו"ע אף לר"ח דפסק כשמואל מ"מ א"צ משיכה בשואל לחיוב אונסין, וכבר כ' בנה"מ ס"ק י"ב דהכישה במקל גרע מהנח לפני, שאין השואל כאן לקבל שמירתה, וכ"כ מרן זללה"ה שם, ולשיטתו דמודו תו' להרא"ש בדין משיכה בשואל א"כ מוכח מתו' דהלכה כשמואל אע"פ שא"צ משיכה בשואל, אבל אין כן דעת הפוסקים עבהגר"א הנ"ל, ועי' לעיל ס"ק י"א וסק"ד, מיהו אכתי ק"ק דלדיחויא דרב אשי ע"כ דמתתני' דהנח לפני אין ראי' [וי"ל דהתם סמכא דעת', אם נפרש דהכל תלוי בזה].

ומה שהבין הש"ך דלדעת הראב"ד והרשב"א הלכה כרב, (שו"ר בסי' רצ"א סק"ד ונראה לפי' דכונתם דלרב נ"חא), כבר נתבאר דבהדיא כתוב בשטמ"ק בשם דאין הלכה כרב, אלא דס"ל דלענין חיובי ש"ח לא פליג שמואל, ואין הטעם משום ערב, אלא דמהני משיכת המפקיד לשומר, שהוציא החפץ מרשותו לסימטא, [ובר"ה"ר באמת פטור, וכ"מ בראב"ד במתני' דדוקא הכישה ויצאת לסימטא חייב], וכיון דכמשיכה השומר דמי, אף בלית' הכא מתחייב, ולפ"ד לדינא הכישה במקל כו' חייב בפשיעה, ואפשר דחשיב נמי שומר שכו' בהנאת ההשאלה, ובהתנה להתחייב בזה כשואל חייב, ומסברא לפ"ז דבדקאי שואל הכא וא"ל הכישה במקל סמכא דעת' וקביל עליה, אף חיוב אונסין והא דפליג שמואל אדרב היינו בדלא קאי הכא דלא סמכא דעת', ולפ"ז נ"חא מיתוקמא ברייתא לשינויא דרב אשי אף כשיש רשות אחרת בינתיים, [וכ"נ בלשון הראב"ד שהגזיתא חולקת בין הרשויות

דעתי' מתחייב, וזה מבואר בהדיא בדברי הר"ן שהק' מ"ט דשמואל, לשיטתו דכולה מתני' מדין ערב, ותירץ דבמתני' סמכא דעתי' ומתחייב, ואמנם כתב דבדלא סמכא דעתי' לא מהני התחייבות בהדיא, אבל בדסמכא דעתי' היינו מתני', והיינו נמי אוקימתי' דר"א, (ומרן ז"ל שם לא היו לפניו חידושי הר"ן), ועי' לק' ס"ק י"ג בדברי הר"ן.

מ"ישנא דגמ' מ"ד לא סמכא דעתי' כו' קמ"ל דסמכא דעתי', משמע שאין כאן אלא נדון דסמיכות דעת, ויש לדקדק מזה דחיובי דמתני' לאו מדין זיכוי גינהו, אלא מדין קבלת אחריות, ועי' להלן ס"ק י"ג בזה, וה"נ מסתברא שיש לדמות דינא דשאלה לבשעה שמחזירה, דהנדון על קבלת אחריות של המשאיל, אע"פ שגם בזה שייך זכייה, עי' לעיל סק"ט, (שו"ר בסה"ת שער נ' ח"ג דין ז' בשם הרמב"ן עיי"ש ובש"ך סי' קכ"א סק"ד).

בשיטת תו' באוקימתא דרב אשי, ואיך הוכיחו לשיטתם מהנח לפני

ולפירוש תו' והרא"ש נראה דטעמא דשמואל או רב אשי משום דלא סמכא דעתי', וכאילו לא אמר שלחה לי, ואף בשעה שמחזירה איכא נדון זה, והא דקתני כיון שיצאת מרשות משאיל מתפרש בשיש רשות אחרת בינתיים, אלא דסמכא דעתי'.

נמצינו למידין, דעת תו', דכל הני דמתני' מושכין עבור השואל ומהניא משיכתן אף לקנין גמור, והא דמהני הכישה במקל היינו משום משום דמשיכת המשאיל עבור השואל ג"כ מועלת לחיוב אונסין ולתי' קמא מהניא אף לקנין גמור, ויש לעי' א"כ איך הוכיחו מהנח לפני ש"ח, דא"צ משיכה הא היינו משיכה כמדד והניח בסימטא, ובפרט לתירוצם דאף ברה"ר מהניא משיכה לאונסין, א"כ מיתוקמא שפיר בהניח לפניו בסימטא או ברה"ר, וצ"ל דמשמע להו אף בהי' מונח

עיי"ש], אלא דסמכא דעתי' שתבא אצלו, ובה מודה שמואל שדעתו להתחייב בכך אף באונסין, וכ"כ מרן זללה"ה שם סוסק"א בדעתם ז"ל, [נדברי הר"ן הם לשיטתו דאין כאן חיובי שומרים אלא מדין ערב, ולכך השמיט בחידושו תירוצי' דהראב"ד לעיל פ' ב', ועי' להלן בזה].

ולפ"ז להסוברים דמהני תנאי דאתחייב אני לך אף לשמואל, אם בחיובי שומרים או מדין ערב, ניחא שפיר הבריייתא אף אם יש רשות אחרת בין רשות משאיל לשואל, דכיון דסמכא דעתי' דשואל הו"ל כהתנה להתחייב, אבל לפירוש תו' בפשוטו טעמי' דשמואל משום דלא מהניא משיכת המשאיל בשביל השואל, (ולא נחתין כאן לדין ערב), וא"כ כל שצריך לקנין משיכה אינו מתחייב אא"כ משך בעצמו או שנכנס לחצרו, וע"כ דלמאי דדחי ר"א מיירי כשאין רשות בין חצר דמשאיל לחצר דשואל, וזה דחוק טובא כמשה"ק מרן זללה"ה שם סק"ד ועיי"ש בסק"ו מש"כ ליישב, [ועי' להלן דצ"ל דל"פ שמואל אלא בסמיכות] מיהו מפרש"י נראה דאף בלא קנין חצר יש שעבוד על השואל, ואפשר שהמשאיל מכישה שתצא לרשות שואל ומניחה והולך לו, הלכך אף אם אירע שלא הלכה ויצאת בפתח השני של חצר המשאיל לרה"ר, ג"כ נתחייב השואל, דשעבוד נפשי' על אחריות חשש זה שמא תתעכב בגזיתא, ואז כבר יש לחוש שתחזור ולא תגיע לרשותו, שרק ע"י ההכשה יש להניח שתכנס מיד לרשותו של שואל, ולפ"ז יתכן גם שיש איזה רשות מפסקת בינתיים שאינה קונה לו בקנין חצר, ומ"מ פריך מאי למימרא כיון שהחידוש של הבריייתא מתפרש בסמיכות דעת, דאי ודאי להתם אזלא גם המשאיל לא הי' שואל ביד מי, דמשמעות הדברים שיש צריך בקבלת אחריות, והשואל הוא שקיבל על עצמו.

ואף למ"ש הנמו"י בשם הר"ן דלא מהני א"ל בהדיא ואתחייב אני לך, מ"מ בדסמכא

לכו"ע מתחייב, והיינו ברייתא כאוקימתא דר"א דאע"פ שלא נכנס לחצירו כבר מתחייב.

ודעת הריטב"א דכולה מתני' בחיובי שואל, אבל אוקימתא דרב מתפרשא מדין ערב, ובאמר בהדי' ואתחייב אני לך פשיטא דחייב, ופלוגתתם בסתמא, ובסדמכא דעת' מודה שמואל, ודעתו לפסוק כרב.

ודעת הר"ן דכולה מתני' מדין ערב, ובסדמכא דעת' מתחייב, ובלא סמכא דעת' אפי' אמר בהדיא ואתחייב אני לך פטור דכיון שאין הפסד ברור אין דעתו להתחייב, ולפי דבריו לא מהניא משיכת המשאל כלל, וכ"ד הריטב"א, [ועמש"כ ס"ק י"ג בדברי הר"ן].

ודעת הרמב"ם [והמפרשים דמיירי באין רשות מפסקת בין חצרו דמשאל לחצרו של שואל] דלעולם אינו מתחייב בלא קנין, למאי דקיי"ל כשמואל, וכן הביא הרמב"ן קדושין ח' ב' משמעתין דלעולם אינו מתחייב באחריות שאלה עד דאתיא לרשות' וקני לה, ועמ"ש מרן זללה"ה סק"ו ליישב הברייתא לפ"ז [מיהו אכתי י"ל דבדסמכא דעת' שתבא אצלו מקבל אחריות, דעדיף מחיובי ורב שכ' הרמב"ן בקדושין שם, ואפשר שגם דעת תו' כן, וכ"כ מרן ז"ל בדעת רש"י, ולפ"ד לדינא לעולם אינו חייב באחריות עד שיקנה במשיכה או בחצר, או ע"י אחר הראוי לקנות לו].

ובעת ראיתי בסה"ת שער נ' ח"ג ד"ז שהביא בשם הרמב"ן דאפי' א"ל שלחה לי אינו נפטר אא"כ שלחו ביד מי שראוי להיות שלוחו, אבל אם א"ל שישלח ביד עכו"ם צריך שיאמר והפטר, עיי"ש, ובשו"ע סי' קכ"א ס"א ובש"ך סק"ד, ולע"כ.

יג. **מהא** דבעי אמימר ב"ק ע"ט א' אם תיקנו משיכה בשומרין יש ללמוד דמתנתי' ופלוגתא דרב ושמואל אין ראיה לזה, וגם

תחלה, ורק השאירו לפניו חייב, ולכאורה נראה דאף למאי דקיי"ל כשמואל היינו דהיכא דלא סמכא דעת' דשואל אינו מתחייב ע"י משיכה שעושה המשאל עבורו, אבל בחצירו של שואל לפניו מחצירו של משאל, אע"פ שיש רשות אחרת באמצע, או בדקאי שואל הכא, דסמכא דעת', שפיר מתחייב במשיכת המשאל, מיהו יתכן בדעת תו' כהרמב"ם, וכמש"פ מרן זללה"ה.

ולדעת הרא"ש לא בעינן דין משיכה אלא הסתלקות הבעלים וקבלת השומר או השואל באמירה, ובהכשה במקל הנדון אם סמכא דעת' דשואל ומקבל עליו אחריות, אבל במונח לפניו או בחצירו לפניו מחצר המשאל לכו"ע חייב, ואף בהכישה והיא תבא דרך רה"ר קיי"ל כרב.

ולדעת הראב"ד [והרשב"א] ג"כ מתפרשא כולה מתני' בחיובי שומרין, דשלוחים אלו זוכים עבור השואל, [ובשלוחי המשאל מיירי שא"ל לזכות או דממילא נעשים שלוחי השואל כ"נ כונת הראב"ד במ"ש שלא ע"י זיכוי אבל הכל בחיובי שומרין ומה"ט הק' משום בעליו עמו עיי"ש], ובהכישה במקל מיירי כשיצאת לסימטא, ומהניא משיכת המשאל עבור השואל, ולדעת הרשב"א דוקא בבע"ח מהני, ומסתברא דאף להראב"ד דוקא במוציאה מרשותו לרשות שקונה בה השואל אבל בהיתה מונחת כבר בסימטא לא מהניא משיכת בעה"ב ממקום למקום, ובפרט כשהוא מחזיק בידו כ"ז המשיכה, וכשהוא מניח אין כאן משיכה ולכו"ע מהניא משיכת המשאל ככה"ג לחיובי ש"ח, אבל אינו נעשה שואל עד שתכנוב לרשותו, וקמפלגי רב ושמואל אם דעתו להתחייב בחיובי שואל כדין מתנה ש"ח להיות כשואל, [וכאן לכו"ע א"צ קנו מידו כיון שזה לצורך השאלה ושפיר מתחייב בהנאת השאלה, כצ"ל דהא אליבא דשמואל קיימינן, ומסתברא נמי הכין], ובדסמכא דעת'

חכמים יותר, מיהו לעומת זה הכא גרע שלא הי' קנין משא"כ התם דאיכא מעות, (ומ"מ י"ל דזה שמוציאו על פיו מחזק הענין כעין מעות מדין ערב), ה"נ בשומרין נעשה שומר, ושוכר משלם דמי שכירותו מאותה שעה, אע"פ שנאבדה וחזרה אחר כמה ימים, וה"נ שואל כקיבל שאלתו דמי אבל בדלא סמכא דעת' ה"ז כשליח שעשאו שלא בעדים וכשכירו וליקטו, וה"נ ס"ל לשמואל באומר הכישה במקל והיא תבא, דאע"פ שיש להניח שבדרך כלל תבא, מ"מ לא עדיף משכירו ולקטו ובנו ועבדו שלא מדעתו, מיהו כ"ז שהוא עדיין ברשות משאיל או ביד עבד כיד רבו אין כאן התחלת שאלה ואף במקח כה"ג אינו נפטר וכמו בהוליקה המוכר בעצמו, וגם עיקר קבלת האחריות אינה מסכנת דרכים אלא מהוצאה מרשות בעלים.

נמצא לפ"ז דנהי דתיקנו משיכה בשומרין מ"מ יכול למסור השאלה לאחריותו, כמו במקח ומלוה, ועי"ז מתחייב כדין שואל, והיינו דוקא באופן זה שמבקש להביא החפץ לידו בדרך זו, דהר"ז כמי שקנה קנין פירות שאומר לבעל הגוף שלחה לי ביד פלוני, וה"נ השואל קיבל זכות הפירות שלו בדרך זו ולכן גם מתחייב בכך, וזה שייך דוקא כשהבעלים מסתלקים משמירתה, והשליח מושכה דלא עדיף מהשואל עצמו, אבל א"צ לזכות במשיכה לשואל אלא המשיכה כדי להחליט השליחות עצמה, דרך עי"ז מסתלקים הבעלים, (עכ"פ) לאחר שתיקנו משיכה, ובהכישה במקל נחלט הענין בהוצאה מרשות בעלים בלא שמירה, באופן שיש להניח שתגיע לבית השואל, ובדלא סמכא דעת' פליגי רב ושמואל אם מתחייב.

הערות בדברי הר"ן שכ' שחיבו מדין ערב

יעוי' בר"ן שהק' למ"ד שליח שעשאו בעדים נמי אין משלחין עמו, א"כ מ"ט פטור במתני', ונראה מדבריו דכדי להתחייב בדיני

מסיפא דקתני וכן בשעה שמחזירה יש ללמוד דדין השואל והמשאיל שוה, אע"פ שהחפץ של המשאיל וא"צ קנין, [מיהו עי' לעיל סק"ט דקונה זכות חזרה במשאיל לזמן], ומפשטות הגמ' נמי נראה דהנדון אי סמכא דעת' דשואל להתחייב בכך, ולא דנו בגמ' בקנין משיכה, ונראה מזה דכיון דמדאורייתא בהנח לפני מתחייב, ואף שואל בפשטו מתחייב ע"י שנתנו לרשותו להשתמש, כדמשמע סוגיא דתלמודא דדין תיקנו משיכה בשומרין אף לענין שואל נאמר, דדייקינן מינה דלא כר"ה, וכן משמע ממתני' ב"ק ע"ט א' דאיצטרריך לאשמועינן בכולהו דין משיכה, [ולרבינא מתחייב בהוצאה מרשות בעלים, אע"פ שאינו קונה, עסק"א], וכן יש ללמוד מהא דחשיב ב"ק ד' ב' שואל באבות נזיקין דומיא דש"ח ושומר שכר, דהחילוק ביניהם הוא בגדרי החיובים, אבל גם אחריות אונסין ענינה שלא יהא לבעלים דין ודברים בסיבות ההפסד, וגם מזלו של השואל גורם (וע"ע בזה להלן ע"ד הר"ן), [ולא מצינו חולק בזה להצריך משיכה מדאורייתא אלא התו', ולדעת מרן זללה"ה גם תו' חזרו מזה, מיהו דעת הראב"ד בזה אינה ברורה, דבב"ק שם נראה דעתו שגם שואל הי' מתחייב בהנח לפני, אבל לענין הכישה במקל משמע שאינו נעשה שואל בכך, ואפשר דג"ז משום דעתו של שואל, ולא מפני שא"א להתחייב בכך], הלכך יש לנקוט דמדאורייתא דינו כש"ח ושומר שכר, וכיון שכן כשתיקנו משיכה בשומרין, יש לדמותן לנתן מעות שצריך למשוך, וכי היכי דבתנן מעות וא"ל הכישה במקל והיא תבא נפטר המוכר בכך, [א"ה זכינו בזה להגהה מאאמו"ר שליט"א וז"ל התם מתפרש שע"מ כן מוחל לו את הדמים וכאילו אמר והפטר עכ"ל, ואני סברתי מתחלה דמ"מ לענין שומרין סגי בכך וכדרך שכ' הרמב"ן מ"ח א' דכ"ז שאינו חוזר מועיל הקנין כסף אף מדרבנן, ושומרים עדיפי שא"צ קנין להוציא מרשותו לרשות, ולא הצריכו

להסתלק מנתינת דעת על פרתו, ומה"ט לא דמי לקבלת אחריות דזרוק מנה לים שאין כאן הפסד וגם כונתו שיגיע החפץ לידו.

מיהו צ"ת בשיטת הר"ן מלבד דמתני' בפשוטה בהלכות שאלה מיתניא, וכדמחלקין פ' ב' בין תוך ימי שאלתה כו' ואי משום ערבות לכאורה יש להשוותן.

גם צ"ע מה הפשיטות דביד עבד כיד רבו אינו מקבל ערבות [ועש"ך סי' קכ"א סק"ד] והו"ל לשנויי דא"ל הריני מקבל ערבות ביד מי שתשלח, כגון שא"ל שלח ביד בנך או עבדך, וגם בפשוטו אינו מקבל ערבות כשאין הפסד וכקו' הנה"מ דלעיל.

גם מ"ש בסו"ד דאף בקיבל בהדיא אחריות פטור כיון שאין ההפסד ברור בהכרעה במקל כמו בזרוק מנה לים, צ"ב דהא א"ל הכרעה במקל והניחה שתבא אצלי, וא"כ לא נסתממה בקשתו אחר ההכרעה, כההיא דזרוק מנה לים, דהכא עדיין מבקש ממנו שלא ישוב לקחתה אחר ההכרעה שיצאה מרשותו, ול"ע כראוי בכ"ז וכבר כתבנו לעיל דהר"ן לשיטתו השמיט תירוצי' דהראב"ד פ' ב' בהנח לפני, דכיון דחיובו משום ערב ליכא לאדכורי' בהנה לפני, והנמו"י שהביא שני הפירושים הביא גם תי' זה.

בגמ' ושאני הכא דמעיקרא לא שעבד נפשיה ג' צדדים בזה

יד. **צ"ד א'** ושאני הכא דמעיקרא לא שעבד נפשי', הריטב"א פ"י דלא הקפידה תורה ע"ז בלאו לומר שלא יפטור עצמו משא"כ באינך שהוזכרו בלאו, וצ"ל לפ"ז דלא שעבד נפשי' ר"ל דאין כאן איסור אלא שבסתמא משתעבד והאי לא שעבד נפשי' ודוחק דהעיקר חסר מן הספר, ולכאורה החיובים בשומרין אינם דבר נוסף לעצם השמירה, דהא כשמתנה ש"ח ליפטור משבועה הרי הוא נפטר מפשיעה וכן בשומר שכר ושואל, ואע"פ שמתחייב לשמור, מ"מ אינו

שומרים בעינן שיהא שלוחו ממש, ולא סגי בגילוי דעתו שחפץ בכך, שהרי גם בתירוצו שכ' דחייב מדין ערב צריך לומר שידעינן דעתו שחפץ בכך ולכך מתחייב, ומ"מ ס"ל דלא סגי בהכי למיהב ליה דין שליח להיות כמותו, ולענין שומרין בעינן שיהא כמותו, כצ"ל לכאורה, ובפשוטו סגי בגילוי דעת המועיל לחיובי ערב גם לחשבו כשליח לדיני שומרים, וצ"ע בכ"ז.

עכ"פ מבואר בדבריו ז"ל שאינו בדין שומרין שהרי כתב דמה"ט לא מיפטור בבעליו עמו, וש"מ דפשיטא ליה שאינו מתחייב ע"י הנאת ערב להיות בחיובי שומרים, וגם מעיקר הקו' מוכרח כן דהא איכא גילוי דעת המועיל לחיוב ערב, וש"מ דפשיטא ליה ז"ל דלמהוי בחיובי שומרים בעינן קנין בחפץ ע"י שלוחו ממש, וה"ה בגופו כע"ז, אבל לא בהתחייבות אגברא.

וצ"ל דהא דחייב מדין ערב גם על מתה כדרכה כדקתני מתני' אע"ג דמה"מ מ"ל הכא ומ"ל התם, [וכמשה"ק בנה"מ סי' ש"מ ס"ק י"א], היינו משום דתנאי הערבות הי' כעין דין שואל, דגם חיובי התורה בשואל באונסין יש בהם סברא, דהיכא שכל הנאה שלו, מן הראוי שלא יהא לו צד לפטור עצמו, דלא ניחא ליה למיחת עמי' בדינא ודינא אם באמת הי' אונס, וגם מזלו של השואל גורם, ואין כאן הפסד לשואל כ"כ בקבלת אחריות, כיון שהאונסין אין קרוב לחוש להם, (אלא גזירה היא מן השמים, ונשלחת למי שמגיע לו ההפסד), וה"נ מקבל ע"ע מדין ערב שתהא הפרה באחריותו, ולא בעינן שתהא הערבות רק על החלק שנפסד על פיו, תדע דבפשוטו השולח ביד בנו אינו חושש כ"כ להפסד הדרך דמעשום בכל יום שמשלחה ביד בנו, וע"כ שקבלת הערבות של השואל אינה מפני ההפסד שהשליחות גורמת, אלא מקבל על אחריותו הוצאת הפרה מרשות בעלים, אע"פ שאין כאן הפסד ברור, והיינו שהמשאיל רוצה

מפני שסומך עליו וקרוב למזיק הוא, סגי בזה לחייבו כשמתנה כך, וצ"ע, אבל למש"כ לא הקפידה תורה בכה"ג, שאינו מחויב להמציא עצמו לשמירה כחפץ המפקיד, משא"כ באינך שעיקר העסק שביניהם הם הקידושין והמקח והמלוה ולכן יש בזה משום תנאי נגד התורה כיון שחבירו נאלץ לקיים העסק או הקדושין, והוא מפסיד בזה שאין הלה משלים דיני התורה, ועי' להלן.

ולכאורה נראה דבאמר המפקיד שיפטרנו משבועה ותשלומין לא חשיב מתנה ע"מ שכתוב בתורה אלא כאומר הריני כאילו נתקבלתי, מיהו זה אינו מועיל לכל משך זמן השמירה אלא בשעה שאומר כן, ולפ"ז אפשר ליישב כונת רש"י דבקדושין נהי דהתנה כן מתחלה מ"מ לא הועיל התנאי לגבי כל זמן הנשואין, אבל בשומר שהתנה מתחלה חשיב כמסכים כל הזמן לתנאי, דברגע שיחזור בו המפקיד בטלה השמירה, ונמצא שההסכמה שקודם המעשה נמשכת כל הזמן, וכאומר כאילו נתקבלתי דמי, משא"כ בקדושין דלא פקע.

בטעמא דלא קתני דכל השומרים מתנים ליפטר הכל

הא דלא קתני מתנה ש"ח והשואל נושא שכר והשוכר להיות פטורין מן הכל, נראה משום דבחידוש דמתנה ע"מ שכתוב בתורה, הוה רבותא טפי כשמשנה בפרטי הדינים, ובש"ח חידוש התורה בחיוב שבועה, ואמנם רק מכאן ילפינן לחיובי בפשיעה, מ"מ הענין נמסר כאילו זה החידוש, ועוד דבאינו מקבל ע"ע כלום אין זה מתנה ע"מ ש"ב, אבל כשחל בו דין שמירה יש יותר חידוש כשפוטור עצמו מן השבועה, וכן בשואל מתפרש שפוטור עצמו מחיובי שואל ודינו כשומר שכר, ובשומר שכר מתפרש שהתנה להיות כש"ח, דאינו מקבל להוסיף בחיובו כמשפט התורה, והיינו דקמ"ל דאפ"ה מהני.

מתחייב בחיוב גמור שיצטרך לשלם, ולא דמי לשאר כסות ועונה שזה פרט נוסף לעצם הקידושין, וכן במקח לענין אונאה, ולא יגוש בהלואה, דהתם חבירו נצרך לו לעיקר הענין, והוא כופה עליו בפרטי הדברים, וזהו שהקפידה תורה, אבל כשהנדון על עצם הדבר, ה"ז כמודיעו שאינו רוצה למכור אלא בכפליים מהמחיר, שו"ר ברמב"ן שביאר יותר וכתב דהשמירה בכה"ג אינה מדין שומרין אלא כאומר הנח לפני אבל איני שומר שלך, וכ"ה בשטמ"ק בשם ר"ח, וצ"ל דאם התנה שואל להיות כש"ח ה"ז כהתנה להיות כש"ח מהלכות שומרין, וגם מתחייב להיות כשואל לענין השמירה שלא מן הדין, אבל אינו יכול להיות כשואל ולהתחייב מדין שואל רק בפשיעה.

שואל שהתנה ליפטר רק על חלק מהאונסין, וכן שומר שכר שהתנה ליפטר רק מגניבה אם צריך קנין על מה שנשאר בחיובו

ויש לעי' לפ"ז בהתנה ליפטר על השבועה ולא על השבועה ומתה, מאיזה דין הוא מתחייב בשבועה ומתה, וכן בשומר שכר שהתנה ליפטר על גניבה ולא על אבידה אם חיובו כשומר שכר, דבפשוטו נראה שכל מה שלא התנה ליפטר נשאר בחיובו מן התורה, וא"צ קנין כיון ששכרו מחייבו בכל ואיכא שפיר הנאה המחייבת בכך, (דלכאורה אין לחייבו שבועת התורה כשחייב עצמו שלא יאמינוהו בלא שבועה דסו"ס לאו שבועה דאורייתא היא, ונפ"מ לענין גלגול ושאר דינים ולע"כ בזה), וא"כ נמצא שנתקיימה השמירה דאורייתא והוא התנה לשנות הפרטים, [ויש לעי' בש"ח שהתנה ליפטר על פשיעה מסוימת אם צריך קנין אם נימא דאינו מתחייב מדין התורה כלל, ועי' להלן החידוש דמתני' מתפרש גם על פטור שבועה לחוד אע"פ שנשאר חייב בתשלומי פשיעה, ולפ"ז א"צ קנין, והטעם משום דסברת חיוב התורה בש"ח

בדין שומר חנם שהתנה להיות פטור מן הפשיעה

ולפ"ז מתני' מתפרשת דמתנה ש"ח שיהא פטור מן השבועה, וכ"ש כשמתנה שיהא פטור על הפשיעה דלאו שומר הוא כלל, ובהדיא מבואר ב"ק צ"ג א' דבאתא ליד' מעיקרא שלא בחיובי שמירה פטור אפי' לא אמר ע"מ לפטור, וא"כ אף לדעת הרמב"ם דעל פשיעה חייב מדין מזיק, מ"מ בהתנה ע"מ לפטור פטור, וצ"ע בכונת הג"א שדקדק ממתני' דעל פשיעה לא מהני תנאי, שו"ר באו"ז שכ' הטעם מפני שלא התנה המפקיד אלא השומר, וצ"ע דאפי' נימא דשומר שפשע כמזיק דמי, מ"מ הכא אינו חשוב שומר כיון שהתנה שלא ישמור, ולכן גם אינו מזיק כשאינו שומר, עב"ק שם, [ובש"ך סי' ס"ו ס"ק קכ"ו לענין עניינים], שו"ר שכ"כ הסמ"ע סי' ע"ב ס"ק כ"ז, ועמל"מ פ"ב מה' שכירות ה"ט שהביא ראיות מפוסקים דלא ס"ל כהג"א, ולא הוצרך לזה אלא לשיטת הרמב"ם דפושע חייב משום מזיק, (ולע"כ במקורות שציין אם אמנם ס"ל כהרמב"ם בזה), אבל אם חיובו מדין שומרין פשיטא דיכול להתנות, וכבר העיר בזה בתפארת שמואל, ובשו"ע סי' ש"ה ס"ד בהגה כ' דאם אמר סתם ע"מ שלא אתחייב באחריותו פטור אפי' מפשיעה, [וכ"ה בשו"ע סי' ע"ב ס"ז בלא חולק], ובסמ"ע שם סק"ו העיר דלאחר שקיבל השמירה צ"ל ע"מ [לפטור] משמע שר"ל לדעת הרמב"ם דהו"ל כמזיק כיון דקיבלו בתורת שמירה בעינן ע"מ לפטור כדמסיק ב"ק צ"ג א', ובש"ך השיגו ולמש"כ נתיישבה כונתו ז"ל.

אמר ע"מ שלא אתחייב באחריות אם נפטר גם אם הזיק בידים

ובגליון הגרע"א ז"ל שם כתב דבאמר ע"מ שלא אתחייב באחריות אפי' מזיק ממש פטור לדעת מהר"ם דדייק לה מסוגיא דמנחות ק"ט א' והרי עלי עולה שאקריבנה בבית חוניו כו' דאמרי' נעשה כאומר ע"מ

שלא אתחייב באחרות וש"מ דאע"פ ששוחטה בידים פטור, וסיים דמלשון רש"י ל"מ כן, משמע דמפרש שזה כאמר קרע כסותי ע"מ לפטור, אבל בפשוטו הא דפטור התם מתשלומין היינו משום דמזיק פטור בהקדש, [ואפי' מדרבנן דרק בבדה"ב יש סברא לחייב מדרבנן, וצ"ת], ואפי' אם בבטל קרבן של אחר חייב, מ"מ הכא הנדון רק מפני חיוב אחריות וכיון שאמר ע"מ שלא אתחייב באחריות פטור, ומ"מ שפיר מינה דסתם אחריות אף פשיעה בכלל, שהרי לגבי אחריותו פשיעה היא זה שהניח לעצמו להרגה, שו"ר בקצה"ח סי' ע"ב ס"ק י"ד שכבר כ"כ עיי"ש.

בדין שומר שכר שנגנבה הבחמה ומשלם אם מפסיד שכר או לא

טו. כתב הש"ך סי' ש"ה סק"ב בשם מהרא"ן ששון דשומר שכר שהתנה ליפטור מגניבה ואבידה ונגנב או נאבד מפסיד שכרו, ומשמע דהיכא דמשלם לא מפסיד שכרו, שהרי הבעלים נהנו משמירתו, מיהו יש לדקדק בזה דהא מבואר בגמ' צ"ג ב' דשומר שכר יש לו להציל עד כדי דמיהן משום כושרא דחיותא וטרחא יתירא, וא"כ מפסדין הבעלים דמי כושרא דחיותא וראוי לנכות זה משכרו, ועיי"ש בריטב"א הנדמ"ח שבאמת מפסיד שכרו, [מיהו יתכן שם דלעולם צריך להוסיף דמי כושרא וכבר תמה בזה הנה"מ סי' סק ועמשנ"ת בזה לעיל ס סק], ובעיקר הדבר נראה דשכרו של שומר שכר אינו על התשלומין שמשלם כשיגנב או יאבד אלא על השמירה, תדע שגם שומר של עבדים ושטרות וקרקעות והקדשות מקבל שכר, וכן שומר שבעליו עמו, ואילו אמר השומר לבעלים לא אשמרנו אבל אם יגנב אשלם לך לא הי' מתרצה בכך [אם משום כושרא וטירחא וגם] דהאדם רוצה שיהא ממונו מזומן לכל מה שיצטרך, ולא ניהא ליה למיקם בדינא ודינא ובגבית נכסים, דמה"ט אדם מפקיד ואינו רוצה להלוות, ולכן שומר שאינו שומר חשיב

החילוק בין אם היה לבעלים תועלת בשמירתו או שאחרי שנגנב לא הועיל כלום

ונראה דהיכא דמפסיד הכל יש לראות הענין באופן כללי והרי לא הרויח משמירתו כלום, אבל כשמשלם יש להתחשב בזה שהרויח בשמירתו עד זמן ההפסד, ועי' בזה להלן ד"ה וריאתי, דמדברי הגרע"א ז"ל משמע דאחר שמשלם חל חיוב לשלם שכרו לפי שנהנה.

ובאמת מדברי הגמ' נ"ח א' אין ראייה לנ"ד דהתם אין להם ריוח מחצי הדרך כלום, ואף כשמשלם בדין הוא שלא יקבל כלום, שהרי לא הוצרכו לשמירת השקלים במקומן, וכיון שהשלוחים גרמו שלא יגיעו למקומן הרי לא נהנו מהם כלל, דעל אחריות גניבה ואבידה אין להם לקבל שכר כיון שכל הסיכון שבדרך הוא כדי שיגיעו ליירושלים, ולכן חשיב שבגרמתם ביטלו גם תועלת השמירה, וכמ"ק לשון הגמ' ושומר שכר בגניבה ואבידה חיובי מחייב והכא נמי נהי דשלומי לא משלמי אגרייהו מיהא לפסיד, ואם רק משום דלא משלמי מפסדי אגרייהו הול"ל וה"נ כיון דלא משלמי כו', ואע"פ שחיוב התשלומין מכח שכרם, ואיך נתפוס החבל בשני ראשין להפסיד שכרם ולחייבם כשומר שכר, [בשאר שומר שכר שלא שמר], י"ל דדינם כשומר שכר שנגנב ממנו ברגע המסירה שאינו מרויח שכר על שעה מועטת זו ומשלם, וה"נ שומר שכר שלא שמר כלל אין לו שכר כמש"כ לעיל, דחיובו בתשלומין מתחדש בכל רגע מפני שאינו מחזירו לבעלים, אבל אינו נעשה עי"ז כשומר שמגיע לו שכר, וכשבגרמתו הפסידו הבעלים לגמרי דמפסיד שכרו, אין זה מחייב שיעשה כש"ח עי"ז, - וע"ע שם בסוגיא ה"נ דלהפסיד שכרו ומי אית ליה שכר שבת ועי"ש ברש"ש ובשם התומים, ועפ"ת סי' ש"א בזה.

ולפ"ז ראוי לדון בכל שמירה לפי הענין ורק אם הרויחו הבעלים משמירתו מקבל השכר, ודברי הש"ך הנ"ל [שדייקנו מהם

שמפסיד את בעה"ב, אע"פ שמשלם, ואפי' בהפקיד במעות, כיון שזהו גופא ההפסד שהניח פקדונו להפסד ואין מעותיו מזומנים, בידו בכל שעה, וכ"ש כשמפסידו כושרא וטירחא ע"י שמניח פקדונו לאיבוד.

החילוק בין שומר שכר שלא שמר כלל לבין אם שמר רוב הזמן ורק שעה מועטת לא שמר

ולפ"ז יש חידוש בד"ז, שהרי שומר שכר שלא שמר כלל ולא נגנב בדין הוא שיפסיד שכרו, [וכ"כ במ"ב סי' ש"ו ס"ק י"ח והתם נמי מיירי כשקנו מידו לשלם עיי"ש], שהרי עיקר השכר אינו על הביטוח מגניבה ואבידה וכמש"כ, אפי' במעות, וכ"ש בשאר מילי דאיכא כושרא וטירחא, ותדע דלביטוח משלמין פחות מדמי שמירה, וגם הי' יכול להטמין או להלוותם במקום שבטוח בהשבה טפי מאצל שומר זה, הלכך אע"פ שלא אירע כלום חשוב שהבע"ב הפסיד בזה שלא הי' פקדונו שומר, והר"ז כשוכר פועל לסתום נקב שבשדה מחשש שטפון, ולא סתם הנקב ולא נשטפה שדהו דאינו מקבל שכר גם אם האחריות עליו, אבל שומר שמר והניח הפקדון לשעה מועטת ונגנב, שפיר מקבל שכרו, כיון שבמשך כל הזמן הועיל לבעה"ב בשמירתו, וחיובו על השעה שלא שמר ועי"ז משלם כפי שויו, תדע שאילו הניח הפקדון לשעה מועטת ולא נגנב פשיטא שאינו מפסיד שכרו, והיינו משום דרק השכר של אותה שעה שייך לנכות משכרו, וה"נ בנגנב חשיב שכל מה שמר עד עכשיו הי' לתועלת הבעלים, ועי"ז מקבל שכר, וחיוב התשלומין דהשתא אינו מבטל הכל למפרע, וכיון שכן הי' מקום לדון דאף בהתנה להיות פטור מגניבה ואבידה מ"מ אין חיובו אלא על אותה שעה שלא שמר, אבל על כל מה שמר עד עכשיו הרי הועיל לבעה"ב כשאר שומר שכר, ובדין הוא שיקבל שכרו, וביותר יש לשאול ברועה שגידל טלה ונעשה איל והתנה לפטור מגניבה ואבידה למה לא יקבל שכר טרחו ושמירתו.

כונתו שאם לא יקדים אינו מתחייב בשכרו קודם שגמר לשחוט והו"ל כבחנם, כיון שלא משך להתחייב כשומר שכו, ולע"כ, ועשטמ"ק שם בשם הרמ"ה, ובספר מין זללה"ה ב"ק סוס"ז אם חיובו מדין שומר או מזיק, דלכאורה אין לחלק במזיק בין שכו לחנם, וע"כ דחיובו מענין שומר אלא שאינו מתחייב כי אם בשמירה מנבלה, ולפ"ז אפשר דבאינו מקדים לו שכו אינו כשומר שכו, וגרע מכרכשות שהשכו בידו, ולע"כ בזה, וצ"ת שם.

דעת הקצה"ח בהנ"ל

ובקצה"ח סי' רכ"ז ס"ק י"א באמת כתב דכל שומר שכו מפסיד שכו באירע גניבה ואבידה אף כשמשלם, ומייתי מהא דאמרי' אגריהו מיהא לפסיד, ופי' דלפסדו ככל שומר שכו, ועמש"כ בזה לעיל, [וש"מ דכל שומר שכו חשיב בשכו אע"פ שלצד שלא ישמור מפסיד שכו, ושם כתב לחלק בעובדא דהתשב"ץ דכיון שלצד שהדינר רע אינו מקבל שכו נמצא שאין מובטח לו שכו אם יעיין יפה, ונמצא שאין השכו מוחלט על טרחתו, ולא דמי לשאר שומרים שאיבוד השכו בגלל שלא שמר יפה, מיהו אפשר דהתם נמי השכו על העיון דאף אם ימצא זהב הוצרך לעיין כך, ואמנם אין הפסד השכו תלוי בו, הא למה זה דומה למקבל שכו כרכשתא רק מבהמות שאין בריאה סירכא דספק הריוח יש לו שווי ואפשר למכרו מיד בסכום מסוים וזהו שכו, מיהו היכא דמרויח משמירתו אין סברא שלא ישלם לו, כגון בשומר פרה ומשלם כשעת גניבה ואבידה, או בנתפסטה וגזיות וולדות, ואף בשומר מעות חשיב שהרויח על ידו וכמשנ"ת לע"ש ובהני גווני דמיירי בהו הקצה"ח באמת לא הרויחו כלום, [ועקצה"ח סי' ש"ה סק"ב ובנה"מ שם סק"א, ואמנם באומן נשלמה מלאכתו קודם הגניבה, ובשלווחין דשקלים עדיין לא הועילו קודם שבאו לירושלים, אבל מ"מ נראה כהנה"מ דהכל ענין אחד ומשתלמת לבסוף על

דדוקא באנו משלם מפסיד שכו] מתפרשים כשהרויח בשמירה וביטוח, דבכה"ג כיון שמשלם הרויחו הבעלים שהוא המעות מזומנים להם כ"ז השמירה, וגם עכשיו הוא משלם, ואמנם אם נצרך בשמירתו לתועלת מסוימת ובגרמתו נפסד גם הרויח מהשמירה, מפסיד שכו אע"פ שמשלם, והמראה דינר לשולחני בשכו, אינו מפסיד שכו כשטעה, כיון שהשכו על הראיה, והי' נותן לאחר ג"כ שכו ע"ז, וכיון שמשלים לו לדינר שלם לא הפסיד כלום.

במש"כ הטור שטבח שמקבל הכרכשתא מן הכשרות חשוב שומר שכו אם כה"ג מפסיד שכו אם קלקל

וזהו שהוצרך הטור סי' ש"ו לבאר דאף הטבחים שמקבלים הכרכשתא מן הכשרות בשכרן חשיבי שומר שכו, כיון דבשלחני כה"ג אינו מפסיד שכו, אבל בפשוטו כל טבח כה"ג מפסיד שכו אפי' אם קיבל שכו לכל בהמה דינר, דכיון שמשלם לבעה"ב דמי בהמה שלא נשחטה, א"כ לא הרויח בעה"ב כלום בשחיטתו, וכיון שלא נזהר ה"ז כלא שמר כלל, ואפשר דמש"ה קתני בברייתא ב"ק צ"ט ב' מפני שהא כנושא שכו מפני שבאמת אינו מרויח על שחיטה זו, מיהו מדברי הטור ל"מ כן, ואפשר דמפרש סתם טבח בשכיר יום או שנה כדחשבינן ליה בעליו עמו ביום שיש לו לעבוד עי' צ"ז א' וברא"ש שם, ובכה"ג אין מוכין לו משכרו אע"פ שהטריף, [והתם הטעם גם מפני שכמה בהמות שיביאו לו יצטרך לשחוט ונמצא שלא נפסדו בטריפתו], אבל במקבל שכו במעות, לפי בהמה דמי למקבל כשכשתות, ובטעם הראשון כ' דאפי' בשוחט רק בהמה אחת חשיב שומר שכו, וטעם שני ג"כ אמת אבל אינו מועיל בבהמה אחת, וצ"ע בלשון הגמ' ב"ק שם יקדים לו דינר דבפשוטו לא משמע שיצטרך להחזיר לו הדינר באיזה אופן, [ועי' להלן דשמא בא לומר שיחליט לו דינר גם אם יפסיד ועי"ז יתחייב לשלם, אבל אין כן דעת הטור], (ולכאורה

כל הענין, שו"ר שהפ"ת האריך בזה בספרו נ"צ הנדפס בסוף השו"ע עיי"ש].

וראיתי בתשו' הגרע"א ז"ל בס' כו"ח סי"ד שכ' להקשות בדברי הנמור"י צ"ג ב' גבי רועה מזויין ולסטים מזויין שכ' דאע"ג דהויא בעיא דלא איפשיטא סתם הרי"ף דפטור כיון דמספק נמי פטור, והק' הגרע"א ז"ל דנפ"מ לענין שכרו, וכתבו לו ליישב דהשכר הוה א"י אם פרעתין כיון שאם ה' משלם ה' מקבל שכרו, והשיב הגרע"א ז"ל דאף דהדין אמת שאם ה' משלם מקבל שכרו עד שעת גניבה מ"מ חשיב א"י אם נתחייבתי עיי"ש, ומשמע כונתו דכיון שלא שמר הפסיד שכרו אלא דאם משלם ונמצא שהרויח בעה"ב בשמירתו חייב לשלם לו, דע"י התשלומין כאילו נגנב דמי, וזה כמש"כ.

ומרן זללה"ה בב"ק שם דן לומר דכיון שמשלם מכח שמקבל שכר, זה לחוד מזכהו בשכרו, ואמנם נראה דהיכא דלא שמר כלל ולא נגנב אינו מקבל שכר, אבל כשנגנב ואתנין לחיובי' מכח שכרו, סגי בזה לזכותו בשכרו, ולפ"ז לא משכח"ל לחיבו מכח שכר כשאינו מקבל שכרו, ועיי"ש דבטור סי' ש"ו ל"מ כן, ולפ"ז אפשר דהיינו דקאמר יקדים לו דינר דהיינו שיחליט ליתן לו דינר גם כשלא מגיע לו ועי"ז יחשב בשכר לחיבו, ועיי"ש אפשר דהיינו דקאמר יקדים לו דינר דהיינו שיחליט ליתן לו דינר גם כשלא מגיע לו ועי"ז יחשב בשכר לחיבו, ועיי"ש דנקט בפשיטות דחשיב שהרויח בשמירתו, והיינו דכל שמשלם כשעת ההפסד חשיב שהרויחו הבעלים בשמירתו, אבל אם לא שמר כלל י"ל דאין זה ריוח וכמש"כ לעיל, וצריך להתיישב עוד בכ"ז.

יש לעי' בתחלתו בגניבה ואבידה וס"ב דפטור וכן למ"ד תב"ב פטור אם מפסיד שכרו, דמצי א"ל בגרמתן שלא שמרת כדינך אירע האונס, מיהו מסתברא דכיון דחשיב אונס

לפטור, דמקבל שכר, וערש"י נ"ח א' ד"ה אגרייהו וד"ה בליסטים.

בהא דמתנה טומר שכר להיות כשואל כשקנו מידו

טז. צ"ד א' תנא ומתנה שומר שכר להיות כשואל כו' אמר שמואל כשקנו מידו, משמע דאף שמתחייב קנין מ"מ יש בזה חידוש דחשיב מתנה על מה שכתוב בתורה, (ואפשר דלר"מ אינו יכול להתנות בזה, ולע"כ) והיינו משום דלא מהני קנו מידו להתחייב על חפץ שברשות הבעלים, אם משום דחשיב אסמכתא, או דכל עיקר חלות הקנין הוא בחיוב שמירתו, ומאחר שמחויב בשמירה שפיר מחייב עצמו בתשלומין אם לא ישמור ועי' נ"ח א', [וכמ"ש אאמו"ר שליט"א בספר שבועות שא"א להתחייב בתשלומין, אלא לבעל החפץ מיהו התם מיירי בלא קנו מידו, ולע"כ, עיי"ש], ואי לאו דאשכחן חיובי אונסין בשואל לא הוה מהני התחייבות על אונסין, שא"א לחשבו כמזיק בזה, ולכן כשמתנה להיות כשואל יש בזה משום מתנה על מה שכתוב בתורה, דהקנין הוא להיות כשואל, דהיינו שמתחייב על מסירת החפץ לרשותו כחיובי שואל, אבל אינו יכול להתחייב כך בלא ענין השמירה, וכיון שמן התורה אין בשמירה זו כדי לחייבו כך, חשיב מתנה עמ"ש בתורה, אבל אם ע"י קנין אפשר להתחייב כל חיוב שבעולם, א"כ מאי קמ"ל, ומה שייך להזכיר כן אמתני' ובלשון מתנה ש"ח, הול"ל דאדם מתחייב בכל ע"י קנין, מיהו עדיין צ"ת אם הדין אמת שאין בידו להתחייב ע"י קנין, וגם דוחק לומר שכשמתחייב ע"י שמירה ובקנין חשיב מתנה על מה שכתוב בתורה, וצ"ע.

למ"ד בההיא הנאה כו' גמר ומשעבד נפשיה אם הנאה זו היא מדין כסף או מדין חליפין

ומשמע נמי דאע"פ שבההיא הנאה דנפיק עליה קלא מתחייב, מ"מ במעות

להתחייב טפי מדינו, [אבל לענין התחילו במלאכה יתכן דמהני נתינת כסף ענה"מ סי' של"ג סק"א ולהלן], ובמ"ש הנה"מ סי' ש"מ בדעת הר"ן עמש"כ סק, מיהו עבד עברי נקנה בכסף ולא בחליפין, ועי' חזו"א שצוין להלן.

בדין שומר שכר שהקדימו לו מעות ועדיין לא משך אם חל עליו חיובי שומר שכר

ובנה"מ סי' רצ"א סק כתב דשומר שכר שהקדים לו מעות מתחייב בכך כדין שומר שכר, ולכאורה נראה דאפי' אם מתחייב לשומר כדין פועל, מ"מ לא חייל עליה חיובי שבועה כדין שומר, [ועי' להלן לענין תשלומין] דכשתיקנו משיכה בשומרים גם בשומר שכר תיקנו וחזר דינם כדרך שתיקנו בלקוחות דמעות אינן קונות, וכ"מ בנמו"י ב"ק ע"ט א' שפי' דהא דבעי אמימר אם תיקנו משיכה בשומרין היינו ששומר שכר לא יתחייב בקבלת מעות, וכ"מ בשטמ"ק שם צ"ט ב' בשם הרמ"ה דבמקדים לו דינם אינו נעשה שומר שכר כיון שלא משך ועיי"ש עוד בזה, מיהו אפשר שאם לא שמר דינו כפועל שחזר במקום דאיכא פסידא ובאופן שאחריות עליו ה"נ בדין הוא שיתחייב, וצ"ע בסוגיות דפועל, ועי' בספר מרן זללה"ה ב"ק סכ"ג בכ"ז, ועכ"פ מסוגית הגמ' גבי שוכר את הפועל נ"ח א' משמע שבלא שמר ונגנב אין אחריות עליו כשאין לו דין שומר שכר דקרא, ואולי בפשע באמת שייך לחייבו, אבל פועל שנאנס כעין גניבה ואבידה ג"כ פטור, וצ"ע גם בזה.

נ"ח א' השוכר את הפועל לשמור בו

יז. נ"ח א' השוכר את הפועל לשמור בו לכאורה הי' נראה דאין לאסור שכר שבת אלא על מלאכה שעושה בשבת אלא שהיא מלאכה המותרת, אבל המשכיר בהמה לחבירו יכול ליטול שכר שבת דאין האיסור להרויח בשבת, ולפ"ז גם שומר שמניח הפקדון בקרקע יכול ליטול שכר שבת, וניחא דקמ"ל פרה ותינוק וזרעים שצריך

השכר אינו יכול להתחייב טפי משומר שכר, דלכאורה השכר מגיע עם ההנאה דנפיק קלא ואם הנאה כממון בדין הוא שיועיל וכ"נ לק' נ"ח א' דמייירי בשכר, ומשמע דאפי' הקדימו לו השכר לא מהני, מדלא משני התם הכי ואיצטריך לאוקומי בשקנו מידו, והיינו משום דמעות לא משוו ליה טפי משומר שכר, וכשמוסיף להתחייב הו"ל דברים כיון שאין שיעור לדמים דשומר שכר, וכל הערך שמקבל עבור השמירה משוי ליה שומר שכר, אבל בההיא הנאה ענינו כעין קנין חליפין וכמש"כ אאמור"ר שליט"א ב"מ סט"ז סק"ה, ושפיר מתחייב כפי מה שהתנו, [ועיי"ש סק"ד בביאור קנין חליפין], ולפמש"כ אאמור"ר שליט"א שם דכל ההיא הנאה דאמרי' בעלמא דמהני, היינו דוקא לענין אותו דבר שההנאה וההתחייבות בו, דבזה הכריעו חכמים שיש גמירות דעת בההיא הנאה כעין חליפין, אבל אין זה כחליפין גמורין להתחייב עי"ז כל מה שירצה, עפ"ז נראה נמי דאין לחדש בההיא הנאה אלא מה שהוזכר בגמ', דהא אין ההנאה חליפין גמורין, וכסף לא מהני, וכדמוכח משומר שכר, והשוכר את הפועל, וכיון שכן אין להכריע במקום שיש הנאה, שתועיל מדין חליפין, דבעינן שתהא ההנאה וההתחייבות דבר אחד, ולא שאירע שבאופן זה יש הנאה.

