שו״ת · אחרונים

ארצות יהודה

רבי יהודה ליב דבורץ

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

ארצות יהודה

רבי יהודה ליב דבורץ

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/ארצות-יהודה/
הקובץ נוצר ב־16 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611161024 של הספרייה.

תוכן העניינים

הקדמת המחבר 4
חשן המשפט 6
סימן א 6
סימן ב 11
סימן ג 17
סימן ד 21
סימן ה 26
סימן ו 31
סימן ז 36
סימן ח 40
סימן ט 44
סימן י 49
סימן יא 52
סימן יב 59
סימן יג 64
סימן יד 67
סימן טו 69
סימן טז 74
סימן יז 78
סימן יח 84
סימן יט 87
סימן כ 92
סימן כא 96
סימן כב 99
סימן כג 106
סימן כד 110
סימן כה 115
סימן כו 117
סימן כז 123
סימן כח 131
סימן כט 136
סימן ל 138
סימן לא 142
סימן לב 146
סימן לג 153
סימן לד 161
סימן לה 166
סימן לו 172
סימן לז 183
סימן לח 187
סימן לט 191
השמטות 195
לוח הטעות 198

הקדמת המחבר

ויגש יהודה בתפלה ובהודאה לאלהי אביו ויאמר אברך את ה' על ארצי ונחלתי שהנחלת לי בארצות יהודה ארץ מבורכת ד' הקלה מכל ארצות וממהרת להתבשל פירותיה יותר מכל ארצות שבעולם. ומעינות יוצאים בה להשקות את כל הצמא לדבר ד' זו הלכה וגם אני ראיתי ברכה בעמלי בימי עלומי בחלק אחד אשר ליהודה הוא חלק המשפט אשר כל יושבי על מדין בכסאות למשפט יחוסו בצילו להאיר הדרך בין אדם לחבירו ובין איש לרעהו שלא יכשלו וישלחו בעולה ידיהם ומני אז אשר נפלה הודינו ואפסו שופטינו ושוטרינו ולא נשאר לנו שיור רק התורה הזאת ועלינו בני יהודא ללמד קשת ללחום במלחמת התורה בסברות נכונות וישרות בגוים על אדני האמת המפיצים עלינו אור בהיר באור התורה לבוא אל עמק הדין בפלפול וסברא ואגרא דשמעתא סברא והקב"ה בעזרתם ומסייע להם שלא יבשלו וחדי בפלפולא דאורייתא. וכאשר ראיתי כי אילני הפלפול נתנו יבולם מהבדים אשר נסתבכו ונקשרו זה בזה והיו לענפים בפרט ועוללות אשר הקיפו חבילות חבילות תשובות לברכה ומלאה הארץ דעה להוני דעות בדין והצדק והמשפט החל להופיע בארצי נתנה שמחה כלבי והשמחה הזאת העירתני מינוני לברך לאלהי אבי ואומר אודך ד' על חסדך ועל אמיתך אשר הבאתני במיעוט שנותי עד

כה להורות וללמד לעמך ישראל בספרי ארצות יהודה על השן המשפט אשר ישנו עוד בכתובים תח"י על חלק יו"ד שאלות ותשובות לדינא וחדושים על הש"ס את כל אלה פעלה נפשי במיעוט שנים ואף גלי הים הסוער אשר חלפו ועברו על ראשי ומיום עמדי על דעתי קודר הלכתי תחת חצי הזמן ופגעיו והמון תלאות רבות וצרות רבות סבבוני. והרעות אשר הכאיבוני לא ידעתי אם הי' כמחט לבשר החי כו'. נוסף לזה מחלתי האיומה אשר הכבידה אכפה עלי עד כי אמרתי נגזרתי מארץ החיים ורפיון גוי אשר השאירה אחריה אנא ה' שלה דברך ורפאני. כל זאת באתני ומתורתך לא נטיתי וכגבור במלחמה עמדתי ננד פגעי הזמן שלא לבטל מלימודי. וה' הי' בעזרי לחדש חדושים נכונים לדינא על יו"ד וח"מ אשר מצאו הן בעיני מביני דעת וגדולי דורינו והפעולה תעיד על עצמה למי שיעיין בחיבורי ויכין וישכיל בדעו ושכלו את מעלת חבורי הנוכחי אשר בגדולות ונפלאות לא הלכתי רק לדינא יסודותי תמכתי ובפלפול הקרוב אל האמת אחזתי ובזה אקוה כי הרחק לא הרחקתי מדרך הפשט והאמת. וזה דרכי לבאר בכל דין ודין אשר עליו נשאתי מדברותי אם בשאלה וחקירה עיונית אשר חקרתי בלימודי בדברי הפוסקים ומצאתי לפשוט אחר העיון בדברי רבותינו בכמה קושיות וסתירות שהערתי ומצאתי לתרץ עד כי יצא לנו בביאורם דין הדש בדבריהם הסתומים. או במקום אשר

בחרתי לי דרך כלל לבאר דעת הפוסקים המפוזרים בספריהם באיזה דין אשר עמלו הבונים נושאי כליו של הטור ולא ירדו ועמדו על סוף דעתו. ומאשר דברי תורה עניים במקום אחד כו' ובדרך עיוני בשו"ת מצאתי דעתם מפורש בדין זה אשר לא שערום רבותינו הקודמים. או ממה שהוצאתי דעתם מכח קושיתם ותירוצם במקום אחר, הצגתי דין זה למטרה בפתח עינים כראש התשובה ועליו עשיתי זר זהב סביב בדעת הפוסקים אשר מתבאר בדבריהם וכן דרכי גם ביו"ד. ומה שבחרתי לתת קדימה לחושן המשפט הוא יען אשר דרכי שאנכי הולך הוא לדינא ולא למעשה ובלכתי על דרך זה לא אפגע באדם לאמר קבלו דעתי כי ירעתי בעצמי שלא הגעתי למדה זאת ובחושן המשפט אשר ע"פ הרוב הביאורים אינם אלא לדינא ולא למעשה ומי שלא ירצה בביאורי במקום שיש אחר המבארים דעת הטור בדרך אחרת יהי לו אשר לו. לא כן ביו"ד אשר נוסדו תשובותי לדינא בדרך הנ"ל כמקום שאין פי' אחר והערתי בדינים חדשים ומאשר צעיר לימים אנכי ועוד לא ראיתי מעשה שיתעורר הלכה אמרתי ימים ידברו ואולי ברבות הימים ירחיב ר' את דעתי בתורה ואדע במה שניתי אך גם בחשן המשפט לא יצאתי ידי חובתי כי קצרתי בגוף החיבור אשר יש לי כמעט על ב' החלקים בשלמות אך מפני הוצאת הדפוס הרבה הוכרחתי לקצר גם בכל סימן קצרתי. ואתה ד' אשר תמכת בימיני ועזרתני עד כה היה אתי עד זקנה שאוכל להוציא יתר חדושי על חוה"מ ויו"ד. ומאתך אשאל עזר שלא אכשל בדבר הלכה. גל עיני ואביטה נפלאות מתורתך ואל תצל מפי דבר אמת, וירצה לפניך פעלי כי אתה בוחן כליות ולב וידעת חקר לבבי כי לא גבה לבי ולא רמו עיני כ"א מאהבת תורתך העצורה

בקרבי וכאש יוקדת תוקד על לבבי לעוררני על המפעל הנשגב הזה ואחת היא שאלתי לישב בד"א של הלכה ואגורה באהלך ללון בעמקה של הלכה בלי משבית ומפריע.

ופותחין בכבוד אכסניא הוא ניהו חותני הרה"ג המפורסם חוב"ק אמיתי סוע"ה ציסו"ע כש"ת **אהרן**

אליהו כהנא נ"י אב"ד דאקמיאן אשר זה כשמונה שנים אשר מצאתי מנוחה בביתו ובעוד לא הייתי חתנו כל מחסורי הי' עליו ודאג בעדי להסיר כל מכשול כדי שאוכל ללמוד ברוחה ישלם ה' פעלו. הון ועושר בביתו וצדקתו עומדת לעד ומאן דרחים רבנן הוה ליה בנין וחתנין רבנן ויזכה לראות מצאצאיו בנין רבנן. וזכות התורה שלמדתי מתוך הדחק יעמוד לי שלא תמוש התורה מפינו ומפי זרעינו עד עולם **הרם נא קרן** עמך ישראל בכלל וקרנינו

תרום לפר"ט כעתירת המחבר **שאלות ותשובות**

ארצות יהודה על חלק

חשן המשפט

סימן א

שאלה בקבלת עדות אי בעינן שלשה מומחין גמורים או רק שיודעין לקבל עדות ולדעת איזה עד כשר ואיזה עד פסול סגי. גם יבואר הרבה חידושים בדיני קבלת עדות ובדין נמצא אחד מהם קאו"פ בעדות ובדיינים. וביאור דעת הפוסקים הקשים בזה:

תשובה לכאורה הדין פשוט דלא בעינן ג' מומחין דכיון דלדין א"צ ג' מומחין ובחד דגמיר סגי כמבואר בטור ש"ע (סי' ג') והדיינים צריכים לקבל עדות ואיך כשרים ג' הדיוטות בחד דגמיר אם אינם ראוין לקבל עדות. ובהיות כן קשה מאד פסקי המחבר אהדדי (דבסי' ג') פסק דלדין שלשה הדיוטות כשירים בחד דגמיר ובסי' כ"ח (סעיף כ"א) פסק להלכה כדעת הרא"ש דבקבלת עדות בעינן שלשה מומחין. וראיתי להתומים (סי' ג') שעמד בדברי המחבר דפסק כרמ"ה בשלשה הדיוטות לענין דין ולקבלת עדות בעינן שלשה. אך באמת עדיפא יש להקשות דאיך יוכל להיות כזאת דלדין יהיו כשירים הדיוטות ולקבלת עדות יהיו פסולים דאי אפשר לדין בלא קבלת עדות. והרבה הייתי נבוך בזה עד שמצאתי להכנה"ג בהגהת הב"י (סי' כ"ח אות קכ"ג) שהאריך הרבה בזה דהעיקר דמומחים דכתב המחבר בקבלת עדות אין כוונתו מומחין כמומחין דעלמא רק מומחין שיודעין לקבל עדות ובשלשה הדיוטות דאית בהו חד דגמיר סגי וע"ש (בס"ק קכ"ה) כתב בשם הבני שמואל דגם הרי"ף מודה דבדיעבד בחד דגמיר סגי ובקצוה"ח (סי' ע"ט) הביא דברי המהרי"ט חלק חו"מ (סי' מ"ו) דלקבלת עדות בשלשה הדיוטות סגי וכן הביא בעל כנה"ג והאריך שם בקצוה"ח לסתור דעת המהרי"ט מתשובת הרי"ף ע"ש. ובכנה"ג בהגהת ב"י שזכרנו מבואר דגם הרי"ף מודה בזה כנ"ל. וא"כ מכל הנ"ל מבואר דמומחין דזכר המחבר (בסי' כ"ח סעיף כ"א) ע"כ דלאו דוקא אלא שיודעין לקבל עדות ובשלשה הדיוטות דאית בינייהו חד דגמיר סגי. אמנם התומים (בסי' ג') שזכרנו לא כן דעתו בכוונת דעת המחבר שהוא דעת הרי"ף. והבנתו בדעת המחבר דבעינן דוקא מומחים גמורים ותירץ שם סתירתו דכל טעמו של המחבר דפסק כרמ"ה הוא משום דס"ל כהרמב"ם דחד כשר מה"ת דפסק כרב אחא וא"כ א"צ רק חד דגמיר דהא מה שתקנו שלשה משום יושבי קרנות. וא"כ בקבלת עדות בעי ודאי ד"ת שלשה דאל"כ הוי

עד מפי עד וכיון דד"ת בעי שלשה אף שלשה דגמירי בעינן זה תוכן דבריו. ובאמת תלי זה בזה דאם לא יוכלו לקבל עדות איך יוכלו לדון כנ"ל ותמוהים מאד דברי התומים בזה: **ומצאתי** להנתיבות המשפט (בסי' ג' ס"ק ג') שהרגיש להקשות על הרמב"ם (בפ"ה מה' סנהדרין הל' י"ח) דההודאה לפניו לא הוי הודאה ויכול להחליף הטענות א"כ מכש"כ דאין יכול לקבל עדות דהא אין להם דין ב"ד כמ"ש הרמב"ם בהדיא ולקבלת עדות בעי ב"ד ושכן כתב הש"ך בהדיא (בסי' מ"ו ס"ק ע') והוא תמוה דהא הודאות והלואות פרש"י בסנהדרין עדי הודאה והלואה. ואם אין יכול לקבל עדות האיך אפשר לו לדון הא הגדה בפניו לא חשיבה הגדה כו'. וגם איך אפשר לו לדון שום דין ולומר חייב אתה ליתן דהא אפשר לו להחליף הטענות ע"ש דהעלה דלא כהש"ך (סי' מ"ו ס"ק ע') וכל מקום דמותר לו לדון יכול לקבל עדות והטענות ואין יכולין לחזור בו לא העדים ולא הבע"ד ומקיימין השטר עפ"י עדות שיעידו לפניו דנגד דין זה שהן יכולין לדון עושין כל מה שהב"ד עושין. והביא שם דכן משמע מהרשב"א (ב"ק צ' ע"ב) וז"ל דמומחה אינו יכול לדון ע"פ ראיית עצמו דראייתו של דיין מומחה אינו בדין שיהי' כשמיעה משני עדים. משמע דמומחה יכול לדין עכ"פ כששומע משני עדים רק ע"פ ראייתו אינו יכול לדון וזהו דלא כהש"ך (סי' מ"ו סק"ע) והא דכתב הרמב"ם (פ"ה מה"ס הי"ח) דיחיד מומחה לרבים אע"פ שדן ד"מ יחידי אין ההודאה בפניו חשיבה הודאה בב"ד שיהי' לו דין שטר וגם לענין אם בא והודה מעצמו לא מהני ההודאה כיון דאפי' בשלשה בעינן קבעו ושלחו לקמן (סי' ל"ט סעיף ט) וגם אין ב"ד אחר יכול לדון מתוך אותו כתב שכתב היחיד מומחה או השנים שהודו כו' כיון שאין עליהם דין ב"ד הוי מפיהם ולא מפי כתבם כו' וכן אין יכולים לקבל עדות או טענות ולשלוח לב"ד אחר דהוי עדים מפי עדים אכן הן בעצמן יכולין לדון במקום שדינו דין כגון במומחה או שנים אליבא דשמואל ע"ש שהאריך. ומהתימא שלא הרגיש בדברי התומים הנ"ל אף שדברי הש"ך (סי' מ"ו ס"ק ע"ב) מורים כמותו ועיין בח"מ באה"ע (סי' י"ז ס"ק ל"ט) בטעם דצריך ג' לקבלת עדות ולא ב' דשנים לא מקרי ב"ד ורק הוה כעד מפי עד ע"ש דבעגונה דאף עד מפי עד כשר באמת לא צריך ג'. ועיין בתשובות רע"א (סי' קכ"ג) שהאריך בזה:

והנה המל"מ (פט"ז מהלכות עדות) הביא המרש"א והכנה"ג דגם בדיינים אם נמצא: אחד מהם קאו"פ בטלה כל הועד כמו בעדים ועיין בקצוה"ח (סי' ל"ו) דהקשה מגמרא דסנהדרין (ד:) דמן התורה חד כשר ומ"ט אמרו בשלשה משום יושבי קרנות ופריך הגמרא אטו בשלשה מי לא הוי יושבי קרנות ומשני אי אפשר דלית בהו חד דגמיר ולדבריהם הא מאן דלא גמיר אשירה מקרי ומאי מהני החד דגמיר הא השנים דלא גמירי

מבטלים כל הועד. ובשער המשפט (סי' ג') הקשה כזאת. ובאמת הכנה"ג לשיטתיה אזיל בהגהת חו"מ (סי' של"ו) בהגהת הב"י דבדרבנן לא אמרינן נמצא אחד מהם קרוב או פסול בטלה כל הועד וא"כ מאחר דמה"ת בחד סגי כגמרא דסנהדרין הנ"ל והא דצריכין ג' הוא משום יושבי קרנות ומדרבנן לא אמרינן נמצא אחד מהם קרוב או פסול כו'. ובזה נסתר נמי מה שראיתי להאחרונים דמתרצים סתירת הרמב"ם דפסק חד כשר מה"ת ופסק נמי דשנים שדנו אין דיניהם דין דלא כשמואל דהוא נגד הגמרא דמאן דאית ליה דרב אחא אית ליה דשמואל וכבר נתקשו בזה גדולי האחרונים. ותרצו משום האי דינא דכנה"ג דאף בדיינים אם נמצא אחד מהם קרוב או פסול בטלה כל הועד ולא משכחת להאי דינא דשמואל דהא ע"כ אחד מהשנים בודאי פסול הוא דאי שניהם מומחים צריכא למימר דדיניהם דין הא אף בחד מומחה כשר מה"ת. וע"כ דאחד מהם הדיוט וקשיא דלפסול את השני לדינא דכנה"ג הנ"ל ורק לשמואל לשיטתי' דפסק במכות ו' דהלכה כר' יוסי דאף בעדים אם נמצא אחד מהם קאו"פ תתקיים העדות בשאר ומכש"כ בדיינים. אבל הרמב"ם לשיטתיה דפסק בעדים דאם נמצא קאו"פ בטלה כל הועד דלא כר"י וה"ה בדיינים וליתא לדינא דשמואל כנ"ל עכ"ל. ולדברינו הנ"ל דבארנו בשם הכנה"ג דבדרבנן לא אמרינן נמצא אחד קאו"פ בטלה כל הועד והרמב"ם דפסק חד כשר מה"ת והא דצריך שלשה הוא מדרבנן אכתי הקושיא במקומה עומדת:

אמנם לכאורה יש להביא ראי' לדין דכנסה"ג. דבדיינים אם נמצא אחד מהם קרוב או"פ בטלה כל הועד מגמרא סנהדרין פ' זה בורר (דף כ"ג) דפליגי במתניתין ר"מ וחכמים דזה בורר לו אחד וזה בורר לו אחד ושניהם בוררין להם עוד אחד אי אדיינים קאי או אבע"ד דלר"מ אבעלי דינין ולחכמים אדיינים דהדיינין בוררין להם שלישי ובגמרא שם נימא דבדרב יהודה אמר רב קא מפליגי דאמר רב יהודא אמר רב אין העדים חותמין על השטר אלא א"כ יודעים מי חותם עמהן ופירש"י שמא יחתמו עמהם עד אחד פסול ומבטל עדות כולם ונמצאו אלו בושים דרבי מאיר לית ליה לדרב יהודא ורבנן אית להו דרב יהודא הלכך דעת הדיינים בעינן ומשני דכ"ע אית להו דרב יהודא ודעת הדיינים כ"ע לא פליגי דבעינן אלא אי בעינן נמי דעת הבע"ד קא מפליגי. והרי ברור דלכ"ע נמצא אחד מהם קאו"פ בדיינים בטלה כל הועד כמו בעדים. אמנם לכאורה יש להביא ראי' להיפך דבדיינים לא נתבטל כל הועד בנמצא אחד מהם קאו"פ מהא דאמרו בסנהדרין (ל"ו) דיני ממונות ודיני נפשות מכות וקידוש החודש אב ובנו רב ותלמידו אין מונין אלא אחת הרי דבאחת מונין להם אף דבדיני נפשות יש בו שלש ועשרים ולא אמרינן דנתבטל כל הועד בשביל שנמצא קאו"פ. והתוס' כתבו דמשום קדוש החודש אצטריך דאל"כ

פשיטא דלענין דין אין קרובים כשרים. וקשה דאמאי לא מבטלי האינך וע"ש בראב"ד דהקשה בלא"ה על הרמב"ם דבש"ס הגרסא דמונין להו בחד. והנה הרמב"ם בהלכות סנהדרין (פ"ג) ז"ל אין מתחילין את הדינים בלילה מפי השמועה למדו שהדינין כנגעים שנאמר כל ריב וכל נגע כו'. ובדיני ממונות אם התחילו ביום מותר לגמור הדין בלילה עכ"ל. ובלחם משנה תמה עליו דבפ' אחד דיני ממונות (ל"ד) משמע מאן דאית ליה הקישא דריבים לנגעים ס"ל דאפי' גמר דין אין גומרין בלילה. וא"כ איך פוסק הרמב"ם דגומרין בלילה ואית ליה הקישא ע"ש. ובאמת נלע"ד לתרץ דקשה לכאורה דלמה לי קרא דאל אחד מבניו להורות דחד נמי כשר דסד"א מה ריבים בשלשה אף נגעים בשלשה דזה ליתא דהא בפרק א' דסנהדרין אמר רב אחא בריה דרב איקא ד"ת חד כשר בדיני ממונות דכתיב בצדק כו' ומפני מה אמרו בשלשה משום יושבי קרנות וכיון דמדאו' ריבים גופייהו סגי בחד למה לי לאחד גבי נגעים. וע"כ צ"ל דסד"א לאקושי לקבלת עדות דבעינן דוקא שלשה וא"כ מוכח דקרא דריבים היינו קבלת עדות. ובודאי לפ"ז הקישא דריבים לנגעים היינו נמי קבלת. וזה רק לשיטת הרמב"ם דפסק כרב אחא דמה"ת חד כשר אבל סוגית הש"ס אזלא אליבא דמ"ד מן התורה שלשה בעינן בדיני ממונות. וא"כ לא מוכח מידי מהך דאל בניו ושוב א"צ למילף מהקושא:

והנה בטעם דר' יוסי דסובר דלא אמרינן בדיני ממונות נמצא אחד מהם קרוב או פסול בטלה כל הועד בממון. פירוש רש"י במכות משום דלית בהו והצילו העדה. ולפי"ז שפיר תירץ בספר בנין אריאל קושית העולם דכי יסיתך אחיך היינו מן האב וקשה האיך דנין בזה משפט הלא אע"פ שיש כאן ב' עדים דמכמינין לו אחרי הגדר. מ"מ הא קיימ"ל אף שלשה אם נמצא אחד מהם קאו"פ בטלה כל הועד ע"ש שהוכיח דבמסית לא שייך והצילו העדים. ולפירוש רש"י דזכרנו הטעם בדר' יוסי דבממונות תתקיים העדות בשאר משום דלית ביה והצילו העדה ולהכי תתקיים העדות בשאר ובמסית דלא שייך ביה והצילו העדה ושפיר י"ל דאם נמצא אחד מהם קאו"פ תתקיים העדות בשאר ומתישב על נכון כי יסיתך אחיך. והנה גוף קושית בעל מחבר בנין אריאל הוא ע"כ לפי התירוץ מכות ו' רובע יציל ומסקנת הגמרא במקיימי דבר הכתוב מדבר ופירש רש"י ותוס' דהם הבעלי דבר ולאו שם עדים עלייהו. ולפי הגמרא דסנהדרין (ס"ז) אמר לשנים והן עדיו מביאין לב"ד מבואר דהניסת אינו בכלל בע"ד ושם עדות עליו וקשה איך משכחת ניסת ע"י קרוב הא הניסת יפסול העדים מדין נמצא אחד מהן קאו"פ ואין לומר דהקרא מיירי בגוני שלא ראה העדים שרואים אותו ולא יצטרף עמהם בראייה כיון דלר"מ לא צריך כוונה להעיד. י"ל מה בכך דלא ידע מצירוף הראי' מ"מ כיון דבאמת ראו כ"א פסול

העדות ועיין בתשובת רע"א (סי' רי"א) שנתקשה בזה והניח בקושיא וכבר קדמו הגאון בעל בנין אריאל בחדושי תורה שלו פ' ראה ע"ש. ובעיקר קושיתם לא קשה אלא לשיטת רש"י דבראי' לחוד סגי ומועיל לבטל עדות הנשארים דאילו לשיטת התוס' דבעינן דוקא שיבואו ג"כ לב"ד הקרוב או הפסול א"כ לא קשה דבאמת לא יבא הניסת לב"ד להעיד והרבה הארכתי בחידושי לתרץ אף לדברי התו' ואכ"מ. ועיין בתשובת רע"א (סי' קע"ט) דהכריע בנמצא קאו"פ דבטל לגמרי דאפי' שבועה ליכא דקאו"פ אינו עד לחייב שבועה ממתני' דר"פ שבועת העדות ואינה נוהגת בנשים ובגמרא אמרינן הכל מודים בעד טומאה והכל מודים בעד מיתה ובהנך גם אשה וקרוב נאמנים וא"כ משכחת שבועת העדים בנשים ובקרובים בהנך מילי וע"כ דשבועת העדות אינו רק בעד כשר דשם עדות עליו בכל מילי ע"ש. ועיין בנוב"י מהדו"ת חלק אה"ע (סי' ע"ו) דהכריע דבאיסור אם נמצא אחד מהם קאו"פ לדידן דפסקינן כרבי דבטלה כל העדות אין הכשר קם אפי' לשבועה ע"ש שהקשה מהא דעד אחד בהכחשה לאו כלום דאמאי נימא לכל עון ולכל חטאת אינו קם לפסוק על פיו להעניש או לאסור לחלוטין אבל, קם הוא לשבועה וע"ש בהגה"ה ועיין בשו"ת שיבת ציון (סי' ע"ז) וע' בחו"מ (סי' פ"ז סעיף כ"ה) בהגה"ה ובש"ך דהביא ראי' מסוטה ע"ש:

והנה אי בעינן כוונה לעדות בשעת ראי' או לא לפי המבואר בכריתות (י"ב) שאם אמרו לו שנים יודע אתה בעדות פלוני והוא אומר לא ידעתי פטור דאי בעי אמר לא נתכונתי לעדות וכתבו התוס' שם דמכאן דעדים שלא נתכונו להעיד בשעת ראית המעשה אין בעדותן כלום אם באים להעיד בב"ד אחר זמן ע"ש. וע' בטורי אבן בחי' לראש השנה (כ"ד) שהאריך בזה בסוגיא דכריתות. אמנם דעת הרמב"ם והוא גם בש"ע חו"מ (סי' ל"ו) בענין נמצא אחד קאו"פ דשם אם הקרוב או הפסול לא כיון להעיד בשעת ראי' אינו פוסל את הכשרים עמו והרמב"ם כתב בפשיטות דהכשרים אחד שכיון לעדות ואחד שלא כיון מקבלין עדותו ומבואר דלא חייש לכוונה כלל בשעת ראי' וע"ש בש"ך דאע"ג דבכולם כשרים לא בעינן כוונה כלל בשעת ראי' מ"מ אם נמצא עמהן קרוב או פסול דהשתא מסלקינן עדות הקרוב או הפסול מטעם שלא כיון העדות ולכך אינו פוסל אותם שעמו א"כ בעינן בכשרים כוונה לעדות בשעת ראי' ועי' בשו"ת עמודי אור (סי' פ"ה) שהביא ראי' דהתוס' לא ס"ל הכי מב"ב (מ"א) ד"ה נחלקה ע"ש. ועי' בתשובת כנסת יחזקאל ח' חוה"מ (סי' פ"ח) דהיכא דהזמין לעד הקרוב או הפסול אף להרא"ש והתוס' והוא דעת שני' בש"ע חו"מ (סי' ל"ו) דבעינן דוקא אם העידו בב"ד. פוסל הכשרים ע"ש

שביאר דזאת דעת הר"ן הביאו הב"י (סי' ז') ושהרשב"א בתשובה (סי' א' קפ"ט) נסתפק בהזמין ולא הכריע:

וע"ש בתשובה הנ"ל שהביא ראי' מהרמב"ם ופלפל בדברי התוס' דמכות. והנה בעיקר דברי הגמ' דכריתות הנ"ל שזכרנו באמרו לו שנים יודע אתה בעדות פלוני והוא אומר לא ידעתי דפטור משום דאי בעי אמר לא נתכונתי לעדות. ולפי מה שבארנו דהעדים אין צריכים להיות מזומנים קשה ועי' בחו"מ (סי' ל"ט). אמנם באמת רש"י ז"ל שם נזהר מזה ופירש דמצי למפטר נפשיה בהתירא ולומר מאי לא ידעתי דקאמינא לא נתכונתי להיות עד. ולדעת הש"ך הנ"ל שזכרנו כשהקרוב לא כיון והכשר כיון לא אמרינן נמצא אחד מהם קאו"פ בטלה כו' י"ל דמיירי שהשני עדים שאומרים לו יודע אתה בעדות פלוני הם קרובים למלוה או ללוה וכשרים להעדים ושפיר חייב קרבן שבועה כיון שהם לא יוכלו להעיד ואי דאכתי פטור משום דנמצא אחד מהם קרוב או פסול י"ל דמיירי דהעדים הפסולים לא כוונו להעיד ושפיר מועיל עדותו ולכן שפיר אמר שם בש"ס מגו דאי בעי אמר לא נתכונתי להעיד ממילא שאין ממש בעדותו ג"כ כיון שהוא ג"כ לא כיון:

סימן ב

שאלה יש לחקור דבר חדש להשיטות דסוברים דגם בממון בעינן כאשר זמם ולא כאשר עשה והיכא דהוי כאשר עשה פטורים העדים לשלם משום כאשר זמם ולא כאשר עשה, אי חייבין לשלם מדינא דגרמי דגרמו להנתבע היזק לשלם על פיהם ורק מכאשר זמם פטורין אבל מדינא דגרמי באמת חייבין או דילמא אף מגרמי פטורין גם יבואר הרבה דינים בהזמה ובענין עדות שאי"ל. אי בעינן בממון:

תשובה לכאורה עלה בדעתי דדין זה מפורש (בסי' א' סעיף ד') בדברי הרמ"א זה לשונו עדים שהעידו עדות שקר והוזמו והוציאו ממון על פיהם ואי אפשר למיהדר דנין אותן ומחייבין לשלם והוא מדינא דגרמי. ומקורו מהמרדכי ריש פ' החובל והרי ברור בדעת הרמ"א דחייבין מדינא דגרמי היכא דליכא לקיים בהו כאשר זמם היינו היכא שכבר הוציאו ממון על פיהם. אך לכאורה זה אינו דאין ראי' מדברי הרמ"א דהא ע"כ באמת דעת הרמ"א כדעת התוס' דבממון לא בעינן כאשר זמם דוקא ואף בכאשר עשה מחייבינן להו בממון דאל"כ אף מדינא דגרמי הי' פטורים לשלם מאחר דהעידים במלקות מלאו דלא תענה והיכא דאיכא ממון ומלקות פטורים מממון.. ואז לא שייך לומר דבפירוש רבתה התורה ע"ז לתשלומין דזהו דוקא קודם שהוציאו ממון על פיהם דאז החיוב עלייהו מכאשר זמם ושייך לומר עלייהו החידוש דרבתה התורה ע"ז לתשלומין משא"כ היכא דכבר הוציאו ממון ואינם בהזמה ומדינא דגרמי באנו לחייבם הדרינן לכללא

דממון ומלקות פטורין מתשלומין. ובאופן זה נסתר גם ספקתינו הנ"ל דחקרנו דבודאי פטורים מממון וכן מצאתי בנתיבות המשפט סי' הנ"ל דהכריע דעת הרמ"א כדעת התוס' דבממון בכאשר עשה נמי מחייבינן ע"ש. וא"כ אפשט לן ספיקתינו. אמנם אחר העיון באמת זה אינו דכבר הכריע בקצוה"ח (סי' ל"ח) בקושית הראשונים בעידים שאמרו שקר העדנו דנאמנים לגבי עצמן והקשו הראשונים מגמרא (מכות ד') אמר רב יהודא אמר רב ע"ז משלם לפי חלקו ומקשה הגמרא ומי משלם והתניא אין העדים נעשים זוממין עד שיזומו כולן ומתרץ רבא באומר עדות שקר העדנו ופריך כל כמיניה דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד כו' וקשה מאי פריך כל כמיניה אדרבה כיון דאינו יכול לחזור הרי צריך לשלם ונאמנים לגבי עצמם. ובטור הביא דעת ר"ח דאין משלמין כלל משום דינא דגרמי ע"ש שכן דעת הב"י והמל"מ וגם דעת הרמב"ם כן. אך הש"ך השיג עליהם בדעת הר"ח דלא משום גרמי משלם אלא שהרמב"ם והר"ח מיירי מתשלומי הזמה. ע"ש בקצוה"ח שחידש דבע"ז איכא מלקות מלאו דלא תענה וכל היכא דאיכא ממון ומלקות פטורים מתשלומין אלא דאמרו בפירוש רבתה תורה ע"ז לתשלומין. אלא תינח לענין תשלומי כאשר זמם דבפירוש רבתה התורה משא"כ בשאר תשלומין דלא רבתה התורה אלא כיון דכבר רבתה התורה ע"ז לתשלומין כבר פטרה אותן התורה ממלקות במקום דאיכא לקיים בהו כאשר זמם ולא גרע מחייבי מלקות שוגגין דחייב ממון והכא נמי תו ליכא מלקות בע"ז כיון דרבתה התורה ע"ז לתשלומין מכאשר זמם א"כ משלם נמי עבור היזק שהזיקו משום כיון דליכא מלקות. וזה רק לדידן דחייבי מלקות שוגגין חייבין אבל לר"ל דחייבי מלקות שוגגין פטורין א"כ גבי עדים לא משלמי אלא כאשר זמם דבפירוש רבתה התורה. אבל תשלומי היזק מדינא דגרמי אין לנו כיון דחייבי מלקות נינהו לא גרע משוגג. וא"כ רבא דס"ל כריש לקיש שם ומשני שם באומר עדות שקר העדנו אליביה פריך שפיר כל כמיניה דאליביה אין העדים צריכים לשלם מדינא דגרמי עכ"ל הקצוה"ח. והנה דברי הקצוה"ח הם קילורין לעינים בהא דחידש דכיון דרבתה התורה ע"ז לתשלומין הוי כחייבי מלקות שוגגין דחייבין אף בדינא דגרמי. וא"כ שפיר יש להוכיח מדברי הרמ"א דאף דפטורים בכאשר עשה מ"מ חייבים מדינא דגרמי. וכיון דקם הוכחתינו בדברי הרמ"א יתורץ לן היטב קושית האחרונים שהקשו להשיטות הסוברים דאף בממון בעינן כאשר זמם ולא כאשר עשה ואם נימא דבדיני ממונות בעינן עדות שאתה יכול להזימה מה"ת. קשה מדברי הגמ' (כריתות כ"ד) דא"ר כרוספדאי אר"י שור הנסקל שהוזמו עדיו כל הקודם בו זכה מ"ט כיון דנגמר דיניה א איאושי מיאשי בעלים מינייהו והוי הפקר ומכיון דאפקרי בעלים הוי כאשר עשה ואיך

מקבלים עדות והא הוי עדות שאי אי"ל עי' בתשובת רע"א (סי' קע"ו) שהקשה כן ובספר ים התלמוד (דף צ"א). אבל לדברינו הנ"ל דאף דיהיו פטורים מכאשר זמם בכל זאת יחייבו מדינא דגרמי אתי שפיר דלא הוה עדות שאי אי"ל משום גרמי דיתחייבו. אך זה ניחא אי גרמי דינא ומה"ת שפיר לא הוה עדות שאי אי"ל משום גרמי דיתחייבו. אבל אי נימא דגרמי קנסא ומדרבנן אכתי קשה דהא הוה עדות שאי אתה יכול להזימה. ולכאורה קשה בזה דעת הנמוק"י דהנמוק"י סובר דבממון נמי בעינן כאשר זמם ולא כאשר עשה והש"ך (בסי' שפ"ו) הכריע דעתו דגרמי קנסא ומדרבנן וקשה הא הוי עדות שאי אי"ל. אמנם באמת הש"ך (סי' ל"ג) הביא הד"מ שסובר בדעת הנמוק"י דבממון לא בעינן עדות שאי"ל אלא שהש"ך הכריע שם דעתו להיפך אך משור הנסקל בלאו הכי קשה דלכ"ע בעינן עדות שאי אי"ל מה"ת מכמיתת בעלים כך מיתת השור וקשה הא הוי עדות שאי"ל. ואולי נוכל לתרץ לדברי הגמר דסנהדרין (ל"ו) אמר ר' אבהו עשרה דברים יש בין דיני ממונות לדיני נפשות וכולם אין נוהגין בשור הנסקל חוץ מעשרים ושלשה ופירש רש"י אף דמכמיתת בעלים כך מיתת השור ילפינן דכל דיני נפשות בעינן בשור מ"מ גלי לן קרא דבחד דמי לדיני נפשות כו' ע"ש. וא"כ בשור הנסקל נמי אין ראי' דבעינן מה"ת עדות שאי"ל מכמיתת בעלים כך מיתת השור. אך במקום אחר דחיתי זאת והוכחתי דזה רק בדינים השייך בדיינים קא מרבינן מכמיתת הבעלים כך מיתת השור רק חדא דכ"ג. אבל בשאר דברים כגון בעדות בודאי שוים לדיני נפשות מדרשה הנ"ל דאל"כ אמאי לא קא חשיב להסוברים דבממון לא בעינן כאשר זמם דוקא ואף בכאשר עשה מחייבינן ובנפשות בעינן דוקא כאשר זמם ולא כאשר עשה. וכן אין להוכיח דעדות מיוחדת פסול בדיני ממונות מדלא קא חשיב בין הדברים דשוים דיני ממונות לדיני נפשות דלא קא חשיב אלא דינים הנוהגים בדיינים. אבל אינך איכא טובא דשוים ולא קא ממעטו ומכמיתת הבעלים כך מיתת השור ילפינן. וא"כ בשור הנסקל לכ"ע מה"ת בעינן עדות שאי"ל מכמיתת בעלים כך מיתת השור:

והנה הגאון רע"א בתשובה הנ"ל (סי' קע"ו) תירץ שם קושית השואל דהוי עדות שאי אי"ל להגמרא דכריתות דאפקורי אפקריה הבעלים והוי כאשר עשה להשיטות הסוברים דגם בממון בעינן כאשר זמם. ותירץ דמקרי עדות שאי"ל מכח המלקות דהעדים במלקות מלאו דלא תענה דלענין הלאו ליכא מיעוט דכאשר זמם ולא כאשר עשה והוי יכול להזימה מכח המלקות ע"ש. ולדברי הקצוה"ח הנ"ל (סי' ל"ח) שזכרנו דכיון דרבתה התורה בפירוש ע"ז לתשלומין כבר פטרה אותן ממלקות במקום דאיכא לקיים בהו תשלומי כאשר זמם ולא גרע מחייבי מלקות שוגגין דקיימ"ל דחייבין ממון כו', ומשלם

נמי עבור, היזק שהזיקו אף בתשלומין דלאו מכאשר זמם כנ"ל אלא משום גרמי או ממקום אחר בכל זאת רבתה התורה לתשלומין וליכא מלקות ונסתר דבריו מדברי הקצוה"ח וראיתי להנוב"י במה"ק (סי' ע"ב) דהביא ראי' בהגה"ה שם דבממון לא בעינן עדות שאי"ל מה"ת מדברי הנמוק"י דמוכח דעתו דלא בעינן עדות שאי"ל מדהקשה במתניתין (דב"ב נ"ו) דהיו שנים מעידין אותו בראשונה כו' והן עדות אחד להזמה. והקשה הנמוק"י היכי מיירי אי כשהוזמו קודם שנגמר הדין א"כ אינם משלמין ואם אחר שנגמר הדין הוי כאשר עשה דכבר החזיקו בקרקע ע"ש. ותירץ בשם הריטב"א דמיירי כשאינו באותה שדה אלא שע"י עדותן נגמר הדין שיקח אותו השדה. ומזה הוכיח דלא בעינן עדות שאי"ל דאל"כ לא משכחת עידי חזקה כי אם כשאין המחזיק באותה שדה. וא"כ קשה כמה סוגיות בש"ס במס' ב"ב (דף כ"ט) ההוא דא"ל לחבריה מאי בעית בהאי ביתא א"ל מינך זבינתיה כו'. א"ל אנא בשכונא גואי הייתי אתא לקמיה דר"נ. א"ל זיל ברור אכילתך וקשה במאי יברר והלא כל עידים שיביא לא יועיל כאן שהוא באותו בית. וכן מדא"ל רבא שם דינא הכי המע"ה א"ו דלא בעינן כלל עדות שאי"ל. ולדברינו הנ"ל דהוכחנו אין ראי' דלא קשה קושית הנמוק"י דלעולם אחר גמר דין ואי קשיא דהוי כאשר עשה מ"מ חייבים העדים מדינא לשלם כדהוכחנו לעיל להסוברים דאף בממון בעינן כאשר זמם ולא כו' מ"מ חייבים מדינא דגרמי. אך יש לומר דקושית הנמוק"י מוהן עדות אחד להזמה דמשמע דחייבין משום כאשר זמם ועל זה הקשה דאיך יכול להיות דחייבו בהזמה מכאשר זמם אי קודם שנגמר הדין א"כ אינם משלמים ואי לאחר גמר דין הוי כאשר עשה ופטורים מכאשר זמם. ואף דחייבים מדינא דגרמי זה רק למאן דדאין דינא דגרמי ואיך מצטרפין לחייב משום הזמה. ולכאורה עדיפא היה להנוב"י להוכיח מדברי הנמוק"י הנ"ל דלשיטתיה דהנמוק"י דסובר דאף בממון בעינן כאשר זמם ולא כאשר עשה ואילו דעתו דבעינן עדות שאי"ל מה"ת בממון תקשי לדידי' מתני' דב"ב דהן עדות אחת להזמה דאיך מקבלין עדותם הא הוי עדות שאי"ל דע"כ הזמתן לאחר גמר דין דאם קודם גמ"ד א"כ אינם משלמין. וע"כ דלאחר גמר דין ולאחר גמ"ד הא כבר החזיקו בקרקע והוי כאשר עשה ופטורים העדים מכאשר זמם כו'. וכקושית הגאונים בעל ים התלמוד ותשובת רע"א הנ"ל. אלא ע"כ דעת הנמוק"י דבממון לא בעינן עדות שאי"ל מה"ת. וזה קושיא אלימתא לכאורה אך לדברינו הנ"ל דהוכחנו דלהסוברים דאף בממון בעינן כאשר זמם דוקא וכאשר עשה פטורים העידים לק"מ דהוי עדות שאי"ל מכח דינא דגרמי דחייבינן העדים לשלם דלא אמעטו אלא מלאו דכאשר זמם ומ"מ מדינא דגרמי חייבין והכרענו לעיל דזה תלי אי גרמי דינא ומדאו' והנמוק"י לשיטתיה,

עי' בדברינו ואתי שפיר דברי הנוב"י. והנה אמנם בגוף קושית הנמוק"י דלאחר גמר דין הוי כאשר עשה הארכתי בחידושי וסתרתי דברי הנמוק"י דאף לאחר גמ"ד לא הוי כאשר עשה דקרקע בחזקת בעליה עומדת וכמו דקיימ"ל דקרקע אינה נגזלת מהאי טעמא ב"ק (קי"ז). וגם בתירוצו של הריטב"א עי' במל"מ (פ' כ"א מהלכות עדות ה"ד) בהעידו שהפיל שן עבדו ואח"כ סימא עינו והוזמו דמשלמין להאדון דמי עבד ודמי עינו וקשה אמאי הרי התם העבד תפוס בעצמו והו"ל כאשר עשה ע"ש שהקשה מדברי הרמב"ם הנ"ל. והנה בסברא הנ"ל דעבד תפוס בעצמו. הכריעו הר"ן והריטב"א גבי יציאת ראשי אברים דאע"ג דלא מגבינן קנסא בבבל. אך כיון דקיימ"ל דאי תפס לא מפקינן מני' והעבד הרי תפוס בעצמו עי' בשעה"מ הל' עבדים (פ' ה' הלכה ט') והשעה"מ הקשה שם בזה לשיטת רש"י פ' השוכר את הפועלים דכל דחייב לצאת י"ש לא מפקינן מניה. וכן סברת הראב"ד והחינוך והקשה מגמרא קדושין כ"ד דהכהו כנגד עינו ואינו רואה עבד אין יוצא בהם לחירות ופרכינן עלה כו' דתרנגול שהכניס ראשו כו'. ומשני שאני אדם כיון דבר דעת אינו מבעית נפשיה כו' כדתניא דחייב בדיני שמים. וא"כ כיון דבדיני שמים חייב המבעית חברו ובודאי אי תפס לא מפקינן מניה. וא"כ הו"ל דהעבד יוצא לחירות כיון שהעבד הוא תפוס בעצמו, ועוד הקשה שם מהירו' דפ' א"נ ע"ש. וכן בתשובת מהרי"ק (סי' צ"ד) הוכיח שם דעבד חשוב מוחזק בעצמו מדברי התוס' גיטין (פרק ב') מדברי הר"י שם ובעוד ראיות נכונות:

אמנם הקצוה"ח (בסי' רמ"א סעיף ב' אות ג') דחה דבריו שם דע"ע גופו קנוי וברשות רבו הוא כו' ע"ש בדבריו הנחמדים והרבה הארכתי בחידושי ואין כאן מקומו. אמנם לענין קושית המל"מ מהרמב"ם הנ"ל שזכרנו בודאי לא קשה דהוי כאשר עשה מטעם דעבד תפוס בעצמו דאף דיוצא בשו"ע מ"מ צריך גט שחרור ועדיין אינו מוחזק בעצמו עד שיקבל הגט שחרור. ונחזור לענינינו ולדברינו הנ"ל דהוכחנו להסוברים דאף בממון בעינן כאשר זמם דוקא ולא כאשר עשה מ"מ חייבים מדינא דגרמי דלא אמעט אלא מכאשר זמם כו':

ובזה יתורץ לן קושית, האחרונים שהקשו בסנהדרין (יו"ד) פלוני בא על נערה המאורסה והוזמו נהרגין ואין משלמין ממון. בתו של פלוני והוזמו נהרגין ומשלמין ממון לזה ונפשות לזה והקשו האחרונים דהא כל שהעידו שפלוני בא על נערה המאורסה תיכף הפסידו לה הכתובה והוה כאשר עשה ע"כ. ולדברינו דמשלמים העדים מדינא דגרמי שפיר ויהיה הפירוש משלמין מדינא דגרמי. אך לכאורה תקשי לן קושית הקצוה"ח (בסי' ל"ח) שהקשה על הרמב"ם (פ"ק מהלכות עדות הל' ח') העידו על שורו של פלוני שהרג

את הנפש והוזמו לוקין וקשה דאמאי לוקין הא חייבין ממון בשביל השור לקיים ועשיתם לו כאשר זמם כמו בהעידו על פלו' שרבע לשורו של פלוני דאמרו בסנהדרין (יו"ד) דמשלמין והרי כל שחייבין ממון אינו לוקה דהתורה רבתה בפירוש ע"ז לתשלומין ע"כ קושיתו. ובחידושי תירצתי קושיא זאת על פי דברי הגמרא (דכריתות כ"ד) בשור הנסקל שהוזמו עידיו דכל הקודם זכה משום דמעידנא דנגמר דינא אפקריה ליה הבעלים. וא"כ הכא נמי כיון שהעידו ששורו הרג הנפש וחייבו השור סקילה ובודאי אפקורי ליה הבעלים לדברי הגמרא דכריתות הנ"ל ולא גרמו היזק לבעלים ולא אפסדו להם דבלא"ה אפקריה ליה. וכשהרציתי הדברים לפני חכם אחד הראה לי שבמשובב נתיבות (סי' ל"ח) תירץ כן בשם אחי הקצוה"ח ע"ש. אך לדברינו הנ"ל דאף להסוברים דחייבין בממון דוקא בכאשר זמם ובכאשר עשה פטורים מ"מ חייבין מדינא דגרמי כנ"ל נסתר תירוץ זאת דכבר הבאתי לעיל דברי הקצוה"ח דכיון דרבתה התורה ע"ז לתשלומין אף בממון שאינם בתורת הזמה נמי משלמין ואין לוקין וקושית הקצוה"ח במקומה עומדת דאמאי לוקין. אמנם באמת קושית הקצוה"ח לא קשה מידי דהנה חייבין בדמי השור וגם חייבין בממון שרצו לחייב הבעלים כופר ובכופר דע"ז דלאו בני כפרה נינהו לא מפטרי ממלקות. אבל בממון השור שהפסידו לו והכרענו דמדינא דגרמי חייבין. ובזה באמת חייבין לשלם משום דרבתה התורה ע"ז לתשלומין כנ"ל. ואלה"ק הא הוי שתי רשעות. שהתשלומין בשביל השור והמלקות בשביל הכופר. ולכאורה קשה לי מדברי הגמרא שזכרנו סנהדרין (יו"ד) פלוני בא על נערה המאורסה כו' בתו של פלוני כו' והוזמו נהרגין ומשלמין ממון לזה ונפשות לזה וקשה דאיך מקבלים עדותן והא אינם בזוממי זוממין דאם יוזמו יהיו פטורים מממון משום קים ליה בדרבא מניה משום מיתה דחייבו על עדות הראשונים דאז לא שייך מיתה לזה וממון לזה דהא הם ישלמו לעדים הראשונים הממון וגם המיתה על ידם. אמנם י"ל דהמ"ד דסובר כן הוא רבא ורבא לשיטתיה סנהדרין (ע"ח) דלית ליה זוממי זוממין ואף דליתא בזוממי זוממין מ"מ מקטלי שפיר ושפיר מתורץ לרבא לשיטתיה. אמנם קשיא בסנהדרין (ט"ו) שור הנסקל בעשרים ושלשה שנאמר השור יסקל וגם בעליו יומת כמיתת הבעלים כך מיתת השור א"ל ביי לרבא ממאי דהאי וגם בעליו יומת לכמיתת הבעלים כך מיתת השור הוא דאתא אימא לקטלא הוא דאתא כו' אלא אמר חזקי' אמר קרא רוצח הוא על רציחתו כו' ואי אתה הורגו ברציחת שורו. וקשה דלמה לן קרא בלא"ה לא נוכל להרוג את הבעלים דהוי עדות שאי אי"ל משום קלבד"מ. דחייבו מיתה להס"ד דעל רציחת שורו יהרגו נמי הבעלים ובודאי יחייבו העדים מיתה משום כאשר זמם ויפטרו מממון דמי השור דחייבו לבעלים.

אמנם לדברינו דהבאתי הגמרא דכריתות דבשור הנסקל שהוזמו עדיו כל הקודם בו זכה משום דמעידנא דנגמר דינו אפקורי אפקר לי' הבעלים שפיר דהעדים הראשונים נמי לא חייבו הבעלים רק מיתה בלבד ולא ממון דמי השור דבלא"ה אפקריה ליה וא"ל דע"ז גופא דגרמו ליה להפקיר ע"ז יחייבו. דהא נודע דעת הריטב"א (מכות ג') בעידי ב"ג, וחלוצה דאין אומרים דיעשו תחתיו כו' והקשה דהא הפסידו ליה מ"כ ותירץ דזה מקרי כאשר זמם לגרום ואהכי לא חייבתו התורה. ועי' בתשובת עמודי אור (סי' פ"ד) שחקר בדין עדות על שני פרטים ובאחד נשלמו בו בעדות העדים ככל משפטם והשני יחסרו לו איזה תנאים שהצריכה תורה בעדות אי אמרינן מגו דמהימן ואהני עדותו לדבר שהשלים בו תנאי העדות מהני נמי לדבר השני אף שאלו היתה עדותו לדבר השני בפני עצמו לא היתה מתקיימת או לא אמרינן כן. ובאמת מבואר זאת היטב בנוב"י מהדו"ק חלק אה"ע (סי' ע"ב) בגמרא סנהדרין (יו"ד) פלוני רבע שורי דפסק הרמב"ם (בפ' י"ב) מהלכות עדות והטור ח"מ והרב"י (בסי' ל"ד) דאע"ג דהיכא שמעיד על שורו לחוד שנרבע ודאי לא מהימן אשורו למקטליה. השתא דהעיד פלו' רבע שורי הואיל ומהימן אפלו' מהימן גם אשורו לסקול השור עפ"י עצמו ע"ש. דהראב"ד פירש להיפך שגם הרובע אינו נהרג לפי שהעדות נגעה על שורו. וכשם שאינו נאמן על שורו כך אינו נאמן על רובעו דעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. והנה החילוק בין פלגינן דבורא לעדות שבעלה מקצתה בטלה כולה. היינו דפלגינן דיבורא לא היינו צריכין כלל לאותן דבורים ולהכי לא מחשבינן להך דבורים כלל כמו פלוני רבעני דלא הי' צריך לומר כלל לרצוני ולכן אמרינן פלגינן דיבורא משא"כ בעדות שבטלה מקצתה דהיו צריכין לכל העדות מראש עד סוף וכיון שאחד בטל גם השאר בטל כן אסבר לן הראב"ד והריטב"א ז"ל:

סימן ג

שאלה אי בממון בעינן כאשר זמם ולא כאשר עשה. וביאור דעת הפוסקים בזה והרבה חדושי דינים בהזמה. ופלפול בדברי הפוסקים בזה וביאור דעתם בטעם דלא בעינן כאשר זמם דוקא בממון:

תשובה בממון אי בעינן כאשר זמם דוקא ולא כאשר עשה כבדיני נפשות או לא. מחלוקת התוס' והנמק"י בזה דהתוס' (בב"ק ד') ד"ה ועדים זוממין דבממון לא בעינן כאשר זמם משום דאפשר בחזרה כך פירשו בשם הריב"א. ובשם הר"י הביאו משום דבממון עונשין מן הדין. ובש"א למכות (דף ה') ביאר דהריב"א והר"י לא פליגי אלא היכא דלא אפשר בחזרה כו' אזי סמכינן אטעמא דבממון עונשין מן הדין ע"ש שתירץ קושית הרא"ם בשיטת הרמב"ם דהיכא דיש איסור עשה עונשין מן הדין והא בע"ז

העידים בלאו דלא תענה. וגם קושית התומים דלמה לי קרא דועשיתם לו ולא לזרעו לעידי ב"ג וחלוצה דלא לקיים בהו כאשר זמם דבלא קרא ידעינן דהיכי מיירי אי קודם גמר דין הא אין עידים זוממין נהרגין עד שיגמור הדין כמתניתין ה' ואי לאחר גמ"ד הוי כאשר עשה והנמק"י הקשה כזאת במתניתין דח"ה דהיו שנים מעידין אותו שאכלה כו' דהן עדות אחד להזמה דהיכי מיירי אי כשהוזמו קודם גמר דין אין להם לשלם כלום ואם לאחר גמ"ד הוי כאשר עשה והריטב"א תירץ דמיירי שהמחזיק הוא חוץ לקרקע כשדן עליה ואחר שנגמר הדין הוזמו עידיו קודם שהחזירוהו שם דהוי כאשר זמם ומוכח דעת הנמק"י והריטב"א דבממון נמי בעינן כאשר זמם דוקא ולא כאשר עשה. ובאמת טעמא בעי דהא בממון עונשין מן הדין וגם אפשר בחזרה אמנם נראה לע"ד על פי דברי הגמרא דכריתות כ"ד דשור הנסקל שהוזמו עידיו כל הקודם בו זכה מאי טעמא דהבעלים איאושי איאש ואפקריה דסברו דעידי אמת הם ולא יבואו עדים להזימם ומה גם שכבר פרע בודאי אפקריה לממונו וזכה המחזיק מתורת הפקר ונלע"ד דהיינו טעמא דסוברים בממון נמי בעינן כאשר זמם דוקא וטעמא רבה איכא בדבר דלא אפסדיה העדים לבעלים כלום דבודאי הפקיר ממונא לפי הגמרא דכריתות הנ"ל. ולא משום הזמה דעתם דבממון בעינן כאשר זמם דוקא. אלא דבכאשר עשה זכה המחזיק מתורת הפקר כנ"ל ולא שייך לכל הסוגיא דמכות דלא הרגו נהרגין דלא משום הזמה אתינן עלה וא"כ תלי להפוסקים בסוגיא דכריתות הנ"ל. א"כ לדידהו שפיר שייך בממון נמי כאשר זמם. ובהיות כן קשה לכאורה דברי הרמב"ם דפסק בפי"א מהלכות נ"מ כסוגיא דכריתות הנ"ל. ובפ' כ' מהלכות עדות (הלכה ב') פסק דבממון חייבין אף בכאשר עשה ואחז החבל בתרי ראשין לדברינו. ואולי זהו דעת הראב"ד דהשיג עליו ולא פירש דבריו ונושאי כליו דחקו לידע טעם דהשגתו ולדברינו יש לומר דזה דעת הראב"ד נמי בטעם כאשר זמם דבעינן בממון והיינו דפסק נמי כאותה סוגיא דכריתות ובזה השיג על הרמב"ם מאחר דפסק כסוגיא דכריתות ובודאי הדין דבממון נמי בעינן כאשר זמם דוקא והיכא דהוי כאשר, עשה זכה התובע מתורת הפקר. ואיך פסק שם (הל' ב') דבממון אף בכאשר עשה מחייבינן. ואפשר לתרץ ולומר כחידושינו שחדשנו בסי' הקודם להסוברים דבכאשר עשה אף בממון פעורים מ"מ חייבין מדינא דגרמי ויהיה חיוב דהרמב"ם מדינא דגרמי ולא משום הזמה דלא שייך אלא בכאשר זמם דעדיין לא זכה עוד התובע משא"כ היכא דכבר זכה התובע מכח הפקר לדברי הגמרא דכריתות ליכא לחיובי הע"ז אלא משום דינא דגרמי דגרמו לי' להפקיר. ומשום כאשר זמם ליכא לחיובי אהכי דגרמו שיפקירו דזה אינו די"ל כדעת הריטב"א (מכות ה') דהקשה בב"ג וחלוצה דהא הפסידו לו מת"כ

ותירץ דזה מקרי גרמי והתורה אמרה כאשר זמם לעשות ולא כאשר זמם לגרום. אך באמת משום גרמי בודאי מחייבי. זה מה שנראה לתרץ דברי הרמב"ם. ובסי' הקודם תירצנו בזה הרבה קושיות. וראיתי בשער המשפט (סי' כ' ס"ק א') שחקר באחד שתבע לחבירו ע"פ עדים והשיב הלה איני יודע דהוצרך לשלם ע"פ עדים ואח"כ הביא הנתבע עידי הזמה שמזימים לעדים הללו והכריע דבכהאי גונא פטורין מלהחזיר המעות לדברי הגמרא דכריתות דשור הנסקל שהוזמו עידיו דכל הקודם בו זכה ומוכח מגמ' הנ"ל דהיכי דנגמר דינו בב"ד ע"פ עדים והנתבע לא ידע אף שנתברר אח"כ ע"פ עדים שהוא שקר מ"מ איאושי איאש לה כבר ומפקר לה וזכה התובע מתורת הפקר והכא נמי כשהנתבע אינו יודע אם חייב לו או לא והוצרך לשלם לו ע"פ עדים בב"ד בשעת הפירעון אפקריה להמעות. ואף שהתובע נתכוין לזכות בו מחמת שהיה סובר דמגיע לו ע"פ דין מ"מ כיון שמתכוין לזכות בו זוכה מתורת הפקר ע"ש דהכריע הדין כן וא"כ בודאי נמי דהעדים פטורין מלשלם לו דלא אפסדו לזה כלום דבודאי אפקר המעות הנ"ל והוי כאשר עשה. ולדברינו הדין דשער המשפט דין אמת והוא נמי טעמא דכאשר עשה בממון דפטורים אך מ"מ מגרמי חייבין העדים דגרמו להפקיר על ידן וכן (בסי' כ"ה ס"ק ב') בטעה בדבר משנה דחוזר הדין ודנין אותו כהלכה דמשמע דאף שכבר שילם הבע"ד חוזר הדין ומחזיר הממון דומיא דשיקול הדעת דאינו חוזר דמיירי דוקא כשכבר שילם הבע"ד על פי הדיין וא"כ טעה בדבר משנה דחוזר אף בכהאי גוונא והקשה השער המשפט סי' הנ"ל מגמרא דכריתות הנ"ל בשור הנסקל שהוזמו עידיו דכל הקודם בו זכה דמשום דכיון דנגמר דינו איאושי מיאש מרא מיניה ומפקיר ליה והכא נמי בטועה בד"מ וכבר שילם הנתבע להתובע אמאי חוזר הדין כיון שנפסק הדין כבר איאש ממנו הנתבע וזכה התובע, מתורת הפקר ע"ש ואף דבחידושי דחיתי דבריו דהכא אך (בסי' כ') דבריו נכונים:

ולכאורה יש להקשות להסוברים דבממון נמי בעינן כאשר זמם ולא כאשר עשה מגמרא (ב"ק, פ"ח) דאמר רב אידי בר אבין אף אנן נמי תנינא מעידים אנחנו באיש פלוני שגרש את אשתו ונתן כתובה והרי היא יושבת תחתיו ומשמשתו ונמצאו זוממין אין אומרים ישלמו כל כתובתה אלא טובת הנאת כתובתה איזהו טובת הנאת כתובתה כו' ומפורש בברייתא זו דמשלמין עבור כתובתה והרי הכא מעידין העדים לפטר מכתובתה וא"כ תיכף שנגמר הדין לפוטרו מכתובתה הו"ל כאשר עשה דהא הוא מוחזק בממונו וזכה בו מיד וקושיא זו קושיא חמורה לשיטת הסוברים דאף בממון בעינן כאשר זמם ולא כאשר עשה (ועיין בשער המשפט סי' ס"ו ס"ק כ"ה) אך לדברינו בטעמא דכאשר עשה בממון דפטורים הוא משום דזכה התובע מתורת הפקר לדברי הגמרא דכריתות הנ"ל.

דשור הנסקל שהוזמו עידיו דכל הקודם בו זכה אתי שפיר ומתורץ הקושיא הנ"ל דהתם בגמרא כריתות אמר רבא מסתברא טעמיה דר' יוחנן דאמרי נרבע שורו ופירש רש"י דודאי מסתמא אפקריה מניה דסבר עידי אמת הם הלכך הפקר הוא. אבל אמרו רבע שורו הוא בעצמו מידע ידיע דלא רבע ולא מפקר ליה וטרח ומייתי עדים ומבואר מגמרא הנ"ל דדוקא היכא דלא ידע הנתבע המעשה בעצמו אלא על פי עדים דהתובע וסובר דעידי אמת הם או דהדין דין אמת כדעת השער המשפט (בסי' כ"ה) שזכרנו משא"כ היכא דהנתבע בעצמו מידע ידע דשקר הדבר בודאי לא מפקיר ומיאש וטרח ומבקש אחר עדים. וא"כ מעתה מתורץ היטב הקושיא הנ"ל מאחר דהאשה בעצמה מידע ידעה דלא גרשה ולא נתן לה כתובתה ובודאי לא אפקרה דידעה דעידי שקר הם וטרחה ומבקשת אחר עידי אמת להזימם ולהם לא שייך כאשר עשה בה וזה נכון בטעם וסברא וביסוד טעם זה דכאשר עשה שבארנו. ובזה יש לתרץ קושית האחרונים מסנהדרין יוד מפלוני בא על הנערה המאורסה והוזמו דנהרגין ומשלמין ממון כו' והקשו דהא כל שהעידו שפלוני בא על נערה המאורסה תיכף הפסידו לה הכתובה והוה כאשר עשה ולדברינו הנ"ל אתי שפיר ועוד יש לתרץ הרבה קושיות האחרונים בזה ודו"ק כי דברים נכונים לדינא. אמנם הכסף משנה (פ' כ' מהלכות עדות הלכה ב') פירש השגת הראב"ד על הרמב"ם דהשיג אמה דפסק הרמב"ם דאם העידו על אחד שחייב מלקות ולקה ואח"כ הוזמו לוקין ואינו בכלל הרגו אין נהרגין וזה תמיה עצומה על הרמב"ם דמנא ליה לחלק בין מלקות לדיני נפשות דרק בממון הכריעו התוס' משום דאפשר בחזרה או משום דעונשין מן הדין בממון משא"כ במלקות בודאי פטורים מכאשר עשה כבדיני נפשות. והנה ראיתי בתומים (סי' ל"ח) שהוכיח דינא דהרמב"ם מריש מכות דאמרינן בפלוני שנעשה ב"ג וחלוצה דסופג את הארבעים וקשה היכי מיירי אי קודם גמר דין אין בהם עונש ולאחר גמר דין דהוא ב"ג הרי הוא נעשה מעשה דמה להם לעדות עוד הא כבר יצא מפי ב"ד ואיך ילקה כו' אלא וודאי דמלקות חייבין אף דכבר נעשה המעשה משום לאו דלא תענה עכ"ל. ותמהני דאיך נעלם מעינו הבדולח דברי התוס' שבת (קנ"ד) ד"ה בלאו דאין לוקין על לאו דלא תענה מדנכלל בו גם לאו שניתן לאזהרת בית דין ורק בהעדות שהוא ב"ג או לגלות דלא צריך הלאו דלא תענה לאזהרה לכאשר זמם ואף דכשהלקוהו להלה פקע כאשר זמם אפ"ה לא נתחייב למפרע ע"ש א"כ מוכח מהתוס' דרק בעדות ב"ג לקי מלאו דלא תענה דלא שייך בו כאשר זמם משא"כ בכל עד שרצה לחייב מלקות לא לקי משום לא תענה מדאצטריך לאזהרה לכאשר זמם ואף דכשהלקוהו להלה פקע כאשר זמם אפ"ה לא נתחייב למפרע ולפי דברי התוס' הנ"ל נסתר ראיתו נמי ממשנה

דמעידין אנו בפלוני שחייב מלקות מ' ונמצאו זוממין דר"מ מחייב פ' משום דס"ל לאו דלא תענה מיוחד הוא ואינו שייך להך ועשיתם לו כאשר זמם לכך לוקה בשביל זה מ' ובשביל זה מ' וח"א אינו לוקה אלא מ' דלאו דלא תענה הוא אזהרה של ועשיתם לו כו' דלא ענש אלא א"כ הזהיר וקשה למה נחלקו בסכום המלקות אי מ' או פ' ולא נחלקו בזו דאם נלקה זה שהעידו עליו. דלר"מ דלאו דלא תענה אין לו ענין כלל להך דועשיתם לו א"כ ודאי לוקה ארבעים מהך לאו דלא תענה דמה נ"מ בלאו דלא תענה אם כבר נלקה או לא אבל לחכמים דס"ל דלאו דלא תענה מוסב על לאו דועשיתם לו דהוא אזהרה שלו ושם נאמר לעשות ולא כאשר עשה ובודאי אינו לוקה כיון דכבר נלקה אלא ודאי דס"ל דאף לחכמים בהא לוקין ולכך לא נחלקו אלא בסכום המלקות ע"כ לשונו. ואף שדבר חכמה הוא וראי' מושכלת. אך לדברי התוס' הנ"ל דשבת דרק בעידי ב"ג או בעידות גלות דלא צריך הלאו דלא תענה לאזהרה לכאשר זמם אז שייך מלקות בלא תענה משא"כ בעדים שבאו לחייב מלקות לא לקי משום לא תענה מדאצטריך לאזהרה כאשר זמם ואף דכשהלקוהו פקע כאשר זמם אפ"ה לא נתחייבו למפרע ונסתר הוכחתו דאף לרבנן היכא דנלקה לוקה העדים דהרי התוס' הוכיחו לרבנן היכא דחייבו בעדותם מלקות וליכא מלקות מלא תענה עלייהו דבעינן לא תענה אאזהרה ואף דהלקוהו להנידון ולא בעינן עוד באזהרה דפקע כאשר זמם אפ"ה לא נתחייבו למפרע. הרי ברור דעתם דלרבנן ליכא מלקות מלא תענה בכאשר עשה היכא דהלקוהו להנידון וליתא לדבריו. אך בגוף דבריו הא דלא פליגי ר"מ ורבנן בנלקה הנידון דלר"מ דלא תענה אין לו ענין כלל להך דועשיתם לו כו' א"כ בודאי לוקה ארבעים דמה נ"מ בלאו דל"ת אבל לחכמים דלאו דלא תענה מוסב על ועשיתם דהוא אזהרה דידיה ושם נאמר לעשות דוקא ובודאי דליכא נמי ל"ת מאחר דהוכחנו מדברי התוס' דלרבנן ודאי פטורים באם נלקה הנידון וא"כ הדין דכאשר עשה במלקות לכ"ע וא"כ אף לר' יהודא בנלקה הנידון דליכא כאשר זמם וליכא נמי מלקות מלא תענה ומחלקותם במשנה הוא רק היכא דלא נלקה הנידון וליכא כאשר עשה ופליגי בסכום המלקות:

סימן ד

ביאור סוגיא דכריתות כ"ד. ופלפול בדברי הפוסקים אי יאוש מטעם הפקר או לא וישוב נכון בדעת רש"י בזה. והרבה חדושי דינים ביאוש והפקר בטעות וביאור דברי הירושלמי בזה. ופלפול בדעת הפוסקים אי מהני שאלה בהפקר וביאור דעת הפוסקים אי הפקר מהני בדבר שא"ב:

גרסינן בכריתות (כ"ד ע"א) אמר ר' כרוספדאי א"ר יוחנן שור הנסקל שהוזמו עדיו כל המחזיק בו זכה בו ואמר רבא מסתברא טעמיה דר' יוחנן כגון דאמרי ליה נרבע שורו אבל אמרו לו רבע שורו הוא בעצמו מידע ידע דלא רבע וטרח ומייתי עדים ומזים להו ולא מפקר ליה ופריך עלה ושני התם כו' ע"כ. וכסוגיא זו פסק הרמב"ם (פ' י"א) מהלכות נ"מ. וראיתי בנר תמיד למס' כריתות שהקשה על הרמב"ם דאיך פסק כר' יוחנן נגד רב הא ר"א גם כן ס"ל כרב וכן מצאתי בקרבן עדה בירושלמי שהקשה כן והניח בצ"ע. ונראה לתרץ בהקדם קושית האחרונים שהקשו מגמרא הנ"ל דבגמרא (ב"ק צ"א) מועד שהמית והיזק דנין אותו דיני ממונות וחוזרין ודנין אותו דיני נפשות קדמוהו ודנוהו דיני נפשות אין חוזרים ודנין דיני ממונות ופריך הגמרא וכי קדמוהו ודנוהו דיני נפשות מאי הוי להדרוהו ולדייני דיני ממונות והקשו האחרונים כיון דדנוהו דיני נפשות הא הוי הפקר לדברי הגמרא דכריתות הנ"ל ואיך נוכל לדיינו דיני ממונות דאין לו בעלים עיין קצוה"ח סי' ת"ו. ובין כל התירוצים שתירצו האחרונים נראה לכאורה תירוץ זה דהוי הפקר בטעות דבשעת הפקרו לא ידע דעידי שקר הם ויבואו אחרים להזימם וסבר דעידי אמת הם והוי הפקר בטעות דלא הוה הפקר ונתתי אל לבי במקור הדין זה דהפקר בטעות דהוא מקורו מדברי התוס' גיטין (מ"ד) ד"ה אדעתא דעובד כוכבים מי מפקרי שהביאו הירושלמי (פ"ו) דמסכת פאה בהפקיר לישראל ולא לעובדי כוכבים דרבי יוחנן אמר הפקר הני מילי כי שקיל ישראל אבל כי שקיל ליה עובד כוכבים הפקר בטעות הוא ואינו הפקר ואחר העיון לא נתן תירוץ זה להאמר דהא בירושלמי סנהדרין ה"ב ומס' ב"ק (פ"ד ה"ח) שור הנסקל שהוזמו עדיו ר' יוחנן אמר כל הקודם בו זכה ר"ל אמר יאוש בטעות הוי משמע דלר' יוחנן לית ליה יאוש בטעות ע"ש. וא"כ איך מתרצים לר' יוחנן משום יאוש בטעות דזהו רק לריש לקיש ובהדיא פליגי בירושלמי ונסתר תירוצם. אך מאוד נפלאתי דדברי הירושלמי סותרים זה את זה דלהירושלמי סנהדרין וב"ק הנ"ל שזכרנו סובר ריש לקיש דהוי יאוש בטעות ולא הוה הפקר ור' יוחנן בהדיא פליג עליו דהפקרו הפקר אף דבטעות הוא ואילו בירושלמי דפאה הנ"ל דהביאו התוס' ס"ל נמי ר' יוחנן דהפקר בטעות לא הוה הפקר ותמוה מאוד לדעתי דברי הירושלמי ולא מצאתי בהחפזי מי שהעיר בזה. ומה שנלע"ד בדברי הירושלמי נבאר מקודם מחלוקת רש"י ותוס' בענין יאוש מטעם הפקר דשיטת רש"י בגיטין (ל"ט) דיאוש מטעם הפקר והתוס' ב"ק ס"ו הוכיחו מהא דקאמר הגמרא דיאוש אינו קונה משום דבאיסורא אתא לידו דמכאן משמע דיאוש אינו כהפקר גמור דאל"כ אפי' בתר דאתא לידיה באיסורא יכול לקנות מן ההפקר עכ"ל התוס'. והאחרונים הקשו קושיות הרבה לב' השיטות הנ"ל. והנתיבות (סי' רס"ב)

עבר בין הבתרים והכריע החילוק בין יאוש להפקר. דבהפקר יצא מרשותו מיד אע"ג דלא אתי לרשות זוכה משא"כ ביאוש לא יצא מרשותו עד דאתי לרשות זוכה. ובחידושי בארתי דעת רש"י דס"ל דהפלוגתא דיאוש קונה תלי בהא. דמאן דסובר דיאוש קונה סובר דיאוש הוי כהפקר וכיון דהוי כהפקר לכך אפי' בתר דאתא לידו באיסורא יוכל לזכות מן ההפקר ומאן דסובר דיאוש אינו קונה סובר דיאוש לא הוי כהפקר ולא נפק מרשות בעלים עד דאתי לרשות זוכה וכיון דאתא לידו באיסור אינו יכול להוציא בזכייתו מרשות בעליו ובב"ק (ס"ח) פליגי ר' יוחנן וריש לקיש דר' יוחנן סובר דיאוש אינו קונה ור"ל סובר דיאוש קונה וא"כ לר' יוחנן דיאוש אינו קונה ולדידיה יאוש לא הוי כהפקר ולא נפק מרשותו עד דאתי לרשות זוכה ולריש לקיש דיאוש קונה ויאוש הוי כהפקר ומיד יצא מרשותו לחילוק הנתיבות הנ"ל:

ומעתה שנתבאר בדברינו דאי יאוש מטעם הפקר או לא מחלוקת ר' יוחנן וריש לקיש בזה כנ"ל. יתורץ לן היטב דברי הירושלמי דלא סתרי אהדדי ונכונים בטעמם. דהאמת דבהפקר בטעות כ"ע לא פליגי דלא הוה הפקר כירושלמי דפאה. דאף ר' יוחנן סובר כן. אך בסנהדרין ובב"ק דברי הירושלמי במחלוקת ר' יוחנן וריש לקיש ביאוש בטעות לשיטתייהו אזלי ביאוש מטעם הפקר או לא דתלי ביאוש קונה או לא כאשר בארנו לעיל. דלר' יוחנן לשיטתיה דיאוש אינו קונה ויאוש אינו כהפקר. לכך פסק דכל הקודם בו זכה דאף דהפקר בטעות לא הוה הפקר, אך יאוש בטעות הוי יאוש דכל יאוש בטעות הוא דיאוש דאבידה נמי בטעות הוא דאלו הוה ידע היכן האבידה לא הוה מיאש וכבר ביאר זאת הקצוה"ח (בסי' קמ"ב) והנתיבות בכמה מקומות דכל יאוש בטעות הוא ומהני ובאמת מבואר כן בש"ך חו"מ (סי' שנ"ח סעיף קטן א'). וריש לקיש לשיטתיה דיאוש קונה. וא"כ יאוש מטעם הפקר לדידיה כנ"ל וכשם שהפקר בטעות לא הוה הפקר כך יאוש בטעות לא הוה יאוש וע"כ פליג שם בירושלמי ואמר דיאוש בטעות הוה ולא הוי הפקר וזה עיקר מחלקותם וטעמם בירושלמי:

ומעתה שזכינו להני מילי מעליותא יתורץ לן היטב הרמב"ם הנ"ל שזכרנו (בפ' י"א מהלכות נ"מ) דפסק כר' יוחנן והקרבן עדה והנר תמיד הקשו עליו דאיך פסק כר' יוחנן נגד רב הא ר"א ג"כ ס"ל כרב שם. ולדברינו אתי שפיר דמאחר דהרמב"ם פסק דיאוש אינו קונה דלא כרב (עי' רמב"ם פ"א מהלכות גזילה). וא"כ יאוש לא הוי כהפקר ואף דהפקר בטעות לא הוה הפקר מ"מ יאוש בטעות הוה יאוש דכל יאוש בטעות הוא ומהני כנ"ל ולהכי יוכל לפסוק כר' יוחנן דיאוש חלוק מהפקר והתם יאוש הוא ומהני בטעות. משא"כ לרב דסובר דיאוש קונה ולדידיה יאוש כהפקר עי' ב"ק (ס"ג) דרב סובר דיאוש

קונה. וא"כ כשם שהפקר בטעות לא הוה הפקר כך יאוש בטעות לא הוי יאוש ולא יוכל לסבור דין הנ"ל דכריתות דשור הנסקל שהוזמו עדיו כל הקודם זכה דקשה ליה דיאוש הוה כהפקר ולא מהני בטעות. אך להרמב"ם ניחא. ובעיקר קושית המחברים מגמרא ב"ק (צ' ע"ב) דליהדר ולדייניה דיני ממונות דקשה ע"ז מסוגיא דכריתות (כ"ד) כנ"ל. הנה אם נחזיק בפירוש הרמב"ם בתירוץ רבא שם ב"ק (צ') דמוקי כגון שברח כו' היינו ברח השור ומתבאר זאת להמעיין שם בה' נ"מ פי"א ובמפרשים שם ואתי שפיר דנוכל לומר דזהו כוונת רבא בתירוצו דברח השור ואין את מי לחייב דהבעלים ליכא לחיוביה דהא כבר אפקריה וכסוגיא דכריתות הנ"ל וגם השור אינו לפנינו ומתורץ שפיר הקושיא: ויען כי עומדים אנחנו בדברי רש"י הנ"ל במחלקותם אם יאוש מטעם הפקר או לא נבא לתרץ קושית האחרונים על הב"ח שהפליאו עליו דדעת הב"ח דהפקר מהני בדבר שא"ב הובא בקצוה"ח (סי' רי"א) והקצוה"ח שם בסי' הנ"ל הקשה עליו והשיג מגמרא מפורשת ב"ק (ס"ט) דצנועין ור' דוסא אמרו דבר אחד דכשם שאין יכול להקדיש דבר שא"ב כך אין יכול להפקיר דבר שא"ב ואי הפקר מהני בדבר שא"ב לא הוי דבר אחד עכ"ל ובקושיא זו החזיקו מעוז הרבה מהאחרונים ולדעתי נראה לתרץ קושיא זו בטוב טעם ודעת. ונקדים לתרץ קושית המפרשים על רש"י דיאוש מטעם הפקר כנ"ל דאיך יכול להיות יאוש מטעם הפקר דיאוש מהני רק בדבר שא"ב ובדבר שברשותו לא מהני יאוש והפקר לא מהני אלא על דבר שברשותו אבל בדבר שא"ב לא מהני הפקרו וקושיא זו כתובה בספר נוב"י מה"ת ח' אה"ע (סי' ע"ו) ע"ש שהביא כן בשם פ"י. וכשאני לעצמי לא אדע מה הרעש בזה דרש"י לשיטתי' דפסק קדושין (ס"ב) דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם כרבי אליעזר בן יעקב עי' שעה"מ הלכות מכירה (פ' כ"ב) שהכריע בזה דעת רש"י דס"ל דאדם מקנה דבשלבל"ע ומכש"כ להפקיר דבר שא"ב דהוי כמו דבר שלבל"ע (עי' ר"ט סעיף ד'). וכשם שיכול להקנות דבר שלא בא לעולם כך יכול להפקיר בודאי לרש"י ז"ל ואם כן מהני הפקר בדשא"ב. משא"כ להתוס' דס"ל דאין אדם מקנה דבר שלבל"ע והוא הדין דאינו יכול להפקיר דבר שא"ב ע"ש בשעה"מ פ' הנ"ל שהכריע שם דעת התוס' דס"ל דאין אדם מקנה דבר שלבל"ע אפי' לכשיהיה בעולם דלא כהמרדכי ע"ש ולהכי לא מצי סברי דיאוש מטעם הפקר דקשה להו כנ"ל:

ומעתה אתי שפיר דעת הב"ח דלא חידש זאת אלא להסוברים לדינא דאדם מקנה דבר שלבל"ע וה"ה דבר שא"ב דמהני נמי הפקרו. ואתי שפיר ראיתו מדברי רש"י כריתות (כ"ד) דהנותן קרקע לחבירו שאינו בידו אם אמר אי אפשי בה לא הוי לשון הפקר אלא רוצה לבטל המתנה. ומבואר שם להדיא דאם אמר בפירוש לשון הפקר דהוי הפקר גמור

וכל הקודם בו זכה אלמא דיכול להפקיר אפי' לא בא עדיין לרשותו דלרש"י דס"ל דאדם מקנה דבר שלבל"ע ובודאי דיכול להפקיר דבר שא"ב ובודאי אי אמר בלשון הפקר גמור בודאי מהני הפקרו. וא"כ לא קשה קושית הקצוה"ח שם מגמרא ב"ק (ס"ט) דצנועין ור' דוסא אמרו דבר אחד דכשם שאינו יכול כו' כך אינו יכול להפקיר דבר שא"ב דר' יוחנן דס"ל לדינא דאין אדם מקנה דבר שלבל"ע וה"ה דבר שא"ב ולהכי ס"ל דא"י להפקיר דשא"ב. אברא דמלשון הב"ח דתלה זאת בהפקר מדין נדר כמ"ש הרמב"ם בפ"ב מהלכות נדרים משמע דלא ס"ל כדברינו דבנדר כ"ע ס"ל דחל בדבר שלבל"ע אף להני דס"ל דלא יכולים להקנות בדבר שלבל"ע ומשום זה דהפקר הרי הוא כנדר הכריע דמהני הפקר בדבר שא"ב ולא נוכל להעמיד דברינו בכוונתו. אך דברינו נכונים בסברא בלא דין הפקר מתורת נדר דתלי בהמחלוקת דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם. ובזה בארנו דעת רש"י. ובגוף הקושיא דקצוה"ח יפה כתב לחלק בנתיבות המשפט לסי' רי"א) ע"ש. ובעיקר קושית התוס' דב"ק (ס"ו) ביאוש מטעם הפקר דליקני מאיסורא. עי' בקצוה"ח (סי' שס"א) דביאר ע"פ דברי התוס' ע"ז (ע"ב). ועי' בתשובתינו לקמן (סי' כ"ה) שצריך ביאור בדבריו. ובגוף דברי הגמרא דכריתות (כ"ד) הנ"ל הקשו הראשונים מהא דאמרינן ב"ק (קט"ז) ברב ספרא דאפקרי' לארי דלא הוה הפקר משום דלארי אפקריה אדעתא דכ"ע לא אפקריה. וה"נ נימא אדעתא שידונו אותו אפקריה ולא אדעתא דכ"ע ותירצו דהיכא דהפקיר מדעתו ורצונו אמרינן אדעתא דארי אפקריה כו'. אבל מה שמפקיר בע"כ כמו שור הנסקל שהוזמו עדיו בע"כ שקלי ב"ד ממוניה הוי הפקר אף שנתברר . אח"כ שאינו חייב מיתה. ועי' בתפארת ירושלים למס זבחים (פ' ח' מ"ג) שהאריך בסוגיא דכריתות הנ"ל:

והנה לפי מה דביארנו לעיל שיטת רש"י דיאוש מטעם הפקר ועיקר דין הפקר הוא מדין נדר צריך לבאר אי מהני שאלה בהפקר כמו בנדר:

והנה בדבר זה מחלוקת הרשב"א והר"ן בנדרים (פ"ה) גבי הא דכהנים ולוים נהנים לי יטלו בע"כ ולמד מזה הרשב"א דמי שאסר נכסיו על עצמו דיכולים אחרים ליטול בע"כ כו'. והקשה שם דהאיך יטלו כהנים בע"כ למה לא נחוש דלמא מיתשיל ומתהני מדידיה. ע"ש שתירץ. ובר"ן כתב על זה דאינו מוצא שאלה בהפקר דאע"פ דאיסור שבו הלך ע"י שאלה. קנין ממונו של זה אינו בטל כו'. ולהכי בקונם כהנים אלו נהנים לי לא מהני שאלה דכיון שאסור לכהנים הוי הפקר התרומה ולא מהני שאלה שזכו בו הכהנים ובמקום אחר הוכחנו מדברי הר"ן הזה דבהקדש דאתי ליד גזבר לא מהני שאלה משום דקנין ממונו להיכן אזיל ואכן הדין הזה אי מהני שאלה בהפקר במחלוקת הרשב"א והר"ן

שנויה. אמנם הנתיבות המשפט (סי' ער"ה) תמה על הר"ן דאמאי לא יפקיע השאלה את הקנין ממונו כיון שהחכם עושה לנדרו נדר טעות שעוקר הנדר מעקרו. א"כ הוי כמו קנין בטעות שחוזר ע"ש. ובאמת לכאורה תמוה קושית הנתיבות דהא להסוברים דהפקר עושה קנין וכבר יצא מרשותו ע"י הפקר. ובכל זאת מהני שאלה אע"ג דכבר יצא מרשותו והי' אסור לחזור בו מן הדין. ומה לנו אם לא הי' יכול לחזור בו משום שיצא מרשותו או משום שזכה בו אחר. וע"כ דההפקר בטעות הוה מאחר דשאל עליו והחכם עוקר הנדר מעקרו. וא"כ גם לגבי הזוכה קנין בטעות הוא ושפיר קשה קושית הנתיבות. אמנם באמת זה אינו דאי נימא דהפקר מתורת נדר. ע"כ מוכח דהפקר אינו עושה קנין מאי ענין נדר לכאן תיפוק ליה דכבר יצאה מרשותו אלא הא דאינו יכול לחזור בו היינו מתורת איסור בל יחל (ועי' בקצוה"ח סי' רע"ג ס"ק א') שהוכיח כן והכריע בהפקיר ומת דהוא של היורשין כיון דאינו אלא משום נדר והנודר ומת אין היורשין חייבין לקיים נדרו ע"ש. אמנם נראה לע"ד דלא קשה קושית הנתיבות דהא ענין התרת נדר דבא החכם להתיר ע"י פתח קשה לומר הטעם דשויא לטעות גמור דיהא אומדנא דמוכח דאדעתא דהכי לא נדר דלא יהא חמיר מממון דבעינן משפטי התנאים ואפילו הכי באומדנא דמוכח מהני דאף דלא הי' משפטי התנאי כמ"ש התוס' בכמה דוכתי ובנדרים דהוי רק איסור דלית ביה ממון לא מהני אומדנא דמוכח ולמה לי כלל התרת חכם. אלא ע"כ דלא הוי אומדנא דמוכח לגבי ממון ורק גבי נדרים התירה התורה אף באומדנא קצת. אבל לענין ממון בודאי צריך אומדנא דמוכח גמור אף גילוי דעת. ואתי שפיר תמיהת הר"ן דנהי דמהני לענין איסור הפתח שהתיר החכם. אבל קנין ממונו של זה היכא אזיל דאיך מהני לענין ממון:

סימן ה

שאלה ביתומים קטנים שיצא עליהם שט"ח אחר מיתת אביהן בחתימת יד הלוה אי **מקיימין** השטר בפני היתומים קטנים דהוה כשלא בפניו וכיון דקיימ"ל בחו"מ (סי' מ"ו סעיף ה') דמקיימין השטר שלא בפני בע"ד ה"ה כתב יד נמי דהוה כשאר שטרות או לא: **תשובה** דבר זה נתבאר שם בש"ך (סי' הנ"ל ס"ק יוד) ע"ש. שהכריע דדוקא בשטר מקיימין שלא בפני בע"ד בין לטעמא שכתב הרשב"א בתשובה כו'. מפני שהמקיימין לא על מנה שבשטר הם מעידין אלא על חתימת העדים ובין לטעמא שכתבו התוס' (פ' הגוזל בתרא) דכיון דקיום שטרות דרבנן דד"ת עדים החתומים על השטר כמו שנחקרה עדותן בב"ד דמי וא"צ קיום ומדרבנן הוא דצריך והלכך מקיימין שלא בפני בע"ד כו'. אבל בחתימת יד הלוה שהמעידין באין לחייב את הלוה עצמו ולא שייכי הני טעמא

נראה דלכ"ע אין מקיימין שלא בפניו והביא דכן מוכח להדיא בסמ"ע (סי' ל"ה ס"ק ט) דבכתב יד הלוה מדאורייתא בעי קיום (ובסי' ס"ט ס"ק י"ב) כתב לחלק בין שטרות לכ"י הלוה דמדאו' בעי קיום וכן דעת הב"ח (בסי' ס"ט) והקצוה"ח (בסי' מ"ו ס"ק ה') דחה דבריהם דאין לחלק בין שאר שטרות לכתב יד והוכיח דדעת הסמ"ע נמי כן והוא מדכתב הסמ"ע (בסי' ק"י ס"ק כ"ו) הא דסיים המחבר וכתב יד הניכרת לב"ד היינו דוקא לדעת הרא"ש הנ"ל דלהרמב"ם א"צ שיכירו הב"ד עצמם אלא יקימו כת"י אביהם ע"י אחרים ע"ש ואי נימא דכת"י הלוה אין מקיימין שלא בפניו א"כ אפילו לדעת הרמב"ם אין מקיימין כת"י אביהן בפני קטנים דקטן כשלא בפניו דמי אלא ס"ל להסמ"ע בודאי דכתיבת יד הלוה ושטר בעדים שוים הם וכי היכא דמקיימין שטר בפני קטנים לדעת הרמב"ם ה"ה כ"י אביהן. הרי בהדיא דמקיימין כתב יד שלא בפניו ע"ש, ובאמת אין סיפוק בזה להוכיח דעת הסמ"ע ואדרבה שלתרץ קושית הסמ"ע לדעת הש"ך בדין הנ"ל דבכ"י מדאו' בעי קיום ואין מקיימין בפני יתומים קטנים. ואתי שפיר קושית הסמ"ע דהקשה דלמה צריך דוקא שיהא ניכר לב"ד ומשמע דאי לא הוי ניכר אין מקיימין לאחר מיתה וקשה דהא קיימ"ל דמקיימין שלא בפני בע"ד ולדעת הש"ך ניחא כאשר ביאר לעיל דבכ"ו מדאו' בעי קיום ואין מקיימין לאחר מיתה ובאמת כן הוא בבאר היטב לפנינו בשם הגאון מו"ה עוזר לתרץ קושית הסמ"ע וכן תירץ התומים (בסי' ק"י ס"ק ט'). אמנם באמת נראה לע"ד דיש להוכיח דעת הסמ"ע (בסי' ק"י הנ"ל בסעיף ז' ס"ק י"ח) קטנים שהודה מורישם בכתב ידו כו'. וז"ל הסמ"ע שם והכת"י מקיימין להרמב"ם והמחבר אפי' אחר מותו ולהרא"ש איירי שהוא ניכר לדיינים וא"צ קיום ומבואר דעתו דבכ"י מקיימין לאחר מותו אפי' בקטנים. אמת דהב"ח (בסי' ק"י) השיג עליו ע"ש באות (י"א) דאין מקיימין כשהיתומים קטנים ע"ש דתירץ בזה קושית הב"י בסתירת דברי הרא"ש בתשובה לדבריו בפסקיו בגמרא דהגוזל קמא דפסק דמקיימין שטר שלא בפני בע"ד ואילו בתשובה פסק הובא בטור (סי' ק"י אות י"א) דדוקא בשטר מקוים מורידין אבל בלא מקוים אין מורידין דאין מקיימין בפני היתומים קטנים ותירץ הב"ח דהתם בכ"י איירי דמדאו' בעי קיום ולהכי לא מהני קיום לאחר מיתה ע"ש. ודברי הב"ח הזה אשתמיטתי' לבעל קצוה"ח דחדש שם דהב"ח והש"ך לא חדשו חלוק זאת רק לפרש דברי רב שרירא גאון (בסי' ס"ט). דהאמת אינו כן דהב"ח לקושטא דמילתא חדש כן בדעת הרא"ש וכתירוצו הנ"ל. והנה גוף מחלוקת הרמב"ם והרא"ש תלוי בפירש הגמרא דערכין (כ"ג) והמחבר דעתו כדעת הרמב"ם עיין במחבר (סעיף ד' וה') ובסמ"ע (ס"ק ח') שהכריע דעת המחבר כדעת הרמב"ם. והנה בחו"מ (סי' מ"ו סעיף ה') קיימ"ל דמקיימין

השטר אפי' שלא בפני בע"ד ואפי' עומד וצוח כו'. והוא מהגמרא דב"ק (קי"ב) ובסמ"ע הביא דגם ביתומים להוציא מהיתומים קטנים הדין כן אמנם דעת הב"י אינו כן ודעתו דאין מקיימין בפני יתומים קטנים (דבסי' ק"י בטור אות י"א) ז"ל שאלה לא"א הרא"ש ז"ל ששאלת יורש שנתן נכסי מוריש לקטן ויצא שט"ח על המוריש מי נחתינן לנכסי קטן או לא תשובה אם השטר מקוים מורידין הב"ח לנכסים עכ"ל. והקשה הב"י דבהגוזל בתרא אפסקא הלכתא דמקיימין השטר אפי' שלא בפני בע"ד ואין חולק על זה וכן פסק הרא"ש בעצמו. וכבר זכרנו לעיל תירוץ הב"ח על זה בסתירת דברי הרא"ש. גם הדרישה האריך בזה ע"ש ותירץ הב"י שם דיתום קטן שאני כיון דאיכא למיחש לפירעון ומשום הכי אין נפרעין ממנו אפי' יש בשטר כל התנאים שבעולם וכמו שנתבאר ריש סי' זה הילכך אין מקיימין ע"ש דזה רק לישב דברי הרא"ש. אבל הרמב"ם כתב (בפ' י"ב מהלכות מלוה) גבי קרקע שהיתה בחזקת קטנים שמקיימין השטר אעפ"י שהיתומים קטנים. וא"כ מבואר דעת הב"י דלא כהרמב"ם. והנה בדרישה (סי' מ"ו סעיף ה') הקשה על הב"י דתירץ וחילק בסתירת דברי הרא"ש הנ"ל דביתומים קטנים שאני כנ"ל והקשה (דבסי' ע"ח) מבואר בדברי הטור דנפרעין בשטר אפי' מיתומים קטנים והב"י בעצמו פירש הטעם משום דמקיימין שטר שלא בפני בע"ד אפי' ביתומים קטנים דהוה כשלא בפניו ע"ש בפרישה דהחמיר ונתקשה בזה. ומאד נפלאתי על הדרישה דלא מצאתי בטור (בסי' ע"ח) דביתומים קטנים היכא דלא נתקבלה עדות בחיי אביהן יהי' נפרעין מהם. ואדרבה בפירוש כתב הטור שם דבעינן דוקא דנתקבלה העדות בפניו דוקא בעינן והב"י הביא שם דעת התו' דאף בנתקבל העדות בפניו לא לגבי מיתומים קטנים וע"ז הביא שם דעת הרא"ש דהיכי דנתקבלה העדות בחיי אביהן לא שייך צררי אבל בלא נתקבלה העדות בפניו בודאי לא יוכל לגבות מיתומים קטנים. ובהחפזי לא מצאתי מי שהעיר בזה אשר באמת קשה להמעיין ועוד (דבסי' ק"ח) בפירוש כתב המחבר (בסעיף ג') דאין נפרעין מיתומים קטנים שום הלואה בעודם קטנים מחוב אביהם אפי' הי' עליו שטר כו' ואפי' הי' בו כל תנאי שבעולם שמא יש להם ראי' ששוברים השטר אלא א"כ הי' בו אחד מג' דרכים הנזכרים. ודהיתה תוך זמן צריך שנתקבל העדות בחיי אביהן שהיא תוך זמן שאם לא כן אין מקבלין עדות על קטן אפי' בפניו כו' הרי מבואר דעת הב"י בדין הנ"ל דבעינן שנתקבל העדות בחיי אביהן ואז גובין מן היתומים משא"כ היכא דלא נתקבל עדות בחיי אביהן בודאי חיישינן לפירעון וחפשתי בספרי האחרונים ולא מצאתי שום גילוי דבר בזה עד כי לדעתי לחנם השיג עליו הדרישה:

