תלמוד בבלי · אחרונים · אמרי הצבי

אמרי הצבי ד

רבי צבי מאיר בר

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

אמרי הצבי ד

רבי צבי מאיר בר

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

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

לקריאה באתר, עם המפרשים והמקורות ליד כל שורה: https://or-breslev.co.il/library/אמרי-הצבי-ד/
הקובץ נוצר ב־17 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611162349 של הספרייה.

תוכן העניינים

מפתחות מפלפולים שונים האמורים בקונטר' פלפול חברים עפי"ס האותיות 338
ארבעה אבות - פרק ראשון 338
כיצד הרגל - פרק שני 340
המניח - פרק שלישי 341
שור שנגח ד' וה' - פרק רביעי 341
שור שנגח את הפרה - פרק חמישי 342
הכונס - פרק ששי 343
מרובה - פרק שביעי 343
החובל - פרק שמיני 347

הקדמת המחבר

בפ' חקת כ"א פסוק י"ד על כן יאמר בספר מלחמת ד'

את והב בסופה ואת הנחלים ארנון. במס' קדושין (דף למ"ד ע"ב) ואומר אשרי הגבר אשר מלא את אשפתו מהם לא יבושו כי ידברו את אויבים בשער מאי את אויבים בשער ארחב"א אפילו האב ובנו הרב ותלמידו שעוסקין בתורה בשער אחד נעשים אויבים זה את זה ואינן זזים משם עד שנעשין אוהבין זה את זה שנאמר את והב בסופה אל תקרי בסופה אלא בסופה. ופרש"י בד"ה את אויבים בשער סיפא דאשרי הגבר הוא. ובד"ה נעשו אויבים מתוך שמקשים זל"ז ואין זה מקבל דברי זה. ובד"ה את והב בסופה הכי דריש לה ספר מלחמות מלחמה שע"י ספר אהבה יש בסופה עכ"ל:

ולכאורה אינו מובן אשר התוה"ק דכתיב בה פקודי ד' ישרים משמחי לב. ועוד הרבה פסוקים בשבח התוה"ק כולה מחמדים והאיך יהיו תחילה אויבים בשער אלא שלבסוף נעשין אוהבים. נלע"ד לבאר קצת עפי"ד חכז"ל ההפרש שבין חכם לנבון כי החכם מקבל מה שמלמדים אותו אבל אין ביכולתו להוסיף בו דבר משכלו. ונבון הוא שמבין דבר מתוך דבר ויכול להוסיף דברי חכמה עפ"י מה שקיבל החכמה ממלמדו. ולולא החכמה לא שייך לחול שם בינה. ותורה שבכתב היא בחינת חכמה. ותושבע"פ היא בחינת בינה. הכוונה כי ע"י י"ג מדות שהתורה נדרשת בהן ומצד שכלו בעזה"י הוא מוסיף כמה וכמה דרשות הרמוזים בתורה שבכתב כמו שדרשו חכז"ל וזה הוא נקרא תורה שבע"פ. והוא הפלפול האמתי אשר ניתן למרע"ה כי התורה שבכתב נתנה הקב"ה לכל ישראל ותושבע"פ היא הפלפול האמתי נתן הקב"ה למרע"ה ומרע"ה נהג בה טובת עין ונתנה לישראל כדאיתא במס' נדרים (דף ל"ח ע"א) א"ר יוסי בר חנינא לא ניתנה תורה אלא למשה ולזרעו שנא' כתב לך פסל לך מה פסולתן שלך אף כתבן שלך משה נהג בה טובת עין ונתנה לישראל ועליו הכתוב אומר טוב עין הוא יבורך וגו' מתיב רב חסדא כו' כו' ומסיק הש"ס אלא פלפולא בעלמא. ופרש"י בד"ה פלפולא בעלמא להבין דבר מתוך דבר הוא דניתן למשה וניהג בו טובת עין ונתנה לישראל עכ"ל. וז"ל הרא"ש שם פלפולא בעלמא הבנ' וחריפות והיינו כתבן שלך כי כל החכמה והשכל רמוזים בכתב התורה בצורות האותיות עכ"ל. והנה המלאך נקרא עומד והאדם נקרא הולך. יען כי המלאך אינו יודע רק מה שמסר לו הקב"ה וזה נקרא חכמה. והמלאך הוא בבחינת חכם שיודע מה שמסר לו הקב"ה. והאדם נקרא הולך כי הש"י מסר לו הכח שיוכל לעלות ממדריגה למדריגה למעלה למעלה והכל ע"י התוה"ק. וזה בחינת בינה להבין דבר מתוך דבר להוסיף בכל פעם חכמה. וכדרשת חכז"ל במס' חגיגה (דף ג' ע"ב) על פסוק דברי חכמים

כדרבונות וכמסמרות נטועים בעלי אסופות נתנו מרועה אחד. מה נטיעה זו פרה ורבה אף ד"ה פרין ורבין בעלי אסופות אלו ת"ח שיושבין אסופות אסופות ועוסקין בתורה הללו מטמאין והללו מטהרין הללו אוסרין והללו מתירין הללו פוסלין והללו מכשירין שמא יאמר אדם האיך אני למד תורה מעתה ת"ל כולם נתנו מרועה אחד א' נתנן פרנס אחד אמרן מפי אדון כל המעשים ברוך הוא דכתיב וידבר אלקים את כל הדברים האלה כו'. וי"ל הכוונה שע"י בעלי אסופות אשר אין דעתן שוה הללו אוסרין והללו מתירין כו' ומפלפלים זא"ז נתברר הלכה על בורי' ומתחדשין הרבה דינין ופלפולין וד"ת פרין ורבין. וזה יתכן רק בשכל אנושי אשר אין דעתו של זה כדעתו של זה. וזה לא שייך במלאכים שאין דעתן שונות זה מזה. ומש"ה ניתן התוה"ק לישראל ולא למלאכים ויש להאריך בזה:

ובזה נוכל להבין קצת כוונת דברי המד"ר המובא בסידור נהורא בפיוט לאל אשר שבת מכל המעשים כו' ויום השביעי נתעלה וישב על כסא כבודו כו' ויום השביעי משבח ואומר מזמור שיר ליום השבת טוב להודות לה'. הביא שם בסידור נהורא וז"ל וראיתי בספרים ששבח זה נתקן ע"פ אגדה ויום השביעי נתעלה וישב על כסא דהנה על כל ברי' וברי' ברא הקב"ה שר ובליל שבת בראשית ישב על כסא כבודו וקראן כולם ובעמדם לפניו עמד מכסאו והושיב בו שר של שבת וזהו תפארת עטה ליום המנוחה שכבוד גדול עשה לו שהושיבו על כסאו לפני כל השרים. ובראותם כך עמדו ואמרו שירות ותשבחות לשר של שבת בא הקב"ה והראה אותה שמחה לאדם הראשון וכשראה לכל אחד ואחד שהי' משבח לשר של שבת פתח ואמר מזמור שיר ליום השבת אמר לו הקב"ה כו' לו אתה אומר שירה ולי אי אתה אומר שירה כיון ששמע שר של שבת שטוב בעיני ד' לומר שירה מיד ירד מן הכסא וצווח טוב להודות לה' וענו כולם ולזמר לשמך עליון וזה שבח של יום השביעי אותו הכבוד שעשה לו הקב"ה זהו שבחו כו' עכ"ל הכתוב בסידור נהורא. ועיין פרמ"ג או"ח הל' שבת סי' רפ"א במשב"ז בשם הא"ר שמביאו בקיצור בשם הכל בו ע"ש. ולכאורה אינו מובן מדוע שאל הקב"ה רק לאדה"ר ולא שאל למלאכים שאמרו שירה לשר של שבת קודם אדה"ר מפני מה לא אמרו שירה להקב"ה כמו ששאל לאדה"ר ואדה"ר עשה רק כמו שראה שהמלאכים עשו. אולם לפי האמור יש להבין קצת. כי המלאכים שראו שהקב"ה הושיב לשר של שבת על כסאו א"כ הגדילו הקב"ה על כל השרים מש"ה אמרו לפניו שירה. שהם רק מבחינת חכמה ואין כ"כ קושי' עליהם. אבל לאדה"ר שנתן בו הקב"ה בינה. מצד בחינת בינה הי' לו להבין מעצמו שהחיוב עליו להודות ולהלל להקב"ה שברא את כולם וגם את שר של שבת. ואם שגיתי ד' יכפר בעדי:

ומעתה י"ל הא דקאמר הש"ס נעשו אויבים זא"ז אין הפירוש שנעשו כשונאים ח"ו. כי הלא מצינו ב"ש וב"ה שהי' ביניהם אהבה. ונשאו נשים זמ"ז כדאי' בסופ"ק דיבמות. וגם חלילה לומר שע"י התוה"ק יהי' נתהווה ח"ו שנאה גשמיות. רק הואיל דאין דעת בני אדם שוות ואין שכלו של זה ממש כשכלו של זה. וכבר אחז"ל שכ"א מישראל קיבל חלקו בתוה"ק מהר סיני. וספרי המקובלים פירשו שכ"א יש לו לפי שורש נשמתו חלק בתוה"ק והדברים ארוכין ועתיקין ואין להאריך בזה. וגזרה התוה"ק אחרי רבים להטות. כי ע"י פלפול הסנהדרין קצתן אומרין כן ורובן אומרין כן ומפלפלים זע"ז עי"ז נתברר ההלכה על בורי'. וכן מצינו בשני ת"ח המחדדין זא"ז בהלכה בסוף מתברר הדבר לאמיתו. אבל בתחילת פלפולם מתנגד שכלם זה לזה לא ח"ו מחמת שנאה גשמיות או לקנתר ח"ו. רק שאין דעתו של זה כדעתו של זה. וע"י הניגוד וכל א' מעיין לשמה בדברי חבירו בלא שום קנתור ח"ו אזי יצאה סברא ברורה. וזה י"ל הכוונה שבתחילה נעשו אויבים זא"ז היינו ששכלם הי' מנגד זל"ז וזה נקרא בחינת אויב. אבל אח"כ כשמתברר הלכה ביניהן ואם הן מיעוט מבטלים דעתם נגד הרוב נעשין אוהבין זל"ז ואין שום ניגוד ביניהם כיון שמגמת כל אחד לכוונת האמת:

ועתה הנני מודה ומשבח להש"י שזיכני להדפיס חידושי על מס' ב"ק בקראי שמם אמרי הצבי ובעזה"י מצאתי חן בעיני ידידיי וחביביי וריעיי מכבדי התורה. ת"ח גדולים ומפורסמים, ומופלגי תורה חרופים ושנונים קולעים אל השערה ולא יחטיאו המטרה. ועטו עצמן במעטה ענוה ועיינו בספרי לפרקים להעלות בו ציצים ופרחים ולפלפל בדברי. עוד זאת עשו עמי טובה ב"ה במה שהודיעו אותי מה שיש לפקפק על דברי לא ברמות רוחא או לקנתר ח"ו רק בפשיטות במקום שמצאו איזהו השגה או איזהו הערה בדברי הודיעו לי באהבה. ואני באמת מחזיק להם טובה גדולה באהבה מרובה בזה שמעיינים בספרי ומודיעים לי מה שנראה להם להשיג או לישא וליתן בדברי ובאיזהו דברים העמידוני על האמת באשר כתבתי בספר זה והודיתי על שגגתי והרבה פעמים נתחדשו לי ב"ה פלפולים על ידיהם. ואני אברכם בברכת הדיוט שיזכו לעסוק בתוה"ק בהרחבה הם ויו"ח שיחיו לאויוש"ט וכוונתם רצוי' לשמים:

והנה עבר עידן ועדנים מעת שהדפסתי בעזה"י על ששה פרקים הראשונים שבמס' ב"ק ואח"כ על שני פרקים מרובה והחובל. ובמשך הזמן הגיעני הפלפולים מהחכמים מהמאורות הגדולים ומחברים המקשיבים לקולי. והנה בכל פעם כשקבלתי מכתב בד"ת על ספרי ענדתיו עטרה לראשי. ואם הי' אז באפשרי לי לעיין עיינתי תיכף בו וכתבתי תשובה להחכם הכותב כפי שעלתה בידי ב"ה הן בהודאה על טעותי או לתרץ דברי.

ואם לא הי' באפשרי לי לעיין תיכף הצנעתי המכתב לעיין בו לעת מצוא וכתבתי אח"כ מה שעלה במצודתי. וכבר כתב הקצה"ח בהקדמתו לקונטרס משובב נתיבות בזה"ל אולם נפרדות ושונות הנה מחשבות בני אדם בכל דבר השכל ואף כי בחכמת התלמוד העמוקה מני ים, לא את אשר ירחיק האחד ירחיקו הכל כו' יע"ש. והרבה פעמים אשר ע"י העיון שנית בדבריהם היקרים ניתוספו לי ב"ה פלפולים גדולים בסוגיות עמוקות ועלה בידי לתרץ דברי הראשונים. אף כי לפעמים לא כוונתי לזה בעת לימודי בראשונה. בכ"ז זכיתי בעזה"י להוסיף על הדברים ולתרצם:

וכאשר בינותי עתה בהכתבים ראיתי כי ב"ה הגיע לקובץ גדול מחזיק לספר שלם שראוי להדפיסו בפ"ע ויהי' ספר מיוחד. ע"כ כדי שיוכל המעיין לעיין בו אף מי שלא יהי' לו שני ספרים הראשונים על המס' הארכתי קצת בתחלת כל מאמר להביא יסודי הדברים הנאמרים בספרי אשר עליהם יסובו דברי הפלפול שבקונטרס הזה שיבין המעיין בנקל כדי שיהי' שוה לכל נפש ולא נמנעתי מלהכניס בו לפעמים גם איזהו דברים פשוטים קצת יען כי ראיתי שיש מהמופלגים מתקשים בזה אמרתי לבארם, ועוד זאת עשיתי שהדפסתי הקונטרס הזה בהפסק צד אחר מהדף חלק בסוף הקונטרס על הששה פרקים הראשונים קודם התחלת על שני פרקים מרובה והחובל בפ"ע. כדי שמי שירצה יוכל לחלקו חציו לכורכו ביחד עם הספר הראשון על הששה פרקים הראשונים וחציו השני עם הספר השני על שני פרקים מרובה והחובל. והנה החכמים הנזכרים בספר הזה אשר פלפלו בספרי וכתבתי להם דעתי בזה יש מהם שגדלו והצליחו בתורה על הדרך שאמרו חכז"ל גדיים נעשו תיישים ואולי מעטתי בשבחם אבקש לדוני לכף זכות ואתם הסליחה בזה:

קראתי שם הקונטרס פלפול חברים כי כשמו כן הוא. והוא כעין קו' אחרון לשני ספרים הראשונים הנ"ל, ואבקש מהמעיין לשים עין עיונו בו במתינות אקוה כי ימצאו בו דברים חדשים:

והנה בעזה"י בהקונטרס פלפול חברים הזה היה לי למסייע שיש בו ממש בני יחידי חביבי האברך הרה"ח ובקי מו"ה ישכר שיחי' אשר יגע בו והרבה דברים חידש הוא בעזה"י אף שלא הזכרתי שמו על כל דבר שעלה במצודתו בעזה"י ומעט סיוע משלי. ובפרט במה שהבאתי בפנים הקונטרס הזה דברים שכתבן מר אאמו"ר הרה"ג הצ' מו"ה יוסף זצ"ל בקיצור נמרץ כדרכו בקודש ובני שיחי' יגע בהם ביגיעה רבה לבארם ולהוסיף בם לפעמים ציצים ופרחים במקום שהי' נצרך להסביר הענין כיד ה' הטובה עליו בזכות אבוה"ק ישלם ד' פעלו בתו"ע ויר"ש וכל מידי דמיטב לאויוש"ט:

והנני לברך בהלל והודאה לאדון כל שזיכני לחדש בתוה"ק ולהדפיס ות"ח מעיינים ומפלפלים בהם. כן יזכנו ד' עוד לאויוש"ט אותי ואת יו"ח שיחיו בכבאחב"י להגות בדברי תוה"ק לאויוש"ט ללמוד תורה לשמה ולחדש לאמש"ת ויהי' עלינו ועכ"י

חביב

כבוד

התורה (לפ"ק) ונזכה כולנו לחזות במהרה ברחמים פני מורח ודאין. כו"ח יום ו' עש"ק לסדר את בריתי שלו' ט"ו לחודש תמוז דהאי שתא שנת עת"ר לפ"ק. פק"ק דאברי:

צבי מאיר בלאאמו"ר הרהגה"צ כקש"ת מו"ה יוסף זצ"ל אבדפ"ק דאברי:

נשמט מספרו אמרי הצבי על מס' בבא קמא שנדפס בווארשא שנת תרמ"ח

השמטות

בפרק ד' על דף מ"ד ע"ב [אות מ"ט אק"א] בסופו העירותי ע"ד רש"י בסנהדרין (דף ע"ט ע"ב) בד"ה אלא לפוטרו אלמא פטור מממון לתדב"ח וממיתה נמי ש"מ דפטר לי' מדאיצטריך למפטרי' מתשלומין כדמפרש ואזיל ואי בר קטלא מי איצטרך למיפטר עכ"ל. והעירותי דבשלמא אם הי' כתוב בקרא בפירוש דבאינו מתכוון לזה אלא לאחר פטור מתשלומין שפיר הי' משמע דפטור ממיתה ג"כ דאל"כ ל"ל קרא מפורש לזה דפטור מממון. אבל כיון דקרח מפורש לית לן לפטור מממון ורק מגז"ש דמכה מכה ובההוא גז"ש ילפינן ג' דברים שוגג ודרך עלי' ואינו מתכוין וניהו דכולהו יכולין למילף מינה מטעם גז"ש או מטעם היקש אבל מ"מ תו לא נוכל לידע מזה דפטור ממיתה דילמא לעולם דאיכא חיוב מיתה באינו מתכוין לזה ובאמת ידעינן תו פטור מתשלומין באינו מתכוין בכה"ג הואיל דקלב"מ וההיקש דמכה מכה אתא רק לפטור בשוגג ודרך עלי' אבל לא אתא לאשמעינן דפטור מממון באינו מתכוין לזה. ע"כ מה שכתבתי בפנים הספר. ויש להוסיף עוד דכן מבואר קצת בתוס' סנהדרין שם ד"ה בין שוגג כו' דהיקישא דתדב"ח על בין שוגג ובין מזיד כו' כ"ע ס"ל ולא פליגי עלי' אלא על היקישא בין מתכוון ובין אינו מתכוון כו' ועיין ג"כ בתוס' ב"ק דף ל"ה ע"א ד"ה בין בשוגג. וכ"כ התוס' כתובות (דף ל"ה ע"א) בד"ה ומי איכא כו'. ומבואר יותר בתו"י שם שכ' בגליון התוס' וז"ל מטעמא דרבי דדריש ונתת וגו' ממון ורבנן דרשי נפש ממש ולהכי לא מצי לאוקמי להיקישא לאין מתכוין אבל לענין שוגג ומזיד כולהו אית להו הקישא עכ"ל התו"י. וכן מבואר בחידושי הר"ן על סנהדרין שם (דף ע"ט) בד"ה האי דתנא דב"ח באה"ד וז"ל ולכאורה משמע דר' ורבנן לית להו דחזקי' אבל קושטא דמילתא דרבנן כיון דס"ל שחייב מיתה ולא ממון לא מפקי מדתני דבי חזקי' כי' דאינהו נמי מידו בהכי שאין לך מכה

אדם שיהא חייב ממון אלא דקרא ודאי לא מצריך להו לשאין מתכוון כדקאמר תדב"ח כיון דבר קטלא היא ואוקמי לה לדרך עלי' ודרך ירידה לשוגג גמור שהוא פטור מממון כדקיי"ל בפרק אלו נערות שחייבי מיתות שוגגין ודבר אחר כו' יעוש"ה במה שהביא דברי התוס'. מכל דברי הראשונים ז"ל הללו נתחזק דקדוקי ע"ד רש"י ז"ל הנ"ל. ודו"ק היטב בזה:

ובעיקר דקדוקי הנ"ל אמר בני האברך מו"ה ישכר נ"י שיש לפרש כוונת רש"י ז"ל במ"ש וממיתה נמי ש"מ דפטר לי' מדאיצטריך למפטרי' מתשלומין כדמפרש ואזיל כו' הכוונה מדאיצטריך תדב"ח למילף מגז"ש דמכה מכה כו' לאינו מתכוין דפטור מתשלומין ע"כ דתדב"ח ס"ל דפטור ממיתה דאל"כ רק דחייב מיתה למה להו לתדב"ח למילף זה דפטור מתשלומין מגז"ש הלא אם חייב מיתה אמרינן קלב"מ. ולא הוה כוונת רש"י ז"ל ללמוד מהגז"ש דפטור ממיתה באינו מתכוון. דהלא יש להקשות דילמא איצטריך רק לגז"ש ודרך עלי' וכדקדוקי הנ"ל. אלא כוונת רש"י הוא דחזינן מדאיצטריך לתדב"ח למילף דבאינו מתכוון פטור מממון מהגז"ש ע"כ דס"ל לתדב"ח דליכא חיוב מיתה דאל"כ הי' פטור מטעם קלב"מ. והא דמנ"ל לתדב"ח כן דפטור ממיתה יהי' מאיזהו לימוד שיהי'. אבל עכ"פ חזינן דתדב"ח סוברים כן עכ"ד. ולכאורה נוכל לומר כן בכוונת רש"י:

עוד שם באק"ב נתקשיתי בדברי ההפלאה שהקשה ע"ד התוס' כאן בב"ק ובסנהדרין (דף ע"ט) שהקשו דלר"ש מנ"ל כל קבוע כמעמ"ח ותירצו דלר"ש בכולן ישראל ואחד עכו"ם ואמר לאותו שעומד שם אני מכוין כו'. וע"ז הקשה ההפלאה במס' כתובות (דף ט"ו) דנראה מדבריהם דזה מיקרי קבוע דאורייתא אפילו אין ידוע הקבוע במקומו ובנזיר (דף י"ב) תוד"ה אסיר מבואר דבכה"ג לא מיקרי קבוע והקשיתי דלמה נקיט ההפלאה לקושייתו דוקא על תירוצם של התוס' והלא גם לרבנן דס"ל דוארב לו אתא לזורק אבן לגו כו' דאמרינן קבוע כמע"מ ג"כ הי' יכול להקשות לשיטת התוס' בנזיר שם דבכה"ג דלא ניכר האיסור במקומו לא הוי קבוע ואמאי חשיב בכה"ג קבוע כו'. וע"ז השיבני בני האברך מו"ה ישכר נ"י דבשלמא לדרבנן דנתכוין להרוג את זה והרג את זה חייב נוכל לומר דמיירי שכל אחד מהאנשים ניכרים ורק שלא אמר לאיזהו איש רוצה לזרוק. וזה מיקרי שפיר קבוע מדאורייתא. והקשה ההפלאה רק אליבא דר"ש לפי מה שכתבו התוס' דלר"ש משכחת לה קבוע היכא שאמר לאותו שם הוא מתכוון. וע"כ הוה שאין ניכר כל אחד מהאנשים מי הם ושפיר יקשה קושי' ההפלאה ז"ל דבהא הוי קבוע שאינו ניכר עכ"ד נ"י. ונוכל לומר כן. מיהא תירוצי שתירצתי שם לחלק דבנוכל להכירו שפיר מיקרי קבוע מדאורייתא עולה שפיר. ועיין בספר בינת אדם בשער הקבוע סי' א' וסי' ב'

מ"ש בשם המעד"מ והוא כסברתי הנ"ל, ועיין שם בבינת אדם סי' ג' מ"ש בשם הב"ח ז"ל והרבה י"ל עוד בזה וקצרתי:

שוכ"ט לכבוד ידידי הרה"ח המופלג מ' חנוך העניך פאלמאן נ"י: אחד"ש באהבה כראוי. ע"ד מה שהעיר מע"כ נ"י בדברי רש"י ב"ק (דף ע"ג ע"ב) בד"ה שהוכחשו. וכשנגמר הדין על פיהם קודם שהוכחשו כו'. והעיר כבודו נ"י דמה הי' הו"א שלאחר הכחשה יהי' גמ"ד על פיהם עכ"ד והוא דקדוק עצום:

ולע"ד אולי י"ל לתרץ קצת דכוונת רש"י ז"ל לשלול בזה מ"ש הכ"מ בשיטת הרמב"ם בפ"ד מהל' גניבה ובפכ"א מהל' עדות דהב"ד גומרין הדין על הספק בקנס והבאתי ב"פ דברי הכ"מ בספר פרק מרובה אות ק"ז וק"ט בביאור קצת. וא"כ הי' סברא לומר דגם בד"נ גם כשהוכחשו העדים ג"כ יוגמרו הב"ד הדין על הספק אולי יזימו אח"כ עדים אחרים להכת המכחישים ויהי' נשאר הגמ"ד בתוקפו. ולזה כתב רש"י ז"ל דכל שהוכחשו העדים אין הב"ד גומרין תו הדין כלל. או דרש"י לא ס"ל לסברת הכ"מ בשיטת הרמב"ם ז"ל. או דבד"נ דוקא אין גומרין הדין וקצרתי במובן. כן נוכל לומר קצת ליישב קצת הכוונה:

והנני חותם באהבה ובנחיצה רבה ידידו חותם באהבה

צבי מאיר.

קונטרס פלפול החברים

עזרי מעם ה' עושה שמים וארץ:

[א] דף ג' ע"ב אות זיין אק"ב בספר אמרי הצבי. כתבתי לבאר קצת במ"ש הרמב"ם ז"ל דלא שייך לומר דבהלמ"מ יהי' פלוגתא וכתבתי בסוף ד"ה מיהא מהא דקאמר כו' אם לא שנאמר דשניהם מודים דעל זה לא הי' כלל ההלמ"מ אם לשלם מגופו או מן העלי' רק דהלכה הי' דנזק דצרורות דמשלם ח"נ וי"ל בכ"ז. וע"ז העיר הרה"ח ובקי מו"ה אברהם הלוי נ"י מק"ק רוססיטץ דהא אכתי איכא פלוגתא דתנאי סומכוס ורבנן לקמן בר"פ כיצד (דף י"ז ע"ב) דסומכוס סובר דצרורות משלם נ"ש וחכ"א ח"נ וקאמר הש"ס שם וח"נ צרורות הלכתא גמירי לה ופירש"י סומכוס לית לי' הלכתא דח"נ צרורות אלא נ"ש ס"ל עכ"ד ויפה השיב בזה והגיע לידי ספר שו"ת חוות יאיר עיינתי שם בסי' קצ"ב קונטרס גדול בענין זה כתב שם אות כ"ז וז"ל ח"נ צרורות בגמ' פ"ג [צ"ל פ"ב] דב"ק הלכתא גמירי לה והרמב"ם הל' נזקי' רפ"ב הלכה מפי הקבלה ולשון ש"ע חו"מ סי' ש"צ הל"מ עכ"ל החו"י ז"ל. ובעיקר כלל זה כבר הארכתי ג"כ במ"ש בר"פ איזהו נשך בענין זה:

[ב] שם באו"ז אק"ג בהא דהבאתי הא דמס' פסחים (דף פ' ע"ב) דקמבעי' לרמב"ח כהן המרצה בקרבנותיהן אי הותרה טומאת התהום כתבתי מיהו י"ל דהא דקא בעי למילף מקראי היינו אף דהי' ידוע מהלמ"מ אפ"ה בעי למילף מקראי ג"כ וכמדומה כי מצינו כ"פ כן דומיא דמילתא דאתיא בק"ו טרח וכתב לה קרא. השיבני ע"ז הרה"ח ובקי מו"ה אברהם העניך מק"ק פיעטרקוב דלא כן מפורש ברמב"ם בהקדמה לסדר זרעים והובא ג"כ במגילת אסתר שורש א' אות א' שכתב ז"ל ועל כל דבר שאין לו רמז במקרא ואינו נקשר בו ואי אפשר להוציאו בדרך מדרכי הסברא עליו לבדו נאמר הלמ"מ עכ"ד. הנני מודה בזה כי אגב שיטפאי כתבתי כן ואולי אז בשעת כתיבתי הי' כוונתי על הא דקאמר שם הש"ס במס' פסחים (דף פ"א ע"ב) דמסיק הש"ס אלא טומאת התהום הילכתא גמירי לה וקרא אסמכתא בעלמא והי' הכוונה דהש"ס רצה להוציא מקרא האסמכתא וכבר האריכו בזה הגאונים בעלי הכללים בספר יד מלאכי ח"א בכללי הה"א סי' רכ"ז ובספר עין זוכר להגאון חיד"א ז"ל מערכת ה"ה סי' כ"ב האריכו בזה. אולם לשוני בהספר אינו מורה כן והוא טעות אבל נוכל לומר קצת כמו שכתבתי עתה בזה לתקן דהי' רצונם לידע מקראי האסמכתא:

ועיין מס' זבחים (דף ה' ע"ב) בתוד"ה הגה"ה ניתק אין כו' בסה"ד וז"ל דאין לחוש אי קאי קרא אהילכתא דכה"ג אשכחן בפרק הלוקח עובר פרתו (דף ט"ז) דאיצטריך קרא ואיצטריך הילכתא וכו' עכ"ל ולכאורה הוא דלא כהרמב"ם ז"ל. אלא שמבואר מדבריהם ז"ל דהיכא דאיכא קרא וגם הילכתא צרכינן למיעבד צריכותא וכמו בשני פסוקים דבעי צריכותא. ועיין נ"כ מס' מנחות (דף ד' ע"א) בתוד"ה אשם באה"ד וז"ל ואין לחוש אי קאי קרא אהילכתא דכה"ג אשכחנו בפרק הלוקח עובר פרתו כו' עיי"ש ודו"ק: [ג] דף ד' ע"א באו"י במ"ש לפרש קצת הא דקאמר הש"ס לא הרי הקרן שאין הנאה להזיקו כהרי השן שיש הנאה להזיקו עפי"ד הראב"ד ז"ל דיורש שמחל לעצמו אינו חייב לשלם מדד"ג כיון שאין כוונתו להזיק אלא להנאת עצמו נתכוין וכתבתי דהא דחייבה תורה בשן לשלם כל מה שהזיקה אף יותר ממה שנהנית משום דעושית ההיזק בשל אחרים כו'. והשיב ע"ז ידידי האברך החריף ובקי מו"ה אברהם הלוי נ"י מק"ק רוסשיטץ ממ"ש הראב"ד ז"ל (בפ"ז מהל' חובל ומזיק) על מ"ש הרמב"ם (בה"ד) הכהנים שפגלו את הזבח במזיד חייבין כו' וכן העושה מלאכה בפרת חטאת ובמי חטאת במזיד חייב וכו' וכתב עלה הראב"ד ז"ל שיכוש הוא שאפילו עשה מעשה בגופן למ"ד היזק שא"נ ל"ש היזק פטור מדיני אדם אפילו במזיד וקיי"ל כוותי' וטעמא דמילתא משום דאין מתכוין להזיק אלא להנאתו הוא מתכוין מש"ה לא קנסי בו מזיד עכ"ל ובה"ה ז"ל. הרי שכתב הראב"ד

לסברתו נמי התם בעושה מלאכה בפרת חטאת דעושה מעשה ההיזק בשל אחרים ואפ"ה כתב הראב"ד לסברתו משום דלא נתכוין להזיק פטור עכ"ד. והנה בפשיטות ל"ק ע"ד הראב"ד הללו משן דהראב"ד לא כתב לסברתו רק בהיזק שא"נ למ"ד ל"ש היזק ורק חיובא מדרבנן בזה כתב הראב"ד ז"ל דהיכא דלא נתכוין להזיק לא חייבוהו חכז"ל אבל למ"ד היזק שא"נ שמי' היזק לא כתב הראב"ד ז"ל לסברתו כלל וכן מבואר להדי' בהראב"ד ובכ"מ שם. וא"כ בשן דהוי היזק ניכר וחיובא הוי מה"ת בפשיטות א"ש דחייב לשלם אע"ג דיש הנאה להזיקו ולא נתכוין להזיק וממילא לא קשה על הראב"ד במוחל לעצמו שכתב דפטור הואיל דלא נתכוין להזיק דגם התם איכא טעמים לפטור היכא דעושה להנאת עצמו או משום דהוי השא"נ וכדמשמע מבעה"ת (שער נ"א ח"ו אות ח') או אם דד"ג הוי רק חיוב דרבנן להסוברים דהוי רק חיוב מדרבנן (עיין בש"כ חו"מ סי' שפ"ו). ומש"ה בעושה להנאת עצמו לא חייבוהו חכז"ל וכסברא הנ"ל משא"כ בשן דהוי היזק ניכר והחיוב מה"ת אין חילוק בין אם עושה להנאת עצמו או לא. וסברתי שכתבתי לחלק בין אם עושה מעשה ההיזק בשל חבירו או לא הוא אם נימא דמוחל שט"ח הוי היזק ניכר וכמ"ש הרמב"ן בדד"ג וז"ל אלמא המפסיד ממון מחבירו כגון מוחל חוב ושורף וכל דדמי להו היזק ניכר דהא לא מהדר לי' ולא מידי כו' עכ"ל. או למ"ד היזק שא"נ שמי' היזק ונימא דהראב"ד ס"ל דגרמי חייב מדאורייתא ואפ"ה סובר הראב"ד דאם אין כוונתו להזיק ג"כ פטור א"כ יקשה משן וע"ז צריכין לומר החילוק שכתבתי דבמוחל שט"ח עושה מעשה ההיזק בשלו אבל בשן עושה בשל חבירו והא דכתב הראב"ד ז"ל (בפ"ז מהל' חובל ומזיק ה"ד) בעושה מלאכה בפרת חטאת דשם הוי ההיזק בשל חבירו ואפ"ה כתב הראב"ד כיון דאין כוונתו להזיק פטור התם הוי חיוב דרבנן דהיזק שא"נ ל"ש היזק מש"ה אע"ג דעושה ההיזק בשל חבירו ג"כ פטור בכה"ג אבל בדאורייתא אע"ג שאין כוונתו להזיק מ"מ בעי דוקא שלא יעשה ההיזק בשל חבירו אבל בשן דעושה ההיזק בשל חבירו והחיוב הוא מדאורייתא שפיר חייב: תמצית הדברים מה שכתבתי לחלק כן בדברי הראב"ד הוא לפי מה שפרשתי הסוגי' דהי' הוה אמינא לומר בשן פטור משום דלא נתכוין להזיק ואע"ג דהוא דאורייתא מ"מ הי' סברא לומר כן ועיין בגד"ת שם (אות ח') בד"ה והשתא כו' שהקשה באמת להראב"ד ז"ל דנימא לסברת הראב"ד גם למ"ד היזק שא"נ שמי' היזק יעוי"ש וא"כ שפיר כתבתי דהי' סברא לומר כן אף בדאורייתא וזהו דקאמר הש"ס לא הרי קרן שכוונתו להזיק ומש"ה חייב כהרי השן שאין כוונתו להזיק והי' הסברא שלא לחייבו יותר ממה שנהנית ולא כל ההיזק ועפי"ז פלפלתי עוד בדרך הזה במה שמחולקים הראב"ד עם שאר הפוסקים בסברא זו:

והנני מחזיק לו טובה שכתב במכתבו לעיין בשו"ת שואל ומשיב מהדורא רביעאה (ח"ב סי' ע"ג) עיינתי שם ותה"ל שדרכתי ג"כ במסילה הזאת שדרך בה מורי הגאון ז"ל לפרש הסוגי' עפי"ד הראב"ד. וראיתי שהשו"מ כתב שם לדחות דלא דמי להראב"ד דהתם הוי החיוב משום מזיק אבל בבהמה דאין לה דעת וע"כ החיוב משום מה שנהנה וא"כ יותר יש סברא לחייבו בשן כשיש הנאה להזיקה וכמ"ש בשמ"ק כאן שיכול לומר הרווחת דמי המאכל עיישי"ה מ"ש עוד בזה. אולם לפי מה שרמזתי דבשן דחייב לשלם כפי מה שהזיקה הבהמה ואף אם נהנית הבהמה פחות משווי' ג"כ חייב לשלם כל ההיזק א"כ לא שייך לומר בשן יש יותר סברא לחייבו משום שהרויח דמי המאכל ומטעם נהנה דא"כ לא ישלם רק כפי מה שנהנית ומדמשלם כפי מה שהזיקה ע"כ מטעם מזיק ושוב דמיא להראב"ד וי"ל בזה:

[ד] שם אוי"ב אק"א במ"ש ולכאורה הי' אפשר לומר בכוונת הקושיא כו'. תיבת הקושיא היא מיותרת וט"ס היא ורק צ"ל בכוונתם:

ומ"ש וא"כ ה"נ כופר שהוא לכפרה לא אמרינן בי' קלב"מ לפטור מן התשלומין כו' והבאתי דברי המלא רועים בזה. הראני כבוד מחו' הגאון המנוח מו"ה אביגדור יהודה ז"ל אבדק"ק קויל כי הפ"י בב"ק (על דף כ"ו ע"א) ברש"י ד"ה ויהא אדם כתב ג"כ להאי סברא והנאני. וכ"כ עוד הפעם הפ"י על ב"ק (דף מ"ג ע"ב) בגמ' בד"ה א"ל רבא בסה"ד שם עיישי"ה: אולם י"ל דמדברי רש"י בב"ק (דף נ"ג ע"ב) שהבאתי (בהספר) נראה דסובר דקלב"מ פוטר מכופר גם כי לא עבדינן החומרא רק שהוא בלא אתרו בי' וכדומה וצ"ע לכאורה דברי הפ"י הנ"ל. והפ"י בסוף דבריו רמז ליישב הסברא שכתב לכך איצטריך עליו ולא על האדם וכיון דגלי קרא דאפילו בכופר שייך לחדב"ת למד רש"י מכאן דה"ה לענין אש שהמית אדם שייך לומר כן עכ"ל והמעיין בלשון רש"י (בדף נ"ג) הנ"ל יראה דרק מתדב"ח פטור ולכאורה י"ל בזה:

והנה בהיותי בזה אעתיק קצת פלפול בזה בעיקר קושית התוס' בזה בד"ה כראי אדם שאין משלם את הכופר הקשה ריב"א מאי חומרא היא זו הא דאין משלם את הכופר משום דקלב"מ כו'. העיר בזה הגאון מו"ה דוד נ"י שיפמאן מעה"ק טבריא תובב"א דהא הפירוש לא ראי השור שמשלם את הכופר כראי האדם שאינו משלם את הכופר הוי הפי' דשור ראוי להיות חמור שישלם הנזק הואיל דמשלם כופר ואם לא הי' כתב אדם לחייבו בנזק לא הוי ידעינן דאדם חייב בנזק וא"כ הוי קולא באדם מבשור וא"כ מאי הלשון מאי חומרא היא זו האי דאין משלם את הכופר כו' אדרבה הא מחשבינן לה קולא באדם המזיק דלא לשלם נזק הואיל דאין משלם כופר ומכות זה כתב הרב הנ"ל נ"י דיש

למחוק מלת מאי וצ"ל חומרא היא זו האי דאין משלם כופר וא"כ אכתי נוכל למילף אדם שחייב בנזק משור עכ"ד הרה"ג הנ"ל. והנה כוון בדבריו לדברי הגאון בעל מצפה איתן בהגהות הנדפסים בש"ס דפוס ווילנא שכתב ליישב דקדוק זה בפלפול ולבסוף סיים וז"ל ומיהו הנכון שנתחלפו כאן בדברי התוס' מאי להאי וכצ"ל האי חומרא היא זו מאי דאין משלם יעוי"ש: ולע"ד לפי מה שהזהירו חכז"ל להגי' יותר נראה לפרש דהא בדינים שבין אדם לחבירו בעניני ממון מאי שהוא קולא לאחד הוי חומרא להשני והוה הפי' מאי חומרא היא זו לגבי הניזק מאי שאדם המזיק לאדם אינו משלם כופר להניזק הא לאו חומרי לניזק וקולא להמזיק אדרבה משום דאיכא חיוב מיתה להמזיק ונוח יותר להניזק שיתחייב המזיק מיתה ממה שמשלם הכופר ליורשיו אבל ליכא בזה חומרא להניזק דנימא דההורה חסה יותר על המזיק מן על הניזק. הגם שנדחקתי בפירוש זה הוא כדי שלא נצטרך להגי'. ועיין לקמן בסמוך [בק"א אות ה'] מ"ש עוד בזה בדרך מרווח יותר ודו"ק: [ה] עוד שם במ"ש לדקדק על קושית הריב"א והתירוץ כו' כתבתי ולכאורה אינו מובן דהא אנן קיי"ל חייבי מיתות שוגגין פטורין מלשלם ומשום דקלבד"מ א"כ גם בשוגג הא דאינו משלם את הכופר הוא משום דקלב"מ ואינו מובן התירוץ של הריב"א ז"ל, וכתב אלי ידידי הרה"ג מו"ה מאיר דן נ"י הגאבד"ק דוואהרט בזה"ל מה שהאריך כ"ת לפרש דברי הריב"א לא אדע מה קשיא לי' ודברי התוס' פשוטין הם מאוד לכל מאן דדייק וגריס דהקשה אמאי חשיב תומר בשור שמשלם את הכופר הא החומר הזה הוא ביתר שאת באדם דחייב מיתה ומשום דבשור לא חייב האדם מיתה אמרה תורה להקל שיתן כופר א"כ כופר דשור אינו תומר אלא קולא וע"ז תירץ הריב"א ז"ל כיון דסוף כל סוף דאמרינן קלב"מ גם בשוגג פטור מדתנא דב"ת וא"כ בשוגג באדם ליכא חיוב כלל לא מיתה ולא תשלומין משא"כ בשור תמיד איכא כופר וא"כ יש חומרא בשור יותר מאדם והר"י ז"ל תירץ דלא צריך לזה דאין הפטור באדם משום קלב"מ דבזה לא שייך פטור דקלב"מ כלל רק דהוא באמת גזה"כ דלענין זה חמור שור מאדם ואין אני נכנס כאן לפרש דברי הר"י ז"ל שנתקשו בו כל המפרשים אבל דברי הריב"א ז"ל המה פשוטים מאוד כו' עכ"ד הרב הנ"ל. והנה ידידי הרב נ"י הרגיש בעצמו דלפי פירושו בכוונת הקושי' של הריב"א ז"ל נצטרך לדחוק ולפרש כוונת הר"י ז"ל בתירוצו על קושית הריב"א ז"ל:

והנה ההפרש בין פירוש שלי בתוס' בקושית הריב"א ובין פירושו של הרב שיחי' הוא דאני מפרש דהקושי' הי' דמאי קאמר הש"ס דחומר בשור מבאדם שהשור משלם כופר הלא גם באדם איכא חיוב כופר אלא דאין הב"ד יכולין לחייבו משום דקלב"מ. ולפי פי' כ"ת נ"י הוי קושית התוס' דמאי חשיב קולא גבי אדם שאינו משלם הכופר הלא

מה שפטור מכופר הוא משום שחייב מיתה וקלב"מ וא"כ אדרבה הוה עוד חומר באדם שהוא חייב מיתה וע"ז סובב והולך התירוץ של הריב"א ז"ל. והנה כד נדייק בלשון הקושי' של הריב"א ז"ל נראה יותר נוטה כפירושי דנקיט בלשונו הטהור מאי חומרא היא זו האי דאין משלם את הכופר משום דקלב"מ והפירוש מאי חומרא היא זו היינו הא דשור משלם כופר דבאמת הי' צריך להיות החיוב כופר גם באדם והאי דאין אדם משלם כופר הוא משום דקלב"מ ולפי פירוש מע"כ נ"י יותר הי' שייך לכתוב הלשון בהקושי' מאי קולא היא זו גבי אדם שאינו משלם הכופר הלא חומר הוא גבי אדם שחייב מיתה ומש"ה פטור מכופר. הגם כי גם לפי פירושו נוכל לפרש הלשון מאי חומרא היא זו ג"כ על השור שמשלם כופר אבל יותר נוח לשון התוס' לפי פירושי בכוונת התוס' ואינני אומר קבלו דעתי דוקא. ובאמת הבאתי לעיל בסמוך [בק"א אות ד'] שיש שרצו להגי' בתוס' ולמחוק תיבת מאי וצ"ל חומרא היא זו וכתבתי שם לפרש בדוחק בלי הגה"ה. ולפ"מ שכתבתי עתה לפי פירושי מרווח יותר ודו"ק: עוד עוררני ידידי הרב הנ"ל על מה שכתבתי, שם בד"ה ונראה לע"ד כו' כתבתי שם הלשון והנה לרבי ולרבנן היכא דאיכא חיוב ממון על אותו דבר עצמו כו' וא"כ לרבי ולרבנן חייב ממון לשלם היכא דהרג אדם בשוגג ובסוד"ה הנ"ל כתבתי הלשון ג"כ ולעד"נ נכון לפרש ג"כ כן במ"ש התוס' לחלק בין רבי ורבנן לתדב"ח ע"כ הלשון שכתבתי בפנים הספר. והעירני כבוד הרה"ג מוהמ"ד נ"י הנ"ל דיש טעות בזה שכתבתי גם לרבנן כן דזה הוא רק אליבא דרבי דסובר נתכוין להרוג את זה והרג את זה חייב ממון וליכא שום חיוב מיחה אבל אליבא דרבנן דס"ל דקרא דונתת נפש חתת נפש היינו מיתה ולא איירי כלל קרא בממון שפיר י"ל דליכא כלל חיוב ממון אפילו לענין דמי הנהר"ג שהממון הוא מכח אותו דבר עצמו ג"כ פטור אפילו בשוגג מטעם קלב"מ ועיקר דברי התוס' הוא רק דרבי ותדב"ח פליגי בסברא זו שכתבו התוס' בין ממון אחר שבהדי' ובין ממון שנתחייב על אותו דבר עצמו והביא שכן מבואר קצת בחידושי הר"ן על מס' סנהדרין (דף ע"ט) בד"ה האי דתדב"ח הביא דברי התוס' דמס' סנהדרין דרק רבי פליג עם תדב"ח בזה וסובר רבי שחייב ממון דוקא דמי הנהרג אבל בממון אחר גם רבי מודה דפטור ותדב"ח פוטר גם מדמי הנהרג אבל רבנן סברי דגם מדמי הנהרג פטור מטעם דקלב"מ דהא רבנן סברי נתכוין להרוג את זה והרג את זה חייב מיתה יעוש"ה בחידושי הר"ן ז"ל עכ"ד הרב הנ"ל נ"י. וצדקו דבריו בזה ואנכי איני זוכר למה כתבתי כן ואולי טעיתי במ"ש התוס' הלשון דפליגי עליו לפום ריהטא תשבתי דקאי על רבי ורבנן דפליגי על תדב"ח לענין חיוב ממון דמי הנהרג ועתה עיינתי והנני מודה שהוא טעות ומ"ש התוס' הלשון דפליגי היינו רבי ור"ש

דמתני' סברי בחדא שיטה בזה. וגם דגם תדב"ח מפקא מדרבנן ג"כ לענין נתכוין להרוג זה והרג את זה ושייך הלשון פליגי על רבי ורבנן דשניהם פליגי על תדב"ח. או אולי הי' אצלי טעות אחר בשעת הכתיבה או טעות בכתיבה אבל גוף פירושי בכוונת תירוצו של הריב"א א"ש בעזה"י דהא עכ"פ פליגי בזה רבי ותדב"ח ודו"ק: [וי"ו] עוד שם אוי"ב אק"א כתבתי בענין אם קלב"מ פוטר ממידי דהוא לכפרה העיר בזה ב"א הרב הגדול מו"ה דוד נ"י אבדק"ק גראבאווי מהא דמס' כריתות (דף י"א ע"א) ת"ר בזמן שהאשה לוקה האיש מביא קרבן אין האשה לוקה אין האיש מביא קרבן כו' ה"ק אם ביקורת תהי' היא והביא את אשמו לד' אם לא תהי' ביקורת לא יביא הוא את אשמו אימא הוא מיעטי' קרא אבל היא תלקי ותיתי קרבן והביא את אשמו לד' ע"כ וחזינן דאי לאו דמיעטי' קרא הו"א דהיא תלקי ותיתי קרבן ולא נימא דקלב"מ פוטר מקרבן אלמא דקלב"מ אינו פוטר ממידי דאתא לכפרה אפילו היכא דעבדינן החומרא דהא אם אין האשה לוקה אין האיש חייב בקרבן עכ"ד יפה העיר בזה. אולם לאחר העיון י"ל דאין ראי' משם דשאני התם הואיל דבכה"ת מקשינן אשה לאיש לענין עונשין והכא האיש חייב קרבן א"כ גם האשה תתחייב בקרבן והרי גילתה התורה דהאשה חייבת מלקות הו"א דהוי כאילו גילתה התורה בפירוש דתלקי ותיתי קרבן דלא נוכל לומר דרק הוא מביא קרבן אכל לא האשה הואיל דחייבת מלקות דא"כ לא תתחייב בקרבן כשתלקי והרי השווה הכתוב אשה לאיש לכל עונשין שבתורה ומש"ה הו"א דתלקי ותיתי קרבן ואפילו היכא דעבדינן החומרא ג"כ חייבת בקרבן וגילה קרא והביא את אשמו דרק האיש חייב בקרבן ולא האשה וא"כ למסקנת הש"ס דמיעטי' קרא דהאשה פטורה מקרבן פשיטא דלא קשה מהתם דנוכל לומר דבאמת הא דפטרה התורה להאשה מקרבן הוא משום דהיא חייבת מלקות ואמרינן קלב"מ או דגזה"כ הוא דפטורה מקרבן ולא משום קלב"מ אתינן עלה וא"כ אין ראי' משם לא לכאן ולא לכאן ודו"ק:

עוד העיר ב"א הרב הגדול מהור"ד נ"י הנ"ל מדברי הירושלמי (פ"ז דמס' תרומות ה"א) ובירושלמי ב"ק (פרק מרובה ה"ב) א"ר אבהו בשם ר' יוחנן הזיד בחלב ושגג בקרבן מתרין בו ולוקה ומביא קרבן רבי בון בר חייה בשם ר' שמואל בר יצחק כדי רשעתו שני דברים מסורין לב"ד את תופס אחד מהן יצא דבר שהוא מסור לשמים ופירש הפ"מ יצא דבר שהוא מסור לשמים כגון קרבן שהעונש לשם שמים הוא ולא מסור לב"ד שאין ממשכנין לחייב חטאות ואשמות כדתנן בספ"ה דערכין מחייב לי' לתרווייהו דלא מיעטי' קרא עכ"ל והרי מבואר כסברת התוס' דכל דאתא לכפרה לא מיקרי דמחייבין

לי' בשתי רשעיות וגם כי עבדינן החומרא דהא לוקה ומביא קרבן וקשה מהירושלמי הנ"ל לשיטת רש"י הנ"ל עכ"ד ב"א הרב הנ"ל:

והנה לענד"נ להוכיח דגם דעת הרמב"ם הוא כשיטת רש"י בזה. דהנה (בפ"י מהל' תרומות ה"א) וז"ל זר שאכל תרומה בשגגה משלם קרן וחומש אע"פ שיודע שהיא תרומה ושהוא מוזהר עלי' אבל לא ידע אם חייב עלי' מיתה אם לאו ה"ז שגגה ומשלם קרן וחומש עכ"ל ובכ"מ כתב הא דמס' שבת (דף ס"ט ע"ב) כרבא דמיתה במקום כרת עומדת ושגגת לאו לא שמה שגגה ושגגת כרת ומיתה ביד"ש שמה שגגה ע"ש וא"כ לפ"ז משכחת לה שיתחייב מלקות על תרומה ויהי' חייב בקרן וחומש כגון שהזיד בלאו ושגג במיתה ואילו (בהל"ה) שם כתב הרמב"ם אכל תרומה במזיד והתרו בו לוקה ואינו משלם ומשמע דלא משכחת לה כלל שילקה על תרומה וישלם חומש והא משכחת לה בכה"ג שהי' מזיד בלאו ושגג במיתה וצרכינן לומר דהרמב"ם לא פסק כהירושלמי בזה ורק דגם אם הוא לענין כפרה ג"כ אמרינן קלב"מ ולא מחייבין לי' במלקות וקרבן על עבירה אחת כן הי' נראה לכאורה: אולם בירושלמי שם (פ"ו דתרומות ה"א) איתא ולא כן א"ר אבוהו בשם ר' יוחנן שוגג בחלב מזיד בקרבן מתרין בו ולוקה ומביא קרבן ואמור אף הכא מזיד בתרומה ושוגג בחומש יתרו בו וילקה ויביא חומש א"ר זעירא גזה"כ הוא ואיש כי יאכל קודש בשגגה שתהא כל אכילתו בשגגה ופי' המראה פנים שאני הכא דגזה"כ היא דכתיב ואיש כי יאכל דמשמע שתהא כל אכילתו בשגגה שצריך שיהא עיקר האכילה בשוגג שלא ידע שהיא תרומה ואכלה ע"כ. והנה לפ"ד הירושלמי הנ"ל דבתרומה לא אמרינן כן דיהי' שייך בי' מלקות וחומש כאחד ומשום דגלי קרא וא"כ נוכל לומר דזה הוא טעמו של הרמב"ם ז"ל ג"כ דכתב דבאכל תרומה במזיד דלוקה פטור מחומש והיינו דלא מחייב כלל בחומש היכא דלוקה גם אם שוגג במיתה:

אולם הר"ש ז"ל (בפ"ו דמס' תרומות מ"א) הביא הירושלמי הנ"ל והא דמס' שבת (דף ס"ט הנ"ל) עיי"ש שכתב דאביי דאמר במס' שבת דר' יוחנן בתרומה שאין חייב עלי' חומש עד שישגוג בלאו שבה ולאו מטעמא דר' זעירא קאמר לה ורבא אמר מיתה במקום כרת עומדת וחומש במקום קרבן עכ"ל הר"ש ז"ל. והנה מבואר דרק אביי ס"ל כן כרבי זעירא ורק דמחולקין בטעמם דרבי זעירא סובר דילפינן מקרא ואביי סובר הטעם משום דבעינן שישגוג ג"כ בלאו שבה אבל רבא סובר דמיתה במקום כרת עומדת וכמו דשגגת כרת שמה שגגה הה"נ שגגת מיתה ביד"ש שמה שגגה ואעפ"י שהזיד בלאו חייב קרן וחומש. והרמב"ם (בפ"י מהל' תרומות ה"א) פוסק כרבא בזה א"כ לפ"ד הירושלמי הנ"ל משכחת לה תו דיהי' חייב מלקות וגם קרן וחומש על אכילת תרומה במזיד כגון שהזיד

בלאו ואתרו בי' על מלקות ושגג בחיוב מיתה בידי"ש והי"ל להרמב"ם להביא דין זה המוזכר בירושלמי (רפ"ו דמס' תר ומות) ואף דהירושלמי פוסק דפטור הוא משום דס"ל לרבי זעירא דגזה"כ הוא דבעינן שתהא כל אכילתו בשגגה אבל הרמב"ם דפוסק כרבא דלא ס"ל כרבי זעירא רק אפילו שגג במיתה והזיד בלאו ג"כ חייב קרן וחומש א"כ הי"ל להביא דהזיד בלאו ושגג במיתה דחייב מלקות וגם קרן וחומש ונראה דהרמב"ם לא פסק כהירושלמי בזה דיהי' משכחת מלקות וחומש על אכילה אחת וא"כ ממילא לא פסק כהירושלמי (דפ"ז דתרומות) דיהי' משכחת מלקות וקרבן על אכילה אתת דשניהם שוים והטעם הואיל דוה מיקרי ג"כ שתי רשעיות כנ"ל לכאור'. נזכרתי כי כבר העיר בירושלמי הנ"ל אלופי ומורי הגאון המנוח מוה"ר יוסף שאול ז"ל בהסכמתו על ספר עטרת זקנים על מ"ס מהגאון המנוח מוה"ר ליבוש קאנציגער ז"ל הביא דברי הצל"ח פסחים (דף כ"ט) שכתב דלרנבה"ק דפוטר כרת מתשלומין לא שייך לציי"ש משום דכרת לאו ב"ד מחייב וא"כ אף לציי"ש פטור וכתב עלה שכן משמע מהריטב"א שבועות (דף ל"ז) שכתב דלגבי קרבן שהוא לגבוה לא דרשינן ואי אתה מחייבו משום שתי רשעיות והיינו דלגבוה אנן לא מחייבינן לי' וכתב להביא ראי' להצל"ח מירושלמי (רפ"ז דמס' תרומות) שני דברים מסורין לב"ד את תופס אחד מהן יצא דבר שהוא מסור לשמים והעיר עוד שם מכמ"ד בזה עיי"ש והרי כבר עמד הגאון ז"ל בזה:

ולעד"נ דאולי אפשר לומר שלא יקשה מהירושלמי הנ"ל על שיטת רש"י דסובר דאף דכופר כפרה ג"כ אמרינן בי' קלב"מ דכוונת הירושלמי הוא דאם אכל חלב במזיד ובשגגת כרת דלוקה ומביא קרבן דפירש המפרש משום דחייבי חטאות אין ממשכנין ונוכל להוסיף עוד ולומר דנהי דקלב"מ פוטר גם מכפרה מ"מ אם רוצה להביא קרבן חטאת לא הוי חולין בעזרה וגם דהא הקרבת קרבן הוא בדיני שמים ורשאי להביא הקרבן אבל אין הב"ד כופין אותו להביא חטאת זו גם י כבר עבר על בל תאחר דמבואר במס' ר"ה (דף ו' ע"א) ובתוד"ה יקריב דבכה"ג כופין הב"ד להביא חטאות ואשמות ג"כ מ"מ הכא דכבר לקה על עבירה זו אין הב"ד כופין אותו משום דזו הוי שתי רשעיות ורק דאם מביא מרצונו לא הוי חולין בעזרה וזה שייך דוקא בקרבן לשמים אבל בכופר אף דהוא לכפרה מ"מ הוי הדין דממשכנין על הכופר כמבואר ברמב"ם (פ"י מהל' נזקי ממון ה"ד) ע"ש וא"כ שפיר כתב רש"י ז"ל דהא דפריך הש"ס ויהא אדם חייב בכופר היינו בלא אתרו בי' דאינו נהרג דאם עבדינן החומרא בודאי דפטור מלשלם כופר אע"ג דכופרא כפרא משום דקלב"מ ובודאי אם יהיה רוצה לשלם דרשאין היורשין לקבל ורק דאין ממשכנין על כופר בכה"ג אם אתרו בי' ומיקטל אף אם הי' הדין דאדם חייב בכופר וז"נ לע"ד:

והנה לפ"ז י"ל לכאור' במ"ש התוס' בכתובות (דף ל' ע"ב) בד"ה זר ובפסחים (דף כ"ט ע"א) בד"ה מאן דתשלומי תרומה שהם לכפרה משלם קרן וחומש ולא פטרינן לי' מטעם קלב"מ דהנה י"ל אם הב"ד כופין אותו לשלם קרן וחומש ולכאורה איכא סברא לומר דהואיל דהם לכפרה לא כייפינן לי' כמו גבי חטאת ואשם וב"א חביבי הרב שיחי' הנ"ל הביא ש"ס דמס' חולין (דף קל"א ע"א) ת"ש תשעה נכסי כהן תרומה ותרומת מעשר והקרן והחומש למאי לאו להוציאן בדיינין לא לכדתנן כו' ומשמע דאין מוציאין בדיינין. והראה לי דברי המנ"ח מצוה רפ"א שחקר ג"כ בזה ונוטה דעתו הגדולה שאין כופין אותו ע"ש וא"כ למאי נ"מ הא דאמרינן דתשלומי תרומה שהם לכפרה לא אמרינן דקלב"מ ויהי' פטור דהא אין הב"ד כופין ורק אם רוצה מעצמו לשלם ובודאי לצי"ש חייב לשלם דהא איירי בשוגג ולא עבדינן החומרא ובודאי חייב ולכאו' י"ל בזה. ונראה לכאורה דתוס' ס"ל דהב"ד כופין לשלם הקרן וחומש וא"כ צרכינן להאי סברא הואיל דתשלומי תרומה הם לכפרה לא מיפטר מטעם קלב"מ. ואולי י"ל דכוונת התוס' לענין תשלומי קרן ושאכל תרומה שכבר באה ליד כהן דהוא ממון כהן וצריך לשלם לו כמו שאוכל חולין של חבירו דאי לאו משום האי סברא הואיל דהוא לכפרה כו' היינו אומרים דפטור מטעם קלב"מ אבל על החומש אין כופין אותו הב"ד לשלם וי"ל בזה. והנה שם במס' חולין (דף קל"א) פירש"י קרן וחומש של גזל הגר ולא אדע למה לא מפרש על אכילת תרומה. ואולי משום דנוכל לומר דהוא בכלל תרומה ותרומת מעשר וי"ל בזה:

[זיי"ן] עוד שם באוי"ב אק"ד בד"ה עודני חוזר ושב כו' כתבתי בזה"ל ודוחק לומר בכוונתם דבהקדש גלי קרא היינו דבהא דחייב כרת גבי הקדש גלי קרא כו' טעות סופר יש בזה דבהקדש ליכא כרת רק מיתה ביד"ש אליבא דרבי דאיירי התוס' בזה וגם אליבא דאביי דמיתה ביד"ש הוא ככרת לפטור מתשלומין אליבא דרנבה"ק וכצ"ל ודוחק לומר בכוונתם דבהקדש גלי קרא היינו דבהא דחייב מיתה דלרבי דחייב בהקדש מיתה ביד"ש ולאביי דמיתה ביד"ש הוא ככרת דגלי קרא בהקדש דאינו פוטר מתשלומין הא ודאי דדוחק לפרש כן דמאי גריעותא דחיוב מיתה דהקדש משאר חייבי כריתות הואיל דאליבא דאביי מיתה ביד"ש הוא ככרת לפטור מתשלומין אליבא דרנה"ק עוד שם וע"כ צ"ל דהכוונה הוא דבתשלומין דהקדש גלי קרא דלא פטר לי' כרת [צ"ל דלא פטר לי' מיתה ביד"ש מתשלומין] עוד שם וא"כ תקשי אפילו אם איכא עוד חיוב כרת מלבד הכרת דהקדש כו' [צ"ל המיתה ביד"ש דהקדש]: [ח] ד' ע"ב באוי"ד אק"א שהקשיתי עמ"ש התוס' בשם הריב"א דבממון לא שייך כאשר עשה משום דאפשר בחזרה והר"י מפרש משום דבממון עונשין מה"ד כו' דלמה לא יתחייבו העדים לשלם מטעם דד"ג

שגרמו היזק להלוה ששילם שלא כדין על פיהם והבאתי מ"ש בח"מ (סימן כ"ט ס"ב) ובטוח"מ (סימן ל"ח) כו'. [ובאק"ב] הבאתי דברי הריטב"א במס' מכות (דף ב') בשם הרמב"ן דבאמת חייב משום דד"ג כו'. והנה כן מבואר נמי ברמ"א (סימן א' ס"ד) וז"ל הג"ה עדים שהעידו עדות שקר והוזמו והוציאו ממון על פיהם ואי אפשר למיהדר דנין אותן ומחייבין אותן לשלם (מרדכי ר"פ החובל) וע"ל סימן כ"ט ס"ב עכ"ל והוא מטעם דד"ג המבואר שם במחבר ובסמ"ע סקט"ו ומפורש דבכה"ג איכא חיוב מטעם דד"ג:

והנה ידידי האברך הרה"ח ובקי מו"ה שלמה נח נ"י מק"ק אלכסנדר כתב אלי בזה די"ל דל"ק קושייתי על התו' הנ"ל דבאמת מצינן לומר דגם התוס' סוברים דחייבין משום דד"ג וכמ"ש בריטב"א בשם הרמב"ן ז"ל וכמו שפסק הרמ"א (בסימן א' ס"ד) ורק דהתוס' קאי על היכא דמצי למהדר דמגבין הב"ד בחזרה להלוה וא"כ אין לו שים היזק על פיהן דהא הדר גבה לי' ואין לחייב העדים מדד"ג דהא לא גרמו שום היזק ורק מה שיש לחייבן הוא רק מטעם באשר זמם ע"ז נתן הריב"א הטעם דאין לפוטרן משום דהוה כאשר עשה כיון דאפשר בחזרה לא הוי כאשר עשה והר"י כתב דבממון עונשין מה"ד ואין לפוטרן משום כאשר עשה עכ"ד. ולכאור' יפה העיר בזה. אולם פשטות קושייתי הוא על לשון התוס' שכתבו דמש"ה חייבין משום דאפשר בחזרה, ומשמע דאי לאו דאפשר בחזרה דלא היינו עושין דין הזמה דהוי כאשר עשה הי' העדים הניזומין פטורין לגמרי וע"ז הקשיתי דאם לא הי' אפשר בחזרה ליתחייבו העדים מטעם דד"ג:

והנה האברך החו"ב הנ"ל כתב עוד לפי דבריו הנ"ל דזה הוא כוונת השא"ר על מס' מכות שהבאתי בסוגיין [באק"ב] והוא דהשא"ר כתב דאם נימא דהר"י חולק על הריב"א דאף דאפשר בחזרה הוי כאשר עשה ומש"ה הוצרך לטעמו דבממון עונשין מה"ד לא קשה על הר"י דיתחייבו מטעם גרמי דגם הר"י קאי רק על היכא דאפשר בחזרה וכמו דאמרינן לשיטת הריב"א ואין כאן משום גרמי אבל אם נימא דהר"י מודה לסברת הריב"א דבדאפשר בחזרה לא הוי כאשר עשה ומה שהוצרך הר"י לומר דבממון עונשין מה"ד הוא להיכא דאי אפשר בחזרה וכגון שמת התובע שקיבל המעות והוי כאשר עשה להכי כתב דבממון עונשין מה"ד וא"כ כיון דקאי הר"י על הינא דאי אפשר בחזרה יקשה תו דתיפוק לי' מטעם דד"ג ולא קשה מה שהקשיתי עכ"ד יפה כוון בכוונת השא"ר ז"ל. אלא דלפמ"ש לעיל גם על הריב"א קשה קצת דמשמע דאילו לא הי' אפשר בחזרה היו פטורין משום דהוי כאשר עשה ותיפוק לי' דיתחייבו מטעם דד"ג ומכ"ש דקשה על הר"י ז"ל:

עוד כתב החריף הנ"ל דבאמת הקשה הנתה"מ ז"ל (בסי' א' סק"ג) על מ"ש הרמ"א דחייבין מדד"ג והא אין לוקה ומשלם דאף דאמרינן בכתובות (דף ל"ב) דבפירוש

ריבתה תורה עדים זוממין לתשלומים זה דוקא בממון שחייבין מכח כאשר זמם אבל ממון שיתחייב מדד"ג המלקות פוטרן ותירץ הנתה"מ דהא הן חייבין ג"כ מכאשר זמם ובמקום מומחין ג"כ ממונא משלם ולא לקי ליכא מלקות כלל ממילא אף דהאידנא ליכא מומחין הרשות בידינו ג"כ לדון מדד"ג ומזה מוכח כדעת התוס' דבממון לא שייך כאשר זמם ולא כאשר עשה עיש"ה וא"כ שפיר הוצרכו התוס' לומר דחייבין מטעם כאשר זמם דלא הוי בממון כאשר עשה דאם הי' פטורין מטעם כאשר זמם תו ליכא לחייבם מטעם דד"ג דשוב הי' המלקות פוטרן עכ"ד החריף הנ"ל. והנה באמת דברי הנת"המ הם תמוהים לכאור' דבריטב"א שהבאתי בפנים מבואר להיפוך דגם היכא דפטור מטעם זוממין חייבין מטעם דד"ג וכבר העיר בחידושי הרי"מ ז"ל ע"ד הנתה"מ מדברי הריטב"א ז"ל הנ"ל עיי"ש (בסימן א' אקל"ו) וגם בישש בב"ק (פ"ח סימן ה') מבואר דגם היכא דפטורין משום כאשר זמם חייבין מדד"ג. ואח"ז הגיעני מכתב בפלפול מנ"ג הרה"ח ובקי מו"ה אליעזר צבי נ"י בן ב"ג הרה"ג מו"ה אפרים שרגא הלוי נ"י אבד"ק אוניאויע והעיר ג"כ כעין הערות הרה"ח הנ"ל וכבר נתבארו הדברים לעיל: ועל מה שכתבתי בכוונת התוס' דהיכא דהניזומים עומדים בדיבורם שהעידו באמת אין להאמין להעדים המזימין לענין שיצטרכו הניזומין לשלם מדד"ג דהגזירת הכתוב שהמזימים נאמנים הוא רק לענין מה שמשלמים משום כאשר זמם ולא מטעם דד"ג והבאתי [באק"ב] שבריטב"א בשם הרמב"ן ז"ל מבואר להיפוך. והנה גם פשטות דברי הרמ"א (בסי' א' ס"ד) הנ"ל ג"כ מורין דאף שהניזומין אינם מודים להמזימין ג"כ חייבין מדד"ג וכן מבואר בסמ"ע שם (סקט"ז) וז"ל והא דכתב והוזמו ולא כתב והוכחשו משום דבהכחשה דשנים אמרו לוה והוציאו ממון על פיהם ולא"ז באו שנים ואמרו לא לוה בכה"ג אם הוציאו ממון על פיהם אין מחייבין אותם דמה ראית להאמין להאחרונים יותר מלהראשונים משא"כ אם הוזמו כו' עכ"ל הסמ"ע ומבואר להדי' דבהוזמו מאמינים להאחרונים יותר מלהראשונים וחייבין הראשונים מדד"ג אף שאומרים הראשונים שהעידו אמת וכמ"ש הריטב"א בשם הרמב"ן ז"ל שהבאתי ונ"נ הרה"ח מו"ה אליעזר צבי הנ"ל הראני שבגוף פלפול זה כבר העיר בהגהות הרש"ש ז"ל בש"ס דפוס ווילנא על מס' ב"ק על דברי התוס' בסוגיין ג"כ כעין שכתבתי יעוש"ה:

[ט] שם אוי"ד אק"ג בד"ה אח"ז ראיתי במלמ"ל שהקשה המלמ"ל ע"ד הנ"י בשם הריטב"א דגם בממון בעינן כאשר זמם ולא כאשר עשה הקשה מהא דהעידו הפיל שן עבדו ואח"כ סימא עינו ונמצאו זוממין דלמה משלמין דמי העבד לרבו והא כיון שנגמר דינו של העבד הרי הוא תפוס בעצמו והוי תו כאשר עשה וכתבתי ליישב דהואיל דבאמת

אין זכות לעבד בלא רבו והרי כל המעשה הזה שהעדים העידו שהפיל שינו הכל שקר ולא נתייאש האדון ובכה"ג אין להעבד יד וזכות כלל לזכות בעצמו כו' כמבואר בפנים. והעיר ע"ז אהובי ב"ג ומחו' הרה"ג מו"ה אפרים שרגא הלוי נ"י הנאבדק"ק איניאווא מדברי הריטב"א עצמו במס' קידושין (דף ט"ז ע"א) בד"ה אמר רבא שכתב דוקא היכי דלא נסתלק רשות האדון אז אין יד להעבד לזכות בעצמו כגון במחילה או מתנה אבל הפקר מהני כיון דאפקרי' סילק ידו ורשותו וזוכה בעצמו במעשה ידיו וכל עניני ממון ומש"ה המפקיר עבדו יצא לחירות והשחרור שצריך להתירו בבת ישראל עיי"ש בריטב"א והיוצא בראשי אברים אע"ג דצריך גט שחרור זוכה בעצמו משעת העמדה בדין לכל עניני ממון כמ"ש הריטב"א קידושין (דף כ"ד ע"ב) דאע"ג דלא מגבינן קנסות בבבל מ"מ תפיסה מהני ה"נ מכיון שהפיל שן עבדו הרי תפוס העבד בעצמו ואינו יכול להשתעבד בו שאפילו למ"ד דצריך ג"ש מ"מ מעוכב גט שחרור לאו קנין כספו וזכה העבד בעצמו וא"כ אין חילוק בין עבד שהב"ד גמרו דינו שיצא לחירות שיכול לזכות בעצמו ויש לו יד בלא רבו לכל עניני ממון לבין אינש דעלמא שזכה והחזיק בדבר עפ"י העדאת עדים וגמ"ד של הב"ד ואף שהכל שקר והבע"ד יודעים שהעדים משקרים ולא נתייאשו מ"מ בעדים זוממים לשיטת הריטב"א גם בממון לא חייבם רחמנא אלא דוקא בעוד לא נעשה המעשה עפ"י עדותן אבל אם עפ"י עדותן כבר נעשה המעשה פטורים והכא בעבד שהעידו שהאדון הפיל שינו וגמרו הב"ד הדין שיצא לחירות ולפי העדאת העדים וגמ"ד שהעבד יצא לחירות הוי העבד תפוס בעצמו וכמ"ש הריטב"א דיוצא בראשי אברים גם קודם הגט שחרור הוי העבד תפוס בעצמי וא"כ לפי העדאת העדים וגמ"ד כבר נעשה המעשה שהעבד תפוס בעצמו ואע"ג דבאמת הכל שקר מ"מ בעדים זוממין תליא העיקר אם בהגדתן העדים זממו לחייבו או כבר עשו מעשה והכא לפי דבריהם העבד תפיס בעצמו וכבר הוציאוהו מרשות האדון והתפיסוהו לעצמו וא"כ כפי עדותן גמ"ד יהי' כאשר עשה ואכתי קשה קושית המלמ"ל הנ"ל עכ"ד ב"ג הרה"ג שיחי': ולע"ד המעיין היטב בסברתי שכתבתי דהואיל דאנו דנין על עיקר המעשה אם העבד יש לו יד כלל בזה לא שייך לומר כלל דהעבד תפיס בעצמו דהואיל דהאדון והעבד יודעים שהכל שקר א"כ לא שייך כלל לומר דהעבד תפיס בעצמו דלא חל כלל השם עצמיות שהעבד יש לו זכות בעצמו משא"כ בשאר עדים זוממין בעניני ממון אף שהתפיסוהו הב"ד בטעות איתו ממון אבל הזוכה יש לו יד לזכות באותו ממון ובזה שפיר כתב הריטב"א ז"ל דבכה"ג מיקרי כאשר עשה אע"ג דאפשר בחזרה הואיל דכעת הוא בידו וברשותו של זה שזכה בו בטעות עפ"י הב"ד עפ"י העדי זוממין. אבל הכא דבאמת אין

לו יד כלל להעבד כיון שהוא שקר והעבד והאדון יודעים שהוא שקר לא נוכל לומר דיהי' זה מיקרי כאשר עשה כיון דבאמת לא נעשה כלל שום מעשה דהא העבד אין לו יד וזכות כלל לזכות בעצמו דהא הכל שקר. וכן מבואר לקמן בפנים הספר שם [באק"י] בזה"ל מ"מ אף אם נימא דעבד יכול לזכות בעצמו היכא דשייך לומר תפיסה מ"מ מ"ש בראשונה ליישב קושית המלמ"ל (בפכ"א מהל' עדות ה"ד) על שיטת הפוסקים דבממון ג"כ אמרינן כאשר זמם ולא כאשר עשה א"ש הואיל דהאדון יודע בעצמו שהוא שקר מה שהעידו העדים בודאי לא יכול העבד לתפוס בעצמו ע"ש ושפיר עולה יפה תירוצי על קושית המלמ"ל הנ"ל:

ומ"ש עוד שם [באק"ג] בזה"ל ויש להסביר עוד יותר דגבי עבד לא שייך לומר כאשר עשה בכה"ג הואיל דהעבד אכתי אגיד גבי' דהא צריך גט שחרור כו' וא"כ לא מיקרי תו כאשר עשה הואיל דעדיין לא נגמר השחרור והיציאה מרשות האדון לגמרי עכ"ד בפנים הספר. וע"ז דן חביבי הרה"ג נ"י הנ"ל דבסברא זו יהי' נסתר דברי שכתבתי שם בפנים הספר לקמן [אק"ו] לפרש דברי הראב"ד ז"ל שהוכיח דמודה בקנס אף אם תפס מקמי הודאתו מפקינן מיני' מדא"ל ר' יהושע לר"ג אין בדבריך כלום שכבר הודית והרי טבי כתופס מקמי הודאה הוי שהרי גופו אצלו הי' ואפ"ה לא יצא לחירות מפני הודאתו של ר"ג כו' והבאתי דברי הקצה"ח (סי' פ"ח סק"ט) דדוקא היכא דליכא ספיקא במילתא הוא דמיחשב תפיסת העבד בעצמו תפיסה וכגון הא דטבי אבל היכא דאיכא ספיקא אין העבד נקרא מוחזק ותפוס כיון דהעבד גופו קנוי לבעלים והוי הספק בזה גופי' אם הוא תפוס כו' וכתבתי להסביר יותר דדוקא בהא דטבי דר"ג הי' רוצה לשחררו והי' סבור ר"ג שיצא לחירות וא"כ לפי שיטתו נתייאש ממנו ומש"ה כיון דכבר נסתלק ר"ג ממנו ואף דבאמת לא הועיל היאוש של ר"ג מ"מ עכ"פ מכח זה שהי' רוצה לשחררו ולפי שיטתו נסתלק ונתייאש ממנו מיקרי דהעבד תפוס בעצמו כיון דר"ג לא הי' רוצה להחזיק בו משא"כ בכל דוכתא כו'. וע"ז כתב מעכ"ת נ"י דלפי שכתבתי שם דהיכא דצריך גט שחרור ואגוד עוד לא מיקרי שיש לו יד לזכות א"כ מה בכך דר"ג הי' מתייאש ממנו מ"מ הא היאוש לא עדיף מהפקר והמפקיר עבדו צריך גט שחרור והאיך הוי תפיסת טבי בעצמו תפיסה עכ"ד ב"ג הרב שיחי':

ולע"ד אין זה סתירה דאנכי כתבתי שם רק להסביר דלא מיקרי כאשר עשה משום דאכתי אגיד גבי האדון לענין גט שחרור אף דיצא מרשותו לענין ממון מ"מ אגיד גבי' לענין גט שחרור ולא הוי יציאה לגמרי מרשות האדון ולא הוי העשי' רק מקצת הדבר ולא נשלם עדיין כל השחרור מש"ה לא הוי כאשר עשה. אבל לענין שיזכה בעצמו מה שנוגע לענין

ממון כיון שנתייאש ונסתלק ממנו מהני עכ"פ לענין ממון שיהי' לו יד שיהי' מיקרי תפוס בעצמו וכמ"ש הריטב"א קידושין (דף ט"ז ע"א) המובא לעיל דמשנסתלק האדון יש לו זכות ויד לענין ממון:

ועוד י"ל בזה דדוקא בעדים זוממין דהמעשה הוא שקר ואין רצון האדון לשחררו מש"ה מיקרי אגוד גבי' לענין גט שחרור אבל בהך דר"ג שהי' מרוצה לשחררו והי' סבור שיהי' מחויב ליתן לו גט שחרור וא"כ נתייאש גם מזכות זה שיש להאדון שאגוד לענין גט שחרור גם מזה נתייאש שהי' סבור שצריך ויכול ליתן לו ג"ש אף דבאמת לא יצא לחירות עד שיתן לו ג"ש מ"מ ר"ג נסתלק גם מזכות זה דלפי שיטתו של ר"ג הי' מחויב ליתן לו ג"ש ועיין בש"ע יו"ד (סי' רס"ז ס"מ) מש"ה כיון דר"ג רצה להסתלק מכל זה הוי שפיר העבד תפוס בעצמו ודו"ק:

[יו"ד] שם אי"ד אק"ו בד"ה וראיתי בקצה"ח באה"ד כתבתי הלשון והא דלא הי' חל השחרור באמת מכח זה שהי' סבור שהדין הוא דגם בכה"ג יצא לחירות הוא משים דס"ל להלכה דיאוש טעית לא הוי יאוש כו', הלשון אינו מדוקדק כ"כ דהא להלכה פסקינן דיאוש טעות הוי יאוש כר' יוחנן דהא כ"פ הרמב"ם ז"ל (פי"א מהל' נזקי ממון הי"ג) בשור הנסקל שהוזמו עדיו ע"ש ואילו לר"ל בירושלמי (פ"ד דב"ק ה"ח) פליג שם ר"ל גם בשוה"נ דלא הוי יאוש. והא דבאמת לא אמרינן דנתייאש ר"ג כבר כתבתי בזה בעזה"י בהספר [באק"י] בד"ה אחז"ר עיש"ה:

ועיין בקו' זה לקמן אות י"ב:

[יא] שם אוי"ד אק"י בד"ה ובהיותי בענין זה קשה לי טובא לר' יוחנן דסובר בירושלמי ב"ק ובסנהדרין שהבאתי לעיל דיאוש בטעות גבי עבד מהני א"כ קשה מהאי ברייתא דר"ג דהרי ר"ג הי' סבור שכבר יצא טבי לחירות וא"כ מתייאש ר"ג מן העבד ומה השיב לו ר"י שאין לך עדים כו'. וכתב אלי נ"ג הרב הגדול מו"ה רפאל זאב נ"י בן ח"ג הה"ג כו' מו"ה חיים ישכר נ"י אבד"ק ליסקאוויץ ליישב קושייתי הנ"ל בהקדם מה שהקשה בספר חידושי הרי"מ ז"ל בחו"מ (סי' כ"ה סק"ד) דבטעה בדבר משנה דחוזר נימא דנתייאש הבעל דין ששילם מחמת הפסק וזכה הלה וכן זיכה החייב להפוסקים דמהני יאוש בחוב דכיון שנפסק הדין דפטור נתייאש. וכתב ע"ז נ"ג הרב הנ"ל לתרץ דבאמת יאוש בטעות לא מהני ורק היכא דמועיל אפילו בע"כ מועיל גם בטעות והרי בשטף נהר זיתיו אפילו עומד וצווח שאינו מתייאש הוי יאוש בע"כ כיון דהוי אבוד ממנו ומכל אדם וא"כ מובן הסוגיא דמסכת כריתות (ד' כ"ד) בשור ועבד היוצאין לסקול בעל כרחן מתייאשין משום דהוי כאבוד מכל אדם והוי גזה"כ דהוי יאוש ומש"ה גם בטעות הוי יאוש משא"כ

בטעה בדבר משנה דלא הוי אבוד מכל אדם בכה"ג יאוש בטעות לא הוי יאוש ותירץ בזה קושייתי הנ"ל דגבי טבי עבדו של ר"ג לא הוי אבוד מכל אדם ולא מהני יאוש בע"כ עכ"ד נ"ג הרב הנ"ל:

ואח"ז כתב אלי ב"ג הרה"ג כו' מו"ה אפרים שרגא הלוי נ"י אבד"ק אוניאווע בתוך פלפולו בענין זה המבואר לקמן בסוגיין [בק"א על אק"י] העיר ג"כ על עיקר קושיתי הנ"ל ליישב כמ"ש נ"ג הרב הנ"ל וקצת בתוספת ביאור דיש לחלק דדוקא בנתייאש מחמת שיוצא ליהרג או בשוה"נ שנגמר דינו לסקילה בזה ס"ל לר' יוחנן דיאוש בטעות הוי יאוש דהא באבדה שאבודה ממנו ומכל העולם אע"ג דהבעלים אינם מתייאשים התורה התירה כמבואר במס' ב"מ (דף כ"ב ע"ב) ובתוד"ה איסורא וברש"י שם (דף כ"א ע"ב) בד"ה רחמנא שרי' ואפילו באת ליד המוציא לפני יאוש עכ"ל ובחו"מ (סי' רנ"ט ס"ז) (ע"ש ומש"ה באלו שנגמר דינם למיתה דהוי אבודים מכל העולם דאם באמת יתחייבו מיתה הם אבודים מכל העולם וגם בלא יאוש דידי' הוי יאוש ממילא מש"ה גם בטעות הוי יאוש דאף דבאמת המעשה שקר דאינם חייבים מיתה ולא הי' אבודים מכל העולם מ"מ תו אמרינן דיאוש בטעות הוי יאוש. אבל בדבר שאינו אבוד מכל העולם רק מחמת שנתייאשו הבעלים בלחוד יהי' מקום להיאוש וכגון הכא בר"ג שוב אם אח"כ איגלאי מילתא למפרע דהי' בטעות לא הוי יאוש עכ"ד ב"ג הרה"ג שיחי': והנה עיינתי בחידושי הרי"מ ז"ל שם (סי' כ"ה סק"ד) הנ"ל שכתב לתרץ קושייתו והוא דכמו דקנין בטעות לא מהני הה"נ יאוש בטעות לא מהני ורק בשור הנסקל לא הוי כלל בטעות דאף אם הי' יודע שהוא שקר מ"מ הי' מתייאש דמ"מ השור יסקל ודוקא ברבע שורו שיודע שהוא שקר לא מייאש דיודע שימצא עדים קודם יסקל אבל בנרבע שורך שאינו יודע אם האמת כן ראוי להתייאש דאף דיוכל להיות שימצאו העדים זוממין מ"מ בין כך וכך יסקל השור אבל בטעה דאם יתברר אח"כ שטעה לא הי' מייאש כלל והרי יכול הדבר להתברר ובכה"ג לא הוי יאוש כלל עיש"ה ועפי"ז נוכל ליישב ג"כ קושייתי הנ"ל:

אולם לפי"ז יהי' עולה הדין דיאוש בטעות לא הוי יאוש גם לר' יוחנן ורק טעמא אחרינא אית בזה וכמבואר לעיל, ולכאורה י"ל בזה מלשון הירושלמי שכתב דר"ל סובר דיאוש של טעות הי' דמשמע דטעמא דר' יוחנן משום דסובר דיאוש טעות הוי יאוש. אם לא שנימא דבאמת פליגו בזה ר' יוחנן ור"ל דר"י סובר דאע"ג דבעלמא יאוש בטעות לא הוי יאוש הכא בעבד שהוא יוצא ליהרג לא מיחשב כיאוש בטעות ור"ל סובר דמ"מ הוה יאוש בטעות וי"ל עוד בזה:

והנה אח"ז עיינתי בספר ישועות ישראל ז"ל חו"מ (בסי' כ"ה סק"א) הביא הקושי' שהקשיתי בשם סטר תקרי לב והביא עוד קושית השער המשפט ז"ל (סי' כ"ה סק"ב) בדיין שטעה דחוזר ואף היכא שכבר שילם הבע"ד נ"כ חייב התובע להחזיר הממון שנטל והא כיון שנפסק הדין כבר אייאש הנתבע ממנו וזכה התובע מתורת הפקר יעו"ש והוא כקושי' החידושי הרי"מ ז"ל הנ"ל והביא עוד הישועות ישראל ז"ל בשם הרשב"ץ ז"ל בתשובה שמחלק בענין מחילה בטעות בין היכא שהוטעה מפי אחרים לא אמרינן מחילה בטעות הי"ל מחילה כמו באונאה והאריך שם בספר ישועות ישראל בענין זה עיי"ש ולפי סברות הנ"ל לחלק בין אם אבוד מכל העולם או לא ובדיין שטעה דלא הוי אבוד מכל העולם דנתייאש רק מחמת הדיין הזה שטעה לא מהני יאוש בטעות א"כ הה"נ באונאה שהביא בשם התשב"ץ ז"ל ג"כ לא הוי אבוד מכל העולם וא"כ בפשיטות לא הוי יאוש משום דכיון דרק המתאנה נתייאש ול"ה אבוד מכל העולם מש"ה יאוש בטעות לא הוי יאוש וי"ל עוד בזה:

[יב] שם אוי"ד אק"י בד"ה אחז"ר כתבתי ליישב קושייתי לר"י דסובר יאוש בטעות הוי יאוש מברייתא דר"ג דא"ל ר"י לר"ג אין בדבריך כלום נימא דיצא לחירות מטעם יאוש וכתבתי ליישב דהא מיירי דלא הי' עדים וטבי הי' סובר דלא יודה לו ר"ג שסימא עינו ולא הי' כלל בדעת טבי שיזכה בעצמו כו':

השיב ע"ז ב"ג ומחו' הרה"ג מו"ה אפרים שרגא הלוי שיחי' אבד"ק אוניאווע דהא גם חצירו דמשום יד אתרבאי קונה לו שלא מרעתו ועבד שיש לו יד לזכות אמאי לא יזכה בעצמו שלא מדעתו וע"כ לא פליגי רבנן ואבא שאול בגר שמת ובזבזו ישראל נכסיו במס' קידושין (דף כ"נ) רק בעבדים קטנים דאין להם יד כלל לזכות וגם בזה ס"ל לר' יוחנן כרבנן בין גדולים בין קטנים קנו עצמן במס' גיטין (דף ל"ט) ובתוד"ה הלכה אבל כשיש לו יד לזכות בעצמו אמאי לא יזכה אפילו שלא מדעתו ואפ"ל לפמ"ש הנתה"מ (סי' רס"ב סק"ג) דביאוש בעינן אתי לרשות זוכה כתב דמאי דעבד מחזיק בעצמו מיקרי אתי לרשות זוכה ומש"ה בנתייאשתי מפלוני עבדי יוצא לחירות ע"ש ובמציאה חצירו קונה שלא מדעתו ואי משום דליכא עדים על היאוש לא איברי סהדי אלא לשיקרא ור"ג באמת נתייאש ולא הכחיש וביותר כי איכא ע"א על היאוש והבעלים מכחישים מהראוי שיתחייב שבועה דאורייתא להכחיש העד ואם כי אין נשבעין על העבדים אבל על בן חורין שיטת התוס' במס' קידושין (דף זיי"ן ע"א) בד"ה א"כ דלא הוקש לקרקעות ומחיוב שבועה דאורייתא וגבי ר"ג שאמר לר"י וידע ר"י שנתייאש אם הי' ר"ג מכחיש הי' מחויב שבועה ועיין בשער המשפט (סי' כ"ח סק"ו) שהאריך שהי' ר"י עם הדיינים שם וא"כ היו

שני עדים על היאוש ולמה לא יצא לחירות מחמת היאוש כקושייתו הנ"ל והאריך עוד בזה עכת"ד ב"ג הרה"ג שיחי' והנה לכאורה תשובה נצחת השיבני בזה על תירוצי הנ"ל: ולאחר העיון היטב בזה נראה דתירוצי הנ"ל עולה שפיר על קושייתי הנ"ל והוא דנהי דאמרינן דחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו התם הרי יש להחצר הזה בעלים ומיחשב כידו או כשליחו של הבעלים משא"כ היכא דאנו דנין על תחילת וראשית הדבר אם יש להעבד הזה כת וזכות לזכות לעצמו איזהו דבר דכל זמן שהוא עבד אין לו זכות לזכות לעצמו כלל ואנו דנין עתה אם העבד זכה בעצמו שיהי' לו הזכות שנקרא העבד בעלים על עצמו, בזה בעינן דוקא שידע העבד שיכול לזכות בעצמו ולכוון בזה לזכות לעצמו והריטב"א ז"ל במס' קידושין (דף ט"ו ע"ב) בד"ה אמר רבה באה"ד וז"ל מיהו התם בעבד כנעני הפקר הוא דמהני לי' להוציאו לחירות מיהת משום דכיון דאפקרי' סילק ידו ורשותו ממנו ויש לו יד לזכות בעצמו במעשה ידיו כו' ע"ש ונראה דכוונת הריטב"א ז"ל במ"ש ויש לו יד לזכות (בעצמו) במעשה ידיו היינו דבעינן שהעבד יתכוין לזכות בעצמו שיהי' לו זכי' במעשה ידיו וכל שאין העבד מתכוין לזכות בעצמו וכגון שאין העבד יודע כלל שיש לו כח לזכות בעצמו לא מהני לי' כלל מה שבאמת הי' יכול לזכות בעצמו אם הי' יודע. וחילוק גדול יש בזה לבין הא דחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו דשם יש לו כבר הזכות הזה בחצירו שיקנה לו מדעתו קונה לו ג"כ שלא מדעתו משא"כ בעבד הבא לזכות בעצמו בעינן שיתכוין העבד לקנות בעצמו לעצמו ובעינן שידע שיכול לזכות בעצמו לעצמו. והא דלא זכי טבי בעצמו לאחר שנודע לו שר"ג הי' סבור שהוא יוצא לחירות ונתייאש ר"ג ממנו י"ל משום דאז כשנודע לטבי הי' אז אתר שא"ל ר"י לר"ג אין בדבריך כלום כו' וא"כ ממילא חזר בו ר"ג מהיאוש שלו שהי' סבור שיצא לחירות והי' אסור לר"ג לשחררו ונתבטל היאוש שלו והרי חזר תו העבד לרשות ר"ג וכסברת הנתה"מ הנ"ל שהביא כבודו נ"י דביאוש בעינן אתי לרשות זוכה דוקא ולפי סברתי הנ"ל דהעבד לא ידע כלל שר"ג נתייאש ממנו א"כ נתבטל היאוש וחזר העבד לרשות הבעלים הראשונים כדמעיקרא:

ולכאורה רציתי לומר דפליגי בזה רבנן ואבא שאול במסכת קידושין (שם) דאבא שאול סובר להאי סברא שכתבתי דהואיל דהם קטנים לא יוכלו לזכות בעצמם כלל ונשארו הפקר וכל המחזיק בהם זכה בהם ורבנן סברי דגם כי אין להם דעת זכו בעצמם כי הוה כחצר שקונה להבעלים שלא מדעתם. אולם שבתי וראיתי כי י"ל דגם רבנן סברי להאי סברא דכל שאין העבד יודע שיכול לזכות בעצמו לא שייך לומר דזכה בעצמו והא דגם עבדים קטנים קט עצמן בני חורין הוה הפירוש דהואיל דתו לית להו בעלים כלל

דהא מתו הבעלים בלא יורשין אין שום אדם יכול לעשות בהם שום קנין וכשיגדלו יזכו העבדים בעצמם משום דאין אדם יכול ל לזכות באדם אחר אלא במכירה או שהעבד עצמו מוכר א"ע לישראל או שקנהו מישראל או בכיבוש מלחמה דגלי התורה בזה אבל בלא"ה אין זכות לשום אדם לזכות באדם אחר ומש"ה סוברים רבנן דגם קטנים זכו עצמן בני חורין היינו הואיל דשום אדם לא יוכל לזכות בהן ממילא כשיגדלו ויהיו יודעים שיוכלו לזכות בעצמן אז יזכו בעצמם. וכל זמן שהם קטנים עדיין אין דינם כישראל ורק דינם כעבד כן הי' נלע"ד לכאורה בזה. אולם הלשון בין גדולים בין קטנים קנו עצמן בני חורין אינו משמע כן וי"ל עוד בזה. אבל עכ"פ אליבא דאבא שאול דסובר דגדולים קנו עצמן בני חורין וקטנים כל המחזיק בהם זכה בהם שפיר י"ל סברתי הנ"ל דכל שאין העבד יודע שיכול לזכות בעצמו לא שייך לומר בזה שיזכה העבד בעצמו שלא מדעתו כנלע"ד לחזק דברי ולתרץ קושי' מחו' הרה"ג שיחי':

ודוגמא לסברא זו כתב הקצה"ח (בסי' ר') לענין אם ראובן כתב שטר מתנה לשמעון על חצירו והניח השטר מתנה בהחצר אם אמרינן חצירו ומתנתו באין כאחד שכתב דלא אמרינן בזה חצירו ומתנתו באין כאחד ע"ש מ"ש בזה: והנה לפי האמור יהי' עולה דגר שמת ולא נודע להעבדים שלו שמת הגר יהי' יכול אדם אחר לזכות בו אפילו בעבד גדול משום דאז כל זמן שלא נודע להעבד שיכול לזכות בעצמו עוד לא זכה העבד בעצמו ויכול כל אדם לזכות בו והוא ספק חדש בזה:

חפשתי בספרים וב"ה מצאתי רב תנא דמסייע לי בזה שהרי הרב המקנה ז"ל אומר כן במס' קידושין (דף כ"ג) שם בד"ה שלף לי' מסאני וז"ל לכאורה האי דאמטינהו לביתא הוא מיותר וא"ל שחשש שלא ימות באותה שעה כשישלף מסאני ויהי' זה חזקה מה שישמש אותו להוליך המסאני דהא קיי"ל בחו"מ (סי' קצ"ב וער"ה) דאכילת פירות לא הוי חזקה בנכסי הגר אלא בהתיר לו מנעלו וכיוצא בו הטעם משום דהוה תשמיש לגופו וגופו נהנה ממנו א"כ מה שהוליך המנעול לביתו לא הוי אלא אכילת פירות דלא הוי חזקה ונראה דהיתה כוונתו כשיבא לביתו יקנה אותו מדין חצירו המשתמרת וקונה אותו אעפ"י שאינו עומד בצד ביתו [אך צ"ע מתוס' ב"ק (דף י"ב) בד"ה ל"ל וכו' דמשמע דאין עבד נקנה מטעם חצר) אלא דלפי"ז צ"ל ללישנא קמא דגדול הי' דהא דלא חשש שיקנה א"ע בדרך הילוכו קודם שיבא לביתו משום דקיי"ל בכל זכי' דאם לא ידע אינו זוכה א"כ כיון שהעבד בדרך לא ידע שמת הגר לא זכה בעצמו עד שיבא לביתו ויקנהו מר זוטרא מדין חצירו. ולפי"ז לפמ"ש התוס' בד"ה א"ד בשם הר"י דלרבנן דאבא שאול, א"צ לזכות בעצמו דהוי מיתת הגר כמו גט א"כ ע"כ צ"ל דאתיא כאבא שאול ואפילו אי

נימא דאפילו לרבנן מהני כשזה פירש לחיים וזה פירש למיתה מ"מ הא דאמר אמטינהו לביתו ע"כ צ"ל דהא דלא יצא העבד מקודם לחירות משום דס"ל כאבא שאול וכיון דלא ידע לא זכה בעצמו כו' ע"ש מ"ש עוד בזה והרי מבואר לסברתי הנ"ל דהיכא דלא ידע העבד שיש לו הכח לזכות בעצמו כגון דלא ידע שמת הגר יכול אדם אחר לזכות בו ואפילו לרבנן דקטנים זכו בעצמן הוא דוקא משום דמיתת האדון שאין לו יורשים מפקיעו לחירות כמו גבי גט אבל ביאוש שנתייאש האדון מן העבד ולא נודע עוד להעבד מהיאוש והאדון חוזר בו מהיאוש וכגון שהי' יאוש בטעות נתבטל היאוש וחוזר להיות ברשות האדון כדמעיקרא ואז אפילו נודע אח"כ להעבד מהיאוש דמעיקרא לא יוכל העבד לזכות בעצמו והרי הוא עבד כמו שהי' קודם היאוש:

ויש להוסיף עוד בביאור קצת דהנה המקנה כתב לסברא הנ"ל דמש"ה לא זכה העבד בעצמו אם אינו יודע שיכול לזכות בעצמו משום דקיי"ל בכל זכי' דאם לא ידע אינו זוכה לכאורה זה ניחא לדברי המח"א בהל' קנין משיכה (סי' ד') בד"ה וראיתי בירושלמי (פ"ד) דמס' שביעית דקאמר מאימתי אדם זוכה בפירות שביעית ר' ירמי' סבר משיתנם לתוך כליו ר' יוסי סבר אפילו נתנם לתוך כליו לא זכה בהם דהוא סבר דאינהו דידי' ולאו אינהו דידי' ע"כ ונראה דבהא פליגי דר' ירמי' סבר שהלוקט פירותיו בשביעית ניהו דאין ידו זוכה לו משום דאינו מכווין לזכות שסבור שהם שלו מ"מ כל שנתנם לתוך כליו זכה דכליו של אדם זוכין לו מדין חצר כדמוכח פ"ק דמציעא וקיי"ל חצירו של אדם זוכה לו שלא מדעתו ולא דמי לידו דאינו קונה לו שלא מדעתו דחצר מדין שליחות אתי וקיי"ל זכין לאדם שלא מדעתו ור' יוסי סבר חצירו מדין יד קאתי וכשם שאם אחזם בידו וסבור שהוא שלו לא קנה כך חצירו כו' עכ"ל המח"א ז"ל ומבואר דגם בקנין יד בעינן דוקא כוונה לקנות וא"כ הכא בנידון דידן שאין העבד יודע שיכול לזכות בעצמו א"כ אינו מתכווין כלל לקנות ולזכות בעצמו וגבי יאוש והפקר דלא הוי דעת אחרת מקנה בעי כוונה לקנות ועיין בש"ע ח"מ (סי' ער"ה סכ"ה ובקצה"ח שם סק"ד ועוד בקצה"ח סי' קמ"ב סק"א) דהיכא דהוא בתורת יאוש בעי כוונה לזכות ועיין פתחי שערים לחותני הגאון מו"ה ישכר ז"ל על מס' ב"מ (דף קי"ח) בד"ה ודע אם יאוש אינו קונה עד דאתי לרשות זוכה הוי דא"מ אותו ול"מ כן לעיל (דף י"ב) בסוגי' כו' עיי"ש בפ"ש. אמנם דעת המוהרי"ט מובא בקצה"ח (סי' רס"ח סק"ב) וז"ל כתב המוהרי"ט (ח"א סי' ק"צ) ז"ל מיהו י"ל דידו עדיף מעודר בנכסי הגר דאשכחן חצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו וכיון דחצירו קונה לו שלא מדעתו כ"ש ידו ועודר שאני דמדין חזקה היא ולא מדין זכי' עכ"ל והקצה"ח האריך שם בזה וא"כ לשיטת המוהרי"ט ז"ל היל"ל דעבד זוכה בעצמו

גם שלא מדעתו כמו דידו של אדם קונה לו שלא מדעתו והעבד יש לו יד לזכות בעצמו. אמנם לפי שביארתי בעזה"י הסברא דהטעם הוא הואיל דאנו דנין על עיקר התחלת הזכות של העבד אם יש לו כלל זכות לזכות בעצמו אם אינו יודע שיוכל לזכות בעצמו ממילא אנו דנין אם יש לו יד כלל בזה שפיר אמרינן דכל שאינו יודע שיוכל לזכות בעצמו ממילא אינו מתכוון כלל לזכות בעצמו לשם חירות אמרינן שפיר דאינו זוכה כלל בעצמו וממילא קם שפיר תירוצי הנ"ל כמבואר לעיל ודו"ק:

עוד שם בספרי בד"ה אחז"ר באה"ד בזה"ל סברת הט"ז (בסי' רס"ד). טעות הדפוס וצ"ל (בסי' רס"ז):

[יג] שם אוי"ד אקי"ב הבאתי דברי הנתה"מ (סי' נ"ה סק"ב) שכתב דעדים שחתמו שקר על השטר חייבין משום דהוי גרמי דכשחותמין מיד יצא הקול שנשתעבדו נכסיו ואינו יכול למכור שדותיו הוי גרמי כיון דההיזק נעשה מיד אבל בשליש שהחזיר שטר פרוע אין יוצא קול ולא נעשה ההיזק מיד רק בשעה שגובה וגם לא ברי הזיקא הוי רק כגרמא בנזיקין ופטור ע"ש והקשיתי ע"ז דהלא אף שיצא הקול שנשתעבדו נכסיו וגרמו לו היזק שזילי נכסי' מ"מ הא לא הוה ההיזק כמו כל החוב וא"כ תינח שישלמו זה ההיזק שזילי נכסי' עי"ז אבל אמאי ישלמו כל החוב כו'. וכתב בזה אהובי ב"ג הרה"ג מו"ה אפרים שרגא הלוי שיחי' אבד"ק אוניאווע יצ"ו לפמ"ש התוס' ב"ק (דף צ"ח ע"א) ד"ה מחוב דכיון דעשה חסרון בידים באותו הקלקול חייב על כל הקלקול אע"ג דלא הוי עליו רק גרמא עיי"ש וכה"ג כתבו נמי התוס' בכתובות (דף למ"ד ע"ב) ד"ה לא כו' גבי זה נהנה וזה לא חסר דאם יש חסרון פתות מפרוטה מחויב על כל מה שנהנה ע"ש וה"נ לענין (גרמי) דחייבים היכא דהפסידו לו מיד בחתמם דזילי נכסי' דחייבים על כל מה שכתוב בשטר שאף שהשאר שהוא ביותר וכתוב בהשטר אינם רק גרמא דלא ברור עוד ההפסד מ"מ מחויבין על זה ג"כ עכ"ד ב"ג הרב שיחי'. ולכאורה נכון כן. אמנם בגוף הדבר יש לחלק דע"כ לא כתבו התוס' דהיכא דמחויב במקצת נתחייב על הכל אע"ג דהשאר אינו רק גרמא זה דוקא היכא דמה שנתחייב במקצת הוא מחמת שעשה נזק גמור בידים וכגון התם דטיפתא דדמא נפלה לי' באזני' הוא דכתבו התוס' דחייב תו גם על השאר. אבל היכא דמה דנתחייב במקצת ג"כ לא עשה מעשה נזק גמור בידים רק גרמי להסוברים דגרמי חייב וגרמא פטור י"ל דאינו חייב רק על אותו מקצת שהוא גרמי אבל אינו גורר לחייבו על השאר שאינו רק גרמא כיון דגם על אותו מקצת שחייב ג"כ לא עשה נזק גמור ורק גרמי. וכן מ"ש התוס' גבי זה נהנה וזה לא חסר דאם יש חסרון אפילו פחות מפרוטה משלם הכל התם ג"כ חייב על המקצת משום נזק גמור. ועוד דגם מהשאר הוא

נהנה ורק דזה לא חסר וכיון שחסר מקצת תו חייב על הכל דנהנה מן הכל וז"פ. אבל היכא דעל המקצת הוא גרמי וחייב י"ל דאינו גורר לחייב על השאר שאינו רק גרמא וי"ל בסברא זו. ואם נכונה סברא זו אכתי אינו מובן דברי הנתה"מ ז"ל:

והנה לקמן על (דף נ"ג ע"א) [אול"ג אק"ג] כתבתי לבאר הא דסובר ר' נתן דכל היכא דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי משום דעל חצי נזק נחשב מזיק ועל אידך חצי הנזק הוא חייב מדד"ג דאם לא הי' הוא מסייע לא הי' יכול השני להזיק והוצאתי כן מלשון הרמב"ן ז"ל. והעירותי עוד לפי"ד הנימוק"י דבבהמה לכ"ע פטור על גרמי א"כ היכא דשור ובור הזיקו אמאי משלם בעל השור כולו והא אין חייבין על גרמי בבהמה ופלפלתי בזה וכתבתי ליישב דבאמת השור הזיק כולו ורק הואיל דאינו יכול להזיק בלחודי' אם לא בהצטרף המזיק השני וא"כ אמרינן דעל חצי' הוא מזיק גמור ועל חצי השני גרמי אבל מ"מ הוא מזיק גמור בכל הנזק ובכה"ג חייב גם בבהמה מטעם גרמי יעוש"ה מה שכתבתי עוד בזה. ולפי"ד התוס' הנ"ל יש להסביר בפשיטות דכיון דעכ"פ הוי מזיק גמור על חצי הנזק תו חייב גם על השאר אע"ג דלא הוי רק גרמי ולכ"ע פטור גרמי בבהמה מ"ח בכה"ג חייב כיון דעל חצי הוא מזיק גמור:

והנה שם (על דף נ"ג) [אול"ג אק"ד] כתבתי ליישב קושי' הקצה"ח (סי' כ"ה סקי"ב) דשלשה דיינים שפסקו שנים אינן חייבין לשלם עבור השלישי משום דמה שהם חייבין עבור עצמן הוא ג"כ רק מכח גרמי ומש"ה פטורין עבור השלישי דהוי גורם דגורם ע"ש. ולכאורה לפי"ד התוס' הנ"ל יהי' מופרך זה דכיון דחייבין על מקצת נימא שיתחייבו מש"ה גם עבור השלישי אע"ג דהוי רק גורם דגורם וי"ל בזה. אולם לפי האמור דהתוס' לא כתבו אלא היכא דאותו מקצת שחייב הוא מחמת שאותו מקצת שחייב הוא מחמת שעשה נזק גמור אבל לא היכא דהוא מטעם גרמי לפי"ז א"ש דכיון דמה שהב' דיינים חייבין מחמת עצמן הוא רק מחמת גרמי אינן חי בין מחמת זה עבור השלישי שהוא ממילא רק גורם דגורם וכמו שכתבתי שם ודו"ק:

[יד] שם אוי"ד אקי"ג כתבתי דבר חדש לחלק בין אם העדים חזרו בהו קודם הגוביינא ואמרו ששקר העדנו אין לחייבם מטעם גרמי אע"פ שאין נאמנים לחזור והב"ד גובים ע"פ עדותן הראשונה כיון דמ"מ חזרו קודם הגוביינא משא"כ כשלא חזרו מעדותם עד אחר הגוביינא חייבים מטעם גרמי והסברתי הדבר עפמ"ש:

[באקי"ב]. וכתבתי דיש להשוות בזה דברי הר"ח עם הרא"ש והרי"ו הובא בטוב"י (סי' ל"ח וסי' מ"ו) דאולי לא פליגו כמבואר בפנים באריכות. והראני נ"ג הרה"ח ובקי מו"ה אליעזר ליפמאן הירש נ"י בן ב"ג הרה"ג אבד"ק אונייאווע הנ"ל. כי בשו"ת שבות יעקב

ח"א (סי' קמ"ז) מבואר כסברתי בזה. ועיינתי שם והוא בסוף התשובה אחר שהביא דברי הר"ח והרמב"ם והרא"ש והטור והרי"ו ומ"ש הש"כ (סי' ל"ח סק"א). כתב השבו"י וז"ל לכן נ"ל עיקר לחלק דהא דהר"ח והרמב"ם פטרו מלשלם היינו שהודו ששקר העידו קודם שהוציאו ממון על פיהם דאין לחייבם ג"כ מדיני דגרמי כיון שלא עשו מעשה כלל רק דבורא בעלמא והם אמרו והם אמרו אתי דבור ומבטל דבור אף שאין אנו מאמינים להם דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד מ"מ לא מחייבינן לעדים כיון שהם חזרו והודו ואמרו ששקר העידו אך דלא מהמנין להו לכן אין לחייבם מדיני דגרמי משא"כ היכא שכבר הוציאו ממון על פיהם או שחתמו בשטר שנעשה מעשה בשקרם אף שאח"כ חזרו לומר שקר העדנו יש לחייבם ע"פ עצמן מדיני דגרמי וזה החילוק מסתברא ומתיישב על דעת הפוסקים ראשונים בלי מחלוקת כלל עכ"ל השבו"י ז"ל. ותיתי לי כי ב"ה כוונתי ביסוד החילוק לדברי השבו"י ז"ל. אף שבהסבר הדבר דברי השבו"י הם באופן אחר קצת ממה שכתבתי. דאילו השבו"י כתב הטעם בחזרו קודם הגובביינא מטעם אתי דבור ומבטל דבור לכן אין לחייבם מטעם גרמי. ואילו לפי"מ שכתבתי הוה הטעם משום דקודם הגובביינא הגדתן בב"ד או חתימתן בשטר עדיין אינו ברי הזיקא ולא נגמר חיובם עד הגובביינא. ובשעת הגובביינא הרי חזרו בהם ולא בא ההיזק על ידן אז רק הב"ד דגובים. ויש בזה נ"מ לענין עדים שחתמו בשטר וקודם הגובביינא חזרו בהם ואמרו ששקר חתמו דלפי סברתי גם בזה אין לחייבם מדיני דגרמי. ומש"ה כתבתי בפנים בד"ה שוב דקדקתי כו' ע"ד הטוח"מ (סי' מ"ו) וז"ל וכ' א"א הרא"ש נהי דאין נאמנים לבטל השטר כו' וחייבין לשלם ההפסד שבא לו מכח חתימתן שחתמו שקר מדד"ג ע"ש דנקט לשון עבר שהי' כבר ההפסד. והוצרכתי לדחוק קצת במ"ש הלשון לבטל השטר. דמשמע שלא פרע עדיין כמבואר בפנים. אבל לפי סברת השבו"י ז"ל בחתמו שקר דעשו מעשה גם בחזרו קודם הפרעון חייבין מדד"ג. וכן משמע להדי' מלשון השבו"י ז"ל הנ"ל שכ' משא"כ היכא שכבר הוציאו ממון על פיהם או שחתמו בשטר שנעשה מעשה בשקרם כו' משמע בהדי' דחתמו בשטר הוי כאילו הוציאו ממון כבר ומשום דעשו מעשה. ומרווח בזה יותר להבין לשון הרא"ש בטוח"מ הנ"ל ודו"ק. אבל בעיקר הדבר כוונתי ב"ה לדברי הגאון בעל שבו"י ז"ל: [טו] שם:

אוי"ד:

אקט"ו:

במ"ש בד"ה ולענד"נ לומר בזה וליישב דברי רבינו הרמב"ם ז"ל דיש לכוון כוונה אחרת דבחלקות אחרינן גם כאשר עשה דהטעם דלוקין העדים משום הלאו דלא תענה כו' כמבואר בפנים:

אחז"ר ראיתי כי כוונתי ב"ה לדברי הפ"י במס' מכות (על דף ה') בד"ה תנא בריבי אומר באה"ד וז"ל ועוד נראה ליישב שיטת הרמב"ם ז"ל בדרך אחר דלענין מלקות לא שייך לומר אין עונשין מה"ד דכיון דגלי רחמנא בעדים זוממין דלוקין אפילו בלאו שאב"מ כדכתיב והי' אם בן מש"ה אית לן למימר בפשיטות דלאו דידהו היינו מלא תענה דסתמא כתיב בין נעשה מעשה על פיהם בין לא נעשה ודוקא לענין מיתה אמרינן הכא בברייתא דהרגו אין נהרגין דאין עונשין מה"ד דהא לאו דלא תענה לא ניתן למיתה דלא עדיף משאר לאוי דלמלקות נאמרו ע"ש בפ"י ולפמ"ש מבואר הדבר יותר עפי"ד הרמב"ן ז"ל שהבאתי:

ובחת"ס חחו"מ (סי' ל"ג) הביא דברי הפ"י הנ"ל ופקפק ע"ד דהא לפי דברי הפ"י ג"כ ע"כ דלא בעי התראה כחו עד זומם עצמו דודאי לא נוכל לפרש כוונת הרמב"ם דמיירי כשהתרו בהם משום לא תענה וכן מבואר בהדי' בפ"י דלא בעי התראה והנה הא דעדים זוממין לא בעי התראה מסיק הש"ס במס' כתובות דף ל"ג משום דאינהו בעי למיקטל בלא התראה וכתיב כאשר זמם והשתא אם נניח דגם הלוקה משום לא תענה דהיינו והי' אם בן הכות נמי לא בעי התראה ע"כ היינו משום דהוי כאילו כתיב כאשר זמם באותה פרשה דוהי' אם בן כו' א"כ הה"נ נידוק גבי מלקות כאשר זמם ולא כאשר עשה כאילו כתיב בגופי' עכ"ד החת"ס ז"ל:

ולע"ד לפי סברת הרמב"ן ז"ל הנ"ל דהא עיקר מה דלא לקי על לא תענה משום דמקיימו בהו כאשר זמם אבל אם לא מקיימו בהו כאשר זמם שפיר יש סברא לומר דלוקין אע"ג דהוי לאו שאב"מ וע"כ הטעם משום דכל עיקר הלאו דלא תענה אתא לעדים זוממין ממש דלא עבדו מעשה וה"ה היכא דלא מחייבי משום הזמה ממש אבל עכ"פ לוקין משום הלאו דלא תענה אע"ג דאין בו מעשה משום דהלאו הזה אתא לחייבו גם בלא מעשה וכמ"ש הריטב"א במס' מכות (דף ב' ע"ב) (ד"ה) ותיפוק לי' משום דאיכא ג"כ קרא דוהצדיקו וכמבואר ג"כ בתוס' ב"ק (דף ע"ד ע"ב) בד"ה הוה ובמס' שבת (דף קנ"ד ע"א) בד"ה בלאו שהבאתים בפנים ומבואר דגם כי הוה הלאו דלא תענה גם לאזהרת מיתת ב"ד אפ"ה לוקין עליו ושאני לאו זה מכל לאוין שבתורה וה"נ דאמרינן כן לענין התראה דאע"ג דלא אחרו בהו ג"כ לוקין וז"נ לע"ד אחרי העיון היטב. ועיש"ה בחת"ס (בסי' ל"ב) שם מ"ש ליישב דברי הרמב"ם הנ"ל עפי"ד הה"מ (רפ"ב מהל' מ"א) עיש"ה:

ויש להוכיח דגם הנתה"מ ס"ל הך סברא דגם לאו דלא תענה א"צ התראה ממ"ש הנתה"מ (בסי' א' סק"ג) על מ"ש שם הרמ"א עדים שהעידו עדות שקר והוזמו והוציא ממון על פיהם וא"א למיהדר דנין אותן ומחייבין אותן לשלם כו' עכ"ל והוא מדד"ג והקשה הנתה"מ ז"ל דהא בני מלקות נינהו ומלקות פוטר מתשלומין והא דאמרינן בכתובות ר"פ א"נ בפי' רבתה תורה עדים זוממין לתשלומין דזה הוא דוקא בממון שחייבין מכח כאשר זמם אבל ממון דהכא לאו מכאשר זמם הוא אלא מכח דד"ג המלקות פוטרן עייש"ה בנתה"מ מ"ש בזה. והנה מ"ש הנתה"מ דבני מלקות נינהו הוא משום הלאו דלא תענה והסוגי' דכתובות (דף ל"ב ע"א) נמי קאי אלאו דלא תענה וכמו שפירש"י שם בד"ה ומלקות עייש"ה והרי הרמ"א בודאי לא קאי על התרו בהם דהרמ"א קאי בזה"ז דלא התרו בהם וכיון דלא התרו בהם האיך חייבין משום לא תענה ומה הקשה הנתה"מ דהמלקות דלא תענה יפטור מתשלומין דדד"ג והא חייבי מלקות שוגגין קיי"ל דאינן פוטרין ומוכח מזה דהנתה"מ ז"ל סובר ג"כ כהפ"י והחת"ס ז"ל דגם לאו דלא תענה א"צ התראה. ועיין בחידושי מוהרי"ם ז"ל חו"מ (סי' א' אוקל"ו) שתמה ע"ד הנתה"מ ז"ל ממ"ש הש"כ בחו"מ (של"ח סק"ב) דבזה"ז כיון דאין דנין דיני מלקוח לא עבדינן החומרא הוי כלא אתרו בי' ואינו פוטר יעוש"ה. ועכ"פ מוכח מהנתה"מ דס"ל דאיכא חיוב מלקוח והרי הרמ"א מיירי בזה"ז דבודאי לא אתרו בי' וע"כ דא"צ התראה. אלא דקשה קושי' החידושי הרי"ם ז"ל דמ"מ כיון דאין דנין בזה"ז ואין לוקין הא כתב הש"כ דאינו פוטר:

והנה בעיקר הדבר שכתבתי להסביר דברי הרמב"ם ז"ל דלענין חיוב מלקות לא אמרינן כאשר זמם ולא כאשר עשה ומחויבין העדים הניזומין מלקות משום הלאו דלא תענה כו' כתב אלי ידידי המאה"ג מו"ה מאיר דן נ"י הגאבד"ק דוואהרט לפלפל עפ"י סברתי הנ"ל ולהסביר בזה הא דבממון חייבין לשלם גם כאשר עשה דבאמת איכא ק"ו ורק דאין עונשין מה"ד ומשום דדילמא איכא פירכא להק"ו ולא נוכל לענוש מספק וכמ"ש בספרי הכללים ועיין בגוו"ר כלל ה' ובספר מלא רועים ח"ב אות עי"ן ועייש"ה. ומעתה י"ל כיון דהרמב"ם ז"ל פוסק כר"י דכל היכא דאיכא ממון ומלקות הוה הדין דמילתא לקי ממונא לא משלם ומשום דמלקות חמור מממון וא"כ לא שייך לומר בממון כאשר זמם ולא כאשר עשה דאם נחליט כן שוב יהי' הדין דלוקה משום הלאו דלא תענה ולא שייך תו לומר אין עונשין מה"ד דאדרבא דאם לא נענוש אותו בממון יהי' נידון בעונש חמור יותר שיתחייב מלקות משום הלאו דלא תענה עכ"ד הרב נ"י ודפח"ח:

אלא שהוסיף לפקפק על גוף סברתי הנ"ל שכתבתי דהלאו דלא תענה בכה"ג לוקין עליו בלי התראה וכמו בהעידו שפלוני ב"ג והוזמו. וע"ז כתב הרב הנ"ל דהרי באמת במס'

כתובות (דף ל"ג, ע"א) מתקיף לה ר"ה ברדר"י אלא מעתה ב"ג וב"ח דלא מכאשר זמם קא מחרבי ליבעי התראה אמר קרא משפט אחד יהי' לכם משפט השוה לכולכם ע"ש א"כ זה דוקא במקום שבאנו לחייב להעדים מצד כאשר זמם משא"כ אם הוא כאשר עשה נראה פשוט דשוב אין לוקין בלא התראה ועיין ברש"י שם עכ"ד הרב שיחי' הנ"ל. ועיינתי היטב בזה ואיני רואה משם סתירה לדברי ולא אדע מה שרמז לעיין ברש"י ז"ל ולע"ד המעיין בלשון רש"י ז"ל יראה דמורה כדבר דז"ל רש"י ז"ל שם בד"ה דלאו בני התראה וז"ל ואע"ג דגבי ב"ג וב"ח עונשין להו מלקות בלא התראה התם גזה"כ דאשכחן בהו מלקות בהדי' והי' אם בן הכות ומוקמינן לקרא במידי דלא מצית למענשינהו מכאשר זמם אבל היכא דמצית למיעבד בהו הזמה לא שייך בהו מלקות עכ"ל רש"י ז"ל הרי דכללא כייל רש"י ז"ל דכל דלא מצינן למיעבד בהו דין הזמה איכא מלקות ונוכל לומר דכל שכבר עשה דלא נוכל תו למיעבד בהו דין הזמה תו איכא מלקות ועיין בשמ"ק שם בד"ה ר"א אומר מ"ש בשם הרמ"ה ז"ל ועוד שם בשם הרשב"א ז"ל ומ"ש בסוה"ד ורש"י ז"ל חילק בין היכא דמצי למענשינהו מכאשר זמם להיכא דלא מצית למיעבד בהו הזמה ובגמר דבריו כתב הרב ז"ל אבל היכא דמצית למיעבד בהו הזמה לא שייך בהו מלקות ולא כתב הרב ז"ל אבל היכא דמצית וכו' לא מלקינן להו משמע דס"ל ז"ל דתליא שייכות המלקות במאי דמצי למיעבד בהו הזמה ולא ידעתי היכי תליא וצ"ע בזה כו' עכ"ל השמ"ק. ולע"ד לולא דמסתפינא הי' אפשר לומר כוונת רש"י ז"ל בזה לפי דברי הנ"ל דרש"י כללא כייל דכל דלא מצינן למיעבד דין הזמה עתה דהיינו שכבר נעשה המעשה אז תו לוקין הניזומין משום לאו דלא תענה ואף דלא הי' התראה אפ"ה לוקין משום דעדים זוממין לא בעי התראה גם לענין שילקו על לאו דלא תענה היכא דלא נוכל לקרות בהם כאשר זמם עתה לאחר שכבר נעשה המעשה וא"כ שפיר יש שייכות להמלקות בן אם יכולין עתה למיעבד בהו דין הזמה דלולא מכח הדין דעדים זוממין לא צריכין התראה לא היו לוקין על הלאו דלא תענה בזה הואיל דלא הי' התראה ושפיר יש שייכות להמלקות בזה אם יכולין למיעבד בהו עתה דין הזמה או לא כנלע"ד בכוונת רש"י ז"ל:

וגם במ"ש רש"י ז"ל עוד שם בד"ה משפט השוה וכיון דרוב זוממין לאו בני התראה נינהו הני נמי לא בעי התראה עכ"ל והשמ"ק סוד"ה לאו מילתא וז"ל משפט השוה לכלכם פי' בענין אחד כגון בלאו דלא תענה משפט שוה יש בין שנתחייב בו מיתה או למי שנתחייב בו מלקות עכ"ל גם מזה אין סתירה לדברי ואדרבא נוכל להעמיס בה גם סברתי הנ"ל

ודו"ק. ובעיקר הדבר כבר מבואר לעיל בזה שהפ"י כתב כדברי דלוקין על לאו דלא תענה ובלא התראה וכמ"ש הח"ס וקצרתי:

[טז] שם אוט"ז אק"ב בסוד"ה והנה לכאורה כו' הקשיתי לשיטת השמ"ק בשם הרמב"ן דגבי ראה סלע שנפלה כו' עובר גם בלאו דלא תגזול אף שהחזיר לו לאחר יאוש א"כ קשה דמשכח"ל גם בגזל בטלו ולא בטלו עיין מכות (דף ט"ו). וכתב אלי בזה אהובי ב"ג הרה"ג כו' מוה"ר אפרים שרגא הלוי נ"י אבד"ק אוניאווע דהגזלן לא ביטל העשה רק בעל האבידה הוא ע"י היאוש פטרו מלהחזיר אבל הגזלן לא עביד מידי בידים ודומה להא דאיתא שם במכות במשכונו של גר ומת הגר דשיעבודי' דגר הוא דפקע וגבי אונס שגירש קאמר הש"ס אי דשויתה שליח איהי קא מבטלה עכ"ד והנכון עמו בזה ומצאתי אח"כ בחידושי בעזה"י מילדותי שכתבתי בעצמי כן:

[יז] דף ה' ע"א באוט"ז אק"ב הבאתי קושית הספר יראים הובא ברדב"ז ח"ג (סי' תרכ"ד) דמנ"ל בעדים זוממין שהממון ניתן למי שהעידו עליו מאחר שהוא קנס יתנהו הב"ד לכל מי שירצו כו' וכתב הרדב"ז משום דכתיב ועשיתם, נו כאשר זמם לעשות לאחיו ואחיו יתירא הוא וה"ק ועשיתם לו כאשר זמם והאי עשיי' תהי' לאחיו כו' והקשיתי דהא צרכינן לקרא דלאחיו ולא לאחותו כו' כמבואר בפנים:

והעירני האברך החריף המופלג מו"ה חיים פנחס לוריא נ"י מק"ק וואלי להביא ראי' לקושייתי מדברי הריטב"א מס' מכות (דף א') בד"ה ולפסלי' לדידי' ולא לזרעי' וא"ת אדרבא כאשר זמם לעשות לאחיו כתיב ונדרוש לאחיו ולא לזרעו י"ל דההוא הא אפקיני' לענין זוממי ב"כ למידרש לאחיו ולא לאחותו והכי בעי למידרש טפי לזרעו שהם כרעא דידי' בכלל לאחיו הוא עכ"ל והרי מבואר דהואיל דדרשינן ממילת לאחיו ולא לאחותו תו לא נוכל למילוף דרשא אחרינא מיני' ודברי הריטב"א ז"ל הם ראי' לדברי לחזק קושייתי ע"ד הרדב"ז ז"ל, ופי' דברי הריטב"א ז"ל נלע"ד בכוונתו ז"ל הואיל דהאי דרשא דלאחיו ולא לזרעו לא הוי סברא פשיטא כ"כ וכמ"ש הריטב"א והכי בעי למידרש טפי לזרעו כו' ורק אם הי' מיותר לגמרי האי קרא דלאחיו ולא הי"ל למידרש ולא לאחותו אז ע"כ היינו מוכרחין למידרש לאחיו ולא לזרעו אבל כיון דהאי קרא דלאחיו אינו מיותר תו לא נוכל למידרש דרשא שאינו פשיטא כ"כ וא"כ שפיר כתבתי ע"ד הרדב"ז דהא האי דרשא ועשיתם לאחיו ג"כ אינו פשוט כ"כ ושפיר הקשיתי דהא צרכינן קרא דלאחיו ולא לאחותו. אבל לעולם דמצינו הרבה פעמים דילפינן איזהו דרשות מקרא אחד היכא דהדרשות הם שווים והיינו דקרא זה ממעט איזהו ענינים שהם מסוג אחד:

ובזה מובן ג"כ מה שהעיר החריף מו"ה חיים פנחס הנ"ל בדברי הריטב"א אהדדי דלקמן במס' מכות בסוגיין שם בד"ה בגנבתו ולא בזממו וז"ל פי' ואע"ג דבפ"ק דקידושין (דף י"א) גרסינן דדרשינן בי' מילי אחרינא בגנבתו ולא בגנבתה שאין האשה נמכרת בגנבתה בגנבתו ולא בכפילו כולהו שמעת מינה דהא כולה יתיר לדרשא עכ"ל הריטב"א ודברי הריטב"א ז"ל נראין כסותרין:

ולפי האמור א"ש דהתם ממילת בגנבתו ממעטינן כולהו דלשון גנבה ממעט זממו וכפילו ושניהם אימעטו מזה דשניהם אינם גניבה ואין שום סברא למעט אחד יותר מהשני ומדכתיב סוף התיבה בגנבתו ולא כתיב גנבה ממעטינן גניבתה וגם שאין נמכר רק בשביל גניבה אחת ולא בשביל שתי גניבות וכדאיתא במס' קידושין וזה שדקדק הריטב"א ז"ל דהא כולהו יתיר לדרשא וז"פ לע"ד בכוונת הריטב"א ולא סתר ח"ו הריטב"א ז"ל א"ע כלל:

[יח] עוד באוט"ז אק"ד מה שכתבתי ע"ד קושית הספר יראים הנ"ל עפ"י הא דאיתא לקמן בב"ק (דף ל"ח ע"ב) דלא יהי' ממין שאין לו תובעין ואח"כ דחיתי זה דקושי' היראים הוא על דינא דאורייתא. והשיבני ע"ז במכתב הרב החריף ובקי מו"ה אברהם חנוך העניך ברי"ל מק"ק פיעטרקוב רבתי דהא לקמן בב"ק (דף ל"ט) הקשה השטמ"ק בשם תלמידי הר"פ ז"ל דהא אנן יד עניים אנן ויתבענו הב"ד כדאמרינן בר"פ וי"ל דה"ק כיון שאין לו תובעים אין מי שיטריח להביא עדים שאנסה או או שפיתה לא האשה ולא עניים ולא ב"ד ואין מי שיפשפש אחר המעשה וא"כ נמצא חוטא נשכר. תלמיד הר"פ ז"ל יזה ניחא התם אבל הכא בעדים זוממין הנידון יטרח א"ע להביא עדים כדי שלא יתחייב ממון עכ"ד הרב הנ"ל נ"י ושפיר קאמר:

אולם דברי שכתבתי ניתנו להאמר לפירש"י שם (בדף ל"ט) בד"ה משום דהי"ל ממון שא"ל תובעין אי אמרת ליהוי דעניים מאן אתא תבע לי' לדינא אי תבע לי' עני א"ל לעני אחר יהבנא לי' עכ"ל וגם עולין שפיר לפמ"ש שם השמ"ק בשם הרא"ה ז"ל דכיון שאין לו חובעין פי' כיון דליכא בעלים שיתבעהו אפשר דב"ד לא זהירי עכ"ל וגם כי דברים אלו שכתבתי דחיתים בעצמי ג"כ הואיל דאנו דנין על דינא דאורייתא:

[יט] שם אוי"ז אק"א הבאתי דברי הרב המאירי ז"ל בהא דכהנים שפגלו כו' והקשיתי דלר"י דסובר לשאב"מ לוקין עליו יקשה עדיין דהא אינו לוקה ומשלם כו'. והעיר ע"ז ב"ג הרה"ג מו"ה שמואל יהודא נ"י אבד"ק קוואהל דגם לדידן יקשה עפ"י מה דקאמר הש"ס בריש מס' תמורה (דף ג' ע"ב) דא"ל ר"י לתנא לא תתנו מומר דבדיבורא קעביד מעשה ופירש"י דע"י דיבורו נעשה מחולין הקדש וא"כ היכא דפוסל הקרבן במחשבתו מיקרי

ג"כ מעשה והא דבמס' זבחים (דף כ"ט ע"ב) דמחשב בקדשים לוקה דקאמר הש"ס דהוי לשאב"מ ואין לוקין עליו היינו דוקא היכא דאין הקרבן נפסל כו' עכת"ד. ולע"ד ניהא דמימר מיקרי מעשה הואיל דאיתעביד מחולין קדשים אבל לא היכא דנעשה הקרבן פסול כיון דסוף סוף שם קדשים עליו והש"ס בזבחים (דף כ"ט) קאמר סתמא המחשב בקדשים לוקה דכולל בין אם היא מחשבה הפוסלת בין אם היא מחשבה שאינה פוסלת וקאמר דוקא למ"ד לשאב"מ לוקין עליו אבל למ"ד אין לוקין עליו גם מחשב בקדשים אינו לוקה אף אם מחשב מחשבה הפוסלת ג"כ הדין כן:

ומה שכתב ב"ג הרב שיחי' כי קושית הגאון מו"ה בעריש ז"ל כתובה בשמ"ק בשם הרשב"א במס' כתובות (דף ל"ו ע"ב) הראני כ"א הרב הגדול מו"ה דוד נ"י אבד"ק גראבאווי כי כבר קדם בזה בשו"ת שואל ומשיב מהדו' רביעאה (ח"ג סי' י"ח) ושם האריך הרבה בהאי ענינא ותאמין לי כי בעת שכתבתי בהאי ענינא לא הי' נדפס עדיין הספר הנחמד הנ"ל:

והנה מה שהעיר עוד ב"ג הרב שיחי' בזה עפי"ד הפ"י בר"פ איזהו נשך בהא דסובר ר"י דר"ק אינה יוצאה בדיינין דקאמר הש"ס מ"ט כו' והקשה הפ"י נימא דהטעם הוא דקלב"מ. וכתב הפ"י לתרץ דלא שייך בזה קלב"מ הואיל דהוה לאו הניתן לתשלומין כו' עיי"ש וא"כ לא שייך לומר בזה דליפטר מטעם קלב"מ והארכת בזה:

אהובי ב"ג הרב הגדול שיחי' לע"ד לא צדקת בזה כי לא זה הדרך שדרך בה הפ"י ז"ל כי הלא כל הש"ס מלא מזה גבי קרע שיראין של חבירו דפטור אע"ג דמזיק לחבירו ממון אפ"ה אמרינן קלב"מ ופטור מלשלם וכן עוד בכמ"ד. אולם לימוד ערוך הוא בפי דכוונת הפ"י הוא היכא דזה לקח ממנו ממון בעין כגון גזל או רבית בכה"ג הוא דכתב הפ"י לסברתו דוכי בשביל מלקות של זה נפקיע ממונו של זה שהרי לקח ממנו ממון בעין ומחויב להחזיר לו אבל לא היכא דהזיקו ובשעת הזיקו עבר על חיוב מלקות ומכ"ש עבר אז על חיוב מיתת ב"ד בודאי דאמרינן קלב"מ ומבואר בהדי' בש"ס בירק חץ וקרע שיראין בהליכתו כו' וז"פ בכוונת דברי הפ"י הנ"ל. ועיין מ"ש בהס' (על דף ע' ע"ב) [אוע"ה אק"ב] הבאתי דברי הפ"י הנ"ל וכתבתי שם לענין חיוב אתנן דהוה שכר פעולה ונהנה לא שייך לומר בזה להפקיע ממון המגיע לה משום דקלב"מ עיי"ש בזה:

[כף] שם אוי"ז אק"ב במה שכתבתי שם אליבא דר' יהודה דסובר אין מפגלין בחצי מתיר הוא טעות בלישנא דהא מבואר ברש"י מס' זבחים (דף למ"ד ע"א) בד"ה ישנו ובד"ה דאמר דר' יהודה סובר מפגלין בחצי מתיר. עיי"ש. אך הדברים שכתבתי שם נכונים הם עפי"ד התוס' שם במס' זבחים בד"ה סימן שכתבו דדוקא סימן אחד דהוי דבר מסויים הוא

דמפגלין בחצי מתיר אבל אם אמר במשהו הראשון חוץ לזמנו לא הוי פיגול אף דסובר מפגלין בחצי מתיר עיי"ש והלאו דלא יחשב עובר מיד בתחילת השחיטה אף שלא שחט עוד כל הסימן וא"כ צדקו דברי שכתבתי בזה. ורק הלשון אינו מיושב במה שכתבתי דר' יהודה סובר. אין מפגלין בחצי מתיר על סימן אחד ולזה העירני החריף המופלג מו"ה מנחם מענדל מק"ק קאליש ואח"ז כתב אלי בארוכה הרב מו"ה זאב אביגדור נ"י פינק העיר ג"כ בזה:

והנה המופלג מוהר"מ הנ"ל העיר על תירוצי הנ"ל מדברי המלמ"ל (בפ"ז מהל' חובל ה"ד) שכתב דהכהנים שפגלו מזידין חייבין לאו דוקא פגלו אלא אפילו שחטו שלא לשמן דהקרבן כשר אלא שלא עלו לבעלים לשם חובה ג"כ חייבין לשלם ויקשה תו הא אין לוקה ומשלם עכ"ד והמעיין היטב בזה יראה כי צדקו דברי בעזה"י כי לפי דברי דהלאו עבר בתחילת השחיטה ואם אין מפגלין בחצי מתיר עדיין לא נפסל הקרבן אז ואם יחזור ממחשבתו וישחטנו כדין יהי' הקרבן כשר וא"כ גם בשלא לשמה (דעובר) בתחילת השחיטה על הלאו מ"מ אם יגמור השחיטה בהכשר ויהי' יעלה ג"כ לשם הבעלים וז"פ וא"צ לפנים:

[כא] שם אוי"ז אק"ג בד"ה הן אמת אגיד כו' נתקשיתי להבין דברי הירושלמי שהביא ראי' לר' יוחנן דאטו משום חציו מהדליק את הגדיש בשבת דפטור ולר"ל היל"ל דרק על השיבולת הראשונה יפטור ועל כל הגדיש יתחייב והקשיתי דהא הירושלמי שם קאמר דהא דלר"ל חייב גם בחול מיירי במסכסכת כל הבירה וכן מסיק הש"ס דילן (בדף כ"ב ע"א) אמר לך ר"ל הב"ע במסכסכת כל הבירה וא"כ גם בהדליק הגדיש בשבת מיירי ג"כ במסכסכת כל הבירה ואיכא חיוב מיתה על כל שבולת ושבולת וניחא גם לר"ל. והשיבני ע"ז ידידי הרה"ג מו"ה מאיר דן נ"י אבד"ק דוואהרט דע"כ לא אמרינן אליבא דר"ל דמיירי במסכסכת כל הבירה אלא דוקא בכלב שנטל חררה וכן בגמל טעון פשתן דהאש לאו ממונו דבעל הכלב ובעל הגמל הוא ולאו ממונו הוא מש"ה צרכינן לאוקמי אליבא דר"ל במסכסכת כל הבירה אבל אם אדם מדליק גדיש של חברו באשו דממונו הוא שפיר חייב אליבא דר"ל גם אם אינו מסכסכת כל הבירה ושפיר מביא הירושלמי ראי' מזה שהדליק את הגדיש בשבת דפטור לר' יוחנן דאליבא דר"ל ליחייב משום ממונו על כל הגדיש ורק על השיבולת הראשונה יפטור משום דאז איכא עליו חיוב מיתה ועל כל הגדיש לתחייב משום ממונו עכ"ד הרב נ"י ולכאורה שפיר אמר בזה: אלא דאכתי יש לעיין דדילמא מיירי מתני' דהוא שהדליק את הגדיש בשבת באשו של אחרים דלא הוי ממונו ונצטרך לאוקמי במסכסך כל הגדיש ואיכא חיוב מיתה על כל הגדיש ומש"ה פטור וא"כ גם

לר"ל לא יקשה ממשנה זו: ואולי פשטא דמתני' משמע סתמא שהדליק גם באשו ואז לא יצטרך לאוקמי במסכסך כל הגדיש ואפ"ה פטור מטעם קלב"מ והוי ראי' לר"י דאשו משום חציו ומש"ה פטור על כל הגדיש דאם נימא משום ממונו א"כ יקשה דעל שיבולת הראשונה יפטור מטעם קלב"מ ועל כל הגדיש ישלם ומש"ה נקיט הירושלמי רק דאיכא ראי' לר"י אבל לא הוי קושיא לר"ל ממתני' דנוכל לאוקמי למתני' דהוא שהדליק את הגדיש בשבת דפטור דמיירי בהדליק באשו שאינו שלו ומיירי במסכסך כל הגדיש כולו: אולם לכאורה י"ל בזה דניהא דבכלב שנטל חררה והדליק הגדיש דלא הוי האש של בעל הכלב מיהא אדם שנטל אשו של חבירו והדליק הגדיש בשבת דנעשה שפיר אשו וא"כ לא בעינן תו שיסכסך כל הגדיש כולו גם לר"ל. ובאמת איפלגי בזה רש"י ותוס' בסוגיין בתוד"ה אשו משום ממונו כלומר חיוב ממונו יש בו ולא שיהי' האש שלו דאפילו הדליק באש של אחר חייב ועוד דאין לך אדם שיתחייב בדליקה שיפקיר הגחלים וידליק גדיש של חבירו ולא כפ"ה דאיכא בינייהו דאדליק בגחלת שאינו שלו עכ"ל התוס' והרי לשיטת התוס' נוכל לומר לסברא הנ"ל באדם המדליק באש שאינו שלו הוי שפיר אשו כסברתי הנ"ל ולא דמי אדם המדליק באש שאינו שלו להא דהכלב שנטל חררה וכמש"ל אבל לשיטת רש"י ז"ל בעינן דוקא שידליק באש שלו וי"ל עוד בזה:

והנה בהיותי עתה בזה ראיתי כי י"ל עוד לכאורה בזה לפמ"ש הפ"י ע"ד תוד"ה אשו משום ממונו הנ"ל ותורף דברי הפ"י הוא דלפירש"י לא פליגי ר"י ור"ל באשו משום מאי מחייב אלא דוקא במי שהדליק בתוך שלו ברשות אלא שלא שימר גחלתו ויצאת הגחלת מעצמה והזיקה ובכה"ג דוקא פליגי ר"י ור"ל לפרש משום מאי מחייב ר"י אומר שיש לחייבו משום חציו ור"ל סובר דזה לא דמי לחציו כיון דלאו מכחו קא אזלא אלא משום ממונו יש לחייבו אבל במי שנתכוין להדליק בשל חבירו לא שייכא כלל פלוגתא דר"י ור"ל לפרש משום מאי מחייב דהא ודאי יש לחייבו משום אדם המזיק שהוא מועד לעולם ונלמד במכ"ש מכורה בור שההיזק בא לאחר מכאן ומכ"ש כאן שהזיק בידים יעוש"ה בפ"י וכבר כתבתי בפנים הספר בסוגיין [אוט"ו אק"ד] שכן מבואר גם בשמ"ק כאן בד"ה ור"ל ומיושבים קושיות התוס' על רש"י ז"ל והבאתי ג"כ דברי הפ"י עוד בזה שהקשה לפי דבריו הנ"ל דמאי פריך הש"ס לר"ל מהא דהמדליק הגדיש והי' גדר סמוך לו ועבד כפות לו דאם נימא דבכה"ג היכא דהדליק בשל חבירו גם ר"ל מודה דאשו משום חציו מאי פריך הש"ס מזה לר"ל הא בכה"ג גם ר"ל סובר דאשו משום חציו ומתרץ הפ"י דמיירי בהדליק בשלו ואח"כ הלכה לשל חבירו והביא דפליגי בזה אמוראי לקמן (דף ס"א ע"ב) יעוש"ה וא"כ י"ל דמאי מביא הירושלמי ראי' לר"י מהא דהוא שהדליק את

הגדיש בשבת פטור דש"מ דאשו משום חציו דאם נימא דאשו משום ממונו ליפטר רק על שיבולת הראשונה ועל כל הגדיש יתחייב לשלם ולפי"ד הפ"י בהדליק בשל חבירו גם לר"ל מחייב משום מזיק דהיינו דמתחייב מטעם חציו ולא יקשה לר"ל ממתני' דהדליק הגדיש בשבת דבכה"ג דהדליק בשל חבירו גם ר"ל מודה דאשו משום חציו דהוי אדם המזיק וא"כ אמרינן קלב"מ ולכאורה י"ל טובא בזה: והשיבני בזה בני האברך מו"ה ישכר נ"י דניהא דהיכא דאדליק בשל אחרים גם ר"ל מודה דחייב משום מזיק והוי כמי חציו מ"מ הואיל דר"ל סובר דאיכא באש חיוב משום ממונו ג"כ דהא כי אדליק בשלו והלכה לשל חבירו חייב משום ממונו א"כ איכא חיוב ממונו ג"כ באשו וא"כ ניהא דלסברא דמטעם חציו מיפטר מטעם קלב"מ אבל איכא לחיובי' משום ממונו דהחיוב הוא לאחר שנתחייב מיתה. וכדומה לזה כתבו הראשונים ז"ל בשמ"ק כתובות על (דף ל"ד ע"ב) גבי הי' גדי גנוב לו דנעשה גנב מחדש ומבואר בארוכה לקמן על (דף ס"ה ע"א) [אוט"ז] בהס' וה"נ בא החיוב משום ממונו לאחר שנתחייב מיתה על שעת ההדלקה אליבא דר"ל דאית לי' אשו משום ממונו ג"כ ושפיר הביא הירושלמי ראי' לר"י ממתני' דהוא שהדליק את הגדיש בשבת ויקשה מינה לר"ל דסובר אשו משום ממונו עכ"ד בני שיחי' ולכאורה שפיר קאמר. אולם המעיין היטב בזה יראה דהפ"י לא נחית לסברא זו בזה מדהקשה שם על סברתו הנ"ל מהא דפריך הש"ס דילן על ר"ל מהא דהמדליק את הגדיש והי' עבד כפות לו כו' דאם נימא דבהדליק בשל חבירו גם ר"ל מודה דאשו משום חציו מאי פריך הש"ס מכאן לר"ל והוכרח הפ"י לומר דמיירי בהדליק בשלו ואח"כ הלכה בשל חבירו עיי"ש בפ"י שכתב דאיפלגי בזה אמוראי והבאתיו לקמן בפ"ב (על דף כ"ג) [אומ"ו אק"ד] ואם נימא כסברת בני שיחי' הנ"ל ל"ק קושי' הפ"י הנ"ל ונראה דהפ"י לא ס"ל כן ודו"ק: [כב] שם אוי"ז אק"ה הבאתי קושית הגאון מוה"ר בעריש באלו נערות כו' הבא על אחותו, הא אין בכ"א (לפי"ד תוס' יבמות (נט.)) דבהעראה נתחייב מלקות וקנס לא מתחייב עד גמר ביאה. והעיר החריף מו"ה מנחם מענדיל נ"י מק"ק קאליש מדברי הריטב"א מסכת קידושין (דף ע"ז ע"ב) ד"ה רב אשי דהיכא דאיכא גמר ביאה לא מיחשב ההעראה כביאה עיש"ה עכ"ד. ולכאורה נראה דהתוס' לא ס"ל כסברת הריטב"א הנ"ל מדכתבו התוס' במס' ב"ב (דף י"ג ע"א) בד"ה כופין ועוד בכמ"ד דמשעת ההעראה קא עקר לי' להלאו והעשה לא מקיים עד גמר ביאה כו' ומבואר דאף שגמר להביאה אפ"ה נחשב ההעראה לענין בפני עצמו. ובשו"ת שואל ומשיב מהדור' רביעאה (ח"ד סי' י"ח) הביא קושית הגאון ר' בעריש ז"ל והביא דברי הרשב"א מובא בשמ"ק כתובות על המשנה דכל המתחייב בנפשו אינו משלם ממון שכתב אע"ג דמכי הערה בה נתחייב מיתה ומתחייב

בממון לא הוי עד גמר ביאה מ"מ כיון דבתר הכי נמי כל שעתא ושעתא חייב מיתה עד גמר ביאה פטור מתשלומין והביא ראי' מדברי הירושלמי הנ"ל והאריך בזה וי"ל בזה:
[כג] שם אוי"ז אק"ו כתבתי בדברי הגאון מוהרע"א ז"ל שכתב דמדליק גדיש של חבירו בשבת דעל שיבולת הראשונה מיחשב מזיד ועל שאר שיבולת מיחשב רק מחייבי מיתות שוגגין ומחלק בזה בין היכא דהוא מחייבי מיתות לבין חייבי מלקות דחייבי מלקות שוגגין חייבין בתשלומין והקשיתי דהא הירושלמי קאמר נם כן על לאו דחסימה כן כו' וכתב אלי כבוד מחו' הגאון מו"ה אבגדור יהודא ליבוש ז"ל אבד"ק קויל דהא מפורש בירושלמי דקאי לר"ל דס"ל חייבי מלקות שוגגין פטורים מתשלומין עכ"ד. והנה לע"ד לא אדע ההשגה בזה דבירושלמי אינו מפורש בהדי' דקאי אליבא דר"ל דאף דתחילת דברי הירושלמי במס' כתובות שם (פ"ג ה"א) קאמר אלא רשב"ל כדעתי' כו' ע"ש הוא אליבא דר"ל אבל סוף דברי הירושלמי שם דקאמר והתני החוסם את הפרה כו' אינן מורין שיהי' רק אליבא דר"ל ויעוין בק"ע שם בד"ה שכן הבא כו' ובפ"מ שם. ורק דמ"מ יש לומר כן דהירושלמי שם קאי אליבא דר"ל והן גם אנכי כתבתי ג"כ [באק"ה ואק"ו] שם דהירושלמי שם לא קאי אליבא דר"י דס"ל חייבי מלקות שוגגין חייבין והוכחתי כן אף דמחבר הירושלמי ר"י כמבואר בפנים:
[כד] שם אוי"ז אק"ז במ"ש דעל מה שפיגל בשחיטת סימן השני הוי רק כחייבי מלקות שוגגין כו' כמבואר בפנים. העיר החריף מו"ה מנחם מענדיל נ"י מק"ק קאליש דהאיך משכחת לה שיתחייב מלקות על פיגול מכח הלאו דלא יחשב כו' עכ"ד. באמת אין זה השגה כלל משני טעמים (א) דהא הרמב"ם כתב בפירוש דגם מחשבה שאינה נכונה הוי בכלל הלאו דלא יחשב. (ב) דהא שכתבתי דעל התחלת השחיטה דלא נקבע עדיין בפיגול משום דאין מפגלין בחצי המחיר וליכא עדיין חיוב תשלומין כלל והלאו דלא יחשב עבר כבר והתשלומין שמחויב הוא על גמר השחיטה דאז נחשב הלאו דלא יחשב רק כחייבי מלקוח שוגגין הוא דוקא לענין חיוב תשלומין אבל כשנגמרה השחיטה בפיגול אז נמצא דעבר על הלאו דלא יחשב למפרע לחייב על הלאו הזה מכח פיגול ואפ"ה חייב בתשלומין כיון דאם הי' גומר השחיטה כדין הי' הקרבן כשר ורק הי' עובר על הלאו דלא יחשב. וא"כ שפיר איכא חיוב מלקות דלא יחשב גם בפיגול גמור. וא"ש זה גם לדברי הרמב"ן ז"ל שהבאתי דמחשב מחשבה שאינה נכונה עובר בלאו דלא תזבח כו' מ"מ כי גמר השחיטה בפיגול שפיר עובר על לאו דלא יחשב בפיגול ודו"ק:
[כה] שם אוי"ז אק"ח הבאתי דברי הרשב"א ז"ל בריש מס' מנחות שדייק מלשון רש"י ז"ל דהיכא דחשב בעבודה אחת שלא לשמה דאסור לחשוב בעבודה אחרת שלא לשמה

אבל באותה עבודה עצמה אם חשב עוד הפעם שלא לשמה לא עבר תו על הלאו דלא יחשב אף שהקרבן עדיין כשר ודנתי בזה דבכה"ג היכא דפיגל במקצת העבודה כגון ששחט סימן אחד בפיגול ואף דאין מפגלין בחצי המחיר והקרבן עדיין כשר אם פיגל גם בסימן השני דנפסל הקרבן מ"מ לא עבר על הלאו דלא יחשב כיון שכבר עבר על הלאו דלא יחשב בסימן הראשון או לא עבר על הלאו דלא יחשב בסימן השני דהא הוי באותה עבודה עצמה וכמ"ש הרשב"א ז"ל וכמבואר בפנים. וע"ז דן ידידי הרב הגדול המפורסם מו"ה מאיר דן נ"י אבד"ק דוואהרט דאין ראי' מדברי הרשב"א לכאן דע"כ לא כתב הרשב"א ז"ל לדינו הנ"ל אלא דוקא היכא דלא פעל במחשבה זו כלום במה שמחשב בחצי' השני' של אותה עבודה עצמה דמעיקא הי' כשר ורק שלא עלה לבעלים לשם חובה וגם כשמחשב בחצי' עבודה השני' ג"כ לא נתוסף מאומה ע"י מחשבה זו בפסול הקרבן ובזה הוא דכתב הרשב"א כן. אבל הכא בפיגל בסימן ראשון ואח"כ פיגל בסימן השני ג"כ דהפיגול בסימן הראשון לא פעל מאומה לפסול דהא אין מפגלין בחצי המתיר וכשפיגל בסימן השני ג"כ אז היא דחל עליו השם פיגול בזה נוכל לומר דיודה הרשב"א ז"ל בפיגל בסימן השני דעובר על הלאו דלא יחשב אף שכבר עבר על הלאו דלא יחשב בשחיטת סימן הראשון בפיגול עכ"ד. והסברא ניתן להיאמר כן. אבל איננה מוכרחת דהא חזינן דאף שהקרבן עדיין כשר כשחשב שלא לשמן והי' סברא לומר דהוי כמו שלא חשב עדיין כלל כיון שהקרבן כשר עדיין ואפ"ה אמרינן דאם חשב עוד באותה עבודה עצמה שלא לשמן אינו עובר על הלאו דלא יחשב ואולי הוא גזה"כ וא"כ יש סברא לומר דהה"נ בפיגול כה"ג ויש לצדד לכאן ולכאן. אבל עכ"פ נוכל לומר כן כל כמה דלא מצינו להיפוך בפירוש:

ובני החריף מו"ה ישכר נ"י חיזק דברי הרה"ג הנ"ל דאין ראי' מהא דחשב שלא לשמן דהקרבן כשר ואפ"ה אם חשב אח"כ עוד הפעם באותה עבודה עצמה שלא לשמה דלא עבר על לא יחשב משום דהתם לא הוסיף במחשבה השני' כלום שהרי עדיין הקרבן כשר ואי דלא עלו לבעלים לשם חובה הלא זה הי' עוד ממחשבה הראשונה. אבל הכא כשפיגל בסימן השני הרי נעשה פיגול ופעל במחשבתו זו דהא במחשבתו הראשונה בסימן הראשון לא נעשה פיגול כיון דאין מפגלין בחצי המתיר ועדיין י"ל בזה:

[כו] שם אוי"ז אקחו"ט כתבתי עוד בענין שכתבתי בזה [באק"ב] אם מחשב מחשבה שאינה נכונה ובאופן שהקרבן כשר אם עבר על הלאו דלא יחשב. כתבתי דלשיטת הרשב"א במס' מנחות גם בכה"ג עובר על הלאו דלא יחשב ולרש"י ז"ל י"ל דס"ל דהיכא דהקרבן כשר לא עבר על הלאו דלא יחשב. ועיינתי עוד בזה כי מלשון הרמב"ם ז"ל

נראה קצת דלא עבר על הלאו דלא יחשב אלא דוקא היכי דנפסל הקרבן שכתב ז"ל כל המחשב מחשבה שאינה נכונה בקדשים הרי זה עובר בל"ת שהרי הוא אומר לא יחשב מפי השמועה למדו שבכלל דין זה שלא יפסיד הקדשים במחשבה שהרי זה דומה למטיל מום בקדשים ואעפ"כ אינו לוקה שאין המחשבה מעשה עיי"ש (בפי"ח מהל' פסוהמ"ק האו"ב) ולשון דומה למטיל מום בקדשים משמע קצת דפוסל הקדשים במחשבה זו כמו מטיל מום בקדשים דפוסל הקדשים. אולם אין ראי' כ"כ מלשון הרמב"ם ז"ל ויש לצדד לכאן ולכאן בדברי הרמב"ם ז"ל:

והנה הראה ידידי המאה"ג מו"ה מאיר דן נ"י הגאבד"ק דוואהרט דברי החת"ס בת"ד בהשמטות תשובה ר"ד כי נחלקו בזה גאונים אחרונים ז"ל הגאון השואל בעהמ"ח ספר אהל דוד ז"ל דעתו דגם אם הקרבן כשר ג"כ עבר על הלאו דלא יחשב ומיישב קושית התוס' במס' זבחים (דף זיין ע"ב) והגאון החת"ס דעתו דוקא אם הקרבן נפסל ע"י מחשבתו אז הוא דעובר על הלאו דלא יחשב אבל בשוחט שלא לשמה דהקרבן כשר לא עבר על הלאו דלא יחשב ומדייק לה מלשון הרמב"ם הנ"ל שכתב ה"ז דומה למטיל מום בקדשים עיי"ש:

והנה הרב הנ"ל נ"י הביא ראי' כדברי הגאון השואל ז"ל מהא דקאמר הש"ס במסכת זבחים (דף ב' ע"ב) ונדבה מי שרי לשנויי בה ופירש"י כיון דרחמנא קרי' נדבה מי שרי לשנויי בה האמרינן בפ"ב אסור לחשב בקדשים ויליף מקרא דלא יחשב כו' עיי"ש אלמא דגם היכא דהקרבן כשר נ"כ עובר על לאו דלא יחשב עכ"ד. והנה גם אנכי כתבתי זה לדבר פשוט והבאתי דברי הש"ס במנחות (דף ב') דשם איתא ג"כ כסוגיא דזבחים והבאתי בפנים דברי הרשב"א מנחות שם בביאור קצת אלא שהרב הנ"ל הוסיף להביא ראי' לדברי החת"ס מהא דמס' זבחים (דף י"ב ע"א) מגדף בה ר' אבהו א"כ פסח כשר לבן בתירא היכי משכחת לה אי דאפרשי' האידנא דיחוי מעיקרו היא ואי דאפרשינהו מאתמול נראה ונדחה היא כו' ופירש"י בד"ה ואי דאפרשי' בשלמא לרבנן פסח אינו נדחה כלל או מלשמו או משלא לשמו דער זמן שחיטתו חזי לשלמים ובזמנו חזי לפסח אלא לבן בתירא דיחוי הוא עכ"ל ודקדק הרב הנ"ל מדכתב רש"י ז"ל הלשון דעד זמן שחיטתו חזי לשלמים משמע דמותר לו לשחטו לשלמים ואם נימא דגם כשהקרבן כשר ג"כ עובר על לא יחשב א"כ האיך נימא בזה דחזי לשלמים. והוא מותיב לה והוא מפרק לה דהואיל דעתה קודם חצות אינו ראוי לקרבן פסח אלא לשלמים הוא דחזי ליכא בזה משום הלאו דלא יחשב עכ"ד הרב הנ"ל:

ולפי שצדדתי [באק"ט] בשיטת רש"י ז"ל דסובר כן כסברת החת"ס הנ"ל דאם הקרבן כשר לא עבר על לאו דלא יחשב א"ש דרש"י לשיטתו כתב כן. ועוד י"ל בזה דבודאי אף אם נימא דלא עבר על לא יחשב היכא דהקרבן כשר אבל בודאי דאסור לו מה"ת לחשב שלא לשמו אף דלא נפסל הקרבן דדוחק לומר דיהי' מותר מה"ת לשנויי בה דהא בהדי' קאמר הש"ס ונדבה מי שרי לשנויי בה וא"כ יקשה אכתי האיך חזי לשלמים. וצ"ל כמ"ש התוס' במסכת סוכה (דף ל"ב ע"א) בסוד"ה באשרה כו' דהא דאמרינן כל שבידו לא הוי דיחוי הוא אפילו היכא דיעשה איסור וא"כ שפיר לא מיקרי דיחוי דהא חזי לשלמים אף שיעשה איסור מ"מ מיקרי בידו וכל שבידו לא הוי דיחוי:

וי"ל עוד דאפילו אם נימא דלא מיקרי בידו היכא דיצטרך לעשות איסור ג"כ י"ל דאין מוכח מכאן כשיטת החת"ס הנ"ל והוא די"ל בזה דלאו דלא יחשב הוא דוקא בקרבן כשר אבל בקרבן פסול ניהא דאסור לו להקריבו אבל הלאו דלא יחשב לא שייך גבי' וא"כ הכא אם נימא דלא חזי לשלמים קודם חצות א"כ לא משכחת לה כלל קרבן פסח כשר ויהי' נפסל הקרבן וא"כ תו ליכא כלל הלאו דלא יחשב ויש להוסיף עוד ולומר דאם לא יהי' משכחת לה כלל קרבן פסח כשר א"כ בטילה תו מעיקרא ההקדש לשם פסח ויהיו כמו מקדיש לשם קרבן שלא צוותה התורה כלל וא"כ סברא זו דהואיל דחזי לשלמים לא מיקרי דיחוי היא סברא חזקה משום דלא נוכל לומר דיהי' עובר על לאו דלא יחשב אם יקריבנו לשלמים משום דאם תאמר דאסור לו להקריבו לשלמים יופסל לגמרי הקרבן פסח מהקרבה וג"כ לא יהי' שייך גבי' הלאו דלא יחשב ובכה"ג גם כי יקריבנו לשלמים לא יעבור ג"כ על הלאו דלא יחשב ודו"ק:

ובני מו"ה ישכר שיחי' הוסיף לבאר הדבר דהואיל דפסח בשאר ימות השנה קרב שלמים ולשלמים קאי לא מיקרי שינוי כלל הואיל דהוא קרבן כשר דבשלמא כי מפגל הרי פסיל לה וכן בשוחט שלא לשמה הרי שינה בדבר שלא הי' הקרבן עומד לכך להקריבו אלא לשמו ועתה שינה ושחטו שלא לשמו ואף לאחר ששינה וחשב שלא לשמו אכתי הקרבן נשאר בקדושתו הראשונה וכגון אם הי' עולה וחישב לשם שלמים מ"מ הקרבן נשאר בעצם עולה כדמעיקרא ומחשבתו לא פעלה לשנות גוף קדושת הקרבן רק שלא עלה לבעלים לשם חובה וזה מבואר וכ"כ להדי' הרע"ב ז"ל בזבחים (פ"א מ"א), ואין להשיב ממ"ש התוס' מנחות (דף מ"ז ע"א) ד"ה עד דבשלא לשמו עוקר הקרבן ועושהו קרבן אחר יעו"ש די"ל בכוונת התוס' דאף דמ"מ נשאר הקרבן כמו בראשונה אם הי' עולה עולה ואם הי' שלמים נשאר שלמים מ"מ כוונת התוס' ז"ל שם בדבריהם דשאני שלא לשמו מחוץ לזמנו דבשלא לשמו הזורק במחשבתו מחשב לעקור השם קרבן שהוא באמת ולעשות

ממנו קרבן אחר ואע"ג דבאמת לא הועילה מחשבתו לענין שיתהווה ממנו קרבן אחר ואם הי' עולה נשאר עולה כבראשונה מ"מ הוא במחשבתו מחשב לעוקרו לקרבן אחר ומחשבתו הועילה דאינו עולה לבעלים דחישב שלא לשמו משא"כ בפיגול דאף לפי מחשבתו לא רצה להוציאו מאותו קרבן שהוא באמת רק שיאכלוהו חוץ לזמנו יעו"ש היטב בדברי התוס'. אבל באמת בשלא לשמו נשאר הקרבן בקדושתו הראשונה כמו שהי' וכנ"ל ומה"ט אסור בשאר עבודות לשנוי בה כדקאמר הש"ס במנחות (דף ב') שם וא"כ כיון דהקרבן נשאר בקדושתו כמו שהי' והוא חישב לדבר אחר אזי הוא בכלל לא יחשב דהא אע"ג שחישב שלא לשמו אכתי נשאר הקרבן קדוש לשמו ונמצא שמחשבתו הוא מחשבה שאינה נכונה שלא לשמו. [ומכ"ש בפיגול דפוסל להקרבן במחשבתו וכן בחטאת שלא לשמו דפסול א"כ מחשבתו פסלה להקרבן והוי מחשבה שאינה נכונה] משא"כ הכא בפסח שלא בזמנו דאין עתה זמן הקרבת הפסח דהקרבן הוא באמת שלמים והיינו דכיון ששוחטו אז שלא לשמו נעשה באמת שלמים וכדאיתא במס' זבחים (דף ת' ע"ב) ועיין תוס' זבחים (דף ב' ע"א) ד"ה הפסח ע"ש וא"כ כיון דע"י מחשבתו נעשה באמת הקרבן שלמים לא שייך לומר שמחשב מחשבה אחרת בזה שאינה נכונה דאדרבא הא מחשבתו הוא מחשבת הקרבן דהא נתהווה בזה שלמים והוא מחשב לשלמים בכה"ג שפיר י"ל דלא הוי לא יחשב כיון דהקרבן נעשה עי"ז בעצם שלמים כמו שחישב והוא כשר עכ"ד ושפיר קאמר:

וכבר הדפיס ידידי הגאבד"ק דוואהרט הנ"ל בספרו היקר חמדת ישראל בקונ' נר מצוה אות צ' פלפול בענין זה יעו"ש בדבריו הנחמדים:

[כז] דף ו' ע"ב או"ב אק"א במ"ש רש"י ז"ל בד"ה שור רעהו ל"א להכי נקיט שור הקדש ולא מוקי לה באכילת בהמתו שדה הקדש משום דלא משכחת לה דאי שדה חרם לכהנים הוי וכשדה הדיוט דמי וליכא למימר ק"ו להקדש כו' ונתקשתי דנם בשדה חרם כ"ז שלא בא ליד כהן אית בי' מעילה ואפילו אם נימא דלית בי' מעילה מ"מ בודאי דכ"ז שהם אצל הבעלים הרי הם כהקדש לכל דבריהם ומשכחת לה שפיר גבי חרמי כהנים שלא באו עדיין ליד כהן כמבואר בפנים:

וכתב ע"ז ידידי הרב המאה"ג מו"ה מאיר דן נ"י אבדק"ק דוואהרט הנ"ל ליישב קושייתי הנ"ל עפי"ד הטורי אבן בריש מס' ר"ה (על דף ד' ע"א) ת"ר חייבי הדמין והערכין החרמים וההקדשות כו' כיון שעלה עליהן שלש רגלים עובר בבל תאחר ופירש"י החרמים חרמי גבוה ובתוד"ה והחרמים בין חרמי גבוה ובין חרמי כהנים פו' וכתב עלה הע"א ז"ל ונ"ל דלטעמייהו אזלי דלקמן (דף ה') מרבינן לדמים וערכין וחרמים והקדשות מלד"א