ולפ"ז מבואר נמי מ"ש הראשונים ז"ל דלא מהני ההיא הנאה אלא כשהוא כבר בחיובי שומרים, דכיון דקנין כסף לא מהני, ובעינן למיתי מדין חליפין, לא מהניא ההנאה למעבד קנין גמור ורק לשנות מש"ח לשואל גמור ומשעבד נפשי' בהכי.

אבל מרן זללה"ה חו"מ לקוטים סי"ז ס"ק י"ב נקט דע"י כסף ג"כ אפשר להתחייב כדין שומרין, והיינו משום דפי' דההיא הנאה לא עדיפא מכסף, ולפמש"כ כסף אינו מועיל לעשותו טפי משומר שכר, ובקרקעות והקדשות אינו מתחייב בתשלומין ע"י כסף כלל, דרק קנין חליפין מחייב באדם כשבא

בא"ד וי"ל דהכא דפטור כו' לא משעבד נפשי' בלא קנין, בש"ך ביאר דההיא הנאה משוי ליה כאומר הריני כאילו נתקבלתי זכות שימוש, והכא אינו מועיל כיון דאף שואל פטור, ובלא"ה נמי מובן דכיון דנחית לשעבוד תשלומין בקל משעבד עצמו יותר, אא"כ נימא כהרמב"ם דסבר הש"ך כותי' דבקרקות ג"כ חייב אפשעה, וא"כ כבר נשתעבד וחיוב השבועה אין לו להועיל כ"כ.

מ"ש תו' דסבורים העולם שהשאל לו לא נתבאר כ"כ, דמנא ידעי כו"ע במה נתחייב, וגם חשיב איניש מהימן ע"י השמירה לחוד, ומרן זללה"ה בלקוטים סי"ז ס"ק י"ב ביאר בזה דלשואל צריך ליתן נאמנות טפי שישתמש כראוי וצ"ל שלא ידעו שלא הותר לו להשתמש, וחיוב האונסין ידעו, ובפשוטו בההיא הנאה מתפרש דכיון שהמפקיד רוצה ממנו שיתחייב באונסין ובאופן אחר אינו מפקיד אצלו, נמצא שההנאה שמפקדין אצלו תלו' בקבלת האונסין ולכן גמר ומשעבד נפשי', ולפי' תו' ההנאה בזה שידעו שקיבל ע"ע אונסין.

אם שואל בבעלים יכול להתנות להתחייב

לכאורה י"ל דשואל בבעלים יכול להתנות להתחייב, כיון דהפטור מגזיה"כ דל"פ בכל בעליו עמו וכמשנ"ת לעיל ס' סק"א, וכיון דלאו סברא הוא למיפטרי' אלא שהתורה לא קבעה הלכות בכה"ג, א"כ איכא שפיר הטעם דכל הנאה שלו לחייבו ככל שואל, ועקצה"ח סו"ס רצ"א בזה.

ש"ח שהתנה להיות כש"ש אם חייב גם בשבועה **בדין** ש"ח שהתנה להיות כשומר שכר, עש"ך סי' רצ"א ס"ק מ"ט בשם מהרא"ן ששון שדן אם גם בשבועה נתחייב, ועקצה"ח סי' ש"א וסי' ס"ו, ועי' ש"ך סי' ס"ו סק דלהתחייב ליטבע הו"ל קנין דברים, ועי' הגהות אמרי ברוך שם דהחיוב לשלם כ"ז שלא ישבע, ולפ"ז סתמא מתחייב לגמרי כשומר שכר וכמ"ש בקצה"ח סי' ש"א סק"ג, ולע"כ בכ"ז.

להתעסק בשמירתן וחשיב שכר שבת, אבל בכתובות ס"ד א' קאמר דמורד דמוסיפין לה מיחזי כשכר שבת ומשמע דבעצם הרווחת מעות בשבת איכא משום מו"מ, והא דקאמר מיחזי היינו משום דקנסא הוא דקנסינן ליה, ושמא עמידתה תחתיו כפועל חשיבא כיון שמשועבדת לו, ובפרט אם חייבת לעשות מלאכתו, מיהו במ"ב סי' ש"ו סק מבואר דאף במלוה מעות לנכרי בריבית לא יטול שכר שבת, וש"מ דפשיטא להו שאסור להרויח בשבת, אף כשאין עושה מעשה כלל.

אם שומר שכר בשבת הוא שומר חנם

הא דקאמר אין אחריות שבת עליו אפשר דש"ח מיהא הוי, דבכה"ג חשיב כהנח לפני, ולפ"ז לא מצי לשנויי דהנדון בפשע, אבל הראשונים ז"ל הוכיחו מכאן דפשעה ג"כ פטור בקרקע והקדש עתו' נ"ז ב', וש"מ דאינו מתחייב בשמירה כלל, שו"ר בשטמ"ק בשם ריטב"א ובש"ך סי' ס"ו ס"ק קכ"ו בזה.

שם בשקנו מידו, אפשר דלרבותא נקטי' דאע"פ שקנו מידו ולא השכר מחייבו אפ"ה אינו מתחייב סתמא לכל הימים בשוה, ובפרט אם נימא דש"ח מיהא הוי, דודאי הי' מקום לומר שקנו מידו לאחריות שוה כל הזמן.

בתוד"ה אמר ר' יוחנן

שם תוד"ה אר"י בההוא הנאה כו' לכאורה השומר את הזרעים לא חשיב כ"כ איניש מהימנא כיון שזה בפרהסיא וצריך לקצרן ולנשאן לביתו, ואין זו נאמנות אלא שכירות פועל בעלמא, וכן בתינוק, ובפרה אי מיירי בפרה אדומה ג"כ ניחא דבהקדש לא בעינן איניש מהימנא כ"כ, שאין אדם גונב את ההקדש, ובאמת כללא הוא דבקרקות והקדשות ועבדים ושטרות ליכא נאמנות בשמירתן ולעולם צריכים קנין, דבשטרות עיקר הממון אינו נמסר בידו.

סימן טז

הערות לפו"ר ע"ס המסכת

וכלפי זה קתני ברישא שאם הפירות מפוזרין א"צ להחזיר, ושיעור הלשון דפירות צבורין שיועד בעה"ב היכן הם חייב ליטלם ולהכריז אא"כ הם מפוזרין שהם אבידה מדעת.

ובזה מיושב מנין לנו דמתני' במכנשתא דבי דרי, דכיון שהמשנה נשנית כלפי צבורי פירות שיועד היכן הם, ע"כ שהפיזור גורם שיתיאש, ובכלל זה פירות שנתפזרו לו ברה"ר, אלא שאין הדבר מצוי ולכן פירשו במכנשתא דבי דרי, אבל גם ברה"ר בפזזור גדול א"א שלא ידע בנפל.

שם ועיגולי דבילה, לכאורה היינו פירות מפוזרין, ומזה יש להוכיח דרישא במכנשתא דבי דרי עסקינן, ואפשר לדחות דקמ"ל דלא חיישינן שהניחם אע"ג דיקירי ול"ד לכריכות, א"נ לא כל העיגולין שוין, שכל אדם דורס תאניו בצורה שנוח לו, כדתנן בתרומות פ"ד עיגולין ומלבנים.

שם מחרוזות של דגים וחתכות של בשר, נראה דבהני ודאי ידע בהו, שאדם לוקחן כדי לבשלן מיד, וכשמגיע לביתו רואה שחסרים, ול"ד לפירות שאינו צריך להתעסק בהם מיד, ויש גם חידוש דחיישינן שמא בשעה מועטת נאבד לעוד אחד דגים, שהרי אינם מתקיימין בטריותם אלא זמן מועט.

שם רי"א כל שיש בו שינוי חייב להכריז כיצד מצא עיגול כו' להכי נקט עיגול וככר, דברישא קתני הרי אלו שלו מפני שאין

הי' ב' השתא נמי דליתא לדר"ח כו' בפשוטו נראה דלאו אביי פריך לה, אלא סתמא דתלמודא, וצ"ע בבהגרא ספ"ז ס"ק מ"ו שפי' דאביי קאמר לה, והאריך בביאור הסוגיא לפ"ז עיי"ש.

בפרק אלו מציאות

כ"א א' אלו מציאות שלו ואלו חייב להכריז כו' יש לדקדק מלשון זה שכונת התנא לשנות זה לעומת זה, דכל מין יש בו מצב של חיוב ומצב של פטור, ולפעמים החידוש בחיוב ולפעמים בפטור, ואפשר שמרומז כאן גם דיש שאינן שלו אינו חייב להכריז אלא לא יגע בהן, ובישל"מ לאביי אינן שלו חייב להכריז.

שם מצא פירות מפוזרין, בגמ' מוקמינן לה במכנשתא דבי דרי, ומשמע דהיינו ר' יצחק דס"ל כאביי דישל"מ לא הוי יאוש, ולכן תירץ דאדם עשוי למשמש בכיסו ופירת במכנשתא דבי דרי, ויש לעי' מה ענין לשנות דין אבידה מדעת בהדי מציאות שלו, הרי אבידה מדעת אינה בכלל אבידה שנעלמה מבעליה, ולא שייכא במנינא דמתני'.

ואפשר דקמ"ל שיש חיוב השבת אבידה גם כשהבעלים יודע היכן הניחה, דהיינו דקתני סיפא צבורי פירות שיועד היכן הניחם, ואפ"ה יש חיוב השבה שיש לחוש שיטלום אחרים קודם שיספיק בעה"ב לחזור וליטלם,

* א"ה, פרק אלו מציאות הוא ליקוט הערות שנכתבו בכמה זמנים, [ומהם הערות שלא בעיון כלל רק נכתבו לפתוח הדברים], וראינו לנכון לסדר הדברים לפי סדר הדפים, אף שאינם כהמשך אחד, ומה שמסומן בכוח *) הוא מתקופה אחת, והמסומן בכוח **) הוא מתקופה אחרת, ושאר ההערות מתקופות שונות, ועל כן יתכן שיש דברים שנשנו פעמים או שאינם תואמים וע"ז, וע"ע בסימן י"ז אותיות י"י י"א י"ב בפרק זה.

בהם סימן, וקאר"י דשינוי ג"כ חייב להכריז, אבל פירות מפורזין וכריכות לאו משום דלית בהו סימן הרי אלו שלו, וממילא אין להזכיר בהם שינוי.

זו של להתיאש בדבר שבדאי יתיאש, ורבא סבר דבלבו ובלב כל אדם קובע דינים בלי ידיעה מפורשת, (וכענין דאמרינן עניים דהכא מיאשי וכיו"ב).

שם ככר ובתוכו מעות, החרס נכנס בעיגול בטעות בשעת אסיפת הגרוגרות, וכן המעות נפלו בתוכו בזמן הלישה, וסתמא דמילתא אינו משום לב לזה, ואפ"ה חיישינן שידע בו והו"ל סימן מובהק, ומיירי שאינו ניכר להדיא, (שאז ה' נטל מיד את המעות).

שם (*) התם נמי אגב דיקירי כו' מהא דפריך בסמוך רק מלשונות של ארגמן נראה דמוכח דעד לשונות של ארגמן סגי בתירוץ דיקירי, אבל לשונות לא יקירי, ולפ"ז מוכח דגרסינן יקירי (ולא חשיבי), דמשמע שלא הוצרכנו לחדש כדר"י אלא בלשונות של ארגמן, וסבר מעיקרא דלא אמרי' כן אלא במעות, ובכולהו סגי בשינויא דיקירי דהיינו שמרגיש מעצמו מפני כובדן, ובלשונות שהם קלים קשיא לי', ומשני כדר"י, ומ"ש הרא"ש בכולהו טעמא משום דחשיבי כמ"ש בבהגר"א, י"ל דלאו מהכא גמר לה אלא ממתני' דלק' דמשנינן אקציעות דחשיב וממשמש בהו, וממילא ה"ה בעיגולי דבילה, וכ"ש הוא, אלא דמעיקרא לא הוצרכנו לחדש כן עד דאתינן ללשונות של ארגמן, ובתר הכי מפרשינן דבכולהו שייך ענין זה.

ויש לעי' כיון שהככר של נחתום א"כ לא שייך שידע האובד שנפלו לתוכו מעות, וי"ל דמיירי שניכר בליטת המעות בצדדי הככר או בתחתיתו, כמו שניכר החרס בתוך העיגול, וכ"ה פשטות הדברים שבשעת המציאה ראה כן, ולא כשפתח הככר לאכלו, [ולענין המעות אם בעל הככר צריך להחזירן לנחתום, זה תלוי לפי הענין, וסתמא הנחתום מתיאש, ועי' כ"ז א' בלוקח מבעה"ב, ומתני' לא מיירי בדין האובד מה צריך לעשות במעות], וצ"ע בלשון התו' כ"ג א' שכתבו שאין המעות ניכרין בחוץ אלא דאימור ידע שנפלו, וזה אין שייך לא בנחתום גופיה, ואנן עסקינן בלוקח מן הנחתום שאבד הככר, ודוחק לפרש דחיישינן שאבד הככר מן הנחתום גופיה, והניח אותו ככר שנפלו בו המעות לעצמו ואבד ממנו, דסתמא דמילתא הככר הזה נמכר ונאבד מן הלוקח.

שם (*) אר"י אדם עשוי, יש לדקדק דהתם בצרורין ובודאי מרגיש במשמוש כלל אם אבד צרור, אבל אכתי אין ראי' מזה למעט מעות שנפלו מתוך הכיס, וי"ל דכשמשמש בכיסו מבחין אם יש בו נקב, וע"כ ר"י כולל גם בזה, דודאי ברייתא דהמוצא מעות מתפרשא אף במפורזין וכ"ש מצרורין.

כ"א ב' פלוגתא דאב"י ורבא, משמע דלכו"ע אי אמר דלא מיאש אסור, ובזה חלוק מזוטו של ים, וסבר רבא דכיון דבידע דנפל מיניה נקטינן בודאי דמיאש, א"כ לאיזה צורך בעינן שידע, הרי לא נוסף לנו כלום ע"י ידיעתו, כ"ז שלא ידענו אם באמת נתיאש, ואב"י סבר דכשנודע לו אמנם נקטינן שנתיאש, ואיהו אפקה מרשותיה, אבל כשלא נודע לו עדיין היא ברשותו, ואין בידנו להוציאה מרשותו, אע"פ שרשותו היא רק לגבי זכות

כ"ב א' וכן ירדן שנטל כו' בשלמא גולן וירדן כו' כאן מבואר דירדן נמי משום יאוש הוא, ולא משום קדושת א"י כדמפרש בירושלמי, ועוד דאם הירדן נתייבש או נתפשט אפשר שלא יתן מה שנטל או שיתן מה שלא נטל, שאין ההתפשטות לצד אחד מחייבת שיתייבש לצד השני, מיהו אפשר דהכונה שנטל מיבשה ועשאו ירדן, והירדן שייך לשבט אחר, ועי' ירושלמי חלה פ"ד ה"ד, ויש לפרש דנקט ירדן לרבותא דמיאש

כ"ג ב' ומחרוזות של דגים, אפשר דהחידוש אע"פ שמייירי במנינא דשוין, מ"מ אין מצוי כ"כ מחרוזות וגם במניני דשוין יש כמה מנינים השוין, ובחתיכות ש"ב החידוש דחתיכה גופה אינה סימן.

שם מצא חתיכות כו' חביות של יין כו' למסקנא נקט חביות של יין דומיא דשל תבואה דליכא סימנא ברישום במציין או לאחר שנפתחו האוצרות, ומש"ה תננהו בהדי הדדי, דקתני דגים דומיא דדג נשוך ויין דומיא דתבואה, - סתם דגים נמכרין שלמין, ולכן חתיכות מצריכות לבדוק אם יש סימן בחיתוך, וגם חיתוכן שוה בפרוסות, משא"כ בבהמה, שהחתיכות גדולות וקשה לחתכן מכוונות וגם א"צ לזה.

שם א"ר אר"א משום יאוש כו' יש לעי' אם קבלה היתה בידו או דס"ל דבכה"ג לכו"ע מקום הוי סימן, דאין מצוי כלל שיתרמי לאדם אחר ג"כ הנחת כופרא באותו מקום, דבפשוטו משמע שהכופרא הי' מונח ע"ג קרקע, וקדחו חילפי מקרקע דרך הזפת, (דאי בחבית וקדחו בחבית ולא הי' בה סימן אכתי מגלן שלא קדחו בביתו בתוך החבית, ולא לא הוזכר בגמ' חבית), ואין זה דרך כלל וחשש רחוק מאד הוא שיוזמן עוד כופרא בי מעצרתא כה"ג, ולכן ע"כ דמשום יאוש נגעו בה, מיהו ק"ק להמציא כן בלא קבלה, ושמא קיבל דהכי הוי עובדא ומהטעם שכתבנו.

כ"ד א' בגלימא דחבריה, דוקא גלימא אבל מפנה דחבריה או אלונטית אין ראי', והיינו דקאמר דלא איכפת לי' אממונא דחבריה שמפסידו בשימוש ובכלכלו.

שם מודה רשב"א בכלים חדשים כו' פי' ומש"ה נקט אנפוריא כיון שבחדשים גופיהו מודה ודוקא באנפוריא פליג, ובפשוטו בדי מחטין בא לומר שהם בבר כדרך שבאין מבית האומן וניכר שלא שזפתן העין.

אע"פ שאינו סוחף כנהר ולא הוי אבודה מכל אדם, ומצינו בכורות נ"ה א' שדייקן מאי איריא ירדן אפי' שאר נהרות נמי, וגם בירושלמי נראה שדייקן מדנקט ירדן דמייירי בגבולות הארץ, ולכן תירוצו של רש"י דלאו דוקא ירדן צ"ע.

שם מה שנטל נטל ומה שנתן נתן, יש להבין הא לא מייירי אלא אחד גונא, ובאמת גם ברישא יש לשאול ל"ל נטל ונתן הא מצי לשנות ד"ז בנטל ובא זה ליטלו מהירדן, ומהגזלן, ואי מייירי בירדן כמ"ש בירו' י"ל דבכה"ג סופו לחזור וקמ"ל דמ"מ הדין נקבע לפי שעה זו, מיהו ג"ז דוקא בקביעות גמורה דומיא דגנב וגזלן, והנה בגנב וגזלן אם נתנו לאחר הו"ל יאוש ושינוי רשות, ואי יאוש כדי לא קני י"ל דאסור ליטול ממנו, ואמר' דמה שנטל נטל ולא יטול ממנו, ורק מה נתן נתן, א"נ לאידך גיסא לאשמועינן דאף מה שנטל נטל דהיינו שקנאו ביאוש.

שם בלסטים מזויין, צ"ע למה הטעה התנא בלשונו, וי"ל דס"ד דלסטים מזויין הואיל ומטמר מאינשי לא מייאש דמימר אמר נקיטנא ליה בפני בנ"א ויחזיר, ואצ"ל גזלן דודאי מייאש, ואצ"ל ירדן דמיאש טפי, ומגזלן ירדן נלמד דזו ואצ"ל זו קתני, ואפשר דר"ל הב"ע בידע, דעיקר כונת התנא לומר דסתם גניבה יאוש בעלים וכגון דידע, או בלסטים מזויין דחזי ליה ומיאש, וזה אמת דהתנא לא נחית לנדון ישר"מ אלא דהוי יאוש, ודומיא דגזלן וירדן.

כ"ב ב' ואיסורא דומיא דהיתירא, יש לפרש מדאיצטריך קרא בזוטו של ים היינו דמותר ליקח קודם שידע, דאי ידע ולא מיאש בטלה דעתו ולא איצטריך להכי, דנקטינן שבלבו מתיאש, ומדקמ"ל דוקא באופן שאין לו זכות שלא להתיאש, א"כ בדבר שאב"ס דאם ירצה שלא להתיאש לכו"ע אסור, אף קודם שידע אסור.

שהפירות של בעל הכלי, מ"מ חייב להכריז, כיון שקרוב להניח שזה מהכלי.

שם (*) בא בעל סימן ונטל את שלו כו' קמ"ל דלא אמרי' כיון שנשאר בכלי ואיכא נמי אבראי או דמהדר אפי' כו' ש"מ דלאו ידי' הוא ואיתרמי שיש עוד כלי עם סימן זה קמ"ל דיהבין לי' וממילא זכה הלה בדבר שאב"ס.

שם (*) תנא כל שאין עשויין כמגדלין מפוזרות קרי להו, לר"ח דאפי' מונחין זע"ז בשל מלך אחד הרי אלו שלו, ק"ק היכי קרי להו תנא מפוזרות, וי"ל דאמשלחפי שלחופי דמגדלין קאי, לומר דאע"ג דרויחא תתאה וכו' מ"מ משלחפי שלחופי הרי אלו שלו, ועיקר טעמי' דר"ח משום שאין מצוי שמניחין מעות כך דרך הינוח, ולכן ג"ז תלייה רחוקה, ולכן שאפשר לומר דאיתרמי אתרמוי נקטינן הכי.

כ"ה (*) בי' כאבני בית קולים חייב להכריז, ע"כ מודה ר"ח לד"ז, וש"מ דזה קרוב יותר לחיוב מג' זע"ז, וא"כ בעיא דר"א הוא אליבא דר"ח, ויש לדחות דכל אופן נדון בפ"ע ויש בו פנים לכאן ולכאן, די"ל דריו"ח סבר דג' זע"ז אין דרך שיפול, אבל אחד דמשלחפ ע"ג שנים אפשר שיפול, ור"ח סבר איפכא, ולפ"ז אתיא בעיא דר"ח אף כריו"ח.

כ"ה (*) בי' מתני' מצא אחר הגפה או אחר הגדר גוזלות מקושרין או בשבילין שבשדות, יש לעי' אמאי תני גוזלות מקושרין באמצע, הא הו"ל למיתנייה לבסוף או בשבילין שבשדות גוזלות מקושרין, ואפשר דבשבילין שבשדות כל דבר שמוצא הו"ל ספק הינוח ספק נפילה שהרי גם דרכן להלך אלא שזה משתמר קצת ולכן אפשר שהניחם שם, אבל אחורי הגדר והגפה אם מצא שם חפץ אחר שאינו מדדה הו"ל ודאי הינוח, ודוקא גוזלות שמדדין הו"ל ספק הינוח דאפשר שלא הניחום הבעלים שם, אבל בשבילין שבשדות איכא למימר דנפל מיניה, ונפ"מ שאם נטל

כ"ד בי' ישראל סכרו לי' שהם המשליכין שם רשתותיהם לתפוס דגים וסביב הנהר הו' ישראל רובא, ולכן אמרי' דמישראל נפול, וישראל כרו' לי' היינו שחופרין אותו מחדש ומנקין המכשולים והעפר, ואז ימצאוהו, והיינו דקאמר כיון כו' אימור כו'.

שם (*) גמ' ר"י נפחא אשכח קיבורא כו' לא אמרו בגמ' היכא אשכח, אבל מהא דשאל לר"י או בי מדרשא ש"מ דהוה ביה סימן דאל"כ פשיטא, ומדאדהר לי' ר"י דשרי, ש"מ שיש מקום המותר ביש בו סימן, ולכח"פ היינו ברוב כנענים.

שם (*) תוד"ה לבתר כו' בפשוטו נראה כפרש"י, וסתמא דמילתא הבעלים מתיאשין [כההיא דקדחו ביה חילפי לעיל כ"ג ב', אלא דהתם הנדון משום מקום וידע מקומו ומדלא אתא ש"מ נתיאש, ומש"ה ל"ק משם לפרתו', או דידע הבעלים שניכרך יושנן], דכיון שעבר זמן מרובה כ"כ ולא בא אדם להחזיר ש"מ שנטלוהו ע"מ שלא להחזיר וכיו"ב, ואין היאוש מפני שהמוצא ידע שזה לאחר יב"ח, ודיוק התו' מדלא קאמר אשכח חמרי בתר תריסר ירחי שתא ואהדרינהו למרייהו.

כ"ה (*) בי' מקצתן בכלי כו' חייב להכריז, למאי דמוקמינן לה בדלא מהדר אפי', מבואר דאף בכח"ג במקצתן חייב להכריז, דתלינן שנתהפך הכלי.

שם בא בעל סימן ונטל את שלו זכה הלה במה שבידו, יש לעי' פשיטא, וי"ל דקמ"ל דיהבין לבעל סימן את שלו, ולא אמרי' ש"מ דלאו ידי' הוא, כגון בכלי ולפניו פירות וגם בכלי אשתיו פירות, דמסתבר לתלות שנפלו מהכלי, וכיון דבעל הכלי אמר דלאו ידי' נינהו, א"כ נוכיח מזה שיש עוד כלי עם סימנים אלו, וקמ"ל דנותנים לו את שלו וזכה הלה במה שבידו, ונמצא שבד"ז ביאר התנא דמיירי באופן שאינו מוכרח

יחזיר כיון דהו"ל ודאי הינוח, ואין זו אבידה, ולפ"ז אמנם הדין שבמשנה אמת דאף במצא כל דבר אחורי הגדר לא יגע בהן [ונפ"מ רק בחזרה], אלא דמשמעות המשנה שזו אבידה אלא שלא לא יגע וז"א במצא חפץ אחורי הגדר, ושמעתי מאאמו"ר שליט"א לפו"ר דהי' נראה ליישב באופן שהדין של המשנה אינו אמת, וצידד דבשבילין שבשדות אפי' גוזלות שאינן מקושרין חייב להכריז, וכגון שאינן מפריחין, דאחורי הגדר כה"ג ודאי מעלמא אתו דלא הי' הבעלים סומך להניחם, אבל בשבילין שבשדות שהשטח גדול אפשר דהי' דרך הינוח.

כ"ו ב' מתני' בין הכסא ולשולחני, פרש"י בינו לכסא שהשלחן מונח עליו, והרמב"ם פי' דהשלחן של השלחני קרוי כסא, וצ"ע הא מפני שלחנו קרוי שולחני ומה"ת יקראנו התנא כסא, ושמא להבדיל בין שלחן לשלחני ניחא לי' למיקרייה כסא, גם לפרש"י קשה מה ראה התנא לשנות הלשון ולהתייחס אל הכסא שהשלחן מונח עליו, גם לא מצינו שהשלחן מונח על כסא, ולכא' נראה דהכא מתפרש בין הכסא לשלחן, והיינו דדייק מינה ר"א דע"ג שלחן שלו, ומשמעות הגמ' דשלחני עם שולחנו הכל אחד, שהוא עומד אצל השלחן, ולכן לפני שלחני מתפרש לפני השלחן, והיינו דדייקינן הא ע"ג השלחן של שולחני, וכיון דברישא משמע שלחני שולחנו, וכדתנן שקלים פ"א מ שלחנות היו יושבין במדינה, מתפרש שפיר בין הכסא שהוא יושב עליו לבין השלחן, והיינו דדייקינן בגמ' ליתני ע"ג השלחן, דבשלמא בחנות קתני מצא בחנות ולא הוזכר תיבה, אבל הכא דברישא קתני לפני שלחני, הו"ל למיתני בסיפא ע"ג שלחני, או שישנה ברישא מצא בשלחנות, ואז יתפרש בין השלחני לשולחן, א"ו בין הכסא ולשלחן קאמר והיינו עד התחלת השלחן מצד השלחני, והשלחן בכלל לפני השלחני.

והנה ודאי משמע דדוקא גבי שלחני קאמר דע"ג השלחן שלו, מדנקט שלחן ולא תיבה, [והרמב"ם כנראה מפרש דשלחן שם כולל לתיבה וכסא, דהרמב"ם לשיטתו דאי אשלחני קאי הו"ל ע"ג כסא], ונראה הענין דהשלחני מקבל המעות תחלה, ואח"כ מוציא את חליפיהן, ולכן אם יש מעות על השלחן הוא של הלוקחים, אם מה שהם הניחו והשלחני עוד לא נטלן, או שהשלחני הניח לפניו ולא לקחו, אבל בחנות אפשר שהלוקחים נטלו את החפץ שקנו, והניחו הדמים ע"ג התיבה, ואז הם של מוכר, וטעם החילוק מפני שהשלחני נותן ונוטל בקופה שלפניו, אבל בחנות מוכר כמה דברים מכל החנות, ואחר שנותן הדברים ללוקח, עושה עמו חשבון ונוטל דמים, ואינו נוטל דמים לפני נתינת המקח, ונמצא שבזמן נתינת הדמים הם כבר של מוכר תמורת מה שלקחו כבר, וראיתי שכבר האריכו בזה הפוסקים ורשמתי לפו"ר.

כ"ח א' עד דרוש כו' דאי בעדים א"כ אין צורך באחיק דע"י עדים חייב להחזיר, וקרא משמע דמפני אחיק מחזיר.

שם מתני' שידעו בו שכניו, שידעו בו שכני' מיבעיא ליה דהיינו שיכירו שכני' בו שהוא מצאה, ונקט שכניו לרמזי הא דלק' ב' שמודיע לשכניו ומיודעיו, דהתם מתפרש שכני אבידה שמכיר בהן שאינן אנסים דהיינו שכניו שהם מיודעיו.

שם לא הטריחו באבידה כו' פי' לחוש שמא אינו יודע מה עלול ליאבד, ומחפש כל ביתו.

שם רגל ראשון כו' צ"ב אי אבידתא מכריז איך ידע הרי יש שם הרבה שמכריזין ראשון ושני והרבה סתם, אבל אי גלימא מכריז ידקק אחר המכריז גלימא איך הכריז.

כ"ח ב' עגל לעגלים לפ"ז כפשוטו והשבותו לו ובכה"ג אינו משיב, אלא חצי ממה שמצא.

שם הא ברעיא הא בפטמא, לכא' הול"ל הא בדאיכא עשב באגם הא בדליכא, ואפשר דבפטומא שעשוין להתפטם א"כ הריוח ניכר בהם שימכרם ביוקר, משא"כ ברעיא, והוי נמי דומיא דהא ברברבי שהראשון נאמר על הברייתא שממעטת בשיעור, ושמה ס"ל לרש"י דאם הריוח ניכר הול"ל יב"ח ויש ליישב דמ"מ לא דמי לעושה ואוכל, ולע"כ בראשונים.

כ"ט ב' לצרכן אבל לא לשחקן, בפשוטו הכונה למאי דקתני בברייתא מפני שמשחקין ושמשיחין והיינו דקאמר שכשמשמש לצרכן יזהר שיהא שימוש שאינו מקלקל, אבל שימוש מרובה שאינו נצרך לצרכן פשיטא דלא ישתמש אפי' אינו שוחק בכך, וצ"ע ברש"י.

ל' א' והתעלמת פעמים כו' פי' מדכתיב לא תראה וגו' והתעלמת, ובפשוטו הול"ל כי תראה לא תתעלם, וזה מלמדנו למידרש כאילו כתיב והתעלמת, אבל כיון שמעיקרו מתפרש לא תתעלם, דרשינן פעמים כו', וצ"ע ברש"י שהזכיר לא תוכל להתעלם, והרי גם בפריקה דרשינן למעוטי זקן והתם מתפרש כמש"כ.

שם ב' שקל קלא פסיק בהו, יש לפרש דלא הוו אבידה כלל, [והרי בעינן פרה רצה בין הכרמים], ומ"מ נתחייב בהשבתן משום דאנקטינהו נגרי ברייתא, (ובעיקר הענין מתפרש כבנמו"י בשם הר"ן), תדע דהכישה אין זה התחלת השבה דנימא כיון שהתחיל, דאדרבא הרחיק השבתן, וצ"ע בדעת רש"י.

שם לכו"ע אפקרנהו ולך לא אפקרנהו, כ"ה האמת שאמנם חלות ההפקר הי' לכו"ע, אבל לא הפקיר כדי שהוא יזכה בו, דאם הי'

יודע שיזכה לא הי' לו להפקיר אלא להשאיר ולקבוע בדעתו שכל הרוצה יטול, ולפי שהאמת שלא הי' ראוי שיזכה בו גם אם מצד ההפקר הי' מותר, שפיר אוקמי' בהכי, דמ"ל אם מגדר הדין הוא או מגדר הראוי, אבל אם הי' זוכה בו ממש הי' אסור להטעותו לפי שגורם להפסידו ממונו, מיהו מהא דמתחלה לא א"ל כן אין להוכיח ד"ז, דכיון שלא עלה בדעתו שעשה כן, לא הו"מ למימר לי' הכי.

שם בה זו קבורה, פי' והודעת לה גם באיזו דרך ילכו מן העולם, והיינו שיקברו מתיהם, וענין הדרשא מתפרש לריבויא שילכו בה כולם בלי יוצא מן הכלל, ומפרשינן מסברא מי הי' יכול לצאת מן הכלל, בן גילו, וזקן.

בענין שומר שמסר לשומר

בדין ש"ש שמסר לש"ח יש לדון אם מפסיד שכרו, דלכאורה אם נגנבה הראשון חייב, ואם משלם על הגניבה אינו בדין שלא יקבל שכר, דמאיזה כח יתחייב לשלם טפי מש"ח, אבל לעומת זה למה ישלם לו שכר על מה שלא עבד אצלו, וכן יש לשאול בש"ש שלא שמר כלל, ונגנבה אם מקבל שכרו, וה"ה דיש לשאול בלא נגנבה, דכיון שאחריות גניבה עליו מגיע לו שכר.

ובפשוטו נראה דאין תשלומי ש"ש בשביל האחריות שמקבל עליו, אלא על טירחת השמירה, דעיקר חיובו הוא שאם לא שמר ונגנב חייב, אבל אם שמר כראוי לו סתמא דמילתא אונס מיקרי, מיהו בגניבה עמ"ש תו' והראשונים ז"ל ב"מ מ"ב א' בזה, אבל א"א לפוטרו מחיובי גו"א אע"פ שלא שמר, ונראה דכ"ז שלא החזיר לבעלים הרי הוא כל הזמן בחיוב לשמרה כש"ש, וזה שאינו מקיים חיובו אינו קובע לו דינים לומר שפקע ממנו חיובי ש"ש, דבכל רגע מחדש מעילתו בפקדון שאינו שומרו, אבל אין כאן מצב מחודש של אחריות בלי חיובי שמירה,

ולכן הוא חייב באחריות ככל ש"ש ממש, אבל כיון שלא קיים תנאו מן הראוי שיחזיר לבעלים ההפרש, כפי מה שנותנים למי שמקבל אחריות ואינו שומר, מיהו אם שמר כש"ח אין הפרש גדול, כיון שעיקר השכר הוא על השמירה כש"ח, וגם הרי האחריות עליו, וכן ש"ש שפשע שעה מועטת אין מפסיד שכרו, אבל בלא שמר כלל אפשר שצריך להחזיר השכר, כיון שמעל במלאכתו. **ב"מ** ל"ו ב' אלא אפי' ש"ח שמסר לש"ש חייב, רבא לא הזכיר דעלווי עלייה, דממילא מובן, אבל אביי שהזכיר בדר' יוחנן עלווי עלייה, הזכיר כן גם בדרב.

מ"א א'

מ"א א' ור"י הניחה במקומה משמע, נראה דר"ל במקומה "נמי" משמע, דדוחק לפרושי הניחה "דוקא" שלא במקומה, אבל לא משום דהניחה משמע במקומה דוקא, דודאי כל שאינה בתוך ידו, הניחה מיקרי, אלא שאין לשנות סתם הניחה ויתפרש דוקא שלא במקומה.

מ"ב א'

מ"ב א' אר"י אין הברכה מצויה אלא בדבר הסמוי מן העין, שנאמר יצו וגו' באסמין, תדבר"י אין הברכה מצויה אלא בדבר שאין העין שולטת בו שנאמר וגו', יש לפרש דר"ש מאתן דריש, ומש"ה לא אמרו וכן תדבר"י, דאתן למעוטי אחרני, וסמוי מתפרש אף מהאדם עצמו, ומסתברא דר"ש אתרוייהו סמין אתתך ואאסמין, ולא מלשון סמוי אלא מה שמצוי רק אתך ובתוך אוצרך.

נ"ב ב'

נ"ב ב' מעות הניתנות בסימן לביה"מ, לכאורה ה' נראה שזה כעין מטבעות שעושין היום לטלפון וכיו"ב, שהבלן נוטל

מטבעות אלו מהנכנסים לסימן שכבר שילמו דמי מרחץ, שהבאים למרחץ אין מביאין כסין עמהם וגם הבלן אינו עוסק במו"מ אז, וכבר מכר כרטיסי כניסה בביתו וכל אחד קונה כמה כרטיסים ומקבל תמורת מעותיו מטבעות אלו הנקראין אסימון, ובזה ניחא שהם משמשי שימושי מטבע ושוה כסף, אלא דכיון שהם רק לתועלת אחת לא מיקרו מטבע, ורב סבר דר' דוסא משוי ל' ג"כ מטבע, ופולסא עדיף כיון שעתיד להטביע בו חותם, והו"ל שפיר דבר הנצרך, אבל לפרש"י אינו שימוש מטבע כלל, וצ"ע ובירור.

נ"ט א'

נ"ט א' אין הברכה כו' שנאמר ולאברם הטיב בעבורה, צ"ב מאי משמע, הרי באמת הטיב לו פרעה בעבור שרה, ויעו' בזהר תזריע דאברהם אמר למען ייטב לי בעבורך, שייטיב עמו המלאך ההולך עם שרה לשמרה, ולפ"ז י"ל דהיינו דמסיים שהטיב לו בעבורה, ואפשר שבעבורה מיותר דממילא מובן.

ס"ב א' בפל' בן פטורא ור"ע

ס"ב א' דרש בן פטורא מוטב שישתו שניהם וימותו ואל יראה כו' בפשוטו נראה דדוקא בכה"ג שהוא כחי ממיתת חבירו, אבל אדם אחר ודאי צריך להחיות אחד מהם, דחיי שעה לא חשיבי כלפי חיי עולם כלום, כמבואר בע"ז כ"ז ב', הגע עצמך הרי שאפשר להחיות עם רב חיי עולם, או שימותו כפליים ויחיו חיי שעה, אטו אין הדבר פשוט דחיי עולם של עם רב מישראל עדיפי, וזהו שהזכיר ואל יראה כו' שזהו החסרון מפני שהוא כחי ממיתת חבירו, ונראה כאכזריות ומימעט מוחי אחיך עמך, וזהו לשון מוטב כו' לומר דאע"פ שראוי להקדים חיי עולם, כאן מוטב שלא יראה במיתתו של חבירו.

לפ"ז לא מיבעיא דחיי עולם דנפשיה קודם לריבוי חיי שעה דחבריה, כגון שחבירו

(וזה כמש"כ לעיל שיחלק חיותו עמו), וכן דקדק אאמו"ר שליט"א מלשון דרש ב"פ דמשמע מפסוק, דבבריייתא לא קתני דרשא על אמירת הלכה ברבים, אלא על דרשא מפסוק, ומ"מ ק"ק למה סתם התנא ולא ביאר מגליה, ושמא לא רצה להאריך בזה, ויותר מיושב אם ב"פ פירש וחי אחיך עמך כמו כי טוב לו עמך, ומסברא קים ליה שמוטב כו' ולא יראה כו', עד שבא ר"ע ולימד מקרא דחייך קודמין.

שם עד שבא ר"ע ולימד וחי אחיך עמך חייך קודמין לחיי חבירך, לכאורה נראה דכאן עמך מיותר, ול"ד לעבד עברי כי טוב לו עמך, שהעבד אצל אדונו וטוב לו עמו, אבל כאן מה ענין חיי חבירו עמו, אלא בא לומר חייך קודמין, [ולשון אתך משמע טפי טפילות, דכל את מתפרש הטפל, אבל עם משמע שויון, כמו עם החמור עם הדומה לחמור], ועוד דכי טוב לו עמך אתא לאשמועינן שצריך להטיב עמו כמותו, ואם יש לו רק כר אחד אם לא ייטיב לעצמו ולא לעבד חשיב טפי טוב לו עמך, מאשר שייטיב רק לעצמו ולכן יש לקיים שיתן לעבד, עי' תו' קדושין כ' א' מירושלמי, [וצ"ע אם תלמודן מודה בזה, או דמפרש קונה אדון בזה שצריך להטיב עמו בכל מה שיכול לקיים שניהם], והיינו נמי דרשא דבן פטורה כמ"ש בתו"כ, ור"ל שאם חי על מיתת חבירו לא מיקרי עמך.

בדין חיי שעה של עצמו וחיי עולם של חבירו

כתב אאמו"ר שליט"א דחיי שעה של עצמו קודמין לחיי עולם של חבירו, וכ"ה פשטות הדברים דלא פליג ר"ע כשיש לשניהם מים שיתנו זל"ז, ויעשו גורל או יקדימו החשוב מביניהם, ואמנם מצינו יומא פ"ה א' שמחללין שבת על חיי שעה, וש"מ דמיקרי נמי פיקו"נ, וא"כ ג"ז בכלל חייך קודמין, ואע"פ שאדם אחר ודאי צריך להציל חיי עולם קודם לחיי שעה, אפ"ה האדם לעצמו

חולה ואם יטפל עמו יחי' יותר, ואם יעזבנו ימות מיד, אבל אם ישאר עמו גם הוא ימות, ואם יברח ינצל לחיי עולם, דודאי עדיף להציל עצמו אף לבן פטורה, אלא אפי' כשלשניהם יש אפשרות של חיי עולם, אינו מחויב לטפל בחבירו לחיי שעה, ולא אמרו אלא במים ששימושו במים כחי ממיתת חבירו, ולכן אמרו וחי אחיך עמך, שיתן לו חיותו עמו ויחלק המים ביניהם בשוה, ודין ההצלה נקבע לאחר חלוקת המים בשוה, אבל בטיפול בגופו מודה שחיי קודמין, וכן אם אין חבירו מזומן עמו, אלא שיכול לנסוע אליו להצילו, ג"כ מסתברא שאין זה בכלל, ואפי' במים שברשותו, שאין חיותו של חבירו על מים אלו, שלא אמרו אלא בחיותו שיתן לחבירו חיותו בשוה עמו, אבל אינו מחויב להביא חיותו אצל חבירו, דלא מיקרי רואה במיתת חבירו אלא כשהוא וחבירו סמוכין על כד אחד, (והערוני סיוע לזה דהא קרא וחי אחיך עמך גבי נתינת ממון כתב).

אבל בספר אאמו"ר שליט"א נקט גם בשם מרן זלה"ה דלבן פטורה פשיטא דאחר נותן המים לשניהם כיון דלית ליה מעלה דחייך קודמין, ודן שם לר"ע מאי, והיינו משום דמפרשי דברי ב"פ משום מעלת חיי שעה של חבירו לחוד, ואע"פ שבעלמא חיי שעה וחיי עולם פשיטא דחיי עולם קודמין, ואפי' ספק חיי עולם וודאי חיי שעה כמ"ש ע"ז כ"ז ב', צ"ל דבאדם עצמו חיי עולם ידידה עדיפי, אבל חיי עולם דחד וחיי שעה דאחר, אינם משתערים זה לעומת זה, אבל למש"כ ענין אחר הוא, דיש לו לחלק חיותו בינו ובין חבירו בשוה, ועדיין צ"ע בכ"ז ובדברי מרן זלה"ה בהערות ובגליונות, ולע"כ, ורשמתי רק להעיר צד אחר בכ"ז.

לשון הגמ' משמע דבן פטורה לאו מהאי קרא קדריש לה אלא מסברא קאמר לה, והיינו דקאמר עד שבא ר"ע ולימד כו', אבל בתו"כ משמע דמוחי אחיך עמך דריש לה,

עדיין לא חשיב הפסד, וזה שבסוף לא מצאו להשתכר, היינו דמזלם גרם, דהרבה פעמים נשארים פועלים בשוק בלא מלאכה, אף שהגיעו לשוק בתחלת היום, וזה מיושב יותר מלפרש במאורע, שלא היו מוצאים להשתכר.

שם ואם סלע נותן להם סלע, יעוי' בצריכותא דגמ', ויש ללמוד מזה דפלוגתא דר"ד ורבנן היא אף כשהוסיף להם או פחתו לו, ולא אמרינן דלגבי התוספת יד פועל על התחתונה, ומה שאזיל יד בעה"ב על התחתונה, ולפ"ז נחא דצריכותא דגמ' לכאור' מיותרת אלא לאשמועינן ד"ז, והיינו דאמרו בגמ' טעמא דלא קים לכו, ולא אמרו שכך נתחייבו.

פ' א'

פ' א', ואפשר דרבא בר עולא פ"י כן לשון הברייטא, וניחא בזה דלא תיקשי אי ר"א מ"ש השלימה לספר דנקט.

ק"ד ב'

ק"ד ב' ולא כהן הוא מר הקשו הראשונים ז"ל איך נתמורד על בן הצרפית, ועתור"פ ותי' הרא"ש, ובאמת יש לדקדק בנדה ב' ששאלו את ר"י על בן השונמית מהו שיטמא, משמע דבין הצרפית פשיטא להו שאנו מטמא, דהו"ל למיפרך מיני' דהוא קדים, אך לעומת זה מבואר בגמ' שהוצרך למפתח של תחה"מ כדי להחיותו, ונראה לפ"ז שלא נותרה בו נשמה וכזה הוצרך לתחה"מ, אבל ה"י בו חיות מעין של בהמה, ולכן אינו מטמא, [והא דקאמר ראי, חי בנך, נראה דדרך ענוה קאמר, ראי שבאמת לא מת, והיינו מפני שהי' בו חיות, והשיבתו עתה זה ידעתי וגו', דידעתי שלא הי' חי, ואתה החית אותו], ובתו' תירצו דכיון שברור לו שיחיהו הוה שרי משום פיקו"נ ומשמע דאע"פ שכבר מת יש היתר דפיקו"נ.

חיי עצמו קודמין, מיהו מסתברא דרשאי להקדים חיי עולם של חבירו על חיי שעה של עצמו, אבל חיי עולם של עצמו וחיי עולם של חבירו אפשר שראוי להציל עצמו, דחשיב טפי מצותו בכך.

ס"ג ב' - ריבית

ס"ג ב' מה לי דמיהן ומה לי הן נמי אמרינן ופוסקין על שער שבשוק כו', החידוש שכתבו תו' סתום, ובפשוטו קמ"ל דאע"פ שבלקח בהלוואתו בעינן יש לו, אבל בלקח בדמי מקחו לא בעינן יש לו, והר"ז כבא לפסוק במעות מזומנין דסגי בשער שבשוק.

שם רבה ור"י דאמרי תרווייהו כו' לקמן ע"ב ב' מסקינן דאף לוויין על שער שבשוק, ולפ"ז קשה מ"ש התם הלואה הכא זביני, הרי כאן גם הלואה שרי, וי"ל דקאי על שער הגבוה שאם יוולו נותן כשער זול, דבזה בהלואה אסור, והיינו דקאמר בהיני ובשילי בזולא.

ס"ה א'

ס"ה א' מתני' ואם לגורן ב"ב מנה, בפשוטו מתפרש שע"י שיזרע ויקצור בשדה זו יהא לו מעות לגורן, דאל"כ הול"ל ואם לאחר י"ב חודש דומיא דשכירות, ולפ"ז מבואר דמוכר לו בשעה שראוי' לזריעה, והיינו זמן היוקר, וצ"ע ברמב"ן שפי' דלגורן הוא זמן היוקר, והיינו מפני שראוי לזריעה כמ"ש ר"י ב"ק ז' ב', וסתם עובדא דמתני' לא מתפרשא ואם לגורן לזמן היוקר, דגורן משמע שיש תבואה, והול"ל לניסן כלשון הגמ' ב"ק שם.

ע"ז ב' הלכו פועלים כו', יעוי' ברמב"ן דמיירי שגם אתמול לא היו מוצאין להשתכר, ולפו"ר יש לפרש דגם עתה אפשר למצוא להשתכר, ואלו הלכו ולא מצאו, דכשדנים מדינא דגרמי אמרינן דבשעה זו

סימן יז

שיעורים

א. בריש שנים אוחזין
א. בסוגיא דיחלוקין וכד"ג

יהא מונח, וה"ה נמי אם תופסין שני הכיסים או שני הכלים יחד, ומודים שלכל אחד שייך רק כיס אחד וכלי אחד, דלא אמרינן אנן סהדי דתרווייהו היא, כיון ששניהם מודים שלכל אחד יש רק כלי אחד, ואין לנו לחדש שלשניהם יש חלק בכל כלי, ואפי' אם שניהם מציאה, לא נחדש ששניהם הגביהו בהדי הדדי תרווייהו, וגם התו' מודו בזה, אע"פ שרק מכת דבריהם ידעינן שאין לשניהם חלק בשניהם, דאילו מכת התפיסה אנן סהדי ששניהם של שניהם, והשתא ניחא שפיר דעת רש"י דה"ה בטלית אחת כששניהם מודים דלאו דתרווייהו היא, דלית לן לחדש כן.

ויש לבאר עוד דהנה כל ענין אנן סהדי דמאי דתפיס האי ידיה הוא, היינו ככל כח מוחזק דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן, וסתמא בא לידו בהיתר, וזה קודם ששמענו דבריהם, או במציאה ומו"מ דבאמת י"ל דתרווייהו היא, אבל כששמענו דבריהם שיש כאן תפיסת גזל, הרי בטלה האפשרות שהגיע לידם בהיתר, ונשאר רק האפשרות דתרווייהו בהדי הדדי אגבהו והם טועים לחשוב כל אחד שהוא הראשון, והיכא דזה אומר אני ארגתיה וזה אומר אני ארגתיה, לא מחדשינן לומר שהיתה כאן מציאה, שכבר איתרע האנן סהדי דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן, וממילא בטל כח מוחזק מכאן, ושפיר אמרינן יהא מונח.

ויש להקשות לדעת רש"י דנמצא שכל תקנת המשנה תיקנו בשביל מאורע של מציאה ומו"מ, ששייך לומר תרווייהו בהדי הדדי

בי' א' תוד"ה ויחלוקין ובמנה אין דרך שיקנה לו החצי כו', לשון זה משמע דהחילוק מפני שיותר מצוי שיפרע חצי, מאשר שיקנה לו החצי, ולכאורה החילוק פשוט יותר, דכמו שפשוט שאם ראינו מרחוק שרק אחד הגביה, ואח"כ בא חברו ותפס עמו, דודאי לא נחשב שהקנה לו חצי, אפי' אם הי' הדבר מצוי, דכיון שראינו שגזלו ותקפו, לא מחדשינן עובדא נופסת שאח"כ הקנה לו החצי, וה"ה במנה שלישי ידיעין בודאי דהוה דחד מיניהו, לא מחדשינן שהקנה לו, משא"כ בשנים אדוקין בשטר, שאין לנו שום ידיעה מוקדמת, וכיון שאנו דנים השטר כטלית וכגופו ממון, הרי הדין נקבע כמו היכא ידיעין דתרווייהו בהדי הדדי אגבהו, וזה כלל גדול דכל המחדש עובדא נוספת על מה שידענו עליו הראיה, אבל אם קודם לכן לא ידענו כלום שפיר עבדינן יחלוקין.