והיוצא לנו מזה דדין זה אי גובין מהיתומים קטנים בכתיבת יד הלוה תלי בפלוגתא דהרמב"ם והרא"ש לדעת הב"ח שם (סי' ק"י) ולתירוצו שזכרנו שם בסי' הנ"ל בסתירת דברי התשובה דסותרים לדבריו בפ' הגוזל בפסקיו שם וכנ"ל. ושדבריו בתשובה איירי בכתיבת יד הלוה וכנ"ל. וא"כ לדעת הב"ח שם (בסי' ק"י) הנ"ל אף הרא"ש מודה בכתיבת ידו דבעי קיום מדאורייתא ע"ש. ומה שהביא בקצו"ח סי' הנ"ל להוכיח מדברי הב"י בסי' הנ"ל שהביא דברי רבינו ירוחם בשטר צואה דאין מקיימין אותו אלא בפני בע"ד ולא דמי לקיום שטרות דעלמא כו' ומבואר שם מדברי רבינו ירוחם דלא מחמרינן גבי כתב יד יותר משאר שטר ואדרבה כי מחלקין לקולא מחלקין וכן הביא המחבר דעת הראב"ד בש"ע (סי' ק"י סעיף ט') ע"ש. ובראי' זו לא ירדתי לסוף דעתו דהא ע"כ דברי רבינו ירוחם והד"מ דרמז לי'. איירי בכתב יד הניכר לב"ד שהוא בכתב ידו של הלוה אלא דהב"י הקשה שם (בס"ק יוד) דאף אם ניכר שהוא כתב ידו הא בעינן שיהא מקוים בחיי אביו לפי מ"ש הרא"ש בתשובה ותירץ שם בתירוץ א' דמיירי שכבר נתקיים בחיי אביו א"נ שהדיינים רואין הכת"י ומכירים הוה כאילו כבר נתקיימה וממילא הוא מקוים ואין כאן קבלת עדות שלא לפני בע"ד והיינו כרבינו ירוחם בנתיב כ"ד דהא דאמרינן אם אמר תנו נזקקין לנכסי יתומים מיירי דאמר תנו בפני ב"ד או שכתב בכתב ידו פירש וניכר כת"י לב"ד ועל זה רמז הד"מ עיין למטה לדברי רבינו ירוחם לחלק בין שטר לכתיבת ידו וכדפירשנו שנו וכן מוכח מדברי הבעה"ת שהביא הב"י (אות ט"ז סק"י) וז"ל בשער י"ד. ובכל המקומות שפסקנו דנזקקין לנכסי יתומים קטנים יש לנו לברר מאחר שאין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד ויתומים קטנים כמו שלא בפניו דמי והאיך נידון לחייבם בענינים האלה וכי מהיכא ידעינן וע"ז השיב הראב"ד אולי נאמר שהב"ד ידעו של זה אי נמי משכחת לזה ע"י שטר שכתב בכ"י שיתנו לפלוני כו' ע"ש. ומוכח דניכר כת"י לב"ד מיירי ואין ראי' לכת"י דלא ניכר לב"ד דבוודאי מחמרינן ביה, ועיין בש"ך (ס"ק י"ח). והנה בדברי רבינו ירוחם הנ"ל ותירוץ הראב"ד הנ"ל הוכיח הב"י לתרץ דברי הרא"ש בפסקיו (פ' הגוזל בתרא) דסתרי לדבריו בתשובה כנ"ל וכתב הב"י והשתא י"ל שטעם הרא"ש בתשובה משום דס"ל דהראב"ד והקשה בדרישה וז"ל וקשה מה ענין זה לתשובת הרא"ש דמיירי בשט"ח של הלואה דשייך בי' לומר דעדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד דמי וקושיא זו קשה נמי לדברי הב"ח שזכרנו דתירץ סתירת דברי הרא"ש הנ"ל דמיירי בכת"י ויש לתרץ:

אמנם בגוף מחלוקת הש"ך והקצוה"ח בכת"י של הלוה אי מקיימין בפני' יתומים קטנים דהוה כשלא בפניהם. ונראה לי לפי מה שחידש הגאון בים התלמוד (ד' צ"ח) דלכך

מקיימין שטר שלא בפני בע"ד משום דשטר לא חשוב מוציא דכעת אין מוציאין ממון עדיין ואף שיבא לידי גובייגא אח"ז מ"מ כעת לא מקרי מוציא ע"ש שדימה זאת לפמ"ש התוס' בחולין (צ"ז) פלניא דהאי סימנא כו' דמחזירין השטר בסימנים דכעת לא מקרי מוציא והרבה הארכתי בסברא זו לענין סימנים. וא"כ פשוט לפי זה דאף ביתומים קטנים הדין כן מאחר דלא חשוב מוציא בזה ובכת"י נמי בודאי דמקיימין השטר. והנה אחר זמן נתתי אל לבי לחפש בספרים ומצאתי במחנה אפרים הלכות עדות (סי' י"ז) וז"ל וחתם ידו של אדם כמאה עדים דמי וכמ"ש הריטב"א במס' קדושין (ס"ה) לענין שטר קדושין שהוא בכתיבת ידו דאיכא למאן דאמר דלא מהני משום דאין דבר שבערוה פחות משנים. אבל רבינו אומר בשם רבו דכתב ידו כמאה עדים דמי. ונראה דאפי' החולקים לא אמרו אלא דחב לאחרים. אבל כל היכא דלא חב לאחרים שפיר דמי וכיון שכן מקיימין חתם ידו שלא בפני בע"ד דמן התורה כמו שנחקרה עדותן דמי. וכן נראה מדברי הרשב"א בתשובות המיוחסות (סי' כ"ב) הרי מבואר דעת המ"א דלא כהרב ש"ך דאף בחת"י הלוה מקיימין שלא בפני בע"ד והביא דכן מבואר ברשב"א והנה הנמוק"י (פ' בתרא דב"ק) אההיא דאין מקבלין עדות בפני קטנים ז"ל ול"ד לחולה דהתם מיהא איתא לבע"ד בעלמא. אבל הכא ליכא בע"ד כלל ע"ש. אמנם הרשב"א בחידושיו לב"ק דס"ל בטעמא דבמקום אונס מקבלין שלא בפני בע"ד משום דמדאו' לא בעי בפניו רק בנפשות. וא"כ ממילא גם לענין הזמה דאו' מקבלין היכי דליכא נפשות. וכתב שם להדיא בחידושיו שם דבעדות חולים מקבלים בפני יתומים קטנים הרי מבואר דעת הרשב"א דלא ס"ל כחלוק הנמוק"י הנ"ל בין איתא לבע"ד בעולם או לא דלהנמוק"י בקטנים דליכא בע"ד בעולם אף עדים חולים לא מהני. ואח"כ מצאתי בתשובת רע"א (סי' ק"ה) שהוכיח כן דהרשב"א לא ס"ל כחלוק הנמוק"י ע"ש שהקשה מכתובות (כ"ב) דזאת אומרת הכחשה תחלת הזמה וכשם שאין מזימין כו'. והתם מיירי בעדים שמתו ולעולם לא יהי' אפשר לקבל בפניהם ואין לך אונס גדול מזה ואמאי אין מקבלין ההזמה במתו העדים וע"ש בתשובה הנ"ל שהקשה להרשב"א דס"ל מקבלין מדאו' שלא בפני בע"ד דהועד בבעליו בנפשות כתיב. א"כ לוקמי בהעידו שלא בפני בעלים דלגבי כופר שהוא ממון מקבלין והשור אינו נהרג דהועד בבעליו כתיב. והרבה הארכתי בחידושי לענין עדות מיוחדת בממון לפלפל בזה. ועי' בשיטה מקובצת לב"ק פ' הגוזל בתרא שהביא דברי המאירי דבאיסור מצי לקבל שלא בפני בע"ד דאיסור ניחא ליה שלא יהי' באיסור. ועי' נוב"י מהדו"ק חלק אה"ע (סי' ע"ב) כל היכא דפתיך ד"מ אף מצד האיסור לא מקבלין ע"ש. ועי' בשו"ת חוט השני (סי' פ"ד) לענין נאמנות מפורש על יתומים קטנים והכריע דאינו

מועיל לפי מה דמבואר (בסי' ע"א) דילמא לכשיגדלו ימצאו שובר מכ"י המלוה ע"ש. ובכל זאת הביא היכא דהמנהג דכותבין נאמנות על יתומים קטנים בודאי גובין מהם על פי התנאי ע"ש. עוד בספר הנ"ל (סי' צ') מענין הנ"ל שחזק דבריו. ועי' בתשובת אבקת רוכל (סי' קכ"ו) שביאר הרבה דינים ביתומים קטנים ע"ש. ועי' ביו"ד (סי' קע"ז ס"ק ל"א) דהביא הב"י דברי המרדכי מתעסק שמת ויש עדים שמעות או מטלטלין אלו הן מזה העסק נוטלן בעל הממון. ופירש המרדכי אפי' מיתומים קטנים והקשה הב"י דהאיך אפשר למשקל מיתומים הא אין מקבלין עדות עליהן ותמה הד"מ דהא אפשר כשנתקבל עדות בחיי אביהן דבכה"ג נפרעין מהן. ועי' בספר פלתי על הלכות רבית דכוונת הב"י דמיירי בלא נתקבל עדות בחיי אביהן דאל"כ מאי אריא עסקא הא אפי' בכל חובת אביהן ונתקבל עדותן גבי נמי ממטלטלין בלי שבועה לאחר תקנת הגאונים כמבואר בח"מ (סי' ק"ח) והרי מבואר דהמרדכי אדברי רבא קאי דאמר להם קרי עסקא דאם מת לא נעשית מטלטלין אצל בניו ואהא קאמר המרדכי דאפי' בלא שבועה גבי מיתומים קטנים בעסקא ע"ש שתירץ קושית הרב"י למאי דמסקינן בח"מ (סי' ק"י) בסמ"ע (ס"ק י"ד) דהא דאין מקבלין עדות לקטן היינו דוקא באית ביה תרתי הא' דהוי חזקת דאבהתא והב' דיהי' עתה מצוי בידו. אבל כ"ז בדבר דאיכא למימר חזקתא דחזקה דכל מה שיש לו לאדם הוא שלו וא"כ אית ליה יתום חזקת דאבהתא אבל בהך עסקא דאמר רבא להם קרי עסקא לעסוקי ביה ומזה קאמר רב אידי בר אבין דאם מת נעשה מטלטלין אצל בניו והיינו משום דלאו בידו היו להוציאן וכפירש"י שם בדרבא. וא"כ כיון דאסהידו סהדי דהך חפיצא בתורת עסקא קאתי לידא דאביהן א"כ תו אזדא לה חזקת אבהתא ואז מקבלין עדות גמור דלא הוי כלל דאביהן ע"ש. ואתי שפיר דברי המרדכי. וכן חדשתי הרבה פעמים דביתומים היכא דאזדא חזקת דאבהתא מקבלין בפני יתומים קטנים:

סימן ו

שאלה אי אמרינן אדם משים עצמו רשע בממון או לא. וביאור דעת הפוסקים בזה. וביאור כמה פרטי דינים בדיני מגו ופלפול בדברי התוס' (ב"מ ג') דלטובה קא מכוין דאין רוצה להביא חולין לעזרה:

תשובה לענין ממון לא אמרי' אין אדם משים עצמו רשע דגבי ממון ודאי הודאת בע"ד כמאה עדים דמי. אמנם הראב"ד חולק ע"ז ודעתו דאף לענין ממון אמרי' אין אדם משים עצמו רשע ומקור מחלקותם הוא בגמרא המדיר כתובות (ע"ב) ומאכילתו שאינו מעושר. ובגמרא ומשמשתו נדה היכי דמי אי דידע נפרוש אי לא ידע נסמוך עלה כו'. ואבע"א כדרב יודא דאמר רב יודא הוחזקה נדה בשכנותיה ופירש"י וכהאי גונא דלאחר

תשמיש הודיעוהו שכנותיו שהוחזקה נדה ופירשו המפרשים דהא דלא אוקמו במודה דאי במודה תיפוק ליה שיוצאה בלא כתובה מחמת הודאתה אפי' לא הוחזקה נדה שהרי מודה שהכשילתו ואין אדם משים עצמו רשע לא שייך לענין ממון ובודאי נאמנת לענין שתפסיד כתובתה דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי. אמנם הראב"ד ז"ל פירש הא דלא אוקמי במודה באמת משום דאינה נאמנת דאין אדם משים עצמו רשע. עי' בב"י (בסי' קט"ו) חלק אה"ע (סק"א) שהביא דעת הראב"ד ז"ל וכל הפוסקים חולקין עליו. והנה באמת קשה לכאורה דברי הראב"ד דאיך יפרנס גמ' ערוכה בנדרים (צ"א) דהאומרת טמאה אני לך יש לה כתובה במאי עסקינן אילימא באשת ישראל אי ברצון כלום יש לה כתובה ואי באונס מי קא מתסרא אגברא כו'. וכל המחברים פסקו דאשת ישראל שאמרה נבעלתי ברצון אין לה כתובה אם רצה להוציאה ושמעינן דלא אמרינן אין אדם משים עצמו רשע לענין ממונא ובהחפזי לא מצאתי מי שהעיר בזה להביא ראי' מגמרא הנ"ל. והנה מאחר דאתינן לגמרא הנ"ל דהאומרת טמאה אני לך והוכחנו דבממון לא אמרינן אין אדם משים עצמו רשע כנ"ל נוכל נמי להוכיח דבממון מהני אמתלה כמו באיסור ומבואר מחלוקת הפוסקים בזה בקצוה"ח (סי' פ' סק"א) ע"ש שהביא דעת המוהר"ש ח"א (סי' כ' וכ"א) ודעתו דמהני כמו באיסור דאם הקילו בערוה החמורה כש"כ בממון הקל ושכן פסק המוהרשד"מ. ומהר"א חסון נחלק עליו והכי מבואר (בסי' קט"ו) באה"ע (סעיף ו') בהגהות הרמ"א באשה שאמרה שזינתה ברצון דאם חזרה ונתנה אמתלה לדבריה נאמנת ושם לא מירי לענין איסור אלא לענין הכתובה עצמה דאם נתנה אמתלה לא הפסידה כתובתה ומבואר דמהני אמתלה בממון. אמנם באמת הח"מ והב"ש (סי' הנ"ל) ביארו דהתם דוקא קודם שיצאה מב"ד אבל לאחר שיצאה מב"ד לא מהני אמתלה לגבי ממון דקיימ"ל בממון אינו חוזר וטוען ע"ש בב"ש שהביא ראי' מדברי הראב"ד. ועי' בנוב"י מהדו"ק חאה"ע (סי' י"א) שדחה ראיות הב"ש מהראב"ד ובכל זאת הסכים לדינא דהב"ש ע"ש שהכריע מדברי הרא"ה בחדושיו לכתובות דהיכא דדיבורא הוא בדבר הנוגע לממון ולאיסור ביחד כיון דלא מהני אמתלה לענין ממון כיון שכבר יצאה מב"ד לא מהני נמי לעני איסור ע"ש:

אמנם בגוף ראיתנו הנ"ל שהבאתי לעיל מגמרא נדרים (צ"א) באומרת טמאה אני לך דאין לה כתובה בנבעלת ברצון כנ"ל. והוכחנו דלא שייך בממון אין אדם משים עצמו רשע מאחר דעיקר הטענה להפסידה כתובתה. קשה מדברי התוס' בב"מ (ג') ד"ה מה אם ירצה לומר מזיד הייתי דהקשו דאיך נאמן לומר מזיד הייתי הא אין אדם משים עצמו רשע ותירצו דאינו נאמן לפסול עצמו. אבל הכא עושה תשובה ומתכוין לטובה שאין

רוצה להביא חולין לעזרה והלכך אין לנו לכופו להביא חולין לעזרה לפי דבריו וכ"כ בפ"ק דיבמות ובכריתות. וא"כ דכותי' גבי אומרת טמאה אני לך לא שייך לומר אין אדם משים עצמו רשע דאיכא לומר דלטובה קא מכונה לעשות תשובה ואינה רוצה לעשות באיסור כל ימיה כיון דאסורה על בעלה ולבועל ובודאי אין לנו לומר שלא יהא נאמנת ושיבעול בעילת איסור לפי דבריה. ולפי זה אתי שפיר דעת הראב"ד הנ"ל שזכרנו דאין ראי' משם דבממון אמרי' אדם משים עצמו רשע דהתם שאני דאינו ענין ולא שייך לומר אין אדם משים עצמו רשע באומרת טמאה אני לך משום דאיכא למימר דלטובה קא מתכוונה לעשות תשובה ושלא לבעול בעילת איסור ורק בעוברת על דת יהודית דליכא למימר דלטובה קא מכונה דאיסורא דעבד עבד התם ס"ל להראב"ד דאין אדם משים עצמו רשע. ואחרי בינותי בספרים מצאתי בשעה"מ (פ"ט מהלכות אשות הלכה ס"ו) דהביא דעת הר"ן והראב"ד הנ"ל בעוברת על דת יהודית דהא דלא אוקמו במודה. וכתב הראב"ד משום דאינה נאמנת דאין אדם משים עצמו רשע, והר"ן כתב על זה ולא נהירא דלהפסידה כתובה ודאי נאמנת כנ"ל. והביא שם קושית הרב מ"צ (ח"א סי' ס"ז) שהקשה מהא דאומרת טמאה אני לך ברצון דמשוי נפשיה רשיעא ואפי"ה אמרינן בנדרים (צ"א) במאי עסקינן אילימא באשת ישראל וברצון כלום יש לה כתובה ולדעת הראב"ד אפכא הו"ל להקשות דכיון דאין אדם משים עצמו רשע אינה נאמנת ואמאי קתני דיוצאות ונוטלות כתובה ומהיותר תימה שהרמב"ם פסק דבאומרת טמאה אני לך ברצון אינה נאמנת ואבדה כתובתה ולא השיג עליו. ולדעת הראב"ד הו"ל להשיג עליו דכיון דאין אדם משים עצמו רשע ולומר דלא אבדה כתובתה דומיא דעוברת על דת יהודית ע"ש. ובשעה"מ תירץ על פי דברי התוס' דבמ"צ (ג') הנ"ל דלטובה נתכונה דרצתה לעשות תשובה שלא להביא חולין בעזרה כנ"ל. ולפ"ז חלק שפיר דבאומרת טמאה אני לך ברצון ליכא למימר אין אדם משים עצמו רשע משום דאיכא למימר דלטובה קא מכונה לעשות תשובה ושלא לבעול בעילת איסור משא"כ בעוברת על דת יהודית דליכא למימר לטובה קא מכוין דאיסורא דעבד עבד באופן דגם קושיתינו והוכחתינו דלעיל שהוכחנו מהאומרת טמאה אני לך דבממון אמרו אדם משים עצמו רשע נסתרה בדרך זה לדברי התוס' הנ"ל. אחר זה מצאתי להגאון בעל חוט השני בתשובתו (סי' י"ז) דהוכיח דעתו כן בדרך הפשוט דבממון אמרינן אדם משים עצמו רשע מהאומרת טמאה אני לך דמוקי הגמרא ברצון ולא נחית לדברי התוס' הנ"ל דנסתר זאת. אמנם נתתי אל לבי בדבר זה.

ומצאתי להגאון בעל נוב"י מה"ת חלק אה"ע (סי' קנ"ו) שהאריך לבאר הא דבכמה מקומות מצינו דלא מהימן מטעם דאין אדם משים עצמו רשע ואמאי לא נימא דלטובה

קא מכוין דאין רוצה להביא חולין לעזרה כחילוק התוס' הנ"ל והעלה דחילוק זאת לא שייך אלא היכא דבזה הטענה אינו בא להפסיד אחרים אזי שפיר אמרינן דרוצה לעשות תשובה ולטובה קא מכוין כנ"ל. אבל היכא דבטענה זו בא להפסיד אחרים בודאי אינו נאמן בזה ע"ש. וא"כ באומרת טמאה אני לך ברצון דבאה להפסיד את הבעל דאסורה עליו דביאר הגאון בעל נוב"י בכמה מקומות דגט חוב לבעל מקרי בודאי לא נתן להאמר חלוק תוס' הנ"ל דלטובה נתכוונה. וגם באומרת טמאה אני לך שייך לומר דאין אדם משים עצמו רשע וקושית הרב בעל מ"צ על מקומה עומדת על הראב"ד בעוברת על דת יהודית דהא דלא אוקמי במודה משום דאין משים עצמו רשע כנ"ל. ומבואר בראי' נכונה כחלוקו הנ"ל שבארנו דהתם באומרת טמאה אני לך דהעיקר באה להפסיד כתובתה ולגבי ממון שפיר אמרי' דאדם משים עצמו רשע והרבה הארכתי בזה בחידושי. ועי' בשב שמעתא (שמעתא ז' פ"ה) שהעלה דאפי' בדבר שהוא רק חומרא בעלמא לא מהימן לומר שעבר כמ"ש הרשב"א והש"מ בכתובות (י"ט) גבי אנוסים היינו מחמת נפשות דאפי' בדבר שהוא רק חומרא בעלמא מצד חסידות אין אדם משים עצמו רשע ע"ש שכתב כן לתרץ על הא דמבואר באה"ע (סי' מ"ב סעיף ה') דאנוסים לא נפסלו אע"ג דעברו על מצות קדוש השם והקשה הגאון בכ"ר דוד בנוב"י מהא דאמרינן בכתובות (י"ט) בהא דא"ר מאיר אין נאמנים לפוסלו ואמר רב חסדא קסבר ר"מ עדים שאמרו להם חתמו שקר ואל תהרגו יהרגו כו'. ומבואר דכל כהאי גונא דאנוסין כל שיהרג ואל יעבור פסול לעדות וכן הקשה בקצוה"ח (סי' ל"ה ס"ק ד') ע"ש. וע"ז תירץ כנ"ל אלא דבש"ש שם הקשה מהא דאמר ביבמות (סי' כ"ה) פלוני רבעני לרצוני אינו נאמן רשע הוא והתורה אמרה אל תשת רשע עד. וקשה דלמה לי האי טעמא דאל תשת רשע עד ע"ש דהוכיח מזה דדוקא בדבר שנעשה פסול לעדות אמרינן אין אדם משים עצמו רשע. ולכך הוצרך לומר דהתורה אמרה אל תשת רשע עד ע"ש. ואף דהדבר נכון בסברא מ"מ יפה הקשה עליו הגאון מליסא בספרו קהלת יעקב על אה"ע (סי' י"ז סעיף ה) מיבמות שם (כ"ה) דאמר התם שאני עדות אשה דאקילו בה רבנן ופריך הא אמר ר"מ גזלן ד"ת פסול לעדות אשה משמע דאי הוי כשר לעדות אשה הי' נאמן. ולפ"ז קשה הא אין אדם משים עצמו רשע דרוצח גמור ודאי רשע הוא דאטו משום דכשר לעדות אשה לאו רשע הוא ע"ש שתירץ בטוב טעם ודעת. ועי' בתומים (סי' ל"ד) דהתפלא על הרשב"א א בתשובה (סי' אלף רל"ז) באומר אני זניתי עם אשתך אינו נאמן דחצי דיבור לא מפלגינן ובאומר הרגתיו במזיד פלגינן דיבורו ואומרים דבשוגג הרגו כו'. אבל באומר זניתי עם אשתך שוגג לא משכחת לה דאין קישוי אלא מדעת והקשה דלמה לא נפלוג דיבוריה ולומר

דבאונס הי' כיון דהי' באונס אינו נפסל לעדות הואיל ולא עבר רק על קדוש השם ע"ש ולדברי הקצוה"ח הנ"ל דבדבר שהוא רק חומרא בעלמא לא מהימן לומר שעבר שפיר מתורץ זאת:

והנה המרש"א במכות (ב') הקשה בקושית התוס' דהקשו איך יכולים לחייבו גלות בעדותן והא יכול לומר מזיד הייתי כדאמרינן באכלתי חלב בפ"ק דב"מ וקשה דהא כבר הקשו בב"מ (ג') ובכריתות גבי אכלת חלב דמאי טעמא דרבנן דפטרי משום מה אם ירצה לומר מזיד הייתי הא אמרינן בסנהדרין (ט') פלוני רבעני לרצוני אינו נאמן דאין אדם משים עצמו רשע. וא"כ כשיאמר מזיד הייתי אינו נאמן ותי' דלפסול א"ע אינו נאמן. אבל בכאן דאינו רוצה להביא חולין בעזרה שפיר נאמן. וא"כ לפ"ז מאי הקשו התוס' כאן בגלות דהא לא שייך התירוץ חולין בעזרה. וא"כ אם יאמר מזיד הייתי אינו נאמן דאין אדם משים עצמו רשע. והנה רבים התפלאו

על המרש"א ובראשם הגאון מו"ה יונתן בספרו או"ת (סי' כ"ב) שכתב שנעלם ממנו סוגיא דסנהדרין (ט') דשם מבואר דפליגי דרב יוסף ס"ל פלוני רבעני לרצוני אינו נאמן על חבירו משום דרשע הוא והתורה אמרה אל תשת רשע עד ורבא ס"ל דאדם קרוב אצל עצמו ואין משים עצמו רשע ופלגינן דבורו ע"ש. וא"כ קושית התוס' דבמ"צ וכריתות לדעת רבא דס"ל אינו משים עצמו רשע מה יענה במתני' דכריתות דאמרו חכמים מה אם ירצה לומר מזיד הייתי הא לא מהימן כשיאמר מזיד הייתי דאינו משים עצמו רשע. וע"ז תירץ משום חולין בעזרה מהימן אבל בכאן הקשה התוס' איך יתחייבו גלות בעדותן והא י"ל מזיד הייתי על רב יוסף דס"ל אדם משים עצמו רשע בפלוני רבעני לרצוני מה יענה למתני' דמכות דהא יכול לומר מזיד הייתי דנאמן לעשות עצמו רשע דאמוראי צריכין להבין מתני' ולא מצאו לתרץ קושיא זאת. אמנם הנר תמיד לכריתות תירץ דבר נחמד בצירוף קושית הרב תא"י דהקשה על קושית התוס' דהא כבר הקשו התו' במ"צ (ג') דאיך יהיו נאמנים במגו דמזיד הייתי הא קיימ"ל דמגו במקום עדים לא אמרינן כדאיתא במ"צ (פ"א) גבי עובדא דנהר פקוד ותירצו דבאמת מתרץ דבורו ומפרש לא אכלתי שוגג אלא מזיד ע"ש וא"כ לפ"ז מאי הקשו התוס' לתירוצם דתרצו בב"מ דהיכא דאמר בפירוש לא אכלתי חלב לא בשוגג ולא במזיד והעדים אומרים שאכל אפי' לרבנן חייב חטאת דאינו נאמן להכחיש העדים אע"ג דיש לו מגו. וא"כ משכחת לחייבו גלות באומר לא הרגתי כלל לא בשוגג ולא במזיד דשפיר חייב גלות ותירץ הנ"ת דהנה פליגי אמוראי ב"ב אי אמרינן מגו במ"ע או לא דס"ל לרב חסדא דאמרי' מגו במ"ע ומתורץ קושית הרב תא"י דקושית התוס' לר"ח דס"ל ב"ב דאמרי' מגו במקום עדים ונאמן להכחישם

מה יענה למתני' כאן דאיך משכחת לה גלות דהא יכול לומר מזיד הייתי וכיון דיש לו מגו נאמן להכחיש העדים וביבמות (כ"ה) מבואר דלר"י אדם משים עצמו רשע וקושית התוס' דיכול לומר שלא אכלתי לא בשוגג ולא במזיד והא אף בכהאי גונא מהימן במגו למ"ד דמגו במ"ע אמרינן כו' ע"ש. וא"כ י"ל למ"ד דאמרינן מגו במ"ע. וא"כ לא הוי מגו דאף אמע"ר מ"מ לא הוי מגו בכהאי גונא ועי' בדורש לציון דרוש (י"ג) בסיום יעל קג"מ שהקשה לתירוץ התו' דכאשר זמם לא נכתב לגבי עדות בגו"ח כלל שהקשה להא דב"ק (פ"ח) זוממי עבד לא יהרגו ע"ש ובנוב"י מ"ק חאה"ע (סי' ע"ד). אמנם הנמוק"י לא ס"ל כדעת התוס' דרוצה לעשות תשובה שלא להביא כו' מהא דהקשה ב"ב (קכ"ד) בהא דאמר ר"י יכיר יכירנו לאחרים מכאן אמר ר"י שנאמן אדם לומר זה בני בכור הוא וכמו שנאמן לומר כו' בן גרושה וחלוצה הוא והקשה דאיך נאמן לומר שהוא בן גרושה וחלוצה והא אין אדם משים עצמו רשע לומר שנשא גרושה וחלוצה ואי איתא דס"ל כסברת התוס' לק"מ דשלא לעשות בניו חללים הוא אומר כן אלא ע"כ דלא ס"ל:

סימן ז

ביאור דעת הפוסקים בגזל ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלו כו' אי חייב מדין גזלן או משום מזיק דמחלוקת הקצוה"ח והנתיבות בזה גם יבואר דין נוטל שכר להעיד אי כשר מה"ת וביאור דעת הפוסקים בזה ושונא אי פסול לעדות:

בש"ע ח"מ (ל"ד סעיף ז') החולק עם הגנב אינו נפסל ובתומים הקשה דהא הוי כמו כופר בפיקדון דפסול לעדות דהא גזל ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלו רצה מזה גובה רצה מזה גובה ע"ש ובקצוה"ח תירץ דהא דבא אחר ואכלו דחייב מטעם מזיק הוא ולא מדין גזלן ובנתיבות המשפט העמיק והרחיב להוכיח דמטעם גזלן הוא ואפי' לא אכלה רק שעשה בו שינוי שקנאה ע"י הגזילה חייב מטעם גזלן ולא משום מזיק. ועיין במשובב נתיבות להגאון בעל קצוה"ח סי' הנ"ל שהחזיק בדעתי' דהחיוב מטעם מזיק הוא. והנה עיקר הוכחת הנתיבות המשפט בזה דהא אפי בשינוי שקנאה ע"י הגזילה דחייב מטעם גזלן הוא משום דמעיקרא בגזילה כשגזלה הגזלן הוא עדיין הגזילה של הנגזל הוא דלא יצאה רק מרשותו של נגזל אבל כשעשה שינוי הרי עשה גזילה חדשה שהוציאו משל בעלים לגמרי. דמעיקרא היה עדיין של בעלים רק א"ב נקרא אבל עכשיו שעשה שינוי מעשה הוי נמי אינו שלו ובודאי אין לך גזלן גדול מזה. והביא ראי' מתמורה ע"ש ודבריו נכונים בסברא וטעמא. אך נפלאתי שלא זכרו דברי הטור (סי' שמ"ח סעיף י"א) שהביא תשובת הרא"ש וז"ל והא דאמרינן רצה מזה גובה רצה מזה גובה היינו דוקא כשהשני גזלם מהראשון דכיון שלא נתיאשו הבעלים הוי כאלו גזלם

מהבעלים הראשונים. הרי מבואר דשם גזלן על השני ובאמת מחלוקת הראשונים בהא דאמרינן רצה מזה גובה רצה מזה גובה אם הגזלן הראשון האכיל בעצמו לאחרים קודם. דלהרז"ה והרא"ה פטור האוכל משום דהוצאה דידיה הוא. והתוס' פ' ריש הגוזל ומאכיל ס"ל שאפי' הגזלן בעצמו האכיל לאחרים חייב האוכל. והמחנה אפרים פ"ו מהלכות גזילה הכריע דגם דעת הרמב"ם דאם הגזלן בעצמו האכיל לאחרים חייב האוכל ע"ש והביא ראי' מדאמרינן פ' אלו נערות (דף ל') דתחב לו חבירו תרומה לתוך פיו דפטור מלשלם דקים ליה בדרבא מיניה הא לאו הכי חייב זה האוכל לשלם לו ולא אמרינן הוצאה דמאכיל הוי. ומזה הכריע המ"א כדעת התוס' ובאמת משם ראי' מוכרחת לדברי הנתיבות דמטעם גזלן הוא דחייב דמשום מזיק לא שייך בתרומה דמואכל את הקודש פרט למזיק (פסחים לב) וקשה איך חייב אפי' בלא קלבד"מ אי לאו משום גזלן הוא דחייב. אך באמת זה אינו ואין ראי' משם דהתם לא משום גזילה מחייב לו דהא לא חזי ולא מידי. ולא משים מזיק אלא משום הנאת גרונו ומעיו מחייב ועל זה פטור משום קלבד"מ דמיתה ותשלומין באין כאחד וכן פירש"י שם. ובלא"ה לא קשה מואכל פרט למזיק דלא פטור משום מזיק אלא מחומש אבל קרן מיהא מחייב עיין תוס' גיטין (מ"ט) ד"ה שור רעהו. אך יש להוכיח שם לפירש התוס' בד"ה ואי דלא מצי לאהדורא אמאי חייב. והיינו בתחב לו חבירו תרומה לתוך פיו דפירש הר"י דהקושיא דאמאי מחייב ממון והרי לא גזלו כו' ואע"ג דאמרי' (ב"ק קי"א) גזל ולא נתיאשו הבעלים רצה מזה גובה רצה כו'. היינו דוקא לפי שהדבר הגזול ישנו בעולם בשעה שזה השני גוזלו כו' ומבואר דעתם דמשום גזל אתינן עלה. וכן יש להוכיח מגמרא (ב"ק קט"ו) דאמרינן התם גנב ומכר ואח"כ הוכר הגנב. רב אמר הדין עם הראשון ור"י אמר הדין עם השני ולא פליגי כאן קודם יאוש כאן לאחר יאוש ותרוייהו אית להו דרב חסדא דאמר גזל ולא נתיאשו הבעלים רצה מזה גובה רצה כו' והאי נמי אע"ג דיהיב דמי לגנב. לגבי האי גזלן מיהא הוי. הרי דאע"ג דזה השני לא גזלם שבדמים באו לידו ואפ"ה חשוב גזלן וכאלו גזלן הוא מבית הבעלים. אך לכאורה יש לחלק דהתם מיירי כשהגזילה בעין דבודאי גזלן הוי אך כיון דזה נתן דמים לגנב חשוב כאלו הגזילה אינו בעין. וכן פירש במחנה אפרים (בסי' ז' מהלכות גזילה) בחקירתו שחקר בהאי דינא דרב חסדא דרצה גובה מזה כו'. אם לא ידע השני דגזילה היא בידו ולא כיון לגוזלם אי אמרינן בזה דרצה מזה גובה והכריע משם דהא התם לא ידעו שהיו גזולים ביד המוכר מדעבדו ליה תקנת השוק ואפ"ה היה חשוב גזלן וכאלו גזלן מבעלים הראשונים. ואם דרב חסדא איירי אלא בידע השני שהוא גזל איך מייתי ראי' מדרב חסדא והעיר שם בחלוק הנ"ל ע"ש. ומה שרצה הקצוה"ח לדמותו

להא דאינו משלם כפל הגנב השני לבעלים. זה אינו דרק לענין כפל דמעטו קרא דבעינן וגונב מבית האיש ולא מבית הגנב. אבל שלא יהי מקרי גנב כלל הא אמרינן בגמרא (ב"ק ס"ט) בשלמא לגנב ראשון לא משום וגונב מבית האיש ולא מבית הגנב אלא לבעלים ישלם כו'. ומבואר דדוקא לענין כפל מיעטו אבל לא לענין קרבן דלא יהיה מקרי גנב. וביותר מבואר בשיטה מקובצת (ב"ק ריש פ' הגוזל ומאכיל) בשם הראב"ד והמאירי דהשני הוה גזלן ממש. עוד קשה לדברי הקצוה"ח הנ"ל דאינו פסול לעדות כל זמן שהוא בעין משום דס"ל היכא דאיתא דנגזל הוא ע"ש הא קיימ"ל כאביי דלא בעינן רשע דחמס לענין פסול עדות ועכ"פ רשע מקרי ופסול לעדות. ומכל הנ"ל מוכח דמטעם גזלן חייב השני. אלא דלדברי הטור שזכרנו בשם הרא"ש בעינן דוקא שידע השני דהראשון גזל דאז הוי כאילו גזלם מהבעלים הראשונים

עוד שם (בסי' הנ"ל סעיף י"ח) הביא בקצוה"ח חקירה בשם מהרי"ן אב"ן ל"ב אם נוטל שכר להעיד אי כשר מה"ת או לא והקצוה"ח הביא ראי' מגמרא (כתובות מ"ו) דרבי יהודא אינו מחייב עד שישכור עדים כו' וכתיב בתריה ואם אמת הי' הדבר והוציאו את הנערה וסקלוה והרי נטלו שכר להעיד דאע"ג דאמת הי' הדבר היינו שלא נתברר על ידי הזמה ואע"ג דשם לה עלילות ממון ששכרם אפ"ה עדותן כשר מה"ת עכ"ל. ואחר העיון אין ראי' משם דהנה ר' יהודא בא להקל עליו דאף דנתברר על ידי בירור דפרישת השמלה דעדיו עידי שקר הם בכל זאת אינו חייב מלקות וממון עד ששכרם להעיד שקר דאז קנסינן ליה אבל אם לא שכרם אינו חייב והדבר נכון בסברא דאמאי קא מחייבת ליה אם סמך אעדים בחשבו דעידי אמת הם והאמינם ועל זה הזהירם התורה ואם שם לה עלילות דברים היינו שישכור עדים ולקחו אבי הנערה והוציאו כו' פירש שיבואו עידי הזמה ויזימו עדי שקר דבעל ואז חייב הבעל מלקות וממון אם בעל לר' יהודא מאחר ששכר העדים. אך אם אמת הי' הדבר פירש שלא באו עידי הזמה ונשארו עידי הבעל בחזקתם ובודאי נמי לענין זה שלא שכרן אם נימא דנוטל שכר להעיד פסול מה"ת מאחר דלא באו עידי הזמה. ואין ראי' להיכא דידעינן בבירור שנטל שכר להעיד דאפשר דפסול מה"ת. ועל דרך הפלפול אמרתי דכיון דהש"ס מסתפק שניהם בפרוטה מאי א"כ לא שייך נוטל שכר להעיד דהא בוודאי לא משקרי בשביל הנאתו דלא מטי לכל אחד שו"פ. אמנם זה אינו דא"כ כ קשה איפכא דלפשוט דשניהם בפרוטה מהני דעיקר העדות הוא דוקא בפרוטה דאל"כ הוי נוטל שכר להעיד. והנה בתשובת מהרי"ן ל"ב הנ"ל שהביא הקצוה"ח נאחז בסבך נוגע דפסול אם הוא משום דחשדינן ליה לשקר בשביל הנאתו א"כ נוטל שכר להעיד נמי פסול מה"ת משום דחיישינן לשקר. ואי נימא דפסול נוגע

הוא משום דאדם קרוב הוא אצל ממונו אבל לא חיישינן למשקר א"כ נוטל שכר להעיד כשר מה"ת. ובסוף דבריו הקשה אם נוגע פסול משום קרוב א"כ לחוב אמאי נאמן דהא קרוב פסול בין לזכות בין לחובה. והעלה שם דהא דכשר לחוב היינו משום דאתינן עלה מתורת חיוב ומתורת מתנה כיון דיכול אדם לחייב עצמו כשאינו חייב וזה שמודה שחייב הוי כאלו אמר חייב אני לך מנה ויכול לחייב עצמו וכמו שכתב בעה"ת. ובקצוה"ח הקשה עליו דהא באומר להד"מ ואח"כ באו עדים דאינו נאמן לומר פרעתי אע"ג דעדים מעידים שפרע משום דנאמן על עצמו יותר מק' עדים וכל האומר לא לויתי כאלו אומר לא פרעתי והתם ליכא למימר דהוא בתורת חיוב חדש דהא אדרבה הוא בא לפטור עצמו בטענת פרעתי ע"ש. והנה אין דמיונו עולה יפה בזה דלא דמי דהא דאינו נאמן לומר פרעתי אינו משום נאמנות דידיה דהא באמת בא לפטור עצמו ובאמת מאמינים אנחנו להעדים האומרים לוה ופרע והוחזק כפרן על פיהם במה שאמר שלא לוה ולהכי חייב לשלם אבל לא משום נאמנות דידי'. דהא הם אומרים נמי שפרע וסלק עדותן זה כנגד זה ונמצא הוחזק כפרן במה שאמר שלוה וכן מבואר בסמ"ע (סי' ע"ט). ומה שטען בעל קצוה"ח הא בחיוב חדש בעי אתם עידי ובלי אתם עידי לאו כלום וכמ"ש בש"ע (סי' מ') ובמודה בחוב ישן אשכחן דאפי' בלא אתם עידי והיכא דלא טען לא טענינן ליה השטאה וחייב לשלם וכדאיתא בסנהדרין (פ' ע"ב) וכן מבואר בש"ע (סי' פ"ח) עכ"ל ואחר העיון בודאי לא קשיא זאת על מהרי"ן ל"ב דהרי דעת הרמב"ם (ריש פ"ז מהלכות טוען) הובא בטור (סי' פ"א אות יו"ד) והמחבר פסק להלכה (סי' פ"א סעיף ח') וז"ל אמר בפני שנים הריני מודה בפניכם שיש לפלוני אצלי מנה ואמר כן דרך הודאה גמורה ולא כדרך שיחה אף על פי שלא אמר אתם עידי ואף על פי שאין התובע עמו הרי זה עדות גמורה ומשלם על פיהם וא"כ בנוגע דבא לחוב עצמו ובודאי דרך הודאה גמורה אמר כן ולא דרך שיחה ולא בעינן אתם עידי:

ובגוף דברי מהרי"ן ל"ב דתלה זה בטעם דנוגע דפסול דאי נימא הטעם דמשום הנאתו ישקר וא"כ נוטל שכר להעיד נמי פסול מה"ת דבשביל הנאתו ישקר כנ"ל ועיין בח"מ (סי' ל"ז) והע"ש כתב הטעם דפסול נוגע אינו משום דחשיד למשקר רק משום דאדם קרוב אצל ממונו ופסול מגזירת הכתוב והסמ"ע והש"ך השיגו עליו וכתבו הטעם דחשוד למשקר ועיין בנוב"י מהד"ק ח' אהע"ז (סי' כ"ז) שהאריך בזה ולא הכריע נגד הסמ"ע והש"ך. אמנם העלה שם דהא אף נוגע נאמן במילתא דעבידא לאגלויי וע"ש שהוכיח זאת בראיות ברורות אך בנוטל שכר להעיד בודאי אף במילתא דעבידא לאגלויי פסול. אך באמת בתשובת פני יהושע ח' אה"ע הכריע דאף במלתא דעביד לאגלויי פסול נוגע

ע"ש. אמנם בב"ש אה"ע (סי' ק"כ) בפשיטות הכריע דבמילתא דעבידא לאגלויי נאמן אף בנוגע והביא ראי' מהא דאמרו (בכורות ל"ו) נאמן הכהן לומר בכור זה ניתן לי במומו דמלתא דעבידא לאגלויי לא משקרי אנשי והרי אף דהכהן נוגע בדבר וחשוד ובכל זאת נאמן ע"ש ועיין בב"י ח"מ שהביא (בסי' כ"ה) בשם הרשב"א דמי שאינו מחויב להעיד ונטל שכר להעיד אינו נפסל משום נטילת שכר (ועיין בנוב"י מהדו"ק ח' אה"ע סי' ס"ט) ובתשובת שיבת ציון (סי' פ"א) ע"ש ועיין בנוב"י (סי' כ"ז) דאם החזיר השכר עדותו קיימת למפרע וא"צ להעיד מחדש ואשתמיט מיניה דברי הר"ן בספ"ב דקדושין דצריך לחזור ולהעיד מחדש. ובודאי לדברי הר"ן הנ"ל ה"ה. אף בנוגע דהסכימו הפוסקים דיכול לחזור השכר ולהעיד אח"כ ולא אמרינן עביד אינש להחזיק דבריו וא"כ אין נ"מ בכל הפלפול שהאריך שם הגאון בעל נוב"י אם נוגע כשר בעדות אשה ועיין בשב שמעתא (שמעתא ז' פ"ו) שהאריך בזה לבאר דין נוגע ע"ש. והנה בשונא גדול אי פסול לעדות הנה בתשובת מהרש"ל (סי' ל"ג) כתב וז"ל לולא דמסתפינא מרבותי הו"א שונא גדול שרוצה להתנקם פסול לעדות אף לרבנן דמכשרי עדות שונא וראי' מתוס' (מכות ו') א"כ הורג יציל נרבע יציל ופירשו שם שהוא שונא אף דגבי נרבע סתרו טעמם בהורג נשאר הסברא ע"ש דפלפל לומר דדוחק לומר דפריך אליבא דמאן דפוסל עדות שונא א"כ מאי פריך לר' יוסי דלמא ר"י כרבי ס"ל דקאמר בזמן שהתרו כו'. ועיין בתשובת כנסת יחזקאל (סי' פ"ט) דהאריך בזה לסתור דברי המרש"ל והרבה הארכתי בזה ואין כ"מ. ובחידושי הבאתי ראי' לדעת המרש"ל מגמרא (יבמות קי"ז) הכל נאמנים חוץ מחמשה נשים כו' טעמא דחמותה דאכלה לגרסנא דאימא והא אנן תנן חוץ משבעה נשים ומשני ההיא ר' יהודא. דתניא ר' יהודא מוסיף אף אשת אב וכלה כו' ופירש"י מאי מוסיף אמאי קא מוסיף כו' ורבנן כמים פנים אל פנים כן לב האדם לדעת רש"י ע"ש וכן כתב הרא"ש דכלה ואשתו אסורה מטעם כמים פנים אל פנים כו' וקשה דהא שונא כשר להעיד בשלמא חמותו משום גרסני שפיר וכן אידך אלא ש"מ דשונא גדול פסול לעדות ועיין בשב שמעתא (שמעתא ז' פ' ד') שהביא דברי הרמב"ם (פ"א מה' סוטה) דחמש נשים אין נאמנין להפסיד כתובתה משום שנאה הא בדיני ממונות שונא גמור כשר ואף לדברי המהרש"ל שזכרנו אינו מוכרח דצרה יהי' בגדר שונא כזה ע"ש שתירץ דוקא בעד כשר הוא דשונא כשר להעיד. אבל הפסולים להעיד דכשר בסוטה אינו אלא משום אומדנא והוכחה וכל ששונא ואיכא למימר דמחמת שנאה פסול ומשו"ה אין הצרה נאמנת כו':

סימן ח

ביאור דין שעבודא דאורייתא במלוה ע"פ:

וביאור דברי התוס' בזה בכמה סוגיות וביאור דעת הפוסקים בזה וישוב נכון על קושית הט"ז בח"מ (סי' פ"ח) בשעבודא דאורייתא באופנים שונים. ופלפול בדברי הפוסקים בזה:

הרא"ש פ' שבועת הפקדון הביא מחלוקת התוס' ורמב"ן אי במלוה ע"פ הוי מודה במקצת הודאת שעבוד קרקעות. דלהתוס' מקרי שעבוד קרקעות דהקשו התוס' (בשבועות ל"ז ובב"מ ד') למאן דאמר שעבודא דאו' מודה במקצת היכי משכחת לה דחייב רחמנא שבועה הא הוה ליה כפירת שעבוד קרקעות. ותירצו כגון שמחל השעבוד או כגון שאין לו קרקע. והרמב"ן כתב דהא בורכתא דכל מודה במקצת שאין בו עדים כאן חייב דאפי' תבעו מנה לי בידיך בשטר ואבד ממני השטר והלה אומר אין לך בידי אלא חמשים בשטר חייב הוא שבועה דאורייתא. כיון דאמר דאין השער כאן ואין יכול לגבות בו מן המשועבדין לאו שעבוד קרקעות מקרי והרא"ש דחה דברי הרמב"ן והסכים להתוס' ע"ש. והובא המחלוקת בב"י (סי' פ"ט סעיף ל"ח) ע"ש. והנה הע"ז בח"מ (סי' פ"ח ס"ק כ"ד) הביא דברי העור (ס"ק ל"ח) שהביא דעת התוס' שזכרנו דבמלוה ע"פ מקרי נמי ש"ק והקשה הט"ז קושיא עצומה והחמיר בה למאוד וזה לשונו יש לי תימא רבה על זה מההיא דפ' יש נוחלין הביא רבינו (סוף סי' ס"ב) טען הלוה על השטר חצי פרוע כו' דפסקינן התם דישבע הלוה שבועה דאו' כיון דמודה במקצת. וקשה ע"ז קושית התוס' דכאן דהא אפי' במע"פ הוי ש"ק וכבר קיימא לן דשעבודא דאו' כמ"ש הטור כאן וליכא לשנויי דמיירי שאין לו קרקעות או שמחל השעבוד כמ"ש התוס' כאן דהא אמרינן שם גובה מחצה מבני חורין ש"מ דיש לו קרקעות. ותו דאמר שם דלא גבי מלקוחות דאמרי אנן אעדים סמכינן ש"מ דיש שעבוד עכ"פ כו'. ומסיים שם בסוף דבריו ומי שיכול לתרץ ולישב דבריהם כו'. והנה רבינו בעל הט"ז נעל בפנינו דרכי ושבילי התירוצים עד כי אין חזון נפרץ לתרץ קושיא זאת. ולדעתי נראה לחלק דלא קשה מהתם דשאני התם דאיכא עדים דאמרי דנפרע כולו ויוכלו הלקוחות לומר דאנן אעדים סמכינן דאמרי פרע והוי כאין לו קרקע דסמכינן אעדים וכאילו ידעינן ודאי דפרע. ואע"ג דלגבי דידיה לא הוי דברי העדים כלום משום דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי. אבל לגבי לקוחות ודאי נאמנים ואע"ג דאי הוה לוקח מודה דלא פרע כולו הוה גבי ממשעבדי. אבל היכא דאיכא עדים בודאי לא הוה ש"ק דיוכלו הלקוחות לטעון דפרע. ואתי שפיר דהתוס' לא כתבו אלא במלוה שאינו ידוע דאפשר דהמלוה והלוה אמת קאמרי אלא שאין הלוקח חייב להאמין,, אבל הכא דאיכא עדים בודאי המלוה והלוה אינם נאמנים דהאמת עם העדים ולא גבי ממשעבדי ואחרי בנותי בספרים היטב בדבר זה אשר לכאורה נראה לחילוק נכון

זכיתי למצא דבר זה מבואר בתשובת פ"י (ח' ח"מ סי' צ') באמצע התשובה לענין חקירתו שחקר ונסתפק היכא דתבע אחד לחבירו מנה ועדים מעידים שחייב לו חמשים ונתן לו שטר עליהם והשטר אינו בידו מי הוי שע"ק או לא מי אמרינן כיון שהשטר אין בידו ויכול לומר פרעתי לא הוי ש"ק או דילמא כיון דעדותן של העדים הוא וטריף ממשעבדי דהא מעידים שהיה לו שטר ע"ש. שוב הביא דעת התוס' והרמב"ן שזכרנו וביאר דלדעת התוס' ליכא ספיקא כיון דשעבודא דאורייתא אפי' במע"פ והוי כל מודה במקצת הודאת ש"ק וכיון דהוי ידעינן שחייב לו או הלקוחות היו מודים טרפינן ממשעבדי. והא דלא טרפינן במע"פ משום דלא ידעינן דחייב לו. וא"כ בנידון דידן זה פשיטא דהוי ש"ק. כי מספקא לן אליבא דהרמב"ן שדעתו דמלוה ע"פ לא מקרי ש"ק אפי' אם מודה הלוה כיון דאין יכול לגבות מן המשועבדים כו' ע"ש. ולדידיה מספקא לן דיש לומר ע"כ לא קאמר הרמב"ן אלא בהודאת הלוה דהתם אין הלוה מודה ש"ק כלל כיון דאפי' לפי הודאתו לא טרפו ממשעבדי דמאן לימא לן דהוי לו שטר. אבל עדים דמסהדי אשטר א"כ מעידים אקרקעות דלפי עדותן טרפי ממשועבדים אי הוה ידעינן דחייב עדיין ע"ש. שהביא ראיה לזה מגמרא הנ"ל דפ' יש נוחלין מלוה שהוציא שט"ח מלוה אומר לא נפרעתי כלום והלוה אומר פרעתי מחצה ועדים מעידין אותו שפרע כולו נשבע וגובה מחצה והאי נשבע הכריע שם דהוי שבועת התו' ואי נימא דהוי ש"ק איך שייך שבועת התורה הא הוי כפש"ק. אלא ע"כ דלא שייך ש"ק ומהאי טעמא משום דיוכלו הלקוחות לומר אנן אעדים סמכינן. ואף דבהודאת הלקוחות דאי מודו לקוחות דלא פרע כולו גבי ממשעבדי. מ"מ השתא דלא מודו ואיכא למיחש לפירעון לא מקרי ש"ק. ומבואר באר, היטב סברתינו ביסוד נכון מגמרא דהתם כיון דאיכא עדים יוכלו הלקוחות לומר אנן אעדים סמכינן ומאוד שמחתי שכונתי בסברא לדעת גדול כמותו:

אמנם בגוף קושית התוס' הנ"ל דלמ"ד שעבודא דאו' איך משכחת שבועה במודה מקצת הא אין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות. תירצתי בחידושי לדברי הה"מ פט"ז מהלכות אישות דהא דאין נשבעין על כפירת ש"ק היינו היכא דליכא מטלטלין רק קרקע אבל כל שיש מטלטלי וקרקע אז חייב לשבע שבועה דאו' ע"ש (בסעיף כ"ה). דתירץ בזה קושית הראב"ד דהקשה בהא דכתב הרמב"ם בהיא אומרת בתולה נשאתני וכתובתי מאתים והוא אומר לא כי אלא אלמנה נשאתיך דאם הבעל קיים תוכל להשביעו שבועה דאו' משום מודה במקצת. והשיג הראב"ד דהא אין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות דאין הכתובה נגבית מן המטלטלין. ותירץ שם הה"מ דכיון שהגאונים תקנו שתגבה כתובה מן המטלטלין ואינה כפירת ש"ק בלבד. וא"כ לא קשה קושית התוס' הנ"ל. והרבה

הארכתי בחידושי לתרץ בזה קושית השעה"מ הלכות מלוה ולוה שהקשה על הש"ך (סי' קט"ו) בח"מ שחידש הש"ך שם דבהלואה הבאה מחמת מכר לכ"ע שעבודא לאו דאו' דאמאי לא תירצו התוס' שם קושיתם דאיך משכחת שבועה דאו' במודה מקצת למ"ד שעבודא דאו' הא אין נשבעין על כפירת ש"ק והא משכחת לה במלוה הבאה מחמת מכר דלכ"ע שעבודא לאו דאו' כנ"ל עי' לקמן בחדושינו ס"י. אמנם בגוף קושית התוס' הנ"ל הקשו האחרונים דאמאי לא הקשו התוס' מעד אחד דחייבו התורה לשבע על ידו. אמנם האחרונים הקשו נמי בלאו הכי דאיך עד אחד נאמן במקום חזקה דאין אדם מעיז. ובכמה מקומות אין עד אחד נאמן להוציא מחזקה ומכש"כ בחזקה התלויה בסברא דחזקה אלימתא היא. וצריך לומר דבאמת החזקה אינה אלים כ"כ דיש בני אדם המעיזים פניהם וכמ"ש הרשב"א. וא"כ אתי שפיר גם קושיא הראשונה דאם נימא דאין צריך לשבע נגדו והוא כופר שוב לא שייך שעבוד מאחר דיכול לפרוק מעליו על ידי שיכפור וחזקה ליכא כנ"ל:

והנה בגוף קושית התוס' דב"מ (ד') דלמ"ד שעבודא או' איך ישבע מודה במקצת הא אין נשבעין על כפירת ש"ק. התוס' במס' ב"ב (דף קע"ה ע"א) ד"ה המלוה את כו' מתרצים עוד תירוץ אחר דמה דאמרינן שעבודא דאו' היינו בדאיכא עדים שהוא חייב לו. אבל היכא שהחיוב הוא רק על פי עצמו לכ"ע שעבודא לאו דאו'. ובנוב"י מהדו"ת (ח' ח"מ סי' כ') ביאר דתירוצי התוס' ב"מ וב"ב מחולקים בפלוגתא דש"ך וסמ"ע (בסי' פ"ח סעיף כ"ה) דהסמ"ע (ס"ק נ"א שם) כתב דשטר הוי כמו קרקע אף שאין ללוה קרקע. וביאר שם כונת הסמ"ע דכיון דהך הלואה ראוי היה לטרוף בו ממשעבדי. א"כ מחשב זה כפירת שעבוד קרקעות אף דאין לו קרקע עכשיו, וכן נמי יש לומר לסברת הסמ"ע אף דמחל לו השעבוד. גם כן הוי שעבוד קרקעות כיון דאילו לא מחל לו השעבוד הוי עורף ממשעבדי. א"כ ראוי היה אותו הלואה לטרוף ממשעבדי. וא"כ לדעת הסמ"ע ע"כ צריכין אנו לומר תירוץ התוס' דמס' ב"ב דמודה במקצת מחייב שבועה ע"פ עצמו. אבל הך תירוצא דמס' ב"מ לא ס"ל דאף דאין לו קרקע או שמחל לו כיון שראוי הי' אותו הלואה לטרוף ממשעבדי כגון אם יהי' לו קרקע או שלא מחל לו הוי מחשב כפירת ש"ק ואין נשבעין עליהם אם שעבודא דאורייתא. ולכך מתרצי דמודה במקצת שחייב שבועה מיירי דאין לו קרקע או שמחל השעבוד. וע"ש דביאר דלא קשה על תירוץ דב"ב הנ"ל מהא דר' חייא קמייתא (ב"מ ה') דאמר שלא תהי' הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים. וע"כ איכא עדים על הך מודה במקצת והוי הודאה בש"ק ואמאי נשבע דכבר הקשה זה בר"ן ומתרץ דר"ח מיירי כגון שהעדים לא אמרו אלא שהלוה רק הלוה טען לא לויתי וכל

האומר לא לויתי כאילו אומר לא פרעתי דמי וזהו רק לגבי דידיה דהוא הפסיד בטענתו שאמר לא לויתי אבל הלקוחות לא מחייבו בהכי דאינהו לית להו למסמך על טענתו. ע"ש דהכריע כתירוץ התוס' דב"ב מהא דפריך רבא לרמי בר חמא דאין נשבעין על כפירת ש"ק דלמא רמי בר חמא אמר שבועה דאו' היינו היכא ששייך שבועה דאורייתא במודה במקצת כגון דלית ליה קרקע או שמחל השעבוד ורמי בר חמא לא אמר אלא שפוגמת יש לו דין מודה במקצת כו' ע"ש. ולהאי תירוצא דב"ב דהכריע הנוב"י דהוא עיקר דהא דשעבודא דאו' היינו דוקא בדאיכא עדים. אבל לא ע"י עצמו יש לתרץ נמי קושית הט"ז הנ"ל ע"פ דברי הר"ן פ' שבועות הדיינים (דף ש"ד) דהקשה אהך דמייתי הרי"ף הך שלח ר"ח לר"י ב"ח מלוה אומר לא נפרעתי ולוה אומר פרעתי מחצה ועדים מעידין שפרעו כולה דנשבע וגובה מחצה. וכתב על זה דאיכא למידק כיון דאיכא עדים דפרעו כולה והם המעידין כדבריו. ולמה צריך לשבע דיש בכלל מאתים מנה. והעלה שם דשאני התם שהוא פסלם שמכחיש דבריהם דאמר דלא פרע אלא מחצה ולגבי עצמו נאמן לפוסלם ומיהו לאו למימרא דפסלינהו לגמרי דא"כ בשבועה לא הוי מהימן דהא איכא שטרא אלא לאו הכחשה היא לגמרי כו'. וכיון דהכחשה ולאו הכחשה היא אין סומכין על עדותן לגמרי. והו"ל תביעתו של מלוה כתביעת ע"פ שאין עליה עדים שהנתבע מב"מ נשבע. וא"כ לדברי הר"ן בהך עובדא דאיהו קא מכחיש לעדים הו"ל לגבי עצמו כמאן דלא הוי בהאי שטרא עדים דעדותן מהני לבטולי שטרא כנ"ל דהכחשה ולאו הכחשה הוא. וא"כ לתירוץ ב"ב הנ"ל דהוא עיקר דשעבודא דאו' לא שייך אלא דוקא בדאיכא עדים ובהאי עובדא דדמי כמאן דלא הוי עדים והוי כמלוה על פה שאין עליה עדים לדברי הר"ן. ואם כן ליכא כלל שעבודא דאו' הכא ושפיר אמרי דנשבע וגובה מחצה. ומתורץ שפיר קושית הט"ז בטוב טעם ודעת. אחר כך מצאתי בספר המדע על הלכות ריבית מהגאון ר' שמעון קרומני שתירץ בסגנון זה ע"פ דברי הר"ן הנ"ל:

סימן ט

ביאור דעת הפוסקים בדין שעבודא דאורייתא במטלטלין. וביאור כמה סוגיות בש"ס וביאור הרבה דינים בדברי הפוסקים בשעבודא דאו' וישוב נכון בסתירת דברי הרא"ש, וביאור דעתו כשעבודא דאו' שנבוכו הפוסקים בזה ולא עמדו על דעתו:

בש"ע חו"מ (סי' ל"ע סעיף א') המלוה את חבירו בעדים או שהודה בפני עדים שהוא חייב לו כו'. ואינו גובה מהמשועבדים. והמלוה את חבירו בשטר גובה מהמשועבדים כו'. והרב ש"ך האריך בדין זה בשעבודא דאו' והעלה דספיקא דדינא הוא כי רבו החולקים אשר ירד לדעתם דסברי שעבודא לאו דאו' אלא שלא מלאו לבו להכריע

נגד הסוברים דשעבודא דאו'. ובגודל חריפותו ובקיאותו הנפלאה העלה סתירה בדברי הפוסקים הראשונים והאחרונים בדין דשעבודא דאו'. ובדעת הרא"ש איך דעתו הודה שלא ירד ולא עמד על דעתו דדבריו סותרים זה את זה. דבסוף (פ' ג"פ) ס"ל דשעבודא דאו' וכ"כ הב"ח (סימן פ"ט) בדעת הטור לדעת הרא"ש. ובפ"ק דב"ק כתב הרא"ש דאין ב"ח גובה מן היתומים מעבדים שהניח להן אביהן דהלכה כרב נחמן בדיני דאמר עבדי כמטלטלי דמי בכל מילי דרבנן לגבות מן היתומים כו'. והיינו כמ"ש התוס' והרא"ש (פ' הגוזל קמא) בטעמא דרב נחמן דלא גבי מעבדי דיתמי דהוי מידי דרבנן דסבר שעבודא לאו דאו' ע"ש. שהביא מכמה מקומות ולא הכריע דעת הרא"ש. וקושיא זו הקשה נמי בשעה"מ הלכות גזילה (פ"ג הל' ד') בשם מוהר"ש ז"ל (סי' רי"ח) ומהתימא שלא זכר בעל שעה"מ שזו קושית הש"ך. ובפלפלא חריפתא (פ"ק דב"ק) הקשה נמי בדברי הרא"ש דסותרים דבריו דב"ק שזכרנו לדבריו בב"מ אמתני' דמצא שט"ח. דפסק שם הרא"ש דשעבודא דאו'. וכלל תירוצו שם הוא כתירוץ השעה"מ ע"ש. ועוד הקשה הש"ך בדעת המרש"ל ובהבנתו בדברי הרא"ש ולא הכריע. דבישו"ש (פ' קמא דב"ק סי' עז) הביא דעת הרא"ש (דסוף פ' ג"פ) וכתב בפשיטות שדעת הרא"ש דשעבודא דאו'. והכריע כן בראיות ולא שת לבו אל דברי הרא"ש (דפ"ק דב"ק ופ' הגוזל קמא). וגם הקשה עליו דאיך פסק הוא בעצמו בישו"ש שם (בסי' ל"ג) ופ' הגוזל קמא (סי' ח') דעבדי כמטלטלי דמי לענין גבית חוב שהוא דרבנן ע"ש. ובשעה"מ פ' הנ"ל הביא נמי סתירה בדברי התוס' (דב"ק פ"ק) דסותרים לדבריהם דפ' נושאין על האנוסה (דף צ"ט) ד"ה ה"נ. והנה הרבה האריכו האחרונים לתרץ דעת הרא"ש על מכונו. עי' בתומים (סי' ל"ט) ובחידושי פ"י על טור חוה"מ באריכות. וגם אני אענה את חלקי בזה מה שנלע"ד והוא. דהרמ"ה בחידושיו הובא במהרי"ט אלגזי (דף ע"ח) כתב דלעולא דיליף מקרא דיוציא לך העבוט חוצה ע"כ צ"ל דעתו דס"ל כר"מ דמטלטלי דיתמי משתעבדי לב"ח כיון דקרא במטלטלין איירי וע"כ איכא שעבודא דאו' אף במטלטלין דאין סברא לומר דס"ל לעולא דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי מדרבנן דלא שייך תקנתא גבי יורשין דלית להו פסידא. וא"כ אף מדרבנן לא הפקיעו השעבוד וכתב שם דלרב פפא דמסיק התם שעבודא דאו' כיון דמטלטלי דיתמי לב"ח כו' ע"כ צ"ל לענין הלכה דין זה דשעבודא דאו' אינו מן המקרא אלא מדין ערבות ודוקא בקרקעות דדעתו של אדם סומכות עליהן ואיכא ערבות משא"כ במטלטלין דאין דעתו של אדם סומכות עליהן וליכא ערבות עכ"ל:

והיוצא לנו מדברי הרמ"ה הנ"ל דדין שעבודא דאו' אי שייך במטלטלין או לא תליא בהלימודים דשעבודא דאו'. דאם הלימוד דשעבודא דאו' מקרא דיוציא לך העבוט חוצה

אזי מטלטלין נמי משתעבדי מה"ת כיון דקרא במטלטלין איירי. אמנם אי שעבודא דאו' אינו מן המקרא אלא מדין ערבות ואז דוקא בקרקעות דדעתו של אדם סומכות עליהן ואיכא ערבות משא"כ מטלטלין דלא סמכה דעתו של אדם עליהן וליכא ערבות. אמנם דעת הרשב"א אינו כן דהרשב"א בחידושיו פ"ק דב"ק כתב דלמ"ד דשעבודא דאו' ה"ה במטלטלין ומה"ת מטלטלי דיתמי משתעבדי לב"ח אלא דתקנת חז"ל הוא דאין ב"ח גובה ממטלטלי דיתמי. הובא הרשב"א בקצוה"ח (סי' ל"ע ס"ק א'). וא"כ י"ל לענין הלכה דין זה דשעבודא דאו' מקרא ילפינן כסברת עולא ולפיכך אפי' במטלטלין איכא שעבודא דאו' ואצ"ל דלעולא דיליף מקרא ס"ל כר"מ דלא כהלכתא דודאי מודה ואזיל דמדרבנן מיהא מטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח. ומאחר שזכינו לדברי הרמ"ה הנ"ל יתורץ לן היטב דעת הרא"ש דלא סתרי דבריו זה את זה דבאמת דעתו להלכה בשעבודא דאו' כדבריו (בס"פ גט פשוט). והעיקר דפסק שם כרב פפא דשעבודא דאו'. אך כבר הכריע הרמ"ה הנ"ל דעת רב פפא דמשום ערבות הוא ואינו מן המקרא ולהכי מטלטלי דיתמי לא משתעבדי משום דלא סמכה דעתו עליהן וליכא ערבות וא"כ הרא"ש דפסק כרב פפא ע"כ נמי דעתו דשעבודא דאו' הוא מטעם ערבות ורק בקרקע דדעתו של אדם סומכות עליהן ואיכא ערבות משא"כ במטלטלין כנ"ל ומעתה אתי שפיר דלא קשה מהא דפסק הרא"ש בפ"ק דב"ק דאין ב"ח גובה מן היתומים מעבדים שהניח להן אביהן דהלכה כרב נחמן בדיני דאמר עבדי כמטלטלי דמי בכל מידי דרבנן פי' דשעבוד דמטלטלין הוא דרבנן דמה"ת לא משתעבדי דלא סמכה דעתו עליהן וליכא ערבות כנ"ל דבוודאי נמי טעמא דרב נחמן משום הכי הוא כמו שהוכיח הרמ"ה לרב פפא דעתו דשעבודא דאו' הוא משום ערבות מדהביא כיון דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח כנ"ל. מכש"כ לרב נחמן גופא בודאי טעמא משום הכי הוא וכן כתב הר"ן טעם זה (בריש פ' הגוזל) ע"ש ולא סתרי דברי הרא"ש אהדדי ובסגנון זה מתורץ שפיר קושית הש"ך על המרש"ל כמובן. וגם סתירת דברי התוס' דכתובות (פ' נושאין על האנוסה) שזכרנו ובזה נדחה דברי השעה"מ (פ"ג מהלכות גזילה). והנה אף כי בסברא הזאת לחלק בין קרקע למטלטלין דבקרקעות דדעתו של אדם סומכות עליהן ואיכא ערבות שעבודא דאו'. אבל לא במטלטלין דליכא ערבות עי' בתומים (סי' ל"ט) שהוכיח כן מדברי רב נחמן בעצמו (ב"ב קכ"ה) דפירש ר"ת דר"נ ס"ל דשעבודא דאורייתא דמדהקשה הגמרא על רב נחמן מהך דיתומים שגבו קרקע בחובת אביהן דחוזר וגובה מהן ומוכח דתלי בשעבודא דאו' ע"ש. שהביא דזו נמי ראיות הרשב"א ודעתו דשעבודא דאו' וקשה דברי ר"נ אהדדי. אלא ע"כ לחלק דרק בקרקע שייך שעבוד משום דדעתו של אדם סומכות עליהן משא"כ במטלטלין וכיון מדעתו לחלוק

הנ"ל. אלא שלא ירד לבאר השיטות בהלימודים דשעבודא דאו' אשר האיר עינינו הרמ"ה בחידושיו הנ"ל שזכרנו. דאתי כחומר סתירת הרבה פוסקים ודעת רבותינו בעלי התוס' ביסוד נכון. ולכן ערב התומים השיטות אחת לאחת והקשה דלא משמע כן מהרשב"א בחידושיו לב"ק דאף במטלטלי משתעבדי מה"ת וכן מהרמב"ן. אלא שהכריע דמרוב הפוסקים לא משמע כן. ולדעת הרמ"ה אתי שפיר השיטות וכהכרעתו דהרשב"א חולק על הרמ"ה בזה:

ומאחר שביארנו היסוד לחלק בין קרקע למטלטלין בשעבודא דאו' נבא לתרץ קושית האחרונים דהקצוה"ח (בסי' ל"ט) הביא להקשות בשם הר"ן קושיא חמורה בדברי התוס' דב"מ (פ"ק ד') למ"ד שעבודא דאו' מודה מקצת הטענה למה ישבע כיון דהו"ל כפירת ש"ק, ותירצו התוס' דמיירי שמחל השעבוד או שאין לו קרקע והקשה הר"ן א"כ הא דאמרינן שבועת ד' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים היכי משכחת לה אי בדאית ליה קרקע הו"ל כפירת שעבוד קרקעות ואין נשבעין כו' ואי במחל השעבוד או שאין לו קרקע א"כ מטלטלי דיתמי לא משתעבדי ותירץ הר"ן כגון ששעבד לו מטלטלי אגב קרקע ופלפל שם הקצוה"ח אי אגב דאו' או דרבנן. והרבה הארכתי בחידושי לפלפל בזה. אך לדברינו הנ"ל אתי שפיר על פי דברי הרמ"ה בהלימודים דשעבודא דאו' כנ"ל. וקושית התוס' אינו אלא למ"ד שעבודא דאו' מקרא דיוציא לך העבוט החוצה. ולדידיה מטלטלי דיתמי נמי משתעבדי מה"ת ואף מדרבנן משתעבדי ולא קשה קושית הר"ן דשפיר מיירי במחל השעבוד או שאין לו קרקע. ואף דהוי מטלטלי דיתמי דלמ"ד דשעבודא דאו' מקרא אף מטלטלי דיתמי משתעבדי. ובזה מתורץ שפיר קושית הקצוה"ח שהקשה בשם אחיו שם מהא דאמרי' (פ' שבועת העדות דף ל"ב) אמר רב פפא הכל מודים בעד מיתה שהוא חייב ואמרי' עלה ש"מ משביט עידי קרקע חייב ופירש"י משום דעד מיתה עד קרקע הוא שהכתובה אינו נגבה אלא מן הקרקע ומשני דתפסה מטלטלין ושם (ד' ל"א) אינה נוהגת אלא בראוי להעיד אמר רב פפא לאפוקי מלך ורב אחא בר יעקב אמר לאפוקי משחק בקוביא ומ"ד מלך אבל משחק בקוביא לא דמדאו' מחזי חזי ורבנן הוא דפסלוהו ע"ש. וא"כ כיון דמה"ת עד מיתה נמי ראוי למטלטלי כיון דכתובה דאו' ומטלטלי דיתמי נמי משועבד מה"ת הרי הוא חייב לרב פפא כמו משחק בקוביא כיון דמדאו' מהני ע"ש. דזו קושיא מושכלת אמנם לדברינו הנ"ל על פי דעת הרמ"ה דהכריע בדרב פפא דסובר שעבודא דאו' הוא משום ערבות ודוקא בקרקעות דדעתו של אדם סומכת עליהן איכא ערבות. משא"כ במטלטלין דאין דעתו של אדם סומכת עליהן וליכא ערבות לא

קשה מידי אלא דלהרשב"א שזכרנו דאין דעתו כן וחולק על הרמ"ה שפיר יש להקשות.
ובחידושי הארכתי בזה:
והנה התומים (בסי' מ"ע ס"ק י"ט) הלך בדרך אחרת וחידש להיפך מדברינו דהאי סברא דנכסי דאינש אינון עריבין ביה הוא דוקא למ"ד דשעבודא לאו דאו' וממילא עיקר שעבוד הלואה הוא רק על לוה עצמו ולכן אין על הנכסים רק ערבות ולא שעבוד. אבל למ"ד שעבודא דאו' תיכף הנכסים משעובדים בתורת שעבוד גמור ואינם בגדר ערבות דנימא בהו לא יתבע מן הערב תחלה ע"ש שתירץ בזה השמטת הרמב"ם הדין דשני יוב"ש שקנו שדה בשותפות או שקנה אחד שדה מחבירו אין המלוה יכול לערוף אף שיש לו תביעות ממ"נ מ"מ אמרינן דנכסי דאינש אינון עריבין ביה וכל היכא דלא מצי לתבוע את לוה עצמו לא מצי תבע לערב והוא מבואר בבכורות (מ"ח) והרמב"ם השמיט דין זה ולא עשה זכר לו ותירץ בזה דהרמב"ם לשיטתיה דפסק שעבודא דאו' ולא שייך ערבות והאחרונים בנו יסוד על דבר זה. אמנם באמת דברי התומים תמוהים ואין שחר למו דנסתר זאת מדברי רבא בעצמו דהכריע בש"ך (סי' ל"ט) דעתו בשם ריטב"א דרבא סבירא ני' שעבודא דאו' ובכל זאת הוא בעל מימרא בבכורות דנכסי דברנש עריבין ביה. ובעיקר דבריו תמוהים מאד דהא עיקר פלוגתא דשד"א או לא קאי על הלקוחות. אבל מן הלוה עצמו ודאי הוה דאו' ומבואר זאת בתוס' ס"פ ג"פ (דף קע"ה) וכבר השיג עליו בתשובת גליא מסכתא (סי' ה') מגמרא מפורשת (פ' ג"פ קע"ד ע"א) דאיתא שם ההוא דיינא דאחתיה למלוה לנכסי דלוה מקמי דתבע ללוה וסלקיה ר' חנן וקלסיה רבא ואמר מאן חכים למיעבד כי הא מילתא דר' חנן קסבר דנכסי דב"נ אינון עריבין ליה וקיימ"ל דלא יתבע את הערב תחלה. והרי"ף והרא"ש הביאו מסקנא דרבא וכן הרמב"ם (פ' כ"ב ממלוה) והטור שו"ע (סי' צ"ח) לפסק הלכה אף שכולם פסקו דשעבודא דאו' ע"ש בתשובה בדבריו הנחמדים. וא"כ אין אנו אחראין בדברי התומים שהם נגד הרמ"ה ודברי הרמ"ה כראי מוצקים ויש להם פנים בכמה מקומות בש"ס ופוסקים, והנה לכאורה חקרתי הנפקא מיניה אי נימא דשעבודא דאו' מקרא דיוציא לך העבוט החוצה או מטעם ערבות לבד הנ"מ דשעבודא במטלטלין שזכרנו אי משתעבדי מה"ת או לא. ועלה בדעתי דלכאורה איכא נ"מ נמי בקרקע שקנה אחר הלואה אם נשתעבדו מה"ת או לא דאי נימא דמשום ערבות הטעם דשעבודא דאו' דנכסי דבר נש אינון עריבין ביה. וא"כ כיון שאותם הנכסים לא היו בשעת הלואה לא נתערבו עבורו ואינם משועבדים לו אבל אי נימא מקרא דיוציא לך העבוט החוצה והאי קרא במטלטלין איירי ומאחר דמרבינן מיניה קרקע לא שנא אם הי' לו מקודם או קנה אח"כ:

אמנם אחר העיון זה אינו דאף אי נימא דשעבודא דאו' מטעם ערבות הוא לא עדיפי נכסי דאינש דהוון מטעם ערב מערב גופא דהערב בעד חבירו דאין חילוק בין דקנה ובין דאקני הא כל שנעשה ערב גופא נעשה בכל מה שימצא בידו בעת הגיע זמ"פ וה"ה נכסי דאינש דהוון מטעם ערב נמי לא שנא בין דקנה ובין דיקנה אחראין וערבאין לזה ובזה לכאורה נסתר נמי מה שחידשתי בחידושי לתרץ קושית הרשב"א בסוף קידושין דלמה לי קרא דונתן לאשר אשם לשעבודא דר"נ הא ידעינן דכל אשר יש ללוה הן בבית הן בשדה הכל משועבד למלוה משעבודא דאו' ע"כ קושיתו. וחדשתי להוכיח דשעבודא דר"נ יחול אף אנכסים דקנה אחר הלואה ולא כתב דאקני והוכחתי דשעבודא דאו' הוא מטעם ערבות וערבות לא שייך אלא אקרקע דהי' לו בעת הלואה לא מה שקנה אח"כ דאהני לא סמכה דעתיה כן תירצתי בחידושי קושית הרשב"א. ולדברינו דשעבוד נכסים דהוא מטעם ערבות לא עדיף מערב גופא דבכל מה שמוצא בידו בזמן הפירעון מחויב לשלם עבורו א"כ אף מדין שעבודא דאו' טורף הנכסים שקנה אח"כ. אמנם בכל זאת נוכל לתרץ כנ"ל אחר העיון והנ"מ לטרוף מלקוחות שמכרם לו אח"כ דאף דכתב לו דאקני העלה הקצוה"ח (בסי' קי"ב) דנכסים שקנה אח"כ לא שייך שעבוד ע"ש שהאריך בזה לתרץ קושיתו דאיך מהני דאקני לשעבד את עצמו בדבר שלא בא לעולם מאי שנא מקנין דלא מהני בדבר שלבל"ע ושעבוד עדיף מקנין דמ"ד שעבודא לאו דאו' אף שעבד בפירוש לא מהני וקנין פשיטא דמועיל ע"ש שתירץ בזה דאף למ"ד שעבודא דאו' אפ"ה מנכסים שיקנה אח"כ לא שייך שעבוד מה"ת. וא"כ מטעם שעבודא דאו' לא הוה מגבינן מנכסים שקנה אח"כ ולהכי מהני הקרא דונתן לאשר אשם לו משעבודא דר"נ דגוף החוב של מלוה הראשון הוא ומשועבד לו מדר"נ זה מה שנלע"ד בענין שעבודא דאו'. וביתר דברי הקצוה"ח שהרבה להקשות בשיטת הש"ך ועיקר חידושי בעבדי כמטלטלי דמי בין למ"ד שעבודא דאו' ובין למ"ד שעבודא לאו דאו' לעולם עבדי כמטלטלי דמי אלא דלמ"ד דאו' ה"ה מטלטלי נמי משועבד מדאו' ולמ"ד דשעבודא דרבנן אזי מה"ת קרקע נמי לא משתעבד והחילוק בין קרקע למטלטלין אינו אלא מדרבנן ובדרבנן עבדי כמטלטלי דמי ע"ש כבר קדמו בחידושי פ"י על טור ח"מ (סי' ל"ט) ע"ש.

סימן י

שאלה ראובן לוה מנה משמעון ובו ביום מכר שדה ליהודא בעדים ולא פירש אחריות. ואח"כ בא בעל חוב דראובן וטרף השדה מיהודא בחובו. ובהגיע זמ"פ של שמעון באו שניהם שמעון ויהודה לגבות מנכסי ראובן שזמנם שוה ולא הספיקו נכסיו כ"א לסלק

אחד מהם מה דינם. גם איך הדין אם באים לגבות מנכסים משועבדים לגבי המכירה ביון דלא פירש אחריות בשעת המכירה:

תשובה לכאורה כיון דקיימ"ל דשעבודא דא' וא"כ מע"פ נמי גובה מה"ת מנכסים משועבדים וכדפסק רב פפא הלכתא ב"ב (סוף פ' גט פשוט) אלא דמע"פ לית ליה קלא תקנו רבנן משום פסידא דלקוחות דלא ידעו לאזדהורי דלא לטרף מלקוחות וכמבואר בסמ"ע ובש"ע (סי' ל"ט) ולהכי לא אמרינן אחריות טעות סופר במע"פ וא"כ במלוה הבאה מחמת מכר דאמרינן (ב"ב מ"ב) דבמכירה מאן דמכר ארעא בפרהסיא מכר כי היכי דליפוק עליה קלא ולא שייך פסידא דלקוחות שוב אוקמינן אדינא דא' דאף מע"פ לגבות מנכסים משועבדים. ולענין הספק השני בבאים לגבות מראובן ולא הספיק נכסיו כ"א לאחד מהם אם יש דין קדימה לאחד על חבירו לפי מה דמבואר בתשובת מבי"ט ח"ב (סי' צ"ה וסי' צ"ו) דאם לא פרע הלוקח טורף המוכר ממשועבדים מיום המכירה. וא"כ בודאי שוים הם בבאים לגבות בבת אחת דזמנם שוה דאף במכירה מתחיל זמן טירוף נכסים משעת המכירה וא"כ דינם שוה דחולקין ביניהם לפי החשבון דמבואר (בסי' ק"ד סעיף יוד). אמנם באמת מחלוקת הפוסקים בזה ודעת בעה"ת (ריש שער מ"ז) הובא בש"ך (סי' קט"ז ס"ק ה') דבמוכר שדהו בעדים בעינן שיקבל עליו אחריות דבהא לא אמרינן אחריות טעות סופר הוא וגם דעת הרשב"ם (ב"ב מ"א) כן כאשר הכריע הש"ך שם סי' הנ"ל. וא"כ כל דלא קבל עליו אחריות לא יוכל לגבות מן המשועבדין. והנה הרב ש"ך שם הביא דהגי"ת הקשה עליו דכיון דקיימ"ל דשעבודא דא' ומאן דמזבין בפרהסיא זבין ומה"ת בין מע"פ ובין מלוה בשטר שוים הם לגבות מן המשועבדים ותירץ הש"ך דדוקא בהלואה שייך שעבודא דא' דעבד לוה לאיש מלוה ולא במוכר ע"ש:

והנה בהא דכתב הש"ך דמצא להרשב"ם ב"ב שסובר כן כנ"ל שזכרנו יפה פירש בתומים סי' הנ"ל דכל עיקר ספק של הג"ת דפקפק בדין זה הוא מכח קושיא שלו דכיון דשעבודא דא' ומוכר אית ליה קלא מה צורך לתנאי אחריות. וא"כ אין מהרשב"ם ראי' דהרשב"ם פירש כן בדרב ורב ס"ל שעבודא לאו דאו' אמנם הקשה בתומים שם מהא (דב"מ ט"ז) שהקשה הש"ס במוכר שדה גזולה דגובה הקרן ממשועבדים הא השטר לא נתן לכתוב ולדין זה קשה דמה בכך שלא נתן לכתוב דל שטרא מהכא אפי' במוכר בעדים לגבי ממשעבדי ע"ש. ותירץ דל"א מוכר שדהו בעדים גובה ממשעבדי רק למאן דאמר שעבודא דא' רק במע"פ משום דלית ליה קלא ואיכא פסידא דלקוחות תקנו דלא לגבי מן הלקוחות דלא ידעו לאזדהורי משו"ה במוכר בעדים דאיכא קלא גובה ממשעבדי משא"כ למ"ד דשעבודא לאו דא' ואף בשטר לא גבי אלא מתקנת חכמים וכשיטת

הרשב"א (הובא בריש סי' ל"ט) לא חלקו בין הלואה למכר ובאמת כבר זכרנו דעת הש"ך דהכריע דבמוכר לכ"ע שעבודא לאו דא'. אמת דקשה לכאורה דאף אי נימא דשעבודא לאו דא' וא"כ מה"ת אף מלוה בשטר לא מגבי ממשעבדי אלא מתקנת חכמים וא"כ מתקנת חכמים מיהא לגבי ממשעבדי ויש לישב. אמנם בגוף דברי הש"ך הנ"ל דחדש דבמלוה הבאה מחמת מכר לכ"ע שעבודא לאו דא'. הקשה בשעה"מ הלכות מו"ל (פ' כ') ממ"ש התוס' פ"ק דמציעא ד' להקשות דלמ"ד שעבודא דא' היכי משכחת לה שבועה דא' במודה מקצת הא אין נשבעין על כפירת ש"ק ותירצו דמשכחת לה בשמחל השעבוד ובדלית ליה קרקע ואם איתא אמאי לא תרצו דמשכחת לה מדא' במלוה הבאה מחמת מכר דשעבודא לאו דא' אלא משמע דבכל גוני דשעבודא דא' ע"ש והרבה הארכתי לחזק דברי הש"ך דבהלוה הבאת מחמת מכר לכ"ע שעבודא לאו דא' וקושית השעה"מ הנ"ל תרצתי דלא קשה מידי לדברי הה"מ (פ' ט"ז מאשות) דהא דאין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות היינו היכא דליכא מטלטלין רק קרקע אבל כל שיש מטלטלי וקרקע אז חייב לשבע שבועה דא' ע"ש (בסעיף כ"ה) דתירץ בזה קושית הראב"ד דהקשה בהא דכתב הרמב"ם בהיא אומרת בתולה נשאתני וכתובתי מאתים והוא אומר לא כי אלא אלמנה נשאתיך וכתובתך מנה דאם הבעל קיים תוכל להשביעו שבועה דא' משום מודה במקצת והשיג הראב"ד דהא אין נשבעין על כפירת ש"ק דאין הכתובה נגבית מן המטלטלין ותירץ שם הה"מ דכיון שהגאונים תקנו שתגבה כתובה מן המטלעלין ואינה כפירת ש"ק בלבד וא"כ לא קשה קושית התוס' דלמ"ד שעבודא דא' מה"ת אף מטלטלין משתעבדי אלא שחכמים הפקיעו משום פסידא דלקוחות ובהלואה הבאה מחמת מכר אוקמוה אדא' (כב"ב מ"ב) דמאן דזבין בפרהסיא זבין. וא"כ מאחר שזכינו לברר דעת הש"ך דבהלואה הבאה מחמת מכר לכ"ע שעבודא לאו דא' ורק מדרבנן גובה כנ"ל. ובודאי קדים מע"פ מהלואה לדידן דקיימ"ל דשעבודא דאו' ומע"פ גובה נמי ממשועבדים מה"ת כשיטת הרשב"א הנ"ל. למלוה הבאה מחמת מכר דהכריע הש"ך דלכ"ע שעבודא לאו דאו' אמנם בעיקר דברי הרשב"ם (ב"ב מ"א) דהוכיח הש"ך דבמוכר בעדים לא אמרינן אחריות ט"ס. סותרים דברי הרשב"ם הנ"ל לדבריו בד' ק"ז דשם ליכא שטר ואפי' הכי משמע מדבריו דאמרינן אחע"ס. ואף לפי התומים דדחה ראיות הש"ך דאין ראי' דבמוכר בעדים לא אמרינן אט"ס דהרשב"ם שם קאי לרב דס"ל שעבודא לד"א נמי אינו מספיק דהכא בד' ק"ז קאי לשמואל ושמואל סובר שעבודא דאורייתא:

סימן יא

ביאור דעת הפוסקים בדין שטר שיש בו ריבית והרבה חדושי דינים בלאוין דאין בהם מלקות אם נפסלין העדים. וביאור דעת הפוסקים בזה. וביאור הרבה סוגיות בש"ס בזה. ופלפול בדברי הפוסקים בלאו הניתק לעשה דאין לוקין אי איסורא סיהא איכא. ועור הרבה חדושי דינים בפסולי עדות מחמת עבירה:

בש"ע ח"מ (סי' נ"ב סעיף א') שטר שיש בו ריבית מפורש אינו גובה בו הריבית אבל גובה בו הקרן כו'. ובקצוה"ח הביא דברי המל"מ (פ"ד מהלכות מלוה) שהאריך בקושית התוס' ב"מ (ע"ב דהקשו הא העדים פסולין שעוברים בלאו דלא תשימון ואע"פ שאין מרויחין יש להם לפסול מידי דהוה אעבריין אוכל נבילות להכעיס דקיימא לן כאביי דפסול עכ"ל ובמל"מ כתב דיש לחקור בקושיא זו שהרי אין בלאו זה מלקות מדלא הביאו רבינו בפ"י מסנהדרין. וכ"כ הרב החינוך (סי' ע"ד) וכתב הטעם דהרי אפי' המלוה אינו במלקות שניתן להשבון ואינו בדין דהני דאתו מחמתיה יתחייבו מלקות. וכיון שכן לא מפסלי לעדים שהרי כתב רבינו בפ"י מעדות איזהו רשע כל שעבר עבירה שחייבין עליו מלקות. ומשמע דאם אינו חייב מלקות לא מפסל ע"ש בקצוה"ח שהאריך בזה והביא דברי המל"מ בשם הג"ת (שער מ"ו) דלוקין העדים ודוקא מלוה אינו לוקה משום דאיתיה בהשבה. אבל עדים לית בהו צד תיקון בהשבה כיון שאין לוקחין הריבית ונשאר להם לאו דלא תשימו במקומו. ובשם ספר בני שמואל הביא נמי כן דהוכיח מנמק"י דהעדים בני מלקות אלא דהקשה דאיך יתחייבו הערב והעדים מלקות הא הוי לאו שאין בו מעשה. ובמל"מ כתב כיון דחתמו בשטר הוי לאו דאית בו מעשה ועוד כיון דמשכחת לאו זה על ידי מעשה אף בדליכא מעשה לוקין ואפי' לא חתמו לוקין. וע"ש בקצוה"ח שפלפל בדברי הלח"מ (פ' י"ג משכירות) דאם חסמה בקול לוקה ע"ש:

ומה שנראה לע"ד בדין זה דבש"ע ח"מ (סי' ל"ד) מבואר דעובר עבירה שאין בה מלקות אינו פסול רק מדרבנן ומקורו מרבינו ירוחם. ולכאורה משמע דבכל לאו שאין בו מלקות אם בלאו שאין בו מעשה או בניתק לעשה או בניתק לאזהרת מיתת ב"ד וכן מורים דברי הרמב"ם. ועי' בהגהות הכנה"ג על הב"י (אות כ"ו) דהאריך בזה והעלה לצדד דכל שאין בו מלקות בכל גוני הן בניתק לעשה או באין בו מעשה או בניתק לאזהרת מיתת ב"ד וכדומה הכל פסול מה"ת. אך התומים (בסי' ל"ד) הכריע ויצא לחלק דבלאו הניתק לעשה או שניתן לאזהרת מיתת ב"ד דזה אינו מחמת קלות האיסור הוא דנפסל לעדות. אבל לאו שאין בו מעשה דמשום קלות הלאו הוא לכך לא נפסל לעדות. ובזה מתורץ שפיר קושית המל"מ על התוס' דאמאי פסולים העדים בחתמו על שטר שיש בו ריבית

דהא ניתן להשבון כנ"ל. דבאמת נפסלים בזה והתומים בעצמו תירץ כן ע"ש. אמנם בלאו שאין בו מעשה דמשום קלות הלאו הוא לא נפסלו כנ"ל. לדברי התומים וכן העלה בשו"ת כנסת יחזקאל (סי' צ"ט) שכתב בפשיטות דבלאו שאין בו מעשה לא נפסל לעדות. וא"כ קושית הבני שמואל דאיך יתחייבו העדים כו', הא לאו שאין בו מעשה הוא. לכאורה קושיא אלימתא הוא אמנם באמת לק"מ די"ל דקושית התוס' הוא לחכמים דר' מאיר שם דסברי דגבי בשטר קרן אפי' ממשעבדי וחכמים דר"מ היינו ר' יהודה עי' כתובות (מ"ו) בתוס' ד"ה מאן ור' יהודה לשיטתי' (מכות ד') דלוקין על לאו שאין בו מעשה ופשוט. ולזה העירני כבוד ידידי האברך

הרב כו' מוה' חיים יצחק יודעלזאהן מאקמיאן:

אמנם המהרי"ט (ח' אה"ע סי' מ"ג) כתב דכל לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד פטור דלא כתומים ע"ש. והלח"מ הקשה על ה"ה דתירץ דשאני חסימה כיון שישנו במעשה גמור אף החסימה בקול הוי מעשה והקשה דא"כ מאי פריך בש"ס מע"ז לחסימה הא בע"ז לא משכחת מעשה. ותירץ דלפי מ"ש הרמב"ם (פ"ט מהלכות עדות) דאדם יכול להעיד בכתב. א"כ ע"ז נמי יכול להיות במעשה שיכתוב עדותו והוי כמו מעשה. ובזה תירץ המל"מ דבריבית נמי כיון דמשכחת לה ע"י מעשה כגון בחתימה אף שלא חתמו לוקין דומיא דע"ז ע"ש. ובאמת הרא"ה בס' החינוך אין דעתו כן ודעתו דכל לאו שאפשר לעבור עליו מבלי מעשה אע"פ שנעשה בו מעשה אין לוקין ועי' בשעה"מ (פ"ק מהלכות חו"מ) שהכריע דאף דעת הרמב"ם כן. ועי' בתשובת שיבת ציון (סי' ק'). ואם כן דעת הרמב"ם והחינוך שוים בזה ובשטר שיש בו ריבית פעור גם הלוה ממלקות ובהדיא דעת הרמב"ם (פ"ד ממלוה הלכה ג') דהמלוה והלוה אינם לוקין משום שניתן להשבון. ובזה אין מקום לקושית הקצוה"ח (בסי' ל"ח) בהא דשטר שיש בו רבית דגובה את הקרן ולמה יגבה את הקרן הא גם הלוה לוקה. וא"כ הוה להו חייבי מלקות שוגגין דפטורין מתשלומין לר"ל ע"ש. דבאמת כולם פטורים להרמב"ם משום דניתן להשבון. והשעה"מ הקשה לשיטת הרא"ה בספר החינוך שהרי מצינו בשבועה שאם נשבע שלא יאכל ועבר ואכל לקי כדאיתא (פ"ב דשבועות) ואם נשבע שיאכל ועבר על הלאו ולא אכל לא לקי דלא עשה מעשה הרי דאע"פ שאפשר לעבור הלאו מבלי מעשה כל שעבר ע"י מעשה לוקה ע"ש שהאריך בזה:

אמנם בגוף דברי הה"מ והמל"מ דכל לאו שיש בו מעשה גמור לוקין עליו אף בדיבור. קשה לכאורה לפי מה שהכרענו לעיל דדעת הרמב"ם נמי כן והא הרמב"ם (פי"א מהלכות עבודת כוכבים ה' ח' ט') מפורש כתב בלאוין של מעונן וחובר חבר שאם עבר

עליהם במעשה לוקה כגון שהניד אצבעו או הרכין ראשו עם דיבורו אבל בדיבור לבד אינו לוקה עש"ה ומפורש דלא כהה"מ שהרי אף שישנם ללאוין הללו במעשה. מ"מ אם עבר עליהם בדיבור לא לקי. ומצאתי בספר עמודי אור (סי' ס"א) שעמד בזה. והנה בתומים (סי' כ"ח ס"ק ט"ו) הקשה לדעת ר"ת דס"ל דכותב עדותו מהני. א"כ משכחת לה גבי עדים זוממין, מעשה כגון שהעידו ע"פ כתבם דזה הוה מעשה גדול ע"ש. וגם אנכי הקשתי כן בהא דאמרו כל לאו שאין בו מעשה לוקין חוץ מנשבע ומימר ומקלל חבירו בשם דלפי הלח"מ פי"ג משכירות ה"ב דעדים זוממין כיון דיוכלו להעיד על ידי כתב הו"ל לאו שיש בו מעשה כיון דמשכחת לה ע"י מעשה. א"כ גם שבועה אם נימא דשבועה בכתב הו"ל שבועה עי' שו"ת חות יאיר שהביא ראי' מהא דפסקינן בא"ח (סי' מ"ז) דהכותב בדברי תורה צריך לברך ע"ש ועיין בשו"ת שב יעקב (ח' א"ח סי' מ"ח) ובתשובת רע"א (סי' כ"ט) שהאריך לענין ספירה אם יצא בכתב ע"ש שהביא הפוסקים בזה. וא"כ כיון דמשכחת לה ע"י כתב שוב הו"ל כלאו שיש בו מעשה אף דהוא בע"פ וכמ"ש הה"מ לענין חסימה בקול דלא כהחינוך. ועי' מל"מ (פ"ד ממלוה) לענין עידי ריבית. והרבה הארכתי לבאר בחידושי דלא כהחינוך. ודבר נחמד ראיתי בזה במנחת אהרן בחדושיו לסנהדרין שתירץ בזה שפיר קושית המפרשים במס' תמורה ד'. דפריך שם הגמרא לר' יעקב דאין לוקין על נותר משום דהוי לאו שאין בו מעשה. א"כ קרא דוהנותר למה לי ומשני שם, דמבעיא ליה ליתן בוקר שני לשריפתו דשריפת קדש אינו דוחה יו"ט וכדחזקי' ע"ש. והקשו המפרשים לפי מה שכתבו התוס' במס' שבת (כ"ד) דהא דמשני אביי שם דשריפת קדשים אינו דוחה יו"ט מוכח מקרא דעולת שבת בשבתו כו'. וכתבו התוס' שם דזה אליבא דר' עקיבא דדריש להאי קרא דחלבי שבת קריבין ביו"ט ובמס' מכות (ד' ע"ב) כתבו התוס' דרע"ק סבר דלאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו. וא"כ קשה לר"ע האי קרא דוהנותר מאי עביד ליה. דא"ל כתירוץ הגמרא דמיבעיא ליה ליתן בוקר שני לשריפתו דאין דוחה יו"ט, דלר"ע כבר מוכח זה מקרא דעולת שבת בשבתו כמו דיליף אביי שם. ותירץ שם הגאון הנ"ל עפ"י דברי הרמב"ם (בפ"א מהלכות חמץ ומצה ה"ג) דאין לוקין בחמץ משום ב"י וב"י אלא א"כ קנה חמץ בפסח או החמיצה שעשה מעשה כו'. משמע מדבריו שכתב או החמיצה אע"פ שהחימוץ אחר זמן בא מ"מ אקרי מעשה. וא"כ לפ"ז משכחת ג"כ גבי נותר שיהי' בו מעשה דבמס' פסחים (דף פ"ג) קאמר הגמרא, עצמות והנותר ישרפו בט"ז משום נותר שבעצמות דלא יוכל לשוברן ולהוציא מהם המוח דאסור בשבירת עצם. וא"כ הלאו דלא תותירו ע"כ לא קאי על המוח שבעצמות דהא אריא הוא דרביע עלי' שאסור לשוברן ובכל זאת הוא בכלל נותר כמו

בשר ונמנין עליו. וא"כ משכחת גבי נותר שיהי' בו מעשה כגון ששבר עצם שיש בו מוח והוציא המוח שיש בו כזית ולא אכל וניתותר שמעשיו גרמה לו לעבור אלאו דלא תותירו דאי לא היה שובר העצם לא הי' עליו שם נותר. אך כשעשה מעשה לשבר העצם חל עליו תיכף הלאו דלא תותירו שמחויב לאכול שלא יבא לידי נותר. ושפיר הרי הוא לאו שיש בו מעשה ע"ש שתירץ בזה דלכאורה קשה הא אצטריך לנתוקי לאו היכא שעבר הלאו ע"י מעשה. דמטעם שאין בו מעשה הי' ראוי ללקות עליו הכא דהא עשה מעשה ולהכי כתיב והנותר להורות דפטור מטעם ניתק לעשה. וקשה מאי פריך הגמרא לר' יעקב האי והנותר מאי עביד ליה. וכן לר' יהודא דאמר לא מן השם הוא זה דמשמע דאין צריך לטעמא של ר"י דבלא"ה אין לוקין משום דהוה לאו שאין בו מעשה, והא מ"מ צריך לטעם הזה להיכא דעשה מעשה. וצ"ל כסברת החינוך דכל לאו שאפשר לעבור עליו בלי מעשה אף שעבר ע"י מעשה מ"מ מקרי לאו שאין בו מעשה ואין לוקין עליו דאין לוקין עליו אלא שלא יהי' אפשר לעבור הלאו כ"א ע"י מעשה דוקא. ולפ"ז י"ל דר' יעקב ס"ל ג"כ הך סברא ולהכי קאמר לא מן השם הוא זה. דבלא"ה פטור ממלקות ולדידיה לשיטתיה שפיר פריך הגמרא האי קרא דוהנותר מאי עביד ליה. אמנם ר"ע לשיטתיה אזיל דסבר המקיים כלאים בכרם לוקה ופי' הערוך שמניח בסוף שדהו כשמצא זרועים והקשו בתוס' מכות דהא הוי לאו שאין בו מעשה כו' ופרשו בע"א המקיים כלאים היינו שעשה גדר סביב. א"כ מוכח לפי זה דר"ע לית ליה סברת בעה"ח דאם לא כן הדרא קושית התוס' דאמאי לוקין לר"ע במקיים כלאים אף שעשה מעשה דהא באמת אף שמקיים כלאים בלי מעשה דהיינו שמניח בסוף שדהו כפי' הערוך נמי עובר בלאו אלא שאין לוקין משום דלא עשה מעשה. א"כ אף שעשה מעשה אמאי לוקין עליו אלא ודאי דלא ס"ל סברת בעה"ח ולשיטתיה שפיר לא קשה קושית הגמרא דהנותר מאי עביד ליה דאצטריך לנתוקי הלאו היכא דעבר ע"י מעשה ע"ש בדבריו הנחמדים.

