

מראי מקומות לסוגיות הנלמדות

פרשת מטות מסעי גיטין נא. - נה:

נא. או דילמא קצובין ואע"פ שאין כתובין.

כ' הרשב"א, איכא למידק, מ"ט לא איבעיא להו נמי כתובין אע"פ שאין קצובין. וי"מ דהכי מיבעיא ליה, ר' חנינא היכי קאי, אי אמזון האשה ובנות דמתני', ואמר אע"פ שהן כתובין ומשום שאין קצובין לא גבי, דקצובין וכתובין בעי, או דלמא אשאר נמי קאי, ואמר לפי שאין קצובין, אבל אם היו קצובין אע"פ שאין כתובין מלוה ע"פ גבי ממשעבדי.

ותמיה ליה, דודאי עולא אפירות ושבח קרקעות דמתני' קאי, מדיהיב טעמא לפי שאין כתובין, ואילו מזון האשה והבנות כתובין הן, וכדאקשינן עלה והא מזון האשה והבנות כמאן דכתיבי דמו, ואמאי דמפרש עולא לפי שאין כתובין קאי ר' חנינא, אלא דר' חנינא לא ניח"ל לאוקומי טעמא דמתני' לפי שאין כתובין כעולא, משום דקשיא ליה מזון האשה והבנות, ולא ניחא ליה לפרוקי דכתובין הן אצל בני חורין ולחלק בתקנתן של חכמים, ומשום כך תלי טעמא בקצבה, וכולן הן בכלל טעם זה, דכולהו אין להם קצבה, ומשו"ה קא מיבעיא לן אי כולי טעמא בקצבה, כי היכי דהוי כולי טעמא לעולא בכתיבה, או דילמא אף לפי שאין קצובין קאמר, ותרוייהו בעינן כלומר כתיבה וקציעה, אבל כתיבה לחודה פשיטא דלא מהניא, שהרי מזון האשה והבנות דכמאן דכתיבי דמו ואפ"ה אינן נגבין אלא מבני חרי.

נא. והא פרנסה דמיקץ קייצא מיכתב לא כתיבא.

כ' הריטב"א, וכ"ת היכי אמרינן דלא כתיבא, דהא תקנת ב"ד הוא. (ולכא) [ואיכא] למימר דכיון דברשות האב להפקיעה, שאם אמר אל תתפרנס בתי מנכסי שומעין לו [כתובות סח:], כלא כתיבא דמיא. [ועיין ל' המאירי בביאור הפשיטות שכ' וז"ל, ואע"ג דלא כתיבא בהדיא, הואיל וכעין תנאי ב"ד הוא וכו', אלמא קצובים בכתיבה פורתא מהני].

נא. מתיב רב הונא בר מנוח וכו' והיא ניזונית מנכסים משועבדים.

ופירש"י אלמא כיון דקייצי חמש שנים, אע"ג דלא כתיבא גביא ממשעבדי, וקשיא לעולא. וכ' ע"ז הרמב"ן, ולא מחזור, משום דאעפ"כ לא קייצי, כדאמרינן בפ' אע"פ [נט.]. מעה כסף תחת מעשה ידיה, מידי דקין ממידי דקין, לאפוקי מזונות דלא קייצי, דאלמא מזונות שבכל יום יום נמי לא קייצי, דהתם לאו במזונות דלעולם קאמר, דא"כ אפי' מעשה ידיה לא קייצי, וכן הוא ודאי, שהרי פעמים שהשער מתייקר ומוזיל וכו'. ונראין דברי ר"ח שפי' דלא קייצי ולא כתיבא.

נא. אימר צרי אתפסה.

התוס' בכתובות [קב: ד"ה אומר] הקשו, למה לי טעמא דמפני תיקון העולם, הא בלא"ה לא גבי משום חשש צררי, ותירצו דנפק"מ אם הודה האב שלא התפיס צררי. ובתו"ג הביא קושית הפנ"י שם, מאי מהני הודאת האב לגבי לקוחות, הא לא מהני הודאה לחוב לאחרים. וכ' ע"ז התו"ג דלק"מ, דבשלמא אם היה החשש צררי חששא דפרעון גמור, א"כ אילו באמת התפיס צררי כבר היה נמחל שיעבודו, וממילא לא מהני הודאתו לחוב לאחריני ולומר שהשטר אינו פרוע, אבל באמת הא כ' הרא"ש דהתפסת צררי אינו רק חשש שנתן לו מטלטלין למשכון, ואז ודאי דמהני הודאתו, דהא אילו בעי הוה יתיב ליה המשכון במתנה, והיה נשאר החוב בתקפו, ועוד, דאודיתא מתנה היא, [א"ה, לכאו' היינו דוקא כשמודה שהמשכון של הלה, אבל כשמודה שהחוב קיים משום שלא נתן משכון, איך הויה אודיתא לקנות המשכון], וכיון דהוי כאילו נתן לו המשכון במתנה, וממילא החוב בתקפו.

נא. א"ר יצחק שני כיסין קשורין מצאת לי וכו' נשבע.

כ' הרמב"ן [בד"ה כללא דשמעתא, בתו"ד], הא דר' יצחק הכי מיתוקמא, כגון שטענו שני כיסין קשורין מצאת לי, שאני ראיתך מגביה מציאה, וראיתי אחד מהם ויודע אני שהשני עמו, טענת ברי היא, דכיסין לא מנתקי אהדדי, ואע"ג דאמרינן בביצה פ"ק [י:]: כיסין נמי מעכלי קיטרייהו, לא עבדי הכי, ואע"פ שאפשר נמי שאחד מצאן והתיר הקשר, ונפל אחד מהם ממנו, כל מילתא דלא שכיח, טענת ברי מקריא, והלה אומר לא מצאתי אלא אחד, וכך וכך מעות היה בו והוצאתים, [וכיון שהוציאם אין כאן הילך. ריטב"א. ועיין בתוס' ר"ד דמוקים לדר' יצחק כשטענו אחר שהחזיר לו הכיס האחד, דעכשיו בעת הטענה אין לו שום מיגו שיפטרנו, אבל אם היתה הטענה קודם שישיב, פטור ע"י מיגו דאי בעי אמר לא מצאתי כלום. וכ' שם בהג"ה במוסגר בזה"ל, בזה שפירש הרב הגדול חולק עליו, שאדברה אם החזיר הכיס האחד פטור לישבע, עכ"ל. ולכאו' טעמו משום הילך, ועדיף מהילך, דכיון שכבר החזיר, אפי' מאן דמחייב בהילך, מודה הכא], ואשלם לך, חייב וכו'.

ומשכחת לה נמי לדר' יצחק, כשהיה מכריז ואומר כיס מצאתי וזה אומר סימניו, והודה לו, וטען שנים קשורים עמו מצאת לי, [דאמר שלשה כיסין קשורים נפלו ממני, וכיון שמצא האחד מצא הכל. ריטב"א], והלה אומר לא מצאתי אלא אחד [מאותן השנים שעם זה. ריטב"א], ואשלם לך שכבר הוצאתים כדפרישית.

נא. ור' יצחק לית ליה המוצא מציאה לא ישבע מפני תיקון העולם.

כ' הרמב"ן, מדקתני מפני תיקון העולם, ש"מ בטוענו טענת ברי הוא, כגון שני כיסין וכיו"ב, ואעפ"כ לא ישבע מפני תיקון העולם, כלומר שאם אי אתה אומר כן, אין לך מגביה מציאה לחבירו, שהוא מתירא שמא

ישביעוהו, דכולהו אינשי לאו דינא גמירי, ואם אתה משביעו בטענת ברי, אף [הוא] סבור שבכל מקום נשבע, ועוד שהוא סבור מה לי בצער הזה, שמא יהא טוען אותי בבירי ויביא אותי לבית השבועה, וממנע ולא עביד. וקשה לי, למה חייבו אותו כשומר שטר משום פרוטה דרב יוסף, דילמא מימנע מלעשות. הא לא ממנע, דלא מסיק אדעתיה שתאבד ברשותו יותר משאר ממנו, ועוד שהוא סבור להחזירו מיד.

נא. ברש"י ד"ה ונטלה. בשעת בגרות.

וכ' ע"ז הגרע"א, זה צ"ע מאד. וביאר דבריו במק"א [חידושים שבסוף שו"ת ח"ג, הו"ד בליקוט] וז"ל, לא זכיתי להבין, דבגרות מאן דזכר שמיה ליטול עישור נכסים, ואין נוטלת רק בשעת נישואין, אדרבה פסקינן דבנישאת אחר שבגרה אין לה כלום, אבל עכ"פ בשעת בגרות קודם נישואין אינה נוטלת.

נא. בתוד"ה או דילמא. ואין נראה, דבהדיא תנן בפ' גט פשוט דגובה מנכסים בני חורין.

כ' הרש"ש, לכאורה תמוה, דהא מצינו שם גם לר' יוחנן ור"ל דאמרי מלוה ע"פ גובה מן הלקוחות. ועיין מה שכתבתי שם. ושם כ', דר' יוחנן ור"ל מפרשי דטעמא דמתני' משום דטענינן להו שפרעו, ואינהו מיירי בגוונא דאין חשש פרעון, כגון בתוך זמנו. [וכ"כ הפנ"י כאן, ויישב בזה קושית תוס' על פירש"י, דה"נ ר' חנינא איירי בתוך זמנו]. או אפשר דאינהו קאמרי מדין תורה. [וכ"כ הפנ"י כאן לבאר קושית תוס', דפשיטא להו דמדרבנן מודו ר' יוחנן ור"ל דאין גובה מלקוחות]. אח"כ מצאתי בתוס' ר"ד בקידושין [יג:] דמשבש להו לספרים וגריס, גובה מן היורשין ולא מן הלקוחות. עכ"ד הרש"ש שם. [ואפשר שכן גרסי גם תוס' דידן, ושפיר מקשו על פירש"י].

נא. בתוד"ה או דילמא. ומפרש ר"ת וכו' דדוקא במלוה ע"פ לא גבי ממשעבדי, משום דמאן דיזיף בצניעא זיף, אבל שאר מילי הוו כמכר וכו'.

כ' התו"ג, לפ"ד התוס' צריך לפרש האבעיא, דבעי אי דוקא מלוה אינו גובה משום דמאן דיזיף בצניעא זיף, אבל בשאר דברים דאין דרכן לעשות כ"כ בצניעא דוקא, דמי למכר, או דילמא מכר דוקא גובה ממשעבדי, דמאן דזבין בפרהסיא זבין, אבל בשאר דברים שאין דרכן כ"כ לעשות בפרהסיא דוקא, לא דמי למכר ואינו גובה, ועיקר האיבעיא הוא, אי הלשון שאמר בש"ס גבי מלוה דוקא, או הלשון שאמר בש"ס גבי מכר דוקא.

וז"ל המאירי, או דילמא קצובים אע"פ שאין כתובים, דאע"ג דשאר מלוה ע"פ אינו גובה ממשעבדי, הני שאני, מזון האשה והבנות משום דתנאי ב"ד, ושבח ופירות משום דהא כתב ליה מיהא אינון ועמליהון, אע"פ שלא הזכיר שעבוד הנכסים בפרט לשבח ופירות. או ששבח ופירות יש להם קול אגב קרקע, ומזונות אגב כתובה.

נא. בתוד"ה אימר צררי אתפסה. דוקא לגבי משועבדים חיישין, אבל גבי בני חרי לא.

כ' החת"ס, והסברתי, דאם האב יודע שתוכל לזון מבני חורין ולא תצטרך לטרוף מלקוחות, אינו מתפס צררי לקטנות או לאחר שבבילם, כי נקל להם לזון מבני חרי ע"י אחיהם ממה שישמרו צררי, אבל אם משער בעצמו שיצטרך לטרוף ממשעבדי, אזי מתפס צררי אפי' לקטנים, כי נוה להם להטפל בצררי מלמילזל בדינא ודיינא עם לקוחות לטרוף מהם.

נא. בתוד"ה אלמא. פי' בקונטרס וכו', וקשה דא"כ כי משני תנאי הוא, לא הוי ר' נתן לא כמר ולא כמר.