ביאור דעת רש"י דבז"א אני ארגתיה וז"א אני ארגתיה יהא מונח, ולכאורה קשה דכיון דאנן סהדי דתרווייהו היא, היכי מפקינן מינייהו למעבד יהא מונח, ונראה דכי היכי דבאיכא עדים שרק אחד הגביה, ולא ידעינן מי, אמרינן יהא מונח, דהא הוא ממש כמו מנה שלישי, ה"ה נמי אם שניהם מודים שרק אחד הגביה, דיינינן ליה כאיכא עדים שרק אחד הגביה.

ובאמת מסתברא דבמנה שלישי, אף אם הנפקד מת והודיע לבניו שמעות אלו שייכים לשנים שהפקידו, ורק על פיהם של המפקדין ידענו שזה מנה וזה מאתים, אפ"ה

כשנתברר לנו מהודאת אחד מהן שהי' כאן מצב כזה, דודאי ראוי שלא נעשה יהא מונח.

והנה לגבי החצר ששניהם מודים ודאי לא שייך לעשות יהא מונח אפי' לר' יוסי, דעד כאן לא קאמר ר"י יהא מונח אלא כשאין שום חלק בממון שהוא בודאי של אחד מהם, אבל שנים שהפקידו ג' צורות של מנה, והי' רשום על כל צרור של מי הוא, ונפל הסימן מהצרור השלישי, וכל אחד אומר שלי מאתים, בזה לא יאמר ר"י א"כ מה הפסיד הרמאי, שאין נוטלין מאדם ממנו הודאי כדי להכריחו להודות, ורק בשתי כריכות ובשני כלים שאנו צריכין לגבות מתוך הצרור והכלי הגדול וליתן לכל אחד חלקו, בזה אמר ר"י שזכותו של כל אחד לומר שלא יטלו כלום מצרור כספו אפי' לפי ערך, כדי שיפסיד הרמאי ויודה.

ולפ"ז החצי שמודים בו בודאי לא שייך לומר בו יהא מונח, [ועוד הערוני דאין להפסיד לאחד יותר מלחבירו], ולגבי החצי השני ודאי שאין ראוי שהאומר חציה שלי יפסיד רבעו, שהרי כאן יותר אמיתי שמגיע לו רבע, וכן לחבירו שנתברר שיש לו חצי ודאי שזוהי סיבה שלא יפסיד הרבע השלישי, דודאי יש לו כאן כח מוחזק, ותו לא אמרינן יהא מונח.

בדין כל דאלים גבר יש לבאר דלא מצינו הנהגה זו אלא במקום שיש רשות לב"ד להסתלק מן הממון לגמרי, דכיון שלא ראו ב"ד שיש לאחד מהם שום זכות בממון, יכולים לומר להם שיעשו מה שהם רוצים, וממילא נמצא דכל דאלים גבר, וכ"ז דוקא בממון שגם אחר מן השוק יכול לתפוס, דכ"ז שלא ראינו זיקת בעלות לשום אדם, אין אנו חייבים להזדקק לזה כלל, אבל ממון שידענו שהוא של אחד משניהם אע"פ שאינם מוחזקים בו, לא אמרינן כד"ג, דכיון שיש לכל אחד מהם זכות בממון לגבי כל העולם, הרי חובת ב"ד שלא יאבד זכותו ע"י חבירו

אגבהוה, ולשניהם נתרצה המוכר, ונראה דלא קשה כיון דבאמת אין חשש שלא יהא כל אחד הולך ותוקף טליתו של חבירו, דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן, ומי שהוא באמת גנב יתפוס כולו ולא יהא מצב של שנים אוחזין, וכל החשש שייך רק במצב שיש מקום לטעות או להוראת היתר, שגם התוקף אינו גנב גמור ורצונו רק לאתפליג בהדיה, וזה שלא יהא כאו"א הולך ותוקף, כלומר במצב של שנים אוחזין שייך לומר שלא יהא כל אחד מורה היתר לתקוף בכה"ג, ואין כאן משמעות שלא יגזול כל אחד, שהרי מפורש שהשבועה בכה"ג כדי שלא יגיעו למצב זה ע"י תקיפה של הוראת היתר לגזול.

ובאמת בגמ' בצריכותא דמציאה ומו"מ מוכח דרק בכה"ג חולקין בשבועה, דאם איתא שתיקנו שבועה בכל שאר הטענות של ארגתיה וכיו"ב, מהיכי תיסק אדעתין להוציא מציאה מן הכלל הזה, וכי סברא פשוטה היא לבטל תקנת השבועה בגלל הוראת היתר דחבראי לאו מידי חסר, וגם משמע בגמ' שאם לא הי' התנא שונה מציאה ומו"מ לא היה ידעינן להו, ואכתי מנין היינו יודעים שיש שבועה באני ארגתיה לתו', הרי בלא תקנה אין כאן חיוב שבועה כלל, ובכלל הדבר סתום בגמ' לומר דבאני ארגתיה פשיטא לן דתיקנו שבועה, וסתמה כפירושה דדוקא בהני תיקנו שבועה, וע"כ כפרש"י דבשאר אופנים הדין יהא מונח.

הא דבכולה שלי וחציה שלי לא אמרינן יהא מונח לפרש"י, אע"פ שאין החלוקה יכולה להיות אמת בדאגבהוה תרוייהו, נראה הטעם דהשתא שנתברר דאחד מהם מודה דתרוייהו בהדי הדדי אגבהוה, אין זה טעם לחומר או לקולא, דבז"א כולה שלי וז"א כולה שלי אנו צריכין לחדש שהי' כאן מצב משותף שראו שניהם את המציאה, ומכח זה אמרנו שלא יהא מונח, אלא יחלקו, וכ"ש

ובזה מובן דכשאחד אומר חציה שלי נחלש כח תפיסתו, דכיון שאינו תופס בכולה, הרי הוא כתופס רק בחציה, ולא דמי למי שתופס בכל הטלית בביתו, ואומר חציה שלי, דשם הוא מוחזק בכל החצי, אבל בשנים אוחזין זהו מצב משותף, ששניהם מוחזקין כל אחד בכולה, שאין זה מצב הרגיל אלא מצב של תפיסה לשם בירור הבעלות, ובכה"ג כל שמתברר שתפיסת האחד מושלמת יותר, הרי"ז מוכחו לקבל החצי המוסכם תחלה, ואח"כ יחלקו.

הא דאמרינן אימור תרוייהו בהדי הדדי אגבהוה אינו דבר רחוק, שהרי טלית שמקצתה ע"ג קרקע לא קנה, ורק ע"י הגבהת חבירו נעשית ההגבהה לראשון כמבואר ח' א', ונמצא שאפי' הגביה האחד תחלה חשיב דתרוייהו בהדי הדדי אגבהוה וכן בבהמה ברכוב ומנהיג, קנין המשיכה נעשה בהליכת הבהמה, ואפי' רכב האחד תחלה או תפס תחלה במוסירה, מ"מ אם תפס חבירו קודם שהלכה מיקרי דתרוייהו בהדי הדדי משכונה, וכן במו"מ לא משכח"ל דנקט מתרוייהו אלא במאורע מיוחד שהיו שניהם קרובים ליקח, וגם זה שנתן בע"כ לא הי' בע"כ ממש.

לשון ודאי רמאי חידשו בגמ' אליבא דר' יוסי, אבל בפשוטו אין חילוק בין ודאי רמאי לאין החלוקה אמת, שאם יש לנו צד קרוב לומר שהחלוקה אמת יחלוקו, וזהו ליכא ודאי רמאי, וכל שיש ודאי רמאי לא מחדשין שהחלוקה יכולה להיות אמת, שאנו צריכין לחדש טענה שלא הזכירוה שניהם, ולפ"ז אין לחדש שום דין בגדר ודאי רמאי, שלשון זה הזכירוהו כלפי קנס דיהא מונח, אבל אין שום דין תלוי בזה, ואין לנו אלא אם החלוקה יכולה להיות אמת, וזה כפרש"י וכמשנ"ת.

יש לעי' מה הדין כשפסקו ב"ד כל דאלים גבר, וגברו שניהם יחד ותפסוהו בהדי הדדי, האם עדיין נשאר דין כדא"ג, עד שיגבר

האלים, ולפ"ז א"צ שיהא הנפקד בגדר אוחזין ממש כלפי שניהם, וסגי שהוא בגדר אוחזין כלפי כל העולם, ובאמת לא בעינן לאחיות הנפקד, אלא לבירור הענין שהמנה בחזקת שניהם, (ומה"ט מכיון שתפס אחד בכד"ג שוב אין מוציאין מידו, דלגבי כל העולם כבר נעשה בעלים בתפיסתו שכבר ראינוהו מוחזק, ומעתה בטל דין כד"ג, ועי' להלן ד"ה יש לעי').

עוד בביאור ענין כולה שלי וחציה שלי, מ"ט לא חשיב בעל החציה מוחזק בכל החצי, דבאמת כל שנים אוחזין הוא מצב זמני של מו"מ או תקיפה, שאף השותפין אינם תופסין חפציהם יחד, וע"כ יש כאן מצב שכל אחד תופס להוכיח בעלותו עד שתתברר בב"ד, ומשיתברר דינם שיחלקו שוב לא יתפסוה ביחד, וכיון שזהו מצב של דיון ובירור, לא שייך להחליט בו ידיעה פשוטה כמו בכל מוחזק.

והא דחשבינן ליה אנן סהדי דתרוייהו היא, היינו מפני שכלפי כל העולם הם המוחזקים בה, ויד שניהם שוה בה, ואמנם מה"ט אם שנים אוחזין שלא שמענו דבריהם ומתו, ניתן לשניהם במוחלט, דכיון שלא שמענו טענותיהם הרי היא בחזקת שניהם, אבל אין זה מצב רגיל ככל חזקה, ובאמת חשיב כל אחד מוחזק בכולה, וכיון ששניהם שוין חולקין, ונפ"מ באחד ברי ואחד שמא, או באחד מרא קמא, דבכה"ג יהבינן לברי ולמרא קמא, דכיון שעדיין המרא קמא מוחזק בשלו לגמרי, הרי אין אחיות השני כלום להפקיע מבעלותו, וה"ה בברי ושמא דאחיות השמא לאו כלום היא לבטל אחיות הברי, ולא אמרינן שכל אחד מחזיק רק בחצי, אלא כל אחד מחזיק בכולה, ומכח השווין יהבינן לתרוייהו, שאין זה מצב טבעי הרגיל לקבוע בו מוחזקות פשוטה לחצי.

ב"מ ז' ב' אבל אחד אדוק בטופס כו', יש לעי' מה הדין בשטר שכתוב על טבלה של זהב שא"א בתפיסתו כמאן דפסיק מאי, דלכאורה נראה דטעמיה דר"א דכיון שאם ירצה המלוה או הלוה לצור ע"פ צלוחיתו יטול כל מה שהוא אדוק בו, השתא נמי שאמרו שאין קורעין את השטר שהרי ירויח הלוה, מ"מ נתנו לזה דין גופו ממון לענין תורף וטופס, וכ"מ בגמ' שהקשו מהא דתניא זה נוטל עד מקום שידו מגעת, וכן הזכירו וכי לצור ע"פ צלוחיתו הוא צריך, ובזה מיושב טעמיה דר"א שלא החמירו שיהא כגופו ממון טפי מאילו הי' באמת גופו ממון, דהוה אמרינן כמאן דפסיק לפי שויו.

אחד על כולה, או דיחלוקן בלא שבועה, או יהא מונח, ומקושית תו' והראשונים משמע שעדיין נשאר דין כדא"ג, דאל"כ מאי קשיא להו הרי שנים אוחזין בטלית הו"ל כתפסו לאחר ההוראה של כדא"ג, אלא ודאי אע"פ שתפיסתן מהניא לגבי כל העולם, אבל לגבי נפשיהו לא חשיב כמוחזקין, דכ"ז ששניהם תופסין בו חשיבי כל חד כמוחזק בכולו, וממילא לא חשיבי מוחזקין כלל לגבי נפשיהו, ועדיין נשאר הדין הקודם של כדא"ג, אבל אם היו תופסין כל אחד חצי, כגון שהיו אדוקין בכולה, אע"פ שכל אחד נעשה אדוק בחציה מכח כדא"ג, אפ"ה זכה כל אחד בחלקו.

ב. בגדרי דיני מוחזק

יש שתי דרגות בפשטות של מוחזק, א' אחד שמוחזק בחפץ שצריך להמציא שהחפץ אינו במקומו הנכון, ובא לכאן בגזל או במאורע, ובזה הפשטות חזקה לומר שהחפץ של המוחזק, ב' שנים אוחזין בחפץ בזה אין הדבר מחודש כ"כ שהחפץ של אחד וחבירו מסייעו, שהרי אין אנו צריכין לחדש שהחפץ שלא במקומו הנכון, אבל מ"מ להחליט שיש לאחד יתרון על חבירו זהו יותר מחודש מלומר ששניהם שוין, שהרי לנגד עינינו שניהם שוין, ולכן לומר שאין שניהם שוין חשיב מחודש, אע"פ שאין שום ריעותא לומר כן, אבל זהו שינוי ממראה עינינו, והכלל הוא שכל הממעט בחידושים זהו הפשטות.

ובזה מובן ששייך שנים אוחזין וחשיב כל אחד מוחזק בשוה, ושייך שיחשב אחד מוחזק בג' חלקים ואחד ברביע, דכיון שאין ריעותא לומר שכל החפץ של אחד והשני מסייעו, חשיב כל אחד כמוחזק בכל החפץ, (אבל אם הי' החפץ מונח ברשות אחד מהם והוא מודה שחצי של חבירו, אע"פ שחבירו טוען כולה שלי אינו מקבל אלא חציה, ולא

מתני' שנים אוחזין בטלית, נראה דשנים אוחזין בטלית ולא טענו כלום ומתו, הדבר פשוט דיחלוקן, דכמו שאדם אחד שאוחז בטלית ומת הרי הוא של יורשיו, הרי השנים כחד דמו, והכא נמי כיון שא"א לפסוק ע"פ טענותיהם, הרי הדין נקבע ע"פ מה שב"ד רואין בלא טענותיהם.

וכמדומה שזהו כלל בכל דיני ממונות ובכל דיני התורה, שהדין נקבע ע"פ מה שנראה לדיינים המציאות בלא הטענות, וכל מי שבא לשנות הדבר ע"י טענותיו עליו הראי'.

וזהו מ"ש אאמו"ר שליט"א ב"ב ס"ט סק"ה דמוחזק הי' רגיל מרן זללה"ה לומר שהוא כפי הפשטות, ביאור הדברים שאין היתרון של המוחזק מפני שהוא תפוס בחפץ, וצריך מעשה להוציא ממנו, אלא מפני שהפשטות הוא שהחפץ של המוחזק, דאין להמציא שהתופס גנבו, או שאירע שבא לרשותו, ועי' להלן שני אופנים שזה שתפוס בחפץ אינו המוחזק, רק השני שהפשטות היא שהחפץ שלו, ומוציאין מהתפוס.

ולכאורה תמוה הרי הלוח מוחזק בכל המעות, ולמה מוציאין ממנו ונותנין למלוה, אלא הטעם משום דכל מלוה שיש בידו שטר הוא הנקרא מוחזק בכל המעות, כיון שהפשטות הוא שכל זמן שהשטר ביד המלוה ש"מ שעדיין לא פרעו, ועכשיו ששניהם אדוקין בו חשיבי שניהם מוחזקין כמו בטלית.

ב' כלי שידענו שהי' של ראובן, והוא רגיל להשאילו ולהשכירו ועכשיו נמצא הכלי הזה ביד שמעון, הרי ראובן חשיב המוחזק, כיון שזה שהכלי ביד שמעון אינו מעורר ריעותא בבעלותו של ראובן, שהרי רגיל להשאילו, ואין לנו לחדש שיצא הכלי מרשותו, דאין לנו שום סיבה לומר שנשתנה כאן דבר, ונשאר הפשטות כמו שידוע לנו שהחפץ של ראובן, ומוציאין אותו משמעון שהוא תפוס בו.

בכתובות י"ט א' מבואר דבמקום שחב לאחרני אין מלוה נאמן לומר על שטר שבידו ששטר אמנה הוא ואין הלוח חייב לו, וה"ה שאינו נאמן לומר על חפץ שבידו שאינו שלו, כמ"ש המ"מ.

אב"ל שנים שאוחזין בטלית נאמן אחד מהם לומר שכולו של חברו אע"פ שחב לאחרים, ואפשר לומר הטעם דבמקום שיש רגלים לדבר שטענתו אמת לא חשדינן ליה, ואפשר לומר דכיון שהשני מוחזק ג"כ בכולו, א"א להוציא מחזקתו כשהשני אינו מחזיק, ואע"פ שאינו נאמן.

מהני מה שידעין שוראי חציה שלו והיא מונחת שלא במקומה, ואין ריעותא שגם השאר שלו, דכיון שהאחד מוחזק גמור הרי הוא נאמן לגמרי מכח הפה שאסר, ואפי' יש עדים שחציו של חברו, מ"מ לגבי החצי השני הוא מוחזק גמור, אבל בטלית כל אחד כמוחזק בכולה, שאין תפיסת חברו מגרעת, שאין ריעותא אם אחד מסייע את חברו, והרי החפץ במקומו הנכון, וכמשנ"ת).

ולכך כשאחד אומר כולה שלי ואחד אומר חציו שלי, הרי האומר כולה נעשה מוחזק גמור בחצי האחד, דכיון שחבירו מודה לו ואין ריעותא בתפיסתו לגבי כולו, הרי החצי כמונח כולו ברשותו דמי, ואינו נותן יתרון לחבירו בחצי השני, כיון שמתחלה הי' כל אחד כתפוס בכולו.

ובזה מובן מ"ש הרמב"ן בב"ב גבי ההוא ארבא דגם בשנים אוחזין בטלית אם אחד ברי ואחד שמא ברי עדיף, ואע"פ שאם הי' הטלית בביתו והוא שמא לא אמרינן ברי עדיף להוציא ממנו, וחזינן מזה דהכא לא חשיב הברי כמוציא ממוחזק.

שני אופנים שהתפוס בחפץ אינו המוחזק, ומוציאין ממנו ונותנין לחבירו שהוא חשיב המוחזק,

א' מלוה ולוח האדוקים בשטר מבואר בגמ' ז' א' שדינם כשנים אוחזין בטלית, והמלוה נקרא מוחזק בחצי המעות של החוב,

ג. שאלות לעיון

מעיקר הדין, שהרי בלא טענותיהם אנו רואים כל אחד מוחזק בודאי, ואם מתו ולא טענו, הרי הם חולקין מדאורייתא, ולפ"ז צ"ע מה הדמיון למנה שלישי, הרי שם אם מתו ולא יודעים מי הפקיד מאתים א"א לעשות יחלוקו מעיקר הדין, ידיעין בודאי שהוא של אחד,

א'

א. יש יחלוקו של פשרה, כמו כל ממון המוטל בספק לסומכוס, דאע"פ שאנו יודעים ששייך רק לאחד, אבל כיון שאין לאחד יתרון על חברו, היושר הוא לעשות פשרה שיחלוקו, אבל במתני' היחלוקו הוא

ו. שנים אוחזין בשני חצאי טלית שנחלקה לשנים, וכל אחד מוחזק בחצי בלא חבירו, אלא שטוען לחבירו טלית זו אני ארגתיה, ואתה גנבת חצי ממני, מה הדין לפרש"י, דהא איכא ודאי רמאי.

ז. לכאורה היום ואתמול לא דמי לאני ארגתיה, דהזמן שמצאה אינו ענין לסיבת בעלותו, ולכן חשיב כמוסיף דבר צדדי שאין לנו צורך להתייחס לזה כלל, (והר"ז כאומר אני ארגתיה היום וחבירו אומר אני ארגתיה אתמול, שאין הזמן מוסיף כלום), משא"כ באני ארגתיה שזוהי הסיבה לבעלות, וצ"ע בתו'.

ח. שנים יושבים ע"ג טלית אם חשיבי מוחזקים, ואם יושבים ליד טלית מאי, וברמב"ם דצד הערימה בטלית דמתני' דמי, ובשנים ורכיבין אם בעינן שמנהיגין ברגליהם.

ט. איך שייך לומר שכל אחד מוחזק בכולה, הרי לפנינו שגם חבירו מוחזק בה, ואם מוחזק בחצי מ"ט לא חשיב מוציא מחבירו בכולה וחצי'.

ב'

א. ב' ב' במקח וממכר מסקנת הגמ' שקיבל מאחד מדעתו ומאחד בע"כ, ויש לעי' א"כ הר"ז כמנה שלישי, שהרי המוכר מעיד שהטלית שייכת רק לאחד, ואינו יודע למי.

ב. רש"י הזכיר אפשרות שהמוכר נתרצה לשניהם, וצ"ע למה יעשה המוכר כן, הרי בפשוטו אינם רוצים לקנות יחד, ואפי' אם המוכר נתכוין כך, אבל הלוקחים לא עלה על דעתם לקנות חצי. — מיהו כעת אנו רואים שהם מעדיפים יחלוקו, דהיינו שרוצה כל אחד לקנות חצי, ואנו אומר שכיון שאינו רוצה בשותפותו הרי הוא רוצה שיחזיר לו מעותיו, וא"כ י"ל שגם מעיקרא נתכוונו לקנות לכה"פ חצי.

גם צ"ע מה שהזכירו תו' דלסומכוס יחלוקו, הרי יחלוקו של סומכוס ענין אחר הוא.

ב. לכאורה יש כלל אחד שעפ"ז יש לומר במתני' יחלוקו, ובמנה שלישי יהא מונח, ובארבא כל דאלים גבר, והוא, שאין ב"ד נזקקין לטענותיהם כלל, אלא נוהגים כפי ראות עיניהם, ולכן בשנים אוחזין הרי בלא טענותיהם הו"ל שניהם מוחזקין בשוה, ובארבא בלא טענותיהם אין ב"ד מחפשין אחר ספינות שבים לטפל בהם, ובמנה שלישי בלא טענותיהם ג"כ אין הנפקד יכול להוציאו מספק, - בלא טענותיהם ר"ל שלא שמענו מהם כלום ואפשר שמודים זל"ז, ועכשיו מתו ואנו צריכים לדון ממה שראינו בלבד.

ג. צ"ע במ"ש תו' שבמנה שלישי אין דרך שיקנה לו החצי, אחרי שהוא ביד חבירו, אטו אם הי' דרך היינו ממצאים מכח זה יחלוקו, הרי אין שום סיבה להמציא שהקנה לו, ולא דמי לשטר שעשוי לפרוע החוב, ואפשר שבינתיים פרע רק חצי, ועוד ששניהם אדוקין בו.

ד. צ"ע לפרתו' דזה אומר אני ארגתיה וזה אומר אני ארגתיה ג"כ יחלוקו בשבועה, א"כ למה הוצרך התנא לשנות שני אופנים של מורי ואמר כו' ואימור תרוייהו כו', טפי הו"ל למיתני ז"א אני ארגתיה, [או שישנה כולה שלי ולא יפרש מצאתיה], וכל שכן במצאתיה ולקחתיה, ודוחק לומר דס"ד דנפטרנו משבועה שמא יטעה וישבע לשקר, דכיון שחשש התקיפה קיים, אין לבטל התקנה במצב זה, (ואם באמת טועה גם השבועה דמיא קצת לטעות), ועי' תו' מה שתירצו בזה.

ה. האם לפרש"י תיקנו תקנה מיוחדת בשביל מאורע דמציאה ומו"מ, דמורי ואמר או דאף כשמכרה בזול דלא שייך לומר חבראי ליטרח, וכן במציאה כשטרח עד שמצאה דחסר בה.

לפוטרו משבועה, ומשמע שזה דין ידוע, ומתורן הנ"ל.

ז. לשון הגמ' וליחזי משמע כפי' ר"י שזה דבר הנראה לכולם, ולא אמרו ונשייליה למוכר ממאן נקט, וכבר נתבאר לעיל שכ"מ במ"ש דמי קא יהיבנא.

י. משמע בגמ' דאי תנא מו"מ הו"א שרק בכה"ג תיקנו שבועה והדבר רחוק שיתקנו שבועה על מאורע משונה כזה דנקט מתוריהו ולא ידע, ובפרט שאין כאן הפסד ממון אלא טירחא.

יא. ג' א' לימא מתני' דלא כר"י, נראה דהא דקניס ר"י בהכל יהא מונח הוא מפני שכל אחד טוען על המנה ועל הכלי הקטן שאינו שלו, אבל אם הי' מנה ידוע בבירור של ראובן ומנה בבירור של שמעון לא מצינו דקניס ר"י להוציא ממון ודאי של אדם כדי להפסיד לרמאי, וטלית דמתני' יש מקום לומר דכולה מסופקת דמיא, ולכן ס"ד דקניס.

יב. שם אלא מחוורתא כדשנין מעיקרא, צ"ע מנלן דקניס ר"י במקום שאין הפסד ממון אלא טירחא בעלמא, וא"כ י"ל דממו"מ לק"מ, וי"ל דאה"ג אבל כיון דתירוצ' קמא נכון אין לחדש בדעת ר"י מידי בד"ז.

ג. מלשון הגמ' חבראי ליטרח ליזבן, משמע שלא מכר הטלית בזול, אלא הטלית שוה כמו הדמים שנתנו, ועי' נה"מ סי' רכ"ב סק? דבכה"ג אין שבועת ע"א כיון שאין כאן כפירת ממון, (עי' ל"ד ב' ששא"ב).

ד. שם וליחזי זוזי ממאן נקט, יש לעי' לפרש"י ותו' בפי' קמא היכי ס"ד שיש ויכוח מי נתן מעות, הרי בגמ' אמרו דאמר דמי קא יהיבנא, דבלא זה ליכא מורי ואמר.

ה. רש"י פי' דמי קא יהיבנא דמים אני רוצה ליתן, והיינו לס"ד שרק אחד נתן, אבל למסקנא מיירי כשנתן ממש, או דרש"י מפרש מה מורי ואמר כשבא לתת דמים ולתפוס.

ו. ולחזי זוזי ממאן נקט משמע שזה יכריע הויכוח של מי הטלית, ולא משמע שישאר יחלוקן, והגדול על חיוב השבועה, וצ"ע לפר"ת בזה.

ז. יש לעי' במה שהוכיחו הראשונים ז"ל מפי' ר"ת דעד המסייע פוטרו משבועה, דילמא הכא שאני שא"צ לחוש בזה שלא יהא כל אחד תוקף, דהא מסייע ליה המוכר, ועי' בסמוך.

ח. יש לעי' לפי' ר"ת אין סתמו בגמ' ולא פירשו דכיון דמסייע ליה מוכר ראוי

ד. עוד בענין מצב הספק של שנים אוחזין

דבזה נוטל עד מקום שידו מגעת ג"כ אר"א ובשבועה, והיינו מתקנה דמתני', והתם אין ראוי להוציא ממנו מה שכמאן דפסיק, שהרי מתוך ביתו אין מוציאין בכה"ג, ויש לחלק דסו"ס עדיין לא פסקוה, ובאדוקין בשטר לא מסתבר שיוציאו מן הלוח כשאין המלוה נשבע, וכן לא מסתבר שיוציאו מן הלוח חצי ויניחו בב"ד כשאין הלוח נשבע.

ולעומת זה פשטות הדברים דבלא שבועה לא יהיבין ליה, והיינו מפני שכ"ז שלא נשבע דחשדינן ליה בתוקף טליתו של חברו,

שמעתי שהגרע"א ז"ל נסתפק בשנים אוחזין בטלית ואחד אינו רוצה לישבע, אם דינו כנשבעין ונוטלין שלא יקבל בלא שבועה, או דינו כנשבעין ולא משלמין דבשבועה דרבנן לא מפקינן מיניה אלא משמתינן ליה, וה"נ יקבל החצי אלא דמשמתינן ליה אם מחזיקין בלא שבועה, ולצד שאינו מקבל בלא שבועה לכאורה יהא מונח בב"ד, דאין לנו לחדש שיתנו לחבירו כולה אם ישבע שכולה שלו, וכיון שלא הוזכר כאן יהא מונח משמע לכאורה דיהיבין ליה, וכן יש לסייע מהא

יודעין בודאי שאין החלוקה יכולה להיות אמת ואחד ודאי רמאי, ולא דמי לאני ארגתיה כיון שאין לפנינו שום עדות על המציאות אלא ע"פ דבריהם, ובכה"ג שפיר אמרינן דסלק את דבריהם כמי שאינם, ואנן חזינן שניהם מוחזקים, אבל כשאנו יודעים ע"פ עדים שהטלית של אחד מהם, הר"ז כמנה שלישי והדין נותן שיהא מונח, אבל אפשר דלא מפקינן מינייהו למעבד יהא מונח, כמו שאם ראינו שאחד חטף מחבירו וחזר חבירו וחטף ולא ידעין מי חטף ראשון דודאי לא מפקינן ממוחזק, וה"נ אם נימא דאוחזין הוו מוחזק גמור, ומסתברא שאם קרעו הטלית וכל אחד מחזיק בחציו לא מפקינן מינייהו, אע"פ שידענו בודאי שהי' של אחד, אבל בשניהם אוחזין י"ל שאין חשובין מוחזקין, ושפיר מפקינן מינייהו למעבד יהא מונח, וזה תלוי בחקירה של הגרע"א ז"ל הנ"ל, ועי' להלן מדברי הרשב"א ג' א'.

ופשמות הגמ' ג' א' דבאיכא ודאי רמאי יהא מונח מדלא תירצו דשאני התם שמונח ביד שלישי, ובדוחק יש לדחות דקמ"ל דאי משכח"ל שהפקידו שניהם את הטלית אצל אחד ג"כ יחלוקו כיון דליכא ודאי רמאי.

ה. תוד"ה ויחלוקו, ע"ס דבריהם, ב' ב' וצריכא כו', ג' א' תוד"ה התם ותוד"ה אי נמי,

שב"ד לא תפסו ע"מ להיות שומרים של הבעה"ב האמיתי, וכיון שלא נתחייבו בשמירה יכולים להוציא מידם, אבל שומר אינו רשאי להוציא פקדונו אלא בהסכמת בעה"ב.

שם בא"ד דהתם ודאי דחד מינייהו כו' אבל טלית כו' לכאורה במנה שלישי גם אם הי' צד שהקנה האחד לחבירו החצי, אין רשות ביד הנפקד להוציא הפקדון מתחת ידו בספק כזה וליתנו לשניהם, שהרי יסוד פקדונו הי' לאחד בודאי, ולפ"ז אין עיקר החילוק אם החלוקה יכולה להיות אמת, אלא אם הוא מוחזק לאחד משניהם או שניהם ממש

הרי השני כמוחזק בכולה, ואין מוציאין ממנו בלא שבועה, ועוד דהכא לאו מוחזקין גמורין נינהו דהא בברי ושמא חשיב הברי מוחזק גמור, כמ"ש הרמב"ן, וא"כ כ"ז שלא נשבע אין ראוי ליתן לו מכח מוחזק לחוד, ולא מיקרי נשבעין ונוטלין כיון שאינו נוטל מחבירו אלא מתחזק במה שבידו.

במ"ש הרמב"ן דבכל הני ספיקות ברי ושמא ברי עדיף, י"ל דהיינו דוקא כשאין לו זכות תפיסה קודם שנולד הספק, דמספק"ל רק מכח זה שמא הגביה ראשון, ובה אין לו אחיזה נגד הברי, אבל מי שהי' מוחזק גמור ויש לו ספק אם עשה קנין ליתן לחבירו, שאילו הי' הכל ברשותו כה"ג לא מפקינן מיניה, י"ל דהשתא נמי חשיב מוחזק גמור ולא מפקינן מיניה אפי' בשמא, וכן יש להסתפק בכולה וחצי' כה"ג, כגון בשני שותפין ואחד טוען מכרת לי חצי שלך, והשני טוען שמא, דהו"ל ז"א כולה שלי וז"א חצי שלי, דאפשר דבכה"ג יחלוקו, כיון שהטוען חצי' מחזיק בכולה.

ויש להסתפק הרי שראו עדים מרחוק שטלית ביד אחד והשני תוקפו והם באים לפנינו שניהם מוחזקים ואינם יודעים מי החוטף, אבל

תוד"ה ויחלוקו, וי"ל דאוחזין שאני כו' דאנן סהדי כו' לענין שלא לומר כל דאלים גבר מבואר בגמ' שם דאוחזין שאני, שהרי אם תפסו ב"ד אין מוציאין, והטעם משום דב"ד נעשין כשומר של המנה שלישי שתופס לאחד מהן, והדין שיהא מונח בב"ד, וא"כ השאלה היא רק מ"ש מנה שלישי ממתני', וזוהי שאלת הגמ'.

מה שדנו בגמ' ב"ב שם שאע"פ שב"ד תפסו יכולין להוציא מידם ויהא הדין כל דאלים גבר, ואילו במנה שלישי פשוט שאין השומר רשאי להוציא מידו, הרי החילוק פשוט

מוחזקים, (ויש ליישב דכונתם אילו הי' שייך ספק במסירת הפקדון שהוא של שניהם, ולשונם ל"מ כן).

שם בא"ד וכן שנים אדוקים בשטר כו' כבר נתבאר שאפי' הי' הדרך שיקנה האחד לחבירו, אין רשות לנפקד להוציא פקדונו ולחלק, ועוד דשטר ניתן ע"מ לפרוע, ולא רק שאפשר שיפרע, אלא שאפשר שיפרע כולו כאחת, מיהו עיקר הדין דאוחזין בשטר כאוחזין בממון עצמו זהו מחודש, דסו"ס כל הממון ביד הלוה, ועמשנ"ת לעיל בזה.

שם בא"ד אבל בארבע אע"ג דאפשר כו' לכאורה בארבע אפשר שאינה של אף אחד מהם, דכ"ז שלא ראינו שהם מוחזקים אין להם זיקת בעלות, ואם יבא שלישי ויתפוס ויאמר שלי היא לא נוציא ממנו, וזהו דינא דכל דאלים גבר שאין ב"ד מזדקקים לממון שאין ידוע להם זיקת בעלות כלפי שום אדם.

שם בא"ד ולסומכוס אע"ג כו' דסומכוס שייך רק במאורע שמעורר ספק, אבל שנים שהפקידו זה מנה וזה מאתים ומתו כולם, לא אמרינן יחלוקו אע"פ שאנו מסופקים מי הפקיד מאתים, דכיון שאין כאן מאורע שמוליד הספק, אלא חסרון ידיעה לחוד, הר"ז כשומר שנתנו לו מנה ואינו זוכר אם ראובן או שמעון דודאי אינו עושה יחלוקו ביניהם.

כתב הרשב"א ג' א' דשבועה דמתני' הוי נשבעין ונוטלין, ולכן לא שייך לדמות זה לדר"ח קמייתא, וגמ' הו"מ לדחויי הכי, ויש לעי' מ"ט חשיב נשבעין ונוטלין הרי מדאוריתא אנן סהדי דמאי דתפיס האי ידידה, ומכח זה מדמינן לה לדר"ח קמייתא, וא"כ הו"ל נשבעין ולא משלמין, שהרי מקבל ע"י השבועה רק החצי שהוא תפוס בו, ומשמע דס"ל שאין הטלית כמונחת בידם ועדיין צריכין כל אחד לקבל החצי מיד חבירו התפוס בכולו, ולמדנו מדבריו לפשוט נדון הגרע"א ז"ל מה הדין אם אחד אינו רוצה לישבע,

ומ"מ הדברים מחודשים דכיון שנקטו בגמ' דדמי לדר"ח קמייתא ש"מ דחשיב נשבעין ולא משלמין, ואין הכרע לדחות דברי הגמ' בזה, וא"כ משמע טפי לאידך גיסא דהו"ל נשבעין ולא משלמין.

יש לעי' היכי ס"ד לדמויי לדר"ח קמייתא הרי במו"מ אין כאן תביעת ממון, ובעינן טענה שתי כסף והודאה שו"פ, ואפשר שהמעות שרוצה ליתן תמורת הטלית אינם מבטלין התביעה שזה כתשלום על הגזילה ולא חשיב שאינו תובעו ממון, אבל אין כן פשוט הדברים דכיון שמשלם ממון אין כאן כפירת ממון, ואין כאן שבועה דאוריתא, וי"ל דהו"מ לדחויי הכי.

שם ב' וצריכא דאי אתמר מציאה כו' בפשוטו ל"פ ר"פ אר' יוחנן והענין דסתם שנים אוחזין מורה על תקיפה שאין דרך שנים להחזיק יחד, מיהו גזלן גמור תוקף כולו, ולכן חשש תקיפה מצוי בהוראת היתר דאמר איזיל איתפליג בהדיה, ובמו"מ חושב שלא ירצה חבירו לחלוק הטלית ויתן לו לקחת כולו.

ג' א' תוד"ה התם ותוד"ה אי נמי, בדבריהם מבואר דודאי רמאי היינו כגון זה אומר אני ארגתיה או מצאתיה אתמול, ובפשוטו בכה"ג לא חשיב ודאי רמאי של ממון, דאפשר שמה שאמר אני ארגתיה הי' שקר, אבל באמת חצי' שלו מטעם אחר, משא"כ במנה שלישי דהוי ודאי רמאי בגניבת ממון, לפי מה שידוע לנו מעיקרא, ובזה תלוי עיקר החילוק אם הרמאות רק ע"פ דבריהם או מכח מה שידוע לנו בעדים או בידיעה מעיקרא.

נראה דהא דקנים ר"י בכל המנים היינו משום שכל אחד טוען שהצורר של המנה אינו שלו, וא"כ מניחין את המנה, וכן את המאיתים, אבל שנים שהפקידו מנה ולאח"ז באו שניהם יחד ואחד מהם הפקיד מנה שלישי, בזה לא קנים ר"י כיון שאין קשר בין המנה הראשון למנה השלישי.

שפח

בבא

סימן יז

מזיעא

א. בריש שנים אוחזין

שם התם ודאי איכא רמאי, לכאורה יש לחלק בענין אחר דהתם המנה כבר מונח ביד שלישי, ושפיר משאירין אותו כך עד שיבא אליהו, אבל להוציא מידיהם להניח במקום אחר עד שיבא אליהו לא עבדינן, ונראה מזה דשנים אוחזין לא חשיבי שניהם מוחזקין גמורין, והר"ז כמנה שלישי וכמ"ש תו' ב' א'

שהנפקד תופס בחזקת שניהם, ואמנם אם נקרעה הטלית וכל אחד תופס חצי אפי' איכא ודאי רמאי לא מפקינן מיניה לר"י, כמו שאם הנפקד כבר נתן מנה לזה ומנה לזה דלא מפקינן מיניהו, אבל כ"ז ששניהם תופסין הו"ל מוחזקות גרועה.

ב. דיני תפיסה

א. בסוגיא דתקפה א' בפנינו, והקדישה בלא תקפה, ותקפו כהן

וע"כ שיש כאן מריבה ביניהם, אלא דכלפי כל העולם הם מוחזקין, אבל אחד כלפי חבירו חשיב כל אחד כמוחזק בכולו, ולכן יש לדון שאם אחד מהם נעשה מוחזק לבדו, לא מפקינן מיניה מספק, דהא מעיקרא נמי ספיקא הוה, ועכשיו נוסף ספק שמא הודה לו, ויסוד הבעיא איזה כח מוחזק יהבינן לשנים אוחזין.

ונראה דגם לצד דלא מפקינן מיניה, אין זו פשיטות דאודויי אודי ליה, ונפ"מ שאם חזר ותקפה ממנו, והלה שתק ולבסוף צווח, חזר הדין שיחלוקו, דשניהם שוין בכח המוחזקות, ואפי' צווח מתחלה ועד סוף יש מקום לדון אם נשאר הדין שיחלוקו, דרק לא מפקינן מיניה, אבל השתא שתקפה, הרי היא בידו.

ולפ"ז יש לדון בראי' דר"נ דקתני הממע"ה, ואם מהני חזר ותקפה, הרי דסגי בכח תקיפה שהוא פחות מראי', ולא קושיא היא דשפיר קתני עליו הראי', כיון שאינו יכול להוציא ממנו בדין בלא ראי'.

שם אי דשתיק אודויי אודי ליה, פי' באופן ששתיקו משונה ומוכיחה על הודאה, מיהו מסתברא דבהביא עדים שהיא שלו לא הפסיד בשתיקתו, וכמש"כ דבמוחזק גמור אפי' שתק לאו כלום הוא, אבל בהגהות הגר"א הביא דתו לא מהני ליה ראי', וצ"ע.

שם אר"נ ת"ש בד"א ששניהם אדוקים בו, יש לדקדק מ"ט נקט אדוקים ולא אוחזין, ואולי כלפי סירכא נקט אדוקין, או דתנא דבריייתא לא קתני ברישא אוחזין, וכ"ה בתוספתא?, ויש להסתפק באדוקין שנוטל עד מקום שידו מגעת, אם חשיב כמוחזק גמור דפשיטא לן דלא מהני ביה תקפה, או"ד כיון

וי' א' בעי ר"ז תקפה אחד בפנינו מהו, היכי דמי כו', בעיא דר"ז נשלמה במה שאמר תקפה אחד בפנינו מהו, שאם ר"ז פירש כונתו לא הי' אומר היכי דמי, אלא הי' מפרש תקפה ושתק כו', ויש לעי' א"כ במה נסתפק ר"ז, הרי לא הזכיר כלל הנדון אם אמרינן אודויי אודי ליה, ועו"ק דאיך שייך לקבוע כללים בשתק ולבסוף צווח, הרי הדבר תלוי הרבה לפי הענין, באיזו מהירות תקף ואם ניסה קודם לתקוף ולא הצליח, ואם ראו רבנן היטיב, ואם הנתקף שתקן, ועוד, ועו"ק דבסברא ודאי לא נראה שאודי ליה, שהרי כל הזמן טען כולה שלי, ועכשיו טוען ששתק מפני שחזו ליה רבנן, ולמה נחשוב שבאמצע הודה לו ושוב חזר בו, הרי זו טענה רחוקה.

ויש לפרש דבעיא דר"ז היא באופן שכל מי שהי' נוכח בזמן התקיפה, לא ידע להכריע אם שתיקתו כהודאה או לא, כגון שטען לו התוקף וכי אינך זכור שאני הגבהתי לבדי, ואתה עמדת בצד השני ולא שמת לב לזה, וכיו"ב, ותוכ"ד תקפה ממנו, ובאותה שעה הי' הנתקף נבוך שמא האמת עם התוקף, ואח"כ חזר ונשאר בשלו שכולה שלו, וכיו"ב, עכ"פ הי' באופן שמעורר ספק, ובעיא דר"ז לא היתה באיזה אופן זה ספק מוחזק, אלא מה הדין באופן שנעשה ספק מוחזק ע"י תקיפתו, אם מוציאין מידו או לא, וביארו בגמ' אחד מהאופנים שיש ספק אם נעשה מוחזק בתקיפתו.

וביאור הספק הוא כמה אלים כח המוחזק בשנים אוחזין, דבמוחזק גמור שתקפו ממנו הדבר פשוט דאפי' שתק לא אמרינן אודויי אודי ליה, אבל שנים אוחזין אינו מוחזק רגיל, דשותפין ג"כ אינם אוחזין יחד,

נראה ללמוד מכאן שאם הטלית מונחת ברה"ר ואחד סריך בה לא אמרינן כל דאלימ גבר, דרק כלפי מוחזק אין הסירכא כלום, אבל בדליכא מוחזק, הרי הסירכא מהווה דררא דממונא שהטלית שלו, והיינו דאשמועינן דהכא לאו כלום הוא, וצ"ע בזה, דלא מצינו כח תפיסה שאינו בדין מוחזק, ומהני לחשבו בעלים.

ענין סירכא מצינו בדבר הנדבק כמו שחלב נסרך בחתיכה, ודם יבש קצת סריך בבשר, וגדי הנסרך בכותל ויורד בו, וה"נ אחד תפוס, ואחד מניח ידיו על הטלית בסריכה של נדבק בלא תפיסה שאין הטלית נמשכת אחר ידיו, אבל אכתי במונחת ע"ג קרקע שייך לומר שסריכתו כשולט עליה והו"ל הוראת בעלות.

שם את"ל תקפה אחד בפנינו מוציאין אותה מידו הקדישה אינה מקודשת, פרש"י הקדישה בלא תקפה, ויש לעי' א"כ פשיטא דהא בסמוך מספק"ל אם הקדישה כתקפה, אבל ודאי לא אלים מתקיפה, ושמא ס"ד שיש להחמיר בספק איסור טפי מספק ממון, א"נ קמ"ל דאף המקדיש גופיה שיודע שהטלית שלו א"צ לחוש להקדשו.

מיהו ברה"ר נראה דמפרש תקפה והקדישה, שפירש באת"ל בתרא דהקדישה מקודשת, ואח"כ הזכיר הקדישה בלא תקפה מהו, וכן יש לפרש בסתמות הגמ' שכולל כל האופנים אפי' תקפה והקדישה, ובזה יש חידוש שאע"פ שבשעת ההקדש הטלית בידו, אינה מקודשת אפי' אם כלפי שמיא גליא שהיא שלו, ואמאי הרי כעת היא שלו וברשותו, וי"ל דתפיסה כזו לא משוי ליה ברשותו, כיון שאנו רואים אותו כתופס מה שברשות חבירו, כמניח ידיו על טלית שחבירו לבוש בה.

ויש להסתפק ראובן שחטף טלית משמעון בפני עדים, והקדישה, והוציאנה מתחת ידו, ואח"כ נודע ששמעון חטפה ממנו, האם

שצריך לישבע ע"ז כמ"ש תו' ז' א', א"כ אינו מוחזק גמור, ולהרמב"ם חיוב השבועה רק מדין גלגול.

שם לא הב"ע כו' דאמרינן ליה עד השתא כו', יש לעי' היכן מרומז בברייתא כל הענין, ונראה ביאור הדברים כמ"ש בדר"ז, דקמ"ל תנא שבשנים אוחזין מועיל כשאחד נעשה מוחזק באופן שמסתבר שהוא מוחזק גמור, ואמנם במוחזק גמור שתקף אחד ממנו וטען ידי חטפי, ובאו עדים וב"ד הוציאו ממנו, ואח"כ הטלית יוצאה מיד החוטף, והראשון טוען השכרתיה לו, מוציאין ממנו, כדין כלים העשויין להשאיל ולהשכיר דיהבינן למרא קמא, ולא אמרינן שדין זה בטל אצל הגזלן, ורק כאן בשנים אוחזין דמעיקרא הר"ז מצב מסופק, אמרינן דנעשה מוחזק בכה"ג, דאל"כ מאי רבותיה הכא, (ויש לדחות דכאן נוח לתנא לשנות ד"ז בלשון קצרה, וה"ה בחוטף בעלמא).

ולפ"ז יש כאן ג' דרגות, א' מוחזק גמור שתקפו ממנו אפי' שתק לאו הודאה היא, ב' שנים אוחזין ואחד תקף ויש ספק השקול אם הודה לו, היינו בעיא דר"נ, ג' שנים אוחזין ואחד מוחזק באופן שמסתבר שהודה לו, בזה קתני בבריתא דהממע"ה, אע"פ שבמוחזק גמור, אף בכה"ג מוציאין מן השני, והיינו דקמ"ל הבריייתא דשנים אוחזין לא חשיבי מוחזק גמור, ור"נ סבר שזוהי ראי' גם לספיקה דר"ז.

אם טען מכרתיה לו, הדבר פשוט שנעשה מוחזק, אע"פ שהלה טוען שהודה לו, ואינו רוצה לשלם דמי המקח, ומהשתא הר"ז תביעה על דמי המקח, והו"ל מוחזק גמור.

שם ואבע"א כדקתני כו' ואידך מיסרך בה סרוכי ואפי' סומכוס כו' דסרכא לאו כלום הוא, יש לעי' אם סירכא בעלמא נמי לאו כלום הוא, א"כ מאי קמ"ל הכא, ומה ענין להזכיר כאן הא דסומכוס, ולכאורה הי'

מידו לשון הגמ' כמאן דתקפה דמי, משמע שכת חלות ההקדש כתקיפה, כיון שעושה חלות בקדושת הטלית, ובאין כאחד כח ההקדשה עם חלות ההקדש, דלצד שנכנס לרשות הקדש הרי צריך להוציאה מן ההקדש.

לענין שלא יחול ההקדש י"ל דאפי' שתק מתוע"ס, לא חל ההקדש כיון דהשתא מיהא הא לא תקפה, ולצד דחל ההקדש י"ל שאפי' צווח בתחלה הו"ל ספק הקדש, כיון שיש לו כח תקיפה שאפי' מספק לא יוציאו מידו, השתא נמי הו"ל ספק הקדש, ואמנם מסתברא דאין לנו לחוש לספק זה, כיון שמוציאין מידו, אבל אכתי י"ל שחל ההקדש, לגבי נפשיה שהוא יודע שהטלית שלו.

בשנים או חזוין יש מעלה שהמקדיש תופס, ויש חסרון שחבירו תופס, ובמסותא יש חסרון שהמקדיש אינו תופס, אבל גם חבירו אינו תופס, ולכאורה אם המקדיש יביא רא' שהיא שלו, הרי לא יצאה מרשותו עדיין, והו"ל חבירו רק כאנס בא כנגדו, אלא שיש לחבירו כח תפיסה להחזיק בה ע"פ ב"ד, וזה מגרע בתפיסתו של המקדיש שהוא אינו מוחזק.

בעובדא דמסותא לא הזכירו בגמ' אם חבירו שתק או צווח, וש"מ דלא נחתין לנדון אם שתיקתו כהודאה, ואמנם התם לא ה' חבירו מוחזק, ואין דבריו משנים כלום.

מהא דפרשי מינה רבנן, משמע שהשני שלא הקדישה גבר והרחיץ במרחץ, שהרי זה שהקדישה סבר שהיא של הקדש, וק"ק שלא הזכירו מזה בגמ'.

במסקנא פשוט דכיון שאינו יכול להוציאה בדיינים לא הויה הקדש, אבל השתא כל הספק ה' אם חל ההקדש לענין שלא תועיל תקיפת חבירו לבטל ספק ההקדש, אבל אם המקדיש תקף משמע דהוה פשיטא להו דחל הקדש למפרע, ונמצא שהפשיטות

חל ההקדש של ראובן כיון שבאותה שעה היתה שלו וברשותו, או"ד כה"ג לאו רשותו מיקרי, ואמנם אם היתה הטלית ביד ראובן ושמעון הביא עדים שהיא שלו, ונפסק הדין להוציאה מראובן, ועמד ראובן והקדישה, ואח"כ נודע שהיתה של ראובן מסתברא דהקדשו הקדש, דעדי שמעון הם רק כאנס שבא לגזול מראובן, ולא פקעה רשותו כ"ז שהיא בידו, אבל אם כל ההכנסה לרשותו באה ע"י תקיפה, י"ל דחשיב ברשות שמעון עד שתתברר בעלותו של ראובן, וד"ו יש ללמוד משמעתין דאת"ל מוציאין אותה מידו אין הקדשו הקדש כלל אפי' מספק.