ופירש"י שהן קדשי בדה"ב וכולן לד' ואין לכהנים בהן כלום וא"כ לא איתרבו מכאן לבל תאחר והתוס' פירשו בכולן כתיב לד' וכו' ובחרמים כתיב קדש קדשים לד' וגבי חרמי כהן נמי דריש לי' בבכורות רפ"ה (דף ל"ב) ומ"מ אפ"ה לפ"ד אין ראי' שעוברין בב"ת על חרמי כהנים ומ"ש דגבי ת"כ נמי דריש לי' התם אמת דהכי אמרינן התם חרמים כ"ז שהן בבית בעלים הרי הן כהקדש לכל דבריהם שנאמר כל חרס ק"ק הוא לד' נתנן לכהן ה"ה כחולין לכ"ד שנאמר כל תרם בישראל לך יהי' מ"מ ז"א אלא למ"ד סתם חרמים לכהנים דהכי תנן בפ"ז דערכין (דף כ"ח) ריב"ב אומר סתם חרמים לבדה"ב שנאמר כל תרם ק"ק הוא לד' וחכ"א סתם חרמים לכהנים שנאמר כשרה החרם לכהן תהי' אחוזתו וא"כ למה נאמר כל תרם ק"ק הוא לד' שחל על ק"ק ועל קק"ל הרי ריב"ב דס"ל סתם חרמים לבדה"ב דריש כל חרם אחרמי גבוה ולדידי' גבי חרמי כהנים לא כתיב לד' א"כ חרמי כהנים לריב"ב לבל תאחר מניין ובגמ' פסק רב כריב"ב כו' והט"א מביא ראי' לשיטת התוס' דבהאי כ"ע מודים דחרמי כהנים מועלין בהן אפילו למ"ד סתם חרמים לבדה"ב עיש"ה בט"א. ועפי"ד הט"א הנ"ל כתב הרב הנ"ל נ"י דכוונת רש"י ז"ל הכא היינו שמפרש להדי' חרם לכהנים א"כ לכהנים הוא וכשדה הדיוט דמי ולא שייך ק"ו להקדש והיינו למ"ד סתם חרמים לבדה"ב דהיינו ריב"ב ואמוראים שפסקו כריב"ב א"כ לא הוי חרמי כהנים רק כשדה הדיוט גם בעודו בבית הבעלים לפי סברת הט"א הנ"ל בשיטת רש"י ז"ל דבחרמי כהנים ליכא בל תאחר ולא הוי כלל שם הקדש עלה גם בעודו בבית הבעלים עכ"ד הרב נ"י:

והנה לכאורה י"ל במ"ש הט"א ז"ל בשם הרמב"ם ז"ל דסובר סתם חרמים לבדה"ב איני מבין כלל דהא הרמב"ם ז"ל (בפ"ו מהל' ערכין ה"א) פוסק כחכמים דסתם חרמים הוא לכהנים שכתב אבל אם אמר חרם סתם הרי אלו לכהנים שסתם חרמים לכהנים שנאמר כל חרם בישראל לך יהי' והכ"מ שם תמה על הרמב"ם שאינו פוסק כרב דסובר כריב"ב ומתרץ לה ועיין בלח"מ ובמלמ"ל שם מ"ש בזה ועיין בברה"ז במס' ערכין (דף כ"ט) מ"ש בדברי הסמ"ג אבל מבואר דהרמב"ם פוסק כחכמים דסתם חרמים כהנים ואולי טעות הדפוס יש בזה בט"א ז"ל. אמנם הט"א כתב בשיטת רש"י ז"ל כן דאזיל בפירושו אליבא דריב"ב דסתם חרמים לבדה"ב:

ובעיקר הדבר נלע"ד בזה דניהא דכתב הט"א ז"ל דאליבא דריב"ב דסובר סתם חרמים לבדה"ב ליכא בל תאחר על חרמי כהנים משום דהא דכתיב כל תרם ק"ק הוא לד' קאי על חרמי בדה"ב וגבי בל תאחר כתיב לד"א ואתי זה דוקא על קדשי בדה"ב דכתיב בהו ק"ק הוא לד' אבל לא על חרמי כהנים דלא כתיב בהו לד"א הואיל דסתם חרמים הוא

לבדה"ב אבל מנ"ל לומר דמן התורה יהי' מותר לבעלים ליהנות משדה החרם שהוא לכהנים ואפילו אם נימא דלית בהו מעילה דלחכמים דסוברים סתם חרמים לכהנים אית בהו מעילה קודם שבאו ליד כהן אלא אפילו לדברי ריב"ב דהא דכתיב לד"א קאי על חרמי בדה"ב ונימא דליכא מעילה בחרמי כהנים אפילו בעודן בבית הבעלים אבל מנ"ל דלא היו כהקדש לענין שיהיו אסורין בהנאה וא"כ אכתי אינו מובן עדיין דברי רש"י ז"ל בזה ורק הואיל ואין לי תירוץ אחר על קושייתי הנ"ל מוכרחין לומר כדברי הרב הנ"ל נ"י אבל מצד הסברא הפשוטה נלע"ד דגם אליבא דריב"ב אסור ליהנות מחרמי כהנים בעודן בבית הבעלים. וגם מה דחקי' לרש"י ז"ל לנקוט דוקא אליבא דריב"ב ואכתי צע"ג אצלי להבין דברי רש"י ז"ל:

[כח] שם או"כ אק"ב כתבתי בשיטת רש"י ז"ל דסובר דכל שאין בהם מעילה אעפ"י שעדיין הם הקדש הם בכלל רעהו. צריך לציין בסוף [אק"ב] בזה"ל אח"ז ראיתי במוהרש"ל ז"ל בסוגיין ע"ד רש"י ז"ל שכתב אין מעילה בקרקעות נ"ב פירוש וחייב עליהם כמו שאר נכסי הדיוט דהא קתני הכא במתני' לקמן נכסים שאין בהם מעילה כו' אבל מ"מ ללשון ראשון אף כה"ג פטור מאחר שסוף סוף הקדש הוא וילפינן כולהו מהדדי כמו שפי' בתוס' ונכסים שאין בהם מעילה לאו דוקא קאמר אלא לדיוקא אקדשים קלים כדלקמן ודו"ק עכ"ל המהרש"ל ז"ל והרי מבואר בהדיא כן:

וי"ל ברש"י לקמן (דף ט' ע"ב) במתני' בד"ה נכסים שאין בהם מעילה כלומר אם הזקתי נכסים שאין בהן מעילה אני חייב לשלם אבל אם הזקתי נכסי הקדש אינו חייב דנפקא לן כולהו נזיקין משור רעהו עכ"ל. ולשון אם הזקתי נכסי הקדש מורה כל שהוא נכסי הקדש אפילו שאין בהם מעילה נ"כ אימעטו מקרא דרעהו והוא כלשון ראשון של רש"י ז"ל:

והנה ידידי הרב הנ"ל נ"י כתב אלי דיש לפרש כוונת רש"י ז"ל בזה דאפילו אם נימא דהמזיק הקדש חייב מה"ת מ"מ בקרקע כיון דחזינן דנתמעטו מדין מעילה א"כ הרי התורה לא קפדה על גזלתו וא"כ ה"ה דבמזיד אין לחייבו מצד מזיק וא"כ אפילו אם נימא דדוקא נזקי שור פטרה רחמנא בהקדש אבל נזקי נכסים חייב בהקדש וגבי ממיטב מ"מ ליכא למימר דר"ע דקאמר וק"ו להקדש קאי על בהמתו שאכלה מהמחובר דהקדש דבכה"ג כיון דלית בי' מעילה ל"ש לחייבו על נזקי בהמתו נ"כ דנזקי בהמתו לא עדיף מגזלתו בעצמו עכ"ד הרב נ"י. והנני לעשות קצת סמוכין לסברתו מדברי הש"ש (שמעתא וי"ו פ"ד) העלה שם דניהא דבמעיד להוציא ממון מרשות הדיוט לרשות גבוה הי"ל משום הוצאת ממון ואין ע"א נאמן בו אבל להיפוך להעיד מרשות גבוה לרשות הדיוט לא איכפת לן בהקדש משום תורת ממון שבו אלא משום תורת איסור שיש בו לכן אמרינן

בי' עא"נ באיסורין היכא דבידו והביא ראי' מדברי התוס' במס' מעילה (דף כ"א) כו' ולבסוף הניח בצ"ע דבר זה יעוש"ה בש"ש:

אמנם לאתר העיון היטב בזה נראה בזה דהנה הרב נ"י הנ"ל הבין מדברי רש"י ז"ל שכוונתו דמש"ה לא קאמר הש"ס או דהזיק שדה חבירו רעהו אמר רחמנא כו' דהא גם בלא המיעוט הקרא דרעהו נ"כ הי' פטור כיון דאין מעילה בקרקעות ולא קפדה התורה על גזילת הקדש כלל ופטור א"כ גם מזיק הקדש פטור משום האי סברא. אבל באמת ז"א דבשלמא אם ה' הדין דנהנה מקרקע הקדש פטור גם מן הקרן הי' מקום לסברתו הנ"ל אבל באמת הוה הדין דניהא דלא מעל בקרקע הקדש לענין חומש ואשם אבל הקרן מחויב מה"ת לשלם אף להסוברים דמזיק הקדש פטור מה"ת מן הקרן ג"כ מ"מ בנהנה מן קרקע הקדש בודאי דחייב בקרן ועיין בשמ"ק בסוגיין הבאתיו [באק"ד] בד"ה שוב ראיתי דניהא דאין מעילה בקרקעות אבל בקרן חייב וחזינן דממון הקדש לא הוי כהפקר גם במקום שאין בו דין מעילה וכמו דחייב בקרן הנהנה מן קרקע הקדש כמו כן הי' הדין דחייב בקרן במזיק הקדש אי לאו הקרא דרעהו וא"כ לא נוכל לפרש בכוונת רש"י ז"ל כמו שפי' מע"כ נ"י והפי' הפשוט בדברי רש"י ז"ל כמו שפירשתי וכן מצאתיו נם בדברי המוהרש"ל ז"ל שפי' כן הבאתיו לעיל:

ויש להוסיף עוד בזה ולומר דהנה עיקר הסברא שכתב מע"כ נ"י לדמות נהנה מן ההקדש לגזל ממון הדיוט מצינו בזה בתוס' מס' כתובות (דף למ"ד ע"ב) בד"ה זר שאכל תרומה דמחלקי בין תשלומי תרומה דהוא לכפרה משא"כ תשלומי הקדש שכתבו ז"ל אבל קרן וחומש להקדש אינו משום כפרה אלא משלם ממון שגזל הקדש עכ"ל. ולכאורה י"ל דבשלמא על הקרן יש לומר שפיר דהוי משי גזל וכמו דאם גזל להדיוט אינו נפטר אלא בתשלומין הה"נ בגזל להקדש ג"כ איכא עליו חיוב תשלומין להקדש אבל החומש לא גזל ואמאי לא נימא דהחומש הוא משום כפרה וצ"ל דהטעם דמשלם חומש הוא משום דדומה לגזל ונשבע דמשלם חומש אם הודה הואיל דעשה עוד עבירה שנשבע מלבד עבירת הגזל הה"נ בגזל הקדש דעשה איסור נוסף על האיסור גזילה מש"ה חייבה התורה אותו בחומש וחומש דגזל ונשבע הוי ממונא כדאיתא במס' ב"ק לקמן דף (ק"ד ע"ב) וכבר כתבתי בזה לקמן (על דף ק"י ע"ב) [אוקצ"ו] וא"כ י"ל דגבי נוזל הקדש הוי ג"כ החומש ממון כמ"ש התוס' במסכת כתובות שם ואכתי י"ל בזה. ולא מצאתי במפרשים שם במסכת כתובות על התוס' הנ"ל שידקדקו בזה. אבל עכ"פ חזינן דהתורה הקפידה על ממון הקדש כמו על ממון הדיוט ועוד יותר דמשלם חומש ג"כ וא"כ הה"נ בגוזל הקדש במזיד בודאי דשם גזלן עליו ובמזיק הקדש למ"ד מזיק הקדש חייב מה"ת בקרן

ורק ממעילה מיעטה התורה וא"כ איזהו סברא יהי' לחלק בין אם מזיק הקדש במחובר לקרקע או מזיק הקדש תלוש וא"כ אכתי לא הועיל כלל בדבריו ליישב מה שדקדקתי בדברי רש"י ז"ל בזה:

ובא"ק זה יש טעות הדפוס במ"ש הלשון ורק ריה"ג כו' והמזיק בהן פטו"ר. צ"ל והמזיק בהן חיי"ב:

[כט] שם או"כ אק"ג כתבתי דהא משכחת לה בפירות גמורין העומדין לתלוש כו' וידידי הרב הגדול הנ"ל העיר על דברי למה לא כתבתי בפשיטות דמשכחת לה בפירות תלושין שקצרן הגזבר ורצה לומר דלא נוכל לומר שקצרן הגזבר משום דאסור להגזבר לקצור משום דאסור לשנות את ההקדש ואח"כ מפקפק בזה מהא דמס' גיטין (דף ל"ט ע"א) דאי לאו הטעם דשערות של עבד כל כמה דקאי אשבוחי משבח הי' הדין בעומד לגזוז דמועלין בהן וכו' עכ"ד. ואנכי לא כן עמדי אלא דאין שום ספק אצלי דרשאי הגזבר לקצור תבואת שדה הקדש כדי למוכרן אם הוא לצורך. עיין מס' פאה (פ"ד מ"ז וח') ועוד בכמ"ד ואין שום צד ספק דיהי' אסור להגזבר לשנות הקדש היכא דהוא לצורך טובת הקדש וז"פ לע"ד:

ובני מו"ה ישכר נ"י העיר מהא דמס' ערכין (דף כ"ה ע"א) ת"ר ונגרע מערכך אף מן ההקדש שאם אכלה הקדש שנה או שנים אי נמי לא אכלה כו' ופירש"י ז"ל בד"ה אי נמי לא אכלה שלא זרע בה גזבר כלום ולא השכירה לשום אדם כו' עיי"ש ומשמע דמותר הגזבר לזרוע בשדה הקדש וזה הוא הא דקאמר הש"ס שאם אכלה הקדש כו' א"כ משמע דמותר לקצור וז"פ:

ובעיקר הדקדוק הנ"ל דנימא דאכלה בהמתו חיטין קצורין של הקדש. י"ל בזה דהא כתיב בקרא וביער בשדה אתר ואם אכלה חיטין קצורין לא הוי ההיזק בשדה אחר ולהכי מדוקדק יותר כמו שכתבתי דלינקט דאכלה פירות גמורין מחוברין דשייך שפיר למיקרי בשדה אתר ועיין מוהרמ"ל ז"ל שדקדק באמת דלימא דאכלה חיטין קצורין ומטעם שן ומיישב שם ועולה כדברי ודו"ק:

[למ"ד] דף ח' ע"א אוכ"ב אק"א בד"ה ולפי האמור מיושבים היטב באה"ד כתבתי ובפי"ט ממלוה שפיר פוסק דבהי' לו בינונית וזיבורית ניזקין ובע"ח בבינונית והטעם משום דפוסק דמה"ת בע"ת בעדית כו' וכן כתבתי עוד בתחילת [אק"ב] בזה"ל והנה כל הפלפול הזה הוא אם נימא דפסקינן כאידך תנא דברייתא דלית לי' לדעולא ורק כר"ש דבע"ח מדין תורה בעדית ורק מתקנת חכז"ל הוה הדין דב"ת בבינונית. וכ"ז נוכל לומר להרמב"ם ז"ל שאינו מפורש בהדי' בדבריו אם פוסק כעולא או לא כו':

והנה ידידי האברך הרב החריף ובקי מו"ה זלמן נ"י מק"ק אוניאווע הראה כי בפירוש מבואר הדין ברמב"ם (פי"ט מהל' מלוה ה"א) דפוסק כעולא וז"ל ודין תורה שיגבה בע"ח מזיבורית שנאמר בחוץ תעמוד כו' אבל תקנו חכמים בבינונית כדי שלא תנעול דלת בפני לווין עכ"ל הרמב"ם. ובעיני יפלא ג"כ שלא עיינתי היטב בשעת לימודי במקומו ופלפלתי בשיטת הרמב"ם לומר דפוסק כרב ששת ולא כעולא ובודאי הי' עונש מה"ש לומר בכוונת הרמב"ם ז"ל שלא כהלכה. וצרכינן לומר בשיטת הרמב"ם דסובר ג"כ כשיטת הרי"ף ז"ל וכמ"ש [באק"ב] בשיטת הרי"ף כן נימא בשיטת הרמב"ם ז"ל. ועיינתי עוד הפעם ונראה כי הסברות והפלפול שכתבתי בכאן [באק"א] הם סברות ישרות וניתנו להאמר ב"ה ורק שאין התירוץ עולה לפי שיטת הרמב"ם דפוסק כעולא ות"ח להאברך החריף הנ"ל שהראה הטעות בזה:

[לא] שם אוכ"ג אק"ב הבאתי דברי האו"ת (סי' קי"ט סק"ב) שכתב דבדינא דגרמי אם החיוב מדרבנן לא שייך שעבודא דאורייתא והקשיתי ע"ז דמ"מ כיון דהחיוב מדרבנן עכ"פ א"כ נשתעבדו הנכסים וגובה מהיורשים והלקוחות למ"ד שעבודא דאורייתא כו' כמבואר בפנים באורך וע"ז העיר האברך הרב החריף מו"ה צבי יהודא נ"י מק"ק קאליש דדברי האו"ת הם כמ"ש המהרש"ל והסכים לזה הש"כ (בסי' שפ"ו וסי' שפ"ח) דאם דד"ג דרבנן לא שייך שבועה דאורייתא גבי יעוש"ה וה"ה דאם דד"ג דרבנן לא שייך שעבודא דאורייתא עכ"ד. והנה לקמן (בדף ס"ב ע"א) [אול"ב] הבאתי דברי המהרש"ל והש"כ הנ"ל ושהקצה"ח (בס"ס פ"ז) חולק בזה וס"ל דגם בחיוב דרבנן שייך שבועה דאורייתא ויעו"ש מ"ש בזה. אולם מה שכתבתי כאן נכון גם לדעת המהרש"ל והש"כ דעיקר כוונתי להקשות דכיון דעיקר הטעם דמ"ד שעבודא דאורייתא הוא משום דהנכסים נשתעבדו וגם אחר שמת הלוה או מכרן ג"כ נשאר השעבוד בתוקפו על הנכסים וא"כ ה"ה בחיוב דרבנן ג"כ נשתעבדו הנכסים ג"כ בחיוב דרבנן ולא דמי למ"ש הש"כ דבדד"ג דרבנן לא שייך שבועה דאורייתא דהתם שפיר על חיוב דרבנן אין לחייבו חומר שבועה דאורייתא משא"כ הכא כמו דבחיוב דאורייתא נשתעבדו נכסיו מדאורייתא הה"נ בחיוב דרבנן נשתעבדו נכסיו מדרבנן וגובה מלקוחות שפיר וז"פ: ובעיקר מה שכתבתי להסביר ענין שעבודא דאורייתא משום דאע"ג דליכא שעבוד הגוף על היתומים ועל הלקוחות מ"מ נשאר השעבוד נכסי בתוקפו. עיין בר"ן כתובות פ' הכותב בהא דהמוכר שט"ח לחבירו כו' שכתב וז"ל ומיהו כשמת לוה אעפ"י ששעבוד גופו פקע שעבוד נכסיו לא פקע לפי שעיקר ערבותן של נכסים בענין זה הוא שכ"ז שלא ימצא הלוה שירד לנכסיו ויפרע מהם כו' עכ"ל ועיין בנתה"מ (סי' ס"ו סקכ"ד) מ"ש בשם האו"ת יעוש"ה ולמ"ד

שעבודא דאורייתא הוי השעבוד מן הדין תורה ולמ"ד לאו דאורייתא הוי רק מטעם פסידא דלקוחות:

דף ט' ע"א או"ל אק"ה [בדפי הספר כ"א] בד"ה והנראה כו' באה"ד בזה"ל גם רב מודה כו' דאינו חוזר וגובה מבעל הקרקע כו'. ט"ס יש בזה וצ"ל מבעל הכספי"ם:

עוד:

שם באקי"ב [בדפי הספר כ"ג הנדפס בין ב"ח לבנה] בזה"ל כדברים הללו כו' סי' כ"ז. צ"ל סי' ק"ז:

אול"א [בדפי הספר כ"ג] בד"ה ועיין בט"ז כו'. בזה"ל דאמרינן הלקוח"ה. טעות הדפוס וצ"ל החלוק"ה:

[לב] שם אול"ג מ"ש בענין אם מחויב לבזבז כל ממונו שלא לעבור על ל"ת שאב"מ. כתב אלי ב"ג הרה"ג מו"ה שמואל יהודא נ"י אבד"ק קוואהל דמדברי הריב"ש (בסי' שפ"ז) מבואר דגם בכה"ג חייב לבזבז כל ממונו ולא לעבור על ל"ת שאב"מ. והנה כבר זכה בזה מקודם ידידי הרה"ג מו"ה שלמה אברהם נ"י מק"ק אוזערקאוו בעהמח"ס ביכורי שלמה אשר הראני דברי הריב"ש הנ"ל אשר מבואר להיפוך מדברי הפרמ"ג שהבאתי בפנים. וכעת ראיתי בהגהות הגאון מוהרע"א ז"ל על יו"ד (סי' קנ"ז) העיר מדברי הריב"ש (סי' שפ"ז) ע"ד הפרמ"ג הנ"ל ובהגהות רעק"א ז"ל על תו"מ (סי' של"ט ס"י) לענין בל תלין וז"ל ושם בחינוך כתב אבל אם אין יכול לפורעו באותו יום אא"כ יאבד הרבה משלו לא חייב הכתוב בזה לפי הדומה עכ"ל עיש"ה והגאון ז"ל הביא דברי השו"ת חו"י (סי' קל"ט) דאם הוא לאו שאב"מ הוי כמו לעבור על עשה וא"צ ליתן כל ממונו וציין לדברי הפרמ"ג או"ח במשבצ"ז (סי' רמ"ו סק"ו) שמפלפל גם שם בענין זה:

והנה ב"ג הרב הנ"ל כתב עוד דמדברי הריב"ש נלמד דרק בעשה משום שהוא בשוא"ת א"צ לבזבז כל ממונו אבל לעבור על עשה בקו"ע אסור ובפתחי תשובה יו"ד (סי' קנ"ז סק"ד) כתב בשם ספר משנת חכמים ריש הל' יסוה"ת לחלק דדוקא בל"ת שיש בו מעשה וכתב דה"ה להיפוך במ"ע שעובר בקו"ע כמו כל לאו הבא מכלל עשה מחויב לבזבז כל ממונו וכתב ב"ג הרב נ"י להביא ראי' מהא דמס' ביצה (דף כ"א ע"א) דאמר שמעון התימני בלשת באה לעירנו ובקשה לחטוף את כל העיר ושחטנו להם עגל והאכלנום ופטרנום לשלום וא"ל ריב"ב תמה אני אם לא יצא שכרכם בהפסדכם הרי אמרה תורה לכם ולא לנכרים והלא הוי רק לאו הבא מכלל עשה והי' להציל ממונם וראי' לדברי הריב"ש כיון דעברו בקו"ע ולכאורה הוא ראי' נכונה:

(וי"ל בהרע"ב (פ"ו דשביעות מ"ה) דאסור להשכיר הקדישות. ובתוס' והרא"ש והר"ן שם כ' רק על שאלה וי"ל):

אולם לאחר העיון י"ל בזה דתליא בספיקו של המשנת חכמים המובא שם בפתחי תשובה אם דוקא בכה"ג שבא האנס לבעל אותו ממ"ע והוא רוצה בקיומו וליתן ממון רב הוא דא"צ לבזבז כל ממונו אבל אם בא האנס ליטול ממון רב אף כל הונו חלילה לו לומר שיבטל מ"ע בכדי שלא להזיק לו או דילמא לא שנא ושוב הביא ראי' דאף בכה"ג שבאים עליו בעסק ממון יכול לעבור על מ"ע בכדי שלא יהי' לו היזק ממון רב עכ"ל המשנת חכמים המובא בפ"ת שם. והנה לפי הספק הנ"ל דנימא דאסור בכה"ג הי' אפשר לומר דהתם במס' ביצה לא היו הבלשת רוצים שישחטו להם עגל ורק שבאו לחטוף העיר ואז לא היו רשאים לעשות כן לשחוט להם עגל ולעבור על הלאו הבא מכלל עשה אבל אם היו הבלשת רוצים שישחטו להם עגל ואם לא יחטפו את כל ממונם אפשר לומר דהיו מותרים לעשות כן:

והנה גם למסקנת המשנת חכמים דאף בבאים עליו בעסק ממון יכול לעבור על מ"ע להציל א"ע מן ההיזק אשר נראה מגמ' ביצה להיפוך. י"ל דיש חילוק בין אם ידוע בודאי שכשיעבור על המ"ע יציל ממונו אז י"ל דשרי אבל התם בביצה לא הי' ידוע להם שאם ישחטו להם עגל יהיו ניצולים בממונם והי' יכול להיות שלא יהיו נתרצים וא"כ עשו מלאכה שלא לצורך דהא עגל טריפה הי' אז הי' אסור להם לעשות כן אבל אם היו יודעים שיתרצו בזה אולי הי' שרי בכה"ג. שוב הראה לי ב"א הרב הגדול מו"ה דוד נ"י בשו"ת שואל ומשיב מהדורא רביעאה (ח"ב סי' ל"ט) שהשואל העיר ע"ד הפרמ"ג מש"ס דמס' ביצה הנ"ל וכתב דהעגל טריפה הי' ואמרינן בי' אהדרי' לאיסורא קמא ואיכא ל"ת עייש"ה וי"ל בזה:

עוד כתב ב"ג הרב הנ"ל בזה"ל עוד אפשר לומר דלהציל א"ע בעבירת עשה ג"כ אסור ורק אם אנסוהו לעבור אבל לא להציל א"ע ואף שבספר משנ"ח מובא בפ"ת הנ"ל כתב דאין חילוק אבל לכאורה הלא כמו דלעבור להכעיס במזיד מכין עד שת"נ הה"ד כשירצה להציל עצמו לעבור בעשה הוי כמזיד גמור ואסור והוי כביטול במעשה ומיושב קושי' דודי בספרו על הרמב"ן מהך דכתובות הנ"ל עכ"ל ב"ג הרב שיחי' ולדעתי דימה שני ענינים נפרדים דאף דלא אנסוהו לעבור על העשה ורק שרוצים ליטול כל ממונו והוא עושה מעצמו זה לעבור על העשה כדי להציל את ממונו און דינו כמו להכעיס במזיד שיהיו הב"ד מכין עשת"נ כיון דעושה זה מחמת אונס ממון וסוף סוף כאנוס הוא בדבר. והרי גם באינו רוצה ליטול לולב או אינו רוצה לקיים מצוה אחרת כתב הרמב"ן ז"ל

דדוקא היכא שהוא עושה זה להכעיס ומבעט אבל היכא שאינו עושה להכעיס ולבעט ורק שאינו רוצה לקיים המצוה מפאת איזהו טעם לא אמרינן מכין אותו עד שת"נ וכמו שהבאתי בפנים דברי הרמב"ן ז"ל ודברי הגאון מוהצ"ח ז"ל שמיישב בזה קושי' המור וקציעה ז"ל. וה"ה בהך דכתובות שאינו רוצה לקיים המצוה פריעת בע"ח מחמת שאינו רוצה להוציא הממון מידו, בודאי דלא מיקרי להכעיס וא"כ אף דחייב לקיים המצוה מ"מ אמאי מכין אותו עד שת"נ. וכן היכא דהאנס אנסו ליתן ממון והוא מציל א"ע במ"ע אע"ג דאסור לו לעשות כן וחייב ליתן לו כל ממונו וכספיקו של המשנ"ח ז"ל מ"מ אם לא עשה כן רק מציל ממונו ע"י עבירת עשה לא אמרינן בי' שנכוף אותו במכי' אותו עד שת"נ שיקיים העשה לפ"ד הרמב"ן ז"ל כיון שאינו עושה להכעיס רק מפני שחס על הממון שלו ואין זה מיקרי להכעיס. ודוגמא לזה ברמב"ם (בפ"ה מהל' יסה"ת ה"ד) ודברי הריב"ש המובא במלמ"ל שם דבג' עבירות דיהרג ואל יעבור אם עבר מחמת אונס אינו חייב מיתה עיש"ה וה"נ דכוותי'. תמצית הדברים דאינו מתיישב עדיין קושייתי מהא דמס' כתובות ע"ד הרמב"ן ז"ל הנ"ל: ועתה עיינתי עוד הפעם בעיקר קושייתי על דברי הרמב"ן ז"ל ונלע"ד דאולי אפשר לומר בזה דסברת הרמב"ן ז"ל הוא דכל שאינו מונע מעשיית המצוה מחמת ביעוט רק שיש דבר אחר אשר בשביל אותו דבר אינו עושה המצוה כגון מחמת טרחה או שאינו רוצה להוציא ממון לצורך המצוה בזה הוא דכתב הרמב"ן דבכה"ג לא אמרינן מכין אותו עשת"נ אבל כשיש ממון אחרים בידו דמה לו להחזיק ממון אחרים בידו ניהא דאין כוונתו להכעיס מ"מ אסור לו להחזיק ממון אחרים בידו והרי ר"מ סובר במס' כתובות (דף י"ט ע"א) דעדים שאמרו להם חתמו שקר ואל תהרגו דיהרגו ואל יחתמו שקר ועיין בשמ"ק במס' כתובות שם ולקמן בפרק הכונס [באוכ"ד אק"ב] כתבתי דהוא משום דאסור להציל עצמו בממון חבירו וניהא דלא פסקינן בזה כר"מ מ"מ כשמחזיק ממון חבירו בידו ואין הב"ד יכולין להגבות הממון מנכסיו ויש לו לשלם בזה שפיר אמרינן דכופין אותו אף דאינו מחמת שמבעט ורק דרוצה להחזיק ממון חבירו בידו ומש"ה שפיר אמרינן דאם אינו רוצה לעשות המצוה דפריעת בע"ח שפיר כופין אותו הב"ד עד שת"נ כנלע"ד ליישב קצח הקושי' הנ"ל ואכתי י"ל בזה:

וקצת דוגמא לזה הראה ב"ג הרה"ג מו"ה אפרים שרגא הלוי:

נ"י אבד"ק אונ'אווע בתוס' ב"ק (דף קי"ד ע"א) בד"ה ולא אמרן עיש"ה והכא עדיף יותר וקצרתי:

[לג] דף יו"ד ע"א אול"ד אק"א בענין שכתבתי דאף למ"ד מת עכו"ם אסור בהנאה אבל עבד כנעני או עכו"ם הקנוי לישראל שמת לא נאסר בהנאה כיון דאיכא לישראל קנין בו.

נוכל להוסיף בסוף [האק"א] בזה"ל ועפ"י סברא הנ"ל הי' אפשר ליישב קושי' התוס' במס' ערכין (דף ד' ע"א) בד"ה נפשות ולא המת ואע"ג דאסור בהנאה מה"ת ואינו בדמים סד"א דאיתני' בערכין הואיל ואתרבי מנוול ומוכה שחין דליתי' בדמים עכ"ל התוס' ולפי האמור אפשר לומר בישוב קושית התוס' הנ"ל דהואיל דמקשינן ערכין לדמים והיכא דאמר דמיו עלי שמין אותו כעבד ובעבד הי' מותר בהנאה לאחר מיתה וא"כ הו"א דגם בערכין הדין כן דיהי' צריך לשלם אם אמר ערך מת עליו ומש"ה איצטריך נפשות ולא צריכו תו התוס' לתרץ הואיל דאתרבי מנוול ומוכה שחין דליתי' בדמים וי"ל עוד בזה:
והנה העיר האברך הרה"ח ובקי מו"ה טובי' נ"י מק"ק ניישטאדט על דברי שכתבתי דעבד כנעני מת מותר בהנאה מהא דמס' גיטין (דף מ"ג) דאיבעי' להו מוכר עבדו לקנס אם תלה המכירה ובעי למיפשט מברייתא יליד בית מה ת"ל אם קנין כסף אוכל יליד בית לא כ"ש. אלו כן הייתי אומר מה קנין כסף דשוה כסף אוכל אף יליד בית דשוה כסף אוכל כו' ואס"ד דמוכר עבדו לקנסא מכר מי איכא עבדא דלא מזדבין לקנסא אין איכא עבד טריפה והא חזי למיקם קמי' במנוול ומו"ש [ופירש"י במנוול דמאיס והוי נמי טריפה דלאו בר קנסא הוא] ואי כדברי הנ"ל אכתי יקשה הא יכול למוכרו שיהי' שלו ולאחר מותו בודאי שוה מה לעורו וגידיו ובשרו אם נימא דע"כ מת מותר בהנאה עכ"ד הנ"ל. והנה באמת קושיא זו לא על דברי בלבד יקשה אלא גם בלעדי דברי יקשה עוד יותר בפשיטות ע"ד התוס' דכתבו בפירוש דשור ולא אדם איצטריך לעבד ולעכו"ם הקנוי לישראל שנפל לבור דההוא שרי בהנאה ויקשה הקושי' הנ"ל מהא דמס' גיטין הנ"ל ע"ד התוס'. ואנכי כתבתי רק די"ל דגם התוס' מודו דמת עכו"ם אסור בהנאה ורק בעבד כנעני או בעכו"ם הקנוי לישראל יש סברא לומר דמותר בהנאה וכמבואר בהספר אשר גם השו"ת שבו"י ס"ל כן בפי' דברי התוס' וא"כ אם לא נפרש בתוס' כפירושי הנ"ל ורק דגם מת עכו"ם מותר בהנאה יקשה קושי' הנ"ל בפשיטות. ולכאורה י"ל בהקושי' הנ"ל:
וליישב הקושי' נלע"ד עפי"ד הרשב"א ז"ל שם במס' גיטין (ד' מ"ג) בד"ה ואוקימנא בטריפה ומוכה שחין ותמי' לי אמאי לא א"ל ולטעמיך מי איכא עבדא דלא מזדבן שעה אתת סמוך לנגיחתו והוא קנסא לדידי' וניחא לי דאה"נ דהל"ל הכי אלא דלא חש וטובא איכא בגמ' דמצי למימר ולטעמיך ולא אמר וקושטא דמילתא קא מתרץ לי' דע"כ בטריפה ומוכה שחין אית לך לאוקמה להההיא דאי לא הא שוה כסף שהרי ש"פ למוכרו ולומר לו לכשינגח עבדי הרי הוא מכור לך מעכשיו ולשעה אחת סמוך לנגיחתו כנ"ל עכ"ל הרשב"א ז"ל והנה חזינן דהש"ס הי' רוצה עיקר לפרש לשון הברייתא דמשכחת עבדא דאינו שוה כלום וגם לא שייך לומר דאית לי' שווי' למוכרו לקנסא דנידוק מינה דלא

מהני מוכר עבדו לקנסא אלא דהברייתא מיירי באופן דלא שייך למוכרו לקנסא ובעצם אינו שוה כלום כגון במנוול ומוכה שחין וגם הוא טריפה דלאו בר קנסא הוא ואף דאיכא גווני דיכול למוכרו לקנסא לכ"ע כגון שמוכרו שעה אחת סמוך לנגיחתו מ"מ נוכל לפרש הברייתא דמיירי באופן הזה דלא שייך למוכרו לקנסא ג"כ כגון דהוא טריפה וא"כ נוכל תו לומר דמיירי הברייתא ג"כ במנוול ומוכה שחין שאין הבשר והעור והגידין שוין לאחר מיתתו כלום וז"פ לע"ד:

שוב ראיתי בשו"ת בית יצחק חאו"ח (סי' ט"ו אות ח') הקשה קושי' זו ע"ד התוס' ב"ק הנ"ל ודוחק לומר דמיירי דגם לכלבים לא שוה פרוטה דכל כה"ג הי"ל לפרושי והאריך בענין זה ולע"ד ע"כ מוכרח לפרש סוגית הש"ס דגיטין הנ"ל כן שלא יקשה על התוס' מסוגי' ערוכה הנ"ל:

והנה ראיתי שם בספר בית יצחק הנ"ל (אות ט') הביא דברי הר"ן מס' נדרים (דף ל"ט ע"ב) שכ' אהא דאמרינן בגמ' עבדים ושפחות הכנענים לעבידתא עבידא בהמה לפטימא עבידא וכתב הר"ן כשהם מתים מניחין אותם ואין אדם אוכלן ומשמע דאדם אין אוכלן ותיפוק לי' דאף שיאכלן אדם הרי הוא אסור בהנאה ואין לו הנאה מפטימא ומזה מוכח קצת דהר"ן ג"כ סובר דעבד מותר בהנאה ורק דאין עומד לאכילה ואמנם לפמ"ש לעיל י"ל ג"כ דהר"ן רוצה לומר טעם אעבדים ושפחות שלא קיבלו מצות עליהן דמותר בהנאה כו' יעו"ש. ואולם לפי סברתי הנ"ל אשר כן הוא ג"כ סברת השבות יעקב די"ל דמת עכו"ם אסור בהנאה ורק שאני עבד ושפחה דיש להאדון קנין הגוף בהם הוא דאין נאסרין בהנאה לאחר מיתתן שפיר מובן דברי הר"ן במס' נדרים (דף ל"ט) הנ"ל. ו ו ו ונוכל לומר דהר"ן סובר ג"כ דמת עכו"ם אסור בהנאה ורק בעבד כנעני שמת לא נאסר בהנאה ומש"ה הוכרח הר"ן ז"ל לומר הלשון שאין אדם אוכלן ולאו לפיטומא קיימו:

וראיתי בספר בכורי שלמה לידידי הרה"ג מו"ה שלמה אברהם נ"י בהשמטות לחאו"ח (סי' ב' וג') בפלפולו עם הגאון בעל בית יצחק הנ"ל בסברתי הנ"ל וכתב עלה (בסי' ג' אות כ"א) אחר שהביא סברתי הנ"ל כתב עלה ובאמת כבר הבאתי כמה ראיות בספרי בית יצחק חא"ח (סי' ט"ו) הנ"ל דמת עבד ודאי אסור בהנאה וגוף הסברא יש לדחות דהתורה אסרה מת בהנאה כמו חמץ בפסח ושור הנסקל וע"ז ומה בכך שהוא קנינו ואינו דומה לתכריכין שהוא אקצי' לגופו ואא"א דשא"ש משא"כ מת שהתורה אסרה עכ"ד ולכאורה י"ל דהואיל דילפינן עיקר ממרים ושם לא הי' לשום אדם קנין הגוף בה ומנ"ל דגם בכה"ג שיש לאחרים קנין הגוף שיהי' נאסר בהנאה. אולם לפ"ז יש למעט גם מת עכו"ם דלא דמיא למרים ואנכי כתבתי לסברתי די"ל דאף דמת עכו"ם אסור בהנאה אבל

עבד כנעני אינו נאסר בהנאה וא"כ לא נוכל לומר דנימא דעבד כנעני שמת יהי' מותר בהנאה ומת עכו"ם יהי' אסור בהנאה דהוי כתרתי דסתרי להדדי וא"כ נראה סברת הגאון בעל בית יצחק נכונה הואיל דהאיסור חל ממילא ולא ע"י מעשה האדם:

אולם מלשון הרמב"ם ז"ל (בפ"ה מהלכות ערכין הי"ז) דנראה מדבריו דמת עבד כנעני מותר בהנאה שלא יקשה עליו מהירושלמי דפ' המצניע (סוף הלכה יו"ד) דמת עכו"ם אסור בהנאה כתבתי לחלק כן ולאחר העיון היטב יש קצת סברא לומר כדברי הנ"ל. וכבר הארכתי בפנים והבאתי דמכמ"ד מבואר דמת עבד כנעני ג"כ אסור בהנאה. אח"ז ראיתי במקנה קידושין (דף נ"ו) על תוד"ה המקדש שהביא דברי השבו"י הנ"ל ומפלפל ליישב בזה גבי דהמע"ה ואח"כ כ' דדוחק לומר כדברי השבו"י ז"ל דגוף המת אינו נאסר מחמת שהוא קנוי לרבו ויעו"ש מה שמפלפל ולענין עורו ועיין במנ"ח (מצוה נ') וקצרתי:

ועל מה שכתבתי עוד בסברא הנ"ל דבעבד מת מותר בהנאה ע"פ הרשב"א בתשובה המובא במלמ"ל ז"ל שכ' דאי איכא מת דלא מיתסר בהנאה יין נסך דאסור בהנאה מנ"ל כו' וכתבתי לפי האמור דמצינן מת עבד דמותר מ"מ א"ש דמדמה יי"נ דאינו נאסר אם ניסך יין חבירו דאא"א דשא"ש רק יין שלו נאסר וע"כ מדמה רק יי"נ שאין לאחרים קנין הגוף בו למת שאין לאחרים בו קה"ג ע"כ:

וע"ז השיב האברך החריף ובקי מו"ה אברהם הלוי נ"י מק"ק ריסשיטץ דהלא הוא גמ' ערוכה במס' חולין (דף מ"א ע"א) דאף דאא"א דשא"ש מ"מ ישראל מומר מצי אוסר אף יין של חבירו וכן הוא בש"ע יו"ד (סי' ד') וא"כ יש יי"נ שנסכו אחרים שאין היין שלהם עכ"ד הנ"ל:

והנה דבר זה דישראל מומר מצי אוסר תליא בשני לשונות בגמ' דחולין שם וללישנא קמא ס"ל לר"נ ולר"ע ור"י דאינו יכול לאסור דבר של חבירו אף אם כוון באמת לאסור וא"כ גם ישראל מומר אינו יכול לאסור ורק ללישנא בתרא דר"נ ור"ע ור"י דס"ל דמה דאינו יכול לאסור משום דלצעורי קא מכוון אבל באמת אם כוון לע"ז מצי לאסור ומש"ה ישראל מומר מצי לאסור ועיין בלבוש מ"ש בזה ובכו"פ (בסי' ד' סק"ג) דמה"ת אינו יכול לאסור כלל דבר של חבירו ורק מדרבנן יכול לאסור ורק דאין מאמינים לו ואמרינן שכוון לצעורי ובישראל מומר לא אמרינן שכוון לצעורי יעוש"ה בכו"פ. וא"כ י"ל דהרשב"א ז"ל הכי ס"ל וכיון דמדאורייתא אינו יכול כלל לאסור דבר של חבירו וא"כ גם ישראל מומר אינו יכול לאסור כלל והתם במס' ע"ז (דף כ"ט ע"ב) יליף הש"ס מקרא ומן התורה אינו משכחת כלל שיין נסך יהי' נאסר אלא בניסך יין שלו דוקא ודו"ק בזה:

[לד] שם אול"ד אק"ג כתבתי דבשלמא גבי שוה"נ דאסור השור בהנאה לאחר מיתה אם כן מתייאש מכולו כו'. והנה זה דוקא לשיטת התוספות זבחים (דף ע"א ע"א) ד"ה ברובע דרובע ונרבע אסורים בהנאה וא"כ מתייאש מכולו. אבל לשיטת הר"א דרובע ונרבע מותרים בהנאה לאחר שנסקלו והא דמייאש מיני' הוא במה ששוה יותר מחיים מלאחר מיתה כמ"ש התוס' בכריתות (דף כ"ד ע"א) ד"ה דאמרו א"כ גם גבי שוה"נ לא הוי היאוש אלא לחצי החפץ וכאשר הוכיח באמת חותני הגאון ז"ל בפתחי שערים במסכת ב"מ (דף ק"ח) שהבאתי מדברי התוס' אלו דיש יאוש לחצי החפץ ולזה העירני נ"ג ידידי הרב הגדול מו"ה זעליג ישכר נ"י אבד"ק סקולסק. ועיין בספר לקמן (על דף כ"ף ע"ב) [או"ח] בד"ה ולפי פירושי כו' הבאתי בעצמי בקצרה דלשיטת הר"א בתוס' כריתות הנ"ל מוכח דמהני יאוש לחצי חפץ והבאתי גם דברי הפ"ש הנ"ל עיי"ש:

ועל מה שכתבתי עוד שם [באק"ג] דאפי' לשיטת התוס' דעבד כנעני שמת מותר בהנאה מ"מ כל שנגמר דינו בב"ד והב"ד חייבוהו מיתה והמיתוהו אז אסור בהנאה דומיא דשור הנסקל כו' כמבואר בפנים. וכתב ע"ז ידי"נ הרה"ג המפורסם כש"ת מו"ה מאיר דן נ"י הגאבד"ק דוואהרט בספרו הנחמד כלי חמדה פ' משפטים (אות י"א) לדחות סברתי הנ"ל דא"כ להסוברים דשוה"נ נאסר מחיים הכי נימא דהעבד ג"כ נאסר בהנאה מחיים. ועוד הביא סוגית הש"ס דמס' ערכין (דף ז' ע"ב) תניא כוותי' דרנב"י האשה שמתה נהנין בשערה בהמה שנהרגה אסורה בהנאה ומה הפרש בין זה לזה זו מיתתה אוסרתה וזו גמר דינה אוסרתה. ומבואר דמיתת אדם אין הגמ"ד אוסרו ומה שאסור בהנאה הוא רק משום דמת בעלמא ג"כ אסור בהנאה אבל אין החיוב ב"ד והגמ"ד עושין שום פעולה לענין אסה"נ. ופשוט דה"ה בעבד כנעני דדינו כישראל לכל מילי א"נ דאינו אסור בהנאה מכח מת פשיטא דאין הגמ"ד אוסרו בהנאה עכ"ד הרב שיחי' ומפלפל עוד בענין זה:

ולע"ד על משמרתי אעמודה דהסברא נכונה כמו שכתבתי. כי אנכי לא כתבתי רק על עבד כנעני שנגמ"ד למיתה והומת ע"פ ב"ד ומשום דעבד כנעני גופו קנוי להאדון ויש לו בו קנין הגוף כמו שיש לו בשורו ומש"ה דומה עבד שנגמ"ד למיתה והומת לשור הנסקל ממש. והש"ס בערכין שם דקאמר דגבי אשה אין הגמ"ד אוסרתה רק המיתה שם קאי בבת חורין דאין לאדם אחר קנין הגוף בה מש"ה אינו דומה לשוה"נ כלל ולא שייך לומר שגמ"ד אוסרתה דבן חורין אינו נאסר משום הגמ"ד דאינו דומה לשוה"נ אבל עבד כנעני דומה לשוה"נ והרי מצינו במס' גיטין (דף ל"ט ע"א) דמצי להקדיש את עבדו ובמס' סנהדרין (דף ט"ו ע"א) קאמר הש"ס אדם מי קדוש ועיין תוס' שם ד"ה אדם שהקשו דלוקמא בעבד יעו"ש מה שתירצו. וברמב"ם ז"ל (פ"ה מהל' מעילה ה"י) המקדיש עבדו

אין מועלין בו ולא בשערו אע"פ שהוא עומד להגזז מפני שהוא מחובר לו כו' עכ"ל ובכ"מ ז"ל בפ"ק דסנהדרין (דף ט"ו) ובפרק השולח (דף ל"ט) פלוגתא דתנאי ופסק כת"ק עכ"ל. אבל עכ"פ מבואר דעבד קדוש. ולת"ק דאין מועלין וכ"פ הרמב"ם הוא משום דאין מעילה במחובר וא"כ חזינן דהזכות שיש להאדון בהעבד הוא זכות בגופו ממש ותל עליו שם הקדש אבל בבן חורין אדם אינו קדוש דלא שייך קנין הגוף באדם בן חורין רק בעבד כנעני יש לו להאדון קנין הגוף בו והוא ממש כמו שורו. ועיין במס' ב"ק (דף ד' ע"א) שהביא הש"ס הא דמס' ידים (פ"ד מ"ז) דטעמא דאין האדון חייב לשלם מה שעבדו הזיק כמו שחייב בשורו שהזיק הוא מטעמא דשמא יקניטנו כו'. וחזינן דאי לאו האי טעמא הי' מתחייב עליו האדון כמו על שורו שהזיק. א"כ שפיר יש לומר סברתי הנ"ל דעבד שנגמ"ד למיתה הוא כמו שור הנסקל ונאסר בהנאה מטעם שנגמר דינו. ומש"ס דערכין אין קושי' דשם איירי בבת חורין. ויש להעיר עוד מב"ק (דף מ"ט ע"א) אר"פ שור שנגח את השפחה ויצאו ילדי' משלם דמי ולדות מ"ט תמרתא מעברתא בעלמא הוא דאזיק דא"ק שבו לכם כו'. א"כ יש סמוכין מזה לסברתי. אולם בתוס' שם ד"ה ממרתא ובשמ"ק שם כתבו דשפחה היא בכלל אדם ויעו"ש מ"ש וי"ל בזה:

ויש לעשות עוד סמוכין לסברתי מהא דמס' סנהדרין (דף י"ט ע"א) דעבדי' דינאי מלכא קטל נפשא אמר להו שמעון בן שטח לחכמים תנו עיניכם בו ונדוננו שלחו לי' עבדך קטל נפשא שדרי' להו שלחו לי' תא אנת נמי להכא והועד בבעליו אמרה תורה יבא בעל השור ויעמוד על שורו כו' הרי מבואר דעבד כנעני מיחשב כשורו וכמו דצריך להיות בעל השור לפני הב"ד בשעה שהב"ד דנין השור כן נמי צריך האדון להיות לפני הב"ד בשעה שהם דנין את עבדו. אלמא דגמר דינו של העבד למיתה הוא כעין גמ"ד של שורו. והנה בהא דאיתא עוד שם דא"ל עמוד על רגליך ויעידו בך פירש"י ז"ל ויעידו בך שעבדך הרג את הנפש דעבדו כחמורו והפסד ממון הוא לו לפיכך צריך לדונו בפניו עכ"ל. והי' נראה לכאורה דעיקר הטעם מה שהאדון צריך להיות בפני הב"ד הוא רק משום דהוי ממונו. והיינו דבזה שהב"ד דנין את עבדו למיתה יש בזה שני ענינים. א' דיני נפשות להרוג את העבד. והב' דיני ממונות דהא העבד ממונו של האדון ומפסידין אותו. וא"כ י"ל דמשום סוג דיני נפשות שיש בזה באמת לא הי' צריך להיות בפני האדון ורק משום דיני ממונות מש"ה אי אפשר לדונו ולהפסיד את האדון שלא בפניו ולהכי דקדק רש"י ז"ל לומר משום דהפסד ממון הוא לו. ולפ"ז י"ל דאין סמוכין מסוגי' זו לסברתי דהא לענין תה שיש בזה דיני נפשות נוכל לומר דאין שייכות להאדון בזה. רק לענין מה שיש בזה הפסד ממונו להכי צריך להיות בפניו. אך באמת אף דנקיט רש"י ז"ל משום הפסד

ממונו אבל גם בשור הנסקל נימא דהא דאמרה תורה יבא בעל השור ויעמוד על שורו הוא ג"כ משום הפסד ממונו והרי תו דומה עבדו לשורו. וכמו דהתם נאסר השור בהנאה ה"נ נאסר העבד בהנאה. ועוד דלהדי' מבואר בתוס' דלענין ד"נ צריך להיות בפניו שכתבו בד"ה ינאי המלך כו' ז"ל והא דאמרי' בפרק שבועת העדות (דף ל') שאם רצו להושיב שניהם מושיבין דאינו אסור אלא אחד עומד ואחד יושב כו' וי"ל דדיני נפשות שאני כו' עכ"ל. ועיין בב"י חו"מ (סי' שפ"ח) בשם תשו' הרשב"א ז"ל משמע ג"כ דזה דקאמר הש"ס דצריך להיות בפני האדון הוא משום ד"נ יעוש"ה. וא"כ כיון דחזינן דד"נ שיש בגמ"ד של העבד יש בזה שייכות להאדון וצריך להיות בפניו ממש כמו בשור הנסקל וא"כ שפיר נוכל לומר כסברתי דגמ"ד של עבד אינו כמו גמ"ד של בן חורין והוא כמו שור שנגמ"ד דנאסר בהנאה:

ויש להסביר עוד דהא דעת הר"ר אפרים בתוס' כריתות (דף כ"ד ע"א) ד"ה דא"ל דרובע ונרבע אינו אסור בהנאה דלא גמרינן לי' משור הנסקל. והתוס' חולקים עליו בזה. ע"כ דס"ל להתוס' דגמרינן רובע ונרבע משוה"נ דהיינו משור שהמית. ועיין בספר, ראש יוסף תולין (דף פ"ה ע"א) עמ"ש רש"י חי' ועוף הנסקלין שנרבעו העיר מנ"ל אם שחטן לאחר שנגמ"ד שיהא בשרן אסור שהרי בשוה"נ שהמית את האדם צריך קרא על זה וא"כ בשאר הנסקלין מנלן ואפשר דמ"מ ילפינן שאר הנסקלין מיני' יעו"ש. וא"כ ה"ה ע"כ שנגמ"ד כיון דהוא של האדון כשורו ג"כ י"ל דילפינן משוה"נ. ואף אם נימא דקודם שהומת בב"ד אף שהוא לאחר גמ"ד עדיין אינו נאסר בהנאה ואף דבשוה"נ דעת החולקים על הר"ת וס"ל דנאסר מחיים אבל על עבד כיון דהוא אדם תי יש לספק ולומר אולי לא שייך לומר על אדם חי שנאסר בהנאה ויש לצדד בזה לכאן ולכאן אבל אחר שהומת העבד בב"ד שפיר יש לומר כסברתי. וכן כתבתי בפנים הספר עיקר הסברא על עבד שנגמ"ד וכבר הומת בב"ד. ומש"ה תירצתי הא דירושלמי משום דהאדון מתייאש מיני' כיון שנגמ"ד ובודאי יומת בב"ד:

שוב ראיתי במנ"ח (מצוה נ"ב) שהעיר כן על הירושלמי דעבד שיוצא ליהרג אמאי מתייאש ממנו האדון להתוס' דע"כ מת מותר בהנאה. ואף דנגמר דינו למיתה. והביא גמ' דערכין (דף ז' ע"ב) הנ"ל דאדם אין גמ"ד אוסרו כלל וכתב דאין לומר בעבד שיהי' דינו כשור לענין דגמ"ד אסרו ולאחר מיתה יהי' לו דין שוה"נ דז"א דבודאי דינו כבן חורין עכ"ד המנ"ח ז"ל. והנה גם המנ"ח לא כתב ראי' לזה רק מצד הסברא ולע"ד נראה דיש לומר הסברא כמו שכתבתי:

[לה] דף יו"ד ע"ב אול"ו הבאתי דברי הרשב"א ז"ל לקמן (על דף נ"ג ע"א) והובא ג"כ בשמ"ק שם שכתב דבר חדש דאף לרבנן דפליגי על ריב"ב וסוברים דהכוהו עשרה ב"א בעשר מקלות בין בב"א ובין בזאח"ז ומת דכולן פטורין משום דכתיב כי יכה כל נפש מ"מ אם שנים אחזו כאחד ברומח ודקרוהו או במקל א' והכוהו עד שמת שניהם חייבין יעוש"ה. וכתבתי דמהרמב"ם ז"ל (בפ"ד מהל' רוצח וש"נ ה"ו) מבואר דחולק בזה כמבואר בפנים. אעתיק בזה מכתב אאמו"ר הרה"ג מוה"ר יוסף ז"ל מה שכתב לי על זה בקצרה בזה"ל מה שרצית לומר דהרמב"ם והרשב"א חולקים הטבת לראות והדין עמך כי עין בעין נראה שהרמב"ם חולק אך קשה מאוד לפ"ד הרשב"א ז"ל אם עשרה ב"א יהרגו א' במקל א' או בחץ יהרגו כולם וזה אינו מובן שעשרה יהרגו בשביל א'. הגם בעדים זוממין מצינו אפי' מאה זה באמת חידוש ובאמת הרשב"א בעצמו לא החליט זה והניח בצ"ע עכ"ל מכתב אאמו"ר זצ"ל. ועיין מ"ש [בק"א] לקמן (על דף למ"ד ע"ב) [או"ז אק"א]:

אול"ח [בדפי הספר כ"ח] בד"ה והנה סברא כו' שהבאתי לשון הרא"ש ונתחיי"ב להראשו"ן. טעות הדפוס וצ"ל ונתחיי"ב ל"ו הראשו"ן: [לו] דף י"א ע"א אומ"א אקב"ג כתבתי באריכות דשינוי לגריעותא לא קני ולקמן [באק"ה] כתבתי ליישב בזה מה שקשה בהא דמס' ב"ק (דף ע"ח ע"ב) בעי ר"פ גנבה קטעה ומכרה כו' והלא כשקטע ממנה אבר הוי שינוי ויקנה אותה בשינוי וא"כ שלו הוא מוכר וכבר הקשה כן התורי"ד ז"ל שם והבאתיו לקמן (על דף ע"ח) [אוקל"ט] אבל אם נימא כמ"ש דשינוי השבור לא קנה א"ש דהא מה שקטע ממנה אבר הוי שינוי לגריעותא כו'. והנה הגיעני מכתב מכבוד אאמו"ר הרה"ג מוה"ר יוסף זצ"ל והשיג איזהו השגות ע"ז ואו כתבתי לו על תמצית דבריו הקדושים ואעתיקו כאן ואבוא כסדר הכתוב אצלי מאו. הנה אאמו"ר הרה"ג כתב בזה"ל מה שרצית לתרץ הקושי' בהא דמיבעי' לר"פ לקמן (בדף ע"ת) גנבה קטעה דהא קניא לה בשינוי משום דהוי שינוי השבור דהוא לגריעותא אינו שינוי. ז"א מהא דר"פ מרובה שמינה והכחישה שם נראה דבין שינוי לגריעותא ובין לטיבותא קני וגם מפרק הגוזל (דף צ"ה ע"א) לצבעו אדום וצבעו שחור. וא"ל כמו שתי' הש"ס בב"ק (דף ס"ו ע"ב) זה מתייאש וזה אינו רוצה לקנות דז"א דגבי חמץ הוא לטובתו אם לא יקנה אבל הכא בקטע ממנה אבר הוי לטיבותא אם יקנה דיפטור מתשלומי דו"ה עכ"ד:

ולע"ד י"ל על מ"ש בראשונה מהא דשמינה והכחישה דהנה לרש"י ז"ל דפי' מה לי קטלה כולה מ"ל קטלה פלגא משום דהכחשה אתחלתא דטביחה היא אין קושי' כלל ורק הכוונה עפי"ד התוס' בד"ה מה לי שמפרשי דהכי פריך מה לי קטלה כולה דאין

הולכין בתר הדמים דהשתא דקנאה בשינוי ואינה של נגנב אלא בתר מעיקרא שהיתה שלו וה"ה בקטלה פלגא כו' ומבואר בתוס' דהכתישה הוי שינוי אע"ג דהוי לגריעותא. והנה מלבד מה שכתבתי בעצמי דהתוס' בב"ק (דף ס"ח ע"א) בד"ה מה טביחה ובמס' גיטין (דף נ"ג ע"ב) בד"ה גזלן לא ס"ל הך סברא דשינוי השבור ל"ק א"כ אין קושי' מתוס' הנ"ל ורק שם בב"ק (דף ע"א ע"ב) בתוד"ה איסורי הנאה נראה לכאורה דס"ל ג"כ הך סברא שכתבתי כאשר פירשתי שם דבריהם לקמן בפ' מרובה [באפ"ד] יעו"ש:

אולם לאתר העיון היטב בדברי התוס' נראה דע"כ הכחישה לא מיחשב שינוי גמור דאל"כ ליפטר מדו"ה גם בקטלה פלגא משום דקניא לה בשינוי ורק סברת התוס' דכמו דבקטלה כולה אין הולכין בתר הדמים דהשתא דקנאה בשינוי ואינה של נגנב אלא בתר מעיקרא אזלינן והה"נ לקטלה פלגא דהיינו הכחישה אבל לא. דיהי' הכחישה שינוי לקנות דאם הי' מיחשב שינוי לקנות לגמרי לא הי' מתחייב כלל בתשלומי דו"ה וכן מבואר בשמ"ק שם בד"ה מה לי וז"ל כלומר כי היכי דבקטלה לא משלם לפי דמים דהשתא לפי שנשתנית משעת הגניבה כמו כן בקטלה פלגא דהיינו בהכחשה לא תשלם כדהשתא דכיון שנשתנית גוף הגניבה כו' ואע"ג דמחייב דו"ה אטביחה גם לאחר שינוי זה דלא חשיב שינוי זה לקנותה לומר שלו הוא טובח כו' ואכתי שם הראשון עלה גם לאחר הכחשה שקורין אותה פרה כבתחילה ושינוי גמור נמי לא הוי מ"מ לענין שלומי לא משלם כי השתא כיון דאיכא שינוי בגוף הבהמה כו' יעו"ש. וא"כ אין סתירה משם לדברי בזה ואולי נוכל לומר עוד קצת ראי' מתוס' הואיל דחזינן דהכחישה לא מיחשב שינוי לקנות שיפטור מדו"ה וי"ל בזה:

אולם השמ"ק שם בד"ה הא דתניא שמינה והכחישה משלם תשלומי כפל לחודי' גרסינן ובהכחשה דלא הדרא דקני' בשינוי והי"ל כמאן דקטלי' פלגא הראב"ד ז"ל עכ"ל. והראב"ד ז"ל ע"כ לא ס"ל בסברא זו שכתבתי וסובר כשיטת התוס' במס' גיטין (דף נ"ג ע"ב) שהבאתי:

ומ"ש אאמו"ר הרה"ג מהא דלצבוע אדום וצבעו שחור איני יודע הכוונה בזה דהא התם איכא שבחא בהצמר ורק שאילו הי' צבעו אדום הי' השבח יותר וכן גם אם היציאה יתירה על השבת אבל עכ"פ איכא שבחא בהצמר וי"ל בזה: עוד כתב אאמו"ר הרה"ג על עיקר הקושיא של התורי"ד הנ"ל די"ל כגון שקודם שעשה משיכה בהגניבה כראוי כגון שמשכה ברה"ר דלא הוי משיכה קטעה ואח"כ הגבי' ונעשה גנב וטבחה ומבעי' לר"פ אי חייב בדו"ה ואח"כ דחה זה דמלבד דלשון הש"ס גנבה קטעה משמע שקודם שקטעה עשה מעשה הגניבה שיהי' נחשב גנב עליו ועוד דאם קטעה מקודם שהגבי' חייב משום

מזיק ואפשר לא חייב תו בדו"ה וצ"ע בזה עכ"ד אאמו"ר הרה"ג. ולע"ד י"ל דחייב בדו"ה דהא מזיק אינו קונה להחפץ דהא בעלים מטפלים בנבלה ודרשינן לה מקראי במס' ב"ק (דף יו"ד ע"ב) ואם קטעה ואח"כ נעשה עלי' גנב משלם מקודם ההיזק ואח"כ משלם כפל ודו"ה על בהמה קטועה ולא אבין מקום הספק בזה:

עוד כתב אאמו"ר הרה"ג לתרץ הקושיא הנ"ל והעלה דבר חדש דכמו דגזלן וגנב צריכין לעשות קנין משיכה או הגבהה אשר באמת אינו קונה ורק לענין להתחייב באונסין מכ"ש כשנעשה שינוי שיקנה גוף הבהמה בודאי דצריך שיהי' הגזילה והגניבה קיימא אז בחצירו של הגנב והגזלן שיקנה לו חצירו להגניבה אבל אם בשעת השינוי לא קיימא בחצירו ל"ק ויש לומר דגם כי הכניסה אח"כ לחצירו או הגביהה לא קנה דבעינן שבשעת השינוי יעשה בה קנין. מיהא י"ל דגם אם לאחר השינוי עשה בה קנין ג"כ מועיל הקנין לקנותה אבל אם לא נעשה בה אח"כ שום קנין לא מועיל השינוי בלבד לקנותה לגמרי וא"כ מיושב קושית התורי"ד הנ"ל דאיבעי' דר"פ היא דקטעה וטבחה ברה"ר דלא קני לה בשינוי במה דקטעה הואיל דהי' ברה"ר עכ"ד אאמו"ר הרב. והנה באמת היא הערה חדשה אם השינוי בעצמה יהי' עושה הקנין או דרק ע"י השינוי מועיל הקנין של הגזלן והגנב, ואיני זוכר אם כתוב מזה בספרים:

והנה גבי יאוש למ"ד דיאוש קונה כתבו התוס' בב"ק (דף ס"ט ע"א) בד"ה כל, שלקטו לשני הסברות אלו וז"ל דאי יאוש קני בכל ענין אפילו אם אין הגזילה ברשות הגזלן בשעת יאוש [דקדקו לכתוב בשעת יאוש ומצד הסברא גם אם לאחר יאוש בא לחצירו של הגזלן או הגביהה ג"כ יהי' מועיל והוא דומה לספיקו של אאמו"ר הרב לענין שינוי] כו' ואפילו את"ל דלא קני אא"כ הגזילה ברשות הגזלן אבל אם היא ברה"ר בשעת יאוש כל המחזיק בה זכה בה [הנה גם בכאן דקדקו לכתוב אם היא ברה"ר בשעת היאוש משמע לכאורה ג"כ דבעינן דוקא שיהי' ברשות הגזלן בשעת היאוש דוקא, אולם לאחר העיון היטב כל שלא זכה בה אחר מקודם שנעשה בה אח"כ קנין הן שהכניסה לחצירו או הגבי' הגזילה ג"כ קונה הגזלן ורק כוונתם במ"ש שיהי' ברשותו בשעת יאוש או ברה"ר בשעת היאוש הוא רק לענין אם קדם אחר וזכה בה דאם הי' ברשותו בשעת יאוש זכה בה הגזלן ולא יוכל תו אחר לזכות בה ולעולם דגם אם לאחר היאוש נעשה בה קנין מן הגזלן קודם שזכה בה אחר פשיטא דזכה הגזלן לגמרי וז"פ לע"ד וא"כ גם מ"ש אאמו"ר הרב לענין שינוי ג"כ הוי כן דאף אם לאחר השינוי נעשה בה קנין מהגזלן ג"כ מועיל. מיהא אולי יש לחלק דשאני גבי יאוש דהתוס' אזלו התם דיאוש מטעם הפקר וא"כ אף דעומדת ברה"ר ולא קנאו הגזלן מ"מ נעשה הפקר ומש"ה לאחר היאוש כל המחזיק בה זכה אם עומדת

הגזילה ברה"ר ואם עדיין לא זכה בה אחר מצי הגזלן לזכות בה מן ההפקר. אבל הכא בשינוי אם נימא דצריך לעשות בה קנין י"ל דאם בשעת השינוי לא עשה הגזלן הקנין גם הפקר לא נעשה אז וא"כ י"ל דלא מועיל תו מה שעושה הגזלן אח"כ הקנין משא"כ גבי יאוש דעכ"פ נעשה הפקר בשעת היאוש. אולם לפמ"ש לקמן דאף אם נימא דשינוי בעי עוד קנין מ"מ בשינוי גרידתא יצא מרשות הבעלים ורק דאין הגזלן קנאו עד שיעשה בו קנין וא"כ תו דמי ממש ליאוש ומהני אף אם הגזלן עושה הקנין אחר השינוי וכמש"ל ביאוש וי"ל עוד בזה] והנה כתבו התוס' הספק הזה לענין יאוש למ"ד יאוש קונה ונראה קצת מסגנון לשון התוס' דנוטים יותר דלא בעינן שיהי' בחצירו של הגזלן ורק דלמ"ד יאוש קונה גם כי קיימא ברה"ר ג"כ מועיל היאוש שיהי' זוכה בה הגזלן. אבל לענין שינוי לא מצאתי עוד סברא זו:

ולכאורה י"ל מהא דב"ק (דף ס"ה ע"ב) דאר"א גנב טלה ונעשה איל כו' נעשה שינוי בידו וקנאו טבח ומכר שלו הוא טובח שלו הוא מוכר איתיבי' ר"ח לר"א גנב טלה ונעשה איל משלם דו"ה כעין שגנב ואס"ד קנייי' בשינוי אמאי משלם שלו הוא טובת כו' ומאי פריך נימא דברייתא איירי דקיימא ברה"ר דלא נעשה בה קנין אחר השינוי ומש"ה חייב בדו"ה. ונכדך ב"א הרב החריף ובקי מו"ה דוד נ"י כוון ג"כ זה להוכיח מסיגי' זו ואח"כ דחה דלא נוכל לפשוט מכאן משום דאם נוקי להברייתא כן דמיירי שלא נעשה בה קנין אח"כ עדיפא הי"ל להתנא דברייתא לאשמועינן גם בשינוי בידים הדין כן דל"ק וחייב בתשלומי דו"ה כעין שגנב אלא ע"כ דמיירי שהוא קיימא בחצירו של הגנב ואפ"ה חייב בדו"ה הואיל דהוי שינוי דממילא וקשה על ר"א דסובר בעגל ונעשה שור נעשה שינוי בידו וקנאה עכ"ד:

ולער"נ דאולי אפשר לומר דגם אם נימא דבעינן שבשעת השינוי יהי' מונח בחצר הגנב אז קונה בשינוי מ"מ י"ל דגם אם בשעת השינוי קיימא ברה"ר מ"מ כבר יצא לגמרי מרשות הבעלים וא"כ לא מצי הש"ס לשנויי דברייתא מיירי שהשור עומד ברה"ר ולא הי' בחצירו של הגנב משים דנם בכה"ג הי"ל דפטור מתשלומי דו"ה הואיל דכבר פקע זכות הבעלים לגמרי ולאו דמרי' קטבח כן הי' נראה לכאורה:

אולם לפ"ז יהי' נשאר קושי' הנ"ל דמאי קמיבעי' לר"פ גנבה קטעה כו' דהא הוי שינוי ואי דנימא דמיירי דקטעה ברה"ר הלא סוף סוף כבר יצא לגמרי מרשות הבעלים ולאו דמרי' קטבח:

ובגוף הדבר אם בעינן שיהי' בחצירו של הגנב או שיעשה בו משיכה או הגבהה ואז הוא דקונה ע"י השינוי או דע"י השינוי בלבד קונה הגנב תמיד הי' הדבר פשוט אצלי דגם כי

קיימא ברה"ר ג"כ קנה ע"י השינוי וכאשר כתבתי בפשיטות בפנים [אק"ב] בביאור קצת אשר ע"ז הי' עיקר יסוד פלפולי שם. אולם אאמו"ר הרה"ג הכניסני לבית הספק בזה ולא מצאתי עוד ראי' מוכרחת בלא תשובה לא לכאן ולא לכאן:

ועיינתי עוד בזה ונלע"ד לכאורה להוכיח מהא דמס' גיטין (דף נ"ג ע"ב) מתיב ר"פ גזל מטבע ונפסל תרומה ונטמאת חמץ ועבר עליו הפסח או"ל הש"ל וא"א היזק שא"נ שמי' היזק האי גזלן הוא ממונא מעליא בעי שלומי תיובתא ובתוד"ה גזלן תימא דהיכי מדמי הכא דממילא למטמא בידים כו' וי"ל דכיון דהיזק שא"נ שמי' היזק א"כ חשיב לי' כאילו היא ניכר וא"כ אין לך שינוי גדול מזה וקנאם הגזלן בשינוי וצריך לשלם בממון מעליא ושמין כעין שגזל ולא מצי א"ל הש"ל עכ"ל. ואם נימא דשינוי מעשה לא הוי קנין בעצמו ורק דמועיל השינוי שיקנהו הגזלן ע"י קנין חצירו או הגבהה וכדומה אמאי קאי הש"ס בתיובתא לישני דמיירי דקאי בר"ה בשעה שנפסל המטבע ונטמאת התרומה וקידש היום של פסח ולא עשה אח"כ קנין בהם ואף דהוי זה שינוי למ"ד היזק שא"נ שמי' היזק מ"מ לא קני' לה הגזלן בשינוי אם לא עשה בה הגזלן קנין דהיינו שיהי' בחצירו וכדומה אע"כ דשינוי בעצמה קונה להגזלן:

[לז] שם אומ"א אק"ד בד"ה והנה לחזק סברא הנ"ל שכתבתי לפרש דברי הרא"ש בר"פ הגוזל עצים דשינוי לגריעותא לא:

קני וכתבתי דמוכרת לפרש כפירושי דאל"כ יקשה דמאי פריך הש"ס בב"ק (דף ס"ה) לימא פליגא דרב אדרבה כו':

וע"ז העירני ידידי הרה"ג מו"ה מאיר דן נ"י אבד"ק דוואהרט דאכתי גם לפי פירושי יקשה קושי' הנ"ל דמאי פריך הש"ס מדרב אדרבה הא בדינא דרבה הוי שינוי לגריעותא משא"כ בטביחה הוי שינוי לשבח דהא מתקן הוא בטביחה דראוי לאכילה כמו שכתבתי בעצמי שם [אק"ג] עכ"ד. והנה באמת קצרתי בזה והדבר נכון הוא והוא דשפיר פריך הש"ס מרב אדרבה דכמו לרבה בתברא או שתיא משלם כדהשתא משום דנעשה גזלן מחדש בשעת התבירה כמו כן נימא גם לרב בטבח דבתחילת השחיטה נעשה גזלן מחדש דאז לא מיקרי שינוי המתקן משום דעדיין אינו ראוי לאכילה ועיין תוס' ב"ק (דף ע"א ע"ב) ד"ה איסורי הנאה באה"ד וז"ל וא"ת ומה בכך דלאו דמרה קטבח הא כל טובח נמי לאו דמרי' קטבח דמכי שחט בי' פורתא קנייי' בשינוי מעשה וי"ל דלא חשיב שינוי מעשה לקנות בכך עכ"ל והפי' בזה הואיל דלא מיחשב עדיין שחיטה כלל דהא עדיין לא היתר לאכילה ועיין לקמן שם [אופ"ד] מ"ש בזה. ואף דבגמר הטביחה דראוי לאכילה הוא מיקרי שינוי לשבח וקונה למפרע מ"מ נימא דיקנה רק משעת גזילה השני' דהיינו

תחילת השחיטה. והא דכתבתי לעיל [באק"ג] ליישב דלא יקשה מהא דלקמן (דף ס"ח ע"א) וכתבתי דחשיב עכ"פ תיקון כל דהוא מה שמכשירו באכילה וחשיב בזה שינוי לשבח התם א"ש דהא התם אנו דנין רק על אחר גמר השחיטה דקני לה אז למיחשב שלו שיהי' הגונב ממנו חייב כפל אבל אין אנו דנין על איזהו זמן מקודם שיחול הקנין אם על שעת הגניבה או על זמן של התחלת השחיטה ורק אנו דנין על הקנין שיחול מכח גמר השחיטה ואז בודאי הוי שלו דהא הוי שינוי לשבח דהוכשר לאכילה וכמ"ש לעיל [באק"ג] וא"ש הכל:

ומה שהשיב כבודו דנתרץ לקושייתי הנ"ל דקושית הש"ס הוא על הא דא"ר ומכר משלם קרן כעין שגנב דעדיין הוא בעולם עכ"ד. הנה מלבד שדוחק לפרש כן דפריך הש"ס רק ממכר אלא די"ל גם בזה דאם נימא דשינוי קונה למפרע א"כ גם בשינוי רשות נימא כן עפי"ד ה"ה (פ"ה מהל' אישות ה"ז) דמש"ה בקידשה בגזל לאחר יאוש דמקודשת דהטעם שכשנתייאשו הבעלים הויא מקודשת אעפ"י דקיי"ל יאוש בלבד אינה קונה הכא שהוא ביד האשה הרי כאן יאוש וש"ר כשהוא בידה וכיון דקנאתו היא אף הוא קונה אותה עכ"ל ואסברו לה דהקדישו וקנייתו באין כאחד כמ"ש הרשב"א ז"ל במס' ב"ק (דף ס"ז ע"א) ועיין קצה"ח (סי' שנ"ג) בזה ובא"מ (סי' מ"ח) ועיין מ"ש בעזה"י בזה בפ' מרובה (דף ס"ו) [אוכ"ז אק"ז] וא"כ ה"נ במכר נמי נימא כן דהלוקח קונה וממילא המוכר קונה ג"כ ואם נימא דשינוי מעשה קונה למפרע א"כ גם בשינוי רשות נימא דקונה אותו למפרע וא"כ גם ממכר יקשה קושייתי הנ"ל דמאי פריך הש"ס לימא פליגא דרב אדרבה הא התם בתברא או שתיא איבדה לגמרי מן העולם ולא שייך לומר בזה שינוי קונה למפרע וא"ש דברי שכתבתי בזה:

[לח] דף י"א ע"ב אומ"ז אק"ד בד"ה וראיתי הבאתי דברי הנתה"מ (סי' שס"ג סק"א) דבעבד שפיר מועיל יאוש כו' ואנכי חילקתי בין אם העבד ברח דרוצה לזכות בעצמו מהני יאוש אבל לא היכא דאחר גזלו להעבד כו' כמבואר בפנים. אח"כ ראיתי בשטמ"ק על ב"ב (על דף מ"ה ע"א) בד"ה עלה בידינו באה"ד וז"ל ואעפ"י שאמרו שהעבדים כמו קרקעות הן וכמו שאין הקרקע נגזלת כך אין עבדים נגזלים לענין יאוש העבדים כמטלטלים שהרי יכול להבריחם לפיכך גזל עבד ונתייאש הנגזל ומכרו הגזלן קנאו לוקח ביאוש ושינוי רשות עכ"ל ומבואר בדברי השמ"ק כסברת הנתה"מ הנ"ל דלא חילק כלל בין אם ברח העבד לבין שגזלו הגזלן:

[לט] דף י"ב ע"א אומ"ח אק"ה שכתבתי ע"ד הקצה"ח (סי' רל"ה) בהא דפ"א דשקלים דקטנים אם שקלו מקבלין מידם והאיך מצי קטנים למסור יפה לציבור הא אין מתנתן

מתנה רק מדרבנן ומוכת דקנין דרבנן מהני לדאורייתא וכתבתי דמדאורייתא נתבטל שקלו של הקטן ברוב ומה דמטבע חשוב ולא בטל הוא מדרבנן כמ"ש המלמ"ל (פ"ז ממעילה) יעו"ש ולגבי דרבנן שפיר סמכינן אהקנאת הקטן שהוא מדרבנן. והנה זכיתי ב"ה לכוון לדברי השעה"מ (פ"א משקלים) שהקשה כקושית הקצה"ח ותי' כתירוצי הנ"ל. ועיין בא"מ (סי' כ"ח ס"ק ל"ג) הביא להשעה"מ הנ"ל ודחה תירוצו ותי' באופן אחר יעו"ש:

[מ"ם] שם אוג"א במ"ש בד"ה והנה יש לדייק כו' בסוה"ד בזה"ל גם שמעינן מדברי התוס' כאן דאם הקנה לאחד בקנין אחד והקנין הזה לא מועיל אף שנעשה כאן קנין אחר המועיל הואיל דהמוכר א"ל בפירוש שמקנה לו בקנין זה לא מהני אם עשה בו קנין אחר וכתבתי דפליגי בזה הרמב"ם והראב"ד ז"ל. והנה ב"א הרב הגדול מו"ה דוד נ"י אבדק"ק גראבאווי העיר ע"ז מסוגית הש"ס במס' ב"ב (דף ע"ו ע"ב) בפלוגתא דרבי ורבנן דרבי סובר ספינה נקנית במסירה וחכ"א לא קנה עד שימשכנה או עד שישכור את מקומו דקאמר הש"ס שם אביי ורבא דאמרי תרווייהו מסירה קונה ברה"ר ובחצר שאינה של שניהם כו' וקאמר הש"ס שם לימא אביי ורבא דאמור כרבי א"ר אשי אי דא"ל לך חזק וקני ה"נ הב"ע דא"ל לך משוך וקני מ"ס קפידא ומ"ס מראה מקום הוא לו ופירשב"ם ז"ל רבנן סברי קפידא לא גמר להקנותו אלא במשיכה ולא במסירה שאם ירצה מוכר יכול לחזור בו כל זמן שלא משכה זה לרשותו ודוקא היכא דא"ל סתמא לך חזק וקני הוא דמהני באיזהו קנין שעשה בו אבל אם מפרש לי' בהדיא שיקנה בקנין פלוני לא מהני אם עשה בו קנין אחר עיי"ש והרי תליא דין זה בפלוגתא דרבי ורבנן עכ"ד ויפה העיר בזה:

והנה באמת י"ל בזה כי הרמב"ם (בפ"ג מהל' מכירה ה"ג) פוסק כרבנן דמראה מקום הוא לו וקנה והובא להלכה בש"ע חו"מ (סי' קצ"ח ס"י) וליכא חולק בזה כלל וברמב"ם שם (ה"ט) בקנין אג"ק דסובר הרמב"ם אם הוא ציבורין דלא בעינן שיאמר לו קני אק"ג וקונה מדין חצר ודעת הראב"ד שם דבעינן דוקא שיאמר קני:

אג"ק והובא שני הדעות הללו בש"ע ח"מ (סי' ר"ב ס"ב) המחבר פוסק כהרמב"ם והרמ"א כהראב"ד:

ולפי מ"ש דבסברא זו פליגי הרמב"ם והראב"ד וא"כ יקשה לכאורה על הראב"ד מסוגי' דב"ב הנ"ל דלרבנן דפסקינן כוותיי' אמרינן דקפידא הוא דלא השיג הר אב"ד על הרמב"ם (בה"ג שם) ואמאי פסק (בה"ט) דבעינן דוקא שיאמר קני אג"ק וגם הרמ"א לא הגי' כלל (בסי' קצ"ח) בהאי דגבי ספי נה. וא"כ יקשה לכאורה לשיטת הראב"ד הנ"ל דהא

בא"ל סתם לך חזק וקני קני אם עשה איזהו קנין שהוא וא"כ גם בכאן יקנה בתורת חצר. ולשיטת הרמב"ם א"ש הואיל דמיירי דא"ל סתם שיקנה ולא אמר אגב קרקע. ועיין ברמב"ן על ב"ב שם בד"ה ומ"ס מראה מקום ק"ל מהא דגרסינן בפ' גט פשוט כו' ולא מילתא היא אלא הכא בטעמא פליגי מ"ס כיון שאין משיכה קונה ברשות זה לא הזכיר לו שם משיכה אלא לקפידא להטריח עליו שאין אדם מראה מקום בדבר שאינו כלום ומניח עיקר קני' ומ"ס כיון שהספינה בסימטא דאין המשיכה קינה בה ודאי לא אמר לקנותה בדבר שאינו קונה כאן ולשם קני' הזכיר לו להראות לו מקום כלומר שילך ויקנה במה שיוכל והאי טעמא לא שייך בעלמא כו' עכ"ל הרמב"ן ז"ל, וא"כ לפ"ז היכא דשייך כאן שני הקנינים כגון משיכה או מסירה וכדומה וא"ל שנקנה במסירה שפיר קונה במשיכה ג"כ והוא כשיטת הרמב"ם ושאני גבי ספינה דלא שייכא קנין משיכה ברה"ר הוא דאמרינן דקפידא הוא וי"ל בזה:

אולם לשיטת הראב"ד ז"ל יקשה לכאורה הקושיא דלעיל הלא א"ל סתם שיקנה ובכה"ג שפיר מועיל באיזהו קנין שרוצה לקנוח בו וא"כ יקנה בקנין חצר וצ"ל לשיטת הראב"ד דמיירי שאין החצר משתמרת וכסברת הר"ן שהבאתי בפנים הספר בד"ה והנה בהאי דינא באה"ד דהי"ל להרמב"ם לפרש דבעינן שהחצר יהי' משתמרת עיי"ש ה:

והנה עיינתי עוד בזה ונלע"ד להוכיח בשיטת הרמב"ם ז"ל דסובר דגם כי א"ל המוכר שיקנה בקנין פלוני והקונה עשה בו קנין אחר המועיל ג"כ קנה והוא מהא דכתב. שם הרמב"ם (בפ"ג מהל' מכירה ה"י) שם וז"ל הקנה שדה לאחד ומטלטלין לאחר אעפ"י שא"ל קנה המטלטלין עג"ק והחזיק האחד בקרקע לא קנה השני המטלטלין ואם תפשן אחר שחזר בו המקנה אין מוציאין מידו שהרי תפסן אחר שקנה חבירו הקרקע שנקנו אלו על גבו עכ"ל. ולכאורה י"ל מדוע הוצרך הרמב"ם ז"ל לכתוב דוקא ואם תפשן אחר שחזר בו המקנה אין מוציאין מידו דהיינו מטעם תפיסה דמועיל באיבעי' דלא איפשטא לינקוט סתמא ואם תפשן אין מוציאין מידו והיינו אפילו אם תפשן קודם שחזר בו ואח"כ חוזר בו הנותן דמועיל תפיסה ורק מטעם תפיסה מועיל ולא מטעם קנין ומדכתב הרמב"ם ז"ל דוקא ואם תפשן אחר שחזר בו אבל אם תפשן קודם שחזר בו הנותן ואח"כ הוא שחזר בו הנותן לא צרכינן לבא עליה דמועיל מכח דין תפיסה רק דזכה בו לגמרי מטעם קנין משיכה דניהא דמוכר רצה להקנות לו בקנין אג"ק אשר אנו מסופקין בו לדינא אם מועיל קנין אג"ק בכה"ג מ"מ הואיל דהנותן רצה להקנות לו המטלטלין וניהא דרצה להקנותן בקנין אג"ק מ"מ אם הקונה עביד בי' קנין אחר המועיל כגון קנין משיכה שפיר קנה לגמרי בתורת קנין ולא מכת תפיסה אשר יש נ"מ גדולה בין זכה לה מתורת

קנין גמור לבין זכה בה מדין תפיסה לענין אם מועיל שיחזור זה ויתפוס בחזרה ומש"ה דקדק הרמב"ם ז"ל וכתב ואם תפשן אחר שחזר בו כו' והוא ראי' גדולה שסובר הרמב"ם ז"ל כן ודו"ק:

[מא] דף י"ב ע"כ אונ"ב אק"א בד"ה ולעד"נ לומר כו' ועיין בכ"מ הביא הגמ' פסחים (דף י"ט) ע"ש. צריך להוסיף תיבות אלו ולשון קדשים כולל הכל אפילו חטאת וא"כ יקשה כו':

והנה כתבתי שם בשיטת הרמב"ם ז"ל דניהא דסובר דאין מועיל הכשר באוכלין של חבירו שלא מדעתו מ"מ יכול אדם להכשיר אוכלין דהפקר כו': והעיר ע"ז הרב החריף מו"ה אברהם הלוי נ"י מק"ק ריסשיטץ דכל מידי דבעינן בי' דעת או דיבור של אדם לא מהני רק בבעלים ממש ואף שאין לו בעלים אחרים והביא הא דמס' פיאה (פ"ז מ"ח) המקדיש כרמו משנודע בו העוללות העוללות לעניים ופי' הרע"ב שאא"א דשא"ש והתויו"ט כתב שם דאע"ג דאין לעניים חלק בהם מ"מ גם לבעלים אין לו חלק בהם ולהכי לא מצי להקדיש ע"ש הרי בהדי' דאף דאין להחפץ הלז בעלים כלל מ"מ אין יכול אדם להקדישו משום דבעי בעלים ממש אע"ג דאינו של אחרים ג"כ וההי"נ הכא בהכשר עכ"ד החריף הנ"ל:

והנה המעיין היטב בזה יראה שאין מזה שום סתירה לדברי הנ"ל דהנה גם בהקדש אם יכול להקדיש דבר של הפקר המקור הוא במס' נדרים (דף ל"ד ע"ב) אמר רבא היתה לפניו ככר של הפקר ואמר ככר זו הקדש נטלה לאכלה מעל לפי כולה וברש"י והרא"ש והר"ן ז"ל ובענין אם חל ההקדש מיד או רק לאח"כ כשנטלה הבאתי בספר (על דף ל"ג ע"א) [או"י אקא"ב] פלפול בזה ובדברי הקצה"ח (סי' ר"ד סק"ג) נראה דההקדש חל מיד קודם שנטלה ובקצה"ח (רי"ב סק"ד) משמע דההקדש חל אז כשנטלה עיי"ש מ"ש בזה וב"ה הוספתי לבאר בק"א לקמן (על דף ל"ג) שם בענין זה. אבל עכ"פ איכא דעות הסוברים דיכול להקדיש דבר הפקר ודוקא היכא דיכול לזכות בההפקר אם ירצה ובהא (דפ"ז דמס' פאה מ"ח) אין הבעה"ב יכול לזכות בהעוללות ואז אינו יכול להקדיש. ומה שדקדק מדברי השנות אליהו שכתב ז"ל משנודעו העוללות שזכו עניים בעוללות עכ"ל וכתבת בכוונתו משום דקשיא לי' דהא בכה"ג שפיר יכול להקדיש דהא אין להם בעלים אחרים וע"כ הוכרח לפרש דמירי בשזכו בו העניים מכבר עכ"ד. ובאמת זה אינו דלא עלה כן ע"ד הגאון ז"ל דאם נימא דמירי שבאמת כבר זכו בו העניים איזהו קנין עשו בזה דאם כבר תלשום א"כ פשיטא דלא חל ההקדש כלל של בעל השדה על דבר שכבר לקחו העניים לביתם. ורק כוונת הגאון ז"ל בפשיטות שמשנודעו העוללות שניכרים כבר

הוא של העניים דכל זמן שלא נודעו וניכרין העוללות מנא ידעינן שיהיו עוללות ובודאי אז עדיין הבעלים יכולין להקדישן דהא יכול להקדיש כל השדה ואף אם אח"כ יהיו ניכרין אלו העוללות כבר הי' חל עלייהו השם הקדש ולכן כתב משנודעו העוללות זכו בהם העניים והיינו כל העניים יש להם הזכות ללוקטם ולא יכול בעה"ב להקדישם וז"פ.
אבל היכא דיכול לזכות בו שפיר יכול להקדיש אף שאינו זוכה בו ורק דהפלוגתא הוא אם חל ההקדש מיד או רק אחר שבא לידו אז הוא דחל ההקדש הרי חזינן דאף דאינו יכול להקדיש דבר שאינו שלו דוקא כי יש לו בעלים אחרים אבל בדבר של הפקר יכול להקדיש כל שיכול לזכות בו וי"ל עוד בזה:
וגם לענין אא"א דשא"ש אם יכול לאסור דבר של הפקר שאינו רוצה לזכות בו כתב המק"ח (בסי' תמ"ח סק"ט) בביאורים בד"ה וארווח לן בזה באה"ד שם וז"ל ועיין בשו"ת נוב"י דמדמה אותו למשתחוה לבהמת חבירו דאינו אוסר דשא"ש ובודאי המשתחוה לבהמת הפקר ג"כ אינו אוסר וא"כ ה"ה בחמץ הפקר עכ"ל המק"ח ז"ל וכשלמדתי סוגי' דאא"א דשא"ש ראיתי בריטב"א במס' ע"ז (על דף נ"ג ע"ב) בד"ה מכדי ירושה הביא דברי הראב"ד והרמב"ן ז"ל באריכות והעולה מדבריהם הפלוגתא דהראשונים ז"ל הוא דלהראב"ד ז"ל גרע דהפקר משל חבירו דשל חבירו יכול לאסור ע"י מעשה ושל הפקר אינו יכול לאסור ע"י מעשה ולהרמב"ן ז"ל גם בהמת הפקר יכול לאסור ע"י מעשה אבל שלא ע"י מעשה אינו יכול לאסור בהמת הפקר אף דשלו יכול לאסור בלא מעשה אע"ג דיכול לזכות בההפקר מ"מ כ"כ דלא זכה בי' אינו יכול לאוסרו גם ע"י מעשה אם לא שעשה מעשה בגוף הדבר היינו שיהי' ניכר המעשה באותו דבר והמק"ח כוון מדעתו הגדולה לשיטת הרמב"ן ז"ל דהיכא דאינו עושה מעשה אינו יכול לאסור בהמת הפקר אבל ע"י מעשה יכול לאסור בהמת הפקר כמו דיכול לאסור בהמת חבירו ע"י מעשה ובארתי שם בזה. מ"מ לענין הכשר אינו ענין כלל להא דאא"א דשא"ש ורק כל שבא עליו מים ע"י כוונת האדם שפיר הוכשר דניהא דביש לו בעלים לא מהני הכשירו של אדם אחר לשיטת הרמב"ם ז"ל מ"מ כל שאין לו בעלים שפיר מהני ההכשר של כל אדם דניחא לי' בהא וע"כ צ"ל דלא דמי ענין ההכשר להא דאא"א דשא"ש דהא הרשב"א ז"ל סובר דמהני הכשר של כל אדם אף דיש לו בעלים ואף דאא"א דשא"ש אלא ע"כ דאין דומה כלל ענין הכשר להא דאא"א דשא"ש ומ"ש הרמב"ם ז"ל הלשון ברצון הבעלים משום דמן הסתם כל דבר יש לו בעלים ואם אדם רואה דבר של הפקר שיכול לזכות בו מסתמא הוא זוכה בו אבל לעולם דשפיר י"ל סברתי הנ"ל דגם הרמב"ם מודה דמועיל

ההכשר בדבר של הפקר כל היכא דאדם נותן המים בכוונה כדי דלא יהי' פלוגתא רחוקה כ"כ בין הרמב"ם ז"ל להרשב"א ז"ל וכמ"ש:

שם אונ"ג אק"ב [בדפי הספר ל"ז] בד"ה אולם כו'. בזה"ל אם נימא דאיסורי הנאה י"ש להן בעלים כו' אף אם נימא דאיסורי הנאה אי"ן להן בעלים כו'. הוא טעות הדפוס וכצ"ל. אם נימא דאיסורי הנאה אי"ן להן בעלים כו' אף אם נימא דאיסורי הנאה י"ש להן בעלים:

[מב] דף י"ג ע"א אונ"ו אק"א כתבתי בכוונת השמ"ק דאף דפליגי רבנן על ר' יהודה בשור שהמית אדם ואח"כ הקדישו או הפקירו דס"ל לר"י דפטור ממיתה וחכמים מחייבין אבל בנזקי ממון שהזיק השור ואח"כ הקדישו או הפקירו פטור מתשלומין כו' כמבואר בפנים. ראיתי אח"כ בהרא"ש בפרקין בסוגיין (סי' ט"ז) שכתב להדיא כן וז"ל ואע"ג דפליגי רבנן עלי' דר"י מוקי רבינא מתני' כיחידאה משום דרבנן לא פליגי עלי' אלא בשור שהמית אדם אבל בשור שהמית שור לא פליגי עלי' כמו שכתבתי בפירושי בשם הרב ר' מאיר ז"ל עכ"ל הרא"ש ז"ל והזכרתיו בקצרה בסוגיין [באק"ד]: [מג] שם ע"ב באונ"ו אק"ד בד"ה אחז"ר הראה לי חכם אחד דברי החת"ס כו' הבאתי דברי הח"ס חחו"מ (סי' קס"ה) שמחלק דהא דנגח ואח"כ הקדישו פטור זה דוקא בהקדש קדושת הגוף אבל בקדושת דמים מיקרי שפיר אית להו בעלים כו'. והקשיתי ע"ז דהא לר' יהודה הוה גם במיתה הדין כן דאם נגח אדם ומת והבעלים הקדישו להשור דפטור השור ממיתה והלא שור שהמית פסול להקרבה וא"כ לא הוי אלא קדושת דמים ואפ"ה פטור כו' כמבואר בפנים. והשיב ע"ז נ"ג האברך החריף ובקי מו"ה שלמה רפאל זאב נ"י בן הגאבד"ק אוניאווע שיחי' דהא איתא במסכת חמורה (דף כ"ח ע"ב) הרובע והנרבע וכו' [ובגליון הש"ס גירסת הצ"ק הרובע והנרבע והמוקצה והנעבד והמחיר והכלאים והטריפה כו' וכ"ה בילקוט פ' ויקרא ע"כ הגליון] הם כקדשים שקדם מום עובר להקדישן וצריכין מום קבוע לפדות עליהן שנאמר כי משחתם בהם מום בם כו' ומשמע דאם הקדישן קדוש קדושת הגוף וכן מפורש ברמב"ם (פ"ג מהל' איסורי מזבח ה"י) וז"ל אבל המקדיש רובע ונרבע ומוקצה ונעבד ואתנן ומחיר ה"ז כמקדיש בע"מ עובר וירעו עד שיפול בהן מום קבוע ויפדו עליו כו' עיי"ש וא"כ ה"ה נוגח ג"כ כן וא"כ אין קושי' על הח"ס ז"ל דשפיר מיירי בהקדישו לקרבן דהוא קדושת הגוף דהא חל קדושת הגוף עליו עכ"ד נ"ג הנ"ל ויפה העיר בזה. והנה לקמן (בדף מ"ד ע"ב) [אוג"ב] פלפלתי גם כן עד"ז דעל שור נוגח לא חל רק קדושת דמים ולא קדושת הגוף ולא מלבי הוצאתי דבר זה אלא ששם [באוג"ד] הבאתי שכן מפורש יוצא מדברי השמ"ק שם בשם המאירי ז"ל וז"ל הקדישו מוקדש כו' שהרי לא ירדה עליו קדושת מזבח שהנוגח שהמית פסול כמו שבארנו כו' עכ"ל השמ"ק

ומבואר להדיא דלא חל על נוגח קדושת הנוף וא"כ יקשה הקושי' ממסכת תמורה הנ"ל על הרב המאירי ז"ל, וע"כ צרכינן לומר דהרב המאירי ז"ל ס"ל דיש חילוק בזה דבנוגח לא חל עליו קדושת הגוף וא"צ מום אחר לפדות עליו אבל ברובע ונרבע ושאר כל הפסולין נחשבין רק כמום עובר וצריכין מום אחר לפדות על ידו וגרע נוגח משאר כל הפסולין ובמס' תמורה שם לא נזכר כלל נוגח לענין שיהי' צריך מום אחר לפדות על ידו ודוקא על רובע ונרבע ואינך פסולין מוקצה ונעבד ומחיר וכלאים וטריפה נחשבין כמום עובר וצריכין מום אחר אבל נוגח חמור מכל הני פסולין והמדקדק בר ברמב"ם ז"ל בסידור הדברים יראה דסובר ג"כ דפסול נוגח חמור משאר פסולין למזבח כי בהל' איסורי מזבח (פ"ג ה"ו) כתב ז"ל וכן הרובע והנרבע והמוקצה לע"ז והנעבד אע"פ שהן מותרין באכילה הרי הן פסולין לגבי המזבח שנאמר כי משחתם בהם כל שיש בו השחתה פסול כו' וכן בהמה ועוף שהרגו את האדם הרי הן כרובע או נרבע ופסולין עכ"ל והשוה נוגח לרובע ונרבע לענין שפסולין להקרבה. ושם (בה"י) כתב ז"ל אבל המקדיש רובע ונרבע ומוקצה ונעבד ואתנן ומחיר ה"ז כמקדיש בע"מ עובר וירעו עד שיפול בהן מום ויפדו עליו כו' עכ"ל ולא תשיב נוגח כאן בהנך פסולין מוכח מזה דנוגח לא חלה עליו קדושת הגוף כלל וא"צ מום אחר לפדות עליו וכשיטת המאירי הנ"ל ואף דאם בהמת הקדש נגחה לאדם והמיתה יש לומר דלא פקע מינה קדושת הגוף ונימא דצריך מום אחר לפדות על ידו שתפקע ממנה קדושת הגוף כמו באינך פסולין למזבח מ"מ בזה יש חילוק בין נוגח לאינך פסולין היכא דהקדישן לאחר שנפסלו דברובע ונרבע ואינך פסולין מלבד נוגח צריכין מום אחר לפדות על ידו ומשום דנחתו להו קדושת הגו אבל אם נגח אדם ואח"כ הקדישוהו בעלים לא חל עליו כלל קדושת הגוף וא"צ מום אחר לפדותו על ידו אשר כן מבואר בשמ"ק בשם המאירי ז"ל דעל נוגח לא חל כלל קדושת הגוף וכ"נ ג"כ מדברי הרמב"ם ז"ל וניהא דטעמא לא ידענא מדוע ישתנה נוגח משאר כל הפסולין דחל קדושת הגוף על רובע ונרבע וכו' לענין דהפסול הוא רק כחום עובר וצריכין מום אחר קבוע לפדותן עליו אבל כן מבואר בשמ"ק בשם המאירי ז"ל שהבאתי לעיל. ולפי זה נשאר לכאורה קושייתי ע"ד החת"ס ז"ל כמ"ש בפנים:

ועוד יש לומר בזה דהא חזינן דגם אינך פסולין מלבד נוגח ג"כ אין כולן שוין לענין שיהיו צריכין מום אחר לפדותן על ידו בהקדיש לאחר שנפסלו למזבח כמבואר ברמב"ם ז"ל שם (בה"י) כשחשב רובע ונרבע ומוקצה ונעבד ואתנן ומחיר שהקדישן לאתר שנפסלו דצריכין מום אחר לפדותן על ידו כתב אחר כך דהמקדיש טריפה וכלאים לא חל עליהן קדושת הגוף והרי חזינן דאין כל הפסולין שוין לענין זה וא"כ נוגח שוה לענין זה לכלאים

וטריפה. ויש לעיין לכאורה על גירסת הצ"ק דגרס והכלאים והטריפה בהדי כל הפסולין בשוה ועיין בכ"מ מ"ש ע"ד הרמב"ם שכתב דהמקדיש כלאים וטריפה לא חל עליהן קדושת הגוף כתב הכ"מ דהמקור הוא מהא דמסכת תמורה (דף י"ז ע"א) עיש"ה וא"כ י"ל בגירסת הצ"ק דגרס במסכת תמורה (דף כ"ח) כלאים וטריפה בהדי' כל הפסולין בשוה וי"ל בזה:

[מד] דף ט"ו ע"א בגמ' וצריכא דאי אשמעינן תם משום דאכתי לא אייעד כו'. הנה אכתוב כאן פלפול למען חיבת הקודש אשר אם כי אינו נוגע לספרי אבל יען כי הוא במס' ב"ק וגם חביבות אה"ק אכתוב בזה מה שכתב הרב הגאון מו"ה דוד נ"י שיפמאן מעה"ק טבריא תובב"א בזה בין עוד דברים יקרים שכתב כבודו נ"י בזה"ל. לכאורה כל הצריכותא הוא למ"ד פ"נ קנסא וא"כ קשה הרי הא דקאמר אבל תם אימא לא דהא למ"ד פ"נ קנסא אם כן בתם לוקח הניזק הח"נ בחנם וא"כ ודאי הסברא שיטפל הניזק בהנבילה עכ"פ וצ"ל דהצריכותא לשני המ"ד וה"פ וצריכא חדא בתם וחדא במועד שהבעלים מטפלין בהנבילה דאי אשמעינן תם [זה למ"ד פ"נ קנסא] ולא אשמעינן במשנה גם במועד הו"א משום דאכתי לא אייעד ולוקח הניזק הח"נ בחנם היינו הקנס מש"ה יטפל הניזק בהנבילה אבל במועד שהתשלומין אינם קנס אימא שאין הניזק צריך לטפל בהנבילה קמ"ל ואי אשמעינן במועד [זה למ"ד פ"נ ממונא] ולא אשמעינן במשנה גם בתם הו"א דמש"ה הניזק מטפל בנבילה משום דמשלם לו כל ההיזק אבל בחם שלוקח ניזק רק חצי ומפסיד חצי [כי למ"ד פ"נ ממונא מן הדין הי' שישלם לו המזיק כל הנזק] הו"א דעכ"פ לא יטפל הניזק בהנבילה צריכא עכ"ד הרב הנ"ל נ"י:

ולע"ד א"א כלל לפרש. כן דהצריכותא השני' יהי' רק אליבא דמ"ד פ"נ ממונא ולא למ"ד פ"נ קנסא דאם כן יקשה למ"ד פ"נ קנסא לאשמעינן במועד דהבעלים מטפלין בנבילה אע"ג דמגיע לו התשלומין כולה מן הדין אפ"ה הניזק צריך לטפל בנבילה מכ"ש בתם דאינו מגיע לו מן הדין רק מכח קנסא פשיטא דהבעלים מטפלין בנבילה. וכן יקשה להיפוך למ"ד פ"נ ממונא לאשמעינן בתם בלחודא ואנא אמינא השתא בתם דלא שקיל ניזק כל היזקו אלא פ"נ אמרינן בעלים מטפלין בנבילה מכ"ש במועד דשקיל כולה ולא הפסיד מידי בודאי דהל"ל דהבעלים מטפלין בנבילה אם נימא כפירושו של מעכ"ת דהצריכותא השני' הוא למ"ד פ"נ ממונא:

ולע"ד הפי' הפשוט דשני הצריכתות אזלו רק אליבא דמ"ד פ"נ קנסא דלמ"ד פ"נ ממונא מתפרש כפשטא הא דקתני במתני' הניזק והמזיק בתשלומין דהא באמת שניהם הם בתשלומין דכל אחד מהם מפסיד פלגא והניזק שיש לו ג"כ פסידא פלגא מה שהי' ראוי

לו מצד הסברא שגילתה התוה"ק דנוטל רק פלגא נזקא ומשום דסובר דהוא ממונא ולא קנסא וא"כ לא אשמעינן בזה כלל התנא דבעלים מטפלין בנבילה ורק התנא אשמעינן בר ברישא בלבד בהא דקתני תשלומי נזק דמלמד לן שהבעלים מטפלין בנבילה וליכא כלל שני מקומות דאשמעינן זה דהבעלים מטפלין וליכא כלל צריכותא בזה:

ומה שדקדק כבודו נ"י בהא דקאמר הש"ס אבל חם אימא לא יטפל הניזק בהנבילה והלא כל מה דשקיל בחנם קא שקיל רק מטעם קנסא וראוי שעכ"פ יטפל הניזק בהנבילה. יש לומר דסברת הש"ס בהצריכותא הוא דהואיל דלא שקיל רק פלגא נזקא מהראוי לומר מצד הסברא דדוקא מועד דלא מפסיד מידי דהא שקיל כולי' נזק יהי' עליו החיוב עכ"פ שיטפל בנבילה. אבל תם ניהא דגם הפלגא דשקיל הוא ג"כ בחנם מ"מ כיון דלא שקיל רק פלגא ופלגא השני' ההפסד שלו הו"א די לו בהפסד פלגא ולא נרמי עליו עוד שיטפל בנבילה קמ"ל:

פרק שני:

[א] דף י"ז ע"ב או"ג אק"ד כתבתי בזה"ל והנה עוד י"ל בדברי הרמב"ן ז"ל שכתב דהפי' בהא דאמר רבה ובא אחר ושברו דפטור דהיינו דגם הראשון שזרק ג"כ פטור כו' ולכאורה י"ל בזה דא"כ מנ"ל להש"ס למיפשט דאזלינן בתר בסוף ולא בתר מעיקרא מדלא קתני דהראשון חייב כו' דילמא גם לרבה ספוקי מספקא לי' אי אזלינן בתר מעיקרא או בתר בסוף ומש"ה סובר רבה דשניהם פטורים כו' כמבואר בפנים:

וכתב אלי ידי"נ המאוה"ג מו"ה מאיר דן נ"י הגאבד"ק דוואהרט ליישב קושייתי והאריך בפלפול ותורף דבריו הנחמדים שהקשה קושייתי הנ"ל גם לפירש"י דמפרש דהא דקאמר הש"ס ותיפשוט לי' מדרבה הוה הפשיטות דרבה סובר דפטור המשבר וחייב הזורק אלמא בתר מעיקרא אזלינן והואיל וסופו לישבר לכשינוח כמי ששברה הוא דמי דמנ"ל דרבה סובר דהזורק חייב דילמא שניהם פטורין ס"ל לרבה ומשום דמספקא לי' לרבה אי אזלינן בתר מעיקרא או לבתר בסוף אשר באמת שיטת הרמב"ן הוא כן בפירוש דברי רבה. וכתב בדרך פלפול ליישב בהקדם דברי הרמב"ן ז"ל בקונטרס דד"ג וז"ל והכופף קומתו של חבירו בפני הדליקה או דשוי' טמון באש פטור דהא לא גורם נזק הוא שהנזק ע"י המדליק בא ואע"פ שהלה פוטר המדליק מלשלם כיון שעדיין לא נתחייב לו כלום כו' וכתב עוד ז"ל שם לקמן וכן הזורק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו במקל שניהן פטורין שכן נראה שהוא דעת הרי"ף ז"ל דרבה בתר תבר מנא אזיל וכן שמעתי בשם הראב"ד ז"ל ולא מחייבי משום דד"ג דראשון הא לא אחא נזקא מתמתי' כלל ושני נמי מנא תבירא תבר ואי משום שגרם שלא יתחייב לו הראשון היינו טומן באש דפטור וכבר

פירשתי הטעם עכ"ל הרמב"ן ז"ל. וא"כ זה דוקא לשיטת הרמב"ן ז"ל במלחמות בסוגיין דהמשבר פשיטא דפטור אף אם נימא דאזלינן בתר בסוף הואיל דמנא תבירא חבר לא נוכל לחייבו להמשבר מכח ממנ"פ או מכח מזיק או מכח דד"ג דהא פשיטא דלאו שם מזיק בידים עליו הואיל דפשיטא לי' דמנא תבירא תבר אבל לשיטת רש"י ז"ל דס"ל דאם נימא דאזלינן בתר בסוף יהי' המשבר חייב אם כן יש לחייבו מכת ממנ"פ דאם נימא דאזלינן בתר בסוף הרי חייב מדין מזיק בידים ואם נימא דאזלינן בתר מעיקרא א"כ ליתחייב המשבר מטעם דד"ג דבשבירתו גרם לו היזק לבעל הכלי שלא יוכל לגבות ההיזק מן הזורק משום דיטעון הזורק דילמא אזלינן בתר לבסוף ויהי' קושית הרמב"ן ז"ל לאמת לפי סברת רש"י ז"ל הנ"ל דגם על המשבר איכא ספק חיוב תשלומין ודלא אמרינן מנא תבירא תבר וא"כ שפיר נפשוט האיבעי' דאזלינן בודאי בתר מעיקרא עכ"ד ולכאורה יפה אמר בזה:

אולם לאחר העיון היטב בדבר אין דבריו עולים יפה בזה והוא דהרמב"ן ז"ל כתב לקושייתו ולתירוצו הנ"ל לתרץ אליבא דידן דדיינינן דד"ג וכמבואר ברמב"ן למעיין היטב בזה אבל אליבא דרבה דלא דאין דד"ג וכמבואר בב"ק (דף צ"ח) וברי"ף סו"פ כיצד הרגל מבואר ג"כ בהדיא כן דאנן לא פסקינן כרבה בהא משום דרבה סובר דלא פסקינן דד"ג אבל לדידן דפסקינן דד"ג לא פסקינן בזה כרבה וכ"כ הרמב"ן שם ועוד הרבה ראשונים ז"ל ובח"מ (סי' שפ"ו) האריך הש"כ בזה וא"כ אליבא דרבה ל"ק קושי' הרמב"ן הנ"ל דליחייב המשבר מדד"ג דהא רבה פוטר דד"ג וא"כ לא נוכל לפרש כן בדברי רש"י ז"ל: אולם הנני רוצה לקיים דבריו עפ"י הגירסות דגרסינן בהא דב"ק רבא במקום רבה (בדף צ"ח) וא"כ י"ל דרבה דאין דד"ג. אך רש"י גרס רבה בהא דשורף שטרותיו של חבירו דפטור במס' ב"ק (דף ל"ג ע"ב) בד"ה הא נמי רבה אמרה וז"ל רבה אדם חשוב הי' ומאדם תשוב כגון רב או רבה פרכינן כאילו תני במשנה או בברייתא. וכבר האריכו בזה המפרשים ועיין בספר מלא הרועים (אות גימ"ל) בסוגיא דד"ג מ"ש בזה. וגם אפילו לגירסא זו דגרסינן רבא במקום רבה וא"כ סובר רבא דלא דיינינן דד"ג וא"כ אף אם נפרש בכוונת רש"י ז"ל כמ"ש רו"מ נ"י נצטרך לדחוק דעיקר הפשיטות לאיבעי' דרבא אי אזלינן בתר מעיקרא או בתר לבסוף מהא דרבה אף דרבא לא יסבור לדינא דרבה הנ"ל דסובר דדיינינן דד"ג ורבא סובר דלא דיינינן דד"ג ויהי' הפשיטות רק דמדינא דרבה לפי שיטתו נשמע דאזלינן בתר מעיקרא והי"ל לרש"י ז"ל לפרש כן. אלא דמלבד זה הדוחק כבר כתבתי דגירסת רש"י ז"ל הוא בהא דשורף שטרותיו של חבירו הוה הגירסא רבה:

ובעיקר הקושי' על רש"י ז"ל דמפרש דנפשוט האיבעי' דאזלינן בתר מעיקרא הוא משום דפשטות לשון הגמרא מורה:

כן דאמר רבה זרק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו במקל פטור כו' דלשון פטור מורה רק על אחד והיינו על האחרון היינו השובר במקל וקאמר הטעם משום דמנא תבירא תבר והיינו דהמשבר חבר מנא תבירא וז"פ ואנכי נתקשיתי רק בדברי הרמב"ן ז"ל שכתב דשניהם פטורין הזורק וגם המשבר וזה צ"ע אצלי וכמ"ש:

והנה מעכ"ת נ"י כתב ליישב קושייתי על הרמב"ן ז"ל והוא דלא נוכל לומר דספוקי מספקא לרבה אי אזלינן בתר מעיקרא ומש"ה שניהם פטורין וכשיטת הרמב"ן ואיך קא פשיט לה הש"ס מדרבה דאזלינן בודאי בתר מעיקרא כמו שהקשיתי משום דאם הי' מספקא לי' לרבה אי אזלינן בתר מעיקרא לא הי' פוטר את המשבר כיון דצריך להיות חייב מצד גרמי שגרם הפסד לבעל הכלי שלא יוכל לגבות מן הזורק וכקושית הרמב"ן ז"ל הנ"ל וא"ל דילמא אזלינן בתר בסיף וא"כ ל"ה גרמי ז"א כיון דעכ"פ גרמא הוי ובגרמא חייב עכ"פ לציי"ש כדאיתא ר"פ הכונס (דף נ"ה ע"ב) תניא אר"י ד' דברים העושה אותן פטור מד"א וחייב בד"ש כו' וברש"י פטור מד"א קסבר גרמא בנזקין פטור עיי"ש ועיין בח"מ (סי' שצ"ו בסמ"ע סק"ח). עיי"ש א"כ לציי"ש חייב בבירור וא"כ בניזקין בכה"ג שוב אמרינן ספק נזיקין להחמיר ושוב אמרינן דילמא אזלינן בתר מעיקרא והוי גורם גמור וחייב לשלם וכמ"ש המפרשים דבכה"ג אזלינן בספק נזיקין להחמיר כמ"ש הרשב"א ז"ל בריש מס' ב"ק וא"כ א"ש דברי הרמב"ן ז"ל דגם לשיטתו מוכח דרבה פשיטא לי' דאזלינן בתר בסוף ע"כ שניהם פטורין דאם נימא בפשיטות דאזלינן בתר מעיקרא הזורק חייב ואי מספקי לי' המשבר חייב מצד גרמי עכ"ד הרב הנ"ל נ"י:

והנה לפי האמור לעיל דהכא אליבא דרבה קיימינן דלית לי' דד"ג א"כ אין זה מספיק ליישב קושייתי על הרמב"ן הנ"ל ומלבד זה אני אומר מטונך נימא דהזורק יהי' חייב לשלם והיינו דהוא גרם היזק לבעל הכלי בזריקתו דאם לא הי' זורק להכלי הי' המשבר חייב עפ"י הדין לשלם וניהא דנימא דלא הוי גרמי הואיל דבשעת זריקתו לא הוי עוד החיוב הזה ולא מיחשב גרמי וכסברת הרמב"ן הנ"ל עכ"פ הוי גרמא כפ"ד רו"מ נ"י וגם הוי ספק דילמא אזלינן בתר מעיקרא וחייב מדינא וגם כי אזלינן בתר בסוף עכ"פ גרמא הוי והוי ספק נזיקין להחמיר וגם דאפילו אם גרמא הוי איכא עכ"פ חיוב לציי"ש וליחייב הזורק לשלם והוא ממש כמו שדן מע"כ נ"י לחייבו להמשבר כמו כן נוכל לדון לחייב להזורק ונימא ג"כ דנפשוט מזה דאזלינן בתר מעיקרא ע"כ שניהם פטורין דאם נימא בפשיטות דאזלינן בתר בסוף המשבר חייב ואם מספקי לי' הזורק חייב או מטעם

דאזלינן בתר מעיקרא או מטעם גרמא וא"כ ע"כ דאי אפשר לומר כן דאם כן יהי' החיוב מוטל על שניהם בשוה על הזורק ועל המשבר ולא יתכן לחייב שניהם דלא דמי לשנים שהזיקו דהתם עשו שניהם ההיזק ביחד ובבת אחת בגוף הדבר אבל הכא בשעה שעשה הזורק לא עשה המשבר וא"כ אכתי נשאר קושייתי הנ"ל מנ"ל למיפשט דאזלינן בתר מעיקרא ובעיקר הדבר היכא דיש לדון לחייב להזורק ויש לדון לחייב להמשבר בודאי דלא נוכל לומר דיהי' החיוב לאחד לשלם לצי"ש הואיל דהוי הספק על שניהם וי"ל דתו ליכא חיוב אפילו לצי"ש רק ספק איכא אי מחויב לשלם לצי"ש:

ובר מן דין עיקר הסברא שכתב בשם המפרשים דהיכא דאיכא גרמא דחייב לצי"ש וספק ניזיקין לחומרא יהי' מחויב תו מן הדין לשלם לא שמיעא לי ולא ידעתי כעת המקום במפרשים שיהי' כתוב כן וגם הסברא בזה איני מבין ובפרט היכא דאיכא לדון החיוב הזה על שניהם על הזורק ועל המשבר בודאי דלא נוכל לומר כן וע"כ לע"ד לא הועיל כלום בפלפולו לסלק קושייתי בדברי הרמב"ן ז"ל הנ"ל ודו"ק היטב בזה:

ואציין כאן עוד בענין זה מה שעוררני ידידי הרב החריף ובקי מו"ה חנוך אברהם ברילל נ"י מק"ק פיעטרקוב רבתי בדברי השמ"ק בסוגיין בד"ה ובא אחר ושברו במקל פטור אלמא בחר מעיקרא אזלינן דאי בתר תבר מנא אזלינן דנהי דמיקרי צרורות דראשון לחייב לי' ח"נ הכא הוה לן לפטור הראשון לגמרי הואיל ושברו זה בידים דאף גבי צרורות אם התיזה בהמה צרורות ובא אחר ושבר הכלי במקל קודם שיגיעו הצרורות אל הכלי פטור בעל הבהמה ה"ר ישעי' ז"ל עכ"ל. וכתב הרב הנ"ל עלה וז"ל דמבואר מדברי הר"ר ישעי' ז"ל הנ"ל דאף אדם אינו חייב בצרורות רק ח"נ וזה חמוה מכמה מקומות ועיין רש"י ב"ק (דף כ"ב ע"א) ד"ה חציו דכלב הן דהו"ל צרורות הלכך משלם ח"נ ואדם המדליק מש"ה חייב נ"ש שאין דין צרורות באדם עכ"ל וכ"כ הרשב"א שם וזה מוכרח בגמ' שם. וגם שם (דף כ"ו ע"ב) נתכוין לזרוק שתים וזרק ארבע בנזיקין חייב ומשמע דנ"ש משלם וגם לעיל (דף ג' ע"ב) אלא אכיחו וניעו כחו הוא ומשמע שם בהדיא דחייב נ"ש אף דהוי צרורות ועוד מכמה מקומות מבואר ההיפוך וצ"ע עכ"ד. ובאמת הוא חידוש גדול:

ולאחר העיון היטב לא מצאתי לע"ד ישוב לזה רק לפרש כוונתו ז"ל דאין הכוונה דאדם ליחייב בצרורות ח"נ רק דליחייב עכ"פ ח"נ דנחשוב אותן כשנים שהזיקו דהזורק וזה ששיבר עשו שניהם הנזק וליחייב השני ג"כ ח"נ. ואף לפמ"ש לעיל דכיון שלא עשו שנים ההיזק בבת אחת לא מיחשב כשנים שהזיקו מ"מ אם הי' מיחשב צרורות דראשון א"כ בשעת השבירה הוה ככחו של הזורק שיבר עתה א"כ תו הזורק היינו כחו והמשבר עשו עתה ביחד הנזק וע"ז כתב השמ"ק דמ"מ הי"ל להראשון ליפטר לגמרי אם אזלינן

בתר חבר מנא כיון דשברו המשבר בידים לא מיחשב כלל צרורות דראשון. ושפיר פשיט הש"ס מדחזינן דהשני ששיבר פטור לגמרי ורק הראשון הזורק חייב בכולו ש"מ דבתר מעיקרא אזלינן, ואולי יש ט"ס במ"ש הלשון דצרורות דראשון. או דלשון מושאל הוא. אבל עכ"פ נלע"ד דכוונת הרבינו ישעי' הוא כן. וגם בסוף דבריו שסיים פטור בעל הבהמה אולי ט"ס יש וצ"ל הול"ל דפטור בעל הבהמה וקצרתי:

[ב] דף כ' ע"ב או"ט הבאתי דברי השמ"ק בשם הרשב"א מכולה שמעתין שמעינן דאין דירת אדם בבתים מחסרת בבתים שא"כ ל"ל משום שחרוריתא דאשייתא ת"ל משום הפסד דריסת הרגל כו' והעירותי בהא דפסקינן בח"מ (סי' שט"ז ס"א) המשכיר בית לחבירו לזמן קצוב ורצה השוכר להשכיר הבית לאחר משכיר עד סוף זמנו והוא שלא יהי' מנין בני בית האחד יותר מבני ביתו ולפ"ד השמ"ק הנ"ל היל"ל דאפילו אם ב"ב של השוכר השני הם יותר מב"ב של השוכר הראשון גם כן יכול להשכירו כו' כמבואר בפנים. וכתב ע"ז ידידי הרה"ג המפורסם כו' כש"ת מו"ה משה נ"י ד"צ ומו"צ בק"ק לאדז בעהמ"ח חמדת משה לחלק בזה דשאני בהא דשוכר בריבוי דיורין מעלה שכר יותר מאינו ריבוי דיורין וא"כ יכול המשכיר לומר דאם רצה מתחילה להשכיר לשוכר בריבוי דיורין הי' לוקח יותר דמי השכירות והא בית זה קיימא לאגרא גם לריבוי דיורין יכול המשכיר לומר להשוכר כי אדעתא דהכי לא הייתי משכיר בדמים הללו משא"כ בלא קיימא כלל לאגרא ודאי אין חילוק כלל בין מיעוט דיורין או ריבוי דיורין:

ועוד גם בבית דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר נמי יכול למחות בו בעל הבית שלא ידור בו כמ"ש בתוס' ב"ב (דף י"ב ע"ב) בד"ה כגון יעו"ש וכ"פ הישו"ש בב"ק וא"כ ה"ה בזה נמי הדין דיכול למחות לכתחילה בהשוכר שלא ישכיר למי שמרובה בדיורין והלא עיקר הקושיא שלו הי' מטעם דזה דמי ללא קיימא לאגרא והא גם בלא קיימא לאגרא נמי יכול בעה"ב למחות שלא ידור בו. והוסיף להוכיח דע"כ צרכינן לומר החילוק הזה בין קיימא לאגרא ובין לא, קיימא לאגרא דאל"כ יש סתירה בש"ע אשר (בסי' שט"ז) פסק דאין יכול להשכיר לבעל ריבוי דיורין אף דהוא לא קיימא לאגרא לפי שיטת כ"ת נ"י (ובסי' שס"ג) פסק בלא קיימא אגרא דפטור הדר בו. וגם יוקשה על הש"ע וכל הפוסקים שכתבו דאין יכול להשכיר לבעל ריבוי דיורין וקשה עליהם מש"ס דב"ק שם דבחצר דלא קיימא לאגרא הוא פטור וא"כ ע"כ צ"ל כמו שכתבתי לחלק בזה אשר י"ל ממילא דגם דעת הרשב"א ז"ל הוא כדעת הפוסקים וש"ע דהשוכר אינו יכול להשכיר לבעל ריבוי דיורין עכ"ד הרה"ג מוהר"מ נ"י הנ"ל:

והנה אם לכאורה דבריו נכונים אבל המעיין היטב בזה עדיין יש בו מקושי ההבנה כי לפי סברת הרשב"א ז"ל דדירת האדם בבתים לי' בי' פסידא כלל להבית היכא דליכא פסידא דשחרוריתא דבית והרי יש להשוכר בהבית קנין לזמן השכירות ואין המשכיר יכול להוציאו מן הבית קודם כלות זמן השכירות וגם השוכר יכול להקדיש להזכות הזה שיש לו בהבית לדור בו וכמבואר בתוס' במס' ערכין (דף כ"א ע"א) בד"ה הכי קאמר דהשוכר יכול להקדיש את זכותו שיש לו בהבית דהיינו לדור בו כל זמן השכירות והה"נ דמצי אסר לי' אכ"ע בקונם כל ימי השכירות ולענין אם המשכיר יכול להקדיש כל הבית נם על זמן משך השכירות יש חילוק בין אם השוכר הקדים לו שכרו אז אין המשכיר יכול להקדיש הזכות הזה של השוכר על ימי משך זמן השכירות ואם לא הקדים לו שכרו אזי יכול המשכיר להקדיש הזכות של תשמיש הדירה לזמן המושכר יעוש"ה בתוס'. והנה עכ"פ זכות השוכר אלים בודאי דגם כי לא נתן עדיין שכר הדירה ג"כ יכול השוכר להקדיש זכותו ומשום דיש להשוכר קנין לזמן השכירות. ופשוט דכל ימי משך זמן השכירות שדר בה השוכר אין המשכיר יכול למחות בו ואפילו בלא הקדים לו שכרו משום דשכירות קרקע נקנה בכסף ושטר וחזקה והרי השוכר דר בו וא"כ לכל זמן השכירות בטל זכותו של המשכיר נגד זכות השוכר מלבד לענין זה שיכול המשכיר להקדיש בלא נתן לו עדיין דמי השכירות וא"כ לשיטת הרשב"א ז"ל עולה דריבוי דיורין אינו מזיק כלל להבית הי"ל דאין המשכיר יכול למחות להשוכר להשכירו לאחר על משך זמן השכירות אפילו בריבוי דיורין דהא הוה זה נהנה וזה לא חסר אטו אם השוה השוכר עם המשכיר במאה דינר לשנה לא יהי' יכול השוכר להשכירו לאחר במאתים באין ריבוי דיורין להשני ואין המשכיר יכול לעכב עליו ואף דאם המשכיר אומר להשוכר אני אקבל הדירה על חשבוני דהמשכיר קודם הוא מטעם אל תמנע טוב ואם השוכר יכול להשכיר ביוקר יותר ממה שמשלם הוא להמשכיר מחויב המשכיר ליתן כפי שירצה השוכר השני ליתן ועיין בח"מ (סי' שס"ג ס"י) בהג"ה השוכר בית מחבירו וחזר והשכירו לאחר ביותר ממה ששכרו אם הי' לו רשות להשכירו לאחרים כענין שנתבאר לעיל (סימן שט"ז) המותר הוא שלו ואם לא הי' לו רשות להשכירו המותר הוא לבעלים נ"י פרק הנ"ל עכ"ל. ועיין (בסי' שט"ז בסמ"ע סק"ב) ציין לעיין בפרישה והפ"ח שם (סק"א) הביאו וכתב עוד בשם הרדב"ז דהא דהברירה ביד המשכיר לומר כן הוא דוקא קודם שהשכיר השוכר לאחר כו' יעוש"ה וא"כ אכתי אינו מובן מה שהקשיתי דלשיטת הרשב"א ז"ל הי"ל דגם במשכירו השוכר להשני שיש לו ריבוי דיורין ג"כ לא יהי' יכול המשכיר למחות בו משום דאינו מפסידו כלל בזה:

ויש להוסיף עוד בזה מהא דח"מ (סי' שס"ג ס"ו) הדר בחצר חבירו שלא מדעתו שאמר לו צא ולא יצא חייב ליתן לו כל שכרו ואם לא א"ל צא אם אותה חצר אינה עשוי' לשכר א"צ להעלות לו שכר כו' שזה נהנה וזה לא חסר וכתב הרמ"א ודוקא שכבר דר בו אבל לא יוכל לכופו לכתחילה שיניחנו לדור בו אע"ג דכופין על מדת סדום במקום שזה נהנה וזה אינו חסר הנ"מ בדבר דאי בעי ליהנות לא יוכל ליהנות אבל בכה"ג דאי בעי בעל חצר ליהנות ולהרויח להשכיר חצירו הי' יכול אלא שאינו רוצה אין כופין אותו לעשות בחנם עכ"ל ומבואר דאם אין בעל החצר יכול ליהנות ממנו בכה"ג מותר לאחר ליהנות ממנו אפילו בע"כ של בעל החצר ומטעם כופין על מדת סדום א"כ לשיטת הרשב"א הנ"ל דריבוי דיורין אינו מזיק כלל להבית והרי אין המשכיר יכול ליהנות יותר מן הבית הזה המושכר להשוכר רק דמי השכירות שנותן לו השוכר והרי השוכר יכול להשכיר לאחר אם אין ריבוי דיורין להשני והרי הבית קנוי לו להשוכר לזמן השכירות לענין שיכול להשכיר ביותר אם אינו לריבוי דיורין וזה הוא לכ"ע וא"כ לשיטת הרשב"א ז"ל הנ"ל הי"ל דיכול להשכיר גם לריבוי דיורין הואיל דאינו מקלקל כלל להבית בזה שמרבה דיורין וניהא דיכול המשכיר לומר אני אדור בו ואשלם עכ"פ יצטרך המשכיר להוסיף בתשלומין כמו שירצה השוכר השני ליתן אף שהוא בריבוי דיורין וכמו שהעירותי בזה ולכאורה י"ל בזה: והנה כבודו נ"י כתב דההכרח לומר החילוק הזה בין קיימא לאגרא לבין ל"ק לאגרא דאל"כ יקשה על הפוסקים דאין השוכר יכול להשכיר לריבוי דיורין ויקשה עלה מהש"ס דב"ק (דף כ') דבחצר דל"ק לאגרא הוא פטור היכא דליכא הפסד דשחרוריתא דאשייתא וע"כ צרכינן לומר כסברת הרשב"א ז"ל דדירה בבית אינו מזיק כלל להבית וא"כ אמאי אין השוכר יכול להשכיר לבעל ריבוי דיורין וע"כ צ"ל דיש חילוק בין קיימא לאגרא ובין ל"ק לאגרא ומש"ה אין השוכר יכול להשכיר לבעל ריבוי דיורין כיון דחצר זה קיימא לאגרא עכ"ד. והנה סובר כבודו הרב שיחי' דליכא שום חולק על סברא זו של הרשב"א ז"ל דדירת הבתים אינה מזקת להבתים וא"כ יקשה מהגמ' הנ"ל על הפוסקים דאין השוכר יכול להשכיר לבעל ריבוי דיורין וע"כ צ"ל החילוק הזה בין קיימא לאגרא בין לא קיימא לאגרא אבל באמת הרשב"א ז"ל בעצמו כתב עוד באופן אחר יעוין בשמ"ק בסוגיין (על דף כ"א ע"א) בד"ה אר"ה א"ר הדר בחצר חבירו וכו' משום שנאמר ושאי' יוכת שער ורב יוסף כו' אני תמה דהכא משמע דדוקא משום דבעל החצר נהנה במקצת כר"ה או כרב יוסף הלא"ה לא אמרינן זה נהנה וזה אינו חסר פטור וכולה שמעתין משמע דכל שאינו חסר וזה נהנה פטור כההיא דהמקיף את חבירו כו' עד ושמא נאמר כי על כל פנים יש הפסד קצת בבתים מחמת דריסת רגל הדיורין אלא

שהריוח שמצילין אותה משאי' עולה כנגד הפסד זה וממנה שאם הי' כבר אנשי ביתו או אנשים אחרים דרים בה מחמת בעל הדירה ובא אחר ודר בה מעלה לו שכר והיינו דקאמר איכא בינייהו דקא משתמש ב"ה בתבני וציבי הרשב"א ז"ל עוד שם בשמ"ק בשם רבינו ישעי' ובשם ריב"א עוד בשם הרשב"א ובד"ה ולענין פסק הלכה מ"ש בזה. והרי מבואר דאיכא סברא לומר דדירת הבתים מזיק להבית ורק דיש בה ג"כ טובה להבית דמציל מן ההפסד דשאי' יוכת שער ומש"ה מיקרי אינו חסר מחמת הדירה בהבית. וכ"ז היכא דליכא כלל דיורין בהבית וזה דר בו שלא מדעת הבעלים הוא מהנהו לבעה"ב אבל כי איכא דיורין בהבית וזה בא להוסיף על הדיורין מכבר ודר בו ג"כ שפיר הוא רק מזיק להבית ואינו מהנהו כלל לא גרע מהיכא דב"ה משתמש בו בתיבני וציבי דבודאי חייב הדר השני שלא מדעת לשלם ואם אחד דר בהבית דלא קיימא לאגרא שלא מדעת בעלים ובני ביתו מרובים לא אמרינן דאם הי' דר בו עם דיורין מועטים ג"כ הי' די להצילו מהפסידא דשאי' יוכת שער ויהי' חייב על מה שדר בו בדיורין מרובין בזה אמרינן דלא חלקו חכז"ל בזה דמי שיש לו ריבוי בני בית לא יחלקם לדור רק עם מקצת מב"ב ומש"ה נחשבים כל הב"ב של הדר בו כאחד אבל אם כבר משתמש הב"ה בהבית הזה בציבי ותיבני או שכבר דר אחד בהבית ובא אחר לדור ג"כ בהבית בודאי דצריך השני לשלם שכר הדירה דהא מזיקו בדירה בהבית ואינו מהנהו כלל בדירתו להבית וכמבואר לעיל:

ולפ"ז שפיר מובן הטעם דאין השוכר הראשון רשאי להשכיר לשוכר שני שיש לו ריבוי דיורין משום דהוה היזק להבית ואין זה שום טובה להבית ויכול בעה"ב לטעון להשוכר הראשון השכרתי לך הבית דור בו אתה עם הדיורין שלך ותוכל להשכיר לאחר שלא יהי' לו ריבוי דיורין יותר ממה שיש לך אבל לא לבעל ריבוי דיירין ולא קשה מהסוגיא דב"ק דהיכא דליכא שחרוריתא דאשייתא פטור מלשלם הדר בו ולא מחייבין לי' על שהזיק את הבית במה שדר בו ומשמע דלא מזיק כלל להבית במה שדר בו אבל לפי דבריו השניים של הרשב"א ז"ל שפיר מיקרי מזיק להבית בדירתו וכמבואר לעיל. ול"ק מהגמרא על שיטת הפוסקים דריבוי דיורין מיקרי מזיק להבית וצריך השוכר השני שיש לו ריבוי דיורין לשלם בעד זה להמשכיר:

וכן ראיתי ג"כ בנתה"מ (סי' שס"ג סק"ט) וז"ל ויש לספק בנתן השוכר רשות לאחר שידור בו בחנם עם השוכר ביחד אי צריך האחר לשלם להמשכיר אי נימא כיון שהמשכיר לא הי' יכול להשכירו לאחר כיון שכבר הוא מושכר להשוכר והוי כחצר דל"ק לאגרא דפטור הדר בו. ונראה דחייב לשלם דהא ודאי דאיכא קלקול במה שדרין בבית והפטור במה דל"ק לאגרא משום דביתא מיתבא יתיב וכאן כיון שדרין בו בבית דליכא משום

ושאי' יוכת שער ממילא חייב לשלם דהא ודאי דאיכא קלקול קצת דהא מה"ט אסור להשכיר למי שב"ב מרובין רק דהשבח דשאי' יוכח שער עדיף מהקלקול דלא שייך זה חייב לשלם כל הנאה בדין זה והטעם דהוה ז"נ וזה חסר מעט דחייב לשלם כל מה שנהנה עכ"ל הנתה"מ ז"ל וסברא זו של הנתה"מ היא עולה לשיטת הרשב"א ז"ל בדבריו האחרונים וכמבואר בשמ"ק בשם הרשב"א כפי המבואר לעיל: ואנכי כתבתי בספר לפי דברי הרשב"א ז"ל הראשונים דס"ל דדירה בהבית אינו מזיק כלל להבית ולשיטה זו עולה דאם השכיר השוכר לשוכר אחר שיש לו ריבוי דיורין אינו יכול המשכיר למחות והוא כשיטת המוהר"ם בר"ב ז"ל שהביא הד"מ וא"כ עולה אפילו בחצר דקיימא לאגרא ג"כ הדין כן דהא חצר זה קיימא לאגרא שהרי השכירו וא"כ נלע"ד דשפיר כתבתי בעזה"י הסברא בדברי הרשב"א ז"ל הללו כמבואר בפנים הספר והי' אצלי חידוש שלא הובא כלל דעה זו בש"ע דהא מצאתי חבר להמוהר"ם בר"ב ז"ל. וצ"ל הטעם כיון דהרשב"א ז"ל בעצמו כתב עוד להיפוך דדירה בהבית מיקרי היזק ופסקו המחבר והרמ"א ז"ל כן להלכה:

[ג] דף כ"ב ע"ב אוי"ד בענין אם רודף אחר עבד שלו אם ניתן להצילו בנפשו הבאתי דברי הרשב"א ודברי המראה הפנים על הירושלמי. והראני הרה"ג מו"ה מאיר דן רי אבד"ק דוואהרט דברי רבותינו בעלי התוס' עה"ת פ' משפטים ע"פ אך אם יום או יומים באה"ד וז"ל ולכך נקיט רש"י לשון זה והלא דברים ק"ו ומה ישראל חמור אינו חייב אלא בדבר שיש בו כדי להחית עבד הקל לא כ"ש ואיתמר במכילתא אם אתה אומר כן אתה מענישו מן הדין ומה ר"ל אדרבה מק"ו זה אנו באין להקל עליו וי"ל דמשכחת לה חומרא ברודף דקים לן ברודף שרדף אחר חבירו להרגו בדעתו [כוונתו במזיד] להצילו בנפשו של רודף וזה האדון הי' רודף אחר עבדו להרגו בשבט שאין בו כדי להמית ובא ישראל אחר והרג האדון להציל העבד וכיון דאמר מדין זה שאין האדון חייב לפי שאין בה כדי להמית נמצא שזה הישראל שהרג האדון חייב מיתה נמצא שאתה מחייבו ומענישו מן הדין מוהר"י יצחק מפיטוב"ן ז"ל עכ"ל התוס'. ומבואר דאדון הרודף להרוג לעבדו ניתן להצילו בנפשו:

[ד] דף כ"ג ע"א אוט"ו אק"ב במ"ש שם דהיכא דאיכא חיוב גמור לשלם תו לא חייבוהו חכמים בזה עוד מדד"ג הואיל דתו לא יעשה כן משום חיוב גמור דאיכא בזה. העיר ב"א הרב הגדול מו"ה דוד נ"י מדברי הש"כ בח"מ (סי' ס"ו ס"ק ק"ט) דבמוכר שט"ח וחזר ומחלו דהדמים שקיבל מחויב להחזיר מדינא ורק לשלם כל דמי הכתוב בשטר זה הוא רק מדד"ג עיי"ש ולפי דברי הנ"ל האיך יתחייב מדד"ג על כל מה שכתוב בשטר

הלא איכא חיובא מדינא לשלם הדמים שנתן ולכאורה יפה העיר בזה. אולם לאחר העיון ראיתי כי לא נדחו דברי בזה כי לפי מה שכתבתי הסברא בזה דהיכא דלעולם איכא בחיוב זה דדד"ג עוד חיוב אחר שהוא מדינא לא חייבוהו תו חכמים מדד"ג וא"כ גבי מוכר שט"ח וחזר ומחלו דהיכא דנתנו במחנה דאז חייב ג"כ לשלם מדד"ג וכמבואר שם (בסעיף ל"ו) וגבי מתנה ליכא כלל חיוב מדינא לשלם וא"כ בכה"ג תו שייכא חיובא דרבנן לשלם מדד"ג דמי הכתוב בהשטר תו אמרינן דגם במוכר שט"ח חייב ג"כ לשלם מדד"ג דמי הכתוב בשטר דאל"כ יהי' עדיף יותר נתנו במתנה ממוכר דבנתנו במתנה יצטרך לשלם כל דמי הכתוב בשטר ובמכרו לא יצטרך לשלם רק הדמים שנתן ותו אמרינן דלא חילקו חכמים בתקנתן ומחויב לעולם לשלם מדד"ג כל הדמים הכתוב בהשטר וז"נ לע"ד:

דף כ"ג ע"ב אוי"ז אק"א עיין לקמן [בק"א] זה (על דף ל"ח ע"ב) [אוב"א] :

[ה] דף כ"ד ע"א אוי"ט אק"ג כתבתי לפרש הא דקאמר הש"ס אא"א ליעודי גברא לימרי הנך קתאי אנן מי הוה ידעינן דבתר ג' יומי אתי הני ומייעדי לי' כו' דיהי' הפירוש דהואיל דקמאי יכולין לפטור את עצמן אם כן ממילא גם בתראי יהיו פטורין והטעם הואיל דכל הג' כתות הם עדות אחת להזמה ואין העדים נעשין זוממים עד שיזומו כולן כו' כמבואר בפנים:

כם:

אחז"ר למדתי במס' ב"ב ראיתי בספר יד רמ"ה על ב"ב בפ' חזקת הבתים (בדף נ"ו אות זיי"ן) בד"ה שנים וז"ל ודוקא היכא דאתבריר דכי אסהידא כל כת מינייהו הוה ידעה בחברתה כו' דתרמזא רמוזי כו' עד כדאיתא בפ' כיצד דאלא"ה פטורין תצד הערה [צ"ל דתצי] אמרו אנן לחיובי תורא פ"נ קאתינן ה"נ היכא דאיכא למימר דלא ידעו חדא מינייהו בחברתה אין משלמין דאמרי אנן לחיובי' למחזיק לשלומי פירי שאכל הוא דאתינן לאסהודי ואפילו כת בתרייתא פטורה כדקתני לקמן והן עדות אחת להזמה דקיי"ל אין משלמין עד שיזומו כולן עכ"ל הרמ"ה ז"ל. וא"כ גם בשור המועד הדין כן דאם השני כתות הראשונים פטורין אז גם הכח שלישית פטורה והוא ממש כמ"ש. ונתתי שמחה בלבי כי כוונתי לדברי רבינו רמ"ה ז"ל וא"כ שפיר נוכל לומר כן גם בדברי הרמב"ם ז"ל כמו שכתבתי: פרק שלישי. [א] דף כ"ט ע"ב או"ו אוק"ד בד"ה ועוד נלע"ד כו' והנה לכאורה שמעינן מהראשונים הנ"ל דס"ל לחלק בין אם הגבהה הוא ג"ט דהוה קנין מעליא אז קונה אפילו בלא נתכוין לקנות והיכא דהגביהו פחות מג"ט לא קנה כי לא נתכוין לקנות כו'. והראני ע"ז מחו' ידידי הרה"מ מו"ה רפאל זאב נ"י בן מחו' ידי"נ

הרה"ג המנות מוה"ר מרדכי דוב הלוי ז"ל הגאבד"ק פייזר דברי התו"י במס' יבמות (דף נ"ב ע"ב) [הנדפס מחדש בש"ס ווילנא] בד"ה וכסבור שלו הן דלא קני וקשה דמשמע הכא דלקנייי בעינן כוונה ובב"ק (דף כ"ט ע"ב) אמרינן לוקמה למעלה משלשה ובשלא מתכוין וי"ל דהתם בקנין מטלטלין א"צ כוונה דלא אלים חזקת הבעלים עליהם דהם נכסים שאין להם אחריות ונקנים בקל אבל בקרקע אלים חזקת הבעלים וצריך כוונה לקנותה קודם שתצא מרשות הבעלים עכ"ל התו"י ומבואר דהיכא שעשה קנין המועיל קנה אפילו היכא שיש להדבר בעלים ומכ"ש בגללין של הפקר בודאי קנה עכ"ד בקצרה בזה. והנה אין פירכא לדברי כלל בזה דהוא באמת פלוגתא בראשונים וכל הראשונים לא ס"ל חילוק של התו"י ושיטת התו"י מובא ברמב"ן על מס' יבמות (דף נ"ב) שם בד"ה הא בסה"ד וז"ל אבל דבר פשוט הוא שאין קנין שלא לדעת ל"ש במטלטלין ול"ש בקרקעות ואותה שאמרו בפרק המניח (דף כ"ט) לוקמה למעלה משלשה ואפילו לא נתכוין לזכות בה משום מפקיר נזקיו נגעו בה וכך פר"ש ואין לי להאריך כאן ובתוס' משתבשין בה עכ"ל הרמב"ן ז"ל. ותמצית החילוק בזה כי התו"י סוברים דבעינן דוקא שיהי' קונה ממש להחפץ ואז הוא דחייב בנזקיו ומש"ה הוכרחו לומר החילוק הזה דבמטלטלין הוי קנין גמור אבל כל הראשונים דלא ס"ל כן ורק דגם במטלטלין לא קנה אם לא נתכוין לקנות והוכרחו לפרש הא דקאמר הש"ס בב"ק בסוגיין לוקמה למעלה מג' ואע"ג דלא נתכוין לזכות בה חייב כו' דמשום מפקיר נזקיו אתינן עלה ואע"ג דלא קנה אפ"ה חייב בניזקין ומשום דמפקיר נזקיו חייב וכמבואר בשמ"ק הבאתיו [באק"ג] וז"פ:

ולפמ"ש בביאור דברי הראשונים הנ"ל דיש חילוק בין הגבהה ג"ט לפחות מג"ט כנ"ל דבהגבהה ג"ט קונה גם בלא כוונה א"כ יש לפרש ג"כ הא דקאמר הש"ס לוקמה למעלה מג' ואע"ג דלא נתכוין לזכות כו' היינו משום דלמעלה מג' קונה בלא כוונה ולא צרכינן תו לפרש מטעם מפקיר נזקיו. אבל עכ"פ כמעט כל הראשונים אינם מחלקין בין קרקע למטלטלין וכ"נ מטוש"ע (סי' ער"ה):

[ב] דף ל' ע"ב או"ז אק"א כתבתי דלכאורה י"ל בעדים הניזומין דנימא דהוה כשנים שעשאוהו דגלי קרא בעשותה כו' דפטורין וה"נ נימא דהגדת שני העדים נחשב למעשה אחת וכתבתי דזה הוה כזה א"י וזה א"י דחייבין כדאיתא במס' שבת (דף צ"ג) דר"מ ור' יהודה סוברים כן. וכתבתי עוד בזה"ל דסברא זו לא ניתן להיאמר גבי עדים דהא מה דשנים שעשאוהו חייבין הוא דוקא לענין קרבן אבל בודאי דלא מיחייבי שניהם מיתה אפילו בזא"י וזא"י ואפילו לענין קרבן ג"כ אין שניהם חייבין שני קרבנות ועיין בספר פ"י על מס' שבת (דף ג') האריך בביאור הענין כו' ע"כ: וע"ז העיר האברך החריף

ובקי מו"ה צבי יהודא נ"י מק"ק קאליש בזה"ל לא ידעתי מאין זאת למעכ"ת הרי כבר כתב הרמב"ם ז"ל (בפ"א מהל' שבת ה"ב) כל מקום שנאמר בהל' שבת שהעושה דבר זה חייב ה"ז חייב כרת ואם היו שם עדים והתראה חייב סקילה ואם הי' שוגג חייב חטאת ושם (בהט"ו) כתב הרמב"ם ז"ל כל מלאכה שהיחיד יכול לעשות אותה לבדו ועשו אותה שנים בשותפות כין שעשה זה מקצתה וזה מקצתה כגון שעקר זה החפץ מרשות זו והניחו השני ברשות אחרת בין שעשו אותה שניהם כאחד מתחילה ועד סוף כגון שאחזו שניהם בקולמוס וכתבו או אחזו ככר והוציאוהו מרשות לרשות הרי אלו פטורין (ובהט"ז) ואם אין אחד מהן יכול לעשותה לבדו עד שיצטרפו כגון שנים שאחזו קורה והוציאוהו לרה"ר הואיל ואין כח באחד מהן לעשותה לבדו ועשו אותה בשותפות מתחילה ועד סוף שניהן חייבין ושיעור אחד לשניהן כו' עכ"ל ומדכתב סתם כדמפורש דמי דחייבין מיתה ומדחייבין מיתה ע"כ דלכל אחד יש חיוב מיתה וממילא גם קרבן כל אחד חייב קרבן וכ"כ בהדי' התוס' בב"ק (דף מ"ם ע"א) בד"ה כופר אחד וז"ל ואע"ג דגבי חטאת אמרי' בפרק המצניע (דף צ"ב) גבי המוציא ככר לרה"ר הוציאו שנים חייבין ומסתמא כל חד וחד חייב חטאת התם כיון דכל חד מחייב על זדונו כרת מחייב נמי אשגגתו חטאת עכ"ל הרי הדבר פשוט להתוס' להיפוך דודאי כל אחד חייב כרת ואם הי' התראה סקילה ואפילו קרבן נמי שניהן חייבין כל חד קרבן בפ"ע עכ"ל החריף הנ"ל: והנה באמת לא נצרכתי לסברא זו לגוף הדבר שתירצתי קושי' התוס' ורק כתבתיו אגב גררא בדרך פלפול אשר בילדותי כתבתי פלפול בסוגי' דשנים שעשאוהו וכתבתי דהתוס' במס' שבח (דף צ"ב ע"ב) בד"ה זה א"י ובמס' ב"ק (דף מ"ם ע"א) בד"ה כופר אחד נראה דס"ל דשנים שעשאוהו בזה א"י וזה א"י חייבין כל אחד מהם חטאת וכ"כ בשמ"ק על ב"ק שם וכתבתי כי לולא דברי התוס' הנ"ל הי' נלע"ד דיש סברא לומר דהואיל דשנים עשו כאחד ומיירי בשיעור אחד והיכא שייך לחייב שנים על שיעור אחד וכתבתי דבשנים שעשאוהו כאחד לא נוכל לומר דכל אחד מהם עשה בצמצום חצי המלאכה ויש לומר דא"א לצמצם ואחד מהם עשה יותר בהמלאכה מהשני וכסברא זו כתובה בהשגות הראב"ד ז"ל (בפ"ט מהל' משכב ומושב ה"ד) עייש"ה. וא"כ י"ל דזה שעושה יותר בהמלאכה מהשני הוא מיחשב עיקר העושה והשני הוא רק מסייע וא"כ איכא רק אחד המחויב חטאת זה שעושה עיקר המלאכה ורק שאין אנו יודעין מי הוא ויביאו שניהם חטאת אחת בשותפות ויתנו ביניהם שמי שעשה עיקר המלאכה יהי' החטאת שלו וא"כ בודאי לא יתחייבו שניהם מיחה או מלקות בזה א"י וזה א"י ורק דדנין לענין חיוב חטאת אחת בשוגג והבאתי קצת ראי' לדברי בזה מדברי הפ"י בריש מס' שבת (על

דף ג') שכתב דאי לאו קרא דבעשותה לפטור הו"א דבזה עוקר וזה מניח או בזה יכול וזה יכול ועשאו שניהם כאחד דאיכא רק חיוב חטאת אחת ויתנו ביניהם עיש"ה בפ"י וכן י"ל סברא זו ג"כ בשנים שעשאו ג"כ שניהם מביאין רק חטאת אתת ובמתני' במס' שבת דקתני לא יכול אחד להוציאו והוציאוהו שנים חייבין נוכל לפרש דעל שניהם איכא חיוב אחד. וגם כי מצד הסברא לא אוכל להבין לע"ד האיך שייך לומר דאיכא חיוב מיתה או מלקות לשניהם דהא שניהם עשו רק מלאכה בשיעור אחד ואם נימא כן לא הי' קשה קושי' התוס' במס' ב"ק (דף מ"ם) ובמס' שבת (דף צ"ב) הנ"ל שהקשה הריב"א אמאי לא אמרינן חטאת אמר רחמנא ולא שנים ושלשה והארכתי שם בפלפול בכל הסוגי' הנ"ל: ובדברי הרמב"ם ז"ל (דפ"א מהל' שבת הט"ו) הנ"ל אין מוכח כ"כ אם סובר כשיטת התוס' הנ"ל דבזה א"י וזה א"י דחייבין אם יתחייבו שני קרבנות ואם נימא כסברתי הנ"ל דשניהן חייבין רק חטאת אחת נוכל לפרש גם בכוונת הרמב"ם ז"ל במ"ש (בהט"ו) הלשון שניהן חייבין דהכוונה הוא דשניהן חייבין להביא חטאת אחת ויתנו ביניהם וכמש"ל. ותמצית הדבר סברתי שכתבתי בזה מלבד זה שבתוס' מבואר להיפוך ואנכי כתבתי לסברתי הנ"ל שיהי' מיושב קושי' התוס' הנ"ל אבל האמת אגיד כי לא מצאתי עוד תנא דמסייע לי לסברתי הנ"ל רק מה שיש להוכיח קצת מדברי הפ"י ריש מס' שבת הנ"ל ואינני אומר קבלי דעתי בזה ואולי אמצא עוד איזה ראי' לסברתי הנ"ל. ועיין בק"א על דף יו"ד ע"ב [אול"ז]:

ובהיותי מעיין עתה בזה מצאתי בשו"ת שואל ומשיב מהדו"ק (ח"ב סי' חי"ת) האריך בענין שנים שעשאוהו דכתב ג"כ דרק בשבת פטורין שנים שעשאוהו אבל לא בשאר איסורין וציין דברי התבו"ש סוס"ב והאריך בזה וכתב ז"ל ובזה מיושב היטב מה דק"ל בהא דעדים זוממין דלמה לא יפטרו מכח שנים שעשאוהו ואף דבעי שנים והי"ל כזה א"י וזה א"י מ"מ באם היו ארבעה וכדומה לפטרו מכת שנים שעשאוהו ואף את"ל דבעי שיהיו בב"א מ"מ בהעידו בב"א מא"ל וגם בשתי כתות שכפרו בב"א למה לא יפטרו. ולפמ"ש א"ש דזה לא שייך רק בשבת לבד וכמ"ש עכ"ל מורי הגאון זצ"ל ונהניתי שכוונתי בהערה זו לענין עדים זוממין אמנם איני מבין מ"ש מורי הגאון ז"ל ואף דבעי שנים והי"ל כזה א"י וזא"י מ"מ באם היו ארבעה וכדומה לפטרו מכח שנים שעשאוהו לא אבין פי' הדברים דאטו אם כל אחד אינו יכול ושנים שנצטרפו יכולים ונצטרפו שלשה ועשו המלאכה אשר גם שנים מהם היו יכולים הכי שייך לומר בזה דנחלקם להשלשה שעשו כאחד ונימא דשנים הוו כמו א' יכול והשלישי יהי' כאינו יכול דשנים יתחייבו בודאי דלא נוכל לומר כן דאטו מבוררין הם אלו הן השנים ראובן ושמעון שיוכלו לעשות

המלאכה שניהם כאחד ולוי מיחשב כאינו יכול ויתחייבו ראובן ושמעון ולוי יפטור דהא זה יכול וזה אינו יכול דהוה הדין דהיכול חייב והשני שאינו יכול פטור כמבואר במס' שבח (דף צ"ג). בודאי דלא נוכל לומר כן דמאי חזית דנצרף ראובן ושמעון כאחד דנחשבם כיכולים ולוי כאינו יכול נצרף לוי לראובן ויחשבו כיכולים ושמעון כאינו יכול וא"כ מה מועיל דאיכא ב' כתי עדים המעידים דגם באופן כזה נחשבים כל אחד מהם בפ"ע כאינו יכול וכולם כאחד כיכולים וא"כ אינו מועיל כלל שני כתי עדים המעידים על דבר אחד וז"פ לע"ד:

ובגוף הדבר בעדים זוממין נלע"ד כסברתי שכתבתי דהוה גזיה"כ לחייבם בכה"ג. ובעיקר דין זה דשנים שעשאוהו האריכו גדולי הגאונים המחברים בזה ועיין בשו"ת חסד לאברהם למורי הגאון ז"ל בתשובה מהדו"ק חאו"ח (סי' כ"ח) שהשיב להגאון מו"ה חיים נתן ז"ל מק"ק קראקא ונדפס מחדש ספר תורת חן מהגאון מוח"נ ז"ל הנ"ל האריך ג"כ בסוגי' דשנים שעשאוהו ונקבץ שמה תשובות הגאונים גדולי הדור זצ"ל שפלפלו עמו בענין זה יעויין היטב בדבריהם ז"ל. ועיין לקמן בק"א זה (על דף נ"ג ע"א) [אול"ג אק"ב] מ"ש עוד בענין זה:

[ג] דף ל"ב ע"א או"ח בענין ביאה של"כ שכ' השעה"מ דהאיך מתקדשת שא בביאה של"כ הא לית לה הנאה כו'. וע"ז כ' אלי נ"ג הרב הגדול מו"ה רפאל זאב נ"י בן ידידי ח"ג המאה"ג מו"ה חיים ישכר נ"י אבד"ק ליסקאוויץ להוכיח דלא הוי הנאה דאל"כ למה הוצרך קרא על קידושי ביאה תתקדש מדין כסף דלא גרע משחוק לפני רקוד לפני וע"כ דקרא אתא רק על ביאה של"כ לגלות דהוי קידושין דלית לה הנאה והוי כמו קידושי שטר וכסברת השעה"מ שם (בפ"א מהל' אישות) עכ"ד. [אח"ז הראה ידידי המאה"ג מו"ה מאיר דן נ"י אבד"ק דוואהרט דברי האור חדש קידושין (דף ד' ע"ב) בד"ה והנה חזות קשה כו' שהביא קושי' זו דל"ל קרא לקידושי ביאה בשם הראב"ן ועיי"ש באו"ח שמתרץ כן דאיצטריך לביאה של"כ]:

והנה אם נפרש בדברי הרמב"ם (בפ"א מהל' אישות ה"ב) כפשוטו דקידושי כסף הוא רק מדבריהם פשיטא דאין ראי' כלל, אולם רוב המפרשים מפרשי בדעת הרמב"ם דהוא מדאורייתא:

אולם לעד"נ דיש סברא לומר בזה דבקדושי ביאה לא נוכל לבא עלה מדין קדושי כסף הואיל דגם הוא נהנה וא"כ אין הנתינה מוכחת שהוא לשם קידושין דהיינו שרוצה ליתן לה. וגם אין ניכר להעדים שנותן לה בתורת נתינה דבשלמא בשחוק לפני אין לו הנאה כלל וניכר שהוא רוצה לקדשה בהאי הנאה והא דבהילך מנה ואקדש אני לך דבאדם

חשוב מקודשת שם במס' קידושין (דף ז') י"ל דהתם באותו דבר שדנין עלי' דהיינו ההנאה זו שמקבל מינה בזה אין מעורב בהנאה זו גם לו כי הלא הוא לא הי' רוצה בזה כלל להיות מקבל מחנות. ויש להוסיף עוד ולומר דניהא דמעט הנאה יש לו בקבלת הממון הלא הוא מהנה אותה יותר ונוח הי' לו יותר שלא לקבל ורק מכח שמקדשה בזו הוא מקבל ממנה וא"כ לא מיחשב כלל שהוא נהנה ג"כ בזה ודו"ק. אבל הכא בקדושי ביאה שפיר י"ל כנ"ל ויש לדון תו משום מקדש בלא עדים ואי לאו דגילה לן קרא דובעלה דמתקדשת בביאה לא הוה ידעינן דיהי' קידושין מכח קידושי כסף. ואף דאם הי' אומר לה התקדשי לי בהנאת ביאה זו היתה מקודשת אבל באומר סתמא התקדשי לי בביאה אינו ניכר שבהנאת ביאה מקדשה דדילמא להנאת עצמו עושה:

עוד כ' נ"ג הרב הנ"ל מהא דמס' מעילה ר"פ הנהנה דסוטה הוי הנאה בלא שינוי וכמבואר בתוס' שם והרי במס' סוטה (דף כ"ו) דמקנין לשלא כדרכה א"כ חזינן דשלא כדרכה ג"כ מיקרי הנאה עכ"ד. הגם כי י"ל דכוונת הש"ס שם במעילה הוא על כדרכה דוקא דניהא דהקינוי הי' שלא תסתרי עמו להבעל של"כ אטו ליכא ספק על כדרכה נמי ורק שאמר לה הקינוי על שלא כדרכה וג"כ מיחשב קינוי וי"ל בזה מ"מ יפה העיר בזה:

ואולם י"ל דמזה ראי' למ"ש דבשל"כ ניהא דיש לה צער ג"כ מ"מ גם הנאה אית לה וא"ש ודו"ק. ומיהא י"ל ברש"י מס' סנהדרין (דף ס"ו ע"ב) בד"ה למעוטי מעשה חדודין להכי כתיב שניהם שיהיו שניהם שוין נהנין ומיהו שלא כדרכה אע"ג דהיא אינה נהנית ממשכבי אשה איתרבאי לחיובא עכ"ל ונראה מדברי רש"י ז"ל דשל"כ אין לה כלל הנאה וי"ל בזה:

[ד] דף ל"ג ע"א או"י אק"ב במ"ש בהא דמס' נדרים (דף ל"ד ע"ב) א"ר הי' לפניו ככר של הפקר ואמר ככר זו הקדש נטלה לאכלה מעל לפי כולה דאיפלגי הראשונים בפירושיהם אם ההקדש חל מיד גם קודם שזכה בה דכתב הרא"ש ז"ל הטעם הואיל דבידו לזכות בו והבאתי הקושי' מהא דמס' חולין (דף קל"ט) הני מוקדשין ה"ד כו' וכתבתי וכ"ז ניחא לשיטת רש"י אלא לשיטת הרא"ש והר"ן דס"ל דההקדש חל מיד א"כ קשה דהא שפיר משכחת לה דחזא קן והי' בידו ליטלו והקדישו והנה לשיטת הר"ן ג"כ נוכל לתרץ קצת דהואיל דקנין ד"א לא הוה אלא קנין דרבנן והש"ס קאי לדינא דאורייתא וי"ל בזה אי קנין דרבנן מהני לדאורייתא וגם דלשון מעל לפי כולה משמע דהוא מדאורייתא וי"ל בזה ע"כ:

וע"ז השיבני הרב החריף ובקי מו"ה חנוך אברהם מק"ק פיעטרקוב רבתי וז"ל ולא הבנתי דהא שם בחולין (דף קל"ט) יליף מקרא דמוקדשים פטור משילוח ואהא פריך הש"ס

הני מוקדשין היכי דמי וכו' א"כ אפילו אי אמרינן דקנין דרבנן מועיל לדאורייתא ג"כ שפיר פריך הש"ס אקרא ל"ל כיון דמדאורייתא ליכא כלל מוקדשין שהי' ההו"א שחייב בשילוח עכ"ל החריף הנ"ל. והנה כבר אחז"ל במדה שאדם מודד מודדין לו וגם אנכי לא אדע אי' מפורש בגמרא שם דיליף מקרא מיותר דאין שילוח הקן נוהג במוקדשין אשר יקשה על דברי הנ"ל בענין אם קנין דרבנן מועיל לדאורייתא דהאיך יועיל זה לענין דאורייתא דנוקי קרא באופן הזה. המעיין בסוגי' יראה דלא ילפינן זה מקרא מיותר דאין שילוח הקן נוהג במוקדשין ורק דהתנא דמתני' דקתני בחולין אבל לא במוקדשין קאמר הש"ס עלה אמאי לא דאמר קרא שלח תשלח את האם במי שאתה מצווה לשלחו יצא זה שאי אתה מצווה לשלחו אלא להביאו לידי גזבר א"כ זה נלמד רק ממשמעות הכתוב ועיין בתוד"ה יצא זה וא"כ אין לנו קרא מיותר ע"ז דמוקדשין פטור משילוח ורק דהדין כן הוא וא"כ שפיר כתבתי דאם נימא דקנין דרבנן מהני לענין דאורייתא אכתי יקשה קושי' הנ"ל דהאיך קאמר הש"ס האי מוקדשין ה"ד כו' הא משכחת לה בכה"ג דחזא קן ואקדשי' וחל ההקדש דקנין דרבנן מהני לדאורייתא ומיפטר משילוח וז"פ וא"צ לפנים:
ועל מה שכתבתי בשיטת הרא"ש בשם הרא"מ ז"ל דההקדש חל מיד וע"ז השיבני החכם הנ"ל דבספר טיב גיטין על מס' גיטין (דף י"א ע"ב) בד"ה בגמ' התופס שכתב בשיטת הרא"ש הנ"ל דדוקא כשזכה בה וכתב שגם הגאון מוהר"ז מרגליות ז"ל כתב ג"כ כן ותמה עלי שכתבתי להיפוך מדברי הגאונים הנ"ל הנה לא ראיתי אז בט"ג וספר שו"ת בית אפרים אין לי אבל הלא הבאתי דברי הקצה"ח (בסי' רי"ב סק"ד) דמבואר בדבריו דמפרש בדברי הרא"ש בשם הרא"מ דההקדש חל בשעה שנטלה לאוכלה עיי"ש. אולם רמזתי גם לדברי הקצה"ח (בסי' ר"ד סק"ג) דנראה מדבריו דמפרש דברי הרא"ש בשם הרא"מ דההקדש חל מיד גם קודם שנטלה ורק הואיל דיכול ליטלה. והנה כתבתי בענין זה בכמ"ד וגם בעת למדי אז במס' ב"ק בסוגיין כתבתי באריכות בענין זה אשר לא הכנסתיו בהספר בסוגיין ויען ראיתי כי מע"כ נ"י התפלא עלי על אשר כתבתי בהיפוך מדברי הגאונים הט"ג והשו"ת בית אפרים לכן בואר כאן קצת בענין זה ומ"ש אז:
הנה לפי הבנת הקצה"ח (בסי' רי"ב סק"ד) בדברי הרא"ש דסובר דבאמר יהי' הקדש ולא אמר אתננו דלא חל כלל והקשה מהא דסברי חכמים יתננו לעני הנמצא ראשון ולר"נ דפריך דלימא מעני לעני מחלוקת אמאי יתננו לעני הנמצא ראשון יזכה הלוקט בעצמו ולשיטת הרמב"ם ניחא וכ' הקצה"ח לתרץ עפי"ד הרא"ש בשם הרא"מ הנ"ל דכשיזכה העני הלוקט בעצמו הרי חייל נדרו וחייב ליתנו לעני אחר דבשלמא כשלא זכה בה כלל אח"כ אז לא חל כלל הנדר אבל כשירצה להחזיק לעצמו אז הרי חל הנדר למפרע עיש"ה