והנה במה שחדש הגאון בעמ"א דאי מתחילה הי' מעשה אף שלא הי' אז העברת הלאו כ"א לאחר זמן אפי"ה מקרי לאו שיש בו מעשה כבר קדמו בזה בשאגת ארי' (סי' ל"ב) שהוכיח כן בראיות נכונות מנזיר י"ח (וממכות כ"ב) ע"ש. ובתשובת ש"א החדשות (סי' י"ב) הרחיב הדיבור בזה ע"ש. אמנם מה שהביא כן בשם הרמב"ם. באמת כבר הבאתי לעיל דברי השעה"מ פרק ראשון מהלכות חמץ ומצה דהכריע דעת הרמב"ם כהחינוך דכל לאו שאפשר לעבור בלי מעשה אף אם עשה מעשה אין לוקין והחזקנו דבריו לעיל ובודאי נסתר ראיתו מהרמב"ם. אמנם בעיקר ראיתו מהרמב"ם אין ראי' מדכתב או החמיצה דמשמע דהחימוץ בא אח"כ. די"ל דעת הרמב"ם דמחמץ עיסתו

בפסח פירושו כגון שהניח שאור על העיסה. והביא דבר המחמץ בידים והמעשה ע"כ צ"ל בשעת העברת הלאו דוקא. ולפ"ז נוכל לתרץ גם קושיא הנ"ל מע"ז ומשבועה דיכול להיות בכתב והוי כמו יש בו מעשה דהמעשה בעינן בעת העברת הלאו ולא מצרפינן מעשה דקודם מאחר דכעת בשעה שבא הכתב לפנינו ואז עיקר עדות או שבועה ליתא המעשה לפנינו. והרבה הארכתי בזה בחידושי ועי' בשו"ת תשובה מאהבה. והנה בעיקר מחלוקת ר' יעקב ור' יהודא בנותר דאין לוקין או משום דניתק לעשה לר' יהודא או משום דהוי לאו שאין בו מעשה לר' יעקב. איכא נ"מ אי מותר לכתחילה להשהותו ע"מ לשורפו אח"כ. לפי מה שכתבו התוס' פסחים (כ"ט) מכאן מוכיח ר"י שהמשהה חמץ בפסח כו' לבער אינו עובר באותו שהי' דאי אמר עובר כו' א"כ יכול לכתחילה להשהותו וליכא איסור בדבר. אבל אי נימא הטעם דאין לוקין משום דהו"ל לאו שאין בו מעשה רק אין לוקין עליו אבל איסורא מיהא איכא. ובזה שפיר יש לתרץ קושית המל"מ הלכות פסולי המוקדשין (פ' י"ז הלכה ט') שכתב אסור להותיר מבשר ק"ק לאחר זמן אכילת כו' והמותיר אינו לוקה שהרי ניתקו הכתוב לעשה שנאמר והנותר ממנו כו'. וכתב ע"ז המל"מ דקשה דלמה לן באכילת קדשים טעמא דהתירא משום דנתקו הכתוב לעשה תיפוק ליה משום דהוי לאו שאין בו מעשה. וכבר הוקשה זה למרן וכתב שתירוצו דחוק משום דאם טעם זה דנל"ע הי' כולל כמו הטעם דאין בו מעשה הי' ניחא לתרץ כן. אך רואה אני דטעם זה דנל"ע אינו כולל שהרי היכא דאינו יכול לקיים העשה הי' לוקה כמו שכתב הרמב"ם (פ"א מה"נ ה"ז). ואם כן הגע עצמך שאבד הנותר או אכלו ארי אין לו תיקון ללאו והא מן הדין שילקה לולא הטעם דאין בו מעשה. ויותר הי' למימר הטעם דאין בו מעשה שהוא כולל כל החלוקות ולעולם אין לוקין עכ"ל ע"ש. ועי' בספר ברוך טעם שהאריך בזה בענין עדל"ת. ולדברינו אפשר לומר הטעם כחלוקינו הנ"ל לענין איסור דאי הטעם משום לאו שאין בו מעשה אזי מלקא הוא דלא לקי אבל איסורא מיהא איכא משא"כ אי הטעם משום דהוי להנל"ע אזי מותר לעבור לכתחילה. אח"כ מצאתי להגאון ר' יהושע אייזיק אב"ד דסלנים זצ"ל שכתב כן בספרו מרבה עצה מאמר ה' ע"ש: **אמנם** בגוף דברי התוס' הנ"ל. הש"א (בסי' פ"א) האריך להקשות על דברי הר"י ז"ל דיוכל לכתחילה לשהות משום להנל"ע דהא אע"ג דקיימא לן להנל"ע אין לוקין. מלקא הוא דלא לקי אבל איסורא וודאי איכא אע"פ שקיים העשה לבסוף ורחמנא נתקו הלאו לעשה לומר שאם עברת על לאו זה תקנתו בקיום עשה זו לפטור מן המלקות אבל מאיסורא לא פלט ע"ש שהוכיח (מפ' הכונס ס') דשלחו ליה חבול ישיב רשע גזילה ישלם אע"פ שגזילה ישלם רשע מקרי הרי אע"פ שגוזל ע"מ להשיב רשע מקרי ע"ש מפ' איזהו נשך

(ס"א) ע"ש. ואף דבאמת דעת רש"י ב"מ (ס"ב ע"א) תנאי דתניא ר' נחמי' כו' פוטרין את המלוה ואת הערב כו' ופירש"י פוטרין את המלוה ואת הערב מן לא תעשה ומלקות מפני שיש בהן קום עשה והו"ל לאו הנל"ע ומבואר דלהנל"ע פטור אף מל"ת בכל זאת יש לומר דאיסור תורה מיהא איכא דלא גרע מחצי שיעור דאסור מה"ת אף דלענין איסור הלאו בעי כזית או שארי שיעורים. ובאמת מחלוקת הפוסקים בחצי שיעור גופא אי באיסור לאו או רק באיסור תורה בלבד. דהש"ך ביו"ד (סי' רל"ט ובב"י יו"ד סי' ק"י) דעתם דחצי שיעור דאסור מה"ת. היינו דלא ללקות עליו אבל בלאו עובר איסור לאו ממש, אמנם התוס' (שבועות כ"ג וכריתות ס"ב) ד"ה לא קרעו מבואר דעתם דחצי שיעור הוא רק איסור גרידא מה"ת לא איסור לאו. ובאמת קשה לדעת הש"ך והב"י דחצי שיעור דאסור הוא איסור לאו ממש. מהא דפריך הגמרא כריתות (כ"ב) מברייתא דתניא הרי עובר בל"ת ומשמע דאין בו כרת. דילמא מיירי בלב עוף דאין בדמו כזית והוי חצי שיעור דם ושפיר אמר עובר בל"ת ואין לוקין. והרבה הארכתי בחידושי ועי' לקמן בתשובתינו (סי' ל"ו) באורך וע"ש עוד דבארנו בטעם היד המלך דכתב בספיקא של הגאון הח"צ אי בבל יראה וב"י אסור חצי שיעור. וכתב דחצי שיעור לא שייך בבל יראה וב"י. דחצי שיעור הוא נחות דרגא משיעור שלם. והיכא דעל שיעור שלם איכא מלקות אזי בחצי שיעור איכא איסור תורה. משא"כ היכא דעל שיעור שלם ליכא מלקות אזי בחצי שיעור ליכא איסור. ומשו"ה ב"י וב"י דהוי להנל"ע כפסחים (צ"ה) בפרטיה דבל יראה מאי קא ממעט להו ב"י וב"י דדמי ליה דהוי להנל"ע ובשיעור שלם ליכא מלקות ולהכי לא שייך בל יראה בחצי שיעור עכ"ל. ולדברינו הנ"ל הלא שפיר איכא נחות דרגא משיעור, שלם דעל שיעור שלם איכא איסור לאו אלא דמלקות ליתא. אבל באיסור לאו כדקאי קאי ובחצי שיעור איכא רק, איסור תורה ובחדושי לענין חצי שיעור יבואר זאת:

והנה בהא דהעדים המעידים על שטר שיש בו ריבית לא נפסלו משום לפני עור. לכאורה יש לומר משום דאין האיסור בא תיכף. ובאמת מבואר כן בדגול מרבבה (סי' קנ"א) שהקשה שם על הש"ך דמומר ישראל הוא עש"ז רצה לחלק דבכהאי גונא דליכא תרי עברי דנהרא מותר אם אינו עושה תיכף האיסור ע"ש. (ועי' במל"מ פ"ד ממלוה ה"ב) ע"ש. ועי' בתשובת פ"מ (סי' ק"ה) דהקשה להב"י דס"ל כהנמק"י דלוה בריבית פסול רק מדרבנן דלא משמע להו איסורא א"כ אף העדים יפסלו. ובאמת לא קשה מידי דאף דקיי"ל דאינו נפסל זולת בעבר אלאו שיש בו מלקות היינו שיפסול מדאו' אבל מדרבנן הא קיי"ל בח"מ (סי' ל"ד) דאף בגזל דבריהם נפסל מיהת מדרבנן. וא"כ הך לאו דלפני עור אף דאין לוקין עליו דהוי לאו שאב"מ וא"כ הלוה תמיד עובר אלפני עור הא משא"כ

עדים. אי ידעינן דהי' מלוה לו בלא בפניהם ודאי לא עברו אל"ע. אלא אפי' ידעינן דבזולתם לא הי' מלוה לו מ"מ לדידהו לא משמע איסורא דאפשר היו סבורין דילוה לו זולתם ואפי' איסור דרבנן ליכא. והנה בלאו דלא תשימון עליו נשך בודאי אין הלוה עובר עליו כדאמרינן בסוף איזהו נשך דמלוה עובר בכולן לוה עובר משום לא תשיך כו' ומשום לפני עור לא תתן כו' ע"ש. ועי' בתשובת הר"ן (סי' ע"ג) שהאריך בזה. והנה בעיקר חידוש השאגת אריה דאי מתחילה הי' מעשה אע"פ דהעברת הלאו הי' אחר זמן כבר קדמו המל"מ (בפ"ג מהלכות ביאת המקדש הלכה כ"א) ע"ש שהבין כן בהבנת התוס' (שבועות כ"ב). ועי' במל"מ (פ"ה מהלכות נזירות דין י"ט) בנכנס לאוהל המת או לבית הקברות בשגגה ואחר שנודע לו התרו בו ולא קפץ ויצא אלא עמד שם הרי זה לוקה והוא, שיהא שם כדי השתחויה. והקשה בלח"מ שם (דבפ"ו) כתב הרמב"ם נכנס לשידה תיבה כו' ובא חבירו ופרע עליו את המעזיבה ונטמא אע"פ ששהא שם אינו לוקה. ובגמרא דנזיר (י"ז) לא איבעי לן אלא אי צריך שהייה אבל אי שהא לכ"ע לקי ע"ש. ועי' באורח משור למס' נזיר שתירץ ע"פ דברי התוס' הנ"ל שזכרנו דהיכא דתחילת הלאו בא ע"י מעשה לוקין אף למ"ד לאו שאב"מ אין לוקין והרמב"ם פסק בכל דוכתי דלאו שאב"מ אין לוקין לכך (בפ"ו) דלא עשה מעשה כלל שהרי בתחילה נכנס בשידה תיבה ומגדל להכי אין לוקין. אכן (בפ"ה) דנכנס בשגגה מ"מ עביד מעשה ונכנס באיסור דהוי כמו כלאים כיון דתחילה ע"י המעשה בא ובודאי לוקין ע"ש שפלפל בזה:

והנה בעיקר דברי הרמב"ם הנ"ל שזכרנו (בפ"א מהלכות חמץ) שאינו לוקה כ"א בקנה חמץ בפסח או חמצו שעשה מעשה. אבל אם הי' לו חמץ ולא ביערו אע"פ שעובר בשני לאוין אינו לוקה. קשה לדברי הה"מ הנ"ל שזכרנו כיון שמשכחת לה מעשה כנ"ל הי' לו לחייב גם בלי מעשה. ומצאתי בנוב"י מהדו"ת (ח' או"ח סי' ע"ו) שנתקשה בזה. ע"ש שתירץ דהה"מ קאמר דהיכא שיכול לעבור במעשה חייב אף בלי מעשה. היינו כמו חסימה שהרי יכול לעבור עתה לאו זה במעשה וזה דומה למה שאמרו כל הראוי לבילה אין בילה מעכבת בו. אבל המשהה חמץ ע"מ כו' הרי על זה החמץ אי אפשר לעבור ע"י מעשה שהרי כבר הוא שלו. ולהפקירו או למוכרו ולחזור ולזכות בו אי אפשר שאינו ברשותו. ולכן אינו לוקה ע"ש שהקשה עוד ממה דפסק הרמב"ם (בפ' י"ב מעובד כוכבים) שאין האיש מתגלח לוקה אלא א"כ סייע למגלח ולדברי הה"מ שכל לאו שמשכחת בו מעשה אפי' לא עשה עשה רק דיבור הוא לוקה. קשה כיון דבהתגלחת משכחת בו מעשה דהיינו מסייע. א"כ גם אם לא סייע יהי' חייב. ולפי הנ"ל לא ק"מ דעתה אין שום מעשה כלל לא מהני מה דמשכחת לה ע"י מעשה ע"ש שפלפל הרבה בזה

אח"כ מצאתי בשעה"מ הלכות כלאים (פ"א הלכה ג'). דהקשה לה"ה הנ"ל מהא דפסק הרמב"ם (פ"א מהלכות חו"מ) דאינו לוקה אלא א"כ קנה חמץ בפסח או החמיצו בידים ובהדיא אמרו בתוספתא המניח חמץ ברשותו והמקיים בכלאים אינו לוקה מטעמא דהוי לאו שאין בו מעשה אע"ג דאפשר לעבור עליו ע"י מעשה ע"ש שהשאיר בצ"ע. ולדברי הנוב"י הנ"ל מתורץ שפיר. ע"ש עוד בשעה"מ שהקשה דברי רש"י מו"ק (דף ג') ד"ה. אף המקיים שדבריו סותרים למ"ש בע"ז וע"ש שפלפל בדברי הערוך הנ"ל שזכרנו:

והנה בענין הלזה ראיתי סתירה בדברי התוס' דסותרים דבריהם זה את זה. (דבשבועות י"ז) ד"ה לא צריך וכן (ביבמות צ') כתבו לחלק דהיכי דהתחלת המעשה הי' באיסור אז השהי' נמי חשוב מעשה. ע"ש (ביבמות צ') גבי סדין בציצית דכתבו דהא דלא חשיב מה שאינו לובש הטלית בת ד' כנפות שעובר בקום ועשה אלא כעובר בשב וא"ת. משום דהתחלת העיטוף הי' בהיתר ולא חשיב השהי' כמעשה. ע"ש שבזה תרצו דלא קשה מר"א (מכות כ"א) היכא דשהו ולא כו' דחייב על כל אחת ואחת משום דתחילת הלבישה הי' באיסור (ובנזיר י"ז) גבי הא דבעי רבא אי צריך שהי' כו' פירשו דמה דשהה ולא יצא מבית הקברות חשיב מעשה דהשהי' גופא חשיב מעשה והא התם התחלה הי' בהיתר ואיך קא חשיב השהי' למעשה. ואולי לפירש הרא"ש (נדרים ד') דביאר שם דהסוגיא דנזיר אזלא אליבא דמ"ד דלאו שאין בו מעשה לוקין. ולהכי שפיר חשיב השהי' מעשה והרבה הארכתי בחידושי. והנה בעיקר דברי הרמב"ם שזכרנו במקיים כלאים עי' בכ"מ (פ"א מהלכות כלאים) שהביא הירושלמי (דפ"ח דכלאים) דמחלוקת ר"ע ורבנן במקיים כלאים. ופירש הכ"מ דלר' עקיבא אף שלא ע"י מעשה לוקין. ובאמת דעת רש"י והתוס' (בעובדת כוכבים ס"ד) דלר"ע דוקא ע"י מעשה. ע"ש שהביאו ראי' (ממכות ד') ולרבנן בלא מעשה אף איסורא ליכא ועי' בביאורי הגר"א (סי' רצ"ו) דיש לו דרך אחרת בביאור הירושלמי ובדעת הרמב"ם:

סימן יב

ביאור דעת הפוסקים במכירת שטרות אי דאו' או דרבנן ופלפול בדעת הפוסקים בטעמא דהמוכר שטר חוב לחבירו דיוכל למחול. וישוב נבון בדעת הרי"ף איך דעתו במכירת שטרות אי דאו' או דרבנן. והרבה חדושי דינים במחילת שטרות. ובמחילת כתובה. וביאור הרבה סוגיות בש"ס בזה:

בש"ע ח"מ (סי' ס"ו סעיף א') אותיות אין נקנין אלא בכתיבה ומסירה כו'. וזה לשון התומים שם. הרב הש"ך האריך (בס"ק א') להכריע כהנך רבותא דס"ל מכירת שטרות ד"ת. ומ"מ יכול למחול כמ"ש התוס' דשני שעבודים יש כו'. ועיקר יסודו שהרא"ש והר"ן

והמ"מ כולם חשבו שהרי"ף ס"ל דמכירת שטרות דרבנן וכולם טעו בהבנתו. ודברים בלתי ברורים כי ודאי אם האמת כמו שחשב הש"ך דיסודם ברי"ף. ומה שהקשה למה אמרי' שם דאפי' יורש מוחל. ואילו כפ' י"נ אמרינן נתנו במתנת שכיב מרע אינו יכול למחול. ומזה שפטו הואיל דרי"ף הקשה קושיא זו ש"מ דמכירה דרבנן. יפה דחה דבריהם די"ל מה בכך אדרבה הואיל והוא דאו' ומ"מ יכול למחול ואף בש"מ למה לא יהי' יכול למחול. אמנם מתי' הרי"ף נלמוד דבריהם דלמ"ד דהוא דאו' צ"ל במתנת ש"מ לכך אין היורשים יכולים למחול דכיון דגם הוא כיורש דאו' וכאילו הגיע בחלקו. ואיך יהי' היורש השני מוחלו. ואולם הרי"ף כתב הטעם דלכך אינו יכול למחול דעשו אותו כמתנה דאו' כאלו מטי ליד המקבל ע"ש. ואלו ס"ל מכירת שטרות דאו' הא כל מוכר ונותן הוי מתנה דאו' ומטו לידו כיון דנגמר המכירה ד"ת הרי מטו לידו ושלו הוא בכל אופן כמו שארי מטלטלין כו' ע"ש שהאריך דמתירוץ הרי"ף מוכח דעתו דמכירת שטרות דרבנן עכ"ל התומים. והנה עפר אני תחת כפות רגלי רבותינו הגאונים הרא"ש והר"ן והמ"מ והש"ך. ולדעתי כוונה אחרת בדעת הרי"ף באופן דאף מקושיתו מוכח דעתו דמכירת שטרות דרבנן. וגם תירוצו עולה שפיר בדרך אחרת. דהנה קשה לי קושיא חמורה לשיטת ר"ת דמכירת שטרות דאו'. והטעם דיכול למחול משום ששני שעבודים יש למלוה על הלוה שעבוד הגוף ושעבוד נכסים ושעבוד הגוף לא נתפס בקנין. ולא חל המכירה עליו דהוא דבר שאין בו ממש. וא"כ נשאר הוא אצל המלוה ושעבוד נכסים הוא רק מטעם ערבות. וא"כ מאחר דמוחל המלוה שעבוד הגוף דנשאר אצלו. ממילא פקע שעבוד נכסי דהוא מטעם ערב דאם ליכא לוה ליכא ערב. וקשה דאיך יכול יורש למחול דמאחר דאינו נתפס הקנין על שעבוד הגוף משום דאין בו ממש וכללא קיימ"ל דדבר שאין בו ממש ליתיה בירושה כמבואר (בסי' רע"ו). ומה גם שהשעבוד נכסי הם ביד אחר. ומעתה נראה לע"ד דזה כוונת הרי"ף בקושיתו שהקשה למה אמרינן שם דאפי' יורש מוחל ואלו (בפ' יש נוחלין) אמרינן נתנו במתנת ש"מ אין יכול למחול ופירש הבעה"ת שם הובא בב"י דאין היורש יכול למחול אבל הוא עצמו יכול למחול ומשום דאלמוהו רבנן למתנת ש"מ כו'. אבל ביורש דלא שייך טירוף דעת לא יכול למחול. ובשלמא אי נימא דמכירת שטרות דרבנן ומה"ת לא חל המכר שפיר יש לחלק בדרבנן בין מכירה מאחר דמה"ת לא חל המכר ולהכי יכול למחול משא"כ במתנת ש"מ דשייך טירוף דעת אלמוהו רבנן משא"כ אי נימא דמכירת שערות דאו'. והטעם משום שני שעבודים כנ"ל דעל שעבוד הגוף לא נתפס הקנין. וע"כ במתנת ש"מ נמי מדאו' יכול למחול אלא משום

אלמוהו וקשה בלא אלמוהו נמי אין יכול היורש למחול דהא אין נתפס הקנין על שעבוד הגוף ורק בדידיה יכול למחול. וע"כ הטעם דמדרבנן הוא מכירת שטרות:

ומעתה נראה לע"ד שפיר תירוצו של הרי"ף על קושיתו דמאי שנא מתנת ש"מ דאינו יכול למחול. ולפי פירושנו הקושיא על מחילה דמכירת שטרות ולפיר"ת משום שני שעבודים כנ"ל דמאי שנא ממתנת שכ"מ כנ"ל ותירץ דעשו אותו כמתנה דאו' כאלו מטו ליד המקבל. פירש לפי מה דמבואר (ב"ב קמ"ב) דבירושה דממילא קל מקנין ואף דבקנין לאו בר קנין הוא מ"מ בר ירושה. ולהכי שפיר מהני מחילה במכירת שטרות דשעבוד הגוף נשאר אצל המלוה המוכר אפי' לענין היורש ולא קשה ממתנת ש"מ דלא יכול למחול דעשאוה כמתנה דאו' כאלו מטו ליד המקבל דלא יכול לחזור. ובחידושי הארכתי לתרץ הקושיא דכיון דהמלוה מוחל שעבוד הגוף ופקע שעבוד נכסי דהוא מטעם ערב. והוה כעין שעבוד הראי' דגריר בתר נייר כאשר ביאר בקצוה"ח סי' הנ"ל. והנה לפי מה שביאר המרדכי פ' הכותב (אות רי"ט) בטעמא דמתנת ש"מ דאין יכול למחול משום דשכיב מרע א"צ קנין לגוף המלוה ובאמירה הלואתי לפלוני סגי וקנה ולא גרע הנותן שטר חוב מאמירה בעלמא ע"ש שהביא ברישׁ דבריו דאם הקנה לו מטלטלי אגב מקרקעי בחליפין אינו יכול למחול ושאני המוכר שט"ח לחבירו דיכול למחול משום דאין קנוי לו גוף המלוה אלא שעבוד שיש לו עליו. ולכך יכול למחול ובטל השעבוד ממילא. אבל אם הקנה לו גוף המלוה במטלטלי אגב מקרקעי לא יכול למחול. וכן פסק להלכה בש"ע (סעיף כ"ו) בהגה"ה ועל זה חידש דבש"מ דא"צ קנין לגוף המלוה ובאמירה הלואתי לפלוני קנה לא גרע הנותן שט"ח מאמירה בעלמא. והנה לדברי המרדכי הנ"ל קושית הגמ' (ב"ב קמ"ז) על ר"נ דמתנת ש"מ דרבנן מהא דמודה שמואל במתנת ש"מ ואי אמרת דרבנן אמאי אינו יכול למחול. ומשני דרבנן ועשאוהו כשל תורה וקשה דתיפוק לי' דכל שקנה באמירה שוב לא מצי למחול. וע"כ צ"ל כיון דמה"ת לא קנה באמירה שוב מה"ת הי' יכול למחול. ומעתה נוכל לומר דזהו שיטת הרי"ף כהמרדכי בטעמא דמתנת ש"מ דאין יכול למחול משום דא"צ קנין לגוף המלוה ובאמירה הלואתי לפלוני קנה דלא גרע הנותן שט"ח מאמירה בעלמא. ולפי"ז שפיר מוכח דעת הרי"ף דמכירת שטרות דרבנן כדעת כל הני רבוותא בדעתו דאל"כ איך הביא ראי' מגמ' דאם נתנו במתנת ש"מ דאינו יכול למחול דטעמא משום דקנה לגוף המלוה לשיטת הרי"ף ולא גרע הנותן שט"ח מאמירה בעלמא דבודאי דרבנן. אלא ע"כ דמכירת שטרות דרבנן וכמדומה שראיתי כן מבואר באחרונים ראי' זו. ועי' בצ"צ (סי' צ"ו) בשני אחין שירשו שט"ח מאביהם וחלקו אח"כ. אם זה יכול למחול חלקו שהי' לו כיון דקיימ"ל אחים שחלקו לקוחות הן. א"כ

יכול למחול זה שמכר. ולדברינו הנ"ל שהערנו דשעבוד הגוף ליתיה בירושה דהוא דבר שאין בו ממש א"כ בודאי לא מכר לו אלא שעבוד נכסי ובודאי לא יכול למחול. אלא אף אי נימא דאיתיה בירושה. בכ"ז בודאי שייך לשניהם השעבוד נכסי ושעבוד הגוף ולא מכר לו אלא שעבוד נכסי מחלקו דבשעבוד הגוף לא צריך למכור דממילא אית ליה טרם שחלקו ופשיטא דלא יכול חבירו למחול:

והנה לכאורה קשה במאי דאמרו בש"ס ב"מ ש"מ איתא לדשמואל דאמר המוכר שט"ח וחזר ומחלו מחול. והא אין הנדון דומה דאי מחלה הכתובה מחויבת היא לשלם מדינא דגרמי כדה"כ והלקוחות לאו מידי חסרו. אבל בכתבה ליתן בניסן ולא נתנה אף דמחויבת להחזיר כל מה שקבלה בעד הכתובה דהא אפסדה ללקוחות. משא"כ במחלה מחויבת לשלם כל דמי כתובתה ואכתי תקשה ליחוש שמא כתבה ליתן בניסן וע"כ צ"ל דהא דקאמר הש"ס ש"מ איתא לדשמואל אליבא דלא דאין דינא דגרמי ולמאן דדאין דינא דגרמי צ"ל כשינויי דאביי שם. והנה לפי זה שפיר יתורץ לן דברי הגמ' קדושין (מ"ח) דקא מפליגי בדשמואל אי מוכר שט"ח לחבירו יכול למחול וקשה מאחר דלא מצינו מי שפליג על שמואל איזה תנא או אמורא וא"כ במאי פליגי עליו. אמנם לפי זה אתי שפיר דלר"מ לשיטתי' דשמעינן לי' ב"ק (דף ק') דדאין דינא דגרמי. וא"כ לר"מ דינא דשמואל לא מוכח מידי. ובחידושי בארתי בזה והוצאתי דעת הב"ח בטעמא דמכירת שערות דיכול למחול משום דהוא דבר שא"ב. ולפי הטעם דביארו התוס' סוטה (כ"ה) בטעמא דלאו כגבוי דמי משום דהוה דבר שא"ב. וא"כ למ"ד אדם מקנה דבר שלבל"ע בודאי מכירת שטרות דאו' ור"מ לשיטתי' דא"מ דבר שלבל"ע ושמואל לשיטתי' כתובות (נ"ט) דאין א"מ דבר שלבל"ע. אמנם באמת זה דביארנו לעיל בטעמא דר"מ לית ליה דשמואל משום דדאין דינא דגרמי. א"כ מ"ט דחכמים דסברי אינה מקודשת דלא סמכה דעתה פן ימחול ובודאי קשה קושית התוס' כתובות (מ"ז ופ"ו וב"ב קמ"ז) דהא קיימ"ל המוחל שט"ח צריך לשלם להלוקח כל מה שכתוב בשט"ח כמבואר (בסי' ס"ו סעיף ל"ב) ועכ"פ למה תירא שמא ימחול הלא יצטרך לשלם לה דהיזק. וע"כ דעת חכמים דפטרי משום דחיוב זה רק מדינא דגרמי ולא דאין דינא דגרמי. וא"כ מאי דוחקא לומר דר"מ לית לי' דשמואל דילמא לעולם ס"ל דשמואל ולטעמיה אזיל דדאין דינא דגרמי וסמכה דעתה שלא ימחול שיצטרך לשלם אם ימחול ונסתר דברינו. אולם אפשר לתרץ על פי דברי הש"ג שהביא הרב ש"ך בחו"מ (סי' ס"ו ס"ק ק"א) דיורש המוחל שע"ח אין צריך לשלם:

והנה הרא"ש בב"מ (כ') ש"מ איתא לדשמואל כו' הקשה דלמא מיירי במכרה הכתובה במעמד שלשתן ע"ש. וכדברי הראב"ד מההיא דאמימר בסוף (פ"ק דגיטין) דאם כתב לו הלוה בפי' אינו יכול למחול ולכאורה עלה בדעתי לומר דשמואל דאית לי' המוכר שט"ח לחבירו יכול למחול וסבירא ליה נמי הכא דבמעמד שלשתן קנה ואמימר פירש למלתי' דנעשה כאומר. ולא משכחת לאמימר בשום חוב בעולם שיהא יכול למחול. אח"כ מצאתי בחידושי הרמב"ן שהקשה זאת בדברי הראב"ד ושמחתי. ועי' תשובות הר"ן (סי' ס"ד) שתירץ קושית הרמב"ן בטוב טעם א"ש ועי' בדרוש וחידוש מהגאון רע"א (מערכה ט"ז) במס' כתובות שתירץ דעת הרא"ש. ועי' בב"ש (סי' כ"ח) באה"ע שביאר מחלוקת הפוסקים במעמד שלשתן אי הוי קדושי תורה כיון דהוא רק תקנתא דרבנן אי מהני הקדושין מדאו' מאחר דזכתה בהפקר ב"ד. וכן הוא מחלוקת בגזל אחר יאוש. דהרא"ש ס"ל יאוש קונה מדרבנן הובא בב"ש (ס"ק ו') ע"ש בב"י סי' הנ"ל דמחלק דגזל אחר יאוש אע"ג דזוכה מדרבנן מ"מ מדאו' צריך לחזור א"כ מקדש אותה בדבר שאינו שלו מדאו'. אמנם לדעתי נראה לחלק בפשיטות דהא כל עיקר טעם דקנין דרבנן מהני מה"ת הוא משום הפקר ב"ד דמהני מדאו'. וכיון דזכתה ע"י, הפקר ב"ד מקודשת מדאו'. וא"כ בגזל אחר יאוש לא שייך הפקר ב"ד דהא בלא"ה הפקר הוא דהא הנגזל עצמו הפקירו ביאוש רק דרחמנא גזרה שלא יהי' יכול לקנותו מן ההפקר וא"כ לא שייך לומר שזוכה בהפקר ב"ד והרבה הארכתי בחידושי לפלפל בזה בדברי הנוב"י מהדו"ת (סי' ע"ז) ויש לפלפל בזה אי יאוש מטעם הפקר דתלי במחלוקת רש"י ותוס' ב"ק (ס"ו) וגיטין ט"ל ואכ"מ. ועי' בקהלת יעקב (סי' כ"ח סעיף י"ג) ועי' בשעה"מ הל' שקלים דהקשה בהא דמקבלין שקלים מן הקטנים ובלבד שיהי' מוסרן לציבור דהא מדאו' לאו בני הקנאה נינהו ובהדיא פסק בה' לולב דאין נותנין אותו לקטן שהקטן קונה ואינו מקנה. ועי' בקצוה"ח (סי' רל"ה סעיף ז') שהביא ראי' מההיא דשקלים דקנין דרבנן מהני מן התורה ע"ש. שפלפל דלדברי הברטנורא דקטנים היינו פחותים מעשרים ע"ש. והנה אי תנאי מהני במכירת שטרות עי' בתשובת גליא מסכתא (סי' י"א) באחד שמכר שט"ח לחבירו ותנאי היי' להם בשעת המכירה אם ירצה המוכר ליתן להקונה במשך חצי שנה כספו שנתן יוחזר השט"ח ליד המוכר ע"ש. דרצה השואל לדמות דין זה למוכר שדה והתנה ואמר לכשיהי' לי מעות תחזיר לו, דהוה צד אחד בריבית ואסור ע"ש דפלפל בזה דלא דמי דכאן יש קבלת אחריות דאם לא יהי' יכול להוציא מיד בעה"ח על הקונה כל ההיזק שאז בודאי המוכר הקנה המעות להקונה. והביא שם דגוף הדין מבואר ברמ"א (קס"ט סעיף י"ח) בשם תה"ד דאסור להתנות במכירת שט"ח שיחזור לו המכירה בחזרה כמו

בדין מכירת שדה או בית ומשמע מפורש דבקבלת אחריות שמקבל עליו המוכר בזה אינו מועיל. והנה נשאלתי מאחד מחבירי אם הקונה שט"ח ונתן הדמים אם יכול לחזור כמו המוכר שע"ח דהמוכר יכול למחול וע"כ דהמוכר אינו מוכר א"כ גם הלוקח יכול לחזור ורצה לומר דתלי זאת בהמחלוקת אי מכירת שטרות דרבנן או דאו' דאי מכירת שטרות דרבנן ומה"ת לא חל המוכר. א"כ בודאי יכול הקונה לחזור משא"כ אי נימא דמכירת שטרות דאו' אינו בודאי יכול לחזור והשבתי לו דזה אינו דאפי' להסוברים דמכירת שערות דרבנן בודאי מהני הקנין דרבנן מה"ת וכנ"ל. דביארנו זה ובכמה מקומות ועי' בתשובת חת"ס ח' יור"ד (סי' שי"ד) אמנם בעיקר הטעם דיכול למחול המוכר אין הטעם דהמכר לא חל דאם כן אע"פ שלא מחלו המוכר יכול לחזור אלא הטעם אי מכירת שטרות דאו' דשעבוד הגוף נשאר אצל המלוה לשיטת ר"ת דמכירת שטרות, דאו' או לשארי הטעמים וא"כ בלוקח דלא שייך טעמים הנ"ל בודאי לא יכול לחזור ועי' בתשובת אבקת רוכל (סי' ק"ל) שבאר כזאת ופשוט הוא

סימן יג

שאלה באחד שמכר שט"ח לחבירו כדין בכתיבה ומסירה. ואח"כ נודע שבשעת המכירה כבר הי' נכסיו כתובים בשטר טירפא לכ"ח הקודמים אי הוי זאת ככלל אונאה. וא"כ בשטרות דלא שייך אונאה המכר קיים או דילמא בכלל מקח טעות הוי. ובמקח טעות הא אף בדברים דנתמעטו מדיני אונאה מ"מ מדין מקח טעות לא נתמעטו כדמוכח במחבר (סי' רל"ב סעיף ג') ע"ש:

תשובה לכאורה דבר זה מתבאר בטור חו"מ (סי' ש"ו אות ל"ה) דהביא בשם בעהע"ט ט דאם הלוה הי' עני בשעת המכירה מכלל אונאה הוא שמכרו ביותר מדמיו ואין לשטרות אונאה. ואם העני אח"כ אינו יכול להוציא כו'. וכתב הב"ח על זה דגם העולם לא היו יודעים שאם העולם היו יודעים אלא דאיהו לא ידע הוי מקח טעות לגמרי והמעות חוזרים כו'. וכן פירש הפרישה שם בשם רבו. ולכאורה צריך ביאור דברי הבעה"ת הנ"ל דאיך מקרי זה אונאה שמכרו לו ביותר מדמיו דבודאי אין דמים לשטר כזה כלל דמי יקנה שטר כזה שאין לו שום נכסים. אך באמת יש דמים לשטר כזה דהא מחויב לפרוע חובו אם יהי' לו נכסים. וא"כ יוכל למכור טובת הנאה שלו דאלו יעשיר לאחר זמן ותשיג ידו לפרוע חובו וסברא זו כתב הרב ב"י בספרו אבקת רוכל תשובה (קל"א) ע"ש. ושפיר מקרי זאת אונאה. דבעד טובת הנאה זה לא הי' צריך לשלם כל דמי השטר אלא חצי' או שליש והוא שלם כל דמי השטר ובכלל אונאה זאת. וא"כ בנד"ד הדבר פשוט דאם שום אדם לא הי' יודע בזה דהוי אונאה דמשלם כל דמי השטר ואין בו רק טובת הנאה.

וא"כ בשטרות דלא שייך אונאה המכר קיים אלא דקשה לכאורה לשיטת ר"ת דמכירת שערות דאורייתא והטעם דחזר ומחלו מחול הוא לפי ששני שעבודים יש למלוה על הלוה שעבוד הגוף ושעבוד נכסים. ועל שעבוד הגוף לא חל המכירה דהוא דבר שאין בו ממש ולא נתפס בקנין ונשאר אצל המלוה המוכר. ושעבוד נכסים דנתפס בקנין אינו אלא משום ערב ולהכי כשמוחל המלוה שעבוד הגוף דנשאר אצלו ממילא פקע שעבוד נכסים דהוא משום ערב. וא"כ בנד"ד דאין לו נכסים בשעת המכירה. וליכא שעבוד נכסים למכור ושעבוד הגוף ליתיה במכירה ומה מכר לו. והכא לא שייך לומר משום טובת הנאה. דהא טובת הנאה נמי דבר שאין בו ממש וליתי' בקנין. עי' בקצוה"ח (סי' ר"ג ס"ק א') דהוכיח דטובת הנאה ליתי' בקנין. ועי' בהגה"ה (סי' רע"ו) בטובת הנאה ליתיה בירושה. אך באמת זה אינו דמכל מקום חל המכירה אשעבוד נכסים דיהי' לו אח"כ דהא בשעבוד יוכל לשעבד דבר שלבל"ע. וזה עיקר שעבוד דאקנה דמהני. ועי' קצוה"ח (סי' קי"ב). והרבה הארכתי בזה בשעבוד דאקניה דמאי שנא דהא לא עדיף שעבוד מקנין:

והנה במה שבארנו לעיל והכרענו טעם הטור בשם בעה"ת. באם הי' הלוה עני בשעת המכירה דהוה בכלל אונאה ולא מקח טעות. ובארנו משום דיש דמים לשטר זה דאם יעשיר ויהי' לו נכסים אח"כ מחויב לפרוע חוב זה וטובת הנאה זו רוצה אדם לקנותה בזול. ולכן זה ששלם כל דמי השטר הוי אונאה. אלא דבשטרות לא שייך אונאה ולהכי המכר קיים כנ"ל. בזה יש ליישב קושיא חמורה שהקשה הגאון רי"ש נאטענזאהן בספרו שואל ומשיב בכמה מקומות במכירת שטרות דאמאי המוכר שט"ח לחבירו יוכל למחול הא הלוקח יוכל לטעון דאדעתא דהכי לא קניתי שאתה תמחול ותזיק לי והוי מקח טעות וכקושית התוס' בכל ענין שאירע. וא"ל דיש דעת המוכר כתוס' (כתובות מ"ז) דהא באמת אסור למחול. וגם מחויב לשלם מדינא דגרמי ופשיטא דלא הי' בדעתו שימחול ויתחייב בדינא דגרמי וגם יעשה איסור עכ"ל. ולכאורה קושיא זו לא קשה אלא אי נימא בטעם מכירת שטרות דיכול למחול משום דמכירת שטרות דרבנן וקשה כנ"ל. משא"כ אי נימא כשיטת ר"ת דמכירת שטרות דאו' והטעם דמהני מחילה משום ששני שעבודים יש למלוה על הלוה כנ"ל. א"כ זה לא מכר לו כלל. אך לדברינו הנ"ל ניחא לתרץ דבכלל אונאה זאת כמו בהעני הלוה קודם ובשעת מכירה לא היו לו נכסים והלוקח לא ידע דביארנו דיש דמים לשטר דרוצה אדם לקנות טובת הנאה דאולי יהי' לו נכסים. א"כ מכש"כ בזה דאסור למחול וגם יתחייב מדינא דגרמי אם ימחול. בודאי קרוב שלא ימחול וטובת הנאה מרובה איכא בדבר. וא"כ שפיר מקרי אונאה זאת דשלם לו דמי השטר

ובשטרות דלא שייך אונאה המכר קיים. והנה בהא דזכרנו לעיל בדברים דנתמעטו מדיני אונאה מ"מ בטול מקח יש להן מבואר זאת בגמרא אמתניתין דעבדים ושטרות וקרקעות כו'. אך על הא דאמרי' בגמ' (נ"א) דקונה מבעה"ב אין להם אונאה והה"מ (פ' י"ג) כתב דהרמב"ם לא מחלק בין אונאה לביטול מקח דאף בטול מקח אין להם והבדק הבית בטור (סעיף ל') חולק על המגיד דהואיל ודייק הרמב"ם וכתב אין לו אונאה. א"כ משמע דוקא אונאה אין להם אבל בטול מקח יש להן. אמנם ברא"ש ושו"ע מבואר דדוקא אונאה אין להם אבל בטול מקח יש להן והרא"ש הביא ראי' לזה מסוגין. ועי' בנתיבות המשפט (סי' ס' סק"ד ורל"ב) על האמור (בסעיף כ"א) דצריך לפרש דוקא שיעורא של האונאה וקשה דאיך מהני גבי בעה"ב הא לא קצב שיעור האונאה ע"ש שהאריך. ועי' בתשובת גליא מסכתא (סי' ב') שהאריך בזה לתרץ קושית הנתיבות על הרמב"ם דבעי קצוב מהא דאמרינן בקונה מבעה"ב אין לו אונאה הא לא ידע שיעורו דלמחול ע"ש:

אמנם באמת יש הרבה דברים דאין להם אונאה ומ"מ בטול מקח אית להן כמו המחליף כלים בכלים דמבואר (בסי' רכ"ז סעיף כ') דאין להם אונאה וכן שם (בסעיף כ"ז) בנושא ונותן באמונה דאין לו אונאה ובכולהו טענת מומין ודאי יש בהן. ובענין חליפין דמחליף כלים בכלים שזכרנו מבואר בנתיבות (סי' רכ"ז ס"ק י"ב) בשם המחנה אפרים דענין מומין יכול לטעון ובקונה מבעה"ב נמי זכרנו לעיל דעת הרמב"ם דהביא המגיד בשמו דאף בטול מקח אין לו והובא בשו"ע (סעיף כ"ד) מ"מ במומין נראה פשוט דחוזר עליו אף להרמב"ם. וכן בכולהו ושטרות וקרקעות ועבדים פשוט נמי דטענת מומין יש בהם. וא"כ אם הלוה עני בשעת המכירה אין לך מום גדול מזה. ובעיקר לחלק בין אונאה דאין להם לטענת מומין דיש להם ראיתי בתשובת גליא מסכתא (סי' יוד) משום דידוע לחז"ל שיש כמה פעמים שאין אדם עומד על המעות להקפיד על שוין כל שחשקה נפשו בעיקר הקנין אין מדקדק להוסיף יותר מכדי שוין. וכל זה בדין אונאה דידוע לנו ששניהם רוצים ומרוצין לקיים דבר גוף הקנין והסכסוך הוא בסכום מעות לפחת או ליתר. אבל במום במקח שאין ביניהם תביעת ממון כלל כמו שמבואר (סי' רל"ב סעיף ד') ובסמ"ע (ס"ק י"א) דאפילו הפחת דבר מועט מאד חוזר המקח. ואפי' הוא שוה כל דמיו שנתן חוזר דעיקר הסכסוך ביניהם אינו משום תביעת ממון אלא עיקר וויכוח הוא בגוף הקני' דאמרי' חזקה אין אדם מתפייס במומין. משו"ה אפי' בחליפי כלי בכלי או הקונה מבעה"ב או הקונה באמונה שמתפייס על יתרון המעות. אבל במומין שהוא בגוף הקנין אינו מתרצה מעולם ע"ש שהאריך בהרבה דיני פרטים בזה. אמנם בנד"ד כאשר הכרענו לעיל מדברי הגאון המשביר בעל אבקת רוכל דמקח טעות לא הוי אלא בהוציא

הלוה שובר ששטר זה פרוע או מחול דכיון דאין כאן חוב נמצא שהוא מקח טעות. אבל באם הי' הלוה עני בשעת המכירה בודאי בכלל אונאה הוא ואינו ענין למקח טעות וכיון דבכלל אונאה הוא ואין אונאה לשטרות בודאי המכר קיים כנ"ל פשוט בדין זה:

סימן יד

שאלה בדינא דר"נ דמוציאין מזה ונותנים לזה אם ראובן היה חייב לכמה מלוים ולמלוה אחד יש עליו שטרות הרבה וזמן שטרות כל המלוים שוה ובאים ביום אחד לגבות מלוה דראובן משעבודא דר"ג דהדין (בסי' קי"א סעיף כג) דיחלוקו והאיך חולקים בזה אי נוטל כל שטר דלק בפני עצמו וחולקין נכסי הלוה לפי מנין השטרות ולא לפי מגין האנשים. או דילמא נשתעבד לכולם בשוה וחולקים לפי מגין המלוים בשוה:

תשובה הנה בבאים לגבות מלוה ראשון ומטעם שעבוד בכהאי גונא מצינו מחלוקת בין הפוסקים בזה. דהב"ח בתשובה (סי' ל"ה) דעתו דאינו גובה לפי שטרות רק לפי ב"ח דלכולם נשתעבד בשוה. ולזה שיש לו שטרות הרבה אינו נוטל רק חלק אחד כאילו אין לו אלא שטר אחד וראי' שלו מהא דאמרי' ב"ב (קע"ב ע"א) דאית לי' חד בר מאה לא לשויה תרי בעל חמשין חמשין דניחא לי' ללוה דלפגום שטרי' ומשמע דאילו הלוה מרוצה ומסכים לזה עבדינן ואי איתא דביש על לוה אחד כמה בעלי חובות שזמנם שוה ולאחד מהם שטרות הרבה ואין ללוה לשלם לכולם דנוטל מלוה זה שיש לו הרבה שטרות בכל שטר ושטר חלק בפני עצמו תיפוק לי' דלא. משוינן למלוה אחד משטר של מאה תרי של חמשין חמשין שלא להפקיע זכות של שארי ב"ח דחיישינן דלמא יש על לוה זה עוד כמה ב"ח שזמנם שוה למלוה זה. ולא יהי' ללוה לשלם לכולם ויטול מלוה זה חלק יותר מהראוי לו דהשתא שאין לו אלא שטר אחד ממאה לא יטול אלא חלק אחד וכשיהי' לו תרי שטרי בני חמשין חמשין יטול שני חלקים אך דעת הש"ך (סי' נ"ג) דמחשבין לפי שטרות ע"ש וכן דעת הצ"צ בתשובה (סי' ט"ו) שהכריע כהרב ש"ך ע"ש דדחה ראיות הב"ח מגמרא ב"ב. ועי' בש"ך (סי' נ"ג) דדחה נמי ראיות הב"ח מגמרא הנ"ל. די"ל דכותבין כן על השטר אחריני דהוא הי' שטר של ק' ועבדו ממנו חמשין חמשין. וא"כ בעת גבי' אין לו מ"מ רק חלק ק' אחד ע"ש. ועי' בתומים סי' הנ"ל. ומעתה נבא לנד"ד. לפי מה שהעלה הש"ך (בסי' פ"ו ס"ק י"א) דבשעבודא דר"נ דאינו בא על הלוה השני מצד שעבוד נכסי של מלוה שלו כ"א מצד דהתורה שעבד גופו של השני להראשון ועשו לב"ד שלו ממש דגם גופו של השני נשתעבד לראשון ולהכי אינו יכול למחול אף דמכירת שטרות דאו' ומטעם דשני שעבודים יש למלוה על הלוה וכשיטת ר"ת ע"ש. ובקצוה"ח סי' הנ"ל והרבה האר תי בזה בחידושי. וא"כ דהלוה השני הוי דומיא דלוה

גופא תלי במחלוקת הפוסקים הנ"ל דלהב"ח אינו גובה לפי שטרות דלכולם נשתעבד בשוה כמו שפסק המחבר (בסי' ק"ד ס"י) ולהש"ך (סי' נ"ג) ותשובות צ"צ שזכרנו גובה כל שטר חלקו בפני עצמו וכנ"ל:

אמנם נראה לע"ד דאפי' להסוברים בב"ח דכל אחד נוטל חלקו בפני עצמו מודה בשעבודא דר"נ דמשתעבד לכל אחד בשוה ומי שיש לו הרבה שטרות נוטל רק חלק אחד דדוקא מניה דידיה ומטעם שעבוד דמשתעבד לכל אחד ויש לכל אחד עליו שעבוד הגוף. ואף אם יהי' לו נכסים אח"כ מחויב לשלם להם שפיר אמרינן בזה דזמנם שוה ביום אחד ואין בהם דין קדימה דמ"מ גובה כל אחד לפי ערך השטרות ואי דלא נמצא נכסיו לכולם יגבו בפעם אחר לפי ערך כשיהי' לו מאחר דאית להם שעבוד הגוף עליו משא"כ בשעבודא דר"נ דאם יתן עתה נכסיו ויסלק חובו לא יוכלו עוד לגבות ממנו בודאי מאחר דהתורה שעבדה נכסיו לב"ח דמלוה שלו ואם יש הרבה מלוים משתעבד לכל אחד ואחד בודאי אף אם יש לאחד שטרות הרבה אינו נוטל רק חלק אחד דמן התורה משתעבד לכולם בשוה דלא יפסדו על ידו וזה נכון בסברא. ומעתה יש לתרץ קושית הרשב"א בחידושיו סוף קדושין הובא בקצוה"ח (סי' פ"ו ס"ק א') דמאי נ"מ מדר"נ הא וכי לא ידעינן דכל אשר יש ללוה הן בבית הן בשדה הכל משועבד למלוה. וא"כ כשיגיע זמ"פ ודאי טורף המלוה ע"ש שהעלה דשטרות בני גובינא דמילי נינהו ומילי לא משתעבדא. והרבה הארכתי בחידושי בזה ולדברינו הנ"ל נ"מ דאי משום שעבודא דאו' הא אף אם יש למלוה אחד שטרות הרבה והרבה מלוים יש לו נוטל כ"א לפי השטרות ויפסדו הלקוחות ולהכי צריך משעבודא דר"נ:

ואך מה דיש לחקור בשעבודא דר"נ באחד שהי' עליו שני ב"ח ובאים לגבות מלוה שלו משעבוד דר"נ וחוב של לוה זו הוא קודם שלוה משניהם ובאים לגבות קרקע אי שייך בהם דין קדימה או לא. ולכאורה דין זה מבואר (בסי' קי"א סעיף כ"ג) אם הי' ללוה שני מלוים שהלוו לו ובאים לגבות כאחד מבעלי חובים שלו אם הלוה הלוה לבעלי חוביו בשטר לאחר שלוה משניהם יחלוקו כו'. ואם חובותיו של לוה קודם שלוה משניהם או קודם שלוה מאחרון וכתב לראשון אגב זכה בהם הראשון ודין זה פירש הדרישה והב"ח דקאי אמטלטלין ואבבא דרישא דאין ללוה אלא שטר חוב שהן מטלטלין. ואם באים המלוים לגבות מלוה של לוה שלהם קרקע. הביא בש"ך מחלוקת בעה"ת והרשב"א בזה דלבעה"ת יש דין קדימה ואפי' לא כתב אגב לראשון מפקינן מדר"נ. אך בתשובת רשב"א (סי' תתק"ד) שהביא ב"י לעיל (סי' ק"ד סעיף ד') נראה דחולק וסובר דלא שייך בזה דין קדימה, והטעם דהרשב"א הנ"ל דקיימ"ל כרבא פסחים (ל"א) דב"ח מכאן ולהבא

גובה. והש"ך שם השיג עליו מהא דאמרינן פ' כל שעה (ל"א) דלענין שעבודא דר"נ לא שייך לומר מכאן ולהבא גובה אלא הו"ל כאלו הלוה השני להראשון דאל"כ אמאי יתומים שגבו קרקע ב"ר חוזר וגובה מהן עכ"ל הש"ך שם. ואמת שכן לשון הרשב"א שם דאפי' שעבדן בפירוש כו' אפי' גבה אותם לבסוף מ"מ בשעה ששעבדם עדיין לא גבה אותם וקיימ"ל כרבא דב"ח מכאן ולהבא גובה. אך דברי הרשב"א סותרים זא"ז דהרשב"א בחידושיו לקדושין (סוף פ' האומר) הקשה דלמה לי קרא דונתן לאשר אשם לו לשעבודא דר"נ. וכן לרבנן דר"נ אמאי פליגי עליו הא כל מה שיש ללוה משועבדים להמלוה משעבודא דאו' וזכרנו לעיל לתרץ זאת ותירץ הרשב"א דאין שעבוד חל כי אם על נכסי לוה ממש הא בנכסים שנשתעבדו ללוה שאין גופן ממון לא וכדין מכר והקדש שאין אדם מוכר מלוה שיש לו ביד אחרים ומכירת שטרות ומעמ"ש הלכתא בלא טעמא. וע"כ צריך מדר"נ דגוף החוב של מלוה ראשון הוא. ובודאי זה החילוק בין שעבודא דאו' לשעבודא דר"נ לתירוץ הרשב"א הנ"ל דמטעם שעבודא דאו' אין חל השעבוד אלא על נכסי הלוה ממש. אבל לא על נכסים המשועבדים ללוה. דבע"ח מכאן ולהבא גובה. ולאו כגבוי דמי אבל משעבודא דר"נ דגוף החוב של מלוה ראשון הוא כאלו הלוהו והוא בע"ד ומנכסי הלוה ממש הוא בא לגבות ומוכח דעת הרשב"א דבשעבודא דר"נ לא שייך מכאן ולהבא גובה דלא מטעם שעבוד בא עליו אלא כאלו הלוהו ממש וצ"ע:

סימן טו

ביאור דעת הפוסקים בשעבודא דר"ג אי שייך במטלטלין או לא. ופלפול בדברי הפוסקים בזה וביאור דעת התוס' בכמה מקומות בזה. והרבה חדושי דינים בשעבודא דר"נ. וביאור כמה סוגיות בזה:

בשעבודא דר"נ אי שייך במטלטלין או לא. בפוסקים לא נזכר מזה דבר. אמנם התוס' פסחים (נא) ד"ה משתעבדנא כתבו לחלק דבמטלטלי דיתמי לא שייך שעבודא דר"נ דדוקא גבי קרקע שייך למימר הכי דבת שעבוד היא. דכשהקרקע זו משועבדת לראשון חשבינן לה כאלו היא בידו דהא אם מכרה או משכנה חוזר ראובן וגובה אותה ולכך משועבדת נמי לב"ח. אבל במטלטלין אין להחשיבם כאלו הם ביד ראובן כיון שאלו מכרם או משכנם אין גובה מהן. אך מאי דמספקא לן לפי דברי התוס' הנ"ל דלא משתעבדי מטלטלין בשעבודא דר"נ. אם מדאורייתא לא משתעבדי או דלמא רק מדרבנן ומשום תקנת השוק. והנה לפי מה שהעלו התוס' שם בטעמא דלא שייך שדר"נ במטלטלין משום דתלי בשעבוד והיכא דב"ח הראשון היה יכול לגבות ממשעבדי כגון בקרקע דאף אם משכנה או מכרה כו' ולהכי משועבדת נמי מד"ת כנ"ל וא"כ תלי

בשעבודא דאו'. ולהסוברים דאי שעבודא דא' אף מטלטלי דיתמי נמי משתעבדי מה"ת. והא דמחלקינן בין מקרקעי למטלטלין אינו אלא מדרבנן וזו דעת הרשב"א בחידושיו לב"ק הובא בקצוה"ח (סי' ל"ט) וא"כ בשעבודא דר"נ דלכולי עלמא דאו' מקרא דונתן לאשר אשם לו ובודאי מדאו' מטלטלי נמי משתעבדי אלא מדרבנן תקנו דלא לשתעבדי ומשום תקנת השוק. ובהדיא דעת הרשב"א בחידושיו לקדושין בסוף דבשעבוד דר"נ במטלטלין דלא גבי אינו אלא מדרבנן ע"ש. ודבר זה נכון לשיטת הרשב"א. אמנם כבר הבאתי לעיל בענין שעבודא דאו' שיטת הרמ"ה בחידושיו דפליג על הרשב"א ודעתו במטלטלין אי נשתעבדו מה"ת אף למ"ד דסובר שעבודא דאו' תלי בהלימודים דשעבוד דאו'. וכתב דלעולא דיליף שעבודא דאו' מקרא דיוציא לך העבוט החוצה עכצ"ל דס"ל כר"מ דמטלטלי דיתמי משתעבדי לב"ח כיון דקרא במטלטלין איירי וע"כ איכא שעבודא דא' אף במטלטלין. דאין סברא לומר דס"ל לעולא דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח מה"ת אלא מדרבנן דלא שייך תקנה גבי יורשין ולרב פפא הכריע שם דעתו מאחר דמסיק בסוף ב"ב דשעבודא דאו' כיון דקיימ"ל דמטלטלי לא משתעבדי לב"ח עכצ"ל דעתו לענין הלכה דין זה דשעבודא דאו' אינו מן המקרא אלא מדין ערבות. ודוקא בקרקעות דדעתו של אדם סומכות עליהן איכא ערבות אבל לא במטלטלין שאין דעתו של אדם סומכות עליהן וליכא ערבות לא משתעבדי ע"ש בחדושנו סי' ט' שתירצנו בזה דעת הרא"ש מהשגות הש"ך שהשיג עליו (בסי' ל"ט)וגם דעת המרש"ל אשר הרב ש"ך בנה עליו דייק דדבריו סותרים זה את זה והכרענו שם דעת התוס' בשעבודא דאו' דאינו מן המקרא אלא משום ערבות ע"ש. שתירצנו קושית השעה"מ הלכות גזילה (פ"ג הלכה ד') שהעיר בסתירת דברי התוס' דפ"ק דב"ק דסותרים לדבריהם פ' נושאין על האנוסה ע"ש. וא"כ מאחר דדעת התוס' דשעבודא דאו' הוא משום ערבות ודוקא בקרקע דדעתו של אדם סומכת עליהן איכא ערבות משא"כ במטלטלין דלא סמכה דעתו של אדם וליכא ערבות לא. ומעתה יאיר לנו נתיב חדש בשעבודא דר"נ דהתוס' לא כתבו זאת (בפסחים ל"א) דבמטלטלים לא שייך שעבודא דר"נ אלא לרבא לשיטתיה (בכורות מ"ח) דשעבודא דאו' הוא מטעם ערבות וכן דעת הרא"ש כאשר ביארנו לעיל דעתו דפסק כרב פפא בסוף מס' ב"ב וברב פפא הא כבר הכריע הרמ"ה דעתו דשעבודא דאו' הוא מטעם ערבות ובמטלטלין לא שייך ערבות דאין דעתו של אדם סומכות עליהן ולדידהו שפיר הכריעו לשיטתם דבמטלטלין לא שייך שעבודא דר"נ. אבל להסוברים דשעבודא דר"נ מקרא דיוציא לך העבוט חוצה ואז אף במטלטלים נמי דאו' הוא:

והיוצא לנו דדין זה דשעבודא דר"נ אי שייך במטלטלים לפי מה שהעלו התוס' דתלי בשעבודא דאו'. א"כ תלי בהלימודים דילפינן שעבודא דאו' לדעת הרמ"ה. דאי ילפינן דהוא רק משום ערבות וא"כ דוקא בקרקע דדעתו של אדם שומכות עליהן איכא ערבות משא"כ במטלטלין דליכא ערבות ולא סמכה דעתו עליהן אבל אי ילפינן דשעבודא דאו' מקרא דיוציא לך העבוט החוצה אזי אף במטלטלין נמי דאו' וזה היסוד הוא לדעת הרמ"ה כאשר הכרענו לעיל. אבל להרשב"א לשיטתיה דפליג על הרמ"ה כאשר הכריע במהרי"ע אלגז"י לבכורות (ד' ע"ח) פשוט ומבואר דעתו דבמטלטלין לעולם שעבודא דאו' מדינא אלא מדרבנן תקנו דלא לשתעבדי ומשום תקנת השוק. ועיין בש"ך (סי' ק"א) לענין גביית שטרות ובקצוה"ח (סי' פ"ו סק"א) שהביא קושית הרשב"א להקשות אהאי דינא דר"נ דאמאי צריך קרא דונתן לאשר אשם לו על דינא דר"נ וכן לרבנן דר"נ אמאי פליגי עליו. הא כל מה שיש ללוה נכסים משועבדים להמלוה א"כ ממילא ה"ה נכסים המשועבדים ג"כ משועבדים המה למלוה שלו כדקיימ"ל שעבודא דא' והביא דברי הש"ך (דסי' ק"א) דאי לאו דר"נ נהי דב"ד מגבין משטרות לא עדיף ממכירת שטרות בע"ד גופיה ומוכר שט"ח נאמן לומר אמנה או פרוע במיגו דמחיל ה"ה בגוביינא דב"ד אבל השתא מדר"נ הו"ל מלוה ראשון בע"ד דשני ואין צריך לבוא בכח הלוה שלו הלכך לאו כל כמיניה לומר אמנה ע"ש בקצוה"ח שפלפל בדברי הש"ך דלא יתכן דבריו אלא האידנא דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי ואם מכר או נתן אינו טורף מהלקוחות וא"כ אם יאמר אמנה אינו יכול לטרוף מן הלוה כו' אבל לדינא דאו' דאין חילוק בין קרקע למטלטלין ולמ"ד דשעבודא דאו' טורף נמי ממטלטלי שמכר וכמ"ש הרשב"א סוף קדושין וא"כ כיון דהחוב נשתעבד למלוה אי אזיל לוה ומחיל הרי זה טורף כמו שטורף ממטלטלים המשועבדים וממילא לא מצי טעין אמנה כיון דחב לאחריני ע"ש. ולדברינו הנ"ל דהבאתי להכריע דין, זה אי במטלטלין שייך שעבודא דר"נ דתלי במחלוקת דהרמ"ה והרשב"א בשעבודא דאו' ולהרמ"ה דתלי בהלימודים ואי ילפינן שעבודא דאו' דהוא משום ערבות אזי דוקא בקרקע דדעתו של אדם סומכות עליהן איכא ערבות אבל לא במטלטלין דאין דעתו של אדם סומכות עליהן וליכא ערבות לא משתעבדי מה"ת וא"כ אין מקום לקושית הרשב"א דשפיר צריך קרא דונתן לאשר אשם לוו לשעבודא דמטלטלין. ובפרט דעיקר קרא דונתן לאשר אשם לו במטלטלין איירי דמשום שעבודא דאו' לא הוה משתעבדי במטלטלין דליכא ערבות ולא סמכה דעתיה ולהכי בעינן לקרא דונתן לאשר אשם לו להשתעבד בשעבודא דר"נ. וכבר הכרענו דהתוס' והרא"ש ס"ל דשעבודא דאו' הוא משום ערבות וא"כ במטלטלין דלא סמכה דעתו וליכא ערבות לא

משתעבדי ולהכי בעינן קרא דונתן כו' מדר"נ דבודאי מן המקרא הוא ומטלטלי נמי משתעבדי ואי דלא משתעבדי מדרבנן כתוס' פסחים ל"א דזה לא שייך להקשות מקרא דונתן לאשר אשם משא"כ לשיטת הרשב"א שזכרנו ולהסוברים דשעבודא דאו' מקרא דיוציא לך העבוט חוצה ובודאי נמי מטלטלי משתעבדי מה"ת שפיר קשה כנ"ל:

ומעתה נבא לבאר דין מחילה בשעבודא דר"נ. וזה לשון המחבר (בסי' פ"ו סעיף ה') אין שמעון יכול למחול ללוי ולא להרויח לו זמן שהרי פקע השעבוד שיש לשמעון על לוי ונשתעבד לראובן. והש"ך (ס"ק י"א) הרבה להקשות על המחבר דפסק כהטור בדין זה אשר רבים המה החולקים הלא המה הרא"ש פ"ב דכתובות וכן התוס' שם בשינוי קמא והביא דברי הבעל המאור והרמב"ן בספר המלחמות וכן הביא דברי בעה"ת שהביא דברי הראב"ד שדעתו במכירת שטרות דהוא דרבנן ולהכי יכול למחול. אבל בשעבודא דר"נ שהוא דאו' לא יוכל למחול והשיג עליו הבעה"ת מגמרא דב"ק ע"ש ומבואר דעתו דאף בשעבודא דר"נ יכול למחול. ועוד הביא הרבה פוסקים ראשונים ואחרונים ע"ש שבירר הדעות בזה ולבסוף העלה דהעיקר כדעת התוס' בכתובות בשינוי בתרא ושכן דעת הראב"ד וסייעתו ושגם הרא"ש פסק כן בתשובה כלל ס"ח וחזר בו ממ"ש בפסקיו והביא אבל ראיות בדברי אחרונים וברר וליבן הדעות. והעיקר בדבריו דאף אי נימא דמכירת שטרות דאו' ובכל זאת יכול למחול כדקיימ"ל דהמוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול. בכל זאת בשעבודא דר"נ לא יכול למחול. ולא מיבעי לטעם הסוברים בטעמא דחזר ומחלו מחול משום דיוכל לומר עיינתי בחשבוני ולא פש לי מידי גביה או אסתפק לי דפרוע א"כ הכא דאינו נאמן לומר פרוע וכמ"ש הרא"ש פ"ב דכתובות וכדקיימ"ל לעיל (סי' מ"ז). וכן להרמב"ם וסיעתו הסוברים בטעמא דמהני מחילה משום דמכירת שטרות דרבנן בודאי לא שייך בשעבודא דר"נ דהוא מדאו' מקרא דונתן לאשר אשם לו אלא אף להסוברים דמכירת שטרות דאו' והטעם דיכול למחול הוא משום דשני שעבודים יש למלוה על הלוה שעבוד הגוף ושעבוד נכסים ועל שעבוד הגוף לא חל המכירה דהוא דבר שאין בו ממש וא"כ נשאר שעבוד הגוף אצל המוכר ולהכי יכול למחול שעבוד הגוף וממילא פקע שעבוד נכסים דהוא רק משום ערבות ומאחר דליכא לוה ליכא ערב ואף להאי טעמא לא שייך בשעבודא דר"נ בנושה מחבירו שנשתעבד הלוה השני לגמרי לראשון מדאו' ולא יכול לומר לאו בעל דברים דידי את וכדאיתא פ' האשה שנפלו. וא"כ גם גופו נשתעבד לו מדאורייתא והיאך יוכל המלוה השני למחול ע"כ תוכן דבריו והנה אמת כדבריו דבשעבודא דר"נ אין כח ביד שמעון למחול החוב דנשתעבד הלוה השני לגמרי לראשון מדאו' אך מאי דקשיא לן לדברי הש"ך להסוברים

דמכירת שטרות דאו' וקיימ"ל (בסי' ס"ו סעיף ו') במוכר שט"ח לחבירו כו' בית דין אומרים ללוה לתנו ללוקח ואם קדם הלוה ופרע למוכר נפטר ואין ללוקח עליו אלא תרעומות והוא מבעה"ת עיין בטור שם, ומאי שנא (מסי' פ"ו) בשעבודא דר"נ דאם עבר ופרע למלוה שלו דצריך לחזור ולפרוע למלוה הראשון. דבשלמא אי נימא דמכירת שטרות מדרבנן ולהכי יכול למחול מאחר דמה"ת לא מהני המכירה אבל בשעבודא דר"נ דהוא מה"ת ולהכי אינו יכול למחול ושפיר דמחויב לשלם להלוקח דהוא מלוה שלו מה"ת וכן תירץ הדרישה כנ"ל וכן הש"ך (סי' ס"ו סעיף ט"ז) שכתב לחלק כחילוק הנ"ל. אך זה ניחא אי מכירת שטרות לאו דאו' דאז אם קבל הפירעון ונמחל השעבוד ופקע שעבוד דמלוה ראשון ואין ללוקח על הלוה כלום אבל אי נימא דמכירת שטרות דאו' והטעם דיכול למחול משום שני שעבודים כנ"ל וזה דוקא במכירת שטרות דליכא שעבוד הגוף במכירה כנ"ל דהוא דבר שאין בו ממש אבל לא בשעבודא דר"נ דלגמרי נשתעבד השני לראשון אף שעבוד הגוף כנ"ל ולהכי לא יכול למחול. וזה נראה לחלק רק במחילה דרק במחל לו המלוה השני דהוא לטובתו והוא לא עשה כלום ולא מקרי מזיק ומאחר דמן הדין יוכל למחול המוכר דנשאר אצלו שעבוד הגוף אין להלוקח על הלוה כלום. אבל בפורע להמוכר וב"ד אמרו ליתן להלוקח והוא קדם ופרע למוכר מקרי מזיק שעבודו של חבירו מאחר דהוא לא נהנה. ובודאי מקרי מזיק ואף במכירת שטרות בודאי מחייב. ובזה ניחא נמי לתרץ לדעתי דעת הרא"ש כלל ע"ג בתשובה (סי' א') דכתב הרא"ש במסרב ועכבוהו ב"ד מעותיו ביד מי שמחויב לו מדר"נ והוא עבר ציוי ב"ד ופרע למסרב וחייב הרא"ש לחייב ההוא לפרוע שנייה ונתן טעם א' דהו"ל מזיק שעבודו של חבירו ויש בו דינא דגרמי. והקשו האחרונים דע"כ ס"ל להרא"ש בתשובה ההיא דשעבודא דר"נ יוכל למחול דאל"כ בלאו הכי חייב לפרוע דהא משתעבד מדר"נ ובמקום דמחילה לא מהני פשיטא דפירעון לא מהני וע"כ דס"ל דיוכל למחול ומ"מ חייבוהו משום מזיק ובאמת דעת הרא"ש בשעבודא דר"נ דלא יוכל למחול עיין ש"ך (סי' פ"ו ס"ק י"א) וא"כ דבריו סותרים זה את זה. אך לדברינו ניחא דזה הסברא לחלק בין מוחל לפורע מעצמו ואינו שומע לציוי ב"ד האומרים לו ליתן ללוקח דבמוחל דהוא לטובתו והוא אינו עושה כלום אינו מקרי מזיק אבל בפורע דאין לו הנאה הרי בגדר מזיק שעבודו של חבירו כיון דלית ליה הנאה מניה וכשהרציתי הדברים אמרו לי שכן מבואר באחרונים ואין הפנאי מסכים לעיין:

סימן טז

ביאור דעת הפוסקים בחשוד על השבועה אי מדא' נפסל לשבועה או לא וביאור דעת התוס' בזה. גם יבואר הרבה חדושי דינים בעבר עבירה דרבנן בשב ואל תעשה וביאור דעת הפוסקים בזה. ועוד הרבה חדושי דינים כפסולי עדות מחמת עבירה

חשוד על השבועה אי מדאורייתא נפסל לשבועה או לא מחלוקת ראשונים בזה. דעת התוס' (ב"ק ק"ח) ד"ה תרי כפילי הכריעו מגמרא שבועות (מ"ה) דקתני ושכנגדו חשוד על השבועה ומשמע דרבנן הוא וכיון דמדאורייתא שבועתו שבועה מחייב כפל עכ"ל. וכן הב"י חו"מ (סי' צ"ב) הביא בשם ריב"ן מיג"ש דחשוד על השבועה פסול לעדות ודייק לה ממש"כ רש"י שמא יוציא הלה את הפיקדון ויפסלנו לעדות ולשבועה ומשמע דאינו רק דרבנן. ובשבועות פ' כל הנשבעין חשיב לה בהדיא בפסולי דרבנן. ובכנה"ג בהגהות הב"י על הטור הקשה מגמרא מפורשת (סנהדרין כ"ז) דאל תשת רשע עד קאי על גזלנין ומועלי שבועות ומשמע שם בהדיא דהוא פסול תורה וכן הקשה על התוס' דב"ק הנ"ל. ולע"ד נראה לתרץ בהקדם מה דקשה לי ג"כ לשיטת התוס' הנ"ל דחשוד דפסול לשבועה הוא רק דרבנן א"כ סתרי דבריהם זה את זה דא"כ מאי קא קשיא להו בסנהדרין כ"ז ובשבועות מ"ו ארבא דס"ל דבעינן רשע דחמס והקשה ליה אביי בסנהדרין מברייתא דתניא אל תשת רשע עד אלו הגזלנין ומועלי בשבועה מאי לאו אחת שבועת ממון ואחת שבועת שוא אלמא דלא בעינן רשע דחמס ומשני לא אידי ואידי שבועת ממון כו' והקשו בתוס' שם דאמאי לא פריך ממתניתין דשבועות דקתני ושכנגדו חשוד על השבועה ומפרש בגמרא ואפי' שבועת שוא ולא פליג שום תנא וה"ה דיפסול לעדות. ולשיטתם דחשוד פסול רק מדרבנן לשבועה ומה"ת כשר לשבועה והוכיחו מגמרא הנ"ל א"כ ליכא קושיא מהתם דבאמת מה"ת כשר משום דבעינן רשע דחמס ורק מדרבנן פסול ותמוה מאוד:

אמנם מה שנראה לע"ד בתירוץ הקושיות הנ"ל. על פי מה שמצאתי בחידושי הר"ן פ' ז"ב לתרץ קושית התוס' הנ"ל לרבא דס"ל לענין פסולי עדות בעינן רשע דחמס אמאי העובר על שבועת שוא פסול לשבועה. לפי מה דאמרינן פ"ק דמציעא דלכך לא אמרינן מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא משום דאשתמוטי קא משתמיט עד דהוה ליה זוזי ופרע ליה או דספק מלוה ישנה יש לו עליו ותפס ליה בשביל כן ובאם שלא יזכור יחזיר לו ורמי רחמנא שבועה עליה דבשבועה אי אפשר בחזרה כמ"ש התוס' שם. וא"כ לכך בעבר על שבועת שוא פסול לשבועה אף דאינו נפסל לעדות משום דרע לשמים ורע לבריות מ"מ לשבועה פסול משום די"ל דאינו רע לבריות כלל דאשתמוטי

משתמיט וכ"ש אי תפיס ליה משום ספק מלוה ישנה וכשלא יזכור יחזיר לו ומשום אימת השבועה ודאי לא יפרוש כיון דהוא חשוד על שבועת שוא. ומעתה שזכינו לדברי הר"ן הנ"ל דאשתמוטי קא משתמיט לא שייך בשבועת שוא דלא יפרוש אף משום חומר השבועה וכשיזכור לא יחזיר ורק משום מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועה שייך אשתמוטי קא משתמיט כנ"ל. וא"כ ע"כ הקרא דאל תשת רשע עד לדידן דקיימ"ל דאביי ולא בעינן בפסולי עדות רשע דחמס ודרשינן אגזלנין ומועלין בשבועה ובאיזה שבועה ע"כ בשבועת שוא דלא שייך אשתמוטי קא משתמיט דאי בחשוד אממון דחשוד אשבועה הא שייך לומר אשתמוטי קא משתמיט. והתוס' דהכריעו בב"ק דלשבועה רק מדרבנן הוא פסול הוא בכהאי גונא דשייך לומר אשתמוטי קא משתמיט כגון בחשוד אממון דחשוד אשבועה או כגון התם דהודה דנשבע לשקר דיש לתלות דאשתמוטי דקא משתמיט עד דבחיש לה ועל הודאת עצמו אינו נפסל אלא שהוא חשוד על השבועה ומתורץ נמי היטב דעת הריב"ן מיגש דהביא ראי' מרש"י הנ"ל דשמא יוציא הלה את הפיקדון. דהתם לא נדע דנשבע לשקר רק שאין אנו מניחין אותו לישבע שמא יוציא הלה את הפיקדון ויבורר שאינו שוה כמו שנשבע וא"כ יוכל להיות שטעה בשומא ובודאי דרק מדרבנן הוא. דמה"ת בודאי אוקי גברא אחזקתיה ואף אם ישבע לשקר ומסתמא טעה בזה אלא בודאי רק מדרבנן וברור. ומתורץ נמי קושיתינו בדברי התוס' דהתם ע"כ הקרא קאי רק אשבועת שוא כנ"ל ובשבועת שוא לא שייך לאשתמוטי קא משתמיט ושפיר הקשו לשיטתם דבודאי מוכח דלא בעינן רשע דחמס אלא דשפיר שייך תירוץ הר"ן דאף לרבא פסול לשבועה מטעם דלא שייך אשתמוטי קא משתמיט ובכל זאת לעדות פסול משום דבעינן רשע דחמס. ואתי נמי שפיר קושית הקצוה"ח (סי' צ"ב סק"א) דהקשה הא דאמרי' פ"ק דמציעא לא אמרינן מיגו דחשיד אממונא חשיד נמי אשבועתא דאי לא תימא הכי הא דאמר רחמנא מודה במקצת ישבע נימא מיגו דחשיד אממונא חשיד נמי אשבועתא ומאי זו קושיא כיון דמדאורייתא אפי' חשוד על השבועה לא מפסל וא"כ היכי מוכח מהא דאמר רחמנא כו'. ולדברינו אתי שפיר דשם עיקר החידוש הוא דחידש אביי דהיכא דשייך אשתמוטי קא משתמיט או מחשש דמלוה ישנה דלא מקרי חשוד על הממון ופסול דרבנן כיון דיש לו התנצלות שוב לא איקרי חשוד בבירור על הממון ולהס"ד קא סברי דלא שנא ומדהטילה התורה שבועה עליו ע"כ חשבינן ליה בגזלן ודאי דאין לו שום התנצלות וא"כ שוב חשוד מה"ת נמי על השבועה, ותירוץ הר"ן הנ"ל וסברתו הנחמדה הוא מגמרא הנ"ל בתירוץ דאביי דחידש דאף משום מיגו דחשוד אממונא שייך אשתמוטי קא משתמיט וחילק בין שבועת שוא דלא שייך אשתמוטי קא

אשתמיט כנ"ל. אך מה שיש להקשות לכאורה לדברינו לחלק בין שבועת שוא דעליה קאי הקרא דאל תשת רשע עד ופסול מה"ת דלא שייך אשתמוטי קא אשתמיט. ובין שבועה דמיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועה דשייך אשתמוטי קא אשתמיט ויש לו התנצלות ופסול רק מדרבנן כנ"ל. ממ"ש ביור"ד (סי' קי"ט ס"ח) דהחשוד על הדבר אינו נאמן עליו אפי' בשבועה והטעם מבואר בב"י שם דכבר חשוד על השבועה לעבור דמושבע ועומד מהר סיני. וקשה לפי"ז הא בשבועה דמיגו דחשיד אממונא חשיד נמי אשבועה דעבר נמי אשבועה דהר סיני דהוי כשבועת שוא וליתא להחילוק דהר"ן וקשה נמי לכאורה אר"י דס"ל דלא אמרינן מיגו דחשיד אממונא חשיד נמי אשבועתא משום דשבועה חמורה בעיני אדם. הא הוא חשוד באמת אשבועה גופא דמושבע ועומד מהר סיני. אך יש לומר ולתרץ דטעם זה דמושבע ועומד מהר סיני לא שייך לסברת הפוסקים דבשבועה דלהבא אינו נפסל משום דבשעה שנשבע נשבע באמת ואח"כ יצרו תקפו וא"כ שבועת הר סיני נמי שבועה דלהבא היא ואינו נפסל על ידה. ובזאת מתורץ נמי קושית הט"ז שהקשה ביו"ד (בסי' ב' ס"ג) במומר לתיאבון ששחט אפי' נשבע ששחט בסכין יפה אינו נאמן ומפרש הטעם בב"י בשם אוהל מועד משום דמושבע ועומד מהר סיני וכבר עבר על השבועה ע"ש והקשה הט"ז ממ"ש בח"מ (סי' ל"ד) דאין פסול לעדות אלא בעבר עבירה שיש בה מלקות ובעובר על השבועה אמרינן שם דפסול ואפי' בעובר על החרם. ולפי מ"ש הכא דבכל עבירה אמרינן דעובר על מה שמושבע ועומד, מהר סיני היה לנו לפסול כל עובר עבירה ואפי' אין בה מלקות כיון דכאן לא מהני מה שנשבע עכ"ל. ולדברינו הנ"ל דבשבועה דלהבא אינו נפסל משום דבשעה שנשבע באמת נשבע ושבועת הר סיני נמי שבועה דלהבא היא ואינו נפסל. וכמדומה שראיתי באחרוני שתירצו כן קושית הט"ז:

ובהאי ענינא אמרתי לתרץ קושיא חמורה ששמעתי מקשים בתוס' (בב"מ ג' וכן בכתובות י"ח) שכתבו ראי' דלא אמרינן מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא מהך דנסכא דר' אבא דאם טען לא חטפתי היה נשבע להכחיש את העד שד"א דאל"כ לא שייך מחויב שבועה ואינו יכול לשבע משלם ואשבועה דרבנן לא אמר הכי. ומקשים דלמא צריכי להך דבדרבנן לא אמרינן מחויב שבועה ואינו יכול לשבע משלם ותיפוק ליה דע"כ דאו' היא דהרי שבועה להכחיש העד היא מה"ת דעד אחד מחייב שבועה ע"כ. ובאמת לדברינו הנ"ל אתי שפיר דהכרענו לעיל לחלק להר"ן בין שבועת שוא דפסול מה"ת מקרא דאל תשת רשע עד ובשבועה דמיגו דחשיד אממונא דשייך אשתמוטי קא אשתמיט בודאי מה"ת לא פסול לשבועה. ובזה מתורץ נמי מה שהקשו האחרונים דאמאי לא הוכיחו

מכל עד אחד דמחייב שבועה ולמה לא נימא דחשיד אממונא חשיד אשבועתא. אך לדבריו יש לומר דאשתמוטי קא משתמיט וכשהרציתי הדברים הראוני שכן תירץ המהר"ם שי"ף משא"כ בנסכא דר' אבא שהוא בעין לא שייך אשתמוטי קא משתמיט. ומעתה אתי שפיר דבאמת מה"ת עד אחד לא יכול לחייב שבועה בכהאי גונא שהוא בעין דהא חשיד אממונא חשיד אשבועתא ושוב יתחייב לשלם ובכגון זה לא האמינה התורה עד אחד שיתחייב ממון ולהכי כתבו התוס' דע"כ התם שבועות התורה דהרי מדרבנן לא שייך מחויב שבועה ואינו יכול לשבע משלם וע"כ דשבועת התורה הוא דהוה ולא חשוד אשבועה ויש לפלפל הרבה בדברי הקצוה"ח (סי' צ"ב) דכתב דבנסכא דר' אבא לא שייך שבועה דרבנן ואין כאן מקומו ועיין בתשובת כנסת יחזקאל (סי' ח') שהביא השואל שם בשם ספר מעדני מלך במי שקבל ע"ע עונש מי שפרע פסול לעדות ודחה שם הגאון המחבר דבשבועה דלהבא אינו נפסל לדעת רש"י. ועוד דחה דאיך נוכל לומר דנפסל בכך ואיך אומרים לו הב"ד שיקבל ע"ע מי שפרע שיהי' ח"ו פסול לעדות. בשלמא שבועה פסקינן ליה אם אמת אתו משא"כ מי שפרע פסקינן אם רוצה לחזור ע"ש שהאריך בזה. והנה לעדות אשה אי בעינן רשע דחמס לפסול או לא לכאורה לכל הפוסקים משמע דכל הפסולין המבוארין בח"מ (סי' ל"ד) דפסולין מדאו' פסולין נמי לעדות אשה. ובב"י בח"מ סי' ל' נסתפק בזה דהא עיקר דבעינן רשע דחמס ושאינו רשע דחמס אינו פסול הוא רק משום גזירת הכתוב דאל תשת רשע עד ולכן באיסורין דא"צ עדות דאפי' אשה כשירה ה"ה רשע שאינו של חמס נמי ע"ש. ובאמת הנמק"י (פ' ז"ב וכן פ"ז דיבמות) כתב בהדיא כן דבעדות אשה לפסול לא בעינן רשע דחמס ומטעם הנ"ל. דכל שאינו רשע דחמס אינו פסול רק משום גזירת הכתוב ובאיסורין דא"צ עדות כו' ומהתימא שלא הביאו האחרונים והעירו. ואחר החיפוש מצאתי בספר קהלת יעקב להגאון דליסא בחידושיו לאה"ע (סי' י"ז סעיף ג') שעמד בזה והכריע דיש להחמיר בזה ע"ש שהביא דלא קשה מדברי הנמק"י בפ"ב ביבמות דכתב דברוצח פסול אף אליבא דרבא דבעינן רשע דחמס דהיינו מטעם שכתבו הפוסקים דהוי רשע דחמס כל מה דעביד להנאתו וכן הורג נפש אין לך רע לבריות יותר מזה והוי כרשע רחמם ע"ש. והנה בעד אחד לענין איסור אם מחויב לשבע להכחיש את העד כמו בממון הנה בח"מ (סי' פ"ז סעיף כ"ה) בהגה"ה דבאיסור אין משביעין והוא מתה"ד (סי' ל"ד) ובש"ך הקשה על זה דהא אדרבה בקדושין כ"ח אמרינן גבי סוטה אשכחן איסורא ממונא מנלן וילפינן גלגול דממונא מאיסורא דסוטה ע"ש. ובתומים סי' הנ"ל הביא ראי' לדינא דהרמ"א מקדושין בעד אחד בהכחשה דבדבר איסור אין משביעין. ובנוב"י מה"ת ח' אה"ע (סי' ע"ו) הקשה

בקדושי עד אחד בהכחשה דבאמת אמאי לא תשבע להכחיש את העד ע"ש מה שתירץ. ודחה קושית הש"ך מסוטה דהא שבועת סוטה אינה להאמין לה דהיא שותה מים המאררים אחר השבועה. והא דילפינן גלגול שבועה מסוטה הוא רק דין חיוב שבועה ילפינן ע"ש ועיין בתשובת שיבת ציון (סי' ע"ז:

והנה אי מפסל לעדות ולשבועה בעבר עבירה דרבנן בשב ואל תעשה. הנה לכאורה דבר זה מבואר בב"י ח"מ (סי' ל"ד) ז"ל אבל העובר על דברי חכמים בשב ואל תעשה אין לנו כח לפוסלו לעדות ולשבועה אפי' לדעת הטור ורוב הפוסקים העומדים בשיטתיה דס"ל דאיכא פסולי דרבנן אפי' היכא דליכא חימוד ממון שהרי אפי העובר על איסור דאו' בשב וא"ת לא נפסל מדאו' כדמשמע מלשון הרמב"ם שכתבתי וכן הם דברי הטור דאינו נפסל מדאו' אלא במקום דאיכא מלקות ולאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו. ואיך יהי' איסור דרבנן חמור מעובר על איסור דאו' בשו"ת ועיין בשו"ת חוט השני סי' י"ח שהאריך בזה:

סימן יז

שאלה בהנך דנתמעטו מדיני שמירה אם היינו דוקא בסתמא. אבל היכא דהתנה וקבל עליו שאם פשע ישלם חייב. או לא שנא דאף במפורש פטורים. וביאור ופלפול בדעת הפוסקים בזה וביאור כמה סוגיות:

תשובה המחנה אפרים הלכות שומרין (סי' ח') חידש בהא דקיימא לן דעבדים וקרקעות ואינך דנתמעטו מדין שמירה היינו דוקא בסתמא אבל אם התנה וקבל עליו שאם פשע ישלם הרי זה חייב כיון שעל פיו סמך והפסיד. והוכיח זה בראיות נכונות מש"ס ופוסקים דהעיקר דפשיעה לא הוי אלא גרמא בנזקין. והביא דעת המרדכי פ' הגוזל וכן דברי הרא"ש (במ"ל פ' הרבית) דכל גרמא בנזקין דפטור היינו דוקא בסתמא בשלא קבל עליו לשלם. אבל כל שקבל עליו לשלם חייב וא"כ בפשיעה דלא הוי אלא גרמא בנזקין כנ"ל וגזירת הכתוב לחייב את השומרין ובהנך דנתמעטו מדיני שמירה. מפשיעה לא נתמעטו אלא בסתמא שלא קבל עליו בפירוש שאם פשע ישלם. אבל אם התנה בפירוש וקבל עליו שאם יפשע ישלם הדין כמו בכל גרמא בנזקין דאם התנה חייב. והביא דברי הריטב"א הובא בב"י בח"מ (סי' ס"ו) דמבואר דעתו דפשיעה הוי גרמא בנזקין ובהנך דנתמעטו מדיני שמירה הדין כמו בכל גרמא בנזקין דלא פטור אלא בסתמא. אבל אם התנה וקיבל עליו חייב ע"ש שהביא זאת בראיות ברורות דלא קשה על זה מגמרא בב"מ (נ"ח) דאמאי אצטריך הגמרא בפ' הזהב לאוקמי מתניתין דהשוכר את הפועל לשמור את התינוק כשקנו מידו כי לא קנו נמי כל שהתנה וקבל עליו לשלם הרי זה חייב. וביאר

שם דלא קשה דהתם צריך קנין כדי לחייבו אפי' בגניבה ואבידה דאין התנאי מועיל כדי לחייבו אלא בפשיעה כשפשע השומר ומשום דהוי גרמא בנזקין עכ"ל. ובאמת דבריו נכונים בסברא דפשיעה לא הוי אלא גרמא בנזקין ופטור בדיני אדם אלא שהתורה חייבה שומרין בפשיעה מפני שסמך עליהם בעל הפקדון. וכן מבואר בשיטה מקובצת לבבמ"צ דעת הרשב"א דלא מצינו שיתחייב האדם אלא מחמת שנהנה מחבירו או בהלואה או בש"ש אבל שומר חנם דחייב בפשיעה יש לתמוה דאמאי מחייב. ותירץ דגזירת הכתוב הוא דכיון שזה נשען על שמירתו ועל פיו נסתלקו הבעלים משמירתן עכ"ל. ובודאי בהני דנתמעטו מדיני שמירה דנתמעטו מכל בכל זאת בפשיעה דהוי גרמא בנזקין הדין כמו בכל גרמא בנזקין דלא פטור רק בסתמא. אבל אם התנה וקבל עליו בפירוש שאם פשע ישלם דחייב. אמנם להמתבאר מדברי הגמרא דבב"מ (נ"ח) שזכרנו מוכח דזה רק בשומר חנם מהני אחריות בפירוש לחייב משום דהוי גרמא בנזקין כנ"ל. מה שאין כן בש"ש בדברים דנתמעטו מדיני שמירה לא מהני קבלת אחריות בפירוש בלא קנין ובעי קנין:

ובהיות כן קשה להסוברים דגבי חמץ שלא לעבור עליו בעינן אחריות דגניבה ואבידה ודייקו לה מלישנא דא"ל בעירו חמירא כו' כיון דאלו מגנב ונאבד בעיתו לשלומי. וקשה היכי משכחת לה שיהא חייב הישראל בגניבה ואבידה כיון דאין נכסי כותים בתורת שמירה כדעת הרמב"ם (בפ"ב מהלכות שכירות). וכבר נתקשה בזה במ"א ובשעה"מ (פ"ד מהלכות חמו"מ הלכה ג'). ועי' בספר חק יעקב (סי' ת"מ סק"א). ובמ"א תירץ דמיירי כשהקדים לו שכרו כבר דנטילת מעות עביד קנין כדי לחייבו במה. שהתנה וכמ"ש הריטב"א ע"ש. ומעתה נבא לבאר דעת הרא"ש (בסי' ת"מ) יען שראיתי להגאון בעל ש"א (סי' פ"ח) שהעלה דברים מתמיהים בדעת הרא"ש ע"כ אבאר. וז"ל הש"א בתשובה הנ"ל אחר שהביא דברי הגמרא דפסחים (ה') א"ל רבא לבני מחוזא בעירו חמירא דבני חילא מיבתייכו כיון דאלו מגניב כו'. הביא דעת הרא"ש וז"ל כתב הרא"ש י"א דוקא ש"ש דחייב בגניבה ואבידה אבל שומר חנם לא ודייקי מלישנא דאלו מגניב או נאבד וכ"כ הר"י. ובה"ג כתב דאפי' שומר חנם נמי ומגניב ונאבד בפשיעה קאמר והרא"ש הכריע שם דאפי' שומר חנם נמי דהא תניא התם נכרי שנכנס לחצירו של ישראל ובציקו בידו אינו זקוק לבער הפקידו אצלו זקוק לבער. וכתב עליו הרא"ש מכאן ראי' דשומר חנם חייב לבער דסתם פקדון שומר חנם הוא ע"כ. ואני תמה עליו על ראי' זו וכי דין שומרין נוהג בשל כותי הא בפ' הזהב ממעטינן של הקדש מדיני שומרין מדכתיב רעהו ולא של הקדש ה"נ יש למעט של כותי מיניה דרעהו ולא של עובד כוכבים וכ"כ הרמב"ם להדיא (פ"ב) מהלכות שכירות דמהאי רעהו ממעטינן של הקדש ושל כותי. וא"כ הא

דתניא הפקידו אצלו זקוק לבער לאו משום דמסתמא חייב באחריותו מדין שומרין הא אין דין שומרין נוהג בשל עובד כוכבים. אלא ע"כ מיירי שהפקידו אצלו וקבל עליו אחריות בפירוש ולא בסתם פקדון מיירי דאינו אלא שומר חנם וכדברי הרא"ש. וכיון דע"כ מיירי שקבל עליו אחריות בפירוש הא איכא לאוקמי שמיירי דקבל עליו בפירוש אפי' אחריות דגניבה ואבידה כיון דלא איירי מאחריות של פקדון סתמא. אבל משום אחריות של פשיעה י"ל דאין צריך לבער עכ"ל הש"א. והנה דברי הש"א תמוהים מאוד מלבד דדוחק לומר דהברייתא לאו בדיני שמירה. איירי אכתי מה הועיל בזה לדחות דברי הרא"ש ולומר דאיירי דקבל עליו אחריות מפורש דגניבה ואבידה דבודאי לא מהני תנאו בלא קנין. דהא מצינו בהקדש בסי' ש"א בח"מ (סעיף ד') ומבואר יותר בלבוש עיר שושן (סי' הנ"ל). וז"ל אע"ג דמתנה שומר חנם להיות אפי' כשואל ואפילו בלא קנין משתעבד דבההיא הנאה דמהימן ליה גמר ומשתעבד נפשי' אפי' בדברים בעלמא. ה"מ שומר שכללו התורה בדין השומרין. אבל שומר בדברים אלו שאינו בכלל שומרים האמורים בתורה אפי' קבל עליו להיות כשואל לא משתעבד בדברים בעלמא ובעי קנין עכ"ל. והוא מהגמרא דב"מ (נ"ח) וא"כ בודאי לא מהני קבלת אחריות בנכסי העובד כוכבים דנתמעטו מדיני שמירה בלא קנין כמו בהקדש. והתם בגמרא פסחים (ה') בודאי בלא קנין איירי. והנה איתא בא"ח (סי' ת"מ) ב' דעות בישראל שיש ת"י חמצו של עובד כוכבים אי בעינן אחריות דגניבה ואבידה אז עובר עליו בבל יראה וזו דעת הרמב"ם. והשנית דעת שאר פוסקים דאפי' באחריות פשיעה חייב הישראל ועבר עליו. והרמב"ם לשיטתו בזה דהני דנתמעטו מדיני שמירה מפשיעה לא נתמעט ובגמרא פסחים (ה') שלך אי אתה רואה. ומשני הא דקבל עליו אחריות הא דלא קבל עליו אחריות. ולכאורה קשה דלמה לי קבלת אחריות. כיון דקיימא לן הנח לפני שומר חנם הוי קבלת אחריות. אמנם להרמב"ם ניחא דצריך קבלת אחריות דגניבה ואבידה דבלא קבלת אחריות לא הוי אלא שומר חנם. ודעת השני' הוא דעת הפוסקים דבהני דנתמעטו מדיני שמירה אף מפשיעה נתמעטו ולדידהו הלימוד דקבלת אחריות דפשיעה. אח"כ מצאתי בספר זכרון צבי מנחם (סי' א') שביאר בסגנון זה כמוכח הסוגיא שם. אך האמת יורה דרכו דהתם בדיני שמירה איירי ובפקדון סתמא דהוא שומר חנם וכהוכחת הרא"ש דאפי' שומר חנם נמי וסתם פקדון שומר חנם הוא. ואי קשיא הא אין דין שומרין נוהג בשל כותי וכקושית הש"א. י"ל כהמ"א הנ"ל שקבל עליו שאם יפשע ישלם. ואף בהנך דנתמעטו מדיני שמירה בכל זאת אם התנה וקבל עליו חייב כיון שעל פיו סמך והפסיד והדין כמו בכל גרמא בנזקין דחייב בקיבל עליו. ה"ה נמי הכא וכמו שבארנו לעיל דברי המ"א.