מידו יש לדחות דה"ק אינה מקודשת שיותר לנהוג בהקדש כדיני ממונות, וכיון שמוציאין מידו אין לחוש להקדשו, אבל אם יתברר שהיתה שלו, חל גם ההקדש.

שם הקדישה בלא תקפה מהו כו' כמאן דתקפה דמי, מה שאמרו כמסירתו להדיוט, היינו כקנין גמור דלא נימא דאמירה לאו כלום היא בהקדש כבהדיוט, אבל אכתי י"ל דהקדש לא עדיף מאילו נטל מעות מהלוקח בקרקע או קנין חליפין המטלטלין, וכמו שפשוט שאם הקנה הטלית לאחר בחליפין לאו כלום הוא, שזהו רק ענין שבין המוכר ללוקח, ולגבי התוספת לא נעשה כאן כלום, א"כ גם בהקדש לאו כלום הוא.

והנה באמת לא מספקא לן אם צריך לצווח כשחבירו מקדיש, דודאי אין לו לחוש לדיבורי חבירו, אבל הנדון אם יש לו כח להחיל הקדש במצב כזה, דכיון דחזוין שיש לו זכות תקיפה, דהיינו שאם יתקוף לא נוציא ממנו במקום ספק, ש"מ שיש חולשה במוחזקות של חבירו, דחשיב התוקף קצת כמוחזק בכולו, וא"כ יחול ההקדש ויחשב ספק הקדש, או"ד השתא מיהא לא תקפה וספק נמי לא הוי, וה"ה לענין מקח דלא חל גם כשיתברר אח"כ שהי' שלו.

של הגמ' אינו מה הדין באחד מצדדי ספק, אלא דמטעם אחר אין מקום לספק זה, ונתבאר עוד להלן בזה.

במה שביארנו שהספק במסותא הי' אם דין הממע"ה מכריע גם את הספק איסור של הקדש, שהתורה קבעה דין הממע"ה במוחלט אף להוציא מרשות הקדש, וא"כ אף שיש ספק גמור שכלפי שמיא גליא שזה הקדש, [דהא השתא אכתי לא ידעינן דבעינן ממון שיכול להוציא בדיינים, שלא הוזכרה סברא זו בגמ' עד לבסוף] מ"מ דין הממע"ה מתיר להשתמש בו כשל הדיוט, כמו בספק גמור אם חל הקדש דנקבע דין הממע"ה גם כלפי הקדש, ולפ"ז שפיר פשט רה"מ מבכור, כיון שגם במסותא חל ההקדש לצד דזה שלו, וכמשנ"ת, וכעת ראיתי בנדרים י"ט א' דאביי סבר דראוי לומר שספק בכור אינו קדוש כמו שהמקדיש חיתו ובהמתו לא הקדיש את הכוי, הרי דס"ל שדין ספק הקדש לקולא מועיל גם שיהא הבכור מותר בגו"ע, וזה מפורש כמש"כ דשייך להפקיע כח הקדש של בכור אפי' מהאיסור שבו [ואביי לא ידע שהטעם משום דלא מחית נפשיה לספיקא, אלא דספק הקדש לקולא בכל גונא, כ"כ אאמו"ר שליט"א בנדרים שם], והתם נמי דחי דקדושה הבאה מאליה שאני, ולפי הטעם דלא מחית נפשיה לספיקא פשוט כן, מ"מ למדנו מכאן לבאר במסותא דשייך להתיר השימוש בה כשתפס חבירו, והדין כדא"ג, שכיון שזכה בה מותר להשתמש בה כממונו הודאי.

שם ב' ספק בכורות כו' הממע"ה, קמ"ל שלא התירום לגמרי אלא רק החלק הממוני משום דהממע"ה, וא"ת א"כ פשיטא דהא בעלמא נמי כל ספק ממון הממע"ה, וי"ל דכיון דאסורין בגיזה ועבודה הי' מקום להחמיר שיתנם לכהן מדרבנן כדי שיזהר בספק איסור שבהם, קמ"ל דלענין הממון הממע"ה, ולמסקנא להכי לא קתני פטור סתם, ללמד דלא התירום חכמים לגמרי, רק החלק

הממוני, אבל רה"מ סבר דקמ"ל שאם תקפו כהן אין מוציאין מידו, וק"ק א"כ היכי חשיב ליה בספיקות שטיהרו חכמים, הרי לא טיהרו כלום, רק השאירו בספק, שאם הם ברשות כהן הרי הם שלו, וצ"ל דס"ד דכיון דאסורין בגו"ע יחייבו חכמים ליתנם לכהן בכל ענין כדי שלא יכשלו בהם, וכמש"כ.

שם והא הכא דאי תקפו כהן אין מוציאין מידו דקתני הממע"ה, יש לעי' בשלמא בהמה טהורה שייך תקיפה דגופה לכהן, אבל בפט"ח אין לו זכות בגופו אלא בפדינו, וא"כ איך שייך תקיפה, והעירו דיכול לתקוף השה שפדאו, וזה גורם קדושה לפט"ח, מיהו צ"ע בזה דמהא דפדיון פט"ח נכנס לדיר להתעשר, הי' נראה דכיון שבשעת פדיון הי' פטור מנתינה, הרי מעיקרא ממון זה שלו, ושוב לא תועיל תקיפה, כיון שכבר עשה מעשה פדיון בפט"ח ברשותו, ואפשר דרה"מ אכתי לא קים ליה דז", וסבר שיכולין לתקוף הפדיון, א"נ כגון שתקף הפט"ח [ופדאו] ומכרו לנכרי, והנדון כמה ישלם לכהן, [כגון שהפט"ח שוה פחות משה], ובכה"ג אין מוציאין מידו כלום, - לשון גו"ע נאמר משום בהמה טהורה, אבל מודה רה"מ שגם הפט"ח אסור בהנאה.

שם וכי לא תקפו אסורין בגיזה ועבודה, יש לעי' מה הראיה מכאן, הרי בתקפו כהן והקדישו פשיטא לן דקדוש, וכל הנדון בהקדיש עד שלא תקף, ואם איתא דבתקפו כהן ראוי שיאסר בגו"ע, דלא יתכן שיחזיק בו כמתנות כהונה ויתנהג בו כחולין, א"כ זה גופא מחייב שיקבעו דינו במוחלט מתחלה שיאסר בגו"ע, שהרי לא יתכן שישתנה דין הקדושה לפי תקיפת הממון, ואין ראי' מזה למסותא שיכול ההקדש לחול לאחר התקיפה כשיקדיש, וכ"ז שלא תקף לא חל הקדשו, ואם יתקוף ויזכה בו באמת י"ל שיחול למפרע.

והנה הנדון במסותא אם יש לחוש להקדשו כספק איסור ושוב לא יהא ניתר

מאליה שאני ויש להחמיר טפי מספק, דבממון אמרינן דלאו כל כמיניה למנוע מחבירו זכות תפיסה מושלמת, וכשזכה בממון זכה גם להפקיע זכות הקדש, אבל בקדושה הבאה מאליה שאינה ויכוח בין שנים, בזה נשאר האיסור מספק בעצמותו, בלי קשר לכהן, - בקצרה אם הנדון הי' שגם לצד שזה שלו לא חל ההקדש [וכמסקנא דשמעתין] בזה פשוט דקדושה הבאה מאליה שאני, אבל השתא הנדון דלצד שזה שלו ודאי חל ההקדש, ואפ"ה מקילין שלא לחוש לספק זה דאיסורא בתר ממנא גריר, ובזה אין פשוט לחלק בין קדושה הבאה מאליה להקדישה בפיו, דהא השתא ס"ל דלצד שהיא שלו חל ההקדש.

ובזה מיושב הראיה ממתני', דהנדון איך ראוי לנהוג בהקדש בזמן שהדבר ספק ואח"כ נשאר הממון ביד השני, כמו בבכור שנשאר ביד הבעלים.

הקשה אחי הגר"ש שליט"א למה הוצרך רה"מ להוכיח תחלה מהא דקתני הממע"ה דתקפו כהן אין מוציאין מידו, רק אח"כ לפשוט מהקדישה בלא תקפה, הרי הי' יכול להוכיח מהא דאסורין בגו"ע לחוד דחל הקדש בלא תקיפה, והשתא נימא מסברא דש"מ דתקפו כהן אין מוציאין מידו, דהא פשיטא לן דאת"ל תקפו כהן מוציאין מידו לא יתכן שיחול ההקדש, ואת"ל דמוציאין מידו א"כ מוכח יותר מזה דהקדש חל טפי מתקיפה, אבל עכ"פ א"צ להקדמה דקתני הממע"ה, דהא לא ידע ששייך שיחול הקדש לצד דמוציאין מידו.

ואפשר דאם הי' הדין שתקפו כהן מוציאין מידו, הי' הכרח לפרש שהאיסור גו"ע חומרא מדרבנן, ולא נוכל לפשוט הספק שחל ההקדש מכח הזכות תקיפה ונוהגין בו ספק איסור, ורק אם הקדושה מכח זכות תפיסה, הרי"ז דומה למסותא, ורבה השיבו דגם אם הקדושה מעיקר הדין ומכח ספק בעלות, אכתי

בתפיסת חבירו, או"ד האיסור בתר הממון גריר, ואם בממון יהבינן ליה במוחלט, אין לחוש לספק הקדש, אבל השתא פשיטא לן דלצד שזה של המקדיש חל ההקדש, שהרי לא יצאה מרשותו לרשות אחרת, ורק במסקנא נתחדש דאפי' לצד שהיא שלו אין בידו להקדישה, ובזה אין סברא פשוטה לחלק בין קדושה הבאה מאליה למקדיש, דבתרתייהו כלפי שמיא יש כאן ספק איסור, ועי' להלן, וכיון שאם יתקוף המקדיש יחול ההקדש למפרע משעה שהקדיש, א"כ גם במסותא יש מקום לומר שיחול איסור הקדש, כיון שכשיתקוף יחול למפרע.

ורח"מ פשוט ממתני' דלא אמרינן איסורא בתר ממנא גריר, וחשיב כהקדיש הבכור קודם שתפסו הבעלים ולכן אסורין בגו"ע, וש"מ דכל מקום ששייך שיהא הממון שלו, נוהגים איסור מספק, ואינו ניתן אע"פ שהממון נשאר של הבעלים, וה"נ במסותא שהקדיש נעשה ספק איסור, ותו לא פקע בתפיסת חבירו.

ודחה רבה דקדושה הבאה מאליה שאני, ולכאורה פשיטא דקדושת בכור היא לפי המציאות, ומאי ס"ד דרה"מ לדמותם, דאטו אם נולד זכר ואח"כ נקבה ואין ידוע לנו מי נולד קודם תפקע הקדושה, ואמנם י"ל דגם רה"מ לא אמר אלא מבכור שכשנולד ידענו שלא יוכל הספק להתברר כגון הפילה ספק נפל ספק רוח כדפרש"י, וכבר הוכרע הדבר כספק לחכמים שראו מה הפילה, אבל מ"מ מה הדמיון לכח המקדיש של התוקף, אבל לפמשנ"ת אין כ"כ חילוק בין חל מכח הקדשו לחל ממילא, ובאמת מודה רבה לרה"מ שיש מקום לומר שהאיסור נגרר אחר הממון [גם בבכור] דהא גם במסותא הוי ספק איסור כמו בבכור, דלצד שהמסותא של המקדיש הרי היא הקדש, ומ"מ רשאים לנהוג בממון כשל מי שהוחלט שהממון שלו אף לגבי איסור הקדש, ואפ"ה דחה רבה דקדושה הבאה

ברשותו בהיתר שהוא נעשה מוחזק בלא תקיפה, כגון שילדה ברשות כהן, ומ"מ מדמינן ליה לתוקף שטוען שהוא שלו, דהתם יש לו זכות תקיפה, וכאן אנן סהדי שיש ספק שהוא של הכהן.

יש לעי' מה סבר רה"מ בספק רחוק שבממון מוציאין מידו, האם באמת יהא מותר בגו"ע, ואפשר דמה שמוציאין בממון היינו רק משום דריע טענתיה, וענין כזה שייך בספק בכור.

שם נמצא זה פוטר ממנו כו', יש לעי' למה לא הקשו איך מקריבין חולין בעזרה, דמה דנכנסין לדיר מכח שאינם פוסלין את כל הדיר מהקרבה, ומדקתני נכנסין לדיר ולא קתני חייבין במעשר, הר"ז מפורש שמכניסין אותן לתוך הדיר של הודאות, ושמא ידע שיכולין לדחות שאין מקריבין אותן, אבל סבר שהיו בדיר יותר מעשר [והם עשרים עם הספיקות], שכבר נתחייבו כולן בודאי, ודחי אביי דמעיקרא לא היו אלא ט'.

לא נפשט מסותא מקדושת בכור, וגם אפשר דרה"מ סבר דתנא דברייתא אמר אסורין בגו"ע ג"כ רק בגלל שאמרו הממע"ה ולא אמרו פטור, ועכ"פ רה"מ הוכיח תחלה שהאיסור גו"ע הוא מעיקר הדין ולא חומרא בהנהגה שבזה מובן לחלק בין בכור להקדש, וזה הוכיח מהא דתקפו כהן אין מוציאין מידו, וא"כ יש כאן צד הקדש גמור מכח הכהן, וממילא גם הא דאסורין בגו"ע מתפרש מן הדין מכח הכהן, - בעיקר הדברים אין קושיא אם רה"מ ביאר האמת והוכיח כן ממתני', אע"פ שהי' יכול לסתום הדברים, דמ"מ כיון שפשיטא לן דאם מוציאין מידו הקדישה אינה מקודשת, שפיר ראוי לברר ממתני' דתקפו כהן אין מוציאין מידו, ושמעתי שכ"ה בשטמ"ק בשם הריב"ש.

עיקר ענין תקפו כהן בספיקות צ"ב, דכיון שאין לכהן ידיעה לפשוט הספק ראוי לקבוע שהוחלט הממון לבעלים ושוב לא תועיל תקיפה, ואפשר דנפ"מ רק אם נמצא

ב. תקפה אחד בפנינו

מוחזק עי"ז, אע"פ שיש ספק מדשתק דילמא אודויי אודי ליה, [וכמ"ש הר"ן וכ"מ ברש"י דדוקא קודם שנשבעו מספק"ל], אבל בשנים אוחזין שאין להם מוחזקות גמורה, וחשיבי כספק מוחזקין, י"ל דבתקפה אחד ונעשה ספק מוחזק תו לא מפקין מיניה להחזירה למצב המסופק דסו"ס מוחזק הוא, או"ד מספיקא לא מפקין ממוחזק קמא.

שם אי דשתיק אודויי אודי ליה, יש לעי' מה הפירוש שתיק ומה נקרא לבסוף צוות, אם כשיצא חבירו עם הטלית מב"ד שתק, פשיטא ומה שייך לדון בזה, ואם כשראה שחבירו רוצה לצאת צוות, א"כ היינו שתק ולבסוף צוות, וי"ל דמיירי באופן ששתיקו מוכחת שהיא כהודאה, כגון שב"ד נתעוררו לקום ממקומם וללכת משם ועדיין שותק,

ו' א' בעי ר"ז תקפה אחד בפנינו מהו ה"ד כו' לא צריכא דשתיק מעיקרא והדר צוות מאי כו' יש לדקדק דלפ"ז העיקר חסר בדברי ר"ז, והכי הול"ל שתק ולבסוף צוות מאי, ועו"ק דמה שייך לקבוע הלכה בדבר שתלוי הרבה בפרטי המעשה איך תקף ואיך וכמה שתק, ונראה דבאמת אין ספיקו של ר"ז לקבוע כונתו בשתיקתו, אלא הכא מיירי בשתיקה משונה באופן שיש לנו ספק אם הודה לו והגדון של ר"ז אם נעשה מוחזק באופן כזה שהוא תפוס לבדו אלא שיש ספק אם הוא מוחזק כדין או לא, האם מוציאין מידו, או דנעשה כדין מוחזק שאין מוציאין מידו, ויעוי' בר"ן בזה.

וביאור הדברים דבמוחזק גמור שתק אחד בפנינו הדבר פשוט שאינו נעשה

שם מדאשתיק אודויי אודי ליה, מיירי באופן שהתקיפה היתה בלא התנגדות, שאם התנגד ותקפו בכח, אין לך צויה גדולה מזו, אלא שלא ראינו נתינה אלא תקיפה, אבל שייך לחשוב שמכח הודאתו הניחו לתקוף, או שראה חבירו שמתפק באמיתות דבריו, ועי"ז נחלש בתפיסתו ולכן תקף.

שם ה"ד אלימא כדקתני פשיטא אלא שתקפה כו', בהגהות הגר"א כתב בשם הריטב"א דלהכי לא מוקי בשתק כל הזמן, דא"כ אפי' ראי' לא מהני מכיון שכבר הודה, ובברייתא קתני המע"ה, ויש לעי' למה לא יוכל לטעון ששתק מפני שסמך על ראיתו, וסבר הא קא חזו ליה רבנן, ואפשר דמפרש ששתק עד לבסוף כשכבר עמד התוקף לצאת מב"ד עם הטלית, וכולי האי לא טענינן הכי, שאין דרך אדם לשתוק כ"כ, וכל שצווח באופן שיכול לתרץ דבריו הר"ז בכלל בעיין, מיהו אפשר דבאמת ראי' מהני כנראה ברשב"א וכ"כ הט"ז בסי' קל"ח, ומ"מ לא ניחא לגמ' לאוקומי בהכי, משום דבמקום הודאה א"צ שיהא מוחזק, אלא כ"ז שלא הביא ראי' אפי' אם אירע אח"כ ששניהם מוחזקים יהבינן ליה לתוקף הראשון מכיון שהודה לו, ובברייתא משמע שרק בגלל שהוא מוחזק יהבינן ליה, ולכן לא פי' דמיירי כשנראה שהודה לו מכח שתיקתו.

שם והאי אמר בדמי אגרתי ניהליה דאמרינן ליה כו' צ"ב אם בכה"ג פשיטא א"כ מאי קמ"ל תנא, ואם יש בזה חידוש היכן מרומז ד"ז בברייתא, הרי אין שם רמז לזה כלל, וי"ל שהשני טוען הא קא ידעי ביה רבנן, דכיון שידוע שהטלית של שניהם לא חשש מלהשכיר לו בלא סהדי, והתנא קאמר דשנים אוחזין דמעיקרא לא חשיבי כידיעה ודאית, ואם יטען שהודה לו נאמן, ומבואר בתו' שאם יטען חטפה ממני נאמן, דכיון דהוחזק מעיקרא בחשש תקיפה לא מהימן על טלית זו, אע"ג

וכיו"ב, ואח"כ חוזר וטוען ששתיקתו לא משום הודאה הוא, ואנו רואים טענתו כחזרה מהודאתו, ובעיא דר"ז באופן שאם טוען הא קא חזו לי רבנן אין זו טענה משונה, ומ"מ קצת ספק יש בדבר.

שם אודויי אודי ליה, יש לעי' מה האפשרות לחשוב שהודה לו, האם אנו חושבים שכעת עשה תשובה והודה לו שהוא תקפה, שזה דבר משונה לחשוב כן, בשלמא במציאה ומו"מ שייך לומר שטען לו והזכיר לו העובדא שהוא הגביה תחלה, אבל בז"א אני ארגתיה מה שייך הודאה, ואפשר דכיון ששתיקתו משונה, אמרינן דכנראה ויתר לו ונתן לו להיות מוחזק, ואח"כ חוזר בו, מיהו לפ"ז פשיטא שאם מביא ראי' יהבינן ליה, ועי' הגהות הגר"א בזה, ולהלן.

שם לא צריכא דשתיק מעיקרא והדר צווח מאי כו' כבר נתבאר לעיל מדברי הר"ן דהכא מיירי באופן שכל מי שראה התקיפה והשתיקה נתעורר לו ספק שמא הודה לו, שהרי באמת אין דרך אדם לתקוף בב"ד, (כי זה מוכיח אלימותו ולא צדקתו), ואין דרך אדם לשתוק כשחוטפין לו, וע"כ מיירי כשהי' דין ודברים ביניהם ויש סיבה לחשוב שהודה לו או שויתר לו, כיון שהתקיפה היתה בלא התנגדות כ"כ, והתוקף טוען שהודה לו, והשני טוען הא קא חזו ליה רבנן, ומ"מ היתה התנהגות משונה קצת בשתיקתו, אלא שיכול לתרץ דבריו, וכיון שהי' הענין משונה וכל מי שראה נתעורר לו ספק בדבר, י"ל דתו לא מפקין ממוחזק, שהרי יש לנו ספק אם הוא מוחזק, וביאר הר"ן שתי אפשרויות, או שהנודן כמה חשיבי כל חד מוחזקין גמורין בחצי, דבמוחזק גמור אין ספק מערער חזקתו, או שהנודן בספק מוחזק של שנים אוחזין, האם מהני ספק הודאה כזה לערער חזקתו, או"ד כ"ז שיש לו טענה של קא חזו ליה רבנן לא חשיב ריעותא לערער חזקתו.

טענה זו, ועוד דאם נשבע שחצי' שלו קשה להאמין שהודה לו שנשבע לשקר, וצ"ל שהסכימו ביניהם לחלוק בלא שבועה.

שם ואיבעית אימא כדקתני כו' תירוצ' זה מדויק בלשון אדוקים בה דקתני, דכלפי סירכא קרי לתפיסה גמורה אדוקים, ואפשר דכרכשתא נמי סירכא מיקריא כשהשני אדוק בכולה, ורק כששניהם שוין בכרכשתא חולקין.

שם סירכא לאו כלום היא, נראה דסירכא היינו שהוא דבוק לטלית, אבל אין אחיזתו מגרעת באחיזת התופס, והיינו באופן שאם לא הי' תופס בה אלא הנסרך בצורת סירכא הי' חשיב מוחזק, (ועדיף מנפל על המציאה כיון שאם יעזבנה חבירו תשאר בידו), אבל כשאחד תופס תפיסה גמורה הרי אחיזה זו שמדביק ידיו על טלית שביד חבירו חשיבא סירכא ולא תפיסה, מיהו אפשר דסירכא לאו כלום היא, והר"ז כראה את המציאה ונפל עליה שהוא דבוק בה ואינו כמוחזק כלל.

ג. הקדישה בלא תקפה

להקדיש במצב כזה, ונפ"מ נמי אם עכשיו מודה השני שהיתה של המקדיש, האם איגלאי מילתא מעיקרא דחל ההקדש, דכיון שבאותה שעה עדיין לא הודה לא חל, או"ד כיון שאילו תקפה לא היו מוציאין מידו, הרי ההקדש כמסירתו לגבוה, ותקיפתו והקדשו חלין כאחת, ולפ"ז השאלה היא בדיני מקדיש ולא בהוכחות של הודאה, אלא דבאופן שיש ספק הודאה ע"י הקדשו, האם ההקדש כתקיפה וחל מכח ספק הודאתו, או"ד עדיין אין לו כח מקדיש, כיון שההכנסה לרשותו ע"י התקיפה תחול רק לאחר שההקדש חל, ועדיין אין לו כח להקדיש.

ולפ"ז אפשר דאפי' צווח בשעת הקדשו ג"כ מספק"ל אם חל ההקדש לספק איסור, דכיון שהמוחזקות שלהם גרועה דמהני תקיפה, ה"נ מהני ההקדש מספק, ויש כאן ספק הקדש,

דבעלמא לא מחזקין אינשי בתקיפה, והכא נמי נקטינן דתרווייהו היא.

אבל אם יטען שמכרה לו והוא אומר דאגרתי ניהליה פשיטא דמהימן, וכל הנדון שטוען שהודה לו מעיקרא דהוה דיליה, ובזה הי' מקום לומר שהלה סומך ע"ז שכבר ידוע לב"ד שהיתה של שניהם, ולפ"ז נחא דבאמת הברייתא לא מפרשא באיזה אופן המע"ה, דעיקרה לומר שבמקום שיש דין ודברים ואחד מוחזק המע"ה, שו"ר בר"ן בשם הרמב"ם דאף בתקפה ממני לא מהימן.

ויש לעי' היכי דמי דנפקי מב"ד האם כבר נשבעו או לא, דלכאורה בנשבעו יש לדונם כמוחזקים גמורים, ואם יטען אדם שהשכיר טליתו לגזולן בלא סהדי מי לא מהימן, בדברים העשויין להשאל ולהשכיר, הרי פשטות הברייתא מתפרשת שזהו דין מיוחד בשנים אוחזין, דהיינו כשאין להם דין מוחזק גמור, אבל במוחזק גמור לא מהני

א. וי' א' שם את"ל תקפה אחד בפנינו מוציאין כו' לכאורה פשיטא, ולפי הכלל של הרמב"ם דהלכה כאת"ל, י"ל דלהכי לא אמרו רק את"ל בתרא כדי שלא תהא זו הוכחה שהלכה דאין מוציאין מידו, אבל אין זה טעם מספיק, וצ"ל דהי' מקום לומר דבספק איסור הוה מחמירנן טפי, דחל הקדש מספק כיון שגם הוא מוחזק כחבירו, ועי' להלן בביאור הגמ' להר"ן.

שם הקדישה בלא תקפה מהו כו', לכאורה אם הוא תפוס בטלית אין לו לצוות בשביל דברים שהקדישה, ואם בצווח לא חל ההקדש השתא נמי שלא הי' צריך לצוות כמאן דצווח דמי.

ומלשון הגמ' נראה שאין הנדון אם מודה לו בשתיקתו אלא הנדון אם אפשר

בעובדא דמסותא

ב. שם ת"ש דההיא מסותא כו' לפמ"שנ"ת שהספק אינו האם בשתיקה של הקדישה מיקרי הודאה, אלא הספק אם יש לו זכות להקדיש במצב המסופק, נוחא המשך הסוגיא דמיינתין ממסותא ועכורות ולא מייירי בשתיקה והודאה, דבמסותא לא הוזכר אם צווח או שתק, ואם הקדישה בפניו, ואם הי' בפני ב"ד, ובכורות לא מייירי שהכהן והבעלים חלוקים אם ביכרה או לא, אלא ודאי משמע שהנדון אם יש לבעלים כח להקדיש במצב כזה שאינו יכול להוציא הממון בדיינים.

לפי' הר"ן שהנדון בהקדישה בלא תקפה אפי' צווח כל הזמן, (ואפי' שתק כצווח דמי דלמה יצווח בשביל דבריו), א"כ אין כאן ספק שיהא ודאי הקדש, אלא הנדון אם הוי ספק הקדש, או דאפי' אם כלפי שמא גליא שהטלית של המקדיש לא חל ההקדש כיון שאינו יכול להוציאה בדיינים, וזה הי' ג"כ הספק במסותא, האם חל דין ספק הקדש על המסותא, או דאפי' ספק לא הוי, ולכאורה אם היו שניהם אווזין במסותא [כגון במטלטלין] הרי הי' חל הקדש על חצי מסותא, והי' ראוי שרבנן יפרשו מפני החצי שלו, אבל הכא כיון שהדין כל דאלים גבר, נמצא שאף חצי אינו יכול להוציא בדיינים, ולכן לא חל כלל.

שו"ר שכ"כ בריטב"א, וכתב עוד מהר"א בשם הרמב"ן דמכח החצי של הקדש לא נאסר החצי השני, כמו בשני שותפין דק"ל כראב"י דמצי א"ל לתוך של חברך אני נכנס כו', מיהו הי' צריך לקבוע תנאי חלוקה, כיון שההקדש אינו משתמש.

שם ב' קם חד מינייהו אקדשה, יש להסתפק אם לצד דחל ההקדש בטל דין כד"ג, והו"ל כאילו גבר המקדיש, או"ד לא חל ההקדש רק לצד שהוא שלו, ואם יגבר השני יוציאה מיד ההקדש, ויעוי' בזה בתו' דלכתר

וכמו בתקפה והשני צווח והתוקף הקדישה, דכיון דהשתא ברשותיה קיימא י"ל דחל ההקדש בספק, ה"נ בלא תקיפה י"ל דחל, וכ"ה לשון הגמ' הקדישה בלא תקפה מהו, אלא די"ל דר"ל בלא תקיפה של הודאה, [ולמסקנא דכל ממון שאינו יכול להוציאו בדיינים הקדישו אינו קדוש אפשר דאפי' תקפה וחבירו צווח הקדישה אינה הקדש אפי' בספק, אלא די"ל דכיון שתפוס בו לבדו א"צ להוציאה בדיינים אלא צריך שהדיינים לא יוציאוה ממנו, וכ"ז שהיא ברשותו שפיר קדשה, והכי מסתברא, ולא דמי למסותא מקרקעי שהיא ברשות חבירו כמו ברשותו וצריך כח ב"ד לקיימה בידו, ועדיין צ"ע], וכ"נ לכאורה דעת הר"ן.

מיהו יש לדקדק בלשון הגמ' כמאן דתקפה דמי, דמשמע דבעינן שיהא הקדשו כתקיפה, ולמה לא סגי בזה שהוא כמוחזק בספק שיהא לו כח להקדיש, והרי אנו דנים שאף בצווח בשעת הקדשו ג"כ יחול ההקדש בספק, ואע"פ שתקיפה כזו לא מהניא, ואפשר שאם הי' חסר מסירה להקדש לא הי' חל, אף אם הקדש הי' קונה באמירה כמו קרקע בכסף, וכמו שהמקנה לחבירו הטלית בחליפין אינה כתקיפה, שלא סגי בחלות קנין לחוד, אלא בעינן שההקדש יחשב למוחזק כמו בתקפה, וכיון שאין מוציאין מידו, ממילא חל ההקדש, אבל אם הגזבר הי' חסר במעשה להכניסה לרשותו, לא היינו עושים מעשה זה, וממילא גם ההקדש לא הי' חל כלל.

ויתכן לפרש ע"ד פי' תו' דמייירי באופן שיש ספק הודאה מכח הקדשו, ואמנם בדרך כלל אין לו לצווח מכח דיבורו לחוד, אבל אם אירע אופן שהי' נראה כהודאה ובתקפה כה"ג הי' זוכה בה, עדיין יש להסתפק בהקדש אם חל, כיון שההודאה וההקדש באין כאחד, וקודם שהקדיש כיון שלא הודה לא הי' יכול להקדיש כלל.

ההקדש תו לא מצי תקיף, ואפשר הענין שההקדש כל הזמן מוחזק.

ג. **שם** א"ל רב המנונא מתני' היא כו' יהא הכא דאמר תקפו כהן כו' תוכן הגמ' דרה"מ סבר שמה שחל איסור גיזה ועבודה זהו רק בגלל שיש לכהן זכות תקיפה שאין מוציאין מידו, וש"מ דאף בלא תקפה יש לו כח להקדיש, וכמה דברים צ"ב לפ"ז, א' הרי אין כאן ויכוח בין הבעלים לכהן ומה שיין לחשוב הכהן כתוקף, ב' הרי אין כאן כהן שהקדיש כלל, ג' אם יש ספק אם הזכר נולד תחלה או הנקבה, הרי הדבר פשוט שאם נולד הזכר תחלה הוא קדוש, ולא תפקע קדושתו כשאח"כ נולדה הנקבה אע"פ שאין אדם שם ואין ידוע מי נולד תחלה, ד' מה הדיוק מלשון הממע"ה הרי בפשוטו כיון שהכהן לא תקף, ואין שום כהן שיכול לתקוף כי לעולם יכול הבעלים ליתן לכל כהן שירצה, א"כ הכהן הוא לעולם הממע"ה.

ונראין הדברים דרה"מ סבר שקדושת בכור ניתנה מכח מתנות כהונה, שחייבה התורה ליתן הבכור לכהן והקדישתו לכהן להקריבה ולאכילה, ולכן אם בזמן הלידה הי' הדבר מוחלט שלא יצטרכו ליתנו לכהן, לא הי' חל עליו שום קדושה, שלא קידשה תורה את הבכור כשידוע שישאר ברשות הישראל, ואמנם בנוולדו זכר ונקבה ונתחדש הספק לאחר הלידה פשיטא דתו לא פקעה קדושתו, אבל בבהמה שלא ידענו אם ביכרה או לא, שכבר בשעת הלידה הדבר ספק ונקבע הדין דהמע"ה, או שיש ספק בדין הלידה הזו אם פוטר שכבר נקבעה ההלכה שזה ספק, בכה"ג הדין נותן שבאופן מוחלט לא יתקדש הבכור, ומדמבואר בברייתא דאסורין בגיזה ועבודה ש"מ שהבכור קדוש מספק.

וביאר רה"מ דהטעם מפני שיש כאן לכהן צד של מתנות כהונה, שאם הוא יהא מוחזק לא יוציאו ממנו, וכיון שיש לו זכות

תקיפה לזכות בבכור, ממילא חל גם איסור בכור מכח צד המתנות כהונה שיש לכהן, [וכגון שהי' מוחזק בהיתר וברשות בעלים, שאין כאן מקום לתקיפה כשהוא עצמו אינו יודע אם הוא בכור, וגם אין לו זכות לעצמו שתלוי ברצון הבעלים], ודייק לה מדקתני הממע"ה ולא קתני פטור, דכיון שידוע לעולם שהכהן המוציא אין ראוי לשנות הממע"ה כאילו אין הדבר ידוע שפטור במוחלט, [ולרבה נראה דנקט כן לרמוז דרק בממון פטור אבל באיסורים חיישינן מספק וכדקתני בברייתא], וש"מ דכח התקיפה נותן לו זכות להקדיש אף קודם שהקדיש.

ודחי רבה דקדושת בכור כיון שבאה מאליה אינה תלויה בזכות הכהן אלא במאי דגלי כלפי שמיא, דא"צ כח בעלות כמו בממון דבעינן מה ביתו ברשותו, וכח מתנות כהונה, אלא הקדושה באה מאליה כפי מה דגלי כלפי שמיא.

ד. **שם** נמצא זה פוטר ממנו בממונו של כהן, אבל אם אין לכהן זכות תקיפה, אע"פ שאפשר שכלפי שמיא גליא דממונו של כהן הוא, מ"מ מיקרי של ישראל במוחלט, מכיון שנקבע הדין שהוא פטור מספק, ויש להסתפק האם אין ראוי להמנע מלעשרן יחד שמא יתגלה אח"כ שממונו של כהן הוא, ולא נתקדש בקדושת מעשר בהמה, ואם נימא דמעשרן ואינו מקריבן מספק ניחא, וצ"ע ובירור, דהא לקמן קרינן ליה עשירי ודאי.

שם הב"ע דלית ליה אלא תשעה כו' מדלא קתני חייבין במעשר משמע שנכנסין לדיר של שאר בהמות, ולכן לא מצי אביי לאוקומה בעשרה ספק פט"ח.

ה. **זי' א'** כל ממון שאינו יכול להוציאו בדיינים הקדישו אינו קדוש, יש להסתפק האם צריך שבזמן ההקדשה כבר יתברר שיכול להוציאו בדיינים, או דאפי' איגלאי לבסוף שיש לו עדים הו"ל ממון

ג. בסוגיא דב"מ ק"ב א' המשכיר בית לחבירו לשנה כו'

דחל ההקדש, או"ד כיון שידוע לב"ד שתקפה לא חשיב מוחזק כלל, ולא קרינן ביה ביתו ברשותו.

ו. שם מאי הוי עלה דמסותא, הא דהוסיפו דמסותא ולא אמרו סתמא מאי הוי עלה, מתפרש משום דבעיא דהקדישה בלא תקפה כבר נפשטה מהא דתקפו כהן מוציאין מידו, ולצד דמוציאין מידו הרי אמרנו לעיל דהקדישה אינה מוקדשת.

שיכול להוציאו בדיינים, ומסתברא דדוקא כשהיו הראיות מזומנות בזמן ההקדש, דאל"כ לעולם נצטרך לחוש שמא ימצא מחר ראי' שיוכל להוציאה בדיינים, ודוחק לאוקומה באופן שידוע שאין לו ראייה להוציאה.

ולעיל כתבנו להסתפק באופן שתפסה בידו והקדישה, שברגע ההקדשה אינו זקוק לדיינים, ואם כלפי שמיא גליא שהוא שלו אין זה אלא כאנס בא כנגדו שרוצה להוציא מידו

ג. בסוגיא דב"מ ק"ב א' המשכיר בית לחבירו לשנה כו'

הכבש בין שנתים בחדש הי"ג, וכן בבתי ע"ח, וכן בדין בת ג' וכן י"ג, בכל הני דין שנה מעוברת כדין פשוטה שכשנשלם חדש הי"ב חשיב שחסר חדש להשלמת השנה לכל דבר, כמו חדש י"א בשנה פשוטה, ולעומת זה אין חדש אדר ב' שונה מכל החדשים, והנדון מתחיל בחדש הי"ג, כגון בחדש אלול אם התחיל בתשרי או בחדש תמוז אם התחיל באב, וכיון שהשנה יכולה להיות פשוטה ויכולה להיות מעוברת, לא אמרינן שכשאיירע שהיתה מעוברת איגלאי מילתא שכל חדש מחירו פחות מדינר, אלא אמרינן שכלל השנה נוסף בה חדש חוץ לחשבון, ובתוך הי"ב חדש כבר נתחייב לשלם י"ב דינרים, והנדון על חדש הי"ג הוא כתוספת שחוץ לחשבון, הגע עצמך הרי שסיכם עמו יום פחות משנה ואז צריך לשלם כל השנה, ולמחרת החליטו ב"ד לעבר השנה דהיינו בכ"ט אדר [שאין מעברין בל' אדר], שניכר שהחדש הוא תוספת מבחוץ.

ובענין זה מצינו ענין הבלעה במע"ש ובדמי שביעית, שהחלק הנוסף מובלע במקח, והמעוה אינם מתייחסים לזה באופן ישיר חלק כחלק, וכך ענין חדש העיבור מובלע בתוך השנה ואינו דבר נפרד שנחלק את השנה ל"ג חלקים, ובזה מיושב משה"ק הר"ן בגמ' בבא בתחלת חדש, ויש לפרש שזוהי כונתו בתירוצו.

ב"מ ק"ב א' מתני' המשכיר בית לחבירו לשנה כו' סיפא נמי מיירי ששכר הימנו לשנה, דאל"כ מה ענין עיבור השנה לסיפא, אלא מעיקרא אמר שרוצה לשכרו לשנה, ובשעת קביעת המחיר סיכמו דינר לחדש בלבד, ובזה הדין שנתעברה למשכיר.

ונראה דלשון נתעברה לשוכר ונתעברה למשכיר כולל חישוב המחיר כבסיפא, אבל קאי נמי על זכות השימוש בבית, דברישא יש לשוכר זכות שימוש י"ג חדשים, ובסיפא רק י"ב חדשים, ואע"פ שבסיפא ג"כ כלל השכירות ה' לשנה, ויש לו זכות ל"ב חדשים, מ"מ כיון שסיכמו על חדשים, אין חודש העיבור בכלל, וכ"מ בגמ' דבבא בתחלת החודש כולו למשכיר, וכן בדרי"ג קרקע בחזקת בעליה עומדת, וש"מ שהנדון על זכות השימוש בבית, ולא על דמי השכירות, והנדון על כשבא בתחלת החודש הי"ג, שאין הנדון על אדר השני, אלא על חודש הי"ג שמתחלת השכירות, - וער"ן נדרים ס"ג א' בדין שכר לשנה סתם אם דינו כשנה זו, ובאמת גם בשנה זו מיירי גם בשכר בתמוז שהעיבור הוא בשנה הבאה ואין כאן נדון של שנת עולם.

ענין עיבור השנה הוא מצב מיוחד, שהרי לכל דיני שנה שבתורה דין שנה של י"ב חודש ושל י"ג חדש שוין, ולא נעשה

ג. בסוגיא דב"מ ק"ב א' המשכיר בית לחבירו לשנה כו'

שם נתעברה השנה, ואם ידוע כבר שהשנה מעוברת, אם השכיר לשנה קודם אדר שני הרי העיבור לשוכר, ומאדר שני אין דינה כמעוברת, ואם אמר מ"ב דינר לשנה דינר לחדש, נראה דהעיבור למשכיר, דכיון שידוע שהשנה מעוברת פרושי קא מפרש שמשכיר לו רק ל"ב חדשים שהיא שנה פשוטה.

שם מעשה בציפורי באחד ששכר מרחץ כו', יש לעי' אם מיירי כשכל אחד טוען ברי שנתכוין רק לחדשים או דוקא לשנה, או דאפי' בשלא נתנו דעתם כלל אמרינן שהם משועבדים למשמעות הלשון, ובגמ' מבואר דאי פרושי קא מפרש לא אמרינן תפוס לשון אחרון, [מיהו בתו' בשם רשב"ם פי' דאי פרושי קא מפרש הרי פירושו למה י"ב לשנה לפי שהשנה יב"ח, ואם נתעברה הרי הוא למשכיר], ומ"מ משמע מזה שהלשון דינר לחדש הוא כחזור בו כדי להוציא חודש העיבור, ואם מודה שלא נתכוין לחזור בו ממ"ש י"ב לשנה נתעברה לשוכר, מיהו כיון שניהם לא נתכוונו בהדיא על העיבור, הו"ל בדין שמא ושמא וישאר ביד המשכיר.

שם ב' גמ' מעשה לסתור חסורי מחסרא כו', יש לעי' מ"ט חשיב לסתור ומ"ט צריך חסורי מחסרא, הרי אדרבה המעשה מקיים את דין הרישא דכשאמר שתי הלשונות ששנו במתני' הרי זו סתירה ועושין פשרה ויחלוקו, ומה מועיל החסורי מחסרא יותר מזה, ואפשר דאי מרישא הו"א דתלוי אם תפוס לשון ראשון או אחרון, אבל אין מקום ליחלוקו שזה ודאי אינו אמת, ונמצא שהיחלוקו מבטל דין הרישא אם תפוס לשון ראשון ודין הסיפא בלשון אחרון, להכי הוסיפו חסורי מחסרא שזהו דין נוסף דבסתירה בין הלשונות הדר ספק אם תפוס לשון ראשון או אחרון ולכן יחלוקו.

והא דלא קתני בהדיא ד"ז, כיון שבין אם אמר י"ב לשנה מדינר לחדש ובין אם

אמר מדינר לחדש י"ב לשנה הדין שוה, והי' צריך לשנות שני האופנים, ולכן סתם, ולשמואל ניחא טפי שסתם התנא דלא מצי למיתני דבכה"ג יחלוקו, שהרי תלוי מתי בא, ורק במעשה שייך לומר שכך הי' מעשה שבא באמצע החדש ולכן אמרו יחלוקו, ועוד דאין לשנות באופן מוחלט יחלוקו כשמגיע מחוסר ידיעה של התנא, ורק מעשה רב שייך להביא בזה.

שם אמר רב אי הואי התם כו', הלשון משמע שרב חידש הכרעה לפשוט הספק, ואם התנאים נסתפקו בדין תפוס לשון ראשון או אחרון, אין מקום לומר אי הואי התם, דאינהו נמי ידעי שני הצדדים ולא הכריעו, ובמה כחו גדול מהם להכריע, ומזה משמע דרב מפרש טעמייהו בתורת ודאי דכיון שיש לכל אחד לשון לזכותו, ראוי לעשות פשרה ולחלק את חדש העיבור, ול"ד לממון המוטל בספק דכלפי שמיא גליא של מי הוא, אבל כאן הנדון איך מתפרש ההסכם שביניהם, והרי האמת שיש לכל אחד לשון לסמוך עליו, ורב חידש דתפוס לשון אחרון שיש הכרעה שהאחרון עיקר, וכיון שביטל את דבריו הראשונים אין לנו אלא לשון אחרון, והתנאים לא דנו בזה אלא מה הדין כשיש שתי לשונות ודאים, ולא ביטל אחד את השני.

שם מאי קמ"ל תפוס לשון אחרון, נראה דכשהלשון האחרון סותר לגמרי את הראשון לכו"ע אמרינן דלשון אחרון עיקר, כגון שאמר עשרה דינרים לשנה מדינר לחדש, ורק כששייך לקיים שניהם יש לדון אם האחרון מבטל את הראשון, או ששניהם אמת, וכן באיסתריא מאה מעי שייך שיהיו שניהם נכונים.

שם ושמואל אמר בבא באמצע חדש עסקינן, לכך סתם התנא הדין בחסורי מחסרא, שאינו יכול לסתום יחלוקו, ורק במעשה שהי'

שייך לומר שכך הי' מעשה, וממה שחיסר
הדין נבין חילוק זה.

שם אבל בא בתחלת חדש כו', מיירי כשיכול
לסלקו לגמרי, שאם יש לו זכות לדור
והנדון על התשלומין, א"כ גם בתחלת החדש
ישאר לדור ויפטר מלשלם, ועמש"כ בזה
במשנה.

פרש"י שבא לב"ד, ומשמע שאם בא אצלו
בינו לבינו, ואמר לו שיצא מביתו,
ואם ממשיך לדור יתחייב לשלם, אינו מתחייב
בכך, דסו"ס עכשיו מוחזק הוא במעות, אבל
אפשר לומר דכיון שהזהירו בתחלת החדש
שיצא, הר"ז כהסכים לדור ע"מ לשלם, ושוב
אינו נפטר, וכמ"ק שלא בא לפני רשב"ג ור"י
דא"כ הול"ל אם לא נתן לא יתן ואם לא נטל
לא יקח, ומשמע דלאחר מעשה אמרו יחלוקו,
מיהו דוקא כשיכול לסלקו, אבל אם יש לו
זכות לדור ע"מ לשלם אפי' כמה שנים י"ל
שהשוכר מוחזק, והנדון רק על התשלומין.

הקשה הר"ן למה לא יוכל השוכר לעכב אחד
מי"ג מהשכירות ולא יתנם למשכיר,
ותירץ שהשוכר חייב לשכור במחיר י"ב
דינרים, והנדון אם יקבל לדור יב"ח או יג"ח,
ולכן אינו יכול לפטור עצמו מלשלם י"ב
דינרים, ולפמש"כ במשנה הנדון בחודש
העיבור הוא בכח הבלעה ביב"ח חדשי השנה,
והרי אפשר הי' שלא תתעבר ואז הי' כל חדש
דינר, והשתא נמי לא נשתנה מהות השכירות
שדינר לחדש, אלא שחדש העיבור נבלע בתוך
השנה כמתנה מן השמים, ואפשר שזה בכלל
כונת הר"ן, דבפשוטו אינו מובן מ"ש שע"כ

צריך לשלם י"ב דינרים, שהרי אם המשכיר
אינו עומד בתנאי השכירות אינו חייב לשלם,
ומה יתרון בזה שיכול המשכיר לחייבו לדור
י"ג חדשים, אבל אם השכירות לשנה היא
כמקח שלקח בהמה וחדש העיבור כנתעברה,
בזה מובן שהמקח של הבהמה אינו משתנה
אם מסר לו העובר או לא, שהעובר כדבר
נוסף שדנין עליו בפ"ע.

שם כור בל' סאה בסלע כו', לכאורה חייב
לקנות ל' סאה אם יתרצה למכור לו,
שזה לא נסתר בלשון אחרון.

שם ר"ש דאמרי תרוייהו כו', פי' ולאו מחד
טעמא, ויש להסתפק לשמואל אם בעה"ב
יכול לחזור ולתפוס ממנו.

שם התם טעמא מאי משום דתפיס, לרב
הטעם תפוס לשון אחרון, והכי הול"ל
התם היינו טעמא משום דתפיס, ולשון טעמא
מאי משמע שידוע שזהו הטעם.

שם ור"נ אמר קרקע בחזקת בעליה עומדת,
לכאורה ה"ה מטלטלין כיון שהשוכר
מודה שהגוף של המשכיר, ועי' תו' ק"ג א'
וב"ב בזה, מיהו ק"ק למה אמר קרקע, ושמא
במטלטלין אין לו זכות להוציאם מיד השוכר,
כיון שקנה זכות שכירות.

פתמות הגמ' לא משמע דלר"נ רשב"ג ור"י
ס"ל כסומכוס, דלא משתמט כן בשום
דוכתא, ולכאורה י"ל דדוקא הכא שאין כאן
ממון מסוים ששייך לאחד מהם, בזה אמרו
יחלוקו, דזוהי פשרה שראוי לשניהם לעשותה,
אבל קשה מנליה לר"נ למיפלג עלייהו בהא,
מיהו אשכחן כמה משניות כסומכוס.

ד. בסוגיא דר"ח קמיתא

א.

הרי הוחזק כפרן, וי"ל כדרכי חייא לקמן ה'
ב' דהכופר במלוה כשר לעדות, אבל קשה

א. ג' א' תני ר"ח מנה לי בידך כו' וישבע
על השאר, יש לעי' איך נאמן בשבועה

א"כ מאי קמ"ל ר"ח הרי מבואר כן כאן בד"ר חייא.

ב. יש לעי' למאי איצטריך ר"ח ק"ו, הרי הדבר פשוט שיותר חשוב מי שנודע על פי עדים שחייב חמישים, למי שנודע רק ע"פ עצמו, דהכא חזינן שהוא כופר או משתמט, ואילו בהודה מפי עצמו לא נחשד כלום, ואין ספק שאילו הי' כתוב בתורה שבועה בנודע שחייב מקצת ע"פ עדים, לא הוה ילפינן מודה במקצת מיניה.

ג. עיקר חיוב מודה במקצת כתב הרמב"ן שבועות מ"ב ב' דהיינו מפני שראינו שיש אמת בתביעתו, ורגלים לדבר לחוש לכל תביעתו, וביאור הדברים דלעולם יש יתרון לתובע דחזקה אין אדם תובע אא"כ יש לו, ואילו הנתבע שאינו גונב בקום ועשה יש לחוש שהוא משתמט או רוצה לגנוב, (דהיינו ששני בנ"א השווים במדת היושר שלהם, אם הם חשודים שלא לשלם, עדיין אינם חשודים להעליל עלילות שוא, ולתבוע את חבריהם בשקר, ולכן בכל תובע ונתבע אם נחזיק את שניהם כשוים ביושרם, מסתבר להאמין לתובע), אלא שהתורה לא חייבה שבועה, אלא בצירוף הוכחה נוספת שראינו שתביעת התובע יש לה רגלים שהיא נכונה, וזהו כשמודה במקצת, ולפי סברא זו ודאי דע"י עדים מיקרי רגלים לדבר.

ד. דוחק לומר דהנדון הוא מפני שעדים אינם נאמנים כהודאת פיו, דהא בכל התורה עדים נאמנים, ואפי' אם נאמר שעדים

פחות מפיו לגבי נפשיה, אין סברא שהחילוק המועט הזה יגרום את החיוב שבועה, דסו"ס מהימנינן לעדים ואיכא רגלים לדבר, ועוד דכשאנן סהדי הרי ודאי דב"ד בעצמם לא גריעי מהודאת פיו, כשב"ד בעצמם יודעים האמת, ור' חייא מיייתי ותנא תנא מאנן סהדי, וש"מ שיש כאן נדון אחר.