כ' הרשב"א, ולי נראה שאין זה [קושיא] כלל לדברי רש"י ז"ל, דמאי קושיא אי ר' נתן (דהוא) [דתנא] הוא אי הוה מחלוקת שלישי ולא קאי לא כמר ולא כמר, ומאי דקאמר תנאי היא, לאו למימרא דהא דר' נתן תנאי היא, אלא כי אקשינן מינייהו לתרויהו, כל חד מינייהו אמר לך מאי דקאמרי תנאי היא ואנא דאמרי כי האי תנא דלית ליה דר' נתן, אלא או לפי שאין כתובין או לפי שאין קצובין, מר כדאית ליה ומר כדאית ליה.

נא: חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו.

כ' בתוס' הרא"ש, הקשה ר"ת, דבפ' שבועת הידינים [מ:]: אמרינן חזקה אין אדם תובע אא"כ יש לו, ומטעם זה משביעין אותו שבועת היסת, ופרכינן אדרבה אין אדם מעיז פניו וכו', ומשני אשתמוטי קא משתמיט. וי"ל דודאי חזקה דהתם עדיפא טפי, דהכא נמי הרי הודה במקצת, אלמא בדין קא תבע, וחזקה דהכא אינה אלא לבטל המיגו, שאינו נאמן מתוך שהיה יכול לכפור הכל, דאין אדם מעיז פניו, ובטעם כל דהו מבטלינן המיגו. [ואולי נכלל זה במש"כ תוס' דידן [בד"ה מפני מה] דמ"מ יש לו יותר פנים וכו']. א"נ חזקה דהתם אמרו בדורות אחרונים, שראו שהיו פרוצין לכפור, ותקנו שבועת היסת מכח חזקה זו.

נא: בתוד"ה מפני מה. פי' למה לא יהא נאמן במיגו וכו', אבל אין לפרש שבא ליתן טעם אמאי כופר הכל פטור וכו'.

וז"ל הרמב"ן, והוי יודע שיש רבים אומרים שאין מיגו מהני לפטור משבועה אלא לפטור מממונו וכו', ואע"פ שאין הדבר ברור אצלנו, אם קבלה נקבל, ובמקומוה נישא וניתן בדברים וכו', וכן צריכים אנו לומר לפי דבריהם, דהא דאמר רבה מפני מה אמרה תורה מודה מקצת ישבע, לא בא להקשות מפני מה אינו נאמן במיגו שהיה יכול לכפור, אלא כך פירוש, מפני מה אמרו מודה מקצת ולא אמרו בכופר בכל, משום דכופר בכל נאמן הוא, שאין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו. [יעו"ש דחיי להאי פירושא כדדחו ליה תוס'].

נא: בתוד"ה ובכולי. וליכא למימר דהתם מדרבנן וכו', דהא משמע בחזקת הבתים גבי נכסא דר' אבא וכו'.

כ' המהר"ם, תימה לי, למה להו לתוס' להא, ליתו ראייה מכמה מקומות המבוארות בגמ' דהמכחיש עד אחד חייב שבועה דאורייתא, ויליף לה בפ' הכותב [כתובות פז:]: ובכמה מקומות מדכתיב לא יקום עד אחד באיש לכל עוון ולכל חטאת, לכל עון וכו' הוא דלא קם, אבל קם הוא לשבועה, וכאשר הוא מבואר בכמה מקומות בפוסקים דההיא דאורייתא, וא"כ ש"מ דלא אמרינן מדאורייתא מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא. ושמא יש ליישב בדוחק, דאי הוה מייתו ראייה מכל שבועות דמכחיש עד, היינו יכולין ג"כ לדחות דהוי מדרבנן וקרא אסמכתא בעלמא הוא. וצ"ע.

וכ' ע"ז הפנ"י, ויש לתמוה על תמיהתו, דודאי משבועה דעד אחד לא מצי לאוכוחי מידי, היינו מה"ט גופא דמסקינן הכא לענין מודה במקצת דלא שייך מיגו דחשיד אממונא, דאיכא למימר אשתמוטי הוא דקא משתמיט, וא"כ ה"ה לשבועה דע"א, דבכופר הכל נמי שייך אשתמוטי כמש"כ תוס' [בד"ה מפני מה], אבל מנסכא דר' אבא מקשו שפיר, דלפי זה העד שחטף הנסכא הו"ל כגזלן ממש שגזל דבר שהוא בעין, ואפ"ה לא אמרינן מיגו דחשיד אממונא אע"ג דלא שייך אשתמוטי.

נא. בתוד"ה ובכולי. וא"ת מדאורייתא מאי שנא לאו עדות מלאו דשבועה.

הקשה בהגהות פור"י, מאי סברא היא זו, דבשלמא לעדות שפיר קאמרינן דהוא פסול, דהא לאחריני הוא מעיד, משא"כ לשבועה קשה, וכי משום שהוא חשוד נחייבנו לשלם, הא י"ל דלמא אינו מחויב, ואע"ג דבשבועה מן התורה נחתין לנכסיה, זהו דוקא כשאינו רוצה לישבע, משא"כ כשהוא רוצה לישבע אלא דאנן הוא דחשדינן ליה דילמא ישבע בשקר, שפיר י"ל דלא פטרתו התורה מלישבע, דלפוטרו בלא כלום לא רצתה התורה, דדילמא יפרוש משבועה וישלם, וכשישבע דילמא באמת נשבע, משא"כ לגבי עדות, דכיון דבלא עדותו היה הבע"ד מחויב לשלם או פטור מלשלם, ובעדותו הוא רוצה לחייבו או לפוטרו, שפיר קאמרינן דכיון דחשוד על הגזל הוא, לכן לא האמינתו התורה להעיד לאחרים בין לחייבו ובין לפוטרו.

נב. יתומים שסמכו אצל בעה"ב וכו' חייב לעשר פירותיהן.

וז"ל הרא"ש [סי' ו'], כ' הרמ"ה ז"ל, דיתומין שסמכו אצל בעה"ב, מיירי כשהן בן ט', [או עשר, לפום חורפיה, כדאיתא לקמן [נט]]. קרב"נ אות ע', אבל פחות מבן ט' לא מהני סמיכתו, וגם כתב שאין לבעה"ב כח למכור אלא מטלטלי, כי היכי דקטן גופיה מצי לזבוני, אבל מקרקעי לא. ולא מסתבר

לחלק, [בין] [בן] ט' לפחות מבן ט', או בין מקרקעי למטלטלין. וכן הוא בטור קרב"נ אות פ', מאחר שיש לו כח לתרום, הוי כאפוטרופא גמור להתעסק בכל תועלת היתומים.

נב. אתם ולא שותפין.

הקשה בתוס' רי"ד, והתנן בפ"ג דתרומו' [מ"ג] השותפין שתרמו בזאח"ז, ר"ע אומר תרומת שניהם תרומה, וחכ"א תרומת הראשון תרומה, ר' יוסי אומר אם תרם הראשון כשיעור, אין תרומת השני תרומה, ואם לא, תרומת השני תרומה תרומה, בד"א בשלא דבר, אבל אם הרשה את בן בתו או עבדו או שפחתו לתרום תרומתן תרומה וכו', דאלמא השותף שתרם אפי' שלא ברשות תרומתו תרומה. י"ל כגון שהיו שותפין בפירות, דמסתמא ניח"ל לשותף במאי דעביד חבירה, ומאי דאמרינן הכא אתם ולא שותפין, כגון שהיו שותפין בשדה ולא בפירות, שהיו מחלקין הפירות וכל אחד היה מוליך את חלקו בביתו.

ובפי' הרא"ש שם [וכן בר"ש ריש מס' תרומו' תרומה] הביא, דבירושלמי פריך לרבנן דאמרי תרומת הראשון תרומה מברייטא דהכא, [אבל לר"ע ניחא, דלא קדשה אלא כל אחד לפי חלקו. הר"ש], ומסיק כאן להלכה כאן למעשה, פי' לפסק הלכה אם תרם בדיעבד תרומתו תרומה, דסתם שותפים לא קפדי אהדדי והוי כאילו תרם מדעת חבירו, אבל לכתחילה גזרינן שותף דלא קפיד אטו שותף דקפיד.

נב. האפוטרופין תורמין ומעשרין להאכיל אבל לא להניח.

כ' בתוס' רי"ד, ואי קשיא כיון שאין האפוטרופין רשאים מן התורה לתרום ולעשר, היאך תורמין כדי להאכיל, והלא תרומתן היא טבל והיאך יאכלו אותה הכהנים. [ול' הרמב"ן, היאך אוכלים יתומים טבל. ואולי התוס' רי"ד לא הזכיר אכילת יתומים, דהו"ל קטן אוכל נבילות דאין ב"ד מצוין להפרישו, והרמב"ן ס"ל, דאף דאוכל מעצמו, מ"מ אי סמיך על מה שהאפוטרופוס מתקן הפירות, הו"ל כספיה בידים. ויל"ע].

י"ל דב"ד הפקירו נכסי היתומים שיהו האפוטרופין תורמים את שאינו שלהם, ודוקא להאכיל זיכוהו ב"ד, אבל להניח לא. וכך י"ל במכירת העבדים דאמרינן לקמן שהאפוטרופין מוכרים אותן לאחרים, ואותן האחרים יכולים לשחררן ולהתירן בבת ישראל, ולא אמרינן כיון שאין האפוטרופין בעלים נמצא שקנין הלוקח אינו כלום ואינו יכול לשחררו, אלא ב"ד הפקירום שיהו האפוטרופין זוכים בהן ומכירתן מכירה גמורה, אבל לשחררם לא זיכוהו ב"ד, שכל מה שעשו לא עשו אלא לתיקון היתומים, ואם יעשו על דעת ב"ד הרי הן בעלים, ואם לאו הריהן כנכרים.

והרמב"ן במתני' כ' מתחילה כהתוס' רי"ד, ושוב כ' וז"ל, ולי נראה שכל מה שעושה האפוטרופוס לטובת יתומים, מה שעשה עשוי מן התורה, דזכין לאדם שלא בפניו הוא, כדאמרינן בפ' האיש מקדש [מב]. בלישנא קמא, מנין שזכין לאדם שלא בפניו שנאמר [במדבר ל"ד, י"ח] נשיא אחד נשיא אחד, והתם קטנים הוו, ואקשינן ותסברא זכות הוא, חובה הוא, דאיכא דניח"ל בהר ואיכא דניח"ל בבקעה וכו', הא ודאי בזכות זוכין לו, ובלישנא בתרא אוקימנא מנין ליתומים שבאו לחלוק בנכסי אביהם שב"ד מעמידין להם אפוטרופוס שנא' ונשיא אחד, וחלוקה גופה מדין זכות הוא, שזוכין להם לקטנים בחלוקה זו שלא בפניהם, וזכין לאדם שלא בפניו נמי ש"מ, אלא דמפרש בכה"ג הוי חלוקה זכות, הלכך כל מה שציוו החכמים לאפוטרופוס לעשות, זכות הוא, ומעשיהם קיימים מדין תורה, וכל שאין להם לעשות, אין מעשיהם בו כלום.

נב. לאתויי שופר וכו' לאתויי מגילה.

כ' המהר"ם ש"ף, אף שיכול לצאת פעם בשנה בשל חבירו, משא"כ באינך "לכם" משלכם, וכן לאתויי מגילה, אף דיכול לצאת פעם בשנה בשל חבירו. [ואדרבה הכי עדיף טפי, שישמע תקיעת שופר בציבור משום ברוב עם, ומשום תקיעות דמעומד, ובמגילה משום פרסומי ניסא. [ואולי ליכא חובת חינוך אלא בעיקר המצוה]. מיהו במגילה אולי י"ל ע"פ מש"כ המשנ"ב [ס' תר"צ סק"ח] בשם הפמ"ג דנכון לכל ירא שמים שיהיה לו מגילה כשרה בידו ולקרוא מלה במלה בלחשה, שא"א לשמוע מן הש"צ הכל].

נב. ולוקחין להם ס"ת תפילין ומזוזות.

בהגהות חש"ל הקשה מכאן על דעת בעל העיטור שהובא בשו"ע [או"ח סי' ל"ז ס"ג] דחינוך לתפילין אינו אלא מבן י"ג שנה ואילך, ואז לא צריך לאפוטרופוס. ואולי דכל זמן שלא הביאו ב' שערות עדיין קטנים הם וצריכין לאפוטרופוס. וצ"ע בזה.

נב. ואין האפוטרופין רשאים לדון לחוב ולזכות בנכסי יתומים וכו' אלא לחוב ע"מ לזכות.