ואף דס"ס הא דעת הרא"ש רק דאף בשומר חנם נמי סגי. אך כש"כ בשומר שכר בודאי מהני וקשה איך משכחת לה שיהא חייב הישראל בגניבה ואבידה. כיון דאין נכסי עובד כוכבים בדין שומרין. יש לומר כמו שתירץ במ"א דמיירי כשהקדים לו שכרו כבר דנטילת מעות עביד קנין להתחייבו במה שהתנה. אך הברייתא הכא בודאי בשומר חנם מיירי דסתם פקדון שומר חנם הוא. ומיירי דקבל עליו אחריות בפירוש שאם פשע יחייב דבכהאי גונא אף בהנך דנתמעטו מדיני שומרין חייבין בפשיעה דהוא גרמא בנזקין ואם התנה חייב כנ"ל וראית הרא"ש נכונה:

אך לע"ד נראה לתרץ דעת הרא"ש בדרך אחרת ובהקדם נבאר מחלוקת הגאונים שהביא הרא"ש בפסחים (פ"א) ז"ל יש מן הגאונים שאמרו ישראל שהפקיד חמצו אצל עובד כוכבים או אצל ישראל חבירו וקבל עליו אחריות הנפקד חייב בביעורו ולא המפקיד אע"פ שהוא שלו כיון שאינו ברשותו. והביאו ראיה ממכילתא ע"ש ועי' בש"א (סי' פ"ג) שהאריך לבאר המכילתא בפירוש הגאונים וכתב הרא"ש וז"ל. ונ"ל הדבר פשוט הוא דאע"פ שהנפקד קבל עליו אחריות. מ"מ עיקר הממון של הבעלים הוא וכיון שהשאילו הנפקד ביתו לשמירת ממונו קרינן ביה ביתו עכ"ל והט"ז בש"ע או"ח (סי' ת"מ סק"ד) כתב וז"ל:

קשה לי דלפי מה שהשאיל לו ביתו גם בעובד כוכבים שהפקיד חמצו אצל ישראל נימא כך והו"ל כביתו של עובד כוכבים ואמאי אמרינן בגמרא הפקיד העובד כוכבים חמצו אצל ישראל זקוק לבער ייחד לו בית אין זקוק לבער. הא עכשיו קיימינן דגם בסתם הוי ליה כביתו ולמה לי ייחד עכ"ל. ובאמת לכאורה קושיא חמורה היא. אמנם אחר העיון דברי הרא"ש נכונים דהמכילתא איירי בעובד כוכבים שהלוה לישראל על חמצו ומטעם דרשותו השאיל לו. ולא קשה קושית הט"ז הנ"ל. דהנה דעת המהרי"ט הובא בקצוה"ח (סי' קפ"ע) לדחות דעת הרשב"ם דרשות הנפקד נקנה להמפקיד דבמה קנה המפקיד כיון דבעינן כסף או חזקה. ועוד הקשה תינח היכא דמיחד לו מקום. אבל היכא שאינו מיחד לו מקום מאי איכא למימר ע"ש. והגאון בעל קצוה"ח תירץ שם שפיר קושיתו הראשונה ע"פ דעת הרמב"ם (פ"א ממכירה) דקרקע נקנה באכילת פירות. א"כ הכא נמי קונה באותו שימוש לאותו תשמיש שמשאילו וכמו בשביל כרמים ע"ש ועל קושיתו השניה דמהרי"ט דבעינן יחוד מקום תירץ בקצוה"ח כיון דמעיקרא אושליה הכי לכל דוכתי שיהא מונח שם חפציו וכמו דאמרינן פ' השואל בשואל גרגותני ע"ש בקצוה"ח:

אמנם בחמץ בפסח בודאי לא יספיק תירוצו של בעל קצוה"ח לומר דשאל לו לכל מקום שיניח חפציו דאיך יעשה זאת לבדוק חדריו כדין בדיקה מחמץ ויניח להניח שם

חמץ אף דשל עובד כוכבים הוא ואין עובר עליו לענין בל יראה וב"י. אך לענין אכילה דשמא יבא לאוכלו איכא למיחש. ובודאי לא יעשה זאת שום אדם. וא"כ בודאי אם לא יחד לו מקום ולא הקנה לו רשותו אף להרשב"ם. ומעתה אתי שפיר דעת הרא"ש ופירושו במכילתא דמשום השאלת רשות נגע בה דרשות הנפקד נקנה להמפקיד אף בלא ייחד לו מקום וכתירוץ הקצוה"ח. אך זה רק בעובד כוכבים שהלוה לישראל על חמצו דשפיר שייך תירוץ הקצוה"ח הנ"ל דמעיקרא אושליה לו לכל מקום שיניח חפציו דאחת היא לו היכא דיניח. משא"כ בישראל שהלוה לעובד כוכבים על חמצו דבודאי אם לא יחד לו מקום לא הקנה לו רשותו וכנ"ל. ולכך בעינן יחד לו מקום אבל בסתמא לא. ואתי שפיר דעת הרא"ש. ובחידושי הארכתי לבאר דהא מאחר דהכריע בש"ך ח"מ (סי' קכ"ג) שאין קנין חליפין בעובד כוכבים. א"כ מה יועיל קנין ואיך משכחת לה קבלת אחריות. אמנם באמת יש לתרץ דהטעם במתנה שומר חנם להיות כשואל דלא מהני בדברים היינו משום אסמכתא שאינו מתחייב בחיוב גמור. וכמו שביאר הש"ך (סי' ס"ו) ומבואר אצלינו בתשובה. וא"כ כיון בעובד כוכבים דעת רוב פוסקים דלא שייך אסמכתא. דבדיניהם דייניגן ליה. וא"כ משכחת קבלת אחריות בפירוש בדברים בעלמא דלא שייך גבי אסמכתא ולהסוברים דבעובד כוכבים לא מהני אסמכתא חולקים באמת על הש"ך (בסי' קכ"ו). אמנם יש להשיב דהא דאסמכתא קונה היינו מדרבנן ובעובד כוכבים לא קנה בתקנתא דרבנן עי' בקצוה"ח (סי' קצ"ד) שהעיר בזה על הגאון מהרש"ק שחדש קנין אגב במכירת חמץ ובמכירת בכור ושבח דבזה לית פירכא. והעיר בקצות החושן דהא להסוברים דאגב דרבנן עי' תוס' ב"ק (י"א). ועובד כוכבים בתקנתא דרבנן לא קני. ועי' בקצוה"ח (סי' ס"ו סעיף כ"ה) דהביא מחלוקת הלבוש והש"ך בזה. והרבה הארכתי בחדושי לתרץ בזה קושית התומים שהקשה להש"ך דכל דתיקון רבנן כעין דאורייתא תיקון והא מעמ"ש דלא תקנו בעובד כוכבים. אך מה דיש להקשות לסברת הרא"ש דמשום שהשאיל לו הנפקד ביתו לשמירת ממונו קרינן ביתו דזה לא שייך אלא באם לא קבל עליו הנפקד אחריות ואין עליו חיוב לשמור ואז שימוש הבית לשמירת החמץ אינו לטובתו של הנפקד אלא לטובת המפקיד. ושפיר נקרא ביתו של מפקיד. אבל אם קבל עליו הנפקד אחריות דאין המפקיד צריך כלל לביתו של נפקד לשמירת חמצו ולטובת הנפקד הוא לא מחשיב כהשאיל לביתו למפקיד ובודאי קבלת אחריות שעל הנפקד גורם שלא יהא נקרא הבית ביתו של המפקיד. ובזה החילוק יש לקיים שיטת הגאונים ופירושם במכילתא. אך באמת לא קשה זאת להרא"ש דתלי' זאת במחלוקת הפוסקים לגבי שומרין אם החיוב בשעת משיכה או משעת אונסין (ב"ק קי"ב וכתובות

ל"ד). והרמב"ן באס"ז לכתובות ביאר מחלקותם דלמ"ד משעת משיכה אמרינן שיש להשומר צד קנין תיכף בשעת משיכה. וע"כ התחלת החיוב מיד בשעת משיכה וחל תיכף מאז שעבוד הנכסים. ומאן דסובר דמשעת אונסים דעתו דכל זמן שהפקדון הוא בעין הוא ברשות בעליו כל היכא דאיתא ואין השומר בו שום צד קנין. וע"כ אין התחלת החיוב בשעבוד נכסים כ"א משעת אונסים ולא למפרע. ועי' בספר ברוך טעם בסוגיא דדבר הגורם לממון שהוכיח דעת הרמב"ם דמשעת שאלה אשתעבוד מגמרא פסחים (ל"א) ע"ש. וא"כ הרא"ש דפסק כלישנא בתרא דב"ק דמשעת אונסים עי' בש"ע ח"מ (סי' שמ"א סעיף ד'). וכז"מ שהוא בעיניה הוא ברשותה דמריה ולא הוי ברשות הנפקד שום צד אחריות ולהכי בעי הטעם דכיון דהשאיל הנפקד ביתו לשמירת ממונו קרינן ביתו:

אמנם קשה לפ"ז דאם כן אמאי אמרינן בגמרא הפקיד העובד כוכבים אצל ישראל זקוק לבער ייחד לו בית אין זקוק לבער וקשה בלא יחד לו מקום דאמאי צריך לבער משום קבלת אחריות הא כיון דמשעת אונסים אשתעבד נכסים. וכ"ז דלא אתניס והפקדון בעין ברשותא דמרא איתא. אמנם באמת זה אינו דהא בגמרא פסחים (ה') פרשו הטעם דבחמץ דבר הגורם לממון כממון דמי לכ"ע מדכתיב לא ימצא ולמ"ד דדבר הגורם לממון כמ"ד בכל מקום אצטריך לא ימצא דסד"א הואיל וכי איתיה בעיניה הדר לאו ברשותא דמרא קאי קמ"ל ע"ש. וא"כ כיון דגלי רחמנא מלא ימצא דאף דהפקדון בעין ברשותי' קאי לענין חיוב משום גורם לממון. ואי קשיא הא לא הוה קנין ובמה נקנה להנפקד י"ל דהרא"ש לשיטתיה בח"מ (סי' רצ"א ובסי' ש"ז) דמשעה שנסתלקו הבעלים משמירתן מיד חייבין השומרין בשמירתן. ובמ"א ביארנו הסברא דכיון דסמך עליו הבעלים מחויב זה לשמור והשעבוד נכסי בא בשעת האונס. אבל בעובד כוכבים שהלוה לישראל על חמצו דליכא שום גורם לממון אי אמרינן למפרע הוא גובה ורק דמשום דאם יאבד לא יבא לידי גבייה ומשום גורם לממון כזה לא מקרי ממון בעלים ובודאי ברשותא דמרא קמא קאי היינו ברשות הישראל ואי קשה הא אינו ברשותו. להכי פירש הרא"ש דכיון דהשאיל הנפקד ביתו לשמירת ממונו קרינן ביה ביתו והנה גוף דברי המ"א בחידושו בהני דנתמעטו מדיני שמירה היינו דוקא בסתמא אבל כל שקבל עליו שאם פשע ישלם מתחייב. לא יתכן לשיטת הרמב"ם דסבר בהני דנתמעטו מדיני שמירה אם פשע בהן חייבין דלא נתמעטו מפשיעה עי' בח"מ (ס"ו וצ"ה וסי' ש"א) ב' דעות בזה לענין הקדש ע"ש וכן בכולהו:

סימן יח

ביאור דעת הפוסקים בדין יאוש והפקר אי מהני במקום שחב לאחרים ואי חלוק בזה יאוש מהפקר. וביאור דעת הפוסקים באיסורי הנאה אי הוי משום הפקר או משום יאוש ופלפול בדברי הפוסקים בזה. והרבה חדושי דינים במתנה אי מהני בנותן להבריח. ועוד חדושי דינים בהפקר ויאוש:

בש"ע חו"מ (סי' צ"ז סעיף ז') אם ראו ב"ד שתולש ריחיים התחתונה וכיוצא בה ממקום חבורה להבריח מב"ח ב"ד מגבין לו מהם לשעתי' והוא מבעה"ת שם. והנה אי יכול להבריח נכסיו ע"י הפקר. ראיתי להתומים (סי' ל"ז) שכתב בפשיטות לענין יאוש היכא דחב לאחרים אי מהני ע"ש שחידש דיאוש מטעם הפקר וכשם שאינו יכול למחול ולהפקיר במקום שחב לאחרים כו'. ומבואר דעתו דלא יכול להפקיר במקום שחב לאחרים. ולכאורה דברי התומים נכונים בסברא לענין הפקר דהרי משועבד לב"ח ואיך יכול להפקיר דבר שאינו שלו ובודאי לא מהני הפקרו. אמנם לענין יאוש הנתיבות המשפט (סי' ל"ז) השיג עליו דהא עיקר דב"ח יכול לטרוף מהקרקעות שמכר כתב רש"י פסחים (ל"א) כיון דמחמת השעבוד הוי כדבר שא"ב ולא הוי מכירה כנ"ל ומשו"ה אתי וטריף ע"ש. וא"כ ביאוש דעיקר דמהני הוא רק לדבר שא"ב דהא כל גזל ולא נתיאשו הבעלים שניהם אין יכולים להקדישו זה מפני שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו ואפ"ה יאוש מועיל ומהני בי'. וטעמא דמילתא דיאוש גזה"כ ורחמנא בע"כ דידיה אפקי' מרשותו ואדרבה במקום שהוא ברשותו לא מהני היאוש כלל. ועי' לעיל בתשובתינו (סי' ד') שהקשתי דאיך יכול להיות דיאוש מטעם הפקר דיאוש לא מהני אלא בדבר שא"ב והפקר לא מהני רק באם הדבר ברשותו ע"ש שהבאתי דעת הב"ח בח"מ (סי' רי"א) ופלפלנו שם במחלוקת רש"י ותוס'. וכן מבואר ברמב"ן במ"צ במלחמות גבי נטלה לפני יאוש וראי' זו מדברי הרמב"ן זכר נמי בנתיבות המשפט (סי' ל"ז). ובאמת אין ראי' מדברי הרמב"ן לפי מה שביאר הקצוה"ח (בסי' רנ"ט) ע"ש. ובחידושי הארכתי להוכיח דיאוש מהני במקום שחב לאחרים דלא כהתומים. אמנם לענין הפקר בודאי לא מהני הפקרו. ולכאורה הי' נראה להביא ראי' דמהני הפקר במקום שחב לאחרים מדברי הר"ן נדרים (פ"ה) דהביא שם בשם הרשב"א גבי הא דכהנים ולוים נהנים לי יטלו בע"כ ולמד הרשב"א מזה דמי שאסר נכסיו על עצמו דיכולין אחרים ליטול בע"כ ע"ש. ובמחנה אפרים הל' זכיה והפקר הקשה ע"ז מדברי הר"ן נדרים (מ"ז) דהא דקתני אם מת לא יירשנו לאו למימרא דכיון דהנכסים אלו אסורין לו בהנאה לא יזכה בהן דהא קתני ויתן לבניו וב"ח באים ונפרעים מהן אלא ודאי נכסי דידיה נינהו אלא שאינו רשאי להנות

בהן. ולפ"ז הקשה המ"א הנ"ל במי שאסר נכסיו ע"ע נמי כיון דיכול ליתן לבניו ולב"ח נמצא דקנין דידיה לא פקע ואין אחרים יכולים ליטול בע"כ. ועי' בנתיבות המשפע (סי' ער"ה) מה שדבר בזה. והנה ע"כ לא קא מספקא להו ולא קא קשיא להו להני רבוותא אלא קודם שזכה בהם אחר ומספקא להו אם אית לי' קנין בנכסים לענין דיכול ליתן לבניו ולב"ח ולא יהי' פורע חובו באיסור או לא. אבל היכא דזכה בהם אחר כבר מקודם ובאו לידו בודאי זכה בהם ואלים קנינו דאפי' שאלה לא מהני לאפקועי זכותן של אלו וכדברי הר"ן שם שאינו מוצא שאלה בהפקר ע"ש. וקשה אמאי מהני הפקרו לענין הזוכים אף שכבר זכו במקום שיש ב"ח דהא כבר הכרענו דהיכא דחב לאחרים לא יוכל להפקיע שעבוד החוב ע"י הפקר דומיא דמבריח נכסיו דאף דזכה בם לא מהני ערמתו כמבואר (בסי' צ"ט סעיף ו') וה"ה בהפקר כנ"ל. ואיך מהני הכא הפקר דאיסור הנאת נכסיו להפקיע שעבוד דב"ח אף אם זכו בהם מכבר. אמנם לפי מה שזכרנו לעיל דברי הנתיבות המשפט (סי' ל"ז) והכרענו כמותו דיאוש מהני במקום שחב לאחרים דלא כהתומים. דהעמק יהושע (בסי' ו') העלה בסתירת דברי הר"ן נדרים (מ"ז) הנ"ל לדבריו (בד' פ"ה) לחלק בין אסר על עצמו דהוי כמו שהפקירן להיכא דאביו אסרן עליו דלא הוה לדידיה כהפקר וע"ש. שהעלה דאיסורי הנאה לא הוי אלא מטעם יאוש ע"ש. והאמת שכן משמע בהרבה מקומות ובכריתות (כ"ד) מבואר דשור הנסקל שהוזמו עדיו כל הקודם בו זכה כו' מ"ט מאחר דנגמר דינו איאושי איאש בעלים מניה ואפקרי' ומוכח בהדיא דאיסורי הנאה מטעם יאוש הוא ואתי שפיר דביאוש כבר הכרענו לעיל דמהני יאוש היכא דחב לאחרים. ובזה יש לתרץ מה שיש לכאורה להוכיח דמהני הפקר במקום שחב לאחרים מכח קושית התוס' כתובות (נ"ט) ד"ה קונמות קאמרת שהקשו א"כ כל אדם יפקיע כל ממונו מב"ח ע"י קונם ומוכח מקושיתם דהפקר מהני במקום שחב לאחרים ולהכי שפיר מקשי אבל לדברינו הנ"ל דהוכחנו דהפקר דאיסורי הנאה הוא מטעם יאוש וביאוש כבר הוכחנו דמהני במקום שחב לאחרים אין ראי' מדברי התוס' דבהפקר מהני במקום שחב לאחרים דרק בהפקר דאיסורי הנאה דהוא מטעם יאוש אז מהני במקום שחב לאחרים. אבל לא בשאר הפקר. ואין להקשות דהא עיקר הפקר הוא מדין נדר וכמ"ש הרמב"ם (פ"ב מהלכות נדרים) ובודאי כמו בנדר דמהני במקום שחב לאחרים כו'. דהא כבר הכריע הקצוה"ח (בסי' רי"א סעיף ד' ובסי' רע"ג ס"ק א') דכונת הרמב"ם דלא ילפינן הפקר מנדר אלא לזכות דבהפקר יוכל לזכות כמו בנדר וכמו כן לענין חזרה ע"ש שהביא הב"י דפירש כן ושהשיג שם (בסי' רי"א) על הב"ח דכתב דהפקר מהני בדבר שא"ב כמו נדר וגם בחידושי הארכתי בזה. אמנם בגוף הדבר אי יוכל להפקיר במקום שחב

לאחרים אי לא מבואר הדבר (בסי' רמ"ה סעיף יוד) וז"ל המחבר שם המקבל מתנה וזכה בה ואחר שבאה לידו והוא שותק חזר בו ואמר אינו רוצה בה או אינו מקבלה כו'. לא אמר כלום לענין שתחזור לבעלים אלא הרי הוא הפקר וכל הקודם בה זכה. ובהגה"ה שם ואם יש לו ב"ח גובה ממנה פי' דיש ב"ח על המקבל גובה ממנה ולא מהני הפקרו. והטעם דכל נכסיו משועבדים לב"ח ולאו כל כמיניה להפקירן ולאפקועי משועבדים מאחר דכבר זכה המקבל והרי מבואר דין ברור דלא יכול להפקיר במקום שחב לאחרים ורק מחלוקת הסמ"ע והש"ך שם אי דוקא ב"ח בשטר אז לא מהני הפקרו דכל נכסיו משועבדים. אבל במע"פ לא כן דעת הסמ"ע. ודעת הט"ז דאפי' מע"פ נמי לא יכול להזיק לב"ח. ועי' בקצוה"ח שם (סעיף ג') דפירש כוונת רמ"א בלשונו דאם יש לו ב"ח גובה ממנו לדעת הנמוק"י שהביא הד"מ וכפי הבנתו בדעת הנמוק"י דאם יש לו ב"ח גובה ממנו היינו מאחרים הזוכים. אבל הב"ח עצמו שהחזיק בהפקר רצה נוטלו בחובו כו'. ומבואר דלא מהני הפקר במקום שחב לאחרים להפקיע שעבוד דב"ח. והנה הט"ז הביא ראי' (מסי' צ"ט) מהא דקיימ"ל (בסי' צ"ט) דאין אדם נאמן לומר על מה שתחת ידו שהוא של אחרים כמ"ש כו'. ואם יכול להפקירן יהא נאמן במגו שהי' עכשיו מפקירו אע"כ דאינו יכול להפקיר. והנה יפה דחה בקצוה"ח שם ראי' זו. אך בכל זאת הסכים לדינא כהט"ז. הביא ראי' מפורשת (מסי' ער"ה סעיף ל"א) גר שמת ובזבזו ישראל נכסיו והי' עליו חובות כל מלוה שנגבית מן היורשין ומן הלקוחות גובה נמי מאלו ואין גובין מהם אלא בשבועה וכ"כ בטור שם ומבואר דכל מלוה שנגבית מן היורשין גובה נמי מהפקר. וא"כ מע"פ נמי דנגבית מן היורשין נגבית מן הפקר ע"ש. וראי' זו הביא נמי השער המשפט (סי' ער"ה) הנ"ל. ותמה על הט"ז והסמ"ע איך נעלם מהם דין זה ע"ש. ובאמת המחנה אפרים בהלכות זכי' והפקר דעתו דבמטלטלין של גר מכותים שמת ובזבזו ישראל נכסיו אין הב"ח יכול לגבות משום שדינו של יורש כמחזיק ומטלטלי דיתמי לב"ח לא משתעבדי והביא תוספתא דפ' מי שהי' נשוי ע"ש שחולק על הרשב"א ובהע"ט דסברי דאף במטלטלין ב"ח גובה מהן ולא קשה נמי מהרמ"א הנ"ל לפי חלוקו הנ"ל מלבד דיש לחלק בין נכסי הגר דהוא הפקר ממילא להפקר מדעת. ועי' נוב"י מה"ת ח' אה"ע (סי' ע"ז) ואף דהקצוה"ח הביא דברי המ"מ (פ' ח') מזכי' שהביא דעת בהע"ט דאף בהפקר מדעת הדין כן בכל זאת יש לחלק בין הפקר דנכסי הגר שאם לא יגבה עתה משעבוד הנכסים דגר שוב אין לו גבי' עוד דשעבוד הגוף אין לו מאחר דמת הגר ופקע שעבודו ובודאי לא מהני ההפקר היכא דיש ב"ח וברשותם קיימי הנכסים כאלו כבר זכו בהנכסים. משא"כ בשאר ב"ח דהפקירו נכסיהם דשעבוד הגוף נשאר על הלוים ואף

אם יקנה אח"כ נכסים או יפלו במתנה או בירושה יוכלו לעולם לגבות מהם חובם מהני הפקרם לענין הזוכים וזה חלוק נכון. אך מה דקשה לי לכאורה בהפקר דלא מהני במקום שחב לאחרים כדלעיל (מסי' צ"ט סעיף ו') החייב לחבירו ונתן כל אשר לו לאחר להפקיע חובו לא תועיל לו ערמתו וגובה ב"ח חובו ואפי' מלוה ע"פ נמי גובה ממקבל מתנה. ובהגה"ה שם מיהו אם נראה לב"ד שלא כונו לערמה רק למתנה גמורה קנה המקבל אע"ג שכוונתו היתה להבריח והטעם במתנה גמורה דמהני ביארו הקצוה"ח והנתיבות שם דהיכא דנותן כל אשר לו לאחר רק להערמה והברחה בזה לא יצאה מרשות הנותן כלל. ואפי' מע"פ גובה ממנו כיון דעדיין ברשות הנותן הוא. אבל היכא דנותן לקרובו מתנה גמורה. אע"ג שכונתו להבריח ולא משום דארצי קמיה המקבל אפ"ה מתנה הוא למקבל. ואין הב"ח גובה ממנו. וא"כ מבואר דבמתנה גמורה יצאה מרשות הנותן ולהכי אין ב"ח גובה מהן. וא"כ בהפקר היכא דהפקיר ויצאה מרשותו לגמרי וזכה בה אחר אמאי לא מהני הפקרו הא יצאה מרשותו לגמרי ולא חזר בו ובודאי מהני כמתנה היכא דנתכוין למתנה גמורה. אך נראה לתרץ עפ"י דברי התומים (סי' צ"ט) שהעלה דדעת הרמ"א הוא בשיטת ר"ת פ' האשה שנפלו דשטר הברחה קנה למקבל דאמדינן דעתיה דניחא לי' במקבל מתנה מב"ח ואנן סהדי דלמתנה נתכוין ופירש שם לשון הרמ"א אם נראה לב"ד שלא כונו לערמה רק למתנה אין הפירוש שכיון בפירוש למתנה דזה פשיטא רק הפירוש שלא גלה דעתו בהדיא דלמתנה נתכוין וממילא אמדינן דעתו דלמתנה נתכוין והעיקר דהרמ"א כר"ת ס"ל. ולפ"ז אתי שפיר ומתורץ קושיתינו דבהפקר כהאי בודאי לא מהני. ומתנה שאני דאמדינן דעתיה כנ"ל. ואף בהפקר גמור לא מהני (כבסי' רמ"ה סעיף יוד) וב"ח גובה מהזוכים:

סימן יט

ביאור דעת הפוסקים, ביאוש בחוב אי מהני וישוב נכון על קושית החכ"צ בהגהות הט"ז (סי' קס"ג). ופלפול בדעת הפוסקים אי יאוש מהני מטעם מחילה. והרבה חדושי דינים במכירת שטרות. ובטעם הפוסקים דלא מהני מחילה בתפיס שטרא:

בש"ע חו"מ (סי' צ"ח סעיף א') כשהמלוה מוציא שע"ח מקוים אומרים ללוה שלם אפי' שהה כמה שנים ולא תבעו אין אומרים מחל לו כו' ואפי' שמענו שנתייאש מהחוב לגמרי ואמר וי לחסרון כיס אינו יאוש והוא מהמהרי"ק שורש ל"ג. ואף דדעת המהרי"ק בחו"מ (סי' קס"ג) בהגה"ה דהיכא דמתייאש בדבר שסתמו עומד ליאוש גם בחוב מהני יאוש ודנו בקו"ח מאבידה ע"ש בהגהות הגאון חכ"צ שהשיג עליו בזה והאריך שם. ולכאורה מבואר הכא ההיפך מדברי מהרי"ק דמהני יאוש בחוב אך י"ל דשאני הכא דמספיקא

לא גמר ומיאש דכל אשראי ספק אתי או לא אתי ומספיקא לא גמר ומיאש. וחילוק זה מבואר (בסי' רס"ב ס"ה) בהגה"ה למעיין שם. והנה בהגהות הט"ז (לסי' קס"ג) האריך הגאון בעל חכ"צ לסתור דברי המהרי"ק מכל צד וכתב דקו"ח פריכא הוא דהא באבידה גופא אמרי' (פ' אלו מציאות) נטלה ע"מ לגוזלה עובר משום השב תשיבם אלמא אע"ג דבהיתירא אתא לידו ואח"כ נתיאש ממנו אפי' הכי מחויב להחזירה שהרי מצות השבה חלה עליו משעה שגזלה עד שישיבנה. וא"כ ה"ה בפריעת ב"ח מצוה דהוא משעת הלואה עד הפירעון ולא מהני מה דמיאש אח"כ ע"ש שהאריך והחמיר באופן דדברי המהרי"ק מרפסן אגריה. והקצוה"ח סי' הנ"ל חגר בעוז מתניו להצדיק המהרי"ק ולהשיב על ראיות הגאון חכ"צ על פי דברי הרמב"ן במלחמות בב"מ ע"ש בדבריו. והמעיין שם בהגהות (לסי' קס"ג) מהגאון חכ"צ יראה דעיקר יסודו לדחות דברי המהרי"ק הוא על פי דברי הגמ' ב"ב מ"ד ד"ה ניהו דמגופא מיאש מדמי מי קא מיאש. וא"כ בחוב נמי לא מתיאש מדמי כמו בגזילה ע"ש. ולדעתי נ"ל דלא דמי לגזילה דרק בגזילה דיאוש קנה הוא מתקנת השבים בגמ' (ב"ק ס"ו) וא"כ פשיטא דלענין הדמים לא שייך יאוש דהא באמת באיסורא אתא לידו ורק מתקנת השבים תקנו שא"צ לטרוח עליו. והיינו אם אין הגזילה בעין דא"צ לטרוח אבל הדמים בודאי משלם דלענין הדמים לא שייך תקנה זאת משא"כ באבידה דקונה יאוש מן התורה דמהני ואינה מן התקנה דבאמת בהתירא אתא לידו ובודאי אף לענין הדמים מהני היאוש. וא"כ בחוב דדמי לאבידה דבהתירא אתא לידו ושפיר מהני יאוש בחוב ובאמת מבואר כן בתוס' (ב"ק ס"ו) ד"ה ה"נ דמה דרצה למילף מאבידה דמועיל יאוש אף דבאבידה ג"כ כל שכבר באתה לידו אינו מועיל יאוש היינו לענין שצריך להחזיר הדמים אבל גוף האבידה היא שלו ע"ש. ומבואר מדברי התוס' דבאבידה גופא היכא דבא לידו אחר יאוש והוי דומיא דגזל דבאיסורא אתא לידו ולא מהני היאוש לענין הדמים. וא"כ בגזל דלעולם באיסורא אתא לידו מקרי לא קני לענין הדמים. וזה פשטא דגמרא דבגזל מדמי לא קא מיאש היינו משום דלעולם באיסורא אתא לידו מקרי. אבל באבידה וחוב דבהיתרא אתא לידו מהני היאוש נמי לענין הדמים ע"ש. ומבואר מתוס' הנ"ל כדברינו. אך בקצוה"ח (סי' שס"א סעיף ב') תירץ קושית התוס' על פי דברי הרמב"ן במלחמות הנ"ל שזכרנו דבאבידה לכ"ע לא מהני היאוש דהמוצא נעשה שומר של בעה"ב ולא מהני היאוש ע"ש וא"כ אין ראי' מהתו'. אמנם נראה לע"ד לישב דעת המהרי"ק בדרך חדש דהנה אם נימא דיאוש הוא מטעם מחילה כאשר ביארו האחרונים. וא"כ בחוב שיש שטר עליו בודאי לא מהני היאוש לכ"ע כמו במחילה דהדין (בסי' רמ"א סעיף ב') דעת המחבר דהיכא דתפיס שטרא לא מהני מחילה וה"ה יאוש

דהוא מטעם מחילה לא מהני היכא דתפיס שטרא. זולת דעת המרדכי בהגה"ה דאף היכא דתפיס שטרא מהני מחילה. ודעת המרדכי הביאו האחרונים ע"ש. והנה המרדכי הביא ראי' דבתפיס שטרא מהני מחילה מהא דהמוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול. ועי' באה"ע (סי' ק"ה) ובח"מ ובב"ש שם. אמנם בש"ך ח"מ (סי' ע"ו ס"ק ע"ד) הביא דברי הבעה"ע לישב זאת דלעולם בתפיס שטרא לא מהני מחילה ושם שאני דהרי מכר השטר להלוקח ואינו בידו ולכך מועיל המחילה דלא תפיס שטרא ע"ש. אמנם המהרי"ק לשיטתו (בסי' רמ"א סעיף ב') דמחילה לא מהני בתפיס שטרא ובודאי יאוש נמי לא מהני היכא דתפיס שטרא. ומעתה אתי שפיר דעתו (בסי' קצ"ח) דיאוש בחוב לא מהני. והנה מקור דין זה הוא מהגמ' דכתובות (ק"ד) דב"ח גובה שלא בהזכרה. ולכאורה קשה לדברינו דהכרענו בטעם הדבר דלא מהני משום דתפיס שטרא ולא מהני מחילה וה"ה יאוש דהא משמע התם בגמ' דמחילה סתמא לא מהני הא מחילה מפורש בודאי מהני. וא"כ יאוש בחוב דלא מהני הוא נמי דוקא בסתמא לא מהני אבל במפרש מהני והא בתפיס שטרא לא מהני אף מחילה מפורש. אך באמת אחר העיון לא קשה זאת דהא מסקנת הגמ' שם באין שט"ח יוצא מתחת ידו מיירי. ולכך שפיר מהני מחילה במפרש מאחר דלא תפיס שטרא ורק התם לא מהני משום דמסתמא הוא ואמרינן לא מחל. אבל היכא דתפיס שטרא לא מהני מחילה ואפי' מחילה מפורש וה"ה ביאוש בחוב. והנה בטעם הדבר דלא מהני מחילה בתפיס שטרא ביאר בקצוה"ח (סי' י"ב) דהוא משום דכל העומד לגבות כגבוי דמי ואף דקיימ"ל כב"ה דלאו כגבוי מ"מ בכמה דברים מצינו דכגבוי כגון לענין מגו להוציא דבשטר אמרי' ע"ש. וא"כ ביאוש בחוב ותפיס שטרא כגבוי דמי ולא מהני מחילה והמהרי"ק לא אמר למלתי' אלא היכא דלא תפיס שטרא או בגונא דמחוסר גובייגא כגון התם בהגה"ה בקהל שהלוו לשר דבידו לעשות כרצונו ולא יוכלו לדון עמו או בשאר אופנים כזה דהוי דומיא דאבידה. אבל לא בחוב בשטר ותפיס שטרא. ומעתה אתי שפיר ראיות מהרי"ק האחרונה והוא מהסמ"ג הלכות מקח וממכר (דף נ"ח). וכן הוא בתוס' ב"ב (ע"ז) דהא דאצטריך למעוטי שטרות מאונאה היינו במוצא שטרות לאחר יאוש שזכה בהן המוצאן וחזר ומכרן לבעלים הראשונים דהמכירה דאו' כיון שהשטר נכתב על שמו. והרי לך בהדיא דיאוש מהני לענין חוב. והגאון בעל חכ"צ השיג עליו גם בזה דבשטרות האבודים דבהתירא אתא לידו פשיטא דזכה בהן המוצאן ולכך פירש החכ"צ דזכה בהן היינו רק הנייר לצור על פי צלוחיתו. והנה על פירושו של הגאון חכ"צ דזכה רק לענין הנייר לצור על פי צלוחיתו. אבל לא לענין החוב השיג עליו בקצוה"ח (סי' ס"ו ס"ק א') דהנייר הוא של הלוה לדעת כמה פוסקים וכמבואר

(בסעיף כ"ג). וא"כ מה מהני יאוש דמלוה לנייר של לוה ע"ש. ולדברינו אתי שפיר ראיות מהרי"ק. דהנה דעת המרדכי (בסי' רמ"א סעיף ב') שזכרנו לעיל דאף בתפיס שטרא מהני מחילה ע"ש שהביא ראי' ממוכר שט"ח וחזר ומחלו מחול. ולפי הסגנון שהבאנו לעיל דברי הבעה"ע לתרץ דשאני התם דלא תפיס שטרא מאחר דמכר המוכר ללוקח ולא תפיס לי' בידו אתי נמי שפיר הכא דבחוב זה דהמלוה אבד שטרו ואינו בידו. בודאי מהני מחילה ומתורץ שפיר קושית החכ"צ. והנה בדעת המרדכי הנ"ל דמהני מחילה אף בתפיס שטרא הביאו הח"מ וב"ש (סי' ס"ו) דבכתובה אף אתא לידו ושפיר זוכה בגוף החוב מדין להמרדכי לא מהני משום דמצי לומר משחקת הייתי בך ולא ברור האי טעמא בעיני האחרונים שדחקו בזה. ולדברינו הנ"ל בשם בעהע"ט מיושב בטוב טעם דשפיר הכריע הרמ"א דלא מהני מחילה בכתובה דכל דהכתובה בידה מה מועיל מחילתה בע"פ ושאני מכר שט"ח ללוקח ואינו בידו ולכך מועיל מחילה. וא"כ בכתבה לו התקבלתי הרי מחלה לו ובטל השטר. אמנם באמת דעת הרמב"ם דאפי' כתבה לו התקבלתי לא מהני. והקשה הב"ש מהא דאמרו כל לגבי בעלה לא מחלה, ואיך מועיל מחילה. ואפשר דסברת הרמב"ם הוא דכל דתפסה הכתובה מה מועיל כתיבת התקבלתי ומדלא החזירה הכתובה אמרי' דלא מחלה בלבב שלם וגם הכתיבה לא מהני. ולא קשה מהא דאמרו כל לגבי בעלה ודאי מחלה. דהתם דמכרה הכתובה לאחר שוב אין ראי' מדלא החזירה הכתובה שהרי מכרה. אמנם בלאו הכי יש לתרץ הראי' דמרדכי ממוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו דמהני מחילה דמוכח דמהני מחילה אף בתפיס שטרא. דלשיטת ר"ת בטעם דמהני מחילה במוכר שט"ח הוא משום ששני שעבודים יש ללוה על מלוה שעבוד הגוף ושעבוד נכסים ועל שעבוד הגוף לא יוכל לחול המכירה דהוא דבר שאין בו ממש ונשאר אצל המלוה ולהכי כיון דמוחל שעבוד הגוף פקע נמי שעבוד נכסים דהוא מטעם ערב דאם אין לוה ליכא ערב א"כ לא קשה נמי דאיך מהני מחילה בתפיס שטרא דהא על שעבוד הגוף דאין בו לא משום משכון ולא משום שטר מהני מחילה וכיון דפקע שעבוד הגוף פקע שעבוד נכסים דאינן אלא ערבין וכיון דליכא כא לוה ליכא ערב כנ"ל. וא"כ הסוברים דבתפיס שטרא לא מהני מחילה בשיטתם אזלי דמכירת שערות דאו' והטעם משום שני שעבודים הוא דמהני מחילה. ועי' לעיל בחידושנו דהכרענו דעת המרדכי דס"ל דמכירת שטרות דרבנן. והנה במפקיר שט"ח מבואר (בסי' ס"ו סעיף ט') דהזוכה בשטר הפקר שחבירו הפקיר שערו אינו קונה על ידו מלוה הכתובה בו כיון שאין דעת אחרת מקנה. ובש"ך (ס"ק כ"ה) הקשה שם במפקיר שט"ח הא בלאו הכי לא קנה מה שהחזיק בשטרא דהא הלוה שחייב בשטר זה הוא קודם וזוכה בחובו מיד שהפקיר זה

השטר והוא כעין קושית הקצוה"ח (ריש סי' ס"ו) בתירוץ הסמ"ג אהא דאצטריך למעוטי שטרות מאונאה ותירץ במוצא שערות לאחר יאוש שזכה בהן המוצאן כו'. והקשה במה זכה המוצא אם בגוף החוב הכתוב בשטר א"כ זכה בהן טפי הלוה עצמו. ואי נימא דלא מהני יאוש בחוב וכמו שהעלה החכ"צ (בסי' קס"ג) א"כ גם המוצא איך זוכה הא החוב של המלוה ע"ש דתירץ דהלוה לא מצי זכי בגוף החוב משום דבאיסורא אתא לידו וכבר נתחייב בהשבה. אבל המוצא בהתירא יאוש ע"ש. אמנם הש"ך שם תירץ דמיירי בשטר שיש לו על עובד כוכבים. ובאמת מחלוקת הוא בירושלמי דר"י ור"ל דאם הפקיר לישראל ולא לעובדי כוכבים דלר"ל לא הוי הפקר ולר' יוחנן הוי הפקר. ועי' שא מהדו"ק חלק אה"ע (סי' נ"ח) דהכריע כר"ל בירושלמי דאם הפקיר לעובדי כוכבים ולא לישראל דלא הוי הפקיר. ובאמת קשה לדידה קושית הש"ך הנ"ל. ומצאתי בשו"ת שיבת ציון (סי' ק"ג) שהגאון ר' דוד אב"ד דע"ח הקשה כן. אמנם באמת לא קשה מידי לתירוץ הקצוה"ח הנ"ל ועי' בנוב"י מהדו"ת ח' אה"ע (סי' ע"ז) והנה בגוף דעת רבינו ישעי' בטור (סי' י"ב) הובא בסמ"ע (סי' י"ב ס"ק כ"א) דבנקיט שטרא לא מהני מחילה. והש"ך (ס"ק י"ז) הביא בשם הב"ח דמשום הכי לא מהני מחילה משום דשטר העומד לגבות כגבוי דמי פירש וחשיב בעהש"ט מוחזק ולא מהני מחילה בלא קנין. אמנם התומים (בסי' מ"ב) כתב טעם אחר משום דאמדינן דמחילתו לא הי' בלב שלם דאילו מחל בלב שלם הי' מחזיר לו השטר. ועיי' בש"ג ב"מ פ' המקבל בסוגיא דיתומים אמרו אנו השבחנו הביא דברי מהרי"ק (שורש צ"ב) והמרדכי פוסק כמותו. ובש"ך שם (סי' י"ב) תמה על המהרי"ק וכן בש"ג השיג עליו מגמרא דגיטין (ל"ז) ומן המרדכי גופא פ' הנזקין דפסק דאף בשטר שיש בו אחריות נכסים שביעית משמטת אלמא דאף בחוב ברור לא אמרינן כגבוי ובודאי קושית הש"ך על הב"ח דאיך פסק כב"ש קשה. ובאמת לפי טעם התומים מכח אומדנא יבואר שפיר הגמ' שזכרנו לעיל מכתובות (ק"ד) דאם שהתה כ"ה שנים ולא תבעה כתובתה דמחלה כו'. וקשה מאי מהני מחילתה היכי דשטר כתובה תחת ידה דלחד מ"ד שם אף בששטר כתובה יוצא מתחת ידה דבודאי הוי כגבוי. ובאמת קשה זאת לדעת הב"ח. אבל לסברת התומים דמשום אומדנא כנ"ל שפיר מדלא תבעה זמן רב כזה אנן סהדי דבודאי מחלה בלב שלם. ובהכי בזמן זה שיערו חכמים והרבה הארכתי בזה בחידושי. ובזה יש להקשות מגמ' גיטין (ל"ז) שזכרנו לדעת הנוב"י מהדו"ת ח' ח"מ (סי' ל"ב) דחדש דביש ללוה נכסים בשעת הלואה מודים ב"ה לבית שמאי דכגבוי דמי ואין המלוה יכול למחול בע"פ בזה היכא דהי' לו נכסים בשעת הלואה ע"ש שהאריך.

ובאמת קשה מגמרא דגיטין דמאי דוחקא לאוקמי כבית שמאי לוקי כב"ה ובהי' ללוה אחריות נכסים בשעת הלואה דאז אף לב"ה כגבוי דמי והרבה הארכתי בזה בחידושי:

סימן כ

ביאור דעת הפוסקים אי שטרות בני גובייא נינהו ופלפול בדברי הפוסקים אי מחילה מהני בדבר שלבל"ע ובמכירת שטרות אי דאו' או דרבנן בלא הגיע זמנו לגבות משום דכל העומד לגבות כגבוי דמי. גם יבואר דעת הפוסקים אי מלוה מקרי דבר שבל"ע או לא:

בש"ע ח"מ (סי' ק"א סעיף ד') אם יש ללוה שטרי חובות על אחרים יכול להגבותם לו וישומו אותם כפי מה שהוא הלוה אם הוא אלם וכפי מה שהם נכסיו ע"ש. והוא דעת הרא"ש בטור. וכפי הבנת המחבר והרמ"א דהרשב"א בתשובה והטור בשם הרא"ש חולקים על הבעה"ת שדעתו דשטרות לאו בני גובייא כיון דאין גופן ממון אין יכול להכריח להמלוה להפרע מהן במקום שיש שאר מטלטלין. ועוד דלמא ימחול ללוה דהרשב"א בתשובה (סי' תתקכ"ט) ובתשובת הרמב"ן (סי' נ"ג) כתבו שפשט המנהג כגדול המורים שמגבין משטרות והש"ך סי' הנ"ל האריך לבאר בראיות נכונות דדברי בעה"ת ברורין בטעמם ואין חולק עליו כלל וגם הטור בשם הרא"ש לא פליג על הבעה"ת לדינא דודאי לא מסתבר כלל שישלם לו בע"כ בשערות ולא מטלטלי. דהא לעולם אזלינן לטובת המלוה כו' אלא דהטור מירי שאין לו לשלם רק שטרות די"א דאין יכול להגבותם ללוה בע"כ והמלוה יכול לומר תטרח אתה ותוציא מן הלוים כי מוכרח אתה לשלם לי ואני לא אקחם בתורת גובייא לפי שאין גופן ממון ועוד שהקלקול מצוי בהן. ועל זה הביא דעת אביו הרא"ש דכתב שיכול להקנות להגבותם לו וישומו אותם כו' ע"ש. ובע"ז (ס"ק ה') הקשה נמי דלמא ימחול ללוה ע"ש שתירץ. ומה שנלע"ד בזה דהנה דעת הרמב"ן פ' שור שנגח דו"ה דמלוה הוי דבר שא"ב ומהאי טעמא המקדש במלוה אינה מקודשת משום דהוי דבר שלבל"ע והקצוה"ח (בסי' רי"א ס"ק ה') תמה על זה וכי משום דבר שלבל"ע אתינן עלה במקדש במלוה הא התם הוי טעמא דמלתא משום דלא יהיב לה מידי ואינה אצלה הנאה מחודשת דכבר יהיב לה וה"ט דמקדש במלוה דאחרים אי לאו משום סמכה דעתה דלא סמכה דעתה דלמא ימחול. ולדברי הקצוה"ח יש לתרץ קושית האחרונים בטעמא דרב דאמאי אינה מקודשת במלוה לדינא דקיי"ל דשעבודא דאו' והוא נותן לה השעבוד שיש לו על הלוה. ואף דרב סבר באמת דשעבודא לאו דאו' מ"מ קשה להרמב"ם דפסק כדינא דרב דהמקדש במלוה אינה מקודשת ופסק נמי לדינא דשעבודא דאו' ועיין באור חדש לקדושין שהרחיב הדבור בזה. ולדברי הקצוה"ח הנ"ל שזכרנו אתי שפיר דאע"ג דהלוה רוצה לפרוע מ"מ בעינן דיהיב לה מידי ותהיה אצלה הנאה מחודשת

משא"כ במלוה דלא יהיב לה מידי ואינה אצלה הנאה מחודשת דהא כבר יהיב לה. אך נראה לתרץ דעת הרמב"ן דהנה מחלוקת בית שמאי וב"ה בשטר העומד לגבות אי כגבוי דמי או לא דלבית שמאי כגבוי דמי ולב"ה לאו כגבוי דמי והתוס' (סוטה כ"ה) ד"ה לאו כגבוי דמי כתבו בטעמא דב"ה דלאו כגבוי דמי הוא משום דצריך דיינין ולאו בידו הוא כדאמר גבי גר מי יימר דמזדקקינן ליה דינא והוי דבר שא"ב ע"ש וא"כ לדינא דקיימ"ל כב"ה דלאו כגבוי דמי והוי מלוה דבר שא"ב ושפיר דברי הרמב"ן ברורין בטעמן. ועיין בקצוה"ח (סי' קצ"ד) לענין הקדש ולענין קנין אודיתא אי מהני במלוה ע"ש. שביאר דעת הרמב"ן ולדברינו דברי הרמב"ן ברורין מדינא דקיימ"ל כב"ה דלאו כגבוי דמי אך קשה לכאורה פסקי הרמב"ן אהדדי דהש"ך (בסי' ס"ו) הביא דעת הרמב"ן דמכירת שטרות דאו' והטעם דיכול למחול הוא משום שני שעבודים יש למלוה על הלוה שעבוד הגוף ושעבוד נכסים ושעבוד הגוף ליתיה במכירה דהוא דבר שאין בו ממש ולא חל המכירה אלא על שעבוד נכסים ושעבוד הגוף נשאר אצל המוכר ולהכי שפיר יכול למחול המוכר ללוה שעבוד הגוף ופקע נמי שעבוד נכסים דהוא רק מטעם ערבות וקשה להרמב"ן לשיטתיה דמלוה הוי דבר שלבל"ע ואיך מהני המכר מה"ת הא בדבר שלבל"ע לא מהני מכירה מה"ת. גם ממחילה דיכול למחול נמי קשה דהא בדבר שלבל"ע לא מהני מחילה כמבואר (בסי' ר"ט) ובודאי מוכרח מזה דעת הרמב"ן דמכירת שטרות דרבנן ומצאתי בב"ח ח"מ (סי' ס"ו) דעתו דמכירת שטרות דרבנן והטעם דהוה דבר שא"ב ולדעתי זה דעת הרמב"ן ובאמת דעת התוס' ב"ב ע"ז נמי כן בד"ה קני לך איהו וכל שעבודו דלהכי לא קנה השעבוד שבו משום דהוי דבר שא"ב ולשיטתם אזלי (בסוטה כ"ה) דפסקינן כב"ה דלאו כגבוי דמי. ובזה עמדתי בדברי השעה"מ (פ"ט מהלכות מכירה) דהביא דברי המהר"י קולון דחוב שלא הגיע זמנו לגבות אי חשיב דבר שלבל"ע עד שנאמר שלא יועיל בו מחילה קודם זמנו. והביא ראי' דחשיב דבר שלבל"ע מאחר שכבר נעשה השעבוד ונתחייב הלוה בקנין סודר והביא ראי' מכתובות ע"ש והשעה"מ חיזק ותיקן ראיתו ע"ש. אמנם תמה בשעה"מ דאף בשטר שלא הגיע זמנו לגבות אי לאו משום טעמא דכבר נעשה השעבוד ושעבד נכסיו מעכשיו משמע דאם נאמר דמגוף הממון סליק נפשיה עד שיגיע הזמן הוי דבר שלבל"ע ולא מהני מחילה אע"ג דאינו מחוסר אלא זמן וזמן ממילא קא אתיא ומהתימא על בעל מל"מ דקא פשיט ליה דמחוסר זמן לא הוי דבר שלבל"ע מדברי המהר"י קולון והמראנ"ח דמשמע בהדי' דאפילו במחוסר זמן הוי דבר שלבל"ע ע"ש. ולדעתי קשה דאף בחוב שהגיע זמנו מקרי דבר שלבל"ע להרמב"ן ולהב"ח וכאשר הוכחנו שיטתם מאחר דפסקינן כב"ה דלא כגבוי דמי ומטעם דהוי דבר שא"ב

כנ"ל ובלא"ה דברי השעה"מ תמוהים דהוכיח מדברי המוהר"י קולון דלמ"ד דאין א"מ דשלבל"ע אף מחוסר זמן נמי הוי דבר שלבל"ע מדהביא ראי' מדברי התוס' דכתובות וי"ט דהקשו נהימניה במיגו דאי בעי מחיל דהא מוכר שט"ח כו' וחזר ומחלו מחול ומאי קא קשיא להו לוקמי בלא הגיע זמנו לגבות ע"ש. לא אדע עיקר ראיתו מדברי התוס' דלא משום חסרון זמן קא אתינן עלה במכירת שטרות לדברי התוס' דסוטה הנ"ל שזכרנו אלא משום דפסקינן כב"ה דלאו כגבוי דמי והוי א"ב. אמנם נראה לע"ד בחוב שהגיע זמנו לגבות ואינו מחוסר זמן אי הוי דבר שלבל"ע חלי במחלוקת רש"י והרמב"ם במקדש במלוה דאינה מקודשת אי דוקא כשאין המלוה בעין אבל אם המלוה בעין אפי' רב מודה וזה דעת הרמב"ם כאשר הבין דעתו מוהרימי"ט בחידושיו פ"ק הביאו השעה"מ (פ' ה' הלכה י"ג) ע"ש אבל דעת רש"י אינו כן דרש"י פירש (ד' מ"ז) אפילו ישנה בעין נמי אינה מקו מקודשת וא"כ בחוב שהגיע זמנו לגבות להרמב"ם דהיכא דישנו המלוה בעין רב נמי מודה דמקודשת ואם נניח כהנחת הרמב"ן דמשום דבר שלבל"ע אתינן עלה בודאי נמי לענין חוב היכא דהגיע זמנו לגבות ואינו מחוסר זמן ואף דמחוסר גוביינא ואנן קיימ"ל לדינא כב"ה דלאו כגבוי דמי כנ"ל כבר ביאר הקצוה"ח (סי' י"ב) והביא בעל כנה"ג דבספק לא הוי כגבוי אבל בשטר ברור הוי כגבוי. דשטרא לכמה מילי הוי כגבוי דהא מיגו להוציא לא אמרינן ובשטר כיון דנכסי משועבדים בשטר אמרינן מיגו להוציא ע"ש וא"כ בשט"ח ברור שהגיע זמנו לגבות לדברי בעכנה"ג (סי' פ"ב) לא הוי דבר שלבל"ע. אמנם לדעת רש"י (ד' מ"ז) דאפי' ישנו בעין נמי אינה מקודשת ואי נניח הטעם משום דהוי דבר שלבל"ע מבואר דאפי' הגיע זמנו לגבות דלא הוי מחוסר זמן נמי הוי דבר שלבל"ע כן נראה לע"ד. וא"כ דבשטר ברור הוי כגבוי ובהגיע זמנו לגבות דמחוסר זמן נמי לא הוי. שפיר הביא ראי' המוהר"י קולון מדברי התוס' דבלא הגיע זמנו לגבות לא חשיב לדבר שלבל"ע ואתי נמי שפיר דברי השעה"מ בסגנון זה ולדברי הקצוה"ח הנ"ל (בסי' י"ב) שזכרנו שהביא דברי בעכנה"ג (בסי' פ"ב) דבשטר ברור הוי כגבוי יש לתרץ מה דקשה לכאורה להשיטות הסוברים דמכירת שטרות דאו' וסברי נמי לדינא דלאו כגבוי דמי ולדברי התוס' דסוטה הוי הטעם דהוי דבר שא"ב. ולדברי הקצוה"ח ניחא דבשטר ברור הוי כגבוי ובחידושי הארכתי בזה. ומעתה נוכל לתרץ דעת הרמב"ן והפוסקים בש"ע ח"מ (סי' ק"א סעיף ה') דשערות בני גוביינא נינהו והוא בתשובת הרמב"ן (ס' ל"ג) שכתב שפשט המנהג כגדולי המורים שמגבין משטרות והט"ז הקשה (בס"ק ה') שמא ימחול ללוה ולדברינו דביארנו דעת הרמב"ן דמלוה הוי דבר שלבל"ע נוכל להצילו מקושית הט"ז דמחילה בדבר שלבל"ע לא מהני. והנה בחידושי

למכירת שטרות הקשיתי בהא דמוכר שט"ח לחבירו דיכול למחול דאמאי לא יוכל לומר אדעתא דהכי לא קניתי והוי מקח טעות ופלפלתי שם לתרץ מאחר דצריך לשלם כשימחול מדינא דגרמי לא מקרי מקח טעות דבודאי לא ימחול. אמת דתלי זאת בדינא דגרמי ולהסוברים דלא דאין דינא דגרמי אמרינן בש"ס דלא מגבי אלא דמי ני ר בעלמא. אמנם באמת הש"ך (בס"ק כ"ט) הביא בשם הראב"ן דתלי במחלוקת הפוסקים אי צריך לשלם כל דמי השטר למאן דדאין דינא דגרמי וא"כ למאן דלא דאין דינא דגרמי אזי צריך לשלם רק הדמים שקבל וא"כ לפי"ז אף למאן דלא דאין דינא דגרמי מ"מ צריך לשלם הדמים שקבל והטעם דהו"ל כאלו התנה מעיקרא שאם ימחול יחזיר לו הדמים ובודאי נותן הדין שאף ממשועבדים יגבה דמים שלקח ומצאתי בשער המשפט (סי' ס"ו) שהעיר בזה (בס"ק כ"ט) שהביא ראי' לדבריהם מגמרא כתובות פ' נערה שנתפתתה מ"ז דאיתא התם דראב"ע סובר דאלמנה מן הנשואין גובה הכל כל מה שכתב לה ומן האירוסין גובה בתולה מאתים ואלמנה מנה שלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה והיינו משום דאזיל בתר אומדנא והקשו בתוס' א"כ כל אדם הלוקח בהמה מחבירו ונטרפה או מתה אנן סהדי שלא ע"מ כן לקחה ותירצו דהתם אנן סהדי שהי' מכניס את עצמו באותו ספק דאף אם הי' אומר לו כשתטרוף יש לך לקבל ההפסד הי' לוקחה אבל הכא לא כתב לה אלא ע"מ לכונסה כו' וא"כ הכא נמי אנן סהדי שלא הי' קונה השטר אם לא ישלם לו אם ימחול כו' והו"ל כאילו הי' להם תנאי מפורש שעל כל פנים יחזיר לו הדמים שקבל אם ימחול וא"כ לא שייך מקח טעות וזה אף למאן דלא דאין דינא דגרמי ע"ש שביאר דשיטת התוס' אינו כן אלא דעתם דלמאן דלא דאין דינא דגרמי א"צ לשלם אף הדמים שקבל וא"כ קשה בדבריהם מפ' נערה ע"ש. ובאמת נלע"ד מאחר דקיימ"ל (בסי' ס"ו סעיף כ"ג) דאף אם התנה שלא ימחול בכל זאת אם מחלו מחול עיין בש"ך שם שהוכיח דה"ה אם התנה ע"מ שלא ימחול אם מחלו מחול ובודאי קשה לכאורה דהא נתבטל המכר מאחר דהתנה שלא ימחול אלא ע"כ כיון דהמכירה מכירה גמורה ולשיטת ר"ת הטעם דיכול למחול משום דנשאר לו שעבוד הגוף להמלוה המוכר א"כ לא יוכל לומר אדעתא דהכי לא קניתי מאחר דאין שייכות להמכר דאף אם התנה בכל זאת מהני מחילה. אמנם בגוף דינו של הש"ך דהוכיח דה"ה אם התנה ע"מ שלא ימחול לא מהני תנאו השיג עליו בתשובת עמודי אור (סי' ק"א) דתלי במחלוקת הפוסקים (בסי' רמ"א) אי בתפיס שטרא לא מהני מחילה ע"ש ועיין בשו"ת צ"צ (סי' קי"ח) בב"ח שבאים לגבות מלוה אחד ואמר הלוה שהוא חייב גם לאחרים ואין לאחרים לשלם כולן ואותן אחרים אינם בכאן ודרים בעיר אחרת ואלו שבכאן דוחקים ובאים לגבות מיד הלוה כדי שיהיו זוכים אח"כ בדין במה

שקדמו וגבו מה שגבו במטלטלין שאין דין קדימה ע"ש שהביא דברי הב"י בח"מ (סי' ק"ד) שהביא תשובת מיימוני דספר משפטים (סי' מ"א) על מי שיש עליו חובות הרבה ואין לו כדי לפרוע לכולם דאין הדין יכול לכופו לפרוע לאחד מהם ממטלטלי ודיינא דמזדקיק לחד מינייהו ומפיק מלוה לאו שפיר עבד ע"ש שתמה הב"י עליו דאיך יכול להיות שאם אחד מהבע"ח במדינת הים יפסידו האחרים ולא יכופו אותו ב"ד שיפרעם עד שיבא אותו האחר ולקתה מדת הדין והב"ח השיג עליו והצ"צ הסכים לדינא לדעת הב"ח והביא דמצא כן בפסקי הרב מרקאנט"י סי' תקכ"ד:

סימן כא

ביאור דעת הפוסקים בדין יאוש וסילוק בחוב אי מהני ופלפול בדעת הפוסקים בזה וביאור הרבה חדושי דינים בדבר שבממון תנאו קיים וביאור כמה סוגיות בזה:

בש"ע ע ח"מ (סי' קי"א סעיף ג') אם נתנו ללוה מתנה על תנאי שלא תחול עליה שום שעבוד לא חוב ולא כתובה שקדם למתנה ולא יחול עליה להבא. התנאי קיים ולא יגבה בע"ח ממנה אפי' כתב לו דאקנה כו'. והטעם מבואר בטור דאע"ג דהמתנה על מה שכתוב בתורה בדבר שבממון תנאו קיים דלא אמרה תורה שיקנה זה אלא ברצונו וכיון דאם אין הבע"ח רוצה שישתעבדו לו נכסים אלו וודאי דלא משתעבדי ליה והרי מהני רצונו של המקבל לכך גם הנותן יכול להתנות על מנת שלא יתרצה הב"ח לזכות בשעבודו. ואם ירצה לזכות תהי' המתנה בטילה ונמצא לקח ממון אחרים. ואתי עלה מטעם דדבר שבממון תנאו קיים. ומקור דין זה הוא מתשובת הרא"ש כלל ע"ד והמעיין בתשובת הרא"ש שם יראה דלא מטעם דבר שבממון תנאו קיים אתינן עלה דזה לשון הרא"ש שם אבל אני אומר שאין לדמות נדון זה לקנין עבד בלא רבו וקנין אשה בלא בעלה. דהתם יד העבד כקנין רבו כו'. והוי כנותן מתנה לחבירו ואמר ע"מ שלא יהי' שלך קנה לך דקנה דכל תנאי שסותר המעשה לא הוי תנאי. אבל בנ"ד אין יד המקבל מתנה כיד הב"ח וכתובת אשה שנאמר שזכו מיד בקבלת המתנה לפי שאין להם בגוף הקרקע כלום שאין להם בנכסי הלוה אלא שעבוד בעלמא ומחוסר גוביינא ושמא לעולם לא יבא לידי גוביינא דשמא יפרע לוה מעותיו דקיימא לן כרבא דאמר ב"ח מכאן ולהבא גובה דכיון דאילו הוי לי' זוזי הוה מסלק בזוזי אשתכח דהשתא דקני. אבל קודם טירפא אין לו בגוף הקרקע כלום כו' אלא ודאי יכול הנותן להטיל תנאי במתנה כו' ואפי' בחוב שנתחייב לו כבר הובא לשונו בקצוה"ח (סי' פ"ו ס"ק ח'). הרי ברור בדעת הרא"ש בטעם הדבר משום דאין יד ב"ח כיד בעל ורב לגבי עבד ואשה. משום דב"ח מכאן ולהבא גובה וכנ"ל. וא"כ קשה על הטור דפסק דינו ולא מטעמיה. אמנם נראה לע"ד בדעת

הרא"ש והטור דלא רצו לפרש דמטעם דבר שבממון תנאו קיים דכבר נודע דעת הרשב"א בחידושיו פ' האומר הובא בקצוה"ח (סי' ר"ט) בטעמא דר' יהודא דס"ל בדבר שבממון תנאו קיים משום דס"ל דאומר ע"מ שאין לך עלי שאר וכסות ה כוונה הוא ע"מ שאין לך עלי דין שאר וכסות ובזה גם לר' יהודא תנאו בטל וא"כ אפי' בדבר שבממון כל שהתנה ע"מ שכתוב בתורה תנאו בטל. אלא דבממון ס"ל לר"י דהכוונה הוא שתמחול וזה ודאי מהני ואף דבע"מ שלא ישתעבדו לב"ח שפיר מצינו למימר דהכוונה שימחול הב"ח שעבודו. אך הלא נודע דעת הרמ"א בחמ"מ (סי' ר"ט סעיף ד') בהגה"ה שם דכשם שאין יכול להקנות דבר שלבל"ע כך אין יכול למחול דבר שלבל"ע. והסמ"ע והט"ז הקשו ממ"ש הרמ"א (סעיף ח' בסי' הנ"ל) דיכול אדם לסלק עצמו וכוחו מדבר שלבל"ע ודברי הרמ"א מבוארים יותר במרדכי הובא בקצוה"ח (סי' ר"ע ס"ק י"ג) באשה שסלקה עצמה מקרקע שיקנה בעלה אח"כ ע"ש. והיינו דוקא מקרקע שקנה אח"כ אבל בקרקע שקנה כבר לא מהני סילוק ע"ש. והסמ"ע תירץ דהרמ"א לא פליג דהמהר"מ קאי על אדם שיש לו שעבוד על נכסי חבירו וכיון דכבר נשתעבדו לו משו"ה יכול לסלק אותו שעבוד אף מנכסים שלא קנה עדיין הנתחייב ע"ש. וכבר השיגו בע"ז שם דכמה סוגיות מלאות נגד זה דאמר רב כהנא נחלה הבאה לו לאדם ממקום אחר מתנה עליה שלא יירשנה והיינו מקודם נשואי אשתו אמנם באבני מלואים (סי' צ"ב ס"ק ב') הוכיח בביאור הירושלמי שהביא ריש פ' הכותב והעלה דודאי אין מן הראוי שיועיל הסילוק אפי' בעודה ארוסה לנכסים שיפלו לה משנשאת כיון דלית ליה שום שייכות בנכסים הללו שהרי עדיין לא באו לידה. אלא הא דמועיל סילוק אפי' לנכסים שיפלו אח"כ לדעת הרא"ש היינו משום דהסילוק אינו מגוף הנכסים אלא מגוף האשה שמסלק עצמו שלא יזכה בה באשה בשעת נישואין למכירת נכסים ולפירות. ובאשה גופא כבר יש לו שייכות בגוה שהרי ארוסה היא לו וזכה בה בתורת אירוסין. ולפי"ז העלה בדין דהמהר"מ במרדכי לענין סילוק האשה מקרקע שיקנה בעלה דלא מהני הסילוק כיון דעדיין לא קנה הקרקע הו"ל דבר שאינו ברשותו ולא מהני סילוק בזה מצד הקרקע. ומצד השעבוד אי אפשר לסלק כיון דכבר זכתה בו והו"ל כמו נשואה ע"ש דהמהר"מ ע"כ סובר דמהני סילוק אפי' בדבר שאין לו שום שייכות בגוה. ובסמ"ע כתב דהמהר"מ אינו חולק ולע"ד דחולק עכ"ל הא"מ. וא"כ לדעת המהר"מ במרדכי הנ"ל לא נתן להאמר בטעם דיכול להתנות הנותן מתנה שלא תחול עליה שום שעבוד משום דבר שבממון תנאו קיים. והכונה שימחול הב"ח שעבודו כאשר הכרענו לעיל דעת הרשב"א בפירושו של דבר שבממון תנאו קיים דהוא משום מחילה דאיך מהני מחילה בבע"ח שילוה אח"כ דהוי דבר שלבל"ע. והא"מ

הוכיח דכן דעת הרא"ש בביאורו להירושלמי שהביא ריש הכותב שזכרנו. וע"כ הרא"ש בתשובה כלל ע"ד אחז בטעם משום דאין יד ב"ח כיד בעל ורב לגבי עבד ואשה משום דב"ח מכאן ולהבא גובה. אמנם בשעה"מ הלכות עבדים (פ"ו) הביא תשובת הרמב"ן הביאו בעה"ת שער ד' דהנותן מתנה לחבירו ע"מ שלא ישתעבדו לב"ח תנאו קיים אע"ג דמתנה ע"מ שכתוב בתורה דבדבר שבממון תנאו קיים. וראיתי בא"מ (סי' פ"ה) שהביא דברי הרמב"ן ופלפל שם בדבריו והעיר במקצת דברינו ומהתימא על הגאונים האלו שנעלם מהם דברי המחבר הנ"ל. ומה שיש לעמוד בדבריו והנראה לע"ד כתבתי:

והנה בהא דאמרו בגמרא כדרב כהנא וכדרבא מחלוקת הפוסקים בזה אי דוקא כדרבא לפי שהוא דרבנן לכך יכול לאמור אי אפשי בתקנת חכמים אבל בדאו' לא מהני סילוק וזה דעת התוס'. ודעת הר"ן דאפי' בדא' כל שעדיין לא בא לידו מהני סילוק והא דמייתי הש"ס כדרבא היינו דלא נימא איפכא דהא דאמר ר' כהנא נחלה הבאה לו לאדם ממקום אחר היינו משום דס"ל ירושת הבעל דאו' אבל בדרבנן לא מהני סילוק. דחכמים עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה לכן מייתי כדרבא דלא אכפת לן בהכי. ואפי' בדרבנן נמי מהני סילוק. והא דיורש לא מצי סלוקיה נפשיה מנכסי אביו משום דכל שעה ראוי לירש הו"ל כאילו בא לידו ע"ש. וביאור דברי הר"ן דלא מהני סילוק בנחלת אבותיו הוא דאע"ג דלענין מקנה הו"ל דבר שלבל"ע כמו אם אמר מה שאירש מאבא מכור לך דלא אמר כלום אפי' הכי לענין סילוק חשוב כמו בא לידו כיון שראוי לירש בכל שעה ולא מהני בזה סילוק. וה"ה כתב הטעם דבמידי דבא ממילא לא שייך סילוק. ודוקא נחלה הבאה לאדם ממקום אחר יכול לסלק. ולהתוס' הטעם דלא מהני סילוק בנחלת אבותיו משום דבדאורייתא לא מהני סילוק. והקצוה"ח (בסי' רע"ח ס"ק י"ג) הסכים להני דסוברים דבדאו' לא מהני סילוק ובעי מחילה גמורה ורק בבכור מהני סילוק משום דמתנה קרי רחמנא. ובאמת הקצוה"ח בעצמו (בסי' ר"ט סקי"א) הביא דברי המראנ"ח דמסתפק בשיטת התוס' אי מהני סילוק בדאו' הובא במל"מ (פ' כ"ג מהלכות אשות) והקצוה"ח העלה שם בשיטת התוס' דכיון דקיימ"ל דמתנה ע"מ שכתוב בתורה תנאו קיים ה"ה דמהני סילוק אפי' בדאו' ומשום דסילוק הוי מתנה ע"מ שכתוב בתורה. ואפי' שלא על דר תנאי הוי מתנה ע"מ שכב"ת. והביא ראיות נכונות מגמרא כתיבות פ' אע"פ ע"ש ומדברי התוס' גיטין ריש פ' הזורק ד"ה כדרב הונא דכתבו וז"ל ומביא שפיר מדרב כהנא כו'. וכי תימא מאי שנא מנחלת אבותיו לא דמי שהרי תקנת חכמים היא וכדרבא דהאומר אי אפשי בתקנת חכמים. ואע"ג דלרב אית ליה בהכותב (פ"ג) דאפי' בדאו' יוכל להתנות. הש"ס דהכא לא ס"ל הכי. ועוד דבמסקנא לא קאי הכי עכ"ל. מוכח מדבריהם

דלא הוצרכו לכדרבא אלא אי סבירא לן דבדאו' לא מהני תנאי וסלוק אפי' שלא על דרך תנאי הו"ל מתנה על מה שכתוב בתורה. אבל לדידן דקיימ"ל דאפי' מתנה ע"מ שכב"ת בדבר שבממון תנאו קיים ה"ה סלוק דמהני אפי' בדאו' וא"כ לדינא גם לשיטת התוס' מהני סלוק אפי' בדאו' והש"ס דנקיט לכדרבא לשיטת התוס' היינו לפום מאי דהוי ס"ל לש"ס דמתנה על מה שכתוב בתורה אפי' בדבר שבממון תנאו בטל. ובאמת ראי' נכונה היא וראיתי להנתיבות המשפט (סי' ר"ט) השיג על קצוה"ח בדבר זה מדברי התוס' ריש הכותב ד"ה כדרב כהנא דהקשו התוס' דבלא רב כהנא נמי למה לא יוכל להסתלק בעודה ארוסה מידי דהוה אשאר כסות ועונה דלר' יהודא בדבר שבממון תנאו קיים ור"מ נמי לא פליג אלא משום דקסבר מתנה על מ"ש בתורה תנאו בטל. ותירצו די"ל דהכא מיירי באומר שלא על דרך תנאי אלא אומר דין ודברים אין לי בנכסיך כו'. והשתא מייתי מדרב כהנא דנהי דמכח התנאי לא מהני מכח סלוק בעלמא מועיל דמוכח מדברי התוס' דלמ"ד דבדבר שבממון תנאי קיים מ"מ סלוק לא מהני בדאו' ודוקא בדבר שתקנו לטובתו מהני סלוק כמ"ש התוס' עכ"ל. ואין בזה סיפוק לדחות דברי הקצוה"ח הנאמרים באמת דקושית התוס' בלא רב כהנא יוכל לסלק מכח תנאי גמור דלר' יהודא בדבר שבממון תנאו קיים. ועל זה תרצו דמיירי באומר שלא על דרך תנאי דלאשה איבעיה לאתנוי ומתנה הבעל והוי פטומי מילי בעלמא ולא הוי התנאי תנאי גמור. אבל משום סלוק מהני אפי' שלא בתנאי ואף דהבעל מסלק נפשיה מנכסי האשה מהני סלוקו וחדשו התוס' דבסלוק לא בעינן משפטי התנאי. וכבר תירץ הגאון בעל אבני מלואים (בסי' צ"ב ס"ק א') תמיהת הגאונים דעכשיו דנוהגין לעשות חופה וקידושין בבת אחת לא מהני סלוק דקודם הקדושין לא מהני סלוק ואחר החופה הו"ל נשואה ותו לא מהני סלוק אפי' בקנין כמ"ש בש"ע (סעיף ח'). ועי' בתשובת חות יאיר (סי' מ"ז) דהאריך בזה. והא"מ תירץ על פי דברי התוס' הנ"ל דהיכא דהוי דרך תנאי' מצד האשה בשעת קדושין פשיטא דמהני ולא גרע משאר וכסות דמהני תנאי הבעל ה"ה בפירות וירושה מהני תנאי האשה כיון דקיימ"ל כר' יהודא דבדבר שבממון תנאי קיים ומהני סלוק מצד התנאי ולא מכח סלוק אלא מכח תנאי גמור באופן המועיל קודם הנשואין ובהכי סגי ע"ש. הרי ברור שפתיו מללו כהבנתו בתוס' דחדשו דבסילוק לא בעינן משפטי התנאי ואף שלא בדרך תנאי מהני:

סימן כב

שאלה באחד שעשה שליח להרוג את חבירו באופן דלו הי' מותר מן הדין בזה"ב כגון בגואל הדם דקיימ"ל ברע"ק (מכות י"ב) במתניתין דהי' רשות ביד גואל הדם וכל אדם

חייבין עליו (עיין רמב"ם פ"א מהלכות רוצח הלכה י"א) אם עשה שליח אי חייב השליח כיון דלהמשלח הי' מותר אף לשליח ליכא איסורא או דלמא אף דלהמשלח הי' מותר מיהו לדידיה אסור:

תשובה לכאורה מבואר זאת בראי' נכונה מגמרא (קדושין מ"ג) דשמאי הזקן אומר שולחו חייב דכתיב אותו הרגת בחרב בני עמון והתם לדוד הי' מותר דמורד במלכות הוה ועוד דיואב מוכרח הי' לעשות מצות המלך ובכל זאת נענש יואב על אשר לא דרש אכין ורקין דהי' מותר לעבור מצות המלך כדדרשינן (סנהדרין מ"ט) אשר פגע בשני אנשים טובים ממך שהם דרשו אכין ורקין כו' וראי' ברורה מכאן דאפי' היכא דמוכרח לעשות שליחותו כגון דאומר לו הרוג את פלוני ואם לא אהרגך נמי אסור כמו ביואב דמוכרח הי' לעשות מצות המלך דאם לא יהי' מורד במלכות ובכל זאת נענש. אמנם באמת אחר העיון עיקר הספק ליתא ואין ראי' מגמרא דבשפיכות דמים שאני דיהרג ואל יעבור ואף דהוי כמו חצר דבע"כ מותיב ביה מקרי שליחות לדבר עבירה מהאי טעמא דמאי חזית דדמא דידך סומק טפי כו'. ולכאורה עלה בדעתי להביא ראי' לזה ממה שכתבו האחרונים ומכללם בעל ספר קצוה"ח (בסי' ק"ה אות א') דכל הים דלהמשלח אין עבירה פטור השליח. דלא אמרינן אין שליח לדבר עבירה אלא בכהן דאמר לישראל צא וקדש לי אשה גרושה דעבירה הוא למשלח ע"ש שהשיג בזה על הפ"י (בכתובות פ' הכותב) דביאר הטעם דלא מהני שליח היכא דחב לאחרים משום דאין שליח לדבר עבירה וכיון דחב לאחרים הוי עבירה והשיג עליו מאחר דלהמשלח ליכא עבירה ממילא השליח פטור והביא ראי' לזה מדברי התוס' פ"ק דגיטין (ד' י"ב) גבי פלוגתא דר"א ורבנן במי שליקט את הפאה ואמר זו לפלוני עני דר"א אמר זכה וחכ"א יתננה לעני הנמצא ראשון ואמרינן שם בטעמא דרבנן משום דכתיב לא תלקט לעני לא תלקט לעני והקשו בתוס' למ"ד פ"ק דתמורה כל מלתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד מהני לקני העני ע"ש ואע"ג דהשליח עבר אמימרא דרחמנא וא"כ נימא אין שלד"ע אלא ודאי היכא דאין העבירה למשלח אלא לשליח בענין כזה הוי שליחות עכ"ל וכ"כ בתשובת רע"א (סי' קצ"ד) ע"ש שתירץ בזה הגאון רש"א סתירת דברי התוס' במ"צ (ד"י) ד"ה דאמר לישראל כו' דמבואר שם דאף דהשליח בר חיובא בלאו דלפני עור מ"מ כיון דזאת האשה אם מקדשה לעצמו ליכא עבירה מקרי לאו ב"ח ומדברי התוס' שם אקפי לי קטן כתבו ה"ה דהומ"ל אקפי לי גדול ותמוה הא בזה גם אם עושית המעשה דהקפת גדול לעצמה עברה על לפני עור וא"כ בר חיובא היא ע"ש שהחמיר מאוד בזה הגאון רע"א ותירץ בנו שם בזה דהיכא דלהמשלח ליכא עבירה רק לגבי השליח פטור השליח א"כ שפיר בהאי דקדיש

ליה הקשו התוס' דנימא אין שלד"ע מטעם דהמשלח נמי עובר. אבל בהאי דאקפי ליה כו' ע"ש וא"כ להאי כללא לכאורה בזה בנד"ד נמי כיון דלהמשלח ליכא עבירה ממילא פטור השליח. אמנם לדברינו הנ"ל דבשפיכות דמים שאני דמאי חזית דדמא דידך סומק טפי כו' לא שיין האי כללא:

אמנם מה דיש להסתפק בדבר זאת אם הכריחו להשליח לדבר עבירה והיינו שאמר לו צא גנוב ואם לא אהרוג אותך דבודאי מותר להשליח לגנוב ולהציל נפשו אם מחייב שולחו וכן באומר לו חלל את השבת או אקפי לי קטן אי אמרינן דמקרי בע"כ מאחר שיעבור ואל יהרג ויתחייב שולחו לכ"ע. דדברי הרב כו' לא שייך בזה ג"כ. ומגמרא קדושין הנ"ל אין ראי' כדדחינן לעיל דשאני התם בשפ"ד דיוכל לומר מאי חזית דדמא דידך סומק טפי כו'. והנה בשעה"מ הלכות מעילה (פ' ז') הקשה מגמרא הנ"ל לשיטת התוס' קדושין (מ"ב) ד"ה אמאי מעל וכן ב"ק (ע"ט) ד"ה נתנו לבכורות בנו דבשוגג יש שליח לד"ע. וכפי מה שביארו האחרונים תלי זאת בהלימודים דאין שליח לד"ע. דאי אין שלד"ע מן הסברא דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין א"כ בשוגג לא שייך זאת, אך אי נימא דהלימוד דאין שלד"ע מקרא דהוא כגמ' קדושין (מ"נ) אזי אף בשוגג אין שליח לד"ע. והקשה השעה"מ מגמרא בסנהדרין מ"ט הנ"ל אשר פגע בב' צדיקים וטובים ממנו ופירש"י שהרג את אוריה במצותו הרי לך שיואב לאו פושע הוא אלא שוגג הי' דסבר דלא דרשינן אכין ורקין והי' חייב לשמוע דבר המלך אפי' לעבור עד"ת. וכ"כ התוס' שם דיואב הי' שוגג ע"ש וא"כ קשה מאי פריך בשמעתין ואידך והוצרך לשנויי הרי לך כחרב בני עמון ואמאי לא משני דההיא דאורי' שאני משום דהשליח דהיינו יואב הי' שוגג דסבר דחייב לשמוע דבר המלך אפי' לעבור על ד"ת וכן קשה לשמאי הזקן מאי ראי' מייתי מקרא דואותו הרגת ותירץ שם דל"ק דע"כ לא כתבו התוס' ז"ל דכל שהשליח שוגג ואינו יודע שיש איסור בדבר אמרינן יש שלד"ע אלא דוקא כשהמשלח יודע שהשליח אינו יודע שיש איסור בדבר כגון ההיא דנתנו לבכורות בנו. דכל עיקר טעמא דאמרינן אין שליח לד"ע הוא משום דסבר המשלח שלא יעשה כיון שיש איסור בדבר ודברי הרב שומעין. משא"כ הכא גבי דוד אע"ג דלפי האמת דיואב שוגג הי' וסבור שמחויב לעשות דבר המלך אף כשהוא לעבור עד"ת מ"מ דהמע"ה לא הי' יודע שיואב אינו דורש אכין ורקין וסובר הי' שדורש ובודאי לא ישמע לדבריו. וא"כ ה"נ שייך טעמא דאין שליח לד"ע ע"ש. וצריך ביאור באמת להפוסקים דבשוגג יש שליח לד"ע דהא פשיטא דמסתמא אם השליח הי' יודע שהי' גנוב שלא הי' מתרצה בשליחות דאחזוקי אנשי בגנבי לא מחזקינן או בשאר איסור במעילה שהוא על ידי שוגג שהשליח