ה. הא דמיייתנן ותנא תנא צ"ב, דהא אנן סהדי אינו בירור גמור, וודאי שידיעתינו בשנים או חזין גרועה מהודאת פיו, ובגמ' פריך רק משום דאנן סהדי נמי לאידך, ואפשר שלמדו הענין דבכה"ג שלפי ראות עינינו יש לכל אחד חלק בו, הרי חבירו חייב שבועה, שהרי יש רגלים לדבר שהוא של זה מכח החצי שאנו רואים שהוא שלו, וצ"ב.

ו. שם דאמר רבה מפני מה אמרה תורה כו' פשטות הלשון לא משמע שהטעם ידוע והשאלה רק ליישב קושיא דמיגו, וצ"ב.

ז. צ"ב תשובת רבה, שאם הטעם משום שאין כונתו לשקר ואין מקום למיגו, למה האריך באינו מעיז, ובכוליה בעי דלודי ליה, וגם צ"ב האם על המקצת שמודה יש לו לשלם, הרי הרבה פעמים שאין לו כלום, ורוצה להשתמט ככולו, ובפשוטו אה"נ, אלא שמודה מקצת כדי שישמור עדיין קשר עם התובע, וזה מיקל עליו את ההעזה שכשיזדמנו בינם לבין עצמם יודה לו שכונתו לשלם ורק להשמט ממנו כפר, (והיינו טעמא דהילך פטור, שמנתק הקשר, ואין דרך המשתמט לעשות כן), ועיין.

ב.

ר"ח לק"ו, ובאמת רש"י פירש שזוהי שאלת הגמ' מאי לא תהא כו' דמהיכי תיסק אדעתין שתהא הודאת פיו גדולה כו' עי"ש, וכ"מ בלשון הגמ' שלא תאמר כו' כדרכה.

ג' א' תני ר"ח מנה לי בידך כו' שלא תהא הודאת פיו גדולה כו' בסברא ודאי ראוי להשביע יותר את זה שנתפס בשקר, מזה שהודה מעצמו, וא"כ צ"ב למה הוצרך

שיפטר מדין מיגו, ולפ"ז עדיין לא נתפרש עיקר הדבר מ"ש מודה במקצת מכופר הכל, והרמב"ן בשבועות מ"ב א' בהוספות, כתב דהחילוק בין מודה במקצת לכופר הכל משום שיש רגלים לדבר שתביעתו אמת, וביאור הדברים שלעולם יש יתרון לתובע שלא ימצא תביעות אא"כ יש לו, ואילו הנתבע קרוב יותר לישמט בשקר, כיון שאינו גוזל בידים ואין לו לשלם, ואפ"ה אמרה תורה שאין בכחו לחייב שבועה את כל אדם שיתבענו, אבל כשנוסף יתרון לתובע שראינו שתביעתו אמת במקצת, בזה כבר יש לנו ליכנס לבירור הענין ומחייבין ל' שבועה.

מידו קשה דהעיקר חסר בדברי רבה, ולמה לא ביאר תחלה עיקר טעם החיוב.

שם חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו, יש לדקדק למה הוצרך להקדים חזקה זו, שאם הקושיא משום מיגו, הרי התירוץ מבואר בהמשך האי בכוליה בעי דלודי ליה, אלא שאינו מעיז פניו, וממילא בטל ליה המיגו, ואף בלא חזקה, מ"מ מיגו א"א לומר כאן, כיון דאפשר שלא כפר בכולו מפני שאינו מעיז, ועוד יש לדקדק דלשון אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו, לא משמע שרק לכפור בכולו אינו מעיז, דא"כ הול"ל אין אדם מעיז לכפור הכל לבע"ח, והלשון משמע שאינו מעיז כלל לשקר בפניו כשחבירו מכיר בשקרו, ועוד יש לדקדק מאי מוסיף עוד והאי בכוליה בעי דלודי ליה, למה ירצה להודות הכל, הרי רצה לכפור הכל, אלא שנמע בגלל ההעזה, וכיון דכשמודה במקצת אינה העזה, למה ירצה להודות הכל.

ונראה מזה דבאמת חזקה אין אדם מעיז כולל בין כופר הכל בין מודה במקצת, דכיון שחבירו מכיר בשקרו אינו מעיז לשקר, וזו החזקה היא נגד אין אדם תובע אא"כ יש לו, וא"כ הדין נותן להאמין בין כופר הכל ובין מודה במקצת.

ואין נראה לומר דס"ד שתהא נאמנותו על עצמו גדולה מעדים, וס"ד שלא נאמין לעדים בודאי על החמישים כדי לחייבו שבועה, דלא מסתבר כלל שנסתפק בנאמנות העדים שהרי אנו מחייבין אותו לשלם חמישים, ואין אפשר להתייחס לחמישים כספק, וא"ת א"כ מאי קאמר שלא תהא הודאת פיו גדולה, דלשון זה משמע שפיו גדול בנאמנות טפי מעדים, לאו קושיא היא דגדולה לאו בנאמנות קאמר, אלא בתוצאות הדין להלכה, שאם פיו מחייבו שבועה ועדים לא מחייבין, נמצא פיו גדול מעדים בזה שמחייבו שבועה, וכן הוא האמת דבין אם הנדון משום שחשוד אשבועתא כפרש"י או דליכא אשתמוטי בעדים, מ"מ אין הנדון חוסר נאמנות של העדים.

שם וישבע על השאר, וא"ת כיון דהוחזק כפרן אין נאמן בשבועה, וי"ל כדרכי חייא לקמן ה' ב' דהכופר במלוה כשר לעדות, וכל שכן לשבועה שאין להפסידו בכה"ג, ולהאמינו לחייב אחרים הוי רבותא טפי.

שם ותנא תונא שנים אוחזין בטלית כו' יש לעי' מאי ראי' הרי במתני' ליכא ריעותא בטענתו שלא הוחזק כפרן ע"פ אנן סהדי, ולא נתברר לנו נגדו כלום, וי"ל דילפינן ממתני' שיש להשביע כשרגלים לדבר שיש אמת בטענת התובע, וה"נ כיון שאחד תופס הרי הבא להוציא ממנו שאר הטלית, יש סיבה להשביעו, כיון שתפיסתו נותנת רגלים לדבר שכולה שלו, ומינה ילפינן לעדים מעידין שחייב חמישים שיש רגלים לתביעתו, ולפ"ז ניחא דלא בעינן שיהא אנן סהדי ממש.

שם דאמר רבה מפני מה אמרה תורה כו' לשון מפני מה משמע שאלה בעיקר חיוב מודה במקצת מה בין זה לכופר הכל, ולא משמע שזוהי קושיא לבתר דידעינן טעמא דמודה במקצת שונה מכופר הכל, אכתי להוי ל' מיגו, אבל רש"י ותו' ביארו שזוהי קושיא

מעיו, ורק המשתמט חשדין ליה שאינו מרגיש עצמו כמעיו, ונהי דנתפס בשקרו בחמישים, עדיין אין חשדו בחמישים הנוספים קרוב כמו המשתמט, וכמ"ש הרמב"ן דיתכן ששכח וכיו"ב, משא"כ חשש אשתמוטי שא"צ לחשדו כגזולן בשביל להטיל עליו שבועה.

שם קמ"ל ק"ו, יש לעי' מה מועיל הק"ו, הרי לא חשבנו שעדים גריעי מפיו, אלא שענין השבועה לא שייך כאן, וי"ל דמ"מ כשהנדון על דיני שבועה של התורה ניתן ללמוד בכללי ק"ו שעדים לא גריעי מפיו, בזה שע"י עדים יוצא זכאי יותר מפיו, ואמנם אם הי' לנו סברא פשוטה דבעדים לא שייך שבועה לא הי' מועיל הק"ו, אבל כשהנדון בסתמות התורה כשקרוב לחייבו שבועה גם בעדים, בזה מהני ק"ו להבין שגם עדים בכלל.

אב"ד לפרש"י שהנדון משום דחשיד אממונא חשיד אשבועתא, לזה אין ק"ו יכול להועיל, דהק"ו רק מחזק את כח העדים, אבל אינו מחזק כחו להאמינו בשבועה, ואין לנו ק"ו שנוכל ללמוד ממנו דלא אמרינן מגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא.

יש להסתפק לצד דהעדאת עדים פטור, מה הדין בחזר והודה על החמישים שהעידו העדים מאי, מי אמרינן השתא ליכא טעמא דאשתמוטי, ונשאר כדין העדאת עדים דפטור, או"ד כיון דמודה חזר לעיקר חיובו, ולא נחתין לפוטרו מהאי טעמא, ופשטות דרשא דאבוה דר' אפטוריקי דבכה"ג חייב, דלא אזלינן בכל גונא בחר טעמא.

ה. בסוגיית הילך

ויש להבין מ"ט דר"ש ולשון הגמ' הני זוזי דקא מורי בגווייהו כמאן דנקיט להו מלוה דמי, צ"ב, דאם הכונה כמאן דנקיט להו מעיקרא קודם התביעה דמי, יש לשאול למה באמת אמרינן כן, הרי סו"ס קודם התביעה

והשתא מפרש דזה שאינו כופר הכל אינו מיושר דבריו, דבאמת רצה לכפור הכל אלא שאינו מעיו, וא"ת א"כ איך כפר מקצת, הרי גם בזה יש העזה, וי"ל דאה"נ דמה"ט האי בכוליה בעי דלודי ליה, אלא דאשתמוטי הוא דקא משתמיט.

וביאור הענין דכיון שחושב לשלם לו לאח"ז, הר"ז מיקל עליו את ההעזה, שאינו מרגיש בלבו כגזול ממנו, אלא כמאריך לעצמו זמן הפרעון, וכיון שחושב שלבסוף יגלה לו האמת, אם מיד בצאתו מב"ד יגלה לו בינו לבין עצמו, או לאח"ז כשישלם לו, אינו מרגיש העזה בהנהגה זו, וא"ת א"כ יכפור הכל, וי"ל שאין דרך המשתמט לנתק הקשר עם בע"ח, דהויא העזה טובא, שאין בה סימנין לכונתו לשלם לבסוף, אבל כשמודה במקצת ועתיד לבא בדברים עמו ולשלם לו, בזה סומך בדעתו שירמוז לו על כונתו לשלם הכל, וגם שאינו מפסידו לגמרי, ולכן מעיו לכפור מעט לפי שעה.

שם ב' אבל העדאת עדים דליכא למימר הכי, פ"י שלא היתה כפירתו ניכרת שכונתו לשלם לאח"ז, א"כ אין שייך כאן השבועה של התורה, וא"ת אדרבה יותר חשוד הוא כשנתפס ע"פ עדים, אפשר לומר דהתורה לא הטילה שבועה אלא כשקרוב לומר שהשבועה תועיל, דהמשתמט ודאי ימנע ע"י השבועה, אבל החשוד לגזול י"ל שלא ימנע ולא תיקנה תורה שבועה בכה"ג, וגם אפשר דלא חשדינן ליה כמשקר בחמישים השניים כיון שאין אדם

די א' מ"ט הילך נמי כמודה במקצת כו' לכאורה סברת ר"ח פשוטה, ור"ש הוא המחדש דהילך ככופר הכל דמי, ובאמת לא ביארו בד"ח מידי, אלא דלא ס"ל לחלק בין הילך לכל מודה במקצת.

לא הוה נקיט להו, והשתא הוא דא"ל הילך, וגם בגמ' הול"ל לשון מעיקרא, ויותר מתפרש הלשון דאע"פ שאמר הילך ועדיין לא נתן לו, כאילו נתן לו ממש דמי, וזה באמת מובן בפשיטות דכיון שמודה לתת לו מיד הרי המלוה מתייחס לזה כאילו המעות כבר בידו, אבל עדיין אין זה מיושב שהרי אפי' אם אמר הילך ונתן ממש המעות ליד המלוה, ג"כ יש לחייבו שבועה לר"ח, דכיון שההודאה באה אחר התביעה, כבר חל עליו חיוב שבועה, ושוב אין לנו ענין מתי ישלם את המקצת שהודה בו.

ואפשר דר"ח ור"ש פליגי אם בשעה שב"ד מחייבין אותו שבועה בעינן שיהא מודה במקצת, או דסגי שבתחילת הדיון הי' מודה במקצת, והיינו דקאמר ר"ש דכיון שהני זוזי בשעת גמ"ד כביד המלוה דמו אין ב"ד מחייבין שבועה כשאנו מודה עתה במקצת.

ופברת פלוגתתם יש לפרש דר"ח סבר כיון שהודה במקצת הטענה יש כאן רגלים לדבר שהוא חייב כבכל מודה במקצת, ור"ש סבר דכיון שאינו נשאר חייב למלוה כלום הר"ז ככופר הכל, דענין האישתמוטי במודה במקצת הוא בגלל שנשאר קשור עם המלוה ולא העיז לנתק הרגשת חיובו כלפיו, ובשיעור החיוב סומך בדעתו שירמוז לו בצאתו מב"ד שכשירווח לו ישלם הכל, והשתא הוא דמשתמט, וכשאומר הילך ונשאר באינך חמשין כופר הכל, יש לדמותו לכופר הכל, ואמנם אין לדון בכל מודה במקצת לפי חשבון האשתמוטי וההעזה, אבל כשדנים אם כונת התורה שבזמן פסק ב"ד יהא חייב מקצת, או דסגי בתחלת הדיון כשהודה, ותו לא פקע חיובו, בזה יש להסתייע בסברת ההעזה ואשתמוטי, וס"ל לר"ש דבעינן שיהא מודה במקצת בזמן גמ"ד, דאל"כ חשיב מעיז ככופר הכל.

שם ותנא תונא שנים אוחזין כו' לכאורה אם באנו לרוננו כמודה במה שחבירו תפוס, הר"ז עדיף מהילך שהרי זה כבר בידו ממש, ואפשר דאה"נ מק"ו מייתי לה, דבשלמא אם הילך חייב שייך להוסיף חיוב אף בכה"ג, אבל אם אפי' הילך פטור כש"כ שנים אוחזין, מיהו לאידך גיסא שנים אוחזין גרע טובא, שהרי אינו מודה לו כלום, והו"ל ממש כופר הכל, והא דאמר ותנא תונא היינו רק לדמיון בעלמא דלהוי מילתא דאיתא דכוותה בדאורייתא, אבל חיוב גמור ליכא למילף מינה, כדדחינן לל"ק דלא דמי לדר"ח קמייא כיון דאנן סהדי לתרוייהו, אבל כאן שהנדון רק על דמיון החיוב, סגי בזה דחזינן דכמאן דנקיט אינו מפקיע מחיוב מודה במקצת, וה"נ הרי איכא רגלים לדבר להאמין לתביעת כל אחד שחבירו תקפו.

ושמעתי שברמב"ן מכות מבואר דמי שמודה שנתחייב מנה בב"ד, אלא שטוען שחייבוהו שלא כדין, הר"ז ככל הודאת בע"ד לחייבו, דכיון שאנו מאמינים לו המעשה שנתחייב, הרי נאמנותו כמינו במקום עדים, ועדיפא מינה דב"ד ודאי בדין קאמרי, ומסתברא שד"ז דוקא כשהב"ד קיימים ואם יזדמן לידם יגבו ממנו, או ישלחו שליח לגבות בעירו, וכיון שחיובו קיים בלא הודאתו, ואנו מאמינים לו במציאות הזו, הר"ז כמחייבין אותו ע"פ ב"ד, אבל אם מתו הב"ד ודיינינן ע"פ לחוד, פשיטא דלא מחייבין ליה ע"פ עצמו, כשהוא אומר שהוא פטור, והכא נמי לא שייך לחשוב תפיסתו בפנינו עם חבירו כהודאה במקצת, ובלא"ה פשוט כן דהא הכא לאו מכח ודאי חשבינן שלכל אחד יש חצי, ול"ד לפסק ב"ד שטענתו אינה מקובלת עלינו בודאי נגד הפסק ב"ד, אבל הכא אנו באמת מסופקים, ומה"ט משביעין אותם.

שם ואידך אין תק"ח היא ומיהו אא"ב כו', יש לעי' מ"ש מכל הנשבעין ונוטלין

שתיקנו רבנן וליתא דכוותה בדאורייתא, וי"ל דשאני התם שתיקנו לחייבו ממון שפטור מדאורייתא, ושפיר אמרו שבלא שבועה לא יקבל ממון זה, אבל הכא ששניהם מוחזקים ודינם יחלוקו מדאורייתא, ואין רבנן רוצים לשנות הדין, רק לתבוע שיאמת דבריו בשבועה, בזה ס"ל שאין לרבנן לתקן שבועה אלא במקום שראינו שהתורה ג"כ אמרה שריעותא כזו מחייבת שבועה.

שם ב' מיתיבי סלעים דינרין, אין לפרש שהי' כתוב כמה ונמחק, דא"כ לא מסייע ליה שטרא כשטוען שתיים, שהרי אנו רואין שנמחק, ואין לפרש שנשאר חלק מקום המנין, דאסור לעדים לחתום על שטר כזה, וגם המלוה יש לו מיגו שהי' יכול להוסיף עליו טפי מחמש, וע"כ מיירי שמתחלה כתבו רק סלעים, ולכאורה הענין משונה, ואינו מצוי כלל, ואפשר שהי' להם סיבה להסתיר הסכום, וסמכו על נאמנות שביניהם, או שנתחייב להלוותו שתיים לכה"פ ובשעת מעשה הוסיף לו, אבל אין לפרש שהשטר הי' על שתיים במוחלט והתוספת היתה כמלוה ע"פ, דלפ"ז אינה ענין לשטר כלל, והר"ז כשטר שכתוב בו שתיים בהדיא, שאין הסלעים הנוספים מתייחסים לשטר כלל, ואינו בדין משיב אבידה, דתרי מילי גינהו, א"ו שניהם מודים שהשטר נכתב סתמא וסמכו על אמנה שביניהם במנין הסלעים, ולכן הנדון קשור לשטר.

שם רע"א אינו אלא כמשיב אבידה ופטור, כל מודה בחמישים לא חשיב משיב אבידה בזה שלא הודה עשרים בלבד, ואף בלא טעמא דמערים לאיפטורי משבועה, אלא דמשער בנפשו כמה יכול להעזי ולכפור, וכמו שמובן שאינו מעזי להודות בפרוטה ולכפור במנה, שסתמא דמילתא אין הודאת הפרוטה מסייעתו להעזי, דיותר העזה היא למעבד חוכא ואיטלולא מיניה, ה"נ כל השיעור שהודה הוא מפני ששיער בנפשו ההעזה כנגד האישתמוטי, וקבע לעצמו סכום זה, ולפ"ז

צ"ל דהכא שאני כיון דמסייע ליה שטרא מעזי לכפור יותר, כיון שניכרת נאמנותו לכל, וזה עדיף לו מההעזה כלפי המלוה, ובאמת רשב"א סבר דדינו ככל מודה במקצת שאינו מעזי לכפור יותר ממה שכפר, - יתכן שדוקא בסכום קרוב לשתיים קאמר ר"ע, אבל מלוה אומר ק' ולוה אומר צ', אפשר דאינו מעזי לומר שתיים אף לר"ע, וצ"ע.

ד' א' כגון שחפר בה בורות שיחין ומעורות, כבר העיר המ"מ בפ' מה' טו"נ ה' דהו"ל תביעת ממון, שאין חיוב למלאת החפירות, אלא לשלם דמים, והו"ל בטענו כלים וקרקעות והודה בכלים ובמקצת קרקעות, ואפשר שהתובע לא ידע שחפר, ותבעו רק קרקע, והלה מודה שחייב ממון, וכיון שלא היתה תביעת כלים לא חשבינן לה הודאת כלים, ונפ"מ לדינא שאם תבעו כלים וקרקע והודה בקרקע שחפר בה בורות, לא חשיבא הודאה זו לחייבו מדין הודה במקצת כלים אע"פ שהודה בחיוב ממון וכפר בכלים, וצ"ע בזה כיון שתבעו ממון זה אלא שחשב שזה תביעת קרקע, ונתברר שזה תביעת ממון, ובמ"מ רמז לזה, אלא דאפשר שכונתו דמה"ט ל"ד לטענו כלים וקרקעות דקאמר באי נמי, אבל לא מפני שהדין שונה בכה"ג.

ולכאורה הי' נראה דאפי' רוצה למלאות החפירות אין הניזק מחויב להסכים, ויכול לתבוע מעות עבור הנזק, דלא מצינו אלא חיוב נזק, אבל מהא דאמר ב"ק פ"ר א' דמית עלי כאריא ארבא, משמע שאי לאו טענה זו, הי' צריך להרשותו לרפאותו, וא"כ במילוי החפירות אינו יכול לסרב, וצ"ע ובירור, מיהו בשומר י"ל דיש לו למלאות החפירות ולתקן קלקולי הפקדון קודם שיחזירונו לבעליו כדי שלא תהא לו שום תביעה.

בעיקר הנדון י"ל כגון שהרשהו לחפור בורות להשתמש בהן, ועכשיו צריך

לומר דלצורך ריוח דמכאן ולהבא מיקרי גזלן, אבל חוב קדום שאין לו ממה לשלם, משתמיט בגלל זה, אבל אכתי צ"ע דכיון שמשכנה באיסור הו"ל גזלן, ואפשר לומר שהבעלים נתן לו רשות להשתמש, ומשכנה ע"ד שישלם חובו עד הזמן שיתבענו הבעלים, ועכשיו אין לו לשלם ומשאירה ביד המלוה, ואינו מרגיש גזלן בכח"ג, א"נ שמשכנה בתורת פקדון, בלא להשתמש, וצ"ע.

השדה כמו שקיבלה, דאינו בדין מזיק שיתחייב דמים, וחייבו לתקן, ואם אינו מתקן נעשה מזיק.

תוד"ה למ"ד כגון שמשכנה, יש לעי' אם משכנה להשתמש באיסור, הא הו"ל גזלן, וה"נ י"ל שמשתמש בה לעצמו עד שיחא לו מעות להתפרנס, ול"מ כן דודאי כופר בפקדון גזלן הוא אע"פ שצריך לו להשתמש עד שיחא לו כלי אחר כזה, ואפשר

ו. בסוגיא דהמגביה מציאה לחבירו

דחזינן ליה כמכניסה לרשותו ואינו רוצה לזכות לשום אדם, דודאי יכולין ליטלה ממנו, וה"נ כשרוצה לזכות לאחר שייך לומר לו שרשות זו אינה רשות שמוציאה מכח ההפקר המוכן לכל אדם, דכיון שאינו מכניסה לרשות זו, לא מהניא נמי להכניסה לרשות אחרת.

שם איתיביה רבא לר"נ מציאת פועל כו', אם בעה"ב שכרו לכל המלאכות הרי גם זכיית המציאה בכלל מלאכת בעה"ב, ואמנם יכול הפועל לחזור בו כשרואה מציאה, אבל שוב לא יוכל לחזור למלאכתו אלא ע"י שכירות חדשה מהסכמת בעה"ב, וכשאינו רוצה להפסיד מלאכתו, עליו להחליט שאינו זוכה בה לעצמו, משא"כ בנכש עמי, דשאר פעולות אינם חלק ממלאכת בעה"ב.

שם א"ל שאני פועל דידו כיד בעה"ב, הלשון משמע כמו יד עבד כיד רבו, שהמציאה שהפועל מגביה לעצמו זוכה בה בעה"ב, ולפ"ז יש לדון אם מהני פועל לתפוס לבע"ח, דשאני מציאה שיש לפועל זכות בגווה, והבעה"ב זוכה במה שהגביה לעצמו, אבל בבע"ח שאין לפועל זכות תפיסה, י"ל דלא מהני דכיד בעה"ב דמי, מיהו י"ל דכיד בעה"ב משוי ליה כחצר המשתמרת של בעה"ב וזוכה לבעה"ב כאילו הכניסה לחצרו, ובזה מהני אף בתופס לבע"ח.

ב"מ י' א' ר"נ ור"ח דאמרי תרויהו המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו מ"ט הוי תופס לבע"ח כו', כל מה שהוזכר בגמ' ח' א' ט' ב' הכל מכח דברי ר"נ ור"ח, ולא חידשו כאן טעם נוסף, אלא הכל מכח טעם זה דנו עד השתא, ויש לעי' מה ענין מציאה לבע"ח, הרי בבע"ח קנו המלוים שעבוד נכסים, והר"ז כגזול חלקם, אבל מציאה אינה אלא אפשרות להרויח מן ההפקר אבל אין לאדם זכות בה, ואם ירצה התופס להפסידה בלי לזכות בה, לא יוכלו לתבעו ע"ז.

ואפשר דענין תופס לבע"ח דלא קני הוא מפני שאין ההכנסה לרשות התופס רשות המועילה לקנין, שהיא רשות שאין לה זכות בממון זה, וכל כח קנינו הוא ע"י שמתנדב לתת רשותו לטובת המלוה, וכיון שאין ידו כיד המלוה ולא זיכה לו רשותו, אין כאן הכנסה לרשות שיש לה זכות תפיסה, ולפ"ז יש כאן חסרון בעיקר הקנין, ולא רק מפני שעשה שלא כראוי, ויכול לזכות בחצרו למלוה ולהכניס לתוכה חפצי הלוה ולזכות עבורו, דהו"ל רשותו של מלוה, וכן להקנות גופו להיות פועל של מלוה, אבל כ"ז שאין רשות זו של המלוה, לא חל קנינו.

ולפ"ז י"ל דה"ה המגביה מציאה לחבירו, כיון שרשות זו אינה של חבירו, אין בכחה למנוע מכל אדם ליטול המציאה מתוכה,

ובש"י מבואר דפועל יכול לתפוס לבע"ח, ואפי' שכרו לשליחות זו, ויש לדון בזה דבכה"ג קבלן הוא, ולא אמרו ידו כיד בעה"ב אלא בפועל שהוא כעבד, אבל קבלן אינו משועבד ולא קרינן ביה עבדי הם.

שם ארחב"א אר"י המגביה מציאה לחבירו כו', יש לדקדק למה הוזכרה כמימרא בפ"ע, ולא כחולק על ר"נ ור"ח, ואפשר שעיקר המימרא היתה ליישב המשנה, והי' פשוט לו דקנה, וייתכן שסידורה בגמ' כמסקנא להלכה, ולכן לא נשנה כמחלוקת שאז הי' הלכה כרבא דבתרא הוא, ואפשר דאי הוה שמיע להו טעמא דר' יוחנן במתני' הוה הדרי בהו.

שם תוד"ה ר"נ, תימה דבשלהי משילין כו', בביצה שם אמרו דאי בירא דהפקירא הוא הר"ז כרגלי הממלא, ומסקנא דאפי' אם הפקירא הוא ס"ל לר"נ כרגלי מי שנתמלאו לו, וצ"ב בתחלה מ"ט אם הפקירא הוא לא הוי כרגלי מי שנתמלאו לו, והנה אם בעיו"ט כבר מילא המים ולא זכה בהם חבירו האם לענין תחומין נשארין הפקר, או"ד הרי הם כרגלי הממלא, דאין לומר כרגלי מי שנתמלאו לו כיון שאין לו זכיה בהם עדיין, [ול"ד לשור של פטם עי' להלן], אבל הממלא חשיב שפיר כבעלים לענין תחומין, כיון שהמים ברשותו לעשות בהם כרצונו, ואין שליטה לאחרים עליהם, ולכאורה בודאי יש מקום לומר כרגלי הממלא בזה, [וצ"ע בדין שור של פטם בזה, וי"ל דכיון דהו"ל כתופס לבע"ח ולכן אין לו כח לזכות לו גם לא לענין תחומין, משא"כ בשור שהוא שלו, וגם בידו לזכותו לו ע"י אחר משא"כ במציאה ומים].

ולפ"ז אפשר לפרש דהיינו טעמיה דר"ש למסקנא, דכיון שלא קנה חבירו, הרי הם בהכרח כרגלי הממלא אע"פ שאינו רוצה לזכות בהם, דלענין תחומין בטל מהם שם חפצי הפקר, והם נטפלין לבעלות הממלא,

תדע דהא חפצי הפקר ג"כ שייך שיקנו שביתה כדס"ל לריב"ז, ואמרינן דכמאן דאית להו בעלים דמי, וא"כ שפיר י"ל דכ"ז שלא זכה בהם חבירו הרי הם כרגלי הממלא, דסו"ס נטפלין הם אליו ובטל מהם שם חפצי הפקר, וכדאשכחן דדעת בני העיר משוי למים שבתחומן כשלהם לענין תחומין, וה"נ כרגלי הממלא.

ודאתאן עלה נמצא דלמ"ד המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו, ולמ"ד לא קנה חבירו ולא קנה הממלא, הדין שוה שהם כרגלי מי שנתמלאו לו, כיון שזכה בהם כשבאו לרשותו, וניחא שסתמו בגמ' דר"נ סבר קנה חבירו, אע"פ שלשיטתו הטעם מפני שנשארו הפקר ולא קנה הממלא, מ"מ הדין שוה דקנה מי שנתמלאו לו, או מיד או כשיבאו לידו, והרי אמרו מילא מים ונתן לחבירו דהנודן כשנתנם לו, ולר"ש לא קנה חבירו אלא הממלא, דכיון שיצאו מרשות הפקר בהגבהתו, אע"פ שאינו רוצה לזכות הם נטפלין לו, ותו לא קנה חבירו גם כשיגיעו לידו, שכבר הוחלטו לתחום המלא.

ואין דוחק בפ' זה, כיון שבתחלת הסוגיא הוה פשיטא לן שאם דהפקירא נינהו הרי הם כרגלי הממלא, והיינו ע"כ מפני שלא קנה חבירו, וש"מ דאע"פ שאינו רוצה לזכות לעצמו, מ"מ נקבעין התחומין כרגליו, ושוב אין קושיא במסקנא, דבדעת ר"ש נשארו כדס"ד מעיקרא, ובדעת ר"נ המסקנא שקנה חבירו, וסתמו בגמ' כיון שקנה חבירו ולא הממלא, אלא דלר"נ לשיטתו קנה כשיבאו לידו, ולדידן קנה מיד, וכיון שהלכה כר"נ כאן נגד ר"ש משום דק"ל קנה חבירו, שפיר סתמו כן בגמ'.

ומיושב בזה נמי שפלוגתתם בדיני תחומין ולא בדיני ממונות, דודאי הענין מוכיח כן, שאם חלקו בדיני ממונות אין כאן המקום להשמיענו ד"ז, ולא זהו האופן שנדע

אינו מגיען לא אמר כלום, וגוזלות שלא פרחו מיירי נמי במדדין כדלקמן כ"ה ב'.

שם ואמר זכתה לי שדי זכתה לו, אם לא אמר שנותן דעתו עליה, הרי הרצים יקחנה לעצמן, ונמצא שאינה משתמרת, גם יש לדון בה משום מחילה, ולפ"ז א"צ אמירה לגלות רצונו לקנין, אבל צריך אמירה כדי לשמרה מן הרצים.

שם ה' צבי רץ כדרכו כו', לא מיירי במצב שהצבי כאבוד ממנו ומכל אדם, דא"כ אפי' ה' שלו פקעה בעלותו משם יאוש כמבואר חולין קל"ט א', ומתני' קתני לא אמר כלום דמשמע שאם ה' זוכה ה' נשאר שלו, וכ"נ מהא דהם רצין אחריו, [דמשמע סיפא דומיא דרישא], ש"מ שיש סיכויים טובים לתפסו, ועוד מדקתני גוזלות מפריחים שבקל יכול לתפסן אלא שרץ אחריהן ואינו מגיען בתוך שדהו, ועוד יש לדקדק דדוקא גוזלות מפריחין דהו"ל מתגלגל אבל עוף הפורח אפי' רץ ומגיעו לא קנה כבעיא דרבא, ואפשר דבלא דעת אחרת פשיטא ליה לרבא דלא קנה וצ"ע בזה.

שם לא אמר כלום, לכאורה הו"ל לא זכתה לו שדהו, מיהו אין זה דיוק דשפיר נחא ליה למימר שאינו כלום דפטומי מילי נינהו, ואפשר לדקדק מזה דבדעת אחרת מקנה זכתה לו שדהו, ולהכי לא קתני לא זכתה לו דפעמים שזוכה לו במצב זה, אלא שאמירתו אינה כלום ואינה זוכה לו מכח אמירתו לחוד.

שם גמ' אר"י א"ש והוא שעומד בצד שדהו, פשטות לשון בצד לא משמע בתוך, דמי שני ליה למימר בתוך, וגם הו"מ למימר שעומד בשדהו, אלא ודאי משמע דבצד סגי.

ויש לעי' היכן מרומז במתני' ד"ז שצריך לעמוד בצד שדהו, ואפשר מדקתני ראה אותן רצין, ולא קתני נכנס צבי שבור בשדהו, מיהו בזה י"ל דמשום אמירה נקט לה ברצין,

ללמוד מזה דין המגביה מציאה לחבירו, אבל לפמשנ"ת תרויהו ס"ל בעלמא לא קנה חבירו, ואפ"ה ס"ל לר"נ שכאן קנה מי שנתמלאו לו כשיגיעו לידו, ור"ש סבר דלא קנה חבירו ולענין תחומין קנה הממלא, ולענין הלכה קי"ל כר"נ בזה, לפמ"ש בבב"ל ס' שצ"ז סט"ז לפסוק דלא כהמחבר, ועי"ש דלר"נ דוקא כשהגיעו ליד הזוכה, ולדידן מיד שמילא זכה זה שנתמלאו לו.

ואפשר דר"ש דייק כן מלשון כרגלי הממלא ולא קתני כרגלי כל אדם, לומר שאפי' אם הוא רק ממלא ולא זוכה הרי הם כרגליו, דאל"כ הו"ל כרגלי כל אדם, ומובן דהיינו הזוכה.

י"א מתני' ראה אותן רצין אחר מציאה אחר צבי שבור כו', לכאורה גם אם לא ה' שונה אחר מציאה הוה ידעין דמציאה היא, דאל"כ איך הוא זוכה בו, ולדעת רש"י י"ב א' דבהפקר דינו כדעת אחרת מקנה, י"ל דנקט מציאה לרבנותא וכ"ש הפקר, ורש"י פי' כאן במשנה דמציאה דקתני היינו חפץ שאינו זו ממקומו, ולא כפי' הרמב"ם דפירושא קמפרש אחר מציאה והיא צבי שבור, ובאמת קשה לומר דסתם מציאה מתפרשת חפץ, אבל אפשר דנקט מציאה לומר שדיני המשנה נכונים בכל מציאה אף שאינה מהלכת, דמ"מ בעינן משתמרת ע"י אמירתו או ע"י שעומד בצד שדהו.

ולפ"ז המשנה מתיישבת כרש"י וכהרמב"ם בענין אחד, דקתני מציאה שכוללת הכל גם דומם, והדר מפרש כגון צבי שבור כו', ומדקתני אחר מציאה אחר צבי, שמעינן נמי דתרתיה קאמר, בין מציאה ובין צבי שבור.

שם אחר גוזלות שלא פרחו, יש לעי' פשיטא ולמאי איצטריך לאשמועינן הני בתר צבי שבור, וי"ל לדיוקי סיפא דגוזלות מפריחין לא אמר כלום, ולא מיבעיא צבי רץ כדרכו, אלא אפי' גוזלות מפריחין מעט שאם רץ אחריהן

דבדליכא אחריני א"צ אמירה, ואם נימא דבמתנה ג"כ בעינן עומד בצד שדהו, י"ל דהתנא מיירי במה שצריך למציאה טפי ממתנה, ולא נחת לבאר באיזה אופן קונים בחצר שאינה משתמרת.

שם ותיקני ליה שדהו כו', פי' דהא בחצר שקונה שלא מדעתו אין יתרון אם במקרה הוא גם עומד שם, שרק דעתו מהניא להחשיבו עומד בצד שדהו, וא"כ בקונה שלא מדעתו מבוואר שא"צ עומד בצד שדהו, והיינו דקאמר ותיקני ליה שדהו מעצמה בלא דעתו וממילא גם בלא עמידתו, ואין לדקדק מזה דבעומד בצד שדהו לא שדהו קונה לו אלא מדין יד הוא, וכדקתני זכתה לי שדי.

שם דאריב"ח חצרו של אדם כו' נקט חצר דהויא משתמרת, והכא מיירי בשדה שאינה משתמרת.

שם דתניא ה' עומד בעיר כו', ענין שכחוהו פועלים ולא שכוו בעה"ב שייך רק בעומר ידוע שמונח במקום מסוים, והבעה"ב נותן דעתו עליו, אבל הפועלים עברו בסמוך לו ושכחוהו, וכ"ז שבעה"ב זוכרו הרי הוא שלו, אבל אם ישכחנו מדעתו יהא שכחה, כיון שבמעשה העימור כבר נשכח, ומהניא זכיתו לבטל שכחת הפועלים ושוב לא יהא שכחה בשכחת הבעה"ב לחוד, כיון שאין כאן שכחה גמורה של המעמר, אבל קודם עימור הפועלים לא מהניא זכית הבעה"ב כלום.

שם ב' א"ל דמי האי מרבנן כו', יש לעי' הרי הפשטות שקנו בקנין חצר כדתנן ב"ב פ"ה א' אם ה' פקח שוכר את מקומן, וא"כ מ"ט פשיטא ליה כ"כ דמיירי בקנין אגב, ומה שייך לומר ע"ז דלא גמיר שמעתתא, בשלמא לר"פ י"ל דהוה פשיטא דדעת אחרת מקנה שאני, אבל מנין פשוט כ"כ דמיירי באגב.

ואפשר דהוה פשיטא ליה לעולא דבבית ר"ג לא חשיב חצרם כלל, דכיון שבני ביתו של ר"ג לא ידעי מזה, אין כאן כח חצר כלל, ובפרט לגבי ר"ג גופיה, שהרי יכולים להזיז הפירות ממקום למקום, ולכן אמר דמי האי מרבנן כו', פי' מה שהעלה על דעתו שיש כאן קנין חצר, וא"צ עומד בצד שדהו, הרי הדבר פשוט שאפי' אם בעלמא א"צ עומד בצד שדהו, כאן לא מדין חצר קנה, ולכן ה' לו לר' אבא לחפש קנין אחר, והיינו אגב, והקושיא עליו לא היתה למה לא הבין לפרושה באגב, אלא למה לא ה' פשוט לו שלא שייך כאן חצר.

שם טובת הנאה אינה ממון כו', פי' שזכות הבחירה למי לתת היא כזכות גברא, ואין המתנות נקנות לכהן וללוי ע"י נתינת מעות וסודר לבעה"ב, כיון שאין לו זכות ממון בפירות להעבירם לכהן עי"ז, ולכן צריך להכניס גוף הפירות לרשות הכהן, אבל דבר שאין בו שו"פ יכולים לקנותו בסודר או באגב.

שם ר"פ אמר דעת אחרת מקנה אותן שאני ומנא תימרא כו', כו"ע מודו דבמתנה א"צ רץ אחריהם כו', דכיון שגם כשיצאו משדהו לא יוכלו אחרים ליטלן שהם שייכים לנותן, א"כ הנדון רק למעשה קנין כלפי הנותן, ובזה סגי בהכנסה לרשותו, ואע"פ שאח"כ יצאו, מיהו עומד בצד שדהו י"ל דבעינן, כדי שתהא משתמרת קצת ויש לו דעת וכוונה לקנות עם שדהו, שאין בה כח לקנות לו מעצמה, אבל אם אינו יודע מצבי זה, אע"פ שעומד בצד שדהו להשגיח על מציאות אחרות, מסתברא דלא מהני.

ור"פ חידש דהטעם מפני שדעת אחרת מקנה אותו, וכמו שמצינו שמועיל הקנאה לקטן, שדעת הנותן מכניסתו לרשותו, ולפי סברא זו יש להשוות עומד בצד שדהו לרץ ומגיע.

ז. עוד בענין מגביה מציאה לחבירו, ותופס לבע"ח

פקח גרוע מחרש כשרוצה להקנות לחרש, ומשני מימר אמר כו', ומכאן מוכח דרבא ס"ל לא קנה חבירו, ולא רק דאיכא נמי טעמא דמיגו, דכשרוצה להקנות לו את החצי, הדין נותן שיקנה, ורק אם בעינן לדין מיגו הכא ליכא מיגו.

שם מימר אמר פקח לא קנה אנא אקני, אין הכונה דאמר האי ק"ו, אלא כל האנצויי הוא כשרואה שמתייחסים אליו פחות מפקח, אבל כשב"ד נוטלין משניהם בשוה לא אתי לאנצויי.

שם אלא מהא היו שנים רוכבין כו', גם לענין משיכה מדמינן שנים רוכבין לשנים שהגביהו, דכיון שהיתה הולכת מחמת כל אחד לבדו, נמצא שהמשיכה אינה משתייכת לאחד לבדו, וצריך לצרף שניהם למעשה אחד, כמו בהגבהה כשכל אחד מגביה כולה.

פי' ב' מתני' היה רוכב ע"ג בהמה וראה את המציאה ואמר לחבירו כו', לשון המשנה צ"ב, דאם כל החידוש שהמגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו הול"ל הכי בהדיא ותו לא, ועוד דסתם נטלה ואמר אני זכיתי בה פשיטא דזכה, ועוד דמה איצטריך לאשמועינן שהאומר אחר שנתנה אני זכיתי בה תחלה לא אמר כלום, פשיטא וכי לאיזה צורך נתנה לרוכב אם היא שלו, ומ"ט קתני במעשה דה"י רוכב.

והנה לר' יוחנן דמתני' מיירי באמר תנה ולא אמר זכה לי, ביאור הדברים שהרוכב הסתיר מחבירו שזו מציאה, כדי שלא יזכה בה לעצמו, ואמר לו היות ואני רוכב ואיני יכול לירד להגביהה תנה לי, וחבירו נטלה ע"מ להשיבה לבעליה שהוא הרוכב, ולכן אע"פ שהמגביה מציאה לחבירו קנה חבירו, כאן לא קנה, לפי שלא נתכוין לזכות עבורו,

ח' א' ארמב"ח זאת אומרת המגביה מציאה כו', הנדון משום תופס לבע"ח, ויש לעי' איך שייך לחשוב את כל העולם שיש להם זכות במציאה זו, והנה המונע חבירו מלזכות במציאה אפשר להבין שרשאי לסלקו בכח, דכיון שיש כאן ממון שבידו לזכות בו, הר"ז כמעכב את חבירו לדוג בים כנרת, והשתא נמי שמגביה לחבירו ולא לעצמו חזינן ליה כתופס ומונע אחרים מליטלה, ובפרט כששניהם רצים לתפוס, והוא תופס לאחר דשפיר טוען לו שאין לך זכות לתפיסה כזו, שהוא כמעכב ולא כזוכה.

שם מיגו דזכי לנפשיה כו', דכיון שכל מטרתו להשלים זכיה דנפשיה אינו כתופס לחבירו, רק תופס לעצמו להשלים קנינו, ועוד דכח הזכיה לחבירו הוא עושה בחלק שזוכה לעצמו, ובזה כבר זכה לעצמו, ומתוך שלו מגביה לחבירו, ומהא דלא מיקרי שלד"ע חזינן דחשיב כל אחד כעוסק לעצמו בלבד, ונחשבים שניהם כאיש אחד להגבהה זו.

שם אמר רבא השתא דאמרת אמרינן מיגו כו', אפי' אם האמת דמגביה מציאה לחבירו קנה חבירו, מ"מ האמת דטעמא דמתני' משום מיגו, דהא לא שמעינן ממתני' אלא בדאיכא מיגו, ובשותפין שגנבו איכא מיגו, ולכן סיימו בסוף הסוגיא ורבא אמר לך מיגו כו' דזהו מאי דשמעינן ממשנה יתירה.

שם מתוך שקנה חרש כו' לרמב"ח ודאי לא קנה, אבל לרבא ס"ד שתיקנו שיקנה קנין גמור המועיל גם לפקח כדי ששניהם יקנו יחד, ובתור הכי אמרינן שתיקנו רק לחרש, ודחי דא"כ חלקו של פקח כמונח ע"ג קרקע, ואיך קנה החרש, ומסקנא דאפי' אם הפקח רוצה להקנות לחרש שיקנה חצי לא קנה, כיון שחציו של פקח כמונח ע"ג קרקע, והיינו דאמרינן מ"ש משני חרשין שאינו בדין שיהא

שהרי סבור שהיא שלו, ולא שייך כאן לדייק תן כזכי, כיון שהרוכב אינו הבעלים, וכשאומר תנה לי פירושו תן לי את שלי, שבכונה הסתיר ממנו שהיא מציאה וכמ"ש בתו' הרא"ש.

וקמ"ל מתני' דכ"ז שלא נתנה לו יכול לחזור ולומר אני זכיתי בה, ואפי' מתחלה חשב ליתנה לו לא זכה בה, כיון שסבור שהיא שלו, והיינו דקתני נטלה להחזירה לו וחזר ואמר אני זוכה בה כעת זכה בה, אם משנתנה לו ע"ד שהיא שלו חזר ואמר אני זכיתי בה תחלה על הצד שהיא מציאה, ונתתיה לו לפי שחשבתי שהיא שלו לא אמר כלום, שאפי' נתנה לו בטעות זכה הרוכב משבאה לידו, ולפ"ז לא אתא תנא לאשמועין דין מגביה מציאה לחבירו, אלא לומר שהמגביה אינו זוכה לעצמו בזה שהגביהה והיא בידו כשסבור שהיא של חבירו, וכ"ז שלא נתנה לו יכול לחזור בו מהגבהתו כיון שלא זכה לחבירו ואמר אני זכיתי בה כעת, ורק משנתנה לו לא מהני שיאמר תחלה ונתתי לו לפי דבריו.

ולר"נ קמ"ל מתני' דכ"ז שלא נתנה לו יכול לחזור בו, אע"פ שמתחלה הגביהה לטובת חבירו, אבל משנתנה לו אע"פ שטוען שנתנה לו בגלל שחשב שהמגביה מציאה לחבירו קנה חבירו, אבל באמת חשב אח"כ לקנותה לעצמו אם אפשר, לא אמר כלום, דכיון שנתנה ע"ד שהיא שלו, זכה בה חבירו.

ולעולא קמ"ל מתני' דאע"פ שהגביהה סתם והי' משמע שזוכה לחבירו נאמן לומר אני זכיתי בה לעצמי תחלה כשהגבהתיה, אע"פ שהי' נראה לעינים שהולך ליתנה לרוכב, אבל משנתנה לו לא מהימן לומר שזכה בה תחלה, והא דתנא סיפא תחלה לגלויי ארישא, ולא קתני לה ברישא, היינו מפני שברישא אינו אומר אני זכיתי בה תחלה, אלא אומר אני זכיתי ולא הגבהתיה לצרכך, והתנא מפרש בלשון תחלה שבסיפא שהיתה כונתו זכיתי בה תחלה, אבל לא מיירי דאמר

בהדיא תחלה אלא בסיפא, ששם מתאים לומר תחלה, וקמ"ל דהמגביה מציאה לחבירו קנה חבירו, ואינו יכול לחזור בו אבל נאמן לומר שזכה בה תחלה כ"ז שלא מסרה לידו, ואפשר דלעולא מיירי ג"כ בטוען שמסרה לו לפי שחשב שהיא שלו.

שם גמ' וחכ"א יתננה לעני הנמצא ראשון, להכי לא קאמר לא זכה לו לאשמועין שאינו רשאי לעכבה בידו לטובת העני, וחייב ליתנה למי שמבקשה ממנו ראשון.

שם אמר עולא מחלוקת מעשיר לעני כו', מדקתני איש פלוני עני, ולא קתני איש פלוני וממילא מובן דעני הוא, אלא ש"מ שהמלקט עשיר, וכן הוא סתמא דמילתא שהעני זוכה לעצמו, ומי שליקט לאחר עשיר הוא ולכן לא ליקט לעצמו, ועוד מדקתני יתננה לעני הנמצא ראשון, ולא קתני יטלנה לעצמו, ולשון מי שליקט לא משמע בעה"ב, ואמנם אף ר"נ מודה דלר"א ה"ה מעשיר לעני, אלא שר"ל דמעני לעני נמי פליגי, וכן פרש"י ולימא מר אף מעני לעני מחלוקת, וכדמשמע סתמא מי שליקט כל מי שליקט אפי' עשיר, ואין לומר דלמעוטי בפלוגתא עדיף, דאם פליגי במגביה מציאה לחבירו, לא נחתו לנדון מיגו, ולכו"ע אמרינן מגו, וכ"מ בתוד"ה ולימא, דלר"נ פלוגתא אחריתי היא מלעולא.

שם אבל מעני לעני דברי הכל כו', לכאורה אפי' אם המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו, אין ללמוד מזה למתנות עניים, דמציאה אין לשום אדם זכות בה, אבל מתנות עניים נתנת תורה לעניים, והמעכבה גוזל את העניים, ולכן אינו יכול לזכות לאחר על חשבון השני, אלא דעולא מפרש לה מדין מיגו.

וג' חילוקים הם, א' תופס לבע"ח שהנכסים משועבדים למלוים, ויש לכל אחד חלק בנכסים, ב' מתנות עניים שנתנתם תורה לפרנס

שאינן זכות מוגדרת לשום אדם, ומ"מ דמי קצת למתנות ענים שניתנו לזכות כולם, ובנדרים ז' א' מדמי הפקר לצדקה.

את הענים, ואין רשות לעני אחד להפסיד לחבירו, דכשותפין דמו קצת, ומ"מ גריעי מבע"ח כיון שאין זכות לעני מסוים, ג' מציאה

ח. עוד בענין הנ"ל

בקרע תליא מילתא אלא בהוצאה מהרשות הקודמת, וכל שלא הגביה עבור חבירו, הו"ל ברשות הפקר.

דעת הראב"ד דבטלית קצרה שיש בהגבהת כל אחד בכדי שתוגבה מן הקרקע ואינו צריך להגבהת חבירו קנה, והרשב"א והרא"ש נחלקו עליו, ואפשר דאף הראב"ד לא אמר דבריו אלא לענין המגביה מציאה לחבירו דלא חשבינן ליה חב לאחריני כיון דבלא"ה הי' מוגבה, אבל אם חבירו אינו רוצה לזכות עבורו לא מהני אף להראב"ד, אבל הטור הביא דבריו לענין פקח וחרש, ולכאורה משנים רוכבין מוכח דלא מהני, שהרי כל אחד רכוב בפ"ע, ואפ"ה דייקנן מזה למגביה מציאה לחבירו, ועריטב"א וקצה"ח בזה.

שם אמר רבא לעולם אימא לך כו' והכא היינו טעמא כו' למאי דמסקינן דממשנה יתירא שמעינן לה, א"כ לרבא קמ"ל משנה יתירא דאמרין מיגו, והיינו דאמרין ורבא אמר לך כו' פי' דלאו סברא פשוטה היא שהרי הוצרך התנא לשנות משנה יתירא לד"ז, מיהו רבא לא החליט דהמגביה מציאה לחבירו לא קנה דשפיר י"ל דהיינו דקמ"ל משנה יתירא.

שם מיגו דזכי לנפשיה כו' אפשר להסביר דכיון שזכה לעצמו את החצי שהגביה, א"כ אינו מגביה לחבירו חפץ של הפקר אלא חפץ של עצמו, שאמנם הוא מסייע בהגבתו שלא יהא כמונח מקצתו ע"ג קרקע, אבל כיון דמקצת זה הוא זוכה לעצמו הרי הוא ג"כ רשאי להגביהו לחבירו.

ואפשר לפרש דכיון שמטרת שניהם לזכות כל אחד לעצמו לא שייך לומר שהוא

ח' א' אמר רמב"ח זאת אומרת המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו, פי' דלא אמרינן דהו"ל כתופס במקום שחב לאחריני, דיש מקום לראות חפצי הפקר כמתנה שניתנה לכל העולם, וכדאמרין נדרים ז' א' דאפשר שיד להפקד ביד לצדקה, וכמו שהמפקיר לכל בני משפחתו אם הי' חל הפקר, או שנתן להם רשות לזכות, שהדבר מובן שהזוכה לאחר לא נהג כשורה, שהוא חב לאחריני, וה"ה במציאה והפקר, אבל המציל מזוטו של ים מסתברא דלא חשיב חב לאחריני ואינו בגדר מגביה מציאה לחבירו, כיון שהוא כאילו יצר את הממון הזה בהצלתו, ויכול לזכותו למי שירצה.

ונראה שלא הי' מושב ב"ד לגזור שלא יזכה לאחר, אלא כיון שהדבר מובן דלאו שפיר עביד, א"כ אין לו כח זכיה להקנות בהגבתו, וסדר הראוי בתקנת השוק מיקרי סברא דאורייתא, אע"פ שאין כאן גזל וחייב ממון, והר"ז בכלל ועשית הישר והטוב, ויש לשאול כיון שיכול לקנות לעצמו ולהקנות, איזה ענין יש לו להקנות בלא זכייתו, וי"ל כגון שחבירו שונא מתנות, אבל זכיה זו לאו מתנה היא דלא יהיב ליה מדיליה כלום.

שם תעשה זו כמי שמונחת ע"ג קרקע כו' המגביה חפץ של הפקר ואינו חפץ לקנותו, הרי ידו כרשות ההפקר וכל הקודם זוכה מידו, נויש להסתפק אם רשאי למנוע אחרים מלזכות, כגון שתופסה בידו בחזקה, או דהו"ל כעומד בדרך ומונע בנ"א מלהתקרב לחפץ הפקר דודאי לאו שפיר עביד, וה"ה כשהוא בידו, ולכן אם אחד אינו רוצה לקנות לחבירו הו"ל כברשות ההפקר, דהא לא

שלא תחשב כע"ג קרקע, ואינו נותן לו זכות באותו חצי, ובכה"ג לא מקרי שלד"ע, כיון שגם חבירו מגביה החצי של גניבתו לעצמו, ואינו צריך את שליחותו לעיקר הגניבה.

באחרונים יש שדימו מיגו דזכי לנפשיה גם

כשמגביה מציאה לבדו חציה לעצמו וחצי לחבירו, או שתופס לבע"ח חצי לעצמו וחצי לחבירו, ובפשוטו אינו מוכן דמה מהני חצי אחד שזוכה לעצמו לענין החצי השני, וכנראה פירשו דכיון שצריך להגביה כל החפץ כדי לזכות את החצי לעצמו, נמצא שאת מעשה ההגבהה על כל החפץ עושה בהיתר, וכיון שרשאי להוציא את כל החפץ מרשות ההפקר בהגבהתו, רשאי ג"כ לכיון שזוכה לחבירו, כיון שאינו עושה מעשה הגבהה מרשות הפקר לצורך חבירו, והדברים מחודשים לפרש שעיקר החסרון הוא במעשה שאין לו רשות לעשות מעשה הגבהה ומשיכה, דבפשוטו עיקר החסרון בכונתו, ואין מעשה ההגבהה בהיתר מתיר לו לכיון לזכות לחבירו.

לשון מיגו דזכי לנפשיה מתפרש שאינו זוכה

לחבירו מהפקר אלא מתוך שלו הוא זוכה לו, א"נ מתוך שרוצה לזכות לעצמו מוכרח לזכות לחבירו, אבל אינו כמגביה לחבירו, וממה שאמרו מתוך שקנה חרש קנה פקח, משמע דכיון שחל הקנין של החרש לעצמו, והפקיעו מרשות ההפקר, מהני נמי שיהא חלק זה כמוגבה לחבירו.

תופס לאחר במקום שחב לאחריני, כי כל ענינם לזכות לעצמם ואינם באים לסייע לאחרים, אלא שדרכי הזכייה מחייבים שכל אחד יזכה לחבירו את החלק שזוכה לעצמו שיהא כמוגבה מן הקרקע עבורו.

ויש לעי' מ"ט דרמב"ח, וכי שייך לומר בכה"ג דאין זה בגדר ועשית הישר והטוב, הרי אינו מתעבר על ריב לא לו, וי"ל דכיון דמשכח"ל שיזכה לעצמו ולא לחבירו, דהיינו שאם חבירו יגביה עבורו והוא לא יגביה לחבירו לא יזכה חבירו, שייך לומר שחלק זה אינו רשאי, מיהו אם הוא לא יזכה לחבירו אף חבירו לא יזכה לו, אבל שיסכימו ד"ז ביניהם כעין שכירות פועל שבשכר שאגביה עבורך תגביה עבורי, ואולי ס"ל לרמב"ח דשותפין שגנבו כיון שנכנסו יחד לעיסקא זו הו"ל כשכרו זא"ז להגביה אחד לחבירו, א"נ כיון שא"צ לקנות החפץ לגמרי רק להתחייב באונסין סגי בהכי, ונפ"מ בשני מלואים שתפסו יחד חפץ מנכסי הלואה, דלא מסתבר דלא מהני לרמב"ח.

שם ושותפין שגנבו חייבין מ"ט כו' פי' דבאמת אין אחד גונב עבור חבירו, אלא שמגביה את החצי שגנב לעצמו שיהא בגדר הגבהה גם לטובת חבירו, ובכה"ג אינו כשליח לדבר עבירה אלא כמסייע עוברי עבירה, כיון שאת החלק שמגביה לחבירו הוא לבדו גונבו, אלא שמגביה את גניבתו גם לטובת חבירו

ט. בקנין חצר

דאין נפ"מ אם השדה סמוכה לבית ר"ג או רחוקה, שהרי לעולם אינה משתמרת כלפי הנותן ואפ"ה מהני במתנה, וממילא מהני נמי בדר"ג, והטעם משום דבדעת אחרת מקנה סגי במעשה כל דהו של הוראת בעלות, מיהו לשון דעת אחרת מקנה משמע שכח הנותן מסייעת לקנין כמו בקטן דמהני דעת אחרת דלהעביר בעלות מרצון הבעלים אפשר בקל

י"א ב' ר"פ אמר דעת אחרת מקנה אותן שאני, לכאורה יש לדון דלגבי לקנות מר"ג לא מהני דעתו דכיון שאינה משתמרת מפני בני ביתו של ר"ג הרי לגבי ידידה לא נפקא מרשותיה, ול"ד למתנה בעלמא שנותנה בשדה המקבל, דכיון שמשתמרת מבני העולם מכח בעלותו של הנותן, סגי בהכנסה לרשות המקבל ליחשב קנין, אבל לא כלפי ר"ג, וי"ל

מכח הנותן, ולא משום דמשתמרת טפי ע"י בעלות הנותן.

שם הרי גט דדעת אחרת מקנה אותה כו', לכאורה התם במשתמרת נמי בעינן עומדת בצד רשותה כדאמרינן בצד ביתה דבית משתמר הוא, וא"כ מה ענין זה לעומד בצד שדהו דבעינן שיהא משתמר על ידו, ואפשר דהשתא דלא ידעינן טעמא דבעינן דומיא דידה, ע"כ חזינן דגט חמיר טפי שאפי' במשתמרת בעינן עומדת בצד רשותה, ומ"מ שמעינן מזה דדעת אחרת מקנה לא מהניא.

שם שאני גט דאיתיה בעל כרחא, פי' ולכן בעינן לכל הפחות שתתייחס הנתינה לאשה עצמה, דכיון שאינה רוצה לקבלו ואין דעתה לשמרו, לא מיחזי הקבלה אלא כשהיא עומדת ורואה הנתינה, וכיון דאיתיה בע"כ ה"ה דברצונה בעינן עומדת בצד ביתה.

שם מתקיף לה רשבדר"א ולא ק"ו הוא כו' ס"ל דבעל כרחא א"צ קנין גמור אלא שתקבלנו, ולכן סגי בהכנסה לרשותה כל דהו.

י"ב א' גבי גט דחוב הוא לה כו' יש לעי' אם אמרה דניחא לה מאי ופשטות הדברים שאין חילוק בגירושין, אבל יש להסתפק אם הטעם משום גזיה"כ דכיון דקרא דנותן בידה מתפרש על כל דיני הגט בשוה ולא קאי אגט דבע"כ, ממילא לא קאי נמי אגט דמדעתה, דחשיב כאילו נכתב ונתן בידה בע"כ אפי' נתן בחצרה, או"ד מפרשינן טעמא דקרא דבעינן שתקבל הגט בידיעתה ולא ברשותה בלבד, ונפ"מ בשליח לקבלה אם מהני חצירו כמ"ש בשו"ע סי' ק"מ ס"ג מה הדין בחצירו שאינה משתמרת ומה הדין במשתמרת ואינו עומד בצד שדהו, דאם הטעם משום חוב גבי ידיה ליכא חוב, שהרי בחצר מסייעתו לרצונו בקיום שליחותו, ואם הטעם משום דבעינן שיתקבל ליד אדם אף בשליח בעינן עומד בצד שדהו, שו"ר בב"מ שם שהביא המל"מ פ"ו דבירושלמי מספק"ל אם

יש לשליח לקבלה דין חצר, או"ד לא עדיפא משליחות שאינו יכול לעשות שליח אחר, ולצד דמהני חצירו צידד דמהני נמי באינו עומד בצד שדהו, כיון שלדידיה זכות הוא להשלים שליחותו, והט"ז כתב דאין לשליח חצר משום דמטעם שליחות איתרבאי ואין שליח עושה שליח.

והי' מקום לומר דבמגלה דעתה שרוצה לקנות בחצירה וביתה הו"ל זכות ומהני, כגון שעומדת ברחוק ואומרת לבעל הנח בחצירי, שאמירתה והנחתה באותה שעה, ול"ד לשליח שאינו יכול לקבל עבורה אפי' כשגילתה דעתה דניחא לה, דאמרינן שהי' לה למנותו בהדיא, וש"מ שלא גמרה בדעתה שזכות הוא לה, אבל בחצרה שא"צ מינוי נוסף וניחא לה שפיר מהני, אבל פשטות הדברים דלעולם בעינן עומדת בצד ביתה, וכ"כ הריטב"א, אבל שמעתי שברשב"א כתב דמהני.

י"א ב' והוא שרץ אחריהן ומגיען, פרש"י בתוך שדהו, דעי"ז חשיב שרשות שדהו מסייעתו, דבתוך שדהו יכול לאסור על אחרים מליכנס, וכיון שמגיען בתוך שדהו ממילא יזכה בהן, ומה"ט אין יתרון במה שמגיען חוץ לשדהו, ולעולם כל שאינם הפקר אם זכה בהן, הרי ע"כ שיכול לתפסן בעצמו או ע"י שלוחו או ברכב ופרשים, ולכאורה מתני' מוכחא דצבי רץ כדרכו מיירי באופן שאם יש לו בעלים אינו נעשה הפקר כתרנגולת שמרדה דמייאש מינה, חדא דהא חזינן שהם רצין אחריו וש"מ שיש להם סיכויים לתפסו, ועוד דקתני לא אמר כלום, משמע שאם היתה אמירתו זכתה לו שדי מהניא, הי' נשאר הצבי שלו, והיינו מפני שאינו רץ כדרכו ממש, וכ"מ בלשון גוזלות מפריחין, ולא עוף הפורת, ולפ"ז מבואר במתני' דאע"פ שרץ אחריהן ומגיען חוץ לשדהו לא מהני, דהיינו אע"פ שיכול לתפסן משך הזמן, דהא מה"ט אינם כזוטו של ים מפני שיכול לתפסן וכמשנ"ת.

י. יאוש שלא מדעת

מבעליו, כיון שאין אנו מסופקים בדעתו, הר"ז מפקיע החפץ ממנו, ואב"י סבר דבעינן מעשה ע"י הבעלים, אבל מהא דמדמינן בגמ' תרומה והכשר לדין ישל"מ, ש"מ שזוהי סברא כללית בדבר שדעתו ידועה בודאי אם צריכין דעתו בהדיא.

יש לעי' בהא דאמרינן בזוטו של ים כו' רחמנא שרייה, ומשמע דזה ידעינן מעיקרא בלא הברייא דאשר תאבד ממנו, ומגליה לאב"י הא, ואפשר דמודה אב"י דהיכא דלא מהני שיאמר שאינו מתיאש דלא בעינן דעתו, וזה למדנו מאשר תאבד ממנו, אבל לרבא שזוהי סברא כללית דישל"מ הוי יאוש לא צריך קרא לזה, ואפשר דרבא יליף מהאי קרא דלא מהני שיאמר בהדיא שאינו מתיאש, או דמהכא יליף לישל"מ בכל מקום.

הא דלא מהני בדבר שיש בו סימן היינו אפי' אם יבא אליהו ויאמר שגם מעיקרא הי' מתיאש, וכמו המזכה גט לאשה ואמר אליהו דניחא לה, מ"מ אין כח לזכות במצב כזה כיון שהמציאות אינה מחליטה את זה רק דעתו, ובזה לכו"ע בעינן דעתו בפועל, ורק בדבר שהמציאות לחוד קובעת שמתיאש פליגי.

כ"א ב' איתמר יאוש שלא מדעת כו' מהא דפטרה תורה להשיב אבידה שאין בה סימן מפני שנתיאשו הבעלים ממנה, שמעינן דיאוש מפיק לה מרשות בעלים, דודאי אם נשאר של הבעלים אין סברא שיפטר מלהשיב לו.

יאוש אינו כהפקר שהבעלים מוציאו מרשותו ע"י היאוש, אלא החפץ האבוד יצא מרשות בעלים במדה מסוימת, שהרי אינו יכול להקדישו, וכשהאדם משלים בלבו עם המצב האבוד, ניתק הקשר של האדם ופקעה בעלותו, אבל אם הי' החפץ ברשותו או שאחר משמרו עבורו לא מהני יאוש, שהרי אין כאן מצב אבוד דנימא שהוא השלים עם המצב הזה, וזהו יאוש בטעות דלא מהני, אבל הפקר מחמת טעות מהני, דסו"ס הפקירו וכיון שלא התנה כלום, הר"ז הפקר.

הנדון בישל"מ אינו מפני שיש חשש רחוק שלא יתיאש, שהרי כשידענו שמשמש בכיסו ולא ידענו אם נתיאש הר"ז מותר לכו"ע, וא"כ חזינן מזה דאין ספק שמא לא יתיאש, ומ"מ ס"ל לאב"י שאין החפץ מתנתק מבעליו אלא ע"י המציאות שנתיאש, והי' מקום לפרש שזוהי סברא מיוחדת ביאוש, דרבא סבר שמצב כזה לחוד מנתק החפץ

יא. סימנים דאורייתא או דרבנן

ושמעתי מאחי הגר"ש שליט"א דלא סמכינן אסימנים אלא בצירוף זה שאבדה לו אבידה כזו, דבזה אמרינן שאין לחוש שגם לחבירו נאבדה אבידה בסמנים אלו, אבל אדם שידע שהי' לו חפץ בסימנים כאלו, ואינו בביתו לידע אם אבד לו חפץ זה, אינו יכול ליטול החפץ ממוצאו עד שיברר שאמנם אבד

כ"ז א' איבעיא להו סימנים דאורייתא או דרבנן, פ"י סימנים רגילים כהני דפרקין, כגון מנין ומשקל וקשר, דכיון דאיכא עוד כאלו, לא הוי דאורייתא, אבל סימנים מובהקים שאין מצוי כאלו כלל לכו"ע הוי דאורייתא, וסימנים דאיכא טובא כאלו כארוך וגוץ אף מדרבנן לא הוו סימן.

שהוא בטוח שהחפץ שלו וגם העדים מתאמת בלבם שהחפץ שלו ע"י הסימנים, מתאמצים ג"כ להכירו בטב"ע, ומ"מ לאו משמלה נלמד ד"ז אלא מסברא, אבל שמלה אינה הוכחה לסימנים, מיהו סתמא דמילתא מכיר שמלתו בסימנים שיודע מדת ארכו ורחבו לפי מדת גופו.

וקי"ק לעיל דבעי למימר דשה לסימנים איך נלמד סימנים משה אטו כל שה יש לו סימנים, ול"ד לשמלה דסתמא יש לה תובעין כמ"ש רש"י, וכן יש לו בה סימנים, וצ"ל דסמכין אייתורא דשה.

שם חמור בסימני אוכף אימא בעדי אוכף, פ"י דקרא דחמור אתא לאשמועינן שמחזירין את החמור אגב האוכף, ובכל אופן סמכין להחזיר האוכף נקטינן שהחמור של בעל האוכף, ואין התייחסות בפסוק זה באיזה אופן מחזירין האוכף, דלא מיירי בדין האוכף כלל, אלא שהתנא נקט סימנים לפי האמת דמחזירין האוכף בסימנים, ודחי אימא בעדי האוכף שהפסוק מתפרש כן, והברייא נקטה סימנים לפי האמת לדינא.

שם אלא דרשהו אם רמאי הוא כו' לשון דרישה בכאן מחודש קצת דהול"ל עד בקש אחיך, אבל דרישה נאמר בתובע כמו דרוש דרש משה או בחוקר כמו ודרשת וחקרת, וכשמביא סימנים יש לו סיבה לדרוש ולתבוע ולא רק לבקש, ומפרשין האי קרא לומר שתדרוש את אחיך וזהו מלשון חקירה כמו ודרשת וחקרת.

שם מאי מאי לאו בסימנים לא בעדים, פ"י דבסימנים מיקרי חקירת אחיך, אבל בעדים א"צ לאחיך כלל, שהרי יש עדים שהחפץ שלו, ומ"מ יש יש לדחות דקמ"ל קרא שלא יתן לו ע"פ עצמו, אבל פשטיה דקרא מיושב יותר שהדרישה מאחיו לחוד, ולכן נקט רבא הכי לקמן כ"ח א'.

לו חפץ זה, ואפשר שאם חושש שמא שלו הוא רשאי ליטלו כדי להיות מוחזק בו, אבל אינו רשאי להשתמש בו עד שיברר שאבד לו חפץ זה, והדברים מסתברים שאשה שהלכה למדה"י ושמעה שמת אדם עם סימנים כשל בעלה אינה רשאית להנשא עד שתברר שאמנם בעלה נעלם מביתו והוא בחזקת אבוד.

ולפ"ז נוחא הא דעדיפי סימנים מרוב שאין הולכין בממון אחר הרוב, והרי בסימנים ג"כ ידענו שיש עוד בנ"א שיש להם חפץ כזה בסימנים אלו, אלא דכיון שאין שום ריעותא בנכסים של אחרים לא חיישינן שנאבדו, ולכן אינם בכלל הספק, ולא חשיבי כמיעוט כלל.

שם ב' לאהדורי גט אשה בסימנים, לכאורה בגט הדבר רחוק מאד שיוזמן שמו ושמה ושם עירו וסימנים בשני בנ"א, וד"ז קרוב להיות כסימן מובהק, וי"ל דבאמת מבחינת הסיכויים שיוזמן כן זה כסימן מובהק, אבל אם יארע דבר כזה אין כאן קושיא שנעשה דבר משונה, משא"כ בסימן מובהק שגם אצל אחד זהו מקרה שאירע נקב בצד אות פלונית וכיו"ב, ואם יארע כן אצל שני בנ"א הר"ז דבר תמוה, ולא רק מקרה נדיר מאד.

שם תנא תובעים איצטריכא ליה סימנים כדי נסבא, לכאורה גם אם האמת דסימנים דאורייתא לא ילפינן לה משמלה, כדחזינן לקמן כ"ח א' דיליף לה רבא מעד דרוש אחיך אותו, דהאמת ששמלה נכתבה לענין תובעין לומר דלא מיאש, ולאפוקי דבר שאין בו סימן, ולכן אם אינו מתיאש מפני שימצא עדים בטב"ע, מתפרש גם הפסוק דשמלה מה"ט, ואין גילוי לסימנים ע"י קרא דשמלה.

ויצויי בתו' לעיל א' ד"ה מה שמלה שכתבו דאפי' אם סימנים לאו דאורייתא מ"מ אין מחזירין אלא דבר שיש בו סימן, דבלא סימן ודאי מיאש שיודע שלא ימצא עדים שיכירו בטב"ע שזה שלו, ורק ע"י סימנים

יב. בחיוב השבה, ובדין אם נטל לא יחזיר, ובאבידה שאין בה סימן

ויש לעי' אי לאו קרא אטו ס"ד שכל האומר על אבידה שלי היא מחזירין לו, (והרמאי שיעמוד על אבן הטוען יכול כל אבידות שבעולם, מיהו רמאי בסימנים ג"כ לא מהימן), וי"ל דס"ד דבידוע שנאבד לו ומחפש חפץ כזה אפשר לסמוך על נאמנותו בטב"ע אע"פ שאינו נותן סימנים.

ומי"ש הרז"ה דעדים היינו שמעידין שאינו רמאי צ"ב שהרי צריכין להעיד שאינו משנה בדיבורו אלא בהני תלת, ודבר כזה אינו מסור לעדים להבחין אלא לחכמים, ואטו השבת אבידה נאמרה ליחידים בלבד, והרי כבר אמרו לעיל בעדי אוקף, והדבר מובן דעדי טב"ע קאמר ולא עדי בעל החמור, שאם הוא נאמן הרי הוא נאמן גם על החמור עצמו, ודוחק לפרשה כשהוא עצמו אינו מכיר חמורו

ומכיר אוכפו, אלא ודאי עדי אוקף היינו עדי טב"ע באוקף, ודכותה מתפרש כן כל בעדים דשמעתין.

ומי"ש דא"כ משמלה ילפינן כן, י"ל דמשמלה ילפינן שיש לה תובעין שלא נתיאשו הבעלים, וכיון שידע הבעלים שהיא שלו ע"י סימנים ס"ד דמהימנין ליה בטב"ע, וקמ"ל עד דרוש אחיך שאינו נאמן.

הא דבעינן בטב"ע צורבא מרבנן שאינו משנה בדיבורו, היינו מפני שיש מקום לטעות ולחשוב שמכיר בטב"ע, כיון שאינו דבר מוגדר כסימנים, ומה"ט ס"ד דרבא בחולין דסימנים עדיפי מטב"ע, כיון שאין מקום לטעות בהם, שמדה ומנין הם דברים מוגדרים, אלא ששייך שיהא גם לאחר כיו"ב.

יב. בחיוב השבה, ובדין אם נטל לא יחזיר, ובאבידה שאין בה סימן

לנפשיה שקליה, ואפשר שנטלו להכריז עליו, אבל סתמא ל"מ כן.

מיהו אפשר שמצא בעיר שאינה שלו, וא"ל ההוא רומאה דבהאי אתרא לא פרסאי נינהו, והי' פשוט לגמ' דבעיר שרובה גוים הוה מדשקל לנפשיה, ובאתריה דר"א הוה רובא ישראל, ולפ"ז באו להשמיענו בגמ' דיש לברר כל מקום אם רבו האנסין שם, שאין זה כלל בכל העולם, ודעת אאמו"ר שליט"א כפ"י זה דס"ל שהפשטות הוא שהרומאי א"ל מנהג המקום, ולא שהוא אינו מבני המקום ואינו נוהג כמותם.

ב"מ כ"ה ב' מתני' מצא אחר הגפה כו' או בשבילין שבשדות, סדר המשנה צ"ב דהול"ל או בשבילין שבשדות קודם גוזלות מקושרין, ולפי מה ששינוי בברייתא ל"א א' דטלית או קדרום בצד הגדר אין זו אבידה, דחשיב ודאי הינוח ואפי' יש בו סימן לא יכול נחא, דשבילין שבשדות אף טלית

ב"מ כ"ה ב' ר' אמי אשכח אודיה דדינרי כו', נראה שהביאו עובדא זו לבאר הברייתא דמשרבו האנסין, דהיינו שהנכרים שבשוק היו מלשינים כל המוצא, ואמרי אבידתא למלכא, ושנו זה ברמז בברייתא, וכאילו אמרו כי הא דר"א כו'.

שם א"ל ההוא רומאה [כ"ה בדפו"י] זיל שקול לנפשך דלאו פרסאי אנן כו', לכאורה באתריה דר"א שלטו פרסאי דאמרי אבידתא למלכא, [ע"י ע"ז ט"ז א' והאידנא כו' לפרסאי כו'], וחשש ר"א שילשין עליו, וא"ל שהוא רומאי דלא אמרי אבידתא למלכא, ולא ילשין עליו, ולכן לא אמרו ר"א איקלע לההוא אתרא ואשכח כו', דמתפרש שמצא באתריה דר"א, והרי במקומו הוא יודע דפרסאי נינהו ולהכי מירתת, [ולכן אמרו ההוא רומאה, ובכת"י הגירסא פרסאה אנא, וגם בלשון רבים מתפרש שאני אינני מהפרסים] מיהו ע"כ שמצא בעיר שרובה גוים, דהא

יב. בחיוב השבה, ובדין אם נטל לא יחזיר, ובאבדה שאין בה סימן

בדחזינן להו שהם מדדין, ולא רק שיכולין לדדון.

שם אי במדדין מעלמא אתו, לכאורה פירושו דרך נפילה הוה, ואפי' נפלו כאן מיקרי מעלמא, וא"כ צ"ב מ"ט לא אמרינן כפשוטו איכא למימר אצנעניהו ואיכא למימר נפלו, ונראה דמיירי שמצאן סמוך לגפה ולגדר באופן שאינם נופלין שם, שאין דרך בנ"א לילך סמוך לגדר כ"כ, וע"כ שהצניעום שם, או שהם עצמם מדדין ומתחבאין סמוך לגדר, והיינו דקאמר מעלמא אתו שנפלו בדרך ואתו מעצמן סמוך לגדר.

ולפ"ז מיושב טפי מה ששינו גזולות מקושרין קודם שבילין שבשדות, דאחר הגפה והגדר מיירי באופן שבדאי לא נפלו שם, וא"כ כל שאר חפצים הוי ודאי דרך הינוח, אבל בשבילין שבשדות א"צ לאוקומי דאתו מעלמא, אלא מעיקרא נפלו כאן, וממילא א"צ לשנות גזולות המדדין, וגם אין המקום סימן לצד שנפלו, וממילא מתפרש או בשבילין שבשדות כל דבר שמצא.

שם ואם נטל לא יחזיר, הלשון סתום דאם הכונה שמא באו הבעלים בינתים, הו"ל לפרושי טעם זה בגמ', דליכא למימר דממילא מובן טעם זה, אבל אם הטעם שלא יחזיר מפני שאינו משתמר ניחא, מיהו אכתי קשה למה לא יחזיר אם דרך נפילה אתו מעלמא הרי אלו שלו, וא"כ כל מה שהוא מחזיר זה לצד דאצנעניהו, וא"כ ניחא ליה במקום זה אע"פ שאינו משתמר כ"כ, ובתו' חידשו דאמרינן ששכח, וג"ז סתום בגמ', (ואין הכונה שכח היכן הניחן, אלא ששכח מהם לגמרי, ואם ישנה כמה שעות עד שיזכר כבר יטלום אחרים משם, אבל כשיזכר ודאי ידע היכן הניחם, שאין אדם שוכח כ"כ).

ואפ"ר דבאמת מתפרש לא יחזיר מפני שאינו משתמר, וכיון שנטל נתחייב בהשבה מעליא, וכדאמרינן לקמן ל"ז ב' שלא יניח

וקרדום הוי ספק הינוח וביש בו סימן יטול, אבל אחר הגפה או אחר הגדר, דוקא גזולות מקושרין הוי ספק הינוח, אבל טלית וקרדום הוי ודאי הינוח, ולשון המשנה מתפרש מצא אחר הגפה כו' דוקא גזולות מקושרין, או בשבילין שבשדות אפי' כל דבר, וע"ע מש"כ בגמ' ד"ה ולפ"ז מיושב.

שם גמ' מ"ט, פי' מ"ט לא יגע בהן, או נוטל ומכריז או הרי אלו שלו, דלא אשכחן מצב שלא יטול ולא יכריז.

שם ואי שקיל להו לית להו למריהו סימנא בגויהו, יש לעי' מנלן דמיירי בדליכא סימן, הרי בסיפא קתני לא יגע ואיכא סימנא.

שם ולהוי מקום סימן, בסברא ה' מקום לדון דכאן לכו"ע מקום סימן, דלא נחלקו אלא בדבר המצוי כחבית של יין וכיו"ב, אבל לחוש שבדיוק שנים הניחו גזולות מקושרין באותו מקום זהו חשש רחוק ביותר, ומפשטות הדברים נראה שאין לחלק ביניהם, וכ"מ בתוד"ה אחר הגפה.

שם במקושרין בכנפיהן, יש לעי' למה לא שנה התנא גזולות שלא פרחו, דהא מה"ט קתני גזולות לומר שמדדין רק מעט, [ולאפוקי עופות מקושרין שמדדין מהר, ואין מניחין אותן דרך הינוח אפי' לשעה מועטת] וא"כ הו"ל שלא פרחו ולא יצטרך לאוקומה במקושרין כדרך כל העולם, ואפשר דבמקושרין אמרינן שקשרם קודם שהניחן, וא"כ גם הקשר מסייע לצד של איניש אצנעניהו.

שם ארעב"ח במדדין, לכאורה אם מקושרין רק בכנפיהן ולא ברגליהם ממילא הם מדדין, והלשון משמע דמוקים לה במדדין, ולא דממילא מובן שהם מדדין, (ובפשוטו כל גזול קושרין כנפיו זל"ז, ואין הגזולות קשורין יחד, מיהו ק"ק איך הבין המקשן דהא ע"כ כנפיהן קשורין שלא יפרחו), וי"ל דה"ק הב"ע

יב. בחיוב השבה, ובדין אם נטל לא יחזיר, ובאבדה שאין בה סימן

גזילה ביניהם כיון שבמצב זה אינה משתמרת, ואי קשיא לך, הרי כאן הבעלים ניחא ליה במקום זה אע"פ שאינו משתמר, בזה י"ל דחיישינן שמא כבר בא ולא מצאם, א"נ השתא תו לא ניחא ליה במקום זה, שהרי כבר עברו בנ"א ויש לחוש שיטלום, כמו שמצאן המוצא הזה, או מפני ששכח לחזור מיד לכאן.

מלשון לא יגע בהן אין לדקדק שאם נגע לא יחזיר אפי' מיד, דהא בסיפא נמי קתני הכי והתם אם נטל מחזיר כיון שהוא משתמר.

ב"מ כ"ב א' תרגמה רבא אליבא דאביי דשויה שליח ה"נ מסתברא כו' אלא הב"ע כו', כ"ז מדברי רבא שהרי רבא לא סיים דבריו איך מתיישבת הברייא בדשויה שליח, וכיון שאמרו ה"נ מסתברא קודם סיום דברי רבא, ש"מ דכולה רבא קא"ל, וש"מ דאף לרבא לא מהני דרגת ישל"מ להתיר לתרום, ובעינן שליחות דוקא, ועי' גיטין ס"ו א' ברמב"ן אם סגי בדרגת גילוי דעתא.

שם ואזל איהו ותרם מיפות כו', פי' דנהי דלתרומה בעינן שליחותא, אבל היכא דשויה שליח נהי דסתמו בבינונית, מ"מ י"ל דסגי בגילוי דעתא דניחא ליה ביפות שתרם.

שם אייתי אריסיה תמרי ורימוני כו', נראה שהאריס נתן משלו, אלא שאין לו רשות לחלוק לעצמו, שמא יטול את היפות לעצמו ואת הרעות יניח לבעה"ב, ולזה מהני גילוי דעתא דניחא ליה שיטול אפי' אם הם היפות, והיינו דדמי לגילוי דעתא בתרומה כשעשאו שליח והגדון רק על היפות.

וכן יש לפרש בההיא דקדושין שהאריס קידשה משלו, והגדון הי' שחלק שלא ברשות, ויש לחוש שיקח היפות לעצמו, ולזה

יש לדון דסגי בגילוי דעתא, דשפיר הוי שלו שיחולו הקידושין בהם.

ב"מ כ"ו ב' מתני' מצא בחנות כו', בקושיט הראשונים למה אינו קונה בחצר לאחר יאוש, ותירצו דבאיסורא אתא לידיה, ויש לעי' הרי יכול להחליט שאינו רוצה לזכות בחצרו רק לאחר יאוש, ונמצא דלא אתאי לידיה כלל, וי"ל דאה"נ אם נודע לו לאחר יאוש יכול לכונן לזכות בחצרו כעת, אבל אין לחדש שחלות קנין החצר שלא מדעתו יחול בזמן היאוש, שהרי לא נתחדש כאן מצב של הכנסה לרשותו בין קודם יאוש לאחר יאוש, ולכן אין שייך לחדש שיחול שלא מדעתו מאליו ברגע היאוש, ונראה שזו כונת מרן זללה"ה ב"ק סי"ח סק"ד דחצר פגומה היא, והיינו דשלא מדעתו לא קניא במצב זה, אבל משנודע לו יכול לכונן לקנות עכשיו ע"י החצר.

בדין אבידה שאין בה סימן ועדיין לא נתיאשו הבעלים כתב אאמו"ר שליט"א בסי"ג סק"ו בשם הגרע"א ז"ל שאינו מצווה להגביהה, אבל אם נטלה כבר נתחייב בהשבה ואסור להחזירה או לזכות בה לאחר יאוש, והקשה ע"ז דכיון שלא נתחייב בהשבה מנלן דכשנטלה נעשה שומר ע"ז, וי"ל דכל אבידה ששייכת לחבירו והיא בידו יש בה מצות השבה, אבל א"א לחייב בלא תוכל להתעלם, כיון דכאבידה מדעת היא, דכיון שהאדם עצמו בידעתו מתיאש לפי שיודע שלא תשוב אליו, אין לחייב את המוצא בלא תוכל להתעלם, שאינו כמתעלם מממון חבירו יותר מהבעלים עצמו, אבל גם כאבידה שאינו חייב לטפל בה אם התחיל אינו יכול להניחה מידו, וזהו דין אבידה שאין בה סימן כיון שיש בה צד השבה אם ידע מי הוא הבעלים, ובראה ממי נפל כ"ו ב' חייב להגביהה.

יג. בפרק המפקיד [א]

א. בהקנאת כפילא

כפילא, כיון שלא בתשלום קני ליה, אלא מתנה מרצון המפקיד.

ל"ה א' אמר רבא נעשה כאומר לו כו' איכא דאמרי אמר רבא כו', כבר נתבאר במתני' דבאמת הבעלים רוצה להקנות לשומר רק הרווחים של כפל וד' וה', אלא לפי שא"א לקנין לחול בשעת התשלומין ע"כ לחדש גדר קנין קודם הגניבה, ונמצא שכדי להגיע למטרה שהשומר יקבל הכפל מחדשים נעשה כאומר לו, ואין זה דבר אמיתי שמסתמא אומר כך או כך, אלא תוכן הדברים שראוי שהשומר יקבל הכפל, וכדי להגיע למטרה זו מחדשים גדרי קנינים בנעשה כאומר לו, וכיון שנעשה כאומר לו הם רק עצות איך לקיים המטרה של הקנין, הרי אנו דנים מסברא איזה אופן הוא הפשוט יותר, שאין כאן נדון אמיתי איך הוא רוצה להקנות לו, אלא נדון בסברא איזה אופן יותר נאות שיתקנו חכמים בגדרי הקנין להגיע למטרה של הקנאת הכפל.

ובזה נחלקו ל"ק ול"ב דרבא, לישנא קמא סבר דעדיף להקנות באופן מוחלט אע"פ שעומדת באגם, ולצורך זה יש לחדש כמה פרטים בנעשה כאומר לו וזה מחודש לומר שנעשה כאומר כולי האי, בזמן שלא אמר כלום, ול"ב סבר דעדיף לתקן קנין ברור סמוך לגניבתה, אע"פ שיש מאורע של קיימא באגם שלא יקנה.

וזהו מה שאמרו בגמ' איכא ביניהו קושיא דר"ז, ולא מצינו בשום מקום כלשון הזה איכא ביניהו קושיא, ואם יש נפ"מ לדינא הול"ל מה הנפ"מ, אלא מתפרש כפשוטו דלישנא בתרא קשה לו קושיא ר"ז ולא ניחא ליה בתירוץ דנעשה כאומר חוץ, ולכן מעדיף לומר נעשה כאומר לו סמוך לגניבתה, אע"פ

ל"ה ב' מתני' נמצא הגנב משלם כו' למי משלם כו', לשון המשנה למי משלם צ"ב, דהול"ל נמצא הגנב משלם למי שהפקדון אצלו, גם צ"ב דכולה סיפא משנה שא"צ, ונראה דענין הקנאת הכפל הוא כמו אם הי' אפשר להקנות דשלב"ל בכפל, דהינו שבאמת הראוי שהבעלים יתן לשומר רק הרווחים, וגוף הבהמה ישאר לבעלים, אלא שלפי גדרי הקנינים בהכרח להקנות לו גופה, ולכן שיין לשאול למי משלם, כיון שעיקר החיוב הי' ראוי שיהא לבעלים, והוא יתן משלו לשומר.

ולמדנו מזה שאם השומר אינו רוצה לקנות גופה כגון שנמצאת הבהמה והוזלה, אינו מחויב לקנותה, אלא שאם רוצה בכפל מוכרח לקנות גם גופה, וגם למדנו דפעמים שהשומר שילם ואינו זוכה בכפל כגון באטרחיה לב"ד או בדאיכא עדים שפשע או שנאנסה או בנשבע ואח"כ שילם לאביו או רצה לשלם לרבא וגם למדנו שהבעלים יכול לתבוע את הגנב וגם השומר כדאמר ב"ק ק"ח ב' והנדון רק למי משלם.

כ"ה דמילתא אם ענין הקנאת הכפל הי' שע"י ששילם זוכה בבהמה, ואין זו מתנה של הבעלים לשומר, אלא דינא הוא כעין שהזכירו ל"ה ב' בשבועה קא קני לה, א"כ הי' קונה בכל אופן ששילם, וגם הקנין הי' מוחלט משעת התשלומין, שאם רוצה לקנותה לענין כפל ויוקרא יפסיד כנגדו בזולא, וממילא אין לשאול למי משלם כיון שהשומר בעלים מוחלט, אבל השתא שלא הוחלטה בעלותו, ועדיין הדבר תלוי ברצון השומר ובניחותא דבעלים, לכן שיין לשאול למי משלם, וכן בסיפא דקתני למי משלם מיירי באופן שהשומר שילם ואפ"ה לא מקנה ליה

נמצא שהפסידים, שהרי השומר שילם לו רק כשוויה בשעת הגניבה, [וזהו חיוב שומרים לשלם על זמן הפסד הבהמה כאילו הוא איבדה בידים, ומה"ט ארבעה שומרים נכללין באבות נזיקין ב"ק ד' ב'], וזוהי באמת כונת הגמ', ואם הוקרה משעת מסירה עד שעת גניבה וכן אם נתפטמה או נטענה בזה אין לבעלים הפסד דמעיקרא מכרה לו משעת משיכה במחיר שתהא שוה בשעת גניבתה.

מיהו ק"ק למה אמרו שבחא דאתא מעלמא, ולא אמרו שבחא דמשעת הגניבה דלא מפסיד מקנה ליה, שבחא דמפסיד דהיינו מה שעד הגניבה לא מקנה ליה, ונפ"מ דיוקרא וגיות וולדות שנטענה אחר הגניבה, [ולא גזון הגנב שלא קנאן בשינוי], הרי הם בכלל שבחא דאתא מעלמא, כיון שכבר קיבל כל שוויה מהשומר, ובאמת כ"כ הרמב"ן ל"ה א' דיוקרא דבתר שומא כשבחא דמעלמא הוא, וה"ה גיות וולדות לפמש"כ, וצ"ל דנקטו לשון זה בגמ' כיון שהאמת בדעת בנ"א דהוה מקני ליה כפילא גם באופן שהבהמה נשארת שלו, אם ה' יכול להקנות לו רק הכפל, שהכפל כמניעת ריוח והגיות וולדות כהפסד, ולכן נקטו בגמ' כלשון זה.

נקטנו לדינא דשבחא דמגופה שמשעת גניבה מקנה ליה גם לל"ק, וכדעת המ"מ פ"ח משו"פ ה"א, והרא"י לזה ממה שאמרו איכא ביניהו קושיא דר"ז, ואם איתא דנפ"מ לדינא בגיות וולדות שלאחר גניבה לא הו"ל למינקט כהאי לישנא שלא נמצא כן בשום מקום, והענין מוכיח שרק הקושיא ואופן התירוץ איכא ביניהו ולא נפ"מ לדינא, [ועמשנ"ת לעיל בביאור האיכא ביניהו], וכ"מ במשה"ק הראשונים נימא גוף מהיום ופירא סמוך לגניבתה, ותירצו דהיינו נמי שינויא דחוץ מגיות וולדותיה, וש"מ שדינא שוה בלשון חוץ כמו בלשון גוף מהיום ושבח מסמוך לגניבתה, וכן בסברא שהרי משנמצא הגנב ודאי הכל לשומר, והרי לא נתחדש קנין

שנדחק דבמאורע שאם נגנבה מהאגם לא קנה, ולישנא קמא ס"ל איפכא, וזהו שני הנפ"מ זה לעומת זה, ובהא דלא קנה בדקיימא באגם אין כאן קושיא ביושר, דבאמת אינו חייב להקנות לו מן הדין, אלא דניחא ליה בהכי וקבעוהו חז"ל כדין גמור, ואם יש מאורע שלא חל ישאר על עיקר הדין שלא קנה, ואם ירצה יתן לו מכח היושר, ועיקר הקושיא בסתמות המשנה, וגם לל"ק במסרה לו באגם ואמר לו הנח לפני דנעשה ש"ח לא קנה אם נגנבה קודם שמשכה.

שם מתקיף לה ר"ז א"ה אפי' גיותיה וולדותיה נמי, גיות וולדות מתפרש לאחר שגזוזם ונולדו, וא"כ מתפרש בגיות שבבית השומר שלא נגבו, והקושיא שיקנם השומר מכח משיכתו הראשונה, אבל גיות וולדות שבבית הגנב הרי הוא קונה אותם בשינוי, שכל הגזולים משלמין רק כשעת הגזילה, ואם היתה טעונה וגזוה הרי גם השומר שילם דמי טעונה.

שם אלמה תניא חוץ מגיותיה וולדותיה, לא נתפרש היכן נשנה לשון זה, ואם שנינו שהשומר זכה בבהמה חוץ מגיותיה וולדותיה, טפי הול"ל תניא נמי הכי מדקתני חוץ מגיותיה ש"מ שקנה הבהמה מעכשיו, ולכן צריך ללמדנו דנעשה כאומר חוץ, ואפשר דקתני הכי נמצא הגנב משלם הכל לשומר ואם הבהמה קיימת נותנה לשומר חוץ מגיותיה וולדותיה, ומפרשין דהיינו גיות וולדות שנשארו בבית השומר, שאם גנבם הר"ז גניבה בפ"ע, ואכתי אין מזה סייעתא לרבא ד"ל דקמ"ל שאינו מקנה לו מעכשיו, וכמ"ש הראשונים ליישב הברייתא לל"ב דרבא.

שם ומאי פסקא סתמא דמילתא שבחא דאתא מעלמא עביד איניש דמקני כו', הנה עיקר החילוק פשוט שאם מקנה לו כפילא לא הפסיד כלום, ואם מקנה לו גם גיות וולדות

לשומר ע"י מציאת הגנב, שכבר קנאה כששילם כדקאמר ותריצה ותשלמי, ולא מסתבר כלל שאם נמצא הגנב והחזירה, ועדיין לא משכה השומר שוב כעת, וילדה שלא יקבל הולדות, אלא ודאי ש"מ שמשעת גניבה שקיבל הבעלים כל ההפסד, זוכה בה השומר לגמרי אם ירצה.

ברם צריך ליישב לשון הראשונים שהקשו מיוקרא, ותירצו דיוקרא דלכתר שומא מיקרי כממילא, ולמה לא אמרו בפשיטות דלאחר תשלומין, [דהיינו לאחר שעת גניבה ששילם לו כולה], הרי אפי' שבחא דמגופה מקנה ליה, ונראה שלא דנו הראשונים כלל בגיזות וולדות שלאחר גניבה שהם של הגנב, וא"כ הנדון רק בפיטום וגיזות וולדות שהם עדיין עליה, ואין זה בכלל לשון גיזות וולדות שבגמ', שהרי השומר שילם לו כל שווייה בשעת גניבה, ולא נחתו לדון בזה שנוכל לדייק מדבריהם דלא מקנה ליה, ועוד דלכאורה מתקנת השבים הפיטום שמשעת גניבה ג"כ דגנב הוי כדאמר ב"ק צ"ה ב', וא"כ אין מה לדון בזה רק ביוקרא, א"נ בשבח בהמה שנאבדה.

נמצא לפ"ז שבכלל מ"ש הרמב"ן שכל שבח יוקרא שמשעת שומא נקרא שבחא דממילא, ה"ה שבח פיטום וגיזות באופן שזה

שייך לבעלים ולא לגנב, דמשקיבל דמיו חשיב הכל כמעלמא, וכלפי שבגמ' נקטו לשון מעלמא הוצרכו לבאר ביוקרא חשיב מעלמא, אבל כמו שבגמ' לאו דוקא הוא וכמשנ"ת לעיל, כך מתפרש בדברי הראשונים, ואדרבה י"ל דיוקרא חשיב טפי גופה מגיזות וולדות, תדע דיוקרא לבעלים, וגיזות וולדות לגנב.

אמנם דברי הראשונים שצידדו דיוקרא כל"ב דרבא צ"ע, וכמשה"ק הרמב"ן על דבריהם.

שם תוד"ה א"נ, תימה דנימא כו', לפמשנ"ת דהטעם דל"ב פליג הוא משום דלא ניחא ליה לאוקומי נעשה כאומר בתנאים מיוחדים, א"כ אין יתרון לגוף מהיום ושבח סמוך לגניבתה טפי מחוץ מגיזותיה וולדותיה, דשניהם תנאים מיוחדים שקשה להמציאם בנעשה כאומר לו, וכע"ז תירצו הראשונים ז"ל.

ומה שתירצו בתו' דבהאי לישנא מקנה ליה גיזות וולדות שעליה בשעת מסירה, זהו תירוצן שלכן עדיף לאוקומה בחוץ מגיזותיה, אבל אכתי הו"מ למימר שתקנה גם הגיזות וולדות במחיר שישוו הגיזות והולדות והבהמה בשעת הגניבה, אלא שג"ז לא ניחא ליה שיתחייב ליתנם לו בדמים.

ב. בסוגיא דהשוכר פרה מחבירו והשאלה לאחר

הבעלים לר"י, ואין לומר דמירי דוקא בשנתנו לו הבעלים רשות, דהא ראב"מ ל"ו א' לא סבר כן, ומשמע דלרב דששל"ש פטור ניחא ליה מתני', וכן לאביי ורבא שם ב' לטעמא דאנת מהימנת לי או מה"מ מ"ל ומ"ל א"צ לאוקומה בשנתנו לו רשות.

ל"ה ב' מתני' השוכר פרה מחבירו והשאלה לאחר כו', השואל בודאי חייב בכל דיני שואל לכו"ע, דר"י נמי אמר תחזור פרה לבעלים, ויש לעי' אם השוכר אין לו כח להשאל פרתו של חבירו איך השואל מקבל דין שואל כלפי השוכר לרבנן או כלפי

וי"ל דכיון דהשואל אינו גולן והשוכר אינו שולח יד בפקדון, ע"כ הוא שואל של הבעלים, וכיון שהבעלים אין לו זכות השימוש בפרה שכבר השכירה, ע"כ שזכות זו הוא מקבל מן השוכר, ונמצא שמשיתוף הבעלים והשוכר הוא שואל גמור, וכל הנדון הוא בין השוכר לבעלים.

דיני שומרים שבתורה נאמרו רק במקום שאפשר לחייבם מדין מזיק, וכדחשבינן להו מאבות נזיקין ב"ק ד' ב', אבל השוכר שומר לשמור פרתו של אדם מן השוק, אע"פ שפשע אינו חייב לשלם אלא מה שבאמת הפסיד לו, וכיון שלזה שנתן לו את השכר אין שום הפסד אינו יכול לתבעו בדיני שומרים, מיהו אפשר לדון אם יכול להתחייב בקבלת קנין שלא מדיני שומרים כענין חברת ביטוח, אבל לא שההתחייבות תגיע בגלל פשיעתו כשומרים, ואפשר שיש בזה חסרון דאסמכתא, כמו כל משחק בקוביא וכיו"ב, ועכ"פ מתני' לא מיירי בכה"ג אלא כשהשואל חייב מדיני שומרים של התורה, ובזה צריך שתהא הפרה של המשכיר.

וביאר מרן זללה"ה בחו"מ סי' ח' סק"ה שהבעלים מקנה את הפרה לשוכר, לענין מה שרוצה להרויח בה על חשבון דמי שכירותו, שהרי לבעלים אין שום הפסד בדבר, שהוא ניחא ליה בשכר פרתו אע"פ שאינו מרויח באונסין, ואין לו ענין למנוע את השוכר מלהרויח, ואע"פ שהשאל שללא מדעתו, מ"מ הרויח שייך לשוכר מפני שהשקיע את דמי שכירותו, ובגלל דמים אלו מגיע הרויח, ואם לא יקנהו לו יפטור השוכר את השואל, שהרי בא להיטיב עמו ולא עם הבעלים, והר"ז כמדת סדום אם לא ירצה להקנותה לשוכר כשישאלנה.

ואפשר שההקנאה נעשית ביחד עם הקנאת הבהמה לענין הכפל דריש פרקין, שמקנה לו הבהמה לכל רווחא דאתי מעלמא,

והשומר השני זוכה עבורו סמוך לגניבתה או סמוך למיתתה, וללישנא קמא זוכה בה מעכשיו, וכ"נ בריטב"א שכתב בגמ' דלאו דוקא משעת מיתה זכי בה אלא משעת משיכה, ומיושב בזה הא דאמרינן ל"ז ב' חלוק הי' ר"י אף בראשונה כיון דר"י פליג על עיקר ההקנאה שירוויח השוכר מפרתו של חבירו, ואף לר' יוחנן דכששילם מודה ר"י, מ"מ הנדון הוא בהקנאה הראשונה, מיהו מהא דחשיב השוכר בעלים לענין בעליו עמו צ"ו ב' מוכח שזכה מיד.

מידו אכתי קשה איך יתכן שהשוכר ירויח כמה פרות, הרי אין לנו בפרה אחת אלא זה שהבעלים שהפסיד הקנה את הפרה לשוכר, אבל בפרה השניה שגם לשוכר אין הפסד, א"כ איך השואל מתחייב לשלם לו.

וביאר אאמו"ר שליט"א דבאמת עיקר חיוב התשלומין הוא כחיוב דמי ביטוח, וכיון שהשוכר שילם פעמיים דמי ביטוח לשואל, הרי הוא חייב לשלם פעמיים כמו בשילם לשתי חברות ביטוח שכל אחת צריכה לשלם בפ"ע, [מיהו בדיניהם אין נוהגין כן, אלא שתי החברות יחד משלמין את ההפסד], אלא שלפי גדרי התורה צריך שהוא יהא בעל הפרה שיתחייבו לו בדמי הביטוח, ולזה מהני מה שהבעלים מקנה לו את הפרה, מיהו אומר אאמו"ר שליט"א דלא שייך דין כמה פרות אלא בגלל הקנין פירות שיש לשוכר, ואת זה הוא באמת הפסיד שני פעמים, שזהו תשלום דמי הביטוח הכפול, ואגב זה שייך לגרור חיוב כמה פרות.

יש להסתפק לר' יוסי בהשאלה השוכר שתי פעמים, שהבעלים קיבל פרתו, אם את השניה הוא מקנה שפיר לשוכר, כדמודה בכפל שכבר שילם, או"ד אין שייך שני בעלים לפרה אחת, וזה מכריח ששתי הפרות יחזרו לבעלים הראשונים, וכן עיקר, ואחי הגר"ש שליט"א העיר דאפשר דלר"י אפי' הבעלים עצמם אינם

כיצד הלה עושה סחורה בהשאלה פעם שניה בפרתו של הבעלים, ולכן תחזור רק פרה אחת לבעלים, וזה כהסוכרים דליכא שום גונא דמודה ר"י שהשואל ישלם לשוכר.

יכולין להשאל ולשכור ולחזור ולהשאל ולהרויח שתי פרות, דטעמיה דר"י מפני שלא שייך סחורה להרויח בלי להפסיד, וכקושיית מרן זללה"ה, ולכן גם לגבי הבעלים אמרינן

ג. בסוגיא דפשע בה ויצאת לאגם

ואפשר לומר דבשומר שמסר לשומר מיקרי כל רגע שעת הפשיעה, דחשיב שהוא מוסרו לו שלא כדין מתוך רשותו של בעה"ב, ולא דמי לצריפא דאורבני שהמעשה נשלם בהטמנתו שם, דבמסירה לרשות חברו חשיב כעושה כל הזמן, שזה ענין רוחני שתלוי בהסכמה, והיא כמתחדשת כל רגע, משא"כ בהטמנה בצריף שהוא מעשה, וכן בההיא דלקמן ע"ח א' להוליכה בהר והוליכה בבקעה חשיב שהוא מכניסה לבקעה כל הזמן, ולא רק ברגע הראשון, ולכן אפי' הגיע הנחש אחר"כ הוא חייב.

במה שנתבאר דבפשע בה ויצאת לאגם חייב לכו"ע משום דחשיב שפשיעתו הכניסתו לנזק, ולא חשיב סופו באונס, אלא מעיקרא נכנס לאונס בחוסר ידיעה שהאונס קיים משא"כ בצריפא דאורבני שמעשהו נשלם בהנחתו שם, ואח"כ בא הגנב, אכתי יש לשאול בשומר שמסר לשומר ונגנב בבית השומר השני מ"ט חייב הראשון למ"ד ששל"ש חייב, ומתפרש בסתמא דאפי' למ"ד תב"ב פטור הכא חייב, והראב"ד כתב בזה שמזלו של השומר השני גרם, ולפ"ז הי' מקום לומר שגם לגבי מה"מ נימא מזלו גרם, שהשטן מקטרג בשעת הסכנה.

יד. פרק המפקיד [ב]

- ואת"ל דחייב קשה על מה ישלם כפל וחומש הא לא נגרם לבעלים הפסד של ערך ממון.

בסוגיא דשומר שמסר לשומר

ג ל"ו א' אתמר שומר שמסר לשומר כו', נידון שומר שמסר לשומר הוא גם כשהשני שמר כראוי, - בדעת רב יל"ע האם הראשון מסתלק מהשמירה או שהוא נשאר השומר והוא משתמש בשני, - שם לא מיבעיא ש"ח שמסר לש"ש דעלווי עלייה לשמירתו כו' ביאור הדברים, - עוד בהמשך הגמ', ובדין שומר שכר שמסר לש"ח ונגנבה לרב, ובסברת ר' יוחנן, - עוד מה שיש להסתפק בדיני שומר שמסר לשומר.

ד לפי הרמב"ן יש לשאול היכן מוכח דלר"י מתחייב הראשון יותר ממה שהיה חייב מתחילה,

מפתחות

בהקנתא הכפל

א ל"ג ב' מתני' המפקיד כו' או שאבדו, במה שקשה הא באבדה ליכא כפל, - ל"ד א' בדין גיזות וולדות שמשעת גניבה שנמצא הגנב.

בדין שבועה שאינה ברשותו

ב ל"ד ב' אמר ר"ה משביעין אותו שבועה שאינה ברשותו כו', האם חיוב שבועה זו דאורייתא או דרבנן, - שילם ונשבע שאינה ברשותו ואח"כ הודה שהיה החפץ ברשותו האם חייב חומש ואשם אע"פ ששילם כל דמי הפקדון, - וכן כה"ג בהעידו עדים, שהיא ברשותו אם חייב כפל מדין טוען טענת גנב,

- לטעמא דאין רצוני מוכח דאין כאן חיוב אונסין כמו גזלן אלא רק משום דחשוב כפשעיה, - לטעמא דאת מהימנת לי מה הדין אם השני פשע, האם הראשון חייב או שאין חיוב אלא על השני, - בהא דדימו בגמ' ב"ק הא דמסרה לרועה נכנס הרועה תחתיו לשומר שמסר לשומר.

ת. בדברי הרשב"א שכשנותן לבני ביתו וכיו"ב אפילו שומר שכר שמסר לש"ח נפטר מגניבה ואבידה, - עוד בדברי הרשב"א דלר' יוחנן חייב משום דהוי מעביר על דעתו של בעה"ב.

ו. שומר חנם שמסר לשומר שכר ונגנבה גם רבנן דר' יוסי ל"ה ב' מודים שהש"ש משלם לבעלים ולא לשומר חנם, - שומר חנם שמסר לשומר שכר האם יכולים לחייב את הבעלים לשלם שכר השומר שכר.

בסוגיא דשכר פרה והשאלה לאחר ומתה

ז. ל"ה ב' מתני' השוכר את הפרה והשאלה לאחר כו', מ"ט אין השני נחשב לגזלן כדין שואל שלא מדעת, ומ"ט אינו בדין מעביר על דעתו של בעה"ב, - שם והשואל ישלם לשוכר, ביאור זכותו של השוכר בזה, ובמה שאמרו ששוכר משעת מיתה קני, ובדברי

הריטב"א בזה, - בדעת ר' יוסי מה הדין אם השוכר פטר את השואל מאונסין, - שם בגמ' לימא ליה דל אנת ודל שבועתך כו', - שם אמר ר' זירא פעמים שהבעלים משלמין כו', מוכח מהכא דחיוב תשלומין של שואל אינו מדין מזיק אלא כעין התחייבות של ביטוח, והנפק"מ שבזה, ובמש"כ מרן זללה"ה בטעמא דרבנן, - עוד בדין שומר חנם שמסר לשומר שכר ונגנבה, - שאל בבעלים והשאל לאחר שלא בבעלים ומתה למי משלם לרבנן, - ובדין שוכר שהשכיר לאחר יותר מהמחיר שהוא משלם לבעלים, - עוד בביאור דברי ר' זירא.

בגמ' מ"ב א' ההוא דאפקיד זוזי כו', אשלמינהו לאימיה

ת. מ"ב א' ההוא גברא דאפקיד זוזי כו' אשלמינהו לאימיה כו', האם יש ללמוד מכאן דהשומר הראשון חייב גם אם השני מודה שפשע, - שם נימא ליה לאימיה כו', משמע ששומר מתחייב גם אם היה סבור שהבעלים הוא אחר, - שם אמר כ"ש דכי אמינא לה דדידי ניהו מזדהרא טפי, - בביאור המסקנא, - דוקא כאן נפטר השומר הראשון כשהשני ג"כ פטור אבל בעלמא אם השני פטור הראשון חייב, - ובמש"כ הראשונים דדוקא בשומר חנם פטור כה"ג אבל בשומר שכר חייב.

א.

מתני' או שאבדו

ל"ג ב' מתני' או שאבדו, נראה פירושו שנגנב באופן הקרוב לפשיעה דומיא דאבידה, (או שמצאה הגנב כשנאבדה, ואז יהא בדין טוט"ג באבידה לענין כפל, מיהו כה"ג צ"ל שמקנה לו סמוך לאבידתה), שאם הי' שונה ונגנבו לחוד הי' משמע דדוקא בשממר כראוי באופן שקרוב לאונס מקנה ליה כפילא, דאל"כ אין טעם שישנה התנא ברישא או שאבדו ויסיים ע"ז נמצא הגנב, דכיון שידוע שנגנבו למה שנה ברישא או שאבדו, ואין מתיישב ד"ז בחידושים דיוקרא וכיו"ב, דסו"ס אין

לשנות דבר שאינו נכון בסיפור העובדא של המשנה, ורק לבתר דמתפרשא כמש"כ שנגנבו בקרוב לפשיעה, אפשר לכלול גם חידושי אבידה לענין יוקרא.

בדין גיזות וולדות שמשעת גניבה עד שנמצא הגנב

ל"ד א' איכא ביניהו קושיא דר"ז, מדלא אמרו איכא ביניהו גיזות וולדות שמשעת גניבה עד שנמצא הגנב, באופן שלא גזון, משמע דלכו"ע הוי דשומר, והטעם שמשעת תשלומין קיבל הבעלים פרה תמורת פרתו ושוב אין מגיע לו ולדות מהגנובה,

כמ"ש הראשונים ז"ל גבי יוקרא שמשעה שקיבל דמיו כבר הוכרע מחיר החפץ ומעכשיו היוקרא כשבחא דמעלמא, וה"ה לגיזות וולדות

שמשעת התשלומין, ושעת הגניבה והתשלומין חד ניהו שמשנודע לו שנגנבה מודיע כן לבעלים.

ב.

שבועת אינה ברשותו כשהשומר משלם אם היא דאורייתא או דרבנן

ל"ד ב' אר"ה משיעין אותו שבועה שאינה ברשותו מ"ט כו' נחלקו הראשונים אם שבועה זו תקנת חכמים או שבועה דאורייתא, ומהא דפשיטא לן שהיתה שבועה זו בזמן המשנה מדמותבין מינה לר"ה, משמע דשבועה דאורייתא היא, דלא משמע שר"ה העיד שקבלה היתה בידו שתיקנו כן, ולפ"ז נראה דהיינו דקאמר משיעין אותו שבועה, (ולא קאמר וצריך לישבע שאינה ברשותו או משיעין אותו שא"ב), שעדיין משיעין אותו את השבועה שחייב בה מהשלש שבועות, ולכן הקשו ממתינ'.

הרמב"ם בפ"ו משאלה ופקדון ה"א כתב שמשביעין אותו בתקנת חכמים, אבל בפיה"מ שבועות פ"ח פשיטא ליה דשבועה זו מן התורה, וכ"נ דעת הרמב"ן והריטב"א ובעה"ת שער מ"ט ח"א, ובחידושים ע"ש ריטב"א ובמאירי הביא פלוגתא בזה, והר"ן פ' שבועת הדיינים נקט דתק"ח היא ולכן נוהגת גם בשטרות, ועש"ך סי' ס"ו ס"ק קכ"ד ובקצה"ח סי' ע"ג סק"ב וברשב"א שבועות לא כתב כלשון הר"ן אלא דד"ו צל"ע, ובקצה"ח סי' ס"ו ס"ק מ"ד העיר מתשובת הרשב"א ולמש"כ גם בחידושים דעתו כן.

הקשה אאמור"ר שליט"א אמאי לא מסייעין לר"ה ממתינ' דסופ"ח דשבועות דקתני בשואל שנשבע נגנב והוא שאבד, הרי שאע"פ שמשלם עדיין נשבע, ותירץ די"ל דמיירי כשנשבע מעצמו, ולפמש"כ דלקושטא דמילתא משיעין אותו שבועה דאורייתא, א"כ האמת

דכולה מתני' דהתם בשבועה דאורייתא, וניחא טפי דקמ"ל באופן שזה בדלא פטר נפשיה דפטור מאשם, ועי' להלן בנמצא בידו אם חייב אשם.

במשה"כ אאמור"ר שליט"א מה יעשה שומר חסיד שנמנע משבועת אמת, ותירץ שיוסיף לשלם עד שיהא בטוח דלא ניחא ליה לקיים הפקדון לעצמו במחיר כזה, ולמש"כ שזוהי שבועת התורה י"ל שהיה לו להתנות ע"מ שיפטר משבועה, דהקושיא היא יותר על מאורע שרוצה לשלם, אבל אם זה דין בכל שומר מדאורייתא, א"כ הי' לו להתנות בתחילה, וצריך להתפייס עם המפקיד, אבל אם זה תקנה דרבנן י"ל דכשמשלם הרבה יותר משוויו דליכא למחשדיה לא תיקנו.

שומר ששילם ונשבע שאינה ברשותו ואח"כ הודה, אם חייב חומש ואשם אע"פ ששילם בפועל, ואם חייב כפל כח"ג בטוען טענת גנב בדין שומר ששילם ונשבע שאינה ברשותו והי' החפץ ברשותו האם חייב קרבן כשבועת הפקדון, הדבר במחלוקת הראשונים ז"ל, דהראב"ד בשטמ"ק מ"ח א' הקשה בייחד כלי להלוואתו מאי כפירת ממון איכא אם מודה בעיקר החוב, ובריטב"א שם פ' דקמ"ל קרא דעל כפירת גוף החפץ לחוד חייב, אע"פ שאינו כופרו ממון, והרמב"ן שם מפרש דמיירי כשכופר בכל החוב כפשטא דגמ', ואמנם קרבן חייב מפני כפירת החוב, אלא שאינו חייב להשיב גוף הכלי, ולא נתבאר לפ"ז מה דין כפירת כלי כשמשלם דמיו, אבל מדנחית קרא לחיוב ההשבה בגוף החפץ דוקא, משמע שג"ז בכלל כפירת ממון, שאם גם כשמשיך וקנה אין החיוב הזה בדין כפירת ממון, לא הו"ל

עדיין בעה"ב תובעו את גוף השור חייב ולא מיקרי מודה בעיקר, וכן דקדק באו"ש שם, וכתב דיש לדחות דאגב אחריני נקט כן, וגם ניחא ליה לפרושי מודה בעיקר לגמרי.

ובתו' ק"ז ב' ד"ה כגון כתבו דכשמחייב עצמו אע"פ שכופר בגוף החפץ אינו חייב בחומש ואשם דלא הוא כפירת ממון אלא כשבועת ביטוי בעלמא, וכ"כ שם ק"ח א' ד"ה טען וד"ה וחזר, ובאו"ש שם דקדק מדברי הרמב"ם דגרס והודה, ש"מ דס"ל דחייב כשבועת הפקדון בחומש ואשם, וכ"כ אאמו"ר שליט"א לדקדק על קושית תו' היכי משכח"ל תרי כפילי שבגמ' כגון שטען טענת גנב ונשבע ובאו עדים וחזר וטען טענת גנב ונשבע ובאו עדים, והקשו תו' למה השביעוהו ב"ד פעם שניה, הרי משנעשה גזלן בשבועתו הרי הוא חייב באונסין, ואפי' נגנבה באונס חייב, ואם נימא דעל גוף החפץ ג"כ משביעין אותו ניחא, ואפי' נימא דליכא שבועה דאורייתא אכתי יש להשביעו מדר"ה ל"ד ב'.

לצד שיש חיוב כפל וחיוב חומש בהנ"ל קשה על מה ישלם הא לא נגרם לבעלים הפסד של ערך ממון

מיהו יש לעי' מ"ט איכא תרי כפילי, נהי דכפר פעם שני' על גוף הכלי, אכתי אין כאן כפירת ממון ועל מה ישלם קרן וחומש, ולא משמע דמשלם על כושרא דחיותא, שהרי שבועה הראשונה לא שילם אלא כשויה, ומנלן להמציא תשלום כזה בשבועה שני', (ואמנם מציינו ברמב"ן לקמן צ"ג ב' שצידד לומר דשומר שכר שלא קידם ברועים ובמקלות בשכר משלם דמי כושרא דחיותא, י"ל דהתם פוחתין משכרו לדמי כושרא וטירחא כיון שלא מילא חובת שמירתו, אבל בגזלן ליכא דמי כושרא כלל, וגם הרמב"ן נראה שהניח בצ"ע מפני המחודש שבתשלום כזה, ואמנם מה"ט נסתפק בכל הדין שפוחתין לו דמי הרועים כמבואר

לפסוק להתייחס לזה בעיקר ההשבה, וגם בדעת הראב"ד יתכן לומר דקשיא ליה משום דסתמא לא קפיד אלא על עיקר החוב, ולא על הכלי שייחד לו עבור החוב, אבל באופן שמקפיד ע"ז י"ל דחייב קרבן ע"ז, כענין שנים אוחזין בטלית במקח וממכר שפי' הראשונים ז"ל ב' ב' דשייכא שבועת ע"א אע"ג דיהיב דמי. (ובפשוטו חוב שמחמת פקדון אין לזה מעלה של תביעת כלי מסוים, וד"ז מבואר בפ"ח דשבועות דאע"פ שהפקדון אינו בעולם כל שפטר עצמו חייב, והראשונים ז"ל הוכיחו מאנסת ופיתית שלא הי' חפץ מסוים מעולם).

ובאור שמח הלכות שבועות פ"ח כתב לפרש ד"ז בירושלמי סופ"ח דשבועות, דאמרינן התם תני לא להקל ולא להחמיר חייב, ומסיים מתני' אמרה כן כו', פי' דמספק"ל כשמחייב עצמו בקרן ומשביעין אותו שאינה ברשותו מאי, ופשיט ממתני' דדוקא שנגנב ואמר אבד פטור, אבל אמר נגנב או נאבד ונמצא ברשותו חייב, ולא משמע כן בירושלמי, אלא משום דגריס במתני' דלהקל על עצמו פטור ולהחמיר חייב מיייתי ברייתא דה"ה שלא להקל ושלא להחמיר פטור, ולפנינו הגירסא חייב, וצ"ל פטור, ומיייתי דכ"ה במתני', ואמנם בתלמודן גרסינן בהדיא במתני' דהמשנה מחיוב לחיוב פטור, אבל לגרסת המשניות להקל על עצמו כו' ביארו בירושלמי דה"ה לא להקל ולא להחמיר, ובתו' הכי בעי בירושלמי אם משביעין אותו שבועה שא"ב כשמשלם, ולא מפרש דינו ומשמע דמשביעין אותו כיון שהמפקד תובע ורוצה את שלו דוקא עי"ש.

ואאמו"ר שליט"א דקדק מדאמרינן ב"ק ק"ה ב' וכחש בה פרט למודה בעיקר כיצד שורי גנבת כו' אתה מכרתו לי כו' ומפרשינן בגמ' דמודה בעיקר היינו כגון שא"ל לא נתתי לך דמים עבור המכירה, ולכן הנני מחזיר לך שורך במקום הדמים, ומדלא קאמר כגון שמשלם לו דמי השור, ש"מ שאם

בחדושי הר"ן, אבל מקור הספק הוא משום דבברייתא קתני סתמא חייב ומשמע דעד כדי דמיהן נמי חייב, וע"כ דמשלם כושרא וטירחא, ואם נימא דבכדי דמיהן משלם כולו א"כ ה"נ בחצי דמיהן משלם כולו, ולכן הניח בצ"ע, ולמש"כ דרק להפסיד שכרו אמרו כן ניחא, ויותר נראה בגמ' כהריטב"א דאמרו ששוכר עד כדי דמיהן דבהכי ניחא ליה לבעה"ב, אבל אם לא שכר בכדי דמיהן פטור מלשלם, דאין חיוב דמים לד"ז, אלא שהשיעור בגמ' עד כמה ניחא ליה לבעה"ב אבל לא לחייבו ג"כ לשלם בכה"ג, ולע"כ, ועוד דתרי כפילי שבגמ' משמע פעמיים כפל על הקרן, ולא תשלום נוסף, וכן בחומש משמע תרי חומשי על הקרן כולו, ולא על דמי כושרא, (ומה"ט גם ביוקרא ליכא לאוקומה).

ונראה מזה דכל שבעה"ב תובעו על גוף השור ואינו מתרצה לקבל דמיו, חשיבא תביעתו על כל דמי השור, וחייב כפל על כולו, דאין מושג של תשלומין במקום השור, כשגם השור נשאר של הבעלים, וכל ענין תשלומין הוא כשיש כאן צד שהשור עצמו איננו בעולם ולא יחזור לבעליו, ולכן חייב השומר לשלם דמיו, אבל כשהחפץ בעולם ביד השומר אין חיוב ממון נוסף על השומר, וכל חיובו הוא להחזיר השור, וכ"ז שלא החזירו חייב בדמי כולו.

וד"ז למדתי מדברי הרמב"ן לקמן ל"ה א' שכתב דשומא בטעות הוה דאי הוה ידעין דמשתכחי כיפי לא הוה נחתין לנכסיה,

וש"מ דכ"ז שהחפץ של הבעלים ודאי נמצא וישוב אליו, אין כאן חלות חיוב של תשלומין אחרים, ואין לדון בו אלא משום גרמא או מזיק או שבת, דלא מצינו זכות לבעלים לתפוס בשני חפצים כאחת, וברמב"ן מבואר שאפי' אם החפץ נאבד באמת, אפי' חשיבא שומא בטעות כשנמצא לבסוף, ונפ"מ שאפי' זבנה או אורתה הדרא דכטעות גמור חשבינן לה, ועי"ש דמלשון ר"ח ורש"י משמע דוקא בדאשתכח דהוה כיפי גביה מעיקרא, וכתב דברמב"ם מבואר כותיה וכ"ה בשו"ע סי' ק"ג ס"ז, ולטעמיה דהרמב"ן וכ"ד הרשב"א והריטב"א והר"ן והנמו"י שם שמעינן דכ"ז שהחפץ בבעלותו אפי' בדרגת אינה ברשותו אין מקום לתשלומין אחרים, וכל חיובו של השומר הוא משום מי יימר דמשתכחי, ואין לו זכות לעכב הבעלים על הספק, וכן בשילם ולא רצה לישבע אי לאו דמקנה ליה כפילא הוי שומא בטעות, אפי' פשע וחייב לשלם, ועי' נה"מ סי' ק"ג ס"ק י"ב דהיכא ידיע הגזלן שהגניבה ברשותו והגבהו קרקע לא מצי למימר דטעות הואי וביד הגזלן הרשות להחזיק בקרקע דהא מדעתיה יהיב ליה, וכן הפירות אינו מחזיר לו דמדעתו מחל לו.

והנה כל גנב שבאו עדים שראוהו שגנב ושילם כפל ואח"כ נמצא גוף החפץ בידו אינו חוזר ומשלם כפל, אלא חשבינן לה שומא בטעות דאילגאי מילתא שהחפץ בידו, אבל אם הבעלים אינו מקבל תשלומין אחרים וחזר והשביעו שיחזיר לו גוף החפץ שבידו, בזה כשטוען נגנבה פוטר עצמו מכל הממון.

ג.

או השני חייב, ולא אמרו מה אירע לפקדון, וש"מ דאף באופן שהשני שמר כראוי דיינינן לחייב את הראשון מפני שמסר לשני, וכ"מ בעובדא דגינאי וסבתא, ובתיובתא דראב"מ, ולכן דקדק רש"י לפרש כן בתחילת הסוגיא.

נידון שומר שמסר לשומר אם הוא גם כשהשני שמר כראוי

ל"ז א' אתמר שומר שמסר לשומר, יש לדקדק לשון הגמ' דאמרינן שומר שמסר לשומר פטור או חייב סתמא, ולא אמרו הראשון חייב

לדעת רב האם הראשון מסתלק מהשמירה

שם רב אמר פטור, יש להסתפק האם השומר הראשון מסתלק משמירתו לגמרי, או שהוא משתמש בשומר השני כמנעול הסוגר על הפקדון, ונפ"מ אם עבר השומר וראה שהשומר השני אינו שומר כרגע, אם חל על הראשון חיוב לשמור, כמו מנעול טוב שהתקלקל, או שהראשון יצא לגמרי מחיובו כלפי הבעלים, שכבר קיים חובתו בזה שמסרה לבן דעת, אבל אם לא ראה שאינו שומר פטור לשני הצדדים כי לא הי' לו לחוש שיקרה כן.

ברש"י משמע צד שלישי דבאמת כל מה שאירע בגלל מסירתו לשני, חייב הראשון, ולא אמרינן שזה כאונס דלא הו"ל לאסוקי אדעתיה שהשני יפשע, דסו"ס איגלאי מילתא שפשע וחייב הראשון, וכל הנדון הוא אם מחייבין אותו יותר ממה שהי' חייב הראשון אם הי' שומר בעצמו, ולכאורה משמע כן מדאמרינן אנת מהימנת לי כו' ומשמע שאם פשע השני הראשון חייב, אף בלא טעמא דאין רצוני.

בהא דהיה מקום לומר ששומר שכר שמסר לשומר חנם מודה רב דחייב

שם לא מיבעיא ש"ח שמסר לש"ש כו' אלא אפי' ש"ש שמסר לש"ח כו' משמע שהי' מקום לומר דש"ש שמסר לש"ח חייב, אף לרב דפטר באינך, ויש לעי' אם הנדון בגניבה ואבידה למה באמת יפטר אף לטעמא דמסרה לבן דעת, ואם הנדון לחייב באונסין מה בכך דגרעיה לשמירתו, למה יגרע מכל ש"ש ששמר רק כש"ח, ועוד מאי קאמר שהרי מסרה לבן דעת, הו"ל דכיון שהשני שמר כראוי, הרי לא פשע, והו"ל תחלתו בגו"א וסופו באונס דפטור לכו"ע.

ונראה דהי' מקום לומר דמודה רב לטעמא דאין רצוני כו' כשיש לו סיבה שלא לרצות בשומר השני, דבזה מצטרפת סברת ר"י דאין רצוני, ולא רק מפני מיעוט השמירה.

יש לדקדק מהו דעלווי עלייה לשמירתו, ולהסוברים צ"ג ב' דש"ש חייב לשמור יותר ניחא, אבל אם העילוי הוא רק בתשלומין, מה ריוח יש לבעלים מזה, אם נימא שהש"ש משלם לש"ח, וי"ל דכיון שירא שיצטרך לשלם סתמא מוסיף בשמירתו אע"פ שאינו חייב.

שם שהרי מסרה לבן דעת, משמע שאם לא מסרה לבן דעת ניחא דחייב, ואכתי תינח למ"ד תבו"ב חייב, אלא למ"ד פטור מא"ל, ועוד שאם השני שמר הרי באמת לאו פשיעה היא, ולכאורה משמע מלשון זה שמסתלק לגמרי ע"י מסירתו לשני, לגבי מה שהשני ג"כ חייב, ולכן לא הזכירו שהשני שמר כראוי לו, מיהו י"ל שזה הסבר על אין רצוני דלא ס"ל סברא דר"י כלל.

בדין שומר שכר שמסר לש"ח ונגנבה

ש"ש שמסר לש"ח ונגנבה בפשוטו חייב לרב, ואם נסתלק הראשון איך מוגדר חיובו בגו"א לחוד, ואם חיוב גו"א שייך באחריות ביטוח לחוד ניחא, ואם זה מתבטא בשעות נוספות של שמירה, הרי"ז כמסר לשומר שעות מסוימות ובשאר השעות נשאר הוא שומר.

ואין לפרש שרש"י בתחלת הסוגיא נחית לדין ש"ש שמסר לש"ח, דסתם שומר שמסר לשומר מתפרש שומר כמותו, ולא הי' רש"י צריך להכניס ד"ז ביסוד ביאור ששל"ש, וכן בדר"י פרש"י חייב באונסין, והיינו דנדון סוגיין הוא אם ע"י שמסר לאחר מתחייב יותר ממה שהי' חייב תחלה, וזהו לשון חייב ופטור דנאמר סתמא, ולא נחית רש"י לנדון מי חייב כשפשע השני, וסתמות הדברים ברש"י שהראשון חייב, כיון דלא נחתו בגמ' אלא אם הראשון חייב יותר עי"ז, אבל לא אם הראשון נפטר.

ביאור סברת ר' יוחנן דאמרינן אין רצוני כו' בפברת ר' יוחנן דאמרינן אין רצוני יש שני דברים, א' דכיון ששמירת האדם

בדעתו לפטור], וכן נפ"מ אם הראשון הי' בעליו עמו, ערמב"ם (פ"א משכירות) בזה.

מצינו בגמ' שהשואל משלם לשוכר כיון שיש לו זכות בבהמה, ויש להסתפק בש"ח שמסר לש"ש אם משלם לשומר כיון שאין לו זכות בפרה, ואם נימא דלעולם הוא שומר של הבעלים, ואעפ"כ הריוח לשוכר, א"כ ה"ה בשומר, כיון שהשקיע שכר שלו. ועי' להלן אות ו' ואת ז'.

יש לברר שומר עשיר שמסר לשומר עני, לצד שנסתלק לגמרי ואין לשני ממה לשלם, האם הראשון פטור, ואין מוגדר הפטור הזה.

שם דא"ל לדעתך, יש לעי' א"כ מ"ט דר"י הרי בהדיא הסכימו הבעלים שיהא הוא המשאיל לדעתו.

תלוי ברצונו וביצרו, לכן אין זכות לשומר לפטור עצמו בזה שסתמא האדם מוגדר כמנעול טוב, שהרי כהתנה עמו שלא יתייחס לנאמנות האדם בסתמא, ואם אירע שטעה האחריות עליו, ב' דכשמסר חפציו לאחר הר"ז גרע מפשיעה דהו"ל מבחינת הבעלים כמשליך חפציו לגמרי, ולכן חייב לכל הפחות כדין תחלתו בפשיעה.

עוד בדיני שומר שמסר לשומר

שומר שמסר לשומר באופן שמותר לו למסור, כגון שהבעלים רגילין להפקיד בידו, ולא הודיעו שהחפץ של הבעלים, האם הוא נעשה שומר של הבעלים או של השומר, ונפ"מ אם הי' בעליו עמו, השומר או הבעלים, [מיהו יכול לומר שלא הי' דעתו להתחייב, כי חשבתי שאתה הבעלים, וכן הבעלים לא הי']

ד.

הקשה לרבא דנימא מה"מ מל"ה מל"ה ויפטר, (ואף אם רבא פליג עליה מ"מ שמעינן דאביי סבר הכי), ולפ"ז אם נגנב בבית השומר השני, תלוי בפלוגתא דתברכו"ב, ולמ"ד פטור ה"נ פטור, אבל אם מתה כדרכה בזה לאביי אמרינן הבלא דההוא ביתא קטלה, ובזה מיושב לדעת הרמב"ן שלא אמר ר"י אלא דששל"ש חייב, ולא פירש שמתחייב יותר ע"י שמסר לשני, ובשלמא אם דינו כפשיעה בלבד, הרי ממילא מובן דכיון שאין השני נעשה שומר של הבעלים, הרי נתנית החפץ ברשותו זוהי פשיעה, אבל לחדש שדינו כגזולן א"א לסתום בסתמות הלשון דמתפרש רק שהשני אינו תחת הראשון, וכמש"כ, ובלא"ה הדין מחודש שמי שמוסר לחבירו לשמור חפץ של הבעלים נעשה גזולן, הרי אינו אלא מסייע לבעלים, [ואין זה ענין למעביר ע"ד של בעה"ב, דהתם משתמש בחפץ באיסור, והו"ל גזולן, אבל ע"י שמירה לחוד אין כאן מעשה גזל], גם לחדש פלוגתא בין אביי ורבא בהבנת

לפי' הרמב"ן היכן מוכח שלר"י מתחייב הראשון יותר ממה שהיה חייב קודם מתחילה

לדעת הרמב"ן רב דאמר פטור היינו פטור לגמרי שכבר יצא מחובת שמירתו בזה שמסרו לבן דעת, אבל ר"י דאמר חייב יש בדבריו תוספת חיוב, שהוא מתחייב יותר בגלל שמסר לשני, ויש לעי' איך זה במשמעות לישני' דר"י, הרי בפשוטו מתפרש דר"י אינו פוטרו ונשאר בחיובו, אבל מהיכי תיתי לחייבו יותר.

וי"ל דהא בהא תליא כיון שאין השומר השני שומר של הבעלים, הר"ז כמניח החפץ במקום שאסור לו להניחו שם, ודינו כפשיעה, [או כגזולן לפמ"ש הרמב"ן לקמן ב' גבי הא דאמרינן לדידכו כו'], ועי' בסמוך.

לטעמא דאין רצוני אם מוכח דאין כאן חיוב אונסין כמו גזולן

מבואר בגמ' לקמן דלטעמא דאין רצוני אין לחייבו טפי מפשיעה, שהרי אביי

הרי הוא חייב, מיהו אפשר דלעולם הסדר הראוי לדון הוא על השומר הראשון במה נפטר, ולא הי' ראוי לגמ' להתחיל לימא לדידה. [א"ה, עמש"כ אות ח']

שי"ש שמסר לש"ח נכנס השני תחת הראשון רק לענין פשיעה, ודכותה ש"ח שמסר לש"ש אינו חייב ליתן לבעלים את כל הש"ש תחתיו, ורק את דין הפשיעה שיש לשני נותן תחתיו, וה"ה שוכר שהשאל לאחר, ואולי זו כונת הרמב"ן שהראשון משאיר לעצמו זכות לדון עם הבעלים. ונפ"מ אם השני פשע ויש לו עידית לשלם, ולראשון זיבורית, והראשון רוצה לשלם ולחזור ולגבות מהשני את העידית, דלפי לשון הרמב"ן משמע דגם ככה"ג יכול הראשון לטעון כן, אבל לפמש"כ הדין נקבע מעיקרא שמסר לשני רק כפי דרגת החיוב שהי' עליו, אבל אינו יכול להרויח על חשבון הפסד הבעלים, ונתעוררתי לזה ע"י בני מאיר נ"י.

בהא דדימו בגמ' ב"ק הא דמסרה לרועה נכנס הרועה תחתיו לשומר שמסר לשומר

הרמב"ן הוכיח מסוגיא דב"ק שהשני נכנס תחת הראשון, והנה פשוט המשנה שם דנכנס הרועה תחתיו לענין נזקין, וכ"כ רש"י במשנה שם, ומה שי"ך שיאמרו הניזקין אנת מהימנת לי, הרי הניזוקין הם צריכין להביא רא"י שפשע כדי לחייבו, ועוד שאין להם זיקה לאדם מסוים לומר שהבעלים בלבד נאמן עליהם, ולכן דייק הרמב"ן מלשון רש"י ור"ח דנכנס תחתיו משמע לגמרי גם כלפי חיוביו לבעלים, וזה דוחק, אלא דהקושיא על הגמ' למה הקשו ממתני' על רבא.

ונתבאר יישוב הדברים בספר אאמור'ר שליט"א ב"ק ס"ט סק"ג דשומר שלא נכנס תחת הבעלים אינו פוטר את הבעלים מחיוב נזקין, דמקרא ילפינן שהשומר פוטר את הבעלים לגמרי, דהי' מקום לומר שאם אין לשומר לשלם יתחייבו הבעלים,

חיוב ששל"ש למ"ד אין רצוני דחוק טובא, גם לישניה דרבא סתום דהול"ל מודינא לך התם דחייב, וגם מה יש לו להזכיר לדידי ליכא לאותבה כלל, והכי הול"ל כיון דא"ל אין רצוני הו"ל כנגב ומודינא לך דאי מתה בי גבב חייב, [וכבר נתבאר במקו"א פי' הגמ', דרבא א"ל לדידכו דהיינו אתה וראב"מ דמתניתו אין רצוני, והקשיתם ממתני', השיב לכם ר' אמי לשיטתכם, ולא חש לתרץ לכם טעמא דמלאך המות, כיון שהקושיא מעיקרא ליתא לפי האמת, וכיון שטעיתם לא נחית לדקדק איזה תירוצ' לתרץ לכם לפי שיטתכם, דכ"ה הדרך הרגיל שלא לדקדק בתירוצ' שבלא"ה אינו האמת, והיינו לדידי ליכא לאותובה כלל, ואיהו סבר כוותי לכן לא דקדק איך להשיב לו לפי טעותו].

לטעמא דאת מהימנת לי מה הדין אם השני פשע האם הראשון חייב או שאין חיוב אלא על השני

יש להסתפק לטעמא דאת מהימנת לי, מה הדין כשיש עדים שהשני פשע האם הראשון חייב, או"ד כאן אין צריך נאמנות, ובאמת אם אירע אונס מבואר ברי"ף ותו' שאם יש עדים שנאנס הרי הראשון פטור, וכמבואר בגמ' לדידי ליכא לאותבה כלל כיון שהשוכר נשבע, אבל בדפשע, והראשון מעיד שפשע או שיש עדים שפשע (ולא גנבו) י"ל שהשני בלבד חייב, אבל פשוט הדברים נראה דר"י אמר דששל"ש לא נפיק מחזקתו הקודמת, וד"ז אינו משתנה לפי הטעמים, וע"כ דכיון שאין לו רשות למסור לו אינו נכנס תחתיו, וכ"מ ברמב"ן שכ"כ רק בהני שרשאי למסור להם, וש"מ דאינך הוא חייב אע"פ שפשעו, וכן מוכח בסוגיא דב"ק ע"י להלן. [ושמעתי שכ"מ ברשב"א ל"ו א' במ"ש בההיא דגדולים דומיא דקטנים. ולע"כ]. וכ"ה פשוט הגמ' מ"ב ב' דאמרין לימא לדידי זיל שלים, והיינו קודם ששמענו דבריה אלא כיון שנעשית כאן פשיעה שלא נקברו המעות

(כמו בשור תם שגובין מגופו, אע"פ שהחיוב על השומר, והוא צריך לשלם לבעלים הפסדים), וילפינן מקרא שהשומר הוא אחראי על גוף הבהמה מתחייב נמי כלפי העולם על הנזקין, ואם השומר השני אינו נכנס תחתיו א"כ אינו בדין שומר ואינו פוטר את הראשון, והשתא ניחא דמוכחין מפטור נזקין לנכנס תחתיו לכל דבר, ומוכח מכאן דאם השני פשע הראשון חייב אף לטעמא דאנת מהימנת לי, ואף בדאיכא עדים, דהא בנזקין מיירי בדאיכא עדים, ואפ"ה למ"ד ששל"ש חייב נשאר הראשון בחיובו.

ה.

בדברי הרשב"א שכשנותן לבני ביתו וכיו"ב אפילו שומר שכר שמסר לש"ח נפטר מגניבה ואבידה

כתב הרשב"א ד"ה ומסתברא, דבמסר לב"ב או למי שהבעלים רגיל להפקיד אצלו, אפי' ש"ש שמסר לש"ח נפטר לגמרי, דכמי שנתנו לו הבעלים רשות למסור להם, ולכן פטור אפי' מגניבה ואבידה, (ומפסיד שכרו), ויש לתמוה דהא בנתנו לו הבעלים רשות בהדיא שאם ירצה יפקידנו ביד ראובן, ג"כ פשוט שאסור לו להפקיד ביד ראובן בחנם, שלא נתנו לו רשות לגרע בשמירתו, כמו שהוא עצמו אינו יכול לבא לפני ב"ד או עדים ולומר שאיני רוצה להיות ש"ש ומהיום אני ש"ח, דכ"ז שלא הודיע לבעלים שממעט בשמירת חפציו הרי אחריותן עליו, ואיך יהא אחר עדיף מהוא עצמו.

וצ"ל דכונת הרשב"א בכה"ג דאשתו ובניו דסתמא דמילתא אינו נותן להם שכר, וא"כ הם בדין ש"ח, וידע הבעלים שאם יצטרך לצאת מביתו וכיו"ב יפקידנו בידם ולא יתן להם שכר, וכיון שלא התנה הרי הסכים שבשעה זו יהיו ש"ח, ולא מיירי כשגמר שמירתו ומסר לבנו או לאחר, ובכה"ג שהוא

יש לעי' מה החידוש בההיא דנכנס הרועה תחתיו, דלכאורה פשיטא דכיון דאורחיה למסר לברזיליה הרי הוא רשאי, וזה עדיף מאשתו ובניו, וגם לא מסתבר שהתנא מיירי בהלכות שומרינן, שהרי החידוש בהלכות נזקין, ונראה דהי' מקום לומר דכיון שהברזיליה הוא פועל של השומר הראשון, ואין הראשון מסלק שמירתו אלא לשעה קלה, וס"ד דבכה"ג נשאר החיוב על הראשון, וקמ"ל דבכל שעה שמסורין בידו נכנס תחתיו לכל דבר, (ושור סברא כזו ברמב"ן לענין אשתו ובניו עי"ש).

ממשיך להיות השומר של הבעלים אלא שמסרו לשעה מועטת לש"ח ס"ל להרשב"א דכנתנו לו רשות ע"ז דמי, מיהו לו"ד הרשב"א הי' נראה דב"ב נעשין ש"ש בגלל השכר שהוא מקבל, וכמ"ש הרשב"א בשם ר"ת בסמוך, דכיון שהם יודעים שהבעלים ממשיך לשלם שכר לאביהם גם על השעה שהם שומרים הרי הם נהנים מזה וכש"ש דמי (ובאופן שמפקיד אצלם לזמן מרובה צריך ליתן להם שכר).

ושמעתי להקשות על הרשב"א מהא דר' ירמי' לעיל דבעלים משלמין כמה פרות לשוכר, ואמאי לא נפטרו הבעלים כדין שואל שמסר לשוכר בשנתנו הבעלים רשות, ולא קושיא היא דשואל משתמש בבהמה ע"כ שואל הוא, ואינו יכול לפטור עצמו כדין שוכר, דא"כ הרי הוא משתמש באיסור והו"ל גזלן, אבל בש"ש שמסר לש"ח יתכן לומר דנהי שלא נהג כראוי שלא שלם שכר לשני, אבל מ"מ נפטר משמירתו (דלאו גזלן הוא), ולמש"כ לעיל בלא"ה ל"ק.

ובן שמעתי להקשות ממתני' צ"ט ב' דבשלחה השואל ביד בנו כו' חייב, ולמה לא יהא כשואל שמסר לשומר, ולמש"כ י"ל כיון שכ"ז

שלא החזירה לבעלים נשאר דינו כשואל שרשאי להשתמש הרי הוא בהכרח שואל, משא"כ בש"ש שמוותר על שכרו, ועי"ש עוד אופנים דאע"פ שכלתה זמן שאלה נשאר בדין שואל או ש"ש, והתם ג"כ אין שייך לוותר על שכרו, שהוא מההנאה שכבר השתמש.

כ"ז כתבנו ליישב דברי הרשב"א, אבל ודאי שהדברים מחודשים וכמשה"ק הריטב"א על המפרשים כן, ובדעת רב מפורש ברשב"א דחייב, ולא מצינו בגמ' חילוק אליבא דרב בין רגילים למסור לו, אלא דהתם רשאי לכתחלה, וכ"כ הרשב"א ב"ק ק"ד א' דאף במהימן ליה אם מסר ש"ש לש"ח חייב על גניבה ואבידה עי"ש, שו"ר דגם בשמעתין ד"ה ומיהו, מבואר

ו.

שומר חנם שמוסר לשומר שכר ונגנבה, אם גם לרבנן דר' יוסי משלם לבעלים ולא לשומר חנם

יש להסתפק ש"ח שמוסר לש"ש ונגנבה לרבנן דר' יוסי אם משלם לשומר או לבעלים, ומלשון תו' ב"ק י"א ב' ורש"י לקמן מ"ב ב' משמע דמשלם לשומר, ויעוי' בספר אאמו"ר שליט"א שכתב דלרווחא דמילתא אמרו כן, אבל באמת אף לרבנן אין לשומר זכות בבהמה שיחשב השני כשומר עבורו, כמו שאדם מן השוק ששוכר שומר לשמור חפצי הפקר או חפצי אדם אחר, שאין על השומר חיוב תשלומין, אלא הוא כפועל בעלמא, וה"נ שומר, ושוכר שאני שיש לו זכות בפרה והוא כשותף עם הבעלים, ובזה שייך לומר שיש לו זכות גם למנות שומר על חלקו ויקבל כל הבהמה, כיון שהוא שילם עבור היתרון הזה, [ולפי מה שביאר מרן זללה"ה דטעמיהו דרבנן דנעשה כאומר לו שאם תרצה להשאילה לאחר ויהא אונס הרי פרתי קנויה לך מעכשיו, יש מקום לדון דגם בשומר כן].

ועוד י"ל דדוקא בחיוב אונסין סברי רבנן דמשלם לשוכר, כיון שבאמת אין

דאע"פ שנאמן השני חייב הראשון אח"כ ראיתי שבשטמ"ק ליתא לדברים אלו, וא"כ יתכן שזה גליון, (או שמחקן הרשב"א במהדו"ב).

עוד בדברי הרשב"א דלר' יוחנן חייב משום דהוי מעביר על דעתו של בעה"ב

עוד כתב הרשב"א דרב ור"י פליגי בדין מעביר ע"ד של בעה"ב, וצ"ע דבשלמא שואל שמשתמש בלא דעתו של בעה"ב נקרא גזלן, אבל השומר בלא דעתו של בעה"ב אין לחשבו כגזלן, ולא מצינו דברי ר"מ אלא בשואל ושוכר או בעושה שינוי בצמרו של בעה"ב אבל לא בשומר, ועי' לעיל מש"כ בזה.

לבעלים זכות תביעה שישלמו לו אונסין, בשלמא גו"א שזה בא מחסרון שמירה, שפיר מצי הבעלים לומר דתוספת השמירה שייך לבעלות החפץ, ואין לך ליהנות מזה שמיעטת בשמירתו, אבל תשלומי אונסין אינו אלא כביטוח ואחריות שמי שהשקיע דמי הביטוח מגיע לו, ואין בין אונס שאירע בבית השואל לאונס שאירע בבית הבעלים, שאם שילם אדם לחברו ביטוח, שאין לבעלים זכות לתבוע ההפסד, וגם בדעת בנ"א כן שתוספת שמירה לצורך הבעלים נעשית, וכבר זכה הבעלים בפועל שישמור עבורו שמירה מעולה, וכמש"כ אאמו"ר שליט"א שאין הבעלים מחזיר לשומר השכר ששילם לשני, אפי' לר"י.

ונפ"מ בין הטעמים למ"ד שוכר כש"ח דמי והשוכר השאילה לאחר ואירע גו"א, דלטעם ראשון כמו שאונסין לשוכר ה"ה גו"א, ולטעם שני גו"א לבעלים, [וכן שוכר שפטרו הבעלים מגו"א והשכירה לאחר שהשני חייב בגו"א ונגנבה דלטעם שני השני חייב לבעלים], וצריך להתיישב בדבר דאפשר ששני הטעמים עולין לענין אחד. [א"ה עי' להלן אות ז']

משלם, שאין כאן ממוני גבך לחייבו שיתן מה שיש לו ממנו, דשמירה הוא ענין חיזוני, ואע"פ שמרויח ע"ז לא שייך לומר דממוני שנתתי לש"ש גבך, וכן פשוט דשוכר שהשאל אין הבעלים מחזירין לשוכר שכרו אפי' לר' יוסי שתחזור פרה לבעלים, והכא נמי אף אם נגנבה מהש"ש ומשלם לבעלים אין הבעלים מחזיר לשומר ראשון השכר שנתן, דהדין נקבע מתחלה קודם שאירע דבר, ואז הש"ח כנתן מתנה לבעלים את השכר, ושוב אין זה משתנה כשאירע גו"א, וכן בשוכר שהשאל.

שומר חנם שמסר לשומר שכר האם יכולים לחייב את הבעלים לשלם שכר השומר שכר בשממ"ק כ"ק י"א ב' כתב בשם הרמ"ך שש"ח שמסר לש"ש הרי הבעלים משלמין לש"ח השכר, ולא נתפרש איך אפשר לחייב אדם לשלם שכר, כשהוא עצמו לא טרח לשלם שכר והי' די לו בש"ח, וכי אפשר לשכור לאדם שומרים על צאנו ולחייבו לשלם, ואולי ר"ל מה שנהנית, דנהי דלא שכר הוא שומרים מפני שהמחיר ביוקר, אבל אם הי' מוצא בפרוטתה הי' שוכר, ויבקש ממנו הפרוטתה שהי' נותן, ובפשוטו ג"ז אינו

ז.

דכאן מוכח דר' יוחנן סבר ששל"מ גזלן הוא, א"ו בשינוי דהר ובקעה חמור מכל של"מ, כיון שהבעלים מקפיד על השינוי המפסיד את בהמתו, משא"כ בשואל שלא מדעת שהוא כגזלן רק את השימוש שלא ברשות, ואין הבעלים מקפיד כ"כ, ולכן י"ל דאינו כגזלן.

ביאור הזכות שיש לשוכר בבחמה שמכח זה חייב השואל לשלם לשוכר

שם והשואל ישלם לשוכר, יש לעי' מה זכות יש לשוכר בפרה, הרי הזוכה בפרה של הפקר קנין פירות לחודש ימים, והשאלה לאחר ומתה כדרכה אין השואל משלם אלא דמי פרה של ל' יום, שרק זה הי' שייך לשוכר, ואם השאלה לו לל' יום אינו צריך לשלם כלום, והכא נמי אין הפסד לשוכר אלא זמן שכירות שנשאר לו, וזה אף לר' יוסי שייך לשוכר, או שהשאל לו לכל זמן שכירותה ואינו נפסד כלום, וא"כ מאיזה כח תובע השוכר מהשואל דמי כל הפרה.