כ' הריטב"א, פירש רבינו נר"ו דלחוב הוא כל זמן שתובעין אחרים [אותם], דמסתמא כיון שאדם אחר תובעו, לחובתם הוא, וקמ"ל שאע"פ שהם כשדנין עמו הם דנין ע"מ לזכות כדי לסלק המערער מעליהם, מסתמא כיון שאדם אחר תובעם חוב הוא להם, ואין רשאים לדון עמהם. ולזכות הוא כשהן תובעין את אחרים, ואע"פ שלבסוף [לא] זכו, מה שעשו עשו כיון שמתחילה נתכוונו לזכות היתומים. אבל כשירדו לחוב, וזהו כשאדם אחר תובעו, אע"פ (שהזכו) [שזכו] לא עשו ולא כל יום, דכיון דאין רשאים לדון עמהם, מה שעשו בטל הוא וכדפרישית במתני'. זו דעת רבינו נר"ו.

אבל רש"י ז"ל פי', לחוב ע"מ לזכות שמתחילה ירדו ע"מ לזכות וחבו, לא עשו ולא כלום, ואין להם רשות לחוב את היתומים אלא לזכותם, ואם ירדו מתחילה לחוב ויצא לזכות, אע"פ שלא היו רשאים, קם דינא, זהו דעת רש"י ז"ל. וקמא עיקר, דכיון שלא נתנו להם רשות לעשות, אם עשו מה שעשו בטל. [וע"ע במהר"ם ש"ף].

נב. ואין אפוטרופין רשאים למכור שדות וליקח עבדים,

הקשה בהגהות מצפ"א, מאי איריא יתומים, הא כל אדם נמי כ' הרמב"ם [פי"א מהל' שמיטה ג'] דאסור למכור שדה ובית להניח המעות בכיסו או לעשות בהן סחורה או לקנות בהן כלים ועבדים, אלא למזונות בלבד. [א"ה, לכאן הרמב"ם איירי בארץ ישראל דוקא, וכדמיייתי לה בתו"כ מקרא דוכי ימוך אחיק ומכר מאחוזתו, יעו"ש ברדב"ז, ואולי נראה לו דחוק לפרש דהברייתא לבני חו"ל נאמרה]. וצ"ל דכיון אפי' דיעבד אינו מכור, ואולי בשאר כל אדם בדיעבד מכור כמש"כ הרמב"ם שם, וכ' הכס"מ שהוא בתוספתא דערכין. [א"ה, לפ"ז לכאן הטעם דאין אפוטרופין רשאים למכור שדות ליקח עבדים, דלענין לעשות איסור בנכסי היתומים אין להם רשות, והוו כנכרים, ולא משום חשש הפסד].

נב. רשב"ג אומר אף לא למכור עבדים וליקח שדות, מ"ט דילמא לא משפיין.

כ' המהרש"א, ות"ק פליג בהא ולא חייש ללא משפיין, והא דלא חייש הכא לדילמא אשדוף כדלעיל גבי למכור ברחוק ולגאול בקרוב, משום דבעבדים איכא למיחש טפי לתיובה מבשדה, דשמא יחלה ושמא ימות. [ובמהר"ם ש"ף הוסיף זקנה].

נב. וצריך לחשב עמהן באחרונה, רשב"ג אומר אינו צריך.

ופירש"י דלת"ק כשיגדלו יחשב עמהם וישבע שלא נשאר בידו כלום. וכ' ע"ז הרא"ש [סי' ח'], ולא נהירא לי לאוקמי פלוגתא דרבי ורשב"ג בפלוגתא דאבא שאול ורבנן. [וכ"ת דאינהו לא מחלקין בין מינהו ב"ד למינהו אבי יתומים, דלרב שניהם נשבעים כראב"י, ולרשב"ג ס"ל דלא ישבע ולא אחד מהם, ומ"מ פליגי בשבועה. דזה דחוק שיהא ארבע פלוגות בזה הענין, ועוד דקשיא הלכתא אהלכתא, דבהא קיי"ל כרשב"ג, וקיי"ל כאבא שאול. קרב"נ אות כ']. אלא בחשבון לחודיה הוא דפליגי, דרבי סבר כיון שצריך לעשות חשבון באחרונה, ישים לבו לדקדק בענינים אפי' אין לו לישבע, ורשב"ג סבר אינו צריך.

וכ' הרשב"א בשם בעל העיטור, דדוקא באחרונה, אבל לכתחילה צריכין ב"ד לחשב עמהן ולכתוב חשבון המטלטלין והקרקעות וחובות וכל דבר שיתנו בידן, דאע"ג דאמרינן דאין נשבעין, הני מילי בטעון שמא, אבל בטעון בריא משיבעין להו, והלכך צריך שידעו מה שקבלו ומה שהחזירו. וכ' הרב אב"ד ז"ל, דכותבין שני שטרות, אחד לאפוטרופוס ואחד לקרובין אות באות, והוא הנקרא שטר שמוש ב"ד.

נב. אחוז ליה בחלמיה אני להרוס ואתה לבנות וכו'.

כ' המהרש"ל, פירוש, לפי שממון עזבון אביהם היה בא באיסור, או ע"י גזילה ושקר, או ע"י ריבית. וז"ל הגריעב"ץ, ודאי היו אינשי דלא מעלי או המורישין או היורשין, אפ"ה לא אשגח בהו, דילמא (הדרין) בהו, או נפקא מיניהו זרעא מעליא, [א"ה, לכאו' בלא"ה נמי יש לו למנוע האפוטרופוס מלמכור באיסור, דאטו מי שרי לאבד ממונם בידים משום דלא מעלי ניהו], ולהכי מייתי נמי עלה עובדא דר"מ, דדמי להא ודאי.

נב. יהבי יתמי זוזי אפירי, זול, לא יהא כח הדיוט חמור מהקדש.

כ' בתוס' הרא"ש, פי' ויכולים היתומים לחזור בהם, מידי דהוה אהקדש. וא"ת והא הקדש כה"ג אינו יכול לחזור, כיון דאיכא מי שפרע בהדיוט, כדאמרין בפ"ק דקידושין [כ"ט]. גבי פדאו במנה. וי"ל גבי הקדש ודאי גנאי הוא לו אם יחזור בדבר דקאי הדיוט במי שפרע, דמדאורייתא קני כסף בהקדש, אבל ביתומים לא חשו לגנאי.

וז"ל תוס' בקידושין [שם ד"ה אטו], וי"ל דלא דמי, דהתם גבי יתמי מדאורייתא דינם דהדיוט, וא"כ אינם קונים בלא משיכה, אלא שייפו חכמים כחם לעשות כהקדש שיהו קונים בכסף, הילכך במקום הפסד של יתומים אוקימנא אדינא אע"ג דהדיוט קאי במי שפרע, כדי שלא יהא כח הדיוט מרובה משלהם, ולא יבואו לידי הפסד ע"י תקנת חכמים, כי לולי התקנה היו חוזרין בהם אפי' קבלו המעות כיון שלא משך, אבל הקדש דמדאורייתא הוא דמקני בכסף, אבל רבנן תקנו משיכה להרויחן שלא יהא כח הדיוט חמור מכח הקדש, וכיון דהדיוט אינו יכול לחזור בו אא"כ מקבל עליו מי שפרע, נוקמיה אדיניה בכסף, ולא יוכל הקדש לחזור בו כלל כיון שקיבל הכסף.

נב. לא יהא כח הדיוט חמור מהקדש.

כ' הפר"ח בהגהות מים חיים, קשה למ"ד מן התורה מעת קונות, מאי קמ"ל קרא ונתן הכסף וקם לו, הא בהדיוט הוא הדין כן. [א"ה, רש"י בקידושין [כו. בד"ה דבר תורה] פי' בהא דא"ר יוחנן ד"ת מעות קונות, כדאשכחן גבי הקדש ונתן הכסף וקם לו]. ויש מי שתיריך דאתא למעוטי דדוקא בכסף קני ולא במשיכה, אבל בהדיוט אינו דקני במשיכה. וליתא, דמה"ת ליכא משיכה בין בהדיוט בין בהקדש, וא"כ למאי איצטריך ונתן הכסף. וראיתי למו"ן הכס"מ בפ"ט מהל' מכירה [ה"ב] שהוקשה לו זה, ותירוצו דחוק הרבה. לכן נ"ל דמדאורייתא אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, וחשש התורה שהייתי סבור שהוא בכל מילי, קמ"ל ונתן הכסף שיש פעמים שצריך ליתן כסף, וכמ"כ הכס"מ בתחילת פ"ט מהל' מכירה [ה"א].

וז"ל הכס"מ הנ"ל [ה"ב], דכיון דבהדיוט מעות קונות מדאורייתא, למה לי דכתב בהקדש ונתן הכסף, אלא לומר לך, דוקא קונה מן ההקדש הוי בכסף, אבל לא מוכר להקדש. ועיי"ש בלח"מ שכ' דדבריו קשים להולמם, דודאי הקדש שקנה בדמים מהדיוט לא פקע ממנו חיוב מי שפרע, דמעות קונות דבר תורה בין בהדיוט בין בהקדש, וזה ברור בסוגיא דקידושין [כח:]: קתני רשות הגבוה בכסף, ומפרש תלמודא כיצד הקדש שנתן דמים על הנמק וכו'. וכן מבואר מדבר רבינו ז"ל שכ', נתן דמים של הקדש אע"פ שלא משך הפירות, אם הוקרו קנה כדן תורה וכו'. ומה שהכריח הרב דמאחר דבעלמא מעות קונות למה הוצרך לכתוב גבי הקדש ונתן הכסף, אגב שיטפיה לא דק, דטובא אשמועינן, דלא קני בחליפין, ובקרקעות בשטר ובחזקה, שקנייתן בעלמא הוי דבר תורה.

נב. לכרגא ולמזוני ולקבורה מזבנין בלא אכרזתא.

כ' הריטב"א, אומר רבינו נר"ו, דה"ה נמי דמוכרין שוה מאתים במנה אם א"א בלאו הכי, ומוכרין ליותר משישה חדשים אי לא אפשר בלאו הכי, דכי היכי דהקלו באכרזתא כדי שלא תמות ברעב, ה"ה נמי להנך דכתיבנא. וטעמא דמסתברא הוא.

נב: אמרי ליה קא לביש ומכסי מיתמי, אמר להו כי היכי דלישתמעו מיליה.

כ' החת"ס, צ"ע באפוטרופוס כי האי, מ"ט לא ליהוי כשומר שכר לכל מילי, בההוא הנאה דלביש ומכסי, ולא לישתמט שום פוסק דלשמעינן הכי. וצ"ל אי מחמירין עליה, מימנע ולא ילבש ולא מכסי, ויהא הפסד ליתומים אי לא משתמעו מיליה. וצ"ע.

נב: אימור מציאה אשכח.

כ' הרשב"א, דוקא באפוטרופוס שמינהו אבי יתומים הוא דתלין במציאה, [דכיון דאיהו הימניה, לא מסלקין ליה מספיקא. רמב"ן], אבל באפוטרופוס שמינהו ב"ד, כיון דאיכא למיחש ביה מסלקין ליה, דבי דינא לא מוקמי אלא גברא דבדק [וברמב"ן כ' דבקי] ומהימן, והאי כיון דסאני שומעניה לא חזי להכי. זו דעת הרמב"ם ז"ל [פ"י מהל' נחלות ה"ז].

ולא ירדתי לסוף דעת רבינו ז"ל, דבשלמא לכתחילה לא מוקמינן ליה אפוטרופוס כיון דסני שומעניה, אבל מכיון דנחית להו לנכסיה, מספיקא אמאי מסלקין ליה, דאחזקי אינשי בגנבי לא מחזקינן, ואי משום דלא אמיד מחזקת ליה דאכיל דיתמי, אף בשמינהו אבי יתומים מסלקין ליה, אלא אי איכא למיתלי, בתרוייהו תלינן, ואי ליכא למיתלי, בתרוייהו לא נתלה, ועוד דאם איתא דדוקא בשמינהו אבי יתומים, לעולם לא הוה שתיק גמ' מיניה, והול"ל עמרם צבעא אפוטרופוס שמינהו אבי יתומים הוה, אלא ודאי מדסתם תלמודא ואמר אפוטרופוס דיתמי הוה, משמע דכן הדין בכל אפוטרופוס, ומן הטעם שאמרנו, כיון שהורידוהו ב"ד לנכסיה, מספיקא כיון דאיכא למיתלי במציאה לא מחזקינן ליה בגנב, דאחזקי אינשי בגנבי לא מחזקינן. וצ"ע.