לא הוה ידע דאין ספק דאילו הוה ידע דהוא הקדש לא הי' שולח בו יד. וא"כ קשה איך יתחייב המשלח הא לגבי שליח הו"ל שליחות בטעות ואיך יהי' שלוחו של משלח הרי נעשה בטעות וממילא יתחייב השליח אף שהוא לגריעותא לחיוב השליח. אלא ודאי פשוט דמ"מ כיון דעביד על דעת משלחו ואף דלא ידע מ"מ עביד ע"ד משלחו ויש בו כח המשלח מאחר דהמשלח ידע דהשליח לא ידע דיש איסור בדבר ובודאי ישמע לו לפי הבנת השעה"מ ויש בו כח המשלח כנ"ל והוה כמו חצר דבע"כ מותיב ביה וכמו שכתב הגהות מיימוני (פ' ב' מהלכות שלוחין) הביאו הש"ך (בריש סי' קפ"ב) דאם אמר לחבירו הביא לי פרתי והשליח לא ידע שהוא גנוב דחייב המשלח כיון דשליח לא ידע בודאי צייית ליה והוי כמו חצר דבע"כ מותיב ביה ע"ש. ובודאי החילוק פשוט דבשליחות שאין לשליח עסק רק המשלח עושה ידו של השליח ובודאי אף שאנסו והפחידו לא יגר כחו בזה דאדרבה עוד יותר שליח של המשלח מקרי היכא דעושה לתקיפות המשלח דירא ממנו ויש לפשוט ספיקינו הנ"ל דהמשלח חייב והנה בדעת התוס' דבשוגג יש שליח לד"ע הקשו האחרונים מגמרא דב"ק (נ"א) דבור של שני שותפין היכי משכחת לה אי דמשוי תרויהו שליח ואמרי זיל כרי לן אין שליח לד"ע ולדבריהם לוקי דלא ידע השליח שיש איסור בחפירת בור ברשות הרבים. או דלא ידע שאינו רשותם. ובאמת התם קאי הסוגיא בטעמא דאין שליח לד"ע דהוא מן הסברא דדברי הרב ודברי התלמיד כו' וא"כ אף בשוגג אין שלד"ע ע"ש פירש"י ד"ה אין שלד"ע ומגמרא הנ"ל הקשה השעה"מ (פ"א דתרומות) לדברי המ"א (פ' י"א דשלוחין) דחדש שם דאף דקיימ"ל דאין שליחות לעובד כוכבים מ"מ פועל עובד כוכבים שאני מפני שידו כיד בעה"ב. והקשה השע"מ ממאי דפריך הגמרא ב"ק (נ"א) בור של שני שותפין היכי משכחת לה ברשות הרבים. אי דאמרי לשליח כו' אין שלד"ע והקשה הרשב"א שם דלמא דשוי שליח א"י ומתרץ דאין שליחות לעובד כוכבים. והשתא לדברי המ"א אכתי קשה דמשכחת לה בפועל עובד כוכבים ע"ש ועיין בשו"ת שיבת ציון (סי' נ"ג) שהאריך בזה ובאמת התוס' בא"נ (ד' ע"א) הכריעו דלחומרא יש שליחות לעובד כוכבים עיין בקצוה"ח (סי' קס"ג) דביאר זאת והשיג על הנוב"י ח"מ (סי' למ"ד) שכתב שאין זכות לישראל לזכות לצורך עובד כוכבים או עובד כוכבים לצורך ישראל דאשתמיט ליה דברי, התוס' הנ"ל וכן על הח"צ ע"ש ועיין בספר עצי לבונה על יור"ד (סי' קס"ט סעיף ו') שתירץ שם היטב דברי הנוב"י והחכ"צ. והנה בתשובת פ"י חיו"ד (סי' ג') הקשה בהא דקיימ"ל דאמירה לעובד כוכבים שבות ואין חולק ע"ז תיפוק ליה דאיסור דאו' הוא להחילוק דאין שליח לד"ע היכא דהוא בר חיובא. ועובד כוכבים לא בר חיובא. ואין לומר דאין שליחות לעובד כוכבים הא לחומרא יש

שליחות. וכן הקשה שם בהא דמבואר בא"ח (סימן רס"ג) במי שקבל עליו שבת קודם חשיכה מותר לומר לישראל חבירו לעשות לו מלאכה ע"ש ובספר בית מאיר (סי' וא"ו) תירץ דלא אסרה התורה שליח לד"ע רק בדבר שאסור מצד עצמו אבל בשבת שעיקר הכונה שינוח בשבת א"כ כל שגופו אינו עושה מלאכה לא אכפת לן ע"ש:

והנה הטור חו"מ (סי' ש"נ) כתב בשם הרמב"ם דעשה שליח לשחוט לו בשבת והשליח שחט בשבת כתב הרמב"ם שהוא חייב ותמה המל"מ (פ"ג מגנבה) דכאן נתערב איסור אחר עמו ולא שייך שליח לד"ע ובטל השליחות לגמרי והו"ל כאילו לא צוהו לשחוט כלל. וכדעת הנוב"י דחדש דהיכא דאין שליח לד"ע המעשה בטל וא"כ סתרי דברי הרמב"ם. אמנם באמת יש לתרץ לפי מה דקיימ"ל כרב ששת ב"ק ס"ח דלא בעינן בטביחה ומכירה אהני מעשיו. א"כ ה"נ נהי דהשליחות בטל מצד איסור שבת מ"מ כיון דלא בעינן שיועילו מעשיו והוא ציוה לו לשחוט בשבת אזי לעולם חייב בשבת המשלח אעפ"י שהשליחות באמת בטילה. אמנם לתירוץ הב"מ הנ"ל יש לתרץ קושית המל"מ בפשיטות דע"כ לא שייך לומר דכל שנתערב איסור אחר בטל השליחות רק בשאר איסורים דשייך שליחות ואמרינן מיגו דבטל השליחות לענין האיסור אחר דלא גלתה התורה דיש שליח לד"ע בטל נמי לענין מעילה וכדברי הרמב"ם בעצמו לענין מעילה משא"כ בעשה שליח לשחוט בשבת דעל איסור שבת לא שייך כלל ענין שליח לד"ע. דבשבת עקר הקפידא על גופו וגופו שובת וכתירוץ הב"מ וא"כ שוב שפיר חל השליחות על הטביחה דלא שייך לומר מיגו דבטל השליחות לענין שבת דבשבת אינו נופל כלל שליחות לד"ע. אמנם בעיקר תירוץ הב"מ קשה מהא דאמר רב אשי (חולין קט"ו) מנין לבב"ח שהוא אסור באכילה שנאמר לא תאכל כ"ת כל שתעבתי לך הרי הוא בבל תאכל ופירש"י ה"ה בבל תאכל עולמית בכל ענינים בין שבא בעבירה בין שלא בעבירה כגון על ידי קטן או עובד כוכבים מאחר שתעבתי לך אסור. וא"כ אף דגלתה רחמנא דהיא קודש ואין מעשיה קודש מ"מ תועבה מקרי. ומצאתי בספר חות יאיר בשם חתנו דהוכיח דעת רש"י דאף דנעשה בהיתר מקרי תועבה דאל"כ קשה בין לחזקי' בין לר"א כיון דאיסור אכילה ידעינן מקרא דלא תאכל כל תועבה רק דהוה אסרינן בהנאה בו אפי' בשוגג. וא"כ אצטריך קרא לגמרי להיתר הנאה או שוגג והוי דאי להיתירא והא אמרינן ביבמות (ע"ח) דאי להיתירא לא כתב רחמנא קרא ואיך ס"ד הכא אפי' עבר ובישל או שחט בשבת יהי' מותר. אלא ע"כ כסברת רש"י בדעת רב אשי דדבר הנעשה בהיתר מקרי תועבה וי"ל דאצטריך קרא להתיר היכא דנעשה ע"י קטן או עובד כוכבים. אך קשה למ"ד מע"ש דרבנן דדרשינן היא קודש כו' ועיקר קרא אתי להיתירא והוי דאי להיתירא אלא ע"כ

למ"ד מעשה שבת דרבנן אף נעשה בהיתר מקרי תועבה ע"ש שהאריך בזה דמ"ד מעשה שבת דרבנן מקרא דהיא קודש כו' סובר דאף נעשה בהיתר מקרי תועבה וא"כ נסתר תירץ הב"מ. והנה הגאון רע"א בתשובה (סי' קכ"ט) הוציא מדברי התוס' (במ"צ יוד) ד"ה דאמר לישראל דמשום לפני עור לא אמרינן אין שליח לד"ע ע"ש ועיין בתשובה הנ"ל (סי' קל"ג) לענין תפיסה בחצר כיון דחצירו קונה מדין שליחות והוי כתופס לב"ח במקום שחב לאחרים כמו בשליח ולפי פירוש הגאון בעפ"י שזכרנו דהטעם דתופס לב"ח במקום שחב לאחרים לא מהני ע"י שליח דכיון דחב לאחרים הוי בעבירה ואין שליח לד"ע. א"כ בחצר דבע"כ מותיב ביה לא שייך שליח לד"ע כתירץ הגמרא (ב"מ יוד) ע"ש דהשואל רצה לפרש כן ודחה שם הגאון דכללא הוא בשליחות דחצר. דלא בעינן כל פרטי דברים דצריכים להיות בשליח וכל מה דיוכל לעשות ע"י שליח יכול לעשות ע"י חצר ע"ש. והנה בקטן דאין לו יד ולא הוי בר חיובא מחלוקת הנמק"י והש"ך (בסי' קפ"ב) דהנמק"י כתב דקטן שאין לו יד כלל חייב. והש"ך כתב דאין שליחות לקטן והביא ראי' מהא דאמרו השולח את הבערה ביד חשו"ק דפטור בדיני אדם הא ביד פקח חייב ופריך הש"ס בקידושין (מ"ב) והא שלוחו של אדם כמותו ומשני משום דאין שליח לדבר עבירה וא"כ יקשה למה ברישא פטור והא חשו"ק לאו בני חיובא נינהו וע"כ משום דאין שליחות לקטן ע"ש. ובאמת נראה לפי עניות דעתי דלשיטת התוס' דבשוגג לא שייך שליח לד"ע א"כ ה"ה בקטן דאינו יודע כלל אם הוה איסור שוב לא שייך שליח לד"ע וחייב המשלח לפי חילוק השעה"מ הנ"ל דהיכא דהמשלח ידע שהשליח לא ידע דיש איסור בדבר. ולפי דברי רש"י הנ"ל דחולין (קט"ו) שזכרנו דאף שנעשה בהיתר על ידי קטן או עובד כוכבים תועבה מקרי. ובודאי מידי דהוה כמו חצר דבע"כ מותיב ביה ובאמת לדינא אף דקיימ"ל כרב סמא דהחילוק הוא דאי בעי עביד כו' נמי לא שייך בקטן דלאו בר דעת הוא ואינו יודע להבחין ומתורץ קושית הש"ך על הנמק"י מהא דקיימ"ל כרב סמא. והנה ביור"ד (סי' ק"ס בש"ך ס"ק כ"ב) מבואר דתשובת רש"י אזיל ע"כ כרבינא דתלוי בבר חיובא:

הנה במחנה אפרים הלכות שלוחין (סי' ט') . האריך במי שנשבע שלא לקדש אשה זאת ואח"כ עשה שליח לקדש אי חלו הקדושין דאין שליח לד"ע וכתב ג"כ דלרבינא מקודשת דהשליח לאו בר חיובא. ובאמת קשה זאת דבודאי מקרי בר חיובא אם הי' הוא נשבע. אמנם מה שהקשה שם מהמדיר דמותר על ידי שליח אלמא כל דאינו בר חיובא לא מקרי שליח לד"ע. הנה בט"ז יו"ד (סי' ק"ס ס"ק י"א) הרגיש בזה והעלה מזה דמכל מקום אף דאין שליח לד"ע מ"מ איסור עשה המשלח ובאמת משמע כן בכמה מקומות. אמנם

המ"א כתב שם בטעם דאין שייך שליח לד"ע כיון דאין האשה גופא אסורה על המשלח אלא איסורא הוא דרביע עלה שלא לקדש והרבה הארכתי בזה בחידושי בענין כל מלתא דלא מצי למיעבד לא מצי משוה שליח דקשה מנזיר (י"ב) ועיין בנוב"י מהדו"ק (ח' אה"ע סי' ק"כ) ועיין בתפארת ישראל גיטין (פ' א' משנה ואו) האומר תן גט זה לאשתי ושטר שחרור זה לעבדי כו' דהקשה דהמשחרר עבדו עובר בעשה ואין שליח לד"ע ע"ש ובספר בית מאיר (סי' ל"ה) באה"ע האריך בזה ועיין בתשובת (חת"ס ח' אה"ע סי' נ') דביאר דלא אמרינן שלוחו של אדם כמותו בדבר שצריך לעשות מעשה בגופו ע"ש. ובאמת מבואר כן בתוס' רי"ד (בקדושין פ"ב) ועיין בקצוה"ח (סי' קפ"ב) שהביא להקשות על זה דהא בשליחות לד"ע אי לאו דגלי קרא דאין שליח לד"ע הוה ליה בדין שליחות ואע"ג דאין המשלח עושה כלום ולשמאי הזקן ס"ל דעושה שליח להרוג דשלוחו של אדם כמותו ואין המשלח עושה כלום ע"ש בקצוה"ח ועיין במל"מ (פ ה' ממלוה) דאף בריבית דרבנן דיש שליח לד"ע באיסור דרבנן מ"מ מותר ע"י שליח ע"ש שהקשה מפ' המדיר דיעמיד פרנס ופריך ופרנס לאו שליחותיה עביד כו' והא אין שליח לד"ע והוא כעין קושית הט"ז (ס"ק י"א מסי' רכ"א) במודר הנאה ע"ש מה שתירץ. עוד חדש שם המל"מ דבכותי אין שייך לומר אין שליח לד"ע אליבא דכ"ע ואפי' לרב סמא דע"כ לא אמר רב סמא אלא גבי כהן דאמר קדש לי אשה גרושה דאע"ג דשליח לאו בר חיובא הרי הם יודעים שמשלחם הוזהר בזה וסובר המשלח שלא יעשה משום דברי הרב כו' אבל גבי כותי לא שייך האי טעמא והשיג עליו בשעה"מ (פ' ה' מהלכות מו"ל) דמדברי התוס' (פ"ק דשבועות ג') ד"ה ועל הזקן וז"ל ועוד נראה דאפי' רב אדא מחייב היכא דהניקף בר חיובא כו' מדלא קאמר איש דאמר לקטן או לכותי אקיף לי גדול דהוי נפקותא לרב אדא כו' הרי בהדיא אמרינן ומבואר בדבריהם דאף גבי כותי אמרינן אין שליח לד"ע ע"ש דהקשה עוד דהא אין שליחות לקטן ולכותי ותירץ דלשיטת רש"י דיש שליחות לחומרא ועיין בעצי לבונה על ח' יור"ד (סי' קס"ב ס"ק י') בהגה"ה שתמה עליו. ועיין בש"ב על הלכות נדרים ועיין בנוב"י מהדו"ת ח' אה"ע (סי' ע"א) באיסור דרבנן אי אמרינן אין שליח לד"ע ועיין בנוב"י מהדו"ק (סי' פ') דהוכיח דעת הרמב"ם שאפי' השליח שוגג אמרינן אין שליח לד"ע מהא דמעילה באמר לשלוחו תן ח' לאורחים והוא אמר טלו שתים והם נטלו שלש שכולם מעלו והתם בשוגג מיירי ע"ש (בהלכה ז' ממעילה) ועיין קצוה"ח (סי' קפ"ב). ועיין במל"מ (פ' ב') מהלכות רוצח (הלכה ד') דאי אמרינן בדרבנן יש שליח לד"ע מאי פריך הש"ס במס' ב"ק ונימא דכורה גרים ליה פירש"י דאין שליח לד"ע דאסור לקלקל רה"ר ואע"ג דהא דאסור לקלקל רה"ר אינו אלא מדרבנן ועיין בתשובת נוב"י מהדו"ק (סי'

ע"ח אות ע"ז) שתירץ ודחה ראיות המל"מ ועיין בשעה"מ (פ' ה' מהלכות מו"ל הלכה י"ד) שהאריך הרבה בזה ובדין דישראל הלוה בריבית על ידי כותי המפורש (בסי' קס"ט) אי אמרינן גבי כותי אין שליח לד"ע ואי לחומרא יש שליחות וביאר דעת הפוסקים בזה והביא דברי הרשב"א בחידושיו (פ' הפרה נ"א) בור של שני שותפין היכי משכחת לה אי דשוי שליח אין שליח לד"ע וז"ל קשיא לי דלמא שוי שליח כותי וי"ל דאין שליחות לכותי ועיין שם לבסוף שהביא דהמהר"ם די ביטון ז"ל (ד' קפ"ח) הביאו הרב כנה"ג (סי' קפ"ב) בהגהת הטור (אות כ"ב) דאם המשלח אנס את השליח והפחידו בדברים מחייב שולחו ע"ש ונפשט ספיקנו הנ"ל היכא דהכריחו להשליח לדבר עבירה דאם לא אהרגך כנ"ל דבודאי מחייב משלחו. אמנם הקשה לזה הגמרא (דפ' הפרה נ"א) הנ"ל דפריך אי דשוי שליח אין שליח לד"ע ואמאי לא מוקי בשאנסוהו והפחידו ושוי שליח בכהאי גונא וכן הקשה השעה"מ בעצמו שם:

סימן כג

ביאור הרבה חידושי דיגים בדינא דכל סילתא דאיהו לא מצי מיעבד לא מצי משוי שליח. וביאור דעת הפוסקים בזה. וביאור כמה סוגיות וחדושי דינים בשלוחין:

בהא דקיימ"ל דכל מילתא דאיהו לא מצי למיעבד לא מצי משוי שליח. והנה המ"א הל' שלוחין (סי' ט') חדש דמידי דאריא דאיסורא רביע עליה יכול לעשות שליח אף דלא מצי עביד. והקשו האחרונים מהך דנזיר (י"ב) דהתם מצד ארי דאיסורא לא מצי עביד ואפי"ה לא מצי משוי שליח. וכן הקשו מיומא (י"ט) לימא תהוי תיובתא דר"ה בריה דר"י דאמר הני כהני שלוחי דרחמנא נינהו וקשה דהא מה דזר פסול הוא בשביל ארי' דאיסורא דרביע עלה. אבל מצד עצמו יכול להיות וכן הקשו קושיות הרבה בדברי המ"א הנ"ל בחידושו הנ"ל. אמנם לדעתי נראה דדרך אחרת להרב מחנה אפרים הנ"ל בחידושו דרק לענין שבועה היכא דנשבע ומחויב לקיים שבועתו חדש כן. ולפי דברי התוס' תמורה (ו') ד"ה השתא דשנינן כל הני שנויי. וא"ת נימא דפליגי בהכי כגון אדם שנשבע שלא לגרש את אשתו ואח"כ עבר וגרשה דלאביי מהני ולרבא לא מהני כיון דעבר אמימרא דרחמנא. ותירצו דבאיסור שבדה מלבו ואינו מה"ת אלא דהוא בעצמו בדה את האיסור לכ"ע מהני ע"ש. וא"כ לפי המתבאר מדברי התוס' דבשבועה שנשבע בעצמו לכ"ע אי עביד מהני ומקרי שפיר עשיה אף לעצמו אלא דמחויב לקיים שבועתו שלא לעשות בעצמו. ולהכי שפיר מצי עביד שליח מאחר דאף בעצמו אם יעשה מהני מעשיו. ולא קשה מזר ומקדושי ח"כ דהקדושין לא תפסי כלל וכמו כן זר שעבד דעבודתו פסולה ולא שייך עבודה וכדומה. דלא מצד איסור בלבד דהא לא מהני כלל מעשיו אם

יעשה בעצמו. ובודאי לא מצי משוי שליח ולא קשה מידי. אמנם לשיטת המהרי"ט הובא במל"מ דבעשה שליח בפירוש מועיל אף דאינו יכול לעשות עתה. א"כ קשה על רב הונא ברי' דר"י די"ל דכל דעשו שליח בפירוש מועיל אף במידי דהוא לא מצי עביד. אמת דהאחרונים הקשו הרבה קושיות לשיטת המהרי"ט. ועי' במל"מ (פ"ו מהלכות אשות) שהקשה במה שתקנו במי שנשטית אשתו שאין יכול לגרשה שישליש גט ביד שליח והקשה מגמ' דנזיר (י"ב) ע"ש וגם אני הקשתי קושיא בענין אי מצי למעבד שליח במילתא דלא מצי למיעבד. בהא דנתבאר (בסי' קכ"ז) באה"ע בגט מוקדם דאין תקנה להכשירו אלא על ידי שליח. והיכא מהני ע"י שליח כיון דאיהו גופו לא מצי עביד ולא יכול לגרש בגט זה ובהחפזי לא מצאתי מי שהעיר בזה:

אמנם נראה לתרץ לע"ד ולחדש חלוק נכון בזה. אמנם דלא אמרו מילתא דלא מצי למיעבד לא מצי משוי שליח הוא רק בגוני דהשתא בזמן ההוא אין לנו שום בירור שיבא זמן שיוכל לעשותו דומיא דמשוה שליח עתה שיקדש לו א"א אחר שתתגרש. מ"מ אין הדבר ברור שיגיע זמן שיוכל לקדשה דאולי לא יגרשנה בעלה כלל לכך לא מצי משוי שליח. ומעתה באשה שוטית שהבעל עושה שליח לגרשה כשתשתפה מאחר שכבר ישנו האשות ולא תלי כלל במעשה כיון שיש מציאות ושייך הענין שרוצה לעשות אלא החסרון מצד האשה המקבלת שלא תוכל לקבלו רק כשתשתפה. וכיון דפשיטא לן שיכול לעשות שליח לגרש אחר זמן כההיא דפ' כל הגט (כ"ט) לא תיתבי' נהלה אלא לאחר ל' יום לא מקרי בשביל הכי לא מצי עביד שאין כאן אלא חסרון פעולה מצד המקבל. ולא דמי כלל לכותב גט לאשה דעלמא ומידי דהוה אקדושין דמצי לעשות שליח דיש גם חסרון דעת המקבלת שמא לא תתרצה אלא ע"כ דלא הוי שליח בקדושין בגדר דלא. מצי עביד כיון דעכ"פ שייך ענין אישות מהני השליחות שתתרצה. וראי' לזה יש להביא ממה שכתבו הפוסקים ומכללם הר"מ והרא"ש דלר"מ דאמר אדם מקנה דבר שלבל"ע יכול לעשות שליח וקשה הא אפי' למ"ד מקנה דבר, שלבל"ע מ"מ אין חל הקנין עד שיבוא לעולם כמו בפירות דקל דעד שלבל"ע יכול לחזור וא"כ אפי' לר"מ איך עושה שליח עכשיו במאי דלא מצי למיעבד אלא ע"כ ודאי דלא תלי במאי דמצי עביד עכשיו אלא אם היא בתורת קדושין וכנ"ל. אח"כ מצאתי בספר גט מקושר שכתב נמי כסברא זו דהעיקר אם שייך עכ"פ באותו ענין שפיר מקרי מצי עביד ותירץ נמי הגמרא דקדושין (כ"ג) דעבד נעשה שליח לקבל גיטו מיד רבו של חבירו לחבירו ולא מיד רבו של עצמו. ולכך העבד עושה שליח לקבל אע"פ שאין יכול לקבל בעצמו לרשב"א דמ"מ ענין החירות שייך בו אלא שהוא אין לו יד לקבל. אבל אחר שפיר יכול לקבלו ולא שייך

היכא דלא מצי עביד לא מצי משוי שליח אלא בענין קרבנות. והעלה שם דזה ממש שחילק בש"ס ואמר אהא דכהני שלוחי דרחמנא ולא שלוחי דידן ומשני ישראל לא שייכי בקרבנות כלל. אבל עבד שייך בגיטין והיינו שענין הקרבנות אינו בישראל כלל ע"ש שהאריך וזכיתי לכוין לדעתו. ועי' במל"מ (פ"ט מהלכות אשות הלכה ו') ד"ה בספיקו שמסתפק באשה שהיתה ספק מקודשת כגון שזרק קידושין ספק קרוב לו ספק קרוב לה ובא אחר ועשה שליח דהרי איהו אם הי' מקדשה היו חוששין לקדושין מספק. וא"כ חשיב מילתא דמצי עביד השתא. או דילמא זיל לאידך גיסא כיון שהוא לא יכול לקדשה קדושין גמורין חשיב מילתא דלא מצי למיעבד ע"ש. שמראה פנים לכל צד. והעלה דתלי במחלוקת רש"י ותוס' יבמות (צ"ט) גבי תערובות כהן בולד שפחה ע"ש. ועי' בתשובת שיבת ציון (סי' פ"ו) שדחה זאת דאין ראי' מהתם. ע"ש בדבריו שהעיר נמי כדברינו והוכיח דדבר שהוא במציאות למיעבד השתא מצי למיעבד אף דלא מצי עביד השתא דאל"כ לא תמצא שליחות לקדושין כלל דניחוש שמא לא תתרצה האשה להתקדש לו ע"ש. ובעיקר הוכחה דכהנים שלוחי דרחמנא ננהו לא ידענא מהיכא מוכח זאת דדילמא לאו שלוחי דרחמנא ולא שלוחי דידן ננהו רק מתורת זכי' והרי הרבה פוסקים ס"ל דזכי' לאו מטעם שליחות הוא אלא משום יד. ועי' בקצוה"ח (סי' ק"ה). אמנם באמת יד לא שייך כל שאין לו יד בעצמו והאיך מועיל זכי' ומאחר דזכי' מטעם שליחות שפיר יש ראי' לחלוקינו הנ"ל דרק כשיש בו מציאות הענין מקרי שפיר מצי עביד דאל"כ איך קיימ"ל דהמזכה לעובר קנה בפ' מי שמת ולכ"ע זכין לקטן בן יומו. והתוס' פ' התקבל ס"ד כתבו דבדעת אחרת יש לו זכי' מה"ת ואם זכין מטעם שליחות הוא קשה איך זכין לקטן בן יומו אף שעדיין לא הגיע למדת צרור וזרקו כו'. ואיהו גופו לא מצי זכי. ואיך זכין לי' אנן והא כל מילתא דלא מצי למיעבד. אלא ע"כ כיון דהקטן יש לו שייכות בענין שמקנין לו רק בשביל שאין לו יד ובדבר הנקנה אין חסרון שפיר מזכינן ליה כנ"ל. ועי' בשו"ת נוב"י מה"ת חאה"ע (סי' ע"ז) דאף לפי מה דקיימ"ל דכהני שלוחי דרחמנא ננהו מ"מ בשחיטה דכשרה בבעלים שלוחי דידן נינהו דלא שייך מי איכא מידי דבעלים לא מצי עבדי כו'. דהא שחיטה בבעלים לכתחלה יליף שליחות משליחות קדשים. וא"כ גם הבעלים מצי לשחוט. וא"כ כיון דשלוחי דידן נינהו יכול לטעון לתיקוני שדרתיך. ועי' באור חדש לקדושין שנתקשה בזה דאמאי לא קא פשיט הגמרא בנדרים (ל"ה) דכהני שלוחי דרחמנא ולא שלוחי דידן דאל"כ למה לי קרא דעושין שליחות בקדשים דהיינו לריב"ק ושחטו אותו כל קהל ישראל ותיפוק ליה מדחזינן שהכהנים בעבודתן נעשו שלוחי דידן מכלל דיכול לעשות שליח בקדשים. ותירץ על פי דברי הפ"מ ח"ב (סי' קי"ו)

שהקשה מאי קא מיבעי' להגמרא תפשוט לי' דאיך אמרי' בברייתא חולין (י"ג) איש איש מלמד שהעובדי כוכבים נודרים נו"נ כישראל והא אין שליחות לעובד כוכבים. ותירץ שם הפ"מ דהיכא דאי אפשר לעשות ע"י שליח כמו בעובד כוכבים. באמת שלוחי דרחמנא הם לפי"ז שפיר נמי מתורץ דצריך קרא דאילו לא נאמר קרא דיכול לעשות שליח בקדשים לא הוה ידעינן דשלוחי דידן הם רק הו"א דהם שלוחי דרחמנא כמו בעובדי כוכבים ע"ש. ועי' במקנה בחידושיו לקדושין (מ"ב) ובמרכבת, המשנה (פ"ו) מגירושין. ועיין בתשובת חת"ס חאה"ע (סי' י"א) שהאריך מאד לבאר כל דבר הקשה בסוגיא דנזיר (י"ב) ע"ש. ועי' במל"מ (פ"ב) מהלכות ביאת מקדש (סוף הלכה ה') דהא דאמרינן כל מילתא דאיהו לא מצי למיעבד לא מצי משוי שליח הוא דוקא במילתא דאו' אבל לא בדרבנן ובזה תרצתי בחידושי קושית המל"מ (פ"ד) מהלכות תרומות על הרמב"ם דפסק שם עושה אדם שליח להפריש לו תרומות ומעשרות ואפי' הדרים במדינת הים יכולים לקיים כל מצות התלוים בארץ ע"י שליח כו'. והקשה דהא כל מילתא דאיהו לא מצי מיעבד לא מצי משוי שליח. אמנם לשיטת הפוסקים דתו"מ בזה"ז מדרבנן ובדרבנן לא אמרינן מילתא דאיהו לא מצי למיעבד כו':

והנה הנוב"י בספרו דורש לציון (דרוש י"ג) ובנוב"י מהדו"ת (סי' ע') באר דרך אחרת בכוונת הגמרא דכל מילתא דלא מצי מעבד כו' דהכוונה דכל דהשליח לא מצי מעבד השתא ותירץ בזה סוגיות הסותרות ע"ש. ובאמת תלי זאת בנוסחאות. דלנוסחת הגמרא דנזיר דאיתא הכי לא משוי אינש שליח אלא במילתא דמצי עביד השתא כו'. ולפי זה הנוסחא בודאי קאי על השליח דהשליח יכול למיעבד השתא. וכפי כוונת הנוב"י ושכן מורה סוגיא דקדושין (כ"ג). והא עבדא דאיהו לא מצי מקבל גיטא ושליח מצי משוי. אבל לפי נוסחת התוס' והמפרש דמצי למיעבד איהו השתא. ובודאי קאי על המשלח. וכנוסחת התוס' משמע מדברי הרי"ף שהביא סוגיא זו בפ' האיש מקדש. ועי' במל"מ ובאחרונים שהביאו סוגיא דב"ק (ק"י) גבי כהנים דקאמר כיון דלא מצי כו' משוי שליח ועי' בשאלתות פ' חיי שרה. ובעיקר דברי התוס' דנזיר (י"ב) בביאורם עי' בשו"ת נודע בשערים (סי' י"א) שביאר דעת התוס' ובעיקר דברי התוס' דנזיר (י"ב) ד"ה באשה שאין לה בת דהוכיחו דלא מצי משוי שליח בדבר שלא בל"ע אפי' היכא דבידו עמד עליהם בא"מ (סי' ל"ה) דהא טפי עדיף שליחות בדבר שלבל"ע מהיכא שהוא בעצמו מקנה או מקדיש דשלבל"ע. דהא דעת רש"י בשליחות דמהני בדבר שלבל"ע ואילו היכא דהוא בעצמו מקנה או מקדיש דבר שלבל"ע בודאי לא מהני ע"ש. ובאמת לא קשה מידי דאין ראי' מדעת רש"י דרש"י לשיטתו קדושין (ס"ב) דפסק כרבי אליעזר בן יעקב דאדם מקנה

דבר שלבל"ע וגם בעצמו יכול להקנות דבר שלא בל"ע ומכש"כ בשליח ואף שאינו בידו. ועי' בשעה"מ הלכות מכירה (פ' כ"ב) דהכריע דעת רש"י דאין אדם מקנה דבר שלבל"ע והתוס' לא הוכיחו אלא לשיטתם דאין אדם מקנה דבר שלבל"ע:

סימן כד

שאלה בהא דקיימ"ל לדינא דכסף לחוד לא קני בלא משיכה וכן בשטר. אם היכא דהוה שבועה בחדה דנשבע לקיים דבריו אי קני בכסף לכד. והרבה חדושי דינים בדין ביאת יבמה אי צריכה עדים לקנות. ופלפול בדברי הפוסקים בזה. וביאור הרבה סוגיות בש"ס:

תשובה בש"ע חו"מ (קצ"ח סעיף ג') בהגה"ה. וכן אם התנו בהדיא דמעות יקנו קנה ועי' בש"ך (ס"ק יוד) ע"ש. והנה המל"מ ריש הלכות מכירה הביא דברי מהריב"ל (ח"א סוף כלל י"ג) דהיכא דאיכא שבועה אמרינן דהוה כפריש דע"י שנשבע ודאי גמר בדעתו לקנות ע"י כסף לבד או שטר לבד. והמל"מ הקשה עליו מגמרא קדושין (דף י') דאיבעי תחילת ביאה קונה או סוף ביאה קונה למאי נ"מ לכ"ג דקדיש בביאה ומסיק דכל המקדש דעתו אגמר ביאה והתוס' והרמב"ן והריטב"א כתבו דגם בס"ד דאיבעי' הוה ידע דאם פירש דתחילת ביאה לקני קנו דהרי אשה נקנית לבעלה בהעראה. ולפי"ז למה יהי' אסור לכ"ג לקדש אשה בביאה הא כיון שתהי' בעולת עצמו מהראוי לומר שבודאי כיון שיקנה בתחילת ביאה. ובאמת לפי מה שביאר הקצוה"ח (בסי' רמ"א) דבקנין לא אברי סהדי אלא לשקרי מ"מ בקדושין בעי שני עדים אף ששניהם מודים ע"ש שפלפל בדברי הרשב"א בחדושיו (פ' האומר). ולפ"ז הא עיקר במה שנוכל לידע דכיון לקנות בתחילת ביאה דלא יעשה איסור כשיגמור ביאתו ותהוי בעולת עצמו. וא"כ בתחילת ביאה לא נוכל לידע אם כיון לקדשה בתחילת ביאה דאם הי' פורש לא הי' אלא ביאת פנוי' לבד וליכא איסור תורה ורק לאחר שגמר ביאתו ואז הוה למפרע בעולת עצמו והי' איסור. ומזה נודע דכיון לקדשה בתחלת ביאה. אבל עכ"פ הוה כקידש בלא עדים דלא מהני דבתחילת ביאה לא הי' עדים. ואח"כ מצאתי בספר שואל ומשיב להגאון רי"ש נאטענזאהן שתירץ כן במהדורא תנינא (תשובה ע"ג) וע"ש שתירץ עוד בזה קושית הקדמונים בהא דאמרו (ביבמות כ') בשלמא אלמנה מן הנשואין איכא עשה ול"ת אלא אלמנה מן האירוסין ליתי עשה ולדחי ל"ת. והקשו הא איכא עשה דבעולת עצמו דעובר בעשה. אמנם לדברינו הנ"ל הרי נודע שיטת הפוסקים דביבמה לא בעי עדים כלל ועי' מל"מ (פ"ב) מיבום וחליצה עכ"ל. וא"כ שוב מסתמא דעתו הי' על תחלת ביאה כדי שתוכל לדחות עשה לל"ת עכ"ל ודבריו נכונים בסברא:

ואגב אורחין אמרתי לבאר דין הנ"ל אי יבמה בעי עדים מחידושי לאה"ע וז"ל. בש"ע אה"ע (סי' קס"ו סעיף ב') ואם בא עליה בלא מאמר קנה וא"צ לחזור ולקדש וכתב הרב ודוקא שבא עליה בפני עדים. והוא מהגהות (פ' ב"ש) הובא בד"מ (אות ג' סעיף ב'), וזה לשון הד"מ שם ובהגהות הב"ש תמה דבעינן לזר כמו גבי קדושין. אבל בלא עדים אינו קונה קנין גמור וצריכה גט וחליצה עכ"ל. ובאמת ליתא שם הכי רק דכתב דאינו יכול לפטור בגט בלא חליצה. אבל מאין הוציא הד"מ דגם בחליצה בלא גט לא מפטרה ותמוה לדעתי. והנה המל"מ (בפרק ב' מהלכות יבום וחליצה הלכה ד') נסתפק בזה אי בעי עדים או לא והביא הב"ש שהביא הד"מ. והנוב"י מה"ת חאה"ע (סי' קמ"ח) הביא קושיא על המל"מ הנ"ל מגמרא יבמות (נ"ח) דכותי' גבי שומרת יבם כו' והאמר רב קנה לכל ואמאי לא מוקי בבא עליה שלא בפני עדים ע"ש (ובסי' קמ"ט) תשובה הנ"ל וקושיא זו הקשה נמי הגאון רע"א בתשובותיו (סי' רכ"ד). גם בביאורי הגר"א לש"ע אה"ע (סי' קס"ו) מצאתי שעמד בזה ונכנסו בדחוקים לתרץ קושיא זו ע"ש בדבריהם וגם אני אענה את חלקי לתרץ זאת ולהביא ראי' נכונה לדברי דהנה התוס' בגיטין (דף ד') ד"ה דקיימא לן הלכה כו' שם אומר ר"ת דאפי' לר"מ בעי עדים בשעת נתינת הגט דאין דבר שבערוה פחות משנים. וכן שטר מתנת קרקע או שטר מכר שהוה לקנין הקרקע ואינו לראי' אין מועיל כלום לר' אלעזר אם ידוע שנתנו שלא בפני עדים. מיהו יש לחלק דלענין ממון דמהני הודאת בע"ד כמאה עדים סגי בעדי חתימה במקום הודאת בע"ד. אבל בקדושין וגירושין לא מהני הודאת בע"ד משום דמחייבי לאחריני דבקדושין אסר לה אקרובים ובגירושין אסר לה אכהן עכ"ל התוס'. ומאחר שזכינו לדברי התוס' הנ"ל יהי' תלוי אי יבמה לזר צריכה עדים או לא. בדינא אי קדושין תופסין בה או לא דאי קדושין תופסין בה וצריכה גט וא"כ אם נאמין לו בלא עדים הרי זה קא מחייב לאחריני משא"כ אי נימא דאין קדושין תופסין ביבמה לשוק. וא"כ לא קא מחייב לאחריני כיון דאין הקדושין תופסין בה. וא"כ מותר אפי' בלא עדים. ומעתה אתי שפיר ומתורץ הקושיא הנ"ל בטוב טעם ודעת. דסברת הש"ג בשם הריא"ז כיון דאנן קיימ"ל כשמואל דיבמה לשוק בעניותינו צריכה גט. וא"כ קדושין תופסין בה ואם נאמין לו בלא עדים קא מחייב לאחריני. לכן לא מצי הגמרא ביבמות (נ"ח) להעמיד שבא עליה בלא עדים דלרב לשיטתיה דקאי כל הסוגיא כותיה דאמר יש חופה לפסולות ולדידיה לשיטתיה דסבר דאין קדושין תופסין ביבמה לשוק ולא קא מחייב לאחריני ומותר אפי' בלא עדים ושפיר מקשה הגמרא דכותיה גבי שומרת יבם כו' דלא מצי לאוקמי שבא עליה שלא בפני עדים וזה ביארנו סברת הש"ג בשם הריא"ז דלא קשה עליו מסוגיא הנ"ל. ומעתה אביא ראי'

לדברי הש"ג הנ"ל מגמרא מפורשת יבמות (מ"ב ע"א) מתיב רב חנינא הספיקות חולצות ולא מתיבמות מאי ספיקות אילימא ספק קדושין אמאי לא מתיבמת תתיבם ואין בכך כלום. ופירש"י תתיבם ממה נפשך אם היא יבמתו שפיר מתיבם ואי לאו יבמתו קדושין הוי. הא הוא נכרית בעלמא נסיב כו'. ומזה ראי' ברורה לדברי הש"ג בשם הריא"ז ז"ל דאל"כ קשה דאיך תתקדש בקדושי יבמה אף לשם אישות ממש בלא קדושין אחרים. אם נימא דביאת יבם ביבמה לא צריכה עדים הא בקדושי בודאי לא יועיל בלא עדים אלא שמ"מ דאף ביבמה בעי עדים. אברא דסוף סוף קשה לי איך יועיל קדושי יבמה לחוד לקדושי אשה בעלמא לשם אשות דביבמה לא בעי כוונה כדתנן נתכוין להטיח כו' ונפל ונתקע ביבמתו מהני ובקדושין לא תועיל זאת. והרבה הארכתי בזה לתרץ לשיטת הר"ן נדרים (כ"ט) דקדושי אשה מטעם הפקר ואכ"מ. אמנם לדברי הש"ג בשם הריא"ז ראי' נכונה מגמרא הנ"ל. אמנם קשה לי בענין הנ"ל דברי הגר"א ז"ל שם (סי' הנ"ל ס"ק ע') דכתב וז"ל ולא משמע כן בתוס' קדושין (י"ב) ד"ה משום פריצותא ע"ש. וכוונתו בזה דזה לשון התוס' שם מפרש ר"ת דהיינו משום שצריך עדי כיעור עם עדי ביאה ודבר מכוער שמעמיד עדים על כך. וקשה דביבמות (פ' ר"ג) מייתי לה מצות יבום מקדש והדר בעיל. לא קדש לוקה כרב והתם לאו משום עדים. וא"כ כוונתו דאמאי לוקה ביבמה הא ביבמה לא בעי עדים. אמנם באמת תמוהים דברי הגאון הנ"ל דבאמת כוונתם לדרך אחרת וכמו שהבין כוונתם ז"ל בשעה"מ (בפ"ב) מהלכות יבום וחליצה דהכי כוונתם דהתם תני דאי לא קדיש תחלה לוקה הרי גבי יבמה אפי' אי מתחלה מקדשי והדר בעיל נמי בעי עדים כיון דמדאו' אינה נקנית אלא בביאה. וא"כ אמאי תני התם דאי לא קדיש תחלה לוקה. וא"כ כונתם אדרבה מוכח אפכא כדעת הש"ג הנ"ל ועוד ראי' מדברי התוס' הנ"ל. ועי' בנוב"י מה"ת (סי' הנ"ל) דהביא דברי השעה"מ והבנתו בדברי התוס' וכתב עליו דדבריו נכונים. ודברי הגר"א לא זכיתי להבין לפי קוצר בינתי. וא"כ מאחר דהוכחנו דביאת יבם ביבמה לקנות בעי עדים נסתר תירץ הגאון בעל שואל ומשיב בקושית הקדמונים:

והנה קשה לי בדברי המהריב"ל הנ"ל דהיכא דאיכא שבועה בדבר קונה בכסף לחוד דבודאי לא יעשה איסור לעבור על שבועתו דאי נימא אף דמתנה לקנות בכסף לחוד לא מהני תנאו כמו שהוכיח הרב ש"ך שם א"כ מאי מהני דגמר בדעתו לקנות בכסף לחוד מאחר דמן הדין לא מהני והשבועה לא היתה אלא אם יהיה מצד הדין קנין כהלכה אזי מחויב לקנות ומאחר דמן הדין לא מהני קנין כסף אף בהתנו בודאי יכול המוכר לחזור. וכן הקונה יכול לחזור ולא עברי על שבועתם. ואין לומר דמשום השבועה דנשבע כוונת המהרי"ל. דהא באמת שבועה אין עושה קנין ורק דאסור לחזור. אך בכל זאת צריך קנין

כדין. ועי' בקצוה"ח (סי' רע"ח ס"ק ט"ו) אלא ע"כ דהעיקר בהקנאה תליא מילתא אם גמר בדעתו לקנות או לא וכן המוכר להקנות. וע"כ היכא דאיכא שבועה בדבר ואסור לחזור מצד השבועה אז אמרינן מאחר דע"כ צריך לקנות מצד שבועתו אחת היא לו באיזה קנין שיהי' ואף קנין כסף לבד קני. דלולי שבועתו הי' יכול לחזור מאחר דרבנן אפקעינהו לקנין כסף מ"מ מאחר דבלאו הכי אסור לחזור מכח שבועתו אמרינן דגם בקנין כסף גמר להקנות. א"כ היכא דהתנו במפורש דיקנו בכסף וגמרו בדעתם שלא לחזור בודאי דמהני תנאם והוי דומיא דכסף בקרקע דלא יכול לחזור וכמבואר (בסי' ק"צ סעיף ח') ושפיר למד הב"י דינו ושגם דעת המהריב"ל כן. ועי' בנתיבות המשפט (סי' ק"צ). והנה במה שזכרתי למעלה ספיקו של המל"מ בביאת יבמה אי צריכה עדים או לא. ולכאורה קשה כיון דהוי ליה דבר שבערוה למה לא יהי' צריך עדים כמו בחליצה. אמנם לפי מה שמבואר דעת המהרי"ק (שורש ע"ב) דכל שלא אתחזק איסורא מהימן עד אחד אף בדבר שבערוה והרבה הארכתי לבאר בחידושי דיליף דבר מממון דמהני. היכא דלא אתחזק לא לזה ולא לזה דמהני כמו בממון. ועי' בשער המשפט (סי' ל"ג) ושפיר לפי זה דלהיבם אית ליה חזקת היתר ולא מקרי דבר שבערוה משא"כ בחליצה דאנו דנין נגד אחרים ולגבייהו הוי לה חזקת זקוקה ליבם. אמנם באמת מדברי התוס' גיטין הנ"ל שזכרנו בשם ר"ת דצריך עדים בנתינת הגט משום דאין דבר שבערוה פחות משנים. ועי' בנתיבות המשפט (סי' ל"ו) שהאריך להקשות בהא דאמרו ביבמות (ק"ה) גבי מעשה שחלצו בינו לבינה והכשיר רע"ק ופריך הש"ס בינו לבינה מנא ידעינן ופירש הנמוק"י דהקושיא היא כיון דהוי דבר שבערוה אין להאמינו פחות משנים ואף שנאמן לנו אין דבר שבערוה פחות משנים. וע"ז הקשה הנמוק"י דהא קיימ"ל דבעל שאמר גרשתי את אשתי נאמן וה"ה באומר חלצתי. והקשה הנתיבות דמאי קושיא דהא דבעל שאמר גרשתי את אשתי דנאמן הוא באומר שגרשה בפני עדים. אבל אמר גרשתי את אשתי בלא עדים אינו נאמן וה"ה כאן הא אומר שחלצה בינו לבינה ואין דבר שבערוה פחות משנים. וחידש שם דהא דאין דבר שבערוה פחות משנים דמצינו בגיטין וחליצה וקדושין לאו בחדא מחתא מחתינהו וכל אחד טעם אחר ע"ש ומדברי התוס' הנ"ל נסתר זאת ע"ש וצ"ע. ועי' בשו"ת אבקת רוכל להגאון בעל ב"י (סי' קכ"ט) שנשאל באחד שקנה מחבירו מאה ככרים ברזל ואמר המוכר להלוקח שהברזל הנזכר הוא תוך ספינת פלוני ונתרצה הלוקח ליקח בלא קנין משיכה ונתן לו מקצת הדמים והשאר זקפן עליו במלוה. ואח"כ נטבע הספינה ועתה באים לדין שהמוכר תובע שאר הדמים והלוקח תובע מעותיו שנתן בחזרה מאחר דלא קנה בקנין משיכה כדין ע"ש שהכריע מאחר דלא הי' קנין בדבר ולא נקנה לו הברזל

ומחויב להחזיר את דמיו ומהתימא מאחר דהכריע בעצמו בח"מ סי' הנ"ל באם התנו בהדיא דיקנו במעות קנה והכא דהתנו במעות ונתפשרו ביניהם אמאי לא הוי קנין גמור. ע"ש שפלפל אף לענין מי שפרע אם צריך לקבל הלוקח וצ"ע:

ובגמרא הנ"ל שזכרנו מיבמות (נ"ח) יש לתרץ ולפשוט ספיקו של הגאון ר' שלמה איגר בתשובת רש"א (סי' רכ"א) ביבם שבא על יבימתו וכשבא אמר במפורש שאינו רוצה לקנותה בביאה זו אם קנה לה או לא. ומדברי רש"י ריש פ' הבא על יבמתו דפירש מזיד שבא עליה בזנות ולא למצוה אין ראיה דיש לומר דלא מיירי במפרש להדיא שאין רוצה בקנינה אלא שבא עליה סתם לשם זנות כו'. ואי קשיא אי לא פירש מנא ידעינן כוונתו לזנות. י"ל דעדים ראו אותו מבחוץ שבא עליה והוא לא הכיר בהם וכיון דביאת יבום צריכה עדים חזינן דלא נתכוין לקנותה מדבא עליה בלא עדים. אך לא נתכוין בפירוש שלא לקנותה משו"ה קנה אותה. אך היכא דנתכוין בפירוש שלא לקנותה עדיין לא שמענו אם התורה הקנתה לו בע"כ. ולדעתי נראה ראי' מפורשת מגמרא הנ"ל (נ"ח) האי ארוסה היכי דמי כו' אמר רמי בר חמא משכחת לה שבא עליה ארוסה בבית אביה דכותיה גבי שומרת יבם שבא עליה בבית חמיה שומרת יבם קרית לה אשתו מעליתא היא דהא אמר רב קנה לכל. ובין כל הקושיות שהקשו המפרשים בגמ' הנ"ל לשיטת הסוברים דביאת יבם ביבמה צריכה עדים דלמא מיירי דבעל בלא עדים דקנה אותה ואשתו מעליא לא מקרי כנ"ל שזכרנו. ולדעת הגרש"א לוקי דאמר בפירוש שאינו רוצה לקנותה דלא קני לה. אלא לאו דקנה אפי' אמר בפירוש שאינו רוצה לקנותה. ובגוף קושית המל"מ על מהריב"ל עי' בשעה"מ הלכות אישות (פ'. הלכה ה'). ועי' בדרוש וחידוש להגאון רע"א בחידושיו למס' כתובות (דף ל') דחדש שם דעשה דבעולה לכוה"ג הוא רק עליו ולא עליה לפי הגמ' דיבמות (פ"ד) דהוזהרו כשירות להנשא לפסולים דכתיב יקחו לשון רבים לא יקחו. וא"כ לגבי העשה דבתולה מעמיו יקח אשה ולא בעולה דכתיב בלשון יקח י"ל דהעשה רק עליו ולא עליה ע"ש. וא"כ כמו דאמרי' דבסתם כל הבועל דעתו על גמר ביאה ה"נ דעתה דידה על גמר ביאה והיא דאינה מצווה על איסור דבעולה לכוה"ג לא הוי כפרשה דדעתה על תחילת ביאה ע"ש. ובגוף ספיקו של המל"מ שזכרנו ביבום אי צריכה עדים ובקושית הנוב"י מיבמות (נ"ח) דכוותיה גבי שומרת יבם כו'. וגם הב"מ הקשה כן בסי' הנ"ל ראיתי דבר נחמד בתשובת רע"א (סי' צ"ד) שתירץ דבממנ"פ בדליכא עדים מנא ידעינן דקדמה שכיבתו. דלמא באמת לא בא עליה. ואף דמשכחת שבא עליה ב' פעמים בכל פעם בפני עד אחד דיבום לא חלה דבכהאי גונא לא מקרי עדי קדושין כמ"ש הר"ן (פ"ז דגיטין). ולענין זה דקדמה שכיבת בעל מקרי עדים

כמו הלואה אחר הלואה. וצ"ל דלענין שתית סוטה בכלל דיני נפשות ולא מהני עדות מיוחדת ולפ"ז הוציא שם דין חדש דב' עדים קרובים בנשותיהם מקרי תחילתו בפסול דאל"כ הא משכחת דבא עליה בפני ב' עדים קרובים בנשותיהם דלענין יבום לא הוי עדים דבשעת מעשה היו קרובים בנשותיהם ואח"כ נתרחקו ומעידין שקדמה שכיבתו אלא ע"כ דמקרי תחילתו בפסול ולא מהימני ג"כ לענין קדמה שכבת הבעל דתחילתו בפסול והרבה הארכתי לפלפל בזה בחידושי לאה"ע:

סימן כה

ביאור דעת הפוסקים ביסוד התוס' (ע"ז ע"ב) דהיכא דליכא מעות לכ"ע קנה משיכה והרבה חדושי דינים בקניני חצר וחליפין. ואי מהני במתנה קנין חצר וחליפין והרבה חדושי דינים בדין הפקר בשבת ויו"ט:

הקצוה"ח (בסי' שס"א) חידש לתרץ קושית התוס' ב"ק ס"ו) דאי יאוש מטעם הפקר לקנו אף באיסורא מטעם הפקר. עפ"י דברי התוס' (ע"ז ע"ב) אף דהיכא דליכא מעות לכ"ע קנה משיכה, אך מ"מ בגזל לא מהני משיכה דלא דמי למציעא ומתנה דבהתירא אתא לידו. אבל בגזל דבאיסורא אתא לידו לא קנה כיון דבמקח לא קנה במשיכה. ע"כ דברי תוס'. ולפ"ז לכך יאוש לא קנה אף מן ההפקר כיון דבמקח בעי מעות מקרי באיסורא אתא לידו ולפ"ז בנכרי דקנה במשיכה מה"ת שוב קני אפי' באיסורא דלדידיה מקרי בהיתירא. ובנכרי מישראל קני ביאוש לבד. וא"כ ר"ל ור"י לשיטתייהו אזלי. דלר"י דכסף מה"ת קנו אזיל לשיטתיה דיאוש אינו קונה ולר"ל דסובר דמשיכה מפורשת מה"ת לשיטתיה אזיל דיאוש קונה ע"ש שתירץ בזה שפיר קושית התוס' לדינא דקיימ"ל כר"י דכסף קונה מה"ת א"כ הא דזוכין בהפקר במשיכה בלא מעות היינו משום דבמציאה ומתנה דליכא דמים משיכה קונה . וא"כ היכא דבאיסורא אתא לידו לא קנו במשיכה כיון דאינו קונה במקח ע"ש. וראיתי להגאון בעל תשובות שואל ומשיב בתשובותיו שהשיג מגמרא (ב"ק קי"ד) נעלו מוכסין חמורו נטלו ליסטים כסותו ופירש"י משום דהוה ליה יאוש ושינוי רשות ותנא אם נטל מחזיר לבעלים הראשונים מ"ט דקסבר יאוש לא קנו ומעיקרא באיסורא אתא לידיה והלא רב אשי מוקי לה בליסטים עובד כוכבים. וא"כ יאוש מועיל אף באיסורא אתא לידו לדברי הקצוה"ח ק ע"כ השגתו. ובאמת לק"מ דרב אשי לשיטתיה (בע"א ע"ג) דמשיכה בעובד כוכבים אינו קונה. ולכך יאוש נמי לא מהני ודברי הקצוה"ח נכונים, אמנם קשה לכאורה ביסודו של קצוה"ח דקיימ"ל לדינא דמשיכה בעובד כוכבים קונה דלישראל בכסף ומדלישראל בחדא כו'. וקני עובד כוכבים אפי' באיסורא כנ"ל. ונכרי מישראל ביאוש לבד. וקשה מדברי רש"י (ב"ק קי"ג) ד"ה היכי מייאשי כלומר מי

הוה יאוש הא יאוש כדי הוה ואין כאן שינוי רשות כו' הא בעובד כוכבים קני מיאוש הא לפי דברי הקצוה"ח קני עובד כוכבים ביאוש לחודא. אך יש לתרץ דרבא אזיל לשיטתיה לפי שכתבו התוס' (בע"ז ע"א) ד"ה רב אשי אמר דרבא סובר כרשב"ל דמשיכה בכותי אינו קונה. וכבר הכריעו התוס' דלמאן דסבר דמשיכה בעובד כוכבים אינו קונה גם גזל אינו קונה במשיכה. להכי אתי שפיר דלא קני העובד כוכבים כיון דמשיכה לחודא לא קני גבי עובד כוכבים:

אמנם בעיקר דברי התוס' (דע"ז) דחדשו במתנה ומציאה קנין משיכה אשר באמת רק כשארי קנינים דרבנן הוא. בעוד אשר כל הקנינים קנין חצר וחליפין ואגב מהנים בזה. ואשר באמת דעת הרמב"ן כן דהני קנינים מועילים במתנה עי' בקצוה"ח (סי' קצ"ח סעיף א). נלענ"ד לתרץ דהחת"ס חיו"ד (סי' שי"ד) אחר שביאר סתירת דברי התוס' בכמה מקומות בענינים שונים בקנין דרבנן מהני מה"ת. העלה ביסוד ברור ונכון בדעת התוס' דקנין דרבנן לא מהני מה"ת. ומעתה אתי שפיר דעת התוס' שחידשו במתנה קנין משיכה בעוד אשר כל הקנינים מועילים במתנה דלשיטתם לא מהני שום קנין דלשיטת התוס' דחצר משום יד אתרביא עי' נתיבות (סי' ר') בפתיחה וכיון דידו ממש אינו קונה למ"ד מעות קונה מאי עדיפא חצר וכקושית הקצוה"ח (בסי' קצ"ח) על הרמב"ן ע"ש. וכן קנין אגב לא מהני מאחר דקנין דרבנן לא מהני מה"ת לשיטתם. ולהכי שפיר לא מהני שום קנין דרבנן לא משיכה ולא אגב ולא שום קנין דרבנן. וחליפין אף דקנין דאו' הוא בכל זאת לתו' לשיטתייהו דמבואר דעת התוס' בקצוה"ח (סי' קצ"ה) דחליפין לא קנו לא בפני הקונה במתנה ואיכא צד אחד דלא קני בחליפין היינו היכא דלא יהיה בפני הקונה. ואיך יקנה מתנה שלא בפני הקונה וזהו קושית התוס' איך יקנה מתנה בכל הצדדים היכא דלא יהי' בפני הקונה. וע"כ מאחר דליכא שום קנין במתנה לכן חדשו דהעיקר קנין בכסף לר' יוחנן דכסף קונה מה"ת וחדשו במקום דלא יכול לקנות בכסף שם יהי' משיכה ולא קנין דרבנן. והרמב"ן לשיטתיה בכל הני דחצר משום שליחות הוא וגם דעתו בכמה מקומות דקנין אגב ד"ת הוא וקנין חליפין קונה אפי' שלא בפני הקונה ולהכי שפיר מהני במתנה קנין חצר וחליפין ואגב להרמב"ן לשיטתיה. אמנם בגוף קושית התוס' (דע"ז) מתנה במה יקנה דלא שייך כסף. לפי הגמרא דמגילה כ"ו דאית ליה לחד דמתנה הוי כמכר דאי לאו דהו"ל הנאה מיניה לא הוה יהיב לי' הלכך הו"ל כמכר ע"ש. וא"כ מה לי שלקח כסף או הנאה שוה כסף אם ההנאה שוה פרוטה ואף דבמ"צ (ט"ז) מחלוקת אמוראים בזה. כבר נתקשה בזה הטורי אבן במגילה בדברי הגמרא דמגילה ובמ"צ אהדדי ע"ש. אך היסוד נכון לדברי הגמרא דמגילה ולא צריכין לדחוקי נפשין במתנה קנינים דחצר וחליפין ואגב

כדברי הרמב"ן. אלא בודאי דעת הרמב"ן לתרץ נמי ולחדש הקנינים הנ"ל אף אליבא דמ"ד דמתנה לא הוה כמכר ולא מיחשב הנאה שיהא מקרי כסף. ועי' בתשובת ברכי יוסף (סי' תרנ"ח) שהקשה להרמב"ן דחידש במתנה קנינים דחצר וק"ס מגמרא סוכה (מ"א) שאמרו כל מי שיגיע לידו במתנה הרי הוא שלו דשם קשה במה קני דחצרו לא שייך התם משום דהוה חצר השותפין וגם ק"ס לא שייך שם ע"ש. והרבה הארכתי בזה בחידושי בעניני קנינים ולדברינו הנ"ל דבמתנה הו"ל כמכר ושפיר שייך קנין כסף כנ"ל. וא"כ כאן שצריך לצאת גם הוא באתרוג שלו. א"כ זה מחשב מכר גמור דמגו דבעי לקנות גמר ומקני והוי מכר גמר. אך קשה א"כ איך מותר בשבת והלא מכר אסור בשבת ועי' מג"א שהאריך בזה (בסי' ש"ו) בא"ח ובב"י (סי' תקכ"ז). ובאמת הביאו האחרונים דעת הרמב"ם בפירוש המשנה דמותר לתת מתנה ביו"ט. ונוכל לומר דזה רק אי מתנה לא הוי כמכר. אבל לפי הסברא דנאמר כעת דהוי כמכר בודאי אסור בשבת. אמנם באמת הוה מתנה ע"מ להחזיר דמותר בשבת. ועוד יש לומר דהעיקר הוא הסילוק דמסלק ומפקיר כוחו ורשותו ממנה ולהפקיר גם בשבת מותר כאשר הכריע במג"א (סס"י י"ג). וכן מוכח בגמרא שבת (קל"א) הואיל ובידו להפקירו. ועי' בתשובת רע"א (סי' קע"ד). אמנם באמת לא יעלה ערוכה לדעת הרמב"ן. דדעת הרמב"ן דאסור להפקיר בשבת ממ"ש בחידושיו להקשות אם ביטול חמץ מטעם הפקר איך רשאי לבטל חמץ בשבת ומוכח דעתו דאסור להפקיר בשבת. והרבה הארכתי בחידושי לא"ח בזה. אחר כותבי זאת מצאתי בשעה"מ הלכות לולב (פ"ח הלכה ב') שהביא בשם הריטב"א דלהפקיר בשבת ויו"ט אסור. ועי' ברמב"ן בלקוטים לפסחים. אמנם לענין מציאה שפיר קשה קושית התוס' במאי קנה:

סימן כו

ביאור דעת הפוסקים בדין אונס במכירה וביאור כמה סוגיות בזה ופלפול בדברי התו' בכמה מקומות. גם יבואר חקירה נכונה באם אנס בתולה איילונית אם מחויב לישא אותה, וראיות נכונות לזה מש"ם:

בש"ע ח"מ (בסי' ר"ה סעיף י"ב) בהגה"ה וכל זה מיירי באנסוהו למכור אבל אנסוהו לקנות אינו קנין והוא בב"י בשם בעל העיטור. והנה האחרונים האריכו בדברי בעהע"ט הנ"ל עיין בח"מ וב"ש בש"ע אה"ע (ריש סי' מ"ב) שהשיגו עליו כאשר יבואר לקמן וגם אני אענה את חלקי מה שנלע"ד. ובהקדם נבאר קושית המהרש"ך הובא בנתיבות המשפט סי' הנ"ל בהא דאמר הגמרא ב"ק (ס"ב) אהא דאמר אי יהיב דמיה חמסן קרית ליה הא תליוהו וזבין זביניה זביני ומשני הא דאמר רוצה אני. הא דלא אמר רוצה אני. והקשה המרש"ך דלפי"ז מאי מקשה (ב"ב מ"ח) על רב הונא מסקריקון לישני דמיירי

דלא אמר, רוצה אני ע"ש בנתיבות שנדחק בזאת. ולדעתי לכאורה קשה ביותר דבהא דלקח מסקריקון וחזר ולקח מבעה"ב כתב הרשב"ם (דף מ"ז) ד"ה לקח. דמיירי דלבעה"ב לא נתן דמים דאילו נתן דמים גם הסקריקון בעצמם מנגזל הי' מועיל כדרב הונא אלא דלרב ביבי מצי מיירי שגם לבעה"ב נתן מעות וכדמוכח שם. ובדר"ה פירש הרשב"ם (ד' מ"ח) ד"ה אלא רב הונא מסברא דנפשיה כו' גמר ומקני. פירש הרשב"ם דאונס יסורים ומתן מעות ובכל זאת צריך שיאמר רוצה אני וא"כ בסקריקון דלא נתן מעות לבעה"ב בודאי לא גמר ומקני אם לא אמר רוצה אני. אך אחר העיון נראה דלא קשה דבאמת צריך ביאור דברי רשב"ם דפירש בדרב הונא דמתוך יסורים גמר בלבו ומקני הואיל ואיכא יסורים ומתן מעות דבש"ס לא נזכר רק אגב אונסיה. אמנם נראה לע"ד דהענין בזה הוא כך. דבאמת בתליוהו וזבין דמחמת יסורין הוכרח ליתן החפץ ולמה צריך ליתן לו מעות הא יוכל ליקח בחזקה בלי מעות ובודאי מה שנותן מעות הוא ויתור נגדו כדי שיתרצה בלב שלם להקנותו. ומאחר דמתחסד נגדו בודאי מתרצה נמי בלב שלם ומאין נדע זאת הלא בדיבורו אם יאמר רוצה אני ואם לא אמר רוצה אני הרי גילה דעתו דלא הקנה בלב שלם. וזה כונת הרשב"ם דהיסורין ומתן מעות יחד גורמים ההקנאה בלבב שלם. וזה רק בתליוהו וזבין דבדידיה תלי וברצונו. אבל בלקח מסקריקון וחזר ולקח מבעה"ב היינו בשטר דאף אם לא יקנה בלב שלם הא בין כך וכך לא יהי שלו ויהי' ביד הסקריקון ובודאי גמר ומקני למי שלקח מהסקריקון אף בלא רוצה אני. ושפיר מתורץ קושיות המרש"ך. והנה בש"ע אה"ע (סימן מ"ב) אין האשה מתקדשת אלא לרצונה כו' אבל האיש שאנסוהו עד שיקדש בע"כ הרי זו מקודשת וי"א דאינה מקודשת הלכך הו"ל ספק עכ"ל המחבר. והח"מ ביאר ב' הדעות דכ"ע סברי דקדושין מהני בין באונס האשה בין באונס המקדש מדינא דתליוהו וזבין כו' אלא דפליגי בתקנה דאפקעינהו רבנן לקדושין מניה. דלדעת הרמב"ם לא אפקעינהו אלא באונס האשה אבל באונס המקדש כיון דיכול לגרש בע"כ אוקמוה אדינא והיש אומרים ס"ל דגם באונס המקדש אפקעינהו רבנן לקדושין מניה. ומזה הקשה על הרמ"א (בסי' ר"ה) שכתב אנסוהו לקנות לא מהני ומכאן משמע דמהני אנסוהו לקנות לכ"ע ע"ש. ובב"ש כתב דטעמא די"א הוי מטעם שכתב הרמ"א בח"מ (סי' ר"ה) בשם בעה"ע דאנסוהו לקנות מדינא לא מהני ובספר אבני מלואים (סי' מ"ב) הביא דכן מבואר ברשב"א ע"ש, אלא דהקשה הא"מ לדעת הי"א דאנסוהו לקדש לא מהני ומשום דהו"ל תליוהו וקני א"כ היכא משכחת לה הא דאמרו האונס שותה בעציצו וכופין אותו לכנוס וכמ"ש הרמב"ם (פ"ה מהלכות נערה) ז"ל אבל האנוסה כו' רצה היא ואביה כו' ולא רצה הוא כופין אותו וכונס. וכיון דאנסוהו לקדש לא מהני היכא

כופין אותו לכנוס דהא בפ' ח"ה מבואר (בד' מ"ח) דהא דכופין על המצוה אינו אלא משום תליוה וזבין ע"ש הקושיא באריכות. ולדעתי נראה לתרץ דלא קשה מידי דשאני התם דמקיים מצוה דלו תהיה לאשה ומצינו בגט מעושה בישראל דכשר משום דבודאי יתרצה משום מצוה לשמוע דברי חכמים וכש"כ במצות עשה דאו' ועוד ראי' דהא לא אשכחן במצוה דבעינן שיאמר רוצה אני. והיינו טעמא דמלתא דבמצוה בודאי גמר בלבב שלם ואף דמצינו בקרבן דכופין אותו עד שיאמר רוצה אני. היינו משום דמוציאין ממון ממנו וחיישינן שמא חס אדם על ממונו ועיין בתשובת חת"ס ח' אה"ע (סי' קי"ב) שעשה סמוכים לדברי הרמ"א הנ"ל בשם בעה"ע מחמת קושית המל"מ על המרדכי פ' הנזיקין דאגב אונס מיתה גמר ומקני אע"ג דלא יהיב דמיה. והקשה המ"ל מגמרא שבת (פ"ח) מכאן מודעה רבא לאורייתא והתם אונס מיתה הואי ומאי מודעא איכא והוכיח החת"ס מכח קושיא זאת דמכאן ראי' לדברי הרמ"א הנ"ל דודאי תליוה וזבין מחמת אונס מיתה סברא הוא דאפי' בלא דמי גמר ומקני דהא כל מוכר אונס הוא כדאיתא ב"ב (מ"ז) וכן מסקנת הש"ס (ע"ז ע"ב) ובודאי מחמת אונס מיתה פשיטא דגמר ומקני. וכל זה במכירה דתחילתה ע"י אונס משא"כ ליקח דכל קנינו ברצון א"כ אפשר דאפי' אונס מיתה לא מהני ולכן שפיר הוה מודעה רבה לאורייתא ע"ש בדבריו הנחמדים. ובדרך הפלפול אמרתי בזה לפי מה שהעלו האחרונים דאי מצות אין צריכים כוונה מהני אף בעשו עמו בע"כ ולא עשה מעצמו ובודאי מהני בכופין אותו לכנוס מאחר דאין צריך לכונתו. לפי דברי הגמרא דרה"ש (דף כ"ח) בכפאו ואכל מצה דיצא משום דמצות אין צריכים כונה והוי דומיא דיבום דאמרינן יבמות (נ"ג) הבא על יבמתו בין בשוגג בין במזיד בין באונס כו' קנה ומפרשינן אונס כגון שנתקשה לאשתו ואקפוהו עובדי כוכבים ביבמתו ופירשו התוס' הא דלא רצה הגמרא לפרש שאנסוהו שיהרגוהו אם לא יבא עליה בקישוי דכל שעושה מעצמו אפי' על ידי פחד מיתה לדעת קרינן וחשיב ליה ומשום דלא בעי כונה ביבמה. וא"כ הכא נמי אי נימא דמצות אצ"כ בודאי מהני ורק באנסוהו לקדש אשה בעלמא דליכא מצוה ובעינן דעתו ורצונו וכונתו לא מהני באנסוהו לקדש. ולפי זה קשה ונסתר דברי חתן הגאון בעל א"מ במפתחות הספר א"מ דהכריע כדעת הח"מ דאף מאן דס"ל אנסוהו לקדש לא מהני מודה בתליוה לקנות דמהני אלא דקדושין שאני לפי מה שבאר הר"ן (נדרים ל') דקדושי אשה הוא מטעם הפקר דאשה אינה מקנה עצמה לבעלה כ"א מבטלת דעתה ורצונה ומשויה נפשה כהפקר והבעל זוכה מהפקר. ובהפקר הא קיימ"ל דבעי כונה לזכות וכע"ש בש"ע חו"מ (סי' ער"ה סעכ"ד) ולכן לא מהני אנסוהו לקדש דהא עכ"פ כונה לזכות אין כאן משא"כ במקח דלא בעי כונה ולכן מהני אנסוהו

לקנות ע"ש שישב בזה נמי קושית הקצוה"ח דבאונס דרחמנא רמי חיובא עליה ולא הוי כזוכה מהפקר והוי כאנסוהו לקנות דא"צ כונה. ולדברינו הנ"ל מאחר דקיימ"ל דמצות אין צריכות כונה. אין צריכים לדחוק ולחלק דקדושי אשה מטעם הפקר ומשום חיוב דרמי רחמנא על האונס א"צ כונה. דלדעת התוס' הנ"ל שזכרנו בפשיטות אתי שפיר לכ"ע מאחר דמצות אין צריכין כונה ובודאי באונס דאיכא מצוה דולו תהי' לאשה ומצות אין צריכין כונה בודאי מהני אף באנסוהו לכך. ורק באנסוהו לקדש אשה בעלמא דליכא מצוה ואז בעינן דעתו ורצונו וכונתו ואז לא מהני באנסוהו לקדש. וזה החילוק בין למאן דס"ל במקח אנסוהו לקנות לא מהני ובין למאן דס"ל אנסוהו לקנות מהני דבמקח ליכא מצוה כנ"ל ובאנסוהו לקדש אשה דעלמא דליכא מצוה והוי דומיא דמקח ופליגי בזה הדעות. ובאמת קשה לדברי הגאון חתן בעל א"מ דפירש משום דקדושי אשה מטעם הפקר ובעינן כונה. דהא בהפקר מדעת דעת הפוסקים דמקרי דעת אחרת מקנה והיכא דאיכא דעת אחרת מקנה אז אפי' היכא דהקונה לאו בר כונה מהני מאחר דאיכא דעת אחרת מקנה עיין בקצוה"ח (סי' רל"ה ס"ק ז') והרבה הארכתי לפלפל בזה בשיטת הר"י בר ברזילי הובא בנוב"י מה"ק ח' אה"ע. וא"כ בודאי היכא דבר כונה הוא הקונה אלא דלא הי' לו כונה בודאי לא גרע מקטן דלאו בר כונה הוא ואמאי לא יקנה. ובזה תרצתי שם בחידושי קושית האחרונים על הר"ן דקדושי אשה משום הפקר והא בהפקר בעינן דעת אחרת מקנה. ולדברינו הנ"ל דהפקר מדעת לא בעינן דעת אחרת מקנה ובקדושי אשה דהיא עצמה מפקרת אין לך הפקר מדעת גדולה מזו אח"כ מצאתי בא"מ (סי' מ"ג סי"ב) שהביא דתלי במחלוקת רש"י ותוס' במ"צ (י"ב) בהא דזרק ארנקי בפתח זה ויצא בפתח אחר כו'. ולדעת רש"י חשיב הפקר מדעת דעת אחרת מקנה ולהתוס' לא חשיב הפקר מדעת דעת אחרת מקנה ע"ש:

והנה מדי דברי בזה הענין אבאר מה שחקרתי בחידושי לאה"ע באם אנס איש בתולה אילונית אם מחויב לישא אותה בע"כ. ומקור הספק הוא דהא דאמרינן האונס שותה בעציצו היתה חגרת או סומא או מוכת שחין מחויב לישא אותה בע"כ הוא רק אם ראוי לקיימה מן הדין אלא דהי' יכול למצא אחרת טובה ממנה דאזי קנסינן ליה לישא בע"כ ואמרינן דשותה בעציצו כמבואר בכתובות (מ' ע"א). ועיינתי בספרי האחרונים ולא מצאתי שום גילוי דעת לדין זה והנה לכאורה ראי' מפורשת ומבוררת מגמרא כתובות (ל"ו) דאיילונית אין לה קנס ולא פיתוי וכן פסק הרמב"ם (פ' א' מהלכות נערה הלכה ט'). ולפי מה דמתבאר מגמרא (כתובות כ"ט) דפריך הגמרא אמאי אית לה קנס לנערות פסולות והני בני קנסא נינהו ואמאי אקרי כאן ולו תהי' לאשה אשה הראויה

לו ומבואר דקנס תלי בראוי לקיימה דאותה שראויה לקיימא אית לה קנס ואותה שאין ראויה לקיימה אין לה קנס ומדחזינן דאילונית אין לה קנס וע"כ דאין ראוי'. ובזה יש לתרץ דעת הרמב"ם מקושית הראב"ד (פ"א מהלכות נערה הלכה ט') דפסק דקטנה יש לה קנס ואילונית אין לה קנס דזה נגד הגמרא כתובות (ל"ו) דפריך שם רישא לסיפא דהממאנת אין לה קנס כו' הא קטנה בעלמא אית לה מני רבנן היא דאמרי יש קנס לקטנה אימא סיפא אילונית אין לה לא קנס ולא פיתוי אתיא לר"מ דאמר קטנה אין לה קנס והא מקטנותה יצתה לבגר ומסיק שם דהאי תנא סבר לה כר"מ בחדא פירש רש"י דקטנה אין לה קנס משום הכי אין קנס באילונית ומבואר דקטנה ואילונית חד דינא אית להו בין למ"ד דקטנה אית לה קנס ה"ה אילונית ובין למ"ד דלקטנה אין לה קנס ה"ה אילונית והרמב"ם דפסק דלקטנה יש קנס כרבנן דר"מ ואיך פסק דאילונית אין לה קנס דמקטנותה יצתה לבגר וחד דינא אית להו. וגם הטור נתקשה בזה ע"ש בכ"מ דכל נושאי כליו לא מצאו לתרץ זאת. ולדברינו הנ"ל מתורץ שפיר דבאמת הסברא דמקטנותה יצתה לבגר הוא לכ"ע כדמוכח מגמרא הנ"ל דחד דינא אית להו לכ"ע אך משום דאילונית אינה ראויה לקיימה לו וכחלוקינו הנ"ל. לזה חלק הרמב"ם בין קטנה דאף אין ראויה לקיימה עכשיו שהיא קטנה מאחר דאתי לכלל קיום לכשתגדל. לאילונית דלא אתי לכלל קיום לעולם. ואפשר לומר עוד לחזק זאת דרבנן ור"מ בכתובות (ל"ו) במחלקותם לשיטתייהו אזלי דמצינו מחלוקת מבוארת דרבי יהודא וחכמים ביבמות (ס"א) במתניתין אי אילונית מקרי זונה האמורה בתורה ואסורה לכהן הדיוט ומוזהר עליה. דלר' יהודא אילונית היא זונה האמורה בתורה וחכ"א דאין זונה אלא גיורת ומשוחררת ושנבעלה בעילת זנות. וא"כ לר' יהודא בודאי לא מקרי ראוי לקיימה מאחר דהיא זונה האמורה בתורה. וכבר נודע דבר פלוגתיה דר"מ היינו רבנן דר"מ הוא ר' יהודא (כתובות מ"ו). ור' יהודא לשיטתיה (יבמות ס"א) דאילונית היא זונה האמורה בתורה וע"כ לדידיה חלוק קטנה מאילונית דאף דקטנה יש לה קנס לרבי יהודא. היינו משום דראוי לקיימה ואתי לכלל קיום וכנ"ל. משא"כ באילונית דהיא זונה האמורה בתורה בודאי אין ראוי לקיימה ובודאי אין לה קנס ואיך מקשי בגמרא מאילונית אקטנה ולא מצי לאוקמה בשום אופן. דלא קשה רישא לסיפא דלעולם כולה ר' יהודא ושפיר מדייק רישא הא קטנה בעלמא אית לה קנס. וגם סיפא דאילונית אין לה קנס ולא פיתוי לא קשה לדידיה דמשמע דקטנה יש לה קנס דחד דינא אית להו דמקטנותה יצתה לבגר. דלר' יהודא לשיטתיה שפיר חלוק דין אילונית דאף דקטנה יש לה קנס היינו משום דראוי לקיימה משא"כ באילונית דהיא זונה האמורה בתורה בודאי אין לה קנס מאחר דאין ראוי לקיימה ולא קשה רישא

לסיפא. אלא ע"כ דהגמרא מקשי רק מצד הסברא דמקטנותה יצתה לבגר ושפיר אית להם חד דינא ובענין ראוי לקיימה לא קא מיירי דבאמת מצד דבעינן ראוי לקיים בודאי חלוק אילונית מקטנה ובאילונית בודאי אינה ראויה לקיימה ע"כ. והרבה הארכתי בזה בחדושי:

עוד הקשה המרש"ך דמאי מקשה הש"ס ב"ק אי יהיב דמי חמסן קרית ליה הא תליוהו וזבין כו' דמה בכך דזביניה זביני מ"מ עבירה היא בידו וחמסן הוא דמידי איסורא לא נפלט. והשעה"מ והנתיבות תירצו בשם הרה"מ פ"א מגזילה דהוכחתו הוא דודאי לא עבר שום עבירה דאי דעבר עבירה אזי הי' המקח בטל דהא כל מלתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני ומדחזינן דהמקח קיים מסתמא לא עבר וזהו קושית המקשן ע"ש. ואחר העיון זה אינו דהא עיקר פלוגתא דאביי ורבא בכל מלתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עלמ"ה הוא רק בענין שיש בו מלקות וזה הוכחת אביי דמהני מדחזינן דלקי ורבא משני דהא דלקי משום דעבר אמימרא דרחמנא. וכבר נודע קושית האחרונים דמאי משני הגמרא (תמורה ו') בהא דפריך והשתא דשנינן כל הני שינויי מאי איכא בין רבא לאביי ומשני איכא בינייהו רבית הלא בריבית אין מלקות ומהני לכ"ע אף לרבא. דעיקר פלוגתתם ביש בה מלקות וא"כ הכא נמי מאי הוכחה זאת למקשן מאחר דהמקח קיים ע"כ לא עבר הלא בלאו דחמסן לית ביה מלקות מצד לאו שאין בו מעשה או משום שנתן לתשלומין ולכ"ע מהני ולא שייך למחלוקת דאי עביד מהני:

והנה בהגהות מרדכי לבמ"צ הקשה בהא דקאמר הגמרא ולחזי זוזי ממאן נקט ומשני לא צריכא דנקט זוזי מתרויהו מחד מדעתו ומחד בע"כ ולא ידעינן הי מנייהו מדעתו. והקשה בעל הגהות מרדכי הא קיימ"ל כרב הונא דתליוהו וזבין זביניה זביניה ותירץ דמיירי דלא אמר רוצה אני וגם בחידושי הגאון ר' צבי חיות לבמ"צ הקשה כן מעצמו ולא ראה שקדמו בהגהות מרדכי ע"ש בהגהות ר' צבי חיות שהחמיר מאוד בקושיא זו. וכשאני לעצמי לא ידענא קושיא דהפי' בדרב הונא דתליוהו וזבין חדושו הוא דבדבר שמכירתו מכירה ויכול להקנות ולמכור אלא דאינו רוצה למכור ומחמת האונס שאונסים אותו הוא מוכר אז חדש רב הונא דזביניה זביניה ואמדינן דעתו דמאחר דקבל מעות מסתמא גמר ומקני משא"כ הכא דמכר לאחד מדעתו ורצונו ומן הדין לא יכול למכור להשני בזה מאי יועיל מדרב הונא הא אפי' ברצונו הטוב לא הוי מכירתו מכירה. אך לכאורה אפשר לומר כונת הגה"מ הנ"ל דמאי דוחקא לאוקמי דנקט מחד מדעתו ומחד בע"כ מאחר דתליוהו וזבין זביניה זביני לוקמי דנקט מתרויהו בע"כ ומקחם מקח כדרב הונא אלא דלא ידעינן הי מנייהו קדים. אך גם זה אינו דלא שייכא לדרב הונא דרב הונא מיירי

היכא דאנסוהו על המכירה עד שאמר רוצה אני אזי אמרינן מדקבל מעות בודאי גמר ומקני אבל הכא דלא אנסוהו על המכירה אלא יהבו ליה מעות בע"כ אין ראי' מדקבל המעות דגמר ומקני מאחר דלא אנסוהו על המכירה והמעות לא קבל מדעתו מאי הוה ליה למעבד אלא ע"כ ודאי דמדקתני יחלוקו משמע דהמכירה לאחד מהני אך לא ידעינן למי נתרצה וע"ז פריך ולחזי זוזי ממאן דנקט ונדע למי שנתרצה ומשני לא צריכא דנקט זוזי מתרויהו מחד מדעתו ומחד בע"כ והמכירה היתה לזה שמדעתו ולא יוכל למכור להשני אלא המכירה בע"כ. באופן דלא זכיתי להבין קושית הגהות מרדכי הנ"ל

סימן כז

ביאור דעת הפוסקים באי עביד לא מהני, וביאור כמה סוגיות בש"ס ופלפול בדעת הפוסקים בזה. וישוב נכון בכמה מקומות בדברי האחרונים:

בש"ע ח"מ (סי' ר"ח סעיף א') בהגה"ה וכן אם נשבע ונדר שלא למכור ועבר ומכר כו' עי' בסמ"ע וש"ך שביארו דברי המרדכי והאחרונים האריכו מאוד בשרש זה. דאי עביד לא מהני לתרץ דברים הסותרים וקושיות חמורות. ובראשם קושית הש"ג ס"פ משילין שהעיר בסתירת דברי רבא פ' מרובה ופ' השואל לדעתו במס' תמורה. וכן קושית המהרשד"מ מהשוחט בשבת דשחיטתו כשירה והא כיון דאמר רחמנא לא תעביד ולא תשחוט בשבת נימא אי עביד לא מהני ועוד קושיות רבות המפוזרות בספרי האחרונים ולחלק יצאו בחלוקים נכונים ואמיתים. והרבה מהם לדבר אחד נתכונו. ובקצרה נבא לבאר החילוקים היוצאים מכלל דבריהם. א) חילוק הש"ך סי' הנ"ל. דע"כ לא אמרינן אי עביד לא מהני אלא בגזילה ודכוותיה דאי אפשר לעשות המעשה אלא בהעברת הלאו. משא"כ היכא דאפשר לעשות בהיתר ובוודאי אמרינן דמהני ע"ש שתירץ בזה דברי המרדכי ומתורץ נמי קושיות הנ"ל שזכרנו ע"י בנוב"י מה"ת (חאה"ע סי' קכ"ט) שתירץ בזה הקושיא משוחט בשבת. ב) תירוץ השעה"מ (פ"ג מהלכות גירושין הלכה י"ט). דע"כ לא אמר רבא אי עביד לא מהני אלא היכא דהמעשה עצמו הוא האיסור כגון לאו דגזילה דהוה מקשינן מיניה לרבא וכן תמורה ואינך. משא"כ היכא דהמעשה עצמו אינו אסור ויומא דקא גרים אז כ"ע מודי דמהני ומתורץ נמי בזה קושיות הנ"ל. ג) תירץ המהרי"ט דהיכא אמרינן אי עביד לא מהני. אם בזה דאמרינן לא מהני פלטינן מאיסורא ומתוקן האיסור בזה אמרינן לא מהני אבל היכא דאף אי נימא לא מהני לא פלטינן מאיסורא ואיסורא כדקאי קאי ולא פקע מיניה ומשו"ה אמרינן דמהני ומעשיו קיימין. ובאלו ג' התירוצים נפתחו להאחרונים שערי החכמה לבנות ולסתור ולתרץ כל

דבר הקשה בזה. ואף שראיתי להאחרונים שחדשו עוד בפרטות הקושיות ועי' בתשובת רע"א (סי' קכ"ט). אך בכלל ג' החילוקים האלו יסודם ולא אאריך בזה:

והנה בחילוק הראשון הוא תירוץ הש"ך שזכרנו הקשה בנתיבות המשפט (סי' ר"ח) מדברי התוס' דתמורה ד'. דהקשו שם בד"ה ורבא ז"ל וא"ת שוחט פסח על החמץ לפסל כו'. ותירצו דבירושלמי מצריך קרא להכשיר משום דזבחי קרא רחמנא ע"ש. ולחילוק הש"ך מאי קא קשיא להו והא שם אפשר לעשות בהיתר. אלא ע"כ דהתוס' לא ס"ל החילוק הנ"ל. ובאמת לא על הש"ך תלונתו הלא לכל התירוצים קשה דנסתר מדברי התוס' דמאי קא קשיא להו נימא ככל הני חילוקים וכ"ע מודי דמהני. ובאמת השעה"מ הנ"ל שזכרנו הביא דברי התוס' הנ"ל וכתב דהתוס' לא ס"ל הני חילוקים ע"ש. אמנם באמת הנתיבות המשפט שם הכריע מסברא דנפשיה חילוק מהרי"ט הנ"ל דע"כ לא אמרינן לרבא דאי עביד לא מהני אם בזה דאמרינן לא מהני יתוקן האיסור מה שעשה. בזה אמרינן לא מהני. אבל היכא דלא יתוקן האיסור גם רבא מודי דמהני. והכריע שגם התוס' ס"ל החילוק הזה. ובכל זאת שפיר הקשו משוחט פסח על החמץ דשם בפסח דבעינן דוקא שחיטה אבל נוחר ומעקר פטור. בודאי ראוי לומר דשחיטתו לאו שם שחיטה עלה ולא מהני מעשיו והוי כנוחר ומעקר דאינו עובר על לאו דלא תשחט כו' ע"ש. ואף שלכאורה דבר חכמה בפיו ונעלם זאת מהגאון בעל שעה"מ דכתב בפירוש שחילוק המהרי"ט נסתר מדברי התוס' הנ"ל ועי' בתשובת רע"א (סי' קצ"ט) דמשמע נמי כדברי הנתיבות ע"ש. ויש להביא ראי' לדבריו דהנה התוס' פסחים (ס"ג) ד"ה עובר כתבו דבשוחט פסח על החמץ אומר ריב"א דהפסח כשר דלא שנה עליו הכתוב לעכב ועי' במהרש"א שם. ותמה הפר"ח על הריב"א דהא ליתא דקיימא לן כרבא דכל מלתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני והובא זאת בשעה"מ שם (פ"ג מהלכות גירושין הלכה י"ט) דברי הפר"ח. והשעה"מ הקשה על הפר"ח הלא הריב"א יוכל לסבור ככל הני חילוקים ותירוצים שזכרנו דרבא נמי מודו דמהני. ובאמת דקשה זאת להפר"ח. אך לע"ד לתרץ דלכאורה כל הני חילוקים נסתר מדברי הירושלמי שהביאו התוס' בתמורה (ד') שזכרנו בתירוצם דבירושלמי מצריך קרא להכשיר דזבחי קרא רחמנא ועי' במל"מ (פ"א מהלכות ק"פ הלכה ה') שהביא הירושלמי הנ"ל בביאור באורך ע"ש. ומדברי הירושלמי הנ"ל ליתא לכל הני חילוקים דאל"כ למה צריך קרא דזבחי להכשיר הפסח הא בלאו הכי לא שייך הכא אי עביד לא מהני ככל הני חילוקים ובזה אתי נמי שפיר קושית התוס' דהכריע השעה"מ דעתם דלא ס"ל הני חילוקים מדקא קשיא להו משוחט פסח על חמץ כנ"ל דסמכו על הירושלמי דמוכח דלא ס"ל להני חילוקי ומכח הירושלמי הנ"ל

הקשו זאת אבל לדברי הנתיבות הנ"ל שזכרנו שהכריע כדעת המהרי"ט ושאף התוס' ס"ל כן. ובכל זאת שפיר הקשו דהתם באמת שפיר מתוקן האיסור אי נימא דלא מהני מעשיו ושחיטתו לאו שם שחיטה עלה והוה נוחר ומעקר דפטור בפסח דבעינן דוקא שחיטה אתי שפיר דלא נסתר נמי מן הירושלמי דבודאי צריך קרא דזבחי להכשיר דאי לאו קרא בודאי הוה אמרינן דלא מהני שחיטתו והוה, נוחר ומעקר דפטור כדי לתקן האיסור ואשמעינן קרא דבכל זאת הפסח כשר מקרא דזבחי וא"כ מוכח תירוץ המהרי"ט מן הירושלמי וכדברי הנתיבות וראי' נכונה היא. אמנם לאחר העיון אי משום הא לא אריא דמהירושלמי אין להוכיח דעת המהרי"ט וחילוקו דיש לפרש הירושלמי בדרך אחר דכונת חזקיה דלעולם הפסח פסול דלא כר' שמואל ואפ"ה לקי מדקראו הכתוב זבחי למימרא דאף שנפסל זבחי מקרי דללקי עלה. וכן פירש הירושלמי הגאון בעל תפארת ישראל פסחים (פ' ת"נ) בכדי דלא לשוי מחלוקת רחוקה בין תלמודא להירושלמי ולדברינו נסתר דברי בנו הגאון שם ע"ש. וכן מצורם אוזן בכור בלא"ה לא קשה מידי דבדבר דממילא לא שייך כל מלתא דאמר רחמנא לא תעביד אעלמ"ה. כמו שתירץ הגאון בעל פר"ח לענין ביטול ברוב לשיטת הראב"ד דאין מבטלין איסור לכתחילה דאו' וקשה דברי הש"ע יו"ד (סי' צ"ט סעיף, ה') ז"ל אין מבטלין איסור לכתחילה ואפי' נפל לתוך היתר שאין בו שיעור לבטלו אין מוסיפין כו' עבר וביטלו או שרבה עליו בשוגג מותר כו'. ואמאי הא כל מלתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עלמה"נ. ותירץ כיון דסוף סוף השתא הא נתבטל ברוב הובא במשובב נתיבות להגאון בעל קצוה"ח (סי' ל"ד) וכ"כ בצורם אוזן בכור דאע"ג דאמר רחמנא אי על"מ לא גרע מנפל בו מום ממילא דלא נאמר האי כללא דלא מהני אלא היכא דעל ידי עשייתו דוקא נעשה מה דאמר רחמנא לא תעביד אבל לא בדבר דממילא, ע"ש במשובב נתיבות שהכריע לענין שנוי קונה דלא שייך להקשות לרבא מהאי טעמא משום דשינוי ממילא נמי קנה. וזה ביאור דברי התוס' תמורה שם בצורם אוזן בכור ובסוף דבריהם כתבו ובזה ניחא למה לא נאסר צורם אוזן בכור מכל שתעבתי לך הרי הוא בבל תאכל כמו בבשר בחלב דיש לומר דוקא בשר בחלב נפיק מיניה הואיל ואפי' נפל הבשר ממילא לחלב החלב אסור כו'.