בביאור הא דאמרו בגמ' דשוכר משעת מיתה קני לבחמה, ובדברי הריטב"א בזה

ובל"שון הגמ' משמע דהשוכר קני לה להאי פרה בשבועה או במיתה, ויש להבין מהו הקנין הזה, ואפשר דכיון שאם השוכר

ל"ה ב' השוכר את הפרה והשאלה לאחר, מ"ט אין השני נחשב לגזלן כדן שואל שלא מדעת ל"ה ב' מתני' השוכר פרה מחבירו והשאלה לאחר, יש לעי' למה לא יחשב השני שואל שלא מדעת ויתחייב מדין גזלן לשלם לבעלים, וי"ל דכל של"מ נוטל את השימוש מן הבעלים שלא ברשות, אבל כאן השימוש שייך לשוכר, וא"ת אכתי להוי כמעביר ע"ד של בעה"ב דלר"מ גזלן הוא, דמ"ש אם מעביר ע"ד להוליקה בהר במקום בבקעה, ממעביר שלא ליתנה לאחר, וי"ל דבהר ובבקעה כיון שמפסיד את הבהמה, הרי קפידת בעלים גמורה כלצבוע לו אדום וצבעו שחור, אבל להשאל לאחר אין לו קפידא גמורה, כיון שאין לו סיבה להקפיד כ"כ, מיהו למ"ד אין רצוני שיהא פקדוני, י"ל דחשיב מעביר ע"ד של בעה"ב, ואפשר דאף לדידיה אינו גזלן גמור אפי' לר"מ, [ואין ראי' מסוגית הגמ' דפטרינן לי' במתה כדרכה לטעמא דמה"מ מ"ל הכא ומל"ה, די"ל דאתיא כרבנן, ערש"י ע"ח ב' דסיפא דמתני' כרבנן] ויש להביא ראי' לזה מהא דר' יוחנן סבר דבשנוי דהר ובקעה כגזלן דמי לר"מ, ולכאורה יש לשאול מי גרע מה שנשתמש בבקעה במקום בהר מכל שואל שלא מדעת שנשתמש בה בבקעה, ולא משמע

הי' משלם לבעלים כגון בפשיעה וגו"א, היתה הפרה קנויה לו מעיקרא לענין כפל וד' וה', ה"ה שקבעו שבכל אופן שהשוכר יפטר מן הבעלים תהא הפרה קנויה לו לכל ריוח שבא מחמתו, שהרי באמת אין לבעלים טענת זכיה במה שהשוכר הפסיד שכרו ומסרה לשואל, וכיון שהיושר הוא שריוח זה בא ממה שהשוכר הפסיד שכר ונתנו לשואל, ראוי שהבעלים יתן לו את האפשרות לקבל את הריוח שבא על ידי זה.

כתב הריטב"א דלאו דוקא משעת מיתה אלא משעת משיכה ומבואר מדבריו כמש"פ מרן זללה"ה דגם במתני' נעשה כאומר לו שאם תשאל הרי פרתי קנויה לך מעכשיו, ונראה דכאן דעדיפא מההיא דריש פרקין, כיון שיש לשוכר קנין פירות וזה מגיע לו, אלא שצריך גדר בעלים גם על הגוף, וכמש"פ אאמו"ר שליט"א שזה מעיקר זכותו של השוכר, שאם ירצה לשכור שואל בדמי שכירותו ירויח את החיוב אונסין, משא"כ בריש פרקין שאין הכפל מגיע לשומר, וכיון שמקבל מה ששילם לא הפסיד כלום, אלא שהבעלים מכיר לו טובה ומקנה לו הכפל, כיון שהוא נטל על עצמו הפסד הגניבה, עד שימצא הגנב. ור"י סבר דבכה"ג אין הבעלים מקנה לו בהמתו שהוא ירויח במקום פסידא ידידה אבל אם התנה בפירוש מודה ר"י שהשואל משלם לשוכר, כמ"ש הרא"ש.

והקשה בני שמואל נ"י, דבשלמא למאן דמוקים מתני' בשנתנו לו הבעלים רשות, שייך לומר דבכלל זה ג"כ נעשה כאומר לו פרתי קנויה לך, אבל לרבא ל"ו ב' דס"ל דאפי' בלא נתנו לו רשות הדין כן, כדקאמר לדידי ליכא לאותבה כלל, וכן לאביי אליבא דרב, נהי דאינו חייב יותר בגלל המסירה, אבל למה יקנה לו בהמתו שירוויח בה בזמן שנוהג בה מנהג גולן להשאילה לאחר.

ונראה דכיון דעיקר זכות האונסין שייך לשוכר שהוא השקיע דמי שכירותו כדמי ביטוח וכמשנ"ת, א"כ אין לבעלים זכות לבקש התשלום עבורם, ואם לא יאפשרו לשוכר לקבל מה שמגיע לו, מפני שיחסרו לו דרכי ההקנאה, נמצא שהם מקפחים השוכר ממה שמגיע לו, ונהי שיש להם קפידא על התנהגותו, אבל אין להם להפסידו ממון שמגיע לו, דענין הנעשה כאומר לו מעיקרא, חכמים קבעו כן אחרי שהוחלט שהיושר שמגיע הריוח לשוכר, ושקדו לחפש דרך להקנותו מה שמגיע לו, ולכן כשדנים לקבוע הלכה זו יש לדון בנתו לו רשות דלא קפדי עליה, ומאחר שנקבע שזכות זו של השוכר, לא פקע ע"י קפידא.

ואפשר דלרבנן אם הבעלים יקפיד, ירויח השואל, דהשוכר אינו צריך להקנות זכותו לבעלים הראשונים, וממילא ראוי שיתקנו שהבעלים יקנה לשוכר, דלמה ירויח השואל מה שמגיע לשוכר.

לר' יוסי מה הדין אם השוכר פטר את השואל מחיוב אונסין

שם א"ר יוסי כו' אלא תחזור פרה לבעלים, לכאורה השוכר יכול לפטור את השואל מאונסין שרשאי לתת לו את זכות דמי שכירותו, אלא דסתמא אמרין שמשאילה לטובת הבעלים, מיהו בבעל בנכסי אשתו לקמן צ"ו ב' הי' ראוי לומר שפוטרתו מאונסין, דלמה תפסיד לבעלה, ויותר מזה שהרי חייבת להשאילה לו, ובכה"ג ודאי דחשיב כאילו יש לו זכות בדמי השכירות, ואינו בדין שירוויח המשכיר עי"ז, ואפשר דבאמת בדרך כלל תפטור את בעלה, אבל לבעיא דרמב"ח סגי דבאופן רחוק יש נפ"מ, וכגון שאמרה לו ששוכרת ע"ד להנשא, (והשכיר לה בפחות כיון שהבעל שואל הוי'), וכיון שלא פטרתו בהדיא, חייב.

ביאור קושיית הגמ' לימא ליה דל אנת ודל שבועתך כו'

שם גמ' לימא ליה דל אנת ודל שבועתך כו' נראה דש"ח שמסר לש"ש וכן שוכר שמסר לשואל רשאי הבעלים לסלק את הש"ח והשוכר משמירתם ולומר להם שמעתה רק הש"ש והשואל שומרים שלו, דלאו כל הימנו של ראשון לחייב את הבעלים להפקיד חפציו אצל שני בנ"א, ולענין השכר ודאי דהש"ח כשכר פועל עבור בעה"ב שאינו מקבל שכרו אלא כדין יורד כשיש שבת, וכאן מסתברא שאינו מקבל כלום, וכן השוכר נתן זכות השמוש שלו לשואל, ואין לו זכות לעכב הבעלים מלקבל השואל כשואל שלו, ולפ"ז מובן דס"ד דכ"ז שלא נשבע יכול לסלק מחיובי השמירה שלו, ולחשוב השואל כשומר שלו.

בהא דר' זירא דבעלים משלמין כמה פרות לשוכר

שם אר"ז פעמים שהבעלים משלמין כמה פרות לשוכר כו' מזה מוכח דתשלומי שומרין אינם מדין מזיק, דכיון שלא שמר נתחייב כאילו הוא גרם ההפסד שמחמת זה, דאיך יתכן שאם השואל הרג את הבהמה אינו משלם אלא שויה פעם אחת ככל מזיק, ועכשיו שלא שמר ישלם יותר, ובלא"ה אין שייך לומר על חיובי אונסין דשואל, שהם מדין מזיק, שהרי אין בידו לשמור מאונסין, וטעמא דבמזיק פטור השואל מכמה פרות, פי' אאמו"ר שליט"א דכיון שיש כאן תשלומי הנזק הר"ז כאילו הפרה קיימת וחזרה לבעלים, (דמה לי היא מה לי דמיה), וכנמצא הגנב ואכלה שמשלם דמיה, וחשיב כנמצאה הפרה, ומדחזינן דשואל חייב בכמה פרות, ש"מ שחיוב התשלומין של שואל הוא חיוב מחודש לפצות את הבעלים, ולא חשיב כתמורת הפרה דנימא שחזרה פרה לבעלים, אלא זוהי התחייבות דכשלא חזרה פרה לבעלים, הוא ישלם.

החילוק בין אם השואל מזיק את הבהמה למתה באונס

והנה המשלם דמי ביטוח לשני בנ"א שאם תמות פרתו ישלמו לו את דמיה, וכל אחד קיבל דמים בפ"ע כפי השיעור שמשלמין לביטוח, כו"ע מודו ששניהם חייבין לשלם כל אחד בפ"ע דזה שהבעלים שכר אדם נוסף שישלם לו הביטוח, אין בזה לפטור את הראשון כלל, שהרי הבעה"ב הפסיד את הכסף שמשלמין לביטוח, ותמורת זה מקבל את התשלום, ואיך יהנה המבטח מהוצאות שהוציא בעה"ב דנמצא כאילו בעה"ב שילם לביטוח כדי שיפטרו את המבטח הראשון, וודאי שאינו בדין שיפסיד בעה"ב לטובת המבטח שקיבל דמים עבור הביטוח.

וזהו ג"כ הטעם שהשואל משלם לשוכר ואפי' כמה פרות, דכשהשוכר הפסיד דמי שכירותו ונתנה לשואל בחנם, הר"ז כשילם לשואל דמי ביטוח לפרתו, וכששילם לו פעמיים דמי ביטוח, הר"ז כשילם לשני בנ"א, מיהו כיון שלפי גדרי התורה אין התחייבות תשלומי שומרים אלא לבעל הפקדון, לכן בעינן שהבעלים יקנה לשוכר זכות בעלים, אבל אין עיקר זכות השוכר בגלל הקנאה זו, דעיקרו בגלל ששילם דמי הביטוח, אלא שמצטרף לזה זכותו מכח הבעלים, כדי שיחשב השמירה לבעלים, דבלא זה לא מצינו חיוב תשלומין בתורה.

מיהו אאמו"ר שליט"א ביאר דלא סגי בתשלום דמי ביטוח אפי' בצירוף זכות הבעלים, דכיון שאין חיוב ע"י דמי ביטוח אלא מכח הבעלים, והרי לבעלים אין כאן אלא פרה אחת, א"א להתחייב מכח הבעלים יותר מפרה אחת, ושוכר שאני שיש לו קנין פירות בפרה, וזכותו מכח הקנין פירות יש לו פעמיים, לפי שבפעם השני' אינו נותן את אותה הזכות שהי' לו בראשונה, אלא זכות שחזר ולקחה מן השואל, ולכן שייך לחשוב זכות זו כשתי פרות, אבל הבעלים הראשון

שיש לו רק פרה אחת אינו יכול להקנותה שיתחייבו מחמתה יותר מפרה אחת, שהרי לא נתחדש לו זכות בשני' מה שלא מכר בראשונה, משא"כ השוכר שנותן עתה הקנין פירות המחודש שיש לו ולזה אפשר לצרף קנין הגוף של הבעלים אפי' שני פעמים, כיון שאין זה עיקר המחייב את השואל, אלא דבעינן צירוף זכות הבעלים לחשבה כפרה שלו, ושפיר נטפל זכות הבעלים לעיקר החיוב להשלימו לפי גדרי התורה.

נמצא לפ"ז

א. עיקר חיוב השואל בגלל דמי ביטוח ששילם לו השוכר, דהיינו שנתן לו הפרה בחנם, שהנאה זו היא המחייבתו באונסין,

ב. אם הי' חיוב בתורה ע"י דמי ביטוח לחוד, מי שמשלם דמי ביטוח לכמה בנ"א כולם חייבין.

ג. לפי גדרי התורה אין דמי ביטוח חיצוניים, ורק הבעלים הנותן את שימוש פרתו, יש לו זכות ביטוח אצל השואל.

ד. השוכר הוא הבעלים של השימושים, והוא זה שנותן זכויותיו לשואל.

ה. השוכר צריך סיוע מסוים מהבעלים להשלים את זכותו כבעל הפרה כולה, ואמנם אין עיקר הזכויות בגלל זה, אבל לפי גדרי התורה א"א להתחייב לשוכר בלא הסכמה זו.

ו. השוכר מקבל את הזכות הזו מהבעלים בתחלת שכירותו, שאין לבעלים אלא גוף אחד, ואינו יכול ליתנו כמה פעמים, ורק הקנין פירות של השוכר מתחדש כמה פעמים כשחוזר ולוקחו מן השואל.

במש"כ בחזו"א הטעם משום שהבעלים מקנה הבהמה לשוכר לשם זה כמו הקנאת הכפל מרן זללה"ה כתב בחו"מ ס"ח סק"ה שהבעלים מקנה הבהמה לשוכר שיוכל

להשאילה ולהרויח, כמו בהקנאת הכפל לשומר בריש פרקין, והק' אאמו"ר שליט"א דאכתי איך מתחייב כמה פרות, הרי אין לבעלים אלא פרה אחת, ואף הבעלים גופיה אם השאילה וחזר ושכרה וחזר והשאילה, אינו בדין שיקבל כמה פרות, כיון שאין לו אלא אחת, ולכן ביאר דעיקר החיוב הוא בגלל הקנין פירות שנותן השוכר לשואל, ובאמת אין השואל מקבל מהבעלים כלום, וכיון שהקנין פירות מתחדש, שייך להתחייב על כל קנין פרה נוספת, כיון שזוהי זכות מחודשת שלקחה בדמים, אלא שלגדרי התורה בעינן שיהא לו גם זכות גוף ולזה מהני זכות הגוף שמקבל מהבעלים, וא"צ זכות גוף מחודשת בכל פעם.

ולאמור אפשר שלא יתכן שתהא פרה אחת לבעלים ואחת לשוכר, [כגון בהשאילה לאחר שתי פעמים], זכות בעלים של הגוף שייך רק לאחד, ולא יתכן שבשאלה ראשונה יהא לבעלים ובשני' לשוכר, דבעינן בעלים בשעה שמתה, ולא שייך שני בעלים בב"א, ולפ"ז אין מקום למה שנסתפקנו אם מודה ר"י בהשאילה שני פעמים, דכיון שאין הבעלים מפסיד פרתו, הרי הוא נותן לשוכר זכות השאלה, כמו בהמפקיד גבי כפל, דלפמש"כ אין שייך שני בעלים במיתה אחת, ומיושב טפי דברי ר"י דלעולם תחזור פרה לבעלים.

ובן אם השכירה לראובן והשאילה לשמעון והשכירה ללוי והשאילה ליהודה לא ירויח לוי מהשאלתו ליהודה, דכיון שאין גוף הפרה אלא אחד, לרבנן שתי הפרות לראובן, ולר"י שתיהם לבעלים הראשונים.

עוד בדין שומר חנם שמסר לשומר שכר ונגנבה בדין ש"ח שמסר לש"ש לפמש"פ אאמו"ר שליט"א דעיקר כחו של השוכר הוא מפני שותפותו בקנין פירות דהו"ל כבעלים, לפ"ז ש"ח כיון שאין לו שום זכות בפרה אינו יכול לזכות לעצמו, ומיהו כיון דגם בש"ח

חיוב טפי מהחפץ, ש"מ דהחיובין שייכים לדמי ביטוח, וכמשנ"ת.

שאל בבעלים והשאל לאחר שלא בבעלים למי משלם השני לרבנן

כתב אאמו"ר שליט"א דשואל בבעלים שהשאל לא בבעלים, ומתה כדרכה, בזה מודים חכמים לר"י דכיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו, ולא נחלקו אלא כשהשוכר נפטר מאונסין בגלל הדמים ששילם, והשאלה בחנם שזה שהפסיד את דמי שכירותו גורם את החיוב, בזה ס"ל לרבנן שהשכר שלו, אבל כשקיבל את הפטור מהבעלים אין לו להרויח בפרתו של חברו, והקשה אחי הר"א נ"י דלפ"ז הו"מ למימר בגמ' צ"ו ב' נפ"מ לרבנן בשאלה פרה מעלמא, וכונתו דכמו שלר' יוסי אין זה שהיא בבעלים עמו פוטרתו, כיון שהכל לבעלים הראשונים, ה"ה לרבנן בשאלה, אם נימא דבשואל לא זכה כלום, ולפ"ז בין אם הבעל כשואל בין אם הוא כשוכר הרי הוא חייב, והנדון אם הוא חייב באונסין, ולא הו"ל לגמ' לאתויי נפ"מ בסחורה שהראשון פטור והשני חייב, ולכאורה ה"י נראה בזה דדוקא כשהשאל לא בבעלים שייך לומר שהכל לבעלים הראשונים, אבל כשהיא השאלתו בבעלים אין לנו לחייבו לרבנן, דסו"ס נתנה לו את זכות שימושה, ורק כשרוצה להרויח מפטורו של הבעלים בזה כתב אאמו"ר שליט"א דכולי האי לא יהינן לה לעשות סחורה, וא"כ לא הו"מ בגמ' למימר נפ"מ בשאלה מעלמא, דלרבנן הבעל לעולם פטור.

ובעיקר הדברים ה"י נראה דלרבנן לעולם נסתלקו הבעלים הראשונים ואין להם להרויח מסחורת השואל או השוכר, ולר"י לעולם תחזור פרה לבעלים דלרבנן כיון שזכות השאלה ניתנה מהראשון לשני, הרי הוא כבעלים, וכמש"פ אאמו"ר שליט"א דעיקר הזכות הוא בגלל הקנין פירות שקיבל השואל,

אמרו לגבי כפל דהבעלים מקנה לו הבהמה, יתכן לומר דגם בש"ח שמסר לש"ש זוכה בתשלומי גו"א, אבל לא יתכן בזה כמה בהמות, [אף אם משכח"ל שחזר וקיבלה ממנו], כיון שגוף הפרה לא שייך בה כמה פעמים, וכמשנ"ת.

ויצונו ברמב"ן כתובות פ' הכותב (נ"ט ב') בהוספה, שיש מדבריו סייעתא לדברי אאמו"ר שליט"א שרק בשוכר שיש לו קנין פירות יכול למכור ולהשאל זכותו, אבל שומר שאין לו קנין פירות לא, שאם גם שומר יכול למכור א"כ אין רא"י מזה שבעל הקנין פירות יש לו בעלות, ע"ש.

מידו מה שנתבאר לעיל עוד טעם דדוקא באונסין סברי רבנן שאין לבעלים זכות תביעה במה שהרויח השוכר ע"י שכרו, אבל מה שמגיע מחסרון שמירה של הש"ש בזה שפיר תובע הבעלים שזה שייך לו, שבתי וראיתי שיש מקום לדון בזה מכיון דחזינן בשמעתינן שחיוב התשלומין אינו מדין מזיק, שהרי בדין מזיק ליכא אלא חדא בהמה, אלא כיון שנתן לו להשתמש מתחייב תמורת זה, וזה דומה לדמי ביטוח, לפ"ז יש מקום לומר שגם בש"ש יש לחלק את חיובי השמירה מחיובי התשלומין, דאמנם זה שהש"ש שומר יותר, זה שייך לבעלים, והרויח שבאמת לא תגנב ותאבד, דהש"ח שוכרו עבור הבעלים, אבל חלק התשלומין כשאירע שלא שמר, י"ל שאת זה אין השומר מקנה לבעלים, ושייך לדמותו לדמי ביטוח, ואע"פ שהי' יכול לישמר מזה אם הי' שומר כראוי, [להסוכרים דש"ש פטור בכה"ג], מ"מ חלק התשלומין של גו"א אפשר לדמותו לחלק התשלומין של אונסין בש"ח שהתנה להיות כשואל, שזה כהתחייבות נוספת, ולא חלק מהשמירה, ומיהו אפשר לחלק בין תשלומי גו"א לתשלומי אונס וכמשנ"ת לעיל, אלא דכיון דחזינן ששייך

בדין שוכר שהשכיר לאחר יותר מהמחיר שהוא משלם לבעלים

כתב הנמו"י בפרק כיצד הרגל דשוכר שהשכיר לאחר ביותר ממה ששכר לו יוסי הריוח לבעלים, וצ"ע דהא הקנין פירות באמת של השוכר, ואין זו פרתו של חברו, [וכמ"ש הרמב"ן פ' הכותב להוכיח מכאן דבעל הפירות יש לו זכות למכור חלקו ולהקנותו].

- נמצאו בזה עוד דברים -

עוד בביאור הא דהבעלים משלמין כמה פרות לשוכר

שם משלמין כמה פרות לשוכר כו' העיר גיסי הרי"ח שליט"א די"ל שאין חיוב תשלומין אלא במקום הפסד, והבעלים יכולין לתבוע הפסדם מן השואל, ונתנו זכות זו לשוכר, וכן השואל הראשון יש לו זכות לתבוע הפסדו מן השואל השני, וזכותו זו נתן לשוכר שלו, שהרי השואל השני באמת מפסיד כי הוא צריך לשלם, ולע"כ.

אלא דלגדרי התורה בעינן שיהא גם בעלים על הגוף, ולכן שואל שנפטר בבעלים, שהשאל לאחר שלא בבעלים, השני משלם לראשון, דסו"ס זכות השימוש הי' של הראשון, ואם הי' משכירו הי' מקבל שכר, ועכשיו שהשאלו הריוח שלו, שהבעלים הראשון כבר נסתלק מזכות השימוש, ואע"פ שמעיקרא עשה חסד עם הראשון ונתן לו באופן הפטור, מ"מ עכשיו הזכות של הראשון והוא נתן משלו לשני, ולא מחלקינן לרבנן בכל גונא לפי הענין, אלא כללא הוא דבעל הפירות עיקר, ולר"י בעל הגוף עיקר, ולכן גם באשה לבעלה תחזור פרה למשכיר, כיון שאין לחדש שכירות מכח השוכר לעולם, אם לא בדרכי קנינים מפורשים, ולכן אע"פ שאין רצונה לחייב בעלה לטובת המשכיר, מ"מ כ"ז שיש עליו חיוב הר"ז לבעלים הראשונים, שאין שואל ושוכר אלא מבעל הגוף.

ה.

נפטר מהבעלים. — מש"פ רש"י משום דששל"ש חייב לכאורה לשיטתו ל"ו א' אף למ"ד פטור הכא נשאר בחיובו אם השני פשע, וי"ל שפירש דעדיפא מינה דאף אם היא פטורה, מ"מ למ"ד חייב הי' חייב.

שם נימא לה לאימ' כו' שאם פשעה הרי היא חייבת לשלם לבעלים ואע"פ שלא ידעה שהוא הבעלים, שכל מה שנתחייבה בקבלת השמירה מבנה, נתחייבה כלפי הבעלים, שאין השומר צריך לדעת מי הבעלים, שאפי' הטעוהו ואמרו לו שמור חפץ זה שהוא של ראובן, ונתברר שהוא של שמעון חייב, שאין הידיעה הזו עיקר בחיוב השומר, דחיובו של שומר כחיובו של מזיק, שאינו יכול לומר כשהזקתי חפץ זה חשבתי שהוא של ראובן ונתברר שהי' של שמעון.

מ"ב א' דההוא גברא דאפקיד זוזי כו' אשלמינהו לאימיה כו'

מ"ב א' ההוא גברא דאפקיד זוזי גבי חבריה אשלמינהו לאימיה אותבינהו בקרטליתא כו' אמר רבא היכי לידיינהו כו' הלשון מתפרש דכיון שלא קברתם איגלאי מילתא שפשעה בשמירת הפקדון, והגדון מפני שאין לו על מי להטיל החיוב, ומדקאמר נימא לי' לדידיה זיל שלים אמר כל המפקיד כו' משמע שאם מסרן לאחר הי' חייב לשלם, ואע"פ שהשומר השני מודה שהי' פשיעה, וש"מ דאע"פ שאין כאן נדון של נאמנות, שהרי השני מודה דחייב, מ"מ החיוב נשאר על הראשון כיון שאין השני במקומו כלפי הבעלים, ולא מצי למימר אוקימנא לך גברא בחריקאי, ויש לדחות דכיון דידע רבא שאין עליה חיוב הקדים לפרש הטעם שהשומר

שם אמרה לא אמר לי דלאו ידידיה ניהו כו' בפ' הרמב"ן

שם אמרה לא אמר לי דלאו ידידיה ניהו דאקרינהו, פ"י הרמב"ן דהיינו שסברה שהם מעות של הוצאה ואין צורך לקוברם, שאין אדם עשוי לקבור מעותיו לשעה מועטת, אבל כשאדם מוסר פקדון לחברו ע"כ מסרו לזמן מסוים והי' לה לקוברו, ולפ"ז אם אמר לה שצריך מעות אלו בעוד חודש ימים ולא קברתן חייבת, וכן משמע בגמ' דמעות שלו היא קוברתן תמיד, ואיך תאמר לא אמר לי דלאו ידידיה ניהו דאקרינהו, אדרבה הרי ידידיה ודאי תקרינהו, וע"כ שיש כאן טעם שאת שלו אינה קוברת, והיינו מפני ששלו אינם מוגדרין מיד כפקדון שראוי לקוברו, שהדבר מצוי ליתן לאמו לשמור אף מעות שצריכין להוצאה, אבל פקדון ביד אחרים אין נותנין אלא כשמשאירן לזמן מסוים, וממילא צריכין קבורה, וכן יש לפרש ברמב"ם שלא אמר לה דפקדון הוא, היינו שלזמן הוא, ולכן לא אמר הרמב"ם שלא אמר לה דשל אחרים הוא.

אבל הש"ך בסי' רצ"א ס"ק ל"ג כתב לפרש שאמו זלזלה בשמירת פקדון שלו, מפני שיודעת שאינו מקפיד עליה כהלכות שומרים, ואמנם נהגה שלא כדין, אבל הוא אינו יכול לתובעה על כך, כיון שנהגה כפי דרגת השמירה המקובלת אצל האדם בחפצים שלו, והוא סבר שתשמרם יותר, מפני שברוב פעמים שומרת על שלו יותר, אבל אם פשעה לגמרי שגם בנה הי' מקפיד על פשיעה כזו חייבת, וכ"כ שם בס"ק ל"ה, ולפ"ז מצינו חיוב שומרין באשתו ובניו שאינם בדרגת ש"ח של התורה ויש להם גדרים חדשים, ול"מ כן, גם מ"ש בנה"מ דהש"ך הוציא הדברים מפשטן, מפני שכל שומר יטען כן, צ"ע דודאי כל שנותן לאחר לשמור אינו יכול לטעון שחשב שהם מעות של הוצאה, ורק לבני ביתו אדם נותן לשמור גם מה שלזמן מועט, והדברים

מפורשים ברמב"ן דלא כהש"ך. אלא דלגבי בנה מוטל עליה כל חיובי שומרים, וכ"ה לשון הגמ' דלא ידעה שצריכה לקוברם, ולא שפטרה עצמה מחיוב תשלומין אע"פ שזלזלה בשמירתן, דא"כ הי' לה לומר שסברה שתפטר אף שלא קברתם, והלשון משמע שזוהי סיבה מוחלטת שלא לקברם. וכ"ה האמת שנתנתם בקרטליא ששומרת שם תכשיטיה, ולא סברה לזלזל בשמירתן כלל.

בביאור הענין דאי אמינא לה דדידי ניהו מזדהרא טפי

שם אמר כ"ש דכי אמינא לה כו' וא"ת מה שייך זהירות יותר בקבורה, שהרי הוא טוען שחשב שתקברם, וי"ל שגם בקבורה יש מקום לשימת לב לקוברם במקום המוצנע ובעומק ובאופן שלא יורגשו ע"י הקשה בקרקע, שו"ר שכ"כ הרמב"ן לעיל שלא עלה על דעת שתהא אמו הולכת כל היום וכל הלילה ומעות בידה, אלא טפי מזדהרא למיקרינהו במקום המוצנע. מיהו אפשר שנתנו לה לזמן מועט עד שיבא לביתו, וסבר שתשמרם בינתיים יפה בידה.

שם אלא אמר רבא משתבע איהו כו' לכאורה בנדון של רבא היתה ההכרעה דשניהם פטורין, ולישניה דרבא משמע שהכריע כאן בנדון דלעיל ע"י השבועה, ואפשר דכל ששל"ש א"צ שבועה כיון שהשני שמר כדין או שמודה שחייב, אבל כאן שמסירתו בצורה זו גרמה את הפשיעה, יש לחוש שמא באמת מסר לה מעות שלו, וכשנגנבו מייחסם לפקדון, ולכן צריך להשבע שהם אלו המעות.

ונראה דבשל"ש אפי' כההיא סבתא שמהימן לה, אם מסר בכה"ג חייב, ורק ע"ד אשתו ובניו שחשב כאילו המפקד מסר לשניהם שידע שחלק מהזמן יהא הפקדון אצלו, וכיון שמסר לשני בנ"א ואינו יכול לתבוע אחד מהם הרי הם פטורין.

טו. בסוגיא דתחלתו בפשיעה וסופו באונס, ובדין שומר שמסר לשומר

במש"כ הראשונים דדוקא בשומר חנם פטור כה"ג אבל בשומר שכר חייב

כתבו הראשונים ז"ל דש"ש הי' לו לדקדק וליזהר שמא לא תקברם כשהם שלו, ולכאורה נראה דמי שעלה על דעתו חשש זה אף ש"ח חייב, [ואם רוצה שתוסיף בשמירה, יאמר לה שתשמרם חודש ימים, וממילא תדע שאינם [להוצאה], דודאי אין הבעלים רוצה בתוספת השמירה במקום חשש הפסד, אלא דש"ח לא נתחייב לעיין ולחוש לחששות רחוקות, ודי לו בשמירה לפי הבנתו באופן הרגיל.

ולפ"ז מוכח דלא כהש"ך הנ"ל, מדלא קבעו בהלכה שכל המפקיד לאשתו וב"ב צריך להודיע שאינו שלו, כדי שלא יבאו להקל בשמירתו, שהרי לדעת הש"ך שייך חשש זה בכל הפקדונות, אבל לפי הראשונים ז"ל זהו מאורע שבגלל שלא הודיעה טענה ולא קברתו, ולא שייך לקבוע כלל בזה, דבדרך כלל שמירת ממון עדיפה ולא נפיק מיניה חורבא, ובמקרה שידוע חשש הפסד כשלא יודיע, באמת חייב להודיע.

טו. בסוגיא דתחלתו בפשיעה וסופו באונס, ובדין שומר שמסר לשומר

בדין תחלתו בפשיעה וסופו באונס, ובדין שומר שמסר לשומר

א. ל"י ב' איתמר פשע בה ויצאת לאגם כו' מ"ט דאמרינן הבלא דאגמא קטלה, יש לתמוה מהיכי תיתי להמציא דבר זר כזה, הרי כל הבהמות רועות באגם, וזהו מקומן כדאמר צ"ד ב' ל"ד א', ואף בהמה זו עצמה כל יום היתה רועה באגם, כדחזינן שהלכה לבד לאגם, ובאמת חזינן בגמ' דלאו דוקא בהבלא דאגמא קאמרינן, דלקמן אמרינן אירא דהר קטלה, הרי דבאמת אין חסרון ידוע באגם, שהרי בהר יש אור טוב ואמרינן אירא דהר קטלה, וכן פ' תו' לעיל א' דאמרינן אירא דההוא בית קטלה, וש"מ דבכל דוכתא אמרינן אילו לא פשעת, לא היתה במקום זה, ואפשר שבמקום אחר לא היתה מתה.

הדבר לומר שאם הי' חסר אחת מהסיבות הגורמות את המיתה לא היתה מתה, דהיינו שבזמן שגבר עליה הלחץ דם אם הי' לה אור טוב, לא היתה מתה, ונמצא שאמת הוא שרק בצירוף הבלא דאגמא מתה, ור"ב סבר דכ"ז שלא ראינו סיבה גופנית למיתה, לא מחדשינן כן, וממילא אין ההבל נחשב כגורם כלל.

ב. שם כל דיינא דלא דאין כהאי דינא כו' נראה דאין הכונה שדיין שחולק על סברת הבלא דאגמא או מלאך המות כו' לאו דיינא הוא, דודאי לאו סברא פשוטה היא, ומה ראה להבליט דעתו בביטול הדינא, אלא הענין שדיין שחושב שנדון זה תלוי בפלוגתא דתחילתו בפשיעה וסופו באונס לאו דיינא הוא, שאינו מבחין בין אונס שהי' מזומן בזמן הפשיעה לבין אונס שנחדש אח"כ, ור"ב אמר דלאו דיינא הוא להבחין בין אונס שבא מחמת הפשיעה לאונס שהי' בא גם בלא הפשיעה, אבל ודאי דמי שחולק על טענה דהבלא דאגמא או על טענה דמה"מ, דינא הוא, ומסתברא דרבה אמר האי לישנא דכל דיינא כו', ונחלקו אב"י ור"ב על מה אמר כן.

וביאור הדברים דכיון דאב"י לא ס"ל טעמא דמה"מ מ"ל כו', דהיינו שאין לנקוט שמתה בלי שום סיבה גופנית, ואף דאיכא כה"ג מ"מ אין לפטור שומר בטענה כזו, ואם באנו לחשוב איך נתגלגלה מיתה לבהמה זו, הרי לא היתה חולה ולא אירע בה דבר ניכר לעין, וע"כ דנקטינן שאירע לה מקרה גופני באותו יום, כמו בהמה שאחזה דם או מיחוש מעים וכיו"ב שאינם חולי גמור, ובכה"ג קרוב

עיקר חדושיה דאב"י הוא בהא דאמרינן שמתה מחמת אור וממילא הבלא דאגמא קטלה, אבל אם ראינו שמתה מחמת

טו. בסוגיא דתחלתו בפשיעה וסופו באונס, ובדין שומר שמוסר לשומר

אירע באופן פתאומי הבל חזק באגם, הרי זה תלוי בפלוגתא דתחילתו בפשיעה וסופו באונס, כיון שלא הי' בידו למנוע האונס, ובשעה שפשע לא הי' האונס מזומן.

מידו יש להקשות בההיא דלקמן ע"ח א' למה הוצרכו להעמידה במתה מחמת אויר, ורבה גופיה העמידה בהכיסה נחש, הרי לאביי מצי למימר אוירא דהר או בקעה קטלה, והערוני לזה, ומשמע מזה דכיון שהשוכר הולך עמה לא תלינן באוירא בסתמא לאביי, דכל רגע כהדרא לבי מרה חשיב, ואפשר, דהתם כמתחלתו בגניבה ואבידה דמי עי' תו' צ"ג ב', דכיון שאין חילוק ידוע בין הר לבקעה רק בגלל דעתו של בעה"ב בכה"ג לא חשיבא פשיעה, ול"ד לשליש דביד אחר אינו שמור כלפי הבעלים שאינו מאמינו.

שם ומודי אביי דאי הדרא לבי מרה כו' פי' דכיון שלא ראינו בה שום חולי, לא מחדשנין שהבלא דאגמא גרם שתמות בבית הבעלים, כמו כל שומר שפשע, ואח"כ התזיר הבהמה לבעלים ומתה בביתו דלא תלינן בסיבות נעלמות של זמן הפשיעה, אבל כשהמיתה אירעה במקום הפשיעה יש לייחס חשיבות לגורמים של אותה שעה שמצטרפין להכריע המיתה.

שם דאי שבקה מה"מ בי גנב הוה קיימא, והר"ז כבהמה שהשליכה לים ומתה כדרכה קודם שטבעה, דודאי אין קולא בזה שמה"מ מ"ל ומל"ה, כיון שהיתה אבודה קודם מה"מ, וה"נ בבית גנב כלפי הבעלים כאבודה דמיא.

שם לדידכו דמתניתו כו' ראב"מ הי' חבירו של ר"ז סוכה כ"א ב' ובשאר דוכתי ור"ז ואביי ורבא בדור אחד שמלך אביי בפני ר"ז, ולפ"ז אין להקשות לרבא מראב"מ שהי' כחבירו, אלא הקושיא מר' אמי שהי' תלמידו של ר"ז, למה לא השיבו טעמא דמה"מ, וכן מדויק בדברי אביי שהקושיא מהא דשני ליה בשנתנו לו הבעלים רשות, ולא הקשה

אזכר אף רבא מודה דחייב, וכמבואר בסוגיא ע"ח א', ונתתם מיירי בשינה מדעתו של בעה"ב, וה"ה פשע בה ויצאת לאגם שזהו ג"כ כשינוי שהרי אין לו להניחה באגם בלא שמירה], ויש להבין מה בין זה לתחילתו בפשיעה וסופו באונס, הרי הבלא דאגמא אונס גמור הוא שאין אויר האגם ממית כלל.

ונראה דגם בההיא דהטמין מעות בצריפא דאורבני אם נתברר הדבר שבשעה שהטמין המעות כבר הי' הגנב שם וראהו מטמין, הרי הוא חייב לכו"ע, ואע"פ שאם הי' מטמין שם בקרקע ואיגלאי מילתא שהגנב ראהו הי' פטור משום אונס לכו"ע, מ"מ השתא איגלאי מילתא שפשיעתו גרמה ההפסד באופן ישיר, ולא שאירע אונס שנגרם מחמת הפשיעה, דהתם בשעה שאירע האונס לא הי' בידו למנוע כלום, אבל כאן האונס הי' מזומן בשעת הפשיעה, והי' בידו שלא לפשוע, ואמנם הוא לא ידע שהאונס מזומן כבר, אבל איגלאי מילתא שזהו חסרון ידיעה ולא אונס, כמו שמשליך כבש מהחלון והזאב ממתין למטה, דאיגלאי מילתא שהוא נתנו לפיו של הזאב, ואינו אונס כיון שלא הי' לו לעשות פעולה זו גם בלא הזאב, ובכה"ג חשיב רק חסרון ידיעה, אבל אם הי' רשאי לעשות פעולה זו הר"ז אונס, ולא קרינן ליה חסרון ידיעה בלבד, דכיון שהמעשה מותר הרי גם חסרון הידיעה אונס.

והכא נמי אם איגלאי מילתא שמתה מחמת אויר והבלא דאגמא קטלה, הרי הנזק הזה הי' מזומן מיד כשיצאה לאגם, ונמצא שבמצב הגופני של הבהמה באותו יום הכניסה לתוך הנזק בפשיעתו, ואין זה סופו באונס אלא חסרון ידיעה, וה"ה אם איגלאי מילתא שהי' נחש מזומן באגם באותו יום שהוא חייב לכו"ע כמבואר ע"ח א', והשתא ניחא דאביי סבר דלא תלינן במה"מ לחוד, דהיינו שלא היתה שום סיבה גופנית למיתה, וא"כ האמת דהבלא דאגמא הי' שותף לגרום המיתה כמשנ"ת, ואם

מילין נחא ליה לבעה"ב בשינוי זה ולא חשיב פושע ומעביר ע"ד של בעה"ב.

שם גמ' אמרי דבי ר"י שמתה מחמת אויר דאמרינן כו' גם אם לא גרסינן כגון הר"ז מתפרש כגון, מדלא קאמר דאמרינן שמתה מחמת אויר דאורא כו' אלא שידענו שמתה מחמת אויר ואמרינן מסברא שאילו היתה במקום אחר לא היתה מתה.

יש לעי' במאי פליג ריב"ח ורבה אשינויא קמא, ואפשר דבמתה מחמת אויר דהיינו שהי' ניכר עליה חסרון אויר בנשימתה, בזה הדבר רחוק יותר לתלות שאם היתה במקום אחר היתה חי', כיון שאין תופעה זו טבעית בחוסר אויר, והגורם הפנימי נעלם וסתמא אינו תלוי בשינוי, אבל במתה מחמת אויר צנא שזוהי סיבה גופנית מוגדרת, בזה קרוב יותר לתלות שבאור יותר טוב היתה מתגברת על החולשה שאינה חולי גמור, ורבה נחא ליה בהכישה נחש שא"צ להוסיף השערות מדנפשינן, אלא הדבר ברור מה היא סיבת המיתה והדבר ברור שלא היו נחשים במקום השני, ולפ"ז אפשר דפליגי בדינא, ואפשר דרק בפירושא פליגי, דמתני' שלא פירשה כלום נחא להו לאוקומה באופן שאין נידונים שבדאי מקום זה גרם המיתה, ודר"י סברי דאור מיישב טפי בסתמא דמתני' דקתני מתה סתמא, וריב"ח סבר דאובצנא ברור טפי מאור וכמש"כ, אבל נחש לא משמע בסתמות המשנה, ורבה נחא ליה טפי מה שברור סיבת המיתה וכמש"כ.

מדראב"מ, וע"ז השיבו רבא דר"א תירץ לראב"מ לפי טעותו, דבאמת גם אם הי' משיב לו טעמא דמה"מ לא היה זה התירוץ הנכון, כי באמת קושיא מעיקרא ליתא שהרי הטעם משום אנת מהימנת לי, וכאן נשבע השוכר, לכן לא נחית ר"א להשיבו טעמא דמה"מ, והשיבו לפי טעותו דמירי בדליכא למימר אין רצוני כו'.

שם הב"ע שהעלה למרעה שמן וטוב, יעוי' בתו', וביאור הדברים שאדם מכניס עצמו לחשש קטן של הפסד כשיש לו ריוח ברור כנגד זה, ולכן כשיש מרעה שמן וטוב יכול להעלותה להר ולסמוך ע"ז שיתקפנה יפה, ובכה"ג אין הפשיעה גורמת שתהא בהר, כי הפשיעה היא שלא תקפה, והר"ז כיושב עמה באגם ועוצם עיניו מלהשגיח עליה, דבכה"ג לא יאמר אביי הבלא דאגמא קטלה, כיון שמקומה הוא באגם כשהשומר שם, ואם נימא שפשע בה רק ברגע מסוים שלא תקפה, י"ל שבאותו רגע לא אמרינן אורא דהר קטלה, אבל אף אם פשע כל הזמן נחא כמש"כ.

ג. **ע"ח** א' מתני' אפי' זו עשר מילין וזו עשר מילין, מלבד שיש להקשות ניתני אפי' זו י' וזו חמש כמ"ש תו', עו"ק דכל ד"ז מיותר דסתמא מתפרשת בשוין, ונראה דעיקרה לומר אע"פ ששני הדרכים שוין, דהיינו שאין בהם החלקה והוחמה, אלא זו בראש ההר אחר המעלה חייב, וכ"ה לשון רש"י ועי' תו', גם יתכן שאם השני' חמש

טז. בדין תיקנו משיכה בשומרים

א

יש לעי' אם כל האופנים במשנה שוין לענין חיוב אונסין ולענין חזרה, או דיש מהן שא"א בחזרה, עתו' סוד"ה כיון.

יש לעי' בשעה שמחזירה ביד בנו של משאל או ביד עבד כנעני שלו, האם יכול לחזור בו, או דכחזרה לרשות משאל דמיא.

מתני' ביד עבדו, לשמואל דהיינו עבד עברי יש לעי' דעבדו מיותר דהוי כ"ש משכירו ולקוטנו.

יש לעי' בגונא דקתני פטור האם דינו כש"ח בביד בנך לא גרע מהנח לפני, אבל בהכישה במקל נפטר לגמרי, וא"כ לרב אף ביד עבדו אינו כש"ח.

יש לעי' היכי מוקים רב מתני' בא"ל הכישה במקל הא בהדיא קתני שלחה לי ביד עבדך.

יש לעי' מה החילוק בין רב לברייטא דלא מוקמינן לה בחצרו לפני כו', האם בגלל שאמורא מפרש דבריו, או דמאוקימתא דרב למתני' מוכח כן.

יש לעי' בברייטא דקתני כיון שיצאת מרשותו של משאיל, לאוקימתא דרב אשי הרי נכנסה לרשותו של שואל, ופשיטא.

יש לעי' האם באמר הכישה במקל ואחריות עלי, פשיטא דחייב ואפילו לא היתה לפניו מחצרו, או דהוי פטומי מילי.

יש לעי' היכן מרומז בברייטא דאיכא גזייתא, דנימא שזהו החדוש.

יש לעי' מהו יסוד החידוש בדברי רב דע"ז פליג שמואל, ואולי רב קמ"ל דאף במקום

דלא סמכא דעתיה אם אמר לו בכל אופן שתשלחנה אחריותה עלי, אפי' הכישה במקל או ביד קטן וכיו"ב.

יש לעי' במ"ש תו' דמיירי ביצאה לצדי רה"ר והיכן מצינו משיכה שמושך המוכר עבור הלוקח, [והרי בעלמא הכישה כמשכה דמי].

יש לעי' מה הסברא בדרכ הונא שיקבע מה שהשואל עושה בתוך ביתו בלא ידיעת שום אדם בזה, [ועי' קדושין מ"ז ב' במעות שברשות לזה שלא הוציאן].

יש לעי' בהא דמותר לבקע בו לכתחילה, דש"מ שאפשר לשכור מהקדש ולהשתמש, אע"פ שהגוף נשאר של הקדש, ועי' תו'.

יש לעי' מהו תיקנו משיכה, ומה הי' הדין מדאורייתא, האם הדין כר"ה, או שהדין בקנין יד וחצר, וא"כ גם מדאורייתא דלא כר"ה.

ב

אב"ל ראובן שהי' דבר ברשותו ע"ג קרקע, כגון ששכחו שמעון שם, שלא נעשה בו מעשה גניבה ע"י ראובן, ואמר לחבירו שיגביהנו ויתננו לידו, לא חשיב מעשה קנין, כיון שלא ידע המגביה שמעשה זה מוציא מרשות, שהרי מגביהו לבעל החצר עצמו, (וגם לא הגביהו ליטלו לעצמו בשליחות בעה"ב ככהן ושומר).

ובזה מיושב מ"ש בתו' הרא"ש ב"מ ט' ב' דראה את המציאה ואמר לחבירו תנה לי והמגביה לא ידע שהיא מציאה לא זכה הרוכב, ומ"ש הכא דאמרין שנתחייב הגנב בהגבהת הכהן והשומר, ולמ"כ נ"ח דהכא ידע הכהן שזוהי הוצאה מרשות, אבל התם לא ידע שיש בהגבהתו שינוי רשות שהרי חשב שהמציאה של הרוכב.

ב"ק ע"ט א' מתני' נתנו לבכורות בנו כו' מבואר כאן שהקנין שעושה השומר מהני לגנב, אע"פ שאינו יודע שהשור גנוב, ואינו מכוין לקנותו עבור הגנב, ואפשר הטעם מפני שהשומר יודע שמוציא החפץ מרשות שהי' בו, אלא שסבור דברשות קעבד, ובכה"ג מהני שפיר הקנין לגנב, כיון שהשומר יודע שיש כאן מעשה של הוצאה מרשות, הראוי לקנין, ועושהו אדעתא דגנב.

ולפ"ז אם היתה בהמה באגם ונתנה לבכורות בנו, שלא ידע הכהן שיש כאן הוצאה מרשות אחרת כלל, לא מתחייב הגנב בנטילתו, ול"מ כן, וי"ל דג"ז חשיב שיוודע שיש כאן הכנסה לרשות אחרת ממה שהיתה בו תחלה.

בסכ"א דבבנה ע"י פועלים לא קנה, אבל באמת שם משמע שקנה אלא שלא קנה את האבנים קודם הבנין, והטעם כתב בנה"מ סי" ק"ח הובא בפ"ת סי' קצ"ב סק"ב שחשב לקנות עכל ע"י הבנין, וכיון שהוא לא נתכוין הם לא נתכוונו לא קנה, אבל הכא שהוציאו עבור הגנב חייב, מיהו בנה"מ שם מיירי בפועל ששעושי ע"ד בעה"ב, ולא בסבורין שהוא שלו.

שוב נראה דהתם לא נתכוין הרוכב שיעשה קנין הגבהה עבורו, שהרי הוא עצמו עומד שם, ורצה שרק יתננה לידו, והוא כבר יעשה הקנין, אבל אם נתכוון לקנות בהגבהתו י"ל דמהני.

ונראה שזו כונת הקצה"ח סי' ער"ה סק"ד שכתב דהתם א"ל שיתננה לו ולא א"ל שיגביהנה לו, ובנה"מ סק"א חלק עליו ממ"ש

ג

אבל כשמגיבה ותפוס בידו מודה הרשב"א דכח יד מהני אף בחצר חבירו, ובאמת בקידושין שם הקשה הרשב"א איך מועיל בחבילי זמורות בחצרו של מוכר, והניח בצ"ע.

ולפ"ז ניחא דהגביהו דתנן גבי גנב היינו שמגביה בידו, וקונה בכח יד, שמפקיע עי"ז לגמרי כחו של בעל החצר, אבל לשון הרשב"א שם דמייתי מדקתני עד שיגביהנה, והיינו כלישנא דהגבהה דקתני גבי גנב, משמע שבכל הגבהה קשיא ליה, וזה צ"ע.

ויינוי בקצה"ח סי' קצ"ז סק"א וסי' רע"ג סק"ד שכתב ע"ד הסמ"ע דאף הגבהה שאינו תפוס בידו קונה ברשות מוכר, וכ"מ בקידושין כ"ו א' בקושית הרשב"א שם.

ונראה מזה דהגבהה שהיא עקירה מכח הרשות יש בה כח כתפיסה, ול"ד למשיכה שהכל ע"ג הרשות, וה"ה להפיל למטה דלא חשיבא עקירה מהרשות, אבל הגבהה חשיבא תלישה מהרשות, וצ"ע.

כתב הרשב"א ב"ב ע"ו ב' לפרש אליבא דאב"י הגבהה קונה ברשות מוכר רק בדעת אחרת מקנה אותו, ויש לעי' הרי שנינו גבי גנב ב"ק ע"ט א' דהגביהו קנה, והתם ליכא דעת אחרת, ואין נראה לומר שמתחייב באונסין אף בקנין שאינו מועיל להכניס לרשותו, דהא פלוגתא היא בכתובות ל"א ב' בזה.

ועיקר דברי הרשב"א שהקשה מאויר חצר שקונה לבעלים לקנין הגבהה, צ"ע דהא בהגבהה תפוס בידו ואין שליטה לבעל החצר במה שביד חבירו, ול"ד לכלים שאין להם תפיסה בכח עצמם, והם עראי כלפי החצר, ולכן שייך לומר דאויר החצר עדיפא מהכלי שמונח ע"ג החצר, ואפשר דקושית הרשב"א רק מקנין הגבהה שאינו תפוס בגידו, כגון פיל בחבילי זמורות קדושין כ"ו א', וזיל טרוף אקן, ועוד אופנים, עתו' ב"ק צ"ח א' ובראשונים ב"מ ט' א' ובהו ס"ל דאויר רשות המוכר עדיפא, ואין יתרון להגבהה ממשיכה,