נב: אפוטרופוס דמפסיד מסלקין ליה.

כ' המאירי, אפי' שילם הפסדו מסלקין אותו, ר"ל שמחייבין אותו לשלם מה שהפסיד בפשיעה ומסלקין אותו, וכן כתבו גאונים של ראשונים [רה"ג במשפטי שבועות], אלא שיש חולקים כמו שיתבאר למטה, [גבי פלוגתא דאבא שאול ורבנן, דלהרמב"ן במינהו אבי יתומים אינו משלם אפי' מה שפשע, ועיין בתוד"ה הלכה, דמשמע דלרבינו חיים אפי' במינהו ב"ד פטור אפשיעה]. וכתבו הגאונים שמאחר שהפסיד, אע"פ שכל שמינהו אבי יתומים אין דינו לישבע, משביעין אותו אף בטענת ספק הואיל ואתיליד ביה ריעותא.

נב: ואי רמית עליה שבועה אתי לאימנועי.

כ' הרמב"ן והרשב"א, כלומר קודם שיחזיק בנכסים, וכן פירש"י ז"ל, [שכ' בד"ה מילתא, ואתי לאימנועי מעיקרא מלקבל עליו], אבל אחר שהחזיק בנכסים לא כל הימנו, ואינו יכול להסתלק, וכן מפורש בתוספתא ב"ב [פ"ח ה"ג], אפוטרופין עד שלא החזיקו בנכסי יתומים, יכולין לחזור בהן, משהחזיקו בנכסי יתומים אין יכולין לחזור בהן, אפוטרופוס שמינהו אבי יתומים ישבע וכו', ומדפליג בסיפא בין מינהו אבי יתומים למינהו ב"ד, ש"מ דרישא בין כך ובין כך משהחזיקו בנכסי יתומים, אין יכולין לחזור בהן. [ועיין מהר"ם ש"ף שכ' ז"ל, משמע משמעתין שאין כח ביד ב"ד לכוף לקבל אפוטרופוסות, דאל"כ מאי קאמר דילמא מימנע וכו'].

נב: בתוד"ה דאתו. וי"ל דנעשים הלוקחים שומרי שכר וכו' כדאמרין בהאומנין וכו'.

כ' המהרש"א, לכאו' דאינו דומה, דהתם לא הוה אלא שומר שכר, דלית ליה שום הנאה, אלא דכבר נהנה בהליכה כפירש"י שם, אבל הכא הלוקחים כיון דיכולים לעשות בהם כל חפצם, יתחייבו גם באונס, כההיא דמסיק שם בספסירא דאיתניס בחזרה וחיבייה רב נחמן, דחזרה ידידיה הולכה היא, דאי משכח לזבוניה אפי' אבבא דביתיה מי לא מזבין. ויש לחלק קצת בין ספסירא ללוקחים דהכא.

וכ' ע"ז בקרני ראם, בר"ן מבואר להדיא דחייב באונסין כל זמן שלא חזרו, עיי"ש. והתוס' נראה דסברי דתיכף שנתייקר אע"ג שלא חזרו עדיין, מ"מ פשיטא דהאפוטרופוס יחזור לטובת היתומים כיון דרשאים לחזור משום דלא מקני אלא בכסף, ודאי יעשה האפוטרופוס לטובת היתומים לחזור, משו"ה תו לא מחייב באונסין אע"ג דלא חזרו עדיין, ומ"מ עכ"פ חייב

כשומר שכר כיון דמעיקרא נתחייב אפ"ל באונסין, ודמי ממש בחזרה פטור משום דהוי כשומר שכר, כנ"ל כוונת דבריהם. [יעו"ש עוד].

והמהר"ם ש"ף כ', לא דמי הכא לחזרה דהתם בעובדא דרב נחמן, שמה [דחייבין אף בחזרה באונסין] כי שמה הרשות ביד הלוקח לעשות בו מה שירצה ואין המוכר יכול לעכב עליו ולחזור בו, משא"כ כאן אדרבה היתומים המוכרין יכולין לעכב על הלוקחין כל רגע שירצו, לכן לא הוה שומרי שכר.

נב: רב אמר מנסך ממש.

כ' הרשב"א [בד"ה איתמר, בא"ד], מסתברא דהא בשתתרו בו וקיבל עליו ההתראה משמע להו, מדאמרין מ"ד מערב מ"ט לא אמר מנסך, אמר לך מנסך קים ליה בדרבה מיניה, ואי בשלא התרו בו, לא הול"ל בהא לישנא קלב"מ, דהשתא מיהא לאו בר קטלא הוא, דאע"ג דקיי"ל כריש לקיש דאמר חייבי מיתות שוגגין ודבר אחר פטור כיון דאילו אתרו ביה פטור, כדאיתא בכתובות [לד:], הכי הול"ל, אמר לך מנסך כיון דאילו אתרו ביה פטור דקלב"מ, השתא נמי פטור.

ועיין בפנ"י שכ', דלכא' נראה דלטעמא דר' יוחנן [דהיזק שאינו ניכר לא שמיה היזק וכו', כדלקמן נג.] על כרחך לא מיתוקמא בהתרו בו וקיבל התראה, דא"כ לא שייך האי טעמא שלא יהא כל אחד הולך ומנסך בשל חבירו ויאמר פטור אני, דהא בהתרו בו וקיבל התראה חייב מיתה, וכי יש לך אדם שממונו חביב מגופו, ולא שייך תיקון העולם בזה. ושוב הביא דברי הרשב"א, וכו' דאפשר שסובר דשייך תיקון בעולם בהא, וכגון בזמן שאין דנין דיני נפשות.

נב: בתוד"ה מנסך. ומטעם שלא יהא כל אחד ואחד הולך וכו'.

כ' המהר"ם ש"ף, אין לזה טעם, וחלילה שיאמר כן [לחשוש לכל אחד שינסך לעבודת כוכבים. ביאור]. מיהו על כרחך שלא יהא כל אחד וכו' בלא"ה איירי באנשים שאינם מהוגנים. [ועיי"ש בביאור דלכא' אין זה מקושר לדברי התוס', דבגמ' גופא צ"ל כן לרב דאמר מנסך ממש, ומשמע בגמ' דמטעם קנסא הוא, והיינו כדר' יוחנן דהיזק שאינו ניכר לא שמיה היזק, ומ"ט אמור מזיד חייב שלא יהא כל אחד וכו', א"כ הא דמנסך חייב במזיד משום שלא יהא כל אחד וכו'].

נב: בתוד"ה מנסך. וא"ת לשמואל מאי שנא מדאמר' בריש אלו נערות וכו'. וי"ל דסבר שמואל דהגבהה צורך ניסוך היא טפי דא"א לניסוך בלא הגבהה.

ובתוס' הרא"ש הוסיף וז"ל, והא דאמר בע"ז [נח]. דבשכשוך בעלמא אסור, היינו מדרבנן, ואניסוך דרבנן לא גזרו לחייבו. והרשב"א כ' וז"ל, ודוקא בשלא הגביהו, דאילו הגביהו, מדאגבהה קנייה, ומתחייב בנפשו לא הוי עד דמנסך ליה, והגבהה לאו צורך ניסוך היא, וכדאמרין בריש פ' אלו נערות גבי גונב חלבו של חבירו ואכלו. וא"נ הכא אפ"ל בשגביהו ושלא לקנותו, והא דלא קאמר מנסך ממש ובשגביהו [וכ]דר' ירמיה, משום דמתני' מנסך סתם קאמר, ולא קאמר הגביהו ונסכו, ור' ירמיה משום דקשיא ליה היינו מערב והיינו מדמע, מוקי לה דעל כרחין לאו מערב הוא מתני', דתרתיה למה, אלא במנסך ממש, ומנסך ממש בלא הגבהה על דעת לגזלה אי אפשר, דא"כ קלב"מ. אבל ליכא למימר דפליגי בדאגבהה אי אמרינן הגבהה לאו צורך ניסוך הוא או לא, דהא קיי"ל בפ' אלו נערות דאמרין הגבהה לאו צורך אכילה היא, דאי בעי גחין ואכיל.

נב: בתוד"ה מנסך. ורב סבר וכו' יש לחייב מחמת הגבהה אכל מה שיעשה בידיים אח"כ, אע"ג דההיא שעתא קלב"מ.

כ' הגרע"א, נלענ"ד דודאי סברת תוס' [שכ' לעיל מינה בטעמא דשמואל] נכונה היכא, דמכח קלב"מ, אין אומרים דמעשה שלו דחייב עליה מיתה יגרום לו חיוב ממונו, אלא דטעמא דרב כך הוא וכו', דהא דס"ל לשמואל דמנסך קלב"מ ולא אמרינן דמ"מ חייב משום קנס דשלא יהא כל אחד וכו', היינו משום קנס לא עשו רבנן יותר מאילו היה באמת ההיזק ניכר, ולזה ס"ל לרב דקנסו אותו במעשה ניסוך דידיה שיהיה כאילו ניכר,

וממילא יהיה חייב, דלא הוי מהני קלב"מ, דאף אם היזק אחר בהיזק אחר דהוי כמו שינוי חייב, דאינו יכול לומר הרי שלך לפניך, כמבואר בסוגיא [נג:]. ושמואל ס"ל דמ"מ אילו הניסוך הזה עשאו אחר, לא היינו דנין אותו להיזק ניכר לחייב לזה שהגביה, משו"ה גם בניסך הוא, משום דקלב"מ הוי כאילו עשאו אחר.

ובקוב"ש [אות ל"ג] כ' ע"ד הגרע"א בטעמא דרב וז"ל, לא הבנתי דבריו, דהא חזינן היכא דניסך בשוגג דיכול לומר הרי שלך לפניך, ועל כרחך צ"ל אע"ג דמדרבנן היזק שאינו ניכר שמיה היזק, היינו היכא שראוי לקנסו על פעולת ההיזק, אבל היכא שאין ראוי לקנסו על ההיזק, גם על הגזילה הראשונה לא מחייבין ליה, וא"כ גם היכא דניסכו במזיד, כיון שעל פעולת הניסוך אינו ראוי לקנסו דהא קלב"מ, גם על הגזילה יכול לומר הרי שלך לפניך. ויש לחלק בדוחק.

והתו"ג כ' בביאור ד' תוס' וז"ל, נראה בכונת דבריהם, דרב לשיטתיה דס"ל בסנהדרין [עב]. הבא במחותרת ונטל כלים ויצא, דאפ"י הן בעין דאינו מחויב להחזיר, דבדמים קניניהו, וכיון דקנה אותן והן שלו ממש, שוב אין יכול לומר הרי שלך לפניך, כמו באם נשתנה מעצמו, שאינו יכול לומר הרי שלך לפניך, וה"נ כיון שניסכו קנאו ושוב לא יכול לומר הרי שלך לפניך. ואין לומר דאינו רוצה לקנות, ודמי להא דאמרין בב"ק [סו:] זה מתייאש וזה אינו רוצה לקנות, דז"א, דהא כ' המפרשים דניח"ל לנסך לפני ע"ז דבר שהוא שלו, ועוד דמהיכא תיתי לא ירצה לקנותו, כיון שהוא מומר ורוצה לנסך לפני ע"ז.

נג. ואיך קנסא הוא, ומקנסא לא ילפינן.

כ' הריטב"א, וכיון שכן, מנסך כיון דלא איתמר פטור, דקנסא מקנסא לא ילפינן. וקיי"ל כשמואל דהלכתא כוותיה בדיני, עכ"ל. אבל הרמב"ם [בפ"ז מהל' חובל ומזיק ה"ו] והטושו"ע [ריש סי' שפ"ה] פסקו דמנסך ממש חייב. ועיי"ש בש"ך [סק"א] דס"ל להרמב"ם דקיי"ל בהא כרב דקנסא מקנסא ילפינן, מכח כמה סוגיות. [ולכא' צ"ב לפ"ז, מ"ט סתם הטור שם לחיובא, ולא הביא דעת אביו הרא"ש שפסק דקנסא מקנסא לא ילפינן, בפ' החובל [סי' ט"ו] לענין קנסא דעשרה זהובים בחוטף מצוה מחבירו, ולא פליג הרא"ש התם אלא משום דס"ל דדינא הוא ולא קנסא], וכמש"כ הש"ך שם].