ובאמת הרבה נתקשיתי לדעת ההבדל מהני דנפקי מלא תאכל כל תועבה דאמאי לא נימא א בהו אי עביד לא מהני ואמאי צריך קרא דלא תאכל כל תועבה. וכן לאביי דסובר אי עביד מהני אמאי לא נימא נמי בהנך דלא נפקי מלא תכ"ת דמהני דבודאי לא פליג עלה. וביותר קשה לדברי השעה"מ הנ"ל שזכרנו דתירץ קושית מהרשד"מ משוחט בשבת דשחיטתו כשירה דאמאי לא נימא דאי עביד לא מהני. וז"ל השעה"מ

והנה לקושית המהרשד"מ שהקשה מההיא דשחיטת חולין דשחיטתו כשירה ונתעצם הרבה בקושיא זו והניחה בצ"ע אחרי המחילה אין כאן קושיא כלל. ואשתמיטתיה סוגית הגמרא דפ', כל הבשר (דף קט"ו) דפרכינן התם לרב אשי דיליף מלתכ"ת. אלא מעתה מעשה שבת לתסרו ומתרצינן אמר קרא כי קודש היא לכם היא קודש ואין מעשיה קודש. וכיון שכן כי היכא דחזינן לרב אשי דס"ל דהשוחט בשבת שחיטתו כשירה והותרה באכילה. וכן המבשל משום דאין מעשיה קודש ה"נ לרבא דס"ל דלא מהני בעלמא. גבי שבת אית ליה דהשחיטה כשירה דהיא קודש ואין מעשיה קודש. ותירץ בזה קושית בעל ש"ג משום דגלי קרא גבי שחיטה ובישול דמעשייהו מועילין ה"נ בכל איסורי שבת גמרינן לה דמהני. ומשו"ה מכירתו מכירה עכ"ל. הרי ברור בדבריו דחדא מלתא הוא הלמודים אי עביד לא מהני ולתכ"ת. ולהכי כיון דגלי קרא בהא גמרינן נמי אידך דמהני. וקשה דלמה צריך לתכ"ת ת"ל מטעם אי עביד לא מהני, ולאביי דסובר דבכל איסורין מהני בודאי לא ניתן להאמר דאף מלתכ"ת בהני דנפקינן לא יאסרו דבודאי לא פליג עלה. ומדברי התוס' תמורה הנ"ל שזכרנו וכאשר ביארנו דבריהם על פי שיטת הפר"ח כנ"ל דבדבר דממילא לא שייך לאמר דלא מהני ומטעם אי עביד, לא מהני ליכא דלכ"ע מהני אתי שפיר דצריך קרא דלתכ"ת לרב אשי לאסור בשר בחלב אף בדיעבד. דמשום אי עביד לא מהני לא הוה ידעינן איסורא דבב"ח. דאפי' ממילא נפל הבשר לתוך החלב נמי אסור ולא שייך לא עביד לא מהני להכי צריך רב אשי קרא דלתכ"ת דכל שתעבתי לך הרי הוא בבל תאכל ולאביי פשיטא מהאי קרא נמי לאסור

ובגוף תירוץ השעה"מ מסוגיא דפ' כל הבשר דגלי קרא דהיא קודש ואין מעשיה קודש וגמרינן לה להא נמי הנה בתשובת נוב"י מה"ת חי"ד (סס"י ט') הביא הגאון בעל נוב"י נמי קושית מהרשד"מ משחיטת שבת דאמאי לא נימא לא מהני וזה לשונו. וכאן לא שייך לשנויי כדמשני (בדף קט"ו) דפריך מעשה שבת לתסר ומשני אמר קרא היא קודש ואין מעשיה קודש דשם קאי אקושיא דלתסר מלא תאכל כ"ת והרי מעשה שבת תועבה היא לך. וא"כ הקושיא ששבת יגרום האיסור ושפיר משני היא קודש כו' ונ"מ למבשל בשבת או שארי מלאכות שבאכילה אבל שחיטה אין אנו רוצים שהמעשה יאסרנו אלא שהמעשה לא יתירנו ולא יהי השחיטה נחשבת לשחיטה וכמתה מאליה דמי לא שייך לשנוי היא קודש דמה בכך שאין השבת אוסרה מ"מ אינה מתירה וכאילו לא נשחטה וא"כ הקושיא במקומה עומדת איך שוחט בשבת שחיטתו כשירה ודפת"ח בדבריו הנחמדים. היוצא לנו מדבריו דלא תכ"ת לא שייך אלא במידי דאכילה דבזה תאסור באכילה משום דמקרי תועבה. משא"כ בשחיטה דאף אי נימא לא מהני והשחיטה לא

יתירנו ומה בכך שאין השבת אוסרה מ"מ אינה מתירה וא"כ אין לתרץ על פי סוגיא הנ"ל ולדחות קושית המהרשד"מ החזקה. והנה הנוב"י בתשובה הנ"ל ובחלק אה"ע (סי' קכ"ט) אחז בחילוק הש"ך שזכרנו וכבר בארנו דעת הפוסקים בזה. והנה בתירוץ המהרשד"מ דדוקא היכא דבזה דאמרינן לא מהני יתוקן האיסור אמרינן שלא מהני. משא"כ בשוחט בשבת דאף דנימא דלא מהני לא יתוקן האיסור שהרי כבר חילל השבת. ולכאורה קשה דהא כל שוחט מקלקל הוא ובדין הוה שיהיה פטור. אלא דמשום התיקון שהוציא מידי אבר מן החי ואתה באת לחייבו. א"כ קשה דנימא דלא מהני מעשיו ושחיטתו אסורה ומאחר דלא תיקן כלום בשחיטתו יהי' דברי תורה קיימין היינו שהוא פטור מצד מקלקל . וכמדומה שהעירו בזה האחרונים. אך באמת זה אינו דהא תיקן להוציא מידי אמה"ח לבני נח וכפסחים בתירוץ דרב עוירא ועי' צל"ח פסחים (ע"ג) ובחדושי הארכתי בזה:

אמנם בעיקר מחלוקת אביי ורבא אי הלכה כאביי או כרבא השעה"מ (פ' ג' מגירושין הלכה י"ט) חזר על כל הצדדים ולא העלה דבר ברור בזה,. ומדברי הסמ"ע והש"ך והאחרונים (בסי' ר"ח) שכולם פלפלו רק אם לחוש לסברת המרדכי שגם בשבועה שייך אי עביד לא מהני. ומזה שמענו עכ"פ דהלכה כרבא וכן הכריע בנוב"י (סי' קכ"ט אות א') והביא שם דהרא"ש (בכלל ז' דין ד') כתב בפשיטות דקי"ל כרבא וגם הרשב"א בחידושיו בקידושין (כ"ז ע"ב) בשם התוס'. אמנם בשאלות ותשובות רע"א וכן בדרוש וחידוש להגאון הנ"ל במערכותיו (מערכה י"א) חקר נמי בזה. והביא פסקי הרמב"ם הסותרים זה את זה דברפ"א מהלכות שמיטה פסק דארץ ישראל המתחלקת לשבטים אינה נמכרת לצמיתות שנאמר והארץ לא תמכר לצמיתות ואם מכר לצמיתות שניהם עוברין ואין מעשיהם מועיל אלא תחזור השדה לבעלים ביובל. ובמל"מ כתב בשם החינוך להרא"ה שאם מכרו דשניהם לוקין אע"פ שלא הועילו במעשיהם. והקשה עליו מדברי הרמב"ם (פ"ז מהלכות בכורות) דכל שמעשיו אינם מועילים אינו לוקה. וכ"כ הרמב"ם גבי מעשר בהמה דאינו לוקה על מכירתו ע"ש שהעלה דהוי ספיקא דדינא באי עביד מהני או לא. והוא למה דמבואר בסוגיא דחולין (ע"ח ע"ב) דלחלק לא צריך קרא דס"ל כר' יונתן כו'. הרי דזה תלי בזה דלמ"ד דחוששין לזרע האב ע"כ דס"ל כר"י דלחלק לא צריך קרא ולרבנן דמתניתין ע"כ דס"ל כר' יאשי' ע"ש. ומעתה למה דקי"ל דאו"ב אינו נוהג בזכרים הוי ספק א"כ ממילא ע"כ דמספקי אם הלכה כר' יאשי' או כר' יונתן ע"ש. ומעתה ממילא ג"כ הוי ספק אי קיימ"ל כאביי דעביד מהני או כרבא דלא מהני דהא תלי זה בזה דאם או"ב נוהג בזכרים ממילא הדין כר' יונתן דלחלק ל"צ קרא דהם, וקרא דהם אצטריך לומר

דעולים אינם מבטלים זה את זה וממילא קיימא לן כרבא דאי עביד לא מהני. ואם או"ב אינו נוהג בזכרים ממילא קיימ"ל כר' יאשי' דלחלק צריך קרא ממילא הדין דלקח מדם הפר דהיינו ביחד ומיותר קרא דהם. וע"כ דבעלמא אי עביד מהני כאביי ע"ש שתירץ בזה פסקי הרמב"ם דמ"ש בהלכות בכורות דהמוכר מעשר בהמה אינו לוקה. היינו מספיקא דשמא קיימא לן כאביי דלא לקי אלא היכי דמהני מעשיו, ומה דפסק הרמב"ם דאם מכרו לצמיתות דאין מעשיהם מועילים ותחזור השדה היינו ג"כ מטעם ספק דשמא קיימא לן כרבא והא דחוזר מספק היינו דהוי ספק איסור. ולפ"ז שפיר פסק החינוך דלוקה. דממנ"פ לאביי באמת אהני מעשיו וא"צ להחזיר ולרבא דלקי משום דעבר אמימרא דרחמנא רק דצריך להחזיר מספיקא. משא"כ בההיא דבכורות בודאי לא מהני מכירתו כדילפינן מקרא ממילא לא לקי דשמא קיימא לן כאביי ע"ש בדבריו הנחמדים. .

וראיתי להגאון הנ"ל בתשובה ומערכה י"א הנ"ל דחקר בשופר של עולה דאסור לתקוע אם תקע בו אם שייך סברת רבא דאי עביד לא מהני דאם נימא דלא יצא המצוה א"כ לא נהנה ולא עשה עבירה כו'. ע"ש שהביא דברי הטורי אבן בטעם דרבא דלא יצא (בר"ה כ"ח) משום אי עביד לא מהני ואף אביי מודה בו. דדוקא היכי דרחמנא אסריה בפירוש כמו לא יחליפנו דעכ"פ מיד שהמיר עבר אמימרא דרחמנא משו"ה אי עביד מהני. אבל הכא דלא אסרה התורה לתקוע רק ממילא אסור משום הנאה ואם לא יהי' יוצא לא עשה איסור כלל. בזה מודה אביי דאי עביד לא מהני. והביא הגאון רע"א ראי' לדבריו מתוס' (ע"ז ס"ב) ד"ה בדמיהן שכתבו הטעם דמקדש באיסורי הנאה אינה מקודשת אף דיכולה ליהנות באפרן משום דכמו דאסור למוכרו מה"ת ה"נ אסור לקדש בו אשה דהוי מכירה חשובה דיש בו הנאה כשמקדש בו אשה ע"ש. ולכאורה מה בכך דאסור לקדש מ"מ אם עבר וקידש אמאי אינה מקודשת ומזה ראי' לדברי הטורי אבן דבכה"ג לכ"ע אי עבד לא מהני דלא עשה איסור כלל דאם אינה מקודשת. ממילא לא נהנה עכ"ל אמנם באמת לתירוץ הרב ש"ך (סי' ר"ח) שזכרנו דלא אמרינן אי עביד לא מהני לרבא רק היכא דא"א לעשות המעשה זולת עקירת המצוה משא"כ היכא דאפשר לעשות בהיתר מהני מעשיו אף אם עשה באיסור לא נוכל לומר בטעמא דמקדש באיסורי הנאה הטעם דאינה מקודשת משום אי עביד לא מהני כיון דאיהו הוא דעבר באיסור תורה וקדשה בא"ה שהוא בענין וטבח ונהנה מא"ה ואמאי לא מהני הרי יכול לעשות בהיתר שישרוף הוא בעצמו ויקדש אותה באותו אפר מאחר דקיימין דאית שו"פ באפר, ולא נוכל לתרץ על קושית התוס' דהא חזי להנות שו"פ מאפרו להטעם משום אי עביד לא מהני דהא יכול לעשות בהיתר כנ"ל. ואף דהכרענו לעיל דהתוס' לא ס"ל כסברת, הרב ש"ך מדהקשו

בתמורה דשוחט חמץ בפסח לפסול ומאי קשיא להו כנ"ל. אך לא מרועה אחד נתנו דברי התוס' ואין ראי' דהתוס' דהכא לא סברי סברא הנ"ל ומצאתי להאור חדש בקידושין (נ"ז) דביאר נמי תירץ התוס' הנ"ל בטעם דמקדש באיסורי הנאה אינה מקודשת משום אי עביד לא מהני ע"ש. דהכריע דדבריהם הם, חתימה בשתים. הא' דאסור לקדש שהקידושין הנאה חשיבה ועוד דבעינן דומיא דשדה עפרון דראוי להנאות גמורות משא"כ א"ה לא חזי כ"א שלא כדרך הנאה. ובאמת עכ"פ אסתגר בבתרייתא לחוד במה, שסיימו דבעינן דומה לשד"ע. דבאמת שני תירוצים הם ותרוייהו צריכי דתירוץ בתרא לא אתיא אליבא דרב אסי דכתבו התוס' לעיל (י"ג) דלית ליה ג"ש דקיחה קיחה משד"ע וגמר ק"כ מדיוקא דוי"ה ולדידיה נוכל לדייק דאף כשנותן לה דבר הראוי שלא כדה"נ נמי אמרי' דאין כסף כו'. ותירוץ קמא דהתוס' קאי אליבא דרבא דכ"מ דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני ע"ש. ויצא שם לחלק הגאון הנ"ל בדבר חדש דגבי קידושין מודה רבא דאי עביד מהני שהרי אותבינן בתמורה (ד"ה ע"ב) מאלמנה לכוה"ג ומשני דא"ק לא יחלל כו'. א"כ י"ל כיון דגלי קרא בחייבי לאוין אע"ג דעבר אמימרא דרחמנא מהני הקידושין ע"ש שתירץ בזה דה"ה אי עבר על א"ה דקילי מחייבי לאוין לשיטת הרמב"ם דאין לוקין על הנאה בכל א"ה פשיטא דאי עבד מהני ע"ש שהביא ראיות לזה ובאמת בנוב"י מה"ת חאה"ע (תשובה נ') הקשה השואל שם דאיך קיימ"ל דקידושין תופסין בחייבי לאוין והא קיימ"ל כרבא דאמר במס' תמורה דכל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני ורצה השואל לומר דדוקא כסף ושטר תופסין בחייבי לאוין שאין כאן עבירה בקידושין. אבל אם קידש חייבי לאוין בביאה לא תפסי הקידושין לרבא ובתמורה הקשה הגמ' על רבא מאלמנה לכוה"ג. ומשני לא יחלל אמר רחמנא ומשמע דוקא אלמנה לכוה"ג אבל שאר חייבי לאוין לא תפסי קדושי ביאה. והגאון הנ"ל תירץ דהא דלא הקשה בתמורה משאר חייבי לאוין על רבא דשם לא הוזכר איסור בקדושין דלא נאמר בהו קיחה ודחה חילוקו דקידושי ביאה לא תפסי. דא"כ למה דחק הגמרא למצוא איכא בינייהו לאביי ורבא והרי איכא בינייהו שקידש ח"ל בביאה א"ו הא ליתא ע"ש. דהעיקר לחלק כחילוק הש"ך דלא אמר רבא דלא מהני אלא במעשה שאי אפשר לעשות בהיתר כלל. וגם אם קידש ח"ל בביאה גוף הקדושין יכול להיות בהיתר שיקדש בכסף ושטר כו'. ולכן הקדושין קיימין עכ"ל וחילוק הש"ך כבר ביארנו דהתוס' לא ס"ל וכנ"ל ונסתר דברי האור חדש:

ובדרבנן אי אמרינן אי עביד לא מהני. הסמ"ע והש"ך הכריעו מהמרדכי דאף בדרבנן אי עביד לא מהני. ועיקר ראיתם מגמרא כתובות (פ"ח) דאמר רב יוסף הואיל ואמרו רבנן

לא לזבין נכסי אשתו אם מכר אין מכירתו כלום. וביסוד זה מהגמ' החזיקו מעוז הרבה מחברי האחרונים ז"ל. אמנם בפנים מאירות ח"א (סי' ל"ד) הובא בתשובת רע"א (סי' קס"ט) דחה זאת דאין ראי' משם דהתם הפקעת זכותא דאחריני. ובזה כיון דפסקו חז"ל ואמרו שלא להפקיע זכותא גם דיעבד לא מהני. אבל בעלמא מצד עבירה י"ל דאי עביד מהני. ועי' בתשובה (סי' קע"ד) בספר הנ"ל שהסכים לדבריו. ועי' תשובת חת"ס חיו"ד (סי' ו') שפירש כן כוונת המרדכי (פ"ג דשבועות) ע"ש שביאר זאת באורך החילוק הנ"ל. ולא הביא דברי הפ"מ שזכרנו. וא"כ אין ראי' מגמרא הנ"ל דבדרבנן אי עביד לא מהני. ועי' תשובת נוב"י מה"ק חאה"ע (סי' ע"ו) ובתשובת שמן רוקח (סי' ס') באחד ששלח גט ע"י שליח וב"ד משביעין את המשלח שלא יעשה ביטול כנהוג ועבר וביטל הגט והאריך שם בפרטא דאי עבד לא מהני ע"ש. והקשה לסברת המרדכי, במי שנשבע שלא למכור שאין במעשיו כלום מהא דאיתא בכתובות (פ"א) דאמר יוסף כיון דאמרו רבנן לא לזבין אם מכר אין מכירתו כלום כנ"ל. והקשה כיון דר"ג הזקן תקן ועשה תקנה שלא יבטלו גיטין א"כ איך קיימ"ל כרבי דאם בטלו ועבר דמבוטל נימא כסברת רב יוסף דסבר בסוגיא דכתובות דבדרבנן לא מהני ופסקינן כן להלכה. ע"ש שתירץ דבאמת רב יוסף דכתובות סובר דהלכה כרשב"ג דבטלו אינו מבוטל ובאמת רב יוסף גופא שם (ע"ב) סובר מפורש דבטלו אינו מבוטל ע"ש בתוס'. ובתשובת גליא מסכתא בקונטרס אחרון (סי' ה') הקשה לדבריו מפ' השולח דמקשה התלמודא על רשב"ג מי איכא מידי דמדאו' לא הוי גיטא ורבנן יעשו גט ולדבריו הא סברת רב יוסף באמת כך דהואיל ואמרו רבנן לא לזבין נתבטל המכירה דכל מידי שיעשה בעבירה לאו מידי הוא ואפי' בהעברת על דרבנן. וע"ש בתשובה שדחה הדמיון דאי עביד לא מהני בדין זה. אמנם בתשובת נוב"י מה"ת חאה"ע (סי' קכ"ט) הקשה נמי לרבא קושיא כזאת ע"ש, והכריע בזה חילוק הרב ש"ך כיון דהביטול היה יכול להיות בהיתר דהיינו בפני השליח או האשה והיינו לפי קושיתו שהקשה שם דהיה להם לתקן שישבע שלא יבטל רק בפני השליח או האשה ואז אם יבטל שלא בפניהם לא יועיל הביטול ולא יצטרכו להפקיע הקידושין ע"ש. וע"ז הוכיח החילוק דהרב ש"ך דמאחר דיכול להיות בהיתר היינו בפני השליח או האשה ולכ"ע מהני ע"ש. אמנם לדברי הפנים מאירות והחת"ס שזכרנו בלאו הכי אין עולה הדמיון יפה דאי עביד לא מהני לדהכא. ובאיסור עשה אי אמרינן אי עביד לא מהני בודאי הדבר פשוט מגמרא דתורם מן הרעה על היפה דהוי לאו הבא מכלל עשה ותלי בהמחלוקת. אמנם בשער המשפט (סי' ט') הכריע דבדרבנן אמרי' אי עביד ל"מ ע"ש. שהעלה בנוטל שכר לדון אי צריך להחזיר בדין. דכתב שם הב"ח דאם לקחו בתורת שכר

א"צ להחזיר בדין דדוקא בלקחו בתורת שוחד דאמרה תורה לא תקח ואם לקח הוי גזל בידו. אבל במה שעבר על מה אני בחינם. לא והקשה השער המשפט דלפי מ"ש הטעם דבשוחד מחזירין משום דכל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני. וא"כ ה"נ כיון דאיכא איסורא ליטול שכר לדון נמי נאמר דאי עביד לא מהני דאף באיסורא דרבנן אמרינן אי עביד לא מהני. ותירץ דיש חילוק בין איסור לאו אף שהוא דרבנן ובין מצות עשה. דכאן לא הוי אלא עשה דמה אני בחינם ולא כתב רחמנא בלשון לא תעביד. ובאמת דברים אלו אין להם שחר דבמצות עשה בודאי אמרי' לא מהני כדמוכח הגמרא דתמורה מתורם מן הרעה על היפה. וכבר האריכו בזה האחרונים ופשוט. אמנם בגוף דבריו דחידש דהא דחייב להחזיר בשוחד הוא משום דכתיב לא תקח וכל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני. אמת דגם הנתיבות (בסי' ט' ס"ק א') כתב כן ע"ש דחלק משוכר, עדי שקר דלא כתב רחמנא לאו על הלקיחה רק שלא להעיד שקר ודמי לאתנן ע"ש. אך באמת נסתר זה מגמרא כתובות (דף ק"ב) ושוחד לא תקח מה ת"ל אם ללמד שלא לזכות את החייב ושלא לחייב את הזכאי הרי כבר נאמר לא תטה משפט אלא אפי' לזכות את הזכאי כו' ואלו לדבריהם הרי שפיר אצטריך קרא דלא תקח שוחד אפי' בלזכות את החייב ולאסור את הלקיחה עצמה לענין שחייב להחזיר את הממון שנטל דבלא"ה לא הי' צריך להחזיר. ועוד הארכתי הרבה בחידושי בדברי הפ"מ ח"א (סי' ל"ד) דחדש דע"כ לא שייך אי עביד לא מהני דוקא במה שעושה לעצמו ואין לאחרים חלק בו. אבל כל שהוא עושה איסור וחבירו אין עושה איסור בזה כ"ע מודים דיכול לומר מה אכפת לו במה דעברתי על איסור ס"ס עשיתה כבר. ואף דיתבטל המקח סוף סוף כבר עבר על איסור ובין שהלוקח עשה איסור ולא המוכר או להיפך מועיל ע"ש:

סימן כח

ויען כי בתשובה הקודמת נזכר מענין איסורי הנאה אמרתי להציג גרגיר אחד מחידושי לאה"ע בענין איסורי הנאה

התוס' קדושין (נ"ז) ד"ה המקדש בערלה הקשו דאמאי אינה מקודשת באיסורי הנאה הא שרי ליהנות מהם שלא כדרך הנאתן. ותירצו דיש לומר דמיירי דליכא שוה פרוטה אלא כדרך הנאתו אי נמי י"ל דמיירי שפיר דאיכא שו"פ אף שלא כדרך הנאתן מ"מ כיון שהאשה סבורה שיש לה ליהנות כדרך הנאתן ואינו כן לא סמכה דעתה והוי, מקח טעות. ובתוס' (פ' כל שעה כ"ט) הקשו דהא כל הנשרפין אפרן מותר ותרצו שאין בו שו"פ באפרן ע"ש ועיין באבני מילואים (סי' כ"ח ס"ק נ"ו) שפלפל בדברי התוס' הנ"ל בתירוצם. וראיתי להגאון בעל טיב גיטין בחידושיו על ח' אה"ע (סי' כ"ח) שהביא

קושית המחברים לתירוץ התוס' הראשון דליכא שו"פ אלא כדרך הנאה. מגמרא (גיטין כ') דמסקינן התם כתבו על איסורי הנאה כשר כו' ודחי הגמרא מעלה של זית דחזי לאצטרופי. א"כ באיסורי הנאה נמי חזי לאצטרופי לכשיהי' שו"פ שלא כדרך הנאה ע"ש שהביא לתרץ על פי דברי הריטב"א בחידושיו לקדושין שתירץ קושית התוס' הנ"ל דאפי' האפר שו"פ מ"מ אין כאן דין ממון דכי שריף להו לבעינהו לאו דידיה נינהו וכל הקודם זכה באפרן וכ"כ התוס' (סנהדרין פ') לענין שור הנסקל. ולדברי הריטב"א הנ"ל לא קשה קושית התוס' מאחר דאיסורי הנאה לית ליה בעלים ובעינן נתן הוא והא אינו שלו דכל הקודם בו זכה וקושית התוס' הוא שלא לפי המסקנא (דגיטין כ) כתבו על איסורי הנאה כשר ואע"ג דכתיב ונתן לא בעינן שיהא שוה מידי ואף אה"נ קרינן ביה ונתן ע"ש. והנה אמת כדברי הגאון הנ"ל בדעת הריטב"א דאיסורי הנאה לית ליה בעלים עיין בקצוה"ח (סי' ת"ו) ובא"מ (סי' כ"ח ס"ק נ"ו) שהביא דעת הריטב"א הנ"ל וכן דעת הרשב"א בתשובה (סי' תר"ב) דאיסורי הנאה לית ליה בעלים ושהרמב"ם חולק ע"ז שכתב בפ"ג מהלכות חו"מ קנה חמץ בפסח לוקה משום בל יראה ע"ש ומוכח דאיסורי הנאה אית ליה בעלים. ואע"ג דאמרו שני דברים אינו ברשותו של אדם ועשאן הכתוב כאילו הן ברשותו וחד מנהון חמץ בפסח,. היינו היכא דכבר הי' שלו ולא בטלו קודם פסח עשאן הכתוב כאלו הן ברשותו אבל זה שקנה חמץ בפסח אי לאו דאיכא זכי' באה"נ ואית ליה בעלים א"כ מה קנה. והביא שכ"כ הריב"ש (בסי' ת"א) דמהני זכי' באה"נ ועיין במהדו"ק בנוב"י (סי') שהקשה בדברי הרמב"ם הנ"ל דאם קנה חמץ בפסח אמאי לוקה הא אין קנין באיסורי הנאה כדאמרינן (ב"ק מ"ה) גבי שור הנסקל שנגמר דינו מכרו אינו מכור ע"ש. ובחידושי הארכתי לתרץ קושית הנוב"י הנ"ל דאף אם נימא דלא קנה החמץ משום דאין קנין באיסורי הנאה מ"מ עובר בבל יראה מאחר דבודאי יכול לתבוע מהמוכר דמיו שנתן בחזרה כיון דאין המקח נתפס וכל היכא דהמקח חוזר החפץ הוא באחריות של הלוקח כמבואר בש"ע (סי' רל"ב) ושפיר קונה להתחייב באונסין והרבה הארכתי בזה בחידושי ואכ"מ. וא"כ דברי הגאון בעל טיב גיטין נכונים לכאורה. דלהריטב"א דאיסורי הנאה לית ליה בעלים לק"מ. בכל זאת יש להקשות דהלא דעת הריטב"א במחלוקת עם הרשב"א בדבר שהוא שלו ואין לאחרים זכות בו. דלהריטב"א מקרי שלכם אף שהוא איסורי הנאה ודעת הרשב"א דהוי כהפקר וקשה מהא דאמרו גיטין (ד' כ') כתבו על איסורי הנאה כשר והרי עכ"פ נתינה בעי ואם נימא דהיא הפקר שוב לא שייך כלל נתינה וקשה לדעת הריטב"א הנ"ל:

ומצאתי בספר בית מאיר על חיו"ד (סי' רכ"א) שהביא המחלוקת דהרשב"א והריטב"א הנ"ל שהקשה כן. ובאמת לא קשה זאת דהנה באיסורי הנאה אין לקדש בהם או משום דאיסורי הנאה לית ליה בעלים ובעינן נתן הוא והא לאו נתינה היא דהא אינו שלו שכל הקודם בו זכה. וגם י"ל עוד טעם אחר דלא לקדש באיסורי הנאה משום דבעינן שהיא תקבל כסף ובפחות משו"פ לא מקניא נפשה ואיסורי הנאה שאין שוה כלום אין כאן כסף. ותלי זאת אי בגט העיקר קפידא אנתינה דידיה אם רק הוא שלו אף דאין בו שו"פ. והיינו אי כתבו על איסורי הנאה פסול ואפי' יש בנתינה שו"פ לא מהני מאחר דהנאה זו לאו דידיה הוא ואנן, נתינה משלו בעינן. ואז להסוברים דאיסורי הנאה אית ליה בעלים ומקרי שפיר נתינה אף באיסורי הנאה משא"כ אי נימא דכתבו על איסורי הנאה כשר והיינו, דעיקר קפידא דבעינן דהדבר יהי' שוה כסף אף דלאו דידיה נינהו ואז לא מהני באיסורי הנאה אף להסוברים דאיסורי הנאה אית ליה בעלים דלא שוה שום כסף בעולם. ואתי שפיר דברי הרשב"א דהוי כהפקר דזה רק היכא דבעינן דשווי החפץ יהא שו"פ. דלענין זה אמרינן באיסורי הנאה דהוי הפקר ולא שוה כלום אבל בגט דלא בעי רק נתינת הגט והרי נתן לה אף דאין בו קנין וזכי' מ"מ נתינה מיהא מקרי.

אמנם בגוף קושית הגאון בעל טיב גיטין בקושיתו דבאיסורי הנאה חזי לאצטרופי שלא כדרך הנאה. אחר העיון לא קשה מידי לפי מה שביארו האחרונים קושית המרש"א שבועות (כ"ג) בשיטת המהריב"ל דחדש שם בטעמא דר"ש דפוטר דכל היכא דמשהו אסור אסור נמי שלא כדרך הנאה ע"ש והקשה המהרש"א שם דמנין לנו לומר דחייב בשלא כדרך הנאתן בכל האסורים לר"ש כמו בכ"ש הא חזינן לר' יוחנן דס"ל ביומא ובכמה מקומות דחצי שיעור אסור מה"ת ואעפ"כ סובר דשלא כדרך הנאה אינו אסור אלא מדרבנן. ותירצו האחרונים דהא דאוסר ר"י בחצי שיעור הוא רק, משום דחזי לאצטרופי דאף באוכל כמות מרובה שלא כדרך הנאתן לא אתי לכלל חיוב לכך ס"ל לר"י דשרי מה"ת. אבל לר"ש דמחייב בכ"ש אלמא דס"ל דכ"ש הוי איסור מחמת עצמו. א"כ יש סברא לומר דשלא כדה"נ חשוב כאכילת כ"ש עיין בספר עמק יהושע (סי' יוד) שהאריך בזה וא"כ בשלא כדרך הנאה לא שייך צירוף ולא קשה קושית הגאון בעל טיב גיטין בתירוץ התוס',. אמנם מאחר דאתינא לדברי המריב"ל הנ"ל לא קשה נמי קושית התוס' דחזי שלא כדרך הנאה. דלר"ש דס"ל כל שהוא למכות ס"ל דכל איסורין לוקין עליהם שלא כדרך הנאה דהרי כ"ש הוה שלא כדרך הנאה. א"כ י"ל דמתניתין דהכא אתיא בזה כר"ש ולוקין גם שלא כדרך הנאה, אך יש לתרץ דלא מצי לאוקמא מתניתן דהמקדש בערלה כו' כר"ש. דהא קתני נמי בב"ח והלא בב"ח כ"ע מודים דלוקין

שלא כדרך הנאה כדאיתא פסחים (כ"ה) דלא כתיב ביה אכילה. והרבה הארכתי בזה בחידושי לתרץ קושית המחברים בחולין (קי"ג) בהמבשל חלב בחלב כו' דכ"ע אין איסור חל על איסור ע"ש וקשה דהא במוסיף לכ"ע אסחע"א ובב"ח איסור מוסיף הוא דאסור שלכדה"נ. וגם קושית הרא"מ מולא תבשל ועוד הרבה דברים מתמיהים ויבואר אי"ה בחידושי חצי שיעור על יור"ד ואכ"מ. ועיין בב"ח אה"ע (סי' כ"ח) שחדש דלרב דאמר המקדש בחיטי קורדנייתא אין חוששין לקדושין לא יוכל לסבור דאין ביעור חמץ אלא שריפה דא"כ כל הנשרפין אפרן מותר וחזי ליהנות באפרן וכקושית התוס'. פ' כל שעה ע"ש. ולדברי המהריב"ל דכל היכא דמשהו אסור שלא כדה"נ נמי אסור א"כ בחמץ בפסח דאיסורו איסור משהו בודאי אסור נמי שלא כדרך אכילה ואף דהוא רק דרבנן הא קיימ"ל דהמקדש באיסורי דרבנן כו'. ואפשר לומר דבחמץ מה"ת אסור שלא כדרך אכילה ואף דנאמר לא יאכל וקיימ"ל דכל היכא דכתיב אכילה דוקא כדרך אכילה. ובאמת כ"ה דעת התוס' פסחים (כ"ח) ד"ה ותנן נמי גבי עבודת גילולים דבחמץ דכתיב לא תאכל מותר שלא כדה"נ. מ"מ לדעת הרמב"ם דאיסור דמשהו בחמץ בפסח מקרא דלא יאכל. ולפי הכללא דהמהרוב"ל היכא דאסור במשהו אסור נמי שלכדה"נ וא"כ בחמץ דהאיסור מדאו' במשהו באיסור לאו לא משום חצי שיעור. אפשר נמי האיסור דשלא כדרך אכילה נמי מדאו' כמו לר' שמעון במלקות לשיטתיה בכ"ש למכות דה"ה דלוקין שלכדה"נ וא"כ נמי לענין איסור לאו. ובאמת בגוף קושית התוס' במתני' דהמקדש בערלה דהקשו דחזי ליהנות שלא כדה"נ באפרן וכפסחים (כ"ט) לכאורה ניחא דמשום בב"ח דקתני נמי במתניתין ובב"ח הוא מהנקברין דאפרן אסור וכן כלאי הכרם דהכל מודים דאפרן אסור. ואשר משום זה לא נוכל לתרץ קושית התוס' דמאי אינה מקודשת דקתני במתניתין היינו קידושי וודאי אבל קדושי ספק איכא ובזה מתורץ הרבה קושיות כמובן. וגם מה דקשה בתירץ התוס' דמיירי דליכא שו"פ באפרן דניחוש שמא שוה פרוטה במדי לשמואל דאמר קדושין (י"ב) המקדש בתמרה חוששין שמא שו"פ במדי ועיין באור חדש לקדושין שתירץ כן. אמנם זה אינו דאיך כייליה עם כלאי הכרם דכ"ע מודים דלוקין אפי שלא כדה"נ וליכא אפי קדושי ספק ועיין במל"מ (פ"ה מהלכות אשות) שנסתפק במי שקידש אשה חולנית באה"נ באופן דהיא מותרת להנות ממנו כגון שהיא מסוכנת אם היא מקודשת כיון דאצלו הוא אסור ליהנות בו. והרבה האריכו האחרונים בדברי הספק דהמל"מ הנ"ל. ועיין באור חדש לקדושין שהאריך להקשות להר"ן שתירץ קושית התוס' דהקשו באה"נ דהא חזי ליהנות שכדה"נ דמ"מ אסור מדרבנן ומיירי שאינה חולה ע"ש ועיין בשעה"מ יסודי התורה דהביא דהני תרי לישנא פסחים (דף כ"ה ע"ב) גבי מר בר"א

אשכח לרבינא דשייף ברתא בגוהרקא דערלה א"ל אימתי אמרינן בשעת הסכנה א"ל האי אשתא צמירתא כשעת הסכנה דמי א"ד מידי דרך הנאה עבידנא כו' דלישנא קמא שלא כדה"נ אית ביה איסורא ולל"ב אפי' איסורא ליכא ע"ש. וראיתי בעמודי אור (סי' ל') שתמה על המל"מ מגמרא קידושין ז' דבעי רב מרי כלב רץ אחריה מהו בההוא הנאה דקא מצלא נפשה גמרה ומקני נפשה או דלמא מצי אמרה ליה מדאורייתא חיובא מיחייבת לאצולן ומבואר מסוגיא זו דבמקום הצלה אפי' הי' מקדשה בדבר המותר איבעיא לן משום דאמרה מדאורייתא חיובי מחייבת לאצולן ולצד זה לא הוי קדושין בחולה שיש בו סכנה אפי' נתן לה דבר היתר הצריך לה ע"ש שהחמיר בזה למאוד ע"ש:

אמנם בספר אבני מילואים (סי' כ"ח ס"ק נ"ד) כבר קדמו בזה ע"ש שהביא דברי הרדב"ז בתשובה דהמקדש אשה חולה בסמנין הצריכין לה לרפואה ויש בהנאה שו"פ דאינה מקודשת. והקשה הא"מ מגמרא הנ"ל מבעי דרב מרי ע"ש שדחה זאת דהאבעיא לא הוי אלא בסתמא דהיא אמרה תן לכלב שרץ אחרי ואמר לה הרי את מקודשת ושתקה. אבל היכא דאמרה אין. אע"ג דמחייב לאצולי מדאו'. כל שמסכמת בפירוש לשם קדושין מקודשת ע"ש שהאריך, וע"ש במגיה דמל"מ. דהעיר בספיקו של המל"מ דהא מצות לאו ליהנות נתנו וקדושי אשה יש בהם צד מצוה. ובספר שמלת בנימין תמה עליו והא קדושי אשה אית בה הנאת הגוף ומחלק דשם לא נהנה מיד וההנאה נמשכת ממנו אח"כ. לא דמי לטבילה דהכא דנהנה מיד. ובאמת קשה לי בזאת על התוס' דע"ז ריש פ' השוכר שזכרנו לעיל באי עביד לא מהני ד"ה בדמיהן שהקשו בגופי' נמי איכא שו"פ שלא כדה"נ או באפר ותירצו כיון דאסור למוכרו מה"ת אסור לקדש בו אשה דיש בו הנאה כשמקדש אותה. ובודאי כונתם כדברי המל"מ הנ"ל ועכצ"ל שלא שייך בזה מצות לאו ליהנות נתנו כיון דמ"מ יש לו הנאה ג"כ ממנה. ומצאתי בספר ש"ב שנתקשה כזה. והביא שם להקשות על, תירוץ התוס' בע"ז (מגיטין כ') דכתבו על איסורי הנאה כשר וכ"פ באה"ע (סי' קכ"ד). וכתב שם הב"ש דלהתוס' דיעבד דוקא ולא לכתחילה דמתהני באה"נ כו' ולמה לא אמרינן כמו גבי קדושין דכתבו התוס' דלא מהני כיון דאסור למוכרו אף דשוה אצלה האפר פרוטה אינה מקודשת ואם כן מכש"כ בגט דמשתרשי ליה דא"צ לנייר. ובספר גט פשוט כתב שם הטעם דמ"ע לגרש את אשתו ומצות לאו ליהנות נתנו וקשה אמאי לא אמרינן בקדושין כן. ובספר ישועות יעקב תמה על הג"פ דלמה אסור לשחוט בסכין של עבודת כוכבים נימא ג"כ מצות לאו ליהנות נתנו ע"ש שהאריך בזה. ועיין בדרוש וחידוש להגאון רע"א (במערכה י"א) ועיין בא"מ בתשובותיו (סי' כ"א) שהאריכו בזה:

סימן כט

והנה היכא דלא ידעה האשה שהוא איסור הנאה כתב הב"ש בשם התוס' דהוי מקח טעות דמוקי להא דתניא בקדושין (נו) המקדש בערלה דמיירי בלא ידעה ע"ש והא דנקט איסורי הנאה ולא נקט איסורי אכילה וכיון דלא ידעה שהוא אסור באכילה הוי קדושי טעות ואינה מקודשת כמו בלקח כשירה ונמצאת טריפה דהמקח בטל כגון בנמצא מחט בבית הכוסות כמבואר בח"מ (סי' רל"ב סעיף י"א). אמנם באמת נראה דבקדושי אשה לא שייך מום במקח דאשה בכל דהוא ניחא לה כיון שלא הקפידה לשאול אם יש בדבר זה מום. אם לא שאמר בפירוש כגון שאמר לה שהוא בלא מום דאז בוודאי אינה מקודשת אבל מסתמא מקודשת. והא דקאמרי בתוס' דהמקדש בערלה דאינה מקודשת בדלא ידעה אף שבאפר שו"פ וצ"ע אמאי אינה מקודשת נימא מדלא שאלה בודאי לא הקפידה. והנה במקדש באיסורי הנאה דרבנן דמקודשת הקשה בב"ש (סי' כ"ח סעיף כ"א ס"ק נ"ב) דמ"מ אסור מדרבנן ולא שוה מידי ואין נותן לה כלום ואמאי מקודשת והנה לשיטת הרשב"א דאיסור הנאה חשוב שלו. ולפי המבואר בכריתות (כ"ד) דשור הנסקל שהוזמו עדיו כל הקודם בו זכה דאיסורי הנאה חשיב כיאוש והיינו ההפקר דאיסורי הנאה הוא משום יאוש. וכבר ביאר הנתיבות (סי' רס"ב) החילוק בין יאוש להפקר דביאוש לא יצא מרשותו עד דאתי לרשות זוכה הוי שלו ואי דקשה מה יעשה באיסורי הנאה. דהא מותר שלא כדרך הנאתו או למכור לחולה שיש בו סכנה וליקח דמים וכמו שכתב הב"ש (ס"ק נ"ד) דיכולה למכור לחולה. והנה בע"ז (ל"ד) אמר רב אחדבוי אמר רב המקדש בפרש שור הנסקל מקודשת בפרש עגלי עבודת כוכבים אינה מקודשת איבעית אימא קרא אי בעית אימא סברא ע"ש וכן פסק הרמב"ם להלכה ופ"ה) מהלכות אשות (הלכה ב') והטור שו"ע א"ה (סי' כ"ח סעיף כ"ב) ע"ש וקשה לי דאיך יפרשו מתניתין (קדושין נ"ז) המקדש באיסורי הנאה אינה מקודשת וקא חשיב שור הנסקל דאינה מקודשת והא חזי לפירשו. וכמו כן קשה במימרא דר' כרוספדאי א"ר יוחנן בכריתות (כ"ד) דשור הנסקל שהוזמו עידיו כל הקודם בו זכה מ"ט דהבעלים איאושי מיאש מינייהו ואפקורי מפקר ליה מאחר דאסור בהנאה והא חזי לפירשייהו. אך מכריתות נוכל לתרץ דסתם גללים אפקורי אפקר להו כגמרא (ב"ק מ"ח וב"מ כ"ז) אבל מאיסורי הנאה וקא חשיב שור הנסקל קשה שפיר דבקדושין בעינן אם רק יש בדבר הנאסר שוה פרוטה אזי חלו הקדושין וכקושית התוס' (פ' השוכר ס"ב) על איסורי הנאה דערלה הוא מן הנשרפין וכל הנשרפין אפרן מותר וחזי להנות מאפרן. וכן הקשו קדושין (נ"ז) והא חזי ליהנות שלא כדרך הנאתן וחזינן דבקדושין בעינן שיהא רק במציאות ממון. ואולי יש לומר דלא

סמכה דעתה כשמקדש לה בשור הנסקל גופה דלא סמכה דעתה אלא אבשרו ובשרו אסור. משא"כ במפרש לה דמקדשה בפרשו וסומכת על פירשו. אך באמת הא דהמקדש בפרשו מקו מקודשת לאו מדאו'. ואע"ג דגמרא קאמר קרא דבשרו אסור הא פרשו מותר ועיין בתוס' שם ע"ז (ל"ד) ד"ה בשרו אסור דהקשו דבפ"ק דב"ק (מ"א) דריש מבשרו אע"ג דעביד כעין בשר ושחטי' וי"ל דתרתי שמעינן מניה. ומצאתי כתוב בשם הגאון ר' שלמה מינץ לתרץ דברי התוס' דאיך מוכח תרתי מניה. דבאמת קשה דהא אין הדרשות שקולים על פי דברי הגמרא (ערכין ז') האשה שיצאת ליהרג כו' האשה שנהרגה אסורה בהנאה ופריך בגמרא אמאי איסורי הנאה נינהו אמר רב באומרת תנו שערה לבתי כו' קשיא ליה לר"נ בר יצחק והא דומיא דבהמה קתני מה התם גופה אף ה"נ גופה. אלא אמר ר"נ בר יצחק זו מיתתה אוסרתה וזו גמר דינה אוסרתה וע"ש ברש"י דשער לאו בר מיתה אי אמרינן החילוק דמיתה אוסרת דשער אין עשוי להשתנות והרמב"ם פסק כר"נ בר יצחק (פ' י"ד מהלכות אבל הכ"א) דהמת אסור בהנאה חוץ משערו שהוא מותר מפני שהוא אינו גופו ועיין בלח"מ ובכ"מ דתמו עליו איך פסק כר"נ ע"ש. ותירץ הגאון הנ"ל דעת תוס' דתרתי משמע מניה לר"נ בר יצחק דמחלק בין גמ"ד אוסרתה למיתה אוסרתה דמדאצטריך בשרו למשרי פרש שור הנסקל ש"מ דגמ"ד אוסרתה דאי סקילה אוסרתה ממילא פרשו מותר כמו שער אשה משום דמיתה אוסרתה ושפיר שמעינן מניה תרתי ועיין בעטרת שאול בחידושיו לב"ק דתירץ בזה דעת הרמב"ם דפסק כר"נ בר יצחק דמוכח מע"ז הנ"ל כר"נ בר יצחק. ואע"ג דרב אחדבוי אמר רב כאן. מ"מ הך איבעית אימא קרא סתמא דתלמודין קאמר ואנן פסקינן כר"נ בר יצחק וע"ש בעט"ש דהכריע מסוגין דלא ילפינן מבשרו למעט פרשו. ובזה מדויק לשון הרמב"ם בהמקדש בפרש שור הנסקל דמקודשת שאינו דבר חשוב לגבי השור ע"ש וא"כ אין ראי' דהמקדש בפרשו מקודשת מדאורייתא:

והנה בשו"ת צ"צ (סי' מ"ו) חקר בבהמה שנרבעת ואפי' על פי ב' עדים דראו הדבר. אי מותרת לשחוט ע"ש דפשיטא ליה מגמרא דפ' שור שנגח דו"ה שור שהוא יוצא לסקל והקדישו בעליו אינו מקודש שחטו בשרו אסור ואם עד שלא נגמר דינו הקדישו בעליו מוקדש ואם שחטו בעליו בשרו מותר. הרי מבואר דכל זמן שלא נגמר דיניה מותר וא"כ בזמן הזה דליכא כ"ג וליכא סנהדרין ואין דנין מיתה וכ"ז שלא נגמר דינה של בהמה מותרת. ובחידושי אמרתי לפשוט זאת מגמרא (דבמ"צ צ"ז) דבעי רמי בר חמא שאלה לרבעה מהו ופירש"י הוא בעצמו ומיבעיה ליה אי חייב באונסיה או לא. כדשיילי אינשי בעינן ולהכי לא שיילי או דלמא משום הנאה והאי נמי אית ליה הנאה ומבואר דהבהמה

מותרת היכא דנרבעת. דאל"כ מאי קא מיבעיה ליה אי חייב באחריות אי נימא דנאסרת ואינה בר דמים כשאר איסורי הנאה ואמאי קא מחייבת ליה אלא ע"כ דבזה"ז דליכא כ"ג ולא סנהדרין ולא נגמר דינה ומותרת ושפיר קא מבעיה ליה.

סימן ל

ביאור הרבה חדושי דינים בדבר שלבל"ע ופלפול בדברי הפוסקים בזה וביאור דעת הפוסקים אי לכשיהיו בעולם אי מהני והרבה חדושי דינים בקנין מעכשיו וביאור כמה סוגיות בזה:

הטור ח"מ (סי' ר"ט אות ו') הביא בשם בעהע"ט דלא חשיב דבר שלבל"ע אלא כגון פירות דקל וכיוצא בהם ששניהם יודעים ומתנים בדבר שלבל"ע. אבל אם המוכר מתנה בדבר שלבל"ע כגון שהמוכר מתנה ליתן לו דבר פלוני והוא בעולם אלא דא"ב לקיים חייב לקיים לו תנאו דע"מ כן נתן הלוקח מעותיו והביא ראי' מתוספתא דמציעא המוכר פירות לחבירו בחזקת שיש לו ונמצא שאין לו לאו כל הימניה לאבד זכותו של זה. והב"י (בסי' הנ"ל ובסי' רי"א אות ה') האריך בזה והטור סיים ע"ז דאין דעת הרא"ש כן וביארו הב"י והדרישה דהוא ממ"ש הרא"ש (פ"ד דב"ב) גבי ארעא ודיקלא דאינו מחויב לקנות ליה דקלים. והנה בתשובת רע"א (סי' קל"ד) הבין כונת בעהע"ט לחלק דבדבר שלבל"ע צריך הלוקח לידע דאין להמוכר ומתנה בדבר שלבל"ע. אבל היכא דהלוקח סבר דיש לו להמוכר והדבר ברשותו ואדעתא דהכי נתן המעות משו"ה המוכר שהתנה ליתן לו מחויב לקיים תנאו ע"ש שכן מוכח התוספתא שהביא בעהע"ט ע"ש. והנה במרדכי פ' המוכר את הבית בההיא דאי אית ליה תרי דקלי יהיב ליה. הביא בשם הראבי"ה ז"ל דחייב לקנות לו אי מזבין ליה מידי דשכיח למיזבן כדאמרינן פ' הריבית האי מאן דיהיב זוזי לחבריה למזבן חמרא ופשע ולא זבין ליה ואסיקנא התם דמשלם כו' ומבואר דעתו כבעהע"ט דלא חשיב דבר שלבל"ע. אמת דבגוף ראיתו מדברי הגמרא פרק הריבית לא זכיתי להבין דהתם היינו טעמא משום דהתנה הא לאו הכי לא הי' חייב כלום כמ"ש הרא"ש שם וכן משמע מפירש"י שם. ומצאתי להמ"א הלכות מכירה דיני אסמכתא (סי' ד') בתוך דבריו שם שנתקשה בזה. אמנם דעת הרמב"ם (בפ' כ"ד מהלכות מכירה) גבי קרקע ודקלים אני מוכר לך דלא קנה ומבואר דעתו דאפילו במלתא דשכיח למזבן אפ"ה חשוב דבר שלבל"ע דלא כבעל העיטור. ובאמת בתשובת רע"א סי' הנ"ל שזכרנו הכריע נמי דעת הרמב"ם דפסק (בפ' כ"ד ממכירה) דא"צ לקנות דקלים דחולק על בהע"ט. ומאוד נתקשתי בדברי שעה"מ הלכות מכירה (פ' כ"ב הלכה ה') שהביא דהרב ג"ת נסתפק בדעת הרמב"ם אי ס"ל דדוקא בשדה זו לא קנה משום דהוי דבר שלבל"ע אבל

שדה סתם קנה כיון דהרבה שדות מצוין ליקח וחשיב כדבר שבא לעולם והביא דהרב בני יעקב הקשה דאיך אפשר לומר דעת הרמב"ם דבשדה סתם חשיב דבר שבא לעולם דהא דעתו מבואר באומר לחבירו קרקע ודקלים אני מוכר לך כו' דלא קנה ומבואר דעתו דאפי' מלתא דשכיח למזבן חשיב דבר שלבל"ע. ומתרץ בשעה"מ דלא קשה דהא דכתב הרמב"ם בקרקע ודקלים דלא קנה. היינו דלא מחייבינן להנותן כיון דאכתי אינם ברשותו. אמנם אין ה"נ דאם קנה דקלים דחייב ליתן לו והביא ראי' דהא אף למ"ד אדם מדשלבל"ע היינו דוקא משבאו לעולם אבל קודם שבאו לעולם אף לר"מ יכול לחזור כמו שמבואר ברש"י פ"ק דמציעא (ד' ט"ז) אההיא דרב דאמר שדה זו לכשאקחנה קנויה לך דפירש רש"י קנה אם יקחנה אז אינו יכול לחזור ומבואר דקודם שבא לעולם יכול לחזור ע"ש שחשב זאת לדבר פשוט. והנה לדבריו אין ראי' נמי ממה שכתב הרא"ש בקרקע ודקלים אני מוכר לך דאינו מחויב לקנות לו דקלים דהרא"ש פליג על בעהע"ט כהוכחת הב"י והדרישה. דמאחר דלא באו הדקלים לרשותו בודאי יכול לחזור אף לבעהע"ט וכנ"ל. אך באמת זה אינו דהבעהע"ט חדש דהיכא דהלוקח לא ידע דהדבר אינו ברשותו של מוכר וקא סבר דברשותו הוא אף דהמוכר ידע דא"ב לא חשיב דבר שלבל"ע וכדבר שבא לעולם דייניגן ליה דבודאי לא מצי לחזור אף קודם שבא לרשותו ומחויב לקיים דבריו כבקנין גמור. ובודאי מחייבינן להנותן אף דא"ב ושפיר קמה ראיות הבני יעקב על הגד"ת וראיות הב"י בדעת הרא"ש ודברי השע"מ נסתר לדעתי ועיין בשו"ת רדב"ז (ח"א סי' פ"ו) שהביא דברי בעהע"ט הנ"ל וכתב דהרי"ף והרשב"ם חולקין עליו ע"ש:

והנה בגוף דברי הבעהע"ט הנ"ל הקשה הר"ש פ"ז דתרומות (משנה ג') בראיתו מן התוספתא דמציעא דמגמרא במ"צ לא משמע כן שיהא חייב להעמיד לו מקחו דקאמר התם גזלן שמכר וחזר ולקחה מבעלים הראשונים דלאוקמי קמיה לוקח קא בעי. ובירושה ממילא באמת לא קני הלוקח ומשמע דמיירי בין בהכיר בה ובין שלא הכיר בה שאינו שלו. ובתשובת רע"א (סי' הנ"ל) הקשה עוד ביותר לשיטת הה"מ (פ"ט מגזילה) והר"ן והנמק"י פ"ק דמציעא. דכתבו דההוא דינא דחזר, ולקחה הוא רק בלא הכיר בה וכ"כ הרמ"א להלכה (בסי' שע"ד). ובודאי קשה מסוגיא זו על התוספתא ואין קיום העיטור לפסוק כהתוספתא והנה הבהע"ט הביא דברי הירושלמי דמס' תרומות (פ"ו משנה ג') על המשנה דמאכיל את פועליו תרומה ולמד הבעהע"ט דכמו ששם דבר גזילה היא ואפי"ה כיון שזה לא ידע שגזולה היא מחויב לשלם ולקיים דבורו כמו כן בכל לוקח שקנה דבר שאינו שלו של מוכר מחויב המוכר להשתדל שיקנהו לו וקשה קושית הר"ש דבגמרא מציעא לא משמע כן כנ"ל. ובאמת לא זכיתי להבין קושית הר"ש. דבודאי

פשוט כונת הירושלמי דלא בגזול ולא בדבר שא"ב קא מיירי אלא בחפץ שהוא ברשותו והקנה לו באחת מדרכי הקנאות וקודם שמסר לו נמצא שאינו שלו ובטעות מסר לו חפץ אחר דבכהאי גונא מחויב ליתן לו אחר. מאחר דהחפץ היה ברשותו אחר זאת מצאתי בפנים הירושלמי במראה הפנים שביאר בהדיא כן כונת הירושלמי. עוד הביא בשעה"מ הלכתא הנ"ל דברי המרדכי דלכשיהיה בעולם מהני לכ"ע עיין במרדכי פ' י"נ הובא בהגה"ה (סי' ר"ט סעיף ד') והביא השעה"מ דמדברי התוס' פ' האשה רבה ופ' האומר שהקשו דלמה לי מעכשיו כו' מוכח דלא מהני לכשיהיה בעולם דאל"כ לדעת המרדכי לא ק"מ דלמה לי מעכשיו. שהרי רבותא אשמעינן דלא מיבעיה בדאמר לכשאקחנו קנויה לך דאליבא דכ"ע קנה. אלא אפי' באומר מעכשיו קנה משום דס"ל כר"מ אלא משמע ודאי דס"ל דאפי' באומר לכשיהיו בעולם לא קנה. והביא שם דהמוהרי"ט בח' לכתובות כתב לתרץ בזה דברי ר"ת שכתב שם דהאומר שדה זו שאירש מאבא מכור לך דקנה לכ"ע. והקשה הרב ז"ל מההוא דמוכר פירות דקל דאע"ג שברר המכר אפ"ה קיימ"ל דלא קנה ע"ש שהאריך בזה. וגם אני אענה את חלקי בזה דמוכח מדברי התוס' דלא ס"ל כהמרדכי דהתוס' בגיטין (ס"ו) הקשו בד"ה דמי חמרא לדעת הגמרא דערכין הוה דבר שלבל"ע וקשה לדעת המרדכי הנ"ל דלכשיבוא בעולם מהני וא"כ דמי חמרא הוא לכשיהיו בעולם. עוד מקשים על המרדכי מגמרא מפורשת באומר לאחר שאתגייר דלא מהני דהוא ממש לכשיהי' בעולם. ומצאתי להמקנה בק"א שלו שהרגיש בזה על המרדכי ומחלק בין היכא דעושה קנין לכשיבא בעולם דאז שפיר אמרינן דכל שעשה קנין והוא לא חזר מועיל. אבל בקידושין דהוה אמירה בעלמא וכל שלא חל בשעתו דהוה דבר שלבל"ע וגם אח"כ לא הי' אמירה ובמה תחול. ובזה יש לישב קושיתינו בקושית התוס' דלהמרדכי מועיל בדבר שלבל"ע לכשיהיו בעולם וחמרא הוי לכשיהי' בעולם כנ"ל. דשפיר קשה קושי התוס' דבהקדש דחל באמירה. וראיתי דבר חדש בס' טיב גיטין בחידושיו למס' גיטין (ד' ס"ו) גבי הא דאמרו חמרא לא קאמר דמי חמרא לא קאמר כו' והקשו בתוס' מאי הוי אף אם אמר דמי חמרא הא אמרו בערכין (דף כ"א) לכשיבואו יהיה הקדש הו"ל דבר שלבל"ע דלא מהני. וחדש דהא דאין אדם מקנה דשלבל"ע היינו בחזר בו המקנה אבל כל זמן שלא חזר לא. והראי' דהא אי שמיט ואכיל לא מפקינן מניה ובאמת לא אוכל לעמוד על דבריו דהא אף לר"מ דסובר דאדם מקנה דבר שלבל"ע היינו כל כמה דלא חזר בו אבל כשחזר בו מודה ר"מ ג"כ דלא מהני הקנין ולדברי הטיב גיטין הנ"ל מה הוסיף ר"מ על רבנן דהא גם הם סברי דרק אם חזר אז אין מקנה ועיין רש"י (ב"מ ט"ו). והנה לדברי המרדכי הנ"ל דלכשיהיה בעולם מהני הקשה בשעה"מ בשם

המרדכי מסוגיא דיכיר מההיא דפרכינן ולר"מ דאמר אדם מקנה דבר שלבל"ע יכיר למה לי ולא פריך לרבנן דאכתי מצי ליתנם במתנה לכשיבואו לעולם. עוד הקשה שם מהא דאמרינן פ' האומר בקדושין (ס"ב) באומר פירות ערוגה זו תלושים יהי' תרומה על פירות ערוגה זו מחוברים לכשיביאו שליש ויתלשו דהוי דבר שלבל"ע ואוקימנא לר' אלעזר בן יעקב בשיטה דבשיטת ר"מ קאי דאמר אדם מקנה דבר שלבל"ע. ובשעה"מ תירץ דמיירי שם באומר מעכשיו מדקתני יתר ע"כ אמר ר' אלעזר בן יעקב ומשמע דרבנן פליגי עליה ומשום הכי אוקימנא לה בשיטה ע"ש. אמנם באמת אף דהריטב"א כתב דשמעינן מגמרא הנ"ל באומר פירות ערוגה זו כו' דהמוכר פירות דקל עד שלא הביאו שליש לא קנה דהוי דבר שלבל"ע. בכל זאת שפיר השיג עליו במחנה אפרים הלכות דבר שלבל"ע (סי' ב') דמה ענין תרומה אצל קנין. דתרומה שאני כיון דעכשיו אינם ראוין הפירות להפריש מהם תרומה חשיב כדבר שלבל"ע. ואע"ג דהגוף הוא בעולם מידי דהוה למקדש את האשה לאחר שתתגרש דאע"ג דגופה הוא בעולם מ"מ כיון דמעכשיו אינה ראויה להתפיס בה קדושין חשיב כדבר שלבל"ע אבל לגבי קנין למה לא יוכל להקנותו כדי להאכיל לבהמה כיון שהגוף איתיה בעולם וכבר ראוי להאכיל לבהמה עכשיו. ובאמת חלוק נכון הוא ומתורץ שפיר קושית השעה"מ הנ"ל:

ולענין קושית השעה"מ לר"ת דמה שאירש מאבא שדה זו לא מקרי דבר שלבל"ע לכ"ע ומהני והקשה השעה"מ בשם מוהרימי"ט מההיא דמוכר פירות דקל לחבירו דאע"ג שבירר המכר אפי"ה קיימ"ל דלא קנה. נראה לע"ד לתרץ על פי מה שמצאתי בהגהות מרדכי פ"ק דמציעא גבי מה שאירש מאבא מכור לך מה שתעלה מצודתי לא אמר כלום וז"ל פי' רש"י משום דהוה דבר שלבל"ע ואין אדם מקנה דבר שלבל"ע ותימא מאי שנא מטובת הנאה דכתובה וכו' וי"ל דאין כאן משום דבר שלבל"ע אלא משום דאסמכתא הוא דהמוכר סומך אמה שירש מאביו ושמא לא ירש דומיא דמה שתעלה מצודתי דהוי אסמכתא. ולפי זה אתי שפיר דבאמת לענין דבר שלבל"ע בודאי אע"ג שבירר המכר לא מהני. משא"כ באסמכתא דמה שאירש מאבא דסמך דבודאי יירש את אביו. בודאי אם ברר דוקא שדה זו אם אירש דאז חזינן דלא סמך בודאי לירש מאחר דברר דוקא זו דאף אם יירש אחרים לא מכר לו אלא זו ובודאי גמר ומקני דלא תלה לו באם ירש סתמא דמה דירש הכל מכור. ובדברי הגהות מרדכי הנ"ל דבמה שאירש מאבא מכור לך לא משום דבר שלבל"ע נגע בה אלא משום אסמכתא. יש לתרץ קושית הריב"ש ושארי ראשונים דאיך קנה יעקב הבכורה מעשיו דנ"מ מזה רק לענין ירושה. והא מה שאירש מאבא מכור לך לא אמר כלום דהוי דבר שלבל"ע עיין קצוה"ח (סי' רע"ח) שהביא בשם הריב"ש

(סי' שכ"א) דקודם מ"ת דבשלב"ע נמי קנה. ובמקום אחר הביא דלהכי צריך שבועה משום דדבר שלבל"ע ולא מהני הקנין ע"ש שפלפל בזה ולדברי הגהות מרדכי הנ"ל דמשום אסמכתא נגע בה ובאסמכתא דעת הב"ח (בסי' ר"ז) הובא בש"ך שם (ס"ק י"ח) דאסמכתא לא קני אלא מדרבנן והקצוה"ח והנתיבות שם הביאו בשם המרדכי שכתב שכן דעת רבינו נתנאל דמה"ת קונה אסמכתא דילפינן מערב והאחרונים הוכיחו שכן דעת רש"י בשבועות (מ"ז) שכתב וז"ל משחק בקוביא גזלן דרבנן הוא דאמרינן אסמכתא לא קניא אבל מדאו' לאו גזלן הוא והתם ביעקב דקנה הבכורה בקנין דאו' אייריי. מלבד דיש לתרץ לפי זאת דמשום אסמכתא הי' ולהוכיח כדעת הראב"ד באסמכתא בעובד כוכבים אי קנה עיין השגות הראב"ד (פ' ד' הלכה ה' מה' חומ"צ) ודו"ק. ודברי הגהות מרדכי הנ"ל הובא במחנה אפרים הלכות מכירה דיני אסמכתא (סי' ד') והרבה הארכתי בחידושי בזה. והנה הקצוה"ח (סי' ר"י סק"ב) חדש לחלק בדעת הרמב"ם דבקדושת הגוף חייל אף בדבר שלבל"ע ע"ש. ובאבני מילואים (סי' מ' ס"ק י"ב) הביא עוד לחזק דבריו מספרי ע"ש ובחידושי הארכתי לפלפל בזה. והנה בדמי שכירות אי מקרי דבר שלבל"ע תלי נמי בשני תירוצי התוס' גיטין (ס"ו) שזכרנו בדמי חמרא והרמ"א בח"מ סי' ר"ט) כתב האומר לחבירו שיקנה ממנו דמי היין לכשימכור היין מקרי דבר שלבל"ע. וא"כ הרמ"א כתב להלכה כתירוצם א' הנ"ל דדוקא באומר לכשימכור אבל בסתם דמי היין מפרשינן היין לדמיו. ובאמת קשה מה הפרש יש בין דמי היין לפירות דקל דלא מפרשינן דדקל לפירותיו קאמר ועיין בתשובת רע"א (סי' קמ"א) שהאריך בזאת:

סימן לא

ביאור דעת הפוסקים כדבר שאינו קצוב וישוב נכון בדעת הרמב"ם בזה והרבה חדושי דינים בקנין דבר שלא כא לעולם ובדבר שאינו קצוב ופלפול בדעת הפוסקים רבותינו הראשונים ז"ל, וביאור כמה סוגיות בש"ס בזה, וביאור סוגיא דיכיר (ב"ב קכ"ז), והרבה חדושי דינים בדיני אסמכתא ובמשפטי התנאים:

בש"ע חו"מ (סי' ס' סעיף ב') המחייב עצמו בדבר שאינו קצוב כגון שנתחייב לזון חבירו או לכסותו חמש שנים אע"פ שקנו מידו לא נשתעבד להרמב"ם וחלקו עליו כל הבאים אחריו. והנה דעת החולקים הוא דעת הראב"ד שם בפ"ק דמכירה שם על דברי הרמב"ם שכתב שכן הורו רבותיו. וכ' הראב"ד על זה לא ידעתי מאין הורו וגם כל נושאי כליו לא גילו המקום עי' בה"ה שכתב שאינו יודע ראי' לזה והאחרונים האריכו מאד בדין זה עי' בתומים ונתיבות וקצוה"ח סי' הנ"ל. וגם אני אענה את חלקי בזה מה שנראה לע"ד. דהנה קושיות על דעת הרמב"ם מפוזרות בספרי האחרונים בהרבה מקומות. והנה

הקצוה"ח הביא קושיא מהא דאמרי' פ' יש נוחלין (קכ"ז) יכיר למה לי ומשני בנכסים שנפלו לו לאחר מכן הניחא לרבנן אלא לר"מ מאי א"ל וקשה מאי פריך לר"מ הא אפי' לר"מ לא מצי יהיב כל נכסיו שנפלו לו לאחר מכן משום דהוי דבר שאין לו קצבה ע"ש שהביא בשם בעה"ת דלר"מ דסבר אדם מקנה דבר שבל"ע ה"ה דבר שאין לו קצבה. ועי' בשעה"מ הלכות מכירה (פ' כ"ב הלכה ט') שהביא בשם המורש"ח ראי' לדברי הרמב"ם מגמרא דיכיר מדפרכינן לר"מ יכיר למה לי ולא פרכינן לרבנן נמי יהא נאמן במגו דאי בעי הוה מתחייב בדבר שלבל"ע. וע"כ הטעם דהוה מתחייב בדבר שאינו קצוב דלא מהני לדעת הרמב"ם ע"ש שהביא דהפ"מ דחה ראי' זאת ע"ש. והנה האחרונים הקשו בסוגיא דיכיר קושיא חמורה דמאי פרכינן לר"מ דאמר אדם מקנה דבר שלבל"ע יכיר למה לי הא במה יכול להקנות מעות שיפלו לו דלית בו שום קנין. דמשיכה והגבהה לא שייך דליתה הכא דלמשוך ובקנין סודר הא אין מטבע נקנה בחליפין. ואגב הוא דרבנן עי' בשעה"מ (פ"ג מעבדים) שהקשה כן. ועי' תשובת רע"א (סי' קל"ב) בשולי המכתב שנשאר בצ"ע. ובתומים הקשה נמי כן (בסי' ס' ס"ק י"א) אלא דהוכיח מזאת ראי' לדברי כנה"ג שם דע"כ אין לך אדם שאין לו קרקע ושפיר מהני בקנין אגב ע"ש. ובאמת לא הועיל בזה דגם אגב לא מהני דהוא קנין דרבנן כנ"ל.. ולדעתי נראה לתרץ ע"פ דברי הכ"מ (פ"א ממכירה) דכתב הטעם בהא דיכול אדם לחייב עצמו בדבר שאינו חייב נלמד מאודיתא דאיסור, גיורא ב"ב (קמ"ט). וכן כתב הב"ח (סי' ס') ע"ש. וא"כ בכל מה שאדם בא לחייב עצמו הוא מטעם כיון דאמר אני חייב לך הוי כמודה לו שהוא אף בדבר שאינו קצוב כנ"ל. ואף אי דבר שאינו קצוב הוא משום אסמכתא כדעת האחרונים. עי' קצוה"ח (ס"ס סק"ב) בדעת הרמב"ם דהוא משום אסמכתא מ"מ הא מודה דחייב לו מכבר וקני מטעם אודיתא להרמב"ם ובקנין אודיתא קני אפי' בדבר שאינו קצוב דרק בבא לחייב עצמו לזון חבירו על חמש שנים הוא דלא מהני משום דבר שאין לו קצבה דשמא יתיקרו הלבושים והמזונות ולא גמר ומקני והוה כאסמכתא ושוה קנין אודיתא לשארי קנינים דכשם דלא יחול שום קנין כך אודיתא לא יועיל דאין לקנין על מה לחול. אבל היכא דבא לסלק כחו ורשותו ולפטור עצמו מנחלה וירושה שיבא לו ממקום אחר בזה ודאי עדיף קנין הודאה משארי קנינים. דבשארי קנינים דבאים לסלק עצמן ולמחול בקנין. וכבר כתב הטור (סי' רל"ב) דגם למחול לא יכול בדבר שאינו קצוב. משא"כ בהודאה מאחר דהוא מודה דמעולם לא היתה שלו ואף דידעינן בשקרו מ"מ מועיל ההודאה. ובזה מהני אפי' בדבר שאינו קצוב ועי' בתשובות חכם צבי (סי' ט"ז) שהכריע לדבר פשוט דבמעות שרוצה אדם להקנות לחבירו והמעות במקום אחר ליכא שום קנין אלא

אודיתא דשפיר מהני. ובודאי מתורץ שפיר קושית המחברים הנ"ל בסוגיא דיכיר דשפיר שייך קנין אודיתא. ומעתה אתי שפיר דברי הגמרא הנ"ל באופן דליכא הוכחה להרמב"ם בדבר שאינו קצוב. וגם קושיא על הרמב"ם ליכא דמאחר דקשה קושית האחרונים הנ"ל דלמא אצטריך קרא דיכיר לאם נפלו לו מעות במדינת הים דליכא בהו שום קנין כנ"ל. וע"כ צריך לתרץ דבקנין אודיתא וכתשובת החכם צבי (סי' ט"ז) הנ"ל שזכרנו דמהני במעות. וכבר הוכחנו דקנין אודיתא מועיל בדבר שאינו קצוב:

ובזה יש ליישב קושית הבתי כהונה הובא בתומים (סי' ס"א ס"ק א') דהקשה לשיטת הר"ן (פ"ב) דקדושין ותוס' סנהד' (ר"פ ב"ס) דס"ל דדבר תורה אין אפשרי לזכות לקטן בשום צד דזכי' מתורת שליחות ואין שליחות לקטן. א"כ מאי פריך הגמרא יכיר למה לי הא אי בעי לתת לו מתנה מי לא יהיב ליה. דמה קושיא דלמא באומר על בנו קטן שהוא בכור וא"א לו לתת לו במתנה בשום אופן ע"ש בתומים שדחק בזה. ובשעה"מ הלכות נחלות (פ"ג). ולדברינו שפיר יכול להודות דהנכסים הם של בנו הקטן דאז אין צריך הקטן שום קנין. ואי קשה מאין להקטן נכסים כקושית התוס' סנהדרין (ריש פב"ס) י"ל כתירוצם שם שירש את אביו כו'. והנה הרמב"ם (פי"א ממכירה) כתב דבדברים הנקנים באמירה אף בדבר שאינו קצוב מועיל. ובזה נסתר קושית האחרונים ומכללם בעל ספר מקמ"ח שהקשו בקדושין כ"ו עשור שאני עתיד למוד נתון ליהושע ומקומו מושכר לו. והאיך הי' מועיל והא הו"ל דבר שאינו קצוב לשיטת הרמב"ם דלא מהני ולדברי הרמב"ם הנ"ל שזכרנו כיון דהוה מתנות עניים ואמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט ואף בצדקה הדין כן. עי' (סי' רנ"ח) והו"ל כדברים הנקנים באמירה דמועיל וא"כ בצדקה לא שייך אסמכתא. אך קשה לכאורה א"כ דמשום דהוי דברים הנקנים באמירה דאמירתו לגבוה כו' קשה דלמה לי קנין דמקומו מושכר לו דבאמירה לגבוה סגי ולא בעי קנין. ועיינתי בספרים ומצאתי להריטב"א בחידושיו לקדושין שכתב דבאמת באמירה לגבוה סגי בהך דר"ג אלא דלא מפטר מדין ביעור אי לא מפיק מרשותיה לגמרי. ובאמת תירוצו הוא נגד כל הפוסקים הראשונים דהפירוש אמירתו לגבוה כמסירה להדיוט דמי כקנין המועיל בהדיוט לענין אסמכתא ולנגד שארי דברים המבטלים. עי' במלחמות (פ"ד דב"ק) ותמצא שם כל השיטות בזה, ובגוף קושית האחרונים בסוגיא דיכיר דבמה יכול להקנות מעות שיפלו לו במדינת הים דלא שייך בו שום קנין. ראיתי דבר נחמד שהעיר בשו"ת שואל ומשיב להגאון רי"ש נאטענזאהן דיכול להקנות בשטר. ואי דמטלטלין לאו בני שטרא נינהו הא דעת ר"ת בכתובות (ק"ב) ד"ה בן ננס דאם משעבד עצמו במנה בשטר מועיל ע"ש דביאר דכיון דטרח לכתוב שטר גמר ומשעבד נפשיה. ואחר העיון זה אינו דהא הוי

מתחייב בדבר שאינו קצוב ולא מהני וכמו שזכרנו לעיל ראיית המורש"ח להרמב"ם. והר"ת לא חדש זאת אלא במנה בשטר דהוי דבר קצוב. אך ס"ס קשה הא אית ליה מגו דהוה מתחייב בסך קצוב. ומצאתי בשעה"מ שהביא להקשות כן בשם הפ"מ והוכיח מזאת דאפי' במתחייב כל שבאו הנכסים לאחר מיתה לא מהני ובמקום אחר הארכתי בזה ואכ"מ:

והנה המל"מ (פ"ו מאישות) נסתפק אם בתנאי דלשעבר צריך משפטי התנאים ובחידושי הארכתי בזה וגם בספק השעה"מ אם בתנאי דלשעבר שייך אסמכתא דתלוי בזה לדעתי. והנה הקשה לי חכם אחד דבכל ענייני אסמכתא דאמרי' אדעתא דהכי לא גמר ומשעבד נפשיה דלפי מה שכתבו התוס' בכתובות (מ"ז) דהיכא דהדבר תלוי בדעת שניהם לא שייך לומר דאדעתא דהכי לא קניתי דהא איכא ג"כ דעת המקנה דהקנה ולא הי' מקנה לו לדעתו אם לא יפרש. וא"כ נמי באסמכתא כיון דזה התנה עמו ע"ד כך איך שייך אסמכתא דלא סמכה דעתו שיהי' כך ויתחייב הא חבירו הקנה לו אדעתא דהכי. וא"כ יש דעת אחרת המקנה לו אדעת כך. אמנם באמת השבתי לו דבאסמכתא לא שייך זאת אדעתא דהכי כו' דהא שניהם לא ידעו וסמכו דעתם שיהי' כך ובכל זאת גמרו נפשם להקנות ואיך שייך לומר דחבירו הקנה לו אדעתא דהכי דאף הוא לא ידע ורק גבי קנין ברור דלא נשתנה והמוכר ידע מראש חדשו התוס' זאת. והנה (בסי' קל"א) מבואר המחלוקת הרמב"ם בער אם שייך אסמכתא וביארו האחרונים דערב שלא במתן מעות הוי אסמכתא. אבל בשעת מתן מעות לא הוי אסמכתא. ולדברינו שפיר מבואר הטעם דבשעת מתן מעות לא הוי אסמכתא משום דהמלוה לא הלוה לו רק אדעתא דהערב ישלם ולא שייך לומר דאדעתא דהכי לא נשתעבד מאחר דהמלוה לא הלוה לו רק אדעת כך. ועי' בתשובת אבקת רוכל (סי' ק"נ) הרבה דיני אסמכתא. והנה לפי מה שבארנו לעיל דעת הרמב"ם דבדברים הנקנים באמירה מועיל אף בדבר שאינו קצוב ואשר בגוף הדבר חדש כן בקצוה"ח (סי' ס' וסי' של"ב) דבשכירות מהני דבר שלבל"ע מאחר דלא בעי קנין ולפ"ז קשה לכאורה מערב בשעת מתן מעות דנקנה נמי באמירה ובדיבור שאני ערב סגי. ולמה לא יועיל בדבר שאינו קצוב והרבה הארכתי בזה לפלפל בחידושי. והנה בשער המלך הביא בשם ספר מקור ברוך דיסוד מקור של הרמב"ם דלא מהני בדבר שאינו קצוב. הוא מהאי ברייתא דאונאה דמבואר שם דצריך לפרש שיעור האונאה שיש במקח זה משמע דלא מהני באומר יודע אני שיש בזה אונאה. וכתב השעה"מ עליו שאשתמיט מינה מהספר מקור ברוך דברי רמב"ן שהביא בשעה"מ (ס"ד) בבעה"ת דהרמב"ן הוא מהפוסקים החולקים על הרמב"ם וסברי דמועיל אף באינו קצוב ומסיים

הרמב"ן ולענין אונאה שחלקו בין סתם למפרש ההיא טעמא רבה איכא משום דבסתם איכא מחילה דהא כל מו"מ כ"א יודע שחבירו מעלה בדמי ממכרו כמו שיוכל להעלות ורחמנא אמר לא תהוי מחילה כדי שיראה לתגר. אבל גבי מתנה וחיובא ומחילה כיון דמחית נפשיה להני ספיקא גמר ומשעבד נפשיה ע"ש דמתרץ בזה חקירת הסמ"ע למה פליג הטור על הרמב"ם גבי מומין ומסיק דאינו צריך לפרש (ובסי' רכ"ז) באונאה לא יצא לחלוק על הרמב"ם דגבי אונאה שאני כדברי הרמב"ן הנ"ל. וגם בנתיבות המשפט (סי' ס' ס"ק ד') שכתב כדברי שעה"מ לתרץ בזה קושית סמ"ע. ועי' בתשובת גליא מסכתא (סי' ב') שהאריך לבאר זאת ולתרץ דבאונאה מפורש הענין קצוב בברייתא והתם ליתא מאן דפליג דודאי בעי לפרוש ולפרוט ע"ש:

סימן לב

שאלה באחד ששעבד לחבירו בית זה שיפול לו ממורישו ואין יורש קרוב ממנו דהדין דיכול אדם לשעבד ולחייב בדבר שלבל"ע. אף דלהקנות לא יכול דבר שלא בל"ע כמבואר (בח"מ סי' ס' סעיף ו'). ומת המתחייב קודם שמת מורישו ולהמתחייב הזה היה לו ב"ח שהלוה המתחייב ממנו בשטר ולא כתב לו דאקני. ועכשיו שמת מוריש באים המקבל מתנה והב"ח לגבות מבית זה וזמנם שוה למי ינתן הבית:

תשובה הדבר הזה נחלק לג' חלקים. א) לענין המקבל מתנה אם חייבין היורשין ליתן לו המתנה מאחר דמת המתחייב קודם שבאו לידו הנכסים ולא היה לו כי אם שעבוד הגוף ומאחר שמת פקע שעבודו. וא"כ בודאי הדין עם הב"ח דמשועבד לו כל מה שקנה אח"כ ומה שנתן לו במתנה כו'. ב) לענין הב"ח אם גובה מהבית הזה משום דהוה ראוי ומחלוקת הפוסקים בזה אם ב"ח גובה מן הראוי. ג) אף להסוברים דב"ח גובה מן הראוי. היינו דוקא בדכתב לו דאקני ואף דמסקינן ב"ב (קנ"ז) דלוה וקנה והוריש משתעבד אף דלא כתב דאקני. וכן המחבר (בסי' קי"א) הביא ב' דעות בזה היינו דוקא בנכסים שבאו ליד המוריש בחייו אף שקנאם אח"כ מ"מ נשתעבדו בחייו. אבל בנכסים שבאו לאחר מותו ומעולם לא נשתעבדו אזי תלוי בדאקני. והנה לענין הספק הראשון הדבר מבואר בפ"מ ח"א (סי' ט') הביאו השעה"מ (פ' א' מהלכות מכירה הלכה ע') על מי שנתחייב לתת פירות דקל לחבירו דבלשון חיוב אדם מתחייב בדבר שלבל"ע ומת המתחייב קודם שבאו הנכסים לעולם ע"ש. שרצה להוכיח מסוגיא דיכיר ב"ב (קכ"ז) דפרכינן ולר"מ דאמר אדם מקנה דשלבל"ע יכיר למה לי ולא פרכינן נמי לרבנן יהא נאמן במיגו דאי בעי הוה מתחייב בדבר שלא בא לעולם ואין לומר משום דהוי דבר שאינו קצוב דלא מהני לדעת הרמב"ם ע"ש. שהביא דהמורש"ח בביאורו (סי' ס') הוכיח מכאן

דעת הרמב"ם בדבר שאינו קצוב ודחה דבריו שם בשעה"מ ע"ש. אמנם בנד"ד נראה לע"ד דתלי במחלוקת השיטות בטעמא דיכול אדם לשעבד עצמו בדבר שלבל"ע ולהקנות אינו יכול להקנות דבר שלבל"ע ומאי שנא שעבוד מקנין. וכבר האריך בזה הקצוה"ח (בסי' קי"ב) והעלה דשעבוד דאקנה הוא דרבנן ומשום נעילת דלת. והוכיח כן מהרשב"ם ב"ב (קנ"ז). אבל מה"ת כשם שאין יכול להקנות דשלבל"ע כך אין יכול לשעבד דשלבל"ע ע"ש בקצוה"ח שהביא דכן דעת הרמב"ם והנמק"י והוכיח כיון דתקנתא דרבנן הוא לא תקנו אלא דוקא היכא דהלוה כבר נתחייב לפרוע. אלא דלית ליה נכסי והוצרכו לתקן שיטרוף מלקוחות אפי' מנכסים שקנו אח"כ כדי שיוכל המלוה לטרוף ולא תנעול דלת. אבל היכא דהלוה גופא לא נתחייב כלל לא שייך האי תקנתא כיון דליכא לוה כלל ולהכי היכא דמחייב עצמו בדבר שלבל"ע דאפי' לוה גופא לא נשתעבד ונתחייב כיון דהוי דבר שלבל"ע לא שייך כדי שתנעול ע"ש שביאר זאת באריכות:

אמנם דעת הבעה"ת (שער ס"ד) מבואר הטעם דיכול אדם לחייב עצמו בדבר שלא בל"ע היינו משום דילפינן לה ממאי דקיי"ל דאקני משתעבד ומשועבד לב"ח מה שיקנה אח"כ. וכן דעת המהרי"ט ח' ח"מ (סי' כ"ג) דשעבוד דאקנה הוא מטעם חיוב. וא"כ כיון דמשום חיוב הוא וחל על גופו וגופו איתיה בעולם. וממילא צריך לשלם אח"כ כיון דכבר נתחייב גופו ומניה אפי' מגלימא דעל כתפאי והוי שעבוד בפירוש. ומעתה היכא דמת המתחייב קודם שבאו לעולם היינו קודם שמת מורישו תלי בשעבוד דאקני אי הוא משום חיוב או לא דאי משום חיוב הוא דאקני ומאחר דנתחייב גופו דאיתיה בעולם ממילא צריך לשלם מכל אשר נמצא לו ומדאורייתא הוא דהוי כשעבוד בפירוש. א"כ בודאי נתחייבו היורשים ליתן לו מתנתו מנכסים שנפלו לו אח"כ מאחר דנשתעבדו מתורת חיוב דמהני בדבר שלא בא לעולם. ואף דמת המתחייב קודם שבאו לעולם. מ"מ חל החיוב עלייהו מה"ת דהוי שעבוד בפירוש. אמנם לדעת הקצוה"ח בשם הרשב"ם הנ"ל שזכרנו דשעבוד דאקנה הוא דרבנן ומשום נעילת דלת. ודוקא היכא דהלוה כבר נתחייב לפרוע אלא דלית ליה נכסי כו'. אבל היכא דהלוה גופא לא נתחייב כלל לא שייך האי תקנתא ולהכי היכא דמחייב עצמו בדשלבל"ע דאפי' לוה גופו לא נשתעבד ונתחייב כיון דהוי דשלבל"ע ולא שייך נעילת דלת וכנ"ל. וא"כ בנד"ד נמי היכא דמת המתחייב קודם שבאו לידו ולא נתחייב הלוה בחיובו משום דהוי דבר שלבל"ע בודאי פטורים היורשין כו' דלא שייך נעילת דלת. והפ"מ דהכריע דפטורים היורשים מליתן לו היכא דמת המתחייב קודם מורישו מגמרא דב"ב (קכ"ז) דפריך לר"מ יכיר למה לי ולא פריך נמי לרבנן יכיר למה לי יהא נאמן במיגו דאי בעי הוה מתחייב בדבר שלבל"ע. ע"כ דעתו כדעת הרשב"ם

דשעבוד דאקני הוא דרבנן כאשר הביא בעקצוה"ח דאז שפיר פטורים היורשים היכא דמת המתחייב מקודם מורישו ולא באו לידו עדיין הנכסים. דלבעה"ת דחיוב הוא משום דקי"ל דאקני משתעבד כנ"ל. א"כ לעולם חייבין היורשין מאחר דנשתעבדו הנכסים לשעבוד הגוף דאיתיה בעולם. וע"כ דעת הפ"מ כסברת הקצוה"ח דדאקני הוא דרבנן. ולהכי שפיר הביא ראי' מגמרא הנ"ל. וא"כ בנד"ד דכתב לו דאקני להמקבל מתנה ובודאי מחויבים היורשים ליתן להמקבל מתנה ובודאי קודם המקבל מתנה לב"ח דלא כתב דאקני ואף דקיי"ל דאחריות טעות סופר הוא. ואף באחריות דאקני ב' דעות (בסי' קי"ב) ולהדעה דבאקני נמי אחריות טעות סופר הוא. א"כ שוים המה לכאורה הב"ח והמקבל מתנה. אמנם כבר הכריע בנוב"י מהדו"ק ח' ח"מ (סי' כ"ח) דהא דאמרינן אחריות טעות סופר הוא דוקא בדבר שקונה ודאי אזי אמרינן אף דלא כתב אחריות. דמסתמא לא שדי זוזי בכדיה ובודאי רוצה אדם להיות בטוח בקנינו. והאי דלא כתב בודאי צוה לכתוב אלא שהסופר טעה ולא כתב. משא"כ במקנה דבר שלבל"ע אלא לכשיקחנו מקנה לו מעתה וכל כיוצא בזה ועל זה התחייב נפשו. א"כ ע"כ הלוקח מכניס עצמו בספק כי שמא לא יקנה. וכיון דחזינן דהכניס עצמו לספק בודאי מכניס עצמו לספק זה לקנות בלא אחריות ובעינן שיכתוב לו אחריות בפירוש אפי' על, הנכסים שישנו בידו ע"ש בסוף התשובה שביאר זאת בדברים נכונים בדעת הרמב"ן שהובא בש"ך (סי' ס' ס"ק כ"א). ושחתנו רצה לחדש להיפך דבמקנה דשלבל"ע בודאי אחריות טעות סופר אפילו מאן דס"ל אחריות לאו ט"ס בעלמא. הכא מודי דהכא בודאי דעתו על מה שיקנה ועל זה עיקר ההתחייבות כלל ע"ש. והרבה הארכתי בחידושי. וא"כ לדברי הנוב"י לא שייך אחריות טעות סופר במקנה דשלבל"ע. ובודאי קדים המקבל מתנה להב"ח דלא כתב דאקני בלא טעם דאין ב"ח גובה מן הראוי. אף דיש לדחות דבב"ח אין עיקר סמיכתו על נכסים הראוי ויש לפלפל בזה ואכ"מ. ועיין בקצוה"ח (סי' ס' ס"ק ה') שהאריך בדברי הגמרא דב"ב (קכ"ז) בשיטת הבעה"ת. ומה שנלע"ד כתבתי וא"כ לענין ספיקתנו בודאי קדם המקבל מתנה דכתב לו דאקני:

אמנם באמת נלע"ד דתלי בפלוגתא דהני רבוותא א בשעבוד דאקני אם קודם שבאו לעולם יכול לחזור בו או לא. עי' (בסי' קי"א ס"א) בהגה"ה דהביא ב' דעות בזה. ובש"ך הכריע כדעת הא' ועי' בנמק"י פ' איזהו נשך (דף ק') שהביא דעת הרשב"א דבדאקני יכול לחזור בו קודם שקנה כמו דלר"מ דס"ל אמדשלבל"ע יכול לחזור קודם שבא לעולם. ה"נ לדידן דקיימא לן כרבנן דאין אדם מקנה דבר שלבל"ע. אמרינן הכי בשעבוד דאקני דיכול לחזור קודם שקנה. דלא חשיב שעבוד לרבנן. יותר ממכר דאקני לר"מ כו'. וא"כ

להסוברים דבשעבוד דאקני יכול לחזור קודם שבאו לעולם. וא"כ לדידהו אימת חל חיובו בשעה שבאו הפירות דקל לעולם. ואם כן בכשמת המתחייב מקודם שבאו לעולם פקע חיובו ושעבודו מן היורשים. אבל להסוברים בשעבוד דאקני דלא יכול לחזור קודם שבאו לעולם. ואם כן החיוב מתחיל מיד ואף במותו לא פקע החיוב ושעבוד נכסי מן היורשין. ואחרי העיון והחיפוש זכיתי לראות בקצות החושן (סי' ס' ס"ק ז) ובתומים סי' הנ"ל שהביאו הכנה"ג שכתב בשם מוהר"א ששון (סי' קל"ב) דאפי' בלשון חיוב אם מת הנותן קודם שיבואו לעולם זכה מקבל מתנה. ותלי בפלוגתא דפליגי הפוסקים בשעבוד דאקני אם קודם שבא לעולם יכול לחזור בו או לא ועי' שם בקצוה"ח דהכריע דגבי חיוב לכ"ע אינו בחזרה. ולדברינו הנ"ל נדחה דבריו ועי' בתומים שכתב בטעמא דכנה"ג הנ"ל. אחר כותבי זאת מצאתי במחנה אפרים הלכות גביית חוב (סי' א') דמבואר היטב בחקירתו שם אי אחריות דאקני בעי קנין או לא ע"ש. שהביא דברי הבעה"ת שער מ"ג בשם הרמב"ן. והכריע דעתו דשעבוד דאקני לא משום תקנה מטו בה כהרשב"ם ב"ב שזכרנו ושכן דעת הנמק"י והרא"ש דמשום דאלמוה רבנן לשעבוד דב"ח כדי שלא תנעול דלת. אלא טעמא דאקני הוי להרמב"ן. דכל שעבוד דאקני הוא שמשעבד נפשיה ונעשה חוב עליו וגופיה איתיה בעולם. וכ"כ הרב בעה"ת שער ס"ד דבלשון חיוב יכול אדם לחייב עצמו בדשלבל"ע. ע"ש שתירץ בזה סתירת דברי הרמב"ן הנ"ל שזכרנו שהביא בשער התרומות (מ"ג) בשם הרמב"ן שהמוכר או הנותן מה שעתיד לקנות ושעבד נכסים וקבל אחריות כו' הביאו הש"ך (סי' ס' ס"ק כ"א). והקשה הב"י שם דדבריו סותרים כנ"ל שזכרנו דברי הנוב"י מהדו"ק חח"מ (סי' כ"ח) לתרץ דבריו. ולפ"ז תירץ במ"א שם לפי מה שהכריע דעתו דשעבוד דאקני הוא משום חיוב. אתי שפיר דשעבוד דאקני הוא משום חיוב שמשעבד הוא עצמו לכך. ובזה מתורץ הרבה קושיות שהקשה שם בתשובת חתן הגאון נוב"י בתשובה (סי' כ"ז). ע"ש עוד במ"א דביאר דזאת הוא מחלוקת הרמב"ן והרשב"א בשעבוד דאקני אי יכול לחזור. דהרמב"ן כתב פ' חזקת (מ"ד) דשעבוד דאקני אינו יכול לחזור ולא אמרינן בו אחריות ט"ס כל שאינו כתוב בפי' דאקני מאחר דהעיקר החיוב הוא. ואז אם כתב בשטר וחייב את עצמו אזי אינו יכול לחזור דבאותו כתיבה שעבד עצמו אבל הרשב"א ס"ל דשעבוד דאקני היינו טעמא דמהני כמו שכ' הרשב"ם ב"ב והנמק"י דמשום תקנה מטו בה ולא שמתחייב עצמו אלא שמשעבד נכסיו לכשיבואו לעולם. ולפיכך כתב דיכול לחזור בו קודם שקנה ואמרינן אחריות ט"ס ע"ש. ומבואר כדברינו הנ"ל דהיסוד יסוד נכון הוא:

ומעתה נבא לבאר ספק הב' לענין הב"ח אם גובה מן הראוי או לא דמחלוקת הפוסקים בזה.והטור (בסי' ק"ד ובסי' ר"פ) פסק כמשנה שלמה דב"ב (פ' מי שמת) נפל הבית עליו ועל אביו והיה עליו ב"ח דמבואר שם דאין ב"ח גובה מן הראוי. אלא דהקשו דהרכיב שני הטעמים יחד (דבסי' ק"ד) בסופו כתב הטעם דאין ב"ח גובה מן הראוי. (ובסי' רי"א) גבי בן שמכר בנכסי אביו כתב טעמא דמצי אמר מכח אבוהא דאבא קא אתינא עי' בתומים (סי' ק"ד) ובקצוה"ח סי' הנ"ל שהאריכו בזה. והעיקר בדברי הקצוה"ח שהעלה דמדינא אין הב"ח נוטל בראוי ומשום דלא עדיף שעבוד לרבנן מקנין לר"מ ולר"מ נמי אפי' נכסים שנפלו כשהוא גוסס אין א"מ כו'. אלא טעמא דאין ב"ח גובה מן הראוי. נראה משום דס"ל דקנה והוריש לא בעי דאקני וכדאמרי' פרק מי שמת (קנ"ז) דאפי' נימא דאקני לא משתעבד מצוה על היתומים לפרוע חובת אביהן. וכן הוא בש"ע (סי' ק"ז) דקנה והוריש לא בעי דאקני. ומשום זה כיון דאינו אלא משום מצוה לפרוע חובת אביהן. אם כן מצי אמר אנא מכח אבוהא דאבא קא אתינא ואין עלי מוטל לפרוע חובת אבא כיון דמצינא לזכות בלא אבי אלא מכח אבוהא דאבא. ולא שייך טעם דראוי (בסי' רי"א) מאחר דאין עליו מצוה. משא"כ היכא דנפל הבית עליו הכא (בסי' ק"ד) ותפס מלוה מפקינן מיניה דהא משנה ערוכה שנינו נפל הבית עליו כו' ומשמע דאינו גובה. וע"כ הטעם או דאין ב"ח גובה מן הראוי או משום דתחת אבותיך יהיו בניך ולא מצי מלוה לומר קים לי דאין ב"ח נוטל בראוי וקים לי דלא אמרינן תחת אבותיך כו'. דא"כ הרי חולק על המשנה ע"ש. שדבריו נכונים דמדינא אין הב"ח נוטל בראוי. אלא משום מצוה לפרוע חובת אביהם ב"ח נוטל בראוי כמבואר פ' מי שמת (קנ"ז) דאפי' דאקני לא משתעבד איכא משום מצוה כו' כנ"ל. ובזה יש לתרץ קושית הקצוה"ח (בסי' קי"ב) על שיטת המהרי"ט ואשר הוכחנו לעיל שזו דעת הרמב"ן וכהבנת המ"א שזכרנו. והקשה הקצוה"ח לדבריהם לשיטת המהרי"ט דשעבוד דאקני הוא משום חיוב דהתחייב על גופו וגופו איתיה בעולם ונשתעבדו גם נכסיו שלא היו בשעת חיוב. והקשה דאף דחיוב חל אגופו דאיתיה בעולם. היינו רק לגביה דידיה דמיניה דידיה אפי' מגלימא דעל כתפאי משועבד לב"ח ומחויב לשלם. אף מנכסים שקנה אח"כ ולא היו בעת החיוב, מ"מ כיון דחל אגופו וגופו איתיה בעולם. וממילא צריך אח"כ לשלם. משא"כ שעבוד לקוחות דשעבוד הב"ח מלקוחות דאז צריך שיחול על גוף הנכסים. היינו שיהי' בעת הלואה. דאל"כ איך יטרוף מהם כיון דהם לא נתחייבו ע"כ. ולפי מה שכתב הקצוה"ח הנ"ל שזכרנו בטעם דב"ח גובה מן הראוי משום מצוה דמוטל לפרוע עליהם וכל הנכסים משועבדין לקיים המצוה. וכמו שמתבאר מדברי הגמרא דב"ב (קנ"ז) לק"מ. ובאמת מבואר ביותר בחידושי פ"י