בקצה"ח. וא"כ חזינן דהקצה"ח הבין מדברי הרא"ש בשם הרא"מ דהא דאמרינן דיכול להקדיש היכא דיכול לזכות בו אעפ"י שעדיין לא זכה בו היינו דוקא כשיזכה אז חל ההקדש למפרע משעת האמירה אבל אם לא יזכה בו כלל לא חל כלל ההקדש ובאמת המעיין היטב בדברי הרא"ש שהביא דברי הרא"מ בשם הר"י יראה לכאורה מבואר כן כדברי הקצה"ח שכתב וז"ל ואמר לכשאזכה בככר זה תהי' הקדש מוכח כדברי הקצה"ח הנ"ל:

אולם הקצה"ח בעצמו (בסי' ר"ד סק"ג) כתב להיפוך בהא דאר"י ישראל שאמר לבן לוי כור מעשר יש לך בידי בן לוי רשאי לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר אא"ב לא מצי, למיהדר מש"ה רשאי אא"א מצי למיהדר בי' אמאי רשאי אשתכח דקא אכיל טבלים. וכתב השמ"ק שם וז"ל כתב הר"מ אעפ"י שלא קנאו בן לוי לא במשיכה ולא בהגבהה איירי במכירי לוי' דחשיב כאילו בא לידו כו' יעו"ש והקצה"ח כתב לתרץ קושי' השמ"ק הנ"ל עפי"ד הרא"ש בשם הרא"מ הנ"ל דה"נ כיון דודאי לא יחזור ובודאי יתננו לו הי"ל כבידו לזכות בו ובידו מהני לכל הדברים לתרומה ומעשרות כדאי' בפרק האומר גבי בידו לתלוש ע"ש וה"נ ודאי יתננו לו אלא שמחוסר קנין הרי בידו לקנות עכ"ל הקצה"ח והרי התם ע"כ צ"ל דתיכף שאמר הישראל לבן לוי שיתן לו הכור מעשר והלוי עשאו תרומת מעשר דתיכף חל התרומה דאל"כ הרי קאכיל טבלים וא"כ מוכרחין אנו לומר דהתרומה חלה תיכף אעפ"י שלא עשה הבן לוי עדיין שום קנין בהכור מעשר דהא במה דאמרינן שם במס' קידושין (דף ס"ב) דבידו מהני לענין תרומה אמרינן דאינו חל מיד רק כשיתלשו אז תל האמירה שעשאו תרומה דהא בהדי' אמרינן שם בברייתא אבל אמר לכשיתלשו ונתלשו דבריו קיימין מבואר דאז הוא דרשאי לאכול החולין אבל קידם שיתלשו עדיין לא חל התרומה ואסור לאכול החולין ועיין ברמב"ם (פ"ה מהל' תרומות ה"ט) שכתב בהדי' כן ולכשיתלשו דבריו קיימין ע"ש והאי סברא דבידו לא מהני יותר גבי תרומה רק לענין זה שיהי' חלות לאמירה שאמר שיהי' תרומה לכשיתלשו דאל"כ לא הי' שום מקום חלות להאמירה ג"כ ומ"ש התוס' במס' נזיר (דף י"ב ע"א) בסוד"ה באשה שיכול לעשות שליח להפריש חלה עבורו אף שעדיין לא נילש משום דבידו להביא עיסה מגולגלת התם ג"כ הוא רק על חלות השליחות אבל השליח אינו יכול להפריש החלה עד אחר הלישה אבל הכא גבי ישראל שאמר ללוי כור מעשר יש לך בידי אם נימא דלא חל מה שעשאו הלוי תרומת מעשר רק עד לאחר שיעשה בה קנין ואפילו אם נימא דכשיעשה בה קנין אז חל למפרע וזכה בו למפרע משעת האמירה שיכול אז ליטלו א"כ כל זמן שלא משכו לא חל אכתי קשה קושי' הש"ס דהא קאכיל טבלים. וגם דנימא דיהי'

אסור לבן לוי לעשות כן דדילמא לא ימשוך כלל ואע"ג דבידו למשוך וחבירו לא יחזור בו מליתן לו הכור מעשר מ"מ האיך רשאי הבן לוי לסמוך על זה דדילמא לא ימשוך את הכור מעשר וא"כ אשתכח דקאכיל טבלים למפרע:

וכיוצא בזה בש"ע אהע"ז (סי' קמ"ג ס"ב) ואם אמר לה הרי אח מגורשת מעכשיו או מהיום על תנאי כו"כ כו' כשיתקיים התנאי תהי' מגורשת משעת נתינת הגט לידה כו' ולכתחילה לא תינשא קודם קיום התנאי ואם נשאת יפרש ממנה עד שיתקיים התנאי ומיהו בתנאי שהוא בידה והוא בשוא"ת לא חיישינן שמא תעבור עליו כו' יעו"ש וא"כ ה"ה הכא אם נימא דהבן לוי אינו זוכה בו עד שיעשה קנין בהכור מעשר והרי צריך לעשות בו מעשה הקנין א"כ איך יהי' הבן לוי רשאי לאכול המעשר ולסמוך על הכור מעשר הזה שיעשנו תרומת מעשר. אבל אם נימא דתיכף חל הקנין של הבן לוי בהכור מעשר הזה וזכה בו מיד הבן לוי בהכור מעשר אפילו אם לא ימשוך אח"כ הבן לוי בהכור מעשר הלז ומשום דהואיל דבידו לזכות בו חל תיכף התרומה דבהקדש ג"כ חל תיכף ההקדש אפילו אם לא הגבי' אח"כ א"ש תירוצו של הקצה"ח הנ"ל ודו"ק:

וכן נראה מדברי התוס' במס' נדרים שם ד"ס"ל דכל שבידו לזכות יכול להקדישו תיכף ומשמע מדבריהם דאפילו לא עשה בו אח"כ קנין ולא הגבי' כלל ג"כ חל ההקדש וז"ל התוס' שם בד"ה ואמר ככר זו הקדש בלשון זה אמר אעפ"י שלא אמר לכשאזכה בה אפ"ה כי זכה בה הוי הקדש והואיל ודעתו לזכות בה וא"ת והא אין אדם מקדיש דשלב"ל ול"ד לאומר הרי פסח [כוונתם על בהמה שאמר שתהי' הקדש לאחר שלשים יום] קדושה לאחר שלשים דהוה קדושה התם בידו להקדיש מיד אבל הכא לאו בידו להקדיש מיד לכן נראה שנטלה וזכה בה ולאח"כ הקדישה ובא אדם אחר ונטלה ואכלה או הוא עצמו מתחילתו שזכה בה נטלה לאוכלה זכה בכולה כו' ודחו התוס' זה דלישנא דרבא לא משמע הכי דקאמר ככר זו הקדש ואחר מכאן נטלה לאוכלה משמע דהאי אחר שהקדיש שלא זכה בה ני אחר מכיון שהקדישה [כוונתם בדחוי' זו דלא נוכל לפרש שהקדישה אחר שזכה בו ואח"כ נטלה הוא או אחר לאוכלה רק דההקדש הי' קודם שנטלה ולא עשה בו עדיין שום קנין כלל] לכן נראה דלעולם לא זכה בה עדיין בשעת הקדש וכי תימא אא"מ דשלב"ל ועדיין לא כה בה מיירי שהוא בתוך ד' אמותיו וד"א שלו קנוי לו [והוא כפי' הר"ן ז"ל עיי"ש] אי נמי כיון שבידו לזכות בה שהוא קרוב ממנה יותר משום ארם הוי חשיב שפיר דבר שבא לעולם כדאמר בפרק האומר בקידושין (דף ס"ב) כל שבידו לאו כמחוסר מעשה דמי נטלה לאוכלה כלומר אחר שזכה בה והקדישה כדפרישית שהיתה תוך ארבע אמותיו והקדישה אחר מכאן עכ"ל התוס' והנה הרי גירסת התוס' הוא

שאמר סתם ככר זו הקדש ולא אמר לכשאזכה בה ומסקי בתירוץ השני בסוף דבריהם דזה מיקרי דבר שבא לעולם כלומר שבא לרשותו לענין שיהי' חל ההקדש ומשמע דחל תיכף ההקדש וזה שפירשו אח"כ נטלה לאוכלה כלומר אחר שזכה בה והקדישה כוונתם שההקדש חל תיכף בשעת אמירתו שאמר שיהי' הקדש אז חל ההקדש לגמרי ואפילו לא נטלה כלל אח"כ וה"ה אם אדם אחר נטלה ג"כ מעל האחר דכבר חל ההקדש בשעת אמירתו. וכתבו אח"כ שהיתה תוך ד' אמותיו והקדישה אחר מכאן כוונתם בזה לפום התירוץ הראשון שתירצו שהקנין הוא מכת ד' אמות ואחר שהי' בתוך הד' אמות תל ההקדש דהא האמירה הי' ג"כ כשהי' מונח בתוך הד' אמות כנלע"ד בכוונתם ז"ל והא שכתבו להביא ראי' ממס' קידושין כל שבידו לאו כמחוסר מעשה דמי כוונתם הוא דכמו דהתם חל הדיבור מכח שבידו אע"ג דהתם לא חל התרומה רק כשיתלשו התם שאני משום דמחובר לא שייך בי' תרומה כלל אבל הכא שפיר תל ההקדש לגמרי הואיל דבידו לזכות בו וחל תיכף ההקדש אף שלא הגבי' כלל כנלע"ד בפי' דברי התוס' דהא הם ז"ל לא גרסו בגרסתם דאמר יהי' הקדש לכשאזכה בה וי"ל בזה עוד טובא: והנה לכאורה מוכרח כפי' הנ"ל בדברי הרא"ש בשם הרא"מ והר"י ז"ל דלא בעינן שיעשה אח"כ קנין בהחפץ שיגבי' ואז הוא דחל ההקדש דאם נימא כן דבעינן דוקא שיגבי' אח"כ ואז הוא דחל ההקדש למפרע א"כ הוה זה כמו אם אומר בהמה זו הקדש לאחר שלשים יום והא בכה"ג הוה הדין דיכול לחזור בו תוך שלשים ועוד עדיף הא דכאן מהתם דבהקדישה לאחר שלשים יום חל ההקדש אח"כ ממילא ככלות השלשים יום אבל הכא יהי' צריך לעשות בו קנין הגבהה שיחול ההקדש וא"כ בודאי דהל"ל דמועיל חזרתו מההקדש קודם חלות ההקדש וא"כ כשנטלה לאוכלה הרי חזר בו מההקדש ואף דהא מיירי בשוגג דבמזיד לא שייכא בי' מעילה כלל מ"מ הלא לא היתה כוונתו בהגבהתו לזכות בו להקדש דהא שוגג הי' ושכח כל הענין מה שהקדישו ולא עשה על דעתו הראשונה וא"כ אחאי נגמר בזה ההקדש למפרע לא מיבעי' אם נרצה לומר דההקדש הוא חל רק בשעת ההגבהה פשיטא דאינו מובן אלא אפילו אם ניחא דנגמר ההקדש למפרע ג"כ קשה דהא לא הי' כוונתו בהגבהה זו על דעתו הראשונה שיהי' להההקדש:

ויש לעשות עוד סמוכין לזה מהאי סוגיא שם במסכת נדרים (דף ל"ה ע"א) לתעול מקבל יכול דאמר לי' היתרא בעיתי איסורא לא בעיתי א"ל מקבל מעל לכשיוציא ופי' הר"ן בד"ה למעול מקבל שאילו הי' יודע שהוא של איסור לא הי' רוצה לזכות בה ונמצא זכי' בטעות ואינה זכי' ואע"ג דבמוציא מרשות הקדש אפשר דאפילו בטעות מעל שאני הכא שהוא לא הוציאה רק חבירו וזה לא עשה אלא שקיבלה עכ"ל הר"ן ז"ל וכיוצא בו הוא

במס' קידושין (דף נ"ג ע"ב) יעוש"ה וא"כ ה"נ דכוותי' הרי לא הי' כוונתו בנטילתו לזכות בה להקדש וא"כ נימא דההגבהה שהגבי' בשוגג לא הוי הגבהה כלל דכל ההגבהה לקנות בעינן שיהי' בכוונה לקנות והכא לא נתכוון לזכות בשביל ההקדש אבל אם נימא דההקדש חל מיד בשעת אמירתו ואפילו לא הגבי' אח"כ ולא עשה בו שום מעשה הקנין ג"כ חל ההקדש מיד מובן שפיר הא דנטלה לאוכלה מעל דכבר הוא הקדש בשעת אמירתו וה"ה נמי אם אדם אחר נטלה לאוכלה ג"כ מעל ומשום דנגמר מיד ההקדש בשעת אמירתו כן נראה לכאורה ומובן שפיר סברת הרא"ש בשם הרא"מ וגם סברת הר"ן ז"ל דמטעם, קנין ד' אמות אתינן עלה ונראה גם כן מדבריו ז"ל דההקדש חל מיד בשעה שהקדישו עולה גם כן שפיר בזה:

אולם רש"י ז"ל כתב בפירוש נטלה ע"מ לאוכלה דכיון שהחזיק בה קנאה ואם אכלה מעל לפי כולה כו' דמבואר דס"ל דההקדש חל בשעה שהחזיק בה א"כ אינו מובן לכאורה הלא בשעה שהחזיק בה בשוגג לא נזכר כלל שהקדישה א"כ לא נתכוון לזכות בשביל ההקדש והאיך חל אז ההקדש. וצרכינן לומר לשיטת רש"י ז"ל דהואיל דמיירי בשוגג ולא נתכוון עתה בנטילתה לבטל האמירה הראשונה והוה כמו ההקדש על תנאי שכאשר יעשה קנין הגבהה יהי' חל ההקדש וא"כ כשהגבי' חל ההקדש אז דהוה כאילו אמר כשאגבי' יחול ההקדש וא"כ גם כי לא נתכוון בשעת ההגבהה לזכות לצורך ההקדש חל ההקדש ממילא דהא לא חזר בו מההקדש ומש"ה חל אז ההקדש בשעה שעשה בו קנין דהיינו שהגבי' אחר כך כדי לאוכלה ואכתי י"ל לעיין בזה:

ועיין עוד ברש"י בנדרים שס בד"ה ככר של הפקר וכ"ש אי דנפשי' אלא רבותא קמ"ל דמצי זכי בהפקר לחלה קדושה עלוי' עכ"ל. משמע לכאורה מדבריו דההקדש חל תיכף לגמרי בשעת האמירה. ולכאורה י"ל בזה דהא מדברי רש"י ז"ל בד"ה נטלה לאוכלה מורה ההיפוך וגם מ"ש רש"י שם בד"ה אבל נטלה ע"מ להורישה לבניו ואח"כ הקדישה עסקינן דקודם לכן לא יכול להקדישה עכ"ל מבואר דשיטת רש"י ז"ל דאח"כ הוא דחל ההקדש כשנטלה. ולפי האחור לעיל דכוונת רש"י ז"ל דהוי כמו הקדישה על תנאי כשיזכה בה יחול אז ההקדש וכמו הקדישה לאחר שלשים יום נוכל לפרש כוונת רש"י ז"ל בד"ה ככר של הפקר מ"ש רבותא קמ"ל דמצי זכי בהפקר לחלה קדושה עלוי' היינו דחלה אז קדושה דאקדשי' בראשונה בעוד שהי' הפקר עדיין וחל. עתה הדיבור הראשון להיות חל עלה עתה בשעת נטילתו השם הקדש אולם מ"ש רש"י בד"ה אבל נוטלה ע"מ להורישה לבניו ואח"כ הקדישה מבואר דבעינן שיקדישה אז שנית ואז הוא דחל ההקדש

ולא מכח האמירה הראשונה בעודו הפקר א"כ איני מבין כלל פשטות דברי רש"י ז"ל וצ"ע בזה:

אולם בשיטת הרא"ש ז"ל נראה מבואר לכאורה דס"ל להרא"מ בשם הר"י דההקדש חל מיד בשעת האמירה אף שלא עשה אח"כ שום קנין הגבהה וכמש"ל. ויעוין עוד בהרא"ש שם בד"ה נטלה לאכלה ובעי למיהדר בי' מעל דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט עכ"ל הרי שפי' הרא"ש שבשעת נטילתו בעי למיהדר בי' מן ההקדש ולא כתב הרא"ש שקודם זה הגבי' ומשמע מדבריו שלא הגבי' עדיין כלל רק שההגבהה זו הוא ע"ד לאכלה והרי רוצה למיהדר בי' מן ההקדש שהקדיש מקודם ואפ"ה הוה הדין דמעל ואם נימא דההקדש לא חל לגמרי מיד רק שבשעה שנטלה אז נגמר ההקדש למפרע א"כ תינח אם בשעה שהגבי' הי' ע"ד ההקדש אבל אם ההגבהה היתה לאכלה ובעי למיהדר בי' מן ההקדש א"כ אמאי מעל. אע"כ דס"ל להרא"ש דההקדש חל לגמרי תיכף בשעת אמירה. הואיל דיכול לזכות בו וחל אז ההקדש בשעת אמירה ואפילו אם לא הגבי' כלל אח"כ ג"כ חל ההקדש ואם אדם אחר אכל או נהנה אח"כ ג"כ מעל:

ובהיותי בזה איני מבין לשון הרא"ש ז"ל בפשטות במ"ש נטלה לאכלה ובעי למיהדר בי' מעל דמשמע שהוא זוכר מההקדש וא"כ איך שייך מעילה הלא אין מעילה במזיד וכמש"ל. ואולי י"ל דההכוונה הוא ששכח לגמרי שהקדישה והא דכתב ובעי למיהדר בי' לאו דבכוונה למיהדר בי' ורק דנטלה לאכלה וממילא יהי' החזרה מן ההקדש:

והנה אכתי י"ל בלשון הרא"מ בשם הר"י ז"ל דנקיט הלשון שהככר הי' רחוק ממנו הרבה ואין אדם סמוך לה שיוכל לזכות אלא הוא ואמר לכשאזכה בככר זה תהי' הקדש וקמ"ל דחל ההקדש דכיון דבידו לזכות בו כו'. הנה נקיט הלשון לכשאזכה בו משמע דאז הוא דיש מקום חלות להקדש ואפילו אם נימא דהוה ההקדש חל למפרע משעת דיבורי' אבל בעינן דוקא שיעשה בו קנין אח"כ וכסברת הקצה"ח (בסי' רי"ב סק"ד) שהבאתי לעיל:

אולם אם נימא כן תיקשי אמאי לא מהני חזרה בזה קודם קיום התנאי הרי אם יאמר בפירוש הריני מקדיש דבר פלוני שהוא ברשותו לגמרי על תנאי שילך למקום פלוני הכי נימא דקודם קיום התנאי לא יוכל לחזור בו מההקדש. ובאומר ה"ז עולה לאחר למ"ד יום אם יכול לחזור בו קודם כלות השלשים יום דעת הר"ן במס' נדרים (דף כ"ט) דא"י לחזור בו ודעת הרשב"א מסופק בזה כמבואר שם בר"ן ועיין בח"מ (סי' רנ"ז ס"א) בהג"ה הביא תשו' הרשב"א (סי' תקס"ג) ועיין קצה"ח שם ובפ"ת (סק"א) בשם השו"ת רע"א ז"ל ובנתה"מ (סי' קצ"ז סק"ה) האריכו בזה, ועיין בש"ע אהע"ז (סי' קמ"ג ס"ב)

במגרש על תנאי אינו יכול לחזור בו קודם קיום התנאי והרח"א הביא וי"א דאפילו בתנאי דמעכשיו יכול לבטלו ויש להחמיר (עיטור וכן משמע בהרא"ש) עכ"ל. א"כ לדעה זו דאפי' בתנאי דמעכשיו יכול לחזור בו קודם קיום התנאי הי"ל הכא דיכול לחזור בו קודם קיום התנאי ואיך יחול ההקדש אם הגבי' אח"כ דנימא דחל ההקדש למפרע הלא חזר בו קודם קיום התנאי ובפרט דהרא"ש עצמו סובר דיכול לחזור כמ"ש הרח"א בשמו ולכאורה י"ל טובא בזה:

אשר ע"כ נלע"ד לומר בזה דהא דנקיט הרא"מ בשם הר"י דאמר לכשאזכה בככר זה יהי' הקדש הוא לאו דוקא רק שהביא (הראי') משדה זו שמשכנתי לך דהתם דוקא באמר לכשאפדנה אבל ברואה ככר של הפקר ואין אדם סמוך לו שפיר יכול להקדישו מעכשיו תיכף דהא ע"כ צרכינן לומר כן דאם נימא דלכשאזכה דוקא הרי אז לא אמר כלל שיהי' הקדש. מיהא זה נוכל לומר דהוה כמו תנאי. והא דבאומר על שדה חבירו לכשאקחנה תיקדוש דלא אמרינן דהוה כמו תנאי ויהי' חל ההקדש התם שאני דאין בידו עתה לזכות בה ולהקדישה. מיהא מלשון הרא"ש ז"ל שהבאתי לעיל דכתב הלשון נטלה לאכלה ובעי למיהדר בי' כו' משמע קצת דההקדש חל תיכף לגמרי אפילו כי לא זכה בי' אח"כ. וגם דהא רבא לא הזכיר כלל שאמר לכשאזכה בו ואם כן מנ"ל להרא"מ בשם הר"י להוסיף ולפרש כן בדברי רבא:

ויותר נכון לע"ד לפרש דהא דכתב הרא"מ בשם הר"י הלשון לכשאזכה בו הוא לאו דוקא וכמש"ל. ואפילו אם נימא דבדברי הרא"מ בשם הר"י ז"ל נפרש דבעינן דוקא שיזכה בו אח"כ ואז הוא דתל ההקדש למפרע אבל מדברי התוס' הנ"ל שהבאתי לעיל דכתבו בהדיא כסברת הרא"מ בשם הר"י ז"ל וגם כתבו דל"ג לכשאזכה מוכח דס"ל להתוס' דההקדש חל תיכף ומיד בשעת אמירתו ואפילו לא עשה בו אח"כ שום קנין לזכות בו ודו"ק:

ונהירנא כי ראיתי בספר שו"ת בנין ציון להגאון בעל ערוך לנר ז"ל (סי' קס"ה קס"ו) העיר באיזהו דברים שכתבתי בזה וכנראה מדבריו הבין ג"כ דההקדש חל תיכף אפילו שלא עשה אח"כ שום קנין וגם מצאתי אח"כ בספר הפלאות נדרים על מס' נדרים העיר נ"כ באיזהו דברים שכתבתי יעו"ש ואין לי כעת אלו השני ספרים לעיין בהם. וגם מדברי חותני הגאון בעל פתחי שערים ז"ל בח"ב שהבאתיו בפנים (בדף ל"ו ע"ב) [או"ד אק"י] שכתב להסביר דברי הרדב"ז (בסי' ת"נ) עפ"ד הרא"מ הנ"ל נראה נ"כ שהבין דההקדש חל מיד אפילו לא עשה שום קנין אח"כ יעוש"ה בזה. הארכתי בזה להראות כי אינני יחיד

בפי' זה שפירשתי בדברי הרא"ם בשם הר"י הנ"ל וגם הקצה"ח (בסימן ר"ד) שהבאתי לעיל מפרש נ"כ כן ודו"ק:

ועיינתי כעת עוד בזה ונלע"ד דיש להסביר בזה דברי הפ"י במס' גיטין (על דף ע"ז ע"ב) על תוד"ה ותיזיל על באה"ד וז"ל ולכאורה הי' נראה לסייע מזה לשיטת ר"י בעל התוס' שהביא הרא"ש ז"ל דהיכא שתחילת הנתינה נעשה ע"י הבעל הגט כשר אלא דיש לחלק דהכא עיקר המתנה נגמר על ידי שאמר לה לך חזק וקני והא דבעינן קנין היינו לענין חזרה דקודם קנין יכול לחזור בו מיהו כל כמה דלא חזר בי' נגמר הקנין משעת הדיבור ושפיר קרינן בי' ונתן כן נ"ל ועדיין צ"ע כו' עכ"ל הפ"י ז"ל. ולכאורה אינו מובן כלל התחלת הסברא בזה ולפי האמור יש לומר דמש"ה יש סברא לומר כדברי הפ"י דהואיל דא"ל לך חזק וקני ונתן לו רשות לעשות הקנין וא"כ הואיל דבידו לעשות הקנין מיחשב תו כשלו כל זמן דלא הדר בי' המוכר מיהא כי הדר בי' המוכר קודם שעשה הלוקח הקנין מועיל חזרתו דניהא דאמרינן במידי דהפקר הואיל דבידו לזכות בו מיחשב כשלו לגמרי התם ליכא כלל בעלים על הדבר ההפקר וממילא אמרינן דהואיל דיכול לזכות בו מיחשב כשלו לגמרי אבל במידי דאית לי' בעלים ניהא דכשאמר המוכר לך חזק וקני מיחשב כשל הלוקח הואיל דיכול לזכות בו מ"מ כל כמה דלא החזיק בו הלוקח יכול המוכר לחזור בו וי"ל עוד בזה. ויש לפלפל בזה בדברי התוס' במסכת בכורות (דף י"ח ע"ב) בד"ה אקנויי קא מקני לי' מקום בחצירו ואפילו בלא קנין קא קני דגמר ומשעבד נפשי' עיש"ה. והראו לי בשו"ת הגאון מוהרע"א ז"ל בחלק הפסקים (סימן ל"ז) באמצע התשובה הביא דברי התוס' במסכת בכורות הנ"ל וכתב עלה הרי דלתירוצם הא' היכי דגמר ומקנה בודאי מהני אף בלא מעשה הקנין וכעין זה מצינו במסכת ע"ז (דף ס"נ) כיון דאורחי' לאקופי קני לי' דינר גבי' ועיין בפ' הגוזל עצים (דף ק"ב) כיון דהקדיש נכסיו נעשה כהקנה להם מעיקרא ובשמ"ק שם עכ"ד וי"ל בזה:

אח"כ ראיתי בשו"ת שואל ומשיב מהדו"ק (ת"נ סי' ר"נ) מפלפל בדברי הרא"ש בשם הרא"מ במסכת נדרים (דף ל"ד) הנ"ל מצדד לכאן ולכאן אם הפי' בדברי הרא"מ הוא דגם כשלא הגיע כלל לידו זכה בו הואיל דיכול לזכות והביא דברי הקצה"ח (סי' רי"ב) הנ"ל ואח"כ הביא דברי הפ"י דמסכת גיטין הנ"ל וכתב שדברי הפ"י הם תימה רבה וכתב בכוונת הפ"י עפמ"ש הפ"י אח"כ לצרף מטעם דדברי שכ"מ ככו"מ דמי לכך קנתה עיש"ה. והמעיין בפ"י יראה שזה הוא שני סברות עיי"ש וקצת חידוש הואיל דאירי מורי הגאון ז"ל בדברי הרא"ש בשם הרא"מ הנ"ל למה לא פי' כוונת הפ"י כן עפ"ד הרא"מ ז"ל מכלל דלא ניחא לי' לפרש בכוונת הפ"י כן:

שם באק"ה בזה"ל ועיין מ"ש בזה לקמן כו' ושם כתבתי כו'. הוא [באוי"ח אק"ג]:
[ה] דף ל"ג ע"א אוי"א הבאתי דברי הרמ"ה ז"ל בשמ"ק דכל שהוציאו הנגזל להגזילה בדיינין אח"כ חל ההקדש של הנגזל למפרע והקשיתי מהא דלקמן במס' ב"ק (דף ע' ע"א) ומהא דלקמן (דף ס"ח ע"ב) וכתבתי ליישב הקושיא השני' דלאחר שקנה הגזלן בשינוי מעשה לכ"ע לא אמרינן דקנה למפרע. וכתב עלה ב"נ הרב המאה"ג מו"ה שמואל יהודא נ"י אבד"ק קוואהל לחזק סברתי הנ"ל עפ"י דנראה בסברת הרמ"ה עפ"ד התוס' גיטין (דף מ') דהיכא דהלוה אינו יכול לסלק להמלוה בזוזי אז לכ"ע למפרע גובה ע"ש א"כ כמו כן כיון דהגזלן אינו יכול לסלק להנגזל בזוזי שוב לכ"ע למפרע גובה ומועיל ההקדש למפרע כמו לאביי באקדיש מלוה. ולפ"ז כשעשה שינוי בטביחה הלא יכול הגזלן לסלק בזוזי ושוב לא שייך למפרע גובה. ולפ"ז י"ל בטעם החולקין על הרמ"ה כיון דבידו של גזלן לעשות בו שינוי ויתחייב ממון לכן לא אמרינן למפרע גובה כסברת הר"ן כתובות (דף נ"ח) בסוגיא דהמקדיש מעשה ידי אשתו והבאתיו לקמן בפנים [באוי"ז] דכל דיש בידו להפקיע לא מיקרי השעבוד שלו. ולפ"ז מועיל סברת הרמ"ה רק בגזל אבל במלוה דהלוה נותן לו מעות אחרים או מטלטלין ולא אותן המעות שהלוה לו א"כ לא שייך לומר למפרע גובה וא"כ לא קשה הקושיא מהא דלקמן (דף ע') הנ"ל עכ"ד. והנה בעיקר הסברא שכ' הואיל דביד הגזלן לעשות שינוי מעשה תו שייך סברת הר"ן הנ"ל לע"ד בכה"ג שבידו לעשות שינוי ויהי' מפקיע מן הנגזל כו' לא שייך לסברת הר"ן ז"ל הואיל דאסור לו לשנות בידים וכמו שכתבתי לקמן בק"א [באוי"ז] בפרקין. ומלבד כל זה לא אדע האיך יתורץ בזה קושייתי (מדף ע') בזה דהא התם הי' בפקדון בחפץ מבורר וצריך להחזיר לו גוף החפץ דוקא ואין זה ענין כלל למפרע הוא גובה וז"ב למעיין שם בסוגיא (בדף ע' ע"א):
[וי"ו] שם ע"ב אוי"ז במ"ש דמדברי התוס' שם בד"ה א"ב מוכח דלא ס"ל סברת הר"ן כתובות (דף נ"ח) בסוגיא דהמקדיש מעשה ידי אשתו דמה שהוא ביד אחרים להפקיע ממנו אינו יכול להקדישו כמבואר בפנים. וע"ז כתב אלי ב"נ הרה"ג מו"ה שמואל יהודא נ"י הנ"ל די"ל דע"כ לא כתב הר"ן אלא דוקא היכא דליכא רק שעבוד אז כל שביד אחרים להפקיע השעבוד לא מצי לאקדושי אבל לא היכא דיש לו קנין הגוף אף שביד אחרים להפקיע נ"כ יכול להקדיש וא"כ נם להר"ן א"ש כאן הואיל דיש להניזק בו קנין הגוף עכת"ד. ולע"ד אם כי יש מקום לסברתו הנ"ל מ"מ הכא אנו דנין אם יש לו להניזק בו קנין הגוף כלל דהא אם יודה המזיק יפקיע לגמרי זכותו של הניזק ולא הי' לו מעולם תו להניזק קנין הגוף וזה לא עדיף תו יותר משעבוד. ולפי מ"ש לקמן (על דף צ' ע"ב)

[אול"ב אק"ב] לבאר דברי הר"ת בתוס' זבחים (דף ע"א) ד"ה אפי' יעוש"ה והזכרתיו כאן בקצרה בפנים עולה דנם היכא דיש לו קנין הגוף שייך סברת הר"ן יעויין בפנים וקצרתי:
ומ"ש עוד ב"נ הרב הנ"ל ראי' בגזל ולא נתייאשו הבעלים דהנגזל א"י להקדישו משום שאינו ברשותו תיפוק לי' דביד הגזלן לעשות בו שינוי כו'. ולע"ד אין ראי' כלל מזה דכשיעשה שינוי יהי' דבר חדש ולא הוי תו כאשר גזל ואנו דנין רק כשיכול הפקיע אותו דבר בעצמו. ולכאורה נלע"ד די"ל דדוקא היכא דהוא בידו לעשות בלי שום איסור משא"כ כשיעשה איסור. וכיוצא בזה כתבו התוס' במס' זבחים (דף ל"ד ע"ב) ד"ה כל שבידו ויש בזה שיטות בראשונים עיין סיכה (דל"א ע"ב) בתוד"ה באשרה בסוה"ד ובתוס' שם (דף ל"נ ע"א) ד"ה נקטם וכבר האריכו בזה. וא"כ הגזלן אסור לעשות שינוי בידים ולא שייך תו בידו בזה:
ועוד אפשר לומר בזה דשאני בגזלן דאם הי' מועיל הקדשו של הנגזל א"כ תו לא יתכן לומר שהגזלן יעשה שינוי דאף אם יעשה שינוי ג"כ לא יפקיע זכות ההקדש דכל היכא דאיתי' בי גזא דרחמנא איתי' דכבר נעשה הקדש וגם אינו נוגע תו להנגזל כיון דכבר נעשה הקדש והועיל כבר הקדשו. והראה לי ב"א הרב הגדול מו"ה דוד נ"י בספר זית רענן ח"ב בחלק חו"מ (סי' מ"ג) פלפול ארוך בדברי הר"ן:
אוי"ח אק"ג בסופו צ"ל בזה"ל. ועיין לעיל בפרקין [או"י אק"ה] מ"ש בזה:
[ז] דף ל"ד ע"ב אוב"ד אק"א כתבתי בישוב דברי הר"ש ז"ל דמפרש דפלוגתא דר' אבהו ור' יוחנן הוא באם אינו מקלקל ואולם גם אינו מתקן דר' יוחנן סובר בכה"ג לאו שם מקלקל עלה והתורה לא פטרה אלא מקלקל ור' אבהו סובר דכל שאינו מתקן מיקרי מקלקל. והשיבני ע"ז החריף המופלג מו"ה יצחק מאיר הלוי נ"י מק"ק טשענסטחוב וז"ל ואני ראיתי במוהר"ם שי"ף, מס' סנהדרין (דף פ"ד) שכתב דהוי מקלקל לענין שבת וראי' מתוס' שבת שכתבו דר' אבהו מיירי באופן דהוי איסור הנאה והוא סובר דיכול ליהנות ומש"ה מיקרי צריכה לגופי' אבל מקלקל אכתי הוי והתם באיסור הנאה מאי מקלקל הוא סוף סוף לא יכול ליהנות ממנו אלא ע"כ דזה, מיקרי מקלקל עכ"ד והנה למה כתב זה בשם המוהרמ"ש ז"ל אשר הם דברי התוס' בסוגיין ג"כ בהתי' השני והמוהרמ"ש ז"ל מפרש דברי התוס' בזה. אולם בגוף הדבר לא אדע השגה בזה הלא המהרמ"ש מפרש זה רק לר' אבהו דסובר כן וגם אנכי כתבתי כן דר' אבהו סובר כן ופליג בזה עם ר' יוחנן.
ועוד כי אנכי כתבתי זה בשיטת הר"ש ז"ל והתוס' לא ס"ל כהר"ש בזה וז"פ: [ח] דף ל"ה ע"ב אוכ"ט אק"א במ"ש דמתוס' סנהדרין (דף וי"ו ע"ב) מוכח דהא דט"ח והודה לו בשעורין פטור אף מדמי שעורין הוא מטעם הודאה ולא מטעם מחילה וכתבתי דיש

לעיין לטעמא דהודאה אם הנתבע יודע בבירור שחייב לו שעורין אם פטור מלשלם שעורין. לפום ריהטא כתבתי כן בלשון יש לעיין ובאמת כן מבואר להדיא בש"כ (סי' פ"ח סקי"ז) שציינתי לעיין דמתוס' סנהדרין הנ"ל מבואר דהוא מטעם הודאה וכשהנתבע יודע שחייב לו חייב להך טעמא יעו"ש:

[ט] שם אוכ"ט אק"ב שכתבתי להקשות דל"ל להראשונים ז"ל לומר טעמים לפטרו משעורים והא ילפינן לה מקרא במס' שבועות (דף ל"ט ע"ב) דט"ח והודה לו בשעורים פטור דבעי הודאה מתין הטענה כו' וע"ז השיב המופלג מו"ה צבי הירש הכהן נ"י מק"ק אויזערקאוו דמה דילפינן מקרא היינו רק לפוטרו משבועה על החטים אבל אכתי י"ל דחייב לשלם השעורים שהודה ומה דילפינן מקרא דפטור היינו רק משבועה על החטים משום דלא הוי ההודאה ממין הטענה עכ"ד. והנה בפשיטות י"ל דהא חזינן דהתוס' בב"ק בסוגיין בסוד"ה לימא כתבו דאף דאיכא פלוגתא ת"ק ורשב"ג אי חייב בשבועה משום דלא הוי ממין הטענה אבל לכ"ע פטור מדמי שעורים ע"ש א"כ חזינן דיותר יש סברא לחייבו בשבועה ממה שנחייבו בממון וא"כ שפיר קשה מה שהקשיתי דכיון דילפינן מקרא דפטור משבועה א"כ מכ"ש דפטור מדמי שעורים ול"ל כל הנך טעתי שכתבו הראשונים ז"ל. אולם עדיין יש לפקפק בזה דע"כ לא כתבו התוס' דיש יותר סברא לפוטרו מדמי שעורים מלפוטרו משבועה אלא משום דאיכא טעמי הראשונים ז"ל או מטעם מחילה או מטעם הודאה וא"כ מהסברא לפוטרו מממון. אבל לולי סברת. הראשונים אכתי לא הוה ידעינן מקרא לפוטרו מממון דהו"א דקרא לא אתא לפוטרו אלא משבועה דלא הוי ממין הטענה אבל דמי שעורים ליחייב דמהיכי תיתי לפוטרו. אמנם יש מקום לקושייתי הנ"ל עפי"ד השמ"ק שהבאתי שהקשה כמו שהקשיתי לאידך ניסא דל"ל קרא לפוטרו משבועה ת"ל כיון דידעינן מסברא דפטור מדמי שעורים א"כ תו ליכא הודאה כלל ותי' השמ"ק ז"ל דהיא גופא אשמועינן קרא דמשוה דפטור אף מדמי שעורים א"כ ליכא הודאה כו' יעו"ש וא"כ מבואר מדברי השמ"ק בתירוצו דילפינן מקרא דפטור מדמי שעורים וממילא ליכא הודאה וא"כ קשה ל"ל להראשונים ז"ל לומר טעמים והא נשמע מקרא דפטור מדמי שעורים וכמו שהקשיתי. אם לא שנימא כמ"ש בפנים דהני טעמים שכתבו הראשונים הוא בטעמא דקרא:

[יו"ד] שם ע"ב אול"א אק"ד קודם ד"ה והנה זכיתי צריך להוסיף כזה. ועיין במהרש"א בקידושין שם (דף ס"ה ע"ב) בד"ה פירש"י בד"ה מי מצי אמרה וז"ל הכי משמע לי' למקשה כו' ובתו"י כתבו ואי אית לה נמי סהדי אינה צריכה שני גיטין דהוי כשנים אומרים נתקדשה ושנים אומרים לא נתקדשה דאמר אם ניסת לא תצא עכ"ל וכתב

המהרש"א עלה הכי איתא בפ' האשה שנתארמלה אבל לא קאי הכי במסקנא ע"ש נס קשה לתירוצם דאין זה מספיק דמ"מ כיון דלכתחילה לא תינשא כדאמר התם צריכה שפיר ב' גיטין כדי שתנשא לכתחילה ויש ליישב דהכא יש להאמין טפי לאותן שאומרים לא נתקדשה ותינשא אף לכתחילה כיון דאותן שאומרים נתקדשה הוכחשו כבר שאלו אומרים נתקדשה לזה ואלו אומרים לזה עכ"ל המהרש"א. והנה סוברים התו"י נ"כ כשיטת הראב"ד והרב אב"ד הנ"ל וקושי' המהרש"א הוא ממש כקושית הרשב"א הנ"ל. ולע"ד יש להוסיף עוד ולהקשות דלפי מסקנת הש"ס בכתובות שם הן לפי תירוצו של אבי והן לפי תירוצו של רב אשי עולה להלכה דבשני כתי עדים המכחישים זו את זו הוי הדין דאם נישאת תצא וכ"פ להלכה בש"ע אהע"ז (סי' מ"ז ס"ב) ע"ש. והמהרש"א אזיל לשיטתו במס' ב"ב שהבאתי בפנים לעיל דסובר דבתרי ותרי המכחישים זו את זו לא נתבטלה עדותן לגמרי:

ובהיותי בזה איני מבין תירוצו של המהרש"א כיון דשני הכתות מכחישים זו את זו תו נאמין לכת השלישית שמעידים כדברי האשה שאלו שני עבדי'. דהא סוף סוף תרי כמאה ומה לי אם הכת מוכחשת מכת אחרת או שמוכחשת משני כתות עדים. והנה לפי קושיות הרשב"א והמהרש"א הנ"ל מהא דמס' כתובות דהא לכתחילה לא תינשא י"ל דבכה"ג הואיל דהכת מוכחשת משני כתות באופנים שונים דכת אחת אומרת שזה הוא עבד ורק השני הוא בן חורין קידשה וגם הכת שהביאה האשה אומרת באופן אחר שאלו שני עבדי' י"ל דבכה"ג לא אסרו רבנן ומותרת לינשא לכתחילה ג"כ. אולם לפי מה שהקשיתי דלמסקנת הש"ס בכתובות דאם נישאת תצא א"כ גם בכה"ג הוה הדין כן. ואולי י"ל הואיל דתו"ת הוי רק ספיקא דרבנן דמה"ת אוקמה אחזקת פנוי' י"ל דלא אסרו רבנן בכה"ג ומותרת לינשא גם לכתחילה וי"ל בזה: פרק רביעי. [א] דף ל"ו ע"א או"א אק"א בענין היכא משכחת לה שיגח דו"ה שוורים ויהי' עדיין תם. הגיעני מכ"ק מאאמו"ר הרה"ג מוה"ר יוסף זצ"ל בזה שכתב לפלפל די"ל דנגח ב"פ בשבת זא"ז בב' שבתות ואח"כ ב"פ בימי החול ואינן מצטרפין דהשתא מועד לשבתות לא הוי מועד לחול כדאיתא בב"ק (דף ל"ז ע"א) מכ"ש דאינן מצטרפין נגיחות דשבתות עם נגיחות דחול להיעשות מועד ואם יקשה דנגיחה חמישית לא משכחת לה. נוכל לומר דאחר נגיחה רביעית ראה שור ולא נגח ואח"כ נגח ולא הוי מועד עכ"ד היקרים: ולעד"נ בזה דהנה סוף סוף נצטרך לומר דראה שור ולא נגח משום נגיחה החמישית ונקיט רש"י ז"ל על כולן ראה שור ונגח שור ולא נגח כו'. אולם מלבד כל זה נלע"ד דלא נוכל לומר כן רק לר"פ דאמר אינו מועד תנן אבל לר"ז דאמר ואינו מועד תנן (שם בדף ל"ז) א"כ

נצטרך ע"כ לומר דבשבת נגח וראה בחול ולא נגח וא"כ עדיפא מיני' נקיט רש"י ז"ל בפשיטות ראה ונגח ראה ולא נגח ואף דקיי"ל כר"פ מ"מ נקיט רש"י ז"ל לפרש המשנה גם אליבא דר' זביד. ועוד דגם לר"פ לא יתכן זה אלא לטעמו של רש"י ז"ל במתני' בד"ה הרי הוא מועד לשבתות לפי שהוא בטל ממלאכה וזחה דעתו עליו אבל לפמ"ש התוס' בשם הירושלמי לפי שראה אותם במלבושים נאים אחרים וחשובים בעיניו ניכרים ואינו מכירם ע"ש א"כ לא נאמר האי דינא דמועד לשבתות אינו מועד לימי החול אלא בשגגת אדם אבל לא בשגגת לשור וכ"כ בשמ"ק שם בד"ה הרי הוא מועד לשבתות בשם תלמוד הר' פרץ ואף דרש"י לשיטתו משום דבטל ממלאכה הוי הדין גם לבהמה כן מ"מ נקיט רש"י פי' הפשוט יותר דיהי' א"ש גם לטעמו של הירושלמי וגם אליבא דר' זביד: עוד כתב אאמו"ר הרה"ג באופן אחר עפ"י מה דאמר רב מועד לקרן ימין אינו מועד לקרן שמאל שם בב"ק (דף מ"ה ע"ב) ומשכחת לה דנגח ב"פ בקרן ימין וב"פ בקרן שמאל ועדיין לא נעשה מועד משום דאין מצטרפין ובנגיחה חמישית משכחת לה ג"כ כדלעיל דראה שור ולא נגח ואח"כ נגח עכת"ד. ולע"ד מלבד אשר נצטרך לומר ג"כ דראה שור ולא נגח ונקיט רש"י הפשוט יותר וכמש"ל. הנה יש לי מקום עיון קצת בזה אם לא יהי' שייך בזה ג"כ כפלוגתא דרב זביד ור"פ (בדף ל"ז) אי אינו מועד תנן או ואינו מועד תנן וקצת עיון יש בזה בלשון הרמב"ם (בפ"ז מהל' נ"מ ה"ד) שכתב הלשון ואינו מועד לקרן שמאל אף (שבפ"ו מהל' נ"מ שם ה"ח) פוסק כר"פ דאינו מועד תנן. ואולי י"ל דכאן במועד לקרן ימין גם ר"פ יסבור דבעינן דוקא ואינו מועד לקרן שמאל ויש סברא לחלק בין הנושאים בזה ואם נימא כן תו הי' צרכינן לומר דמיירי שנגח ובקרן ימין וראה שור ולא נגח כלל א"כ נקיט רש"י בפשיטות שנגח ראה שור ולא נגח כו'. אולם לא ראיתי בשום מקום שנימא דגם במועד לקרן ימין יהי' הפי' ואינו מועד לקרן שמאל ולכן אין רצוני להאריך בזה. אולם בגוף הדבר הרבה ראשונים ז"ל מפרשים דהא דאמר רב מועד לקרן ימין הוא רק לענין אי סגי לי' בשמירה פחותה או דבעי שמירה מעולה ולא לענין תשלומי נזק וח"נ ועיין בשמ"ק שם בזה. והרמב"ם (בפ"ז מהל' נ"מ ה"ב) יש לו שיטה אחרת בזה יעו"ש ורק לשיטת רש"י ותוס' דמפרשים לענין נזק שלם וח"נ. וי"ל בזה:

[ב] שם או"א אק"ב על מה שחקרתי דלר"ע דסובר דשותפי נינהו א"כ הרי יש להניזק חלק בהשור המזיק ואף קודם גמ"ד כו' והרי פסקינן כמ"ד דרשות משנה אפילו אם הוא מועד גמור מכ"ש אם הוא עדיין תם ומכרו לאחר דבודאי דאמרינן רשות משנה ולא נחשב תו הנגיחה הראשונה וא"כ היכא משכחת לה מועד כלל כו'. וע"ז כתב אאמו"ר הרה"ג דמשכחת לה שנגח שור של הפקר או של הקדש דליכא תשלומין. ולע"ד מלבד שדוחק

לומר כן דדיקא בכה"ג הוא דמשכחת לה מועד. אולם יש עוד סברא לומר דכל דליכא תשלומין לא נעשה מועד כלל וברמב"ם לא ראיתי מפורש זה ורק התוס' מסתפקים בזה במס' ב"ק (דף כ"ד ע"ב) בסוד"ה במכירין וז"ל ואור"י דשמא אין העדאה מועלת אלא בפני חיוב [לע"ד אולי הכוונה במקום שמחויב לשלם] ולכך לא מצי למימר שאין מכירים השור המנוגח דאי אין מכירים שמא הוי דעכו"ם או דהפקר עכ"ל והרי מבואר בהדי' כן. ויעויין בשמ"ק שם בסוד"ה ואין מכירין מ"ש בשם הרא"ש ז"ל:

ומה שפקפק אאמו"ר הרה"ג על דברי והוא די"ל דאף דרשות משנה מ"מ זה דוקא אם כבר הוא מועד אבל לא אם עדיין הוא תם לענין שיצטרך לנ' נגיחות מחדש וגם דר"פ סובר שם דכל מקום שהולך שם בעליו עליו עכ"ד. והנה באמת כתבתי בפירוש דגם כשהוא תם נימא כן דמה לי אם כבר נתייעד מהיכא דעדיין לא נתייעד ואדרבה י"ל דכ"ש הוא היכא דלא נתייעד עדיין והי' זה סברא פשוטה אצלי והא דאר"פ כ"מ שהולך שם בעליו עליו התם דוקא שעדיין השור הוא של המשאיל לגמרי ורק שהשאילו להשואל אבל היכא דמכרו, לאחר בזה לא שייך לומר שם בעליו עליו ואין חילוק בין אם הוא כבר מועד לבין אם עדיין הוא תם והי"ל לומר דרשות משנה:

ומה שתמה אאמו"ר הרה"ג על הא שכתבתי בענין אם המזיק משלם כו' דלמה לו שישלם ויהי' נעשה השור אח"כ מועד מוטב שיגבוהו בנזקו ואח"כ יקחנו ממנו כו'. הנה אם כבר כתבתי שאם יקחוהו ממנו בחזרה חוזר לקדמותו כו' אלא שמלבד כל זה י"ל שהמזיק רוצה בשור שלו שרגיל עמו ולא יחשב שיעשה אח"כ מועד דאל"כ ימכרנו לחלוטין לאחרים:

ומה שפקפק אאמו"ר הרה"ג על מה שכתבתי דמיירי בשור שוה מאתים שנגח לשור שוה מאתים ומיירי דוקא בכה"ג. הנה בזה הרי ר"מ סובר כן דזה שור האמור בתורה וגם ר' יהודה לא פליג בזה עליו בב"ק (דף ל"ד ע"א): [ג] שם ע"ב או"ד אקי"ג הקשיתי בדברי הנתה"מ (סי' פ"ז סק"א) שהעלה דמודה במקצת שחייב שבועה הוא דוקא במלוה או פקדון דאיכא עליו חיוב הגוף כו' והקשיתי מהא שכתבו התוס' בר"פ שור שנגח (דף מ"ו ע"א) בד"ה דאפילו דבניזק אומר ברי שהקשו דהא הוה מחויב שבועה ואיל"מ והא התם מיירי בתם דליכא שעבוד הגוף דאינו משתלם אלא מגופו ואפ"ה כתבו התוס' דיהי' מודה במקצת ומחויב שבועה ואיל"מ וכתב ע"ז נ"ג הרב הגדול מו"ה יצחק זעליג ישכר נ"י וכעת אבד"ק סקולסק. ליישב דברי הנתה"מ הנ"ל דלא יקשה קושייתי עליו דבתם שהזיק ניהא דאינו משתלם אלא מגופו וליכא שעבוד הגוף לגבות משאר נכסיו אבל מ"מ השור תם הזה הי' של המזיק והרי הם מחולקין בטענותיהם בדבר שהי' מקודם להמזיק

והמזיק הוא עתה מודה במקצת בכה"ג שפיר הוי מודה במקצת כיון דהניזק תובע דבר שהי' של המזיק ורוצה הניזק להחזיק בו והמזיק מודה לו במקצת כו' והנתה"מ לא כתב לסברתו אלא היכא דהטענה וההודאה הוא על דבר שלא היינו יודעין כלל שהי' הנתבע מוחזק בדבר הזה והתובע אומר דשלו הוא ורק שמונח ברה"ר שני כלים וראובן אומר ששני הכלים שלו הם ושמעון אומר שכלי אחד של ראובן וכלי השני שלו דאין ראובן תובע משמעון דבר שהי' מעיקרא בחזקת שמעון בכה"ג הוא שכתב הנתה"מ דלא מיחשב שמעון מודה במקצת עכ"ד והנה לאחר העיון יפה אמר לתרץ דברי הנתה"מ ז"ל אף שאין לשון הנתה"מ מורה כן אבל עכ"פ הסברא ליישב דברי הנתה"מ נכונה:

אמנם בהיותי מעיין כעת עוד בנתה"מ י"ל בדבריו הרבה במ"ש להקשות מר"פ הבית והעלי' ע"ד הש"כ דבהודה במקצת הפקדון הו"ל הילך כו' ותמה עליו מהא דאם הי' מכיר מקצת אבניו קאמר התם דהוה מודה במקצת ואם אמר על מקצת א"י הוי משואיל"מ ולדעת הש"כ הו"ל הילך וכתב הנתה"מ דהיכא דהוא דרך גזילה לא הוי הילך ובהא דר"פ הבית והעלי' דמיירי דפנינהו דרך גזילה ותו לא הוי הילך ואי מעצמו נפל לרשותא דחד מנייהו נראה דלא הוי מודה במקצת כלל אפילו למ"ד הילך חייב הואיל דלא הוי עליו חיוב הגוף כו' עיש"ה בנתה"מ בזה. ולע"ד לאחר העיון היטב בסוגי' שם יראה דלא מיירי כלל בדפנינהו דרך גזילה ורק שנפלו האבנים מעצמן לרשות אחד מהם דהא הש"ס דפריך שם בב"מ אם הי' אחד מכיר מקצת אבניו נוטלן ועולות לו מן החשבון פריך הש"ס והלה מה טוען כו' אלא דא"ל איני יודע לימא תיהוי תיובתא דר"נ דאיתמר מנה לי בידך והלה אומר א"י ר"ה ור"י אמרי חייב ר"נ ור"י אמרי פטור כדאר"נ כגון שיש עסק שבועה ביניהן ה"נ כגון שיש עסק שבועה ביניהן ה"ד עסק שבועה כדרבא, כו' ובתוד"ה לימא וז"ל ואע"ג דטעמא דר"נ משום דאוקי ממונא בחזקת מרי' והכא אוקימנא דקיים ברה"ר או בחצר שאינה של שניהם שאין האחד מוחזק יותר מחבירו מ"מ בהכי חשיב מוחזק שאנו יודעין שהחצי שלו לכך פריך שפיר כו' עכ"ל והנה מבואר דקושי' הש"ס לימא תיהוי תיובתא דר"נ אזלא לפי סוגית הש"ס מקודם לזה דפנינהו בני רה"ר ואזלו לעלמא ומיירי דייתבן בחצר דתרווייהו א"נ ברה"ר ולא, מיירי כלל דלקמן אחד מהם בתורת גזילה וא"כ הדרא קושי' לדוכתא דאמאי לא הוי הילך ולפטור משבועה לשיטת הש"כ דבהודה במקצת הפקדון הו"ל הילך וכקושי' הנתה"מ הנ"ל. ומה דמפרש הנתה"מ דמיירי דפנינהו דרך גזילה קשה לפרש כן דפשטא דהש"ס מיירי דפנינהו בני רה"ר ואזלו לעלמא וכמש"ל:

וזה זמן כביר כתבתי בר"פ הבית והעלי' [ונשארו לי ברח"ש מן השריפה צום גדלי' שנת תרמ"א] ליישב קושי' זו דלא מיפטר משבועה מטעם דהוי הילך די"ל דהא דקאמר הש"ס כגון שיש עסק שבועה ביניהם וכדרבא מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי אלא חמשים כו' לא הוה הפירוש דה"נ מיירי בכה"ג ממש אלא דאיכא? עסק שבועה וכגון דאיכא עד אחד המעיד כדברי התובע והלה מכחישו והש"ס לא קאמר כדרבא כו' אלא לדמיון דכמו במודה במקצת ועל השאר אומר א"י דהוי מחויב שבועה ואיל"מ ה"נ גבי שבועת ע"א הוי כן ולא שייך למיפטרי' מטעם הילך. אמנם בלשון רש"י ז"ל שם בד"ה עסק שבועה וכו' וה"נ כיון דמודה במקצת ואמר איני יודע במקצת דחייב שבועה דאורייתא משום הודאה במקצת עכ"ל מבואר בפירש"י ז"ל דמיירי בשבועת מודה במקצת. וראיתי בספר פתחי שערים לחותני הגאון ז"ל על ב"מ שם שהעיר בלשון הש"ס כגון שיש עסק שבועה ביניהן דלשון כגון מורה שיש עוד אופנים כה"ג והיינו דמלבד מה דמוקי הש"ס במודה במקצת משכחת עוד בשבועת ע"א עיש"ה. אבל מה דמוקי הש"ס שיש עסק שבועה הוא במודה במקצת וא"כ הדרא לדוכתה קושי' הנתה"מ הנ"ל ועיין ג"כ בנתה"מ (סי' קס"ד סק"ח):

[ד] דף ל"ו ע"ב אות וי"ו אק"ג הבאתי דברי הרשב"א ז"ל במס' גיטין (דף ל"ו ע"ב) בענין הפקר ב"ד דלמ"ד דיליף מאלה הנחלות כו' ילפינן דיכולין הב"ד גם להקנות וכתבתי דגם למ"ד דיליף מקרא דכל אשר לא יבא דשמעינן רק דיכול להפקיר אבל לא להקנות הוא דוקא היכא דצריכין הב"ד להפקיר וגם להקנות אבל היכא דצריכין רק או להפקיר או להקנות שפיר יכולין הב"ד כו'. וע"ז העיר במכתב המופלג החריף מו"ה יצחק מאיר הלוי נ"י מק"ק טשענסטחוב לתרץ בזה קו' המק"ח (בסי' חמ"ח) שכתב לסברא זו דאין הב"ד יכולין להקנות והקשה מהא דמ"ד דיליף מקרא דאלה הנחלות וכתב ליישב בזה דגם באבות דמנחילין הוא רק להקנות ולא להפקיר ג"כ דהא כשמתו האבות ממילא פקע זכות של האבות כמו בנכסי הנר שמת דנעשה הפקר הואיל דאין לו יורשים ממילא גם באבות המנחילין הוא ג"כ רק לעשות פעולה אחת להקנות בלחוד וא"כ ילפינן משני המקראות כאחד דמקרא דכל אשר לא יבא ילפינן דיכולין הב"ד להפקיר ומקרא דאלה הנחלות ילפינן דיכולין להקנות אבל רק להקנות בלחוד אבל לא לעשות שני הפעולות כאחד עכ"ד ולכאורה יפה אמר בזה:

אולם היש"ש שהבאתי כתב בפירוש דסברת דר"א דאמר מקרא דאלה הנחלות עדיפא מדר"י דאמר מקרא דוכל אשר לא יבא דלר"א אף להקנות יכולין הב"ד ולר"י לא שמעינן רק להפקיע ולהפקיר אבל לא להקנות ואין לומר דהכוונה הוא במ"ש דלר"א יכולין

הב"ד אף להקנות היינו דלר"י דיליף מקרא דכל אשר לא יבא ילפינן רק שיכולין להפקיע ולהפקיר אבל לא שמעינן דיכולין להקנות בלחודי' נ"כ אבל לר"א דיליף מקרא דאלה הנחלות ילפינן גם להקנות אבל דוקא להקנות בלחודי' אבל לא להפקיר ולהקנות כאחד דא"כ מנ"ל לר"א מהאי קרא דאלה הנחלות דיהי' יכולין להפקיר דהא לפי סברתך בנחלות כבר הי' כהפקר דהא מתו להו האבות שהם הבעלים הראשונים ואין בזה עוד זכות בעלים וא"ל דלהפקיר נדע מכח כ"ש מלהקנות דהשתא להקנות יכולין הב"ד מכ"ש להפקיר ז"א דנוכל לומר דדוקא להקנות שכלתה לה כבר רשות בעלים יכולין הב"ד להקנות אבל לא להרע להבעלים ולהוציא הדבר מרשותם אין הב"ד יכולין. ודוחק ג"כ לומר דהפי' הוא דשני האמוראים לא פליגי ורק ר"י דיליף מקרא דוכל אשר לא יבא יליף על להפקיר ור"א דיליף מקרא דאלה הנחלות הוא על להקנות וממילא שמעינן דיכולין הב"ד או להקנות או להפקיר אבל לא שניהם כאחד דמנ"ל לומר כן נימא להיפוך דלר"י דיליף מקרא דוכל אשר לא יבא יכולין רק להפקיר ולא להקנות ולר"א דיליף מאלה הנחלות יכולין להפקיר ולהקנות שניהם כאחד ג"כ ולשון הש"ס דקאמר ר"א אמר מהכא אלו הנחלות משמע דלא ס"ל לדרשא דר"י מקרא דוכל אשר לא יבא רק מהכא וקאמר מה אבות מנחילין אף ראשים מנחילין והראשים מפקיעין מזה ונותנים לזה והיינו שיש להם כח להפקיע מזה וליתן לזה דמשמע דהילפותא הוא מאבות לראשים. ועיין ברשב"א גיטין (דף ל"ו) בד"ה רבא וז"ל ומינה שמעינן דכח ב"ד יפה להפקיר ממון מזה ולזכותו לזה אפילו קודם שבאו לידו וכן מוכח מקרא דאלה הנחלות דמה אבות מנחילין ואומרים שדה פלונית לפלוני וזכה לו מיד ואף קודם שבא לידו אף ראשים מנחילין ואומרין ממון ראובן לשמעון יהא וזוכה בו מעתה שמעון עכ"ל והרי נקיט בהדיא לר"א דמפקיעין ונותנין כאחד וגם באבות נקיט הלשון וזכין לו מיד והיינו גם בחיי אבות וילפינן מינה לראשים. הגם די"ל בפי' בלשון וזכין בו מיד אבל עכ"פ מבואר בהדיא דלר"א יש כח על שניהם כאחד וז"פ לע"ד:

[ה] שם אות וי"ו אוק"ח במ"ש דהא דתרומה ביד כהן ל"מ שאלה הוא משום הפקעת זכותו של הכהן ואם הכהן מסכים שישאל הישראל שפיר מהני השאלה. אעתיק כאן פלפול שפלפל אאמו"ר הרה"ג כו' מוה"ר יוסף זצ"ל בזה הענין ומה שכתבתי על דבריו הקדושים:

הנה אאמו"ר הרה"ג הראני דברי התוס' במס' עירובין (דף למ"ד ע"ב) בד"ה תרומה נמי אפשר דמתשיל וז"ל ולא מצי לאוקמה בתרומה ביד כהן דתו לא מצי לאתשולי עלי' מדקתני בחולין משמע דוקא בחולין אבל בתרומה אפילו ביד ישראל לא עכ"ל ומשמע

מזה דכל שהוא ביד כהן לא משכחת לה כלל שיהי' שייך בי' שאלה עכ"ד. ולאחר העיון היטב נראה דאין משם סתירה כ"כ לדברי דהא לכאורה י"ל מאי מועיל זה שיכול לשאול עליו הלא סוף סוף עדיין לא שאיל עלה וצרכינן לומר דהואיל דיכול הוא לשאול עלה מיקרי תו סעודה הראוי' אצלו וא"כ י"ל דזה דוקא כי לא תליא רק בדעת עצמו אבל אם תליא בדעת אחרים לא מיקרי תו סעודה הראוי' לו כל זמן שלא אתשיל עלה ואף דבלא"ה צריך ב"ד שיתירו לו זה לא מיקרי תליא ביד אחרים דהא יכול למצא ג' אנשים שיתירו לו ועיין במס' שבת (דף מ"ו ע"ב) אי לא מזדקק לי' חכם סניא לי' בג' הדיוטות דהא הב"ד אינם נוגעים כלל בדבר משא"כ אם צריך דעת כהן שהוא נוגע בדבר ושפיר כתבו התוס' דלא מצי לאוקמה בתרומה ביד כהן כו' והיינו דתו צרכינן לזה דעת הכהן שיסכים וא"כ אם עדיין לא שאיל עלה לא מיקרי תו סעודה הראוי' ולא מהני:

אולם יש לפקפק בזה דהרי למה הוצרכו התוס' להקשות דוקא בתרומה דאתי ליד כהן דלית בי' שאלה ולמה לא הקשו דאפילו בלא אתי ליד כהן ורק ראובן עירב לעצמו בתרומה שהפריש שמעון דאין ביד ראובן לישאל על הפרשת תרומה של שמעון, וע"כ מדלא הקשו התוס' כן ש"מ דבכה"ג כיון דעכ"פ שמעון מצי למיתשל עלה תו הוי סעודה הראוי' לראובן כיון דאפשר בשאלה וא"כ ש"מ דאף דצריך ראובן בזה לשמעון שיתשל ג"כ מיקרי סעודה ראוי' לראובן וה"ה בתרומה שהפריש ראובן ואתי ליד כהן אם נימא דמהני שאלה בהסכמת הכהן ג"כ הוי סעודה הראוי' אע"ג דצריך לדעת הכהן וע"כ כוונת התוס' דבאתי ליד כהן אין שום אופן שיהי' מועיל אפילו בהסכמת הכהן. הגם דיש לצדד בזה דהתם בתרומה שהפריש שמעון אין שמעון נוגע כ"כ אם ישאל משא"כ באתי ליד כהן לא ירצה הכהן להפקיע התרומה מרשותו דכשיפריש הישראל שנית מזה פן יתן לכהן אחר ויש לצדד לכאן ולכאן: אמנם אאמו"ר הרה"ג זצ"ל חזר וביאר כוונתו דמקושית התוס' הנ"ל מוכח בבירור דכל שהי' התרומה פ"א ביד הכהן לא מהני תו שאלה אף דעתה הוא ביד הישראל התורם וז"ל הטהור במכתבו אלי הנה כפי הנראה לא הבנת השנתי היטב לכן מוכרח אני לבאר דברי הנאמרים בקיצור נמרץ כי כוונתי דמתוס' מוכח אם הי' תרומה ביד הכהן פ"א אף דאח"כ הוא ביד ישראל התורם הן שקנה מיד כהן או שנתן הכהן תרומה לישראל התורם אינו יכול לשאול על התרומה כלל כי התם במתני' תנן מערבין לנזיר ביין ולישראל בתרומה היינו אם הישראל קנה תרומה מכהן או שהכהן מערב בתרומה על ישראל הר"ז עירוב ואף דאסור לישראל לאכול כיון דמותר לכהן סעודה הראוי' הוי וסומכוס פליג על הת"ק בתרומה אינו עירוב דבעינן דוקא סעודה הראוי' לישראל לאכול אבל לנזיר ביין מודה סומכוס דהוה עירוב וע"ז

מקשה הגמ' מיש דבנזיר מודה סומכוס דהוי עירוב ומ"ש גבי תרומה דפליג אע"כ בנזיר הטעם דאי בעי מיתשל על נדרו תרומה נמי אי בעי שאל על התרומה וע"כ קושית הגמ' היינו ע"כ או תרומה ביד ישראל התורם או דכהן מערב על ישראל התורם או שהישראל התורם קנה התרומה מן הכהן או בן בתו של הכהן שנתן תרומה לאבי אמו ואח"כ מת אבי אמו הכהן וירש בן בתו התרומה מכהן אבל אם ישראל קנה תרומה מכהן או שכהן מערב בשביל ישראל אחר זה לא מהני דאיך יכול ישראל לשאול על תרומת חבירו הלא הוא לא תרם ואיך ישאל על נדר חבירו וז"ב וא"צ שום ראי' ע"ז וע"כ קושית הגמ' על סומכוס לא הוי אלא היכא דיכול לשאול על התרומה היינו שהתרומה עדיין ביד ישראל ולא בא עדיין ליד כהן דיכול לשאול על התרומה שלו ולמה לא יועיל וע"ז הקשו התוס' על קושית הגמ' מאי מקשה הגמ' דילמא מיירי סומכוס שהיתה התרומה ביד כהן וקנה הישראל ממנו התרומה או שנתן הכהן לישראל התורם במתנה או בבן בתו כדפרישית ואז אינו יכול תו לשאול על התרומה אף שהיתה שלו מתחילה וגם לבסוף הוא ברשות ישראל אעפ"כ א"י לשאול על התרומה כיון שהיתה פעם ביד כהן עיי"ש בתוס' דכן הוא כוונת התוס' וא"כ קשה מתוס' ע"ד כיון דהשתא הוא ביד ישראל מה לי להסכמת הכהן וגם סתמא שמסר הכהן התרומה לישראל הוי כנתן לו רשות ומה מקשו התוס' על קושית הגמ' הלא עדיין יכול לשאול אף שהי' פ"א ביד כהן לפ"ד אע"כ מוכח מקושית התוס' דאם הי' ביד כהן פ"א א"י לשאול על התרומה ול"מ הסכמת כהן וזו ראי' שאין עלי' תשובה וק"ו ומה כשישנן ביד ישראל התורם לבסוף א"י לשאול עליו מכ"ש כשעדיין ברשות כהן אף שיסכים הכהן לשאול א"י לשאול ואפשר לומר הטעם כמו שבועה אין יכול לשאול אתר שאכלה ה"ה כאן בתרומה כיון דאינו בידו ואף למ"ד התם דיכול לשאול דנ"מ לענין מלקות אבל בכאן מה נ"מ הלא הכהן לא ירצה להחזיר לו התרומה דגם שיש לחלק מ"מ יהי' מאיזה טעם שיהי' עכ"פ מתוס' נראה בפירוש כן כאשר כתבתי ודו"ק היטב בכל מה שכתבתי כי דברי ברורים הם עכ"ל אאמו"ר הה"ג זצ"ל:

והגה מה שסיים אאמו"ר ז"ל דדמי לאכלה כולה ואף למ"ד התם דנשאלין משום דנ"מ לענין מלקות כדאיתא במס' שבועות (דף כ"ח ע"א) אבל הכא אין נשאלין דאין נ"מ דהכהן לא ירצה להחזיר כו' יש לעיין דהלא אכתי היכא דהכהן מתרצה על השאלה ורוצה להחזיר לישראל התרומה א"כ שוב יש נ"מ בהשאלה וי"ל בזה. וגם בגוף הדמיון לאכלה כולה יש לעיין וכמו שסיים אאמו"ר הרב זצ"ל בעצמו דיש לחלק ולקמן אי"ה יבואר דברי המהר"ם חאגיז ז"ל שכתב להיפוך הסברא דלמ"ד התם אכלה כולה נשאלין וכן קיי"ל הכא בודאי נשאלין יעויין לקמן בזה. אולם מה שהוכיח אאמו"ר הרב זצ"ל

מתוס' הוא לאחר העיון היטב בזה ראי' מוכרחת דהתוס' שהקשו כן לא ס"ל האי סברא שכתבתי אלא דכל שבא התרומה ליד כהן לא מהני תו שאלה עלה גם אם הכהן מסכים או שמכר הכהן התרומה להישראל התורם ג"כ לא מהני תו שאלה:

אולם נולד לי ספק אם גזל פת ועירב בה אם מהני דהואיל דדעתו של אדם אצל פתו וא"כ יש סברא לומר דנם בגזל כל שרוצה לאוכלו ג"כ דעתו אצל פת זה ומהני. והנה בעירובי חצירות לא מיבעי' לי דבעינן שיזכה לו ע"י אתר ויש לומר דלא מהני דאף דהי' אחר יאוש מ"מ י"ל דלא מהני מטעם דהזוכה בשביל בני החצר עושה איסור אם יודע שהפת הוא גזול ויש לומר בזה אשלד"ע ורק אם שנים גזלו פת ומונח בחצרם אם יוצאים בו ידי שיתוף דאם בעה"ב שותף לשכניו ביין מועיל כדאיתא במסכת עירובין (דף ע"א ע"א) ובש"ע או"ח (סי' שפ"ו ס"נ) ויש להאריך בזה, ובעירובי תחומין שמניח המערב בעצמו שיהי' מונח שם ביה"ש יש להסתפק אם מהני בפת גזולה ולא מצאתי מפורש דין זה. ואם נימא דמהני בכה"ג שפיר הי' מקום לומר דאין ראי' דהתוס' לא ס"ל סברא זו שכתבתי די"ל דהא דמערבין לישראל בתרומה היינו שהישראל מערב בהתרומה לעצמו ואף דנימא שכבר באה התרומה ליד כהן כמו שכתבו התוס' דלוקמה בהכי מיירי שלקחה הישראל מרשות כהן שלא מדעת כהן או שהכהן חזר והפקידה ביד ישראל התורם והישראל עירב בו וי"ל עוד בזה. מיהא לא מצאתי דין זה מפורש:

והנה לכאורה י"ל עוד בדברי הב"י באו"ח (סי' קצ"ו) על הא שהביא הטור דברי הרשב"ם שלשה שאכלו כאחד אחד נזהר מפת עכו"ם כו' וכ' הב"י מהא דריש מס' ערכין הכל חייבין בזימון כהנים ולוים וישראלים פשיטא לא צריכא דכהנים אכלי תרומה וקדשים וזר אכיל חולין כו' וכ' הב"י וטעמא דלא מהני מה שיכולים לשאול על נדרם נ"ל משום דא"כ כי כהנים אכלי תרומה אמאי מהדר אטעמא דכהנים מצי אכלי חולין תיפוק לי' דזר נמי מצי אכיל תרומה אי מתשיל עלה אלמא דכיון דמחוסר שאלה לא הוי ראוי לאכילה והילכך אי לאו דכהני מצי אכלי חולין לא הוי מצטרף עכ"ל הב"י והמעדני יו"ט על הרא"ש ברכות ר"פ שלשה שאכלו (אות ב') הביא דברי הב"י הנ"ל והקשה דדילמא מש"ה לא קאמר התם בגמ' טעמא דמצי, מתשיל דא"כ ודאי דבקדשים שאחר שכפרו בהם הבעלים אין סברא לומר דמצי מתשיל עלייהו ולא הי' יכול הישראל לאכול עם הכהן ולא היו מזמנין ימד והגמ' ס"ל דיכולין לזמן הואיל והכהן יכול לאכול עם הישראל אעפ"י שאין הישראל יכול לאכול עמו ולפיכך צריך לי עיון כל האי פסקא עכ"ל המעדני יו"ט: ולכאורה י"ל דיקשה קושית המעדני יו"ט גם על תרומה דהא מיירי שהכהן אוכל התרומה והרי הוא ביד כהן ולא מהני תו שאלה וא"כ שפיר הוצרך הש"ס

לומר הטעם דמצטרפין לזימון משום דכהנים מצי אכלי חולין דכל שהתרומה ביד כהן לא מצי תו למישאל עלה והב"י נקיט עיקר, ראייתו מתרומה ולא הזכיר כלל קדשים. הן אמת דבש"ס איתא תרומה וקדשים אבל הב"י נקיט רק תרומה והי' קשה על תרומה ג"כ כקושית המעדני יו"ט על קדשים. ואם נימא כסברתי דאף דהתרומה ביד כהן יכול עדיין לשאול עלה אם הוא בהסכמת הכהן שנותן רשות להישראל לישאל עלי' הי' א"ש דשפיר מדייק הב"י משום דיכול לאתשולי עלה אם הכהן יתן רשות להישראל לשאול עלי' ולכאורה יש להשיב ע"ז דהא הואיל דהכהן אוכל התרומה ומיירי שכבר התחיל לאכול מן התרומה ואם ישאל הישראל עלה אשתכח דקאכיל הכהן טבל: מיהא י"ל דהואיל דקודם שאכל הכהן התרומה אם יהי' מועיל אז שאלה שישאל הישראל עלה אף שהוא ביד הכהן אז הי' הישראל יכול לאכול שפיר הי' מועיל הצירוף לזימון. אולם באמת בתוס' ערכין (דף ד' ע"א) ד"ה והך כו' בסוה"ד וז"ל ומיהו נראה דג' ב"א המודרין אין ראי' ברורה דשאני תרומה שאין לה היתר לזר אפילו בשאלה מה שאין במודר הנאה כו' עכ"ל הרי שהתוס' בעצמם דחו דאין ראי' מתרומה דאי אפשר בשאלה וע"כ כוונת התוס' משום דאתי ליד כהן וכ"כ הפרמ"ג באו"ח (סי' קצ"ו במשב"ז סק"ב) בכוונתם ז"ל עיש"ה מה שהביא מא"ר ופ"מ. ועיין מחצית השקל שם. וא"כ אדרבא משמע מתוס' דלא מהני שאלה אף בהסכמת הכהן באתי ליד כהן וי"ל בזה:

והנה ההוכחה מהא דמס' עירובין שהוכיח מר אאמו"ר הרה"ג הוא הוכחה טובה דנם ברצון הכהן לא מהני תו שאלה כל שבא ליד הכהן. ויש להוסיף עוד ראי' מתוס' במס' זבחים (דף ע"ג ע"א) בתוד"ה ר' יהודה באה"ד שכתבו וז"ל וא"ת וטבל במינו במשהו היכי משכחת לה הא א"א למיבטל דהיינו החולין שיעשו טבל וי"ל כו' א"נ נפל לתוך חולין מתוקנין ובעודה לתרומה ביד בעלים דאפשר לאתשולי' עלה והשתא דאתינן להכי איכא לאוקומי ההיא דשני כוסות בחולין מתוקנין וכגון דתרומה ביד בעלים וההיא דפסחים בתרומה ביד כהן עכ"ל. ומבואר דכל שהוא ביד כהן אין עוד שום אופן שיתבטל השם תרומה מן התרומה שיהי' החולין חוזרין להיות טבל ושמעינן מזה דגם בהסכמת הכהן לא יוכלו הבעלים לשאול על התרומה כל שבא התרומה ליד כהן ודו"ק:

אחז"ר מצאתי בספר הלכות קטנות להגאון הספרדי מוהר"י חאגיז ז"ל שנדפס מחדש (ח"א סי' קמ"ד) וז"ל שאלה חלה שבאה לידי כהן אי מצי לשיולי עלה תשובה לא ירצה הכהן אבל אם ירצה מתירין לו לכהן דממונו הוא ואם דבר הנדור שנאכל יש לו לו התרה כ"ש זה עיין בהרא"ש (דף נ"ט ע"א) פ' הנודר מן הירק [והמדפיס הוסיף בגליון עיין נוב"י מהדו"ת יו"ד סי' קנ"ד] עכ"ל. והנה לשונו אינו מובן כלל במ"ש מתירין לו לכהן דממונו

הוא כו' אטו ההתרה תליא בהכהן והא הוא לא הפריש והתרה לא שייך אלא בבעלים שהפרישו. וגם מה זה שהוסיף דממונו הוא כו' אטו משום דממונו הוא יהי' יכול לישאל עלי' הא איהו לא נדר וכ"כ להדי' הרא"ש שם בנדרים (דף נ"ט ע"א) בד"ה בתרומה ביד כהן כו' דהכהן בודאי אינו יכול לישאל משום דהוא לא קרא עלה שם תרומה עיש"ה. וע"כ צריך לומר דקצת טעות הדפוס יש דתיבת לכהן יתירא הוא וכצ"ל תשובה לא ירצה הכהן אבל אם ירצה הכהן מתירין לו דממונו הוא כו' פירוש הדברים דהואיל דעתה הוא ממונו של הכהן תליא ברצונו של הכהן וכתב ראי' לזה דאם דבר הנדור שנאכל יש לו התרה כ"ש זה כו' ופי' הדברים דהואיל דפסקינן אפילו אכלה כולה נשאלין עלי' [ועיין במנ"ח (מצוה רפ"א) שכ' ג"כ כן דגם בתרומה אם אכלה כולה נשאלין עלי' עיש"ה] מכ"ש היכא דהדבר הוא בעין ורק שהוא ברשות אחרים וזה מונע ההתרה אבל אם הכהן שהוא בידו מסכים להתרה ורוצה להחזיר להישראל י"ל דמועיל ההתרה של הבעלים. ומה שציין בהרא"ש (דף נ"ט) כוונתו דלהר"א ממיץ שהביא הרא"ש שם לעולם מועיל ההתרה אפילו שלא בהסכמת הכהן ממילא י"ל דלהחולקים על הרא"מ וסוברים דבאתי ליד כהן לא מהני שאלה הוא דוקא אם אין הכהן מסכים אבל אם הכהן מ מסכים על השאלה ורוצה להחזיר התרומה מועיל השאלה של הישראל ואין לומר דהגאון ז"ל כתב רק אליבא דהרא"מ ז"ל דא"כ יפסוק כהרא"מ והרי רש"י והר"ן והרא"ש חולקים על הרא"מ וגם מלשון הרא"ש שם נראה דלהרא"מ לעולם יכול לישאל אף בלא רצון הכהן. וע"כ כוונתו ז"ל דלהחולקים על הרא"מ מועיל שאלה בהסכמת הכהן והוא מבואר כדברי ב"ה. והא דקאמר הש"ס בנדרים שם דהיכא דהתרומה ביד כהן לא הוי דשיל"מ היינו שהכהן לא יתרצה. ועיין במס' ב"מ (דף נ"ג ע"א) בתוד"ה הי"ל דשיל"מ וא"ת תרומה נמי יל"מ בשאלה וי"ל כדאמר התם מי הוה מצוה לאתשולי עלה א"נ שנתנה לכהן שאינו יכול לשאול עלי' עוד שאינה ברשותו עכ"ל ומסוף דבריהם שדקדקו לכתוב שאינה ברשותו משמע קצת הטעם דלא יכול לשאול על דבר שברשות אחרים ונוכל לומר הטעם דוקא אם אין הכהן מסכים להשאלה אבל אם הכהן מרוצה אולי מועיל שפיר השאלה בכה"ג. והנה מה שכתבתי לעיל לפקפק על סברא זו יקשה ג"כ על מ"ש הנוב"י מהדו"ת חיו"ד (סי' קנ"ד) דמאי דל"מ שאלה משום דאין הכהן מאמין וקצרתי:

[וי"ו] דף ל"ז ע"א אוט"ו אק"ג במ"ש על קושית הפני ארי' בהא דקאמר הש"ס לעיל בב"ק (דף י"ב ע"ב) דבהזיק שורו את קדשים קלים אליבא דריה"ג דממון בעלים הוא חייב ופריך הש"ס מהמקדש בחלקו בין בק"ק בין בקק"ל אינה מקודשת לימא (דלא) כריה"ג ומשני כי א"ר יוסי הגלילי מחיים אבל לאחר שחיטה מודה דמשלחן גבוה קא זכו

ופירש"י הטעם דמחיים אחריותו הוא עליו. והקשה הפ"א למה לא פירש"י טעם החילוק בין מחיים לאחר שחיטה דמחיים עדיין יכול לשאול על הקדשו הוי ממון בעלים משא"כ לאחר שחיטה. וכתבתי דל"ק קושית הפני ארי' עפ"י מה שכתבתי דאפילו אם באמת שאל אח"כ על הקדשו כל שבשעת הנגיחה הי' הקדש פטור כו'. וע"ז השיב ב"ג הרה"ג מו"ה שמואל יהודא נ"י אבד"ק קוואהל לדחות תירוצי הנ"ל משום דלולא דברי הפני ארי' שהעלה דמכת סברא דהואיל לא מצינו להוציא ממון ניהא דנימא דכשיש עליו שם הקדש פטור אף אח"כ שנשאל אבל אמאי לא נימא דמיקרי שור רעהו גם קודם שנשאל מכת הואיל דבידו לשאול על ההקדש וע"כ צרכינן לבא לסברת הפני ארי' דמשום הואיל לא מצינו להוציא ממון עכ"ד. והמעיין היטב בדברי יראה כי אין זה הדיחוי לתירוצי עולה יפה כי ניהא דיש לומר סברא דהואיל הלא בעבור זה הקדמתי להביא [באק"ב] דברי התוס' במס' פסחים (דף מ"ו) בד"ה הואיל מ"ש הר"י דאף דנימא הואיל מ"מ כל כמה דלא שאל על ההקדש הרי חשיב לגבוה וא"כ שפיר פטור מלשלם גם כי שאל באמת אח"כ על ההקדש ולא צרכינן דוקא לסברת הפני ארי' דמשום הואיל לא נוכל לחייבו ממון:

אמנם שבתי וראיתי כי צדקו דברי ב"ג הרב שיחי' כי לתרץ קושית הפני ארי' עפי"ד התוס' פסחים הנ"ל הלא לפ"ז הי' מתורץ בפשיטות הקושי' דבהקדש לא אמרינן הואיל גם בלא סברתי הנ"ל. ובאמת בפ"א רמז לזה שהביא דברי התוס' בפסחים הנ"ל דשאני הנהו דכתיב להי' אע"ג דאי בעי מיתשל עלי' חשבם הכתוב של גבוה עכ"ל וה"ה לענין קדשי קדשים דלא אמרינן הואיל כו' יעו"ש בפ"א. משמע מדבריו ז"ל דר"ל דדוקא בק"ק אמרינן סברת התוס' אבל בקק"ל לריה"ג הקשה דנימא הואיל ולא נשאר לתרץ הקושי' רק עפ"י סברתי דגם אחר ששאל פטור וע"ז יפה כ' ב"ג הרב שיחי' דזה יתכן רק אם הדין דבהזיק קודם ששאלו הבעלים פטור ה"ה אם אח"כ שאלו ג"כ פטורין אבל קושי' הפ"א ז"ל הוא דנימא לריה"ג דגם בהזיק קודם שנשאלו בקק"ל חייב דהוא משום הואיל אי בעי מיתשל ואף קודם שנשאלו מיקרי של רעהו מה"ט ודו"ק:

[ז] דף ל"ז ע"ב אוט"ז הבאתי דברי הרבינו בחיי בפ' יתרו וז"ל לא תענה ברעך לא אמר באחיך כמשפט הכתובים מכאן שהזהיר אפילו על העכו"ם וכן מצינו וישאלו איש מאת רעהו והוא נאמר על המצריים והעירותי כי מכמ"ד בש"ס ממעטינן ממלת רעך עכו"ם וכתבתי כי אז הי' קודם מתן תורה ואז הי' המצרי בכלל רעהו. וע"ז השיבני ידידי הרה"ג כו' מוה"ר דוד שיפמאן נ"י מעה"ק טברי' תובב"א וז"ל ולא העיר שיש שלשים מרעים דשמשון (שופטים י"ד) אחר מתן תורה ולהבדיל בין הקודש הקב"ה נקרא רעך ורע אביך.

ומה יקרו רעך א'. למען אחי ורעי הוקר רגלך מבית רעך. יעוין חגיגה (ז' ע"א) ורש"י שם (ושם להלכה לא לאגדה) ויעויין רש"י משלי (כ"ז) וא"כ גם של גבוה מיקרי שור רעהו עכ"ל. ולכאורה יקשה על הדרשה הפשוטה דדרשינן רעהו למעט של הקדש:

ולעד"נ דמקרא שלשים מרעים דשמשון לא יקשה דהא בודאי פלשתי עם הפלשתי האחר בודאי דנופל עלה שם רעהו והני שלשים היו מרעים זל"ז דהא כתיב ויקחו שלשים מרעים ויהיו אתו דהיינו דשלשים מרעים שהיו רעים זל"ז היו עם שמשון אבל לא כתיב בקרא שהיו רעים דשמשון. וכן גבי דור הפלגה (בפ' נח י"א פסוק ז') אשר לא ישמעו איש שפת רעהו והיינו בדומה לו וכן (בפ' לך לך ט"ו פסוק יו"ד) ויתן איש בתרו לקראת רעהו דג"כ הואיל שהוא בדומה לו נקרא רעהו. אולם כתיב אח"כ שם (בפסוק כ') למרעהו אשר רעה לו, וכן (בקפיטל ט"ו פסוק וי"ו) ויתנה למרעהו. ונראה בזה דהפלשתים קראו למרעהו להפלשתי הזה שנתן לו אבי האשה לאשה כי אצל הפלשתים לא הי' הפרש בין שמשון לבין הפלשתי. אבל היכא דהתוה"ק כתבה רעך שפיר אמרינן דדרשינן למעט עכו"ם וז"פ:

ובעיקר הדבר מה נעים הפי' שראיתי בספר התורה והמצוה להגאון מוהרמ"ל ז"ל ע"פ וישאלו איש מאת רעהו ואשה מאת רעותה וז"ל אולם ממה שאומר וישאלו איש מאת רעהו שמשמע שישאלו מבני ישראל איש מרעהו כי המצריים לא נקראו בשם רעהו ורעותה נראה שהיתה בזה תחבולה אחרת בכדי שלא ירגישו המצריים ששואלים ע"מ שלא להחזיר כי יפלא בעיניהם למה יצטרכו לכלי כסף וכלי זהב ישאלו איש מאת רעהו ר"ל ישראל מישראל שעניים ישאלו מן העשירים כלי כסף וכלי זהב וכאשר יראו זאת המצריים יאמרו להם שלצורך העבודה הזאת והחג הזה צריך שכל אחד גם העני שבישראל יהי' לו כלי כסף וכלי זהב כלים יקרים ותכשיטין ובזה יוכלו לשאול גם מהמצריים אחר שיראו שזה צריך להם לענין העבודה והחג כו' יעו"ש ודפח"ח:

[ח] דף ל"ח ע"ב או"ב אק"ב הקשיתי ע"ד הרמ"ע ז"ל במאמר אם כל תי מהא דכאן. והראני הרה"ג מוהרמ"ד נ"י אבד"ק דוואהרט בפנים הספר עשרה מאמרות שם (בסימן יו"ד) הביא בעצמו דברי הש"ס במס' יבמות (דף ע"ז) הנ"ל וכתב עלה ואין זאת לפי האגדה שזכרנו כו' וכתב בפירוש יהודה דקאי על הא דכ' מקודם (בסי' ט') שנשא שלמה נעמה לאחר שנטרד ממלכותו ודהמע"ה כבר הי' מת כשמלך שלמה עכ"ל:

[ט] שם אוכ"א במ"ש ליישב קושית התוס' בד"ה ועל הכותית הבאתי דברי הרשב"ם במס' ב"ב (דף צ"ב ע"א) בד"ה יכול לומר כו' וכ"כ עוד שם (ע"ב) בד"ה לא אזלינן בתר רובא אלא אחר המוחזק אם יש לו טענה טובה עכ"ל והעירני ב"ג הרב המאה"ג מו"ה

רפאל זאב ג"י אבד"ק דאברין כי שניתי לשון הרשב"ם שכתב אם יש לו שום טענה עכ"ל הרשב"ם וב"ג הרב נ"י הנ"ל כתב לפרש כוונה אחרת בדברי הרשב"ם. והנה באמת הי' טעות בהעתקת דברי הרשב"ם (בדף צ"ב ע"ב) אבל כוונת הרשב"ם ז"ל שכתב אלא אתר המוחזק אם יש לי שום טענה ג"כ כוונת הרשב"ם הוא שיש לו טענה טובה כמ"ש (בע"א) והיינו ע"כ טענה דמסתבר דטענה שאינו מסתבר לא מיקרי כלל טענה וגם לפי הלשון שכתב (בע"ב) אם יש לו שום טענה היינו ג"כ טענה דמסתבר דטענה ש שאינו מסתבר לא מיקרי כלל טענה:

והנה ב"ג הרב שיחי' הקשה על דברי וז"ל איך סליק אדעתי' לומר דהיכי דהמוחזק טוען שמא אזלינן גם לשמואל בתר רובא הא במוכר שור לחבירו במס' ב"ב (דף צ"ב שם) ג"כ המוכר טוען ספק וכדמוכח שם להדי' ואדרבה הלוקח טוען ברי לרדיא זבנתי ובזה קאמר שמואל דאין הולכין בממון אחה"ר וכן בריש האשה שנתארמלה כתבו התוס' בד"ה כיון כו' לרב פריך והתם ברי ושמא דהיינו בנתארמלה והיורשין טוענין ושפיר נוכל לומר דגם לשמואל פריך וע"כ דליתא וכן מבואר בשמ"ק ב"ב שם דבברי וברי גם רב מודה דאין הולכין בממון אחה"ר מכלל דלשמואל אף כשהמוחזק טוען שמא אין הולכין בממון אחה"ר עכ"ד. אמנם לפי האמור אין מזה סתירה כלל דכוונת הרשב"ם הוא דוקא שהמוחזק יהי' לו טענה טובה ולאו דוקא ברי גמורה רק שיהי' לו טענה דמסתבר וכההוא דמוכר שור ונמצא נגחן שיש להמוכר טענה טובה המסתבר וכמ"ש הרשב"ם שם (בע"א) בד"ה לשחיטה באה"ד וז"ל אלא אזלי בתר ההוא שטוען יפה דכיון דרובא לא כלום הוא לא הי' לו למוכר לפרש אלא הלוקח הו"ל למימר לרדיא קבעינא לי' ומדלא פירש הפסיד כו' עכ"ל הרי שדקדק הרשב"ם לכתוב שזהו טענה יפה משום שהלוקח לא התנה רק קנה בסתמא ולא פי' ובכה"ג ס"ל לשמואל דאין הולכין בממון אחה"ר וזש"כ נמי הרשב"ם בד"ה יכול כו' אלא אחר טענה טובה. ובזה אין סתירה מהשמ"ק דניהו דלשמואל לא בעי המוחזק ברי מ"מ צריך טענה טובה המסתבר. משא"כ הכא שגם הבועל אינו יודע כלום ואין לו טענה המסתבר כלל הולכין בממון אחה"ר. ומה שהקשה ב"ג הרב שיחי' מתוס' כתובות. מלבד שאין סתירה מהתוס' דהא התוס' מדהקשו הכא קושייתם לא ס"ל כן וסברתי הוא להרשב"ם. מלבד זה לק"מ דגם היורשים אפשר שיטענו ברי וגם הפ"י שם בד"ה ה"נ מסתברא כתב דטענת היורשים מיחשב כמו ברי וקצרתי: ולכאורה גם בה"ה (בפט"ו מהל' א"ב הכ"ו) מבואר ג"כ כן שכתב שם על הא דמצא תינוק מושלך וז"ל אבל ברוב עכו"ם חשבינן לי' כעכו"ם ומשלם נ"ש כדין שור של עכו"ם שנגח שור של ישראל כמבואר (בפ"ח מהל' נזקי ממון) לפי שאין לו חזקת ממון כיון שהוא בעצמו

מסופק אם הוא עכו"ם אם הוא ישראל עכ"ל. והרי מבואר דבכה"ג דאין המוחזק טוען ברי ליתא להאי כלל דאין הולכין במאה"ר:

אולם י"ל במ"ש עוד שם הה"מ ז"ל ויש לדקדק ברוב ישראל אם נגח שור של ישראל את שורו אם חייב הישראל לשלם נזק כלל ומסתברא דלא דהא קיי"ל דלא אזלינן בממונא בחר רובא והיינו דקאמרינן דוקא להחזיר לו אבידה לפי שאין למוצא אותה חזקת ממון בה אבל לשלומי נזקא אפילו ברוב ישראל לא מפקינן ממונא מישראל למיתן לזה דאי לא לישמעינן לנזיקין ברובן ישראל וכ"ש בחזרת אבידה כנ"ל עכ"ל הה"מ. ולכאורה י"ל דהא גם באופן הזה הרי הישראל אינו יודע בברי שהניזק אינו ישראל וא"כ היל"ל דניזל בתר רוב ישראל. ולכאורה י"ל טובא בזה להבין דברי הה"מ הנ"ל. מיהא נראה לומר דכוונת הה"מ במ"ש שאין לו חזקת ממון כיון שהוא בעצמו מסופק כו' הוא כמ"ש הרשב"א כתובות (דף ט"ו ע"ב) בד"ה אם רוב כו' וז"ל ואוקי לנזקין ובה קשיא טפי אפילו רוב עכו"ם נמי נימא להו אייתי ראי' דלאו ישראל אנא דאין הולכין בממון אחה"ר והא נמי לא קשיא כיון דגופי' הוא דמספקא לן אי ישראל הוא או עכו"ם הוא אי רוב עכו"ם עכו"ם הוא וכיון דעכו"ם הוא לית לי' חזקה דממונא דנימא אוקי ממונא בחזקת מרי' אבל בישראל דודאי אית לי' חזקה דממונא לא אזלינן בתר רובא עכ"ל הרשב"א. והנה הרשב"א הקשה ג"כ כדברי הה"מ וכתב דמש"ה אזלינן בתר רוב עכו"ם משום דעל זה גופי' אנו מסופקין אם יש לו חזקת ממון דאם הוא עכו"ם אין לו כלל חזקת ממין וכמו שדייק המוהרי"ט אלגזי רפ"ב דבכורות דהרשב"א ס"ל דאין לעכו"ם חזקת ממון. והה"נ דיש לפרש כן בכוונת הה"מ שכתב כיון שהוא בעצמו מסופק אם הוא עכו"ם וכו' והיינו דאין לו חזקת ממון כיון דהוא בעצמו מסופק אם הוא ישראל ויש לו חזקת ממון או הוא עכו"ם ואין לו כלל שום חזקת ממון. אבל בדין השני שכתב הה"מ הרי יש לישראל המזיק בודאי חזקת ממון דאף אם צריך לשלם מ"מ הא יש לו חזקת ממון ושפיר אין הולכין בממון אחה"ר. ולפ"ז מבואר מהה"מ להיפוך מסברתי בדברי הרשב"ם דהא המזיק בעצמו מסופק אם הניזק ישראל ואפ"ה כתב דאין היוכין בממון אחה"ר והוא כסברת התוס' בקושייתם הכא וכן מוכח מהרשב"א כתובות שם בקושייתו הנ"ל. וסברתי שכתבתי ליישב קושית התוס' הוא אליבא דהרשב"ם ז"ל:

ויש לומר עוד באופן אחר לפמ"ש לעיל בפנים הספר (על דף כ"ג ע"ב) [אוי"ז אק"א] דחזקת ממון לא שייך לומר רק היכא דאם נימא כן לא יצטרך לשלם כלל אבל היכא דיצטרך עכ"פ לשלם פלגא דאז איתרע לה תו החזקת ממון עיש"ה שהבאתי דגם בספר מוצל מאש הספרדי להגאון מוהר"י אלפנדרי ז"ל מבואר ג"כ כן עיש"ה. א"כ נוכל לפרש

שפיר דברי הה"מ דבהדין הראשון בנגח שורו לשור של ישראל דאף אם הוא ישראל ג"כ צריך לשלם ח"נ עכ"פ תו לא שייך לומר דאית לי' חזקת ממון אבל בהדין השני בנגח שור של ישראל לשורו דשמא לא יצטרך לשלם לו כלל אית לי' להישראל חזקת ממון. ונוכל להעמיס קצת זה בלשון ה"ה שכתב בהדין הראשון לפי שאין לו חזקת ממון כיון שהוא בעצמו מסופק כו' דהיינו דאין לו חזקת ממון כיון דצריך לשלם עכ"פ ח"נ והוסיף עוד לומר עוד טעם בזה כיון שהוא בעצמו מסופק כו' אבל בהדין השני הוי הספק אם מחויב כלל לשלם ומש"ה פטור כנ"ל לפר כוונת ה"ה בזה. וגם לפ"ז נראה מהה"מ בהדין השני להיפוך מסברתי בדברי הרשב"ם והתוס' שהקשו קושייתם סוברים ג"כ כדברי הה"מ הנ"ל וכמבואר לעיל:

ועל מה שכתבתי להעמיס בכוונת התוס' שכתבו וז"ל דכל חדא מוקמינן לה בחזקת אבי' כו' דכוונתם עפי"ד ההפלאה דהשפחות שנתערבו בהן נתייאשו הבעלים מהן וא"כ י"ל דבכה"ג דהוה רק מעוכבת גט שחרור שוב לא הוי הולד כמוה רק בתר אביהם כו' וע"ז כתב אהובי ב"ג הרב שיחי' הנ"ל דע"כ לא כתב ההפלאה לסברתו שם דמעוכבת גט שחרור יש לה קנס דוקא לשיטת רש"י במס' גיטין (דף ל"ט ע"ב) דמעוכבת ג"ש אסורה בעבד אבל לשיטת התוס' בגיטין, (דף מ"ם ע"א) בד"ה אותו דס"ל דמותרת בעבד א"כ בודאי דאין בה תפיסת קידושין וא"כ שוב אין לה קנס וכמ"ש השמ"ק כתובות ר"פ אלו נערות בשם הירושלמי דכל שאין בה תפיסת קידושין אין לה קנס וכן ממילא לשיטת התוס' ע"כ צ"ל דולדה כמוה דהא במס' קידושין (דף ס"ז ע"ב) מפורש דכל שאין בה תפיסת קידושין הולד כמוה וא"כ אין להעמיס כן בתי' התוס' דכוונתם דשוב אין הולד כמוה דהא התוס' לשיטתם ע"כ הולד כמוה עכת"ד. ולע"ד אינו הכרח די"ל דגם להתוס' אע"ג דמותרת בעבד מ"מ אפשר דתופסין בה קידושין וא"כ שפיר י"ל דמ"ש ההפלאה דיש לה קנס כיון דאסורה בעבד לדעת רש"י אין הכוונה דוקא לתרץ רק לשיטת רש"י דהא כתב לתרץ קושי' התוס' ורק כוונתו דכמו דלשיטת רש"י אסורה בעבד ממילא יש לה קנס הה"נ לשיטת התוס' דמותרת בעבד אפ"ה י"ל דיש לה קנס כיון דתו לאו שם שפחה עלה ואפשר ויש לה תפיסת קידושין וממילא די"ל לסברתי דשוב אין הולד כמוה. וראיתי במכתבך שפלפלת ובסוף כתבת ג"כ כן דאפשר שגם לשיטת התוס' יש בה תפיסת קידושין. וגם כל סברתי דבמעוכבת ג"ש אין הולד כמוה הוא לענין קנס דוקא אבל לענין פסול לא וכמ"ש בפנים ועוד יל"ע בזה. ובגוף הענין כיון דהשפחות שנתערבו בהן נתייאשו מהן הבעלים א"כ למ"ד דהמפקיר עבדו יצא לחירות וא"צ גט שחרור עיין גיטין (דף ל"ח) כל הסוגי' א"כ יש לה קנס בודאי ואף לפמ"ש בפנים לפקפק

ע"ד ההפלאה ז"ל ולומר דמעוכבת ג"ש אין לה קנס מ"מ למ"ד דאינה צריכה ג"ש א"כ פשיטא דיש לה קנס דהיא בת חורין ועיין תוס' יבמות (דף ט"ז ע"ב) ד"ה בשלמא שתי' כן קושייתם שם בהא דנקט הש"ס שם טעמא משים ממזרות ולא קאמר הטעם משום עבדים וחי' הואיל דאיכא מ"ד דנתייאשתי מפלוני עבדי א"צ גט שחרור עיש"ה וי"ל בזה:

[יוד] דף מ' ע"א אוכ"ד אק"א הקשיתי על התירוץ של ע הריטב"א דהואיל דלא ניפשטא האיבעי' אם ממשכנין על הכופר למ"ד כופרא כפרה תו לא שייכא בהו הזמה והקשיתי דא"כ ממילא נוכל ליפשוט האיבעי' דאין ממשכנין על הכופר דאם הי' ממשכנין א"כ תיקשי קושי' הריטב"א הנ"ל דליחייבי העדים זוממין לשלם משום כאשר זמם. והשיב ע"ז חכם אחד החפץ בעילום שמו לפלפל ליישב הקושי' הנ"ל עפ"ד הלח"מ (בפ"י מהל' נזקי ממון ה"ד) שכתב הרמב"ם ואע"פ שהכופר כפרה ממשכנין מי שנתחייב בכופר בעל כרחו וכתב ה"ה בטעמו עפ"ד הרשב"א שמדייק מדברי התוס' דהאיבעי' הוא רק אם יורשי הניזק יכולין למשכנו אבל פשיטא דהב"ד ממשכנין על הכופר וכוונת הרמב"ם שהב"ד ממשכנין והלח"מ מפלפל בדברי הרשב"א ובדברי הרמב"ם וכתב וז"ל לכך נ"ל דרבינו ז"ל אית לי' דהאיבעי' הוי בכל גוונא בין בב"ד בין יורשי הניזק ותפיס לה רבינו האי איבעי' לחומרא כי היכי דתפיס בעי' אחריתי לחומרא משום דהוי כפרה ופסק שכל אחד מהשותפין ישלם כופר ה"נ אית לי' הכא כיון דהוי ענין כפרה ואפשר שיפשע ולא יביא משום דהוא לחברי' ולא לגבוה פסקינן לחומרא שממשכנין אותו עכ"ד הלח"מ. וי"ל דהריטב"א גם כן סובר כדעת הרמב"ם וי"ל דהברייתא נמי מספקא לה אם ממשכנין או לא ואע"ג דאזלינן לחומרא דממשכנין מ"מ שפיר תני בברייתא דעדים זוממין אינן משלמין אח הכופר דדוקא לענין הבעלים אזלינן לחומרא שיהי' להם כפרה משא"כ עדים זוממין דלאו בני כפרה נינהו ואינן מחויבין לשלם הכופר כשהוזמו עכ"ד: ובאמת לא הועיל כלום בדבריו דאכתי יקשה הואיל דאנן פסקינן להלכה דממשכנין על הכופר א"כ הרי החיוב שחייבוהו העדים בעדותן הוא דבר ברור יהי' מאיזהו טעם שיהי' אם מצד הדין או מצד חומרא הואיל דלכפרה הוא סוף סוף העדים מחייבין אותו לשלם סכום הכופר ויקשה קושי' הריטב"א דנעביד בהו כאשר זמם ומדחזינן דאין עדים זוממין משלמין את הכופר א"כ נוכל לפשוט האיבעי' דאין ממשכנין על הכופר וכמ"ש: הן אמת כי לכאורה י"ל ג"כ בדברי הרמב"ן ז"ל שהביא הריטב"א שם וז"ל ורבינו הרמב"ן ז"ל פי' דלמ"ד כופרא כפרה לא שייכא הזמה דהא עיקר עדותם לחייבו מיתה ביד"ש כדכתיב וגם בעליו יומת ועדותן לשמים לא מעלה ולא מוריד שאם הרג שורו את הנפש בלא עדותן של אלו יחייבוהו בשמים ואי לאו מפני עדותן לא יחייבוהו שאין השמים צריכין

לעדותן כלל וא"כ ליכא לגבי המיתה ועשיתם לו וכו' וכיון שכן אף כופר לא שייך בהו שהכופר במקום מיתה ביד"ש ונכון הוא מאוד עכ"ל הרמב"ן ז"ל. ולכאורה גם בדברי הרמב"ן ז"ל יש לעיין כן דהא סוף סוף הי' צריך בעל השור לשלם הכופר ליורשי הניזק גם אם באמת לא הרג כלל שורו רק דהעדים חייבוהו בעדותן שהעידו שקר ונימא בהו כאשר זמם ויצטרכו העדים זוממין לשלם הכופר שהרי רצו להפסידו לבעל השור לשלם הכופר וכמש"ל: אולם לאחר העיון היטב כוונת הרמב"ן ז"ל הוא דהעדאת העדים שהשור הרג אדם לענין שיתחייב בעל השור מיתה ביד"ש לענין זה לא מהני לן כלל העדאת העדים דקמי שמיא גליא אם הרג שורו לאדם וחייבין הבעלים מיתה ביד"ש או לא הרג השור וליכא חיוב מיתה והחיוב לשלם כופר הוא במקום החיוב מיתה ואין זה עיקר החיוב שבאו העדים להעיד עליו רק הכופר נמשך מכח החיוב מיתה והוא רק כטפל לגבי עיקר הדבר שהוא החיוב מיתה ביד"ש ומש"ה למ"ד כופרא כפרה דבא הכופר מכח המיתה ביד"ש והואיל דלא צריכין להעדאת העדים לענין החיוב ביד"ש הואיל דקמי שמיא גליא תו לא דיינינן כלל להעדאת העדים על החיוב כופר ולא יקשה תו דסוף סוף רצו העדים לחייבו תשלומי כופר כנלע"ד להסביר קצת דברי הרמב"ן ז"ל ועדיין צע"ק להבין דברי הרמב"ן ז"ל. אבל ע"ד הריטב"א עדיין צ"ע להבין דבריו הקדושים. וראיתי עתה בספר ערל"נ על מס' מכות (דף ב') הביא דברי הריטב"א והרמב"ן הנ"ל וכתב דלכאורה מוכח כתירוץ הרמב"ן דאי כתי' הריטב"א הי' מוכח מברייתא דהכא דאין ממשכנין על הכופר וא"כ הי"ל למיפשט האיבעי' מהכא ולמה סלקא בתיקי אע"כ מוכח כפי' הרמב"ן כו' ומיישב בזה שיטת הרמב"ם דפוסק דממשכנין על הכופר יעוי"ש וי"ל בזה: והנה ראיתי שם בספר ערל"נ בד"ה ואין משלמין את הכופר כתב שם ליישב דברי הרמב"ם (בפ"כ מהל' עדות ה"ח) העידו על שורו של זה, שהרג הנפש והוזמו הרי הן לוקין ואין משלמין את הכופר דאמאי לוקין הא יצטרכו לשלם דמי השור וממונא משלם ואין לוקה ותי' דהא אינו מחויב לשלם כופר אלא במועד לאדם וכבר נתחייב השור מיתה מכח הנגיחות הראשונות ולא באו כלל להפסידו להשור גופי' והאריך בזה. והנה החכם הנ"ל כוון ג"כ בזה במ"ש להעיר עוד דאיך יתחייבו העדים זוממי לשלם כופר הלא יוכלו לומר להרוג את השור באנו ולא באנו כלל לחייבו כופר כדאמרינן במסכת סנהדרין (דף מ"א) גבי עדי נערה המאורסה כו' ומכח זה ניחא ליישב דברי הרמב"ם והיינו דכבר נתחייב השור מיתה מכח הנגיחות הראשונות עכ"ד והוא כמ"ש הערל"נ שהבאתי. והנה מלבד דיש להשיב על גוף הקושי' עפ"ד התוס' במס' סנהדרין (דף ט' ע"ב) בד"ה עדי האב שכתבו דכל היכא דא"א להיות זה בלא זה לא מצו לומר דבאו רק על דבר אחד ולא על הדבר

השני וגבי עדי נערה המאורסה בסנהדרין (דף מ"א) לא ידעו שהיתה חבירה או דלא ידעו דחבר א"צ התראה עיי"ש בתוס' וה"נ לא יוכלו העדים לומר דבאו רק להרוג השור ולא לחייבו בכופר כיון דא"א לזה בלא זה. אבל יש לומר עוד בפשיטות דאם הי' כוונתם רק להרוג את השור הי' להם להעיד ששורו של פלוני הרג ישראל ולמה להם לומר שהרג לפלוני וע"כ הי' ג"כ כוונתם לחייב להבעלים כופר לשלם להיורשים וז"פ:

[י"א] דף מ' ע"א אוכ"ד אק"ב כתבתי דבר חדש דבכופר אם כופרא כפרה אדם נאמן על עצמו להכחיש את העדים ופטור מכופר כמו דאמרינן אדם נאמן על עצמו בקרבן בכריתות (דף י"ב) ויישבתי בזה קושי' הריטב"א מכות (דף ב' ע"ב) בהא דקאמר הש"ס שם דהא דתניא דעדים זוממין אין משלמין את הכופר משום דכופרא כפרה והני לאו בני כפרה נינהו והקשה הריטב"א ניהו דלאו בני כפרה נינהו למה יהי' פטורים הא מ"מ הם רצו לחייבו בכופר א"כ למה לא ישלמו לו כאשר זממו לחייבו. וכתבתי ליישב כיון דהי' בידו לפטור א"ע ע"י שיכחישם להעדים מש"ה לא שייך לחייב העדים משום כאשר זמם כמבואר בפנים:

וכתב ע"ז נ"ג הרב הגדול מו"ה זעליג ישכר נ"י אבד"ק סקולסק מדברי הריטב"א מכות (דף ב' ע"א) ד"ה מעידין אנו באיש פלוני שחייב גלות וז"ל פירש"י ז"ל שמעידין שהרג את הנפש בשוגג ודקדקו עליו ז"ל דבמאי עסקינן אם בשהוא מודה לדבריהם אין כאן הזמה ואם בשאומר שלא הרג אין עדותן כלום ואינו גולה על ידם כי הוא נאמן על עצמו יותר מהם וכדתנן בכריתות פ"ג אמרו לו שנים אכלת חלב והוא אומר לא אכלתי ר"מ מחייב וחכמים פוטרין א"ל לר"מ ומה אלו ירצה יכול לומר מזיד הייתי וה"נ יכול לומר מזיד הייתי ואינו גולה. ובשלמא להההוא טעמא דאתמר עלה בכריתות שנאמן משום שהתורה האמינתו לענין קרבן יותר ממאה עדים מדכתיב או הודע אליו י"ל דהכא אינו נאמן כנגד העדים דהכא לא כתיב הכי והדבר מסור לב"ד כו' עכ"ל הריטב"א ז"ל וא"כ הכא בכופר ללישנא דמתרצינן דיבורי' לא שייך בכופר דמה שייך שוגג או מזיד כשהרג שורו את האדם וללישנא דאדם נאמן ע"ע כמו דכ' הריטב"א דבגלות דלא כתיב או הודע אליו אינו נאמן ה"נ בכופר אף דכפרה הוא מ"מ כיון דלא כתיב או הודע אליו אינו נאמן על עצמו עכ"ד ויפה העיר בזה מדברי הריטב"א הנ"ל:

אולם לשון הריטב"א משמע דלא פשיטא להריטב"א דבר זה וכתב די"ל כך. ועוד דהרמב"ן על מס' מכות שם בד"ה שהוא חייב כ' וז"ל ורש"י ז"ל פירש שהרג את הנפש בשוגג ולדבריו צריך תלמוד שאם אמר הלה לא הרגתי אמאי גלי הא איהו מהימן כדתנן בכריתות אמרו לו שנים אכלת חלב והוא אומר לא אכלתי ר"מ מחייב וחכמים פוטרין

אמרו לו מה אם ירצה לומר מזיד הייתי הניחא ללישנא דאמרי' התם משום דאדם. נאמן על עצמו יותר ממאה עדים הכא דבר המסור לב"ד הוא ועדים נאמנין יותר ממנו כו' עיי"ש. והנה יש שינוי קצת בדברי הרמב"ן ממ"ש הריטב"א דאילו הריטב"א כ' הטעם דבגלות לא אמרינן אדם נאמן על עצמו משום דדוקא בחטאת דכתיב או הודע אליו הוא דנאמן אבל בגלות דלא כתיב הכי אינו נאמן. והוסיף עוד, והדבר מסור לב"ד. אבל הרמב"ן לא הזכיר מזה החילוק דהכא לא כתיב, קרא. ואולי אפשר דהרמב"ן ס"ל דבאמת אע"ג דלא כתיב י"ל דנאמן דילפינן כמו דהתם בחטאת שהוא לכפרה נאמן על עצמו כיון שהוא כפרתו ה"נ בכל דבר שהוא לכפרתו נאמן ורק החילוק דדוקא לענין חטאת שאינו דין המסור לב"ד האדם לעצמו נאמן, אבל גלות הוא דין המסור לב"ד וב"ד שומעין להעדים ולא להבעל דבר:

ולפ"ז י"ל דאע"ג דגם כופר הוא בב"ד וכדכתיב בקרא אם כופר יושת עליו והיינו בב"ד וכמו שפירש"י ז"ל אבל י"ל עפמ"ש הרמב"ן עה"ת בפ' משפטים שם אם כופר יושת עליו בעבור היות הכפר כפרה כענין הקרבנות ואם הוא אינו חפץ בה אין מכריחים אותו לבא לב"ד לחייבו בכך ואפי' אם חייבוהו אין ממשכנין אותו בעבור זה אמר אם עכ"ל ועיין ג"כ בספר רבינו בחיי. ומש"ה כיון דדין הכופר חזינן דהוא ביד הבעל דבר שאם רוצה אינו בא לב"ד ואינם מחייבים אותו שוב י"ל דאינו מיחשב כ"כ דבר המסור לב"ד כמו גלות דהא הוא ביד הבע"ד שאם רוצה אינו בא כלל ולא יתחייב. ועיין בריטב"א מכות (דף ב' ע"ב) בד"ה ת"ר כו' וז"ל וי"ל דשאני גלות שאינו כפרה ממש ומיתת כ"ג היא שמכפרה עליו כדאיתא בפ' הגולין ותדע שהרי אם יצא חוץ לתחום נהרג ודבר המסור לב"ד הוא להגלותו משא"כ בכופר שאין ממשכנין אותו כאסקי' בב"ק כו' עיי"ש. הרי שכ' הריטב"א ז"ל דגלות הוי דבר המסור לב"ד אבל כופר לא מיחשב דבר המסור לב"ד ומעתה שפיר נוכל לומר דגם לענין זה אמרינן בכופר שנאמן על עצמו כמו בחטאת כיון שהוא לכפרתו. ודוקא בגלות הוא דכ' הרמב"ן דאינו נאמן והטעם משום דלא נוכל למילוף גלות מחטאת דשאני חטאת שאינו מסור לב"ד משא"כ בגלות. אבל כופר דג"כ אינו דבר המסור לב"ד שפיר מצינן למילוף מחטאת דאדם נאמן ע"ע:

ויש להוסיף ולומר דגם הריטב"א שכ' דבגלות אינו נאמן משום דדוקא בחטאת כתיב או הודע אליו אבל בגלות לא כתיב הכי והדבר מסור לב"ד ג"כ נוכל לפרש כן דכוונת הריטב"א ז"ל דבגלות לא כתיב קרא. ולמילוף מחטאת נ"כ לא מצינן משום דשאני חטאת דאינו מסור לב"ד אבל גלות הוא דבר המסור לב"ד. ולפ"ז גם להריטב"א ז"ל י"ל דבכופר שהוא ג"כ דבר שאינו מסור לב"ד מצינן למילוף מחטאת דנאמן ודו"ק:

ועיין ברמב"ן מכות שם וז"ל אמאי לא קתני נמי מתני' מעידין אנו באיש פלוני שהוא חייב את הכופר אין א"ו ישלמו את הכופר דהא תניא בגמרא הכי וא"ת דילמא קסבר האי תנא כופרא ממונא הוא ומשלמין ליתני שהוא חייב קרבן שאין משלמין משום דלאו בני כפרה נינהו כדאמרינן בגמרא וי"ל קרבן לא מיבעי' לי' למיתני דכיון דאם רצה אינו מביא וממון שאין לו תובעין הוא פשיטא דלא משלם ומלקא לא לקי עלה דלאו עדות הוא אלא הודעה בעלמא הוא דמודעים להו [ויש לעורר מדברי הרמב"ן הללו עמ"ש החוו"ר (רסי' צ"ח סק"א) דגבי קרבן ודאי דבעי הגדת העד בב"ד דוקא דכל זמן שאינו מגיד בב"ד לאו שם עד עליו כו' אבל באיסורין לא מטעם עדות הוא כו' עיי"ש היטב מ"ש. ועיין מ"ש בפנים הספר לקמן (על דף קי"ד ע"ב) [אוכ"ג אק"ג] וקצרתי מאוד] וכופר נמי לא תני דמתני' רבנן היא דאמרי כופרא ממונא ולא מחוור דלמ"ד דכ"ע כופרא כפרה ליתני נמי כופר אלא הכי איכא למימר דמתני' לא קתני אלא שלוקין וגבי כופר לא לקי עכ"ל הרמב"ן ז"ל. משמע מדברי הרמב"ן דכופר אף אם כופרא כפרה מ"מ אינו ממש כמו חטאת כנראה למעיין. אבל מ"מ י"ל דאינו כמו גלות דגלות מיחשב יותר דבר המסור לב"ד אבל כופר שכ' הריטב"א בהדיא דאינו מיחשב דבר המסור לב"ד דאין ממשכנין עליו. אע"ג דמשמע מרמב"ן דאינו דומה ממש לחטאת מ"מ יש קצת סברא דמצינן למילוף מחטאת לענין דנאמן על עצמו כנגד העדים וי"ל עוד בזה:

אך מה שיש עוד לעיין בזה דהנה לפ"ז עולה דהא דנאמן ע"ע בכופר נגד העדים משום דאינו דבר המסור לב"ד וכנ"ל והרי בריטב"א הנ"ל משמע דטעמא דכופר לא מיחשב דבר המסור לב"ד הוא משום דאין ממשכנין על הכופר. ומעתה הרי באמת תי' הריטב"א לקושייתו דמש"ה אם כופרה כפרה אע"ג דמ"מ רצו לחייבו לשלם אעפ"כ פטורים העדים זוממין כיון דאין ממשכנין כמו שהבאתיו בפנים. והקשיתי דא"כ נפשוט מברייתא דאין ממשכנין והבאתי בפנים שגם בספר מעשה חשב עמד בזה. ועתה גם על כ תירוצי יקשה זאת דהא תירוצי הוא כיון דיכול להכחישם להעדים מש"ה פטורים והרי הוא דיכול להכחישם הוא משום דאין ממשכנין וא"כ תיקשי אמאי לא פשיט הש"ס מהכא דאין ממשכנין ויש לפלפל עוד בזה:

עוד העיר נ"ג הרב הנ"ל נ"י ע"מ שכתבתי לתרץ קושית הריטב"א דמש"ה לא שייך לחייבם מטעם כאשר זמם כיון שהי' בידו לבעל השור להכחישם. והעיר עוד מדברי הריטב"א הנ"ל שכ' וז"ל מעידין אנו באיש פלוני שחייב גלות פירש"י ז"ל שמעידין שהרג את הנפש בשוגג ודקדקו עליו ז"ל דבמאי עסקינן אם בשהוא מודה לדבריהם אין כאן הזמה ואם בשאומר שלא הרג אין עדותן כלום ואינו גולה על ידם כי הוא נאמן ע"ע

כו' תרצו בתוס' [הוא שם בד"ה מעידין] כו' עוד תירצו דמשכחת לה למתניתין כשהלה שותק ולא חשבינן לי' לא הודאה ולא הכחשה לגבי האי. א"נ כגון שאמר להם הרגתי אבל לא בפניכם דבכה"ג חייבין וכדאמרינן בב"ק גבי טבח ומכר שאם אמר טבחתי ומכרתי אבל לא בפניכם ונמצאו זוממין שמשלמין וכ"ת והכא למה חייבין שהרי הוא גולה ע"פ עצמו דגלות כפרה היא. י"ל שאינו גולה ע"פ עצמו שהרי יש בדבר חיוב מיתה אם יצא חוץ לתחום שהרגו גואל הדם. ומיהו אפילו נימא שהי' גולה ע"פ עצמו כיון דבעידנא דאסהידו עלי' עדיין לא הי' חייב גלות בב"ד ע"פ עצמו לוקין אם נמצאו זוממין ודמיא למאי דאמר רבא לקמן בפרקין עדים שהעידו בחד בשבא קטל פלניא לפלניא ובאו שנים ואמרו בחד בשבא עמנו הייתם אבל בערב שבת קודם לכן הרגו נהרגין דבעידנא דאסהידו עלי' גברא לאו בר קטלא הוא עכ"ל הריטב"א ז"ל. וא"כ לפי סברתי גם הכא יקשה דהאיך נוקים להברייתא דאין משלמין את הכופר אם מיירי בשבעל השור הי' מכחיש את העדים א"כ אין עדותן כלום ולא הי' הב"ד גומרים כלל דינו לכופר כיון שנאמן נגד העדים והלא אין עדים נעשים זוממין אא"כ מועיל עדותן ונגמר הדין על פיהם. ואי איירי שהודה לדברי העדים א"כ תו ל"ש חיוב הזמה דהודאת בע"ד כמע"ד ולמה הוצרך הש"ס לומר הטעם דפטורים משום דלאו בני כפרה נינהו. וכמו שהקשה הריטב"א גבי גלות ה"נ יקשה הכא בברייתא דכופר. ואם נימא כמו שתי' הריטב"א דבגלות שם מיירי בשותק ונימא גם הכא בכופר דמיירי בשותק. ומש"ה שפיר חייבו הב"ד כופר לבעל השור ואיצטריך לאשמועינן דהעדים אינן נעשין זוממין משום דכופרא כפרה והני לאו בני כפרה נינהו. א"כ תו הדרא לדוכתה קושי' הריטב"א ניהו דלאו בני כפרה נינהו מ"מ יתחייבו לשלם מטעם הזמה שרצו לחייבו לשלם הכופר. ולא שייך לתרץ כמ"ש משום דהי' בידו להכחישם. דהא מדברי הריטב"א הנ"ל מבואר ההיפוך כיון דחזינן דהריטב"א מוקי למתני' דבגלות אין העדים זוממין גולין אלא לוקין [ויליף הש"ס טעמא דפטורין מגלות מקרא] דמיירי בשותק. הרי מוכח דאף שהי' יכול להכחישן מ"מ כששתק ונגמר הדין ע"פ עדותן מחויבים בהזמה א"כ הה"ד הכא בכופר נשאר קשה קושי' הריטב"א דלמה לא יתחייבו לשלם לו מטעם הזמה:

וגם אין לתרץ ולומר כמו שתי' שם הריטב"א שהודה ואמר שהרג אבל שלא בפניכם ה"ה הכא מיירי בהודה ששורו הרג אבל שלא בפניכם. דז"א דדוקא במיתה וגלות חייבים העדים בכה"ג משום דבעידנא דאסהידו עליו גברא לאו בר קטלא אבל בכופר שהוא חיוב ממון ל"ש כ"ז כדאיתא במכות (דף ה' ע"א) ברש"י ד"ה ה"ג ותוד"ה וכן יעוש"ה. ובפרט אם נימא דמשלם כופר ע"פ עצמו א"כ תו לא שייך הזמה עוד ולמה איצטריך

לאשמועינן הברייתא דאינן משלמין הכופר. ע"כ תמצית דברי נ"ג הרב הנ"ל. ויפה העיר בזה. אם כי יש לפלפל ולברר הדבר במ"ש דבכופר בהודה ששורו הרג אבל שלא בפניכם אינו דומה למיתה וגלות וקצרתי:

אך בעיקר קושייתו על דברי יש ליישב ולומר דמיירי הכא בברייתא דכופר שהבעל השור אומר איני יודע ואף דמשמע מהריטב"א דבשותק לא אמרינן מדהי"ל להכחישם ולא הכחיש לא נעביד בהא דין הזמה לא אמרינן כן רק דהי' עושים בהו דין הזמה. וממילא ה"ה באמר, איני יודע. מ"מ הכא בכופר לענין מה שהקשה הריטב"א דאע"ג דלאו בני כפרה נינהו מ"מ יתחייבו לשלם לו מטעם שזממו להפסידו. יש לומר דיש חילוק בזה והוא דכיון דלאו בני כפרה נינהו א"כ מה שיתחייבו הוא רק מטעם שרצו להפסידו ממון שפיר אמרינן האי סברא שכתבתי בפנים מדהי"ל לבעל השור להכחישם ולא הכחיש אמרינן איהו הוא דאפסיד אנפשי' ויכולים העדים לפטור א"ע בזה דאיהו בעצמו הגורם להיזקו. אבל זה דוקא לענין הנוגע לחיוב ממון. אבל לענין גלות שפיר כ' הריטב"א ז"ל דהי' הו"א דמחויבים בהזמה בששתק הנידון. והטעם משום דגלות בשהעדים הוזמו הרי זה שמחויבים העדים לגלות אינו דבר הניתן להנידון. ואף אם רצה הוא למחול לא יכול למחול [ולכאורה י"ל דלא מצי למחול משום דהוא לכפרה כמ"ש התוס' ב"ק (דף מ"ג) בכופר דל"מ למחול משום דהוא לכפרה. אך עפ"ד הריטב"א מכות (דף ב' ע"ב) ד"ה ת"ר הנ"ל שמחלק דגלות אינו לכפרה ממש כמו כופר דמיתת כ"ג היא שמכפרת ומש"ה הי' הו"א דעדים זוממין חייבים לגלות עיי"ש והבאתיו לעיל. א"כ מטעם כפרה אולי הי' אפ"ל דמצי למחול כיון דאינו כפרה ממש. אבל משום דאינו דבר הניתן להנידון בודאי דל"מ מחיל] א"כ הוי זה בכלל בעין חיוב לשמים דעבור העדות שהעידו נתחייבו לשמים בגלות ומדברי התוס' כתובות (דף ל"א) ד"ה רב אשי אין סתירה כמובן] מש"ה לא שייך לומר שהעדים יפטרו א"ע ע"י שהנידון לא הכחיש ואפסיד אנפשי'. דהא אינם מתחייבים עתה להנידון רק שנתחייבו בגלות ואינו מועיל מה שהנידון לא הכחיש לפוטרם מגלות. ודוקא אם הודה הנידון להם בפירוש לעדותם שהרג את הנפש הוא דכ' הריטב"א דפטורים העדים מדין הזמה. אבל אם לא הודה להם בפירוש רק ששתק לא אמרינן מדהי"ל להכחיש ולא הכחיש שיפטרו. משא"כ לענין ממון שניתן להנידון שהוא תליא בדידי' שאם רצה למחול לו מוחל בזה שפיר יש סברא לומר מדהי' לו עצה להכחישם ולא הכחיש אפסיד אנפשי' ופטורים העדים מלשלם דאומרים לו העדים שהוא גורם לעצמו היזקו ע"י שלא הכחישם. ומש"ה א"ש מה שכתבתי ליישב קושי' הריטב"א הנ"ל דכיון דלאו בני בפרה נינהו רק דקושי' הריטב"א ז"ל שיתחייבו

ממון לבעל השור שרצו להפסידו בזה שפיר נוכל לומר דפטורים העדים הואיל דאמר איני יודע מדהי"ל להכחישם ולא הכחיש איהו דאפסיד אנפשי'. וכן נוכל לומר דמיירי בשתק:

וממילא א"ש מה דהוצרך הש"ס לומר והני לאו בני בפרה נינהו דאי היו העדים בני כפרה א"ב כיון דכופרא כפרה הי' אמרינן כמו דלהנידון רצו הם לחייבו בכופר שהוא כפרה ה"נ העדים שהוזמו נתחייבו לשלם להנידון הכופר מטעם כפרה וכבר כ' התוס' ב"ק (דף מ"ג ע"א) ד"ה מאי דלא מצי למחול הכופר. א"כ אם גם העדים היו מחויבים בכופר מטעם כפרה לא הי' בעל השור מצי מחיל וממילא לא תליא הדבר בדידי' ודמיא לגלות שכתבתי לעיל דלא מהני מה דהנידון מצי להכחישם ולא הכחיש דאע"ג דאיהו ג"כ גרם ההיזק מ"מ הם מחויבים בכפרה דמה שהוא פשע לא יועיל לפוטרם מכפרה. משה"ה קאמר הש"ס דהם לאו בני כפרה נינהו. רק שקושית הריטב"א הוא מטעם ממון יתחייבו. ולזה שפיר עולה מה שכתבתי מדהי"ל להכחישם איהו דאפסיד אנפשי':

ויש להוסיף עוד דבאמת כבר כ' האו"ת (סי' ל"ח סק"א) דהא דבמודה הנידון לדברי העדים והוזמו פטורים כדאי' בב"ק (דף ע"ה ע"ב) זה דוקא בממון אבל לענין מיתה ומלקות או גלות לא יועיל הודאתו לפוטרם. ומפלפל התומים ז"ל בדברי התוס' מכות (דף ב' ע"א) ד"ה מעידין הנ"ל. ובעזה"י לקמן (על דף ע"ה ע"ב) [אוקי"ז] כוונתי לד"ק. וכעת העירני נ"ג הרב הנ"ל שכוונתי לדברי האו"ת בזה. והנה בריטב"א מכות הנ"ל איתא להדי' דגם בגלות מועיל הודאתו לפוטרם בהוזמו. אבל עכ"פ נוכל לומר דגם להריטב"א עכ"פ בשתק או באמר אינו יודע דלא הודה רק שנימא מדהי"ל להכחישם איהו דאפסיד אנפשי' בזה יש חילוק בין דין ממון לדין גלות או כפרה והרבה י"ל וקצרתי:

ובהיותי בזה יש מקום לעורר בגוף קושית הריטב"א ז"ל שהוא קושי' התוס' ז"ל בריש מכות (דף ב') הנ"ל דאי בהכחישם ואומר שלא הרג האיך מחייבין אותו בגלות נימא דמתרצינן דיבורי' לא הרג שוגג אלא מזיד. ויש לעיין דהא אף שנימא דמתרצינן דיבורי' לומר שלא הרג שוגג אלא מזיד ומהימן בזה על עצמו. מ"מ נראה לומר דזה דוקא לענין שלא יתחייב גלות שהוא לכפרה ודמיא לחטאת דנאמן ע"ע נגד העדים משום דמתרצינן דיבורי'. אבל לענין מה שהגואל הדם יכול להורגו חוץ לעיר מקלטו אינו מועיל מה דמתרצינן דיבורי'. והטעם דהנה ללישנא במס' כריתות (דף י"ב) משום שהתורה האמינתו ונאמן להכחישם אף בלא מתרצינן דיבורי' אף אם הי' הדין דגם בגלות נאמן אדם ע"ע. מ"מ בודאי דרק לפטור מגלות שהוא לכפרה דזה דומה לחטאת הוא דהי' נאמן. אבל לענין שאם הרגו גואל הדם שפטור בודאי דהין העדים נאמנים שאומרים

שהרג בשוגג ואינו נאמן הוא להכחיש את העדים לענין גואל הדם. אלא שכבר כתבו הרמב"ן והריטב"א ז"ל דלהאי לישנא דהתורה האמינתו דוקא בקרבן חטאת גלי קרא דנאמן אבל לא בגלות וכמו שהבאתים לעיל. אלא דלליש נא משום דמתרצינן דיבורי' כתבו התוס' והרמב"ן והריטב"א ז"ל דגם בגלות נאמן משום האי טעמא. נראה ג"כ דלענין גואל הדם אינו נאמן נגד העדים. ואע"ג דאינו מכחישם לגמרי לפי מה דמתרצינן דיבורי' דהא העדים אומרים שהרג בשוגג ואיהו לפ"מ דמתרצינן דיבורי' אומר שהעדים סברו שהי' שוגג ובאמת מזיד הי'. מ"מ אינו נאמן בזה אלא לענין גלות שהוא לכפרה אבל לענין גואל הדם אם הרגו י"ל דפטור דלענין זה אולי אינו נאמן [וכעין זה כ' הריטב"א שם די"ל דאינו גולה ע"פ עצמו שהרי יש בדבר חיוב מיתה לענין גואל הדם] ועוד דהא הוא לא, אמר בפירוש שהרג מזיד רק שאומר שלא הרג. והרי להאי לישנא אינו נאמן להכחישם ולומר שלא הרג רק משום מתרצינן דיבורי' נאמן. וא"כ ניהו דאיהו פטור מגלות. אבל אם הרגו גואל הדם ג"כ פטור דהא הנידון לא אמר בפירוש שהרג במזיד רק שלא הרג. ועוד דממ"נ רשות ביד גואל הדם כו' דהא מבואר ברמב"ם, ז"ל (פ"ו מהל' רוצח ה"ה) וז"ל וכן כל הרצחנים שהרגו בעד א' או בלא התראה וכיוצא בהן אם הרגן גואל הדם אין להם דמים לא יהיו אלו חמורים מההורג בלא כוונה עכ"ל וא"כ גם לפ"מ דמתרצינן דיבורי' שהרג במזיד ג"כ אין גואל הדם נהרג עליו. וא"כ לענין גואל הדם אינו מכחיש העדים כלל:

מיהא זה דוקא בהרגו גואל הדם חוץ לתחום עיר מקלטו אבל בעיר מקלטו בודאי דלא מצי גואל הדם להורגו דאף דבהורג במזיד מבואר ברמב"ם שם (בה"ד) דאין ערי מקלט קולטות אותו ואם הרגו גואל הדם בערי מקלט פטור עיי"ש מ"מ הכא דהעדים מעידים שבשוגג הרג ורק דאיהו אמר לא הרגתי ומתרצינן דיבורי' שלא הרג בשוגג אלא במזיד י"ל דעכ"פ אם הרגו גואל הדם בתוך ערי מקלט נהרג עליו דאף שלפ"מ דמתרצינן דיבורי' דמזיד הי' א"כ גם בתוך ערי מקלט פטור עליו גואל הדם מ"מ כיון דלדברי העדים חייב עליו בזה לא מועיל הודאת פיו שהרג במזיד לפטור את גואל הדם, ואף אם יש קצת סברא דמ"מ מיחשב ספק ע"י הודאת פיו דילמא מזיד הי' ופטור גוה"ד מספק אבל בודאי דאסור להורגו. וכן כ' סברא זו בספר שא"ר על מס' מכות שם בדברי התוס' דע"י הודאת פיו אינו רשאי גואל הדם להורגו יעו"ש בדבריו ז"ל מ"ש:

וגם יש לצדד דאם הרגו גוה"ד דחייב וכעין שכ' הריטב"א הנ"ל די"ל דאינו גולה ע"פ עצמו שהרי יש בדבר חיוב מיתה אם יצא חוץ לתחום שהרגו גואל הדם עכ"ד וה"נ דכוותי'. ועוד דהרי הכא באמת איהו הנידון אמר שלא הרג אלא שמתרצינן דיבורי' דלא

הרג בשוגג רק במזיד. א"כ בשלמא לענין לפוטרו מגלות שפיר מתרצינן דיבורי'. אבל לא שייך לומר מתרצינן דיבורי' שיהי' רשות ביד גוה"ד גם בערי מקלט דהא אדרבה איהו אמר שלא הרג. וא"כ אינו אומר בפירוש שהרג במזיד ואדרבה אומר שלא הרג. וא"כ י"ל דאם הרגו גוה"ד בערי מקלט נהרג עליו, וא"כ לפ"ז כיון דגוה"ד אין רשות בידו אלא חוץ לתחום עיר מקלטו. א"כ אם הנידון רוצה לשמור א"ע אין לו עצה רק לנוס לעיר מקלטו דהא חוץ לערי מקלט מתיירא מגואל הדם. וא"כ העדים ע"י שהעידו שהרג את הנפש בשוגג אף אם הנידון מכחישם ואומר שלא הרג ומתרצינן בדיבורי' שלא הרג בשוגג אלא במזיד ופטור מגלות. הלא לא הועיל רק שאין עליו חיוב לגלות דשאר מחויב גלות יש מ"ע להגלותו כמ"ש הרמב"ם ז"ל (פ"ה מהל' רוצח ה"א). אבל זה אין חיוב להגלותו. אבל מ"מ הנידון גופי' שיציל א"ע מיד גואל הדם אין לו עצה רק לנוס לעיר מקלטו. וא"כ עדיין העדים שהעידו עליו ע"י עדותן צריך הוא לגלות. ומש"ה אולי יש סברא לומר דמש"ה כשהוזמו העדים שייך לחייבן בגלות כאשר זמם דהא לפי עדותן אף שהוא הכחישם מ"מ זממו להכריחו לגלות להנצל מגוה"ד ואיצטריך קרא דפטורים ולוקין. מיהא יש לומר כיון דמה שהוא מוכרח לגלות כדי שלא יהרגהו גוה"ד אינו מהמת העדים בעדותן אלא ע"י הגרמתן שהעידו דהא על גוף מה שהעידו שחייב גלות לא יוכלו הב"ד לחייבו גלות כיון דמתרצינן דיבורי'. אלא שמכת עדותן יהי' הוא מוכרח לגלות כדי להציל א"ע מיד גוה"ד. אולי לא נוכל לחייב העדים בעבור זה משום זוממין ודו"ק:

[יב] דף מ"א ע"א או"ל ע"ד התוד"ה וכמאן דקטלה וז"ל וי"ל כמו שפיר"ח שקפץ עלי' השור לרבעה ואלבשה יצרה ונתרצה ואפילו למ"ד בכתובות (דף נ"א) תחלה באונס וסופה ברצון דמותר כו' אבל הכא תחלת ביאה זו ברצון ואסורה לכ"ע וה"ה שנהרגה עכ"ל התוס' וכתבתי לפרש כוונת התוס' כמבואר בפנים וכתב לי ע"ז ידידי המאה"ג מו"ה אברהם נ"י אבד"ק שאדיק די"ל בכוונת התוס' במ"ש ואסורה לכ"ע דהיינו לכ"ע לכל המ"ד בגמ' כתובות אי תחילתה באונס וסופה ברצון מ"מ ביאה זו שתחלתה ברצון אסורה ביאה זו לכ"ע לכל מ"ד ואין הפירוש שאסורה לכל עולם רק דכ"ע מודו דביאה זו אסורה היא ולא קאי אסורה שהאשה אסורה רק שהביאה הזו היא מעשה איסור כו' עכת"ד בזה. ולכאורה יש מקום לפרש כן דברי התוס' אך לאתר העיון נראה שפשוט יותר כמו שכתבתי דהתוס' כתבו בתחילה הלשון ואפילו למ"ד כו' דמותר וזה קאי דהאשה מותרת לבעלה דשם במס' כתובות מיירי הש"ס בהכי ואח"כ כתבו התוס' אבל הכא כו' ואסורה לכ"ע נראה קצת דאסורה הכוונה על האשה שאסורה וי"ל כמ"ש בפנים דקאי על א"א הנבעלת לאדם וכ"ע היינו כל אמוראי דמס' כתובות מודו בהכי כיון שגם

תחלתה ברצון וה"ה שנהרגה בין א"א שנבעלה לאדם ובין אשה אפילו פנוי' שנבעלה לבהמה ויש לצדד בזה:

[יג] שם אול"ב אק"ה נסתפקתי אם מהני עדות מיוחדת להריגת השור די"ל דלא מהני דכמיתת הבעלים כך מיתת השור וכי היכי דבמיתת הבעלים פסול עדות מיוחדת ה"ה במיתת השור פסול והבאתי ראי' מתוס' ב"ק (דף מ"א ע"ב) בד"ה עפ"י ע"א כו' דמוכח קצת מדבריהם ז"ל דלא אמרינן לענין זה כמיתת הבעלים כך מיתת השור וצריך לומר הטעם בזה דהא דאמרינן כמיתת הבעלים כך מיתת השור זה דוקא בדבר הנוגע בגוף המשפט אבל בענין העדות לא אמרינן בי' דיהי' שוה להעדות של הבעלים כו' וכמבואר בפנים: וע"ז העיר נ"ג האברך החריף ובקי מו"ה שלמה רפאל זאב נ"י בן ב"ג הרה"ג אבד"ק אוניאווע נ"י מדברי רש"י במס' קידושין (דף נ"ז ע"ב) בד"ה רובע ונרבע בעדים וז"ל דבני סקילה נינהו כו' ולהכי נקט בעדים דאינו נסקל בעד אחד דאמר מר בב"ק (דף מ"ד ע"ב) כמיתת הבעלים כך מיתת השור עכ"ל ומבואר ברש"י ז"ל דגם בענין העדות אמרינן כמיתת הבעלים כך מיתת השור עכ"ד. ולכאורה יפה העיר בזה. אולם י"ל דע"כ לא נשמע מרש"י ז"ל דגבי העדות אמרינן כמיתת הבעלים כך מיתת השור אלא לענין עד אחד דע"א לא הוי עליו שם עדות כלל והוי נמי כמו שהוא בגוף המשפט דמשפט צריך להיות בעדים וע"א אין עליו שם עדות גמור מש"ה שפיר אמרינן דפסול משום כמיתת הבעלים כך מיתת השור אבל בעדות מיוחדת דבאמת מצד הסברא הוא עדות גמיר דמועיל להוציא ממון רק דילפינן מקרא במס' מכות (דף וי"ו ע"ב) דפסול לדיני נפשות. ומש"ה כיון דהוי עדות ורק שהתורה מיעטתו לענין דיני נפשות שפיר י"ל דלא אמרינן בהו כמיתת הבעלים כך מיתת השור שיהי' צריך להיות בעדות השור כל דיני עדות שצריך להיות בהבעלים דהא עדות מיוחדת הוי עלה שם עדות. ובזה יש לומר דאין להוכיח נמי ממ"ש רש"י במס' ב"ק (דף מ"ג ע"א) בד"ה קתני מיהת המית שורי את פלוני משלם ע"פ עצמו מאי לאו כופר ואע"ג דאין השור בסקילה שהרי הודה ואמרו כמיתת בעלים כך מיתת השור ואדם בהודאתו אינו נהרג עכ"ל דלכאורה מוכח מדברי רש"י ז"ל הללו דגם בענין העדות אמרינן כמיתת הבעלים כך מיתת השור והרי התוס' במס' ב"ק (דף מ"א ע"ב) בד"ה עפ"י ע"א כו' שם כתבו דהא דאינו נהרג עפ"י הבעלים היינו אף אם הן שנים כגון שור של שני שותפין עיש"ה ואעפ"כ כתב רש"י ז"ל הטעם דע"פ הבעלים אינו נהרג משום דכמיתת הבעלים כך מיתת השור. אבל לפי האמור י"ל דאין ראי' דהבעלים אינם באמת בגדר עדות כלל ורק דהי' סברא כיון דהשור ממונו הוא והרי יכול להפקירו יהי' נאמן גם לענין שנהרגנו ע"ז אמרינן דבעי כמיתת הבעלים

כך מיתת השור שיהי' בגדר עדות ובעלים אינם בגדר עדות כלל ואף למאי שהוכחתי בפנים מהתוס' הנ"ל דס"ל דבענין העדות לא בעי כמיתת הבעלים כך מיתת השור מוכת מדבריהם ז"ל דלענין ע"פ הבעלים נמי לא אמרינן מטעם כמיתת הבעלים כך מיתת השור דלא הזכירו כלל מטעם כמיתת הבעלים כך מיתת השור וכמ"ש בפנים מ"מ בדברי רש"י י"ל כן. אבל בעדות מיוחדת דהוי בגדר עדות גמור י"ל דמודה רש"י ז"ל דלא בעי בשור שיהי' שוה בכל דיני העדות להבעלים וכשר עדות מיוחדת. ובגוף דברי רש"י ז"ל מה שלכאורה אינו מובן דהא רש"י פי' בזבחים (דף ע"א) ובתמורה (דף כ"ת) משום מודה בקנס יש לעיין הרבה ועיין במהר"ם שיף ז"ל במס' ב"ק (דף מ"א) מ"ש בזה:

ובגוף הספק אם מהני עדות מיוחדת להריגת השור הראה נ"ג החריף הנ"ל דמבואר בבעה"ת (שער ל"ח חלק ג' אות ד') דעדות מיוחדת פסול משום כמיתת הבעלים כך מיתת השור עכ"ד והנה לא ידעתי מדברי הבעה"ת וכעת עיינתי שם וז"ל הבעה"ת שם גם ה"ר יהודה ברצלוני כתב שאם טען יורש איני יודע אם לוה מורישי אם לאו וע"א מעיד שלוה לא מהני ההיא עדות ואין עליו אלא שבועה שלא פקדנו אבא [ומובא בטוח"מ סי' ע"ה ועיין בש"ע שם סט"ז] ואע"פ שיש אומרים שכיון שאין מכחיש העד הוה לי' מחויב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם אין סומכין עליו ואע"פ שמביאים ראי' מההיא דגרסינן בפרק שור שנגח ד' וה' (דף מ"א ע"ב) דקתני התם דאיצטריך קרא למעוטי בשהמית את האדם ע"פ עד אחד דפטור ומשמע לולי מיעטו הכתוב הי' חייב ובודאי האיך יתחייב על פי עד אחד אלא לאו ש"מ שבעל השור טוען איני יודע אם המית שורו את האדם אם לאו והעד מעיד שהמית מש"ה שאינו מכחישו נאמן העד ומתוך שאינו יכול לישבע משלם אילו לא הי' שמיעטו הפסוק ופטרו אבל בעלמא כך הי' הדין שיתחייב ע"פ העד כיון שטוען איני יודע והאי סברא ליתא כלל דאע"ג דאמרי' כשטוענו תביעת עצמו שמשלם באיני יודע משום דבעי לי' למידק כשנתעסק הוא עצמו עמו כיון שלא דקדק ואינו יכול לישבע משלם אבל בטענת מורישו שלא הי' לו לדקדק לא אמרינן מתוך שאיל"מ גם הפירוש שפירשו בעד אחד אומר שהמית שורו את פלוני והוא אינו יודע לאו הכי פירוש' דבכה"ג מפטר הוא שאין לו לדקדק ולעמוד על שורו ולדעת אם המית אם לאו ופירוש הדבר כך הוא ע"פ ע"א על פי עדות מיוחדת רוצה לומר שהיא כשרה בדיני ממונות ולא בדיני נפשות ולכך מיעטו הכתוב משום דקים לן כמיתת בעלים כך מיתת השור וכשם שאין מקבלין עדות מיוחדת בדיני נפשות כך אין מקבלין בשור ע"כ עכ"ל הבעה"ת ז"ל ועיין בגידולי תרומה ז"ל. הרי מבואר בבעה"ת דע"פ עדות מיוחדת אין הורגין את

השור וקמ"ל הקרא בתם דפטור מחצי כופר ולא קשה תו הביאהו לב"ד וישלם לך דפטור מסקילה עיין בב"ק (דף מ"א ע"ב) שם:

אולם י"ל דטעם היש אומרים שהביא הבעה"ת שדייקו מהגמ' (דדף מ"א) דאיצטריך קרא על המית ע"פ עד אחד דהאיך יתחייב ע"פ ע"א וע"כ מטעם מתוך שאיל"מ ועיין בשמ"ק (דף מ"א ע"ב) בד"ה מודה כו'. וגם רש"י שם בד"ה מודה בקנס כו' וז"ל וה"ה דהו"מ למיפרך אעד אחד פשיטא דפטור וכ"כ רש"י ז"ל בד"ה מתכוין עיי"ש הרי דהוקשה נמי לרש"י ז"ל קושי' היש אומרים דל"ל קרא בהמית ע"פ ע"א הא פשיטא דאין ע"א מהימן ולמה לא פירשו לה בעדות מיוחדת כמו שפי' הבעה"ת ז"ל אולי י"ל דטעמם של רש"י והי"א דלא פירשו להאי ע"פ ע"א דקאמר הש"ס בעדות מיוחדת משום דס"ל באמת דהשור נהרג ע"פ עדות מיוחדת והטעם משום דלענין זה לא בעי כמיתת הבעלים כך מיתת השור וכמש"ל וכיון דחייב השור מיתה קאי גם בעדות מיוחדת פירכת ר"ע לר"א בברייתא שם הביאהו לב"ד וישלם לך ואמר לו ר"א אין דיני אלא כשהמית את האדם ע"פ ע"א כו' וע"כ היינו עד אחד ממש דאינו נהרג השור דאילו בעדות מיוחדת השור נהרג. ולפ"ז יהי' עולה דבד"ז אם השור, נהרג בעדות מיוחדת יהי' פלוגתא בין הראשונים ז"ל דלרש"י והי"א נהרג. ולהבעה"ת אין השור נהרג בעדות מיוחדת כמבואר בדבריו להדי' ועיין שם בתוד"ה מודה כו' ח"ל ונראה דהו"מ למיפרך אע"א דאין סברא לומר שלא יחשוב מרשיע עצמו כשמודה ואין רוצה לישבע ואע"ג דע"י העד בא עליו חיוב זה אלא הפשוט יותר נקט עכ"ל וראיתי בהגהות הש"ס דפוס ווילנא בהגהות חשק שלמה שכתב ע"ד התוס' וז"ל ועיין בבעה"ת שער ל"ח דפי' דמיירי בעדות מיוחדת דלענין כופר מיקרי עדות גמור אבל לענין מיתת השור פטור דכמיתת בעלים כך מיתת השור והילכך דכמו דעדות מיוחדת פסול לדיני נפשות ה"נ למיחת השור ע"ש וא"כ משמע מדבריו ז"ל דעדות מיוחדת מה"ת כשר לדיני ממונות וזה דלא כדעת האו"ת (בסי' ל') ע"ש כו' עכ"ל החשק שלמה. ונראה שרמז ליישב קושי' התוס' דעפ"י פי' הבעה"ת ל"ק קושי' התוס' דבעדות מיוחדת א צרכינן כלל להודאתו. ומדחזינן דהתוס' נמי לא פירשו כהבעה"ת ועיין מ"ש בעזה"י בפנים (בדף מ"א ע"ב) [אול"ז] והבאתי דברי הרשב"א ועוד ראשונים בשמ"ק ז"ל מה שכתבו בזה וכולם לא פירשו כהבעה"ת דמיירי בעדות מיוחדת א"כ אולי י"ל כמש"ל דהם סברו ג"כ דבעדות מיוחדת חייב השור מיתה ואכתי י"ל בזה: והנה לשיטת הבעה"ת דבעדות מיוחדת אין הורגין השור קשה הקושיא שהקשיתי בפנים דמאי פריך הש"ס בסוגיין וכי מאחר דמתם קטלינן לי' מועד האיך משכחת לה והא משכחת לה בכה"ג דב' נגיחות הראשונות הי' בעדות מיוחדת דלא נהרג. ומ"מ פשיטא דנעשה מועד

בעדות מיוחדת וכמ"ש בפנים. ונ"ג הנ"ל העיר בעיקר הקושי' לומר דאף דאמרי' כמיתת הבעלים כך מיתת השור ואין הורגין השור בעדות מיוחדת מ"מ לא עדיף השור מהבעלים בעצמם והרי אמרינן בסנהדרין (דף פ"א ע"ב) דההורג נפש בעדות מיוחדת מכניסין אותו לכיפה ומאכילין אותו לחם צר ומים לחץ עד שיוקטן מעיינו והדר מאכילין אותו שעורין עד שכריסו מתבקעת וא"כ גם בשור עכ"פ לא יהי' עדיף מהבעלים וא"כ בהרג בעדות מיוחדת ג"כ מכניסין אותו לכיפה ומצינו בסנהדרין (דף ע"ט ע"ב) דגם בבהמה שייך מכניסין אותו לכיפה וא"כ אף דאיכא רק עדות מיוחדת ג"כ מכניסין השור לכיפה ושפיר פריך הש"ס מאחר דמתם קטלינן לי' מועד היכי משכח"ל דאף בעדות מיוחדת מחויב בכיפה ומת שם השור. וא"כ לא יתכן הקושי' רק כגון דערק השור מהב"ד דאל"כ אכתי היכי משכח"ל מועד וזה מתרץ הש"ס אף בעדות גמורה לא עדות מיוחדת וערק מב"ד לאחר שהעידו בו עכ"ד. ואף דאכתי לא מתורץ הקושי' כ"כ דהש"ס דמיירי בעדות גמורה לא בעדות מיוחדת שפיר פריך וכי מאחר דמתם קטלינן לי' היינו שתיכף בהורגו מביאין אותו לב"ד וגומרין דינו והורגין אותו מיד א"כ אין זמן בינתיים שיעשה מועד וע"ז משני הש"ס כגון דקטיל ועריך לאגמא וכפירש"י ז"ל אחר שהעידו בו. אבל בעדות מיוחדת דאין הורגין אותו בידים מיד רק מכניסין אותו לכיפה ושם מת מעצמו וא"כ אישתהי זמן מה מן ההכנסה לכיפה ער שימות השור וא"כ אכתי משכחת שנפרצה דלת הכיפה ויצא והרג עוד הפעם. מ"מ יפה כתבת לתרץ שלא יקשה על הבעה"ת:

אלא שבגוף הדבר אנכי מסופק בזה אם שייך האי דינא דבעדות מיוחדת כונסין אותו לכיפה גבי בהמה דהא דסובר ר' יהודה בסנהדרין (דף פ' ע"א) בשור שנגמר דינו שנתערב בשוורים אחרים מעלין כונסין אותן לכיפה הוא משום ריש ביניהן שור שנגמר דינו שחייב סקילה והרי ת"ק ס"ל דסוקלין אותן ופירש"י ז"ל משום דע"כ כולהו אסירי בהנאה ואין הפסד לבעלים בסקילה הילכך סוקלין אותם כדי שתתקיים מצות סקילה עיי"ש ור' יהודה דס"ל כונסין אותן לכיפה הוי נמי משה"ה כיון דכולם אסורין בהנאה משום שנתערב בהן שור שנגמ"ד שחייב סקילה ואסור בהנאה ועיין רש"י ז"ל דלר"י אין סוקלין היינו שא"צ לסוקלן שלא להטריח ב"ד עי"ש אבל כונסין לכיפה עכ"פ וכן לפום מה דס"ד דהש"ס בשור שלא נגמ"ד שנתערב בשוורים אחרים שנגמ"ד דלת"ק כולן פטורין ולר' יהודה כונסין אותן לכיפה הוא ג"כ רק משום שיש ביניהן שור שמחויב סקילה וגם אין הפסד דכולן אסורין בהנאה. ועיין בחידושי הר"ן שם מ"ש. וכן מה דמצינו במס' בכורות (דף ט"ו ע"ב) דס"ל לרב הונא בולד פסוהמ"ק שנולדו לאחר פדיונן כונסין לכיפה והן מתין. התם הוי הטעם כמו דקאמר הש"ס שם גזירה שמא יגדל מהן

עדרים עדרים אבל אין בהן חיוב מדאורייתא לכונסן לכיפה רק חכז"ל גזרו לכונסן לכיפה ומצינו עוד דין כיפה במס' קידושין (דף נ"ה ע"ב) אלא אמר אביי כחטאת כונסה לכיפה והיא מתה מאלי' ופירש"י ז"ל כחטאת כו' כגון חמש חטאות כו' לכיפה לאו דוקא או שמא כיפה היתה מתוקנת לכך עכ"ל. אבל הכא בעדות מיוחדת דפטור השור מסקילה משום כמיתת הבעלים כך מיתת השור ומותר בהנאה כיון שלא נוכל לגמור דינו דפטור מסקילה אינו אסור בהנאה מנ"ל דמכניסין אותו לכיפה ולהפסיד הבעלים כיון דהשור פטור מסקילה וניהו דכמיתת הבעלים כך מיתת השור היינו לענין סקילה דרשינן היכא דהבעלים פטורין השור נמי פטור אבל לענין כיפה דבאדם חייב מדאורייתא הוא מהלל"מ כדפירש"י בסנהדרין (דף פ"א ע"ב) ד"ה והיכא רמיזא עיי"ש מנ"ל דדרשינן גם לענין זה כמיתת הבעלים כך מיתת השור לענין כיפה לחיוב וי"ל דדוקא לענין חיוב סקילה דרשינן כמיתת הבעלים כך מיתת השור דהא נפקא לן בסנהדרין (דף ב') במתני' מהשור יסקל וגם בעליו יומת כו' וזה דוקא לענין סקילת השור:

וראיתי בערל"נ ז"ל סנהדרין (דף ע"ט ע"ב) על תוס' ד"ה בשור כו' וז"ל והא דעבדינן הכנסת כיפה ולא חיישינן דאתי לאיחלופי באדם לעשות גם בו הכנסת כיפה י"ל דבודאי בבהמה אין חילוק בין הכנסת כיפה למיתה בקופיץ דכיון דאין כאן דין סקילה דעלי' אמרה תורה דכמיתת הבעלים כך מיתת השור ולא ממיתין לשור רק משום ובערת הרע כמ"כ מותר להורגו בקופיץ כמו בכיפה וא"כ מה שהורגין בכיפה הוא היכר כו' עיי"ש. ומשמע קצת ג"כ מדבריו ז"ל דמה דאמרה תורה כמיתת הבעלים כך מיתת השור הוא רק לענין סקילה ולא לענין דין כיפה וא"כ ה"ה הכא בעדות מיוחדת י"ל דאין מכניסין כלל השור לכיפה. ומסנהדרין (דף ע"ט ודף פ') אין ראי' כמש"ל וגם התם רק אליבא דר"י מצינו כיפה ולרבנן לא מצינו כלל בזה כיפה בבהמה וכ"פ הרמב"ם ז"ל (פי"א מהל' נזקי ממון ה"י) וגם התם פירש"י ז"ל (בדף פ') בד"ה כונסין אותן לכיפה דכונסין אותן בחדר והם מתין ברעב ע"ש ומשמע דאין עושין שום פעולה ע"י לחם צר ומים לחץ ושעורים רק מתים ברעב ואילו (בדף פ"א) לענין כיפה בעדות מיוחדת ואינך קאמר הש"ס דמאכילין אותו לחם צר ומים לחץ ושעורים עד שכריסו מתבקעת ובמתני' בסנהדרין שם (דף ע"ט ע"ב) בד"ה כונסין אותו לכיפה פירש"י שם מאכילין אותו שעורים עד שתבקע כריסו עכ"ל התם אולי קאי רש"י לפי אוקימתא לר' אבהו אמר שמואל דמתני' מיירי ברוצח שלא נגמ"ד שנתערב ברוצחים אחרים שנגמ"ד דסובר ר"י בזה דכונסין אותו לכיפה פירש"י ז"ל בזה דמאכילין אותו שעורים כו' שעושין פעולה להמיתה אבל (בדף פ') דקאי בשור שנגמ"ד שנתערב בשוורין אחרים מעלין וסובר ר"י

מכניסין אותן לכיפה פירש"י דכונסין אותן בחדר והם מתין ברעב שלא להטריח לב"ד עיי"ש א"כ חזינן דאיכא שינוי בין כיפה (דדף פ' ע"א) לכיפה דעדות מיוחדת וא"כ יש לספק דבשור שהרג בעדות מיוחדת אם שייך כלל כיפה גבי' וגם דאדם דהוא בעונש גדול ההורג נפש וכמ"ש הרמב"ם ז"ל (בפ"ד מהל' רוצח ה"ט) דזה הוא הטעם דהורג בעדות מיוחדת וכו' מכניסין לכיפה משום דגדול עונו עיי"ש משא"כ בבהמה וי"ל דאין מכניסין השור כלל לכיפה ואין מפסידין הבעלים ורק חובה בודאי על הבעלים לשוחטו כדין שאר מזיק כמו ראי' במס' ב"ק (דף ט"ו ע"ב):

ולכאורה יש להעיר אם נימא דבבהמה איכא ג"כ הכנסה לכיפה א"כ תיקשי מגופי' דהבעה"ת פי' דהא דאמר ר"א אין דיני אלא בשור שהמית ע"פ ע"א כו' דהוא בעדות מיוחדת והרי עכ"פ מכניסין אותו לכיפה וימות שם ואכתי קשה הביאהו לב"ד וישלם לך. אבל נראה דל"ק זה דאף אם נימא דמכניסין השור לכיפה עפ"י עדות מיוחדת מ"מ נראה דאינו נאסר בהנאה ודוקא היכא דהשור נסקל או רק נגמר דינו ליסקל הוא דאסור בהנאה אבל היכא דאין דינו בסקילה רק מכניסין אותו לכיפה נראה דאינו נאסר בהנאה והרי בקרא כתיב סקל יסקל השור ולא יאכל את בשרו א"כ לא נשמע רק היכא דנסקל אבל מנ"ל היכא שאינו נסקל ורק מכניסין לכיפה וא"כ כיון דמותר בהנאה שוב לא קשה פירכת ר"ע הביאהו לב"ד וישלם לך דניהו דימות בכיפה מ"מ הו"א דימכרו הנבילה וישתלם הכופר דהא מותר בהנאה ודוקא אם נסקל דנאסר בהנאה הוא דפריך ר"ע הביאהו לב"ד וישלם לך דהא אסור בהנאה משא"כ אם אינו נסקל ורק נכנס לכיפה שפיר מותר בהנאה וכנ"ל. ואולי י"ל עוד דמותר להבעלים לשוחטו ויהי' מותר באכילה ג"כ דמה לי אם ימות בכיפה או ישחטנו סוף סוף ביער את המזיק מן העולם. ועיין בספר ראש יוסף חולין (דף פ"ה ע"א) בד"ה ודע כו' עמ"ש רש"י ז"ל שם במתני' חי' ועוף הנסקלין כגון שנרבעו ונגמר דינן ושחטן עכ"ל וכתב הראש יוסף ז"ל לא מצאתי לימוד זה אם שחטן לאחר שנגמר דינן לסקילה שיהא בשרן אסור שהרי בשור הנסקל שהמית את האדם צריך קרא (ב"ק דף מ"א) אי שחט לאחר שנגמ"ד שיהא בשרו אסור באכילה וא"כ בשאר הנסקלין מנלן ואפשר דמ"מ ילפינן שאר הנסקלין מיני' עכ"ל הראש יוסף ז"ל ונסתייע סברא זו דאף אם נכנס לכיפה מ"מ כיון דלא נסקל לא נאסר בהנאה ואין לומר שהכיפה תהי' במקום הסקילה שיהי' אסור בהנאה דאין ללמוד מבהמה שנסקלת לבהמה שלא נסקלת ורק מתה בכיפה וכנ"ל ולא נאסרה בהנאה. וה"ה אם שחטו אולי יהי' מותר גם באכילה:

וראיתי בספר חמדת ישראל לידידי הגאבד"ק דוואהרט נ"י הנדפס לא כביר בקונטרס נר מצוה בחלק הלאוין (אות צ"ד) האריך בענין מכניסין לכיפה והביא פלוגתת הראשונים ז"ל אם הוא מדאורייתא או רק מדרבנן והביא דברי בעה"ת הנ"ל ורצה להוכיח מדבריו ז"ל דהוא רק מדרבנן דאל"כ יקשה בהא דב"ק (דף מ"א ע"ב) דא"ל ר"א לר"ע אין דיני אלא כשהמית ע"פ ע"א כו' ופי' הבעה"ת ז"ל דהיינו בעדות מיוחדת ואם נימא דהא דקיי"ל בהורג את הנפש עפ"י עדות מיוחדת מכניסין לכיפה הוא דאורייתא א"כ נראה דה"ה בשור מכניסין לכיפה דכמיתת הבעלים כך מיתת השור וא"כ אכתי קשה פירכת ר"ע הביאהו לב"ד וישלם לך א"ו דדעת הבעה"ת דהכנסה לכיפה הוא רק חומרא דרבנן ולא מדאורייתא וגם מדרבנן י"ל דבשור לא גזרו חכז"ל יעו"ש מ"ש עוד בזה. ולפמ"ש לעיל ל"ק בפשיטות וכמו שכתבתי דאף אם נימא דשור שהרג עפ"י עדות מיוחדת גם כן מכניסין אותו לכיפה וענין מכניסין לכיפה הוא מדאורייתא מ"מ אין השור נאסר בהנאה דדוקא היכא דנגמ"ד לסקילה הוא דאסור בהנאה אבל אם אין הדין לסקלו רק להכניסו לכיפה אינו בכלל שור הנסקל שיהי' אסור בהנאה וכמש"ל ומש"ה שפיר א"ל ר"א לר"ע אין דיני אלא כשהמית ע"פ ע"א וכפי' הבעה"ת בעדות מיוחדת דאע"ג דמכניסין אותו לכיפה מ"מ יהי' מותר בהנאה והו"א דימכרו הנבילה וישלם הכופר וכמש"ל בזה וא"כ אין ראי' מבעה"ת דהכנסה לכיפה הוא מדרבנן וי"ל דהבעה"ת סובר ג"כ דהוא מדאורייתא ודו"ק:

[יד] שם ע"א אול"ג אק"א שכתבתי בהא דקאמר ר"א דלא יאכל ולא תאכל ולא תאכלו אחד איסור אכילה וא' איסור הנאה במשמע עד שיפרוט לך הכתוב כדרך שפרט בנבילה כו' שנסתפקתי אם הלשונות הללו בעצמם מורין גם על איסור הנאה או דרק מדחזינן דהוצרך התורה לגלות היתר הנאה בנבילה שמעינן מינה דנפרש להג' לשונות הללו גם לאיסור הנאה וכתבתי דנראה דהואיל דגלי קרא היתר הנאה בנבילה מינה ידעינן לפרש להג' לשונות הללו גם על איסור הנאה. והעיר ע"ו במכתב החריף המופלג מו"ה יצחק מאיר נ"י מק"ק טשענסטחוב די"ל דפליגי בזה ש"ס דילן עם הירושלמי פסחים דהש"ס דילן שם בפסחים פריך על ר' אבהו והרי חדש דרחמנא אמר ולחם וקלי וכרמל לא תאכלו עד עצם היום הזה ותנן קוצר לשחת ומאכיל לבהמה א"ר שמעי' שאני התם דא"ק קצירכם שלכם יהי' כו' ובירושלמי פסחים רפ"ב בפלוגתא דחזקי' ור"א פריך ג"כ הקושי' מחדש ומתרץ ר' אבא מרי אחוי דר' יוסי שנייה היא שקבע הכתוב זמן והיינו שלאחר עבור הזמן הזה מותר ומש"ה אינו אסור בהנאה ואם נימא דהלשון לא תאכלו משמע איסור הנאה מאי מועיל סברא זו שיהי' מותר לאחר זמן וע"כ דהירושלמי