נג. אי הכי אפ"ל במזיד נמי וכו'.

כלומר א"ה הטעם בשוגג פטור כדי שיוודעו, אפ"ל מזיד נמי לפטור שיוודעו ויפרישנו מאיסור. ואי קשיא לך, ומאי קושיא, דאפ"ל קאמר דבמזיד חייב, הא מצי מודע אליו שטהרותיו טמאות, שהוא טימאן בשוגג. וי"ל דהיינו דמקשה דאי איתא דמזיד חייב, והוא טימאן במזיד, לא יודיעו כלל, שמתירא הוא שלא יבא ע"י כך לדעת שבמזיד טימאן, דהכי הוה קס"ד המקשה. ומתריץ ליה דלהכי ליכא למיחש, דכיון דמתכוין הוא להזיקו יודיענו, שאם לא יודיענו נמצא שלא הזיקו, והוא להזיקו מתכוין ולא להאכילו איסור. עכ"ל הריטב"א.

נג. מ"ט, היזק שאינו ניכר לא שמיה היזק.

כ' החת"ס, בודאי אין שום סברא בעולם דמן התורה הפקר והיתר הוא להפסיד אלפים ורבבות של חבירו בהיזק שאינו ניכר, חלילה וחלילה, אלא שאינו נזכר [ב]פרשת נזיקין דקרא לשלם ממיטב, אלא הוא בכלל ב"ד מכין ועונשין שלא מן הדין [סנהדרין מו.], וקונסין לפי המקום והזמן והאיש המזיק ולפי הניזק, עד דתיקנו חכמים שיהא ככל נזיקין שבתורה.

אבל הדבר צל"ע, מנ"ל מה"ת למעט היזק שאינו ניכר שלא יהיה בכלל מכה בהמה ישלמנה. [יעו"ש דמייית מפ' הנחנקין [עט]: דפשיטא לן לחייב בהכחיש בהמת חבירו באבנים אע"ג דלכא' איכא מיעוטא מדכתיב נפש בהמה, דמשמע דוקא שהדם יוצא, וכ"ש היזק שאינו ניכר, מהיכא תיתי לפוטרו אי ליכא קרא]. ועיין ב"ק [פד:] לבן עזאי דאיכא מיעוטא לפטור הכהו בשפוד על הציפורן דהוי צער שאינו ניכר, א"כ י"ל, אדם באדם פטור באינו ניכר, כ"ש אדם בבהמה, ולרבי [דמחייב התם] דהלכתא כוותיה, צ"ל מדאיצטריך לחייב באדם, ש"מ בבהמה פטור. וצ"ע.

נג. מ"ט, היזק שאינו ניכר לא שמייה היזק.

דאיכא שום חומרא בכל הני דמתני' דליתא בעושה מלאכה וכו' דהכא, וליכא למילף מינייהו. [ועיין במהר"ם ש"ף שכ' אפשר כיון דלא שכיחא כ"כ הא דפרה, לא קנסוהו אפי' במזיד].

והחת"ס הביא ד' המהרש"א, וכ' ע"ז, סברא זו גילה הראב"ד [פ"ז מהל' חובל ומזיק ה"ח] דלא קנסו אלא המשחיתים המכוונים להזיק, אבל זה שעשה מלאכה, לטובתו ולהנאתו עשה, לא קנסוהו, פירוש, אע"פ שמ"מ אסור לעשות היזק לחבירו להנאתו, ואי היה זה היזק ניכר חייב לשלם, מ"מ באינו ניכר לא גזרו ע"ז וכו'. ומה שטען הרה"מ א"כ במטמא נמי אי עשה לצרכו ולשום הנאה יפטר, ולא לשתמיט שום פוסק שיאמר כן, לק"מ, רוב מטמא הוא דרך השחתה, וגזרו עליו רבנן תשלומין אפי' להנאתו, משא"כ במלאכה בפרת חטאת ומי חטאת, א"א שלא להנאתו, עובד דומיא דעבד דניחא ליה, ופשוט דאי לא צריך למלאכה, רק ניח"ל המלאכה להשחית חבירו בעל הפרה והמים, זה לא נקרא ניחא, ואותה המלאכה אינה אוסרת, נמצא א"א אלא בהנאתו, ושפיר כ' הראב"ד.

נג. הוא מותיב לה והוא מפרק לה, פרה שהכניסה לרבקה ע"מ שתניח ותדוש.

הקשה הרשב"א, מאי שנא מפיוגול דהוי נמי במחשבה אע"ג דלא עביד מעשה. תירצו בתוס' דשאני התם דבשעה שמפגל עושה מעשה ששוחט, [ובמחשבה נפסל המעשה, ריטב"א], אבל הכא אינו עושה מעשה. וז"ל התוס' רי"ד לעיל [בד"ה ור' יוחנן], פ"י אע"ג דלאו שמייה היזק, גדול הוא מגרמא דניזקין, דאפי' מ"ד גרמא בניזקין פטור, הכא מחייב מפני שעושה מעשה וכו', דמפגל נמי אע"פ שבדיבור בעלמא הוא, מעשה גמור יש שם, שהוא שוחט וזורק באותו הדיבור ופוסלו בידים. וכע"ז כ' הריטב"א. [ועיין בדבריו לעיל [ד"ה הכהנים שפיגלו] שהקשה איפכא, היכי קרי ליה היזק שאינו ניכר, שהרי מעשה קא עבדי בשחיתתה, כיון דאינה ראויה הרי היא כנחירה. וי"ל דקושיין משאר עבודות, כגון זריקה והקטרה, דלאו היזק ניכר הוא. א"נ איכא למימר, דכי חשבינן שחיטה פסולה בהיזק ניכר, הינו כשניבלה בשחיטה, דנמצא דאינו שחיטה אלא נחירה, אבל כאן גבי פיגול, שחיטה ראויה היא, אלא שדבר אחר גרם לה ליפסל, וכיון שכן, היזק שאינו ניכר הוא].

ועיין במהר"ם ש"ף [ע"ד רש"י ד"ה ותדוש] שכ', שאני פיגול דאינו אלא בדיבור ולא במחשבה כמש"כ תוס' סוף המפקיד, והוי כמו מסור דחייב בדיבור בעלמא, וא"צ לחלק משום דהתם קעביד מעשה בגוף הקרבן בשעת מחשבה לשום כך. וז"ל תוס' הרא"ש לקמן [נד: בד"ה ודילמא] ויש להביא ראיה [דלא הוי פיגול במחשבה, אלא בדיבור דוקא] ממתני' דהכהנים שפיגלו במקדש מזידין חייבין, דמשמע לעיל למ"ד היזק שאינו ניכר שמייה היזק, שוגגין פטורין מפני תיקון העולם מזידין חייבין מן הדין, ואי במחשבה, היכי מחייב והא אמרינן דהעושה מלאכה במי חטאת פטור מדיני אדם אפי' לחזקיה אע"ג דאסח דעתיה, ולא חשיב [אפי'] כהיזק שאינו ניכר הואיל וליכא אלא מחשבה בעלמא, אלא ודאי דצריך דיבור, והדיבור נחשב היזק גמור כיון שנפסד ע"י דיבור.

ובהגהות חש"ל לקמן [ג: בד"ה ששקל] כ', אין לתמוה לפי דעת הרמב"ם ז"ל, [בפ"ח מהל' פסולי המוקדשין ה"א] דמחשבה בקדשים שפוסל היינו אפי' במחשבה ממש [ודלא כדעת התוס' בב"מ מג: בד"ה החושב] [דבדיבור דוקא פוסל], א"כ כל פיגול אינו אלא גרמא בעלמא, ולא עדיפא מהעושה מלאכה במי חטאת דפטור מדיני אדם ואפי' עשה במזיד, ועוד דמאי מקשה לעיל על מ"ד דהיזק שאינו ניכר שמייה היזק מפיוגול דתנן דמזידין חייבים מפני תיקון העולם, הא שאני פיגול דלא מיקרי מזיק כלל רק גרמא. הא אינו קושיא, ד"ל באמת דאף דס"ל להרמב"ם דהוי פיגול אף במחשבה, מ"מ לענין תשלומין אם חישב בקרבן של אחרים י"ל דמודה הרמב"ם דאינו חייב רק בפיגול ע"י דיבור.

נג: לא קשיא הא בגופן הא בכנגדן.

כ' הריטב"א וז"ל, פירש"י בגופן, כגון שהיו המים כלי שיש בו שנתות, והיו יודעין כשמישמיין בו ליטרא בשר לאיזו מאותן שנתות המים עולין, כנגדן, שהיו המים בכף מאזנים ושקל בהן. פירש רבינו נר"ו דטעמא דפוסלין בגופן, לאו משום המשקל הוא, אלא משום לחלוחית הבשר שנתערב בהן,

כ' הרמב"ן, ואין לחייבו משום דינא דגרמי, דלא עדיף גרמא לר"מ ממעשה לרבנן. ובקונטרס דינא דגרמי האריך בזה, והו"ד [בקיצור] במלאכ"ש אמתני' וז"ל, עתה הוקשה לנו, מאחר דקיי"ל כר"מ דדאין דינא דגרמי, אלמא תנן המטמא והמדמע והמנסך במזיד חייב בשוגג פטור, ובשוגג אמאי פטור, הא דיינינן דינא דגרמי, ומה לי שוגג ומה לי מזיד, כיון דדינא הוא אדם מועד לעולם לשלם נזק שלם, ועוד דאמרינן התם בפ' הנזקין דבר תורה אחד שוגג ואחד מזיד פטורים וכו', ואמאי הא משום דינא דגרמי מיחייב וכו'. ומשום הך קושיא איכא מ"ד דהא דדאין ר"מ דינא דגרמי, משום קנסא הוא דדאין, ולא דינא דאורייתא הוא, הלכך בשוגג פטור משום גורם וכו'.

ואח"כ כ' שסברא זו אינה נכונה וכו', ואנן דינא דגרמי קאמרינן ולא קנסא דגרמי וכו', והוי יודע שר"מ סבור שהגורם היזק אע"פ שלא עשה מעשה בידים חייב, והיינו דינא דגרמי, ובלבד שיהא היזק ניכר וכו', אבל המטמא והמדמע והמנסך וכל היזק שאינו ניכר פטור מן הדין, לפי שאין היזק לו מחמת גרמתו וכו', כללו של דבר, [כל] שחייב במעשה בידים לרבנן, חייב בגרמא לר"מ, וכל הפטור במעשה ממש לרבנן כגון היזק שאינו ניכר, פטור לר"מ בגרמא וה"ה במעשה ממש, שלא חייב ר"מ אלא על גורם היזק, ואין כאן היזק מאחר שאינו ניכר וכו'.

נג. ומה טעם אמרו במזיד חייב, שלא יהא כל אחד ואחד הולך ומטמא טהרותיו של חבירו.

כ' הפנ"י, ואע"ג דבשוגג פטור, וא"כ מה הועילו חכמים בתקנתן, דאכתי יהא כל אחד הולך וכו' ויאמר שוגג אני. אלא דאפ"ה לא שייך לחייבו שוגג מה"ט, ואהני מיהא תקנת חכמים לענין מזיד היכא שעשה בעדים. וז"ל הרשב"א, אבל שוגג לא מחייבין ליה כדי שלא יהא כל אחד הולך וכו' ואומר שוגג הייתי, משום דס"ל לר' יוחנן דכולי האי לא קנסינן, דנוציא ממון מזה שהוא שוגג גמור, וליכא דקניס הכי אלא ר"מ דמחייב בין בשוגג בין במזיד [כדלקמן נג:], ואוקימנא לקמן טעמיה דקניס שוגג אטו מזיד, ואנן כר' יהודה סבירא לן דלא קניס. ואע"ג דר' יהודה קניס שוגג אטו מזיד באגוזי פרח שנפלו ונתבצעו לקמן [נד:], ואמרינן לקמן דה"ט דר' יהודה משום דאתי לאיערומי, כלומר שמבצע במזיד ואומר שוגג הייתי, התם לא מפיקין מיניה מידי, אבל מוסר הוא דאסרינן עליה וכו'. [יעו"ש עוד, והובא לקמן נד:].

נג. תנן הכהנים שפיגלו במקדש וכו', ותני עלה מפני תיקון העולם, ואי אמרת וכו'.

כ' הריטב"א [וכ"ה ברמב"ן בקיצור], ואי קשיא לך, ואפי' נאמר דהיזק שאינו ניכר שמייה היזק, מדינא ודאי אינו חייב, דהא קיי"ל דמזיק הקדש פטור. איכא למימר דמשלמין הן את הקרן מדרבנן מיהת וכו', ולא משמע ליה לתלמודא דתיקון העולם דקתני היינו כשתיקנו לשלם הקרן, דתיקון הוא כדי שלא יזלזלו בהקדשות, דא"כ מאי שנא דנקיט גבי פיגול, לימא כל מזיק הקדש סתמא, אלא ודאי תקנה אחרת היתה שתקנו בפיגול, והיינו דקשיא ליה דמזידין אינן חייבים משום אותה תקנה, דמדינא חייבים משום דרבנן קנסו מזיק את ההקדש לשלם קרן. א"נ איכא למימר, והוא הנכון, דהכא סתמא קאמר, ואפי' בקדשים דחייב הדיוט באחריותו, ובהנהו ודאי חייב מדינא, דמזיק להדיוט. וכן פירש רש"י ז"ל. [א"ה, ברש"י לפנינו [בד"ה חייבין] כ', וא"נ נדבה היא, קשה בעיניו שלא הקריב קרבנו, שהרי להביא דורון היה מבקש, עכ"ל, ומשמע דלאו משום חיוב אחריות אתי עלה. ומ"מ מבואר בדבריו דהנידון לחייבו לשלם לבעלים, ולא לחייבו להקדש כשינויא קמא דהריטב"א]. וע"ע בפנ"י שהארץ בכ"ז.

נג. מתיב ר"א העושה מלאכה במי חטאת ובפרת חטאת וכו', ואי אמרת היזק שאינו ניכר שמייה היזק וכו'.

כ' המהרש"א, יש לדקדק, למ"ד נמי לא שמייה היזק אמאי לא יהא חייב בכל [אצ"ל ככל] הני דמתני' משום שלא יהא כל אחד הולך וכו', ולמ"ד דמקנסא לא ילפינן ניחא, אבל למ"ד דילף מקנסא קשה. ויש ליישב,

שנפסלים הם בתערובות. ור"ח פ', בגופן, ששקל בהן בשר [בכף מאזנים. רמב"ן], ועושה בהן מלאכה, כנגדן, ששקל בהן משקולת ובאותה משקולת שוקלין בשר, וכי תימא ומשום משקולת גופא אמאי לא פסלין, איכא למימר כשלא היה מתכוין למשקולת בשעה ששוקלה, אלא שלא לצורך היה שוקל, ואנן בעינן עובד דומיא דעבד. [והרשב"א מסיים בה, ולא נפסלו אלא משום היסח הדעת]. ומיהו לפי פירוש זה, לא אתי שפיר הא דאמרינן בסמוך הא והא בכנגדן, היכי קרי עושה מלאכה כששוקל כנגדן, בשלמא לפי רש"י א"ש. וי"ל דמשום פרת חטאת נקט האי לישנא.

נג: בקנסו שוגג אטו מזיד קא מיפלגי.

החת"ס הביא דברי הפרי תואר [סי' צ"ט] דלכו"ע איכא קנס שוגג אטו מזיד, אלא למר בדאורייתא ולמר בדרבנן. וכו' ע"ז החת"ס, לכאן שני ענינים הם, לר' יהודה קנסא הוא, משום חומר מעשה רע שעשה המזיד לבשל בשבת גמרו ואוסר [לכאן צ"ל ואסרו] גם מי שיארע כן בשגגה, ולא משום גזירה שוגג אטו מזיד, ומשו"ה בדרבנן דליכא [חומר] כ"כ לא קנסו, ור"מ ס"ל משום גזירה הוא, אי נקיל בשוגג לסוף יהיו מקילין גם במזיד, וזה שייך בדרבנן, אבל בדאורייתא דחמיר, לא יבואו להקל בדאורייתא. ולפי"ה היה לנו למיפסק הלכה כר"מ בגזירותיו ולא בקנסותיו, [עיי' יבמות מז. בתוד"ה מביד בשם בה"ג ושאלות], אלא כר' יהודה, והיה לנו למיקנס כל שוגג אטו מזיד בין בדאורייתא בין בדרבנן.

נג: ורמי דר' יהודה אדר' יהודה וכו', ר' יהודה אומר בשוגג יאכל למוצ"ש, במזיד לא יאכל עולמית.

כ' הפנ"י, למאי דמשמע ליה דטעמא דר"י דבשוגג לא יאכל בו ביום היינו משום דקניס שוגג אטו מזיד, אין להקשות א"כ אמאי יאכל למוצ"ש, ולא קנסינן ליה שלא יאכל עולמית דומיא דמזיד, אלא שכבר תירץ הרשב"א ז"ל בחידושו פ"ק דחולין, דהא דקנסינן שוגג אטו מזיד היינו דלא לייתי לאערומי ולומר שוגג הייתי, [א"ה, וכן מבואר ברשב"א ריש סוגיין נג. בד"ה ומה טעם], והו"ד שם, וזה לא שייך אלא לענין בו ביום, דאי שרינן ליה בשוגג אתי למעבד במזיד, אבל כיון דלא שרינן ליה אלא למוצ"ש בכדי שיעשה, תו לא שייך למיקנסיה שוגג שלא יאכל עולמית, כי היכי דלא לייתי לאערומי ולמעבד בשבת שיאכל למוצ"ש, דבלא"ה מצי למעבד במוצ"ש בהתירא, ולא שביק התירא ואכיל איסורא.

נד: משום חומרא דעבודת כוכבים מיבדל בדילי מיניה.

כ' הרשב"א, ואיכא למידק אמאי לא אקשינן תו ממטמא, דמטמא תרומה איסורא דאורייתא דכתיב ושמרתם את משמרת תרומותי [במדבר י"ח, ח']. ונראה מכאן דאפי' מטמא את התרומה אינו אסור מדאורייתא, וקרא אסמכתא דרבנן. וא"י י"ל דליכא לאו אלא עשה, ולפיכך אינו חמור כ"כ. כן תירצו בתוס'. ואין דברים אלו מחוורים בעיני, אלא מסתברא דאי אקשינן הכי הוה אפשר לאוקומה במטמא לחולין, משום גורם טומאה לחולין דאינו אלא מדרבנן, אבל שלא לטמא את התרומה דאורייתא היא. וכן פירש"י בשלהי [פרקין] [סא. בד"ה וסיפא] גבי חלה.

וז"ל הרשב"ש לעיל, [אהא דמשני דר"מ בדאורייתא לא קניס]. [וקצ"ב מ"ט קבע הרשב"א קושייתו אדר"י], וקשה לי דהא לר' יוחנן בזבחים [לג: קרא דבכל קדש לא תגע [ויקרא י"ב, ד'] אזהרה לנגיעות טמא בתרומה, ובתוס' שם [ד"ה הווא] מוכח דלוקין ע"ז וכו', ולר"ל נמי איכא איסור עשה כדאמר בבכורות [לד. ממשמרת תרומותי, הביאה רש"י לקמן [סא.]. וי"ל דמירי בתרומה בזה"ז דרבנן היא. אבל א"כ מאי פריך משביעית דר"מ אדר"מ, לוקמה נמי בשביעית בזה"ז, וכמו שהעיר המהרש"א, ועל כרחק צ"ל בתרומת פירות דרבנן.

נג: ברש"י ד"ה מטמא ומדמע. איסורא דרבנן הוא כיון דלא שמיא היזק וכו'.

כ' הפנ"י, כוונתו דפשיטא דגוף האיסור במטמא ומדמע לא הוי איסורא דאורייתא, דמדמע ליכא שום איסורא כלל, וכן במטמא אי אמרינן מטמא חולין, אפי' למ"ד אסור לגרום טומאה לחולין שבא"י, לא הויה לא מדרבנן,

אלא דאי אמרינן מטמא תרומה וכו' א"כ הוי מדאורייתא, אלא דאכתי איכא למימר דמטמא תרומה היינו בתרומה דרבנן או בתרומה דאורייתא וטומאה דרבנן. [א"ה, עיי', לעיל בדברי הרשב"א והרש"ש]. אלא דאכתי היה מקום לומר דנהי דאין כאן איסור דאורייתא במטמא ומדמע, אפי"ה יש כאן איסור דאורייתא להזיק ממון חבירו, [א"ה, וכמו שהאר"י בקה"י בב"ק סי' א' מדברי רש"י כאן], וע"ז כ' רש"י ז"ל, כיון דלאו שמיא היזק אין כאן איסורא דאורייתא, אבל ממנסך מקשה שפיר, דנהי דמעשה הנזק לא הוי מדאורייתא, אפי"ה כיון דעיקר הניסוך הוא איסור דאורייתא, אמאי קניס ר"מ שוגג אטו מזיד, דהא לא שכיח שיעשה איסור דאורייתא במזיד, שזהו עיקר טעמו של ר"מ.

וז"ל תוס' הרא"ש, פירש"י דקרי ליה דרבנן משום דהיזק שאינו ניכר לא שמיא היזק, ואין כאן איסור גזילה, וגם איסור טומאה אין כאן, דמוקי לה במטמא חולין וכו'.

נג: בתוד"ה הא דאסח. ומלאכה דנקט וכו'.

וז"ל הרשב"א, תימה כיון דתלוי בהיסח הדעת, אמאי נקט לה בעושה בהן מלאכה, לישמעין בשחסיח דעתו בלא מעשה, י"ל רבותא קמ"ל דאפי' עשה מעשה, כיון שלא הסיח דעתו אינה פסולה. כך תירצו בתוס'. ועדיין צריכין אנו לתירוץ אחר, דבשלמא רבא דנקט לה להתירא, ודאי ניחא כדתרצינן, אלא ברייתא דנסיב לה לאיסורא כלומר העושה מלאכה במי חטאת חייב בדיני שמים, כלומר פסולה היא ולפיכך חייב בדיני שמים, מאי רבותיה דנקט עושה מעשה, אדרבה אי נסיב לה בהיסח הדעת טפי אשמועינן חידוש. וי"ל דהתם נמי משום רבותא דפטורא דדיני אדם נקט לה.

נג: בתוד"ה בדאורייתא. וא"ת והא מתני' ר' יהודה היא, וקתני הכהנים שפגלו במקדש שוגגין פטורין.

כ' הרש"ש, לענ"ד נראה דשאני כהנים דזרזין הן לכן לא קנסום שוגג אטו מזיד, ולהכי תני "הכהנים שפגלו" לאורויי טעמא דלכן פטורין שוגגין לפי שכהנים הן, ויען שבישראל לא משכח"ל שיהיו מפגלין, אפי' בשחיטה שכשרין בה בקרבן אחרים, כיון דהן בעצמן אין בידם לזרוק ולהקטיר, וכן אין להם חלק בבשר לאכול, ואחרים לא ישמעו להם לעבור, וכדאמרינן בזבחים [לז.], לא כל כמיניה, עיי"ש. והא דמשמע בריש פ' כל הפסולין [זבחים לא:]: שהן מפגלין בשחיטה, מירי שהן בעלים, ובקדשים קלים שהבשר נאכל להם, [ובכה"ג לא שייך חיוב מזיק דסוגיין]. אבל בפסול שלא לשמה דשייך אפי' בישראל, חייבים אפי' בשוגג, ואפי' כהנים משום דלא פלוג.

נד: וכי תימא שבת נמי זימנין דמיקלע יום ל' בשבת וכו'.

כ' המהר"ם שי"ף, אינו דומה ממש, דשביעית כל רואה מעצמו יכיר ויחשוב השנים שבשביעית נטע, דאם קודם שביעית היה פדאו [אצ"ל פודה] קודם שנה, משא"כ בשבת, דילמא נטע בששי בשבת יום ל"א קודם ראש השנה. וכן העיר הרש"ש, וכ' עוד דנראה דרש"י הרגיש בזה במש"כ [סוד"ה הכי קאמר] ומזכירין שנטע בשבת. אבל א"כ מאי איריא דמיקלע יום ל' בשבת, אפי' ל"א ול"ב וקודם נמי.

נד: ת"ש דם שנטמא וזרקו וכו'.

הקשה הגרע"א, דילמא לא רצו לגזור בזה שוגג אטו מזיד, כיון דמצטרכינן לעקור דבר מן התורה שלא לאכול הבשר ולעבור על לאו דלא תותירו. [כמבואר ביבמות ז.]. דאיכא בזה עקירת דבר מה"ת בשוא"ת. והתם מייתי עשה דואכלו אותם אשר כופר בהם, והיה מקום לדון דלענין לאו דלא תותירו, כל שאין ביזו לאכול [מכח האיסור דרבנן], אין זה מותר כלל, ורק לענין העשה הו"ל ביטול באונס. אבל להגרע"א פשיטא ליה דאין לחלק.

נד: ברש"י ד"ה דחזו ליה. ואע"ג דסוף סוף הן נעשין תרומה ולא חזו ליה וכו'.

וז"ל תוס' הרא"ש, וא"ת והלא נעשין התשלומין תרומה ותו לא חזו בימי טומאתו, וא"כ מה ריוח יש לכהן. ופי' ריב"א שווג ומזיד אאכילה קאי, והשתא ניהא דמזיד אין התשלומין תרומה. אבל קשה לפירושו, אי אכל במזיד אמאי משלם חולין טהורין, גזלן בעלמא הוא ואפי' סובין משלם, ועוד אי שווג ומזיד אאכילה קאי אבל התשלומין לעולם במזיד, היכי קאמר גברא לשלומי קא מכוין, הא אינו מתכוין לשלומי כהוגן, ועוד מאי קשיא ליה דר"מ אדר"מ, אדרבה ר"מ לטעמיה דבדאורייתא לא קניס, ואכילת מזיד דאורייתא. ורש"י תירץ קושיא זו, ופירש דנהי ודאי שנעשו התשלומין תרומה טמאה, מ"מ התשלומין היו ראויין לזה האיש קודם שישלם, יותר ממה שהיתה ראויה התרומה שאכל גבי כהן.

נד: התם היינו טעמא דר' יהודה משום דאתי לאערומי.

כ' הרשב"ש, לכא' גבי מטמא וכו' שייך ג"כ לאערומי, ויש ליישב. וז"ל המהר"ם שיי"ף, דאתי לאערומי, ולעולם יאמר שגגתי כי לא נתכונתי כדי להעלות, [וא"כ לא משכחת קנס חכמים כלל], והכא במטמא וכו' במזיד ר"ל כשמבורר שעשה במתכוין. [וא"כ מתקיים קנס חכמים עכ"פ במקום שיש רואין ומכירין שעשה במתכוין].

והרשב"א לעיל [נג. בד"ה ומה טעם] כ', דר' יהודה חייש הכא לאערומי משום דלא מפקינן מיניה מידי, אבל לאפוקי מיניה ממונא לא מפקינן. והקשה ע"ז, דא"כ כי רמינן דר' יהודה אדר' יהודה מן המבשל בשבת, לימא ליה שאני מתנן' דהמטמא דאפוקי ממונא לא מפקינן, אלא משמע דמיסר עליה מאי דאית ליה, אפוקי מיניה הוא, מעתה צריך לדקדק מ"ט לא קנסינן נמי במטמא וכו' שווג אטו מזיד דילמא אתי לאערומי, כדקנסינן בנפלו ונתבצעו אפי' לר' יהודה. ולא קושיא היא, דטפי ניהא ליה לאוקמה בטעמא רוחא דבדאורייתא קנסינן משום דחמיר איסוריה ואפי' בעלמא לאפוקי ממונא, ועוד, דטפי ניה"ל לאוקמה בהכי כי היכי דניסוק טעמא בהכין בין לר' יהודה בין לר"מ.

נד: בתוד"ה אכל. לא כמו שפי' בקונטרס וכו', דאפי' את"ל דלפי מדה משלם, לא מיפטר אא"כ ישלם וכו' דלא גרע מגזלן כדאמר התם וכו'.

הרמב"ן הביא ד' רש"י ודבריהם, ומסיק, וי"ל דבתר שעת נתינה אזלינן, וכיון שבשעת נתינה אין דמי חולין טמאים כדמי תרומה טהורה פטור, ואע"פ שאחר מכאן נעשין תרומה, לא איכפת לן כדאמרין תבא עליו ברכה. וכ"כ הרשב"א בשם י"מ ביתר ביאור וז"ל, דבתר שעת תשלומין אזלינן וכו', ואע"פ שנעשין תרומה לאחר מכן, היינו לאחר שנגמרו תשלומין של זה ובאו ליד כהן, דכתיב ונתן לכהן את הקדש, לכשיבואו ליד כהן יהיו קודש, וכן יש לנו לפרש למעלה במה שאמרו תבא עליו ברכה, דאכיל מיניה מידי דלא חזי ליה ומשלם מידי דחזי ליה. כלומר חזי ליה בשעת תשלומין, דאילו לאחר תשלומין לא חזי לכהן, דתרומה טמאה הן. [וע"ע ל' תוס' הרא"ש, הו"ד לעיל ע"ד רש"י].

נד: כל שבידו נאמן.

כ' המהר"ם שיי"ף, יש לראות באדם שאינו שומר או פועל, רק יכול לילך לשם ולטמאותן אי מקרי זה בידו, ולעיל [נג. ומה טעם אמרו בשווג פטור] כדי שידוע, משמע דזה נמי מקרי בידו, אם לא שנאמר שנאמן עליו כבי תרי, או יאמר בא ואראך ויכול לברר.

ועיין בפנ"י שכ' דדברי רש"י נכונים ומוכרחים, לפי שיטתו בפסחים [לב. בד"ה כל היכא] דהיכא דמעיקרא שויא ד' ולבסוף שויא זוזא, אפי"ה מדאורייתא נפיק ידי כפרה כשמשלם לפי מדה וכו', אלא הא דקאמר התם דמשלם ד', היינו משום דעל המותר הוי כגזלן מיהא, וא"כ הכא לא שייך לומר כן, דמה דמשלם לו חולין טמאין תחת תרומה טהורה הוי נמי לפי דמים, דגריוא דחולין טמאין לא גריעא מתרומה טהורה, דלא חזיא אלא לכהנים וכו', וא"כ נפיק נמי מידי גזילה, מאי אמרת סו"ס נעשין החולין טמאין תרומה טמאה ביד כהן, וא"כ מפסיד לכהן טובא וכו', בהכי לא מיקרי גזלן ולא מזיק בידים, דלו יהא אם טימא טהרותיו בידים, כיון דשווג הוא פטור וכו', וכ"ש הכא שלא טימא בידים, ושווג הוא בתשלומין שסבר חולין טהורין הן, ומשו"ה תשלומיו תשלומין, ומשו"ה מקשה ש"ס דר"מ אדר"מ, כיון דלר"מ מטמא ומדמע חייב אף בשווג וכו', דה"נ דמי למטמא, דר"מ דאין דינא דגרמי וכו'. עכ"ל בקיצור.

נד: כהן גדול ביום הכיפורים יוכיח דכי אמר פיגול מהימן וכו'.

וביאר הפנ"י, דמגופא דקרא די"ק הכי, דכתיב וכל אדם לא יהיה באהל מועד, ואי ס"ד דלא מהימן, א"כ היכא דאיתרמי דאמר כה"ג דפיגל, היכי ליעביד, דכיון שכל העבודות אינן כשרין אלא בו, והוא יודע בעצמו שפיגל בפנים, תו לא מצי למיעבד שאר עבודות וכו', דהא לגביה דנפשיה שויא חתיכה דאיסורא להקריב קרבנות שכבר נתפגלו וכו', ואי אמרת להביא פר אחר, אין שומעין לו הציבור, דלא מהימן, [ולא ס"ל למימר דמאחר דשויא אנפשיה חד"א וא"א לו למעבד שאר עבודות, הוי כאילו נטמא, דנכנס אחר ומשמש], וא"כ היכי אמרה תורה וכל אדם וגו' דהוי מילתא דאתינן לידי תקלה, אלא על כרחך דכה"ג מהימן.

נד: והא הכא דמדאורייתא חד בתרי בטל וכו'.

נד: א"ל ר' ירמיה נהי דהפסיד שכר אזכרות, שכר דס"ת כוליה מי הפסיד וכו'.

כ' הרשב"א, קשה לי ר' ירמיה מאי קסבר, אי קסבר אזכרות אין צריכות לשמן, אף דמי אזכרות לא ליפסיד, ואי קסבר צריכות לשמן, שפיר קאמר ר' אמי דאינו שוה כלום. ונ"ל דקסבר ר' ירמיה דלמצוה מן המובחר הוא דבעי לשמן, ולפיכך דמי אזכרות שבו הפסיד, כוליה ס"ת לא הפסיד, ואמר ליה דאפי' דמי כוליה ס"ת הפסיד, דאינו שוה כלום. וא"נ ר' ירמיה היה סבור דבהעברת קולמוס סגי ליה וכו' יהודה, וכדהדר ואמר ליה כמאן דלא כר' יהודה, ור' ירמיה הוא דקאמר ליה הכי, וכן נראה מדברי הר"ח וכו'.

כ' בהגהות מלא הרועים, עיין פלתי [סי' צ"ט סק"ה] שהקשה, נהי דמדאורייתא לא בטל, מ"מ הא דאסור לבטל במזיד הוא רק מדרבנן, דמן התורה מותר לבטל לדעת תוס' והר"ן והרשב"א, וא"כ היאך קניס שווג אטו מזיד, דמזיד גופיה מה"ת מותר, ועיין בספרי מלא הרועים ערך ביטול איסורים שיישבת זה ע"פ מש"כ בתשו' נוב"ב [מהדו"ת, יו"ד סי' מ"ה] דביבש ביבש לכו"ע אסור מה"ת לבטל. ובהגהות טל תורה למהר"ם אריק כ' מתחילה, דרש"י ס"ל כהראב"ד דאסור מן התורה לבטל איסור לכתחילה. ושוב דחה די"ל כסברת החו"ד [סו"ס צ"ט, ביאורים סק"ח] דבאיסור הנאה לכו"ע אסור לבטל מה"ת, דעכ"פ נהנה.

נד: והא הכא דמדאורייתא חד בתרי בטל וכו'.

וז"ל המהרש"ל, נראה לי דאינו משלם כלום [לר' אמי], ואפי' מה ששוה ללמוד וכו', אף שהיו לומדים מקודם בס"ת כמש"כ הרא"ש בהלכות קטנות [הל' ס"ת סי' א'], מ"מ בס"ת זו אסור, דחיישינן שמא יקרא בו, אלא עומד ליגנז, ומשו"ה עלה על דעתו [של ר' ירמיה] אף שס"ת זה פסולה לקרות בו, שלא הפסיד אלא שכר אזכרות, אבל לא שכר כל הס"ת, דהיינו מה ששוה ללמוד, והשיב שאינה שוה לכלום.

הקשה הריטב"א, הא סבר ר' יהודה דמין במינו לא בטל, והכא מין במינו הוא, דאם מין בשאינו מינו, יברור. [א"ה, לכא' אעיקר מתני' הו"ל לאקשווי, מאי מהני דנתפצעו, הא מין במינו הוא. ואולי התם הומ"ל דאיירי במין בשאינו מינו, ואחר שנתפצעו אינו ניכר ואין יכול לברור, ולא קשיא ליה אלא הכא דקאמר דמדאורייתא בטל אפי' לא נתפצעו]. ותירץ הראב"ד דלא אמר ר' יהודה אלא בלח, כדם הפר ודם השעיר דמשם גמור לה, אבל ביבש מודה הוא דחד בתרי בטל, וביבמות [א:]: שמעינן ליה הכי, גבי לחם הפנים שאם נתעברה באחרות ויש בהם לעלות באחד ומאה שכולן מותרות וכו'. ויש מי שתירץ,

והחת"ס הביא ד' מהרש"ל ותירוץ בתרא דהרשב"א, וכ' דתרווייהו צריכי להדדי, דודאי ידע דס"ת שפסול בעצמותו כגון גוילין שלא לשמה או אזכרות שלא לשמה, צריך גניזה דוקא, יהיה מאיזה טעם שיהיה מ"מ כך

הדין יגנו, אך ר' ירמיה הוה ס"ל אפשר להעביר קולמוס, ושוב איננו פסול אלא משום דמחזי כמנומר, וזה אינו פסול, אלא דלא הוה זה אלי ואנוהו, והו"א היינו לקרות בציבור, אבל לתינוקות מותר, וא"ל ר' אבהו [לכא"צ] ל' ר' אמין] דליתא, גם זה צריך גניזה. מיהו במרדכי משמע אה"נ היה כשר ללמוד מתוכו, ולא הצריכו לשלם אלא מאי דביני בני, דיותר ביוקר ס"ת שראוי לקרות בציבור מזה שאינו ראוי אלא ללמוד.