בכתובות בסוגיא דשנים שהטילו לכיס. דהא דמשתעבד נכסי שקנה לאחר מכאן אף דלא שייך נכסי דאינש עריבין ביה מאחר, דלא היו בעת הלואה משום דעיקר השעבוד חל על גופו שמחויב לקיים מצות פריעת ב"ח ונכסיו משועבדין לקיים המצוה. וא"כ בנד"ד נמי נשתעבד אף דלא שייך ערבות משום מצוה. ולא קשה קושית הקצוה"ח לדעת המהרי"ט. וא"כ מעתה נוכל לומר דהא דב"ח גובה מן הראוי או לא. תלי בשעבוד דאקני אי משום חיוב דנתחייב גופו דאיתיה בעולם. וממילא נשתעבדו נכסיו שקנה אח"כ לקיים המצוה. וכדעת המהרי"ט והרמב"ן והמ"א שזכרנו ובודאי ב"ח גובה מן הראוי ונפשט נמי הספק הג' דחקרנו לעיל אי הא דב"ח גובה מן הראוי. היינו דוקא בדכתב לו דאקני. דבודאי להסוברים דשעבוד דאקני הוא משום חיוב דנשתעבדו נכסים אף שקנה אח"כ לקיים המצוה מאחר דכתב דאקני ושעבד נכסיו. אבל כל דלא כתב דאקני ולא שעבד נכסיו בודאי אינו גובה מן הראוי. דהעיקר בכתיבה דזה החיוב שחייב עצמו. וזהו מדאו' חל השעבוד על גופו דאיתיה בעולם. וממילא נשתעבדו הנכסים אף שקנה אח"כ. אך אי נימא כהקצות החושן שהעלה (בסי' קי"ב) דשעבוד דאקנה הוא דרבנן והוציא כן מהרשב"ם ב"ב ומה"ת לא עדיף שעבוד מקנין בודאי אין ב"ח גובה מן הראוי מנכסים שקנה אח"כ דמה"ת לא נשתעבדו ומשום מצוה נמי ליכא דהשעבוד לא חל אגופו וממילא ליכא שעבוד נכסים. ומעתה אתי שפיר קושית השעה"מ (פ' כ"א מהלכות מו"ל) על הפ"מ שזכרנו שנסתפק במי שנתחייב ליתן לחבירו פירות דקל ומת המתחייב אי חייבים היורשים לתת ע"ש. וכתב עליו השעה"מ הלכתא הנ"ל ז"ל ולא אדע שכול איך כתב זאת כאלו הוא הלכה פסוקה והלא להקת הנביאים שכתבנו דס"ל דב"ח אינו גובה מן הראוי. ואפי' היכא דליכא טעמא דמכח אבוהא דאבא קא אתינא ובודאי להנהו רבוותא ז"ל מי שנתחייב לתת פירות דקל לחבירו ובאו לעולם אחר פטירתו אין היורשין חייבין ליתן לו מכח אבוהן דהו"ל ראוי ואין ב"ח גובה מן הראוי ע"ש שהחמיר בזה. ולפי מה שבארנו לעיל דהמחלוקת אי ב"ח גובה מן הראוי תלי בהדעות בשעבוד דאקני אי משתעבד. ולהסוברים דשעבוד דאקני הוא דאו' משום החיוב דחל על גופו דאיתיה בעולם. וממילא נשתעבד נכסים אף שקנה אח"כ לקיים המצוה. וכמ"ש בשם הפ"י בסוגיא דשנים שהטילו לכיס כנ"ל. משא"כ להסוברים דשעבוד דאקני הוא דרבנן ומשום נעילת דלת. כדעת הרשב"ם ב"ב שהביא הקצוה"ח (סי' קי"ב). אבל מדאו' כשם שאינו יכול להקנות דבר שלבל"ע כך אין יכול לשעבד דבר שלבל"ע. ובודאי דידהו אין ב"ח גובה מן הראוי מאחר דמן התורה לא נשתעבד ומשום מצוה נמי ליכא אבל להסוברים דמשום חיוב הוא דחל על גופו דאיתיה בעולם. וממילא נשתעבדו נכסים שקנה אח"כ

משום מצוה. שפיר גובה ב"ח דנשתעבדו לו מה"ת ומשום מצוה. וא"כ מאחר דהכרענו לעיל דעת הפ"מ דמשום חיוב הוא כנ"ל. מראיתו שהביא מגמרא ב"ב (קכ"ז) בסוגיא דיכיר כנ"ל ובודאי ע"כ דעתו דב"ח גובה מן הראוי. ולא קשה עליו מהסוברים דב"ח אינו גובה מן הראוי. דע"כ דעתייהו דמשום נעילת דלת הוא שעבוד דאקני. אבל מה"ת כשם שאין יכול להקנות דשלבל"ע ע כך אין יכול לשעבד דבר שלבל"ע. ובזה נדחה נמי מה דהביא שם בשעה"מ להסתפק בשם המל"מ דאף מאן דאית ליה ב"ח גובה מן הראוי היינו דוקא בדכתב לו דאקני אבל לא כתב לו דאקני לא. והביא המל"מ שנראה כן מדברי הרא"ש ע"ש. והקשה השעה"מ דאשתמיטתיה ממנו דברי התוס' דב"ב (קנ"ט) ד"ה לימרו ליה אבוך זבין דמחלוקת הריב"ם והר"י בזה. ולדברינו שפיר מבואר ספק של המל"מ מאחר דהוכחנו לעיל דאי ב"ח גובה מן הראוי. תלי בהשיטות בטעמא דשעבוד דאקני ולהסוברים דשעבוד דאקני הוא משום חיוב דחל על גופו דאיתיה בעולם וממילא נשתעבדו נכסים אף שקנה אח"כ דמשועבדין לקיים המצוה. ומאחר דמן התורה נשתעבדו ב"ח גובה מהן והיינו דוקא בדכתב לו דאקני כנ"ל, ואתי שפיר דעת הרא"ש דס"ל דב"ח גובה מן הראוי וס"ל בטעמא דאקני משתעבד הוא משום חיוב ומדאו'. דחל אגופו דאיתיה בעולם כנ"ל וב"ח גובה מן הראוי ובודאי דוקא בדכתב דאקני כנ"ל. אבל התוס' ב"ב (קנ"ט) ס"ל בטעמא דשעבוד דאקני דמדרבנן הוא ומשום נעילת דלת והא דב"ח גובה מן הראוי. היינו משום דמצי לומר מכח אבוהא דאבא קאתינא וכמבואר שם בתוס' בדעת ריב"ם ולהכי כתבו דאף בלא דאקני. דלא צריך דאקני וכמבואר ב"ב (קנ"ז) דקנה והוריש לא בעי דאקני וכן הוא בש"ע (סי' ק"ז) ולא קשה מדברי התוס' הנ"ל. ועי' בתשובת פ"י (סי' ל'). והנה לכאורה קשה ביסוד דברינו לדברי הפ"י דהא דנשתעבד נכסי שקנה לאחר מכאן אף דלא שייך נכסי דאינש עריבין ביה מאחר דלא היו בעת הלואה. משום דעיקר השעבוד חל אגופו שמחויב לקיים מצות פריעת ב"ח ונכסיו משועבדין לקיים המצוה. והא דעת רש"י בכתובות (צ"א) דפריעת ב"ח מצוה דרבנן הוא ונסתר הבנין לכאורה. אך באמת לא קשה לדעת רש"י. דהא באמת רש"י ז"ל פסק בקדושין (ס"ב) כרבי אב"י דאמדבשלבל"ע. ומכש"כ דיכול להקנות ולשעבד ולא צריך להאי טעמא כלל:

וביסוד הנ"ל יש לתרץ ולפשוט ספיקו של הגאון בעל מח"א אי אחריות דאקני בעי קנין ע"ש. שהביא הדעות בזה שזכרנו לעיל. ומעתה תלי בב' השיטות הנ"ל בטעמא דאקני משתעבד. דאי נימא כדעת התרומות והמהרי"ט והרמב"ן דטעם דאקני משתעבד הוא משום חיוב דחל על גופו דאיתיה בעולם וממילא נשתעבדו נכסים אף שקנה אח"כ

דמשועבדין לקיים המצוה. ובודאי בחיוב שמחייב עצמו על גופו בעי קנין ועי' בש"ך (סי' ס"ו ס"ק כ"ב). אבל להרשב"ם שהביא הקצות החושן (בסי' קי"ב) דשעבוד דאקני הוא דרבנן ומשום נעילת דלת ופשיטא דלא בעי קנין. והרבה יש לפלפל בזה ואכ"מ. והעיקר בספקתינו דינתן להמקבל מתנה דכתב לו דאקני. ומה גם דהבית הזה היה בחיים חיותו וחל החיוב עליה ולא דמי כ"כ למתחייב לתת פירות דקל לחבירו. דאין החיוב חל אלא לכשיבא בעולם וכ"ז שלא באו לעולם לא חל החיוב עליהן. וחילוק זה מבואר בשעה"מ בשם הרב מקור ברוך ואפשר דבזה כ"ע מודים. אמנם בגוף הדבר דב"ח נוטל בראוי עי' בתשובות מהרש"ל (סי' מ"ט) שהאריך בדברי הגמרא דב"ב והביא דברי התוס' הנ"ל. והקשה על הטור (דבסי' רי"א) כתב כדברי התוס' דאיירי דמוציא בלי מעות. וע"כ דסובר דב"ח נוטל בראוי. והעור בעצמו כתב (סוף סי' ק"ד) שאין ב"ח נוטל בראוי. ופירש המשנה דנפל הבית עליו ועל מורישיו כו' משום דב"ח אינו נוטל בראוי. ולדברי התוס' אין זו קושיא כאשר פירשנו שאין להביא ראיה ממשנה זו ע"ש שהאריך בזה ובתשובה הנ"ל (סי' מ"ט):

סימן לג

שאלה בממון דבעינן ב' עדים מלא יקום עד אחד באיש כו'. אם דוקא בממון שהוחזק לאחד דבאים להוציא מחזקה. אז בעינן ב' עדים. או לא שנא דאף היכא דלא אתחזק לא לזה ולא לזה בעינן ב' עדים. גם יבואר הרבה חדושי דינים ברובא וחזקה אי הולכין בממון אחריהם ובס"ס אי מוציאין ממון וביאור כמה סוגיות בש"ס:

תשובה בדבר שבערוה היכא דלא אתחזק איסורא אי ע"א נאמן או לא. מחלוקת הפוסקים בזה. דעת הר"ן ומהרי"ק בתשובה (סי' ע"ב) דאף על גב דאין דבר שבערוה פחות משנים היינו היכא דאתחזק איסורא. ודעת הרמב"ן ריש פ' האשה רבה דאף היכא דלא אתחזק איסורא בעינן שני עדים. ויסוד מחלקותם הוא בפירוש דברי הגמרא (גיטין ד' וריש פ' האשה רבה) דפריך הש"ס אימר דאמרי' ע"א נאמן באיסורין כגון חתיכה ספק של חלב ספק של שומן דלא אתחזק איסורא. אבל הכא דאתחזק איסורא דא"א הוי דבר שבערוה ואין דבר שבערוה פחות משנים ומשמע פשטא דש"ס. דהא דאין דבר שבערוה פחות משנים הוא דוקא היכא דאתחזק איסורא כדמחלק הגמרא. אבל היכא דלא אתחזק איסורא ולא היתירא נאמן ע"א אף בדבר שבערוה כמו באיסורין שמבואר ביו"ד (סי' קכ"ז סעיף ג') ע"ש. אך הרמב"ן פירש דהא דקאמר הש"ס ואין דבר שבערוה פחות משנים הוא בלשון ועוד. פירש דאף היכא דלא אתחזק איסורא בעינן בדבר שבערוה שנים ולעולם צריכין שנים אף היכא דלא אתחזק איסורא. והנה לפי ב'

השיטות הנ"ל אי באתחזק דוקא בעינן ב' עדים או אפי' בלא אתחזק באיסורא בעינן ב' עדים. מהיכא קא ילפת מממון דילפינן גז"ש דבר מממון בריש פ"ק דסוטה. וא"כ בממון נמי היכא דלא אתחזק לא לזה ולא לזה כמו באבידה דאין אחד מהן מוחזק. עי' תשובת נוב"י מה"ת חאה"ע (סי' מ"ט). או בשנים חלוקין על חפץ ואין שום אחד מוחזק בו תלי במחלוקת. הנ"ל דלמהרי"ק והר"ן גם ע"א נאמן להחזיק. ולהרמב"ן אין ע"א נאמן להחזיק. ובאמת דעת הר"ן (בפ' ג"ה) דע"א נאמן להחזיר אבידה לבעלים הביאו הגאון בעל חמדת שלמה (סי' כ"ג) בחאה"ע. ואף דבתשובת עמודי אור (סי' פ"ז) הבין דברי הר"ן בדרך אחר. אך אין דבריו מוכרחים בזה. ובשב שמעתא להגאון בעל קצוה"ח (שמעתא ו' פ' ג') לא הביא דברי הגאונים הנ"ל שזכרנו. ומסברא דנפשיה הכריע דבדבר שבערוה היכא דליכא חזקה אין ע"א נאמן דכיון דילפינן דבר דבני מממון כל דין תורת ממון עלה. וגבי ממון אפי' ליכא חזקה כלל נמי אין ע"א נאמן. והביא ראי' דבממון אפי' ליכא חזקה אין ע"א נאמן מגמרא ב"מ דסימנין וסימנין וע"א יניח. והתם ליכא חזקה דהא אין שום אחד מוחזק באבידה כנ"ל. ואפ"ה אין ע"א קם לעדות ממון כלל. א"כ ה"ה לדבר שבערוה דילפינן מיניה נמי לא מהני ע"א ואפי' היכא דליכא חזקה. והביא שם תשובת מיימוני דהיכא דלא אתחזק מהימן ע"א. והקשה עליו מגמרא הנ"ל ע"ש דלבסוף הביא דעת המהרי"ק. ושוב חידש שם דהא דילפינן דבר דבר מממון היינו היכא דידוע שהוא ודאי דבר שבערוה וכגון דאתחזק איסורא דערוה. אבל היכא דאינו ידוע אם יש כאן דבר שבערוה וע"א מעיד שלא היה כאן דבר ערוה בזה הו"ל כמו שאר איסורין וע"א מהימן בזה. אבל גבי ממון הכריע שם מגמרא דסימנין וסימנין וע"א יניח דאפי' היכא דלא אתחזק בעינן ב' עדים ע"ש:

והנה דברי הקצוה"ח נכונים בסברא ובטעמא לענין דבר שבערוה היכא דלא אתחזק איסורא דע"א נאמן כמו בשאר איסורין. ואף דילפינן מממון ובממון אם יהיה כדבריו שם אף היכא דלא אתחזק מ"מ בעינן ב' עדים אין הדין כן בדבר שבערוה דילפינן מיניה. דלא גמרינן דבר דבר מממון רק היכא דידוע דהוי דבר שבערוה כגון דאתחזק איסורא דערוה כנ"ל. וכן מבואר ברשב"א בחידושיו (פ' האומר) בקדושין לתרץ קושיתו שהקשה שם דמאי שנא בגיטין וקדושין דבעינן ב' עידים על גוף המעשה ובינו לבינה לאו כלום הוא ואפי' שניהם מודים. והא ילפינן דבר כו' מממון ובממון מתקיים המעשה בלי עדים כל שהענין אמת דלא אברי סהדי אלא לשקרא ע"ש שתירץ דיליף דבר דבר מממון במקום הכחשה דצריך שני עדים ע"ש הובא בקצוה"ח (סי' רמ"א). אך בעיקר יסודו דבממון אפי' היכא דלא אתחזק בעינן נמי ב' עדים. וראיתו מגמרא (פ' אלו מציאות) דסימנין וסימנין

וע"א יניח כנ"ל. אף שבשער המשפט (סי' ל"ג ס"ק א') נמי הקשה שם מגמ' הנ"ל על דעת המהרי"ק הנ"ל שזכרנו דעתו בדבר שבערוה אף היכא דלא אתחזק בעינן ב' עדים. וא"כ ה"ה בודאי בממון דילפינן מיניה נמי הדין כן וקשה מגמרא הנ"ל. וכבר קדמו בשמעתא הנ"ל בעל קצוה"ח. אך כשאני לעצמי לא אדע ראיתם וקושיתם. דהנה הפני יהושע הקשה בכתובות דאמאי צריכין בירור סימנים היכא דליכא אלא חד תובע לפנינו והוא טוען ברי שמידי נפל החפץ והמוצא טוען שמא וברי ושמא ברי עדיף ע"ש שתירץ משום דאיכא רוב כנגד דאית לן למימר דמרובא דעלמא נפל וסימנין מועילים אף לענין רובא דהא באבידה איכא רובא כנ"ל ובכ"ז מהני סימנין לתירוץ הפ"י. וע"כ דסימנים מועילים אף לענין רובא. והנה אם בתובע אחד איכא רובא דאית לן למימר דמרובא דעלמא נפל אלא דהסימנים מועילים להתובע מכש"כ בתרי תובעים ושניהם נותנים סימנים שוים וכל אחד מוכחש מחבירו בודאי אית לן לומר דחפץ זה מרובא דעלמא נפל ולא מהם דודאי רמאים הם וסימנין לבטל הרוב אין כאן. ומעתה אזדא קושיא וראיה הנ"ל מגמ' דסימנין וסימנין וע"א דיניח דאמאי לא מהימן הע"א היכא דליכא חזקה. דלדברי הפ"י דיש באבידה רובא כנ"ל וע"א לא מהימן נגד הרוב דדוקא סימנין דמהני כנגד הרוב. אבל לא ע"א ופשוט באופן דמגמרא הנ"ל ליכא להוכיח דבממון אפי' לא אתחזק בעינן ב' עדים:

ובגוף דברי הפני יהושע הנ"ל דתירץ דבאבידה איכא רוב. הקשה לי ידידי האברך הרב כו' כמר חיים יצחק יודעלזאהן מאקמיאן דקושיתו במקומה עומדת דלמה לא יועיל הברי אף לענין הרוב הא אין הולכין בממון אחר הרוב ונסתר תירוצי אשר יסודו בדברי הפנ"י. והשבתי לו דהא דאין הולכין בממון אחר הרוב היינו היכא דאיכא חזקה כנגד הרוב דאז אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה כדפירשו התוס' (ב"ק כ"ז) דטעמא דאין הולכין בממון אחר הרוב הוא משום סמוך מיעוטא לחזקה. וא"כ אתי שפיר באבידה דליכא חזקה לאחד מהם ובודאי אלים הרוב ואין ע"א נאמן נגד הרוב כנ"ל ופשוט. וראיתי כזה בשיטה מקובצת (ב"מ) בשם הר"ן שהקשה בדברי רש"י (כ"ד) שם דבודאי מצרים הוה כו' ושלו נמי לא הוה דלא אזלי רבנן בתר רובא בממונא והקשה דכל הטעם דלא אזלינן בממון בתר רוב הוא משום חזקת ממון וכאן באבידה לא שייך חזקת ממון עי' בכתובות (ט"ו) וא"כ למה לא ניזל בתר רוב. ובלאו הכי קשה דבמצרים לא שייך חזקת ממון כמ"ש הקדמונים דעמד והתירם ומהראוי ללכת בתר רובא ע"ש. אך אי קשיא לדברי הפ"י הא קשיא לפי מה דהעלה הפ"י בקדושין דע"א נאמן נגד הרוב אפי' באינו בידו משום דמברר המיעוט מתוך הרוב והא דאינו נאמן נגד החזקה היינו היכא שבלא העד לא היה ספק

ע"ש. וא"כ יש להוכיח מגמ' הנ"ל דסימנין וסימנין וע"א יניח דאף דאיכא רוב לדברי הפ"י הנ"ל שזכרנו ולמה לא יברר הע"א המיעוט דסימנים של זה נכונים. והנה כבר נתבאר בדברינו בדבר שבערוה היכא דלא אתחזק איסורא מחלוקת הרמב"ן והמהרי"ק. והנה מאד נתקשיתי בדברי הר"ן פ' התקבל גבי מי ששלח שליח לקדש אשה ומת ה השליח בדרך דאסור בכל הנשים שבעולם ודעת הרמב"ן דאסור מה"ת והקשה הר"ן דא"כ אף שאמרו הקרובות שלא נתקדשו האיך מועיל הא הוה ליה דבר שבערוה עכ"ל הר"ן. ומוכח מקושיתו דאף היכא דלא אתחזק איסורא בדבר שבערוה בעינן שנים דהא בקרובות לא אתחזק איסורא ולא זכיתי להבין קושיתו לדעת הרמב"ן הא שיטת הרמב"ן בפי' דאף היכא דלא אתחזיק בעינן ב' עדים והוא בחדושיו (לפ' האשה רבה) ולא ק"מ ע"ש. וראיתי להמקנה בקו"א (סי' ל"ה) שהקשה שם דברי הר"ן אהדדי דשם הקשה הר"ן בסוגיא בהא דאמר רב בא אחד ואמר אני קדשתי נאמן ליתן גט כו'. והא הוי דבר שבערוה ואין דבר שבערוה כו' ואין ע"א נאמן ותירץ ע"ז הר"ן דכאן נעמידה בחזקתה ובכהאי גונא לא שייך אין דבר שבערוה פחות משנים. והקשה המקנה דמשמע הכא מדבריו דכל שאינו מוצא מחזקה נאמן ע"א והקשה מפ' התקבל הנ"ל והרי שם לא אתחזק איסורא ואפ"ה אין ע"א נאמן בדבר שבערוה עכ"ל. ולדעתי לתרץ דברי הר"ן דאין סתירה בדבריו דבאמת צריך להבין אליבא דרב נמי איך נאמן ליתן גט ולהתירה לעלמא דילמא הוא לא קידש אותה ומאי מהני גיטו. אך יפה פירש הר"ן שם דאין אדם חוטא ולא לו בדבר שאינו נהנה ממנו להתיר א"א לעלמא ומאחר שהוא רואה שאנו אוסרין עליו הי' מודה בדבר אם לא קדשה. אבל לכנוס לא מתירין מהאי טעמא לרב כיון שמתכוין לכונסה אין שייך אין אדם חוטא ולא לו ומשום דבר שבערוה לא שייך אפי' לענין לכונסה דהא אף לדברי האב הרי היא מקודשת ונאסרה על פיו ואינו מוציאה מחזקה דהא לא נתחזקה לאחד רק לדברי אביה היא מקודשת לאחד מהעולם ויוכל להיות שגם לזה. אלא שלרב הוה כעין נוגע כיון דלעצמו הוא וחיישינן דלמא משקר. ולרב אשי כיון דמשום דבר שבערוה דלבעי שנים ליכא מאחר דאינו מוציאה מחזקה דאף לדברי האב שאמר קידשתי את בתי והרי היא באיסור א"א לכל העולם ובלא דבריו נמי נאסרה. ואלא משום דלעצמו ניחוש שמא משקר להא לא חיישינן דירא לשקר ולומר לאב אני הוא שקידשתי דמרתת דלמא מכחיש ליה ואמר לאו את ולא משמע משם דעת הר"ן היפך דבריו והיכא דבאמת מוציא מחזקתה בודאי אף שלא נתחזק בעינן ב'. אך קושיתנו על הר"ן דאיך הקשה על הרמב"ן דלהרמב"ן לשיטתיה דאף היכא דלא אתחזק איסורא בעינן שנים כדביארנו לא קשה מידי וצ"ע. והנה בגוף קושית הפ"י שזכרתי לעיל דאמאי צריכים ברור סימנים היכא

דליכא אלא חד תובע והוא טוען ברי שמידי נפל החפץ והמוצא טוען שמא הא ברי ושמא ברי עדיף נראה לתרץ על פי מה שחידש הקצוה"ח (סי' צ"א) דהא דאמרי' דברי ושמא ברי עדיף הוא רק בשבועה דוקא מהני ברי שלו. וא"כ להכי בעי סימנים דאי משום ברי אז צריך שבועה. אבל אי מהני סימנים אז פטור משבועה. אך יש לדחות דהקצוה"ח לא חידש דברי צריך שבועה רק היכא דלהוציא מחזקת ממון אזי קשה להוציא ממון ובעי שבועה. אבל היכא דליכא חזקה ולא הוי להוציא בודאי לא בעי שבועה ומטעם ברי לבד מהימן וא"כ באבידה דלהמוציא ליכא חזקה כנ"ל שהבאתי דעת התוס' כתובות (ט"ו) דבאבידה ליכא חזקה ושפיר מהימן בברי בלא שבועה ושפיר הקשה הפ"י קושיתו דלהימן בברי לבד. והנה בהא דלהמוציא ליכא שום חזקה הקשה הנוב"י קושיא חמורה דמאי קא מבעי להגמ' בב"מ (כ"ז) אי סימנים דאו' או דרבנן למאי נ"מ לאהדורי גט אשה בסימנים וקשה איך קא פשיט מאבידה דאפי' אי מצינו באבידה דמוציאין היינו רק באבידה דליכא חזקה. אבל לא להוציא מחזקת א"א עי' נוב"י מה"ת חאה"ע (סי' ס'). אך באמת זה לא קשה דגם בגט כל זמן שלא נתן הגט לא מרע חזקת א"א דעתה אין אנו דנין על החזקה דסתם אשה לאו לגרש בהך גט קיימא וכמו שכתבו התוס' בחולין (צ"ו) ד"ה פליגי דהאי סימנא דמה שמחזירין שטר לא מקרי מוציא ממון מחזקתו אע"ג דהלוה טוען וצוח משום דעתה במה שמחזירין השטר אין אנו מוציאין ממון מחזקתו רק גרמא בעלמא וה"ה נמי בגט. אח"כ מצאתי בתשובת חת"ס חאה"ע (סי' צ') שתירץ כן ע"ש ובגוף הקושיא כבר קדמו הנוב"י סי' הנ"ל. ולדברינו מיושב נמי קושית הר"ן הביאו הקצוה"ח (סי' רנ"ט) דאמאי לא אמרו נ"מ להתיר אשה עגונה ע"י סימנים ולפי מה שכתבתי אתי שפיר דהתם אנו דנין נגד חזקת א"א ובודאי לא מהני והתוס' ב"מ (כ') הקשו היכי קאמר רע"ק מה פשיט מר איסורא מממונא הא אנן טפי מחמרינן בממונא דהא אין הולכין בממון אחר הרוב ובאיסורא אזלינן בתר רוב אפי' היכא דאיכא חזקה דאיסורא נגד הרוב ולא חיישינן שמא במקום נקב קא שחיט. וכתב הפנ"י דהא דאין הולכין בממון אחר הרוב הוא משום חזקת ממון משא"כ כאן דמי שמצאה אין לו חזקת ממון בזה ואין לו שום זכות ולמה יחזור. ובאמת מבואר כן כתירוץ הפ"י בתוס' חולין (צ"ז) ד"ה פליגי. והרבה הארכתי בחדושי לפלפל בזה:

והנה אי ברובא וחזקה מוציאין ממון לכאורה לפי מה שפירשו התוס' ריש פ' האשה שנתארמלה דקושית הגמרא וכי ליכא עדים מאי הוי הוא רק לרב דסובר דהולכין בממון אחר הרוב משמע דעתם דאף היכא דאיתא רובא וחזקה כמו הכא דאיכא רובא דרוב בתולות נשאת וחזקה דחזקת בתולה וביותר מבואר כן בדעת התוס' בכורות כ' דאף

ברו"ח אין מוציאין ממון ע"ש. אמנם בבעל המאור (ריש פ' האשה שנתארמלה) מבואר דמחלוקת הבעה"מ והרמב"ן בזה בקושית הגמרא אי רק אליבא דרב או אליבא דשמואל נמי ולהרמב"ן לא קאי הקושיא אלא לרב ומבואר שם דלכ"ע היכא דאיתא רו"ח מוציאין ממון אלא דלהרמב"ן לא הוי התם חזקה ע"ש דראי' שלו מדלא פריך הגמרא בבא בתרא לרב מהכא ובחידושי הוכחתי מירושלמי דכתובות ואכ"מ:

והנה לענין ס"ס בממון אי מוציאין ממון או לא דעת התוס' כתובות (ט') דס"ס מועיל להוציא ממון והפנ"י הקשה הא אין הולכין בממון אחר הרוב. ועיין בתשובות חת"ס חאה"ע (סי' ה') שהאריך והעלה דהא שכתבו התוס' כתובות (ט') דמוציאין ממון בס"ס אין כונתם כשיש לנו ס"ס מוציאין דז"א דאפי' ע"י רוב אין מוציאין וס"ס לא עדיף מרוב. אך הסברא הוא שהמוחזק טוען שמא א"א להוציא מידו אבל בשחזקתו גרוע כ"כ שהוא עצמו מסופק בשני שמא הוא שלו. א"כ אין לנו להוציא ברי של חבירו ולתפוס ממון בספק עצום של עצמו ע"ש שהאריך בזה לתרץ הקושיא מסוגיא דמומין ובחזקה דכל מה שתחת יד אדם שלו הוא דזה אינו חזקה רק שאי אפשר להוציא מתחת ידו אמנם בשב שמעתא (שמעתא א' פ' כ') האריך בדברי הפ"י ובשמעתא הנ"ל (פ' כ"ג) העלה דהתוס' לא כתבו זאת אלא גבי כתובה דגם רובא מהני ביה ע"ש שהביא המרדכי (פ' אלמנה ניזונית) דבכתובה הולכין אחר הרוב. וא"כ ס"ס נמי מהני ביה ע"ש (פ' כ"ג וכ"ד) שהאריך בזה. אך לענד"נ ע"פ מה שמצאתי בקונטרס הספיקות לאחי הקצוה"ח (סי' ו') דס"ס הוה כרובא דאיתא קמן שהרי שני הצדדים לפנינו ובשם גליון התו' הביא דרובא דאיתא קמן מהני נמי בממון ואזלינן בתר הרוב. ובאמת חידש כן התה"ד (סי' שי"ד) דרובא דאיתא קמן מועיל לענין ממון והתוס' ביבמות (דף ס"ג) כתבו דאף לר"י דחייש למיעוטא ברובא דאיתא קמן מודה והמרדכי סוף חולין כתב כן לר"מ. ובזה מתורץ היטב קושית האחרונים שהקשו לר"מ וכן לשאר הסוברים דחיישינן למיעוטא איך מהני ס"ס הא עיקר הטעם דמהני ס"ס הוא או משום דספק הראשון הוא לקולא לשיטת הרמב"ם דסד"א הוא מה"ת לקולא ושוב הו"ל איסור דרבנן ואתי ספק השני ושרי לגמרי כדין כל ספק דרבנן להקל או לטעם הרשב"א דס"ס מטעם רוב ועדיף מרוב ע"ש. וא"כ לר"מ ולרבי עקיבא לא שייך הני טעמים דלטעם הראשון דס"ס. דספק הראשון לקולא לשיטת הרמב"ם ונשאר ספק דרבנן כנ"ל לא שייך לדידהו טעם זה לפי מה שתלו מהרי"ט והפר"ח ושארי גדולי האחרונים. לדעת הרמב"ם דסבר דספק דאו' מה"ת לקולא דתלי במחלוקת אי בעינן שתי חתיכות או חתיכה אחת באשם תלוי הבא על הספק דלמ"ד דסבר דבעינן שתי חתיכות דיהיה אתחזק איסורא. וע"כ דסובר דספק דאו' לקולא ולהכי

בעינן שתי חתיכות דאתחזק איסורא ואז מחמרינן ולמ"ד דחתיכה אחת נמי מחייבינן ואף דלא אתחזק איסורא ע"כ דעתו דספיקא דאו' לחומרא ע"ש שתירץ בזה דעת הרמב"ם מכל הקושיות שהקשו האחרונים עליו דדעת הרמב"ם בזה לפסוק כמ"ד דשתי חתיכות בעינן דאתחזק איסורא ובלא אתחזק ספיקא דאו' לקולא ולפ"ז לר"מ דסובר בכריתות (י"ח) כר"א דחתיכה אחת בעינן. וע"כ דספיקא דאו' לחומרא וכן לרע"ק דסובר חתיכה אחת בעינן ע"כ דספיקא דאו' לחומרא, ולא שייך לדידהו הטעם בס"ס משום דספק הראשון לקולא כשיטת הרמב"ם דבאמת דעתם דספיקא דאו' לחומרא והטעם השני שזכרנו בס"ס דהטעם משום דס"ס הוא מטעם רוב כשיטת הרשב"א הא אינהו חיישי למיעוטא ר"מ ורע"ק ור' יוסי ואף דדעת התוס' חולין דמדרבנן חיישי למיעוטא. אך באמת דעת הרשב"א ושארי גדולי האחרונים דמה"ת חייש לר"מ למיעוטא. וא"כ לר"מ ורע"ק דחיישי למיעוטא מה"ת לא שייך ס"ס. ועי' באור חדש לקדושין (ע"ג) שהעיר בזה ודחק שם בזה. ואך לדברינו הנ"ל אתי שפיר דדעת התוס' יבמות (ס"ז) דאף לר"י דחייש למיעוטא ברובא דאיתא קמן מודה דאזלינן בתר הרוב. וגם דעת המרדכי כן כאשר זכרנו לעיל. ובס"ס הבאתי דברי קונטרס הספיקות לאחי הקצוה"ח (סי' ו') דס"ס הוה רובא דאיתא קמן שהרי שני הצדדים לפנינו. והבאתי לעיל שכן דעת התה"ד ואתי שפיר לרע"ק ולר"מ ולשארי המ"ד דסוברים דחיישי למיעוטא דעתם בס"ס כשיטת הרשב"א דס"ס מטעם רוב וברובא דאיתא קמן אזלינן בתר רוב אף בממון כדעת התוס' יבמות שזכרנו. וס"ס הוה רובא דאיתא קמן. והנה בגוף דברי הנוב"י מה"ת שהביא ראי' מתוס' (ס"פ קמא דכתובות) שם דאזלינן ע"פ רוב דהמוצא לא מקרי מוחזק ובמהדו"ק חאה"ע, (סי' ל"א) רמז נמי לדברי התוס' הנ"ל שזכרנו דבאבידה לא מקרי המוצא מוחזק. ואחר העיון אין ראי' משם דשאני התם שהאבידה ודאי מגברא הזה נפל ויש לו חזקת מרא קמא רק שהמוצא קאי להחזיק באבידה זאת ע"פ הסברא דלא אזלינן בתר רובא. זה לאו מילתא דאטו נימא דמותר לגזול לאדם שיש כאן רוב ומיעוט משא"כ גבי עסק סימנים דאבידה וסימנים אמצעים אף נימא דערכן ומשקלן כמו רובא בכל מקום הא אין להאובד חזקת מרא קמא על מציאה דאפשר הוא של אחר רק שאנחנו באנו להחזיק את איש הזה ע"פ סי' אמצעים הדרינן לכלל דקיימ"ל בכל מקום דרוב לא מועיל להחזיק את האדם ע"פ רוב משא"כ בסופ"ק דכתובות שהחזקה של נאבד ברי. אחר כותבי זאת מצאתי בתשובת גליא מסכתא (שאלה ה' אות ט') שכתב כן. ולענין מה שזכרנו לעיל דעת התוס' דבס"ס מוציאין ממון ואי ס"ס מטעם רוב כשיטת הרשב"א הא אין הולכין בממון אחר הרוב והבאתי לעיל דברי הש"ש שמעתא א' פי"ח) דבשטרות הולכין בממון אחר הרוב משום

דכגבוי דמי ע"ש. ואחר כן מצאתי באבני מילואים (סי' ק"ג) דדוקא בכתובה הולכין בממון אחר רוב ולא בשאר שטרות משום דבכתובה כל שמגיע לה בבירור כתובתה הוה ליה דין מוחזקת וכיון דמספקא לן הולכין אחר הרוב דטעמא דאין הולכין בממון אחר הרוב משום דאלים חזקת ממון. והכא אם הגיע לה באמת הכתובה הרי היא מוחזקת א"כ הוי ליה ספק בגוף החזקה אם היא מוחזקת או לא ושפיר אזלינן בתר רובא וכמ"ש בתשובת מהרי"ק (ל"ב) ע"ש שהאריך בזה:

אמנם בעיקר דברי התוס' דכתובות דבס"ס מוציאין ממון הארכתי בחידושי לחקור היכא דאיכא רוב נגד הס"ס דבודאי משמע מדברי התוס' הנ"ל דרוב עדיף ואזלינן בתר הרוב. וכן לדעת הרשב"א א דס"ס מטעם רוב ובודאי רוב גמור עדיף מס"ס וסתרי דברי התוס' הנ"ל לדבריהם שם במס' כתובות (י"ג) דמקשו התוס' שם לזעירא דאמר נסתרה הא איכא ס"ס משמע מדבריהם דאפי' ברוב פסולים יש להכשיר מטעם ס"ס. וכן בכמה מקומות משמע בדברי התוס' דאפי' במקום רובא אזלינן בתר ס"ס וכמדומה שקושיא זו נזכרת באחרונים. אך יש לתרץ לדעתי דדוקא במקום ששני הספיקות מסייעין זה לזה ושניהם הם נגד הרוב התם עדיף ס"ס מרוב כמו בכתובות (י"ג) דהספק שמא לא נבעלה והספק שמא כשר הוא מסייעין זה לזה שלא הי' פסול אצלה וחשוב כרוב שלא הי' פסול אצלה משא"כ ספק אונס שהרוב דרצון מנגדו וספק דלאו תחתיו אין מסייעו לעמוד נגד הרוב דרצון וממילא נתבטל משום רוב דרצון ונשאר רק ספק אחד דלאו תחתיו דאז אינה אסורה ולא מהני ס"ס. ועי' בתשובת עמודי אור (סי' פ"ד) שנסתפק בהא דבעינן באבידה סימנים או עדים אם הוא להוציא מחזקת רובא דעלמא דמספקינן בהו דלמא מינייהו נפל. והסימנים או העדים מבררים הדבר שמאחר שהוא כיון הסימנים מסתמא ממנו נפל. או אפשר דלגבי עלמא הי' נאמן המבקש אבידה אף בלא סימנים ועדים והא דבעינן סימנים ועדים היינו לאפוקי מן המוצא. שהרי אם לא יתברר הדבר ע"י סימנים או עדים שלו היא האבידה וזכה בה מה"ת ע"ש. ולכאורה יש להביא ראיה מכח קושית הפ"י ותירוצו שזכרנו דהקשה דלמה קרא דשמלה להחזיר אבידה בסימנים והא בלאו הכי צריך להחזיר משום דהאובד טוען ברי והמוצא טוען שמא לאו דידך ותירץ כו' ומוכח דהסימנים צריכין להוציא מחזקת רובא דעלמא ולא מן המוצא דבלאו הכי אינו שלו. וא"כ שפיר אצטריך קרא דשמלה להחזיר בסימנים דאי משום ברי הא כל אחד דיבוא להוציא יטעון ברי וכתירוץ הפ"י דאיכא רובא דעלמא כנגדו וע"ש בתשובה הנ"ל דמפשט פשיטא ליה מגמרא דב"מ (כ"ז) דקאמר רבא דהא דתקנו רבנן דליהדרו אבידה בסימנין דניחא ליה למוצא אבידה כו' ופריך רב ספרא וכי אדם עושה טובה לעצמו

בממון חבירו אלא ניחא ליה לבעל אבידה ומבואר דגם לגבי רובא דעלמא בעינן בירור לאפוקי מחזקיהו ע"ש דתירץ בזה שפיר קושית הנוב"י הנ"ל שזכרנו והרבה הארכתי בחידושי לבאר אי מהני רובא בממון להוציא מחזקת מרא קמא דרק לענין חזקת ממון דאלים טפי אין הולכין בממון אחר הרוב. אבל לענין חזקת מרא קמא דהוי כמו כל חזקות בודאי מהני הרוב וכמו דמצינו במגו דמהני כנגד חזקת מרא קמא אע"ג דלענין חזקת ממון לא מהני מגו. ועי' בשב שמעתא (שמעתא ד' פ' כ"ד):

סימן לד

ביאור דעת הפוסקים בדין תרי מיעוטי מצטרפי לבטול הרוב. והרבה חדושי דינים בענין רוב וס"ס בממון ופלפול בדברי הפוסקים בזה והרבה חדושי דינים בדיני חזקה ובדיני רובא דליתיה קמן באיסורים ובטעם דמהני ס"ס ובאור סוגיא דסנהדרין (ס"ט) ועוד כמה סוגיות:

גרסינן בסנהדרין (ס"ט) ובדיני נפשות מי אזלינן בתר רובא התורה אמרה ושפטו העדה ואת אמרת זיל בתר רובא כו'. והקשו האחרונים דאיך ס"ד דבנפשות לא אזלינן בתר רובא והא בפ"ק דחולין ילפינן דאזלינן בתר רובא מכמה מקראות דאיירי בנפשות כגון ממכה אביו ומרוצח. עי' בתשובת רע"א (סי' ק"ז) שהביא הגאון רש"א לתרץ זאת בשם, חתנו דהכי מקשה הגמ' דוודאי אף מקרא מוכח דאזלינן בד"נ בתר רובא מ"מ יש לנו לומר דמה דמוכח מוכח. ומה דלא מוכח לא. ואם מצינו דלא ניחוש למיעוטי. מ"מ עדיין י"ל דאם יש עוד מיעוט חיישינן. והרי בהאי דב"ס יש תמיד מיעוט יותר ממה דמצינו בקראי דמוכיחין מינייהו בפ"ק דחולין. ע"ש דקא חשב מיעוטי דב"ס יותר על מיעוטי דקראי דפ"ק דחולין ופשיט לה מעדים דהוי ג"כ מיעוט זה דבקיאי בקביעי דירחא יותר על אותם המיעוטים וכן באיילונית כו'. ומ"מ לא חיישינן להו. ובאמת אשתמיט להו דברי הר"ן (בפ' א"ע) דמבואר שם דעתו דתרי מיעוטי מצטרפין ע"ש. גבי לוקחים ביצים דלמא עוף טמא הוא דסמוך תרי מיעוטי. וכן הכרתי ופליתי (בסי' ט"ו) ביו"ד תירץ בזה קושית התוס' דלמה בעינן שהי' ח' ימים מעת הלידה ולא אזלינן בתר רובא ע"ש שתירץ לפי הגמרא דחולין ולר"מ היכי אכל בשרא דמסקינן דלולא דאזלינן בתר רוב א"א לאכול בשרא דלמא במקום נקב קא שחיט. וא"כ איכא האי מיעוט בכל הבהמות. ועוד מיעוט דלמא נפל הוא וסמוך תרי מיעוטי ואתרע רובא. ובוודאי פשוט דתרי מיעוטי מצטרפי לבטל הרוב ועי' בישועת יעקב (סי' מ"ג) שהאריך בענין דתרי מיעוטי לבטל הרוב ועי' במהרי"ט אלגזי לבכורות (דף כ"ו). והנה מדברי הר"ן הנ"ל דפ' אלו טריפות מבואר דאף ברובא דאיתיה קמן מצטרפי תרי מיעוטי לבטל הרוב דהא

רובא דטהורים הוי רובא דאיתיה קמן עיין בתשובות נודע בשערים כללא רובא חזקה (אות מ"ד) שהכריע דרובא דטהורים הוי רובא דאיתי' קמן ונסתר תירוץ הגאון בעל חות דעת בהא דהקשו המחברים במצא גדי שחוט אם רוב טבחי ישראל כשר דמצרפי תרי מיעוטי לבטל. היינו מיעוט דנכרים ומיעוט דטריפות ותירץ שם דברובא דאיתיה קמן לא מצטרפי תרי מיעוטי. ומדברי הר"ן הנ"ל נסתר זאת דמבואר דעתו דאף ברובא דאיתיה קמן מצטרפי תרי מיעוטי לבטל הרוב. ועי' בפרי מגדים ליורה דעה בשער התערובות דביאר זאת דכמה משניות משמיעין דר"מ סובר חד בתרי בטיל. וכן דפריך הגמ' בכמה מקומות ולבטל ברובא ולא משני דר"מ היא ויש להסתפק בממון האיך להנהו דחיישי למיעוטא וברובא דאיתיה קמן די"ל לדידן דקיימ"ל באיסורא לעולם אזלינן בתר רובא אפי' בדליתא קמן א"כ בממון נחות חד דרגא ואזלינן בתר רובא היכא דאיתיה קמן. אבל להני דסברי דלא אזלי בתר רובא וחיישי למיעוטא אף באיסור היכא דליתיה קמן. א"כ בממון לדידהו ג"כ נחות דרגא ולא אזלינן בתר רובא אפי' היכא דאיתא קמן וכמו לדידן דיש חילוק בין ממון לאיסור ה"ה לר"ע וקרא דאחר רבים להטות לא קאי על ממון כנ"ל. והנה לכאורה יש להביא ראי' מס"ס דמועיל להוציא ממון כמבואר בתוס' כתובות (ט') ד"ה למיתב והא אין הולכין בממון אחר הרוב. ואף להסוברים דס"ס מטעם רוב מ"מ לא עדיף מרוב ומאחר דברוב גמור אין מוציאין ממון מכש"כ בס"ס דהוי כמו רוב. וכבר הרחבנו הביאור בזה (בסי' הקודם) לחלק דס"ס הוה רובא דאיתי' קמן ע"ש וברובא דאיתא קמן אף ר"מ מודה דאזלינן בתר רוב וכמ"ש המרדכי פרק הזרוע והלחיים (רמז תשל"ז) ומאחר דר"מ ס"ל ס"ס לענין איסור בודאי נמי ס"ל ס"ס לענין ממון. ובזה נדחה נמי ראית בעל הפלאה דס"ס עדיף מרוב דהא ר"מ חייש למיעוטא ובס"ס מודה ולדברינו דס"ס הוה רובא דאיתא קמן וכמו שביארנו (בסי' הקודם) בשם התה"ד הובא בקונטרס הספיקות בקצוה"ח אין ראיה משם. והנה הרשב"א ח"א (סי' ת"א) האריך להוכיח דס"ס מועיל אף באתחזק איסורא ומועיל יותר מרוב. והביא ראי' מהא דהכשיר ר"י באלמנת עיסה מטעם ס"ס. והרי הוא פוסל אף ברוב כשרים. ואף בטוען ברי וע"כ דס"ס עדיף מרוב ע"ש והפ"י בחידושיו ובק"א האריך לדחות דבריו. ועי' בשו"ת שב יעקב (סי' מ"ח) שהשיב בדברי הפ"י:

אמנם מה דהקשה שם הפ"י דמנ"ל כלל להקל בס"ס דחזקה ורובא ילפינן מקראי. אבל ס"ס מנלן ע"ש. ואחר העיון נראה לע"ד דהנה הביאו האחרונים מחלוקת התוס' והש"מ בהא דספק מטעם רוב אי רוב היינו בגדר ודאי או רק בתורת ספק אלא דספק הזה דרוב התירה התורה ויסודם דהתוס' ב"מ (ה') בקפץ אחד מן המנוין לתוכו כולם פטורין והקשו

התוס' דלבטל ברובא. ותירץ בש"מ על זה דרוב הוא רק בגדר ספק. אלא דספק הזה התירה התורה וא"כ היכא דחזינן דהתורה הקפידה דוקא על ודאי אז גם רוב נתמעט דרוב הוא נמי בגדר ספק ע"ש שתירצו בזה קושית התוס' דהתם דעשירי ודאי אמר רחמנא ולא עשירי ספק וממילא נמי רוב נתמעט. וכן תרצו בזה קושית האחרונים מספק ממזר דמותר דלא מהני הרוב דממזר ודאי אמר רחמנא ומדלא תרצו התוס' כן ע"כ דעתם דרוב הוא בגדר ודאי וא"כ לשיטת התוס' דרוב הוא כודאי כנ"ל מדלא תירצו כתירוץ הש"מ והגמ' בחולין (י') פירש דילפותא דקראי דאזלינן בתר רובא הוא ברובא דליתא קמן ובאיתא קמן פשיטא דאזלינן בתר רובא א"כ בס"ס דאיכא שתי צדדים להתיר והוה כרובא דאיתיה קמן פשיטא דאזלינן אחריו. ועוד הקשה בפ"י דאדרבא מדר"ג איפכא שמענו דאלים ליה ברי ושמא טפי מס"ס וברי לא מועיל במקום דאתחזק איסורא מכש"כ ס"ס ע"ש. הב"ש (בסי' ב' ס"ק ט"ו) תירץ דהתם ליכא ס"ס גמור וכן (בס"ק י"ד) ע"ש. ובזה שפרשנו לעיל דבממון הולכין אחר הרוב היכא דאיתא קמן שפיר מתורץ קושית התו' במעילה (כ"א) ד"ה רע"ק דהקשו דתבטל ברובא וכן הקשה הכ"מ על הרמב"ם (פ"ז מהלכות מעילה) ע"ש. והקשו המפרשים דמאי קשה לר"ע הא ר"ע חייש למיעוטא מדאו'. ובעיקר קושית התוס' דהקשו דאין הולכין בממון אחר רוב. לדברינו הנ"ל אתי שפיר קושית התוס' דאין הולכין בממון אחר הרוב דבאיתיה קמן אזלינן אף בממון אחר הרוב. אך להני דחיישי למיעוטא אף באיסור. וא"כ בממון נמי נחות דרגא ואף ברובא דאיתיה קמן אין הולכין אחר הרוב כנ"ל ועי' בפ"י בסוגיא דהיו בה מומין ובק"א דלפעמים חזקה עדיף מרוב ע"ש. והרבה האריכו האחרונים דאיך שייך חזקה אין אדם פורע תוך זמנו דהא, אין הולכין בממון אחר הרוב ומכש"כ בתר חזקה והאריכו או דהוה חזקה דאתיא מכח סברא דאלים טפי וכמ"ש בתה"ד (סי' ר"ז) ובמהרי"ק (סי' ע"ב) או דיש לו חזקת חיוב. ועי' בישועת יעקב (סי' י"ג) ובבית מאיר (סי' קע"ח) ובנחלת צבי (סי' ק"י) בדיני ס"ס ע"ש. ועי' בס' קהלת יעקב בחידושיו לאה"ע (סי' ב' סעיף כ"ז). ועי' בחידושי רע"א למס' כתובות (ט"ו) דהוכיח דעת התוס' דאף ברובא דאתיה קמן לא אזלינן בממון אחר הרוב ע"ש. ועי' בתשובת רע"א (סי' ק"ו) דנסתפק ביסוד דסמוך מיעוטא לפלגא אם הוא דוקא ברובא דליתיה קמן. אבל ברובא דאיתא קמן י"ל דהמיעוט כמאן דליתא דמי וכמו דמצינו לחלק בענין סמוך מיעוטא לחזקה ע"ש שהאריך בזה:

והנה בענין הנ"ל שזכרנו אי תרי מיעוטי מצטרפי לבטל הרוב. מצאתי בתשובת רע"א (סי' ק"ו) הנ"ל דבעינן שיהיו המיעוטים מענין אחד כגון מיעוטא דבמקום סייף נקב למיעוטא דנפל דתרווייהו באים לגרוע חזקת בר קיימא כתירץ הפלתי (בסי' ט"ו). וכן

בקדושין ע"ג מיעוט ארוסות למיעוט שהלכו בעליהן למדינת הים וכדומה ע"ש. משא"כ היכא דהמיעוטים אינם מענין אחד. ועי' בחולין (ס"ג) ועי' בדרוש וחידוש למס' יבמות (ב') ד"ה שנמצאו אילונית. ועי' בס' זכר יהוסף ליבמות ב' דהאריך בזה בבקיאותו. ועי' בשעה"מ הלכות מקואות (כלל ג') דהאריך לפלפל בתי' הר"א דהא אכתי הוי ס"ס דלמא לא תהי' אילונית ודלמא אי הוי קיים לא הי' מקפיד. והנה נשאלתי בסנהדרין (ס"ט) אמר רבי אבין אף אנן נמי תנינא דאזלינן בתר רובא. ומביא הברייתא בת שלש שנים ויום אחד מתקדשת בביאה. ואם בא עליה יבם קנאה כו'. ואם בא עליה אחד מכל, העריות שבתורה מומתין על ידה והיא פטורה ואמאי אימא אילונית היא ואדעתא דהכי לא קדיש אלא לאו דאמרי' זיל בתר רובא כו' ומשני מאי חייב קרבן ופריך והא מומתין על ידה קתני ומשני בבא עליה אביה ואין ראי' דאזלינן בתר רובא ע"ש דכך המסקנא. וקשה דאכתי ראי' נכונה דאזלינן בתר רובא דאל"כ מאי משני בבא עליה אביה דאם לא אזלינן בתר רובא אכתי לא ידעינן אי אביה הוא וכמו בחולין דיליף ממכה אביו כו'. והשבתי לו דזה טעות דאף אי לא אזלינן בתר רובא ולא אביה הוא בכל זאת חייב עליה מיתה משום אשה ובתה דהיא בת אשתו ומשום בת אשתו כוונת הגמ' לחייבו והרבה הארכתי בזה בחידושי לתרץ. והנה הרמב"ם (פ"א מהל' א"ב) הביא הירושלמי דפ"ד דמס' קדושין. וזה לשון הירושלמי ומנין שהיו הורגין על החזקה ר' שמואל בריה דר' יוסי בר בון אמר כתיב ומכה אביו ואמו מות יומת. וכי דבר ברי הוא שזה אביו וזאת אמו הורגין אף הכא הורגין עכ"ל הירושלמי ובאמת קשה לי על הרמב"ם דפסק כהירושלמי דבגמ' דידן חולק על הירושלמי דבפ"ק דחולין מנא הא מילתא דאמרי רבנן זיל בתר רובא כו' רב מרי אמר אתיא ממכה אביו ואמו דאמר רחמנא קטלי וליחוש דלמא לאו אביו הוא אלא לאו משום דאמרי' זיל בתר רובא ורוב בעילות אחר הבעל ממאי דלמא כגון שהיה אביו ואמו חבושין כו'. ואין אפוטרופוס לעריות, וכן אמרי' האי חזקה בפ' ארוסה גבי והלכתא דישא אדם דומה ולא ישא בת דומה מ"ט רוב בעילות אחר הבעל והא חזינן להדיא דמטעם רוב קאתינן עליה ולא אצטריכא לחזקה כלל. וא"כ מנ"ל להירושלמי מהא דאזלינן בתר חזקה. אמנם כבר פירשו האחרונים דהם מותאמים יחדיו דממכה אביו ילפינן תרווייהו הן דאזלינן בתר רובא והן דאזלינן בתר חזקה. דאזלינן בתר רובא מוכרח כדיליף הגמרא חולין ודאזלינן בתר חזקה ילפינן דאם לא כן הי' בעינן ב' עדים שראו הקדושין לפנינו דאל"כ מנא לן דהם איש ואשתו דמאי שייך בזה רוב אלא ע"כ דאוקמינן אחזקה וכיון דמחזיקין אותה לאשתו אמרינן דהולך אחר רוב בעילות דהם מבעל. וכן ביאר הרשב"א ח"ג דממכה אביו הוי רובא דאתיא מכח חזקה:

ואחר העיון מצאתי בשו"ת חוט השני (סי' י"ז) שנתקשה בזה עיין שם. שרצה לתרץ ולומר דהירושלמי איירי כגון שטען האב שאינו בנו שלא בא על אשתו כלל ובהא לא שייך לומר זיל בתר רובא ע"ש שדחה זאת. והנה אי מהאי טעמא דרוב בעילות אחר הבעל אי הוא בנו לענין ממון ולענין ירושה. לכאורה כיון דאין הולכין בממון אחר הרוב ומוכח בפ"ק דכתובות (ט"ו) דאפי' בעיר שרובא ישראל אמרינן הכי ואף שמחזירין לו אבידה היינו מפני שהמוצא אין לו חזקת ממון כנ"ל. אמנם מדברי הפוסקים דהא דאמרי' אשה מזנה בניה כשרים רוב בעילות אחר הבעל משמע דסמכינן ארובא אפי' לענין ירושה מדלא חלקו בזה ואמרו אע"פ שהולד כשר מ"מ אינו בנו לענין ירושה משמע מזה שהוא בנו אפי' לענין ירושה. ועי' בחידושי הגאון מליסא בספרו קהלת יעקב הל' פו"ר (סי' ד' סעיף כ"ז) בהגה"ה גבי ארוסה שנתעברה והיא בבית אבי' אם היא אומרת שמהארוס נתעברה כו' הולד כשר וכתב הרמ"א והוי בנו ליורשו ופירש הב"ש (ס"ק מ"ד) כיון דהיא אומרת ברי מארוס הולד גם מארוס היתר הוא שדינן בתר הארוס ולא חיישינן שמא זנתה עם אחר ג"כ כו'. והקשה בספר קהלת יעקב דמה"ת מועיל ברי שלה לענין ממון הא אין היורש יורש אלא בעדות ברורה כמבואר בחוה"מ הלכות נחלות וכי משום דנאמנת לענין איסור תהי' נאמנת ג"כ לענין ממון הא מצינו ג"כ באשה שאמרה מת בעלה דנאמנת לענין איסור ואינה נאמנת לענין ממון אפי' לענין כתובה למאן דל"ל מדרש כתובה ע"ש שחדש דמדינא דאו' נאמנת דבחולין (דף י') יליף הגמרא דאזלינן בתר רובא ממכה או"א דילמא לאו אביו הוא וכתבו התוס' דהמ"ל מטעם דאוקי האם בחזקת צדקות וכיון דאזלינן בתר חזקת צדקות להחזיקו בבנו אפילו לענין לחייבו מיתה מכש"כ לענין ממון וכיון דלארוס היתר הוא אין לך חזקת צדקות גדול מזה ע"ש:

אמנם באמת המרש"א שם בחולין (י') שדא בה נרגא בדברי התוס' די"ל דנאנסה אמנם תירצו האחרונים דברי התוס' דמיירי באשה חשובה לדברי הגמ' דאין מעמידין (כ"ה) דליכא למיחש שנבעלה באונס. וא"כ כיון דלהתוס' נוכל ללמוד ממכה אביו ואמו דהעמד האם בחזקת צדקות ואזלינן בתר חזקה גם במיתה וכדברי הירושלמי הנ"ל. אך באמת הקשו האחרונים דבמיתה לא אזלינן כלל בתר חזקה דאל"כ אמאי חייבה התורה גלות לשוגג דילמא טריפה ההרוג ונעמיד ההורג בחזקת צדיק דבשלמא במזיד אתרע חזקתו כו'. ובלאו הכי קשה אי נימא כדעת התוס' דבחזקה לחוד מהני לענין מיתה הא איכא חזקה נגדה דהעמיד הבן בחזקת צדיק או בחזקת שאינו בר מיתה והדברים צריך תלמוד. ועי' בנוב"י מהדו"ת חאה"ע (סי' ע"ח) מה שהקשה השואל על הרמב"ם (בפ"ד מהלכות אישות) שהמקדש אילונית הרי זה מקודשת. ולפי דברי הלח"מ הוא קדושי

תורה. וקשה מגמרא סנהדרין ס"ט שזכרנו דהוכיח דאזלינן בדיני נפשות בתר רובא מדתניא בת שלש כו' וחייבין עליה משום אשת איש ואמאי אימא אילונית היא ואדעתא דהכי לא קדש ע"ש שהאריך לתרץ זאת. וגם אני הארכתי בחידושי. ועי' בחומת ירושלים (סי' ע"ט) דהא דרובא עדיף מחזקה היינו אי תרווייהו איתא קמן משא"כ אי רובא ליתיה קמן. ועי' בחוות דעת בסוף ספרו בלקוטים (בסי' ס"ג) דברובא דאיתא קמן לא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה דאלים טפי כיון שהרוב לפנינו וכן העלה הגאון מליסא בשו"ת חמדת שלמה (בסי' כ"ד) בח' אה"ע ע"ש:

סימן לה

ביאור דעת הפוסקים בדין ריבית ואונאה להקדש והרבה חידושי דינים בלאוין שלא הי' בהם מלקות ופלפול בדברי הפוסקים בפחות משו"פ בגזל. וביאור כמה סוגיות בזה:

הרמב"ם השמיט הך דינא דאין ריבית ואונאה בהקדש והגידולי תרומה (בשער מ"ו ח"ד סי' ז') תמה עליו שהשמיט דין זה והטור והרא"ש הביאו לפסק הלכה ועיין בשעה"מ הלכות מו"ל פ"ד דתירץ דלהרמב"ם הוה קשיא דהיאך אמרינן אין ריבית ואונאה להקדש ומותר להלוות בריבית הא אמרינן פ"ד דשקלים אמר רע"ק אין משתכרין בשל הקדש וה"ט משום דאין עניות במקום עשירות. ומשו"ה הוכרח לומר דברייתא פ' הזהב כר"י ס"ל דמשתכרין בשל הקדש. אמנם לדידן דקיי"ל כרע"ק דאין משתכרין כו' לא משכחת להך דינא כלל. והרא"ש והטור דהביאו יתרצו לקושיא זו כמו שתרצו הראב"ד (פ"ז מהלכות כלי המקדש) ע"ש עכ"ל השעה"מ. והנה נשתוממתי על המראה על גדולי האחרונים בעג"ת וכן על הגאון בשעה"מ אנה מצאו בטור והרא"ש דין זה דאין ריבית ואונאה להקדש. ואדרבה בטור ח"מ (סי' רכ"ז אות מ') כתב בהדיא ואלו דברים שאין להם אונאה עבדים ושטרות וקרקעות עכ"ל. וכתב הפרישה ע"ז ע"ש במ"צ דמני בהדייהו הקדשות גם כן ויליף בגמרא שם מדכתיב אחיו ולא הקדש והרי"ף והרא"ש אף שהביאו לשון המשנה כצורתה כו' דקתני בה והקדשות מ"מ בגמרא השמיטו להאי דינא ואינו מתמעט הקדש. ונראה דה"ט משום דס"ל דהקדש דמיירי מינה המשנה הוא הקדש בדה"ב דאלו הקדש דגופו קדוש אין שייך בו אונאה ואותו אין נוהג בינינו כ"א הקדש מעות עניים ושל בהכ"נ ודין חולין גמור יש לו וכמ"ש הרא"ש הביאו רבינו (בסוף סי' צ"ד ובסי' ריי"ב) דכתב שם בפירוש וז"ל והאידנא כל הקדש יש לו דין חולין שאין הקדש עתה לב"ה ואינו אלא לצדקה ואחריהן נמשך רבינו דלא כתב והקדשות עכ"ל. וכן בסמ"ע (סי' רכ"ז ס"ק מ"ט) ע"ש. ובאמת נראה כדבריו דכן מורין דברי הטור (ביו"ד סי' ק"ס אות כ"ה) וז"ל וכן הדין במעות של הקדש שהוקדשו לעניים או לת"ת או לצורך ב"ה אבל

אסור להלותן בריבית דאו' אע"ג דהקדש גמור כגון שהוקדש לב"ה מותר להלותו אפי' בריבית דאו' עכ"ל. ומבואר כדברי הדרישה בהקדש דב"ה והיינו בהקדש גמור ובגמרא ב"מ (נ"ז) דריבית דהקדש היכי דמי כו'. ומוקי בהקדש בה"ב בודאי איתא להאי דינא כו'. ובוודאי נמי כן דעת הרמב"ם באופן דשפיר השמיטו וכן הטור והרא"ש ומה דיתורץ לדברי הטור והרא"ש אשר הם נמי השמיטוהו יתורץ נמי לדברי הרמב"ם:

אמנם נראה לע"ד בסגנון זה דבאמת אי נימא דבהקדש לא שייך דין דריבית ואונאה קשה דברי הגמרא דב"מ (ס"א) אמר רבא למה לי דכתב רחמנא לאו בגזל לאו בריבית כו' חדא מחדא לא אתיא ומסיק דיליף חדא מתרתי ולאו דלא תגזול אכובש ש"ש ולעבור עליו בב' לאוין. וקשה להמסקנא דיליף חדא מתרתי איך לכתוב ריבית ואונאה ואתי גזל מנייהו ונימא דכשם דריבית לא שייך בהקדש כך גזלן לא שייך בהקדש. ואדרבה דגזל בהקדש חמיר עיין במ"צ (פ"ז) דדריש כרם רעך ולא של הקדש ופירשו התוס' דס"ד כי היכי דשרי רחמנא גזל באוכל משל חבירו ה"נ בשל הקדש קמ"ל דלא וא"כ חמיר גזל בהקדש מבהדיוט. ודרך אגב באתי להעיר ולתרץ קושית השעה"מש (שם על הש"ך סי' של"ז) דכתב דכרם רעך ולא של הקדש וה"ה לכרם עובד כוכבים והקשה בשער המשפט דבש"ס אמרו למ"ד גזל עובד כוכבים אסור היינו דאצטריך קרא למשרי פועל עובד כוכבים ע"ש. ובאמת לא קשה מידי דזה רק להס"ד דלא ידעו דכרם ריעך אתי לשל הקדש. וע"כ דאתי למעט של עובד כוכבים אבל להמסקנא דכרם ריעך ולא של הקדש ממילא מהיכא תיתא להתיר כרם עובד כוכבים למ"ד גזל עובד כוכבים אסור וזה פשוט. והנה לפי מה שבארנו אתי שפיר דעת הרמב"ם והטור והרא"ש דהשמיטו דין זה דאין אונאה וריבית להקדש מאחר דהמסקנא כרבא דאתי חדא מתרתי ואף דבמתניתין הביאו היינו כנ"ל דבמתניתין מיירי בהקדש גמור. ואי קשה דאיך לכתוב ריבית ואתי הקדש גמור מיניה דגזל מותר ביה דמאחר דאין לנו הקדש גמור לא חיישינן להכי. ובזה יתורץ קושית המל"מ בפ"ד מהלכות מו"ל על הגהות מרדכי ב' דמציעא דנשאל אם מותר להלות מעות הקדש או של מאור כו' בריבית והשיב לאסור מגמרא פסחים (ל"ב) והמל"מ באר שם בדוחק כונתו. והקשה עליו דאיך לא זכר הסוגיא דהזהב דאין ריבית ואונאה להקדש דמבואר דריבית ליכא בהקדש ע"ש. ולדברינו הנ"ל ניחא דדעתו בזה כדעת הרמב"ם ועיין שם עוד במל"מ שהביא המוהרימי"ט דמעות הקדש הוא ממון שאין לו תובעין ולא חשיב ממון לא לענין גזל ולא לענין ריבית. ע"ש שתירץ בזה דעת הרשב"א ובזה יש לתרץ קושיתינו מגמרא דבמ"צ (ס"א) דעביד צריכותא בכולהו והא לא אתי גזל בהקדש מריבית מחדא מאחר דריבית בהקדש ליכא ולהנ"ל ניחא דלא חשיב מעות

הקדש ממון לגבי גזל ולא בריבית והו"ל ממון שאין לו תובעין כנ"ל. אמנם המל"מ השיג עליו בזה ע"ש. דהא דמזיק מתנות כהונה פטור היינו לאחר שאכלן והו"ל ממון שאין לו תובעין אבל היעלה על הדעת שמותר להזיק לכתחילה. ומהתימא על המוהרימי"ט שנעלם ממנו זאת. עוד י"ל ההשמטה ע"פ גמ' (בכורות י"ג) דאי לא כתיב אלא חד כו' אבל הקדש יש לו אונאה. וא"כ למ"ד ג"ע מפורש אסור ואצטריך קרא למעוטי אונאתו בודאי קאי הקרא עליו ולא על הקדש ומיעוטי דלעמיתך לא קאי אלא למעוטי מדין קנית ישראל ולא באונאה והרמב"ם לשיטתו דג"ע אסור ולהכי השמיטו:

אמנם באמת כבר הכריעו האחרונים דעת הרמב"ם דגזל אצטריך לגופו מהא דכתב ריש הלכות גזילה איזה גזל ואיזה עושק וקשה מסוגיא דמסקינן כולה בעושק ולעבור עליו בב' לאוין. ותירצו דלכאורה קשה למאי דמסיק רב כהנא במ"צ (נ"ה) דאין אונאה לפרוטות. א"כ ליכא למילף גזל מאונאה דהא אצטריך גזל לשו"פ דאינו באונאה. וע"כ דרבא ס"ל דיש אונאה לפרוטות. ואם כן לפי ההלכה דפסק הרמב"ם (פי"ב מהלכות מכירה) דאין אונאה לפרוטות א"כ ממילא אצטריך גזל לגופיה לגזל פרוטה עיין בחידושי רע"א לבמ"צ (ס"א) דתירץ כן וא"כ מאחר דהרמב"ם לא ס"ל כמסקנא דרבא (במ"צ ס"א) מ"מ תירוצנו שפיר נאמר דלהרמב"ם קשה בדעת רבא דאיך יהי' גזל בהקדש מותר לדידיה וכנ"ל. והנה הכנה"ג בח"מ (סי' שנ"ט) כתב דדעת הרמב"ם הוא דגזל פחות משו"פ עובר עליו בלאו דלא תגזול ואף דבפחות משו"פ אינו בתורת והשיב את הגזילה בכ"ז איסורא דלאו מיהא איכא. ובאמת קשה דאמאי אין לוקין על לאו זה דלא תגזול משום דהוי לאו הנל"ע הרי הלאו כולל יותר מן העשה דבפחות משו"פ לאו איכא ועשה ליכא. ועיין במהרשא"ה (במ"צ ס"ב) דמאי מקשה הגמרא ולוקמי בריבית ואונאה הא אין לוקין על לאו דריבית ואונאה כמ"ש העור והרמב"ם דהוי לאו הניתן לתשלומין ותירץ דהתוס' לא ס"ל דמשום זה הוי נל"ע. אך נראה לתרץ על פי מה דנסתפקו הטור והמחבר בהלכות אונאה (סי' רכ"ז סעיף ו') אם הלאו דלא תונו קאי אפחות מכדי אונאה ורק דרבנן אמרו דהוי מחילה וא"צ להחזיר ואפילו הכי מחויב מלקות או דלמא דהלאו דלא תונו לא קאי אפחות משתות. ולפ"ז אתי שפיר גבי אונאה דאם נימא דלקי אף אפחות משתות וזה לא נתן להשבון. ופריך שפיר ולוקמי באונאה בכהאי גוונא דלא נתן לתשלומין ולוקין. וכן שפיר פריך ולוקמי בריבית בכהאי גונא שלא נתן לתשלומין ומכל מקום היה לוקה. ובעיקר לשיטת הרמ"ה הובא בטור יו"ד (סי' קס"א) דפחות משו"פ אסור מן התורה בריבית ויש לומר דלוקי בזה גם כן. ופריך שפיר ולוקמי בריבית ואונאה ובפחות משו"פ בריבית ופחות משתות באונאה דלא נתן לתשלומין ולוקין שפיר משא"כ

בגזל דאינו לוקה בשום אופן דהוי נל"ע. ועיין בתוס' כתובות מ"ו ד"ה אתיא דמאי פריך למה לי דכתב רחמנא לאו בגזל כו' לאו בריבית והא אצטריך לפחות משו"פ. והוכיחו מזה דאין איסור ריבית בפחות משו"פ ועיין בסמ"ע (ריש ה' גזילה) שכתב בשם המ"מ דאף בפחות משו"פ אסור משום חצי שיעור ועיין בס' באר יעקב באורך:

ומבחידושי חצי שיעור שלי (לקמן סי' ל"ו) העירותי בדברי המ"מ דגזל אסור בפחות משו"פ משום חצי שיעור. לפי מה שתירץ הגאון בעל יד המלך בספיקו של החכ"צ אי בבל יראה שייך חצי שיעור וחדש הגאון בעל יד המלך דחצי שיעור הוא נחות דרגא משיעור שלם והיכא דעל שיעור שלם איכא מלקות אזי חצי שיעור אסור וליכא מלקות והיכא דעל שיעור שלם ליכא מלקות רק אסור לבד אזי על חצי שיעור איסור נמי ליכא ובחמץ דעל לאו שלם ליכא מלקות על לאו דבל יראה דהוא נל"ע דתשביתו כגמרא פסחים (צ"ה) בפרטיה דבל יראה מאי קא ממעט ליה כו' דהוי נל"ע וא"כ על לאו שלם ליכא מלקות ורק איסור ובודאי דחצי שיעור מותר ע"ש. וא"כ בגזל דעל שיעור שלם ליכא מלקות דהוא לאו הנל"ע ובודאי דעל חצי שיעור איסורא נמי ליכא ע"ש וגם העירותי שם לענין הספק דנסתפקו אם מותר להונות לכתחילה בפחות משו"פ מאחר דעל שיעור שלם ליכא מלקות בודאי חצי שיעור מותר ע"ש שתרצנו בענינים שונים. ואף דבאמת יש להרחיב הדיבור בזה לדברינו הנ"ל. ועוד דבעיקר תירוץ של הגאון בעל יד המלך יש לפלפל דבכל זאת אף דליכא מלקות בשיעור שלם מ"מ הוה נחות דרגא משיעור שלם דעל שיעור שלם איכא איסור לאו ואי משום חצי שיעור הוא רק באיסור תורה לבד ואיכא נחות דרגא בחצי שיעור. ויש לפלפל בזה בקושית האחרונים שהקשו דמאי נפקא מניה בפלוגתא דמוקי הגמ' ריש ביצה דפליגי ב"ש וב"ה בחמץ בפסח דלמאי נפקא מניה לענין מלקות הא בל יראה הוי נל"ע ואין לוקין כנ"ל ואי לענין איסור הא חצי שיעור אסור מן התורה. וכן בקושיתם בסנהדרין (נ"ז) והרי פחות משו"פ דלישראל שרי כו'. ולשיטת הרמב"ם דחצי שיעור בגזילה אסור כמו בשאר איסורין למאי נפקא מניה לענין מלקות הא אין לוקין על לאו דגזילה ואי לענין איסור הא חצי שיעור אסור מה"ת והרבה הארכתי בחידושי בזה ואכ"מ ועיין בנוב"י מהדו"ת (ח' א"ח סי' צ"א וח' יו"ד סי' ע"ז) שהאריך לתרץ קושית האחרונים על הרמב"ם (דבפ' י"א מהלכות שכירות) פסק דלא לקי אכובש שכר שכיר הואיל וחייב לשלם והוי לאו שניתן לתשלומין ואין לוקין עליו והקשו האחרונים דתקשי להרמב"ם קושית התוס' דאמאי לא מוקי הגמרא בגזל גופא ולעבור עליו בב' לאוין דהא השתא דמוקי לה אכובש שכר שכיר נמי לא לענין מלקות הוא כיון דלא לקי ועוד מאי נ"מ אם עבר על ב' לאוין כיון דלא לקי על לאו דכובש ש"ש.

ותירץ שם ברוב חכמה דהגמרא דמוקי הך לאו דגזל אכובש ש"ש קאי אליבא דר"ל אבל לר"י לא צריך לאוקמי אכובש ש"ש דלר"י שפיר שייך מלקות בגזל אף דהוא נל"ע. דהנה לר"י דסובר לאו שאב"מ אין לוקין עליו לא שייך מלקות גבי כובש ש"ש דהא לא עביד מעשה דאינו משלם השכירות אבל לריש לקיש דסובר לאו שאין בו מעשה לוקין שייך מלקות בלאו דכובש ש"ש. אמנם בלאו דגזל הוא אפכא לגירסת הרי"ף. דר"י סובר קימו ולא קימו ולר"ל סובר בטלו ולא בטלו ואף שהוא נל"ע מצינו מלקות בקימו ולא קימו לר"י ואם לא קיים העשה לוקין לר"י ורק לר"ל דסובר בביטלו ולא בטלו תלי אזי ליכא מלקות דכל זמן דלא בטלו בידים אינו לוקה וסוגית הגמרא אזלא אליבא דר"ל ע"ש. ואף כי דבר חכמה בפיו מ"מ לא הואיל לתרץ קושיתו דלמה צריך הרמב"ם לתת טעם דאין לוקין אכובש ש"ש הואיל והוא נתן לתשלומין הא בלא"ה אין לוקין עליו הואיל ולא עביד מעשה ולא משכחת בשום אופן מלקות מלאוקמי בליתן תשלומין דבלא קיים איכא מלקות דלפי מה דפסק כר"י דבקימו ולא קימו תלי מילתא. גם פירושו שם דהסיב כונת הרמב"ם דפוטר בגזל לאו משום נל"ע אלא משום דעולא דכל היכא דאיכא ממון ומלקות ממונא משלם מלקא לא לקי קשה לאמר זאת בהרמב"ם:

אמנם נראה לע"ד לתרץ דעת הרמב"ם הנ"ל] בהקדם לישב קושית המרשא"ה (ב"מ ס"ב) דהקשה דהא כובש ש"ש נמי נתק לעשה דאו את העשק אשר עשק וליכא מלקות. וא"כ לוקמי בגזל גופא ע"ש. והנה השאגת אריה (סי' פ"ב) כתב לתרץ קושית המרשא"ה דהא בכובש ש"ש נל"ע. דכי מוקמינן בכובש ש"ש ולעבור בב' לאוין הרי שניהם בני מלקות כיון דכתיבי בהדיא ואע"ג דהוי לאוין הנל"ע הא כיון דקיי"ל דלא אתי חד עשה ועקר ב' לאוין להגמ' תמורה ב' ולוקה על לאו השני. וא"כ אהני לן הא דלוקה על לאו הב'. אבל אי אמרת אגזל גופא לא לקי כלל דלאו אחד עוקר העשה דאינה עוקרת ב' לאוין אבל לאו אחד עוקרת. ועל לאו השני דאתי במה הצד הא אין מזהירין מן הדין ע"ש. וראיתי עוד באיזה אחרונים שתירצו כן. אמנם באמת נראה לע"ד אחר העיון דתלי בב' הפירושים דלא תחמוד לאנשי בלא דמי משמע להו או לא אי כן הוא האמת. ולדעת התוס' סנהדרין (כ"ה) בתירוצם הראשון דכן הוא האמת דבלא דמי היינו בגזל איכא נמי לאו דלא תחמוד אכתי קושית המרשא"ה במקומה עומדת דלוקי בגזל גופא דהוה ב' לאוין מפורשין לא תגזול ולא תחמוד ואין עשה עוקר ב' לאוין ואהני לן לעבור בב' לאוין ללקות. ובשלמא לתירוץ, התוס' הב' דהאמת אינו כן ולא תחמוד לא שייך אלא בדמי לפי האמת ובלא דמי היינו בגזל ליכא לאו דלא תחמוד שפיר שייך תירוץ הש"א הנ"ל דבגזל לא אהני לן ללקות אף אחד לאו דליכא ב' לאוין מפורשין ולהכי מוקמינן בכובש ש"ש. אבל

לתירוץ התוס' הראשון נסתר תירוצו. ונבוך הייתי בזה ואחר שבינותי בספרים מצאתי בספר נר תמיד לכריתות שהעיר בזה ושמחתי שכונתי לדעתו. ומעתה אתי שפיר קושית האחרונים על הרמב"ם (דפ' י"א משכירות) שזכרנו דלא לקי אלאו דכובש ש"ש משום דנתן לתשלומין והקשו דלוקמי בגזל גופא כקושית התוס' (ב"מ ס"א) ומעתה אתי שפיר בצירוף קושית המהרשא"ה הנ"ל דהקשה דכובש ש"ש נמי נל"ע דואו את העשק אשר עשק . והארכנו בתירוץ הש"א דבכובש ש"ש אהני לן ללקות אלאו אחד לפי הגמרא דתמורה דאין עשה עוקר ב' לאוין ושזה תלי בב' תירוצי התוס' דסנהדרין (כ"ה) אי לא תחמוד לאנשי בלא, דמי משמע להו דכן האמת דבלא דמי נמי איכא לא תגזל ובגזל נמי איכא ב' לאוין מפורשין לא תגזול ולא תחמוד ונסתר תירוץ הש"א ולתירוץ הב' דהאמת אינו כן ובלא דמי ליכא לא תגזול. ושפיר שייך תירוץ הש"א. ודעת הרמב"ם ברור (בפ"א מהלכות גזילה הלכה ט') ע"ש דמבואר דעתו כתירוץ התוס' הב' דהאמת אינו כן ובגזל בלא דמי לא שייך לא תחמוד, ואם כן שפיר שייך תירוץ הש"א על קושית המרשא"ה דכובש ש"ש אהני ללקות על לאו אחד דאין עשה עוקר ב' לאוין משא"כ בגזל דליכא כלל מלקות דחד לאו במה הצד אתיא וכנ"ל שפיר. ומתורץ נמי קושיא זאת בחדא מחתא. ויש לפלפל בזה אי הא דאין עשה עוקר ב' לאוין אי בעינן ב' לאוין סמוכין דסתרי דברי התוס' דחולין (פ"א) לדברי התוס' דזבחים (ע') בזה עיין מה שפלפלו האחרונים בזה בלאו דלא תעשוק ולא תגזול ועי' בשעה"מ הלכות חו"מ ועיין בתשובת שיבת ציון (סי' ק') באריכות מזה. אלא דלכאורה לדברינו הנ"ל דתרצנו דעת הרמב"ם בצירוף קושית המרשא"ה שם על פי דרכנו דדעתו כתירוץ התוס' הב' דסנהדרין (כ"ה) דהאמת אינו כן ובלא דמי ליכא לא תחמוד כנ"ל שהוכחנו מפ"א מהלכות גזילה תשאר לנו קושית הבית יעקב בסתירת דברי התוס' דב"מ (ה') לדברי התוס' ב"מ (ס"א). דבמ"צ (ס"א) הקשו התוס' דלוקמי בגזל גופא לעבור עליו בב' לאוין ותרצו משום דלא לקי אלאו דגזל דהוא נל"ע משא"כ בכובש ש"ש באם אינו ענין לקי שפיר ע"ש. ובתוס' לעיל (דף ה') ד"ה לא תחמוד לאנשי בלא דמי משמע להו הקשו וא"ת תיפוק ליה מלא תגזול וי"ל לעבור עליו בב' לאוין. וקשה הא בגזל לא שייך לעבור עליו בב' לאוין כתירוץ התוס' לקמן (ס"א) ע"ש. והרבה מאחרונים ראיתי שמתרצים זאת לדברי הגמרא דתמורה דאין עשה עוקר ב' לאוין ובשלמא לקמן בגזל דהב' לאוין חד הוי נל"ע וחד אתי במה הצד ואין מזהירין מן הדין ובודאי דלא שייך אין עשה עוקר ב' לאוין דבלא"ה ליכא מלקות על לאו השני דאתי במה הצד וכנ"ל בתירוץ הש"א. משא"כ ב' לאוין מפורשין כגון הכא (בדף ה') בגזל גופא דאיכא לא תחמוד ולא תגזול ובודאי שייך דאין עשה עוקר ב' לאוין ואהני

ללקות אחד לאו עיין בס' ז"ב שתירץ כן קושית הב"י בסתירת דברי התוס' וכן בספר עצי לבונה על יו"ד (סי' ק"ס ס"ק ו') שהקשה בעצמו קושית הב"י ותירץ כן לחלק. ובאמת הקושיא כבר קדמו בס' ב"י והתירוץ בס' ז"ב. אמנם לפי מה שהערנו לעיל בתירץ הש"א על קושית המרשא"ה דתלי בב' תירוצי התוס'. ולהתירוץ הראשון דכן הוא האמת דלא תחמוד בלא דמי משמע להו ובגזל איכא לאו דלא תחמוד שפיר שייך תירוץ הז"ב הנ"ל, משא"כ לתירוץ התוס' הב' דהאמת אינו כן ובגזל ליכא לאו דלא תחמוד. ואם כן גם בגזל ליכא ב' לאוין מפורשין ולא שייך אין עשה עוקר ב' לאוין וקושית הב"י במקומה עומדת בסתירת דברי התוס' דב"מ ומאחר דהכרענו לעיל דעת הרמב"ם כתירוץ התוס' הב' דהאמת אינו כן ובגזל לא שייך לא תחמוד וקשה לדידיה קושית הב"י וצ"ע:

סימן לו

הסימן הזה יאחז דרכו לבאר הרבה חדושי דינים בעניני חצי שיעור וביאור דעת הפוסקים בזה גם יבואר ענין חצי שיעור בממון וביאור כמה סוגיות בש"ס:

וזה יצא ראשונה. הנה בשבועה אי אסור חצי שיעור כמו בשאר איסורים מחלוקת הראשונים בזה. דעת הר"מ (ריש פ"ד מהלכות שבועות הלכה א') מי שנשבע שלא יאכל היום כלום ואכל פחות מכזית פטור שאין אכילה פחותה מכזית והרי הוא כאוכל חצי שיעור מנבילות וטריפות וכיוצא בהן. עכ"ל הרמב"ם. וכתב המל"מ נראה דס"ל דכשם שחצי שיעור אסור מה"ת בכל האסורים ה"נ בנשבע שלא יאכל אסור לאכול פחות מכזית. ואני תמיה בדין זה דבשלמא בשאר איסורים, גזירת הכתוב הוא דהאוכל כשיעור ענש יענש ואם אכל פחות שלא יענש אבל יש איסורא בעלמא. אך, במי שנשבע שלא יאכל סתם אי אמרת דסתם אכילה בכזית א"כ זה לא קבל עליו שלא לאכול כי אם כזית ולמה יאסר בפחות מכזית. ובשלמא לר"ל כו' אבל לר"י דחצי שיעור אסור מה"ת. בנשבע שלא לאכול מהיכא תיתא שאסור בחצי שיעור. והביא להר"ן בשבועות בחדושיו שכתב כן. ושוב הביא להר"ן בפ"ג משבועות שחזר בו ממ"ש בחדושיו והסכים להרמב"ם וסיים. הכלל העולה שדין זה אם בשבועה אסור מה"ת חצי שיעור הוא מחלוקת בין הראשונים. דלהר"ם והר"ן אסור מה"ת לאכול פחות מכשיעור כשאר איסורין. ולהרמב"ן והיש מי שאומר שהביא הר"ן מותר לכתחילה לאכול פחות מכשיעור ולע"ד ראיה מפורשת מגמרא (שבועות כ"ג) דהקשה הגמרא רישא לסיפא הא גופא קשיא אמרת שבועה שלא אוכל ואכל אוכלין שאינן ראוין לאכילה פטור והדר תני שבועה שלא אוכל ואכל נבילות וטריפות חייב מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא דחייב. ר' יוחנן ורב ושמואל דאמרי תרויהו בכולל דברים המותרים עם דברים האסורים. וריש לקיש אמר

אי אתה מוצא אלא במפרש חצי שיעור ואליבא דרבנן. אי בסתם ואליבא דרע"ק. בשלמא ר' יוחנן לא אמר כריש לקיש דמוקי לה כדברי הכל, אלא ריש לקיש מאי טעמא לא אמר כר' יוחנן כו' ע"ש והתוס' בד"ה דמוקי לה כדברי הכל הקשו. וא"ת נימא דהיינו טעמא דר' יוחנן דלא אמר כריש לקיש משום דר' יוחנן סובר דחצי שיעור אסור מה"ת ובכ"ש נמי מושבע ועומד. פירש ובנבילות וטריפות נמי אסור חצי שיעור מה"ת ותירצו ויש לומר דמשום איסור תורה לחוד לאו מושבע ועומד חשיב ליה ע"ש. ומוכח מהכא דבשבועה לא שייך חצי שיעור. דאי נימא דבשבועה נמי אסור חצי שיעור קשה דנימא דלהכי לא אמר ר' יוחנן תירוצא דריש לקיש דלדידיה לא שייך לאפלוגי בשבועה גופא בין מפרש לסתם דאף בסתם נמי חצי שיעור אסור כבשאר איסורין וסתם נמי כמפרש ובכל זאת הקשה הגמרא מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא ואין לתרץ ולומר דאיכא בין סתם למפרש דאי בסתם ומטעם חצי שיעור דאסור מן התורה. הא גם בנבילה וטריפה איכא איסור דחצי שיעור לר' יוחנן וכקושית התוס' הנ"ל דנימא דלהכי לא אמר ר' יוחנן כריש לקיש משום דלדידיה בנבילה נמי חצי שיעור אסור מן התורה ולכך הוצרכו לחלק בין סתם למפרש דבמפרש חצי שיעור איכא איסור לאו ויש בו חומר לחול על איסור תורה. זה אינו דהא סוף סוף גם עתה דמחלק במפרש דאיכא איסור שבועה על חצי שיעור הקשו התוס' הנ"ל דמקרי מושבע ועומד לגבי נבילה לר' יוחנן דגם בנבילה חצי שיעור אסור מן התורה. הרי חזינן מדברי התוס' דגם באיסור תורה מקרי מושבע ועומד. ותירוצם דתירצו דמשום איסור תורה לחוד לא מקרי מושבע ועומד נסתר מדברי הגמרא יומא (ריש פ' יום הכפורים). דגמרא מפורשת דבאיסור תורה לחוד מקרי מושבע ועומד. דפריך הגמרא לריש לקיש דסובר חצי שיעור אסור מדרבנן אי הכי לא לחייב עליה קרבן שבועה דמושבע ועומד:

ומצאתי להרמב"ח דדחה דברי התוס' בתירוצם הנ"ל מגמרא זו. דגמרא מפורשת ואין לספק בה ע"ש בתוס' יום הכפורים שתמה איך נעלם מהתוס' גמרא זאת. וא"כ קושית הגמרא במקומה עומדת דמאי שנא רישא ומאי שנא סיפא דלא שייך לאפלוגי בין סתם למפרש דאף בסתם נמי חצי שיעור אסור מן התורה וכנ"ל. ויותר הוה ליה לתרץ דלא אמר ר"י כר"ל כתירוצו הנ"ל. אלא ודאי שמע מינה דבשבועה לא שייך חצי שיעור דלא כהרמב"ם וכיון דסתם אכילה בכזית לא קבל עליו אלא בכזית אם לא במפרש חצי שיעור. עוד נראה להוכיח מקושית התוס' הראשונה בד"ה דמוקי. דהקשו התוס' וא"ת ולוקי במפרש ודברי הכל. וי"ל דאי במפרש לא מתוקמא מתניתן כרע"ק דמשמע הא סתם פטור ומתירוצם מוכח דלר' יוחנן לא שייך חצי שיעור בשבועה ובלא מפרש לא

אסור מטעם חצי שיעור דאי לר' יוחנן בשבועה נמי אסור חצי שיעור בלא מפרש. מאי קא מתרצו לרע"ק דמשמע הא סתם פטור. הא לר' יוחנן לא מתוקמא במפרש דמשמע הא סתם פטור. אלא שמ"מ דבאמת לר' יוחנן בשבועה לא שייך חצי שיעור אסור ורק לרע"ק דס"ל בכל איסורים במשהו לא בעינן מפרש:

והנה מאחר שזכינו לכ"ז. נבוא לבאר דעת הרמב"ם דפסק (פ"א מהל' חומ"צ ופ"ג וי"א דמאכלות אסורות) דחצי שיעור אסור מה"ת. ופסק (בפ' ה' מהלכות שבועות) באומר שבועה שלא אוכל כ"ש מנבילה וטריפה דקשה איך חל אסור שבועה אנבילה אף במפרש חצי שיעור. הא בנבילה נמי אסור חצי שיעור וכקושית התוס'. ותירוצם נדחה מסוגיא כנ"ל וכן קשה מהר"ן אך נראה לתרץ הרמב"ם והר"ן לע"ד בדרך מרווח. דלהרמב"ם והר"ן משום איסור תורה לא מקרי מושבע ועומד ושפיר חל איסור שבועה בחצי שיעור מפורש על נבילה. ולא קשה מידי מסוגיא דיומא. דלהמתבאר מהר"ן (נדרים ח') להמעיין שם דבנשבע לקים המצוה לא שייך לומר אין איסור חל על איסור. ובאמת חייל השבועה לענין הלאו ופטור רק מקרבן משום דליתא בלאו והן. ואך בנשבע שלא לעבור בזה שייך אין אחע"א ולא חייל כלל כמו בכהת"כ דאין אחע"ח. וכיון שזכינו לדברי הר"ן הנ"ל דבנשבע לקיים המצוה חייל השבועה לענין הלאו אפי' נגד איסור לאו אחר. מכש"כ לענין איסור תורה לבד כמו חצי שיעור דנבילה. דאסור משום חצי שיעור כמו בשאר איסורים. בודאי חל השבועה במפרש ולא מקרי מושבע ועומד. ואתי שפיר דלא קשה מסוגיא דיומא דפריך אי הכי לא לחייב עלה קרבן שבועה כנ"ל דהקושיא רק מקרבן שבועה דלא לחייב משום דליתא בלאו והן. אבל לענין איסור חל השבועה לענין הלאו. אבל להתוס' דחולקים על הר"ן עי' תוס' נדרים דכתבו דפרכת הש"ס מושבע ועומד. לאשמעינן דמותר לשבע ולקיים המצוה ולא חשיב שיעבור על שבועתו. הא א"נ לא מקיים לא עבר על השבועה דמושבע ועומד. הרי דלא עבר כלל אפי' על הלאו. לא ניתן להאמר כן. ועיין בחדושי רעק"א בתשובתו האחרונה לחלק הכתבים. דהבין כונת הר"ן כן בדרך זה ודעת הרמב"ם כהר"ן בזה. ויתורץ היטב דברי הר"מ וגם קמה ראיתנו מדברי התוס'. ולפי דברי הר"ן הנ"ל שהבאתי יתורץ היטב קושית הנב"י שהקשה בכמה מקומות דאמאי קאמר והא מושבע ועומד ואמאי לא קאמר דאין אחע"א. ע' בנב"י מהד"ק חא"ח (סי' ל'ו) שהקשה זאת ע"ש דתירץ. ונראה דעתו דאי לאו דאין שבועה חלה. משום מושבע ועומד לא הוי אכפת לן הא דאין אחע"א בעלמא והכא הוי שבועה חיילא ע"ש. ובס' אבני מלואים להגאון בעל קצה"ח בתשובותיו (סי' י"ב) השיג עליו. דודאי גם בשבועה שייך אין אחע"א. וחדש אפכא החילוק בין אחע"א ובין מושבע ועומד.