סובר דהלשון לא משמע איסור הנאה ורק משום דילפינן מנבילה דגלי קרא להיתר הנאה שמעינן דלא מאכלו הוי איסור הנאה וזה דוקא היכא דלא יהי' ניתר לאחר זמן ש אבל היכא דיהי' ניתר לאח"ז לא הוי הפי' איסור הנאה אבל ש"ס דילן דמשני על קושי' דחדש משום דגלי קרא סובר דהלשון משמע איסור הנאה עכ"ד ויפה העיר בזה:

אמנם לעד"נ דהפי' בירושלמי הוא בהתירוץ שקבע הכתוב זמן הוא דלא נוכל לומר על חפץ שהוא אסור בהנאה אם יהי' אח"כ מותר בהנאה דכל שיהי' אח"ז מותר בהנאה לא נוכל לומר שקודם שיגיע הזמן הזה חל עליו איסור הנאה דאיסור הנאה שייך לומר רק בדבר שלעולם לא יהי' לו היתר. וגבי חמץ דאסור בהנאה אע"ג דלאחה"פ יהי' מותר בהנאה מ"מ הלא אסור לו להשהות את החמץ עד אחר הפסח דצריך לבערו ועובר בב"י וב"י. ואם עבר ושהה אין אסור מה"ת אליבא דר"ש דפסקינן כן אבל מ"מ אסור לו לשהותו ושפיר חל עליו השם איסור הנאה משא"כ בחדש דמותר לו להשהותו עד ט"ז בניסן ואז יהי' מומר לו לגמרי גם באכילה ואיך נוכל לומר עלה שם איסור הנאה אבל לא צרכינן לומר דטעמו של הירושלמי משום דיליף לה מנבילה:

וראיתי במפרשי הירושלמי שמחולקים בפירושו הקרבן העדה מפרש שקבע הכתוב זמן לאיסור חדש ואח"כ מותר אפילו באכילה הלכך קודם זמנו מותר בהנאה ולא דמיא לנבילה שאסורה לעולם עכ"ל ולפי פי' זה נראה דעיקר הלימוד דלשונות הללו הם מורין על איסור הנאה ג"כ הוא רק מדגלי קרא בנבילה והוא כמ"ש מעלתו נ"י. אבל הפני משה מפרש שנייה היא התם דחדש קבע לו הכתוב זמן להמירו בהקרבת העומר ואין איסורו איסור עולם ואנן בדבר שאסור איסור עולם קאמרינן דגם איסור הנאה בכלל דלא תאכל עכ"ל. ויש לומר בכוונת הפ"מ ז"ל כפירושי הנ"ל וא"כ לפ"ז נראה דמפרשינן דהלשונות הללו בעצמן מורין על איסורי הנאה. ועיין שם בגליון הש"ס ירושלמי להגאון מו"ה מרדכי זאב ז"ל בסוף הסוגיא מ"ש באות א' שם כמו שכתבתי לעיל החילוק בין חדש לחמץ אף דגם בחמץ הכתוב קבע זמן דפסקינן כר"ש דחמץ שעעה"פ מותר מ"מ אסור לו להשהותו משא"כ בחדש דמותר להשהותו ומותר לאחר זמן א"כ הוא גופי' הנאה הוא שמשההו לאח"ז שיהי' מותר לו יעוש"ה בדבריו ז"ל ונהניתי בזה:

ובעת סידורי העירני בני הרה"ח מו"ה ישכר שיחי' דאם כסברא הנ"ל יקשה מנוקשה למ"ד נוקשה דאורייתא דאליבא דר' אבהו אסור בהנאה מה"ת כמבואר בתוס' מסכת פסחים (דף כ"ג ע"ב) ד"ה מאי בינייהו שהקשו דלימא דא"ב בין חזקי' לר"א אי חמץ נוקשה אסור בהנאה יעוי"ש והרי שיטת הר"ת בתוס' פסחים (דף מ"ב ע"א) ד"ה ואלו דמ"מ בל יראה ליכא בנוקשה ועיין ברא"ש שם. ועיין פ"י פסחים (דף כ"ג ע"ב) על תוד"ה

מאי בינייהו הנ"ל דהתוס' שם אזלו אליבא דר"ת. ועיין צל"ח שם דגם לר"י דחמץ אחה"פ אסור מה"ת מ"מ נוקשה מותר יעוי"ש. הרי מצינו נוקשה אע"ג דליכא ב"י ומה"ת אין איסור להשהותו ולאחה"פ מותר אעפ"כ אסור בהנאה בתוך זמנו ולכאורה י"ל בזה:

אמנם הצל"ח שם מפלפל ליישב קושית התוס' שם עפ"ד הירושלמי הנ"ל ומסיק דבאמת נוקשה מותר בהנאה ע"ש. ולהנ"ל ג"כ אפשר ליישב בדרך זה כיון דלר"ת מותר להשהותו עד לאחה"פ שיהי' מותר ממילא ע"כ דגם בתוך הפסח אינו אסור בהנאה וכסברא הנ"ל:

אך בגוף הדבר הנה הצל"ח (דף כ"ג ע"א) [שציין בגליון הש"ס ירושלמי הנ"ל] הביא ג"כ להירושלמי הנ"ל ותחלה כ' דכוונת הירושלמי בחדש לפי שלא אסרו הכתוב לעולם לכך אפילו בזמן איסורו מותר עכ"פ בהנאה. ואח"כ כתב עוד הצל"ח ז"ל דדברי הירושלמי הם אליבא דר"י דיליף אה"נ מאותו כו' מש"ה דבר שיש לו היתר לאיסורו דלא דמיא לטרפה מותר בהנאה אבל לר"מ דגמר מדאיצטריך בנבילה לגר וגו' מכלל דלא תאכל נם אה"נ במשמע א"כ משמעות המלה של לא תאכל הוא איסור הנאה כמו אכילה ובמשמעות הדבור לא שייך לחלק בין איסור זמן לאיסור עולם עיי"ש בצל"ח ועיין עוד בצל"ח, שם ד"ה ר"א סבר כו' דמשמע ג"כ דעת הצל"ח דמשמעות המלה של לא תאכל הוא אה"נ אבל זה ידעינן רק אחר דילפינן לה מדאיצטריך קרא בנבילה יעוש"ה. אבל עכ"פ כבר העיר הצל"ח ז"ל בכל הנ"ל. עד כאן דברי בני נ"י:

[טו] שם ע"א אול"ג אק"ב על מה שתירצתי קושית הצל"ח דל"ל קרא בנבילה להיתר הנאה ת"ל מדכתיב גבי בור ונפל שמה שור כו' והמת יהי' לו. ועוד איכא קרא בשור שנגח שור רעהו וגם את המת יחצון. וכתבתי ליישב כיון דאיכא קרא גם בנבילה הי"ל שני כתובין ואין מלמדין אבל לולא קרא בנבילה הי' הו"א דאדרבה דנילף מינה לכה"ת היכא דכתיב לא תאכל וכו' דמותר בהנאה. ואף למ"ד ב' כתובין מלמדין. הכא איכא ג' כתובין דהא איכא נמי קרא וגם את המת יחצון כו' כמבואר בפנים. כתב ע"ז ב"ג הרה"ג מו"ה שמואל יהודא נ"י אבד"ק קוואהל לדחות זה דב' כתובים מיקרי בב' דברים דהתירה התורה ולא גמרינן חד מחברי' ע"כ שאין ללמוד שאר דברים מזה אבל ב' כתובים להתיר דבר אחד מצינו הרבה פעמים בש"ס דהלא צריך הקרא לכתוב והמת יהי' לו לבעלים מטפלים וכמ"כ ואת המת יחצון ולא מצינו שיהי' נקרא בזה ב' כתובים אם כ' ב' פעמים דנבילה מותרת עכ"ד ב"ג הרב שיחי':

והנה לא הביא המקומות שיהי' מפורש כן. אולם באמת יפה העיר בזה כי לע"ד לאחר העיון בזה תליא זה בב' לשונות ברש"י מסכת מנחות (דף ט' ע"ב) בד"ה ארבע שמאלית וז"ל רש"י ז"ל אלא מדכתיב האי בתרא הו"ל שני כתובין הבאין כא' ואין מלמדין לשון

אחר שמאלית תרי לגופייהו חד בעני וחד בעשיר כו' דהו"ל שני כתובין כו' וכתב רש"י ז"ל עלה וז"ל הני לישני לא נהירא דכל ב' כתובין הבאין כא' שבהש"ס אין דומין לאלו דכי אמרינן אין מלמדין הנ"מ כשגילה שני כתובין בשני דברים דאמרינן דאי ניחא למילף מינייהו נכתוב חד ונילף אידך מיני' אבל הכא דבחדא מילתא כתיבי אינן שני דברים הבאין כאחד אלא קראי יתירי נינהו כו' עכ"ל ועיין רשב"א מנחות שם האריך ג"כ בזה ומביא דברי רש"י ז"ל. וגם מבואר ברשב"א שם דסובר דהיכא דאיכא שני כתובים כו' לא אמרינן דהוה כאילו כתוב לימוד להיפוך ורק דאין מלמדין יעוש"ה בד"ה ולא נהירא כו'. והנה מבואר דלב' פירושים הראשונים של רש"י הוה בכה"ג ג"כ ב"כ הבאין כאחד ורק רש"י ז"ל דחה זה וסובר דבכה"ג לא מיקרי ב"כ הבאים כאחד והוא כדבריו:

וראיתי בספר יד מלאכי (ח"א כללי השי"ן סי' תרכ"ב) שכתב כלל זה מדברי רש"י הנ"ל וציין דברי הבה"ז על תוס' מנחות (דף י"ט ע"ב) בד"ה דתנא בי' קרא תריסר זימנין שכתבו אין להקשות אדרבה ליהוי שני כתובין הבאין כא' ואין מלמדין דכתב עלה הבה"ז דהיינו משום דהכתובים באו לומר שכל נשיא הביא מלאים סולת ולאו דינא קמ"ל אלא כתובים מיותרים הם וכעין מ"ש רש"י לעיל (דף ט' ע"ב) עכ"ל. והנה רש"י נקיט הלשון דכי אמרינן אין מלמדין הנ"מ כשגילה ב' כתובים בשני דברים כו' אבל הכא דבחדא מילתא כתיבי אינן ב' דברים הבאין כאחד אלא קראי יתירי נינהו כו' ע"ש ובהא דמנחות (דף י"ט) הואיל דלאו קמ"ל קרא ורק שכל נשיא הביא מלאים סולת הוה ג"כ כאילו כתב הכל בדבר אחד ולא מיקרי ב"כ הבאים כאחד וי"ל בזה. וא"כ הכא בנידון דידן דכתיבי הני תרי קראי בשני ענינים דא' כתוב בנזקי שור בשור והב' כתוב בנזקי בור שפיר י"ל דלכ"ע מיקרי שפיר ב' כתובים:

אולם אכתי יש לפקפק בזה ואין בכחי לבאר בזה כי לא צהירנא בכללי וגם אין לי ספרים הקדושים המבארים בכללי הש"ס לזאת עיינתי ונלע"ד כי דברי א"ש בפשיטות כי הלא כשדנתי למ"ד דב' כתובים אין מלמדין הרי שפיר יש ב"כ א' קרא דגבי נבילה דכתיב גבי' בפירוש היתר הנאה וקרא הב' הוא מקרא דנזקי קרן דכתיב וגם את המת יחצון או הקרא דנזקי בור דכתיב והמת יהי' לו דנוכל למילף מיני' היתר הנאה ושפיר הוי ב"כ דקרא דגבי נבילה הוא מיותר ובכה"ג דחד קרא מיותר ג"כ מיקרי ב"כ הבאים כאחד וכמ"ש תוס' קידושין (דף נ"ח ע"א) ועיין פסחים (דף מ"ה ע"א) עיש"ה ועל זה לא שייך דמוי' הנ"ל שכ' ב"ג הרב הנ"ל. ורק כשדנתי על שיהיו ג' כתובים הבאים כאחד דבזה כתבתי דאיכא קרא דנזקי קרן וקרא דנזקי בור ועל זה יש לדחות קצת דחוי' הנ"ל. אולם באמת א"ש גם זה דהא לכאורה י"ל מאי חילוק יש בין ב' כתובים הבאים כאחד לבין ג'

כתובים הבאים כאחד אשר אם איכא ג' כתובים לכ"ע אין מלמדין וראיתי בספר גינת וורדים (כלל י"ב) בד"ה סוף דבר שכתב בשם התוס' ביומא (דף נ"ט וס') דכמה פעמים מצינו בתורה שנאמרה ונשנינו פ' א' ולפ"ז יש לצדד ולומר דבג' כתובים לא בעינן תרי קראי מיותרים כיון דנאמר דין זה פעמים כו' וכתב עוד טעם ב' בשם הר"ש מקינון דשני כתובים איכא למימר מילתא דאתיא בק"ו טרח וכתב לה קרא אבל לא בב' קראי מיותרים דכולי האי לא טרח קרא כו' ע"ש וכתב עוד טעם ג' דר' יהודה לשיטתי' דסובר דכל י"ג מדות לא ניתנו לדרוש מעצמו זולת הק"ו כו' ולפ"ז מש"ה בב"כ למידין בק"ו דמאי אמרת לכתוב חדא ותיתי אידך מיני' במה מצינו הא אין אדם דן מה מצינו מעצמו כו' משא"כ בשלשה כתובים קשיא שפיר אי ס"ד למילף מינייהו למה לי ב' קראי מיותרים כו' עיי"ש. ומעתה א"ש לטעם הראשון הכא דניהא דיש סברא לפקפק על השני כתובים של נזקי קרן ושל נזקי בור דלא הוי דינן כשני כתובים הבאים כאחד מ"מ בהצטרף הקרא דכתיב גבי נבילה שפיר אמרינן דהוי ג' כתובים ואין למידין משום דכבר יש ב' כתובים של נזקי קרן ונזקי בור וכיון דאיכא עוד קרא השלישי דנבילה דמיותר מיחשב כמו ג' כתובים ושפיר אמרינן דאין למידין. וגם לטעם הר"ש מקינון א"ש דכיון דיש ב' קראי אע"ג דאינן מיותרין מ"מ תו ליכא למימר על השלישי טרח וכתב לה קרא ודו"ק:

אח"ז כתב בזה נ"ג הרב הגדול מו"ה יצחק זעליג ישכר נ"י אבד"ק סקולסק והעיר ג"כ במ"ש ב"ג הרב שיחי' הנ"ל וכתב עוד במ"ש בפנים הספר בטעמא דר"י דאזיל לשיטתו דס"ל מלמדין שיש לדון לפמ"ש האחרונים בשם ספר הכריתות דטעמא דר"י דס"ל מלמדין משום דמלתא דאתיא בק"ו טרח וכתב לן קרא דכ"ז שייך בב' ענינים דנילף חד מאידך בק"ו משא"כ בתרי קראי דכתיבי בענין אחד אלא דנאמרה ונשנה הלא בזה כיון דלאו מק"ו בעי למילף אלא דמפורש בגופי' א"כ אידך קרא ל"ל וא"כ לפ"מ שכתבתי דהוי ב"כ שוב בזה גם ר"י מודה דאין מלמדין עכ"ד. ויש סברא לומר כן. וגם לטעם הגוו"ר ז"ל משום דבב"כ לא שייך לומר דניכתוב חד ולילוף אידך משום דר"י ס"ל די"ג מדות מלבד ק"ו לא ניתן לידרש מעצמו כו' א"כ זה דוקא בשני ענייני אבל בדבר א', לא צריך למילוף במה מצינו דהא מפורש בגופי' וא"כ מודה דאין מלמדין. ומיהו דברי א"ש לטעם הגו"ו דמש"ה לר"י ב"כ מלמדין משום דעל שני קראי י"ל דנאמרה ונשנה כו' א"כ גם בחד ענינא שייך לומר כן:

[טז] שם ע"א אול"ד במ"ש ליישב קושית המקנה והפני ארי' ונתקשה בו האברך החריף ובקי מו"ה אברהם הלוי בר"מ נ"י בתירוצי הנ"ל ואבאר בזה כוונתי. במס' מכות (דף ט"ו) דאר"י כל לאו שקדמו עשה לוקין עליו והש"ס מפלפל שם בזה דא"ל ר"פ לרבא

והא לא דמי לאוי' ללאו דחסימה א"ל משום דכתב בי' רחמנא עשה יתירה מגרע גרע כו' והפי' בהא דלאו שקדמו עשה היינו שיכול לקיים העשה קודם עבירת הלאו אין זה ניתק לעשה כן פירש"י בד"ה כל ל"ת שקדמו עשה ע"ש. והנה עוד מצינו אשר יכול לקיים העשה קודם עבירת הלאו כגון בלקט שכחה ופאה דהלאו הוא לא תלקט והעשה הוא לעני ולגר תעזוב אותם ויכול לקיים העשה בלא עבירת הלאו וכן בלאו דנבילה לפום סברת רב ירמי' אליבא דריה"ג דהוי לאו דנבילה ניתק לעשה לגר אשר בשעריך תתננה ואכלה או מכור לנכרי דיכול ג"כ לקיים העשה קודם עבירת הלאו ועוד יותר בזה דאחר עבירת הלאו שאכלה אינו יכול לקיים עוד העשה ואפ"ה לריה"ג הוי לאו הנל"ע ע"ש. וא"כ הי"ל דאליבא דר' יוחנן דסובר לאו שקדמו עשה לוקין עליו הי"ל גם בלקט שכחה ופאה וגם בלאו דנבילה דלא מיחשבו לאו הנל"ע. דהא ר' יוחנן יליף לה מהלאו דוישלחו מן המחנה כמו דקאמר הש"ס שם במס' מכות (דף ט"ו) וכתיבא ותנינא וישלחו מן המתנה:

והי' אפשר לומר דרב ירמי' במס' יומא (דף ל"ו) שם אליבא דריה"ג לא ס"ל להא דר' יוחנן אלא דלעולם מיחשב גם בכה"ג ניתק לעשה. אלא דלפ"ז הי"ל לדידן גם בלאו דלקט שכחה ופאה דלא מיחשב נל"ע כיון דס"ל כר' יוחנן דלאו שקדמו עשה לוקין עליו ולזה דקדק רש"י ז"ל לתרץ דאף דפסקינן כר' יוחנן אפ"ה בלאו דלקשו"פ מיחשב גם לדידן נל"ע וגם רב ירמי' אליבא דריה"ג ג"כ מצי סבר כר' יוחנן והוא דבכל הני תלתא לאוין כתיבא העשה בסמוך להלאו ורק דבל"ת ולא יטמאו את מחניהם בפ' במדבר כתוב העשה קודם להלאו וישלחו מן המחנה וגו' ולא יטמאו את מחניהם. ובלאו דנבילה ובלאו דלקשו"פ כתיב העשה בתר הלאו הלאו וזה שדקדק רש"י ז"ל במס' יומא (דף ל"ו) בד"ה וריה"ג סבר לאו דנבילה אע"ג דע"כ עשה דבתרי' מעיקרא משמע הואיל ובתרי' דלאו כתיב אין לוקין עליו דל"ד ללאו דחסימה ובאה עליו עולה ולאו דלקשו"פ נמי אפילו אמרינן דעשה דבתרי' מעיקרא הוא משמע לא לקי עלי' עכ"ל וכוונתו לחלק אלו הלאווין מהלאו דולא יטמאו את מתניהם דהתם כתיב העשה קודם הלאו וזה שדקדק רש"י ז"ל וריה"ג סבר לאו דנבילה כו' הואיל ובתרי' דלאו כתיב וכן בלשו"פ כו' והש"ס ביומא שם מסיק דלכ"ע לאו דנבלה לא מיחשב לאו הנל"ע נוכל לומר הטעם הואיל דהתם אתר עבירת הלאו אינו יכול תו לקיים העשה כלל ומש"ה לא מיחשב נל"ע אבל בלשו"פ שפיר מיקרי לאו הנל"ע הואיל דעכ"פ יכול לקיים אח"כ גם העשה ואע"ג דיכול לקיים העשה קודם עבירת הלאו ג"כ ועיקר קיום העשה הוא לקיים קודם עבירת הלאו אפ"ה מיקרי לאו הנל"ע ור"ע סובר דלא מיקרי לאו הנל"ע גם בלשו"פ וכדאי' במס' יומא שם ורש"י

כתב זה לפום תירוצא דרב ירמי' דסובר ריה"ג גם נבילה מיקרי לאו הנל"ע עייש"ה. וע"ז סובבים דברי שכתבתי בהספר דנראה מדברי רש"י דעיקר הטעם הוא הואיל דסמכי' הכתוב להאי לגר אשר בשעריך ללא תאכלו כל נבילה והוא מכח הסמיכות ידעינן דלא לקי על הלאו דנבילה ופירוש דברי רש"י ז"ל דהסמיכות הוא דכתבי' להעשה בתר הלאו כמו בלאו דלשו"פ וגבי שילוח טמאים כתוב להעשה קודם הל"ת ולא הוצרכתי לבאר בארוכה דברי רש"י כי מבואר בהדי' בדברי רש"י כן דלא לקי על ל"ת דנבילה לריה"ג לפום תירוצא דרב ירמי' משום דכתיב העשה בתרי' דלאו ובסמיכות להלאו וכ"כ התוס' במס' חולין (דף פ' ע"ב) בד"ה הנח למחוסר זמן באה"ד וז"ל ומיהו מצינו לעשה כה"ג בפ' א"ל הממונה (דף ל"ו) דאר"י בלאו דנבילה קמיפלגי אי הוה נתל"ע במאי דא"ק לגר אשר בשעריך תתננה ואכלה אבל אינה ראיה חדא דאביי פליג עלי' ואמר דלכ"ע לאו מעליא הוא ואפילו לרבי ירמי' דאיכא, מאן דקרי לי' נל"ע היינו התם דנכתב לעשה מיד אחר הלאו אבל עשה דמיום השמיני אינו נכתב מיד אחר הלאו דלא ירצה עכ"ל והרי מבואר בהדי' דהטעם הוא משום הסמיכות דמיד בתרי' דהלאו כתיבא וי"ל בזה. ובין יהי' פי' זה בדברי רש"י או פירוש אחר אבל עכ"פ הוא מחמת איזהו טעם או משום דסמכי' הכתוב או משום דכתבי' להעשה בתר הלאו וא"כ עולים שפיר דברי שכתבתי בזה:

[יז] שם ע"א אול"ה אק"א מ"ש ליישב קושי' על הרמב"ם והוא דניהא דאין לוקין על הנאה הואיל דאפקי' קרא בלשון אכילה כו' אבל היכא דקרא דלא יאכל אתא רק להנאה שפיר הי' לוקין על הנאה ואין חילוק בין אם כתוב בלשון לא יאכל או לא יהנה. וע"ז השיבני ב"ג הרב הגדול מו"ה שמואל יהודא נ"י אבד"ק קוואהל דלפי מה שהקשיתי שם [באק"ד] על הפני ארי' מדברי הרמב"ם (דפ"ד מהל' מאכלות אסורות הכ"ב) יקשה גם עלי. ואולם המעיין היטב יראה כי עלי לא קשה כי אנכי כתבתי רק לפום ההו"א של הש"ס דאם לא היינו דורשים הקרא דלא יאכל את בשרו דאתא להיכא דשחטי' לאחר שנגמר דינו דאסור ורק לאסור בהנאה וכקושית הש"ס אז שפיר הי' נוכל לומר כן דכיון דעיקר קרא דלא יאכל את בשרו אתא רק להנאה דלוקין על הנאה אבל למסקנת הש"ס דאתא קרא דלא יאכל להיכא דשחטי' לאחר שנגמר דינו ולא לאסור בהנאה שפיר אמרינן דאין לוקין על ההנאה להרמב"ם ז"ל. ומה שהקשיתי על הפני ארי' דמסיק אליבא דמסקנא להלכה בדעת הרמב"ם דסובר דבשור הנסקל לוקין על הנאה שפיר קשה מלשון הרמב"ם הנ"ל ודו"ק כי קצרתי:

[יח] שם ע"א אול"ו כתבתי בד"ה ולע"ד להקשות לשיטת התורי"ד דבן פקועה שהמית את האדם ממיתין אותו כדי לסלק המזיק מן העולם אבל בשרו אינו אסור דכבשרא

בדיקולא דמי ודמי לשור ששחט בו רוב שנים והמית את האדם שאין בשרו נאסר כיון שהוא שחוט והקשיתי מהא דמס' עדיות (פ"ו מ"א) ריב"ב העיד כו' ושנסקל תרנגול בירושלים על שהרג את הנפש ולמ"ד אין שחיטה לעוף מה"ת היל"ל דדומה לבן פקועה ולא יהי' נסקל ונדחקתי לומר לשיטת התורי"ד צרכינן לומר דלא הוי כשוה"נ לגמרי אלא דנסקל אבל לא הי' נאסר בהנאה כמו שור הנסקל ע"כ והקשה ע"ז ב"א הרב הגדול מו"ה דוד נ"י אבד"ק גראבאווי הא מבואר במתני' דמס' עדיות שם הטעם דאיתקוש שור שור לשבת וא"כ לשון שור דכתיב בשוה"נ כולל גם עוף ואיך נוכל לחלק ולומר דלענין איסור הנאה לא נכלל עכ"ד. והנה אני אומר ולטעמיך מה תענה על בן פקועה אטו מותר לעבוד בבן פקועה בשבת ולשיטת התורי"ד ז"ל אם נימא דילפינן שור שור משבת ואנן אמרינן דבן פקועה לא נעשה שור הנסקל יהי' מותר לעבוד בו בשבת וגם בשחט בו רוב שנים נראה לכאורה דבודאי אסור לעבוד בו בשבת ואפילו אם נימא דבשחט בו רוב שנים לאו שם שור עליו עוד אבל בבן פקועה בודאי דאסור לעבוד בו בשבת וי"ל בזה: ובני האברך מו"ה ישכר שיחי' העיר מגמ' דמס' חולין (דף קכ"א ע"ב) בהא דישראל ששחט בהמה טמאה רוב שנים קאמר אביי אינה מצלת על הבלועין שבתוכה דהא מטמאה טומאת אוכלין והרובעה חייב דהא אינה מטמאה טומאת נבילה פירש"י חייב מיתה במזיד וחטאת בשוגג ועיי"ש בתוד"ה אביי מ"ש בזה. ועיין ברמב"ם (פ"א מהל' א"ב הי"ב) והבא על הטרפה או ששכב עם בהמה טרפה חייב תי הוא אע"פ שסופו למות מחולי זה ואפילו שחט בה שני סימנים ועדיין היא מפרכסת הבא עלי' חייב עד שתמות או עד שיתיז ראשה ובמ"מ הביא גמ' דסנהדרין (דף ע"ח) הרובע את הטרפה חייב מהו דתימא להוי כמאן דמשמש מת וליפטור קמ"ל דמשום הנאה הוא והא אית לי' הנאה והביא ג"כ האי סוגי' דחולין. והנה הרמב"ם ז"ל שכתב שחט בה רוב שנים כתב סתמא ומשמע, אפילו ישראל בטהורה דלענין היתר אכילה מיחשב שחוטה אבל לענין דלחייב הרובעה עדיין כחי מיחשב וא"כ י"ל גם לענין עשה בה מלאכה בשבת ג"כ מיחשב כתי הגם דיש סברא לומר דדוקא לענין הרובעה מיחשב כחי ומשום דאית לי' הנאה וכדקאמר הש"ס לענין רובע את הטרפה במס' סנהדרין (דף ע"ח) הנ"ל אבל לא מיחשב כחי לענין מלאכה בשבת: אולם עיין בכ"מ (פ"ד מהל' איסורי מזבח ה"ג) ז"ל אבל כשהנרבע פחות מכשיעור אפילו יש שני עדים בדבר אין כאן ביאה כלל וכיון שכן אין כאן נעבדה בה עבירה ואפילו את"ל שהרובע נהנה לא מיפסלא מש"ה כיון שאין כאן ביאה דהו"ל כמעשה חידודין דאעפ"י ששניהם נהנים לא מחייבה מיתה ולא מיפסלא מעל גבי המזבח עכ"ל הכ"מ וצרכינן לומר דאע"ג דבטרפה חייב הרובעה משום הנאה

כדאי' במס' סנהדרין (דף ע"ח) הובא לעיל היינו משום דבהמה טרפה בהמה מעלייתא היא וכחי' לכל דברי' ורק דהי' ס"ד דיהי' כמשמש מת קמ"ל דמשום הנאה הוא והא אית לי' הנאה אבל כשהנרבע פחות מכשיעור אע"ג שיש הנאה לבהמה הרובעת סובר הכ"מ ז"ל זה לאו כלום הוא ועיין בראב"ד שם. וכן י"ל בשחט בה רוב שנים בבהמה אי לאו דהי' כחי' לכל דברי' לא היינו יכולין לחייבו משום הנאה גרידתא והחיוב הוא עיקר משום דכתי' לכל דברי' וממילא הה"נ לענין שבת היא כחי', וגם המעיין במהרש"א חולין שם על תוד"ה אביי אמר כו' דכתב דטעמא דהרובעה חייב משום דלענין איסורא דינה כחי' יעוש"ה נראה דכל לענין איסורא הוה כחי', וממילא הה"נ לענין מלאכה בשבת. וגם לאחר העיון היטב נראה לכאורה דמיחשב כחי גם לענין שבת דהא גם לענין גט מיתשב כחי כדאיתא במסכת גיטין (דף ע' ע"ב) והאמר רב יהודה אמר שמואל שחט בו שנים או רוב שנים ורמז ואמר כתבו גט לאשתי הרי אלו יכתבו ויתנו וקאמר הש"ס שם חי הוא וסופו למות וא"כ מבואר דלכל מילי מיחשב כחי:

ובן פקועה פשיטא דמיחשב כחי לכל מילי ועיין מסכת חולין (דף ע"ד ע"ב) אר"א א"ר אושעיא לא הילכו בו אלא על עסקי אכילה בלבד למעוטי רובעו וחורש בו ופירש"י וחורש בו בכלאים בשור וחמור דודאי לוקה עכ"ל ולכאורה י"ל מדוע לא נקיט רש"י ז"ל לענין אם עבד בו בשבת והיינו באופן שאינו חייב מחמת שהוא בעצמו עשה מלאכה רק מחמת מלאכת בהמתו. אמנם י"ל דאם עבד בו בשבת לא שייך מלקות דאפילו אם עשה מלאכה בשבת בבהמה גמורה ליכא חיוב מלקות משום דאין לוקין על לאו דלא תעשה מלאכה כו' ושורך דהוה לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד ואין לוקין עליו וכדאיתא במסכת שבת (דף קנ"ד) ורש"י ז"ל נקיט החיוב שלוקין עליהם:

והנה שם במס' מולין (דף ע"ד ע"ב) בתוד"ה למעוטי רובעו וז"ל דס"ד דגרע מבהמה מפרכסת דחייב רובע כדאמרינן בפ' העור והרוטב (דף קכ"א ע"ב) א"נ המם הנ"מ כגון ישראל בטמא ועכו"ם בטהור אבל הכא דבשחיטה זו משמרי' באכילה ס"ד לא מחייב עכ"ל התוס' הנה לפי הסברא הראשונה של התוס' דהוי"א דבן פקועה גרע משחט בה רוב שנים ועדיין מפרכסת ויהי' בן פקועה נחשב כמת אינו מובן לכאורה דמאי סברא יש לומר כן הלא בן פקועה לא איתרע עדין כלל החיות והרי הוא כשאר בהמה בחיי' ולמה יהי' גרע בן פקועה משחט בה שנים ואין לומר הפשט בזה לחלק דהואיל דבן פקועה מותר באכילה נחשב כשחוט והה"נ בבהמה טהורה שנשחטה ע"י ישראל רוב שנים ג"כ יש לדמותה לבן פקועה והתם במס' מולין (דף קכ"א ע"ב) מיירי היכא דאין בה היתר אכילה וכגון ישראל בטמאה ועכו"ם בטהורה אז הוא דאמרינן דמפרכסת כחי' והרובעה

חייב. לא נוכל לפרש הכוונה כן דא"כ הסברא הראשונה של התוס' הוא ממש כסברא אחרונה של התוס' שכתבו א"נ כו'. וצ"ל דמ"ש התוס' בראשונה דס"ד דבן פקועה גרע ממפרכסת הוא משום דהתורה אחשבה כמתה ממש מדגלי קרא כל בבהמה מאכלו והוה ס"ד דגם לענין הרובעה יהי' ג"כ נחשבה כמתה וקמ"ל דלשאר כל ענינים מיחשב בן פקועה ממש מי כמו שאר בהמה:

והנה בסברא שני' של התוס' דאיכא הו"א דלא לחייב להרובע בן פקועה דשאני מפרכסת דאינה ניתרת באכילה דהא מיירי דשחט ישראל בטמאה ועכו"ם בטהורה ומש"ה נחשב כחי לחייב הרובעה אבל בן פקועה דמותר באכילה אימא לא לחייב הרובעה וקמ"ל דהרובע בן פקועה חייב ונראה לכאורה דגם התוס' מודים דהבא על מפרכסת טהורה ששחטה ישראל רוב שנים גם כן חייב מיתה דאליבא דדינא חייב הרובע בן פקועה הה"נ הרובע מפרכסת שחוטה ששחטה ישראל וי"ל בזה ואפילו אם נימא דהתוס' סוברים דדוקא הרובע מפרכסת ששחט ישראל רוב שנים בטמאה או ששחט עכו"ם בטהורה הוא דחייב הרובעה משום דהואיל דלאו שם שחיטה עלה הוא דמיחשב כחי' אבל ישראל בטהורה לא מיחשב כתי' בשחט בה רוב שנים משום דמיחשב, כמתה ע"י השחיטה המתרת באכילה אשר אינו מובן הסברא דהא בבן פקועה אהני לי' שחיטת אמו להתירו באכילה ואפ"ה חייב הרובעו וא"כ בישראל ששחט רוב שנים בטהורה ג"כ יהי' חייב הרובעה אלא אפילו אם נימא כן בשיטת התוס' אבל מדברי הרמב"ם ז"ל שסתם דבריו נראה ברור דס"ל דגם בשחט ישראל בטהורה רוב שנים ג"כ מחויב הרובעה וז"ב לע"ד:

והנה לשיטת התורי"ד דסובר דבן פקועה או בהמה שנשחטה דרוב שנים ומפרכסת עדיין שנגחו את האדם אינן נעשין שור הנסקל ומשום דכבישרא בדיקולא דמיין והרי חזינן דשחט בו רוב שנים ובן פקועה הרובעם חייב אלמא דמיחשבו כחיין לגמרי לחייב הרובעם מיתה ואפילו אם נימא לשיטת התורי"ד ז"ל כמו שצידדתי לספק בשיטת התוס' הנ"ל דדוקא היכא דאין ניתר בשחיטת הרוב שנים כגון ישראל בטמאה ועכו"ם בטהורה דאז הוא דמיחשב עדיין כחי לענין שיתחייב הרובעה אבל בשחט ישראל רוב שנים בטהורה דמתירה באכילה בשחיטה זו לא מיחשב כחי'. הגם שכבר כתבתי לעיל שדוחק לומר כן אלא אף אם נימא כן בשיטת התורי"ד ז"ל דלא יקשה עליו בהא דשחט בו רוב שנים אבל מה נתרץ על בן פקועה דסובר התורי"ד ז"ל דאינו נעשה שוה"נ ואין בשרו נאסר והא חזינן דבן פקועה מיחשב כחי לענין דהרובעו חייב וכן לחורש בו בכלאים לוקה. וע"כ צ"ל בשיטת התורי"ד ז"ל דדוקא לענין שוה"נ הוא דאמרינן דמיחשב בן פקועה ושחט בה רוב שנים כמתה וכבישרא בדיקולא אבל לענין שאר כל הדברים כגון

לענין הרובעם וכן לענין גט אשה שחט בו רוב שנים ועדיין מפרכס מיחשב כתי גמור ובודאי גם לענין מלאכת שבת ג"כ מיחשב כחי גמור ורק לענין שוה"נ סובר התורי"ד ז"ל כן. ואין זה שייך לענין למילוף שור שור משבת וניהא דאינו מובן טעמו של התורי"ד וסברתו אבל כן מבואר בהדיא בדבריו ז"ל וא"כ שפיר כתבתי לעורר מהא דמס' עדיות וכמבואר בפנים הספר: אמנם ב"א הרב הנ"ל חזר והראה דברי הרבינו גרשום הנדפס מחדש בגליון הש"ס דפוס ווילנא בחולין שם (דף ע"ד ע"ב) וז"ל לא הילכו בו אלא על עסקי שחיטה כו' כלומר ר' מאיר דמחייבו בשחיטה לא חושבו בהמה על הכל דלא חשבו בהמה אלא לענין שמיטה כו' רובעו וחורש בו כלומר דכתיב בהמתך לא מרביע כלאים ואינו חשוב בהמה לענין הרבעה וחורש בו דאינו חייב משום כלאים דחרישה דאינו חשוב בהמה דמנא לן דמיחייב אכלאים דחרישה דכתיב לא מחרוש בשור ובחמור יחדו ובן פקועה אינו חשוב שור דדמי כבישרא בעלמא עכ"ל הרבינו גרשום ז"ל. ומתבאר למעיין דהרבינו גרשום סובר דהש"ס דקאמר למעוטי רובעו וחורש בו קאי לר"מ דאע"ג דסובר ר"מ דבן פקועה כחי לענין שטעון שחיטה מ"מ הרובעו וחורש בו פטור דבמידי דכתיב בתורה בהמתך וכגון בהמתך לא תרביע כלאים וכן לא תחרוש בשור וחמור בן פקועה אינו בכלל בהמה ושור. וא"כ ממילא לחכמים דב"פ אינו טעון שחיטה בודאי דאמרינן כן דבן פקועה אינו בכלל בהמה ולפ"ז בשבת דכתיב בהמתך ושור יהי' באמת הדין דב"פ ל"ה בכלל מחמר ושביתת בהמתו. ויהי' פלוגתא בין רש"י ותוס' ז"ל לבין הרבינו גרשום ז"ל דלרש"י ותוס' דפירשו דקאי אליבא דחכמים ומ"מ חייב הרובעו וחורש בו א"כ גם בשבת חייב וכמש"ל ולהר"ג בן פקועה אינו בכלל שביתת בהמתו. ולפ"ז י"ל דגם התורי"ד ז"ל ס"ל כשיטת הרבינו גרשום ז"ל וממילא שוב אין לומר בבן פקועה שהרג את הנפש דיהי' עליו דין שוה"נ משום דנילוף שור שור משבת דז"א דבאמת גם בשבת ב"פ ל"ה בכלל והא דעכ"פ הורגין אותו הוא, לסלק המזיק מן העולם וכמ"ש התורי"ד כן אבל לא דשייך עליו דין שוה"נ. וממילא כ"ז ניחא בבן פקועה אבל בעוף דהוא בכלל שביתת בהמתו שוב שפיר י"ל דטעמא דעוף נסקל הוא משום דילפינן שור שור משבת וממילא נילוף כן גם לענין איסור הנאה ואית לעוף כל דין שוה"נ. אלא דאכתי יקשה על התורי"ד שכתב לדינו גם על שחט רוב שנים דאינו נעשה שוה"נ ומותר בהנאה והרי בזה מבואר בחולין (דף קכ"א) דלענין הרבעה מחייב עלי' הרי דהוה בכלל בהמה וא"כ גם לענין שבת מיקרי בהמה ושוב נילוף שור שור משבת גם לענין שוה"נ ושיהי' אסור בהנאה עכ"ד ב"א הרב נ"י ויפה כתב בזה. וטעם הרבינו גרשום ז"ל דבן פקועה אינו חייב הרובעו דאינו בכלל בהמה משום דכבישרא בעלמא הוא אף דבשחט

בה רוב שנים קאמר הש"ס בחולין (דף קכ"א) דחייב הרובעה סובר הר"ג ז"ל דיש חילוק בין בן פקועה לשחט בבהמה רוב שנים דב"פ הוא כבישרא בעלמא ומעולם לא הי' בכלל בהמה אבל בהמה ששחט בה רוב שנים לא נפקא מכלל בהמה דהא מקודם הי' בהמה גמורה לא נפקא מכלל בהמה וי"ל בזה. ובני החריף מו"ה ישכר נ"י אמר די"ל בזה עפ"ד השטמ"ק במסכת ב"ק (דנ"ד ע"ב) בהא דקאמר שם הש"ס דילפינן דעופות בכלל שביתת בהמתו בכלל ופרט וכלל מה הפרט מפורש בעלי חיים אף כל בע"ח ופריך הש"ס ואימא מה הפרט מפורש דבר שנבלתו מטמא במגע ובמשא אבל עופות לא כו' אלא וכל בהמתך רבויא הוא וכתב השמ"ק בד"ה אלא וכל בהמתך רבויא הוא וז"ל וא"ת כלי נמי הי' לו לרבות לשביתה ובפ"ק דשבת אמרינן דב"ה לית להו שביתת כלים וי"ל דלא מרבינן אלא ב"ח דשייך בהו שביתה תלמוד הר"פ ז"ל עכ"ל וא"כ י"ל דאע"ג דהרבינו גרשום ס"ל דבן פקועה אינו בכלל בהמתך ושור מ"מ בשבת מודה דב"פ בכלל שביתת בהמתו דמרבינן לי' מרבויא דוכל בהמתך דהא חזינן דהשמ"ק הקשה דהי"ל לרבות גם כלים אע"ג דבקרא בהמתך כתיב ומה ענין כלים לבהמה מ"מ הי"ל לרבות מרבויא דוכל בהמתך רק שתירץ השמ"ק משום דלא מרבינן אלא בעלי חיים דשייך בהו שביתה. וזה הוא לגבי כלים שפיר תירץ השמ"ק דלא מרבינן להו משום דלא שייך בהו שביתה דאינן בעלי חי אבל בן פקועה אע"ג דלהרבינו גרשום ז"ל אינו בכלל בהמה מ"מ הוה בעל חי ושייך בי' שביתה ושוב מרבינן לי' מריבויא דוכל בהמתך ואם כן י"ל דהרבינו גרשום מודה דבן פקועה הוא בכלל שביתת בהמתו עכ"ד וי"ל בזה:

ויש להעיר בדברי הכו"פ (סי' ס"ד סק"א) בד"ה ועי"ל בקושי' הפר"ח וז"ל דודאי אף דלרמב"ם דס"ל בשחיטת אם ולד מותר בלי שחיטה מ"מ החלב אסור היינו החלב שהי' אז כיון שהוא חלב אין שחיטתו מתירתו אבל מה שנתגדל ורבה אח"כ לכ"ע מותר דהא הולד כשחוט דמי וכי אמרה תורה חלב שנתגדל באוכל לאחר שחיטה חלב שור כתב רחמנא ולא זה שהוא רק חלב אוכל גמור הלא אין כאן שור חי וחלב שור חי כתב רחמנא וז"פ עייש"ה בכו"פ שמפלפל בסברא זו ליישב קושית הפר"ח. והנה נראה שכוון הכו"פ לדברי רגמ"ה ז"ל שלא הי' נדפס בימיו וגם התורי"ד לא הי' נדפס בימיו אבל חידוש בעיני שלא הביא כלל דברי רש"י ותוס' במסכת חולין הנ"ל שהבאתי לעיל דמבואר להיפוך מסברא זו שכתב. ורק תירוצו לשיטת הרמב"ם עולה שפיר דנוכל לומר דהרמב"ם סובר כשיטת הרגמ"ה דאינו חייב על החורש בשור בן פקועה עם חמור ולא מצאתי ברמב"ם דין זה ואם סובר כהרגמ"ה א"ש זה דאליבא דרבנן דבן פקועה כשחוט ס"ל להרמב"ם דפשיטא דפטור בזה והרבה י"ל בזה: וב"א הרב הנ"ל כתב עוד בזה די"ל דהא דמקשינן

שור שור לשבת היינו רק במין הבע"ח דכמו דבשבת אסרה תורה בכל מיני בע"ח ה"ה הכא אבל לענין חלקי הבע"ח מכל מין ע"ז י"ל דלא מקשינן. וסמוכין לזה דהא זה ברור דבשבת אסור גם בבהמה טרפה ואילו לענין שוה"נ מבואר בסנהדרין (דף ע"ח ע"א) דס"ל לר"א דשור טרפה שהרג פטור ולמה לא נילף שור שור משבת גם לענין זה ואי משום דגילתה התורה כמיתת הבעלים כך מיתת השור אבל עכ"פ חזינן דבתלקי ממין הבע"ח לא מקשינן שור שור לשבת. וההי"נ בבן פקועה ושור ששחט בו רוב שנים אין להקיש לשבת דאינן מין בפ"ע. אבל בעוף דהוה מין ממיני הבע"ח שוב מקשינן שור שור לשבת שגם במין העוף שייך דיני שוה"נ ולא קשה על התורי"ד ז"ל מעוף עכת"ד והגם שיש לפקפק ע"ז מ"מ אולי י"ל כן:

והנה עוד הי' אפשר לומר לכאורה בזה דהמעיין היטב בב"ק (דף נ"ד ע"ב) במתני' אחד שור ואחד כל בהמה לנפילת הבור ולהפרשת הר סיני ולתשלומי כפל ולהשבת אבידה לפריקה לחסימה לכלאים ולשבת וכן תי' ועוף כיוצא בהן א"כ למה נאמר שור או חמור אלא שדבר הכתוב בהווה ע"כ המשנה ולא נזכר כלל במשנה ובגמרא שם לענין שור הנסקל שיהיו גם חי' ועוף כיוצא בהן והמדקדק בלשון הראב"ד ז"ל בפירושו על משנה דמס' עדיות (פ"ו מ"א) ושנסקל תרנגול בירושלים על שהרג את הנפש פירוש אע"ג דכתיב כי יגח שור איש ילפינן שור שור משבת ואיתא בב"ק פרק שור שנגח את הפרה עכ"ל הראב"ד ז"ל דקדק הראב"ד ז"ל לכתוב ואיתא בב"ק כו' ולא כתב כדאיתא כו' משום דבסוגיא בב"ק ובמשנה שם לא נזכר כלל הך גז"ש דשור שור משבת לענין שור הנסקל ורק לענין שאר דברים. וסובר הראב"ד דכמו דאמרינן לענין שאר דברים דחי' ועוף כיוצא בהן הה"נ אמרינן לענין הריגת נפש דנסקלין גם חי' ועוף. אבל לא שמעינן מזה בבירור דיהי' גז"ש זו לענין חי' ועוף שהרגו שיהיו אסורין בהנאה אף דאין גז"ש למחצה מ"מ אינו מפורש במשנה וגמ' הגז"ש לענין שיהיו חי' ועוף שהרגו את הנפש דינם שוה לגמרי לענין איסור הנאה. ואולם רש"י ז"ל במסכת ברכות (דן כ"ז ע"א) בד"ה שנסקל תרנגול שניקר קדקדו של תינוק כו' וסקלוהו כמשפט שור שנגח את האדם דכתיב השור יסקל וגמרינן בגז"ש שור שור משבת לעשות כל בהמה תי' ועוף כשור (ב"ק דף נ"ד) עכ"ל וכן פירש"י במסכת נדה (דף ח' ע"א) בד"ה ושנסקל תרנגול כדכתיב והמית איש או אשה השור יסקל וה"ה לכל חי' ועוף כדאוקימנא בשור שנגח את הפרה דיליף שור שור משבת אלא שדבר הכתוב בהווה עכ"ל ועיין ברמב"ם (פ"י מהל' נזקי ממון ה"ב) אחד שור ואחד שאר בהמה חי' ועוף שהמיתו הרי אלו נסקלין עכ"ל אבל עכ"פ אינו מפורש להיפוך במשנה וגמ' בב"ק (דף נ"ד) דיהי' תרנגול הנסקל מחמת שהרג הנפש

נאסר בהנאה שיהי' ממש דינו כשור הנסקל וא"כ אין פירכא לדברי שכתבתי בשיטת התורי"ד ז"ל הנ"ל לתרץ קושייתי הנ"ל. אולם הראה לי בני שיחי' דברי התויו"ט (בפ"ק דסנהדרין מ"ד) בד"ה הזאב והארי שהמיתו אדם ונידונין בסקילה כשור דאמרינן בב"ק אחד שור ואחד וכו' בשור שנגח את הפרה כך פירש"י וכ"כ הרב ברפ"ו דעדיות ולא מצאנו שם כן לענין מזיקין אלא לענין נזקים לנפילת בור ומשמע נמי התם במסקנא דסוגיא דליכא למגמר משבת אלא תלת ובמכלתא וכי יגח שור אין לי אלא שור מנין לעשות כל הבהמה כשור הריני דן נאמר כאן שור ונאמר להלן שור מה שור שנאמר בסיני [פירוש בדברות שנאמרו בסיני] עשה בו כל בהמה כשור אף שור האמור כאן דין הוא שנעשה כל בהמה כשור ע"כ ש"מ דגמרינן טפי מתלת ועיין מ"ש סו"פ הפרה עכ"ל התויו"ט ועיי"ש בתויו"ט שם סו"פ הפרה בד"ה לפריקה ובד"ה לכלאים מ"ש בענין זה א"כ מבואר במכלתא דגם לענין שוה"נ גמרינן שור שור משבת:

והנה עוד י"ל בזה דעיקר הסברא שכתבתי לשיטת התורי"ד דבעוף שהרג את הנפש דנסקל אבל לא הוה דינו שוה לגמרי לשור לענין שיהי' אסור בהנאה הוכרחתי לומר כן רק אליבא דמ"ד אין שחיטה לעוף מה"ת אם נימא דגם נחירה לא בעי והי' קשה ע"ד התורי"ד דכתב דבן פקועה או שחט בו רוב שנים לא נעשה שוה"נ מהא דנסקל תרנגול בירושלים על שהרג את הנפש והוכרחתי לומר דעוף נסקל אבל אינו שוה לגמרי לשוה"נ לענין איסור הנאה אבל לדידן דפסקינן דיש שחיטה לעוף מה"ת א"כ דינו שוה ממש לשוה"נ גם לענין איסור הנאה יהי' מאיזהו לימוד שיהי' או דנימא דגמרינן שור שור משבת או מלימוד אחר וא"כ לא קשה כלל מהא דקאמר הש"ס בב"ק לקמן (דף נ"ד ע"ב) דלכמה דברים ילפינן שור שור משבת דנימא דגם לענין עוף שהרג הנפש ג"כ הוי האי גז"ש דהסוגיא אזלא אליבא דהלכתא דעוף טעון שחיטה מה"ת בודאי נאסר ג"כ התרנגול בהנאה כשנסקל על שהרג את הנפש וז"פ וא"ש בפשיטות:

עוד העיר ב"א חביבי הרב הנ"ל על מ"ש עוד בזה ליישב עפ"ד הרבינו ישעי' ז"ל דאף למ"ד אין שחיטה לעוף מה"ת אבל עכ"פ מה"ת בעי נחירה א"כ נחירה בעוף הוא כמו שחיטה בבהמה ושפיר אמרינן דנסקל תרנגול בירושלים ואסור ג"כ בהנאה כמו שור הנסקל והעיר ע"ז דהא גם חיות טמאות שהרגו את הנפש ג"כ נסקלין כדאיתא במסכת סנהדרין (דף י"א ע"ב) והא התם לא שייך שחיטה בטמאים והאיסור הוא רק מצד טומאה ולא מטעם שאינו זבוח עכ"ד. ולע"ד אחרי העיון יש חילוק גדול בזה אני דמיתי עוף אליבא דמ"ד אין שחיטה לעוף מה"ת להא דבן פקועה או לשחט בו רוב שנים דבשחט בו רוב שנים מותר מה"ת ואקליש לה חיותא ובן פקועה דהתורה אחשבה כשחוטה לא

מיקרי תו חי ודמיתי לזה עוף למ"ד דאינו טעון שחיטה כלל דהוה הטעם כיון דכתיב ושפך את דמו בשפיכה בעלמא סגי כדאיתא במסכת חולין (דף כ"ז ע"ב) וקליש ג"כ החיות דהעוף דהא אפילו לדידן דפסקינן דיש שחיטה לעוף מה"ת אבל הכשרו בסימן אחר ואיתא שם בגמרא דריש עובר גלילאה בהמה שנבראת מן היבשה הוכשרה בשני סימנים דגים שנבראו מן המים הכשרן בולא כלום עוף שנברא מן הרקק הכשרו בסימן אחד ע"ש. והנה חזינן הטעם דגים דנבראו מן המים הכשרן בולא כלום וי"ל הטעם דקליש חיותא ולא מיקרי חיות ורק בעוף דנברא מן הרקק ופירש"י שיש בה מים ויבשה יש בה קצת חיות הכשרו בסימן אחד וא"כ למ"ד אין שחיטה לעוף מה"ת ס"ל דכל שאין בו חיות ממש אלא חיותא קלישא אינו טעון שחיטה כלל והוי כדג דלא מיקרי חיות כלל וא"כ לשיטת התורי"ד הנ"ל דשחט בה רוב שנים לא מיקרי תו חיות ממש ואינו נעשה שוה"נ וכן בן פקועה דכוותי' הואיל דהתורה אחשבה כשחוטה אינו נעשה שוה"נ ולפ"ז י"ל דגם דג שהרג הנפש ג"כ לא יהי' דינו כשוה"נ אף דלענין שבת בהורג הדג בשבת חייב משום נטילת נשמה כדאיתא במסכת שבת (דף ק"ז ע"ב) ובמס' תענית (דף כ"ד ע"א) אמר שמואל השולה דג מן הים כיון שיבש בו כסלע חייב א"ר יוסי בר אבין ובין סנפיריו ופירש"י חייב משום נטילת נשמה דתו לא חיי עכ"ל וכן לענין מלאכה בשבת אסור לעשות מלאכה בדג בשבת כמבואר בתוס' במס' ב"ק (דף נ"ה ע"א) בסוד"ה הנהיג בעיזא ושביטא וז"ל ועוי"ל כי היכי דילפינן כולהו משבת ה"נ ילפינן שבת בהמתך בהמתך מהרבעה לאסור דגים בשבת במלאכה והדר ילפינן כלאים דהנהגה משבת עכ"ל התוס' מ"מ לענין שיהי' דינו כשוה"נ אם הרג את הנפש יש לספק בזה ניהא דיהי' מצוה להורגו מטעם ובערת הרע אבל לא מצאתי מבואר שיהי' דינו להיאסר בהנאה כמו שור הנסקל וי"ל בזה אבל בהמה ומי' טמאות שהרגו את הנפש דלא קליש לה חיותא כלל שפיר דינם כשוה"נ גמור לענין כל מילי: [יט] דה מ"א ע"ב אול"ח אק"ד שהקשיתי דיהי' נאמן נגד הע"א בקנס במגו דהי' מודה ומיפטר. וע"ו השיב ב"ג הרה"ג מו"ה שמואל יהודא נ"י אבד"ק קוואהל דלא נחשב מגו דמטעם מודה בקנס הי' מועיל תפיסה וכמ"ש הכ"מ (בפ"כ מהל' עדות) דבקל יוכל לתפוס וניחא לי' יותר לכפור ולהיות פטור יפה השיב בזה. ולכאורה רציתי לומר דלפי המבואר בח"מ (סי' פ"ו ס"ל) אע"פ שנשבע הנתבע ונפטר עפ"י ב"ד אם תפס התובע אח"כ משלו בלא עדים וטוען שתופס על אותה תביעה שנשבע לו עליו שלא נשבע לו באמת הדין עם התופס ונאמן במגו שלא תפסתי משלך כלום כו' ע"ש וא"כ אין חילוק תו בין יכפור ובין יודה בשניהם מועיל התפיסה ושוב אית לי' מגו דהי' מודה ומפטר. אולם באמת לאחר העיון צדקו דבריו כי לפ"ד הכ"מ

דמועיל תפיסה נראה דאפילו תפיסה בעדים ג"כ מהני במודה בקנס ואילו בתופס לאחר השבועה בעינן דוקא שיתפוס שלא בעדים ונאמן במגו דלא תפסתי וא"כ הכא תו לא מיחשב מגו דהי' מודה:

[כף] שם אול"ח אק"ט בענין פלוגתת הראשונים ז"ל שהבאתי [באק"ב] בן אם ע"א מ מחייב שבועה בקנס וכתבתי דאף הראשונים הסוברים דע"א מחייב שבועה בקנס הוא רק בפ"נ הואיל דהפסידו ממון וגם בחצי כופר י"ל סברא זו דדומה ממש לפ"נ אבל בכל שאר דיני קנסות מודים שפיר דלא שייכא כלל שבועה בקנס משום האי טעמא שכתבתי בסברת הראשונים כמבואר בפנים. יש ליישב בזה מה שהעירני ב"ג הרב הנ"ל מדברי הירושלמי הובא בר"ן פ' שבועות הדיינין וברא"ש שס (סי' ה') וז"ל ובירושלמי מקשה אהאי כללא והרי שנים מחייבין אותו קרקע שניי' היא שאין נשבעין על הקרקעות והרי מחייבין אותו קנס שנייא היא שאין נשבעין בקנס וכ' הרא"ש עלה פי' ר"ש ה"ק בכל דבר שנשבעין עליו ע"א מחייבו שבועה אבל דבר שאין נשבעין עליו כגון קרקעות וקנס שאם אפילו יודה פטור אין ע"א מחייבו שבועה עכ"ל והרי מבואר כשיטת הראשונים דאין חייבין שבועה על קנס עכ"ד ויפה העיר בזה. ותפשתי בירושלמי (דפוס זיטאמיר) בפ' שבועות הדיינין ה"א וראיתי שכבר זכה במציאה זו מורי הגאון מוהרי"ש זצ"ל בגליון ציון ירושלים. והנני אומר שישו בני מעיי כי לפי הסברא שכתבתי בזה דאף להראשונים דע"א מחייב שבועה בקנס הוא רק בפ"נ וחצי כופר א"כ י"ל דהירושלמי קאי היכא דהוא קנס ממש דליכא בי' שום צד ממון דאז אין שום חיוב כלל מבלעדי החיוב שבא ע"י גמר דין של הב"ד ובזה שפיר קאמר בירושלמי דליכא שבועה כלל בקנס וא"ש הכל ודו"ק:

דף מ"ד ע"ב אונ"ב ודף מ"ה אוג"ד בענין אם חל קדושת מזבח על שור נוגח. עיין לעיל [בק"א] זה על פ"א על דף י"ג ע"א [אוג"ו אק"ד] והוא בק"א זה [אות מ"ג] מבואר מזה:

[כא] דף מ"ה ע"ב אונ"ט הבאתי דברי השמ"ק בשם הרב המאירי ז"ל בטעמא דר' יהודה בקשרו בעליו במוסרה ונעל בפניו כראוי ויצא והזיק תם חייב ומועד פטור כו' משום הואיל דקול יש לו אף הבריות ראויות להשמר עכ"ל והסברתי דברי המאירי ז"ל שכוונתו שגם בהמות שחורות הם דהבעלים משמרין אותן כשרואין ששור המועד הולך. והעירני ידידי הרב המאה"ג מוה"ר אלי' יעקב ז"ל אבד"ק ריכוואהל שהקשה לפי סברתי בדברי הרב המאירי ז"ל שגם בהמות שמורות הם דהבעלים משמרין אותן כשרואין ששור המועד הולך מהא דאיתא לקמן בר"פ הכונס ג"כ פלוגתא דר"מ ור"י הנ"ל ומדמה הגמ' לשן ורגל שהן מועדין מתחילתן דסגי לר"י בשמירה פחותה וא"כ הלא בשור איכא שן ורגל שהן מועדין מתחילתן וא"כ הבעלים שומרים בעצמם השור מחמת שן ורגל שלא

יזיקו ושם בר"פ הכונס מדמה לזה וא"כ אף בשור תם אמאי הוצרך שמירה מעולה הלא די בשמירה פחותה מפני שן ורגל שהן מועדין מתחלתן עכ"ד הרב הנ"ל. והנה לפי מה שכתבתי בפנים לפרש הא דאם הוא מועד רק לקרן ימין אין הבריות נשמרין ממנו רק מצד ימין שלו שלא יגח בקרנו אבל אין נשמרין ממנו מצד שמאל שלו וא"כ א"ש גם זה דניהא דמשמרין את השור שלא יזיק בשן ורגל אבל אין משמרין אותו שלא יגח בקרן. ולמסקנת הש"ס שם בר"פ הכונס אפילו תימא ר"מ שאני שן ורגל דההתורה מיעטה בשמירתן כו' א"כ אינו הטעם משום דהבעלים משמרו שלא יזיק בשן ורגל ורק דגזה"כ הוא א"כ א"ש בפשיטות:

פרק חמישי:

[א] דף מ"ט ע"א אויב אק"ב בסה"ד הבאתי דברי התה"ד (סי' שנ"ב) והנחתי בצ"ע. ועיינתי בזה עוד וראיתי כי נוכל להבין דבריו הקדושים ורק הלשון בהקושי' אינו מובן כ"כ דהנה התה"ד קאי על שתוקי שנתן ביתו במתנת שכ"מ לאמו, וכשמת החזיק ראובן שהוא אינש דעלמא בהבית. וע"ז האריך התה"ד לברר דשתוקי אינו נוחל ומנחיל כמו גר. והביא פלוגתת הראשונים ז"ל דעת הרי"ף וסייעתו דהא דקאמר הש"ס ב"ב (דף קמ"ט ע"א) דליתי' בירושה ליתא במתנת שכ"מ דוקא בראוי ליורשו כגון איסור לרב מרי שהי' בנו רק שלא היתה הורתו בקדושה דרבנן דייני' לי' דלא כיוון לשם מתנה אלא לשם ירושה וכיון דליתא בירושה ליתא נמי במתנת שכ"מ. אבל לאינש דעלמא שאינו ראוי ליורשו מצי ליתן במתנת שכ"מ. ומש"ה זכתה האם במתנת שכ"מ להרי"ף. אבל להרא"ש והראב"ד דס"ל דגם לאינש דעלמא אינו יכול ליתן במתנת שכ"מ א"כ לא זכתה אמו בהבית ובמיתת השתוקי נעשה הבית הפקר וזכה בו ראובן. וע"ז כתב התה"ד וז"ל וא"ת דבנ"ד אפי' רב אלפס וחבריו מודים דלא מהני מתנת שכ"מ דאקרי גמי ראוי ליורשו האם את בנה היכא דליכא יורש מן האב והכי ס"ל לר"י משום ר"ש בן יהודה פ' י"נ [בנוסחא שלפנינו בגמ' (דף קי"ד ע"ב) איתא א"ר יוחנן משום ר' יהודה בן ר' שמעון] מדדריש מטות להכי היכא דליכא קורבת האב כגון גר האם יורשת הבן כך מפרשים התו' בשם ר"י ור"ת. הג"ה ואמנם בפסקי מהרי"ח פי"נ כתב דצ"ע כמאן הילכתא כר"ש ב"י או כמתניתין ע"כ: ואע"ג דאנן לא ק"ל הכי אלא כסתם מתני' דפליג עלה החם וכן מוכח בהדי' בתוס' פ"ק דכתובות גבי גר קטן כו' מה בכך מ"מ קרי טפי ראוי' הי' ליורשו מהורתו שלא בקדושה דליכא מ"ד דירית לי' לאביו. וי"ל דיש לחלק דהורתו שלא בקדושה אע"ג דמד"ת פקע ירושתו מ"מ בנו הוא ואשכחן בכ"ד האב מוריש לבנו כו' אבל גבי אם ובנה דשכיחי טובא דמקורבת האב מרחוק יורשין כל הממון והאם

וקרובי' מסתלקין והולכין ריקם ולכך לא טעו בי' אינשי והוי כגר הנותן לאינש דעלמא דפליגי בי' רבוותא דלעיל ע"כ תמצית לשון התה"ד. וע"ז דקדקתי בפנים הספר דאם אמו ישראלית א"כ אם נימא דהלכה כר"י משום רשב"י דהאם יורשת בנה הרי היא יורשת את בנה. אבל עתה אחה"ע בדברי התה"ד שהעתקתי כאן קצת באריכות נראה דכוונת התה"ד הוא כיון דאיכא דעה דהאם יורשת בנה והוא ר"י משום רשב"י ניהא דלא קיי"ל כן מ"מ אתא למיטעי דפסקינן כן ואם יהי' מועיל מתנת שכ"מ יטעו לומר דהוא ג"כ משום ירושה ומש"ה נימא דלא יועיל מתנת שכ"מ בזה וא"כ עיקר קושית התה"ד הוא לדידן דפסקינן דהאם אינה יורשת בה ואזדא לה הדקדוק שלי. משום דזה פשיטא להלכה דאין האם יורשת בנה רק קושית התה"ד היתה הואיל דאיכא עכ"פ דעת ר"י משום רשב"י דהאם יורשת את בנה תו היל"ל דלא שייך בזה מתנת שכ"מ. וע"ז תי' התה"ד דזה דאיכא תנא דס"ל דהאם יורשת את בנה לא מיחשב לומר בזה דכוונת הנותן במתנת שכ"מ הי' בתורת ירושה כיון דלא פסקינן כן בשום מקום וליכא למימר כלל דהנותן הי' כוונתו בתורת ירושה ועיין היטב בזה ומובן תו דברי התה"ד בקושייתו הנ"ל, ורק דמ"ש התה"ד הלשון ואע"ג דאנן לא קיי"ל הכי כו' נראה קצת דגם בלאו האי סברא הי' קשה קושייתו ובזה יש מקום לעיין כפי שכתבתי בפנים דבכה"ג דאמו ישראלית תיטול משום ירושה הואיל דאזיל בקושייתו דנימא דפסקינן כר"י משום רשב"י אבל באמת עיקר קושי' התה"ד הוא כמ"ש עתה בזה ומ"ש הלשון ואע"ג הוא לפרש קושייתו ביתר ביאור כנלע"ד בכוונת התה"ד וא"ש. אך מלשון ההג"ה בתה"ד שהעתקתי משמע קצת דתחלה אזל בקושייתו אם הלכה כרשב"י. ואולי קאי ההג"ה אדלקמן היינו עמ"ש התה"ד אח"כ ואע"ג דאנן לא ק"ל הכי כו' ע"ז הביא בהג"ה שבפסקי מהרי"ח נסתפק האיך הלכה וא"כ אם הלכה כר"י משום רשב"י באמת אמו יורשת ודו"ק כי קצרתי בזה:

[ב] דף מ"ט ע"ב אוט"ז במ"ש בענין אם בע"ח גובה מהפקר כו'. אמ"ז ראיתי בסמ"ע (סי' רמ"ה ס"י סקי"ח) על מ"ש הרמ"א ואם יש לו בע"ח גובה ממנה כתב הסמ"ע דוקא שטר בעדים והטו"ז כתב דה"ה במלוה ע"פ כיון שאין לו במה לשלם רק מזה אין בידו להפקירו ולהזיק בידים לחבירו ויש הוכתה לזה ממה דקיי"ל דאין אדם נאמן לומר על מה שתחת ידו שהוא של אחרים כמ"ש (סי' צ"ט) ואי יכול להפקירו יהי' נאמן במגו דהי' עכשיו מפקירו כו' ועיין בהגהות בט"ז שנדפס בברלין בשנת ואלה המשפטים כתב דמדברי התוס' כתובות (דף י"ט ע"א) בד"ה כגון יש לדמות זה וכוונתו דאם יאמר שהוא של אחר יודע הוא שלא יהי' לו פסידא בזה משא"כ אם יפקירנו יזכה בו אמר עיי"ש ועיין בנתה"מ (סי' קצ"ד סק"ה) מ"ש בזה:

[ג] דף נ"א ע"א אוכ"א אק"א במ"ש דגבי פועל אמרינן יש שליחות לעכו"ם אם גם היכא דהוא לד"ע אם אמרינן ג"כ להאי סברא דבפועל יש שלד"ע ובעי טעמא לחלק בין עכו"ם לישראל. וע"ז השיב ב"ג המאה"ג מו"ה שמואל יהודא נ"י אבד"ק קוואהל דנראה פשוט לחלק דגבי פועל עכו"ם אמרינן ידו כיד בעה"ב וכמו בתופס לבע"ח דמועיל בשכר אבל לד"ע דשייך בי' לומר דברי הרב כו' מה מועיל שהוא פועל סוף סוף אין לו לשמוע לד"ע דסוף סוף עביד עבירה והביא שבספר שער המשפט (סי' קפ"ב) כתב בפשיטות כן עכ"ד. ועיינתי בשער המשפט שם והנה סובר השער המשפט דאין חילוק כלל בין פועל עכו"ם לפועל ישראל להיכא דהוא לדבר עבירה דבשניהם לא שייך בהו שלימות וחולק על המח"א בזה, והסברא שכתב לחלק יש לצדד לכאן ולכאן ואדרבה קצת יש לצדד להביא ראי' כסברתי מתופס לבע"מ דמהני בשכר כמ"ש הש"כ חו"מ (סי' ק"ה סק"א) והרי כתב הפ"י ז"ל כתובות (דף פ"ד) הובא בקצוה"ח (סי' ק"ה סק"א) דטעמא דתופס לבע"ח לא מהני משום אשלד"ע ואם כן כיון דבשכר מהני ע"כ דבשכר יש שלד"ע ואף להקרבן נתנאל ז"ל גיטין (פ"א אות י"ב י"ג) דחולק אהש"כ מ"מ מודה בפועל ממש דמהני כיון שהשכיר א"ע לזמן והשכיר נפשו כפועל שם עבד כנעני עליו יעוש"ה ועיין בפתחי תשובה שם (סי' ק"ה סק"ד) וא"כ לטעם הפ"י מוכח דבפועל ישראל יש שלד"ע כיון דמהני בתופס לבע"מ בפועל ישראל וי"ל עוד בזה, ועיין בשעה"מ (פי"ג מהל' שכירות ה"ג) שמשמע מדבריו ז"ל להיפוך דגם בפועל אשלד"ע וכתבתי בעזה"י בזה גם בחידושי למסכת ב"מ (דף צ' ע"א) ויש לצדד לכאן ולכאן:

[ד] שם ע"ב אמר רבא הניח אבן עפ"י הבור והשלימה לעשרה באנו למחלוקת רבי ורבנן פשיטא מהו דתימא למטה הוא דהבלא דידי' קא קטיל לי' אבל למעלה דלא הבלא דידי' קא קטיל אימא לא קמ"ל. אכתוב כאן מ"ש פלפול להרב החריף מו"ה חנוך אברהם נ"י מק"ק פיעטרקוב אשר כתב לי בתוך פלפולין על הספר ואף שאין כס זה נוגע להספר אבל יען כי הוא במסכת ב"ק אמרתי להציגו כאן. הקשה הרב הנ"ל דמבואר מכאן דאין ההבלא דלמעלה קטיל רק ההבל דלמטה וקשה לי' מהא דלקמן (דף נ"ג) דרבה אמר במתהפך ונפל אאפי' דמבואר דכל ההבל של הבור ממית גם ההבל שבבור למעלה עכ"ד: ולענ"ד נראה ליישב כי אם הבור עמוק עשרה טפחים ע"י הטפח העשירי הוי גם ההבל שלמעלה מן הטפח העשירי ג"כ ממית הואיל דאיכא בבור ההבל של עשרה טפחים בעומק וז"פ. וביאור הדבר כי אם יש עומק עשרה טפחים אז ההבל הוא חזק יותר מאילו הי' רק ט' טפחים ולאו דוקא ההבל התחתון היינו בהטפח העשירי יש שם הבל חזק המזיק אלא דגם הטפח הראשון למעלה סמוך לפי הבור ג"כ חזק הוא ומזיק

יותר משאילו הי' רק העומק ט' טפחים ומועיל ג"כ למיתה הואיל דיש בהבור עומק עשרה טפחים כל ההבל מן הטפח התחתון עד הטפח העליון הוא עלול להמית וכן אם הוא עמוק רק ט' טפחים דהוא רק לנזיקין אם הוא מטעם הבלא גם הטפח העליון סמוך לפי הבור מועיל ג"כ לנזיקין:

והנה ההבל שהוא בתוך חלל הבור נעשה ההבל הזה על ידי מעשה דידי' שחפר בור ונעשה הבל בתוך החלל הבור ומקודם שחפר לא הי' כלל הבל בתוך החלל הבור דהא לא הי' עדיין חלל כלל ורק בחפירתו נעשה שם חלל ונעשה הבל. אבל אם יהי' בור עמוק ט' טפחים ויניח בסביבות פי הבור אבנים גבוהים טפח דלא עשה הוא החלל של הטפח העליון וא"כ לא עשה הוא ההבל של הטפח העליון אבל לעולם דבכה"ג גם ההבל של הטפח העליון דהיינו החלל שבין דופני האבנים למעלה מפי הבור של הקרקע ג"כ מצטרף עם החלל של הט' טפחים שהם בעומק הבור בהקרקע שיהי' ההבל למיתה ג"כ וממילא גם הטפח העליון שבחלל העליון למעלה מקרקע הבור ג"כ הוא הבל למיתה וזה כוונת הש"ס כאן (בדף נ"א ע"ב) מהו דתימא למטה דהבלא דידי' קא קטיל לי' פי' שהוא עשה כל ההבל ע"י חפירתו בהקרקע שהרי מעיקרא לא הי' שם הבל רק ע"י חפירתו איתעביד שם הבל בהבור הוא דחייב משום הבלא דהא הבלא דידי' הוא דהוא עשאה בחפירתו. אבל למעלה דלא הבלא דידי' קא קטיל לי' פי' דהא הי' ההבל הזה למעלה מפי הבור ורק דהוא הניח אבנים בהיקף סביבות הבור גובה טפח וצירפו להט' טפחים שהם בעומק הבור ונעשה הכל הבלא למיתה אבל הוא לא עשה את ההבל הזה אימא לא ליחייב עלה והיינו גם על ההבל (התחתון) לא ליחייב לענין מיתה דבעינן דוקא שהוא יעשה ההבל למיתה דבחפירת הטפח העשירי שהוא עושה ההבל של הטפח העשירי ע"י חפירתו שמקודם חפירתו לא הי' שם כלל הבל וא"כ לא הי' בהבור כלל הבל למיתה ורק בתפירתו של הטפח העשירי עשה החופר ההבל של הטפח העשירי וע"י זה נעשה כל ההבל שבתוך הבור הבלא לקטלא הוא דחייב הכורה הטפח העשירי אבל הכא שהניח אבנים סביב הבור למעלה גובה טפח והבור הוא עמוק תשעה דלא הי' בי' הבל לקטלא והוא לא עשה ההבל העליון שבין האבנים למעלה עפ"י הבור אימא לא וקמ"ל רבא דגם בכה"ג חייב הואיל דסוף סוף על ידי מעשה דידי' איכא הבלא למיתה אע"ג דאיהו לא עביד ההבל של הטפת העליון שהוא למעלה משפת הבור וא"ש הכל:

[ה] דף נ"ב ע"א אוכ"ה אק"ג בסוף הענין קודם ד"ה אחז"ר עיינתי עוד במקנה כו' כתבתי דדעת רש"י ותוס' דלא מהני משיכה בקרקע כו'. וראיתי ג"כ ברש"י ב"מ (דף מ"ז ע"א) בד"ה א"כ הוו להו קרקעות נקנין עם מטלטלין במשיכה בדבר שהוא קנין למטלטלין

ואינו קנין לקרקע עכ"ל. מבואר דלעולם לא הוי משיכה קנין לקרקע ורש"י אזיל לשיטתו במסכת גיטין (דף כ"א ע"ב) כמ"ש בפנים:
שם אוכ"ו שהקשיתי על הראי' של הגאון רעק"א ז"ל בהגהותיו במג"א (סי' של"ט סק"ו) כמבואר בפנים. אחז"ר ראיתי בשו"ת הגאון מוהרע"א ז"ל (סי' קע"ד) כתב בעצמו לדחות כן ראייתו הנ"ל:
[וי"ו] דף נ"ג ע"א אול"ג אק"ב בד"ה והנלע"ד לומר דיש סברא לחלק בין הא דידן דשנים שהזיקו לבין שנים שעשו מלאכה בשבת והוא דהכא גבי שנים שהזיקו עיקר תליא בדבר שנעשה בו הנזק וזה מביא החיוב ומש"ה אמרינן דאם ע"י מעשה שלו הי' יכול לעשות כל הנזק אז הוא דמיחשב כאילו הוא עשה כל הנזק כו' אבל גבי מלאכת שבת דעיקר הקפידא הוא על העושה המלאכה ובעינן דוקא שכל אחד בלחודי' לא הי' יכול לעשות אז מיקרי עשיית המלאכה כדרך העושה מלאכה אבל אם כל אחד יכול לעשות המלאכה אז כשעשאוה שניהם לא מיקרי כדרך המלאכה ופטרה התורה אבל כשכל אחד אינו יכול ורק בהצטרף שניהם אז יכולין זה מיקרי תו שעושין כדרך מלאכתן וחייבין כו'.
והנה הגיעני מכתב ארוך מעה"ק ירושלים תובב"א ה"ה ידידי הרב החריף ובקי מו"ה צבי הירש נ"י ווייספיש הקשה על סברתי הנ"ל מדברי התוס' במסכת שבת (דף ג' ע"א) בד"ה בעשותה וז"ל בכל הספרים גרסינן העושה את כולה ולא העושה את מקצתה יחיד שעשה אותה חייב שנים שעשאוה פטורין פשטי' דקרא נראה דבעשותה קאי אנפש אבל הש"ס דריש לי' אמלאכה כלומר בעשות אותה וכולה מיירי בזה עוקר וזה מניח ואינו אלא כפל מלה וליכא למימר דשנים שעשאוה איירי בשנים שעשאוהו בבת אחת דבפ' המצניע (דף צ"ג) משמע דצריכי תרי קראי לזה עוקר וזה מניח ולשנים שעשו מלאכה בבת אחת ועוד דבאיתמר נמי דקאי אמתני' נמי קאמר האי לישנא יחיד ועשה אותה כו' אך קשה דבפ' המצניע שם משמע דזה עוקר וזה מניח נפקא מנפש או מאחת והכא נפקא לה מבעשותה כו' עכ"ל התוס' והרי מבואר דקרא דבעשותה דממעטינן מיני' זה עוקר וזה מניח דרשינן לקרא דקאי על המלאכה להיפוך ממה שכתבתי דבמלאכת שבת הוה עיקר הקפידא על העושה המלאכה ובעינן דוקא שכל אחד בלחודי' לא הי' יכול לעשות והרי התוס' כתבו דהמיעוט דממעטינן מקרא דבעשותה הוא היכא דאינו עושה המלאכה בשלימות כגון זה עוקר וזה מניח והיינו דאין המלאכה נעשית בשלימות ע"י העושה הזה ורק חצי המלאכה הוא עושה הוא דממעטינן מקרא זה אבל לא קאי המיעוט על העושה שיעשה לבדו כל המלאכה ולמעט אליבא דר"ש זה א"י וזה א"י ועשאוהו שניהם כאחד והאריך בזה:

ועיינתי בזה והנה אם כי התוס' במסכת שבת (דף ג' ע"א) כתבו דהקרא דבעשותה דממעטינן מינה קאי על המלאכה אבל לקמן במסכת שבת (דף צ"ג ע"א) איתא ר' יהודה אומר אם לא יכול אחד להוציאו והוציאו שנים חייבין ואם לאו פטורין ר"ש אומר אעפ"י שלא יכול אחד להוציאו והוציאוהו שנים פטורין לכך נאמר בעשותה יחיד שעשאה חייב שנים שעשאוה פטורין במאי קמיפלגי בהאי קרא ואם נפש אחת תחטא בשגגה מעם הארץ בעשותה ר"ש סבר תלתא מיעוטי כתיבי נפש תחטא אחת תחטא עשותה תחטא חד למעוטי זה עוקר וזה מניח וחד למעוטי זה יכול וזה יכיל וחד למעוטי זה א"י וזא"י ור"י חד למעוטי זה עוקר וזה מניח וחד למעוטי זה יכול וזה יכול וחד למעוטי יחיד שעשאה בהוראת ב"ד ור"ש יחיד שעשאה בהוראת ב"ד חייב כו' ובתוד"ה תלתא מיעוטי כתיבי והא דנקיט בעשותה בברייתא טפי מהנך משום שהוא מיעוט אחרון שבפסוק ובהא פליגי כו' ע"ש בתוס' ועיין תויו"ט בפ' המצניע (מ"ה) מ"ש בזה. ומתבאר מהסוגיא דמיעוט מבעשותה הוא המיעוט האחרון ור"ש מוקי למיעוט זה האחרון מבעשותה על זה אינו יכול וזה א"י ומיעוט הראשון ממלת נפש הוא למעט זה עוקר וזה מניח ומיעוט השני ממלת אחת ממעט ר"ש זה יכול וזה יכול ואליבא דר' יהודה ממעטינן ממיעוט קמא מקרא דנפש ממעטינן זה עוקר וזה מניח וממלת אחת ממעטינן זה יכול וזה יכול והמיעוט השלישי מלת בעשותה לא ממעטינן כלל מינה לענין שבת ורק ממעטינן מינה יחיד שעשאה בהוראת ב"ד. ועולה מתוך הסוגיא בין לר"י ובן לר"ש דזה עוקר וזה מניח ממעטינן ממיעוט הראשון דהיינו ממלת נפש. ואליבא דר"מ דסובר שם זה יכול וזה יכול ג"כ חייב קאמר הש"ס ור"מ מי כתיב נפש תחטא אחת תחטא בעשותה תחטא תרי מיעוטי כתיבי חד למעוטי זה עוקר וזה מניח וחד למעוטי יחיד שעשאה בהוראת ב"ד ופירש"י תרי מיעוטי כתיבי נפש אחת חד מיעוטי' הוא דאורחי' דקרא לאישתעי הכי הרי דגם לר"מ ממעטינן מהמיעוט דנפש אחת זה עוקר וזה מנית. והנה עולה מזה דהא דממעטינן מקרא דבעשותה לפטור שנים שעשאוה הוא רק לר"ש דדריש לקרא דבעשותה על שנים שעשאוה ולמעט אפילו זה א"י וזה א"י אבל ר"מ ור"י קדרשי לקרא דבעשותה למעט יחיד שעשאה בהוראת ב"ד דפטור:

והנה לפ"ז אינו מובן הא דקאמר הש"ס לעיל במסכת שבת (דף ג' ע"א) דקא פריך הש"ס על מתני' דקתני פשט העני את ידו לפנים ונטל בעה"ב מתוכה כו' שניהן פטורין והא אתעבידא מלאכה מבינייהו תניא רבי אומר מעם הארץ בעשותה העושה את כולה ולא העושה את מקצתה יחיד העושה אותה חייב שנים ועשו אותה פטורין הרי דממעטינן זה עוקר וזה מניח מקרא דבעשותה והא לכל תלתא תנאי הנ"ל ר"מ ור"י ור"ש לא ממעטינן

זה עוקר וזה מניח מקרא דבעשותה ורק זה עוקר וזה מניח ממעטינן אליבא דר"י ור"ש ממלת נפש ואליבא דר"מ דהני שתי תיבות נפש אחת הוי רק מיעוט אחד ממעטינן ממיעוט זה זה עוקר וזה מניח אבל שנים שעשאוה חייבין בין זה יכול וזה יכול ובין זה א"י וזה א"י ואליבא דר"י ממעטינן ממלת נפש זה עוקר וזה מנית וממלת אחת ממעטינן זה יכול וזה יכול אבל זה א"י וזה א"י חייבין וכמבואר לעיל ורק לר"ש פטור גם בזה א"י וזה א"י וממעט לה מקרא דבעשותה ונצטרך לומר דרבי דממעט זה עוקר וזה מניח מקרא דבעשותה הוא פליג על כל הג' תנאים ר"מ ור"י ור"ש. ובאמת זה הוא קושית התוס' במסכת שבת (דף ג' ע"א) בד"ה בעשותה באה"ד וז"ל אך קשה דבפרק המצניע (שם) משמע דזה עוקר וזה מניח נפקא מנפש או מאחת והכא נפקא לה מבעשותה עכ"ל וכוונתם ז"ל כמו שכתבתי בזה. ומעתה יבואר תחילת דברי התוס' במסכת שבת (דף ג') הנ"ל בכל הספרים גר' העושה את כולה כו' פשטא דקרא נראה דבעשותה קאי אנפש אבל הש"ס דריש לי' אמלאכה כלומר בעשות אותה וכולה מיירי בזה עוקר וזה מניח ואינה אלא כפל מלה כו' והיינו דהואיל דרבי מפיק מבעשותה זה עוקר וזה מניח דאין עושה כ"א רק חצי המלאכה א"כ שפיר כתבו התוס' אבל הש"ס דריש לי' אמלאכה ולא כאשר מורה פשטי' דקרא דקאי אנפש אבל אליבא דר"ש דדריש לזה עוקר וזה, מניח למעט מקרא דנפש וזה יכול וזה יכול ממעט מקרא דאחת וזה א"י וזא"י ממעטינן מקרא דבעשותה שפיר הדרינן לדרוש כפשטי' דקרא דבעשותה קאי אנפש דהיינו דבעינן שאדם אחד יעשה כל המלאכה ולא ששני אנשים יעשו מלאכה אחת. וזה נכלל במ"ש התוס' אח"ז אך קשה דבפרק המצניע משמע דזה עוקר וזה מניח נפקא מנפש או מאחת והכא נפקא לה מבעשותה וכמ"ש לעיל בזה:

ועיין ברשב"א ז"ל בריש מסכת שבת (דף ג') בד"ה ה"ג אר"ח בר גמדא נזרקה מפי חבורה ואמרו יחיד שעשאה חייב שנים שעשאוה פטורין לא גרסינן בעשותה כו' אלא ה"ק לא תימא מתני' דוקא היא ודריש בעשותה למיעוטא אבל רבנן פליגי עלי' משום דאיכא דלא דריש לי' למיעוטא אבל נזרקה מפי חבורה כולהו רבנן מודו בה ולא משום בעשותה אלא מנפש או מאחת כדנפקא לן בפ' המצניע זה עוקר וזה מניח מנפש או מאחת עכ"ל הרשב"א ז"ל. והרי מבואר ברשב"א דמפרש להא דקאמר ר"ח בר גמדא נזרקה מפי חבורה הוא דזה עוקר וזה מניח לא ממעטינן מקרא דבעשותה וא"כ לפי מסקנת דנזרקה מפי חבירה שפיר עולה לדרוש קרא דבעשותה אליבא דר"ש כפשטי' דקרא דקאי על הנפש דהיינו על העושה המלאכה ולא על המלאכה עצמה כמבואר לעיל וז"פ לע"ד:

והנה עפ"י האחור עולה שפיר מה שכתבתי לחלק בין הא דשנים שהזיקו לבין שנים שעשו מלאכה בשבת והסברתי הדבר דגבי מלאכת שבת עיקר הקפידא הוא על העושה המלאכה ובעינן דוקא שכל אחד בלחודי' לא הי' יכול לעשות אז מיקרי עשיית מלאכה כדרך העושה המלאכה כו' והיינו דבאמת דרשינן כפשטי' דקראי דקאי על העושה המלאכה ולא על המלאכה עצמה ואף דאנן דנין הסברא הנ"ל על זה יכול וזה יכול דפטורין דזה אינו ממועט מקרא דבעשותה אפילו לר"ש ומכ"ש אליבא דר"י דדריש בעשותה למעט יחיד שעשה בהוראת ב"ד מ"מ אליבא דר"ש דזה א"י וזה א"י מיפטר מקרא דבעשותה מכ"ש דזה יכול וזה יכול בודאי אימעוט ג"כ מקרא דבעשותה דהא דממעטינן לר"ש זה יכול וזה יכול מקרא דאחת הוה הפירוש דאי לא הי' כתוב מלת אחת הוה ממעטינן מקרא דבעשותה רק זה יכול וזה יכול דבכה"ג יש סברא יותר לפוטרו מהיכא דזה א"י וזה א"י ורק הואיל דכתיב מלת אחת דדרשינן מיני' למעט זה יכול וזה יכול ותו ילפינן מקרא דבעשותה לזה א"י וזה א"י דפטורין כ"ז אליבא דר"ש אבל אליבא דר"י דקרא דבעשותה אתא למעט יחיד שעשאה בהוראת ב"ד דפטור ומקרא דאחת ממעטינן זה יכול וזה יכול וא"כ לכאורה הי' מקום לומר דלא שייך כסברתי הנ"ל. אולם לאחר העיון היטב גם אליבא דר' יהודה נוכל לומר כן דבז"י וז"י דממעטינן ממלת אחת לפטור בשבת שייך שפיר החילוק הזה שכתבתי דקאי בודאי על האיש העושה המלאכה ולא על המלאכה גופה דפשטי' דקרא מורה כן נפש אחת ולא שנים. ומרווח שפיר למידרש כן למעט שנים העושים המלאכה וזה יכול וזה יכול דפטורין. וגם כי כתבתי ג"כ להסביר הסברא לחלק בין הא דשנים שהזיקו לבין הא דשנים שעשו מלאכה בשבח וז"י וז"י דפטורין משום דלא מיקרי כדרך מלאכה ושניהם פטורין וכעת ראיתי שכן מבואר הסברא ברש"י ז"ל בסוגיין במס' שבת (דף צ"ג ע"א) בד"ה וחד יתורא למעוטי אע"ג דעבדי כי הדדי דהאי עביד כולה והאי עביד כולה ומיהו ז"י וז"י הוא דממעיט דלאו אורחי' למעבדה בתרי עכ"ל רש"י ז"ל והרי מבואר כסברתי דבכה"ג דז"י וז"י לא מיקרי כדרך עושה מלאכה וא"ש חילוקי הנ"ל בפשיטות ודו"ק בזה: והנה מע"כ הרב נ"י העיר על סברתי הנ"ל דאם נימא כסברא זו דגבי שבת שנים שעשו מלאכה כאחד בז"י וז"י לא מיקרי כדרך מלאכה ופטרה התורה כו' דא"כ בשנים שהזיקו בז"י וז"י ניחא ג"כ דלאו אורחי' וא"כ באדם ושור שהזיקו נימא ג"כ דלאו אורחי' וישלם בעל השור רק רביע הנזק דהא כל דמשונה משלם רק חצי נזק עכ"ד. והנה אני אומר הלא סברתי הנ"ל כפי שהבאתי לעיל הוא סברת רש"י ז"ל במסכת שבח (דף צ"ג ע"א) שהבאתי לעיל דגבי שבת בז"י וז"י הוא דממעיט דלאו אורחי' למעבדה בתרי וא"כ יקשה כ"כ ע"ד רש"י דכיון

דלאו אורחי' ומשונה הוא א"כ גבי אדם ושור שהזיקו נימא דליכא חיובא על בעל השור רק ח"נ וישלם רק רביע הנזק. אמנם ביאור הדבר בזה דחילוק גדול יש בזה והוא דניהא דמשונה אינו משלם רק ח"נ הוא דוקא היכא דהשינוי הוא בגוף הנזק כגון ארי שטרף ואכל בסוף פ"ק דב"ק דהואיל דדרכו של הארי לדרום ולאכול דהיינו שאוכל מיד בעוד שהנדרס חי וכן תרנגולין שהיו מחטטין בחבל דלי ואין בו בצק דכל הנזק הוא משונה אבל בשנים שהזיקו אף שכל, אחד מהם יכול להזיק מ"מ בגוף הנזק לא הוי השינוי ובכה"ג לא שייך לומר בי' דהוה משונה לענין שלא יצטרכו לשלם כל הנזק ומש"ה באדם ושור שהזיקו אין בעל השור מיפטר מחצי נזקו משום דמשונה דאין גוף הנזק משונה ורק דלאו אורחי' מיקרי ולגבי שבת מיפטר משום דבעינן שיעשה המלאכה כי אורחי' אבל משונה לא מיקרי שיתחייב רק בחצי נזק ומשום האי סברא שכתבתי בפנים הספר דבשבת דנין על האדם העושה המלאכה אבל לענין תשלומי נזק דנין על דבר הניזוק ודו"ק בזה. ועיין לעיל בק"א זה בפ' המניח [אות ב'] על דף למ"ד ע"ב [או"ז אק"א] מ"ש בענין שנים שעשאוהו:

שם אול"ג אק"ג ואק"ד עיין מ"ש בק"א לעיל על דף ד' ע"ב [באוי"ד אקי"כ]:

[זיי"ן] דף נ"ג ע"ב אול"ה במ"ש ע"ד המהרש"א שתמה על המזרחי שכתב דמתני' (דדף נ"ב ע"א) דנפלו לתוכו שור וכליו כו' נקיט בכה"ג משום דבענין אחר ליכא לחיובי' אכלים דאי הפילם אדם לא איצטריך קרא דחמור נמי דומיא דהכי אם הפילו אדם בבור בעל הבור פטור והאדם הדוחפו חייב עכ"ל וחמה המהרש"א דבהדיא קאמרינן הכא היפוך זה דגם בעל הבור חייב כו' עיי"ש וכתבתי לפרש כוונת המזרחי כמבואר בפנים. והנה מצאתי כעת מכתב קודש מאאמו"ר הרה"ג כי' כקש"ת מוה"ר יוסף זצ"ל שפלפל על דברי שכתבתי לו ובעת סידור הספר לדפוס לא הי' לפני המכתב הזה וכעת אביא בזה דבריו ז"ל כסדר:

א) מה שכתבתי להצדיק דברי המזרחי עפ"ד התוס' ד"ה שור ואדם דדוקא היכא דדחפו אדם שלא בכוונה הוא דמבואר בסוגיין דחייב גם בעל הבור אבל כשדחפו אדם בכוונה בעל הבור פטור והאדם הוא שחייב ע"ש וא"כ כוונת המזרחי הוא היכא דהאדם דחפו בכוונה כו' כמבואר בפנים. וע"ז כתב אאמו"ר וצ"ל בזה"ל מה אעשה שס' המזרחי אין אתי ומהרש"א בעצמו כתב שהאריך מאוד לא אוכל לדחות כדבריך. אך כמדומה שאין זה כוונתו כי כפי הנראה שכוונת המזרחי במה שנקט המשנה נפל שור וכליו משום דבאופן אחר בל"ז אינו חייב בעל הבור ולפי דברי התוס' עדיין חייב אם אדם דחף כלים שלא בכוונה עכ"ל אאמו"ר ז"ל. והנה באמת, לשון המהרש"א ז"ל כפי שהביא לשון

הרא"ם ז"ל הוא דמפרש הרא"ם דמש"ה נקטה המתני' נפל שור וכליו כו' משום דבענין אחר לא מצינו לחייב בעל הבור כו' וצדקו דברי אאמו"ר ז"ל דהא עדיין משכחת לחייבו בשדחף אדם רק שלא בכוונה וגלי קרא דפטור תמור ולא כלים. ועיינתי בלשון המזרחי בפ' משפטים פ' כ"א פסוק ל"ג [וכמו שציינתי בספרי בפנים] שכתב וז"ל וכן הא דקאמר חמור ולא כלים לאו בהפילם אדם קמיירי דהא אפילו שור שחייבה עליו תורה. אם דחפו אדם ונפל בבור בעל הבור פטור ואפי' שור שדחף את חבירו כדתניא בפ' הפרה ואף ר' נתן שאמר בשור שדחף את חבירו בעל השור משלם מחצה ובעל הבור משלם מחצה ה"מ בשור שדחף את, חבירו שדרך השוורים לדחוף זה את זה והי' לו לבעל הבור לאסוקי אדעתי' שלא תקרה תקלה מידו אבל אדם שדחפה ונפלה לבור הדוחף חייב בכולו ובעל הבור פטור מפני שאין זה דבר המצוי והרי הוא כמו אונס דלא גרע זה מבהמה פקחה שנפלה ביום ומתה שהוא פטור מפני שזה כמו אונס הוא שדרך הבהמות לראות ולסור מן המכשולות אלא חמור ולא כלים דקאמר כגון שנפל בבור השור עם כליו כדתנן בפרק הפרה נפל לתוכו שור וכליו ונשתברו חמור וכליו ונתקרעו חייב על הבהמה ופטור על הכלים עכ"ל המזרחי ז"ל. והנה אינו מבואר במזרחי דכוונתו לפרש המשנה כן דמש"ה נקטה המשנה דוקא באופן הזה. רק שהמזרחי כתב דהא דפטרה התורה נזקי כלים בבור מדרשא דחמור ולא כלים לא מיירי שאדם דחפן לבור ונשברו דא"כ האדם חייב בכולו ובעל הבור פטור לגמרי ורק מיירי שנפל לתוכו שור וכליו וכגוונא דתנן במתניתין. וע"ז כתבתי שכוונת המזרחי ז"ל היכא שהאדם דחף הכלים בכוונה ומש"ה חייב האדם בכולו ובעל הבור פטור. ואף שבאמת צדקו דברי אאמו"ר ז"ל שקשה עדיין דאמאי כתב המזרחי ז"ל דדרשא דחמור ולא כלים לא, איצטריך היכא שדחפן אדם לכלים רק היכא שנפל שור וכליו והא איצטריך להיכא שדחפן אדם שלא בכוונה. אבל מ"מ לשון המזרחי ז"ל מורה דקאי רק היכא שדחפן אדם בכוונה דהא כתב לחלק בין שור שדחף לבין דחפן אדם דבשור שדחף הו"ל לבעל הבור לאסוקי אדעתי' אבל כשדחפן אדם לא הו"ל לבעל הבור לאסוקי אדעתי' וזה תינח אם האדם דחף בכוונה שפיר לא הו"ל לאסוקי אדעתי' דבעל הבור דהא אין דרך שיעשה אדם כן בכוונה אבל היכא שדחפן אדם שלא בכוונה הא הו"ל לבעל הבור לאסוקי אדעתי' שמא יתרמי כן ושוה לשור שדחף כלים לבור או נפל שור וכליו ולולי שגילתה התוה"ק חמור ולא כלים הי' חייב בעל הבור ועיקר כוונת המזרחי ז"ל לומר היכא שדחפן אדם בכוונה הי' פטור בעל הבור גם לולא דרשא דחמור ולא כלים: ב) ועל מה שכתבתי בד"ה והנה לכאורה כו' להסביר דברי התוס' שחילקו בין אם האדם דחפו בכוונה או שלא בכוונה כמבואר

בפנים. כתב אאמו"ר ז"ל בזה"ל ומה שרצית לפרש דברי תוס' לחלק בין אם אדם דחף בכוונה ובין שלא בכוונה כו' ולפ"ד החילוק פשוט מאוד עפ"י תוס' דמייתי קרא ונפל ולא שהפילוהו אחרים [הוא בתוס' ב"ק דף נ"ג ע"א ד"ה בעל השור כו'] וה"ה אם הפיל אדם שור או חמור זה דוקא אם הפילוהו בכוונה אבל אם הפילו שלא בכוונה הוי כנפל מעצמו ולהכי בעל הבור חייב וזה כוונת תוס' בכאן וזה פשוט ואולי גם כוונתך כן עכ"ל אאמו"ר ז"ל. והנה אאמו"ר ז"ל קיצר בדבריו ואפרשם קצת לע"ד דהתוס' (בדף נ"ג ע"א) ד"ה בעל השור קאי אפלוגתא דר' נתן ות"ק בשור שדחף את חבירו לבור דת"ק ס"ל בעל השור חייב ובעל הבור פטור ור"נ מחייב גם בעל הבור וע"ז כתבו התוס' דטעמא דת"ק דבעל הבור פטור משום דגזה"כ ונפל ולא שיפילוהו אחרים ע"ש וא"כ י"ל דאף ר' נתן דמחייב גם בעל הבור וא"כ לא דריש בזה ולא שיפילוהו אחרים י"ל דדוקא היכא ששור דחפו הוא דלר' נתן לא מיקרי הפילוהו אחרים כיון שלא הפילו בן דעת וכן אפילו היכא שדחפו אדם שלא בכוונה ג"כ מחייבו ר' נתן משום דלא דחפו בכוונה אבל היכא שדחפו אדם בכוונה בכה"ג גם ר' נתן דריש ולא שיפילוהו אחרים וא"כ התוס' (בדף נ"ג ע"ב) ד"ה שור ואדם דבסוגיין דקאי אליבא דר' נתן וכמ"ש רש"י שם ד"ה לענין נזקין עיי"ש שפיר חילקו בין בכוונה לשלא בכוונה דבכוונה פטור בעל הבור משום דרשא ולא שיפילוהו אחרים כן נראה כוונת אאמו"ר ז"ל. אולם יש לעיין קצת בזה ממ"ש התוס' הטעם דבכוונה פטור בעל הבור משום דאטו אם ישים אדם טליתו של חבירו באש של חבירו וכי יתחייב בעל האש עיי"ש א"כ משמע דמה דפטור בעל הבור היכא שדחפו אדם בכוונה הוא מצד הסברא וכמו אם ישים אדם טליתו של חבירו באש של חבירו ואם כן נראה דאין הטעם שבעל הבור פטור משום ונפל ולא שהפילוהו אחרים וי"ל עוד בזה:

ג) עוד כתב אאמו"ר ז"ל ע"ד השמ"ק בשם הריב"א שהבאתי בפנים בד"ה והנה ראיתי כו' וז"ל השמ"ק בד"ה שור ואדם כו' וה"ר ישעי' ז"ל כתב וז"ל שור ואדם שדחפו לבור נראה דאיירי בדחפו אדם שלא בכוונה דאי בכוונה למה יתחייב בעל השור הלא כל חוזק הדחיפה באה מן האדם שהוא מתכוון והוא בן דעת כו' וריב"א פי' דמיירי בכוונה ואומרים שישלם אדם יותר מן השור לפי מה שהוא דוחקו בחוזק ובכוונה עכ"ל השמ"ק. ולכאורה אינו מובן פי' דברי קדשו ז"ל וכמ"ש בפנים. וכתב בזה אאמו"ר ז"ל בזה"ל ובעיני נראה כי הקו' הי' איך נוכל לחייב השור ואדם בשוה הלא אם אדם א' יזיק בכוונה וא' יסייע שלא בכוונה וכי נחייב שניהם בשוה ושור בכוונה הוי כמו שלא בכוונה ואיך נחייב שניהם בשוה [הגם שבקושיא נקט השמ"ק איך נחייב השור כוונתו כמו שכתבתי ר"ל איך נחייב שניהם בשוה] וע"ז מתרץ הריב"א דבאמת אינו חייב בעל השור רק כפי

השומא במה שעשה היזק לפ"ע שליש או רביע כנלע"ד בכוונת דברי השמ"ק וכמדומה שגם התוס' יודו לזה בד"ה שור ואדם עכ"ל אאמו"ר ז"ל. והנה בעת שהצעתי דברי לפני אאמו"ר ז"ל כתבתי לו בסתם כי איני מבין דברי הריב"א ולא העתקתי לו מה שכתבתי לפרש דבריו ז"ל כמבואר בפנים ג"כ בפירוש כעין דברי אאמו"ר ז"ל רק הוא באופן אחר קצת כאשר יראה המעיין:

[ח] דף נ"ג ע"ב אול"ו אק"א הבאתי קושית המהרש"א ע"ד רש"י ז"ל בד"ה אדם ובור פטורין כו' דאדם פטור בכופר משום דבר קטלא הוא וא"נ לא אתרו בו פטור מתנא דבי חזקי' כו' ותמה המהרש"א דמה"ט לא פטרינן אדם מכופר אלא מדכתיב עליו עליו ולא על האדם כדאיתא בפ' כיצד הרגל (דף כ"ו ע"א) עכ"ד וכתבתי ליישב הקושיא. והנה מצאתי מכתב קודש מאאמו"ר הה"ג כקש"ת מו"ה יוסף זצ"ל מה שפלפל עמי בזה הענין אשר בעת הסידור לדפוס לא הי' לפני ואביא בזה דבריו ז"ל כעת. וז"ל הטהור. ומה שתמה מהרש"א ע"ד רש"י יש ליישב לפי המבואר ברשב"א ב"ק (דף כ"ו ע"א) וכן הובאו דבריו ז"ל בשמ"ק שם בד"ה ויהא אדם חייב בכופר מק"ו וז"ל יש מי שפי' שיהא חייב מיתה ותשלומין כשור ויש מי שפי' אם המית שלא בכוונה כו' ואיכא למידק לימא מדחזקי' נפקא דאמר, מה מכה בהמה לא חלקת בה לפוטרו ממון אלא לחייבו ממון אף מכה אדם לא תחלוק בו בין מתכוין לחייבו ממון ונ"ל דאי דחי לי' הכי אכתי הוה מקשה לי' הניחא לחזקי' אלא לר' ולרבנן דלא ס"ל כחזקי' כדאיתא בסנהדרין בפ' ואלו הן הנשרפין (דף ע"ט ע"ב) מאי איכא למימר כו' עיי"ש ואם כן י"ל שגם רש"י ז"ל שפי' שם בד"ה ויהא אדם חייב בכופר כגון במזיד ולא אתרו בו דליתי' בר קטלא ולא בר גלות עכ"ל ג"כ כוונתו ז"ל כהרשב"א ז"ל דהסוגיא קאי לתנאי דפליגי אתנא דב"ח וא"כ לתד"ח שפיר ילפינן דאדם פטור מכופר בלי יתור קרא דעליו ולא על האדם ומה שרצה רש"י בכאן דוקא למעט מכת קלבד"מ או מתד"ח ומיאן בדרשא דעליו משום דעליו ממעט דוקא כשהרג אדם לבדו את האדם אבל כשאדם ושור הרגו את האדם הו"א דנחייב האדם בחצי כופר והשור בחצי כופר להכי כתב רש"י בזה נמי לא משום דקלב"מ או מתד"ח עכ"ד אאמו"ר ז"ל. והנה בסוף דברי אאמו"ר ז"ל דלולא הטעם דקלב"מ או מתד"ח הי' הסברא לחייבו בכופר משום דמעליו לא היינו ממעטין היכא דהאדם ושור הרגו כו' יש לעיין ונוכל להסביר דבריו עפ"י מה שכתבתי בפנים [באק"ב] אך לקמן בק"א על אק"ב פקפק אאמו"ר זצ"ל בעצמו על דברי שם יעוש"ה ודו"ק בזה:

[ט] שם אול"ו אק"ב כתבתי לתרץ קושית המהרש"א ותמכתי יסודי על דברי הסמ"ע (בסימן ת"י סקנ"ז) בפי' הראשון וכמבואר בפנים. גם בזה פלפל אאמו"ר הרה"ג זצ"ל

במכתב הנ"ל ואביא דבריו ז"ל כסדר והנלע"ד בזה: א) במ"ש לתרץ קושית הסמ"ע דלפי' הראשון היכא שבעצמו א"י להזיק אינו חייב לשלם עבור השני א"כ קשה בדחף כלים לבור ונשברו אמאי צריך האדם לשלם כל נזקי הכלים הא בלא הבור לא היו הכלים נשברים בדחיפה. וכתבתי ליישב דשאני גבי דחיפת כלים לבור הואיל דהתורה פטרה לבעל הבור מנזקי כלים א"כ הוה כמו שאין להבור בעלים דבכה"ג אם הוא בור של הפקר אם אחד דחף לתוכה כלים בודאי חייב האדם הדוחף לשלם כל הנזק דמיחשב כל המזיק וה"ה היכא דיש להבור בעלים ג"כ הדין כן כיון דהתורה פטרתו בפירוש לבעל הבור על נזקי כלים. וע"ז פקפק אאמו"ר ז"ל דא"כ אם הזיק אדם ושור הפקר ואדם לבדו לא הי' יכול לעשות כל הנזק כ"א חצי' או רביע נזק יגלגל עליו כל הנזק יען שהשור הפקר אינו מחויב כלל וקשה א"כ ליחשב נמי בכלל הכשרתי במקצת נזק כאלו הכשרתי כל הנזק עיין ב"ק (דף ט' ע"ב) וכל הסוגיא שם עכתו"ד בזה. וכן יקשה גם כן מאדם שדחף כלים לבור דלולא הבור לא היו נשברים ומ"מ חייב האדם ואמאי לא קאמר הש"ס בב"ק (דף יו"ד) שם דהכשרת במקצת נזקו כהכשר כל נזקו הוא גם בכה"ג:

והנה לכאורה יש לעיין טובא בזה כי לכאורה יקשה גם בפשיטות מלבד סברתי הנ"ל דעכ"פ כשיכול בעצמו להזיק כל הנזק חייב לשלם כל הנזק דקיי"ל להלכה כר' נתן א"כ ללשון שני בש"ס בסוגיין לעיל (דף נ"ג ע"א) דהאי פלגא הזיקא עביד והאי פלגא הזיקא עביד ומ"מ משלם עבור השני דמה דלית לאשתלומי מהשני משלם הוא א"כ מתחייב הוא על חצי ההיזק שעשה לשלם כל ההיזק והוי כל שהכשרתי מקצת נזקו כו'. מיהו יש לומר כיון שהי' יכול לעשות בעצמו כל הנזק לא מיקרי הכשרתי במקצת נזקו כו' דבעצמו ג"כ הי' יכול לעשות כל הנזק. אולם לפי' השני שכתב הסמ"ע ז"ל הוא גם כשאינו יכול בעצמו לעשות כל הנזק ג"כ חייב לשלם עבור השני לשיטת הרמ"ה ז"ל שם ואם כן למה לא קאמר הש"ס דמשכחת הכשרתי במקצת נזקו כו' בכה"ג. ואי דהרמ"ה קאי היכא שברח דאיכא חיובא על השני לשלם אלא שאין לו ומש"ה משלם הוא והש"ס אפשר מיירי היכא שחבירו אינו מחויב כלל רק הוא בלבד מחויב משום שהכשיר מקצת הנזק וכן לא רצה הש"ס למינקט בשור תם שדחף חבירו לבור דלר' נתן וכן קיי"ל להלכה משלם בעל הבור ג' חלקים דמשלם יותר ממה שהזיק משום דלא שייך למימר חבתי בתשלומי נזקו כהכשר כל נזקו דהא אינו משלם כל נזקו רק ג' חלקים אבל מ"מ אכתי יש להקשות מאדם שדחף כלים לבור דלולא הבור לא היו הכלים נשברים ובעל הבור פטור דהתורה פטרתו מנזקי כלים והאדם משלם בכל הנזק ומכאן הוציא הסמ"ע להוכיח כפי' השני. וא"כ קשה דבכה"ג הוא הכשרתי במקצת נזקו כו' ואמאי

לא מוקי הש"ס הכשרתי במקצת נזקו כו' באופן הזה שדחף כלים לבור דחייב לשלם כל הנזק אף דנעשה הנזק בסיוע הבור. ובשלמא אם אמרינן כלשון הראשון שבש"ס בסוגיין לעיל (דף נ"ג ע"א) דר' נתן סובר האי כולה הזיקא עביד והאי כולה הזיקא עביד א"כ י"ל דזה לא מיקרי הכשרתי מקצת נזקו רק הכשרתי כל נזקו אבל ללשון שני בש"ס שם דהאי פלגא הזיקא עביד והאי פלגא הזיקא עביד א"כ האדם שדחף הכלים לבור פלגא הזיקא עביד והכשרתי מקצת נזקו. ועיין מ"ש ב"ה בפרקין בסוגיין [אול"ג אק"ב] ולעיל (על דף יו"ד ע"א) [אול"ה אק"ד]: אמנם בעיקר הדבר י"ל דהש"ס מוקי להא דהכשרתי מקצת נזקו כו' דוקא היכא שחבירו ג"כ בר חיוב במעשה הזה שנשתתף עמו במעשה ההיזק וכגון החופר בור תשעה יש לו חלק במעשה הכרייה של הבור הזה ומ"מ אינו חייב רק האחרון שהשלימה לעשרה טפחים ומיקרי זה האחרון שהכשיר מקצת הנזק דהא תשעה טפחים הראשונים כרה חבירו ואילו הי' הראשון כרה גם הטפח העשירי הי' הראשון מחויב ורק משום שהשני השלים הכרייה השני חייב והיינו הכשרתי במקצת נזקו כו' אבל באדם שדחף כלים לבור הלא אם ידחוף לבור של הפקר או לבור שנברא כך מששת ימי בראשית הכי שייך לומר דזה יהי' מיקרי שהכשיר מקצת הנזק בודאי זה אינו הלא הדוחף בעצמו עושה כל הנזק ומה לי אם זרק הכלים לבור או שעלה לראש הגג וזרקן למטה הכל מיקרי שהדוחף בעצמו עשה כל הנזק ורק אם יש להבור בעלים גילתה התורה שכל שנפל לתוכה והוזק דחייב בעל הבור הואיל דהוא גרם הנזק והוי כאילו מיד בשעת כריית הבור עשה את הנזק והתורה חייבה על זה ובאמת גם היכא שיש להבור בעלים ודחף אדם שור לתוכו בכוונה ג"כ בעל הבור פטור וכמ"ש התוס' בסוגיין בד"ה שור ואדם כו' ומשום דאטו אם ישים אדם טליתו של חבירו באש של חבירו וכי יתחייב בעל האש עיי"ש רק כשדחף האדם את השור שלא בכוונה הוא דהוי בעל הבור שותף בתשלומי הנזק ומשום דהתורה חייבה לבעל הבור משום שכרה את הבור וזה דוקא בנפל לבור שיש לו בעלים הוא דמיקרי בעל הבור שותף במעשה הנזק משום דהנזק נעשה ע"י שכרה הוא אח הבור אבל בבור של הפקר מיקרי האדם הדוחף שעשה כל ההיזק ומכ"ש בבור שהוא ממילא שלא נעשה כלל ע"י אדם. ולענין נזקי כלים מיחשב ג"כ כבור שאין לו בעלים כלל כיון דהתורה פטרתו מנזקי כלים דהא באמת בור ברה"ר אינו ברשותו של אדם ורק דעשאה הכתוב כאילו היא ברשותו כדי לחייבו וכדאיתא במסכת ב"ק (דף כ"ט ע"ב) וזה הוא בדבר שחייבה עליו התורה אבל לענין נזקי כלים דלא חייבה אותו התורה תו הוי כבור של הפקר דאין לה בעלים ומש"ה עולה שפיר סברתי שכתבתי בישוב קושית הסמ"ע לפי' הראשון דבא"י להזיק בעצמו

אינו חייב לשלם עבור מה שהזיק השני דאמאי חייב האדם, לשלם אם דחף כלים לבור אע"ג דבלתי הבור לא היי נשברים הוא משום דמיחשב כמי שאין להבור בעלים והרי הדוחף עושה כל ההיזק ולא מיקרי זה שעשה מקצת הנזק רק כל הנזק ומש"ה לא הוי זה בכלל הכשרתי מקצת נזקו כו'. וגם לפי' השני שבסמ"ע דגם כשא"י להזיק בעצמו חייב לשלם עבור חבירו ג"כ לא קשה, מדחף כלים לבור דיהי' מיחשב הכשרתי במקצת נזקו כו' עפ"י האמור דלענין נזקי כלים מיקרי שאין להבור בעלים כלל ומיקרי שהוא עשה כל הנזק. והאמת אגיד כי בשעת לימודי אז לא אדע אם נתכוונתי לסברא זו אך הי' הסברא פשוטה אצלי כיון שבעל הבור פטור על נזקי כלים יש לחייב להאדם על כל הנזק אע"ג שלא הי' יכול לעשות בעצמו וא"כ יפה הקשה אאמו"ר הרה"ג זצ"ל על סברתי אף כי באמת על הסמ"ע לפי' הראשון יקשה ג"כ וכמש"ל. אך כעת כשעיינתי הרבה בזה נלע"ד שיש להסביר סברתי כאשר כתבתי בזה ולא יקשה עוד על חילוקי קושי' אאמו"ר ז"ל:

אמנם כ"ז הוא לפי סברתי הנ"ל שכתבתי ליישב קושית הסמ"ע לפי פי' הראשון אבל הסמ"ע ז"ל דלא ס"ל סברא זו מדהקשה לפי' הראשון מהא דאדם שדחף כלים לבור וס"ל דמיקרי הבור שותף במעשה הנזק אף שהוא פטור על נזקי כלים ומכח זה דייק כפי' השני דאף שא"י להזיק בעצמו חייב לשלם גם עבור השני ומש"ה משלם האדם הדוחף כלים לבור על מה שנצטרף הבור להההיזק א"כ הדרא לדוכתא הקושיא דנימא דזה הוי הכשרתי במקצת נזקו כו' וי"ל עוד בזה:

ס:

ומה שהעיר אאמו"ר הרה"ג ז"ל דלוקי הש"ס באדם ושור של הפקר שהזיקו דשור של הפקר אינו בר חיוב ועיין ב"ק (דף י"ג ע"ב) וברמב"ם (פ"ח מהל' נזקי ממון) וז"ל וכן שור הפקר שהזיק פטור שנאמר שור רעהו עד שיהיו הנכסים מיוחדים לבעלים כיצד שור הפקר שנגח וקודם שיתפוס אותו הניזק בא אתר וזכה בו ה"ז פטור כו' עכ"ל הרי דשור הפקר אינו בר חיוב כלל דאיתמעט מרעהו. וא"כ לסברתי בישוב קושית הסמ"ע לפי' הראשון כיון שבעל הבור פטור מנזקי כלים חייב האדם אע"ג שא"י בעצמו להזיק א"כ ה"ה בשור הפקר ואדם שהזיקו אע"ג שהאדם לא הי' יכול להזיק בעצמו ג"כ חייב לשלם כל הנזק כיון שהשור הפקר פטור א"כ לוקים הש"ס הכשרתי במקצת נזקו חבתי בתשלומי כל נזקו בכה"ג שאדם ושור הפקר הזיקו והאדם בעצמו לא הי' יכול להזיק ומשלם כל הנזק. הנה לפי שהסברתי לעיל דברי בישוב קושית הסמ"ע לפי' הראשון דבא"י בעצמו להזיק אינו חייב לשלם עבור השני ובדחף כלים לבור חייב משום דכיון

דפטרה התורה לבעל הבור מנזקי כלים מיחשב כאילו הבור הפקר והוי כמו שעשה האדם בעצמו כל ההיזק שדחף הכלים לבור ואף שדחף שלא בכוונה מ"מ מיקרי שהוא בעצמו עשה הכל דלענין נזקי כלים אין לבור שום בעלים והוי כמו שדחף לבור שנברא מששת ימי בראשית וכמש"ל בזה. וא"כ זה דוקא בדחף כלים לבור מיחשב שהוא עשה הכל אבל באדם ושור הפקר שהזיקו ניהו דהשור הפקר אינו בר חיוב מ"מ הלא סייע השור הפקר להאדם בהנזק ושניהם הזיקו בידים ולא מיחשב שהאדם בלבד הזיק שפיר י"ל דלפי' הראשון שבסמ"ע כיון שהאדם בעצמו לא הי' יכול להזיק אינו חייב לשלם עבור מה שהזיק השור הפקר. והא דקאמר הש"ס בסוגיין דשור ושור פסוהמ"ק שנגחו משלם השור הדיוט גם עבור מה שהזיק השור פסוהמ"ק לר' נתן. וא"כ ה"נ נימא כן באדם ושור הפקר שהזיקו או באדם ושור פסוהמ"ק שהזיקו שישלם האדם גם עבור מה שהזיק השור הפקר או השור פסוהמ"ק. י"ל בזה דלפי' הראשון שבסמ"ע מיירי הש"ס דוקא כשהשור הדיוט יכול להזיק בעצמו כל הנזק שהזיקו ומש"ה חייב לשלם כל הנזק אבל באמת כשא"י להזיק בעצמו כל הנזק אינו משלם בעד מה שהזיק השור פסוהמ"ק וה"נ כשהאדם א"י להזיק בעצמו אינו משלם עבור מה שהזיק השור הפקר. וממילא לא יקשה על סברתי הנ"ל קושי' אאמו"ר ז"ל דלא שייך לומר הכשרתי במקצת נזקו חבתי בתשלומי כל נזקו דהא באמת אינו מחויב. ואילו בשיכול האדם להזיק בעצמו ג"כ לא רצה הש"ס לאוקמי דלא מיקרי הכשרתי במקצת נזקו דאף אם האי פלגא הזיקא עביד והאי פלגא הזיקא עביד מ"מ כיון שיכול האדם בעצמו להזיק כל הנזק מיקרי הכשרתי כל נזקו. וגם מלבד סברתי בישוב קושי' הסמ"ע ג"כ צרכינן לומר כן דאל"כ יקשה בפשיטות גם לפי' הראשון של הסמ"ע דלוקי הש"ס בהכי הכשרתי מקצת נזקו כשהאדם ושור הפקר הזיקו או שהאדם ושור פסוהמ"ק הזיקו והאדם בעצמו יכול להזיק כל הנזק דחייב האדם לשלם הכל. ועכצ"ל דזה מיקרי הכשרתי כל נזקו וכבר כתבתי בזה לעיל:

אמנם זה הוא לפ"מ שכתבתי עתה להסביר הדבר משום דאדם הדוחף כלים לבור מיחשב שעשה כל הנזק כיון שפטרה התורה בור מנזקי כלים הוי כבור העשוי ממילא וכמש"ל שפיר י"ל דבאדם ושור הפקר שהזיקו אם האדם לא הי' יכול להזיק בעצמו כל הנזק אינו חייב לשלם עבור מה שהזיק השור הפקר. אבל לפ"מ שכתבתי בפנים הספר בפשיטות משום דכיון דבעל הבור פטור מדינא יש לחייב להאדם אע"ג שלא הי' יכול להזיק בעצמו לפ"ז הי' צריך לומר באמת דאדם ושור הפקר שהזיקו יהי' האדם חייב אע"ג שלא הי' יכול להזיק בעצמו וע"ז יפה העיר אאמו"ר ז"ל. אולם לפ"מ שהסברתי

כעת החילוק באמת י"ל דבאדם ושור הפקר שהזיקו פטור האדם לשלם מה שהזיק השור בכה"ג: אולם לפי' השני שבסמ"ע ז"ל דגם כשא"י להזיק בעצמו מחויב לשלם בעד השני אם ליכא לאשתלומי מהשני א"כ באדם ושור הפקר שהזיקו אע"ג דהאדם בעצמו לא הי' יכול להזיק מ"מ חייב לשלם כל הנזק א"כ קשה למה לא מוקי הש"ס הכשרתי מקצת נזקו חבתי בתשלומי כל נזקו באופן זה. וכן תיקשי למה לא מוקי הש"ס באדם ושור פסוהמ"ק שהזיקו וכנ"ל. וכן בשור הדיוט ושור פסוה"ק דמבואר בסוגיין דשור הדיוט חייב לשלם הכל. ועיין בתורת חיים ז"ל ב"ק (דף יו"ד ע"א) והובא בפ"י שם על תוד"ה ותו ליכא כו' דהש"ס פריך התם ותו ליכא כו' היינו כדי למצוא הדין בכל הד' אבות נזיקין יעוש"ה וא"כ באופן הזה הו"מ לאשכוחי באדם עם שור הפקר או שור פסוהמ"ק שהזיקו או בשור הדיוט ושור הפקר או בשור הדיוט ושור פסוהמ"ק שהזיקו. ולכאורה הי' אפשר לומר כמו דמסיק הש"ס שם בפלוגתא לא קמיירי ופריך הש"ס והא אוקמינן דלא כרבי ומשני דלא כרבי וכרבנן מוקמינן כריב"ב ולא כרבנן לא מוקמינן ע"ש ואם כן ה"נ כל הקושי' הוא רק לר' נתן אבל לא לרבנן דפליגי בסוגיין אר' נתן וא"כ י"ל ג"כ דבפלוגתא לא קמיירי. אולם יש לפקפק בזה דהא פירש"י ז"ל שם בד"ה דלא כרבי וכרבנן מוקמינן דהלכה כרבים עיי"ש וא"כ תינח התם בפלוגתא דריב"ב ורבנן אבל הכא בפלוגתא דר' נתן ורבנן כיון דחזינן דהלכה כר' נתן א"כ אמאי לא מוקמינן מתני' דהכשרתי במקצת נזקו כו' כר"נ. והרבה עיינתי בזה ולא עלה בידי לתרץ רק דנימא דסוגיית הש"ס בב"ק (דף יו"ד) אזלא דאליבא דר' נתן האי כולה הזיקא עביד והאי כולה הזיקא עביד ומש"ה לא מיקרי באופן הזה הכשרתי במקצת נזקו כו' כיון דאמרינן כולה הזיקא עביד. ועיי"ש (בדף יו"ד ע"ב) ברש"י ד"ה דבלאו איהו כו' יעוש"ה והרבה י"ל עוד בזה ולא מצאתי כעת במפרשים מי שיתעורר בזה:

ב) עוד כתבתי שם בפנים בישוב קושית המהרש"א ז"ל דלפי' הראשון של הסמ"ע ז"ל עולה דבאדם ושור שהמיתו אדם הי' סברא לחייב האדם בכופר אם אין לו לבעל השור לשלם ואע"ג דהאדם אינו משלם כופר מ"מ הי' הו"א שישלם בשביל השור כו'. וע"ז השיב אאמו"ר הרה"ג זצ"ל בזה"ל ומה שרצית לפרש דברי רש"י דסובר כסברת הרמ"ה דגם כשאחד פטור חייב עבור השני כשברח ופרשת דהפי' הא' והפי' הב' שבסמ"ע מחולקים בזה ולפענ"ד טעית בזה במח"כ כי לב' הפירושים אינו חייב א' בשביל הב' אם הוא פטור אם עביד כל הנזק כי יציבא בארעא אם הוא עושה ההיזק בעצמו יפטר ואם עשה עם עוד א' יתחייב עבור השני אם לא נוכל לגבות מן השני רק החילוק בין שני הפירושים שבסמ"ע הוא רק דלפי' הב' אם הא' לא יוכל לעשות כל ההיזק בעצמו ג"כ

מחויב בשביל השני כשהשני ברח אף שהא' לא עשה כל ההיזק ולפי' הא' פטור נמי בכה"ג כיון שלא הי' יכול להזיק בעצמו לכן לא אוכל להבין דבריך עכ"ל אאמו"ר זצ"ל. והנה אינני אומר קבלו דעתי בסברתי בזה בפי' הראשון של הסמ"ע רק יש סברא לומר כן וכתבתי בישוב קושית מהרש"א על רש"י דמש"ה בחר רש"י ז"ל לומר הכא הטעם משום קלבד"מ או משום תדב"ח דאילו משום דרשא דעליו ולא על האדם היינו נוכל לומר כסברתי הנ"ל דחייב לשלם עבור השור ובחר רש"י ז"ל לומר הטעם משום קלבד"מ או מתדב"ח ויש לעיין עוד בגוף הסברא:

פרק ששי:

[א] דף נ"ו ע"ב אות וי"ו אק"א במ"ש שם בד"ה והנה לכאורה י"ל, דבקידושין דמקודשת בהנאת מחילת מלוה בההיא הנאה שהיתה צריכה ליתן פרוטה לאדם לבקשו שימחול לה המלוה כו' דזה דוקא באם המלוה הוא יותר מפרוטה אבל אם גוף המלוה הוא רק פרוטה ל"ש לומר דמקודשת בהנאת מחילת מלוה דזה בודאי אינו ש"פ וכן בפרוטה דרב יוסף דאם עיקר החיוב של מצות צדקה הוא רק פרוטה האיך שייך לומר דהנאה זו דיפטור ממצות צדקה יהי' נחשב שוה פרוטה ע"ש ואאמו"ר הרה"ג ז"ל פקפק על סברתי הנ"ל ע"ש. והראני ב"א נכדו הרב הגדול מו"ה דוד נ"י אבד"ק גראבאווי הירושלמי ובפ"ב דקידושין ה"א בסוגיא דהיתה אוכלת ראשונה ראשונה ובענין מקדש במלוה וז"ל הירושלמי רבי יוסי בעי ניחא אדם נותן ש"פ על דינר שמא נותן ש"פ על ש"פ ופי' הקרבן עדה וז"ל את"ק דרשב"א פריך דמפרש במלוה אפילו לא נשתייר שם ש"פ מקודשת היינו בשלא נשתייר מחוב הלואתה ש"פ וקשיא לי' א"כ במאי מקודשת בהנאת מחילת מלוה בשלמא מי שחייב לחבירו דינר נותן פרוטה להרווחת זמן או שימחול לו חובו אלא הא ודאי אין דרך בני אדם שיתנו ש"פ שימחול לו מלוה של פחות מש"פ:

ה"ג שמא נותן ש"פ על פחות מש"פ עכ"ל. ועיין בשירי קרבן שם והפני משה פי' פי' אתר אולם פשטות לשון הירושלמי נראה כפירושו של הק"ע ואבאר קצת. הנה הק"ע הגי' שצ"ל שמא אדם נותן ש"פ על פתות מש"פ. ובהגירסא שלפנינו בהירושלמי איתא שמא נותן ש"פ על שוה פרוטה:

והנה לגירסא שלפנינו קאי הקושי' גם לרשב"א דאמר אם נשתייר שו"פ מקודשת. והנה ע"כ הירושלמי מפרש כמ"ש הק"ע דת"ק ורשב"א מיירי שלא נשתייר מחוב הלואתה יותר ממה שנשאר בעין דהיינו לרשב"א פרוטה ולת"ק גם אם לא נשתייר רק פחות משו"פ ג"כ מקודשת. וא"כ אי קאי הקושיא גם לרשב"א מוכח כסברתי הנ"ל דגם מלוה שו"פ הנאת המחילה אינו שוה פרוטה. ומכ"ש דקשה קושית הירושלמי לת"ק והיינו

דמלוה לאו ברשות בעלים לחזרה וא"כ כיון דלא נשתייר רק שו"פ לרשב"א ופחות משו"פ לת"ק והמותר כבר שילמה לו דהא הק"ע מפרש כן [ועיין בש"ק מה שעמד בזה] ומש"ה מקשה הירושלמי גם לרשב"א דהא מה שמקדשה הוא בהנאת מחילת מלוה זו שנשתיירה שו"פ שמא נותן אדם שו"פ על שו"פ והיינו דהנאת מחילת שו"פ אינו שוה פרוטה. ומכ"ש דיקשה לת"ק דהאיך מקודשת במה שמוחל לה חצי פרוטה שו והוא כסברתי הנ"ל. אמנם הק"ע הגי' שמא אדם נותן שו"פ על פחות משו"פ. והוה הקושית רק אליבא דת"ק ומדלא הקשה נמי על רשב"א דוכי אדם נותן שו"פ על שו"פ ש"מ דלא כסברתי הנ"ל רק כסברת אאמו"ר הרה"ג ז"ל דהנאת מחילת שו"פ ג"כ שוה פרוטה. הגם שי"ל דגם לגי' הק"ע נוכל לומר כסברתי והא דלא מקשה הירושלמי לרשב"א משום דנוכל לומר דהירושלמי קאי דמלוה ברשות בעלים לחזרה ומש"ה כיון דהפרוטה שנשתיירה היא בעין הרי מקדשה בפרוטה זו ממש ולא צריכין להנאת מחילת המלוה. או דנימא דהירושלמי קאי דמקדש במלוה מקודשת ולא צריכין לבא מטעם הנאת מחילת המלוה. אבל לת"ק דגם בנשתייר רק פחות משו"פ ג"כ מקודשת לא נוכל לומר שמקודשת בחצי פרוטה זו. וצרכינן לומר דמקודשת בהנאת מחילתה. וע"ז מקשה הירושלמי הא גם הנאת המחילה אינו שו"פ דוכי נותנים פרוטה על פחות משו"פ. אולם לשון הק"ע משמע דדוקא הנאת פתות משו"פ היא דאינה שוה פרוטה אבל הנאת מחילת פרוטה שוה פרוטה. אך לשון הירושלמי אדם נותן שו"פ על דינר כו' משמע קצת כסברתי דעל שו"פ אין נותנים פרוטה. והרבה י"ל עוד בפי' דברי הירושלמי שם ובסברא זו:

ואגב אכתוב בזה השייך קצת לכאן ממה שכתבתי לידי"נ הרה"ג מו"ה אשר אליעזר נ"י מיקירי קרתא קדישא ירושלים תובב"א ולחיבת הקודש אעתיקו כאן בזה"ל. ועל מה שחקר מעכ"ת נ"י בהא דאיתא במסכת קידושין (דף ז' ע"א) וכ"פ בש"ע אהע"ז (סי' כ"ז ס"ט) נתנה היא ואמרה היא אם אדם חשוב הוא מקודשת. אם צריך להיות שתתן להאדם תשוב שו"פ דוקא ובההוא הנאה דמקבל ממנה מתקדשת לו או אפילו אם נתנה לו חצי פרוטה ג"כ שייך לומר בההוא הנאה דמקבל ממנה מצי פרוטה שווי' האי הנאה לגבי דידה פרוטה ג"כ חלין הקידושין. ומע"כ רצה לדקדק מדברי רש"י ז"ל בקידושין שם בד"ה בההיא הנאה שתרצה זאת לתת פרוטה שיפייסו לזה לקבל הימנה מתנה אם נימא שכיון שמוזכר לשון מתנה צריך להיות שוה לכה"פ פרוטה או דגם אם מקבל האדם חשוב ממנה ח"פ הואיל דהיא היתה צריכה ליתן לאדם אחר פרוטה שיפייס להאדם חשוב שיקבל ממנה המתנה מועטת היינו שווי' ח"פ אבל ההנאה שנתהוה לה מזה

הוא שו"פ מקודשת עכ"ד. והנה כיוצא בזה נסתפקתי ג"כ בהא דאמרינן במסכת ב"ק (דף נ"ו ע"ב) דשומר אבידה הוי ש"ש בההוא הנאה דלא קבעי למיתב פרוטה לעני דאם עיקר החיוב צדקה הוא רק על פרוטה הכי נימא דהנאה זו שוה ג"כ פרוטה וגם במקדש אשה בהנאת מחילת מלוה דמקודשת הכי נימא דאם כל המלוה הוא רק פרוטה יהי' ג"כ הנאה שו"פ מה שהיתה צריכה ליתן לאדם אחר שיבקש מן המלוה שימחול לה הפרוטה והבאתי שם (בדף נ"ו ע"ב) אות וי"ו אק"א סברת אאמו"ר הה"ג זצ"ל דהואיל דמשתרשי לי' פרוטה שפיר הוה ההנאה זו שוה פרוטה יעו"ש דיש לצדד בזה הסברא לכאן ולכאן וה"נ אם נימא כן מיקרי שפיר הנאה זו שוה פרוטה דמשתרשי לה פרוטה שהיתה צריכה ליתן לאדם אחד שיבקש מהאדם חשוב שיקבל ממנה הנאה מועטת כזו אשר עצם ההנאה שמקבל האדם חשוב ממנה אינה שו"פ וי"ל בזה. [ואף לפ"ד הירושלמי הנ"ל דגם לגי' הק"ע עכ"פ אין נותנין שו"פ על חצי פרוטה מ"מ אינו דומה להכא דהא יוכל להיות ששוה לה הרבה מה שהאדם חשוב מקבל ממנה דבר מועט שאינו שוה פרוטה. ואם הי' אדם אחר מבקש מהאדם חשוב שיקבל ממנה הת"פ ג"כ היתה צריכה לשלם להמבקש פרוטה בשכר שמשתדל בזה ודו"ק]:

והנה הרציתי ספיקו של כבודו נ"י בשמו לידידינו ב"נ הרה"ג מו"ה אפרים שרגא הלוי נ"י אבד"ק אוניאווע ואמר דיש לפשוט זה מדברי הר"ן בקידושין והובא ג"כ בקצה"ח (סימן ק"צ סק"ד) וז"ל ולרב לא קשה דאמר לך רב דכי אמרינן דאדם חשוב דכי מקבל מתנה מיקרי הנאה הנ"מ כשמקבל מתנה גמורה אבל כשאינו מקבל אלא ע"מ להחזיר אין הנותן מתחשב בשביל כך ומשום דסתם חליפי סודר ע"מ להחזיר הוא ומש"ה דוקא בכליו של קונה אבל לא בכליו של מקנה והקצה"ח הביא דברי הב"ח שהוליד מזה דאם נתן עמ"ל אפילו באדם חשוב לא מהני ומשום דמעמ"ל אע"ג דשמי' מתנה אין הנותן מתחשב בשביל כך והקצה"ח מפלפל בזה דכיון דמעמ"ל שמי' מתנה ורק דהוא כעין תנאי שהתנה שיחזיר לו שפיר מתחשב הנותן בזה שמקבל האדם חשוב ממנו יעוש"ה אבל כ"ז הוא אם מקבל ממנו האדם תשוב מידי דשו"פ אבל אם אינו מקבל ממנו שו"פ בודאי די"ל דאין הנותן מתחשב בזה כלל עכ"ד. ולכאורה נראה הסברא נכונה אף שיש לבע"ד לפקפק ולחלק בזה אעפ"כ נראה הסברא נכונה בזה:

[ב] דף נ"ז ע"א או"ח אק"א בד"ה אולם י"ל דהא הי' יכול להשתמש בהמעות כו' הבאתי דברי המח"א בהל' שומרים (סימן כ') שכתב לפמ"ש התוס' בפ' המפקיד דאסור ללוקח להשתמש במעות כו'. הנה כן הוא הלשון במח"א אך טעות הדפוס יש בזה וצריך להיות

דאסור להמוכר להשתמש בהמעות ועוד שני פעמים כתוב במח"א שם תיבת הלוקח והם ט"ס וצ"ל להמוכר כנראה להמעיין בזה:

והנה מצאתי מכתב אאמו"ר הרה"ג כקש"ת מו"ה יוסף זצ"ל שפקפק על איזהו דברים שכתבתי בענין זה אשר בשעת סידורי לדפוס לא הי' לפני המכתב הזה לכן אעתיקו כאן ונכתב מאוד בקיצור ואבאר קצת:

והנה מה שנסתפקתי בשומר אבידה שבא בעל האבידה ואמר הסימנים אלא שעדיין לא לקחו לביתו ועדיין הוא ביד המוצא והמוצא כבר אמר לו שיוכל ליקחו אם עדיין הוא ש"ש או ש"ח או דגם ש"ת לא הוי תו עלה. וכן היכא שבעל האבידה אמר הסימנים והמוצא לא א"ל טול את שלך ג"כ כל הספיקות הנ"ל כמבואר בפנים והבאתי דברי התוס' והמח"א הנ"ל כמבואר בפנים. וע"ז כתב אאמו"ר הרה"ג ז"ל בזה"ל לפענ"ד אין כאן ספק כלל ודין זה מפורש בח"מ (סי' ע"ד ס"נ) ברמ"א בשם מ"כ ועוד חו"מ (סי' ק"כ ס"ב) וע"ש בסמ"ע ובש"כ שהאריכו שם בסתירת הש"ע וק"ו בנ"ד בשומר אבידה כי בשם עדיין במחלוקת ויש לחלק כמו שחילקו מפו' הש"ע זה בכה וזה בכה היינו באומן יש לחלק ולומר דתפיס לי' אאגרי' ובש"ש שקיבל שכר יש נם כן לחלק כסברת הרמב"ם (פ"ז ממכירה ה"ג) ע"ש אבל בשומר אבידה אין שום סברא לומר שעדיין חייב ונראה שאין שום חיוב כלל. וצ"ע קצת בלח"מ על הנ"ל שהשיג על המ"מ שם מתוס' ב"מ ולפ"ד דברי המ"מ אמתיים כי המ"מ ציין על חייב באחריותו ע"ש היטב ודו"ק קצרתי מאוד כי לחכם כמותו די ברמז רמיזא יתן לחכם ויוסיף עוד להביא ראיות לדברי עכ"ל לאאמו"ר הה"ג זצ"ל. הנה במ"ש בסוף דבריו דברי הה"מ והלח"מ ז"ל לא אוכל כעת להעמיק עיון בזה להבין הכונה ואולי אזכה אי"ה בזמ"א לעיין עוד בזה ואינו נוגע לענייננו. רק בעיקר הענין מ"ש מהא דחו"מ (סי' ע"ד ס"ג) דמבואר שם בפקדון דכשהנפקד א"ל טול פקדונך פטור וכתב הש"כ (ס"ק ט"ו) דגם מפשיעה פטור וכתב כן בשם המהרש"ל ביש"ש פ"י דב"ק (סי' נ"ג) עיי"ש ומזה השיג אאמו"ר ז"ל עלי דכן צריך להיות הדין בשומר אבידה שבעל האבידה אמר הסימנים והמוצא א"ל טול אבידתך ג"כ לא יהי' אפילו ש"ת ג"כ ובאמת יפה כתב אאמו"ר ז"ל:

אמנם לא על דברי בלבד קשה דהא יקשה גם בפשיטות על הרמ"א דפטור בפקדון שא"ל עול פקדונך ומפרש הש"כ דפטור גם מפשיעה ואמאי והא כבר כתבו התוס' בב"מ (דף מ"ע ע"א) ד"ה אלא שהבאתי בפנים דהיכא דהי' מקודם ש"ש אף לאחר שא"ל טול מעותיך נשאר עדיין ש"ח וא"כ אמאי בפקדון פקע מיני' שם ש"ח נ"כ. וחפשתי בספרים ומצאתי באו"ת ז"ל שם (בסימן ע"ד סק"ח) הקשה באמת כן ע"ד הרמ"א מדברי התוס'

הנ"ל והאריך בפלפול ותורף דברי קדשו ז"ל דבאמת חילוק זה שכתבו התוס' בין אם הי' מקודם ש"ש נשאר עדיין ש"ח הוא פלוגתא בין הראשונים ז"ל ובמרדכי פ' הנזקין משמע כשא"ל שקול זוזך אפי' ש"ח לא הוי ובשמ"ק ב"מ (דף מ"ט) שם כתב דהא דקיי"ל באומנים כשא"ל טול את שלך והבא מעות דהוי ש"ח דאומנים שאני דמ"מ תפסן אזוזי [ועיין ג"כ בש"כ חו"מ (סי' ש"ו סק"ב) יעו"ש היטב] עיי"ש וא"כ היכא דלא שייך דתפסן אזוזי וכגון בפקדון אפי' ש"ח לא הוי. אולם שיטת התוס' בפ' הזהב (דף מ"ט) הנ"ל דעיקר תליא אם הי' מקודם ש"ש כי א"ל טול פקדונך נשאר עכ"פ ש"ח אבל אם לא הי' מקודם רק ש"ח כי א"ל טול פקדונך אפילו ש"ח תו לא הוי והביא התומים ז"ל שמ"ש הב"י (בסימן קצ"ח) בשם הגאונים ז"ל ג"כ הוא כשיטת התוס' בזה והאריך בפלפול שגם שיטת הרמב"ם (בפ"ז מהל' מכירה ה"ג) [שציין גם באמו"ר ז"ל לעיל] ג"כ עולין כהתוס' ומסיק האו"ת ז"ל דהמחבר והרמ"א ז"ל ס"ל להלכה כשיטת התוס' והרמב"ם בזה ומש"ה באמת בפקדון מ"ש הרמ"א ז"ל דכשא"ל טול פקדונך פטור הוא דוקא מגניבה ואבידה אבל בפשיעה חייב יעוש"ה שכן עולה מדברי האו"ת וכ"כ באורים (סקט"ז) להלכה:

ומעתה עולין שפיר הדברים שכתבתי בפנים הספר דה"ה בשומר אבידה שאמר בעל האבידה הסימנים והמוצא א"ל טול את שלך לשיטת התוס' הנ"ל הוא עדיין ש"ת לר"י דס"ל דמקודם הוה ש"ש. ובאמת שזה תלוי ג"כ בפלוגתת הראשונים ז"ל הנ"ל דלהמרדכי והשמ"ק עולה גם בשומר אבידה אפי' ש"ח לא הוי בכה"ג שא"ל טול אבידתך. מיהו לשיטת התוס' הנ"ל א"ש כמו שכתבתי. ולהלכה לדידן לפ"מ שפסק התומים כהתוס' וחייב בפקדון בפשיעה יש לומר כדברי דגם בשומר אבידה הוי ש"ת. אולם לשיטת הש"כ הנ"ל דכוונת הרמ"א דגם מפשיעה פטור וכ"כ הש"כ (בסי' ק"כ סק"ד) ע"ש א"כ צדקו דברי אאמו"ר ז"ל דלפ"ז גם בשומר אבידה היכא שהמוצא א"ל עול אבידתך ג"כ פטור מפשיעה ודו"ק:

והנה ראיתי בספר דברי משפט על חו"מ (בסי' ע"ד ס"ג אוק"א) שכתב ליישב קושית התומים מהא דפסקינן בש"ע חו"מ (סי' קצ"ח) בשם הרמב"ם אם הלוקח חוזר ממקח והמוכר א"ל טול מעותיך אף דאין המוכר חייב תו בגניבה ואבידה מ"מ חייב בפשיעה ואמאי הכא בפקדון שא"ל טול מעותיך פטור גם מפשיעה וכתב הדברי משפט ז"ל ליישב עפמ"ש הבעה"ת (שער נו"ן) ליישב קושית התוס' ב"מ (דף מ"ט) הנ"ל דשאני אומן כיון דאין אומן חייב להחזיר החפץ לבעה"ב עד דנותן לו השכירות ומש"ה אם אמר אומן טול את שלך לא גלי אדעתי' דאין רצונו להיות ש"ח דהא י"ל מש"ה אמר טול את שלך דאין דעתו לעכב החפץ בידו עד שיתן לו הבעה"ב שכר מלאכתו אבל מ"מ דעתו להיות עדיין

ש"ח על החפץ אבל התם בב"מ דהמוכר חזר מהמקח ל"ל למוכר למימר טול את שלך פשיטא דאין מוכר יכול לעכב המעות עד אחר קבלת מי שפרע דהא קבלת מש"פ לטובת הלוקח הוא כיון דמוכר חוזר א"ו גלי דעתי' דאין רצונו להיות ש"ת יעו"ש בבעה"ת [ועיין במח"א הל' שומרים (סימן כ') שכוון בזה לדברי הבעה"ת ז"ל] ולפ"ז באמת היכא דלוקח חוזר ומוכר א"ל טול מעותיך כיון דאין המוכר חייב להחזיר לו המעות עד דלוקח מקבל מש"פ כיון דלוקח חוזר ממקח כמבואר, בה"ה (פ"ז ממכירה ה"ג) א"כ דומה לאומן די"ל דאף דהמוכר א"ל ללוקח טול, את שלך היינו דגלי דעתי' דאין רצונו לעכב המעות עד שיקבל הלוקח מש"פ ומש"ה הוי עדין ש"ח ומש"ה פסקו הרמב"ם והמחבר (בסי' קצ"ח) אם לוקח חוזר ומוכר א"ל טול מעותיך הוי עדיין ש"ח ומיושב מה שהקשה בזה התומים ז"ל. ולפ"ז הכא בפקדון שא"ל הנפקד טול מעותיך כיון דאין הנפקד יכול לעכב הפקדון א"כ כי אמר להמפקיד טול את שלך גלי דעתי' דמסתלק משמירתו ואין רצונו להיות אפילו ש"ת ומש"ה אפילו מפשיעה פטור, עכ"ד הגאון בעל דברי משפע ז"ל. והא דלא הוי ש"ש עדיין צ"ל משום דכבר א"ל טול את שלך תו אינו רוצה בהם כלל ולא ישתמש תו בהמעות ומש"ה לא הוי רק ש"ח וכן באומן ג"כ צ"ל כן כיון שכבר צוהו ליטלו תו ל"ה ש"ש רק ש"ת. ומעתה עפ"ד הדברי תשפט גם בשומר אבידה כיון שאמר הבעל האבידה הסימנים תו לא מצי המוצא לעכבו גם כן י"ל דמה שא"ל עול אבידתך היינו להסתלק משמירה לגמרי שלא יהי' גם ש"ח ואפילו מפשיעה פטור. מיהו זה הוא לפי דברי הבעה"ת הנ"ל אכן לשיטת התוס' דמחלקו רק בין אם הי' מקודם ש"ש אז אע"ג דא"ל טול את שלך נשאר עדיין ש"ח שפיר כתבתי בפנים דגם בשומר אבידה שבעל האבידה אחר הסימנים והמוצא א"ל טול את שלך נשאר עדיין ש"ת כיון דמקודם הי' ש"ש לר"י:

אמנם מה שי"ל בזה בהקדם מה שי"ל לכאורה בישוב קושית התומים הנ"ל על הרמ"א דאמאי פטור בפקדון גם מפשיעה והא הי' מקודם ש"ש וא"כ עדיין יהי' עכ"פ ש"ת וכמ"ש התוס' בב"מ שם. ולכאורה הי' אפשר לומר בזה לפמ"ש הש"כ (בסקי"ד) דהרמ"א שם במלוה מיירי לאחר הזמן ע"ש ואם גם בפקדון מיירי הרמ"א שם אחר עבור הזמן והיינו שקיבל שמירה עד זמן פלוני ועבר הזמן וא"ל הנפקד טול מעות פקדונך ועיין בזה בסמ"ע (סק"ח). וא"כ הא מבואר בחו"מ (סי' שמ"ג ס"ב) דשומר שכר לזמן כיון שכלתה זמנו כלתה שמירתו ואפילו הוא עדיין בביתו אינו עלי' אלא ש"ח עכ"ל וא"כ כיון דמיירי התם (בסימן ע"ד ס"ג) שכבר עבר הזמן א"כ גם קודם שאמר טול מעותיך ג"כ פקע מיני' שם ש"ש ולא הוה רק ש"ח כיון דעבר הזמן. ומש"ה כי א"ל אח"כ טול מעותיך תו גם

ש"ח לא הוי דהא קודם שא"ל טול מעותיך ג"כ לא הי' רק ש"ח וע"י שא"ל טול מעותיך תו גם ש"ח לא הוי ומש"ה שפיר כתב הש"ך בכוונת הרמ"א דפטור גם מפשיעה. אולם לאחר העיון אכתי יקשה קושית התומים ז"ל כפי סדר קושייתו דהתומים הקשה דהכא בפקדון דמיירי במעות מותרים דהי' מתחלה ש"ש א"כ עדיין ש"ת וחייב בפשיעה עיי"ש בתומים. והנה י"ל דאע"ג דש"ש שכלתה זמנו לא הוי רק ש"ח היינו כשהוא ש"ש על חפצים ומטלטלין דמה שהוא ש"ש הוא בשביל שקיבל שכר וכיון, שלא נשתעבד להיות בזה ש"ש רק עד כלות הזמן תו כיון שכלתה הזמן לא הוי תו ש"ש אבל הכא במעות מותרין אע"ג שכבר הוא אתר הזמן שקיבל עליו מ"מ כיון דהוא מעות מותרין ומותר עדיין גם אחר הזמן להשתמש בהמעות תו הוי ש"ש מכח ההיתר תשמיש דהא גם אחר הזמן מותר להשתמש בהמעות. וא"כ כיון דהוי גם אחר הזמן ש"ש שפיר הקשה התומים ז"ל בזה דכשא"ל טול מעותיך יהי' עכ"פ עדיין ש"ח:

ומעתה בשומר אבידה היינו שהאבידה הוא מטלטלין לפמ"ש בפנים הספר בד"ה והנה י"ל עוד כו' דכיון שאמר בעל האבידה הסימנים תו לא הוי רק ש"ת א"כ כשא"ל טול אבידתך תו י"ל דגם ש"מ לא הוי כיון שגם קודם שא"ל טול אבידתך לא הי' רק ש"ח וי"ל עוד בזה:

ועפ"י האמור י"ל עמ"ש המח"א בהל' שומרים (סימן כ') [שהבאתיו קצת בפנים] בש"ש שאמר להבעלים טול את שלך דלפ"ד התוס' ב"מ הנ"ל הוי עדיין ש"ח יעו"ש וי"ל באיזהו אופן מיירי המח"א אי בתוך הזמן הא מבואר בש"ע חו"מ (סי' רצ"ג ס"ה) דא"י לחזור השומר בתוך הזמן וכ"ה בסמ"ע (סימן ס"ד סק"ח) והמח"א עצמו בהל' שומרים שם (סי' י"ח) הביא פלוגתת הראשונים ז"ל בזה ולבסוף הביא דברי הריטב"א ז"ל דבין ש"ת ובין ש"ש אינם יכולים לחזור תוך הזמן עיי"ש ואם כן מה מועיל מה שאמר טול את שלך הא אף אם אמר בפירוש שאינו רוצה לשמור ג"כ אינו יכול לחזור בו בתוך הזמן. וע"כ מיירי המח"א ז"ל לאחר הזמן וא"כ הא גם קודם שא"ל עול את שלך ג"כ תו לא הוי ש"ש ורק ש"ח וכמ"ש בחו"מ (סי' שמ"ג ס"ב ובסי' ד"ש ס"ו) עיי"ש והמח"א שם (סי' י"ט) האריך בענין זה וא"כ כיון שגם מקודם שא"ל סול את שלך לא הי' עוד רק ש"ח כשא"ל אח"כ טול את שלך תו גם ש"ת לא יהי'. ואולי אפשר לומר דהמח"א לא מיירי שהוא אחר הזמן דהא המח"א (בסימן י"ט) מפלפל שאחר הזמן גם ש"ת תו לא הוי ומש"ה י"ל דהמח"א (בסי' כ') הנ"ל מיירי בשנתן לו לשחור סתם ולא קבע שום זמן דבכה"ג יכול לחזור שפיר כיון דלא קבע זמן ומש"ה שפיר כתב המח"א דכשא"ל טול את שלך י"ל אם עדיין הוי ש"ח כמ"ש התוס' בב"מ דהא מקודם שא"ל טול את שלך הוא ש"ש וכשא"ל

טול את שלך י"ל דנשאר עדיין ש"ח. וי"ל במ"ש הפתחי חשובה חו"מ (סי' שמ"ג סק"א) ובפ"ת (סי' רצ"ג סק"א) ועיין בהג"ה במח"א שם וקצרתי:

ועל מה שכתבתי עוד שם בד"ה אולי י"ל עוד כו' דתליא בשתי לשונות אליבא דר"י דלישנא קמא דהוי ש"ש מטעם פרוטה דרב יוסף לאתר שאמר טול את שלך הוי אכתי ש"ח עכ"פ אבל ללישנא בתרא דטעמא דרב יוסף דהוי ש"ש משום דרחמנא שעבדי' בע"כ לאחר שא"ל טול אבידתך תו לא שעבדי' רחמנא כו' כמבואר בפנים. וע"ז כתב אאמו"ר הרה"ג זצ"ל בזה"ל ומה שרצית לחלק בין לשונות דר"י בין לישנא קמא ול"ב אתמה מאוד וכי כל השקלא וטריא בנדרים (דף ל"ג) בסוגיא דמחזיר לו אבדתו אזלא ללישנא קמא וללישנא בתרא רשאי להחזיר לו אבדה כל כה"ג הי"ל לגמ' לפרש, ועוד בכל מקומות שם אמרינן פרוטה דר"י וכי ללישנא בתרא אזלא לה פרוטה דר"י. ועוד הי"ל לגמרא לפרש הנ"מ בין הני תרי לישני איזהו נ"מ שיהי'. אך תוכן הדברים לב' הלשונות יש כאן פרועה דר"י כי זה מוסכם דעוסק במצוה פטור מן המצוה לב' לשונות דר"י רק לל"ק אמרינן דהוה ש"ש משום פרוטה, דר"י כמו כל ש"ש בהנאה כ"ד הוי ש"ש ול"ב סברי אף אם תאמר דלא נימא לי' והוא בעה"ב טרוד בעסקיו אעפ"כ רחמנא שעבדי' בע"כ להיות ש"ש אף דלא ניחא לי' ושכרו יהי' פרוטה דר"י. ורבה אית לי' דפרוטה דר"י לא שכיח כלל רק רחמנא חייבו כחו שחייבו התורה לטרוח באבידה חייבו ג"כ לשמרו מפשיעה כי לולא זה מה טובה יהי' בהטפל באבידת חבירו להביא לביתו אם לא ישמרנה מפשיעה וז"ב ומה שמביא מהרש"ל בישש הנה אינו ת"י וגם המח"א אינו ת"י ואפשר לתרץ דבריהם עכ"ל אאמו"ר זצ"ל בזה:

והנה לכאורה הי' אפשר להביא ראי' לדבריו ז"ל מלשון התוס' בסוגיין (דף נ"ו ע"ב) בד"ה בההיא הנאה כו' וז"ל פסק ר"ח וה"ג דהלכה כרב יוסף משום דאמרינן באין בין המודר דכ"ע אית להו פרוטה דר"י כו' עכ"ל והרי הבאתי בפנים [או"ה אק"א] דברי הבה"ג בסוגיין בב"ק כשהביא פלוגתא דרבה ור"י כתב וז"ל ר"י אמר כש"ש ע"כ שעבדי' רחמנא והלכתא כר"י עכ"ל הבה"ג כפי שהבאתי שם. וא"כ ע"כ דללישנא בתרא ג"כ הטעם משום פרוטה דר"י דאל"כ מה קא מייתי התוס' בשם הר"ת והבה"ג ראי' דהלכה כר"י והא אם נימא דללישנא בתרא לא הוי הטעם משום פרוטה דר"י א"כ סוגיא דנדרים אזלא ללישנא קמא והאיך פוסק הבה"ג כלישנא בתרא וע"כ דגם לל"ב הטעם משום פרוטה דר"י וכמ"ש אאמו"ר ז"ל:

אמנם אנכי תמכתי יתדותי על המהרש"ל בישש בפרקין (סימן ט') שהבאתיו שם [באו"ה אק"א] רק שם קצרתי קצת בהעתקת לשונו הטהור והנני מוסיף כאן שכ' וז"ל

ואיכא דאמרי הכא סבר דאף ר"י לא חש להך פרוטה כו' והך סוגיא דא"ב המודר כו' אזלא אליבא דלישנא קמא וא"כ לפי האמת דהיינו לישנא בתרא דאף ר"י לא חש להך פרוטה בע"כ מוכרחים אנו לחלק כמו שחילק ר"י דהתם הוא דפליג דס"ס הנאה חטי לידי' אבל הכא בשביל מתנה מועטת לכ"ע לא נעשה ש"ש בכך ואף ר"י מודה בזה רק טעמא דילי' משום דשעבדי' רחמנא בע"כ כו' עיי"ש. הרי מפורש ביש"ש ז"ל דללישנא בתרא לא הוי הטעם כלל משום פרוטה דר"י וסוגיא דא"ב המודר אזלא רק ללישנא קמא ואם יהי' כלישנא בתרא ע"כ צ"ל כמו שחילקו התוס' בשם הר"י ומש"ה תמה הש"ש אהגאונים המביאים ראי' מסוגיא דנדרים דהלכה כר"י והא גם לל"ב ע"כ צ"ל כחילוק התוס' בשם הר"י ואם כן שוב י"ל דאזלא הסוגיא דנדרים גם לרבה יעוש"ה בש"ש בזה. ומ"מ מבואר מש"ש דלל"ב אין הטעם משום פרוטה דר"י והוא כדברי ודו"ק:

ועל מה שכתבתי [באק"ג] להעיר דבשומר אבידה הואיל דכתיב בי' השב תשיבם בעינן השבה מעליא ליד בעלים וכעין מ"ש הקצוה"ח (סי' קצ"ח סק"ה ובסי' ש"מ סק"ד) עיי"ש. וכ"ז שלא השיבה ליד בעליו הוה האבידה עדיין ברשות המוצא והוי שומר עלי' בין לרבה ובין לר"י כו' כמבואר בפנים. כתב בזה אאמו"ר הרה"ג זצ"ל לפקפק על דברי וז"ל ומה שרצית לומר עפ"י קצה"ח לחלק בין גזל לפקדון ודימה השבת אבידה לגזל ועפ"ז פשט ספיקתו דחייב עדיין בין לר"י בין לרבה תמה תמה אקרא על חכם כמותו יחדש דבר על סברא בדוי בלי ראי' מגמרא או מפוסקים או מאיזה חשובה וכי גרע אבידה מפקדון מכח השב תשיבם שיהי' מחויב להביא לביתו ואם לא ירצה בעל האבידה ליקח אח שלו רק ירצה להניח אצל מוצא האבידה יהי' צריך להיות שומר כל ימיו אתמהה. וליתר תוקף אביא ראי' מפריקה וטעינה דלא יאמר הואיל ועליך מצוה כו' ואם ישב בעל המשא פטור מלסייע מדכתיב עמו ובאבידה מחויב יותר. ועיין ברא"ש פ"ב דב"מ (סי' כ"ח) ג"כ כדמות ראי' דדוקא באין הבעלים שם תקנו לקבל שכר אבל אם הבעלים שם לא תקנו משום דאין החיוב עליו רק או להתנות שכר או למחול עכ"ל אאמו"ר ז"ל בזה. ולעד"נ דבודאי אם המוצא מחזירה ליד הבעלים והבעלים אינם רוצים לקבל בודאי בזה נתינה בע"כ שמה נתינה ומקיים בזה מ"ע דהשב תשיבם וכבר פקע לה כל החיוב שמירה ממנו. אבל אם אמר לו טול את שלך והוא לא נטלו כיון דלא רצה להחזירה לידו ממש רק שאמר לו שיטול בעצמו י"ל דלא קיים עוד בזה השב תשיבם ויש עליו עדיין קצת חיוב שמירה כנלע"ד שיש סברא לומר כן ואיני אומר קבלו דעתי בזה:

[ג] דף ס' ע"א או"כ אק"א הקשיתי ע"ד הרי"ף דפוסק ליבה וליבתה הרוח אם יש בליבוי כדי ללבותה חייב ואם לאו פטור כו' והא הרי"ף פוסק גרמי חייב. וכתבתי ליישב דזה

לא הוי אלא גרמא ולא גרמי. אלא שדחיתי זה מדברי הראב"ן הובא בש"כ (סי' חי"ת סק"ד) דמשמע מדבריו דהכא הוי גרמי. וע"כ כתבתי [באק"ב ואק"ג] לפלפל ולומר דבר חדש דשאני גבי ליבוי שאף אם הוא בעצמו המלבה ג"כ אינו עושה מעשה בגוף הדבר רק גרמא בעלמא כמבואר בפנים. וכעת עיינתי שנית וראיתי דהחילוק הראשון הנ"ל שכתבתי [באק"א] אן דהכא הוי גרמא ולא גרמי הוא הנכון כי כן מבואר להדיא ברא"ש ב"ק (דף צ"ח סי' י"ג) וז"ל ועתה יש ג' חלוקים כו' והשני הוא גרמא בנזקין ופטור לכ"ע דבפרק לא יחפור גבי מרחיקין את הסולם מן השובך פריך והא גרמא בנזקין הוא וכן לעיל בפרק כיצד (דף כ"ו ע"ב) זרק כלי כו' ובפרק שור שנגח את הפרה (דף מ"ז ע"א) הנותן סה"מ כו' כו' וליבה וליבתו הרוח קרי לי' גרמא לעיל בפרק הכונס כו' והשלישי דינא דגרמי דפליגי בהו ר"מ ורבנן כו' כגון ההיא דמסכך גפנו כו' ומראה דינר כו' כו' יעוש"ה ברא"ש הרי מפורש דליבה ולבתו הרוח אינו גרמי רק גרמא. וכן מצאתי במוהר"ם מרוטנבורג ז"ל (סי' שי"ן) וז"ל מאן דאין דינא דגרמי ר"מ אבל גרמא בניזקין לכ"ע פטור כדמשמע בכמה דוכתי סו"פ כיצד הרגל זרק כלי מראש הגג כו' בפ' הפרה כו' דהנותן סה"מ כו' וכן פ' הכונס כל הנהו דחשיב בגמרא דפטורי' מדיני אדם וכן המבעית את חבירו דהוי נמי גר"מ כו' עור פ' הכונס ליבה וליבתו הרוח פטור. וכיצד הרגל שיסה בו הכלב שיסה בו הנחש פטור כל אלה דיני דגרמי [נראה למעיין שטעות הדפוס הוא וצ"ל דיני דגרמא ודו"ק] הם בניזקין ופטור אבל מחיצת הכרם שנפרצה א"ל גדור וכן דן את הדין חייב את הזכאי ומראה דינר לשולחני ושורף שטרותיו של חבירו והמוכר שט"ח של חבירו כו' כל אלה דיני דגרמא הם וחייב כו' [גם בכאן נראה שהוא טעות הדפוס וצ"ל דיני דגרמי הם וחייב כנראה למעיין] עכ"ל. ומבואר דליבה וליבתו הרוח חושב המהר"מ מרוטנבורג ז"ל בין דיני דגרמא ולא גרמי. ואם כן א"ש בפשיטות כמו שכתבתי בראשונה בטעם הרי"ף ג"כ כן דאע"ג דפוסק גרמי חייב אבל בליבה וליבתו הרוח פטור משום דהוי גרמא. וכן משמע בלשון הרי"ף שם שסיים אבל הכא גרמא בנזקין הוא וגרמא בנזקין פטור וכן הוא לשון הש"ס. וכ"כ להדיא הש"כ (סי' שפ"ו סק"ד) וז"ל וס"ל דיש חילוק בין דינא דגרמי לגרמא וכ"ע מודו דגרמא בניזקין פטור כו' וכ"כ הרמב"ן בדיני דגרמי שלו ומשמע שם להדיא שגם דעת הרי"ף כן וכן מוכח באמת דעת הרי"ף סו"פ הכונס גבי ליבה ולבתה הרוח כו' עכ"ל. ומה שהקשיתי מדברי הראב"ן המובא בש"כ (סי' חי"ת סק"ד) כעת נראה דא"ש בפשיטות דהא הש"כ שם (סי' תי"ח סק"ד) כתב בשיטת הרמב"ם דליבה וליבתו הרוח גם אם אין בליבויו כדי ללבותה חייב משום דאזיל לשיטתו דפוסק דגרמי חייב והרמב"ם אינו מחלק בין גרמא

לגרמי ומש"ה אין הלכה בזה כהברייתא. והביא אחר כך דברי הראב"ן שכ"כ. א"כ דעת הראב"ן דגרמי וגרמא הכל אחד. אבל למאן דמחלק בין גרמי וגרמא הוי ליבה וליבתו הרוח רק גרמא. ומעתה אין צורך לתרץ דברי הרי"ף כמ"ש בפלפול [באק"ב ואק"ג] כי א"ש בפשיטות. אבל מ"מ גוף הסברא והפלפול ומה שכתבתי בפי' כוונת הראב"ן הוא נכון לע"ד ודו"ק בזה:

[ד] דף סמ"ך ע"ב אוכ"ד אק"א הבאתי דברי הפר"ד בשיטת רש"י ז"ל דהא דאמרינן דאסור להציל עצמו בממון חבירו אפילו לשלם אפילו דאיכא סכ"נ יעו"ש. והעיר ע"ז ידידי הרב החריף ובקי מו"ה צבי הירש נ"י מק"ק וואלי מהא דמסכת ב"מ (דף כ"ד ע"ב) ת"ש דאר"א מצא חבית יין בעיר שרובה עכו"ם מותרת משום מציאה ואסורה בהנאה בא ישראל ונתן בה סימן מותרת בשתי' למוצאה כו' וכי מאחר דאסורה בהנאה מותרת משום מציאה למאי הלכתא א"ר אשי לקנקנה ע"ש ואם אסור להציל עצמו בממון חבירו אפילו ע"מ לשלם אמאי לא קאמר הש"ס מותרת משום מציאה כגון שהמוצא חולה שיב"ס דאיסור הנאה ביי"נ מישרא שרי לי' והוצרך לומר מותרת משום מציאה דאי הי' אסורה לו משום מציאה הי' אסור לו אף שהוא חולה שיב"ס דאסור להציל עצמו בממון חבירו ואבידה זו אינה שלו ומש"ה קאמר דמותרת משום מציאה עכ"ד. ולעד"נ די"ל דאף לפמ"ש הפר"ד דאסור להציל עצמו במ"ח גם בע"מ לשלם מ"מ זה דוקא כשהוא ודאי ממון חבירו אבל כשהוא ספק וכגון הכא דדילמא של עכו"ם הוא אף אם היתה אסורה משום מציאה מ"מ לגבי חולה שיב"ס מותר להציל עצמו בזה כיון די"ל דשל עכו"ם הוא וי"ל בזה:

[ה] שם אוכ"ד אק"ג כתבתי ליישב הקושי' בפתחי שערים לשיטת התוס' דעל דעת לשלם מותר להציל עצמו במ"ח א"כ בהא דיומא (דף פ"ג) בטבל ותרומה דפליגי בן תימא ורבנן דכתב הר"ן שם דמיירי שאין הבעלים לפנינו דאל"כ הרי יכולין לתקן. וקשה הא כיון דנותנין לו בלי ידיעת הבעלים מפני פק"נ וע"מ לשלם תו הוי לקות ופטור עכ"ד. וכתבתי ליישב והוא דניהא דמותר לו לאכול בשל חבירו בלא ידיעת הבעלים מכח פק"נ אם הוא ע"ד לשלם מ"מ שלו לא מיקרי שיהי' לו זכות בו שיוכל להפריש ממנו תרומה כו'. וכעת נראה לעשות סמוכין לזה מפי' הרא"ש על מסכת נדרים (דף מ"ג ע"ב בד"ה כל שלשה ימים יכול לחזור בו ולומר אני חוזר בי ממה שהפקרתי ושוב אין אדם יכול לזכות בו הילכך אפילו קודם שחזר בו אין שם הפקר עליו אם אכל ממנו אדם ולא כוון לזכות מן ההפקר חייב במעשר כו' עכ"ל הרי אף דרשאי לאכול ואכלו מ"מ משכחת לה דלא הוי שלו לענין תרומה והתם הוי לענין שלא נפטר מתרומה וה"ה הכא נמי לענין שיהי'

יכול להפריש ממנו תרומה וממילא תו לא הוי לקוח להיות פטור מן המעשר והוא קצת דוגמא לזה שכתבתי:

פרק מרובה:

[א] דף ס"ב ע"ב או"א אק"ג במ"ש ולולא דמסתפינא הייתי אומר דאפילו אם קנה שלמים במעות מע"ש ג"כ לא חל קדושת מעשר כלל ורק קדושת שלמים לבד הוא דאיתא על הבהמה כו' וע"ז העירני ידידי הרה"ג כו' מו"ה מאיר דן נ"י אבד"ק דוואהרט במכתבו אלי למה לא הבאתי דברי הרמב"ם במקומו (בפ"ז מהל' מע"ש הי"ח) לקח בהמה לשלמים ונפל בה מום פקעה ממנה קדושת מעשר ופודה אותה ואין הדמים מעשר ואעפ"כ אם לעצמו מוסיף חומש עכ"ל ומבואר בהדי' כן. הנה באמת גם בעיני יפלא איך שכחתי תוכ"ד דברי הרמב"ם הללו בעידנא דעסיקנא בי' שהרי הבאתי דברי הרמב"ם שם (בהי"ט) ות"ת לכת"ה שי' בזה. והנה מה שהקשה עוד הרב נ"י בזה דלר"מ דסובר המקדש במע"ש אינה מקודשת הא יש לו זכות לקנות עבורו שלמים ולריה"ג דקק"ל ממון בעלים הרי תו יש לו זכות בו אף בהיותו מעשר וכתב לתרץ עפי"ד ספר תפארת מנחם דכיון דבאמת בקידושין בעינן כסף רק דגם ש"כ ככסף והוא מטעם דיכול למכרו בעד כסף ומע"ש אינו, רשאי למוכרו תו לא אמרינן בי' ש"כ ככסף ולא מצי לקדש בו והאריך קצת בזה. הנה אין לי הספר הנ"ל לעיין בו ובגוף קושייתו הנ"ל י"ל הואיל דאסור לו להפקיע ממנו קדושת מעשר ורק דרשאי לקנות שלמים להקריבם ואז נפקע ממנו ממילא קדושת מע"ש אבל כ"ז שלא קנה השלמים אין לו בהם שום זכות למ"ד מע"ש ממון גבוה הוא:

ובהיותי בזה נלע"ד כי נוכל להבין דברי הרמב"ם ז"ל הנ"ל במה שהשיג עליו הראב"ד ז"ל א"א מאי אע"פ אטו שלמים דעלמא שהוממו ופדאן מי לא מוסיף חומש בשביל הקדשים עכ"ל ועיין בכ"מ מ"ש בזה:

ולעד"נ דנוכל לומר בכוונת הרמב"ם ז"ל דהי' סברא לומר דהא באמת הי' מע"ש והי' ממון גבוה ולא הי' להבעלים שום זכות בו וניהא דחל עלה שם שלמים עפ"י דיבורו מ"מ הוי סברא לומר דלאו שם בעלים עלה כלל וא"כ לא ליצטריך להוסיף חומש כלל וקמ"ל הרמב"ם ז"ל דניהא דפקע שם מע"ש מינה מ"מ חייב להוסיף חומש על השלמים דשם בעלים עלה דכמו כשהי' מע"ש דממון גבוה הוא אפ"ה מוסיף חומש על פדיונו הה"נ כשפקע שם מעשר מינה ונעשה שלמים ג"כ שם בעלים עלה ומוסיף חומש:

ואציין שיש בפנים הספר טעות הדפוס בדפי הספר א' ע"ג שורה ד' קדושת שמעינן. צ"ל קדושת מע"ש. ובשורה ה' עכ"פ מע"ש. צ"ל עכ"פ שמעינן: [ב] שם ע"ב או"ד אק"א

במ"ש לתרץ קושית התוס' ל"ל תרי קראי למיפטר הקדש דצרכינן חד קרא למיפטר גם כי שאלו הבעלים אח"כ על ההקדש. והעיר ע"ז ידידי הגאבד"ק דוואהרט הנ"ל בחכמה עפ"י מ"ש לתרץ קושי' חותני הגאון המנות ז"ל בספרו פתחי שערים ח"ב במהדו"ב (על דף צ"ט) בד"ה כך תיקנו משיכה בשומרים ז"ל ק"ל על הא דאיתא בר"פ מרובה ממעיט הקדשות מכפל ומשומרים בהזהב (דף נ"ו) דכתיב רעהו ולא של הקדש וקשה לפמ"ש התוס' בעירובין (דף פ"א ע"ב) דבהקדש ל"ש משיכה דכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא ומה"ט י"ל ברש"י ב"ק (דף ס"ו) ד"ה דגזל קרבן דחברי' וקרבן אינה נגזלת משום דל"ש בי' הוצאה מרשות לרשות דכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא וא"כ ל"ל מיעוט מרעהו כו' ע"ש וכתב הרב הנ"ל ליישב הקושי' משום דמעל הגנב בלקיחתו ויצא לחולין וע"כ דוקא בשוגג אבל במזיד באמת לא משכחת כלל גונב הקדש ופירש בזה כוונת הראב"ד (בפ"ב מהל' גניבה ה"א) עמ"ש הרמב"ם דגונב נכסי הקדש אינו משלם אלא הקרן בלבד כ' הראב"ד דגונב נכסי הקדש משלם קרן וחומש ואשם שהרי מעל עכ"ל ודילמא מיירי הרמב"ם בגונב במזיד שידע שהם הקדש וכתב דבמזיד לא הוי גנב כלל דכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא וע"כ מיירי רק בשוגג שלא ידע שהוא הקדש ושפיר כתב הראב"ד דחייב קרן וחומש ואשם שהרי מעל ועפי"ז דחה תירוצי הנ"ל דכשמעל הגנב יצא לחולין תו לא משכחת בי' שאלה כלל עכ"ד הרב הנ"ל ודבר חכמה אמר בזה:

אולם באמת גם דבר זה אם לא יועיל שאלה אחר שמעל בו אחר עדיין אינו ברור כ"כ וי"ל דתליא בפלוגתא שבין הרשב"א והר"ן במס' נדרים (דף פ"ה) אם יכול לשאול על הקונם אחר שזכה בו אחר מההפקר יעו"ש:

ואולי י"ל גם לשיטת הר"ן ז"ל שם דוקא היכא דזכה בה אחר לא יוכל הלה בשאלתו להפקיע קנין ממונו של הזוכה אבל גבי מעילה בהקדש שפיר י"ל דמועיל שאלה ויפטור באמת מקרבן מעילה ומינח ניחא לי' להמועל בזה ולא מצאתי עוד מפורש דין זה שלא יועיל שאלה אחר שמעל בה:

וגם בעיקר הדבר אם הגנב מעל במה שגנב לפי הנראה מדברי הרמב"ם והראב"ד (בפ"ו מהל' מעילה ה"ח) איפלגי בזה הרמב"ם והראב"ד דהראב"ד הוא דסובר כן אבל שיטת הרמב"ם נראה דלא מעל בזה אא"כ נהנה או הוציאו לחולין ודבר זה צריך ביאור רחב בשיטת הרמב"ם ואכ"מ והנני סומך בזה על ספר ערוך לנר במס' כריתות (דף י"ג ע"ב) על תוד"ה ארבע חטאות בדיבור האחרון שם שכתב שביאר כבר כן. וא"כ דברי הרב נ"י עולים יפה הראב"ד לשיטתו אבל לא לשיטת הרמב"ם:

ובר מן דין לסברא זו דהגנב מעל בה יקשה כקושי' התוס' ביתר שאת דגם חד קרא לא צרכינן למעט גונב הקדש מכפל כיון דמעל בה הגנב ויצא לחולין ונעשה שלו וא"כ נראה דגם לולא דמיעטו קרא היינו יודעין מצד הסברא דפטור מכפל כיון דפקע בזה שם הבעלים הראשונים ואי נימא לענין מזיד שהגנב ידע שהוא הקדש יקשה תו קושית חותני הגאון ז"ל דהיכא משכחת לה כלל גונב הקדש דכל היכא דאיתא כו':

ובעיקר קושי' חותני הגאון ז"ל בפ"ש הנ"ל תה"ל שגם אנכי הקשיתי כן לקמן בב"ק (על דף ע"ת ע"ב) [אוקל"ב] ותירצתי בקצרה בפשיטות ואבאר כעת יותר והוא דאטו גנב דעלמא יש לו איזהו קנין במשיכתו ורק דהתורה חייבה כפל על מעשה המשיכה ועיין רש"י ב"מ (דף מ"א ע"א) ד"ה הא לא משכה בשליחות יד כדי לקנותה ומטלטלין אינן נקנין אלא במשיכה לא במקח ולא לענין גזל אלא לענין שליחות יד כו' ובתוד"ה הא לא משכה כו' אלמא דבעינן דוקא שיעשה משיכה אעפ"י שאינו קונה במשיכה זו וכן נמי חזינן לענין חיוב דו"ה אף דלא אהני מעשיו ולא קני הלוקח כגון שהוא לפני יאוש ג"כ סובר ר"נ בב"ק (דף ס"ח) דחייב דו"ה ואף לרב ששת דסובר לענין חיוב דו"ה דבעינן דוקא אהני מעשיו מ"מ לענין חיוב כפל דבודאי לא אהני מעשיו ואפ"ה חייב כפל והה"נ גבי הקדש היינו אומרים כן אי לאו דגלי קרא לפטור גונב הקדש וז"פ לע"ד וא"צ לפנים:

ומעתה א"ש תירוצי הנ"ל דהא לפ"ז שייך שפיר גניבה בהקדש אף במזיד דלא יצא לחולין ומשום דאף דבי גזא דרחמנא איתי' מ"מ לולא הקרא הי' מיחשב גניבה ע"י משיכתו וכנ"ל וא"כ תו איצטריך קרא הב' על היכא דשאל אח"כ על הקדשו והיינו כשהגניבה הי' במזיד דלא יצא לחולין ועדיין יכולין הבעלים למיתשל:

והנה לפי האמור יש ליישב קושי' התוס' הנ"ל באופן אחר והוא דאי לא הוה כתוב רק חד מיעוטא למעט הקדש מכפל הו"א דוקא באופן שמעל הגנב כגון שהי' שוגג בהקדש דהואיל דמעל ויצא לחולין אז הוא דפטור מכפל ומשום דתרי חיובי על חד ממונא לא אמרינן וכעין מה דאיתא במס' ב"ק (דף ק"ח ע"א) תרי גווני ממונא קאמר רחמנא דלא לישתלמו אחד ממונא כו' אבל היכא דהוא במזיד דליכא מעילה הו"א דמשלם כפל ומדכתיב עוד מיעוט אחר לאשמועינן דלעולם ליכא תשלומי כפל בהקדש בין איחייב קרבן מעילה בין באופן דליכא מעילה ודו"ק:

הנה כתבתי הפלפול הזה לאאמו"ר הרה"ג והשיבני בפלפול על הנ"ל ואעתיק כאן דברי אאמו"ר הרה"ג ומה שנלע"ד לפלפל גם על דבריו היקרים אלי. וזה"ל של אאמו"ר זצ"ל:

בענין הספק אם יוכל לשאול על ההקדש לאחר שמעל בה אחר ועיקר הספק הוא משום דכיון דמעל יצא לחולין משמע אבל אם לא מעל בודאי דיוכל לשאול על הקדשו. ולדידי

אפילו אם לא מעל בה כגון במזיד שגזל או גנב הקדש מחבירו ג"כ אינו יכול לשאול על ההקדש ועיין בח"מ (סי' רנ"ה סק"ו) מביא הש"כ כת הראשונים דבנמסר לגיזבר או תרומה ביד כהן לא מהני בי' שאלה והטעם הואיל דלא אתי דיבור ומבטל מעשה עיי"ש וא"כ ק"ו בגזל או גנב הקדש והוא ברשות הגזלן והגנב דאינו יכול לשאול על הקדשו דמה אם הוא ביד הגיזבר או ביד הכהן אף שרוצים להחזירו לבעה"ב א"י לשאול מכ"ש כי איתא ביד הגנב והגזלן ואינן רוצין להחזיר האיך יהי' יכול לשאול על דבר שאינו ברשותו ואף דאין לכנות הגנב או הגזלן בשם גיזבר כיון דלוקחו לעצמו לשם גניבה וגזילה רק כוונתי לפ"ד הש"כ שהבאתי להקדמה כיון שנעשה מעשה אחרת לא מהני שאלה וע"ז הביא הש"כ תשובת הרב רבינו בצלאל דאחר מעשה אינו מועיל שאלה והכא נמי י"ל כיון דמ"מ כבר הוא ביד הגנב והגזלן י"ל דל"מ שאלה הגם שידעתי שרבים חולקים על הש"כ עיין בנוב"י מה"ת חיו"ד סי' קנ"ד וח"ס נמי חולק על הש"כ אך אני בניתי יסוד על דברי הש"כ ויש לי כמה ראיות עוד אך לא רציתי להאריך בענינים אחרים רק לפשוט ספיקתך אם מהני שאלה כשהוא ביד הגנב או הגזלן ואף לדברי הנוב"י הנ"ל נמי יש לפשוט:

וליתר תוקף אביא ראי' שהאחרונים חקרו אם תרומה ביד בעה"ב נטמא בשני או בגזירת י"ח דבר מה שבחולין טהור ואם. ישאל על התרומה ממילא פקע הטומאה מהתרומה ופשטו ג"כ מהש"ך הנ"ל ועיקר אין אחר המעשה כלום כמ"ש הש"כ וכמו שהבינו האחרונים:

ועוד ק"ו דהרי אין הבעלים יכולין להקדיש שלו כשהוא ביד הגזלן והגנב הואיל דאינו ברשותם מכ"ש דאינו יכול להפקיע מן ההקדש אם אינו ברשותו:

וגם עיקר הספק הנ"ל אם מועיל שאלה לאחר שמעלו בה שייך דוקא בבהמה וכלי שרת דיש בה מועל אחר מועל אבל אם כשמעלו בה נפיק לחולין וא"צ תו שאלה כלל וא"כ לפ"ז נסתר התירוץ שלך על קושי' התוס' הנ"ל עכ"ד אאמו"ר הרה"ג בזה:

ולע"ד כיון דלא שייך לומר שהגנב והגזלן יהיו מכונים בשם גיזבר שיהי' שייך לומר בזה כיון שבא ליד גיזבר אין לו שאלה עוד והרי גם בענין זה אם יכול כל אדם להיות מעצמו גיזבר על הקדש וצדקה איפלגי בזה הראשונים נ"ע הבעה"מ והרמב"ן במלחמות פ"ד דב"ק (דף ל"ו) שם ולפי הנראה מדברי הבעה"מ שם בעינן דוקא גיזבר קביע אז לא מהני בי' שאלה באתא ליד הגיזבר הקבוע ודעת הרמב"ן ז"ל דכל אדם יכול להיות מעצמו גיזבר על הקדש וצדקה ומבואר בארוכה בפנים הספר (על דף ל"ו) [או"ד מאקי"ז ואילך ובא"ו אכ"ט]. אבל כל זה דוקא אם לקחו בשביל ההקדש והצדקה לעניים אבל לא היכא דהוא

גנב וגזלן ולקחו לצורך עצמן האיך נוכל לכנותו בשם גבאי שלא יהיו הבעלים יכולין לשאול עלה וכמ"ש ג"כ אאמו"ר הרב בזה דאין לכנותו בתורת גבאי ורק משום דנימא משום דהוא אינו ברשותו של הבעלים לא יכולין לשאול ולכאורה משמע כן בש"כ יו"ד (סי' רנ"ח סקי"ח) שכתב שם בתירוץ הראשון דכיון שאותו סלע לא הי' ברשותו אפילו אי לאו טעמא דיד עניים אנן ג"כ לא הי' מהני שאלה הואיל דאינו ברשותו יעו"ש ויש לדייק מלשון הש"כ ז"ל ולומר דכל שאינו עוד ברשות הבעלים תו אין הבעלים יכולין לשאול עלה וא"כ או נוכל לומר דגם כשהוא ביד הגנב והגזלן ג"כ אין הבעלים יכולין לשאול על הקדשן כיון שאינו ברשותו וכסברת אאמו"ר. אבל כבר הארכתי שם [בא"ו אק"ט] כי לא אדע מנין לרבינו הש"כ דבר זה ופירשתי כוונת הש"כ עפי"ד הרמב"ן ז"ל דהחובל נעשה עליו גבאי אבל כ"ז אם אין החובל רוצה להחזיקו לעצמו אבל היכא דגזלו לעצמו דבודאי דלא נופל עליו שם גבאי כלל וכנ"ל ואין זה ענין כלל לאתא ליד גיזבר דלא ליהני בי' שאלה כנלע"ד:

ומ"ש אאמו"ר דמ"מ כיון שהוא עתה ביד הגנב והגזלן מיקרי שנעשה בו מעשה ומדמה לה לתרומה שנטמאת בשני ונשאל עלה דל"מ השאלה לטהרה: הנה גוף הדבר בתרומה שנטמאת שמביא אאמו"ר מהאחרונים לא מצאתי כעת מקומו ורק נאמן עלי אבא אאמו"ר שראה כחוב כן. אך לפ"ד האחרונים ג"כ נראה דאין לדמות זל"ז דהתם הוה הספק רק אם נטהרה התרומה כיון דנעשה חולין למפרע אבל השאלה הועילה ונעשה חולין למפרע וא"כ ה"נ ניהו שהוא ביד הגזלן מ"מ י"ל דמהני שאלה. וגם עוד יש חילוק בזה דהתם איתעבד המעשה בגוף התרומה שנטמאת אבל הכא לא נעשה מעשה בגוף הדבר ורק שהוא ברשות אחר:

אח"ז ראיתי בשו"ת שואל ומשיב מהדורא תנינא ח"ג (סי' ע"ה) הביא הספק הזה בשם הגאון המנוח בעל בית יצחק זצ"ל אם נשאל על התרומה אם השלישי נעשה טהור יעוש"ה. וראיתי בשו"מ שם שכ' דאיך אפשר שהתרומה תטמא ואם יכנס למקדש יתחייב ואח"כ כשישאל על התרומה נמצא למפרע הוא טהור יעוש"ה ול"ז להבין ד"ק ז"ל דבמאי קמיירי אם כשהאדם נגע בה ונכנס למקדש הא אין אדם וכלים נטמאין אלא מאב הטומאה ואף אם האדם אכל האוכלין טמאין ג"כ הוא רק טומאה מדרבנן מלבד אכל נבילת עוף טהור עיין במס' שבת (דף י"ג ע"ב) וברש"י ד"ה האוכל כו' עייש"ה וא"כ גם כי לא נשאל האיך חייב על ביאת מקדש, וגם מ"ש עוד השו"מ זצ"ל להעיר לענין קידושין אם קידש האשה בתרומה טמאה זו לא תהי' מקודשת ואח"כ כשנשאל יחולו הקידושין עיי"ש ויש לעיין בזה דהא אף אם לא נטהרה מ"מ כיון דנעשה חולין למפרע

הוי חולין טמאין וג"כ שוה פרוטה א"כ הי' למפרע חולין טמאין ושוה פרוטה ותהי' מקודשת. אלא שי"ל כיון דבשעת מעשה הקידושין לא הי' שוה פרוטה ולא סמכה דעתה דאשה ואינה מקודשת ניהו דנשאל ופקע שם תרומה למפרע וגם אם נימא דנטהרה מ"מ בשעה שקידשה אכתי לא איתשל ויש להסביר עפי"ד הפוסקים ז"ל דאם בשעת הקידושין סבורין העדים שקרוב לו אינה מקודשת דהוי כמקדש בלא עדים ויעוין נוב"י מהדו"ק אה"ע (סי' נ"ח) ומהדו"ת (סי' ע"ז) וה"נ כן ודו"ק: עוד כתב אאמו"ר הרה"ג בזה בישוב קושי' הפתחי שערים ז"ל ואבאר קצת דבריו בהוספת נופך קצת והוא דהנה משיכה ברה"ר דקיי"ל דלא קנה לענין קנין עיין במס' כתובות (דף ל"א ע"ב) דמבואר שם דלא הוי משיכה גם להתחייב הגנב באונסי הגניבה ולרבינא דאמר שם משיכה ברה"ר מחייבו לגנב באונסין דחשיב משיכה כתבו התוס' ד"ה וברה"ר בשם הריצב"א ז"ל דטעמא דרבינא דס"ל דמשיכה ברה"ר קונה גם לענין קנין בעלמא אבל למאי דקיי"ל דמשיכה ברה"ר ל"ק לא חשיב משיכה גם לגנב להתחייב בזה וכ"כ התוס' ב"ק (דף ע"ט ע"א) בד"ה או עיי"ש ועיין בשמ"ק ב"ק (דף ע"ט ע"א) בד"ה אבל גנב [והבאתיו ב"ה בפנים שם [אוקמ"ג]] דנקיט כן בהדי' ועיין עוד בשמ"ק ב"ק (דף ע"ט ע"ב) גבי ראוהו שהטמין בחורשין שין בד"ה א"ר אלעזר כו' באה"ד דחורשין מיחשב כסימטא וקני' בי' משיכה עיי"ש הא משיכה ברה"ר פטור ולא הוי גנב בהכי ועיין בב"ק (דף נ"ו ע"ב) הוציאוה ליסטים לסטים חייבין וברש"י ד"ה ולסטים נמי דהכישוה היינו משיכה דידה ולכאורה י"ל הא במשיכה ברה"ר לא מיחשב גנב ופשוט משמע שם דמיירי אף ברה"ר. אולם באמת המעיין בשמ"ק שם ד"ה בלסטים במ"ש בשם הר"ר יונתן ז"ל נראה דמיירי התם בסימטא דקונה בה משיכה וי"ל בזה, ועיין ג"כ בחו"מ (סי' שמ"ח ס"ד בסמ"ע ובסי' שנ"א בסמ"ע סק"ג) להלכה דבמשיכה ברה"ר פטור מכפל וכ"כ המלמ"ל (פ"ב מגניבה הט"ז) בשיטת הרמב"ם ז"ל עיישי"ה. אולם דעת התוס' כתובות הנ"ל ד"ה וברה"ר בשם הר"י דרבינא מחלק דאע"ג דמשיכה ברה"ר אינו קונה לענין קנין בעלמא מ"מ חשיב הוא להיות גנב בזה להתחייב באונסין עיי"ש. ועיין בשמ"ק כתובות שם ד"ה אבל זורק כו', ועיין עוד בשמ"ק שם בד"ה אורחי' הביא בשם הרמב"ן ז"ל ג"כ כמ"ש התוס' בשם הר"י ז"ל הנ"ל והובא בשעה"מ (פ"ג מהל' גניבה ה"ב) בד"ה וראיתי להרב לח"מ כו' והשעה"מ שם כתב כן נמי להלכה בשיטת הרמב"ם ז"ל שם דאע"ג דקיי"ל משיכה ברה"ר לא קני מ"מ הוי קנין להיות גנב להתחייב באונסין עיי"ש. והנה י"ל לשיטת הראשונים ז"ל דאע"ג דמשיכה ברה"ר לא קני לענין קנין בעלמא מ"מ הוי משיכה שיתחייב הגנב באונסין א"כ י"ל דמיחשב ג"כ משיכה שיתחייב הגנב בכפל וא"צ רק

מעשה הקנין ומכיון שעשה הגנב המשיכה אע"ג שהי' ברה"ר שאינו מקום שקונה בו המשיכה מ"מ כיון שעשה מעשה המשיכה הוי גנב להתחייב כפל בהכי דכמו דחשיבה משיכה ברה"ר לענין אונסין כן נמי לענין כפל וי"ל בזה. ומעתה הה"נ משיכה בהקדש אע"ג דלא שייך גבי' משיכה דכ"ה דאיתי' בי גזא דרחמנא איתי' וכקושי' הפ"ש ז"ל הנ"ל מ"מ חשיב משיכה לגנב להתחייב על ידה בכפל ובאונסין משום דעשה מעשה המשיכה דלא גרע ממשיכה ברה"ר ומש"ה איצטריך קרא למעט הקדש מכפל:

ויש להוסיף עוד בזה ולומר דאף לשיטת הראשונים ז"ל דמשיכה ברה"ר דאינו קונה לענין קנין ה"נ לא הוי משיכה לענין גניבה מ"מ י"ל דבמשיכה בהקדש מודו דדוקא במשיכה ברה"ר דגוף המשיכה גריעא משום דהוא במקום שאינו ראוי לקנין משיכה הוא דלא חשיבא כלל גם לענין גניבה אבל במשיכה בהקדש דגוף המשיכה הוא משיכה מעליא ובמקום הראוי רק משום דכ"ה דאיתי' בי גזא כו' מש"ה לא מיקרי משיכה כיון דעדיין ברשות ההקדש תו שפיר י"ל כיון דמעשה המשיכה הוא משיכה מעליא ובמקום הראוי הי' הו"א שמיחשב משיכה לענין גנב עכ"פ ויתחייב כפל להכי איצטריך קרא למעט הקדש מכפל. והא דכתב רש"י בב"ק (דף ס"ו ע"ב) ד"ה ל"א דגזל כו' דקרבן אינה נגזלת דכ"ה דאיתי' בי גזא דרחמנא איתי' עיי"ש הרי דלא הוי משיכה קנין לענין גזילה והה"נ בגניבה. י"ל בזה דבלא המיעוט הקדש מכפל הו"א דמיחשב משיכה עכ"פ לענין גניבה אבל כיון דמעטי' רחמנא הקדש מכפל באמת נימא דהוא מה"ט וקמ"ל קרא דאין משיכה בהקדש גם לענין גנב. וי"ל עוד בזה דדוקא ענין אונסין וכפל הוא דמיחשב משיכה אף דכ"ה דאיתי' כו' אבל התם דמיירי לאחר יאוש שיקנה הגזלן שיהי' שלו הוא דוקא אם הגזלן עשה בו משיכה גמורה שיהי' הגזילה מיקרי ברשותו שיקנה אותו אח"כ ביאוש ומשיכה דהקדש לא מהני לענין יאוש דכ"ה דאיתי' בי גזא כו' [ועיין עוד בתוס' ב"ק (דף ס"ט ע"א) בד"ה כל שלקטו בענין אם צריך הגזילה להיות ברשות הגזלן בשעת היאוש ומ"ש בעזה"י [בק"א] לעיל [ובפ"א אות ל"ו] (על דף י"א ע"א) בזה] ודו"ק:

שוב ראיתי בפתחי שערים שם במהדו"ב (על דף צ"ט) בד"ה עוד אפשר לומר כו' ובד"ה עוד איתא כו' שמפלפל ג"כ בענין זה דלרבינא יש חילוק בין קנין ובין חיובא דגנב לענין אונסין וכוון בדבריו ז"ל למ"ש השמ"ק כתובות (דף ל"א) שם ובשעה"מ (פ"ג מהל' גניבה ה"ב) הנ"ל. וכן בשומרין שכתבו התוס' ב"מ (דף צ"ע ע"א) בד"ה כיון כו' דמשיכה ברה"ר חשיבא להתחייב לשומרין באונסין יעוש"ה בפ"ש וחידוש על הפ"ש ז"ל שלא העיר בעצמו בזה ליישב קושייתו הנ"ל שהקשה שם בד"ה כך תקנו כו' דבהקדש ל"ש משיכה דכ"ה דאיתי' כו' והרי לפי האמור א"ש וכנ"ל וכן בשומרים שייך ג"כ משיכה בהקדש

להתחייב באונסין ועיין עוד בתוס' ב"ק (דף נ"ו ע"ב) ד"ה פשיטא. והנה ראיתי בפ"ש שם שכתב לחלק דדוקא לענין חיוב אונסין בגניבה הוא דס"ל לרבינא דמשיכה ברה"ר מהני אבל לא לענין כפל עיי"ש. ולפ"ד נסתר התירוץ הנ"ל על קושייתו. אך אם נימא דגם לענין כפל מהני לרבינא משיכה ברה"ר א"ש היטב ואין להאריך עוד בזה: והנה תמצית הדברים העולה מדברי אאמו"ר כמו שכתבתי לעיל דעיקר צריך הגנב לעשות רק מעשה הקנין המועיל במק"א ומש"ה אע"ג דהכא ל"מ המשיכה משום דכ"ה דאיתי' בי גזא כו' מ"מ עשה מעשה הקנין והו"א דחייב בכפל. וכה"ג מצינו בתוס' מס' מעילה (דף י"ח) סוד"ה ואומר וז"ל ועוד יש שינוי אחר בלא שום הנאה כגון שינוי מרשות לרשות שמוציא מרשות הקדש ומכניס לרשות הדיוט כגון מכירה ונתינה והשאילה ומיד שנשתנה לרשות הדיוט דהיינו שעשה בה ההדיוט מעשה שחשוב זכי' וקנין מהדיוט להדיוט אעפ"י שלא נהנה כו' עכ"ל הרי מצינו כה"ג דעיקר הוא מעשה הקנין אף שלא מועיל הקנין בזה וה"נ דכוותי' ודו"ק:

עוד כתב אאמו"ר הרה"ג בזה וז"ל ובר מן דין יש ליישב קושי' הפ"ש הנ"ל שמביא מתוס' עירובין הנ"ל חדא דתוס' דתו סברא זו אף לר"ל ועוד דאף לסברא זו י"ל דהיינו בענין מכירה ל"ש משיכה כיון דכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתי' ומה לי דההקדש הוא אצל זה או אצל זה אבל בגנב וגזלן ל"ש סברא זו דמשיכה ל"ק מכח סברא זו כיון דהגנב אינו רוצה להחזיר בודאי רחמנא לא ניחא לי' שיהיה ביד הגנב ומצינו סברא זו בשומר שמסר לשומר פטור ואם הוחזק פעם כפרן חייב דלא ניחא לי' לבעה"ב שיהי' אצל השומר השני מכ"ש בנ"ד שגנב הקדש בודאי דלא ניחא לי' למרייהו דלהוי גבי גנב כנ"ל. וא"כ אין כאן התחלת קושי' דודאי משיכה בהקדש מיחשב קנין לענין גנב והוצרכה התורה למעט מכפל אך מדברי רש"י בב"ק (דף ס"ו ע"ב) ד"ה דגזל כו' בל"א שם נראה כהפ"ש לכאורה ודו"ק עכ"ד אאמו"ר הרה"ג בזה:

הנה לעיל כתבתי בענין אם גונב הקדש מעל דאיפלגי בזה הרמב"ם והראב"ד דלהרמב"ם לא מעל ורק הראב"ד, ס"ל דמעל כמבואר בראב"ד (בפ"ו מהל' מעילה ה"ח) ושכ"כ בספר ערוך לנר על מס' כריתות (דף י"ג ע"ב): ועיינתי עוד בזה ונלע"ד לדקדק מלשון הרמב"ם ז"ל דסובר ג"כ בזה כהראב"ד ועוד ראשונים דגוזל הקדש בשוגג שהי' סבור שהוא של הדיוט וגזלו מעל ולפי שהוא ענין עמוק צריך אנכי להאריך קצת בזה:

הנה במס' מעילה (דף כ') במתני' נטל אבן או קורה של הקדש לא מעל נתנה לחבירו הוא מעל וחבירו לא מעל ובגמרא מ"ש הוא ומ"ש חבירו אמר שמואל בגיזבר המסורות לו עסקינן ופירש"י ותוס' דקושי' הש"ס מ"ש רישא דנטל אבן או קורה של הקדש לא

מעל ומ"ש סיפא כי נתנה לחבירו מעל הנותן וחבירו המקבל לא מעל ומשני הש"ס דמיירי בגיזבר דמש"ה כי נטלה לעצמו לא מעל כלל משום דעדיין הוא ברשותו כמו שהי' מקודם שכ"ז שהוא ברשות הגיזבר הרי הוא עדיין ברשות הקדש כבתחילה אבל כי נתנה לחבירו הרי הוציאו מרשות הקדש ומעל הגיזבר הנותן וחבירו המקבל לא מעל כי כבר יצא לחולין. והנה רש"י ז"ל כתב הלשון בגיזבר המסורות לו אותו אבן או קורה עסקינן דכי נטלו הוא עדיין ברשותו הם וברשות הקדש הם כבתחילה כו' וכ"כ התוס' בד"ה נטל וז"ל שאינן יוצאין לחולין בנטילת הגיזבר לפי שאינו מוציא מרשות הקדש בנטילתו שכל זמן שהוא ברשות הגיזבר הרי הוא ברשות הקדש עד שיוצאה מרשותו וכ"כ הרע"ב שם במשנה וכי נטלן לעצמו עדיין הם ברשות הקדש דכל היכא דמטלטל להו בביתי' הוה ברשות הקדש כבתחילה אבל כי נתנה לחבירו הוציאה מרשותו ושינה מהקדש לחול ומעל וחבירו לא מעל שכבר יצאה לחולין עכ"ל. הנה משמע מרש"י ותוס' והרע"ב ז"ל דבנטל אבן או קורה של הקדש אם הוא הגיזבר לא מעל אפילו אם הי' סבור שהוא של אדם אחר ונטלו כדי לגוזלו ג"כ לא מעל משום דלא מיקרי כלל הוצאה מרשות הקדש דאף כי טלטל לה ממקום למקום לא מיקרי כלל הוצאה מרשות הקדש ולא מעל הגיזבר ורק אם אינו גיזבר ונטל חפץ שהי' סבור שהוא של ראובן ונתכוין לגוזלו ונמצא שהוא של הקדש אז שפיר מעל משום דזה מיקרי הוצאה מרשות הקדש שהרי גזלו ונתכוין להחזיק בו בגזילה ומעיקרא לא הי' ברשותו כלל ומעל בו. וכן נראה שיטת הראב"ד ז"ל (בפ"ו מהל' מעילה ה"ט) בסוף דבריו ז"ל אלא הכא בגיזבר שנטלה מרשות עצמו עסקינן שנטילתו אינו ניכר חסרון להקדש עד שיוציאנה לאחר עכ"ל:

ואולם התויו"ט הביא שם דברי התוס' במס' ב"ק (דף כ' ע"ב) בד"ה נתנה לחבירו הקשו דגם גיזבר שנטל אבן או קורה של הקדש למעול דהוי מתכוין לקנות ואפילו למ"ד שליחות יד צריכה חסרון הנ"מ כשאין מתכוין לקנות הכל וי"ל דאין אדם מועל אלא במתכוין להוציאו מרשות שהוא והכא הוא סבור שלו הוא עכ"ל דנראה מדבריהם ז"ל דהא דנטל הגיזבר אבן של הקדש דלא מעל דוקא בסבור שלו הוא אבל אם הי' סבור שהוא של חבירו ונטלו לגוזלו שפיר מעל הגיזבר אע"ג דליכא כלל הוצאה מרשות דהא מעיקרא הי' ברשותו של הגיזבר וגם עתה הוא ברשותו אפ"ה מעל כיון דכוונתו הי' להוציאו מהרשות שהי' מקודם שהרי הי' סבור שהוא של חבירו ונתכוין לגוזלו. וכן מבואר ג"כ בתוס' קידושין (דף נ"ה ע"א) בד"ה אין מועל ועיין מנחות (דף ק"א ע"א) בד"ה אע"ג באה"ד שם דכתבו עוד יותר דאפילו אם אין רוצה לגזול לגמרי רק להשתמש בו דשואל שלא מדעת גזלן היא ג"כ מעל ויצא לחולין עיש"ה ועיין ב"מ (דף צ"ו ע"ב)

בתוד"ה אמר רבא באה"ד וז"ל ואינו מועל אלא כשבא להוציא מרשות בעלים כגון גונב או גוזל ההקדש מרשות חבירו כדמוכח פ"ק דחגיגה נטל אבן או קורה של הקדש כו' ע"ש:

ושיטת הרמב"ם ז"ל הוא שיטה חדשה דמפרש פי' אחר בהסוגי' דמעילה שם והוא דמפרש דהא דפריך הש"ס שם מ"ש הוא ומ"ש אחר הוי הפי' רק על, הסיפא בלחודי' דקתני במתני' נתנה לחבירו הוא מעל וחבירו לא מעל דמ"ש הוא הניתן דמעל ומ"ש חבירו המקבל דלא מעל ומשני הש"ס עלה הכא בגיזבר עסקינן והיינו שחבירו המקבל הוא הגיזבר ומש"ה לא מעל המקבל שהרי גם מעיקרא הי' ברשותו ורק הנותן מעל וכ"כ הרמב"ם בפה"מ וז"ל וזה שאמרנו חברו לא מעל ע"מ שיהא אותו החבר ההוא גיזבר שהיתה תחת ממשלחו וידו האבן הזאת או הקורה ולפיכך לא מעל לפי שתחת ידו היתה תחילה קידם שיתננה לו ותחת ידו נשארה אחר שנתנה ולא הגיעתו הנאה אבל הנוטל שום דבר מן ההקדש ונתנו לחבירו שניהם מעלו לפי שכל אחד משניהם נהנה ופגם זה נהנה בנתינת המתנה בטובת הנאה שבאה לו וזה נהנה בקבלתה עכ"ל הרמב"ם ז"ל וכ"כ נ"כ (בפ"ו מהלכות מעילה ה"ז) אמרו חכמים שהנוטל אבן או קורה של הקדש ונתנה לחבירו שניהם מעלו ואם נתנה לזה הגיזבר שהיתה תחת ידו הוא מעל והגיזבר לא מעל ויראה. לי שאין אלו הדברים אמורים אלא במועל בזדון שהרי לא נתחלל הקדש עכ"ל ועיין בהשגות מ"ש בזה. והנה לפי פירושו של הרמב"ם בגמ' דמס' מעילה דאם אין המקבל גיזבר דשניהם מעלו הי' קשה לרבינו הרמב"ם ז"ל דהאיך משכחת לה דימעלו שניהם דהא כיון שהראשון הוציאה מרשות הקדש ומעל בה א"כ נפקא לה לחולין לגמרי ואמאי ימעול גם המקבל אם אינו גיזבר ולזה מוקי לה דמיירי שהי' מזיד דלא נפקא לה לחולין והיינו שהנותן הי' מזיד ומעילה זו הוא רק מדרבנן מטעם קנסא ולזה כתב תחילה הלשון אמרו חכמים והיינו דהוא רק מדרבנן ועיין בכ"מ שמפרש נ"כ דברי הרמב"ם כן: והנה לכאורה י"ל דהא קיי"ל דאין מעילה במזיד וכי נימא דיהי' מועל מדרבנן וא"כ מ"ש מעילה זו דנותן לחבירו דאם הנותן הוא מזיד דיהיה מועל מדרבנן משאר מעילות במזיד דליכא מעילה אפילו מדרבנן:

ואולי י"ל בזה דהא דכתב הרמב"ם דמיירי במועל בזדון נקיט הרמב"ם ז"ל לשון יחיד דמשמע דרק אחד מעל בזדון והיינו הנותן הי' מזיד בדבר והמקבל הי' שוגג שהי' סובר דהנותן לו משלו הוא נותן ורצה המקבל לזכות בהחפץ הזה ובאמת הוא של הקדש ולא ידע המקבל בזה אמרינן דהמקבל מעל מה"ח הואיל דנתכוין לזכות בהחפץ של הקדש דהי' סבור שהוא של חולין ונמצא שהוא של הקדש דבכה"ג שפיר מעל המקבל מה"ת

ובכה"ג דהמקבל מעל מה"ת שהרי הי' שוגג גמור שהרי הי' סבור שהחפץ הוא של זה שנותן לו החפץ בזה הוא דאמרינן דגם הנותן מעל מדרבנן אף שהי' מזיד דאם הי' הנותן שוגג והי' מועל מה"ת תו לא הי' המקבל מועל כלל כיון שכבר יצא לחולין. אבל כל שאר מועל במזיד שפיר אמרינן דגם מדרבנן לא מעל כנלע"ד לפרש בכוונת הרמב"ם ז"ל:

וכתב עוד הרמב"ם ז"ל הנוטל פרוטה של הקדש על דעת שהיא שלו לא מעל עד שיוציא אותה בחפציו או עד שיתן אותה במתנה נתנה לחבירו הוא מעל וחבירו לא מעל שאין מועל אחר מועל בשאר הקדשות כמו שבארנו וכל כיוצא בזה עכ"ל ודקדק הרמב"ם ז"ל לכתוב הלשון על דעת שהיא שלו משמע הא אם סבור שהוא של ראובן ונטלה ע"ד לגוזלה מעל מיד אעפ"י שעדיין לא הוציאה עדיין ומשום דכשנטלה ע"ד לגוזלה הרי נכנסה לרשותו לענין חיוב אונסין וגבי הקדש מיקרי זה הוצאה מרשות הקדש ומעל מיד שגזלה אעפ"י שעדיין לא הוציאה מרשותו וגם לא נשתמש בה עדיין נ"כ מעל מיד ומשום דמיד שגזלה הוציאה מרשות הקדש דהא גם בגזל מהדיוט מיקרי תו אינו ברשותו של הנגזל ומעל בה ויצא תו לחולין. וכן הוא באמת גם שיטת הראב"ד ז"ל ועיקר השגתו של הראב"ד הוא להשיג על מה שפי' הרמב"ם פי' אחר בהא דקאמר הש"ס הכא בגיזבר עסקינן אשר הוציא הרמב"ם לפי פירושו דאם נתנה לחבירו שניהם מעלו ואם חבירו המקבל הי' הגיזבר אז רק הנותן מעל ולא הגיזבר והיינו דהנותן הי' מזיד וע"ז סובב והולך השגת הראב"ד ז"ל. אבל לעולם דנם הרמב"ם סובר דבסבור שהוא של חבירו ונתכוין לגזול דמעל מיד בגזילתו ויצא לחולין משום דזה מיקרי הוצאה מרשות הקדש ולע"ד מוכרת לומר כן בדברי הרמב"ם מדדקדק לכתוב הלשון ע"ד שהיא שלו וכמש"ל:

מיהא התי' שכתבתי על קושי' התוס' הנ"ל בסוגיין והיינו שהגנב הי' מזיד שידע שהוא הקדש דליכא מעילה ולא יצא לחולין וכמש"ל וא"ש דברי בפשיטות אף אם נימא דאחר שמעל ויצא לחולין ל"ש שאלה מ"מ התי' א"ש כגון במזיד ואי דתיקשי קושי' הפ"ש ז"ל הנ"ל כבר נתבאר לעיל מה שיש ליישב קושי' הפ"ש ודו"ק:

אח"ז העיר נ"ג הרב הגדול מו"ה יצחק זעליג ישכר נ"י אבד"ק סקולסק ג"כ על תירוצי הנ"ל לקושי' התוס' המבואר בפנים וכוון ג"כ לאיזהו הערות הנ"ל ולפי שבארתי דברי בזה מיושב גם הערותיו. ואולם נ"ג הרב הנ"ל העיר עוד בזה הערה חדשה לפמ"ש הנוב"י מהדו"ת חיו"ד (סי' קנ"ד) שכתב בטעם דבאתא ליד כהן לא מהני שאלה הוא משום דהכהן יכול לומר לו איני מאמינך שאתה מתחרט בעיקר הנדר עיש"ה. וא"כ ה"נ האיך היינו יכולין לחייב להגנב כפל אם שאלו הבעלים אח"כ על ההקדש דיכול הגנב לומר

איני מאמין להבעלים שהי' להם חרטה דמעיקרא על ההקדש ולמה צרכינן קרא לזה עכ"ד ויפה העיר בזה:

אולם מלבד דהנוב"י שם הביא הרבה ראשונים דחולקים על האי דינא וסוברים דגם באתא ליד כהן ג"כ מהני שאלה עיי"ש אלא גם לשיטת הסוברים דלא מהני שאלה באתא ליד כהן אטו מקרא ילפינן לה דילמא אם לא הי' לנו קרא יתירא היינו אומרים דהיכא דשאלו אח"כ הבעלים על ההקדש ליתחייב בכפל והיינו אומרים תו דמהני שאלה גם באתא ליד כהן. מיהא י"ל עוד בפשיטות דאפילו להסוברים דבאתא ליד כהן לא יוכלו הבעלים לשאול עלה וכסברת הנוב"י הנ"ל נוכל לומר בטעם הדבר דאין הבעלים יכולין להוציא מן הכהן שהוא מוחזק בדבר אבל הכא דבאמת אין להגנב שום זכות בהחפץ הגנוב ואם נימא נ"כ דלא יועיל שאלת הבעלים על ההקדש נשאר הדבר הקדש ובין כה ובין כה צריך הגנב להחזיר החפץ הגנוב או להבעלים או להקדש וא"כ אין הגנב מוחזק בה כלל אף שהוא מוחזק בהממון שלו ואנו דנין לחייבו לשלם כפל מ"מ אנו דנין על גוף הדבר של הקדש אם יוצא לחולין ע"י שאלת הבעלים על ההקדש דאמרינן דמועיל השאלה ויצא ההקדש לחולין וא"כ שפיר הי' הב"ד מחייבין להגנב לשלם כפל אי לאו דגלי קרא יתירא וכמ"ש וי"ל עוד בסברא זו:

ובגוף דברי הנוב"י בסברא הנ"ל י"ל דניהא דהכהן א"צ להחזיר התרומה להבעלים משום דאו"ל דאינו מאמינו שיש לו חרטה דמעיקרא על גוף ההקדש מ"מ נלע"ד דאין הכהן רשאי לאכול התרומה עד שיפריש ממנה תרומה ומעשרות דשמא הי' לו באמת חרטה דמעיקרא והדרא לטיבלא וז"נ לע"ד. ומעתה א"ש דברי בפשיטות עפ"י שיטת הרמב"ם (בפכ"א מהל' עדות ה"ד) וכפי פירושו של הכ"מ שם עולה דגם בספקא דדינא הב"ד גומרין הפס"ד ומועיל לענין תפיסה עיש"ה וכבר האריכו בזה ועיי' מ"ש בעזה"י בפנים (על דף ס"ה ע"א [אוט"ז אק"ו] ועל דף ע"ג ע"ב [אוק"ז]) בזה וא"כ יועיל עכ"פ תפיסה של הבעלים בכפל מן הגנב בכה"ג אם ישאלו הבעלים על ההקדש אי לאו דגלי קרא יתירא דגם בכה"ג פטור גונב הקדש מכפל:

[ג] דף ס"ה ע"א אוי"ב אק"א הבאתי דברי הקצה"ח (סי' קפ"ט) להשיב על ראי' של מוהרי"ט ז"ל דצריך הגנב לעשות מעשה שיתחייב משולח יד דבעי שיגביהו עפ"ד הרשב"ם ז"ל במס' ב"ב (דף פ"ה) דחצר המופקד נקנה להמפקיד דמש"ה בעינן הגבי' דוקא ולא מהני לי' חצירו לחודי' משום דהחצר לאו דידי' מיקרי רק של בעל הפקדון אבל בגנב שפיר י"ל דמתחייב בכפל אם באת הגניבה לחצירו ורצה לגונבה. וע"ז כתב ידי"נ הרה"ג המפורסם מו"ה יעקב נ"י שענקיל לדחות זה והוא דעיקר הסברא דהמפקיד

קונה בית שמונח בו הפקדון הוא משום דיש להמפקיד היתר תשמיש בהבית ואם חשב לשלוח יד בהפקדון קיי"ל כר"ע דכלתה שמירתו ואם כלתה שמירתו תו פקע הזכות שהי' לו להמפקיד בביתו של הנפקד ואין לו תו להמפקיד שום קנין בהבית והחצר של הנפקד עכ"ד:

ולע"ד נוטה הסברא להיפוך הרי אנו דנין על עיקר השליחות יד אם יהי' נפסק השמירה לגמרי או לא יהי' נפסק כלל ענין חיוב השמירה ויהי' נחשב שולח יד בזה ואם דנין אותו כשולח יד נפסק השמירה לגמרי מדין שומר ורק כמו גזלן נחשב וממילא תו פקע זכות המפקיד בחצירו של הנפקד אבל הרי אנו דנין עתה דלא נחשב כשולח יד עד דיעשה מעשה א"כ כל זמן דלא נחשב כשולח יד עדיין שם שומר עליו והוי עדיין חצירו של המפקיד והסברא חוזרת ומתהפכת לכאן ולכאן:

ובמ"ש בפנים שם להוכיח מלשון רש"י ב"מ (דף י' ע"ב) שכתב הלשון ונעל בפני' לגונבה שהוא חייב עכ"ל דמשמע דבעי דוקא שיעשה הגנב מעשה להתחייב בכפל כו' כתב עלה ידי"נ הרה"ג הנ"ל נ"י דיש חילוק בין המקשן בב"מ (דף יו"ד ע"ב) דפריך ומי איכא למ"ד דחצר לאו מטעם יד הוא והתניא אם המצא תמצא בידו אין לי אלא ידו גגו וחצירו וקרפיפו מניין ת"ל בידו ואס"ד משום שליחות אתרבאי הא אשלד"ע כו' והמקשן דסובר דמטעם יד אתרבאי בעינן דוקא עומד בצידו דומיא דיד ממש אבל כל שאינו עומד בצידו לא מהני כלל אפילו בחצר המשתמרת. ולמסקנת הש"ס דמשני ר"א חצר משום יד אתרבאי ולא גרע משליחות כו' מהני משתמרת נמי מטעם יד אפילו אינו עומד בצידו. אבל לפי הס"ד דהוא רק מטעם יד אז אמרינן דאפילו בחצר המשתמרת נמי בעינן דוקא עומד בצידו דומיא דיד ממש ורש"י שפי' זה לפום סברת המקשן הוה הדין דבעינן דוקא עומד בצידו מש"ה כתב שאם נכנסה שם ונעל בפני' לגונבה שהוא חייב הוה עיקר כוונת רש"י שהי' עומד שם בצידו והוי מטעם יד. אבל לפום מסקנת הש"ס דעולה דמשום יד אתרבאי ולא גרע משליחות א"כ מהני שפיר אם הוא משתמרת אעפ"י שאינו עומד בצידו כלל אבל לעולם דרש"י ז"ל סובר דלא בעינן כלל שיעשה הגנב שום מעשה ורק לפום סברת המקשן דהוא מטעם יד הי' בעינן עומד בצידו דומיא דיד:

ולע"ד לא נוכל לפרש כן בכוונת רש"י ז"ל דא"כ למה כתב רש"י ונעל בפני' לגונבה הי"ל בפירוש בפשיטות שאם נכנסה שם ועמד שם שהוא חייב ולשון ונעל בפני' לגונבה משמע דוקא שיעשה קצת מעשה והטעם דבמחשבה בלבד לא נעשה גנב אם לא עשה קצת מעשה. ויש להסביר עוד דבעינן שיהי' ניכר קצת שרוצה לגונבה ומש"ה בעינן דוקא שיעשה הגנב קצת מעשה וז"פ: הן מ"ש עוד ידידי הרב הנ"ל לפרש כוונת רש"י ז"ל עפ"ד

המח"א בהל' קנין חצר (סי' ב') במ"ש הרמב"ם דבחצר שאינה משתמרת בעינן דוקא עומר בצידו ושיאמר זכתה לי שדי והא כשעומד בצידו בלחוד הי"ל תו חצר המשתמרת ול"ל שיאמר זכתה לי שדי וכתב המח"א דלשיטת הרי"ף והרמב"ם דחצר דגברא מטעם שליחות איתרבאי הילכך כל שאינה משתמרת ממש מצד עצמה אינו נעשה שליח עד שיעשהו שליח בפירוש ולשיטת הרא"ש והרשב"א ועוד מפרשים דכל שעומד בצידו סגי ולא בעינן שיאמר זכתה לי שדי ומשמע מדבריהם דאפילו שלא מדעתו קני לי' כל שעומד בצידו וכל זה במציאה דליכא דא"מ אבל בדאיכא דא"מ אפילו אינו עומד בצידו זכתה לו חצירו כיון שמשתמר לדעת הנותן כו' יעוש"ה במח"א ומע"כ הרב נ"י כתב בשם המח"א וז"ל דרק גבי מציאה כתב הרמב"ם דינו דצריך שיאמר זכתה לי שדי דגבי מציאה ליכא לא דעת השליח ולא דעת המשלח צריך שיעשה שליח בפירוש שרוצה להיות לו שלית אמנם בגניבה לא צריך שיהי' אומר זכתה לי חצירי כמו גבי מציאה רק במעשה המוכח סגי לכך צריך המעשה שלא יהא צריך לומר זכתה לי חצירי ולא צריך האמירה כמ"ש המח"א דכאן דהוה דעת המשלח ובאמת לכאורה הדבר שוה כמו מציאה אמנם הדבר נכון מאוד דיש חילוק בין מציאה לגנב דבמציאה צריך קנין גמור כמו במכר ומתנה שיהי' שלו לגמרי א"כ צריך שיאמר זכתה לי שדי אבל בגנב דלא נעשית שלו רק לענין אונסין ותשלומי כפל ועיקר הקנין הוא רק להוציאו מרשות בעלים א"כ במעשה המוכיח סגי דהרי לב"ש גבי החושב לשלוח יד בפקדון גם מחשבה לבדה מהני וניהא דקיי"ל כב"ה דצריך לעשות מעשה להוציאו מרשות בעלים עכ"פ בודאי לא צריך שיאמר זכתה לי חצירי וזה כוונת רש"י גגו חצירו שנעל בפני' לגונבה ולא צריך שיאמר זכתה לי רק במה שנעל בפני' מהני וז"ב בכוונת רש"י עכ"ד:

והנה יגעתי להבין כוונתו דהא המח"א לא איירי כלל בזה מגניבה וגם לא הזכיר המח"א כלל החילוק הזה דבמציאה ליכא לא דעת המשלח ולא דעת השליח והמעיין במח"א יראה דעיקר סברתו לחלק בין מציאה דליכא דא"מ בעינן עומד בצידו ושיאמר זכתה לי ובין מתנה דאיכא דא"מ וכמו שהובא לעיל דברי המח"א ובודאי קיצר מע"כ נ"י בדבריו ואחשוב שכוונתו להוסיף סברא ע"ד המח"א דבגניבה הואיל דאינו לקנות קנין גמור ורק שמועיל לענין חיוב אונסין ותשלומי כפל כל שמוכיח ממעשיו שרוצה לגונבה מתחייב באונסין ובכפל ולא בעינן שיאמר זכתה לי חצירי אבל לעולם דלא בעינן כלל שיעשה מעשה דוקא רק המעשה הלז מוכיח שרוצה לגונבה והיינו הואיל דמיירי שאין החצר משתמרת מצד עצמה. ואם כן כוונת ידידי הרב שיחי' אף אני אומר דמי דחקו לרש"י ז"ל לפרש דגגו וחצירו וקרפיפו מיירי שאינן משתמרין מצד עצמותן ומש"ה

בעינן דוקא שיעשה מעשה כל דהוא נפרש בפשיטות שהיו משתמרין ולא בעינן כלל שום צד מעשה וגם אם נימא דרש"י דנקיט מעשה הבעילה לשלול דלא בעינן אמירת זכתה לי והטעם הואיל דלא מועיל לקנות לגמרי רק להתחייב באונסין ובכפל מועיל מעשה כל דהו שיהי' מוכח שרוצה לגונבה א"כ מצד הסברא זו היל"ל דגם אמירת, זכתה לי חצירי בלא שום מעשה ג"כ יועיל לענין זה להתחייב באונסין ובכפל והי"ל לרש"י לאשמועינן גם זה שאמר זכתה לי חצירי הגניבה והוי יותר רבותא. אבל איני יודע למה לנו לכנוס בפירצה דחוקה לפרש כוונת רש"י ז"ל ומה נרויח בזה רק שיהי' הפירוש להיפוך מפירושו של הקצה"ח ז"ל בדברי רש"י ז"ל ולע"ד הפי' של הקצה"ח בדברי רש"י הוא מרווח בפשיטות:

[ד] דף ס"ה ע"א אוי"ג בסופו הבאתי קושית השמ"ק ב"מ (דף מ"ג) בשם הריטב"א דגם באיתבר ממילא אמאי אינו משלם ד' זוזי כדהשתא מטעם דגזלן חייב באונסין. והנה מצאתי מכ"ק מכבוד אאמו"ר הרה"ג מוה"ר יוסף זצ"ל שהעיר ג"כ בקושי' הריטב"א ז"ל הנ"ל וכתב ליישב בביאור הענין בדרך פשוט ולחביבות הדברים אעתיקם בזה בהוספת נופך קצת:

ואחר העיון היטב נלע"ד ליישב דהנה כל גוזל הוא עובר על לא תגזול אך עדיין יש לתקן הלאו כשמשיב הגדלה בעין כמו שגזל אבל אם אוכל הגזילה או מאבדה אם בזה שמשלם ממון מקיים העשה דוהשיב הנה בתוס' מסכת מכות (דף ט"ז ע"א) ד"ה התם כתבו דמקיים בזה העשה דוהשיב ומנתק הלאו דלא תגזול אולם בריטב"א שם הביא דברי הרמ"ה וכפי מה שבארו האחרונים כוונתו ז"ל [ויעוין בספר עטרת חכמים בחידושים למסכת פסחים בסוגיא דהאוכל תרומת חמץ כו'] דעשה דוהשיב את הגזילה אינו מקיים רק כשמחזיר הגזילה בעינה אבל כשנשרף הגזילה ומשלם דמיו לא קיים מ"ע דהשבה והא דפטור ממלקות משום דאינו לוקה ומשלם ואף דכ"מ דאיכא ממון ומלקות אמרינן דמילקי לקי ממונא לא משלם שאני גזל שהכתוב ניתקו לעשה דתשלומין יעוש"ה וכוונתו ז"ל דבגזל גלי רחמנא שיהי' חייב באחריות מה שגזלו ולשלם כשנשרף או נאבד הגזילה. ויש להסביר הדבר עוד עפ"ד הפ"י ב"מ (דף ס"א ע"ב) והובא דבריו גם בפנים הספר (על דף ע"א ע"ב) [אוע"ה אק"ב] יעוש"ה ומ"מ חזינן דשיטת הרמ"ה ז"ל דכשאין הגזילה בעין אינו מקיים העשה דוהשיב במה שמשלם ממון ואינו מנתק בזה הלאו דלא תגזול כיון דאינו מחזיר הגזילה כמות שהי'. והנה בששותה היין הגזול לשיטת הרמ"ה ז"ל עוקר להעשה וגומר הלאו דלא תגזול דלא יוכל לתקן עוד ומש"ה מיחשב גזלן גמור בשעה דתברא או שתיא אבל איתבר ממילא לא עוקר התיקון בידים רק איתבר ממילא

לא תוכל לחייבו על השבירה דהוא לא עביד מידי הגם שמחויב באונסין ליכא לחייבו כדהשתא דהשתא לא עביד מידי הגם שמחויב היינו לשלם על הגזילה גופא כשעה שגזל היינו זוזא אבל תברא בידים יש לחייבו ב' חיובים על שעת הגזילה ועל השבירה נמי דהרי גוזל הוא השתא ג"כ במה ששיבר דאי לא שיבר הוה הדרא למרה והי' לו עכ"פ ד' זוזי ואף לשיטת התוס' ז"ל הנ"ל דיוכל לנתק הלאו בתשלומי ממון מ"מ הא הגזילה כ"ז, שהיא בעינא איכא על הגזלן חיוב השבה לבעלים הגזילה גופא והוי הגזילה עדיין של הבעלים ומש"ה כשהגזלן שותה היין מיחשב אז לגזלן וחייב לשלם ד' כמו ששוה אז אבל איתבר ממילא אין שום חיוב עליו רק מכח שעת הגזילה עצמה ואז לא הי' שוה רק זוזא ואפשר להעמיס פי' זה ברא"ש פ' מרובה בסוגיין במ"ש דלא קיבל עליו הגזלן שמירה ועיין בפלפולא חריפתא ובזה מובן דאי הי' קיבל השמירה הי' חייב מטעם קבלת השמירה גם באיתבר ממילא אבל הוא אינו חייב רק על הגזילה ובשעת הגזילה אינו שוה רק זוזא ויעוש"ה ברא"ש ז"ל ודו"ק בזה: [ה] דף ס"ה ע"א אוט"ז אק"א שהקשיתי דנימא דרב אית לי' דינא דרבה ורק דיש חילוק בין גנב לגזלן דבגנב הואיל דצריכין אנו לדון מכח גניבה הראשונה לחייבו דו"ה א"כ ע"כ צ"ל דקרן משלם כעין שגנב אבל בגזלן שפיר חייב כשעת העמדה בדין כו'. וע"ז השיבני הרב החריף מו"ה חנוך אברהם ברילל מק"ק פיעטרקוב רבתי וכתב דנעלם ממני דברי השמ"ק ב"מ (דף מ"ג) בד"ה אמר רבא בשם הראב"ד שכתב וז"ל כיון דכי איתא הדרא בעיני' ושוי' השתא ד' זוזי ומעיקרא גזל ממנו חד זוזא והשתא גזל מיני' תלתא זוזי יתירי הלכך כו' וא"כ ל"ק כלל קושי' הנ"ל עכ"ד. והנה המעיין בהדבר בפשיטות יראה דלא השיג כלום דהא הראב"ד כתב זה גבי גזלן וגם אנכי כתבתי דגבי גזלן כ"ע הכי ס"ל ורק סברתי הוא על גנב דאנו צריכין לדון לחייבו מכח הגניבה שגנב כדי לשלם כפל ודו"ה בזה כתבתי הטעם דסובר רב קרן כעין שגנב וז"פ וא"צ לפנים:

[וי"ו] שם אוט"ז אק"ב מה שכתבתי שם להקשות ע"ד הקצה"ח (סימן ל"ד סק"ג) דאם גנב חפץ מחבירו הרי יצא החפץ מרשות הבעלים ומש"ה גונב מהגנב אינו משלם כפל וא"כ אם הגנב בעצמו אכלו אח"כ או הזיקו ג"כ אינו חייב מדין גנב אלא מדין מזיק כו' וכתבתי דמדברי הראשונים בכתובות (דף ל"ד) בשמ"ק בד"ה הי' גדי גנוב לו שכתב הריטב"א למה לי' גנב וטבח בשבת אפילו גנב בשבת וטבח בחול נמי כבר תי' רש"י ז"ל שאם טבת בחול הרי הוא כאילו חזר וגנבו בחול כו' ומבואר להיפוך מדברי הקצה"ח הנ"ל. והנה בני מו"ה ישכר שיחי' רצה לומר בזה סברא לחלק דהקצה"ח לא כתב לדבריו אלא דוקא היכא דנתחייב בגניבה זו בתשלומין דאז נופל עליו לומר שיצא מרשות הבעלים דהא

הוא ברשות הגנב אבל היכא דקלב"מ ופטור מן הקרן לא הוי כלל ברשות הגנב דהא החפץ גופי' לא מיקני לי' כלל שיהי' שלו ולא מיקרי גם כן שהוא ברשות הגנב דהא אין על הגנב גם חיוב אונסין בזה הואיל דקלב"מ שוב אע"ג דמשכו לגנוב מ"מ דאינו חייב עלי' לא מיקרי כלל שיצא מרשות הבעלים לענין הקדש ג"כ דע"כ לא אמרינן גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהן א"י להקדיש כו' וזה לפי שאינו ברשותו היינו משום שהוא ברשות הגזלן לענין אחריות ועיין לשון רש"י ז"ל במסכת סנהדרין (דף ע"ב ע"א) בד"ה והאלקים מ"ש בזה אבל כשקלב"מ דפטור מתשלומין שפיר הוי ברשות הבעלים עכת"ד: והנה לפ"ז יהי' הטעם בגנב וגזלן דאין הבעלים יכולין להקדישו משום שאינו ברשותו הוא משום דהוא ברשות הגנב והגזלן לענין חיוב אונסין והוי כאילו הוא ברשות הגנב והגזלן כו' אבל באמת לאחר העיון לא כן הוא רק הטעם דאין הבעלים יכולין להקדישו הוא משום דאינו ברשותו ואף אם אין הגנב והגזלן חייבין באונסין כגון דקלב"מ אפ"ה לא מיקרי ברשות הבעלים כלל והרי במסכת חולין (דף קל"ט ע"א) בתוד"ה כיון וז"ל שמעינן מהכא דאווזים ותרנגולים של חולין שמרדו בבעליהם והלכו להן הוי הפקר והמחזיק בהן זכה דהא הכא היינו טעמא כיון דמרדו הוי הפקר וחייבין בשילוח עכ"ל וחזינן דכל שאינן ברשות הבטלים נעשין מאליהן הפקר והטעם דבודאי נתייאשו הבעלים ג"כ כיון שמרדו ואינו יכול להשיגן א"כ חזינן דתחלה מיקרי אינן ברשותן אף דלא זכה, בהן עדיין שום אדם דאם הי' מיקרי עדיין ברשות הבעלים לא הי' נעשין הפקר עדיין ועיין בחידושי הר"ן חולין שם בד"ה אבל קדשי בדה"ב דקדושת דמים בעלמא הוא כיון דמרדו פקעו להו קדושתייהו וא"ת וקדושה שבהן להיכן הלכה י"ל דהקדש דמים אינו כקה"ג אלא כשעבוד ממון וכיון שנתייאש הגיזבר מחמת שמרדו הוה לי' כהפקר ופקע לי' שעבוד ממון שיש לגבוה עליו כו' יעוש"ה וא"כ חזינן דכל שיש שום צד הפקעה מן הבעלים נפיק לי' מרשות הבעלים ומועיל תו יאוש דכל זמן שהוא ברשות הבעלים לא שייך בי' יאוש ועיין בנתה"מ (סי' ל"ז סקי"ג וסי' רנ"ט סק"א) ומ"ש בעזה"י בק"א (על דף ס"ו ע"א) [אוכ"ח אק"ב]. וא"כ גם גבי גנב וגזלן אף דליכא חיוב אחריות על הגנב והגזלן כגון היכא דקלב"מ אפ"ה לא מיקרי תו שהוא ברשות הבעלים וז"פ בסברא ובטעמא. ומכ"ש לפי מ"ש הראשונים דבקלב"מ מועיל תפיסה וגם דהא איכא עליו חיובא לצי"ש וא"כ י"ל דמיקרי ג"כ בזה אחריותו על הגנב ואינו עוד ברשות הבעלים ושפיר קשה מה שהקשיתי ע"ד הקצה"ח מדברי הראשונים ז"ל:

עוד מה שהקשיתי שם [באק"ב] בדברי השמ"ק כתובות שם בד"ה גנב באה"ד שם שהביא דברי הרמב"ן והרא"ה בהא דגנב וטבח בשבת פטור חוקים לה הרב ז"ל בכפות משמע

דאיהו מפרש לה במגרר ויוצא דאיסור שבת וגניבה באין כאחד ולא צריכין להכי אלא במי שהיתה בהמת חבירו רבוצה לפניו ברשותו וטבחה ע"מ לגנבה דאז חייב לה בקרן ובתשלומי דו"ה כאחת כו' עוד בשם הרא"ה יעוש"ה והקשיתי דהא מבואר בזה מדברי רבותינו הראשונים ז"ל דאפילו כי לא עשה שום מעשה בגניבה רק ששחט נתחייב בקרן ובדו"ה על מעשה הטביחה הלזו והלא ר' אלעזר דקאמר לקמן (דף ע"ט) הטמין בחורשין ושחט דחייב בדו"ה קאמר ר"ת דוקא הכישה במקל דעביד קצת מעשה אבל על מעשה הטביחה לאו שם גנב עליו שיתחייב כדין גנב. והעיר בזה הרב החריף המפורסם מו"ה חנוך אברהם נ"י ברילל דהרמב"ן ז"ל שהבאתי נשמר מזה שכתב וז"ל ולא צריכין להכי אלא במי שהיתה בהמת חבירו רבוצה לפניו ברשותו וטבחה ע"מ לגנבה דאז חייב לה בקרן ובתשלומי דו"ה כאחת כו' וא"כ כיון דמיירי שהיתה רבוצה לפניו ברשותו דהיינו בחצירו הוא דמתחייב בכפל ובדו"ה בטביחה אבל הא דר"א בהטמין בחורשין שהוא יער דלא הוה חצירו סובר ר"א דפטור משום דלא הי' קנין כלל עכ"ד ויפה העיר:

והנה באמת לעיל (על דף ס"ה) [אוי"ב אק"א] הבאתי דברי הרשב"א המובא ג"כ בשמ"ק כתובות (דף ל"ד ע"ב) בד"ה גנב וטבח בשבת באה"ד וז"ל אלא נראה לפרש כגון שהיתה בהמת חבירו רבוצה בחצירו ונתכוין לגונבה ולזכות בה עם שחיטתו כו' וכתבתי בעצמי שם דנשמע מדברי הרשב"א ז"ל דאף כי לא עביד שום מעשה הקנין רק כל שהי' קנין חצירו מתחייב בכפל ודו"ה אם שחטה כו' יעו"ש. והרגשתי בעצמי לדקדק מלשון זה של הרשב"א דקנין חצר מהני בגניבה גם כי לא עשה שום מעשה כלל ובאמת י"ל ג"כ כן בדברי הרמב"ן ז"ל:

אולם לפ"מ שבארתי לעיל שם בשיטת התוס' שם בד"ה ידו דבעינן דוקא שיעשה קצת מעשה וכן הוא שיטת רש"י בב"מ (דף יו"ד ע"ב) בד"ה גגו וכן הוא שיטת המוהרי"ט מובא בקצה"ח (סי' שמ"ח סק"ב) וא"כ בהיתה רבוצה לפניו בחצירו דליכא מעשה אמאי חייב בכפל ודו"ה ואם נימא דהרמב"ן סובר דלא בעי מעשה כלל א"ש וכמ"ש שם בשיטת הרשב"א ז"ל. וכן לפ"מ שהבאתי שם לעיל סברת אאמו"ר הרה"ג הצדיק מו"ה יוסף ז"ל די"ל דסברת הרשב"א ז"ל הוא דמעשה השחיטה נחשב כקצת מעשה ואם נימא כן יהי' ג"כ מיושב קושייתי כאן בשיטת הרמב"ן והרא"ה ז"ל. אולם אם יסבור הרמב"ן כסברת רש"י ותוס' דבעינן דוקא שיעשה עכ"פ קצת מעשה ודנימא דמעשה השחיטה לא מועיל להיות נחשב מעשה לענין הגניבה יקשה מה מועיל זה שהוא בחצירו וכמו שהקשיתי אם לא שנימא דס"ל דלא בעי מעשה כלל:

והנה בהיותי בזה צריך אנכי לבאר קלת בפשיטות דלא יקשה על סברת אאמו"ר הרה"ג זצ"ל מהא דלקמן (דף ע"ט) הא דאר"א הטמין בחורשין וטבח ומכר משלם דו"ה דמוקי ר"ח דוקא כשהכישה במקל אלמא דמעשה הטביחה לא נחשב כלל למעשה והוא דסברא זו בשיטת הרשב"א ז"ל הוא דוקא היכא דמונח בחצירו דחצירו מיחשב קנין לענין גניבה ורק דבעינן שיעשה עכ"פ קצת מעשה לזה אמרינן דמעשה השחיטה נחשב כקצת מעשה אבל בטבח בחורשין דליכא כלל שום קנין בזה לא מועיל כלל מעשה השחיטה ובעינן דוקא הכישה במקל וז"פ:

ובענין זה הוסיף מע"כ הרב הנ"ל וז"ל ובהאי ענינא נתקשיתי טובא במש"כ השמ"ק (בדף ס"ו) ד"ה לימא תיהוי תיובתא וז"ל א"נ איירי במכרו ולא בטבחו דהשתא הוי כי ממילא כיון דלא טבחו עכ"ל השמ"ק וזה תמוה טובא שיהי' מכרו כאיתבר ממילא א"כ אמאי לא משני לעיל דקאמר לימא פליגא דרב אדרבה לישני דרב אמרה במכרו דהוי כאיתבר ממילא וצל"ע עכ"ל הרב הנ"ל. והנה באמת שיטת רש"י ז"ל הוא דגם מכירה הוי כתברא או שתיא ודלא כסברת השמ"ק הנ"ל שכ"כ רש"י (בדף ס"ה ע"א) בסוד"ה תברא וז"ל וגבי טביחה ומכירה הוי כי תברא או שתיא עכ"ל והא דלא פריך הש"ס (בדף ס"ו ע"א) לרבה כמו דפריך הש"ס לרב וכקושית השמ"ק הנ"ל כבר תירץ רש"י ז"ל (בדף ס"ה ע"ב) בד"ה כעין שגנב וז"ל לקמן אותבינן לרב מהא דאמר תשלומי כפל דו"ה כשעת העמדה בדין ולרבה דאמר תברא או שתי' משלם ד' כדהשתא ליכא לאותובי דיכול לשנויי דהך מתניתא כפל דו"ה דוקא נקיט אבל קרן היכא דאשכח כי השתא משלם עכ"ל רש"י ז"ל:

אמנם השמ"ק כתב בהדיא דמכירה לא הוי כמו תברא דהא כתב דלא יקשה על רבה כמו דפריך הש"ס לרב והיינו דלרבה נוכל לומר דהא דלענין שלומי כ"ע כדמעיקרא משלם דקתני משלם תשלומי כפל ודו"ה כעין שגנב היינו במכרה אבל בטבחה צריך לשלם בודאי הקרן כשעת טביחה והיינו כשעת העמדה בדין. והקושיא לרב הוא בפשיטות דרב מחלק בין הקרן לבין תשלומי כפל ודו"ה ואילו בכאן מבואר דהכל הוא רק כעין שגנב וא"כ לא שייך לתרץ אליבא דרב ולחלק בין טביחה לבין מכירה דמ"מ יקשה טל רב דמחלק בין הקרן לבין הכפל ודו"ה וא"כ לכאורה שפיר הקשה כבודו נ"י דאמאי לא קאמר הש"ס (בדף ס"ה ע"א) דרב לא פליג אדרבה דרב קאמר לדינו על מכירה דוקא אבל לא על טביחה ובטביחה סובר רב ג"כ דגם קרן משלם כשעת העמדה בדין:

ובאמת המעיין בסוגיא בזה כדמקשי הש"ס על רב מברייתא דשמינה והכחישה משלם כפל ודו"ה כשעת העמדה בדין משני הש"ס משום דאמרינן מ"ל קטלה כולה מ"ל קטלה פלגא הרי דמפרש הש"ס דדינא דרב הוא גם בטביחה. ואף דמסקנת הש"ס הוא כי

קאמר רב ביוקרא וזולא מ"מ אזלינן בסוגיין דדינא דרב הוא גם על טביחה. והטעם י"ל בפשיטות דהא טעמא דרב דסובר קרן כעין שגנב קאמר הש"ס אמר קרא גניבה וחיים אמאי קאמר רחמנא חיים בגניבה אחיי' לקרן כעין שגנב והרי בקרא כתיב וטבחו או מכרו ועלה קאי קרא דגניבה וחיים דדריש מינה רב אחיי' לקרן כעין שגנב אלא במכירה ולא בטביחה וא"כ לא נוכל לומר דרב מיירי במכירה ומש"ה קרן כעין שגנב אבל בתברא או שתיא סובר רב ג"כ דקרן כשעת העמדה בדין משום דדינא דרב הוא משום דיליף מקרא דקאי בין על טביחה ובין על מכירה אבל בהא (דף ס"ו) דפריך הש"ס לרב שפיר כתב השמ"ק דלרבה לא יקשה דנוכל לומר דמיירי במכירה וז"פ לע"ד:

[זיי"ן] דף ס"ה ע"א אוי"ז הבאתי דברי הטיב גיטין על מסכת גיטין (בדף נ"ג) והחת"ס חחו"מ (סימן קל"ב) ולא הבנתי דבריהם הקדושים ז"ל כמבואר בפנים. והגיעני מכתב מכבוד אאמו"ר הה"ג מו"ה יוסף ז"ל ואעתיק בזה כעת דבריו היקרים וז"ל:

אכתוב לך חידוש אחד מה שהבאת בספרך בפרק מרובה [אוי"ז] הבאת דברי הגאונים זצללה"ה הטיב גיטין בסוגיא דהמטמא והמדמע (גיטין דף נ"ג) בתוס' ד"ה מנסך קלב"מ ע"ש והחת"ס חחו"מ (סי' קל"ב) ע"ש וכוונתי לברר ולפרש דברי הגאונים המחברים ט"ג וחת"ס בע"א:

הנה הד"ק של ט"ג בסוגיא דהמטמא והמדמע גיטין (דף נ"ג) בתוס' ד"ה מנסך בתי' ג' ועוד י"ל דשמואל סבר דאין לחייבו על הגבהה עיישה"ה ודחקו תוס' לרב עיי"ש והקשה אדומ"ו גאון הגאונים בטיב גיטין הלא לרב לשיטתו בסנהדרין (דף ע"ב). בבא במחתרת קנאו משום דקלב"מ וא"כ ע"כ כשמנסך אח"כ א"י לומר הש"ל כיון דקנאו בדמים א"י לומר הש"ל כמו לאחר יאוש ושינוי דקנאו וא"י לומר אח"כ הש"ל רק חייב לו דמים וא"כ גם בנ"ד דקנאו בסוף בשעת ניסוך דפטור מחמת קלב"מ ממילא ע"כ צריך לשלם מעות בעין ולהכי מחייב רב מנסך וא"צ לדחוק כמ"ש בתוס' והוא צ"ע. [ולכאורה יש לדקדק קצת טל ד"ק של הט"ג במ"ש לאחר יאוש א"א לומר הש"ל הא בגמרא מפורשת בב"ק דף ס"ו ע"ב) זה מייאש וזה אינו רוצה לקנות אלמא דל"א דצריך לשלם דמים רק אומר לו הש"ל. אמנם כוונת הגאון ראייתו משינוי וגם מיאוש היכי דקנה לא יוכל אח"כ לומר הש"ל ובנ"ד התורה פטרתו בע"כ וא"כ א"י לומר הש"ל] וע"ז תי' הגאון הנ"ל דהו דאמרינן דה דהיכא דקלבד"מ פטור מן התשלומין לא משום דקלבד"מ פוטר רק הקלב"מ גורם שאין הב"ד יכולין לחייבו ב' רשעות והן מחייבין אותו מיתה ממילא אין ב"ד יכולין לחייבו עוד רשעת ממון שלא כדברי, הסוברין דהקלב"מ פוטר חייב ממון ומפו' בדמים קנינהו ר"ל כיון דחייב מיחה קנה החפץ רק דאין ב"ד יכולין לחייבו וקלב"מ

גורם שאין יכולין לחייבו ורב ורבא פליגי בנטל רבא סבר דווקא שובר, הוא דפטור כיון דב"ד צריכין לחייבו ממון והוא רשעה א' א"כ אינם יכולין לחייבו דהוה כב' רשעות וא"כ כשנטל והוא בעין דאין הב"ד מחייבו כלום כי דינו מפורש בתורה והשיב הגזילה א"כ אין הב"ד מחייבו כלום באמת מחויב להחזיר החפץ כמות שהוא להכי נקיט שיבר אבל נטל צריך להחזיר ורב סבר אפילו נטל נמי פטור כיון דהגזלן קנה החפץ בהגבהה דמדחייב באונסין ע"כ קנה בהגבהה וא"כ האיך חייבו התורה להשיב הגזילה בעין ס"ל דזה הוי נמי כמו שהב"ד מחייבין אותו משום רשעה א' חוץ חיוב מיתה והוי כב' רשעות ולהכי פטור. והחילוק בין רבא לרב הוא דרבא סבר מה שהב"ד מחייבו בחפץ בעין הוא דהתורה מחייבו ורב סבר דג"ז הוי כב"ד מחייבו כיון דקנה למה צריך להשיב רק דהב"ד מחייבו והוי כב' רשעות וזה דוקא בקלב"מ אבל בעלמא, קיי"ל דצריך להשיב ולא מהני מה שקנה וזה כוונת הגאון במ"ש אלא דבעלמא ל"מ לי' מנז"ה ועיקר קנין הוי מצד הגזילה הראשונה והגז"ה והשיב דהו"ל כמו תשלומין. והפלוגתא בין לרב לרבא בקצרה דלרבא הרי התורה חייבו להשיב א"כ הוי כפקדון וממילא הוי ברשות הנגזל ורב סבר אף דמוכח דקנה מ"מ התורה חייבו להשיב א"כ כשהב"ד פוסקים להשיב הוא עפ"י הגז"ה. וא"כ בעיקר הקנין הוא שעת הגזילה בהגבהה א"כ אינו חל אח"כ קנין בשעת ניסוך כי כיון דהקנין התחיל משעת הגבהה שוב לא יחול עליו עוד איזהו קנין רק בשינוי כיון דגם עד השתא אינו ברשות הנגזל א"כ איך יחול עלה קנין אח"כ. ולפ"ז שפיר כתבו תוס' דלרב צריך טעם אחר במ"ש משום דשפיר מצי אומר הש"ל אף דנסכו אח"כ כיון דעיקר הקנין הי' בשעת הגזל ל"ש אח"כ לומר בדמים קנינהו דאין קנין שני חל כמ"ש הקצה"ח והקנין הראשון אינו מועיל מחמת הגז"ה ואז עדיין לא נתחייב מיתה ובשעת ניסוך אף אם עושה כן בשעת הגבהה מ"מ הרי עתה מוסיף קנין על קנין הא' כמ"ש הקצה"ח והקנין מיתה אינו פוטרו כיון דממילא הדרא למרה והמיתה אינו פוטר קנין דגזילה דלא הוי בב"א זת"ד הגאון בשינוי לשון כדי להקל על המעיין ומה שחסר כאן ועיין בט"ג ויבין הדבר היטב. ומעתה נפלו כל ההשגות שהשיג עליו מכמה מקומות כיון דהתורה חייבה להשיב כמ"ש הוא בעצמו א"כ האיך יכול לקדש בדשאינו שלו ולהכי חייבו דו"ה מקודם יאוש כיון דצריך להחזיר ואם יעיין היטב בט"ג יבין לנכון יהי' בפיו כצפיחית בדבש:

והנה מה שכתבת על החת"ס ג"כ כדברים האלה אינו נכון כלל וכמדומה אני שלא עיינת כל התשובה שהרי הוא בעצמו כתב בד"ה וניחזי אנן דקונה החפץ בהגבהה אבל דמים חייב כמו בשינוי אבל לתקן הלאו אינו מתקן רק בהשבח הגזילה גופא ורק בנשתנה

הקילה התורה עליו לתקן בדמים אבל כ"ז שהוא בעין צריך להשיב גוף הגזילה ול"מ מה שקנה בתחילה ותו לא מידי ודו"ק היטב. אהובי בני עשיתי כפיקודך ועיינתי היטב עשה גם אתה רצוני ועיין היטב בדברי ובדברי המחברים כי שניתי מלשונם ומסדרם והארכתי במאוד כדי להקל על המעיין לכן עיין היטב ואם יהי' לך מה להשיב כו' תוכן כוונתי במכתבי זה להוציאך מטעות שטעית בדברי הגאונים שסוברים שהגזלן קונה קנין גמור להיות כשלו וע"ז סובב והולך כל השגתך עליהם ובאמת הוא טעות גמור לדברי הט"ג כבר כתב דל"מ הקנין רק להתחייב באונסין אבל מ"מ מחויב להשיב מכח גזה"כ והחת"ס כתב עוד יותר דאין לו קנין כלל כ"ז שהחפץ בהוייתו כיון דצריך להשיב הגזילה בעין כדי לתקן הלאו רק אם נשתנה אז די בממון אבל לקנות גוף החפץ זה בודאי אין לו שום קנין וא"כ בטלו כל השגותיך ודבריהם נכונים וקיימים ונא הודה על האמת עכ"ל מכתב אאמו"ר הרה"ג בזה. ועיינתי בזה יום עש"ק ר"ח סיון תרנ"ב וזה שכתבתי בזה:

הנה אאמו"ר הרה"ג שיחי' כתב לתרץ דברי רבו הגאון בעל ט"ג ז"ל ואם כי גם עלי חובה למשכוני נפשין אדמר דהוא רבי' דרבי ושמו בקרבי אבל מה אעשה. כי לאחר העיון היטב גם לפי המטעמים שהטעים אאמו"ר הרה"ג שיחי' דברי הט"ג סוף סוף עולין הדברים בטעמי' דרב דהגזילה עושה קנין ורק דהב"ד מחייבין אותו להחזיר הגזילה ומיקרי זה רשעה אחת בפני עצמה והרי גם חיוב מיתה הוא רשעה בפ"ע ואין הב"ד מחייבין אותו משום שתי רשעיות אבל עכ"פ גם לפ"ד אאמו"ר הרה"ג שיחי' ההכרח לומר דלרב קנאו בגזילה ורק דהב"ד מחייבין אותו להחזירו ע"כ צ"ל דכ"ז שלא החזירו הרי הוא של הגנב דאל"כ רק הגנב קנאו ומיד נעשה תו של הנגזל מכח מה שעתידין הב"ד לכופו שיחזירו להנגזל א"כ איך שייך לומר כלל הלשון דהגנב קנאו הלא מעולם לא הי' שלו כי ברגע שגזלו באותו רגע ממש נעשה תו של הבעלים וע"כ דיש איזהו זמן קצר אשר הוא של הגנב ואח"כ מוזר להיות של הנגנב והרי במתנה עמ"ל איכא דעות דס"ל דצריך לעשות קנין מחדש וה"נ דכוותי' דמה לי מעמ"ל דהתנה כן לבין מה שנימא דהתורה אמרה כן שהגנב קנאה ואח"כ פקע רשות הגנב ונעשה של הנגנב. ואם נימא דהוא של הגנב עד שיחייבוהו הב"ד להחזיר א"כ פשיטא דהיל"ל דצריך הנגנב לעשות קנין מחדש ושיבא לרשותו כי במה נעשה שלו. ועיינתי ג"כ בח"ס עוד הפעם ולא יכולתי להבין הפי' בזה כי לע"ד קשה מה שהקשיתי בזה: ועוד י"ל אם נימא דלרב קונה הגזלן קנין גמור להגזילה ורק שמחויב אח"כ להחזיר לקיים העשה דוהשיב אם כן בגזל עכו"ם דכתב הנתה"מ (סימן שמ"ח סק"א) דליכא לגבי' העשה דוהשיב וא"כ נימא דקנה הגזלן להגזילה קנין גמור והמג"א (בסימן תרל"ז סק"ג) כתב בשם הספר יראים דאף למ"ד גזל

עכו"ם מותר מ"מ לא מיקרי לכם. ולפי האמור אמאי לא מיקרי לכם הא גזלן קונה ועשה דוהשיב ליכא בי' ומוכח מזה דאין הגזלן קונה הגזילה:

אמנם יש סברא לומר דאליבא דרב יהי' באמת מיקרי לכם ג"כ והיראים כתב לסברתו אליבא דידן דפסקינן כרבא. ועיין תוס' מסכת עירובין (דף ס"ב) בד"ה ב"נ באה"ד וז"ל דכל הגזלנין דמחייבי על הגזילה אע"ג דלא קני לי' כו' עכ"ל ועיין מסכת ע"א (דף ע"א ע"ב) בתוד"ה ואס"ד ועוד שם (דף ע"ב ע"א) בתוד"ה ומאי לא ניתן להשבון דכתבו ג"כ דגזלן לא קני הגזילה להיות שלו ואפ"ה קניא להתחייב באונסין כו' עיי"ש ונימא ג"כ דהתוס' כתבו הלשון כן אליבא דידן דפסקינן כרבא אבל אליבא דרב נימא דס"ל דקני הגזלן להגזילה ורק דהיכא דאיכא עשה דוהשיב מחויב אח"כ להשיבו אבל היכא דליכא עשה דוהשיב יהי' לגמרי קנוי להגזלן וי"ל בזה: ואם נימא כן נוכל להבין דברי רש"י ז"ל במסכת סוכה (דף למ"ד ע"א) אמר להו ר"ה להנהו אוונכרי כי זבניתו אסא מכותים לא תגזזו אתון אלא לגזוזה אינהו ויהבו לכו מ"ט סתם כותים גזלני ארעתא נינהו וקרקע אינה נגזלת הלכך לגזזו אינהו כי היכי דליהוי יאוש בעלים בידייהו ושינוי הרשות בידייכו ופרש"י ז"ל בד"ה מ"ט סתם כותים גזלי ארעתא מישראל נינהו ושמא אותה קרקע מישראל הוה עכ"ל ותמהו המפרשים ז"ל למה נקיט רש"י ז"ל דגזלי ארעתא מישראל נינהו אפילו גזלי מעכו"ם הא גזל עכו"ם אסור ואף למ"ד מותר מ"מ הא כתב היראים דלא מיקרי לכם ועיין כפ"ת שם ועוד במפרשים. אבל אם נימא דלרב קנה הגזלן להגזילה מיד כשגזלו ורק דהתורה חייבו בהשבה וא"כ אם ליכא עשה דוהשיב שפיר קנה לה הגזלן להגזילה כמבואר לעיל א"כ אליבא דרב דוקא אם נימא דגזלי ארעתא מישראל נינהו הוא דאיכא למיחוש לזה אבל אם ליכא האי חששא דגזלי מישראל רק דגזלי מעכו"ם גם אם הישראל, יגזזו להושענא דליכא עשה דוהשיב שפיר קנה לה הישראל הגווזה בזה שגזלה עתה בקציצתה מן המחובר ורב הונא תלמידי' דרב הוא נוכל לומר דסבר לה כרב במסכת סנהדרין שם והרי קנה הגזלן להגזילה וליכא עשה דוהשיב ומש"ה פירש"י ז"ל דסתם כותים גזלי ארעתא מישראל נינהו:

מיהא לאחר העיון נראה דר"ה לית לי' בזה כרב דסובר דבדמים קנינהו דאם יסבור כרב בזה למה הוצרך ר"ה לומר דאם יגזזו אינהו יהי' יאוש בעלים בידייהו ושינוי רשות ביד הישראל הא אם נימא בדמים קנינהו א"כ הרי קנהו העכו"ם הגווז ול"ל הטעם דיהי' יאוש וש"ר ובילדותי העירותי בזה: ואולי י"ל דר"ה דנקיט הטעם משום דיהי' יאוש בעלים וגם שינוי רשות דיהי' עולה ג"כ גם לשיטת רבא החולק בסנהדרין שם וסובר מסתברא מילתי' דרב בששיבר כו' וסובר דלא אמרינן בדמים קנינהו יהי' מועיל כי ליגזזו אינהו

מטעם יאוש וש"ר אבל אליבא דרב דסובר בדמים קנינהו לא צרכינן לבא עלה מטעם יאוש וש"ר אלא דיועיל מטעם דהעכו"ם הגוזז בדמים קנינהו ועיין בפנים הספר לקמן (על דף קי"ד) [אוי"ט אק"ה] מ"ש עוד בענין זה ובדברי הט"ג והח"ס הנ"ל:

[ח] דף ס"ו ע"א אוכ"ג במ"ש בשיטת הרמב"ם ז"ל די"ל דסובר דנתן לה פרה מעוברת הולד אסור מטעם אתנן ורק בנתן לה ואע"כ עיברה מותר מטעם זוז"ג ומש"ה לא הוצרך להביאו משום דכבר פסק (בפ"ג מהל' איסורי מזבח הי"ב) וכולן ולדותיהן מותרים למזבח חוץ מולד הנרבעת כו' בד"א כשנעבדה בה עבירה או שהמיתה כשהיתה מעוברת כו' אבל אם נתעברה אחר שנעבדה בה כו' כשר למזבח כו' ועיין בכ"מ דהוא מטעם זוז"ג דמותר. וע"ז השיב אהובי ב"ג הרה"ג מו"ה שמואל יהודה נ"י אבד"ק קוואהל דהאיך אפשר לומר כן בשיטת הרמב"ם ז"ל דהא הרמב"ם שם (בפ"ג מהל' איסורי מזבח בהי"א) חישב כל האסורין לגבי מזבח הרי הן י"ד וחישב אתנן בהדייהו (ובהי"ב) כתב כל האסורין לגבי מזבח כו' וכולן ולדותיהן מותרין למזבח חוץ מולד נרבעת ונעבדה כו' שולדן אסורין למזבח כמותן (ובהי"ג) כתב וז"ל בד"א כשנעבדה בה עבירה או שהמיתה כשהיתה מעוברת כו' אבל אם נתעברה אחר שנעבדה בה עבירה כו' הרי ולדה כשר למזבח כו' ובכ"מ ז"ל. וא"כ מבואר ומפורש מרמב"ם ז"ל מדכתב כל האסורין לגבי מזבח מותרין חוץ מנעבד כו' ובנעבד אינו אסור רק בנעבדה בשהיתה כבר מעוברת א"כ ש"מ דכל האסורין כו' שכתב (בהי"ב) מותרין גם בהיתה מעוברת קודם לכן. והרי כל האסורין כו' קאי על כל האסורין שחישב מקודם (בהי"א) והוי אתנן בכלל כל האסורין דמותר (גם) בעיברה ואח"כ נתן לה עכ"ד ובאמת יפה השיב ב"ג הרב שיחי':

אך ראיתי בספר קשות מיושב להגאון מוהרי"פ ז"ל במס' ב"ק (דף ס"ו) בסוגיין [שהבאתי בקצרה בספרי בפנים [אוכ"ב]] שכתב בשיטת הרמב"ם ז"ל דפוסק דבאתנן אסורין הוולדות דדרשינן גם לרבות הוולדות יעוש"ה וג"כ קשה דהא מהרמב"ם הנ"ל מבואר שם דמותרין הוולדות גם באתנן:

אולם הגאון ז"ל שם בא ליישב זה והקדים לומר דהרי חזינן דבמשנה בתמורה (דף למ"ד ע"ב) קתני כל האיסורין כו' (ובדף למ"ד ע"א) קתני במתני' אתנן כו' ולדותיהן מותרין כו' ומדהמשנה פלגינהו בתרתי בבי נראה דאף אם כל האסורין כו' ולדותיהן מותרין מצד הסברא מ"מ גבי אתנן ומחיר הו"א דולדות אסור ומשום דכתיב בהו תועבה כו' ומש"ה קתני עוד בבא באתנן ומחיר ג"כ מותרין הוולדות. ומש"ה תמה הכ"מ על הרמב"ם למה השמיט הבבא דבאתנן מותרין הוולדות ואי דכבר הביא הבבא דכל האסורין כו' בזה עדיין לא מוכח על אתנן דאין אתנן בכלל כל האסורין וע"ז מתרץ הגאון ז"ל דבאמת

הרמב"ם לא ס"ל להלכה כמשנה זו ורק דבאתנן אסורין הוולדות ומרבינן להו מגם יעוש"ה באורך. הרי דרומז הגאון ז"ל דאין אתנן בכלל כל האסורין בו' שכתב הרמב"ם וא"ש דבריו. הגם דקצת ל"ע דבריו ז"ל דהא (בהי"א) חישב אתנן בכלל י"ד איסורי מזבח וע"ז כתב אח"כ (בהי"ב) כל האסורין כו' ולדותיהן מותרין דמשמע דקאי על כל האסורין שחישב למעלה והוי אתנן בכלל מ"מ חזינן שהגאון מוהרי"פ זצ"ל כתב כן דאין אתנן בכלל כל האסורין. ועפי"ד הגאון ז"ל יש ליישב קצת גם מה שכתבתי וקצרתי:

[ט] דף ס"ו ע"א אוכ"ו אק"א כתבתי בפי' דברי התוס' ד"ה עד שצבעו דהחילוק בין הפרשת תרומה להפרשת ראשית הגז דבהפרשת תרומה כל זמן שלא הפריש הכל הוא טבל אבל בהפרשת ראשית הגז אינו טבל גם מקודם ההפרשה בו' וע"ז שאלני בני מו"ה ישכר שיחי' כיון דסוף סוף צ"ל כחילוקו של המלמ"ל שהבאתי [באק"ב] דשאני ראשית הגז דלא הוי דבר מיוחד לכן מחויב באחריות אף אחר ההפרשה שלא יקשה מזרוע ולחיים א"כ גם בתרומה א"צ לומר משום דטביל רק משום דלאחר ההפרשה גם בתרומה הוי דבר מיוחד עכ"ד:

אמנם באמת זה אינו דחוי' כלל דהא עיקר כוונת המלמ"ל על חיוב התורה אם הוא על דבר מיוחד דהזרוע ולחיים חיוב התורה הי' על דבר פרטי להכי לא מחייב באחריותן ולא כן בראשית הגז דהחיוב לא הי' על דבר פרטי ומיוחד ובתרומה ג"כ חיוב ההפרשה, מהכרי לא הוי על דבר מיוחד שנימא דבנאבדה לא יהי' מחויב באחריות והוא דומה ממש בזה לראשית הגז. ואף שעדיין יש לפקפק קצת כיון דסברת המל"מ בדבר מיוחד משום דאינו מקיים המצוה רק בזה הדבר המיוחד דזרוע ולחיים א"כ ה"ה בתרומה אחר שכבר הפריש התרומה תו לא יכול לקיים המצות נתינה רק בזה ולמה לי הטעם דטובל. אך באמת א"ש דבשלמא לפי הסברא דטובל ומש"ה נעשו ע"י ההפרשה השאר מתוקנים ועל התרומה חלה קדושת התרומה מש"ה תו הוי התרומה דבר מיוחד אבל בלאו הסברא דטובל היינו שאם לא היתה טובלת וגם לא הי' קדושה על התרומה תו לא הי' מיחשב התרומה דבר מיוחד דהי' דומה לראשית הגז לכן עדיין ההכרח ליתן הטעם משום דחלה קדושת תרומה עלי' ויש לצדד עוד והבן:

[יו"ד] שם אק"ג במה שכתבתי בשם הברכ"י באשה שהפרישה חלתה ובא עוף ואכלה אי חייבת להפריש אחרת כו' ומ"ש שם בזה. וראיתי אח"כ בהר"ש (פ"נ דמס' חלה מ"א) באה"ד וז"ל ולפירוש זה צריך ללמד לנשים שלנו המפרישות חלה לאחר גלגול קודם עריכת הלחם להתנות תנאי זה מפני שמערבות קמח עם המקרצות בשעה שעורכת אותן ועושות מהן ככרות כו' ואפילו התנאי אינו מועיל אם הושלכה חלתה לאור עכ"ל הרי

דאם הי' נשרף אחר העריכה והתערבות הקמח בהעיסה הי' שפיר ועיקר החשש הוא מה שנשרף החלה קודם התערבות הקמת ולא הי' מל ההפרשת החלה על הקמח אלמא דבזה"ז גם כי נאבדה החלה א"צ להפריש אחרת. מיהא שבתי וראיתי כי אין ראי' משם דהתם נעשה הכל כדין שהרי היא חלת האור ונשרפה והרי הופרשה רק לשריפה אבל בנידון של הברכ"י שעוף אכלה ולא נעשה כמצותה:

ועיין בריטב"א קידושין (על דף נ"א) סוד"ה והרי תודה וז"ל לא נחלקו אלא בסתם חזקי' סבר לאחריות מיכוין פי' דהא מחייב באחריותם והוי מחוסר כפרה מה שאין בכל השנוים למעלה דלא מחייב באחריותם ומש"ה אמרינן דלמעשר גדול מיכוין ולא תלינן דלאחריות מיכוין כיון דלא מחייב בי' מדינא עכ"ל הריטב"א ז"ל. ונראה מפורש דעל מעשר אין שום חיוב אחריות בין מעשר דנן ובין מעשר בהמה וא"כ ה"ה בתרומה וחלה ג"כ הדין כן ומוכח דאפילו מדרבנן לא מחייב באחריות דאם נימא דמדרבנן עכ"פ חייב באחרייתן א"כ אכתי נימא דמתכוין לאחריות מכח החיוב מדרבנן ודו"ק:

והנה ב"א חביבי הרב הגדול מו"ה דוד נ"י אבד"ק גראבאווי העיר על דברי הברכ"י שהבאתי דהא משנה מפורשת מס' ביכורים (פ"ב מ"ד) ויש בביכורים מה שאין כן בתרומה ובמעשר שהביכורים נקנין במחובר לקרקע ועושה אדם כל שדהו ביכורים וחייב באחריותם כו' ומבואר בהדי' דתרומה ומעשר אינו חייב באחריותן וא"כ גם בחלה נ"כ י"ל כן דאינו חייב באחריות ע"כ דברי ב"א הרב נ"י. ובאמת יפה תמה בזה אבל כבר כתבתי בפנים הספר דגם הברכ"י הוא רק לחומרא בעלמא אבל לא מדינא והרי כתב הברכ"י בעצמו דבזה"ז דחלה לשריפה אזלא א"צ להפריש שנית וע"כ דכוונת הברכ"י ז"ל הוא רק לחומרא בעלמא:

[י"א] דף ס"ו ע"א אוכ"ז אק"ד כתבתי אם נוגע פסול לעידי קידושין ונסתפקתי בזה והבאתי דברי הרדב"ז (סי' שי"ב) דמבואר בדבריו שפסול והתם לא הכחישה אותם האשה כמבואר בפנים. והנה הראני בני מו"ה ישכר נ"י דברי הרא"ש (בפ"ב) דקידושין (דף מ"ג סי' ד') וז"ל אמר לשנים צאו וקדשו לי אשה הן הן שלוחיו וכו' ירושלמי א"ר אבין נראין הדברים כשקדש בשטר אבל בכסף נעשין כנוגעין בעדותן א"ר. יוסי מכאן [צ"ל מכיון וכן העתיק הב"י אהע"ז סי' ל"ה] שהאמינום תורה אפי' בכסף מהימני כי' וה"ר יונתן הכהן ז"ל כתב בקידושי כסף היכא דליכא כפירת ממון כגון שהאשה אומרת לפקדון נתנוהו לי והם אומרים לקידושין אמרינן הן הן שלוחין הן הן עדים אבל היכא דאיכא כפירת ממון כגון שהאשה אומרת לא קבלתי' כלל לא אמרינן הן הן שלוחין הן הן עדים עכ"ל הרא"ש ז"ל. ובטור אהע"ז וב"י (סי' ל"ה) שם באורך כל השיטות בזה

ובש"ע שם (ס"ב) השליח נעשה עד לפיכך אם עשה ב' שלוחים לקדש לו אשה א"צ עדים אחרים בד"א כשאין שם כפירת ממון כגון שקידשה בשטר או אפילו בכסף והיא מודה שקבלתו אלא שאומרת שלא קבלתו לשם קידושין אלא לשם פקדון אבל אם יש שם כפירת ממון שאומרת שלא קבלה מהם כסף כו' ה"ז ספק מקודשת עכ"ל. אולם דעת הר"ן שהביא הב"י וב"ש (סק"ה) דגם כשהיא מודה דהקדושין באו לידה מ"מ כיון דבקדושין בעי עדים הוי כמקדש בלא עדים. וכ' הב"ש דמשמע מהר"ן דמדאורייתא אינה מקודשת ועיין בח"מ שם (סק"ג) שכ' דאפשר דעד שיש לו הנאה בדבר אינו פסול רק מדרבנן יעו"ש. ויעוין בשו"ת פ"י ח"ב חאהע"ז (סי' ס"ד) שהביא דברי הרא"ש והר"ן והאריך קצת בזה וכ' ג"כ דממ"ש הרא"ש שם בשם הר"ר יונתן ז"ל מבואר דאי נוגעים הן אינם נאמנים ומשמע דאין הקידושין קידושין כלל דהוי כמקדש שלא בעדים וכ' שם הפ"י דנוגע פסול מדאורייתא יעוש"ה. וכ' עוד וז"ל ובדברי מהר"ר ירוחם ז"ל (נתיב כ"ב ח"ג) מבואר יותר שכתב בשם הר"ר יונתן שאין נאמני' ואינה מקודשת וי"א אומרים דמקודשת וכיון דנחלקו בו גדולים הוי ספק מקודשת ע"כ א"כ מוכח דלדברי הר"י אפילו ספק מקודשת לא הוי כו' אלמא פסולי עדות דאורייתא הוא כו' יעוש"ה בשו"ת פ"י ז"ל: והנה יש בזה ג' שיטות שיטת הר"ן דגם אם לא הכתישה אותם האשה מ"מ מיחשבי נוגע והוי כמקדש בלא עדים. ושיטת הרא"ש בשם הרר"י ז"ל דאם לא הכחישה אותם מקודשת אבל אם הכחישה אותם אינה מקודשת דמיחשבו נוגעים. ומבואר בשו"ת פ"י הנ"ל דאם הכחישם דאינה מקודשת להר"ר יונתן ז"ל היינו דבעצם אין הקידושין חלין כלל. וכ"מ קצת בב"ש (סק"ד). וי"ל בדברי הא"מ שם (סק"ג). אולם יש עוד שיטות הראשונים ז"ל שהובאו בב"י שם דגם בהכחישה אותם מקודשת. ועיין בח"מ סק"ג וב"ש (סק"ד) והרבה י"ל ואין להאריך כאן ועכ"פ בגוף הדבר הנה מבואר שיטת הר"ן והרא"ש בשם הרר"י דכשהעדים נוגעים אינה מקודשת כלל, ובש"ע פוסק שם לענין שליח נ"ע כשהן נוגעים דהוי' ספק מקודשת יעוין היטב בזה:

והנה בפנים הספר כתוב ליישב דברי הרא"ש שכ' דבקידש אשה בגזילה אחר יאוש מקודשת מטעם חומרא שמא יאוש קונה. ותמהו המפרשים דת"ל אף אם יאוש לחודי' לא קני הא איכא יאוש וש"ר, וכתוב ליישב עפמ"ש הש"כ חו"מ (סי' שנ"ו) דשיטת הרא"ש דבמתנה לא עשו תקה"ש וצריך המקבל מתנה להחזיר להנגזל יעו"ש. וא"כ משכחת שקידשה בחפץ הגנוב ואמר לה שהחפץ שוה פרוטה ובאמת שוה יותר. א"כ ניהו דנימא דקידושין הוי כמו מכר דעשו בי' תקה"ש אבל זה תינח על הפרוטה. אבל מה ששוה החפץ יותר מפרוטה כיון שגילתה דעתה שרצונה להתקדש בפרוטה א"כ

הוי המותר כמו מתנה דלא עשו בי' תקה"ש א"כ צריכה היא לשלם להנגזל המותר מה ששוה יותר מפרוטה ומיירי שהנגזל הי' אחד מעדי הקידושין וא"כ הוי נוגע בעדות דרוצה שיהי' החפץ להאשה מטעם השני נוח לי כו' ומש"ה אי יאוש כדי לא קני לא חלין הקידושין כלל כיון דהעד נוגע. אבל אם יאוש כדי קני בלא הש"ר א"כ לא היתה צריכה לשלם להנגזל ולא הוי נוגע וחלין הקידושין וז"ש הרא"ש דלחומרא אמרינן דיאוש קונה ומקודשת כמבואר בפנים הספר באריכות קצת. והנה לכאורה לפ"ד הרא"ש (בפ"ב) דקידושין הנ"ל דאם אין האשה מכחישם לא מיחשבי נוגע א"כ לכאורה נסתר תירוצי הנ"ל כיון דהכא אין כאן שייכות הכחשה:

אמנם לאחה"ע לא נדחה תירוצי בזה כי י"ל דוקא התם אם האשה מודה שקבלה החפץ מהשליח אף שמכחשת אותם ואמרה שלשם פקדון קיבלה מ"מ השליח אינו שום נוגע כלל כיון דמודית שנתן לה המפץ והיא רוצית להחזירו מש"ה לא מיחשב כלל נוגע מעולם כיון דהשליח עשה כצווי המשלח והאשה אינה מכחישתו אבל הכא ניהו שאין כאן שום הכחשה מ"מ הכא הי' העד הנגזל נוגע בדבר בשעת קידושין כי רצונו להוציא החפץ הגזול מיד הגזלן ונוח לו שיהיה החפץ אצל האשה כיון שהיא אינה חשודה לגזול ומש"ה מיקרי השני נוח לו וכו' וא"כ רוצה הוא שהגזלן יקדש בחפץ זה את האשה והוי נוגע במעשה הקידושין וקם שפיר תירוצי הנ"ל ודו"ק היטב בזה: [יב] דף ס"ו ע"א אוכ"ז אקי"ב כתבתי בזה"ל אבל לע"ד יש להוסיף עוד ולומר דהיכא דאיכא יאוש ואח"כ ש"ר בודאי דהחיוב ללוקח לשלם הדמים להבעלים בודאי דהוא רק מדרבנן כו' נהי דקרינן לי' ג"כ באיסורא אתי לידי' מ"מ בודאי דלא הוי איסור גמור ובודאי דהאיסור גופי' הוא רק מדרבנן וא"כ החיוב לשלם להבעלים בודאי דלא הוי חיובא מה"ת רק מדרבנן כו'. ובני האברך מו"ה ישכר שיחי' הראה דברי הנוב"י מהדו"ת חאהע"ז (סי' ע"ז) בד"ה ובדברי הב"ש באה"ד וז"ל וכתבתם לפרש כוונתו כו' אבל הכא בגזל אחר יאוש לא עבדה איסורא כלל ואדרבה היינו טעמא דיאוש וש"ר משום דאחר יאוש בהיתרא אתי ליד הלוקח ומכ"ש למ"ד ש"ר ואח"כ יאוש נמי קני כ"ז שורש דבריהם בקצרה כו' עד ולכן נלע"ד דבודאי לא ניחא לאדם מן הסתם דליתעביד איסורא על ידו ובגזל אף אחר יאוש מ"מ כיון דיאוש כדי ל"ק וא"כ אינו יוצא מרשות בעליו הראשון כלל עד שבא לרשות אחר דהיינו הלוקח מן הגזלן וא"כ עיקר הגזלה נגמרה על ידי הלוקח ועיקר עבירה נגמרה על ידו ואין לך מסייע ומחזיק ידי עוברי עבירה יותר מזה עכ"ל הנוב"י והנה אין סתירה מדברי הנוב"י לדברי כלל ואדרבה גם בדברי הנוב"י נוכל לומר דמודה לסברתי דהא דצריך הלוקח לשלם להבעלים הוא בודאי רק מדרבנן. והרי הבאתי שם

דברי הגאון מוהרח"כ ז"ל שכתב ג"כ כעין דברי הנ"ל ומכ"ש דעולין דברי לפי שיטות הגאונים השואלים שם בנוב"י דדעתם דהלוקח לא עביד איסורא כלל יעו"ש וא"כ הא דצריך הלוקח לשלם להבעלים בודאי דהוא רק מתקנתא דרבנן וז"פ:

ועוד הרי הנוב"י כתב דהאשה היא רק מסייע לעוברי עבירה שעל ידה נגמר האיסור ועיקר האיסור עושה הגזלן שנגמר מעשה הגזילה וכתב הנוב"י דלא ניחא לה להאשה שיתעביד איסור בגרמתה אבל אינו מבואר דהאשה עבדה האיסור וא"כ גם הלוקח מגזלן ג"כ הוא רק מסייע לעובר עבירה: [יג] דף ס"ו ע"א אוכ"ח אק"ב הבאתי דברי הנתה"מ (סי' רנ"ט) דמבואר בדבריו כמו דגזילה מיקרי אינו ברשותו הה"נ דאבידה מיקרי ג"כ אינו ברשות הבעלים אפילו לא בא עדיין לרשות אחר עיי"ש וא"כ לפ"ד הנתה"מ אין הבעלים יכולין להקדישה. והעירני בני שיחי' דבדברי הנוב"י מהדו"ת חאהע"ז (סי' ע"ז) בד"ה ואמנם עיינתי כו' שהבאתי בפנים לקמן בפרקין (דף ס"ט) [אומ"ז אק"ב] מבואר לכאורה דס"ל להיפוך מדברי הנתה"מ בזה שכתב דה"ה אבידה שנאבדה כל זמן שלא מצאה אדם כו' אז כל מקום שהיא ברשות בעלים היא ויכול להקדישה הרי דס"ל להנוב"י דאבידה מיקרי ברשותו עכ"ד:

והנה בעיקר הדין הזה שמחולקים הנוב"י והנתה"מ ז"ל מצאתי כעת בחידושי הרמב"ן ז"ל בשלש שיטות להרמב"ן נדפס בסוף הספר חי' פסחים להרמב"ן זלה"ה בפרק כל שעה בהא דאיתא בש"ס פסחים (דף ל"א ע"ב) ת"ר חנות של ישראל ומלאי של ישראל ופועלי א"י נכנסין לשם חמץ שנמצא שם אחה"פ אסור בהנאה כו' ועיין בש"ע (סי' תמ"ט) במחבר כ' ב' גרסאות בזה והרמב"ן ז"ל כתב בזה"ל ה"ג בעיקר נוסחי חנות של ישראל ומלאי של ישראל ופועלי א"י נכנסין לשם חמץ שנמצא שם אחה"פ מותר באכילה ואצ"ל בהנאה משום דתלינן לי' בפועלין שחנות של ישראל עשוי להתכבד מחמץ בער"פ ובפסח חמץ ביד ישראל מאי בעי ולפיכך תולין בפועלי א"י חנות של א"י ומלאי של א"י ופועלי ישראל נכנסין שהחמץ הנמצא שם אחה"פ אסור בהנאה פי' לא מפני שאומרין שמא מיד פועלי ישראל נפל בפסח דהא ליכא למימר שלא נחשדו ישראל על כך אלא שמא מיד פועלי ישראל נפל קודם הפסח ואין בעל החנות זוכה בו משום מציאה שהרי שנינו מצא בחנות הרי אלו שלו וכיון שאין בעל החנות זוכה בו אלא הרי הוא של מוצאו כל זמן שלא זכה בו אדם ברשות הבעלים הראשונים הוא עומד ולא מיבעי' למ"ד במס' נדרים הפקר כמתנה מה מתנה עד דאתיא לרשות מקבל דהי"ל חמץ של ישראל שעבר עליו הפסח שאסור בהנאה אלא אפילו למאן דלית לי' הכי הכא גזרינן ובודאי דהא מתניתא ר"ש היא כדאוקימנא למתני' כר"ש וש"מ דכי קניס ר"ש בחמץ של

ישראל שעבר עליו הפסח לאו דוקא בעבר עלי' בב"י וב"י אלא בין שוגג בין מזיד בין באונס בין ברצון קנסינן דהא חמץ זה שנמצא בחנות שאסור בהנאה קודם הפסח אבד הימנו והרי הוא של מוצאו ולא עבר עליו כלל בב"י וב"י ואעפ"כ אסור לאחה"פ וטעמא משום קנסא דהא מני ר"ש היא כו' יעוש"ה. וסוף דברי הרמב"ן ז"ל בזה הבאתיו בפנים לקמן (על דף ס"ט) [אומ"ח אק"ג] עיי"ש והנה חזינן דהרמב"ן ז"ל מדמה דין זה להאי דינא דהפקר קודם שזכה בו אחר דלר"י דסובר דהפקר כ"ז שלא זכה בו אחר עדיין הוא ברשות הבעלים הה"נ באבידה כ"ז שלא מצאה אחר עדיין היא ברשות בעלים הראשונים ונאסר החמץ בהנאה והוא כר' יוסי שם במס' נדרים (דף מ"ג) ולרבנן דפליגי שם ס"ל דהפקר לא דמי למתנה בזה אלא דמיד דאפקרה יצא מרשות בעלים הראשונים ואינו עובר בעל האבידה בב"י וב"י ורק דכ' הרמב"ן דהחמץ אסור לאחה"פ מטעם גזירה וא"כ אם נימא דאליבא דר' יוסי הרי הוא ברשות הבעלים הראשונים כ"ז שלא זכה בו אדם אחר ועובר בב"י א"כ ממילא י"ל דיועיל ג"כ הקדשו של בעל האבידה וכסברת הנוב"י הנ"ל ולרבנן דפליגי על ר' יוסי אמרינן דאין עוד ברשות בעל האבידה. ולפ"ז לא יהי' חל כלל ההקדש של בעל האבידה דהא הרמב"ן ז"ל מדמה אבידה להפקר לענין זה:

מיהא הש"ס דילן במס' נדרים שם מסיק ר' יוחנן דטעמא דר' יוסי הוא משום הערמה אסור ורק מדרבנן ובקצה"ח (סי' ע"ר סק"ג) הביא דברי הירושלמי ומפלפל בדברי החו"י והאריך בזה ואם נימא דטעמא דר' יוסי הוא רק מדרבנן אבל מדאורייתא בהפקר יצא מיד מרשות הבעלים א"כ נראה דגם באבידה ג"כ יצא האבידה מרשות הבעלים גם אם לא זכה בה אחר עדיין והרמב"ן ז"ל דמדמה האבידה להפקר הוא רק בהס"ד בגמרא נדרים שם דדינא דר' יוסי הוא מדאורייתא א"כ מדמה לה אבידה להפקר ויהי' תליא בפלוגתא דר' יוסי ורבנן ואפ"ה פוסק דגם לרבנן אסור החמץ הנאבד אע"ג דלא עבר בעל האבידה בב"י אבל לר' יוסי עבר בעל האבידה עלה בב"י באונס וסובר דהאבידה כל זמן שלא זכה בה אחר עדיין היא ברשות בעל האבידה א"כ נימא ג"כ דיכול להקדישה ג"כ. אבל למסקנת הש"ס דילן במס' נדרים שם דגם לר' יוסי הוא רק אסור מדרבנן א"כ סובר דבהפקר מיד שהפקיר יצא מרשות הבעלים א"כ י"ל דגם באבידה אף שלא זכה בה עוד אח"כ ג"כ אינו עוד ברשות הבעלים ואינו יכול תו להקדישה וי"ל עוד בזה. ועיין מק"ח (סי' תמ"ט בביאורים סק"ב) מ"ש בזה:

והנה לכאורה מבואר מדברי הרמב"ן להיפוך מדברי הנוב"י ורק כסברת הנתה"מ הנ"ל ובני האברך מו"ה ישכר שיחי' אמר ליישב דלא יקשה מהרמב"ן על הנוב"י הנ"ל והוא דכל פלוגתת הנוב"י והנתה"מ הנ"ל נראה דהוא רק קודם יאוש שכן מבואר

להמעיין בנתה"מ שם דסברתו שכתב דאבידה כשהוא במקום המשתמר הוי ברשותו אבל כשמונח במקום שאינו משתמר הוי אינו ברשותו כ"ז קאי על קודם היאוש עיש"ה והנוב"י שכתב דאבידה הוי ברשותו ג"כ מיירי קודם יאוש דוקא שכן מבואר להמעיין בנוב"י שם שהעיר לפ"ז האיך רצה רבה במס' ב"ק (דף ס"ו ע"א) למילף דמהני יאוש בגזילה מיאוש דאבידה אם יאוש מטעם הפקר א"כ שאני אבידה דכי היכי שיכול להקדישה דאבידה מיקרי ברשותו כן נמי מצי להפקירה אבל גזילה דא"ב ולא מצי להקדישה כך אינו יכול להפקירה עיי"ש הרי דהנוב"י קאי דאבידה קודם יאוש הוי ברשותו וכן יש להוכיח מהנוב"י דאינו מחלק כלל בין אם האבידה הוא במקום המשתמר או לא דאם הי' סובר הנוב"י דאבידה במקום שאינו משתמר מיחשב אינו ברשותו א"כ מה קא מקשה והא שפיר יליף רבה גזילה מאבידה דהא יאוש מהני באבידה כשהוא במקום שאינו נו משתמר (והרי הנתה"מ הוכיח שם דיאוש באבידה לא מהני רק כשהוא במקום שאינו משתמר וא"כ שפיר יליף רבה גזילה מאבידה במקום שאינו משתמר דהוא ג"כ אינו ברשותו וע"כ דהנוב"י ס"ל דגם כשהיא במקום שאינו משתמר כ"ז שלא מצאה אדם שאינו רוצה להחזירה הוי ברשותו ומחולקין הנוב"י והנתה"מ באבידה שהיא במקום שאינו משתמר דהנוב"י סובר דמיחשב ברשותו והנתה"מ ס"ל דמיקרי אינו ברשותו אבל כ"ז הוא קודם יאוש יעוי' היטב בנוב"י שם שמשמע בכל דבריו דקאי על קודם יאוש. אבל כשכבר נתייאשו הבעלים מהאבידה ונעשה האבידה הפקר נראה דגם הנוב"י מודה דלא מצי בעל האבידה להקדישו וגרע עוד מאינו ברשותו דלא הוי כלל עוד של הבעלים כיון שכבר יצא מרשותו ע"י היאוש ואינו עוד שלו:

ומעתה י"ל בכוונת הרמב"ן בזה דדבריו הם על לאחר יאוש דהא הרמב"ן כתב שהחמץ הוא מציאה ובעל החנות לא מצי לזכות בו דהא תנינן מצא במנות הרי הוא שלו הרי שהחמץ הוא הפקר וע"כ מטעם שנתייאשו הבעלים דמיירי בחמץ שאין בו סימן ואין לומר דילמא לא נודע להפועלים שאבדו שום חמץ והוי יאוש שלא מדעת דז"א דהא מבואר להדי' במתני' במס' ב"מ (דף כ"ו ע"ב) מצא בחנות הרי אלו שלו וה"נ הרי החמץ הוא בחנות והוי הפקר וכמו שפירש"י שם ד"ה מצא בחנות דההוא דנפל מיני' מייאש שהכל נכנסים לשם הרי דבחנות תולין שנתייאש. ועוד דהא חמץ בזמן איסורו מיקרי לגבי ישראל כמו אבודה ממנו ומכל אדם וי"ל דגם לאביי מהני בזה יאוש שלא מדעת וכעין הא דקאמר הש"ס במס' ב"מ (דף כ"א ע"ב) במציל מזוטו של ים (ובדף כ"ב ע"ב) שם. ועיין במק"ח (סי' תמ"ט סק"א) שכתב ג"כ דחמץ שבחנות בודאי נתייאשו הבעלים מהן דכי מטא עידן איסורא איאושי מייאש ועיין מ"ש עוד המקו"ח (בסק"ב) גם מטעם

ביטול דמסתמא ביטלו הבעלים להחמץ עייש"ה מ"ש בזה. וא"כ כיון שהרמב"ן קאי דהחמץ הוי הפקר והיינו מטעם יאוש ע"ז כתב הרמב"ן דלר"י דהפקר לא הוי עד דאתא לרשות זוכה א"כ הכא כיון דבעל החנות אינו זוכה בו דמצא בחנות הרי אלו שלו ולא אתא עדיין החמץ לרשות זוכה א"כ הוי עדיין ברשות בעל האבידה אבל לרבנן דהפקר הוי קודם דאתא לרשות זוכה א"כ הכא נמי יצא החמץ מרשותו ע"י היאוש קודם דאתא לרשות זוכה:

ומעתה מלבד שלא קשה על הנוב"י ז"ל דהא הרמב"ן דכתב דלרבנן הוי אבידה אינו ברשותו הוא אחר היאוש משום דהוא כהפקר ובזה מודה הנוב"י דמ"ש הנוב"י דאבידה הוי ברשותו הוא דוקא קודם יאוש אבל לאחר יאוש מודה הנוב"י דכיון דלא הוי עוד שלו וגרע מאינו ברשותו ואינו יכול להקדישה ולא עוד אלא שיש לדייק מהרמב"ן כסברת הנוב"י דהא חזינן דאף לאחר יאוש כתב הרמב"ן דתליא בפלוגתא דר"י ורבנן ולר"י דהפקר לא הוי עד דאתא לרשות זוכה ה"נ לא יצא האבידה מרשות הבעלים הרי דאע"ג שכבר נתייאשו מהחמץ מ"מ לר"י דלא הוי הפקר עד דאתא לרשות זוכה ולא מועיל עדיין היאוש הוי עדיין ברשותו של בעל האבידה לענין ב"י וב"י והרי דעת הרמב"ן ז"ל שם דהנגזל אינו עובר בב"י וב"י כמ"ש בפנים (על דף ס"ט ע"א) [אומ"ח אק"ג] יעוש"ה ומשמע הטעם משום דאינו ברשותו של הנגזל וכמו דאין הנגזל יכול להקדישו וכמ"ש הנוב"י שם וה"נ באבידה אם היתה אינו ברשותו אמאי יעבור בעל האבידה בב"י וב"י וע"כ משמע דהאבידה הוא ברשותו וא"כ מכ"ש קודם יאוש דלכ"ע בין לרבנן ובין לר"י הוי אבידה ברשות הבעלים אפילו כשהוא במקום שאינו משתמר דהא הרמב"ן קאי במנות דהוא מקום שאינו משתמר דהא מצא בחנות הוא שלו משום שהכל נכנסין לשם וא"כ מוכח כשיטת הנוב"י ז"ל וי"ל עוד בזה:

ועפ"י האמור יש ליישב ג"כ מה שהקשיתי בפנים (על דף ס"ט ע"א) [אומ"ז אק"ב] על דברי הנוב"י הנ"ל מהא דמס' חולין (דף קל"ט ע"א) דאפילו בהקדש בדה"ב כיון דמרדה פקע לה הקדש מיני' כו' וא"כ נראה דאבידה מיקרי אינו ברשותו של הבעלים אפילו אם עדיין לא זכה בו אחר ע"כ. אבל עפי"ז א"ש בהקדם מ"ש החידושי הר"ן ז"ל על מס' חולין (דף קל"ט שם) בד"ה אבל קדשי בדה"ב דקדושת דמים בעלמא הוא כיון דמרדו פקעא להו קדושתייהו וא"ת וקדושה שבהן להיכן הלכה י"ל דהקדש דמים אינו כקנין הגוף אלא כשעבוד ממון וכיון שנתייאש הגזבר מחמת שמרדו הו"ל כהפקר ופקע לי' שעבוד ממין שיש לגבוה עליו כי' עכ"ל הר"ן ז"ל. הרי דהר"ן ז"ל כתב דהא דחולין כיון דמרדו

פקע לה קדושתייהו הוא אחר יאוש וא"כ אין קושי' על הנוב"י דע"כ לא כתב הנוב"י אלא קודם יאוש הוי אבידה ברשותו משא"כ אחר יאוש ם מודה הנוב"י ז"ל וכמש"ל ודו"ק:

אח"ז ראיתי בשמ"ק ב"מ (דף ל"ד ע"א) בד"ה מסתברא כו' באה"ד וז"ל א"ד אמר רבא נעשה כאומר לו לכשתגנב וכו' ודוקא בגניבה אמרי' הכי אבל באבידה דכל היכא דאיתא מצי מקנה לה בשעת תשלומין דוקא מקנה לה כו' עכ"ל והובא בקצה"ח (סי' רצ"ה סק"ג) והקצה"ח כתב עלה דנראה מדברי הפוסקים שלא חילקו בכך אלא אפי' באבידה נמי קונה סמוך לאבידה או משעת משיכה עיי"ש. והנה מדברי השמ"ק נראה מבואר דאבידה מיקרי ברשותו ומש"ה מצי להקנות לשומר גם אחר שנאבדה ועיין בנתה"מ שם (סק"ג) וז"ל ועש"ך (סק"ח) עד כשעשה איזה קנין כגון משיכה כו' צ"ל דקאי אאם נאבד והוא ברשותו דאלו בגנב הא א"י להקנות לו בשעת תשלומין דהא קיי"ל דגזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם א"י להקדישו עכ"ל הנתה"מ מבואר לכאורה בנתה"מ ז"ל דאבידה מיקרי ברשותו ולכאורה אינן מובן דהא הנתה"מ (סי' רנ"ט) ס"ל דאבידה מיחשב אינו ברשותו וכנ"ל. וצ"ל בכוונת הנתה"מ במ"ש דקאי אאם נאבד והוא ברשותו כו' היינו דמיירי באופן שהוא ברשותו וכגון שנודע אח"כ שהי' במקום המשתמר דבכה"ג כתב הנתה"מ (סי' רנ"ט) דהוי ברשותו ודו"ק:

והנה מדברי הרמב"ן ז"ל הנ"ל עפ"י האמור בכוונתו דחמץ זה הנמצא בחנות הוא מציאה שנתייאשו הבעלים ממנה וכמו שפירש"י במס' ב"מ (דף כ"ו ע"ב) מתני' דמצא בחנות הרי אלו שלו משום שאין בו סימן דההוא דנפל מיני' מייאש שהכל נכנסים לשם יעו"ש וע"ז כתב הרמב"ן דלר"י דאמר הפקר לא הוי עד דאתא לרשות זוכה ה"נ הוה עדיין החמץ ברשותם לענין ב"י וב"י אבל לרבנן דס"ל דבהפקר לא בעי עד דאתא לרשות זוכה ה"נ תו לא הוי החמץ ברשותן ואינן עוברין בב"י וב"י והוי כמו הנגזל שאינו עובר על הגדלה בב"י וב"י וכמ"ש הרמב"ן שם אח"כ ועיין מ"ש בעזה"י בפנים (על דף ס"ט ע"א) [אומ"ח אק"נ] שהבאתי סוף דברי הרמב"ן ז"ל בזה. מ"מ נשמע לכאורה מזה דיאוש שוה להפקר דכמו דפליגי ר"י ורבנן בהפקר כן נמי פליגי ביאוש ולרבנן דס"ל דהוי הפקר ויצא מרשותו קודם דאתא לרשות זוכה ה"נ ביאוש כן דהא בעל האבידה לא הפקיר החמץ בודאי ורק שנתי שנתייאש ממנו כדרך יאוש באבידה ומ"מ כתב הרמב"ן דלרבנן כבר יצא מרשותן ע"י היאוש כמו בהפקר וקשה לכאורה מזה עמ"ש הנתה"מ (בסי' רס"ב סק"ג) לחדש דאף דבהפקר קיי"ל כרבנן דלא בעי אתא לרשות זוכה ומ"מ ביאוש לא מהני עד דאתא לרשות זוכה עיי"ש. וכ"ה דעת חותני הגאון ז"ל בספר פתחי שערים על ב"מ (דף קי"ח) עייש"ה ואילו מדברי הרמב"ן ז"ל לא משמע כן:

ואם הי' נוכל לפרש דברי הרמב"ן מטעם שהבעלים מסתמא ביטלו חמצן וכמ"ש המקו"ח (סי' תמ"ט סק"ב) ע"ש והוי כמו הפקר אבל ביאוש באמת בעי אחא לרשות זוכה הי' א"ש אולם לכאורה לא משמע כן מדברי הרמב"ן ז"ל וי"ל בזה. ועיין מ"ש [בק"א] (על דף ס"ט ע"א) [אומ"ח אק"א]:

ואגב ארשום דמ"ש המקו"ח (בסי' תמ"ט סק"א) שם דהבעלים נתייאשו מהחמץ וזכה בו בעל החנות מטעם חצירו כו' ע"ש צ"ע לכאורה מדברי הרמב"ן הנ"ל שכתב להדיא דאין בעל החנות זוכה בו משום מציאה שהרי שנינו מצא בחנות הרי אלו שלו עיי"ש וי"ל בזה. מיהא לפמ"ש התוס' ב"מ (דף כ"ו ע"א) ד"ה דשתיך כו' ז"ל וי"ל דאין חצר קונה בדבר שיכול להיות שלא ימצאנו לעולם כו' וכן מוכח לקמן דתנן מצא בחנות ובשולחנות הרי אלו שלו ואין חצרו קונה לחנוני או לשולחני לפי שהמעות הן דבר קטן ואין סופו הוי לימצא כו' עכ"ל משמע מדברי התוס' דוקא מעות הנמצא בחנות הוא דשלו משום דדבר קטן הוא ואין סופו הוי לימצא הא בדבר גדול כגון ככר סופו לימצא וזכה בו הבעל החנות מדין חצרו. ומשמע לכאורה דלא כשיטת הרמב"ן הנ"ל שכ' דחמץ הנמצא בחנות לא קניא לי' חצרו וקצרתי. ולשיטת התוס' א"ש דברי המק"ח ודו"ק:

דף ס"ו ע"א או"ל לענין ג"ל חמץ ועבר עליו הפסח הבאתי דברי הנוב"י דמתיר להנגזל כתבתי וגם דלא כהח"י (בס"י ת"מ) דמתירו עכ"פ בהנאה כו' טעיתי בזה כי שם בח"י (סי' ת"מ סק"ד) מיירי בענין אחר לענין קבלת אחריות על חמצו של עכו"ם עיי"ש אבל לענין גזל חמץ ועבר עליו הפסח לא איירי שם כלל בזה. ובסוף ספר מנח"י בשו"ת שם (סי' חי"ת) כתב מפורש דאסור להנגזל גם בהנאה עיי"ש:

[יד] דף ס"ו ע"ב אול"א בסוף הענין בד"ה והנה לפי הבנת הקצה"ח בהרשב"א ז"ל א"כ תקשי מסוגי' זו מקרבנו ולא הגזול כו'. והשיב ע"ז אהובי האברך הרב החריף ובקי מו"ה שלמה נח נ"י דהקצה"ח שכתב פירושו וטעמו בסברת הראב"ד לפי גירסת הב"י דהואיל דהלוקח צריך להחזיר דמי הגזילה להנגזל הי"ל כאילו יש להנגזל אפותיקי על הגזילה והחפץ הוא משועבד להנגזל כו' זה כתב דוקא אם אמרינן דיאוש כדי ל"ק ורק עם שינוי רשות בזה שפיר הוה הסברא דהחפץ הגזול שקונה הלוקח הוא משועבד להנגזל אבל הכא בסוגיין דפריך הש"ס מקרבנו הוה הקושי' אליבא דמ"ד יאוש כדי קני בכה"ג בודאי גם לשיטת הרשב"א וכן גם להראב"ד אין שייך לומר דאיכא להנגזל שעבוד מעותיו על החפץ הגזול ולא קשה כלל קושייתי בזה הנ"ל. ועיינתי בזה כי הקצה"ח בעצמו שם מפלפל בעצמו שם אם גם למ"ד יאוש כדי קונה ג"כ יש סברא לומר דיש להנגזל שעבוד על החפץ הגזול ורק במסקנא שם כתב דוקא אם יאוש כדי ל"ק רק עם ש"ר שייך לומר

סברתו הנ"ל דיש להנגזל שעבוד על גוף הגזילה אבל למ"ד יאוש כדי קני לא שייך לומר סברא זו וא"כ שפיר אמר ידידי הנ"ל דל"ק כלל קושייתי הנ"ל בזה:

[טו] דף ס"ז ע"א אול"ג אק"א בד"ה והנה לכאורה י"ל דלהר"ת דסובר דאפילו היכא שכבר קנה לה לגמרי קודם ההקדש ג"כ חשיב מצהב"ע הוא רק מדרבנן אבל מה"ת בכה"ג לא מחשבינן לה מצהב"ע כו'. השיב ע"ז נ"ג וכעת הרב הגדול מו"ה יצחק זעליג ישכר נ"י אבד"ק סקולסק דהא במס' גיטין (דף נ"ה) קאמר עולא ד"ת בין נודעה ובין לא נודעה אינה מכפרת ואף דקנה לה ביאוש וע"כ הטעם דאינה מכפרת משום דהוי מהב"ע וקאמר הלשון דבר תורה ומשמע שהוא מה"ת הפסול דמהב"ע עכ"ד. ולע"ד משום הא לא נדחו דברי אשר הוצאתי כן מכח דהי' ק"ל דמאי יוסיף תת כח מה דאוקמוה רבנן ברשותי' דלא יהי' נחשב עוד למהב"ע ואי משום הלשון דבר תורה הן כבר איכא דעות בזה דאף היכא דקאמר הלשון דבר תורה הוא ג"כ רק מדרבנן וכבר האריכו בזה בספרי הכללים לכאן ולכאן עיין בספר ארעא דרבנן מערכת (אות ד' סי' קס"א) ובהשמטות שם (סי' נ"ה) ובספר עין זוכר להגאון חיד"א ז"ל מערכת (אות ד' סי' כ') מ"ש בשם הפר"ח (ריש סי' פ"ט) באו"ת ועיין ג"כ בפר"ח או"ח (סי' ס"ז) ועיין בסוף הספר בהקונטרס קלורית לעין מ"ש שם בזה:

ומה שהעיר עוד נ"ג הרב הנ"ל בדברי התוס' מס' סוכה (דף ט' ע"א) בד"ה ההוא באה"ד מבואר להיפוך בשיטת הר"ת ממה שכתבתי שהתוס' כתבו שם וז"ל ומיהו קשה מפ' הניזקין (דף נ"ה) גבי חטאת גזולה שלא נודעה לרבים דאמר עולא בגמ' בין נודעה ובין לא נודעה אינה מכפרת מ"ט דיאוש כדי ל"ק ושמעינן לו' לעולא דיאוש כדי קני גבי עורות של בעה"ב וגנב וגזלן ואור"ת דטעמא דעולא בגיטין משום מהב"ע אלמא דאורייתא היא כו' עכ"ל התוס' ומבואר להיפוך ממה שכתבתי אלא דסובר הר"ת דאפילו קני לה אפ"ה מיחשב מהב"ע מדאורייתא עכ"ד ולכאורה יפה הקשה עלי על סברתי הנ"ל: אולם לאחר העיון נלע"ד דנוכל לומר דלא נופל מילי בעזה"י והוא דדברי התוס' סובבים על תחילת דבריהם שהקשו בהא דקאמר הש"ס הכא נמי חג הסוכות תעשה לך לשם חובך ההוא מיבעי' לי' למעוטי גזולה וכתבו התוס' תימא תיפוק לי' משום דהי"ל מהב"ע דמה"ט פסלינן אתרוג הגזול ביו"ט שני לקמן בפ' לולב הגזול ובההוא שמעתא גופי' קשיא דקאמר בשלמא ביו"ט ראשון בעינן להם משלכם אלא ביו"ט שני אמאי ומשני משום דהי"ל מהב"ע והשתא א"כ ל"ל לכם משלכם כו' וי"ל דטעמא דמהב"ע לאו דאורייתא אלא מדרבנן ועלה הקשו התוס' מהא דעולא סובר בין נודעה בין לא נודעה אינה מכפרת משום דיאוש כדי ל"ק ואילו גבי עורות של בעה"ב וגנב וגזלן שמעינן לי' לעולא דסובר

יאוש קני ועלה מתרץ הר"ת דטעמא דעולא בגיטין משום מהב"ע וא"כ שמעינן דמהב"ע דאורייתא ונשאר קושי' התוס' הראשונה דלמה צרכינן קרא גבי סוכה ולולב למעוטי גזולה תיפוק לי' דהא הוה מהב"ע:

והנה עיקר סברתי שהעליתי בדברי הר"ח דמהב"ע הוא רק דרבנן הוא דוקא היכא דקני לי' כבר ע"י יאוש ורק דקנין היאוש מועיל רק לקנין ממונא אבל לא לענין מצוה והוה שפיר מהב"ע ובזה כתבתי בשיטת הר"ת דהוא רק מדרבנן וזה דוקא אם יאוש קונה, אז הוה הא דמהב"ע רק מדרבנן אבל אם יאוש לא קני או דלא הי' יאוש כלל אז שפיר הוה הפסול דמהב"ע פסול דאורייתא לשיטת הר"ח וכמבואר בדברי למעיין היטב בהם.

ומעתה י"ל דאף דאמרינן דגם כי כבר קני ביאוש ג"כ הוה מהב"ע אלא דהוא דרבנן זה דוקא אם לא הי' קנין כלל דהיינו שלא הי' יאוש או למ"ד יאוש כדי ל"ק אז הוה הפסול דמהב"ע מדאורייתא א"כ כי הי' קנין יאוש למ"ד יאוש קונה נחתינן דרגא ואמרינן דהוה עכ"פ מהב"ע מדרבנן אבל אם נימא דגם כי לא הי' יאוש כלל או למ"ד יאוש ל"ק הוה אז הפסול דמהב"ע רק מדרבנן אז אמרינן דלמ"ד יאוש כדי קני לא הוי תו מהב"ע כלל אפילו מדרבנן אם הי' כבר קנין יאוש דבכה"ג לא אחמרי כלל רבנן למיפסלי' משום מהב"ע דהוה כעין גזירה לגזירה וכמו תרי דרבנן וז"נ בסברא ובטעמא:

ויתפרש שפיר דברי התוס' בזה דתחילה הקשו דל"ל קרא דחג הסוכות תעשה לך למעוטי גזולה וכן גבי אתרוג כתיב לכם למעוטי גזול תיפוק לי' דפסול משום מהב"ע דהתם לא הי' כלל שום קנין מקודם והוי שפיר מהב"ע ועל זה תירצו דהפסול דמהב"ע הוא רק דרבנן והקשו ע"ז מהא דיוקשה דעולא אדעולא ותי' הר"ת דהא דפוסל עולא גם לאחר יאוש הוא משום דהוי מהב"ע אלמא דאורייתא היא כוונתם דניהא דבכה"ג דהי' לאחר יאוש ולמ"ד יאוש קונה ודאי הוי הפסול דמהב"ע דרבנן מ"מ שמעינן דהיכא דלא הי' קנין כלל מקודם הוי הפסול דמהב"ע מה"ת דאל"כ לא הוו פסלי רבנן משום מהב"ע היכא דהוא לאחר יאוש למ"ד יאוש קונה וכמש"ל. וא"כ היכא דלא הי' יאוש כלל או אפילו לאחר יאוש למ"ד יאוש ל"ק הוה תו הפסול דמהב"ע מה"ת וא"כ נשאר קושי' הראשונה של התוס' בסוכה ואתרוג למה לי קראי לפסול תיפוק לי' דפסולי משום דהוי מהב"ע ומה"ת פסולי בכה"ג ונדחה תירוץ של התוס' דמהב"ע הוא רק מדרבנן דהא בכה"ג דלא הי' קנין כלל מקודם הוה הפסול דמהב"ע פסול דאורייתא כן נוכל לפרש דברי התוס' ז"ל. וא"כ שפיר נוכל לומר דהיכא דהי' לאחר יאוש ולמ"ד יאוש ל"ק דפסול משום מהב"ע דהוא רק פסול דרבנן וכמו שכתבתי בעזה ודו"ק היטב בזה: ומה שהעירות עוד על דברי דא"כ דלא הוי אלא דרבנן מה הביא הר"י ראי' מאוונכרי דבקנה מקודם לא

חשיב מהב"ע דילמא שאני התם כיון דהוי ספק וסד"ר לקולא כו'. הנה זה אינו השגה כ"כ דהי' נוכל לומר דלפי האמור בדברי הר"ת לא יהי' הראי' להר"י ז"ל. ורק עדיפא הי' לך להקשות בפשיטות יותר דיקשה לפי דברי לשיטת הר"ת אמאי חיישינן כלל גם להושענא דאוונכרי גופייהו הלא הוי רק ספיקא דרבנן כיון דכבר נתייאשו הבעלים ולפמ"ש בשיטת הר"ת דבכה"ג הוי הפסול דמהב"ע רק מדרבנן וסד"ר לקולא ולכאורה י"ל בזה:

אולם באמת א"ש לפמ"ש הש"כ ביו"ד (סי' ק"י בכללי הספיקות אות כ') דאף דקיי"ל סד"ר לקולא מ"מ היכא דאתחזק איסורא ספיקא לחומרא וכבר האריכו הפוסקים בזה וא"כ ה"נ אתחזק חיובא דגברא לברך על הלולב והמינים ואזלינן בי' לחומרא גם באיסור דרבנן ולא דמי לספק קרא ק"ש דאינו חוזר וקורא למ"ד ק"ש דרבנן דכבר כתב החוו"ד (בסי' ק"י בקונטרס בית הספק סק"כ) להחזיק בשיטת הש"כ הנ"ל וגם בספק מצוה דרבנן ג"כ אמרינן דאתחזק חיובא חייב ובהא דספק קרא ק"ש דאם ק"ש דרבנן אינו חוזר וקורא הוא מטעם דק"ש אדעתא דחוב איסורא אית בי' כמו בספק התפלל אינו חוזר ומתפלל וכתב הרא"ש הטעם אף דמתפלל אדם כל היום כולו בתורת נדבה מ"מ בספק התפלל אינו חוזר ומתפלל דתפלה אדעתא דחוב איסורא אית בי' וכן הוא בק"ש אף דמותר לקרות ק"ש כל היום בתורת נדבה מ"מ בספק אסור כמו בספק התפלל וכן הוא בכל הברכות כו' עכ"ד החוו"ד ז"ל וא"כ א"ש הכא דלענין דגברא בר חיובא לעשות המצוה מוקמינן לי' בחזקת חיוב ואזלינן לחומרא גם בספיקא דרבנן:

ועוד נלע"ד לומר בזה דהא לכאורה בכל סד"ר דלקולא מ"מ לכתחילה ודאי אסור לסמוך על הספק להקל היכא דאפשר לברר וא"כ גם היכא דאיכא עצה דלא נצטרך לסמוך על הספק להקל בודאי דאסור לו לסמוך לכתחילה על הספק ולהתיר וא"כ נוכל לומר דה"ק ר"ה להאוונכרי דלכתחילה יחושו להחמיר על הסד"ר ולא ליגזזו אינהו בעצמם להושענא דידהו אבל באמת בדיעבד שגזזו הם בעצמם להושענא דידהו ג"כ יצאו שפיר יד"ח אם כבר ברכו עליהם הואיל דסד"ר לקולא:

ובילדותי דנתי כעין זה על קושי' השער אפרים המובא בספרים דאמאי לא יצאו אפילו אם יגזזו הם בעצמם לפירש"י דהחשש הוא משום דסתם כותים גזלי ארעתא מישראל נינהו דמשמע דמשום חשש גזל עכו"ם לא הי' חושש וא"כ נימא דניחא לי' להבעלים הישראלים דליתעביד מצוה בממונם וניחא להו שיקחם הישראל הקונה לעשות בהם המצוה דהא אין להבעלים הפסד בזה. וכתבתי ליישב דהטעם דאמרינן ניחא לי' לאינש למיעבד מצוה בממוני' לא הוי בירור אלא דהוא כמו חזקה דמסתמא ניחא לי' ובחזקה

כל היכא דאפשר לברר מבררינן ולא סמכינן אחזקה ועיין מג"א (סי' ח' סקי"א) ומש"ה שפיר א"ל ר"ה דלא תגזזו אחון ואי משום דניחא לי' לאינש הא הוה כמו אפשר לברר ולא נצטרך לסמוך על החזקה דהיינו שהעכו"ם יגוזו אבל בדיעבד אם גזזו הם בעצמם ג"כ יצאו שפיר מטעם דאמרינן דניחא לי' להבעלים למיעבד מצוה בממונם ויזכו בהם הלוקחים דהא לית להו פסידא בזה להבעלים:

[טז] דף ס"ח ע"ב או"מ אק"א בתוד"ה הוא דאמר בסוה"ד שהקשו דלמה לא יוכל לחלל נ"ר ומע"ש שלא מדעת הבעלים מטעם זכי' ע"ש ובתוס' קידושין (דף נ"ו ע"א) ד"ה מתקיף בשם הר"ר מאיר ז"ל דהכא בסוגי' דצנועין ל"ש לומר זכי' הואיל דגם הלוקט א"י לחלל שהוא גזלן ואינו שלו ולא מצי משוי שליח ע"ש והבאתי מ"ש המהרש"א דהכא כוונת התוס' בקושייתם דנימא דגבי צנועין הוה יאוש ור"ל סובר דיאוש קונה א"כ הוי של הלוקטין ומצי אינהו לחלל דהוי תו שלהם ומהני החילול של הבעלים מטעם זכי' בתורת שליחות של הלוקטים ומנ"ל דצנועין סברו דמצי לחלל דבר שאינו ברשותו, וכתבתי ליישב קושי' התוס' דכוונת הש"ס מכח ממ"נ דאם נימא דטעמא דצנועין משום דיכול לחלל דשא"ב א"כ א"ש ומוקמינן לברייתא לגנב והקדיש כו' אליבא דר"ל שהקדישו בעלים ביד גנב ואם נימא דטעמא דצנועין משום דיאוש קונה ומצי אינהו לחלל ומועיל חילול הבעלים מטעם זכי' א"כ כיון דאיכא תנא דצנועין דיאוש קונה ל"ק תו מברייתא דגנב והקדיש כו' דמוכח דיאוש לא קני די"ל ר"ל סבר כתנא דצנועין. ולקמן דמקשי הש"ס על ר' יוחנן דס"ל א"א מקדיש דשא"ב וס"ל יאוש לא קני שפיר פריך דמצנועין מוכח או דיאוש קני או דאדם מקדיש דשא"ב ע"כ כמבואר בפנים:

והנה מצאתי מכתב מכבוד אאמו"ר הרה"ג מוה"ר יוסף זצ"ל שפקפק על דברי ובעת סידורי הספר לדפוס לא הי' לפני המכתב הזה ואעתיק בזה דבריו ז"ל:

הנה תחילה אפרש דלכאורה לפי דבריו דהש"ס משני מטעם ממ"נ א"כ בהצד א' היינו אם נימא דטעמא דצנועין דאדם מקדיש דשא"ב א"צ לומר דצנועין סברו דיאוש קונה רק דמצי סברו דיאוש אינו קונה ורק דיכולין הבעלים לחלל אע"ג דאינו ברשותן. אך לפי"ז יהי' קשה על דבריך דא"כ הדק"ל על ר"ל דאם סברו הצנועין דיאוש אינו קונה א"כ חייב בח"ה גם אחר יאוש וקשיא לר"ל דסובר דאינו חייב דו"ה אחר יאוש משום דיאוש קני והא חזינן דצנועין סברו יאוש לא קני [וזה דוחק לומר דבזה סובר ר"ל כצנועין דאדם מקדיש דשא"ב וביאוש אינו קונה לא סבר כוותייהו ורק סובר יאוש קני דזה דוחק] וצרכינן לומר לפי דבריך דאף בהצד הא' שנימא דטעמא דצנועין משום דאדם מחלל דשא"ב מ"מ מצי סברו דיאוש קונה ונימא דצנועין מיירי קודם יאוש וכמ"ש התוס' בריש

דבריהם ז"ל ומש"ה הוי טעמא דצנועין משום דאדם מחלל דשא"ב. ואם נימא דצנועין סברו א"א מחלל דשא"ב אז נימא דצנועין מיירי אחר יאוש וכיון דיאוש קני הוי טעמא דצנועין משום דהבעלים יכולין לחלל מטעם זכי'. ומ"מ גם אם נימא טעמא דצנועין מטעם אדם מחלל דשא"ב ג"כ נצטרך לומר דמצי סברו יאוש קני. וע"כ קיצר בדבריו בזה וצריך לפרש כן:

אך לפענ"ד א"א להלום שזה כוונת הש"ס חדא דלא מוזכר כלל בקושית הגמרא מיאוש קונה או א"ק רק אי מקדיש דשא"ב אי לא וגם לקמן (דף ס"ט) כדמקשה הש"ס על ר"י אינו מזכיר המקשה כלל מיאוש ל"ק רק מה שסובר דאין אדם יכול להקדיש דשא"ב ועיש"ה:

ובר מן דין קשי' לי לפי דבריך דכונת הש"ס מטעם ממ"נ או דצנועין סברו אדם מקדיש דשא"ב או דסברו יאוש קונה א"כ לפי הצד הב' הוא דכוונת הש"ס להוכיח דצנועין סברו יאוש קונה ומצי ר"ל לסבור כתנא דצנועין מאוד אני תמה על חכם שכמותו יאמר דבר כזה וכי תנאי חסרת דסברי יאוש קונה עיין לעיל (דף ס"ו ע"ב) פלוגתא דר"ש ורבנן בעורות של גנב ואף דשם קדחי הש"ס מ"מ (בדף קי"ד ע"א) מייתי לה הש"ס לפלוגתא דר"ש ורבנן ומטעם יאוש קונה וגם איכא התם פלוגתא בברייתא תנא אם נטל מחזיר לבעלים הראשונים קסבר יאוש כדי לא קני ואיכא דאמרי אם בא להחזיר כו' מ"ט יאוש כדי קני ולעולא בידוע ד"ה יאוש קני ולאבע"א שם מתניתא דהגנב והגזלן כו' רבי הוא דס"ל בין בגנב ובין בגזלן יאוש קני ועיש"ה א"כ אם כוונת הש"ס להוכיח דר"ל מצי סבור כצנועין דיאוש קני למה לא קאמר הש"ס דסובר כרבנן דר"ש או כתנא דברייתא דסובר יאוש קני, ועל המהרש"א והקצה"ח שגם הם מפרשים קושי' התוס' בלאחר יאוש לא קשה דלדבריהם כוונת הש"ס לתרץ ולהוכיח דצנועין סברו אדם מקדיש דשא"ב אבל לפי דבריך שכוונת הש"ס בדרך ממ"נ או דצנועין סברו אדם מקדיש דשא"ב או דיאוש קני א"כ למה לא מתרץ דר"ל סובר כרבנן או כתנא דסובר יאוש קני ולמה דוקא להוכיח מצנועין שאין מוכח כלל מדבריהם בבירור דיאוש קני דדילמא טעמייהו משום דאדם מקדיש דשא"ב:

עוד כתב אאמו"ר הרה"ג ז"ל בכוונת קושי' התוס' בסוגיין דנימא דמצי הבעלים לחלל מטעם זכי' וז"ל ולולא דמסתפינא מרבותי האחרונים הייתי מפרש פי' אחר בדברי תוס' בהקדם מ"ש התוס' ב"ק (דף ס"ו ע"א) ד"ה כיון דבאיסורא אחי לידי' כו' וז"ל מכאן משמע שיאוש אין כהפקר גמור דא"כ אפילו בתר דאתא לידי' באיסורא יוכל לקנות מן ההפקר והא דאמר בהשולח (דף ל"ט ע"ב) נתייאשתי מפלוני עבדי דלא בעי גט שיחרור

אי אמרי' המפקיר עבדו יצא לחירות ואין צריך גט שיחרור לא משום דכי מתייאש הרי הוא מפקירו דאי יאוש הוי הפקר א"כ אפי' אתא לידי' באיסורא כיון שמפקיר זכה בהן אלא התם היינו טעמא דכי היכי דבהפקר א"צ גט שיחרור לפי שאין רשות לרבו עליו ה"ג כשנתייאש אין לרבו רשות עליו עכ"ל התוס' ומשמע מדבריהם ז"ל דגם למ"ד יאוש לא קני הגנב או הגזלן בגניבה וגזילה משום דבאיסורא אתא לידי' מ"מ עכ"פ יצא הדבר מרשות הבעלים כנראה למעיין. וכן מבואר עוד בתוס' ב"ק (דף ס"ט ע"א) ד"ה כל שלקטו כו' באה"ד וז"ל אי נמי למ"ד יאוש כדי לא קני כלל וכל המחזיק בה זכה בה כו' ונכתב שם על הגליון העתק מחילופי גרסאות וז"ל וא"כ הוי הפקר לכל עכ"ל משמע להדי' כן דלמ"ד יאוש לא קני מ"מ יצא מרשות הבעלים עכ"פ והוי כאין לו בעלים וא"כ מהראוי שכל אדם יכול לחלל פירות כרם רבעי כזה כיון דאין לפירות הללו בעלים והוי כהפקר רק דכיון דהוא ברשות הלוקטים שהם גזלנים א"כ הוי לכל העולם אינו בר ברשות אבל להגזלן בעצמו דלגבי דידי' הוי ברשותו וניהו דאינו שלו דיאוש לא קני מ"מ הא הוי הפקר ומצי תו הגזלן לחלל וא"כ שוב יכולין הלוקטים לעשות שלית לחלל דהא אינהו הלוקטים בעצמם מצי לחלל וממילא שפיר מקשי התוס' מה מדמי הש"ס הקדש לחילול דבשלמא חילול יכולין הבעלים לחלל מטעם זכי' והיינו מטעם שליח של הגזלן ואף אם יאוש לא קני וכו' יוחנן מ"מ הא הוי הפקר עכ"פ וכנ"ל וסברו התוס' דל"ש תי' הר"מ ז"ל בתוס' קידושין דכ"מ דל"מ עביד שליח ל"מ משוי ע"ש דלפי האמור הגזלן מצי לחלל ושפיר מהני חילול של הבעלים מטעם זכי' דהוא כשליחות של הגזלן. וקושית תוס' גם על מה דפריך הש"ס על ר' יוחנן דאמר א"א מקדיש דשא"ב מצנועין דילמא בצנועין ה"ט דיכולין הבעלים לחלל מטעם זכי' כן י"ל בכוונת התוס' הכא בקושייתם עכ"ד:

והנה הדברים נכונים בסברא. ובשיטת הר"מ ז"ל דתי' משום דכ"מ דאיהו ל"מ עביד כו' אולי י"ל דסובר הר"מ ז"ל דאם יאוש לא קני גם הפקר לא הוי והוא של הבעלים לגמרי ועיין בנמה"מ (סי' רס"ב סק"ג) מ"ש בדברי התוס' ב"ק (דף ס"ו) הנ"ל ומיישב קושי' התוס' שם מגיטין והעולה מדבריו ז"ל דגבי יאוש ל"ה עד, דאתא לרשות זוכה ומש"ה למ"ד יאוש בגניבה וגזילה ל"ק דבאיסורא אתא לידי' ולא קנה הגנב או הגזלן ממילא לא יצא מרשות הבעלים ע"ש בנתה"מ וא"כ י"ל דכן ס"ל להר"מ ז"ל וממילא אם יאוש ל"ק לא הוי הפקר כלל. ויעוין מ"ש ב"ה בקו' זה אות י"ג בפרקין לעיל (על דף ס"ו ע"א) [אוכ"ח אק"ב] ע"ד הנתה"מ ז"ל בזה מרמב"ן בליקוטי פסחים עיי"ש:

אמנם מה שי"ל ע"ד אאמו"ר מהא דפריך הש"ס (בדף ס"ז ע"א) על ר"ל דיאוש לא קני מהא דהגנב והגזלן והאנס הקדישן הקדש ותרומתן תרומה ומעשרותיהן מעשר כו' וכן

הוא במס' ב"ק (דף קי"ד ע"א) ויקשה דמה פריך הש"ס מתרומה ומעשר נימא דלעולם יאוש לא קני ומ"מ יכול הגזלן לתרום הואיל דהוא של הפקר ואין לו בעלים דכמו דנימא דמצי לחלל כן נימא דמצי לתרום. הן אמת שבדבר זה אם יכול לתרום מדבר של הפקר כבר הבאתי בעזה"י בפנים הספר (על דף ס"ח ע"ב) [אומ"ג אק"ב] דברי האומץ יוסף ז"ל על או"ח (סי' תנ"ז) שנסתפק בזה והבאתי דברי הירושלמי פסחים (פ"ג ה"ג) דמבואר דא"י לתרום בשל הפקר. ולפ"מ שצידדתי שם לומר דאע"ג דא"י לתרום משל הפקר מ"מ מצי לחלל א"ש דברי אאמו"ר הרב זצ"ל:

אולם מה שי"ל דמה פריך הש"ס מהא דהגנב והגזלן הקדישן הקדש נימא דאע"ג דיאוש לא קני מ"מ מצי להקדיש כיון דהוא של הפקר וכמ"ש התוס' נדרים (דף ל"ד ע"ב) וברא"ש בשם הרא"מ ז"ל דמצי להקדיש דבר של הפקר. ולפמ"ש הקצה"ח (סי' רי"ב) דהיינו דוקא כי זכה בה אח"כ חל ההקדש מעיקרא עיי"ש וא"כ שפיר פריך הש"ס דקתני הגנב והגזלן הקדישן הקדש אע"ג דעוד לא זכה בהן הגנב או הגזלן וי"ל עוד בזה. אבל לפמ"ש הקצה"ח (סי' ר"ד סק"ג) ונראה מדבריו ז"ל שם דההקדש חל מיד בשעה שהקדישה והארכתי בעזה"י בזה בפנים הספר (על דף ל"ג ע"א) או"י אק"ב אק"ג בקו' זה לעיל שם [אות ד'] באריכות בענין זה אם ההקדש חל תיכף בשעה שמקדישה עיי"ש וא"כ י"ל מה פריך הש"ס מהא דהגנב והגזלן הקדישן הקדש נימא דיאוש לא קני רק דמ"מ הוי הפקר ויכול הגזלן להקדישו כמו שיכולין להקדיש דבר של הפקר. אולם באמת א"ש בפשיטות דהא כל הטעם דמצי להקדיש דבר של הפקר הוא כמ"ש התוס' והרא"ש נדרים שם בשם הרא"מ ז"ל משום דבידו לזכות בהדבר של הפקר יעוש"ה וא"כ תינח בהפקר דבידו לזכות אבל הכא ניהו דלאחר יאוש הוא הפקר מ"מ הא הגזלן אינו יכול לזכות בו דהא למ"ד יאוש לא קני אין הגזלן קונה אותו משום דבאיסורא אחא לידי' וא"כ לא מצי לזכות בו דהגזלן אינו קונה כיון דבאיסורא אתא לידי' ממילא אינו יכול להקדישו. ובזה יש להוסיף עוד דכל העולם ג"כ אינן יכולין להקדישו היינו אף אם אדם מקדיש דשא"ב וא"כ הי' סברא לומר לפי האמור שיהיו יכולין להקדישו אף שהוא ביד הגנב או הגזלן מ"מ י"ל לפמ"ש התוס' ב"ק (דף ס"ט ע"א) ד"ה כל שלקטו דכל אדם אסור לזכות בהגזילה מפני שהיא צריכה להגזלן יעוש"ה וא"כ כיון דאסור לזכות י"ל דלא מיקרי תו בידו לזכות לענין זה שיהיו יכולין להקדיש וכסברא זו כתבתי בפנים הספר (על דף ל"ג ע"א) [או"י אק"ג] שם וגם דהכא הגזילה הוא ביד הגזלן ולא יניח לאחר לזכות בה וי"ל בזה. ושפיר פריך הש"ס מהא דהקדישן הקדש:

ולפ"ז יש לפקפק גם בדברי אאמו"ר הרה"ג ז"ל הנ"ל דאף אם נימא דיכול לחלל דבר של הפקר י"ל דהוי ג"כ הטעם משום דבידו לזכות הרי הוא כשלו וא"כ בגזילה דאין הגזלן יכול לזכות משום דבאיסורא אתא לידי' ל"מ זכי' דידי' תו לא יכול לחלל וממילא שפיר תירץ הר"מ ז"ל בתוס' קידושין דכ"מ דאיהו ל"מ עביד שליח ל"מ משוי וי"ל עוד בזה ודו"ק: [יז] שם או"מ אק"ב ע"מ שכתבתי ע"ד הקצה"ח (סי' שנ"ד סק"ה) ותמצית סברתי דאם ראובן יש לו מע"ש שלו והניח מעות ואמר כשיזכה שמעון במע"ש זה וירצה לאכלו בלא חילול יהי' המעות הללו מחוללין עליו דחל החילול הואיל דבשעת אמירה מצי לחול החילול חל תו ג"כ אח"כ כשזוכה בו שמעון אפילו אם לא אמר ראובן אח"כ בפירוש שיהי' מחולל על מעותיו. ועפ"ז כתבתי דגם כשהצנועין אמרו כל הנלקט היינו משעה שיהי' נלקט יהי' מחולל אז אם הלוקטים קנו מצד יאוש שפיר מהני החילול של הצנועין שיחול החילול לאחר שלקטו מדין זכי' יעוין בפנים באורך מזה. והנה אאמו"ר הרה"ג ז"ל פקפק בזה ואעתיק בזה דבריו ז"ל וזה לשונו. ומה שר"ל שגם הבעה"ב אינו מחלל רק בעת לקיטה ואז המעות מונחים וגם הגנב יוכל אז לפדות תמי' לי איך ידמה הבעה"ב לגנב בשלמא הבעה"ב שפיר באמירה בבוקר יחול עכ"פ החילול בעת לקיטה אבל בלי אמירה אין כאן חילול כלל וגנב בעת אמירת הבעה"ב בבוקר אין בידו לפדות כלל דאז אינו שלו רק בעת לקיטה והא אז אין כאן אמירה ובלתי אמירה אין כאן חילול כלל. וליתר תוקף אביא דוגמא למקדש לאחר ל' יום אף דבשעת אמירה אינו מקדשה כלל מקודשת לאחר ל' מכח אמירה ראשונה ולולא אמירה הראשונה אין כאן קידושין כלל הא נמי לולא אמירה דבבוקר אין כאן חילול ובשעת אמירה לא יוכל הגנב לחלל כמ"ש הקצה"ח. ויש לעיין בעכו"ם שנתן כסף קידושין לישראלית לאתר ל' יום ובתוך ל' יום נתגייר מי הוי קידושין כלל ל"מ לדידן ודאי אין כאן קידושין אף דלאחר ל' ראוי לקדש אלא אפי' לר"מ דאמר לאחר שאתגייר דהוי קידושין מ"מ י"ל דדוקא דקאמר לאחר שאתגייר אבל בכאן דאמר לאחר ל' רק דנתגייר תוך ל' י"ל דמודה ר"מ דאין כאן קידושין כיון דהוי בלי אמירה. וה"נ דחילול צריך אמירה דבבוקר וגנב לא יוכל לחלל בבוקר א"כ גם הבעה"ב לא יוכל לחלל עבורו וצדקו דברי הקצה"ח ודו"ק היטב ואף אם יש לפקפק על הדוגמא שהבאתי מכח ערבא ערבא צריך מ"מ הדין עם הקצה"ח וכנ"ל עכ"ד אאמו"ר ז"ל בזה: הנה ע"מ שצידדתי בפנים בתחילה לומר דאם הניח מעות ואמר כשיקנה פלוני פירות ויאכלם בלא חילול יהיו המעות הללו מחוללין על פירותיו של פלוני דחל החילול כו' ע"ז שפיר כתב אאמו"ר הרב ז"ל לפקפק אבל לפ"מ שסיימתי סברתי משום דבבוקר בשעת האמירה הי' ביד הצנועין לחלל שעדיין לא נלקטו ואח"כ

כשנלקטו ג"כ יכולין מטעם זכי' דאז הוא של הגנב שקנה ביאוש אם נימא דיאוש קונה בכה"ג יש קצת סברא לומר כמו שכתבתי דמהני החילול של הבעלים בבוקר שיחול משעה שילקטו ואיני אומר קבלו דעתי בזה:

[יח] שם או"מ אק"ג כתבתי לחזק תי' קו' הספיקות על הרמב"ם ז"ל די"ל דהש"ס בגיטין (דף נ"ה ע"ב) חולק אסוגיין דב"ק וס"ל דצנועין מיירי דוקא בשנת השמטה דאל"כ למה לא מתרץ הש"ס בגיטין אליבא דעולא דמתני' דגנב והקדיש כו' מיירי שהקדישוהו בעלים ביד גנב וכצנועין וכמו דמשני הש"ס בב"ק בסוגיין כן לר"ל ועיין תוס' גיטין שם ד"ה מ"ט כו' כמבואר בפנים:

וע"ז העיר נ"ג האברך החריף המופלג מו"ה שלמה רפאל זאב נ"י מק"ק קוואהל דהריטב"א בגיטין (דף נ"ה) שם כתב דעולא סובר כר"י דגזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם א"י להקדישו ואם כן בעלים א"י להקדישו ביד גנב ועולא תלמיד ר' יוחנן יע"ש וכן מבואר ברשב"א גיטין שם דעולא סובר כר' יוחנן וא"כ לא מצי לתרץ כלל שהקדישו בעלים ביד גנב אבל אליבא דר"ל שפיר מתרץ הש"ס בב"ק שהקדישוהו בעלים ביד גנב וכמו דקאמר הש"ס בב"ק אליבא דר"ל הוא דאמר כצנועין כו' ופירש"י ד"ה הוא דאמר ר"ל דתרצה כשהקדישוהו בעלים עיי"ש עכ"ד. אבל באמת לא נדחו דברי בזה דהא התוס' בגיטין שם ד"ה מ"ט שהבאתי הקשו כן קושייתם וז"ל ועוד קשה דמשמע דאי יאוש קני א"ש והא במרובה (דף ס"ח) פריך איפכא ר"י לר"ל כו' ואי יאוש קני מאי אירי הקדיש כי לא הקדיש נמי פטור מדו"ה דשלו הוא טובת ושלו הוא מוכר וליכא לשנויי כדמשני התם לר"ל כגון שהקדישוהו בעלים בבית גנב דא"כ מאי קפריך לעולא כרת מאי עבידתי' הא מתחייב כרת שפיר דהא ראוי לפתח אוהל מועד כיון שהקדישו בעלים עכ"ל התוס' והרשב"א כתב בזה בד"ה ואי אמרת כו' וז"ל וא"ת ולרב יהודה דאמר דיאוש כדי לא קני מ"ש כי אקדיש דאינו משלם תשלומי ארבעה וחמשה אפילו כי לא אקדיש נמי דשלו הוא טובח ושלו הוא מוכר וי"ל דרב יהודה מוקי לה בשהקדישו בעלים בבית גנב כדמוקי לה ר"ל בפרק מרובה וס"ל כצנועים כו' דאע"פ שאינו ברשותו יכול הוא להקדישה והא דלא מוקמינן לה נמי בהכי אליבא דעולא משום דעולא כר"י ס"ל דאמר גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהן אינן יכולין להקדיש והלכך מוקי לה בשהקדישה גנב ולאחר יאוש וא"נ איכא למימר דהוה מצי למימר ולטעמיך לרב יהודה מי ניחא ולתרוצי לתרווייהו בשהקדישה בעלים בבית גנב אלא דבעי לתרוצי לעולא אפי' בשהקדישה גנב אלא לר"י ודאי מיתרצא כנ"ל כו' עכ"ל הרשב"א ז"ל הרי דהרשב"א בתי' הראשון הוא דמתרץ כן דמש"ה לא מצי הש"ס בגיטין לתרץ אליבא דעולא כגון שהקדישו בעלים ביד

גנב משום דסבר כר' יוחנן דגזל ול"נ הבעלים שניהן א"י להקדישו אבל הרשב"א בתירוץ השני ס"ל דבאמת הו"מ בש"ם בגיטין לתרוצי הכי אליבא דעולא דמיירי שהקדישה בעלים ביד גנב וסובר כצנועין וכ"כ בחידושי הר"ן גיטין שם כתי' השני של הרשב"א עיש"ה הרי דגם לעולא הו"מ לתרץ כן דמיירי שהקדישה בעלים ביד גנב וכצנועין דאדם מקדיש דבר שא"ב. וכן נראה מהתוס' בקושייתם הנ"ל דס"ל כן. ועכצ"ל דלתי' השני של הרשב"א והר"ן ז"ל דאע"ג דעולא תלמיד ר' יוחנן מ"מ אפשר לומר דפליג בזה אר' יוחנן וס"ל דאדם מקדיש דבר שא"ב. או דכוונתם ז"ל דאף דעולא לעצמו סובר כר"י דגזל ול"נ הבעלים שניהן א"י להקדישו זה לפי שא"ש וזה לפי שא"ב אבל מתני' דגנב והקדיש כו' הוא כצנועין דאדם מקדיש דבר שא"ב והא דסובר עולא כר"י דגזל ול"נ הבעלים שניהן א"י להקדיש כו' משום דר"י סתמא אחרינא אשכח וכדקאמר הש"ס בב"ק בסוגיין (דף ס"ח ע"ב) וא"כ חזינן דלהרשב"א בתי' השני וכן תי' הר"ן הוא באמת דאליבא דעולא ג"כ נוכל לתרוצי דמיירי שהקדישו בעלים ביד גנב ורק דניחא להש"ס לתרוצי לעולא אפילו בשהקדיש גנב. וא"כ שפיר כתבתי בשיטת הרמב"ם ז"ל דהוקשה לו אמאי לא מתרץ כן הש"ס בגיטין אליבא דעולא ומה שכתבו הרשב"א והר"ן דאה"נ דהו"מ לתרוצי הכי הי' דחוק להרמב"ם ז"ל ומש"ה בחר לו הרמב"ם ז"ל לומר דסוגיא דגיטין סובר דגם לצנועין אין אדם מקדיש דבר שא"ב וצנועין מיירי דוקא בשנת השמטה ומטעם זכי' ודו"ק:

[יט] דף ס"ח ע"ב אומ"ג אק"ב כתבתי לישב קושי' הט"א (ר"ה דף ט"ו) דל"ל קרא לפטור שביעית ממעשר ת"ל דהוי הפקר דפטור ממעשר וכתבתי דבשל הפקר אם רוצה לתרום ולהניח הכל רשאי ומהני ההפרשה אבל שביעית לאו בר עשורי הוא כלל כמבואר בפנים. ובני האברך מו"ה ישכר שיחי' תמה בזה הכי נימא בהפקר שפטור מן המעשר אם יפריש ממנו יהי' חל התרומה והמעשר דזה דומה כמפריש מתבואה שכבר הפריש ממנה תו"מ דלא חל כלל ההפרשה והגאון בעל אומץ יוסף ז"ל על או"ח (סי' תנ"ז) לא נסתפק אלא בהפקיר לאחר המירוח שכבר הי' עליו החיוב אבל בהפקר שלא נתחייב מעולם בודאי דלא חל כלל ההפרשה עכ"ד. ולע"ד שפיר נוכל לומר כדברי דיש חילוק בין אם כבר הפריש מהתבואה תרו"מ בודאי דנפטר לגמרי ולא שייך בי' הפרשה שנית כיון דכבר נעשה בה המצוה אבל בהפקר דניהו דפטרה התורה מקרא ובא הלוי וגו' יצא זה שיש לו חלק בו אבל מ"מ ניהו דחיובא ליכא אבל אם יפריש ממנו תרו"מ יש סברא לומר דחל שפיר ההפרשה כיון דלא נעשה בו עוד המצוה. וכיוצא בזה מצינו במסכת זבחים סופ"ו (דף ס"ה ש"ב) אראבר"ש שמעתי בחטאת העוף שמבדילין ומאי לא יבדיל א"צ להבדיל ע"ש: ועיין ברמב"ם (פ"ב מהלכות תרומות הי"ב) וז"ל הפקיר קמה וזכה בה

ועבר והפריש ממנה תרומה ה"ז תרומה אבל אם הפקיר שבלים וזכה בהן ועבר והפריש מהן תרומה אינה תרומה וכן כל המפריש מדבר שאינו חייב תרומה אינה תרומה כו' ובהראב"ד ז"ל א"א לא שיהא חייב אלא שאם הפריש הוי תרומה כדאמרינן במפקיר את כרמו והשכים בבוקר ובצרו שהוא פטור מן המעשר ומפרש בירושלמי מה בין קמה לשבלין קמה עד שלא הפקירם עבר והפריש מהם תרומה אינה תרומה וכשהפקירם לא הפקיע מהם כלום שבלים אם עבר והפריש מהם ה"ז תרומה הלכך כשהפקירם הפקיע אותם מן התרומה ונפטרו כו' עכ"ל הראב"ד ז"ל ועיין בכ"מ שהביא מקור דברי הרמב"ם ז"ל מירושלמי רפ"ק דמעשרות וכתב שגם הרמב"ם סובר כהראב"ד דבהפקיר קמה אינו חייב להפריש רק אם עבר והפריש חל התרומה ומש"ה נקט הירושלמי והרמב"ם עבר והפריש ע"ש. ומקור הדין הזה הוא מירושלמי רפ"ק דמעשרות שם (ה"א) רב חסדא אמר הפקיר קמה וחזר וזכה בה עבר והפריש ממנה תרומה הרי זו תרומה מה בין קמה לשיבלין קמה עד שלא הבקירה עבר והפריש ממנה תרומה אינה תרומה שיבלין עד שלא הבקירן עבר והפריש מהן תרומה הרי זו תרומה ופי' הפני משה ז"ל מה בין קחה לשיבלין דמדקאמר רב חסדא הבקיר קמה ולא קאמר סתם הבקיר וחזר וזכה משמע דבדוקא קאמר ואין הדין כן בהבקיר שיבלים וחזר וזכה בהן ומה בין קמה לשיבלים קמה עד שלא הבקירה עבר והפריש ממנה תרומה אינה תרומה דאין שם תרומה חל על המחובר לקרקע הלכך כשהפקירה במלתא קמייתא דלא הוציאה מכלל חיוב אלא דפטורה ועומדת היא ואם אח"כ כשקצרה עבר והפריש ממנה תרומה הרי זו תרומה אבל בשיבלים אם עד שלא הפקירה עבר והפריש ממנה תרומה היתה תרומה דאעפ"י דאין חיוב תרומה ומעשרות עד לאחר המירוח מ"מ אם קרא עליהן שם תרומה חלה והויא תרומה הלכך כשהפקיר אותן הוציאן מכלל חיוב ונפטרו לגמרי ואפילו אם עבר אח"כ והפריש מהן תרומה לא חלה כלל עכ"ל הפ"מ ז"ל. והנה לכאורה אינו מובן הלשון בדין הפקיר קמה דהיינו במחובר וחזר וזכה בה ועבר והפריש ממנה תרומה הרי זו תרומה דמאי הוא הלשון ועבר והפריש ממנה תרומה מאי לשון ועבר הלא מחויב מן הדין להפריש תרומה הואיל דבשעת ההפקר לא הי' עליו עוד מקום שיהי' מצי לחול עליו השם תרומה וא"כ מדינא הוא טבל גמור ומחויב להפריש ממנה תרומה. וצרכינן לומר דאגב סיפא בהפקיר שיבלין דנקיט לשון עבר דאפילו בדיעבד דעבר והפריש ממנה תרומה לא חל עלה השם תרומה כלל נקיט גם ברישא הלשון עבר אבל לעולם דבהפקיר קמה וחזר וזכה בו בעודו מחובר חייב מדינא בתרומה ומעשר והרי הוא טבל כל זמן שלא הפריש ממנה תו"מ:

וראיתי בספר פנים מאירות על הירושלמי שחיבר הגאון המנוח מו"ה מאיר יוסף ז"ל אב"ד בק"ק יאנאווא במדינת ליטא ע"ד הירושלמי הנ"ל וז"ל מוכרחין אנו לומר דחזר וזכה בעודם במחובר והתלישה של הקמה היתה בחיוב והא דקאמר לשון ועבר הוא משום דלכתחילה צריך להפריש את התו"מ הכל אחר המירוח ולא כשהן שיבלין ומש"ה נקיט לשון ועבר אבל הזכי' בהן היתה במחובר כו' או שזכה בהן ע"י התלישה והקצירה שעשה מהמחובר תלוש ובזה גופי' זכה בהן ונמצא דחיוב חלות התרומה וזכות הבעלים באין כאחד וג"כ שפיר חייב בתו"מ אבל אם קצרן מהמחובר לשם הפקר אף שתיכף אחר שנעשו תלוש זכה בהן מן ההפקר באופן שחלות חיוב התרומות הי' ברגע קודם הזכי' שלו באופן הזה פטור מחו"מ כדתנן בפ' אין בין המודר ובב"ק פרק הגוזל קמא המפקיר את כרמו וכו' והיינו דלישנא והשכים בבוקר ובצרו משמע דלא זכה בהפירות לעצמו עד שיתנם בתוך כליו וזה ברגע אחר התלישה וברגע התלישה בעת התחלת החיוב עדיין הי' הפקר מש"ה פטורין וכ"ז דלא כהמהר"א פולדא ז"ל כו' ואולי אפשר לומר דבבאין כאחד זכות הבעלים וחלות חיוב הפרשה ג"כ פטורין אבל לע"ע לא מצאתי גילוי לדין זה והסברא נוטה לחיוב עכ"ל הגאון ז"ל. והנה מפרש יפה הלשון עבר וגם דעתו נוטה דאם זכה בהתבואה בשעת הקצירה חייב בתרו"מ. ולפ"ז א"ש קושית הט"א ז"ל דשביעית אע"ג שהוא הפקר בעודו בקמה במחובר מ"מ כשאדם לקטו זכה בו ונעשה ממונו וכמו דאיתא במסכת קידושין (דף נ"ב ע"א) ש"מ המקדש בפירות שביעית מקודשת ופירש"י ד"ה המקדש וז"ל ולא אמרינן לאו ממונו דזוכה בהן נינהו אלא כיון דזכה בהן ממונו הוא לכל דבר כו' ע"ש ברש"י ז"ל ובתוד"ה המקדש וא"כ בפירות שביעית אינן הפקר רק כשהן מחוברין אבל משלקטן אדם זכה בהן בשעת הלקיטה ונעשו שלו ואינן עוד הפקר וא"כ לפ"ד הספר פנים מאירות ז"ל הנ"ל חייב בתרו"מ ושפיר איצטריך קרא לפטור שביעית ממעשר:

אמנם מהרמב"ם והראב"ד ז"ל הנ"ל נראה דס"ל בפי' הירושלמי דהפקיר קמה היינו קמה מחוברת כיון שבמחובר אם הפריש תרומה אינה תרומה אין ההפקר מוציאו לגמרי מחיוב תרו"מ ואע"ג דאינו חייב להפריש דההפקר פוטרו מ"מ אם עבר והפריש הוי תרומה ונראה דמיירי הירושלמי והרמב"ם שחזר וזכה בהן בעודו במחובר דאל"כ רק דהפקיר קמה ולא זכה בהן עד אחר שנתלשו א"כ הי' עדיין הפקר אחר שנתלשו ואז ההפקר פוטרן לגמרי וכמו בהפקיר שיבלים ואף אם הפריש ממנו תרומה אינו חל שם תרומה:

והנה פשטות דברי הירושלמי והרמב"ם והראב"ד נראה דבהפקיר קמה דבהפריש חל התרו"מ הוא מדאורייתא. ומעתה בשביעית דהוא הפקר בעודו בקמה במחובר אבל כשאדם לקטו זכה בו ונעשה ממונו וכמבואר במסכת קידושין (דף נ"ב ע"א) וכמש"ל וא"כ בפירות שביעית אינן הפקר רק כשהן מחוברין אבל משלקטו אדם זכה בהן ואינן עוד הפקר וא"כ לא הי' כלל הפקר בתלוש דבתלישתן זוכה בהן הלוקט וכיון דלא הי' הפקר רק בהיותן מחובר הוא דומה להפקיר קמה וזכה בהן בהיותו מחובר דאע"ג דאינו חייב להפריש מ"מ אם עבר והפריש חל שם תרומה והה"נ בשביעית דלא הי' הפקר רק במחובר אע"ג דאינו חייב להפריש מ"מ אם הי' עבר והפריש הי' חל עליהן השם תרומה ומש"ה איצטריך קרא בשביעית לפוטרו מן המעשרות לגמרי שגם אם עבר והפריש לא חל עליהן שם תרו"מ. ועיין ת"ש בעזה"י בחידושי (לדף צ"ד ע"א) [או"ז] בענין זה ומ"ש שם [באק"ג] לפרש דברי השמ"ק שם וצידדתי שם דהיכא שזכה בבצירתו מיחשב כמו זכה בתלוש וא"כ י"ל בזה: ולפי האמור אין צורך עוד לומר בזה עפ"י חקירת הגאון בעל אומץ יוסף ז"ל ורק אפילו אם נימא דאינו יכול להפריש תרו"מ מתבואת הפקר מ"מ א"ש דהא כשלקטן כבר זכה בהן והן שלו ומצי להפריש מהם תרו"מ ועולה תירוצי הנ"ל על קושי' הט"א גם בלא דברי האומץ יוסף ז"ל ודו"ק:

אמנם זה נכון אם נימא דהא דבהפקיר קמה ועבר והפריש דחל התרומה מדאורייתא אולם יש סברא לומר דהא דאם עבר והפריש תלה התרומה הוא רק מדרבנן וכן צידדתי לקחן (על דף צ"ד) שם א"כ אין עולה תירוצי זה לומר דאיצטריך קרא למעט זה:

אמנם בעיוני עתה יש ליישב קושית הט"א ז"ל גם אם נימא דעבר והפריש דחל התרומה רק מדרבנן כתירוצי הנ"ל ובאופן אחר ממה שכתבתי דעולה מדברי דיש חילוק בין הפקר לשביעית דבהפקר חל ההפרשה ורק בשביעית לא חל כלל ההפרשה וכעת נראה לומר דגם בהפקר לא חל ההפרשה כלל ורק אי לאו דאשמעינן קרא בשביעית היינו טועים לומר כן דניהא דהפקר פטור מתרו"מ אבל מ"מ אם מפריש ממנו חלה ההפרשה ואשמעינן קרא דשביעית דפטור ואף דלא צריך לאשמעינן בשביעית דהא הם הפקר אלא לאשמעינן דלא חל כלל ההפרשה ג"כ וגם בהפקר הדין כן ובא זה ולימד על זה. ועיין תוס' נדרים (דף מ"ד ע"ב) בד"ה המפקיר וז"ל דכתיב ובא הלוי כי אין לו חלק כו' ובשביעית נמי דרשינן דפטור מן המעשר דכתב ואכלו אביוני כו' ואיכא למימר תרווייהו צריכי עכ"ל התוס' הרי דרימזו התוס' לקושי' הט"א הנ"ל וכתבו דאיכא למימר דתרווייהו צריכי ולפי האמור י"ל בכוונת התוס' דתרווייהו צריכי כמ"ש. ועיין בספר

דברי שאול ויוסף דעת על יו"ד (בסימן של"א סט"ז) הביא שכבר הקשה במוהרי"ט (סי' מ"ג) קושית הט"א הנ"ל עיי"ש בזה ודו"ק:

[כף] דף ס"ח ע"ב אומ"ג אק"ג הבאתי דברי הירושלמי פ' הכותב ה"ג מאימתי אדם זוכה בפירותיו בשביעית ר' ירמי' סבר מימר משיתנם לתוך כליו א"ר יוסי אפילו נתנן לתוך כליו לא זכה בהן דהוה סבר מימר דאינון דידי' ולית אינון דידי' כו' והקשיתי דאמאי לא יזכה לו חצירו לבעה"ב בפירות שביעית דהא מונח בשדהו ונימא דחצירו זכתה לו שלא מדעתו. ובשלמא לר' יוסי י"ל הואיל דהוא אינו יודע שחצירו צריך לקנות לו דהוא סבר דאינון דידי' וכר' יוסי אבל לרב ירמי' דסובר משיתנם לתוך כליו אז זכו לו כליו אע"ג דסבר דאינון דידי' א"כ נימא נמי דחצירו קנחה לו שלא מדעתו ויקנה לו חצירו עוד קודם שיתנם לתוך כליו כו':

והעיר ע"ז נ"ג האברך החריף מו"ה שלמה רפאל זאב נ"י מק"ק קוואהל דהא כתבו התוס' במסכת ב"ב (דף נ"ד ע"א) ד"ה אדעתא כו' דהא דחצר קונה לו שלא מדעתו היינו שאינו יודע אם הוא בחצירו ואם הי' יודע הי' רוצה לקנות אבל אם יודע ואינו מתכוון לקנות לא קני ע"ש וא"כ הכא דהוא יודע שהפירות הם בחצירו ולא נתכוון לקנות לא קני לו חצירו עכ"ד: והנה לכאורה נראה דבאמת טעמא דר' יוסי דאפילו נתנן לתוך כליו לא זכה בהן דהוה סבר מימר דאינון דידי' ולית אינון דידי' הוא באמת מה"ט דמודה דחצירו קונה לאדם שלא מדעתו מיהו דוקא היכא שאינו יודע אם הוא בחצירו אבל אם יודע ואינו מתכוון לקנות לא קני וכסברת התוס' ומש"ה בנתנן לחוך כליו לא קניין לי' כליו אע"ג דכליו מתורת חצר עיין במסכת ב"מ (דף ט' ע"ב) ובמח"א (הל' מכירה סי' ד') בד"ה וראיתי בירושלמי כו' מ"מ לא קנה משום דידע שהפירות בתוך כליו שהוא חצירו ולא נתכוון לקנותן וממילא מוכח דר' ירמי' דסבר דקניין לו כליו סובר דגם בכה"ג שידע שהם בחצירו ולא נתכוון לקנות ג"כ קנה לו חצירו ומש"ה קניין לו כליו מתורת חצר ועיין בשירי קרבן שם בהא דקאמר הירושלמי על המתני' הניח פירות החלושים מן הקרקע כל הקודם בהן זכה. רב ורשב"ל כו' אם צברן בביתו זכה לו ביתו ר' יוחנן אמר ואפילו צבורין בתוך ביתו לא זכה לו ביתו דהוה סבר דאינון דידי' ולית אינון דידי' כו' עיין בק"ע שם וכתב בשירי קרבן ז"ל ואפילו צבורין בתוך ביתו כו' וא"ת הא חצר איתרבאי משום יד ולא גרע משליחות וזכין לאדם שלא בפניו ושלא מדעתו וי"ל דהכא גרע כיון שהוא בעצמו הי' שם ולא נתכוון לזכות בו דסבר שהוא שלו הלכך לא זכה בו כו' עיי"ש הרי שפירש כן טעמא דר' יוחנן וממילא נמי כן טעמא דר' יוסי ורב ורשב"ל ור' ירמי' ס"ל דגם בכה"ג קונה לו חצירו וא"כ קשה מה שהקשיתי דלר' ירמי' למה לא קונה לו חצירו

עוד קודם שנתנן לתוך כליו ובאמת כתבתי דלר' יוסי לא קשה והקושי' הוא לר' ירמי'. ואף אם נימא כמ"ש המח"א שם בטעם פלוגתת ר' ירמי' ור' יוסי דר' ירמי' סבר שהלוקט פירותיו ניהו דאין ידו זוכה לו משום דאינו מכוון לזכות שסבור שהם שלו מ"מ כל שנתנם לתוך כליו זכה דכליו של אדם זוכה לו מדין חצר כדמוכח פ"ק דמציעא וקיי"ל חצירו של אדם זוכה לו שלא מדעתו ולא דמי לידו דאינו קונה לו שלא מדעתו דחצר מדין שליחות אתי וקיי"ל זכין לאדם שלא מדעתו ור' יוסי סבר חצרו מדין יד קאתי וכשם שאם אחזם בידו וסבור שהוא שלו לא קנה כך חצרו עכ"ד המח"א ז"ל [ועיין בקצה"ח סי' רס"ח סק"ב] ג"כ קשה מה שהקשיתי דהא חזינן דר' ירמי' סובר דזכה בהן משנתנן לתוך כליו מדין חצר וא"כ תיקשי לפ"ד התוס' דהיכא דידע ולא נתכוון לקנות אין חצירו קונה לו וא"כ הכא דידע שהפירות שביעית הם בכליו ולא נתכוון לקנות אמאי קניין לו כליו שלא מדעתו ואמאי פליג ר' ירמי' על ר' יוסי והא ניהו דחצירו ש"א קונה לו שלא מדעתו מ"מ בכה"ג לא קנה. וצריך לומר דהכא דמה שלא נתכוון לזכות הוא משום דסבור דאינון דידי' בכה"ג הו"ל כלא ידע כלל מהפירות דהא התוס' כתבו הטעם דדוקא היכא שלא ידע שהוא בחצירו דאם הי' יודע הי' רוצה לקנוח משה"ה קונה לו חצירו שלא מדעתו אבל אם יודע ואינו מתכוון לקנות הא חזינן דאע"ג דיודע מ"מ אינו מתכוון לזכות. וא"כ הכא דמה שאינו מתכוון לזכות הוא רק משום דסבור דאינון דידי' הא אם הי' יודע שאינן שלו עד שיזכה בהן הי' מתכוון לזכות ושפיר קונה לו חצירו שלא מדעתו דהו"ל כמו שלא ידע שהפירות הם בחצירו ומש"ה קניין לו כליו מתורת חצר. וא"כ קשה מה שהקשיתי לר' ירמי' יקנה לו חצירו אף אם לא נתנן לחוך כליו דחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו דהא ע"כ לר' ירמי' בכה"ג קונה לו חצירו שלא מדעתו וז"פ:

[כא] דף ס"ט ע"א אומ"ד בסוד"ה עוד י"ל כו' הבאתי דברי האבן עזרא פ' קדושים (י"ט פסוק כ"ד) קדש הלולים להלל השם והכהן יאכלנו עכ"ל ולא הבנתי דהא נ"ר מותר לזרים והוא של הבעלים. והבאתי דברי החינוך (מצוה רמ"ז) שהביא הספרי כן שנ"ר הוא להבעלים. והראני ב"ג הרב מו"ה אפרים שרגא הלוי נ"י הגאבד"ק אוניאווע דברי התרגום יונתן שם שכ' וז"ל ובשתא רביעתא יהי כל אינבי' קודשי תושבחן קדם ד' מתפרק מן כהנא עכ"ל. וגם הוא פלא. ואולי נוכל להשוות דברי האבן עזרא עם הפי' תרגום יונתן. גם צ"ע בכוונת התרגום אם הפי' שהישראל פודהו מן הכהן והממון לכהן וגוף הפירות שנפדו מותר לזרים או דהפי' שהכהן פודהו ומותר הפירי להכהן לאכילה בגבולין והמעות יוליך לירושלים. אבל צ"ע למי שייך המעות. ועוד הרבה צ"ע להבין הפי' בהתרגום ובאבן עזרא: [כב] דף ס"ט ע"א אומ"ו אק"ב שהקשיתי דהאיך נוכל לומר

דר' יהודה אית לי' כל שילקטו דא"כ תקשי דמשמע מגמ' דאם סובר כל שילקטו אית לי' נמי דצנועין וקשה קושית התוס' בסוגיין בד"ה כל הנלקט דהא לא הי' מועיל למה שגדל אח"כ ולא נוכל לתרץ תו כתי' התוס' דבטל ברוב דהא הוה מב"מ ור' יהודה סובר דמב"מ לא בטל כו' כמבואר בפנים:

והנה מכבר הארכתי בפלפול בענינים אלו במכתב לידידי הרב החריף מו"ה קלמן מק"ק וואלי וכאן אעתיק רק גרגיר אחד השייך לקושי' זו מה שכתב הרב החריף הנ"ל ליישב דהגדילין הנוספין לאחר הפדיון נראה ברור דלא הוי איסורן אלא מדרבנן ומה"ת מותרין לגמרי כיון דעיקר הוא היתר דהא הוא לאחר הפדיון והיוצא מן הטהור טהור והרי אף בגידולי הקדש וכן בכל גידולי איסור או קונס מבואר בנדרים (דף מ"ז ע"א) דלא הוי רק איסור דרבנן ומכ"ש בגידולי היתר דודאי לא הוי אסור אלא מדרבנן והתוס' במס' חולין (דף צ"ט ע"ב) בד"ה שאני ציר כתבו דהואיל דהוי דרבנן גם לר"י בטל עכ"ד:

הנה בגוף דבר זה אי בכל איסור דרבנן אמרינן דגם לר"י מב"מ בטל או רק דשאני זיעה דאיסור גרוע הוא הואיל דלא הוי אלא זיעה בעלמא אבל באיסור דרבנן דלא הוי זיעה סובר ר"י ג"כ דמב"מ לא בטל לפי הנראה איפלגי בזה הראשונים ז"ל ויעוין ברשב"א חולין (דף צ"ט) שם וכבר האריך בזה בספר מלא הרועים כלל מב"מ (אות י"ג) הביא בשם הריטב"א חולין וז"ל יש שרוצין לומר דמב"מ בטל באיסור דרבנן וי"ל דשאני הכא דאיסור גרוע הוא וזיעה בעלמא וכמו שהקיל בו ר' יוסי לדונו בששה עשר והמלא רועים האריך שם בזה דהרבה ראשונים סוברים דבכל איסור דרבנן מודה ר' יהודה דמב"מ בטל ואין לי ספר הריטב"א לעיין בו וא"כ אכתי יקשה לשיטת הריטב"א הנ"ל:

ואולם בגוף הדבר י"ל דהכא הגידולין אסורין מה"ת אף דנימא דגידולי קונמות רק מדרבנן אסור כמבואר ברמב"ם והראב"ד וכ"מ (בפ"ה מהל' גדרים הט"ו) מ"מ אינו דומה כלל לכאן דבכרם רבעי אף שכבר נפדו הפירות בעודן מחוברין מ"מ מה שגדלו הפירות אח"כ הגידולין אסורין מה"ת ולא דמי ליוצא מן הטהור משום דהרי האילן הוא היתר ורק הפירי שגדל בו אסרה התורה והרי סוף סוף הרי התוספות הזה שנתגדל הפירי עיקר היניקה והגידול הוא מהאילן וזה הוא שאסרה התורה ואפילו אם נימא דגידול התוספות בא מן האילן ומן הפירי ג"כ מ"מ כל מה שגדל בשנה הרביעית אסרה התורה ומה חילוק יש בין אם גדל פירי חדש על האילן הלז בשנה הרביעית או כי נתגדלה הפירי הלז שכבר פדה אותה סוף סוף מה שגדל בשנה הרביעית אסור מה"ת. ואף אם נימא דמה שנתגדל מן האילן אסור ומה שנתגדל מן הפרי הפדוי יהי' מותר ונימא דהיה זוז"ג כמו נטע אגוז של ערלה. יש לומר בזה דגם כי נבא לדון מטעם זוז"ג הרי כתב הר"ן דהוא ג"כ מטעם

ביטול א"כ אם אמרינן דלא בטיל אליבא דר' יהודה מב"מ גם זוז"ג אסור וא"כ אכתי מה שהוא אסור הגידולין הוה האיסור מה"ת ולפ"ז מיושב השגת הראב"ד (בפ"ה מהל' נדרים) שהקשה מהא דהוי זוז"ג עיי"ש ולסברת הר"ן דהוא מטעם ביטול בדשיל"מ אסור זוז"ג וכבר האריכו בזה וי"ל בזה. אולם בכאן יותר נכון לומר דהגידולין אסורין מה"ת ומשום האי טעמא שכתבתי ודו"ק:

[כג] שם ע"א אומ"ו אק"ג כתבתי דיש סברא לומר אף לר' יהודה דסובר מב"מ לא בטיל מ"מ היכא דנולד האיסור בתוך התערובות מודה ר"י דבטיל וכמ"ש הראשונים לענין דשיל"מ כו' וכתבתי דלא תקשי על סברתי מהא דחולין (דף ק"ח) חלב אמאי מותר חלב נבלה הוא כו'. אח"ז הגיעני ספר לב ארי' על מס' חולין ראיתי (בדף ק"ח) שם על תוד"ה אמאי מותר שם בד"ה אמנם כן בתחילה כתב דדוקא גבי דשיל"מ דהיא רק חומרא דרבנן דמב"מ לא בטיל אמרינן להאי קולא להיכא דנולד האיסור בתוך התערובות אבל לא אליבא דר"י דמב"מ ל"ב מה"ת. אלא דכתב עוד להחזיק סברא זו גם אליבא דר"י דמב"מ ל"ב מה"ת ג"כ אמרינן לסברא זו וכתב סברא שלא תקשי עלה מסוגי' דחולין שם חלב אמאי מותר כו' והוא כסברתי הנ"ל שכתבתי בזה ליישב שלא תסתור מסוגי' הנ"ל:

והנה ב"ג המאה"ג מו"ה אפרים, שרגא הלוי נ"י אבד"ק אוניאווע העיר על סברא זו מהא דאיתא בחולין (דף פ"ז ע"ב) בנתערב בדם בהמה או בדם היקז של התו' ר' יהודה אומר אין דם מבטל דם דמב"מ לא בטל והרי לפי סברא זו דבנולד האיסור בתערובות גם ר"י מודה דמב"מ בטל א"כ דוקא כשהי' הדם החייב בכיסוי בפ"ע ונתערב אח"כ הוא דלא בטל לר' יהודה אבל בשחט לתוך הדם הפטור מכיסוי שהדם החייב בכיסוי לא הי' ניכר מעיקרא גם לר"י בטל ורואין אותו כאלו הוא מים דהא ממש הוא כמו היין היוצא מענבים להגיגית בשבת. וא"כ הו"ל לר' יהודה לומר במתני' בד"א בשחט אז בטל אבל בנתערב דם שהי' בפ"ע אז אין דם מבטל דם עכ"ד ב"ג הרה"ג שיחי':

והנה סובר ב"ג הרב שיחי' דבשחט לתוך דם בהמה מיקרי נולד בתערובות כמו ענבים בגיגית ובאמת הפרש גדול יש בזה כי שם מיירי שהענבים מונחים בתוך היין וכמ"ש הטור באו"ח (סי' ש"כ) וז"ל גיגית מלאה ענבים כו' ואם יש בגיגית יין צלול שיוצא מע"ש מותר שכל יין ויין היוצא בשבת מן הענבים מתבטל ביין שיוצא מע"ש ומטעם זה נמי מותר לשתות יין מן החבית שממלאין אותו ענבים שלמים ונותנין יין עליהם ולאחר זמן מתבקעין ויוצא מהם יין אף כשנתבקעו בשבת שכל מה שיוצא מהם מתבטל ביין שיש בו עכ"ל וכ"ה בש"ע או"ח שם (ס"ב) וביו"ד (סי' ק"ב) ברמ"א ובש"כ (סקי"ב). והפי' הפשוט הוא לענ"ד דהיין היוצא מהענבים לא הי' ניכר כלל בפ"ע קודם שנתערב בהיין

שבגיגית ואף דבדין הראשון שכתב הטור גיגית מלאה ענבים כו' ואם יש בגיגית יין צלול כו' משמע קצת היין הצלול שבגיגית לא הי' מכסה כל הענבים וא"כ היין שזב מן הענבים שאינם מונחים בתוך היין רק למעלה מן היין וא"כ י"ל דניכר כל טפה וטפה שזב מן הענבים קודם שבאין בתוך היין ואמאי מיקרי זה נולד בתוך התערובות. י"ל דכבר מרומז זה בב"י מ"ש בשם המרדכי וז"ל דה"מ כשהאיסור בעין מתחלה ואח"כ נתערב בהיתר אבל הני לא ניכר מעולם אלא מעט מעט שיוצא ומתערב עם המשקין שיצאו מאתמול עכ"ל ובמרדכי סופ"ק דשבת מבואר קצת יותר ועיין במג"א שם (סק"ה) בשם הסמ"ק ז"ל ואע"ג דדשיל"מ לא בטיל ש"ה כיון שלא הי' ניכר קודם שנתערב בטיל שלא הי' עליו שם יין מעולם עכ"ל משמע דאע"ג דהי' ניכר קצת כל טיפה וטיפה מ"מ אין זה חשיב ניכר קודם התערובות כיון שלא הי' ניכר רק טפה טפה ולא הי' מעולם שם יין עליו קודם שנתערב ויש לצרף סברות המרדכי והסמ"ק כאחת:

ולפ"ז נראה דבאמת בגת שהענבים הם בגת למעלה והיין יורד מן הגת למטה לתוך היין שבתוך הבור דיש מרחק בין הגת להיין שבבור דכשמקלח היין מן הגת לתוך היין שבבור הוא דבר נפרד בפ"ע וניכר המשקה הזב דאז באותו רגע יש עליו שם יין כמבואר ביו"ד (סי' קכ"ג סי"ז) א"כ באמת י"ל דלא נתבטל היין הזב בשבת מן הגת להבור משום דהוי דשיל"מ דהוי ניכר קודם התערובות:

ונראה שזה הוא כוונת הגאון הרב מלאדי ז"ל בש"ע שלו באו"ח (סי' ש"כ ס"ד) שהביא הך דין דגיגית וכתב עלה וז"ל ועבי"ד (סי' קכ"ג) אימתי חל עליו שם יין עכ"ל ונראה שכוונתי ז"ל כעין זה ודו"ק. ולפ"ז בשחט לתוך דם הפטור מכיסוי הדם המקלח בשעת השחיטה מן העוף דהוא ניכר קודם שנתערב עם הדם הפטור לא מיחשב נולד בתערובות כיון דבשעת הקילוח הוא ניכר בפ"ע ולא קשה מה שהקשה ב"ג הרב שיחי' על דברי ודו"ק:

עוד העיר ב"ג הרב שיחי' על סברתי הנ"ל דבנולד האיסור בתוך התערובות גם לר"י מב"מ בטיל בהקדם מה שהעיר במס' חולין (דף ק"ת ע"א) במתני' טפת חלב שנפלה על החתיכה אם יש בה בנ"ט באותה חתיכה אסור כו' ובגמ' אמר רב כיון שנתן טעם בחתיכה חענ"נ ואוסרות כל החתיכות כולן מפני שהן מינה פר ופרש"י דעל מתני' קאי בטפת חלב שנפלה על החתיכה ויש בה בנ"ט דהחתיכה אסורה אוסרת אח"כ החתיכה ההיא את כל החתיכות. והנה מתני' דטפ"ח מיירי באופן שלא נאסר רק אותה חתיכה לרש"י במקצתה ברוטב ולר"י בכולה חוץ לרוטב והא דנאסרה כולה אע"ג דצלי אינו אוסר יותר מכדי נטילה הוא או משום דחלב הוא שמן ומפעפע בכילה או כתירוצו של

הר"ן דדבר צלול והבל הקדירה אוסר בכולה יעוין בזה בש"כ יו"ד (סי' צ"ב סק"ג) מ"מ לדעת הסוברים דבצלי לא נאסר בב"ח מה"ת גם בזה לא נאסרה החתיכה מה"ת וכמ"ש החוו"ד (סי' צ"ב סק"ה) דלרש"י במקצתה חוץ לרוטב ולר"י בכולה חוץ לרוטב דדינו כצלי ולא הוי דרך בישול יעוש"ה בחוו"ד:

ומעתה לשיטת הראשונים בהא דמשני הש"ס במס' חולין (דף צ"ט ע"ב) שאני ציר דגים דזיעה בעלמא הוא דכל איסור האסור מדרבנן בטל במב"מ לר"י א"כ יקשה אמאי קאמר רב דהחתיכה אוסרת כל החתיכות כולן מפני שהוא מב"מ והא גוף החתיכה אסורה רק מדרבנן ובדרבנן מב"מ בטיל גם לר"י. וצ"ל דאח"כ בבישול היינו כשניער את הקדרה וכולה בתוך הרוטב הוי בישול גמור נאסרה החתיכה ההיא מה"ת דאפשר לסחטו אסור מה"ת ואוסרת אז וכ"כ הפרמ"ג בכמ"ד. ומעתה אם נימא בנולד האיסור בתערובות בטל מב"מ אמאי נאסרו כל החתיכות והא מקודם הבישול ל"ה איסור תורה ובטלה גם במינו ואחר הבישול שנאסרה מה"ח כבר נתערבה והוי נולד האיסור בתוך התערובות וליבטל ג"כ עכ"ד ב"ג הרה"ג שיחי':

אמנם לעד"נ דאין מזה דחוי' לדברי והוא דהא דקאמר הש"ס דאוסרת כל החתיכות כולן מפני שהן מינה נראה דמיירי שהחתיכה שנפלה טפת חלב עלי' ונאסרה היא עדיין ניכרת והיינו דאע"ג שהיא עתה לאחר הניעור כולה בתוך הרוטב והחתיכות מ"מ היא ניכרת בפ"ע שהיא החתיכת איסור רק שהרוטב מכסה אותה אבל באמת היא ניכרת ורק הטעם הנפלט ממנה אוסר את כל החתיכות משום מב"מ. דאל"כ רק דמיירי שכשנוער החתיכה לתוך הרוטב ושאר חתיכות מתערבת בזה עם שאר חתיכות עד שאינו ניכר איזהו החתיכה דאיסורא א"כ הא כתבו התוס' במס' יבמות (דף פ"ב ע"א) בד"ה ר"י ובכמ"ד דיבש ביבש גם לר"י בטיל במב"מ יעוש"ה א"כ כשמתערבת החתיכה זו עם שאר חתיכות שבקדירה שהן היתר מתבטלת חתיכה זו ונעשה היתר א"כ תיכף כשניער נעשה החתיכה היתר והאיך יאסור טעם הנפלט ממנה אח שאר החתיכות והא גוף החתיכה כבר הותרה וטעם היוצא ממנו הוא ג"כ היתר וכיוצא בזה כתוב בפרמ"ג (סי' ק"ט בשפ"ד סק"י) וז"ל עיין בתשו' הרשב"א (חכ"ה) על יבש ביבש שאסור לבשל יחד בלא ס' כתב ותדע דאי נפל חתיכה נבילה ויש ס' ודאי דאסור ליקח מן התבשיל שיתמעט מס' עכ"ל ולא אבין דודאי אי ניכר האיסור פשיטא דאסור אבל בלא הוכר אימא אה"נ דמותר דכבר הותר עכ"ל הפרמ"ג ז"ל. וה"נ אם לא הי' ניכר החתיכה ובטילה חד בתרי דהוא יבש ביבש גם טעם הנפלט ממנה אינו אוסר וע"כ מיירי בניכר החתיכה. וכסברא זו מפורש בפלתי (סי' צ"ב סק"ה) עמ"ש המחבר אם נפל לתוך המרק או לחתיכות ולא נודע לאיזו

חתיכה נפל נוער הקדרה כולה כו' וכתב הכו"פ ז"ל בזה דבנפלה הטפת חלב לחתיכה שחוץ לרוטב ואינו ידוע על איזהו חתיכה ויש איזהו חתיכות ונכנסו כל חתיכות לבית הספק א"כ תיכף הוי נתערב חתיכה בחתיכה ולא נודע איזהו והו"ל מב"מ וחד בתרי בטיל דבר תורה וחזר איסור להיות היתר ומש"ה יכול לנער אח"כ דתיכף ברגע נפילה טרם שיתן טעם לחבירו חד בתרי בטל וחזר איסור להיות היתר ולא שייך חנ"נ דכולו היתר כו' עיי"ש בכו"פ ז"ל והוא כמ"ש:

וכן יש לדייק מדברי רש"י ז"ל במס' חולין (דף ק' ע"א) בהא דדרש רבב"ח חתיכה של נבלה ושל דג טמא אינה אוסרת עד שתתן טעם ברוטב ובקיפה ובחתיכות אוקי רב אמורא עלי' ודרש כיון שנתן טעם בחתיכה חענ"נ ואוסרת כל. החתיכות כולן מפני שהן מינה ופרש"י חתיכה של נבילה ומכירה עכ"ל ונוכל לכוון זה בדברי רש"י ז"ל במ"ש ומכירה דאם אינו מכירה בטילה גוף החתיכה חד בתרי בשאר החתיכות היתר שבקדרה ותו לא מצי פליטתה לאסור:

אלא שעל ראי' זו מרש"י אמר ב"ג הרב הנ"ל נ"י שיש לפקפק כי י"ל דמש"ה פירש"י ומכירה משום דאם אין מכירה לא היתה החתיכה בטילה חד בתרי דמיירי בחתיכה הראוי' להתכבד וא"כ אמאי קאמר רבב"ח אינה אוסרת עד שתתן טעם ברוטב ובקיפה ובחתיכות והא החתיכות בלא"ה נאסרו אף אם אין בהם טעם משום דנתערבו עם החתיכות נבילה יבש ביבש ולא בטילה משום דהוה חהר"ל ומש"ה פירש"י ומכירה לגוף החתיכה נבלה. וראיתי בספר ראש יוסף ז"ל ע"ד רש"י ז"ל שכתב כן בכוונת רש"י ומפלפל גם אם נימא דרבב"ח מיירי באין החתיכה ר"ל יעוש"ה. וי"ל בזה:

אולם בכו"פ ז"ל הנ"ל מפורש כסברתי הנ"ל. וב"ג הרב שיחי' אמר לחלק בזה דלעולם נוכל לומר דמיירי באין מכירה ומ"מ אוסרת בטעמה מיד כשניער לחוך הרוטב משום דהוא ברותח ותיכף ברגע שניער פולט מש"ה הפליטה אוסרת כדין לח בלח תיכף בתחלת הניעור עכ"ד. ולע"ד אין סברא לומר דפליטת החתיכה יהי' אוסרת קודם ביטול גוף החתיכה מדין יבש ביבש ודוקא אם היתה פולטת בעודה ניכרת אוסרת בפליטתה אבל מרגע שנתערבה שאינה ניכרת הביטול יבש ביבש והפליטת החתיכה הם ברגע אחת ועוד מצד הסברא קודם שפולטת צריכה לשהות מעט בהקדירה בתוך הרוטב זמן מה רק שאין אנו יכולין לכוון מחי מתחיל הפליטה אבל מ"מ פשיטא דהביטול בא קודם תיכף כשניער אותה לתוך הרוטב עוד קודם הפליטה וכיון שנתבטל מקודם כבר החתיכה היא היתר ושוב אין פליטתה יכולה לאסור וז"ב בסברא ובטעמא ומש"ה נראה דע"כ מיירי רב דהחתיכה ניכרת:

ולכאורה הי' אפשר לומר דלעולם מיירי רב שאין החתיכה ניכרת ורק דמיירי שהחתיכה היא ראוי' להתכבד ולא בטילה בשאר החתיכות דבב"ח חהר"ל אינה בטילה משום דמיחשב איסור מחמת עצמו וכמבואר בש"ע יו"ד (סימן ק"א ס"ב) ומש"ה פליטתה אוסרת:

אולם ז"א חדא די"ל כיון דחהר"ל שאינה בטילה הוא רק מדרבנן א"כ מדאורייתא החתיכה בטילה ולא מצי פליטתה לאסור שהוא היתר וכנ"ל ורק מדרבנן אינה בטילה א"כ יש סברא לומר דמיחשב כאיסור דרבנן דמב"מ בטיל. הגם שיש לפלפל בזה דכיון דהי' עליו שם איסור בב"ח דאורייתא רק שע"י הביטול נתגלגל שהוא איסור דרבנן כה"ג אולי י"ל דכ"ע מודו דלר"י לא בטיל במב"מ אבל מלבד זה ג"כ קשה לומר כן דא"כ מה קאמר רב חענ"נ ואוסרת כל החתיכות כולן מפני שהן מינה והש"ס מפלפל דנימא סלק כו' ותיפוק לי' דבלא"ה החתיכות אסורות מדין תערובת יבש ביבש שהחתיכה שנפלה עלי' הטפת חלב ונאסרה נתערבה בהן ואינה בטילה משום דהוה חהר"ל. וע"כ נראה דמיירי במכירה וכמש"ל. ומעתה דמיירי במכירה להחתיכה שנאסרה מטפח חלב א"כ ל"ק מה שהקשה ב"ג הרב שיחי' על סברתי תי דהא הכא לא הוי נולד בתערובות כיון דהיא ניכרת באמת ואוסר שפיר טעם היוצא ממנה דכשבאה החתיכה לרוטב ונאסרת בבישול מדאורייתא תו אוסרת אח"כ בפליטתה את השאר ודו"ק. ובשעת העיון הי' לי עוד איזהו הערות להוסיף לבאר בזה ומחמת טרדות שונות לא כתבתים וכעת בעת הסידור נשכחו ממני:

[כד] דף ס"ט ע"א אומ"ח אק"א כתבתי די"ל אע"ג דהפקר ל"מ בדבר שאינו ברשותו מ"מ יוכל לסלק נפשי' מהחפץ אע"ג שא"ב ואף דכשמסלק נפשי' נוכל לומר דהוי הפקר ממילא מ"מ הואיל דלא תלה הפקירו בהחפץ רק שסילק נפשי' מהני ותירצתי בזה קושי' הקצה"ח (בסימן ל"ז סק"י) בשם אחיו הגאון ז"ל בהא דב"ב (דף מ"ג) ליסלקו בי תרי מנייהו כו'. וגם תירצתי בזה קושית הפ"י ז"ל דאם יאוש מטעם הפקר האיך מהני יאוש בגזילה וגניבה והא א"א מפקיר דבר שא"ב ובזה י"ל דיאוש שמייאש את עצמו מהחפץ הוא בתורת סילוק דמועיל באינו ברשותו וכמבואר בפנים:

אחז"ר ראיתי בשו"ת חסד לאברהם למורי הגאון ז"ל בחאו"ח (סימן ל"ג) שהאריך בענין יאוש ולחיבת הקודש אעתיק לשונו בקצרה הביא דברי השו"ת הב"ח ז"ל (סי' קס"ד) דהפקר וביטול מהני בחמץ שאינו ברשותו שחמה עליו הקצה"ח (בסי' רי"א סק"ד) דמבואר בסוגיין דצנועין דא"י להפקיר דבר שא"ב ע"ש וכתב הגאון ז"ל בזה כי עינינו רואות דיאוש חלוק מהפקר בכמה ענינים ואחד מהם דיאוש מהני אף בדבר שאינו

ברשותו דהא גם בגזל מהני יאוש אף דל"ה ברשותו ואף בחוב מהני יאוש עיין בחו"מ (סימן קס"ג) ברמ"א ומ"ש החכ"צ בהגהותיו על הט"ז בזה. והפקר ל"מ בדבר שא"ב והרי לשיטת רש"י ז"ל גיטין (דף ל"ח) מהני יאוש מדין הפקר והתוס' ב"ק (דף ס"ו) ד"ה כיון כתבו דיאוש אינו כהפקר גמור ואינו מובן דיאוש שאינו כהפקר גמור יהי' עדיף דיועיל בדבר שא"ב והפקר דעדיף מיאוש אינו מועיל בדבר שא"ב. וע"כ נראה דהפקר למאי דקיי"ל כרבנן דר"י במסכת נדרים סוף פ' אין בין המודר דלא בעי דאתי לרשות זוכה א"כ ע"י הפקר הוא מוציא הדבר מרשות בעליו ומבואר מפירש"י ז"ל בב"מ (דף י"ב) דהפקר תשוב ד"א מקנה אותו וכבר הובא בשמ"ק כי זהו דעת רב יהודאי גאון ז"ל דהפקר חשוב דא"מ אותו וכ"כ הנימוק"י שם והוסכם כן להלכה ועיין בש"כ חו"מ (סי' רס"ח) והואיל והפקר הוא הוצאת דבר מרשותו לרשות אחרים הוי ממש כמכר והקדש דכמו דילפינן מקרא דאיש כי יקדיש את ביתו מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו דא"א יכול למכור ולהקדיש דבר שא"ב ה"ה דא"י להפקיר דמה לי קנין הפקר מקנינים אחרים שאין להם תפיסה בדבר שא"ב משא"כ יאוש דאין הוצאת הדבר מרשותו לרשות אחרים דאף אחר היאוש הוי של בעלים דאם נודע להבעלים מהדבר שנתייאשו חוזר לבעליו וא"צ שום קנין מחדש אלא דאם זכה בו אדם בעוד יאוש בעלים על החפץ הוא שלו ומה"ט בעינן ביאוש אתי לרשות זוכה דכ"ז שלא זכה בו אדם הוא של בעליו אלא דכל אדם יכול לזכות בו ונסתלק רשות בעלים ממנו שהי' להם בתחילה למנוע לשום אדם לזכות בו וכמו שנתבארו דברים אלו בנתה"מ (סי' רס"ב) עיי"ש והואיל ויאוש אינו קנין וגם אינו מוציא הדבר מרשות בעליו רק דהוי כסילוק בעלמא שמסלק כחו מזה שא"י למנוע לשום אדם לזכות בו וכל הזוכה בו לאו מרשות בעלים קזכי אלא דהוא זוכה בעצמו בלי דעת אחרת מקנה כמו במציאה והפקר שאין לו בעלים כלל כגון נכסי הגר שמת ולכן שפיר חל אף על דבר שא"ב. ומעתה י"ל דהא דל"מ הפקר בדבר שא"ב היינו דלא תשיב הפקר ממש דהוי ד"א מקנה אבל עכ"פ לא גרע מיאוש דמסתלק רשות בעלים מהחפץ לענין שאינו יכול למנוע לשום אדם לזכות בו ורק דעדיין ברשות בעלים דאם חוזר בו מההפקר הוא שלו וא"צ לעשות קנין בו כמו ביאוש דבעינן אתי לרשות זוכה:

ומעתה א"ש דברי הב"ח ז"ל דהא דמבואר בסוגיא דב"ק הנ"ל דל"מ הפקר בדבר שא"ב היינו דלא הוי הפקר ממש שהוא הוצאת הדבר מרשותו קודם דאתי לרשות זוכה ורק עדיין הוא של בעלים עד דאתי לרשות זוכה ולהכי שפיר דאינו מועיל שם הפקר לפטור ממעשר דכשהוא ביד הגזלן דהוי לא אתי לרשות זוכה דגזלן אינו קונה ביאוש הואיל ובאיסורא אתי לידי' עדיין ברשות בעלים קאי וחייב במעשר כמו לר' יוסי דאמר בהפקר

דבעינן אתי לרשות זוכה לא מיפטר ממעשר עד דאתי לרשות זוכה כמבואר בנדרים בפ' אין בין המודר משא"כ לענין ביטול והפקר חמץ קודם שבא לידו הואיל וחמץ בלא"ה אינו ברשותו אלא דרחמנא אוקמי' ברשותו כל שהוא מבטל ומפקיר מקודם ומסלק נפשו שאינו רוצה לזכות בו הואיל ואין כאן אלא סילוק למפרע שלא יזכה בו כשיבוא לרשותו שפיר מהני אף בדבר שלב"ל ואינו ברשותו כמו נדר דחל על דבר שא"ב דאין כאן קנין והוצאת הדבר מרשותו אלא סילוק בעלמא כמו יאוש ממש אלא דיאוש דהי' שלו מעיקרא הואיל ואינו יוצא מרשותו עד דאתי לרשות זוכה עובר עליו בב"י משא"כ בדבר של"ה שלו מעולם וסילק זכותו למפרע בזה פשיטא דאינו עובר עליו בב"י ויעוש"ה מה שהאריך מורי הגאון ז"ל עוד בזה. והנה תמצית דברי מורי הגאון ז"ל הוא כמו שכתבתי דאף דהפקר אינו מועיל בדבר שא"ב מ"מ יכול לסלק נפשי' מדבר שא"ב ויאוש דמהני בדבר שא"ב הוא ג"כ מתורת סילוק וכוונתי לעיקר דבריו ז"ל בזה:

והנה קצרתי ולא בארתי דלמה לא נימא כן גם במעשר דיהי' מהני סילוק והרי הש"ס קאמר דכל הנלקט לא מהני משום דא"א מפקיר דבר שא"ב ומוקמינן בכל המתלקט ואמאי לא סילקו נפשייהו מתורת סילוק וכמו דקאמר הש"ס בב"ב (דף מ"ג) ליסלקו בי תרי כו' ובארתי דהוא מתורת סילוק ולמה לא סילקו מהנלקט וסילוק מהני באינו ברשותו ויפטור ממעשר מטעם סילוק דכיון דמסלק נפשי' נעשה הפקר והרי התוס' בד"ה כל הוכיחו דיאוש פוטר ממעשר ולפמ"ש הוי יאוש מתורת סילוק ופוטר ממעשר דכמו דאם הוה מצי להפקיר דבר שא"ב הי' מהני לפטור ממעשר הה"נ יפטור אם יסלקו נפשייהו בתורת סילוק ועיין בתוס' שם ולמה לא סילקו א"ע מן הפירות בתורת סילוק:

אולם לפמ"ש החסל"א ז"ל ודבריו סובבים עמ"ש הנתה"מ (סי' רס"ב סק"ג) ליישב קושית התוס' ז"ל דת"ל דהצנועים נתייאשו ויאוש מועיל בא"ב ויופטר ממעשר ע"ש וכתב הנתה"מ ז"ל ליישב דאף דבהפקר פליגי ר' יוסי ורבנן בנדרים (דף מ"ג) דר"י סבר דהפקר ל"ה עד דאתי לרשות זוכה ואנן קיי"ל כרבנן דהפקר לא בעינן אתי לרשות זוכה מ"מ ביאוש לכ"ע י"ל דלא מהני עד דאתי לרשות זוכה ומש"ה הכא דהוי באיסורא אתי לידי' ולא קנאו הגזלן א"כ לא אתי לרשות זוכה ואכתי הוא ברשות הבעלים אינו הפקר כלל ואינו פוטר ממעשר יעו"ש. וכן הוא כוונת החסל"א ז"ל ליישב קושית התוס' בזה דיאוש הוא מתורת סילוק ומועיל אף בא"ב ואינו פוטר ממעשר משום דבאיסורא אתי לידי' ולא הוי אתי לרשות זוכה וביאוש שהוא מתורת סילוק בעי אתי לרשות זוכה ומש"ה אינו פוטר ממעשר. וא"כ א"ש דבזה י"ל דגם בסילוק גמור שמסלק נפשי' בעינן אתי לרשות זוכה דדוקא בהפקר לא בעי אתי לרשות זוכה אבל בסילוק דהוא רק שמסלק

נפשי' ונותן רשות לזכות בו לא יצא מרשות הבעלים עד דאתי ליד זוכה. וגם י"ל דכמו ביאוש לא קנה היכא דבאיסורא אתא לידי' והטעם כמ"ש התוס' ב"ק (דף ס"ו ע"א) בד"ה כיון דבאיסורא אתי לידי' וז"ל מכאן משמע שיאוש אינו כהפקר גמור דא"כ אפי' בתר דאתא לידי' באיסורא יוכל לקנות מן ההפקר כו' עכ"ל ההי"נ בסילוק דלא הפקיר החפץ רק שסילק נפשי' וזכותו מהחפץ ג"כ י"ל דלא עדיף כהפקר גמור ולא קנה הגזלן כיון דבאיסורא אתי לידי' וכמו ביאוש דלפמ"ש הוא מתורת סילוק לא קנה הגזלן דבאיסורא אתי לידי' ההי"נ בסילוק גמור ג"כ ל"ק דבאיסורא אתא לידי' וכיון שלא קנה הגזלן א"כ לא אתא לרשות זוכה ולא יצא עוד כלל מרשות הבעלים ואינו פוטר ממעשר וכמ"ש הנתה"מ לתרץ קושית התוס' ביאוש. והא דקאמר הש"ס בב"ב וליסלקו בי תרי כו' היינו אע"ג דגם התם לא קנה הגנב דבאיסורא אתא לידי' ועדיין לא יצא מרשות הבעלים המסלקים מ"מ כיון דהבעלים סילקו ממנו יוכל אדם אחר לזכות בו א"כ תו אין הבעלים נוגעים בזה דאף אם יוציאוהו מהגנב ג"כ יוכל כל אדם לזכות בחלק של הני תרי שיסלקו דגבי כל אדם הוי בהתירא אתי לידי' ולא הוי תו נוגעים ואכתי יש לפקפק קצת בזה:

והנראה בזה בהקדם מ"ש התוס' בסוגיין בד"ה כל שלקטו באה"ד וז"ל מיהא זה אין להקשות אם בעה"ב מתייאש למה צריך להפקיר כדי לפוטרו מן המעשר והלא יאוש חשיב הוא כהפקר לפוטרו מן המעשר כדמוכח באלו מציאות (דף כ"א) כו' עד מ"מ אין זה יאוש פוטר מן המעשר כו' כיון שכל אדם אסור להחזיק בה מפני שהיא צריכה לגזלן ליפטר מן הנגזל ואם כבר זכה בה אחר לכל הפחות חייב לשלם דמים לגזלן כדאמר לעיל דאפילו למ"ד יאוש ל"ק חייב גנב שני לשלם קרן לגנב ראשון לא חשיב כהפקר לפטור מן המעשר דטעמא דהפקר פטור מן המעשר משום דכתיב ובא הלוי כי א"ל חלק ונחלה עמך יצא לקט שכחה ופאה שיש לו חלק ונחלה עמך והיינו טעמא דהפקר והכא אין לו חלק בה שאסור לזכות בה ואם זכה חייב לשלם כו' עיי"ש ולכאורה אינו מובן דברי התוס' בזה שכתבו שכל אדם אסור להחזיק בה מפני שהיא צריכה לגזלן ליפטר מן הנגזל כו' דהא מיירי הכא שהבעלים אינם רוצים כלל לתבוע להעניים שיחזרו להם הלקט שלקטו שלא כדין והם נותנים להם במתנה גמורה ואין הגזלן צריך תו להחזיר הפירות או הדמים להנגזל. וצרכינן לומר בכוונת דברי התוס' ז"ל דבאמת אסור לכל אדם לזכות בהלקט שנלקט שלא כדין שהם גזל ביד העניים משום דיגרום פסידא להעניים שצריכין לשלם להבעלים שהם הנגזל ורק מה שפטור הגזלן לשלם הוא מכח מה שהבעלים אינם רוצים כלל לא בהגזילה גופי' ולא בדמי' י"ל דמיחשב תו כמתנה להגזלן ומתנה חייב במעשר דמטעם יאוש הי' צריך הגזלן להגזילה כדי להחזירה לבעלי' וממילא לא הי'

רשאי לשום אדם לזכות בה ורק מה דיהיו יכולין כל אדם לזכות בה משום דהבעלים נותנים הגזילה במתנה להגזלן א"כ עיקר אתא מכח מתנה מהבעלים להעניים ואינו פוטר מן המעשר כנלע"ד בכוונת דברי התוס' ז"ל וכיוצא בזה כתב הרשב"א ז"ל בסוגיין בד"ה לקט כיון דליתי' ברשותי' לא מצי מפקיר לי' כתב הראב"ד ז"ל אטו מאי דליתי' ברשותי' לא מצי למחול גבייהו ולפוטרו מעון גזל ותי' הוא ז"ל אין ודאי מצי מחיל מיהו טבל הוא גבי עניים ואינהו סברי דהכל לקט הוא ואינן מעשרים ומ"ה צריך להפקיר ואין בידו להפקיר לכל אדם הואיל ואינו ברשותו דהפקר ליחיד אינו הפקר עד שיהא מופקר בין לעניים בין לעשירים דומיא דשמיטה עכ"ל, והנה תחילת דברי הרשב"א ז"ל שכתב אטו מאי דליתי' ברשותי' לא מצי למחול גבייהו ולפוטרו מעון גזל כו' אם נימא דכוונת הרשב"א ז"ל בזה הוא דהבעלים מצי ליתן במתנה להעניים א"כ יהי' ראי' לשיטות המקנה בקו"א (על סימן כ"ח ס"ה) דאם הנגזל רוצה ליתן במתנה להגזלן דשפיר מהני והביא שגם הב"ש (בסי' ל"א סק"א) כ"כ בשם הריטב"א דאם חזר הנגזל ומכרו להגזלן מהני ע"ש וכ"כ הא"מ ז"ל שם (סקי"ג) וכ"כ השא"ר ז"ל (סי' צ"ב) ועיין קצה"ח (סי' ל"ז סק"ו) מ"ש בזה. ועיין במקו"ח (סי' תנ"ד סק"ב) דדעתו דגם להגזלן אין הנגזל יכול להקנותו ועיין בנתה"מ (סי' מ"ט סקי"ז ובסי' ר"ה סקי"ד) מצדד לומר כדברי הב"ש דיכול הנגזל להקנות הגזילה להגזלן ודעת השארית יוסף מובא בב"ש אהע"ז (סי' כ"ת סקט"ז) דגם לגזלן עצמו א"י להקנות עיש"ה וכתבתי בזה בעזה"י בפנים (בדף ס"ת ע"ב) [אול"ט אק"ה] יעו"ש מ"ש בזה. ואם כוונת הרשב"א ז"ל בזה דהבעלים מצי ליתן במתנה להעניים א"כ מוכח מהרשב"א ז"ל דלגזלן עצמו יכול להקנות. אולם י"ל דאין כוונת הרשב"א ז"ל בזה דמצי ליתן במתנה להעניים רק שמוחל להם התביעה וניהו דלא קנו העניים גוף התבואה מ"מ העון גזל מוחל להו ואינן גזלן בזה דהבעלים נותנים רשות ומוחלין התביעה שלהם:

אולם ממ"ש עוד אח"כ הרשב"א ז"ל ואין בידו להפקיר לכל אדם הואיל ואינו ברשותו דהפקר ליחיד אינו הפקר כו' נראה קצת דלגבי העניים בלחודייהו הוה מצי להפקיר כנגדן ורק אינו הפקר משום דהפקר שאינו לכל אדם לאו הפקר הוא דבעי דומיא דשמיטה ולגבי כל אדם אינו יכול להפקיר דלגבי כל אדם הוי אינו ברשותו ומשמע דלגזלן עצמו מצי להקנות ואכתי י"ל בזה. ומ"מ חזינן שכתב הרשב"א ז"ל דאע"ג דמצי למחול גבייהו ולפוטרן מעון גזל מ"מ טבל הוא גבי עניים דלא הוי הפקר לפטור ממעשר דלאו שם הפקר עלה רק כמתנה שאין מתנה פוטר ממעשר והוא כעין סברתי שכתבתי בדברי התוס' ז"ל הנ"ל. והנה תמצית מדברי התוס' עולה דמש"ה היאוש אינו

פוער ממעשר משום דאינו רשאי שום אדם לזכות בו מפני שהיא צריכה לגזלן וצריך לומר לדברי התוס' דאע"ג דהפקר פוטר ממעשר וכדמוכח בסוגיין דאם מצי להפקיר דבר שא"ב הי' מועיל בזה ההפקר לפוטרו ממעשר ולא אמרינן דצריכה הגזילה להגזלן היינו משום דבהפקר באמת אין הגזילה צריכה להגזלן דכיון דהנגזל הפקירה אין להגזלן עוד חיוב להשיב את הגזילה ועיין בתוס' ב"ק (דף ס"ו ע"א) בד"ה כיון דבהפקר אפילו באיסורא אתא לידי' קונה ע"ש וא"כ שפיר אמרינן דבההפקר שהפקירה הבעלים פקע לי' החיוב מעל הגזלן אבל כיון דאין אדם מפקיר דשא"ב ורק שיהי' הפקר מכת יאוש בזה כתבו התוס' כיון דביאוש אכתי לא נפטר הגזלן מחיובו אכתי צריכה הגזילה להגזלן להחזירה להנגזל ואין שום אחר רשאי להחזיק בה ואף דהנגזל מוחל בלב שלם כדי שלא יכשלו העניים באכילת טבל מ"מ זה שוב הוי כמתנה וכמש"ל. וא"כ י"ל דגם בסילוק כיון שלא הפקיר בפירוש להחפץ דהא לא מועיל הפקר על דבר שא"ב ורק שסילק נפשי' מהחפץ בכה"ג, הוה כמו יאוש דאכתי הוה על הגזלן חיוב השבה כמו ביאוש בגזילה דאיכא על הגזלן חיוב השבה וא"כ לא מועיל הסילוק של בעה"ב שמסלק נפשי' מן הלקט שלקטו העניים שלא כדין לענין שיהי' כל אדם יכול לזכות בו משום דנצרך להעניים להחזירו לבעה"ב דהא לקטו בגזל ורק שבעה"ב אינו רוצה כלל שיחזירו לו העניים מה שלקטו שלא כדין אבל מ"מ לא מיחשב בהפקר רק נחשב לענין זה כמתנה מן הבעה"ב להעניים ואכתי איכא עלה החיוב מעשר ולא אהני להו כלל מה שסילק הבעה"ב א"ע מן הלקט שלקטו העניים שלא כדין לפטור מן המעשר. אבל מה שנוגע לענין ממון אם הבעה"ב מסלק א"ע מן הלקט הזה שלקטו העניים שלא כדין בודאי מועיל הסילוק שנפטרו העניים מלהחזיר הלקט הזה או לשלם דמיו וא"כ גבי בני העיר שנגנב ס"ת שלהן שפריך הש"ס וליסלקי בי תרי מנייהו היינו אף אם נימא דאין יכול הנגזל ליתן במתנה הגזילה להגזלן [ועיין בקצה"ח שכתב לפרש דלשון וליסלקי היינו בתורת מתנה אבל לשון וליסלקי משמע דלא אתינן עלה מתורת מתנה מהנגזל להגזלן וי"ל בזה ועיין שם בקצה"ח מ"ש בזה] מ"מ בכה"ג שפיר יועיל דיסלקו בי חרי מנייהו וסילוק מועיל בדבר שאינו ברשותו ויצא מרשות הבעלים ויכולין אח"כ הבעלים למחול להגנבים את תביעת ממון שיש להן עליהן וממילא אח"כ יזכו בו הגנבים בחלקם של הני תרי דהא ממילא הוי תו כמו ממנה דהחיוב השבה שיש על הגנב הרי מחלו הני תרי לחלקם וזכו בו הגנבים וכמ"ש לעיל. ולפ"ז יהי' עולה דאף אם בני העיר יזכו בדין ויצטרכו להחזיר הס"ת לבני העיר מ"מ החלק של הני בי תרי דסילקו א"ע זכו בו הגנבים:

[כה] דף ס"ט ע"א אומ"ח אק"ב הבאתי דברי השמ"ק (בדף צ"ו) בשם מוהר"ם מסרקסטא ז"ל בגזל חמץ ועבר עליו הפסח דלא זה וזה עוברין עליו בב"י כו'. והעירני בני מו"ה ישכר שיחי' לבאר קצת סברת המוהר"מ ז"ל דהאיך נוכל לומר דהגזלן אינו עובר הלא הגזלן חייב באחריות ומבואר בפסחים (דף ה' ע"ב) וכ"פ כל הפוסקים דבחייב באחריות עובר בב"י. אם לא שנחלק בין קיבל בפירוש אחריות כגון בפקדון דהוי כאילו קיבל בפירוש אחריות אבל בגזלן לא קיבל בפירוש אחריות אלא דבע"כ של הגזלן נתחייב באחריות עכ"ד. והנה מצאתי במוהרי"ט אלגזי (פ"ה דבכורות אות מ"ד) שציין בשואל ומשיב מהדורא תליתאה (ח"ג סי' ל"א) שהביא דברי המוהר"מ ז"ל ותמה באמת בזה. והנה הסברא הנ"ל לחלק בין קיבל אחריות בפירוש או לא אם כי נכונה היא לכאורה אבל אית לה פירכא מהא דמסכת פסחים (דף וי"ו) דא"ר לבני מחוזא בעירו חמירא דבני חילא כיון דאילו מיגנב או מתביד בעיתו לשלומי כדידכו דמי כו' והרי התם לא קבילו אחריות בפירוש ושיטת הרמב"ם (בפ"ד מהל' חו"מ) מטעם אלם וטעם הראב"ד מטעם חוק המלך אבל עכ"פ חזינן דחיוב אחריות מביא לידי חיוב ב"י אף שלא קיבל אחריות בפירוש ע"כ לא נוכל לומר סברא זו:

והנלע"ד להסביר דברי המוהר"ם מסרקסטא ז"ל דסובר דיש חילוק בין גזלן לשומר לענין חיוב אחריות דבשומר איכא חיוב אחריות כשנאבד אז חל עליו החיוב תשלומין אבל כל זמן שהוא בעין ליכא עליו עדיין החיוב תשלומין ובמסכת כתובות (דף ל"ד) ובמס' ב"ק (דף קי"ב ע"א) איכא תרי לישני אם שואל מתחייב באונסין משעת שאלה או משעה שנאנס וכתב הריטב"א הובא הקצה"ח (סי' רצ"א סק"א) דאפי' ללישנא דמתחייב משעת שאלה היינו דכי נגנבה או נאנסה ואיכא חיובא עליו משתעבדי נכסי למפרע משעת משיכה אבל כל זמן דאיכא בעינא ליכא על השומר שום חיוב יעוש"ה ועיין לקמן בספר (על דף קי"ב ע"א) [או"ו אק"א] בזה. ואפ"ה עובר עליו בב"י וכמ"ש רש"י ז"ל במס' פסחים שם לענין גורם לממון אליבא דר"ש דסובר גורם לממון כממון דמי ועיין בקצה"ח (סי' שפ"ו סק"ז) הביא דברי רש"י הנ"ל ושכ"כ הצ"צ מדברי רש"י הנ"ל כן עיי"ש וכ"כ לענין חיוב אחריות דשומרים. אבל בגזלן לא אתינן עלה כלל מדין חיוב אחריות רק דהתורה חייבה לגזלן בהשבה מיד כשגזל או ממון או להחזיר הגזילה אבל לא מדין אחריות כלל דלא אמרינן כלל דאיכא על הגזלן חיוב אחריות. וקצת ראי' לסברא זו דהא בגזל חביתא דחמרא מעיקרא שויא זוזא ולבסוף שויא ארבעה תברא או שתיא משלם ארבעה איתבר ממילא משלם זוזא ועיין קצה"ח (סימן ל"ד סק"ג) אסבר לה דתברא או שתיא מתחייב מטעם מזיק ובאיתבר ממילא משלם רק זוזא על שעת הגזילה

ואם נימא דאיכא על הגזלן חיוב אחריות לישלם ארבעה כשאיתבר ממילא ג"כ מטעם דהוא באחריותו ועיקר החביתא הוא עדיין של הנגזל ועיין בשמ"ק ב"מ (דף מ"ג) בשם הריטב"א הובא בקצה"ח (סי' רצ"א סק"א) והבאתיו ג"כ בפנים (על דף ס"ה ע"א) [אוי"ג] כעין זה יעוש"ה. ונראה לכאורה מזה דבגזלן לא אתינן עלה כלל מדין חיוב אחריות רק דנתחייב אז בשעת הגזילה בתשלומין או דמים או שמחזיר הגזילה ליד הנגזל ג"כ מקיים בה העשה דוהשיב ומש"ה שפיר כתב המוהר"מ מסרקסטא ז"ל דאין הגזלן עובר כלל בב"י כיון דאין החמץ שלו וגם חיוב אחריות ליכא: אולם דעת הרמב"ן ז"ל שהבאתי דסובר דהנגזל אינו עובר בב"י והגזלן עובר בב"י צ"ל דסובר דמיחשב זה לאחריות להגזלן שחייב באחריות ורק דאנו דנין על שעת ההתחייבות שלו באחריות ואם אז בשעת הגדלה שויא זוזא ואח"כ שויא ארבעה ואיתבר ממילא משלם זוזא משום דבשעת הגזילה שחל עליו החיוב אחריות הוא רק על זוזא. אבל בתברא או שתיא נתחייב מדין מזיק וכסברת הקצה"ח הנ"ל:

ובגוף הסברא הנ"ל שכתבתי בדברי המוהר"מ מסרקסטא ז"ל עיין בפנים הספר לקמן (על דף ק"ח ע"ב) [אוקע"ב] בד"ה ועוד כו' שכתבתי שם סברא להיפוך והוא כמו שכתבתי כאן בסברת הרמב"ן ז"ל וי"ל בזה:

[כו] דף ס"ט ע"ב אונ"ב דקדקתי בהא דקאמר רבא אי לאו דאר"י כו' הו"א מאן תנא צנועין ר"מ הוא לאו אר"מ מעשר ממון גבוה הוא ואפ"ה לענין פדיי' אוקמי' רחמנא ברשותי' דכתיב ואם גאל יגאל איש ממעשרו חמשיתו יוסף עליו קריי' רחמנא מעשרו ומוסיף חומש כו' ודקדקתי הא גבי הקדש דהמקדיש מוסיף חומש אף דלגבי הקדש לא שייך לומר דאוקמי' ברשותי' ואע"ג דבודאי ממון גבוה הוא. ולכאורה י"ל דעיקר הלימוד דהש"ס רק מדקריי' רחמנא מעשרו. אולם ברש"י ד"ה מאן תנא מבואר דהלימוד מדמוסיף חומש וא"כ קשה מהקדש כמבואר בפנים. וע"ז כתב ידידי הרה"ג המפורסם כש"ת מו"ה שלמה זלמן נ"י הגאבד"ק באבר בזה"ל ואין התחלה לקושייתו שהרי כתיב בקרא ממעשרו חמשיתו ומוכח מקרא משום דהיא מעשרו לזאת יתן חמישתו אף שבאמת אין זה מעשרו כו' עכת"ד. והנה מעכ"ת קיצר מאוד ואחשוב כוונתו דדוקא במעשר דכתיב ממעשרו משמע הא דמוסיף חומש דוקא משום דהוא שלו והא באמת ממון גבוה הוא ואינו שלו מש"ה ע"כ צ"ל דאוקמי' רחמנא ברשותו משא"כ בהקדש נוכל לומר דגזה"כ היא שהמקדיש יוסיף חומש אע"ג שאינו עתה שלו כלל הרי מ"מ הוא הקדיש זה והוי הוא המקדיש. ויפה העיר בזה. והנה גם אנכי רציתי לומר בפנים הספר דהלימוד הוא רק מהא דקריי' רחמנא מעשרו. אלא שהקשיתי דברש"י ד"ה מאן תנא

מבואר דעיקר הלימוד הוא מדמוסיף חומש. והלא בהקדש גמור ג"כ הדין כן דמוסיפין הבעלים חומש. עיין ערכין (דף כ"ז ע"א) אע"ג דבודאי ממון גבוה הוא, לגמרי. ומע"כ נ"י אסברא לה יפה דהכל אחד מדקרי' רחמנא מעשרו ש"מ דהקפידה התוה"ק שדוקא אם הוא מיקרי מעשרו יוסיף חומש והא כיון דממון גבוה לא מיחשב מעשרו. וע"כ דאוקמי' רחמנא ברשותי' ומיקרי מעשרו. אבל בהקדש לא מצינו שהקפידה תורה שדיקא אם הוא מיקרי עדיין שלו יוסיף חומש. אלא כיון שהוא הוי המקדיש אעפ"י שעתה אינו מיקרי שלו ג"כ מוסיף חומש. אך עדיין גם ע"ז צע"ק דהא מצינו בקרא (ויקרא כ"ז פסוק ט"ו) ואם המקדיש יגאל וגו' ביתו ויסף חמישית וגו' א"כ משמע דוקא על ביתו מוסיף חומש והא אינו עתה ביתו שהוא של גבוה והדר הדקדוק שדקדקתי. וקצת יש לחלק דבהקדש יש לפרש המקדיש יגאל ביתו דמש"ה קראתו התוה"ק ביתו שהי' שלו קודם ההקדש והי' קודם ההקדש ביתו משא"כ במע"ש דמשעה שנעשה מעשר כבר הוא ממון גבוה א"כ האיך יתכן שהוא מעשרו והא בשעה שהי' עליו שם מעשר תו לא הי' שלו אבל בהקדש ניהו דמשעה שהקדישו תו אינו ביתו אבל קודם ההקדש הי' ביתו ובקרא כתיב ביתו ויש לפרש משום דקודם ההקדש הי' ביתו ומש"ה דוקא במע"ש צ"ל דאוקמי' רחמנא ברשותו ועדיין צע"ק:

[כז] דף ע' ע"א אונ"ד אק"ד הבאתי ספיקו של השעה"מ (בהלכות אישות פ"ה הל' כ"ג) אם המלוה יוצא יד"ח לולב ואתרוג שהלוה משכנם בידו בשעת הלואתו. והוספתי לספק בזה אם הלוה נטל להלולב והאתרוג הממושכנים שלא בידיעת המלוה אם יצא יד"ח כמבואר בפנים. והעיר ע"ז ידידי הרה"מ ובקי מו"ה טובי' נ"י מק"ק ניישטאט דספיקא דידי תליא בספיקא של השעה"מ דאם נימא בספיקא של השעה"מ דהמלוה יצא יד"ח במשכון שבידו א"כ ממילא לא יצא הלוה יד"מ בהמשכון שלו שהוא ביד המלוה והלוה לקחו שלא מדעת המלוה. וכתב עוד דספיקו של השעה"מ נפשוט מדברי הרשב"א שהביא הב"י בח"מ (סי' שנ"ג) וז"ל הרשב"א בפ' הגוזל בתרא גבי נטלו מוכסין חמורו וכו' שהראב"ד כתב דאע"ג דיאוש וש"ר קני דמים מיהא בעי לאהדורי משום דבאיסורא אתא לידי' דיאוש כדי ל"ק ואע"פ שכתב הרב שזה עיקר עדיין צריכה תלמוד דיאוש וש"ר בכולי' תלמודא משמע דקני קנין הגוף דאי לא הא דא"ל רב הונא להני אוונכרי כי זבניתו אסא מכותים ליגזו אינהו כי היכא דליהוי יאוש בידא דידהו ושינוי רשות בידייכו מאי אהני דהא מ"מ האי אסא לא מיקני להו קנין הגוף דהא אינו אלא כעין משכון דבדמים בעי' לאהדורי ואנן בעינן ביום הראשון לכם עכ"ל הרשב"א שהובא בב"י

ודייק מינה דלא יצא המלוה באסא הממושכן בידו דהא הרשב"א כתב דלשיטת הראב"ד הי"ל ההיא אסא רק כמשכון ביד הלוקח ולא יצא בה אף דהוה יאוש וש"ר:

והנה המעיין בדברי הרשב"א ז"ל כאשר הובא בב"י אינו שייך כלל לענין מלוה על המשכון דהא לפי נוסחא זו הוה הדין דהלוקח זכה בהחפץ ורק דצריך ליתן דמים להנגזל כאשר כתב בתחילת הדברים דמים מיהא בעי לאהדורי היינו דהלוקח צריך ליתן דמי החפץ להבעלים והחפץ הוא של הלוקח וזה יהי' דומה לספק שלי אם הלוה לקח משכונו מן המלוה שלא בידיעת המלוה אם הלוה יוצא בו יד"ח דהא דומין ממש זל"ז. אבל מאי זה שייך לומר עלה הלשון משכון בכל דוכתי מי שמחזיק המשכון אין גוף הדבר שלו ורק שהוא ממושכן בידו עד שיתן לו השני את המעות שמגיע לו והכא הוה איפכא שהלוקח ממזיק המשכון והוא צריך ליתן מעות להנגזל וישאר החפץ ביד הלוקח וכבר עמדו בזה המפרשים בשעה"מ (בהל' גניבה פ"ה ה"ג) והביא דברי הכפ"ת וגם הקצה"ח (בסי' שנ"ג סק"ד) יעוש"ה בדבריהם ז"ל: ועוד י"ל כי המעיין היטב בלשון הראב"ד והרשב"א כפי שהביא הב"י יראה כעין סתירה דבתחילת דברי הראב"ד כתב הלשון דאע"ג דיאוש וש"ר קני דמים מיהא בעי לאהדורי והיינו דהלוקח שקנה להחפץ ביאוש וש"ר צריך להחזיר הדמים להנגזל דהיינו דמי שווי החפץ הגזול והחפץ נשאר ביד הלוקח ובלשון הרשב"א ז"ל בקושייתו על הראב"ד ז"ל מהא דאוונכרי כתב בסיום הקושי' דהא אינו אלא כעין משכון דבדמים בעי לאהדורי כו' דלשון זה משמע דהלוקח חייב להחזיר החפץ להנגזל אם יחזיר לו הנגזל הדמים שנתן הלוקח בעד החפץ ולכאורה י"ל בזה:

ואמנם בחידושי הרשב"א ז"ל על ב"ק (דף קי"ד ע"א) שם הגירסא בתחילת לשון הראב"ד ז"ל דאע"ג דיאוש וש"ר קני אבל בדמי"ם מיהא מיבעי' לי' לאהדורי משום דבאיסורא אתא לידי' כו' וגירסא זו מותאמת עם מ"ש הרשב"א בקושייתו מהא דאוונכרי שכתב דהא מ"מ האי אסא לא מקניא להו קנין הנוף דהא אינה אלא כעין משכון דבדמי"ם בעי לאהדורי כו' ועפ"ז שפיר קרי לה הרשב"א ז"ל משכון וכבר כתבתי בזה בספר לקמן (על דף קי"ד ע"א) [אוי"ח] עיי"ש"ה:

והנה הרשב"א ז"ל כתב הלשון דהא אינה אלא כעין משכון משמע דלא הוי משכון גמור אלא כעין משכון. והנה להאי גירסא של הב"י דסובר הראב"ד ז"ל דהלוקח צריך ליתן דמי שווי' של הגזילה והגניבה להבעלים והלוקח מחזיק החפץ הנמכר לו ונימא דמיחשב הלוקח כמו הלוה שלוה על המשכון והרי באמת יש הפרש גדול בין לוה שהשכין החפץ שלו ביד המלוה דהרי החפץ הוא של הלוה באמת ורק שלוה על החפץ שלו מן המלוה לבין לוקח דקנה הגניבה מן הגנב דמעולם לא הי' לו עדיין קנין בגוף החפץ

עד שיתן דמי שווי' של החפץ להבעלים והקשה הרשב"א על הראב"ד מהא דאוונכרי דמאי מועיל היאוש ושיר גבי הלוקח את האסא הלא מעולם לא הי' של הלוקח וגרע זה ממשכון ושפיר נוכל לומר דהלוה שלקח אתרוג שהשכינו אצל המלוה שלא מדעת המלוה והגביהו דיצא בו כיון דהי' להלוה באתרוג קנין הגוף ואין מדברי הרשב"א סתירה לספיקא דידי אם הלוה לקח המשכון שלו שלא מדעת המלוה אם יוצא הלוה בו יד"ח דשפיר י"ל דיצא בו הלוה יד"ח גם לסברת הרשב"א בקושייתו הנ"ל מהא דאוונכרי דהא לשיטת הראב"ד לא הי' עדיין להלוקח שום קנין הגוף בהאסא רק עד שיתן דמי שווי' להבעלים: ולהגירסא דידן בהרשב"א דשיטת הראב"ד ז"ל הוא דבדמים בעי לאהדרינה דהיינו אם יתנו הבעלים להלוקח דמים שנתן מחויב לאהדרינהו להחפץ להבעלים א"כ הוה הלוקח כמו המלוה על המשכון והבעלים הם כמו לוה כאשר יחזיר להלוקח המעות שנתן בעד החפץ להגנב אזי מחויב הלוקח ליתן החפץ להבעלים והקשה הרשב"א עלה מהא דאוונכרי זה אינו נוגע להספק שלי אם הלוה לקח המשכון שלא מדעת המלוה אם יצא בו דהא האסא הוא גבי הלוקח שהוא כמלוה על האסא ואם הבעלים יקחו את האסא שלא מדעת הלוקח אינו מפורש הדין בזה ואולי באמת יהי' הדין לשיטת הרשב"א דיוצאין בה הבעלים הואיל דהי' להן להבעלים קנין הגוף בהאסא וי"ל בזה ורק נוגע הוא לספיקו של השעה"מ אם המלוה יוצא בהאסא הממושכן אצלו ולכאורה מפורש בהרשב"א ז"ל בקושייתו על הראב"ד ז"ל הנ"ל דלא יצא המלוה בה דאל"כ אלא דיוצא בה המלוה בהאסא הממושכן אצלו א"כ א"ש גבי אוונכרי דיוצא בה הלוקח מטעם דהוא נחשב כמלוה על המשכון וכמו שהעיר הרה"מ הנ"ל. אמנם לפי האמור בדקדוק שכתב הרשב"א ז"ל דהא אינה אלא כעין משכון אבל באמת חלוק זה ממשכון ממש דהלוה מקנה להמלוה השעבוד על המשכון אפילו במשכון בשעת הלואתו ובזה הוא דמסופק השעה"מ אם יצא המלוה יד"ח באתרוג הממושכן בידו מן המלוה ומכ"ש במשכון שלא בשעת הלואתו ע"י שליח ב"ד עדיף יותר וי"ל בזה. אבל בלוקח מן הגנב דמי הקנה להלוקח שיהי' לו קנין שעבוד ורק ממילא הוה להלוקח שעבוד על החפץ אבל לא על הבעלים הגע בעצמך אם יהי' נאבד החפץ שקנה הלוקח מן הגזלן באונס הכי יצטרכו הבעלים לשלם להלוקח הדמים שנתן להגנב בעד החפץ אבל באם הלוה ממשכן החפץ ביד המלוה ונאבד המשכון באונס דיש חוב על הלוה לשלם להמלוה עיין בח"מ (סי' ע"ב ס"ב) וא"כ זה שקראו הרשב"א ז"ל כעין משכון אבל לא הוי משכון גמור ומש"ה שפיר הקשה הרשב"א לשיטת הראב"ד מהא דאוונכרי דשמעינן מינה דיש להלוקח מן

הגנב קנין גמור בהחפץ מטעם דאיכא יאוש וש"ר וא"צ הלוקח להחזיר להבעלים אפילו אם ירצו הבעלים להחזיר להלוקח דמי שווי' החפץ שנתן הלוקח להגנב וז"פ לע"ד:

ובענין אם ספיקא דידי תליא בספיקא של השעה"מ לע"ד נוכל לומד דלא תליא כלל זה בזה ואפילו אם נימא בספיקו של השעה"מ דהמלוה יוצא יד"ח באתרוג הממושכן אצלו אפ"ה נוכל לומר דאם נטלו הלוה שלא בידיעת המלוה ג"כ יצא בו הלוה יד"ח דאטו מי לית לי' להלוה קנין הגוף בהאתרוג ויש סברות לומר דהלוה יוצא בו יד"ח דהא להמלוה יש לו על המשכון שעבוד והרי כשלקחו הלוה מרשות המלוה שלא מדעתו כבר אינו כעת ברשותו של המלוה שהלוה לקחו לרשותו וכבר צדדתי בספר לכאן ולכאן ואין לי מה להוסיף בזה כעת:

[כח] דף ע' ע"א אונ"ה אקי"ב במה שהבאתי דברי הט"ז ביו"ד (סימן קס"א ובח"מ סי' ט') דבריבית קצוצה דחייב להחזיר בעינן דוקא תבעו. והעירותי דלמה לא נימא כן גם באונאה כו' כמבואר בפנים. וכתב אלי נ"ג הרב הגדול מו"ה זעליג ישכר נ"י וכעת אבד"ק סקולסק בזה"ל מרהיטת דבריו נראה דהבין בכוונת הט"ז דס"ל דחיוב חזרת הריבית תליא בתביעת הלוה ובלעדי תביעתו ליכא חיוב חזרה ולע"ד יש לדון בזה טובא כי בפשטא נראה דהט"ז סובר רק לענין שהב"ד יוציאו הריבית מהמלוה אז אם לא יתבע הלוה אין על הב"ד להוציא מיד המלוה וכ"ה ברש"י אשר ממנו יוצאים דבריו של הט"ז שכתב בהא דר"ק יוצאה בדיינין אם תבעו מזה הוכיח הט"ז דינו ולאשר במקור הנובע ליתא כ"א לענין שיוציאו הב"ד שוב בודאי דא"א לומר עוד יותר שלא יהי' שום חיוב כלל על המלוה להחזיר ולכן בודאי דגם להט"ז איכא על המלוה חיוב חזרה משום דמוטל עליו לקיים המ"ע דוחי אחיך עמך ואף שלא תבע הלוה ממנו מ"מ מחויב להחזירו רק הב"ד אין כופין אותו באם לא תבע הלוה ובאונאה כ"ז שאין המתאנה יודע בודאי החיוב על המאנה להחזירו דכגזל הוא בידו ואם כבר נודע להמתאנה שנתאנה ואינו תובעו תו ליכא חיוב כלל להחזיר לו משום דמחל לו כמבואר בגמ' ובש"ע ח"מ (סי' רכ"ז) כו' וא"כ אינני ש מבין הדמיון אונאה לריבית בזה עכ"ד:

והנה המעיין בט"ז בח"מ (סי' ט') נראה דסובר דבלא תבעו ליכא כלל חיוב על המלוה להחזיר הריבית שהרי הסמ"ע כתב שם (בסק"ג) לענין שוחד צריך להחזירו כשיתבענו אבל בלא תביעה א"צ להחזירו כיון דלא קבלו אלא מרצון הנותן וכדי לזכות את הזכאי ול"ד לריבית דכתיב בי' וחי אחיך עמך עליך להחזיר לו כדי לחיות בו עכ"ל הסמ"ע הרי שסובר הסמ"ע דריבית צריך להחזיר גם בלא תבעו הלוה שיחזיר לו ולא איירי כלל לענין שיוציאו הב"ד מהמלוה הריבית רק דאיירי הסמ"ע לענין דמוטל על המלוה החיוב

להחזיר הריבית גם בלא תבעו הלוה וע"ז חולק הט"ז ז"ל וכתב ע"ד הסמ"ע אשתמיטתי' דברי רש"י פא"נ (דף ס"א) וז"ל ר"ק וכופין אותו ב"ד להחזיר אם תבעו בחיים עכ"ל רש"י הרי גם בריבית בעינן תביעה והוא קמ"ל דיוצא בדיינין כשיתבעו עכ"ל הט"ז והרי מבואר דהט"ז כתב לדינו לענין המלוה עצמו דאין עליו חיוב כלל להחזיר הריבית כ"ז שלא תבעו הלוה. וגם ממ"ש עוד הט"ז שם לענין החיוב מטעם שעבודא דר"נ משמע ג"כ דסובר הט"ז דליכא שום חיוב כלל על המלוה להחזיר הריבית כ"ז שלא תבעו הלוה שיחזיר לו וזה העירני בני שיחי' ונוכל להוסיף ולומר הטעם בזה דהנה באמת לולא דאסרה תוה"ק ליקח ריבית והי' הריבית מותר הי' הטעם דהוי כמו שכירות המעות דהא ההמתנת המעות יש בו שווי וכדאיתא במסכת מכות (דף ג') במתני' מעידין אנו שגירש ולא נתן לה הכתובה והלא בין היום למחר סופו ליתן הכתובה אלא אומדין אותו כו' והרי חזינן דהמתנת המעות לזמן יש בו שווי ורק דהתורה אסרתו וכבר כתבתי בזה בפ' איזהו נשך בכמ"ד ועיין בפנים הספר לקמן בפרקין [אוס"ב] אבל לענין שיהי' מחויב להחזיר הוא דוקא כשתבעו וכ"ז שלא תבעו אין עליו עדיין חיוב לפורעו וי"ל עוד בזה:

[כט] דף ע' ע"ב אוע"ד אק"א הבאתי קושי' היה"ת בהא דקאמר הש"ס כמאן כר"ע דאמר קלוטה כמי שהונחה דמיא כו' הקשה דמ"מ האיך אפשר לחייבו מיתה וממון בעד הגניבה דאף דאינן באין כאחד לרבנן מ"מ הוה עדות שאאי"ל לקיים אצלם כאשר זמם דלגבי חיוב של העדים אתו שניהם כאחד ואמרינן קלב"מ כו' והבאתי דברי המפ"י וגם קושי' השעה"מ באופן כזה. והעירני ע"ז הרב המאה"ג כו' מו"ה דוד שלמה זלמן נ"י אבד"ק אשענטשין והביא דברי הריטב"א בריש מסכת מכות סוד"ה מעידנו שהקשה דאם מעידין על כהן שהוא ב"ג וב"ח מפסידין אותו מת"כ וכשיזומו לישלמי ממון שהפסידו אותו בעדותן וכתב וז"ל עוד פי' בתוס' בטעמא דהא כיון דלא מקיימינן בהו הזמה במאי דהוי עיקר סהדותייהו דפיסולא דגופא דבן גרושה וב"ח לא מקיימינן לה בהא דלא מקיימינן הזמה לחצאין וכדאמרינן בגמרא גבי ועשיתם לו ולא לזרעו ואע"ג דאמרינן לקמן [הוא במסכת סנהדרין דף ט' ע"ב] מעידין אנו באשת פלוני שזנתה והוזמו שנהרגין ואין משלמין כתובה שהי' מפסידין לה התם כיון דקלב"מ דין תורה הוא שבכ"מ שיש מיתה וממון שהמיתה עומדת במקום שניהם וכולה הזמה היא עכ"ל הריטב"א ז"ל וא"כ י"ל כן על כל הקושיות הללו דלפ"ד הריטב"א ז"ל מיקרי בכל כה"ג עדות שאתה יכול להזימה. ויפה כתב בזה דלפי סברת הריטב"א ז"ל הנ"ל יהיו מיושבים כל הקושי' הנ"ל. ועיין ברמב"ן על מסכת מכות בריש המס' בד"ה כיצד הקשה ג"כ כקושית הריטב"א ז"ל ואיכא דק"ל והרי העדים שאמרו אשתו של פלוני זינתה

שמפסידין כתובתה ממנה והיא נהרגת ואם נמצאו זוממין נהרגין ואין משלמין ממון והאיך מקיימין בהו כאשר זמם מקצת ואיכא למימר לא דמי דאילו התם ממון ומיתה חדא מלתא לגבי חד וכיון דבהאי גברא מקיימת כאשר זמם אבל הכא איהו פסיל להאי כהן ולזרעי' ומפסיד מיני' ממון ומזרעי' א"נ מקיימת בי' בדידי' מקצת כאשר זמם לעשות לו כיון דלא מקיים בי' כאשר זמם לעשות לבדו לאו כאשר זמם הוא כלל גבי הבן וכתב עוד חי' שני והא כתירוצו של הריטב"א הנ"ל. וראיתי במכתב הרב הנ"ל הביא התי' הראשון של הרמב"ן ז"ל הנ"ל וכתב דגם לתי' זה ל"ק קושית היה"ת משום דהתם ממון ומיתה חדא מילתא לגבי חד וכיון דבהאי גברא מקויים כאשר זמם להעדות במקצת קרינא בי' כאשר זמם משא"כ גבי ב"ג וב"ח דלא מקויים בי' כלל כאשר זמם עכ"ד. וגוף החילוק הזה כתבתי בעצמי [באק"א] בד"ה אולם כו' לתרץ קושית היה"ת והשעה"מ הנ"ל דהואיל דעבדינן בהאי עדות כאשר זמם לענין מיתה אף דלא נוכל לעשות דין הזמה לענין ממון ג"כ מיקרי זה שפיר כאשר זמם וכעין סברת התוס' בריש מסכת מכות ד"ה מעידין וכעין סברת הר"ת שהבאתי [באק"ב]: אולם במה שכתב מע"כ נ"י על מ"ש ליישב הקושית היה"ת והשעה"מ עפ"ד הרמב"ם (בפכ"א מהל' עדות ה"ד) כפי פירושו של הכ"מ הנ"ל הוסיף ליישב קושית התוס' בד"ה כמאן דלר"ע נמי כיון דמטא לאויר חצירו חייב לענין שבת דרה"י עולה עד לרקיע ולענין קנין לא קני עד דמטי לתוך המחיצות וכתב ליישב משום דלרבנן דס"ל דעדים זוממין ממונא הוא וא"כ י"ל שפיר דמהני תפיסה בעדים אבל לר"ע דסובר דעדים זוממין קנסא א"כ לפמ"ש התוס' בכתובות (דף ל"ג) בד"ה לאו ובב"ק (דף ל"ג) ד"ה א"ב דקנס לא זכה לי' רחמנא עד שעת העמדה בדין וא"כ בודאי דלא מהני תפיסה בעדים זוממין ודלא כסברת הכ"מ הנ"ל א"כ לר"ע הוי שפיר עדות שאאי"ל וקושי' היה"ת יהי' להאמת כן ולפ"ז ל"ק קושי' התוס' משום דה"ק הש"ס כמאן כר"ע ולכך פטור אע"ג דאיסור שבת קדים מ"מ כיון דלגבי חיובא דהעדים זוממין באים כאחד וא"י לתפוס מהעדים משום דעדים זוממין קנסא וא"כ הוי עדות שאאי"ל עכ"ד. והנה מעלתו נ"י רצה לילך בעקבות הגאונים בעלי מפ"י ז"ל [באות ט"ו] שכתבו ליישב עפ"ד השמ"ק דמפרש דקושי' הש"ס הוא דאי כרבנן כיון דמטא לחצר ביתו קניא כו' דהפי' הוא דליכא כלל חיוב מיתה הואיל דלא נתכוין כלל שהנות בארעא וע"ז סובב תירוצם על קושי' התוס' הנ"ל דה"ק הש"ס כמאן כר"ע ולכך פטור משום דכיון דהקנין אינו אלא עד דמטי לתוך המחיצות ואיסור שבת קדים מ"מ כיון דלגבי עדים יהי' החיוב מיתה ותשלומין באין כאחד וא"א לחייבם שניהם והוי על החיוב ממון עדות שאאי"ל ופטורין העדים מלשלם ממון ולא שייך הכא

תירוצו של השמ"ק בשם תוס' הרא"ש הנ"ל דהא כאן לר"ע האיסור שבת קדים והוי שפיר מלאכת מחשבת כיון דהי' צריך כל הזריקה להקנין משא"כ לרבנן דהקנין בא קודם לחיוב מיתה ולא הוי מלאכת מחשבת עכ"ד המפ"י ז"ל ובדרך הזה רצה גם רו"מ נ"י ליישב קושית התוס' הנ"ל. אולם לא דמי זה לזה כלל דלתירוצם של המפ"י שפיר הוצרך הש"ס לומר הלשון כמאן כר"ע דאמר קלוטה כמי שהונחה דמיא והיינו כי היכא דניתי החיוב שבת קודם חלות הקנין יהי' גבי' דגנב חיוב מיתה קודם לחיוב ממון מ"מ הואיל דלגבי העדים זוממין אתיין שני החיובים כאחד ואמרינן קלב"מ והוי תו עדות שאאי"ל וממילא גם הגנב פטור מתשלומין דדו"ה אבל לפי דברי רו"מ נ"י דיהי' עיקר הטעם לפטור משום דסובר ר"ע עדים זוממין קנסא ולא יועיל כלל התפיסה כיון דלא יגמרו הב"ד את הדין א"כ כל האי דינא דסובר ר"ע קלוטה כמי שהונחה דמיא דנקיט הש"ס כאן הוא ללא צורך כלל ולמה נקטי' הש"ס וע"כ תירוצו מיפרך לגמרי:

וגם בעיקר מה דפשיטא לי' דלא כסברת הכ"מ הנ"ל ושאין הב"ד גומרין הדין לענין דיועיל תפיסה לא נוכל לדחות בגילא דחיטתא דברי רבינו הכ"מ אשר יש לו סעד גדול מדברי הרמב"ן ז"ל בספר הזכות הובא ג"כ בקצה"ח (סי' א' סק"ח) לענין תפיסה בקנס שלא בעדים וז"ל כבר יצא דינו מכלל דברינו להתחייב מפני שאין ההודאה כלום ואפילו במודה בב"ד מומחין שלא פטרה תורה קנס אלא שלא הי' חייב אותו מתחילה עפ"י עצמו כו' יעוש"ה בספר הזכות ובעזה"י העירותי בזה בכמ"ד בספרי (על דף מ' ע"ב) [אוכ"ו] (ובדף מ"א) [אול"ח] (ובדף ע"ג) [אוק"ז] [ואוקט"ו] וכמו שנרשם שם כללו של דבר דלסברת הרמב"ן ז"ל בודאי דהב"ד גומרין הדין לענין תפיסה והרבה י"ל עוד בזה וקצרתי בזה. ובגוף קושי' היה"ת עיין ג"כ לקמן בק"א זה פ' החובל אות א':

[למ"ד] דף ע' ע"ב אוע"ד אק"ב כתבתי לישב קושית היה"ת והשעה"מ שהבאתי לעיל בקו' זה אות כ"ט. בסברא לומר דגבי עדים זוממין דכתיב ועשיתם כאשר זמם אמרינן דגם הם חייבין לשלם היכא דבאים לחייב בעדותן מיתה לזה ותשלומין לזה או שבאין לחייב לאחד מיתה ותשלומין ורק שאין השני חיובין באין כאחד אף שהעדים שהעידו עדותן הי' בבת אחת וכשיהי' זוממין עבדינן בהו כאשר זמם על שניהם מיתה וממון כו'. וע"ז השיבני האברך הרה"ח ובקי מו"ה יצחק בהאריער מק"ק קאליש נ"י מהא דמס' סנהדרין (דף ט' ע"ב) אר"י הביא הבעל עדים שזינתה והביא האב עדים והזימום לעידי הבעל עידי הבעל נהרגין ואין משלמין ממון [ופירש"י בד"ה ואין משלמין ממון אעפ"י שהי' מפסידין אותה כתובתה אין משלמין טה"נ כתובתה כדין שאר זוממי כתובה במסכת מכות (דף ג') דכיון דבשבילה הן נהרגין אין משלמין לה ממון דמתחייב בנפשו פטור מן

התשלומין כו'], הרי מבואר דגם בעדים זוממין אמרינן משום רשעה אחת אתה מחייבו כו' עכ"ד:

ולאחר העיון היטב אין קושי' על סברתי הנ"ל דהתם הכל הוא באדם אחד ובמעשה אחת ובשעה אחת כשהעידו שזינתה לחייבה מיתה ממילא תפסיד כתובתה ובכה"ג לא עבדינן דין הזמה לחייב להעדים הניזומין משום שתי רשעיות מיתה וממון וסברתי הוא ליישב קושית היה"ת והשעה"מ הוא היכא דהעדים שהעידו עדותן מחייבין להנידון על שני דברים שהם נעשים בזה אחר זה בזה שפיר עבדינן כאשר זמם על שני החיובים שהעידו לחייב להנידון וכבר הבאתי בפנים כעין קצת ראי' לסברתי הנ"ל מדברי הר"ת במסכת ב"ק (דף כ"ב ע"ב) והוא ג"כ בתוס' מס' כתובות (דף למ"ד ע"ב) בד"ה רב אשי באה"ד שם דגם להסוברים מיתה לזה ותשלומין לזה פטור אבל בעדים זוממין חייבין הואיל דצריכין לקיים כאשר זמם לכאו"א ועיין בחידושי הר"ן על מסכת סנהדרין (דף ט' ע"ב) בסוד"ה ממון לזה שמבאר היטב דברי הר"ת הנ"ל דהיכא דהעדים רצו לחייב לנידון אחד בשני דברים מיתה וממון וכגון שהעידו שהאשה זינתה ומחייבין אותה מיתה אע"ג דמפסידין אותה בעדותן ממון ג"כ דתפסיד הכתובה ולא תוכל למכרה בטוה"נ בזה אם ניזומו העדים דעבדינן בהו כאשר זמם על החיוב מיתה בזה לא מחייבינן להזוממין ממון דהא מתקיים בהו כאשר זמם על החיוב מיתה אע"ג דעל ההפסד הממון לא עבדינן בהו כאשר זמם מ"מ על עדותן זה מתקיים כאשר זממו לעשות להנידון הזה משא"כ היכא דמחייבין בעדותן להנידון לשני ב"א לעידי הבעל מחייבין מיתה משום כאשר זממו להרוג להאשה ולהבעל רצו עידי האב לחייב מאה סלע להבעל ואחר כך הוזמו עידי האב צריכין לקיים בעידי האב כאשר זמם נגד עידי הבעל הראשונים ונגד הבעל שרצו לחייבו מאה סלע בזה כתב הר"ת לסברתו דמש"ה עידי האב נהרגין ומשלמין ממון משום דצריכין לעשות בהם דין הזמה נגד כל אחד ואחד עיש"ה בחידושי הר"ן ז"ל וא"כ י"ל שפיר ג"כ להיכא דהעידו בעדותן על שני זמנים על תחילת ההגבהה או על הקלוטה בעודו באויר חצירו ואח"כ על שעת הנחתו בארעא דהוי כמו שני מעשים בזמנים מחולפים בודאי דצריכין לעשות בהם דין הזמה על כל אחד דנחשב כאילו העידו שני עניני עדות: והנה על הקושי' שהקשיתי להסוברים דמיחה לזה ותשלומין לזה חייב דלגבי העדים הי"ל מיתה ותשלומין לאחד ואם נימא דלא מתחייבי העדים בשניהם א"כ הי"ל עדות שאי"ל ומצאתי אח"כ בהפלאה על מסכת כתובות (דף למ"ד ע"ב) בתוד"ה רב אשי שכתב ליישב זה דבממון לא בעינן עדות שאי"ל ע"ש ובאמת הרבה מהראשונים ס"ל דגם בממון בעינן שאי"ל וכתבתי ליישב דזה הוה כמו שני עניני עדות מה שחייבו

להנידון מיתה משום שהרג לשמעון וממון שנתחייב ללוי ובעינן שיקוים בהו כאשר זמם על כל עדות ועדות. וע"ז השיב מהא דסנהדרין דעידי הבעל נהרגין ואין משלמין ממון שרצו להפסיד להאשה משום דלא מחייבינן לעדים זוממין משום שתי רשעיות. ולאחר העיון א"ש דדוקא היכא דהעדים רצו לחייב בעדותן לאדם אחד מיתה לזה ותשלומין לזה מיחשב כשני עניני עדות וצריכין לקיים בהניזומין כאשר זמם משא"כ כשהעידו עידי הבעל על האשה שזינתה דחייבה מיתה וממילא הפסידה שלא תוכל למכור הכתובה שלה בטוה"נ זה מיחשב רק עדות אחת ושפיר אמרינן דלא נוכל לחייב לעידי הבעל משום שתי רשעיות ומובן שפיר סברתי הנ"ל שכתבתי:

ונראה דע"כ צ"ל כן דהא שם בסנהדרין דקאמר רב יוסף הביא האב עדים והזימו לעידי הבעל עידי הבעל נהרגין ואין משלמין ממון הביא הבעל עדים והזימו לעידי האב עידי האב נהרגין ומשלמין ממון לבעל המאה סלע שרצו לחייבו והלא עידי הבעל האחרונים אם יהי' ניזומין יצטרכו לשלם לעידי האב המאה סלע שרצו לחייבם וגם מיתה א"כ הוי שתי רשעיות ואם נחייבם רק מיתה ולא תשלומי המאה סלע א"כ הוי תו עדות שאאי"ל ואמאי צריכין עידי האב הניזומין לשלם המאה סלע להבעל וגם חייבין מיתה משום עידי הבעל הראשונים אלא ע"כ צ"ל כסברתי הנ"ל דזה מיחשב כשני עניני עדות ודין הראשון שעידי הבעל הראשונים נהרגין ואין משלחין ממון הוא משום דזה נחשב הכל כעדות אחת וכמש"ל. ואם נימא, דאולי כשניזומו עידי הבעל האחרונים לא יצטרכו באמת לשלם המאה סלע לעידי האב משום דחייבין מיתה ולא נוכל לחייבם משום שתי רשעיות והא דעידי האב נהרגין ומשלמין ממון והלא עידי הבעל המזימין הוה עדות שאאי"ל על הממון נימא דהוא משום דעכ"פ מתקיים בעדותן כאשר זמם על החיוב מיתה ונימא דבכל דוכתי דמעידין העדים לחייב הנידון מיתה לזה ותשלומין לזה יהי' הדין דאם ניזומו העדים לא יתחייבו רק במיתה ולא בתשלומין ומיקרי דמקיים בהו כאשר זמם הואיל דמתחייבין מיתה וכמ"ש התוס' כתובות (דף למ"ד) ד"ה רב אשי ועוד ראשונים ז"ל א"כ ל"ק קושית היה"ת והשעה"מ הנ"ל בפשיטות וכמ"ש בפנים בסוגיא באק"א וז"פ:

[לא] דף ע' ע"ב אוע"ה הבאתי קושית היה"ת בהא דא"ר אתנן אסרה תורה אפילו בא על אמו לשיטת הרמב"ם דהבועל אשה לשם זנות לוקה משום לאו דלא יהא קדש ובמופקרת גם הראב"ד ז"ל מודה ל"ל לרבא לינקוט בבא על אמו הא תמיד איכא חיוב מלקוח באתנן ואפ"ה הוי אתנן וכתב אלי האברך החריף מו"ה בנימין נ"י מק"ק קאליש בהרב המנוח מו"ה דוד ז"ל מפ"ק על גוף הקושי' הנ"ל דהא כתב הרמב"ם (בפ"ד מהל' איסורי מזבח

ה"מ) איזהו אתנן האומר לזונה הא ליך דבר זה בשכרך אחד זונה כותית או שפחה או ישראלית שהיא ערוה עליו או מחייבי לאוין אבל הפנוי' אפילו הי' כהן אתננה מותר ובכ"מ הביא גמ' תמורה (דף כ"ט) וז"ל שם לאפוקי מר"א דאמר פנוי הבא על הפנוי' שלא לשם אישות עשאה זונה כלומר והרי היא אסורה לכהן עכ"ל הכ"מ והרי מבואר דבפנוי' לא הוי אתנן כלל ויפה כ' בזה: ובני האברך מו"ה ישכר נ"י אמר בזה דלא נשווי' להיה"ת והמפ"י כטועה בזה דאכתי יקשה שפיר קושית היה"ת הנ"ל לא מיבעי' לשיטת רש"י ז"ל שם במסכת תמורה (דף למ"ד ע"א) בד"ה לישנא אחרינא בסוה"ד וז"ל ולרבא דאמר כל זונה הוי אתנן כו' דלא הוי זונה בחדא בעילה בסתמא ודלא כר"א אבל היכא דזונה מעיקרא היא לרבא נמי בסתמא אתנן היא ואפילו פנוי' עכ"ל ועיין בתוד"ה גירסא ראשונה באה"ד שם יעוש"ה א"כ בודאי יקשה קושי' היה"ת הנ"ל דהא במופקרת סובר רש"י דהוי אתנן ואפילו בפנוי' אליבא דרבא ובמופקרת גם הראב"ד מודה דלוקה אם כן שפיר קשה דלימא רבא סתם דאתנן אסרה תורה דבכל מקום דהוי אתנן איכא חיוב מלקות ומופקרת דהוי אתנן ג"כ הוי מלקות אלא אפילו לשיטת הרמב"ם הנ"ל וכפמ"ש הלח"מ שם דהרמב"ם סובר דאף לרבא לא הוי אתנן רק בחייבי לאוין עיי"ש מ"מ ג"כ יקשה שפיר קושי' היה"ת דהא להרמב"ם לא חל כלל השם אתנן אלא היכא דאיכא חייבי לאוין שכ"כ שהיא ערוה או חייבי לאוין וא"כ בכ"מ שהיא אתנן הוי חייבי לאוין ולקי ואפ"ה אמרה תורה דהוה אתנן ולמה הוצרך רבא לומר דוקא אתנן אסרה תורה אפילו בא על אמו הלא כל היכא דהוי שם אתנן עלה איכא חייבי לאוין עכ"ד בנ"י שיחי' ושפיר אמר:

[לב] דף ע"א ע"א אוע"ט אק"א במ"ש בד"ה ולולא דמסתפינא דהא דרבינא סובר דבאם אין השליח בר חיובא אמרינן ישלד"ע יליף לה מהא דגלי לן בטביחה דישלד"ע ואי לאו דגלי לן קרא בטביחה דישלד"ע לא הוה ידעינן זה מסברא והיינו אומרין דגם בכה"ג דאין השליח בר חיובא ג"כ אמרינן אשלד"ע והא דבחצר דגניבה דאמרינן בי' ישלד"ע היינו אומרין הטעם משום דבע"כ מותיב בה וכדרב סמא ע"כ:

וע"ז השיבני הרב החריף מו"ה חנוך אברהם ברילל מק"ק פיעטרקוב מדברי השמ"ק בב"מ (דף יו"ד ע"ב) בד"ה א"נ באה"ד על הא דכתב רש"י ז"ל שם בד"ה ת"ל ונתן מ"מ וז"ל אלמא משום ידה אתרבאי דאי משום שליחות הא כבר כתיבא הכא כדתניא ושלחה מלמד שהאשה עושה שליח עכ"ל וכתב השמ"ק עלה וז"ל וא"ת הרי גבי גניבה רבי רחמנא חצר משום שליחות אע"ג דידעינן שליחות מעלמא לאו קושיא היא דהא דאמרינן אבל היכא דשליח לאו בר חיובא הוא א"נ דע"כ עביד מיחייב שולחו אפילו בדבר עברה

מריבויא דרבי רחמנא חצר הוא דנפקא לן אבל שלא לד"ע לא איצטריכא לריבוי דלא גרע משאר שליחות כו' עכ"ל השמ"ק הרי דילפינן האי סברא דהיכא דאין השליח בר חיובא אמרינן בי' ישלד"ע ילפינן, רק מהא דגלי רחמנא בחצר דגניבה דישלד"ע ואם נימא דרבינא יליף לה להאי סברא דהיכא דאין השליח בר חיובא אמרינן ישלד"ע מקרא דטביחה א"כ ל"ל תו קרא דחצר בגניבה דאמרינן בי' ישלד"ע הא החצר לאו בר חיובא הוא עכ"ד:

והנה קושי' מע"כ נ"י יוכל להקשות בפשיטות על דברי שכתבתי אליבא דרבינא דיליף להאי סברא מקרא דטביחה ומחצר דגניבה לא נוכל למילוף לה משום דהיינו אומרים דוקא גבי חצר אמרינן ישלד"ש משום דבע"כ מותיב בה וכדרב סמא אם כן יקשה ל"ל קרא דחצר בגניבה דאמרינן בי' ישלד"ע הלא נדע זאת מקרא דטביחה דאמרינן בי' ישלד"ע הואיל דהשליח לאו בר חיובא הוא והה"נ גבי חצר:

אולם ביאור הדבר בזה דהנה הא דאמרינן גבי חצר דגניבה דישלד"ע אי לא הוה גלי לן רחמנא זה לא היינו יודעין מקרא דטביחה והטעם בזה דניהא דידעינן שליחות באדם העושה שליח לאדם אחר ומטעם דשליחו של אדם כמותו אבל מנ"ל לומר דחצר דלאו בר דעת הוא דיהי' שייך לומר דנעשה החצר שליח ואי לאו דגלי לן קרא בחצר דגניבה לא היינו יודעין כלל דיהי' שייך בחצר שם שליחות עלה אפילו היכא דלא לדבר עבירה. ויתפרש כוונת הש"ס בב"מ שם מי איכא מ"ד חצר משום שליחות איתרבאי והתניא בידו אין לי אלא ידו גגו חצירו וקרפיפו מנין ת"ל המצא ממצא מ"מ ואס"ד מצר משום שליחות איתרבאי א"כ מצינו שלד"ע וקיי"ל אשלד"ע וה"פ דע"כ חצר משום ידה איתרבאי ולא מטעם שליחות דמנ"ל לומר דיהי' שייך לומר על חצר דנעשה שליח כלל ואי דנימא דגלי קרא דיהי' שייך בחצר שם שליחות הלא הוא לדבר עבירה וא"כ ע"כ לאו מדין שליחות אתינן עלה וקאמר רבינא עלה דלעולם דקרא אתא לגלויי לן דשייך בחצר שם שליחות ואי משום דאם, נימא דהוא מטעם שליחות א"כ מצינו שלד"ע וקיי"ל אשלד"ע היכא אמרינן דאשלד"ע היכא דשליח בר חיובא הוא אבל בחצר דלאו בר חיובא הוא מיחייב שולחו והיינו דזה דהיכא דאין השליח בר חיובא הוא אמרינן ישלד"ע ידעינן מדגלי רחמנא גבי טביחה דישלד"ע וא"כ שפיר מצינן לומר דגם בחצר שייך שליחות מטעם דגלי קרא גבי חצר בגניבה דשייך שם שליחות ולא יקשה א"כ מצינו שלד"ע דהא החצר לאו בר חיובא הוא. ורב סמא מתרץ היכא אמרינן אשלד"ע היכא דאי בעי עביד ואי בעי לא עביד אבל חצר דבע"כ מותיב בה מיחייב שולחו והיינו דלעולם דחצר בגניבה הוא מטעם שליחות, וגלי לן קרא בחצר דגניבה דגם בחצר שייך שם שליחות עלה ואי

דא"כ מצינו שלד"ע וקיי"ל דאשלד"ע שאני חצר דבע"כ מותיב בה ומש"ה אמרינן בי' ישלד"ע. וע"ז פריך הש"ס לקמן ומי איכא למ"ד חצר לאו משום ידה איתרבאי והתניא ידה אין לי אלא ידה גגה חצירה וקרפיפה מנין ת"ל ונתן מ"מ ופירש"י אלמא משום ידה איתרבאי דאי משום שליחות הא כבר כתיבא הכא כדתניא ושלחה מלמד שהאשה עושה שליח וה"פ דחזינן דגבי גט אמרינן שליחות מדכתיב ושלחה ודנימא דאתא קרא לגלות דגם בחצר שייך לומר, שם שליחות עלה זה כבר ידעינן מחצר דגניבה וא"כ ע"כ דאתא קרא לגלות גבי גט דחצר משום ידה איתרבאי וע"ז מתרץ הש"ס לענין גט כ"ע ל"פ דחצר משום ידה איתרבאי כו'. ומיושב שפיר קושית השמ"ק הנ"ל. וראיתי בשמ"ק שם שמתרץ באמת כן לקושייתו הנ"ל וז"ל ועוד כיון דרבי רחמנא גבי גנבה מצר משום שלימות ורבי הכא שלימות סתם מושלחה אף שליחות חצר בכלל דהא אקרי שליח ולמאי רבי קרא ונתן בידה ש"מ משום ידה איתרבאי עכ"ל השמ"ק ודברי מכוונים היטב בלשון השמ"ק הנ"ל כנראה למעיין היטב בלשון השמ"ק ז"ל:

ולפ"ז שפיר עולה תירוצי הנ"ל דרבינא יליף מקרא דטביחה דהיכא דאין השליח בר חיובא אמרינן בי' ישלד"ע ומקרא דחצר בגניבה לא נוכל למילף זה משום דשאני חצר דבע"כ מותיב בה וכסברת רב סמא וקרא דחצר בגניבה צרכינן לאשמועינן דשייך שם שליחות בחצר ולולי דגלי לן קרא לא הוינן יודעין דיהי' שייך שם שליחות במצר ודו"ק.

אולם התי' הראשון שתי' השמ"ק על קושייתו הנ"ל מוכת דלא ס"ל האי סברא של התי' השני דנימא דקרא דחצר בגניבה אתא לאשמועינן דשייך שם שליחות בחצר א"כ לא שייך תירוצי הנ"ל על קושי' הנוב"י שהבאתי בפנים ונוכל לומר דהתי' הראשון בשמ"ק סובר כסברת התוס' בב"מ שם בר"ה דאמר לישראל דס"ל באמר כהן לכהן קדש לי גרושה דאמרינן דמיקרי הכהן השליח בר חיובא הואיל דאם יקדשה לעצמו יחייב ומיקרי בר חיובא ואמרינן בי' אשלד"ע וא"כ יתורץ קושי' הנוב"י כתירוצו של הנוב"י דגם בטביחה מיקרי השליח בר חיובא כיון דשייך בי' חיובא אם הי' הוא הגנב וכמו שהבאתי בפנים הספר דברי הנוב"י והשעה"מ בזה אבל לשיטת הריטב"א דגם בכהן דאמר לכהן לקדש לו גרושה ג"כ מיקרי הכהן השליח לאו בר חיובא אם כן גם בטביחה מיקרי השליח לאו בר חיובא וקשה קושית הנוב"י הנ"ל וכמו שהבאתי דברי השעה"מ וע"ז סובב שפיר תירוצי הנ"ל דנוכל לומר דהריטב"א סובר כתירוץ השני שבשמ"ק הנ"ל ועולה שפיר תירוצי על קושית הנוב"י הנ"ל ודו"ק היטב בזה:

ומובן שפיר ג"כ מה שכתבתי ליישב בזה קושית התוס' (בדף ע"ט) סוד"ה נתנו והיינו דדוקא בתר דילפינן מקרא דטביחה דהיכא דאין השליח בר חיובא אמרינן בי' ישלד"ע

אמרינן ג"כ דהיכא דהשליח שוגג אמרינן ישלד"ע. והחריף הנ"ל השיב ע"ז דהא התוס' שם (בדף ע"ט) ד"ה נתנו ובב"מ (דף יו"ד ע"ב) סוד"ה אי בעי עביד כתבו בהדיא דהיכא שהי' השליח שוגג אמרינן ישלד"ע דהוי כחצר דבע"כ מותיב א"כ עדיין קשה לוקמה כשהי' השליח שוגג דהא גם בלא קרא דטביחה ג"כ ידעינן דהיכא שהי' השליח שוגג אמרינן ישלד"ע דכבר ילפינן מחצר דשוגג הוי כחצר דבע"כ מותיב בה עכ"ד:

אולם באמת אין זה דחי' כלל לדברי דאף אם היינו אומרים דבחצר דגניבה ידעינן בי' דישלד"ע ומטעם דבע"כ מותיב בה מ"מ לא ילפינן מינה אדם דלאו בר חיובא דיהי' הדין בי' דישלד"ע דהו"א דוקא חצר מועיל בה האי טעמא דבע"כ מותיב בה לחייבו להבעלים מטעם שליחות ואמרינן בזה ישלד"ע אבל אדם לא שייך גבי' שליחות כלל היכא דהוא לד"ע אפילו אם השליח לא הוי בר חיובא וגם דהיינו אומרים עוד יותר דחצר דגניבה יהי' מטעם יד ולא מטעם שליחות כלל ומטעם דאשלד"ע לא נוכל לבא עלה כלל מדין שליחות וכקושית הש"ס בב"מ מי איכא למ"ד חצר משום שליחות איתרבאי וכמו שפירשתי לעיל ורק הואיל דגלי לן קרא בטביחה דהיכא דהשליח לאו בר חיובא אמרינן ישלד"ע אם כן תו נוכל לומר בחצר ג"כ מדין שליחות אתינן עלה ואמרינן תו דהיכא דהשליח שוגג ג"כ אמרינן בי' ישלד"ע ושפיר צריך הש"ס לומר דהא דבטביחה אמרינן ישלד"ע הוא משים דגלי קרא וממילא תו הוה הדין דהיכא דאין השליח בר חיובא אמרינן ישלד"ע ולא הוצרך תו הש"ס לומר דהא דחייב המשלח דו"ה דמיירי דהשליח שוגג דסבור שהוא שלו דהא גם אם ידע השליח שהוא גנוב ג"כ חייב המשלח דו"ה דבזה אמרינן ישלד"ע הואיל דמיחשב דאין השליח בר חיובא ושפיר עולה תירוצי הנ"ל אליבא דרבינא דסובר דתליא בין אם השליח הוא בר חיובא. ובגוף הדבר כבר האריכו המפרשים ובראשם הנוב"י וגם אנכי הארכתי הרבה במס' ב"מ בסוגיא דאשלד"ע:

[לג] דף ע"א ע"א אופ"א כתבתי להוכיח דשיטת התוד"ה בשלמא דלא כהרא"ה והר"ן דה"ל דאף דאא"א דשא"ש זה דוקא לענין הנאה אבל באכילה אסור דלשיטת הרא"ה והר"ן לא יקשה קושית התוס' בזה, והעיר ע"ז הרב הגדול כו' מו"ה דוד שלמה נ"י אבד"ק אשענטשין דהא כתבו התבו"ש והפרמ"ג (בסי' ד') במשבצ"ז (סק"ד) דהא דסוברים הרא"ה והר"ן דאסור באכילה הוא רק מדרבנן וכמו דאמרינן דלמ"ד מעשה שבת דרבנן מיחשב שחיטה ראוי' וה"נ כן עכ"ד. הנה אין זה השגה כלל דהא הראשונים ז"ל הבינו בדברי הרא"ה דסובר דאסור באכילה מה"ת דהרי הרשב"א במשמרת הבית הקשה על הרא"ה בבדה"ב דכתב כן מהא דפריך הש"ס מהא דהשוחט חטאת בשבת בחוץ לעכו"ם

כו' והתבו"ש שכתב דהוא רק אסור מדרבנן כתב ליישב בזה הקושי' על הרא"ה כנראה למעיין בהסוגיא וז"פ א"צ לפנים:

[לד] שם ע"א אופ"א בד"ה והנה. הבאתי דברי הרשב"א שכתב וז"ל בשלמא עכו"ם ושוה"נ הך סוגיא אתיא כמ"ד בהשוחט אדם אוסר דשא"ש וכו' וא"ת והא אמרינן התם דאפילו למ"ד אדם אוסר הנ"מ א"י אבל בישראל לצעורי קמכוין ונ"ל דהיכא דגנבו לא שייך למימר הכי דהא סבר שלא ידעו הבעלים ולא שייך לצעורי במאי דסבור שלא ידעו הבעלים ומחביא ושוחט עכ"ל. ולא זכיתי להבין ד"ק שהרי מיירי בטובח ע"י אחר וא"כ השליח יכול לכוין לצעורי להגנב המשלחו שלא יוכל ליהנות ממנו כיון ששחט לעכו"ם כמבואר בפנים וכתב אלי נ"ג הרב החריף ובקי מו"ה זעליג ישכר נ"י וכעת אבד"ק סקולסק ליישב והוא דכד נדייק היטב נראה דהרשב"א בחידושיו לא הקשה קושייתו הנ"ל אליבא דרבנן דפטרו מדו"ה משום דהוי שחיטה שא"ר כמו שהקשו התוס' לקושי' זו בעצמותה אליבא דרבנן בסוגיין בד"ה בשלמא והרשב"א הקשה קושי' הנ"ל אליבא דר"מ בהא דפריך הש"ס לר"מ דמחייב בדו"ה שוחט לעכו"ם הא מכי שחט בה פורתא אסרה ולאו דמרי' קא טבח וכו' וע"ז סובב קושי' הרשב"א ז"ל דאמאי נאסר אליבא דר"מ נימא דלצעורי קמכוין להבעלים ולא הי' רוצה הרשב"א ז"ל להקשות דנימא דלצעורי לגנב קא מכוין דזה אינו דהא בלא"ה קשה אם נימא דהגנב צוהו לשחוט סתם והשליח שחטו לעכו"ם אמאי מחייב ר"מ דו"ה להגנב הא השליח שינה מדעת משלחו הגנב ולימא הגנב לתקוני שדרתיך כו' ונתבטל השליחות אלא ודאי מיירי דהגנב נתן לשליח רשות לשחוט כרצונו אפילו לעכו"ם ולא הוי תו שינוי בשליחות וא"כ שוב לא שייך להקשות הכא אליבא דר"מ כקושי' התוס' הנ"ל אליבא דרבנן דנימא לצעורי להגנב קא מכוין דבלא"ה ע"כ מיירי שנתן הגנב רשות לשליח לשחוט כרצונו כדי שלא יהי' שינוי בשליחות ולכך הקשה הרשב"א לקושייתו הנ"ל רק דנימא דהשליח ששחט לעכו"ם כוון לצעורי לבעלים וע"ז תי' הרשב"א ז"ל דלא שייך לצעורי לבעלים מכווין השליח כיון דמעלימין כל המעשה מן הבעלים ולא יתוודע כלל להבעלים ששחט השליח לעכו"ם אבל התוס' שהקשו לקושייתם אליבא דרבנן דפטרו משום שחיטה שא"ר דנימא לצעורי קא מכוין לא הי' מקום הכרח לומר דאיירי דוקא שהגנב צוהו לשליח לשחוט כרצונו משום דאל"כ נתבטל מינוי השליחות הואיל דהשליח אסרו בשחיטה זו ואמאי יתחייב הגנב בדו"ה משום דהא לרבנן באמת פטור המשלח מדו"ה לכן סברי בקושייתם דצוהו לשחוט סתם וע"ז תירצו התוס' שנתן לו רשות לשחוט כרצונו דאין שייך לומר לצעירי בעלים קא מכוין שהשליח סבור שהוא של גנב וכוונתם לתרץ בזה גם קושי' הרשב"א

הנ"ל דנימא לצעורי להבעלים קא מכוין. ומה שלא הקשה הרשב"א לקושייתו לעיל וגם כקושי' התוס' אליבא דרבנן משום דיוכל המתרץ לומר כשיטת הרא"ה והר"ן ז"ל דעכ"פ באכילה אסור והוי תו שחיטה שא"ר ומש"ה פטרו רבנן ואף דהרשב"א לא ס"ל כשיטת הרא"ה והר"ן ז"ל (ועיין ש"כ יו"ד סי' ד') מ"מ נוכל לומר דיהי' מזה ראי' לשיטת הרא"ה והר"ן ומש"ה הקשה הרשב"א ז"ל לקושייתו רק אליבא דר"מ לקמן דפריך הש"ס כיון דשחט בה פורתא אסרה ותו לאו דמרי' קטבח והיינו דאסור בהנאה והקשה ע"ז דנימא דלא נאסר כלל בהנאה דרק לצעורי קא מכוין ומתרץ הואיל דמעלים הדבר ולא יתוודע להבעלים מזה לא שייך לצעורי קמכוין. עכת"ד בזה: והנה אם כי באמת יישר כחך בזה שיגעת לפרש דברי הרשב"א ז"ל אשר אינם מובנים בפשטות כאשר הקשיתי בזה. אולם לאחר העיון בפשטות לא הועלת כלום כאשר יבואר בזה. א] המעיין בשמ"ק הביא דברי הרשב"א ז"ל הנ"ל אליבא דרבנן וכמו שהקשו התוס' אליבא דרבנן ורק התוס' הקשו דנימא דלצעורי לגנב והרשב"א ז"ל הקשה דנימא דלצעורי לבעלים קעביד והתוס' בתירוצם רימזו לתרץ גם זה שהקשה הרשב"א דנימא דלצעורי לבעלים עביד. ואפילו לפי הכתוב בחידושי הרשב"א דהקושי' הוא אליבא דר"מ ג"כ לא תירצת כלום כאשר יבואר. ב] לפי דבריך דהתוס' שהקשו קושייתם אליבא דרבנן שפיר הקשו ולא שייך לומר הסברא דהוי שינוי בשליחות ונתבטל השליחות דהא באמת פטרי רבנן להגנב מתשלומי דו"ה בזה. ובאמת ז"א דטעמא דרבנן דפטרי מדו"ה קאמר הש"ס משום דהוי שחיטה שא"ר ולא אתינן עלה כלל מטעם שינוי בשליחות דיתבטל השליחות. ג] ועוד דהאיך אפשר לומר דהתוס' בקושייתם דסוברים דמיירי שצוהו הגנב בסתם לשחוט והשליח שחטו לעכו"ם וסוברים ג"כ הסברא דהוי זה שינוי בשליחות ולא הי' קשה להו אליבא דרבנן דהוי שינוי בשליחות כיון דבאמת פטרו רבנן להגנב מתשלומי דו"ה לו יהי כדבריך אבל יקשה הקושיא דאמאי מחייב ר"מ להגנב בתשלומי דו"ה נימא דהוי שינוי בשליחות ונתבטל השליחות לגמרי ואמאי לא הקשו התוס' קושיא זו אליבא דר"מ:

אולם מה שכתבת לתרץ דברי הרשב"א דהרשב"א ז"ל סובר ג"כ כתירוץ התוס' דלא יקשה דנימא דלצעורי לגנב קא מכוין משום דמיירי שהגנב הרשהו לשחוט בכל אופן שירצה אפילו לעכו"ם ומש"ה הקשה הרשב"א הקושי' שלו דנימא דלצעורי לבעלים קא מכוין בזה כבר קדמוך בני גיסך שיחי' וטעמו וסברתו בזה דהרשב"א כשהקשה קושייתו ותירץ תירוצו הביא אח"כ גם דברי התוס' הנ"ל וז"ל ובתוס' תירצו דכיון ששוחט ע"י שליח סבור הוא השליח דשלו הוא ושוחט לעכו"ם ממש כמו שא"ל זה עכ"ל הרשב"א ויהי' כוונת הרשב"א בקושייתו לפום מה שתירצו התוס' דמיירי שהגנב הרשהו כו' אכתי

יקשה דנימא דלצעורי לבעלים קא מכוין והתוס' רמזו לתרץ זה ג"כ וכתבו דאין שייך לומר לצעורי בעלים קא. מכוין שהשליח סבור שהוא של גנב והרשב"א תירץ לקושי' זו דאפילו ידע השליח שהגנב גנבו מן הבעלים מ"מ לא שייך לומר דלצעורי לבעלים קא מכוין כיון שרוצים להעלים מן הבעלים. ויש להסביר הדבר יותר דבודאי אין ברצון השליח שיוודע להבעלים משחיטתו שלא יוכלו הבעלים לגבות מן השליח מדין מזיק. ורק אתה אהובי נ"ג הרב שיחי' הוספת נופך בזה דע"כ צרכינן לומר כתירוץ התוס' שנתן רשות לשליח לשחוט כרצונו משום דאל"כ הי' שינוי בשליחות דיכול הגנב המשלח לומר לתקוני שדרתיך לשחוט בהכשר שיהי' מותר באכילה. ויפה כתבת בזה הסברא דשינוי בשליחות. אולם כבר כתבתי לעיל כי מדברי התוס' בקושייתם דהקשו כן נראה דלא נחתו לסברא זו דיהי' שינוי בשליחות. ובאמת כבר מבואר סברא זו דהוי שינוי בשליחות בנתה"מ (סי' ש"נ) וביה"ת בסוגיין והעירומי ג"כ בסוגיין שם [אוע"ח] וי"ל עוד בזה, ומ"מ אכתי י"ל בלשון הרשב"א ז"ל שאינו מוכח כסברתכם בזה: והנה י"ל עוד בלשון רשב"א שהביא תירוצם של התוס' הוא בשינוי לשון כי בתוס' כתבו הלשון שנתן רשות לשליח לשחוט כרצונו אפילו לעכו"ם דזה משמע שאינו מצוהו בפירוש לשחוט לעכו"ם ורק שיוכל לשחוט לעכו"ם ג"כ ואינו ממנהו לשליח לשחוט לעכו"ם וכן מבואר בפ"י כאן בפירוש דברי התוס' והרשב"א ז"ל שכתב בשם התוס' דכיון ששוחט ע"י שליח סבור הוא השליח ששלו הוא ושוחט לעכו"ם ממש כמו שא"ל זה עכ"ל דלשון זה מורה דצוהו בפירוש לשחוט לעכו"ם. ובני שיחי' אמר דזה יהי' תליא לכאורה בפלוגתא דהמלמ"ל (בפ"ג מהל' גניבה) דייק מלשון הרמב"ם ז"ל דאף דאמרינן בטביחה ישלד"ע דוקא שלא יתערב עמו איסור אחר כמו במעילה ואם אמר הגנב לשליח שישחוט בשבת פטור הגנב ורק אם אמר לו סתם שישחוט והשליח שחט בשבת אז חייב הגנב דו"ה והמלמ"ל הביא דברי הטוח"מ (סי' שנ"א) דאפילו צוהו לשחוט בשבת ג"כ חייב הגנב דו"ה יעו"ש ופלפלתי בזה בסוגיין [אוע"ח אק"ב] ומלשון התוס' בסוגיין נראה כדברי המלמ"ל שמדייק מדברי הרמב"ם וכן ראיתי אח"כ בשושנת העמקים (כלל כ"א) שביאר כן דברי התוס' יעו"ש וכ"כ בנתה"מ (סי' ש"נ סק"א). ומלשון התוס' המובא ברשב"א נראה כדברי הטור וקצרתי בזה:

והנה בהיותי בזה יש לדקדק לכאורה בדברי התוס' כאן שכתבו דהשליח סבור שהוא של גנב וכוונתם בזה כמש"ל לתרץ שלא יקשה דנימא דלצעורי לבעלים קא מכוין ואם השליח הוא שוגג אם אמרינן בזה אשלד"ע דאיפלגי בזה הראשונים דעת התוס' לקמן (דף ע"ט ע"א) בד"ה נתנו לבכורות בנו דהיכא דהשליח הוא שוגג אמרינן ישלד"ע והנ"י סובר

דגם בכה"ג אשלד"ע וכבר האריכו בזה המפרשים וכתבו התוס' לקמן (בדף ע"ט) שם בסה"ד וז"ל ולעיל (דף ע"א) גבי גנב וטבח בשבת דמוקי לה בטובח ע"י אחר ופריך וכי היכן מצינו זה חוטא וזה מתחייב המ"ל דסבור שהוא שלו אבל משני שפיר האמת עכ"ל ולפי דברי התוס' בכאן (דף ע"א) ע"כ מיירי שהשליח סבור שהוא של הגנב דאל"כ נוכל לומר דלצעורי לבעלים קא מכוין א"כ מאי פריך הש"ס כאן וכי זה חוטא וזה מתחייב ומשני דגלי קרא דבטביחה אמרינן ישלד"ע הלא מיירי הכא דהשליח הוא שוגג והיכא דהוא שוגג ס"ל להתוס' דישלד"ע: ולכאורה י"ל דבסוגיין צרכינן לבא מטעם דבטביחה ישלד"ע אף באופן הזה דהשליח יודע שפיר שהוא גנוב ורק שאין יודע ממי גנבו הגנב ולא שייך לומר דלצעורי לבעלים קא מכוין הואיל דאין מכיר השליח כלל להבעלים והוי א"ש. אלא דלשון התוס' שהשליח הי' סבור שהוא של הגנב וא"כ קשה לכאורה מה שהקשיתי בזה:

עוד הנני נבוך כעת בפי' דברי הרשב"א ז"ל הנ"ל שכתב הך סוגי' אתיא כמ"ד אדם אוסר דשא"ש כו' וכי אוקמה באומר בגמר זביחה הוא עובדה ת"ל דמתני' אתיא כמ"ד אא"א דשא"ש אלא לפי סברת המקשה מתרץ עכ"ל והכוונה בזה דהש"ס דפריך אליבא דר"מ דמחייב להגנב דו"ה כששחט השליח לעכו"ם דמכי שחט בה פורתא אסרה ואידך לאו דמרי' קטבח דנוכל לתרץ דאתיא כמ"ד אא"א דשא"ש ולא נאסרה הבהמה כלל ואיני מבין הפי' בזה דא"כ מ"ט דרבנן דפטרי להגנב מתשלומי דו"ה הלא לא נאסר כלל ואיני מבין כלל: ואולי י"ל הכוונה בזה כפי שיטת הר"ח וכפירש"י בלשון שני במס' חולין (דף מ"ם ע"ב) דאף למ"ד אא"א דשא"ש אף במעשה זה דוקא במעשה זוטא אבל במעשה רבה אדם אוסר דשא"ש ויתפרש דברי הרשב"א ז"ל דתחילה כתב דהך סוגיא אתיא כמ"ד אדם אוסר דשא"ש והיינו דאל"כ לא הי' יכול השליח לאוסרה להבהמה בשחיטתו לעכו"ם ואמאי פטרו רבנן להגנב מדו"ה וכתב עוד וכי אוקמי' באומר בגמר זביחה הוא עובדה המ"ל דמתני' אתיא כמ"ד אא"א דשא"ש ה"פ הואיל דצרכינן לומר דבגמר זביחה עובדה כי היכא דלא תקשה מכי שחט פורתא אסרה ואידך כי טבח לאו דמרי' קא טבח א"כ דבגמר זביחה עובדה כבר עבד מעשה רבה ויכול שפיר לאוסרה אליבא דכ"ע ולא צרכינן לומר תו דאתיא דוקא כמ"ד אדם אוסר דשא"ש:

[לה] דף ע"ב ע"א אוצ"א אק"ב בהא דקאמר הש"ס על הא דקתני במתני' (דף ע' ע"א) השוחט חולין בעזרה משלם תשלומי דו"ה וקאמר הש"ס איכא דמתני' לה כו' א"ל רב חביבי מחוזנאה לר"א לימא קסבר ר' יוחנן חולין שנשחטו בעזרה לאו דאורייתא דאס"ד דאורייתא מכי שחיט לה, פורתא אסרה אידך לאו דמרה קא טבח כו'. וכתבתי לדקדק

דלשיטת הר"ם בתוס' קידושין (דף נ"ז ע"ב) בד"ה מה שלי שכתב מה שלי בשלך אסור ואין להם תורת קדשים לעלות למזבח לפטור הבעלים אף שלך בשלי לא הי' להם תורת חולין ולא חזו להתרה דשייך בהו דהיינו אכילה עכ"ל וסובר הר"ם ז"ל דלר' יוחנן דיליף מהיקשא אינו אסור מה"ח אלא באכילה ולא בהנאה א"כ מאי פריך כאן לימא קסבר ר"י חשנב"ע לאו דאורייתא דאס"ד כו' והלא אפילו אם נימא דחשנב"ע דאורייתא ג"כ א"ש דהא איסור הנאה לאו דאורייתא לפי' הר"ם ז"ל ע"כ. וע"ז כתב אלי ידידי הרב המאה"ג מו"ה דוד שלמה נ"י אבדק"ק אשענטשין דהתוס' לשיטתייהו כתבו שפיר דהא לפמ"ש התוס' בסוגיין בד"ה דאס"ד דמש"ה פריך הגמ' לר"מ שוחט לעכו"ם אמאי מחייב כו' אע"ג דתקרובות עכו"ם אין אסור בהנאה אלא מדרבנן מ"מ כיון דאסור באכילה מה"ת מש"ה אם קידש בו אשה אינה מקודשת משום דחכמים הוסיפו הנאה הי"ל כחמץ דאורייתא ושעות דרבנן וכמ"ש בשעה"מ ע"ש משא"כ חשנב"ע דאיסור אכילתו והנאתו אינו אלא מדרבנן מש"ה אם קידש בה מקודשת וא"כ מש"ה בעכו"ם פריך הגמרא שפיר דאפילו אם אין אסור בהנאה אלא מדרבנן חשיב שפיר לאו דידי' כיון דאסרו חכמים בכל הנאות וכמ"ש בתוס' וא"כ התוס' לשיטתם כתבו שפיר הכי ותקשה דידי' אדידי' דהא ר' יוחנן סובר חשנב"ע אסור באכילה מדאורייתא א"כ אפילו אם אין אסור בהנאה אלא מדרבנן מ"מ אמאי מחייב ודומה לקושי' הגמ' דפריך על ר"מ כו' ושוב מצאתי כן להדי' בתוס' חולין (דף פ"ה ע"ב) בד"ה אין שכתבו להדי' כן דהא דפטר ר"ש חולין בעזרה מדו"ה לא מצי למידק דאסור בהנאה מדאורייתא אלא איסור אכילה כו' ע"ש א"כ כתבו התוס' להדי' דהיכא דאסור באכילה מה"ת אינו חייב דו"ה משום דדומה לעכו"ם והא דכתב השעה"מ ליישב דברי הרמב"ם ניחא שפיר משום דהרמב"ם אזיל לשיטתו דסובר דתקרובות ע"ז אסור בהנאה מדאורייתא וא"כ י"ל שפיר דכיון דחשבנ"ע אינו אסור בהנאה אלא מדרבנן אע"ג דאסור באכילה מה"ת מ"מ חייב בדו"ה והא דפריך הגמ' לר"מ בעכו"ם הוא דוקא בעכו"ם דאסור בהנאה מה"ת וזה ניחא לתרץ דברי הרמב"ם אבל בשיטת התוס' א"א לומר כן וא"כ ניחא שפיר דברי התוס' ולא קשה מידי עכ"ד הרב הנ"ל:

והנה תמצית דברי הרב הנ"ל נ"י הוא דכל שאסור, באכילה מה"ת החשנב"ע אע"ג דבהנאה אינו אסור אלא מדרבנן נ"כ מיקרי לאו דמרי' קטבח לשיטת התוס' הנ"ל ובאמת כן מפורש בשעה"מ (בפ"א מהל' חו"מ) הנ"ל ולכאורה יפה כתב בזה ליישב קושייתי הנ"ל. אולם מה שכתב דמבואר כן בהדי' בתוס' חולין (דף פ"ה ע"ב) בד"ה אין שכתבו להדי' כן. הנה המעיין בדברי התוס' חולין שם יראה שכתבו כן רק אליבא דר"ש דסובר

שחיטה שא"ר לא שמה שחיטה בזה כתבו שפיר דאם רק אסור באכילה מה"ת נ"כ מיחשב שחיטה שאינה ראוי' ופטור מדו"ה לר"ש דסובר שחיטה שא"ר לא שמה שחיטה אבל מנ"ל לומר מדברי התוס' הנ"ל אליבא דרבנן דסוברים שחיטה שא"ר שמה שחיטה, ורק דיפטור מדו"ה בחשבנ"ע אם נימא דבאכילה אסור מה"ת ולא בהנאה ורק מדרבנן אסור בהנאה דנימא בזה דלאו דמרי' קטבח ויפטור מדו"ה זה לא שמענו כלל מדברי התוס' וז"פ לע"ד:

אולם בגוף הדבר הזה אשר לפי דברי עולה דבחשנב"ע אף דנימא דבאכילה אסור מה"ת ובהנאה מדרבנן ג"כ לא מיפטר מחיוב דו"ה ומשום דלא שייך בזה לומר דמחתך בעפר הוא ומדברי השעה"מ הנ"ל עולה דכל שאסור באכילה מה"ת אף דבהנאה אינו אסור אלא מדרבנן נ"כ אמרי' בי' דמחתך בעפר הוא ומיפטר מחיוב דו"ה לע"ד אחר העיון היטב בפי' דברי התוס' נראה לכאורה כדברי שכתבתי בזה:

דהנה בתוד"ה דאס"ד דאורייתא כתבו משמע דאי הוה מדרבנן חשיב דמרי' שפיר ומתוך כך הי' נראה לדקדק דתקרובות ע"ז אסור בהנאה מדאורייתא מדקאמר לעיל ור"מ שוחט לעכו"ם אמאי מחייב כיון דשחיט פורתא אסרה אידך לאו דמרה קטבח ואי דרבנן הוה חשיב שפיר דמרה ומיהו יש לדחות דתקרובות עכו"ם אפילו לא אסרה בהנאה אלא מדרבנן חשיב לי' שפיר לאו דידי' כיון דאסרו חכמים בכל הנאות דאפילו קידש בו אין האשה מקודשת כו' אבל חולין בעזרה אי הוי דרבנן וקידש בו את, האשה מקודשת כו' והדר כתבו התוס' ומיהו איסור אכילה דהויא ודאי דאורייתא יש לדקדק משמעתין דלעיל דפטרי רבנן שוחט לעכו"ם משום שחיטה שא"ר ואי איסור אכילה לא הוי אלא מדרבנן לא הי' נחשב בכך ששא"ר כמו מעשה דשבת למ"ד דרבנן כו' עכ"ד התוס' ואם נימא דכוונת התוס' בשיטתם הוא דכל שאסור באכילה מה"ת אף דבהנאה אסור רק מדרבנן נ"כ מיחשב לאו דמרי' קטבח וזה הוא הטעם דפטור מדו"ה בשוחט לעכו"ם א"כ מה זה שכתבו התוס' ומיהו איסור אכילה דהויא ודאי דאורייתא יש לדקדק משמעתין דלעיל דפטרי רבנן שוחט לעכו"ם כו' והלא נם מהא דפריך הש"ס לעיל, ור"מ שוחט לעכו"ם אמאי מחייב כיון דשחיט בה פורתא אסרה אידך לאו דמרי' קטבח שמעינן דבאכילה אסור מה"ת דאם לא הי' אסור באכילה מה"ת לא הי' מיחשב דלאו דמרי' קטבח וכמו שמדייקי התוס' בעצמם בהתחלת דבריהם להוכיח איסור הנאה מה"ת בתקרובות עכו"ם וגם מה זה שכתבו התוס' עתה בסוף דבריהם להוכיח דבאכילה אסור מה"ת הלא מתחילת דבריהם אזלו התוס' בשיטה זו דבאכילה אסור מה"ת כפי פירוש השעה"מ הנ"ל:

ולעד"נ דהפי' בתוס' במ"ש בתחילת דבריהם שכתבו ומיהו יש לדחות דתקרובות עכו"ם אפילו לא אסרה בהנאה אלא מדרבנן כו' כוונתם גם אם הי' האיסור אכילה נ"כ רק מדרבנן נ"כ הי' חשיב לאו דמרי' משום חומרא דעכו"ם אמרו רבנן דמיקרי דלאו דמרי' כיון דאסור בהנאה נ"כ והיינו אפילו אם נימא דגם באכילה אינו אסור אלא מדרבנן נ"כ אמרי' בי' דלאו דמרי' קטבח מדכתבו התוס' אח"כ בסוף דבריהם ז"ל ומיהו איסור אכילה דהויא ודאי מדאורייתא יש לדקדק משמעתין דלעיל דפטרי רבנן שוחט לעכו"ם משום שחיטה שא"ר כו' משמע דמעיקרא כתבו לדבריהם גם אם היינו אומרים דנם באכילה אינו אסור אלא מדרבנן אם הוא אסור בהנאה אפי' מדרבנן נ"כ מיקרי לאו דמרי' קטבח דהואיל דחכמים אסרוהו מחמת חומרא דעכו"ם עשאוהו כעכו"ם ממש [ויש חילוק בין אם אמרינן אליבא דר"מ משום דלאו דמרי' קטבח גם באם אינו אסור באכילה ובהנאה אלא מדרבנן נ"כ מיקרי דלאו דמרי' משום חומרא דעכו"ם לבין אם דנין אליבא דרבנן מטעם שחיטה שא"ר דבזה י"ל דנם אף דאיכא משום חומרא דעכו"ם מיחשב עדיין שחיטה ראוי' אם אינו אסור אלא מדרבנן וי"ל בזה] וזה דוקא בשוחט לעכו"ם אבל לא בשאר איסורי אכילה והנאה שהם רק מדרבנן אסורין. והדר כתבו התוס' להוכיח דע"כ תקרובות עכו"ם אסור באכילה מה"ת ומוכחי לה מהא דפטרי רבנן שוחט לעכו"ם מטעם שחיטה שא"ר דאם לא הי' אסור באכילה מה"ת אלא מדרבנן הי' מיחשב שחיטה ראוי' דטעמייהו דרבנן לא הוי משום דלאו דמרי' קטבח דאליבא דר"מ דפטור משום דלאו דמרי' קטבח שפיר נוכל לומר דנם אם אסור באכילה ובהנאה רק מדרבנן נ"כ מיקרי לאו דמרי' קטבח משום חומרא דעכו"ם עשאוהו כעכו"ם ממש אבל אליבא דרבנן דהטעם דפטור מדו"ה משום שחיטה שא"ר ע"כ צ"ל דבאכילה אסור מה"ח וזה דאוכחי התוס' בסוף דבריהם דבאכילה אסור מה"ת מדפטרי רבנן מדו"ה אבל בהנאה שפיר י"ל דאינו אסור אלא מדרבנן ורק הואיל דמה"ת אסור באכילה ובהנאה עכ"פ מדרבנן שפיר פטרי רבנן דמיחשב שחיטה שא"ר כנלע"ד לפרש בכוונת התוס' ז"ל. ויהי' מובן היטב מה שבתחילת דבריהם נחתו לומר אליבא דר"מ דנם אם אינו אסור אלא מדרבנן נ"כ פטור מדו"ה אף אם נימא דגם באכילה אינו אסור מה"ת ומשום חומרא דעכו"ם דוקא ולבסוף הוכיחו דבאכילה אסור מה"ת ודו"ק בזה:

וא"כ לפ"ז זה דוקא בתקרובות עכו"ם דאיכא חומרא דעכו"ם אבל בשאר איסורים שפיר אמרינן דבעינן דוקא שיהי' אסור באכילה ובהנאה מדאורייתא אז פטור מדו"ה וז"פ לכאורה בכוונת התוס' לע"ד. ולפ"ז שפיר העירותי לשיטת הר"מ בתוס' קידושין הנ"ל בחשבנ"ע מאי פריך הש"ס לימא קסבר ר"י חשבנ"ע לאו דאורייתא דהא אפילו אם נימא

דחשבנ"ע אסור באכילה מדאורייתא מ"מ בהנאה אינו אסור מדאורייתא ומש"ה חייב בדו"ה. אע"ג דמדרבנן אסור בהנאה מ"מ לא שייך לומר בי' לאו דמרי' קטבח משום דדוקא בתקרובות עכו"ם משום חומרא דעכו"ם אמרינן דאפילו דהאיסור הנאה הוא רק מדרבנן אמרינן בי' לאו דמרי' קטבח אבל לא בשאר איסורין דאם אינן אסורין בהנאה רק מדרבנן לא אמרינן דלאו דמרי' קטבח כו' וכמו שפירשתי דברי התוס' בסוגיין ודו"ק בזה.

מיהא מודינא לדברי כת"ה דלפ"ד השעה"מ לא קשה קושייתי ע"ד הר"ם בתוס' הנ"ל:

[לו] דף ע"ב ע"א אוצ"א אק"ג הבאתי דברי הרמב"ם (פ"ח מתמידין ומוספין הי"ב) שחט ב' כבשים על ד' חלות אם אמר יקדשו שתים מתוך ד' מושך שתים מהן ומניפן והשאר פודין אותן בפנים ונאכלין בחוץ כשאר החולין כו' עכ"ל ועיין בכ"מ שם המקור ממס' מנחות (דף מ"ח) דמסיק הש"ס דלא הוי מעייל חולין בעזרה דחולין ממילא קא הויין ובפירש"י שם. ומבואר דאיסור חולין בעזרה הוא רק ההכנסה אבל לא מה שמונח שם וכמ"ש המלמ"ל (פ"ב מהל' שחיטה) ע"ש. וכ' הלח"מ דמפירש"י משמע דכל הד' אוכל בפנים משום דאינו מכיר איזהו החולין ואיזהו המוקדשין והרמב"ם סובר דשני החולין אוכלן בחוץ ע"ש בלח"מ. ודקדקתי במ"ש הרמב"ם דאוכל השתים מבחוץ ומשמע אבל בפנים אסור לאוכלן משום חולין בעזרה והא על השהי' בעזרה ליכא איסור כדמסיק הש"ס. וצ"ל דהרמב"ם אשמועינן דמותר לאוכלן בחוץ אבל גם בפנים מותר. ולכאורה רציתי לומר דסברת הרמב"ם הוא ניהו דעל השהי' ליכא איסורא כלל אבל האכילה אסור בעזרה לאכול דבר של חולין ואולי איסורו מדרבנן. אלא שכתבתי דנכון יותר דכוונת הרמב"ם דמותר בחוץ וגם בפנים וכנ"ל:

אחז"ר למדתי במס' תמורה (בדף י"א ע"א) לימא כתנאי השוחט החטאת ומצא בה בן ארבע חי קתני חדא אינה נאכלת אלא לזכרי כהונה ואינה נאכלת אלא לפנים מן הקלעים ואינה נאכלת אלא ליום אחד ותניא אידך נאכלת לכל אדם ונאכלים בכל מקום ואינה נאכלין בעזרה מאי לאו תנאי היא דמר סבר קדושה חלה על עוברין ומ"ס אין קדושה חלה על עוברין כו' ועיי"ש עוד (ע"ב) בתוד"ה היא שלמים מ"ש בזה. והרי מבואר בהדי' דלמ"ד אין קדושה חלה על העוברין והרי העובר חולין ולאו שם קדושה עלה כלל ומותרת באכילה לכל אדם ואע"ג דהוי חולין בעזרה כיון דלא הכניס החולין בפני עצמו לעזרה ורק שהי' עובר במעי הקדש ובכה"ג לכ"ע אמרינן להאי סברא דלא הוי עלה שם חולין בעזרה כיון דהי' מוכרת להקריב האם והולד ממילא הוי חולין בעזרה ועדיף זה מאילו פדאן בעזרה ואפ"ה קתני ואינה נאכלין בעזרה ורק צריך להוציא העובר חוץ לעזרה ולאוכלו שם וא"כ מוכרחין אנו לומר לשיטת הרמב"ם ז"ל (בפ"ח מהל' תמידין ומוספין

הי"ב) הנ"ל שכתב ונאכלין בחוץ כשאר חולין הוה הכוונה דווקא בחוץ ולא בפנים דאסור לאכול חולין בעזרה אף דההכנסה לעזרה לא הי' באיסור ואף אם נימא דאינו עושה איסור בזה בהשהי' בעזרה מ"מ אסור לאוכלן בעזרה והדרנא בי ממה שכתבתי בכוונת הרמב"ם דמותר לאוכלן בחוץ אבל גם בפנים מותר לאוכלן הואיל דעיקר האיסור הוא להכניס החולין לעזרה כדי שלא נשווי' פלוגתא רחוקה בין רש"י והרמב"ם. ולפי המבואר בברייתא זו במס' תמורה דאף אם אינו עושה איסור על ההכנסה לעזרה וגם אם נימא דאינו עובר תו גם על השהי' בעזרה אבל מ"מ איסור האכילה להחולין הזה בעזרה שפיר אסור ומשום דאיסור האכילה חולין בעזרה הוא איסור בפני עצמו. ואף דהרמב"ם פוסק (בפ"ד מהל' תמורה ה"ג) דנאכלת לפנים מן הקלעים הוא משום דסובר וולדות קדשים במעי אמן הן קדושין אבל אם היינו אומרין בהווייתן הן קדושין שפיר הי' הדין דאין העובר נאכל לפנים רק בחוץ ומטעם דאסור לאכול תולין בעזרה וליכא דפליג בזה:

ורש"י ז"ל דסובר בהאי דינא דשחט שני כבשים על ארבע חלות דכל הארבעה חלות אוכל בפנים כשפודה אותן מפני דשחיטה מקדשן ואין אתה מכיר מי החולין ומי הם המוקדשין עכ"ל היינו דניהא דאם הי' מכירן מי הן החולין הי' אסור לו לאוכלן בעזרה משום דאסור לאכול חולין בעזרה אפילו היכא דלא עשה איסור בהכניסן להעזרה ורק מטעם דאינן ניכרין מוכרח לאכול כולן בפנים ולית בזה איסור דאכילת חולין בעזרה. ולכאורה י"ל דאם נימא דאכילת חולין בעזרה הוה דאורייתא האיך יהי' מותר לאוכלן כל הארבעה חלות הלא בודאי אוכל ב' חלות שהן חולין בעזרה וצרכינן לומר דהואיל דעל כל חלה וחלה איכא הספק שהוא קודש וחובה עליו לאוכלן בפנים ובכה"ג תו לא הוי חולין בעזרה ודו"ק בזה: [לז] דף ע"ב ע"א אוצ"א אקה"ו נסתפקתי בשחט חולין בעזרה בשוגג אם נאסר או לא כו' כתב עלה ידידי הרה"ג מו"ה מאיר דן נ"י אבד"ק דוואהרט בזה"ל ולא אדע כוונתו הלא בסובר שהוא קדשים ובאמת הוא חולין פשיטא דאסור משום חשנ"ב כמבואר במס' גיטין (דף נ"ה) טעמי' דעולא שלא יהיו כהנים עצבים וברור הדבר דאפילו אם הכהנים בעצמם שוחטים ג"כ דינא הכי. ומשם לכאורה נסתר ג"כ מ"ש כת"ה (באות וי"ו) להסתפק בחשנ"ב דשא"ש אם נאסר והרי לעולא יאוש כדי ל"ק ואעפ"כ אסור משום חשנ"ב וידעתי כי כת"ה יאמר דעולא לשיטתו דס"ל בסוגי' דרבוצה דע"י מעשה אדם אוסר דשא"ש אבל לדעתי י"ל דאם נימא דאינו שלו לא נאסר רק במעשה היינו דוקא היכא דהוא מזיד ורוצה לאסור את של חבירו אבל לא היכא דסבר שהן קדשים וצ"ע בזה עכ"ל ידידי הרב שיחי':

והנה קורא אני עליו חכם עדיף מנביא ובמה דסיים בזה אפתח כי כן אני אומר דעולא לשיטתו דסובר דע"י מעשה אדם אוסר דשא"ש והסברא שכתב כבודו נ"י דהיכא דהוא שוגג לא יוכל לאסור את של חבירו אפילו ע"י מעשה לא שמיע לי כלומר לא סבירא לי ואמינא טעמי בזה דהא הפלוגתא בין אם אדם אוסר דשא"ש או אא"א דשא"ש הוא דמ"ד אא"א סובר דאין בכחו כלל לאסור דשא"ש וכמו דאין יכול להקדיש דשא"ש ה"נ לא יוכל לאסור דשא"ש במידי דלא נאסר ממילא רק ע"י מעשה האדם ומ"ד אדם אוסר דשא"ש ס"ל דיש בכת האדם לאסור דשא"ש ואין חילוק בין דבר שלו לדבר שא"ש וא"כ אם האדם יכול לאסור הדבר שלו גם אם הי' שוגג בדבר ה"נ יכול לאסור גם של חבירו אף אם הוא שוגג דמה לי דבר שלו לדשא"ש וכבר האריכו המפרשים בסוגי' זו. דאלת"ה צא ופרנס לי סוגי' הש"ס במס' חולין (דף מ"ם) איתיבי' ר"נ לר"ה השוחט חטאת בשבת בחוץ לעכו"ם חייב ג' חטאות וא"א כיון ששחט בה ס"א אסרה אשחוטי חוץ לא ליחייב כו' ומאי פריך הש"ס הא התם איירי בשוגג ואפ"ה יכול לאסור דשא"ש דאם נימא דהיכא דהוא שוגג אינו יכול לאסור דשא"ש לכ"ע מאי פריך ר"נ לר"ה וז"פ וא"צ לפנים: ומה שהקשה כבודו נ"י מהא דגיטין (דף נ"ה) דאפילו אם הכהנים בעצמם ג"כ שוחטים ג"כ דינא הכי. הנה דקדק בלשונו זה דהא הי' נוכל לומר דהבעלים בעצמם שחטו ומש"ה כתב דקאמר סתמא ואפילו הכהנים שוחטים. אולם לע"ד לא הועיל בזה כלום לחזק הדחי' שלו דהא כבר כתבו הרשב"א והריטב"א במס' קידושין (דף כ"ג) דאפילו אם נימא דכהני שלותי דרחמנא נינהו זה דוקא בעבודות דבעי כהונה אבל בשחיטה דכשרה בזר לכ"ע שלוחי דידן נינהו וא"כ אפילו שחט כהן ג"כ הוי שלוחו של הבעלים והרי הבעלים יודעים שהוא גנוב והוי כאילו הבעלים שחטוהו ואי דנימא אשלד"ע הלא השליח הוא שוגג ויש הרבה הראשונים הסוברים דהיכא דהשליח הוא שוגג אמרינן ישלד"ע ומש"ה הוי שפיר חולין בעזרה:

ועפ"ז ל"ק ג"כ הקושי' השני' שהקשה רו"מ על מ"ש [באוק"ו] בשוחט חב"ע דשא"ש אם נאסר והקשה מהא דגיטין הנ"ל ולפי האמור א"ש דברי דהא אף דהכהן שוחט הואיל דהוא בשליחות הבעלים והוי כאילו הבעלים בעצמם שחטוהו וכמש"ל:

וי"ל עוד יותר דאף אם נימא דגם בשוגג אמרינן אשלד"ע מ"מ בודאי דאף דאא"א דשא"ש אבל אם הוא ברשות הבעלים דהיינו שהי' אומר כל הרוצה ינסך יינו בודאי דיכול כל אחד לאסור היין הלז והרי במס' ע"ז (דף נ"ג ע"ב) דאר"י א"ר ישראל שזקף לבינה להשתחות לה ובא עכו"ם והשתחוה לה אסרה כו' שליחותא קעביד וכבר כתבתי במק"א דלא שליחות ממש קאמר דהא אשלד"ע וגם אין שליחות לעכו"ם ורק הכוונה

הוא דאין הבעלים מקפידין וניחא להו בזה שפיר יכול לאסור דשא"ש וכן מצאתי מבואר בספר תורי"ד על מס' ע"ז (דף נ"ג ע"ב) במהדורא תליתאה והגאון המנוח מו"ה יוסף ליב ז"ל ראבד"ק ברעסלא בספרו אומץ יוסף בסוף הספר בהפלפול שלו עם הגאון המנוח מהרש"ק ז"ל כוון לדברי התורי"ד הנ"ל. (ועין נוב"י מהדו"ת חיו"ד סי' קמ"ח.) וכבר כתבתי בענין אם יכול לאסור דבר של הפקר דהיינו שאינו רוצה לזכות באותו דבר אשר מבואר בריטב"א מס' ע"ז (דף נ"ט ע"א) מים של רבים כו' מ"ש בשם הרמב"ן ז"ל דנאסר היכא דעשה מעשה יעו"ש בריטב"א מ"ש ע"ד הראב"ד וכבר ראיתי שהאריך בזה הגאון בעהמח"ס אמרי בינה חיו"ד דיני שחיטה (סי"ב) ובדברי המק"ח (בסי' תמ"ח בביאורים סק"ט) בד"ה ארווח לן יעוש"ה:

אולם בחטאת הגזולה דאינו של הבעלים דיאוש כדי ל"ק א"כ לכאורה לא יועיל ניחא לי' של בעל הקרבן דהא לא קני לי'. ויש להוסיף עוד ולומר דאף אם הבעל הקרבן בעצמו שחטו להקרבן ג"כ יקשה דלפי סברתי הנ"ל היל"ל דלא הוי כלל חשנ"ב א כיון דל"ק לי' עדיין להבהמה הגזולה והי' יכול רו"מ להקשות כפשיטות הנ"ל על סברתי הנ"ל אפילו אם הבעלים בעצמם שחטו להקרבן הגזול ג"כ לא יהי' חשנ"ב:

אולם באמת גם זה ל"ק דהא התוס' שם במס' גיטין בד"ה מ"ט כתבו וז"ל ונראה לר"י דבכ"מ לעולא יאוש ל"ק והאי דהגוזל בתרא הוי יאוש ושינוי השם דמעיקרא משכא והשתא אברזא ואע"ג דגבי קרבן נמי הוי יאוש ושינוי השם כדאמרינן נמי התם מעיקרא חולין והשתא הקדש מ"מ כיון דאינו קנוי אלא מחמת שהקדיש ולא הי' קנוי לו קודם פסלי' רחמנא להקרבה משום מהב"ע כו' עכ"ל וא"כ מיחשב הבהמה הגזולה שהקדישה לאחר יאוש שלו דהיינו של בעל הקרבן. וי"ל עוד יותר דבתחילת השחיטה הי"ל מום והוי שינוי וקני' הבעלים בשינוי אף אם יאוש ל"ק וניהא דהבעלים בעצמם לא עשו השינוי לא גרע משינוי דממילא דקני ג"כ וניהא דלענין שיהי' הקרבן כשר מכח השינוי דשחיטה לא מצי התוס' לומר משום דאז תו הוי מום ואינו עולה לקרבן מ"מ לענין שיהיו הבעלים קונין שיהי' שלהם ויהי' מיקרי שלהן שפיר מועיל ויאסר אם ישחטו הבעלים להבהמה זאת בעזרה. וכן י"ל ג"כ הסברא דבאין כאחד דאז קונה הבעלים להבהמה ונאסרה משום תשנ"ב וכמ"ש ה"ה בשם הרשב"א לענין קידושין דחלין הקידושין והקנין שניהם כאחד והרבה י"ל בזה אולם בזה יש לפקפק לפמ"ש בפנים (על דף י"א) [אומ"א] דשינוי המקלקל לא קני א"כ לא נוכל לומר דיקנה בשינוי ושניהם באין כאחד דהא שינוי כזו לא קנה כלל וה"נ אם תקנה לו השינוי יתסר מטעם תשנ"ב ובאמת כל שחיטה היל"ל דל"ק הואיל דהוי קלקול דבחיי' שוה הבהמה יותר ורק הואיל דאיכא עכ"פ תיקון

ג"כ. וזה דוקא אם מותר באכילה ובהנאה ע"י השחיטה הוי תיקון אבל אם השחיטה לא תועיל להתירה באכילה לא תחשב תיקון כלל והוי קלקול ולא קני לה בשינוי כזו. ואף דמצינו בפסחים (דף ע"ג ע"א) תיקון להוציאו מידי אבמה"ח. מ"מ י"ל דשאני גבי שבת דתיקון קצת ג"כ מיחשב מלאכת מחשבת אבל לענין שינוי לקנות כיון דקלקולו יתר על תיקונו י"ל דמיחשב שינוי המקלקל וכעין זה כתבו התוס' חולין (דף ח' ע"א) ד"ה מותר והרבה י"ל בזה. אולם בסברת התוס' מתפרש כפשוטו דע"י השינוי השם של ההקדש הוי של הגזלן בעל הקרבן ואם הי' הגזלן שוחטה בעצמו בעזרה שפיר הי' נאסר משום חשב"נ דהא דידי' קא שחיט ורק עיקר קושי' של רו"מ ידידי נ"י הוא דקתני סתמא דמשמע אפילו אם הכהן שחטה אבל תו מועיל עכ"פ נתינת הרשות של בעל הקרבן שיהי' הכהן שחטה ולא מיקרי דאוסר דשא"ש ומיושב הכל. כן נראה לכאורה:

אולם באמת אכתי לא מיושב בזה הקושי' מרש"י דכתב הטעם שלא יהיו כהנים עצבים משום דאכלו חולין בעזרה דהא לפ"ד התוס' הנ"ל דכתבו דקני לי' בשינוי השם דהקדש רק דפסול מטעם מצהבב"ע א"כ ע"כ דהתוס' לא ס"ל כרש"י בזה דהטעם משום חולין בעזרה דכיון דההקדש חל לא הוי תו חולין בעזרה וע"כ טעם התוס' שלא יהיו כהנים עצבים משום שהקריבו ואכלו קרבן פסול וא"כ לשיטת התוס' אין קושי' כלל על דברי דלא מיירי כלל מחולין בעזרה ורק קשה על דברי מרש"י דהא רש"י ע"כ לא ס"ל דקני דאם הי' קנה וחל ההקדש לא הוי חולין בעזרה וע"כ דלרש"י לא קני והוי חולין א"כ קשה על דברי דהא אא"א דשא"ש וגם הגזלן גופי' לא מצי לאוסרו משום חולין בעזרה דאינו שלו שלא קני לי':

שבתי וראיתי כי בדרך פלפול יש סברא לומר בכוונת דברי רש"י ז"ל בהקדם מאי דפריך הש"ס במס' ב"ק (דף ס"ז ע"א) אמ"ד דיאוש אינו קונה מהא דתנן הגנב והגזלן והאנס הקדישן הקדש ותרומתן תרומה ומשני הש"ס אמרי התם איכא שינוי השם מעיקרא טיבלא והשתא תרומה הקדש מעיקרא חולין והשתא הקדש ופירש"י ז"ל הקדישן הקדש ואסור ליהנות ותרומתן אסור לזרים אלמא קני לי' לגזילה ביאוש עיי"ש ולכאורה יש לדקדק למה דקדק רש"י ז"ל לכתוב דהקושי' ממה שאסור לזרים ולמה לא פירש נמי הקושי' ממה שהחולין מתוקנים משמע לכאורה מרש"י דהחולין עדיין אינם מתוקנים ולכאורה י"ל בזה:

ואולי י"ל דכוונת רש"י ז"ל לתרץ קושי' התוס' שם ד"ה מעיקרא טיבלא וז"ל ואע"ג דשינוי החוזר לברייתו ע"י שאלה כו' מ"מ לא חשיב להו שינוי החוזר לברייתו כיון דלא שכיחי עכ"ל ועיין ברשב"א ז"ל שם שהקשה על תירוץ התוס' בזה ומתרץ תירוץ אחר

יעו"ש וי"ל דלרש"י ז"ל הי' קשה ג"כ קושי' זו של התוס' והרשב"א וע"כ סובר רש"י דבאמת כשהפריש התרומה עדיין לא נגמר השינוי השם עד שבא אח"כ ליד כהן דאז לא מהני תו השאלה ונגמר השינוי השם ומש"ה עיקר חלות השם תרומה נגמר כשבא ליד הכהן. וי"ל ג"כ דנגמר למפרע שם תרומה תשעת הפרשה אם בא אח"כ ליד כהן ומש"ה אחר ההפרשה קודם שבא ליד כהן י"ל דעדיין אין החולין מתוקנים אבל מועיל הפרשת התרומה לענין שיהי' אסור לזרים כיון דאם יבא ליד כהן יוגמר חלות התרומה ואף דבלא"ה הוי טבל מ"מ מועיל ההפרשה שאף אם יפריש עלה ממק"א ג"כ תהי' אסורה מטעם השם תרומה ומעתה י"ל דזה שדקדק רש"י לפרש קושי' הש"ס ממה שאסור לזרים משום דלפ"מ שתירץ הש"ס דהוי שינוי השם הוי ג"כ הפי' דהחולין אינן מתוקנים רק כשתבא התרומה ליד כהן ומקודם הוי תרומה רק לענין שאסור לזרים מש"ה התחיל רש"י לפרש גם בקושי' הש"ס העיקר רק ממה שאסור לזרים:

ולפ"ז יש לומר דגם בהקדש דקאמר הש"ס דהוי שינוי השם ג"כ קשה כקושי' התוס' והרשב"א דהא הוי שינוי החוזר לברייתו ע"י שאלה. אולם לפ"מ דמבואר בתוס' כריתות (דף י"ג ע"ב) בד"ה ארבע דאחר שחיטה וזריקה לא מהני תו שאלה ובמלמ"ל (פי"א ממעה"ק ה"ד) מסופק אחר שחיטה קודם זריקה אם מהני שאלה ע"ש וא"כ י"ל ג"כ דאחר השחיטה והזריקה דאז נגמר למפרע השינוי השם ונגמר הקנין למפרע והיינו דבאמת הוי שינוי השם מקודם רק דהי' אפשר בשאלה והי' שינוי החוזר לברייתו אבל אחר השחיטה והזריקה שכבר תו ליתא בשאלה תו נגמר הקנין למפרע ולפ"ז י"ל דבאמת רש"י ס"ל כהתוס' בגיטין בזה דעולא ס"ל דקונה ביאוש ושינוי השם דהקדש ורק הואיל דלא נגמר השינוי השם רק אחר השחיטה וזריקה אמרינן דהקרבן כשר כיון דנגמר הקנין דשינוי השם למפרע ורק דמיחזי כחולין בעזרה ויהיו הכהנים עצבים כיון דתחילת השחיטה עוד לא הי' נגמר הקנין מיחזי כחולין בעזרה אבל באמת הוי שלו למפרע ואכתי אפשר לומר דבחולין בעזרה אמרינן ג"כ אא"א דשא"ש. מיהא זה כתבתי רק לפלפולא אבל בפשטות נוכל ליישב דברי כמו שכתבתי בראשונה דעולא לשיטתו דאדם אוסר דשא"ש. ואף שכתבתי בפנים להוסיף ולומר דגם למ"ד דאדם אוסר דשא"ש ג"כ לא מצי לאסור בחולין בעזרה דשא"ש משום דכתיב מבקרך וצאנך וא"כ קשה ע"ז מהך דגיטין י"ל דהא כתבתי בפנים דזה דוקא לאביי דיליף דחשנב"ע אסור מקרא דכי ירחק וגו' אבל לר' יוחנן דיליף במה מצינו מה שלי בשלך אסור אף שלך בשלי אסור א"כ לא ילפינן מקרא דכי ירחק וליכא גילוי מקרי דמבקרך ומצאנך דבעינן דוקא שלו

ומש"ה י"ל דעולא ס"ל כר' יוחנן דיליף במה מצינו ושפיר מצי לאסור בחשנב"ע דבר שאינו שלו דס"ל אדם אוסר דשא"ש ודו"ק:

והאמת אגיד כי מעלת ידידי הרב נ"י העירני בדבר שלא עלה ברעיוני בעת לימודי ורק אודה לד' כי לא נפלו דברי בזה ומיד שעיינתי בדבריו זכיתי בעזה"י לתרץ דברי:

אולם בר מן דין בעיקר קושיותיו הללו אי בעינא הייתי מתרץ הלא כתבתי דזה תליא בפלוגתא דבני הישיבה ור"ח במנחות (דף, מ"ח) וגם תליא בפלוגתא דר"י ואביי במס' קידושין (דף נ"ז) מאיזהו לימוד ילפינן דחשנב"ע אסור וא"כ הי' באפשר לתרץ דברי דסוגי' דמס' גיטין (דף נ"ה) אזלא כשיטת ר' יוחנן והבני ישיבה דלדידהו השוחט בהמת חבירו חולין בעזרה הואיל דהמעשה השחיטה הוה האיסור וכמו שבארתי בארוכה אולם לפמ"ש לעיל עולין שפיר דברי במרווח ב"ה:

עוד העיר ידידי הרב שיחי' על מ"ש [באק"ו] לחזק סברא זו עפ"ד הר"ש (בפ"ז דמסכת כלאים) הואיל דכתיב כרמך אינו יכול לאסור כרמו של חבירו הה"נ למ"ד דילפינן חשנ"ב מקרא דכי ירחק ממך המקום וזבחת מבקרך ומצאנך אמרינן גם כן דוקא בקרך וצאנך הא אם שחט בהמת חבירו חולין בעזרה אינו נאסר מה"ת וע"ז כתב דהא דרשינן מהאי קרא כל דיני שחיטה ואם נימא דנדרוש בקרך למיעוט ולא של אחרים הכי נימא גם כן דבהמת אחרים מותר לאכול בלא שחיטה וכיון דבקרך לאו דוקא א"כ כמו כן לענין מה דדרשינן ולא בקירוב מקום ג"כ לאו דוקא בקרך אלא גם בהמת חבירו ג"כ אסור חשנ"ב עכ"ד. והנה יפה העיר בזה. אולם מ"ש דלפי דברי נמעט נמי מבקרך דבהמת אחרים מותר בלא שחיטה. הנה בודאי דבזה ידעינן דאסור בלא שחיטה גם בהמת אחרים דהא נבילה היא כל שלא נשחטה ורק דיכול לומר דנמעט לה מאיסור עשה דאינה זבוח וא"כ י"ל הואיל דתו לא הוי שוין השני מיעוטין דלענין חולין בעזרה יהי' המיעוט לגמרי מקרא דמבקרך ולענין מצות השחיטה יהי' רק לענין העשה דאינה זבוח ולא לענין איסור דאכילה דהא יהי' אסור משום נבילה תו נוכל לומר דלענין איסור אכילה לא ממעטינן מקרא דמבקרך אבל לענין חשנ"ב דהוא מהדיוק בריחוק אבל לא בקירוב בזה שפיר י"ל דממעטינן לה מקרא דמבקרך ודו"ק בזה:

ועוד י"ל דהואיל דשחיטה הוא הלל"מ וכדדרשינן במסכת חולין (דף כ"מ ע"א) וזבחת כאשר צויתיך מלמד שנצטוה משה על הוושט ועל הקנה ועל רוב אחד בעוף ועל רוב שנים בבהמה ובודאי הי' ההלכה גם על של אמרים לומר דהי' ההלכה רק על בהמה שלו ובודאי הי' ההלכה בין על בהמה שלו ובין על בהמה של אמרים. מיהא אכתי יש לעיין לפמ"ש הפרמ"ג ז"ל בפתיחה להל' שחיטה דאף דבעוף הוא הללמ"מ מ"מ י"ל דבעוף

ליכא העשה דאינו זבוח דוזבחת מבקרך ומצאנך כתיב יעו"ש וא"כ ה"נ אע"ג דידעינן גם בהמת אחרים מהללמ"מ מ"מ מנ"ל דאיסור עשה שא"ז הוא בבהמת אחרים כיון דכתיב מבקרך ומצאנך וא"כ יפה הקשה עלי כבודו נ"י:

עוד העיר ידידי הרב הנ"ל נ"י ע"ד מהא דמסכת קידושין (דף נ"ח ע"א) אשכחינהו מר יהודה לר"י כו' א"ל תניא המקדש בפט"ח בבב"ח ובחשנ"ב רש"א מקודשת וחכ"א אינה מקודשת אלמא חשנב"ע לר"ש לאו דאורייתא ורמינהו רש"א משנב"ע ישרפו וכן חי' שנשב"ע אישתקו כו' הב"ע כגון שנשחטה ונמצאת טרפה ור"ש לטעמי' כו' ואם ניחא כמו שכתבתי אמאי לא משני הש"ס דהא דקאמר ר"ש המקדש בחשנ"ב מקודשת מיירי בשחיט בעזרה בהמה דאחרים ור"ש לטעמי' דאא"א דשא"ש עכ"ד. ולדידי אין זה השגה חדא דברייתא קתני סתמא דהמקדש בחשנ"ב ומשמע דגם בשחט בהמה שלו. ועוד דמיירי סתמא דהאיש השוחט להבהמה בעזרה הוא קידש בה האשה ואם הבהמה אינה שלו האיך מקדש בה. ואי דמיירי דהיתה הבהמה גזולה אצלו ולא קנאה עדיין ושחטה בעזרה ואח"כ קידש בה מקודשת משום דקניא לה בשינוי א"כ יש תו סברא לומר דקנייתו ואיסורו באין כאחד כמו דכתבו הרשב"א וה"ה הקדישו וקנייתו באין כאחד וא"כ הוי שלו ויכול לאסור ושפיר פריך הש"ס דר"ש אדר"ש. ואם נימא כסברתי שכתבתי לעיל, (בדף י"א) [אומ"א] דשינוי המקלקל לא קני א"כ לא קני לה כלל והוי אינו שלו א"כ האיך יכול לקדש בו וע"כ צ"ל דהי' שלו ומסתמא מיירי שהבעלים שחטוהו בעזרה ושפיר פריך הש"ס דר"ש אדר"ש ומתרץ הש"ס תירוץ מרווח דעולה התי' גם אליבא דר' יוחנן דיליף חשנב"ע מה שלי בשלך אף שלך בשלי דלפ"ז בשוחט בעזרה חולין דאחרים ג"כ נאסר וכן סוברים ג"כ הבני ישיבה במסכת מנחות (דף מ"ת) כמ"ש בזה בפנים הספר. וגם אולי כל סוגית הש"ס מר יהודה ור"י כו' סוברים כר' יוחנן ולא הוצרך הש"ס לשנויי בהיכי תמצא ולומר הב"ע ומתרץ בהרווחה יתירה:

ועפ"י האמור לא יקשה על דברי מה שהקשה עוד מע"כ נ"י במ"ש ליישב דברי הרמב"ם (בפ"ב מהל' גניבה) הואיל ואיסורן מדבריהם שכוונת הרמב"ם ז"ל דהכא הוא רק מדרבנן משום דאא"א דשא"ש והקשה עלי דהרי הרמב"ם ז"ל פסק להדיא (בפ"א מהל' גניבה הח"ט) דבטבחה הגנב קונה בשינוי ואם כן לא שייך כלל בזה אא"א דשא"ש דהא באין כאחת עכ"ד ולפי האמור אם נימא דמיחשב שינוי לקנות א"כ יהי' אסור בהנאה והוי מקלקל בשחיטתו ושינוי השבור ל"ק וכמ"ש לעיל. והנה אף שלא נתכוונתי בזה בעת הלימוד כי יש תירוצים אחרים על הרמב"ם (בפ"ה מהל' אישות) דלא ס"ל להאי סברא שכתבו הרשב"א וה"ה דהקדישו וקנייתו באין כאחד ואולם כעת בשעת עיוני בזה נלע"ד

דיהי' עולין דברי בישוב דברי הרמב"ם עפ"י סברתי שהסברתי דברי היש"ש דשינוי השבור ל"ק:

ובזה יש לתרץ מה שהקשה בשו"ת הגרעק"א ז"ל (סי' קס"ה) ע"ד התוס' ב"ק (דף ע"א) בד"ה בשלמא שכתבו דהך סוגיא דהתם אתי' כמ"ד אדם אוסר דשא"ש והקשה הגרעק"א ז"ל דהא כתבו שם דמיירי דהגנב נתן רשות לשלוחו לשחוט לעכו"ם ולגבי הבעלים הא קנינהו בגמר שחיטה דהוי שינוי מעשה מש"ה נאסר בגמר שחיטה מטעם תקרובת עכו"ם יעוש"ה ועיין בספר זית רענן ח"א בסוגיא דאא"א דשא"ש (סי' א' אות י"ב) מ"ש בזה, ולפי האמור י"ל דכיון דאם נימא דמיחשב שינוי יהי' אסור בהנאה מטעם תקרובת עכו"ם תו הוי שינוי השבור ולא קנה ודו"ק:

עוד במה שכתבתי שם דאליבא דאביי דיליף מקרא דכי ירחק עולה דאם שחט בהמת חבירו חולין בעזרה אינו נאסר בהנאה משום דאא"א דשא"ש וכן הוא אליבא דרב חסדא במס' מנחות (דף מ"ח) העיר ע"ז האברך המופלג מו"ה זלמן בר"מ נ"י וויערשאסקי מק"ק דוואהרט דא"כ מ"ט דר"ש דפוטר כדאיתא במתני' ר"ש פוטר בשני אילו ופירש"י בטרפה ובחולין בעזרה דקסבר ר"ש שחיטה שא"ר ל"ש שחיטה הא אליבא דר"ח ואביי עולה דגם בחשנב"ע אמרינן אא"א דשא"ש וא"כ נימא דהוה שחיטה ראוי' וליחייב עלה דו"ה. יפה העיר בזה ואיני זוכר אם בשעת לימודי העירותי בזה והי' ניחא לי אז או אגב שיטפא לא העירותי אז כלל בזה:

ועתה עיינתי בזה ונראה דלכאורה י"ל בפשיטות דר"ש סובר דאדם אוסר דשא"ש כדאיתא לעיל (בדף ע"א ע"א) אמרו מאן חכמים ר"ש דאמר שחיטה שא"ר ל"ש שחיטה אמרי בשלמא עכו"ם ושוה"נ שחיטה שא"ר היא אלא שבת שחיטה ראוי' היא וכתבו התוד"ה בשלמא עכו"ם ושוה"נ שחיטה שא"ר היא הך סוגיא אתיא כמ"ד בהשוחט אדם אוסר דשא"ש בעשה בה מעשה דפלוגתא דתנאי היא כו' עכ"ל והרי האי סוגיא דסוברת אדם אוסר דשא"ש והיינו דמתני' סוברת כן והרי מתני' אתיא כר"ש דהא הש"ס קאמר מאן חכמים ר"ש ומבואר דר"ש סובר אדם אוסר דשא"ש בעשה בה מעשה וע"כ מדאורייתא ס"ל לר"ש דאדם אוסר דשא"ש דאי מדרבנן הא קאמר הש"ס שם דאי מעשה שבת דרבנן לא פטר מדו"ה כיון דמה"ת שחיטה ראוי' היא. וה"נ אם לא הי' אוסר דשא"ש רק מדרבנן לא הי' פטור מדו"ה וע"כ לר"ש מה"ת אדם אוסר דשא"ש וא"כ הה"נ בשוחט חולין של חבירו בעזרה שפיר נאסר מטעם חשנב"ע דר"ש סובר אדם אוסר דשא"ש ומש"ה פוטר ר"ש בשני אילו במתני' דשחיטה שא"ר ל"ש שחיטה:

אמנם דברי התוס' הללו נראין כסותרין לדברי התוס' במסכת יבמות (דף פ"ג ע"ב) בד"ה אא"א דשא"ש שכתבו התוס' דדוקא בדבר התלוי במחשבה הוא דאמר הכי כגון משתחוה לבהמת חבירו דאפילו עשה בה מעשה כגון ששחטה איכא למ"ד דלא אסרה ואיסור כלאים נמי תלוי במחשבה כדאמר במסכת כלאים גבי הרואה ירק כשאגיע אלקטנו אפילו הוסיף מאתים מותר לכשאחזור אלקטנו אסור כו' עכ"ל והרי כתבו התוס' אליבא דר"י ור' שמעון דבמידי דתליא במחשבה סוברים ר"י ור"ש דאא"א דשא"ש והא במסכת ב"ק עולה לפ"ד התוס' דגבי שוחט לעכו"ם דג"כ תליא במחשבה אמרי דסובר ר"ש דאדם אוסר בזה דשא"ש. וכבר תמה בזה בשו"ת מוהרע"א ז"ל (בסי' קס"ה) עייש"ה ובספר זית רענן ח"א בסוגיא דאא"א דשא"ש שם (בסי' ב') מחלק בין עשה מעשה בגוף הדבר שדנין עליו שיהי' נאסר לבין לא עשה מעשה בגוף הדבר ושם (באו"ק י"א) מתרץ בזה קושית הגאון מוהרע"א ז"ל הנ"ל וז"ל ולמ"ש לעיל (באות ח') ניחא דאע"ג דבכלאים אינו נאסר היינו משום דלא עשה מעשה בגופן ודמי לשפך לה יין בין קרני' משא"כ בשוחט שעשה מעשה בגופה עכ"ל הגאון בעל זי"ר ז"ל ולפי זה עולה דהיכא דעושה מעשה בגופו סובר ר"ש דאדם אוסר דשא"ש מה"ת וא"כ גם בשוחט בהמת חבירו חולין בעזרה גם כן נאסר מה"ת ומש"ה שפיר פוטר ר"ש בשני אילו בשוחט ונמצאת טרפה או ששחט חולין בעזרה מדו"ה הואיל דהוי שחיטה שא"ר ול"ש שחיטה: ועוד י"ל לפמ"ש [באק"ז] דאף דמה"ת אא"א דשא"ש ולא נאסר אם שחט בהמת חבירו בעזרה מ"מ זה דוקא בהנאה לא נאסר אבל באכילה י"ל דנאסר מה"ת לפ"ד הר"א והר"ן ז"ל שכתבו דאף למ"ד דאא"א דשא"ש אפ"ה הבהמה אסורה באכילה וכבר האריכו בזה [ובאק"ו] כתבתי בביאור דבריהם ז"ל בזה וא"כ גם בשחט בהמת חבירו בעזרה ניהו דנימא דלא נאסרה בהנאה משום דאא"א דשא"ש מ"מ באכילה עכ"פ אסור מדאורייתא ואפ"ה לענין תשלומי דו"ה חייב עליו אם שחטה חולין בעזרה דהוי כמו שוחט ונמצא טרפה דמשלם דו"ה משום דלדידן שחיטה שא"ר שמה שחיטה וחייב בדו"ה יעו"ש. וא"כ לר"ש דפוטר בשני אלו משום דשחיטה שא"ר ל"ש שחיטה שפיר הוי הטעם בחולין בעזרה לר"ש דפוטר מדו"ה משום דהוי שחיטה שא"ר דהא עכ"פ אסור באכילה מה"ת לשיטת הרא"ה והר"ן ז"ל וכמ"ש:

אולם מ"ש עוד [באק"ו] להוסיף דאף למ"ש הר"ש ז"ל (בפ"ז דמסכת כלאים מ"ה) בטעמא דר"י ור"ש דסוברים במסכ' גפנו ע"ג תבואתו של חבירו דלא קידש דאא"א דשא"ש משום דבכלאים כתיב כרמך ע"ש וה"נ גבי שחיטת חולין בעזרה לאביי דנפקא לי' מכי ירחק כו' וזבחת מבקרך ומצאנך א"כ נימא דהואיל דכתיב בקרך וצאנך דוקא אם שוחט

בהמה שלו חולין בעזרה נאסר אבל אם שוחט בהמת חבירו חב"ע לא נאסר כלל ונימא דאפילו למ"ד אדם אוסר דשא"ש מ"מ בחולין בעזרה אא"א דשא"ש הואיל דגלי קרא כחו גבי כלאים ע"ש זה נסתר דא"כ מ"ט דר"ש דפוטר בחולין בעזרה מדו"ה והא כיון דלא נאסר מדגלי קרא א"כ הו"ל שמיטה ראוי'. ובזה לא שייך לתרץ כמ"ש לעיל דהא כתבתי דבמב"ע אינו נאסר אם שחט בהמת חבירו בעזרה מדכתיב בקרך וצאנך וכמו בכלאים. וגם מ"ש לעיל עפ"ד הרא"ה והר"ן ז"ל ג"כ נראה דלא שייך בזה דדוקא אם נימא שלא יוכל לאסור בהמת חבירו חולין בעזרה משום דאא"א דשא"ש ואין בכחו לאסור בהמה שאינו שלו בזה שפיר י"ל לשיטת הרא"ה והר"ן דעכ"פ לא שרי לה וכמ"ש בביאור דבריהם ז"ל באק"ו אבל השתא אם נימא דנמעט מבקרך וצאנך דלא נאסר בהמת חבירו חולין ששחטה בעזרה א"כ כיון דהתוה"ק מיעטתו שלא תיאסר הבהמה והו"ל לענין שתיאסר הבהמה כמו שלא שחטה בעזרה א"כ למה תיאסר באכילה דהא אין הטעם מה שלא נאסרה משום דאא"א דשא"ש שנימא דעכ"פ ניהו שאין בכחו לאוסרה אבל עכ"פ הוי כלא עשה בה מעשה השחיטה וכמש"ל ורק, דהטעם לפמ"ש משום דהתוה"ק מיעטה דלא נאסרה וא"כ בזה לא אסרה התורה חב"ע כלל ולמה תיאסר באכילה והרי הוא כאילו לא שחטה בעזרה ולא נאסרה הבהמה באכילה ג"כ. וכן כתבתי בקצרה בפנים [באק"ז] דנימא דגם באכילה אינו אסור כלל מה"ת כו' משום דהכא גלי קרא מבקרך וצאנך כו'. וא"כ מ"ט דר"ש דפוטר מדו"ה והא שחיטה ראוי' היא. וגם באמת האי בקרך וצאנך קאמר הש"ס במסכת חולין (דף פ"ד ע"א) יכול יקח אדם מן השוק ויאכל ת"ל וזבחת מבקרך וצאנך כו' ופירש"י ז"ל בד"ה מבקרך אם יש לו בעדרו יקח ואם לאו לא יקנה בשוק עכ"ל וי"ל עוד בזה:

מיהא כל הפלפול והעיון עולה לנכון וכמש"ל ליישב דלא תיקשי מר"ש דר"ש ס"ל אדם אוסר דשא"ש או מטעם הרא"ה והר"ן ז"ל וכמש"ל ועולה שפיר הספק לדידן דקיי"ל אא"א דשא"ש בשוחט בהמת חבירו בעזרה אם נאסרה בהנאה ועולה שפיר ישוב דברי הרמב"ם ז"ל כמ"ש בפנים ורק מה שהוספתי עפ"ד הר"ש ז"ל לזה אית לי' פירכא וכמש"ל:

[לח] דף ע"ב ע"ב אוצ"ג אק"ב כתבתי דאף למ"ש התוס' דתקרובת עכו"ם מותר בהנאה מה"ת מ"מ יי"נ אסור מה"ת בהנאה מדכתיב ישתו יין נסיכם וכדקאמר הש"ס במס' ע"ז (דף כ"ט ע"ב) כמבואר בפנים. והשיב ע"ז האברך הרב החריף מו"ה צבי יהודא נ"י מק"ק קאליש דהא הש"ס קאמר שם במסכת ע"ז יין מנ"ל ארב"א אמר קרא אשר חלב זבחימו יאכלו ישתו יין נסיכם מה זבח אסור בהנאה אף יין נמי אסור בהנאה כו' וא"כ

יליף הש"ס יי"נ דאסור בהנאה מה"ח מזבח ואם נימא דזבח מותר בהנאה מה"ת האיך נילוף יי"נ מיני' לאיסור עכ"ד. אבל לע"ד א"ש מה שכתבתי בפנים דהתוס' הקשו ל"ל למילוף על יי"נ דאסור מי נפיק מכלל שאר זבח דאסור וכתבתי דבאמת לשיטת התוס' בב"ק זבח אינו אסור מדאורייתא רק באכילה ובהנאה לא הוי רק מדרבנן והא דקאמר הש"ס בע"ז מה זבח אסור בהנאה ע"כ היינו בהנאה רק מדרבנן ובאכילה מדאורייתא וכיון דיי"נ בכלל שאר זבח א"כ גם יי"נ אסור באכילה מדאורייתא ול"ל תו הקרא אשר חלב זבחימו יאכלו ישתו יין נסיכם לאקושי יי"נ לזבח. וע"כ נימא דמדגלי רחמנא עוד היקישא ביי"נ לאיסור דלאכילה לא צריך ע"כ הוא לגלוי על יי"נ לאיסור הנאה דאין לומר דההיקש הוא על אכילה דהא הוא בכלל שאר זבח וזה דקאמר הש"ס מה זבח אסור בהנאה היינו דבאכילה מיהא מדאורייתא אף יי"נ אסור וכיון דליכא לאוקמי על איסור אכילה מש"ה אמרינן דאתא לגלות על הנאה: [לט] דף ע"ג ע"א אוק"ב בד"ה והנה ראיתי בשמ"ק כאן בד"ה ולענין פסק כתב המאירי ז"ל כו' נפסלו מצד גזל או שאר עבירות אף אלו נפסלו למפרע משעת אותה עדות שעליו נפסלו משום גזילה ומ"מ לא נפסלו כל העדיות שמשעה שגזלו למפרע אלא משעת עדות שעליו נפסלו אעפ"י שלא העידו עליהם בכך עד עכשיו כו' יעו"ש בשמ"ק מלת אעפ"י אינו מובן ויותר הי' מובן אם הי' כתוב כיון שלא העידו כו' כנראה למעיין בזה:

והנה הקשיתי בפנים בזה דאמאי לא מיפסלי משעה שגזלו למפרע דהא קיי"ל למפרע נפסל ולא מצאתי שיטה שיסבור כן כמבואר בפנים. כתב אלי אהובי ב"ג הרה"ג מו"ה אפרים שרגא הלוי נ"י הגאבד"ק אוניאווע ליישב הקושי' והוא די"ל דכוונת המאירי ז"ל על פלוגתת הראשונים בכתובות (דף י"ט ע"ב) בשנים החתומים על השטר ומתו ובאו שנים ואמרו ידענו שכת"י הוא אבל פסולי עדות הי' דשיטת התוס' דדוקא שאומרים שהי' פסולים ועתה מודים שהם כשרים אינם נאמנים כשכת"י יוצא ממק"א ולא מיקרע קרעינן ול"מ גבינן. אבל אומרים שעדיין פסולים נאמנים. והר"ן כתב מפני שמתו אינו נוגע לפסול עדים עוד רק דנוגע לשטר בזה דוקא א"נ לגמרי. ושיטת הרא"ש אפילו העדים עוד בחיים והמה נפסלו למפרע מ"מ לאשר לא נודע פיסול העדים מעיקרא בב"ד רק עתה מעידים ומודיעים פסול העדות אנן סהדי דכל שטר שנכתב ונחתם בלא שום פסול נחתם הלכך אפילו אי אמרי פסולי עדות הם עכשיו לא מהימני לפסול השטר ויעוין בש"ע חו"מ (סי' מ"ו סעיף ל"ז) מובא השיטות האלו. והש"ך (ס"ק ק"ב) באמת הקשה דקיי"ל למפרע נפסל ומה גם בפסול דגזלנותא גם לרבא לטעמא דחידוש נפסל למפרע ומוכח דגם השטר נפסל מדקאמר הגמרא א"ב דפסלו בגזלנותא דלטעמא

דחידוש מפסדי הלקוחות ולטעמא דפסידא דלקוחות לא מפסדי. ויעוין בש"כ שרצה לחלק דהגמרא מיירי שפסלו אותם לפניהם משא"כ הרא"ש מיירי שהם חיים ואינם לפנינו. ובקצה"ח (ס"ק כ"א) כתב ליישב קושית הש"כ יעו"ש מ"מ יוצא לנו מזה דשיטת הרא"ש דבאומרים שהעדים פסולין שנפסלו למפרע וכל מה שהעיד בע"פ נתבטל מאז שעבר העבירה מ"מ השטרות שחתמו לא נתבטלו לגמרי מחמת שאנן סהדי. ומעתה מיושב הקושי' שהקשיתי בפנים לפמ"ש הטור דהזמה הוא כמו שמעידים שעברו עבירה וא"כ פשיטא דנפסלו למפרע על זה אין שום ספק כשעברו עבירה דנפסלו למפרע רק כוונת המאירי מ"מ לא נפסלו כל העדיות היינו השטרות וכשיטת הרא"ש ושפיר מביא שחכמי הצרפתים כתבו בפירוש דמשעת הגזילה נפסלו והכוונה דגם השטרות נתבטלו למפרע והוא שיטת התוס' עכ"ד ב"ג הרב שיחי'. ונוכל לומר כן בכוונת הרב המאירי ז"ל כיון שאין לנו כעת תירוץ מרווח יותר מזה:

[מ"ם] דף ע"ג ע"א אוק"ה אק"א הוכחתי דהיכא דנפסלו העדים אחר שהעידו בב"ד קודם גמ"ד יכולין הב"ד לגמור הדין הואיל דבשעת הגדה היו כשרים מהא דקאמר הש"ס בסוגיין לימא כתנאי כו' כל הסוגיא ומדלא מוקי הש"ס לר"י שהעידו על הגניבה ואח"כ על הטביחה והב"ד גמרו הדין דגניבה אחר הגדתן מהטביחה וכשהוזמו על הטביחה איגלאי מילתא דלמפרע בשעת גמ"ד דגניבה פסולין הי' ואיבטל עדות הגניבה מחמת של"ה גמ"ד. א"ו דגם אם נפסלו קודם גמ"ד אם בשעת הגדה כשרין הי' לית לן בה וכמבואר בפנים. וע"ז השיב אהובי ב"ג הרה"ג מו"ה אפרים שרגא הלוי נ"י הגאבד"ק אוניאווע דא"א לאוקומי בזה דהא בגמרא איתא לימא כתנאי הי' שנים מעידין אותו שגנב והן מעידין שטבח והוזמו על הגניבה עדות שבטלה מקצתה בט"כ הוזמו על הטביחה הוא משלם תשלומי כפל והן משלמין תשלומי ג' ארי"ד בד"א בשתי עדיות:

אבל בעדות אחת עדות שבטלה מקצתה בט"כ ובא ר"י לחלוק על הת"ק הסובר שבהוזמו על הטביחה שלא נתבטלה עדות הגניבה ומשלם הגנב כפל ואומר דבעדות אחת נתבטל בהזמת הטביחה לחוד העדות דגניבה ג"כ אבל מודה בזה להת"ק שהעדים שהוזמו על הטביחה משלמין ג' ואם נימא דנתבטל העדות הגניבה מחמת של"ה גמ"ד על הגניבה דאגלאי מילתא דבשעת גמ"ד דגניבה כבר הי' פסולין מכ"ש דנתבטל הגמ"ד מהטביחה דאם אין גניבה אין טביחה ואמאי משלמין העידי טביחה ג' דבזה לא פליג ר"י על הת"ק בשלמא באוקימתא דהגמרא בהעידו תוכ"ד והכל הי' בגמ"ד כראוי לפי מה שהעידו וביטול העדות דגניבה מחמת שנפסלו למפרע בהגדת עדות הטביחה דהי' אז שעת פסלות שפיר משלמין על הטביחה ג'. אבל אם יתבטל הגמ"ד ליכא חיוב תשלומין דאין

עדים נעשים זוממין שישלמו מכאשר זמם עד שיוגמר הדין. ויעוין בקצה"ח (סימן ת' סק"ד) בהא דאין עד נעשה דיין שכתב הטעם משום דלמפרע משעת הגדה נפסל וממילא לא הוה גמ"ד ומיקרי עדות שאאילה"ז יעו"ש ואם שם דמחמת הזמה מאותו העדות נצמח ביטול גמ"ד אינם משלמין מכ"ש בזה דמחמת הזמת הטביחה ומבטל הגמ"ד מהגניבה ואם אין גניבה אין טו"מ מכ"ש דאינם נעשין זוממין עכ"ד ב"ג הרב שיחי':

והנה לכאורה גם בפשיטות לפ"מ דמוקי הש"ס שהעידו בתוכ"ד כו' ג"כ י"ל דאם נימא שכשנפסלו העדים אחר הגדתן קודם גמ"ד אין הב"ד יכולין לגמור הדין א"כ נתבטל העדות דגניבה ג"כ מחמת שאין הב"ד יכולין לגמור הדין כיון שנפסלו ע"י עדות הטביחה וג"כ יקשה אמאי משלמין העדים ב' וג' והא אם אין גניבה אין טביחה ומכירה ואין כאן גמ"ד וכמו שהקשה מעכ"ת על דברי. וע"כ דכוונתו דבשלמא על מה דמוקי הש"ס שהעידו בתוכ"ד לא קשה דיש סברא לומר דהואיל דהעדות דגניבה ודטביחה הי' ביחד ניהו שנתבטל העדות דגניבה מכח הזמה דטביחה ואם אין גניבה אין טביחה ומכירה מ"מ כיון דהכל הוא מכח ההזמה דעדות הטביחה שהי' ביחד עם העדות דגניבה בתוכ"ד נחשב הכל כהזמה אחת והוי כמו בכל הזמות שהתורה חייבה בכך העדים הניזומים ולא נחשב הכא פסולי מחמת דבר אחר היינו שנתבטל העדות דטביחה מכח ביטול העדות דגניבה כיון שהכל הי' ביחד מיחשב כעדות אחת. אבל על מה שכתבתי דנוקי שלא העידו תוכ"ד רק בזה אחר זה ויתבטל העדות דגניבה מחמת שנפסלו אח"כ בעדות הטביחה ולא יכולין הב"ד לגמור הדין בזה הוא דקשה לכבודו נ"י על דברי דהא מחמת ביטול העדות דגניבה ממילא מתבטל עדות הטביחה דאם אין גניבה אין טו"מ ואמאי מודה ר"י לת"ק בזה דעידי טביחה משלמין ב' וג' והא יש בעדות הטביחה פסול מחמת דבר אחר היינו מחמת העדות דגניבה והיינו שמחמת שנפסלו בעדות הטביחה קודם גמ"ד של עדות הגניבה אין הב"ד יכולין לגמור הדין ומתבטל עדות דגניבה וא"כ ביטול עדות הגניבה הוי ביטול לעדות הטביחה ומיחשב פסול וביטול מחמת דבר אחר היינו מחמת ביטול עדות הגניבה ועדות הגניבה לא הי' ביחד עם העדות הטביחה הגם שי"ל טובא בזה דהא סוף סוף כל הפסול הוא בא מחמת שהוזמו על הטביחה וי"ל דלא מיקרי פסול מחמת דבר אחר. ולזה נסתייע מהקצה"ח ז"ל הנ"ל שכתב דטעם דאין עד נעשה דיין משום דלמפרע נפסל ולא הי' הגמ"ד בכשרות א"כ חזינן דאע"ג דהפסול דגמ"ד בא מחמת הזמת העדות מ"מ מיקרי פסול מחמת דבר אחר. הגם שאכתי יש לפקפק קצת ולחלק דבדברי הקצה"ח בעד נעשה דיין הוי הפסול בהדיין שהוא גומר הדין ונמצא

שלא הי' ב"ד כלל משא"כ הכא בנ"ד דאין הפסול בהדיינים הגומרים הדין מ"מ יש לצדד ולומר דשוה לדברי הקצה"ח ז"ל:

אך בעיקר הדבר מה שעולה דאם נימא כהוכחתי יהי' הדין אליבא דר' יוסי דגם עידי טביחה אין משלמין ב' וג' וע"ז הקשה דפשיטא לי' דבזה מודה לת"ק דעידי טביחה משלמין ב' וג' ונסתר הוכחתי כמבואר בדבריו לעיל. אנכי על משמרתי אעמודה כי בודאי אליבא דר' יוסי גם על העדות דטביחה אין משלמי הניזומין ב' וג' כלל. כי גדולה מזה מבואר בראשונים ז"ל דאפילו לפי מה דמוקי הש"ס שהעידו בתוכ"ד ג"כ סובר ר' יוסי דעידי טביחה פטורין מתשלומי ב' וג' כשהוזמו על הטביחה שהי' כת אחת והעידו על הטביחה בתוכ"ד של העדות דגניבה כי כן מבואר בהדיא בשמ"ק בסוגיין בד"ה לימא כתנאי כו' וז"ל בשתי עדיות כעין שתי עדיות ומה ניהו כת אחת שהעידו זא"ז דהאי ודאי כמיתזמי אטביחה אפ"ה עדות גניבה קיימת אבל בעדות אחת ממש שהעידו על שתיהן תוכ"ד עדות שבטלה מקצתה וכו' ונפסלו ג"כ על הגניבה והם לא ישלמו והוא לא ישלם משום דתשלומי דו"ה אמר רחמנא ולא תשלומי שנים ושלשה כיון דאין כאן בגניבה זו כפל אין בה ג' וד' הראב"ד ז"ל עכ"ל [הלשון משום דתשלומי דו"ה אמר רחמנא ולא תשלומי שנים ושלשה כו' אינו מובן כ"כ דהא הטעם פשוט משום דאם אין גניבה אין טביחה ומכירה וי"ל בזה] ומבואר דאליבא דר' יוסי אין הניזומים משלמין על הטביחה ב' וג' וכ"כ עוד בשמ"ק בד"ה לענין פסק וז"ל הי' העדות בבת אחת כגון שאמרו בדבור א' גנב בראשון וטבח בשני והוזמו עדי הטביחה הואיל ועדות אחת היא בטלה אף עדות הגניבה הואיל ועדות אחת היא נפסלו למפרע משעת עדותם ומ"מ אין משלמין כלום שהרי על הגניבה לא הוזמו ועל הטביחה הרי נפסלו משעת גניבה כו' עיי"ש ועיין עוד שם בשמ"ק בד"ה ר' יוסי אמר כו'. וכיון דחזינן שגם לפ"מ דמוקי הש"ס שהעידו בתוכ"ד ג"כ כתב השמ"ק ז"ל דפטורין העדים לשלם ב' וג' על הטביחה א"כ ממילא לא קשה נמי על מה שכתבתי להוכיח דנוקי שהעידו בזא"ז וכנ"ל דג"כ יהי' אליבא דר' יוסי פטורין העדים מלשלם על עדות הטביחה ב' וג' ודו"ק:

ובעיקר הספק אם נפסלו העדים אחר שהעידו בב"ד קודם גמ"ד העיר עוד ב"ג הרה"ג נ"י הנ"ל מהא דמס' ב"ב (דף ל"א) באבהתי' ואכלתי' דאמר עדות מוכחשת הוא וכתבו התוס' והראשונים שם ובב"ק (דף ע"ב ע"ב) ד"ה רבא דהוא משום עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה דבעדות אחת רבא מודה דהפסול הוא משום דהוחזקו משקרים על אותה קרקע שוב לא מהימני אבל אם נפסלין אח"כ בדבר אחר אע"ג דל"ה גמ"ד על אבהתי' שהעידו מקודם גומרין הדין. ובשלמא מהא דרב נחמן שם דאמר אאכילתי' דאיתכחש איתכחש

וכו' ליכא להוכיח דהוא סובר כר"ה בב' כתי עדים המכחישין דזה בא בפ"ע ומעידין ולא נפסלו אבל מרבא, הסובר בהס"ד דגמרא כר"ת בהדי סהדי שקרי ל"ל או למסקנא כר"ה דלאותה עדות נפסלו ולדברי הראשונים משום שהי' תוכ"ד והוא עדות אחת שבה נפסלו מוכח דבפסול אחר הי' גומרין. וגם מתוס' ב"ק (דף ע"ג) ד"ה א"נ בסוה"ד וז"ל והוה מצי למימר איכא בינייהו לענין ד"נ או לאסור אשה לבעלה ולענין גיטין וקידושין ועדות החודש דלטעמא דחידוש אין לפוסלן למפרע ולטעמא דפסידא דלקוחות פוסלין למפרע לכל אלו כו' עכ"ל והרי בעדות החודש אם כבר גמרו הב"ד הדין וקדשו החודש לכאורה אפי' הוזמו אח"כ ונפסלו למפרע לא נתבטל דאתם אפילו שוגגין אתם אפילו מוטעין אתם אפילו מזידין ופירש"י ז"ל במסכת ר"ה (סופ"ב) מוטעין ע"י עדי שקר וע"כ דנפסלו קודם הגמ"ד של קידוש החודש בכ"ז אם מכאן ולהבא נפסלו כשרין וגומרין הדין של עדות החודש עכ"ד ויפה כוון: והנה הוסיף עוד כבודו נ"י לסייעני עוד מדברי הגאון ר' חיים יונה ז"ל בקונטרסו בחידושים על הרמב"ם (הל' עדות פי"ח ה"ה) שכתב וז"ל וא"ת הא מלתא אלימתא הוא שאין הראשונים יכולין לומר לאחרונים שקר העדתם עלינו דנוגעין בעדותן י"ל אטו אנן בתר השתא אזלינן בנגיעה שנולדה אחר הגדת עדותן הא ודאי לא אבל הדבר ברור שאם העידו שנים על דבר מהדברים ואחר שהעידו נעשו נוגעים בעדות עצמה שאין נגיעה זו פוסלת עדות למפרע וזה דבר ידוע לכל מבין עם תלמוד ולרווחא דמלתא אזכיר לזכרון דברים בעלמא אותם שאמרו בכתובות פ' האשה שנתארמלה וה"ג התם ת"ר שנים אומרים מת שנים אומרים לא מת וכו' לא תצא ר"מ בר"י וכו' מכדי תרי ותרי נינהו הבא עלי' באשם תלוי קאי אר"ש כגון שנישאת לאחד מעדי' וכו' והדבר ידוע לתנוקות דאי בתר השתא אזלינן עד זה שנשאה בעל דבר הוא וא"כ פש לך חד סהדא והרי שנים מכחישין אותן ואין דבריו של אחד במקום שנים וראי' גמורה היא בעינינו והאריכות בזה למותר עכ"ל ומבואר ג"כ דאעפ"י שנפסלו העדים אחר הגדתן לית לן בה עכ"ד. אולם יש לפקפק קצת בזה דאולי מיירי הגאון מוהרח"י ז"ל שנפסלו העדים אחר הגמ"ד דלא נתבטל הגמ"ד למפרע וכן מורה במה שהביא הראי' מכתובות גבי שנים אומרים מת כו' דהתם לא צריכין גמר דין וכבר נגמר עדותו משהעיד שמת ואינו צריך עוד גמ"ד בכה"ג אעפ"י שנפסל אח"כ לית לן בה אבל היכא שצריך גמ"ד ועוד לא נגמר הדין אין ראי' ואולי אין גומרין הדין עוד על פיהן וי"ל עוד בזה. אך הראיות הראשונות שהביא כת"ה שיחי' הם ראיות נכונות ואפריון נמטי לי':

[מא] דף ע"ג ע"א אוק"ה אק"ב כתבתי בזה"ל ובכ"ד דמיצנו בש"ס תוכ"ד כד"ד הוא דאמרינן על הזמן שאחר הדיבור ואחר, המעשה שהוא כמו שעת הדיבור ושעת המעשה

ויכול לחזור בו הואיל דנחשב כאילו הוא בשעת המעשה אבל דנימא על הזמן שהוא קודם זמן המעשה או קודם זמן הדיבור שיהי' נחשב כאילו הזמן הקודם הוא לאח"כ דהיינו שהזמן שקודם עשיית המעשה הוא נחשב כאילו הי' אח"כ בזמן עשיית המעשה או בזמן הדיבור זה לא מצינו כלל. והעירותי בהא דמוקי הש"ס להא דר"י בשהעידו עדות הטביחה תוכ"ד של עדות הגניבה כו' איך שייך לומר דנידון על שעת הגדתן של העדות בב"ד על הגניבה כאילו הוא בזמן אח"כ דהיינו בזמן שהעידו אח"כ על הטביחה והא בשעה שהעידו על הגניבה עדיין כשרים היו ולא נפסלו רק אח"כ בשעה שהעידו על הטביחה וניהו דעדותן על הטביחה הי' בתוכ"ד לעדותן על הגניבה מ"מ לא מצינו כלל דנימא בכה"ג תוכ"ד כד"ד ע"כ. והשיבני ע"ז ידידי הרה"ג מו"ה מאיר דן נ"י הגאבד"ק דוואהרט דהא במקומו בסוגיין מבואר במס' נדרים (דף פ"ז) לענין קריעה מי שיש לו חולה בתוך ביתו ונתעלף וכמדומה שמת וקרע ואח"כ מת לא יצא ידי קריעה כו' ל"ש אלא שמת לאחר כדי דיבור אבל בתוך כד"ד כדיבור דמי וכתב הר"ן בד"ה אבל בתוכד"ד אין חוזר וקורע שאעפ"י שבשעה שקרע עדיין לא מת ולא הויא קריעה כלל כיון שמת תוכד"ד כמאן דקרע השתא דמי כי קרע נמי בטעות שהי' סבור שמת לו מת אחר א"נ הקים או היפר בטעות כיון שידע תוכד"ד מהני ע"ש והרי חזינן דגם מזמן העבר על הזמן העתיד אמרינן בי' תוכ"ד כד"ד דהא לא נוכל לומר דזמן המיתה שמת בו יהי' כאילו מת קודם ויהי' נגרר בתר הזמן של הקריעה שהרי אז לא הי' עדיין החיוב קריעה שהרי הי' עוד בחיים וע"כ דאמרינן להיפוך שזמן הקריעה נמשך לאחר הזמן הקריעה והוי כאילו קרע לאחר שמת עכ"ד וחשובה נצחית השיבני בזה וחידוש בעיני כי לא הרגשתי בעצמי בשעת הלימוד והסידור סתירה זו מהסוגי' דעסיקנא בה ממקומה:

והנה עיינתי עתה בענין זה והסוגי' עמוקה מאוד ומפוזרת בכמ"ד בש"ס ובראשונים ובעיוני עתה בזה ניתוספו לי בעזה"י הערות, אשר צריכין ביאור אף שלפום ריהטא אין להם ענין לתוכ"ד אבל אחר העיון היטב הדברים צריכין ביאור ולכן צריך אנכי להאריך קצת ולבאר קצת כפי שידי מגעת בעזה"י:

והנה שם במס' נדרים לענין הקמה והפרה שסבר שנדרה בתו והקים או היפר ותוכ"ד נודע לו שאשתו היא שנדרה דחל ההקמה והפרה ומרוצה הוא שתהי' הקמה או ההפרה על אשתו דמועיל התם י"ל דהוא מזמן המאוחר לזמן הקודם שהרי אז הי' יכול לחול ההפרה או ההקמה של אשתו ג"כ. ואם בשעה שהיפר או הקים לבתו אז לא הי' נדרה אשתו ורק בתוכ"ד של ההפרה או ההקמה לבתו נדרה אשתו ונודע לו אז ורצונו שתחול ההפרה או ההקמה לאשתו בזה י"ל דבאמת לא חל כלל ההקמה או ההפרה לאשתו כיון

דבשעת ההקמה או ההפרה לא הי' שום חלות שיחולו לאשתו דהא אז לא נדרה אשתו עדיין ואין ההקמה או ההפרה חל על הנדרים העתידים וכמבואר במס' נדרים (דף ע"ה ע"א) ובש"ע יו"ד (סי' רל"ד סכ"ח). י"ל דגם בכה"ג לא חל כלל ההקמה או ההפרה כיון דצרכינן לומר התוכ"ד מזמן הקודם לזמן המאוחר דהיינו דזמן של ההקמה או ההפרה יהי' נסרך להזמן המאוחר של זמן הנדר שנדרה אשתו. ולא מצאתי מפורש דין זה בש"ע ובפוסקים. ולכאורה תליא דין זה בהאי ספיקא דידן אם נימא לענין תוכ"ד שנחשוב על המעשה הנעשה בזמן הקודם כאילו נעשית בזמן המאוחר בשיעור של תוכ"ד דאם נימא דגם מזמן הקודם לזמן המאוחר נימא ג"כ תוכ"ד כד"ד יהי' מועיל ההקמה או ההפרה שכוון על שנדרה בתו יועיל ג"כ הקמה או הפרה על נדר אשתו שנודע לו תוכ"ד שאשתו נדרה הנדר בתוכ"ד של ההקמה או ההפרה ואם נימא דלא אמרינן תוכ"ד כד"ד מזמן הקודם לזמן המאוחר לא יהי' מועיל כלל ההקמה או ההפרה על הנדר שנדרה בתוכ"ד של ההקמה או ההפרה ויהי' נ"מ לדינא ב"ה ולא מצאתי מבואר דין זה ומדסתמו הפוסקים ולא כתבו דין זה וכתבו רק באופן שכבר נדרה אשתו ורק שהי' סובר שהיא בתו משמע דבכה"ג שנדרה אשתו בתוכ"ד של הקמה או ההפרה לא אמרינן בזה תוכ"ד כד"ד דאל"כ הי"ל להפוסקים להביא דין זה שהוא דין חדש וא"כ נראה מזה דלא אמרינן תוכ"ד כד"ד שיהי' מזמן המוקדם כמו שהי' בזמן המאוחר והוא כמו שכתבתי וא"כ אין מהא דתוכ"ד בנדר קשיא לדברי הנ"ל ואדרבא יש מזה קצת ראי' לדבריו:

שוב ראיתי בהגהות חידושי רע"ק על ש"ע יו"ד (סי' רכ"ח סי"ז) אין מתירין הנדר עד שיחול כו' וז"ל ואני מסופק אם מתירים תכ"ד קודם חלות הנדר וע' לקמן (סי' רל"ד סעיף ל"א ל"ב ל"ג) ולכאורה ראי' לזה, מדברי תשובת הר"ן (סכ"ז) עיין שם דק"ל איך משכחת התרה הא כל כמה דלא קידשה לא חל הנדר אע"כ דמתירין לה רגע א' קודם שתקבל הכסף לקדושין ומ"מ יש לדחות דכיון שנדרה כל כסף שינתן לה בתורת קדושין אף אם לא נתפסין הקדושין אסורין בהנאה א"כ י"ל דמקדשה בכסף ובאמת עדיין לא חלו הקדושין כיון דהכסף אסור לה אח"כ מתירים הנדר דאז חל הנדר כיון דנתן לה בתורת קדושין ואחר ההיתר מתקדשת בזה וצ"ע לדינא עכ"ל הגאון ז"ל. ונראה לכאורה מדבריו ז"ל דאם נימא דמהני ההתרה בתכ"ד קודם חלות הנדר היינו דהו"ל כאילו הי' ההתרה בשעה שהי' חל הנדר הרי דס"ל להגאון ז"ל דנמשך המעשה שהי' בזמן המוקדם כאילו הי' נעשה בזמן המאוחר והגאון ז"ל מסיק בצ"ע לדינא ולע"ד יהי' הספק הזה תליא בהאי ספיקא דידן דאם נימא דמזמן המוקדם לזמן המאוחר לא אמרינן תוכ"ד כסברתי הנ"ל א"כ י"ל דלא חל כלל ההתרה בתכ"ד קודם חלות הנדר ואכתי צ"ע בזה:

ועיין ריטב"א נדרים הנדפס בצירוף הרי"ף והרמב"ן (על דף פ"ו ע"ב) בד"ה ונמצא שהיא אשתו ז"ל אבל נמצא תוכ"ד והוא רוצה אף בהפרת אשתו וגמר בדעתו לכך אעפ"י שלא חזר והיפר לה הויא הפרה פי' דקיי"ל בכל דוכתא דכל תוכ"ד כד"ד והרי הוא כאילו עכשיו השלים דיבורו על דעת אשתו ואמר מופר לך כו' עכ"ל ונראה קצת מדבריו ז"ל דכתב דהוי כאילו השלים דיבורו היינו דזמן המאוחר נסרך להזמן הקודם. מיהא במ"ש לבסוף הלשון ואמר מופר לך נוכל לומר להיפוך דשדינן הזמן המוקדם להזמן המאוחר ויש קצת לצדד לכאן ולכאן. ונוכל לומר בפשיטות בכוונת הריטב"א בזה כמ"ש הריטב"א אח"כ בד"ה וכתבו כו' ז"ל ואין צריך בכ"ז אלא שהחכמים אמרו שכדי שיעור זה רחושי מרחשן שפוותי' דבור ראשון וכאילו הוא מדבר עדיין עכ"ל הריטב"א וכן הוא ברמב"ן על מס' ב"ב (דף קכ"ט ע"ב) בד"ה והילכתא ז"ל ובשם הרב אב"ד ז"ל שמעתי דכיון דאמור רבנן הקורא את שמע שואל מפני היראה תקנו שלא יהא הפסק בשום דבר עכ"ל והיינו דהוי כאילו לא הפסיק כלל בינתיים ודיבר הדיבור הראשון ואח"כ תיכף הדיבור השני דבודאי מועיל ושפיר נ"ל דהדיבור השני תיסרך להראשון וכמ"ש דחשבינן מזמן המאוחר לזמן המוקדם ואכתי י"ל בזה: ורק אכתי י"ל מהאי דינא דקריעה והנה מדין הראשון אמרו לו מת אביו ואח"כ נמצא בנו יצא ידי קריעה דמוקי לה רב אשי דוקא שנודע לו בתוכ"ד שהוא בנו והוא בש"ע יו"ד (סי' ש"מ סכ"ד) אין סתירה לדברי הנ"ל דהתם מיירי שבשעת הקריעה כבר מת בנו ורק שהי' סבור שהוא אביו דהי' אז בשעת הקריעה חייב לקרוע על בנו ורק שלא הי' יודע שהוא בנו אמרינן דמה שנודע לו בתוכ"ד שהוא בנו מיחשב כאילו נודע לו בשעת הקריעה שהוא בנו והרי הוא דחשבינן לזמן המאוחר כאילו הי' מקודם. אלא דעיקר מה שקשה על דברי הוא מדין השני שם במס' נדרים מי שיש לו חולה בתוך ביתו ונתעלף וכמדומה שמת וקרע ואח"כ מת לא יצא ידי קריעה אר"ש בן פזי אריב"ל משום בר קפרא לא שנו אלא שמת לאחר כד"ד אבל בתוכ"ד כד"ד והוא בש"ע יו"ד שם (סכ"ה) וע"ז כתב הר"ן ז"ל שאעפ"י שבשעה שקרע עדיין לא מת ולא הויא קריעה כלל כיון שמת תוכ"ד כמאן דקרע השתא דמי כו' ומזה הוא דקשה על סברתי דהא בשעה שנתעלף לא הי' כלל החיוב קריעה ולא נוכל לומר דמחשבינן להדבר שבזמן המאוחר דהיינו המיתה כאילו הי' מקודם דהא אז עוד חי הי' ולא הי' כלל החיוב קריעה וע"כ דמה דיועיל תוכ"ד הוא דחשבינן להמעשה שהי' בזמן המוקדם כאילו הי' בזמן המאוחר והרי מבואר להיפוך מדברי הנ"ל. ועיין נמוקי יוסף הנדפס סמוך להרי"ף ורמב"ן ז"ל ונתעלף מהא שמעינן דאפילו קרע בתחילה על איש רחוק שאינו בן קריעה עליו אם חזרו ואמרו לו תוכ"ד שהי' מי שהוא חייב לקרוע עליו יצא ידי

קריעה דהא הכא כיון שהוא תי אינו בן קריעה עליו ודינו כרחוק עכ"ל הנ"י ולכאורה גם מדברי הנ"י הנ"ל נראה דמושכין הזמן המוקדם לזמן המאוחר דהא מעשה הקריעה על הרחוק לא הי' מסוג החיוב מצות קריעה ומדמה לה הנ"י להא דנתעלף כו' ואיך נוכל לומר בזה דמושכין הזמן המאוחר לזמן המוקדם. מיהא י"ל דמדברי הנ"י אין קושי' כ"כ על דברי הנ"ל משום דבדינא של הנ"י הי' אז בזמן המוקדם בשעה שקרע הי' כבר מת הקרוב וכבר הי' עליו החיוב קריעה ורק שהוא לא הי' יודע בזה שפיר אמרינן דמושכין הזמן המאוחר לזמן המוקדם והרי הי' הקריעה לשם מת רק שאינו מחויב לקרוע עליו ושפיר שייך לומר דכשנודע לו תוכ"ד דאיכא עליו חיוב לקרוע על מתו הקרוב שפיר יוצא יד"ח הקריעה בזה ואין קושי' כ"כ מדברי הנ"י אבל מהא דנתעלף דלא הי' אז החיוב קריעה עליו כלל ואפ"ה יצא יד"ח קריעה אם נודע לו בתוכ"ד וע"כ צ"ל דמחשבינן הזמן המוקדם לזמן המאוחר דלא נוכל לומר דמחשבינן הזמן המאוחר לזמן המוקדם דהא בזמן המוקדם לא הי' בר חיוב קריעה כלל וכמבואר לעיל:

אמנם אם נעיין היטב בזה יש לעיין טובא אם יאכל אדם מצה בע"פ סמוך לחשיכה והיינו ביה"ש ותוכ"ד נעשה לילה ובפרט אליבא דר' יוסי דשיעור ביה"ש כהרף עין במס' שבת (דף ל"ד) והתחיל לאכול קודם ביה"ש ואחר אכילתו להכזית או באמצע אכילתו נעשה לילה תוכ"ד הכי נימא דיצא יד"ח אכילת מצה. וכן אם נטל אתרוג סוף הלילה ותוכ"ד האיר השחר הכי נימא דיצא יד"ח נטילתו דהרי נוכל לדמות זה להא דנתעלף דיצא יד"ח קריעה דבשניהם לא הי' בשעת המעשה שום צד חיוב:

וכן נמי י"ל מהא דמס' שבועות (דף י"ג ע"ב) אלא אימא כרת דיממא לרבי לית לי' אלמא לא משכחת לה דאכל אומצא וחנקי' ומית א"נ דאכל סמוך לשקיעת החמה דלא הוה שהות לכפורי לי' ופירש"י סמוך לשקיעת החמה עם צאת היום שלא עבר רגע ביום אחר העבירה עכ"ל ובגליון הש"ס גירסת התוס' בעמוד א' דעבר וכן בסוף דבריהם דעבד עכ"ל ועיי"ש בתוס' מ"ש בזה. ואם נימא דבכה"ג מחשבינן לזמן המוקדם כאילו הי' בזמן המאוחר תוכ"ד אמאי יתחייב בכה"ג כרת נימא דמיחשב כאילו אכל או עבר בתוכ"ד שהוא לילה כמו למנין נתעלף וקרע:

ועוד י"ל ממס' שבת (דף קל"ג ע"ב) וכגון דאתא ביהשמ"ש דשבת כו' ואישתכח דחבורה הוא דעבד ועבוש כרת ע"ש. ועיין ג"כ בהא דכריתות (דף י"ט) במתני' א"ר יוסי לא נחלקו כו' ובגמ' שם מניא א"ל ר"י כו' מקצת הגבהה היום כו' עייש"ה. ולזה העירני בני האברך מו"ה ישכר שיחי': והנה בני שיחי' השיבני בזה דהא יקשה גם להיפוך אף אם תוכ"ד הוא רק דמחשבינן מזמן המאוחר לזמן המוקדם א"כ באכל בליל יוה"כ בתחילת הלילה

תיכף שבתוכ"ד מקודם עוד הי' יום ובפרט לר' יוסי דבה"ש הוא כהרף עין הכי נימא דמחשבינן לי' כאילו אכל מבעוד יום בתוכ"ד דהוי מזמן המאוחר לזמן המוקדם ויהי' פטור כאילו אכל מבע"י. וכן אם עשה מלאכה בתחילת כניסת השבת או יוה"כ ותוכ"ד מקודם לא הי' עוד לילה הכי נימא שיהי' מיחשב כאילו עשאו מבע"י ויפטור והרי דוקא בעשה בה"ש הוא דפטור וכדאי' במס' שבח (דף ל"ה ע"ב וברמב"ם פ"ה מהל' שבת ה"ד) הא כשהוא לילה אף שתוכ"ד מקודם הי' עוד בה"ש שהוא ספק יום בודאי חייב והא הוי בתוכ"ד מקודם יום. וע"כ י"ל דאף דתוכ"ד כד"ד וגם אם נימא דמחשבינן מזמן המוקדם על הזמן המאוחר מ"מ י"ל דניהא דמחשבינן לזמן המוקדם כאילו הי' בזמן המאוחר ג"כ היינו בהזמן של תוכ"ד אבל לא אמרינן דנתבטל המעשה של העשי' לזמן המוקדם דנימא דלא מיחשב כאילו עשה בזמן המוקדם רק דיש לומר דנוכל לחשבו המעשה כאילו עשה בזמן המוקדם וגם יש לחשבו כאילו עשאו בזמן המאוחר בתוכ"ד ומש"ה שפיר חייב כרת על הזמן האכילה שאכל ביוה"כ סמוך לשקיעת החמה שהי' בזמן המוקדם בזמן החיוב. והא דגבי עדי גניבה וטביחה דאמרינן דאם העידו לשניהם על הגניבה והטביחה ביחד בתוכ"ד אמרינן דכשהוזמו על הטביחה נפסלו עדותן על הגניבה ג"כ הוא משום דנוכל לחשוב ג"כ עדותן על הגניבה לזמן המאוחר בתוכ"ד ניהא דיש לחשבו ג"כ על הזמן המוקדם דהיינו על אותה השעה והרגע שהעידו על הגניבה מ"מ הרי יש בזה העדות על הגניבה צד פסול אם נחשוב לזמן המוקדם על הזמן המאוחר ומש"ה נפסל עדותן על הגניבה בכה"ג שהעידו על הטביחה בתוכ"ד של עדות הגניבה וא"כ לא יקשה מהא דמס' שבועות וכו' הנ"ל. וכן להיפוך באכל בתחילת ליל יוה"כ או עשה מלאכה ג"כ לא נוכל לומר דנתבטל המעשה של העשי' בזמן המאוחר והרי אכל ביוה"כ או עשה מלאכה בלילה ושפיר חייב. והנה יש מקום לומר כן הגם כי יש לפקפק קצת אם נוכל לחייבו כרת מכח זה דסוף סוף נוכל לחשבו ג"כ להמעשה שהי' בזמן המוקדם לזמן המאוחר וכן להיפוך מזמן המאוחר לזמן המוקדם אבל מ"מ נוכל לומר כן:

אמנם לאחר העיון נראה דבלא"ה לא יקשה מאכל בתחילת ליל יוהכ"פ. דהא דאמרינן תוכ"ד כד"ד בין אם נימא דחשבינן מזמן המוקדם לזמן המאוחר ובין אם חשבינן מזמן המאוחר לזמן המוקדם היינו דוקא במידי שעשה מעשה אמרינן דיש לו זמן עוד עד לאחר כד"ד וכמ"ש הריטב"א דהוי כאילו רחושי מרחשן שפוותי' עדיין וכמ"ש הר"ן דעוד לא נגמר בדעתו היטב עד לאחר כד"ד. ואם מחשבינן מזמן המוקדם לזמן המאוחר היינו דכיון דלאחר עשייתו יש לו עוד תוכ"ד נוכל לחשוב מה שעשה בזמן המוקדם

כאילו עשאה בזמן המאוחר וכגון בעדי גניבה ועדי טביחה דנחשוב הגדתן על הגניבה כאילו הגידו אח"כ בתוכ"ד בשעה שהעידו על הטביחה אם נחשוב מזמן המוקדם לזמן המאוחר. וכן בנתעלף דמעשה הקריעה שעשה יש לו זמן עוד תוכ"ד אמרינן דמיחשב כאילו עשאה אח"כ דהמעשה נמשך עוד. וכן מזמן המאוחר לזמן המוקדם היינו נמי דוקא כגון בהקדש דאמרינן מה שאומר אח"כ הו"ל כאילו אמר בשעה שעשה המעשה הראשונה ואמרינן דהוי כולו כמו חדא מעשה ועוד לא נפסק דיבורו הראשון וכאילו מדבר עדיין וכמ"ש הרמב"ן והריטב"א הנ"ל, והיינו דמצרפין מעשה השני' עם מעשה הראשונה וכאילו עשהו בראשונה. אבל באכל בתחילת הלילה של יוה"כ דהשתא הוא תחילת המעשה שאוכל ומבעוד יום אין כאן שום ענין מעשה שנימא שנצרף מעשה האכילה בתחילת הלילה למבעוד יום. דהא השתא מתחיל המעשה אין שום סברא לומר שמעשה האכילה דהשתא מתחלת מקודם דהאיך נמשוך לעשייתו על זמן המוקדם והא אין לו שום התקשרות למעשה זו עם הזמן שקודם המעשה דעתה מתחיל הוא לעשות המעשה והאיך נוכל לחשבו על זמן המוקדם והא מקודם לא עשה כלל שום ענין מזה שיהי' נוכל לומר דמיחשב כאילו עשהו מקודם ודו"ק בזה:

ועוד נלע"ד לומר בזה דלא יקשה מהא דמס' שבועות וכו' הנ"ל דהא דאמרינן תוכ"ד כד"ד הוא דוקא בדבר התליא במחשבת העושה וכגון קנין או מקצה דבר לעכו"ם להרשב"ם ב"ב (דף קכ"ט) ושאר דברים בזה אמרינן דתוכ"ד יכול לשנות מחשבתו הראשונה וממילא נשתנה ענין המעשה. אבל בהא דמס' שבועות דכבר עבר העבירה שאכל או עשה מלאכה סמוך לחשיכה ממש דהרי תו לא בעינן מחשבתו כלל דהא כבר נתחייב כרת על אכילתו ומלאכתו ולא שייך תו לומר בזה תוכ"ד כד"ד ולא נתבטל מעשה העבירה ועיקר מה דשייך לומר תוכ"ד כד"ד לבטל המעשה הראשונה הוא דוקא בדבר התליא במחשבה ג"כ וכמו שבארו הראשונים ז"ל משום דלא נגמר עוד דעתו ועשייתו שלא יחזור וכמ"ש הר"ן שם בנדרים אבל בדבר דלא תליא במחשבה והרי כבר איתעביד המעשה שחייב עלי' כרת איך יוכל להפקיע אח"כ בתוכ"ד המעשה שכבר נעשה ונתחייב עלי' כרת אטו אם יחלל שבת או יאכל איסור יהי' יכול לומר תוכ"ד שחוזר בו מן המעשה שעשה שנתחייב עלי' כרת או מיתה. והא דבמגדף דלא אמרינן תוכ"ד כד"ד לחזור בו מן העבירה וכתבו הראשונים ז"ל הטעם בזה משום דבודאי עשה כן בכוונה אחר ישוב הדעת ומש"ה לא מועיל חזרתו תוכ"ד תיפוק לי' דכבר נעשה העבירה. י"ל דהתם במגדף דהעבירה הי' רק הדיבור והדיבור תליא עיקר בכוונת הלב שנתכוון במחשבתו לגדף ר"ל כלפי מעלה וגידף בדיבורו וכדקאמר הש"ס בסנהדרין (דף ס"ה

ע"א) אמר רבא שאני מגדף הואיל וישנו בלב ופירש"י ז"ל בד"ה הואיל וישנו בלב עיקר חיוב הבא עליו תלוי בלב שמתכוון לברך השם שאפילו מברך את השם כל היום ואין בלבו כלפי מעלה אלא שהעלה את השם לדבר אחר ומכנהו בשם המיוחד ומקללו אינו מתחייב עכ"ל רש"י ז"ל ועיין בתוס' בד"ה הואיל כו' מ"ש בזה ונראה שמסכימים ג"כ לשיטת רש"י בזה. [ויש לעיין מדברי האבן עזרא פ' תשא ל"ב בד"ה אמר אברהם המחבר באה"ד מ"ש בזה"ל ומחשבות הלב אינם מועילות כי הנוקב את השם על פי דיבורו יהרג וככה האומר נלכה ונעבדה א"א כו' עיי"ש ויש לעיין בזה בכוונת האבן עזרא לפ"ד רש"י ותוס' הנ"ל]. וא"כ כיון דעיקר העבירה מה שמגדף בדיבורו ומתכוון כלפי מעלה בזה הי' הסברא לומר דתוכ"ד יכול לחזור בו ולבטל הדיבור הראשון ומחשבתו הרעה הראשונה וחוזר מדעתו וכוונתו וצרכינן לטעמא דבמגדף לא אמרינן תוכ"ד כד"ד משום דכבר דיבר הדיבור הרעה הזה בכוונה גמורה וכן בעובד עכו"ם לפי' התוס' ב"ב (דף קכ"ט ע"ב) ד"ה חוץ והר"ן בגדרים (דף פ"ז ע"א) שם דמיירי באמר אלי אתה והרמ"ה במס' ב"ב שם (אות ק"ל) כתב דמיירי ג"כ בעבדה במעשה יעו"ש דלולא משום שגמר מחשבתו הי' מועיל לחזור בתוכ"ד היינו נמי משום שעבודתו הוא שנתכוון לעובדה בזה דעל מעשה השתחואה שלא לעבדה אינו חייב וא"כ תליא עבודתו במחשבתו בזה. ובנתעלף דאמרינן תוכ"ד כד"ד היינו גמי משום דהקריעה הוא תליא במחשבתו שיהי' לשם מצות קריעה ולשם צער הא אילו קרע סתם קרע בעלמא שלא על מת לא יצא אפילו נודע לו תוכ"ד שמחויב לקרוע ומש"ה הוא תליא במחשבתו האיך נתכוון בעשיית המעשה ומש"ה לא נגמר עוד דעתו עד לאחר כדי דיבור ושפיר אמרינן בי' תוכ"ד כד"ד. ועפ"ז אין ראי' כלל מהא דמס' שבועות וכו' הנ"ל ודו"ק בזה:

וראיתי בשו"ת חת"ס חאהע"ז (סי' צ"ז) בד"ה והנה י"ל כו' שכ' והנה המקלל אביו ואמו וחבירו וחוזר תוכ"ד מועיל חזרתו לפוטרו מ"מ בלי ספק במכה אביו ואמו פשוט דלא יועיל חזרתו כו' עיי"ש מ"ש. ולפי האמור הטעם פשוט במכה אביו ואמו דלא מהני חזרה בתוכ"ד משום דאיסור הכאת אביו ואמו אינו מלתא התליא בדעתו ורק מעשה ההכאה הוא העבירה והאיך שייך לומר שחוזר בו כיון שכבר הכה ובמה יסלק ההכאה. ובמקלל אביו ואמו שפיר י"ל דמועיל חזרתו בתוכ"ד מקללתו שמבטל דיבורו ומחשבתו שקילל בדיבורו והי' כן בכוונתו לקללה ועכשיו בתוכ"ד חוזר בו וי"ל דלא גרע ממגדף דלולא דמגדף הוי מעשה חמיר הי' מועיל חזרה וההי"נ במקלל חבירו באמת מועיל חזרתו בתוכ"ד:

ובהיותי עוסק בענין זה מצאתי פלפול שפלפלתי עם מחו' הגאון הצדיק המנוח מוה"ר אביגדור יהודה זצ"ל הגאבד"ק קויל בענין תוכ"ד ואעתיק כאן גרגיר אחד השייך לכאן מה שפלפלתי ע"ד הקהלת יעקב להגאון מוהר"י אלגזי ז"ל בתוספת דרבנן (אות תי"ו סי' שי"ד) שם מבנו הגאון מוהרי"ט אלגזי ז"ל בסוף הסימן שם שכתב דנראה פשוט דלמאי דקיי"ל דבכל התורה כולה תכ"ד כד"ד העובר על איזה מהלאוין דחייבין עליהם וחזר בו תכ"ד וכגון מי שקנה חמץ בתוך הפסח דעובר על ב"י וב"י ותיכף שמשכו לקנותו חזר בו תכ"ד ובעל הקנין חשיב כאילו לא קנה כלל ופטור וכן אם נשבע שקר דלשעבר ובתכ"ד חזר בו ואמר האמת פטור וכן כל כיוצא לזה כל שחזר בתכ"ד חשיב כאילו לא עבר כלל ואין לומר דלא אמרינן תוכ"ד כד"ד אלא בדברים שאין בעשייתם איסור אבל בדברים דעבירה הוא בידו לעשותם כיון דחמירי מחמת אי איסורא דרביע עלייהו אין אדם עושה אותם אלא בהסכמה גמורה ובגמר דעתו הוא עושה ומש"ה חזרה אפילו תכ"ד לא מהני דהא ליתא דהא אמרינן בגדרים (דף פ"ז וב"ב דף קכ"ט) והלכתא תכ"ד כד"ד חוץ ממגדף ועובד עכו"ם וא"כ אמאי נקיט הני דחמירי תיפוק לי' דאפילו איסורים אחרים דלא חמירו כולי האי תכ"ד לאו כד"ד וכן מתבאר עוד מההוא דאמרינן בפרק שבועת העדות (דף ל"ב ע"ב) דמוקי מתני' דכפר אחד והודה אחד דהכופר חייב כגון שכפרו שניהם וחזר אחד מהם והודה בתכ"ד והא קמ"ל דתכ"ד כד"ד יעו"ש הרי דאף דנשבע לשקר שאינו יודע לו עדות כל שחזר בו תכ"ד והודה על האמת פטור דחשיב כאילו לא נשבע ועפי"ז הקשה בהא דמס' חולין (דף קמ"א ע"א) בהנוטל אם על הבנים משלח ואינו לוקה שפירש"י ז"ל דאינו לוקה אא"כ לא קיימו תכ"ד למאן דתני קיימו ולא קיימו ע"ש דא"כ אמאי דוקא גבי לאו הנל"ע הוה כן הלא גם בכל לאוי לבר מגדף ועכו"ם הדין כן דמצי לתקן תכ"ד יעו"ש מ"ש בזה:

ולעד"נ בישוב קושי' הקה"י לחלק בין היכא דהעבירה כבר נעשית ורק שיתקן ע"י העשה שיקיים מטעם ניתק לעשה לבין היכא דאם יחזור בו לא יהי' עבירה כלל והיינו שנימא שמבטל למעשה העבירה דגבי לא תקח האם על הבנים דתיכף בשעת לקיחת האם עם הבנים כבר נעשית העבירה ורק שיכול לנתק הלאו ע"י שישלח אח"כ האם ולמ"ד קיימו ולא קיימו בעינן דוקא שיקיים תוכ"ד ודוקא משום דניתק לעשה הא לא"ה לא הי' מהני שישלח האם תוכ"ד ללקיחה דמאי יועיל מה שישלחה עתה בתכ"ד ללקיחה סוף סוף כבר עשה מעשה הלקיחה וכי ע"י מה שמשלחה עתה יוכל לומר דהוי כמי שלא לקחה מעולם הלא כבר נעשה מעשה העבירה דאף שמשלח אח"כ האם מ"מ לא נעקר הלאו שעבר מקודם ולא שייך בזה דחוזר בתכ"ד מהמעשה דע"י חזרתו לא יוכל

לסלק המעשה שנימא שלא לקחה משא"כ בקנה חמץ בפסח דעובר בב"י וב"י משעה שמשכו ואם תוכ"ד למשיכתו חזר בו מהקנין הרי לא נעשה המקח כלל דכשחזר בו הרי נתבטל הקנין למפרע ולא הי' החמץ שלו וממילא לא עבר עבירה כלל וכן בכל עבירות הנעשות ע"י קנין יכול לחזור בו תוכ"ד דמצי לבטל הקנין ע"י שחוזר תכ"ד אבל במידי דא"א בחזרה וכגון מעשה עבירה דלא תליא בחלות קנין וכדומה ורק שגוף המעשה הוא העבירה וכגון לקיחת האם על הבנים בודאי דלא שייך בי' חזרה בתכ"ד דע"י חזרתו לא נתבטל המעשה ודומה לאכילת איסור דל"ש חזרה בי'. ובשבועת ביטוי דלהבא דמבואר ברמב"ם (פ"ב מהל' שבועות הי"ז) ובש"ע יו"ד (סי' ר"י ס"ג) דמצי לחזור משבועתו ונדרו בתכ"ד יע"ש הוא משום דחוזר מנדרו ושבועתו שאינו רוצה ליאסר בזה וחוזר מדעתו שרצה לאסור ועכשיו חוזר בו. וכן מ"ש הקה"י לדייק מהא דמס' שבועות (דף ל"ב ע"ב) דגם בשבועה דלשעבר ג"כ מצי לחזור תכ"ד [וי"ל מרמב"ם (פ"ט מהל' שבועות הי"ד) ובכ"מ שם. ובשלטי הגבורים ר"פ שבועת העדות בענין היכא דפטור משבועת העדות אם פטור גם משבועת שקר יעוש"ה]. היינו נמי משום דשבועה הוא רק דיבורא שפיר מהני חזרה תוכ"ד וכמו במגדף דמאי דלא מהני בי' חזרה תוכ"ד משום דהוא מעשה חמורה וכמ"ש הר"ן בגדרים שם הא לא"ה הי' מועיל לחזור ממאי שגידף והה"נ דמצי לחזור ממאי שנשבע לשקר ומבטל דיבור השבועה שדיבר בכוונת שבועה אבל לא במידי דמעשה אשר כבר נתהוה העבירה וכגון לקיחת האם על הבנים וכדומה לא מהני חזרה תוכ"ד ולוקה עלי' לבר היכא דהוי לאו הנל"ע ומיושב שפיר קושי' הקה"י הנ"ל. ע"כ ממ"ש שם. ועולה שפיר עם מ"ש לעיל לחלק דתוכ"ד לא מהני חזרה אלא ממעשה התליא בדעתו שמחמת דעתו חלה המעשה מצי לחזור בו מדעתו ונתבטל חלות המעשה משא"כ היכא דגוף המעשה הוא עבירה ואינו תלוי בדעתו לא שייך לומר כלל שיחזור בתכ"ד וכמש"ל בזה:

מיהא מ"ש לעיל לענין אכל מצה בע"פ ביה"ש דבודאי לא מועיל התוכ"ד של סוף האכילה שהוא לילה דנימא כאילו אכל בלילה ומ"ש זה מהא דקרע כשהי' מתעלף ובתוכ"ד מת דגם באכילת מצה למ"ד מצ"כ צריך שיכוון שעושה האכילת מצה לשם מצוה או אפילו למ"ד א"צ כוונה אבל בנתכוון בפירוש שלא לשם מצוה דלא יצא וא"כ הוי גמי מילתא דתליא בדעתו ודמי להך דנתעלף וכמש"ל ולכאורה י"ל בזה:

מיהא י"ל בזה דשאני גבי מצה ואתרוג משום דתליא האכילה והנטילה בזמן דוקא שיאכל המצה בלילה וליטול האתרוג ביום דוקא מה מועיל לנו שבתוכ"ד נתהוה אז הזמן חיוב לאכילת מצה וליטול האתרוג הלא סוף סוף האכילה והנטילה לא הי' בזמן

הכושר היינו בזמן המחויב אז לעשות כן שהרי התורה קבעה לה זמן זה דוקא ולא מועיל כלל מה שהוא בתוכ"ד אבל בקריעה אין הזמן קבוע אע"ג דהחיוב הוא רק על מת אבל עכ"פ לא דמי לזמן הקבוע לאכילת מצה ולנטילת אתרוג ויש לפקפק בחילוק זה שבין מצה ואתרוג לקריעה:

ובעיקר הדבר נלע"ד ליישב הא דמס' נדרים בהקדש מ"ש הנ"י שהבאתיו לעיל דאפילו אם קרע על מת רחוק שאינו חייב לקרוע עליו ובתוכ"ד נודע לו שמת קרובו שחייב לקרוע עליו יצא יד"ח קריעה. והנה דקדק הנ"י לכתוב שקרע על מת רחוק שאינו חייב לקרוע עליו משמע הא אם קרע שלא על מת רק לצורך דבר אחר או בסתם ותוכ"ד נודע לו שמת קרובו שחייב לקרוע עליו לא יצא ידי חובת הקריעה ולכאורה טעמא בעי מ"ש אם קרע על רחוק שאינו בחיוב לקרוע אפ"ה אם תוכ"ד נודע לו שמת קרובו יצא יד"ח קריעה הלא לא הי' עליו שום חיוב לקרוע וצ"ל הטעם בזה דמצות קריעה הוא שיהי' מחמת צערו על מת דוקא ועיין תויו"ט מס' שבת (פי"ג מ"ג) מ"ש שם ורק דאינו מחויב לקרוע רק על הקרובים אבל מ"מ אם קרע על מת רחוק ג"כ אית לי' צער ומחמת הצער קרע וה הוא עולה גם על מה שמחויב לקרוע על קרובו אע"ג דאין צערו על הרחוק שוה לצערו על קרובו אעפי"כ הרי הי' הקריעה על מת מחמת צער ושם קריעה עליו. והנה בסבור שהוא אביו ונודע לו תוכ"ד שהוא בנו דיצא יד"ח הקריעה ובעינן דוקא תוכ"ד אבל לאחר כד"ד לא יצא י"ל דהטעם דכל שהוא תוכ"ד הוה הצער שלו גדול כמו בשעת הקריעה ממש וא"כ כשנודע לו שהי' בנו הוה כאילו אז ממש אחר הודעה שהי' בנו הוא שקרע דמיחשב אז הקרע מחמת חימום על בנו והרי הוא כאילו קרע ממש על בנו ולא משום דמשכינן זמן המוקדם לזמן המאוחר רק דאמרינן דהוה ממש כאילו קרע אז בשעה שנודע לו שהוא בנו ומכ"ש כשקרע על אותו המת בעוד שהי' נתעלף והי' סבור שמת ותוכ"ד מת דפשיטא דמיחשב הצער שהי' לו אז לאחר הקריעה תוכ"ד כאילו קרע אז ממש בשעה שמת וזה שדקדק הר"ן ז"ל לכתוב הלשון כיון שמת תוכ"ד כמאן דקרע השתא דמי והיינו דהצער בהקריעה הוא כאילו הי' הכל בשעה שמת והש"ס בנדרים דמדמי כל הני תוכ"ד הוא משום דכולהו הוא מסוג תוכ"ד:

ויש להוסיף עוד דהרי באמת הארכתי ב"ה [באק"ב] ליישב סוגיין דב"ק דתוכ"ד הוא דהמעשה שעושה אין לה חלות עד לאחר עבור הזמן דתוכ"ד ומש"ה בעדי גניבה, ועדי טביחה דעדות הגניבה לא חל רק עד שעבר הזמן דתוכ"ד ואז כבר נפסלו מתמת העדות דטביחה וכמ"ש באורך ואף [שבאק"ד] כתבתי דהסוגי' דנדרים לא ס"ל כן ורק דהמעשה חל תיכף בעשייתו אלא שיכול לחזור בו בתוכ"ד יעו"ש מ"מ הכא בקריעה דיש לו

צער הקריעה עכשיו גם להסוגי' דנדרים הוי כמו שקרע עכשיו משום דצער שיש לו עתה שהוא עדיין בתוכ"ד מהקריעה מיחשב כקריעה וכאילו קרע השתא. ומעתה לק"מ ממצה דשאני גבי מצה דאכל בזמן שלא הי' מחויב כלל אי אפשר למשוך זמן אכילתו לזמן שאחריו. ואף דיש לו הנאת מעיו בתוכ"ד שהוא לילה מ"מ בהנאת מעיו לחוד לא יצא דהתוה"ק הקפידה על האכילה. ועיין מ"ש בעזה"י בפ' הגוזל קמא (על דף צ"ד ע"א) [או"ו אק"ז] ובקריעה הוי טעם אתר משום דעדיין בתוכ"ד מיקרי שעת חימום מקריעה והתוה"ק הקפידה שיהי' לו צער מקריעה וכמש"ל וא"ש הכל ול"ק ממצה ומאתרוג:

ומעתה אין ראי' מקריעה דנימא דשדינן זמן המוקדם על זמן המאוחר ורק דהטעם הוא משום הצער הקריעה שיש לו בשעה שמת וכעין מ"ש [באק"ב] בעדי גניבה וכמש"ל. והסברא נכונה כמו שכתבתי דתוכ"ד הוא רק מזמן המאוחר לזמן המוקדם ומש"ה הקשיתי בעדי גניבה וטביחה ניהו דנפסלו משעה שהעידו על הטביחה האיך יופסל העדות הגניבה דאין לומר בזה דשדינן זמן המאוחר על זמן המוקדם וכאילו נפסל בזמן המוקדם דהאיך נוכל לפסול אותם בזמן המוקדם כיון שהיו אז כשרים ולא הי' בהן שים פסול עדיין האיך נוכל לפוסלם אז משום שעברו אח"כ עבירה וע"כ נצטרך לומר דהעדות שהעידו על הגניבה הוי כאילו העידו אח"כ ביחד עם העדות דטביחה וע"ז הקשיתי דתוכ"ד לא שייך אלא מזמן המאוחר לזמן המוקדם אבל לא מזמן המוקדם לחשוב על זמן המאוחר:

והנה בספר יד רמ"ה ב"ב (דף קכ"ט אות ק"ל) משמע קצת כסברתי וז"ל ואסיקנא והלכתא כל תוכ"ד כד"ד לבד מעכו"ם וקידושין כלומר כל האומר דבר או שעושה מעשה בתוכ"ד מדיבור אחר או ממעשה אחד בין ששניהם שלו בין שהאחד שלו והשני של אחר בין שהראשון שלו והאחרון של אחרים בין שהראשון של אחרים והאחרון שלו [דברים הקדושים הללו צריכין פירוש ואולי כוונתו גבי עדות במס' מכות (דף וי"ו ע"א) א"ר והוא שהעידו כולם בתוכ"ד כו' וי"ל]. אם הי' האחרון בתוכ"ד לראשון כתחלת דבור דמי ורואין את האחרון כאלו נאמר או נעשה עם הראשון בבת אחת או תיכף לראשון בלא שהיי' ובלא הפסק נפ"מ לכמה מילי בין לענין איסורא בין לענין ממונא ומינייהו לענין חזרה כגון האומר ה"ז תמורת עולה ונמלך בתכ"ד כו' עיש"ה ברמ"ה ז"ל הרי שביאר הרמ"ה ז"ל בלשונו הטהור ענין תוכ"ד דדבור האחרון הוי כתחלת דבור והוא מזמן המאוחר לזמן המוקדם. ומשמע קצת כדברי:

אמנם יש לעיין מהא דאמרינן במס' ב"ב (דף קכ"ט ע"ב) נכסי לך ואחריך ירש פלוני ואחרי אחריך ירש פלוני מח ראשון קנה שני מת שני קנה שלישי כו' לימא נמי תיהוי

תיובתי' דר"ל כו' לא קשיא כאן בתוכ"ד כאן לאחר כד"ד כו' ופירשב"ם בד"ה לא קשיא הא דקתני מתנה לזה וירושה לזה דקנו שניהן ל"ק לר"ל דאמר לא קנה ברייתא דקאמר ואחריך יירש פלוני תוכ"ד הראשון דקאמר נכסיי לך הילכך מהני מתנה דראשון גם לשני והאי דקאמר ר"ל לא קנה בשתי שדות ושני בני אדם האי לשון ירושה היינו לאחר כד"ד ולהכי לא מהני לי' לשון מתנה דהאי אלשון ירושה דאידך כו' ע"ש. ועיין ברמב"ם (פ"ו מהל' נחלות ה"ו) ובש"ע חו"מ (סי' רפ"א ס"ז) וז"ל אין כל הדברים הללו אמורים אלא כשאמר לשון ירושה אבל אם אמר לשון מתנה דבריו קיימים כו' כתב בין בתחלה בין באמצע בין בסוף משום מתנה אע"פ שהזכיר לשון ירושה בתחלה ובסוף דבריו קיימים כו' וכן אם הי' שלש שדות לשלשה יורשים ואמר יירש פלוני שדה פלונית ותנתן לפלוני שדה פלונית ויירש פלוני שדה פלונית קנו אעפ"י שזה שאמר לי' בלשון ירושה אינו זה שאמר לי' בלשון מתנה והוא שלא ישהה בין אמירה לאמירה כדי דיבור אבל אם שהה צריך שיהי' לשון המתנה מעורב בשלשתן עכ"ל המחבר. והנה באמר מתנה באמצע חל הלשון מתנה על הלשון ירושה הקודמת לו הואיל דהי' תוכ"ד של הלשון ירושה שאמר, בראשונה וזה הוי מזמן המאוחר לזמן המוקדם אבל הא חזינן דחל הלשון מתנה שאמר באמצע על הלשון ירושה שאמר באחרונה וכן בנכסי לך ואחריך לפלוני ופירשב"ם דראשון הוא לשון מתנה ואחריך ירש פלוני אמרינן מהני מתנה דראשון גם לשני אם הי' תוכ"ד אלמא דמהני אמירת מתנה מזמן הקודם על הזמן המאוחר אם הוא בתוכ"ד ונראה לכאורה להיפוך מדברי הנ"ל:

אמנם לאחר העיון נראה לכאורה דמשונה האי תוכ"ד דמתנה וירושה מכל תוכ"ד דעלמא דבכל תוכ"ד דעלמא אנו דנין על דבר אחד אם יחול בו הדיבור הראשון או הדיבור השני ושני הדיבורים אינם להם חלות שיחולו שניהם רק אחד מבטל לחבירו כגון דאמר תמורת עולה ותמורת שלמים וכיוצא בו ויש עוד ענין תוכ"ד שדנין על דבר אחד מאיזהו זמן חל אם מזמן הקודם או מזמן המאוחר דהיינו בתוכ"ד כגון הא דעדות שהעידו על הגניבה והטביחה בתוכ"ד והוזמו על הטביחה דדנין דכיון דעד זומם למפרע נפסל והרי נפסלו משעת הגדתן לעדותן בפני הב"ד ודנין לומר שגם עדותן על הגניבה נפסל ומשום דהי' תוכ"ד של עדות הטביחה וכמבואר בב"ק בסוגיין ובהא דמס' נדרים (דף פ"ז) דדנין על הקריעה אם נחשבה כאילו קרע לאחר שמת לו המת שחייב לקרוע עליו דנין ג"כ על מעשה הקריעה אם לחושבו לזמן המו קדם או לזמן המאוחר ושייך בי' הלשון תוכ"ד [וכבר בארתי קצת לעיל הטעם דשייך לומר דדנין מזמן המוקדם לזמן המאוחר משום דצער הקריעה והחימום הוא בחוזק בתכ"ד כמש"ל] אבל הכא בסוגיין במס' ב"ב דאמר

שדה פלונית ירש ראובן ושדה פלונית תנתן לשמעון ולוי ירש שדה פלונית אמאי לא נימא לקיים כל השלשה דברים כמו שאמר ראובן ולוי יירשו שני השדות שסיים להם ושמעון יזכה במתנה בהשדה שסיים לו לשמעון ולמה נאמר הואיל דהי' הכל בתוכ"ד שהי' כוונת הנותן שיחול השם מתנה על כל השלשה שדות והרי משונה תוכ"ד זה מאינך תוכ"ד הנ"ל. והטעם דדנין בזה לומר דשם המתנה יחול על כל השלשה שדות לשלשה האנשים הוא דאמרינן דהואיל דאמר לשלשה דברים הללו בהמשך אחד בתוכ"ד כאילו אמר בפירוש דלכל השלשה הוא נותן במתנה השלשה שדות הללו לראובן שדה פלונית ולשמעון שדה פלונית וללוי שדה פלונית וכן מפורש בספר יד הרמ"ה על ב"ב בסוגיין [אוקב"ט] בד"ה לימא תיהוי נמי תיובתא כו' אלא לא קשיא כאן בתוכ"ד כאן לאחר כד"ד כו' דלא מיבעי' היכא דאקדים מתנה לירושה כגון דאמר תנתן שדה פלונית לפלוני ויירש פלוני שדה פלונית דכיון דבתוכ"ד קא"ל לבתרא הי"ל כמאן דעירבה להקנאה דשני בהדי דראשון ואמר תנתן אתרווייהו אלא אפילו אמר לשון ירושה מעיקרא והדר אקני לי' לב' בלשון מתנה בתוכ"ד קנו תרווייהו דהי"ל כמאן דאמר נמי לשון מתנה גבי ראשון דהכי קאמר יירש ותנתן לפלוני שדה פלונית ושדה פלונית לפלוני דמשמע דתרווייהו בחדא הקנאה קא מקני להו וכי היכא דהאי במתנה האי נמי במתנה וכי תימא נלך לדרך זו ולימא תוכ"ד כד"ד וכי היכי דהאי בירושה האי נמי בירושה ולא ליקני חד מנייהו הא ל"ק דאפילו תימא הוה לי' כמ"ד נמי לשון ירושה גבי תרווייהו ע"כ כיון דאמר לשון מתנה לזה ולשון ירושה לזה כל חד מינייהו בתוכ"ד והי"ל כמאן דערבינהו בהדי הדדי הי"ל כמ"ד לשון מתנה וירושה לזה ולשון מתנה וירושה לזה דקנו תרווייהו מידי דהוי אאדם אחד ושדה אחת דלדברי הכל אם כתב לשון מתנה בתחילה וירושה בסוף ומתנה באמצע דקני [בגמ' איתא הלשון ירשה ותנתן לו וירשה זו היא מתנה באמצע וכן איתא בש"ע מ"מ (סי' רפ"א ס"ז) הנ"ל ובודאי גם כוונת הרמ"ה ז"ל כן ויש קצת ט"ס בהרמ"ה ז"ל] דכל לגבי עיקר הקנאה בתר לישנא דאלים טפי אזלינן ואידך כמאן דליתא דמי כו' עכ"ל הרמ"ה ז"ל. והנה מפורש בהדי' בהרמ"ה ז"ל דעיקר הטעם והסברא בזה משום דמיחשב כאילו ערבינהו ממש לשני הלשונות דירושה ומתנה ואמרן כאחד בפירוש וזה דוקא אם אמרן לכל השלשה דברים הללו כאחד בתוכ"ד ואמרינן תוכ"ד כד"ד הוי כאילו ערבינהו לכל השלשה דברים כאחד וכמו דאסבר לה הרמ"ה ז"ל. וכיוצא בזה איכא ג"כ עוד תוכ"ד במס' נזיר (דף כ"ף ע"ב) במתני' מי שאמר הריני נזיר ושמע חבירו ואמר ואני ואני כולם נזירים ובגמ' יתיב ר"ל קמי' דר"י נשיאה ויתיב וקאמר והוא שהתפיסו כולן בתוכ"ד כו' כל הסוגי' דתוכ"ד זה הוה ג"כ דהואיל דאמר חבירו ואני בתוכ"ד של

הנודר וכן השלישי שאמר ואני תוכ"ד של השני הוה כאילו אמרו בפירוש כ"א מהם ואני ג"כ אהי' נזיר והוא קצת כעין תוכ"ד להא דמס' ב"ב בסוגי'. אבל אם לא היינו אומרים תוכ"ד כד"ד לא הי' שייך לומר כלל סברת הרמ"ה ז"ל דאמרינן דהוי כמאן דערבינהו דמי. וזה דתליא דין זה בהא דאמרינן דתוכ"ד כד"ד ומסיק הש"ס עלה והלכתא תוכ"ד כד"ד. וא"כ לא תליא זה כלל במה דנאמר אם נמשך הזמן המוקדם לזמן המאוחר או זמן המאוחר לזמן המוקדם ודו"ק בזה. ועיין תוס' גיטין (דף ה' ע"ב) ד"ה יטלנו כו' וז"ל מכאן משמע דצריך לומר בשעת נתינה בפני נכתב כו' וה"ה לאחר נתינה תוכ"ד דמהני כו' יעוש"ה. וגם משם אין ראי' אם נמשך הזמן המוקדם לזמן המאוחר או דנמשך זמן המאוחר לזמן המוקדם כמובן: עוד העיר ידידי הרה"ג הנ"ל על סברתי הנ"ל דלא נחשוב מזמן המוקדם לזמן המאוחר ממ"ש התבו"ש ז"ל (סי' ד' סק"ה) בהא דכתבו הפוסקים דאם שחט סתם ואחר השמיטה אמר שדעתו לזרוק הדם לעכו"ם חיישינן שמא לשם עכו"ם שחטה וכתב התבו"ש דהא דאמרו שחט ואח"כ חישב עליו אין פירושו תוכ"ד דהא לא הוה מספקא להו דהוה שוחט ע"מ לזרוק ממש דבכל התורה כולה תכ"ד כד"ד כדאיתא בב"ב (דף קכ"ט) ובכמה מקומות בש"ס וע"כ באחר כדי דיבור מיירי עייש"ה בתבו"ש ז"ל וא"כ מוכח לכאורה דמחשבינן מעשה השחיטה שהי' מעיקרא כאילו הי' בזמן המחשבה והוי מזמן המוקדם לזמן המאוחר (עכ"ל). אולם לאחה"ע י"ל דבאמת גם כוונת התבו"ש הוא דמחשבינן המחשבה שחישב לעכו"ם בתוכ"ד הוא כאילו חישב בשעת שחיטה והו"ל מזמן המאוחר לזמן המוקדם. ומה שהקשיתי בעדי גניבה ועדי טביחה משום דהתם צריכין לדון ליפסל העדים המעידים מחמת שהעידו עדות שקר והרי בשעה שהעידו עדות הגניבה עדיין כשרים היו ואז לא העידו עוד העדות שקר של הטביחה בפני הב"ד, וא"כ אין לומר שנחשוב כאילו נפסלו בשעה שהעידו עדות גניבה דהא אז כשרים היו והאיך שייך לומר שהיו אז פסולים כיון שעוד לא עשו שום עבירה. ורק נצטרך לומר דמחשבינן העדות גניבה מזמן המוקדם לזמן המאוחר וכאילו העידו על הגניבה בשעה שהעידו על הטביחה ע"ז הקשיתי דלא מצינו תוכ"ד כזה. וכתבתי לתרץ כמבואר בפנים. משא"כ הכא דאנו דנין רק ליאסר הבהמה בזה שפיר כתב התבו"ש דמחשבינן להמחשבה שחישב אחר השחיטה בתוכ"ד כאילו הי' מחשב בשעת השחיטה ולא משום הוכיח סופו על תחילתו רק משום דתוכ"ד כד"ד ושפיר י"ל דהוא מזמן המאוחר לזמן המוקדם וי"ל עוד בזה:

ובהיותי בזה יש לעיין בעשה מצוה ולא נתכוון בפירוש לצאת דלא יצא אם מצות צריכות כוונה או נתכוון בשעת עשיית המצוה שלא לצאת דכתבו הראשונים ז"ל דהיכא דנתכוון

שלא לצאת גם למ"ד מצות אצ"כ לא יצא האיך יהי' הדין אם אח"כ בתוכ"ד חישב ונתכוון לצאת בהמצוה שעשה מי אמרינן כיון דתוכ"ד כד"ד בכל התורה א"כ מועיל הכוונה שמכוון לצאת בתוכ"ד כאילו נתכוון בשעת עשיית המצוה ודמי ג"כ לדינא דהתבו"ש הנ"ל דמחשבתו לעכו"ם בתוכ"ד אוסרת כאילו הי' מחשב בשעת השחיטה או דנימא כיון דמ"מ בשעת עשיית המצוה לא חישב לצאת י"ל דבמצוה בעי שממש בשעת העשי' יהי' לשם מצוה ולא יהי' מועיל מה שמכוון אח"כ. ועיין במסכת ברכות (דף י"ב ע"א) אלא היכא דקא נקיט כסא דשכרא בידי' וקסבר דחמרא הוא פתת ובריך אדעתא דחמרא וסיים בדשכרא מהו כו' ובתוד"ה לא כו' וז"ל ור"י הי' אומר לחומרא דצריך לברך פעם אמרת ומיהו הי' אומר ר"ת אם הי' יודע בברור שטעה בדיבורו שאמר בפה"ע תחת פה"ג דבתוכ"ד יכול לחזור בו כו' עיי"ש ובש"ע או"ח (סי' ר"ט ס"א ופ"ב) ומג"א (סק"ד) ומחצה"ש ז"ל יעוש"ה ומשמע מדברי התוס' דדוקא היכא דהכוונה היתה כהוגן ורק שטעה באמירתו הוא דמועיל לתקן האמירה בתוכ"ד הא אם הי' הכוונה שלא כהוגן לא מהני מה שנזכר אח"כ שהוא שכרא אע"ג שנזכר בתוכ"ד דהתוס' דקדקו בלשונם אם הי' יודע בברור שטעה בדיבורו שאמר בפה"ע תחת פה"ג דבתוכ"ד יכול לחזור בו כו' הרי דדוקא בשידע והכוונה הי' כהוגן ורק שטעה בדיבורו הוא דמהני לתקן אמירתו בתוכ"ד אבל אם הכוונה לא היתה כהוגן משמע דלא מהני מה שנזכר ומכוון בתוכ"ד. וכ"כ המג"א שם (סק"ג) וז"ל אבל אם סבור שהוא יין ואמר בפה"ג וסיים שהנ"ב לא יצא כו' וכ"כ (סי' תפ"ז ס"א) אחרי שהוא יודע שהוא יו"ט משמע דאם לא ידע לא יצא ואפילו תכ"ד כו' עיי"ש ומשמע דהטעם דהיכא דהכוונה שלא כהוגן שסבור שהוא יין לא מהני מה שמתקן תוכ"ד משום דבשעת הברכה הי' הכוונה שלא כהוגן והרי הטעם דבעי שיהי' הכוונה כהוגן משום דנתכוון לברך על היין הוי כנתכוון שלא לצאת דלא יצא עיין בתוס' שם (ובמג"א סק"ג) שם. וא"כ מוכח קצת דגם בעשיית המצוה שלא בכוונה או נתכוון שלא לצאת לא מהני אף אם אח"כ בתוכ"ד מתכוון לצאת וצ"ע קצת לחלק בין הך לבין דינו של התבו"ש הנ"ל:

ועוד יש לעיין לאידך גיסא אם עשה מצוה ונתכוון לצאת ואח"כ בתוכ"ד חזר בו ואינו רוצה לצאת אם אמרינן בזה דתוכ"ד כד"ד ולא יצא והרבה י"ל עוד בענין הזה אולם כבר הארכתי כאן בזה והוא ענין עמוק קצרתי: ומ"ש עוד שם בפנים [אק"ב] ליישב קושי' המחנה לוי במסכת מכות (דף ט"ו) בסוגיא דביטלו ולא ביטלו וכתבתי דכיון דתוכ"ד יכול לחזור הוי חלות המעשה אחר שיעור תוכ"ד ויש לו שהות עוד תוכ"ד אחר תוכ"ד

הראשון לקיים העשה כו'. אחז"ר ראיתי בשו"ת בית אפרים ז"ל (חיו"ד סי' ס"ג) בתשובה להגאון בעל מחנה לוי ז"ל בעצמו מיישב הב"א כן קושי' המחנה לוי כמ"ש עיי"ש:

והנה בגוף הדבר אם תוכ"ד הוה הפירוש דהמעשה חל עתה ורק שיכול לחזור בתוכ"ד אבל אם לא חזר המעשה חייל משעת עשייתו או דלא חייל המעשה עד אחר כד"ד וכתבתי בפנים [באק"ד] דהסוגיא דנדרים (דף פ"ז ע"א) סוברת דהמעשה חייל תיכף ורק שיכול לחזור כו'. העירני בזה במכתב האברך הרה"ח מו"ה טובי' יהודה נ"י מק"ק ניישטאט דהא במסכת נדרים שם מבואר דהי' לו חולה ונתעלף וקרע ואח"כ מת בתוכ"ד יצא ידי קריעה וכ"פ בש"ע יו"ד (סי' ש"מ) ע"ש ואם נימא דהמעשה חייל מיד רק דיכול לחזור וכ"ז דלא חזר המעשה חייל מקודם אמאי יצא וע"כ דגוף המעשה חייל אחר כדי דיבור ומש"ה יצא ידי קריעה עכ"ד. והנה כבר כתבתי לעיל בזה באריכות בענין זה ולפי מה שכתבתי לעיל להסביר דהא דקריעה הוה הטעם משום דמימשך הצער של הקריעה עד אחר כדי דיבור וכמבואר לעיל וא"כ א"ש דניהו דהמעשה הקריעה נגמר תיכף מ"מ כיון דצערו נמשך עד לאחר כד"ד ובתוכ"ד מת שפיר יצא ידי חובת קריעה וכמו שכתבתי כן לעיל בד"ה ויש להוסיף עוד וכו':

ועוד י"ל בזה דאף אם נימא דהמעשה חל תיכף מ"מ זה דוקא היכא שאז בעת עשייתו יש חלות להמעשה לחול שפיר אמרינן דחל תיכף אבל אם אז לא הי' מקום כלל שתחול המעשה וכגון בקריעה שבשעה שקרע באמת עדיין לא מת וא"כ לא חלה אז המעשה שפיר י"ל שכשמת אח"כ בתוכ"ד תל הקריעה על מה שמת אח"כ בתוכ"ד. וכן באמרו לו מת אביו וקרע ואח"כ נמצא בנו ג"כ י"ל דבשעת הקריעה לא הי' מקום להקריעה לחול דהא אביו לא מת וממיתת בנו לא ידע אז שפיר אח"כ כשנודע לו שהוא בנו בתוכ"ד חל הקריעה על מה שנודע לו בתוכ"ד. ולעיל בענין תוכ"ד מזמן המאוחר לזמן המוקדם כתבתי לבאר ענין זה באופן אחר קצת:

ובזה א"ש ג"כ מה שהעיר החריף הנ"ל מהא דש"ע יו"ד (סי' רל"ד סל"א) נדרה אשתו וסבור שנדרה בתו או איפכא נדרה מהתאנים וסבור שנדרה מהענבים או איפכא והפר לה ע"ד זה לא הוי הפרה אא"כ נודע לו תוכ"ד ורצה גם בהפרה זו ומקורו מש"ס דנדרים ובהרא"ש שם ועיין בש"ך (סקמ"ט) דאע"פ שלא חזר והפר לה בפירוש הוי הפרה ואי נימא דהמעשה חייל מיד רק דיכול לחזור א"כ הכא ניהו דרוצה עתה שתהי' ההפרה הראשונה חלה על מה שנודע לו עתה מ"מ הא עכשיו לא הפר לה וע"כ דגוף ההפרה לא חייל רק לאחר כד"ד עכ"ד. ולכאורה יפה העיר אבל לפי האמור א"ש דאף אם נימא דהמעשה חל תיכף מ"מ דוקא באופן דמצי לחול תיכף אבל הכא בשעה שהפר הי'

בטעות ולא הי' מקום לחול להפרתו שפיר אח"כ כשנודע לו שהיא אשתו או שנודע לו שנדרה מתאנים חל אח"כ ההפרה על מה שנודע לו בתוכ"ד. וכבר כתבתי גם לעיל בזה בענין נדרה אשתו וסבור שהיא בתו: עוד העיר החריף הנ"ל דדבר זה אם המעשה חל תיכף או רק לאחר כד"ד יש לומר דתליא בהא דאיפלגו הפוסקים ביו"ד (סי' י"ט ס"א) בשחט ולא בירך אם יברך אחר השחיטה כתב הש"כ דיש רוצים לומר שיברך אחר השחיטה והש"כ חולק יעו"ש שהוא פלוגתא בין הראשונים וכתב הפר"ח דאף להסוברים דלא יברך אחר השחיטה מ"מ בתוכ"ד של השחיטה יכול לברך דתוכ"ד כד"ד והתבו"ש (בסק"ב) חולק דאף בתוכ"ד אחר השחיטה לא יברך ע"ש וכתב הנ"ל דפלוגתת הפר"ח והתבו"ש ז"ל יהי' תליא בסברא זו דאם נימא דתוכ"ד המעשה גופי' חייל אח"כ אחר כד"ד שפיר נוכל לברך דהוי עובר לעשייתן אבל אם נימא דגוף המעשה חייל מיד רק דמצי לחזור בתוכ"ד שוב הוי אחר השחיטה לאחר עשייתן ולא יברך עכ"ד. אמנם לאחה"ע נלע"ד דאינו דמיון כלל דכל הספק שלנו הוא רק היכא שבתוכ"ד מצי לחזור בו מהמעשה ותהי' כל המעשה בטילה ע"י חזרתו הוא דיש להסתפק אפילו אם לא חזר בו מתי נגמר המעשה וי"ל דלא נגמרה עד אחר כד"ד אבל בשחיטה דמעשה השחיטה לא יתבטל אף אם יחזור בו דהרי שחוטה לפניך והאיך שייך חזרה בזה בודאי דחלות השחיטה הוא בשעת מעשה השחיטה ופלוגתת הפר"ח והתבו"ש ז"ל הוא רק אם לברך בתוכ"ד שנימא דהברכה שבירך עתה בתוכ"ד הוי כאילו בירך מקודם בשעת השחיטה [ויש חילוק בזה בין שכח ולא בירך ובין שוחט ספק טרפה דמברך אחר הבדיקה כמבואר ביו"ד (סי' י"ט ס"א) עיין בש"כ שם סק"ג] ובני האברך מו"ה ישכר שיחי' העירני שיש להסביר עפ"ד המהרש"ל הובא בתבו"ש (סי' ג' ס"ה) דאם כוון לנחור ולעקור ועלתה בידו שחיטה פסול ע"ש וכתב בספר אמרי בינה חיו"ד דיני שחיטה (סי' ז') די"ל דכוונת המהרש"ל ז"ל דוקא באם עושה ומכוון במעשיו לנחור ולעקור והקרה לפניו בהזדמן ששחט כראוי זה פוסל דהוי כעין נשחט בלי כח גברא שהוא רצה לנחור ולא לשחוט אבל אם מכוון לשחוט כראוי אף אם מכוון שהשחיטה לא יכשיר הבהמה מ"מ כשרה השחיטה רק שי"ל דאם וזבחת הוי מ"ע לא קיים המצוה בזה אבל השחיטה כשרה יעוש"ה ויעויין בספר דרכי תשובה (סי' ג' סק"ב) וא"כ כיון דאף אם מכוון בפירוש בשעת השחיטה שלא יכשיר מ"מ כשרה מכ"ש שלא שייך לומר שאח"כ יחזור בו דאף שיאמר אח"כ בתוכ"ד שחוזר בו ורוצה שלא יכשיר מ"מ כשרה דלא גרע מאילו כוון כן בשעת השחיטה וא"כ בודאי דחלות השחיטה הוא בשעת השחיטה ולא שייך לומר דמעשה השחיטה חל אח"כ שיהי' הברכה עובר לעשייתן בתוכ"ד דהא לענין הכשר השחיטה

הוא תיכף בשעה ששחט ודעת הט"ז (סי' א' סקי"ז) דברכת השחיטה אינה באה על השחיטה עצמה דאין גוף השחיטה מצוה רק הברכה על שאסר לנו הש"י בשר בלא שחיטה יעו"ש והכשר השחיטה נגמר בשעת השחיטה ודו"ק בזה:

עוד יש להעיר קצת גבי פיגול ששחט חוץ לזמנו ובתוכ"ד חזר בו ואמר לזמנו אם הקרבן יהי' כשר ובמסכת זבחים (דף כ"ט ע"ב) במתני' לאכול כזית בחוץ כזית למחר כו' התם לא איירי בחזרה יעוש"ה ובחזר בו מפיגול י"ל בזה. ולכאורה נראה דיהי' כשר דהש"ס קאמר והלכתא תוכ"ד כד"ד חוץ ממגדף ועע"א ומקדש ומגרש וא"כ בפיגול מועיל חזרתו בתוכ"ד להכשיר הקרבן. אולם יש לומר דיופסל מכח היסח הדעת דברגע זו שפיגל הבור שנפסל הקרבן וא"כ הסיח דעתו ממנו ונפסל מכח היסח הדעת דפוסל בקדשים כדאיתא במסכת פסחים (דף ל"ד ע"א) ועיין בתוס' חגיגה (דף כ"א ע"א) ד"ה האונן ע"ש. ואין לומר שיועיל החזרה בתוכ"ד גם על ההיסח הדעת דחזרה שייך על דבר שהוא חל ע"י דיבור או מחשבה שייך לדון אם חוזר בו תוכ"ד ומבטל להחלות. אבל הך היסח הדעת הוא שלילה דהיינו דממילא כיון שהוא סבור שפסול אסח דעתי' ממנו לא שייך בי' חזרה תוכ"ד דסוף סוף אסח דעתי' ממנו והבן. מיהו עכ"פ נ"מ שאין חייבין עליו כרת וגם אם במה שחוזר מפיגולו מתקן הלאו דלא יחשב ויש לפלפל בזה:

ולפ"ז י"ל בהיסת הדעת מאכילה דצריך לחזור ולברך כמבואר בש"ע או"ח (סי' קע"ט) מהו הדין אם אחר היסח הדעת או שאמר הב לן ונברך ואח"כ חזר בו בתוכ"ד שרוצה לאכול עוד אם מועיל חזרתו לבטל ההיסח הדעת או דנימא דמ"מ הא לא הי' בדעתו לאכול עוד והוי כמו שלילה וא"כ י"ל אם מועיל בזה חזרה בתוכ"ד ויש לצדד בזה:

דף ע"ד ע"ב אוקט"ו אק"ב בדברי הראב"ד ז"ל שדן אם מגו מועיל בקנס כמו עדים כו' כמבואר בפנים וכתבתי בזה"ל שוב ראיתי בקצה"ח (סי' א' סק"ח) הביא כן בשם אחיו הרב ז"ל שכתב באמת כן כו' אגב שיטפא כתבתי כן כי הקצה"ח לא כתב כן רק על הש"ס ב"ק (דף מ"ם) אבל לא בדברי הראב"ד ז"ל הללו. ולזה העירני הרב החריף מו"ה שלמה נח נ"י מק"ק אלכסנדר: [מב] דף ע"ה ע"א אוקט"ז אק"ב הבאתי קושי' רש"י במס' מכות (דף ה' ע"א) בד"ה מ"ט דגם בחיוב מיחה אמרינן דאי מודה מיפטר כמו בכל מודה בקנס דעלמא ואי אתי עדים אח"כ פטור למ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור דהא בעינן שיתחייב עצמו במידי והתם אינו מחייב א"ע במידי. וכתב ע"ז ידידי הרב החריף מו"ה זאב אביגדור נ"י דרש"י כתב שם במסכת מכוח אליבא דרבא ורבא סובר הכא בב"ק בסוגיין דלמ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור הוא אפילו היכא דלא מחייב א"ע במידי כדפירש"י כאן בסוגיין ול"ק קושי' הנ"ל ושפיר קאמר בזה. הן אמת לפי פי' התוס'

כאן בד"ה א"ל רבא באה"ד ונראה לפרש כו' עולה שם דרבא סובר דבעינן שיתחייב א"ע במידי ואז הוא דפטור מודה בקנס ואח"כ באו עדים וא"כ קשה שפיר קושי' הנ"ל. מיהא לפירש"י בסוגיין סובר רבא דלמ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור הוא אפילו היכא דלא מחייב א"ע במידי א"כ רש"י לשיטתו ל"ק קושי' הערל"נ הנ"ל:

[מג] דף ע"ה ע"ב אוקי"ז הבאתי דברי הפ"י במס' מכות (דף ה' ע"א) שמתרץ פירש"י שם ד"ה מ"ט כו' דאילו הוה אתי ומודה הוה מיפטר והתוס' שם הקשו דא"כ כל חייבי מיתות ב"ד יכול להודות וליפטר ע"ש וכ' הפ"י בכוונת רש"י עפ"מ דמבואר כאן בסוגיין דאם אומר לא בפניכם גנבתי אלא בפני פלוני ופלוני דסברו רבנן דהוה עדות שאאי"ל וא"כ יש ליישב דברי רש"י דה"ק דהא הי' יכול להודות ולומר האמת שהרג בפני אותן עדי הזמה גופייהו שבאו עכשיו וא"כ הי' לגמרי עדות שאאי"ל וז"ש רש"י שאם יודה יפטור היינו שיודה בכה"ג ע"ש בפ"י. והקשיתי ע"ד הפ"י דהא דאמרינן דאם מודה לדברי העדים אין העדים נעשין זוממין הוא דוקא בדבר הנוגע לממון דמהני הודאתו מטעם מחילה אבל בדבר הנוגע לד"נ לא מהני הודאתו ושפיר עבדינן בהניזומין דין הזמה. וע"ז העיר ידידי הרה"ג מו"ה מאיר דן נ"י אבד"ק דוואהרט מדברי הריטב"א ריש מס' מכות בד"ה מעידין אנו באיש פלוני שחייב גלות פירש"י ז"ל שמעידין שהרג את הנפש בשוגג ודקדקו עליו ז"ל דבמאי עסקינן אם כשהוא מודה לדבריהם אין כאן הזמה ואם בשאומר שלא הרג אין עדותן כלום ואינו גולה על ידם וכו' וה"נ יכול לומר מזיד הייתי ואינו גולה כו' א"נ כגון שאמר להם הרגתי אבל לא בפניכם דבכה"ג חייבין וכדאמרינן בב"ק (דף ע"ה) גבי טבח ומכר שאם אומר טבחתי ומכרתי אבל לא בפניכם ונמצאו זוממין שמשלמין כו' עכ"ל והרי סובר הריטב"א ז"ל גם לענין גלות הוי הדין כן שאם הודה לדברי העדים דאינן נעשין זוממין וכתב הריטב"א ז"ל כן אם נימא דאין אדם גולה עפ"י עצמו עיי"ש בריטב"א. ולכאורה יפה העיר בזה:

ואולם בדברי התוס' שם ד"ה מעידין יש לעיין ולדייק אם סברי כסברא זו כי הריטב"א הקשה לקושייתו בדרך ממנ"פ אי מיירי דמודה לדברי העדים איך נעשין זוממין ואי מיירי דמכחישם נימא דהוי כאומר לא הרגתי שוגג אלא מזיד והתוס' הקשו לקושייתם רק על היכא משכחת לה שיחייבוהו העדים גלות בעדותן דהא יכול לומר מזיד הייתי אבל אם מודה לדבריהם שפיר חייב גלות ומשמע קצת דהתוס' סוברים דכי מודה לדבריהם ג"כ נעשין זוממין והיינו הואיל דדוקא בממון הוא דאמרינן בב"ק (דף ע"ה) דלא. נעשין העדים זוממין ומשום דמועיל מחילה בממון אבל לא שייך לומר כן בחיוב גלות ומכ"ש בחיוב מיתה וכמ"ש בפנים הספר דגם נעשין הניזומין פסולין לעדות ולא

מהני הודאת הבע"ד שלא יופסלו לעדות. אולם יש לדייק להיפוך דאם התוס' לא ס"ל כהריטב"א בזה א"כ מה מקשו ולמה לא מתרצו דמיירי מתני' שם שהודה לדבריהם להדיא ולמה הוצרכו לתרץ בסוף דבריהם דמיירי בשותק ואם כן ש"מ דבהודה בפירוש אין עושין בהעדים דין הזמה וי"ל עוד בזה:

והראני ב"ג הרה"ג מו"ה אפרים שרגא הלוי ג"י אבד"ק אינאווי דברי השמ"ק במקומו בב"ק שם בד"ה עדות שאאי"ל וז"ל ונ"ל דכמו כן לא לקי על לאו דלא תענה דאי לקי מיקרי שפיר אתה יכול להזימה בעדות של ב"ג ול"ב [טעות הדפוס יש בזה וצ"ל ולי נראה] דלקי אלאו דלא תענה דלענין ממון נימא דא"א להזימם דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי אבל לענין מלקות אין הודאתו מועלת כיון שהעידו שקר כו' עיי"ש ומבואר בהדיא סברתי הנ"ל ותמה אני על עצמי איך בשעת לימודי לא הבאתי ראי' לסברתי משמ"ק הנ"ל. וראיתי עתה בשו"ת מוהרי"ם ז"ל בחחו"מ (סי' א') תמה ג"כ ע"ד הפ"י הנ"ל מכח סברא זו והביא דברי השמ"ק הנ"ל. מ"מ נראה מדברי הריטב"א הנ"ל דלא נחית לחלק בזה והוא ראי' לדברי הפ"י הנ"ל ועיין לעיל בקו' זה על פ"ד אות י"א (על דף מ' ע"א) הובא דברי הריטב"א הנ"ל. ודברי האו"ת (סי' ל"ח סק"א) שכתב בהדיא כסברתי שהקשיתי ע"ד הפ"י עיי"ש מ"ש בזה:

דף ע"ו ע"א אוק"ב באמצע בזה"ל דדרשינן בד' וכחש בעמיתו וניחוש כו' קרן וכחש טעות הדפוס וצ"ל דדרשינן בד' וכחש בעמיתו וכחש כו' קרן וחומש:

[מד] שם ע"א אוקב"א בהא דקאמר הש"ס אמרי נהי דסבר ר"ש מה לי מכרו להדיוט מ"ל מכרו לשמים איפכא מיבעי לי' כו' ופירש"י בד"ה אמרי וז"ל דקס"ד משום טביחה לא מתחייב לי' ר"ש דאפילו הפרישו לשם נדר המוטל עליו אחריות נפיק מרשות מרייהו קמא ונעשה זה שומר להקדש כו' ע"ש וכתב המהרש"ל וז"ל נ"ל לגרוס ואפילו ולפ"ז מיושב שפיר לישנא דקס"ד ופירש"י דהא לפי המסקנא מחייב ר"ש בטביחה כגון בגונב קדשים ואח"כ מסיק רש"י ואפילו אם הפרישו כו' וחוזר על דעת המקשן דאפילו אם הקדישו הגנב באחריות כו' עכ"ל המהרש"ל ז"ל. וכתבתי בפנים הספר ולא זכיתי להבין ד"ק דהאיך מצינן זה דלהמסקנא מחייב ר"ש אם הקדישן הגנב באחריות ואח"כ טבח דיהי' חייב הגנב דו"ה ובמסקנא אמרינן דר"ש קאי על גונב קדשים שחייבין הבעלים באחריותן מחויב הגנב דו"ה אבל אם הגנב הקדישן קדשים שחייב באחריותן ואח"כ טבחן פטור שפיר מדו"ה משום דבשעה שהקדישן הגנב אם הי' אחר יאוש נפיק לי' מרשות מרי' קמא ותו לא מחייב אטביחה כלל כו' ואין חילוק בין אם הקדישן הגנב קדשים שחייב באחריותן או קדשים שאינו חייב באחריותן כו' והארכתי קצת להביא

ראי' לזה ושכן מבואר ברש"י ד"ה אמילתא אחריתי דגם למסקנא היכא דאקדיש גנב לא מחייב אטביחה וע"כ צ"ע דברי המהרש"ל כמבואר בפנים:

והנה אנכי הייתי מפרש כוונת המהרש"ל דלפי המסקנא מחייב ר"ש בגונב חולין והגנב הקדישן קדשים שחייב באחריותן ומש"ה הקשיתי על המהרש"ל ז"ל. והשיבו ע"ז ידידי האברך החריף מו"ה מאיר נ"י מק"ק אוניאווע ואח"כ כתב אלי ג"כ ידידי הרב הגדול מו"ה אלי' נ"י שהוא כעת אבד"ק גלאווני לפרש כוונת המהרש"ל ז"ל וכעת בעת סידורי עיינתי היטב בזה ואכתוב דבריהם בתוספת ביאור קצח. והוא דיש לפרש בכוונת המהרש"ל דבודאי גם להמסקנא דוקא גונב קדשים שהקדישו הבעלים קדשים שחייבין הבעלים באחריותן הוא דמחייב ר"ש אטביחה בדו"ה אבל בגונב חולין והגנב הקדישן פטור אטביחה דלאו דמרי' קטבח אף אם הקדישן הגנב קדשים שחייב באחריותן דמ"מ לאו דמרי' קטבח. וכוונת המהרש"ל הוא דהוקשה להמהרש"ל מ"ש רש"י הלשון דקס"ד משום טביחה לא מתחייב כו' מה הלשון דקס"ד דזה משמע דדוקא בההו"א הוא דאמרינן כן דלא מתחייב אטביחה הא לפי המסקנא מתחייב בזה אטביחה והא אדרבא גם במסקנא לא מתחייב אטביחה אלא בגונב קדשים שהקדישן הבעלים אבל בקדשים שהקדישן הגנב פטור מדו"ה וא"כ מה לשון דקס"ד שכתב רש"י ז"ל. וע"כ כתב המהרש"ל להגי' ברש"י ולגרוס ואפילו בוי"ו. והכוונה דבשלמא אם הגירסא ברש"י דאפילו בדל"ת אזי קשה קושי' הנ"ל דהא אם הגירסא דאפילו אזי הוא נתינת טעם אדלעיל מיני' שכתב רש"י דקס"ד משום טביחה לא מתחייב לי' ר"ש וביאר רש"י דאפילו הפרישו כו' נפיק מרשות מרייהו קמא כו'. וא"כ קאי כל זה אתחלת דברי רש"י וממילא קאי האי וקס"ד ג"כ על כל מ"ש רש"י בדיבור זה והוי הכל דיבור אחד וא"כ משמע הפי' ברש"י דדוקא בקס"ד דהיינו בההו"א הוא דס"ל דנפיק מרשות מרי' קמא ופטור אטביחה אבל במסקנא לא קיימא הכי ומש"ה קשה טובא הא גם במסקנא בכה"ג דאיירינן השתא שהגנב הקדישן פטור אטביחה ולא מחייב במסקנא אטביחה אלא כשגנב קדשים שהקדישן הבעלים והגנב טבחן. אבל לפ"מ שהגי' המהרש"ל ואפילו אזי לא קשה זה דיש לפרש דברי רש"י בדיבור זה שהוא כעין שני דיבורים מופסקים. ומ"ש רש"י ואפילו כו' הוא מילתא באפי נפשי'. והוא דתחילה כ' רש"י דקס"ד משום טביחה לא מתחייב לי' ר"ש. והיינו דאף דלדינא אין פלוגתא בין ההו"א להמסקנא והדין הוא דכשהגנב גנב חולין והגנב הקדישן וטבחן אין לחייבו אטביחה. אבל מ"מ בפי' המתני' יש חילוק בין ההו"א ובין המסקנא בהא דקתני במתני' ר"ש אומר קדשים שחייב באחריותן משלם תשלומי דו"ה שאין חייב באחריותן פטור דלהקס"ד מה דמחייב ר"ש דו"ה אין מחייב

אטביחה דהא לפי הקס"ד מיירי ר"ש בגנב בהמת חולין והגנב הקדישן וא"כ לאו דמרי' קטבח וע"כ מה דמחייב ר"ש הוא על שעת ההקדש שהוא כמכירה משום מה לי מכרו להדיוט ומ"ל מכרו לשמים. אבל להמסקנא דמתרץ דמיירי ר"ש בגונב קדשים שהקדישן הבעלים מה דמחייב לי' ר"ש הוא אטביחה כדפירש"י ד"ה אמילתא כו':

ומעתה עולה דאף דלדינא אין חילוק בין ההו"א להמסקנא דאם גנב חולין והקדישן הגנב וטבחן פטור אטביחה משום דלאו דמרי' קטבח אבל עכ"פ בפי' המתני' יש חילוק בין ההו"א ובין המסקנא דלההו"א מה דמחייב ר"ש הוא על ההקדש משום מכירה אבל אטביחה אין לחייב. אבל למסקנא קאי ר"ש מה שמחייב אטביחה דהא מיירי בגונב קדשים ושפיר כתב רש"י דקס"ד משום טביחה לא מתחייב לי' ר"ש. וז"ש המהרש"ל נ"ל לגרוס ואפילו ולפ"ז מיושב שפיר לישנא דקס"ד ופירש"י [אולי צ"ל דקס"ד דפירש"י] דהא לפי המסקנא מחייב ר"ש בטביחה כגון בגונב קדשים עכ"ל וכוונת המהרש"ל כנ"ל דבההו"א מפרש המתני' דר"ש לא מחייב כלל אטביחה אבל עפ"י המסקנא עולה דר"ש מחייב אטביחה כגון בגונב קדשים. ויש להוסיף עוד דבההו"א משמע דלעולם לא משכחת כלל שיחייב ר"ש אטביחה והיינו בכל מיני טביחות בין בהקדישו הגנב ובין בהקדישו הבעלים דאף בגונב קדשים ג"כ לא מחייב אטביחה ובמסקנא מסיק דעכ"פ בגונב קדשים מחייב ר"ש אטביחה וי"ל בזה. והדר כתב רש"י ואפילו הפרישו לשם גדר כו' והוא דיבור בפ"ע וזה לא קאי תו על לשון וקס"ד שכ' רש"י לעיל מיני' רק הוא כעין דיבור בפ"ע וחוזר רש"י לפרש כוונת המקשה דס"ל דר"ש לא מחייב אטביחה כיון דהמקשה ס"ל דמיירי בגונב חולין והגנב הקדישן מש"ה אין לחייב אטביחה אע"ג שהקדישן לשם נדר המוטל עליו אחריות מ"מ נפיק מרשות מרייהו ולאו דמרי' קטבח. וז"ש המהרש"ל ואח"כ מסיק רש"י ואפילו אם הפרישו כו' וחוזר על דעת המקשן ואפילו אם הקדישו הגנב באחריות כו' וכוונת המהרש"ל כנ"ל. ומעתה ל"ק מה שהקשיתי על המהרש"ל בפנים כמבואר לעיל דהא אדרבא כל דברי המהרש"ל הכי אזלו דבמסקנא לא מחייב אטביחה אלא בגונב קדשים שהקדישו הבעלים אבל אם הגנב הקדיש פטור אטביחה ודו"ק. הגם שקצת הוא דחוק אבל מ"מ לשון המהרש"ל ז"ל נוכל לפרש כן. והנני ממזיק טיבותא לחברים הללו שהעירו בזה:

עוד שם בדפי הספר ע"ז ע"א שורה ל"ג דסובר גל"מ כמ"ד אם הקדישן הבעלי"ם ט"ס וצ"ל אם הקדישן הגנ"ב:

ועוד שם עמוד השני ד"ה ואחר העיון שורה כ"ז אבל בגונב מולין והבעלי"ם הקדישן ע"ם וצ"ל והגנ"ב הקדישן:

[מה] דף ע"ז ע"א אוקב"ח כתבתי דרש"י שחזר בו ממ"ש בכמ"ד דאוכל פחות מכביצה תקבל טומאה הוציא כן מתוספתא במסכת חולין (דקכ"ח ע"ב) שהביא רש"י ז"ל שם ד"ה החותך. והנה נדפס ספר שדי תמד כללים מערכת טי"ת כלל למ"ד הביא דברי הנ"ל וכתב דמשמעות לשוני משמע שר"ל שהתוספתא הלזו הזקיקתו לרש"י לחזור מסברתו הראשונה ואיזהו הכרח יש מגוף התוספתא שאין אוכל מקבל טומאה בכ"ש ולולא כתב רש"י מפורש וכגון דאיכא כביצה היינו מפרשים התוספתא אף בדליכא כביצה ואם כוונתו לומר שמדברי רש"י הללו מתבאר שחזר בו מדהוצרך לאוקמי' בדאיכא כביצה מלבד שאין זה במשמעות דבריו ועוד תמיהני שלא ראה שכבר קדמו המהרש"א שם ע"ד רש"י הללו שכתב שמדבריו אילו נראה שהסכים כאן לפרש כפיר"ת שאין אוכל מקבל טומאה פחות מכביצה עכ"ד הגאון המחבר שד"ת. והנה באמת לא עיינתי אז במהרש"א וכל מה שכתב בזה הגאון על דברי הצדק עמו ואנכי טעיתי ואפריון נמטי לי' להגאון שדקדק בדברי והעמידני על האמת:

דף ע"ח ע"ב אוקל"א אק"א במה שהקשיתי ע"ד הש"ג שכ' דהגונב דבר מחבירו שאותו דבר הי' שאול ביד הנגנב ונתפשר הנגנב עם המשאיל בדבר מועט דאינו חייב הגנב לשלם להנגנב השואל רק כפי מה שנתפשר הוא עם המשאיל ע"ש והקשיתי מהא דפ' המפקיד שילם ולא רצה לישבע דקנה השומר להכפל כו' ואמאי לא נימא דלא יצטרך לשלם לו רק הקרן בלבד כמו ששילם השומר להבעלים. השיב ע"ז ידידי הרב החריף מו"ה קלונימוס קלמן מק"ק וואלי דבאמת לפי מה דאמרינן בסוגיין דגנב מצי פטר נפשי' בכבש ולדברי הש"ג הנ"ל אם יהי' נתפשר השומר עם המפקיד בפחות משווי' יהי' באמת הדין דאין הגנב צריך לשלם להשומר רק כפי שנתפשר השומר עם הבעלים וכן הכפל הוא גם כן רק כערך הזה שמשלם בעד הקרן עכ"ד. הנה מלבד דלע"ד אין הדין כן דהא בשילם ממצה הוי איבעי' דלא איפשטא בב"מ (דף ל"ד ע"ב) אם קנה השומר הכפל וכ"פ הרמב"ם (בפ"ת מהלכות שאלה ה"ה) ורש"י ז"ל פי' שילם מחצה מתחילתו אומר הריני משלם מחצה ולא יותר עכ"ל. והנה י"ל אם הפירוש שאמר שישלם מחצה ועל המחצה השנית ישבע. או שאינו רוצה לשלם רק מחצה בעד כל הפקדון ולא יותר. ולכאורה נראה הכוונה שרצונו לשלם רק מחצה בעד כל הפקדון והמפקיד לא התרצה בזה וא"כ לכאורה פשיטא דלא קני הכפל ומאי קמבעי' להש"ס בזה וע"כ צ"ל דהפי' הוא לענין אם נתרצה המפקיד בזה ואפ"ה הואיל דלא שילם לו כל דמי שווי' ורק שהוכרח להתפשר עמו בחצי' וכדומה לא הקנה לו כלל הקרן והכפל משום דזה לא הוי כשילם לגמרי דאם מרצונו הטוב וויתר נגדו שישלם לו רק מחצה פשיטא דהוי כמו שילם כולו דמתנה הוא

דיהיב המפקיד להשומר ולא מיקרי זה שילם מחצה י"ל בזה וא"כ כשהוכרח המפקיד להתפשר עמו שלא יצטרך לדון עמו בפני ב"ד י"ל דלא קני כלל הקרן והכפל. ועיין נתה"מ (סי' רצ"ה סק"ה) ובחידושי רעק"א ב"מ (דף ל"ד) הובא בפ"ת שם, ואפילו אם יש סברא לומר דקני הקרן הוא רק מהשתא. ואולם י"ל דגם הקרן לא קני הואיל דהוי דבר שאינו ברשותו אבל הכפל פשיטא דלא קני דדוקא כי קני להקרן משעת קבלת השמירה או סמוך לגניבה כדאיתא בר"פ המפקיד אז הוא דהוי הכפל של השומר וי"ל בזה. ועיקר סברא זו כבר כתבתי בפנים הספר דכשנתפשר השומר עם הנפקד לא מקני לי' כפילא ויישבתי בזה קושייתי על הש"ג הנ"ל כמבואר בפנים:

ובעיקר הדבר המעיין היטב יראה כי קושייתי עדיין במקומה עומדת דעיקר קושייתי הי' לפ"ד הש"ג דאין השואל יכול להרויח בממון של המשאיל כיון דנתפשר עמו בפחות משווי' גם הגנב א"צ לשלם לו רק כפי מה שנתפשר השואל עם המשאיל א"כ האיך ירויח השומר הכפל בממון של המפקיד והוא כדרך כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו ואין שום מקום לדחייתו להקושי' הנ"ל. וע"כ תירצתי דדוקא אם משלם לו הכל הוא דמקני לי' כפילא וכדקאמר הש"ס שם דהו"ל כאילו הקנה הפרה להשומר בשעת גניבה אבל היכא דנתפשר עמו וכההיא דהש"ג כיון שלא שילם לו הכל לא הקנה לו למפרע וכמבואר בפנים ודו"ק:

ומה שהקשה עוד דהואיל דהגנב מצי פטר נפשי' בכבש כיון דבעלים מצי פטרי נפשייהו בכבש א"כ אין להבעלים בו זכות רק בדמי כבש וא"כ הוי כמו טבחו חצי' דעל השאר שהוא של הקדש הוא פטור מדו"ה ומכח זה נדחק לומר דמיירי ר"ש דמחייב בגונב הקדש בכפל ודו"ה דאמרו הבעלים הרי עלי שור דאז לא מצי פטר נפשי' בכבש עכ"ד. והנה עיקר קושייתו סובבת דיפטר לגמרי גם מדמי כבש דהוי כטבח חצי'. ולכאורה י"ל דז"א דהא בגנב בהמה של שני שותפין והודה לא' מהן אמרינן דחמשה בקר ואפילו ממשה חצאי בקר בב"ק (דף ע"א ע"ב) וכ"פ הרמב"ם (בפ"ג מהל' גניבה) והכא הרי אנו אומרים דמשלם רק דמי כבש דהוא כמו ה' חצאי בקר:

אחז"ר שבתי וראיתי כי הכא לא נוכל לבא עלה מטעם חמשה בקר ואפילו חמשה חצאי בקר דהא בב"ק (דף ע"ח ע"ב) בהא דקאמר הש"ס דשותף שגנב מחבירו ושותפין שגנבו וטבח אחד מהן שלא לדעת חבירו דפטור מדו"ה משום דוטבחו כולו בעינן פירש"י ז"ל ואע"ג דאמרן לעיל ממשה בקר ואפילו חמשה חצאי בקר הני מילי היכא שגנב בהמת השותפין וטבחו ואחר כך הודה לאחר מהם על חלקו דבשעת טביחה הואי כולי' בחיובא כו' עכ"ל וכן חזינן במתני' (דף ע"ד ע"ב) גנב משל אביו ומת אביו ואח"כ טבח ומכר

דמשלם כפל ואינו משלם דו"ה ופירש"י משום דלא הוי טביחה כולה באיסורא ע"ש וכ"ה בש"ם לעיל בב"ק סוף (דף ע"א ע"ב) עיש"ה א"כ מבואר החילוק בין אם בשעת טביחה הי' החיוב לשלם חמשה בקר שלימים ואח"כ פקע חצי החיוב הוא דאמרינן ואפילו ממשה חצאי בקר אבל אם בשעת הטביחה לא הי' יכול להיות החיוב רק על החצי פטור לגמרי מדו"ה משום דבעי וטבחו כולו כו' ומש"ה פטור בשותף ובמת אביו ואמר כך טבח מחמשה חצאי בקר. א"כ הה"נ הכא יפה העיר הרה"ח הנ"ל דהיל"ל דכיון דמצי פטר נפשי' בכבש הוי כמו חצי' של הבעלים ומצי' דהקדש ויפטר לגמרי מדו"ה כיון דבשעת הטביחה הוי רק חצי' דידי' ועל חצי דהקדש ליכא לחיובי' דו"ה וע"כ הנכון לענ"ד כמו שרצה הרה"ח הנ"ל לומר דבאמת יהי' כן דפטור לגמרי מדו"ה משום דלא הוי וטבחו כולו. ובש"ס לא נזכר באמת לענין טביחה רק סתם אי מצי פטר נפשי' בכבש ולכאורה נוכל לפרש דקאי רק על הקרן ולענין אם יתחייב עכ"פ בכפל יהי' תליא במ"ש לעיל בפנים הספר (על דף ע"ב ע"א) [אופ"ח] אם שייך כפל על חצי חפץ עיי"ש. והא דר"ש מחייב בדו"ה בקדשים שחייב באחריותם היינו דוקא באמר הרי עלי שור דלא מצי פטר נפשי' בכבש וכדברי הרב הנ"ל. הגם שיש סברות לחלק דאע"ג דמצי פטר נפשי' בכבש מ"מ כיון דשור זה הוא באחריותו אע"ג שלא יצטרך להביא רק כבש אם יאבד השור מ"מ מיחשב כל השור שלו ומיקרי וטבחו כולו אבל יש לפקפק ונכון יותר לומר כנ"ל דלא מיקרי וטבחו כולו. שוב ראיתי בשמ"ק שהבאתיו בפנים [באוקל"ב] בפרקין שכתב דהאיבעי' אזלא לענין כפל ע"ש אך לא נזכר לענין דו"ה. אולם ביה"מ כאן ראיתי שכתב דהאיבעי' הוא לענין דו"ה עיי"ש ביה"ת מ"ש. וא"כ הדרא קושי' הנ"ל דהא לא הוי וטבחו כולו ועדיין צריך ביאור בזה:

[מז] דף ע"ח ע"ב אקל"ב בענין גונב הקדש אי חייב בקרן הבאתי פלוגתא דהראשונים ז"ל בזה. כתב אלי ידידי הרב החריף מו"ה קלמן נ"י הנ"ל כי בתוספתא פ"ז דב"ק למעלה מהן גנב את האסורין בהניי' שפטור מלשלם את השטרות ואת הקרקעות ואת ההקדשות אין משלם אלא קרן כו' עכ"ל והרי מבואר בהדיא דמשלם קרן בגונב הקדש עכ"ד. ולע"ד כוונת התוספתא שאם הקרן בעין שמחזיר הקרן אע"ג דנקיט הלשון אין משלם אלא קרן היינו דאין משלם כפל עליהן ועל הכפל שייך לשון תשלומין להכי נקיט התנא אין משלם אלא קרן ונוכל לומר דומיא דקרקעות שהן בעינן ופלוגתא דהראשונים ז"ל הוא דוקא היכא דאין הקרן בעין שנאבד ממנו אבל כי אימא בעין פשיטא לכ"ע דמחויב להחזיר וז"פ לע"ד:

עוד הקשה על שהסברתי טעמם של הראשונים ז"ל דגונב הקדש פטור גם מקרן משום דלאו שם גנב עלה דכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא והקשה דהא במס' קידושין (דף כ"ט) קאמר דלא יהי' כח הדיוט חמיר מהקדש ומכ"ש לגבי גנב דקנהו במשיכה להתחייב עליו ולא יהי' חוטא נשכר ועוד כיון שנאבד ממנו והוא ע"י פשיעתו שגנבו והוי כמו מזיק הקדש ואיך יפטור גם מקרן עכ"ד. ולע"ד ז"א דא"כ האיך מיעטה התורה הקדש משמירה ג"כ נימא כן ואם הי' שומר להקדש ופשע פטור והא דאמרינן פשיעה מטעם מזיק הוא רק בקיבל עליו שמירה אבל בלא קיבל עליו שמירה לא שייך לומר פושע מטעם מזיק וסברא שלא יהי' חוטא נשכר הוא רק לענין חיובא דרבנן והיכא דאיתמר איתמר ומזיק הקדש ג"כ פטור מה"ת להרבה ראשונים ורק מדרבנן חייב ובזה יש חשובה לשני הדברים הנ"ל:

[מח] דף ע"ט ע"א אוקמ"ב אק"א בד"ה והנה במס' שבועות כו' שכתבתי דאמאי ניחוש לקנוניא נימא דנאמן במיגו דאי בעי הי' מיתשל על הקדשו וע"כ צרכינן לומר דמיירי שכבר מסרן ליד הגיזבר כו'. וע"ז כתב נ"ג הרב מוהר"י זעליג ישכר נ"י וכעת אבד"ק סקולסק דהרי כן הוא סוגית הש"ס דערכין (דף כ"ג ע"א) ובדברי התוס' שם ד"ה בשאלה שהקשו קושי' זו דהא מצי למיתשל ולמה יעשה קנוניא וכדקאמר הש"ס שם דהיכא דיש שאלה על ההקדש אין לחוש לקנוניא עכ"ד. והנה התוס' שם הקשו הקושי' על רב הונא דבבריא אדם עושה קנוניא על הקדש ולמה יעשה קנוניא כיון דמצי ליתשל וכדקאמר הש"ס שם ועיין בצ"ק שם שהקשה ג"כ כן על הסוגיא דמס' שבועות וכמו שהקשיתי. אמנם באמת בש"כ חו"מ (סי' רנ"ה סק"ו) הביא בשם הראשונים ז"ל שהקשו ג"כ הקושי' ומתרצים הרשב"א בתשובה המובא בשו"ת רבינו בצלאל והנימוק"י סו"פ גט פשוט דמיירי שמסרן ליד גיזבר יעוש"ה בש"כ באריכות וזה הוא כמו שכתבתי דהסוגיא דשבועות מיירי באתי ליד גיזבר:

עוד כתבתי שם בזה"ל והתם מיירי בקדשי בדה"ב כו' ואע"ג דלשון נכסי כולל גם מטלטלין מ"מ ודאי דלא קאי על קדשי מזבח כו'. וצריך להוסיף בזה דע"כ לא קאי על קדשי מזבח דקדשי מזבח היינו מטלטלין והרי נסתפקו התוס' במסכת רכין (דף כ"ג ע"ב) בד"ה משום כו' אם בע"ח גובה ממטלטלין שהקדיש הלוה וכמו דאינו גובה מטלטלין מן לוקח. ואף למסקנת התוס' דגובה בע"מ מן מטלטלין שהקדיש מ"מ זה דוקא בקדושת דמים אבל בקדושת הגוף קאמר רבא הקדש מפקיע מידי שעבוד ועיין בתוס' ערכין וברש"י פסחים (דף ל"א ע"א) ד"ה ואתי וכו' ורש"י כתובות (דף נ"ט ע"ב)

ד"ה הקדש כו' והיינו בהקדיש בהמה לקרבן מפקיע מידי שעבוד ואין הבע"ח גובה כלל וא"כ ע"כ לא מיירי הסוגיא דשבועות בקדושת מזבח ורק בקדושת דמים וז"פ:

[מט] שם ע"א אוקמ"ד אק"א כתבתי דבר לשמאי הזקן דישלד"ע מ"מ בדבר שחייבין עליו בשוגג מודה דאשלד"ע משום דעיקר הטעם דס"ל לשמאי הזקן ישלד"ע הוא משום דשלוחו כמותו דהשליח עושה רק על דעת משלחו א"כ לא עשה כלל על דעת עצמו מש"ה לא נוכל לחייבו להשליח כיון שלא עשאו על דעתו כלל והוה כאילו עשה שלא מדעתו וזה דוקא בדבר שצריך דעת שפטורין עליו בשוגג. אבל בדבר שחייבין עליו בשוגג ניהא דלא עשאו השליח על דעת עצמו הלא סלק לגמרי דעת השליח והוי כעשאו לגמרי שלא מדעת ורק שהי' שוגג בדבר הא חייב ג"כ ומש"ה חייב השליח ולא המשלח וכ"כ לדידן דאשלד"ע ולהפוסקים דאם השליח שוגג ישלד"ע ה"מ בדבר שאין מחויבין עליו בשוגג רק במזיד אבל בדבר שחייבין עליו בשוגג חייב השליח על המעשה ומטעם הנ"ל. וע"ז הקשה ידידי הרה"ג מו"ה מאיר דן נ"י הגאבד"ק דוואהרט מהא דקידושין (דף מ"ב ע"ב) והא דחנן השולח אח הבעירה ביד חש"ו פטור מד"א וחייב בדיני שמים שילח ביד פיקח פיקח חייב ואמאי נימא שלוחו של אדם כמותו כו' ופירש"י ז"ל יתחייב שולחו ולא השליח עכ"ל. והרי קיי"ל אדם מועד לעולם עכ"ד. וכוונתו דהא עדיין לא ידעינן בההו"א מדברי הרב ודברי תלמיד כו' והי' ס"ל להמקשן דאף לדבר עבירה יש שליחות והוא ממש כמו לשמאי הזקן אליבא דאמת. ופריך הש"ס דיתחייב המשלח והשליח יפטור לגמרי. והא כיון דעל נזיקין חייב גם בשוגג דאדם מועד לעולם א"כ מוכח דמ"מ הי' אמרינן בההו"א דיש שליחות וממילא ה"ה לשמאי הזקן אליבא דמסקנא וכן לדידן בשהשליח שוגג ג"כ אף במעשה שמחויבין עלי' בשוגג ג"כ ישלד"ע ויפה העיר לכאורה: והנה לפמ"ש התורי"ד קידושין שם וז"ל שילח ביד פיקח הפיקח חייב ואמאי נימא שלוחו ש"א כמותו וניחייב המשלח. פי' ואע"ג דשליח לא מצי לאיפטורי כיון דהוא פיקח נ"מ דאי ליכא לאישתלומי מיני' מפרע מן המשלח עכ"ל. הרי דהתורי"ד ז"ל מפרש דעיקר פירכת הש"ס הוה דגם המשלח יתחייב אי ליכא לאשתלומי מהשליח. אבל גם המקשן הוה ס"ל דהשליח בודאי חייב. א"כ ה"ה לשמאי הזקן אליבא דאמת א"ש כמו שכתבתי דבדבר שחייבין בשוגג מודה דהשליח חייב ומטעם דניהא דעשאו על דעת המשלח ולא על דעת עצמו מ"מ הא חייבין על מעשה זו גם בלא דעת רק בשוגג: ובחידושי בעזה"י במס' ב"מ (דף יו"ד ע"ב) בסוגי' דאשלד"ע שכתבתי בימי חורפי. אשר נשארו לי ברח"ש מן השריפה ר"ל שהי' בכאן ביום ד' צום גדלי' שנת תרמ"א. בפלפולי עם חביבי הרה"ג המנוח מו"ה מרדכי אלי' ז"ל הגאבד"ק פיעטרקוב דקויא שפלפלתי

באריכות בסוגי' דאשלד"ע ואעתיק כאן רק מקצת השייך לכאן שכתבתי בזה"ל. ובעיקר מה שהעיר מעכת"ה דלפי מה שכ' התורי"ד דהא דפריך הש"ס גבי שולח את הבעירה דנימא שלומו של אדם כמותו דהיינו דהמשלח יהי' חייב לשלם היכא דליכא לאשתלומי מן השליח אבל היכא דאיכא לאשתלומי מן השליח מחויב השליח לשלם וא"כ המשלח פטור וא"כ גבי הא דסובר. שמאי הזקן באומר לשלוחו צא הרוג שולחיו חייב אמאי כיון דאיכא לאשתלוחי מן השליח השליח חייב ולא המשלח כיון דאמרת יש שליחות א"כ הוי לגמרי כמו בס"ד דפריך משום שלוחו כמותו עכ"ק. אמנם לענד"נ דלא דמי כלל דהנה לשמאי הזקן דסובר ישלד"ע וכל מה שעושה השליח הוה כאילו המשלח בעצמו עשה המעשה הזאת וא"כ השליח שעשה המעשה הזאת הלא לא עשה המעשה בשביל עצמו רק למשלחו וא"כ הוה כאילו השליח לא עשה המעשה הזאת בכוונה דהא הכוונה בעת עשיית המעשה לא הי' לכוונתו רק לכוונת משלחו בשלמא אם אמרינן אשלד"ע והוה כאילו הוא מעצמו עשה הדבר הזה ואף שנתכווין עבור משלחו מ"מ הלא באמת הוה הדין דאשלד"ע ולקצת שיטות מהראשונים היכא דאפשר למיהדר עובדא לא חל המעשה כלל והיכא דלא אפשר למיהדר עובדא דהמעשה קיים רק דלא נחשב המעשה להמשלח רק דהוה כאילו השליח מעצמו עשה המעשה והדברים עתיקין. וכ"ז אם אמרינן אשלד"ע אבל למ"ד ישלד"ע א"כ נחשב המעשה הזאת כאילו המשלח בעצמו עשה המעשה והשליח שעשה המעשה מעשה קוף בעלמא עשה בלא שום כוונה כלל ועיקר הכוונה נחשב למשלח וא"כ תו לא מצינן לחייב להשליח דהלא לא עשה הוא המעשה בכוונתו וכ"ז הוא לענין חיוב מיתה משא"כ לענין חיוב ממון דלא תליא כלל בכוונה ואף אם עשה המעשה בלא כוונה כלל ג"כ מחויב בתשלומין דהא אדם מועד לעולם בין שוגג בין מזיד בין פר בין ישן וא"כ שפיר מצינן לחייב להשליח בתשלומין ורק דהיכא דליכא לאשתלומי מן השליח שפיר יש סברא לחייב גם להמשלח משום דשלוחו של אדם כמותו ורק דהואיל דאמרינן אשלד"ע פטור המשלח לגמרי והש"ס דפריך גבי השולח את הבעירה דנימא שלוחו של אדם כמותו ע"כ היינו דלחייב המשלח וע"כ הוצרך התורי"ד לפרש דהוא דוקא היכא דליכא לאשתלומי מן השליח והש"ס קאי לפי ההו"א דלא ידע מהא דאשלד"ע וכ"ז הוא גבי ממון משא"כ גבי חיוב מיחה שפיר סובר שמאי הזקן דישלד"ע היינו לחייב רק להמשלח ולא להשליח. ע"כ ממ"ש בחידושי שם: ולפמ"ש בפנים הספר הסברא דעל דבר שחייבין עליו בשוגג מודה שמאי הזקן דהשליח חייב משום דלא גרע ממעשה בלא כוונה מוסבר היטב מה שכתבתי אז בכונת התורי"ד

דשאני ממון שהוא דבר שחייבין עליו בלא כוונה דאדם מועד לעולם וכמש"ל ויש מדברי התורי"ד סמוכין לסברתי בזה:

אלא לפ"ז צריכין להוסיף על סברתי דבאמת גם השליח חייב דלא גרע משוגג. אבל עכ"פ היכא דליכא לאשתלומי מהשליח גם המשלח יתחייב. וכן לענין מ"ש בפנים להפוסקים דגם לדידן כשהשליח שוגג ישלד"ע מ"מ בדבר שחייבין עליו בשוגג מודים דהשליח חייב מטעם הנ"ל. ולפי האמור עכ"פ היכא דליכא לאשתלומי מהשליח המשלח חייב. ועיין מ"ש בפנים [אק"ב]. ובפנים כתבתי ליישב בזה קושית התוס' קידושין (דף מ"ב ע"ב) דה אמאי כו' משום דמעילה החיוב הוא בשוגג כו'. וא"ש היטב דאף לפ"ז דגם המשלח חייב הא זה דוקא היכא דליכא לאשתלומי מהשליח. ושפיר פריך הש"ס בקידושין שם בהא דקתני גבי מעילה עשה שליחותו בעה"ב מעל נימא אשלד"ע. והיינו דאף דכששליח שוגג ישלד"ע מ"מ מעילה שחיובו בשוגג השליח יתחייב והמשלח לא יתחייב אא"כ ליכא לאשתלומי מהשליח וכגון שמת השליח שלא יביא עוד קרבן מעילה. ושפיר פריך הש"ס אמאי קתני בברייתא בעה"ב מעל דמשמע דהשליח פטור ורק הבעה"ב חייב:

אמנם מה שיש לעיין על זה הוא מלשון הש"ס דפריך בעה"ב מיהא מעל אמאי נימא אין שליח לדבר עבירה כו' משמע דאם הוה אמרינן יש שליח לד"ע לא הי' קשה. והרי לפי האמור אף דישלד"ע מ"מ קשה פירכת הש"ס דכיון דמעילה חיובו בשוגג השליח חייב. וגם ע"ד התורי"ד ז"ל לפי מה שכתבתי לעיל בכוונתו משום דבממון חייבין עליו בשוגג. ג"כ לכאורה ק"ק מזה דהא גם מעילה חיובו בשוגג:

ועוד יש לפלפל אם גם לענין חיוב קרבן שייך היכא דליכא לאשתלומי מהשליח חייב המשלח או דדוקא בממון שייך סברת התורי"ד ז"ל והרבה י"ל בזה:

אולם כל זה הוא לפי פירושו של התורי"ד ז"ל. אבל רש"י ז"ל דפירש פירכת הש"ס שילח ביד פיקח פיקח חייב נימא שלוחו של אדם כמותו. דפירש"י יתחייב שולחו ולא השליח. שפיר קשה קושי' ידידי הרב שיחי' הנ"ל על דברי בזה. ולאחר העיון היטב נלע"ד דלא נדחו דברי עדיין. והוא דאף דלכאורה נראה דלפי ההו"א דפריך הש"ס בהשולח את הבעירה נימא שלוחו ש"א כמותו ולא הוה ס"ל סברת דברי הרב כו' הוא כמו לשמאי הזקן אליבא דאמת דישלד"ע. אבל כשנדקדק היטב יש לחלק ביניהם. והוא דבההו"א דהש"ס דלא נחתינן עדיין כלל לסברא דאשלד"ע משום דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין. הזה ס"ל בההו"א דמעשה שהשליח עושה הוא ממש כמו שהמשלח לבדו עשאה ומעשה זו אינה מתייחסת כלל להשליח רק הו"ל כאילו המשלח עשאה

ולא השליח. משא"כ אליבא דאמת דאמרינן אשלד"ע משום דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין ונתבטלו דבריו של המשלח מה שצוה להשליח והו"ל מעשה השליח שעשאו מדעת עצמו בלא צווי המשלח. א"כ י"ל דגם שמאי הזקן ס"ל דיש סברא לומר דאשלד"ע מטעם דברי הרב ודה"ת דברי מ"ש אלא דשמאי הזקן יליף מקראי דישלד"ע כדקאמר הש"ס. אבל עכ"פ י"ל דגם שמאי הזקן מודה דלא אמרינן בשליחות לדבר עבירה שמעשה השליח לא מתייחסת כלל להשליח והו"ל כאילו המשלח עשאה ולא השליח, זה לא אמרינן ורק דעיקר המעשה נחשבת כאילו עשאה המשלח אבל עכ"פ מתייחסת קצת גם להשליח וכיון דגזה"כ דישלד"ע מש"ה נחשב המשלח העיקר וחייב. אבל עכ"פ מתייחסת המעשה קצת גם להשליח. וכמו דאמרינן לת"ק דסובר אשלד"ע וחייב השליח מ"מ גם המשלח חייב בדיני שמים כמו דקאמר הש"ס, בלישנא בתרא מכלל דת"ק סבר אפילו מד"ש נמי פטור אלא דינא רבה ודינא זוטא א"ב כו' הרי דלת"ק חייב עכ"פ המשלח בד"ש. ולל"ק דהש"ס בודאי דהוא כן. הרי דלת"ק דסובר אשלד"ע א"כ עיקר המעשה נחשב שהשליח עשאה מדעת עצמו מ"מ גם המשלח יש לו קצת שייכות במעשה זו לענין שמחויב עי"ז בדיני שמים. ה"ה נלע"ד דלשמאי הזקן דסובר דילפינן דישלד"ע וחייב המשלח הרי דעיקר המעשה מתייחסת עיקר להמשלח. אבל עכ"פ בודאי דמתייחסת ג"כ קצת להשליח שיתחייב השליח בד"ש. ועוד ק"ו הוא לשמאי הזקן דעכ"פ מחויב השליח בד"ש. דאס לת"ק מחויב המשלח אע"ג שהוא בעצמו לא עשה כלום רק שצוה להשליח לעשות וצווי זו לא נחשבת שליחות דהא אשלד"ע. אעפ"כ מיקרי קצת שליחות ומתייחסת אליו המעשה עכ"פ לענין דיני שמים מכ"ש לשמאי הזקן שהשליח עשה המעשה בפועל אע"ג דישלד"ע ונחשבת עיקר המעשה להמשלח מ"מ מתייחסת מעשהו אליו לענין דיני שמים. וכל זה לפי האמת דכבר ידעינן מהסברא דדברי הרב ודה"ת דברי מ"ש דמצד הסברא היל"ל אשלד"ע אלא דיליף שמאי הזקן מקראי דישלד"ע שפיר הועיל עכ"פ הסברא דאשלד"ע משום דדברי הרב ודה"ת דברי מ"ש לייחס המעשה קצת גם להשליח שיתחייב בדיני שמים ולא ילפינן מקראי דישלד"ע אלא לענין דיני אדם. אבל לפי ההו"א כד פריך הש"ס מהא דשילח ביד פיקח פיקח חייב נימא שלוחו ש"א כמותו ולא הוה ידעינן כלל עדיין מהסברא דדברי הרב ודה"ת דברי מ"ש הוה ס"ל דכל מעשה השליח מתייחס רק להמשלח כאילו המשלח בעצמו עשאה כיון דשלוחו ש"א כמותו בההו"א אף לדבר עבירה והו"ל כאילו השליח לא עשה כלל רק המשלח בעצמו עשה ואין המעשה מתייחסת כלל להשליח ומש"ה י"ל דלפי ההו"א גם בדיני שמים לא הי' מחויב השליח כלל וי"ל עוד בזה:

ומעתה א"ש סברתי הנ"ל דבדבר שחייבין עליו בשוגג גם לשמאי הזקן השליח חייב. ולא תיקשי מדברי רש"י הנ"ל שפי' פירכת הש"ס בשילח ביד פיקח יתחייב שולחו ולא השליח כמו שהקשה ידידי הרב הנ"ל. והוא דדוקא אליבא דאמת דכבר ידעינן מהסברא דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעים ורק דיליף שמאי הזקן מקרא דישלד"ע וחייב המשלח. אבל עכ"פ מועיל הסברא דדברי הרב ודה"ת דמ"ש שתתייחס המעשה קצת גם להשליח ומתחייב בדיני שמים, מש"ה שפיר כתבתי הסברא דבדבר שחייבין עליו בשוגג חייב השליח דכיון דעכ"פ מתייחס המעשה קצת להשליח אלא דיליף דישלד"ע מש"ה יש סברא לומר דה"מ בדבר שצריך בי' דעת מש"ה גזה"כ דעיקר המעשה נחשב למשלח כיון דהשליח עשאה על דעתו של המשלח ולא על דעת עצמו והרי אין חייבין על דבר זה אלא כשעשאו בדעת והכא הדעת הוא של המשלח מש"ה גם המעשה נחשבת להמשלח. אבל דבר שחייבין עליו בשוגג כיון דעכ"פ המעשה מתייחסת קצת גם להשליח תו חייב השליח דדל כל הדעת והמחשבה הרי מתחייב על גוף המעשה ואמרינן דבזה לא ילפינן דישלד"ע ורק השליח חייב. אבל רש"י ז"ל דקאי לפרש פירכת הש"ס בההו"א דלא ידעינן כלל מסברא דדברי הרב כו' והו"א דכל המעשה של השליח אינה מתייחסת כלל להשליח רק להמשלח מש"ה אף בדבר שחייבין עליו בשוגג ג"כ הי' ההו"א דהמשלח חייב ולא השליח כיון דהו"ל כאילו השליח לא עשה כלל לעצמו: עוד העיר ידידי האברך החריף מו"ה ישראל נתן נ"י בן ידי"נ הגאבד"ק דוואהרט הנ"ל דלפי סברתי הנ"ל דהיכא דאיכא חיוב בשוגג מודה שמאי הזקן דהשליח חייב א"כ מאי קאמר הש"ס דטעמי' דשמאי הזקן אף דאיכא שני כתובים מעילה וטביחה ומכירה סובר שמאי הזקן שני כתובים הבאים כאחד מלמדין והא במעילה הוי החיוב בשוגג והיל"ל דהשליח מעל לפי סברתי הנ"ל והש"ס קאמר דשמאי יליף משני כתובים אלו דישלד"ע אלמא דאפילו דאיכא חיוב בשוגג כמו גבי מעילה ג"כ אמרינן דהמשלח מעל ולא השליח ויפה הקשו על סברתי הנ"ל בדברי שמאי הזקן:

ולאחר העיון היטב בזה נלע"ד דנוכל לתרץ סברתי אליבא דשמאי הזקן בזה והוא דהנה יש חילוק בין מעילה לבין טביחה ומכירה דבמעילה אם השליח עשה זה מעצמו בלא ציווי המשלח ג"כ הי' חייב קרבן מעילה מצד עצמו שהוציא מעות הקדש לחולין. אבל בטביחה ומכירה אילו שחט השליח בהמה זו שגנבה המשלח מדעת עצמו לא הי' עליו שום חיוב דו"ה והנוב"י מהדו"ק בחאהע"ז (סי' ע"ה) בסוף החשובה הקשה אליבא דרבינא דס"ל במס' ב"מ קן יו"ד) דבאין השליח בר חיובא חייב המשלח א"כ קשה ל"ל קרא כלל בטביחה ומכירה דאם אמר לשליחו צא וטבח דחייב המשלח ויש שלד"ע הא

השליח לא הוי בר חיובא דהא אם שחט בלי צוואת המשלח אין כאן חיוב דו"ה כלל דהא הוא לא גנב וכתב ליישב דזה מיקרי בר חיובא אף דהשתא לא מחייב כיון דשייך גבי' חיובא אם הי' הוא הגנב ולא צריך להיות השתא בהאי מילחא דוקא בר חיובא עיי"ש והשעה"מ (בפ"ג מהל' גניבה) מפלפל בדבריו ז"ל ובפנים הספר (על דף ע"א ע"א) [אוע"ט אק"א] הבאתי דבריהם ז"ל וכתבתי ליישב קצח עיקר הקושי' של הנוב"י הנ"ל דהשליח ששוחט הגניבה דנהי דלאו שם גנב עליו מ"מ הוא עושה איסור שמזיק בהמת חבירו דאף שהשליח שוגג הא אדם מועד לעולם לענין מזיק ושפיר מיקרי השליח בר חיובא וציינתי לעיין בדברי הנוב"י שם (סי' ע"ח אות י"ג ובסי' פ' אות י"ז) ת"ש לענין זה דאדם מועד לעולם ופלפלתי עוד שם בזה. אבל מ"מ יש חילוק בין איסור מעילה דשייך גבי' השליח ממש אותו החיוב באותו דבר עצמו אם הי' עושה מדעת עצמו בלי ציווי המשלח לבין טביחה ומכירה אשר אין שייכות כלל להשליח עתה במעשה הזאת שהוא עושה עתה שיהי' עליו חיוב דו"ה כיון דהשליח לאו גנב הוא וכ"כ בנתה"מ (סי' שמ"ח סק"ד) דטביחה ומכירה אין השליח בסוג חיוב כלל אילו עשאו מעצמו דהטובח ומוכר אחר הגנב אינו משלם דו"ה עיש"ה:

וי"ל עוד יותר בזה דגם אם הגנב בעצמו טבח או מכר בשוגג דהי' סבור דבהמה זו שלו דבודאי מצד הסברא י"ל דליכא עליו חיוב דו"ה ורק כפל נתחייב על הגנבה שגנבה במזיד דגניבה בשוגג לא שייך כלל דלאו שם גנב עליו. וא"כ לא קשיא על סברתי הנ"ל מטביחה ומכירה משום דאין (על) השליח עצמו שם חיוב כלל אם הי' שחט מדעת עצמו להגניבה שגנב המשלח בלא ציווי המשלח. ורק יקשה על סברתי מהא דמעילה דשייך מעילה אם השליח עשה דבר זה מעצמו בשוגג ואפ"ה אמרינן ישלד"ע וחייב המשלח קרבן מעילה ולא השליח:

אמנם י"ל בזה דבמעילה עיקר חיוב קרבן מעילה הוא רק בנעשה המעשה בשוגג ושייך החיוב נם על השליח בעשייתו מעשה זו וגבי טביחה ומכירה לא שייך כלל החיוב דו"ה על השליח אם עשה מעשה זו מעצמו כמש"ל ולשמאי הזקן דיליף מהני שני כתובים ישלד"ע אם הי' עיקר הלימוד ממעילה היינו אומרים דגם אם הוא בדבר שהשליח חייב בשוגג אם הי' עושה דבר זה מעצמו בלי ציווי המשלח דהא במעילה הוא כן אפ"ה אמרינן דהשליח פטור והמשלח חייב וגבי טביחה ומכירה הוא רק באופן זה דלא שייך חיוב גבי השליח אם הי' עושה דבר זה מדעת עצמו בלי ציווי המשלח וא"כ י"ל ניהא דבמעילה אמרינן ישלד"ע לחייב המשלח אף דהוא רק בשוגג ושייך החיוב גבי השליח אם הי' עושה מעצמו דבר זה בלי ציווי המשלח אפ"ה גילה התורה הגז"ש דחטא חטא

מתרומה לחייב את המשלח ולא השליח ובטביחה ומכירה דגזילה התורה דישלד"ע הוא רק באופן דאין חיוב דו"ה על השליח בזה אם הי' עושה דבר זה מעצמו בלא ציווי המשלח ואם לא הי' גלי קרא בטביחה ומכירה דישלד"ע ג"כ היינו יודעים דישלד"ע והגנב המשלח חייב בדו"ה מק"ו דמעילה דהא גבי מעילה אמרינן ישלד"ע לחייב המשלח אפילו דשייך החיוב גבי השליח אם הי' עושה דבר זה מדעת עצמו מכ"ש גבי טביחה ומכירה דלא שייך החיוב דו"ה גבי השליח אם הי' שוחט מדעת עצמו בהמה זו שגנבה משלחו דבודאי חייב המשלח משום דישלד"ע והא דהוצרכה התורה לגלות בטביחה ומכירה דישלד"ע הוא משום דממעילה לא היינו יכולין למילוף כ"כ משום דהיינו אומרין דשאני החם במעילה דגלי קרא הגז"ש דחטא חטא מתרומה והיינו אומרין דגזה"כ הוא בזה דישלד"ע דהא אפילו דשייך חיוב זה עצמו גבי השליח אם הי' עושה דבר, זה מדעתו בלא ציווי המשלח כלל דהא נזכר המשלח ולא השליח חייב השליח ואפ"ה חייבה התורה רק להמשלח ולא להשליח כלל אף דלא שייך החיוב דמעילה רק בשוגג ואיכא סברא לומר דיתחייב השליח כמו שכתבתי הסברא ואפ"ה אמרינן דליכא על השליח שום חיוב רק על המשלח וא"כ עיקר הלימוד דישלד"ע הוא רק מטביחה ומכירה דהא בטביחה ומכירה גלי קרא דישלד"ע והנה מצינו למילוף טביחה ומכירה ממעילה דישלד"ע לענין מזיד לחייבו להמשלח ניהא דבמעילה ליכא חיובא רק בשוגג מ"מ הוה מצינן למילוף טביחה ומכירה לענין לחייב להמשלח במזיד דוקא ולענין שוגג לא שייך כלל למילוף טביחה ומכירה ממעילה דהא לא שייך כלל בטביחה ומכירה חיובא בשוגג להשליח דהא לאו שם גנב עלה דהשליח כלל שיתחייב בדו"ה ובכה"ג דחדא נוכל למילוף מאידך אף דלא נוכל למילוף השני מהראשון ג"כ מיחשב שני כתובים הבאים כאחד ועיין מס' פסחים (דף מ"ב ע"א) וברש"י בד"ה ור"ע וכבר האריכו בזה וא"כ שפיר קאמר הש"ס שם דמעילה וטביחה הוי שני כתובין הבאים כאחד ואין מלמדין ושמאי הזקן סובר דשני כתובים הבאין כאחד מלמדין. [והא דבאמת איצטריך הכתוב השני למ"ד שני כתובים מלמדין. כבר כתבו התוס' ביומא (דף ס' ע"א) ד"ה תרי וכו' דהוי כמו פרשה שנאמרה ונשנית עייש"ה]. וא"כ עולה לפי האמור דעיקר הלימוד דישלד"ע הוא מטביחה ומכירה ואמרינן דוקא דומיא דטביחה ומכירה דלא משכחת חיובא רק במזיד אבל לא בשוגג וא"כ שפיר נוכל לומר כסברתי הנ"ל אליבא דשמאי הזקן דהיכא דשייך החיוב לגבי השליח ג"כ אף אם הוא שוגג שפיר מתחייב השליח דדל הציווי של המשלח וכמבואר בספר בפנים:

אמנם מלשון ר רש"י ז"ל בקידושין שם אליבא דשמאי ד"ה קסבר שני כתובים הכ"א מלמדין וז"ל, ויליף ממעילה וטביחה דישלד"ע כו' עכ"ל משמע דמפרש רש"י דהלימוד הוא גם ממעילה וי"ל עוד בזה. אולם אף דלפי"מ דמשמע מפירש"י נדחה סברתי מ"ש אליבא דשמאי הזקן. מ"ת מ"ש אליבא דידן דאשלד"ע לשיטות הראשונים דבשוגג ישלד"ע שפיר י"ל כמו שכתבתי בפנים דזה דוקא על דבר שאינו חיובו רק במזיד אבל בדבר שחייבין עליו גם בשוגג אמרינן אשלד"ע וכמו שהסברתי בפנים. דאף אם נימא כנ"ל דלשמאי הזקן נדחה סברתי מ"מ היינו דוקא אליבא דשמאי הזקן דיליף מקראי ממעילה וטביחה א"כ נשמע ממעילה דגם בדבר שחיובו בשוגג גזה"כ דישלד"ע אבל לדידן דלא ילפינן ממעילה וטביחה ואמרינן בכה"ח אשלד"ע רק דבשוגג כ' הראשונים דישלד"ע מצד הסברא דבשוגג לא שייך דברי הרב ודה"ת דברי מ"ש. תו אמרינן להאי סברא שכתבתי דזה דוקא בדבר שחיובו במזיד אבל בדבר שחיובו בשוגג הסברא הוא להיפוך דאמרי' בי' אשלד"ע וכמו שהסברתי הטעם בפנים ועולה שפיר כל הפלפול שכתבתי בישוב דברי רש"י אהדדי וקושי' התוס' ודו"ק בזה:

שם בדפי הספר פ"ו ע"ג שורה ט' דלא הוי מעילה. טעות הדפוס וצ"ל דלא הוי מעלה:

דף פ' ע"ב אוקנ"ג אק"ח בסופו צריך להוסיף. אח"ז ראיתי בהרב המאירי פ"ק דמס' מגילה בענין מקרא מגילה דא"ד שבת בד"ה ויש מתרצין וז"ל ועוד שהרי מה"ח אף מכשירי מילה הי' דוחין אח השבח אלא שחכמים אסרו בכך עכ"ל:

שם אק"י הבאתי דברי הרבה"ז עה"ח פ' שמיני הביא דברי הגהמי"י בשם מוהר"ם דדוקא מידי דבלאו הוא דאיכא איסור למיספי לקטן אבל מידי דבעשה לא עכ"ד. וכתבתי שלא מצאתי מקומו. כעת הראה במכתב ידידי הרה"ג מו"ה חיים דוב נ"י אבד"ק פעטריווא במדינת הגר שההגמי"י הוא (בפכ"ט משבח ה"ח) מובא בב"י או"ח (סי' רס"ט) ובמג"א שם (סק"א). ובפנים הבאתי דברי התה"ד (סי' קכ"ה) שהביא דברי המוהר"ם הנ"ל וברבה"ז שם ציין ג"כ לאו"ח (סי' רס"ט) ומג"א שם:

[נו"ן] דף פ"ב ע"ב אוקס"ב אק"ז במ"ש ליישב קו' הט"א חגיגה (דף ג') והצל"ח פסחים (דף ח' ע"ב) דל"ל קרא למעוטי עבדים מראי' הא אין לו קרקע ומי שאין לו קרקע פטור מראי'. דמשכחת לה ע"י שבנה בית בירושלים דהבית מיחשב כקרקע והוא שלו וע"ז העיר ידידי הרה"ג מוה"ר מאיר דן נ"י הגאבד"ק דוואהרט אם מועיל זה לחייבו בראי' דיקשה דא"כ לא משכחת לה כלל לדינא דרב אמי דמי שאין לו קרקע פטור מן הראי' הלא יש לו חלק בירושלים דלא נתחלקה לשבטים ויש לכ"א מישראל חלק בה אע"כ דבעינן שיהי' לו קרקע חוץ לירושלים כדכתיב ולא יחמוד בעלותך לראות עכ"ד.

ולעד"נ דגוף החלק קרקע שבירושלים בודאי לא מועיל לחייב בראי' הואיל דכתיב ארצך נדרוש ג"כ המיוחד לך ובמס' חולין (דף קל"ו ע"א) בכורים אע"ג דכתיב ארצך דידך אין דשותפות לא כתב רחמנא בכורי כל אשר בארצם אלא ארצך ל"ל למעוטי ח"ל והיינו דתרי קראי כתיבי בפ' קרת כתיב בארצם ובפ' תבא כתיב מארצך והואיל דלשון ארצם משמע שותפות ג"כ אמרינן דלשון מארצך אתא למעוטי ת"ל וכן נמי התם גבי ציצית דכתיב כסותך וכתיב בגדיהם אמרינן דשותפות חייבת בציצית ורק שאולה פטור. וכן נמי גבי מזוזה במס' יומא (דף י"א ע"ב). אבל לשון ארצך משמע רק דידך ואפילו אם נימא אם יש לו בשותפות ג"כ מחויב בראי' זה דוקא בשותפות דאפשר בחלוקה ואפילו אם לא יהי' בהשדה דין חלוקה היינו שאין אחד יכול לכוף לחבירו לחלוק אבל בשניהם רוצים שפיר אפשר בחלוקה משא"כ בירושלים דלא נתחלקה לשבטים ואי אפשר בשום אופן בחלוקה שפיר מימעט מלשון ארצך וז"פ לע"ד:

מיהא מ"ש מעלתו נ"י דבעינן דוקא שיהי' לו הקרקע חוץ לירושלים דכתיב בעלותך לראית היא סברא נכונה:

אולם לאחר העיון היטב י"ל דגם ביש לו קרקע בירושלים ג"כ מחויב לראות בעזרה כי הלשון בעלותך לראות לא קאי על ירושלים אלא על בהמ"ק שהר הבית הי' גבוה מירושלים וקאי ולא יחמוד איש את ארצך שכשיהיו בבהמ"ק לא יתראו שיבואו האויבים ויכבשו ירושלים וא"כ באם הי' באפשרי שיהי' ליחיד קרקע בירושלים הי' חייב בראי' מכח קרקע זו ורק הואיל דלא נתחלקה לשבטים לא מיקרי ארצך ולוה שפיר נוכל לומר דבבנה בית בירושלים דהבית הוא שלו מיקרי יש לו קרקע וכמ"ש בפנים:

ומ"ש עוד למה לא ישבתי בפשיטות דמשכחת לה שיש לו קרקע בקנה בית בעיר חומה יאמין לי כבודו כי זה רבות בשנים תירצתי בן ובספרי כתבתי רק לתרץ באופן הזה בשביל הדבר שנתחדש לענין אם הבית שבנה בירושלים הוא שלו ואגב זה תירצתי גם קושי' זו ולא העתקתי כאן בזה התירוצים שתירצתי מכבר:

וכבוד ידידי נ"י הביא מטעמים דברי הגאון בעל ברוך טעם בגליון הט"א שתי' דמש"ל בבית בעיר חומה ופקפק בעצמו אי קרקע שתחת הבית חשיב קרקע לענין זה או דבעינן שדה דוקא וכבודו נ"י כתב דגם באם נימא דבעינן דוקא שדה ג"כ מש"ל דנפל או נשרף הבית אתר שנחלט לו דתו הוי שדה דבודאי הוא של הלוקח והביא בשם המנ"ח (מצוה שמ"א) שכ"כ עכ"ד ולע"ד לא אדע סברת הגאון בעל ברוך טעם ז"ל בזה אטו כתיב שדה דוקא ולא יחמוד איש שדך ארצך כתיב ובודאי דגם קרקע הבית בכלל ארצך הוא. וקצת

ראי' לדבר גבי נגעים כתיב ונתתי נגע צרעת בבית ארץ אחוזתכם הרי דקרקע הבית מיקרי ארץ ומצד הסברא אטו לא שייך חימוד על הבית גופי' יותר מעל הקרקע גופי':

פרק החובל [א]:

דף פ"ד ע"א או"ג אק"ד כתבתי בדברי התורי"ד דהא דבעינן עדות שאי"ל הוא דוקא שלא יהי' הגורם שלא יוכל להזימם מכח הנידון והארכתי בזה [באקב"ג] והעיר ב"א המאה"ג מו"ה דוד נ"י אבד"ק גראבאווי כי דברי [שבאק"ג] סותרי' למ"ש [באק"ב] דאם כסברתי [באק"ב] דגם אליבא דרב אשי בעידי טריפה שהוזמו דלא עבדינן בהו דין הזמה ונהרג הנידון עפ"י עדותן של העידי טריפה משום דמה שאין העידי טריפה יכולין להיות ניזומין לא הוי מכח הנידון ומובן שפיר לשון הש"ס דנקיט על העדים דאין העדים הניזומין נהרגין אם הם עידי טריפה ולא נקיט על הנידון משום דהנידון שפיר נהרג עפ"י עדותן של העידי טריפה ואיך כתבתי [באק"ג] דלאחר הזמה שהוזמו העידי טריפה דיהי' נפטר הנידון מטעם דעכ"פ הכחשה הוה דהא כמו שכתבתי [באק"ב] להוכיח דלא נתבטל הדין מלשון הגמ' דנקיט רב אשי דוקא בעדים שאינן נהרגין אם הוזמו העידי טריפה ולא נקיט על הנידון אותה הוכחה עצמה יש נמי להוכיח דהנידון חייב ולא מיקרי הכחשה כלל דאל"כ אכתי יקשה דלמה נקיט רב אשי הפטור רק על העדים ולא נקיט נמי הפטור על הנידון עכ"ד ב"א הרב שיחי': והנה לפום ריהטא כתב כן כי במעט עיון יש לתרץ דברי בעזה"י כי בודאי יש הפרש גדול בין אם לא הוזמו העידי טריפה במה שהעידו על השלם שהרג דיש סברא לומר דלא נפטר הנידון אף דיודעין אנחנו שלא יוכלו העידי טריפה לבא לידי הזמה משום דהעדים המזימים הוה עדות שאאי"ל והטעם בזה כסברת התורי"ד ז"ל הואיל דאין מניעת ההזמה בא מכח הנידון וכ"ז הוא אם לא הוזמו העידי טריפה עדיין אבל אם הוזמו העידי טריפה ניהא דלא עבדינן דין הזמה בעידי טריפה משום דעדות המזימין הוה עדות שאאי"ל אבל מ"מ הכחשה מיהא הוי שיתבטל הגמ"ד של הנידון ויפטור הנידון וזה הוא סברא פשוטה לומר כן ואין בזה חזרה מדברי שכתבתי [באק"ב] כמובן בפשטות. ולא יקשה בזה דלמה לא נקיט רב אשי הפטור על הנידון בכה"ג היכא דהוזמו העידי טריפה דעיקר אשמעינן רב אשי דגם בעדים זוממין בעינן שיהי' עשאי"ל ושפיר הוכחתי מדלא נקיט רב אשי הרבותא דבעוד טריפה אין הנידון מתחייב מיתה ע"כ דלענין להרוג הנידון שפיר מועיל עדותן של עדי טריפה אף דלא נוכל לעשות בהעידי טריפה דין הזמה ומשום דאין מניעת ההזמה בא מכח הנידון. ופלוגתא דרבא ורב אשי הוא רק בלא הי' הזמה כלל ורק שדנין עתה מכח דבעינן עדות שאי"ל אבל באם הוזמו העידי טריפה שלא ידונו מיתה להנידון לא איצטריך רב אשי כלל לאשמעינן

דפשיטא דפטור הנידון מטעם דניהא דהזמה לא הוי הכחשה מיהא הוי ועיקר ההוכחה הי' מהא דרב אשי דאם נימא דגם בלא הוזמו העידי טריפה ג"כ לא מתחייב הנידון וכסברת הכ"מ בדברי הרמב"ם שהבאתי [באק"א] זה הי' רבותא גדולה אם נימא דלא מתחייב הנידון על עדותן של עידי טריפה שלא הוזמו והי"ל לרב אשי לאשמעינן זה ומוכח שפיר מזה דבכה"ג דלא הוזמו העידי טריפה שפיר חייב הנידון עפ"י עדותן של העידי טריפה אבל בהוזמו העידי טריפה דפטור הנידון אע"ג דהעדות של המזימין הוי עדות שאאי"ל ומשום דהכחשה מיהא הוי זה הוא מילתא דפשיטא ולא שייך כ"כ לכאן לא הוצרך רב אשי לאשמעינן זה:

ומה שדקדקתי [באק"ב] בהא דנקיט רבא על העדים שהעידו בטריפה והוזמו אינן נהרגין למה לא נקיט על הנידון גופי' דאינו נהרג אם הי' טריפה והעידו עליו דמיירי בלא הוזמו והוי זה שפיר רבותא זה יש לדקדק לכאורה אליבא דרבא. ובאמת לאחר העיון אינו דקדוק עצום כ"כ דבזה י"ל דלא הוצרך רבא לאשמעינן זה דבזה ידעינן דפטור הנדון משום דמניעת ההזמה שלא נהי' נוכל לדון בהעדים דין הזמה הוא מכח הנידון וכסברת התורי"ד הנ"ל ודו"ק בזה:

והנה ב"א הרב שיחי' הנ"ל תמה על פירושי בתורי"ד הנ"ל דדוקא היכא דהמניעה לעשות בהעדים כאשר זמם הוא מכח הנידון ובסיבתו הוא דלא מיחשב עדותן עדות משום דהוה עדות שאאי"ל כו' דהא עיקר המקור בש"ס דבעינן עדות שאי"ל מבואר במס' פסחים (דף י"ב ע"א) ובסנהדרין (דף מ"א ע"ב) מהא דאמרה תורה לחקור בשבע חקירות ואם אמר אחד מהן על חקירה אחת א"י עדותן בטילה משום דהוה עדות שאאי"ל והא החם ג"כ אין המניעה כלל מצד הנידון ואפ"ה מיקרי עדות שאאי"ל ומכח קושי' זו כתב דכוונת התורי"ד הוא בתירוץ השני שבתוס' ריש מס' מכות בד"ה מעידין באה"ד שכתבו ועוי"ל דגבי עדות דב"ג וב"ח לא חיישינן כלל באתה יכול להזימה דמהיכא נפקא לן דבעינן עדות שאי"ל מכאשר זמם והא מוכח בגמ' דכאשר זמם לא נכתב לגבי עדות דב"ג ולא קאי עלי' בשום צד שבעולם אבל התם גבי נערה המאורסה ודאי באשר זמם קאי נמי עליהן דהא אם התרו בה מיקטלי אינהו בשהוזמו ואלו איהי בלא הוזמו לכך בעינן אתה יבול להזימה עכ"ל התוס' ומפרש התורי"ד ג"כ כן והוא דבעידי שהעידו בטריפה שהנידון הוא הגורם היינו שרק מצד סיבה פרטיית יבוא ביטול ההזמה משום שהוא טריפה ואם הי' שלם הי' באפשרי להתקיים בי' כאשר זמם וא"כ הקרא דכאשר זמם קאי על רציחה וממילא בטריפה דלא אפשר לקיים בי' כאשר זמם בטלה העדות משא"כ בב"ג וב"ח דאין המניעה מצד שהוא גרם שיהי' בזה סיבה פרטיית אלא דלעולם לא משכחת לקיים

בעדות ב"ג וב"ח דין הזמה וע"כ דקרא כאשר זמם לא קאי על ב"ג וב"ח ומש"ה העדות קיימת. ומדוקדק היטב לשון התורי"ד ז"ל שכתב בצד השני אבל כשמעידין שהוא ב"ג אין זה שמעידין עליו גורם שלא תוכל להזימה אלא מפני שא"א לעשותן בני גרושה ומש"ה עדותן קיימת עכ"ל התורי"ד ולמה לי' להאריך כולי האי הי"ל בקצרה דבב"ג המניעה מצד העדים ולא מצד הנידון אלא ע"כ דכוונת התורי"ד במה שדקדק לומר דאין זה שמעידין עליו גורם ר"ל דאין זה סיבה פרטיית רק בלתי אפשריות לקיים בהם דין הזמה וע"ב דכאשר זמם לאו עלייהו קיימא ולא בעינן בי' שיהי' יכול להזימה ומש"ה עדותן קיימת וממילא לא קשה ג"כ הקושי' מהא דסנהדרין (דף מ"א) [באק"ז] זן משום דבנערה המאורסה ע"כ קרא דכאשר זמם קאי על עידי נערה המאורסה וכמבואר בתוס' ריש מס' מכות הנ"ל ורק כעת יש סיבה פרטיית שא"א לעשות בהם דין הזמה וכן נמי בעידי טריפה דמשכחת דין הזמה בשום פעם בעדים שלימים שפיר בעינן יכול להזימם ואם לא עדותן בטילה ומיושב נמי הקושי' מהא דפסחים (דף י"ב) דגם התם כיון דהתורה אמרה כאשר זמם ע"כ דמשכחת עכ"פ בשום פעם שיתקיים בהם דין הזמה כשידעו העדים כל החקירות ממילא באם אחד אומר איני יודע שפיר הוה עדות שאאי"ל ובטלה העדות ומיושב בל הקושיות על התורי"ד הנ"ל לפי פירוש זה עכ"ד ב"א הרב שיחי': והנה עיינתי היטב בזה ולע"ד אם כי קשה להעמיס בכוונת התורי"ד ז"ל שיהי' כוונתו כסברת התוס' בריש מס' מכות בתירוץ השני כי נצרך להסביר סברות בלשון התורי"ד שיהי' הלשון סובל להעמיס בדבריו שכוון לתירוץ הב' של התוס' הנ"ל אלא אף אם נסבול הדוחק בזה אבל תחילת דברי התורי"ד בתירוצו המעיין היטב בלשונו יראה שא"א לומר כן בכוונתו ז"ל שכתב בתחילת תירוצו על קושי' התוס' הנ"ל וז"ל תשובה הטריפה שהרג הוא הגורם שלא תוכל להזימם מפני שאין חייבין עליו מיחה עכ"ל ואם נפרש כוונת התורי"ד כסברת התוס' בריש מס' מכות הנ"ל בתירוץ הב', א"כ כל דבריו בזה שכתב לתרץ הצד הראשון על שהעידו על טריפה שהרג הם למותר ח"ו ומאי בעי בזה כנראה למעיין היטב בזה:

ועיקר הסיבה שנדחקת ב"א הרב שיחי' לפרש בכוונת התורי"ד כפירושך משום קושייתך שהקשית ע"ד התורי"ד כפי פירושי מהא דמס' פסחים (דף י"ב) דבחקירות אם אמר אחד מהם א"י בטלה העדות משום דהוה אי"ל אע"ג דאין המניעה להזמה באה מכח הנידון. ולע"ד אין בזה שום קושי' כלל על התורי"ד ז"ל דבודאי אם המניעה להזמה בא מכח גוף הגדתן עדותן בודאי דזה גורם לבטל כל עדותן ונתבטל כל העדות הואיל דהוי עדות שאאי"ל ועיקר סברת התורי"ד ז"ל בזה הוא לחלק בין אם המניעה להזמה

בא מכח הנידון לבין אם המניעה להזמה בא מכח העדים המעידים דמחמתם לא יוכלו לקיים בהם כאשר זמם כגון בעדות ב"ג וב"ח דבכה"ג לא מיחשב עדות שאאי"ל אבל אם המניעה להזמה בא מחמת הנידון זה מיחשב שפיר עדות שאאי"ל ומובן היטב בזה פירושי בדברי התורי"ד ז"ל ודו"ק היטב בזה: ועיינתי כעת בזה ונלע"ד דיש ליישב שפיר בזה הקושי' שהקשיתי [באק"ו] בהא דמס' סנהדרין (דף מ"א) עידי נערה המאורסה שהוזמו כו' דהתם נמי מיחשב המניעה להזמה מכח הגדת העדות דהיינו שיפרשו כוונת עדותן שלא הי' כדי לדונה במיתה אלא כוונתם הי' לאוסרה על בעלה בכה"ג שפיר מיחשב עדות שאאי"ל ובטלה העדות זה נלע"ד נכון:

והנה ב"א חביבי הרב נ"י הנ"ל דן עפ"י פירושי בדברי התורי"ד הנ"ל לתרץ קושי' המפרשים בהא דעדים המעידים על אחד שנתחייב מיתה ותשלומין באופן דאין באין כאחת דלא שייך קלב"מ דחייב שתיהן דהא הוי לגבי העדים באו שני החיובים כאחד ונימא קלב"מ ושוב הוי גם לגבי הנידון עדות שאאי"ל ועיין בים התלמוד על ב"ק (דף ע' ע"ב) ובשעה"מ (בפ"ה מהל' גניבה ה"ו) והבאתים לעיל (על דף ע') [אוע"ד] ובק"א זה שם פ' מרובה אות כ"ט ועפ"י פירושי בתורי"ד הנ"ל יהי' מיושב הקושי' דהתם אין המניעה והגורם בזה מצד הנידון ומש"ה שפיר מתקיימת העדות על הנידון עכ"ד ב"א הרב שיחי' ולכאורה יפה תירץ עפי"ד התורי"ד ופירושי הנ"ל:

אולם לאחר העיון דלפמ"ש לעיל דהיכא דהמניעה להזמה בא מכח גוף הגדת עדותן אף דאינו בא המניעה מכח הנידון ג"כ בעינן שיהי' יכול להתקיים דין הזמה בעדותן וא"כ כשהעידו העדים על אחד שחילל שבת והזיק ממון חבירו ובאופן שאין שני החיובין באין כאחד דמחייבין אותו מיתה ותשלומין עפ"י עדותן ומכח עדותן דהיינו בהגדת עדותן מיד הוא המניעה להזמה בזה י"ל דלא יתקיים עדותן כלל משום דהוי עדות שאאי"ל ולא דמי לעדות ב"ג וב"ח דאין העדים מזכירים כלל בעדותן זאת את בניו כדי לפוסלם ורק שמעידים שפלוני הוא ב"ג וב"ח ממילא נוגע העדות לבניו ובכה"ג שפיר כתב התורי"ד דהואיל דאין מניעת ההזמה בא מכח הנידון לא מיחשב עדות שאאי"ל והיינו דהא אינן מזכירין בעדותן כלל לפסול ג"כ בניו אבל במעידין שפלוני חילל שבת והזיק ממון חבירו שמזכירין השני דברים כאחד בעדותן ובכה"ג דלא יוכלו לקיים בהן דין הזמה שפיר יש לומר דנתבטלה עדותן לגמרי משום דהוי עדות שאאי"ל וכסברתי הנ"ל וא"כ אינו מתורץ בזה קושי' המפרשים הנ"ל. מיהא לאחר העיון היטב בזה שכתבתי יש עדיין לצדד לכאן ולכאן ולהחזיק תירוצך על הקושי' המפרשים הנ"ל וי"ל עוד בזה:

עוד כתבת אהובי ב"א הרב שיחי' לתרץ דברי הרמב"ם ז"ל עפ"י פירושי בדברי התורי"ד (דבפ"ד מהל' עכו"ם ה"ו) כתב הרמב"ם ז"ל דבהודחו רוב עיר הנדחת גם הנשים והטף שלא חטאו נהרגין ויעוי"ש במגדל עוז מ"ש בזה ובודאי דבהוזמו עידי עה"נ לא נוכל לעשות בהם דין הזמה ולהרוג נשיהם והטף שלהם דהא כתיב ועשיתם לו לו ולא לזרעו וגם לא לאשתו וכמ"ש התוס' בריש מס' מכות וא"כ שוב נימא דגם האנשים אינן נהרגין דהוי עדות שאאי"ל וכתב שמצא בספר מנ"ח (מצוה תס"ד) שהאריך בזה וסיים בצע"ג ולפ"ד התורי"ד וגם הרמב"ם יסבור כן כמבואר בספר מובן שפיר פסקו של הרמב"ם ז"ל ולא יקשה דהוי עדות שאאי"ל דהא לא הוי מניעת ההזמה מצד הנידונים ודומה ממש להעידו שפלוני הוא ב"ג וב"ח עכ"ד ויפה כוון בזה. והנני להוסיף בזה דגם לפי סברתי שכתבתי לעיל ג"כ מתורץ שפיר דהא בעדותן לא הזכירו כלל את הנשים והטף ורק שהעידו על האנשים שעבדו העכו"ם וממילא הוה הדין לשיטת הרמב"ם ז"ל שגם הנשים והטף נידונין ואין מניעת ההזמה באה מצד הגדת עדותן וגם לא מצד הנידונים ולא בעינן בזה עדות שאי"ל וא"ש ודו"ק:

[ב] דף פ"ד ע"ב או"ד אק"ג הקשיתי ע"ד הרמב"ם (בפ"ה מהל' חובל ה"ז) דהמודה בבושת בב"ד זה גופי' הוי בושה שביישו בהודאתו מהא דמס' יומא (דף פ"ו ע"ב) וברמב"ם (פ"ב מהל' תשובה ה"ה) שכתב ומגלה עבירות שבינו לבין חבירו לאחרים ואומר להם אמנם חטאתי לפלוני ועשיתי לו כך וכך וכו' והרי הוא מביישו עתה שנית. וכתב ע"ז ידי"נ המאה"ג מו"ה מאיר דן נ"י הגאבד"ק דוואהרט ליישב דכשנדקדק בלשון הרמב"ם ז"ל (בהל' תשובה) שם נראה דבכוון כתב דאינו מתוודע ברבים לנוכח רק שאומר לפניהם שכך עשה לפלוני וזה שלא לנוכח שיהי' המתבייש שם באותו מעמד ורק אומר כן בפני האחרים שלא בפני המתבייש בכה"ג אין לחייב משום בושת דאינו מתבייש כיון שאינו שם עכ"ד. ולכאורה יש לתרץ כן. אולם עיין בב"ח או"ח (סי' תר"ו) וז"ל מצאתי המבקש מחילה שפשע כנגדו וצריך לפרש בשעת המחילה אותה פשיעה דרשות מהר"ש וכן עיקר כו' ובירושלמי דיומא דאמר הדין דחטא על חברי' צריך למימר סרחית עלך ואין קבלי' הא טבות ואין לא מייתי בני נש ומפייס לי' קדמיהון כו' לאו דוקא דאמר בסתם סרחית עלך אלא צריך לפרש אותה פשיעה כו' עייש"ה והובא במג"א שם. ומבואר דמפרט החטא כשמפייס את חבירו בפניו ואומר לו לנוכח אותו החטא שחטא כנגדו וא"כ קשה דהא הוי בושה לו. ואולי אפשר לומר דהב"ח מיירי היכא שאין שם שום איש אחר רק המבייש והמתבייש מש"ה אין לו בזיון ע"י שמפרט החטא כיון שאין שום איש שומע ומש"ה קאמר בירושלמי ואין קבלי' הא טבות ואין לא מייתי בני נש ומפייס לי'

קדמיהון כו' אבל השתא כשמפרט אין שום איש שם. וכעין שהביא שם הב"ח דברי העין יעקב ז"ל עיי"ש. והרמב"ם ז"ל דמיירי שמגלה החטא לפני אחרים הוא כשאין המתבייש שם דג"כ אין לו בושת אבל כשמביישו בפני הב"ד והמתבייש ג"כ שם הוי בושת וי"ל. מיהו בעיקר הדבר כבר כתב המג"א ז"ל שם ע"ד הב"ח ונ"ל דאם חבירו מתבייש בזה לא יפרוט אותו עכ"ל. אלא דהרמב"ם בהל' חובל שם סתם הדברים ומשמע דבכל ענין אית לי' בושת ולפי האמור המג"א קאי ע"ד הב"ח דמיירי שאין המתבייש שם דמ"מ אם יתבייש עי"ז גם בינו לבינו ג"כ לא יפרט ועדיין צ"ע:

[ג] דף פ"ה ע"ב או"ט אק"ה כתבתי דמבואר בסוגיא דמס' בכורות (דף מ"ג ומ"ה) דכהן חרש ושוטה שעבדו דאין מחללין העבודה ורק דעברו בעשה משום דאינן שוין בזרעו של אהרן ואפילו בחרש שאינו שומע ואינו מדבר ג"כ כן. וע"ז העיר ידידי הרב המאה"ג מו"ה מאיר דן נ"י הגאבד"ק דוואהרט בעהמ"ח ספר חמדת ישראל כי המנ"ח פ' אמור (מצוה ער"ה או"א) כתב ג"כ כי מבואר דחרש ושוטה אינן מחללין העבודה וכתב דצ"ע דחרש ושוטה דאינן בני מצות ולא בני כוונה והוה כמתעסקין כמבואר בחולין גבי שחיטות קדשים (דף י"ב) כל הסוגיא האיך יהיו כשרים לעבודה דבעי לשמה יעו"ש. והוסיף עוד ידידי הרב שיחי' להקשות דהא במסכת חולין (דף כ"ד ע"ב) ממעטינן קטן מעבודה מדכתיב איש וא"כ הרי כ"מ דממעטינן מאיש קטן ה"ה דנתמעט חרש ושוטה. והראה לעיין בשדי חמד בחלק דברי חכמים (סי' יו"ד) שהאריך בכ"ז עכ"ד. והנה מה שכתבתי דחו"ש אינן מחללין עבודה זה מבואר להדיא מסוגיא דלא איתמעטו רק משום שאינן שוין בזרעו של אהרן וכמ"ש בפנים. וגם המנ"ח הבין כן אלא שהקשה קושייתו בזה. וראיתי בספר שד"ח שם שהגאון המחבר האריך מאוד והקשה קושי' הרב נ"י והביא דברי הנוב"י מהדו"ק חאהע"ז (סי' נ"ג) שחקר אם הא דחרש פסול אם דוקא במי שאינו שומע ואינו מדבר או דגם במדבר ואינו שומע הוי מום בכהנים ואם נימא דמתני' דבכורות מיירי במדבר ואינו שומע א"כ לא קשיא מחרש דבאמת באינו שומע ואינו מדבר פסול בלא"ה ומה דאיתמעט משום שאינו שוה בזרעו של אהרן הוא במדבר ואינו שומע יעוש"ה שהאריך בזה בשם ספר מלבושי יו"ט. והנה אף אם נימא דמתני' דבכורות מיירי דוקא במדבר ואינו שומע מ"מ אכתי תיקשי משוטה דלמה לא יופסל מטעם שאינו בר דעה ואף שבשד"ח רימז שם דגם בשוטה צריך לאוקמי באינו שוטה גמור יעו"ש מ"מ זה דחוק וא"כ מה נועיל אם נוקי מתני' בחרש המדבר ואינו שומע כיון דאכתי תיקשי הוא גופי' בשוטה. ולכאורה יש להקשות עוד יותר דלמה איצטריך במסכת חולין (דף כ"ד ע"ב) שם למעט קטן מאיש ת"ל דאינו בר דעה והאיך יוכשר בעבודה הצריכה

לשמה וכקושי' המנ"ח ז"ל בחו"ש. וע"ז שוב ליכא לתרוצי כן. ובאמת הקשו כן התוס' חולין שם (דף י"ב ע"ב) בד"ה מאן תנא דלמה איצטריך ביבמות (דף ק"ד) למעט קטן מחליצה מאיש ת"ל דאינו בר דעה יעו"ש וכן קשה הכא בעבודה. ולפמ"ש הרשב"א שם לתרץ דלהכי איצטריך בחליצה למעט מאיש דאי משום דאינו בר דעה הו"א דהיכי דאתי לעונת הפעוטות דיש לו דעת כשר להכי ממעטינן מאיש יעו"ש הה"נ הכא מיושב קצת. אבל התוס' דלא תירצו כן א"כ קשה הכא וגם בגוף דברי הרשב"א ז"ל יש לעיין:

אולם נראה בזה בפשיטות דכמו שתירצו התוס' והרשב"א ז"ל לקושייתם דלמה איצטריך למעט בחליצה קטן מאיש וחרש מואמר ואמרה תיפוק לי' דלאו בני דעה נינהו ותירצו דחליצה שהוא בב"ד הוי כגדול עומד ע"ג ובגדול עע"ג מהני כמו בגט דבעי לשמה ואפ"ה בגדול עע"ג מהני שמזהיר אותו לעשות לשמה וה"ה דהי' מהני בחליצה להכי איצטריך למעט קטן מאיש וחרש מואמר ואמרה עייש"ה. וא"כ א"ש נמי הכא בעבודה הא דממעטינן חרש ושוטה שאינן שוין בזרעו של אהרן היינו נמי דוקא בגדול עע"ג ומזהיר אותו שיעשה העבודה לשמה ובכה"ג לא מיפסל רק משום שאינו שוה בזרעו של, אהרן ואינו מחלל העבודה וכן קטן דאיצטריך למעוטי מעבודה מאיש [ובקטן מחלל העבודה כמו שדייק בשד"ח שם מגמ' דחולין שם ובת"כ פ' אמור] נמי קאי בגדול עע"ג דוקא הא לא"ה באמת לא צריך למעט דלאו בן דעה הוא ומחלל העבודה וכן בחולין (דף י"ב) שם דבעי בקטן בשחיטת קדשים אם מהני מחשבתו הניכרת מתוך מעשיו היינו בשאין גדול עע"ג דאז לאו בן דעה הוא. אח"ז ראיתי בכו"פ (סי' א' סק"ב) שכתב ג"כ דלדברי התוס' דקטן בגדול עומד ע"ג יש לו מחשבה א"כ אף בקדשים יש לומר מהני שחיטתו עייש"ה. ובספרי בפנים כתבתי בקצרה וסיימתי בזה"ל. ולעד"נ דגם בעבודה שעבדו דעבודתן כשרה דודאי ג"כ בעינן אחרים עומדים ע"ג כו' והוא כמו שכתבתי בזה דהא דחרש ושוטה אינם מחללין העבודה הוא בגדול עע"ג דאז לא נתמעט אלא משום שאינן שוין בזרעו של אהרן. ובאמת מיירי בחרש שאינו שומע ואינו מדבר דסתם חרש הוא כן. ועיין בבכור שור בגיטין (דף נ"ט) הובא בפרמ"ג בפתיחה כוללת (בחלק הב' אות ד') דהיכא דמוזכר חרש בהדי שוטה הוי חרש שאינו שומע ואינו מדבר דאינו בן דעת כשוטה. ואף דהתוס' והרשב"א שם כתבו דבשוטה לא מהני גדול עע"ג ודוקא בגט מהני גם בשוטה גדול עע"ג דבגט מוכחא מלתא טפי דעביד לשמה כשמניחין לכתוב שמו ושמה שם עירו ושם עירה הלכך אפילו בשוטה מהני כשגדול עע"ג אבל בחליצה לא מהני בשוטה גדול עע"ג דשוטה גרע טפי עיי"ש וא"כ גם הכא בעבודה נימא דלא מהני בשוטה גדול עע"ג. מ"מ י"ל בזה דהא באמת קאמר הש"ס בזבחים (דף ב' ע"ב) דבקדשים

אינו צריך מחשבה לשמה דסתמא לשמה קאי והקשו התוס' בחולין שם בד"ה קטן דמאי קבעי הש"ס בשחיטת קדשים בקטן אי יש לו מחשבה כו' והא לא בעי כלל מחשבה דסתמא נמי כשר דסתמא לשמן קיימי ותירצו דסתמא דקטן גרע דאין לו דעת להבין שהם קדשים וסבר שהם חולין והו"ל מתעסק ופסול כו' עיי"ש וא"כ י"ל דשוב בגדול עע"ג מהני דדמיא לגט דמוכחא מלחא דלשמה והה"נ בגדול עע"ג עכ"פ מהני דסתמא לשמה קאי. ואף למ"ש התוס' גיטין (דף כ"ב ע"ב) בד"ה והא כו' באה"ד דגם בגט לא מהני בשוטה עומד ע"ג רק אם כתיבה לשמה מדרבנן אבל אם מדאורייתא בעי כתיבה לשמה לא מהני בשוטה גדול עע"ג יעוש"ה שכ"כ לחד תירוצא מ"מ הכא בקדשים י"ל דעדיף טפי כיון דסתמא לשמה ורק דקטן גרע מסתמא מ"מ אם פיקח עע"ג שוב לא גרע מסתמא ולשמה קאי:

ומה שהעיר עוד ידידי הרב שיחי' הנ"ל על דברי אלו דמיירי בגדול עוע"ג הקשה מדברי הרשב"א במס' חולין שם בסוד"ה מאן תנא שכתב בשם מורו ז"ל ליישב קושי' התוס' הנ"ל וז"ל ורבינו הרב ז"ל תירץ שכל דבר שאפשר לעשותו ע"י שליח הוי עמידה ע"ג כוונת העושה ומדין שליחות אבל דבר שאי אפשר לעשותו ע"י שליח אף עמידת בן דעת ע"ג לא מעלה ולא מורידה במקום שצריך כוונה והלכך חליצה שא"א לעשותה ע"י שליח לא מהניא עמידת ב"ד ע"ג והיינו טעמא דשוטה שחלץ שחליצתו פסולה אבל גט שאפשר למנות שליח לכתיבת הגט ולכוונת שמו ושמה ואף זה שעע"ג כשליח הממונה לכתוב ולכוון בכתיבתו וטעמא דשחיטה דלא מהני עמידת גדול ע"ג לרבנן דבעי כוונה בשחיטה לפי שהכל תלוי בדעת השוחט דאילו שחט בהמת חבירו שלא מדעתו כשרה ואעפ"י שלא נתכוון לה כלל בעל הבהמה אלמא כל ההיתר תלוי בדעת השוחט וכוונתו משא"כ בגט דאילו אחר שגירש את אשת חבירו לא עשה ולא כלום והלכך דעת שוחט דוקא בעי כו' עכ"ל הרשב"א ז"ל מבואר דכל היכא דלא שייך גבי' שליחות לא מועיל כלל גדול עוע"ג וא"כ יש סברא לומר דלא שייך לומר בכהן העובד שמועיל גבי' כוונת האחר העוע"ג דבכהן העובד י"ל דלא יוכל לעשות לכהן אחר שליח שיהי' בסוג שליחות עכ"ד:

הנה אין מזה סתירה לדברי כלל דבודאי מועיל עוע"ג בכהן העובד ודברי הרשב"א בשם מורו ז"ל יתפרשו שפיר. הנה לא מיבעי' אם הוי אמרינן דכהני שלותי דידן בלבד דבעינן דוקא שיהי' הכהן שליח של הבעלים ושייך בי' שליחות דוקא ואם עבר הכהן והקריב שלא מדעת הבעלים היינו בע"כ של הבעלים הקרבן פסול וכ"כ התוס' במס' קידושין (דף כ"ג ע"ב) בד"ה דאר"ה בסוה"ד וז"ל ונ"מ שאם הי' כהן מקריב שלא לדעת הבעלים אי שלותי דרחמנא נמי נינהו הוי קרבן כשר ואי הוי דוקא שלותי דידן אינו כשר כיון

שהקריב שלא מדעת הבעלים עכ"ל התוס' ועיין עוד במסכת יומא (דף י"ט ע"ב) בד"ה מי איכא כתבו ג"כ כן עיי"ש ומבואר דאם היינו אמרינן שלוחי דידן בלבד בעינן דוקא הטעם דשליחות וגם אם אמרינן שלוחי דידן עם שלוחי דשמיא נינהו דנראה מדברי התוס' דיכול הכהן להקריב שלא מדעת הבעלים וכן מבואר במהרש"א בהדיא כנראה למעיין והטעם בזה דכיון דהוא שלוחי דשמיא נמי הרי הכהן בא בשליחותא דרחמנא ומוכרחין הבעלים להסכים ולעשותו לשלוחם ג"כ והא דאיתא במסכת נדרים (דף ל"ה ע"ב) דאר"י הכל צריכין דעת חוץ ממחוסרי כפרה כו' הוא כפירוש התוס' והרא"ש שם דהיינו לענין הפרשת הקרבן עבור חבירו עיי"ש בסוגיא אבל אם הבעלים כבר הפרישו הקרבן שפיר יכולין הכהנים להקריבו בלא דעת הבעלים והיינו כסברת התוס' בקידושין דאע"ג דהוי נמי שלוחי דידן אבל הווין ג"כ שלוחי דשמיא ועיין בספר אור חדש בקידושין שם שכתב בשם הפמ"א ליישב דבקרבן עכו"ם דמקריב הכהן אע"ג דאין שליחות לעכו"ם הוא בתורת שלוחי דשמיא בלבד דהיכא דנוכל לעשות שליח כגון בישראל שלוחי דידן הן ובמקום דא"א לעשות שליח כגון בעכו"ם הוי שלוחי דשמיא עיין היטב באו"ח מ"ש בזה ולפי סברת התוס' הנ"ל מובן היטב דהוי תמיד שלוחי דידן ושלוחי דשמיא ומש"ה היכא דא"א להיות שלוחי דידן מועיל מטעם שלוחי דשמיא בלבד:

והנה הא דכתב הרשב"א בשם מורו ז"ל דבגדול עוע"ג הוא מדין שליחות לא נוכל לפרש דכוונת הגדול העומד ע"ג הוא בשליחות של החש"ו דהא הני לאו בני שליחות נינהו וע"כ דהוה הפירוש דהגדול העוע"ג המכוון הכוונה הראוי' הוא שליח של הבעל בזה וכן מורה הלשון שכתב אבל גט שאפשר למנות שליח לכתיבת הגט ולכוונת כתיבת שמו ושמה ואף זה שעומד ע"ג כשליח הממונה לכתוב ולכוון בכתיבתו דלשון זה מורה שהגדול העוע"ג הוא שליח של הבעל שיכוון בכתיבת הגט הזה שכותבים החש"ו שיהי' לשמה וכדין והא דכתב ז"ל שם לענין חליצת חרש ושוטה וז"ל והלכך חליצה שא"א לעשותה ע"י שליח לא מהניא עמידת ב"ד ע"ג והיינו טעמא דשוטה שחלק שחליצתו פסולה עכ"ל ולמה הוצרך לומר הטעם משום דאין שייך שליחות בחליצה תיפוק לי' דאין החרש והשוטה יכולין לעשות שליח להגדול העוע"ג דהא אין כאן בעלים אחרים רק החרש והשוטה הם הבעלים בהחליצה וא"כ לא שייך לומר בזה דיהני בחליצה עוע"ג מטעם שליחות:

ונלע"ד לומר דהא דכתב רבינו ז"ל דבחליצה שא"א לעשותה ע"י שליח כולל בזה גם הא דלא שייך לומר דהעוע"ג יהי' שלוחו של החרש בכוונתו שמכוון שהחליצה תהי' לשמה משום דאין שליחות להחרש ונקיט לשון הש"ס במסכת כתובות (דף ע"ד ע"א) תנאה

דאפשר לקיומי' ע"י שליח כי התם הוי תנאה תנאה דלא אפשר לקיומי' ע"י שליח כי התם לא הוי תנאה ופירש"י ז"ל אבל חליצה א"א, לקיימה ע"י שליח ונקיט רבינו ז"ל ג"כ לשון זה דחליצה שא"א לעשותה ע"י שליח לכלול בו ג"כ הא דאין כאן בעלים בני דעה ורק החרש והשוטה הם הבעלים ולאו בני שליחות נינהו ולא יוכל להיות העוע"ג שלוחם של החרש והשוטה ולע"ד לאחר העיון מוכרחין לפרש כן כוונת רבינו ז"ל בזה ומחלק רבינו ז"ל בין כל הני דמהני כוונת העוע"ג לבין שחיטה דבשחיטה א"צ כלל לשליחות הבעלים דהא אדם השוחט בהמת חבירו בע"כ של חבירו ג"כ השחיטה כשרה ואין להבעלים שום שייכות למעשה השחיטה ומש"ה סוברים רבנן דר"נ דלא מהני כוונת העוע"ג החרש והשוטה בשעת השחיטה: ולפי האמור מובן שפיר דבכהן חרש העובד מועיל אם פקח עוע"ג אפילו לסברת מורו של הרשב"א ז"ל הנ"ל דאם אמרינן שלוחי דידן ושלוחי דשמיא הוי נמי הפקח העוע"ג שלוחי דידן ושלוחי דשמיא ומועיל מעשה הכהן החרש ושוטה מטעם שלוחי דשמיא דניהא דחרש לאו בר שליחות מ"מ הוא מועיל מטעם שלוחי דשמיא דמועיל גם המעשה של החרש בתורת שלוחי דשמיא ודומה לכהן המקריב קרבן עכו"ם וכמבואר לעיל דהיכא דלא מצי לבא עלה מכח שלותי דידן מועיל שלוחי דשמיא בלבד. ואף דיש סברא קצת לחלק ביניהם דהתם גלי קרא דכהן יכול להקריב קרבן עכו"ם והוה ע"כ משום שלוחי דשמיא בלבד משא"כ בקרבן ישראל דיכול להקריב כהן פקח ומנ"ל דיהי' מועיל מעשה הכהן החרש ומטעם שלוחי דשמיא בלבד. י"ל בזה דהואיל דחזינן דאית לן קרא דאיש מזרעך וגו' ויליף ר"א מקרא זה דקטן פסול לעבודה וכמבואר במסכת חולין (דף כ"ד ע"ב) ולמה צרכינן קרא למעט קטן הא לאו בר שליחות הוא שמעינן מזה דאי לאו דגלי קרא לפסול כהן קטן הי' הדין דכשר אע"ג דקטן לאו בר שליחות וע"כ דהוא מתורת שלוחי דשמיא בלבד אע"ג דיכול כהן גדול להקריב וגם אין מהצורך להאריך בזה כי מבואר כן בתוס' במס' קידושין (דף כ"ג) הנ"ל דאם אמרינן דגם שלוחי דשמיא הוי יכול הכהן להקריב הקרבן שלא ברצון הבעלים. וא"כ שפיר מועיל מעשה החרש מטעם שלוחי דשמיא וכוונת הפקח העוע"ג מועיל מטעם שליחות לא מיבעי' אם נימא דשלוחי דידן נמי פשיטא דמועיל דהעוע"ג נעשה שלוחו של הבעלים בכוונתו וכמ"ש לעיל דכוונת הרשב"א בשם מורו ז"ל דהוא משום שליחות דע"כ הוה הפירוש דהעוע"ג הוא שליח של הבעלים ולא שליח של חרש והשוטה דלאו בני שליחות נינהו וגם גבי חרש ושוטה כהנים אמרינן דהעוע"ג הוי שלוחו של הבעלים בכוונתו ושלוחו דשמיא נמי הוי דכמו בכהן פקח העובד אמרינן דרחמנא שווי' שליח על המעשה ועל הכוונה ה"נ בכהן חרש ופקח עוע"ג דנתחלקו המעשה והכוונה לשני

בני אדם הוה ג"כ כן דעל המעשה הוי הכהן חרש שלוחא דשמיא והפקח העוע"ג הוי שלוחא דשמיא ושלוחו של הבעלים לכוון ובין אם נימא שלוחי דידן ודשמיא ובין אם שלוחי דשמיא בלבד מועיל כוונתו של העוע"ג דכמ"ש הרשב"א בשם מורו ז"ל בכ"ד דבעינן עוע"ג דהוא מטעם שלוחו של הבעלים הה"נ בעבודה ג"כ אמרינן כן דהוי על הכוונה שלותי דרחמנא:

ולכאורה יש סברא לומר דבכהן חרש העובד דבעינן שפקח יהי' עוע"ג ויכוון אולי בעינן שהפקח יהי' כהן דיש סברא לומר דהתורה הקפידה גם על הכוונה שיהי' כהן. או דנימא דהתורה הקפידה על כהן דוקא על מעשה העבודה ולא על המחשבה דלפי שיטות התוס' והרשב"א דענין עוע"ג הוא שמלמדו להחרש ושוטה לעשות המעשה בכוונה הצריכה והוי החרש המכוון ואף דמשמע קצת מלשון הרשב"א בחידושי חולין שם וז"ל וכוונת ב"ד העומדין עליהן ומלמדין אותם ומזהירין אותם הוי לה כוונה כו' משמע קצת דהעוע"ג הוא נחשב עיקר המכוון אבל בתשו' הרשב"א (סימן כ"ו) כתב להדיא וז"ל דכשאחרים עע"ג ומלמדין אותם ומזהירין אותן לכוין למה שהן עושין אף הן מכוונין כו' ומשמע להדיא דכשהעוע"ג החש"ו מצי לכוין דרמי אנפשי' ומכוין לשמן שכ"כ בתשו' הרשב"א שם וז"ל אבל בגט הואיל ויש בו הוכחה שאומרין לו כתוב שם פלונית וכתוב לשמה והוא כותב גם הוא רמי אנפשי' ומכוין לשמן כו' עכ"ל וא"כ הוי הכהן החרש העובד והמחשב פשיטא דלא בעי שהעוע"ג יהי' כהן. אלא לשיטת מורו של הרשב"א ז"ל הנ"ל מורה דהכוונה אינה מתייחסת כלל להחרש העובד ורק מטעם שליחות אתינן עלה וכבר הוכחתי לעיל דע"כ צ"ל דהעוע"ג נעשה שלוחו של הבעלים ולא של החרש העושה המעשה שכותב הגט וכדומה א"כ יש קצת סברא דבעבודה בעינן שהגדול העוע"ג הכהן החרש העובד שמחשב שיהי' כדין בכוונה הראוי' אולי בעינן דוקא שכהן יהי' עוע"ג:

עוד יש לספק ולומר דניהא דנימא דיהי' מועיל כוונת העוע"ג אפילו אם הוא זר אם שייך לומר בזר דהוה שלוחי דשמיא דדוקא בכהן העובד שייך לומר דהוה שלוחי דשמיא. ונראה דיש לדייק זה מדברי הרשב"א במסכת קידושין שם דמתרץ קושי' התוס' דמאי קמבעי' הני כהני שלותי דידן או דשמיא דע"כ שלותי דשמיא משום דמי איכא מידי דאיהו לא מצי עביד ושליח מצי משוי תי' הרשב"א ז"ל ועיין בריטב"א שם דהתם בעבודות הכשרות בזר כגון שחיטה והפשט וניתוח קבעי ע"ש אלמא דנם בישראל שייך לומר דשלוחי דשמיא הוא בעבודות שכשרות בו הה"נ דשייך לומר שלוחי דשמיא על כוונת הזר העוע"ג כהן חרש העובד וי"ל הרבה בזה. וא"כ גם בעבודה שייך לומר שליחות לענין דיועיל כוונת העוע"ג הכהן החרש העובד לא מבעי' אם העוע"ג הוא כהן

פשיטא דמהני דהוא שליח דהבעלים אלא אף אם ישראל העוע"ג הכהן חרש ג"כ מהני מדין שליחות ולא יקשה מדברי מורו של הרשב"א על דברי שכתבתי דהא הכהן חרש העובד דעבודתו כשרה מיירי בפקח העוע"ג והפקח הוא כהן או אפילו אם הפקח הוא זר וכמבואר לעיל: אמנם בגוף דברי הרשב"א בשם מורו ז"ל יש לעיין דהרי באמת הקשו התוס' בגיטין (דף כ"ב ע"ב) בד"ה והא כו' דמאי מהני בחש"ו בכתיבת הגט גדול עע"ג והא אין שליחות לחרש והאיך מועיל כתיבתן בשליחות הבעל והעלו התוס' ז"ל דבאמת אינו צריך שליחות בכתיבת הגט. ויעוין היטב בב"י אהע"ז (סי' קכ"ג ובש"ע שם ס"ג וס"ד ובחמ"ח סק"ט וב"ש סק"ה) דהיכא דצריך שליחות לכתיבת הגט פסול בחש"ו אף בגדול עוע"ג עיש"ה. וא"כ האיך כתב הרשב"א בשם מורו ז"ל דמש"ה כשר בכתיבת הגט בגדול עוע"ג משום שאפשר למנות שליח לכתיבת הגט והיינו כמו שבארתיו לעיל דהוי העוע"ג מטעם שלוחו של הבעל וא"כ מוקי הרשב"א בשם מורו ז"ל למתני' דגיטין דהכל כשרין לכתוב הגט ואפי' חש"ו כו' בכה"ג דצריך שליחות לכתיבת הגט מש"ה מהני עוע"ג וא"כ הדרא לדוכתא קושי' התוס' ז"ל דהאיך מהני מעשה החרש בכתיבת הגט והא בעינן שליחות הבעל בכתיבה ואין שליחות לחש"ו ולכאורה י"ל בזה:

ע"כ צריך לומר בכוונת הרשב"א בשם מורו ז"ל דהוא על הדרך שכתבו התוס' שם בגיטין וז"ל וי"ל דלא בעינן שליחות בכתיבה כו' והא דאמרינן לקמן (דף ע"א:) צריך שיאמר לסופר כתוב ולעדים חתמו לאו משום שליחות אלא משום דכשלא צוה הבעל לא חשיב לשמה אלא חשיב סתמא ופסול כו' עכ"ל הרי דאע"ג דלא בעי שליחות בכתיבת הגט מ"מ בעי שיהי' נכתב ברצונו ובצווי הבעל וזה הוא כוונת הרשב"א בשם מורו ז"ל כיון שאפשר למנות שליח לכתיבת הגט כו' אין הכוונה דבעי שליחות ממש אלא דבעי שיהי' נכתב בצווי הבעל והבעל אינו צריך לכותבו בעצמו אלא מצי למנות שליח ע"ז ליכתוב בצווי שלו וא"כ עוד אגוד זכותו של הבעל בענין מעשה הגט דבלא הסכמתו אין הגט כלום וגם בעיקר הגירושין הכל תלוי בהבעל דאין אדם מגרש אשת חבירו וכמו דאסבר לה הרשב"א ז"ל בלשונו הטהור ומש"ה מצי למימני גם עומד ע"ג שיהי' הוא המכוון כוונת הכתיבה ואין העומד ע"ג בתורת שליחות ממש רק הוא כעין מינוי שליחות והיינו שמכוון עפ"י רצון הבעל משא"כ בשחיטה דאין השוחט צריך כלום לדעת ורצון הבעלים וגם בע"כ של הבעלים ג"כ השחיטה כשרה וא"כ אין להבעלים שום זכות במעשה השחיטה והכל תליא רק בהעושה המעשה השחיטה ואין להבעלים או לשום אדם שייכות עמו במעשה השחיטה מש"ה אין להבטלים כח למנות אחד שיהי' עוע"ג ומכוון כיון שאין לו שום זכות ושייכות בזה כלל אבל בגט עדיין מעשה הגט תליא הכל

בהבעל מש"ה מצי לצוות לפקח שיכוון כוונת הכתיבה ויצרף כוונתו עם מעשה החרש, והא דכתב הרשב"א ז"ל והילכך חליצה שא"א לעשותה ע"י שליח לא מהני עמידת בר דעת עוע"ג כו' הוי נמי הפי' דאין לשום בר דעת שום שייכות עם החרש בחליצתו של החרש והרשב"א א ז"ל נקיט לשון הש"ס. והרבה י"ל עוד בדברי הרשב"א בשם מורו ז"ל ולשונו הטהור:

וכללו של דבר לע"ד אפשר לומר בכוונת הרשב"א בשם מורו ז"ל דמ"ש הלשון שליחות לאו דין שליחות ממש אלא כעין שליחות וכמש"ל שעדיין יש זכות להבעל בענין כתיבת הגט הוי הגט אגוד גבי' וכמו שדקדק הרשב"א ז"ל דאין אדם מגרש אשת חבירו מש"ה הוי עדיין ברשותו לצוות להעוע"ג שיכוון הכוונה הצריכה דלא פסיק כחו של הבעל בכתיבת הגט שנימא שהכל תלוי בחרש הכותב מש"ה מהני כוונת העוע"ג משא"כ בשחיטה אין להבעלים שום כח בגוף השחיטה וכמש"ל. ולפ"ז בעבודה דבודאי הקרבן אגיד גבי הבעלים דהא הקרבן שלו להתכפר בו וכדומה ויש להבעלים זכות בו שפיר מהני כוונתו של העומד ע"ג כהן החרש דהוי כאילו הבעלים מכוונים כיון דלא פסיק כחו של הבעלים הפקחים. ומש"ה שפיר מהני פקח העומד ע"ג עבודת כהן החרש ומכוון כוונת הקרבן הצריכה ועולה שפיר מה שהוכחתי בפנים הספר מהש"ס דעבודת החרש אינה פסולה והיינו בפקח עוע"ג ומכוון: אולם אחר העיון עוד בלשון הרשב"א ז"ל שם בחולין שכתב שכל דבר שאפשר לעשותו ע"י שליח הוי עמידה ע"ג כוונת העושה כו' וכן בתשו' הרשב"א (סי' כ"ו הובא בב"י או"ח סי' ת"ס) שהביא ג"כ דברי מורו רבינו יונה ז"ל הנ"ל דכל דבר שאפשר ע"י שליח כוונת העוע"ג ככוונת העושה דהו"ל כטלית כו' משמע דהעוע"ג הוא שלוחו של החש"ו ומהני כוונת העוע"ג מדין שליחות כאילו החש"ו מכוון. אלא דאינו מובן דהא אין שליחות לחש"ו וכמש"ל:

ואולי י"ל בביאור כוונת הרשב"א בשם מורו ז"ל דכוונת העוע"ג מהני לצרף למעשה החרש והו"ל כאילו החש"ו בעצמו עשאו והוי כעין שליחות ולאו בתורת שליחות ממש רק כמו שמעשה השליח נחשב כאילו עשאה המשלח הה"נ כוונת העוע"ג הוי כמעשה החש"ו ומיהו דוקא היכא דאפשר לעשות המעשה ע"י שליח ולא צריך דוקא לעשות בעצמו א"כ חזינן דמצי להעשות המעשה לא בגופו ממש רק גם ע"י אחר מש"ה במעשה כזו מהני בחש"ו ע"י גדול עוע"ג והוי כוונת העוע"ג כמו שכוון החש"ו דהא חזינן דמעשה הזו מצי להעשות ע"י אחר. ומש"ה בגט דכל עניני גט מצי להעשות ע"י אחר מש"ה מהני בזה גדול עוע"ג. אבל בחליצה דא"א לעשות שליח והקפידה התוה"ק שהחולץ יעשה בגופו דוקא ולא ע"י אחר מש"ה לא מהני כוונת העוע"ג כאילו החרש החולץ

כוון דהא כל עניני מעשה החליצה צריך לעשות בעצמו והאיך יהי' מועיל כוונת אחר וה"ה בשחיטה דאע"ג דאדם אחר מצי לשחוט בהמת הבעלים מ"מ אינו מסוג שלוחו של הבעלים רק שיש להאחר הכח לשחוט כמו הבעלים דשחיטה אינו תליא בבעלים כלל ואין בענין שחיטה שום סוג שליחות מש"ה אי אפשר לעשות ע"י אחר דלא שייך בשחיטה שמעשה האחר יהי' מועיל בתורת שליחות ומש"ה בשחיטת חש"ו אם בעי כוונה בשחיטה לא מהני לצרף כוונת האחר העוע"ג ובעינן שהשוחט בעצמו יהי' מכוון: ועיין במחצית השקל ז"ל (סי' י"א) ע"ד המג"א (סק"ב) משמע דפי' דברי הרשב"א בשם מורו ז"ל דהעוע"ג הוא שלוחו של החש"ו וז"ל אבל דעת הרר"י דמיירי דאפשר לעשות ע"י שליח מהני עוע"ג דהו"ל ע"י העמידה ע"ג כאילו הוא שלוחו ולפ"ז אף דשוטה לאו בר שליחות הוא כה"ג שעע"ג עדיפא משליחות דעלמא וא"כ גם בשחיטה ומצת מצוה וה"ה טוי' מהני עוע"ג בשוטה משא"כ חליצה דא"א ע"י שליח לא מהני עע"ג בשוטה עכ"ל והנה דעת המחצה"ש בכוונת הרשב"א בשם מורו ז"ל דהוא מטעם שליחות של החש"ו הגם שסברתו דבעוע"ג מהני שליחות גם בחש"ו אינו מובן ולא ראיתי עוד בשום מקום וי"ל טובא מ"מ דעתו ז"ל דהוא שלוחו של החש"ו ומ"מ אין סתירה למ"ש דבעבודה מהני עומד ע"ג דלענ"ד מוכח מדברי הש"ס במס' ב"ק (דף ק"י ע"א) א"ר ששת אם הי' כהן טמא בקרבן ציבור נותנה לכל מי שירצה כו' ומוכח דכהן מצי למיעבד שליח לכהן אחר שיעשה העבודה בשליחותו ועיין בתורי"ד ז"ל ברק שם (אות ע"ב) דמיירי שזכה בו ע"י פייס ויש לו הזכות מצי לעשות שליח עיש"ה וכבר העירותי בזה בפ' הגוזל קמא דף ק"י שם [אוקפ"ו] הגם שיש סברא לחלק דהכא בחרש ושוטה כיון דאסורין להקריב מטעם דאינן שוין בזרעו של אהרן וא"כ לית להו זכות להקריב וי"ל דאינן יכולין לעשות שליח ויהי' דמי לכהן טמא היכא דאיכא טהורים וכן בעל מים דקאמר הש"ס שם דאינן יכולין לעשות שליח לכהן אחר. י"ל דבעל מים מיירי באותן בעלי מומין שפוסלין העבודה ועוד דהתם לכתחילה אין להם הזכות שיהי' שלהם שיהיו יכולין לעשות שליח אבל בכהן חרש דהוא עובד העבודה אין לפסול הקרבן בעוע"ג כיון דבאמת שייך שליחות מכהן לכהן בעבודה והתם בבע"מ הוה הפי' דאין לו הזכות בקרבן זה שיעשה שליח לכהן אחר אבל שיהי' פסול משום זה הכא אינו פוסל כיון דבעינן עבודה שייך שליחות מכהן לכהן וא"כ הכא בחרש ניהו דאין לו הזכות לעשות שליח מ"מ שייך שליחות וכשעובד הוי העוע"ג שליח שלו. ועיין מ"ש בעזה"י שם בפ' הגוזל [אוקפ"ד] בענין דהיכא דהמשלח שייך במעשה זו לא שייך כ"מ דאיהו ל"מ עביד כו' יעו"ש וה"נ בחרש ושוטה כיון דאינן פוסלין העבודה מצי משוי שליח להעוע"ג שיכוון בשבילם:

ובהיותי מעיין בזה ראיתי כי בתשו' הרשב"א המובא בב"י יש שיטי ממ"ש בחידושי הרשב"א חולין הנ"ל בשם רבינו יונה ז"ל וז"ל בתשובה ומורי ה"ר יונה כתב דכל שאפשר ע"י שליח כגט ושחיטה כוונת העוע"ג ככוונת העושה מעשה דהו"ל כשליח ולפיכך בגט כשר אפילו שוטה וה"ה בשחיטה אילו הי' גדול עוע"ג אבל חליצה דא"א ע"י שליח אף כוונת העוע"ג לא מהני בין בשוטה בין בחרש וקטן ולפ"ד רבינו מצה שלשה חש"ו כשאחרים עומדים ע"ג יוצאין בה כו' עכ"ל ולפ"ז סובר הרבינו יונה ז"ל דגם בשחיטה מיקרי אפשר לקיים ע"י שליח ומהני כוונת העוע"ג וצריך לומר דאף דאחר ששוחט אינו בתורת שלוחו של הבעלים רק שיכול לשחוט מחמת עצמו וכמ"ש הרשב"א בחולין שם מ"מ כיון דהבעלים יכולין לעשות שליח לשחוט וא"צ לשחוט בעצמן מיקרי אפשר לקיים ע"י שליח ומועיל כוונת העוע"ג מדין שליחות וא"כ צ"ל דהרבינו יונה אינו מתרץ קושי' התוס' חולין (דף י"א) שם משחיטה דקאמר הש"ס לרבנן דבעי כוונה לא מהני אע"ג דאחרים רואין אותן, ויתרץ כתי' התוס' דיש חילוק בין עוע"ג ומזהירו לבין אחרים רואין אותן ועיין בתשובות הרשב"א שם (בסי' כ"ו) באורך שהביא קושית התוס' ותירוצם ואח"כ הביא דברי רבינו יונה ז"ל כמו שהובא בב"י דגם בשחיטה מיקרי אפשר לקיים ע"י שליח ומהני עע"ג וצריך לומר דהרבינו יונה אינו מיישב קושית התוס' בסברתו זאת. ואילו ברשב"א חולין הנ"ל הביא להיפוך בשם רבינו יונה ז"ל דבשחיטה לא מהני עוע"ג דאינו בסוג שליחות וכמש"ל. אח"ז ראיתי בספר אומץ יוסף להגאון מוהרי"ל זצ"ל ראבד"ק ברעסלא על או"ח (סי' י"א במג"א סק"ב) שהעיר ג"כ בשינוי שבין דברי הר"י שהביא הרשב"א בחי' לבין דברי הרשב"א בתשו' בשם הר"י הנ"ל וצ"ע בזה:

והנה לפי הנוסחא ברשב"א בתשובה א"ש בפשיטות דהכא בעבודה מיקרי אפשר ע"י שליח דלא גרע משחיטת חולין דמהני עע"ג וכן לישת מצה דמהני עוע"ג דמיקרי בזה אפשר ע"י שליח. ולשיטת הרשב"א ז"ל עצמו בתשובה שם דמחלק דהיכא דאיכא הוכחה גמורה שעושה לשמה כגון גט מהני עוע"ג בין בחרש וקטן ובין בשוטה והיכא דאיכא הוכתה קצת כגון בחליצה מהני סברת עוע"ג בחרש וקטן ולא בשוטה והיכא דליכא הוכחה כלל כגון בשחיטה ולישת מצה לא מהני עוע"ג בין בחרש וקטן ובין בשוטה יעוש"ה ובמחצה"ש (סי' י"א) הנ"ל. א"כ הכא בעבודה דסתמא לשמה י"ל דהוי הוכחה גמורה ומהני עוע"ג בין בחרש ובין בשוטה:

אמנם ברמב"ם (פ"א מפסוהמ"ק ה"ו) כתב וז"ל הקטן אינו שוחט קדשים אע"פ שהגדול עומד ע"ג שהקדשים צריכין מחשבה וקטן אין לו מחשבה אפילו היתה מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו אינה מחשבה כו' ומבואר להדי' דהרמב"ם ז"ל ס"ל דבקדשים לא מהני

עע"ג. ועיין בלח"מ ז"ל שכתב דהרמב"ם הוציא כן מהך דחולין (דף י"א) דעל מתני' שם דכשאחר עומד ע"ג כשר קאמר הש"ס מאן תנא דלא בעינן כוונה לשחיטה וכו' משמע דבמוקדשין דבעינן כוונה לא סגי שיהא אחר עוע"ג עיי"ש ובאמת זהו קושי' התוס' והרשב"א ז"ל ולהתוס' והרבינו יונה כפי המובא בתשו' הרשב"א מהני עוע"ג בשחיטת חולין אף לרבנן דבעי כוונה וה"ה בקדשים וכמש"ל. וח"מ הרמב"ם ז"ל כתב להדי' דלא מהני עוע"ג והרבה י"ל בשיטת הרמב"ם ז"ל בענין עוע"ג. ולהרמב"ם נשאר הקושי' למה חרש ושוטה אינן פוסלין העבודה והא לאו בני דעה נינהו ועוע"ג לא מהני להרמב"ם וי"ל עוד בזה:

אח"ז מצאתי בספר דברי שאול ויוסף דעת למורי הגאון מוהרי"ש זצ"ל על ש"ע יו"ד (סי' ג' ס"א) הביא שנשאל בזה בהא דאמרו בבכורות (דף מ"ה ע"ב) דחרש ושוטה פסולים באדם וכשרים בבהמה והטעם דלא מחלי עבודתם דפסולייהו משום דאינם שוה בזרעו של אהרן כדאמרו (בדף מ"ג) וע"ז הקשה דהא חרש ושוטה אינם בני דעה ובקדשים ודאי פסול אף דלא בעי כוונה לשחיטה מ"מ מתעסק פסול וה"ה כאן לעבודה מה"ת להכשיר ולכאורה השבתי דנ"מ לאם גדול עוע"ג דכשר בחרש אבל ז"א דבשוטה פסול גם בזה ועיין תוס' חולין (דף י"ב ע"ב) ובחידושי רשב"א שם ומ"ש בתשובה (סי' כ"ג) ולפי חילוקו של הרשב"א יש מקום ליישב קצת אך אני השבתי דאף אם נימא דחרש ושוטה פסול משום שאינם בני דעה מ"מ זה בתחלת עבודה אבל באמצע עבודה ודאי דכשר דהא כבר חשב הכהן הראשון לשמה ונמשכת כל העבודה שאחריו ע"ד כוונה הראשונה וכעין מ"ש הרא"ש לענין עיבוד דאם בתחלת העיבוד נעשה לשמה ל"צ יותר דכל העיבוד נמשך אחר מה שחשב בתחלת העיבוד וא"כ בכה"ג אצטריך למפסל משום שאינו שוה בזרעו של אהרן עכ"ד הגאון זצ"ל. והנה כבר העיר בכל הנ"ל בקצרה ולפמש"ל א"ש גם בשוטה. וכבר הארכתי לעיל עפי"ד הרשב"א ז"ל בחידושים ובתשובה הנ"ל: אח"כ ראיתי בספר בית מאיר אהע"ז (סי' קכ"א ס"ו) פלפול במ"ש הנוב"י בחשובת אור הישר בענין אם מהני בשוטה עוע"ג לענין גט וקידושין והב"מ מסיק דלא מהני יעוש"ה וי"ל בזה:

ומה שהקשה ידידי הרב הנ"ל שיחי' וכן הקשה בשד"ח דלמה לא יופסלו חרש ושוטה כמו קטן דאיתמעט מאיש וכנ"ל עיין בשד"ח שם שרימז לעיין במ"ש בעצמו במערכת הכללים מערכת (האל"ף אות שנ"ב) וראיתי שם שהביא כל היכא דאיתמעט קטן מאיש אם גם חרש ושוטה וכתב בשם ספר מלבושי יו"ט דמיבמות (דף ק"ד) שם דחרש פסול משום שנאמר ואמר ואמרה ות"ל מהיכא דממעטינן קטן מאיש נמעט חו"ש. ולפי מ"ש

שם דהכלל הוא דוקא כי ממעטינן קטן משום שאינו בן דעת הה"נ חרש אבל היכא דאין המיעוט משום שאינו בן דעת רק מגזה"כ לא נתמעט רק קטן ולא חרש עיי"ש א"כ א"ש נמי הכא בעבודה לפי האמור דהא דחרש ושוטה אינן מחללין העבודה הוא דוקא בגדול עע"ג וכן הא דצרכינן למעט קטן מאיש הוא דוקא ג"כ בגדול עע"ג א"כ אין הפסול מחמת שאינו בן דעה דהא בגדול עע"ג מהני כמו בן דעת ורק דקטן נתמעט מאיש מגזה"כ א"כ אין חרש ושוטה בכלל ושפיר היכא דגדול עע"ג חרש ושוטה לא נתמעטו רק משום שאינן שוין בזרעו של אהרן ולא מחללו העבודה וכן הרמב"ם והחינוך שחשבו חרש ושוטה במומין דאדם והיינו משום דאינו שוה בזרעו של אהרן ואין מחללין העבודה הוא ג"כ דוקא בגדול עומר ע"ג אבל באין גדול עע"ג באמת פסולה העבודה ומזה לא מיירי הרמב"ם והחינוך דזה אינו מטעם מום רק משום שאינן בני דעה ומיירי רק מדיני מום באדם דהיכא דגדול עע"ג דלא שייך הפסול דלאו בני דעה מ"מ החרש ושוטה הם מכלל מומין דאדם כנלע"ד בזה בפשיטות. אלא דבשיטת הרמב"ם כבר כתבתי לעיל דצ"ע דהא (בפ"א מפסוהמ"ק ה"ו) מבואר דלא מהני עוע"ג וא"כ נשאר הקושי' וכמש"ל והרבה י"ל בזה. אבל בשיטת החינוך י"ל כן:

ואציין עוד בזה שמה שכתבתי בפנים עוד שם בד"ה ודברי הרמב"ם כו' על מה דחשיב הרמב"ם (בפ"ח מהל' ביאת מקדש הט"ז) החרש והשוטה כו' בחשבון התשעים מומים שבאדם והקשיתי לכאורה דקחשיב חרש ושוטה למומין והרי לפי המבואר עיקר פסולייהו הוא משום שאינם שוים בזרעו של אהרן אבל מום גמור לא מיחשבי לענין דיהיו מחללי עבודה ע"כ. עיינתי עוד הפעם בזה וראיתי שזה טעות דהא כל התשעים מומין שבאדם בלבד אינם מחלים עבודה ומ"מ שם מומין עלייהו ולא איתמעטו אלא משום שאינו שוה בזרעו של אהרן וכדקאמר הש"ס בכורות (דף מ"ג) וברמב"ם (פ"ו מהל' ביאת מקדש ה"ו) ושפיר חישב (בפ"ח הט"ז) החרש והשוטה כו' שהם מכלל מנין התשעים דכולן מומין שבאדם ופסולייהו משום דאינן שוין בזרעו של אהרן ולא מחלו עבודה:

[ד] דף פ"ז ע"א אוט"ו פלפלתי בדברי המקצעות שהובא בהג"א בסוגיין בענין חובל ביו"ט וביוה"כ כו'. והנה מצאתי בין כתביי מכתב כי"ק של אאמו"ר הגה"צ מו"ה יוסף זצ"ל אשר כתב אלי בשנת תרנ"ג ע"ד המקצועות הנ"ל ואז עיינתי בזה והי' לי איזהו הערות בד"ק וכעת עיינתי שנית בהם כדי להעתיקם בכאן וראיתי כי נכתב מאוד מאוד בקיצור נמרץ עד כי כמעט אינם מובנים ולאמר העיון היטב הרבה פעמים ראיתי כי כדי להבין הדברים צריכין להוסיף ביאור קצת והוספת דברים ובשינוי הלשון והסדר

וכפי שאעתיק כאן ואקוה כי יהי' לנ"ר לנשמתו הק' תנבצה"ח ויהי' לרצון אף אם אולי טעיתי בכוונתו:

במתני' ב"ק (דף פ"ז ע"א) החובל בחבירו ביוה"כ חייב בכולן כו' וחובל בחבירו בשבת פטור מכולן מפני שהוא נידון בנפשו עיש"ה. והנה הגהות אשר"י מביא בשם ס' המקצעות וז"ל החובל בחבירו ביו"ט חייב בה' דברים בשבת וביוה"כ פטור מן התשלומין כו' עיש"ה וקשה דפסק דלא כסתם משנה והאיך יחלוק על מתני' וכבר תמה בזה הישׁ"ש פ' החובל (סי' כ"ג) וז"ל ואלמלא לא כתב ביוה"כ פטור הייתי אומר דבריו דברי קבלה הן אבל עכשיו שכתב החובל ביוה"כ פטור ופסק כרנבה"ק דאמר יוה"כ כשבת לתשלומין כל זמן שבשבת אינו משלם ג"כ ביוה"כ אינו משלם כדאיתא בפ' אלו נערות וזהו לאו כהלכתא דסתמא דמתני' פסק להדי' ביוה"כ חייב בתשלומין כו' עכ"ל הישׁ"ש ז"ל:

ולפענד"נ לתרץ ונקדים מה שיש לדקדק לכאורה במתני' דב"ק הנ"ל דלכאורה פשוט דמתני' דחובל ביוה"כ חייב בתשלומין הוא דלא כרנבה"ק ואמאי לא מפרש כן הש"ס דמתני' אתיא דלא כרנבה"ק וכמו דקאמר הש"ס כתובות (דף למ"ד ע"א) על מתני' דאלו נערות דאתיא דלא כרנבה"ק וכן קאמר הש"ס במס' שבועות (דף ל"ג ע"א) על מתני' דהתם ואמאי לא קאמר נמי הש"ס הכא כן דמתני' ע"כ דלא כרנבה"ק בזה:

ועוד יש מקום לעיין קצת ממתני' דמגילה (דף זיי"ן ע"ב) אין בין יוה"כ לשבת אלא שזה זדונו ביד"א וזה זדונו בכרת וקאמר הש"ס הא לענין תשלומין זה וזה שוין מני מתני' רנבה"ק הוא דתניא רנבה"ק הי' עושה את יוה"כ כשבת לתשלומין מה שבת מתחייב בנפשו ופטור מן התשלומין אף יוה"כ מתחייב בנפשו ופטור מן התשלומין כו' וא"כ יש מקום לעיין דהנה הטעם דחובל בחבירו משלם והלא חייב מלקות על לאו דלא יוסיף כו' וקיי"ל דאין לוקה ומשלם ולמה חייבה התורה בכאן תשלומין קאמר הש"ס בכתובות (דף ל"ב ע"ב) דבפירוש ריבתה התורה חובל בחבירו לתשלומין וכתבו התוס' שם (ע"א) בד"ה ואם ממונא כו' הטעם דחס רחמנא על ממונא דנחבל עיי"ש וא"כ אף אם איכא בחבלתו עוד לאו אחר ג"כ יהי' הדין כן דממונא משלם ולא לקי על שני הלאוין דהא התורה גילתה דבממונא דנחבל לא אמרינן לוקה ואינו משלם אלא משלם ואינו לוקה ומה לי אם איכא חד לאו או תרי לאווי וראי' לזה מחובל ביו"ט דכתב המקצעות דחייב בתשלומין אע"ג דבעלמא לוקה ואינו משלם וע"כ כיון דבחובל גלי התוה"ק דאין מלקות פוטר מתשלומין הה"נ אע"ג דאיכא נוסף עוד מלקות דיו"ט ג"כ מ"מ אמרינן דמשלם ואינו לוקה דחה לי חד מלקות או תרי מלקיות וכן מורין דברי הרמב"ם ז"ל בפיה"מ כאן

שכתב וז"ל כבר בארנו כי מן העקרים שבדינינו אין אדם לוקה ומשלם אלא כשיעשה אדם דבר שחייב עליו מלקות ותשלומין לוקה ואינו משלם זולתי חובל בחבירו ביוה"כ בלבד שזה משלם ואינו לוקה לפי שהמקרא מפורש בחובל שישלם על כל פנים והוא שנאמר יד ביד ובא הפירוש בזה הדבר הניתן מיד ליד ומה ניהו ממון כי אחר שאמר כו' וזה ענין מה שאמרו בפירוש ריבתה התורה חובל בחבירו חייב בתשלומין עכ"ל ועיין בפי' הרע"ב ז"ל ג"כ כן. משמע להדי' דאע"ג דאיכא עוד מלקות גם משום יוה"כ מלבד הלאו דלא יוסיף ג"כ חייב בתשלומין. והא דהחובל בשבת פטור דאמרינן קלב"מ ואינו משלם ע"כ צרכינן לומר משום דאיכא חיוב מיתת ב"ד וניהו דגילתה התורה דמלקות אינו פוטר מתשלומי ממונא דנחבל אבל מיתת ב"ד דחמיר טפי לא מצינו דפטרה התורה ממיתה וישלם דמי החבלה ולחייב שניהם אי אפשר משום דכתיב כדי רשעתו משום רשעה אחת כו' [ויעוי' היטב סוגי' דכתובות שם] ומש"ה אמרינן בחובל בשבת דחייב במיתת ב"ד ופטור מתשלומין. וכן היכא דאיכא בחבלתו כרת וכגון בחובל ביוה"כ יש ג"כ לומר כן דפטור מתשלומין לרנבה"ק דסובר כרת פוטר מתשלומין דבמקום כרת לא מצינו דגילתה התירה שחייב בתשלומי דמי החבלה ודוקא במקום חלקות לבד חייב בתשלומי דמי החבלה אבל במקום כרת לא חייבה התורה בתשלומי דמי החבלה. אמנם זהו דוקא אליבא דר' יצחק במס' מגילה (דף זיי"ן ע"ב) דאמר מלקות בחייבי כריתות ליכא אבל לר' חנני' בן גמליאל דאמר כל חייבי כריתות שלקו נפטרו מידי כריתותן א"כ יש סברא לומר בחובל ביוה"כ אף דיוה"כ הוא בכרת מ"מ כיון דמשלקו נפטרו מידי כריתותן א"כ ליכא עליו רק חיוב מלקות דהא כשילקוהו שוב לא יהי' עליו חיוב כרת א"כ לא מיקרי רק חיוב מלקות כיון דיוכל להפטר מכרת אף דבאמת אינו לוקה משום דמשלם וממונא משלם מילקא לא לקי מ"מ כיון דיוכל לפוטרו מכרת אין כאן שם חיוב כרת כיון דע"י המלקות יוכל לפוטרו מכרת ולא הוי רק כמו חיוב מלקות בלבד [וכוונת אאמו"ר ז"ל דאף דאם נימא דמשלם ולא לקי דהא שניהם א"א לחייבו וע"כ אם ישלם לא ילקה וא"כ שוב כיון שלא לקי א"כ חייב כרת וכ"מ מרדב"ז פ"ו (מהל' מרומות ה"ו) הנדפס מחדש ברמב"ם דבכה"ג דממונא משלם מילקא לא לקי אמרינן כיון דמ"מ לא נלקה שוב לא נפטר מהכרת ואף דדברי הרדב"ז ז"ל שם סתומין ואינם מובנים ואכ"מ להאריך מ"מ זה מוכח מדבריו ז"ל וז"פ:

וא"כ שוב איכא הכא חיוב כרת ובכרת גם בחבלה פטור מתשלומין ע"ז רימז אאמו"ר ז"ל לבאר דכיון דמ"מ אם ילקוהו יפטור מכרת דאע"ג דמשלם מ"מ אכתי אם ילקה ג"כ יפטור מכרת וא"כ איכא תקנתא שלא יהי' חייב כרת מש"ה תו יש סברא לומר בזה דלענין

דהכא לא הוי רק כמו חיוב מלקות בלבד כיון דאפשר להפטר מהכרת ע"י המלקות מש"ה בחבלה תו ממונא משלם דבכה"ג אינו מתיר יותר ממלקות בלבד. ויש לעשות סמוכין לזה מהא דקאמר הש"ס במס' מכות (דף י"ג ע"ב) רבינא אמר לעולם כדאמרינן מעיקרא שאם עשו תשובה ב"ד שלמעלה מוחלין מאי אמרת הא לא עביד תשובה לא פסיקא מילתא לכרת ועיין בפירש"י ד"ה כדאמרינן מעיקרא וז"ל טעמי' דר"ע משום שמי רשעיות הוא ודקאמרת חייבי כריתות נמי שתי רשעיות הן דאכתי עונש כרת עליו לא פסיקא מילתא לכרת הואיל והוא תלוי בתשובה עכ"ל ועיין ג"כ בתויו"ט (פ"ג דמכות מ"א) ויש לצדד בזה]. ולהכי חייב בתשלומי דמי החבלה וא"כ יש לעורר להקשות על מתני' דמגילה דקתני אין בין יוה"כ לשבת כו' וכדקאמר הש"ס הא לענין תשלומין זה וזה שוין דס"ל לתנא דמתני' דמגילה כרנבה"ק וקשה דהא אכתי איכא בין יוה"כ לשבת לענין תשלומי דמי החבלה בחובל ביוה"כ דגם לרנבה"ק ביוה"כ חייב בתשלומין לפי האמור דהא רק כמו חיוב מלקות דח"כ שלקו נפטרו מכריתותן ובחובל בשבת פטור:

אלא שיש לומר דל"ק ממתני' דמגילה דמתני' אתא לאשמועינן לענין תשלומין שוין והיינו דהמתני' דאין בין רצה לאשמועינן כרנבה"ק וכדקאמר הש"ס דלענין תשלומין זו"ז שוין ואף דיש למצוא אופן שיהי' חילוק בין שבת ליוה"כ וכגון בחובל ביוה"כ ואתרו בו וכנ"ל מ"מ עיקר כוונת התנא לאשמועינן דלכל מילי שבת ויוה"כ שוין וה"ה דלענין תשלומין שוין ולסתום כרנבה"ק וא"כ אין קפידא אף אם יש למצוא נ"מ באופן רחוק כיון דבעיקרא דמילתא שוין לענין תשלומין וכוונת התנא למינקט הרבותא לענין מה דשוה וזה חשיב דשוין זה וזה כיון דבעיקר הדין שוין. ויש להוסיף עוד ולומר דהא עיקר קושי' הנ"ל היא לרב אשי דמוקי מתני' כרבנן דיש מלקות במ"כ וכר' חנני' ב"ג דח"כ שלקו נפטרו מידי כריתתן וא"כ הרי רב אשי דקאמר אפילו תימא רבנן זה עיקר זדונו ביד"א וזה עיקר זדונו בהכרת פירש"י ז"ל דה"ק מתני' שבת עיקר חומר זדונו ביד"א וזה עיקר חומר זדונו בהכרת ומיהו אם התרו בו ולקה מיפטר עכ"ל והיינו דה"ק מתנ' שבת עיקר העונש שענשה התוה"ק הוא מיתת ב"ד והיינו בהתראה משא"כ עיקר העונש שענשה התוה"ק ביוה"כ הוא כרת והיינו ע"כ בלא התראה דאילו בהתראה אם ילקה יפטר מהכרת. וא"כ י"ל דהא דאיתא בחתני' וזה זדונו בכרת היינו שלא בהתראה ממילא שפיר לענין תשלומין זו"ז שוין דהא המתני' מיירי ביוה"כ שלא בהתראה דמבואר לכאורה למעיין ברש"י מגילה שם דבלא אתרו בי' דאינו חייב מלקות אינו מיפטר מכרת אף אם ילקה ועיין במלמ"ל (פי"ז מהל' סנהדרין ה"ז) מ"ש בזה להרלב"ח ח ז"ל עייש"ה. וא"כ א"ש דבגוונא דמיירי מתני' ביוה"כ שלא בהתראה א"כ אין המלקות פוטר מכרת א"כ גם

בחובל ביוה"כ פטור מתשלומין משום דהוי בכרת ואין המלקות פוטרו. וכעין זה כתב הט"א במגילה שם ליישב שלא תיקשי דאכתי איכא נ"מ בין שבת ליוה"כ לענין חילוק מלאכות יעוש"ה שתי' דמתני' מיירי במזיד כדקתני שזה זדונו בידי אדם וזה זדונו בכרת אבל בחילוק מלאכות דהוא בשוגג לא מיירי עיש"ה. ובזה מיושב מה דהוה ק"ל לשיטת רש"י פסחים (דף כ"ט) דרנבה"ק אינו פוטרו רק במזיד אבל על שגגת כרת רנבה"ק נמי חודה שהוא חייב א"כ אינו שוה יוה"כ לשבת לתשלומין בשוגג דשבת ויוה"כ והרבה יגעתי בקו' זו עד שמצאתי בט"א שם שמתרץ קושייתו דמתני' לא מיירי אלא במזיד וא"כ מתורץ גם קושי' זו דבשוגג לא קמיירי. וההנ"ד י"ל כמש"ל דלרב אשי דמתני' דיוה"כ מיירי בלא התראה ומיוה"כ בהתראה לא קמיירי:

ומעתה שפיר נוכל לומר דהמתני' דב"ק דחובל בחבירו ביוה"כ נמי ס"ל כרנבה"ק דכרת פוטר מתשלומין והא דקתני דחובל בחבירו ביוה"כ חייב בתשלומין היינו דהמתני' מיירי באתרו בי' וכמ"ש לעיל כיון דבמלקות יוכל ליפטר תכרת א"כ מיקרי דאינו חייב רק מלקות וחובל בחבירו אינו נפטר מתשלומין ע"י שום מלקות תש"ה משלם כיון דיוכל לפוטרו מכרת ע"י המלקות וכמש"ל וזו עצה עמוקה. ולפ"ז מתורץ המקצעות דהא המקצעות קאי לדינא דבזה"ז וסיים וילקה ויגלח ויצום ירח ימים כו' דהכל קאי להורות לנו הדין והתשובה וכיון דבזה"ז ליכא עליו חיוב מלקות והוא של בהתראה א"כ נשאר כרת לבדו וכרת פוטר מתשלומין משום דלא מצינו בחובל שמחויב כרת שישלם כמ"ש לעיל בביאור היטב וא"כ מתורץ קושי' היש"ש דע"כ לא הקשה שם היש"ש רק דהוא להיפוך ממתני' דב"ק ועפ"י האמור גם מתני' דב"ק ס"ל כרנבה"ק ואין התירה ממתני' דב"ק דמיירי באתרו בי' והמקצעות מיירי בלא אתרו בי' ופוסק כרנבה"ק משום דסתמא דמתני' דמגילה ס"ל כן וגם מתני' דב"ק מצי למיסבר כן והכל ניחא בס"ד:

והא דאיתא במתני' דשבועות (דף ל"ג ע"א) ושחבל בי חבירי ושהדליק את גדישי ביוה"כ הרי אלו חייבין וקאמר הש"ס סיפא חדא קמ"ל ושהדליק את גדישי ביוה"כ לאפוקי מאי לאפוקי מדרנבה"ק כו' ופירש"י ז"ל דשחבל בי חבירי היינו ביוה"כ והדליק גדיש ביוה"כ לאפוקי מדרנבה"ק ע"ש וא"כ חזינן דלרנבה"ק בחבל ביוה"כ הכרת פוטר י"ל דהמתני' דמס' שבועות דאשמועינן דלא כרנבה"ק מיירי בלא אתרו בו דאי אפשר למיפטר מכרת מש"ה פוטר מממון. ויש להוסיף קצת דיש לדקדק בלשון הש"ס שם דנקיט ושהדליק את גדישי ביוה"כ לאפוקי מדרנבה"ק ולמה לא נקיט הש"ס ושחבל בי חבירי והדליק גדישי לאפוקי מדרנבה"ק וכמו שפירש"י ז"ל דגם חבל הוא ביוה"כ ולאפוקי מדרנבה"ק. אבל לפי האמור יש לומר דמש"ה לא נקיט הש"ס ושחבל בי חבירי דבזה מצי לדחויי

דגם רנבה"ק מודה כגון באתרו בו. אבל משהדליק את גדישי ביוה"כ שפיר מוכח דלא כרנבה"ק וממילא כיון דהדליק את גדישי ביוה"כ ע"כ בלא התרו בו דאי באתרו בו תיפוק לי' דהמלקות פוטר וכמבואר בכתובות (דף ל"ה ע"ב) וברש"י ד"ה מאן תנא כו' עיי"ש וא"כ תו אמרינן דגם ושחבל בי חבירי הוא ביוה"כ בלא התראה וג"כ לאפוקי מדרנבה"ק: אלא דמ"מ הא קאמר הש"ס דסתמא דמתני' דשבועות דלא כרנבה"ק וגם בכתובות (דף למ"ד) קאמר הש"ס דמתני' דאלו נערות דלא כרנבה"ק א"כ עדיין מצינו משניות הסתומות דלא כרנבה"ק. ומיושב רק עפ"י פלפול הנ"ל שלא יקשה עכ"פ ממתני' דב"ק. וגם סתמא דמתני' דמגילה קאמר שם הש"ס דהוא כרנבה"ק. וכיון דגם מתני' דב"ק נוכל לפרש כרנבה"ק פוסק המקצעות כרנבה"ק ודו"ק:

עוד כתב אאמו"ר ז"ל באמצע הפלפול הנ"ל בענין זה דחובל בשבת דפטור מתשלומין והעיר בהא דמס' שבת (דף ק"ו ע"א) תני ר' אבהו קמי' דר"י כל המקלקלין פטורין חוץ מחובל ומבעיר א"ל פוק תני לברא חובל ומבעיר אינה משנה ואת"ל משנה חובל בצריך לכלבו מבעיר בצריך לאפרו והאנן תנן כל המקלקלין פטורי' ופירש"י ואפילו חובל ומבעיר ולר' אבהו פריך כו' ע"ש היטב הסוגי' בפירש"י ותוס'. וקשה לכאורה דהש"ס מקשה שם על ר' אבהו ממתני' דשבת הנ"ל ולמה לא מקשה ג"כ על ר' יוחנן ממתני' דב"ק בסוגיין החובל בשבת פטור מכולן מפני שהוא נדון בנפשו ע"כ צ"ל דחייב משום שבת תש"ה פטור מתשלומין כי זה תליא בזה וא"כ לר' יוחנן דמקלקל בחובל ומבעיר נמי פטור משום שבת אמאי פטור מתשלומין ואף שיש לומר כדתירץ ר' יוחנן לברייתא דר' אבהו דמיירי בצריך לכלבו אכתי חשיב חדא דהו"ל להש"ס להקשות ולתרץ כן ועוד והוא עיקר דהא לר' יוחנן אינו חייב בחובל רק בצריך לכלבו ובמבעיר רק בצריך לאפרו ונראה דמבעיר קודם שנעשה אפר אין כאן חיוב מיתה כי עיקר החיוב כשנגמר כוונתו ואז חייב על המלאכה וכל זמן שלא נעשה אפר אינו חייב כלל וכן בחובל וצריך לדם ג"כ כל זמן שלא יצא הדם שיהי' ראוי ליתן לכלבו עדיין ליכא החיוב וא"כ צ"ע לכאורה למה אינו חייב בתשלומין הלא אין שניהם באים כאחד דהחיוב תשלומין נראה דהוא תיכף בשעת ההכאה והחיוב שבת לא הוי אלא אח"כ כשכבר יצא הדם וראוי ליתן לכלבו וכן גבי מבעיר נמי כיוצא בו וא"כ הוי החיוב תשלומין קודם החיוב מיתה ולא אמרינן בכה"ג קלב"מ ועיין בכתובות (דף ל"א):

וביותר תיקשי לשיטת הרמב"ם ז"ל (פ"ח תהל' שבת ה"ז) דחובל חייב משום מפרק ושיעורו שיוציא דם כגרוגרות ע"ש א"כ כל זמן שלא יצא כגרוגרות ליכא החיוב משום שבת וחיוב תשלומין הוה מקודם:

והנה לפ"מ דקאמרינן במס' כתובות (דף ל"א ע"א) דעקירה צורך הנחה עיישה"ה א"כ ה"נ י"ל דהחבלה הוא צורך יציאת הדם משה"ה אמרינן קלב"מ על החבלה. אולם לפמ"ש התוס' בכתובות שם ד"ה שעקירה דר' ירמי' ורב ס"ל דלא אמרינן עקירה צורך הנחה היא וכ"כ התוס' במס' גיטין (דף נ"ב ע"ב) ד"ה מנסך בתי' הג' עייש"ה עדיין יש להקשות הקושי' הנ"ל:

וליישב זה י"ל עפי"ד הרמב"ם (בפ"ח מהל' שבת ה"ז) וז"ל וכן החובל בחי שיש לו עור חייב משום מפרק והוא שיהי' צריך לדם שיצא מן החבורה אבל אם נתכוון להזיק בלבד פטור מפני שהוא מקלקל ואינו חייב עד שיהי' בדם או בחלב שהוציא כגרוגרות עכ"ל (ובה"ח) כתב עוד הרמב"ם ז"ל בד"א בחובל בבהמה וחי' ועוף וכיוצא בהם אבל החובל בחבירו אע"פ שנתכוון להזיק חייב מפני נחת רוחו שהרי נתקררה דעתו ושככה חמתו והרי הוא כמתקן ואע"פ שאינו צריך לדם שהוציא ממנו חייב עכ"ל ועיין בהה"מ ז"ל שכתב דגם בחובל בבהמה של חבירו דרך נקמה חייב אע"פ שא"צ לדם מפני שנתקררה דעתו ועיי"ש בהה"מ מנ"ל להרמב"ם עייש"ה ומבואר מדברי הרמב"ם ז"ל דבחובל שלא בדרך נקמה הוא דבעי שיהי' צריך לדם ובזה צריך שיעור כגרוגרות כמ"ש הרמב"ם, אבל חובל לצער חבירו זה חייב אפילו לא יצא דם כלל. והא דהוצרך ר' יוחנן לאוקמי מתני' דר' אבהו בצריך לכלבו ובצריך לאפרו היינו דמתני' כללא כייל אפילו בבהמה חי' ועוף שלו דלא שייך בשלו כוון להזיק דרך נקמה והוי מקלקל מש"ה בעי שיהי' צריך לכלבו וצריך לאפרו. ומעתה ל"ק הקושי' הנ"ל על ר' יוחנן ממתני' דב"ק משום דבחובל בחבירו שכוון לחבול בו דרך לקחה דהוי תיקון נגד היצה"ר גם ר"י מודה דחייב דמיחשב כמתקן. ולפ"ז יהי' עולה דבחבל בבהמה חי' ועוף של אחרים שלא בדרך נקמה וכגון שלא ידע כלל של מי הוא וכוונתו הי' רק להוציא הדם שצריך לו בזה יש סברא לומר דלמ"ד עקירה צורך הנחה פטור מתשלומין משום דקלב"מ אבל למ"ד דלא אמרינן עקירה צורך הנחה יהי' חייב בתשלומין משום דאין החיוב מיתה והחיוב תשלומין באין כאחד:

וגוף הקושי' המבואר לעיל על ר' יוחנן ממתני' דהא הוי מקלקל ומ"ש ליישב משום דהוי מתקן ועושה נחת רוח ליצרו הנה עיין בישׁ"ש ב"ק (פ"ח סי' כ"ג) על האי מתני' החובל בשבת שהקשה כן ומתרץ כן. ובאמת כדברים הללו מפורש ברמב"ם (פ"ד מהל' חובל ה"ז) המכה אביו ואמו ולא עשה בהן חבורה חייב בה' דברים אבל אם עשה בהם חבורה או שחבל בחבירו בשבת אפילו הי' שוגג פטור מן התשלומין מפני שהוא עון מיתת ב"ד וכבר בארנו שלא חילק הכתוב בדבר שיש בו מיתת ב"ד בין שוגג למזיד לפוטרו מן התשלומין. (ובה"ח) שם והלא החובל מקלקל הוא וכל המקלקלין בשבת פטורין מן

המיתה ולא נחשוב זה החובל עון שיש בו מיתת ב"ד הואיל ועשה נחת רוח ליצרו הרע בעת שחבל בחבירו הרי הוא כמתקן ונמצא עין מיחה לפיכך פטור מן התשלומין עכ"ל הרמב"ם ז"ל וכ"כ עוד להדי' בפירוש המשנה שם בב"ק במשנה (דף פ"ז) עייש"ה. [ועיין בפנים הספר כאן [אק"ג] לשון הרי"ו] הרי דכתב הרמב"ם ז"ל דטעמא דחובל בחבירו הוא משום שעשה נחת ליצרו מיחשב כמתקן וחידוש שלא הביא היש"ש דברי הרמב"ם הנ"ל שמפורש כן. ע"כ תורף דברי אאמו"ר הרה"ג ז"ל בהוספת נופך בביאור דבריו ז"ל: ולע"ד י"ל בזה במ"ש אאמו"ר ז"ל דבחובל בחבירו מחמת כעסו חייב אפילו לא יצא דם כלל וי"ל טובא בזה דהא דעת הרמב"ם ז"ל דחובל הוא משום מפרק ומש"ה בעי כגרוגרות וא"כ ניהו דמחמת כעסו מועיל דלא ליהוי מקלקל אף אם אינו צריך לדם היוצא אבל עכ"פ בעי שיעשה מלאכת מפרק וממילא בעינן שיצא דם כגרוגרות כשיעור מפרק דאם אינו יוצא דם לא הוי מפרק כלל ואף אם יצא דם כל זמן שאינו כגרוגרות לא הוי שיעור מלאכה שיתחייב עלה דהוי כמו ח"ש. כמו כותב אות אחת משתי אותיות דפטור. וא"כ איני מבין מה שתירץ אאמו"ר ז"ל על קושייתו הנ"ל דהא אכתי אין באין כאחת דכ"ז שלא יצא דם כגרוגרות אינו חייב משום שבת. דהא הקושי' הנ"ל הוא אליבא דרב ור' ירמי' דלית להו עקירה צורך הנחה וכן ס"ל להש"ס בב"ק (דף ע' ע"ב) דלא אמרינן עקירה צורך הנחה וכשיטת התוס' בכתובות ובגיטין הנ"ל וכ"כ התוס' בב"ק שם ד"ה לענין בתי' הראשון עיי"ש וא"כ כמו דלא אמרינן עקירה צורך הנחה אע"ג שכבר עשה את העקירה וההנחה ממילא יתעביד מ"מ אמרינן דכ"ז שלא נגמרה ההנחה לא הוי החיוב שבת ולא אמרינן קלבד"מ על החיוב ממון שקודם ההנחה וה"נ הול"ל דלא נימא קלבד"מ על חיוב ממון שבשעת החבלה שהוא קודם יציאת הדם כגרוגרות שעדיין לא נעשה מלאכת מפרק:

וחפשתי בספרים ומצאתי בשו"ת בית אפרים חאו"ח (סי' כ"ב) בד"ה הנה כבר בארנו כו' באה"ד שם שהביא דברי הספר מעשה רוקח ולפי שאין לי הספר מעשה רוקח אעתיק בזה כמ"ש הבית אפרים ז"ל בזה"ל וראיתי בספר מעשה רוקח והוא ביאור להרמב"ם ח"א מהרב מ"ו מסעוד חי ז"ל שכתב (בפ"ח מהל' שבת) החובל בחי שיש לו עור א"נ בבהמה שיש לה עור ומדברי רבינו משמע דאדם לא נכנס בסוג זה דאין לו עור וכן משמע ממ"ש לקמן בד"א כו' אבל החובל בחבירו כו' וכדתנן בפרק העור והרוטב אלו שעורותיהן כבשרן עור האדם כו' וכיון שעורו כבשרו אין לו דין עור כו' יעו"ש והנה מ"ש דכן משמע ממ"ש לקמן אבל בחובל בחבירו כו' לא ידעתי משמעות דהתם מיירי לענין שא"צ שיהא צריך לדם אלא שכיוון להזיק חייב דמתקן ליצרו אבל מ"מ צ"ל שחיוב

המלאכה שיש בחבלה זו הוא משום מפרק ומ"ש שם אח"כ דודאי חובל באדם חייב אלא דחיובו אינו משום מפרק אלא משום נטילת נשמה מאותו אבר וכמ"ש (פי"א) במי שלקה באצבעו דלהוציא דם אף במקדש אסור כו' גם כן ליתא דא"כ שנאמר דעור האדם לא מיקרי עור לענין חבורה ואעפ"כ חייב משום נטילת נשמה אם כן קשה גם בשאר שרצים יהא חייב משום נטילת נשמה כו' ואין להאריך דודאי אדם אית לי' עור לענין חבורה ומקרא מלא הוא חבורה תחת חבורה והרי אמרינן איזו חבורה נצרר הדם אעפ"י שלא יצא ועל חבורה האמורה בכל מקום קאי כו' עכ"ל הבית אפרים ז"ל. והנה לפי סברת הספר מעשה רוקח ז"ל דחיוב בחובל באדם הוא משום נטילת נשמה יש לומר כסברת אאמו"ר ז"ל הנ"ל דהחיוב מיתה הוא עוד קודם שיצא הדם מיד בשעת החבלה מכח ההכאה נפרש הדם ממקום למקום וזה מיחשב כנטילת נשמה. אלא דע"ד המעשה רוקח קשה קושי' הבית אפרים דא"כ גם בשאר שרצים שאין להם עור יתחייב מטעם נטילת נשמה דהא המעשה רוקח סובר דעור האדם לא מיחשב עור ומ"מ סובר דחייב משום נטילת נשמה והרבה יש לעיין עוד בזה:

אמנם י"ל בזה עפ"ד התויו"ט (בפי"ד דשבת מ"א) שכתב בטעם הדבר דשמנה שרצים שיש להן עור דחייב אעפ"י שלא יצא הדם וכתב התויו"ט וז"ל אבל נראה דנצרר הדם דחייב לפי' קמא [היינו דחובל חייב מטעם מפרק] משום דעכ"פ מפרק הוא אעפ"י שלא יצא ולא נתקיימה כל מחשבתו ודומה זה לכותב שם משמעון שאעפ"י שלא נתקיימה כל מחשבתו הרי עשה מלאכה ועיין מ"ש בס"ד (במשנה ג' פי"ב) עכ"ל הרי דבשמנה שרצים שיש להן עור חייב גם כשלא יצא דם משום דזה שנצרר הדם הוי מפרק ונראה כוונת התויו"ט ז"ל דכשפירש הדם ממקום למקום ומתקבץ תחת העור מיחשב ג"כ כמפרק הגם שאינו מובן האיך נוכל לשער אם נתקבץ הדם ונפרש ממקום למקום כשיעור גרוגרות מ"מ צרכינן לומר בסברת התויו"ט ז"ל דאפשר לשער זה וכגון שרואין שהחבורה גבוה שנתקבץ דם הרבה כשיעור גרוגרות ועיין בשו"ת בית אפרים שם בד"ה ומצאתי לרש"י כו' הביא דברי התויו"ט הנ"ל וכתב עליו ז"ל וכיוצא בזה ראיתי בחידושים מגאונים שנדפסו בתחלת ספר מעשה רוקח שהועתקו מכ"י וז"ל צ"ע כו' והאיך חייבו בכאן אע"פ שלא יצא הדם והרי לא נעשית כוונתו כלל ורבינו יהונתן ז"ל כתב משום דכיון שלא אפשר שיצא הדם עד שנצרר תחלה הוי כמו שכתב שם משמעון אעפ"י שלא נגמר מלאכתו כרצונו חייב ה"נ מהני לי' קצת ובהכאה מועטת יצא הדם משם עכ"ל עיי"ש בבית אפרים ז"ל. וכן ראיתי בקרית ספר להמבי"ט ז"ל (פ"ח מהל' שבת) כשביאר ענין חובל דחייב משום מפרק ובעי כגרוגרת ושיהי' צריך לדם ואם מבל דרך נקמה הוי מתקן

לגבי חמתו ואעפ"י שא"צ לדם חייב כתב שם וז"ל שמנה שרצים יש להן עורות לענין שבת כבהמה כחי' ועוף אבל שאר שקצים ורמשים אין להם עור לפיכך החובל בהן פטיר דלא הוי מפרק במין שאין להם עור ואחד תובל דם ויצא [אולי ט"ס הוא וצ"ל ויצא דם] או נצרר ולא יצא חייב דכיון דנצרר הדם הא הוי מפרק עכ"ל הקרית ספר ז"ל. וכ"כ המג"א (סימן שט"ז סקט"ו) בשמנה שרצים וז"ל י"א דחובל חייב משום מפרק שהיא תולדה דדש ואע"ג דאין דישה אלא בגדולי קרקע בהמה מיקרי גדולי קרקע ואינו חייב עד שיוציא דם כגרוגרת ממקום למקום עכ"ל המג"א. ומעתה לפ"מ שכתב הבית אפרים ז"ל דעור האדם מיחשב עור לענין שבת והו"ל כמו שמנה שרצים שיש להן עור א"כ כמו דבשמנה שרצים חייב משום מפרק אף כשלא יצא מהן דם כל שעשה חבורה שנצרר הדם וכסברת התויו"ט והקרית ספר הנ"ל דגם בכה"ג מיחשב מפרק וכמו שמבואר לעיל א"כ א"ש כמו שכתב אאמו"ר ז"ל דשני החיובים החיוב ממון והחיוב מיתה באין שניהם כאחד בשעת ההכאה שנעשה בו החבלה וי"ל עוד בזה:

אולם בעיקר הקושי' שהקשה אאמו"ר הרה"ג ז"ל דבחובל בחבירו אף בצריך הדם לכלבו מ"מ הא החיוב ממון והחיוב מיתה אינן באין כאחד וכמבואר לעיל. יש לעיין בזה טובא דהא חזינן לעיל במסכת ב"ק (דף ל"ד ע"ב) דקתני במתני' והוא שהדליק את הגדיש בשבת פטור מפני שהוא מתחייב בנפשו ובגמרא תני ר"א קמי' דר"י כל המקלקלין פטורין חוץ מחובל ומבעיר כו' כל הסוגיא עד לבסוף דמוקי הש"ס דקא בעי לאפרו ויקשה נמי הכא כקושי' אאמו"ר ז"ל דהא אינן באין כאחד דהחיוב ממון הוא קודם החיוב מיתה דהא החיוב מיתה לא נגמר אלא לאחר שנעשה אפר והחיוב ממון הוא מקודם שנעשה אפר משעה שהבעיר ונתקלקל הגדיש. ואין לומר דהתם נמי הטעם דמיירי שהבעיר דרך כעס ועשה נחת רוח ליצרו וכמ"ש הרמב"ם (פי"ב מהל' שבת ה"א) דכה"ג הוי מתקן עיי"ש. ז"א דהא הש"ס בב"ק שם קאמר הטעם דהוי מתקן משום דמיירי בצריך לאפרו אבל לא מטעם זה ואי דהוא גופי' קשיא למה לא מתרץ הש"ס כן בב"ק דמיירי בעושה דרך כעס דהוי מתקן גם בלא צריך לאפרו אולי י"ל בזה דלא הוי דומיא דשורו דהתם דבשור לא שייך שעושה דרך נקמה. וראיתי בקובץ על הרמב"ם (פי"ב ה"א) שכבר העיר בזה ולא ניחא לי' לומר דבעי דומיא דשורו ממש יעוש"ה מ"מ הא חזינן דהש"ס חוקי למתני' דמש"ה הוי מתקן דמיירי בצריך לאפרו ויקשה הא אינן באין החיוב ממון והחיוב מיתה כאחד. ואף שיש לומר דהסוגיא דב"ק אזלא אליבא דמ"ד עקירה צורך הנחה ומש"ה אמרינן קלבד"מ דאינן באין כאחת וכמבואר לעיל. אבל אכתי יש לעיין למ"ד דלא אמרינן עקירה צורך הנחה וכמו שהקשה אאמו"ר על מתני' (דדף

פ"ז ע"א) החובל בחבירו בשבת כן נמי יש להקשות על סוגי' דב"ק (דף ל"ד) במתני' והוא שהדליק את הגדיש בשבת. ועיין ברשב"א ב"ק שם (דף ל"ד ע"ב) בד"ה תני ר' אבהו כו' באה"ד וז"ל ואת"ל משנה מדקתני הכא הדליק גדישו של חבירו בשבת פטור מפני שמתחייב בנפשו ושנינו נמי בפרק החובל בחבירו הנהו כשיש בהן קצת צורך ותיקון חובל בצריך לדם לכלבו ומבעיר בצריך לאפרו כו' עכ"ל מבואר דהרשב"א ז"ל מפרש למתני' דהחובל בחבירו בשבת דפטור מתשלומין דמיירי בצריך הדם לכלבו הרי דהרשב"א ז"ל, לא מפרש התם משום שעשה דרך כעס הוי מתקן רק דמיירי בצריך לכלבו והדרא קושי' אאמו"ר ז"ל דאמאי פטור מתשלומין והא החיוב ממון והחיוב מיתה אינן באין כאחד:

ונלע"ד לומר דכל שמלאכתו הי' לאיזהו צורך ולא לקלקול אף אם לא נגמרה מחשבתו מ"מ לאו שם מקלקל עלה כיון דבשעת עשיית המלאכה הי' לצורך תיקון גם אם לא נעשה התיקון אח"כ כגון שנתכבה האש בעודו פחמין ולא נעשה כלל אפר ג"כ חייב על ההבערה. ולכאורה הי' סברא קצת להוכיח כן דאל"כ אלא דבשעה שנעשה אפר אז הוא דהוי מלאכה ואם נתכבה יהי' פטור א"כ לא הוי המלאכה בשעת התראה ולא משכחת לה חיוב בכה"ג. אולם יש לדחות ראי' זו דהלא מצינן כן גם במלאכת אופה שהחיוב הוא רק כשנאפה עכ"פ בקרימת פנים אע"ג דההתראה הי' בשעת הדבקת הפת בתנור ואם רודה אותה קודם שיקרמו פני' פטור כדאי' במס' שבת (דף ד' ע"א) הדביק פח בתנור התירו לו לרדותה קודם שיבא לידי איסור סקילה. ובאמת הקשו התוס' שם בד"ה קודם דנימא דהוה התראת ספק ותירצו ז"ל דכיון שהדביק תוכ"ד של התראה ובודאי תאפה אם לא ירדנה לאו התראת ספק הוא דודאי לא הי' בדעתו לרדות קודם אפיי' ולא הוי התראת ספק כיון שאין האפי' מחוסרת מעשה עיי"ש בתוס' וה"נ כיון שאין מחוסר מעשה עוד רק ממילא תיעשה אפר לא הוי התראת ספק וא"כ אין ראי' ואכתי נוכל לומר דאינו חייב עד שיעשה אפר:

ואף אם נימא דכשנתכבה ולא נעשה אפר פטור משום דלא נגמר התיקון מ"מ נראה דכשנעשה אפר נגמר למפרע המלאכה וחייב למפרע על שעת המלאכה וא"כ כמו דאמרינן דחייב מיתה על שעת מלאכה מלאכת הבערה א"כ תו מיקרי נמי החיוב מיתה ותשלומין באין כאחד כיון דהחיוב הוא למפרע וא"כ אפילו אם נימא דבעינן דוקא שיעשה אפר מ"מ הא חייב למפרע על שעת ההבערה: אולם בעיקר הדבר אם חייב גם כשנתכבה ולא נעשה פחמין וכן בכל מקלקל ע"מ לתקן אם לא נגמר התיקון אם חייב י"ל טובא בזה ומצאתי אח"כ בנתה"מ (סי' ש"נ סק"א) שכתב וז"ל ועוד נראה דלעולם

אינו חייב בטבח בשבת כו' שבפורתא קמא חילל שבת ואף כשיגמרו השחיטה שלא בשבת אסורה ובפורתא קמא נאסרה משום מעשה שבת והתוס' בגיטין (דף נ"ג) בד"ה גזלן הוא כתבו דכל היכא דאיכא היזק ואפי' הוא היזק שאינו ניכר למ"ד דשמי' היזק חשיב שינוי לקנות בכך א"כ ה"נ כיון דאסרה בפורתא קמא משום מעשה שבת והיזק ניכר הוא ודאי דחשיב שינוי לקנות בכך ובגמר שחיטה לאו דמרא קא טבח ולכך פטור ואין לומר כיון דשוחט אינו חייב רק משום דתיקן להוציא מידי אבמה"ח א"כ בתחלת שחיטה עדיין מקלקל הוא ואין בו משום מעשה שבת וכ"כ התוס' בחולין (דף כ"ט ע"ב) בד"ה כגון ששחט מ"מ פטור מתרי טעמי חדא דדברי התוס' תמוהין דהא אין לך מקלקל ע"מ לתקן גדול מזה דהא מתחיל בשחיטה ע"מ לגמור ולהתירה לב"נ כמו בקורע ע"מ לתפור וראי' לזה משבת (דף קל"ג) במל סמוך לביה"ש של מוצאי שבת שחייב כשלא גמר המילה בשבת אף דמילה ג"כ מקלקל הוא ואינו חייב רק מטעם דהוי תיקון גברא כו' עכ"ל הנתה"מ ז"ל הנצרך לענינינו. וא"כ לכאורה מבואר בנתה"מ כסברתי הנ"ל דאף אם לא נגמר התיקון ג"כ חייב אלא שמדברי התוס' הנ"ל מבואר להיפוך:

אולם לפי האמור די"ל דכשנתכבה ולא נעשה אפר פטור רק כשנגמר התיקון אין החיוב למפרע יש לומר דאין ראי' מהא דמל סמוך לביה"ש כו' דאף שלא גמר המילה בשבת מ"מ אם נגמרה במוצאי שבת אף דגמר התיקון הי' בחול מ"מ הוברר הדבר למפרע דתחילת המילה בשבת לא הי' מקלקל דהא נצמח מזה תיקון דהא נגמרה המילה מ"מ וסוף המילה א"א להיות בלתי ההתחלה מש"ה חייב על התחלת המילה. וי"ל עוד בזה. אך יש לצדד להיפוך כיון דמ"מ נגמר התיקון בחול ויש להאריך בזה והדבר צריך ביאור וקצרתי בזה: והראי' שהביא הנתה"מ ז"ל עוד מקורע ע"מ לתפור יש לעיין עוד בזה די"ל דבקורע ע"מ לתפור גם כשאינו תופר ג"כ הוי מתקן דהרי הא דקורע ע"מ לתפור קאמר הש"ס במס' שבת (דף ק"ה ע"ב) היכי משכחת לה דעבדה כי כסתא ופירש"י ז"ל הולכת ומתקפלת שאין הבגד שוה ובולט בבגד כמין כיס וצריך לקרוע הבגד למטה ומולל לפניו והתפירה מתיישבת עכ"ל רש"י ז"ל ועיין עוד (בדף ע"ה ע"א) וברש"י ד"ה דרנא כו'. וא"כ י"ל דזה גופי' אשר בלא קריעה זו לא הי' ראוי לחפור הנקב כראוי והי' התפירה עשוי' קמטים קמטים וע"י קריעתו מחדש יוכל לתפור בטוב א"כ י"ל דמה שמכין ע"י תפירה זו ועושה בזה שיהי' ראוי לתפירה הוגנת מיחשב זה גופי' תיקון אף שעדיין לא תפר. וכן י"ל במוחק ע"מ לכתוב. ועיין בתורע"ק שבת (פ"ז אות צ') יעוש"ה:

ומעתה אכתי י"ל דבכל מקלקל וכגון מבעיר וצריך לאפרו אם לא נגמר התיקון וכגון שנתכבה ולא נעשה אפר פטור כיון דלא נגמר התיקון. רק דמ"מ לפי האמור לעיל אם

גמר התיקון מתחייב למפרע מהתחלת המלאכה. ויש לפרש כן גם דברי התוס' חולין הנ"ל שכתבו וז"ל ואע"ג דסי' אחד לא מחייב משום שבת שלא תקן כלום מה בכך מ"מ כשיגמור סימן שני מיהא ליחייב משום שבת עכ"ל וי"ל דכוונת התוס' ג"כ דכשגמר סימן שני מתחייב משום שבת למפרע גם על סי' הראשון:

ויש לפלפל בזה דגם במ"ש הנתה"מ ז"ל דבשחט בשבת הוי שינוי בתחילת השחיטה משום דנאסרה משום מעשה שבת כו'. לפי האמור ג"כ א"ש דאע"ג דבתחלת השחיטה דהוי עדיין מקלקל אין כאן עוד חיוב שבת מ"מ כשגמר אח"כ השחיטה מתחייב גם על ההתחלה וא"כ הוי מלאכת שבת למפרע בהתחלת השחוטה והוברר הדבר דנאסרה למפרע בהתחלת השחיטה והוי שינוי אז והרבה י"ל בזה:

אח"ז ראיתי בשו"ת שואל ומשיב מהדו"ק ח"א (סי' קמ"ט) שהביא דברי הכו"פ (סי' י"א) והקצה"ח (סי' נ"ב) שמפלפלים בדברי התוס' חולין (דף י"ד) ובדברי הרמב"ם בפיהמ"ש פ"ק דחולין שם במתני' השוחט בשבת כו' שכ' ז"ל שמשיתחיל לעשות חבורה בצוואר הוא מחלל שבת כו' והר"ן בחידושים שם כתב דבשבת לא מחייב עד גמר השחיטה דמקודם הוי מקלקל וכ' הכו"פ והקצה"ח בטעם הרמב"ם דס"ל דחייב מתחלת השחיטה משום דהוי מקלקל ע"מ לתקן והכו"פ כ' דהוי כמו קורע ע"מ לתפור וכ' השו"מ דזה דוקא כשגמר השחיטה חייב למפרע אבל כל שלא גמר השחיטה הו"ל מקלקל יעוש"ה מה שמפלפל עוד בזה והוא כסברתי שכתבתי בזה:

[ה] דף פ"ט ע"א אוכ"ו במ"ש ע"ד הש"כ חו"מ (סי' ס"ו ס"ק פ"ט) שתמה הש"כ על הראב"ן פ"ב דכתובות [בספרי בפנים כתוב הרמב"ן והוא טעות הדפוס] שסובר דאף דמוכר שט"ח יכול למחול אבל כשאין לו למוכר לפרוע ללוקח מה שמפסיד לו במחילת השטר אינו יכול למחול אבל שיטת המרדכי לפי פירושו של הש"כ דדוקא אם הי' המוכר חייב ללוקח בלא"ה ואין לו לפרוע דהלוה משועבד מדר"נ אפילו בלא מכירת השטר הוא דאינו יכול המוכר למחול אבל אם לא הי' חייב ללוקח בלא"ה אע"פ שאין לו לפרוע מה שהפסיד ללוקח במחילת השטר יכול למחול. והקשה הש"כ על הראב"ן מסוגי' דידן דפריך אמאי תזבין כתובתה להאי דחבלה בי' ומשני משום דתמחול לבעלה הרי דאף דאין לה להאשה לפרוע אפ"ה מהני מחילתה ע"ש בש"כ. והקשיתי דלמה לא יקשה נמי להמרדכי דהא האשה מחויבת לנחבל מה שהזיקה ואפ"ה קאמר הש"ס דכשמכרה כתובתה לנחבל מצית למחול. וע"ז כתב אלי האברך הרב החריף מו"ה צבי יהודא נ"י מק"ק קאליש דכבר ביאר זה הש"כ להדי' (בסי' פ"ו סקי"א) בד"ה ועוד נלפע"ד דאע"ג דהיא חייבת להנחבל מ"מ כשמוכרת לו הכתובה א"כ שוב נפסק ממנה החוב דהא נתנה

לו עבור החוב הכתובה ומש"ה לא הוי שעבודא דר"נ ויכולה למחול לבעלה יעוש"ה ועיין ש"כ (סי' ס"ו סק"צ) שם ומש"ה הקשה הש"כ (בסי' ס"ו) שפיר דוקא על שיטת הראב"ן ז"ל דס"ל אף אם אינו חייב לו כלום בלא"ה רק מה שלקח בעד השט"ח ג"כ א"י למחול א"כ קשה מסוגי' דידן דהא היא חייבת להנחבל החבלה ובעבור החבלה מכרה השט"ח ולא מצי למחול אבל לשי' המרדכי ל"ק דהא בשעת המחילה ליכא שום שעבוד דר"נ עכ"ד בתוספת ביאור קצת ויפה כתב כי עיינתי עתה וראיתי שהש"כ בעצמו שם כוונתו לבאר כן. ויש להוסיף עוד ולומר דלכאורה אכתי יקשה לשיטת הש"כ הנ"ל כמו שהקשיתי והוא דאכתי יש עצה שישייר קצת מן דמי החבלה שיהי' נשאר חוב עליו וא"כ אכתי יהי' שעבודא דר"נ ולא מהני מחילה. אמנם ז"א דבכה"ג לא יהי' החיוב דשעבודא דר"נ רק על אותו הסכום שישייר ולא על כל דמי החבלה וסברא זו כתב הנתה"מ (בסי' פ"ו סק"ה) ע"ד האו"ת יעוש"ה ולא קשה קושייתי על הש"כ ודו"ק:

מפתחות מפלפולים שונים האמורים בקונטר' פלפול חברים עפי"ס האותיות

ארבעה אבות - פרק ראשון

[א] דף ג' ע"ב אות ז' אק"ב בענין פלוגתא בהלל"מ:

[ב] דף ג' ע"ב אות ז' אק"ג. בענין אם להלמ"מ יכול להיות רמז בקרא:

[ג] דף ד' ע"א אות י'. בענין שן שיש הנאה להזיקו ובדברי הראב"ד במוכר שט"ח ומת והיורש מחל לעצמו:

[ד] דף ד' ע"א אות י"ב אק"א. בענין כופרא כפרה וקלב"מ. ועל לשון התוס' ב"ק (דף ד' ע"א):

[ה] שם עוד ביאור דברי התוס' ז"ל. וקצת בענין קלבד"מ אם יש חילוק בין החיוב ממון הוא על אותו דבר עצמו או על דבר אחר. ובסנהדרין (דף ע"ט) ובחידושי הר"ן שם:

[ו] עוד שם באות קטן א'. בענין אם קלב"מ פוטר ממידי דהוא לכפרה. במס' כריתות (דף י"א ע"א). בירושלמי פ"ז דתרומות הזיד בחלב ושגג בקרבן. וברמב"ם (פ"י מהל' תרומות ה"א):

[ז] עוד שם באוי"ב אק"ד. תיקוני ט"ס:

[ח] דף ד' ע"ב אות י"ד אק"א. במה שהקשיתי ע"ד התוס' דבממון לא שייך כאשר עשה ותיפוק לי' מטעם גרמי. ובענין זה גם על אק"ב:

[ט] שם אקי"ד אקי"ג. בעדים שהעידו שהפיל שן של עבדו אם מיקרי העבד תפוס בעצמו. במ"ש על קושי' המלמ"ל דתו הוי כאשר עשה. וגם על אק"ו:
[י] אות י"ד אק"ו. קצת תיקון:
[יא] אות י"ד אק"י. בענין יאוש בטעות:
[יב] עוד באות י"ד אק"י. בענין יאוש בטעות בעבד ויאוש שלא מדעת העבד. ובמס' קידושין (דף כ"ג) בגר שמת וכו' מי זכה העבדים שהניח:
[יג] דף ד' ע"ב אות י"ד אקי"ב. ע"ד הנתה"מ (סי' נ"ה סק"ב). בענין אם חייב לשלם לחבירו כל מה שהוזק אם הוא גרם לו רק מקצת הנזק:
[יד] דף ב' ע"ב אות י"ד אקי"ג. בענין עדים שהודו שהעידו בשקר או חתמו בשטר בשקר אם חייבין מדד"ג:
[טו] דף ד' ע"ב אות י"ד אקט"ו. בענין כאשר זמם ולא כאשר עשה אם שייך בזה הלאו דלא תענה:
[טז] דף ד' ע"ב אות ט"ו אק"ב. בענין בטלו ולא בטלו בלאו דלא תגזול:
[יז] דף ה' ע"א אות ט"ז אק"ב. ע"ד הרדב"ז דילפינן דהעדים זוממין משלמים להנידון גופי' מועשיתם כו' לאחיו ובדברי הריטב"א (מכות דף א'):
[יח] דף ה' ע"א אות ט"ז אק"ד. בענין הנ"ל:
[יט] דף ה' ע"א אות י"ז אק"א. בענין כהנים שפיגלו דהוי לאו שאב"מ. ובדברי הפ"י ב"מ ר"פ איזהו נשך בקלב"מ בממון חבירו:
[כ] דף ה' ע"א אות י"ז אק"ב. בענין אין מפגלין בחצי מתיר:
[כא] דף ה' ע"א אות י"ז אק"ג. בענין אשו משום חציו וקלב"מ:
[כב] דף ה' ע"א אות י"ז אק"ה. בענין הערמה:
[כג] דף ה' ע"א אות י"ז אק"ו. במדליק גדיש בשבת החיוב על כל שיבולת ושיבולת. ובחייבי מלקיות שוגגין:
[כד] דף ה' ע"א אות י"ז אק"ז. בפיגל בשחיטת סימן השני. בלאו דלא יחשב:
[כה] דף ה' ע"א אות י"ז אק"ח. בענין הלאו דלא יחשב בחשב בשחיטת סימן הראשון אם עובר עוד כשמחשב בסימן השני:
[כו] דף ה' ע"א אות י"ז אקח"ט. בענין אם איכא לאו דלא יחשב. כשהקרבן כשר:
[כז] דף ו' ע"ב אות ב' אק"א. בענין חרמי כהנים בעודן בבית הבעלים. ובבל תאחר:
[כח] דף ו' ע"ב אות כ' אק"ב. בדברי רש"י דהקדש שאין בהם מעילה הוא בכלל רעהו. ובענין אין מעילה בקרקעית ומזיק הקדש:
[כט] דף ו' ע"ב אות כ' אק"ג. קצת בענין הנ"ל ואם הגיזבר רשאי לקצור שדה הקדש:

[ל] דף ח' ע"א אות כ"ב אק"א. בענין גביית בע"ח מזיבורית:
[לא] דף ח' ע"א אות כ"ג אק"ב. בענין חיוב דד"ג דרבנן אם אמרינן בי' שעבודא דאורייתא:
דף ט' ע"א אות ל' אק"ה. ואקי"ב. דף ט' ע"א אול"א:
[לב] דף ט' ע"א אות ל"ג. בענין לבזבז כל ממונו שלא לעבור על ל"ת שאב"מ או על עשה. ובענין מכין אותו עשת"נ:
[לג] דף יו"ד ע"א אות ל"ד אק"א. בענין מת עכו"ם ועבד אם אסור בהנאה:
[לד] דף י' ע"א אות ל"ד אק"ג. ביאוש לחצי חפץ:
[לה] דף י' ע"ב אות ל"ו. ע"ד הרשב"א בענין הכוהו עשרה ב"א במקל אחד:
דף י' ע"ב אות ל"ח:
[לו] דף י"א ע"א אות מ"א אקב"ג. בענין שינוי השבור. ואם הא דשינוי קונה אם בעי שיהי' הגזילה בחצר הגזלן בשעת השינוי ובתוס' ב"ק (דף ס"ט ע"א) ביאוש אם בעי שיהי' ברשות הגזלן.
[לז] דף י"א ע"א אות מ"א אק"ד. בענין שינוי השבור. קצת עפי"ד הה"מ דקידושין וקנייתו באין כאחד:
[לח] דף י"א ע"ב אות מ"ז אק"ד. בענין יאוש בעבדים:
[לט] דף י"ב ע"א אות מ"ח אק"ה. בקושי' הקצה"ח בהא (דפ"א דשקלים) דקטנים ששקלו מקבלין מידן. הא הוי קנין דרבנן:
[מ] דף י"ב ע"א אות נ"א. בענין שהקונה עשה קנין אחר ממה שצוה המקנה. ובמס' ב"ב (דף ע"ו ע"ב) וברמב"ם (פ"ג מהל' מכירה ה"י):
[מא] דף י"ב ע"ב אות נ"ב אק"א. בענין הכשר באוכלין של חבירו ואוכלין של הפקר:
דף י"ב ע"ב אות נ"ג אק"ב:
[מב] דף י"ג ע"א אות נ"ו אק"א. בשור שנגח אדם ואח"כ הקדישוהו:
[מג] דף י"ג ע"א אות נ"ו אק"ד. בשור נוגח שהקדישו אם חל עליו קה"ג:
[מד] דף ט"ו ע"א בגמ' וצריכא דאי אשמעינן תם כו':

כיצד הרגל - פרק שני

[א] דף י"ז ע"ב אות ג' אק"ד. בענין זרק כלי ובא אח"כ ושברו. בענין גרמי וגרמא. ובדברי השמ"ק שם בענין צרורות:
[ב] דף כ' ע"ב אות ט'. בהא דחו"מ (סי' שט"ז ס"א) דהשוכר אינו רשאי להשכיר לריבוי דיורין ובדר בחצר חבירו שלא מדעתי כו':
[ג] דף כ"ב ע"ב אות י"ד. בענין רודף אחר עבד שלי:

[ד] דף כ"ג ע"א אות ט"ו אק"ב. בהסברא שכתבתי דהיכא דאיכא חיוב גמור לשלם תי לא חייבוהו מדד"ג:
דף כ"ג ע"ב אות י"ז אק"א:
[ה] דף כ"ד אות י"ט אק"ג. במ"ש לבאר הא דקאמר הש"ס אא"א ליעודי גברא כו':

המניח - פרק שלישי

[א] דף כ"ט ע"ב אות ו' אק"ד. בענין הגבהה ולא נתכוון לקנות:
[ב] דף ל' ע"ב אות ז' אק"א. בענין שנים שעשאוהו:
[ג] דף ל"ב ע"א אות ה'. בענין ביאה של"כ אם יש הכאה [ד] דף ל"ג ע"א אות י' אק"ב. פלפול וביאור ארוך בענין ראה ככר של הפקר דמצי להקדישה כשבידו לזכות אם ההקדש חל מיד אף שלא זכה בה אח"כ או דוקא כשזכה בה אח"כ. בדברי הפ"י גיטין (דף ע"ז ע"ב).
[ה] דף ל"ג ע"א אות י"א. בדברי הרמ"ה דכשהקדישו הנגזל ואח"כ הוציא הגזילה תל ההקדש למפרע וקצת בענין למפרע גובה:
[ו] דף ל"ג ע"ב אות י"ז. בסברת הר"ן כתובות (דף נ"ח) דכל היכא דביד אחרים להפקיע אין הבעלים יכולין להקדישו:
[ז] דף ל"ד ע"ב אות כ"ד אק"א בענין מקלקל:
[ח] דף ל"ה ע"ב אות כ"ט אק"א. קצת בענין ט"ח והודה לו בשעורין:
[ט] שם אוכ"ט אק"ב. בענין הנ"ל:
[י] דף ל"ה ע"ב אות ל"א אק"ד. בענין עדות מוכחשת אם נתבטל עדותן לגמרי:

שור שנגח ד' וה' - פרק רביעי

[א] דף ל"ו ע"א אות א' אק"א. בענין היכא משכחת שיגח דו"ה שוורים ויהי' עדיין תם ובענין מועד לקרן ימין כו':
[ב] שם אות א' אק"ב. במה שחקרתי לר"ע דסובר שותפי נינהו נימא רשות משנה.
[ג] דף ל"ו ע"ב אות ד' אקי"ג. בדברי הנתה"מ (סי' פ"ז סק"א) דמודה במקצת ל"ה רק בשעבוד הגוף. ובב"מ ר"פ הבית והעלי' אם הי' אחד מכיר מקצת אבניו כו':
[ד] דף ל"ו ע"ב אות ו' אק"ג. בענין הפקר ב"ד להפקיע ולהקנות:
[ה] דף ל"ו ע"ב אות ו' אק"ח. בענין תרומה ביד כהן דל"מ שאלה, והערה בעירב בפת הגזול אם מהני ובב"י או"ח (סי' קצ"ו):

[ו] דף ל"ז ע"א אות ט"ו אק"ג. בענין אם נשאלו הבעלים על שור הקדש אחר הנגיחה, במ"ש בישוב עפי"ז קושי' הפני ארי' לעיל בב"ק (דף י"ב ע"ב) בהזיק לשור קק"ל אליבא דריה"ג:

[ז] דף ל"ז ע"ב אוט"ז הענין מי נקרא רעך:

[ח] דף ל"ח ע"ב אות כ' אק"ב:

[ט] דף ל"ח ע"ב אות כ"א. בדברי הרשב"ם ב"ב (דף צ"ב) במ"ש דהא דאין הולכין בממון אחה"ר דוקא כשיש להמוחזק טענה טובה. בדברי ה"ה (פט"ו מהל' א"ב הכ"ו). ובענין חזקת ממון ובענין מעוכב ג"ש:

[י] דף ס' ע"א אות כ"ד אק"א. בהא דאין עדים זוממין משלמין כופר. ובענין אי ממשכנין על הכופר:

[יא] דף מ' ע"א אות כ"ד אק"ב. במ"ש לחדש דבכופר אדם נאמן ע"ע להכחיש העדים. ולתרץ בזה קושי' הריטב"א אמאי אין עדים זוממין משלמין הכופר אף אם כופרא כפרה הא מ"מ זממו לחייבו ממון. בדברי התוס' מכות (דף ב') וריטב"א שם מ"ש בעדים זוממין בגלות:

[יב] דף מ"א ע"א אות ל'. ע"ד התוס' ד"ה וכמאן דקטלה כו':

[יג] דף מ"א ע"א אות ל"ב אק"ה. בענין עדות מיוחדת בשור הנסקל. ואם שייך בבהמה כונסין לכיפה בכה"ג. ואם נאסרה בכה"ג בהנאה:

[יד] דף מ"א ע"א אות ל"ג אק"א. בענין לא יאכל כו' איסור הנאה במשמע. בירושלמי פסחים דמשני דשנייה חדש שקבע זמן לאיסורו:

[טו] דף מ"א ע"א אות ל"נ אק"ב. בענין הנ"ל ובענין שני כתובים הבאים כאחד:

[טז] דף מ"א ע"א אות ל"ד. בענין לאו שקדמו עשה:

[יז] דף מ"א ע"א אות ל"ה אק"א. בענין אין לוקין על הנאה:

[יח] דף מ"א ע"א אות ל"ו. בענין בן פקועה שהמית את האדם ואם יש איסור שביתת בהמתו בשבת בבן פקועה או בבהמה ששחט בה שנים כו'. ובמס' חולין (דף ע"ד ע"ב) ואם בדגים שייך דין שוד"נ:

[יט] דף מ"א ע"ב אות ל"ח אק"ד במה שהקשיתי דיהי' נאמן נגד הע"א בקנס במיגו דהי' מודה ומיפטר וקצת בענין תפיסה:

[כ] דף מ"א ע"ב אות ל"ח אק"ט. בענין אי ע"א מחייב שבועה בקנס:

[כא] דף מ"ה ע"ב אות נ"ט. בקשרו בעליו במוסירה לשור ויצא והזיק:

שור שנגח את הפרה - פרק חמישי

[א] דף מ"ט ע"א אות י"ב אק"ב. קצת במתנת שכ"מ. ובאם יורשת בנה:

[ב] דף מ"ט ע"ב אות ט"ז. בענין אם בע"ת גובה מהפקר כו':
[ג] דף נ"א ע"א אות כ"א אק"א בענין אם גבי פועל יש שלד"ע:
[ד] דף נ"א ע"ב בגמ' א"ר הניח אבן ע"פ הבור והשלימה לעשרה כו'. ישוב דלא יקשה מלקמן (דף נ"ג) במתהפך ונפל אאפי' כו'. ביאור ופי' דברי הש"ס:
[ה] דף נ"ב ע"א אות כ"ה אק"ג. בענין משיכה בקרקע:
דף נ"ב ע"א אוכ"ו:
[ו] דף נ"ג ע"א אות ל"ג אק"ב. בענין שנים שעשאוהו:
דף נ"ג ע"א אות ל"ג אק"ג ואק"ד:
[ז] דף נ"ג ע"ב אות ל"ה. בענין נפלו לתוך הבור שור וכליו. ע"ד המזרחי מ"ש בענין אם האדם דחפן לבור:
[ח] דף נ"ג ע"ב אות ל"ו אק"א. ע"ד המהרש"א שתמה על רש"י שפי' דאדם פטור מכופר משום קלב"מ כו':
[ט] דף נ"ג ע"ב אות ל"ו אק"ב. בדברי הסמ"ע סי' ת' סקנ"ז. בענין נזקי כלים ובור. ובענין אדם ושור שהזיקו:

הכונס - פרק ששי

[א] דף נ"ו ע"כ אות ו' אק"א. בהערה בהנאת מחילת מלוה פרוטה אם ההנאה ש"פ. ובנתנה היא לאדם חשוב דמקודשת בההוא הנאה כו' אם צריכה שתהיה הנתינה דוקא ש"פ:
[ב] דף נ"ז ע"א אות ח' אק"א. בענין מוצא אבידה שאמר להבעלים שיוכל ליקחו אם עדיין ש"ש או עכ"פ ש"ח. ובחו"מ סי' ע"ד ס"ג. ובענין פרוטה דרב יוסף:
שם אק"ג. אם מקיים בעל האבידה מ"ע דהשב תשיבם. כשא"ל להבעלים טול את שלך:
[ג] דף ס' ע"א אות כ' אק"א. בענין ליבה וליבתו הרוח כו' וגרמא וגרמי:
[ד] דף ס' ע"ב אות פ"ד אק"א. בענין להציל א"ע בממון חבירו בסכ"נ. ב"מ (דף כ"ד ע"ב):
[ה] שם אוכ"ד אק"ג. קצת בענין הנ"ל:

מרובה - פרק שביעי

[א] דף ס"ב ע"ב אות א' אק"ג. בענין קנה שלמים במעות מע"ש:
[ב] דף ס"ב ע"ב אות ד' אק"א במ"ש לתרץ קושי' התוס' דאיצטריך תרי קראי למעט הקדש מכפל גם כששאלו הבעלים אח"כ. בענין משיכה בהקדש. והערה אם יכולין לשאול אחר שכבר מעל ויצא לחולין. ביאור באורך בענין אם גונב הקדש מעל:

[ג] דף ס"ה ע"א אות י"ב אק"א. בענין אם בעי מעשה בגניבה להתחייב בכפל. ובדברי הראשונים בעומד בצד שדהו אם בעי שיאמר זכתה לי שדה:
[ד] דף ס"ה ע"א אות י"ג. באיתבר הגזילה ממילא דברי הראשונים כשאין הגזילה בעין אם מקיים העשה דוהשיב בתשלומי ממון:
[ה] דף ס"ה ע"א אות ט"ז אק"א. בענין גנב וגזלן אם משלם כעין שגנב כו':
[ו] שם אות ט"ו אק"ב. בענין אם נעשה אחר כך גנב מחדש ובענין הנ"ל:
[ז] דף ס"ה ע"א אות י"ז. בדברי הט"ז והחת"ס אם הגנב והגזלן יש להן קנין בהגזילה. קצת פלפול ברש"י סוכה (דף למ"ד) בסוגי' דאוונכרי:
[ח] דף ס"ו ע"א אות כ"ג. בענין ולד אתנן:
[ט] דף ס"ו ע"א אות כ"ו אק"א. בענין נאבדה התרומה או מתנות כהונה:
[י] שם אק"ב. בענין הנ"ל אם יש חיוב אחריות בתרומה ומעשר:
[יא] דף ס"ו ע"א אות כ"ז אק"ד. בענין נוגע אי פסול לעדות קידושין. ובדברי הרא"ש שכ' דלחומרא לענין קידושין יאוש קונה:
[יב] שם דף ס"ו ע"א אות כ"ז אקי"ב. בענין יאוש וש"ר דהלוקח עושה איסור:
[יג] דף ס"ו ע"א אות כ"ח אק"ב. בענין אם אבידה מיחשב ברשות הבעלים. ואם ביאוש בעי אתא לרשות זוכה. ובמצא מציאה בחנות. בדברי חידושי רמב"ן בליקוטי פסחים (דף ל"א ע"ב):
[יד] דף ס"ו ע"ב אות ל"א. בדברי הקצה"ח בכוונת הראב"ד דיש להנגזל שעבוד על הגזילה אחר יאוש:
[טו] דף ס"ז ע"א אות ל"ג אק"א. בדברי הר"ת דבקנה לגמרי קודם ההקדש ג"כ חשיב מצהב"ע. ובמ"ש בפנים דזה הוי רק מדרבנן. בדברי התוס' סוכה (דף ט' ע"א) בזה. ובענין ספיקא דרבנן. בקושי' השער אפרים בסוגי' דאוונכרי דנימא ניחא לאינש למיעבד מצוה בממוני':
[טז] דף ס"ח ע"ב אות מ' אק"א. בענין חילול נטע רבעי שאינו ברשותו ובענין יאוש. בביאור דברי התוס' ד"ה הוא דאמר. ואם יכול לחלל נ"ר הפקר:
[יז] שם אות מ' אק"ב. עוד בענין חילול מע"ש שלו שיחול החילול משעה שיזכה בו חבירו. והערה בעכו"ם שקידש אשה לאחר ל' יום ובינתיים נתגייר:
[יח] שם אות מ' אק"נ. במ"ש דסוגי' דגיטין (דף נ"ה) סובר דצנועין מיירי דוקא בשנת השמטה:
[יט] דף ס"ח ע"ב אות מ"ג אק"ב. בקושי' הט"א ר"ה (דף ט"ו) ל"ל קרא למיפטר שביעית ממעשר ת"ל דהוי הפקר. בענין תרומה משל הפקר:

[כ] שם אות מ"ג אק"ג. בירושלמי (פ' הכותב ה"ג) מאימתי אדם זוכה בפירותיו בשביעית כו'. קצת בקנין חצר וכליו שלא מדעתו:
[כא] דף ס"ט ע"א אות מ"ד. בדברי התרגום יונתן ואבן עזרא בנטע רבעי:
[כב] דף ס"ט ע"א אות מ"ו אק"ב. בענין מין במינו באיסור דרבנן ובפירות שנפדו וגדלו אח"כ אם הגידולין אסורין מדאורייתא:
[כג] שם אות מ"ו אק"ג. במ"ש במין במינו בנולד האיסור בתוך התערובות. בסוגי' דטפת חלב:
[כד] דף ס"ט ע"א אות מ"ם אק"א. במ"ש דסילוק מהני בדבר שאינו ברשותו. ובענין יאוש והפקר בדשא"ב:
[כה] שם אומ"ח אק"ב. ע"ד המוהר"מ מסרקסטא ז"ל המובא בשמ"ק דהגזלן אינו עובר בב"י:
[כו] דף ס"ט ע"ב אות נ"ב. בהא דקאמר הש"ס לאו אר"מ מעשר מ"ג הוא ואפ"ה לענין פדיי' אוקמי' רחמנא ברשותו כו':
[כז] דף ע' ע"א אות נ"ד אק"ד. בספיקו של השעה"מ אם המלוה יוצא יד"ח באתרוג הממושכן. ומה שנסתפקתי אם הלוה יוצא בו בדברי הראב"ד והרשב"א ביאוש וש"ר דדמים בעי לאהדורי:
[כח] דף ע' ע"א אות נ"ה אקי"ב בענין ריבית קצוצה דחייב להחזיר שכ' הט"ז יו"ד (סי' קס"א) וחו"מ (סי' ט') דבעי דוקא תבעו. שהעירותי דנימא ג"כ כן באונאה:
[כט] דף ע' ע"ב אות ע"ד אק"א. בענין עדות שאאי"ל. וקצת בתפיסה בקנס:
[ל] שם אות קטן ב'. בענין הנ"ל. ובעדים זוממין שרצו לחייב מיתה לזה ותשלומין לזה.
[לא] דף ע' ע"ב אות ע"ה. בקושי' היה"ת למה הוצרך רבא לינקוט אתנן אסרה תורה אפי' בא על אמו כו'. בענין אתנן בפנוי' ובחייבי לאווין:
[לב] דף ע"א ע"א אות ע"ט אק"א. בענין אשלד"ע וחצר:
[לג] דף ע"א ע"א אות פ"א. קצת בדברי הרא"ה והר"ן דאף דאא"א דשא"ש מ"מ באכילה אסור:
[לד] שם בענין גנב וטבח לעכו"ם. ואא"א דשא"ש. וקצת בשינוי בשליחות. ובענין שלד"ע בשוגג:
[לה] דף ע"ב ע"א אות צ"א אק"ב. בענין חולין שנב"ע והיכא שאסור בהנאה מדרבנן אם מיחשב לאו דמרי' קטבח:
[לו] שם אות צ"א אק"ג בענין אם מותר לאכול חולין בעזרה שנכנסו בהיתר. ברמב"ם (פ"ת מתמידין ומוספין הי"ב) במס' תמורה (דף י"א ע"א):

[לז] שם אוצ"א אות קטן ה"ו. בענין חולין שנב"ע בשוגג. ובשחט בהמת חולין של חבירו בעזרה אם אמרינן אא"א דשא"ש:
[לח] דף ע"ב ע"ב אות צ"ג אק"ב. בעניין יי"נ אם אסור בהנאה מה"ת:
[לט] דף ע"ג ע"א אות ק"ב. בענין למפרע נפסל. אם נפסלו העדים משעה שגזלו (בכתובות דף י"ט ע"ב):
[מ] דף ע"ג ע"א אות ק"ה אק"א. בענין נפסלו העדים אחר שהעידו בב"ד קודם גמ"ד:
[מא] דף ע"ג ע"א אות ק"ה אק"ב. בענין תוכ"ד כד"ד. במ"ש אם נמשך תוכ"ד דזמן המוקדם לזמן המאוחר. נדרים (דף פ"ז) לענין קריעה. ובענין הפרת נדר בסבור שנדרה בתו והקים הפר ותוכ"ד נודע שאשתו הי'. במס' שבועות (דף י"ג) דאכל סמוך לשקה"ח ושבת (דף קל"ג ע"ב) במל בהשמ"ש וכריתות (דף י"ט) מקצת הגבהה היום כו'. חולין (דף קמ"א ע"א) בנוטל אם על הבנים. הערות וביאור בכ"ז בעניני תוכ"ד. ב"ב (דף קכ"ט) נכסי לך כו'. בתבו"ש (סי' ד' סק"ה). הערה בעשה מצוה ולא נתכוון לצאת אם מועיל מה שמכוון אח"כ בתוכ"ד לצאת. (ברכות דף י"ב ע"א):
עוד בענין מ"ש אם חלות המעשה נגמר אחר כד"ד. וביו"ד (סי' י"ט ס"א) בשחט ולא בירך כו' ובתבו"ש סק"ב. הערה בפיגל וחזר בו תוכ"ד. ובהיסת הדעת מאכילה קודם ברהמ"ז אם מועיל בו חזרה בתוכ"ד:
דף ע"ד ע"א אות קט"ו אק"ב:
[מב] דף ע"ה ע"א אות קט"ז אק"ב. בענין מודה בקנס:
[מג] דף ע"ה ע"ב אות קי"ז. בענין אם הנידון מודה לדברי העדים אם נעשין זוממין:
[מד] דף ע"ו ע"א אות קכ"א. בביאור כוונת המהרש"ל ברש"י ד"ה אמרי:
[מה] דף ע"ז ע"א אות קכ"ח. בענין טומאת אוכלין בכביצה:
[מו] דף ע"ח ע"ב אות קל"א אק"א. בענין גנב מצי פטר נפשי' בכבש. פלפול בדברי הש"ג בגנב חפץ מחבירו והחפץ הי' שאול ביד חבירו כו'. בענין שומר שאמר הריני משלם מחצה. ובענין חמשה בקר ואפילו חמשה חצאי בקר כו':
[מז] דף ע"ח ע"ב אות קל"ב. בענין גונב הקדש אי חייב בקרן:
[מח] דף ע"ט ע"א אות קמ"ב אק"א. בענין קנוניא על הקדש. ואם בע"ח גובה מטלטלין דהקדש:
[מט] דף ע"ט ע"א אות קמ"ד אק"א. בענין ישלד"ע לשמאי הזקן ולדידן כשהשליח שוגג בדבר שחיובו הוא גם בשוגג:
דף כ' ע"ב אות קנ"ג אק"ח. דברי המאירי במכשירי מילה:

[נ] דף פ"ב ע"ב אות קס"ב אק"ז. פלפול בענין במ"ש לתרץ קושי' הט"א והצל"ח דמשכחת לעבדים קרקע ע"י שבנה בית בירושלים דמיקרי קרקע לחייב בראי':

החובל - פרק שמיני

[א] דף פ"ד ע"א אות ג' אק"ד. בענין עדות שאאי"ל בדברי התורי"ד דדוקא אם הנידון גורם שלא יהי' יכול להזימן. ובדברי הרמב"ם (פ"ד מהל' עכו"ם ה"ו):

[ב] דף פ"ד ע"ב אות ד' אק"ג. במבקש מחילה מהמתבייש אם יפרט החטא:

[ג] דף פ"ה ע"ב אות ט' אק"ה. בענין כהן חרש ושוטה אם מחלל עבודה. ובענין גדול עוע"ג. בדברי הרשב"א חולין (דף י"ב) ובתשו' הרשב"א (סי' כ"ו) המובא בב"י או"ח סי' ת"ס. ואם שייך שליחות בעבודה:

[ד] דף פ"ז ע"א אות ט"ו ע"ד המקצעות שפוסק בחובל ביוה"כ כרנבה"ק דפטור מתשלומין. פלפול במגילה (דף ז') ובחייבי כריתות שלקו נפטרו מידי כריתותן. פלפול במקלקל בחובל ומבעיר בשבת. ובדברי הרמב"ם דחובל חייב משום מפרק ומוציא דם כגרוגרות. ביאור במקלקל ע"מ לתקן ולא גמר התיקון. ואם גמר אח"כ התיקון מאימת נתהווה החיוב. בתוס' חולין (דף כ"ט ע"ב) ובנתה"מ (סי' ש"נ סק"א) שה"ר מקורע ע"מ לתפור ומשבת (דף קל"ג) במל סמוך לביה"ש כו':

[ה] דף פ"ט ע"א אות כ"ו בחו"מ סי' ס"ו בש"כ ס"ק פ"ט במוכר שט"ח ומחלו כו':