נד: בתוד"ה אמר אביי. וכל הסוגיא דקידושין יש לפרש באומר לו נטמאו טהרותיך בפניך.

כ' הפנ"י, ואע"ג דהא דמייתי שם רבא מעובדא דהווא סמיא משמע דלא אמר לו זינתה בפניך, כבר כ' התוס' שם [ד"ה רבא] דלרבא כל היכא שיש רגלים לדבר מהימן אפי' כשלא אומר לו בפניך. [וז"ל התוס', דקסבר רבא דטעמא דשותק מהימן, לאו משום דשתיקה כהודאה דמיא, אלא משום דאיכא רגלים לדבר מהימני ליה, וכיון שאין האיסור מכח עדות הבעל אלא מכח עדות העד, לא מהימנין ליה, דעד אחד אינו נאמן בדבר שבערוה].

והרא"ש [בתוספותיו, ובפסקיו סי' ח'] כ' וז"ל, ואי שתיק מהימן, וכגון שאמר לו העד נטמאו טהרותיך בפניך, או ידעת רגלים לדבר, דומיא דאכלת חלב דכיון דאמר לו שהוא יודע בדבר ודאי הך שתיקה כהודאה דמיא וכו', וכן עובדא דהווא סמיא שאמר לו העד שהוא ידע רגלים לדבר וכו'.

נה. התם איכא למימר טעי בדרי ירמיה.

כ' הרשב"א, פירש"י ז"ל דסבור הוא שלא יפסיד אלא שכר אזכרות שבו כסברתיה דר' ירמיה, וניחא ליה דליפסיד איהו הפסד מועט כי היכי דליפסוד איך כוליה ספר, אבל הכא דפסיד כוליה אגריה מהימן. והקשו עליו [עיין רמב"ן], דלפי פירושו אי אמר הכי בדף אחת או ביריעה אחת, לא היה נאמן, דהפסד מועט הוא, ולא מצינו כאן חילוק בין הפסד מרובה להפסד מועט. ולא ידעתי עיקר לקושיא זו, דודאי אף לפי פירושו של רבינו ז"ל אף ביריעה אחת נאמן, דלגבי אותה יריעה מפסיד הוא כוליה אגריה, ולוקח נמי לא מפסיד אלא אותה יריעה, א"כ חזר הדין להיות ביריעה אחת כדין כל הספר. וא"ת א"כ באזכרות נמי ניהמניה לגבייהו וליפסיד שכר אזכרות, הא ליתה, דבאזכרות אי מהימנת ליה, כוליה ספר אינו שוה כלום.

ור"ח פירש טעי וסבור היה שאין לו בו שום הפסד, דבהעברת קולמוס סגי ליה, ולטורח כזה אינו חושש. ולפי דבריו הא דאקשינן וליעבר עליה קולמוס, ר' ירמיה הוא דמקשי ליה.

נה. ועל המריש הגזול שבנאו בבירה וכו' מפני תקנת השבים.

כ' בהגהות פור"י, מלשון המשנה משמע דלאו דוקא לגבי הגזלן, אלא ה"ה לגבי הלוקח מהגזלן, ובברייתא דקתני גזל מריש ובנאו בבירה, משמע דוקא גביה דשייך ביה תקנת השבים. ועיין ב"ק [צו.]. [גבי תקנתא דגזל והשביח, דתניא התם [צד]. דנוטל שבחו מפני תקנת השבים, ואיבעיא לן [צו.]. השביח לוקח מהו. יעו"ש].

נה. ברש"י ד"ה נמצא. ואי קשיא היאך התנו ב"ד לעקור דבר מן התורה וכו', שב ואל תעשה שאני.

הקשה הרש"ש, חטאת דמחוסרי כפרה, דהוה בקום ועשה לאכול בקדשים וליכנס למקדש, מאי איכא למימר, ומדוע לא פירש משום דהפקר ב"ד הפקר כדפירש לקמן, [נה: בד"ה אוקמיה רבנן].

וז"ל הרשב"א, דברי תימא הם בעיני, לפי שהוא ז"ל נראה שדימה אותה למה שאמרו שם, ת"ש דם שנטמא וזרקו בשוגג הורצה במזיד לא הורצה, והא הכא דמדאורייתא ארצויי מרצה וכו' ואמור רבנן לא הורצה, וא"ר חנינא מאי לא הורצה להתיר בשר באכילה, אבל בעלים נתכפרו, סוף סוף קא מתעקר באכילה, וכיון דבשר לא מיתכיל, היכי הוויא להו כפרה לבעלים, והא כתיב ואכלו אותם אשר כופר בהם מלמד שהכהנים אוכלים ובעלים מתכפרין, ומשני שב ואל תעשה הוא. ולפי דעתי אין הנידון דומה

לראיה, דהתם אע"ג דאמור רבנן לא הורצה ואמרו שהבעלים מתכפרים, היינו משום דאין כאן אלא שב ואל תעשה, אבל כאן הרי מתעקר לגמרי, שהרי כהנים אוכלין בשר ושמים, וקא אכלי חולין שנשחטו בעזרה, ומקטירין אימורין של חולין שנשחטו בעזרה.

אלא טעמא דהא מתני' משום הפקר ב"ד הפקר, וכדאמרינן בסמוך [נה:]: כרת שע"י דבריהם באתה לו, אוקמוה רבנן ברשותיה כי היכי דליחייב עלה כרת, ואפי' גיזות וולדות דמהא שעתא ואילך דלא דנגזל הוי. עכ"ל הרשב"א. וכ"כ הריטב"א והמאירי בקיצור, דמשום הפקר ב"ד הפקר אתו עלה. [אלא של' הריטב"א בקושייתו מבואר דבגזל חולין והקדישם מיירי, מדהקשה דיאוש כדי לא חייל עלה הקדש. ול' המאירי במתני' משמע שגזלה כשהיא קדושה, ממש"כ דאין כאן שום שינוי שיצטרף עם היאוש, שהרי קדושה היתה בשעה שגזלה].

ובחת"ס [וכ"כ במהר"ם שי"ף] כ', דלרש"י איירי בנודעה לאחר אכילה, דהשתא לא מתעקרא אלא בשב ואל תעשה, אבל לא ניחא ליה לרש"י לפרש מטעם הפקר ב"ד, דס"ל דאין לב"ד להפקיר על מגן, כמש"כ תוס' ביבמות [צ. בד"ה אזיל], על כן הכא לא הפקירו, אלא אמרו שיכפר משום עצבות כהנים, [והקב"ה מסכים עם חכמי ישראל והרי פטור מעונש שמים, אלא שחכמים בטלוהו ממצות עשה של הבאת חטאת, וזהו שב ואל תעשה], ושוב כיון שכבר נפסד מהבעלים, הפקירוהו שיתחייב כרת, שלא יהא נשכר שיתכפר במה שאינו שלו וכרת נמי לא יתחייב.

נה. בתוד"ה ועל הקטנה. בתרומה דרבנן איירי וכו'.

והטעם פירש"י לקמן [בד"ה וליכול], דאתי נישואין דרבנן ומהני לתרומה דרבנן. אבל הר"ן כ' וז"ל, ולמ"ד ביבמות דקטן אוכל נבילות ב"ד מצוין להפרישו, הכא מיירי בתרומה דרבנן, ובאיסורין דרבנן לכו"ע אין מצוין להפרישו. ובהגהות הגרא"ז מרגליות ציין לדברי הרשב"א ביבמות [קיד. בד"ה ור' יוחנן] שהארין בזה, והוכיח דלמ"ד בשל תורה ב"ד מצוין להפרישו, בשל דבריהם אין ב"ד מצוין להפרישו, ולמ"ד בשל תורה אין ב"ד מצוין להפרישו, בשל דבריהם מחתינן בו דרגא אחת יותר ומתירין בו אפי' לומר לו לאכול וכו', דלא העמידו דבריהם ז"ל אלא אצל גדולים שבישראל ולא אצל קטניהם. ואע"ג דאסיקנא התם דאסור משום דאתי למיסרך, לא שייך ההוא טעמא אלא בדבר שאינו לצורך התינוק אלא לצורך הגדול וכו'. [ובביה"ל [סי' שמ"ג, בד"ה מדברי סופרים] הביא שיטת הרשב"א והר"ן, וכ' דהמחבר סתם לדינא כדעת החולקים עליהם ואוסרים בכל גווני, ושוב הביא בשם הגרע"א לסמוך עליהם לצורך הקטן. יעו"ש].

נה. בתוד"ה ועל הקטנה. בתרומה דרבנן איירי, למ"ד אין כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה.

כ' המהר"ם שי"ף, אבל למ"ד יש כח, איירי בתרומה דאורייתא. והא דחרשת לא אוכלת משום חרש בפקחת, [וקשה] הא יש כח וכו', ויאכל [לכא"צ] ז"ל ותאכל] תרומה דאורייתא, אפשר כולי האי לא עקרו, כיון שהיא פקחת ועברה איסור דאורייתא, משא"כ כשמאכיל גדול לקטנה, אף שאסור להאכיל בידים, או למ"ד מצוין להפרישו, מ"מ לא דמי כ"כ.

נה: לא מבעיא קאמר, לא מבעיא עולה וכו'.

כ' הרשב"א, קשיא לי מאי שנא גזל מרובה ומאי שנא גזל מועט. ונראה לי דהו"א דמשום חלב ודם בלחוד לא מיחזי כאוכל גזילות, דדם לא חשיב לבעלים, דנשפך הוא כמים, וחלב נמי לא חשיב להו, כיון דלא מתאכל להו, קמ"ל. [ויל"ע לקושטא דמילתא, בחטאת העוף דאין למזבח אלא דמה, אי מיחזי כאוכל גזילות. וסתמת הדברים משמע דאין לחלק].

נה: ברש"י ד"ה ואינו משלם. ואין תשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמשה נהגין בהקדש כדילפינן בהזהב.

הקשה בהגהות חש"ל, דהתם בהזהב לא פטרינן הקדש מד' וה' רק בגנב בהמת הקדש, דפטור מכפל משום דגבי כפל כתיב רעהו, וממילא פטור גם מד' וה' משום דתשלומי ד' וה' אמר רחמנא ולא תשלומי ג' וד', אבל הכא דגנב בהמת חולין דמשלם כפל באמת אה"נ דחייב גם בד' וה' אם

ופירש"י [בד"ה לקטלוהו], דקיי"ל תלאו זובין זביניה זביני. וכ"כ הרע"ב. וכ' ע"ז הגרע"א בתוספותיו, הוא תמוה, דמאי שייטיה דתליוה זובין הכא, דהא הך מתני' מוקמינן [בב"ב מח.] בדלא יהיב זוזי, דאילו יהיב זוזי, גם מהרוגי המלחמה ואילך קנה. אבל הרשב"א בחידושיו כ' טעמא דמתני', כיון שהמלך הפקירן להריגה ואינו מקוה עוד לשוב לנחלתו, גמר ומקני, אבל מהרוגי המלחמה ואילך אמר האידנא לשקול ומחר תבענא ליה לדינא, וכדאיתא בסוגיא, והכל בדלא יהיב דמי.

טבח ומכר אחר ההקדש, דהא גבי תשלומי ד' וה' לא כתיב רעהו כלל. ואמנם באמת מטעמא אחרינא פטור בכאן מד' וה', משום דכיון שהקדישה מקודם, לאו דמריה קטבח ומכר, כמו שמבואר בב"ק [עו.], ועל ההקדש בעצמו ג"כ פטור, משום דמעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן, וכמבואר שם בב"ק. ומצוה ליישב דברי רש"י ז"ל בזה.

נה: הלכך קמיינתא ומציעתא כיון דקטלי, אגב אונסיה גמר ומקני.