דלטעמא דאין אחע"א גם האיסור השני חייל. אלא דאין עונשין עליו לענין קרבן ומלקות. אבל אסור מיהא רכיב עלה.. אבל לטעמא דאין מושבע ועומד לא מצי למיסר אנפשיה כלל ואין כאן חלות השבועה כלל ע"ש. ולדברינו הנ"ל דברי הנב"י נכונים לפי פירושינו בדברי הגמרא דיומא. דהקושיא רק מקרבן שבועה דלא לחייב. אבל לענין איסור בודאי חל. וכדעת הר"ן שזכרנו אך לדברינו יתורץ נמי קושית הנב"י. דאמאי לא קאמר הגמ' דאין אחע"א. דלדעת הר"ן שזכרנו מבואר החלוק בין נשבע לקים המצוה. דשפיר חל לענין הלאו ורק מקרבן פטור לנשבע שלא לעבור דלא חייל כלל. ואתי שפיר במקום דנשבע לקים המצוה וחל השבועה לענין הלאו. ולהכי לא קאמר דאין אחע"א. ובחדושי בארתי עוד דלא נוכל להוכיח דבשבועה איכא חצי שיעור כמו בשאר איסורים דאל"כ איך מוקי ר"י בכולל דברים המותרים עם דברים האסורים הא אפי' בכולל קל על חמור לא חל ואיך חייל שבועה דלא נכלל בו חצי שיעור אי נימא דחצי שיעור מותר בשבועה. אנבילה דאסור חצי שיעור והוי קל על חמור. דזה אינו דהא דבשבועה לא שייך חצי שיעור. לא משום קלות האיסור הוא דבאמת שבועה חמור והא דשרי בו חצי שיעור. הוא משום דבאיסור הבא ע"י עצמו אמדינן דעתו ואם הוא לא קבל על עצמו אלא בכזית. ואיך נוכל לאסור חצי שיעור דהוא לא קבל על עצמו אלא בשיעור שלם וזה פשוט. ובדרך פלפול אמרתי לתרץ דברי הרמב"ם הנ"ל דפסק דחצי שיעור אסור מן התורה. ופסק בפ"ה מהלכות שבועה שבועה שלא אוכל כ"ש מנבילה וטריפה. דקשה איך חל איסור שבועה אנבילה וטריפה דחצי שיעור נמי אסור. וכקושית התוס' על ר' יוחנן ותירץ התוס' דמשום איסור תורה לחוד לא מקרי מושבע ועומד נדחה ונסתר מדברי הגמ' ריש יומא כנ"ל ואשר באמת קשה להתוס' איך יפרשו דברי הגמרא הנ"ל:

ואמרתי לתרץ בדרך פלפול בדרך נכון דלא קשה מגמרא הנ"ל. דהנה (ביומא ל"ו) סובר ר' ירמיה אליבא דר' יוסי הגלילי דלאו דנבילה הוי לאו הנל"ע להעשה דלגר אשר בשעריך וכו' והנה הגאון בעל יד המלך חדש לענין ספקו של החכם צבי אי בבל יראה שייך חצי שיעור או לא. וחדש הבעל יד המלך דהיכא אמרינן דחצי שיעור אסור מה"ת היכא דבשיעור שלם איכא מלקות אז חצי שיעור איכא רק איסור תורה לבד דחצי שיעור הוא נחות דרגא משיעור שלם אבל היכא דעל שיעור שלם ליכא מלקות אזי חצי שיעור מותר וליכא איסור ולהכי בבל יראה דאלאו שלם ליכא מלקות משום דהוי להנל"ע כפסחים (צ"ה) בפרטיה מאי קא ממעט ליה בל יראה ובל ימצא דדמי ליה דהוי להנל"ע. וא"כ אשיעור שלם ליכא מלקות ולהכי חצי שיעור מותר וא"כ אתי שפיר דברי התוס' והר"מ דלהכי חייל שבועה במפרש חצי שיעור על נבילה. משום דבנבילה חצי שיעור מותר

מאחר דלא לקי אשיעור שלם משום דהוי להנל"ע וחצי שיעור מותר בנבילה ולא קשה קושית התוס' וזה סברת הרמב"ם והתוס' לא ס"ל האי כללא דכייל הבעל יד המלך ולהכי קשיא להו מר' יוחנן. והנה כי עומדים אנחנו בדברי הבעל יד המלך קשה מאוד דברי הטור והמחבר (סי' רכ"ז) בחושן משפט וזה לשונו. יש להסתפק אם מותר להונות את חבירו בפחות משתות אם יש באונאה שוה פרוטה ופורש הסמ"ע מי אמרינן כיון דהתורה אמרה אל תונו אפי' שוה פרוטה בכלל. אלא שחז"ל אמרו דאין יכולים לצמצם עד שתות. או שמא כיון דדרך מקח וממכר הוא בכך לפיכך עד שתות הוא בכלל המקח ולא מקרי אונאה כלל עכ"ל הטור והמחבר סי' הנ"ל. ולדעתי קשה אפי' לצד השני ליכא ספיקא כלל. דהנה שיטת הרמב"ם דפחות משוה פרוטה לענין ממון כמו חצי שיעור לענין איסור ומאן דאסר חצי שיעור ה"ה פחות משוה פרוטה וכן פסק המחבר ריש הלכות גזילה (סי' שנ"ט) אסור לגזול אפי' כ"ש עיין בסמ"ע שהביא המגיד ע"ש אף דבגזל נמי הוי מחילה בפחות מש"פ ובדיעבד שרי מ"מ לכתחילה לגזול פחות מפרוטה איכא איסור תורה כן ביאר הסמ"ע. וקשה איך יהי' מותר לכתחילה להונות בפחות משתות. והנה בפשיטות תירצתי דבגזל דשיעור פרוטה מה"ת או דהוא בכלל שיעורין או כדתנינא חמש פרוטות הן ושיעור פרוטה קצוב מה"ת ואז על פחות מפרוטה איכא חצי שיעור כבשאר איסורין אבל בשיעור אונאה דמה"ת ליכא שיעור שתות אך דאמדינן דעתו של אדם דעד שתות מחיל אינש ורק מדרבנן הוא דאמדו דעתו של אדם. נוכל לומר דכל דאמדו דעד שתות מחיל ואז אפי' שתות פחות משהו נמי מחילה ואפי' לכתחילה מותר להונות פחות משתות דבדרבנן לא שייך חצי שיעור כאשר יבואר לקמן בחדושינו באורך בענין חצי שיעור אי שייך בדרבנן והבאתי דברי התוס' (חולין ל"ד) דבדרבנן לא שייך חצי שיעור. והנה בעקר סברת הרמב"ם והמגיד שזכרנו דבממון אסור חצי שיעור כמו בשאר איסורין דלסברת הבעל יד המלך הנ"ל דביארנו דזו היא גם דעת הרמב"ם דהיכא דעל שיעור שלם איכא מלקות אזי על חצי שיעור איכא איסור תורה. אבל היכא דעל שיעור שלם ליכא מלקות אזי חצי שיעור מותר. ואיך יהיה אסור חצי שיעור בממון היינו בגזל מאחר דאלאו שלם דגזל אין בו מלקות משום דהוי להנל"ע וממילא דחצי שיעור מותר. וקשה לסברת הבעל יד המלך. ונראה לתרץ כיון דמשכחת מלקות בלהנל"ע בבטלו ולא בטלו כדבארו האחרונים עיין בטעם המלך ובתשובת שיבת ציון (ס"ק) דהיינו אם נשרף דלא יוכל לקים עשה דוהשיב את הגזילה וכיון דמשכח מלקות הדרינן לסברתו דחצי שיעור אסור ורק בחמץ בפסח דלא משכח מלקות אף בבטלו ולא בטלו עיין שאגת אריה ס"פ ובשער המלך ה' חו"מ ובטעם המלך. דנלאו האחרונים למצוא פתח מלקות בבטלו

ולא בטלו בזה חדש הבעל יד המלך סברתו. והנה לפי מה שבארתי דלא חדש הבעל יד המלך סברתו רק בחמץ בפסח דליכא מלקות בשום צד אף בבטלו ולא בטלו אבל לא היכא דאיכא למשכח מלקות בחד צד היינו בבטלו ולא בטלו יתורץ היטב קושיות האחרונים שהקשו עליו ברוב דעת ותבונה מגמרא (יומא ל"ו) דר' ירמיה אליבא דר' יוסי הגלילי סובר דלאו דנבילה הוי להנל"ע דלגר אשר בשעריך תתננה. והגמרא בתמורה ד' שאני כהנים דרבי רחמנא בהו מצות יתירות פירש רש"י מצות יתירות דלוקין על להנל"ע דישראלים אינם לוקין וא"כ מאי קא מקשה הגמרא (מנחות מ"ה) וכל נבילה וטריפה לא יאכלו הכהנים. כהנים הוא דלא אכלי הא ישראלים אכלי ולסברת הבעל יד המלך לא קשיא דנוכל לומר דהקרא מזהיר על חצי שיעור דלכהנים אסור חצי שיעור מאחר דאלאו שלם לוקין וא"כ לדידהו חצי שיעור אסור מה"ת משא"כ לישראלים דאלאו שלם לא לקי ממילא חצי שיעור מותר ומאי קשיא. ולדברינו ניחא כיון דמצינו מלקות בנבילה בבטלו ולא בטלו היינו אם נאבד הבשר דלא יוכל לקים העשה דלגר אשר בשעריך תתננה וחצי שיעור לישראל נמי אסור אך זה נוכל לתרץ רק לבעל יד המלך. אבל לא להר"מ דדעתו נמי כסברת יד המלך כנ"ל אשר שפתיו ברור מללו (בפרק א' מהלכות גזילה) וזה לשונו. ואין לוקין על לאו זה שהרי הכתוב נתקו לעשה ואפילו שרף הגזילה אין לוקה שהרי הוא חייב לשלם דמיה וכל לאו הניתן לתשלומין אין לוקין עליו וליכא לאשכח. מלקות אף בבטלו ואיך חצי שיעור אסור בגזל מאחר דאלאו שלם ליכא מלקות. אך לפי מה שבארתי ואח"כ מצאתי סברא זה בנב"י (יו"ד סי' ע"ז) שהבליע סברא זו במתק לשונו ובשיבת ציון ס"ק הרחיב הדבור בזה דהפירוש בדברי הרמב"ם שפטור משום דניתן לתשלומין אין הכונה דפטור ממלקות משום דהוי נל"ע אלא הכונה דהרמב"ם סובר כעולא (במס' כתובות ל"א) דכל היכא דאיכא ממון ומלקות ממונא משלם מלקא לא לקי משום שתי רשעות אבל היכא דליכא ממון איכא מלקות בבטלו אף להרמב"ם דהכא ליכא שתי רשעות. והנה בתשובת שיבת ציון שם הביא סתירה בדברי הרמב"ם דבריש פ"ג מהלכות גניבה פסק כר' יוחנן דלוקה ואינו משלם (ובפרק י"ח) מהלכות סנהדרין פסק כעולא דממונא משלם ודחק שם לחלק בין גניבה וגזילה לשאר ממון ומלקות ע"ש שדחק בזה ולדעתי החלוק פשוט דהא דאמרינן בשאר ממון ומלקות דמלקא לקי ממונא לא משלם כר' יוחנן היינו היכא ששני החיובים נגמרו כאחד אזי אלים חיובא דמלקות ומלקינן. אבל בגזל שחיוב ממון נגמר מיד בשעת הגזילה וחיוב מלקות אי אפשר להגמר עד דמבטל לעשה בזה עדיף חיובא דממון דקדים ונגמר מיד ונדחה חיוב מלקות מפניו

לגמרי וסברא נכונה היא. ובזה מתורץ היטב הרבה קושיות שהקשו לסברת הבעל יד המלך ודו"ק:

והנה הפ"מ יו"ד (סי' ס"ב) העיר דבאבר מן החי לא שייך חצי' שיעור מאחר דחלקו מבחוץ פטור ולא שייך חזי לאצטרופי ובזה נפלאתי על התוס' (שבועות כ"א) דהוכיחו דר"י דסובר חצי שיעור אסור הוא רק לענין איסור ולא לענין מלקות מדקא בעיה בחולין ק"ג בחלקו מבחוץ אי פטור. ואי לקי על חצי שיעור מאי קא מיבעי ליה ע"ש ולהנ"ל דלא שייך חזי לאצטרופי באמה"ח אף לענין איסור אין ראי'. גם בהוכחתם השני' בזה מדאמר ר"י כל איסורים שבתורה אין היתר מצטרף לאיסור ואי לקי על חצי שיעור צירוף למה לי הנה לשיטת הר"ש (פ"ב דטבול יום) וכן שיטת רבינו יקיר (ע"ז ס"ז) דחצי שיעור על ידי תערובות מותר אף לר"ש לענין מלקות וכן לדידן לענין איסור על ידי תערובות ליכא איסור ואין ראי':

והנה בממון אי שייך חצי שיעור או לא הבאתי ראיה מפורשת מגמרא (גיטין כ"א) כתבו על איסורי הנאה כשר אמר רב אשי אף אנן נמי תנינא על העלה של זית ופי' רש"י דלא שוה נמי כלום ומשני שאני עלה של זית דחזי לאצטרופא והוי ממון הרי דחצי שיעור הוא ממון מדקא מתרץ ליה דמעלה של זית אין ראיה לאיסורי הנאה דאף דעל איסורי הנאה יהי' אסור בכ"ז על עלה של זית מותר משום דחזי לאצטרופא וכיון דשייך חצי לאצטרופי ממילא הוי ממון נמי לענין איסור דזה הטעם איסור דחצי שיעור משום דחזי לאצטרופי ועי' בס' תפארת מנחם (פ"ה מהלכות אשות) והנה ראיתי בשואל ומשיב שהביא ספק לר"ש דסבר כ"ש למכות אי בממון נמי סבר כ"ש למכות ולוקין על גזל פחות מפרוטה ולדעתי נראה ראיה מפורשת מגמרא שבועות (כ"א) אמרו ליה לר' עקיבא היכן מצינו כו' ולא הרי נמלה בריה שאני והרי הקדש שהוא מתחיב בשוה פרוטה ואפי' פחות מכזית ומשני הא בעינן שוה פרוטה שזה שיעורו ומוכח דבממון ר"ש נמי מודה דשיעורו הוא שוה פרוטה דהא עיקר קושית המקשן ארבנן דרע"ק מדבר שהכל מודים בו כמו נמלה דלכולא עלמא חייב מלקות אפחות מכזית וכן הקשו ממפרש דהכל מודים בו מדאחשבו כבריה כתירוץ הגמרא ואיך אמרו היכן מצינו בדבר שהם עצמם מודים בו כמו כן בהקדש הא בעינן שוה פרוטה לכולי עלמא ולא כזית ואי ר"ש סבר בהקדש נמי כ"ש מאי קא קשי' ליה מהקדש הא ע"כ בהקדש שיעורו הוא שוה פרוטה מדר"ש סבר התם דפחות מפרוטה ע"כ דשיעורו הוא פרוטה ומאי מקשה. אלא ע"כ דר"ש התם נמי סבר דשוה פרוטה ומקשה לכולי עלמא דהרי פחות מכזית הוא ומשני התם שיעורו הוא פרוטה ור"ש ורע"ק דסבר כמותו הכא מודה דבעינן פרוטה ולא קשיא

ארבנן דרע"ק דלאו משהו אלא שיעור שלם הוא. אלא דלא ידענא עיקר ספק לר"ש דלענין מאי מספקא ליה לר' שמעון. לענין איסור הא שיטת הרמב"ם והרה"מ דחצי שיעור אסור מה"ת ובודאי לר"ש איסור איכא ומלקות לא שייך הכא דהא גזל הוי להנל"ע. אך נראה לתרץ הספק מאחר דאיכא מלקות בבטלו ואז לר"ש אף אכל שהו לוקין ואי להרמב"ם דאף דנשרף הגזילה פטור משום דניתן לתשלומין פרשתי לעיל דאין הכונה משום להנל"ע אלא כעולא ובבטלו דליכא ממון לוקין. ובהכי מתורץ היטב מה ששמעתי מקשים לשיטת הרמב"ם והמגיד דפחות משוה פרוטה לענין ממון כמו חצי שיעור לענין איסור ומקשים (מסנהדרין ל"ז) ליכא מדעם דלישראל שרי ולעובד כוכבים אסור והרי פחות משוה פרוטה דלישראל שרי ולעובד כוכבים אסור וכו' ולהרמב"ם דפחות משוה פרוטה אסור מטעם חצי שיעור מאי קושיה דמאי נפקא מיניה לענין מלקות הא גזל הוי להנל"ע ואי לענין איסור חצי שיעור אסור ולדברינו ניחא דנפקא מיניה לענין מלקות ואי משום להנל"ע משכחת לה בבטלו. והנה בעיקר הדין אי שייך חצי שיעור בממון. הנה אי נימא דחצי שיעור אסור משום דחזי לאצטרופא ובממון לא שייך חזי לאצטרופי דכל פחות מפרוטה הוי מחילה. אמנם ראיתי להאחרונים שבארו זה דתלי בטעם דפחות משוה פרוטה לא ניתן להישבון . דאם נימא דלכך לא ניתן להישבון דזה לא נקרא ממון ואינו בכלל גזילת ממון א"כ לא שייך חצי שיעור דהרי הך דאזלא תיזל לא קאי כלל על פחות משוה פרוטה ומה"ת לאסור. אך אי נימא דבאמת מקרי גזל רק דמשו"ה לא ניתן להישבון כיון דמחיל תיכף והו"ל כמו דאמרי' בבמ"צ (ל"ט) אי אהדריה לאחר יאוש מתנה בעלמא אהדריה ליה ולא שייך עשה דוהשיב. א"כ גם בפחות משוה פרוטה כיון דמחיל ליה הו"ל כלאחר יאוש ומה דהשיב ליה הוא מתנה בעלמא דהא כבר מחיל ליה. ולפי"ז שוב פחות משוה פרוטה אסור משום חצי שיעור. והנה לכאורה לפי מה שכתוב בטעם חצי שיעור דאסור מן התורה בחכ"צ (סי' פ"ו) דחצי שיעור אסור משום דאחשביה. א"כ מכש"כ בגזל דודאי אחשביה דהרי גזלו אך לפי מ"ש הר"ן ריש קדושין דלא שייך לדידי שוה לי בפחות משוה פרוטה דלאו ממון הוא וא"כ לא שייך אחשביה דלא עדיף מלדידי שוה לי דלא שייך בפחות משוה פרוטה. והנה זמן גדלות לבת י"ב ולבן י"ג שנה והבאת שערות ושיעורין הכל בכלל גדלות כ"כ הרא"ש בתשובה ובתשובת ח"ס חיו"ד (סי' שי"ז) הקשה על מ"ש הרמב"ם (פ' יו"ד מהלכות מלכים הלכה ב') וז"ל ולעולם לא עונשין מהם לא קטן ולא חרש ולא שוטה לפי שאינן בני מצות עכ"ל והוקשה לו הא לעיל (בפ"ט הלכה ט') כתב הרמב"ם שלא נתנו השעורים אלא לישראל לבד וכיון שאין שיעורין לבן נח מ"ט יפטר הקטן עכ"ל השואל והגאון הנ"ל דחה דאין סברא לענוש הקטן

דאנוס פטור גם בב"נ והנה הקושיא הלז החמירו בה האחרונים וכשאני לעצמי לא אדע הקושיא דבודאי מותר לב"נ משום מי איכא מידי דלישראל שרי ולעובד כוכבים אסור, דאין לומר דלישראל נמי אסור משום חצי שיעור וכדברי הרא"ש דהא הטעם דחצי שיעור אסור משום דחזי לאצטרופי ובקטן לא שייך חזי לאצטרופי. אך בעיקר דינא דרמב"ם דכתב דשיעורים לישראל נאמרו ולא לב"נ לא קשה מי איכא מידי דלישראל שרי ולעובד כוכבים אסור ואיך יהי' אסור פחות מכשיעור לב"נ. לא קשה די"ל דהא בישראל נמי אסור בחצי שיעור והיכא דלישראל אסור לא שייך מי איכא מידי כתוס' (חולין ל"ג). ובחדושי הארכתי לבאר דדינא דרמב"ם הנ"ל דשיעורין לישראל נאמרו כו' תלי לפי מ"ש המל"מ (פ"א מהחו"מ) דלר"י דסובר חצי שיעור אסור מה"ת סובר דסתם אכילה בכ"ש ואתי הלכתא ואפקא לכזית לענין מלקות אבל לר"ל סתם אכילה בכזית ע"ש. א"כ י"ל דע"כ לא כתב הרמב"ם דינו דלא ניתן שיעורים לב"נ אלא אליבא דהלכתא דקימ"ל כר"י וסתם אכילה בכ"ש רק ההלכתא גרעה שלא לענוש פחות מכזית וא"כ י"ל דההלכתא לא קאי אלא שקבלו הלמ"מ משא"כ לב"נ סתם אכילה הנאמר אצלם בכ"ש לכן הי' נהרג ב"נ עליו. אבל אליבא דר"ל דס"ל דחצי שיעור מותר מה"ת לדידן ה"ה לב"נ ועוד כיון דלדידיה סתם אכילה בכזית משמע גם לב"נ הוה בכזית. ועוד הוכחתי דדוקא לענין הלכה לר"י פסק הרמב"ם דינו דאל"כ אלא אף לר"ל דסובר חצי שיעור מותר מה"ת קשה מי איכא מידי דלב"נ אסור ולדידן מותר. אבל אי נימא דרק לר' יוחנן שפיר דהא גם לדידן אסור מטעם חצי שיעור והארכתי הרבה לפלפל בזה:

והנה באיסורי דרבנן אי חצי שיעור אסור או לא לכאורה לפי דברי התוס' (שבועות כ"ג) דאף באיסור תורה לא מקרי מושבע ועומד בחצי שיעור מכש"כ בדברי סופרים בודאי נמי איסור ליכא אף מדרבנן אך באמת דברי הגמרא (דריש יומא ע"ד) שהקשו לר"ל דסובר דחצי שיעור אסור מדרבנן אי הכי לא לחייבו קרבן שבועה עלה ופירש רש"י דהא מושבע ועומד עלה בלאו דלא תסור. הרי דבדברי סופרים מקרי מושבע ועומד אף בלאו דלא תסור וכבר הקשינו לעיל מגמרא זו לדברי התוס' הנ"ל ע"ש. ובש"ך יור"ד (סי' קי"ט ס"ק כ"א) הכריע ג"כ דבאיסורי דרבנן שייך לומר מושבע ועומד בלאו דלא תסור. ואחר העיון לכאורה אי נימא דחצי שיעור הוא מכל מריבוי ואינו מפורש בתורה לא סתרי מגמ' דברי התוס' דשבועות. דאיסורי דרבנן דאסמכינהו ינהו אקראי דלא תסור ומפורש בתורה חמירי ואסורים אף בחצי שיעור. משא"כ בחצי שיעור דהוא רק מרבוי דכל. אך דעת התוס' ביומא דלא מכל אתרבי חצי שיעור. דהקשו דלמה לי כל תיפוק דחזי לאצטרופי ודעת התוס' דבדרבנן לא נאסר חצי שיעור ולשיטתם אזלי (בחולין ל"ד)

ד"ה והשלישי כו' ואע"ג דחצי שיעור אסור מה"ת בפסול הגוף דרבנן לא החמירו ומבואר דעתם דבדרבנן חצי שיעור מותר עיין בלב אריה על חולין. ובספר בכור שור (ריש חולין ד' ג')

ומעתה שזכינו לדברי התוס' דחולין ולשיטתם דבדרבנן לא שייך חצי שיעור נבא לבאר באיסורי שבת אי שייך חצי שיעור אשר האריכו האחרונים בזה ועיין בתפארת ישראל בחדושיו (לפרק א' דשבת) דהקשה דלמה עקירה בלא הנחה פטור. אבל אסור מדרבנן לאסור מה"ת בעקירה בלא הנחה מידי דהוה אחצי שיעור דאסור משום דחזי לאצטרופי וה"נ עקירה חצי לאצטרופי להנחה והאריך שם אי שייך חזי לאצטרופי באיסורי שבת ע"ש. והנה המל"מ (פ' ח"י מהלכות שבת הלכה א') וז"ל וכל השיעורין שנאמרו במס' שבת לגבי ט"ל מלאכות הוא דוקא לחיוב חטאת. אבל איסור מן התורה איכא אף בפחות מכשיעור דקימ"ל חצי שיעור אסור מה"ת וכ"כ רש"י (פ' כלל גדול ד' ע"ד) אההיא דאמרינן התם וכי מותר לאפות פחות מכשיעור וכ"כ בהג"א ר"פ המוציא יין עכ"ל וכן הלח"מ (פ' שלישי מהלכות שבת הלכה ב') חדש מסברא דנפשיה דחצי שיעור באיסורי שבת אסור כמו בשאר איסורין ותירץ בזה הרבה קושיות שם והרבה מה אחרונים בנו דיק שכן דעת רש"י (שבת ע"ד) וכי מותר לאפות פחות מכשיעור. דמבואר דחצי שיעור אסור באיסורי שבת. ולדעתי אין ראיה מדברי רש"י, דבודאי הדבר פשוט דיש לחלק בין חצי שיעור דמלאכה היינו שעשה חצי מלאכה כקושית הגאון בעל תפארת ישראל בעקירה בלא הנחה דהוא חצי מלאכה לחצי שיעור דמלאכה שלמה אלא שעשה פחות מכשיעור דבזה ודאי חייב מאחר דמלאכה שלמה עשה ואף בלא חצי לאצטרופי הרי עשה מלאכה שלמה אלא שלא עשה כשיעור שלה והרי גדולה מזו מצינו דבשנים, שעשו מלאכה שלמה דפטורים מבעשותה כולה ולא מקצתה ובזה יכול וזה יכול חייבים וזהו טעמא דמלתא מאחר דכל אחד עשה מלאכה אלא שחסר השיעור ומאחר דזה יכול לעשות כולה וזה יכול הוי כאלו עשה כל אחד מלאכה שלמה וזה נכון בסברא. ולדעתי נראה עוד לחדש דבכזה היכא דעשה מלאכה שלמה אלא פחות מכשיעור אף לר"ל דסובר חצי שיעור מותר מה"ת בשאר איסורים וכהאי גונא בשבת נמי היינו בחצי מלאכה. אבל היכא דעשה מלאכה שלמה אלא בפחות מכשיעור הוה כאלו עשה כולה דאף בלא חזי לאצטרופי חייב דהוה כזה יכול וזה יכול דהוה כאלו עשה כולה וחייבים:

ובזה מתורץ היטב קושית התפארת ישראל השניה דלר"ל דסובר חצי שיעור מותר מה"ת אי יפרנס הברייתא דשבת (ד' צ"ב) דבעשותה כולה ולא מקצתה דפטור מקרבן ש"מ דאסור מה"ת והרי לא הוה רק חצי שיעור ע"ש. דלדברינו שפיר דעשו כל המלאכה רק

שעל ידי שניהם נעשה וכל שזה יכול וזה יכול שפיר עשו כל השיעור. ובזה גם ר"ל מודה באופן דמדברי רש"י (ד' ע"ד) אין ראי' באיסורי שבת אי חצי שיעור אסור דשם הוי מלאכה שלמה בפחות מכשיעור דאסור אף בלא טעמא דחזי לאצטרופא:

והנה שיטת מהר"ר ר' צבי (בפ' י"ח מהלכות שבת) דחצי שיעור לא שייך אלא באיסורי אכילה אבל לא במלאכת שבת והמל"מ תמה עליו שם דאדרבה דעת רש"י (שבת ע"ד) ד"ה וכי מותר לאפות פחות מכשיעור כו'. ומבואר דאף במלאכת שבת שייך חצי שיעור עכ"ל המל"מ. ולדברינו הנ"ל אין ראי' משם והנה לכאורה נוכל לישב שיטת מהר"ר צבי ע"פ דברי המראנ"ח הובא בפ"א מהלכות חו"מ שכתב לישב הקושיא על הרמב"ם דלמה לי קרא דיאכל לאסור כ"ש בחמץ והא בלאו הכי אסור משום חצי שיעור. ותירץ דהא דאמר ר"י דחצי שיעור אסור מה"ת הוא רק בדבר שלא הי' לו שעת הכושר משא"כ בחמץ בפסח דהי' לו שעת הכושר קודם הפסח ע"ש וא"כ בשבת נמי לפי זה הי' לו שעת הכושר קודם השבת ולא שייך חצי שיעור. אמנם באמת כבר תמה עליו הג"ו (סי' ל"ד) דא"כ בבב"ח דהי' לו שעת הכושר קודם שנתערב הכי נמי יהי' מותר חצי שיעור ובאמת קשה כמו כן מסוגיא דיומא גופא דמסקינן התם דביוה"כ חצי שיעור אסור והא היתה לו שעה"כ קודם יוה"כ וכן קשה מנדון דשבועה דחצי שיעור אסור עיין רמב"ם (פ"ד מהלכות שבועות). אמנם מצאתי בספר מי נפתוח שהקשה מיוה"כ כנ"ל ותירץ דהמראנ"ח לא אמר אלא בחמץ בפסח דמלבד דהי' לו שעה"כ קודם פסח איכא נמי בגופו צד היתר כגון אם לא יחמץ בפסח ובזה לא שייך חצי שיעור. ובזה שפיר מתורץ נמי קושית הג"ו מבב"ח כנ"ל וא"כ גבי שבת לא שייך זאת:

והנה בתשובת חכם צבי (סי' פ"ו) הכריע דבאיסורי שבת לא שייך חצי שיעור ולא זכר דברי רש"י הנ"ל ובהגהת מל"מ (פ' ח"י מהלכות שבת) תמה עליו איך לא זכר דעת רש"י הנ"ל ולדברינו מדברי רש"י אין ראי' כנ"ל ולהכי לא הביא דעתו בזה. אך בגוף הדבר פשוט דבאיסורי שבת לא שייך חצי שיעור דטעמא דחזי לאצטרופי בלחוד לא מהני וראי' מתוס' (יומא ע"ד) דהקשו הא דאצטריך ר"י לטעמא דחזי לאצטרופי ואע"ג דאית לן ריבויא דכל חלב ומוכח דבטעמא דחזי לאצטרופי בלבד לא מהני. ובלא"ה דעת התוס' ריש שבת דהוצאה ע"י עני ועשיר מדרבנן. ומוכח דעתם דחצי שיעור בשאר איסורים מדרבנן ועיין פ"י שם ועיין פרי מגדים א"ח בפתיחה כוללת. ובענין דחצי שיעור בשבועה עיין בתשובת רע"א (סי' ע"ו) בנזיר שנשבע שלא יאכל חצי שיעור חרצנים דהשבועה חלה על חצי שיעור ואח"כ צירף עוד חצי שיעור חרצנים וצירף לכזית ע"ש שפלפל בזה. וגם אני בחדושי הארכתי בזה והקשיתי בהא דאיתא (בנזיר ג') דמבעיא ליה לאסור יין

מצוה כיין רשות דהקשה בגמרא מאי היא קדושתא ואבדלתא הא מושבע ועומד עליו מהר סיני ע"ש ובדברי התוס' (דשבועות כ"ג) ד"ה דמוקי דכיון דליכא אלא איסור בעלמא לאו מושבע ועומד חשיב ליה ותיפוק ליה דיין קידוש סגיא במלא לוגמיו ולענין נזירות אינו חייב, עד שישתה רביעית דאין לומר דהא חצי שיעור אסור מה"ת דהא חצי שיעור לא הוי מושבע ועומד וצ"ע:

סימן לז

ביאור דעת דפוסקים בדין שעת קנין השומרין להתחייב באונסין ואם השואל קנה קנין גמור כמו נגב וגזלן וביאור ופלפול בדברי הפוסקים בזה:

הב"י בש"ע ח"מ (סי' ש"ז) וכן (בסי' רצ"א וש"ג) הביא מחלוקת הרמב"ם והרא"ש בכל השלשה שומרין אם חייבין בשמירתן משעת משיכה או משעה שנסתלקו הבעלים משמירתן מיד חייבין השומרין. דדעת הרמב"ם דבכל השומרין משעת משיכה חייבין ודעת הרא"ש דמשעה שנסתלקו הבעלים משמירתן מתחיל חיובא דשומרין. והא דאמר רבי אלעזר כדרך שתיקנו משיכה בלקוחות כך תיקנו משיכה בשומרין. היינו לענין חזרה דמשעה שמשך לא מצי למיהדר ביה אבל להתחייב באונסין אפי' קודם משיכה נמי. וכתב הב"י שדעת התוס' כדעת הרא"ש דמשעה שנסתלקו הבעלים משמירתן מיד חייבין השומרין. והמחנה אפרים הלכות שומרין (סי' ז') הקשה על הב"י דהא התוס' (במ"צ צ"ט) ד"ה כך תקנו משיכה בשומרין בפירוש כתבו לחלק דרק בשומר חנם וש"ש חייבין מיד שנסתלקו הבעלים משמירתן אבל לא בשואל. ובאר המ"א הטעם לחילוק התוס' הנ"ל דזה דמצינו בשומר חנם דאם אמר הנח לפני הוי שומר על זה היינו רק בשומר חנם או בש"ש דמאחר דהבעלים סמכו עליו ועל פיו נסתלקו משמירתן נתחייב השומר מיד אם נאבד או נגנב משא"כ בשואל דלא שייך האי טעמא לחייבו באונסין דאתי ממילא ע"ש ובאמת נראה לע"ד כדעת התוס' לחלק בין שומרין לשואל דהא כל הטעם דשואל חייב באונסין הוא משום דכל הנאה שלו הוא וא"כ כל שלא נשתמש בו ואף לא משכו בקנין השומרין והרי לא נהנה ממנה עדיין ובמה יתחיב ואף דמצינו במשיכה אף שלא התחיל במלאכה חייב היינו משום הקנין אבל בלא קנין וגם לא נהנה בודאי לא מתחייב. אך בגוף דברי הרא"ש והתוס' הקשה הב"י (בסי' ש"ז) מגמרא כתובות (ל"ד) דאמר רב פפא משעת משיכה אתחייב לה במזונותיה דמוכח דמשעת משיכה חייבין השומרין ובב"ה כתב עליו דזו תשובה נצחת ע"ש. ובחידושי הקשיתי לדעת הרא"ש מגמרא ב"ק (קי"ב) בהניח להן אביהן פרה שאולה דמשתמשין בה כל ימי שאלתא מתה אין חייבין באונסיה כסבורין של אביהם היא וטבחוה ואכלוה משלמין דמי בשר בזול הניח להן

אביהן אחריות נכסים חייבין לשלם ואיכא תרי לשני בגמרא אי קאי האי הניח להן אביהן אחריות נכסים ארישא אמתה דאין חייבין באונסיה אבל אם הניח להן אביהן אחריות נכסים דאשתעבוד נכסי דאבוהן בחיי דאבוהן דקסבר רבא חיוב אונסין משעת שאלה מוטל על השואל ופליגא דרב פפא דאמר דחיוב אונסין לא רמי אשואל עד שעת אונסין. וללישנא בתרא קאי אסיפא דטבחוה ואכלוה והיינו כרב פפא דחיוב אונסין רמי אשואל משעת אונסין. וכלישנא בתרא פסקו הפוסקים ומכללם הרא"ש (בסי' שמ"א סעיף ד') והיינו כרב פפא דשעבוד נכסים מתחיל משעת אונסין ואין זה סותר לדברי הרא"ש פ' האומנין דפסק בשומרין דחייבין מיד שנסתלקו הבעלים משמירתן דזה רק לענין שעבוד נכסים דנשתעבדו נכסי השומר הוא משעת אונסין דאז מתחיל השעבוד אבל לענין חיוב אונסין החיוב מתחיל מיד משעה שנסתלקו הבעלים. אך מה דקשה לפי זה דבארנו דרק לענין חיוב לבד דעת הרא"ש דחייבין משעה שנסתלקו הבעלים משמירתן הא דעת המהרי"ט (סי' פ"ד) הובא בקצוה"ח (סי' ר"ג סעיף ג') דבכל חיוב דאין בו אחריות נכסים לא הוי חיוב כלל ואין נקרא חיוב הגוף כלל והוי כקנין דברים דלא מהני ולפי המתבאר מסוגיא דב"ק שזכרנו דשעבודא דשומרין הוי רק משעת אונסין ואיך מהני החיוב לאונסין משעה שנסתלקו הבעלים משמירתן דליכא אחריות:

ואך נראה לע"ד לתרץ על פי דברי ה"ה והכ"מ בתירוצם דתירצו קושיתם על הרמב"ם דפסק כלישנא קמא דאם מתה משלמים דמים מנכסיו דלא כרב פפא ובפ"ג דגניבה כתב בפרה שאולה וטבחה בשבת דפטור כרב פפא. ותירצו בדעת רב פפא דאינו ענין לכאן. דהא דאמר רב פפא ס"ד הואיל ואמר רב כו' לאו למימרא דבשעת שאלה לא אתחייב באונסין כלל דהא וודאי משעת שאלה חייב בהו. אלא היינו לומר שחיוב זה תלי ועומד הוא שמא לא תאנס ואם תאנס יתחייב נמצא כשטבחוה או נתחייב בפועל ואומר חיובו בכח התחיל משעת שאלה וחיובא למפרע משעת שאלה. וא"כ כי אמרינן הניח להן אביהן כו' חייבין לשלם אונסין טעמא משום דמחיים נשתעבדו נכסים משעת שאלה שאם תאנס יגבה מאותן נכסים ורב פפא מודה בהא. ולפי"ז שפיר מתורץ קושיתנו לדעת המהרי"ט דאיכא נמי אחריות נכסים בחיוב דשומרין דחיובא למפרע על האונס שיבא אח"כ ועיין בקצוה"ח (סי' שמ"א). אמנם בעיקר קושיתם על הרמב"ם דפסק כלישנא קמא דרב פפא ופסק נמי בפ"ג דגנבה כרב פפא נראה לע"ד על פי דברי התוס' דב"ק (ע"ט) ד"ה כך תקנו דהכריעו לענין אונסין משעת משיכה קנה להתחייב באונסין. אלא לקנות לענין חזרת המשאיל שלא יוכל המשאיל לחזור עד סוף זמן שהשאיל לו בזה הביאו שלש מחלוקת בדבר. דלר' אלעזר תקנו מדרבנן משיכה שלא יוכל לחזור

ולרב הונא אף מדרבנן לא תקנו משיכה לענין חזרה אלא אם ביקע בו קנאו ולר' אמי מדאורייתא מהני משיכה אף לענין חזרה. והנה דברי התוס' דהכא סותרים לדברי התוס' דב"מ (צ"ט) שזכרנו דלענין חיוב אונסים חייבין מיד משעה שנסתלקו הבעלים משמירתן והכא פירשו דלענין חיוב אונסין לכ"ע משעת משיכה וצ"ע. והנה המחנה אפרים הלכות קנין משיכה (סי' ב') הביא דברי הרמב"ם הלכות לולב דלא לקני הושענא לינוקא ביומא קמא משום דקטן מקנא קני מה"ת ואקנויי לא מקני אלא מדרבנן ומזה הכריע דעתו כדעת ר' ירוחם באה"ע דקנין דרבנן לא מהני מה"ת והמ"א הקשה על הרמב"ם מההיא דפ' השואל (צ"ט) דאמר ר' אמי השואל קרדום מחבירו של הקדש הרי זה מעל וחבירו מותר לבקע בו, לכתחילה ע"כ אלמא דאע"פ דהשואל לא קנה אותו אלא מדרבנן וכדאמרינן תקנו משיכה בשומרין הרי זה מותר לבקע בו לכתחילה משמע טעמא דדבר משום דכיון דתקנו רבנן משיכה הרי זה קנה אותו לגמרי. והביא דברי התוס' דמרובה שזכרנו דפרשו בדר' אמי דמשיכה קונה מה"ת ופירש כונתם דהתוס' הוקשה להם קושיא זאת ולהכי פרשו דלר' אמי משיכה קונה לגמרי מה"ת ע"ש. אבל על הרמב"ם שפסק כרבי אלעזר דחכמים תקנו משיכה (עיין פ' ב' משכירות הלכה ג' ופ"ג משאלה) קשה עש"ה במחנה אפרים שדחק לחלק מעילה מלולב דבמעילה כל שהוציא מרשות לרשות אפי' בקנין דרבנן הרי יצא מרשות הקדש ע"ש:

ומעתה אתי שפיר פסקי הרמב"ם. דלהרמב"ם דפסק כר' אלעזר דחכמים תקנו משיכה ובודאי הא דפסק כלישנא קמא דמשעת שאלה אשתעבדו נכסי שואל היינו מדרבנן ולא סתרי דבריו דפסק בפ"ג דגניבה כרב פפא בפרה שאולה וטבחוה בשבת דפטור דלשיטתיה דקנין דרבנן לא מהני מה"ת והמשיכה קנין דרבנן הוא ומדאורייתא בודאי לא נשתעבדו הנכסים וקני לה להבהמה בחיוב מיתת ב"ד ולהכי פטור וזה לדעת הרמב"ם דפסק כר' אלעזר דמשיכה בשומרין הוא מתקנת חכמים כנ"ל. ולא קשה מגמרא דקאמר ללישנא קמא ופליגא דרב פפא דלא קאמר זאת אלא למאן דס"ל כר' אמי דמשיכה בשומרין מה"ת. או אף לר' אלעזר אך אי נימא דקנין דרבנן מהני מה"ת וכדעת התוס'. ועיין תשובת חת"ס ח' יור"ד (סי' שי"ד) שהכריע דעת התוס' בכמה מקומות ועיקר בגיטין (ס"ד) דקנין דרבנן מהני מה"ת ע"ש שהאריך בסתירת דברי התוס' ועיין קצוה"ח (סי' קצ"ד) בזה. ובגוף הדבר בהני לישני אי הלכה כלישנא קמא או בתרא עיין בש"מ לכתובות שכתב בשם הרשב"א שהביא דהרמב"ן הוכיח מסוגיא דב"מ פ' השואל מוכח כמאן דמתני לה אסיפא וכרב פפא דאינו חייב אלא מאונסין ואילך. דהא קאמר התם אמתניתין דמשאיל אומר שאולה מתה והשואל אמר איני יודע חייב ופריך הש"ס נימא

תהוי תיובתא לר' נחמן דאמר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע פטור ואם נימא כמאן דמתני לה ארישא ופליגא דרב פפא ומתחייב שואל משעת משיכה א"כ אמאי לא אתי כרב נחמן הא הוה כאיני יודע אם פרעתיך אם לאו דחייב אפי' לרב נחמן ע"ש בתירוץ הריטב"א דאפי למ"ד דשואל מחייב משעת משיכה לאו דמחייב חיוב גמור לאלתר דהא ודאי כל כמה שהיא בחיים כל היכא דאיתא ברשותא דמרא איתא אלא לומר דלכי נגנבה או נאנסה ואיתא חיובה עליה משתעבדי נכסי למפרע משעת משיכה ע"ש באריכות. אמנם בגוף דעת הרא"ש סותרים פסקיו זה את זה דבמרובה ע"ט פסק בהדיא דמשעת משיכה נתחייבו כל אחד כדינו וסותרים דבריו דהכא לדבריו בפ' האומנים דפסק דמשעה שנסתלק הבעלים משמירתן חייבין. ומצאתי בשלטי גבורים פ' מרובה שעמד על זה ועיין בתפארת שמואל פ' מרובה ופלפלא חריפתא שם. ועיין מל"מ הלכות שאלה ועיין בתשובת עמודי אור (סי' ק"ד) ודו"ק:

ועוד יש לחקור אם שואל קונה קנין גמור. והנה מסוגיא דהכא מוכח דשואל לא קנה לגמרי אלא לרב פפא החיוב בא בשעת אונסין. וברבא איכא ב' דעות. אמנם במקום אחר הוכחנו דרב אית ליה דשואל קנה לגמרי כמו גנב וגזלן דקונה קנין גמור והראי' שהבאתי הוא מסנהדרין (ע"ב) אמר רב הבא במחתרת ונטל כלים ויצא פטור מאי טעמא בדמי נפשו קנינהו כו'. ומתבאר מסוגיא זו דגנב וגזלן קונה קנין גמור וכן שואל. והא דקאמר מידי דהוה אשואל היינו משום דאנן לא קיימא לן כרב אף בגנב וגזלן. אחר כותבי זאת זכיתי למצוא בתשובת חת"ס ח' ח"מ (סי' קל"ב) דהוכיח כן דבשואל לרב קנה קנין גמור מגמרא בסנהדרין הנ"ל כמו גנב וגזלן ע"ש. שהביא עוד ראי' מגמרא ב"ק (ק"ו) אמר רב מנה לי בידך והלה אומר להד"מ ונשבע ואח"כ באו עדים פטור כו'. ופירש דרב לשיטתיה בזה דמאחר דדעתו הי' לגוזלו קנהו קנין גמור ורק בדמיו נתחייב. ושפיר שייך לשון אם נשבע. ע"ש שהחת"ס ביאר זאת בסברא דבגנב וגזלן בודאי קנה קנין גמור. אלא דמ"ע להשיב הגזילה אם היא בעין ע"ש. ויש לפלפל בזה דמכמה סוגיות מוכח דלא קנה בגניבה וגזלן קנין גמור. ובעיקר יש להקשות מגמרא ב"ק (ס"ז) דמקשה הגמרא לרב דסובר דיאוש קונה והא שלו הוא טובח שלו הוא מוכר כו' ומשני הא קודם יאוש הא לאחר יאוש ומשמע דרק יאוש קונה קנין גמור. ועי' בחת"ס בתשובה הנ"ל דהוכיח דלרב יכול באמת הגזלן להקדיש מאחר דקונה קנין גמור בגניבה ואבידה והא דקיי"ל דכי היכי דגזלן לא יכול כו' כך הנגזל לא יכול להקדיש הוא לדידן דלא קיי"ל כרב בזה ע"ש. ויש לפלפל בזה בשיטת הב"ש דבריצוי שניהם יכולים להקדיש. והקשו עליו מגמרא ב"ק הנ"ל ואכ"מ. והנה בעיקר פסקי הרמב"ם בקנין דרבנן אי מהני מה"ת

דהקשה המ"א אהדדי שזכרנו כנ"ל. מהא דפסק דלא לקני אינש לולבא לינוקא כו'. הנה אחר העיון לא קשה מידי דהא דקנין דרבנן מהני מה"ת ביארו האחרונים דהוא מלאו דלא תסור וקטן לאו בר הכי דאינו מצוה על לאו דלא תסור ופשוט:

סימן לח

ביאור הרבה חידושי דינים באמר דור לי בחצרי דפטור. וביאור דעת הפוסקים בדין זה נהנה וזה לא חסר. וביאור הרבה סוגיות בזה וישוב נכון בדברי הרמ"א (סי' רמ"ו) ופלפול בדעת הפוסקים בזה:

בשו"ע ח"מ (סי' רמ"ו סעיף י"ז) בהגהה האומר לחבירו אכול עמי צריך לשלם לשלם לו ולא אמרינן מתנה קא יהיב ליה והוא מתרומת הדשן (סי' שי"ז) והב"ח (בסי' שס"ג בסעיף יוד) הקשה דמבואר שם דאם אמר דור לי בחצרי דפטר ולא נדע ההבדל. והביא הב"ח דברי הב"י ביור"ד (סי' קס"ו) שכתב בהדיא בשם הרשב"א דאם אמר לו דור בחצרי צריך להעלות לו שכר ולכן העלה הב"ח דפלוגתא דרבוותא היא והמוציא מחבירו עליו הראי' ואם הדר בו מוחזק מצי לומר קים לי כו' ואם בעה"ב מוחזק מצי לומר קים לי כמהרי"ח ותה"ד ע"ש. ועיין בש"ך שם שהסכים לדברי הב"ח והיינו בגברא דעביד למיגר וחצר דקיימא לאגרא. והרבה מאחרונים נלאו למצא החילוק הנכון בזה וגם אני אענה את חלקי מה שנלע"ד בזה על פי דברי התוס' כתובות (ד' ל' ע"ב) ד"ה לא צריכא שכתבו דכל היכא דנחסרו הבעלים כל שהוא משלם זה כל מה שנהנה והביאו ראי' מגמרא ב"ק (כ') משום דא"ל את גרמת לי הקיפא יתירתא מחייב בכל הנאה או משום שחרוריתא דאשיתא מחויב לכ"ע בכל. וא"כ לדברי התוס' שפיר מבואר ההבדל והחילוק בין דור לי בחצרי דלא נחסרו הבעלים כלל והיינו בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר דלא כהרב ש"ך דאז הוי זה נהנה וזה לא חסר דפטור. משא"כ באומר לחבירו בא ואכול עמי דקא מחסרי הבעלים ולהכי משלם זה מה שנהנה ועיין בהרב ח"ה שם. וכן דעת הרא"ש כהתוס' ועיין בהה"מ (פ' ג' מהלכות גזילה הלכה ט'). אמת דהנמק"י פ' כיצד הרגל הביא דעת הרמ"ה דאע"ג דחסרו לו מועט אינו משלם לו אלא דמי החסרון. אמנם בשעה"מ הלכות גזילה (פ' ג' הל' ט') הקשה עליו דלדבריו צריך להבין הא דאמרינן בגמרא שאני התם משום שחרוריתא דאשיתא ע"ש שהביא לתרץ שם. וע"ש עוד שהביא בשם כת"י להרשב"א לחלק בין קרקע למטלטלין דבקרקע דאינה נגזלת וברשותא דמריה הוא מתהני הלכך חייב לשלם כל מה שנהנה משא"כ במטלטלין דנגזלין אינו משלם אלא מה שגזל ממנו והביא כן בשם מהרש"ל'. אמנם מדברי התוס' דכתובות הנ"ל מוכח דאף במטלטלין אמרינן כיון דפחת כל שהוא מגלגלין עליו את הכל שכתבו או משום

שחרוריתא דאשיתא דהוי מטלטלין ואפי' הכי כתבו דחייב לשלם מה שנהנה אך היסוד נכון לחלק כנ"ל. אמנם בגוף ראית התוס' מההיא דאת גרמת לי הקיפא יתרתא דחה המחנה אפרים הלכות אונאה (סי' כ"ו) דאין דמיון זה עולה יפה. דהתם דמשלם כל מה שנהנה היינו משום דהכי שוה הבית אבל הכא איך נחייב לשלם ביותר שוה ממה שאכל ע"ש ובאמת לא ידענא חילוקו של הרב מ"א ולא זכיתי להבין דעתו דניהו כדבריו דהתם הכי שוה הבית מ"מ כיון דחצר דלא קיימא לאגרא הוא והוי זה נהנה וזה לא חסר ונמצא דאינו מפסידו לבעה"ב ושורת הדין שלא ישלם כ"א מה שחסרו דוקא ועם כל זה אמרינן דמגלגלין עליו את הכל. וא"כ ה"ה הכא דכיון דזה נהנה בהנאת מעיו שיעור שוה פרוטה משלם כל מה שנהנה כיון דעכ"פ הוא נהנה בשוה פרוטה אף דלבעלים לא היה שוה פרוטה ונסתר נמי דברי קצוה"ח בדברי מהרי"ע שהקשה המהרי"ט על האי דינא דתה"ד מהא דפ' הזרוע בחולין (קל"א) הרי שאנסו בית השר גרנו אם בחובו חייב לעשר ואמרו שם בגמרא דקא משתרשי ליה והיינו משום דנהנה והקשו בתוס' שם א"כ מתנות כהונה שאכלן אמאי פטור הא משתרשי ליה ותירצו דלא דמי דאע"ג דאכלן אפשר שהיה מתענה והקשה דמאי שנא באומר לחבירו אכול עמי דלא מצי לומר היתי מתענה. ותירץ המהרי"ט דלא דמי דרק גבי מזיק מתנות כהונה או אכלן פטור משום דממון שאין לו תובעין הוא ומשום מזיק לא מחייב אלא משום נהנה אבל באוכל מחבירו משום מזיק מיהא מחייב עכ"ל והקצוה"ח סי' הנ"ל דחה זאת מדברי הרמ"א (בסי' שס"ג הנ"ל) דנראה משם דמשום מזיק לא מחייב דלכאורה קשה קושית הב"ח והש"ך שזכרנו ע"ש ולדברינו ותירוצינו הנ"ל באמר דור לי בחצרי דפטור בחצר דלא קיימי לאגרא וגברא דעביד למיגר דלא אזקיה כלום דלא חסרו וזה נהנה משא"כ באומר לחבירו אכול עמי דאזקיה ואחסריה ולהכי חייב כנ"ל. ומעתה אתי שפיר דברי המהרי"ט לתרץ קושיתו מתוס' חולין דלא יכול לומר הייתי מתענה דמשום מזיק מיהא מחייב וזה נכון בס"ד. והנה הקצוה"ח תירץ קושית המהרי"ט באומר לחבירו אכול עמי דלא מצי לומר הייתי מתענה דודאי אכילה חייב משום נהנה ואע"ג דהיה מתענה טפי עדיף ליה אכילה והביא ראי' מפ' א"נ (דף ל') גבי תחב לו חבירו תרומה בבית הבליעה וע"ש ברש"י דמפרש דחייב משום הנאת מעיו והתם ליכא לחיובי מתורת מזיק כיון דבע"כ תחב לו חבירו ומוכח מזה דהנאה בכלל אכילה ולא יכול לומר הייתי מתענה אלא גבי מת"כ ע"ש. והנה בראיתו מכתובות ל' דתחב לו חבירו בבית הבליעה לא זכר בעל קצוה"ח דברי התוס' (ב"ק ק"א) גבי מאי דבעי תלמודא יש שבח סמנין על גבי צמר או אין שבח סמנין על גבי צמר מצי אמר לית לך גבאי ולא מידי וז"ל תימא לי הרי נהנה שצמרו מעולה

בדמים יותר וישלם מה שנהנה כמו אכלה מצידי רחבה ובפ' א"נ אמרינן תחב לו חבירו משקין בבית הבליעה ותירצו דדוקא כשגופו נהנה על ידי אחר אבל כשממונו נהנה ע"י אחר פטור הרי דכל שנהנה גופו אפי' הוה שלא מדעתו משלם כל מה שנהנה. אך במחנה אפרים הלכות נ"מ (סי' ב') שדא נרגא בדברי התוס' ודחה ראיתם דהתם איירי דמצי לאהדורה ולכך כי לא הדרה מרצונו נהנה ומשלם והא דקאמר שם ואי לא מצי לאהדורה אמאי חייב. לא כמו שפירש רש"י שם דמחיוב מיתה בלבד קא פריך אלא כמו שפירש ר"י ז"ל דמחיוב ממון קא פריך דבשעה שנהנה ממנו כבר הוא אבוד מן העולם ואין זה מזיקו ע"ש אמנם דברי הקצוה"ח נדחים ממילא:

והנה בשנת תרמ"א הקשה לי רב אחד מובהק דמאי קא מיבעיה להגמרא ב"ק (כ' ע"ב) הדר בחצר חברו שלא מדעתו אי צריך להעלות לו שכר ומוקי לה הגמרא הספק בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר מאי מי מצי למימר ליה מאי חסרתיך או דלמא מצי אמר הא אתהנית דלרע"ק דפטר (פסחים ל"ב) באוכל תרומת חמץ בפסח מתשלומין ומדמי עצים דמשום מה הנאה יש לו פירש רש"י מה הנאה יש לכהן ומה הפסידו הרי אסור בהנאה ומוכח דמצי לומר מאי חסרתיך ופטור ואף דיש לו הנאה דהוא נהנה בכל זאת העיקר אם חסרו והפסידו ולהכי פטור התם באוכל תרומת חמץ בפסח מאחר דלא הפסידו דבלאו הכי אסור בהנאה עכ"ל. ובפשיטות השבתי לו דלא קשה דלא דמי דדוקא גבי תרומת חמץ פסח דלא חזי למידי דאסורה בהנאה ואין לו שום היתר הנאה ובאמת לא חסרו מידי ולהכי פטור אבל בחצר התם בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר ונהי דלא קיימא לאגרא היינו שאין משכירו בשום פעם אבל אם רוצה להשכיר מי ימחה בידו וזהו דקא מיבעיה ליה אי מצי לומר מאי חסרתיך פירש אי מקרי זאת פסידא או לא מאחר דלא השכירו ומה בכך דיכול להשכירו אך כעת נראה לי לתרץ בדרך מרווח על פי דברי הירושלמי (בפ"ו דתרומות) אמתניתין דהמאכיל את פועליו תרומה דישלם להם דמי סעודתן ומתבאר טעמא בירושלמי דנפשו של אדם חותה מן האיסור ובמחנה אפרים הלכות אונאה (סי' כ"ו) מבואר בפי' הירושלמי דמן הדין יחזיר את הדמים ולא משום קנס. ובדברי הירושלמי הזה רבו הפירושים פי' הרא"ש והר"ש ופירש הרמב"ם דפסק בפ"י מהלכות תרומות כהירושלמי וז"ל המאכיל פועליו תרומה הם משלמין קרן וחומש מפני שהן שוגגין והוא משלם להם דמי סעודתן שדמי החולין יתירים מדמי תרומה שאכלו שדבר האיסור נפשו של אדם חותה ועיין בה"ה שהאריך בפירושו בדברי הירושלמי הנ"ל ועיין במהרי"ט אלגזי פ' חמישי עלה ס"ד ביאר כל השיטות בזה באריכות אמנם העיקר לכל השיטות בפירוש הירושלמי דתרומה וטבלין

נפשו של אדם חותה מהן ולא חשיב אכילה כלל דאינם נהנים מאכילתן אפי' כדי שיעור דמי תרומה ומעתה אתי שפיר דלא קשה מאוכל תרומת חמץ בפסח דמוכח משם דעיקר אי חסר לבעה"ב או לא אהכי קפדינן אבל אהנאה שלו לא קפיד דאף דנהנה מ"מ אם לא חסר לבעה"ב פטור כנ"ל. ומעתה אתי שפיר דשאני התם דלא שייך הנאה דידיה דהא נפשו של אדם חותה מן האיסור בתרומה וטבלים כנ"ל וליכא הנאה בשום צד ולהכי קא פטר רע"ק מאחר דהוא לא נהנה וגם לכהן לא חסר מידי דהא אסור בהנאה משא"כ בדר בחצר חבירו שלא מדעתו ובחצר דלא קיימא לאגרא כו' דהוא בודאי נהנה דהוא עביד למיגר ומאחר דנהנה שפיר יש לחייבו אהנאה דידיה וזהו דקא מיבעיה בגמרא היכא דאיכא הנאה דידיה ולבעה"ב לא חסר מידי אם אהנאה דידיה קא משגחינן והוא נהנה אף דלבעה"ב לא חסר מידי או דלמא אחסרון דבעה"ב קא קפדינן ומאחר דלא חסרו פטור אף דנהנה דמצי א"ל מאי חסרתיך:

אך לכאורה קשיא לי בפירוש דברי הירושלמי בטעם דהמאכיל את פועליו תרומה דישלם להן דמי סעודתן דבארנו לעיל לכל הפירושים משום דנפשו של אדם חותה מן האיסור דמה מהני דנפשו של אדם חותה מן האיסור סוף סוף הרי נהנה במה דמשתרשי ליה דאם לא אכלו זאת היו צריכים לאכול דבר אחר וכגמרא חולין (קל"א) ד"ה שאני התם דקא משתרשי ליה. אך התוס' חולין (קל"א) הקשו דמאי שנא מתנות כהונה שאכלן דפטור הא התם נמי קא משתרשי ליה וכתבו לחלק דבמתנות כהונה לא שייך קא משתרשי דהא אף שאכלן אפשר שהיה מתענה ולעיל זכרנו דעת המהרי"ט שהרבה להקשות דאמאי בבא ואכול עמי דחייב ולא אמרינן דהיה מתענה. וביאר המהרי"ט דבמתנות כהונה דהוא ממון שאין לו תובעין ולא מחייב משום מזיק ומשום נהנה פטור דיכול לומר הייתי מתענה משא"כ בבא אכול עמי דחייב משום מזיק ולעיל חזקנו דבריו בראיות ולפי זה מתורץ שפיר לחילוק המהרי"ט במתנות כהונה דלא מקרי מזיק משים דאנוס הוא והכא נמי לא מקרי מזיק דאנוס ונהנה לא מקרי דנפשו של אדם חותה מן האיסור ואתי שפיר הכל בס"ד והרבה הארכתי בחידושי בזאת לתרץ דברי הרמב"ם פ"י מתרומות דסותרים דבריו שם לדבריו (בפ' י"א) מנזירות שגג ושתה יין של תרומה דפטור מחומש ומטעם דנפשו של אדם חותה מן האיסור ועיין פר"מ בא"ח (סי' ר"ב) דהקשה זאת בשם המהרשד"מ ואכ"מ. והנה בח"מ (סי' שס"ג) הובא בטור ב' דעות בחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר וכתב הב"י דבגמרא לא נזכר מזה כלום וע"ז קא מספקא לן אם אנהנה קא מחייבינן ולא אחסרון דבעה"ב וא"כ הכא שלא נהנה דלא עביד למיגר פטור אפי' היכא דחסר בעה"ב בחצר דקיימא לאגרא כן הוא דעת ר"י.

אבל דעת רב אלפס אינו כן אלא העיקר אחסרון דבעה"ב קא קפדינן ואם חסר לבעה"ב חייב אף דלא נהנה עכ"ל. ולכאורה מחלוקת אמוראי בזה הוא בפסחים (ל"ב) באוכל תרומת חמץ בפסח דלרע"ק דפוטר מתשלומין ומדמי עצים דמשום מה הנאה יש לו בה פירוש לכהן דמה הפסידו הלא אסורה בהנאה ואף דהוא נהנה בכל זאת מאחר דלא חסרו לבעה"ב פטור דהעיקר אחסרון דבעה"ב קא קפדינן ולרבי יוחנן בן נורי דמחייב אף דלא חסריה לכהן ע"כ דעתו דהעיקר אהנאה דידיה קא קפדינן ומאחר דנהנה אף דלא חסרו לכהן בכל זאת חייב. ותירוצינו הנ"ל דלא שייך הנאה דידיה בנפשו של אדם חותה מן האיסור בטבלים ותרומה וכפי הירושלמי כנ"ל אינו מספיק לתרץ בטעם ר' יוחנן בן נורי דמחייב דמשום מאי מחייב משום חסרון דחסר לכהן הא לא חסרו דהא אסורה בהנאה ומשום הנאה דידיה הא נפשו של אדם חותה מן האיסור ומשום מאי קא מחייב וע"כ דעתו דהעיקר אהנאה דידיה קא קפדינן ומאחר דנהנה אף דלא חסרו לכהן חייב ומחלוקת אמוראי בזה:

סימן לט

שאלה נשאלתי מחותני הרה"ג המפורסם חוב"ק אמיתי סוע"ה ציסו"ע כו' כש"ת אהרן אלי' כהנא נ"י אב"ד דק"ק אקמיאן. בשמירה בבעלים וכל הפטורים דבעליו עמו אם יוכל להתנות המפקיד או המשאיל או המשכיר ע"מ שלא לפטור בבעלים מפשיעה אי הוי מתנה על מה שכב"ת או לא. וכן חקר באם התנה השומר או הנפקד או השוכר והשואל לחייב בפשיעה בבעלים וקבל אחריות בפירוש אי מתחייב מתוך תנאו או לא:

תשובה לענין הספק הראשון היכא דהבעלים התנו על מנת שלא לפטור השומר או השוכר כו' בבעלים. הדבר נכון ופשוט לדעתי דמהני תנאם ולא הוי מעמשכב"ת. דהא עיקר הפטור דבעליו עמו בכל השומרין דפטרי' רחמנא הוא רק אם משועבד לו לעשות מלאכתו אם בשכר או בשאלה ששאל את עצמו למלאכתו או אפי' בחנם כל דמשועבד לעשות מלאכתו. ואף במלאכה אחרת שפיר קרינן אם בעליו עמו ופטור וטעם הדבר לא נדע דגזירת הכתוב הוא. משא"כ היכא דאינו משועבד לו למלאכתו אף דעושה עמו במלאכתו. אך גילה דעתו שאינו עושה לטובת השוכר או השואל אלא לתקנת בהמתו שלא יכביד משוי עליה או להנאתו בזה לא מקרי בעליו עמו וחייב השוכר כו'. ודבר זה מבואר (בסי' שמ"ו סעיף ד') ע"ש. ואם כן בכשמתנה במפורש ואומר שלא לפטור מפטור דבעלים מבעליו עמו דאינו משועבד לו לעשות מלאכתו אין לך גילוי דעת גדול מזה דמי כפאתו התורה להשתעבד בע"כ ולשמשו בע"כ ובודאי דלא הוי שמירה בבעלים ולא הוי מתנה ע"מ שכב"ת מאחר דבכזאת לא חייבתו התורה וזה פשוט לדעתי. אמנם

לענין הספק השני היכא דהשומר או השוכר והשואל קבלו בפירוש על עצמם אחריות דפשיעה בבעלים לחייב אי מתחייבים מתוך תנאם או לא לכאורה ספק נכון הוא. והנה לפי מה דביאר המחנה אפרים הלכות שומרין (סי' ח') דבהני דברים דנתמעטו מדיני שמירה כגון עבדים ושטרות וקרקעות והקדשות היינו דוקא בסתמא. אבל אם התנה וקבל עליו השומר או הנפקד שאם פשע ישלם הרי זה חייב ע"ש. דהוכיח זאת בראיות ברורות מן הש"ס והביא דברי המרדכי פ' הגוזל ז"ל כל גרמא בנזקין דפטור היינו דוקא בסתמא ובלא קבל עליו לשלם אבל כל שקבל עליו לשלם חייב ולמד כן מש"ס פ' הריבית (ע"ג). והוכיח המ"א מאחר דפשיעה לא הוי אלא גרמא בנזקין וגזירת הכתוב הוא לחייב השומרין ולא מיעט קרא עבדים וקרקעות כו' אלא בשלא התנה בפירוש שאם פשע יהיה חייב לשלם. אבל כשהתנה כן כיון דהדין בכל גרמא בנזקין דכשקבל עליו לשלם חייב ה"ה בעבדים וקרקעות כו' ע"ש. וא"כ בודאי הדין נמי לענין פשיעה בבעלים דפטרה רחמנא מדיני שמירה לא פטרה אלא בסתמא שלא קבל עליו אחריות בפירוש אבל כל שהתנה וקיבל עליו אחריות דפשיעה בפירוש בוודאי חייב מתוך תנאו. אמנם מצאתי להמחנה אפרים בהלכות שומרין מפורש דעתו בשמירה בבעלים דפטור היינו בסתמא אבל כל שקבל עליו לחייב בפשיעה חייב מתוך תנאו. ובחידושי תירצתי בדברי המ"א הנ"ל דעת הב"ח בא"ה (סי' קט"ו) בנכסי צ"ב ונכסי מלוג דהדין שם אם כלה ונגנב או נאבד אין מוציאין ממנו וכתב הב"ח שם דאם נגנב בפשיעה חייב. ותמה הב"ש (ס"ק כ"ב) עליו דהא הוי פשיעה בבעלים ולדברי המ"א הנ"ל דבקבל עליו אחריות בפירוש חייב אף בבעלים אתי שפיר בנכסי צ"ב דקבל אחריות בפירוש ולהכי חייב בבעלים. ויסוד זה נכון אף לדעת הרמב"ם דכתב (בפ"ב משכירות) יראה לי שאם פשע השומר בעבדים וקרקעות כו' חייב לשלם ודעתו דלא נתמעטו אלא משבועה אבל לא מפשיעה דפושע מזיק הוא. והראב"ד ז"ל השיג עליו שם שאם פושע מזיק הוא. אם כן פשיעה בבעלים למה פטור דהא מזיק חייב אף בבעלים ע"ש. והש"ך (בסי' ס"ו ס"ק קכ"ו) העלה לחלק בין פטור דהני דברים דנתמעטו מדיני שמירה כגון עבדים וקרקעות והקדשות דלא כתיב פטורא בהדיא אלא בכלל ופרט ילפינן פטורא דידהו בש"ס דמה הפרט מפורש דבר המטלטל וגופו ממון יצאו קרקעות שאינו מטלטלין יצאו שטרות שאין גופן ממון כו'. ומכלל ופרט ילפינן דאינן בכלל חיוב שחייבה התורה. ואם כן כיון דלא מוזכרים בתורה מוקמינן להו אסברא מבחוץ דפטורים משבועה וחייבים בפשיעה דפושע מזיק. משא"כ בפטור דשמירה בבעלים דכתיב בהדיא אם בעליו עמו. ובודאי קאי אכל מה שהזכירה התורה לחיובא דהיינו פשיעה וגניבה ואינך והיינו טעמא דקרא דכשהבעלים

עמו לא הוי ליה שומר עליו אלא כאינש דעלמא. וא"כ כיון דלא הוי שומר דבעלים בודאי יכול לחייב ולקבל על עצמו אחריות בפשיעה:

אמנם בגוף דברי הש"ך הנ"ל תמוהים לדעתי דהא אדרבה יותר מצינו דיני שמירה בבעלים וחיוב עליהם מבהני דנתמעטו מדיני שמירה בעבדים וקרקעות והקדשות דפטור בהו שליחות יד כמבואר בב"י (סי' רצ"ו) דעבדים ושטרות פטורים בשליחות יד. וכן משבועה דלא שלחתי בה יד. ואילו בשמירה בבעלים מבואר בב"י (סי' ס') ד"ה ובתשובה אחרת להרמב"ן ומבואר שם דבשמירה בבעלים חייב בשליחות יד ובשבועה שלא שלח בה יד וע"כ החילוק מבואר דלא דמי המיעוט דמיעטה רחמנא בעבדים ושטרות כו' למיעוטא דשמירה בבעלים. דבעבדים ושטרות מיעטא רחמנא משמירה. וכיון שאינו שומר ממילא פטור ג"כ משליחות יד. משא"כ בבעלים לא מיעטא רחמנא מדין שומר אלא מדין תשלומין. וזה היפך דעת הש"ך ועיין בנתיבות המשפט (סי' רצ"א ס"ק ל"ד) דהכריע בזה ספיקו של הקצוה"ח בשמירה בבעלים אם נשבע שבועת השומרין והיא שבועה שא"ב ומדברי הב"י (בסי' ס') שהביא בשם הרמב"ן מבואר דחייב. אמנם לענין קושית הראב"ד דהקשה על הרמב"ם מפשיעה בבעלים דפטור ואילו מזיק בבעלים חייב האריך המל"מ בפ"ב משכירות וביאר דבשוגג לא מקרי מזיק אלא פושע ופטור בבעלים אבל במזיד מקרי מזיק וחייב. ואמת שכן כתב הרא"ש ז"ל בפסקיו פ' הזהב והביא תשובה להרי"ף ז"ל על ראובן שהפקיד שטרו אצל חבירו ומודה שפשע ונגנבו פטור. וכתב ע"ז ודבריו נראין כיון שהוציא את אלו מכלל שומרין אין לחייבו אלא מטעם מזיק. ופושע בדבר ונאבד לא חשוב אדם המזיק שהרי פשיעה בבעלים פטור ואילו חשוב אדם המזיק אמאי פטור אלא לא חשיב אדם המזיק כיון דלא אפסדיה בידים אלא בפשיעתו שלא שמרו כראוי נפסד ע"כ. ומוכח דעתו דמזיק בבעלים חייב:

אמנם ביסודו בדעת הרמב"ם דפושע הוי מזיק היינו דוקא בשוגג אז נקרא פושע אבל במזיד לא נקרא פושע אלא מזיק ולהכי חייב בבעלים כנ"ל אין כן דעת התוס' (ב"ק ו') ד"ה שור רעהו דהקשו רעהו דכתב רחמנא למה לי הא מוכי יאכל נפקא כדאיתא במס' מעילה דמקיש רחמנא הקדש לתרומה מה תרומה כתיב כי יאכל פרט למזיק כו'. ותירצו די"ל דאי לאו דאשכחן דפטור מזיק הקדש לא הוה דרשינן מוכי יאכל פרט למזיק אלא למעט חומש לחודיה כו'. ובחידושי פני אריה למס' ב"ק ביאר דבריהם בתירוצם דכיון דאשכחן בגמרא (ב"ק כ"ו) לתנא דבי חזקי' דאדם חייב בין בשוגג בין במזיד בין באונס. ולפי"ז אי הוי ממעטינן הקדש מקרא דולא יאכל פרט למזיק הוה אמינא כיון דהך קרא דוכי יאכל בשוגג כתיב ודוקא לענין שוגג הוא דממעטינן פרע למזיק דלא מרבי מקרא

דפצע תחת פצע. משא"כ היכא דפשע במזיד לא הוה ממעטינן הקדש לענין נזיקין ולהכי אצטריך רעהו לפטור מתשלומין אפי' במזיד. ומוכח להיפך כהמל"מ דפושע היינו מזיק דוקא בשוגג כנ"ל. ובאמת התוס' לשיטתם בפ' הזהב דפליגי אהרמב"ם דהקשו שם לסברא זו דפושע מזיק הוא. א"כ מאי פריך התם מברייתא דהשוכר את הפועל לשמור את הפרה לשמור את התינוק כו' אחריות שבת עליו דלמא מיירי כשפשע ולכך חייב אף בהקדש דהוי כמו מזיק בידים ע"ש וע"ש בחידושי פני אריה לב"ק דתירץ דלא קשה להרמב"ם מדברי הירושלמי שהביאו התוס' שם דבכל גונא הקדש פטור מנזקין. ולפי דבריו היינו במזיד דוקא דעת הרמב"ם לחייבו בפשיעה. והירושלמי ס"ל דמקרא דכי יאכל לחודא ממעטינן מקרן. והנה האחרונים הקשו לדברי המל"מ בדעת הראב"ד דבשוגג לא מקרי מזיק אלא פושע. א"כ בהא דמהדר הש"ס (בגיטין נ') למצא טעם מה דמטמא ומדמע ומנסך בשוגג פטור ובמזיד חייב ופליגי חזקי' ור"נ ואמאי לא קאמר בפשיטות דהא בש"ס חולין בסוגיא דרבוצה מוקי הך דמנסך באית ליה שותפות בגויה דאל"כ אין אדם אוסר דבר שאינו שלו. וא"כ הא שותפין הו"ל שמירה בבעלים לפטור. ולפי מ"ש הראב"ד דמזיק בבעלים חייב וביאר המל"מ דבשוגג מקרי פושע ובמזיד מקרי מזיק ולהכי חייב בבעלים. א"כ שפיר מבואר הטעם דפטור בשוגג דהוי פשיעה ובמזיד דהוה מזיק להכי חייב ע"כ קושיתם. והנה מלבד דיש לתרץ הא דנדחקו חזקי' ור"י הוא רק במטמא ומדמע דא"צ לאוקמי בשותפות. דבניסוך הוא דקיי"ל דאינו. יכול לאסור דבר שאינו שלו משא"כ במטמא ומדמע. יש לתרץ בפשיטות דאין זה ענין לשמירה בבעלים דדין מזיק יש לו דקיי"ל אדם מועד לעולם בין בשוגג בין באונס ומזיק חייב אף בבעלים. ומה גם לדברי הלחם רב הובא בב"ש אחרון בשו"ת. וכן הובא בשו"ת רדב"ז (סי' תת"מ) דאף דבשותפין הוה שמירה בבעלים מ"מ כל שפשע חייב דהוי כשינה וההפסד לעצמו ונעשה הלואה ולא הוה בבעלים. וא"כ שפיר מתורץ קושית האחרונים מש"ס גיטין דכל דהוה פשיעה שוב לא מקרי בעלים ומהראוי שיתחייב אף בבעלים וא"כ ליכא לפטורי אלא משום היזק שאינו ניכר. ובזה פליגי חזקי' ור"י אי היזק שאינו ניכר שמיה היזק או לא. אמנם דעת הש"ך (בסי' קע"ו ס"ק ט"ז) הביא בשם שו"ת מהר"מ אלשקר בהדיא דפטור בשותפין שמירה בבעלים אף בפשיעה ע"ש ובמחנה אפרים הלכות שומרין (סי' ל"ט) מבואר דאם מסר חבית לשומר ופשע בה ונשברה הרי זה חייב ואפילו היה הבעלים עמו במלאכתו משום דהוה אדם המזיק ואדם המזיק לא נפטר ע"ש.. שהכריע דאפי' היה שותף עמו דהוי שמירה בבעלים אפי' הכי חייב. ומבואר כדברינו דמשום אדם המזיק מחייב בשותפים אף דהוי שמירה בבעלים. אמנם באמת קשה לי בעיקר

מחלוקתם דחזקי' ור"י בגיטין (נ"ז) במטמא ומדמע ומנסך אי היזק שאינו ניכר שמיה היזק או לא הא אפי' אי לאו שמיה היזק. לפי היסוד שבארנו דאף בבעלים אם קבל אחריות דפשיעה בפירוש עליו לחייב חייב מתוך תנאו. וא"כ בניסוך דמוקי הגמרא בחולין באית ליה שותפות בגויה ובודאי קבלו עליהם אחריות דנפשיה אף מהיזק שאינו ניכר. לפי מה דביאר השער המשפט (סי' ס"ו ס"ק ל"ד) לתרץ קושית המחברים על הרמב"ם דפשיעה הוי מזיק מגמרא דבמ"צ דפריך התם מברייתא דהשוכר את הפועל לשמור את הפרה לשמור את התינוק כו' אחריות שבת עליו. ומאי קושיא דלמא מיירי כשפשע ולכך חייב אף בהקדש דהוי כמו מזיק בידים. ולמה הוצרך לאוקמי בשקנו מידו ועיין בש"ך שם (ס"ק קכ"ו) שהאריך בזה ותירץ השעהמ"ש. לדברי הגמרא ב"ק (צ"ו) בגזל תרומה ונטמאת חמץ ועבר עליו הפסח דאומר הרי שלך לפניך והטעם דהיזק שאינו ניכר לאו שמיה היזק. ולפ"ז שפיר מתורץ הגמרא דוקא בשקנו מידו דליכא לאוקמי בשפשע בהקדש דלא שייך דין שומרין. א"כ אמאי קתני או לשמור את התינוק ופירש"י שהיו מגדלין אותן לפרה אדומה בחצירות שלא יטמאו. וא"כ בכהאי גונא אמאי אחריות שבת עליו דאף שפשע ולא שמר כראוי ונטמא הא הוי היזק שאינו ניכר ופטור א"ו הא דאחריות שבת עליו מדין שומרין הוא. וביאר עוד לשיטת הש"ך (בסי' שס"ג) דאף בשומרין אמרינן הרי שלך לפניך. וא"כ אף ביש דין שומרין בהקדשות אכתי קשה הא הוי היזק שאינו ניכר. וביאר דאף לשיטת הש"ך היינו דוקא בסתם שומר. אבל היכא דקבל עליו שמירה בפירוש מהיזק שאינו ניכר ודאי דחייב באחריות. והביא ראיה לזה מהא דכתבו הטור והש"ע (סי' רכ"ה) בשם תשובת הרא"ש דהמוכר לחבירו מרתף של יין והתנו ביניהם שלא יהיה האחריות על המוכר רק אם תשבר החבית או תשפך בלבד ועל הלוקח לא יהיה אחריות רק אם יחמיץ אם אח"כ אירע אונס ניסוך חל על המוכר והטעם כיון דהמוכר קבל עליו אחריות דאתא מעלמא מסתמא קבל עליו גם אחריות ניסוך עכ"ל. והוכיח השעהמש"פ אף דניסוך היזק שאינו ניכר הוא בכל זאת אמרינן דמסתמא קבל עליו ע"ש. ואם כן בשותפין דהוי שמירה בבעלים ומחויב כל אחד לשמור וקבלו אחריות ובודאי נמי אחריות דהיזק שאינו ניכר נמי קבלו עליהם. וא"כ אף אי היזק שאינו ניכר לאו שמיה היזק. ומכ"ש להשיטות הסוברים דבשומרים לא אמרינן הרי שלך לפניך ובודאי חייב וצ"ע בעת.

השמטות

השמטה מסימן ב'

והנה עיקר ראיות הנוב"י ויסודתו אשר שנה ושלש בתשובה שם הוא מגמרא סנהדרין (דף ל') דפליגי ריב"ק ורבנן בעדות מיוחדת ואח"כ פליגי ר' נתן ורבנן אם שומעין דבריו של זה היום ולכשיבא חבירו למחר שומעין את דבריו ומסיק במאי קא מפלגי אי בעית אימא קרא איבעית אימא סברא אי בעית אימא קרא כו' איבעית אימא סברא מר סבר עד אחד כי אתי לשבועה אתי לממונא לא אתי ואידך אטו כי אתו בהדי הדדי בחד פומא מסהדין אל מצרפין כו'. והנה קיי"ל כר"נ דשומעין דבריו של זה היום וחבירו אפי' לאחר זמן (רמב"ם פ"ד מהלכות עדות ובטור ח"מ סי' ל') ובב"ק כ"ד מקשה אטו אנן מי ידעי דכל דקאי בבי דינא לאסהודי קאתי ומשני שבאו רצופים א"נ דרמזי רמוזי:

והנה קושית הנוב"י והוכחתו מעדות הוא רק אי עדות מיוחדת כשר בדיני ממונות כדמסיק בסוף דבריו ע"ש. דאי מה"ת בדיני ממונות פסול עדות מיוחדת הא באמת לא מהני מה"ת ומאי קא מוכיח. אך הראי' שהביא דמדפליגי בקראי ע"כ דפלוגתייהו בדין תורה לא ידענא ראיתו דהא בגמרא מסיק דכולי עלמא כרבנן דפליגי עליה דר' יהושע בן קרחה והכא באקושי הגדה לראייה קא מפליני. וא"כ לר' נתן ולתנא קמא דידיה עדות. מיוחדת בדיני ממונות פסול מה"ת אלא דלר' נתן לא אקשינן הגדה לראייה ואף דבראייה פסול עדות מיוחדת מכל מקום בהגדה כשר. ואיך קא מוכיח לר' נתן דבאמת פסול מה"ת ולא מהני. ואי משום דר' יהושע בן קרחה סבירא ליה כר' נתן ולדידיה כשר עדות מיוחדת בממון אף בראיה. הא באמת לר' יהושע בן קרחה סבירא ליה כמותו אלא בסברא דמאחר דאפי' בראיה לא בעינן מכש"כ בהגדה אבל בקראי לא מצי סבר כמותו דלר' נתן קראי משמע לאיסור עדות מיוחדת בממון ולר' יהושע בן קרחה להתיר עדות מיוחדת בממון כדמסיק והוא עד או ראה או ידע מכל מקום דאפילו עדות מיוחדת כשר. ובע"כ דפסקינן הלכה כר' יהושע, בן קרחה. ואפי' לסברתו של הנוב"י ליכא הוכחה מאחר דלר' נתן פסול עדות מיוחדת בממון. וביותר אין ראיה מהגמרא דב"ק דהתם קא מסהדי אנגיחות אחרות ונפרדות היינו שעד אחד מעיד ששורו של ראובן נגח שור של שמעון ביום פלוני ולמחר בא עד השור והעיד ששורו של ראובן נגח שור של לוי ביום פלוני וכן השלישי וכדמשמע לשון הגמרא דליעודי. גברא בעינן ג' ימים על כל נגיחה ונגיחה ובודאי לא ראו כאחת ושפיר יכולים הראשונים לאמור מי קא הוי ידעינן דלאחר ג' ימים יבואו עדים אחרים ויעידו על שור אחר ויצטרפו עמנו אני רק לחייב שבועה באתי מאחר דהתם לא צריך שיראו כאחת אף לר' נתן אבל הכא לר' נתן בודאי צריך שיראו כאחת דלדידיה פסול עדות מיוחדת בדיני ממונות. וא"כ בודאי ידעו דגם האחרים יבואו מאחר דראו כאחת ולא שייך להקשות כנ"ל.

עוד השמטה לסי' הנ"ל

והנה לכאורה היה נראה להוכיח דלענין שור בודאי בעינן עדות שאי"ל מקושית האחרונים ב"ק (מ"א) וכי מאחר דמתם קטלינן מועד היכי משכחת לה דלוקי בהעידו עדות מיוחדת בב' פעמים דודאי מדאו' הוי עדות לממון ולא לנפשות ואין השור נהרג דכמיתת בעלים כך מיתת השור או בהעידו בפני ב"ד של ג' דג"כ אין השור נהרג דבעי ב"ד של כ"ג ועי' בתשובת רע"א (סי' ק"ה) דדחה דהוה מצי לשנויי הכי אלא חדא מינייהו נקט ועיין בתשובת עמודי אור (סי' מ"ח) שהקשה בגמרא הנ"ל מאחר דמתם קטלינן מועד היכי משכחת. דלשיטת הרמב"ן דנחתך השוק בצומת הגידין דטריפה דאם נטרפה בחתיכת צומת הגידין אם חתך אח"כ כל הרגל למעלה מצומת הגידין בעצם זה הדרא ומתכשרא. וקשה דהא רב אשי גופא סובר סנהדרין (ע"ח) דשור טריפה שהרג פטור דכמיתת בעלים. וא"כ משכחת לה שנחתך הרגל בצומת הגידין בנגיחות ראשונות לכך לא נהרג ושוב נתקן בנגיחה רביעית שנחתך למעלה מצומת הגידין דהשתא חזר להכשירו ובר קטלא הוא ע"ש. ועי' בתשובת שיבת ציון (סי' ק"א) מה שהביא הירושלמי דפי"א ממסכת יבמות (הלכה ה') בולד כהנת שנתערב בולד, שפחה דקא מיבעי ליה מהו שיעידו עדות אחת ותעלה להם עדות אחת וקא פשיט בירושלמי כיון שאלו, ימצאו זוממין אינן נהרגין אף ההורג אינו נהרג ואף הכא כן . ופירש דברי הירושלמי משום דהוי עדות שאי אתה יכול להזימה ועמד שם השואל לדברי הנוב"י

דבממון לא בעינן עדות שאי"ל. אם כן עדיין מצי למיבעיה הך איבעיה בדיני ממונות. וכן הקשה לדברי התוס' דריש מכות דבעדות ב"ג אינו צריך עדות שאי"ל אכתי מצי לאיבעי בעדות ב"ג וע"ש מה שפלפל בזה:

השמטה לסי' ט"ז

הקצוה"ח (סי' צ"א) הביא מחלוקת בברי אי בעי שבועה או דנאמן בטענת ברי בלא שבועה ע"ש שהאריך. ולדעתי ראי' מפורשת להמתבאר בטור ח"מ (ס"י ט"ו סעיף א') אחד שלוה משנים בבת אחת מזה מנה ומזה ר' והודיעוהו משל מי היה המנה ומשל מי המאתים וכשבאים לתובעו אומר כל אחד שלי הוא המאתים והוא אינו יודע איזהו בעל המנה כו' צריך ליתן לכל אחד ר' אחר שישבע כל אחד. והנה שבועה זו לא הוזכרה בגמרא (ב"מ ל"ז) אשר שם מקור דין זה. וגם בטור לא נמצא זכר וז"ל הטור שם אחד שלוה משנים בבת אחת כו' ואינו יודע איזהו בעל המנה כו' כתב הרמב"ן כיון שהודיעוהו שלזה המאתים ולזה המנה הוי ליה כפושע שלא דקדק בדבר ואיהו דאפסיד אנפשיה והו"ל כאומר לויתי מאחד מכם ר' ואיני יודע מי הוא ותבעו כל אחד במאתים שצריך

ליתן לכל אחד ר' ה"נ צריך ליתן לכל אחד ר' שאין ספק מוציא מידי ודאי עכ"ל הטור בדין זה שהוא דעת הרמב"ן ולא הוזכר שבועה זו. אלא שבסוף דבריו כתב הטור ומדברי א"א הרא"ש ז"ל יראה דבמלוה ע"פ דהו"ל למידק אי תבעי ליה ישבע כל אחד ואחד ויטול כדבריו. וכתב הב"ח וז"ל ומ"ש ומדברי א"א הרא"ש יראה כו'. נראה מלשון רבינו דהרא"ש חולק על מ"ש תחילה וצ"ע על איזה דבר חולק. ואפשר דלפי דהרמב"ן כתב דבדלוה מזה מנה ומזה מאתים ותבעוהו כל אחד ר' דהוי ליה כפושע וצריך ליתן לכל אחד ר' ולא כתב דכל אחד ישבע ויטול ר'. משמע דס"ל להרמב"ן בזו דכל אחד נוטל ר' בלא שבועה משום דכיון דכל אחד תובעו ר' והוא משיב ק' ידענא וק' לא ידענא הוי מחויב שבועה ואינו יכול לשבע ומשלם ואין התובע צריך לשבע. אלא להרא"ש נשבע כל אחד ונוטל. והטעם כיון דאינו מעכב לעצמו כלום אלא כל השלש מנים שנטל משניהם הוא מחזיר להם כו' ליכא למימר מחויב שבועה כו'. ופשיטא היא דכל אחד נשבע ונוטל ר'. ולפי שהוא דבר פשוט לא הי' צריך לפרש עכ"ל הב"ח. והנה אמת דמחויב לשבע ואינו יכול לשבע לא שייך הכא כדפירש הסמ"ע והש"ך. אך בכל זאת כל כהאי הוה צריך לפרש דבשבועה ומה גם דבגמרא לא נמצא שבועה זו. אמנם נראה לדעתי דבודאי פליגי הרמב"ן והרא"ש בשבועה דלהרמב"ן לא בעי שבועה. אך לא מטעם דמחויב שבועה ואינו יכול לשבע דלא שייך הכא כנ"ל. אלא משום דכל אחד טוען ברי שאני בעל הר' והוא משיב שמא. אשר בזה הוי פושע דמאחר דהודיעוהו הו"ל לדקדק בדבר ולזכור מי הוא בעל מאתים ומי בעל מנה. וזה שפיר מדוקדק לשון הטור בדעת הרמב"ן שאין ספק מוציא מידי ודאי פירש שהספק הוא הנתבע הטוען שמא ואין מוציא מידי התובע שטוען ברי שאני בעל הר' ואם יתן לכל אחד רק מנה ונמצא מוציא מנה מהתובע הטוען ברי ובברי לא בעי שבועה דנאמן בלא שבועה. אבל להרא"ש אף בברי בעי שבועה ולהכי פירש דבשבועה. וא"כ יצא לנו דדין זה אי בברי בעי שבועה או לא מחלוקת הרמב"ן והרא"ש בזה:

לוח הטעות

סי' ב' (דף ב' ע"ב) ד"ה אך בשור הנסקל בלאו הכי קשה דלכ"ע בעינן עדות שאי אי"ל צ"ל עדות שאי"ל ותיבת שאי' נשמט מסוף השורה השני':
שם ד"ה וקשה הא הוי עדות שאי"ל וצ"ל שאי' אי"ל:
סי' ג' (דף ד' ע"א) בראש התשובה ד"ה קושית הרח"מ צ"ל קושית העולם על הרא"ש לשיטת הרמב"ם דהיכא דיש איסור ואפי' כו' עונשין מגמרא מכות ה' תנא בריבי אומר

לא הרגו נהרגין הרגו אין נהרגין א"ל אביי ולאו קו"ח כו' א"ל אין עונשין מן הדין והא בע"ז העדים בלאו דל"ת ולא גרע מאיסור עשה:

סי' ד' (דף ו' ע"א) ד"ה ואכן צ"ל וא"כ:

סי' ה' (דף ו' ע"א) ד"ה ואדרבה שלתרץ צ"ל יש' לתרץ:

סי' ו' (דף ח' ע"א) ד"ה כחלוק צ"ל כחלקינו:

שם (ע"ב) בסוף התשובה דשלא לעשות בנו חללים הוא אומר כן צ"ל דלעשות בנו חלל הוא אומר כן:

סי' מ' (דף י"ב ע"א) ד"ה ושעבוד עדיף מקנין צ"ל לא' עדיף:

סי' י' (דף י"כ ע"ב) בסוף התשובה ושמואל סובר שעבודא דאורייתא צ"ל נמי סובר דשעבודא לאו דאורייתא:

סי' י"א (דף י"ג ע"ב) ד"ה דבלאו הנל"ע איסורא נמי ליכא מרש"י ב"מ ע' פוטרין את הלוה ממלקות ומל"ת. נשמט זאת ומצאתי בפ"י שהעיר מדברי רש"י הנ"ל וכתב לארץ דאין ראי' לשארי לאוין הנל"ע דרק בריבית דהתורה גלתה דהאיסור אינו משום ריבית אלא משום וחי אחיך עמך ע"ש ובאמת יש להוכיח מזבחים ק"ו ע"ב דאיכא איסורא בלהנל"ע דקאמר שם מה למותיר שכן אין לו תקנה:

סי' כ"א (דף כ"ד ע"ב) בסוף התשובה ד"ה כהבנתו צ"ל "כהבנתינו":

סי' כ"ח (דף ל"ג כ"א) ד"ה ועיין בב"ח דחדש דלרב דאמר המקדש בחיטי קורדנייתא אין חוששין לקדושין לא יוכל לסבור כר' יהודא דאין ביעור חמץ אלא שריפה דהא חזי ליהנות מאפרן, נשמט ואף להרשב"א והריטב"א שכתבו לתרץ קושית התוס' דחזי ליהנות, מאפרן דהאפר הוי דשלבל"ם הובא כתשארת מנחם פ"ה מה' אשות דרב לשיטתיה דאדם מקנה דבר שלבל"ע:

סי' ל"א (דף ל"ו ע"א) ד"ה שהביא בשעה"מ ס"ד בבעה"ת צ"ל שהביא בבעה"ת שער ס"ד:

שם ע"ב ד"ה דר"ת לא חדש אלא בשער דהוי דבר קצוב צ"ל "דלא" הוי דבר קצוב:

סי' ל"ג (דף מ ע"א) נשמט זאת ובעיקר קושיתם דלבטיל מטבע ברוב לא ידעתי דמאי גריעותא הקדש מהדיוט וכמו ממון חבירו שנתערב בממונו לא בשיל להיות כולו שלו וכגמרא ביצה ל"ח הרי שנתערב לו קב חיטין כו' בהא כ"ע מודו דלא בטיל וה"נ בהקדש שנתערב בשלו לא שייך לומר דיהא כולו שלו:

סי ל"ה ד"ה ומיעותא דלעמיתך שם זאת דלענין דינא בין לשיטת רש"י ובין לתוס' לא קאי מיעוטא דלעמיתך למעוטי אונאה ולא פש גבן אלא חד מיעוטא דלא תונו ומסתברא

למעוטי כותי מלמעוטי הקדש לפי הגמרא דבכורות שזכרו ונדחה סוגיא דהזהב דהקדש אין לו אונאה: